

Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI

Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios”

20, 21 e 22 de novembro de 2008 - Brasília – DF

Membros da Diretoria:

Presidente

Prof. *Marcelo Campos Galuppo*

Vice-Presidente

Prof. *Aires José Rover*

Secretário Executivo

Prof. *Vladimir Oliveira da Silveira*

Secretária-Adjunta

Profª. *Eneá de Stutz e Almeida*

Conselho Fiscal

Prof. *Edvaldo Britto*

Prof. *Marcelo Varela*

Prof. *Jaime Wandederley Gasparotto*

Prof. *José Luiz Bolzan (Suplente)*

Profª. *Juliana Neuenschwander Magalhães (Suplente)*

Representante Discente

Prof. *André Guilherme Lemos Jorge*

Colaboradores:

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

Mestre em Direito - UFSC

Doutoranda em Direito - PUC/SP

Heloisa Simon

Graduanda em Ciência da Computação - UFSC

Elisangela Pruencio

Graduanda em Administração - ASSESC

Claudia Wagner Fritzke

Graduanda em Administração – Estácio de Sá

Graduanda em Serviço Social – UFSC

Leonardo Farage Freitas

Desenvolvedor do programa dos Anais em CD-Room - e-mail: leofarage@msn.com

Graduando em Ciência da Computação – UFSC

C749a Congresso Nacional do CONPEDI (17. : 2008 : Brasília, DF)
Anais do [Recurso eletrônico] / XVII Congresso Nacional
do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.
1 CD-ROM

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-7840-019-4

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil –
Congressos. 2. Direito – Filosofia. I. Título.

CDU: 34

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

FUNDAÇÃO BOITEUX

2008

ÍNDICE

Apresentação	35
--------------------	----

ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA DOS DIREITOS

Adriana Fasolo Pilati Scheleder - SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA: O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS.....	38
---	----

Aline Maria da Rocha Lemos; Máisa Pacheco - TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO.....	55
--	----

Danielle Annoni - O MOVIMENTO EM PROL DO ACESSO A JUSTIÇA NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA PLURALISTA.....	72
--	----

Erika Maeoka - O ACESSO À JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS À EXIGIBILIDADE DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA.....	87
---	----

Fernando Horta Tavares; Francis Vanine de Andrade Reis - NATUREZA E CONVENÇÃO: UMA CRÍTICA À VISÃO ESSENCIALISTA DO INTERESSE PROCESSUAL A PARTIR DA MECÂNICA SOCIAL DE K. POPPER.....	110
--	-----

Ivan Aparecido Ruiz; Judith Aparecida de Souza Bedê - REVISITANDO NOVOS CAMINHOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO.....	132
---	-----

José Américo Silva Montagnoli - JUSTIÇA FEDERAL INTERIORIZADA E O ADVENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEFS): A CONSTRUÇÃO BRASILEIRA DE UM MODELO JUDICACIONAL DE SIMPLIFICADA ACESSIBILIDADE CIDADÃ.....	149
--	-----

Juliana Cavalcante Dos Santos; Lilia de Pieri; Patrícia Persona Chamilete Rizzi - A RELEVÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E NA GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS.....	163
--	-----

Juliana de Camargo Maltinti - TUTELA INIBITÓRIA E INTERNET: O PROCESSO CIVIL APLICADO NA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE.....	178
---	-----

Leonardo Augusto Dos Santos Lusvarghi; Luis Otávio Vincenzi de Agostinho - TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E O ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 7347/85.....	201
--	-----

Luciane Moessa de Souza - INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: AÇÕES CONSTITUCIONAIS, MEDIDAS JUDICIAIS E RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO OMISSO.....	218
--	-----

Luciano Picoli Gagno - DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: EM BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO MAIS COERENTE COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	251
---	-----

Renato Alexandre da Silva Freitas - O ACESSO À JUSTIÇA E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	276
---	-----

BIOÉTICA E DIREITO

Allan Rocha de Souza; Raul Murad Ribeiro de Castro; Vitor de Azevedo Almeida Junior - A CONSTITUIÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	296
--	-----

Ana Cristina de Paula Cavalcante Parahyba; Francisco Gérson Marques de Lima - A AUTORIZAÇÃO LEGAL DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO DE EMBRIÕES HUMANOS.....	318
---	-----

Ana Paula Myszczyk; Jussara Maria Leal de Meirelles - BIOÉTICA, BIODIREITO E INTERPRETAÇÃO (BIO) CONSTITUCIONAL.....	332
--	-----

Beatriz Rodrigues Gasparotto; Viviane Rocha Ribeiro - FILIAÇÃO E BIODIREITO: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL.....	354
---	-----

Camila Castanhato; Thiago Lopes Matsushita - CASO TERRI SCHIAVO: REFLEXÕES SOBRE A MORTE.....	377
---	-----

Carolina Altoé Velasco - REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.....	391
--	-----

Clodomiro José Bannwart Júnior - LIMITES DA MORAL PÓS-CONVENCIONAL E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.....	413
---	-----

Dirceu Pereira Siqueira; Eduardo Jannone da Silva; Telma Aparecida Rostelato - CLONAGEM HUMANA: COMO DETERMINAR O INÍCIO DA VIDA?.....	429
--	-----

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - O STATUS MORAL DO EMBRIÃO HUMANO E A ALTERIDADE COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL NO DIÁLOGO BIOÉTICO.....	449
--	-----

Francisco Davi Fernandes Peixoto; Rui Verlaine Oliveira Moreira - NOTAS FUNDAMENTAIS DO CONCEITO DE VIDA HUMANA.....	473
--	-----

José Sebastião de Oliveira; Meire Cristina Queiroz - A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO E O BIODIREITO.....	494
---	-----

Luciana Dadalto Penalva - AS CONTRIBUIÇÕES DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA PARA O DEBATE ACERCA DA LEGITIMIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	516
--	-----

Osmir Antonio Globekner - O ACESSO À ATENÇÃO EM SAÚDE NA REFLEXÃO BIOÉTICA.....	539
---	-----

Valéria Silva Galdino Cardin - DO ABORTO EUGÊNICO.....	563
--	-----

DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Alessandra de Andrade Serrazes; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Vitor Eduardo Tavares de Oliveira - A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY NO BRASIL.....	587
Alex Ferreira Batista; Rodolfo Grellet Teixeira da Costa - A IGUALDADE FORMAL E A DESIGUALDADE MATERIAL DO NEGRO NO BRASIL.....	606
Ana Paula de Almeida Lopes; Carolina Elisa Suptitz - AUDIÊNCIA PÚBLICA: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PLURAL?.....	630
Bernardo Brasil Campinho - A RELAÇÃO ENTRE CULTURA E NACIONAL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO – CONSTITUCIONAL: O TOMBAMENTO DE DOCUMENTOS E SÍTIOS DETENTORES DE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DOS ANTIGOS QUILOMBOS.....	657
Carlos Antonio de Carvalho Mota Junior; Maria Nazarteh Vasques Mota - A CRIMINOLOGIA E A HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL: A LEI DE PENAS ALTERNATIVAS.....	672
Clarissa Fonseca Maia; Gina Vidal Marcilio Pompeu - PREVALÊNCIA DO ESTADO LEGAL SOBRE O ESTADO MORAL: POSICIONAMENTO DOMINANTE NO TSE E NO STF QUANDO DO DEFERIMENTO DE CANDIDATURA A MANDATO POLÍTICO.....	687
Emanuela Cardoso Onofre de Alencar; Lilia Maia de Moraes Sales; Martônio Mont'alverne Barreto Lima - A MEDIAÇÃO COMO MEIO DEMOCRÁTICO DE ACESSO À JUSTIÇA, INCLUSÃO E PACIFICAÇÃO SOCIAL - A EXPERIÊNCIA DO PROJETO CASA DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DA PARANGABA.....	707
Hustana Maria Vargas - DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR?.....	730
Judith Karine Cavalcanti Santos - VÔO SOBRE ABISMOS: POLÍTICA DE RECONHECIMENTO EM NANCY FRASER, MOVIMENTOS SOCIAIS E EFETIVIDADE NORMATIVA.....	750
Juliana Cristine Diniz Campos; Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz - O ACESSO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: A CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	762
Katya Kozicki; Marilucia Flenik - A CIDADANIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	776

Leticia Jean do Amaral Arantes Daré - O DIREITO À ALIMENTAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	803
Luana Paixão Dantas do Rosário - POLITIZAÇÃO E LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	824
Luiz Henrique Urquhart Cadernartori; Paulo Márcio da Cruz - SOBRE O PRINCÍPIO REPUBLICANO: APORTES PARA UM ENTENDIMENTO DE BEM COMUM E INTERESSES DA MAIORIA.....	845
Maritana Copatti; Neida Terezinha Leal Floriano - GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA E A POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DEVERES E DIREITOS DE CIDADANIA.....	856
Rosalice Fidalgo Pinheiro - CONTRATO E DEMOCRACIA: CONTORNOS DE UMA TENSÃO VALORATIVA ENTRE PESSOA E MERCADO.....	876
Zoraide Sabaini dos Santos Amaro – O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO DESDE A CONCEPÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL – COMO FORMA DE SOLIDIFICAR A EXIGENTE ATUAÇÃO INTEGRAL DO FENÔMENO HUMANO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....	901

DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

Alice Giacomini Vainer; Wilson Madeira Filho - PROCURANDO DISCOS VOADORES NO CÉU:A ELABORAÇÃO DO PROJETO DE LEI DO PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO DE ITAPIRAPUÃ PAULISTA.....	923
Aline Maria da Rocha Lemos; Maisa Medeiros Pacheco de Andrade - O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE ACESSO à ENERGIA E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO.....	944
Camila Bruna Zanetti; Fabiano Gomes - A RENDA MÍNIMA E O DIREITO ECONÔMICO.....	957
Camila Santos da Cunha; Cristiane Epple; Maikiely Herath - O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	976
Claudia Franco Correa - DIREITO DE LAJE: O DIREITO NA VIDA E A VIDA NO DIREITO.....	995
Cristiane Ribeiro da Silva; Gabriela Saes Pedroso; Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla - O IDOSO E A DEFICIÊNCIA – UM NOVO OLHAR À QUESTÃO DA INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO.....	1017

Débora de Moura Pires; Letícia Naiara Lopes França; Samantha Ribeiro Meyer-pflug - LOBBY, GRUPOS DE PRESSÃO E GRUPOS DE INTERESSE – UM BREVE ESTUDO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	1034
Doris Canen; Manoel Messias Peixinho - A REGULAÇÃO DA INTERNET MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	1045
Eduardo Bastos de Barros; Marcia Carla Pereira Ribeiro - A LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL.....	1062
Gustavo Henrique Justino de Oliveira - ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR E DESENVOLVIMENTO: CONECTIVIDADE ESSENCIAL AO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA, À LUZ DOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	1085
João Francisco Kleba Lisboa - TERRAS INDÍGENAS, LAUDO ANTROPOLÓGICO E HIDRELÉTRICAS NO SUL DO BRASIL.....	1110
José Júlio da Ponte Neto - A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA NAS ESFERAS MUNICIPAIS.....	1130
Mariana de Siqueira; Rafael César Coêlho Dos Santos - OS CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E O DESENVOLVIMENTO REGIONAL: O CASO DO NORDESTE BRASILEIRO.....	1148
Marlene Kempfer Bassoli; Yslyg Abreu Veloso - O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROJETO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO E DE CIDADANIA.....	1168

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E POLÍTICA FISCAL

Alexandre Aguiar Maia; Ana Paula Martins Albuquerque - O RECONHECIMENTO DA ÁGUA BRUTA COMO BEM ECONÔMICO E A SUA COBRANÇA COMO INSTRUMENTO PARA UMA EFETIVA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS.....	1184
Ana Mônica Medeiros Ferreira; Livia Melo do Nascimento - ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS MECANISMOS TRIBUTÁRIOS DE INCENTIVO A PRODUÇÃO E USO DO BIODIESEL NO BRASIL.....	1208
Andrine Oliveira Nunes - CONSULTA FISCAL.....	1228
Antônio de Moura Borges; Carolina de Paiva Queiroz Machado - A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA ANTIELISIVA E A VERIFICAÇÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE.....	1242

Bernardo Araujo Costa; Rosiris Paula Cerizze Vogas - O MODELO REGULATÓRIO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA DO DISCLOSURE.....	1257
Daniel Dottes de Freitas; Hugo Thamir Rodrigues - COOPERATIVISMO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICO: UMA PROPOSTA DE GESTÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA PARA SUPERAÇÃO DA GUERRA FISCAL, EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO.....	1283
Fabiola Regina da Rocha; Paulo Fernando Duarte Ramos - O DESAFIO DA POLÍTICA EXTRAFISCAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DA CIDADE: ENFOQUE NO COMPULSÓRIO USO SOCIAL DO SOLO URBANO.....	1302
Gina Vidal Marcilio Pompeu - O RETORNO DO ESTADO-NAÇÃO NA GEOGRAFIA DA MUNDIALIZAÇÃO.....	1330
Lourival José de Oliveira; Sharon Cristine Ferreira de Souza - POLÍTICA FISCAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL.....	1346
Marina Grimaldi de Castro - SPED - SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL.....	1363
Maurin Almeida Falcão - O MITO DA PROGRESSIVIDADE.....	1387
Wander Henrique de Almeida Costa - PLANEJAMENTO ESTATAL APLICADO - AS AQUISIÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	1400

DIREITO AMBIENTAL E PROTEÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS

Alessandro Martins Prado; Claudia Karina Ladeia Batista - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL.....	1413
Aline Ferreira de Alencar; Fernando Antônio de Carvalho Dantas; Maria Auxiliadora Minahim - A NECESSIDADE DE TUTELA PENAL CONTRA A BIOPIRATARIA NA AMAZÔNIA.....	1429
Ana Lucia Brunetta Cardoso; Karina Meneguetti Brendler - O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA MINERAÇÃO E SUA EFETIVA RELAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE LEVANDO EM CONTA O QUE PRECEITUA O ART. 225, § 2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	1459
Ana Mônica Medeiros Ferreira; Livia Melo do Nascimento - DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A QUESTÃO DAS ÁGUAS.....	1476

Antonio Nilo Rayol Lobo Segundo; Nestor Eduardo Araruna Santiago - A RESPONSABILIDADE PENAL DO ESTADO E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.....	1522
Edson Ricardo Saleme; Mardônio da Silva Girão - O IMPACTO URBANO-AMBIENTAL DO BIODIESEL NAS CIDADES DE PEQUENAS DIMENSÕES.....	1548
Germana Parente Neiva Belchior; João Luis Nogueira Matias - A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	1561
Heron José de Santana Gordilho - DARWIN E A EVOLUÇÃO JURÍDICA: HABEAS CORPUS PARA CHIMPANZÉS.....	1581
Jeferson Nogueira Fernandes - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL.....	1610
Joaquim Shiraishi Neto - NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E PADRÕES JURÍDICOS NO PROCESSO DE REDEFINIÇÃO DA REGIÃO AMAZÔNICA.....	1635
José Carlos Loureiro da Silva - RESOLUÇÃO CONAMA Nº 302/02: CRÍTICA AOS PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES PARA AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS.....	1656
Josineide Gadelha Pamplona Medeiros; Nirson Medeiros da Silva Neto - PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS E PROTEÇÃO AMBIENTAL: REFLEXÕES PARA UMA ATUAÇÃO JUDICIAL PRÓ-ATIVA.....	1674
Marcel Alexandre Lopes; Tatiana Monteiro Costa E Silva - DOAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO: EXEMPLO DE POLÍTICA FLORESTAL COMPENSATÓRIA QUE PROTEGE A BIODIVERSIDADE.....	1690
Ricardo Tavares de Albuquerque; Sérgio Rodrigo Martinez - TUTELA DE URGÊNCIA E O JUÍZO DE SUSTENTABILIDADE SUMÁRIO NAS LIDES AMBIENTAIS.....	1704

DIREITO DO CONSUMIDOR

Alberto de Magalhães Franco Filho - A AÇÃO COLETIVA PARA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	1725
Andreza Cristina Baggio; Karin Cristina Borio Mancia - A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O CONSUMO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE JURÍDICA DA EXTENSÃO DA DURABILIDADE DOS PRODUTOS E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.....	1741

Angélica Lucía Carlini - POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	1760
Antonia Espíndola Longoni Klee - POR UMA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL NA SOCIEDADE DE RISCO.....	1777
Antônio Carlos Efig; Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior; Sandro Mansur Gibran - LEI SECA E PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO.....	1820
Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Edson Luciani de Oliveira - RELAÇÕES JURÍDICAS E O MUNDO VIRTUAL - DIREITOS DE 5ª GERAÇÃO.....	1839
Daniel Ganem Misse; Nadine Monteiro Borges - LIMITES DAS UNIVERSALIZAÇÃO: A QUESTÃO DA TARIFA DE TELEFONIA FIXA.....	1864
Delton Ricardo Soares Meirelles; Marcelo Pereira de Mello - TUTELA DO CONSUMIDOR: POR QUE OS JUIZADOS ESPECIAIS?.....	1885
José Carlos Loureiro da Silva - PUBLICIDADE MÉDICA E PUBLICIDADE PARA MÉDICOS: QUESTÕES ÉTICAS E LEGAIS.....	1916
Karoline Lins Câmara Marinho - A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	1933
Mércia Lopes Leite - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.....	1957
Nadialice Francischini de Souza - A INFLUÊNCIA DOS PRECONCEITOS NA FORMAÇÃO DO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE SOB A VISÃO DOS FILÓSOFOS FRANCIS BACON E HANS G. GADAMER.....	1969
Roberto Grassi Neto - “PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO” E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....	1988

DIREITO E LITERATURA

Ângela Barbosa Franco; Gabriela Mascarenhas Lasmar; Maria Cristina Pimentel Campos - A ARTE EM KING LEAR: O DESPERTAR PARA UMA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS UNIVERSAIS DO HOMEM.....	2016
Cássio Marcelo Mochi; Ivan Dias da Motta - LEI E LEGITIMIDADE: CONFLITOS DA FORMA DE SER E CONFLITOS DA EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM ANTÍGONA DE SOFOCLES.....	2035

Débora Elisa Marinho de Oliveira; Lusía Ribeiro Pereira - UMA LEITURA DOS DIREITOS SOCIAIS EM CAPITÃES DE AREIA.....	2053
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke - ENTRE A LEI E O JUIZ: JUSTIÇA, CIÊNCIA JURÍDICA E "O PROCESSO MAURIZIUS"	2068
Gustavo Antunes Sengès - TEORIA POLÍTICA EM MACHADO DE ASSIS: O PARADIGMA MODERNO DE SIMÃO BACAMARTE.....	2103
Júlio Aguiar de Oliveira - A ARTE DE SEGUIR UMA REGRA SEGUNDO PEDRO MALAZARTE.....	2116
Luciana Cristina de Souza - A RELAÇÃO SEMÂNTICA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E A SOCIEDADE CIVIL.....	2130
Maressa da Silva Miranda - A DEMOCRACIA EM JOSÉ SARAMAGO: CEGUEIRA, SOMBRAS E LUCIDEZ NUMA DEMOCRACIA POSSÍVEL.....	2152
Victor Emendörfer Neto - A CRIAÇÃO DO DIREITO: TEXTO SOBRE TEXTO DE DERRIDA SOBRE TEXTO DE BENJAMIN.....	2165

DIREITO E SUSTENTABILIDADE

Adalberto Simão Filho - O ESPÍRITO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E DE FALENCIA.....	2182
Ana Cecilia Parodi; Fabiane Bueno Netto Bessa - RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL ACADÊMICA E A PROPOSTA DE REVISÃO DA NORMA ABNT NBR 14724.....	2206
Ana Paula Myszczyk; Clarissa Bueno Wandscheer - CONSIDERAÇÕES SOBRE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE PARA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO PROTOCOLO DE KYOTO.....	2225
Carla Liguori; Edson Ricardo Saleme - A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO À LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	2252
Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza; Ludmilla Evelin Farias; Nivaldo Dos Santos - A NATUREZA JURÍDICA E CONTRATUAL DOS CREDITOS DE CARBONO E A APLICABILIDADE DO DIREITO TRIBUTÁRIO PÁTRIO: INCERTEZAS E INDEFINIÇÕES.....	2265
Cristian Ricardo Wittmann - DECISÕES ECO-JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA.....	2284

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire - DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL.....	2311
Giseli Valezi Raymundo; Isabelle Calliari Monteiro de Lima; Jailson de Souza Araújo - A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO, DA INICIATIVA PRIVADA E DO CIDADÃO NA PROMOÇÃO DO CONSUMO SOCIOAMBIENTAL SUSTENTÁVEL.....	2335
Karlo Messa Vettorazzi; Siomara Cador Eddine; Vladimir Passos de Freitas - CONSUMO E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS PARA UMA NOVA ATITUDE ECOLÓGICA.....	2354
Livia Gaigher Campello - O CAMINHO DA COOPERAÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS IMPOSTOS PELA (IN)SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.....	2380
Mateus Marcos - REGULAÇÃO DO SISTEMA PRODUTIVO E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.....	2401
Nirson Medeiros da Silva Neto - PROTEÇÃO LOCAL DOS SABERES TRADICIONAIS: AS ESTRATÉGIAS DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU DO ARAGUAIA-TOCANTINS.....	2425
Patrícia Borba Vilar Guimarães; Rafael Diogo Diógenes Lemos; Yanko Marcius de Alencar Xavier - FUNDOS ESTADUAIS DE RECURSOS HÍDRICOS: A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA DO SISTEMA DESCENTRALIZADO DE GESTÃO.....	2440
Robinson Nicacio de Miranda - OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA GOVERNANÇA AMBIENTAL: A BUSCA DA OPERACIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.....	2454
Tais Martins; Marta Tonin - MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE – UM BREVE DEBATE SOBRE O SABER AMBIENTAL E A GESTÃO AMBIENTAL.....	2469

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

André Lipp Pinto Basto Lupi; Luiz Magno Pinto Bastos Júnior - A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA INTERNACIONAL EM CONFORMIDADE COM SEU CONTEXTO: UMA PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	2490
Andréa Freire de Lucena; Eusébio Basso e Loro - O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL: POSSIBILIDADES E DESAFIOS.....	2514
Antônio de Moura Borges; Laila José Antônio Khoury - A TROCA DE INFORMAÇÕES NO ÂMBITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	2531

Antonio Poli Navega; Paulo Roberto de Almeida - BASES CONCEITUAIS DE UMA POLÍTICA EXTERNA NACIONAL: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A DEFINIÇÃO DE UMA AGENDA DIPLOMÁTICA CONDIZENTE COM O PRINCÍPIO DO INTERESSE NACIONAL.....	2559
Erika Maeoka; Tânia Lobo Muniz - A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	2577
Eufrosina Saraiva Silva - DAS RECLAMAÇÕES DE PARTICULARES NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL.....	2596
Evander Dias - RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA PELA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	2614
Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer - O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS E A FORMAÇÃO DO MERCADO ÚNICO EUROPEU.....	2628
Gabriela Garcia Batista Lima - A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E A INCOMENSURABILIDADE DE VALORES: SUA PROPOSTA COMO REFLEXO DE UMA TRADIÇÃO.....	2645
Janaína Rigo Santin; Luiz Fernando Araújo Pereira Jr.- COMÉRCIO INTERNACIONAL DE SERVIÇOS JURÍDICOS.....	2668
Luciano Monti Favaro; Marcos Aurélio Pereira Valadão - A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969 E O PORQUÊ DE SUA NÃO RATIFICAÇÃO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL?	2679
Maíra de Paula Barreto; Valéria Silva Galdino Cardin - DO EXAME DA COISA JULGADA INTERNA POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS COMO FORMA DE GARANTIR A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	2703
Patricia Grazziotin Noschang - A CONTROVÉRSIA NA FRONTEIRA DO RIO URUGUAI: A VIOLAÇÃO DO TRATADO DE ASSUNÇÃO E A SOLUÇÃO PELO PROTOCOLO DE OLIVOS.....	2723
Sidney Guerra; Pedro Curvello Saavedra Avzaradel - O DIREITO INTERNACIONAL E A FIGURA DO REFUGIADO AMBIENTAL: REFLEXÕES A PARTIR DA ILHA DE TUVALU.....	2738
Vanessa Iacomini; Wagner Menezes - A SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA E SEUS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	2753
Victor Emendörfer Neto - A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES: ESTUDO DO VÍNCULO ENTRE OS ESTADOS E OS ENTES ECONÔMICOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....	2778

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

Alice Quintela Lopes Oliveira - POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS SOB O ENFOQUE DO GARANTISMO JURÍDICO.....	2807
Carla Caldas Fontenele Brizzi - AS SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SUA APLICAÇÃO: O CASO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	2833
Carolina Senra Nogueira da Silva; Marcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais - O MÉTODO APAC E A SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA: REALIDADE E UTOPIA.....	2856
Eliezer Gomes da Silva; Marcelo Gonçalves Saliba - JUSTIÇA RESTAURATIVA, SISTEMA PENAL, DIREITO E DEMOCRACIA – INTERCESSÕES ÉTICO-DISCURSIVAS.....	2883
Érika Mendes de Carvalho; Gisele Mendes de Carvalho - O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO.....	2910
Evandro Charles Piza Duarte - MEDO DA MESTIÇAGEM OU DA CIDADANIA? CRIMINALIDADE E RAÇA NA OBRA DE NINA RODRIGUES.....	2926
Fernanda Maria Diógenes de Menezes Oliveira; José Armando Ponte Dias Junior - CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA NA EXECUÇÃO PENAL.....	2955
João Carlos Carvalho da Silva - A PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO PARADIGMÁTICA DA SOCIEDADE DE CONTROLE.....	2978
João Ricardo Hauck Valle Machado - A TECNOCIÊNCIA E O CONTROLE SOCIAL TECNOLÓGICO.....	2993
Luiz Fernando Kazmierczak - CONCEITO DE DELITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	3020
Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo - ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS E VALORES NOS CRIMES DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	3034
Silvia Regina Pontes Lopes - CRIMES DE ÓDIO E REPRESSÃO PENAL DA HOMOFOBIA NO BRASIL: RISCOS PARA UMA INTEGRAÇÃO SOCIAL AGONÍSTICA A PARTIR DA TENSÃO ENTRE CONFLITUALIDADE, VIOLÊNCIA PUNITIVA E DEMOCRACIA.....	3049
Tathiana Laiz Guzella - A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO.....	3070

Vanessa Chiari Gonçalves - DILEMAS E UTOPIAS QUANTO AOS FUNDAMENTOS DA PENA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO DEBATE ENTRE CARLOS SANTIAGO NINO E EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI.....	3093
Vanessa Maria Feletti - A EXCLUSÃO DOS INCLUÍDOS: A TEORIA DO LABELING APROACH REVELANDO MÉTODOS PARA NÃO ETIQUETAR DETERMINADA CLASSE SOCIAL PELO SISTEMA PENAL.....	3109

DIREITO, TECNOLOGIA E GOVERNO ELETRÔNICO

Alexia A. Rodrigues Brotto; Cinthia Obladen de Almendra Freitas - SISTEMAS COMPUTACIONAIS PARA O PODER JUDICIÁRIO: FERRAMENTAS, ACESSO E INCLUSÃO SOCIAL.....	3124
Christiany Pegorari Conte; Regiane Alonso Angeluci - CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER E ENTRETENIMENTO: JOGOS VIRTUAIS E O DIREITO DE JOGAR.....	3153
Dartagnan Limberger Costa; Ricardo Hermany - A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL E GOVERNO ELETRÔNICO: POSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E DE CONTROLE SOCIAL PELOS MUNICÍPIES.....	3166
Denise Lucena Cavalcante; Renato Leite Monteiro - GOVERNO ELETRONICO E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.....	3189
Flávio Alves Martins - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	3208
Francisco Cristiano Lopes; Geovana Maria Cartaxo de Arruda; Gustavo Raposo Pereira Feitosa - GOVERNO ELETRÔNICO: GRAUS DE DEMOCRACIA DIGITAL NO USO DA INTERNET PELAS CAPITAIS BRASILEIRAS.....	3225
Juliana Rado - O CONTRATO ELETRÔNICO COMO DOCUMENTO JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA.....	3238
Saulo Nunes de Carvalho Almeida - REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DE INCENTIVO A PESQUISA.....	3258

DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Ana Cristina Melo de Pontes - O CUSTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU REFLEXO NEGATIVO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.....	3271
---	------

Antonio Jeovah de Andrade Meireles; Henrique Botelho Frota - A JUSTIÇA AMBIENTAL COMO PARADIGMA PARA AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO NO BRASIL.....	3298
Bernardo Augusto Ferreira Duarte - O DIREITO AO LAZER SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA: UMA PROPOSTA DIALÓGICA DE COMPREENSÃO E IMPLEMENTAÇÃO.....	3313
Claudine Freire Rodembusch; Daniela Maschio; Jeanine Cristiane Benkenstein - PARTICIPAÇÃO E PARCERIAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	3345
Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de Mendonça; Maria Cecília de Almeida Castro - CONTROLE DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS ESTATAIS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	3364
Ednilson Donisete Machado; Juliana Raquel Cavaliheri - POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	3379
Gabriela Mansur Soares - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A CONSTRUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COM A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL.....	3401
Gilson Martins Mendonça; Sérgio Reis Coelho - DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FUNDAMENTOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	3426
Izolda Maria Carvalho Baldo e Guimarães Resende; Nelson Reis Oberlander Junior - OS BENEFÍCIOS DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDAS.....	3439
Maria Tereza Fonseca Dias - O EXERCÍCIO DO PAPEL REGULADOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	3456
Maurício Gonçalves Saliba - EDUCAÇÃO E PODER.....	3487
Pedro Germano Dos Anjos - OS GRAUS DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DO DIREITO ORÇAMENTÁRIO.....	3501

DIREITOS FUNDAMENTAIS – PROTEÇÃO E EXIGIBILIDADE

Ana Carolina Peduti Abujamra; Claudio José Amaral Bahia - TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VS INCAPACIDADE DE FATO.....	3521
--	------

Carolina Bonadiman Esteves; Felipe de Souza Costa Cola - PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR DANO CAUSADO POR AGENTE ÍMPROBO: UMA QUESTÃO DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA.....	3549
Fernando de Brito Alves; Vladimir Brega Filho - DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: LIMITES, PROTEÇÃO E EFETIVIDADE.....	3569
Flávio Bento; Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo - A BUSCA DE EQUILÍBRIO ENTRE A TUTELA PENAL NOS CRIMES DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO INVESTIGADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	3590
Francisco Davi Fernandes Peixoto - DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER: UM OLHAR SOBRE A ANENCEFALIA.....	3603
Gustavo Henrique Justino de Oliveira; Julieta Mendes Lopes Vareschini - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E OS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: MOMENTO DE PREDOMÍNIO DAS SUJEIÇÕES CONSTITUCIONAIS EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	3626
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima; Maurinice Evaristo Wenceslau - RELAÇÃO DE TRABALHO DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS: SUA PROFISSIONALIZAÇÃO E INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO.....	3649
José Alcebiades de Oliveira Junior - CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – EXIGIBILIDADE E PROTEÇÃO	3664
José Sebastião de Oliveira; Mariângela Pennacchi - OS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO.....	3678
Mariana Almeida Picanço de Miranda - O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	3700
Mário Lúcio Garcez Calil; Rafael Sérgio Lima de Oliveira - RESERVA DO POSSÍVEL, NATUREZA JURÍDICA E MÍNIMO ESSENCIAL: PARADIGMAS PARA UMA DEFINIÇÃO.....	3721
Maritana Copatti; Neida Terezinha Leal Floriano - ANENCEFALIA: O DESVELAR DA TUTELA PENAL.....	3745
Osmir Antonio Globekner - O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A EQUIDADE NO ACESSO À ATENÇÃO EM SAÚDE.....	3768
Ruth Barros Pettersen da Costa - A EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO FUNÇÃO ESSENCIAL DO ESTADO.....	3796
Sidney Guerra - A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	3825

Suzani Andrade Ferraro - A RELAÇÃO HOMOAFETIVA : UM INSTITUTO CIVIL-CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	3850
Telma Aparecida Rostelato - A FELICIDADE DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA, COMPREENDIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	3872
Thiago Chohfi - A VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT NO ÂMBITO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	3895

DIREITOS HUMANOS E TEORIA DA DEMOCRACIA

Alexandre de Oliveira Demidoff - A VONTADE GERAL ROUSSEAUNIANA A LUZ DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA - SOBERANIA POPULAR E DIREITOS HUMANOS, UMA INTERCONEXÃO NECESSÁRIA.	3907
Caleb Salomão Pereira Silva - CARÁTER MESSIÂNICO DO DIREITO OU DIMENSÃO UTÓPICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	3922
Fernanda Duarte; Rafael Mario Iorio Filho - UMA FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA OS DIREITOS HUMANOS.....	3947
Janaína Parentes Fortes Costa Ferreira; Luiz Moreira Gomes Júnior - SÚMULA VINCULANTE: O ESTADO DE EXCEÇÃO INSTITUCIONALIZADO.....	3974
Juliana Cristine Diniz Campos; Theresa Rachel Couto Correia - A EDUCAÇÃO PARA A PAZ E PARA OS DIREITOS HUMANOS: CONTRIBUIÇÕES INTERNACIONAIS À COMPREENSÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	3987
Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues; Thula Rafaela Pires; Vanessa Oliveira Batista - A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	4000
Manoel Messias Peixinho - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	4031
Marcel Moraes Mota; - TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONCEPÇÕES DEMOCRÁTICAS.....	4055
Marco Antônio Sousa Alves; Thais Oliveira Guerra - O APARATO JURÍDICO DA SOCIEDADE DO CONTRATO E A DOCILIDADE DOS CORPOS.....	4074
Marco Aurélio Romagnoli Tavares - QUE DIREITOS NÓS TEMOS? UMA REFLEXÃO SOBRE O LIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	4089
Marco Gérard Skinner Styzei - O USO DA VIOLÊNCIA EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DAS VISÕES DE JÜRGEN HABERMAS, MICHAEL HARDT E ANTONIO NEGRI.....	4109

Maria Amélia da Costa - DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	4125
Natália Medina Araújo - O CONFLITO ENTRE AS “LEIS DE ANISTIA” NA AMÉRICA LATINA E AS NORMAS JUS COGENS DE DIREITO INTERNACIONAL.....	4141
Newton de Menezes Albuquerque - COMPLEXIDADE SOCIAL, PLURALISMO JURÍDICO E UNIDADE POLÍTICA DA SOBERANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	4155
Roberta Laena Costa Jucá - A REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA NA ESFERA PÚBLICA MUNICIPAL: CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.....	4176
Rodrigo Ferraz de Castro Remígio; Carlos Roberto Martins Rodrigues - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: TENTATIVA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO?.....	4209

EFETIVIDADE E GARANTIAS DO PROCESSO

Alba Paulo de Azevedo; Maria Dos Remédios Fontes Silva - REFORMA PROCESSUAL PENAL E A REGULAMENTAÇÃO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA.....	4228
Alexia A. Rodrigues Brotto - TRANSFORMAÇÃO DE PARADIGMAS NO PODER JUDICIÁRIO: A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	4248
Ana Cristina de Paula Cavalcante Parahyba; Juvêncio Vasconcelos Viana - AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO.....	4275
André Machado Maya - A PREVENÇÃO COMO REGRA DE EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL: UMA (RE)LEITURA NECESSÁRIA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ESPANHA.....	4289
Angela Araújo da Silveira Espindola; Jânia Maria Lopes Saldanha; Jose Luis Bolzan de Moraes - A SUPERAÇÃO DO FUNCIONALISMO PROCESSUAL E A CONSTRUÇÃO DE MUDANÇAS PROCESSUAIS ‘ESTRUTURAIS’ E ‘METODOLÓGICAS’: UMA (NOVA) IDENTIDADE PARA O SISTEMA PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL DE CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE NO STF.....	4309
Cristina Carla Di Gesu; Nereu José Giacomolli - AS FALSAS MEMÓRIAS NA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS PELAS TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL.....	4334

Dimitri Dimoulis; Soraya Regina Gasparetto Lunardi - DEFINIÇÃO DA PAUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E (AUTO)CRIAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO.....	4357
Emilio de Medeiros Viana - A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O FUTURO REGIME DAS MEDIAS DE URGÊNCIA. HAVERÁ NECESSIDADE?.....	4378
Felipe Daniel Amorim Machado - GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA CRÍTICA À LEI N.º 11.690/2008, A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	4395
Flávio Luís de Oliveira; José de Souza Alves Neto - PROCEDIMENTO INTERDITAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO NO SISTEMA INTERAMERICANO.....	4417
Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista - MICROLITIGAÇÃO E UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: DUAS FACES DO MESMO PROBLEMA. A (IN)EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS DE UMA SOCIEDADE PLURAL.....	4438
José Péricles Pereira de Sousa; Pedro Rafael Malveira Deocleciano - OS CONTORNOS JURÍDICOS DA EXIGÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	4458
Joyceane Bezerra de Menezes; Juliana Cardoso Lima - O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NAS AÇÕES MANDAMENTAIS E O REEXAME NECESSÁRIO.....	4475
Marcel Vitor de Magalhães e Guerra - RES JUDICATA DO SISTEMA DA COMMON LAW E EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA DO SISTEMA BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARADA E POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS.....	4491
Noeli Fernandes - TUTELA EFETIVA: ACESSO À JUSTIÇA E TEMPO RAZOÁVEL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	4509
Plínio Antonio Brito Gentil; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - A TEORIA DO GARANTISMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL.....	4525
Zoraide Sabaini dos Santos Amaro - UMA REFLEXÃO SOBRE A RELAÇÃO INTERSUBJETIVA ENTRE ESTADO E SUJEITO PERANTE A CONSTITUIÇÃO - INOBSERVÂNCIA PELO ESTADO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NO “ITER” DO PROCESSO.....	4544

ENSINO JURÍDICO E METODOLÓGICO DA PESQUISA

Ana Paula Lima Bilche; Juliana Maria Simão Samogin; Plínio Antonio Brito Gentil - ENSINO JURÍDICO E EXAME DA OAB.....	4576
---	------

Ana Stela Vieira Mendes; Germana de Oliveira Moraes - DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO À CRISÁLIDA DA ÉTICA TRANSDISCIPLINAR: A METAMORFOSE EM DIREITO DO AMOR E DA SOLIDARIEDADE ATRAVÉS DA FORMAÇÃO JURÍDICA.....	4593
Annelise Cristine Emidio Sander; Ivan Dias da Motta; Luiz Geraldo do Carmo Gomes - O MAPEAMENTO DA INTEGRAÇÃO ENTRE PÓS-GRADUAÇÃO E GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: A UTILIDADE DAS BASES DE DADOS DA CAPES E INEP.....	4621
Assis da Costa Oliveira - CAMINHOS DO DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR E INTERCULTURAL NA ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR.....	4645
Bárbara Gomes Lupetti Baptista - O PRINCÍPIO DA ORALIDADE VISTO SOB UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA: UMA ALTERNATIVA METODOLÓGICA DE PESQUISA EM DIREITO.....	4663
Caleb Salomão Pereira Silva - O MAL-ESTAR DO DIREITO: TEOLOGIA PEDAGÓGICA, PENSAMENTO DOGMÁTICO, SIMBOLISMO DESPÓTICO E FETICHE PROCESSUAL.....	4689
Evander Dias - A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA DOGMÁTICO DA CIÊNCIA DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO JURISTA.....	4715
Flávio Bento; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - A ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DOS BACHAREIS.....	4734
Frederico de Andrade Gabrich - ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO.....	4751
Graça Léia Melhado Tovo; Luciana Vieira Nascimento - A CRISE DO DIREITO E O SEU REFLEXO NA QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL.....	4768
Gretha Leite Maia - A INTERDISCIPLINARIEDADE COMO FERRAMENTA DE COMPREENSÃO DOS MECANISMOS DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	4780
Julia Maurmann Ximenes - O PROCESSO DE PRODUÇÃO CIENTÍFICO-JURÍDICA – O PROBLEMA É O PROBLEMA.....	4791
Juliana Terezinha da Silva Medeiros - EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA.....	4806
Moacir Spadoto Righetti - O ENSINO JURÍDICO E A FUNÇÃO SOCIAL DA UNIVERSIDADE.....	4820
Paulo Francisco de Oliveira - A DISCIPLINA NA PEDAGOGIA DE KANT - UMA CONTRIBUIÇÃO MODERNA PARA A DISCUSSÃO DE PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS.....	4831

FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO

Alice Quintela Lopes Oliveira - APONTAMENTOS ACERCA DA ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA PENAL: UM EXCERTO SOBRE O PENSAMENTO DE LOURIVAL VILANOVA.....	4848
Alvaro dos Santos Maciel - UMA ABORDAGEM DA FILOSOFIA LATINO AMERICANA ACERCA DOS DISCURSOS FUNCIONAIS E CRÍTICOS AO SISTEMA DE EXCLUSÃO.....	4866
Éder Ferreira - Kelsen, LEITOR DE KARL MARX: INTERPRETAÇÃO POSITIVISTA DA NOÇÃO MARXIANA DE DIREITO, ESTADO E DEMOCRACIA.....	4877
Felipe Magalhães Bambirra - A GÊNESE DA FILOSOFIA DOS VALORES NO SÉCULO XIX E SEU IMPACTO NO DIREITO.....	4903
Francisco Carlos Duarte; Luiz Henrique Urquhart Cadernartori - DIREITO, MORAL E POLÍTICA: O DEBATE ENTRE AS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA.....	4929
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro; Juarez Monteiro de Oliveira Júnior - LUTA OU POLÍTICA DE RECONHECIMENTO? O DEBATE ENTRE JÜRGEN HABERMAS E CHARLES TAYLOR SOBRE O RECONHECIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	4945
Helena Colodetti Gonçalves Silveira - CONHECIMENTO E POLÍTICA: ANTAGONISMOS FUNDAMENTAIS EM CARL SCHMITT.....	4964
José de Magalhães Campos Ambrósio; Maria Clara Oliveira Santos - ESTADO E LIBERDADE EM HEGEL.....	4978
Júlio Aguiar de Oliveira; Bárbara Alencar Ferreira Lessa - A TEORIA DO DIREITO NATURAL DE SANTO TOMÁS DE AQUINO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CRÍTICAS DE HANS Kelsen AO JUSNATURALISMO.....	4994
Lucas Piccinin Lazzaretti - A DETURPAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONAL MODERNA.....	5012
Marcel Vitor de Magalhães E Guerra - SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE BOBBIO: PESQUISA ENRIQUECIDA POR APONTAMENTOS EXTRAÍDOS DE ENSAIO INÉDITO NO BRASIL, SANZIONE, CEDIDO PELA FAMÍLIA DO AUTOR AO CENTRO DE ESTUDOS NORBERTO BOBBIO, EM SÃO PAULO.....	5025
Marcelo Maciel Ramos - A LIBERDADE NO PENSAMENTO DE HEGEL.....	5058
Nadieje de Mari Pepler - DO ETNOCENTRISMO AO ETNOCÍDIO: A TOTALIDADE E SUA BANALIDADE.....	5061

Renata Ovenhausen Albernaz - AS PROPOSTAS TEÓRICAS DE DELIMITAÇÃO DA JURIDICIDADE NO PLURALISMO JURÍDICO.....5084

HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Alessandra Matos de Araújo - A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO À EDUCAÇÃO.....5114

Caroline Müller Bitencourt; Mônia Clarissa Hennig Leal - HERMENÊUTICA JURÍDICA: A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE PETER HÄBERLE NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....5132

Daniel Barile da Silveira - A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESTUDOS SOBRE A COMPLEXIDADE SOCIAL E DECISIONISMO NO UNIVERSO JURÍDICO.....5156

Eliane Fontana; Josiane Petry Faria - O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NUMA PERSPECTIVA VALORATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS : ALGUNS PRESSUPOSTOS.....5167

Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer - HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA CONCRETUDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA BRASILEIRA.....5179

Filipe Madsen Etges - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....5204

Gabrielle Bezerra Sales; Gilvan Linhares Lopes - A (NOVA) TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: FRAGMENTOS DE (NOVOS) CONCEITOS PARA OUTRAS APROXIMAÇÕES ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO.....5226

Hermano de Oliveira Santos - EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA QUE RECONHECE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....5239

Jussara Seixas Conselvan - UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....5267

Lutiana Nacur Lorentz; Rubia Carneiro Neves - ATLETAS E ENTIDADES DESPORTIVAS - ABORDAGENS NA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E EMPRESARIAL.....5285

Marcella Alves Mascarenhas - SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....5311

Mariana Falcão Soares - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA JURÍDICA GARANTISTA E SUA CONCRETIZAÇÃO ATRAVÉS DA TÓPICA DE THEODOR VIEGWEG.....	5335
Miguel Salih El Kadri Teixeira - A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO À LUZ DO EFETIVO MODELO DE ESTADO PREVISTO NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1.988.....	5353
Norma Sueli Padilha; Vivian Bacaro Nunes Soares - A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE CONVIVÊNCIA DAS NORMAS: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	5368

HERMENÊUTICA, TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO

Ana Katarina Fonteles Soares; Paulo Antonio de Menezes Albuquerque - MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA “NATUREZA DAS NORMAS” À IDENTIDADE PROBLEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.....	5385
André Pires Gontijo; Christine Oliveira Peter da Silva - ANÁLISE METODOLÓGICA DE PETER HÄBERLE.....	5398
Carolina Grant Pereira - HERMENÊUTICA JURÍDICA E CONSTRUÇÃO DO SUJEITO NA PÓS-MODERNIDADE.....	5427
Cláudio Ladeira de Oliveira - “DIREITO COMO INTEGRIDADE” E “ATIVISMO JUDICIAL”: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	5444
Daniel Oitaven Pamponet Miguel - INTERPRETANDO A DISCRICIONARIEDADE (ADMINISTRATIVA) E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS (?) SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM.....	5480
Érico Marques de Mello - LEI E ÉTICA.....	5495
Guilherme Scotti - UMA CONCEPÇÃO PÓS-ILUMINISTA DE RAZÃO NA REFLEXÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE O DIREITO MODERNO.....	5524
Ivan Martins Tristão; Zulmar Fachin - TEORIA GERAL DO DIREITO E SUAS RELAÇÕES COM A NOVA HERMENÊUTICA E O (NEO)CONSTITUCIONALISMO.....	5546
João Henrique Vasconcelos Arouck - OS PRÉ-CONCEITOS SUBJETIVOS DO INTÉRPRETE.....	5575
Larissa Maria Melo Souza; Luiz Eduardo de Lacerda Abreu - O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CASUÍSTICA DA ADI Nº 3510: UMA ETNOGRAFIA CONSTITUCIONAL.....	5592

Luiza Ferreira Campos - UM OLHAR SOBRE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: PELA NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO A PARTIR DE SUAS RAÍZES.....	5610
Marcel Moraes Mota - RACIONALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	5630
Paulo Henrique Blair de Oliveira - JURISDIÇÃO, RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA: COMENTÁRIOS À REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS À LUZ DO DEBATE HABEMAS/GADAMER.....	5647
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa; Viviany Almeida Loureiro - A VERDADE DA ARTE NA HERMENÊUTICA DE GADAMER E SUA APLICAÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.....	5670
Rogério Borba da Silva; Vinicius da Silva Scarpi - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE – CONSIDERAÇÕES SOBRE TÉCNICA E FILOSOFIA.....	5687

HISTÓRIA DO DIREITO

Ana Paula Araújo de Holanda; Valter Moura do Carmo - A FAMÍLIA REAL E A CONSTRUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL.....	5703
Bernardo Brasil Campinho - ENTRE A RUPTURA E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA NAÇÃO: SISTEMA DE DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NO BRASIL.....	5726
Bernardo Costa Couto Maranhão; Daniel Vieira Sarapu - A MEMÓRIA EM DISPUTA E O DIREITO: ENTRE O SILÊNCIO IMPOSTO E O RECONHECIMENTO LEGITIMADO.....	5741
Celso Rodrigues - ÍNDIOS, ESCRAVOS E LIBERTOS: AS “RAÇAS FORMADORAS DO POVO BRASILEIRO ” E A PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NACIONALIDADE NA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DE 1823.....	5754
Claudomiro Batista de Oliveira Junior; Vladimir da Rocha França - AFIRMAÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	5777
Delton Ricardo Soares Meirelles - MAGISTRADOS E PROCESSO: IMPRESSÕES DA LITERATURA JURÍDICA NACIONAL.....	5796
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez; Fernanda Cristina Covolan - SESMARIAS, LEI DE TERRAS DE 1850 E A CIDADANIA – SISTEMA LEGAL X SISTEMA SOCIAL.....	5808
Gilson Ciarallo - ADVENTO DO CASAMENTO CIVIL E O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL.....	5823

Janaina Rigo Santin - A NOÇÃO HISTÓRIA DO PODER LOCAL NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.....	5852
Nadieje de Mari Pepler - PLURALISMO JURÍDICO, ESCRAVIDÃO E LIBERTAÇÃO NO IMPÉRIO DO BRASIL: ESPUMAS FLUTUANTES?.....	5870
Ricardo Adriano Massara Brasileiro - PANDECTISMO NAS DOCTRINAS CIVILISTA E CONCRETA DA AÇÃO.....	5894

O DISCURSO JURÍDICO E A CRISE DO POSITIVISMO

Ana Lucia Brunetta Cardoso; Denise Bittencourt Friedrich; Liane Tabarelli - GLOBALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.....	5920
Bernardo Abreu de Medeiros - POSITIVISMO JURÍDICO EM CRISE? A TRADIÇÃO POSITIVISTA EM DEBATE.....	5931
Christiany Pegorari Conte - A APLICABILIDADE DA TEORIA ESTRUTURANTE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO FACE À CRISE DO POSITIVISMO CLÁSSICO.....	5953
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão - POR UM PARADIGMA DE ESSENCIALIDADE DO DIREITO QUE DÊ EFICÁCIA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS QUE TULELAM A DIGNIDADE HUMANA.....	5966
Germana Parente Neiva Belchior; Rui Verlaine Oliveira Moreira - A IMPORTÂNCIA DA LÓGICA JURÍDICA E DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA O OPERADOR DO DIREITO.....	5982
Giovani da Silva Corralo - A LÓGICA JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DO SILOGISMO JUSPOSITIVISTA.....	6003
João Freitas de Castro Chaves; Pedro Didier de Moraes Ferreira - A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO NO MODELO DEMOCRÁTICO: DA MORAL CONVENCIONAL À RAZÃO COMUNICATIVA.....	6026
Reginaldo Rodrigues da Costa - O PROBLEMA DA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS SENTENÇAS JURÍDICAS.....	6040
Rodrigo de Souza Tavares - O POSITIVISMO INCLUSIVO.....	6063

POLÍTICAS PÚBLICAS E HUMANISMO

Alexandre Bernardino Costa; Gustavo Rabay Guerra - DIREITO A QUE CIDADE? A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO À MORADIA E AO CONVÍVIO DIGNOS NA PAISAGEM URBANA (A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E DA DEMOCRACIA)	6084
--	------

Alvaro Dos Santos Maciel - PESSOAS COM DIFICIÊNCIA: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO.....	6112
Antonio Walber Matias Muniz - A VISIBILIDADE DA PESSOA DEFICIENTE COMO POLÍTICA PÚBLICA DECORRENTE DO 1º TRATADO DE DIRETOS HUMANOS NO BRASIL.....	6123
Carolina Fatima de Souza Alves; Cláudia Maria Barbosa - PROJUDI: INSTRUMENTO DE COMBATE À MOROSIDADE JUDICIÁRIA E DE ESTÍMULO À TRANSPARÊNCIA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	6148
Daniel Addor Silva - POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA PÚBLICA: FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL.....	6171
Diogo Frantz; Ricardo Hermany - O PAPEL DO LEGISLATIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA HUMANISTA.....	6191
Felipe Campos Lucena; Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da Silva - O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	6219
Flávio Couto Bernardes - A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO.....	6233
Ionnara Vieira de Araujo; Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega - SISTEMA AGROPECUÁRIO DE PRODUÇÃO INTEGRADA: ALCANCE DOS DIREITOS COLETIVOS E DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL?.....	6253
Maurício Gonçalves Saliba; Paulo Mazzante de Paula - O ACESSO À EDUCAÇÃO PELA VIA PROCESSUAL: FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL.....	6272

PROPRIEDADE INTELECTUAL

Camila Bruna Zanetti; Fabiano Gomes; Giovani Clark - PROPRIEDADE DO CONHECIMENTO: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, EXISTÊNCIA DIGNA E JUSTIÇA SOCIAL ATRAVÉS DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO.....	6289
Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza - PROTEÇÃO PATENTÁRIA E INOVAÇÃO NAS INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS: OS MECANISMOS DO EVERGREENING E AS ALTERNATIVAS DO FAIR FOLLOWERS.....	6309
Clarissa Bueno Wandscheer - IMPACTOS DA LEGISLAÇÃO NACIONAL NA PROTEÇÃO DE SABERES TRADICIONAIS: CONTRIBUIÇÃO PARA A SUA REPRODUÇÃO OU MECANISMO PARA A SUA EXTINÇÃO?.....	6337
Daniela Regina Pellin - PRINCÍPIOS E DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS.....	6359

Danielle Annoni; Marcos Wachowicz - ESTUDO SOBRE O DIREITO DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS.....	6380
Fábio Gabriel de Oliveira - O ATIVO INTANGÍVEL DOS BENS IMATERIAIS E DA ORGANIZAÇÃO PRODUTIVA DA EMPRESA COMO ATRIBUTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL.....	6398
Henrique Vitali Mendes - A GESTÃO COLETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL À LUZ DO ART. 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	6420
Leonardo José Peixoto Leal; Monique Tavares de Figueiredo; Rômulo Weber Teixeira de Andrade - EFEITOS DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NO CASO EFAVIRENZ: UMA ANÁLISE DE LAW&ECONOMICS.....	6436
Marco Antônio Sousa Alves - GENEALOGIA E CRÍTICA DO DIREITO AUTORAIS: COLOCANDO EM QUESTÃO O AUTOR E AS FORMAS DE FOMENTO E PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS.....	6452
Renato Franco Pacanaro; Victor Hugo Tejerina Velázquez - PROPRIEDADE INTELECTUAL: SEMICONDUTORES, POLÍTICA INDUSTRIAL E DE INOVAÇÃO.....	6469
Roberto Chacon de Albuquerque - PATENTES FARMACÊUTICAS E ACESSO A MEDICAMENTOS.....	6483

RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS

Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Renata Holzbach Tagliari - O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, A TEORIA HUMANISTA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO MEIOS DE VALORIZAÇÃO DO AFETO QUANDO DO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULOS DE FILIAÇÃO.....	6513
Allan Rocha de Souza; Raul Murad Ribeiro de Castro; Vitor de Azevedo Almeida Junior - OS EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL BRASILEIRAS.....	6530
Ana Cecilia Parodi; Carlyle Popp - RESSIGNIFICAÇÃO DO PATRIMÔNIO E RECATEGORIZAÇÃO DOS DANOS CIVIS, EM UMA PERSPECTIVA CONCEITUAL CONTEMPORÂNEA.....	6559
Antonio Nilo Rayol Lobo Segundo - GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTOS PRIVADOS.....	6594
Assis da Costa Oliveira - IMPLICAÇÕES DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA CONSIDERAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COMO PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO.....	6609

Christiane Singh Bezerra; Leda Maria Messias da Silva - A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL COM VISTAS AO DIREITO DE PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	6639
Daniel Gomes de Miranda - MODOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	6662
Eduardo Goulart Pimenta; Fábio Gabriel de Oliveira - COMO O DIREITO PRIVADO PODE CONTRIBUIR PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL?.....	6680
Eduardo Oliveira Agostinho; Marcia Carla Pereira Ribeiro - RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS: UMA RELEITURA SOBRE A FUNÇÃO DO CAPITAL SOCIAL E OS RUMOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL.....	6708
Felipe Chiarello de Souza Pinto; Luis Manuel Fonseca Pires - A INVALIDAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E A PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ.....	6734
Frederico Eduardo Zenedin Glitz; Rosalice Fidalgo Pinheiro - CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: EM BUSCA DA COMPREENSÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL.....	6742
Henrique Lanza Neto - SOCIEDADE EM COMUM: REGULARIDADE E PROVAS DE SUA CONSTITUIÇÃO.....	6766
Jeferson Luiz Dellavalle Dutra - BOA-FÉ, EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: A POSSIBILIDADE DE UMA REFLEXIVIDADE SISTÊMICA ATRAVÉS DE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	6782
José Carlos Moreira da Silva Filho - A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO PENSAMENTO DE CHARLES TAYLOR: ALGUMAS PROJEÇÕES PARA OS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	6800
Josilene Hernandes Ortolan; Norma Sueli Padilha - O IMPACTO ECONÔMICO DO DIREITO: EM BUSCA DE UMA ECONOMIA MAIS JUSTA E DE UM DIREITO MAIS EFICIENTE.....	6827
Lucas Alexandre Barquette - O USO ESTRATÉGICO DA AUDITORIA JURÍDICA PARA O SUCESSO DO NEGÓCIO.....	6843
Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu - PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E TRABALHO HUMANO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL À LUZ DA DIRETRIZ DE TUTELA DA PESSOA.....	6867
Monnalisie Gimenes Cesca; Sueli Aparecida de Pieri - BREVE ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DA SÚMULA 491 DO STF: APLICABILIDADE AOS CASOS DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTES QUE CAUSEM A MORTE DE MENOR.....	6895
Regiane Alonso Angeluci; Ronaldo Alves de Andrade - ASPECTOS JURÍDICOS DAS COMUNIDADES VIRTUAIS.....	6909

Vivian Bacaro Nunes Soares - INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CF/88, À LUZ DOS FUNDAMENTOS DA SOCIALIDADE, FRATERNIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....6929

RELAÇÕES SOCIAIS E INTERESSES DIFUSOS

Alex Ferreira Batista; Rodolfo Grellet Teixeira da Costa - REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL.....6947

Ana Stela Vieira Mendes; Emmanuel Teófilo Furtado - OS DIREITOS HUMANOS DE 5ª GERAÇÃO ENQUANTO DIREITO À PAZ E SEUS REFLEXOS NO MUNDO DO TRABALHO - INÉRCIAS, AVANÇOS E RETROCESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO.....6970

Elias Evangelista de Souza - NOVOS RUMOS DO PROCESSO COLETIVO E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS.....6990

Enzo Bello - CONFLITOS SÓCIO-AMBIENTAIS NA SOCIEDADE DO RISCO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS LITÍGIOS FUNDIÁRIOS NO JARDIM BOTÂNICO.....7005

Judith Karine Cavalcanti Santos - SOMBRA DO PASSADO: DIREITO À MEMÓRIA DAS EX-COLÔNIAS.....7037

Juliana Maria Matos Ferreira; Natália Chernicharo Guimaraes; Vicente de Paula Maciel Júnior - A INADEQUADA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NOS DIREITOS DIFUSOS.....7051

Leda Lúcia Soares; Marinella Machado Araújo - A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CULTURA POLÍTICA BRASILEIRA: COMO ENFRENTAR O PROBLEMA DA FORÇA SIMBÓLICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?7067

Priscila Simões Garcia Oliveira - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....7084

SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Ana Paula Vasconcellos da Silva - O DIREITO TRIBUTÁRIO AMBIENTAL E A ISENÇÃO DE IMPOSTO TERRITORIAL RURAL NA RESERVA PARTICULAR DO PATRIMÔNIO NATURAL.....7100

Ana Rita Nascimento Cabral; Maria Lírda Calou de Araújo e Mendonça - A GÊNESE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE SOB A TEORIA DO FATO GERADOR.....7118

Antônio Carlos Diniz Murta - BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS COMO ELEMENTOS FRAGILIZADORES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS ENTRE O ESTADO E O SUJEITO PASSIVO NO BRASIL.....	7142
Eloi Cesar Daneli Filho; Hugo Thamir Rodrigues - REPÚBLICA E TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	7163
Érico Hack; Roberto Ferraz - EXCEÇÕES ÀS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR: A MOTIVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO TRIBUTO COMO REQUISITO DE SUA VALIDADE E DE MANUTENÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL.....	7189
Fellipe Cianca Fortes; Marlene Kempfer Bassoli - O REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO-AMBIENTAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	7204
Flávio Couto Bernardes; João Paulo Fanucchi de Almeida Melo - O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A JUSTA TRIBUTAÇÃO DO IPVA.....	7222
Ivo Jose Kunzler - A MUTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A SEGURANÇA JURÍDICA, A CONFIANÇA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS ÀS DECISÕES.....	7254
Karoline Lins Câmara Marinho; Vladimir da Rocha França - TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	7274
Lauriana de Magalhães Silva; Marcos Aurélio Pereira Valadão - CONSTITUIÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE NÃO-RESIDENTES EM TÍTULOS PÚBLICOS NO BRASIL.....	7299
Renato Alexandre da Silva Freitas - A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.....	7325
Ronaldo Lindimar José Marton - “A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA” E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – A UTILIZAÇÃO DE IMÓVEIS DA UNIÃO POR PARTICULARES.....	7341
Rosemary Cipriano da Silva - A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA ATRAVÉS DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.....	7363
Tathiana Laiz Guzella - A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE - ALGUNS ENFOQUES.....	7383
Tereza Carolina Castro Biber Sampaio; Frederico Félix Gomes - PRIVACIDADE DOS CONTRIBUINTES BRASILEIROS EM FACE DAS AUTORIDADES NORTE-	

AMERICANAS - O ACORDO ENTRE BRASIL E EUA PARA INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES FISCAIS.....	7412
---	------

TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS E PENSAMENTO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Alceu José Cicco Filho; Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha - REFORMA POLÍTICA, FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO.....	7438
--	------

Alessandro Martins Prado; Claudia Karina Ladeia Batista - NEOCONSTITUCIONALISMO, A REVANCHE DE GRÉCIA SOBRE ROMA E O ATIVISMO JURISDICIONAL.....	7461
--	------

Ana Katarina Fonteles Soares; Martônio Mont'alverne Barreto Lima - CONSTITUIÇÃO E REALIDADE: TRANSFORMAÇÕES INERENTES À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	7488
---	------

Ana Lucia Pretto Pereira; Cláudia Honório; Heloísa da Silva Krol - INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: PROTEÇÃO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.....	7507
--	------

Angel Rafael Mariño Castellanos; Gilberto Fachetti Silvestre - A RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTERFACES DA SÚMULA VINCULANTE E DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	7533
---	------

Antonio Moreira Maués - CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO VINTE ANOS DEPOIS.....	7552
--	------

Antonio Poli Navega; Mariana Barboza Baeta Neves; Prof. ^a Dr. ^a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha - ESTUDO NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY PARA POSSÍVEL APLICAÇÃO E ADAPTAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	7572
---	------

Felipe Dias Ribeiro; Jorge Renato Dos Reis - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE HUMANA ATRAVÉS DA PROPORCIONALIDADE.....	7592
--	------

Francisco Carlos Duarte; Luiz Henrique Urquhart Cadernartori - A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO.....	7608
--	------

Francisco Jório Bezerra Martins - A INTERVENÇÃO ESTADUAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO: DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS INÓCUOS? UMA ANÁLISE CRÍTICA AO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL NOS MUNICÍPIOS.....	7619
--	------

Gabriela Mansur Soares; Mariano Henrique Maurício de Campos - 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: EM QUE AVANÇAMOS NA CONSTRUÇÃO DA SOBERANIA POPULAR?	7650
Gabrielle Bezerra Sales; Gilvan Linhares Lopes - TRANSVERSALIDADE DS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.....	7665
Gustavo Antunes Sengès - AS CORTES SUPREMAS: GUARDIÃES DA CONSTITUIÇÃO OU DE INTERESSES MINORITÁRIOS.....	7680
Jorge Gomes de Souza Chaloub - MULTIDÃO E PODER CONSTITUINTE: APONTAMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	7694
José Ribas Vieira; Rodrigo de Souza Tavares; Vanice Regina Lírio do Valle - ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	7711
Julio Cesar Silva Lucas; Rodrigo André Radin - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE à “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E OU “POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO”	7736
Luís Alexandre Carta Winter; Marcos Wachowicz - ESTUDO EPISTEMOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO E DA REVOLUÇÃO: UM FUNDAMENTO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO.....	7762
Marco Gérard Skinner Styzei - A VIDA POLÍTICA NO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	7781
Saul Tourinho Leal - ATIVISTA OU ALTIVO? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	7796

TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO

Bruna Adnet Grisolia; Leonardo Rabelo de Matos Silva; Marcus Lannes Loureiro - MOBILE: O NOVO EMPREGADO.....	7810
Fernanda Antunes Marques - DISPENSA IMOTIVADA: CAPTURA DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR.....	7826
Guilherme Machado Casali - DA ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL FRENTE À PROPOSTA DE ANTHONY GIDDENS.....	7853
Ivana Aparecida Grizzo Ragazzi - AÇÕES AFIRMATIVAS: A INCLUSÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO.....	7872

Jeferson Nogueira Fernandes - REGULAMENTAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SEXO NO BRASIL.....	7900
Leila Maria da Juda Bijos - GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÕES E MULTICULTURALIDADE.....	7917
Lilian Katiusca Melo Nogueira - REFLEXÕES ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ESFERA PÚBLICA.....	7937
Luis Otávio Vincenzi de Agostinho; Paulo Mazzante de Paula - A SOLUÇÃO DO CONFLITO TRABALHISTA ATRAVÉS DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA: A CRISE ENTRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EVENTUAL OBRIGATORIEDADE LEGAL.....	7961
Luiz Cláudio Moreira Gomes - A COOPERATIVA DE CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS DE JARDIM GRAMACHO - COOPERGRAMACHO: UMA NOVA IDENTIDADE SOCIAL A PARTIR DO TRABALHO COOPERATIVO.....	7976
Marco Antônio César Villatore; Rodrigo Fortunato Goulart - PROTEÇÃO AO TRABALHADOR ECONOMICAMENTE DEPENDENTE: PROPOSTAS PARA UM NOVO CONTRATO DE TRABALHO.....	7991
Pedro Augusto Gravatá Nicoli - TRABALHO ENCARCERADO E PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS: REFLEXÕES À LUZ DA CONVENÇÃO 29 DA OIT.....	8017
Thiago Chohfi - O PAPEL DOS NOVOS ATORES GLOBAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	8044
Zélia Luiza Pierdoná - A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS DEPENDENTES DOS TRABALHADORES PRESOS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE INSTITUÍDO PELA EC Nº 20/98 AO AUXÍLIO-RECLUSÃO.....	8061

VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE

André Luís Luengo - A EFETIVIDADE DA POLÍCIA CIDADÃ NO COMBATE À CRIMINALIDADE.....	8080
Andrine Oliveira Nunes; Lilia Maia de Moraes Sales - ATUAÇÃO POLICIAL, MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E DIREITOS HUMANOS.....	8095
Carla Appollinario de Castro - GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO, TRABALHO PRECARIZADO, DESEMPREGO E ESTADO PENAL.....	8110
Carla Caldas Fontenele Brizzi; Michel Pinheiro - VIOLÊNCIA E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NO SISTEMA PRISIONAL CEARENSE.....	8135

Caroline Fockink Ritt; Rosane Teresinha Carvalho Porto - NOVOS DESAFIOS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE GÊNERO: UMA ABORDAGEM SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.....	8155
Geraldo Ribeiro de Sá - CIDADANIA, PRISÃO E SOCIEDADE CIVIL.....	8178
Gustavo Valeriano Moraes - A ESTRUTURA URBANA E SUA INTERLIGAÇÃO SOCIAL COM O CRIME.....	8200
Luciano Monti Favaro - GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE DO CRIME.....	8214

Apresentação

“Nenhuma cousa se pode prometer à natureza humana mais conforme ao seu maior apetite, nem mais superior a toda a sua capacidade, que a notícia dos tempos e sucessos futuros; e isto é o que oferece (...) esta nova e nunca ouvida história” (VIEIRA, Pe. Antônio. *História do futuro*. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil, 1937 [?], p. 31.)

Tive uma professora de História, a quem perguntei como ela nunca fora presa durante o regime militar, que varreu a liberdade do Brasil por mais de vinte anos. Ela me respondeu que, durante aqueles anos negros, fazia algo que chamava de “operação cupim”: comia a madeira das cadeiras por dentro, que pareciam externamente intactas, até que alguém nelas se assentasse. Tenho a impressão que a comunidade científica jurídica tem trabalhado dessa mesma forma, ao longo dos últimos trinta anos. Quando abro as páginas dos livros escritos no início dos anos oitentas por professores da UnB, como Roberto Lyra Filho, Roberto Aguiar e José Geraldo de Souza Júnior, atual reitor da instituição, fico pensando em que medida haveria lugar, hoje em dia, para as críticas que esses autores então fizeram à dogmática jurídica e aos próprios professores de Direito. Quando consulto os trabalhos apresentados no XVII Congresso Nacional do CONPEDI, verifico que a dogmática jurídica brasileira é cada vez mais crítica, mais aberta ao diálogo com outras áreas de conhecimento e com culturas jurídicas estrangeiras, mais compromissada com a sociedade que a produz. Há cada vez menos lugar para os professores nefelibatas, ceguinhos e catedráticos, que Lyra Filho condenava em *Por que estudar Direito, hoje*; cada vez menos lugar para uma dogmática desvinculada da análise teórica e, sobretudo, sociológica, que Souza Júnior criticava em *Para uma crítica da eficácia do Direito*; cada vez menos lugar para o profissional (pesquisador ou advogado) que trabalhe segundo os moldes clássicos do profissional “autônomo” e “liberal”, que Aguiar criticava em *A crise da advocacia no Brasil*. Isso não significa que aqueles professores estivessem errados. De modo algum! O que ocorreu é que eles, juntamente com juristas como Luis Alberto Warat, Luis Edson Fachin e Paulo Bonavides, foram responsáveis pela formação dos pesquisadores e professores das gerações posteriores e, assim, foram capazes de produzir uma nova mentalidade, um novo *modus operandi* no Direito. Que prova maior do que essa podemos dar do sucesso da pós-graduação em Direito no Brasil?

De fato, estamos, desde então, escrevendo uma nova história, a história de nosso próprio futuro. Trata-se de um trabalho silencioso, realizado por cada um de nós, pesquisadores, alunos e professores, trabalho sério e consistente que vem ganhando, cada vez mais, reconhecimento pela comunidade científica não-jurídica, inclusive internacional.

Prova disso é este evento, realizados entre os dias 20 e 22 de novembro de 2008 na UnB, em Brasília, ao qual foram submetidos 805 trabalhos, dos quais 360 foram aprovados e efetivamente apresentados.

Mas a história ainda não está toda escrita. Há muitas questões por se responder, como, por exemplo, o dilema integração/qualidade representado pela investida de programas de pós-graduação em Direito estrangeiros em solo nacional, ofertando cursos que, geralmente, apesar de apresentarem um padrão de qualidade distante daquele dos programas nacionais, competem com um preço impraticável pela pós-graduação brasileira e reivindicam, talvez ilegitimamente, reconhecimento pelas instituições de ensino. Outra questão em aberto é a avaliação dos impactos das publicações científicas na área de Direito, que ainda precisa ser aprimorada, apesar dos avanços conquistados nos últimos cinco anos. Essas questões, que também foram objeto de debate no evento, mostram o inequívoco compromisso da área com a qualidade e com a produção de trabalhos que competem, em pé de igualdade, com os trabalhos de outras áreas de conhecimento, inclusive em outros países, e cujo impacto na sociedade, talvez mais do que em qualquer outra área de conhecimento, é evidente. Alguns insistem em não ver isso. Mas a cegueira, como provou o professor Lyra Filho, é característica daqueles que serão vencidos na história do futuro.

Professor Marcelo Campos Galuppo

Presidente do CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA DOS DIREITOS

SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA: O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS*

CONSTITUTIONAL MEANING OF ACCESS TO JUSTICE: THE MOST BASIC HUMAN RIGHTS

Adriana Fasolo Pilati Scheleder

RESUMO

O estudo do direito processual deve partir do ordenamento constitucional, pois as previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico. É o direito processual que deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e conferir efetividade às garantias constitucionais. Acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; mas implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Esta garantia, por sua vez, efetiva ao cidadão o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais. Seguindo tal entendimento, conclui-se que a garantia do acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico que passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; DEVIDO PROCESSO LEGAL; GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS.

ABSTRACT

The study of the procedural law it must leave of the constitutional order, therefore the forecasts constitutional confer unit to the legal system. The procedural law must assure the regular exercise of the state functions and confer effectiveness to constitutional guarantees. Access to justice does not mean mere availability to the citizen of a procedural instrument; but it implies, necessarily, a procedure that takes care to due process of law. This guarantee, in turn, accomplishes to the citizen the right to a process, in accord with the ditames constitutional, or either, in accordance with determined procedural guarantees constitutional, that, of a side, assure to the parts the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

exercise of its procedural subjective rights and, of another one, it's indispensable to the exercise of the jurisdiction in accordance with constitutional. Following such agreement, concludes that the guarantee of the justice access does not mean mere availability to the citizen of a procedural instrument; it implies, necessarily, a procedure that takes care to the constitutional procedural guarantees of the citizen in judgment. With this aiming, the process agreement evolves as a technician instrument who passes to be understood as a side to effective the constitutional guarantees.

KEYWORDS: ACCESS TO THE JUSTICE; DUE LEGAL PROCESS; PROCESSUAIS CONSTITUTIONAL WARRANTIES; PROCESSUAIS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.

1 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

A idéia de Constituição originou-se como uma forma de organização de uma comunidade. Qualquer comunidade política, qualquer sociedade, tem de ter uma Constituição para sua organização. As primeiras constituições no século XVIII, basicamente em 1787 e 1791, trouxeram a idéia de poder constituinte, um poder com supremacia hierárquica em relação a todos poderes jurídicos e públicos. Então, a partir da Assembléia, de um estudo sobre o processo democrático, fruto da expressão da soberania popular, surgiram normas fundamentais que vinculam tanto o governante quanto os governados, inclusive o próprio legislador. Desse processo, resultou um documento formal, fruto do poder constituinte, cujo intento foi inserir todas as normas materialmente constitucionais, todas as normas fundamentais à organização do Estado em sociedade. Assim, ao poder constituinte atribuiu-se a tarefa de constituir o Estado.

Em decorrência, à Constituição deve ser atribuída força superior, devendo ser interpretada como hierarquicamente superior a qualquer outra norma e ter uma força normativa. Konrad Hesse, ao escrever *A força normativa da Constituição*, reconheceu que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”[1].

Foi com a Constituição de 1988 que se marcou o campo do moderno Direito Processual Civil brasileiro. Nenhuma das cartas políticas anteriores havia traduzido igual preocupação com as garantias das partes na seara civil. Com ela surgiu o chamado “direito processual contemporâneo”, expressão que quer significar a inegável ligação existente entre o estudo do processo e as normas constitucionais com que aquele se relaciona.

É a Constituição que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico, o qual representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas, princípios e valores que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto inseridas numa sociedade. É nela que estão as linhas gerais para guiar o ordenamento jurídico, a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece[2].

A Constituição estabelece o processo justo, ou seja, estabelece princípios, normas e valores para assegurar a devida solução jurisdicional de conflitos, para assegurar um acesso à justiça qualitativo e uma efetiva tutela jurisdicional constitucional. A supremacia da Constituição deve ser assegurada, mas não basta a disposição de meios para se ter o acesso à justiça de forma quantitativa; deve-se assegurar a justiça processual, ou seja, um acesso à justiça qualitativo, que efetive as garantias processuais constitucionais, em especial o devido processo legal.

Por esse entendimento, como alude Jorge Miranda[3], as normas processuais devem ser lidas à luz dos princípios e das regras constitucionais. Deve-se verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais[4] e realiza-se pelo império das previsões constitucionais, cuja maior função é a proteção das garantias dos cidadãos. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

A garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a justiça constitucional, deve estar interligada com o sistema jurídico, ou seja, o direito processual, através do processo, deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e deve conferir efetividade às garantias constitucionais, as quais elegeram através de um processo democrático. Para Kelsen[5] a criação da lei e sua própria execução são funções do Estado: “Queste funzioni hanno esse medesimo carattere giuridico, giacchè consistono in atti giuridici. Sono o atti di creazione del diritto, cioè norme diuridiche, oppure atti di esecuzione del diritto dià creato, cioè di norme diuridiche già poste”.

Logo, enquanto a Constituição regula em sua linha essencial a formação das leis, a legislação aplica o Direito. Na concepção de Kelsen[6], a liberdade do legislador, subordinada somente à Constituição, encontra limitação relativamente fraca e seu poder de criação resta relativamente grande.

O sistema processual deve estar continuamente ligado e deve ser entendido através dos valores constitucionais, pois o processo não pode ser concebido simplesmente como mero instrumento técnico. Assim, o conceito moderno de processo envolve, obrigatoriamente, o devido processo legal. A título de exemplificação, será inconstitucional o processo que não atender à ampla defesa e ao contraditório; o processo deve atender, efetivamente, à ordem constitucional.

O direito de ação e o Judiciário apresentam-se como instrumentos de efetivação de todas as garantias constitucionais; constituem a estrutura de toda pirâmide, a qual não teria a menor consistência se não houvesse mecanismos eficientes de manutenção[7]. E esse “mecanismo eficiente de manutenção” está substanciado no processo, que tem “o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”[8].

Nas lições de Dinamarco, “o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis” [9]. Assim surgiu o chamado “direito processual constitucional”, que significa

o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo - relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem[10].

O direito processual civil integra o ramo do direito público e é regulado, além das normas infraconstitucionais, por normas, princípios e valores constantes na Constituição Federal. Assim, o direito constitucional processual é o conjunto de normas, princípios e valores do processo previstos na Lei Maior[11]. Segundo dita Guerra Filho, as análises da conexão do processo com a Constituição ampliam-se a ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”[12].

A efetividade dos princípios processuais constitucionais conduz a que o processo cumpra sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, o que traduz “a existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes”[13] e assegure as garantias processuais constitucionais.

O acesso almejado à ordem jurídica justa e, conseqüentemente, à efetividade do processo será alcançado com o cumprimento das garantias processuais constitucionais no processo, que, por sua vez, deve efetivar os preceitos e garantias que a própria Constituição contém e projeta sobre todo ordenamento jurídico.

Por outro lado, a ordem constitucional também sofre influências do processo, na medida em que será ele o instrumento de efetivação e preservação das normas constitucionais. Entre os diversos escopos de processo, fala-se em “justiça e celeridade”, ou de “celeridade e ponderação” [14], o que implica a necessidade de adotar meios tais que proporcionem o mais rapidamente possível a pacificação social no caso concreto, sem prejuízo da qualidade da decisão.

A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, é penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para o *due process of law*) é predisposta à efetiva fidedignidade aos desígnios do direito material.

Cumpra destacar que a Constituição garante a tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de suas liberdades em função do processo e da administração pública da justiça processual, “na medida em que cristalizam princípios axiológicos recolhidos do poder jurídico global do Estado e que se consolidam na sociedade política pela via direta da consciência pessoal e do sentimento jurídico do povo”[15]. Portanto, a Constituição é o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, onde se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

Os princípios constitucionais processuais “pressupõem todo o conhecimento fundamental de que o legislador deve dispor para a criação das leis processuais, ou seja, das normas jurídicas gerais do processo”[16].

Basicamente, os princípios constitucionais processuais regulam a criação das normas processuais e põem toda a estrutura do sistema político e do ato global em uma unidade sistemática, à qual tem direito todo cidadão. Isso traduz o que Hans Kelsen chama de *judicial control* de constitucionalidade das leis e também, por evidente, das leis processuais[17].

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo tem do processo[18]. A união dos princípios constitucionais compõe o sistema processual, razão pela qual aos princípios constitucionais atribui-se a característica de suprallegalidade em virtude da supremacia conferida à Constituição.

Além disso, infere-se que o processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, por ter como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição. Nesse sentido, também surge a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais são prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

O sistema constitucional de garantia do próprio processo, é o instrumento de efetivação dos direitos constitucionais. É através das garantias constitucionais que se verifica a regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, a constitucionalidade ou não das leis ordinárias. O respeito às garantias constitucionais processuais confere segurança e efetividade ao processo, outorga aos cidadãos um julgamento segundo os ditames constitucionais e concede às partes em juízo um efetivo acesso à justiça.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO PROCESSUAL

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e serve como instrumento para a efetivação de todos os demais princípios processuais, traduzindo-se num efetivo acesso à justiça, esse entendido em seu sentido *lato sensu*, ou, como a expressão adotada neste trabalho, um acesso à justiça qualitativo.

Devido processo legal é expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, que continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, teria sido o primeiro ordenamento a mencionar, de forma implícita, a referida locução, mas somente na esfera do processo penal, em seu aspecto protetivo.

Foi a Constituição Federal americana de 1787 que incorporou o princípio do *due process of law*, embora, antes disso, algumas constituições estaduais daquele país já o tivessem consagrado. A partir daí, então, o direito constitucional no sistema do *common law*, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a respeitar e conceder eficácia ao *due process of law* com determinação e firmeza. Em outras palavras, a corte, a partir

da promulgação da Constituição de 1787, passou a interpretar a cláusula *due process* de sorte a solucionar os casos concretos que lhe eram submetidos[19].

No sistema jurídico brasileiro a garantia do devido processo legal foi positivada com a Constituição Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Até então, nenhuma das constituições anteriores havia previsto expressamente tal princípio. Com a positivação constitucional, desse princípio, passou-se a discutir acerca de sua densificação e significação no contexto jurídico brasileiro, e não mais sobre sua presencialidade normativa.

Todo cidadão que sofre lesão ou ameaça de direito está autorizado a utilizar o devido processo legal. A vida, para se garantir o mínimo de dignidade, precisa de ordenamento, mesmo porque seria impossível entre indivíduos livres, em sociedade, viver sem solução de seus litígios. Então, o “processo é este mínimo de liberdade que o Estado dá a cada indivíduo, no sentido de impelir as partes a resolverem publicamente as suas relações jurídicas litigiosas[20]”.

Assim, em decorrência da natureza dialética e dinâmica do processo, o Estado cria constitucionalmente, conforme já exposto, o direito de ação, que é também um direito público subjetivo o qual dá ao titular da pretensão jurídica o direito da tutela jurisdicional através do processo. Esse direito de ação deve sempre vir acompanhado do devido processo legal, que visa assegurar a liberdade e igualdade das posições entre as partes no processo.

A inclusão do devido processo legal no texto constitucional ainda é muito comemorada, pois sua explicitude do novo texto alcançou a Carta ao nível das mais avançadas do mundo em termos de garantia da tutela jurisdicional. “Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza”[21].

Calmon de Passos enfatiza que o devido processo legal ganhou nova dimensão, revestindo-se do caráter mais abrangente de “devido processo constitucional”. Recordando os ensinamentos de Andréa Proto Pisami, o autor salienta que, “assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual”. Portanto, há uma dependência recíproca entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, Calmon de Passos esclarece que o escopo do processo é, precisamente, assegurar o que, e tão só, foi prometido pelo direito material, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo.

Portanto, entende-se o devido processo legal tanto no aspecto procedimental (perante o Judiciário) quanto no aspecto substantivo (perante os poderes Executivo e Legislativo). Não é simplesmente uma garantia processual, visto que contém um aspecto substantivo que instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados a fim de evitar intromissões arbitrárias. A positivação do devido processo legal no texto constitucional de 1988 “tem provocado um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais”[22]. Assim agindo, obtém-se uma visão unitária do ordenamento jurídico, pela qual se interpreta a norma em conformidade com a Constituição.

Considerando tal concepção, surgem determinados subprincípios, chamados a concretizar o devido processo legal. Maria Rosynete esclarece que tais subprincípios “não são colorários, deduções, ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado”. Por isso, a autora denomina-os de “subprincípios”, não os considerando subespécies do devido processo legal. “A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizam” [23].

A garantia do devido processo legal efetiva ao cidadão o direito ao processo, mas o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais.

Por conseguinte, o devido processo legal, além de significar a igualdade de tratamento entre as partes em decorrência de um processo judicial com a finalidade de propiciar uma solução justa do processo - sentido processual, também vincula o Poder Legislativo em sua primordial tarefa de elaborar leis, vinculando-as às normas constitucionais - sentido substantivo. A lei deve ser formada de acordo com os ditames constitucionais, pois, como já se viu, esses emanam da sociedade; a legislação é uma função de atuação dos direitos e da justiça totalmente vinculada aos princípios constitucionais. O devido processo legal constitui-se, pois, em referência de constitucionalidade, quando o legislador, a pretexto de conformar determinado direito fundamental, acaba por atingir seu núcleo essencial[24].

Com efeito, a garantia do devido processo legal vai além de instrumento de controle de legalidade, pois seu alcance serve também de “limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito”, e de proteção processual-constitucional do cidadão contra eventuais abusos praticados pelo Estado. Ada Pellegrini Grinover[25], em 1985, já incentivava determinado comportamento do juiz na condução das ações judiciais, pois assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*lato sensu*) em geral não é suficiente: não basta que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório, que a autoridade jurisdicional presida à colheita de todas as provas, nem que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente. É necessário que o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada pela utilização de todos os meios necessários para influir sobre seu consentimento, sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo, irremediavelmente viciado.

Assim, para a realização do devido processo legal em seu âmbito substantivo, conforme Maria Rosynete, é essencial a atenção a dois postulados[26]: o da proporcionalidade (de origem germânica) e o da razoabilidade (de origem norte-americana)[27]. É necessário proteger as garantias constitucionais do cidadão contra qualquer modalidade de legislação, e deve haver um equilíbrio entre essas garantias e o exercício do poder estatal.

Carlos Roberto Siqueira de Castro[28] assinala que o “postulado da ‘razoabilidade das leis’ promana forçosamente da aplicação de caráter ‘substantivo’ (substantive due process) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição”. No entanto, o limite do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio da isonomia. Ambos devem ser aplicados de forma concomitante e harmônica, pois a igualdade de tratamento deve ser proporcional entre as partes.

Com base em Calmon de Passos[29], infere-se que, para a realização efetiva da garantia do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições: “a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório”.

Desse modo, no tocante ao devido processo legal em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5, inc. 1º), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 5, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI), e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5, inc. XI e art. 52, inc. XII).

O devido processo legal apresenta-se como um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso, ou, ainda, não se estabelecerá um acesso qualitativo, ou seja, de modo a cumprir o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que tal princípio deve ser entendido.

3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A expressão “acesso à justiça” tem um significado e uma idéia que variam no tempo. O instituto sofreu influências de natureza política, religiosa, sociológica, filosófica e histórica, traduzindo a evolução da luta do cidadão pela afirmação de seus direitos fundamentais.

Atualmente, com o surgimento de novos meios de comunicação e das conquistas trabalhistas, formam-se novos movimentos sociais das mais variadas segmentações, o que resulta na luta pela efetivação das garantias abarcadas pelo ordenamento jurídico e na discussão do real significado do acesso à justiça. Assim, acaloram-se os debates acerca de questões que envolvem celeridade processual e efetivação da justiça e de questões ligadas diretamente com a pessoa, como a proteção à dignidade e à justiça de forma ampla.

Entretanto, foi através da garantia do acesso à justiça que todo cidadão passou a ter direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais. Evidencia-se tal garantia na redação do inciso XXXV, entre outros, do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como bem referencia Araken de Assis[30], o Estado, ao proibir aos cidadãos resolverem por si suas contendas, avocou-se o poder de resolver os conflitos de interesses inerentes à vida social e, correlatamente, adquiriu o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição. O autor, remetendo à doutrina de Augusto Tavares Rosa Marcacini[31], esclarece a distinção de três institutos: a) a assistência jurídica integral, que compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; b) a assistência judiciária, ou seja, o serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público; c) a gratuidade da justiça, que envolve a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, e alterações posteriores.

Entretanto, o acesso à justiça não se resume ao acesso ao processo. Nessa perspectiva, decorrem normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais não só do inciso citado, mas de outros, tais como nas normas que garantem indenização pela violação à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a necessidade de pressupostos de flagrante delito e de ordem judicial para prisão ou violação do lar e as garantias do devido processo legal e da legítima defesa.

A dissertar sobre a diferenciação entre “direitos naturais”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos do cidadão”, Bezerra leciona que, quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fíncadas na teoria do direito natural[32].

Outrossim, no sentido de direito fundamental, previsto pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça formal e material. Cappelletti e Garth[33] esclarecem que o acesso à justiça formal não corresponde a uma igualdade efetiva, mas apenas formal. O acesso à justiça deve ser realmente alcançado a todos, igualmente.

Na entender de Benedito Espanha[34], como o processo apresenta-se como meio de se administrar a justiça e de se garantir a ordem constitucional, deve ser alcançado a todos os cidadãos. O processo é uma instituição jurídica do Estado, um instrumento público, hábil e técnico, de composição do litígio jurídico pela função jurisdicional do Estado, que, por conseguinte, tem o dever, dentro dos limites de respeito ao poder jurídico e de liberdade de agir das partes e dentro dos limites de formalismo do Direito Positivo, de manter incólume o direito de cada um.

Benedito Hespanha[35] esclarece ainda que justiça é um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida da relação não teria finalidade; por ser um ideal a que se aspira e, portanto, inatingível, de certa forma, é alcançado por meio da justiça objetiva, que, na realidade prática, é a meta-valor do Direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é bem ou valor supremo almejado pelo Direito, a qual consiste em estar ao serviço do bem comum. No

entendimento de Recásens Siches, a noção de justiça vem sempre ligada à de igualdade, “a balança de pratos nivelados”. [36]

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo [37], ou seja, não se trata, apenas, de possibilitar o acesso, mas esse acesso deve ser qualificado, possibilitando que os cidadãos se defendam adequadamente. De fato, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth [38], o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, mas, também, o ponto central da moderna processualística, cujo estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

É o entendimento também de José Rogério Cruz e Tucci [39], que, ao discorrer sobre as dilatações indevidas no processo, afirma não bastar que se assegure o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o direito ao processo; delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade desse direito ao processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça e dentro de um tempo justo para a consecução do escopo que lhe é reservado.

Nessa perspectiva, os Juizados Especiais são considerados um notável meio de acesso à justiça. Todavia, um acesso somente quantitativo, não qualitativo; um procedimento, do ponto de vista constitucional, especial para o cidadão comum, diferenciado dos demais.

A Defensoria Pública também traduz um exemplo de efetivação dessa garantia. Além de propiciar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica para quem comprova insuficiência de recursos para tanto, também efetiva a garantia de assistência judiciária.

Por outro lado, como bem observa Bezerra ao discorrer sobre o acesso à justiça numa visão sociológica, o processo tem, sobretudo, função política no Estado social. Por isso, deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de garantia constitucional, assegurando a todos pleno acesso à tutela jurisdicional, como uma das vias de acesso à justiça que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa.

O fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade. O uso equivocado do sentido de acesso à justiça através de uma única visão possível, a saber a via judicial, é fruto de preconceito fortemente arraigado [40]. Nesse sentido é a interpretação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis para alguns doutrinadores [41], posição da qual se discorda. O acesso à justiça não pode simplesmente ser alcançado aos cidadãos através do acesso a uma ação, sem que lhe seja assegurado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que, por exemplo, as partes possam defender-se e produzir provas para influenciar o livre convencimento do juiz.

Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade, obviamente os mais pobres, a comunidade cria meios específicos de solução de seus conflitos e satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo, como acontece com as relações estabelecidas no interior das favelas [42].

Ao contrário do que várias decisões judiciais[43] demonstram, o acesso à justiça, além de ser um direito supraconstitucional, não se concretiza somente com a dispensa de custas (assistência judiciária) e assistência advocatícia (assistência jurídica), como se verifica na maioria dos juízos. Para que o acesso à justiça não seja meramente formal, o que seria pensar numa perspectiva leiga, deve ir ao encontro dos direitos já consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. Como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth[44], a garantia ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos; é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda, efetivamente, garantir, não apenas proclamar os direitos de todos.

Outrossim, numa perspectiva técnico-jurídica[45], o acesso à justiça em seu sentido formal deve oferecer a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), garantir a toda a obediência ao devido processo legal e à legítima defesa, assim como possibilitar intensa participação na formação do convencimento do juiz que julga a causa.

Para a efetividade do processo, como comentam Dinamarco, Cintra e Grinover[46], assim cumprindo sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo sistema, tais como: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; b) o modo-de-ser do processo (observação do devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Acesso à justiça não significa, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário, ou uma mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental – perante o Judiciário – como no substancial – perante o Executivo e Legislativo. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro tem sido alvo de críticas pela sua morosidade processual, por apresentar custos altos e um sistema jurídico burocrático. É evidente, pois, de que se necessita de mecanismos que conduzam ao “desafogo dos tribunais superiores”, a um rápido e célere acesso à justiça ao alcance do cidadão. Entretanto, não se pode, em nome de uma demanda processual quantitativa, renegar um processo justo, conforme os ditames constitucionais. A efetividade meramente instrumental não conduz a um efetivo acesso à justiça.

O processo e a garantia de seus predicamentos aparecem como instrumento de atuação da justiça, sendo o devido processo legal meio de efetivação do acesso à justiça, ambos alçados ao nível de direito fundamental. Entretanto, com tal afirmação não se quer apenas vislumbrar o aspecto formal do acesso à justiça, que, como já visto, também significa a garantia dos direitos fundamentais. Não basta a garantia do acesso à justiça compreendida apenas como ingresso do pleito frente ao Judiciário, mas, sim, deve ser qualitativo, ou seja, deve efetivar o direito processual e material legitimando o exercício

da função jurisdicional, atendendo ao devido processo legal, garantia esta que assegura um procedimento adequado com determinados postulados constitucionais.

Hoje não se estuda mais a disciplina de processo em sua esfera fechada, mas faz-se uma interpretação sistemática do Direito, ou seja, interpreta-se o processo de acordo com os institutos constitucionais que o regem. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico, ou seja, o processo também passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, também surge a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais são prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Qualquer processo judicial deve efetivar o devido processo legal, deve traduzir o acesso à justiça, mas não um mero acesso ao Poder Judiciário, e, sim, acesso ao justo processo, sem entraves e delongas, proporcionando a solução dos conflitos e efetivando as garantias das partes. O acesso à justiça, como já tratado, não se confunde nem se exaure com a possibilidade de o cidadão levar sua pretensão ao Judiciário, mas significa a efetiva oportunidade de proteção judiciária, mediante o justo processo e a concretização das garantias do cidadão em juízo.

Assim, resta que no novo século o direito processual seja entendido como instrumento para a preservação da ordem constitucional, efetivando os direitos fundamentais, pois só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar.1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça*. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Superior. Ação direta de inconstitucionalidade, nº 293-7/600. Relator: Celso Mello. In: *Revista dos Tribunais*, n. 700, maio., 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Range. Reflexões sobre direito e processo. *Arquivos do Ministério da Justiça* Brasília, ano XXIX, n. 117, mar. 1971.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1981. v. 1, t. II.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo*. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

[1] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.14.

[2] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 16.

[3] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: 1981. v. 1, t. II, p. 545 e segs.

[4] DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1, p. 120.

[5] KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1981. p. 145.

[6] KELSEN, op. cit., p. 145.

[7] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 32.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

[9] DINAMARCO, op. cit., p. 27.

[10] DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, p. 188.

- [11] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 91.
- [12] GUERRA FILHO, *Teoria processual da Constituição*, p. 24.
- [13] DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 32.
- [14] DINAMARCO, op. cit., p. 318.
- [15] HESPANHA, Benedito Hespánha. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1, p.247.
- [16] HESPANHA, op. cit., p.224.
- [17] CARAM JÚNIOR, op. cit., p. 67.
- [18] TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 30.
- [19] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- [20] HESPANHA, *Tratado de teoria do processo*, p. 93.
- [21] THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991, p. 11 e ss.
- [22] LIMA, *Devido processo legal*, p. 180.
- [23] LIMA, *Devido processo legal*, p. 181.
- [24] LIMA, op. cit., p. 234.
- [25] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 20.
- [26] Humberto Bergmann Ávila afirma que proporcionalidade e razoabilidade são *postulados normativos aplicativos* (p.82). *Postulados normativos* são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) com base em critérios. (p.120). Entretanto, além de haver a harmonização entre elementos, exige-se a proibição do excesso, que estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Humberto cita dois tipos de postulados normativos: os *postulados inespecíficos (ou incondicionais)*, os quais se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação; e os *postulados específicos (ou condicionais)*, os quais são relacionados a elementos com espécies determinadas, como exemplo, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (p.85). “O postulado

da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”. “*O postulado da proporcionalidade* aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (p.121). (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

[27] Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, com arrimo em EMILIOU, Nicholas (*The principle of proportionality in european law, London, Kluwer Law international*, 1996. p. 39), a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim, de acordo com padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, os quais proporcionam uma avaliação objetiva entre as ferramentas utilizadas e os fins perseguidos pelo ato. Enquanto a proporcionalidade trabalha com componentes objetivos, na razoabilidade as variáveis são subjetivas, englobam todas as circunstâncias do caso. A razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. (*Devido processo legal*, p. 282).

[28] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 380.

[29] PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 86.

[30] ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 9.

[31] MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.31.

[32] BEZERRA, Paulo César Santos, *Acesso à justiça*, p.114.

[33] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.8.

[34] HESPANHA, *Tratado de teoria do processo*, p. 82.

[35] HESPANHA, op. cit., p. 154 e ss.

[36] RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936, p. 289.

- [37] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini: *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.33.
- [38] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, p.10 e ss.
- [39] CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 9.
- [40] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.188.
- [41] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.
- [42] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.105.
- [43] RIO GRANDE DO SUL. Extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Processo nº 190021428 de 19/04/90, Processo nº 190009365 de 19/04/90, Processo nº 1900033118 de 10/04/90.
- [44] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, p.12.
- [45] BEZERRA, *Acesso à justiça*, p.124.
- [46] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*.

TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO*
ANTICIPATED SENTENCING EX-OFFICIO

Aline Maria da Rocha Lemos
Maísa Pacheco

RESUMO

Quando as pessoas buscam o judiciário à procura de soluções para os problemas, objetivam uma prestação justa, atrelada à celeridade, efetividade e isonomia, que são formas de assegurar as garantias individuais proclamadas pela Constituição.

O presente trabalho visa discutir a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, porquanto o fato do Código de Processo Civil não considerar, expressamente, tal permissão, não deve ser fator determinante para que, em situações excepcionais, que ocorrem no cotidiano, o juiz deixe de atuar com bom senso e se omita quanto à necessidade explícita da antecipação dos efeitos da tutela, apenas, por inexistir o pedido manifesto da parte.

O referencial teórico desta reflexão fundamenta-se na análise legal, doutrinária e jurisprudencial, tomando por base os princípios constitucionais, que iluminam toda a Legislação com raios direcionados à justiça. Para tanto, nada melhor que soluções práticas, adequadas a um racionalismo crítico, caminhando além da dualidade de juízos de realidade e juízos de valor, no sentido de produzir efeitos concretos às decisões. É nesse contexto que nasceu a concessão da tutela antecipada de ofício, já presente na jurisprudência brasileira, que deve ser aplicada como forma de garantir o direito da parte, ainda que não requerida expressamente.

PALAVRAS-CHAVES: TUTELA – DE OFÍCIO – CELERIDADE – EFETIVIDADE – ISONOMIA – JUSTIÇA.

ABSTRACT

When the populace turns to the judicial system in search of solutions to their problems, they anticipate a fair installment, bound to celerity, efficiency, and isonomy which are ways to assure individual rights as proclaimed by the Constitution. This paper, will discuss the possibility of anticipated sentencing ex-officio as a way to guarantee the public's rights and expectations.

Just because the Civil Justice Process does not explicitly consider such practice, it should not be a deciding factor so that in exceptional situations that occur in our daily lives, the judge excuse himself from ruling with common sense and neglect the explicit need of sentencing ex-officio due to the inexistence of an official request from a party in

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the process. The referential theoretical of this reflection substantiate-itself in the doctrinaire legal and jurisprudential analysis, taking for base the constitutional beginnings that elucidate all the legislation with focus towards justice.

Inasmuch, there is nothing better than adequate practical solutions to a critical rationalism, moving beyond the duality between 'reality judgments' and 'worth judgments', in the sense to produce concrete outcomes to the decisions. It is in this context that was born the concession of the sentencing *ex-officio*, already present in the Brazilian jurisprudence that should be applied as a form to guarantee the rights of a party, even if not explicitly demanded by said party.

KEYWORDS: SENTENCING – EX-OFFICIO – CELERITY – EFFICIENCY – ISONOMY – JUSTICE.

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício. Procura-se demonstrar que o fato do Código de Processo Civil não considerar expressamente tal permissão no art. 273, não deve ser fator determinante para que, em situações excepcionais, o juiz deixe de atuar com bom senso e justiça, omitindo-se quanto à necessidade explícita da antecipação dos efeitos da tutela, apenas por inexistir o pedido manifesto da parte.

A reflexão mereceu alguns comentários gerais sobre o instituto da tutela antecipada, atribuindo uma visão ampla ao assunto, para depois se centrar na possibilidade da concessão *ex officio*.

Foi identificado que a tutela antecipada de ofício já se faz presente na jurisprudência brasileira e se afirma como uma forma de adequar o direito material e as necessidades das pessoas às praticas processuais. Neste passo, como objetivo geral, foram caracterizadas as situações concretas, onde o deferimento da tutela antecipada de ofício se afirma necessário, a fim de um maior conhecimento sobre a pertinência da aplicabilidade do tema.

Acredita-se que no atual estagio da sociedade, a jurisdição precisa dar um novo salto, pois não há mais espaço para uma prestação morosa e sem eficácia. Na era da tecnologia, da comunicação instantânea, dos sistemas *on line*, ainda encontramos o velho procedimento judicial dependente de papeis, de mandados, de máquinas de escrever, de formalismo etc, e nos questionamos se um dia a celeridade e segurança encontrarão alguma composição satisfatória no mundo jurídico construído para a sociedade.¹ Em uma época de complexidades, mudanças e incertezas, como a que atravessamos hoje, o processo burocrata e lento é mofa contra as necessidades pessoas.

A pesquisa contida neste trabalho foi embasada em obras doutrinárias e jurisprudência, utilizando-se os métodos compilativos, indutivos, dedutivos e bibliográficos científicos para a sua elaboração, que está disposta nesta introdução, um único capítulo de desenvolvimento, seguindo em uma breve conclusão.

1. Desenvolvimento

No Processo Civil brasileiro, existem várias formas de desenvolvimento do processo, que são através do procedimento comum, que comporta divisão na espécie ordinária (art. 274, 282 e ss. CPC) e sumária (art. 275 e ss. CPC), e especial, que se encontra presente no Livro IV do Código de Processo Civil e na farta Legislação Extravagante. Nestes procedimentos, verifica-se que a prestação jurisdicional poderá ser mais rápida ou mais demorada, a depender do tipo de rito a seguir, do que se almeja, da na natureza do provimento jurisdicional e do direito material, entre outras questões.²

Atento a isso, o Legislador disponibilizou a tutela antecipada, como um tipo de tutela jurisdicional diferenciada, “que antecipa os efeitos práticos do julgamento final de procedência pretendido pelo autor, permitindo, assim, a satisfação total ou parcial do direito alegado, em momento anterior ao regularmente estabelecido pelo procedimento”.³

Este tipo de tutela jurisdicional já estava regulada na legislação brasileira há algum tempo. Porém, era cabível apenas nas hipóteses discriminadas pelo ordenamento, a exemplo das possessórias, liminar em Ação Civil Pública, despejo liminar, Ação Popular, Mandado de Segurança, liminar em Ação de Busca e Apreensão e outras. Com a Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, passou a ser aplicada em qualquer processo.⁴

A maior finalidade da antecipação da tutela é reduzir o efeito negativo da mora processual, pois, como sabiamente atentava o mestre Francesco Carnelutti, “*o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria demasiadamente advertido comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso*”.⁵

Logo, se faz preciso assegurar o direito de forma rápida e efetiva, prestigiando a parte que busca o Judiciário, porquanto, conforme a linha defendida por Luiz Guilherme Marinoni, a demora do processo sempre beneficia quem não tem razão.⁶

De fato, como a natureza do processo em si não é rápida, uma vez que precisa, em regra, de uma instrução aprofundada⁷ e a grande litigiosidade acarreta um número desproporcional de processos para os magistrados⁸, nada mais oportuno que um instituto que possa dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Com efeito, a antecipação de tutela é providência adequada em diferentes contextos. Segundo o art. 273, do Código de Processo Civil, “*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação: I- haja fundado receio de dano irreparável; ou II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*”. E, ainda, o parágrafo sexto, do artigo supracitado, prevê a possibilidade de concessão “*quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”.

Da análise do *caput* deste dispositivo extrai-se de imediato que, para o deferimento da tutela, é inevitável a existência de prova inequívoca, com o condão de demonstrar ao juiz a verossimilhança do que se alega. Esta necessidade constitui em um requisito de caráter eminentemente subjetivo, pois diz respeito ao convencimento do magistrado sobre a verdade e coerência da pretensão, guardando, outrossim, nexos com a prova inequívoca.⁹

Vê-se que as hipóteses aventadas pelo legislador, nos casos dos incisos I e II do referido artigo, ensejam juízo de probabilidade, na medida que se concederá a demanda por meio de cognição sumária; usualmente antes da instrução e com base em prova documental. Mas, nada impede que as provas sejam colhidas durante a instrução e a tutela seja deferida no momento anterior da sentença e até mesmo na sentença.¹⁰

Na conjectura prevista no § 6º do art. 273, a tutela antecipada é dispensada em cognição exauriente, por se tratar da parte incontroversa da demanda, uma vez que inexistem ponto(s) controvertido(s), seja por confissão do réu ou pela não contestação do pedido. Nesta situação, também se afigura pertinente à concessão da tutela antecipada, haja vista ser injusto submeter o autor a aguardar sentença para conseguir executar um direito que não se mostra mais discutível.¹¹

Destarte, não são em todos os casos que se irá conceder a tutela antecipada, mas apenas nas circunstâncias delineadas quando o autor demonstrar ao julgador o seu direito, através de provas cabais, e a necessidade de sua imediata concessão, dado que a situação por si enseja total, ou parcial, adiantamento do pedido, seja pela possibilidade de produzir situações de risco, ou nos casos de protelação e abuso do réu, ou, ainda, quando o(s) pedido(s) se mostrar(em) incontroverso(s).

Portanto, a tutela antecipada não é regra em todas ações, mas sim exceção, pois se trata de uma tutela diferenciada que pode orientar-se pelo valor urgência, ou pelo valor evidência, como também abranger ambas situações a depender do caso concreto. Por isso, a tutela antecipada corresponde a uma tutela diferenciada, “*cujas características no plano teleológico, é sua aptidão para melhor distribuir o ônus do tempo no processo, evitando ou pelo menos minimizando o dano marginal emergente da duração do processo.*”¹²

A tutela antecipada de ofício opõe-se à corrente majoritária que tem por imprescindível o pedido expresso formulado pelo litigante interessado. A veemência da frase “a requerimento da parte”, contida no artigo 273 do CPC, leva a dedução de que é impossível a concessão da tutela antecipada sem o requerimento expresso da parte.¹³

Mas, é preciso lembrar que o Direito não pode, nem deve, ser construído com base em entendimentos eternos e pacíficos, porque atua diretamente na sociedade, que está em constante devir, sendo necessário uma ordem jurídica que a acompanhe.¹⁴

O dia-a-dia forense nos mostra que não há temas absolutamente pacíficos no Direito. Os órgãos de julgamento são capazes de produzir decisões, afastando opiniões defendidas com vigor e de forma quase uníssona pela doutrina e por outros órgãos julgadores.

Se, aparentemente, até então, a tutela antecipada mostrava-se suficiente quando solicitada pela parte, isso não quer dizer que tal situação seja eficaz em todos os contextos processuais. Aliás, tal modalidade não teve uma visão equânime pelos doutrinadores, pois à época da reforma processual, que incluiu o art 273 do CPC, a necessidade de requerimento da parte foi alvo de incisivas críticas, à exemplo das feitas pelo Ministro Luiz Fux.¹⁵

Com o mesmo pensar, alguns magistrados em 1ª instância¹⁶ atentaram para a necessidade de concessão da tutela antecipada *ex officio*, em alguns casos especiais. Nessa esteira, alguns de nossos pretórios começaram a admitir a possibilidade da tutela antecipada de ofício, como se observa nos seguintes julgados:

“APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIOS – EXTINÇÃO (ARTIGO 269, IV, DO CPC) – REFORMA – ANULAÇÃO DA SENTENÇA – ARTIGO 130 DA LEI Nº 8.213/91 – M.P. Nº 1.523-8 – LEI Nº 9.528/97 – INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – TUTELA EX OFFICIO – POSSIBILIDADE.

I Há um trabalho publicado pelo Conselho da Justiça Federal, no sentido de que a tutela pode ser concedida de ofício pelo magistrado. Na 6ª Turma, da qual fui membro até recentemente, concedíamos antecipação de tutela ex officio, em rotina;

II – Em havendo o direito, cabível é o provimento antecipado, a fim de que a parte venha fruir do bem da vida, o mais rapidamente possível;

III – Ao meu aviso, entender-se o contrário não condiz com a idéia do Processo Justo, na moderna acepção de prestação jurisdicional;

IV – Nessa esteira, entende o Min. LUIZ FUX não haver razões para impedir a incoação estatal na antecipação de tutela, qualquer que seja a hipótese, eis que, não se deve confundir a neutralidade com omissão e, tampouco, a imparcialidade com responsabilidade (Tutela de segurança e Tutela da Evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, página 74);

V – Tutela antecipada concedida.”

(Brasil. Tribunal Regional Federal (2. Região) AC - APELAÇÃO CIVEL – 286866 Processo: 200202010191141 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - por maioria, concedeu a tutela antecipada, de ofício, vencido, neste ponto, o Des Fed. J. E. Carreira Alvim. Re. Para o acórdão - Des. Fed. André Kozłowski. DJU DATA:13/07/2004) (grifos acrescidos).

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. ENTENDIMENTO DO JUÍZO A QUO DE PEDIDO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO BENEFICIÁRIO. PORTADOR DE HIV. MAIS DE 60 ANOS. INCAPACITADO PARA O TRABALHO. RESTABELECIDO O AUXÍLIO DOENÇA.

1.O REQUERIMENTO DE RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA E SUA TRANSFORMAÇÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, NESTE CASO ESPECÍFICO, FOI INTERPRETADO PELO JUÍZO A QUO, COMO PEDIDO IMPLÍCITO DE TUTELA ANTECIPADA;

2.NÃO REFUTADOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA, ESPECIFICAMENTE, A INCAPACIDADE DO BENEFICIÁRIO PARA O TRABALHO,

EM FACE DA SUA PATOLOGIA (PORTADOR DE HIV), ALÉM DE IDADE AVANÇADA, TODOS CONSIGNADOS PELO EXPERT OFICIAL;

3.MANUTENÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, UMA VEZ QUE O DECISUM ATACADO CONSTITUI CASO SUI GENERIS QUE MERECE MAIOR ATENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

4.AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.”

(Brasil. Tribunal Regional Federal (5. Região). AGTR - Agravo de Instrumento Processo 200105000127675 Órgão Julgador: Segunda Turma - Relator- Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima DJU DATA: 13/11/2002)

Ora, o que se observa da realidade demonstrada na jurisprudência é a existência de situações onde é preciso uma postura proativa do juiz, a fim de que o processo não se afigure como um fim em si mesmo, mas sim como instrumento de efetivação do direito material e das garantias constitucionais.

Neste sentido, há artigo escrito pelo Juiz Federal George Marmelstein Lima intitulado “Antecipação de tutela de ofício?”¹⁷, cujo trecho adiante transcrito edifica a pertinência do instituto concedido *ex officio*, senão vejamos:

“Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, pensão ou amparo assistencial, cujo valor corresponde a tão somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício. (...)”

Em igual, o Desembargador José Roberto dos Santos Bedaque assevera, ao interpretar o princípio da iniciativa oficial e o pedido da parte¹⁸:

“(...) afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas.

A aceitação do poder oficial no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que excepcional, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido.

Também, não se verifica ofensa ao contraditório, uma vez que essa antecipação tem como característica a provisoriedade e como pressuposto a reversibilidade. Terá a parte contrária, portanto, oportunidade para demonstrar o não cabimento da providência. E o juiz, convencendo-se do equívoco, poderá revoga-la.

Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação ex officio, a situação regulada pelo art. 273 assemelha-se sobremaneira à tutela cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela. Nessa linha de pensamento não há que se afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.”

Afirma, também, a possibilidade da antecipação de ofício o Juiz Federal Márcio Augusto Nascimento¹⁹:

“(...) inferem-se vários sinais emitidos pelo legislador e pela sociedade na direção de que se deseja a concretização do ideal de justiça na vida real. O Direito deve estar a serviço da vida, e não a vida a serviço do direito.

Por isso, acredito que a tutela antecipatória pode ser deferida, de ofício, em casos excepcionais onde se evidencia que: a) o feito tem natureza previdenciária ou assemelhada; b) o valor do benefício é imprescindível para subsistência do autor; c) a parte é hipossuficiente, não só do ponto de vista econômico, mas também de conhecimento dos seus direitos; d) o direito postulado de forma indubitosa; e) a falta de prévio requerimento de tutela antecipatória, como motivo para não concessão de antecipação de tutela, revela-se como flagrante injustiça contra a parte autora”.

Com propriedade, o Professor Fernando Luiz França conclui em seu livro “A antecipação da tutela *ex officio*”²⁰, no sentido de ser possível a concessão de ofício, mas apenas nos casos de antecipação sanção, prevista no inciso II do art. 273 do CPC. Em que pese discordar desse ilustre jurista, uma vez que ele não vislumbra a possibilidade de concessão *ex officio*, afora a referida hipótese, convém citar a sua brilhante fundamentação, a respeito dos casos de caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, é o que se verifica a seguir:

“a) o condicionamento de antecipação da tutela ao pedido da parte, quando ocorrer o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, vai de encontro à orientação adotada pelo Código de Processo Civil quanto à aplicação, ex officio, das sanções, além de alijar a participação do Estado na solução dos conflitos e favorecer, ainda que reflexamente, o exercício abusivo dos direitos;

b) o condicionamento de antecipação da tutela ao pedido da parte, quando ocorrer o manifesto propósito protelatório, vai de encontro ao princípio do impulso oficial, que impõe ao juiz o dever de velar pela continuidade dos atos processuais até a decisão de mérito;

c) impõe-se interpretar o caput do art. 273 do Código de Processo Civil, em consonância com o art. 5º, inc. XXXV da CR/1988, de forma que se possa autorizar ao juiz antecipar, ex officio, a tutela, toda vez que a parte abusar do seu direito de defesa ou litigar com manifesto intuito protelatório, como forma de alcançar a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.”

Como restou evidenciado, algumas vezes na doutrina pátria, ainda que minoritárias, lecionam que a tutela antecipada pode, em alguns situações, ser concedida de ofício, isto é, sem a presença de requerimento manifesto da parte.

Observa-se, pois, que há um enorme potencial de se desferir uma prestação jurisdicional eficaz através deste entendimento. Não pode fugir ao apreço do julgador a realidade incontestada das peculiaridades das lides no caso concreto, onde se demandam direitos com urgência ínsita e com a possibilidade de produção de dano irreversível para parte.

Fácil perceber, destarte, que a tutela antecipada é uma espécie de medida jurisdicional, que tem seu fundamento na Constituição da República de 1988, mais precisamente no princípio do acesso à justiça (CR/1988, art. 5º, inciso XXXV – “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”).

Este direito deve ser compreendido em sua plenitude e não apenas como o direito de se formalmente requerer algo perante um juiz, mas sim como o direito de efetivamente obter a tutela jurisdicional adequada em face do caso concreto e como resultado útil da experiência profissional.²¹

A Emenda Constitucional nº 45, inclusive, firmou a efetividade como cerne dos serviços jurisdicionais, ao inserir o inciso LXXVIII, ao art. 5º, asseverando que: “*a*

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Por isso, nas situações em que as matérias discutidas tragam consigo um pedido de urgência na sua obtenção e não tendo sido solicitado a antecipação da tutela pelo causídico, é possível a antecipação de ofício, sobretudo quando se tratar de demandas aforadas por pessoas hiposuficientes, que é uma realidade tão comum na Justiça brasileira.²²

Fica claro que, mesmo existindo vedação no *caput* do art. 273, bem como a existência do princípio da iniciativa, previsto na Legislação Processual em vários dispositivos (art. 2º, 128, 459, 460, entre outros do CPC), a legislação brasileira tem caminhado para dar maiores poderes ao juiz, a fim de prestigiar a efetividade processual, a exemplo do art. 461 do CPC, que remete a possibilidade de concessão de ofício da tutela específica, *in verbis*:

“Art. 461. *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).*

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).” –Grifado.

No recente Estatuto do Idoso, aprovado pela Lei nº 10.741, de 03 de outubro de 2003, é ordenado, da mesma forma, que o juiz conceda a tutela específica de ofício:

“Art. 83. *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.*

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após a justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil.”

Com a Lei 10.444/2002, foi inserido o § 2º ao artigo 273, estabelecendo que *“A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461 §§ 4º e 5º, e 461-A”*, Enquanto que a norma

prevista no §5º do art. 461, consolida a possibilidade da concessão de ofício da tutela específica.

Ademais, o §7º no art. 273, possibilita a fungibilidade entre cautelares e tutelas antecipadas (“*se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado*”), e consequência normal é aceitar a fungibilidade de cautelar por tutela antecipada.²³

Ora, sendo assim, maior razão para aceitar a antecipação de ofício dos efeitos da tutela, pois a medida cautelar pode ser concedida de ofício. Não seria lógico, portanto, que o juiz pudesse conceder, incidentalmente, nos autos principais, uma medida cautelar de ofício e não pudesse conceder a antecipação de tutela.

Do contrário, e para satisfazer os que ainda relutem na aceitação da tese em análise, bastaria reprimatizar a medida cautelar satisfativa, que nada mais é do que a antecipação da própria tutela final definitiva com a forma de uma tutela cautelar. Assim, o juiz, ao invés de antecipar a tutela de ofício poderia obter o mesmo resultado concedendo, de ofício, nos próprios autos principais, uma medida cautelar satisfativa.²⁴

Vale dizer, outrossim, que na prática dos Juizados Especiais Federais, não obstante o artigo 4º da Lei 10.259/2001 remeter a possibilidade da concessão de ofício, somente, para as medidas cautelares, os magistrados concebem de ofício a antecipação de tutela. Em tais situações, o referido artigo é confrontado com o disposto no art. 798 do CPC, que remete além dos procedimentos cautelares específicos, que o código regula no Capítulo II do Processo Cautelar, a possibilidade do juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequada, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.²⁵

Portanto, mesmo diante do art. 273 do CPC estabelecer a necessidade de requerimento da parte, o entendimento nos Juizados Especiais tem sido pela possibilidade de concessão *ex officio*, até porque muitas vezes a parte beneficiada pleiteia sem causídico.²⁶

Diante de tais circunstâncias, mesmo quando não exista o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, o juiz ao verificar a existência dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, não pode ficar omissivo, com base a inafastabilidade do controle jurisdicional.²⁷

Convém assinalar a preocupação do magistrado George Marmelstein Lima²⁸ que demonstram as facetas de um problema, consubstanciando no dever do juiz conceder de ofício a antecipação de tutela:

“Uma outra hipótese em que se mostra desarrazoada a exigência de requerimento expresse ocorre nos casos de conflito de interesses entre o cliente e o advogado, fato corriqueiro nos feitos previdenciários. No caso, a antecipação de tutela seria do interesse da parte, que necessita do benefício até para garantir sua própria sobrevivência; para o advogado, contudo, a antecipação da tutela seria prejudicial, pois haveria redução do valor da futura execução, fazendo com que os ganhos do advogado se tornem menores, já que os honorários de sucumbência são, em regra, calculados com base no valor da condenação. Por isso, é comum se deparar com ações de revisão ou concessão de benefícios previdenciários em que não há propositalmente pedido de antecipação, mesmo sendo patente a verossimilhança das alegações e mais patente ainda a presença do periculum in mora, tendo em vista que a própria subsistência do segurado está em jogo.”

Não se pode deixar de pontuar, outrossim, as situações em que há um verdadeiro requerimento implícito. Nos casos de verbas alimentícias (p. ex., as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais) sempre se afigura presente o clamor de urgência na sua obtenção. Desse modo, tratando-se de verbas dessa natureza, o pedido não precisa fazer menção expressa à antecipação de tutela ou ao art. 273, do CPC, pois está implícita a necessidade de sua concessão.

Neste prumo, é a argumentação do Juiz Federal Almiro Lemos no julgamento da Ação Ordinária nº 2004.84.00.006417-4, contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS:

“Reconheço, pois, a existência de pedido implícito, pois tenho que o aspecto humano deve prevalecer sobre o formalismo. Não vivemos em um Estado Democrático de Direito construído sobre o pilar do respeito à dignidade da figura humana?”

Fundamentado o cabimento da antecipação de tutela em casos afins ao presente, passo a analisar a presença dos pressupostos.

O perigo da demora afirma-se existente, como se extrai do que dissemos acima. O objeto da antecipação de tutela é verba alimentar, essencial ao sustento da parte autora, que, a par de estar em situação de contingência social, tanto que faz jus a benefício previdenciário, depende da renda oriunda da previdência social para sobreviver.”

Registre-se, também, o entendimento do Juiz de Direito da Comarca de Florânia/RN, Felipe Luiz Machado Barros, no julgamento do Processo nº 139.01.000109-0, que

concedeu *ex officio* a antecipação da tutela específica, na sentença e contra a Fazenda Pública, determinado, ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte – IPE, a inscrição da parte autora como beneficiária da parte segurada falecida, vejamos:

“Desse modo, estando a decisão fundamentada (CR/1988, art. 93, IX e CPC, art. 131), pode o juiz sopesar o que diz a lei e escolher topicamente, dentro de uma pauta objetiva de valores, qual, naquele momento, deve ser resguardado, não havendo aí nenhum tipo de ilegalidade, pois o que se procura preservar é exatamente o ideal do justo, tão perdido que está hoje em dia em meio a um emaranhado de textos normativos das mais diversas matizes. (...)”

Entendo que a tutela antecipada pode, casuisticamente, ser concedida de ofício, isto é, sem a presença de requerimento expresso da parte (...)”

Pelo exposto, observa-se que a possibilidade de antecipação de tutela de ofício, em casos excepcionais, se afirma pertinente. O fato do Código de Processo Civil não estabelecer expressamente a possibilidade da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício não pode ser fator determinante para em situações excepcionais o juiz deixe de atuar com bom senso e justiça, deixando de conceder a antecipação dos efeitos da tutela, nas hipóteses previstas nos incisos I e II e no § 6 do art. 273, somente, por inexistir o pedido expresso da parte.

Não se pode perder de vista que o juiz ao interpretar as normas processuais deve estar ciente de que a sua função é comprometida com o conteúdo do direito do seu momento histórico. Não cabe a ele, assim, aplicar friamente a lei, quando esta possa conduzir a resultados desvirtuados, seja porque não foi adequadamente elaborada, seja porque não mais corresponde às necessidades sociais. O juiz que apreende o conteúdo do direito do momento em que vive sabe reconhecer o texto de lei que não corresponde às expectativas sociais e extrair da Constituição os elementos que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo.²⁹

Se o próprio Código de Processo Civil, nos termos do artigo 461 do CPC, admite a antecipação de ofício da tutela específica, para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não há que se criticar a concessão de ofício da tutela antecipada.

Nestes casos, a imparcialidade do juiz não resta abalada, como pensam alguns processualistas mais tradicionais. Na verdade, o magistrado não estará *tomando partido* em relação a esta ou aquela parte, ou mesmo indo de encontro ao princípio do impulso oficial, mas, tão somente, atuando dentro dos limites do pedido de mérito da pretensão,

para concretizar um direito fundamental, que é o Direito a uma prestação Jurisdicional efetiva.³⁰

Ademais, a exigência da motivação das decisões, prevista no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, e do art. 131 do CPC, apesar de não constituir um princípio, pois não tem caráter de regra-mestra, diminui o risco das decisões proferidas e imprime um perfil democrático ao processo³¹, oportunizando as partes conhecer o porquê das decisões e a possibilidade de interpor os recursos a fim de que as decisões sejam revistas.

O campo da tutela sumária, incluindo neste a tutela antecipada, inegavelmente se coaduna com margem considerável de criação jurisprudencial, sobretudo nos campo dos provimentos fundados em verossimilhança, combinando-se *notio e imperium*, dentro da ordem jurídica vigente, sem que se cogite do chamado “direito livre”.³²

Tais soluções distam de maneira considerável do modelo usual do processo de conhecimento, mas o panorama da Legislação Processual em vigor não comporta mais a manutenção do maior prestígio ao procedimento ordinário, fundado em cognição exauriente.³³ O prestígio deve, sim, ser dado ao procedimento que concretize o direito material, assegurando a efetividade da prestação jurisdicional.

3- Conclusão

No presente trabalho, foi demonstrado que a concessão da tutela antecipada de ofício já está presente na jurisprudência brasileira, apesar da doutrina dominante não entender ser possível.

Efetivamente, vê-se que a Legislação infraconstitucional, ainda, não alcançou, expressamente, a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício. Mas, existe uma finalidade processual maior, que é resguardar o direito material. Esse é o fim da tutela antecipada, foi para isso que ela foi criada. Logo, poderá o juiz antecipar a tutela, mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento a efetividade do instituto e a norma constitucional, que garante o direito fundamental ao devido processo legal, acesso a justiça e a tutela efetiva.³⁴

É indispensável que se busque, cada vez mais, formas para se garantir e efetivar o direito das pessoas. Nesse ponto, a demanda concretamente proposta e a tutela jurisdicional prestada devem guardar real correspondência, a fim de que possam ser obtidos resultados úteis a partir de modelos processuais que satisfaçam as garantias constitucionais do processo e que propiciem a efetiva tutela dos direitos afirmados em juízo.³⁵

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também, se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada que possa assegurar o contraditório real e a ampla defesa.³⁶

Querer transcender a condições legalistas e positivas, transformando as necessidades que surgem, nas situações concretas, em alternativas possíveis ao processo, só ocorre graças a um posicionamento atuante do judiciário, no sentido de buscar uma justiça mais humana e menos burocrática.

Para tanto, o jurista deve abstrair o positivismo das leis, escapando da frieza dos textos legais, buscando uma correlação teleológica da Lei com seus concretos, pois com a Constituição de 1988, não se pode mais conceber um sistema jurídico sem efetividade.

Para tanto, o jurista deve abstrair buscar interpretações, escapando da frieza dos textos legais, buscando uma correlação teleológica da Lei com as situações concretas, pois com a Constituição de 1988, não se pode mais conceber um sistema jurídico sem efetividade.

Como Norberto Bobbio já assinalava “*sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.*”³⁷

1 Soares, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24.

- 2 Soares, op. cit., p. 18.
- 3 Alvim, Arruda; Alvim, Eduardo Arruda. (Coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 303.
- 4 Câmara, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 86.
- 5 *In Derecho y Proceso*. Trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, p. 412 *apud* Câmara, Alexandre. *Lições de direito Processual Civil*, Vol I, p. 2.
- 6 Marinoni, Luiz Guilherme *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.
- 7 Soares. op. cit., p. 18.
- 8 Conforme as pesquisas feitas pelo STF – A Justiça em números. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 05/10/2005.
- 9 Freire, Eugênia. *Limites Legais à Concessão de Tutela antecipada contra réu pessoa jurídica de Direito Público*. In Revista da Procuradoria do Estado de Sergipe. Vol II. p. 62. Dez/2002.
- 10 Entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte no julgamento da Apelação nº 2005.003641-9.
- 11 Marinonni, op. cit., *passim*.
- 12 Alvim; Alvim. (Coord.). op. cit., p. 506.
- 13 Cf. Câmara, Wambier; Friede.
- 14 Lima, George Marmelstein. O papel social da Justiça Federal: garantia de cidadania. Disponível em: <<http://www.georgelimahpg.com.br>>. Acesso em 26/06/2005.
- 15 *In Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 338.
- 16 É o entendimento do Juiz Walter Nunes da 2ª Vara Federal de Natal – Processo nº 2000.84.00.005658-5; Juiz George Lima/ 4ª Vara Federal do Ceará - Processo nº 97.0019650-0; Juiz Márcio Augusto Nascimento 2ª Vara Federal de Londrina - Processo nº 20017001004493-6.
- 17 LIMA, op. cit., *loc. cit.*
- 18 Marcato, op. cit., p. 847.
- 19 Nascimento, Marcio Augusto. Concessão “ex officio” de tutela antecipada?”. In *Revista da AJUFE*. N° 75/76. p. 430. 1º semestre/2004.
- 20 *In A antecipação de Tutela ‘ex officio’*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 184.

21 SOARES. op. cit., p. 29.

22 Vide sentença proferida pelo Juiz Federal Walter Nunes da Silva Junior - 2ª Vara da Seção Judiciária do RN. Processo nº 2000.84.00.005658-5 /RN.

23 Neste sentido a doutrina majoritária tem se posicionado. Cf. Dinamarco, Cândido *In* a Reforma da Reforma. p. 93; Talamine, Eduardo. In tutelas relativas aos deveres de fazer e não fazer, p. 369. Marcato, op. cit., p. 847.

24 LIMA, op. cit., loc. cit.

25 Nascimento, op. cit., p. 429.

26 Didier Jr. (Coord). Procedimentos Especiais Cíveis. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 607.

27 Marcato, op. cit., p. 847.

28 LIMA, op. cit., loc. cit.

29 Marinoni, op. cit., p. 20.

30 LIMA, op. cit., loc. cit.

31 DIDIER JR. (Org). Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador: JusPodium, 2005. p.11.

32 SOARES, op. cit., p. 30.

33 Ibid., p. 30.

34 LIMA, op. cit., loc. cit.

35 Soares, op. cit., p. 17.

36 MARCATO, p. 830.

37 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

O MOVIMENTO EM PROL DO ACESSO A JUSTIÇA NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA PLURALISTA *

EL MOVIMIENTO PARA PROMOVER EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL BRASIL Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DEMOCRACIA PLURALISTA

Danielle Annoni

RESUMO

O cenário mundial aponta para uma nova realidade social, econômica, política e, conseqüentemente, jurídica. As transformações ocorridas nas últimas décadas a partir dos processos de globalização implicaram em mudanças de ordem social e econômica, mas também culturais, ambientais e ideológicas. A Era dos Direitos do breve século XX cedeu lugar a Era do Acesso, na qual a efetivação dos direitos tutelados faz-se imperiosa diante das novas tecnologias, da sociedade da informação, da internacionalização das culturas, do direito dos povos e das gentes. Neste contexto, este trabalho visa analisar as principais implicações do movimento em prol do acesso à justiça no Brasil, destacando as alterações legislativas mais significativas, sobretudo no direito processual civil, quanto ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos em todos os fóruns, nacionais e internacionais, quanto aos novos instrumentos de solução de conflitos, quanto ao reconhecimento à cidadania de sujeitos coletivos e difusos, de pessoas coletivas e difusas, e de sua conseqüente participação na vida em sociedade. Este estudo objetiva concluir que a construção de uma democracia pluralista é imprescindível o reconhecimento de novos sujeitos de direitos, garantindo-lhes, indiscriminadamente, acesso efetivo à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA, ERA DO ACESSO, DEMOCRACIA PLURALISTA.

RESUMEN

El escenario mundial apunta a una nueva realidad social, económica, política y, también jurídica. Los cambios en los últimos decenios por medio de los procesos de globalización tuvieron como resultado cambios en la situación social y económica sino también cultural, ambiental e ideológica. La Era de los Derechos Humanos del siglo XX dio paso a la Era del Acceso, en la que la realización de los derechos protegidos es imprescindible en frente de las nuevas tecnologías, sociedad de la información, la internacionalización de las culturas, el derecho de los pueblos y de el pueblo. En este contexto, este estudio tiene por objeto examinar las principales implicaciones del movimiento para promover el acceso a la justicia en el Brasil, destacando los más

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

importantes cambios legislativos, en particular en el Derecho procesal civil, como el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos en todos los foros, nacionales e internacional, cuanto a los nuevos instrumentos para la solución de los conflictos, como el reconocimiento de los sujetos colectivos de la ciudadanía y difusa, ya la difusión del grupo de personas, y su posterior participación en la sociedad. Este informe llega a la conclusión de que la construcción de una democracia pluralista es esencial que para el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos es necesario garantizar a todos, sin discriminación, el acceso efectivo a la justicia.

PALAVRAS-CLAVE: ACCESO A LA JUSTICIA, ERA DEL ACCESO, DEMOCRACIA PLURALISTA.

1. Introdução

O direito de acesso à justiça não surgiu no Brasil recentemente. É fruto do movimento em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, nascido dos escombros da Segunda Guerra Mundial e exportado para o mundo, ocidental e oriental, como bandeira de luta pela preservação da humanidade.

Com efeito, o direito de acesso à justiça desde o início da década de 90 tem sido, no Brasil, ainda que timidamente, objeto de estudo por diversas áreas do direito, tendo envolvido sociólogos, processualistas e internacionalistas na busca pelo reconhecimento expresso dentro do território nacional[1].

Enquanto as décadas de 50 e 60 marcaram a reconstrução do direito internacional sob os princípios do direito internacional dos direitos humanos e propiciaram a criação de organizações e sistemas internacionais de proteção ao ser humano, todos aliados em favor do “fazer reconhecer” pelos Estados esses direitos, as décadas seguintes, em especial as de 70 e 80, na Europa, viram surgir um movimento em prol da eficácia desses direitos, logo convertido em movimento a favor da justiça[2].

O movimento do direito de acesso à justiça, resultado da preocupação latente em conferir eficácia aos direitos já reconhecidos, deu novo significado às lutas em defesa dos direitos humanos, trazendo à lista de exigências a imprescindível necessidade em se reconhecer o direito de acesso à justiça em sentido lato, ou seja, aquele direito capaz de abarcar todas as garantias do devido processo legal, na esfera judicial e extrajudicial, e que não se limita ao simples direito de petição ao órgão estatal.

No Brasil, segundo Junqueira, os primeiros estudos sobre o acesso à justiça no país surgem na década de 80, inaugurando as reflexões sobre direito e sociedade e, voltado a ampliar o rol de sujeitos com direito de acesso ao Poder Judiciário. Ao contrário do movimento internacional em prol da efetivação dos direitos já consagrados, no Brasil as primeiras reflexões sobre o acesso à justiça buscavam garantir que um número maior de pessoas tivesse, sim, direito de petição ao órgão estatal, direito esse ainda não reconhecido a toda população[3].

2. O pluralismo jurídico como instrumento de inclusão social

O Brasil, que vivia uma transição política entre o regime ditatorial e a democracia liberal na década de 80, não estava preocupado em garantir eficácia aos direitos humanos reconhecidos mundialmente, uma vez que tais direitos ainda não haviam sido reconhecidos no país. A preocupação nesse momento centrou-se na inclusão dos sujeitos reconhecidos pelos movimentos sociais, conhecidos como novos movimentos sociais (NMS) e dos direitos coletivos e difusos reclamados por eles[4].

É nesse sentido que a crítica às *gerações de direitos históricos* proposta por Bobbio se fundamenta, uma vez que a análise particularizada das sociedades demonstra que nem sempre os direitos individuais e políticos foram os primeiros a serem exigidos e, por conseguinte, reconhecidos pelo Estado. Outra característica brasileira foi, e continua sendo, o reconhecimento efetivo de direitos a determinados sujeitos e não a outros, o que permite afirmar que já foram reconhecidos direitos de todas as dimensões no Brasil, mas não para todos[5].

A forte influência marxista, que delimitava o norte dos estudos nas ciências humanas no país a partir das leituras e pesquisas de campo desenvolvidas por Boaventura de Souza Santos, o fortalecimento dos movimentos em prol da democracia e da abertura política e econômica e ainda a gritante desigualdade social e o processo de favelização dos grandes centros urbanos fomentaram o surgimento de novas formas de inclusão social, dentre elas o *pluralismo jurídico*, “transplantado para as investigações que, indiretamente, se voltavam para o tema do acesso à Justiça” (SANTOS, 1987, p. 46).

Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a *existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si*. O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a própria vida humana. [...] O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas (WOLKMER, 2001, p. 171-172).

O pluralismo jurídico descrito por Boaventura de Souza Santos, a partir de pesquisa publicada no Brasil apenas em 1988, não tinha por objeto a análise das condições de acesso ao Poder Judiciário. Antes o contrário identificava a denegação de justiça a

determinadas comunidades, tidas como ilegais, e cujos litígios não poderiam ser resolvidos pelo poder estatal, forçando-os a criar instâncias próprias privadas de resolução de conflitos[6].

Com efeito, a ausência do Poder Judiciário em distribuir igualmente a justiça no Brasil fez fortalecer, em diversas comunidades, outras formas de organização para-estatais, com regras e sanções próprias, na maioria das vezes, mais cruéis e injustas do que as aplicadas pelo Estado, quando atinge essas pessoas. Ainda assim, foi a percepção desses novos modos de organização social que despertou no Brasil o interesse pela temática do acesso à justiça, num primeiro momento vista de modo a atender necessidades coletivas e difusas.

Nessa esteira, surge no Brasil a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, criando um instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos, em especial, contra os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, e ao patrimônio artístico, histórico, cultural e turístico brasileiros[7].

Dentre as grandes contribuições trazidas pela lei, pode-se citar especialmente duas: a) a promoção do Ministério Público como *fiscal* dos interesses difusos e coletivos[8] e, b) o efeito *erga omnes* da sentença, estendendo a todas as pessoas os benefícios protetivos da reparação[9].

Pouco antes da edição dessa lei, contudo, em resposta ao movimento surgido no Rio Grande do Sul em prol da inclusão social, são criados no Brasil, em âmbito federal, os Juizados de Pequenas Causas, dando origem à reflexão sobre o direito individual de acesso à justiça. A Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que deu origem aos hoje extintos Juizados de Pequenas Causas, surgiu por meio da iniciativa dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia, que nos anos de 1982, o primeiro, e 1983 os demais, passaram a testar mecanismos extrajudiciais de conciliação e arbitramento, por meio de Conselhos de Conciliação e Arbitramento. O objetivo era simplificar o processo, a burocracia estatal, e oferecer à população uma justiça mais próxima, simples e rápida[10].

A Lei 7.244/84 foi a primeira a determinar a competência em razão do valor da demanda, dando origem às causas de menor valor. Segundo seu art. 3º, a lei deveria processar e julgar as causas inferiores a 20 (vinte) salários mínimos vigentes no país e deveria “orientar-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”[11].

Embora não reconhecesse à pessoa jurídica o direito de acesso aos juizados de pequenas causas[12], a lei previa, ainda, a possibilidade de o juiz fazer uso da equidade no julgamento, adotando em “cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”[13]. A Lei 7.244/84 foi revogada em 1995, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais[14].

Merece destaque, ainda na década de 80, a teoria doutrinária desenvolvida por Dinamarco denominada de instrumentalidade do processo. A obra de igual nome que reuniu a tese do autor foi publicada em sua primeira edição em 1987, e pretendeu inaugurar um novo método de interpretação do processo, não mais pautado numa visão linear do ordenamento jurídico, na qual o direito de ação era definido como direito

subjetivo potestativo e, tampouco, numa visão piramidal do processo, onde as partes interagem para formar a lide, sob o controle e orientação do Estado-juiz, mas sim, um processo baseado numa visão instrumental do processo, que defende o alargamento da via de acesso ao Judiciário, a eliminação das diferenças de oportunidade das partes, bem como a efetividade da prestação jurisdicional, por meio de um Judiciário livre e participativo (DINAMARCO, 2000, p. 55).

Para alcançar seu objetivo de determinar um novo método de interpretação e análise do processo, o autor fixou três propósitos norteadores “da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”, denominando-os de *escopos da jurisdição*[15]. São eles o escopo social, o político e o jurídico.

O escopo social visa, sobretudo, a pacificação dos conflitos. O Estado, em sua relação com a sociedade, utiliza seu poder com o intuito de evitar condutas desagregadoras, distribuir os bens entre as pessoas e criar um clima favorável de paz entre os seres humanos, eliminando as insatisfações. O objetivo é conscientizar os cidadãos de seus direitos e obrigações por meio da educação para a cidadania e garantir a aceitação pela sociedade da decisão estatal, o que conduz à legitimação do processo (DINAMARCO, 2000, p. 157-167).

O escopo político, por sua vez, conduz à relação da Justiça com o Poder, o que revela três fases fundamentais, quais sejam: a capacidade do Judiciário de decidir imperativamente, a capacidade estatal em se assegurar a participação dos cidadãos e a garantia da liberdade. A soma desses três postulados conduz ao exercício da democracia, a essência do escopo político (DINAMARCO, 2000, p. 168-176).

Por fim, o escopo jurídico encerra-se na busca pela efetividade da solução legal existente para cada caso concreto. O escopo jurídico é o mais frágil de todos, cedendo espaço a considerações de outra ordem, ligadas ao campo social (pacificação dos conflitos) e político (garantia das liberdades públicas). A partir do escopo jurídico, Dinamarco rompe com a idéia de que o direito material seria dependente do processo e que somente esse lhe conferiria existência e validade. Ao contrário, o escopo jurídico centra-se na atuação da vontade concreta do direito, ou ainda, na aplicação técnica da lei ao caso concreto.

Chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a “composição” das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e da solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua *atuação* (DINAMARCO, 2000, p. 209).

A instrumentalidade pretendida por Dinamarco não é a do processo, mas a da jurisdição, o que admite, ao menos em tese, a busca pela efetividade, definida como o fim das insatisfações, fora do Judiciário, ainda que não tenha sido esse o posicionamento do autor, que entende ser a jurisdição uma atividade puramente pública e estatal (DINAMARCO, 2000, p. 55).

No que se refere ao presente estudo, a teoria da instrumentalidade de Dinamarco ganha relevo por meio de sua síntese fundamentada no amplo direito de acesso à justiça.

Tal é a idéia do acesso à justiça, que constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e, afinal, dotado da maior produtividade possível (DINAMARCO, 2000, p. 320).

No que tange às reflexões sobre o acesso à justiça, a década de 80 termina com a consagração dessas expectativas pela Constituição Federal de 1988, que buscou reunir as reivindicações dos movimentos sociais, proclamando direitos sociais, coletivos e difusos, mas também reconhecendo direitos e garantias individuais, dentre eles o acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inciso XXXV. Assim, no plano da validade, a Constituição Federal de 1988 equiparou as relações resultantes da igualdade jurídico-formal e da desigualdade socioeconômica, aliando os estudiosos do processo civil e da justiça social em um movimento em prol da eficácia desses direitos (SANTOS, 1989, p. 45).

3. Instrumentos jurídicos na construção de uma democracia pluralista

O movimento em prol do acesso à justiça, com efeito, ganhou fôlego e visibilidade no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, que especialmente em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagrou o direito de acesso à justiça, já ensejando a garantia da tempestividade processual, sem a qual o acesso não se materializa[16].

De fato, a Constituição-Cidadã, como ficou conhecida, procurou assegurar um amplo rol de direitos e garantias ao cidadão, deixando em aberto ainda a possibilidade de novos princípios e direitos virem a ser agregados ao documento, na esperança de não excluir, ao menos no plano da legalidade, nenhum indivíduo, nenhum direito, nenhum princípio. É o que dispõe o § 2º do art. 5º, quando disciplina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CONSTITUIÇÃO, 2005, p. 13).

No plano do acesso à justiça, merece destaque a inclusão do direito à assistência jurídica aos carentes. A Constituição Federal de 1988 também foi inovadora ao assegurar a todos o direito a *assistência jurídica integral e gratuita*, dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, inciso LXXIV. Esse dispositivo ampliou a assistência judiciária, reconhecendo o direito do cidadão à assistência também ao processo administrativo e nos fóruns extrajudiciais. De igual modo, garante que essa assistência será *integralmente gratuita*, abarcando, assim, não apenas as

isenções de custas judiciais, mas também o direito a todos os instrumentos que se fizerem necessário ao amplo e irrestrito acesso à justiça, desde o advogado, até mesmo a emissão de certidões pelos órgãos públicos[17].

Complementar ao dispositivo da assistência jurídica aos hipossuficientes, a Constituição Federal de 1988 instituiu a Defensoria Pública, dispondo em seu art. 134 que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (DEVISATE, 2002, p. 263-290).

A regulamentação, contudo, das Defensorias Públicas só ocorreu em 1994, com a edição da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Compõe a Defensoria Pública as Defensorias Públicas da União, as Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados (art. 2º).[18] Dentre as funções institucionais da Defensoria Pública estão a promoção extrajudicial da conciliação, o patrocínio de causas cíveis e criminais, bem como suas defesas, e a garantia, aos assistidos, do direito ao contraditório e ampla defesa em todos os processos judiciais e administrativos[19]. Compete ainda à Defensoria Pública promover a orientação dos direitos dos necessitados nos âmbitos judiciais, extrajudiciais e administrativos[20].

A par das garantias do devido processo legal e do acesso à justiça expressas no art. 5º, a Constituição Federal também inovou ao instituir o mandado de segurança coletivo, ao criar o *habeas data* e o mandado de injunção[21], ao ampliar o rol de pessoas legitimadas a proporem ação direta de inconstitucionalidade e ao ampliar a utilização da ação popular[22]. Com Emenda Constitucional 3, de 17 de março de 1993, surgiu a ação declaratória de constitucionalidade e o efeito vinculante das decisões definitivas.

A Constituição Federal também deu origem aos Juizados Especiais, dispondo expressamente em seu art. 98, I:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor poder ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Esse dispositivo trouxe uma série de avanços em relação aos juizados de pequenas causas, dentre os quais merece destaque a possibilidade de juízes leigos julgarem a demanda, a obrigatoriedade de sua criação pelo Poder Judiciário, incluindo-os definitivamente na estrutura e organização desse poder, e a permissão de juízes de primeiro grau para julgar recursos oriundos dos Juizados Especiais.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais somente foram regulamentados em 1995 e os Juizados Especiais Federais, em 2001, respectivamente, pelas Leis 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001.

O auge, todavia, das reformas promovidas em prol do acesso à justiça ocorreu em 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como *Reforma do Judiciário*. A Emenda Constitucional 45/2004 além de alterar a Constituição Federal, incluindo dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da *duração razoável do processo*, criou o Conselho Nacional de Justiça e fomentou o surgimento de dezenas de normas infraconstitucionais voltadas a efetivar o amplo e irrestrito direito de acesso à justiça.

Dentre estes instrumentos jurídicos, merece destaque as alterações do Código de Processo Civil em prol da maior participação das partes no processo, da mediação como fase obrigatória do processo e como instrumento permanente de resolução de conflitos e também a ampliação dos deveres das partes e seus procuradores no curso da demanda. Também se deve citar a importância da Lei 11.419/2006, que instituiu o processo eletrônico e da Lei 11.441/2007, que autorizou a realização da separação consensual, do inventário, partilha e divórcio consensual em cartórios.

4. Considerações Finais

O movimento de acesso à justiça no Brasil está longe de terminar. É fruto de um movimento maior, deflagrado na segunda metade do século XX a partir de duas situações: uma jurídico-política, qual seja, o reconhecimento de novos sujeitos de direitos; outra social-tecnológica, representada pela revolução tecnológica da informação.

Estes dois fatores somados promoveram nas últimas décadas transformações significativas no plano social, econômico, político e jurídico da sociedade internacional, fomentando o debate sobre a eficácia dos instrumentos até então existentes na consolidação dos direitos proclamados. Apontam para uma nova Era, a *Era do Acesso*, em que o reconhecimento e tutela dos sujeitos de direitos, dos novos direitos e seus objetos implica, imprescindivelmente, na criação concreta de mecanismos que os tornem efetivos, não bastando mais a proteção conferida pela positivação normativa ou mesmo pela regulação estatal.

Neste contexto, o Estado deixa de ser o único responsável pela efetividade dos direitos consagrados e passa a ser o principal ator-conciliador das necessidades dos mais distintos grupos sociais, associando-se e promovendo a participação ativa e integrada de outros atores sociais e políticos, representados pela iniciativa privada, nacional e internacional, pelo terceiro setor, pelos grupos de pressão e pelos nascentes movimentos sociais.

Vislumbra-se, portanto, um repensar o Direito para abraçar também o direito não estatal, reconhecendo e fomentando novas práticas no exercício da cidadania, em busca

de uma democracia pluralista e global. A construção de uma democracia pluralista não implica, por evidente, em reconhecer e legitimar práticas violadoras de direitos e garantias fundamentais. Antes o contrário, visa fomentar a participação social, o exercício pleno e efetivo da cidadania, destacando, não os direitos, mas o dever da sociedade e de cada grupo indistintamente de trabalhar em prol da concretização dos direitos de todos.

Com efeito, a construção de uma democracia plural emerge da horizontalidade não apenas dos direitos, mas também do poder conferido aos sujeitos que, em condições de igualdade, possam legitimar novos instrumentos de promoção dos direitos fundamentais, tornando concreta a proteção conferida pela norma, no sentido de permitir a todos, indiscriminadamente, acesso aos mecanismos que os materializem, sejam estes jurídico-estatais ou não.

5. Referências Bibliográficas

ANNONI, Danielle Annoni. *O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil*. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 2008.

BACELAR, Roberto Portugal. *Acesso e Saída da Justiça*. Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, [s.d.]. p. 2. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/juizado/images/AcessoSaídaJustica.pdf>>

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18 – *Justiça e Cidadania*. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996-2.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción e presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEIGH, L. H. Le “délai raisonnable”: note a propos du droit anglais. *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, n. 5, numéro spécial, 1^{er} Janvier 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Questões controvertidas do mandado de injunção. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PETTITI, Louis. Les droits de l'homme et l'accès à la justice. *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, n. 1, 1^{er} Janvier 1990.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. a Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. Processo Civil de Interesse Público: Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

[1] Nesse sentido, ver, dentre outros, JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18 – *Justiça e Cidadania*. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996-2; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997; PETTITI, Louis. Les droits de l'homme et l'accès à la justice. *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, n. 1, 1^{er} Janvier 1990, p. 25-33; LEIGH, L. H. Le “délai raisonnable”: note a propos du droit anglais. *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, n. 5, numéro spécial, 1^{er} Janvier 1991, p. 99-105; LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción e presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985; e GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.

[2] O Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, foi o primeiro projeto institucional que concentrou esforços no estudo e reflexão da situação do Poder Judiciário no mundo, seus principais problemas e obstáculos e as possíveis alternativas encontradas a esses problemas. A metodologia adotada, a partir da troca de experiências dos Estados participantes, permitiu aos Estados conhecer os problemas enfrentados por seus vizinhos e os fracassos e sucessos das alternativas utilizadas em sua superação. No Brasil, parte do relatório foi publicada pela Editora Safe, de Porto Alegre, em 1988, com o título *Acesso à Justiça* e tornou-se referência obrigatória para todos os estudantes do tema no Brasil. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988)

[3] “Apesar da investigação sobre processos decisórios formais e informais coordenada por Felipe Augusto de Miranda Rosa na década de 70, não se pode falar de uma produção sistemática na área direito e sociedade, ou seja, de uma linha de investigação sobre temas e instituições jurídicas, antes dos anos 80. Localizada não na

área das ciências sociais, mas sim entre bacharéis de direito sociologicamente orientados, a sociologia do direito no Brasil surge, coincidentemente ou não, com as primeiras pesquisas sobre acesso à Justiça. [...] A princípio, poder-se-ia imaginar que o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre este tema nos anos 80 estivesse diretamente relacionado com o movimento que havia começado na década anterior em diversos países do mundo, o “*access-to-justice movement*”, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o *Florence Project*, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation (1978).⁵ No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64”. (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18 – *Justiça e Cidadania*. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996-2, p. 1)

[4] “Os novos movimentos sociais devem ser entendidos como *sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana em certo grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais*”. [...] “Esses ‘antigos’ movimentos sociais que predominavam até o final da década de 60 eram de segmentos populares urbanos, camponeses e camadas médias. Tais movimentos sociais vão privilegiar objetivos de teor material e econômico, calcados em relações instrumentais imediatas, agindo sob formas tradicionais de atuação (clientelísticas, assistenciais e autoritárias) e mantendo relações de subordinação aos órgãos institucionalizados (Estado, partido político e sindicato). Já aos movimentos sociais que emergem ao longo das décadas de 70, 80 e 90 é-lhes reconhecida a possibilidade de construir um novo paradigma de cultura política e de uma organização social emancipatória. Na verdade, uma correta compreensão dos movimentos sociais deve ser visualizada no contexto de rupturas culturais e crises de valores que atravessam a sociedade ocidental a partir da metade do século XX”. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 122-123)

[5] “Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro não se tratava, pelo menos no início dos anos 80, de buscar procedimentos jurídicos mais simplificados e alternativas aos tribunais como meio de garantir o acesso à Justiça e de diminuir as pressões resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido. Ao contrário, tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais”. (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18 – *Justiça e Cidadania*. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996-2, p. 2-3)

[6] Segundo a definição de Santos, pluralismo jurídico constitui-se pela “criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos”. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Discurso e Poder*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 76)

[7] “Está claro até aqui que o direito de ação na Ação Civil Pública em nada se confunde com o direito de ação, objeto de estudo do Direito Processual Civil. Em primeiro lugar, porque o Estado, no seio do qual a teoria da ação foi concebida, não é o mesmo durante a quase totalidade do século XX e cada vez mais ambos se afastam neste momento em que se aproxima o terceiro milênio; assim como não é mais a mesma a Sociedade Civil e o inter-relacionamento entre esta e aquele. Segundo, porque a ação civil pública é um instrumento para a defesa de interesses e direitos que se manifestam enquanto coletividade e não direitos originários de uma vivência individualista, de índole liberal-burguesa-capitalista, que reconhecia somente o espaço de conflitos intersubjetivos, e, nesta medida, é ferramenta que serve à cidadania – pelo que, está a serviço da política”. (BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 102-103)

[8] O art. 5º da Lei 7.347/85 dispõe: “**Art. 5º.** A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado). § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>)

[9] O art. 16 da Lei 7.347/85 dispõe: “**Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova**”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>)

[10] “Antes mesmo da existência de qualquer lei, os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia, por meio de Conselhos de Conciliação e Arbitramento, nos anos de 1982 o primeiro, e 1983 os outros, respectivamente, passaram a testar esses mecanismos extrajudiciais de composição dos litígios; posteriormente, vários Estados da Federação seguiram mais esses exemplos pioneiros que vieram dos Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia”. (BACELAR, Roberto Portugal. *Acesso e Saída da Justiça*. Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, [s.d.]. p. 2. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/juizado/images/AcessoSaídaJustica.pdf>>)

[11] O art. 2º da Lei 7.244/84 dispunha: “**Art. 2º.** O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade,

informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>)

[12] O art. 8º da Lei 7.244/84 dispunha: “**Art. 8º.** Não poderão ser partes, no processo instituído nesta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. § 1º Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, excluídos os cessionários de direito de pessoas Jurídicas. § 2º O maior de 18 (dezoito) anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>)

[13] O art. 5º da Lei 7.244/84 dispunha: “**Art. 5º.** O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>)

[14] Vale a pena ressaltar, contudo, a importância dos juizados de pequenas causas para o movimento de acesso à justiça. Nesse sentido, comenta Watanabe: “a partir da década de 80, o processo civil brasileiro começou a passar por transformações muito significativas, algumas delas até revolucionárias. Tivemos, por exemplo, a Lei das Pequenas Causas em 1984. Os trabalhos de elaboração de sua proposta se iniciaram em 1982. Em que consistiria a importância dos Juizados de Pequenas Causas dentro desse contexto evolutivo do processo civil pátrio? Trata-se de *facilitação do acesso à Justiça* por parte da camada mais humilde da população. Na Constituição de 1988, em razão do sucesso alcançado pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas, a Constituinte expressamente os consagrou, não somente para causas cíveis de menor complexidade, como também para processos criminais envolvendo crimes de menor potencial ofensivo”. (WATANABE, Kazuo. *Processo Civil de Interesse Público: Introdução*. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 15-21, p. 17)

[15] “Todo instrumento, como tal é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 149)

[16] “Como demonstrado, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, embora afirme apenas que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante a tempestividade da tutela jurisdicional”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 221)

[17] “Nesse sentido, depreende-se da modificação que o constituinte teve o objetivo de ampliar a assistência aos carentes, dando-lhe, além daquela necessária para o ingresso em juízo, também as assessorias preventiva e extrajudicial. [...] Ao utilizar o adjetivo **integral**, o legislador constituinte reforça a posição colocada anteriormente, pois a assistência jurídica integral só pode ser entendida como aquela que propicie ao interessado todos os instrumentos jurídicos necessários antes, durante e posteriormente ao processo judicial, e mesmo extrajudicialmente, quando aquele não for necessário. Também se inclui aí o acompanhamento dos processos administrativos. O segundo

adjetivo, **gratuita**, somado ao anterior (integral), quer significar que aquele que não possuir recursos suficientes será isento de todas as despesas que se fizerem necessárias para o efetivo acesso à justiça. [...] Também estabelece a gratuidade do acesso nas ações de *habeas corpus* e *habeas data*, bem como, na forma que a lei estabelecer, a todos os demais atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII)”. (grifo do autor) (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 58-59)

[18] Importante ressaltar que o Estado de Santa Catarina é um dos Estados da Federação que não implantou a Defensoria Pública Estatal, apesar dos esforços e apelos da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SC, da Procuradoria do Estado de SC, bem como de inúmeras organizações, institutos e Universidades.

[19] Segundo o art. 4º da Lei Complementar 80/94, que dispõe: “**Art. 4º.** São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses; II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; III - patrocinar ação civil; IV - patrocinar defesa em ação penal; V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir; VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei; VII - exercer a defesa da criança e do adolescente; VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais; IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes; X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas; XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado; XII - Vetado; XIII - Vetado; § 1º Vetado. § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público. § 3º Vetado”. (Disponível em: >www.senado.gov.br>)

[20] Segundo os arts. 18 e 108 da Lei Complementar 80/94, que dispõem, respectivamente: “**Art. 18.** Aos Defensores Públicos da União incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente: I - atender às partes e aos interessados; II - postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados; III - tentar a conciliação das partes, antes de promover a ação cabível; IV - acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos; V - interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover revisão criminal, quando cabível; VI - sustentar, oralmente ou por memorial, os recursos interpostos e as razões apresentadas por intermédio da Defensoria Pública da União; VII - defender os acusados em processo disciplinar”. “**Art. 108.** Aos Defensores Públicos do Estado incumbe, dentre outras atribuições estabelecidas pela lei estadual, o desempenho da função de orientação e defesa dos necessitados, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo do respectivo Estado”. (Disponível em: <www.senado.gov.br>). Nesse sentido ver: SOARES, Fábio Costa. Acesso do hipossuficiente à Justiça. a Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* dos necessitados. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69-107.

[21] Sobre o tema, ver: MORAES, Guilherme Braga Peña de. Questões controvertidas do mandado de injunção. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 109-139.

[22] “O legislador constituinte, comparando-se o texto constitucional de 1988 com os seus precursores, ampliou consideravelmente a legitimidade *ad causam* das associações, do Ministério Público e de outras instituições, principalmente na defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Nesse sentido, pode-se destacar: (a) as entidades associativas passaram a possuir legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas (art. 5º, XXI); (b) ao Estado foi concedida a legitimidade para promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); (c) aos partidos políticos com representação no Congresso foi dada a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “a”); (d) às organizações sindicais, entidades de classe ou associações, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, foi concedida legitimidade para impetrarem mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, “b”); (e) aos sindicatos foi atribuída a competência para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III) e (f) ao Ministério Público a legitimidade privativa para promover a ação penal pública, bem como a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos estados (casos previstos no texto constitucional) e defender judicialmente os direitos e interesses dos índios (art. 129, I, III, IV e V). É de se salientar que a legitimação do Ministério Público para ações civis é concorrente, não impedindo, portanto, a de terceiros (art. 129, § 1º). Também houve uma considerável ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Entre esses destacam-se o Procurador-Geral da República (art. 103, VI), os partidos políticos (art. 103, VIII), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103, VII) e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX). Além dos já citados possuem legitimidade para propor essa ação, segundo o artigo 103 da Constituição Federal e seus incisos, o Presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das assembleias legislativas e os governadores dos Estados”. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 60-61)

**O ACESSO À JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: OS
DESAFIOS À EXIGIBILIDADE DAS SENTENÇAS DA CORTE
INTERAMERICANA***

**THE ACCESS TO JUSTICE AND THE HUMAN RIGHTS PROTECTION: THE
CHALLENGES TO THE EXIGIBILITY OF THE INTERAMERICAN COURT
SENTENCES**

Erika Maeoka

RESUMO

A proposta do presente trabalho visa analisar a envergadura dos propósitos da justiça internacional à luz do princípio do acesso à justiça. Para tanto, enfatiza o papel da justiça internacional na promoção do acesso à justiça, que decorre do exercício da função supletiva em relação à jurisdição doméstica, que dá ensejo ao princípio da complementariedade ou subsidiariedade da jurisdição internacional. Destarte, analisa, especificamente, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção do acesso à justiça, da qual se extrai as limitações do sistema. Com efeito, discorre sobre os percalços na efetividade das sentenças internacionais por intermédio da leitura das supervisões de cumprimento, que demonstram o inadimplemento pelos Estados de suas obrigações internacionais, e dentre as dificuldades enfrentadas na exigibilidade das sentenças da Corte, ressaltando que a efetividade das obrigações não-pecuniárias enfrenta maiores dificuldades. Assim sendo, conclui que resta o desafio a Corte Interamericana em imprimir eficácia às suas decisões, e aos Estados-parte em honrar os seus respectivos compromissos internacionais de boa-fé, sob pena do retorno à barbárie que motivou o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; JUSTIÇA INTERNACIONAL; DIREITOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA; SENTENÇA INTERNACIONAL

ABSTRACT

The present paper aims at analyzing the scope of the purposes of the international justice in the light of the principle of the access to justice. Therefore, there is an emphasis on the role of international justice in promoting the access to justice that comes from the practice of the supplementary function concerning the domestic jurisdiction, which benefits the principle of complementary or subsidiary of the international jurisdiction. Nevertheless, it analyses, in particular, the performance of the Interamerican Court of the Human rights, in the protection of the access to justice, from which we extract the limitations of the system. It broaches the advantages in the effectiveness of the international sentences through the reading of the supervisions of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the compliance, which shows the inadimplent by the states of their international obligation and among the difficulties they had to face, in the exigibility of the sentences of the Court, it emphasizes that the effectiveness of the non pecuniary obligations face huge difficulties. In this way, it concludes that the challenge to Interamerican Court in printing efficiency to their decisions remains and to the States-part in honoring its respective international good faith compromises, under the penalty of returning to the barbarism, which motivated the strengthening of the International Law of the Human rights.

KEYWORDS: ACCESS TO THE JUSTICE; INTERNATIONAL JUSTICE; HUMAN RIGHTS; INTERAMERICAN COURT; INTERNATIONAL SENTENCE.

1. INTRODUÇÃO

O fortalecimento da internacionalização dos Direitos Humanos, pela perspectiva do acesso à justiça, representa, para os indivíduos que enfrentam as limitações do aparato judicial no âmbito interno dos respectivos Estados, uma nova via para salvaguardar suas pretensões. Por conseguinte, nas circunstâncias em que a justiça interna não logra êxito na proteção dos Direitos Humanos, surge para os indivíduos a possibilidade de se socorrer da justiça internacional. Depreende-se que a jurisdição internacional desempenha o papel fundamental em promover o acesso aos Tribunais, onde este é negado pela jurisdição doméstica.

A potencialidade da litigância internacional como instrumento de acesso à justiça, depende da efetividade da atuação das Cortes Internacionais em impor a responsabilização dos Estados pela violação de Direitos Humanos, que ocorre no instante em que as suas decisões são efetivamente acatadas. O que se verifica é que nem sempre os Estados condenados submetem-se de boa-fé às determinações dos Tribunais Internacionais e cumprem espontaneamente as respectivas sentenças. Observa-se que no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos as limitações decorrem da constante negligência dos Estados em cumprir as decisões proferidas pela Corte.

Assim sendo, levando-se em consideração as circunstâncias apontadas, efetua-se a leitura da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos à luz do princípio do acesso à justiça na promoção dos Direitos Humanos; bem como se destaca os desafios que a Corte vem enfrentando em razão da inércia dos Estados-partes em acatar suas decisões, que é o ponto crucial para a efetividade do Sistema Interamericano.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A JUSTIÇA INTERNACIONAL E O ACESSO À JUSTIÇA

As inomináveis atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial despertaram a consciência da humanidade para a necessidade de refrear esses assassinatos em massa e de se preocupar com a regulamentação dos Direitos Humanos, por meio do qual surgiu o processo de fortalecimento da internacionalização dos Direitos Humanos.

Em decorrência das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a entender que a proteção dos Direitos Humanos deve transcender os limites jurisdicionais dos Estados. Nesse sentido, Piovesan[1] assinala que a proteção dos direitos humanos “não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional”.

Foi nesse período que, com a Declaração Universal de 1948, os direitos humanos transcenderam para o cenário internacional. Piovesan[2] registra que “em face do regime de terror, passa a imperar a lógica da destruição, na qual as pessoas são consideradas descartáveis, em razão de não-pertinência a determinada raça: a chamada raça ariana”. Em razão disso, 18 milhões de pessoas foram enviadas aos campos de concentração, sendo que 11 milhões não sobreviveram e contabilizam-se que nesse universo 6 milhões eram judeus.[3]

Com o advento do processo de internacionalização dos Direitos Humanos o sistema jurisdicional não se limita mais à circunscrição dos limites territoriais dos Estados. Portanto, é preciso lembrar que há, além dessa esfera, o sistema jurisdicional internacional e, dentro desta estrutura, está disposta uma ramificação do Direito Internacional, que postula a proteção internacional dos Direitos Humanos, por intermédio de uma jurisdição internacional atribuída às Cortes Internacionais.

No âmbito das Américas, a Organização dos Estados da América desenvolveu um sistema de proteção dos direitos humanos composto por dois órgãos de fiscalização: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[4] A jurisdição internacional de proteção dos Direitos Humanos é exercida pela Corte Interamericana, que tem a sua competência delimitada para julgar a responsabilidade internacional dos Estados que aceitaram a sua jurisdição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou pacto de São José da Costa Rica foi o primeiro documento firmado, no qual se consolidou a proteção dos direitos humanos civis e políticos. Posteriormente, por meio de um protocolo adicional, pelo Tratado de São Salvador, foi normatizada a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, que constituem os Tratados mais relevantes de proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano.

Os dispositivos que prevêm o acesso à justiça em caso de violação de Direitos Humanos são os artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana. Sobre o primeiro dispositivo comenta Ventura Robles[5] que:

[1/4] Esta disposición es clara y según ella, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el

orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada normal convencional.

O artigo 25 da Convenção Americana, segundo as considerações de Ventura Robles[6]:

[1/4] establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, derechos fundamentales que pueden estar reconocidos en la Convención Americana o por la propia ley interna.

A apreciação dos casos levados às Cortes Internacionais depende da observância do princípio da subsidiariedade ou complementariedade que conforme Ramos[7] “significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos”. Explica Ramos[8] que somente “após, no fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais” que remete ao requisito do prévio esgotamento das vias judiciais internas para a interposição das demandas internacionais. Como sugere Piovesan[9] “a sistemática internacional só pode ser invocada quando o Estado se mostrar omisso ou falho na tarefa de proteger os direitos fundamentais.”

Com efeito, somente nos casos em que existam restrições perante a jurisdição doméstica torna-se possível a interposição das ações internacionais. Incumbe observar que esses obstáculos são as limitações ao princípio do acesso à justiça que são corrigidos por intermédio da atuação das Instâncias Internacionais, que evidenciam a relação direta entre a razão da existência das Cortes Internacionais e o acesso à justiça. Portanto, verifica-se que a jurisdição internacional constitui uma via pela qual é suprimida a deficiência da ordem jurídica interna na promoção dos Direitos Humanos.

Assim sendo, denota-se o papel relevante da justiça internacional na proteção dos Direitos Humanos que permite o acesso à justiça onde esta é negada pelos Estados, pois a sua atuação vem a suprir a deficiência doméstica que inviabiliza o recurso ao judiciário nacional.

3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS SENTENÇAS INTERNACIONAIS

A sentença internacional deve se pronunciar sobre a eventual responsabilidade do Estado objeto da denúncia e nos casos em que essa responsabilidade seja estabelecida deverá dispor sobre a garantia do lesado no tocante ao gozo do direito e da liberdade violados, resolver sobre as reparações e indenizações cabíveis, e decidir sobre o eventual pagamento das custas.[10]

Assim, a natureza das sentenças, conforme Lesdema[11], não é revestida somente do caráter declaratório da infração perpetrada pelo Estado, pois exige do Tribunal a indicação das medidas concretas que este está obrigado a adotar nos casos em que se concluir que houve a violação da Convenção. Segundo o critério sustentado pelo Tribunal, o art. 63, I da Convenção faz uma distinção entre a conduta que o Estado responsável pela violação deve observar desde o momento da sentença da Corte e as atitudes dos mesmos em relação às conseqüências advindas de fatos pretéritos, enquanto perdurou a violação. No tocante ao futuro, há que se garantir ao lesado o gozo do direito ou liberdade violados; e no que se refere ao passado, deve-se impor ao Estado uma reparação e uma justa indenização pelas conseqüências da violação.[12]

Esclarece Lesdema[13] que em consonância com os termos da Convenção, uma vez estabelecida a responsabilidade do Estado, impõe-se a obrigação primordial de reparar as conseqüências da medida ou situação que deu configuração à vulnerabilidade dos direitos ou das liberdades violadas. Em segundo lugar, o Estado deve pagar uma justa indenização à parte lesada. Nos casos em que se constata que houve uma violação dos Direitos Humanos, a função da Corte não consiste unicamente em determinar o montante da indenização a ser pago, mas sim, sobretudo, em indicar as medidas concretas que o Estado infrator deve adotar para reparar as conseqüências de seu ato ilícito. Trata-se das conseqüências da infração que estão na relação de gênero à espécie, sendo que a indenização é somente um dos muitos meios que pode assumir a reparação, porém não é o único. Pode-se observar que os termos do art. 63, n.1 da Convenção apresentam para a Corte um horizonte bastante amplo em matéria de reparação.[14]

Apesar de se tratar de duas noções diferentes, que estão numa relação de gênero e espécie, importa destacar que, em um sistema de proteção dos direitos humanos, tanto as reparações como as indenizações desempenham papel de fundamental importância. A indenização à vítima ou àqueles que o sucederam em seus direitos tem o propósito de compensar os danos causados numa proporção equivalente, que não pode excluir a adoção de outras medidas reparatórias, de caráter não pecuniário, cuja função é dar cumprimento às obrigações internacionais assumidas pelo Estado em respeitar e garantir a proteção dos direitos humanos, e por outro lado, evitar a repetição de fatos similares.[15]

À luz do entendimento adotado pela Corte, a reparação prevista no art. 63, n. 1 da Convenção tem por pretensão apagar as conseqüências que o ato ilícito pode provocar em relação à pessoa afetada, ou aos seus familiares. Portanto, cabe esclarecer que enquanto a vítima de violação dos Direitos Humanos pode renunciar à indenização que é devida, e inclusive perdoar o autor do fato, diferentemente, o Estado tem que cumprir com as determinações da Corte, visto que, a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os culpados não tem o propósito apagar as conseqüências do ato ilícito das pessoas afetadas, mas impor que cada Estado parte assegure em seu ordenamento jurídico os direitos e as liberdades consagrados na Convenção.[16]

4. A SENTENÇA INTERNACIONAL E A DIVERSIDADE DO CONTEÚDO REPARATÓRIO

O teor das sentenças internacionais desdobra-se em várias modalidades de reparação, assim, sem pretender exaurir o assunto, analisam-se alguns destes desdobramentos, que torna visível a complexidade do conteúdo das decisões da Corte Interamericana.

O conteúdo para fins indenizatórios segundo Ramirez[17] é estabelecido pela teoria geral dos atos ilícitos que reconhece a importância da indenização como meio para ressarcir os danos, seja de conteúdo material ou imaterial.

A execução das condenações pecuniárias pode se revestir de modalidades diferentes como no Caso Aloeboetoe e outros, no qual foi determinada a criação de uma Fundação, com o propósito de conceder aos beneficiados a possibilidade de obter melhores resultados na aplicação dos montantes recebidos por ocasião das reparações.[18] A Corte Interamericana, no Caso Comunidade Moiwana, adotou a modalidade de um Fundo de Desenvolvimento[19] e no Caso Ivcher Bronstein determinou ao Estado que deve facilitar as condições para que a vítima possa realizar a gestão necessária para recuperar o uso e o gozo de seus direitos como acionista majoritário da Companhia Latino-americana de Radiodifusão.[20]

As reparações pode também englobar a exigência de adoção de medidas de direito interno.[21] Essa obrigação implica a reforma, a abolição ou a derrogação de normas internas conflitantes com a Convenção, a abstenção de aplicar determinadas normas e modificação destas num tempo razoável, ou ainda em contrapartida, a edição de normas em conformidade com os Tratados Internacionais, que sejam necessários ou convenientes, como, por exemplo, a tipificação penal de determinada conduta ilícita[22]. Em síntese, esta modalidade de reparação envolve a adoção de medidas pertinentes para impor a compatibilidade da legislação doméstica com as obrigações decorrentes da esfera internacional ou aos *standarts* internacionais respectivos à matéria sobre a qual versa a demanda. [23]

O dever de justiça interna[24] é a condenação que reconhece o dever de investigar, perseguir e processar os indivíduos que praticaram a violação de direitos humanos. Ayala Corao[25] ressalta alguns pontos importantes sobre o dever de justiça interna ao inferir que, conforme a jurisprudência da Corte, nenhuma lei ou disposição de direito interno, inclusive as leis de anistia ou os prazos de prescrição, pode impedir um Estado de cumprir a ordem da Corte de investigar e sancionar os responsáveis por graves violações de direitos humanos.

As satisfações em sentido amplo podem abranger diversas reparações[26] que vêm a compensar em detrimento dos bens extra patrimoniais. Ramirez[27] explica que “en sentido más limitado, que permita el deslinde entre las satisfacciones y la indemnización por daño inmaterial, se suele aludir a ciertas medidas específicas que miran al prestigio o a la buena fama pública de las víctimas”. Essa espécie de reparação

tem como objetivo “rescatar y preservar el honor, reivindicar a la persona ante la propia comunidad”. [28]

Além dos conteúdos já examinados, as sentenças internacionais podem conter outras medidas de reparação[29], ou seja, “ciertas medidas atienden la necesidad de las víctimas, pero trascienden hacia otros miembros de la comunidad, y en este sentido poseen una repercusión social benéfica que no suelen tener, por sí mismas, las reparaciones tradicionales”. [30] Assim, o Tribunal tem determinado que instituições de ensino e postos de saúde que forneciam serviços à comunidade onde residem as vítimas sejam reativados[31], o fornecimento serviço de água potável, alimentos, saneamento básico, medicamentos e assistência médica para as comunidades afetadas[32]. Pode-se notar que este modo de reparação transcende a esfera de benefícios das vítimas, estendendo aos demais membros da comunidade que poderão usufruir juntamente com as vítimas dos serviços indispensáveis para o seu desenvolvimento pessoal que, por consequência, acaba influenciando o desenvolvimento coletivo.[33]

Nesse âmbito, a Corte também determinou que fossem implementadas certas medidas, sejam elas legislativas ou administrativas[34], conforme a necessidade, que viabilize a implementação de um sistema de informação genética que possibilite a determinação e o esclarecimento da filiação das crianças desaparecidas e a sua identificação.[35] Portanto, como assevera Ramírez[36], “en esta línea de reparaciones, tómesese en cuenta La disposición de inversiones para suministrar bienes o servicios a los miembros de la comunidad afectada por la violación”.

Ainda, verifica-se que a Corte vem determinando ao Estado que disponibilize gratuitamente tratamento médico e psicológico para os familiares das vítimas[37], que segundo Ramírez[38], constitui uma reparação que se encontra na fronteira entre as indenizações e as outras medidas de reparação mencionadas, aportadas pela evolução da jurisprudência da Corte Interamericana.

A exposição do conteúdo das reparações determinadas pela Corte torna mais compreensível as dificuldades enfrentadas no momento da exigibilidade do cumprimento das decisões em razão de sua diversidade que torna o processo de execução mais complexa, mormente no tocante às obrigações não pecuniárias.

5. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A Corte reserva-se geralmente em suas sentenças de reparação, a faculdade de supervisionar o cumprimento de sua decisão. Observa-se que a supervisão das sentenças é um trabalho que requer um estudo cuidadoso e detalhado. Entretanto, também constitui a etapa em que o trabalho da Corte alcança materialmente aquelas pessoas para as quais foi concebido o sistema de proteção dos direitos humanos e no qual se concretizam, de modo mais evidente, os benefícios de suas atividades.[39] Transcorrida a fase decisória, a Corte ainda tem por incumbência a supervisão do cumprimento de suas decisões.[40] Esta etapa consiste em determinar se o Estado responsável deu

cumprimento às suas obrigações conforme o estipulado e dentro do tempo previsto. O fundamento desta etapa de supervisão é essencial à natureza inerente de todo o Tribunal.[41] Portanto, após proferir as sentenças, a Corte tem legitimidade para atuar no procedimento de supervisão do cumprimento das respectivas sentenças.

A investigação do desfecho no Caso Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz vs. Honduras mostra as primeiras dificuldades na integral satisfação das sentenças internacionais. Observa-se que o governo Hondurenho, por intermédio de notas datadas em 14 de fevereiro e 8 de abril de 1991, prestou informações ao Tribunal sobre o cumprimento das respectivas sentenças de indenização compensatória. Entretanto as citadas notas eram omissas no tocante ao cumprimento das decisões proferidas em 17 de agosto de 1990. Em momento posterior, o governo Hondurenho prestou informações sobre o fato de que havia procedido ao pagamento complementar das indenizações que estavam determinadas nas sentenças.

Desse modo, tanto a Comissão como o Governo de Honduras solicitaram o encerramento definitivo de ambos os casos, que levou o Tribunal a declarar a finalização do caso por entender que havia sido dado cumprimento às suas decisões.[42] Todavia, importa salientar que o Estado Hondurenho, na realidade, cumpriu parcialmente a sentença, ficando em aberto a obrigação de investigar e punir os responsáveis,[43] fato que leva a concluir que essa condenação não surtiu os devidos efeitos no tocante ao dever de justiça interna.

A análise mais detida das recentes resoluções de supervisão de cumprimento das sentenças demonstra as dificuldades no cumprimento das decisões da Corte. Assim, verifica-se que nos casos como *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*[44], *Los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*[45] e *Loayza-Tamayo vs. Peru*[46], os Estados decorridos alguns anos, ainda assim estão opondo resistência em cumprir com as determinações internacionais.

No Caso *Loayza-Tamayo vs. Peru*, constata-se que em 17 de setembro de 1997, foi proferida a sentença de mérito, em 27 de novembro 1998, a sentença de reparação e no dia 03 de junho de 1999, a sentença de interpretação. Decorrido o prazo para o cumprimento, em 27 de novembro de 2002, a Corte emitiu o relatório de supervisão do caso, na qual se constata o inadimplemento do Estado Peruano. Em 27 de novembro de 2003, o segundo relatório foi emitido e em 3 de março de 2005 um novo relatório, sem que houvesse êxito. A Corte voltou a se manifestar sobre o mesmo caso em 22 de setembro de 2006 e ante a negligência do Estado a “Corte nota con preocupación que han transcurrido casi 8 años desde que emitió la Sentencia de reparaciones en el presente caso (*supra* visto 2), y aún no ha sido cumplida en todos sus extremos” [47]. A penúltima manifestação da Corte no presente caso foi emitida em 13 de dezembro de 2007, que convocou uma audiência pública para que o Estado Peruano se manifeste sobre os pontos pendentes de cumprimento.[48] A resolução de 06 de fevereiro de 2008 demonstra que o Estado ainda não deu cumprimento integral ao Caso.[49]

Portanto, a análise do relatório de supervisão de cumprimento de sentença da Corte indica as mais variadas dificuldades encontradas, que comprovam a falta de efetividade das decisões, que levou a Corte[50] a manifestar que:

[1/4] los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Constata-se que as reparações encontram maiores dificuldades, uma vez que, mesmo no cumprimento parcial, os Estados pagam as indenizações e as custas. Todavia, não implementam as demais condenações de caráter não pecuniário como, por exemplo, cumprir com o dever de investigar e sancionar os responsáveis, que segundo Rescia[51] é uma “obligación que ha sido establecida desde los primeros casos resueltos por la Corte y que se ha repetido en todos las sentencias posteriores”. Entretanto, salienta que, “en ningún caso se ha dado cumplimiento cabal a esta importante obligación”. [52]

Tal circunstância é verificável, dentre vários casos, por intermédio da análise da recente supervisão de cumprimento no Caso *Damião Ximenes vs. Brasil*, igualmente, na qual se verifica que o Estado Brasileiro cumpriu parcialmente as determinações da Corte. De modo que, pagou as indenizações devidas,[53] todavia, ainda não deu cumprimento às obrigações não pecuniárias. Estão pendentes, segundo o relatório as obrigações de:

a) garantizar, en un plazo razonable, que el proceso interno tendiente a investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos (*punto resolutivo sexto de la Sentencia*); y

b) continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de la salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la Sentencia (*punto resolutivo octavo de la Sentencia*). [54]

A breve análise sobre as resoluções de supervisão de sentença emitidas pela Corte demonstra que os países que aceitaram a sua jurisdição vêm opondo resistência injustificada no momento de se submeter às determinações do Tribunal Internacional. As resoluções oriundas da supervisão de cumprimento de sentença revelam os desafios que o tema ainda enfrenta para a plena efetividade das sentenças internacionais.

Destarte, as sentenças da Corte somente terão a pretendida ressonância quando os Estados de boa-fé honrarem as suas respectivas obrigações, que até o presente momento revelam insatisfatórias, uma vez que a leitura da primeira e da última supervisão sinalizam que mudanças significativas não ocorreram, conseqüentemente, a Corte, de modo contínuo, vem se deparando com dificuldades para impor suas decisões.

6. O ACESSO À JUSTIÇA E OS DESAFIOS À EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS

O reconhecimento da violação dos Direitos Humanos e a conseqüente responsabilização internacional dos Estados decorrem das decisões proferidas pelas Cortes Internacionais. Assim sendo, a eficácia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está diretamente vinculada ao êxito da execução dessas decisões, que permitem sancionar os Estados pelas suas respectivas falhas. Para tanto, Rescia[55] infere que “la parte más delicada del sistema de protección de derechos humanos sea la referida a las reparaciones y su cumplimiento por tener relación intrínseca con la eficacia jurídica de las sentencias de un tribunal”. As considerações de Rescia destacam a relevância da questão, uma vez que o autor salienta a relação direta entre a viabilidade de cumprimento das decisões e a eficácia jurídica das sentenças.

Esclarece Gozaíni[56] que o Pacto de São José, em seu art. 25, inciso II, letra C, postula que os Estados Membros se comprometam a garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda a decisão em que o recuso seja julgado procedente. Conforme o disposto no art. 63 da referida Convenção, menciona que a Corte Interamericana impõe que se garanta ao lesado o gozo de seus direitos ou liberdade violados e pode ordenar o pagamento de uma indenização. Observa, ainda, que nesses casos, o ressarcimento obtém-se por intermédio do procedimento de execução de sentença correspondente ao sistema processual do país condenado, portanto, esta particularidade demonstra que as decisões têm força vinculante e executiva *per se*.

Ao evidenciar a falta de efetividade das sentenças internacionais, lembra Gozaíni[57] que no plano prático, ao contrário, é atribuído preeminência ao valor declaratório. Comenta que esta consideração é relevante, porque mal pode se chamar de sentença jurisdicional aquela que não possui, essencialmente, os atributos coercitivos que contém qualquer decisão judicial. Portanto, em síntese, destaca Gozaíni[58] que a sentença supranacional embora goze de executividade, necessita do auxílio colaborativo do Estado-parte em acatar as suas resoluções. A condição jurídica do poder de execução não está sujeita, portanto, ao império ou à autoridade da decisão, mas aos mecanismos internos que permitem realizar os pronunciamentos.

Assim, dentre os fatos que merecem avanços na sistemática da Corte Interamericana, Piovesan[59] destaca que “a justicialização do sistema interamericano requer, necessariamente, a observância e o cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença, omissão ou silêncio”. Entende Piovesan[60] que “as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios no âmbito do ordenamento jurídico interno”. Para

tanto, incumbe “aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional”. Salienta que, “a efetividade da proteção internacional dos direitos humanos está absolutamente condicionada ao aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação”.^[61]

No mesmo sentido, pontua Trindade^[62] que “para el fortalecimiento del sistema reside en la necesaria adopción de medios nacionales de protección, para dar efectividad a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las recomendaciones de la Comisión Interamericana”. Em notas conclusivas à sua entrevista Trindade^[63] ressalta que “para mí es esencial que se estudie más profundamente la cuestión del acceso a la justicia internacional, mediante una interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno de los Estados partes en la Convención Americana”.

A Justiça Internacional somente cumprirá efetivamente o seu papel de promover o acesso à justiça no momento em que as suas decisões forem acatadas de boa-fé pelos Estados. A dependência da colaboração dos Estados para que a Convenção Interamericana alcance os objetivos pretendidos é salientada por García-Sayán^[64] ao postular que:

[1/4] La operatividad y eficacia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, está condicionada a que los Estados adopten las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir los derechos protegidos.

A relação entre o efetivo acesso à justiça e o cumprimento das decisões internacionais é destacada por Ramírez^[65] ao esclarecer que:

[1/4] Las resoluciones de los tribunales deben ser puntualmente cumplidas: he aquí una regla del Estado de Derecho y de la división de poderes, que tiene proyección inmediata en los derechos de los individuos: el incumplimiento de una sentencia perjudica a quien fue favorecido por el fallo. Si esto ocurre, el acceso a la justicia deviene ilusorio: un triunfo moral que no se traduce en efectos jurídicos. Campana sin badajo, en fin de cuentas, que al cabo de poco tiempo desacredita la solución jurídica y alimenta el convencimiento de que la satisfacción de los intereses depende de la fuerza, no del Derecho. Nos hallaríamos en la frontera de la autojusticia: ley de la selva.

Assim sendo, depreende-se que o acesso à justiça está subordinado à efetividade das sentenças internacionais, todavia o que se verifica são as limitações supramencionadas. Nela, cabe destacar as obrigações não pecuniárias que sofrem maiores restrições, pois não existe um consenso sobre qual o procedimento a ser adotado nos casos, por exemplo, em que a Corte determina a implementação de

políticas públicas, em que impõe a liberação de uma pessoa que foi condenada a nível local, ou como se reinicia um processo contra um indivíduo que foi beneficiado por uma lei de anistia desconsiderada pela Corte.[66]

Em razão dessas dificuldades, Trindade[67] salienta que os entraves enfrentados para a exigibilidade das reparações são mais severas do que as indenizações pecuniárias:

[1/4] Al respecto, la Corte Interamericana tiene actualmente una especial preocupación en cuanto a un aspecto del cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, por lo general, cumplen con las reparaciones que se refieren a indemnizaciones de carácter pecuniario, pero no sucede necesariamente lo mismo con las reparaciones de carácter no pecuniario, en especial las que se refieren a la investigación efectiva de los hechos que originaron las violaciones, y la identificación y sanción de los responsables, - imprescindibles para poner fin a la impunidad (con sus consecuencias negativas para el tejido social como un todo).

Igual conclusão obteve Loianno[68] ao assinalar que “em general los Estados cumplen con relativa rapidez las condenas de tipo patrimonial, pero no se observa lo mismo cuando se trata de investigación, identificación y sanción de los responsables de los hechos lesivos acreditados durante el proceso”.

As considerações retro mencionadas apontam que as maiores dificuldades estão centradas no cumprimento das sentenças da Corte referentes às obrigações de caráter não pecuniário, que podem ser comprovadas pela análise do relatório de supervisão de cumprimento de sentença. Nos casos em que ocorre o cumprimento parcial, as obrigações pecuniárias são efetivadas de modo mais célere e ficam sempre remanescentes as demais obrigações.[69]

7. O CARÁTER PUNITIVO E PREVENTIVO DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS

Incumbe destacar que as obrigações não-pecuniárias têm como objetivo a punição e a prevenção de novas violações de Direitos Humanos. Atua com a pretensão de eliminar as deficiências da rede interna de proteção que ocasionaram a violação de direitos humanos.

Observa-se que a decisão no âmbito interno, mesmo levando em consideração a soma das punições de natureza administrativa, civil e penal, que, em conjunto, não teria o mesmo alcance das sentenças internacionais, visto que as decisões nacionais não têm a

mesma abrangência e conteúdo de determinar a correção das causas que dão origem à violação.

No Caso *Damião Ximenes vs. Brasil*[70], verifica-se que a Corte, ao constatar que a origem da violação de direitos humanos decorreu da falta de políticas públicas no setor da saúde, que possibilita a formação de profissionais mais capacitados para lidar com pessoas portadoras de deficiência mental, contribuiu para a violação dos direitos humanos. A Corte, além da indenização pecuniária e a punição dos responsáveis pelo crime, também determinou ao Estado Brasileiro a implementação de políticas públicas necessárias para sanar as deficiências do sistema de saúde, de modo a evitar novas violações semelhantes.

Destaca-se também o Caso *Maria da Penha vs. Brasil*[71], que embora não tenha sido levado até a Corte, em razão da solução por intermédio de um acordo firmado perante a Comissão, observa-se que as recomendações da Comissão vão além da indenização fixada. Assim, a Comissão recomendou a nível legislativo a elaboração de uma legislação interna específica para combater e punir a violência doméstica contra a mulher, bem como a recomendação de políticas públicas voltadas à implementação dessa legislação, para que tenha plena efetividade. Além disso, a criação de métodos alternativos de solução de controvérsias para resolução dos conflitos em casos semelhantes.

A atuação das instâncias internacionais representa uma função importante na promoção dos direitos humanos, uma vez que busca a justiça em relação às vítimas e atua em caráter preventivo com o intuito de resolver as causas que dão origem à violação de direitos humanos, para que não ocorra novas violações em razão das mesmas circunstâncias.

Assim, a falta de cumprimento dessa modalidade de obrigação não-pecuniária, acaba retirando a importante atuação das Cortes Internacionais que consiste em evitar novas e contínuas violações de direitos humanos. Portanto, embora a justiça tenha sido feita no tocante a indenização pecuniária nos vários casos julgados pela Corte, enquanto não forem eliminadas as causas que deram origem à violação, poucos avanços poderão ser vislumbrados na proteção dos Direitos Humanos, visto que enquanto persistirem as causas, outras vítimas poderão sofrer novas agressões.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça internacional exerce um papel relevante na promoção do acesso à justiça em razão da função complementar à justiça doméstica, de modo a estender a garantia do acesso à justiça quando esta é negada no âmbito interno. Portanto, verifica-se que essa atuação vem corrigindo as injustiças cometidas pelos Estados que provocam a violação dos Direitos Humanos, que poderiam passar impunes se não fosse a atuação das Cortes Internacionais.

Todavia, como todos os sistemas jurídicos, as Cortes Internacionais também encontram as suas limitações. No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, dentre as dificuldades, apontam-se os obstáculos enfrentados pela Corte para obter a efetividade de suas decisões que deveriam ser cumpridas de boa-fé pelos Estados-partes. Num segundo momento, observa-se que as dificuldades maiores estão centradas na exigibilidade das obrigações não pecuniárias, que encontra maior resistência dos Estados em cumprir com essa modalidade de obrigação, que acaba retirando as perspectivas de avanços na prevenção de novas violações de Direitos Humanos.

Com efeito, resta o desafio para a Corte Interamericana em imprimir eficácia às suas decisões e aos Estados-parte em honrar os seus respectivos compromissos internacionais de boa-fé, de modo a permitir o alcance dos propósitos elencados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Pois a constante inércia dos Estados significa a mitigação da proteção dos Direitos Humanos e, conseqüente, limitação do acesso à justiça que, por sua vez, revela os riscos do retorno à barbárie que deu origem ao fortalecimento da proteção internacional dos Direitos Humanos.

9. REFERÊNCIAS

AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Ano 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 127-201.

COMISSÃO IDH. **Informe de Fondo, nº 54/01, Maria da Penha Fernandes (Brasil)**, 16 de abril de 2001.

CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.

_____. **Case of Loayza-Tamayo vs. Peru**. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.

_____. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Diciembre de 2007.

_____. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 02 mayo de 2008.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**. Vol., II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 819-828.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales internos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 323-384.

LESDEMA, Héctor Faúdez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos:** aspectos institucionales y procesales. 2. ed. San José, CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

LOIANNO, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. nº 7. México: Porrúa, Julio – Diciembre, 2007, p. 389-413.

OEA. CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Diálogo sobre el funcionamiento sistema interamericano de derechos humanos, entre los estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. OEA: Jueves 9 de marzo de 2006 - Salón Libertador Simón Bolívar.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Princípio da complementariedade e soberania.** Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da

Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

_____. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 1-86.

_____. El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr10.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **R. CEJ**. Brasília, n. 29, abr./jun. 2005, p. 53-63.

RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. **El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.ve/detalle.asp?sec=1407&id=887&plantilla=8>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VENTURA ROBLES, Manuel E. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos**

Humanos. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003, p. 275-321.

_____. Entrevista con Antônio A. Cançado Trindade, ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.** IIDH, San José, Costa Rica 9 al 20 de julio de 2007.

VENTURA ROBLES, Manuel E. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em materia de acceso a la justicia e impunidad.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc>>. Acesso em: 02 fev. 2008.

[1] PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania.** Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

[2] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 92.

[3] PIOVESAN, loc. cit.

[4] O Estado Brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998.

[5] VENTURA ROBLES, Manuel E. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em materia de acceso a la justicia e impunidad.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc>>. Acesso em: 02 fev. 2008.

[6] VENTURA ROBLES, op. cit.

[7] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-119.

[8] RAMOS, loc. cit.

[9] PIOVESAN, Flávia. **Derechos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006, p. 282.

[10] LESDEMA, Héctor Faúdez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 2. ed. San José, CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 496.

[11] LESDEMA, op. cit., p. 494.

[12] LESDEMA, loc. cit.

[13] LESDEMA, op. cit. p. 497.

[14] LESDEMA, op. cit. p. 498.

[15] LESDEMA, loc. cit.

[16] LESDEMA, loc. cit.

[17] RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 44.

[18] AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 174.

[19] AYALA CORAO, loc. cit.

[20] AYALA CORAO, op. cit. p. 175.

[21] Sobre a adoção de medidas de direito interno, ver: Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n. 52. Corte IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo“ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n. 73.

[22] RAMÍREZ, op. cit. p. 68-69.

[23] RAMÍREZ, loc. cit.

[24] Sobre o dever de justiça interna, ver: Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n. 7. Corte IDH. **Caso Godínez Cruz vs. Honduras**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n. 8.

[25] AYALA CORAO, op. cit. p. 153.

[26] Sobre as diversas reparações, ver: Corte IDH. **Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala**. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C n. 117. Corte IDH. **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C n. 44.

[27] RAMÍREZ, op. cit. p. 80.

[28] RAMÍREZ, loc. cit.

[29] Sobre as outras medidas de reparaçã, ver: Corte IDH. Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n. 142. **Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname**. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C n. 145.

[30] RAMÍREZ, op. cit. p. 81-82.

[31] Nesse sentido, ver: Corte IDH. **Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n. 15.

[32] Nesse sentido, ver: Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

[33] RAMÍREZ, op. cit. p. 82.

[34] Nesse sentido, ver: Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n. 146.

[35] RAMÍREZ, loc. cit.

[36] RAMÍREZ, loc. cit.

[37] Nesse sentido, ver: Corte IDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n. 160. Corte IDH. **Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C n. 163.

[38] RAMÍREZ, loc. cit.

[39] RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. **El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.defensoria.gov.ve/de-talle.asp?sec=1407&id=887&plantilla=8>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

[40] RESCIA, op. cit.

[41] RESCIA, op. cit.

[42] LESDEMA, op. cit. p. 566.

[43] Sobre o caso, Ramos observa que: “após o pagamento da indenização compensatória também fixada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos preferiu arquivar o caso, sem que fosse comprovada a execução daquelas obrigações de fazer por parte do Estado hondurenho”.

In: RAMOS, Carvalho André de. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 97.

[44] Para constatar a morosidade, ver as resoluções todas referentes ao mesmo caso: **Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 03 de marzo de 2005; **Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006; **Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 julio de 2007 e **Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de enero de 2008.

[45] Para constatar a morosidade, ver as resoluções todas referentes ao mesmo caso: **Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003; **Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de junio de 2005; **Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 Diciembre de 2007 e **Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 enero de 2008.

[46] Para constatar a morosidade, ver as resoluções todas referentes ao mesmo caso: **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002; **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003; **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 03 de marzo de 2005; **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Diciembre de 2007; **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 febrero de 2008.

[47] Corte IDH. **Case of Loayza-Tamayo vs. Peru**. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.

[48] Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Diciembre de 2007.

[49] Estão pendentes de cumprimento: a) la reincorporación de la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención (*punto resolutivo primero de la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998*); b) asegurar el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido durante su detención (*punto resolutivo segundo de la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998*); c) la adopción de todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno (*punto resolutivo tercero de la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998*); d) la adopción de las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos Ley No. 25.475 (Delito de Terrorismo) y No. 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana (*punto resolutivo quinto de la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998*), e) la investigación de los hechos del caso, identificación y sanción a los responsables y la adopción de las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación (*punto resolutivo sexto de la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998*). In: **Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 febrero de 2008.

[50] Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, Considerando 7.

[51] RESCIA, op. cit.

[52] A análise das supervisões de cumprimento comprovam esse fato, ver: <<http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>>.

[53] Os pontos que o Estado Brasileiro deu cumprimento: “1. Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 15 y 24 de la presente Resolución, Brasil ha dado cumplimiento a las medidas de reparación que establecen el deber del Estado de: a) publicar en el plazo de seis meses en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados y la parte resolutive de la Sentencia (*punto resolutivo séptimo de la Sentencia*); b) pagar a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, en el plazo de un año la indemnización por daño material (*punto resolutivo noveno de la Sentencia*); c) pagar a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y los señores Francisco Leopoldina Lopes y Cosme Ximenes Lopes, en el plazo de un año, la indemnización por daño inmaterial (*punto resolutivo décimo de la Sentencia*); y d) pagar en el plazo de un año las costas y gastos generados en el ámbito interno y el proceso

internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (*punto resolutivo décimo primero de la Sentencia*)”. In: **Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 02 mayo de 2008.

[54] **Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 02 mayo de 2008.

[55] RESCIA, op. cit.

[56] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**. Vol., II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 823.

[57] GOZAÍNI, loc. cit.

[58] GOZAÍNI, loc. cit.

[59] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

[60] PIOVESAN, loc. cit.

[61] PIOVESAN, loc. cit.

[62] TRINDADE, Cançado Antonio Augusto. Entrevista con Antônio A. Cançado Trindade, ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos**, IIDH, San José, Costa Rica 9 al 20 de julio de 2007.

[63] TRINDADE, op. cit.

[64] GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: corte interamericana y tribunales internos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004 / Corte Interamericana de Derechos Humanos**. - San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 382.

[65] RAMÍREZ, Sergio Garcia. El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Disponible em: < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr10.pdf>>. Acceso em: 30 dez. 2007.

[66] OEA. CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Diálogo sobre el funcionamiento sistema interamericano de derechos humanos, entre los estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. OEA: Jueves 9 de marzo de 2006 - Salón Libertador Simón Bolívar.

[67] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VENTURA ROBLES, Manuel E. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003, p. 294.

[68] LOIANNO, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. n° 07. México: Porrúa, Julio – Diciembre, 2007, p. 410.

[69] A análise das supervisões de cumprimento de sentença comprovam esse fato, ver: <<http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>>.

[70] Ver: **Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 02 mayo de 2008.

[71] Ver: CIDH. **Informe de Fondo, n° 54/01, Maria da Penha Fernandes (Brasil)**, 16 de abril de 2001.

NATUREZA E CONVENÇÃO: UMA CRÍTICA À VISÃO ESSENCIALISTA DO INTERESSE PROCESSUAL A PARTIR DA MECÂNICA SOCIAL DE K. POPPER*

NATURE AND CONVENTION: A CRITIC TO THE VISION NATURALISTIC OF THE PROCEDURAL INTEREST STARTING FROM K. POPPER'S SOCIAL MECHANICS

**Francis Vanine de Andrade Reis
Fernando Horta Tavares**

RESUMO

Com a redemocratização brasileira completando vinte anos, necessária se faz a releitura de vários institutos jurídico-processuais, para analisar sua pertinência e adequabilidade ao padrão adotado pela constitucionalidade em vigor. O interesse processual, visto como um dogma pelos que têm uma visão essencialista da Ação Processual tem desservido à Democracia por se constituir em um anteparo ao acesso à jurisdição, não mais vista como mera atividade judicial, mas como atividade compartilhada entre partes e juízo, no qual se entrelaçam os princípios do Devido Processo. Para se alcançar esta operacionalidade, avulta a importância da adoção de uma metodologia científica baseada na Teoria da Mecânica Social Gradual, na qual se evita ao máximo o silenciamento do outro, como forma de solução dos conflitos interpessoais causando a menor restrição de liberdade possível, abandonando-se a promessa ambiciosa de uma pacificação social por uma jurisdição salvadora.

PALAVRAS-CHAVES: INTERESSE PROCESSUAL; INTERSUBJETIVIDADE; CONSTRUÇÃO COMPARTILHADA DA RAZÃO; DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO.

ABSTRACT

With the Brazilian return to the democracy completing twenty years, necessary it is made the new read of several juridical-process institutes, to analyze your pertinence and adjustment to the pattern adopted by the rules constitutionalist in action. The procedural interest, seen as a indictable rule for the that have a vision naturalistic of the process action it has not service to the democracy for constituting in a screen to the access to the jurisdiction, not more view as the judge's activity, but as activity shared into judgment and actors, in which if cross the principles of the due process. For to reach this goal, increase the importance of the adoption of a scientific methodology based in the Theory of Gradual Social Mechanics, in the which is avoided to the maximum the impede the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

speech of the other as form of solution of conflicts inter actors causing the smallest restriction possible in freedom, being abandoned the ambitious promise of a social pacification by a saving jurisdiction.

KEYWORDS: INTEREST PROCEDURAL; AMONG INDIVIDUAL; SHARED CONSTRUCTION OF THE REASON; DEMOCRATIZATION OF THE ACCESS; CONSTITUTIONAL BEGINNINGS OF THE DUE PROCESS.

INTRODUÇÃO

Por ocasião do aniversário de vinte anos da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, renova-se a necessidade de revisitação de vários institutos do direito processual a partir do padrão democrático que aquela positivou como produto de um processo legislativo em que se buscou normatizar as aspirações do Povo brasileiro. Nesse sentido, justifica-se um estudo sobre a categoria jurídica do Interesse processual, tratado pela literatura do direito processual como anteparo ao acesso à jurisdição.

A linha de pesquisa desenvolvida no mestrado em Direito Processual da PUC MINAS, intitulada de “O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito”, permite a oportunidade de estudos envolvendo o repensar de institutos ainda não refletidos a partir da adoção do padrão democrático de construção pacífica e racional do conviver. É este o objetivo do presente artigo, que busca, com suporte teórico da metodologia de testificação das conclusões alcançadas pelos autores contemporâneos, a respeito da condição da Ação Processual intitulada de “interesse processual”, analisar sua utilidade para um sistema de democratização de todos os aspectos da vida do cidadão brasileiro, dentre os quais a possibilidade de participação em um Processo jurisdicional é apenas mais um dos direitos que fundamentam o nível mínimo de cidadania definida para legislação constituinte.

Apontar-se-á, para tanto, a partir dos estudos sociológicos e metodológicos de K. Popper, as dificuldades que as diversas teorias sobre o interesse processual têm encontrado em construir sua definição, principalmente, pelo fato de partirem de uma perspectiva essencialista. Para tanto, discorrer-se-á sobre a teoria da análise das Ciências Sociais sob a perspectiva de uma Teoria da Mecânica Social Gradual.

Num segundo momento, será apresentada abordagem sobre as construções mais atualizadas cronologicamente sobre o “interesse processual”, em que boa parte da “doutrina” aponta função ser anteparo ao acesso à jurisdição, visando solucionar os problemas ocasionados por uma abertura incondicionada ao alcance, por parte do Povo, a esta função essencial do Estado.

Por fim, será apresentada proposta conjectural (hipótese), a ser testificada pela crítica, de abordagem do “interesse processual” a partir de sua função prática no sistema democrático, como tentativa de responder ao problema de sua viabilidade como solução ao que aqui será denominado de “paradoxo do acesso à jurisdição”.

1 Natureza e convenção: crítica popperiana à metodologia essencialista empregada nas ciências DO DIREITO

K. Popper, analisando algumas teorias sociológicas sobre supostas “leis naturais” de desenvolvimento e evolução (ou involução) da sociedade pela história por si mesma, chamadas pelo autor de “historicismo”, chega à conclusão que esta hipótese, defendida por autores tais como Platão, Aristóteles, Hegel e K. Marx é absolutamente incorreta. Baseia sua conclusão apontando que o erro dos mencionados autores foi partir de uma análise essencialista da sociedade. Para o autor, a Sociedade é constituída não de leis imutáveis descritas a partir de observações, mas por instituições, como fruto de convenções entre os homens. Logo, não há que se falar aqui em “destino social”, mas em responsabilidade por escolhas, haja vista que a regulação da vida em conjunto é ato humano[3] (POPPER, 1998a e b).

Para Popper, a não diferenciação entre Natureza e Sociedade (aqui vista como instituição constituída pela convenção de viver em conjunto) é o marco caracterizador das chamadas sociedades fechadas ou tribais, as quais adotam uma atitude mágica baseada em irrefletida obediência a tabus, leis e costumes inevitáveis, todos justificados a partir de uma idéia de que as normas da convivência humana seriam fruto de observação de regularidades naturais (1998a, p. 71).

Seria como se as leis normativas (as que proíbem ou exigem condutas, construindo critérios para agir humano em face dos outros) fossem meras leis descritivas de movimentos regulares e, portanto, imutáveis e inevitáveis. O papel do legislador, nesta perspectiva, seria o de um observador que tenta “descobrir” as leis naturais que regulam o conviver dos homens e construa, dessa forma, a legislação “real” baseada nesta atividade de contemplação.

Popper destaca que as chamadas leis naturais, sendo descritivas, podem ser falsas ou verdadeiras, na medida em que a invariabilidade é sua característica fundamental. Isso quer dizer que, em face de uma lei natural, um teste que demonstre um comportamento não previsto, só pode trazer a conclusão da falsidade do postulado que se colocou em análise. Logo, seriam regularidades que estão fora do controle humano e assim, só são passíveis de observação sensorial (1998a, p. 71).

Já as leis normativas têm caráter absolutamente diferenciado. São marcadas pela característica da alterabilidade, pois têm como função a criação de diretrizes para o comportamento o que, diferentemente das leis naturais, permite sua violação sem que seja declarada falsa. A essa espécie a reflexão incide sobre sua invalidade, inefetividade ou ilegitimidade, problemas que são objeto de estudo do direito, como ciência social aplicada (POPPER, 1998a, p. 72).

A percepção deste **dualismo** entre leis naturais e leis normativas é, para o mencionado autor, o marco diferenciador entre uma sociedade aberta (democrática) e uma sociedade fechada (tribal, totalitária), porque há uma desmistificação da construção das regras de conduta que, de fatos observáveis, passam a ser tratadas como **decisões** pelas quais seus autores têm controle e podem, dessa forma, ser responsabilizados. Isso nos leva a pensar que as regras de conduta constituem **padrões** a partir de decisões

morais a serem normatizadas (convertidas em texto legal), estabelecidas por meio de **convenções**, cuja exigibilidade dependerá de cada sistema de construção do direito[4].

Percebe-se, aqui, que não se pode falar em construção do direito a partir de fatos simplesmente observáveis, ou seja, que se repetem a intervalos iguais, mas de **convenções** sobre como encarar as regularidades do mundo e como limitar a Liberdade para que esta não seja tolhida pela força do Outro[5]. É a crítica que Popper apresenta, por exemplo, ao positivismo jurídico que, ao igualar normas a fatos, dogmatiza o direito por obstar a crítica, a partir da tese de que as normas não são estabilizadoras de condutas pelo fato de terem sido objeto de conhecimento e aceitação racional por seus destinatários, mas por passarem por um processo formal de elaboração por parte de uma autoridade (1998a, p. 85).

A contribuição de Popper para a discussão que aqui se abre é a de que, a partir da idéia de sociedade aberta, reconhece-se que as instituições sociais **são construídas** pelo homem e que sua modificação voluntária envolve conveniência para alcance dos objetivos traçados, ou seja, depende da interferência ativa dos interesses pessoais (1998a, p. 322). A democracia ajusta-se adequadamente a esta conclusão, porque é o único princípio que permite a crítica e modificação do padrão de conduta humana de forma pacífica e discursiva (POPPER, 1998a, p. 18).

Em suma, enquanto os indivíduos que pertencem a uma Sociedade não perceberem que sua legislação é fruto de decisões pessoais ao mesmo tempo em que são os responsáveis por sua elaboração, eles não evoluirão de um estado de misticismo para um estado de esclarecimento e responsabilização daqueles que são os construtores das regras que organizam as condutas em face do Outro[6].

Essa idéia tem muito a contribuir para o direito que, como veremos abaixo, ainda persiste em ser encarado como fruto da observância de míticas regularidades supostas, visualizadas pelos “doutrinadores[7]”, que resulta no desenvolvimento de institutos não esclarecidos. Tal atitude apenas mascara as finalidades não confessadas de seus autores, finalidades que podem, perfeitamente, estar em descompasso com o padrão democrático escolhido em 1998, e que devem ser explicitadas sempre, a fim de permitir uma crítica moral não obstada por uma suposta impossibilidade de criação de regra diferente.

Karl Popper demonstrou que, a partir de seus estudos epistemológicos, os conceitos jurídicos não devem ser tratados como coisas de um mundo imaginário, mas como descrições de instituições criadas pelo (e para) o homem e que, assim são, ao contrário das chamadas “coisas naturais[8]”, absolutamente passíveis de adequação a partir das finalidades para as quais foram criadas. Esta afirmativa nos faz perceber que as finalidades, como decisões morais, também podem ser questionadas.

À idéia de que os institutos jurídicos devem ser sempre revisitados, ressemantizados, reanalisados, sempre tendo em vista o padrão principal que se adotou como ponto de partida (aqui, a democratização do Direito e do Estado) é que Karl Popper deu o nome de “Mecânica Social Gradual”. Vê-se, aqui, a possibilidade de construção da vivência humana através da visualização destas regras como produto da intelectividade, voltada para a tentativa de subsistência harmônica e pacífica, desde que esta seja a finalidade eleita (POPPER, 1998a, p. 36-38 e 174).

É esse o ponto de reflexão sob o qual será abordada a figura jurídica do “interesse processual”, de criação que remonta à obra de Wach (BAPTISDA DA SILVA; GOMES, 2002, p. 104-105), e desenvolvida até a positivação atual nos artigos 3º[9]; 50, *caput*[10]; 267, VI[11]; e 295, III[12], todos do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 5.869/1973), que serão analisados, não mais sob um prisma de descrição de um metafísico fenômeno jurídico, mas sobre a ótica de um conceito cuja aplicabilidade deve obedecer à finalidade de operacionalização de um Estado Democrático, expressamente eleita pelo artigo 1º[13], *caput*, da Constituição Brasileira de 1988.

Passa-se agora então, fixadas as bases metodológicas do presente ensaio, a destacar pontos da visão essencialista no trato do “interesse processual” por alguns autores na literatura jurídica brasileira e internacional, a fim de demonstrar sua inadequação ao ideal democrático positivado com a constituição em vigor.

2 a visão essencialista do interesse processual na literatura jurídica

Lima Freire (2005, p. 19-20), em interessante pesquisa sobre a idéia de interesse, defende que este tem sua origem etimológica na expressão latina *inter esse*, o qual pode significar tanto obstáculo quanto empenho em relação a algo que tenha utilidade, no sentido de visar lucro, proveito, vantagem, conveniência, desejo, importância, ou necessidade para o sujeito.

Esta também é a idéia defendida por Ihering (2002, p. 39) ao visualizar o interesse como alavanca utilizada pela vontade dirigida à realização de uma finalidade. Nesse sentido, as atitudes do indivíduo são os meios de se buscar a realização desta finalidade. As ações poderão ser acertadas (adequadas) ou contraproducentes, de acordo com os meios que foram eleitos para sua busca (p. 17-25).

Trabalha, por fim, com a idéia de que as finalidades são construídas por uma lei natural que leva o ser humano, inevitavelmente, a buscar sempre o prazer e a evitar a dor, tudo como prêmio e pena ao egoísmo de cada um dos indivíduos.

É a mesma linha de raciocínio seguida por J. Bentham (*apud* MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 21), ao dizer que as atitudes dos indivíduos são regidas por um princípio de utilidade, no qual a regra principal seria a busca por uma cada vez maior maximização do prazer, ou busca pela maior felicidade possível.

A idéia utilitarista, segundo Lima Freire (2005, p. 22) foi utilizada pelo Direito para construir seu conceito de interesse como produto de um juízo realizado pelo homem para posicionar-se favoravelmente à satisfação de suas necessidades por meio de determinados bens considerados úteis para este fim. Nesta linha, as necessidades estariam ligadas à idéia de finalidade e os bens à idéia de meio.

Ihering entendeu que seria função do Estado eleição dos interesses (como finalidades) cuja realização seria garantida por força cogente institucionalizada. Desta idéia, a origem do conceito de interesse jurídico, ou legítimo, ou relevante. Direito aqui é o interesse juridicamente protegido (*apud* MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 23), através de um critério de valoração axiológica por parte do legislador.

O Estado, nesta visão, tem duas funções primordiais: eleger, através do legislador, os interesses cuja relevância merece proteção, e ser o meio de realização dos interesses através de seus órgãos coercitivos (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 23-24).

O interesse juridicamente relevante (eleito, protegido), uma vez impossibilitada sua satisfação no sentido de necessidade não realizada por resistência apresentada por outrem, daria origem ao direito subjetivo, que vai impor ao Estado a obrigação eliminação, até mesmo pela força, de todos os obstáculos para sua realização por seu titular. Essa é a idéia tradicional de tutela jurisdicional como entrega do bem da vida objeto do direito subjetivo. Logo, haveria pela legislação (chamada de direito objetivo), a eleição das necessidades a serem atendidas.

Carnelutti (*apud* REIS, 2004, p. 24), por sua vez, constrói seu conceito de lide a partir do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ou seja, pela situação decorrente de um desequilíbrio (crise de cooperação) entre duas necessidades voltadas sobre o mesmo bem.

O sujeito, para satisfazer suas necessidades, deverá agir no sentido de buscar do Estado uma atividade de enquadramento de sua vontade ao texto da lei. Realizada esta atividade, em caso de resistência, o Estado estaria obrigado à remoção dos obstáculos. A idéia de ação processual enquadra-se aqui como o ato do sujeito, movido pelo interesse de buscar, pelo Estado (meio), sua satisfação uma necessidade alegada.

Em bases gerais, essa é a idéia de interesse jurídico, isto é, aquela vontade de se colocar em posição de vantagem em relação a algum bem (necessidade de evitar dor ou buscar prazer), mas vontade que só pode ser encaminhada se **protegida** pela legislação.

Essas noções foram aproveitadas na construção das teorias da ação processual, utilizadas na reflexão do direito processual, tendo como pioneiro Wach, processualista alemão do século XIX que, em trabalho de 1889 intitulado de *Der Feststellungsanspruch*, defendeu a idéia de que a pretensão, como vontade de fruição de algum bem, só poderia ser atendida pelo Estado se aquela, numa atividade de subsunção (enquadramento de um fato na lei – fato-tipo; *tatbestand*), fosse protegida pelo direito[14].

Logo, o magistrado só poderia conferir proteção a interesse já protegido pela lei, numa atividade de acerto da situação de pretensão de satisfação do autor e de pretensão de resistência do réu com, no acatamento da primeira reivindicação, liberação da via coativa para superação do obstáculo imposto pelo outro. Essa teoria foi denominada, como informa Ovídio Baptista, de teoria concreta da ação (BAPTISTA DA SILVA; GOMES; 2002, p. 103-104). Para Wach, só teria ação quem tivesse razão, no sentido de coincidência de sua argumentação com a do magistrado responsável por dizer a razão. Daí, nesta visão, a essencial importância da retórica como técnica de

convencimento de qual parte-sujeito seria a portadora de causa justificadora da pretensão.

O atual Código de Processo Civil brasileiro, por sua vez, adotou a chamada teoria eclética da ação, de elaboração de Enrico Tullio Liebman. Ela trabalha com a idéia de interesse como anteparo ao acesso à jurisdição, ao afirmar que o magistrado só poderia aceitar examinar pretensão cuja necessidade e utilidade já estivessem demonstradas pelo autor quando do ajuizamento de seu pedido[15]. Essa primeira atividade, conhecida como juízo de admissibilidade, não teria natureza jurisdicional, porquanto não referente ao mérito, segundo pensa a maioria dos autores a interpretar o texto de Liebman (*apud* DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 210).

A posição de Liebman criou dificuldades de definição da “natureza jurídica” da atividade do magistrado no denominado “juízo de admissibilidade”, o que levou a maioria dos autores brasileiros atuais a tratar do tema no contexto da função jurisdicional, modificando a posição atual da teoria eclética[16].

Didier Júnior (2005, p. 24) chega a anotar que hoje, pela legislação em vigor, haveria duas espécies de atividade intelectual por parte do magistrado: um “juízo de admissibilidade” como possibilidade de exame do conteúdo da pretensão, e um “juízo da procedência da pretensão”, no qual o primeiro teria uma prioridade lógica.

Nessa teoria o magistrado seria aquele que teria a função primordial, como encarnação do Estado-juiz “dono do processo”, de filtrar as pretensões encaminhadas à “justiça”, dizendo quais seriam aquelas cuja necessidade foi entendida como relevante pela lei, bem como que a atuação do Estado seria passível de, hipoteticamente, concretizar os resultados imaginados pelo autor da demanda.

Segundo esse raciocínio, estar-se-ia realizando um interesse “público” de pacificação dos conflitos sem oneração econômica dos demais indivíduos pela realização supostamente de uma atividade “inútil”. Esse, inclusive, é um aspecto que a maioria dos processualistas brasileiros chama de “interesse processual pela perspectiva do Estado”, ou seja, só podem ser encaminhadas ao exame da função jurisdicional pretensões economicamente viáveis (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 282), que não gerem um desproporcional custo social ao processo[17].

Segundo esta construção teórica, o magistrado tem a função de “selecionador”. De um lado sequer precisaria do contato com o instituto jurídico da prova bastando, para identificação da viabilidade da pretensão encaminhada, um raciocínio quanto à probabilidade de justificação da atividade estatal. De outro lado, desenvolveria uma atividade de identificação da utilidade, necessidade e adequação no encaminhamento da pretensão do autor, baseado num juízo, inclusive, discricionário de conveniência[18].

Resumidamente, esses são os principais elementos que constituem o conceito de interesse processual, aceito pela “doutrina” da relação jurídica processual e sua vertente “doutrinária” do processo como instrumento da atuação da jurisdição. Pode-se perceber pela narrativa anterior, que esta construção foi baseada em idéias naturalistas, como se passa a demonstrar.

Em primeiro lugar, aquela idéia de utilidade é baseada numa suposta “lei natural” de busca pelo prazer e fuga da dor. Não há notícia de testificação desta afirmativa, além do fato de que o prazer é um sentimento individualista, baseado em critérios pessoais[19]. Não teria o Estado como buscar ou propiciar o prazer máximo dos cidadãos, pois, segundo Popper, esta é uma política equivocada, haja vista que, no fim das contas, passará por um critério de institucionalização, talvez até inconsciente, dos prazeres do governante. Para o mencionado autor, a função do Estado seria a de evitar o máximo possível de dor dividindo os ônus desta busca, equitativamente, entre os cidadãos, assim como as benesses alcançadas (1998, p. 174).

A busca no sentido de se evitar impingir dor traz uma grande vantagem para o conceito de interesse processual: será uma noção pautada no olhar sobre o Outro e, assim, da importância das partes na definição do que seria útil para elas mesmas. Veja-se por este prisma: enquanto a utilidade baseada no prazer envolve um olhar do julgador lançado unicamente sobre o postulante, visualizando apenas sua pretensão originária, a busca por não mortificação da Outra Parte, desloca-a outro de meio (obstáculo a ser superado) para **fim** (indivíduo a ser, juntamente com o autor, esclarecido pelo processo a fim de construção de uma regra de conduta a cujo acordo ainda não se chegou).

Parece ser esta (busca pela construção compartilhada de soluções) a orientação constitucional ao eleger como prioridade os direitos individuais fundamentais dos cidadãos brasileiros, cuja observância integral constitui o critério, nos discursos de justificação, aplicabilidade e de análise dos níveis de dignidade[20].

Uma segunda observação deve ser feita: todos os processualistas retro apontados anotados, ao pensar no interesse como condição da ação processual, encaram o tema como se estivesse diante de uma “coisa” a ser descrita. Para esta “doutrina”, seria o interesse como um elemento cuja presença determinaria a existência ou validade da ação, independente da previsão constante do ordenamento jurídico em que se enquadrasse (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 280).

Ora, tal idéia não faz o menor sentido, haja vista que a ação, seja como direito modernamente constitucionalizado, seja como ato jurídico, é uma mera **convenção**, uma figura lógica e racionalmente criada para representação da busca de um espaço institucionalizado democraticamente para discursividade[21]. A demonstração de necessidade e utilidade **prévias** ao debate entre as partes, só **obscurece** a percepção de que o Processo deixa de ser meio para ser instituição que informa a construção de uma metodologia de encaminhamento de pretensões para testificação. O que precisa ficar claro neste momento é que a idéia de “interesse” só tem sentido se ela puder trazer alguma contribuição para o objetivo de operacionalização do padrão democrático de construção do direito.

Se houver a desmistificação da ação processual como “coisa”, conceitos ontológicos, para buscar o instituto que tenha um sentido deontológico, de aplicabilidade para consecução dos objetivos tratados pela Constituição Brasileira, poder-se-á avançar de uma idéia de direito que cultua figuras tradicionais como se fossem tabus, para a construção de uma ciência que se preze a desenvolver a democracia em nosso sistema. Para tanto, deve-se procurar avançar de uma noção de “interesse” baseada em uma utilidade voltada para o prazer do autor e do “Estado”, para

uma noção de interesse que vise o esclarecimento pelo Outro e diminuição, no máximo possível, do sofrimento para os cidadãos (POPPER, 1998a, p. 311).

Apontados, então, os elementos para a construção de uma teoria que desmitifique a idéia tradicional de interesse, passa-se a analisar a justificativa, e ainda aplicabilidade atual para a utilização deste instituto que envolve e produz a diminuição do espaço intersubjetivamente argumentativo.

3 O problema do paradoxo do acesso À JURISDIÇÃO a partir de uma metodologia da mecânica social

as justificativas para construção do instituto do interesse processual, tradicionalmente são tratadas pelo ponto de vista do Estado. Seria a idéia de utilidade baseada na possibilidade de obtenção do bem da vida pretendido e, assim, resultando na vedação do acesso à jurisdição (pelo menos na concepção de Liebman), e ainda, àquele cujo desejo não pudesse ser atendido (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 213; LIMA FREIRE, 2005, p. 152). Percebe-se aqui uma construção artificial, haja vista que o juízo de admissibilidade é idêntico ao de improcedência da pretensão do autor, mas que tem sido utilizado apenas para “viabilizar” uma atuação autoritária do magistrado, porquanto, aplicada sem preocupação com o instituto da prova, elemento estruturante da decisão.

Trabalha-se, também sob esta ótica conservadora, com a idéia de que tem importância o instituto do interesse como anteparo ao acesso, porquanto envolve o princípio da economia processual, que se traduz no “raciocínio” de se evitar o desenvolvimento de atividade que não poderia trazer “qualquer benefício ao autor” (LIMA FREIRE, 2005, P. 124), ou seja, a satisfação de sua vontade (prazer) pela eliminação do obstáculo (vontade do outro).

Todas essas idéias são baseadas na teoria instrumentalista-relacionista do Processo, a qual visualiza este último como instrumento pelo qual a jurisdição realiza no mundo “fático” o direito material. Tal teoria, após o advento da Constituição Federal de 1988, não pode mais ser aceita, haja vista que, com a vinculação do Devido Processo como instrumentalizador e regenciador da atividade jurisdicional (art. 5º, LIV[22]) constituído com base nos princípios da isonomia, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV[23]), foi superada pela teoria neo-institucionalista do processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal (2008), ao defender que, na constitucionalidade em vigor, vida digna é ligada ao contraditório, a ampla defesa à liberdade e a isonomia à igualdade (2007, p. 289).

Na constitucionalidade brasileira em vigor o acesso à função jurisdicional é incondicionado, conforme a expressa previsão do art. 5º, XXXV[24], da CF, justamente porque envolve o acesso a uma via de realização de vida (contraditório), igualdade (isonomia) e liberdade (ampla defesa). Mas não o acesso a uma jurisdição sinônima de judicção[25]. Hoje, busca-se teorizar a atividade jurisdicional pelo prisma do **juízo processualizado**, como espaço em que se constroem procedimentos aptos a permitir a

participação dos destinatários da decisão em sua construção, haja vista se trata de uma aplicação do **acesso ao devido processo**[26].

Nesse quadro, não há que se falar em interesse do Estado[27] dissociado do interesse do cidadão. Ambos, pela leitura do princípio da isonomia, têm igualdade de tratamento legal. Logo, descabe falar-se em sobreposição do custo econômico dos procedimentos como óbice ao encaminhamento das discussões.

Ressemantizando o **Processo** não mais como o “espírito que move a estrutura extrínseca do procedimento”, animado pela relação processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 277), mas como **instituição** que permite a construção do direito de forma participada por todos os envolvidos na regra de conduta a ser aplicada para o agir em face do outro, circunstância que resulta tornar-se insustentável a defesa de um instituto jurídico como o interesse processual nos moldes atuais.

Afirma-se neste sentido porque, com a necessária modificação da idéia de Processo para o **direito** de construção pacífica e racional de soluções, que prima pela participação amplamente permitida pela lei de forma isonômica (LEAL, 2008, p. 35-39), a própria idéia tradicional de interesse perde seu sentido.

No pensamento tradicional em que a jurisdição e processo são institutos jurídicos utilizados para batalhas entre os sujeitos litigantes, baseadas sempre na idéia de pretensão e resistência, a noção de interesse processual até teria alguma serventia. Se se busca a todo custo a vitória[28], evitando-se a penalização pela sucumbência, realmente pode-se pensar em inutilidade de atividades e de custo social pela “importunação” da autoridade com “súplica” desprovida de fundamento. Nesse quadro, em que o cidadão é visto e tratado em posição de inferioridade frente aos funcionários públicos responsáveis pelo recebimento de sua “queixa”, poder-se-ia, realmente admitir na necessidade e utilidade de construção de anteparos ao acesso, seja à jurisdição, na visão de Liebman, seja ao devido processo, num ponto de vista liberal.

A idéia de “interesse processual” como anteparo ao acesso à jurisdição, vem sendo desenvolvida, desde Wach como solução para o suposto **paradoxo do acesso à jurisdição**: quanto maior a democratização do alcance à função jurisdicional do Estado, mais difícil a obtenção de resultados efetivos, por dificuldades estruturais de atendimento a todos os pedidos encaminhados à “autoridade judicial”, pelo absoluto assoberbamento de causas para análise.

Argumenta-se, nesta linha de raciocínio, que o aumento cada vez maior da estrutura burocrática é sempre insuficiente para a construção de “resposta” em tempo e modo adequados, haja vista que o número sempre crescente da população leva a um número também progressivo de demandas. Dessa forma, uma “universalização” do acesso abarrotaria de tal forma o sistema que impossibilitaria “decisões” adequadas.

A solução para este “problema” tem sido sempre a criação de **anteparos** às saídas das pretensões encaminhadas pelo cidadão, dentre os quais o interesse processual é apenas um entre as várias espécies. Menciona-se, aqui, a título de exemplo, as recentes leis, alteradoras do Código de Processo Civil brasileiro, responsáveis pela criação de novos pressupostos de admissibilidade recursais, todos no sentido de “filtragem” das pretensões a serem encaminhadas para discussão em nível dos tribunais[29].

A grande problematização é que o paradoxo do acesso, em um sistema que se quer democratizar, não pode ser resolvido de forma autoritariamente castradora. Franz Kafka, na memorável obra **Der Process**, já criticava a construção de anteparos para as pretensões de solução de litígios dos cidadãos, ao criar a brilhante alegoria do indivíduo que nunca é atendido por sempre estar perante a lei, e nunca nela, barrado que sempre fica pelo porteiro da lei (KAFKA, 2007, p. 238-240)[30].

Se nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito pode se ver impossibilitada de apreciação jurisdicional, não tem sentido dizer dessa apreciação ocorrer justamente com a decisão que denega sua análise, por suposta inutilidade e desnecessidade. Talvez, o que se tenha de pensar são os motivos que levam a um aumento da litigiosidade, aspectos pouco estudados em território dos países periféricos. Não dilapidar o ingresso perante os órgãos estatais, ou construir teorias que tentam justificar um “psdeudo-acesso”, como as atuais que ainda procuram dizer que a chamada “ação constitucional” estaria “garantida” pela decisão que impedisse a plena discursividade entre as partes[31].

Percebido, portanto, que o “paradoxo do acesso” não pode ser combatido pelo seu impedimento, passa-se a discorrer acerca da (in) utilidade do interesse processual como solução para o referido problema.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INTERESSE (PRÉ) PROCESSUAL COMO ANTEPARO PARA SOLUÇÃO AO PARADOXO DO ACESSO À JURISDIÇÃO

As teorias do Processo mais tradicionais colocam como finalidade da função jurisdicional do Estado a “pacificação social”, todavia com o instituto do interesse processual funcionando como anteparo à plena discursividade entre as partes, principalmente pela presença do duo “necessidade” e “utilidade” encaradas sob argumentos subjetivos e axiológicos do julgador, trabalhando-se, na citada vertente, com uma “pacificação de litígios” pelo silenciamento.

O silêncio é construído a partir de penalização cada vez mais onerosa para aquele que se atreveu a encaminhar sua pretensão ao Estado-juiz e a insistir nesta discussão[32]. Têm os mais brilhantes sociólogos de nossos tempos atuais, dos quais se menciona Habermas como exemplo, defendido a idéia de que, em sociedades pós-modernas, marcadas pelo pluralismo, a força e as sanções são incapazes de estabilização das relações (*apud* CRUZ, 2006, p. 129-130). Para tanto, o meio mais eficaz para atingir tal desiderato, é por intermédio da construção do “entendimento”, numa epistemologia linguagem-mundo, ou seja, através da busca de um “esclarecimento pela discursividade”. A argumentação, todavia, deixa de ser estratégica, por não haver mais medo de derrota, para ser perlocucionária, no sentido de visar apenas o esclarecimento, a validação de sua pretensão perante o outro.

Ao adotar uma metodologia de participação para o esclarecimento modifica-se completamente o papel do Processo, do procedimento e da jurisdição. O primeiro passa a ser a instituição que informa as condições básicas para uma comunicação que possa resultar nos resultados acima descritos. O procedimento, como série ordenada de atos pela legislação, estabiliza a forma de encaminhamento da discussão, operacionalizando os princípios processuais. E a jurisdição, como função do Estado, deixa de ser atividade do juiz, para se tornar **espaço lógico** de discursividade, de construção compartilhada da razão que, a partir da lei como padrão comportamental, criará a regra a ser adotada pelas partes no caso concreto.

Neste sentido, o magistrado é apenas mais um dos interlocutores, aquele que, por função, mediará, através das regras construídas por uma legislação processualizada, as pretensões das partes tudo de forma a visar, sempre, o esclarecimento e pacificação pela razão.

Deixa-se, adotando a idéia de participação livre para o esclarecimento, de se trabalhar o Processo como campo de batalha, em que haveria vencedores e vencidos. Passa-se a visualizá-lo como local de reflexão e testificação das pretensões de validade, oportunidade de discursividade e, assim, expressão da individualidade voltada para o Outro, pois ele passa a ser o destinatário de toda a razão. A construção de uma racionalidade solidária e, portanto, intersubjetiva, é um dos objetivos do sistema constitucional brasileiro, conforme o expressamente disposto no art. 3º, I[33], da CF. Resulta na construção de decisões justas, no sentido de equilibradas pela participação de todos os destinatários que serão sempre seus co-autores.

O interesse processual, nesse quadro racional e discursivamente estruturado, dissociado do individual desejo de realização de uma pretensão, tende a desenvolver-se no sentido de seu termo original *inter esse* (entre esses), agora como forma de **inclusão na cidadania pelo processo**. Se o sujeito-parte-processual tem a possibilidade de tentar realizar seu desejo junto com o Outro, e não contra o Outro, se o “adversário” deixa de ser o obstáculo a ser eliminado para ser o destinatário da vontade pelo esclarecimento, não se pode trabalhar um instituto que se forme pré-processualmente e cuja presença seja auferida solitariamente pelo julgador através de juízos hipotéticos e axiológicos.

Logo, só há espaço, a partir destas considerações, para um interesse processual que se desenvolva **no e pelo processo**, instituição que permite a construção de um espaço lógico de aproximação das individualidades para o esclarecimento discursivo e democrático.

Popper já trabalhava com essa idéia ao afirmar da necessidade de se construir uma nova ética de convivência na qual o sucesso não seja o supremo juiz (1998b, p. 286). Pela proposta aqui apresentada, o esclarecimento é o fim último. Se assim for, **qualquer discussão é útil e necessária**, não se podendo falar em anteparos à própria discursividade, o que soaria paradoxal. Se os sujeitos participantes são esclarecidos por um procedimento que culmina em uma decisão, não há que se falar, sequer, em derrotados. Todos saem vitoriosos, até por terem tido a oportunidade de perceber o desacerto de sua pretensão inicial (seja, inclusive, de resistência), por ter sido ela testificada pela crítica do Outro[34]. Assim, passa-se a buscar a implementação de uma decisão desubjetivada do julgador, para ser objetivada pelo juízo processualmente compartilhado.

Na ótica da já vetusta “doutrina” da teoria da relação jurídica processual, percebe-se que o “interesse processual” não consegue resolver o problema do paradoxo do acesso. O silenciamento das partes, nesta teoria, só aumenta a tensão social por fomentar e, sobretudo, resultar em absoluta **descrença** em um sistema judiciário que não busca legitimação por que calcado em bases de autoridade.

O problema da morosidade e abarrotamento da função jurisdicional só pode ser resolvido por duas frentes: evolucionariedade das relações pessoais, por sua processualização pela expansão dos princípios do Processo para as relações privadas (FAZZALARI, 2006, p. 38) e rediscussão do orçamento público para cumprimento das garantias constitucionais (TAVARES, 2007, p. 117)

CONCLUSÃO

A percepção de que o direito de **ação processual**, como o “direito em si”, não é uma “coisa” natural, a ser descoberta e descrita de forma solipsista pelo juiz, facilita a percepção de que tal visão não passa de convenção e, assim, pode ser modificado para adaptação ao padrão moral normatizado (positivado) pelos cidadãos brasileiros em sua Constituição de 1998, para construção de suas regras de convivência. O chamado interesse processual, assim, deixa de ser um dogma e pode ser ressemantizado para, também, permitir a universalização do acesso à jurisdição, não mais como atividade do juiz, mas como espaço de discursividade do juízo democraticamente compartilhado pelo Processo Constitucionalizado.

O interesse processual, longe de ser anteparo à mencionada discursividade, assume agora função essencial de construção de inter-subjetividade, por reassumir sua acepção original de **inclusão perante o Outro pelo Devido Processo**. A abertura do acesso a esta problematização, como forma racional de pacificação dos conflitos, só traz vantagens por responsabilizar o cidadão pela solução de seu conflito, ao invés de trabalhar com a idéia de um Estado parteralista que seleciona a seu talante exclusivo as possibilidades de exame das pretensões, sob o foco de um custo que tenta ser “socialmente justificado”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

almeida, andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. (tradução de Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbery) V. I. Campinas: Bookseller, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. V. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. (tradução de Elaine Nassif). Campinas: Bookseller, 2006.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. (tradução de Heder K. Hoffmann). V. I. Campinas: Bookseller, 2002.

KAFKA, Franz. **O Processo**. (tradução de Torrieri Guimarães). São Paulo: Martin Claret, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a. p. 23-31.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 4, n. 2, dez. 2005b. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf> Acesso em: 14 mai. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos Fundamentais do Processo na Desnaturalização dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 9, n. 17, p. 89-100. 1º sem. 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta. **Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 281-289.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. I. Palmas: Intectus, 2003.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MARÇAL, Antônio Cota. Princípio – Estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (coordenador). **Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-58.

ORESTANO, Riccardo. **Azione: Storia Del Problema. In: Azione, Diritti Soggettivi, Persone Giuridiche**. Bologna: Il Mulino, 1978.

POPPER, Sir Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. (tradução de Milton Amado). V. I. 3. Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998a.

POPPER, Sir Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. (tradução de Milton Amado). V. II. 3. Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998b.

POPPER, Sir Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária**. (tradução de Milton Amado) Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **O Direito de Ação e a Constituição Federal de 1988**. Monografia. Disponível em: <http://www.fadom.br/trabalhos/000009_M.pdf>. Acesso em 22 de nov. 2006.

SANTOS, Adriano Lúcio dos. Do acesso e da administração da justiça. In: TAVARES, Fernando Horta (colaborador e coordenador). **Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 11-30.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: TAVARES, Fernando Horta (colaborador e coordenador). **Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela**

antecipada – reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2007a. p. 111-118.

TAVARES, Fernando Horta; REIS, Francis V. A.; JEHA, Maria Cecília de Moura Lima; COSTA, Álisson da Silva. A correlação entre os princípios da publicidade e da dignidade da pessoa humana na atuação da mídia em face do estatuto da criança e do adolescente. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 6, n. 1, jul. 2007b. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Docentes/Fernando%20Horta_PrincPublicidade.pdf>. Acesso em: 24 set. 2008.

WACH, Adolf. **La Pretension de Declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho.** (traduccion por el dr. Juan M. Semon). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.

[1] Bacharel em Direito e História. Mestre em Direito Processual. Doutor em Direito. Professor universitário e advogado.

[2] Bacharel em Direito. Especialista em Direito Empresarial. Mestrando em Direito Processual. Professor universitário e advogado.

[3] Essa é a idéia básica encontrada na obra: **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**, V. I e II. Em sentido muito próximo, é de imprescindível lembrança o que disserta Rosemiro Pereira Leal a respeito da análise do direito como produto da natureza: “As expressões *ibi jus, ubi jus ibi societas* ou *ibi societas ibi jus* são imperativos mascaradores da história, sem qualquer impacto na reflexão jurídica, porque o direito não é uma coisa (*vires occulta*) vinda do cosmo inefável ou da sabedoria da natureza anímica, física ou biológica, ou coisa eternamente contida no cérebro do homem ou na sociedade, que possa ser pinçada, com um diamante numa cata”. (LEAL, 2008, p. 01)

[4] Essa também é a conclusão pela qual chegou Andréa Alves de Almeida: “O desenvolvimento do pensamento democrático (sociedade aberta) somente foi possível a partir da superação do isoformismo entre natureza e convenção; a partir do momento em que se distingue o costume humano das regularidades da natureza, ou seja, que as leis normativas são convencionais, transitórias e passíveis de alteração quando o homem passa a ter uma conduta ativa e crítica”. (2005, p. 30)

[5] É a solução que Popper aponta para o paradoxo da liberdade, conforme se verifica do seguinte trecho: “O chamado paradoxo da liberdade é o argumento de que a liberdade, no sentido de ausência de qualquer controle restritivo, deve levar a maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos”. (1998a, p. 289). A lei é a forma de limitação da liberdade no mínimo possível para possibilitar a convivência humana harmônica.

[6] Vale a pena citação de mais uma esclarecedora passagem da obra de Andréa Almeida: “O objeto de estudo da ciência do direito não é algo que existe em si, faltando ao homem apenas descobri-lo. Assim o pensam os positivistas sociológicos ou neo-realistas, que ao preconizarem que o direito deve ser extraído dos fatos sociais, acreditam que as relações sociais são dotadas de consciência coletiva de leis intrínsecas para comandar a conduta dos homens. Da mesma forma ocorre com os idealistas, que assim pensam por admitirem princípios jurídicos eternos, imutáveis e universais, extraídos ora de uma matriz que pode ser Deus ou a própria natureza, ou mesmo a revelação de Deus do que seja o bem e o justo. Nem mesmo o objeto da ciência jurídica se limita à retórica dos textos legais sancionados pelo Estado, como definem os normativistas kelsenianos. Importa à ciência do direito estudar a lei também como instituição transformadora da realidade social” (2005, p. 34-35).

[7] Critica-se aqui, os termos “doutrina” e “doutrinadores” por estes levarem a um obscurecimento de teorias construídas com base em argumentos de autoridades e que, assim, só podem ser aprendidos, não questionados. Vale a pena citar importante passagem de Antônio Cota Marçal sobre o tema: “(...) O termo ‘doutrina’ deriva de *docere*: ensinar e é, geralmente, empregado para designar um conteúdo apresentado como produto pronto e ao qual se adere por força do exemplo, da autoridade ou da respeitabilidade moral daquele que o transmite. Como tal foi e é ainda usual falar-se de doutrina para se referir, por exemplo, a crenças religiosas. (...) a doutrina demanda adesão da vontade e o emissor, original ou intermediário, desempenha importante papel na adesão: ou é fonte sublime e transcendente da doutrina ou é a testemunha ou o exemplo, que arrasta e move a vontade do adepto. O termo doutrina e, assim, adequado para indicar a organização do conteúdo do dogma, da mensagem cifrada, como tal sempre aberta à inclusão de qualquer conteúdo pelo respectivo receptor, e do mistério. Isso não é o que ocorre no Direito enquanto conhecimento científico. A designação “doutrina” não é adequada e não corresponde, pois, ao estatuto cognitivo do Direito, se é que correspondeu inteira ou parcialmente em alguma época e, sobretudo, se o Direito deve se constituir como ciência”. (2007, p. 45-46)

[8] É o que explica Rosemiro Pereira Leal, para quem: “A naturalização da língua (...) tornou as palavras coisas (...). Esse fetiche (efeito externo encobridor das causas existenciais), que iguala coisa com coisa (a *res* indecifrável dos romanos e a *physis* grega), vedando a abertura conjectural (problematização-teorização dos conteúdos de significância das linguagens), é que vem mitificando a ‘linguisticidade’ jurídica (possibilidades refutativo-discursivo-argumentativas) a ponto de criar um mundo imaginário, fantasístico e virtual, que se afirma como realidade reflexa (absolutamente gozosa) em troca da própria vida reflexivo-enunciativa e proposicional. A adoção das palavras como coisas (e não mais para descrever, conjecturar e argüir a linguagem) é um empreendimento tão vitorioso na contemporaneidade exasperante que a própria coisa freudiana (*das ding*) passou a significar um lugar físico-neurológico de horror e inexplicável pela inteligência humana, lugar de mistério a ser lobotomizado, esquecido, evitado ou lacrado, longe da escuta, percepção ou olhar escópico do homem. Condenam-se assim, as ciências do Direito e da Psicanálise a um desterro perpétuo, criando-se o ‘fora-da-lei’ (...), e ao mesmo tempo excluindo-o autoritariamente da possibilidade de ser si mesmo, ter e compreender (construir, reconstruir, modificar ou destruir) a lei, ontológica ou jurídica”. (2006, p. 89-90)

[9] Art. 3º - Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.

[10] Art. 50 – Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

[11] Art. 267 – Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

[12] Art. 295 – A petição inicial será indeferida: (...) III – quando o autor carecer de interesse processual; (...).

[13] Art. 1º - A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em um Estado Democrático de Direito (...).

[14] “La ‘relación jurídica’ no es um derecho abstracto, objetivo, sino la relación jurídica concreta de una persona, resultante del dominio de la norma jurídica sobre una configuración de hechos (tatbestand). (...) El derecho subjetivo es o objeto de la declaración”. (...). (p. 95-96)

[15] “As condições da ação (...) são (...) os requisitos de existência da ação, e são por isso declarados em juízo (mesmo se, em geral, implicitamente) antes do exame do mérito. (...) Elas podem por isso também ser definidas como as condições de admissibilidade da propositura da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional no que diz respeito a uma hipótese fática concreta deduzida em juízo”. (LIEBMAN, 2003, p. 138). Em outro trecho, o mesmo autor assevera: “O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe por isso a lesão deste interesse e a idoneidade da decisão pedida para protegê-lo e satisfazê-lo. (...) Naturalmente o reconhecimento da existência do interesse de agir não significa ainda que o autor tenha razão: quer dizer paenas que sua demanda apresenta as exigências para ser examinada (...). (2003, p. 139). Trabalha com a idéia de o interesse medir a idoneidade da hipótese fática deduzida em juízo de ser objeto da atividade jurisdicional (2003, p. 140).

[16] Teoria que, tentando conciliar a idéias abstratas e concretas sobre a ação processual, propõe a ação como direito de provocar na jurisdição um pronunciamento sobre o mérito, direito que estaria condicionado, para sua existência, à presença de legitimidade e interesse (REIS, 2004, p. 29-32).

[17] Quem desenvolveu melhor essa idéia foi Dinamarco que, em expressão literal, assim se manifesta sobre o tema: “(...) Prometendo exercer a jurisdição, o Estado o faz antes de tudo com visto ao seu próprio interesse de pacificação social e manutenção da ordem político-jurídica; ele o faz, então, limitadamente aos casos em que, segundo seus critérios insondáveis e soberanos, a utilidade do provimento esperado possa ser de maior significado social e político que o custo social do próprio processo (...)”. (2002, p. 414).

[18] “A ausência do interesse de agir é sempre resultado de um juízo valorativo desfavorável feito discricionariamente na lei sempre que, a seu juízo insondável pelo juiz (apenas interpretado racionalmente), a atividade preparatória do provimento custe

mais, em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem as vantagens que dele é lícito esperar”. (DINAMARCO, 2002, p. 419).

[19] “Acredito que não há simetria do ponto de vista ético, entre sofrimento e felicidade, ou entre dor e prazer. Tanto o princípio da felicidade máxima dos utilitários como o princípio de Kant – ‘promover a felicidade dos demais’ – parecem-me fundamentalmente errados neste ponto, que, entretanto, não é de argumentação racional. (...) Em meu parecer (...) o sofrimento humano faz um direto apelo moral, a saber o apelo por auxílio, ao passo que não há tal apelo para que se aumente a felicidade de um homem que de qualquer modo vá indo muito bem. Outra crítica da fórmula utilitária ‘levar ao máximo o prazer’ é que ela admite, em princípio, uma escala contínua prazer-dor, que nos permite tratar os graus de dar como graus negativos de prazer. Mas do ponto de vista moral, a dor não pode ser pensada pelo prazer e, especialmente, não a dor de uma pessoa pelo prazer de outra pessoa. Em vez de maior felicidade para o maior número, dever-se-ia mais modestamente reclamar o menor quinhão de sofrimento evitável para todos; e, mais, que o sofrimento inevitável (...) seja distribuído tão igualmente quanto possível”. (...) (POPPER, 1998a, p. 311).

[20] “Portanto, a importância suprema do princípio da dignidade da pessoa humana está no fato de ele ser um elemento comum à civilização ocidental contemporânea. É um princípio praticamente aceito no mundo e que vem sedimentando-se ao longo do tempo, historicamente, e que adquiriu um significado relativamente constante no tempo e universal no espaço: **o valor do homem como um fim em si mesmo e a idéia de que só é digno aquele que pode fruir de todos os demais direitos fundamentais**”. (TAVARES; REIS; JEHA; COSTA, 2007b, p. 06-09).

[21] Próximo desta conclusão, Calamandrei: “O problema não pode ser formulado nestes termos absolutos; o mesmo somente pode ter sentido sempre que se coloque historicamente em relação a um determinado ordenamento positivo, numa certa fase de seu desenvolvimento. Não se trata de investigar a verdadeira teoria, com se não existisse mais do que uma que pudesse ser considerada absolutamente exata diante de todas as outras que seriam consideradas equivocadas (...). (CALAMANDREI, 1999, p. 203). Conferir, também, ORESTANO, 1978, p. 81-85.

[22] Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) – LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[23] Art. 5º (...) – LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[24] Art. 5º (...) – XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[25] Aqui, sinônimo de atividade do juiz, como queria Liebman: (...) “as pessoas que exercem a jurisdição são os juízes e forma em seu conjunto a magistratura (...)”. (2003, p. 23). O juiz também é visto como o intérprete qualificado da lei (2003, p. 24).

Também, entre nós, Dinamarco: “Essa explicação segue a linha usual, na indicação da jurisdição pelo tríptico aspecto da atividade (conjunto de atos **do juiz**), da função (escopo primacial de pacificar com justiça) e do poder. (...)” (2000, p. 116).

[26] “O amplo acesso à justiça, compreendida como jurisdição, conclama uma reflexão sobre o tempo e o espaço de participação no procedimento, estrutura técnica do processo. (...) Deve-se democratizar o devido acesso à justiça (jurisdição) pelo acesso ao devido processo legal a qualquer da coletividade ou do povo ou mesmo a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem restrições quanto à legitimidade e aos interesses. Inexiste autêntica e legítima democracia sem que haja autêntica e legítima participação facultada pelo processo, iniciado pelo advogado ou pelo defensor público, capaz de concretizar a ação e a defesa técnica”. (SANTOS, 2007, p. 12-14).

[27] Até porque o que a expressão “interesse público” pode mascarar são os interesses dos agentes governativos, os responsáveis por uma captação mítica da vontade popular diluída na atmosfera (!?). Ver, nesse sentido, as críticas de MACIEL JÚNIOR (2006, p. 59-60) e LEAL (2005, P. 25-26), cuja clareza na crítica merece citação literal: “(...) No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os seguimentos da Comunidade Jurídica (...)”.

[28] Art. 20 do CPC – A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. (...). Art. 21 – Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

[29] Vale a pena anotar aqui ilustração interessante publicada a respeito do novo pressuposto recursal da repercussão geral. Ilustra a capa da revista “RT Informa”, n. 52, de Nov/2007 a abr/2008, um funil no qual diversos autos de procedimentos são atirados para em sua extremidade menos alargada saírem apenas uns poucos que merecerão a atenção da corte superior. Tais leis são, principalmente, as de números 11.187/2005 (que instituiu o novo regime do agravo por instrumento e a possibilidade de sua conversão em retido por decisão irrecorrível); 11.276/2006 (súmula e jurisprudência dominante impeditivas de recurso); 11.418/2006 (repercussão geral para recurso extraordinário); e 11.672/2008 (recursos especiais repetitivos).

[30] “(...) diante da lei está postado um guarda. Até ele se chega um homem do campo que lhe pede que o deixe entrar na lei. Mas o sentinela lhe diz que nesse momento não é permitido entrar (...). Quando o guarda percebe isso [que o homem olha através da porta da lei, semi-aberta] desata a rir e diz: ‘Se tanto lhe atrai entrar, procura fazê-lo não obstante a minha proibição. Mas guarda bem isso: eu sou poderoso e contudo não sou mais do que o guarda mais inferior; em cada uma das salsa existem outros sentinelas, um mais poderoso do que o outro. Eu não posso suportar já sequer olhar do terceiro’. O camponês não esperara tais dificuldades; parece-lhe que a lei tem de ser acessível sempre a todos (...) (KAFKA, 2007, p. 239).

[31] “(...) A jurisdição, sem procedimento e processo, é a tônica da contemporaneidade tirânica, travestida de uma efetividade processual, que prolonga secularmente a sociedade civil, fixando-a dentro e fora do Estado, à margem da lei, suspendendo as conjeturas de Hegel e Marx ao se encravar numa zona de anomia que embosca a lei

estatal num espaço extra-sistêmico com força de lei e em nome da lei (caráter constitutivo e legiferativo-suplementar da atividade jurisdicional). (...)”. (LEAL, 2005, p. 05)

[32] Veja-se o caso da sucumbência (art. 20, CPC), da litigância de má-fé (art. 17 e art. 18, ambos do CPC), das multas por recursos protelatórios (como as previstas nos art. 538, parágrafo único, e art. 557, §2º, ambos do CPC).

[33] Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária (...).

[34] Visão que se tem quando se adota uma metodologia falibilista, em que o conhecimento evolui na submissão das conclusões apresentadas ao teste da crítica do outro (intersubjetividade). Ver, nesse sentido, POPPER, 1999, p. 23-33.

REVISITANDO NOVOS CAMINHOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIÇÃO*

RENOVACIÓN DE NUEVAS FORMAS DE ACCESO A LA JUSTICIA: LA MEDIACIÓN

**Ivan Aparecido Ruiz
Judith Aparecida de Souza Bedê**

RESUMO

A atualidade assiste ao ressurgimento dos meios alternativos de solução de conflitos (negociação, conciliação, mediação e arbitragem), entre eles, a mediação, a qual tem apresentado resultados bastante empolgantes em experiências bem sucedidas em vários países da América Latina (principalmente na Argentina), Estados Unidos e Europa. A mediação valoriza o aspecto emocional e psicológico, opondo-se à tradição adversarial (processo judicial), que esquece o diálogo. Apesar de no Brasil, ainda não termos uma legislação a respeito, o presente estudo, como uma forma a mais de acesso à justiça, é extremamente relevante. O presente estudo pretende mostrar os caminhos seguidos por diferentes sociedades, caracterizando vantagens e problemas encontrados na implantação deste recurso como aliado do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: JUDICIÁRIO; MÉTODOS ALTERNATIVOS; MEDIÇÃO.

RESUMEN

El presente presenciando el resurgimiento de los medios alternativos de solución de controversias (negociación, conciliación, mediación y arbitraje), entre ellos, la mediación, que ha demostrado resultados muy emocionante en experiencias exitosas en varios países de América Latina (principalmente en Argentina), Los Estados Unidos y Europa. Los valores de la mediación emocional y psicológico aspecto en contraste con el tradicional adversario (procedimientos judiciales), que domina el diálogo. A pesar de el hecho de que en Brasil, aún no teniendo una ley sobre el tema, este estudio como una forma más de acceso a la justicia, es sumamente importante. Este estudio tiene como objetivo mostrar los caminos seguidos por distintas empresas, con las ventajas y los problemas surgidos en el despliegue de este recurso y aliado de acceso a la justicia.

KEYWORDS: PALAVRAS-CLAVE: JUDICIARIO; MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA; MEDIACIÓN.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Vários estudiosos alertam para a confusão entre os termos conciliação e mediação. Gladys Stella Álvarez[3], renomada doutrinadora e juíza argentina, explica que, embora sejam eles utilizados de modo ambíguo e equívoco, tratam-se de termos e situações distintas. A conciliação se aplica quando ao terceiro compete a faculdade, outorgada pelas partes, pelas normas e pelo costume, de propor fórmulas de acordo. Enquanto isso, ao termo mediação cabe o uso quando se tratar de um processo não “adversarial” de resolução de disputas estruturado em etapas seqüenciais, cabendo ao terceiro, mediador, uma condução neutra da negociação, com abstenção de aconselhamento, emissão de parecer ou proposição de fórmulas de acordo, pois as partes devem chegar à resolução do conflito.

Pesquisa realizada em 1994 pelo Instituto Gallup na Argentina, em conjunto com a Agência Internacional para o Desenvolvimento, demonstrou que 49% da população daquele país vê a prestação jurisdicional como ruim ou muito ruim, sendo que 80% das pessoas não encontra aspectos positivos na Justiça. Ainda foram citados problemas como lentidão e corrupção do Judiciário, o que desabona ainda mais a instituição e o poder constituído[4].

A vizinha Argentina em nada difere do Brasil quando se trata de prestação jurisdicional ou acesso à justiça. Embora não estejam disponíveis, no momento, dados estatísticos sobre o tema, os noticiários de televisão, as matérias jornalísticas veiculadas pela imprensa escrita e o labor no meio forense demonstram que os problemas elencados são apenas alguns, diante dos tantos entraves vividos pelo Poder Judiciário e pela população, que encontra, cada vez mais, dificuldade em ver atendido o seu anseio por justiça ou a mera prestação jurisdicional que o Estado chamou para si.

A crise do Poder Judiciário pede medidas urgentes para melhorar o funcionamento da justiça, e o caminho encontrado foi o dos métodos alternativos de solução de conflitos, visto empregarem menos tempo e dinheiro, havendo o manejo das relações de conflito[5]. Para a juíza argentina, Gladys Stella Álvarez, o fato de as partes terem a chance de solucionar seus próprios conflitos, é a expressão de uma sociedade democrática, assim como o acesso à justiça para os grupos mais débeis é a expressão de uma sociedade justa.

A partir de la crisis del sistema de justicia y la profunda insatisfacción de los usuarios, construye una moderna trama a fin de aportar a su fortalecimiento um remédio más adecuado para mejorar su administración y funcionamiento, la oferta de serviços RAD[6].

A tese da autora passa pela defesa da idéia de que a mediação, anexa ao trabalho dos tribunais, é uma forma efetiva de ampliação do acesso à justiça; o que implica em uma tutela eficiente e não propriamente jurisdicional, porque o enfoque que se deseja dar refere-se ao acesso mais amplo à justiça e não apenas ao sistema judiciário.

Ada Pelegrini Grinover[7], atribui a crise do Judiciário a vários fatores, entre eles: **(a) o distanciamento** entre o Poder Judiciário constituído e o “cidadão” comum, seu usuário;

(b) o excesso de processos, que abarrotam o Judiciário; (c) a morosidade e os altos custos dos processos; toda a burocracia e complicação dos procedimentos que visariam oferecer ao indivíduo a almejada justiça; (d) além da mentalidade de juízes, que fazem menos do que poderiam; bem como a ignorância das partes acerca dos procedimentos judiciais, sem falar da inexistência e;ou deficiência do patrocínio gratuito.

Diante desse quadro, é cada vez maior a corrente dos defensores da utilização de meios alternativos para resolução de conflitos a fim de ver superada a crise do Poder Judiciário. Nesta esteira de pensamento, é que atuou a reforma do CPC/73, a partir de 1994, alargando as possibilidades de conciliação, expressamente garantida por meio da Lei 10.444/02 quanto a “direitos que admitam transação, abandonando a idéia de direitos disponíveis, de menor alcance, no que concerne ao objeto da conciliação”[8].

Como consequência dos problemas antes arrolados, tem-se o incentivo e a valorização dos métodos alternativos de solução de controvérsias, dos quais se espera surgirem melhores condições de aplicação da Justiça, resultando no desafogamento e no aumento da eficiência do Poder Judiciário. Nesse sentido, cumpre destacar a tese de José Luiz Bolzan de Moraes e Anarita Araújo da Silveira, que entendem tratar-se de uma opção que visa descongestionar os tribunais e estimular a participação da comunidade, facilitando o acesso à justiça, quando assim se manifestam:

“esses mecanismos alternativos, entre os quais cita-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a conciliação [...] colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos; estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos, e facilitar o acesso à justiça, já que, por vezes, muitos conflitos ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas e as partes não têm alternativas disponíveis a não ser, quem sabe, recorrer à força”.[9].

Vários são os doutrinadores[10] que apresentam a utilização da mediação como pressuposto ao ajuizamento de qualquer ação judicial; o que não significa, uma negação de acesso ao Judiciário, mas seu condicionamento a uma situação prévia de tentativa de acordo[11]. Outra questão, aventada por Elizabeth Fialho Colares, refere-se aos princípios constitucionais atingidos quando se fala em utilização de meios alternativos. Argumenta a autora que o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 assegura, por princípio, a inafastabilidade do Poder Judiciário, o que demonstra a opção pelo monopólio estatal jurisdicional em detrimento da autonomia privada[12].

Assim, eventual lei que viesse permitir a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses, dentre eles a mediação, seria inconstitucional, por infringir a garantia insculpida no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88?

O próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 esclarece que a justiça e a igualdade são valores supremos e que existe a preocupação com a harmonia social, afirmando literalmente que tal harmonia está comprometida com a “ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias”. Nesse diapasão, a mediação só pode ser considerada constitucional e de acordo com os melhores preceitos internacionais para solução de conflitos. Cumpre destacar o entendimento de Roberto Portugal Bacellar: “é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de

solução de conflitos. Sem a necessidade de afastar o monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as soluções alternativas[13]

Resta evidente a importância e juridicidade da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, também conhecidos como *métodos não adversariais*. O que trazem os meios alternativos é a possibilidade de solução da controvérsia por meio do diálogo e, mais especificamente, no caso da mediação, uma solução que brotará das observações dos sujeitos em conflito, assessoradas por um terceiro que não tem o envolvimento emocional, mas que compreende sua magnitude.

DESENVOLVIMENTO

1 A mediação em alguns países latino-americanos e na América Central

A reforma judicial está atrelada a aspectos de acesso à justiça, ética do Judiciário, independência, imparcialidade e integridade do Judiciário, constantes motivos de debate, sendo que esta tendência evidencia a necessidade de reformas legislativas, a captação das transformações por parte da legislação, a necessidade de criação de organismos de capacitação, bem como uma revisão e informatização da gestão judicial e, segundo Gladys Stella Álvarez, a incorporação das RADs[14].

Desse modo, a troca de informações legais e doutrinárias, todo o rol de estudos de *Direito Comparado* favorecem tanto a qualidade quanto a divulgação dos trabalhos em mediação. Assim, passa-se ao estudo desse tema em alguns países latinos, com destaque para a Argentina. Na Europa, a mediação já foi explorada na Espanha, a qual também encaminha seus primeiros passos na legislação sobre mediação.

Gladys Stella Álvarez[15] salienta que, nos últimos cinco anos, tem aumentado na América latina e na América Central o uso das RADs aplicadas ao direito objetivo e à administração da justiça. A autora passa a detalhar os procedimentos alternativos de solução de conflitos nos países da América Latina, destacando, brevemente, os abaixo elencados.

A *Bolívia* institucionalizou a prestação de arbitragem, conciliação e mediação, por meio de Centros de Conciliação, abaixo da órbita do Ministério da Justiça, seu controlador; tais centros são utilizados como canais não formais de acesso à justiça.

Já na *Colômbia*, optou-se por um modelo descentralizado e desjuridicizado de solução de conflitos, judicial e extrajudicial. Serviços prestados por centros de conciliação e arbitragem, conectados aos tribunais e utilizados como monitores do sistema no Ministério da Justiça e do Direito.

Também organizado em Centros de mediação e arbitragem, o sistema do *Equador*, segundo a autora, permite balancear adequadamente a atividade de resolução de alternativa de conflitos de interesses no setor público e no privado. É por ela considerado o melhor modelo para o desenvolvimento adequado da mediação, sendo acessível, inclusive, às comunidades indígenas.

No *Peru*, a lei institucionalizou a *conciliação extrajudicial* e criou um requisito de procedibilidade da ação judicial (que em 2003 ainda não tinha entrado em vigência). O

modelo tem a vantagem de haver regulado a prestação dos serviços por intermédio de centros supervisionados pelo Ministério da Justiça, não somente no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos legais, mas também em relação à qualidade dos serviços e cumprimento de todas as normas éticas.

Na *Costa Rica*, os tribunais não têm ingerência direta, salvo as comissões de fiscalização, que representam o Poder Judiciário. Os acordos são concretizados por sentença.

Na *Guatemala* desenvolveu-se um sistema denominado bifrontal: por um lado, anexo aos tribunais onde se atendem casos advindos dos juizes ou a requerimento de pessoas individuais, instituições públicas ou privadas. Quando se tratar de mediação penal requer-se a homologação judicial para sua validade. Possibilitou-se, também, o desenvolvimento de centros privados ou públicos que oferecem os serviços de RAD, além de centros comunitários que atendem com mediação os conflitos dos povos indígenas.

Na *Nicarágua*, a mediação foi adotada, em matéria de conflitos de terra, como procedimento obrigatório, uma vez integrada a lide; ou o uso da arbitragem quando solicitado pelos sujeitos. A *mediação prévia obrigatória* é, muitas vezes, descartada para economia do tempo do juiz, salvo quando se tratar de medidas penais ou de ordem pública.

Para Gladys Stella Álvarez e Elena I. Highton[16], os programas de mediação têm por missão promover a paz social e ampliar o acesso à justiça.

2 A mediação na Argentina

Seguindo o detalhamento exposto no livro de Gladys Stella Álvarez, pode-se afirmar que, atualmente, é muito comum na Argentina o uso da mediação, a qual aparece regulada em caráter prévio ao processo judicial (art. 1º[17], da Lei Argentina). A previsão de um terceiro, mediador, é suprida por um servidor público, um órgão judicial ou administrativo, havendo a presença de um juiz que celebra a audiência. Espera-se que, nesta ocasião, as partes possam por fim à controvérsia.

Na Argentina, desde 1991, desenvolve-se o trabalho com as RADs (Resolução Alternativa de Disputas) valendo-se da modernização da arbitragem e introdução da mediação por meio da criação de uma Comissão de Mediação formada por juizes e advogados, trabalhando nas áreas patrimonial e familiar.

De acordo com dados retirados do livro “La mediación y el acceso a justicia”[18], em 1991, iniciou-se o Plano Nacional de Mediação, seguido pela Lei Nacional de Mediação e Conciliação, aprovada em outubro de 1995, com vigência a partir de 1996. Segundo Gladys Stella Álvarez, passados dez anos, tem-se a atuação da mediação nos mais diversos setores, havendo, inclusive, programas de mediação escolar e comunitária, oferecendo serviços tanto na esfera governamental quanto privada. O antigo Centro de Mediação é, hoje, denominado Ministério da Justiça e Direitos Humanos. Segundo a juíza e autora, envolvida com o tema desde seu início, a difusão e implementação da mediação na Argentina passou por um laborioso processo que contou com convênios

firmados com distintos organismos educativos, entidades profissionais, além da valiosa a colaboração do Ministério da Educação e do governo municipal de Buenos Aires[19].

A Argentina valeu-se das regras desenvolvidas pelo Instituto de Justiça Estatal (*State Justice Institute*) do Centro para Resolução de Conflitos (*Center for Dispute Settlement*), com sede em Washington, D.C. e do Instituto de Administração Judicial (*Institute of Judicial Administration*), com sede em Nova York[20], elaborando um plano piloto para administrar a experiência.

Os envolvidos passaram por cursos de capacitação a fim de se ajustarem critérios adequados para a execução da mediação, tendo sido os advogados, o setor que mais ofereceu resistência a este processo. Ainda assim, logrou êxito o projeto:

Tal como hemos manifestado, el éxito de una mediación no se mide solamente por el nivel de acuerdo [...], existen múltiples variables que deben ser tenidas en cuenta para afirmar si una mediación ha tenido éxito o no; en la mayoría de los casos, la circunstancia de haber permanecido en una mediación intercambiando siquiera palabras con la otra parte es un principio de éxito[21].

Embora os resultados tenham sido muito bons, de acordo com Gladys Stella Álvarez[22], o objetivo da experiência piloto era subsidiar a lei futura; no entanto, isso não ocorreu, pois que a lei foi elaborada antecipadamente deixando de levar em conta dados concretos que poderiam ter sido aproveitados. Contudo, sobressaem *aspectos positivos* que a autora destaca, apontando, também, a seguir, os *problemas mais comuns encontrados*.

Segundo a autora, podem ser apontados vários *aspectos positivos da experiência*, entre eles a variada equipe de mediadores; o despertar da consciência nacional acerca da existência de RAD; o alto valor pedagógico para juízes, partes, advogados e pessoal da justiça; logrando-se um consenso que, inicialmente, não se esperava. Como dito, evidenciaram-se, também, alguns *obstáculos comuns à introdução da mediação naquele país*. Entre eles, a desinformação; o temor à troca de procedimento; e a falta de pressupostos para compreender e levar adiante a experiência.

Atualmente, o movimento de utilização dos meios alternativos para solução de conflitos de interesses na Argentina está consubstanciado na Lei de Mediação pré-judicial obrigatória. Inclusive, a Lei de Proteção Contra a Violência Familiar, de 1995, prevê audiência de mediação, na qual o juiz deverá fixar, dentro de 48 horas, se adotou as medidas preventivas para segurança das vítimas; o que, infelizmente, não tem ocorrido.

Ainda, segundo Gladys Stella Alvarez, desde 1999, está sendo discutida a *mediação penal*, tendo sido alguns casos levados ao Centro de Mediação do Ministério para discussão, além da oferta de cursos destinados a juízes e funcionários, a fim de dotá-los das ferramentas necessárias para detectar os casos aptos a serem tratados por esta via[23].

Em 1989, o Ministro da Justiça organizou um programa de serviços de assistência jurídica estabelecido na cidade de Buenos Aires, incorporando-se o uso da mediação, como experiência piloto.

Iniciado o projeto piloto em 1989, apresentou resultados melhores que os esperados, tanto que a Constituição da cidade de Buenos Aires, de 1996, incorporou como garantia constitucional o uso da mediação, deixando para lei posterior a regulação e implementação do meio, relacionando-o ao Poder Judiciário[24].

Determina esta lei que as comunidades deverão implementar um adequado método de resolução de conflitos mediante o sistema da mediação com a participação de equipes multidisciplinares. A secretaria de governo foi escolhida para regular toda esta atividade, criando-se o serviço de mediação nos centros de gestão e participação, um trabalho realizado em coordenação com a secretaria de descentralização.

Conforme detalhamento apresentado por Gladys Stella Álvarez, a Lei 24.635/96 estabelece de forma obrigatória a conciliação pré-judicial sob a supervisão do Ministério do Trabalho e Seguridad Social, com a devida intervenção de conciliadores inscritos no registro de conciliadores do Ministério da Justiça, os quais são sorteados a partir de uma lista confeccionada pelo próprio órgão. Na Justiça Nacional se instaurou a mediação obrigatória e prévia a, praticamente, todo contencioso patrimonial, como também a conciliação preliminar ao início de uma demanda trabalhista.

Caso não haja acordo na conciliação, a lei prevê a possibilidade de se recorrer, com consentimento das partes, à arbitragem[25].

O movimento RAD que, de acordo com a doutrinadora, começou em 1991, reativou a arbitragem privada, havendo significativa melhora na sua regulação, além da incorporação da mediação como um serviço prévio à arbitragem ou, ainda, a ser prestado antes da produção das provas.

Organizações não governamentais e provedores privados oferecem estes serviços. Entidades de classe como notários, advogados, contadores, arquitetos, além das câmaras de comércio, de cereais e bolsa de comércio também elaboraram cláusulas que prevêem o uso de meios alternativos de resolução de conflitos a serem incorporadas nos contratos nacionais e internacionais. O Plano Nacional de Mediação foi sendo estendido às províncias, trabalho este, tido como fonte de enriquecimento e retroalimentação do programa, uma vez que possibilitava contato com realidades diferentes em virtude do contexto sociocultural e institucional.

A lei argentina[26] prevê a mediação extrajudicial quando as partes, sem iniciar processo judicial, aderirem voluntariamente ao procedimento de mediação, seja ante um mediador, um centro de mediação público ou um centro de mediação privado, habilitado para tal fim. São admitidos três tipos de centros de mediação: os *privados*, os *públicos* e os *judiciais*. Segundo Gladys Stella Álvarez[27], os *centros privados* incluem todas as entidades unipessoais ou de integração plural dedicadas a realizar atividade mediadora, implementar programas de assistência e desenvolvimento da mediação, bem como formação de mediadores; todos dirigidos e integrados por mediadores matriculados e habilitados. Já nos *centros públicos*, ligados ao Poder Executivo, serão desenvolvidos programas de assistência gratuita, tais centros são compostos por profissionais igualmente habilitados e nele ingressantes por concurso público. Destina-se a atender questões extrajudiciais que lhe sejam voluntariamente apresentadas pelos particulares; podendo celebrar convênios com a municipalidade e comunidades das províncias. Finalmente, o *centro judicial* dependerá do Poder Judiciário da província cabendo-lhe

organizar a lista dos mediadores que atuam neste âmbito; supervisionar o funcionamento da mediação; cumprir as obrigações legais; receber denúncias por infrações éticas de mediadores, remetendo-as para o Tribunal de Disciplina no Ministério da Justiça; além de organizar cursos de capacitação e desenvolver as ações necessárias para divulgar as vantagens da mediação. O Centro Judicial submete-se ao Tribunal Superior de Justiça no que pertine à organização e recursos, tanto humanos quanto materiais, funcionando no interior das províncias e nas diversas circunscrições judiciais, ampliando-se progressivamente.

Após o trâmite e algumas modificações, ficou assim regulamentada a mediação: **a)** instituiu prazo de cinco anos para as adaptações necessárias, prazo a partir do qual a mediação prévia obrigatória a todo juízo; **b)** busca, por meio da mediação, a solução extrajudicial de controvérsias; **c)** exclui alguns casos penais, aqueles em que o Estado ou seus entes forem parte, como também algumas questões de família; **d)** a mediação é optativa nos processos de execução e despejo; mas se solicitada pelo requerente é obrigatória ao requerido; **e)** as partes ficarão isentas desta obrigação se antes do início da causa comprovarem ter existido mediação ante mediadores registrados no Ministério da Justiça; **f)** o pedido de mediação judicial deve ser formalizado nos distribuidores dos respectivos tribunais, mediante acerto financeiro (\$15,00) destinado ao fundo de financiamento; **g)** o mediador, o juiz e o membro do MP serão sorteados a partir da lista disponível confeccionada pelo Registro de Mediadores do Ministério da Justiça. Sendo estes considerados competentes para o ato, inclusive pela via judicial; **h)** o mediador pode ser sorteado a partir de uma lista de oito nomes ou eleito por ambas as partes; **i)** nas mediações oficiais, suspende-se a prescrição desde o momento que o reclamante formaliza sua pretensão diante do foro competente; **j)** nos demais casos, suspende-se por uma única vez a partir da data do instrumento autêntico, mediante o qual se busca notificar ao requerido, a data da audiência de mediação, operando-se contra quem seja dirigida; **k)** as atuações são confidenciais; **l)** o mediador atende em seu escritório, fixa as audiências em um prazo peremptório para as partes que devem comparecer pessoalmente sob pena de multa; **m)** o mediador tem ampla liberdade para assistir as partes conjunta ou separadamente, cuidando para não favorecer a nenhuma delas ou violar seu dever de confidencialidade; **n)** fixa-se um prazo total de 60 dias para o trâmite da mediação obrigatória e de 30 para a optativa, salvo acordo diverso das partes; **o)** o convênio celebrado tem força executiva e só requer homologação judicial quando estiverem em jogo interesses de menores e incapazes; **p)** caso se chegue à instância de execução, o juiz deverá aplicar a multa prevista por temeridade e malícia processual, a qual será remetida ao fundo de financiamento, juntamente com as que se apliquem às partes pelo não comparecimento justificado das partes; **q)** o mediador fará jus a um valor fixo, estabelecido por regulamento, a ser pago pelas partes caso haja acordo. Se tal não ocorrer, fracassando a mediação, os honorários serão pagos pelo Fundo de Financiamento; **r)** criou-se uma comissão de Seleção e Controle integrada por dois membros da Corte Suprema, dois do Poder Executivo e dois do Legislativo. Esta comissão é a última autoridade de controle e decisão de recursos administrativos.

A lei argentina deixou, ainda, importantes questões sujeitas a regulamentação posterior, a saber: **a)** capacitação e exigências para ser mediador; **b)** causas de suspensão e separação do registro; **c)** procedimento para aplicar a suspensão e separação do registro; **d)** requisitos, impedimentos e incompatibilidades para ser mediador; **e)** valores, condições e circunstâncias de remuneração do mediador; **f)** condições de pagamento de

honorários para o Fundo de Financiamento. Tais fatos, para a autora[28], abrem caminho para distorções dos objetivos almejados pela lei.

3 Tradição e evolução da mediação na Espanha

Vários autores explicam que desde 1239, existiam regras de mediação para regular conflito de interesses ligados ao uso da água, utilizadas no antigo *Tribunal de Águas de Valência*, o qual era constituído por indivíduos respeitados na comunidade.

Em 1737 e 1776, as ordenações de Bilbao e Burgo, respectivamente, já demonstravam os antecedentes da mediação, de carácter voluntário e preventivo para assuntos comerciais. A partir da Constituição de 1812, veda-se a atuação jurisdicional antes de qualquer tentativa de acordo extrajudicial, sendo o texto do Real Decreto de 1827, do seguinte teor:

Cuando cualquiera persona compareciere en este tribunal intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante si a las partes y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y diferencia que hibiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito[29].

Já no século XX, em 1953, a *Ley de Arbitraje* delinea as competências a serem desempenhadas pelo árbitro, ligado à administração da justiça.

De acordo com Elena I. Highton e Gladys Stella Álvarez, no ano de 1984, a mediação passa a ter carácter facultativo, o que ocorre em função da crescente insatisfação da população com os resultados da conciliação.

Enfim, a partir de 1988, com a *Ley de Arbitraje*, a Espanha substitui o regime jurídico anterior, considerado inadequado para aspectos mercantis e internacionais. Com a introdução de alterações legislativas, consagra-se o princípio da liberdade formal no compromisso arbitral além de ampla margem para a autonomia da vontade, entre outras novidades, estendendo-se, inclusive, o uso da mediação à área de família.

Lilia Maia de Moraes Sales[30] e a doutrinadora lusa, Joana de Deus Pereira[31], realizaram minudente estudo sobre a mediação no país basco. Explicam elas que, atualmente, na Espanha não há legislação específica sobre mediação; entretanto, a Lei do divórcio de 1981, representou o início da instauração da mediação. Ao contrário, na Catalunha há legislação, inclusive uma Lei de Mediação Familiar de Catalunha. (Lei n. 01, de 15 de março de 2001).

Todos os dados compilados demonstram que a mediação, um recurso que historicamente acompanhou o homem, com o advento do positivismo foi relegado a segundo plano. Séculos mais tarde, a mesma sociedade retoma o método, agora, chamando-o de alternativo, não só na Espanha, mas na Argentina, no Brasil, na França, dentre outros. Se esse método antecede ao “processo” não poderia, por evidente, ser chamado de “alternativo”. Mas, essa palavra tem sido utilizada mesmo assim, pois, atualmente, entende-se que o “processo” é o método oficial, sendo a mediação, então, um método alternativo a ele, repita-se, o oficial.

Não obstante a retomada do uso da mediação, é importante destacar a observação feita por Maria Montserrat Martinez Camps, alertando para a empolgação que o povo espanhol tem demonstrado com a lei, pois, segundo ela, ainda restam muitas questões a resolver a fim de se chegar a uma lei melhor e com menos erros.

4 Projetos de lei sobre mediação no direito brasileiro

Os estudos de Fialho Colares informam que, apesar da larga utilização da mediação no Brasil, apenas recentemente o procedimento foi positivado. Segundo esta autora, existem os Códigos de Ética, como o do CONIMA[32], que possui um caráter mais de divulgação do que de positivação. Apenas há legislação específica sobre mediação no âmbito trabalhista, ocorrendo dentro das negociações individuais e coletivas.

Há diversos grupos ligados ao estudo e desenvolvimento da mediação, o IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil; o Centro Latino americano de Mediação e Arbitragem no Brasil; o IBEF – Instituto Brasileiro de Executivos Financeiros, além da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ. Do mesmo modo, a fundamental colaboração do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação, o famoso GT Arbitragem da UnB; além do Centro de Mediação e Arbitragem – CMA, da PUC, que funciona em cooperação com o Serviço de Assistência Judiciária da instituição. Em Curitiba, funciona projeto piloto de mediação no Juizado Especial Cível, num trabalho integrado com a Defensoria Pública do Estado do Paraná[33]. Todos preocupados com a divulgação, expansão e aprofundamento da mediação a fim de oferecer mais amplo e eficaz acesso à justiça.

Ivan Aparecido Ruiz[34], apresentou um anteprojeto de lei sobre mediação como proposta de alteração da legislação. O anteprojeto prevê a criação e instalação do procedimento obrigatório prévio de mediação, delineando princípios gerais, determinando a circunscrição territorial, bem como as matérias de atribuição dos órgãos mediadores, oferecendo diretrizes para organização e funcionamento dos órgãos de mediação. Nas disposições gerais, fica clara a intenção de promover a comunicação entre as partes no intuito de solucionar, da melhor maneira possível, o litígio que se apresenta. Não descuida, ainda, dos princípios orientadores da mediação, entre eles a neutralidade do mediador, a flexibilidade e publicidade do sistema, todos voltados para a solução pacífica dos conflitos. Por fim, não descuida Ivan Aparecido Ruiz da qualificação do profissional da mediação, que deverá, sempre, atuar com imparcialidade, neutralidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência.

Ainda, no artigo de Elizabeth Fialho Colares se encontra um pequeno histórico sobre os projetos de lei de mediação em terras brasileiras, estudo que se tomou por base para a descrição que se segue[35].

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4827/88, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que propõe a institucionalização e disciplina da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto de lei é bastante resumido, pois conta com apenas sete artigos, prevê duas formas de mediação, a judicial e a extrajudicial, admitindo a solução total ou parcial da controvérsia para matérias que admitissem conciliação, reconciliação, transação ou acordo, desde que consentidos por lei civil ou penal.

O então projeto de lei, da deputada Zulaiê Cobra, passou pela análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo sido apresentado parecer do relator Pedro Simon[36], onde se evidencia a importância da introdução da mediação, para o relator: “o Brasil vive momento especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução de conflitos”. O Senador Pedro Simon salienta a importância da qualificação profissional do mediador, lembrando que o item é de tal forma fundamental que pode chegar a comprometer o próprio instituto da mediação, de modo que foi apresentado substitutivo ao projeto.

A audiência pública, realizada em setembro de 2003, teve por objetivo discutir o tema e propor a fusão do projeto de lei com o anteprojeto de lei criado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura.

De acordo com Colares, a versão consensuada estaria ligada ao processo civil, “referindo-se à mediação prévia e incidental, conforme fosse realizada antes ou após o início do processo judicial; também autorizava e incentivava, além da mediação judicial, a prática da mediação extrajudicial como instrumento de sensibilização”; para tanto, o papel de mediador judicial deveria ser, de acordo com o projeto, exercido por advogados com, no mínimo, três anos de exercício efetivo da advocacia; enquanto o mediador extrajudicial poderia ser indivíduo independente ou qualquer instituição/entidade especializada no tema.

Entre os doutrinadores até então pesquisados, parece haver consenso quanto aos benefícios advindos da assunção da mediação no meio jurídico; entretanto, Walsir Edson Rodrigues Junior, mostra-se temeroso e, em recente obra, afirma: “Corre-se o risco de se instituir a mediação no Brasil e, pior, a mediação obrigatória, sem qualquer discussão com a sociedade e os operadores jurídicos. Sequer projetos-piloto foram desenvolvidos”[37].

Com o devido respeito ao ponto de vista do autor, parece haver uma incoerência essencial, senão observe-se, que ele próprio, na página 169 da mesma obra afirma haver um plano piloto em desenvolvimento na cidade de Curitiba, e ainda destaca o trabalho realizado pela PUC de Minas Gerais, analisando, inclusive, os resultados obtidos.

Tem-se notícia, por exemplo, da instalação de Tribunais de Arbitragem e Mediação em cidades-pólo de regiões metropolitanas, como é o caso do TACOM, em Maringá, no Estado do Paraná. A própria Lei de Arbitragem acaba de comemorar dez anos[38]. Além de um grupo respeitadíssimo da UnB, o GT Arbitragem, coordenado por André Gomma de Azevedo; além da Revista de Arbitragem e Mediação, coordenada por Arnoldo Wald, com mais de dez números lançados, contando com artigos em língua estrangeira, resenhas e doutrina. Isso sem falar nas quase vinte obras consultadas para a realização desta pesquisa. Hoje, no Brasil, no que se refere aos métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, a bibliografia é bastante significativa, e várias são as teses de doutorado defendidas[39] nesse ambiente, além das dissertações de mestrado.

Assim, cumpre destacar que não assiste razão ao temor de Walsir Edson Rodrigues Junior quanto à discussão do tema pelos operadores; entretanto, outro ponto que preocupa o autor é o da obrigatoriedade. Para ele, o melhor modo de implantar uma mudança de mentalidade na população, a fim de que esta dê preferência à via consensual, não é o da obrigatoriedade, mas sim, o da informação; mesmo porque –

assevera – o acordo não é obrigatório, tão somente obriga-se o indivíduo a passar pelo processo de mediação. O que se pode exigir como obrigatório é a tentativa da mediação, o ato de mediar, e não a mediação em si. Realmente, o que é obrigatório, quando se exige a mediação prévia, é o procedimento e a tentativa de mediação, não a obrigatoriedade quanto a eventual acordo.

E é o próprio Walsir Edosn Rodrigues Junior quem explica a sistematização da versão consensuada das propostas de lei de mediação existentes (à época)[40]; hoje projeto de lei aprovado pelo Senado em data de 11/07/2006, à espera de conclusão, para futura e eventual sanção presidencial. Segundo ele, a versão propõe *dois modelos de mediação: a prévia e a incidental*; a *mediação prévia* pode ser facultativa, judicial ou extrajudicial. Caso seja solucionado o conflito, cabe lavratura de um termo de acordo onde constem as assinaturas do mediador, dos sujeitos e seus respectivos advogados; uma vez assinado o termo, não poderá mais ser o objeto, o litígio, de apreciação por parte do Poder Judiciário, exceção feita ao inadimplemento das obrigações assumidas, quando o termo de acordo se constituirá em *título executivo extrajudicial*, ou, ainda, a *ação de anulação*, da mesma forma que se anula os atos jurídicos em geral, desde que observados os requisitos para tanto. Por outro lado, no caso de restar sem acordo a mediação, nos 180 dias seguintes, poderá ser utilizada como meio de dispensa da mediação incidental, seguindo deste ponto em diante o processo regular.

A mediação poderá ser, igualmente, ser judicial ou extrajudicial, sendo que a mediação incidental poderá ser realizada por entidade privada, devidamente cadastrada no Tribunal de Justiça, com mediadores independentes e aptos. O prazo para conclusão da mediação incidental é de 60 dias, salvo desejo contrário das partes.

Considerações finais

Muitas vezes já foi dito que a história do homem é cíclica, e tal afirmativa parece se confirmar quando se observa a retomada de velhos costumes sociais, como a mediação, a negociação, a arbitragem ou a conciliação; coisas do tempo que o homem, vivendo em sociedade, conversava com outro homem; ou se valia da ajuda de um terceiro: juiz, mediador, pretor, jurisconsulto, sacerdote.

Uma vez retomada a tradição clássica, ficará evidenciada a regulação humana por meio dos costumes (*consuetudos, mores, mores maiorum*) e da legislação (*legis*). Em nosso meio, consolidou-se o sistema jurídico do *Civil Law*, ou seja, o primado da lei; a obediência ao direito positivado, elaborada e tendo sofrido os trâmites previstos pelos poderes constituídos.

Durante séculos, os povos oscilaram entre os costumes e a lei, mas a força atribuída a esta última, fez com que muitas nações vissem nos velhos costumes, novas técnicas de solução de conflitos; talvez por este motivo, em tempos de insatisfação legislativa, ressurgam os meios alternativos de solução de disputas: conciliação, mediação e arbitragem.

O mundo ocidental pauta-se pela disputa e pela competitividade, sendo a justiça distribuída pela litigiosidade e não resultado de um caminho de negociação entre as partes; o que torna o poder impositivo do Estado o único meio de solução de conflitos.

Entretanto, não obstante tal realidade objetiva, existe a possibilidade da transformação necessária, na esteira de um processo chamado por Burke de “reinvenção da tradição”.

Partindo do pressuposto que toda tradição encontra sua força nos princípios sobre os quais está fundada, os fundamentos históricos da mediação oferecem-lhe os necessários alicerces para sua propagação e opção aos litígios judiciais a que a sociedade se acostumou. Os agora chamados de meios alternativos de solução de conflitos de interesses, os antigos meios de resolver controvérsias; anteriores à positividade, à tutela estatal, voltam à baila e retomam o lugar perdido, fazendo com que esta sociedade volte a se comunicar e busque a solução pacífica dos seus problemas.

Muitos doutrinadores apontam a mediação como um meio de efetivo acesso à justiça, pois, devido ao envolvimento psicológico e emocional, poderia levar os indivíduos a não pensar tão somente na satisfação pessoal, abrindo mão de necessidades mais criadas que reais; e outras tantas reais e legítimas, mas contornáveis. Talvez seja essa a verdadeira autonomia da vontade, quando duas partes conscientes de seus direitos e deveres buscam a ajuda de um terceiro, isento e, com ele, constroem uma solução pacífica e menos litigiosa. Quadro ideal de democracia e consciência cidadã.

É pena constatar os inúmeros problemas do Poder Judiciário, mas podem ser os meios alternativos, revisitação dos antigos modelos, a forma que a máquina judiciária encontrou para sobreviver em meio ao caos, preservando a democracia e fazendo Justiça.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de (org.) Estudos em arbitragem, mediação e negociação, v. 3. Série Grupos de Pesquisas, n.1, Brasília, 2004, *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. de Arnaldo Wald, São Paulo:RT, Ano 2, n.07, p.392 a 394,out./dez. 2005.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação : rudimentos*.São Paulo: Atlas, 2002.

COSTA et alii. *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002, p. 71-76.

HIGHTON, Elena e ÁLVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p.162-163.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. de Arnaldo Wald, São Paulo: RT, Ano 1, n. 03, p. 142 a 153, set./dez. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luis Alberto (Org.) *Em nome do acordo*. A mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1998.

RIBEIRO, Cláudio da Silva; NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. Mediação, psicologia e hermenêutica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. de Arnaldo Wald, São Paulo: RT, Ano 03, n. 10, p. 07 a 19, jul./set. 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 153-193.

RUIZ, Ivan Aparecido. *Estudo sobre mediação no Direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais*. Tese defendida em 2/7/2003 no Doutorado em Direito das relações sociais, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RUIZ, Ivan Aparecido. Proposta de alteração da legislação vigente ante-projeto de lei sobre mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. de Arnaldo Wald, São Paulo: RT, Ano 02, n. 05, p.292 a 306, abr./jun. 2005.

SALES, Lilia Maria de Moraes (org.). *Estudos sobre a Efetivação do Direito na atualidade: a Cidadania em Debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 121.

SOARES, Fábio Costa. *Acesso à justiça*. Segunda Série. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SZKKAROWSKY, Leon Frejda. A lei de arbitragem no seu décimo aniversário. *Consulex*, Brasília (DF), ano XI, n. 240, p. 52-54, 15 de jan. de 2007.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 115-140.

*Mestranda em Direitos da Personalidade pelo Cesumar, orientanda do Professor doutor. Ivan Aparecido Ruiz, no Programa de Mestrado em Direito do CESUMAR e professora de Comunicação e Metodologia da Pesquisa na mesma instituição. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

[2] Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Professor Adjunto no Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá e, também, do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR.

[3] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 223-224.

[4]ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 13

[5] Idem, ibidem.

[6] Idem, ibidem, p. 10_RAD “Resolución Alternativa de Disputas” o mesmo que Resolução Alternativa de Conflitos para nós.

[7] GRINOVER, Ada Pelegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115.

[8] TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 117.

[9] MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luis Alberto (Org.) *Em nome do acordo*. A mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1998, p. 70.

[10] Horta Tavares, Robertella e Carreira Alvim, entre outros.

[11] TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131.

[12] Nesse sentido ver artigo de Elizabeth Fialho Colares in: SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). *Estudos sobre a Efetivação do Direito na atualidade: a Cidadania em Debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005, p. 85.

[13] BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul./set. 1999 apud SALES, Lilia Maia de Moraes (org.) *Estudos sobre a Efetivação do Direito na atualidade: a Cidadania em Debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005, p. 87.

[14]ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 17.

[15] Idem, ibidem, p. 223.

[16] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 10_Prólogo de Highton e p. 223, observações da autora.

[17] “Art. 1º. Institúyese con carácter obligatorio Inmediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”.

- [18] Idem, Ibidem, p. 244.
- [19] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p 229.
- [20] Idem, Ibidem, p. 233.
- [21] Idem, Ibidem, p. 238.
- [22] Idem, Ibidem, p. 239-242.
- [23] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 245.
- [24]ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 246.
- [25] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p 247.
- [26] Iem, ibidem, p. 269.
- [27] Idem, Ibidem, p. 271.
- [28] ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 283.
- [29] HIGHTON, Elena e ÁLVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 162-163.
- [30] SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 121.
- [31] COSTA et alii. *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002, p. 71-76.
- [32] CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (criado em 1997).
- [33] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 168-169.
- [34] RUIZ, Ivan Aparecido. Proposta de alteração da legislação vigente ante-projeto de lei sobre mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. de Arnaldo Wald, São Paulo: RT, Ano 02, n. 05, p.292 a 306, abr./jun. 2005.
- [35] COLARES, Elizabeth Fialho. Mediação de Conflitos – Um mecanismo de acesso à justiça apud SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). *Estudos sobre a Efetivação do Direito na atualidade: a Cidadania em Debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005, p. 100-101.

[36] WALD, Arnoldo. *Revista de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: RT, ano 02, n. 05, 2005, p.300.

[37] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 190.

[38] SZKKAROWSKY, Leon Frejda. A lei de arbitragem no seu décimo aniversário. *Consulex*, Brasília (DF), ano XI, n. 240, p. 52-54, 15 de jan. de 2007.

[39] RUIZ, Ivan Aparecido. *Estudo sobre mediação no Direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais*. Tese defendida em 2/7/2003 no Doutorado em Direito das relações sociais, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, perante a seguinte banca examinadora: Dr. João Batista Lopes (orientador), Dr. Sidnei Beneti, Dr. Francisco Fernandes de Araújo, Dr. Araken de Assis e Dr. José Miguel Garcia Medina. O livro *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, de Petrônio Calmon, Rio de Janeiro: Forense, 2007, fruto da tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[40] RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191.

JUSTIÇA FEDERAL INTERIORIZADA E O ADVENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEFS): A CONSTRUÇÃO BRASILEIRA DE UM MODELO JUDICACIONAL DE SIMPLIFICADA ACESSIBILIDADE CIDADÃ*

INTERNALIZED FEDERAL JUSTICE AND THE ADVENT OF THE FEDERAL SPECIAL COURTS (JEFS): THE BRAZILIAN CONSTRUCTION OF A SIMPLIFIED ACCESS MODEL TO THE JUDICIARY FOR ALL CITIZENS

José Américo Silva Montagnoli

RESUMO

O Brasil experimenta um intenso processo de interiorização da Justiça Federal ocasionado por reformas no texto constitucional e pelo advento de leis instituintes de procedimentos judiciais simplificados, como os juizados especiais federais (Lei n. 10.259/2001) - também denominados JEFs - ocasionando o aumento de Subseções Judiciárias e Varas Federais (Lei n. 10.772/2003). Esta interiorização está ganhando efeitos concretos pela institucionalização dos JEFs, com a superação de preconceitos seculares acerca de uma lendária “demora na assimilação” de hábitos “modernos e civilizados” pela sociedade interiorana. O presente artigo oferta, ainda, apontamentos críticos à uma estrutura judiciária burocrática legada por um infantilizante Welfare State, e perenizada, especialmente, pelas proposições dogmáticas da escola instrumentalista do processo que vêem a decisão judicial como “ato magno” e “vontade expressa do Estado”, impondo ao magistrado o fardo da solidão decisória. Como superação deste quadro, propomos uma teoria da processualidade inclusiva, cujo ambiente de uma justiça interiorizada em JEFs é um dos campos propícios para o seu desenvolvimento. Nesta nova teorização, o processo judicial não é apenas a prerrogativa de um Estado-decisor no seu escopo de pacificação social, mas aquisição constitucional da sociedade cidadã, sendo fundamental a atuação das partes como efetivos construtores do provimento decisional, ao lado de magistrados promovidos a co-decisores que, além de construir provimentos, garantizam a observância do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa e isonomia).

PALAVRAS-CHAVES: INTERIORIZAÇÃO; ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL; JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEFS); INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL; PROCESSUALIDADE INCLUSIVA.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Brazil experiences an intense process of internalization of the Federal Justice caused by reforms in the constitutional text and the advent of legislations instituting of simplified judicial procedures, as the federal special courts - also called JEFs - causing the increase of Judiciary Subsections and Courts. This internalization is gaining concrete effects for the institutionalization of the JEFs, with the overcoming of secular prejudices about a legendary “delay in the assimilation” of “modern and civilized” habits for the provincial society. This article offers critical notes to the bureaucratic judiciary structure bequeathed by Welfare State, and especially defended by dogmatic propositions of instrumentalist school of the process that see the court’s decision as “superior act” and “simple wish of the State”, imposing loneliness responsibility’s decision to the judge . As overcoming of this situation, we propose a theory of the inclusive procedural, whose of a internalized Judiciary in JEFs is fundamental for its development. In this new theory, the judicial process is not only the prerogative of State in its scope of social pacification, but constitutional acquisition of the society and their citizens and is key to performance of the parties as effective constructors of the Judiciary decisions, to the side of judges promoted the decisions’s co-makers that will construct decisions and guarantee the observance of constitutional due process (contradictory, large defense and isonomy).

KEYWORDS: KEY-WORDS: INTERNALIZATION; ACCESS TO FEDERAL JUSTICE; FEDERAL SPECIAL COURTS (JEFS); INSTRUMENTAL PROCEDURAL; INCLUSIVE PROCEDURAL.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República previu, no § 1º do art. 98, com redação dada pela EC n. 22/98 e renumerado pela EC n. 45/2004, que lei federal disporia sobre a criação de juizados especiais (denominados juizados especiais federais ou, simplesmente, “JEFs”). O texto constitucional emendado, sabiamente, deixou para o legislador ordinário a tarefa de estruturar os juizados especiais no âmbito federal, não se embaraçando nos problemas ocasionados pela precipitada definição constitucional do modelo competencial de juizados especiais (pelo menos, para os Estados-membros), calcada na pressuposta idéia de “menor complexidade”. Por seu turno, a Lei n. 10.259/2001, estruturadora dos JEFs, encerra em seu bojo a preocupação de romper com uma procedimentalidade jurisdicional típica dos modelos judiciais do *Welfare State* paternalista e burocrático, largamente disseminada pela escola instrumentalista do processo.

Com efeito, o instrumentalismo processual, seguido entre muitos dos juristas brasileiros como uma espécie de credo religioso, encara a sentença como “ato jurisdicional magno” e “vontade expressa do Estado” (DINAMARCO, 1998, p. 195), impondo ao magistrado o angustiante fardo da solidão decisória (MONTAGNOLI, 2008, p. 137), subvertendo o decisor togado em um mero agente estatal, ignorando-se que, na atualidade vivida, o processo não é apenas a prerrogativa de um Estado-decisor, mas aquisição constitucional da sociedade cidadã (LEAL, 2002, *passim*), sendo fundamental a atuação das partes como efetivos construtores do provimento decisional, ao lado dos juízes.

Veremos que a renovação teórico-prática ocasionada pela institucionalização dos JEFs enseja, enfim, o implemento daquilo que temos vislumbrado como uma teoria da processualidade inclusiva (MONTAGNOLI, 2008, *passim*) que tem como pilares teóricos os estudos de Elio Fazzalari e sua oportuna compreensão de processo como “procedimento em contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 118), as reflexões de Jürgen Habermas (2002) sobre a idéia de inclusão em nossa era e, especialmente, os estudos desenvolvidos pela denominada teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2002, *passim*) . Sem dúvida, a idéia de processualidade inclusiva está, também, sendo alcançada por outra conquista institucional concomitante aos JEFs: a interiorização da Justiça Federal, fenômeno que será examinado logo a seguir.

2. O FENÔMENO DA INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMO FUNDAMENTO DE UMA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA

Em bela e rara iniciativa ainda nos dias atuais, o magistrado e jurista capixaba João Baptista Herkenhoff conduziu, no ano de 1977, uma pesquisa empírica em que procurou compreender o exercício da função judiciária no interior do Brasil. Naquela época e em plena vigência do regime de exceção em nosso país, Herkenhoff (2002, p. 298) afirmava que o homem interiorano, por preferir relações a nível pessoal, enxergava mais a figura do juiz (fisicamente) presente, e menos a justiça enquanto máquina estruturada, concluindo que, para os cidadãos do interior, uma justiça sumariíssima, no sentido – acreditamos – de exposição mais direta, pelas partes, das demandas ao decisor togado, atenderia melhor suas expectativas.

Sob o paradigma do Estado de direito democrático, no qual a heterogeneidade, o conflito e a diferenças são traços essenciais (CITTADINO, 2004, p. 78) de nossa sociedade multiculturalizada, enxergamos, ao mesmo tempo, pertinências e equivocidades nas análises de Herkenhoff. De fato, o jurista capixaba acerta ao dizer que os cidadãos das cidades interioranas enxergam os juízes como os portadores de justiça potencial e não, propriamente, todo o aparato estatal judiciário, identificando, ainda que inconscientemente, o papel do juiz como uma espécie de “missão advinda de Deus” (HERKENHOFF, 2002, p. 300). Contudo, a tremenda evolução dos meios massivos de comunicação, com destaque para a justiça virtualizada através da internet, e a progressiva - ainda que tímida - melhoria dos padrões educacionais dos cidadãos brasileiros, seja nos grandes ou pequenos centros urbanos, seja no campo, desautoriza qualquer visão arcaica de que a sociedade, atualmente, ignora a paquidérmica e anacrônica estrutura judiciária existente em nosso país. Ademais, encontra-se há muito superada a idéia de que a processualidade judiciária justa esteja afiançada na proposição bülowiana[1], na qual *processo* é relação jurídica de criação do direito em nome do Estado (CODEIRO LEAL, 2008, p. 60), tido este “máquina supostamente bem estruturada”, existindo prévia ciência e vidência do julgador togado, vitimizado por uma cognição procedimental ordinária (em que o termo “ordinária” passa a ter o significado

pejorativo que se atribui àquilo que é ruim, como se vê em nossos dicionaristas), consistente num cadáver insepulto reiteradamente reformado/ressuscitado, de tempos em tempos, por (in)suspeitas autoridades doutrinárias, conhecedoras prévias do bom e do justo. Certo é que a magistratura, especialmente de 1º grau, não mais abraça esta concepção de jurisdicionalidade redentora e auto-evidente; aprova, isto sim, uma justiça sumariíssima no sentido de simplificada no acesso dos cidadãos, aqui vistos como co-autores das construções decisórias.

No processo de interiorização da justiça, especialmente pela institucionalização dos JEFs, não se admite mais a compreensão do processo como mera atividade de estado no qual o juiz togado é o agente pacificador pré-vidente dos efetivos mercedores da tutela judicacional. Certamente numa relação de proximidade pessoal que os cidadãos do interior, de modo consciente ou não, buscam com os juízes é que se oportuniza uma atividade judiciária mais célere e atenta às demandas mais prementes da sociedade, sem que isto signifique, *a priori*, a violação dos princípios de imparcialidade e livre convicção que orientam o decisor togado.

Lançada está a chance para uma processualidade inclusiva, em que a sumariedade pela simplificação dos ritos não vulnera mas, ao contrário, prestigia os pilares constitucionais do devido processo[2], quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, numa dinâmica em que, conforme lembra Jürgen Habermas (1989, p. 14), os passos de qualquer argumentação - inclusive a judiciária - não podem ser idiossincráticos, mas têm de permanecer exequíveis intersubjetivamente, não reduzindo os demais atores sociais a meros receptores da resolução emanada de um decisor estatal.

Oportuno dizer, também, que se reduziu, há muito, não apenas as disparidades culturais e informacionais entre metrópoles e periferias interioranas, mas também as disparidades econômico-populacionais. Com efeito, o legislador, ao prever na Lei n. 10.772/2003, a criação de 183 Varas Federais destinadas precipuamente à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos juizados especiais federais[3], impondo-se a constituição de Varas Federais e JEFs em municípios com mais de 100.000 habitantes, levou em conta a premente necessidade de uma Justiça Federal mais próxima da sociedade interiorana. Nestes termos, conclui-se que o interior do Brasil não mais se caracteriza por localidades diminutas e culturalmente atrasadas, cujo contato e assimilação dos hábitos “modernos e civilizados” dos grandes centros urbanos dar-se-ia de modo assustadoramente lento. O Brasil se interiorizou, com a conseqüente disseminação de populações e recursos econômicos, ocasionando a profusão de demandas que clamam a atuação jurisdicional.

Destaca-se, ainda, outro problema que, no século passado, figurava como aparente solução para os jurisdicionados que careciam demandar junto à Justiça Federal, e que, paulatinamente, vem se sanando pela interiorização deste ramo judiciário. O § 3º do art. 109 da Constituição Federal, visto à época como grande solução para a deficiência de Varas Federais interiorizadas, previu a admissão do processo e julgamento na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, das causas em que fossem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não tivesse sede de vara do juízo federal e, verificada essa condição, a lei poderia permitir que outras causas fossem também processadas e julgadas pela justiça estadual. Sem dúvida, o legislador constituinte de 1988, sabedor de que a Justiça Federal ainda estava longe da interiorização que se processa atualmente, procurou

facilitar aos hipossuficientes o amplo acesso à justiça, delegando para o Judiciário Estadual a competência em julgar ações previdenciárias nas localidades em que as Comarcas não dispusessem de Varas Federais. (SANTOS; CHIMENTI, 2004, p. 43). Após 20 anos da promulgação de nossa Carta constitucional e com a interiorização da Justiça Federal se materializando em centenas de Varas Federais criadas e outras dependentes, como vimos, de manifestação legislativa e conseqüente sanção presidencial, verificamos que a solução proposta pelo constituinte originário foi bem intencionada, contudo propiciou uma dolorosa frustração de expectativas entre os jurisdicionados que residiam fora do alcance das sedes das sobreditas Varas. Com efeito, constataram-se dois fenômenos caracterizadores desta frustração. Primeiramente, atribuiu-se à Justiça Estadual uma responsabilidade incompatível com a escassez de recursos característico dos entes federados: ter como réu o ente mais demandado do Brasil, no caso, o INSS. Além disto, ainda que seja inquestionável o saber jurídico dos juízes estaduais, submetidos a um processo seletivo concursal dos mais exigentes, a cobrar anos de estudo e renúncia dos seus candidatos, não é a matéria previdenciária o assunto com o qual mais lidam em seu cotidiano decisional. Por esta razão, assistiu-se, com assustadora freqüência, a reiterada reclamação dos jurisdicionados quanto à demora no trâmite e sentenciamento dos feitos previdenciários submetidos à Justiça Estadual.

Por derradeiro, merece aplausos a previsão do legislador constituinte derivado, através da EC n. 45/2004, que permite aos Tribunais Regionais Federais instalarem o modelo de justiça itinerante (art. 107, § 2º da CR/1988). É sabido que, por mais que se criem Varas Federais pelo interior do Brasil, nem todas as localidades poderão ser alcançadas; soma-se a este fato a conhecida dificuldade de muitos jurisdicionados, especialmente os mais idosos e enfermos que, pelas dificuldades que lhes são iminentes, não têm condições de se dirigirem às localidades que tenham Varas Federais. É para situações como estas que a Justiça Federal “sobre rodas” deixa sua posição inercial, enquanto estrutura, dirigindo-se àqueles que se interessarem em apresentar suas pretensões em juízo.

3. COMPLEXIDADE TEMÁTICA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DOS JEFs, SOB O PARADIGMA DAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS: A EMERGÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL DE ACESSIBILIDADE CIDADÃ

Como dissemos na introdução, andou bem o legislador constituinte derivado ao dizer tão somente que lei federal trataria da criação dos juizados especiais federais. Trata-se de louvável superação da previsão do constituinte originário que definiu como critério de competência jurisdicional a idéia de *mínima complexidade* (art. 98, I da CR/1988) das temáticas de direito material enfrentadas nos juizados especiais. Ao fazer isto, o legislador constituinte permitiu que se suscitasse dúvidas severas sobre qual seria o conteúdo normativo embutido na expressão “*menor complexidade*”.

Antes da exposição sobre as conseqüências desta polêmica, parece-nos que o modelo dos JEFs, organizado na Lei n. 10.259/2001, observou a imposição do paradigma das sociedades pós-industriais, emergente neste milênio. Com efeito, o direito, assim como todas as áreas do saber e comportamento humanos, foi envolvido numa *viragem paradigmática*, como afirma o filósofo francês Edgar Morin (2001, p. 80) pela qual o empedernido paradigma disjuntivo cartesiano (MORIN, 2001, p, 16), a separar o sujeito pensante (*ego cogitans*) e a coisa extensa, pensada (*res extensa*) reclamava superação. Oportuna é a passagem de Edgar Morin na obra *Introdução ao pensamento complexo*, explicando o que vem a ser a complexidade no âmbito das sociedades pós-industriais e descentradas, *in verbis*:

O que é a complexidade? À primeira vista, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido em conjunto) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido dos acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem o nosso mundo fenomenal. Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza... (MORIN, 2001, p. 20).

Refletindo acerca do marco das sociedades complexas, Gisele Cittadino (2004, p. 77-78) observa que a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea, pois ao invés da homogeneidade e da similitude, *a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais*. Continuando suas reflexões (CITTADINO, 2004, p. 78), a autora afirma que as sociedades tradicionais, como comunidades “naturais” e homogêneas, lastreavam-se em concepções específicas – de religião, direito, política, moral, economia, dentre outras – que se entrelaçavam de tal forma, a ponto de constituírem uma *“realidade, única, orgânica e integrada”*. A sociedade democrática contemporânea, lembra Cittadino (2004, p. 78), marcada pela multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, pelo pluralismo, indica que não nos resta alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença. Em suma, devemos lidar com o complexo, sem, aprioristicamente, repudiá-lo.

Feita esta digressão, fica claro que a única compreensão admissível da idéia de mínima complexidade é aquela atinente à simplificação das fases caracterizadoras do processo judicial, envolvendo postulação, defesa, instrução e sentença e não, arbitrariamente, afastar o exame de determinadas demandas pelo fato do conteúdo de direito material apresentar questões de resolução dificultosa. Se a alta complexidade das questões apresentadas em juízo afastasse, por si só, a competência dos juzados especiais, ter-se-ia a inescusável ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV da CR/1988) e à propalada eficácia irradiante (LENZA, 2008, p. 593) do direito fundamental à apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, tido como consectário lógico de uma ordem jurídica justa.

Constata-se que estruturação legal dos JEFs abraça as lições extraídas da incompreensão do legislador constituinte de 1988 acerca do paradigma emergente das

sociedades pós-industriais complexas ao se ver delineado, em diversos artigos da lei n. 10.259/2001, um modelo competencial inclusivo. De fato, a sobredita lei, no caminho do próprio texto constitucional emendado (art. 98, § 1º da CR/1988) não apresenta a complexidade fática ou jurídica da causa, na esfera da justiça federal, como critério norteador da competência. Em verdade, podemos afirmar, a partir de nossa - ainda que reconhecidamente modesta - experiência de quase três anos como analista judiciário numa Subseção baiana, que inexistem, mesmo no âmbito dos JEFs, questões fáticas ou jurídicas de simplicidade cristalina. Lembremos, a título exemplificativo, das inúmeras espécies de ações previdenciárias seja de benefício contributivo, assistencial ou corretivo dos valores atinentes aos dois primeiros.

Em nossa Subseção, magistrado e serventuários são surpreendidos com a variedade temática de pleitos previdenciários, sob fundamentos legais e infralegais constantemente inovadores, à vista da transitoriedade normativa e jurisprudencial inerentes a este ramo do direito. Se a idéia de complexidade fática ou jurídica fosse a tônica do modelo competencial dos JEFs, seguramente milhões de brasileiros que dependem, em muitos casos, dos valores pagos pelo INSS - sabidamente, o ente mais demandado na Justiça brasileira - para a sobrevivência de famílias inteiras, ficariam prejudicados no exame de seus pleitos. Assim, é bem-vinda a redação do art. 3º, *caput* da lei n. 10.259/2001 determinando que o Juizado Especial Federal Cível processe, concilie e julgue causas até o valor de 60 salários mínimos, lembrando que, em se tratando de obrigações sentenciadas de pagamento de quantia certa não excedentes ao sobredito critério salarial, poderão estes ser pagos através de requisições por ordem do juiz (art. 17, *caput*) - as denominadas requisições de pequeno valor (RPVs) -, livrando o vencedor do demorado procedimento dos precatórios, podendo-se, ainda, renunciar à diferença (art. 17, § 4º) que exceder sessenta salários. (SANTOS; CHIMENTI, 2004, p. 14-15).

Finalizando a análise do critério competencial dos JEFs, poderíamos dizer que a alta complexidade repelida no âmbito federal é aquela que afronte ao princípio da simplicidade (art. 2º da Lei n. 9.099/95 c/c art. 1º da Lei n. 10.259/2001) que se impõe observar, especialmente, quando da fase instrutória (singeleza e clareza nos atos probatórios). Neste sentido, o art. 12 da Lei dos JEFs permite a produção de prova técnica de maneira simplificada[4] (SANTOS; CHIMENTI, 2004, p. 5), lembrando que é possível a aplicação subsidiária do art. 51, II da Lei n. 9.099/95, que autoriza a sentença extintiva sem resolução do mérito quando inadmissível ao procedimento instituído pela sobredita lei ou seu prosseguimento, após conciliação. (SILVEIRA NETTO, 2005, p. 105).

4. JUÍZES E SERVENTUÁRIOS DOS JEFs, NO ENCAMINHAMENTO DE UMA PROCESSUALIDADE INCLUSIVA: SUPERAÇÃO DA MÍTICA FIGURA DO ESTADO DECISIONISTA EM FAVOR DA IDÉIA DE “POVO-DECISOR”

Verificou-se que o modelo legal dos JEFs afina-se à viragem paradigmática mencionada no tópico anterior, visando à superação de uma justiça estatalizada que saberia

previamente e “à saciedade” o que é melhor para os cidadãos em termos de tutela jurisdicional, buscando impor à magistratura, constantemente renovada em seus quadros, o fardo do solipsismo decisório. Neste caminho, lembramos a partir da já referida teorização processual neoinstitucionalista de Rosemiro Leal (2002) que o Estado democrático de direito não é aquele que se coloca como guardião de promessas (supostamente) não cumpridas dos modelos de estatalidade liberal e social, e no qual o Judiciário há que ser intervencionista (STRECK, 2003, p. 55), pois seria o único ente capaz do resgate de direitos não realizados. Na teoria neoinstitucionalista de Leal, o Estado democrático de direito é uma *instituição constitucionalizada* (LEAL, 2002, p. 31) que não se materializa em *soluções prontas* de um Judiciário obrigado a ser o *sábio mentor* que age para a satisfação dos anseios de um povo tido como infante. O Estado democrático de direito apresenta-se, na referida teoria, como uma *construção continuada pela comunidade jurídica*, posto que *não seja um projeto congenitamente acabado*, mas uma proposição *suscetível de revisibilidade em devidos processos constitucionais*. (LEAL, 2002, p. 31). Assim, o Estado democrático de direito, como *status* jurídico da processualidade em todos os níveis, será o presentificador de uma cidadania processual[5] (LEAL, 2002, p. 195) ofertada a todo povo.

Por seu turno, a teoria do processo, em versão neoinstitucionalista, como instituinte e co-instituinte do *status* democrático, edifica-se numa linguagem crítica[6] e autocrítica pela admissão de falibilidades na estrutura do discurso formativo da normatividade (LEAL, 2002, p. 197-198), decorrentes da instalação espaço-temporal da processualidade orientada pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, acoplando as instâncias do princípio do discurso e do princípio da democracia, garantizando-se a inclusão discursiva radical dos jurisdicionados nas atividades decisórias e a viabilidade do projeto de democracia deliberativa.

É visível que o modelo legal dos JEFs permite o alcance destes propósitos. Por ela, ainda aqueles que não tenham condições de constituir advogado (ou na linguagem procedimental infantilizante desenvolvida no Estado social de direito, o abnegado “patrono”) podem deduzir suas pretensões em juízo[7]. Isto se dá através da *atermação*, levada a cabo por dedicados servidores que, além de colherem as pretensões geralmente expostas de forma oral pela parte, ofertam ao cidadão algo que raramente lhe é facultado ao longo de toda sua existência: ser ouvido pelos Poderes Públicos.

De fato, os cidadãos, na sistemática simplificada dos JEFs, colocam-se como verdadeiros co-decisores - afinal, é sempre ouvido nas graduações em direito que a petição/pleito inicial é, notadamente, o “esboço da sentença” -, instaurando-se o processo sem petição formal. Bastará que o autor, oralmente ou por simples escrito, formule o seu pedido à Serventia Judiciária, que o reduzirá a escrito (art. 14, § 3º da Lei n. 9.099/95), ou seja, sem o rigorismo da petição inicial previsto no art. 282 do CPC. (SILVEIRA NETTO, 2005, p. 145). Mais uma vez, verificamos que se destaca e prestigia-se um velho coadjuvante do processo: os serventuários, mais especificamente, os analistas e técnicos judiciários que atuam na fase de atermiação dos pleitos nos JEFs.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Arrisco-me a dizer que a procedimentalidade inclusiva simplificada (mas não violada ou suprimida), instituída pelo modelo dos JEFs oferta uma nova “cidadania processual” aos jurisdicionados que, em seu conjunto, poderiam ser qualificados, conforme aponto em escrito recente, como *povo-decisor* (MONTAGNOLI, 2008, p. 137), pela inclusão discursiva radical das partes processuais na posição isonômica de construtores decisoriais ao lado dos magistrados, que não mais se apresentam como especialistas inquestionados do saber jurídico e conhecedores prévios do bom e do justo, pressionados pelo fardo da solidão decisória; os magistrados são promovidos a *co-decisoros* que, além de construírem provimentos, garantizam a observância do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa e isonomia processual).

Nesta democracia deliberativa judiciária, a pretensão da escola instrumentalista do processo de subverter o direito processual em mero “sobrediscurso” ou “metadiscurso” que se sustenta e fica a reboque do “discurso” de direito material (MARINONI, 2006, p. 9) pela pressuposta excelência de uma razão prática ressurrecta, é afastada por uma razão discursiva que abomina pretensas verdades objetivas, almejando, isto sim, aquelas que atendam ou possam vir a atender os requisitos racionais da argumentação e da contra-argumentação, da prova e da contraprova, visando um entendimento mútuo entre os participantes do debate processual, no qual estes possam se enxergar como co-autores das construções decisórias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CINTRA, Antônio C. de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 368 p.

CITTADINO. Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 246 p.

CORDEIRO LEAL, André. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Universidade FUMEC, 2008. 164 p.

_____. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito:** reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 134 f. Tese. (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

_____. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 341 p.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, 703 p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. 687 p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 427 p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 404 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, 354 p.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, 352 p.

_____. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, estado de direito e democracia. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 52, p. 102-121, nov. 1998.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 540 p.

_____. O estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Tradução de Antonio Sérgio Rocha. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. **Instituto de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, out. 1989.

HERKENHOFF, João Baptista. A função judiciária no interior: pesquisa sócio-jurídica empírica. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica**. 2 ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. 376 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

LEAL¹, Rosemiro Pereira. **Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania**.

Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo_e_democracia.pdf>. Acesso em 28 set. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, p. 13-25.

LEAL², Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (Org.) *et al.* **Significados equívocos de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira**: projeto de pesquisa. ProPIC/FCH/Universidade FUMEC, mar.2005/fev.2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 811 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, p. 1-12, nov. 2006.

MONTAGNOLI, José Américo Silva. **A possibilidade de inclusão discursiva radical do povo nas atividades decisórias do Judiciário**. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições Políticas) – Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

_____. Legitimidade do direito *versus* coerção. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 1-12.

_____. Por mais alteridade e menos autoridade: a necessidade da inclusão discursiva do povo na produção legislativa brasileira. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 1-17.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Dulce Matos. 3 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. 177 p.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. t. 2. 326 p.

SILVEIRA NETTO, Luiz Fernando. **Juizados especiais federais cíveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 508 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[1] Refiro-me, por óbvio, aos estudos do jurista alemão tido como o precursor da autonomia científica do direito processual, **Oskar von Bülow**, que expressa suas idéias em seus escritos sobre as excessões e pressupostos processuais (1868), bem como na obra *Gezetz und Richteramt* (1885).

[2] Seguimos, neste ponto, as concepções pós-fazzalarianas de contraditório, ampla defesa e isonomia desenvolvidas por Rosemiro Leal em sua teoria neoinstitucionalista do processo, exposta em detalhes na obra *Teoria processual da decisão jurídica* (2002). Para o jurista mineiro, o *contraditório* é a oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos jurídicos na construção estrutural dos procedimentos; a *ampla defesa* consiste no direito ao contraditório em tempo isonômico, indistintamente, para todos; e a *isonomia* será o princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural do procedimento. (LEAL, 2002, p. 180).

[3] E a preocupação de interiorizar a Justiça Federal, através da institucionalização dos JEFs continua a ser debatida. Neste sentido, o projeto 5829/2005, apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça, teve parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) DA Câmara dos Deputados em 08/11/2007, havendo, até a presente data, inúmeros requerimentos para a sua inclusão na “ordem do dia” com vistas à votação em sessões plenárias daquela Casa, sem êxito.

[4] Luiz Fernando Silveira Netto (2005, p. 105) chega a afirmar que não haverá espaço para a produção de prova pericial visando deslindar questões de fato complexas, devendo o juiz, neste caso, sentenciar a extinção do feito sem julgamento do mérito, pela aplicação do art. 51, II da lei n. 9.99/95.

[5] Rosemiro Leal fala em “*cidadania procedimental*”, no qual se deve compreender a expressão “*procedimento*”, após esclarecimentos da teoria fazzalariana, como *gênero* do qual “*processo*”, tido como procedimento em contraditório, é *espécie*. Contudo, acreditamos que será mais adequado o uso da expressão “*cidadania processual*”, visto que cogitamos sobre uma teoria da processualidade democrática.

[6] É oportuno frisar que o termo “*crítica*” usado neste trabalho, quando da análise das proposições teóricas do direito e da democracia que compreendemos inadequadas, ou quando da explanação da proposição neo-institucionalista de Rosemiro Pereira Leal, *não* é sinônimo de desqualificação irônica de proposições teóricas ou achincalhamento de seus autores. Compreendemos e usamos o termo “*crítica*” entendido, no sentido popperiano, como o *apontamento de lacunas em determinados discursos de saber, bem como a análise das conseqüências dessas lacunas*.

[7] Ressalta-se que a admissibilidade de ausência do patrono constitui mera opção do cidadão, nas causas até vinte salários mínimos, sendo, acima disto, obrigatória a assistência de advogado. (art. 9º, caput, da Lei n. 9.099/95).

A RELEVÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E NA GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS*

THE RELEVANCE OF HEARING OF RECONCILIATION IN SETTLEMENT OF CONFLICT AND THE GUARANTEE OF EFFECTIVE RIGHTS

**Juliana Cavalcante dos Santos
Lilia de Pieri
Patrícia Persona Chamilete Rizzi**

RESUMO

A audiência de conciliação é um dos momentos em que, através da via negociada, as partes podem resolver o conflito que os trouxe ao pleito judicial. Pode-se afirmar que a tutela jurisdicional também é efetivamente prestada – e muito bem prestada, mormente devido à celeridade e à satisfação das partes – quando as partes conciliam-se e transacionam acerca de seus problemas, trazendo a paz que foi quebrada com a violação do dever jurídico.

Para que a autocomposição através da conciliação das partes - meio alternativo de solução de conflitos - seja conseguida, é preciso que os envolvidos estejam aptos a negociar seus interesses com fins de se satisfazerem, obtendo ganhos mútuos. Sabe-se que as lides são conflitos de interesses, e a negociação é meio capaz de realizar uma interação entre as partes, partindo também do conflito, à procura de obter, mediante decisão conjunta, resultado melhor do que teriam obtido por outros meios. O conflito tem que ser encarado como um novo paradigma para a negociação e corolário, a conciliação, seja possível, ou seja: existe o problema e há como resolvê-lo, pois existem soluções possíveis. Pensado nisso, a Universidade de Harvard, através de seu Projeto de Negociação (baseado em sete elementos básicos para uma negociação eficaz, são eles: interesses, opções de ganhos mútuos, legitimidade, alternativas, comunicação, relacionamento e compromisso) desenvolveu técnica hábil e eficiente para tratar da composição dos conflitos em que as partes transacionam seus direitos de forma negociada. Este programa é resultado da associação de doutrinadores e projetos das prestigiadas instituições de Harvard, MIT - Massachusetts Institute of Technology -, Simons e Tuffs, com o objetivo de aprimorar a teoria e a prática da resolução alternativa de conflitos.

Outrossim, resta claro que técnicas conciliatórias existem, basta conhecê-las e ter a ousadia e coragem de colocá-las em prática. Tratando das técnicas propriamente ditas, ainda, há que se refletir sobre a necessária mudança de mentalidade dos operadores do direito, a fim de que a cultura da conciliação com resultados satisfatórios seja implementada, lembrando que, não se fala aqui de nada que seja totalmente desconhecido, uma vez que já nascemos negociando. Assim, resta-nos explorar a técnica de negociação e sua aplicação, pois, um bom negociador, através de seu

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

aprimoramento, conseguirá obter aquilo e justamente aquilo que seu cliente quer através da via negociada, ou seja, a solução tempestiva, eficaz e justa.

Assim sendo, a técnica da negociação utilizada na audiência de conciliação - atacando o problema de forma conjunta permitindo atender as diferenças e resolvendo o conflito, pois, boas comunicações trazem boas soluções e emoções precisam ser escutadas e tratadas - , se realmente bem semeada, divulgada e difundida trará grande contribuição às conciliações e mediações, de forma a obter-se, de maneira técnica e proveitosa, a satisfação das partes em conflito, pacificando-as e garantindo em consequência, a efetividade dos direitos, como exercício de cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: CONCILIAÇÃO – NEGOCIAÇÃO – ACESSO À JUSTIÇA – EFETIVIDADE – CIDADANIA.

ABSTRACT

The hearing, which is one of the moments in which, through the negotiated route, the parties may resolve the conflict that brought the judicial election. It can be said that judicial protection is also provided effectively - and very well supplied, especially given the speed and the satisfaction of the parties - when the parties negotiate and reconcile themselves about their problems, bringing the peace that was broken with rape the legal duty.

For the composition through conciliation of the parties - an alternative means of settlement of conflicts - is achieved, we need those involved are able to negotiate their interests with the purpose to meet, obtaining mutual gains. It is known that the deal are conflicts of interest, and trading environment is capable of performing an interaction between the parties, starting also from the conflict, seeking to obtain, through a joint decision, would result better than obtained by other means.

The conflict has to be seen as a new paradigm for negotiation and corollary, conciliation, it is possible, namely: there is a problem and how we resolve it, because there are possible solutions. Thought of that, the Harvard University, through its Project Negotiation (based on seven basic elements for a successful negotiation, these are interests, options for mutual gains, legitimacy, alternative, communication, relationship and commitment) has developed technical skilful and efficient to address the composition of conflicts where the parties negotiate its rights of way negotiated. This program is a result of the combination of doctrine and projects of the prestigious institutions of Harvard, MIT - Massachusetts Institute of Technology -, Simons and Tuffs, aiming to improve the theory and practice of alternative resolution of conflicts. Also, it remains clear that there are technical conciliatory, just meet them and have the boldness and courage to put them into practice. Since the techniques themselves, still, we must reflect on whether the necessary change of mindset of the operators of duty, so that the culture of reconciliation with satisfactory results is implemented, pointing out that it does not say a thing here that is totally unknown , As it negotiates born. Thus, we explore the technique of negotiation and implementation, therefore, a good negotiator, through its improvement, and we will get precisely what your customer wants through the negotiated route, ie the solution timely, effective and fair.

Thus, the technique used in the negotiation of conciliation hearing - attacking the problem in allowing joint attend the differences and solving the conflict, therefore, good communications solutions and bring good feelings must be listened to and treated - is really well sown, disclosed and will bring great contribution to spread reconciliation and

mediation in order to obtain, so technical and fruitful, the satisfaction of the parties in conflict, peace and guaranteeing them as a result, the effectiveness of rights, as an exercise in citizenship.

KEYWORDS: KEYWORDS: CONCILIATION – TRADE – ACCESS TO JUSTICE – EFETIVIDADE – CITIZENHIP.

INTRODUÇÃO

É grande a importância que as vias alternativas de solução de litígios alcançam no cenário social atual. A mediação e a conciliação são instrumentos de autocomposição, técnicas não adversariais que tomam vantagem frente ao processo jurisdicional em crise, acarretada pela morosidade e muitas vezes inefetividade das vias judiciais. Resta visitar os institutos compositivos, mudar e aperfeiçoar para melhor utilizar esses meios eficazes de realização de direitos.

A litigiosidade, própria das sociedades modernas - mormente nos países latinos – é resultado de elementos que contribuem para a sobrecarga de juízes e tribunais. É certo que a reestruturação do judiciário com o aumento do número de juízes e auxiliares não resolverá o problema da justiça, seria apenas “o mais do mesmo” e não solução contundente. Os processos aumentam na proporção de facilidade do acesso à justiça e controlar esse avanço não é mero exercício aritmético.

Neste momento sobreleva o caminho das vias conciliativas não apenas como forma de desafogar o judiciário, mas primordialmente como meio de garantia de efetivação de direitos, sendo a ordem levar solução às controvérsias através dos equivalentes jurisdicionais. Neste contexto, a função da conciliação e mediação também é social, pois considera como fim a pacificação da sociedade.

Ousa-se discutir no presente artigo a justiça conciliativa como veículo possível para trazer algo a mais do que as tutelas jurisdicionais proferidas pelo Estado trazem, pois estas impõem sua decisão às partes, sem se preocupar com a satisfação delas, ditando norma concreta àquela situação protegida pelo direito. Assim, sem receio de cometer equívocos ou difundir preconceitos distorcidos, acredita-se que as sentenças nem sempre são soluções satisfatórias e por isso, nem sempre são aceitas com bons olhos e sorrisos abertos pelos jurisdicionados.

A justiça conciliativa se dirige ao futuro, sendo prospectiva, procurando conciliar, compor, resolver questões com foco no problema e olhos dirigidos para prevenção de tensões na relação, enquanto a justiça comum ou tradicional remexe no passado, julga e sentencia, sem se atentar ao relacionamento entre as partes.

O maior obstáculo à concretização ou para realização da conciliação de forma efetiva, em nosso país, está na mentalidade dos operadores do direito e esse empecilho se faz em caminhos intrincados e complexos. De um lado os advogados temem por seus honorários e de outro os juízes pretendem apenas eliminar mais um processo das imensas e intermináveis prateleiras. Pense-se, ainda, na realidade de que poucos cursos de direito

oferecem cadeiras voltadas às alternativas de solução de conflitos, desde muito cedo nos aproximamos do litígio e formamos uma “personalidade” jurídica voltada ao contencioso.

Em razão disso, o código de processo civil adotou no art. 331, a tentativa de conciliação como medida preliminar e salutar à instrução. Talvez essa fase seja cumprida como mera formalidade tanto pelas partes como pelos juízes, mesmo porque, há entre nós a chamada “cultura da sentença” em que a decisão proferida autoritativamente pelo juiz, através de sentença, é a melhor via de realização de direitos. Por isso e devido à crise por que passa a justiça, entende-se que este é o momento mais propício para que os advogados, juízes e promotores se iluminem na chama da negociação, a fim de buscarem conciliar as partes, realizando solução consensual e eficaz de seus conflitos.

O que importa para que as modificações resultem na efetiva difusão dos meios conciliatórios é a formação dos operadores nas diversas técnicas, que utilizam instrumentos úteis para a identificação de conflitos, dando prioridade ao relacionamento pacífico entre as partes, a fim de alcançar mudança de costume. Devemos deixar a cultura da sentença e nos abrigarmos na cultura da pacificação.

1 DESENVOLVIMENTO

O art. 331 do CPC estabelece que, não se aplicando ao processo a sua própria extinção, nem sendo oportuno o julgamento antecipado da lide, nas causas em que se admitam transação, o juiz deverá designar audiência preliminar de tentativa de conciliação a fim de que as partes possam tentar resolver o problema, chegando a um acordo acerca do litígio submetido ao serviço jurisdicional.

Os processualistas, de maneira geral, consideram importante momento processual a tentativa de transação entre as partes, porém, parece que a apologia fica em segundo plano, uma vez que a tentativa não é bem feita pelos operadores. Os juízes ainda tentam, em audiência, atendendo aos reclamos legais, conciliar as partes, porém, esse fato também é alvo de fortes críticas por parte dos advogados que se sentem compelidos à realização de acordo, a ponto de temerem tal oportunidade. Nestes casos, muitos patronos, receosos, tomam o caminho da fuga da conciliação e ignoram a audiência, ocasião em que perdem a chance, talvez única, de resolverem a questão de modo a que todas as partes saiam satisfeitas, podendo, elas próprias, conquistarem decisão que lhes seja mais favorável, ao invés de aguardar uma intempestiva e nem satisfatória sentença.

A tentativa de conciliação ocorrida nas audiências preliminares mostra que o próprio judiciário tem interesse em resolver, de forma outra, os conflitos existentes na sociedade. A solução do caso concreto também se consubstancia nesses moldes – da autocomposição - embora o preconceito não permita que as partes enxerguem tal resolução. Por esse meio também é possível realizar a justiça, porém, desta vez, com o poder de decisão nas mãos das partes diretamente envolvidas no litígio.

Muito se tem discutido, no meio processual, acerca da efetividade dos direitos, sobre a realização da pacificação social de maneira concreta e eficiente. O Estado, através do judiciário garante a prestação da tutela jurisdicional, por meio do direito de ação, considerado não mais como mera garantia de ingresso, mas como direito constitucional consubstanciado pelo poder de provocar a atividade jurisdicional concretamente, voltado ao direito material que deve ser realizado de forma justa e eficiente.[1]

Além do mais, a tutela constitucional da ação compreende todos os meios para a obtenção do pronunciamento do juiz sobre a própria pretensão. Não se trata, obviamente, de mera garantia de acesso, compreendendo outros mecanismos destinados a assegurar um processo justo e efetivo.

Por este aspecto, a prestação jurisdicional vem sendo pensada, modernamente, em razão do direito material pretendido pela parte, ou seja, o direito à prestação adequada da tutela jurisdicional vai além do tão só direito de ação, se faz sim em função do direito material, vinculando-se a este. Tudo isso, a fim de que se privilegie a busca da efetividade da atuação processual, para que o bem de vida seja garantido da forma como o sujeito de direito merece.

Na busca pela tutela jurisdicional o que se quer é que o processo seja, como deve ser, um meio para que se atinja a finalidade da pretensão jurídica, ou ainda, que o processo garanta a efetividade de forma justa e célere, dando a cada um o que é seu, na medida do que cada um tem. É feliz o jargão atualmente usado pelos processualistas para definir, de maneira simples e clara a função do processo, que é *garantir o acesso à justiça e à ordem jurídica justa*. [2]

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*) podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

A tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial [3]. Há que se pensar nos rumos do processo civil não como um exercício da técnica pela técnica, mas como a técnica voltada ao atendimento dos reclamos da vida nas situações regulamentadas pelo ordenamento.

Também entra nesta reflexão a questão da celeridade como causa da efetividade.

No que se refere à celeridade, a doutrina entende melhor quando fala em tempestividade, ou seja, o processualista moderno pretende buscar a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. Como tantas vezes isso não ocorre, a demora acaba gerando o dano marginal. Este último trata-se de dano acarretado pela demora da prestação jurisdicional, pela duração exagerada dos processos que afeta o próprio dano “original”, fruto da quebra do dever jurídico.

Sustenta a doutrina italiana[4] que o dano que decorre da intempestividade do processo é uma espécie de pressuposto processual suportado pela parte que se caracteriza como um aspecto negativo do direito de ação, diferentemente do perigo da demora que se verifica em fatores externos ao processo e, por isso, o dano marginal ou processual seria inerente à relação processual. Na doutrina pátria também se admite o dano marginal que consistiria num “efeito colateral” da duração do processo.

É sabido pelos operadores do direito que o processo se desenvolve por uma série de atos a fim de atingir o seu objetivo final – conceito teleológico. Os advogados são ávidos cumpridores de prazos pré-fixados pelos códigos de processo que regulam os procedimentos. Na prática sabemos ainda que os prazos para os atos das partes litigantes, que na maioria das vezes são satisfeitos, não são os vilões dessa demora. O ideal não vem se cumprindo e isso se deve a inúmeros outros fatores. Já se afirmou que *“a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça”*. É por isso que o discurso da demora da prestação jurisdicional é sempre atual.

Rogério Cruz e Tucci em sua obra *Tempo e Processo* aduz que o tempo do processo é ordenado e permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica.[5]

O processo é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei, devendo, na medida do possível, desenvolver-se, sob a vertente extrínseca, mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emergja realmente oportuna e efetiva.

Para tanto, afirma-se correntemente que os direitos subjetivos dos cidadãos devem ser providos da máxima garantia social, com o mínimo sacrifício da liberdade individual, e, ainda, com menor dispêndio de tempo e energia.

Realmente estamos diante de dois grandes princípios: celeridade e segurança. Já foi dito também que “se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”.

Na atualidade não se questiona que o tempo é um dos elementos da natureza que mais inquietam o homem.[6] Para nós, é sem dúvida, no direto material que o tempo constitui fator de importância. A prestação ideal seria aquela dada assim que o direito fosse violado, ou seja, o direito deveria ser satisfeito imediatamente após sua violação, porém, isto está no plano do *dever ser*. O que não se deve ser desmembrado da experiência jurídica é o escopo do direito, qual seja, a manutenção da paz social e para tanto o processo merece e deve ser efetivo.

Neste sentido o processo civil passa por reformulação, pois inevitavelmente, foram verificados inúmeros defeitos, se assim se pode dizer, no estatuto processual, mormente no que diz respeito à efetiva aplicação do direito material. Não se poderiam fazer tais modificações senão tendo por suporte a “crítica” como fundamento para a reformulação das leis, pois a crítica destituída de atitude e contornos positivos também de nada valeria ao processo civil, portanto, modificadas estão sendo, cada vez mais, as normas processuais.

E é justamente em meio a essa discussão sobre efetividade e tempestividade que surge iluminada a reflexão sobre a conciliação como meio de garantir a efetividade na resolução dos conflitos trazidos ao poder judiciário.

A princípio devem ser analisados os limites que envolvem a transação endoprocessual e seus reflexos nos procedimentos.

Antes das alterações na legislação processual no ano de 2002, das comumente chamadas mini-reformas, o art. 331 com redação dada anteriormente pela Lei 8.952/94, limitava a natureza das causas que estavam submetidas ao regime da audiência preliminar conciliatória, ou seja, a legislação mandava ser designada audiência somente quando as causas versassem sobre “direitos disponíveis”. Com isso houve grande controvérsia a respeito dos direitos indisponíveis serem passíveis de conciliação no que concernia a quantificação destes direitos, o que se pode facilmente verificar pelo exemplo das pensões alimentícias, que embora sejam de natureza indisponível o seu *quantum* pode ser objeto de acordo.

Discutido e rediscutido o tema, em 2002, a Lei 10.444 alterou a redação do art. 331 do CPC, de modo que previu o cabimento da tentativa de conciliação por meio da audiência preliminar em qualquer causa que verse sobre direitos que admitam transação.[7]

Além disso, estabelecendo-se que o escopo primordial dessa audiência é tentar a conciliação, a mesma Lei acrescentou um § 3º ao art. 331, em que se prevê que, se o direito não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz irá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção das provas, sem a realização de tal audiência.

Portanto, o legislador quis privilegiar a solução conciliatória e somente após essa tentativa, se restasse infrutífera ou mesmo quando o juiz entendesse que tal audiência fosse mera perda de tempo – se é que o juiz pode prever tal situação, pois acredita-se sempre na transação, desde que a tentativa seja bem negociada – é que o processo teria seu seguimento.

Porém, relevante lembrar que a qualquer momento o juiz poderá tentar conciliar as partes, conforme se depreende do art. 125, do CPC, parte do capítulo dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz. Isso faz com que as partes também possam requerer

em momento diferente do designado pelo juiz, uma tentativa de conciliação, como vem ocorrendo na praxe forense.

Seguindo neste raciocínio, desde que as partes cheguem a um acordo, este será reduzido a termo e homologado pelo juiz na própria audiência, produzindo eficácia plena e, portanto, efetivando também, por outra via, a prestação da tutela jurisdicional.

A via conciliatória é mais econômica, levando em conta a duração do processo e sem medo de engano, podemos afirmar que, se bem realizada, a conciliação quase sempre traz melhor solução do que a imposta pela sentença, desde que, a decisão seja tomada em conjunto pelas partes envolvidas no litígio.[8]

A idéia de agregar ao juízo a figura do juiz conciliador já está em prática há algum tempo na França, graças à sistemática de seu novo Código de Processo Civil que não só fez integrar à função do juiz a tarefa de “conciliar as partes”, como instituiu em todo órgão judicial o agente auxiliar denominado “conciliador”, e que é escolhido entre os “notáveis” ou “juizes aposentados”. Esse conciliador não é um magistrado, pois sua função não é julgar, mas apenas aproximar as posições litigiosas, na tentativa de que as próprias partes encontrem uma solução para suas divergências. Trata-se de uma providência integrante da política moderna de aceleração da prestação jurisdicional, que opera por meio de uma espécie de “justiça consensual” e que vem desfrutando de todos os favores do legislador francês. Nela se enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a justiça.

No Brasil também já se encontra ativa em segunda instância, depois do Provimento 783/02 – o plano piloto de conciliação em segundo grau, posteriormente modificado pelo Provimento 819/03 - a tentativa de conciliação. A criação obriga a intimação das partes, quando do ingresso do Recurso no Tribunal de Justiça, para querendo, solicitar audiência conciliatória. Essa tentativa cumpre o dever constitucional do Estado de proporcionar acesso à Justiça, permitindo a eliminação dos conflitos da forma menos desgastante possível.

Os magistrados também começam a ver a conciliação com novos olhos, estão se reciclando e tornando a atitude pedagógica, de modo que o empenho cria e transforma a mentalidade, para a via conciliatória.

1.2 TÉCNICA DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD APLICADA NAS AUDIÊNCIAS A FIM DE OBTER ÊXITO NA CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES

A conciliação nada mais é que uma forma alternativa de solução de conflito, que facilita o acesso à justiça através da autocomposição dos litígios, feita de maneira negociada. A

conciliação é um negócio jurídico processual, diretamente entre as partes, que importa em transação, sendo entendida como ato processual que se desenvolve com o auxílio do juiz, pois bem.

O problema que surge é que tanto os magistrados quanto os advogados e pior, as partes não se encontram preparadas para pensarem na alternativa conciliatória dentro do processo. Todas as partes trazidas à relação jurídica processual - relação trilateral que envolve as partes e o juiz na busca da prestação jurisdicional, diferente da relação jurídica que se estabelece nas interações do homem na vida em sociedade submetidas às regulamentações das normas – carecem de disposição para a negociação. As partes chegam ao Poder Judiciário impregnadas de litigiosidade, como se fosse impensável outra via apta a atingir seu pedido que não a decisão proferida pelo juiz em sua sentença.

Parte desse preconceito em relação à conciliação se refere justamente à falta de habilidade para negociar, inexistente no comportamento dos operadores do direito e ainda na falta de informação das partes acerca de suas reais possibilidades de negociarem seus interesses.[9]

Para a negociação ser produtiva e obter a resolução dos conflitos dependem as partes envolvidas, de um lado, de sua própria habilidade em criar métodos cooperativos e eficazes para a solução dos mesmos, da sua capacidade de superar a desconfiança e a animosidade recíprocas, enquanto trabalham na solução dos conflitos, e, de outro lado, na disponibilidade para aceitar soluções que satisfaçam, ao menos parcialmente, os seus interesses.

Qualquer das soluções alternativas de conflitos carece de negociação eficaz. Somente através do desenvolvimento de um método de negociar baseado nos interesses das partes e na possibilidade de ganhos mútuos é possível conseguir êxito nas conciliações, arbitragens, mediações. A negociação é a base para todas os caminhos de solução de problemas.

Não faz mais sentido falar sobre as formas de solução de conflitos: arbitragem, mediação, conciliação, sem se ater, profundamente, na técnica da negociação, meio utilizado para conseguir atuar em quaisquer dos instrumentos acima citados.

Assim, foi desenvolvido nos Estados Unidos através pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard o Programa de Negociação, que, elaborando e disseminando técnica aperfeiçoada de negociação e mediação, leva em consideração os méritos dos problemas. Este programa é resultado da associação de doutrinadores e projetos das prestigiadas instituições de Harvard, MIT - Massachusetts Institute of Technology -, Simons e Tuffs, com o objetivo de aprimorar a teoria e a prática da resolução alternativa de conflitos.

Os advogados de mãos dadas com o litígio, muitas vezes não se envolvem com a prioridade das demandas a eles trazidas que é solucionar os conflitos de seus clientes.

Cansados das infrutíferas tentativas – desprovidas de técnica - de resolverem amigavelmente o problema ou ainda preocupados com o valor dos honorários que, caso as partes negociem sobre o problema antes ou durante a ação, serão de menor monta, - conforme seu pensamento preconceituoso –, contribuem para aquilo que tanto reclamamos: a morosidade da Justiça.

Já os juízes, rodeados de autos que aguardam sua dedicação e decisão, deixam de considerar a oportunidade da conciliação e muitas vezes se mostram ávidos por um acordo judicial, porém, com essa atitude aparentam exercer certa pressão para a composição entre as partes, de forma que não se atém ao caso, a fim de sopesarem os interesses das partes litigantes, o que faz as partes concluírem que eles agem forçando e impondo a conciliação, chegando por vezes ao prejulgamento da ação.

No que diz respeito aos advogados e juízes, não há que se negar que são frutos da formação que receberam em suas faculdades. Quando estudamos, na maioria dos cursos de direito, o material com que trabalhamos é tão somente o litígio e assim, com essa mentalidade, saímos dos bancos universitários, acreditando que é do conflito que nos alimentaremos. Alessandra Gomes do Nascimento Silva aduz que [10] “e muitos que se comportam dessa maneira esquecem que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil indica que é dever do advogado ‘estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível a instauração de litígios’”.

Ainda concernente aos operadores do direito, porém de menor importância, arraiga-se a vaidade pessoal dos advogados que preferem alardear no mercado seus “ganhos de causa”, obtidos através de um processo moroso e custoso, a lograr o mesmo êxito ou maiores, pela via negociada.

Quanto às partes, muitas vezes ignorantes da possibilidade de atingirem seus interesses e resolverem o conflito por outro caminho, apegam-se a uma sentença, sem levarem em conta que a decisão imposta pode não ser tão satisfatória quanto seria uma solução consensual entre os envolvidos.

Enfim, as partes envolvidas na relação processual não se dão conta do valioso instrumento que têm à sua disposição, que pode garantir a efetividade da prestação jurisdicional e pacificar as partes.[11]

Sempre haverá direitos indisponíveis a reclamar a atividade jurisdicional do Estado. Da mesma forma, teremos casos envolvendo direitos disponíveis em que a transação não se mostra viável (pelos mais diversos motivos, inclusive os de ordem psicológica das partes envolvidas). O foco, no entanto, é o imenso número de processos judiciais que podem ser evitados ou rapidamente solucionados na audiência de tentativa de conciliação.

Tratando das técnicas propriamente ditas, há que se refletir sobre a renovação dos profissionais, no sentido de aperfeiçoar a forma de negociar, eis que não há nada de novo a ser explorado, desde que nascemos negociando, porém, nova técnica deve ser

implantada e aplicada para se obter conciliação eficaz. Imprescindível ter em mente que um bom negociador, através de seu aprimoramento, sempre estará diante da possibilidade de obter aquilo e justamente aquilo que seu cliente quer através da via negociada, podendo assim, realizar a pretensão maior do direito, solução para os casos concretos, com efetividade e justiça.

Primeiramente o advogado, como negociador, deverá abrir mão de sua atitude comum, melhor dizendo, não é possível ter a mesma atitude em juízo (petições) e na audiência de conciliação, momento onde estará sentado numa mesa de negociação. Nesta situação não será interessante usar a mesma argumentação que fundamentou seu pedido, na negociação não há que se perquirir quem é que tem razão, deixemos isso ao juiz ao decidir a demanda. Assim a advogada-negociadora Alessandra Gomes do Nascimento, anteriormente citada, menciona que[12] “ao patrocinar os interesses do cliente, deve o causídico ter em mente que sua postura perante o *ex adverso* é diferente durante a negociação e no correr do processo judicial”.

Outro ponto importante desenvolvido pela técnica é a separação do conflito dos envolvidos nele. É comum advogados acusarem-se e se ofenderem, mutuamente, durante uma audiência ou ainda utilizando o “poder da caneta”, insultar uns aos outros, como se esse fosse o melhor meio de convencer o juiz. Há aqueles que tentam ainda, durante a audiência de conciliação, ludibriar o juiz com afirmações falsas, no único intuito de desmerecer e desacatar o direito da outra parte.

Este tipo de conduta somente faz com que as partes saiam do foco do problema e se apeguem às agressões e animosidades pessoais, que não levarão a nenhuma solução para o caso. O tratamento dispensado ao outro deve ser o melhor possível, desde que seja desejo das partes resolverem o problema e assim, só conseguirão satisfazer seus interesses, desde que se respeitem e se entendam. Uma velha e ainda válida solução é a de se colocar no lugar do outro e refletir sobre as próprias reações que teria caso fosse a parte ofendida. Exercitar a empatia é ordem na negociação. Portanto, a ordem é: separe as pessoas dos problemas.

Conforme mencionado, a Universidade de Harvard desenvolveu o projeto de negociação que conta com sete elementos básicos para uma negociação eficaz, são eles: interesses, opções de ganhos mútuos, legitimidade, alternativas, comunicação, relacionamento e compromisso.

No tocante aos interesses a técnica acredita que uma negociação bem conduzida seja aquela em que as partes procuram descobrir quais são os interesses que estão por trás das posições adotadas numa demanda judicial. Quer dizer-se com isso que as pessoas se apresentam diante das outras com uma posição já previamente adotada, como única forma de solucionar o conflito, assim, tudo o que for proposto fora daquela posição primeira, deverá ser descartado, trata-se da repetida maneira de negociar do brasileiro, através do método de “barganha de posições”. [13]

Tradicionalmente, as pessoas se apresentam umas às outras para negociar com uma posição já adotada. Colocam sua posição ao outro em patamar acima daquela planejada

para dar uma margem de regateio. E vão baixando esse padrão lentamente até chegarem a um nível que considerem aceitável, ainda que não desejável.

Ilustra-se, comumente, essa conduta com o episódio de duas meninas, irmãs, que estavam em conflito por causa de uma laranja e colocaram a divergência para ser solucionada pela mãe. E esta, após verem suas filhas envolvidas nessa disputa, tomou a primeira decisão que lhe veio à mente e cortou a laranja ao meio, dando uma parte para cada filha (decisão salomônica). Posteriormente, chegou ao conhecimento da mãe que uma das filhas pretendia ter a laranja para dela tirar a casca e fazer letras do alfabeto para uma brincadeira; a outra, por sua vez, queria a laranja para extrair-lhe o suco. Pois bem, se a mãe tivesse atentado para os reais interesses das filhas – suco da laranja e a casca da laranja - e se desvencilhado de suas posições iniciais – conseguir a laranja – ela certamente teria conseguido, com cem por cento de êxito, satisfazer ambas as filhas e ainda mais, manter um bom relacionamento entre elas.

Portanto, o advogado-negociador-conciliador será aquele que conseguir, anteriormente e durante a audiência, investigar quais são os interesses subjacentes que se encontram escondidos por detrás da posição adotada pela parte na demanda. E ainda, deverá buscar compreender quais são os interesses que esconde seu próprio cliente.

Após explorar os interesses por trás das posições adotadas pelas partes, o advogado deverá criar opções para alcançar esses interesses. Neste momento o advogado deverá fazer uso de toda sua flexibilidade e criatividade.[14]

Nossas chances de desenvolver um bom trabalho como negociadores estão fortemente calcadas nas nossas habilidades de, após descobrir os interesses em jogo (do nosso constituinte e da outra parte), criar opções que possam satisfatoriamente atender a esses interesses. Os nossos interesses devem restar bem satisfeitos e os da outra parte, suficientemente, a ponto de ela dar o almejado “sim”.

Existem casos, que mesmo após as partes envolvidas terem conseguido investigar os interesses e criar opções que os satisfaça, ainda assim é necessário que essas opções sejam justas, e aqui entra o terceiro elemento: a legitimidade. Este elemento encontra-se ligado às opções, pois elas devem ser justas e legítimas para que possam ser aceitas pelos envolvidos. Trata-se de critérios objetivos e, os mais comuns usados numa negociação baseada em princípios são: valor de mercado, usos e costumes, pareceres de especialistas, dentre outros. Este é um ponto de vantagem dos advogados em relação aos outros profissionais quando entram numa negociação, eles possuem outros parâmetros a seu favor, quais sejam: a lei e a jurisprudência.

Já o elemento “alternativas”, como parte de uma negociação técnica, refere-se aos outros caminhos possíveis caso a negociação na audiência de conciliação não seja frutífera, ou seja, caso não se consiga fechar o acordo. Essa é uma das ferramentas poderosas para a decisão de um bom acordo. Se sua alternativa for melhor que a

proposta que está sendo feita, não se deve fechar o acordo. A já citada professora explica que antes de decidir se a parte deve ou não desistir do acordo ou persistir na negociação, o advogado deve sopesar suas alternativas conforme seus conhecimentos técnicos.[15]

Isso porque, na maioria das situações, o cliente não tem conhecimento técnico suficiente para avaliar suas alternativas ao acordo. No litígio, a alternativa ao acordo é tipicamente a jurisdição. Sem o advogado, o leigo não tem como saber se o acordo é melhor que suas chances no judiciário. Nessas condições, a manipulação de informações tanto por parte do cliente quanto por parte do advogado pode impedir seja escolhida a via mais adequada para a solução da pendência.

A comunicação é ferramenta das mais importantes numa negociação, pois é o processo de comunicação bilateral em que as partes objetivam chegar a uma decisão conjunta. Se a finalidade de negociar durante a tentativa de conciliação consiste em atingir interesses das partes, a probabilidade de que isso aconteça ocorre quando as partes se comunicam bem. Para isso importa a disposição para ouvir, devendo haver realmente o entendimento entre as partes, a linguagem deve ser bem interpretada e mantida acessível. De enorme relevância é o pensamento prospectivo neste momento, em que as partes entenderão melhor os interesses em jogo se falarem sobre onde gostariam de chegar ao invés de discorrerem do ponto de onde partiram.

O relacionamento, não menos importante que os outros elementos da negociação, é termômetro da boa aplicação da técnica. Pode-se mensurar uma negociação pela preservação ou aprimoramento do relacionamento. Não se deve desconsiderar que as pessoas com quem negociamos serão eternas testemunhas de nossa relação de trabalho e poderão divulgar nossa reputação. Assim, é aplicação da melhor técnica segundo a professora de negociação para advogados “a dimensão do que seja um bom resultado na negociação pode ser aquilatada pela qualidade do relacionamento resultante dessa negociação: ao final, as partes melhoraram ou pioraram o seu relacionamento?”[16]

Por último, após explorados todos os elementos, começando pela investigação dos interesses e criação das possíveis opções de solução do problema, as quais deverão ser analisadas em confronto com as alternativas que restem ao acordo, tudo isso através de uma comunicação eficiente a fim de manter e aprimorar o relacionamento das partes, o acordo será então fechado. Agora o que aguarda a vez é a formalização do acordo, tratando-se do compromisso oral ou escrito sobre o que as partes farão ou deixarão de fazer em virtude da transação.

Neste último elemento o papel do advogado é de extrema importância, pois tão definitivo quanto o fechamento de acordo deve ser seu cumprimento. Por isso ele deve ser exequível, exigível, prático e duradouro. Coincidem assim os papéis de advogado e negociador nesta fase de materialização do acerto concretizado em audiência.

Por tudo o que se fez menção é altamente recomendável a preparação da negociação, que poderá ser individual ou coletiva, dependendo do corpo de advogados do escritório.

É assim, planejando os causídicos, para a possível conciliação das partes em audiência, economizando tempo e obtendo sucesso na solução do conflito, que o bom advogado-negociador poderá, portanto, auferir seus honorários proporcionais ao seu trabalho, sem receio de poder fechar o acordo tendo que abrir mão de sua remuneração, consequência de bom desempenho e êxito no trabalho.

Devemos memorar que a negociação é uma verdade da vida, todos os dias, famílias, vizinhos, casais, empregados, patrões, lojas, consumidores, vendedores, administradores, nações têm que negociar para conseguirem seus fins, sem entrar em guerra. E assim também deve se dar numa demanda, ao ser conferida a oportunidade às partes para negociarem seus interesses a fim de dirimirem o conflito que os levou a provocar o judiciário, convém não perder a chance.

Entende-se assim, que tais instrumentos, se realmente semeados, divulgados e difundidos trarão grande contribuição às conciliações e mediações, de forma a obter-se, de maneira técnica e proveitosa, a satisfação das partes em conflito, pacificando-as e garantindo em consequência, a efetividade dos direitos, como exercício de cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado acredita-se que os advogados não estejam preparados para o desprendimento do litígio, de outro, juízes que sem técnica alguma, são considerados inconvenientes e autoritários no momento da conciliação. Perdem mais, por fim, as partes que não tendo informação adequada a respeito da provável satisfação de seus interesses por outra via que não somente a sentença proferida pelo provimento judicial, abdicam de um eficiente meio de realizar seus direitos.

Há operadores do direito, mormente a classe dos advogados, que não enxergam na transação a possibilidade de seu cliente obter êxito e superar as desvantagens de um processo moroso e desgastante, talvez por não terem entrado em contato com a realidade dos dias atuais, pertencendo ainda a uma parte de pessoas que fecham os olhos ao desconhecido e portanto, temido.

A morosidade deprecia e desacredita a justiça e inclusive a classe dos advogados, a crise por que passa o direito e o processo deixam margem aberta ao exercício da cidadania, entendida como a efetivação do direito material violado. Por isso, convém não desperdiçar a oportunidade de acordo quando a audiência abrir as portas ao entendimento, ou a qualquer tempo, lembrando que a técnica desenvolvida pela Universidade de Boston e aqui singularmente explorada, garante a busca de ganhos mútuos e satisfação dos interesses das partes envolvidas.

Enfim, este também é eficiente meio de efetivação dos direitos, desde que os operadores se prestem a mudar a mentalidade e voltem-se à questão primordial de um processo judicial que é a solução do conflito trazido a juízo, pacificando, enfim, a sociedade.

-
- [1] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 82.
- [2] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 23º ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 40.
- [3] BEDAQUE, op. cit.
- [4] BUMOHL, Débora Inês Kram. **A Nova Execução Civil: A Desestruturação do Processo de Execução.** São Paulo: Atlas. 2006. p 6.
- [5] TUCCI, Rogério Cruz e. **Tempo e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 27.
- [6] Ibid., p. 17.
- [7] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de Processo Civil V.1.** 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 480.
- [8] THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil V I.** 41. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.318.
- [9] GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2004. p. 3.
- [10] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de Negociação para Advogados.** 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 10
- [11] Ibid., p. 8.
- [12] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. p. 17.
- [13] Ibidem., p. 25.
- [14] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. p. 31.
- [15] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento., p. 71.
- [16] SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. p. 61.

TUTELA INIBITÓRIA E INTERNET: O PROCESSO CIVIL APLICADO NA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE*

INIBITÓRIA GUARDIANSHIP AND INTERNET: THE CIVIL PROCEDURE APPLIED IN THE PROTECTION OF THE PRIVACY

Juliana de Camargo Maltinti

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar a Tutela Inibitória (tutela preventiva definitiva) e discutir o impacto desta tutela jurisdicional na Sociedade da Informação, no que diz respeito a sua aplicação como técnica processual tendente a impedir, de forma direta e definitiva, a violação do direito à privacidade (direito à honra; à imagem; à intimidade; à vida privada) causado pelo avanço tecnológico, em especial, pela Internet. A sociedade evoluiu, novos direitos surgiram, no início da década de 90, e estão surgindo através da denominada “revolução tecnológica”, principalmente pela massificação e ampliação da Internet, enquanto meio de comunicação rápido e global. Com isso, o Direito passa a enfrentar alguns desafios na sociedade contemporânea conhecida como Sociedade da Informação. Pois, apesar da Internet ter trazido uma série de vantagens à vida moderna, reduzindo as barreiras de tamanho, tempo e distância entre pesquisadores, empresas e governos, proporcionando o crescimento do conhecimento, baseado no acesso fácil e rápido à informação. Por outro lado, acarretou em um indesejável incremento à violação dos direitos à privacidade e intimidade, visto que tem sido utilizada para a prática de atividades ilícitas, exigindo a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, ou seja, a prestação da tutela inibitória na proteção da privacidade.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TUTELA INIBITÓRIA – TUTELA PREVENTIVA DEFINITIVA – TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA. TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – INTERNET. DIREITO À PRIVACIDADE.

ABSTRACT

The present essay has for objective to present the Inibitória Guardianship (definitive preventive guardianship) and to argue the impact of this jurisdictional guardianship in the Society of the Information, in what its application says respect as tending procedural technique to hinder, of direct and definitive form, the breaking right it to the privacy (right to the honor; to the image; to the privacy; to the private life) caused by the technological advance, in special, for the Internet. The society evolved, new rights had

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

appeared, at the beginning of the decade of 90, and is appearing through the called “technological revolution”, mainly for the massificação and magnifying of the Internet, while media global fast e. With this, the Right one passes to face some challenges in the society known contemporary as Society of the Information. Therefore, although the Internet to have brought a series of advantages to the modern life, reducing the barriers of size, time and distance between researchers, companies and governments, providing the growth of the knowledge, based on the easy and fast access to the information. On the other hand, it caused an undesirable increment to the breaking of the rights to the privacy and privacy, since she has been used for the practical one of illicit activities, demanding the installment of an effective jurisdictional guardianship, that is, the installment of the inibitória guardianship in the protection of the privacy.

KEYWORDS: KEYWORDS: INIBITÓRIA GUARDIANSHIP - DEFINITIVE PREVENTIVE GUARDIANSHIP - EFFECTIVE JURISDICTIONAL GUARDIANSHIP. ADJUSTED PROCEDURAL TECHNIQUE. INFORMATION SOCIETY - INTERNET. PRIVACITY RIGHT.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa apresentar uma tutela jurisdicional diferenciada, pouco tratada no Brasil, denominada de tutela inibitória ou tutela preventiva definitiva, positiva ou negativa, capaz de impedir, de forma direta e definitiva, a violação do direito material daquele que se socorre ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal brasileira, dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo o direito de ação, isto é, o direito ao acesso a uma atividade jurisdicional do Estado, bem como o direito a uma devida resposta do judiciário. Por isso, este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, de tal forma que para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo o processo confira a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus.

Nota-se que a Constituição é expressa ao estabelecer o direito de acesso ao Poder Judiciário para requerer não só uma tutela jurisdicional em razão de violação de direito, mas também diante de ameaça de sua violação.

Assim, o dispositivo constitucional garante não apenas um devido processo legal tendente a uma tutela jurisdicional repressiva, atuada após a lesão do direito, com o fim de reparar os danos causados ou a sua reintegração, mas também, o acesso a um processo que visa evitar a lesão do direito, ou seja, uma tutela jurisdicional preventiva, atuada quando ainda existe apenas a ameaça de lesão do direito e não sua violação.

A atuação do Estado-juiz antes da ocorrência do evento lesivo, adotando medidas que impeçam a sua concretização ou a sua continuação, na maioria das vezes é tratada em termos de tutela cautelar e tutela antecipada.

Entretanto, diferentemente do que ocorre com a tutela cautelar e a tutela antecipada, a tutela inibitória não tem por função evitar a lesão de um direito processual da parte, impedindo a frustração da eficácia do provimento final.

A tutela inibitória destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte, ou seja, diante de um estado de ameaça de prática de ato violador de um direito, pode seu titular pedir ao Poder Judiciário a adoção de medidas que impeçam, de forma definitiva, a prática do ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição, impedindo a concretização dos atos ameaçados, fazendo, assim, com que o autor possa usufruir de seu direito *in natura*.

Até há pouco tempo a tutela preventiva definitiva só era prevista para casos específicos, mais ligados à tutela de direitos patrimoniais, como o interdito proibitório, a ação de nunciação de obra nova e também o mandado de segurança preventivo, apesar deste não tratar de conflito entre particulares.

Entretanto, com o advento da Lei 8.952, de 13.12.1994, alterando a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, sob influência do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), viabilizou-se a tutela preventiva definitiva e genérica, denominada pela doutrina de tutela inibitória, utilizada em qualquer situação em que haja uma ameaça de violação de direito, na proteção preventiva de todo e qualquer direito relacionado a uma obrigação de fazer ou não fazer, posteriormente estendida também às obrigações de entrega de coisa, pela Lei 10.444, de 07.05.2002, que criou o artigo 461-A no Código de Processo Civil.

A imprescindibilidade de um novo modelo processual é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva e genérica, especialmente em razão do advento de novas situações jurídicas proporcionadas pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica, em especial pela Internet, impossíveis de serem disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

Para isso, procurar-se-a, com o presente ensaio, investigar a tutela inibitória (tutela preventiva definitiva), na busca da chamada “efetividade do processo”, garantindo todos os direitos estabelecidos pela ordem jurídica, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que assegura, além de direitos patrimoniais, uma série de direitos não patrimoniais, como tutela de direitos coletivos, individuais e também o direito à privacidade (direito à honra; à imagem; à intimidade; à vida privada).

2. A garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da jurisdição

A Constituição Federal brasileira dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isto significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva, ou seja, a ação é um direito fundamental a uma jurisdição efetiva.

Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador¹, o acesso à justiça atinge a todos indistintamente, não podendo o legislador, assim como o administrador e o julgador, impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir uma pretensão².

Assim, seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, torna-se necessário à atuação do Estado na prestação da tutela jurisdicional, através do instrumento processual, a fim de propiciar às partes “acesso à ordem jurídica justa”³.

Isto quer dizer que o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera *admissão ao processo*⁴. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, todos possuem direito a uma devida resposta do judiciário.

Portanto, o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição⁵.

É importante esclarecer que a tutela jurisdicional efetiva não pode ser confundida com a celeridade processual, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que um dos grandes problemas da justiça atualmente está na morosidade da prestação jurisdicional. Entretanto, a efetividade jurisdicional, não se resume a isto, pressupõe, de um lado, o equilíbrio entre a celeridade processual ou duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e segurança processual e, do outro, a denominada máxima coincidência ou processo de resultados. Esta máxima coincidência é demonstrada na fórmula de Chiovenda, para quem “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”⁶.

Com isso, a simples celeridade é insuficiente para alcançar a almejada efetividade. O penoso tempo entre o exercício da ação e a satisfação do direito material não pode servir de desculpa para o detrimento de outras garantias constitucionais, tais como a segurança processual, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), visto que a celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem o devido processo legal (art. 5º, LIV)⁷, pois, caso contrário, estaríamos diante da insegurança jurídica.

Nesse sentido, o professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, com quem concordamos, entende que: “só existe jurisdição efetiva quando esta é, ao mesmo tempo, tempestiva e eficaz no plano material. Portanto, a efetividade da jurisdição exige que, no menor espaço de tempo possível, o processo confira a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus”⁸.

Daí a idéia de que nem sempre as partes possuem interesse em uma tutela jurisdicional dirigida à reparação do dano, pois, muitas vezes, o que se pretende é impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, de forma a concretizar os direitos fundamentais e invioláveis do cidadão. Pois o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*⁹, seja preventiva ou reparatória. Não basta o direito à tutela jurisdicional.

É fundamental que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito à tutela jurisdicional efetiva.

3. Técnica processual adequada e a sociedade da informação

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando constantes transformações, especialmente em função da aceleração dos mecanismos de difusão das informações, potenciados pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica, os quais rompem fronteiras culturais, políticas e econômicas.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, em especial pela Internet¹⁰, vem modificando substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, razão pela qual estamos vivendo na denominada Sociedade da Informação¹¹, caracterizada pelo surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas para a produção e para o uso da informação, a fim de gerar conhecimento e, por consequência, riqueza.

A Internet trouxe o mundo para dentro de nossos lares, através do acesso fácil, rápido e global das informações, proporcionando o crescimento do conhecimento pelas pesquisas. As pessoas podem, inclusive, receber as notícias no exato instante em que os fatos ocorrem.

Por outro lado, o avanço tecnológico trouxe sérias preocupações a toda comunidade jurídica, diante da ausência de regras disciplinadoras da Internet. Um dos maiores problemas a ser enfrentado pela doutrina refere-se à facilidade que a Internet propicia na violação da intimidade e da privacidade.

Nos dizeres de Guilherme Tomizawa:

a internet trouxe consigo um conflito que pode atingir dimensões imprevisíveis: de um lado, há o direito à liberdade de informação e imprensa, previsto na Constituição Federal de 1988, considerado um direito fundamental do homem e ponto de referência de todas as liberdades reconhecidas na Carta das Nações Unidas, que garante a livre manifestação do pensamento, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica, etc. De outro lado, porém, há outro direito, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, também assegurado pela mesma Constituição Federal de 1998. O conflito surge no momento em que a era informacional capacita o mercado para rastrear a vida do cidadão, conhecer seus hábitos, suas preferências, suas posses, suas finanças, livros que lê, jornais que assina, coisas que compra, etc, e, com estas informações, montar um banco de dados que possibilita, entre outras coisas, o envio de

propagandas, informações, enfim, todo tipo de informe publicitário. Esta é uma afronta ao direito de ser deixado em paz¹².

E, ainda, complementa o autor, “verifica-se, hodiernamente, que no meio navegável eletrônico, dados pessoais, propagandas ou imagens não autorizadas são livremente veiculadas denegrindo e maculando a intimidade e a vida privada de outrem¹³”.

As mudanças provocadas pela Sociedade da Informação trazem a necessidade do direito regular as novas relações jurídicas surgidas. Torna-se cada vez mais urgente a inserção das ciências jurídicas, a fim de proporcionar questões satisfatórias às novas exigências e necessidades do ser humano.

Nesse sentido, afirma Sérgio Cruz Arenhart:

A sociedade evolui, trazendo novos paradigmas do Direito, novos direitos a serem reconhecidos e novas situações a serem enfrentadas. Justamente com esta evolução, o processo é sempre conclamado a adaptar-se às circunstâncias e a oferecer formas de tutela adequadas a tais novas situações¹⁴.

Diante das novas relações jurídicas, surge o Direito na Sociedade da Informação, no qual o operador do direito deverá atuar ativamente a fim de fornecer elementos normativos capazes de solucionar os conflitos criados pela Internet.

Assim, ainda que o Direito não tenha capacidade de acompanhar a dinâmica da Internet, é imprescindível adaptar-se as mudanças sociais, uma vez que a atuação do Direito depende do conhecimento da realidade para poder ordenar as relações entre os cidadãos. O papel do jurista é tornar o abismo que separa a realidade, o direito e o processo o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, de forma mais breve possível¹⁵.

Portanto, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é o dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional. Pois o processo é uma técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni:

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) *são diversas*, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, *não são neutros* às tutelas (ou ao direito material), e *por esse motivo não podem ser pensados a sua distância*. De modo que não há como adiar a identificação e, portanto, a classificação das tutelas. Apenas assim se poderá pensar na técnica processual civil adequada. *Na verdade, para que a relação entre o processo civil e o direito material não fique somente no discurso (que então seria meramente retórico), é urgente classificar as tutelas. É preciso perceber que, diante do direito processual contemporâneo, a classificação das sentenças somente ter razão de ser quando pensada a partir da classificação das tutelas*¹⁶.

Daí surge a necessidade das tutelas específicas, tendo como espécie a tutela preventiva definitiva, denominada Tutela Inibitória, fruto do direito fundamental à jurisdição efetiva, capaz de conferir tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas, freqüentemente de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão.

A tutela inibitória exige a estruturação de um procedimento autônomo, que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação da violação da intimidade e da privacidade praticados pela internet.

Desta forma, atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

Explica o professor José Roberto dos Santos Bedaque:

O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente. (...) É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo¹⁷.

Portanto, o direito processual deve proporcionar mecanismos adequados à efetivação do direito, ou seja, não basta o reconhecimento formal de um direito, é preciso reconhecer

este direito de forma efetiva através da tutela adequada, caso contrário, significa não oferecer tutela ao direito em questão. Por isso, as tutelas dos direitos materiais devem ser pensadas nas perspectivas das técnicas processuais adequadas, para, a partir daí, se extrair a máxima efetividade do processo.

4. A tutela inibitória e a efetividade da tutela dos direitos

A tutela inibitória é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos não patrimoniais, denominados “novos direitos”¹⁸, como a proteção da privacidade na Sociedade da Informação.

O direito à privacidade, em um sentido genérico e amplo, envolve todas as manifestações da esfera íntima, da privada e da personalidade, consagrados no texto constitucional, como direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas¹⁹.

Estes direitos de conteúdo não patrimonial, dependem de obrigações continuativas de não fazer, ou de obrigações de fazer infungíveis, dificilmente passíveis de execução através das formas tradicionais.

Além disto, tais direitos, quase sempre conflitam com outros direitos igualmente assegurados na Constituição Federal. Assim, por exemplo, o direito à privacidade pode entrar em choque com o direito à liberdade de informação, ambos considerados direitos fundamentais (art. 5º, X, V, IX e XIV). Neste caso, cabe ao juiz solucionar o conflito entre dois direitos, que deve ser eliminado através da regra da aplicação da proporcionalidade²⁰.

A Internet, muitas vezes, é causa da colisão entre direitos fundamentais diferentes (direito à privacidade e direito à liberdade de informação). A solução para tais colisões, segundo Robert Alexy²¹, depende do caso concreto, mediante a ponderação dos direitos em jogo, o que acaba reconduzindo a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade.

Por isso, os direitos da personalidade não podem ser garantidos por uma tutela ressarcitória, ou seja, que atue apenas após a lesão do direito. A natureza não patrimonial dos “novos direitos” exige a tutela ao direito do próprio bem.

Assim, ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni, “admitir que tais direitos somente podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização”(...) E completa: “uma tal expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem²²”.

Nesse mesmo sentido, diz Andrea Proto Pisani²³:

O surgimento das novas relações jurídicas, próprias à sociedade de massa, também revela a fragilidade do sistema fundado na técnica ressarcitória. O direito à saúde, o direito ao meio ambiente saudável, os direitos do consumidor, não podem ser efetivamente tutelados através da tutela ressarcitória. A natureza não patrimonial dos “novos direitos” é incompatível com o simples ressarcimento. A tutela ressarcitória diz respeito ao patrimônio; não ao direito ao bem. Desta forma, a tutela ressarcitória, por definição, mostra-se incapaz de assegurar os “novos direitos”.

Portanto, o comportamento ilícito, envolvendo os “novos direitos”, caracterizado, normalmente, como atividades de natureza continuativa e repetitiva, como a difusão de notícias lesivas à privacidade de alguém, exige a prestação de uma tutela capaz de evitar a proliferação de ilícitos.

Assim, para impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, surge a tutela inibitória, definida pelo professor Luiz Guilherme Marinoni:

a tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano²⁴.

A imprescindibilidade da tutela inibitória é o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva e genérica, especialmente em razão do advento de novas situações jurídicas proporcionadas pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica, em especial pela Internet, impossíveis de serem disciplinadas pelo ordenamento jurídico. O processo deve adaptar-se a esses “novos direitos”, a fim de oferecer formas de tutela adequadas às novas situações reais, na busca da chamada “efetividade do processo²⁵”, garantindo todos os direitos estabelecidos pela ordem jurídica, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que assegura, além de direitos patrimoniais, uma série de direitos não patrimoniais, como tutela de direitos coletivos, individuais e também o direito à privacidade (direito à honra; à imagem; à intimidade; à vida privada).

5. A tutela inibitória na proteção do direito à privacidade

A evolução social e tecnológica, em função da aceleração dos mecanismos de difusão das informações proporcionados, especialmente, pela Internet, permite um contato mais próximo das pessoas e, por conseqüência, a violação mais freqüente de sua esfera íntima. Em nome do direito à informação, a pessoa é devassada em sua vida particular, na busca pela melhor notícia, imagem, segredo ou por aquela de maior impacto.

Surge a necessidade de adequação do direito às novas situações, no intuito de preservar o mínimo da esfera de privacidade do ser humano, impedindo sua confusão com o ente social.

De Cupis advertia para a proteção dos direitos da personalidade: “La persona è al centro del diritto; e il diritto civile è il suo primo centro d’ irradiazione²⁶”

A Constituição Federal, no artigo 5º, X, estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dá-se importância aos direitos de conteúdo não patrimonial, tais como os direitos da personalidade, inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, CF).

Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são:

direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)²⁷.

Dentre os direitos da personalidade, destaca-se o direito à privacidade que, em um sentido genérico e amplo, envolve todas as manifestações da esfera íntima, da privada e da personalidade, consagrados no texto constitucional como direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas²⁸.

A privacidade²⁹ é “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito³⁰”. A esfera de inviolabilidade é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo³¹”.

São inegáveis as conquistas proporcionadas pela disseminação da Internet. Porém, em contraposição, a Internet surge trazendo preocupações a toda comunidade jurídica, uma vez que propicia facilmente a violação da intimidade e da privacidade das pessoas.

Isto porque, este meio de interação possibilita o monitoramento de todos os passos do internauta. Assim, a cada operação realizada, se seguida, podem informar sobre seus dados pessoais, contas bancárias, hábitos de compra, interesses, preferências, tornando-se alvo de fácil manipulação.

Nesse sentido, esclarece Arthur Miller:

(...) o computador, com sua insaciável sede de informação (...) chegará a ser o centro de um sistema de vigilância permanente que converterá a sociedade em que vivemos num mundo transparente, em que nossa casa, nossas finanças, nossas associações e instituições, nossa condição física e mental aparecerá uma a qualquer observador³².

Desta forma, é evidente que a Internet constitui ameaça à intimidade e à privacidade. Costa Junior, afirma que:

(...) o mais desconcertante é tomar conhecimento de que as pessoas, condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade. O conceito de vida privada, como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas³³.

Para a defesa desses “novos direitos” torna-se inviável a indenização por perdas e danos, a fim de reparar o dano causado, uma vez que tais direitos exigem a prestação de uma tutela jurisdicional capaz de protegê-los de forma imediata e preventiva (tutela inibitória), agindo, portanto, não após, de maneira sancionatória (tutela repressiva), mas antes da prática do ato antijurídico.

Segundo os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa³⁴.

A Constituição Federal, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, assegura, além de um devido processo legal tendente a tutela jurisdicional repressiva, atuada após a lesão do direito, o acesso à tutela jurisdicional preventiva, diante da ameaça de violação do direito.

A tutela preventiva é requerida via ação inibitória, constituindo ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória, o que acontece em grande número de casos, já que apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva³⁵.

A inibitória, postulada diante de qualquer tipo de direito, destina-se a evitar, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte, através de uma decisão ou sentença capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, fundamentada nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumido.

Esta tutela preventiva tem sido incluída pela doutrina como espécie autônoma de classificação das tutelas, aderente à situação material. Pois, atualmente, não é possível estudar o processo sem uma técnica específica para o direito material. A tutela jurisdicional dos direitos da personalidade exige técnica específica, qual seja, a tutela inibitória, mecanismo adequado para a proteção genérica e específica, de cognição exauriente e definitiva, apta a solucionar fática e juridicamente o conflito de interesses dos direitos invioláveis dos cidadãos, como os direitos da personalidade, uma vez que tais direitos são insuscetíveis de traduzir-se em termos econômicos.

Assim, considera Barbosa Moreira³⁶:

(...) em grande número de hipóteses, a tutela específica é a *única*, na verdade, capaz de aproveitar ao credor; ou, pelo menos, entre o proveito que ela lhe assegura e o proveito que lhe poderá proporcionar qualquer outra modalidade de tutela medeia distância tão considerável, que a mera outorga de tutela não específica quase se resolve, na prática, em denegação de tutela. Quando o benefício a que faz jus o credor é de natureza puramente econômica, e as conseqüências da lesão suscetíveis de ser eliminadas, a restauração do estado anterior e a composição dos danos porventura causados podem representar, ao menos em certa medida, solução satisfatória. Fora daí, porém, não raro acontecerá que a *restitutio in pristinum* se mostre impraticável, e o benefício não tenha ‘equivalente’. É o que as mais das vezes se dá no campo dos direitos da personalidade e nos ‘interesses coletivos’: uma vez divulgado o fato da vida íntima que se devia manter em segredo, ou destruída a rocha que aformoseava a paisagem, toda providência de caráter sancionatório constituirá, simplesmente, para o lesado em seu direito à intimidade, ou para a comunidade das pessoas interessadas na preservação das belezas naturais, melancólico ‘prêmio de consolidação’”.

No entanto, é notória a deficiência em relação à tutela inibitória (tutela preventiva) no direito brasileiro, apesar de ser a tutela jurisdicional adequada aos direitos da personalidade.

Isto porque, para uma efetiva tutela dos direitos da personalidade é necessário o uso de um provimento imediato e, ainda, que seja outorgado ao lesado seu idêntico interesse violado. A honra, por exemplo, uma vez violada, jamais poderá ser restaurada em sua forma primitiva.

A este propósito, são as palavras de Giacobbe³⁷:

(...) a lesão da esfera da personalidade do sujeito, pelas características que desta são típicas, não consente dilações na intervenção da tutela e, uma vez realizada, não pode ser, de regra, removida com provimentos sucessivos de garantia dos direitos da personalidade, podendo-se conseguir, ao menos em regra, apenas através da adoção de medidas preventivas de tutela. Sob este aspecto não devem ser olvidadas aquelas posições sobretudo da doutrina, que propugna um repensar – *de iure condendo* – da disciplina dos direitos da personalidade, em ordem à tutela em relação às lesões que possam ser determinadas, sobretudo com referência à matéria da colheita e difusão das notícias que hoje se põem como o terreno mais delicado de agressão à esfera da personalidade do sujeito.

Portanto, é imprescindível a tutela preventiva, denominada de tutela inibitória, na proteção da privacidade frente à Internet, uma vez que consiste na tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas. Entretanto, não podemos deixar de lado os provimentos reparatórios, já que a tutela preventiva não pode ser efetivada sempre. Porém, é necessário esclarecer que tais medidas reparatórias são mecanismos secundários, somente recorríveis quando não for possível proteger o direito através da tutela preventiva.

Lembramos o ensinamento de Gilberto Dupas, no tocante ao crescimento da tecnologia e o uso inevitável da Internet:

Se não formos capazes de subordinar o desenfreado avanço tecnológico à moderação da moral e da razão – ou seja, ao bom uso da autodeterminação -, nossa espécie poderá estar pavimentando o caminho do poema de Robinson Jeffers: Um dia a Terra vai-se coçar, e sorrir, e sacudir para fora a humanidade³⁸.

6. Conclusão

Nas últimas décadas o mundo vem experimentando constantes transformações, potenciados pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da microeletrônica.

A facilitação do acesso à informação pelos diversos meios de comunicação, em especial, pela Internet, vem modificando substancialmente as relações sociais, econômicas e jurídicas. Vive-se hoje uma verdadeira revolução tecnológica.

São indiscutíveis as conquistas advindas da disseminação da Internet. Ela trouxe uma série de vantagens para a vida moderna; reduziu as barreiras de tamanho, tempo e distância entre pesquisadores, empresas e governos, proporcionando o crescimento do conhecimento, baseado no acesso fácil e rápido à informação.

Por outro lado, a Internet surge trazendo sérias preocupações à comunidade jurista, diante da ausência de regras. Uma das principais questões discutidas, refere-se ao incremento à violação dos direitos à privacidade e à intimidade. Pois a era informacional possibilita o rastreamento da vida do cidadão, ou seja, permite que seus hábitos, interesses, preferências, finanças, sejam conhecidos por todos os internautas.

Porém, é certo que a evolução tecnológica é irreversível. Assim, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades jurídicas, uma vez que sua principal função consiste no dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional.

Daí a necessidade do presente estudo que teve por finalidade suscitar a utilização e, eventuais, discussões sobre a tutela jurisdicional diferenciada, pouco tratada no Brasil, denominada de tutela inibitória, capaz de atender aos direitos da personalidade, de forma efetiva.

Isto porque a tutela inibitória, caracterizada como uma tutela jurisdicional preventiva, consiste na técnica processual adequada tendente a impedir a prática, a continuação ou a repetição, de forma direta e definitiva, da violação do direito à privacidade (direito à honra; à imagem; à intimidade; à vida privada), causado pelo avanço tecnológico, em especial, pela internet, na Sociedade da Informação, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil. Portanto, a tutela inibitória visa prevenir o ilícito, apresentando-se como uma tutela anterior à sua prática, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.

7. Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento.** v. 2. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM WANBIER, Teresa Arruda. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman.** v. 16. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade Civil por dano à honra.** 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7.ed./2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Quorum, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, Ricardo (Org). **Código Civil Comentado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na sociedade informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 301-316.

GHERSI, Carlos Alberto. **Análisis socioeconômico de los derechos personalísimos**. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Teoria Geral do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LISBOA. Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v.847, p. 78-95, maio 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes.** v.2. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas S.A., 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva).** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Antecipação da Tutela.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; WANBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática do Processo Civil.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MESQUITA, Eduardo de Melo. **As Tutelas Cautelar e Antecipada. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman.** v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor.** 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código Civil Comentado e legislação extravagante.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Civil Comentado.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; FUX, Luiz. **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi; BAPTISTA, Ezio Carlos S.: A Privacidade na Sociedade da Informação – Breves Reflexões. **Revista Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU**, São Paulo, ano 20, n. 28, p. 13-24, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

_____. **O Direito na Sociedade da Informação.** São Paulo: Atlas S.A., 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 2.ed./2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAPIZADA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria.** Padova: CEDAM, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Responsabilidade Civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole Ltda, 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória – A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman**. v. 49. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

WANBIER, Luiz Rodrigues (Org.). **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

1MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)**, 2.ed., São Paulo, 1971, tomo V, p. 108-109. Dissemos *destinatário principal* no sentido da advertência de Santi Romano, para quem as normas jurídicas não têm um destinatário certo e único, de onde se pode concluir que o problema do destinatário das normas é um falso problema (Norme giuridiche (destinatate delle), verbete nos *Frammenti di um dizionario giuridico*, Milano, 1983 (reimpressão), p.135 et seq.) *apud*

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130.

2NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130. A edição do Ato Institucional 5/68, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente da República, no sistema jurídico dos estados totalitários, que para tanto não tinha legitimidade, proibia o acesso à justiça por questões raciais. O seu artigo 11, dizia que: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

3CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

4*op. cit.*, p. 33.

5FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 301.

6CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’ azione nasce dal contratto preliminare”. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. vol. I, p. 110 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.1.

7Barbosa Moreira, conclui: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. (“O futuro da Justiça: alguns mitos”. Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.5) *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

8FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 302.

9NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.132.

10Internet, definida por Guilherme Tomizawa, refere-se ao sistema que permite a intercomunicação através de computadores. Rede mundial de computadores que interliga outras redes menores em vários países. Nasceu após uma experiência militar para conexão de computadores diferentes em várias partes do mundo, germinou na experiência de conexão de computadores de diversas universidades espalhadas pelo mundo e explodiu na conexão de computadores em qualquer lugar do mundo, conectados a uma linha telefônica ou a um sinal de satélite. A *Internet* só foi possível depois que inventaram um protocolo de fácil manipulação que poderia trafegar em qualquer equipamento de informática, o TCP-IP. Também é conhecida como WWW (World Wide Web) ou rede mundial de computadores, ou rede das redes. TOMIZAWA,

Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p.188.

11Conforme o professor Roberto Senise Lisboa, “Sociedade da Informação”, também denominada “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos. Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático, já que estende-se a qualquer meio de comunicação, presidencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o *tebanking*, o *teleshopping* e o *teleworking*; o rádio e o telefone. LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v.847, p. 85, maio 2006.

12TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p.18-19.

13*op. cit.*, p.21.

14ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

15*op. cit.*, p. 17.

16MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

17BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

18MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

19SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206.

20MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 79.

21ALEXY, Robert. Teoria de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 80.

22*ob.cit.*, p. 80.

23PISANI, Andrea Proto. “La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela”, *Foro Italiano*, 1990, v, p.6 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

24MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.36.

25No que diz respeito a efetividade do processo, não se pode deixar de colher o ensinamento do processualista Dinamarco: “a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito dos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre como se vê, é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 331.

26DE CUPIS. *Teoria e pratica del diritto civile*, 1967, p. 75. *apud* AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade Civil por dano à honra**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. .20.

27DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.135.

28SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.187.

29A intimidade e a privacidade estão inseridas no direito de personalidade, que compreende os direitos físicos, os direitos psíquicos e os direitos morais. A quase unanimidade de juristas comungam com a idéia de que o marco teórico acerca do direito à intimidade teve origem com a dupla de advogados anglo-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em seu famoso artigo “*The right of privacy*” (o direito à privacidade), publicado na *Havard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890. Tal artigo se preocupava em determinar um princípio legal para dar guarida a intimidades das pessoas haja vista o uso não autorizado de fotografias. Sem embargo, para aperfeiçoarem seus estudos, BRANDEIS e WARREN adquiriram a expressão “*right to be alone*” (direito de ser deixado em paz) do juiz norte-americano Cooley, de sua obra publicada em 1873 (*The Elements of torts*) onde ele se referia ao “direito de estar só”, com vistas à proteção da pessoa e para a segurança do indivíduo. (TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 59).

30Cf. J. Pereira, *Direito de Informação*, p.15 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

31Cf. Moacyr de Oliveira, “Intimidade”, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 46/100 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

32MILLER, Arthur, dramaturgo, em comunicação ao Congresso norte-americano, conforme citado por Danilo César Maganhoto Doneda, 2001, p. 115. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 73.

33COSTA JUNIOR *apud* GUERRA, Sidney. O direito à privacidade na internet – Uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 31. *apud* TOMIZAWA, Guilherme. **A Invasão de Privacidade através da Internet**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p. 71.

34MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

35MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória. (individual e coletiva)**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.39.

36BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 32. 2ª série. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 107.

37GIACOBBE, Giovanni. L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.3, Milano: Giuffrè, settembre 1983, p. 877. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

38PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p.102.

**TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E O ART. 1º,
PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 7347/85***

**CLASS ACTION FOR DAMAGES AND THE ARTICLE 1ST., UNIQUE
PARAGRAPH, LAW NUMBER 7347/85**

**Leonardo Augusto dos Santos Lusvarghi
Luis Otávio Vincenzi de Agostinho**

RESUMO

O estudo do direito processual ganhou grande amplitude, na atual sociedade de massas, devido à busca pela efetividade dos direitos. Desta forma, fez-se mister aparelhar a sociedade de instrumentos adequados para a tutela dos direitos transindividuais, bem como àqueles direitos individuais que, por razões de estreita semelhança e origem comum, devem ser tutelados coletivamente para assegurar a celeridade e economia processuais e a segurança jurídica dos jurisdicionados, evitando-se o perfilhamento de diversas demandas individuais semelhantes que, por vezes, resultam em decisões contraditórias. Assim, a tutela coletiva acidental tem por escopo político evitar o desprestígio do Poder Judiciário. Neste esteio, a tutela dos direitos individuais homogêneos através das Ações Coletivas é verdadeiro marco na história processual pela efetivação da cidadania vista pela ótica da entrega do bem da vida a quem de direito. Nesta evolução, verifica-se que tal meio processual não deve ter restrições quanto à matéria. Entretanto, o Poder Executivo, auxiliado pela não oposição do Poder Legislativo Brasileiro, culminou por inserir o parágrafo único no art. 1º, da Lei nº 7347/85, criando verdadeira impossibilidade jurídica do pedido com relação a determinadas matérias ligadas ao Estado, em uma atitude de auto-preservação atentatória à Constituição Federal. Desta forma, será apreciada a inconstitucionalidade do referido dispositivo em face do Princípio da Inafastabilidade do Poder Jurisdicional inserto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual pretende não apenas o Acesso à Justiça, mas o Acesso à Justiça pela via processual adequada.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS; AÇÃO COLETIVA; ACESSO À JUSTIÇA

ABSTRACT

The research on procedural law gained large amplitude, in the mass society, owing to the seek of rights efectivation. So, it was needed to equip the society with appropriate means to the protection of overindividual rights and those individual rights that, due to their resemblance and common origin, must be processed collectively to assure

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

procedural quickness and economy, besides juridical safety, avoiding the increase of several similar individual actions that, sometimes, result on decisions contradicted to each other. Then, the Class Actions for Damages has the political goal of refraining from Jurisdictional Power prestigeless. In this sight, the Class Actions for Damages can be viewed as an historical mark to citizenship efectivation, handing over the rights to the people who must own them. In this evolution, it's shown this procedural mean must be unrestricted concerning to the subject will be protected. Nevertheless, the Executive Power, aided by the lack of opposition of Brazilian Legislative Power, ended up to insert the unique paragraph to the article 1 of the Law No. 7.347/85, creating the juridical request impossibility concerning to some subjects linked to the State, in a self-preservation posture against the Federal Constitution. In this way, it'll be appreciated the unconstitutionality of the referred stipulation facing the Jurisdictional Power Controlling Principle previewed at the article 5, XXXV, of the Federal Constitution, that intends not only the Access to Justice, but the Access to Justice by the appropriate mean.

KEYWORDS: HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS; CLASS ACTIONS FOR DAMAGES; ACCESS TO JUSTICE

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos dispersos na sociedade de massa requereu tomada de posição contrária à antiga visão processualista individual a fim de abarcar os direitos metaindividuais, também chamados de transindividuais. Tal evolução se deu em decorrência, principalmente, dos estudos de Mauro Cappelletti o qual previu a segunda onda renovatória da fase instrumentalista do processo.

Entretanto, a busca pela efetividade dos direitos e real acesso à ordem jurídica justa levou a processualística norte-americana a possibilitar a defesa coletiva de direitos individuais que se apresentem no seio social ligados por homogeneidade e origem comum, criando-se as *Class Actions for Damages*, posteriormente transportada para o Direito Brasileiro.

Neste trabalho será analisada a relevância desta tutela coletiva acidental e serão verificadas as restrições criadas pelo Poder Público à Ação Coletiva, analisando-se a irregularidade da criação de Impossibilidade Jurídica do Pedido quanto à matéria dentro da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

1. A TUTELA COLETIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Não há dúvidas de que o mundo atual transcendeu as barreiras individuais nas relações de massa a partir da globalização e da era da Informação, ocorrendo necessárias alterações na visão do Direito Processual.

O processo, visto na sua bipartida análise, como relação jurídica processual triangular (*actum trium personarum*) acrescida de procedimento em contraditório, como apontara outrora Fazzalari, necessitou de investidas altruísticas para contornar a antiga visão individualista pugnada pelo Estado Liberal e adentrar no Estado Social e Democrático de Direito em que hoje se avista maior preocupação para com a sociedade que, por anos, restou desamparada de métodos efetivos para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais homogêneos.

Neste ínterim, trespassadas as intrincantes divergências imanentistas e também as discussões da autonomia da ciência processual em relação às outras categorias da ciência jurídica, observa-se, hoje, a fase da Instrumentalidade do Processo, o qual deve se desvencilhar de formalismos estéreis para reelaborar suas estruturas com o fito de garantir a efetividade dos direitos ou, como pretende José Roberto dos Santos Bedaque, “a técnica processual a serviço de seu resultado”. (BEDAQUE, 2001, p.25)

Nesse trabalho de angariar novas vias que oportunizassem a melhor tutela dos direitos da sociedade, a tutela coletiva se inseriu no contexto processual, primeiramente como meio de assegurar o acesso à justiça de direitos transindividuais por natureza, como hoje se aponta na visão tripartida adotada pela legislação nacional na forma dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, e, posteriormente, viabilizar uma via de acesso à justiça a direitos individuais de origem comum, os quais devem ser tutelados na forma coletiva por força dos interesses políticos da sociedade, denominados direitos individuais homogêneos pelo art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.

Daí percebe-se que a segunda onda renovatória apontada por Mauro Cappelletti em seus estudos, pretendeu não apenas mostrar ao mundo que há direitos cujos titulares são várias ou todas as pessoas, sem divisibilidade ou disponibilidade pelos indivíduos em sua essência, como também apontar que o Direito Processual não deve estar em choque com a realidade dos indivíduos, devendo-se habilitar instrumentos para que direitos individuais repetidos em enormes proporções no meio social sejam tutelados de forma condigna à Justiça, ou seja, aplicar aos procedimentos celeridade e unidade de decisões, evitando-se, desta forma, a incredulidade no Poder Judiciário e transformando-o em verdadeiro órgão modificador da realidade social para distribuição de Justiça. Vale então dizer: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é elemento essencial à Cidadania.

Muitas vezes a doutrina deixa de dar o merecimento adequado a esta via de tutela dos direitos individuais para externar maior apreço pelos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, que outrora, há não muito tempo, sequer podiam ser tutelados por verdadeira inadequação da via disponibilizada. Entretanto, o que se pode verificar atualmente nas varas do Poder Judiciário é uma grande quantidade de autos cujas demandas, no mais das vezes, pretendem direitos individuais, em geral patrimoniais, submetidos a uma estrutura deficiente tanto em recursos humanos quanto em recursos materiais, que tem influenciado, a olhos vistos, na depreciação da imagem do referido poder em razão da

falta de celeridade dos provimentos, bem como na alternância de entendimentos em situações semelhantes, atentatória à própria Segurança Jurídica dos jurisdicionados.

Nesse escorço, a tutela coletiva de direitos individuais se mostra de necessidade ímpar para resguardar imediatamente direitos disponíveis patrimoniais e mediatamente direitos fundamentais insertos na Constituição Federal, tais como a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e a Segurança Jurídica.

Para melhor entender seus lindes, faz-se mister estabelecer algumas diferenciações entre as subespécies dos *direitos coletivos lato sensu*, expressão esta que contém a visão tricotômica destes direitos pelas razões que bem explica Lenza:

A divisão *tricotômica* é elegida não só pelos motivos apontados pela natureza autônoma que os direitos ou interesses transindividuais assumem na sociedade moderna ou em decorrência da prescrição legal (vide art.81 do CDC brasileiro), mas também, em virtude de *aspectos culturais* que desvirtuaram o significado da palavra *público*, assumindo, na realidade brasileira, ao contrário do que se percebe no direito anglo-saxão e na grande maioria dos países da Europa, uma idéia (preconcebida) de algo que está ligado ao *Estado* e não ao *povo*. (LENZA, 2005, p.65)

Por conseguinte, interessante é diferencia-los e especificá-los para compreender a extensão da utilidade da tutela coletiva no seio social.

Conforme o art.81, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos coletivos *lato sensu* compreendem: a) interesses e direitos difusos; b) interesses e direitos coletivos *strictu sensu*; e, c) interesses e direitos individuais homogêneos.

Os interesses e direitos difusos são aqueles essencialmente metaindividuais, disseminados na sociedade sem qualquer possibilidade de determinação dos titulares, caracterizados, outrossim, pela indivisibilidade entre os vários titulares e calcado de indisponibilidade, cuja existência advém de circunstâncias de fato. Vale aqui trazer à colação interessante apontamento:

O fator *quantitativo* também serve para identificar os interesses difusos, diferenciando-os das demais categorias de interesses transindividuais: os difusos podem, [...], dizer respeito “até a toda humanidade”, o que não acontece com os interesses coletivos em sentido estrito e, menos ainda, com os individuais homogêneos. Além disso, o fator *qualitativo* também servirá para identificar os interesses difusos, porque consideram o homem exclusivamente na sua dimensão de *ser humano*. (VIGLIAR, 2003, P.19)

Talvez aqui se deva discordar do critério quantitativo como fator para identificar interesses difusos posto que, por vezes, os direitos coletivos *strictu sensu* podem chegar

a lindes superiores aos próprios direitos difusos. Entretanto, como ponto de partida para exame dos direitos abstratamente visualizados, mostra-se critério bastante prático. O mais importante é perceber esta situação do fator qualitativo de *ser humano* o qual habilita a tutela coletiva destes direitos a perseguir os próprios direitos fundamentais e humanos, por sua indisponibilidade e titularidade indeterminável.

Além destas características, os interesses e direitos difusos trazem uma conflituosidade ínsita, sendo que, por vezes, em face da não positivação expressa dos lindes de sua tutela, revelam-se necessárias *escolhas políticas* para determinação de sua prevalência. Um exemplo desta situação ocorre na contraposição entre o direito à sadia qualidade de vida das gerações futuras advinda do direito ao meio ambiente equilibrado e o interesse da sociedade atual na construção de usinas hidrelétricas para movimentação da máquina econômica, bem como para prover serviço público essencial ao povo.

Já os interesses e direitos coletivos *strictu sensu* são aqueles em que, apesar de essencialmente metaindividuais, indisponíveis e indivisíveis como os interesses e direitos difusos, há determinabilidade de seus titulares, embora, *ab initio*, possam se mostrar indeterminados, e decorrem de uma relação jurídica base entre os titulares ou entre os titulares e a parte contrária. Ou seja, são direitos relacionados à classe, ao grupo ou à categoria de pessoas reunidas em torno de um *ente esponenziale*. Nas palavras de Appio:

[...] no caso dos interesses coletivos, estes demandam uma especial condição de seus titulares, uma vez que a lei e a Constituição outorgam prerrogativas jurídicas a determinadas classes de pessoas diante de sua peculiar condição. Os interesses coletivos estão, portanto, adstritos a um interesse de proteção específica de determinada categoria profissional ou classe de cidadãos. Portanto, não é o interesse que tem natureza indisponível, mas sim, o bem ao qual este interesse está afetado. (APPIO, 2007, p.63)

É nessa perspectiva que o direito da classe de advogados de ingressar nas penitenciárias para ter contato com seus clientes é coletivo *strictu sensu* de todos os advogados, não havendo como fracioná-lo entre os titulares, sendo certo que o provimento em Ação Civil Pública com este objeto beneficiaria toda a classe.

Nessas circunstâncias afirma:

A emergência dos interesses difusos e coletivos consiste na superação do modelo individual de propriedade, o qual resta suplantado por um modelo de tutela coletiva de bens que transcendem a esfera individual, impondo uma proteção efetiva do Estado. (APPIO, 2007, p.59)

Para além destes horizontes metaindividuais, o direito processual sentiu necessidade de invocar uma via acidental de tutela coletiva para conferir efetividade aos direitos individuais disseminados na sociedade: trata-se da tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos.

Sob forte influência das *Class Actions for Damages* do direito norte-americano, a dita *Ação Coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos*, em que pese seja sabido não haver, atualmente, qualquer relevância em diferenciar Ação Civil Pública e Ação Coletiva por não trazerem, em tais expressões, quaisquer elementos da tutela pretendida, mas pura alusão de uma classificação de finalidade prática, embora contrária aos fins técnico-científicos, possui seu supedâneo em três fatores: a Economia Processual, a Celeridade e a Uniformização das Decisões proporcionando Segurança Jurídica como já relatado neste trabalho.

Os interesses e direitos individuais homogêneos são aqueles cuja essência foge da metaindividualidade, consistindo forma acidental de tutela coletiva, abarcando hipóteses em que haverá reunião destes direitos individuais, de possível determinação dos titulares no seio social, e de caráter disponível, via de regra, em decorrência de sua origem comum e homogeneidade. Deve-se ressaltar que esta origem comum não implica na identidade factual ou temporal, podendo haver origem comum ainda que o evento danoso tenha sido produzido em momento e espaço diversos como no caso da compra, por vários consumidores em todo o país e em momentos diferentes, de determinado produto defeituoso posto à venda. Ada Pellegrini Grinover trouxe para a doutrina jurídica brasileira melhor entendimento dos dois principais fatores para configuração dos interesses e direitos individuais homogêneos, quais sejam, a origem comum e a homogeneidade, relacionando-os com dois outros requisitos advindos das *Class Actions for Damanges* do direito norte-americano: a *prevalência das questões comuns sobre as individuais* e a *superioridade ou eficácia da tutela coletiva*.

Aponta mencionada doutrinadora, que, apesar de parecer que a homogeneidade dos direitos individuais decorram imediatamente de sua origem comum, tal visão consiste em verdadeira falácia, devendo-se perscrutar a verdadeira proximidade entre os indivíduos através da origem comum próxima e da origem comum remota.

[...] é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos. (GRINOVER, 2006, p.194)

Dessa forma, a bipartição entre origem comum próxima e remota se faz imperiosa para a verificação da homogeneidade dos interesses viabilizadores da tutela coletiva. Seguindo, ainda, este raciocínio, vale ressaltar que “inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, [...], os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem

comum. Pode-se afirmar, até, que essa origem comum será remota e não próxima”. (GRINOVER, 2006, p.195)

Aponta-se, ainda, como fator para a modalidade acidental da tutela coletiva, a *superioridade ou eficácia* desta tutela em relação à individual. Este pressuposto é de ordem lógico-pragmática do desdobramento do conceito atual da busca da efetividade dos direitos e da própria instrumentalidade processual. Vale dizer, não será proveitoso à Sociedade uma demanda coletiva de interesses individuais se a fase de liquidação da sentença condenatória genérica (art. 95, do CDC) importar em necessária dilação probatória a título individual muito superior à própria declaração do dever de reparar.

Em linhas gerais e na feliz expressão de Zavascki, na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos há *Repartição da Atividade Cognitiva*, representada por uma fase cognitiva coletiva a qual terá por fito a declaração do dever de reparar, embora esteja estampada no art. 95 do CDC a expressão *sentença condenatória genérica*, e uma segunda fase liquidatória e executiva exercida individualmente (ressalvada a hipótese inserta no art. 98, *caput*, do CDC), na qual se apurará o nexo de causalidade entre o dever de reparar o dano e o dano realmente existente a fim de constituir o título executivo judicial e passar à execução. (ZAVASCKI, 2007, p.167)

Veja-se, outrossim, que na expressão de Araújo Filho, a sentença prolatada na fase coletiva será também *Subjetivamente Iliquida*, em face da necessidade de serem determinados aqueles que possuem o direito de ter seus danos reparados, o que refoge à clássica concepção das sentenças genéricas da tutela individual. (ARAÚJO FILHO, 2000, p.123)

Em razão disso, verifica-se que a necessidade de dilação probatória superior na seara individual que na seara coletiva em razão de situações casuísticas enveredam à verificação de *origem comum remota*, caracterizadora de inexistência de *prevalência das questões comuns sobre as individuais*, o que, por sua vez, retira a *eficácia* que se pretende extrair da tutela coletiva acidental.

Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida. (GRINOVER, 2006, p.197)

Na defesa, então, da máxima efetividade processual assinala:

Uma sentença genérica que não seja idônea a pacificar com justiça e um processo coletivo incapaz de solucionar a controvérsia de direito material não podem encontrar

guardada num ordenamento processual moderno, como o é o brasileiro. A técnica processual deve ser utilizada, então, para evitar e corrigir eventuais desvios de caminho de um processo que há de ser aderente à realidade social. [...]Nos casos em que a sentença genérica do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor for de utilidade tão diminuta, a ponto de ser inadequada para solucionar a controvérsia com justiça, a aferição do interesse-utilidade e do interesse-adequação transcenderá o âmbito da técnica processual, para se inscrever como exigência da efetividade do processo. (GRINOVER, 2006, p. 199)

Estes, por conseguinte, devem ser os reais lindes da tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, considerando o escopo social da jurisdição e do processo da pacificação com justiça, verificados de forma perfunctória, porém necessária, neste trabalho para, então, ser possível examinar as determinações do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7347/85, o que se passa a fazer neste momento.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º, DA LEI Nº 7347/85

A Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, através de seu art.6º, posteriormente congelada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, acrescentou o parágrafo único ao art.1º, da Lei nº 7347/85, com a seguinte redação:

Art. 1º. (Omissis)

Parágrafo Único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Dentro da divisão tricotômica apresentada neste trabalho dos direitos susceptíveis de tutela coletiva, parece óbvio que o referido parágrafo único tendeu a excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer demanda cujo objeto ali esteja incluído na sua forma coletiva envolvendo interesses e direitos individuais homogêneos. Como ressaltado no capítulo anterior, esta é a modalidade de direito susceptível de tutela coletiva que possibilita a individualização dos seus beneficiários e divisibilidade do objeto, vale dizer, a determinação de seus titulares e a divisibilidade a ela inerentes.

Neste ínterim, há que se observar que tal previsão padece de inconstitucionalidade como agora se pretende demonstrar.

A primeira vista, não paira dúvida de que o direito dos contribuintes à restituição de indébitos, o direito ao recebimento de verbas previdenciárias e o direito sobre os montantes a serem recebidos a título de FGTS devam ser classificados como direitos individuais homogêneos por força da disponibilidade de seus montantes pelos mesmos, de caráter patrimonial, verificando, por conseguinte, que a soma destes direitos individuais possuem homogeneidade, na grande maioria dos casos, pelos padrões de cobranças dos tributos ou de oferecimento de benefícios o que atinge um sem fim de indivíduos, pelo que há de se concluir que haverá, indubitavelmente, muitas situações onde estarão presentes a *prevalência das questões comuns sobre as individuais* e a *eficácia da tutela coletiva*, uma vez que o aforamento de uma ação coletiva poderá beneficiar muitos jurisdicionados sem qualquer inviabilidade na fase liquidatória.

O primeiro embate que se levanta em relação à inconstitucionalidade do referido artigo consiste na verificação da previsão legal da tutela coletiva acidental em relação aos interesses individuais homogêneos dos contribuintes. Na visão de Appio, comentando a regularidade do parágrafo único do art. 1º, da Lei nº7347/85, não haveria qualquer óbice à restrição realizada pela lei em face da própria ausência de previsão processual para a defesa coletiva dos direitos dos contribuintes e demais ali elencados, já que a tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor apenas se aplicaria para as relações consumeristas:

[...]o argumento da inadmissibilidade da propositura destas ações se assenta na absoluta ausência de previsão legislativa, na medida em que a Lei de Ação Civil Pública em momento algum autoriza uma interpretação ampliativa que legitime a propositura de ações civis coletivas de proteção de interesses disponíveis com origem comum. Também não há como se aceitar o argumento de que se trata de direitos coletivo, uma vez que estes têm uma natureza indivisível (CDC, art.81, II). Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, podem ser individualmente reparados, de modo que são caracterizados pela divisibilidade. Não haveria, portanto, inconstitucionalidade, na medida em que o legislador apenas explicitou uma proibição que já fazia parte do próprio sistema, por razões de ordem prática [...](APPIO, 2007, p.66)

Foi, outrossim, a conclusão a que chegou o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário Da Silva Velloso em seus estudos, como apontado em palestra proferida no XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE, em São Paulo, no dia 20.11.1998:

[...] os direitos dos contribuintes, decorrentes de obrigações tributárias, não podem ser tutelados no âmbito dos interesses difusos ou coletivos, ou no âmbito dos direitos individuais homogêneos amparados pela ação civil pública (Lei n.º 7.347/85). (VELLOSO, 2007, p.111)

Há que se rechaçar de imediato tal argumento, eis que, primeiramente, a vontade do legislador do Código de Defesa do Consumidor não foi o de restringir a tutela coletiva accidental aos direitos consumeristas, mas ampliá-la a todas as situações fáticas que se encaixem na definição proposta pelo art. 81, parágrafo único, III, como bem exposto demonstrara o art. 89 daquele *Codex*. Muito embora tal dispositivo tenha sido objeto de veto presidencial, o espírito do legislador não se perdeu em face da interpretação conjunta dos artigos 110 e 117 da lei consumerista como magnificamente aponta Watanabe:

A mesma extensão indicada no dispositivo vetado foi efetivada pelos arts.110 e 117 do Código, que fizeram os acréscimos mencionados a Lei nº 7347/85, sendo assim indubitoso, agora, que toda a disciplina contida no Título III do Código, inclusive a pertinente à ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, é invocável para a tutela de outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não apenas os respeitantes aos consumidores. (WATANABE, 2004, p.853)

É por isso que se conclui que a legislação até o ano de 2001 não previa quaisquer limites para a tutela dos direitos individuais homogêneos, tampouco aos direitos coletivos *strictu sensu* e sem dúvida alguma aos direitos difusos.

Nesta perspicaz avaliação, indaga-se: a limitação de objeto nas ações civis públicas para a tutela de interesses e direitos individuais homogêneos gera alguma inconstitucionalidade?

Para Bueno, tal limitação é, certamente, atentatória ao Princípio da Inafastabilidade da Apreciação do Poder Jurisdicional como percebemos em seus relatos:

Ninguém negará, entretanto – nem eu -, que a ação civil pública está constitucionalizada, quando menos, no princípio do acesso (coletivo à Justiça e no princípio do devido processo legal, constantes nos incisos XXXV, LIV e LV, todos do art. 5º da Constituição Federal. Verdadeira que seja essa afirmação, é flagrantemente inconstitucional a vedação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n.7347/85. Isso, evidentemente, sem considerar eventual ausência dos pressupostos legitimadores de sua redução (CF, art.62) ou um patente desvio de poder (de função “legislativa”) na edição de um ato como aquele. (BUENO, 2005, p.144)

Essencialmente, o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa inserto no Princípio da Inafastabilidade do Poder Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) possui tríplice função: a)obstar que o legislador envie esforços no cerceamento de acesso à justiça aos jurisdicionados; b) promover o alcance dos escopos da Jurisdição; c) ordenar ao Poder Judiciário que afaste da ordem jurídica toda e

qualquer interferência no direito de acesso à ordem jurídica justa por inconstitucionalidade.

Contudo, interessante questão se coloca no âmbito de tutela coletiva accidental: se a tutela coletiva disponibilizada para os direitos individuais homogêneos não exclui a possibilidade de ações individuais (mesmo porque há a possibilidade do *right to opt out ex lege* em toda ação coletiva de direitos individuais homogêneos – art.104, do CDC), será que a restrição à via coletiva estaria em plena consonância com o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88? Schettino responde à questão da seguinte forma:

Pois bem, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, contido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, como se sabe, tem por destinatário principal e direto o legislador, “o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário”. Destarte, um dispositivo do teor do parágrafo único do art. 1º da LACP já nasce maculado com a pecha da inconstitucionalidade. E não se diga em sua defesa que ele não proíbe a manifestação em Juízo de pretensões tributárias,mas tão-somente as veiculadas por demandas coletivas, uma vez que, como resta claro, ninguém, nem o mais ativo dos homens, irá ao Judiciário pleitear, ao preço das delongas e das custas processuais e com advogados quantias muitas vezes exíguas se tomadas individualmente. (SCHETTINO, 2004, p.195)

Concorda com tal posição Nery Junior:

O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso tanto o titular do direito *individual*, quanto o do direito *meta-individual* (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. (NERY JR., 2004, p.133)

Indubitavelmente, não há como considerar que a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos possa ser restringida da forma como ocorreu a partir da Medida Provisória 2180-35. O direito de ação pretendido pela Constituição Federal traz em seu bojo o direito à adequada via processual de acesso à justiça, a qual não questiona ser o direito metaindividual ou individual. Se a classificação do direito for individual homogêneo, nos moldes previstos no art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC, a tutela adequada será a via coletiva, embora ainda perdurem as vias individuais em respeito ao Princípio da Livre Associação inserto no art. 5º, inc. XX, da Constituição Federal. Não se está aqui garantindo apenas o direito de acesso à justiça, mas o direito à adequada via procedimental para distribuição de justiça.

Muito interessante é o desenvolvimento do tema por Mazzilli:

Ou seja, é como se o governante dissesse assim: como a Constituição e as leis instituíram um sistema para defesa coletiva de direitos, e como esse sistema pode ser usado contra o governo, então impeço o funcionamento do sistema para não ser acionado em ações coletivas, onde posso perder tudo de uma só vez. Sim, o fundamento é esse, pois, se, em vez da ação coletiva tiver de ser usada a ação individual, cada lesado terá de contratar individualmente um advogado para lutar em juízo. Em caso de danos dispersos na coletividade, isso só será bom para o causador do dano, nunca para os lesados, já que, na prática, a grande maioria dos lesados não buscará acesso individual à jurisdição, diante das enormes dificuldades práticas supervenientes (honorários de advogados, despesas processuais, demora, pequeno valor do dano individual, decisões contraditórias etc). E é com isso que contam os governantes, quando cobram “empréstimos compulsórios” jamais devolvidos, criam contribuições “provisórias” que se tornam definitivas; cobram impostos confiscatórios sobre salários; retêm devoluções de impostos cobrados a mais, negam devolução da correção monetária de que se apropriou o Estado nas contas do FGTS [...] (MAZZILLI, 2006, p.136)

O que se percebe pela evolução da Jurisprudência em cotejo com a época em que foi alocada na legislação tal restrição inconstitucional é que, apesar de ter sido negada a legitimação ativa ao Ministério Público para Ações Coletivas visando Direitos Individuais Homogêneos dos contribuintes, havia tendência de se viabilizar tal acesso pelos demais legitimados elencados no art. 82, do CDC, sendo que, para por uma pedra sobre a questão, a melhor via seria a alteração da lei o que, dentro da cultura positivista brasileira advinda principalmente das características próprias do sistema da *Civil Law*, representaria a cessação das perquirições judiciais em decorrência do comodismo de se aceitar o que está positivado.

Nesse esteio, obstruiu-se totalmente a via coletiva acidental para aquelas matérias ali elencadas como Bueno:

[...] o novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7347/85 parece estar querendo *revogar a* categoria dos interesses e direitos individuais homogêneos ao menos para as ações civis públicas e coletivas propostas contra o Poder Público nas condições que especifica (Lei nº 8078/90, art. 81, parágrafo único, III). Mais do que isto: está querendo revogar, ao menos para os direitos materiais que enumera, todo o Capítulo II do Título III do código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplicável, consoante a melhor doutrina, a todo direito ou interesse não individual. (BUENO, 2002, p.58)

E ainda repisa:

Ora, dirá alguém, ações individuais são possíveis. O parágrafo único do art. 1º da Lei n.7347/85 não as proíbe. Concordo. Sem dúvidas que elas são possíveis. Mas quem tem medo de algumas poucas ações individualmente ajuizadas? Qual a consciência individual que o povo brasileiro tem de seus direitos constitucionalmente assegurados? Qual a *efetividade* dos mecanismos jurisdicionais de asseguramento e reconhecimento desses mesmo direitos individualmente? A razão de ser das ações coletivas, friso este ponto, é justamente afastar essas dúvidas quanto ao exercício e à efetividade da cidadania. São verdadeiros veículos de realização do direito material mesmo para aqueles que nem sequer conhecem esses direitos ou, se conhecem, não têm a menor condição, por diversas questões, de ir ao Poder Judiciário para exigir seu cumprimento. As ações coletivas, graças a seus idealizadores nacionais, bem que poderiam ser chamadas de programa “cidadania mil”. Por força do dispositivo em comento, no entanto, é melhor que sejam identificadas por “cidadania zero”. (BUENO, 2005, p.151)

Outro ponto que deve ser debatido quanto à inconstitucionalidade do analisado dispositivo é trazido por Zavascki:

No caso específico do parágrafo único [...], a justificativa, ao que parece, reside na preocupação de não tornar a ação coletiva um instrumento substitutivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o que ali se pôs a salvo de ações coletivas são pretensões relacionadas com matérias de natureza institucional, disciplinadas por normas de caráter geral, o que significa dizer que a contestação coletiva de sua legitimidade supõe, necessariamente, a contestação da validade da própria norma que a criou. Nesses limites e sob este aspecto, a restrição pode ser considerada compatível com a Constituição. (ZAVASCKI, 2007, p.192)

Não parece lógico, apesar da renomada retórica do ilustre doutrinador, que se proteja, em detrimento de direito constitucionalmente previsto, a ilegalidade/inconstitucionalidade de cobranças tributárias, de restrições das verbas previdenciárias ou relativas a FGTS. Em uma sociedade como a Brasileira cuja ignorância jurídica aflora em níveis calamitosos, sendo, no mais das vezes necessária a intervenção do Ministério Público exercendo sua legitimação *pro societate*, figura inconcebível desassistir a sociedade de instrumentos para sua proteção contra arbitrariedades do Estado-Administração.

Ademais, como já ressaltado pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer inviabilidade de controle difuso de constitucionalidade nas ações civis públicas já que necessária ao próprio julgamento das causas. Não configura usurpação de competência do STF uma vez que virá como *causa petendi* e não como *petitum*. O objeto da ação civil pública não pode ser a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, assim como tal é impossível nas ações individuais. Contudo, alegação de sua inconstitucionalidade como causa de pedir está amplamente disponibilizada pelo sistema constitucional brasileiro, não havendo usurpação de competência do STF já que poderá ser-lhe submetida apreciação pelo manejo de Recurso Extraordinário. A

única ressalva que se faz é a inviabilização de propositura de Ação Declaratória Incidental cujo objeto seja tal inconstitucionalidade, pelos próprios fundamentos supramencionados.

Não apraz com a lógica jurídica a possibilidade de se conferir o fenômeno da *inconstitucionalidade útil* em favor do Estado-Administração e contra toda a sociedade, a qual deveria definir os parâmetros do interesse público primário para atuação do Estado em seu interesse público secundário. Tal fenômeno estará assente ao inviabilizar-se a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, principalmente na seara dos contribuintes, conforme aduz Watanabe:

[...] muitos administradores públicos, mesmo sabedores de que uma lei instituidora de imposto ou taxa é inconstitucional, insistem em editá-la e cobrar com base nela o imposto ou a taxa e assim agem fundados nos cálculos estatísticos que evidenciam que apenas um número muito restrito de contribuintes se dá ao trabalho de postular individualmente em Juízo a tutela de seus direitos. Tem inegável sentido social a ação civil pública movida com o objetivo de obstar semelhante conduta ilícita da administração pública. (WATANABE, 2004, p.193)

Tampouco seria correto dizer que o Estado-Administração estaria desaparelhado para a defesa de seus interesses em face dos ataques coletivos que porventura ocorram, sabendo da estrutura jurídica que lhe dá guarida.

O que se verifica é que a corrupção do Estado está tão presente entre nós que o Executivo, escorado no regime de Medidas Provisórias e no corpo Legislativo, que fecha os olhos para suas arbitrariedades, decidiu legislar em causa própria e contra os princípios da *Participação Democrática* e do *Acesso à Ordem Jurídica Justa*.

Aliás, importante salientar a visão tributária exposta por Marins:

Do ponto de vista do contribuinte, não apenas as normas jurídicas como também as instituições criadas pelo Estado, estruturalmente, devem ser aptas para protegê-lo dos eventuais desbordos do Estado, já que não há necessidade de consentimento direto do contribuinte para que este seja tributado, em uma estrutura lógica em que a norma tributária é produzida pelo próprio Estado (se bem que por intermédio dos representantes dos contribuintes) e é o mesmo Estado quem se encarregará ativamente de torná-la atuante. (MARINS, 1998, p.96)

Neste ínterim, proibir vias de acesso ao Judiciário configura os lindes da arbitrariedade e do autoritarismo do Estado para a proteção dos seus próprios interesses como Administração em total dissonância com a tripartição dos poderes e até mesmo com

objetivo fundamental da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos demonstra que se pretende retornar às linhas mestras do Direito Processual Coletivo para afastar essa ingerência desprestigiada que foi verificada dentro deste novo sistema processual pelas investidas autoritárias do Estado através do regime das Medidas Provisórias.

O papel do Poder Judiciário frente à criação desta figura de impossibilidade jurídica do pedido, frente os motivos já abordados, deveria ser de afastar sua eficácia e obstar a falaciosa interpretação da lei que se quer aduzir para a injustificável restrição da tutela dos direitos individuais homogêneos. Contudo, não é isso que se observa. Atualmente os tribunais superiores têm-se portado inertes, sequer ventilando a questão acerca da constitucionalidade, o que é inconcebível ante a desenvolvida estrutura processual que se pretende aplicar para a tutela dos direitos dispersos na sociedade.

Denota-se, portanto, que, mais uma vez, as investidas doutrinárias devem se proliferar, como fonte do Direito, aclarando a questão no intuito de tornar pública a absurdez das iniciativas estatais contra uma sociedade desprotegida e ignorante, que carece de proteção efetiva de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A tutela dos Direitos Individuais Homogêneos*. 1.ed.. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ed. 2tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 12tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As Ações Coletivas contra o Poder Público*. In: QUEIROZ, Raphael A. S. de (Org.). *Acesso à Justiça*. 1ª edição. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2002.

_____. *O Poder Público em Juízo*. 3ª edição, rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. IV. 1ª edição. Salvador: Edições Podivm, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 1ª edição. Editora DPJ: São Paulo, 2006.

WATANABE, Kazuo *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 8ª edição, rev. ampl. Editora Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ª edição, rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINS, James. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*. 1ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*. 19ª edição, rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição, rev. atual. ampl. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 21. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Processo judicial tributário: medidas judiciais que o integram e a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública que tem por objeto o não-pagamento de um tributo*. In: WALD, Arnoldo (Coord.). *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. 2ª edição, rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 1ª edição. Saraiva: São Paulo, 2003.

SCHETTINO, José Gomes Ribeiro. *A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. 1ª edição. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2ed.rev.atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: AÇÕES CONSTITUCIONAIS, MEDIDAS JUDICIAIS E RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO OMISSO*

PROCEDURAL MEANS IN THE CONTROL OF THE UNCONSTITUTIONAL OMISSION OF THE STATE ON THE ACCOMPLISHMENT OF BASIC RIGHTS: CONSTITUTIONAL ACTIONS, JUDICIAL MEASURES AND RESPONSIBILITY FOR STATE OMISSION

Luciane Moessa de Souza

RESUMO

O presente trabalho busca identificar instrumentos processuais, possíveis medidas judiciais e parâmetros reconhecidos na doutrina e na jurisprudência para a responsabilização do Poder Público por omissões envolvendo a concretização de direitos fundamentais que dependem de políticas públicas, sejam elas de natureza legislativa, sejam de natureza administrativa. Discorre, assim, sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção (notadamente quanto à legitimidade, conteúdo e efeitos da decisão) e outras formas de controle difuso e concreto da omissão inconstitucional. Aborda ainda o problema da omissão inconstitucional parcial, bem como das medidas aptas a realizar a tutela específica dos direitos fundamentais violados e, ainda, a questão do direito de regresso do Poder Público contra os servidores que tenham incorrido em dolo ou culpa.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA - DIREITOS FUNDAMENTAIS - OMISSÃO INCONSTITUCIONAL - MANDADO DE INJUNÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - RESPONSABILIDADE DO ESTADO

ABSTRACT

The present paper aims to identify procedural means to responsabilize the State for the omissions concerning the basic rights which depend on public policies, either legislative or administrative ones. It approaches on the action for unconstitutional omission, action for unaccomplishment of basic rule, writ of injunction (specially concerning the legitimacy, contents and effects of the court's decisions) and other ways of diffused and concrete control of the unconstitutional omission. It also treats on the problem of the partial unconstitutional omission, also the measures that can accomplish the violated

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

basic rights and, finally, the matter of the right of the State to charge back the damages from its employees who acted with fault.

KEYWORDS: ACCESS TO COURTS – BASIC RIGHTS – UNCONSTITUTIONAL OMISSION – WRIT OF INJUNCTION – ACTION FOR UNCONSTITUTIONAL OMISSION – STATE RESPONSABILITY

1. Instrumentos processuais de controle da omissão do Poder Público

Em primeiro lugar, importa esclarecer que não vamos analisar aqui os critérios de direito material para o controle jurisdicional de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais, pois já o fizemos em outro trabalho, no qual buscamos esclarecer os limites e possibilidades para a atuação do Judiciário nesta esfera.

O que pretendemos aqui, isto, sim, é identificar as medidas processuais cabíveis em cada tipo de violação de direitos fundamentais por omissão de entes públicos na implementação de políticas públicas.

1.1. Ausência de regulamentação do direito constitucional

O caso mais grave de violação, evidentemente, é aquele em que ocorre a ausência da própria regulamentação do direito previsto pela Constituição. Ao lado desta, coloca-se a ausência (ainda que parcial) de previsão de recursos orçamentários destinados à efetivação do direito fundamental.

Nestas hipóteses, bem como na de omissão do órgão administrativo responsável, apesar dos tímidos contornos dados a ela pelo texto constitucional, o primeiro veículo processual relevante é **a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, a ser ajuizada por qualquer dos legitimados do art. 103 do texto constitucional, que se destaca em razão dos efeitos *erga omnes* por ela produzidos, sem prejuízo da eventual responsabilização da autoridade omissa por crime de responsabilidade. Não obstante não se possa extrair nessa própria ação, em caso de desrespeito do Poder omissor, a tutela imediata do direito, do fato de se obter uma **declaração de que existe a omissão inconstitucional** se extrai que a existência da violação constitucional fica subtraída à discussão em outras ações individuais ou coletivas em que seja pleiteada a tutela do mesmo direito.

Um problema intrigante para o qual ainda não se encontrou solução adequada no direito brasileiro é o da **inconstitucionalidade parcial ou relativa**, ocorrente quando o Poder Público elabora a legislação regulamentadora de dado direito fundamental, mas dela exclui indevidamente determinada(s) categoria(s) de indivíduos, titulares daquele mesmo direito. Tratar-se-ia de inconstitucionalidade por ação (por violação da isonomia) ou por omissão (por não ter sido regulamentado o direito fundamental para os demais)? E, reconhecida a inconstitucionalidade, poderia o Judiciário remover a inconstitucionalidade, estendendo a regulamentação para a(s) categoria(s) excluída(s) ou deveria, como ocorre via de regra no controle da inconstitucionalidade por ação, declarar a nulidade da norma, criando assim, na prática, uma omissão inconstitucional total?

No direito italiano e no espanhol, como nos dá notícia JORGE PEREIRA DA SILVA, as respectivas Cortes Constitucionais já reconhecem com tranqüilidade a primeira possibilidade. Naquele, criou-se a categoria das “sentenças aditivas”, pelas quais se remove o óbice para que os titulares de direitos fundamentais indevidamente excluídos da norma regulamentadora passem a dele desfrutar. No direito espanhol, “*o Tribunal Constitucional tem proferido decisões em que considera inconstitucionais algumas leis ‘en cuanto excluyen’, ‘en cuanto no prevén’ ou ‘en cuanto no incluyen’ certas determinações constitucionalmente obrigatórias, observando, nestes casos, ‘uma prática interpretativa e integradora que, pro constitutione, bem a suprir a omissão legislativa e negar valor jurídico aos seus efeitos.’*” No direito português, relata ele, também “*o Tribunal Constitucional proferiu já vários acórdãos em que decide pela inconstitucionalidade de certas normas ‘na parte em que não estabelecem’ uma determinada regra imposta pela Constituição*”, acrescentando que “*a nossa [portuguesa] Jurisdição Constitucional tem uma posição de abertura relativamente à possibilidade de integrar as lacunas resultantes das omissões relativas do legislador através do recurso à analogia, aproximando-se mais da jurisprudência italiana do que da germânica.*” Já no direito alemão, a solução é mais tímida, proferindo-se uma “*decisão de mera inconstitucionalidade*”, em que a decisão gera “*uma simples expectativa para os lesados, ficando a resolução definitiva do caso sub judice a aguardar pela intervenção do legislador*”. No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o momento é contrária ao suprimento da omissão relativa mediante decisão que estenda a regra às demais categorias indevidamente excluídas.

Na mesma hipótese de ausência de regulamentação do direito, tendo como consequência necessária a inviabilização do seu exercício, cabe ainda **mandado de injunção**. Pode-se dizer que o mandado de injunção integra o controle difuso e concreto de constitucionalidade, notadamente na forma omissiva, vale dizer, pode ser manejado por qualquer prejudicado pela ausência de uma norma que regulamente direito previsto no texto constitucional, na interpretação que foi dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 5º., LXXI, da Constituição Federal.

A despeito da ausência de lei regulamentadora, muitas questões intrigantes acerca do processamento deste novo instrumento de efetividade da Constituição já foram decididas pelo Supremo – e, por incrível que pareça, na maior parte das vezes, de forma adequada. A observação se funda, com todo respeito ao nosso Tribunal maior, por ser de todos conhecida a decepção gerada na comunidade jurídica quando, mais de uma vez, o STF simplesmente equiparou a decisão no mandado de injunção àquela tomada em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (MI 107-DF), na qual o constituinte previu apenas a declaração de inconstitucionalidade, sem a adoção de qualquer medida que sanasse a omissão inconstitucional. Todavia, também por mais de uma vez, o STF atribuiu efeitos concretos à decisão tomada em sede de mandado de injunção – e isto já ocorreu em 1991, no MI 283-5, quando se julgou mandado de injunção impetrado por ex-aviador afastado da Aeronáutica por ato ilegal do governo militar, que fazia jus à indenização prevista no art. 8º., parágrafo 3º., do ADCT, no qual se concedeu 45 dias ao Congresso para aprovar a lei respectiva, mais 15 dias para sanção presidencial, sob pena de ser fixada indenização ao autor pelo juízo federal de primeira instância, em ação de reparação de danos a ser promovida contra a União. No mesmo ano, no MI 232-RJ, o STF também deferiu mandado de injunção para assegurar imunidade ao pagamento de contribuições sociais a entidade beneficente de assistência social caso o Congresso não elaborasse, no prazo de 6 meses, a lei prevista no art. 195, parágrafo 7º., da Constituição Federal.

Muito embora, até o momento, o Supremo tenha decidido, em um número muito maior de mandados de injunção, simplesmente declarar a inconstitucionalidade, existem diversos pontos que merecem aplauso em sua jurisprudência. O primeiro – e mais elementar – diz respeito à falta de necessidade de regulamentação do mandado de injunção para que ele pudesse desde logo ser aplicado, pois não faltou quem defendesse, na doutrina, que, à falta de lei regulamentadora, não se pudesse aplicar o art. 5º., LXXI, da Constituição.

Outra controvérsia importantíssima decidida desde cedo pelo Supremo a favor de uma ampla utilização do instituto diz respeito aos direitos constitucionais que poderiam ser tutelados por esta via, pois houve quem dissesse que seriam somente aqueles previstos no art. 5º., ou somente os incluídos no Título II, da Constituição. O STF afastou desde logo qualquer limitação, admitindo a utilização do mandado de injunção para resguardar qualquer direito de *status* constitucional inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

Por fim, e com efeitos também relevantíssimos, no que diz respeito à legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção, decidiu desde cedo, sem vacilar, o STF, que cabe a impetração de mandado de injunção coletivo, seja por sindicato, seja por entidade de classe, a fim de viabilizar direitos de seus associados (MI 20-4-DF; MI 361-1-RJ).

E é justamente esse ponto, legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção, que gostaríamos de explorar em especial, já que não encontramos quem analisasse, na doutrina, a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção por entes públicos. Pretendemos discutir, assim, três possibilidades no que diz respeito à impetração de mandados de injunção: a) cabe o seu ajuizamento por entes públicos que sejam titulares de direitos ou prerrogativas constitucionais cujo exercício esteja inviabilizado por ausência de regulamentação?; b) cabe o ajuizamento de mandado de injunção pelo Ministério Público, a fim de defender direitos difusos, coletivos *stritu sensu* e/ou individuais homogêneos previstos na Constituição e cujo exercício esteja inviabilizado por ausência de regulamentação?; c) cabe o ajuizamento de mandado de injunção pela Defensoria Pública, nas mesmas hipóteses, quando os titulares dos direitos forem carentes?

A resposta às duas últimas indagações, que forçosamente há de ser a mesma, a nosso ver, não pode passar ao largo de três princípios estruturantes de nossa ordem constitucional: o princípio da isonomia, o princípio do acesso à justiça e o princípio da efetividade da Constituição. São eles que nos permitem defender enfaticamente a propositura de mandado de injunção coletivo, seja pelo Ministério Público, seja pela Defensoria Pública, a fim de facilitar a tutela jurisdicional destes direitos, atingindo a todos os que se encontram na mesma situação de desamparo causada pela violação do dever de regulamentação por parte dos encarregados de tal mister. As objeções calcadas no princípio da separação de poderes, como já escrevemos em nossa obra sobre o assunto, não se justificam, já que, conforme aponta FLÁVIA PIOVESAN, se a efetividade da Constituição não for assegurada, todas as suas normas, inclusive o princípio da separação de poderes, restam ameaçadas. Ademais, a regulamentação provisória a ser feita pelo Judiciário do direito constitucional violado só existe em razão de uma omissão do Executivo ou do Legislativo, que, para não terem sua esfera de poder invadida, basta que exerçam a sua função! Assim que o fizerem, esta regulamentação prevalecerá sobre aquela feita pelo Judiciário. O que não se admite é que a inércia de quem não cumpre seus deveres constitucionais prevaleça sobre a ordem que o constituinte deu para que fosse criada regulamentação para os direitos que ela criou. Sabe-se, ainda, que as ações coletivas são a única forma realmente democrática de garantir o acesso a direitos, dados os obstáculos financeiros, culturais e temporais que inviabilizam o acesso universal ao Judiciário, sempre em detrimento daqueles que mais necessitam.

Resta-nos, por fim, examinar a possibilidade de entes públicos impetrarem mandado de injunção para defenderem seus direitos ou prerrogativas constitucionalmente assegurados cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora. Vale ressaltar que a norma faltante pode tanto ser lei quanto ato regulamentar, caso em que o mandado de injunção deve ser impetrado em face da autoridade do Poder Executivo competente para editar o ato. No caso de lei, muitas vezes, o projeto de lei pode já ter sido apresentado, cabendo distinguir, portanto, nas hipóteses de iniciativa reservada, se o ente competente já apresentou ou não a proposição legislativa. Caso não o tenha feito, evidentemente, ele é que deve figurar no

pólo passivo. Caso já tenha apresentado o projeto, deve figurar no pólo passivo o Poder Legislativo competente para a apreciação do projeto.

O exemplo mais gritante talvez seja aquele que se verificou recentemente no plano federal, em que o Congresso não apreciava os projetos de leis orçamentárias apresentados pelo Executivo (art. 165 da CF), paralisando assim a Administração Federal, que necessita de autorização orçamentária para efetuar despesas. Seria cabível a impetração de mandado de injunção por órgãos do Poder Executivo Federal em face do Congresso Nacional?

Outro exemplo no plano federal, desta vez tratando-se de assunto de iniciativa reservada do Presidente da República (art. 61, II, b, da CF): na ausência de apresentação do projeto de lei complementar criando o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, VII, da Carta Magna, poderia o Congresso Nacional ingressar com mandado de injunção em face do Presidente da República?

Alguns exemplos, desta vez hipotéticos, na esfera estadual: não existindo a lei complementar prevista no art. 155, parágrafo 1º, III, ou a resolução do Senado Federal prevista no mesmo artigo 155, parágrafo 1º, IV, caberia a impetração de mandado de injunção pelos Estados, uma vez que se veriam privados de importante receita orçamentária (ITCMD), em face do Presidente da República (se faltasse o projeto de lei) ou do Congresso Nacional (se faltasse a apreciação)? Ou se, muito pior, a lei faltante fosse a lei complementar que traz normas gerais sobre ICMS, prevista no art. 155, parágrafo 2º, XII?

E no caso dos Municípios, se faltasse a lei complementar exigida pelo art. 156, III e parágrafo 3º, que trata do ISS, uma de suas mais importantes fontes de receitas? Ou se faltasse a lei complementar prevista no art. 161, I, necessária para definir o montante de ICMS que deve ser repassado pelos Estados aos Municípios?

Voltando aos exemplos reais, de normas constitucionais ainda não regulamentadas e que inviabilizam a atuação de diversos órgãos públicos, negando-lhes os meios para exercerem adequadamente suas funções: a) caberia mandado de injunção ajuizado por órgão público que pretende demitir funcionários por mau desempenho, mas não pode fazê-lo em razão da não-regulamentação do art. 41, parágrafo 1º, III?; b) caberia mandado de injunção impetrado por órgão público que pretende admitir pessoas portadoras de deficiência, mas não dispõe da lei necessária para fixar os critérios, exigida pelo art. 37, VIII?; c) caberia a impetração por órgão prejudicado por greve generalizada, em razão da ausência de critérios para caracterizar o abuso, pela não edição da lei prevista no art. 37, VII?; d) caberia a impetração de mandado de injunção

por universidade que pretende admitir professores ou pesquisadores estrangeiros, mormente em situação em que não existam nacionais qualificados, mas falta a norma prevista no art. 207, parágrafo 1º., da CF?

Agora no plano das normas que atribuem deveres: a) caberia a impetração de mandado de injunção pela Polícia Federal, em razão da ausência de norma tipificando o crime de terrorismo, tal como exigido pelo art. 5º., inciso XLIII?; b) caberia a impetração de mandado de injunção pelo Ministério do Trabalho em razão de se ver impossibilitado de garantir os direitos previstos no art. 7º., inciso I (proteção contra despedida arbitrária), inciso XXIII (adicional para atividades penosas), inciso XXVII (proteção em face da automação)?; c) caberia a impetração de mandado de injunção pelo Banco Central do Brasil a fim de que fosse editada a lei complementar prevista no art. 192 da Constituição?

A nosso ver, apenas nestas últimas hipóteses, em que, a rigor, não existe ainda o dever estatuído por lei de atuar naquela seara, é possível questionar a legitimidade dos órgãos públicos para impetrar o mandado de injunção.

Em todas as demais hipóteses, em que órgãos públicos se vêem impedidos de cumprirem suas funções constitucionalmente atribuídas em razão da omissão inconstitucional, fica evidente a possibilidade de se manejar o mandado de injunção.

Registre-se, ainda, que há quem defenda que a regulamentação de direitos constitucionais pode se dar diretamente por leis orçamentárias, sem a necessidade de norma regulamentadora específica .

Para os demais casos de controle abstrato e concentrado, por ação ou por omissão, como se sabe, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado seu caráter subsidiário previsto na Lei 9.882/99. Para DIRLEY ALVES DA CUNHA, a ação em questão *“pode se tornar num potencial instrumento de controle das omissões do poder público, quando a inércia dos órgãos políticos e administrativos do Estado infringirem algum preceito fundamental da Constituição.”* Também SANDOVAL ALVES DA SILVA entende que, *“Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se utilizar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que é perfeitamente cabível nos casos de leis já revogadas e de efeitos concretos.”*

No plano do controle difuso da omissão inconstitucional, cabe, ainda, ressaltar a conveniência, sobretudo em prestígio aos princípios constitucionais da isonomia e do

acesso à justiça, de que sejam utilizadas ações coletivas. Para SÉRGIO ARENHART, “*as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa*”, sendo “*inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo desta espécie de demanda*” .

Ademais, é imprescindível registrar as posições mais avançadas na doutrina, que vêm defendendo a possibilidade de controle difuso e concreto da omissão inconstitucional, mediante o qual o órgão julgador aplicaria diretamente ao caso trazido à sua apreciação a norma constitucional carente de regulamentação, desde que ela envolva um direito fundamental , a partir de uma análise das circunstâncias envolvidas e utilizando-se da teoria dos princípios constitucionais .

1.2. Medidas judiciais cabíveis no controle da omissão inconstitucional

1.2.1. Omissão normativa:

Cabe, agora, analisar o conteúdo das decisões judiciais na matéria, ou seja, que medidas o juiz pode tomar ao constatar a omissão inconstitucional inviabilizadora de direitos fundamentais.

No que pertine à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como se sabe, até o momento, o Supremo Tribunal Federal atribuiu interpretação literal e restritiva do parágrafo 2º. do art. 103 de nossa carta constitucional, terminando por concluir que, nesta sede, somente poderia **declarar** a omissão inconstitucional, informando ao ente omissor de sua mora, a pretexto de que ir além disso importaria violação ao princípio da separação de poderes.

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, em sua tese de Doutorado, mergulhou a fundo na questão, propondo, a partir de estudo do direito comparado, três possíveis soluções em sede de ADIO: a primeira é a extensão dos efeitos da norma parcialmente inconstitucional às categorias indevidamente excluídas (a exemplo do que ocorre na jurisprudência constitucional italiana e espanhola, como visto supra), solução que só se aplica em caso de omissão inconstitucional parcial; a segunda, que em muito se assemelha à proposta de WALTER ROTHENBURG, descrita mais adiante, no sentido de “*assinalação de um dever de agir substitutivo, de parte de outra instituição*” , que assumiria a competência de tutelar o direito constitucional violado por omissão; a terceira, inspirada na jurisprudência da Corte Constitucional italiana, pela qual se

“afirma, em sede de jurisdição abstrata, a ocorrência da omissão legislativa inautorizada, e traça o desenho principiológico constitucional aplicável à hipótese, remetendo a composição dos eventuais conflitos de caráter individual à jurisdição ordinária (...)Assim, a decisão de procedência da ADIO oferece os parâmetros jurídicos, que exsurtem da Constituição, que permitirão, no plano do concreto, à vista de circunstâncias do caso submetidas à apreciação do juízo, a formulação de uma solução, se não de tutela imediata do direito perseguido, ao menos de caráter reparatório.”

Por outro lado, mais intrincada é a questão do conteúdo da decisão a ser proferida no mandado de injunção. Como se sabe, a Constituição não detalhou, no art. 5º, LXXI, qual seria o conteúdo da decisão jurisdicional nesta ação, razão pela qual surgiram três entendimentos a respeito, o primeiro equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o segundo permitindo a concretização do direito no caso concreto e o terceiro admitindo a regulamentação com efeitos *erga omnes*. Merece registro o fato de que, após 19 anos da vigência da Constituição, em outubro de 2007, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar três mandados de injunção impetrados por diferentes Sindicatos de Servidores Públicos nos quais se reclamava a regulamentação do direito de greve (MI 670, 708 e 712), decidiu não apenas estabelecer regulamentação provisória para o assunto, estendendo a lei aplicável aos trabalhadores privados (Lei 7.783/89) aos servidores públicos, com eficácia *erga omnes*, ou seja, sem limitação às categorias representadas pelo sindicato e sim para todos os servidores públicos do país. Todavia, também cabe salientar que, em questão absolutamente similar (falta de regulamentação da aposentadoria especial de servidores públicos prevista no art. 40, § 4º, da Constituição Federal), mas tratando-se de mandados de injunção individuais, o Supremo efetuou a regulamentação provisória (estendeu a legislação aplicável ao setor privado, constante do art. 57, § 1º, da Lei 8.213/91), porém com efeitos apenas para os impetrantes (MI 721 e 758).

ANDRÉ VICENTE PIRES ROSA, em sua tese de Doutorado dedicada ao assunto, formula interessante proposta a respeito, defendendo que ocorra a regulamentação provisória do direito pelo Poder Judiciário, permanecendo esta, contudo, em suspenso pelo prazo de um ano, durante o qual o Legislativo poderá elaborar a lei faltante. Permanecendo este inerte, todavia, começa a vigorar o regramento judicialmente estabelecido.

Também WALTER ROTHENBURG formula proposta inovadora para solucionar o problema da omissão na apresentação de projeto de lei regulamentando norma constitucional: defende ele o deslocamento da competência para outro ente federativo, fenômeno que ele denomina de “troca de sujeito”.

1.2.2. Omissão administrativa:

Quando a omissão atingir direito constitucional atinente ao mínimo existencial, em especial quando se trata de ações individuais, o entendimento dominante tem admitido que deve ser concedida a tutela específica, tal como delimitada atualmente pelos arts. 461 do CPC e 84 do CDC. Na lição do grande processualista paranaense, LUIZ GUILHERME MARINONI, a *“tutela na forma específica, como é óbvio, é a tutela ideal do direito material, já que confere à parte lesada o bem ou o direito em si, e não o seu equivalente em pecúnia. Não é por outra razão, aliás, que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, demonstrando uma verdadeira obsessão pela tutela específica, afirmam que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”* Ora, se a tutela específica é necessária para a efetividade dos direitos dos consumidores, com muito maior razão é a única adequada para dar conta do adimplemento de direitos fundamentais.

É imprescindível deixar claro, porém, que, principalmente quando se tratar de ações coletivas, não cabe ao Poder Judiciário a escolha dos meios necessários para a efetivação do direito fundamental violado por omissão, mas apenas a definição do resultado a ser atingido, cabendo aos Poderes políticos a escolha dos meios .

O problema é o que fazer quando o resultado não for alcançado de nenhuma maneira, sendo necessário lançar mão de meios executivos. Abordaremos o tema em seguida. Por ora, fixemo-nos no conteúdo da prestação jurisdicional. CASS SUNSTEIN, em recente artigo, discorre sobre o acerto de uma determinada decisão da Corte Constitucional sul-africana envolvendo o direito à moradia, a qual conseguiu, como ele demonstra, afastar-se de duas posições extremistas e inaceitáveis: a) a de que os direitos sociais e econômicos não seriam justiciáveis; b) a de que eles são protegidos de forma absoluta, criando uma obrigação inquestionável de o Poder Público assegurá-los para todos. A corte adotou um julgamento racionalmente ponderado, baseado na eleição de prioridades, e determinou que o Estado deveria formular programas habitacionais de longo e curto prazos, que propiciassem abrigo emergencial para as pessoas que dele necessitassem, estes em caráter prioritário, bem como que permitissem a aquisição da própria moradia por parte daqueles que necessitassem de apoio do Estado nesse sentido . Nem condenou o Estado, portanto, a fornecer moradias gratuitas a todos de imediato, nem “lavou suas mãos” alegando limitações orçamentárias ou suposto respeito à separação de poderes.

Da mesma forma, WILLIAM FORBATH anota que uma das formas pelas quais os tribunais americanos têm assegurado a efetividade da elaboração e implementação de políticas públicas relativas a direitos fundamentais tem sido mediante a determinação de que o Legislativo e/ou o Executivo lhes submetam planos de ação corretivos nas áreas em que exista deficiência .

MARINONI demonstra que, como decorrência do direito de acesso à justiça ou, como ele prefere chamar, à efetividade da jurisdição, existe o direito ao meio executivo adequado, ou seja, apto a tutelar o direito material do autor. Para ele, “*em razão dos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, permite-se ao autor requerer na fase executiva, bem como ao juiz impor de ofício (...) meio executivo capaz de atender ao direito à tutela jurisdicional.*” Para tal fim, ele indica, ao lado dos meios de execução direta, a multa e a prisão, como formas de coerção indireta capazes de conduzir ao cumprimento da obrigação de respeitar o direito material violado. E prossegue, buscando identificar qual deles deverá ser adotado em cada caso:

“A legitimidade da escolha do autor diante de vários provimentos e meios executivos, bem como a legitimidade da preferência do juiz por provimento ou meio executivo diferente do solicitado depende não só de sua ‘adequação’ para a efetivação da tutela do direito, mas também o de ser ‘mais idôneo’ e ‘menos oneroso’ ao demandado.

A prisão, como é óbvio, é o mais excepcional de todos eles, sendo passível de utilização quando a multa e os meios de execução direta são inidôneos à tutela do direito.”

CARLOS ALBERTO DE SALLES faz interessante relato dos meios utilizados no direito norte-americano, no qual, havendo desobediência a uma ordem judicial de fazer, cabe a prolação de decisões judiciais (*injunctions*) aplicando sanções, chamadas *contempt of court*:

“A chamada injunction nada mais é que uma ordem judicial impositiva de uma obrigação de fazer ou de uma abstenção. O mecanismo básico para funcionamento desse instituto é o chamado contempt of court, consistente na possibilidade de o juízo, civil ou criminal, impor uma sanção diretamente relacionada ao descumprimento de sua ordem. Cuida-se de uma sanção civil equivalente às astreintes do direito francês, mas não limitada a penas pecuniárias, podendo, até mesmo, ter a natureza de prisão do desobediente.”

O mesmo autor lembra, com propriedade, que a Constituição brasileira não veda a prisão civil como gênero, veda-se apenas e tão somente a prisão civil **por dívida**, o que permite, sem nenhuma dúvida, a aplicação de outras espécies de prisão civil.

É também SALLES quem registra que a pena de imposição de multa é, normalmente, inócua, já que incide sobre o ente público e não sobre o agente que se omite ilicitamente. Todavia, vale lembrar que a ação pode e deve ser proposta também contra a(s) autoridade(s) competente(s) para a prática do ato.

Ademais, é evidente que a autoridade pessoalmente responsável pela omissão pode e deve responder por crime de responsabilidade (ocasionando assim a perda do mandato). Crime de responsabilidade, como se sabe, configura-se, entre outras hipóteses, por qualquer atentado (o que inclui, em nosso entendimento, a omissão) contra o “exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”, nos termos do art. 85, III, da Constituição Federal.

A autoridade responde ainda por crime de desobediência, em caso de descumprimento de ordem judicial. É evidente que a pena neste último caso é por demais leve para que algum agente político se sinta por ela intimidado.

SALLES sugere, ainda, importante medida, também muito utilizada nos EUA, e que não é, de modo algum, estranha ao nosso ordenamento: a **intervenção judicial**. Ele mostra que, no Brasil, temos espécie de intervenção judicial tanto na falência quanto na antiga concordata (agora, recuperação de empresas), assim como na hipótese de penhora, depósito e administração de estabelecimentos comerciais, industriais e agrícolas (arts. 677 a 679 do CPC). E descreve o mecanismo na prática jurisprudencial norte-americana:

“Na ocorrência de situações em que a simples coerção exercida sobre o réu não atenda às necessidades de implementação da decisão judicial, o juízo habitualmente recorre a dois tipos de mecanismos de execução: a nomeação de receivers ou masters. Esses auxiliares do juízo são encarregados de assumir a administração de uma determinada entidade, pública ou privada, ou de supervisionar a realização das tarefas determinadas pelo juízo.”

Além disso, SALLES aponta outros remédios coercitivos que podem resolver a situação, como o embargo de função, atividade ou obra, interdição, busca e apreensão .

Quando, porém, for impossível a tutela específica, basicamente em casos em que já ocorreu a violação a direito fundamental, a obrigação do Poder Público converte-se em perdas e danos, conforme trataremos no tópico seguinte.

2. Da possibilidade de responsabilização do Estado omissor

Em primeiro lugar, é preciso sublinhar que pensar-se em tutela de direito fundamental mediante pagamento de indenização, evidentemente, tem caráter subsidiário em relação à sua tutela específica, como salienta o constitucionalista português JORGE PEREIRA DA SILVA, que sustenta tratar-se de “*forma suplementar de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, a acrescentar à fiscalização abstracta, concreta e preventiva das omissões inconstitucionais*”, já que, em “*muitos casos de omissão legislativa, sobretudo nas situações de omissão total, a protecção secundária poderá mesmo ser a única forma capaz de assegurar um mínimo de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos constitucionais constitucionalmente consagrados*”. A responsabilização do Estado por suas omissões violadoras de direitos fundamentais aparece, assim, como “*ultima ratio do Estado de Direito*”.

2.1. Da responsabilidade por omissão legislativa

A obra do constitucionalista português em questão é fruto de sua belíssima pesquisa de Doutorado sobre o tema da responsabilidade por omissão **legislativa**. Analisando o direito português, bastante semelhante ao nosso neste particular, assevera ele:

“Segundo a doutrina claramente dominante, o artigo 22º da Constituição, ao prescrever que o Estado é civilmente responsável pelas acções e omissões praticadas no exercício das suas funções de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem, consagrou o instituto da responsabilidade civil do Estado por actos de qualquer das suas funções, incluindo, portanto, a função legislativa. (...)”

Por seu turno, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, embora com algumas oscilações, tem aceiteado a figura da responsabilidade civil do Estado-legislador.”

Na doutrina brasileira, LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO discorre sobre os efeitos da declaração de uma omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que pode ocorrer quer em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quer em mandado de injunção:

“A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. (...) Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o meta-individual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento de dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário para

apreciar lesão a direito (inciso XXXV do art. 5º). Logo, configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa de direito público, responsável pela omissão.”

ANDREAS KRELL também relata que, para ANDERSON LOBATO, é cabível “*a condenação do Estado omissa a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela Constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos de implementação do respectivo serviço público.*”

ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR bem define a caracterização de uma omissão inconstitucional legislativa: deve “*estar caracterizado o descumprimento de um comando normativo que impõe um dever concreto de ação, e não uma simples faculdade constitucional.*”

Por outro lado, muito embora seja evidente que eventual prévia declaração da omissão inconstitucional pelo STF em muito facilite a discussão quanto ao dever de indenizar em ação de reparação de danos proposta na primeira instância, como assinala o mesmo autor, uma vez caracterizada a inconstitucionalidade, “*o interessado não precisa aguardar seu prévio pronunciamento*” por essa Corte, por simples decorrência do princípio da universalidade da jurisdição .

2.2. Da responsabilidade do Estado por omissão administrativa

No Brasil, não existe ainda vasta doutrina ou jurisprudência no que se refere à responsabilidade por omissão legislativa, muito embora já existam notáveis trabalhos na área, como visto. Os exemplos são bem mais comuns, porém, no que concerne à responsabilização de entes públicos por omissão de natureza administrativa.

FLÁVIA PIOVESAN, por exemplo, nos dá notícia de entendimentos jurisprudenciais no sentido da responsabilidade do Estado por omissão administrativa:

“Há decisões judiciais proferidas pelo STJ que fixam indenização por responsabilidade civil, em razão do não fornecimento de remédios que teria levado o paciente à perda de rim, com base no argumento de que ‘a omissão no fornecimento de remédio certamente configura inequívoca responsabilidade apta a produzir o dever de indenizar’ [Nota de rodapé: “Neste caso, o STJ condenou o Estado do Rio de Janeiro a indenizar o paciente em 500 salários mínimos a título de danos morais e uma pensão vitalícia correspondente à metade do que receberia quando perdeu o rim (STJ condena o Rio

por não dar remédio a transplantado, Folha de São Paulo, 28 de junho de 2005, p. C6”], bem como há decisões que fixam indenização por responsabilidade civil em razão de deficiência física decorrente de gestante que fez uso de talidomida [Nota de rodapé da autora: ‘STJ, REsp 60129’]”

Pertinentes, por seu turno, para o assunto sob análise, as lições de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em artigo que versa sobre o problema das omissões na atividade regulatória do Estado. Como ensina a autora, a atividade de regulação envolve uma série de atividades:

“de estabelecimento de normas (...), de fiscalização, de aplicação de sanções, de resolução de conflitos entre as prestadoras de serviço público e destas com os usuários.

Havendo omissão no exercício de uma dessas atividades, qual a conseqüência?

Na realidade, o objetivo da regulação, que é o funcionamento equilibrado do mercado, não é alcançado. Isto pode trazer prejuízo para empresas como pode prejudicar os consumidores ou usuários de serviços públicos. Pode propiciar a formação de monopólios, pode levar ao abuso do poder econômico, pode criar embaraços à livre concorrência.

*No caso da regulação social, o objetivo, em regra, não é o de assegurar o funcionamento equilibrado do mercado, mas o de proteger o interesse da coletividade, nas áreas da saúde, do meio ambiente, do saneamento, dentre outras. A atividade regulatória, nesse caso, abrange também o estabelecimento de normas de conduta, a **fiscalização**, a repressão, o fomento.*

A omissão no exercício dessa atividade também pode produzir resultados negativos (...)

A atividade de regulação equivale, fundamentalmente, ao poder de polícia, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como ‘a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos (RDP 9:55). No exercício do poder de polícia, o Poder Executivo edita atos normativos subordinados hierarquicamente à lei, concede autorizações ou licenças, fiscaliza o cumprimento das normas, reprime, aplica sanções.’”

Mais adiante, aborda ela especificamente as conseqüências da omissão nesta área:

*“Com relação à omissão no exercício do poder de polícia (seja no que diz respeito à fiscalização da prestação de serviços públicos por permissionárias e concessionárias, seja em relação ao controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, seja **na fiscalização das atividades sociais não exclusivas do Estado**), a solução também é a mesma que se coloca em relação às omissões em geral da Administração Pública”*

Discorre ainda de forma exaustiva sobre a natureza da omissão administrativa e suas conseqüências:

*“No caso de omissão do Poder Público, os danos não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o **dever de agir**, se omitiu [sic].*

*Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o **dever de agir** por parte do Estado e a **possibilidade de agir** para evitar o dano. (...)*

*A dificuldade da teoria diz respeito à **possibilidade** de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja **exigível** da Administração e que seja **possível**. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Aí cresce de importância o princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano. (...)*

*entendemos que, nessa hipótese, existe uma **presunção de culpa** do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.”*

Pode-se concluir, assim, com base nas lições de DI PIETRO, que, em se tratando de omissão no exercício de atividade de fiscalização, bastaria a comprovação, por parte do cidadão, de que fez a denúncia perante o ente responsável e de que sofreu prejuízos em razão da omissão na adoção de providências para que ele obtenha o direito à indenização.

Também ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO debruçou-se sobre o problema da omissão administrativa:

“A omissão configura-se nos casos em que se exija a obrigatória atuação do agente público. Se tal atuação não se implementa e desse comportamento omissivo decorre gravame ao particular, o Estado deve responder e ressarcir o lesado. (...)

O dano ressarcível é aquele que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido.”

Neste passo, vale a pena, ainda, mencionar alguns precedentes jurisprudenciais de Tribunais Superiores a respeito do tema, os quais sempre relacionam o dever de indenizar à preexistência de um dever legal cujo cumprimento teria evitado a ocorrência do dano, ou seja, é necessária também a demonstração do nexo de causalidade entre a omissão e os prejuízos sofridos:

“CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE.

Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional.

Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos.”

(STF – RE 283989–PR – Relator Ministro Ilmar Galvão – 1ª Turma – Julgamento: 28.05.2002 – Publicação: DJU 13.09.2002, p. 537 – Votação unânime – grifos nossos)

*“Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. 1. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. **Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio.** 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.”*

(STF – RE 215981–RJ – Relator Ministro Néri da Silveira – 2ª Turma – Julgamento: 08.04.2002 – Publicação: DJU 31.05.2002, p. 48 – Votação unânime)

*“Responsabilidade civil do Estado: morte de passageiro em acidente de aviação civil: caracterização. 1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C. – Departamento de Aviação Civil –, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. 2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao D.A.C. a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio D.A.C., foi um estado de tal modo aterrador do aparelho que bastava a denunciar a **omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização.** 3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o*

comando de um ‘checador’ da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal.”

(STF – RE 258726–AL – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – 1ª Turma – Julgamento: 14.05.2002 – Publicação: DJU 14.06.2002, p. 146 – Votação unânime – grifos nossos)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE SOLO. MUNICÍPIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Município, em se tratando de ação civil pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

2. O Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.

3. O exercício dessa atividade é vinculado.

4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda.”

(STJ – REsp 194732–SP – Ministro José Delgado – 1ª. Turma – Julgamento: 23.02.1999 – Publicação: DJU 21.06.1999, p. 83 – Votação unânime – destaquei)

“DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. (...)”

(STJ – REsp 28222–SP – 2ª Turma – Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 15.02.2000 – Publicação: DJU 15.10.2001, p. 253 – Votação por maioria – destaquei)

“ADMINISTRATIVO – LOTEAMENTO INACABADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPUTAÇÃO POR AÇÃO DE REGRESSO À EMPRESA LOTEADORA.

1. É dever do Município fiscalizar os loteamentos, desde a aprovação até a execução de obras.

2. A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infra-estrutura (art. 40).

3. Legitimidade do Município para responder pela sua omissão e inação da loteadora.

4. Recurso especial provido.”

(STJ – REsp 252512–SP – Relatora Ministra Eliana Calmon – 2ª Turma – Julgamento: 25.09.2001 – Publicação: DJU 29.10.2001, p. 194 – Votação unânime – destaquei)

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. BANCO CENTRAL. ATO OMISSIVO DE FISCALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NO MERCADO DE CAPITAIS. COROA BRASTEL S/A. PREJUÍZO CAUSADO A INVESTIDORES. CULPA SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 37, § 6º DA CF/88. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Compete ao Banco Central do Brasil: a) exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizam; b) proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários; c) evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado. Revelado o nexo de causalidade entre o dano causado a investidores no mercado de capitais e o ato omissivo de fiscalização do Banco Central, sobressai inequívoca a responsabilidade civil.

2. Há responsabilidade civil do Estado por omissão, sempre que o facere esteja consagrado como dever e a Administração Pública o transgrida.

3. O Banco Central do Brasil tem o dever legal de manter a normalidade dos mercados financeiros, sendo sua atuação regida pelo princípio básico de ação preventiva e orientadora. Detém, plenamente, o exercício do poder de polícia, com o objetivo de manter o regular funcionamento do mercado de capitais.

4. Exegese do § 6º do artigo 37 da CF/88, aplicável aos atos omissivos.

5. O Banco Central deve ser responsabilizado pelas perdas e danos dos investidores de títulos emitidos sem lastro por entidade financeira fiscalizada, comprovado o nexo de causalidade.(...).”

(STJ – REsp 472735–DF – Relator Ministro Luiz Fux – 1ª Turma – Julgamento: 10.06.2003 – Publicação: DJU 25.08.2003, p. 264 – Votação unânime – destaques nossos)

“**RECURSO ESPECIAL. DNER. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE CAUSADO EM RODOVIA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA FEDERAL. CULPA DA AUTARQUIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 300 SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES.**”

(STJ – REsp 549812–CE – Relator Ministro Franciulli Neto – 2ª Turma – Julgamento: 06.05.2004 – Publicação: DJU 31.05.2004, p. 273 – Votação unânime – grifo nosso)

“**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.**

(...)

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.”

(STJ – REsp 604725–PR – Relator Ministro Castro Meira – 2ª Turma – Julgamento: 21.06.2005 – Publicação: DJU 22.08.2005, p. 202 – Votação unânime – destaquei)

“**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TRANSFUSÃO DE SANGUE CONTAMINADO COM O VÍRUS DO HIV.**

(...)

4. A Lei nº 4.701/65 previa à época dos fatos a responsabilidade da Comissão Nacional de Hemoterapia pela fiscalização dos órgãos executores da atividade hemoterápica. Legitimidade da União. Precedente.

5. Responsabilidade objetiva do Estado por contaminação com o vírus HIV em decorrência de sangue durante intervenção cirúrgica.

6. Recurso especial conhecido em parte e improvido.”

(STJ – REsp 768574–RJ – Relator Ministro Castro Meira – 2ª Turma – Julgamento: 20.03.2007 – Publicação: DJU 29.03.2007, p. 247 – Votação unânime – destaquei)

Não apenas a doutrina administrativista, mas também a jurisprudência, portanto, têm reconhecido o dever de indenizar, nas mais diversas áreas, sempre que o Poder Público incorrer na omissão injustificada do cumprimento de funções que lhe tenham sido legalmente atribuídas e daí derivarem prejuízos morais ou materiais aos cidadãos.

2.3. Parâmetros para fixação da indenização

É preciso, por fim, analisar quais os pressupostos específicos para o reconhecimento da responsabilidade do Estado nesta seara.

No que diz respeito à prova da omissão, note-se que deve ser procedida a inversão do ônus da prova, em razão da impossibilidade lógica e real de se provar o inexistente. O tema é abordado com maestria em obra que se dedicou a estudar especificamente a inversão do ônus da prova como um corolário do direito de acesso à justiça. Afirma SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS: “*na hipótese de o autor, como no julgado supra, negar a existência de um fato, e a comprovação desta alegação depender da contraprova, na espécie, positiva, se impõe a inversão do ônus probatório, com vistas a determinar-se que o demandado produza a prova afirmativa*”. Isto implica dizer que **cabe ao Poder Público provar que não incorreu em omissão**, demonstrando que não se absteve de ignorar os comandos constitucionais e/ou legais, seja através da comprovação de que está elaborando uma política pública voltada para o tema (apresentando dados referentes ao diagnóstico e identificação das medidas necessárias), seja mediante prova da adoção de medidas em relação ao assunto. Basta ao autor alegar a omissão violadora de dever constitucional ou legal e o Poder Público, ao se defender, deve comprovar que não está inadimplente com seus deveres-poderes.

Vamos nos valer, uma vez mais, das lições do ilustrado constitucionalista português, que começa por analisar o elemento culpa:

“É comum a afirmação de que, em matéria de comportamentos omissivos, o conceito de ilicitude é bem mais exigente ou apertado do que em relação às acções, uma vez que aí se requer, para além do preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade

civil – incluindo o da ilicitude –, a demonstração de um dever jurídico de agir. (...) quando se fala de omissões legislativas ilícitas a fonte dos deveres de agir só pode encontrar-se em normas jurídicas que ocupem na ordem jurídica uma posição hierárquica ou funcionalmente superior às leis ordinárias, a começar naturalmente pela própria Constituição.”

O descumprimento deste dever de legislar é mais grave, por evidente, quando se trate da “*não concretização de normas constitucionais não exequíveis consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais*”. Contudo, ele preconiza certa prudência ao lembrar que “*o alargamento desmesurado do dever de indemnizar sempre terá consequências financeiras não despreciandas, implicando a reafecção de receitas públicas que bem poderiam ser utilizadas com outros objectivos socialmente mais prementes.*”

Entende, assim, ser possível afirmar que “*há omissão culposa do legislador quando este podia e devia ter aprovado as normas legais constitucionalmente prescritas. Isto sem prejuízo de se entender que o grau de diligência exigível ao legislador deve ser particularmente elevado, sobretudo quando se trata de matéria relativa a direitos fundamentais.*” O autor fornece, neste passo, todo um rol de critérios atinentes ao processo legislativo, que deverão ser tidos em conta para analisar se existe ou não a omissão ilícita:

“o tempo decorrido desde a declaração de inconstitucionalidade de uma lei constitucionalmente devida; o tempo decorrido desde a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão (...); a clareza com que o dever de actuação legislativa resulta das normas constitucionais e, em particular, a sua natureza explícita ou implícita; a complexidade e extensão da legislação a emanar; as circunstâncias que determinaram o surgimento ou a necessidade de uma certa lei, a corrigir ou a emanar; a existência de projectos ou anteprojectos legislativos; a existência de trabalhos preparatórios; o conteúdo de eventuais debates parlamentares; os resultados de eventuais votações parlamentares (...); a existência ou não de estabilidade política (...).

Por outro lado, há que verificar se ocorreu algum evento exterior à vontade do legislador e que (...) possa funcionar, embora impropriamente, como uma causa de exculpação.”

Quanto ao elemento dano, salienta ele, aplicam-se os princípios gerais da responsabilidade civil, ao passo que o nexo de causalidade existe “*quando, em circunstâncias normais, a emanação atempada da lei constitucionalmente devida teria sido idônea a evitar o dano.*”

Importantíssima a análise que o autor faz sobre a relação entre ação de reparação de danos por omissão inconstitucional e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Embora, evidentemente, uma decisão de procedência nesta última torne superada a discussão da culpa na primeira, não se poderia exigir que houvesse tal decisão para o ajuizamento da ação individual, já que, em Portugal, como no Brasil, “os cidadãos não têm legitimidade para desencadear esta modalidade de fiscalização.”

Seria possível, contudo, estabelecer uma relação de subsidiariedade em relação à fiscalização concreta da omissão (no Brasil, exercida, por exemplo, através do mandado de injunção), não no sentido de exigir que seja previamente utilizada aquela, mas sim como um critério de fixação da indenização. Diz ele: “*Uma coisa é, portanto, fazer depender a procedência da acção de indemnização da utilização prévia de outros meios processuais, outra, bem diferente, é valorar a diligência processual do lesado para efeitos de determinação do quantum da indenização.*”

É indispensável, ainda, registrar que, sempre que tiver havido culpa ou dolo de um ou mais servidores públicos competentes para a prática do ato omissivo, evidente que é deve do Estado, por intermédio de seus órgãos de advocacia pública, exercer o direito de regresso em face de tais servidores, nos moldes do que dispõe o art. 37, parágrafo 6º., de nossa Lei Maior, principalmente porque é absolutamente equivocado permitir que o erário público, financiado por todos os contribuintes, arque com os custos da incompetência ou má fé de servidores do Estado.

Neste mesmo diapasão o ensinamento de ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR:

“Condenado a indenizar prejuízos particulares em virtude do comportamento culposos de seus prepostos, o Estado está investido na obrigação de aforar ação regressiva contra os agentes responsáveis. Não se trata de mera faculdade processual, mas de um dever irrenunciável imposto pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

Aliás, no Brasil, o procurador da Fazenda Pública que descuidar desta obrigação legal incide na infração administrativa capitulada no art. 11, II, e nas penas do art. 12, III, ambos da Lei n. 8.429/92.”

3. Conclusões: da necessidade de ponderação quanto à utilização dos meios tradicionais de resolução de conflitos em prol de uma utilização de meios consensuais e participativos

É importante ressaltar, por fim, que eventualmente uma decisão condenatória ou mandamental pode não ser a melhor solução para os complexos problemas atinentes à

efetivação de direitos fundamentais, devendo-se pensar, talvez, na adoção de mecanismos para a construção de soluções consensuais, com a participação de entidades que representem os titulares dos direitos, do Ministério Público e dos Poderes Públicos omissos. Para CARBONELL,

“la actuación de los jueces dentro del Estado democrático (y sobre todo de los jueces constitucionales) debe tomar en cuenta la permanente apertura del diálogo público, de forma que las sentencias no se limiten a pronunciar la última palabra, sino que aseguren las condiciones para que los participantes en el diálogo puedan seguir exponiendo sus razones.”

No mesmo sentido as lições de AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR, que defende ser *“preciso, no processo de controle de constitucionalidade em abstrato, viabilizar uma abertura no processo coletivo, a fim de que toda a sociedade, que, de fato, é alcançada pelos efeitos da decisão possa participar ativamente das decisões do processo coletivo”*. Defende ele, assim,

“a introdução de figuras como o amicus curiae e a realização pelo Judiciário de audiências públicas (...) a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo.”

Trata-se da mesma concepção defendida por PETER HÄBERLE:

“Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”

Frise-se que essa democratização da interpretação constitucional defendida por HÄBERLE não implica na desvalorização do papel dos estudiosos da área, já que a ciência constitucional *“tem uma função catalisadora e, por traduzir – publicamente – a interpretação metodicamente refletida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação.”* Porém, para ele, *“limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.”* Ademais, salienta que constitui *“tarefa da Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública”* .

É dizer: a importância da participação dos maiores interessados na tutela de seus direitos não pode, de forma alguma, ser subestimada. Nos dizeres de ANA PAULA DE BARCELLOS, “*Não cabe ao direito sufocar o espaço de participação, luta e conquista política, como se os juristas e o Judiciário formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem.*” Cabe, sim, ao Poder Judiciário adotar uma postura aberta e incentivadora da participação social, ouvindo os titulares de direitos fundamentais a fim de contribuir para sua efetivação.

Em nosso entendimento, não menos importante do que a abertura do processo de matriz constitucional à participação de novos atores é também a coletivização generalizada destas demandas, bem como a utilização de meios consensuais de resolução de controvérsias, adequados ao enfrentamento de conflitos com alto grau de complexidade. Este parece ser, também, o pensamento de VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE:

“a construção interinstitucional do consenso será o caminho que conferirá maior efetividade aos direitos que se reconhece numa dimensão coletiva, que, para se converterem em realidade, hão de encontrar, progressivamente, caminhos de tutela segundo essa mesma matriz, e não através da justiciabilidade da projeção individual desses mesmos direitos, que, em concreto, revela prática elitista, verdadeira negação da jusfundamentalidade de tais direitos.”

Em suma, sobretudo em matéria de implementação a direitos fundamentais, é necessário adotar uma compreensão ampliada de acesso à justiça, que se perfaz, em primeiro lugar, na busca da realização espontânea do direito material, passa por mecanismos que busquem a sua tutela específica, de preferência utilizando-se ações coletivas e meios dialógicos de descoberta da melhor solução, sendo que, apenas na falta do almejado consenso, devem ser utilizadas medidas coercitivas aptas ao suprimento das omissões inconstitucionais e, em última hipótese, buscar o ressarcimento dos danos decorrente destas violações, individualizando-se, sempre que possível, as autoridades efetivamente responsáveis.

4. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: CORDE, 1994.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Consulta em 08.04.2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARBONELL, Miguel. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. *In: Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>. Consulta em 23.01.2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. *In: FREITAS, Juarez (org.) Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FORBATH, William E. Social rights, courts and constitutional democracy – poverty and welfare rights in the United States. *The University of Texas Law School. Public Law and Legal Theory Research Paper n° 81*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=845924>. Consulta em 23.01.2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 28. Curitiba: Gênese, 2003, p. 298-338.

_____. *Tutela específica*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia jurídica das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público* nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 1981.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *In: Revista de Direito do Estado*. No. 2. Abr/jun 2006, p. 55-69.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades. *In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.) Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT/Associação Paulista do Ministério Público, 2003.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. (Portugal), Universidade Católica, 2003.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *Public Law and Legal Theory Working Paper n° 12*. The University of Chicago: The Law School. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Consulta em 23.01.2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL INVIABILIZADORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O CONTROLE JUDICIAL. ANAIS DO XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI). BELO HORIZONTE, 16 DE NOVEMBRO DE 2006.

Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas, p. 123-134.

Op. cit., p. 135-136.

Op. cit., p. 184.

Op. cit., p. 212.

O Tribunal constitucional alemão entende que “o respeito devido à liberdade de conformação do legislador não lhe permite, salvo casos especiais, restaurar unilateralmente a igualdade violada através de uma declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial de uma norma ou segmento normativo de índole restritiva, porquanto o legislador tem sempre várias alternativas para corrigir a situação legal vigente: alargamento do regime mais favorável, alargamento do regime menos favorável ou reestruturação global da matéria.” *Op. cit.*, p. 114.

Op. cit., p.115.

Roque Carrazza já defendeu, em artigo publicado em 1993 nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* publicados pela RT (n. 3, p. 120-135), a impetração de mandado de injunção pelo Ministério Público, entitulado Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

Proteção judicial contra omissões legislativas. São Paulo: RT, 1996.

Para SANDOVAL ALVES DA SILVA, “*O atendimento a mandamentos constitucionais diretamente por leis orçamentárias é viável sem a necessidade de edição de leis ditas ‘materiais’ por parte da doutrina, já que as leis orçamentárias são suficientes para concretizar direitos que busquem fundamento em princípios constitucionais, sem que isso implique prescindir de outras leis para conferir maior clareza ao conteúdo, extensão e delimitação dos direitos sociais.*” *Op. cit.*, p. 246-247.

Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 656. Prossegue este autor: “*Tal constatação torna-se ainda mais factível em razão do recente julgamento proferido na ADPF n. 4, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão.*” (p. 656-657)

Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 242.

Cit., p. 01.

Para Ana Paula de Barcellos, “*os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática. (...) a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado.*” *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 09-10.

Um bom exemplo de trabalho neste sentido é a dissertação de Mestrado de Sérgio Fernando Moro, *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, defendida na UFPR em 2000. Note-se, ainda, que a doutrina é praticamente unânime no reconhecimento de uma eficácia mínima de todos os direitos fundamentais. É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.*” *In: Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. RDP 57-58: 255.

Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 416.

Op. cit., p. 418.

Ver sobre o assunto a nossa obra *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais* (São Paulo: RT, 2004), na qual discorremos sobre as três correntes, aderindo a esta última, embora a segunda seja a majoritária na doutrina. A questão, evidentemente, perde parcialmente a relevância no caso de mandado de injunção coletivo, no qual a decisão naturalmente terá efeitos *erga omnes*, mas isto apenas no âmbito da categoria representada.

Las omisiones legislativas y su control constitucional, p. 460. Em abono de sua posição, que confere acentuado fortalecimento ao papel do Judiciário, assinala ele que “*La inmensa mayoría de los órganos que efectúan el control de constitucionalidad han aprendido bastante bien la lección de que sólo tienen sentido y conveniencia si actúan haciendo uso de métodos jurídicos y mantienen una actitud de respeto a las competencias básicas e los demás poderes, en particular del legislador. (...) En los casos de omisiones legislativas el legislador siempre tendrá la posibilidad de actuar.*” (p. 458-460). Ademais, “*Existen casos en los que el legislador tiene discrecionalidad para dar desarrollo o no a cierta disposición. Según entendemos, todavía, esta discrecionalidad no existe cuando se trata de conferir eficacia a los derechos establecidos en la Constitución.*” (p. 461)

“*A interpretação do controle judicial da inconstitucionalidade por omissão tal como consagrado em modernas constituições pode induzir a um desvio de perspectiva, apresentando como efeito possível dessa fiscalização somente uma censura (com o sem consignação de prazo para atuar) ao órgão omissor, e centrando assim o foco exclusivamente no sujeito responsável. Ora, importa fundamentalmente é suprir a lacuna inconstitucional, que constitui o objeto do controle. (...) A troca de sujeito apresenta-se, assim, como um momento da evolução dos vínculos constitucionais e como uma satisfação à exigência de implementação dos comandos constitucionais (particularmente os vazados em termos programáticos).*” *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*, p. 90-91.

Tutela específica, 2a. edição, p. 185.

ANA PAULA DE BARCELLOS menciona aqui, ao discorrer sobre o saneamento básico, que não se admitiria, por exemplo que não seria possível, “*diante da ausência de estruturas de saneamento em determinada localidade, possa pleitear sua construção pela iniciativa privada*”. Para ela, “*o máximo que parece possível pretender é a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte da verba destinada a tal fim ou, alternativamente, e respeitado o mesmo prazo, a delegação da execução do serviço a particulares, observados os procedimentos constitucional e legal próprios*” (*op. cit.*, p. 288), qual seja, a realização de licitação.

“*Social and economic rights? Lessons from South África*”, <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

Cit., p. 36.

O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *In: Revista Genesis de Direito Processual Civil* 28:318.

Cit., p. 319. Parece haver aqui, evidentemente, conflito entre o direito à liberdade do administrador e o direito constitucional das pessoas que não podem exercê-lo em razão da omissão daquele. A técnica da ponderação, como sempre, deverá fornecer a melhor resposta, à luz dos valores e pessoas envolvidas.

Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades. *In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.) Processo civil e interesse público. São Paulo: RT/Associação Paulista do Ministério Público, 2003, p. 218.*

Op. cit., p. 221.

Op. cit., p. 222.

Op. cit., p. 222.

Op. cit., p. 290. “Assim, no que respeita às omissões do legislador, a ‘proteção primária’, conferida pelos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, pode ser complementada pela ‘proteção secundária’, garantida por meio do instituto da responsabilidade do Estado pela inércia legislativa.” (p. 291)

Op. cit., p. 293 e p. 302.

A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência, p. 187-190.

Op. cit., p. 100.

A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 241.

Op. cit., p. 243.

Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *RDE* 02:63.

Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras. *In: FREITAS, Juarez (org.) Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 252 – grifo nosso.*

Cit., p. 261 – grifos nossos.

Cit., p. 262-263.

Responsabilidade civil da Administração Pública – Aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *In: FREITAS, Juarez (org.) Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 327.*

A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal, p. 101. O julgado ao qual a autora se refere é o seguinte: “**PROVA – Alegação do impetrante de não ter sido notificado pela autoridade de trânsito – Prova negativa impossível de ser produzida – Hipótese de inversão do ônus da prova, como exceção ao art. 333, I, do Código de Processo Civil.** A regra constante do art. 333 do Código de Processo Civil encontra exceção quando se exige a prova negativa, que se mostra impossível, na consideração de que não há como provar não ter sido citado ou notificado. Em casos tais inverte-se o ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar e comprovar o fato positivo.” (TJSP – 3ª. Câmara de Direito Público – AC 63.577-5, Relator Des. Rui Stoco, Julg. 02.03.1999, votação unânime, fonte: JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva – grifos nossos). *Op. cit.*, p. 100.

Op. cit., p. 328-329.

Op. cit., p. 332.

Op. cit., p. 333.

Op. cit., p. 334-335.

Op. cit., p. 343. Indaga ele: “será legítimo pedir apenas uma indenização, ignorando a possibilidade de superação da omissão legislativa? (...) Uma resposta negativa a estas questões significaria uma opção pela subsidiariedade da responsabilidade civil perante os mecanismos da fiscalização, ainda que, nos tribunais judiciais, ambas as vias pudessem cumular-se no mesmo processo. Uma resposta positiva significaria uma opção pela autonomia, em que os lesados poderiam escolher a via que mais lhe conviesse.” (p. 340).

Op. cit., p. 250-251. O autor em questão analisa ainda a possibilidade de regresso quando a omissão é legislativa, caso em que, para ele, é impossível o direito de regresso, em face da incindibilidade da função legislativa (p. 251-253). A única hipótese, ressalta, em que seria possível o exercício do direito de regresso seria aquela em que “o agente político, no desempenho do *múnus* legislativo, incorrer na prática da improbidade administrativa.” (p. 254).

Breves reflexiones sobre los derechos sociales. Conferência proferida no Seminário Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado em Tlatelolco, México, em agosto de 2005, p. 69.

O controle judicial de políticas públicas, p. 105. Como bem lembra o autor, “Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas.” (p. 107).

Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, p. 33.

Op. cit., p. 34-35.

A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 306-307.

Op. cit., p. 437.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: EM BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO MAIS COERENTE COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA*

DIRITTO INDIVIDUALE OMOGENEO: IN BUSCA DI UNA INTERPRETAZIONE PIÙ COERENTE CON IL DIRITTO FONDAMENTALE DI ACESSO A GIUSTIZIA

Luciano Picoli Gagno

RESUMO

O estudo em foco tem como ponto de partida uma análise da interpretação majoritária do termo: direito individual homogêneo, que o discerne de maneira mais complexa do que a prevista na letra lei, ou seja, não só como advindo de origem comum, mas também como portador de uma predominância de questões comuns, sob o argumento, de que, somente desta forma se teria a adequação necessária no manejo de ações coletivas para a proteção desses direitos, proporcionando aos cidadãos os efeitos esperados de qualquer demanda judicial. Contudo, partindo da perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça, que envolve outros postulados como: democratização do acesso, eficácia das técnicas e economia processual, sustenta-se aqui, a necessidade de uma interpretação literal do dispositivo legal que prevê a definição do conceito de direito individual homogêneo, para que se amplie o manejo dessas demandas e, através desta ampliação, seja possível a fixação de uma enunciado universal, que se torne indiscutível em todas as demais liquidações, dispensando, com isto, provas repetitivas, para facilitar a tutela de direitos massificados.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – AMPLIAÇÃO DA TUTELA COLETIVA – ACESSO À JUSTIÇA

RIASSUNTO

Lo studio in fuoco ha come punto di partenza un'analisi dell'interpretazione predominante del termine: diritto individuale omogeneo, che il discerne di maniera più complessa che la prevista in la lege, ossia, non solo come oriundo di origine comune, ma anche come portatore di una predominanza di questioni comuni, sotto l'argomento, di che, solo di questa maniera se ha l'adattamento necessario in maneggio d'azioni collettivi per la protezione di codesti diritti, atto a proporzionare a i cittadini gli effetti aspettati di qualunque lite giudiziale. Peraltro, a partire di una prospettiva del diritto fondamentale d'accesso a giustizia, che involge altri postulati come: democrazia del accesso, efficacia delle tecniche e economia processuale, si sostiene qui, la necessità di

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

un'interpretazione letterale del dispositivo legale che definisce il concetto di diritto individuale omogeneo, per ampliare il maneggio di codesti liti e, attraverso di questa ampliazione, sia possibile la fissazione di un enunciato universale, che si renda indiscutibile in tutte le liquidazioni, a dispensare, con ciò, prove frequenti, per facilitare la tutela degli diritti di le masse.

PAROLE CHIAVE: PAROLE-CHIAVE: DIRITTO INDIVIDUALLE OMOGENEO – AMPLIAZIONE DI LA TUTELA COLLETTIVA – ACCESSO A GIUTIZIA

1 INTRODUÇÃO

O estudo desenvolvido no presente artigo é, na verdade, oriundo de uma inquietação advinda do seguinte questionamento: por que os direitos individuais, mesmo tendo uma origem comum, de fato ou de direito, próxima ou remota[1], podem não ser considerados homogêneos para serem tutelados coletivamente?[2]

Tal questionamento foi construído, a partir dos ensinamentos de respeitada doutrina nacional, para quem os direitos individuais, mesmo possuindo uma origem comum, podem ser heterogêneos, por não possuírem predominantemente questões comuns no centro da discussão[3], o que retiraria a utilidade de uma ação coletiva envolvendo tais direitos[4].

Para a referida corrente doutrinária, uma ação coletiva envolvendo direitos individuais que, apesar de terem origem comum, não tenham homogeneidade, ou seja, predominância de questões comuns, não teria a efetividade dela esperada, pois ao final da demanda, surgiriam inúmeras liquidações individuais, iguais a quaisquer outros processos de conhecimento, demandando a produção de provas complexas sobre a causa do dano e, por isto, não seria justificável que o individuo ficasse esperando pela tutela coletiva[5].

Diante de tal argumento, emergiram, como num processo dialético[6], os seguintes contra-argumentos: 1 A efetividade da tutela coletiva não está centrada exclusivamente no fator tempo; 2 O fator tempo, além do fator segurança, são muito mais vilipendiados, quando se tem a obrigação de se rediscutir questões complexas e idênticas em milhares de processos; 3 O indivíduo, muitas vezes, não tem condições financeiras e culturais de sustentar um litígio complexo contra uma grande corporação e; 4 O individuo, não é obrigado, em caso de existência de uma demanda coletiva, a esperar seus resultados, para depois poder demandar individualmente em juízo, principalmente quando o seu caso envolver uma situação emergencial.

Frente a tais constatações, principalmente da última acima enumerada, surgiu o interesse pelo estudo da efetividade das ações coletivas para a proteção de direitos individuais e, por via de consequência, da técnica de extensão da coisa julgada positiva das ações coletivas, para as ações individuais (previstas no artigo 103, III, §3º do CDC)[7], bem como da técnica de adesão do indivíduo, autor de demanda individual, que tramite concomitantemente com a coletiva, aos resultados benéficos desta (prevista

nos artigo 104 do CDC)[8], ambas utilizáveis em qualquer caso de ação coletiva, independentemente do direito coletivo *lato sensu* tutelado – o que será visto mais a frente, por se entender, que os efeitos proporcionados pela tutela coletiva no plano individual, são determinadamente influenciados pelo manejo de tais técnicas.

Em verdade, fora visualizado em tais técnicas, fortes *topoi*[9] de argumentação legal, que robustecem os fundamentos justificadores de uma dilação na compreensão do termo homogêneo, alargando, por conseguinte, o cabimento das ações coletivas para a proteção de direitos individuais, vez que, insista-se, com base nas técnicas acima, o indivíduo, caso haja urgência na sua causa, não precisa esperar inerte por uma providência de âmbito coletivo, podendo agir e ainda aderir a resultados coletivos positivos, o que será visto mais a frente, infirmando assim, os argumentos lançados pela restrição do termo homogêneo, fundados numa suposta demora e ineficácia de uma proteção coletiva abrangendo os direitos individuais supostamente “heterogêneos”.

Em verdade, através do estudo de tais técnicas, bem como da própria questão afeita à efetividade da ação coletiva para proteção de direito individuais supostamente “heterogêneos”, pretende o trabalho desenvolvido, juntamente com a ajuda de outros argumentos, sugerir uma ampliação do conceito de homogeneidade, a fim de se estender as possibilidades de ajuizamento de demandas coletivas para a proteção de direitos individuais com origem comum, ainda que estes não possuam uma identidade predominante de questões, certo de que, o hipotético tempo gasto a mais na espera de uma sentença coletiva, ou com uma liquidação mais complexa, pode trazer economia de atos, tempo e recursos financeiros em milhares de processos, além de ser recompensado pela segurança proporcionada por um processo coletivo, que só gera resultados positivos aos indivíduos, de maneira uniforme, e é conduzido por um ente legalmente legitimado que, normalmente, é portador de uma estrutura técnica e financeira superior a da fruída pela maior parte dos indivíduos brasileiros.

Contra as compreensões reducionistas das virtudes do processo coletivo, Cappelletti ensina que:

A negação da “justiçabilidade” das situações jurídicas difusas ou coletivas, uma negação ainda hoje muitas vezes pronunciada pelos Tribunais italianos e de muitos outros países, é a lógica, coerente conclusão de concessão de ação como demanda de tutela de um direito do qual o autor é, ou se afirma ser, o titular. Tal negação é, por isto, ao mesmo tempo, uma ofensa às mais vitais exigências da realidade contemporânea, exigências que a própria Constituição traduz em termos de liberdade fundamental.[10]

Dessa maneira, com base nos contra-argumentos mencionados acima, será discutida a efetividade do processo coletivo, sob a perspectiva do indivíduo e dos seus respectivos direitos individuais, pois é certo, que o tratamento molecular das controvérsias não pode permitir que se olvidem as necessidades subjetivas dos seus destinatários[11].

Neste sentido, mostra-se indispensável uma compreensão da importância do processo coletivo que, ao mesmo tempo, permita o mais amplo tratamento molecular dos litígios e a satisfação dos anseios individuais a eles ligado, sem que, para tanto, a pessoa precise conduzir um processo todo isoladamente, assumindo os riscos de uma demanda individual e se excluindo dos resultados favoráveis obtidos no processo coletivo, e nem precise aguardar inerte o desenrolar de uma ação coletiva para se ver abrangida pelos

seus efeitos benéficos, premissas estas, que se traduzem na possibilidade de se compreender o termo direito individual homogêneo como aquele advindo de origem comum somente, sem a exigência da predominância de questões comuns, e de se admitir a concessão de tutelas de urgências individuais, em processos individuais, sem que isto impeça a adesão da parte aos efeitos positivos de um processo coletivo, tenha ele sido proposto anteriormente ou posteriormente à demanda individual, e sem que tal adesão, com a respectiva suspensão do processo individual, redunde em perda da eficácia da liminar deferida individualmente.

Tendo o processo escopos sociais, políticos e jurídicos a perseguir[12], ele jamais poderia eximir-se de buscar interpretações e técnicas que permitam, cada vez com mais propriedade, o alcance dos referidos escopos.

A tutela coletiva, sendo regida atualmente por um microsistema, que tem como núcleo a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, deve ser compreendida mediante uma interpretação integrada deste universo normativo, que deve interagir e jamais permitir uma inversão de valores.

Como o presente trabalho discutirá uma maior integração da tutela individual com a tutela coletiva e uma maior abrangência desta sobre aquela, os principais dispositivos legais a serem utilizados como pilares da discussão realizada, serão os artigos 81, Par. único, III, 103, III e §3º, e 104, todos do CDC[13], que, em síntese, disciplinam o conceito de direitos individuais homogêneos, a extensão da coisa julgada produzida no processo coletivo sobre os direitos individuais, que só são alcançados para serem beneficiados, e um mecanismo para que os autores de demandas individuais que tramitem concomitantemente com a coletiva, também sejam abrangidos pelos efeitos positivos da coisa julgada produzida no processo coletivo.

Vivendo o estudo do processo civil hodierno sob o paradigma da instrumentalidade[14] e dos direitos fundamentais[15], a interpretação do termo homogêneo e dos dispositivos legais acima mencionados não pode mais ser forjada unicamente de maneira literal, com propensão a resultados meramente declaratórios e, muito menos, a resultados restritivos, mas sim de maneira teleológica[16], recorrendo-se talvez até a analogia, para se obter resultados mais extensivos à proteção dos direitos e interesses coletivos e individuais integradamente, o que parece ser mais consentâneo com a função e a importância do processo na vida de todos os jurisdicionados, pois, como nos lúcidos dizeres de Bedaque:

É preciso, portanto, eliminar do processo os formalismos inúteis, desconsiderando-se-os sempre que os objetivos almejados possam ser conseguidos independentemente deles. Na mesma medida em que o processo é instrumento de realização do direito material, a forma constitui instrumento destinado a que o processo alcance os objetivos dele esperados e que constituem sua razão de ser. A forma não é fim, é meio. E como tal deve ser tratada[17].

Além dos dispositivos objetos do presente estudo e da concepção constitucional e instrumentalista do processo e do acesso à justiça adotadas neste texto, deve-se dar ênfase também a outros princípios que nortearam o respectivo estudo, tais como os da: universalidade da jurisdição[18], inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva, tutela jurisdicional coletiva diferenciada, devido processo social, absoluta

instrumentalidade da tutela coletiva, interpretação pragmática[19] e máxima interação entre as tutelas coletivas e individuais, sendo este último, uma consequência lógica extraível da análise realizada no trabalho ora enfocado.

Assim sendo, passa-se nos tópicos seguintes, ao exame dos fundamentos acima propostos, em busca de uma conclusão consentânea com estes, destacando-se, dentre os mesmos, o direito fundamental de acesso à justiça.[20]

2 A DEFINIÇÃO DO TERMO HOMOGÊNEO

Não obstante o CDC, em seu art. 81, Par. Único, III[21] defina os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles de origem comum, Grinover complementa tal conceituação, afirmando que:

Parece evidente, no entanto, que a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente.[22]

Conforme se pode observar, para a precitada autora, não basta haver origem comum para que a homogeneidade dos direitos individuais reste configurada, sendo necessária, que haja também, nos casos concretos, uma prevalência das questões comuns sobre as individuais a justificarem a tutela coletiva do respectivo direito, o que, em verdade, deriva do direito americano, berço das *class actions for damages* e que vê, no requisito mencionado, um pressuposto lógico para a existência da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, outro requisito a ser observado para a admissão da demanda coletiva visando à tutela de direitos individuais naquele país.[23]

Em diversas decisões, os Tribunais americanos vêm inadmitindo *class actions for damages*, principalmente nos casos de danos causados por vício do produto[24], onde as idiossincrasias individuais podem ser determinantes no resultado de um processo, o que retiraria a eficácia e a utilidade de uma hipotética decisão coletiva[25], pois, mesmo após uma sentença reconhecer o dever de indenizar, o que poderia demorar muito, o nexos de causalidade ainda teria que ser demonstrado individualmente e, diga-se de passagem, mediante complexos procedimentos periciais, o que geraria ainda mais atrasos.

O argumento acima parece muito razoável e fundado em fortes digressões pragmáticas, todavia, mostra-se imprescindível, ainda que somente para suscitar um importante debate, sem grandes pretensões de infirmar o conceito de homogeneidade predominante, que sejam feitos os seguintes questionamentos: porque um processo que apenas assenta uma premissa maior e genérica, sem maiores demonstrações sobre a causalidade

individual do dano, seria inútil? Será que não haveria nenhum aproveitamento dos atos praticados em seu âmbito? Será que tal aproveitamento não poderia tornar desnecessárias, milhares de reproduções do mesmo ato, trazendo assim, mesmo que de maneira diminuta, uma economia de tempo e dinheiro? Será que em um país como o Brasil, onde os direitos de massa carecem tanto de proteção em decorrência de inúmeros fatores, tais como econômico, cultural, entre outros, o entendimento norte-americano deve prevalecer?

Antes de se adentrar ao tópico seguinte, faz-se relevante somente uma explicação, que justifica a opção americana no tratamento dos direitos individuais homogêneos, qual seja: nos Estados Unidos, as indenizações são fixadas no próprio processo coletivo, para toda a classe ou com alguns ajustes para certos segmentos dela, e não mediante processos de liquidação individuais como no Brasil, sendo certo que, por isto, o procedimento de “liquidação” lá é diferenciado, admitindo-se no máximo uma distinção entre grupos da mesma classe, conforme bem ensina Bueno, aduzindo que:

Nestes casos, os Tribunais podem assumir três diferentes tarefas tendo em vista o acolhimento do pedido formulado. Devem resolver sobre a responsabilidade do réu, calcular o montante de danos sofridos à (ou pela) classe litigante, e, por fim, distribuir aos (ou cobrar dos) membros da classe, enquanto indivíduos que são, sua proporção exata na quantificação do dano. Pra tanto, é bastante comum que, para a consecução de um ou de outra destas etapas, haja necessidade de fragmentação ou individualização da classe[26].

Por rumo convergente, segue Grinover, ao descrever o procedimento das *class actions for damages*, explicando que: “numa etapa posterior, passa-se à liquidação dos danos, culminando na sentença final de liquidação”. [27]

Nota-se assim, que nos EUA, a sentença de liquidação é una, não havendo processos de liquidação distintos e individuais como no Brasil, concluindo-se, portanto, que o procedimento estabelecido para fixação das indenizações individuais justifica a opção dos norte-americanos por um conceito tão rígido de homogeneidade – o que não é o caso do Brasil, mesmo porque, se não houvesse tal rigor na respectiva conceituação, poderia haver uma grande injustiça na fixação das indenizações que, insista-se, nos EUA, são fixadas na própria demanda coletiva[28].

No ensejo, deve ser feito o registro de que, nos EUA, mesmo diante do óbice procedimental existente, ainda assim, algumas demandas coletivas envolvendo direitos individuais supostamente “heterogêneos” têm sido admitidas, o que se iniciou principalmente a partir de meados dos anos 80, com o exame de casos envolvendo o “Agente Laranja” – produto químico utilizado na guerra do Vietnã e que trouxe diversos danos aos militares e seus familiares. [29]

Confirmando o que vem sendo espriado, Arenhart informa que:

Notabiliza-se, na jurisprudência recente dos Estados Unidos, o caso envolvendo as vítimas do amianto (que ultrapassam o número de 87.000), cujas pretensões indenizatórias foram tratadas de diversas formas na evolução da jurisprudência americana a respeito da ação de classe, sendo um dos ícones na atual tendência à admissão da tutela coletiva de interesses indenizatórios[30].

Vendo o exemplo trazido na citação acima, percebe-se como o alargamento da via das ações coletivas para proteção de direitos individuais homogêneos pode ser eficaz, já que, em caso contrário, mais de 87.000 pessoas entrariam com demandas individuais onde se discutiria além do dano, sua extensão e do nexo causal, a nocividade do amianto e a sua capacidade de produzir certos malefícios específicos no corpo humano.

Conclui-se assim, que não é tão escorreita a afirmativa concernente à suposta inefetividade de ações coletivas para a proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, que só possuam em comum a origem, sem a prevalência de questões comuns, o que será mais profundamente discutido nos tópicos seguintes.

3 A QUESTÃO DA EFICÁCIA (O TEMPO, A SEGURANÇA E O ACESSO À JUSTIÇA PLENO) NOS CASOS DE TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS SUPOSTAMENTE “HETEROGÊNEOS”

Para aqueles que refutam a utilidade das ações coletivas para a proteção de direitos individuais que, apesar de terem a mesma origem, supostamente não são homogêneos, por não possuírem identidade predominante de questões, o principal argumento centra-se na efetividade e economia processual.[\[31\]](#)

Neste contexto, Grinover afirma que:

Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida.[\[32\]](#)

Percebe-se assim, que um processo coletivo envolvendo direitos individuais supostamente “heterogêneos” seria ineficaz, ou seja, não se prestaria aos fins inerentes ao processo judicial, de pacificação social com a resolução da crise de direito material[\[33\]](#), o que, todavia, tentar-se-á demonstrar adiante, que não é bem assim.

Parece irrefutável, de fato, que, quanto menor a predominância de questões comuns em um processo coletivo, que vise à tutela de direitos individuais, menor será a eficácia da sentença proferida em seu bojo, o que, todavia, não significa dizer que a mesma será totalmente ineficaz, e por isto, vedada aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro[\[34\]](#).

Para que se torne mais tangível a conclusão ora defendida, permita a utilização de um exemplo, similar ao que fora utilizado em outro texto para justificar posição distinta da presente[\[35\]](#): Imagine que tenha sido ajuizada uma ação coletiva, visando à reparação dos danos causados pelo uso de um produto; na ação, articula-se o argumento de que tal produto é nocivo a saúde, tendo causado danos a inúmeras pessoas, e que tal informação não fora divulgada pelo fabricante.

Bem, com base nas regras do ônus da prova, será imprescindível a realização de uma perícia, apta a comprovar a alegação de que o produto em questão causa mal a saúde; realizada a referida perícia e constatada a alegada nocividade, é proferida sentença genérica, na qual se condena o fabricante do produto a indenizar os consumidores, pelos danos causados.

Segundo a corrente doutrinária ora enfocada, um caso como este jamais seria tutelável mediante uma ação coletiva, pois as questões individuais se sobreporiam as coletivas, já que seria possível a formulação de exceções pessoais[36], fundadas, por exemplo: no conhecimento da nocividade do produto, a pré-existência de doenças ou uma pré-disposição genética, o uso de outros produtos com o mesmo componente nocivo, entre outros[37], o que ao final, obrigaria uma liquidação com provas periciais de altíssima complexidade a serem produzidas, demandando muito tempo e retirando, com isto, toda a efetividade do processo coletivo[38].

Em contrapartida, parece que algumas benesses advirão sim do processo coletivo ora comentado, em prol dos indivíduos afetados pelo produto nocivo, sendo que tal afirmativa pode ser propalada com base em diversos motivos.

Inicialmente, o primeiro benefício perceptível no caso em exame, é a fixação de uma premissa maior, em decorrência do processo coletivo, a partir da qual todos os casos concretos que se subsumirem a ela serão resolvidos do mesmo modo, ou seja, a partir do referido processo coletivo não se discutirá mais em nenhuma liquidação, a nocividade do produto em questão, possuindo a sentença coletiva efeito semelhante ao de uma lei.

Neste sentido, cumpre reprimir que tal premissa já fundada, evita que nas liquidações individuais se retome a discussão sobre a questão por ela respondida e, conseqüentemente, dispensa que cada indivíduo produza prova pericial sobre a nocividade do produto em questão, ou seja, milhares de provas periciais podem ser evitadas pela fixação da premissa maior mencionada, o que só será feito por meio de um processo coletivo.

Em caso de inexistência do referido processo coletivo, ou seja, caso cada indivíduo tivesse que demandar em juízo para comprovar a nocividade do produto objeto da ação coletiva, teria cada um de produzir uma prova pericial no seu processo individual.

Obviamente, tal obstáculo poderia ser ultrapassado com o instituto da prova emprestada, todavia, nem sempre uma pessoa comum ou o seu advogado teriam meios de obter a prova já produzida em outro processo, sendo certo, também, que dificilmente o fabricante do produto requereria a juntada de tal prova, se a mesma tivesse conteúdo desfavorável a ele, o que, ainda que fosse feito, não vincularia o magistrado.

Percebe-se assim, que a premissa genérica firmada no processo coletivo em exemplo, apesar de “menos” eficiente que o almejado pela doutrina, possibilitaria a não repetição do mesmo ato em inúmeros, talvez milhares de processos.

Como corolário de tal situação, não há como se negar, que uma quantia significativa de dinheiro seria economizada, seja por parte do consumidor, seja por parte do Réu – em caso de inversão do ônus da prova[39], o que, permita a descontração, só não seria bom para os peritos.

Não bastasse a economia de atos processuais e de dinheiro mencionadas, há que se salientar, ainda, outro argumento, relativo à redução do tempo dos processos individuais, o que seria uma consequência lógica da redução de atos processuais.

Ora, se em um processo era necessária a realização de duas perícias, como no exemplo retro formulado, uma para se constatar a nocividade do produto e, outra, para se constatar onexo causal, com o manejo ampliado da ação coletiva, só seria exigível a realização da perícia para demonstração do nexo causal, o que geraria uma economia de tempo no processo específico e, por efeito cascata, em todos os outros processos que concorressem à um julgamento com aquele específico, principalmente se pensado for, que, ao invés de uma perícia para comprovar a nocividade do produto, com a demanda coletiva em estudo poderia se impedir a realização de mais de mil pericias em todo o Brasil, para a obtenção da mesma conclusão, ou seja, milhares de processos poderiam ser ter seus cursos acelerados, o que traria um reflexo positivo inexorável para os demais processos em trâmite, ainda que alheios a demanda coletiva.

Outrossim, a ação coletiva versando sobre direitos individuais supostamente “heterogêneos” teria como virtude, ainda, ao fixar a premissa maior referida nos parágrafos anteriores, proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Isto porque tornaria impossível, ao menos em tese, em virtude dos seus efeitos *erga omnes*, uma decisão que contradissesse tal premissa, nos mais diversos casos individuais, ou seja, evitaria que uma demanda fosse julgada procedente, por reconhecer a nocividade do produto e o nexo causal, e outra fosse julgada improcedente, por entender que o produto não é nocivo à saúde, o que, felizmente ou não, é plenamente possível no modelo doutrinário ora discutido, que prima pelas demandas individuais, em virtude do princípio da livre apreciação motivada das provas^[40], prevista no artigo 131 do CPC^[41].

Falando dos benefícios corolários do tratamento molecular das lide individuais, Mendes ensina que:

[...] os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamento de teor variado, se apreciadas de modo singular.^[42]

Além dos fundamentos supra, resta ainda consignar, que uma ação coletiva envolvendo direitos supostamente “heterogêneos”, ou seja, somente de origem comum, teria ainda uma função educadora, ou melhor, de conscientização, já que a maior parte da população não tem qualquer informação sobre a vastidão e a amplitude dos direitos próprios e alheios, nem dos meios para efetivá-los^[43], o que seria colocado em mais

evidência, permitindo assim um maior acesso à justiça, em termos quantitativos, se alargada fosse à via das ações coletivas para proteção de direitos individuais.

Por fim, além da falta de informação, deve-se alertar ainda para a falta de recursos financeiros suportada pela população, que fica impedida de contratar profissionais e mais, profissionais de boa qualidade, que tenham a real noção da importância da função que exercem e que tenham conhecimentos profundos sobre o direito, o que, na verdade, se mostra como mais um dos fundamentos a justificar a dilação da via das ações coletivas para proteção de direitos individuais, pois estas são, em verdade, a genuína expressão do direito de acesso a justiça, que nos dizeres de Miranda:

[...] impõe outrossim ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal.[\[44\]](#)

A carência financeira da maior parte da população pode ser invocada também, com base nos custos inerentes a produção de prova pericial, o que, apesar de ser passível de inversão, poderia gerar muitos problemas, pois a inversão possui alguns requisitos que nem todos os magistrados poderiam considerar preenchidos nos diversos casos concretos[\[45\]](#), o que às vezes, causaria o entupimento dos Tribunais com recursos - mais do que já estão, sendo certo ainda, que existem correntes, a defender que a inversão só é cabível em caso de relação de consumo[\[46\]](#), além dos que falam que a inversão do ônus da prova não significa inversão do custo da perícia[\[47\]](#), o que, em verdade, em muitos casos esvazia o próprio sentido de tal técnica, mas sem dúvida alguma, traria muitas decisões paradoxais.

Todos os argumentos ora explanados, apesar de serem passíveis de ponderação como qualquer outro argumento[\[48\]](#), se encontram em total consonância com os escopos[\[49\]](#) e princípios do processo, principalmente os do processo coletivo.[\[50\]](#)

Dentre os princípios que respaldam o posicionamento ora adotado, não parece demasiado lembrar o princípio da universalidade da jurisdição, reconhecido por Grinover como ligado ao princípio do acesso à justiça, mas que:

[...] assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar a justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.[\[51\]](#)

Como se pode perceber, somente com o manejo mais amplo das demandas coletivas é que o direito fundamental de participação[\[52\]](#) e acesso à justiça[\[53\]](#) do indivíduo será integralmente preservado, pois as ações coletivas para a proteção de direitos individuais permite uma divulgação muito mais ampla da existência do direito e da sua tutela, fazendo com que os mais humildes tenham um real acesso à justiça e cumprindo com o escopo político do processo[\[54\]](#), sem falar no prestígio ao princípio da econômica processual que isto traz[\[55\]](#), ainda que seja somente para evitar a repetição de atividades instrutórias sobre questões idênticas.

Nesse patamar, se pode concluir pela necessidade de observação do *topos*^[56] de argumentação ora construído, concernente à ininterrupta interação que sempre deverá haver entre a tutela coletiva e a individual, justificando um uso mais amplo daquela, pois mostrou-se aqui, de maneira sólida, a influência positiva, ainda que diminuta, que a tutela coletiva pode sempre exercer na proteção dos direitos individuais homogêneos, o que, conforme visto, ocorrerá ainda que não exista a denominada prevalência de questões comuns.

Nós tópicos seguintes, será demonstrado também, a fim de se robustecer o princípio da máxima interação entre as tutelas coletivas e individuais, a influência da tutela individual sobre a efetividade dos processos coletivos.

4 A POSSIBILIDADE DE SE DEMANDAR INDIVIDUALMENTE EM CASOS URGENTES E A TÉCNICA DE ADESÃO AO RESULTADO POSITIVO DE UM PROCESSO COLETIVO, PARA AS DEMANDAS INDIVIDUAIS QUE TRAMITEM CONCOMITANTEMENTE

Um dos argumentos a justificarem a ampliação da via da ação coletiva para proteção de direito individuais, concerne à possibilidade de o indivíduo poder demandar isoladamente, independentemente da existência ou não de uma ação coletiva, podendo, inclusive, obter uma tutela de urgência na demanda individual e, ainda, aderir ao resultado positivo da respectiva demanda coletiva, o que ajuda a infirmar o argumento de que um processo coletivo envolvendo direitos individuais supostamente “heterogêneos” seria ineficaz.^[57]

Ora, se demonstrada está a economia, a segurança, e o fato da tutela de urgência individual não ficar prejudicada com o manejo de ações coletivas para proteção de direito individuais supostamente “heterogêneos”, como afirmar que tal ação seria ineficaz?

No afã de se robustecer toda argumentação acima despendida, que se encaminha no sentido da ampliação do conceito de homogeneidade e, conseqüentemente, na dilação da via da ação coletiva para proteção de direitos individuais, deve-se alertar, para o fato de que o indivíduo não é obrigado a aguardar e a se submeter à coisa julgada coletiva, podendo, insista-se, obter tutelas de urgência individualmente, e pleitear a sua adesão ao processo coletivo, para se beneficiar de um resultado positivo, sem que isto acarrete a perda da eficácia da medida de urgência, sendo certo que, qualquer interpretação conflitante com a ora esposada, conflitará também com o direito fundamental de acesso à justiça.^[58]

O artigo 104 do CDC prevê em seu bojo, uma técnica que tem por objetivo, justamente, permitir que os autores de demandas individuais, adiram aos resultados positivos de uma demanda coletiva, estabelecendo, para tanto, um procedimento, previsto da seguinte maneira:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva[59].

Conforme se pode observar, cabe ao magistrado cientificar nos autos da demanda individual, o respectivo autor, informando-lhe da existência de demanda coletiva com objeto extensível a sua, pouco importando, que o processo comum tenha sido instaurado antes ou no curso do processo coletivo.

Assim sendo, diante de uma situação emergencial, poderá o indivíduo ingressar com a sua demanda, ainda que já exista uma coletiva em trâmite, obter uma tutela de urgência que impeça a ocorrência de danos irreparáveis e, depois, requerer a sua adesão aos resultados positivos da demanda coletiva.

A solução acima construída mostra-se em total confluência com os ditames da norma constitucional, que em seu artigo 5º, XXXV[60], preconiza que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito, bem como, com os demais princípios aplicáveis especificamente ao processo coletivo[61].

O princípio constitucional do acesso à justiça, jamais poderá ser visto somente como uma ordem de abstenção ao Estado, muito pelo contrário, seu conteúdo reflete uma obrigação estatal de atender, mediante prestações positivas, ao direito humano inerente a qualquer pessoa, de ver, para se sentir digno, os seus direitos integralmente respeitados. Navegando em rota confluyente, Arenhart afirma que:

Efetivamente, quando se diz que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou a ameaça a lesão de direito (sic), não se pode pretender interpretar esta regra da maneira simplista, com o sentido de que a vedação limita-se à previsão de regras que impeçam o jurisdicionado, *diretamente*, queixar-se perante a Justiça brasileira. Isto porque seria muito fácil burlar esta regra (se tivesse apenas este sentido), prevendo expedientes que, embora não impedissem o acesso ao Judiciário, tornariam isto muito difícil, custoso ou demorado. Indubitavelmente, estas regras também impedem, ainda que de forma *indireta*, o acesso à justiça, na medida em que tornam isto *praticamente* impossível (ainda que em tese viável).[62]

Diante do direito fundamental de acesso à justiça, que impõe prestações positivas ao Estado[63], ainda que inexista uma previsão legislativa expressa e específica, o magistrado não só poderá, como deverá criar o procedimento adequado, conforme o caso concreto, para impedir a consumação de um dano irreparável, conforme se extrai dos dizeres de Marinoni, que sobre a possibilidade em voga manifestou-se da seguinte forma:

As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei *e as omissões do legislador*, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica[64].

Assim sendo, mostra-se irrefutável a conclusão ora alcançada, bem como a sua complementação, no sentido de não se poder impedir que a tutela de urgência mantenha a sua eficácia, mesmo diante da suspensão da demanda individual pelo requerimento de adesão a coisa julgada coletiva positiva.

Aliás, como o artigo 266 do CPC[65] permite a adoção de providências urgentes, mesmo estando suspenso o processo, um pedido de liminar poderia ser realizado, ainda que a demanda individual já estivesse suspensa, podendo também, a parte contrária, requerer a sua revogação a qualquer momento, desde que haja substrato para tanto.

Perceba que negar o direito de adesão ao resultado positivo do processo coletivo, à parte que ingressou com uma demanda individual e obteve uma liminar, seria aviltar os princípios do acesso à justiça, da universalidade da jurisdição[66], da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva[67], da máxima interação entre as tutelas individuais e coletivas, sem falar na isonomia, pois seria injustificável tratar de maneira diferente dois indivíduos com ações ajuizadas perante o Judiciário, somente porque em uma delas existe uma situação emergencial e na outra não, não restando maiores dúvidas, então, sobre a possibilidade de serem adotadas as providências em foco.

Em verdade, os problemas surgem, quando se afirma que a técnica em debate pode ser utilizada, independentemente do direito coletivo que se pretenda ver tutelado com a respectiva ação; isto porque, alguns poderiam pensar que a regra em comento não se aplicaria as ações coletivas para proteção de direitos individuais homogêneos, tendo em vista a remissão exclusivamente aos incisos I e II do Par. único do art. 81 do CDC[68], contida na primeira parte do dispositivo em questão, o que conduziria o operador do direito, neste caso, a aplicação da regra da suspensão por prejudicialidade, prevista no artigo 265, IV, *a* do CPC[69], sob o argumento de que o autor individual seria parte também no processo coletivo e que, por isto, a sua causa de pedir e pedido estariam abrangidos por este, num fenômeno semelhante ao da continência, que só não exigiria a reunião dos processos, em virtude de um argumento de política judiciária, tendo em vista o caos que esta providência geraria[70].

Não obstante a estas possíveis conjecturas, certo é que não há como se falar em continência do processo individual com o coletivo por diversos motivos (ausência de identidade entre as partes – que podem se excluir dos efeitos da demanda coletiva, entre as causas de pedir, ausência de abrangência do pedido coletivo sobre o individual)[71], sendo o principal, o fato de o instituto da continência ter sido criado única e exclusivamente para processos individuais, ou seja, quando se pensou na sua concepção, os problemas que deviam ser solucionados, eram problemas afeitos unicamente a processos individuais, devendo este argumento sempre ser levado em conta, quando da interpretação das normas relativas ao processo coletivo, como bem preconiza Arenhart, dizendo que:

Realmente, muito da dificuldade do Judiciário em lidar com a tutela coletiva deve ser tributado à dificuldade em se livrar das amarras postas pelo pensamento que informa a tutela individual e seus institutos. Talvez o grande defeito da praxe jurídica atual, no campo da tutela coletiva, seja a incessante tentativa de usar, para ela, institutos emprestados da tutela de direito individuais. Esta é a razão pela qual se vê decisões totalmente desajustadas à realidade dos direitos coletivos.[72]

Não se pode transportar uma regra de uma realidade para outra, por puro apego a dogmas, sem antes refletir sobre os efeitos que isto trará ao direito fundamental de acesso à justiça, direito este, o qual todas as demais regras processuais devem servir^[73], visando sempre o alcance dos escopos jurisdicionais, como bem afirma Dinamarco, no seguinte sentido:

O *endereçamento positivo* do raciocínio instrumental conduz à idéia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica na instrumentalidade do sistema processual.^[74]

Além disto, não há qualquer razão para que a lacuna deixada pelo artigo em estudo não possa ser suprida mediante o uso da analogia, conforme previsto no artigo 126 do CPC.^[75]

Em sentido convergente, Gidi afirma que:

Pensamos que a melhor solução, *in casu*, é interpretar o art. 104 do CDC como aplicável a toda e qualquer ação coletiva, em defesa de direitos difusos, de direitos coletivos ou de direitos individuais homogêneos.^[76]

Assim sendo, pode-se concluir o presente tópico com a seguinte asserção: de nada atrapalharia os direitos individuais, uma ação coletiva para proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, visto que, ao indivíduo, sempre restaria aberta a possibilidade de demandar individualmente uma tutela de urgência e, ainda, aderir aos efeitos positivos de uma ação coletiva, que por ter solução com eficácia *erga omnes*, em caso de positiva, reduziria o módulo de prova de milhares de ações individuais.

A fórmula acima apresentada é uma prova de como as demandas individuais podem refletir positivamente na eficácia das demandas coletivas, que restariam ineficazes na hipótese contrária a ora defendida, influência esta, que na verdade é recíproca e decorrente do princípio da máxima interação entre as tutelas individuais e coletivas.

5 O POSSÍVEL ESVAZIAMENTO DA INADEQUADA COMPREENSÃO DO TERMO HOMOGÊNEO, PELOS MECANISMOS DE EXTENSÃO DOS EFEITOS BENÉFICOS DAS DEMANDAS COLETIVAS ÀS DEMANDAS INDIVÍDUAIS

Não bastassem todos os fundamentos articulados acima, no sentido de tentar ampliar a compreensão do termo homogêneo e, conseqüentemente, a via da ação coletiva para a proteção de direitos individuais, para horizontes mais longínquos que os atualmente

preconizados pela doutrina, deve-se alertar ainda para o seguinte fato: a restrição causada pela interpretação diminuta do termo homogêneo deverá resultar inócua, na maior parte dos casos, já que poderá ser burlada por meio de demandas que, diante da vedação ora discutida, objetivarão a proteção de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, gerando, da mesma, forma os efeitos individuais benéficos, que poderiam ter sido gerados por uma demanda coletiva para a proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”.

Esta afirmação pode soar um tanto quanto improvável, todavia, com o mesmo exemplo citado no tópico 3 deste texto, é possível se comprovar tal afirmativa, senão observe: Ao invés de ser ajuizada uma ação para proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, para indenização dos consumidores lesados pelos malefícios do produto comercializado, o ente legitimado, sabendo de uma possível barreira que poderia encontrar, ajuíza uma ação visando a tutela de direitos difusos, bastando que, para tanto, ao invés de se requerer a indenização dos lesados, se requeira a condenação do fabricante na obrigação de informar aos consumidores, sobre os riscos decorrente do uso do produto.

Sendo produzida a prova pericial, que determine a nocividade do produto, e sendo proferida sentença, que obrigue o fabricante a informar os consumidores sobre os riscos decorrentes da utilização do produto, os indivíduos, nas suas respectivas demandas individuais poderão, por força do artigo 103, §3.º do CDC^[77], se aproveitar da condenação referida, o que significa dizer, que a prova sobre os malefícios do produto será dispensada nas demandas individuais de liquidação que surgirão; pode soar estranho, mas é o próprio código que fala da possibilidade de se iniciar a liquidação, com base na coisa julgada formada no processo coletivo que verse sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*.

Perceba desta forma a contradição: não obstante a doutrina entenda por ineficaz uma ação coletiva para a proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, o próprio diploma consumerista autoriza a liquidação individual das sentenças proferidas em ações versando sobre direitos difusos e coletivos, muito provavelmente, quase que com certeza, por considerar eficaz tais sentenças, que reduzirão o campo cognitivo do magistrado nas respectivas liquidações.

Em face de tal diagnóstico, surge o seguinte questionamento: será que a extensão benéfica da coisa julgada coletiva, produzida em demanda versando sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, para os processos individuais, não teria qualquer eficácia? Para aqueles que negam a admissibilidade da demanda coletiva para a proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, parece que não, ocorre que, conforme visto durante todo o trabalho seria sim muito eficaz tal extensão, não tendo sido despropositada, portanto, a inclusão de tal técnica no diploma consumerista.

Os mecanismos de extensão dos efeitos benéficos das demandas coletivas às demandas individuais estão previstos, conforme dito na introdução, no artigo 103, III e § 3º do CDC, que contém a seguinte redação:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do III do parágrafo único do art. 81.

§3.º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e a execução, nos termos dos artigos 96 a 99.[\[78\]](#)

Conforme se pode observar, os dispositivos acima expressam claramente a possibilidade de um indivíduo se beneficiar dos efeitos de uma decisão proferida em uma ação coletiva, independentemente do direito coletivo *lato sensu* que tenha sido tutelado por meio dela, conclusão que se extrai em decorrência do supracitado inciso III referir-se especificamente aos direitos individuais homogêneos, enquanto o §3º se refere à coisa julgada disciplinada pelo artigo 16 combinado com o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública[\[79\]](#), que tem como escopo a proteção de direitos e interesse difusos e coletivos *stricto sensu*, como afirma Grinover, que assim manifestou-se sobre tal delimitação:

Percebe-se, pela análise conjunta dos mencionados artigos, que o art. 16 da LACP só diz respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e, quando muito, coletivos), pois a regra permissiva do *non liquet*, por insuficiência de provas, é limitada aos incs. I e II do art. 103, relativos exatamente aos interesses transindividuais supra-apontados.[\[80\]](#)

Após tal constatação, deve-se consignar que, no que tange ao fato da coisa julgada produzida em processos coletivos envolvendo direitos individuais homogêneos beneficiar os indivíduos, não há que se falar em qualquer surpresa, mesmo porque, este é justamente o principal propósito de tais demandas, que têm como objeto justamente a indenização de todos os lesados pela conduta omissiva ou comissiva da parte contrária.

Todavia, o fato da coisa julgada produzida em processo coletivos, envolvendo direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, ser estendida para beneficiar as causas individuais, fundadas no mesmo ato constritor de interesses transindividuais gera, ao menos *a priori*, uma sensação de novo, tendo em vista, que experiência igual somente se vislumbrava quando do aproveitamento da coisa julgada produzida na esfera penal, transportando-a para a esfera cível.

Por este rumo, Grinover também discorre, afirmando que:

Com relação a esse tipo de ações coletivas, a grande inovação do Código do Consumidor está no §3º do art. 103, com o transporte da coisa julgada positiva para beneficiar as pretensões individuais: [...][\[81\]](#)

Para se dar maior palpabilidade às hipóteses concernentes à ações coletivas envolvendo direitos transindividuais, em que se mostra altamente eficiente o transporte da coisa julgada positiva em prol de demandantes individuais, justificando-se, assim, a respectiva técnica, pode ser concebido o seguinte exemplo, envolvendo um interesse difuso hipoteticamente violado por uma empresa, que despeja dejetos em um rio,

degradando, com isto, a flora e a fauna que circundam e dependem deste rio, além da população ribeirinha, que consome a respectiva água e os animais que nela habitam.

Diante de tal quadro, ajuíza-se uma ação coletiva para a proteção do meio ambiente, cujo pedido visa somente à interrupção da poluição, por meio de qualquer medida apta a alcançar este resultado, bem como a restauração da degradação promovida pela poluição despejada pela empresa requerida.

Ressalte-se, que muitas vezes, para os ribeirinhos prejudicados com tal poluição, que tenham padecido com doenças ou até lucros cessantes decorrentes da redução da pesca, seria muito difícil iniciar e prosseguir até o fim em uma ação individual contra a empresa poluidora, normalmente bem estruturada economicamente e instruída juridicamente, motivo pelo qual, a demanda coletiva acima mencionada pode apresentar-se como único meio, às vezes, de auxílio na efetivação dos seus direitos individuais que vêm sendo violados.

Neste contexto, julgada procedente a demanda, a empresa é condenada a parar de despejar detritos no rio, além de ser condenada a restaurar o meio-ambiente ali degradado; observe que a hipotética sentença de procedência proferida na ação coletiva ora utilizada como exemplo, envolvendo interesses difusos, ajudará em muitos os ribeirinhos que tenham ingressado ou venham a ingressar com demandas individuais reparatórias de danos pessoais, pois permitirá que estas já partam da premissa da existência do ato danoso poluidor, que deverá agora, apenas ser conectado ao caso concreto e quantificado, a fim de que haja uma justa reparação, ou seja, grande parte da complexidade que permeia qualquer demanda judicial e que obriga as partes a produzirem prova pericial e debates técnicos, já terá sido resolvida pela coisa julgada concebida no processo coletivo.

Foi esta a visão do legislador, quando fez constar do diploma consumerista, previsão expressa da técnica em estudo, devendo esta visão, por consequência lógica, autorizar também o manejo de ações coletivas para a proteção de direitos individuais, que só possuam uma origem comum, sem a predominância de questões comuns, pois a eficácia dela será igual à já reconhecida às sentenças positivas, proferidas em demandas coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos.

Percebe-se, por meio do exemplo mencionado, a importância do dispositivo em estudo, que constitui uma importante inovação do CDC[82], ao prever a extensão dos benefícios da coisa julgada produzida no âmbito de uma ação coletiva ajuizada para a proteção de interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, para as ações indenizatórias individuais.

Percebe-se também, que a ação utilizada no exemplo, pode ser vista, de maneira complementar, como um meio de auxílio na obtenção da tutela individual, sendo tal finalidade uma decorrência do princípio da máxima interação entre as tutelas coletivas e individuais.

Outrossim, se mantida a mentalidade ora discutida, sobre a compreensão restritiva do termo homogêneo contido na lei, perceber-se-á que o exemplo dado, também servirá como meio de se burlar o controle de admissibilidade de demandas coletivas, porque, se no caso do exemplo, o magistrado não admitisse uma ação coletiva que visasse a

reparação individual dos danos decorrentes da poluição, bastaria que o ente legitimado mudasse a causa de pedir e os pedidos, para, da mesma forma, beneficiar os indivíduos ribeirinhos prejudicados com a poluição, sendo que a coisa julgada produzida nesta ação, se não tivesse eficácia prática e real sobre as demandas individuais, provavelmente não teria sido insculpida no ordenamento jurídico pátrio, mesmo porque, a lei não deve prescrever nada que seja inútil, devendo a sua interpretação ser sempre realizada com vistas aos seus fins sociais.[\[83\]](#)

Para findar o presente debate, cumpre registrar, que o fenômeno ora analisado necessita ser compreendido não só por meio de ilustrações práticas, mas também, teoricamente, à luz do instituto da extensão *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar.[\[84\]](#)

Nas palavras inolvidáveis de Grinover:

Trata-se de fenômeno conhecido, mas até agora restrito, no nosso ordenamento, aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do art. 91, I, CP, a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar os danos causados pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63, CPP e 584, II, CPC). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora, por força do Código de Defesa do Consumidor, quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas.[\[85\]](#)

Conforme se observa, o fenômeno em questão, de extensão dos efeitos positivos da coisa julgada coletiva em favor dos demandantes individuais, decorre de uma ampliação determinada por lei, do objeto do processo coletivo, que, se julgado procedente, passa a abranger o dever de o réu indenizar os indivíduos lesados pelo mesmo ato que lesou os interesses difusos tutelados em espécie.

Neste sentido, cumpre-se apenas reprimir, que tal técnica se encontra em total consonância com o princípio da economia processual[\[86\]](#), vez que impede a prática de atos desnecessários, já praticados com idêntica finalidade em processo distinto, reduzindo-se, assim, o tempo e o custo do processo individual, o que a torna plenamente compatível, também, com o princípio da razoável duração do processo, da instrumentalidade do processo[\[87\]](#) e do acesso à justiça, visto como um direito fundamental sob o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito[\[88\]](#).

Sendo assim, passa-se agora à conclusão do trabalho, com a sistematização das premissas aqui elaboradas.

6 CONCLUSÃO

Conforme dito na introdução, o trabalho ora focado não teve por escopo trazer uma solução para o problema apontado, concernente à correta interpretação do termo homogêneo e seus efeitos reflexos, pois isto seria, por demais, pretensioso.

Em verdade, os raciocínios e argumentos acima desenvolvidos tiveram como objetivo apenas, suscitar um questionamento e um debate a respeito do seu tema, que, dependendo da forma que for compreendido, acarretará diversas mudanças no manejo de ações coletivas para a proteção de direitos individuais homogêneos, sendo certo, também, que tais mudanças refletirão fatalmente no grau de satisfação do princípio do acesso à justiça.

Diante de tudo o que foi exposto, podem ser enumeradas as seguintes conclusões proposta neste texto:

1 – O direito individual homogêneo previsto no diploma consumerista, deve ser compreendido como aquele de origem comum somente, dispensando-se assim, a prevalência de questões comuns, pois aparentemente, esta interpretação se mostra mais coerente com os princípios constitucionais e direitos fundamentais pátrios, já que traz maior efetividade a proteção dos direitos individuais em geral, exprimindo assim, a máxima interação que deverá existir sempre, entre as tutelas individuais e as coletivas.

2 – Corroborando a eficácia das demandas coletivas para a proteção de direitos individuais supostamente “heterogêneos”, mostra-se possível, o manejo de tutelas de urgência individuais, para os casos singulares que detenham alguma situação emergencial, o que, ainda assim, não impedirá que o indivíduo adira aos resultados positivos de uma demanda coletiva, independentemente do direito coletivo *lato sensu* tutelado, e do fato da demanda coletiva ter sido ajuizada antes ou depois da individual, devendo apenas, ser respeitado o procedimento legal, para que tal adesão se mostre lícita, o que acaba externando a influência da tutela individual sobre a eficácia plena das ações coletivas em alguns casos.

3 – A extensão subjetiva da coisa julgada positiva concebida em demanda coletiva, para favorecer os autores de demanda individuais, exprime a eficácia que a formação de uma premissa maior, genérica, tem, para reduzir a via a ser percorrida nas demandas individuais, o que permite, inclusive, burlar-se, em muitos casos, a restrição às ações coletivas para a proteção de direitos individuais, criada pela interpretação do termo homogêneo, como expressão da origem comum, cumulada com a prevalência de questões comuns sobre as individuais.

7 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Lei de Introdução ao Código Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL, Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**. A argumentação e o direito processual de resultados justos, São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. 92-151, abril-junho de 1996.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 23, mai-jun 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Das *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 352, p. 3-14, out-nov-dez. 2000.

_____. Direito Processual Coletivo. In: _____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____ et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte:Mandamento, 2003.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

[1] GRINOVER, Ada Pelegrini. Das *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 352, p. 3-14, out-nov-dez. 2000, p. 9-10.

[2] Ibid., p. 10-11.

[3] Ibid., p. 10-14.

[4] Ibid., p. 10-14.

[5] Ibid., p. 10-14.

[6] VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 23-24.

[7] BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 955.

[8] Ibid., p. 955.

[9] VIEHWEG, op. cit., p. 33, nota 6.

[10] CAPPELLETTI, 1977, apud VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

[11] HABERMANS, 1997, apud REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte:Mandamento, 2003, p. 119.

[12] DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 207-215.

[13] BRASIL. op. cit. p. 952-955, nota 7.

- [14] DINAMARCO, op. cit., p. 13-23, nota 12.
- [15] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113-116.
- [16] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101-102.
- [17] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91.
- [18] GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito Processual Coletivo. In: _____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 12.
- [19] VENTURI, op. cit. p. 135-161, nota 10.
- [20] MARINONI, op. cit., 113-116, nota 14.
- [21] BRASIL, op. cit. p. 952, nota 7.
- [22] GRINOVER, op. cit. p. 10, nota 1.
- [23] Ibid., p. 5.
- [24] Ibid., p. 7.
- [25] Ibid., p. 7-9.
- [26] BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. 92-151, abril-junho de 1996, p. 113.
- [27] GRINOVER, op. cit. p. 6, nota 1.
- [28] Ibid., p. 8.
- [29] ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, MENDES, WATANABE, op. cit. p. 219, nota 20.
- [30] Ibid., p. 219.
- [31] GRINOVER, op. cit. p. 13, nota 1.
- [32] Ibid., p. 11.
- [33] Ibid., p. 13.

- [34] Ibid., p. 10-11.
- [35] Ibid., p. 12.
- [36] Ibid., p. 4.
- [37] Ibid., p. 12.
- [38] Ibid., p. 13.
- [39] CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410-412.
- [40] CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit. p. 67-68, nota 16.
- [41] BRASIL. Código de Processo Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 625.
- [42] MENDES, 2002, apud ARENHART. In: GRINOVER, MENDES, WATANABE, op. cit. p. 216, nota 18.
- [43] DINAMARCO, op. cit. p. 224-225, nota 12.
- [44] MIRANDA, 1993, apud ARENHART. In: GRINOVER, MENDE, WATANABE, op. cit. p. 223, nota 18.
- [45] CAMBI, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 23, mai-jun 2003, p. 17-18.
- [46] CAMBI, op. cit. p. 422-426, nota 39.
- [47] CAMBI, op. cit. p. 18-22, nota 45.
- [48] BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**. A argumentação e o direito processual de resultados justos, São Paulo: Atlas, 2007, p. 104
- [49] DINAMARCO, op. cit. p. 207-215, nota 12.
- [50] VENTURI, op. cit. p. 135-161, nota 10.
- [51] GRINOVER, op. cit. p. 12, nota 18.
- [52] MARINONI, op. cit. p. 430, nota 14.
- [53] Ibid., p. 204-205.
- [54] DINAMARCO, op. cit. p. 233-234, nota 12.
- [55] GRINOVER, op. cit. p. 13, nota 18.

- [56] VIEHWEG, op. cit. p. 33, nota 6.
- [57] GRINOVER, op. cit. p. 11, nota 1.
- [58] MARINONI, op. cit. p. 204-205, nota 14.
- [59] BRASIL, op. cit. p. 955, nota 7.
- [60] BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.
- [61] VENTURI, op. cit. p. 133-161, nota 10.
- [62] ARENHART. In: GRINOVER, MENDES, WATANABE, op. cit. p. 222, nota 18.
- [63] MARINONI, op. cit. p. 205, nota 14.
- [64] Ibid., p. 61.
- [65] BRASIL, op. cit. p. 639, nota 41.
- [66] GRINOVER, op. cit. p. 12, nota 18.
- [67] VENTURI, op. cit. p. 133-161, nota 10.
- [68] BRASIL, op. cit. p. 952, nota 7.
- [69] BRASIL, op. cit. p. 638, nota 41.
- [70] GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 945.
- [71] GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207-208.
- [72] ARENHART. In: GRINOVER, MENDES, WATANABE, op. cit. p. 217, nota 18.
- [73] MARINONI, op. cit. p. 205, nota 14.
- [74] DINAMARCO, op. cit. p. 379-380, nota 12.
- [75] BRASIL, op. cit. p. 625, nota 41.
- [76] GIDI, op. cit. p. 218, nota 71.
- [77] BRASIL, op. cit. p. 955, nota 7.
- [78] Ibid., p. 955.

[79] BRASIL, Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 801.

[80] GRINOVER, op. cit. p. 920, nota 70.

[81] Ibid., p. 931.

[82] GRINOVER, op. cit. p. 911, nota 70.

[83] BRASIL, Lei de Introdução ao Código Civil. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 252.

[84] GRINOVER, op. cit. p. 911, nota 70.

[85] Ibid., p. 911.

[86] Ibid., p. 934.

[87] DINAMARCO, op. cit. p. 206-207, nota 12.

[88] MARINONI, op. cit. p. 204-205, nota 14.

O ACESSO À JUSTIÇA E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO*

THE ACCESS TO JUSTICE AND THE INSTRUMENTAL OF PROCESS

Renato Alexandre da Silva Freitas

RESUMO

Sem sombra de dúvidas, a busca pelo equilíbrio entre tempo e processo é questão tormentosa entre os estudiosos do direito há muitos anos. Com a proibição pelo Estado da justiça de mão própria [proibiu-se a autotutela], com a constitucionalização dos direitos, e o aumento do número de processos, o Judiciário passou a ser obrigado a atender às expectativas de uma jurisdição mais célere e preocupada em fornecer, à parte, uma prestação de tutela adequada. A problemática, envolvendo a morosidade no trâmite e julgamento de processos, levou o legislador a elevar a garantia da razoável duração do processo ao patamar de direito fundamental, não bastando apenas garantir o direito de ação, mas garantir ao cidadão [além do acesso à justiça] uma tutela jurisdicional adequada, efetiva. Nesse sentido, apresenta-se como central a questão do acesso à justiça, da concretização do prazo razoável da jurisdição, da efetivação do processo e da relevância dos meios alternativos de realização da justiça. Dentre as novas técnicas de aceleração processual, apresenta-se às tutelas de urgência como forma de atender à pretensão daquele que demanda, adequadamente.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; EFETIVIDADE; DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; PROCESSO; TUTELAS DE URGÊNCIA.

ABSTRACT

There is no doubt that the search for the balance between time and process has been a tempestuous question among the scholars of law for many years. With the prohibition for the State of the proper hand justice [self-guardianship has been forbidden], with the rights constitutionalization, and the increase of processes number, the Judiciary started to be obliged to take more care of a faster jurisdiction expectations and worried in supplying besides an installment of adequate guardianship. The problematic involving the slowness in the proceeding and judgment of processes conduced the legislator to raise the guarantee of the reasonable duration of the process to the platform of basic right, not being enough only to guarantee the action right, but to guarantee the citizen [beyond the access to justice], an adequate, effective jurisdictional guardianship. In this sense, the issue of the access to justice is presented as central, of the concretion of the jurisdiction reasonable term, of the carry out process and the alternative ways relevance of accomplishment of justice. Amongst the new techniques of procedural acceleration, it

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

is presented the urgency guardianships as a form of taking care of that one who pretension is demanded, adequately.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE; EFFECTIVENESS; REASONABLE DURATION OF THE PROCESS; PROCESS; URGENCY GUARDIANSHIPS.

INTRODUÇÃO

A priori, é importante ressaltar que o presente artigo será embasado em marcos teóricos. Será composto por uma integração entre afirmações de teóricos sobre o tema. Vamos refletir sobre o acesso à justiça, a instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, a duração razoável do processo, a morosidade e suas principais causas e os fundamentos das tutelas de urgência como principal alternativa para realização da justiça.

É uníssono entre os doutrinadores que, para ter um amplo acesso à justiça, é necessária a existência de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social, de uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a plena realização do direito, de instrumentos processuais que permitam a efetividade do direito material, o pleno exercício da ação e da defesa e plenitude da concretização da atividade jurisdicional e de um poder judiciário, adequadamente estruturado, para atender às demandas que se lhe apresentam.

A preocupação com o tema se mostra bastante acentuada entre os processualistas que buscam na legislação brasileira uma saída para corrigir as mazelas do judiciário, no que tange à não-entrega da prestação da tutela jurisdicional, dentro de um prazo razoável. A importância dessa temática mostra-se relevante, quando vislumbramos o processo como instrumento para a realização do desejo do autor da lide e que precisa, no máximo, reduzir o tempo da prestação jurisdicional e satisfazer o direito que lhe assiste.

Balizaremos nosso trabalho sempre no sentido de ter respostas as seguintes indagações: a) A tutela jurisdicional tem se mostrado efetiva a toda população brasileira? b) O juiz sempre está interessado numa correta prestação da jurisdição? c) Há diversidade de procedimentos para melhoria da prestação da tutela jurisdicional? d) Os processos sempre demonstram ser capacitados a produzir precisamente a providência solicitada? e) A prestação da tutela jurisdicional sempre acontece no tempo esperado pela parte? f) Quais os meios alternativos para garantir o acesso à justiça de forma justa?

A TUTELA JURISDICIONAL

Antes de iniciarmos a discussão acerca do acesso à justiça e a instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, analisaremos em qual perspectiva será encarado o processo.

DA AUTOTUTELA À ATUAÇÃO ESTATAL

Em tempos remotos, o Estado não tinha poder suficiente para ditar normas e intervir nas relações sociais e políticas e, com isso, cada indivíduo fazia justiça como bem entendesse [na maioria das vezes pela utilização da força física], prevalecendo a justiça do mais forte sobre o mais fraco.

No entanto, foi no direito romano, que a justiça pública tornou-se sólida e o Estado passou a ter poder suficiente para impor a sua vontade sobre o particular. O Estado passa a proibir o particular de tutelar a sua pretensão, dizendo a cada interessado e participante do conflito quem tem razão em face do conflito no caso concreto. Proibindo a autotutela, o Estado assumiu a jurisdição, impondo aos particulares seu poder de império para a realização da justiça.

No sistema processual brasileiro não foi diferente. Proibiu-se a autotutela e o Estado passou a ser o detentor da função jurisdicional, possuindo o poder de solucionar o conflito existente entre os sujeitos. Nesse diapasão, temos a ponderar que, quando o Estado retira dos particulares a possibilidade de resolver por si mesmos os seus conflitos, ele se torna responsável em prestar ao cidadão um serviço adequado, obrigando-se a tutelar ao titular do direito violado ou ameaçado, tudo aquilo que conseguiria, se a conduta prevista na norma legal fosse atendida sem a sua intervenção. A intervenção do Estado fica nitidamente caracterizada, quando a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra o princípio do acesso à justiça que logo abaixo será estudado (BRASIL, 1988a).

Pelo exposto, tem-se que para cada lide deve o Estado oferecer um instrumento processual capaz de atender às expectativas daquele que demanda. Ocorre que, na maioria das vezes, o Estado-Juiz não oferece esses instrumentos processuais, deixando o titular do direito desfalecido perante sua contenda. O que sempre me pergunto é: será que, no Brasil, há uma diversidade suficiente de procedimentos para melhoria da prestação da tutela jurisdicional ou será que a “culpa” está na estrutura organizacional do Judiciário brasileiro?

Visando sanar as dúvidas supracitadas, passaremos a encarar o processo através de uma visão instrumentalista, o processo enquanto instrumento de prestação de uma tutela adequada.

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL.

No decorrer da evolução do direito processual como ciência, houve três fases distintas: sincretista, autonomista e instrumentalista.

Hoje a ciência processual civil vive calcada numa visão instrumentalista, preocupada com a eficiência do processo, devendo o processualista moderno buscar meios para tornar o processo cada vez mais efetivo. A ciência processual deixou de ser um conjunto de princípios e regras apenas, para assumir caráter instrumental, com a preocupação voltada para os fins a serem alcançados pelo processo. Aqui não podemos deixar de lado também a máxima de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”, no sentido de afirmar que a toda posição jurídica de vantagem corresponde um remédio processual capaz de tutelá-lo adequadamente.

Nesse sentido, salienta-se que é da essência dos doutrinadores processualistas que todos têm o direito de propor demandas. No processo civil brasileiro, tal fenômeno é denominado de direito de petição, de demandar ou de mero acesso ao Poder Judiciário, tendo direito ao provimento jurisdicional aqueles que preencherem as condições da ação. No entanto, não basta assegurar o direito de acesso tendo, também, que ser assegurado a efetividade na sua tutela.

Nesse sentido, temos o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 15) que leciona: a ciência processual encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica-se como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados. Sobre a influência do direito material sobre o processo ele ainda preleciona:

O titular da ação processual tem direito ao pronunciamento judicial sobre a situação da vida, trazida para o processo, ainda que desfavorável. No processo de conhecimento, fala-se em direito à sentença de mérito.

Já a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material (2003, p. 27).

Temos que a tutela jurisdicional, enquanto relacionada com o direito, distingue-se da prestação jurisdicional. José Roberto dos Santos Bedaque faz a diferenciação:

a tutela jurisdicional é a análise do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão e seu escopo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu, devendo ser entendida como tutela efetiva de direito ou de situações pelo processo, constituindo visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. [...]

Tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir do seu resultado e em função dele (2006, p. 25-28).

Nessa esteira, de processo enquanto instrumento da prestação jurisdicional, Kazuo Watanabe (2001, p. 20) assim preleciona:

do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica.

Assim, temos que a instrumentalidade está ligada à efetividade do processo, que deve inclinar-se para a busca que atinja a finalidade para a qual ele foi concebido, vale dizer, a realização do direito material. Cândido Rangel Dinamarco, com brilho, argumenta que, falar em instrumentalidade do processo, significa “falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes [ou menos infelizes], mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas” (1994. P.295).

Ainda sobre a temática, Luiz Gustavo Tardin foi, com acerto, categórico ao afirmar que:

A doutrina hodierna levanta a bandeira da instrumentalidade do processo. Pensar no processo sob a óptica instrumental é pensar num mecanismo cuja finalidade é efetivar o direito material. O Estado, quando consagra regras de conduta nos mais variados diplomas, precisa de instrumentos hábeis, caso as normas por ele traçadas não sejam atendidas espontaneamente. (2006, p. 34).

Realizada a panorâmica sobre a tutela jurisdicional, daremos enfoque, no próximo tópico, à questão que está umbilicalmente ligada ao tema, o acesso à justiça.

O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução. Assim, a Carta Magna, ao dispor no artigo 5º XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988b), garante, de forma ampla e genérica, o acesso à Justiça, isto é, não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo, mas também o de obter a tutela jurisdicional.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a Constituição Federal assegura muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, vez que assegura um acesso efetivo à ordem jurídica justa (2006, p.61-101).

O texto constitucional, ainda em seu artigo 5º, inciso LIV, assegurou que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988) e, dessa forma, sintetizou os limites ao exercício da própria jurisdição, no sentido de que todas as demais garantias estão condensadas nesse inciso.

Nessa vertente, Cândido Rangel Dinamarco (1994) explana que a expressa garantia do *due process of law*, contida no inciso LIV do artigo 5º, da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética, destinada a firmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma, podendo-se dizer então, que todos os princípios e garantias constitucionais do processo descendem do princípio do devido processo legal, e estariam presentes no sistema ainda que não enunciados expressamente no texto constitucional. Assim, o acesso à justiça é derivação do devido processo legal.

Realizada essa breve análise acerca dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, e dando prioridade ao preceito de nosso maior interesse, temos ainda que ponderar que os doutrinadores brasileiros encontram dificuldade para determinar o conteúdo da expressão “acesso à justiça”.

Para Mauro Cappelletti (1988), a expressão é utilizada para fixar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem pleitear seus direitos e pôr termo às contendas por meio da atuação do Estado: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier prelecionam: quando se fala em acesso à justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídicos e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema processual.

Sobre o tema, merecem especial destaque as palavras de Kazuo Watanabe:

o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional inscrito no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso a ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução. [...]

Como detentor exclusivo da incumbência de resolver os conflitos e da prestação da tutela jurisdicional deve o Estado, pois, de forma a atingir “maior efetividade e presteza no mecanismo jurisdicional no plano crescente e aperfeiçoar a máquina da justiça (...), procurar dentro do possível, fazer com que essa garantia esculpida no texto constitucional possa refletir concretamente, propiciando meios de ingresso no judiciário menos oneroso, mas também agilizando o desenrolar do processo, satisfazendo o jurisdicionado que necessita do amparo estatal e atendendo sua pretensão. Não basta, portanto, assegurar o acesso, sendo necessário, outrossim, que os litigantes não permaneçam por um longo período em juízo discutindo situação que permite solução rápida. Em outras palavras, é preciso também garantir a saída daquele que demanda (1996, p. 20).

Enfim, a idéia do acesso à justiça constitui a síntese do pensamento instrumentalista, colocando em destaque a prestação de uma tutela jurisdicional ágil e de maior utilidade. Discute-se sempre a questão do amplo e irrestrito acesso à justiça. Mas, temos que ponderar que não basta garantir o direito de ação, havendo a necessidade de garantir o acesso a uma tutela jurisdicional justa, efetiva. O direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional, tem que, necessariamente, significar o direito a uma tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançar os resultados pretendidos por aquele que demanda.

No entanto, será que, no Brasil, aquele que teve um direito ferido tem acesso amplo e irrestrito à justiça e, além disso, de forma efetiva, adequada?

Neste ponto, então, transborda a necessidade de esmiuçar as questões da duração e efetividade processo, já que são problemas latentes no nosso sistema, uma vez que a prestação da tutela jurisdicional brasileira, na maioria das vezes, não acontece no tempo esperado pela parte e não tem sido efetiva a toda população brasileira.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Embora a processualística brasileira esteja comprometida com a visão instrumentalista do processo [processo de resultado], temos que nem sempre o processo tem-se demonstrado capacitado a produzir precisamente a providência solicitada pela parte. Por essa razão, o legislador sentiu a necessidade de erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental, tendo o Estado a obrigação de dar acesso à justiça ao cidadão de forma adequada, célere.

As mudanças começaram a ocorrer com o *Pacto de San José da Costa Rica* [promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro]. Influenciada por tal pacto europeu, a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos"[1] cuidou do devido processo e da celeridade em seu artigo 8.º, *verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifamos) (BRASIL, 2008c)[2].

No Brasil, o direito fundamental à duração razoável do processo também se encontra inserido no inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda n.º 45 ao art. 5.º da Constituição Federal: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 1988d).

Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, a razoável duração do processo representa um acréscimo em relação ao princípio do acesso à justiça. Isso porque não basta simplesmente dizer que é garantido aos cidadãos o acesso à justiça, se ela não for justa e eficaz, e a justiça e a eficácia estão, como acima demonstradas, diretamente relacionadas com o tempo de duração do processo. Difícil não é garantir,

em relação aos órgãos jurisdicionais estatais, a porta de entrada, mas a porta de saída, com uma solução justa e célere (artigo publicado na Panóptica, ano 1, nº 8, maio-junho 2007).

Os doutrinadores brasileiros, em sua maioria, são categóricos em afirmar que não há como se falar de acesso à justiça sem questionar a duração razoável do processo, uma vez que o tempo é o grande inimigo daquele que busca a reparação ou proteção de seu direito. José Olivar de Azevedo (2002) é peremptório ao aduzir que:

é dever do Estado conduzir o processo em tempo razoável, sem entraves de caráter meramente protelatório, devendo a tutela, para ser efetiva, reclamar uma decisão num lapso de tempo necessário à realização dos atos processuais, sem atropelar o rito, porém, numa proporção adequada à complexidade da causa.

As razões da dilação excessiva do processo podem ser desdobradas em duas: 1ª) a acomodação dos membros do Poder Legislativo na aprovação das reformas, não obstante os esforços das comissões formadas por processualistas na elaboração de anteprojetos; 2ª) a litigância de má-fé da parte, que de forma maliciosa emprega meios para impedir o trâmite regular do processo.

Frisa-se que muitas vezes, o Estado, no desempenho de suas funções, atua de forma ilegal, dando causa e infinitas demandas e, deliberadamente, acaba usufruindo dos mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico para viabilizar o retardamento das soluções dos litígios em que é parte interessada.

Com lucidez e brilho, Luiz Guilherme Marinoni assim se pronunciou:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça (2002, p. 17).

Ainda, Luiz Guilherme Marinoni continua:

O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma

razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição da República, não quer dizer que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (2002, p. 17).

Igualmente esclarecedor é o magistério de Ricardo Rodrigues Gama para quem o processo, como é evidente, não pode ser instantâneo, devendo contar com um prazo razoável para a produção das provas, já que estas vão formar o convencimento do Juiz. A problemática toda está no fato do prazo passar do razoável, assumindo dimensões absurdas e, por consequência, oferecer uma solução não funcional (2002, p. 23).

O problema que nos parece surgir é, justamente, compreender a exata significação de razoável duração. Uadi Lamêgo Bulos salienta: “O problema está em saber o que significa razoável duração do processo, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Quem sabe o legislador logre o êxito de esclarecer tal ponto?” (BRASIL, 2007, p.397).

É bom ressaltar que, embora algumas justiças especializadas brasileiras, a exemplo da trabalhista, estejam comprometidas com o resultado do processo, não temos percebido, na prática, que tal fato tem mudado a panorâmica da morosidade do judiciário, em especial, o da justiça comum. A demora na prestação da tutela, sem dúvida, representa uma das principais ameaças da efetividade do processo. As causas da morosidade na prestação da tutela serão tratadas no próximo item.

MOROSIDADE E SUAS PRINCIPAIS CAUSAS

Embora o Código de Processo Civil brasileiro represente uma das maiores expressões de técnica legislativa, não é raro encontrarmos circunstâncias “endoprocessuais” como causas [de ordem política, econômica, social, dentre outras] da procrastinação na entrega da tutela jurisdicional.

Com brilhantismo Luiz Gustavo Tardin apontam essas causas:

Número diminuto de magistrados na ativa, quantidade ínfima de serventuários da justiça, ausência de previsões orçamentárias e de plano de gestão administrativa contribuem para o colapso hoje implantado.

Ademais, além das causas internas ao Poder Judiciário, não se pode esquecer do crescente volume de demandas hoje ajuizadas. O cidadão, mais consciente de seu direito, provoca mais atuação da função jurisdicional do que outrora. Com a onda do acesso formal à justiça, isto é, com a implementação de mecanismos facilitadores do ingresso em juízo, a comunidade passou a demandar mais. A criação de defensorias públicas, conquanto ainda precárias em vários estados, as assistências judiciárias das instituições de ensino e a grande leva de profissionais de direito que todo ano deságuam no mercado de trabalho contribuem decisivamente para o crescimento do número de demandas propostas (2006, p. 56).

Segundo João Batista Lopes, as causas de morosidade da justiça são, com efeito, várias – anacronismo da organização judiciária, falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização dos serviços, ausência de infra-estrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – e nenhuma delas, isoladamente, explica o quadro atual da lentidão dos processos (2007, p.105-128).

Poderíamos ainda acrescentar como causa da morosidade a insuficiência de pessoal para exercer as funções auxiliares da justiça e, principalmente, a falta de preparo adequado de muitos dos serventuários da justiça.

Por outro lado, apesar das mudanças inovadoras, no campo legislativo, ninguém duvida de que a situação continua insustentável, carecendo de medidas tendentes a modificar todo e qualquer mecanismo que prejudique a efetividade do processo, porque, na maioria das vezes, mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente injustiçada. Neste ponto, lembrando o que já afirmava Rui Barbosa, temos que justiça tardia não é justiça e, sim, denegação da justiça.

Assim, conclui-se que são diversos os problemas que acarretam a lentidão dos processos e, também por esse fato, ao brasileiro não tem sido prestada a tutela jurisdicional de forma efetiva. Percebe-se, nos átrios forenses, que nem sempre o juiz está interessado numa correta prestação da jurisdição. O sistema depende de reformas, não só de leis processuais, mas da Justiça como um todo.

Parafraseando Luiz Guilherme Marinoni, temos que a morosidade não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à Justiça.

A morosidade sufoca a razoabilidade da duração do processo e estrangula a efetividade processual.

A IDÉIA DE EFETIVIDADE PROCESSUAL

Antes de maiores aprofundamentos doutrinários, é importante frisarmos que o ilustre José Carlos Barbosa Moreira nos ensina que a efetividade do processo é uma terminologia utilizada para dar a idéia de que o processo deve mostrar-se como instrumento apto para resolver o litígio. José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, nos ensina que a efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras do direito material (2006, p. 24).

A efetividade é tema obrigatório no estudo do direito processual brasileiro, uma vez que, nem sempre aquele que demanda consegue ver sua pretensão efetivamente prestada pelo Estado.

José Roberto dos Santos Bedaque preleciona acerca da efetividade do processo:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade pe suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.

(...)

A efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à justiça (*op.cit*, p.49-50)

Acerca da efetividade, Alexandre Freitas Câmara assevera sobre a estrutura do sistema processual brasileiro:

O processo brasileiro é estruturado de forma a ser verdadeiramente efetivo [...] Assim é que, por exemplo, temos em nosso sistema instrumentos como o mandado de injunção, capaz de permitir a tutela, em juízo, de posições jurídicas de vantagem que não poderiam, em princípio, ser exercidas por falta de norma regulamentadora do direito previsto sem sede constitucional; outros, como a “ação popular” e a “ação civil pública”, permitem a tutela em juízo de posições de vantagem cujos titulares são indeterminados ou indetermináveis; os poderes instrutórios do juiz permitem a reconstrução dos fatos, tornando possível a descoberta da verdade; instrumentos como a tutela jurisdicional específica das obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 639 e 641 do CPC) e a tutela jurisdicional específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC) são capazes de assegurar ao titular de um direito o gozo específico daquilo a que faz jus; e, por fim, institutos como a tutela antecipada permitem a observância do princípio da economia processual, assegurando o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio. (CÂMARA, 2006, p. 225).

Assim, os aplicadores do direito, com o escopo de disponibilizar uma prestação jurisdicional efetiva devem buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo e eliminar os obstáculos que possam atrapalhar no desenrolar da relação processual.

EFETIVIDADE X SEGURANÇA JURÍDICA

No transcorrer dos anos, o processo sempre balançou entre a celeridade e a segurança. A prática nos revela que um processo extremamente rápido, mas sem nenhuma segurança, é tão inadequado quanto um processo super seguro, mas excessivamente lento. Havendo conflitos de duas garantias constitucionais [de um lado o devido processo legal e, de outro, o acesso à tutela jurisdicional efetiva] qual deve prevalecer? Se o prazo do processo passar do razoável, em abono a segurança jurídica, estaremos ferindo a efetividade. Como resolver a celeuma?

Ricardo Rodrigues Gama expôs:

A segurança opõe-se frontalmente à efetividade. Enquanto esta tem por fim um processo apto a resolver litígios, a segurança está voltada à indefectibilidade. De um

lado, a efetividade autoriza a adoção de determinada tutela diferenciada e, de outro, a segurança a reprova. Na tutela antecipada do modelo nacional, a exigência da reversibilidade constitui um resquício da segurança e a medida, em si considerada, decorre da tentativa de tornar o processo mais efetivo (2002, p. 23).

Postando-se diante do embate entre segurança e rapidez, na atividade jurisdicional, nos reportaremos às regras internacionais, que se referem a “limites de prazos razoáveis” para a decisão judicial, verificando-se que o “razoável” se encarta na apreciação de uma gama de valores a se determinar à razoabilidade, surgindo daí a justificativa das tutelas jurídicas de emergência, para assegurar a efetividade da tutela requerida, em abono à aplicação do princípio da proporcionalidade nesse aparente conflito de valores.

Alexandre Freitas Câmara, a respeito desse embate, sustenta que temos que buscar formas de equilibrar a balança, garantindo-se um processo que, tão rápido quanto possível, estabeleça a maior segurança que se possa obter através dos provimentos jurisdicionais.

José Roberto dos Santos Bedaque, no mesmo sentido, salienta que:

a propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a segurança proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é a nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos (2006, p.48)

Levando-se em consideração todo o acima exposto buscaremos resposta a última das indagações, qual seja: quais os meios alternativos para garantir o acesso à justiça de forma justa?

AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO ALTERNATIVA DA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Na prática, podemos detectar que o Estado sempre demonstrou predileção pelos processos lentos e certo pavor da celeridade, principalmente em processos quando é demandado como réu. É para garantir a qualidade da atividade judicial e o amplo acesso à justiça que o legislador precisou elaborar [até porque, no Brasil, acesso à justiça não é sinônimo de satisfatividade da pretensão], estruturar e disponibilizar meios de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Para

tratamento dessas situações urgentes, que demandam imediata intervenção jurisdicional, sob pena de se concretizar a ineficácia do provimento final, antes que o mesmo possa ser validamente proferido, foram criadas as chamadas tutelas de urgência, como instrumento estatal para disponibilizar ao cidadão uma tutela jurisdicional adequada e mais célere possível.

As tutelas de urgência encontram-se amparadas pelo texto constitucional e decorre do princípio da inafastabilidade da apreciação do poder judiciário, na medida em que o Estado é obrigado a garantir ao jurisdicionado a adequada tutela jurisdicional a cada caso concreto, sendo certo que a adequada prestação jurisdicional deve se somar à efetividade processual com o propósito de realizar a cognição da lide em um menor espaço de tempo possível.

Luiz Guilherme Marinoni, sobre as tutelas sumárias, assim aduz:

A proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinaryness (2002, p. 14).

Acerca das alternativas para a realização da justiça, José Roberto dos Santos Bedaque leciona:

Entre as várias alternativas, como a gratuidade da justiça para os necessitados, a simplificação da forma, a instituição de órgãos especiais para a solução de questões menos complexas, existe a tendência de adotar tutelas de urgência destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do juiz, ou apenas assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado pelas vias normais (2006, p.28).

O fato é que, devemos, de qualquer modo, tentar minimizar os males do tempo sobre o processo. A tutela antecipada e todas as espécies de tutela jurisdicional sumária, cautelares ou não, são instrumentos [alternativos] hábeis a atenuar os efeitos maléficis da demora do processo. Adotar as tutelas de urgência seria um paliativo para acelerar a eficácia prática da tutela jurisdicional de forma a evitar que o tempo comprometa a efetividade.

José Roberto dos Santos Bedaque ainda propõe, com vistas à redução da morosidade, o reexame da técnica processual, com o escopo de compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo, argumentado que o processo não deve ser escravo da forma. Ele ainda preleciona:

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento com flexibilização das exigências formais, a fim de possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações.

(...)

É preciso, todavia, que o processualista perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois, não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo (2006, p.51-52).

Assim, outra alternativa não nos resta, senão simplificar as técnicas processuais e adotar as tutelas de urgência como medidas eficazes para alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 566 a 645*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6.

AZEVEDO, José Olivar de. *Fatores determinantes da efetividade do processo: celeridade e imparcialidade*. Revista Jurídica consulex. São Paulo: Consulex, (134), 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o direito processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61-101.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 29 ago.2008.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 397.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre. Fabris, 1988.

CARPENA, Márcio Louzada, *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 225. v. 1.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, João Batista. *Efetividade do processo e reforma do Código de processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?* São Paulo: RT, Revista RePro, jan.-mar.2002, 105-128.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo judicial. *Panóptica*, Vitória, year 1, nr. 8, May – June, 2007, p. 368- 384. Available in: <<http://www.panoptica.org>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. São Paulo, 1999.

_____. *Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado. Parte Incontroversa da Demanda*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: 3ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32

RODRIGUES, Júlio Cezar Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. vol. 2. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31 ed. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 814, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. Campinas: Bookseller, 2001.

[1] Promulgada pelo Decreto 678 de 9 de novembro de 1992.

[2] A primeira denúncia de violação aos direitos fundamentais de um credor de precatórios alimentares, feita à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base no *Pacto de San Jose da Costa Rica*, teve como um de seus fundamentos a violação ao direito à duração razoável do processo.

BIOÉTICA E DIREITO

A CONSTITUIÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA*

CONSTITUTION AND THE REGULAMENTATION OF ASSISTED REPRODUCTION

**Allan Rocha de Souza
Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

Há mais de duas décadas aguarda-se pela promulgação da lei que regerá as disposições relativas à reprodução assistida, uma regulamentação que se vislumbra específica, em razão da própria complexidade dos dilemas éticos e jurídicos gerados pela utilização dessas técnicas. A relevância das questões e dilemas justifica a existência de um campo específico de investigação, o biodireito, e torna relevante delimitar o alcance de seu objeto e o corpo normativo. Os 20 anos da Constituição Federal e os 30 anos do primeiro bebê de proveta tornam o momento propício para suscitar a questão da forma de regulamentação desejada, analisando para isso os fundamentos da decisão na ADIN 3.510, que nos revela profundas divergências entre os votos dos ministros.

PALAVRAS-CHAVES: BIODIREITO; BIOÉTICA; ADIN 3.510; REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT

For more than two decades waiting for the promulgation of the law to govern the provisions for assisted reproduction, a regulation supposed to be specific, because the very complexity of the ethical and legal dilemmas generated by the use of such techniques. The relevance of the issues and dilemmas justifies the existence of a specific field of research, biolaw, and has become relevant to define the scope of its object and the what is the regulatory body. The 20 years of the Federal Constitution and 30 years of the first baby of artificial insemination makes good moment for raising the issue of how regulation desired, analyzing the reasons for that decision in ADIN 3510, which shows deep differences between the votes of the Ministers.

KEYWORDS: BIOLAW; BIOETHICS; ADIN 3.519; LEGAL REGULAMENTATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Há mais de duas décadas aguarda-se pela promulgação da lei que regerà as disposições relativas à reprodução assistida, uma regulamentação específica, em razão da complexidade dos dilemas éticos e jurídicos gerados pela utilização dessas técnicas. Durante todo esse tempo, o legislador pátrio quedou-se inerte ante a esses avanços, embora tenham se popularizado internacionalmente os debates sobre seu emprego, se difundindo velozmente no Brasil.

A interferência do homem em um processo até então de domínio da natureza atingiu fortemente o mundo jurídico, que se viu diante de situações concretas impensáveis há pouco tempo atrás. Integrante dos fenômenos bioéticos, a reprodução assistida imediatamente demonstrou a necessidade de normas especiais, que fornecessem segurança jurídica às relações daí derivadas. Contudo, logo se mostrou de difícil consenso a deliberação política majoritária, posto que na própria sociedade ainda se está longe de um acordo, o que reflete no debate legislativo.

O advento da Constituição de 1988 alterou de vez os possíveis rumos que viessem a ser adotados pela legislação infraconstitucional no tocante à reprodução assistida. O reconhecimento, não mais puramente formal, da supremacia e da força normativa à Constituição^[1] tem delineado a fisionomia e os pilares sobre os quais o biodireito vem sendo edificado, visto que ainda em constante construção. Com efeito, a dignidade da pessoa humana, unida a valor nuclear da ordem jurídica, juntamente com os demais princípios fundamentais, passa a formar o substrato axiológico desse novo subsistema jurídico.

Nessa esteira, vastos são os desafios impostos pelo temas de biodireito à hermenêutica jurídica, demandando da doutrina ainda a real dimensão e extensão dos preceitos constitucionais à matéria. Enquanto sede maior dos princípios protetivos da pessoa humana, sempre coube a Constituição o papel de orientação aos problemas provocados pelos progressos da biotecnologia, atuando como bússola valorativa à produção legislativa.

Por outro lado, a inexistência, até os dias atuais, de regulamentação específica sobre o tema traz à tona, em assimetria com o desenvolvimento, em terreno constitucional, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a possibilidade de incidência direta das normas presentes no Texto Maior nas relações decorrentes da reprodução assistida. Assim, embora vultuosa a influência da Constituição sobre o biodireito, permanecem ainda obscuros a intensidade e forma de incidência.

Dessa maneira, o problema reside na morosidade do legislador ordinário em confeccionar uma legislação especial pertinente, resultando na precariedade da estabilidade social, valor tão caro a este domínio. Tal inexistência implica, portanto, em percorrer os possíveis caminhos de uma aplicação imediata dos princípios fundamentais a estas relações, em razão, não só da inércia legislativa, mas, principalmente, do conteúdo das normas constitucionais.

Assim, mesmo que editada a esperada lei que trate da matéria, não parece existir entraves jurídicos a eficácia imediata das normas constitucionais, visto que, em decorrência da transitoriedade dessas técnicas e seus efeitos, é preferível uma técnica legislativa aberta à princípios, embora não seja este o pensamento compartilhado pela totalidade da Corte Constitucional pátria, que ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510 contra a íntegra do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005^[2], revelou o posicionamento de alguns ministros pela regulamentação exaustiva.

Neste ano comemoram-se duas importantes datas que refletem o momento de transição pelo qual o mundo jurídico passa. Completa-se 30 anos do nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo, nascido em 05 de julho de 1978, que foi Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*^[3], e que trouxe novas e inquietantes repercussões jurídicas. E, em 05 de outubro de 1988, promulgava-se a Constituição da República Federativa do Brasil, caracterizada pela supremacia material e normatividade de seus princípios. Esta Carta é responsável pelas profundas transformações operadas no direito constitucional brasileiro, que “vive um momento virtuoso”^[4]. Ambos os eventos trouxeram desafios ímpares ao ordenamento jurídico, que ainda estão longe de esgotarem todo seu potencial “reflexivo”.

Neste contexto, este trabalho almeja apresentar a questão da regulamentação da reprodução assistida, analisando para isso os fundamentos da decisão na ADIN 3.510.

1. Biodireito, bioética e sociedade civil

As inovações oriundas do desenvolvimento acelerado das ciências biotecnológicas e biomédicas, principalmente a partir da segunda metade do século XX, marcaram profundamente as relações sociais, sobretudo as familiares, e pressionaram a ciência do direito a repensar e reformular institutos que se encontravam sedimentados no ordenamento jurídico. Para acompanhar esses avanços, vem se construindo uma disciplina própria no campo jurídico: o biodireito.^[5]

As discussões iniciais a respeito das implicações advindas da revolução biotecnológica, sobretudo as de cunho moral, começaram logo depois da Segunda Guerra Mundial. *A priori*, a problematização ética surgiu na própria comunidade científica^[6], que trabalhava em centros avançados de pesquisa, e “[...] constatavam como os descobrimentos da nova ciência, principalmente, no campo da biologia, suscitavam novas e inquietantes interrogações para a consciência moral”^[7]. Na realidade, os próprios cientistas perceberam a urgente necessidade de se criar limites, inicialmente éticos, para a pesquisa e aplicação das novas descobertas, que tinham a incrível capacidade de “[...] alterar a própria natureza do homem, podendo transformá-lo, para além da imaginação da ficção científica”^[8]. Conforme Heloisa Helena Barboza, os avanços biotecnológicos:

[...] descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador. Os constantes progressos nesses campos deixam os laboratórios e freqüentam diariamente os noticiários, provocando curiosidade, espanto e medo ao leitor.^[9]

Nessa perspectiva, é possível constatar que a bioética representava a tentativa de se evitar a reação negativa da sociedade às pesquisas, o que acarretaria atraso no seu desenvolvimento, e a produção de efeitos prejudiciais e danosos à sociedade^[10]. Assim, a bioética surgiu como necessária mediadora do intrincado relacionamento entre a ciência e a ética, na tentativa de promover a dignidade da pessoa humana e sua sadia qualidade de vida.^[11]

Vicente de Paulo Barreto observa a necessidade “de que marchem a par as ciências da natureza e as ciências normativas, para que o progresso se faça ao serviço do homem, e não em seu detrimento”^[12].

Dessa forma, os dois novos ramos do conhecimento possuem uma próxima ligação, como constata Elida Séguin: “[...] a Bioética quando sai do campo axiológico e é positivada no ordenamento jurídico transmuda-se em Biodireito”^[13]. É imperioso que se ressalte a significativa importância, em determinados casos, da utilização de ações coercitivas, as quais são próprias do direito. Chega-se à seguinte afirmação: “[...] o chamado Biodireito é prioritário sobre a Bioética”^[14], ao menos nas questões que versem sobre conflitos de interesse.

Corroborando esse entendimento Eduardo de Oliveira Leite, segundo o qual: “O Direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las quer para proibir ou regulamentar outras”^[15]. Pode-se dizer que não se deve cercear o desenvolvimento científico, inclusive os de ordem biotecnológica, no entanto, estes devem se encontrar seguramente sob a regência de valores maiores, como a dignidade da pessoa humana.

Constata-se, assim, que a relação entre o biodireito e a bioética é complexa. Há entre Biodireito e Bioética uma relação que visa a compatibilização possível de suas normas, acarretando a “[...] juridicização de determinados aspectos de temas bioéticos em virtude dos desdobramentos que a existência de um vazio normativo poderia causar a respeito de certas questões nos conflitos intersubjetivos de interesses”; tais temas “[...] deixam de ser objeto de preocupação apenas da bioética, para serem também tratadas pelo biodireito que, sendo o caso, poderá se valer de muitos dos princípios e valores éticos para adaptar e adequá-los à realidade jurídico-normativa”^[16].

Desse modo, a interface entre esses dois novos campos do conhecimento demonstra, numa dimensão reduzida, a recente trajetória de reencontro entre o direito e a ética, que marca a “volta dos valores ao Direito, a formulação de uma teoria da justiça e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”^[17]. Esse entrelaçamento entre os sistemas de normas e valores, identificado como pós-positivismo, se reflete na atual inserção de valores nos sistemas constitucionais de diversos países, inclusive na Constituição pátria, como autênticas normas jurídicas.

Os valores éticos, posteriormente acobertados pela Constituição, formam as balizas jurídicas indispensáveis a colmatação dos embates provenientes deste domínio, e que deverão ser preservados pelo direito e sociedade em geral, que, plural e democrática, deve buscar por um acordo social majoritário, que condense perspectivas diferenciadas, porém, unitárias, e que informem o mínimo consensualmente estabelecido.

Dessa maneira, a interdisciplinaridade constitui um traço característico primordial da bioética, que, inexoravelmente, também se estende ao biodireito. Deve estar presente no equacionamento das questões bioéticas, em que é indispensável à participação de vários saberes nos debates pluralistas, para discussão e proposição de possíveis soluções dos problemas bioéticos: “a revolução biotecnológica [...] impõe a necessidade de uma abordagem verdadeiramente multidisciplinar”^[18].

Nesse sentido, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas vai além, ao destacar a indispensabilidade da participação da sociedade na construção do diálogo sobre questões bioéticas, envolvendo a contribuição “[...] de diversas especialidades profissionais num aprofundamento e reflexão inter-disciplinar”^[19]. Na realidade, em tempos hodiernos, a bioética se configura como uma área de conhecimento eminentemente plural, apresentando facetas múltiplas e inúmeros espectros, como bem demonstra Daniel Callahan:

[...] a bioética é a área de conhecimento que se estende dos angustiantes dilemas privados e individuais, enfrentados pelos médicos ou outros profissionais da saúde na cabeceira de pacientes terminais, às terríveis escolhas públicas e sociais enfrentadas pelos legisladores e cidadãos, quando procuram definir políticas de saúde e ambientais eqüitativas.^[20]

A exigência por um campo multidisciplinar implica na participação, cada vez mais crescente, dos diversos setores da sociedade, sobretudo, se levarmos em conta a multiplicidade de valores morais conflitantes nesses casos. Por isso, a exigência de um debate democrático, plural e interdisciplinar. No Brasil, conforme observa Luís Roberto Barroso, o debate na sociedade e nos meios de comunicação tem sido amplo e significativo.^[21]

Na experiência pretoriana brasileira, a primeira audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal ratifica a inclinação do Estado em atentar para o debate público na apreciação dessas questões. O encontro contou com o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema, ante a importância da matéria presente na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, realçando a participação da sociedade civil através de um debate amplo e vital para a definição das possíveis soluções relativo ao tema da destinação dos embriões excedentes^[22]. Nesse sentido, expôs o Ministro Carlos Ayres Britto na decisão sobre a designação da inédita audiência pública do Supremo Tribunal Federal:

[...] a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.^[23]

Desse modo, torna-se imprescindível a colaboração dos diversos “atores sociais” para a construção legítima do biodireito, em virtude da necessidade de se compatibilizar a reestruturação do tecido normativo com o objetivo precípua de encontrar soluções convincentes e que reflitam factualmente os conflitos biojurídicos.

3. O biodireito e o debate legislativo

Na busca pela regulamentação do universo fático, o ordenamento jurídico não pode valer-se de concepções padronizadas e à margem do consenso social, devendo, para tanto, observar as peculiaridades das novas tecnologias e sua utilização. Nessa linha, “o Direito deve apresentar duas realidades essenciais: a fática e a axiológica. Algumas correntes do pensamento jurídico tentaram definir ‘direito’ utilizando-se apenas de uma dessas realidades. A consequência desse tipo de visão foi a incompletude do fenômeno jurídico”.^[24] Assim, observado os novos valores assimilados pelo meio social, deve o Direito se renovar, moldando-se às novas demandas e avanços da biotecnologia e biomedicina.

No Brasil, o encaminhamento das soluções jurídicas para todos os confrontos decorrentes dos fenômenos bioéticos tem caminhado de forma lenta. Não obstante a profusão de projetos de lei em diversos temas, estes ainda estão longe de obter um consenso no mundo jurídico.

É verdade que importantes passos têm sido dados na persecução da estabilidade social, por intermédio da edição de leis e com o contínuo aumento da participação da sociedade civil no processo legislativo, como ocorreu quando da elaboração da Lei 11.105 - Lei de Biossegurança^[25], promulgada em 24 de março de 2005, e que conforme afirmou Luis Roberto Barroso: “representa um esforço meritório de trazer a justiça, a segurança jurídica e a busca pelo estar-estar social para este domínio”.^[26]

No campo legiferante, o que se observa, nesta área, é a ocorrência de um lapso temporal entre as normas jurídicas e o acelerado desenvolvimento das ciências biomédicas. Esse descompasso decorre, entre outros fatores, de certa estranheza enfrentada por alguns juristas, ao se depararem com o esfacelamento de institutos jurídicos considerados imutáveis, tamanha era sua solidez no “mundo natural”.

Natural, portanto, a dificuldade encontrada pelos legisladores em acompanhar as inovações biotecnológicas e biomédicas, por ocasião das edições ou atualizações das disposições normativas pertinentes. Nesse sentido, exemplifica Eduardo Ribeiro Moreira que o biodireito é:

[...] de abrangência tão vasta que não se encontra sob um único corpo legal codificado. A maior dificuldade nesta identificação está posta pelo avanço contínuo e imprescindível da biologia e suas ambições científicas. Em 1995, foi publicada, no Brasil, uma lei de biossegurança, que trata de pontos centrais, do que se tem debatido em termos de biodireito, mas não durou nem dez anos. Em 2005, já temos nova lei de biossegurança, e, provavelmente, antes de 2015 teremos uma lei substitutiva à atual.^[27]

Diversas atividades biotecnológicas e biomédicas necessitam de regulamentação. Entretanto essas complexas inovações precisam de tempo para que sejam devidamente apreendidas pela ordem jurídica. Cabe a ciência do direito resolver os conflitos existentes, com vistas à segurança jurídica almejada pelo Estado Democrático de Direito.

Contudo, torna-se extremamente difícil assegurar a estabilidade social diante de um campo em constante e acelerado progresso. Além disso, tão díspares são as reações, e, conseqüentemente, os posicionamentos defendidos frente às questões bioéticas que as dificuldades aumentam consideravelmente quando da adoção de determinada concepção no momento de sua regulamentação. Assim, por mais que exista um debate prévio e plural, indispensável à eleição de certo “trilho legislativo”, que orientará todos os demais dispositivos concernentes à matéria, e, inevitavelmente, se excluirá as demais visões sobre o tema, em busca de um consenso social dominante, nem sempre possível.

Exatamente pela variedade de temas e de suas abordagens, a bioética, desde o seu surgimento, procurou formular princípios gerais^[28], que pudessem servir como “mandatos de otimização”^[29], na criação de normas aplicáveis às pesquisas e tecnologias genéticas. Expõe Vicente de Paulo Barreto que a grande utilidade do emprego desses princípios, encontra-se em: “[...] considerá-los como um espaço normativo anterior ao sistema do direito positivo, apto a suprir as lacunas do direito face aos avanços da ciência e da tecnologia”^[30].

Assim, em razão da densa carga de abstração que possui um princípio, Vicente de Paulo Barreto esclarece que os “mandatos de otimização” cumprem função singular se aplicados “em ordem jurídicas que se encontram *in fieri*, estando ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes de novos conhecimentos científicos”, como é o caso do biodireito.

Defende Heloisa Helena Barboza que embora a abordagem dos fenômenos bioéticos, no Brasil, ocorram de modo “setorial”, “estudando-se separadamente os efeitos jurídicos”, o tratamento normativo desses fatos devem “encontrar um ponto comum em princípios éticos, notadamente na valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios constitutivos do nosso sistema”^[31].

Assim, inevitável não notar a dificuldade latente do legislador pátrio em conseguir regulamentar temas tão mutantes e que, por isso mesmo, necessitam de um maior empenho, tendo em vista a singularidade, transitoriedade e complexidade com os quais se passa a lidar. O tratamento jurídico dos fenômenos bioéticos que ladeiam fortemente a consciência moral coletiva demanda por debates amplos, plurais e democráticos, dos quais se extraem os subsídios indispensáveis ao processo legislativo.

Em razão de essas questões não comportarem uma abordagem jurídica padrão, ante a diversificação das causas e efeitos decorrentes de cada avanço biotecnológico ou biomédico, justifica-se a tendência nacional adotada de discipliná-los “setorialmente”. Desse modo, elege-se dentre as diversas inovações provocadas pelos avanços científicos, as técnicas de reprodução humana assistida^[32] que, com efeito, têm suscitado nas últimas décadas, importantes e intrigantes reflexões, e que urge por célere solução.

3.1. O debate legislativo na reprodução assistida

Muito já se especulou sobre a proximidade de edição de uma legislação federal sobre reprodução assistida desde a propositura do primeiro projeto de lei n.º 3.638/1993^[33], do então deputado Luiz Moreira, sem, contudo, ultrapassar-se da iminência de aprovação. A iniciar-se do atraso de quase dez anos para o debate legislativo^[34], se adotarmos o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro como marco temporal, em 1984, até o período atual, lá se vão mais de vinte anos à espera de atuação do legislativo.

Embora de início já tardio, o debate legislativo para a regulamentação das técnicas de procriação artificial somente adquiriram robustez em finais dos anos 90, com a discussão no Senado Federal^[35], juntamente com o anúncio da clonagem da ovelha *dolly* e com o crescimento da pesquisa genômica.^[36]

É considerável o número de projetos de lei sobre reprodução assistida em tramitação no Congresso Nacional. Atualmente, o que se encontra em estágio mais avançado é o 1184/2003, proveniente do Senado Federal. Sua versão inicial é de autoria do senador Lúcio Alcântara sob o n.º 90, de 1999, sendo relator o senador Roberto Requião, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania^[37]. Em modificação ao projeto de lei original, foram apresentados substitutivos de autoria do senador Roberto Requião e o do senador Tião Viana.^[38]

Esse projeto de lei já foi apresentado e discutido em todas as comissões do Senado Federal, tendo sido enviado para apreciação pela Câmara Federal em junho de 2003. No encaminhamento entre as casas legislativas, foram apensados ao 1.184/2003, e, por isso, possuem tramitação legislativa conjunta, os projetos 2.855/1997, de autoria do deputado Confúcio Moura, o 120/2003, do deputado Roberto Pessoa, e o 2.061/2003, da deputada Maninha.^[39]

Apesar de toda repercussão alcançada e da profusão de projetos de lei, a legislação brasileira que regula a utilização das técnicas de RA e o mercado gerado por elas ainda é incipiente, não existindo ainda uma lei específica que trate do assunto.

Há muitos anos somente a resolução nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992, editada pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, que estabelece normas éticas para a classe médica no tocante à matéria, ainda é a principal diretriz nesse tema, embora careça de força normativa apropriada. Além disso, foi emitida a resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde - CNS, a qual propõe normas relativas à pesquisa que envolve seres humanos, dentre as quais tem destaque a pesquisa em reprodução humana.^[40]

Ainda sem ater-se especificamente à questão da RA, editou-se em 24 de março de 2005, a Lei nº. 11.105 - Lei de Biossegurança, que disciplina inclusive a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, não implantados no útero materno, para fins de pesquisa e terapia.

4. A regulamentação da reprodução assistida e o STF[41]

Sobre o tema da regulamentação da reprodução assistida, Pietro Perlingieri sustenta que para uma eventual disciplina normativa “é preferível a técnica legislativa por princípios àquela do tipo regulamentar”, e, continua, “é duvidoso que também uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram completa expressão no Texto Maior”.^[42]

Sem embargos, a Constituição se aloca como a sede normativa mais apropriada a encaminhar as soluções jurídicas a todos os conflitos decorrentes da reprodução assistida, sendo comum na doutrina o reconhecimento da importância do Texto Maior nesse domínio. No entanto, não é usual a defesa de aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais, relegando-se a Constituição o papel de vetor interpretativo, sob o qual as leis que vierem a ser editadas deverão estar em perfeita consonância e harmonia com seus ditames, sobretudo em conformidade com os direitos fundamentais.

Tal entendimento é facilmente depreendido dos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão que ao invocar a Constituição portuguesa como norte para o tratamento de temas bioéticos, demonstra que não se deve “[...] procurar na Constituição soluções concretas, mas grandes orientações. E essas há que buscar, não apenas à luz da noção substancial de pessoa, mas pela análise do conteúdo de direitos consagrados, como direito à vida, à integridade pessoal e outros [...]”.^[43]

Em sentido contrário, sobre a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas, Daniel Sarmento expõe que “a Constituição não

necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos”, e completa, em relação à inexistência de legislação, que “o fato de o legislador privado quedar-se inerte não frustra a possibilidade de incidência das normas constitucionais”.^[44]

Avanços biotecnológicos e biomédicos, em particular as técnicas de reprodução assistida, ungem os homens a se depararem com dilemas éticos impensáveis e, até mesmo, inconcebíveis à consciência social dominante vigente, sendo tamanhos seus desdobramentos que somente a própria Constituição é suficientemente hábil a dirimir os possíveis conflitos jurídicos que venham a surgir. No entanto, este é apenas um dos aspectos a se considerar.

Assim, vê-se que ao legislador se junta ao magistrado, imbuído do papel de analisar caso a caso a intensidade da influência da temática sobre a sociedade e, então, mediante um juízo de valor informado pelos preceitos constitucionais, deliberar sobre a possibilidade de sua aplicação, mesmo se ausente legislação infraconstitucional que a regulamente de forma exaustiva.

Desse modo, chamada a pronunciar-se, por meio da ADIN 3.510, sobre a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que versa sobre a utilização dos embriões excedentes resultantes das práticas de reprodução assistida para fins terapêuticos, esta corte não foi vacilante em aplicar a Constituição Federal.

No entanto, apesar de o debate entre os Ministros ter versado, de forma prevalente, sobre a verificação da extensão dos valores constitucionais, é possível também visualizar significativa preocupação quanto à técnica legislativa utilizada, tendo alguns preferido a adoção de uma regulamentação taxativa, exaustiva na conceituação e determinação do conteúdo dos vocábulos utilizados, sem a possibilidade de dar margem à interpretação diferenciada, enquanto outros vislumbraram a desnecessidade de uma técnica jurídica legislativa exaustiva como único meio capaz de reger o biodireito.

Em defesa de tal posicionamento verifica-se como partidário expressivo o Ministro Gilmar Mendes, que busca suporte no direito comparado para ratificar suas conclusões.^[45] Segundo ele, enquanto em países como a Alemanha, Austrália, França, Espanha e México são destinadas legislações específicas para regulamentar a temática da utilização de embriões excedentes em pesquisa com fins terapêuticos, no ordenamento pátrio foi destinado apenas um único artigo, que em momento algum será capaz de alcançar a completude exigida por esse delicado questionamento.

Ainda, acrescenta que ao tratar dessa forma “os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto”^[46], o Estado brasileiro, representado pelo parlamentar no exercício de sua função legiferante, violou o princípio da responsabilidade, pelo fato de que a questão não teria sido regulamentada satisfatoriamente de acordo com os preceitos éticos e jurídicos.^[47]

A ausência de dispositivos que taxativamente determinassem a competência, para autorizar e fiscalizar as pesquisas, a um órgão autônomo e desvinculado das instituições que realizarão essa prática ou, ainda, a omissão quanto estabelecimento de parâmetros para a verificação de adequação e necessidade da utilização dessa técnica, são

frontalmente contrários ao princípio da proporcionalidade^[48], posto que caracterizam uma proteção deficiente do Estado.

Diante da aceitação da premissa de que, por mais que não seja considerado ser humano, há na fase pré-natal um elemento vital digno de proteção jurídica^[49], caberia ao poder estatal promover imperativamente sua proteção, pautado no binômio adequação/necessidade, deslegitimando-se qualquer ação que afronte os direitos fundamentais e primando pela não utilização dessa técnica caso haja outras que permitam alcançar efeitos práticos semelhantes.

No mesmo sentido estão as considerações dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau que, embora não tenham como pressuposto o princípio da responsabilidade estatal, constatarem que a Lei de Biossegurança afigura-se tecnicamente falha. Assim, como o anterior, temem que tal tratamento legislativo lacunoso possa conduzir à ‘coisificação’ ou ‘reificação’ da humanidade^[50].

O Ministro Ricardo Lewandowski faz ponderações que partem desde a ausência do estabelecimento pela norma em comento de um limite temporal rígido para o manuseio de embriões, alcançando o questionamento de ordem semântica sobre indeterminação, prejudicial, do significado jurídico do conceito de inviabilidade do pré-embrião.

Tomando como ponto de referência o tratamento dispensado a essa matéria no direito comparado^[51], o Ministro explicita o que denomina de técnica deficiente da lei em questão, visto de contrariamente aos diplomas internacionais, não foi feita nenhuma consideração expressa no sentido de vedar a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa, assim como não impôs limite numérico algum à sua produção, nem estabeleceu qualquer restrição temporal à manipulação destes.^[52] Tal matéria é relegada à Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, cuja força normativa atua somente no plano deontológico.

Desse modo, a insuficiência de previsões explícitas a respeito da temática poderiam dar ensejo ao desvirtuamento do que preconizou o legislador ao prever, obedecidas às condições legais, a utilização dos embriões para pesquisas, uma vez que, diante dos avanços científicos, não é de se espantar que futuramente haverá meios de preservar um embrião em cultura por dias, permitindo a extração de células-tronco a qualquer momento, inclusive quando, após 14 dias da junção dos gametas, houvesse o sistema nervoso já desenvolvido, em clara afronta à dignidade da pessoa humana.^[53]

Ainda em sua linha de ponderação, é suscitado que novamente a lei não foi completa como o deveria ser por não determinar o conceito de embriões inviáveis. E ratifica que, apesar da determinação pelo art. 3º, XIII do Decreto n. 5.591/05 da significação dessa inviabilidade^[54], tal omissão legal confere “a mais elástica das interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional”^[55], “representado pela possibilidade de estabelecer-se uma espécie de ‘controle de qualidade’ dos embriões, incompatível com o Estado Democrático de Direito”^[56].

Não obstante, o magistrado continua em sua explanação, demonstrando de forma clara seu apreço pela técnica legislativa exaustiva em detrimento de uma principiológica, ao se tratar de temas que envolvam biodireito.

Dentre os outros aspectos questionados, não estaria clara e nem se justificaria a opção legislativa em relação à assunção de pesquisas com embriões congelados por mais de 3 anos^[57], posto que ausente de qualquer fundamentação razoável ante ao fato de que é sabido no meio científico que esses embriões ainda são viáveis, devendo ser combinado o critério de congelamento com o da viabilidade.^[58]

Ainda, e finalizando, reitera o preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes, de que imperiosa é a complementação dos dispositivos que tratam do consentimento dos genitores^[59] e da fiscalização e autorização da pesquisa^[60], visto que esses procedimentos confrontariam a dignidade da pessoa humana, caso não seja taxativamente exigida a observância dos princípios da informação e da imparcialidade. O primeiro a determinar a efetiva necessidade de que os genitores fiquem cientes de todas as conseqüências do ato de disposição, e o segundo transferir a competência fiscalizadora dos órgãos das instituições de pesquisa para o Estado, mediante atuação independente e assecuratória da lei.

Em conformidade com a linha de pensamento apresentada, o Ministro Eros Grau, apesar de reconhecer a constitucionalidade da Lei de Biossegurança por não afrontar o direito à vida digna prescrito na Constituição^[61], também argumenta pela impossibilidade de sua utilização irrestrita, dado que não exaustiva.

A ausência do estabelecimento de requisitos rígidos é capaz de transmutar a natureza constitucional da presente norma em inconstitucional, uma vez que confrontante com o bloco normativo representativo do núcleo essencial da *lex matter*^[62]. Assim, como foi feito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a improcedência da ADIN se deu com ressalva de termos aditivos na legislação questionada.

Em atenção à opção legislativa de regulamentação pontual, a ausência da previsão expressa e detalhada do procedimento da fertilização *in vitro*, do referente ao método de retirada de células-tronco dos embriões e da competência de órgãos estatais para fiscalizar e autorizar as pesquisas^[63], fulminaria por completo o tratamento da temática pela lei, posto que tal imprecisão acarretaria em insuportável insegurança jurídica, criando um campo fértil para a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, em contraponto ao posicionamento demonstrado até então, verifica-se que no mesmo julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança foram expostas e defendidas teses jurídicas que não tiveram como premissa a necessidade de uma técnica jurídica legislativa exaustiva como único meio capaz de reger o biodireito em atenção à dignidade da pessoa humana.

Ao contrário, partiu-se justamente da realidade fático-social para, através de princípios fundamentais, conformar a legislação existente com os pilares do ordenamento constitucional. A ausência de preceitos positivados que taxativamente regulamentem as relações desenvolvidas pelos indivíduos não é entendida como um obstáculo intransponível, *maxime* no biodireito que é de sede essencialmente constitucional.

Apesar da pertinência de algumas críticas fundadas no grau de certa indeterminação presente no conteúdo do dispositivo da Lei de Biossegurança, é possível verificar pela literalidade dos textos dos votos proferidos pelos demais Ministros^[64] que, mesmo assim, a assunção dos caracteres constantes no artigo 5º da referida lei é tida como

premissa inicial e não como conclusão a ser alcançada. O apego à técnica cede espaço a fundamentação principiológica como razão justificante da temática.

Apesar da extensa e bem fundamentada explanação do Ministro Relator Carlos Ayres Britto a respeito da constatação jurídica de que a abrangência do conceito constitucional de direito à vida digna envolve apenas a extensão da “personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica”^[65], “indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano.”^[66], não havendo, desse modo, afronta a esse direito quando da pesquisa com células-tronco embrionárias, o traço representativo de uma linha de concatenação entre os votos não foi esse.

Em razão do grande apelo social motivado pela problemática, caractere esse pertinente à maioria dos temas de biodireito, tomou grande vulto o argumento utilitarista, pautado na funcionalização do direito e nos benefícios capazes de serem originados com a adoção da técnica pesquisada.^[67]

O caráter de totipotência das células-tronco embrionárias faz com que elas sejam consideradas, para efeitos de avanço científico, como insubstituíveis até o presente momento, não podendo sequer ser comparada a elas as ditas células adultas, visto que uma vez que estas últimas não são capazes de gerar tecidos nervosos, a formar neurônios^[68], ainda as embrionárias seriam aptas a gerar quaisquer tecidos do organismo humano, permitindo a renovação das células linfóides e mielóides, tornando-as extremamente relevantes para a realização de tratamentos “para o bem e dignidade do ser humano”^[69].

Diante dessa constatação, vê-se que a cláusula de subsidiariedade^[70], representante de um dos principais obstáculos à adoção do princípio utilitarista, torna-se esvaziada de conteúdo ao ser aplicada a esta temática, visto que não há outros meios científicos que alcancem o grau de abrangência regenerativa por elas possibilitado.

Não obstante, afóra a promoção da busca por resultados com maior alcance possível e um mínimo de sacrifícios – expressão do princípio utilitarista, personificada pela destinação dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida a pesquisas científicas com células-tronco ao invés descarte^[71], cola-se que foi também largamente desenvolvida a justificativa pela aceção solidária do princípio da dignidade da pessoa humana.

Afirma-se que o preceito contido no art. 5º e §§ da Lei de Biossegurança, ao contrário de afrontar a vivência digna, visa o seu desenvolvimento, mediante a permissão para a direcionamento do saber científico, livre e responsável, na persecução de técnicas em benefício da humanidade^[72]. Ainda, a observância de que o indivíduo é, hoje em dia, entendido como um ser social impede que preponderância dos embriões *in vitro*, independentemente do questionamento a respeito do início da vida, sobre a pessoa humana, cuja esperança para o tratamento de sua enfermidade reside nas células-tronco daquele embrião.^[73]

Sob esse viés, dos votos analisados depreende-se a lição de que mesmo que uma legislação sobre um tema de biodireito contenha imperfeições técnicas, isso não represente obstáculo para o acesso aos direitos por ela preconizados, visto que o

biodireito possui sua sede na própria Constituição, podendo ser a norma inferior integrada com base nos preceitos da mesma.

Conclusão

Na atual conjuntura não mais é questionável a importância do biodireito como ramo jurídico autônomo, interdisciplinar e multifacetado, revitalizador de toda a ordem antes estabelecida em relação aos temas por ele tratado. A conjugação entre direito e ética toma especial vulto nesse setor jurídico, visto que, diante dos avanços biotecnológicos e biomédicos, cujo destinatário é, via de regra, o ser humano, viu-se a necessidade de legitimá-los, criando limites e impondo restrições com rigores que se confundem com a própria moral.

Contudo, embora se afirme que a distinção entre bioética e biodireito pauta-se no fato de que a segunda é dotada de um caráter jurídico, enquanto a primeira representa apenas regras de cunho social, vê-se que, na realidade, isso não se afigura de forma clara. A mera positivação no ordenamento dos preceitos éticos não é hábil para transmutá-los completamente em normas de direito, o ponto de toque está na verificação da presença de força cogente dessas normas, visto que ante à sua ausência, mesmo que inseridas na constelação jurídica, não passarão de regras deontológicas.

Na reprodução humana assistida, tema de extrema relevância para o biodireito, é possível se verificar campo fértil para o desenvolvimento do questionamento apresentado, uma vez que, a despeito de atrair de forma significativa a atenção social, tanto da comunidade nacional como internacional, há mais de 20 anos é aguardado uma tomada de posicionamento do legislador direcionada na edição de uma lei que a regulamente.

Bem se sabe que pela mutabilidade, dinamicidade e complexidade das situações envolvidas nessa seara, há sempre a orientação de que qualquer norma a ser promulgada deve ser precedida de intensos debates, até mesmo com a participação da sociedade civil, se possível.

Em análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 3.510 e da conjugação deles com o sistema normativo estabelecido pós-Constituição de 1988, vê-se que, apesar de reconhecidamente ser mais estável a aplicação de normas por meio de regras taxativas, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, ensaia-se a possibilidade de eficácia direta dos princípios fundamentais inseridos na Constituição nas relações de reprodução assistida, tema integrante do biodireito, visto que sendo a sede deste eminentemente constitucional, poderia-se afigurar descipienda a edição de uma lei que apenas viesse a reforçar tais valores.

Desse modo, mesmo que a efetivação desses direitos por meio de normas principiológicas possa aparentar certa insegurança jurídica, não se justifica rejeitá-lo aprioristicamente, nem relegar a eficácia do biodireito até o advento de uma norma

regulamentadora infraconstitucional casuística, pois os princípios constitucionais que pautam a aplicação do direito não podem ser afastados em qualquer das hipóteses.

Referências

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.) *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORRÊA, Marilena C. D. V. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

DEBORA, Diniz. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. O Direito, a Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./dez., 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[1] Ver sobre a superação dessa visão SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-70.

[2] “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. BRASIL. Lei n. 1.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.

[3] BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biocologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248.

[4] BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43.

[5] MARTINS-COSTA, Judith define Biodireito como o “termo que indica a disciplina, ainda que nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das ‘exigências máximas’ da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica - isto é, a busca do que se ‘deve’ fazer para atuar o ‘bem’ - mas do ponto de vista da exigência ética ‘mínima’ de estabelecer normas para a convivência social”. (Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 64.).

[6] BARRETO, Vicente de Paulorelata que os próprios cientistas, no final da década de 1960, estabeleceram uma moratória de um ano nas pesquisas de engenharia genética “[...] procurando estabelecer um consenso moral mínimo na comunidade científica, que permitisse a definição de normas de comportamento disciplinadoras das pesquisas e tecnologias”, e “[...] permitiu que se fizesse uma parada no ritmo das pesquisas e que se introduzissem algumas indagações de caráter moral, no universo da ciência biológica” (As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43).

[7] BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 42.

[8] BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 41.

[9] BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

[10] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47.

[11] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 76.

[12] BARRETO, Vicente de Paulo. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 56-57.

[13] SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35.

[14] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceição: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 93.

[15] LEITE, Eduardo Oliveira. O Direito, a Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

- [16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 53.
- [17] BARROSO Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.) *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 687.
- [18] RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 7.
- [19] BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47, *apud*, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 49
- [20] CALLAHAN, Daniel. “Bioethics”, em *Encyclopedia of Bioethics*. ed. Warren T. Reich, New York, Simon & Schuster and Prentice Hall International, 1995, vol. II, *apud*, BARRETO, Vicente de Paulo (2001). *Op. cit.*, p. 44.
- [21] Ver ampla pesquisa realizada por BARROSO, Luis Roberto que destaca inúmeros artigos e reportagens sobre o tema na imprensa nacional de grande circulação. (Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 261-262.).
- [22] Dentre as diversas posturas adotadas no encontro, extraem-se as seguintes: “[...] quando começa a vida humana? Começa no momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, como defende a professora Cláudia Batista, doutora em neurociência da Universidade Federal do Rio de Janeiro? Ou quando o óvulo fecundado adere à parede do útero, como quer o neurofisiologista Luiz Eugênio Mello, da Universidade Federal de São Paulo? Ou será que a vida começa quando aparecem as primeiras terminações nervosas que resultarão no cérebro, como advoga a geneticista Mayana Zatz, da Universidade de São Paulo? “. ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. Quando começa a vida?. *Veja*, São Paulo: Abril, ano 40, n. 16, p. 55, abril, 2007.
- [23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 16 de março de 2006. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.
- [24] PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 259.
- [25] A Lei n. 11.105 de 2005 resultou de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República encaminhado a Câmara dos Deputados em 03.10.2003. Remetido ao Senado tramitou por diversas Comissões e foi submetido a inúmeras audiências públicas. Sobre o histórico legislativo da lei em questão BARROSO, Luis Roberto, *Op. Cit.*, p. 241-242.
- [26] BARROSO, Luis Roberto (2007). *Op. Cit.*, p. 247.
- [27] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./dez., 2005, p. 135-136.
- [28] Vicente de Paulo Barreto aponta três princípios da bioética: “O primeiro desses princípios, o princípio da autonomia, considera como base das decisões a serem tomadas relativas ao uso de terapias e o desenvolvimento das pesquisas, o respeito à autonomia do ser humano, que serve para determinar os limites a aplicação terapêutica e na utilização do corpo humano, como objeto de pesquisas científicas (Declaração universal do Genoma Humano da UNESCO, 1997); o segundo princípio, o da beneficência, enfatiza a busca do bem-estar do paciente, incluindo a proibição de prejudicar o doente, sendo o mais antigo e tradicional, constituindo-se no núcleo do

juramento hipocrático; o terceiro princípio, estabelece o tratamento justo e equânime de todas as pessoas, expressando, mais do que os outros, os valores morais implicados na dimensão social do estado democrático de direito”. BARRETO, Vicente de Paulo (2001). *Op. cit.*, p. 50.

[29] Vicente de Paulo Barreto explica que: “Os princípios são chamados, assim, pelo filósofo alemão [Robert Alexy], de “mandatos de otimização”, em virtude de poderem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do grau de cumprimento irá depender das possibilidades reais e jurídicas que cercam o ato. Podem ser aplicadas, portanto, não somente em uma ordem jurídica definida e completa, mas, principalmente, como é o caso do biodireito, em ordens jurídicas que se encontram *in fieri*, estando ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes dos novos conhecimentos científicos”. *Id.*, *Ibid.*, p. 45.

[30] *Id.*, *Ibid.*, p. 45-46.

[31] BARBOZA, Heloisa Helena (2001). *Op. Cit.*, p. 6.

[32] Segundo Marilena Villela Corrêa, reprodução assistida: “[...] é o termo que define um conjunto de técnicas de tratamento médico paliativo, em condições de in/hipofertilidade humana, visando à fecundação. Essas técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica e envolvem a intervenção, no ato da fecundação, de pelo menos um terceiro sujeito, o médico, e às vezes de um quarto, representado pela figura do doador do material reprodutivo humano”. CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 110 e 112.

[33] Observa DINIZ, Débora que “uma possível explicação para a apatia legislativa em torno do projeto do deputado Luiz Moreira é o fato de que este se resumiu a uma transposição da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), para a esfera legislativa” (Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. *In: MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006, p. 2.).

[34] CORRÊA, Marilena Villela. *Op. Cit.*, 2001.

[35] DINIZ, Debora. *Op. Cit.*, p. 2.

[36] *Id. Ibid.*, 2.

[37] V. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 242-243

[38] Anota DINIZ, Débora que “as modificações propostas por estes dois substitutivos foram tão substanciais que, muitas vezes, ofuscam o conteúdo da primeira versão” (*Op. Cit.*, p. 3)

[39] *Id. Ibid.*, p. 2-3.

[40] Em julho de 2000, o Ministro da Saúde, homologou a Resolução nº 303/2000, do Conselho Nacional de Saúde, uma regulamentação complementar à Resolução CNS 196/96 para a área especial da Reprodução Humana. Define “Pesquisas em Reprodução Humana são aquelas que se ocupam com o funcionamento do aparelho reprodutor; procriação e fatores que afetam a saúde reprodutiva da pessoa humana (...) com a intenção de reprodução assistida, anticoncepção, manipulação de gametas, pré-embriões, embriões e fetos e medicina fetal (...)”.

[41] Neste trabalho, não foram analisados os votos dos Ministros Menezes de Direito, Celso de Melo e Joaquim Barbosa em virtude de não terem sido disponibilizados ao público.

[42] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 175.

[43] ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito e bioética*. Coimbra, 1995, p. 11.

- [44] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 101.
- [45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 26.
- [46] *Id. Ibid.*, p. 8.
- [47] *Id. Ibid.*, p. 12-16.
- [48] *Id. Ibid.*, p. 29.
- [49] *Id. Ibid.*, p. 6.
- [50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 11.
- [51] *Id. Ibid.*, p. 36-40.
- [52] *Id. Ibid.*, p. 35.
- [53] *Id. Ibid.*, p. 40.
- [54] *Id. Ibid.*, p. 46.
- [55] *Id. Ibid.*, p. 43.
- [56] *Id. Ibid.*, p. 45.
- [57] *Id. Ibid.*, p. 48.
- [58] *Id. Ibid.*, p. 49.
- [59] *Id. Ibid.*, p. 51.
- [60] *Id. Ibid.*, p. 53.
- [61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Eros Grau. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 9.
- [62] *Id. Ibid.*, p. 9.
- [63] *Id. Ibid.*, p. 12-13.
- [64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 61; Ellen Gracie, p. 8; César Peluso, p. 32; Marco Aurélio, p. 7.
- [65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 22.
- [66] *Id. Ibid.*, p. 23.
- [67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 15.
- [68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 12.
- [69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 12.
- [70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 21.
- [71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 9.
- [72] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 38.

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 11.

A AUTORIZAÇÃO LEGAL DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO DE EMBRIÕES HUMANOS*

THE RESEARCHES LEGAL AUTHORIZATION FROM THE HUMAN EMBRYONIC STEM CELLS

**Francisco Gérson Marques de Lima
Ana Cristina de Paula Cavalcante Parahyba**

RESUMO

O presente estudo parte da análise de um caso concreto levado à Justiça Brasileira - a Arguição Direta de Inconstitucionalidade da autorização legal das pesquisas com células-tronco de embriões humanos (CTeh), cujo móvel centrou-se na questão da colisão de direitos fundamentais que envolvem a matéria. Nenhum direito fundamental é dotado de força absoluta, de modo que um não pode sobrepujar o outro. E é diante de situações reais que surge a necessidade de se mediar uma solução pacífica a fim de que a colisão de direitos fundamentais não afronte a ordem constitucional. A discussão acerca da pesquisa com células-tronco de embrião humano obteve uma enorme repercussão em todos os setores da sociedade brasileira, pois versou sobre temas que envolvem questões éticas, morais, filosóficas e religiosas, além das questões jurídicas que têm nos direitos fundamentais da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a base legal de toda a celeuma. No caso das pesquisas com CTeh, evidencia-se a aplicação implícita do princípio da proporcionalidade em face do exame concreto de constitucionalidade da lei, solucionando-se nesse diapasão a colisão de direitos fundamentais originados do litígio. O princípio da proporcionalidade surge então como importante instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais considerando-se que com base nele torna-se possível efetivar o controle de constitucionalidade da lei e dos atos decorrentes do exercício das funções típicas do Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À VIDA; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; COLISÃO; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

This study has its origin in a concrete case taken to Brazilian Justice - the Direct Challenge of Unconstitutionality of legal authorization of researches with stem cells from human embryos (SChE), which object was focused in the issue of the basic rights collision that involve the subject. No basic right is endowed with absolute power, in a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

way that one cannot overcome the other. And it is from facing real situations that arises the need to mediating a peaceful solution so that the collision of basic rights doesn't confront the constitutional order. The discussion about the research with stem cells from human embryo had a huge repercussion in all the sectors of Brazilian society, because it was about themes that involve ethical, moral, philosophical and religious matters, beyond the legal issues that have their legal base of all the discussion in the basic rights of the inviolability of the right to live and human dignity. In the case of researches with SChe, it becomes clear the implicit application of the principle of proportionality through the concrete examination of law's constitutionality, solving the collision of basic rights borned from the litigation. After all, the principle of proportionality arises as an important tool for protection of basic rights considering that it based on itself becomes possible to accomplish the law control of constitutionality and of acts resulting from the exercise of the typical functions of the Rule of Law.

KEYWORDS: INVIOABILITY OF HUMAN LIFE; HUMAN DIGNITY; FUNDAMENTAL RIGHTS; COLLISION; PROPORCIONACIONALITY PRINCIPLE

INTRODUÇÃO

O debate nacional em face da argüida inconstitucionalidade da lei que autorizou a pesquisa científica com embriões humanos para fins do uso de células-tronco, mobilizou, não só as instituições legais, mas todos os segmentos da sociedade, posto que a questão não se restringiu tão-somente à seara jurídica, ensejando questionamentos de ordem moral, ética e filosófica, suscitando valores até bem pouco tempo inquestionáveis para a humanidade.

O objeto da prestação jurisdicional discutida em face da autorização legal das pesquisas com células-tronco de embriões humanos foi a proteção constitucional da vida.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI -3510) da lei que autorizou as pesquisas com células-tronco de embriões humanos (CTeh), em que pese a sua força preponderante de julgado irrecorrível, proporcionou um sentimento misto, de vitória e derrota, na sociedade brasileira, ainda tão arraigada a valores passionais e religiosos. Enquanto para alguns trouxe a verdadeira esperança de cura para doenças hoje consideradas invencíveis, para outros causou uma afronta ao direito à vida do embrião humano, entendido por esta última corrente, como o futuro ser humano.

1 AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS

A matéria relativa às pesquisas com as células-tronco embrionárias humanas (CTeh) restou disciplinada no Brasil em face da Lei nº 11.105, de 24.03.2005 (Lei de Biossegurança), que em seu artigo 5º, incisos I e II e parágrafos 1º, 2º e 3º, autorizou a pesquisa e terapia com embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, descartados em clínicas de fertilidade *in vitro*, dependendo em qualquer caso do consentimento dos genitores.

O legislador estabeleceu ainda no mencionado dispositivo legal que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com CTeh devem submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, proibindo a comercialização do material biológico, configurando, no caso de inobservância da lei, tipo penal.

A constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005 foi recentemente objeto de julgamento de uma Ação de Declaração de Inconstitucionalidade (ADI-3510) pelo Supremo Tribunal Federal proposta pelo Ministério Público Federal.

A tese então defendida pelo Órgão Ministerial Federal foi de que a “vida começa ‘durante e a partir da’ fecundação, de modo que o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.”[1]

Numa das mais difíceis, porém, histórica, decisão, da mais Alta Corte de Justiça Brasileira, finalmente, em 29 de maio do ano em curso, seis dos seus onze Ministros votaram pela constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, ou seja, a favor das pesquisas. Os outros cinco Ministros sugeriram mudanças na lei.

O Supremo Tribunal Federal, usando da melhor exegese, sem adentrar nas questões filosóficas e religiosas acerca do início da vida, limitou-se a interpretar as leis e a Constituição ao decidir pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Cabe aqui, a título de exemplo do pensamento da maioria dos Ministros daquela Corte Maior, a transcrição de alguns trechos do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie:

[...] Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. [...] Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte [...] O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. [...] A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida[2].

A importância das pesquisas com CTeh se evidenciou no contexto científico biomédico internacional com o primeiro relato do isolamento de células-tronco embrionárias humanas (CTeh), publicado em 1998, pela equipe do Prof. James. A. Thomson, da Universidade de Wisconsin, nos Estados Unidos.

O estudo dessas células se revela extremamente importante para a ciência médica, conforme bem avaliado em artigo científico pelo próprio Thomson:

As células-tronco embrionárias humanas (CTeh) capturam a imaginação porque são imortais e exibem um potencial de desenvolvimento quase ilimitado. Passados vários meses em desenvolvimento em placas de cultura, essas células tão indescritíveis conservam a capacidade de formar outras células, musculares, nervosas, sanguíneas, e potencialmente todo e qualquer tipo de célula que constitui o corpo. Seu potencial de proliferação e desenvolvimento promete o fornecimento praticamente ilimitado de tipos celulares específicos para transplantes em enfermidades que abrangem as doenças cardíacas o mal de Parkinson, a leucemia e assim por diante[3].

As CTeh têm capacidade de se reproduzirem indefinidamente em laboratório se transformando em outras células que não apenas de seu próprio tecido, mas também de outros tecidos do corpo humano de modo que, depois de dominada tecnologicamente, essa possibilidade pode ser usada para consertar tecidos danificados e tratar doenças até hoje consideradas incuráveis.

Para Suzanne Holland, professora da área médica e ética americana, apesar dessa importância, e talvez por isso mesmo, as pesquisas com CTeh têm se mostrado um dos mais controversos desenvolvimentos médicos das últimas décadas, sendo vários os motivos de controvérsia, desde profundas interrogações acerca da natureza da vida humana, relativas aos limites das intervenções nas células e nos tecidos humanos, ao significado de nossa existência coletiva[4].

Passados dez anos de suas pesquisas iniciais, o assunto ainda motiva uma discussão a nível mundial que está longe de ser pacificada: a alegativa de conduta antiética e antijurídica de se destruir possíveis vidas humanas, utilizando-as como simples instrumentos de estudo.

O benefício que as células-tronco podem trazer para a humanidade é pacífico para todos os segmentos que enfrentam as polêmicas geradas pelas pesquisas com CTeh, tanto que a coleta das células-tronco no cordão umbilical ou em tecidos adultos, cujas pesquisas já demonstraram sua versatilidade em se transformarem em células de outro tecido, não promove nenhuma controvérsia quanto às possibilidades de pesquisa.

A celeuma gira em torno da coleta das chamadas células-tronco a partir da utilização de embriões em seus primeiros estágios de desenvolvimento, o que provoca sua destruição.

A despeito das possibilidades evidenciadas em face das pesquisas com células-adultas, os cientistas defendem o potencial maior existente nas CTeh, então limitado em células-tronco adultas, vez que as descobertas demonstram que essas células são pluripotentes, ou seja, têm o potencial de se transformarem em qualquer célula do organismo adulto, como por exemplo, podem se transformar em ossos e neurônios.

Os principais argumentos daqueles que se posicionam contrários às pesquisas em células-tronco de embrião humano são que a célula obtida pela transferência de núcleo é um embrião potencial que, se fosse implantado em um útero, seria susceptível de desenvolver-se em um ser humano completo, o que atenta diretamente contra a vida e a dignidade da pessoa humana.

Para essa corrente, não se pode matar a vida, ainda que em estágio embrionário, a pretexto de cura. Para a outra corrente, os embriões não passam de um aglomerado de

células que não se configuram como vidas humanas e ao invés de serem descartados melhor é que sejam aproveitados em prol das pesquisas que podem trazer a cura para diversas doenças.

2 A INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Numa acepção ampla, a expressão “direitos fundamentais” abrange as prerrogativas de uma vida baseada na liberdade e dignidade humana, pertinentes aos seres humanos, indistintamente.[5]

Mais restritamente, pode-se dizer que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.[6]

A expressão “direitos fundamentais” intitula o elenco legal dos direitos e garantias do ser humano, na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 em seu Título II e Capítulos, cuja premissa maior é o respeito à sua dignidade.

É preciso ressaltar, entretanto, que os direitos fundamentais existentes em um dado ordenamento jurídico não se limitam aos elencados na sua Carta Constitucional, envolvendo também aqueles que convergem axiologicamente aos formalmente expressos, desde que se revelem essenciais para a dignidade da pessoa humana, sua liberdade e igualdade, de modo que, assim, podem os direitos fundamentais localizar-se fora do texto escrito.[7]

A Constituição da República de 1988 pontua o espírito dessa corrente ao dispor claramente em seu artigo 5º, parágrafo segundo, que o amplo rol de direitos fundamentais ali expressos não esgota o campo constitucional de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é que o direito constitucional brasileiro vem evoluindo em face de valores e princípios não necessariamente inseridos na Carta Constitucional, mas que dela extrai a idéia dominante, respaldando-se ainda no senso jurídico coletivo, e considerando as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.[8]

Enquanto princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito, merece destaque nesta análise o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O direito à vida está previsto de forma genérica e ampla no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, abrangendo tanto o direito de não ser morto, privado da vida, ou seja, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna, adequada com a condição humana.

Não obstante a relevância do direito à vida como o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos[9], residem na dignidade, assim reconhecida pela Constituição de 1988 em seu art. 1º [...] III, os valores que justificam a existência do ser humano enquanto pessoa.

Ingo Sarlet assinala que a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico, acrescentando ainda que, quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo, inclusive, falar-se de uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais da pessoa humana[10].

Vale dizer em face dos direitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana que um não prescinde do outro.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariem. Como de fato não contém. No caso dos direitos fundamentais, sabe-se que não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta.

É nesta perspectiva que surge a problemática da colisão de direitos fundamentais que representa um grande problema na prática, remetendo o intérprete a operações bem mais complexas que a simples subsunção utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras.

A colisão de direitos fundamentais assemelha-se, e, portanto, encontra-se inserida na colisão de princípios, que ao contrário da colisão das regras cuja solução há de ser encontrada no plano da validade, impõe-se a solução no plano do valor, de modo que não há a supressão de um princípio em favor de outro, mas ao contrário, procede-se à ponderação dos princípios em conflito, para que seja assegurada a menor constrição possível.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem-se levar em conta as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, analisados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado.

Guilherme Peña de Moraes leciona acerca da existência de dois tipos de colisão de direitos fundamentais *lato sensu*, quais sejam: a colisão de direitos fundamentais *stricto sensu* e a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais[11].

A primeira é manifestada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental, idêntico ou diverso, por parte de outro titular; a segunda é exteriorizada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente[12].

Impõe-se ainda reconhecer que não existe hierarquia entre direitos fundamentais que gozam da mesma proteção no bojo da Constituição, posto ser incompatível com a sua natureza e função no Estado Democrático de Direito de modo que tal posicionamento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal acompanhando assim o entendimento das

cortes constitucionais italiana, alemã, portuguesa, francesa, espanhola e norte-americana.

A colisão de direitos fundamentais se resolve mediante uma ponderação entre a obrigação imposta e o benefício trazido em face dos interesses opostos. Conforme assevera Suzana Barros de Toledo, “Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar”. [13]

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONAL DA LEI N. 11.105/2005

4.1 O princípio da proporcionalidade: premissas gerais

Ora transvertido em princípio geral do direito, consagrado por princípio ou máxima constitucional, o princípio da proporcionalidade, conforme leciona Paulo Bonavides é um forte instrumento de consolidação do Estado da Constitucionalidade, em cujo âmbito se encontra atado ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica em substituição ao princípio da legalidade [14].

Trazido do direito alemão e incorporado ao direito brasileiro, mas não de forma expressa e sim, como norma esparsa dentro do texto constitucional, o “princípio dos princípios”, na forma como o Professor Willis Guerra [15] se refere ao princípio da proporcionalidade, concede ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, de modo que vem sendo largamente utilizado pela jurisprudência e doutrina pátrias.

O Professor Paulo Bonavides [16] ensina que o princípio da proporcionalidade pode ser mais bem compreendido pela análise dos três níveis de seu conteúdo, que a doutrina chama “princípios parciais” ou “subprincípios”.

Tem-se assim em sede de “subprincípios da proporcionalidade”, o da “adequação”, pelo qual a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; em seguida, tem-se o da “necessidade” pelo qual ao se escolher a norma a ser aplicada é preciso considerar, sempre, a mais benéfica ao destinatário, podendo ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave, ou menos danoso a direitos fundamentais. Finalmente, tem-se o terceiro subprincípio da proporcionalidade, que consiste na “proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*”, pelo qual deve se estabelecer se o meio empregado está numa relação de razoável proporção entre o fim perseguido.

“Essa visão estrutural e funcional do princípio da proporcionalidade também tem o condão de justificar sua qualidade de determinante heterônoma, impositiva de limites não somente negativos, mas especialmente positivos, à ação do legislador”, conforme leciona Suzana de Toledo Barros. [17]

A atuação do princípio da proporcionalidade é mais preponderante no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, de modo que se tem sua aplicação enquanto pilastra do instituto do controle da constitucionalidade, podendo ainda ser aplicado em sede de controle da atividade administrativa ou judicial.

Note-se então, como bem observa Paulo Bonavides, que este é um princípio que envolve todos os cidadãos, por funcionar como critério para solução de colisão de direitos fundamentais, sem precedência de um valor constitucional sobre outro, cujo emprego vem sendo adotado mais e mais no controle jurisdicional de constitucionalidade.[18]

O Supremo Tribunal Federal tem adotado posicionamento jurisprudencial pela aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver situações de colisão entre princípios constitucionais, muito embora não venha sendo aplicado tecnicamente, já que seus elementos não são analisados separadamente em uma relação de precedência e subsidiariedade.[19]

Conforme justifica José Sérgio da Silva Cristovam, o princípio da proporcionalidade é tido como instrumento concedido ao Poder Judiciário a fim de que por meio de uma atividade comprometida e responsável, possa fazer prevalecer a vontade da Constituição, garantindo ao cidadão proteção contra os desmandos e ofensas cometidas pelos poderes constituídos aos direitos fundamentais.[20]

4.2 A aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005

O problema da autorização das pesquisas com CTeh concedida pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, partiu da discussão judicial acerca da arguição de inconstitucionalidade da referida lei, que ao autorizar essas pesquisas, estaria violando o direito à vida e dignidade da pessoa humana em relação aos embriões objetos das pesquisas.

Inicialmente, cumpre-se reconhecer os conflitos de interesses em face dos direitos fundamentais que envolvem a questão das pesquisas com CTeh, posto que se trata, na verdade, de situação em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental idêntico, por parte de outro titular.

Ambas as partes do vertente caso concreto atribuem o direito à vida e à dignidade humana a defesa de suas teses.

Quem se opõe à pesquisa confere o direito à vida e dignidade às células-tronco embrionárias humanas, tratando-as hoje como se já fossem a pessoa que poderiam vir a ser amanhã; aqueles que defendem a pesquisa atribuem o mesmo direito à vida e dignidade às pessoas que no futuro se beneficiarão em termos médicos quando as novas terapias forem desenvolvidas.

Diante da magnitude de direitos fundamentais postos em conflito na questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, fez-se imperioso a parcimônia do Direito, ponderando os valores e princípios que a cercavam e suas conseqüências em cada qual das partes interessadas.

Porém, ao restringir as pesquisas apenas aos embriões inviáveis, ou congelados há mais de três anos, descartados em clínicas de fertilidade *in vitro*, dependendo em qualquer caso do consentimento dos genitores, impõe-se observar a proporcionalidade inserida do conteúdo legal atacado via Ação Direta de Inconstitucionalidade, de forma a auferir uma contenção dos excessos prejudiciais aos interesses envolvidos.

Percebe-se no caso que o controle da constitucionalidade em questão restou auferido de forma velada em face do “princípio da proporcionalidade”, solucionando o conflito de interesses oriundo da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei.

À luz dessa compreensão, para a solução do conflito há que se interpretar e aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade para obter um posicionamento equilibrado, isento dos apelos religiosos, até porque o Brasil é um Estado Democrático laico pelo qual a liberdade de credo e religião, e o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, coíbe que a legislação e os posicionamentos jurídicos se vinculem a crenças e misticismos[21].

A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso trazido à baila, trata da idéia de justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça, mesmo que não se consiga de toda a forma contentar em absoluto as partes envolvidas na questão.

Interessa à presente análise a aplicação do princípio da proporcionalidade, como se depreende do voto do Ministro Carlos Ayres Britto em relação à questão de constitucionalidade da lei que autorizou as pesquisas com as Cteh, quando argumentou o seguinte:

“Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensasse mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez)”. [22]

Com base nessas considerações, evidencia-se que a decisão pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade se sustentou, não acerca da escolha do direito de uma das partes interessadas em detrimento da outra, mas sim na preponderância do direito à vida e dignidade, tanto das pessoas a serem beneficiadas no futuro com as terapias surgidas das pesquisas, quanto em relação à proteção das CTEh em face das limitações para a realização das pesquisas contidas na própria lei então guerreada.

Em outras palavras, no caso em estudo, o dispositivo legal atacado em sede da ADIn supramencionada, “ao ser submetido ao confronto do princípio da proporcionalidade – de essencial acuidade para a solução constitucional da colisão de direitos fundamentais – resistiu ao argumento de que a utilização de CTeh para pesquisas viola o direito à vida e a dignidade humana”, direitos estes reconhecidos em razão das limitações impostas às pesquisas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe uma análise da autorização legal das pesquisas com CTeh, limitando a existência de uma colisão de direitos fundamentais idênticos que envolveram as partes interessadas no litígio criado a partir do questionamento judicial acerca da inconstitucionalidade da lei que autorizou as referidas pesquisas, à luz da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, cumpre-se ressaltar trecho da carta do chanceler, professor e jurista Celso Lafer à Ministra Ellen Gracie, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança “conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade”, conforme lembrou o Ministro Carlos Ayres Britto por ocasião de seu voto na ADIn 3510.[23]

A discussão que encerrou as controvérsias das pesquisas com CTeh, envolveu os direitos fundamentais de inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana cujo debate da demanda judicial enfocou a perspectiva do ideal de Justiça que transcende o próprio Direito.

Oscar D’alva e Souza Filho, ao refletir em torno do conceito de Justiça, afirma:

[...] A preocupação com a Justiça e com o julgamento dos juízes tem sido uma constante na História do Direito e da Filosofia do Direito, e isso está registrado desde os livros sagrados, como uma dificuldade ou uma usurpação, posto que o julgamento justo somente caberia a Deus [...] A idéia de justiça tem, pois evidente plasticidade, sendo aplicada em situações lógicas e ontológicas diferentes. Implica, todavia, necessariamente nos elementos **correção e certeza lógicas** (como aspectos formais do discurso sentencial), **mensuração objetiva dos fatos da causa** (que tem pertinência com a metodologia da cognição aplicada na instrução da causa), **competência jurisdicional do magistrado prolator** (competência para decidir sobre o direito reclamado), e **retidão e vontade para dar a cada um o que é seu** (elementos subjetivos e éticos da formação do julgador) integrando a questão legal com a existência e os valores e costumes culturais da sociedade jurisdicionada.[24]

Del Vecchio[25] assinala que Aristóteles, diante da dificuldade de aplicação das leis abstratas aos casos concretos, indicou a equidade, critério de aplicação da lei que permite adaptá-la a cada caso, temperando-lhe a dureza, como um corretivo para a rigidez da justiça.

A questão mereceu a análise ponderada dos valores que a permearam, cujos titulares defendem o exercício de direitos fundamentais idênticos, havendo o embate que ser solucionado através do princípio da proporcionalidade, o qual, como assinala Pierre Müller, “a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”[26].

Com efeito, a heterogeneidade de direitos e garantias previstos na Constituição, com *status* de princípios constitucionais, impede serem todos agasalhados de modo absoluto, se limitando reciprocamente.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade tem a função elementar de resguardar os direitos fundamentais. Afinal, devido à carga axiológica neles existente, os mesmos vivem em uma constante tensão, em consequência disto, não há que se cogitar, conforme já assinalado, em um sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos.

Então será neste aspecto que se insere o princípio da proporcionalidade, ou seja, como um instrumento que limitará estes direitos, ponderando-os, ao caso concreto, quando de fato haja uma colisão, uma tensão entre eles.

A importância do princípio em pauta vem sendo progressivamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias, que cada vez mais tem dele se valido como mecanismo indispensável à solução de controvérsias envolvendo as normas de direitos fundamentais.

O problema apresentado serve de exemplo entre as inúmeras hipóteses que a sociedade pode se deparar originando a necessidade de resolver conflitos de difícil solução, sem olvidar a proteção e resguardo de valores do grau da dignidade e da vida humana, cuja saída há que ser analisada segundo parâmetros de proporcionalidade a fim de zelar pela defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial.asp?base=ADI&s1=351>

&processo=3510. Acesso em: 25.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf - Acesso em: 25.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/ Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf Acesso em: 03.09.2008.

CANOTILHO. J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina. 2003.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Tradução e notas de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Líder, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5. ed. , São Paulo: RCS Editora, 2007.

HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie. *As Células-Tronco Embrionárias Humanas em debate. Traduzido de The Human Embryonic Stem Cell Debate: science, ethics, and public policy*, por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006.

MORAES. Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, 21. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: Conflitos & Soluções*. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SOUZA FILHO, Oscar D'alva e. *Ensaio de Filosofia do Direito: temas gregos, medievais, modernos e atuais*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004.

THOMSON, James A. *As Células-Tronco Embrionárias Humanas* – artigo inserido no livro *As células-tronco embrionárias humanas em debate. Organiz.: Holland Suzanne/ Lebacqz Karen/ Zoloth Laurie. Traduzido de: The Human Embryonic Stem Cell Debate: science, ethics, and public policy*, por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Ed. Loyola, 2006.

[1] Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial.asp?base=ADI&s1=351>

&processo=3510. Acesso em 25.04.2008.

- [2] Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf
- Acesso em: 25.04.2008.
- [3] THOMSON, M.J. *As células-tronco embrionárias humanas In: As células-tronco embrionárias humanas em debate. Organiz.: Holland S. / Lebacqz K./ Zoloth L. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves.* Traduzido de: *The human embryonic stem cell debate – science, ethics, and public policy*, São Paulo: Ed. Loyola, 2006, p. 15.
- [4] HOLLAND Suzanne/ Lebacqz Karen/ Zoloth. Laurie. *As células-tronco embrionárias humanas em debate. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. Traduzido de: The human embryonic stem cell debate – science, ethics, and public policy.* São Paulo: Ed. Loyola, 2006. Introdução. p. XVII.
- [5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed..São Paulo:Malheiros, 2007, p. 560
- [6] idem
- [7] Canotilho. J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª.ed., Coimbra:Almedina. 2008.p. 404-405.
- [8] SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ª. ed., Porto Alegre: Ed.Livraria do Advogado. 2007. p.91-92.
- [9] MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 30.
- [10] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 6ª. ed., Porto Alegre: Ed.Livraria do Advogado. 2008. p. 70-79.
- [11] MORAES, Guilherme Pena de. *Direitos Fundamentais: Conflitos & Soluções*. 1. ed. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.p. 60
- [12] *op.cit.*, p. 60-61.
- [13] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3ª. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003. p.159-160
- [14] BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed.. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p. 398-399
- [15] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. ,São Paulo: RSC Editora. 2007.p. 79.
- [16] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed..São Paulo: Ed.Malheiros, 2007. p. 396-397
- [17] *op.cit.* p.76-77.
- [18] *op.cit.* p. 402
- [19] CRISTOVAM. José Sérgio da Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, 1ª. ed. , Curitiba: Juruá, 2006, p. 250-251
- [20] Idem. p. 251
- [21] Moraes. Alexandre de, *op. cit.* p. 40-41
- [22] / Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf Acesso em: 03.09.2008.
- [23] idem
- [24] SOUZA FILHO, Oscar D'alva e. *Ensaio de Filosofia do Direito: temas gregos, medievais, modernos e atuais*, 1ª. ed., Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004, p. 69-71.
- [25] DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*, 1. ed., tradução de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 26.

[26] MÜLLER, Pierre, 1978, apud BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21^a ed. São Paulo Malheiros, 2007. p.397-398

BIOÉTICA, BIODIREITO E INTERPRETAÇÃO (BIO) CONSTITUCIONAL*

BIOETHICS, BIOLAW AND (BIO) CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

**Ana Paula Myszczuk
Jussara Maria Leal de Meirelles**

RESUMO

O artigo objetiva realizar breve análise sobre os conceitos de Bioética, Biodireito e Bioconstituição. Para tanto, verifica princípios Bioéticos, surgimento do “Biodireito” e o conceito de Bioconstituição ou Biodireito Constitucional, enquanto meio de solução de conflitos entre normas biojurídicas. Entende que o princípio fundamental para deve ser utilizado, quando de qualquer questão relacionada à Biomedicina, é o da dignidade da pessoa humana. Deve se pautar pelo mais amplo conceito de dignidade, atuando concretamente para a promoção da existência com qualidade e respeito, abstendo-se de análises que a diminuam ou desconsiderem. A Constituição Federal positiva outros instrumentos para a realização de interpretação Bioconstitucional, como os direitos fundamentais. O direito à vida, que é a fonte primária de todos os outros direitos, veda qualquer prática biomédica que coloque em perigo a existência digna de um ser humano ou o tratem de forma desumana ou degradante. O direito à igualdade impõe que, onde houver um homem e uma mulher, a proibição de qualquer tratamento desigual entre eles. Veda-se qualquer forma de discriminação, o ser humano deve ser tratado com equidade, segundo suas necessidades, condições e méritos. Outro aspecto relevante do estabelecimento de marcos interpretativos é a tutela da intimidade. Ainda, a Constituição Federal de 1988, positiva, no capítulo VI, a tutela do meio ambiente, determinando a preservação do patrimônio genético, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e adoção dos princípios do poluidor-pagador e da precaução. Em conclusão, argumenta-se que os fundamentos da Bioética e do Biodireito são instrumentos valiosos para auxiliar na orientação do agir e da formulação de possíveis limites à aplicação e/ou avanços da Biomedicina. Por isto, para se interpretar o caso concreto, além de análise multidisciplinar, a oxigenação de conceitos e o repensar de fundamentos abrem espaços para a formulação de um conceito de Bioconstituição.

PALAVRAS-CHAVES: BIOÉTICA, BIODIREITO, BIOCONSTITUIÇÃO, BIODIREITO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

This article aims to carry out brief analysis on the concepts of Bioethics, Biolaw and Bioconstitution. For both, verifies the bioethical principles, the emergence of "Biolaw"

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

and the concept of Bioconstitution or Constitutional Biolaw, as means for settling conflicts between biojuridical rules. Believes that, when any matter related to biomedicine takes place, the human dignity is the fundamental principle to be used. It should be guided by the broader concept of dignity, acting specifically to promote the existence and quality with respect, refraining any analyses that reduce or ignores it. The Federal Constitution provides instruments for the realization of a Bioconstitucional interpretation, the fundamental rights. The right to life, which is the primary source of all other rights, prohibits any biomedical practice that puts in danger the human existence or handles the person in inhuman or degrading way. The right to equality requires, where there's a man and a woman, the prohibition of any unequal treatment between them. Forbids any form of discrimination, the human being must be treated with fairness, according to their needs, circumstances and merits. Another important aspect of the establishment of milestones interpretative is the intimacy principle. In addition, the Federal Constitution of 1988, down, in Chapter VI, the protection of the environment determinates the preservation of genetic heritage, the right to ecologically balanced environment and adoption of the polluter-pays and precautionary principles. In conclusion, it argues that the reasons for Bioethics and the Biolaw are valuable tools to help guide the action and the formulation of possible limits on the application and / or advances in biomedicine. Therefore, to interpret a given case, it requests multidisciplinary analysis, oxygenation of concepts and rethink the foundations, to open spaces for the formulation of a concept of Bioconstituição.

KEYWORDS: BIOETHICS, BIOLAW, BIOCONSTITUTION, CONSTITUTIONAL BIOLAW

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Os avanços biotecnológicos obtidos no século XX, principalmente com a Engenharia Genética, foram de tal magnitude que já é corrente o entendimento de que, se o século XX foi o século da Física, o século XXI será da Biologia. A Biotecnologia e a Engenharia Genética trouxeram para a realidade social o que antes parecia ser pura fantasia: a possibilidade de reorganizar geneticamente o homem e a natureza, misturar espécies antes incompatíveis entre si, enfim, abre caminho para que se possa modificar completamente o mundo como conhecido.

Este leque de possibilidades faz surgir muitos debates sobre a pesquisa e uso deste conhecimento, sua validade e implicações advindas destes avanços biotecnológicos. Temas como Bioética, eugenia, clonagem, testes genéticos, pesquisas com seres humanos e transgênicos, povoam nosso dia a dia, trazendo à tona inúmeros questionamentos sobre os limites que podem ou devem ser impostos a estes conhecimentos científicos. As preocupações giram em torno das consequências da aplicação da Biotecnologia e Engenharia Genética para o meio ambiente, os destinos da vida humana no planeta e os danos que podem advir do uso indiscriminado da manipulação genética.

Para tentar responder aos questionamentos específicos sobre a posição do Direito e dos juristas nestas mudanças sociais e científicas, Carlos Maria Romeo Casabona[1] reflete que estes encontram cada vez mais obstáculos a ser enfrentados, quando da análise uma

realidade social nova e, principalmente, quando o surgimento deste está condicionado de modo decisivo aos avanços científicos ou tecnológicos. Para transpor estas dificuldades e não ficar frustrados diante do novo, a ciência do Direito e seus aplicadores devem adicionar aos seus conhecimentos técnicos, um conhecimento prévio: o de captação dos aspectos mais relevantes dessas inovações ou descobertas e sua real incidência sobre a vida humana. A partir do conhecimento das mudanças biotecnológicas o jurista estará preparado para discutir este conhecimento e avaliar qual será sua conduta frente a este. Sua intervenção deve servir para garantir a convivência e a paz social, resolver os conflitos onde eles surjam e proteger os valores individuais e coletivos mais importantes para esta, sejam estes já reconhecidos (bens jurídicos) ou novos, que necessitem de identificação e mercedores de proteção.

Todas estas questões devem ser analisadas pensando-se, também, no direito fundamental à criação e à produção científica e a proteção da *propriedade* intelectual, sendo que as limitações ou proibições devem ser determinadas a partir de colisões com direitos fundamentais, bens jurídicos constitucionalmente ou instrumentos jurídicos internacionais, inclusive as declarações de direitos humanos.

Neste contexto, o Direito chega ao século XXI e coloca o jurista frente ao desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar.

Mas não basta que o jurista acrescente a seu arcabouço teórico as informações científicas necessárias para entender as inovações biotecnológicas. É imprescindível que, também, passe a interpretar as regras jurídicas, buscando novas ou re-oxigenadas bases para sua interpretação das questões jurídicas. Não seria de nenhum auxílio na resolução dos conflitos análises que passem ao largo desta nova ordem ou que insistam em conceitos tradicionais, que não abarquem os problemas advindo com os avanços biomédicos presentes no dia-a-dia.

Em uma nova realidade, é preciso novos paradigmas, novas formas de interpretação das regras jurídicas, em consonância com a realidade dos fatos. Neste campo específico o jurista, também, já se dispõe de novas linhas de pensamento. Entre estas se encontra a *proposição* de uma nova forma de interpretação das normas constitucionais: a Bioconstituição ou o Biodireito Constitucional.

2. BIOÉTICA, BIODIREITO E BIOCONSTITUIÇÃO:

As mudanças científicas possibilitadas com a Biotecnologia levaram os profissionais das áreas biológicas e da saúde a pensar sobre seu agir e a buscar balizas éticas para conduzir seus estudos. Desta problematização é que surge um novo campo da Ética, denominado Bioética[2], que pode ser considerada uma fusão da “Ética com a Ciência da vida, como uma *ética da vida*, integrando a cultura humanística a técnico-científica das ciências naturais” [3]. Assim, indica o conjunto de pesquisas e práticas multidisciplinares, que tem por finalidade a resolução de conflitos éticos provocados pelos avanços biomédicos.

Da mesma forma que o Direito encontra dificuldade na análise das controvérsias entre ética e inovação científica, a Bioética também encontra problemas em estabelecer princípio que possam servir para a resolução dos conflitos, sem estar defasados no momento de sua aplicação. Quer dizer, devido ao “espantoso potencial técnico da ciência, presencia-se um momento de dilema: há a necessidade de uma ética vinculatória de responsabilidade solidária da humanidade, e de outro, a dificuldade em encontrar a fundamentação racional de uma ética intersubjetivamente válida, no sentido de neutralidade valorativa” [4]. Em se tendo em vistas tais dificuldades, a Bioética tem como marco valorativo três princípios base: autonomia, beneficência e justiça.

O princípio da autonomia ou autodeterminação da pessoa representa a capacidade que tem a racionalidade humana de fazer leis para si mesma e governar-se, ou seja, de escolher, dirimir e avaliar as situações sem quaisquer restrições internas ou externas. É a capacidade que o indivíduo possui de deliberar sobre determinada questão e se agir de acordo com sua escolha.

Com o princípio da justiça obriga-se a distribuição justa, eqüitativa e universal dos benéficos dos conhecimentos. Pode-se analisar este princípio sob cinco fundamentos teóricos[5]. O primeiro é o da proporcionalidade natural, na qual se entende que a justiça é uma propriedade natural das coisas, devendo o homem a respeitar. A segunda é a da justiça como liberdade contratual, na qual se entende que a justiça é uma condição basilar para que se possa garantir a fruição dos direitos civis e políticos, garantidos pelo contrato social. A terceira é a da justiça como igualdade social, introduzindo o princípio da justiça distributiva, ou de que devem ser distribuídos eqüitativamente os bens de consumo, de acordo com as necessidades do indivíduo. A quarta é a da justiça como bem estar social, onde o Estado deve garantir o direito à saúde para todos. A última teoria é a da justiça como eqüidade, que a define como a distribuição igualitária de todas as *Oportunidades*, liberdades e riquezas, tendo por base o respeito pelo ser humano, sendo justificada a distribuição desigual se esta redundar em benefício para todos ou, pelo menos, para os mais necessitados.

O princípio da beneficência “aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos das pesquisas e minimização de ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária[6]”. Determina que o profissional jamais deva praticar algum mal ao seu paciente. É uma garantia de que os danos previsíveis serão evitados, que sejam atendidos os interesses importantes e legítimos do paciente, seu bem-estar.

Os questionamentos apontados pela Bioética acabaram por basear, também, as discussões jurídicas acerca das técnico-científicas. Vale dizer, servem de fundamento para a normatização ou juridicização das questões biomédicas[7]. É a partir deste contexto que surge o Biodireito. Deste modo, é corrente o entendimento de que este é a manifestação jurídica da Bioética. Nesta linha de entendimento, pode-se afirmar que o Biodireito tem por objetivo regulamentar as conseqüências que os avanços técnico-científicos podem ocasionar ao homem e ao meio ambiente[8]. Enfim, o Biodireito e seus aplicadores têm o papel de harmonizar interesses, de modo a garantir o desenvolvimento da atividade científica, sem que o simples medo do novo seja limite único e zelar pela garantia dos direitos do homem, sejam estes já reconhecidos e necessitando de posituação. O desafio que se apresenta é encontrar respostas que sejam

adequadas às situações provisórias atuais, posto que o conhecimento modifica a realidade quase que dia-a-dia.

Na esteira destas discussões e como fruto do próprio amadurecimento do Biodireito, passou-se a buscar bases interpretativas propriamente jurídicas para a aplicação e resolução de conflitos entre normas biojurídicas. Em se tendo em vista o princípio da hierarquia das leis e que a interpretação das regras que compõem o sistema jurídico deve ser feita de acordo com a Constituição Federal, teve lugar a teoria da “Bioconstituição” ou “Biodireito Constitucional”.

De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho, a Bioconstituição designa “o conjunto de norma (princípio e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina[9]”. Para o autor:

O conceito moderno da Ciência do Direito Constitucional tem provocado diversas reflexões que procuram uma nova concepção de Constituição, adaptada as grandes transformações do mundo contemporâneo, em suas vertentes internas e internacionais. A concepção científica dos sistemas constitucionais geraram uma ampla estruturação acerca dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais e da dignidade humana. O reconhecimento da fragilidade da condição humana passou a ser um dado empírico e ontológico, que com decisiva influência no pensamento constitucional contemporâneo. O pluralismo dessas reflexões, além de temáticas gerais, proporciona múltiplos entendimentos sobre a nova vocação dos direitos fundamentais, com destaque para a Genética, decorrente das profundas transformações surgidas na Engenharia Genética, na Biomética, na Bioética e no Biodireito. O pacto fundamental da humanidade precipitou-se em diversas categorias do conhecimento, principalmente, nas reformulações científicas, assentadas no pluralismo do conhecimento e no critério da interdisciplinaridade. Estas novas maneiras de pensar levam aos estudos sobre Ética, Medicina e Técnica. Dentro do mesmo tipo de raciocínio, indaga-se sobre os efeitos da ciência e a futura possibilidade da vida. As constituições modernas, em termos comparatísticos, têm procurado ressaltar a tutela contra as ameaças da Genética. A identidade genética surge como um bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional.

A partir do conceito de Bioconstituição, pode-se buscar uma oxigenação na forma de interpretação da regras constitucionais brasileiras, voltando-se especificamente para a análise da problemática da Bioética e do Biodireito e voltados para a defesa do ser humano e do meio ambiente. Faz necessário, assim, estabelecerem-se marcos interpretativos que nortearão uma interpretação biocontextualizada.

3. MARCOS INTERPRETATIVOS BIOCONSTITUCIONAIS:

A partir do entendimento de que nos conflitos surgidos com a biomedicina devemos nos utilizar de interpretação bioconstitucionalizada, retiram-se da Constituição Federal Brasileira, vários princípios oxigenadores desta questão. O fundamento para esta interpretação está depositado no princípio da dignidade da pessoa humana e deste decorrem os direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade e privacidade; além dos princípios socioambientais da precaução, desenvolvimento sustentável e do poluidor pagador.

A Constituição Federal de 1988 representa uma inovação legislativa: foi a primeira Carta na história do constitucionalismo brasileiro que reservou um tópico exclusivo para estabelecer os princípios sob os quais se fundamenta o Estado. A intenção do legislador é outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram o que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material[10]. Dentre estes princípios fundamentais, elege-se a dignidade da pessoa humana[11] como fundamento[12] do Estado. O resultado desta escolha legislativa é o de que este princípio torna-se o principal fundamento do sistema constitucional vigente e o último pilar de defesa dos direitos individuais[13]. Desta forma, representa seu princípio e valor fundamental. É a base para qualquer interpretação Bioconstitucional

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não é só uma escolha ética e moral, mas uma norma jurídica, um valor-guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos, garantias e deveres fundamentais. É um mandado de otimização que determina que a pessoa humana seja realizada na maior medida possível. Vai além, estabelece que esta é a razão da existência do Estado Brasileiro. “A pessoa humana é hoje considerada como o mais notável, senão raiz, de todos os valores, devendo, por isso mesmo e dentro de uma visão antropocêntrica, ser o destinatário final da norma, base mesma do direito, revelando, assim, critério essencial para conferir legitimidade a toda à ordem jurídica[14]”.

Em sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana confere dever geral de respeito, impondo limites ao Estado, sociedade, particulares e à própria pessoa. Como limite de atuação do Estado, designa ao Poder Público o dever de não praticar atos que violem a dignidade e de ter como meta a promoção e concretização de uma vida digna para toda a pessoa humana. Quer dizer, o Estado tanto deve vincular todos seus órgãos para o respeito, promoção e abstenção de práticas contrárias à dignidade da pessoa, como protegê-la de agressões da sociedade, de terceiros e dela própria.

Do mesmo modo que o Estado tem o dever de respeitar a pessoa, todas as entidades de direito público e privado estão vinculadas a esta obrigação legal. A dignidade da pessoa humana deve ser defendida até de atos praticados por ela própria. Assim, este princípio constitucional impede que a pessoa renuncie à sua dignidade ou a desconsidere e pratique atos que lhe sejam atentatórios.

Este princípio serve, também, para dirimir conflitos existentes entre direitos fundamentais, impondo a restrição de um (ns) ou outro(s) de acordo com a possibilidade de proteção, promoção e desrespeito da pessoa humana[15]. Isto se dá pelo fato de que a dignidade da pessoa humana ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, estes direitos existiriam para atuar como meios de concretização da pessoa humana.

Neste contexto, a dignidade configura-se no elemento informador e basilar de todos os direitos fundamentais, possuindo função integradora e hermenêutica como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração das normas de direitos fundamentais.

Enquanto limitador de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana é um importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas. “Todavia, cumpre lembrar que o princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador deste... a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais[16]”.

Assim, impõe dever geral de respeito do ser humano enquanto valor principal e razão da existência do Estado e da sociedade, exigindo uma profunda convicção em respeitá-la e a consecução de uma prática correspondente. Quer dizer, Estado e sociedade devem desenvolver-se no sentido de promover o bem estar, melhorar sua qualidade de vida e a possibilidade de existência do ser humano.

Deste modo, a promoção da dignidade da pessoa funciona, antes de tudo, como um legitimador ético e moral de qualquer atuação científica proposta. Não é possível, “em hipótese alguma, fazer valer os princípios do utilitarismo social, segundo o qual se justifica o sacrifício de alguns para a felicidade de um grupo de pessoas. Para o bem estar da maioria é justo que se faça menos da felicidade e até mesmo da vida de alguns poucos. A aceitação desta fórmula é meio caminho para a prática de barbárie contra inocentes[17]”.

Assim, só se justifica a existência das inovações da Biomedicina, se esta servir para promover a existência digna da pessoa humana, se colaborar para melhoria da qualidade de vida[18] do ser e da espécie humana. Em sendo assim, impõe-se que a pessoa seja considerada enquanto o fim único do Direito e não como um meio para se chegar ao conhecimento científico ou em ganhos financeiros. Entender a pessoa humana como um fim significa respeitá-la e tratá-la como alteridade e, portanto, reconhecê-la como um ser diverso livre e um centro de dignidade que é único e não pode ser substituído por outro. Não considerar a pessoa humana como um meio de obtenção de ganhos financeiro significa não tratá-la com base em princípios de ordem econômica ou material, mas como um valor *sui generis* que não pode ser avaliado segundo tais princípios.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que uma interpretação Bioconstitucional deve se pautar no mais amplo conceito de dignidade da pessoa, atuando concretamente para a promoção de sua existência com qualidade e respeito, abstendo-se de análises que a diminuam ou desconsiderem.

Além deste princípio fundamental, a Constituição Federal positiva outros instrumentos para a realização de uma interpretação Bioconstitucional. Entre estes está o capítulo primeiro, que tutela os direitos fundamentais, que são aqueles resumem a “concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” e designam “prerrogativas e instituições que concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas[19]”. Em outras palavras, são situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não tem possibilidade de se realizar, não convive e, até mesmo,

não sobrevive. Estes direitos integram “ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material[20]”. Neste contexto, os direitos fundamentais são condição imprescindível para a existência do Estado Democrático de Direito, tornando-se um critério de legitimação deste poder constituído e da ordem constitucional.

Ainda, além de ser instrumentos de defesa da liberdade individual e atuar como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, integram o sistema axiológico porque resultam da personalização e positivação de valores básicos, do núcleo substancial da ordem normativa. A inclusão da disciplina dos direitos fundamentais, no início da Constituição Federal representa uma inovação legislativa, que, “além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição constitucionalista na esfera dos direitos fundamentais[21]”. Assim, os direitos fundamentais são basilares para interpretação de qualquer questão referente ao Biodireito, uma vez que representam o mínimo de direitos para uma existência digna.

Uma vez que os direitos fundamentais são condições básicas sem as quais o homem não pode sobreviver com dignidade, se caracterizam por serem históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. São históricos porque nascem, modificam-se e são extintos de acordo com a realidade social e jurídica em que estão inseridos. São inalienáveis, intransferíveis, inegociáveis ou indisponíveis, pois não possuem conteúdo econômico-patrimonial. São imprescritíveis, uma vez que direitos personalíssimos e o exercício de vários direitos fundamentais ocorrer pelo simples fato de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. São irrenunciáveis posto que indisponíveis, não podendo a pessoa se desfazer do que a Constituição conferiu a todos[22]. A característica de historicidade dos direitos fundamentais faz com que estes variem de conteúdo no decorrer do desenvolvimento da sociedade humana.

Dentre os direitos fundamentais, o direito à vida constitui a fonte primária de todos os outros direitos do ser humano. Engloba tanto o direito à existência, quer dizer, de estar vivo, de lutar pela vida, de defendê-la e de permanecer vivo. Consiste-se na prerrogativa de não ter interrompido o ciclo vital por outro meio que não seja a morte espontânea e inevitável. Ainda, o ser humano tem direito a ver preservada sua integridade física, estabelecendo a Constituição que agredir o corpo humano é uma forma de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. Protege-se, também, sua integridade moral, ou seja, a honra, o bom nome, a boa fama e a reputação da pessoa. Inserido neste contexto de proteção ao direito à vida está, também, a proteção contra tratamento desumano ou degradante, ou seja, tratamento que fira o princípio da dignidade da pessoa e desrespeite ou coloque em perigo a vida humana.

Deste modo, uma interpretação Bioconstitucional veda qualquer prática biomédica que coloque em perigo a existência da vida digna de um ser humano. Quer dizer intervenções que fatalmente levem o indivíduo à morte, seja pelo desconhecimento da técnica, seus resultados ou meios para sua aplicação; que o impossibilitem de continuar existindo dignamente, porque reduzida a níveis mínimos sua qualidade de vida ou porque causem danos irreparáveis e irreversíveis à sua integridade física ou psíquica.

Do mesmo modo, não são permitidas intervenções que, embora não o coloquem em risco diretamente, o tratem de forma desumana ou degradante. Tratar o homem de forma desumana é desconsiderá-lo enquanto pessoa; é tratá-lo como coisa ou simples meio para a obtenção de conhecimento científico ou de ganhos econômicos. Importa em desconsiderá-lo enquanto sujeito e usá-lo como objeto de direitos. Tratar o ser humano de forma degradante significa impor-lhe riscos de danos ou danos desnecessários, condições indignas para a realização da intervenção e/ou usar de métodos ou técnicas que contrariem a moral e ética médica. Em outras palavras, tratar a pessoa de forma que prejudique sua saúde, segurança ou bem estar ou crie condições adversas para a continuidade de sua existência.

Além do direito a vida, a Constituição Federal consagra o direito a igualdade. Não se limita a declarar a igualdade perante a lei mencionando, também, a igualdade entre homens e mulheres e vedando distinções de qualquer natureza ou qualquer forma de discriminação. A expressão igualdade perante a lei significa que o legislador, ao formular determinada legislação, deve tratar situações idênticas com disposições semelhantes e com disposições distintas situações diferentes; repartindo os encargos e benefícios de forma a dividi-los na proporção de sua diversidade.

Uma interpretação biocontextualizada acerca da igualdade entre os sexos implica em impor que, onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos constitui uma infração à Constituição. A proibição de distinção de qualquer natureza resulta na vedação de tratamento desigual em virtude de raça, cor, sexo, trabalho, credo, origem, idade ou qualquer outra característica do ser humano (genética, inclusive).

Por fim, uma interpretação bioconstitucional veda qualquer forma de discriminação. Esta pode ocorrer, basicamente, por duas formas: por meio da outorga de benefício legítimo a pessoa ou grupo, discriminando-as favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupo em iguais condições; ou pela imposição de obrigações, ônus, sanção ou qualquer sacrifício à pessoa ou grupo, discriminando-as desfavoravelmente em face de outras pessoas ou grupo nas mesmas condições. Deste modo, a análise de qualquer controvérsia referente às questões biomédicas está limitada pelo dever de tratar se tratar o ser humano com equidade, ou seja, deve avaliar suas necessidades, condições e méritos e dar a cada ser uma parte igual dos benefícios. Não se podem impor condições diversas para realizar o atendimento de pessoas em iguais condições, seja para beneficiar alguém que não possui os méritos para receber o tratamento; seja para impedir outro que tenha as condições exigidas para sofrer a intervenção.

Deve ser exposta, também, a vedação de tratamento discriminatório com base nas características genéticas do ser humano. Isto faz com seja limitado o acesso e uso da informação genética, que não pode gerar qualquer tipo de discriminação. Deve-se atuar sempre refletidamente ao perceber as diferenças genéticas entre os indivíduos e as vulnerabilidades que decorrem desta diversidade, de modo que a interpretação favoreça a criação de uma sociedade solidária e inclusiva, melhorando a qualidade de vida da humanidade e não auxilie no desenvolvimento de uma sociedade preconceituosa ou eugenista. O princípio da igualdade se opõe às práticas de instrumentalização discriminatórias do ser humano quando: ocorram casos de “escolhas trágicas” (transplantes, máquinas de hemodiálise ou reanimação, etc), ou seja, nos casos em que a demanda terapêutica é superior à disponibilidade de recursos e se escolha a pessoa

tendo em vista fatores utilitaristas ou de privilégio, em detrimento de caracteres personalistas-objetivos da melhor adequação física, clínica, urgência, necessidade ou ordem cronológica dos pedidos[23].

Outro aspecto relevante do estabelecimento de marcos interpretativos bioconstitucionais é a tutela da intimidade, incluída todas as manifestações do ser humano na esfera íntima, na esfera privada e na esfera da personalidade. A privacidade “é o conjunto de informação sobre o indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou divulgar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem que seja legalmente obrigado a isto. Este conjunto de informação inclui: a vida doméstica, as relações familiares e afetivas, os hábitos, o nome, a imagem, os pensamentos, segredos e a origem da pessoa. De outro modo, tutela o modo de ser e de viver do indivíduo[24]”. A proteção da intimidade encontra três fundamentos principais: é entendida como o reduto da personalidade, ou seja, a esfera da intimidade que fica direta e exclusivamente reservada ao próprio interessado; como a manifestação de confidencialidade compartilhada para aqueles aspectos da intimidade que, por prescrição legal ou pela natureza das relações interindividuais ou sociais, facultam o acesso a terceiros que estão obrigados, por lei, a manter sua confidencialidade e como proteção ao processamento de dados. Assim, é o indivíduo quem deve decidir a quem revela, quando e com que extensão, ficando proibida a transmissão a terceiros da informação obtida através de análise genética sem o exposto consentimento do interessado ou de sua representante legal.

Conclui-se, que numa interpretação bioconstitucional, não se pode permitir que se exponham livremente as informações genéticas do ser humano a terceiros e que se tem o dever de sigilo destas, enquanto segredo médico, só as divulgando quando e nas condições determinadas pela pessoa. Além disto, só podem ser obtidas as informações autorizadas pela pessoa e estritamente necessárias, por mais que o método utilizado permita análise mais completa ou detalhada. Uma prática contrária representaria invasão de privacidade e sujeitaria o infrator às sanções civis e penais cabíveis para o caso.

Para além da tutela dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, positiva, no capítulo VI[25], a tutela do meio ambiente. Há uma controvérsia sobre o conceito do que é ambiente, devido à dificuldade em se imporem critérios científicos para sua definição[26]. Deste modo, o conteúdo pode variar de forma expansiva ou restritiva, de acordo com a inclusão ou exclusão de elementos culturais ou artificiais que fazem parte do meio ambiente. A tendência é abordar o meio ambiente de forma a englobar aspectos artificiais, sociais, culturais, econômicos e políticos.

Toshio Mukai[27] entende que no sentido jurídico podem ser individualizados três sentidos para o termo “ambiente”. O meio ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos – equilíbrio ecológico, que se retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem-estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e dos direitos respeitante à repressão e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano ao próprio homem. O ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função de seu gozo estético, sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica. Isto é, o ambiente enquanto soma de

bens culturais, enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito à cultura. O ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços: isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objeto dos interesses e direito urbanístico respeitantes ao território como espaço, no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.

Enquanto baliza interpretativa, a preservação do patrimônio genético é um dos meios eleitos pela Constituição Federal para garantir a fruição do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este direito consiste-se na prerrogativa que o ser humano tem de gozar da natureza original ou artificial de forma que seja plenamente possibilitada existência, proteção e desenvolvimento da pessoa humana e dos demais organismos vivos existentes, nas suas presentes e futuras gerações. Envolve tanto o dever de preservação da diversidade genética existente, quanto à prerrogativa da manutenção deste como ora se apresenta sem que se insiram modificações que causem alterações irreversíveis ou descaracterizem o meio ambiente conforme conhecido pelas gerações atuais. É “pressuposto de exercício lógico dos demais direitos do homem, vez que, em sendo o direito à vida *“o objeto do direito ambiental”*, somente aqueles que possuírem vida, e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais, da personalidade e políticos do ser humano[28]”. Por patrimônio genético brasileiro entendem-se os recursos genéticos do país, ou seja, os elementos que constituem a estrutura dos recursos naturais (água, ar, solo, fauna e flora) e que compõem o meio ambiente.

O sentido jurídico do termo “preservação do patrimônio genético” na Constituição Federal designa um conjunto de obrigações que as presentes gerações possuem de conservar a variedade e totalidade das características genéticas da natureza de modo a garantir um meio ambiente sadio e a existência com qualidade de vida para as futuras gerações. Assim, a preservação da integralidade e diversidade do patrimônio genético brasileiro se faz imperiosa em virtude de englobar interesses difusos, coletivos e individuais; para evitar a degradação do meio ambiente e a obstrução da fruição plena dos demais direitos do homem. Ainda, a imposição nortes interpretativos bioconstitucionais se torna imprescindível, tendo-se em vista as possibilidades de alterações diretas e indiretas que podem implantar no meio ambiente e no próprio ser humano. As modificações nas espécies ou nas possibilidades de interações destas com o meio ambiente podem gerar a degradação ou desequilíbrio do meio ambiente e acabar por gerar a destruição do ser humano. Destaque-se que foi em virtude sua diversidade genética que o ser humano sobreviveu e adaptou às diversas modificações do meio ambiente.

Da adoção do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto marco bioconstitucional, decorre outro princípio de extrema importância para a análise das questões biojurídicas: o desenvolvimento sustentável[29]. Esta disposição tem como objetivo evitar o surgimento de atentados contra o meio ambiente. Quer dizer, as atuações devem ser consideradas de maneira antecipada e dar-se prioridade àquelas que evitem, reduzam, corrijam ou eliminem a possibilidade de causarem alterações na qualidade do meio ambiente. Assim, desenvolvimento sustentável consiste-se na busca e conquista de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. “O critério do

desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país[30]”. Este princípio seria, então, aquele que atenda as necessidades das gerações presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às próprias necessidades[31].

Vale dizer, para se fazer uma interpretação que leve em conta o desenvolvimento sustentável, estabelece um quadro orientador da tutela com o objetivo de evitar o surgimento de atentados contra o meio ambiente, determinando que qualquer intervenção no meio ambiente ou ser humano devem ser considerados antecipadamente e verificados os riscos potenciais. Com isto, se dá prioridade a práticas que evitem, reduzam, corrijam ou eliminem a possibilidade de causarem alterações na qualidade do meio ambiente. O dever de preservar a integridade do patrimônio genético da humanidade limita, também, o leque de possibilidade de intervenções no genoma humano, vedando aquelas que levem a descaracterização do patrimônio genético humano atual e modifiquem as características das futuras gerações de seres humanos.

Do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado tem-se, também, a determinação de que as pessoas físicas ou jurídicas que praticarem condutas lesivas ao meio ambiente estarão obrigadas a reparar os danos causados. Com isto adota-se o princípio do poluidor-pagador, ou seja, de que devem ser evitados danos ambientais, mas que se estes ocorrem devem ser reparados. Nos termos da Constituição Federal, se considera poluição, “qualquer alteração prejudicial do meio ambiente por interferência humana” [32]. Ressalte-se que não se confunde o conceito de degradação ambiental como o de poluição. A degradação ambiental significa qualquer alteração adversa das características naturais do meio ambiente, independente do homem[33]. Desta maneira verifica-se que a poluição é a degradação do meio ambiente que tenha por fonte direta ou indireta uma ação humana que prejudique a saúde, segurança ou bem-estar da população; o pleno desenvolvimento de atividades sociais ou econômicas; a biota; cause danos às características estáticas ou sanitárias do meio ambiente ou libere no meio ambiente matéria ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos. A partir do conceito de poluição deduz-se que poluidor é a pessoa física ou jurídica que, de forma direta ou indireta, pratica uma atividade que causa danos ao meio ambiente. Dano significa a lesão a um bem jurídico, no caso do dano ambiental é a lesão a um bem essencial à qualidade de vida.

Por meio da eleição do princípio do poluidor-pagador o legislador constituinte não tem a intenção de conceder um benefício às pessoas físicas ou jurídicas, tutelando o direito de poluir no sentido de que o agente pode “pagar para poluir” ou “poluir mediante pagamento”. O que se estabelece é um meio de desencorajar condutas que lesem o meio ambiente, mediante a configuração do dever de reparação. Conclui-se, então, que princípio “indica, desde logo, que o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente. Além disto, aponta para a assunção, pelos agentes, das conseqüências, para terceiros, de sua ação, direta ou indireta, sobre os recursos naturais[34]”.

Para repressão das condutas lesivas sobre o meio ambiente a legislação constitucional faz incidir o instituto da responsabilização civil objetiva. Determina-se que basta a existência material de danos e que estes tenham sido causados em virtude de uma atividade direta ou indireta da pessoa física ou jurídica para que estes sejam

responsabilizados. Deste modo, esta legislação não aplica um julgamento de valor aos atos do poluidor, se este agiu com culpa ou dolo, apenas garante a reparação do dano pela adoção do princípio de que o agente deve assumir o risco de sua atividade. Além de determinar a responsabilização civil objetiva o princípio do poluidor-pagador obriga o agente a reparar especificamente o dano. Gize-se: busca-se o ressarcimento *in natura*, por meio da recomposição efetiva do meio ambiente. Deste modo, o poluidor deve sempre que possível retornar o meio ambiente ao *status quo ante*, representando uma exceção o estabelecimento de compensação em valor pecuniário.

Neste contexto, em uma interpretação bioconstitucional, o princípio do poluidor-pagador orienta a resolução dos conflitos no sentido de que devem ser evitados danos ao material genético humano. O agir humano deve se efetivar preventivamente, verificando quais os riscos de ocorrência de danos ao homem ou meio ambiente que a intervenção pode acarretar. Analisar os riscos e suportar seus efeitos significa compreendê-lo como uma maneira de aprimorar a capacidade de entender e administrar incertezas futuras e verificar que medida as dificuldades são aceitáveis e quando, ao se tornarem real perigo, devem ser afastadas ou contornadas. Enfim, “a inovação da biotecnologia implica dominar a pesquisa científica e sua aplicação, prever a reparação de danos mediatos, evitar se tornem irreparáveis se o padrão de risco for fixado somente com base no benefício imediato ou aparente. Intervenções biotecnológicas requerem a adoção de precauções para conseqüências imprevistas (ou imprevisíveis) [35]”. Desta maneira, verifica-se que a existência de determinado avanço biocientífico só se justifica se sua concretização não causar danos à saúde, segurança ou bem-estar do das pessoas que tenham contato como este, a população em geral ou o meio ambiente.

Independente da obrigação de evitar a ocorrência de danos o agente deve estar preparado, também, para reparar aqueles que eventualmente decorram de sua prática científica. Reparar o dano significa que se deve ter conhecimento de mecanismos que evitem, minimizem ou mitiguem uma eventual lesão. Quer dizer, que se tenha possibilidade de controlar a intervenção promovida, de modo a garantir a melhoraria a qualidade de vida do ser humano e das condições do meio ambiente. Deve, ainda, se estar preparado científica e economicamente para reparar os danos que não tenha previsto quando da formulação do protocolo de pesquisa e garantir o bem estar dos envolvidos. Isto leva a conclusão de que, antes de desenvolver a inovação pretendida, é necessário analisar profundamente os conhecimentos científicos disponíveis sobre a intervenção que se pretende realizar, quais os riscos e benefícios que estas podem trazer e os eventuais imprevistos que o procedimento pode acarretar. Por fim, este princípio obriga o agente a abandonar práticas que se demonstrem lesivas ao material genético, buscando imediatamente a reparação da lesão. Destaque-se que a reparação em dinheiro deve ser uma exceção, mas não deixa de ser um limitador às práticas, pois quem não tem suporte financeiro para reparação de danos não pode realizar intervenções no material genético natural ou humano.

Por fim, o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal determina que cabe a coletividade e ao Poder Público o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Esta disposição impõe o dever de precaução ou de abstenção de práticas que causem danos ao meio ambiente.

O princípio da precaução é considerado uma das maiores inovações do Direito Ambiental no século XX. Surgiu da “necessidade de se lidar com as conseqüências dos

danos ambientais causados pelos mais diversos fatores: contaminação dos recursos naturais, poluição do ar, desmatamento, etc. Havia a urgência de se prevenir os riscos ambientais crescentes resultantes de uma sociedade industrial fortemente estabelecida e do uso generalizado de energia nuclear por muitos países[36]”. Entretanto, sua aplicação “é dificultada por uma série de fatores, não somente de natureza jurídica, mas também de natureza científica, dentre as quais a ação legislativa perante a incerteza ou a falta de consenso científico[37]” sobre Ecologia, tornando-se um desafio à tradução deste conceito para o campo jurídico, principalmente quando se analisam questões sobre globalidade, complexidade, incerteza e irreversibilidade.

Por sua característica inovadora este princípio acarreta para o Estado e coletividade o dever de evitar sérios e irreversíveis danos ao meio ambiente, mesmo que ainda não tenha sido demonstrado de maneira cabal que determinada prática está causando efeitos nocivos ao meio ambiente. Em outras palavras, devem ser tomadas medidas efetivas que antecipem, previnam e ataquem as causas da degradação ambiental. Não é necessário que dano seja efetivo para que se proteja o meio ambiente, a simples ameaça ou possibilidade de lesão já justifica a tomada de medidas de precaução. Destaque que “se não há prévia e clara base científica para definir os efetivos níveis de contaminação de certo produto, é mais prudente ao Estado e aos cidadãos pressionarem o provável ou potencial causador do dano ambiental a provar, antes que os seus efeitos imprevisíveis possam ocorrer, que a atividade específica ou o uso de certos produtos ou substâncias não irão afetar o meio ambiente[38]”.

Isto leva a conclusão que quando da aplicação de interpretação bioconstitucional, o princípio da prevenção confere ao Estado e sociedade um dever geral de prudência na autorização e no desenvolvimento de práticas relativas ao meio ambiente, impondo-se medidas preventivas com o objetivo de evitar danos irreversíveis ou de difícil reparação. As medidas de precaução podem ser diretas ou indiretas. As medidas diretas exigem um comportamento conforme o princípio em questão ou proíbe outros comportamentos incompatíveis com o mesmo e as medidas indiretas criam incentivos legais e políticos favorecendo a observação do princípio[39].

O aspecto mais importante acerca do princípio da precaução é que uma ação positiva, que objetive proteger o meio ambiente, pode ser exigida do agente sem que se tenham provas científicas da existência de dano. Com isto, o elemento inovador não é a necessidade, mas o tempo de uma ação jurídica. Portanto, um dos principais efeitos gerados por este princípio foi o de reduzir a importância da certeza científica, que atua como “fator inibidor de novas legislações para, ao mesmo tempo, aumentar a responsabilidade de autoridades públicas e atores privados quanto à avaliação de impactos ambientais. Conseqüentemente, a comunidade científica teve seu papel valorizado, pois a ela incumbe a tarefa de fornecer dados e provas para que o princípio de precaução não seja o único instrumento jurídico de antecipação de danos ambientais” [40].

A partir deste entendimento, uma interpretação constitucional biocontextualizada com o princípio da precaução limita as atividades biomédicas, conferindo ao cientista o dever de agir com cautela em suas intervenções. Portanto, antes de iniciar qualquer procedimento, este deve ter bases científicas sólidas, assentadas em revisão bibliográfica biomédica sobre o tema, ser precedida de experimentos realizados em laboratórios ou por meio de outras fontes que lhe demonstrem o caminho seguro a ser

seguido. Um experimento biotecnológico não pode ser realizado como mera experiência, baseado em simples verificação sobre o funcionamento dos genes ou sua, para a descoberta de possíveis caminhos científicos. Isto faz com que seja imprescindível, baseado no conhecimento científico, a análise do profissional acerca dos riscos diretos e indiretos que o ser humano e/ou meio ambiente poderiam suportar e se existiriam outros que não foram previstos, tendo em vista o estágio em que se encontram os estudos específicos sobre o caso.

Sobre a necessidade de precaução reflete Sheila A. M. MCLEAN:

“A tentação consistiria em deixar-se levar pela força de um conhecimento superior, admitindo que somo apenas uma série de respostas predeterminadas provocadas por nossa herança genética e libertando-nos de toda responsabilidade própria ou para com os outros. Devemos lutar contra essa tentação. Alguém já disse que “A humanidade não pode separar-se de sua própria biologia, mas também está amarrada a ela”.

Assim, pois, impõe-se a precaução. Um passado muito recente nos demonstra precisamente os prejuízos que pode trazer consigo o despertar da genética. O movimento eugênico de princípios do século, institucionalizado pelos nazistas, pode parecer um episódio saído de outro mundo, mas não o foi, em absoluto. Não devemos subestimar a capacidade do homem cair na mais profunda degradação, especialmente se tem a desculpa de atuar sobre fundamentos científicos. Isto em si já justifica que confrontemos com cuidado a teoria de que a ciência é um exercício destituído de valores, independente e relativamente inócuo de busca intelectual dos fatos. Ainda que possa ser fácil deixar-se levar pelas certezas que a ciência parece oferecer, uma pessoa é mais do que a soma de algumas moléculas[41]”.

Nesta direção, na verificação de conflitos bioéticos ou biojurídicos, os riscos que a intervenção pode gerar ser humano ou meio ambiente devem ser comparados com os benefícios diretos e indiretos que serão gerados, ou seja, sobre em que medida determinada inovação científica vai auxiliar na melhoria da qualidade de vida da humanidade e das condições do meio ambiente. Assim, em se tendo em vista a necessidade desta atitude preventiva, a intervenção só é justificada se os benefícios que a humanidade e/ou meio ambiente alcançará sejam iguais ou superiores aos riscos que terá de enfrentar. Com tal inibição busca-se evitar que por meio da aplicação dos conhecimentos biomédicos sejam produzidos danos previsíveis e irreparáveis ou, então, que se jogue com a sorte do planeta. Então, este princípio vem complementar o da dignidade da pessoa humana, determinando que na resolução dos conflitos decorrentes da Biociência, a interpretação seja no sentido de que qualquer inovação só se justifique se levar ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, melhoria da qualidade de vida da humanidade e não apenas a ganhos econômicos por parte do profissional ou de uma empresa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A chamada “revolução biotecnológica” realizada no século XX faz surgir inúmeros questionados. Tanto a sociedade quanto a comunidade científica e jurídica discutem os resultados e aguardam com expectativas as novas descobertas e avanços que o século XXI está a prometer. Tudo isto resulta em muitas esperanças e inquietações. Esperança que se este conhecimento leve a melhoria da qualidade de vida da humanidade. Inquietações sobre as conseqüências da aplicação deste conhecimento para o ser humano e o meio ambiente.

Em meio a estes complicadores, os cientistas do Direito têm a desempenhar uma tarefa e grande relevância: atuar na resolução e harmonização de conflitos e interesses, levando em consideração, de uma lado, o imperativo de garantir o efetivo respeito à dignidade humana e, de outro lado, preservar o direito ao livre pensamento e a a pesquisa que os cientistas biomédicos possuem. No contexto destas controvérsias, descobre-se um desafio ainda maior ao jurista, adaptar-se ao novo, sem perder de vista os principais fundamentos do Direito, Moral e Ética. Fazer com que o medo do novo não seja limite base para as análises biojurídicas e não deixar que as pressões do mercado, que podem levar a uma reificação do ser humana, também se torne a base única da discussão.

Base teórica e jurídica legal para vencer este desafio os juristas possuem. Os fundamentos da Bioética e do Biodireito são instrumentos valiosos para auxiliar na orientação do agir e da formulação de possíveis limites a aplicação e/ou avanços da Biotecnologia e Engenharia Genética. Nesta análise, se torna indispensável à busca de novos paradigmas e/ou forma de se interpretar o caso concreto. Além de uma análise multidisciplinar, a oxigenação de conceitos e o repensar de fundamentos abrem espaços para a formulação de um conceito de Bioconstituição.

A aplicação de interpretação bioconstitucional dos conflitos derivados desta nova realidade pode assegurar uma base comum de proteção ao homem: o respeito por sua dignidade. A partir desta forma de interpretação se impede o ser humano seja tratado como coisa, desconsiderado como pessoa, tratado como meio de obtenção de ganhos financeiros, de forma degradante ou desumana. Além disto, é o que limita e legitima a aplicação de novas tecnologias, determinado que esta só pode servir para promover o bem estar da pessoa, para garantir uma existência digna, para melhorar sua qualidade de vida. Qualquer pesquisa ou projeto que contrarie tal disposição deve ser prontamente rechaçado e impedido sua continuidade. É o respeito à dignidade da pessoa humana o que impede que qualquer intervenção leve à diferenciação e discriminação do ser humano, por suas características genéticas, determinado que o acesso e a utilização da informação deve servir a construção de ma sociedade solidária. Vai além impõe que o ser humano não pode ser reduzido às suas características genéticas, como que determinado apenas por estas e sem nenhuma chance de superá-las. Por fim, determina que a pessoa seja respeitada em sua autonomia, sendo dever do pesquisador esclarecer-lhe sobre o procedimento que irá realizar e obter sua concordância.

5. BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, ALINE Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BARACHO, José Alfredo de. **A identidade genética do Ser humano**. Bioconstituição: Bioética e Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 32, julho/setembro de 2000, RT, SP, p.89.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. VARELLA, Marcelo Dias. **O princípio de precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas**. *in*: Revista de Direitos Difusos: bioética e biodiversidade. vol 12, 2002.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCrim, 1999.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. **Limites da ciência e o respeito à dignidade humana**. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1998

MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional: A dignidade da pessoa humana como valor universal**. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=63. Acesso em 2.09.2008.16:31.

MANTOVANI, Fernando. **Sobre o genoma humano e manipulações genéticas**. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. Biotecnologia, Direito e Bioética. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p161-162.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**.

PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4ª ed.rev.ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (painelista). **Questões sobre Biossegurança**. *In*: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: nº 1. Brasília: CEJ, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SZTAJN, Rachel. **Direito e incertezas da biotecnologia: custo social das pesquisas**. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.

[1] CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCrim, 1999. p. 19-21.

[2] Conforme a enciclopédia de Bioética 2ª ed., vol 1, Reich Editor, 1995. p. XXI: “Biética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.”

[3] MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional: A dignidade da pessoa humana como valor universal**.

Disponível na internet:

http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=63. Acesso 22.09.2008.16:31.

[4] Idem. *Ob. Cit.*

[5] Cf. PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4ª ed.rev.ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 45-46

[6] ALMEIDA, ALINE Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 09.

[7] Destaque-se o entendimento jurisprudencial sobre a importância da Bioética na prática científica:

Direito Civil. Apelação Cível. Investigação De Paternidade Cumulada Com Alimentos. Recusa Do Apelante Em Submeter-se a exame de DNA. Outros Elementos De Prova. Pedido Julgado Procedente. Sentença Mantida. Recurso Improvido. Votação Unânime. I- **Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível, respeitados os princípios fundamentais da bioética. Deve ser flexibilizado o indivíduo extremado se o exercício da prática científica segura e confiável não atentar contra a saúde, a vida, ou da relação processual a fim de fazê-lo submeter-se aos exames periciais, por absoluta ausência de comando legal**. Todavia, a recusa em se submeter ao exame hematológico ou de DNA leva à presunção dos fatos alegados pela parte ex adversus. II- A recusa do insurgente em se submeter a perícia que fatalmente e indubitavelmente poria fim a qualquer dúvida acerca da paternidade dos insurgidos, atrai para si o ônus da prova. III- In casu, o recorrente, desde o início da lide, afirma de forma contundente que não iria se submeter a perícia genética. Esse seu comportamento, aliado as demais provas carreadas aos autos, denota que a decisão do magistrado singular foi acertada não havendo qualquer vislumbre de teratologia na sentença exarada, logo, deve ser mantido o

decisum guerreado em todos os seus termos. (TJPA - AC 20073006854-8 - 4ª C.Civ. - Relª Desembª Eliana Rita Daher Abufaiad - DJ 14.02.2008)

[8] Cf. MARCO, Carla Fernanda de. *Ob. Cit.*

[9] BARACHO, José Alfredo de. **A identidade genética do Ser humano.**

Bioconstituição: Bioética e Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 32, julho/setembro de 2000, RT, SP, p.89.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos**

fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.62

[11] A dignidade da pessoa é a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições de existência mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

[12] Destaque-se que o princípio da dignidade da pessoa humana só passou a ser considerado expressamente como princípio constitucional a partir da segunda guerra mundial. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. Cit.* 63p

[13] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, na obra **O Princípio Constitucional da**

Dignidade da Pessoa Humana, escreve que parte da doutrina, usa como exemplo como José Souto Maior Borges, entendem que o principal fundamento é a isonomia.

Contesta esta corrente entendendo que a isonomia serve para dar equilíbrio real, visando a concretização do direito à dignidade.

[14] FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. **Limites da ciência e o respeito à**

dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito:**

ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271.

[15] Seguindo esta linha de pensamento, destaca-se a decisão do STJ:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. - A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/ paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/ companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros – **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.** - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue

conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido. (STJ - REsp 833.712 - RS - 3ª T. - Relª Minª Nancy Andrichi - DJ 04.06.2007)

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. Cit.* 119-120 p.

[17] SAUWEN, Regina Fiúza. HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da bioética ao biodireito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.66.

[18] PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE. Christian de Paul. **Problemas atuais de Bioética.** 4ªed. rev. ampl. São Paulo; Edições Loyola, 1997. p. 51-52. escrevem: “A qualidade de vida de uma pessoa não é sinônimo de vida plena, fisiológica ou emocional. Alguém é respeitado como pessoa independentemente do grau com que esse alguém desempenha tais funções. Contudo, o nível com que a pessoa consegue desenvolver essas funções desempenha um papel importante no processo de se tomar decisões médicas. Negligenciar completamente tais fatores é ser vitalista, usando tecnologias de medicina como um mecânico, antes que como médico. O aspecto central da decisão é o benéfico do paciente, o que inclui a habilidade de o paciente atingir determinados objetivos da vida. A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta em realizar seus objetivos, é central para decidir ética e clinicamente”.

[19] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994. p.163.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. Cit.* p. 59-60.

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. Cit.* p. 69.

[22] Cf. SILVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 166.

[23] MANTOVANI, Fernando. **Sobre o genoma humano e manipulações genéticas.** In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnología, Direito e Bioética.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p161-162.

[24] SILVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* 1994.

[25] “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

... II – preservar a diversidade e a integralidade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético;

...V – controlar a produção, a comercialização, e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;”

...§3º. As condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

- [26] FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1998 p.17-20.
- [27] MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.04
- [28] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 31-32.
- [29] Este conceito já consolidado por meio da **COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE**, em 1987, onde é concebido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. No documento que ficou conhecido como Relatório Brundtland.
- [30] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p. 118.
- [31] Conceito retirado da Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo (1972). Vide: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ob. Cit.* p. 118-119.
- [32] FREIRE, William. *Ob. Cit.*p.21.
- [33] Cf., FREIRE. Willian. *Ob. Cit.*
- [34] MUKAI, Toshio. *Ob. Cit.*p.36.
- [35] SZTAJN, Rachel. **Direito e incertezas da biotecnologia: custo social das pesquisas**. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.
- [36] RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (painelista). **Questões sobre Biossegurança**. *In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*: nº 1. Brasília: CEJ, 1997. p.134.
- [37] BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. VARELLA, Marcelo Dias. **O princípio de precaução e sua aplicação comparada nos regimes da diversidade biológica e de mudanças climáticas**. *in: Revista de Direitos Difusos: bioética e biodiversidade*. vol 12, 2002.p. 1587.
- [38] RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. *Ob. Cit.* p.134.
- [39] É de frisar o entendimento jurisprudencial acerca da liberação do comércio de soja transgênica e a não observância do princípio da precaução:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANTIO DE SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS. DECRETO Nº 5.891/06. - A Lei nº 11.105/05 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º). - Ao analisar-se o art. 36 da referida lei, verifica-se que a autorização concedida aos produtores rurais para a safra 2004/2005 foi feita para todo o território nacional, sem restrição a nenhum Estado brasileiro, tampouco concedendo vantagem específica a qualquer deles. Tem-se, então, que a intenção do legislador ao editar a norma foi em caráter geral, sem prever que pudesse ser feita alguma diferenciação ou discriminação entre os Estados Federados. - **A situação criada pelo Decreto nº 5.891/06, embora invoque como fundamento legal a Lei nº 11.105/05, distancia-se da temática dessa normatização, pois tem em mira apenas o aspecto comercial e econômico dos produtores do extremo sul, não existindo na medida indicativos de segurança biológica que não fossem válidos para os demais Estados, fugindo portanto das diretrizes fundamentais da legislação em referência,**

fundamentalmente baseada no estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º, Lei nº 11.105/05). (TRF4ª R. - AI 200604000372940 - 3ª T. - Luiz Carlos De Castro Lugon - DJ 05.12.2007)

[40] BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. VARELLA, Marcelo Dias. *Ob. Cit.* p.1589.

[41] MCLEAN, Sheila A. M. **A regulamentação da Nova Genética.** *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.147.

FILIAÇÃO E BIODIREITO: UMA ANÁLISE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL *

FILIATION AND BIODIREITO: AN ANALYSIS OF THE ATTENDED HUMAN BEING REPRODUCTION HETEROLOGOUS UNDER THE OPTICS OF THE CIVIL CODE

**Beatriz Rodrigues Gasparotto
Viviane Rocha Ribeiro**

RESUMO

Neste artigo analisamos o direito do filho concebido por meio de inseminação artificial heteróloga investigar a sua origem biológica. Em razão das transformações mais recentes no Direito de Família, deixando de ser a família uma unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como um grupo firmado pela afetividade e companheirismo, revelam considerável esvaziamento biológico da paternidade. Reforçando essas mudanças, o estabelecimento dos laços paterno-filiais defronta-se com as novas técnicas de procriação, que geram no plano empírico situações ainda não resolvidas pelo ordenamento jurídico. Assim, esse impacto provocado pelas novas relações familiares faz sentir efetivamente na reavaliação dos critérios eleitos pelo legislador para o estabelecimento do vínculo jurídico entre pai e filho. Diante de um enfoque necessariamente constitucional, em matéria do surgimento de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, mormente nos casos de reprodução humana assistida, a qual estabelece relações socioafetivas, faz-se imperioso indagar se há direito fundamental do filho à investigação de sua verdade biológica ou se há de ser preservado o direito ao sigilo do doador de material genético na inseminação heteróloga. Para que chegássemos à conclusão de que o filho socioafetivo, provindo por meio de inseminação heteróloga, possa investigar a paternidade biológica, analisamos as presunções de paternidade estabelecidas pelo atual Código Civil, fundamentando à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVES: FILIAÇÃO; REPRODUÇÃO HUMANA; INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

ABSTRACT

In this article we analyze the right of the son conceived by heterologous artificial insemination to investigate his biological origin. Due to the recent transformation in the Family law, being the family not anymore a economic, social and religious unit but

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

affirming itself basically as a group based on affectivity and fellowship, it discloses considerable gradual biological vanishing of the paternity. Strengthening these changes, the establishment of the father-son bonds is confronted with the new techniques of procreation, that generate in the empirical plan situations not solved yet by the legal system. Thus, this impact provoked on the new familiar relations demands effectively a reevaluation of the legislator's elected criteria for the establishment of the legal bond between father and son. Ahead of a necessarily constitutional approach, in sprouting bonds of paternity, maternity and filiation subject, mainly in the attended human being reproduction cases, which establishes social affective relations, it's imperious to inquire if there is a son basic right of inquiring its biological truth or if it has to be preserved the right to the secrecy of the genetic material donor in the heterologous insemination. For us to get at the conclusion that the social affective son, conceived by heterologous insemination, can investigate the biological paternity, we analyze the paternity presumption established by the current Civil Code, substantiating according to the principles of the dignity of the person human being, the affectivity and optimum interest of the child and the adolescent.

KEYWORDS: FILIATION; HUMAN BEING REPRODUCTION; INQUIRY OF PATERNITY.

INTRODUÇÃO

O direito ao planejamento familiar, assegurado constitucionalmente, estende-se a todo cidadão. Este direito é entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, com autonomia e liberdade para decidir por ter filhos ou não, se utilização os meios naturais ou artificiais de procriação.

As técnicas de reprodução assistida se mostram necessárias, pois há casais que apresentam algum problema de infertilidade, caracterizado como a incapacidade de engravidar seja por infertilidade ou esterilidade.

Existem várias técnicas de reprodução assistida e este trabalho abordará apenas a inseminação artificial heteróloga, cuja aplicação envolve aspectos éticos, morais e também efeitos jurídicos ainda não regulamentados pelo nosso ordenamento. A inseminação artificial heteróloga é a técnica de reprodução assistida que envolve a doação de gametas de terceiro anônimo estranho ao casal, seja por impossibilidade biológica do homem ou da mulher. É citada no artigo 1.597, V do Código Civil e regulamentada pela Resolução nº. 1.358 do Conselho Federal de Medicina.

Na utilização desta técnica, estabelece-se a relação de filiação socioafetiva entre a criança e o marido/companheiro de sua mãe, cuja presunção de paternidade decorre da lei. Observa-se, assim, de um lado um doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e que nessa função não deseja desenvolver vínculos afetivos ou responsabilidades patrimoniais em relação ao ser gerado. No outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai socioafetivo,

ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética e quem sabe querer exigir direitos sucessórios do doador que lhe possibilitou o nascimento.

Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao sigilo, um problema que envolve os chamados direitos fundamentais de quarta geração e uma nova discussão a respeito do Direito de Família, todos revolucionados pelos progressos da engenharia genética.

A evolução das manipulações genéticas modificou a idéia que até pouco tempo tinha-se de maternidade e paternidade. Os casais que nutriam a esperança de serem pais e que tinham problemas de infertilidade/esterilidade encontraram nas várias técnicas de reprodução humana assistidas a realização de seus projetos. Porém, se encontraram diante de questões éticas, morais, jurídicas e psicológicas que exigem respostas, no entanto, não amparadas no ordenamento jurídico positivado.

Ante os avanços científicos que envolvem a ciência biogenética, por meio de manipulação de material genético humano, as técnicas de reprodução assistidas instigaram inúmeras discussões não só no campo das ciências biológicas, como também no campo jurídico. O direito, apesar da dificuldade de regulamentar as técnicas científicas com a mesma rapidez com que elas surgem, não pode abster-se de legislar e, assim, esclarecer a população sobre os efeitos da aplicação destas técnicas. Essa necessidade decorre do fato que estão envolvidos no caso em tela os princípios constitucionais que baseiam nosso o Estado Democrático de Direito e nossa vida em sociedade.

No desenvolvimento do presente trabalho procura-se responder aos seguintes questionamentos: o ser gerado através de inseminação artificial heteróloga tem direito de conhecer sua ascendência genética? Quais efeitos jurídicos são gerados pelo conhecimento da ascendência genética? Qual paternidade deverá prevalecer: a biológica ou a socioafetiva?

Tem-se como objetivo investigar o conflito entre o direito ao sigilo do doador do material genético o direito ao conhecimento da ascendência genética nos casos de reprodução assistida heteróloga. Busca-se, também, examinar a diferença entre o estado de filiação afetivo e origem genética, verificando se o direito ao conhecimento da verdade biológica se sobrepõe ao direito à intimidade nos casos de aplicação da técnica de reprodução assistida heteróloga, mostrando que a ação de investigação de paternidade é meio adequado para o conhecimento da origem genética, embora o fator mais importante para definir a paternidade é a relação sócio-afetiva entre duas pessoas e não a carga genética do indivíduo. Finalmente, busca-se examinar se o conhecimento da ascendência genética gera efeitos jurídicos que impeçam a formação de vínculos parentais em desacordo com as normas do Código Civil.

Os novos parâmetros jurídico-culturais que estabelecem a relação de paternidade são objetos desse estudo, que não objetiva responder a todas estas questões levantadas pela sociedade, mas sim fornecer informações sobre os valiosos estudos de juristas pioneiros acerca destas novas formas de entender as novas relações familiares.

1. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O presente artigo abordará sobre a reprodução humana assistida, especificamente a heteróloga, técnica que tornou viável a possibilidade de as pessoas que não podem ter filhos, realizarem este sonho, como a mulher que não pode engravidar por meios naturais, o homem que é estéril poder ter um filho que, embora socioafetivo, pela presunção que gera em razão da lei, será filho seu.

Esta técnica foi possível em face do desenvolvimento e do progresso nos estudos sobre a biotecnologia da medicina genética. Porém, para todo desenvolvimento existem mudanças que geram problemas, e estes problemas tendem a ser absorvidos na esfera jurídica.

O que se entende por reprodução humana assistida? A Reprodução Humana Assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Como é de conhecimento geral, a fecundação é o processo através do qual um gameta masculino (espermatozóide) perfura as membranas lipoprotéicas do gameta feminino (óvulo) e combina-se com esse formando uma célula diplóide, o zigoto (com dupla carga genética), que em poucas horas inicia seu processo de divisão celular, o que já configura o desenvolvimento do embrião.

Reprodução Humana Assistida é todo processo em que o gameta masculino encontra e perfura o gameta feminino por meios não naturais. Existem duas formas clássicas ou principais de Fecundação Artificial, que são a Inseminação Artificial (IA), realizada na forma intra-uterina e a Fecundação *In Vitro* com Embrio-Transfer (FIVET), realizada de forma extra-uterina, com utilização de gametas do casal (homóloga) ou com doação de gametas masculino ou feminino (heteróloga). Por ora, interessa-nos apenas esta segunda forma, ou seja, a inseminação ou fecundação heteróloga.

A inseminação artificial consiste na técnica de fecundação intracorpórea, na qual o espermatozóide é retirado de seu doador (o próprio marido ou de um terceiro) e posteriormente introduzido na cavidade uterina da mulher, de maneira artificial. A fecundação *in vitro* consiste na técnica de fecundação extracorpórea na qual o óvulo e o espermatozóide são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial (SAVIN, 1990, p. 237). É um procedimento de procriação utilizado na medicina veterinária desde meados do século XVI, em que já havia experiências em peixes, com a finalidade de melhorar a produção, a purificação das raças, a criação de híbridos, para fins médicos, dentre outros.

Resumidamente são meios de realizar desejo de ter um filho sem que seja pelo ato sexual, mas artificialmente, com a presunção legal de serem pais e mães desta criança que fora concebida por meio artificial.

Existem vários relatos nos tempos primórdios sobre a reprodução humana assistida. As idéias que anteriormente existiam no direito romano sobre filiação, paternidade e maternidade chegaram intocada no direito civil do Código de 1916.

No Brasil, o Código Civil de 1916, em seu artigo 338, presumia a filiação somente aos filhos concebidos na constância do casamento, em 180 (cento e oitenta) dias após a convivência conjugal ou 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação. Como podemos observar não se falava juridicamente em reprodução assistida.

Foi em 1975, no Reino Unido, as primeiras tentativas de reprodução humana em laboratório, contudo, os embriões não se desenvolveram além da décima semana (LAGRASTA NETO, 2002, p. 106). Porém, os primeiros relatos apontados na história de casos de concepção de filhos sem o ato sexual, por inseminação heteróloga, ou seja, doação de esperma por terceiro, ocorreu no final do século XIX, em 1884, realizada por Pancoast, ginecologista americano, na Filadélfia, Pensilvânia, utilizando a técnica de conduta daí azoospermia. As técnicas de reprodução assistida tiveram seu ápice de destaque na Inglaterra, em 25 de julho de 1978, quando nasceu Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”, cuja mãe submeteu-se à fecundação *in vitro* (FIVET) com extração e seleção de seus óvulos, e posterior contato com espermatozóides em estufas para formar embriões que, depois de analisados, foram transferidos para o útero da mãe de Louise (LAGRASTA NETO, op. cit).

Desde então, as técnicas de reprodução humana se desenvolveram e se ampliaram em todo o mundo, evoluindo na mesma proporção em têm surgido inúmeros problemas éticos, médicos e, especificamente, jurídicos, os quais abordaremos nos próximos itens. Conseqüentemente, até chegar aos dias de hoje, houve uma evolução biológica da concepção de filhos sem o ato sexual, surgindo, assim, novos tipos de família e relações familiares. Todas essas mudanças se devem ao avanço da medicina e da evolução das Ciências Biológicas, o que vem instigando um evoluir jurídico neste ponto.

A Magna Carta veio para transformar e atualizar essas mudanças, dispondo nos artigos 226 e 227 assuntos sobre as novas entidades familiares, as técnicas de reprodução assistida e presunção de filiação, paternidade e maternidade.

Em 2002, o Código Civil foi reformulado e trouxe no artigo 1597, inciso V, a presunção de paternidade heteróloga, dando mais ênfase a essa nova forma de filiação, sem, contudo, suprir todos os problemas gerados por esta nova técnica, pois o Código não contemplou expressamente as circunstâncias que poderão gerar futuramente, tanto no plano ético, moral e socioafetivo, conseqüentemente gerando no meio jurídico uma euforia para a solução destes problemas, diante de tantas lacunas legislativas.

As técnicas de reprodução assistida, em especial a Fecundação *In Vitro*, são de utilização bastante recente no cenário nacional. Portanto, como já dito, não há lei específica que regule por completo todas as implicações que estas técnicas podem acarretar. Contudo, dada a importância da matéria, existem algumas disposições normativas que tentam, dentro de seus limites, controlar as práticas médicas relacionadas ao tema. Tais disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas: o Código de Ética Médica, a Resolução do Conselho Federal de Medicina

CFM n. 1.358/92 e a Lei n. 8.974/95 que disciplina os processos de manipulação genética.

O Código de Ética Médica, de 1988, apenas vagamente disciplina a questão. E isso se verifica lendo alguns de seus artigos referentes à matéria:

Art. 42. É vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação.

Art. 43. É vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial ou abortamento.

Art. 68. É vedado ao médico praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecido sobre o problema.

Como foi visto, em pouco ajuda tais disposições frente à complexidade dos problemas surgidos na prática. Uma abordagem bem mais completa sobre o assunto e suas conseqüências pode ser visto na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata das normas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida. Tudo o que foi normatizado a esse respeito serviu da mesma forma e na mesma medida para a Fecundação *In Vitro*, por ser esta um tipo ou espécie daquela.

2. O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E A PRESUNÇÃO DA FILIAÇÃO EM FACE DA EVOLUÇÃO DAS CIÊNCIAS BIOLÓGICAS

Com a evolução da sociedade através da globalização, passaram a existir novos tipos de famílias, que tiveram de ser regulamentadas pelo ordenamento jurídico, principalmente no aspecto da presunção de filiação.

A presunção de filiação, com o novo Direito de Família, deixou de ser certa em face da inseminação artificial heteróloga. Dessa forma, podemos definir filiação como a relação que une uma pessoa àquela que a gerou, como também aquela estabelecida por relações socioafetivas, seja pela adoção, seja pela inseminação heteróloga.

É evidente que a inseminação artificial heteróloga trouxe um novo conceito de pai e mãe, pois é necessário uma terceira ou quarta pessoa para realizar o desejo de ter

um filho, seja por motivos genéticos e de infertilidade ou esterilidade, seja porque mães solteiras desejam ter filhos, ou porque casais homoafetivos desejam ter filhos como qualquer família na sociedade.

O fato é que nem todos os pais querem adotar, pois querem realizar o sonho da gestação, de sentir o filho em seu ventre, dando à luz ao seu próprio filho, seja concebido por inseminação artificial homologa ou heteróloga, e neste caso se estabelece também a presunção da filiação.

A filiação pode ser tanto biológica, como não biológica, sendo através de exames laboratoriais que se irá comprovar o liame biológico das pessoas envolvidas. A filiação biológica é decorrente da consangüinidade, em que os filhos possuem a mesma carga genética dos pais, podendo ser concebidos por meios naturais, ou seja, pelo ato sexual ou por meios artificiais, através da inseminação homóloga, proveniente do sêmen do marido e do óvulo da esposa.

No Código Civil este tema é tratado pelos artigos 1.593, 1.596 e 1.597, que com fundamento constitucional no artigo 227, disciplinam a situação dos filhos havidos na constância do casamento ou da união estável, ou na hipótese de mãe ou pai que vive sozinho com sua prole, conhecidas estas famílias como famílias monoparentais; por adoção; e por procriação assistida. Insta lembrar, como acima dito, que na adoção e na inseminação artificial heteróloga esta filiação é não biológica, sendo que a lei presume a paternidade na inseminação artificial heteróloga se houve o consentimento do marido, prevalecendo, assim, a filiação socioafetiva.

A paternidade pode decorrer de presunção *pater in east*, que é a legitimidade decorrente do casamento, existente no Código Napoleônico. Atualmente, a presunção da paternidade decorre não somente da paternidade consangüínea, mas também da paternidade socioafetiva, que irá prevalecer em face do principio da afetividade, pois a verdadeira filiação é aquela edificada no relacionamento diário e afetivo e não somente a estabelecida por herança genética.

No estabelecimento do vínculo jurídico por meio da inseminação artificial heteróloga, como será analisado adiante, todos os vínculos biológicos devem ser rompidos, prevalecendo somente nos casos de impedimentos matrimoniais, prevalecendo, assim, a família socioafetiva. Contudo, é crucial analisar a qual espécie de vínculo conferir maior relevância e, para tanto, é preciso levar em conta o interesse da criança, pois se deve pensar acima de tudo no seu bem estar, na afetividade, na sua proteção e dignidade e, principalmente, no vínculo que é criado entre pai e filho.

Na inseminação artificial heteróloga a paternidade é presumida desde que tenha a autorização escrita do marido, sendo exigência da lei, e que o homem seja estéril ou por qualquer razão física ou psíquica não possa procriar. Esta autorização não pode ser revogada, somente se ocorrer culpa da mulher, por exemplo, no caso de infidelidade. No estabelecimento da presunção de filiação tem que ser levado em conta a paternidade responsável, em sentido amplo.

2.2. A Busca da Verdade Biológica Versus a Filiação Socioafetiva e o Princípio do Melhor Interesse da Criança

A história de uma pessoa tem início em momento anterior ao seu nascimento e antes mesmo de sua concepção, ou seja, começa com seus pais, bisavós, tataravós e demais ascendentes. Todos os seres humanos possuem uma procedência, que, em tese, lhes dá segurança de sua origem, de onde vieram e quanto a quem se assemelham, o que lhes influenciará em sua personalidade, identidade e também em seu futuro. Quando o assunto é relacionado às origens, o estudo sobre filiação torna-se muito útil.

A filiação se constitui no vínculo jurídico de parentesco, em primeiro grau da linha reta, existente entre o filho e seus pais, ou seja, entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a receberam como se seu filho fosse. Logo, enquanto o filho é o titular do estado de filiação, o pai e a mãe são os titulares do estado de paternidade e de maternidade, respectivamente, em relação àquele. Tal relação inclui direitos e deveres recíprocos para ambas as partes.

Ante a dificuldade de sua comprovação direta, a filiação, comumente, foi determinada por meio de presunções criadas pela lei, tendo-se como base o casamento. Por conseguinte, a filiação sempre teve estreita ligação com o matrimônio, este tratado com tamanho zelo pelo legislador, tal como o faz, especialmente, com relação à família, que é tida como o instituto basilar da sociedade, merecedor da especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*, da CF/88). Logo, quando a criança é nascida dentro do casamento, não há maiores dúvidas, juridicamente falando, quanto à sua filiação. O problema se insere com o advento de um bebê fora dos laços tradicionais do matrimônio, ou no mínimo, dos moldes convencionais. É aí que entra em cena o instituto das presunções, que nada mais é do que uma ficção jurídica para se determinar a paternidade e a maternidade.

A presunção de paternidade (*pater is est*) liga a idéia de filiação à origem matrimonial e é baseada no princípio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, que significa que, salvo prova em contrário, é presumida a paternidade do marido quando o filho foi gerado por sua mulher, na constância do casamento. Quanto à maternidade, vigora, desde então, o adágio romano *mater semper certa est*, entendendo-se que a maternidade não gerará dúvidas e será sempre certa, de modo que a gestação e o nascimento são as evidências que estabelecem o liame jurídico entre a mãe e o filho. Simplificando: a mãe é aquela que gera o filho; e o pai é o marido da mãe.

O objetivo das presunções legais é preservar a harmonia do casamento, que é pautado, dentre outros deveres, no respeito e consideração mútuos e na fidelidade recíproca, bem como visa, por consequência, preservar a segurança e a paz familiar.

É sabido que o Código Civil de 1916, além de conferir tratamento discriminatório aos filhos, privilegiava, tão só, a filiação meramente biológica, ou seja, aquela provinda dos elos da consangüinidade. Em seu artigo 338, abarcava entre as hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, apenas, os filhos nascidos após os 180

dias contados a partir do início da convivência conjugal, ou nascidos até 300 dias após a dissolução conjugal.

O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, veio com o ímpeto de constitucionalizar, dentre outras matérias do direito civil, o direito de família, de modo a adequá-lo às novas diretrizes e princípios estabelecidos na Carta Magna de 1988. A exemplo, vale citar, o artigo 1596, do referido *Codex*, que repetiu a íntegra do § 6º, do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o seguinte: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação. Nesses termos, os filhos não mais trazem sobre si a denominação pejorativa e a desonra resultante dos atos impensados de seus pais, de modo que a condição de filiação não mais é determinada pelo estado civil dos pais. Não há mais que se falar em filhos legítimos, ilegítimos ou legitimados, todos, desde que filhos, são “farinha do mesmo saco”, sem qualquer distinção ou tratamento diferenciado, de sorte que todos os filhos foram colocados pelo constituinte no mesmo patamar de igualdade, a ponto de conferir-lhes proteção integral. Assim, os titulares do estado de filiação são denominados como filhos, tão somente filhos e ponto final.

E mais, o Código Civil de 2002 prestigiou a filiação socioafetiva, aquela que vai além dos laços sangüíneos, como se pode denotar em seu artigo 1593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. Ou seja, a filiação pode ser biológica (natural) ou não-biológica (civil), esta que decorre da relação de socioafetividade, como se dá na adoção, na posse do estado de filho e na inseminação artificial heteróloga.

Como destaca o Paulo Luiz Netto Lôbo (2006):

O Código Civil de 2002, por seu turno, consagrou em sede infraconstitucional as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem e não apenas da biológica. Encerrou-se definitivamente o paradigma do Código Civil anterior, que estabelecia a relação entre filiação legítima e filiação biológica; todos os filhos legítimos eram biológicos, ainda que nem todos os filhos biológicos fossem legítimos. Com o desaparecimento da legitimidade e a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos (adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filiação), o novo paradigma é incompatível com o predomínio da realidade biológica. Insista-se, o paradigma atual distingue paternidade e genética.

O vínculo da socioafetividade é dissociado do vínculo biológico, de tal modo que um independe do outro. Assim sendo, pode ser pai o marido ou o companheiro da mulher que gera a criança, independentemente da fidelidade daquela e, mesmo que o filho nasça antes dos 180 dias do início da convivência, ou depois dos 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal ou após a desconstituição da união estável, de forma que, para tanto, nem mesmo questione o marido sobre a origem genética da criança, concretizando-se o estado de filiação (GONÇALVES, 2005, p. 276).

Em razão disso, dissociam-se os conceitos “pai” e “genitor”. Este é meramente aquele que contribui com seu material genético para a concepção e a existência do filho. “Pai” possui significação mais profunda, sendo aquele que educa, corrige, demonstra afeto, que protege, sustenta, acompanha o crescimento e colabora para o desenvolvimento do filho.

Diante deste novo paradigma, qual delas deve prevalecer: a verdade biológica ou a filiação socioafetiva? Que critérios adotar? Qual tem sido a tendência de nossos tribunais?

A paternidade, sob o conceito da biologia, trata-se de um dado imposto, inato e munido de certeza, principalmente na presente era do DNA (ácido desoxirribonucleico), o que, sob o prisma da socioafetividade, a paternidade é um fato adquirido que é construído, pouco a pouco, mediante a convivência, a troca de afeto, alegrias, dissabores, experiências, de modo a criar laços psicológicos que vinculam, tacitamente, as figuras do pai e filho entre si.

Trata-se a paternidade socioafetiva de relação paterno-filial pautada no princípio da afetividade, princípio este que foi reconhecido, implicitamente, na Constituição Federal por meio da constante preocupação em se tutelar a dignidade da pessoa humana, bem como na previsão de modelos de família não baseados no casamento, mas, tão só, no afeto, tais como as uniões estáveis. Como modalidade de parentesco civil, é também pautada no princípio da solidariedade social, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I, da CF/88) e deve influenciar até mesmo os relacionamentos familiares, tanto no aspecto patrimonial, como no aspecto psicológico, mediante direitos e garantias recíprocos que garantam o bem-estar e a convivência familiar.

A grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002, que nunca fora previsto antes na história da legislação brasileira e que demonstra a tendência do parlamentar em valorar a filiação socioafetiva, foi a introdução de três novas presunções de paternidade/maternidade em acréscimo àquelas duas já previstas no texto anterior, baseadas na reprodução assistida homóloga, *post mortem* e heteróloga (artigo 1597, incisos III, IV e V). Tal inovação foi centro de críticas de alguns juristas, dentre eles Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, posicionados no sentido de que o Código Civil de 2002 ousou tratar de uma matéria requintada de extrema técnica, que não estava inteiramente consolidada, amadurecida e, por isso, acabou fazendo-o de modo superficial e, por consequência, trouxe uma avalanche de discussões, que somente poderiam ser resolvidas por meio de lei especial, a qual inexistia até então. (*apud* CHINELATO, 2004, p. 46-47).

A despeito disso, o que é possível observar é que o direito não permaneceu de olhos atados e inerte quanto à filiação socioafetiva e vem lhe conferindo maior importância. É o que se confere no julgamento do Recurso Especial nº 878941 / DF, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que cassou o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) que, sob o argumento de ocorrência de falsidade ideológica no registro civil, havia anulado a declaração de paternidade feita por um homem, pouco antes de morrer, em favor de uma moça.

O TJDF havia julgado procedente a ação declaratória de inexistência de parentesco, ajuizada pela irmã do falecido homem, esta que alegava que a referida moça não era sua sobrinha biológica e que o reconhecimento de paternidade teria sido simulado, configurando falsidade ideológica. Após ter seus embargos de declaração rejeitados pelo Tribunal, a moça interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, sustentando que, enquanto o TJDF reconheceu a ausência de paternidade biológica como causa suficiente para a anulação do registro civil, outros Tribunais teriam considerado tal fato irrelevante quando ausentes quaisquer vícios do ato jurídico, como erro, dolo, simulação, coação e fraude, mas presente a filiação sócio-afetiva. Observou, ainda, que, com a manutenção do acórdão recorrido, os bens que lhe foram deixados como legítima seriam herdados pela tia. Acompanhando o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, a Turma, por unanimidade, entendeu que a ausência de vínculo biológico é fato que, por si só, não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento, já que a relação sócio-afetiva não pode ser desconhecida pelo Direito, como se pode denotar pela leitura da ementa:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 878941 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0086284-0 – Ministra Relatora Nancy Andrighi, T3 – 21/08/2007) – grifos nossos.

A socioafetividade tem adquirido relevância, porque tem sido o elemento de junção entre pessoas que não têm nenhum vínculo biológico entre si. Na adoção, deve-se seguir condições legais para sua concretização; na posse de estado de filho, é necessário verificar o estado de filiação por meio do trato, nome e reputação diante da sociedade, de modo que todos visualizem e identifiquem o pai, mãe e filho, conforme inciso II, do artigo 1605, do Código Civil.

A posse de estado equivale ao que se chama filiação sociológica. [...] Os elementos constitutivos da posse de estado são três: nome, trato e fama (ou reputação), ou seja, que o indivíduo tenha sempre o nome do pai ao qual ele pretende pertencer (*nomen*); que o pai o tenha tratado como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para sua manutenção e seu estabelecimento (*tratactus*); que tenha sido ele reconhecido, constantemente, como tal, na sociedade e pela família (*fama*). (LEITE, 1995, p. 206).

A reprodução assistida heteróloga reafirma a socioafetividade nas relações de filiação. A exemplo, o pai reconhece a criança como seu filho, malgrado este tenha herdado da mãe 50% do seu material genético e os outros 50%, de um terceiro anônimo, doador do de sêmen. Portanto, o que unirá o pai ao filho, não será a verdade biológica, que neste caso, não terá relevância nenhuma e não produzirá qualquer efeito em relação ao terceiro doador, mas será sim o afeto, resultado dos direitos e deveres reciprocamente considerados, que fazem do marido da mãe receptora ser o pai e, da criança, inseminada artificialmente, ser o filho.

Quando a verdade biológica se contrapuser à filiação socioafetiva, deve-se levar em conta dois critérios basicamente: o princípio da razoabilidade/ proporcionalidade, porquanto se deve analisar sobre o sacrifício de qual das hipóteses acima gerará menor prejuízo à criança ou ao adolescente, pautando-se na equidade e no senso de justiça; e, com efeito, o princípio do melhor interesse da criança, nos termos do artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que, se existente algum interesse divergente ao interesse do menor, este é que deverá prevalecer, ponderando-se aquele, em prol da realização dos direitos fundamentais que lhe devem ser inerentes, assim, também, de seu pleno desenvolvimento.

A ilustrar o explanado acima e demonstrar que esta tem sido a tendência jurisprudencial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – MENOR ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA A CASAL – REGISTRO EM NOME DELES COMO LEGÍTIMOS PAIS – AUTORA QUE AVOCA PARA SI A MATERNIDADE – MENOR QUE JÁ CONTA COM MAIS DE NOVE ANOS – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – RECURSO DESPROVIDO. Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito da mãe biológica que pugna pela guarda da filha ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade da mãe biológica em

ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquela que, nada obstante tenha emprestado à criança seu dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos. (Acórdão: Apelação Cível n. 2005.011189-6. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Data da decisão: 06.02.2007). Grifos nossos.

Certo que ambos os princípios devem se contrabalançar, a fim de que não se dê prestígio imoderado à socioafetividade a ponto de tornar impune a conduta daqueles que passam por cima da lei para alcançar um suposto estado de filiação, como foi o caso “Pedrinho”, em novembro de 2002, de comoção nacional, caso este que envolveu um menino, subtraído, nos primeiros dias de vida e só foi descoberto pela mãe biológica dezessete anos depois, graças a uma denúncia.

Não obstante, o que se conclui é que a paternidade socioafetiva não pode ser ignorada e, na maioria das vezes, será ela a que deve prevalecer, pois não é por meio do vínculo biológico que se constrói a personalidade de um indivíduo, mas sim por meio da convivência, como fruto da vontade em se estabelecer o estado de filiação.

Em decorrência dos avanços científicos e dos desafios próprios da realidade social, o conceito de filiação tem passado por significativas transformações e tem evoluído no mundo jurídico, de maneira que não se restringe aos aspectos biológicos, mas se baseia, especialmente, na relação de socioafetividade.

Desse modo, o que faz alguém ser pai ou mãe não é o ato de gerar uma criança ou ter o mesmo material genético que ela, mas, principalmente, é o ato de assumir os direitos e deveres próprios do estado de paternidade e maternidade. É o ato de criar e suprir o filho em suas necessidades fundamentais, sejam materiais ou psicológicas, propiciando-lhe um ambiente saudável para o seu desenvolvimento.

3. O NOVO CÓDIGO CIVIL E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Conforme já exposto, as expressões utilizadas pelo Código Civil “fecundação artificial” e “inseminação artificial” são espécies de técnicas de “reprodução assistida”, consistentes na fecundação, por meio diverso da relação sexual; tal dado explica o termo “artificial”, que se refere à técnica de promover o encontro das células sexuais por meio não natural. Desse modo, o ato sexual é substituído pela vontade.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não há lei que regulamente a reprodução assistida, esta prevista, superficialmente, pelo Código Civil de 2002, que

entabulou a fertilização artificial homóloga (mesmo a *post mortem*) e a inseminação artificial heteróloga entre as hipóteses de presunção de filiação (artigo 1597, incisos III, IV e V). Trata-se de matéria que demanda o estudo de outras ciências além do direito e traz à tona discussões que eram, desde então, inimagináveis, razão pela qual, tem despertado a atenção de muitos estudiosos e curiosos sobre o assunto. Apesar disso, ainda, são escassas as obras jurisprudenciais e doutrinárias esclarecedoras desta questão.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, em seu artigo 1º, da Seção 1, define que: “as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade”.

Percebe-se que o aconselhável é se recorrer às técnicas de reprodução assistida apenas depois de frustradas as tentativas dos demais tratamentos médicos direcionados a solucionar a infertilidade. Possuem, portanto, papel subsidiário.

3.1. A Situação Jurídica do Filho nascido por Inseminação Artificial

O Código Civil de 2002 dispõe que as crianças advindas destes métodos têm sua filiação presumida, na reprodução assistida homóloga, com relação ao homem e mulher detentores do material genético e, na heteróloga, com relação à mulher receptora e o marido ou companheiro, que consentiu previamente com o procedimento. Estabeleceu-se, então, a filiação jurídica.

O mais intrigante é que, no último caso, é possível que o pai ou a mãe, ou, ainda, ambos os pais, não tenham qualquer vínculo biológico com o seu filho, mas apenas o vínculo socioafetivo, o que tendeu a relativizar a filiação biológica e, até mesmo, o princípio *mater semper certa est*. Certo, porém, que não se pode falar em qualquer vínculo apto a gerar efeitos jurídicos entre a criança e o doador.

É certo que uma tal paternidade biológica não teria qualquer sentido em ser juridicamente reconhecida, dado o absoluto e prévio desinteresse desse doador com a sorte da criança a nascer e dada a provável ausência de quaisquer relações entre ele e a mãe da criança, a qual, de resto, pode estar jurídica e afetivamente a outro homem (BOSCARO, 2002, p. 89).

Neste sentido, o Enunciado nº 111, do Conselho de Justiça Federal, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Toda mulher capaz pode fazer uso destas técnicas, sendo irrelevante seu estado civil, desde que, informada corretamente sobre as questões inerentes ao procedimento, expresse consentimento por escrito. Caso ela tenha marido ou companheiro, deve ter o consentimento deste, devendo ele, também, ser devidamente informado sobre a técnica a ser aplicada (artigos 1º e 2º, das Seção II, da Resolução 1.358/92).

Assim, tanto casais unidos pelo casamento, como aqueles em união estável podem se submeter à reprodução assistida, a despeito de não haver previsão expressa no Código neste sentido, em razão do reconhecimento constitucional das uniões estáveis como entidades familiares.

Dentre as formas de reprodução assistida, merece destaque a inseminação artificial heteróloga. Diz respeito à modalidade inédita de parentesco civil, sob a égide da socioafetividade, nos moldes do artigo 1593, do CC/02, conforme conclui o Enunciado nº 103, do CJP:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

A lei e a doutrina estabelecem algumas condições para tal espécie de reprodução assistida, tais como: a) o consentimento informado por parte da mãe, formalizado em um documento escrito, antes do início do tratamento (conforme artigo 1º, Seção II, da Resolução nº 1.358/92, da CFM); b) o consentimento prévio do marido ou companheiro da mãe que se submeterá à procriação assistida, nos termos do inciso V, do artigo 1597, do CC/02. A lei não exige a esterilidade do marido, sendo que a única exigência é a prévia autorização, que pode, inclusive, ser verbal, desde que devidamente comprovada.

Essa autorização também pode ser prestada em documento público, particular ou finalmente em testamento.

Dessa forma, se a inseminação heteróloga ocorrer sem a autorização do marido, este poderá promover a impugnação da paternidade. É o caso do conhecido “adultério científico”, ou “casto”, que, na realidade, é equivocadamente chamado de adultério, pois este exige a relação sexual com pessoa que não seja o cônjuge. Essa prática pela mulher configura injúria grave e conduta desonrosa, que fere o dever de respeito e consideração mútuos, podendo ensejar separação por culpa.

Havendo a devida autorização, a paternidade, nesse caso, é presumida em relação ao marido que a outorgou, a fim de se evitar que o pai, depois de nascido o filho, negue a paternidade e, por conseguinte, evitar eventual paternidade incerta do filho. Refere-se à paternidade que não advém de laços biológicos, mas que decorre do fundamento moral: a socioafetividade.

Realizada a inseminação artificial heteróloga, devidamente autorizada, há a presunção absoluta de paternidade, não podendo o marido negá-la posteriormente. “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.” (Enunciado nº 258, do CJF, da III Jornada de Direito Civil)

No entanto, terá o direito de negar a paternidade em futura ação judicial se a autorização foi prestada com vício (erro, dolo ou coação), a exemplo do marido que autorizou essa prática sem conhecer a técnica. Neste caso, é possível a negatória.

Diante disso, pergunta-se: depois de concedida a autorização, o marido pode revogá-la? Até que momento isso pode ocorrer? O Código não expressa.

Alguns doutrinadores entendem que o pai não pode voltar atrás, depois que emitiu sua anuência, salvo se provar que, na verdade, aquele bebê adveio da infidelidade de sua mulher, nos termos dos artigos 1.600 e 1.602, do Código Civil. Há os que entendem que tal anuência só é revogável até o momento da inseminação, tendo em vista que, em razão do anonimato do doador e ao segredo profissional médico, a impugnação à paternidade, nesse caso, geraria uma paternidade duvidosa para o filho.

De modo geral, a doutrina comunga do entendimento de que a autorização é revogável até o momento da inseminação, de modo que efetuada a inseminação, o ato não pode ser revogado.

Denota Silmara Chinelato (2004, p. 50) que a autorização não pode ter duração eterna, de forma que, até o momento em que se dá a procriação artificial, a validade da autorização do marido é condicionada à constância da sociedade conjugal.

Embora o consentimento do marido seja irretratável, não se pode presumir sua duração *ad aeternum*, depois de dissolvida a sociedade conjugal. A irretratabilidade relaciona-se com a constância da sociedade conjugal. Significa que, uma vez realizada a fertilização

com sêmen de doador – terminologia mais adequada -, com o consentimento do marido, ele já não se pode retratar. Se não foi feita, o consentimento é retratável, pois estabelecerá paternidade, ato de profundas conseqüências morais, psicológicas e jurídicas.

Portanto, se o marido concordou previamente com a inseminação artificial heteróloga, será o pai legal da criança assim concebida. Esta, por sua vez, será titular do estado de filiação, bem como detentora de todos os direitos inerentes a esta condição, sejam eles patrimoniais, no que tange ao sustento, aos alimentos e aos direitos sucessórios, sejam referentes à personalidade e à identidade, no que tange ao nome e ao registro civil, sejam os direitos de cunho moral, relativos à educação, ao afeto, entre outros.

Interessante é a previsão do artigo 1798, do Código Civil, que confere o direito de suceder aos que já estão concebidos no momento da abertura da sucessão. “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança” (Enunciado nº 267, da III Jornada de Direito Civil, CJP).

Logo, se o marido que autorizou a inseminação artificial heteróloga, falece antes do nascimento do filho, este terá direito na ordem de vocação hereditária referente aos bens do falecido. Salienta-se que, enquanto nascituro, os direitos sucessórios lhe serão resguardados até seu nascimento com vida, quando, finalmente, a titularidade dos bens será incorporada ao seu patrimônio.

Cabe lembrar, contudo, que não ocorrerá a presunção de paternidade quanto a embriões excedentários resultantes da inseminação heteróloga, o que só ocorrerá na espécie homóloga de fertilização.

A matéria em estudo, em razão de sua atualidade, tem suscitado muitas controvérsias, o que torna imperioso a existência de legislação específica que a regulamente, de sorte a trazer segurança jurídica e a evitar eventuais abusos decorrentes destas técnicas, se é que eles já não têm ocorrido, em razão da inércia do legislador.

3.2 A Investigação de Paternidade na Inseminação Artificial Heteróloga versus o Direito de Sigilo do Doador

Conforme já abordado anteriormente, a paternidade pode ser jurídica, socioafetiva ou biológica.

Pois bem, no caso da inseminação artificial heteróloga, tanto a paternidade jurídica como a socioafetiva são atribuídas ao marido ou companheiro que consentiu com a aplicação da técnica reprodutiva. Remanescem, entretanto, os questionamentos referentes à possibilidade de investigação e reconhecimento da paternidade biológica.

Silmara Juny Chinaletto (op. cit.) posiciona-se no sentido de que a descoberta da verdade genética é direito de personalidade à identidade e, portanto, não pode ser negado, mormente tendo em vista que a comprovação da paternidade genética, por si só, não tem o condão de desconstituir a filiação socioafetiva. Maria Berenice Dias (2007, p. 332) admite a investigação da paternidade genética, com a quebra do anonimato do doador com fundamento no sofrimento vivenciado pela pessoa que deseja conhecer sua verdadeira origem biológica. Invoca, ainda, como justificativa ao conhecimento da verdade genética, a necessidade da análise de impedimentos matrimoniais, compatibilidade em doação de órgãos e doenças hereditárias.

De outra banda, o Direito de Família Contemporâneo tem assentado suas diretrizes com fundamento na “desbiologização” da filiação, situação em que há que ser preservado o anonimato do doador do material genético, devendo o guardião dos dados do doador fornecê-los em segredo de justiça, evitando toda e qualquer publicidade indesejada e desnecessária.

Eduardo de Oliveira Leite (op. cit.) ressalta que a preservação do sigilo do doador respeita a dignidade da pessoa humana, demonstrando, ainda, a incoerência desta investigação em analogia às crianças adotivas que porventura queiram descobrir sua origem genética. Suscita o autor questões conflitantes que a situação acarretaria, tais como: direitos sucessórios, direito a alimentos e uso do nome, e ainda antevê a possibilidade de pai ou filho consanguíneo estreitarem laços de afeto apenas com intuito de obterem proveito econômico.

Nesse aspecto, importante salientar que tem cabimento ação negatória de paternidade se a esposa ou companheira se submeteu à técnica de reprodução assistida sem o consentimento do parceiro, ainda que criança já tenha sido registrada em nome do marido ou convivente marital.

Sobre outro enfoque Paulo Luiz Netto Lobo (2004) aborda a questão em tela, sustentando que o direito à origem genética deve ser assegurado por se tratar de direito da personalidade, sem, contudo implicar qualquer consequência no direito de filiação, posto que distintos. Para tanto, alega o autor que basta obter junto à instituição guardião dos dados e material genéticos do doador o genoma da ascendência do filho oriundo de reprodução assistida.

Nossa posição é no sentido da possibilidade de investigar a verdade biológica do filho socioafetivo, pois o direito à identidade genética não significa a desconstituição da paternidade dos pais sócio afetivos, já que hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada “desbiologização” da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o direito de personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame do tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

Pode-se entender também o direito ao conhecimento da origem genética como decorrente do disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, que indica que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, assim sendo, deve-se dar à criança gerada por reprodução assistida heteróloga o direito de saber sua origem da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004) defende que o direito ao conhecimento da origem genética é fundado no direito de personalidade, tanto em relação ao direito à vida, quanto no que diz respeito ao direito à identidade. Quanto ao direito à vida e a integridade física, deve-se considerar a possibilidade, frente ao desenvolvimento da medicina nos últimos anos, de se evitar, reconhecer e curar doenças genéticas pela análise da ascendência biológica.

Assim, o conhecimento da origem genética tem por objetivo assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois cada pessoa tem o direito de saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Enfim, não restam dúvidas que ambos os interesses, do doador e da criança, encontram guarida no texto constitucional, portanto temos uma colisão de direitos fundamentais. Nos casos de colisão de direitos fundamentais existem princípios constitucionais que podem ser utilizados como parâmetros para que se verifique qual deve prevalecer, tais como o princípio da proporcionalidade e adequação, e o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da proporcionalidade se aplica definindo qual dos princípios deve ser utilizado de acordo com os fins que se busca alcançar, ou seja, afasta-se um direito já que outro protege um bem superior e mais adequado para a situação. Quando não for possível alcançar a solução através da interpretação harmônica da constituição e pela valoração de direitos fundamentais, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para definição do direito fundamental que deve se sobrepor. Como todos os direitos fundamentais objetivam a proteção da dignidade humana, mais justo é permanecer aquele que em maior grau defende esta dignidade.

Assim, entendemos que, diante de um conflito positivo de paternidade os tribunais deverão resolver a questão por analogia com a adoção, dando prevalência à paternidade socioafetiva, se houve consentimento, pois esta baseia-se não num fator biológico, mas num fator sociológico.

Nesse passo, trazemos à baila a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A certeza, porém de filiação sócio-afetiva entre o investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento de nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial. A instrução deverá prosseguir unicamente com o fito de esclarecer a questão da origem biológica. Deram provimento à apelação por maioria.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. civ. 70009550500, DJ 23/02/05). Grifos nossos.

Por fim, em se tratando de “produção independente”, isto é, da hipótese em que mulher desvinculada de qualquer relação marital se utilize da reprodução assistida, o registro será feito tão-somente no nome da mãe, o que não obsta posterior e eventual reconhecimento da paternidade, por meio de ação investigatória de paternidade, filiação socioafetiva ou adoção. Porém, no que se refere ao doador, repita-se, renuncia à paternidade no ato de doação de seu material genético, tal qual àquele que dá o filho para adoção ou perde o poder familiar ao atuar de forma contrária aos interesses parentais mais significativos.

Considerações Finais

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram inseridos em nosso ordenamento jurídico, vários princípios e direitos fundamentais, dos quais o mais polêmico foi o da igualdade jurídica entre os filhos havidos ou não do casamento, surgindo, assim, o princípio da afetividade, estabelecendo como base das relações familiares o amor.

Ao mesmo tempo em que o direito de família sofreu tão intensas transformações em seu núcleo estrutural, consolidou-se a refinada elaboração dos direitos da personalidade, nas últimas décadas, voltadas à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, dentre eles, o direito à liberdade, o direito de ser feliz, o direito de estabelecer família com quantos filhos quiser ter e pelos métodos que convier ao casal.

O direito à filiação não é somente um direito da verdade, é também um direito à vida, ao melhor interesse da criança, é um direito a ela concedido de ter uma família, amor, educação, e todos os sentimentos e base necessários para sua sobrevivência e a vida saudável em sociedade. Assim, o afeto reconhecido como valor jurídico, tendo em vista a consagração dos princípios como o da igualdade de homens e mulheres, o estatuto unitário da filiação e o reconhecimento dos diversos modos de formar a família.

Surge, dessa forma, a tendência contemporânea acerca das relações socioafetivas, podendo a filiação ser apresentada sob diversas formas e diferentes aspectos. A filiação biológica, que deriva da identificação genética entre pai e filho. A jurídica, imposta pela lei. A socioafetiva, que se constitui naturalmente devido à convivência e afinidade entre os envolvidos. O afeto não é fruto da genética, e assim como os laços da solidariedade não derivam do sangue e sim da convivência.

A filiação afetiva é construída pelo desejo de atuação do pai para com o filho, com a formação de laços de afeto, que em muitos casos não chegam a se fazer presentes nas filiações biológicas, mesmo porque, a filiação real é aquela que vem dos mais sinceros sentimentos. A afetividade não está relacionada com o sangue, mas existe juridicamente assegurada pela Magna Carta. O afeto surge da convivência familiar, da realidade social da pessoa servindo como objetivo de garantir a felicidade, não somente na integração da família, mas englobando todas as pessoas que estão em sua volta. Nesse novo contexto, procriar não está mais vinculado à questão da sexualidade.

Dessa forma, no estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial por meio da inseminação artificial heteróloga gera a filiação socioafetiva, cujo pai é aquele que a lei presume sê-lo, baseando nos princípios da efetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, por analogia à adoção, estabelecida a paternidade socioafetiva, todos os vínculos biológicos devem ser rompidos, prevalecendo somente nos casos de impedimentos matrimoniais, prevalecendo, assim, a família socioafetiva.

Por outro lado, com amparo constitucional, o direito de conhecer a verdade biológica é irrefutável, apesar da proibição de identificação do doador do material genético. Concluimos, assim, que não há como negar a possibilidade de o filho concebido por reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para identificação de sua identidade genética, ainda que não gere efeitos registraes.

REFERÊNCIAS

BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai: sobre a paternidade no ordenamento jurídico*. In Revista Brasileira de Direito de Família, n. 6, jul-Ago-Set 2000, p. 5-22.

BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>, acesso em 24.09.2008.

BRASIL, Acórdão. Apelação Cível n. 2005.011189-6. Disponível em <http://www.cc2002.com.br/jurisprudencia.php?id+310>, acesso em 24.09.2008.

CHINALATO, Silmara Juny. *Comentário ao Código Civil: do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil (enunciado 103). Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>, acesso em 24.09.2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil (enunciados 2582 267). Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>, acesso em 24.09.2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 5º v.: direito de família, 22ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5, Abr-Maio-Jun 2000, p. 7-28.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. VI: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família – A Família Brasileira no Final do Século XX*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Procriações Artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. *Filiação e Biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 13, Abr-Maio-Jun 2002, p. 143-161.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ*, 2006. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/19605>>, Acessado em 22.09.08.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>, acesso em 22.09.08.

MORI, Maurizio. *Fecundação Assistida e Liberdade de Procriação*. In Revista Bioética, v. 9, n. 2, jul/dez, 2001.

SAVIN, Gláucia. In Revista dos Tribunais, RT 659, setembro de 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <http://www.tj.rd.gov.br>, acesso em 25.09.2008.

WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de Paternidade Socioafetiva*. In Revista Brasileira de Direito de Família, n. 6, jul-Ago-Set 2000, p. 50-52.

CASO TERRI SCHIAVO: REFLEXÕES SOBRE A MORTE*

TERRI SCHIAVO CASE: REFLEXIONS ABOUT DEATH

**Camila Castanhato
Thiago Lopes Matsushita**

RESUMO

Presente ensaio trata de um caso verídico, ocorrido nos Estados Unidos da América e que teve seu final em 2005.

Terri Schiavo era uma norte-americana que vivia há muitos anos em estado vegetativo persistente e que, em 2005, a Suprema Corte do estado da Flórida determinou fossem retiradas as sondas de hidratação e alimentação que a mantinham viva.

Com base nesse caso concreto, analisa-se os princípios bioéticos – autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça - sobretudo no que tange a uma importante face da vida, a morte. Bem como estuda-se as diferentes formas de supressão ou manutenção da vida: suicídio assistido; eutanásia; ortotanásia e distanásia.

Outros importantes temas relacionados com a morte também são desenvolvidos, como os “testamentos de vida” e as “procurações para as tomadas de decisão em questões médicas”.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TERRI SCHIAVO; MORTE; EUTANÁSIA; PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

ABSTRACT

This paper is about a true case, which took place in the United States and came to an end in 2005.

Terri Schiavo was a North American who lived for many years in persistent vegetative state. In 2005 the Supreme Court from the state of Florida decided to have the hydration and feeding tubes that kept her alive withdrawn.

Based on this case, we analyze the bioethical principles - autonomy, beneficence, non-maleficence and justice - especially regarding an important aspect of life, death. We also study the different forms of suppression or manutation of life: assisted suicide, euthanasia, orthothanasia and dysthanasia.

Other important issues related to death are also developed, such as "wills of life" and "by-laws for the decision-making on medical issues."

KEYWORDS: KEY-WORDS: TERRI SCHIAVO; DEATH; EUTHANASIA; BIOETHICAL PRINCIPLES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Em 25 de fevereiro de 1990, devido à falta de alimento, a norte-americana Terri Schiavo teve o que os médicos chamam de “hipocalemia severa”, o que significa diminuição de potássio no sangue. Dessa redução decorreu-lhe um ataque cardíaco. Desse ataque restou-lhe uma “encefalopatia hidróxido-isquêmica”, o que traduzindo significa diminuição de fluxo sanguíneo cerebral. A falta de sangue em seu cérebro acarretou-lhe a condição de estado vegetativo persistente.

Terri foi submetida a terapias tradicionais e experimentais durante três anos. Findo esse período, Michael Schiavo, marido e representante legal de acordo com a lei do Estado da Flórida, convenceu-se de que o estado vegetativo de sua esposa era irreversível. A partir de então se iniciou uma verdadeira guerra judicial, midiática e emocional entre o marido e os pais de Terri, a família Schindler.

Os pais não aceitaram o diagnóstico de irreversibilidade do estado de Terri. Acreditavam em tratamentos de reabilitação adicionais. Entendiam que a filha ainda mantinha certa consciência. Passaram doze anos na justiça lutando para mantê-la viva.

O marido, alegando que Terri não gostaria de ter a vida prolongada nessas condições, brigou os mesmos doze anos por uma autorização judicial para desligar a sonda de alimentação que mantinha a esposa viva. Entendia que esta seria uma morte boa, posto que os médicos afirmavam que ela nada podia sentir no estado vegetativo em que se encontrava.

Pela mídia, que entrou no caso a partir de 1994, o marido foi acusado de defender interesses próprios, não só financeiros, mas também emocionais, uma vez que já havia contraído novo matrimônio, do qual já decorriam dois filhos como fruto. Já a família foi acusada de lutar apenas por seus próprios desejos e valores e não os de Terri.

No estado norte-americano da Flórida, não existe consenso se é melhor para o paciente manter ou não a alimentação tubular. Sendo assim, faz-se necessário perquirir a vontade do enfermo. Mas como nesses casos o paciente está inconsciente, a vontade é perguntada aos parentes mais próximos.

Nesses termos foi a decisão judicial do caso. Após 15 anos vivendo em estado vegetativo persistente, depois de 12 anos de disputa judicial entre a família e o marido de Terri, a Suprema Corte da Flórida manteve a decisão das instâncias inferiores do Estado e consentiu com a remoção da sonda de alimentação.

Em 18 de março de 2005 o tubo que servia para hidratação e alimentação de Terri Schiavo foi retirado. Treze dias depois ela morreu de sede e fome.

Com a apresentação do histórico do caso, não se pode furtar à origem dos estudos apontados no presente trabalho, que é a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, reconhecida pelo vanguardismo no tratamento dos direitos humanos, conforme bem lembrou a Professora Flávia Piovesan, “Os Professores Elizabeth Nazar Carrazza e Celso Antônio Pacheco Fiorillo, então diretora e vice-diretor

da Faculdade de Direito da PUC/SP, também exerceram um papel fundamental na realização desta tese, por insistirem na necessidade de implantar o ensino de Direitos Humanos no âmbito da Faculdade de Direito da PUC/SP, sendo justo lembrar que desde 1990 os professores Silvia Pimentel e Celso Campilongo já organizavam o primeiro curso de extensão universitária sobre o tema” (PIOVESAN, 2007, XIII).

Alguns anos depois da instalação da referida cadeira, a PUC/SP teve o privilégio de aprovar o primeiro professor titular em direitos humanos do país, Wagner Balera, oriundo da área de direito previdenciário que não mais obtinha suas respostas na análise técnico-aritmética das relações previdenciárias e foi buscar nos direitos humanos essas respostas.

Na mesma esteira de liderança a professora Maria Helena Diniz, em suas turmas de mestrado e doutorado da mesma Universidade, no fim do século passado iniciou os estudos de bioética e biodireito, tão propagados no Brasil e no mundo.

Entretanto, os delineamentos aqui singelamente apresentados estão sendo torneados pelos professores dos estudos pós-graduados, mormente por nossos orientadores das pesquisas em nível de mestrado e doutorado, professores Maria Garcia e Ricardo Sayeg.

É com esse espírito puquiano que muito nos dignifica e inspira é que apresentamos o presente ensaio.

1. “Testamento de Vida” e “Procuração para a tomada de decisões em questões médicas”

A história de Terri podia ter sido diferente se ela tivesse feito, antes do incidente que a deixou em estado vegetativo, um “Testamento de Vida” ou uma “Procuração para a tomada de decisões em questões médicas”.

Trata-se de documentos onde o indivíduo expressa, com antecedência: (i) no “Testamento de Vida”, a que tipo de procedimentos médicos deseja ou não se submeter; (ii) na “Procuração para a tomada de decisões em questões médicas”, a quem outorga o poder de decisão em situações sobre a vida e a morte, caso esteja em situação que o impossibilite de tomar suas próprias decisões.

Nos Estados Unidos todos os estados aceitam alguma dessas formas de documento. Entretanto, ainda existe uma grande superstição por parte da população em assinar esses documentos, não obstante acharem importante que os médicos respeitem a vontade dos enfermos.

“Uma pesquisa realizada em 1991 informava que 87% dos entrevistados acreditavam que se deveria exigir ou permitir que os médicos retirem o suporte vital se o paciente tiver assinado um testamento de vida com essa determinação; outra pesquisa, porém, informava que somente 17 % dos entrevistados haviam assinado esse tipo de testamento, pois muitos desconhecem a forma exata de redigi-lo ou são demasiados supersticiosos ou sensíveis para assinar um documento em que pedem para morrer”. (DWORKIN, 2003, p. 253)

Além dos Estados Unidos, os testamentos de vida são documentos válidos e aceitos na Dinamarca, no Canadá, no Japão e em Cingapura. O Parlamento inglês tem discutido se aceita ou não desde 1992. Mas a verdade é que para a maioria dos países europeus, esses documentos não são legalmente reconhecidos.

No Brasil, não existe lei federal que discipline sobre o assunto. Mas no estado de São Paulo a lei 10.241/99, em seu artigo 2º, VII, faculta ao enfermo “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”. Referida lei é conhecida por “lei Mário Covas”, nome do Governador que a sancionou e que, por ironia do destino, veio ele próprio a se utilizar para poder morrer em casa, entre seus entes queridos, como era de sua vontade, e não em uma UTI gélida e cercada de especialistas anônimos.

2. Princípios bioéticos

2.1. Bioética e Biodireito

O direito à morte digna é assunto que suscita diversos questionamentos ético-jurídicos, sobretudo face as novas tecnologias desenvolvidas para o tratamento de doenças e o prolongamento da vida.

As questões éticas e jurídicas que circundam o assunto são estudadas pelo que conhecemos hoje por “Bioética” e pelo “Biodireito”.

Bioética é a ciência que estuda as questões de cunhos éticos, filosóficos e morais que envolvem os aspectos da vida em geral, principalmente face às novas tecnologias desenvolvidas pela biomedicina.

Biodireito é o ramo da ciência que veio dar um tratamento jurídico (posto ser este indispensável) às questões tratadas pela bioética.

Tanto a bioética quanto o biodireito têm como objeto de estudo a vida e, conseqüentemente, a morte.

O paradigma que norteia todo e qualquer estudo nessas áreas do conhecimento é o da Dignidade da Pessoa Humana, ao passo que abarca ao mesmo tempo o homem e a moral. Trata-se de princípio que fundamenta o próprio direito, sustentando, contudo, todos os demais direitos humanos. Maria Garcia apresenta o seguinte conceito: “A dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. (2004, p. 211)

Kant, importante filósofo do século XVIII, diz que devemos tratar a humanidade como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Ademais, explica que existe uma grande diferença entre aquelas coisas que têm preço, e que, portanto, podem ser substituídas, e aquelas coisas que não têm preço, e que no caso, são portadoras de dignidade, que é um valor em si mesmo. Humanidade e moralidade são coisas que não têm preço. (Apud

GARCIA, 2004, p. 197). Ademais, para Kant, vale a máxima categórica “age de tal forma que tua conduta possa ser tomada como lei universal”.

A filosofia contemporânea de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, professores da Universidade de Frankfurt, chamada “ética discursiva”, muito diz sobre essas questões atuais da bioética e biodireito. De acordo com eles, “uma norma será válida quando todos os afetados por ela puderem aceitar livremente as conseqüências e efeitos secundários que se seguirem, previsivelmente, do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um”. (Apud Grande, 1997, p. 53, tradução livre).

Desta feita, se o objetivo é satisfazer as obrigações morais universais, faz-se necessário substituir o tradicional modelo liberal de contrato – onde se negociam interesses individuais e do grupo – por um modelo fundado na comunicação e no discurso.

Trazendo a teoria de Apel e Habermas para o caso Terri Schiavo, pode-se concluir que uma decisão de vida ou morte, seja ela como for, deve ser discutida por todos os interessados. Quando se diz todos, é devido ao fato de que a morte é tema inevitável a qualquer ser humano. Sendo assim, é preciso perguntar: É consenso de todos ser digno morrer lentamente de fome e de sede?; É consenso de todos que a melhor morte é aquela rápida e indolor?; Existe consenso sobre a morte? etc

A ética racional do discurso, na qual um reconhece e respeita o argumento do outro é a mais importante contribuição do racionalismo filosófico contemporâneo na constituição de uma ética universal. Somente através de um discurso aberto, democrático e sincero é possível solucionar questões como as que se apresentam neste trabalho

Cabe-nos perquirir quais são os princípios bioéticos norteadores do estudo dessas novas ciências. Para a maioria da doutrina são quatro princípios: da autonomia; da beneficência; da não-maleficência e; da justiça.

Esses princípios foram definidos no Relatório de Belmont, em 1978, nos Estados Unidos da América.

2.2. Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia reza que seja respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, levando-se em conta, na medida do possível, suas próprias convicções religiosas e morais. Esse princípio privilegia a capacidade de autogoverno do indivíduo.

De acordo com Francisco Vieira Lima Neto (1997, p. 78) o princípio da autonomia é também conhecido com “Princípio do Respeito pelas Pessoas”, e abarca dois importantes entendimentos: 1º. As pessoas são entes autônomos; e, 2º. As pessoas cuja autonomia esteja diminuída devem ser objeto de proteção.

Os testamentos de vida e as procurações para tomada de decisões, tratadas no item anterior, são bons exemplos de respeito a esse princípio.

2.3. Princípio da Beneficência

O princípio da beneficência tem origem na tradição de Hipócrates, considerado o “pai da medicina”. Preceitua que o médico somente pode praticar o bem ao paciente, nunca praticar-lhe dano ou mal.

Segundo Maria Helena Diniz:

“(…) esse princípio não aponta os meios de distribuição do bem e do mal, apenas pede que se promova aquele, evitando-se este. Se se manifestarem exigências conflitantes, o mais que se poderá fazer é aconselhar que se consiga a maior porção possível de bem em relação ao mal”. (2002, p. 16)

2.4. Princípio da não-maleficência

O princípio da não-maleficência é o desdobramento do princípio anterior, uma vez que impõe o dever de não causar mal ao paciente intencionalmente.

Alguns autores como, por exemplo, Francisco Vieira Lima Neto (1997, p. 47), defendem que são somente três os princípios bioéticos. Isso porque incluem este princípio da não-maleficência como outro aspecto do princípio da beneficência.

2.5. Princípio da Justiça

O princípio da justiça “exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente”. (DINIZ, 2002, p. 17)

2.6. Considerações

Maria Garcia correlaciona muito bem esses princípios:

“(…) o *princípio da não-maleficência*, designa a obrigação de não infligir dano ou mal e também, de maneira positiva, fazer o que está indicado pois a omissão também produziria dano; o *princípio da beneficência* refere-se a realizar o bem, um benefício somente compreensível à luz dos valores do indivíduo e, portanto, vinculado ao *princípio da autonomia*, que aponta à capacidade do ser humano de, livremente, tomar decisões e que se torna efetivo habitualmente mediante o consentimento informado. Somente deste modo pode evitar-se a atitude paternalista de tomar decisões para o bem de outrem sem levá-lo em conta. Finalmente, posto que a relação sanitária e, em geral, toda relação humana ocorre no âmbito da sociedade e instituições, recorre-se a um *princípio de justiça* que veicula as obrigações derivadas da pertença a um grupo”. (2004, p. 157/158)

No caso específico tratado neste ensaio, pode-se entender que o princípio da autonomia foi respeitado, afinal, foi o marido de Terri, seu parente e representante legal, quem optou pela interrupção da sonda de alimentação. Entretanto, quanto ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, paradigma dos demais princípios, entende-se que Terri não foi respeitada. Isso porque demorou exatos treze dias para morrer de fome e de sede. Isso não parece coadunar com os princípios bioéticos da beneficência (fazer o bem) e da não-maleficência (evitar o mal). Passar treze dias de agonia para morrer parece mais com tortura do que com respeito à dignidade da pessoa humana.

3. Apontamentos sobre vida e morte

No direito brasileiro o direito à vida integra a pessoa até sua morte. É direito de todos, sem distinção, inclusive portadores de doenças físicas ou psíquicas. Segundo Maria Helena Diniz pertence também as pessoas “que estejam em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico” (2002, p. 22).

Ronald Dworkin entende que a vida tem um valor sagrado e inerente, e que nossas escolhas devem respeitar, o quanto possível, esse valor que é sagrado.

Maria Helena Diniz questiona: “Se não há condições de vida digna, como assegurar uma morte digna?” (2002, p.318)

Longe da pretensão de discutir se viver em estado vegetativo persistente é digno ou não, mesmo porque, como dizia o filósofo francês Albert Camus, na obra “O mito de Sísifo: “o único problema filosófico realmente sério é julgar se a vida é digna ou não de ser vivida”. (Apud ALVES, 1985, p.19)

O que se questiona é se o modo como se procedeu à morte de Terri foi digno ou não.

É correto deixar alguém morrer de inanição? Não seria a alimentação um direito básico de todo e qualquer ser vivo, seja ele humano ou não?

Acompanhamos, ademais, Maria Helena Diniz na indagação: “O direito ao respeito à dignidade humana não requereria a ausência de qualquer tratamento desumano, violento ou vexatório?” (2002, p. 318)

Sabe-se que em sociedades primitivas era comum matar os membros da comunidade que não mais eram capazes de contribuir para a produção do grupo. Robert Weaver Shirley (1987, p. 10/12) bem coloca a questão dos esquimós do Alasca, Canadá e Groelândia, onde “os indivíduos que não podem mais produzir ou caçar não devem comer”, e ainda, esperava-se das pessoas consideradas inúteis para a sociedade, que se matassem.

Cabe ressaltar, entretanto, que as sociedades primitivas cultuam esses costumes, porque as bases econômicas assim exigem. As condições climáticas são deveras severas para a manutenção do homem.

Mas como ficam os costumes nas sociedades desenvolvidas e civilizadas? Será que esses mesmos postulados econômicos vigoram? Seria legítimo não respeitar a dignidade da pessoa humana em condições não tão adversas?

O pensamento desenvolvido na Escola de Chicago, por volta da metade do século passado, propalada pelos estudos de Brue e Posner, foi denominada de Análise Econômica do Direito, onde se faz a busca da máxima eficiência econômica das atividades hodiernas, aplicada nos países regidos pela economia de mercado.

Esse pensamento é inspirado em Adam Smith (SMITH 1994), que na aplicação de sua “mão invisível”, trouxe a máxima de que: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse”. Contextualizado aqui por Ricardo Sayeg (Trabalho de Livre-docência aguardando defesa):

O mundo se abre para a economia de mercado e retoma-se a aplicação concreta das teorias liberais econômicas de Adam Smith e David Ricardo, sob a idéia de que, dentro da comunidade, cada um agindo em favor dos seus interesses individuais, sem consideração com o outro, tem maior eficiência e, ao final das contas, acaba agindo naturalmente em prol do interesse coletivo. Para esse pensamento o atrito entre todos tem por resultado implicar uma natural acomodação econômica, onde a eficiência prevalecerá. É desdobramento da lei da seleção natural de Darwin, onde sobrevive o mais apto e a evolução pressupõe o descarte do ineficiente, assim, determinando sua manifesta tendência de exclusão social e intolerância à pobreza. Daí se sustentar a função social do individualismo e hedonismo, embora, não haja como deixar de reconhecer que a aplicação efetiva desse pensamento produz melhores resultados econômicos no seu aspecto matemático-monetarista.

O que não se pode olvidar é que esse melhor resultado matemático-monetarista, não implica diretamente na preservação da dignidade do ser humano, e, no presente caso, em se optando pelo descarte de um ser humano, estar-se-ia fazendo uma escolha trágica.

4. Suicídio Assistido; Eutanásia; Ortotanásia; Distanásia

A questão da morte traz à tona três formas de supressão e uma de prolongamento da vida: suicídio assistido, eutanásia, ortotanásia e distanásia.

4.1. Suicídio assistido

Trata-se de modalidade de morte pela qual esta advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por um terceiro, médico ou não.

É prática institucionalizada tanto na Suíça quanto na Holanda, onde o procedimento se dá pela aplicação de injeção letal em dose única.

Longe de defender a prática do suicídio assistido, mas apenas a título de comparação, não seria menos cruel e mais humanista uma morte rápida e sem dor, a uma morte lenta e sofrida como é a decorrente da falta de alimentação e água? Mesmo que seja verdade que os pacientes em estado vegetativo persistente não sintam dor, como fica a dor dos parentes em ver seu ente querido definhando desidratado e desnutrido?

Na obra “A Divina Comédia”, clássico de Dante Alighieri, o autor narra um episódio, em sua passagem pelo Inferno, em que o conde Ugolino della Gherardesca é trancado com dois filhos e dois netos, numa torre de Pisa, pelo arcebispo Ruggierivemos. O conde vê, um a um de seus filhos, sofrer com a morte por inanição. É uma passagem singularmente chocante e de grande aflição a agonia passada por este pai/avô. (2001, p. 217/222, Canto XXXIII)

Nos Estados Unidos ficou famoso o caso do Dr. Jack Kevorkian, o famigerado “Dr. Morte”, que era patologista no estado do Michigan e inventou uma máquina do suicídio. Tratava-se de uma máquina de eletrocardiograma que podia ser acionada pelo próprio paciente: 1º. Uma vez acionado o dispositivo, a máquina injetava uma substância anestésica que levava o indivíduo à inconsciência; 2º. Automaticamente, após o anestésico, a máquina injetava a substância letal de cloreto de potássio que ocasionava a paralisia do coração.

O “Dr. Morte” foi condenado em seu Estado a vinte e cinco anos de prisão pela morte de Janet Atkins, uma paciente sua, que utilizou a máquina da morte por ele desenvolvida, mas que antes, deixou um depoimento gravado informando que esta era uma decisão consciente sua.

O “Dr. Morte” auxiliou uma paciente consciente de sua decisão de morrer de forma rápida e indolor. No caso de Terri Schiavo, foi o próprio Estado que ordenou sua morte, não de forma rápida e indolor como o aplicado pela máquina da morte, mas de forma lenta, cruel, dolorosa, e nem ao certo se sabia se esta era mesmo sua vontade inequívoca.

O suicídio assistido, hoje, é prática aceita em Michigan e Oregon nos Estados Unidos da América. Todavia, a maioria dos estados norte-americanos não aceita esta prática. Primeiro porque não existe consenso sobre a definição do que é uma doença terminal. Segundo, porque sempre existe o risco de que a vontade do paciente não seja totalmente voluntária.

Na Holanda, desde primeiro de janeiro de 2002, entrou em vigor uma lei que permite o suicídio assistido por médicos, desde que presentes dois requisitos indispensáveis: a doença seja terminal e o sofrimento seja insuportável.

4.2. Eutanásia

Eutanásia é termo que deriva do latim: *eu* (bom) e *tanatos* (morte). Ou seja, eutanásia significa boa morte, morte dulcificada. Significa matar alguém por motivo de benevolência.

Em regra, a eutanásia é praticada com o uso de recursos farmacológicos, pois é uma forma indolor de suprimir a vida.

Nos Estados Unidos vários são os estados que permitem a eutanásia.

Na Holanda também se permite a eutanásia desde que cumpridos certos requisitos: pedido do próprio paciente decorrente de uma decisão voluntária e consciente; sofrimento insuportável; e a não possibilidade de cura dentro da medicina no momento da decisão. Tendo em vista essa sistemática holandesa, Terri Schiavo não teria direito à eutanásia. Primeiro porque os médicos afirmavam que em seu estado vegetativo a paciente nada sentia, portanto não sofria. Segundo porque ela não se encontrava em consciência para fazer pessoalmente o pedido de eutanásia.

No Brasil, assim como na Alemanha, na Suíça, na Itália, em Portugal e na Espanha, a eutanásia é considerada homicídio. Entretanto, a pena pode ser atenuada em virtude do motivo piedoso.

Eutanásia é gênero e pode ser ativa, também chamada de benemortásia ou sanicídio, que consiste numa ação que provoque a morte do enfermo, por exemplo, o que acontece no suicídio assistido; mas pode também a eutanásia ser passiva, conhecida por homicídio piedoso omissivo ou ortotanásia, modalidade de supressão da vida que será analisada no item seguinte.

4.3. Ortotanásia

Ortotanásia é uma espécie de eutanásia passiva. Ocorre quando se deixa de ministrar remédios ou usar aparelhos que prolonguem artificialmente a vida do paciente que seja portador de uma doença incurável.

É também conhecida por paraeutanásia, eutanásia omissiva, moral ou terapêutica. (NUCCI, 2002, p. 370)

Tanto a igreja católica quanto o judaísmo concordam que existe um momento que não se deve mais prolongar a vida de pacientes em situação irreversível. (Cf. DINIZ, 2002, p. 333)

O Papa João Paulo II, em 1980, afirmou isso no “Documento pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé”. Aliás, ele mesmo se recusou a mais tratamento em 2005, vindo a morrer na Basílica de São Pedro, no Vaticano, nesse mesmo ano.

No Brasil qualquer procedimento que tem por escopo pôr termo a vida de alguém (suicídio assistido, eutanásia ou ortotanásia) é considerado crime de homicídio, tipificado no Código Penal.

Existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional que prevê a ortotanásia como excludente de ilicitude, mas enquanto não aprovado, ainda é considerado crime no Brasil.

4.4. Distanásia

Distanásia é o oposto de eutanásia. Enquanto a eutanásia é a morte boa, dulcificada, a distanásia é sinônimo de morte lenta, sofrida, prolongada pelos recursos que a medicina oferece. Também é chamada de obstinação terapêutica ou futilidade médica.

Na distanásia tudo deve ser feito, mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. É um procedimento que não visa prolongar a vida, mas, sim, o processo da morte, já que o benefício esperado com o tratamento é menor que os inconvenientes previsíveis.

A distanásia, por causar um sofrimento ainda maior ao paciente, fere absolutamente os princípios bioéticos da beneficência (fazer o bem) e da não-maleficência (evitar o mal). Sendo assim, é prática que agride a dignidade da pessoa humana.

A grande questão, entretanto, é saber quando um tratamento é considerado inútil/fútil. A alimentação, em algum aspecto, pode ser considerada como “tratamento” inútil?

Definir o que é ou não um tratamento inútil é tarefa bastante difícil. Para uns, tratamento inútil é aquele que não consegue prolongar a vida; nesse caso, alimentação não é fútil, pois prolonga a vida do paciente. Para outros, entretanto, tratamento inútil é aquele que não causa um benefício terapêutico para o paciente – e nesse caso, alimentação seria inútil.

A nosso ver, tratamento fútil ou inútil é aquele que cause mais dano e sofrimento ao paciente, que a própria doença que o acomete. E nesse sentido, não vislumbramos como o ato de alimentar alguém possa lhe ser mais doloroso e penoso que deixá-lo desnutrido, seja qual for sua patologia

4.5. A questão econômica

É importante não olvidarmos da questão econômica que envolve a manutenção de doentes terminais.

O problema dos gastos despendidos com aparelhos sofisticados de manutenção da vida e sondas alimentícias está longe de ser supérfluo. Certamente que é importante planejamento econômico para que a saúde esteja ao acesso da maior parte possível da população. Não obstante a isso, deve-se lembrar de que não vivemos mais em uma sociedade primitiva, que em virtude de uma economia rudimentar, matava-se os membros não produtivos, como idosos, doentes e crianças. Os princípios - sobretudo o da dignidade da pessoa humana - que norteiam as atuais sociedades não admitem esses procedimentos.

No Brasil, como em outros países com sérios problemas sociais, essa questão toma um significado ainda maior. Isso porque faltam leitos e recursos até mesmo para socorrer os que têm chances de sobreviver. “Isso tem levado muitos médicos brasileiros mais corajosos a argumentar que, em vista da precariedade de recursos do nosso sistema de saúde, não faz o menor sentido prolongar uma vida que está se perdendo”. (DINIZ, 2002, p. 340)

Nesse ponto, pertinentes as perturbações de Maria Helena Diniz:

“(…) Não há dúvida que esse tratamento [manutenção de doentes terminais] eleva os custos das despesas e agrava os sofrimentos físicos e psíquicos de todos os envolvidos nessa dramática situação. [mas...] Poder-se-ia sobrepor a questão econômica à sobrevivência do paciente?”. (Id. Ibid.)

Cair na tentação de analisar simplesmente os números que circundam esses pacientes e respectivos tratamentos sem analisar o contexto social de nosso País, onde aproximadamente 33 milhões de pessoas estão entre aqueles que estão abaixo da linha da miséria estabelecida em R\$ 135,00 (cento e trinta e cinco reais), por mês; das quais, 9 milhões de pessoas estão abaixo da linha de pobreza extrema estabelecida em US\$ 1 (um dólar), por dia (Fundação Getúlio Vargas de 2008, “Miséria e a Nova Classe Média na Década da Desigualdade”), seria tratar o ser humano como um numeral aritmético,

em que, quando não mais útil à sociedade ou capaz de prover o próprio sustento, deve ser descartado, como no tempo das sociedades primitivas.

Assim, aplicar a Análise Econômica do Direito nos casos em que envolvam pacientes de “alto custo” no nosso País seria um atentado ao bem maior do ser humano, qual seja, a vida.

Conclusão

A nosso ver, conforme cotejamos nossos pensamentos e os estudos dos princípios bioéticos, as teorias filosóficas quanto à ética e a dignidade da pessoa humana, entende-se que a decisão da Corte do Estado da Flórida não atendeu aos princípios bioéticos, caracterizando-se não como eutanásia, que é uma morte boa, mas, sim, como homicídio qualificado pela tortura, posto que ela demorou exatos 13 dias para morrer desidratada e desnutrida.

Mesmo que a paciente não sentisse dor alguma, em virtude do estado vegetativo permanente em que se encontrava, deve-se pensar no sofrimento dos entes queridos, agonizando juntos nesses treze dias.

Mais do que isso, teria, o marido de Terri, direito de abrir mão do bem mais valioso que cada um de nós tem, que é a vida? Seria ele a pessoa mais indicada a fazer essa “escolha”, em virtude do rompimento dos laços afetivos, com a constituição de nova família?

Acredita-se não ser possível tanto a opção pela morte, tampouco, a vinculação existente por aquele que tomou a decisão, razão, ao menos plausível, para a decisão tomada por aquela Corte, atentou violentamente aos primados humanistas da dignidade da pessoa humana e, em última *ratio*, eliminado um ser humano.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. “Dicionário de Filosofia”. Tradução de Alfredo Bosi, 2ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998;

ALIGHIERI, Dante. “A Divina Comédia: Inferno”. Tradução e notas de Italo Eugênio Mauro, 6ª. reimpressão, São Paulo: Editora 34, 2001;

ALVES, Rubem. “Conversas com quem gosta de ensinar”. 11ª. edição, São Paulo: Cortez, 1985;

BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Comentários à Constituição do Brasil”. 1º. Volume. São Paulo: Saraiva, 1998;

BARRETO, Vicente de Paulo. “*A idéia de pessoa humana e os limites da bioética*”. In: BARBOSA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (organizadores). “Novos Temas de Biodireito e Bioética”. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003;

DINIZ, Maria Helena. “O Estado Atual do Biodireito”. São Paulo, Saraiva, 2002;

DWORKIN, Ronald. “Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, revisão de tradução de Silvana Vieira, São Paulo: Martins Fontes, 2003;

GARCIA, Maria. “Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

_____. “Biodireito constitucional: uma introdução”. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 11, n. 42, janeiro-março de 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

GRANDE, Lydia Feito. “Estudios de bioética”. Madrid: Dukinson, 1997;

LIMA NETO, Francisco Vieira. “Responsabilidade Civil das Empresas de Engenharia Genética. Em busca de um paradigma bioético no Direito Civil”. São Paulo: Editora de Direito, 1997;

NUCCI, Guilherme de Souza. “Código Penal Comentado”. 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais”, 2002;

PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”. 8ª. edição, São Paulo:Saraiva, 2007;

SAYEG, Ricardo Hasson. “Doutrina Humanista de Direito Econômico”. Tese de Livre-docência depositada e aguardando defesa na PUC/SP em 2008;

SERPA, Luís Paulo. “Paciente Terminal. Direito à vida e direito de morrer”. Dissertação de mestrado defendida na PUC/SP em 2003;

SHIRLEY, Robert Weaver. “Antropologia Jurídica”. São Paulo: Saraiva, 1987;

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: Malheiros, 2008;

SMITH, Adam. "An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations". Nova York: Prometheus Books, 1994;

STIELTJES, Cláudio."Jürgen Habermas. A Desconstrução de um Teoria". São Paulo: Germinal, 2001.

**REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES
EXCEDENTÁRIOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA***

**REFLEXIONS ABOUT LEGAL NATURE OF SURPLUS EMBRYOS IN
BRAZILIAN CONTEMPORARY EXPERIENCE**

Carolina Altoé Velasco

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade examinar algumas das implicações trazidas pela biotecnologia para a sociedade contemporânea. São analisados os fatores geradores dos embriões excedentários, bem como a busca pela melhor forma de repensar os reflexos revelados pelo biodireito neste contexto. Constata-se como fundamental o equilíbrio entre tecnologia, direito e moral, a fim de compatibilizar o progresso científico – que não tem o objetivo ultrapassar os limites do próprio ser humano. São demonstradas, ainda, as divergências existentes sobre a natureza jurídica do embrião humano excedentário, bem como as questões éticas decorrentes. Os embriões excedentários devem, contudo, receber a tutela jurídica particular.

PALAVRAS-CHAVES: BIOTECNOLOGIA – EMBRIÕES – BIODIREITO

ABSTRACT

The present paper aims to examine some of the implications brought for the biotechnology for the contemporary society. The generating factors of the embryos surplus are analyzed, as well as the search for the best form to rethink the consequences disclosed for the biolaw in this context. The balance between technology, right and moral is evidenced as basic, in order to make compatible the scientific progress – that it does not possess as objective to exceed the limits of the proper one human being. This paper also demonstrates the divergences doctrinarian concerning the legal nature of the human embryo surplus, as well as consequential ethical questions.

KEYWORDS: BIOTECHNOLOGY – EMBRYOS – BIOLAW

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Os avanços científicos decorrentes da pesquisa realizada há décadas a respeito de novas tecnologias na área biomédica evidenciam a enorme capacidade de influir de forma imediata nas relações individuais e de contestar certos valores compreendidos, outrora, como inquestionáveis.

Vive-se em uma época de incertezas e insegurança quando se trata da tecnologia a serviço da vida.[1] É indiscutível que a ciência se baseia no princípio de que tudo quanto for possível será realizado. Entretanto, a liberdade científica não deve ser censurada, o que não significa dizer, ao revés, que sua atuação possa ir às últimas conseqüências a ponto de transgredir os direitos fundamentais do ser humano. Na mesma proporção em que os horizontes da pesquisa científica se ampliam, crescem as questões sem solução.

Diante de tais progressos surgem sentimentos que se expressam ora com entusiasmo por determinada descoberta, ora com precaução. É justamente com essa mistura de percepções que o biodireito convive cotidianamente.

A todo tempo se lida com uma linha tênue entre o que é moralmente aceito e o que não é e entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo.

Os progressos da medicina na área da biotecnologia exigem que o biodireito estabeleça um debate democrático a tornar acessível a toda sociedade o direito de manifestação de seu senso moral individual. Para Günther Frankenberg, o avanço incontrolável da biociência exige muito do direito. Em contrapartida, este deve fazer uma cisão entre a atividade permitida de pesquisa e quebra de antigos paradigmas. É difícil para o direito normatizar procedimentos tecnológicos, avaliar avanços e riscos da técnica moderna e demarcar proibição de possíveis infrações. 2 Na concepção de Daury César Fabriz, a proteção das liberdades e os direitos fundamentais devem nortear as decisões no âmbito da justiça, quando da falta de uma legislação específica. 3

Portanto, com a revolução provocada pela biotecnologia e pela biomedicina, deu-se início a questionamentos jamais pensados. O ser humano passa a interferir em atividades de domínio eminentemente natural: reprodução humana[2], prolongamento da vida por meio de transplantes, cirurgias de alteração de sexo, clonagem, engenharia genética, diagnóstico genético pré-implantacional, dentre outros.

Jürgen Habermas atenta, criticamente, para o progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento da biotecnologia. Segundo o filósofo alemão, estas ciências ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas, também, possibilitam um novo tipo de intervenção. E é nesse ponto que florescem questionamentos a propósito da ética empregada nas inovações, da autonomia do indivíduo e das conseqüências para toda uma sociedade.

1. SURGIMENTO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS: INFLUÊNCIA DA BIOTECNOLOGIA NAS RELAÇÕES SOCIAIS

O desenvolvimento biotecnológico impõe, necessariamente, um novo modelo de regulamentação específico para as questões atinentes a essa nova realidade. Os conceitos[3] outrora condizentes com a realidade social podem não tutelar o que agora se pretende. [4] Maria Celina Bodin de Moraes adverte que “há sempre defasagens entre a nova consciência social (teoria) e o comportamento que dela é resultante (práxis), entre os valores apregoados e a prática quotidiana”. [5]

Em detrimento desses progressos, afirma-se que o futuro da humanidade está nas mãos do ser humano. A capacidade de manipulação da vida e suas etapas é tão célere quanto à procura desenfreada da sociedade por respostas a tratamentos de saúde ou mesmo pela concretização do sonho de ter um filho. O contraste é impressionante: enquanto milhares de crianças aguardam pela adoção ou crescem em abrigos, outras, ao revés, somente serão implantadas no organismo feminino – quando “projetadas” – se atenderem às expectativas dos pais por trazer – ou não – em sua carga genética as características que elegendem.

Toda uma estrutura social é forçada a se adequar a esse “admirável mundo novo[6]” de forma abrupta. Enquanto a sociedade revê seus costumes, a ciência jurídica busca soluções para os conflitos supervenientes.

Talvez hoje, mais do que em outros tempos, a resposta do direito faz-se tão necessária. Espera-se resguardar princípios importantes alçados à categoria de fundamentais conquistados ao longo de séculos.

Segundo Gustavo Tepedino, para acompanhar as transformações no âmbito das novas tecnologias e da bioética, é preciso que se abra mão de uma técnica excessivamente regulamentar e tipificadora que tente simplesmente prever todas as situações em que as pessoas venham a estar em perigo ou venham a merecer tutela. Para o autor, isso sempre será insuficiente. A solução proposta é a de que se faça uma ponderação axiológica.[7] Impõe-se a apreciação de um exemplo que traduza exatamente esse excesso de regulamentação. A legislação competente quanto à experimentação com embriões humanos é a lei de Biossegurança – lei nº 11.105/2005 – que trata, em seu artigo 5º, incisos I e II, de pesquisa científica desenvolvida a partir de embriões humanos produzidos pela técnica de fertilização *in vitro* e não utilizados no referido procedimento. Assim, segundo a norma, permite-se, no Brasil, a experimentação com os embriões excedentes desde que atendam a algumas condições, quais sejam: (i) sejam embriões inviáveis; (ii) ou sendo viáveis, que estejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou que, já estando congelados na data da publicação da mesma, se aguardem no mínimo três anos, contados a partir do congelamento para sua utilização. O ponto tormentoso da questão reside no fato de que as técnicas de reprodução assistida continuarão sendo aplicadas e a lei promulgada no ano de 2005 não impôs restrição alguma quanto ao número de embriões a ser transferidos para o útero materno. Com isso, ao menos ao que parece não se vislumbrou que fim seria dado aos novos embriões gerados pela técnica. Cabe questionar o que se farão com os embriões que não se encontravam congelados na data da publicação da lei, nem há três anos, nem há menos tempo. A tensão que se desdobra é qual destino terão os embriões resultantes das fertilizações congelados a partir da data de publicação[8] da lei 11.105/2005? Infere-se que o legislador, na pressa em oferecer solução a um problema não tão recente (dos milhares de embriões crioconservados nas clínicas de reprodução assistida), “esqueceu-se” de que conferiu apenas uma solução provisória, já que outros embriões

serão formados e, caso não sejam todos implantados, aguardarão por uma nova legislação que os abarque?

O que agrava esse panorama é a procura descomedida pelas técnicas de reprodução. Tecnologia feita para auxiliar casais com casos de infertilidade e esterilidade[9] tem sido utilizada, contemporaneamente, para a escolha de determinadas características fenotípicas. [10] Essa manipulação é feita por meio do diagnóstico genético de pré-implantação utilizado, a princípio, para diagnosticar casos de doenças hereditárias graves ou mesmo de doenças decorrentes do sexo da criança. Habermas[11] discorre, brevemente, sobre essa técnica:

O diagnóstico genético de pré-implantação torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias. Caso se confirme alguma doença, o embrião analisado na proveta não é reimplantado na mãe [...].

Fruto da biotecnologia, a técnica de fertilização *in vitro*[12] é uma esperança para aquelas pessoas que sonham em ter seu próprio filho.

Essa técnica, também conhecida por fecundação artificial, é um método de reprodução assistida destinado a superar a infertilidade conjugal ou a dificuldade de gerar, pelo método natural, descendentes.

Na prática, retiram-se diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente a evitar que a paciente seja submetida a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião. Para o sucesso da técnica e bem-estar psicofísico da paciente – tendo como referência a evolução da medicina em nosso país – ainda se faz necessária a coleta de óvulo em número superior a um, pois quanto maior o número de embriões formados e transferidos, maior será a probabilidade de sucesso. [13]

De acordo com a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 19 de novembro de 1992, o número ideal de embriões a serem transferidos era de, no máximo, quatro (inciso I, 6). [14] Outrossim, com a evolução das pesquisas esse número de embriões transferidos tende a diminuir, sem comprometimento da técnica. Tanto é verdade que contemporaneamente recomenda-se a transferência de dois embriões[15], justamente para que se limite o risco da ocorrência de gravidez múltipla. [16]

Grande desafio é o que envolve os embriões excedentários. Sobre esse tema, reporta-se à observação de Jayme Landman[17] sobre a crioconservação:

Embora reconheça ser o congelamento de embriões um complemento eficaz da fertilização *in vitro*, já que permite a escolha do oportuno tempo da transferência, bem como novas tentativas se frustrada a primeira, observa que existem dois problemas: o primeiro, o risco para o embrião, não pelo congelamento, mas pela manipulação térmica; o segundo, ético-legal, em face da possibilidade de manter o embrião vivo

indefinidamente, mesmo fora do organismo materno e como ser autônomo passível de sobrevida ou de destruição.

Discussão fundamental sobre fertilização *in vitro* é a que diz respeito aos embriões excedentes, que deverão ser crioconservados[18] para que, num futuro próximo – ou não[19] – possam ser empregados em uma nova tentativa, caso a anterior não tenha sido bem sucedida, ou para a gestação de uma próxima criança.

A despeito da técnica de fertilização *in vitro*, há alguns autores que entendem aceitável como técnica de reprodução humana por não desrespeitar a vida humana. Para Ronald Dworkin, é indiscutível a relevância dessa técnica para toda a sociedade. Reconhece o próprio autor que a fertilização *in vitro* requer a seleção de alguns zigotos para implante, permitindo, assim, que os outros pereçam. Todavia, apesar da necessária seleção, aceita a técnica de fertilização *in vitro* como técnica de reprodução, pois não acredita haver desrespeito à vida humana contida em um zigoto pelo simples fato de permitir que ele pereça quando o processo que tanto o criou quanto o condenou também produz uma vida humana que, de outra forma, não teria existido. Se se constata a existência de um candidato a embrião com defeito genético tão grave, então – segundo Dworkin – é moralmente permissível, e talvez obrigatório, não escolhê-lo. [20]

Jean Bernard [21] adverte que as indicações para o uso da técnica de fertilização devem ser cuidadosamente estudadas e estritamente limitadas, por acarretar embriões supranumerários.[22] Essa técnica levanta discussão em diversas vertentes. O que se deve fazer com os excedentários? Guardá-los para uma eventual gravidez do mesmo casal? Doá-los a outros casais? Por quanto tempo a crioconservação seria viável? A crioconservação prolongada seria maléfica ao desenvolvimento do embrião, caso implantado? Se sua qualidade – após esse período de crioconservação – não for a recomendada pela prática médica, poder-se-ia utilizá-los em pesquisas (após a concordância dos genitores)? Essas e outras impensáveis questões são postas a todo momento em discussão e análise. E essas são algumas das reflexões propostas na análise que se segue.

2. NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO[23]

Antes de adentrar na análise da natureza jurídica do embrião, propõe-se discorrer sobre os limites conceituais de alguns autores na construção que se tem, hodiernamente, de embrião, de vida e de vida humana.

Aponta-se, de início, um problema terminológico na utilização indiscriminada da palavra “embrião”. Heman Nys apresenta as distintas formas que o termo “embrião” recebe. Segundo ele:

Em biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se “zigoto”[24], em vez de embrião. O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no

útero até oito semanas depois da fecundação; no começo da nona semana começa a ser denominado feto e conservará essa denominação até nascer. Os termos *doação de embriões*, *transferência embrionária* e *experimentação embrionária* são, portanto, inapropriados, já que em todos esses casos estamos falando do zigoto e não do embrião. [25]

Axel Kahn não faz menção às etapas do desenvolvimento embrionário – como Heman Nys – nem tampouco ao método que deu origem a esse embrião. Entende Kahn que embrião é um organismo em via de desenvolvimento, depois de seu estado celular até a realização de uma forma capaz de vida autônoma e não importa a natureza dos fatos que o produziram: fertilização de um gameta feminino por um masculino, partenogênese ou clonagem. [26]

Jean Bernard externa sua posição no sentido de que o embrião é certamente uma pessoa em potencial, ou seja, que desde a concepção existe uma potencialidade, uma virtualidade de pessoa. Segundo informa, desde a concepção, as condições necessárias ao desenvolvimento dos diversos estados de organização biológica estão claramente presentes no genoma do indivíduo. [27] Destaca Bernard que as pesquisas biológica e médica devem continuar, pois apenas ela pode permitir a prevenção e o tratamento de doenças como câncer, doenças do coração, doenças genéticas etc., num tempo em que diversas outras, consideradas por um longo período fatais, tornaram-se curáveis.[28] Resta claro que o autor se refere às pesquisas que seguem determinados padrões éticos e precauções básicas para seu bom aproveitamento, sem esbarrar, demasiadamente, em discussões éticas e morais, o que poderia retardar novas descobertas.

Quanto à ciência jurídica, Jean Bernard discorre sobre o papel do direito frente às novidades trazidas pela biotecnologia:

O direito às vezes é silencioso: ele não podia prever de antemão os progressos da pesquisa, suas conseqüências. As experiências de medicamentos, durante muito tempo, foram conduzidas sem qualquer dispositivo legal, como também as doações de esperma e as fertilizações *in vitro* [...]. O direito, às vezes, simplesmente precisa ser testado. Os princípios colocados podem ser úteis, mas é necessário confrontá-los aos fatos, verificar sua solidez e sua coerência. É necessário testar, afastar as ambigüidades e preencher as lacunas. [29]

Na tentativa de solucionar esse impasse, Jean Bernard apresenta duas orientações. A primeira orientação é a legalista. Nesse sentido, à medida que novas questões emergem suscitadas pelo progresso da ciência, novas leis são necessárias. Leis que, segundo sua ótica, devem ser precisas e que levem em consideração cada caso particular ao prever, progressivamente, novas soluções, fatalmente renovadas ou modificadas de acordo com o surgimento de fatos científicos. Os adeptos da segunda orientação recusam leis rigorosas e preferem a jurisprudência às leis. Nessa perspectiva, três argumentos são oferecidos: (i) que a diversidade das situações criadas pelos progressos da pesquisa não permite ao legislador prever todas as contingências possíveis; (ii) a rapidez desses progressos faz correr o risco de que muito rapidamente uma lei se torne vestuta pouco

tempo depois de votada; (iii) uma *loi-cadre* (lei-diretriz)[30] que enuncie as aplicações do progresso da biologia e da medicina, o respeito à pessoa se faz imprescindível. [31]

Ao retomar-se o dissenso quanto ao termo “embrião”, optou-se pela adoção do termo para designar todas as fases de desenvolvimento do zigoto, a partir da concepção, considerada o processo de fertilização do óvulo pelo espermatozóide, até sua implantação, momento que marcará o início da gravidez. Quando houver a fertilização *in vitro*, distingue-se o embrião do nascituro. Por nascituro, entende-se o ser humano já em gestação – esta, até onde se tem notícia, ocorre apenas na cavidade uterina.

Sempre houve dúvida quanto ao início da vida humana e apenas se tornou mais complexa com o advento da biotecnologia. Por exemplo, ao avaliar as noções advindas dos diversos conceitos religiosos postos em prática no país, infere-se que a vida precede a concepção e o nascimento e ultrapassa a morte. Se não é possível a definição – consensual – de vida, tarefa igualmente árdua é delimitar seu marco inicial ou final.

A discussão proposta por Carlos María Romeo Casabona quanto ao começo da vida humana impõe, necessariamente, uma análise dos conhecimentos mais profundos sobre as características genéticas biológicas e filosóficas do concebido. Estabelecer que o começo da vida humana é deflagrado com a fecundação do óvulo ou com a concepção não é mais tão simples depois de tantas inovações na ciência.[32] Nessa perspectiva, ditar o começo e o fim da vida humana não é tarefa dos juristas, mas das ciências biomédicas.[33] Jussara Maria Leal de Meirelles expõe, contrariamente, que a ciência não pode determinar exatamente uma passagem da animalidade à humanidade; um limite que, uma vez transposto, determine natureza humana à nova, única e autônoma realidade biológica que amadurece lentamente. [34]

Casabona relata, em breves linhas, a evolução do conceito de “pessoa”, que, segundo ele, sempre esteve submetido a duas perspectivas.

El concepto de persona está sometido a variaciones tanto desde su perspectiva temporal como espacial. Desde la primera, el concepto ha ido evolucionando según el desarrollo de la sociedad, las ideas y valores que se han ido sucediendo y las necesidades existentes en la comunidad. Recordemos tan sólo el ejemplo de que para los griegos y los romanos los esclavos no eran personas, como tampoco gozaban de esta condición los extranjeros, al menos en determinadas épocas; para los segundos el *nasciturus* era una *pars viscerae matris*, no tenía capacidad jurídica sino expectativas, el aborto era un delito privado (al menos hasta el Bajo Imperio), y quien en definitiva tenía el poder de decisión – y de castigo – era o *pater familias*. Con el advenimiento del cristianismo mostraba marcados tintes teológicos y metafísicos, y se acentuó la consideración del concebido, en cuanto ser dotado de alma, sin perjuicio de las modificaciones introducidas sobre la teoría de la animación. Des de la segunda perspectiva – la espacial –, la persona ha sido concebida de modo distinto por el filósofo, el biólogo y el jurista, según los aspectos que pretenden destacar: su existencia (o potencialidad) o su trascendencia, o ambas al mismo tiempo, con acentos diferentes. [35]

Casabona comenta que o fator decisivo para a proteção jurídica não é o reconhecimento dessa condição de pessoa como sujeito de direitos e deveres, mas o começo da

existência da vida humana – começo e fim – tomando como ponto de partida critérios científicos. [36] Argumenta, ainda, que a *proteção jurídica* acerca do começo da vida humana não é uma questão biológica, mas jurídica, sendo, portanto, valorativa. [37]

Há que se fazer a avaliação de dois momentos considerados fundamentais para Juan R. Lacadena. Propõe o autor a separação entre o começo da vida do começo da vida humana:

Precisamente, se ha destacado la singularidad biológica de la culminación del proceso de la anidación, esto es, el de la implantación del embrión en la pared del útero, a los catorce días de la fecundación, que es cuando el embrión adquiere, además, la individualización, fenómeno de naturaleza genética. [38]

E conclui Casabona ao afirmar que,

basándose en él, Lacadena propone separar el instante del comienzo de la vida[39] (el de la fecundación) del momento del comienzo de la vida *humana*, de cuándo habrá ya humanidad y no sólo un conglomerado de células humanas, fijándose como factor decisivo en la *individualización*, o momento en que se adquiere la categoría biológica de individuo, la cual requiere unicidad – la calidad de ser único – y la unidad – realidad positiva que se distingue de toda otra.. [40]

A preocupação demonstrada por Lacadena diz respeito à possibilidade de formação de gêmeos oriundos do mesmo zigoto. Na ocorrência do fato, estar-se-ia diante da formação de duas pessoas distintas em carga genética. Assim, somente após sua completa subdivisão celular é que se vislumbraria a individualização do ser humano em formação. Decorre daí o motivo de sua afirmação que a partir desse instante, pode-se considerar geneticamente o começo da vida humana.

Sobre o tema, Casabona expõe que:

Por otro lado, los médicos apuntan también por este camino; así, la Sociedad Alemana de Ginecología estima que el embarazo se inicia con la culminación de la anidación del embrión; antes de ese momento el hecho de la fecundación es desconocido. Por tanto, estos datos genéticos y biológicos mostrarían que en este período de configuración del embrión ocurren o pueden ocurrir fenómenos reveladores de una indiferenciación e inestabilidad genéticas, aunque no sean estadísticamente muy frecuentes, pero que origina la dificultad de saber si existe una sola forma de vida humana o dos, pues no se pueden descartar ambos procesos en dirección contraria (de un cigoto a dos o de dos a uno); observación que no puede ser irrelevante para el Derecho. [41]

Demonstrada a complexidade e dissenso de opiniões quanto à matéria, impõe-se examiná-la à luz de conceitos assentados na doutrina brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 assegura a inviolabilidade do direito à vida em seu artigo 5º, *caput*. O Código Civil de 2002[42], por sua vez, dispõe que a personalidade civil da pessoa tem início com o nascimento com vida (expressa, então, a noção de capacidade); mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro[43] – invocando aqui a idéia de personalidade.

No exame deste dispositivo legal chega-se à conclusão que *nascituro*[44] é o ser humano que já foi concebido e que irá nascer. Importante ressaltar que o embrião humano apenas será considerado nascituro se estiver implantado no útero materno. Assim, segundo Heloisa Helena Barboza[45], o nascituro possui personalidade – qualidade inerente à condição de ser humano – reconhecida desde a concepção. Porém, sua capacidade jurídica está condicionada ao nascimento com vida. Este também é o posicionamento de Washington de Barros Monteiro[46]:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, *homem in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

É nítida a constatação de que nosso Código Civil vigente contém apenas dispositivos aplicáveis ao nascituro, entendido o ser concebido e já implantado no organismo feminino – ou seja, em gestação. Infere-se que a norma compilada não traduz a realidade social. Enquanto a medicina expõe todos os avanços alcançados pelas pesquisas, o direito não acompanha tais acontecimentos com a mesma velocidade.

Constata-se que, atualmente, não há no direito brasileiro disciplina que regule a situação jurídica do embrião humano, na medida em que, pela leitura dos dispositivos dos códigos civis de 1916 e de 2002, vislumbram-se apenas normas aplicáveis ao nascituro.

No âmbito nacional, várias teorias explicam o início da personalidade humana. Dentre todas, as consideradas fundamentais na doutrina brasileira são: (i) a natalista - sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida; (ii) personalidade condicional ou concepcionista imprópria - entende que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida e (iii) a concepcionista - considera termo inicial da personalidade a concepção. [47]

Apesar da divergência doutrinária, entendo que o ser humano em desenvolvimento no ventre materno é titular de tutela jurídica.

E quanto aos embriões excedentários? O que dizer quanto à sua natureza jurídica?

O ponto de partida de Carlos María Romeo Casabona é que a tutela da vida humana em seu início não é compatível com o embrião gerado pela técnica da fertilização *in vitro*. Segundo o autor:

Debemos volver sobre la cuestión de por qué los anteriores criterios propuestos para protección de la vida humana en sus inicios no son trasladables al embrión ‘in vitro’ o preimplantatorio. Desde luego, sobre su existencia como tal no caben las dudas que ofrece el originado en el útero de forma natural, pues es perceptible por procedimientos de laboratorio. Sin embargo, a pesar de contener ya su código genético, no está asegurada su continuidad biológica de forma natural, su desarrollo completo está condicionado por su posterior implantación en una mujer. Por consiguiente, su protección jurídica debe ser independiente. [48]

Correlato ao posicionamento da doutrina brasileira, Casabona considera que não existe dificuldade em afirmar que a vida do feto tem fim com o nascimento, momento em que passa a existir a vida humana autônoma. [49]

Com relação ao embrião excedentário resultante de processos de fertilização *in vitro*, Antonio Junqueira de Azevedo não consegue concebê-lo por “pessoa humana”, por não estar integrado ao fluxo vital contínuo da natureza humana. Contudo, reconhece que por se tratar de vida, especialmente da vida humana em potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, embora não com base no princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral. [50]

Gustavo Bossert entende que “o chamado pré-embrião, antes da nidação, o que ocorre geralmente passados os primeiros 14 dias, é uma massa de células sem forma humana reconhecível que tem incipientes possibilidades de implantar-se e chegar a termo, ainda que seja transferido para o útero. Nesse tempo ou fase, é impossível contudo, considerar que tem desenvolvimento um indivíduo, único, indiferenciado, com vida própria autônoma e certa. Expõe Martin D. Farrel que “se tomamos o ovo fertilizado ou zigoto imediatamente depois da concepção (leia-se a meu ver, fecundação), é difícil sentir-se perturbado por sua morte”. Por ser o zigoto uma delgada esfera de células, não seria possível que sentisse dor ou fosse consciente de algo. Muitos zigotos fracassam ao tentar implantar-se no útero ou são expulsos mediante um fluxo, sem que a mulher perceba nada de impróprio. Por que causaria, então, preocupação a remoção deliberada de um zigoto não querido? A resposta: “porque tem um código genético único” soaria inapropriada. Warren o diz bem sobre o tema: “a humanidade em sentido genético não é condição suficiente para estabelecer que um ente é pessoa...”. [51]

Santos Cifuentes é categórico ao afirmar que o zigoto não é pessoa e nem um ente personificado: é apenas um conglomerado de células indiferenciadas. Por isso, não se justifica a tese da violação à sua dignidade. Para o autor, o zigoto é apenas uma base de dados do futuro indivíduo. É algo mais que um tecido, porém, menos que uma pessoa, podendo nunca chegar a cumprir seu potencial genético. [52]

Nessa perspectiva, Ferrando Mantovani oferece sua contribuição no que concerne ao problema da natureza do embrião. Três são as soluções apresentadas nas diversas ordens jurídicas: (i) *diferenciação total* entre concebido e pessoa humana, segundo o qual o concebido degrada-se a simples “coisa” (*res, portio viscerum, spes hominis*). Essa tese não reconhece qualquer tutela jurídica direta para o embrião na condição de sujeito de direito e afirma sua total disponibilidade. Portanto, pode ser utilizado licitamente para

qualquer finalidade. Assim, é lícito produzir embriões *in vitro* para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não. Essa tese, por seu extremo utilitarismo, não é sustentada oficialmente por quase ninguém, diante do mais geral reconhecimento de que existe “alguma humanidade” e tutela do concebido, ainda que, de fato, seja freqüentemente levada à prática[53]; (ii) *equiparação total* entre o concebido e pessoa humana, segundo a qual aquele tem a mesma natureza e dignidade humanas que esta. Sendo uma tese personalista, confere ao concebido a mesma tutela jurídica da pessoa humana e afirma sua indisponibilidade. Sobre ele são lícitas apenas as intervenções terapêuticas e não pode ser sacrificado senão para salvaguardar a vida da mãe. Portanto, não pode ser utilizado para qualquer outro fim; (iii) *diferenciação parcial*, segundo a qual o concebido é “ser humano”, mas ainda não “pessoa humana” que mereça tutela jurídica inferior a esse. Há oscilação quanto à disponibilidade, ora relativa para permitir a pesquisa e experimentação até o décimo quarto dia da concepção, pois se desconhece a individualidade humana antes desse tempo, ora absoluta, que justifica a proibição da pesquisa e da experimentação a partir do momento da fecundação porque, ao contrário, reconhece a individualidade humana ao concebido desde o início. [54]

Após análise do dissídio doutrinário, indaga-se: qual a natureza jurídica do embrião humano? Diante de todo o exposto, conclui-se que o embrião necessita de uma categoria jurídica específica, visto que não se enquadra a qualquer existente. Para Encarna Roca i Trías o embrião é um ser vivo, o que não implica dizer que deva ser protegido da mesma forma que os seres já nascidos. Este também é o posicionamento de G. Douglas, que ressalta a necessidade de distinção entre uma coisa que tenha vida e uma coisa que está viva, no sentido de uma identidade própria e distinta. Deduz G. Douglas que com a fertilização (fusão dos “gametas masculino e feminino”) tem-se início uma nova entidade, com uma só identidade genética. [55]

Heloisa Helena Barboza interpreta a conclusão de Santos Cifuentes ao sintetizar que são, ao menos até o momento, inaplicáveis ao embrião humano os conceitos existentes de pessoa, personalidade, sujeito de direito e capacidade, construídos com base em outra realidade fática e para um ordenamento orientado por princípios liberais, com ênfase nos aspectos patrimoniais. [56]

Assim, tendo em vista que o embrião não é mero objeto, entendo que atribuir-lhe natureza de pessoa ou personalidade seria um exagero, tendo em vista que poderá permanecer indefinidamente como “potencialidade”.

Fato é que o legislador brasileiro não se pronunciou sobre a matéria. No entanto, existe projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que limita em dois o número máximo de embriões que podem ser produzidos *in vitro* como forma de evitar excedentes, o que determina, então, sua transferência a fresco.

O ideal nesta etapa de desenvolvimento biotecnológico seria propiciar ao embrião uma tutela particular, capaz de protegê-lo de qualquer tipo de instrumentalização e lhe dar a proteção jurídica condizente com o respeito devido a um ser humano que não pode ser coisificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incansável busca por descobertas que favoreçam a humanidade criam paradigmas difíceis de serem rompidos pela sociedade abruptamente. A adaptação aos novos conceitos desenvolvidos pelas situações contemporâneas exige do biodireito e da bioética equilíbrio na solução dos impasses surgidos. Impõe-se, desse modo, regulamentação sobre o assunto, a fim de conferir efetiva proteção ao ente que figura como ator principal de toda divergência – o embrião humano excedentário. Com base em todo o exposto, a fim de evitar a transgressão a possíveis direitos do embrião humano, é importante que se construa conceitos sob a ótica constitucional. A seguir faço uma síntese do que foi exposto no artigo.

1. O choque de valores formado conseqüentemente pelo progresso biotecnocientífico revela à sociedade a necessidade de um controle ético da ciência. Esta traz inúmeras situações-problemas que serão dirimidas à luz das escolhas ético-político-jurídicas de determinada sociedade.

2. O progresso biotecnológico na área da reprodução humana trouxe, além das inovações técnicas, uma revolução social. A constatação de que antigos postulados carecem de remodelação conduz a sociedade a redimensionar juízos de valor adequados à nova realidade.

3. Para que haja acompanhamento dessas transformações é preciso que se abra mão de uma técnica excessivamente regulamentar e tipificadora que, por vezes, se mostra insuficiente. Propõe-se, em virtude disso, uma ponderação axiológica.

4. Com relação à natureza jurídica do embrião humano excedentário, constatou-se, com todo o exposto, que não há consenso na doutrina nacional e internacional. Apesar de todo o dissenso, em uma coisa se afinam as diversas opiniões: há necessidade de uma tutela jurídica para esta entidade. Entretanto, o tipo de tutela é variável, ora mais, ora menos abrangente, dependendo de quando se constata a presença do ente personificado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 9, jan./mar. 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Princípios da Bioética e do Biodireito*. Disponível em <http://www.cmma.org.br/revista/bio2v8/simpol.pdf>

_____. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos María Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernández (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Gestaçao de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNARD, Jean. *A bioética*. Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998.

CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1994.

CIFUENTES, Santos. *Principio jurídico de existencia de la persona. El embrión humano*. Disponível em <http://www.astrea.com.ar>

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Globo, 2000.

JANSEN, Brigitte E. S. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua projeção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Disponível em www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_mcelina.html

NYS, Herman, Experimentações com embrião. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002.

ROCA I TRÍA, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002.

SANTOS, João Ramalho. Sobre as fronteiras. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'um discurso sobre as ciências' revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHOTSMANS, Paul T. O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana. In: *Cadernos Adenauer III*, nº 1 (Bioética). Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Clonagem: pessoa e família nas relações do direito civil*. Revista CEJ, Brasília, v. 6, n. 16, jan/mar 2002.

VELASCO, Carolina Altoé. *Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases: FDC, ano VIII, nº 10, jan/jun 2007.

[1] Na lição de MORAES, Maria Celina Bodin de, “considera-se que a incerteza tenha acarretado um grande benefício, benefício este que, em perspectiva histórica, parece ter nascido no séc. XX, o século em que, pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou tal nível que parece possível a completa destruição da espécie humana e do planeta”. (*Constituição e direito civil: tendências*, disponível em www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_mcelina.html).

2 FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 323.

3 FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 300.

[2] Sobre reprodução humana, veja-se a interessante narrativa elaborada por João Ramalho Santos. SANTOS, João Ramalho. Sobre as fronteiras. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: ‘um discurso sobre as ciências’ revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 539-543.

[3] Cf. Vicente de Paulo Barretto, As relações da bioética com o biodireito, in BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58, “os conceitos e institutos básicos do direito clássico – como os de pessoa, responsabilidade, propriedade, contrato e família – acham-se atualmente sob o fogo cerrado da contestação, advinda das dificuldades e mesmo impossibilidade de essas categorias jurídicas servirem como instrumentos para a solução de novos tipos de conflitos, surgidos no seio dessa civilização”.

[4] Cf. Jürgen Habermas, *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 34, “com os novos desenvolvimentos técnicos, surge, na maioria das vezes, uma nova necessidade de regulamentação. No entanto, até agora, as regras normativas simplesmente se ajustaram às transformações sociais”. Ao Direito, como ciência social, resta a tarefa de estabelecer não somente normas, mas valores que, naquele determinado momento, são merecedores de tutela. Portanto, a mera existência de regras não é suficiente. Nesse mesmo sentido, registre-se a opinião de Heloisa Helena Barboza, *Princípios da Bioética e do Biodireito*. Disponível em <http://www.crmma.org.br/revista/bio2v8/simpol1.pdf>, em que “a difícil tarefa de estabelecer esses valores tem sido desempenhada pelo Direito, embora o rápido desenrolar dos acontecimentos não raro atrepele o ordenamento, exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico e biomédico. Cabe ao Direito, através da lei, entendida como expressão da vontade da coletividade, definir a ordem social na medida em que dispõe dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada”. Desta forma, seria mais razoável a utilização de princípios ou normas gerais que

pudessem ser interpretadas de acordo com o desenvolvimento social, moral, cultural e tecnológico de toda a comunidade (num dado momento).

[5] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de, *Constituição e direito civil: tendências*.

[6] HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Globo, 2000.

[7] TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Clonagem: pessoa e família nas relações do direito civil*. Revista CEJ, Brasília, v. 6, n. 16, jan/mar 2002, p. 58. De acordo com o autor, a elaboração de normas tipificadoras, para os fatos decorrentes da biotecnologia, sempre será insuficiente na proteção dos diversos aspectos da pessoa humana. A partir da cláusula geral de proteção da pessoa humana, cláusula essa que já se encontra inserida em nosso ordenamento jurídico, na Constituição da República: “é preciso que se faça com coragem juízos de ponderação, não de direitos, porque aqui não temos sequer direitos bem constituídos em algumas dessas circunstâncias, mas, antes de tudo, uma ponderação axiológica, para se verificar quais os valores que autorizam essas intervenções e quais os que as desautorizam”.

[8] A data de publicação em Diário Oficial da lei 11.105/2005 é 28 de março de 2005.

[9] Cf. Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga, Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229, “a infertilidade é a incapacidade, de um ou mais cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivo e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”.

[10] Expressão utilizada no sentido de aparência, característica física do indivíduo. É nesse ponto que nasce a preocupação de instrumentalização do ser humano, posto que gera-se uma indústria onde o “artigo” em mercancia é a vida humana. Para Brigitte E. S. Jansen, A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses?, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 03, “assim que uma nova terapia torna-se disponível, surgem mudanças em nossa forma de vida. Isso acontece mesmo quando o diagnóstico pré-implantatório tem somente o objetivo de excluir a possibilidade de doenças hereditárias graves (seja lá como isso é feito) – o processo de seleção (como em outras tecnologias) começa a atuar”.

[11] Cf. Jürgen Habermas, *O futuro da natureza humana*, p. 23. Acrescenta o autor salientando que “impõe-se inicialmente a idéia de que o recurso ao diagnóstico genético de pré-implantação deve ser considerado por si só como moralmente admissível ou juridicamente aceitável, se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão”. (grifos no original). No mesmo sentido, considerando que o diagnóstico genético de pré-implantação deve beneficiar esses casais nas hipóteses de anomalias genéticas graves, ver SCHOTSMANS, Paul T. O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana. In:

Cadernos Adenauer III, nº 1 (Bioética). Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002, p. 26.

[12] O primeiro “bebê de profeta” do mundo nasceu em 05 de julho de 1978 – Louise Joy Brown – concretizando a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*. Cf. Heloisa Helena Barboza. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos María Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernández (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005, p. 248.

[13] Cf. Heloisa Helena Barboza, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 75, “é relevante a determinação do número de embriões a serem transferidos: quanto maior o número, maior será a probabilidade de obtenção da gestação e de nascimentos com vida”.

[14] De acordo com a resolução, “o número ideal de oócitos e pré-embriões* a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiplicidade”.

* Quanto ao termo *pré-embrião*, traz-se à colação lição de Luís Roberto Barroso sobre a expressão. “A embriologia tem, por vezes, caracterizado esse estágio de desenvolvimento com a expressão ‘pré-embrião’. Cuida-se de termo cunhado em meados dos anos 1980 para designar o período que compreende as etapas estabelecidas entre a fecundação e os 14 (quatorze) primeiros dias de gestação. O que leva a que não se use a palavra ‘embrião’? Enumeram-se quatro razões para isso: (i) durante esse período, o ser não é capaz de sentir prazer ou dor, devido ao fato de não se ter formado, ainda, o sistema nervoso central; (ii) é altíssimo o número de insucessos no desenvolvimento embrionário, normalmente pela dificuldade de fixação no útero; (iii) até os 14 (quatorze) dias ainda é possível que se dividam as células em dois grupos, formando gêmeos – uma identidade de embrião, portanto, como algo único e singular só poderia ser afirmada depois desse período; (iv) a implantação do embrião no útero somente se completa por volta do 13º dia de gestação, quando, então, passa a possuir o potencial de se tornar uma pessoa”. (SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 253-254). Para Herman Nys, “o termo pré-embrião, que se usou também para se referir ao zigoto, foi uma fonte de controvérsia, pois houve quem pensasse que diminuía a condição humana dessa entidade em desenvolvimento”. E acrescenta, informando que apenas a legislação espanhola se refere à pré-embrião. (NYS, Herman, *Experimentações com embrião*. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 178).

[15] Já em 1993 vislumbrava-se a necessidade em se realizar a transferência da menor quantidade possível de embriões no organismo materno, sem precisar recorrer à técnica da crioconservação dos mesmos. Nesse sentido é a citação de BARBOZA, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 75, onde expõe sua preocupação: “felizmente, o desenvolvimento da técnica evolui no sentido de somente se transferir um embrião por vez, posto que a gravidez múltipla não é o único ‘inconveniente’. Na realidade a existência de mais de um embrião, que por enquanto não pode ser afastada, é o problema crucial da fertilização *in vitro*”.

[16] BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com celulas-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 674.

[17] Cf. Jayme Landman, in BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, pp. 78-79.

[18] Cf. Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga, Considerações sobre o congelamento de embriões, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.), *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 240, “a criopreservação oferece uma solução de emergência para aqueles casos em que o número obtido, tanto de zigotos quanto de embriões, excede o razoável a ser transferido, diminuindo assim o risco de uma multigestaç o severa”.

[19] Mais à frente, na dissertação, um tpico versará sobre as polêmicas oriundas da fertilização *in vitro*, bem como suas questões ticas e jurídicas.

[20] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 617.

[21] Cf. Jean Bernard, *A Bioética*, Tradução de Paulo Goya. São Paulo: Ática, 1998, p. 37.

[22] Ou ainda, remanescentes, excedentes, excedentários.

[23] Segundo Heloisa Helena Barboza, O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 528, “o embrião humano, criado em laboratório, não são reacendeu o debate em torno do início da vida, como gerou outras tormentosas indagações ticas”.

[24] Na legislação espanhola, “zigoto” recebe a denominação de pr-embrião (que  causa de controvérsia por remeter  noção de diminuição da condição humana).

[25] NYS, Herman, Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 177.

[26] Cf. KAHN, Axel, citado por BARBOZA, Heloisa Helena, O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 527-528.

[27] BERNARD, Jean. *A Bioética*, pp. 72-73.

[28] BERNARD, Jean. *A Bioética*, p. 76.

[29] BERNARD, Jean. *A Bioética*, p. 90.

[30] Na França, significa lei que enuncia princípios sem entrar em pormenores. Corresponderia, no Brasil, aos princípios gerais do direito.

[31] BERNARD, Jean. *A Bioética*, pp. 90-91.

[32] CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1994, p. 138, “pero por otro lado, también han incidido los progresos científicos en la determinación del momento de la muerte, al igual que con el incremento de los conocimientos más profundos sobre las características genéticas biológicas y fisiológicas del concebido y su desarrollo no es tan sencillo en estos momentos sostener acriticamente el criterio biomédico tradicional que vinculaba el comienzo de la vida humana con el de la fecundación del óvulo o concepción”.

[33] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 140.

[34] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua projeção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 113.

[35] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 143.

[36] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 147.

[37] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 148, “y es aquí donde se debe recordar que la protección jurídica del comienzo de la vida humana no es una cuestión de las ciencias biológicas, sino jurídica y, por tanto, según decíamos, valorativa – normativa –, partiendo de aquella realidad científica”.

[38] LACADENA, Juan R. citado por CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 148.

[39] Concordo que deve haver essa separação entre os conceitos de *vida* e *vida humana*. Entretanto, sobre o conceito de *vida*, discordo do posicionamento do biólogo Juan R. Lacadena, que para ele, teria início com a fecundação. Comungo da idéia do grupo de trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências (que demonstraram, em um parecer, suas opiniões acerca da ação direta de inconstitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias), composto por Marcos Antonio Zago, Mayana Zatz e Antonio Carlos Campos de Carvalho. Segundo o grupo, determinar que o momento inicial da vida do indivíduo é o da fecundação é tão arbitrário quanto definir em qualquer outro ponto. Sendo assim, infere-se que *vida* (do ponto de vista biológico) existe e sempre existiu. A questão que viria a lume pelos juristas seria quando considerar a existência de vida humana para conferir efetiva proteção. Segundo os pesquisadores, “*vida* propriamente não se interrompe nem se inicia, mas trata-se de um processo contínuo. São células vivas de dois indivíduos que se fundem para formar uma nova célula viva que dá origem a todo o organismo adulto. Todas as células desse organismo adulto vão eventualmente morrer e, somente algumas células germinativas

poderão sobreviver, justamente após se fundirem com células germinativas de um indivíduo do sexo oposto para formar nova célula ovo que se desenvolverá em um indivíduo adulto. Não há, pois, do ponto de vista biológico, “início” de vida, mas continuidade de uma a outra geração”. (In: VELASCO, Carolina Altoé. *Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases: FDC, ano VIII, nº 10, pp. 185-186, jan/jun 2007). No tocante ao conceito de *vida humana* entendo como Lacadena, que restaria caracterizada no décimo quarto dia.

[40] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, pp. 148-149.

[41] Cf. CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 149.

[42] O Código Civil de 1916 também fazia menção ao nascituro, em que a personalidade civil *do homem* começava com o nascimento com vida. A diferença trazida pelo Código Civil de 2002 foi no tratamento de personalidade civil *da pessoa*, e não *do* homem, como no código anterior.

[43] Artigo 2º do Código Civil brasileiro de 2002.

[44] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986. De acordo com o dicionário, por *nascituro* entende-se: “1. Que há de nascer. 2. Aquele que há de nascer. 3. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

[45] BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, p. 83.

[46] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1997, p. 192.

[47] ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 145.

[48] CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 154.

[49] CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y La bioética ante los limites de La vida humana*, p. 155.

[50] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 15.

[51] BOSSERT, Gustavo, citado por CIFUENTES, Santos. *Principio jurídico de existencia de la persona. El embrión humano*. Disponível em <http://www.astrea.com.ar>.

[52] Cf. CIFUENTES, Santos. *Principio jurídico de existencia de la persona. El embrión humano*, “los viejos esquemas éticos y jurídicos que, repito, no conjugan con el

fenómeno de la fecundación extracorpórea, se apoyan en el argumento experimental y, aprovechándose del resultado de las investigaciones sobre genes que repudian en sí mismas, sostienen que se ataca la dignidad pues en lo cigoto están los datos genéticos potencialmente configurados de la futura persona (habrá que excluir ahora al período anterior a la ‘singamia’). El razonamiento podría llevar al antecedente del cigoto: los gametos masculino (espermatozoide) y (femenino (óvulo) separados, antes o después de la secreción, pues en definitiva ellos prefiguran la posibilidad con sus combinaciones de la unión formativa del catálogo genético irreplicable. Pero lo cierto que en una sola de las múltiples cédulas de un organismo animal, se pueden leer todos los diagramas genéticos propios, así, en las de la sangre, de la piel o de la raíz de un pelo. El cigoto es potencial estadístico, base de datos del futuro individuo, pero todavía no es un individuo; no es un ente personificado. Esto se logra con la nidación, cuando ya no son posibles aquellas combinaciones de dos a uno; con el comienzo del sistema nervioso y del cerebro, en donde se inaugura la vida sensitiva. Ese embrión es un conglomerado de células indiferenciadas, en el que a veces una sola célula basta para reconstruir el ser entero; es un esbozo, no un individuo”.

[53] Segundo ao autor, a tese foi aplicada, em 1973, pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que qualificou o concebido como “vida humana potencial” e, portanto, substancialmente uma “não vida”. Cf. MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotechnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 186.

[54] MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais, pp. 185-187.

[55] ROCA I TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotechnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, pp. 109-110.

[56] BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*, p. 266.

LIMITES DA MORAL PÓS-CONVENCIONAL E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS*

LIMITS OF POST-CONVENTIONAL MORALITY AND LEGAL IMPLICATIONS.

Clodomiro José Bannwart Júnior

RESUMO

A compreensão de uma moral pós-convencional regida por parâmetros da cognição, da formalidade e da universalidade, preenche o requisito da ética discursiva habermasiana, a qual se distancia, no quesito de fundamentação de normas, dos pressupostos conteudísticos derivados da tradição, da religião ou de princípios metafísicos. No entanto, a colocação de problemas derivados da Biotecnologia, como a eugenia liberal, conduziu a reflexão de Habermas além da fronteira da moral pós-convencional, exigindo uma nova plataforma que possa mover a normatividade de questões genéticas e bioéticas. Trata-se do conceito abstrato de “ética da espécie”, o qual traz implicações no âmbito de uma moral pós-convencional e, conseqüentemente, no contexto jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: MORAL PÓS-CONVENCIONAL, ÉTICA DA ESPÉCIE, ÉTICA DO DISCURSO, IGUALDADE, AUTONOMIA, BIOTECNOLOGIA, DIREITO.

ABSTRACT

The understanding of a post-conventional morality governed by parameters of the cognition, the formality and universality, fulfills the requirement of ethics Habermasian discourse, which is far, the question of standards of reasoning, the assumptions conteudísticos derived from tradition, religion or of metaphysical principles. However, the placement of problems derived from biotechnology, such as liberal eugenics, led the discussion of Habermas beyond the borders of post-conventional morality, requiring a new platform that can move the norms of genetics and bioethics issues. It is the abstract concept of "ethics of the species", which carries implications in the context of a post-conventional morality and, consequently, in contemporary legal context.

KEYWORDS: POST-CONVENTIONAL MORALITY, ETHICS OF THE SPECIES, ETHICS OF DISCOURSE, EQUALITY, AUTONOMY, BIOTECHNOLOGY, LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

As sociedades contemporâneas desenvolveram, principalmente em épocas mais recentes, tendências fortemente universalistas relacionadas a fenômenos como à globalização da economia, à comunicação em tempo real, ao tratamento internacional dos direitos humanos, à defesa de questões ambientais e, também a problemas que colocam em risco a própria sobrevivência planetária, para cujo enfrentamento exigem-se esforços conjuntos em nível global para pensá-los, entre os quais, a difusão incontrolada de armas nucleares, a manipulação genética, a intervenção da Biotecnologia no comportamento humano, o armamentismo, a destruição dos ecossistemas, o empobrecimento estrutural dos países de terceiro mundo, o desemprego, os desequilíbrios sociais crescentes, a operação de altas tecnologias capazes de desencadear catástrofes e acidentes ambientais, além de outros.[1] Resultantes de processos de modernização, tais fenômenos aceleraram a destruição dos vínculos tradicionais e geraram transformações no modo de operacionalizar a gestão de padrões normativos de grupos e comunidades. Esse universalismo de caráter eminentemente tecnológico e norteador de tendências globais no campo da comunicação, do mercado e das trocas, contrasta sobremaneira com as esferas particularistas das nações, das culturas, das etnias e dos mais variados fundamentalismos. Na oscilação entre universalismo e particularismo, gera-se um déficit normativo, exigindo da moral, reflexões e análises que forneçam parâmetros teóricos para conceber e, se possível, conciliar o universalismo tecnológico, produto das sociedades altamente industrializadas, com o normativismo incrustado nos mais diversos matizes de particularismos. A resposta de Habermas para essa questão é incisiva e aponta para um único meio capaz de acompanhar o universalismo tecnológico: o universalismo normativo.[2]

A ética do discurso tem, portanto, o propósito de apresentar uma reflexão possível de se inscrever no horizonte do projeto da modernidade, assumindo o desafio de fundar uma moral cognitivista, formal e universalista, ausente de cosmologias religiosas e metafísicas, ou de qualquer caráter transcendente. No campo filosófico, especificamente, sua reflexão deriva da moral kantiana, porém, ela repensa a conciliação entre ética do *dever* e ética do *bem viver*. Pois a esse propósito, Habermas concentra-se na mediação entre a concepção hegeliana e kantiana da ética, procurando fazer valer uma conexão interna entre os aspectos da justiça e do bem comum que são tratados em separado pelas éticas do *dever* e do *bem viver*. Sua preocupação é ampliar o conceito deontológico de justiça kantiana de forma a atingir os contextos de vida estruturados pelo bem comum de grupos e comunidades, sem, no entanto, cair em concepções neoaristotélicas circunscritas a particularismos concretos.[3]

A moral pós-convencional em Habermas constitui-se mediante o discurso prático, procedimento pelo qual é possível examinar e validar normas hipoteticamente consideradas. O procedimentalismo nela presente coloca-a dentro dos parâmetros da formalidade, já que não está amparada por nenhum poder capaz de fornecer orientações conteudísticas ou, inclusive, justificativas de normas baseadas no peso da tradição ou de princípios metafísicos.

O caráter formal não é, no entanto, assimilado no sentido de abstração dos conteúdos, uma vez que os discursos práticos funcionam mediante os conteúdos que lhes são apresentados, os quais não são senão aquelas realidades concretas de acordos normativos perturbados, que passam a ser tematizados no horizonte do mundo da vida de um determinado grupo social, pois “[...] esses conteúdos serão processados no

Discurso[4] de tal sorte que os pontos de vista axiológicos particulares acabem por ser deixados de lado, na medida em que não são passíveis de consenso...”.[5]

As formas de vidas particulares relacionadas com questões práticas acerca do “bem viver” estão imbuídas, na prática quotidiana de seus membros, de questões tanto valorativas quanto normativas. Habermas não desconsidera os valores axiológicos e culturais, que estão diretamente ligados à formação da identidade dos indivíduos, e também não os rejeita como elementos possíveis de uma pretensão de validade intersubjetiva, porém, sinaliza que os mesmos estão circunscritos à “[...] totalidade de uma forma de vida particular que não podem originariamente pretender uma validade normativa no sentido estrito – eles candidatam-se, em todo o caso, a materializar-se em normas que dêem vez a um interesse universal”.[6]

Nesse sentido, a ética do discurso define-se por uma postura deontológica, que efetiva um processo de seleção entre aquelas questões que se referem a preferências de valores e aquelas que se referem a normas, sendo somente as últimas passíveis de serem debatidas racionalmente em vista de alcançar o consenso. Concernente às normas, os participantes devem distanciar-se dos valores culturais que encerram suas práticas quotidianas a fim de tematizá-las. Com esse propósito é que o princípio do Discurso assume a tarefa de transcender os pactos locais, garantindo o distanciamento necessário para que os participantes, sob orientação do princípio de universalização, possam efetivar a tematização da validade das normas postas em debate. Diante do princípio do Discurso “[...] o participante da argumentação não pode se furtar enquanto, numa atitude performativa, levar a sério o sentido da validade deontica das normas e não objetivá-las como fatos sociais ou como simples ocorrência no mundo”.[7]

Quando os participantes efetivam a tematização da validade das normas e também o exame das hipóteses que são levantadas, mediante o princípio discursivo, as experiências quotidianas do mundo da vida são enfraquecidas, já que não respondem pela fundamentação de normas válidas universalmente. Nesse estágio, as éticas convencionais não conseguem colocar-se à frente das operações abstrativas das morais universalistas. O que ocorre nesse aspecto é a moralização do mundo da vida, de forma que as suas relações até então institucionalmente ordenadas, e cuja legitimidade ancorava-se em tradições, valores culturais ou pressupostos metafísicos e religiosos, se desestruturam, e a validade normativa passa a ser examinada à luz do princípio de universalidade, isto é, à luz de princípios morais. A consequência que segue desse fato diz respeito à distinção entre moralidade e *eticidade*.

O princípio do Discurso coloca os participantes numa posição de distanciamento em relação à esfera da *eticidade* e ao mesmo tempo impinge-lhes um olhar moralizante sobre o mundo da vida. A *eticidade* forma uma totalidade de certezas amparadas por um pano de fundo que mescla os deveres com os hábitos concretos da vida, a justiça com as formas de se pronunciar sobre o “bem viver”, e a legitimidade das normas com a validade factual. Com a moralização desse quadro, Habermas adverte que “[...] essa totalidade perdeu sua validade nativa, a força normativa do factual ficou tolhida [...] e as instituições que nos são familiares podem se tornar outros tantos casos de justiça problematizada”.[8]A consecução do processo de moralização conduziu a diferenciação entre normas e valores, ou seja, distinguiu entre aqueles componentes da esfera prática que são passíveis de serem submetidos a uma justificação moral e aqueles componentes

que, circunscritos às orientações axiológicas sobre o “bem viver”, não são passíveis de moralização.

Assim, a formação do ponto de vista moral vai de mãos dadas com uma diferenciação no interior da esfera prática – as *questões morais* que podem, em princípio, ser decididas racionalmente do ponto de vista da possibilidade de universalização dos interesses ou da *justiça*, são distinguidos agora das *questões valorativas*, que se apresentam sob o mais geral dos aspectos como questões do *bem viver* (ou da auto-realização) e que só são acessíveis a um debate racional no *interior* do horizonte não-problemático de uma forma de vida historicamente concreta ou de uma conduta de vida individual.[9]

Habermas insiste em dizer que o nível de abstração alcançado no âmbito da moralidade reflete o estágio pós-convencional da consciência moral, conforme desenvolvido por Kohlberg. Nesse estágio, “[...] o juízo moral desliga-se dos pactos locais e da coloração histórica de uma forma de vida particular; ele não pode mais apelar para a validade do contexto do mundo da vida”. [10] Contudo, esse processo deixa explícito, por um lado, o campo da racionalidade em que se moverão as questões de justiça e, por outro, o problema da mediação entre moralidade e *eticidade*. No primeiro caso, há um ganho considerável, uma vez que é possível alcançar um procedimento capaz de dirimir questões de justiça problematizadas. No segundo caso, não se ganha, antes se perdem àquelas evidências inquestionáveis que subsidiavam “a força de impulso de motivos empiricamente eficazes”. [11] Não resta às questões morais senão “a força de motivação racional dos discernimentos” e, aqui, Habermas parece conceder muito aos ganhos advindos da moralização do mundo da vida, para não retroceder à esfera da *eticidade*, já que esta se encontra decomposta pelo processo de racionalização. Nesse sentido, Habermas salienta:

Para tornar-se eficaz na prática toda moral universalista tem que compensar essas perdas de *eticidade* concreta, com que ela a princípio se acomoda por causa da vantagem cognitiva. As morais universalistas dependem de formas de vida que sejam, de sua parte, a tal ponto ‘racionalizadas’, que possibilitem a aplicação inteligente de discernimentos morais universais e propiciem motivações para a transformação dos discernimentos em agir moral. [12]

Cabe notar, no entanto, um aspecto importante na citação de Habermas acima mencionada: a de que “as morais universalistas dependem de formas de vida que sejam, de sua parte, racionalizadas”. Esta afirmação revela-nos que a ética do discurso, enquanto proposta de uma moral pós-convencional que se firma nos princípios da cognição, da universalidade e da formalidade, não pode estar deslocada de uma teoria que seja capaz de refletir o nível de racionalização das sociedades. Significa dizer, em outros termos, que a ética do discurso representa uma parte inerente da teoria da modernidade de Habermas e que a reflexão a respeito da primeira não se faz desvinculada da última.

Porém, se cabe espaço para a reflexão da ética do discurso na teoria da modernidade, este espaço somente se mantém quando se empreende uma análise que não só acompanhe o processo de racionalização, como racionalização social, mas também o contemple na perspectiva da racionalização cultural como singular desdobramento da racionalidade comunicativa. Pois, “uma ética filosófica não limitada a afirmações meta-éticas só pode ter lugar, hoje, se se conseguir reconstruir pressupostos e procedimentos comunicativos gerais para a justificação de normas e valores”. [13]

Dá provém a insistência de Habermas em afirmar que “o agir comunicativo não pode ser racionalizado nem sob o aspecto técnico dos meios escolhidos, nem sob o aspecto estratégico da escolha de meios, mas apenas sob o aspecto prático-moral da capacidade de entender e de coordenar do sujeito da ação, bem como a possibilidade de justificação no que se refere à norma de ação”. [14] Em sua compreensão “as estruturas normativas não seguem simplesmente a linha de desenvolvimento do processo de produção, nem obedecem simplesmente ao modelo dos problemas sistêmicos, mas têm – ao contrário – uma história interna”. [15] É justamente a história interna da racionalidade comunicativa inerente ao desdobramento da racionalização do mundo da vida, que, não obstante, tornou possível a explanação da teoria da evolução social habermasiana, em cujo norte, contempla a capacidade de aprendizagem nos níveis individual e societário.

Na leitura da racionalização interna do mundo da vida, sob o aspecto do agir comunicativo, Habermas pôde alcançar, seguramente, elementos que o distanciaram de Weber, evitando assim que o processo de racionalização, como se deu com o deste, desembocasse na perda de liberdade, em relação à modernização social, e na perda de sentido, em relação à modernização cultural. [16]

Habermas quer fazer enxergar que, em sua teoria da modernidade, o processo de racionalização conduz à liberação do potencial do agir comunicativo que estava encoberto pela tradição, pois o desenvolvimento da racionalidade comunicativa, gerada no seio da modernidade, emergiu porque se proclamou a autonomia dos sujeitos em relação aos componentes tradicionais da religião e dos valores culturais, de forma a poder liberar o potencial discursivo e a tematização da validade de normas e valores que, no contexto das sociedades tradicionais, não eram passíveis de questionamento. [17]

Neste aspecto, a via de racionalização do agir comunicativo permitiu a Habermas deslocar o peso da compreensão da racionalização social, que, até então, recaía sobre a *dinâmica evolutiva*, para apresentá-la como resultado de um processo de *evolução social*, fruto de processos de aprendizagem pelos quais passam os indivíduos (ontogênese) e as sociedades (filogênese) conjuntamente. [18]

A decorrência da moralização do mundo da vida conduziu à separação analítica da tematização das questões éticas e morais. Ao se fazer referência às questões éticas deve-se levar em consideração que a fundamentação de normas ou a resolução de conflitos estão implicadas no modo de vida e na autocompreensão existencial das pessoas situadas em um determinado contexto, dependendo do sistema de interpretação da identidade que é própria dos indivíduos ou do grupo a que pertencem. A dependência dos valores, dos costumes e das tradições partilhadas comumente pelo grupo restringe o

escopo da ética às questões relacionadas à identidade e envolvem questionamentos que implicam em saber como devemos nos compreender, quem somos e quem queremos ser. As respostas a estas perguntas limitam-se ao respectivo contexto nos quais as pessoas interagem, não havendo, portanto, uma resposta universal e igualmente definitiva para todas as pessoas e grupos sociais.

As questões éticas são, portanto, orientadas pelo *telos* da vida boa ou não-fracassada [19] e se referem à nossa identidade pessoal e aos ideais de vida boa que realmente desejamos dentro de referida forma de vida na coletividade em que vivemos. As questões éticas estão vinculadas a valores, que são expressões de preferências desejadas em determinadas coletividades, isto é, trata-se de bens que são mais atrativos que outros. “Desse ponto de vista, as outras pessoas, histórias de vida e conjuntos de interesses só adquirem significado desde que estejam irmanados ou entretidos, no quadro da nossa forma de vida partilhada intersubjetivamente, com a minha identidade, a minha história de vida e o meu conjunto de interesses”. [20]

Porém, do ponto de vista da moral, as questões suscitadas quanto à regulação social estão baseadas em normas que podem ser tematizadas a partir de princípios de justiça. A geração de conflitos sociais é decidida levando-se em consideração o igual interesse dos envolvidos e a expectativa de aceitabilidade racional baseada em pressupostos de justiça. No âmbito das questões morais, o sistema de referência para a fundamentação de regulações é dado a partir do interesse simétrico de todos, isto é, a partir do consentimento de todos os membros de uma suposta república de cidadãos ou da humanidade em si, diferentemente do âmbito das questões éticas, em que o sistema de referência para a fundamentação de regulações é dado dentro da perspectiva de uma comunidade política, na qual os participantes buscam um auto-entendimento coletivo e consciente, baseado no compartilhamento de tradições e valores. [21]

Os discursos morais levam em consideração o igual respeito por cada pessoa e a consideração simétrica de todos, buscando regular de forma imparcial os conflitos de ação. Isso implica o modo de agir que resulta na consideração daquilo que seja justo, remetendo a princípios com caráter abstrato, graças aos quais as normas podem ser justificadas. Desse modo, as questões morais possuem um sentido deontológico absoluto de obrigação incondicional e universal. “O sentido imperativo destas obrigações é o único que pode ser entendido como um Dever que não depende nem de fins e preferências subjetivos nem do que considero ser o objetivo absoluto de uma vida boa, bem sucedida, não malograda. O que se *deve* ou se *tem de* fazer significa, sim, que é justo agir dessa forma, sendo, por isso, um dever fazê-lo”. [22] Na diferenciação entre ética e moral, Habermas afirma: “À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito. Ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável”. [23]

Pode-se dizer que a distinção entre ética e moral é decorrência de um intenso processo de secularização das sociedades modernas, no qual as reservas de tradição foram consumidas ou desvalorizadas, cedendo lugar a uma autoconstrução normativa imanente que não conta mais com a legitimidade garantida por pressupostos provenientes da cultura, da religião ou de princípios metafísicos. Isso gera, como consequência, uma nova postura com que a filosofia, no plano da razão prática, lida com as questões normativas. Já não cabe mais a ela adotar qualquer posição a respeito

dos conteúdos inerentes às normas, mas tão somente analisar as condições formais e procedimentais para a correção e geração de normas justas. Nas palavras de Habermas:

[...] ainda hoje a filosofia prática não renuncia totalmente a reflexões normativas. Todavia, na sua totalidade, ela limita a questões sobre a justiça. Ela se esforça especialmente para elucidar o ponto de vista moral que adotamos para julgar normas e ações sempre que se trata de estabelecer o que é de igual interesse de cada um e igualmente bom para todos.[24]

A idéia é de que, perante as sociedades pluralistas, as interpretações éticas que os sujeitos fazem de si próprios e do mundo, muitas vezes ainda mescladas pelos imperativos da religião, da metafísica e de valores fortes, devem coexistir de forma pacífica diante de outras visões concorrentes, plenamente amparadas pela subordinação destes aos fundamentos morais do Estado Liberal. Este, por sua vez, assegura igual liberdade a todas as pessoas para se compreenderem a si mesmos de maneira ética, o que envolve a concepção de *vida boa* que cada um traz consigo. Na herança do pensamento pós-metafísico, Habermas indica que a autocompreensão ética, inserida em formas de vida tradicionais, tem o seu caráter limitado, uma vez que não se dispõe de argumentos que possam ter validade para todos. Há, portanto, uma manifesta primazia do justo sobre o bom na leitura normativa de Habermas. Em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, uma passagem singular a esse respeito, ao tratar da neutralidade do princípio do discurso, deixa revelar: “Neutralidade significa, em primeiro lugar, que o justo, fundamentado na lógica da argumentação, tem o primado sobre o bom, ou seja, que as questões relativas à vida boa cedem o lugar às questões da justiça”. [25]

No entanto, em *O Futuro da Natureza Humana*, obra publicada originalmente em 2001 [26], Habermas, considerado um filósofo que pensa a teoria junto com a solicitude da situação do mundo – o que faz dele “um constante companheiro no enfrentamento das crises, dos conflitos e da busca de solução no começo do novo milênio” [27] – depara-se com o problema da Biotecnologia. Nesse novo quadro de reflexão, Habermas apresenta a idéia de que a concepção da moral abstrata da razão, ou seja, a moral pós-convencional ou pós-metafísica não pode prescindir de uma anterior *autocompreensão ética da espécie*, igualmente compartilhada por todas as pessoas morais portadoras de direitos humanos. O que se percebe com esse posicionamento de Habermas é o condicionamento e dependência da moral pós-convencional aos limites de uma ética que envolve a autocompreensão não mais do ponto de vista do indivíduo e do mundo, mas da espécie como um todo. Parece que esbarramos nas limitações da moral pós-convencional. O próprio Habermas ao abrir o prefácio de *O Futuro da Natureza Humana*, defende: “[...] a idéia de que o pensamento pós-metafísico deve impor a si próprio uma moderação, quando se trata de tomar posições definitivas em relação a questões substanciais sobre a vida boa ou não fracassada”. [28] A disponibilidade da manipulação técnica sobre a base biológica traz à baila a preocupação com as possíveis mudanças que poderão ocorrer “seja na nossa própria autocompreensão como seres que buscam a felicidade, seja nas nossas relações políticas e sociais baseadas na noção de iguais direitos”. [29]

A vinculação da moral pós-metafísica à autocompreensão ética da espécie esbarra em problemas provenientes da Biotecnologia, para os quais Habermas parece não encontrar outro encaminhamento senão recorrendo à concepção de um conceito ainda não trabalhado em suas obras anteriores: o conceito de uma ética da espécie. Se a moral se apóia antes numa autocompreensão da espécie, a questão que se apresenta é saber se a possível tecnização da natureza humana não alteraria a autocompreensão ética da espécie. “Habermas acredita ser pelo menos plausível que a Biotecnologia, senão atualmente, pelo menos no futuro, possa atentar contra a autocompreensão normativa natural essencial não tematizada que nos define como espécie”. [30] Em suma, deve-se compreender qual a sua real definição a respeito de uma ética da espécie, ou seja, o que significa a “formulação de uma mesma identidade dos homens como espécie em todas as culturas?” [31] Porém, ao que parece, antes de o conceito ser devidamente explicitado, o mesmo se intercala na reflexão habermasiana como consequência de um problema maior: a intervenção da biotecnologia no organismo vivo.

Essa inserção da moral na ética da espécie – é bom que se observe desde logo – não faz depender a validade daquela da cognição desta. O problema é que as alterações de fronteira entre o acaso/liberdade modificam as regras do jogo moral em sua totalidade – com o que concorda também Dworkin – de tal forma que o nível de argumentação não pode ser mais moral, mas ético, uma vez que a própria valorização da moral, ou seja, do querer ser moral, não é um juízo moral ele próprio, mas um juízo de ética da espécie”. [32]

Se Copérnico e Darwin imputaram respectivamente a imagem geocêntrica e antropocêntrica de o homem se portar diante do mundo, a submissão de organismos vivos às intervenções da biotécnica representa, para Habermas, a terceira descentralização da imagem de mundo que afeta diretamente a autocompreensão ética da espécie. O que de fato está sendo colocado em questão é o avanço das Biotecnologias que ampliam a possibilidade de intervenção no material genético da espécie, criando condições para interferir na natureza orgânica com vistas a atender a fins perseguidos por terceiros. Esse fator gera o seguinte questionamento: Estamos diante do aumento da liberdade ou da necessidade de limitação dessa ampliação da intervenção técnica? Pode ocorrer que a intervenção técnica no genoma humano seja vista como aumento de liberdade, mas pode ocorrer também que ela desencadeie reações opostas que levarão o homem a enxergar nesse âmbito um campo que precisa ser regulado normativamente. O problema que ora se apresenta é a colocação da moderna compreensão de liberdade na pauta atual da discussão.

Segundo Habermas, a indisponibilidade do destino natural parece ser essencial para a consciência da liberdade, pois a premente idéia de que somos autores de nossas próprias ações está diretamente vinculada à intuição de que somos os responsáveis pela história de vida que construímos e da qual nos apropriamos de forma crítica. Porém, a consideração possível de que o programa genético de um ser humano pode sofrer, antes do próprio nascimento, intervenções técnicas orientadas pelas preferências ou objetivos indicados por terceiros, não afetaria a consciência do nascituro no sentido de que não seria ele o responsável por um começo livre? O fator novo e impressionante que hoje se coloca é a possibilidade de as condições orgânicas para uma futura história de vida não escapar à programação ou à manipulação intencional feitas por terceiros. Foram criadas

condições, por meio da tecnologia, para tornar disponível aquilo que a crença religiosa e até mesmo a modernidade secularizada compreendiam como indisponível, a saber, o processo contingente de fecundação. Tal fato gera, como já dissemos acima, um problema que incide diretamente sobre a moderna compreensão de liberdade. Num primeiro momento, a liberdade pode ser tratada como ampliação da nossa própria margem de decisão.

Sendo assim, dependerá da autocompreensão desses sujeitos o modo como desejarão utilizar o alcance da nova margem de decisão – de maneira autônoma, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira arbitrária, em função de suas preferências subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado.[33]

Num segundo momento, a liberdade pode ser analisada na perspectiva da autocompreensão da liberdade ética do indivíduo que sofreu intervenções em seu patrimônio genético. Deve-se notar que a partir do momento em que um outro toma uma decisão irreversível que interfere na constituição orgânica de uma pessoa, a paridade de responsabilidade exigida na convivência entre pessoas livres e iguais torna-se limitada. Falamos aqui da restrição da liberdade e da autonomia de uma pessoa que foi modificada geneticamente por obra de terceiros. Este aspecto é significativo para Habermas porque nele reside a sutil interferência nos fundamentos da autocompreensão da liberdade ética da pessoa humana.

Analisando-se o caso pela perspectiva de uma possível ampliação da margem de liberdade em relação a tomadas de decisões, é possível afirmar, de um ponto de vista liberal, que a crescente disposição técnica sobre a natureza ampliou a liberdade de escolha e da autonomia privada do indivíduo. Não são poucos os discursos afinados pela ótica liberal que enxergam nas novas técnicas de reprodução, nos transplantes de órgãos e nos acompanhamentos de mortes medicamente assistidas, um aumento considerável da autonomia pessoal.

Habermas assume em *O Futuro da Natureza Humana* uma postura contrária à visão liberal. Antes de se tornar um apologista do aumento da liberdade privada do sujeito, ele denuncia os perigos que as intervenções biotécnicas acarretam à própria autonomia humana. Partindo do pressuposto de que a indisponibilidade dos fundamentos genéticos é a base para a autocompreensão dos humanos, enquanto seres morais, Habermas insiste que a alteração dessa base, por procedimentos de técnicas genéticas, coloca em risco a própria autocompreensão ética da espécie. E aí reside a sua preocupação, já que “a autocompreensão como livres e iguais depende, em alguma medida, da compreensão antropológica como membros da espécie”. [34]

Nesse sentido, o posicionamento de Habermas tornou-se favorável a uma moralização da natureza humana. A natureza, que até então estava dominada tecnicamente, dominou o próprio homem; ele que se havia contraposto à natureza como seu dominador, acabou submetendo-se aos caprichos da natureza sob o olhar aguçado do intervencionismo técnico. O argumento da moralização da natureza humana de

Habermas passa pela defesa de que o único caminho possível para continuarmos a nos compreender como autores de nossa própria história de vida e podermos reconhecer-nos como pessoas que agem com autonomia e liberdade esteja na preservação da nossa indisponibilidade. Habermas afirma com base em Wolfgang van den Daele: “Aquilo que se tornou tecnicamente disponível por meio da ciência deve voltar a ser normativamente indisponível por meio do controle moral”. [35]

O que de fato se apresenta é a possibilidade de que os homens venham a dispor da capacidade de projetar outros homens, porque além de deslocarem a fronteira que separa a *decisão* do *acaso*, eles também gerariam a instrumentalização da vida humana, que passaria a ser produzida ou projetada em razão de preferências valorativas de terceiros. Talvez o aspecto de maior receio de Habermas seja o fato de que a programação eugênica do patrimônio hereditário limite a configuração autônoma da vida do indivíduo manipulado e mine as relações simétricas entre pessoas livres e iguais. Portanto, aquele que sofreu alteração em seu patrimônio genético tem diante de seu plano de vida a restrição de sua liberdade de escolha. Isso porque a fixação genética determinada pelos pais, conforme preferências pessoais, impede de incluir a criança planejada num processo de comunicação, no sentido de que ela possa assumir o papel de segunda pessoa e desempenhar uma postura de participante que vise a um entendimento possível.

Olhando pela perspectiva do indivíduo modificado geneticamente não se pode rever uma determinação instrumental praticada sem o seu assentimento, mesmo que seja por intermédio de uma apropriação crítica. No contexto da psicologia do desenvolvimento é aceitável que uma criança em crescimento possa, em sua fase adulta, assumir a responsabilidade por sua história de vida e por aquilo que construiu enquanto pessoa. A passagem pelos vários estágios que norteiam a capacidade cognitiva, interativa e lingüística do indivíduo o levará a assumir uma postura madura e autônoma, capaz de refletir o processo de sua própria formação. Esta compreensão crítica e reflexiva de si criará condições para compensar e superar a relação assimétrica que os pais assumiram diante de seu processo educativo e formativo. No caso da situação em que pais decidem pelo programa genético dos filhos, a relação de simetria – entre pais e filhos – é quebrada, não sendo possível de ser restaurada nem mesmo pela apropriação autocrítica da história de vida do filho. [36] Mesmo quando adulto, esse indivíduo manipulado geneticamente, permanecerá totalmente dependente da decisão tomada pelos pais (terceiros), não podendo ser reconsiderada e tampouco restabelecida a simetria da responsabilidade, indispensável para o relacionamento entre os iguais. Nesse sentido:

Os pais tomaram a decisão em supor um consenso e somente em função de suas próprias preferências, como se dispusessem de uma coisa. Como, porém, essa coisa se transforma em pessoa, a intervenção egocêntrica assume o sentido de uma ação comunicativa, que poderia ter conseqüências existências para o ser em crescimento. [37]

Aspecto salutar da reflexão de Habermas consiste no fato de ele dizer que as intervenções eugênicas prejudicam a compreensão da liberdade ética na medida que a pessoa afetada é submetida a intenções fixadas por terceiros, que a impedem de compreender-se livremente como autor único de sua própria vida. A questão que aqui

cabe colocar é a seguinte: Será que alguém pode permanecer na dependência de outro de modo irreversível, o que ocorreria caso houvesse a intervenção genética manipulada por terceiros. Para Habermas, os pais manipulam unilateralmente a constituição genética de uma outra pessoa e, sem contar com um consenso fundamentado, levam a cabo o propósito paternalista de dar um encaminhamento à história de vida dessa pessoa – não lhe dando o direito de trocar de papel com os seus programadores – a qual fica circunscrita a sua posição de terceira pessoa, ou seja, a algo que é passível de observação, manipulação e instrumentalização.

Habermas acredita que a manipulação genética pode alterar a autocompreensão das pessoas enquanto seres da espécie, atingindo os fundamentos normativos de como realizam a integração social. A instrumentalização da vida antes do nascimento não deixaria ileso a compreensão dos indivíduos, como seres que agem e julgam com moralidade, autonomia, responsabilidade e justiça. A intervenção dos pais afetaria a consciência de autonomia do indivíduo, ou seja, aquela autocompreensão moral que se espera de todo membro de uma comunidade que se estrutura pela igualdade, pela liberdade e pelos direitos subjetivos igualmente partilhados.

O que está em jogo em *O Futuro da Natureza Humana* são as premissas do pensamento pós-metafísico, pilar estruturador da moral e do direito pós-convencional. De antemão, Habermas pressupõe que a participação do jogo lingüístico da moral universalista somente é possível se for pressuposto, por meio da idealização – situação ideal de fala – que os agentes envolvidos assumam uma atitude prático-moral como os únicos responsáveis pelo *status* moral, ou seja, os únicos responsáveis pelo *status* de serem livres e iguais e de participarem reciprocamente uns com os outros. Porém, ao tratar da heterodeterminação eugênica, Habermas chama atenção para o fato de as regras do jogo lingüístico, na qual se apóia a ética do discurso, serem modificadas e, por esse motivo, elas já não podem mais ser criticadas com base na mesma estrutura do jogo lingüístico. Aqui está o ponto central que fez Habermas migrar da plataforma de uma moral pós-metafísica para uma ética da espécie: a moral pós-convencional encontrou, portanto, o seu limite. Essa limitação decorre do pluralismo de condutas de vida das sociedades modernas que impedem o tratamento das questões eugênicas de um ponto de vista da justiça, ou seja, da perspectiva da moral pós-convencional. O impedimento e a limitação dos argumentos morais de justiça no tratamento da eugenia obriga Habermas a deslocar a discussão normativa para argumentos antropológicos de uma ética da espécie.[38]

Aspecto relevante em Habermas é que, ao tratar da ética da espécie, ele situa-a num nível mais elevado de generalização, porém, sem explicitar claramente em que consiste tal generalização. Em *O Futuro da Natureza Humana*, a sua posição é a de que esta ética compartilha das reflexões ético-existenciais do indivíduo e também das questões ético-políticas das nações, de tal forma que não deixa sem considerar os contextos particulares de vida, os quais são acessíveis por meio da interpretação. A ética da espécie não deixa de tocar em assuntos que se avalia segundo o modo como nós queremos nos compreender. E nesse sentido, se temos a preferência pela forma de vida moral – estruturação moral de formas de vida – essa preferência é certamente fruto de uma opção ética da espécie humana. Enfim, essa inserção da moral pós-metafísica no rol da autocompreensão ética da espécie tem o mérito, segundo Habermas, de nos ajudar a tomar consciência do valor e dos pressupostos dessa moral, os quais até agora foram assimilados como evidentes, pois acreditamos desde sempre conscientes de nossa

autonomia e igualdade, e é justamente essa consciência que está sendo colocada em questionamento pelo avanço da Biotecnologia. As conseqüências, ainda não previsíveis, resultam significativas para repensar a dimensão normativa contemporânea, ressaltando, sobretudo, os impactos na moral e no direito pós-convencional.

Referências Bibliográficas:

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e Consenso em Habermas. A Teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2ª edição revisada e ampliada. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

FORST, Rainer. *Contexts of Justice. Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*. Translated by John M.M. Farrell. London, England: University of California Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “A Biologia não conhece nenhuma moral”. IN: *Veritas*. Porto Alegre: v. 47, n. 4, dezembro 2002, p. 619-621.

HABERMAS, Jürgen. “Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

HABERMAS, Jürgen. “Afectan las objeciones de hegel a Kant también a ética del discurso?” In: *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 1ª edição. Barcelona: Ediciones Paidós. Coleção Pensamiento Contemporâneo. 1991.

HABERMAS, Jürgen. “A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas”. Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes. In: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: nº 18, set/1997. pp: 103-114.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Habermas: entrevista exclusiva”. In: *Folha de S. Paulo: Caderno Mais!*. São Paulo, 30 de abril de 1995. pp: 5-4 a 5-10.

HABERMAS, Jürgen. “O confronto Habermas-Hatzinger: O cisma do século 21”. In: *Folha de S. Paulo: Caderno Mais!*. São Paulo, 24 de abril de 2005. pp: 4-6.

HABERMAS, Jürgen. *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. “Teorías de la verdad”. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Cátedra. Colección Teorema/Série mayor, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976.

OLIVEIRA, Luís Cardoso. *Justiça, Solidariedade e Reciprocidade: Habermas e a Antropologia*. Brasília: UnB. Série Antropologia 149, 1993. (in mimeo)

OLIVEIRA, M. Araújo. “A crise da racionalidade moderna: uma crise de esperança”. In: *Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte: n° 45, pp: 13-33, 1989.

REPA, Luiz. *Habermas e a Reconstrução do conceito Hegeliano de Modernidade*. São Paulo: Dissertação de Mestrado/USP, 2000 (in mimeo)

STEIN, Ernildo. “A Filosofia de Jürgen Habermas”. In: *Veritas*. Porto Alegre: v. 47, n. 4, dezembro 2002, p. 623-626.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. “Jürgen Habermas recebe o prêmio da paz”. In: *Veritas*. Porto Alegre: v. 47, n. 4, dezembro 2002, p. 627-628.

[1] A esse respeito conferir: HABERMAS, Jürgen. “A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas”. Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes. In: *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: n° 18, set/1997. p. 104-105.

[2] A esse respeito conferir: “Habermas: entrevista exclusiva”. In: *Folha de S. Paulo*. Caderno Mais. 30 de abril de 1995. p.p: 5-4 a 5-10.

[3] Conferir: HABERMAS, Jürgen. “Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a ética del discurso?” In: *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 1ª edição. Barcelona: Ediciones Paidós. Coleção Pensamiento Contemporâneo. 1991, p. 113. Apesar de não constituir objeto de análise do presente trabalho, cabe, no entanto, ressaltar que a proposição do conceito de dever com pretensões de validade universal contrasta sobremaneira com a intenção de correntes teóricas que valorizam a dimensão dos valores praticados contextualmente. Trata-se fundamentalmente do debate ocorrido, de forma mais incisiva nos anos de 1980, entre liberais e comunitaristas. O mapeamento desse debate pode ser verificado em: FORST, Rainer. *Contexts of Justice*. Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism. Translated by John M.M. Farrell. London, England: University of California Press, 2002. Conferir principalmente: “Introduction: Liberalism,

Communitarianism, and the question of Justice”. Ver o posicionamento da Ética do Discurso acerca das teorias do dever moral em: OLIVEIRA, Luís Cardoso. *Justiça, Solidariedade e Reciprocidade: Habermas e a Antropologia*. Brasília: UnB. Série Antropologia 149, 1993. p. 8.(in mimeo)

[4] É importante destacar que o Discurso difere-se da ação comunicativa. A ação remete ao âmbito da comunicação em que se reconhecem e se pressupõem as pretensões de validade implícitas nas emissões ou manifestações, que servem de meio para a troca de informações. No Discurso, ao contrário, as pretensões de validade assumem um caráter hipotético, tornando-se objeto de tematização e, simultaneamente, motivo de certa ruptura no contexto normal da interação. O Discurso não deixa de ser caracterizado pela argumentação, porém, passa a estar envolto em problematizações referentes à legitimidade das supostas pretensões de validade levantadas nos atos de fala. Desse modo, os Discursos caracterizam-se antes por argumentos que visam a apresentar as devidas razões ou as devidas recusas quanto às pretensões de validade problematizadas do que propriamente pela troca de informações. Em suma “no contexto de ação a afirmação tem o papel de uma informação acerca de uma experiência com objetos, no Discurso cumpre a função de um enunciado com pretensão de validade problematizada”. Conferir: HABERMAS, Jürgen. “Teorías de la verdad”. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Cátedra. Colección Teorema/Série mayor, 1989.p. 119.

[5] HABERMAS, Jürgen. “Diskursethik: Notizen zu einem Begründungsprogramm”. In: *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. p. 113. Conferir a tradução em português dessa obra em: [HABERMAS, Jürgen. “Notas Programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso”. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.] Para as demais notas, utilizaremos a sigla: MKH.

[6] MKH, p. 113-114.

[7] MKH, p. 114.

[8] MKH, p. 117-118.

[9] MKH, p. 118.

[10] MKH, p. 119.

[11] MKH. P. 119

[12] MKH, p. 119.

[13] HABERMAS, Jürgen. “Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung Normativer Strukturen”. In: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976. p. 11. A tradução em língua portuguesa encontra-se em: [HABERMAS, Jürgen. “Introdução: O materialismo histórico e o desenvolvimento de estruturas normativas”. In: *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1983.] Para as demais referências dessa obra utilizaremos a seguinte sigla: RHM.

[14] RHM, p. 33-34.

[15] RHM, p. 31.

[16] REPA, Luiz. *Habermas e a Reconstrução do conceito Hegeliano de Modernidade*. São Paulo: Dissertação de Mestrado/USP, 2000 (in mimeo), p. 26.

[17] OLIVEIRA, M. Araújo. “A crise da racionalidade moderna: uma crise de esperança”. In: *Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte: nº 45, pp: 13-33, 1989. p. 16.

[18] Os conceitos de *dinâmica do desenvolvimento* (Entwicklungsdynamik) e *lógica do desenvolvimento* (Entwicklungslogik) diferenciam-se do seguinte modo: a *dinâmica do*

desenvolvimento responde pelos desafios evolutivos representados por problemas sistêmicos não resolvidos ou economicamente condicionantes; em suma, responde pelos desafios apresentados na dimensão da reprodução material das sociedades. Já a *lógica do desenvolvimento* refere-se às modificações institucionais ocorridas no arcabouço das tradições culturais. Representa, portanto, a margem de variação na qual os valores culturais, as idéias morais e normativas podem ser modificadas dentro de um determinado nível de organização da sociedade. Trata-se fundamentalmente das alterações ocorridas na dimensão da reprodução simbólica das sociedades. Ver: RHM, p. 12.

[19] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 1997. vol. 1, p. 131. Para as demais referências utilizaremos a sigla: DD I.

[20] HABERMAS, Jürgen. “Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 106.

[21] DD I, p. 133-134.

[22] HABERMAS, Jürgen. “Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”. op. cit. p. 108.

[23] DD I, p. 317.

[24] HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 5. Para as demais referências a essa obra, utilizaremos a abreviatura FNH.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 1997. vol. 2, p. 35.

[26] SOUZA, Draiton Gonzaga de. “Jürgen Habermas recebe o prêmio da paz”. In: *Veritas*. Porto Alegre: v. 47, n. 4, dezembro 2002, p. 628.

[27] STEIN, Ernildo. “A Filosofia de Jürgen Habermas”. In: *Veritas*. Porto Alegre: v. 47, n. 4, dezembro 2002, p. 626.

[28] FNH, p. 1.

[29] DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e Consenso em Habermas. A Teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2ª edição revisada e ampliada. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 243.

[30] DUTRA, op. cit. p. 246.

[31] DUTRA, op. cit. p. 258.

[32] DUTRA, op. cit. p. 259.

[33] FNH, p. 18.

[34] DUTRA, op. cit. p. 259.

[35] FNH, p. 34. Segundo a visão de DUTRA, op. cit. p. 260: “No fundo, a biotecnologia é, para um desconfiado herdeiro da Escola de Frankfurt, como Habermas, que suspeita dos efeitos da ciência e da técnica, uma destruição prática dos fundamentos éticos da moral – prática porque despida de teoria –, ou seja, dos fundamentos naturalistas da moral, no sentido de torná-los disponíveis. Por isso, é preciso introduzir a moral numa ética da espécie”.

[36] A esse respeito Habermas afirma: “A vida de uma pessoa está marcada, tanto pelo seu contexto de socialização, como por sua herança genética. Mas trata-se de elementos de natureza diversa: um jovem pode, por exemplo, sair da casa dos pais e romper com as tradições desses; permanecerá, porém, sempre submetido a seus próprios genes”. Ver: HABERMAS, Jürgen. *Biologie kennt keine Moral. Nicht die Natur verbietet das Klonen. Wir müssen selbst entscheiden*. Tradução de Draiton Gonzaga de Souza. [A

Biologia não conhece nenhuma moral] In: *Veritas*: Porto Alegre: v. 47, novembro/2002, p. 620. Ver também DUTRA, op. cit, p. 262, ao estabelecer a distinção entre educação e eugenia: “A educação acontece pela ação comunicativa. Baseia-se em razões. Há uma estrutura interativa. Há o papel da segunda pessoa e a possibilidade de contestação. Mesmo que a relação educacional tenha uma certa assimetria, o adolescente pode compensar isto por um reexame crítico da gênese dessa socialização restritiva. Na eugenia, por sua vez, não há essa possibilidade de reexame. Não há o papel de segunda pessoa, nem comunicação. O programa genético é mudo”.

[37] FNH, p. 71. Cabe, nesse aspecto, apontar para a distinção que Habermas faz entre eugenia negativa e eugenia positiva. A primeira tem por objetivo evitar doenças através de intervenções terapêuticas; a segunda procura se utilizar de intervenções visando o melhoramento genético da espécie humana. Ver a esse respeito: DUTRA, op. cit. p. 245.

[38] DUTRA, op. cit. p. 264.

CLONAGEM HUMANA: COMO DETERMINAR O INÍCIO DA VIDA? *

HUMAN CLONING: HOW TO DETERMINE THE BEGINNING OF LIFE?

**Telma Aparecida Rostelato
Dirceu Pereira Siqueira
Eduardo Jannone da Silva**

RESUMO

O presente artigo ocupa-se em estabelecer a conceituação da clonagem e suas espécies, localizando-se juridicamente, o resultado do referido procedimento, na primeira e na pretensa quarta dimensão da subdivisão dos direitos fundamentais, aquela por assegurar o direito à vida, sem ingerência estatal e esta, por focar a dignidade sob um prisma diferenciado, necessitando assim, da participação do Estado, para conferir a implementação de medidas voltadas ao aprimoramento de técnicas científicas, disponibilizando melhorias na qualidade de vida de pessoas doentes. Com a finalidade de exigir que reflexões sejam feitas, acerca da fase em que se encontra a pesquisa científica, em seu âmbito mundial, destinada à clonagem do ser humano, pondera-se que a evolução científica é necessária e muito bem-vinda, quando possibilita melhores condições de existência às pessoas, tais como aquelas que portam certas doenças genéticas, que necessitam de medidas terapêuticas, intervenções cirúrgicas, baseadas nestas pesquisas, constituindo-se estas técnicas, verdadeiros instrumentos viabilizadores da usufruição do direito de uma vida digna, princípio constitucionalmente salvaguardado, entretanto conclui-se apontando como fator negativo a utilização destes métodos para a criação de novos seres, de forma geral, por entender-se que esta prática resulta na dessacralização da vida, consubstanciando-se, além de tudo, a impossibilidade da indicação precisa do início da vida humana, não bastasse a celeuma travada no ordenamento jurídico brasileiro, pertinente ao tópico, já existente, diante dos métodos tradicionais.

PALAVRAS-CHAVES: CLONAGEM, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ORIGEM DA VIDA, DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

This article is working to establish the concept of cloning and its species, finding themselves legally, the result of that procedure, in the first and fourth alleged size of the division of fundamental rights by ensuring that the right to life, without interference and this state, for the dignity focusing on a different prism, requiring well, the involvement of the state, to confer on implementation of measures aimed at improvement of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

scientific techniques, providing improvements in quality of life of sick people. With the purpose of requiring that thoughts are made, on the stage where the scientific research in its field worldwide, for the cloning of human beings, considering that the scientific development is necessary and very welcome, if possible better conditions of life to people, such as those what port it is certain genetic diseases, which need therapies, surgical interventions, based on these studies, being constituted these techniques, real instruments usufruição enablers of the right to a dignified life, constitutionally protected principle , However it appears as a negative pointing to use these methods to create new beings, in general, because I believe that this practice results in dessacralização of life, forming itself, besides all, the impossibility of accurate indication the beginning of human life, not enough to stir fought in Brazilian law, relevant to the topic, existing in front of traditional methods.

KEYWORDS: CLONING, RIGHTS, ORIGIN OF LIFE, HUMAN DIGNITY

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo propor uma reflexão a respeito do instituto da clonagem e para tanto, preliminarmente pretende enfatizar que a referida técnica científica comporta como significado, um verdadeiro paradoxo, por ser um procedimento revolucionário, na seara da ciência e ao mesmo tempo, um risco de afronta à bioética, sob o prisma da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, então aí motivada a imprescindível conceituação científica e jurídica.

Na seqüência, objetiva-se demonstrar que é imperioso estabelecer-se imediatas restrições à atuação científica, pois embora reconheça-se que o direito deve acompanhar as evoluções científicas, tais pesquisas não podem sobrepor-se à princípios tão caros ao ordenamento jurídico, retratando irreversíveis danos.

Assim, efetuará abordagem acerca dos direitos fundamentais, com o fim de enquadrar o procedimento da clonagem, e mais especificamente, os resultados da clonagem integral do ser humano, no rol classificatório das dimensões dos direitos fundamentais, para tanto efetuando breve esboço histórico, quanto às mudanças percebidas por estes, no passar dos tempos.

Por fim, anseiam lançar inquietações, naqueles que lidam com o Direito, para que atentem-se mais com o desenfreado interesse da ciência em avançar descobertas, que subsume um inquestionável atentado à vida humana.

2. CONCEITO CIENTÍFICO E CONCEITO JURÍDICO DA CLONAGEM

Cada ser humano é único, sem cópia, exclusivo, original, irrepitível e insubstituível, sendo assegurada, dessa forma, a sua identidade pessoal; contudo, o mesmo é igual em direitos e deveres em relação aos demais.

Por consequência, ninguém poderá ser objeto de discriminação em função de suas características genéticas diversas e específicas, residindo nessa diversidade e singularidade, o princípio do respeito à pessoa humana.

Desde os primórdios, a evolução da espécie, focada na busca pela compreensão dos processos biológicos, motivou o ser humano a tentar encontrar algumas respostas para o que, até então, só podia conhecer através da observação.

Desde a segunda metade do século passado, os progressos do conhecimento e os avanços da técnica, no âmbito da biologia molecular, genética e fecundação artificial, trouxeram para o debate cotidiano, expressões, até então restritas aos pesquisadores científicos, como a reprodução assistida, o DNA, as células-tronco e a clonagem – essa última objeto do presente estudo.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann define que:

“[...] clone é literalmente uma réplica, de genes ou de células, obtida através de uma biotecnologia de reprodução assexuada denominada clonagem, ou seja, indivíduo geneticamente idêntico a outro, produzido por manipulação genética (do grego: klon, klónos = rebento, broto, ramo pequeno)”. [1]

O professor José Roberto Goldim [2] esclarece que a clonagem é uma forma de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, resultando, desse processo, indivíduos que terão as mesmas características genéticas cromossômicas do indivíduo doador, também denominado de *original*.

Assim, o termo clonagem, designa as técnicas de duplicação de genes, células, tecidos, órgãos e seres vivos. Portanto, as células somáticas de qualquer ser vivo são clones da célula original da qual derivam.

Exemplo disso, são as experimentações e clonagem no campo vegetal e animal, resultantes dos avanços na área de biotecnologia, que vêm se difundindo através da prática da cisão gemelar artificial. Ainda, na natureza, os clones são muito comuns, decorrendo que os gêmeos univitelinos, nada mais são, do que clones naturais.

Entretanto, para Gregory E. Pence [3], “clonagem” (*cloning*) é um termo ambíguo mesmo na ciência, podendo dizer respeito à clonagem molecular, clonagem celular, duplicação de embrião (criação de gêmeos) e à transferência de núcleo somático (*nuclear somatic transfer – NST*).

Portanto, sob a denominação de *clonagem*, encontram-se agasalhadas técnicas diferenciadas, destinadas a objetivos específicos com finalidades distintas nos humanos.

O Direito, como ciência que visa organizar as condutas sociais humanas, nas situações que envolverão a manipulação do patrimônio genético humano terá como foco os preceitos bioéticos, harmonizando-os com os princípios da Constituição da República vigente, em razão dos avanços genéticos e da biotecnologia.

Assim, com brilhantismo ímpar infere Luis Roberto Barroso:

[...] o Direito e a Ética desenvolveram, nas últimas décadas, uma trajetória de aproximação. Superando a separação ideológica que fora imposta pelo positivismo jurídico, renovou-se a relação entre o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade. Direito e Ética enfrentam os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas, que deram ao homem o poder de interferir em processos antes privativos da natureza.

[...] O *biodireito* é um subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, voltado para o estudo e disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, a mudança de sexo e as pesquisas com células-tronco embrionárias. A Lei nº 11.105/2005 representa um esforço meritório de trazer a justiça, a segurança jurídica e a busca pelo bem-estar social para este domínio. A bioética, por sua vez, tem por objetivo a demarcação das possibilidades e dos limites dos progressos científicos nesses domínios, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados por cada sociedade e pela humanidade em geral.[4]

No campo do direito objetivo, a Lei 11.105, de 24 de março de 2005 - denominada Lei de Biossegurança - considera: *clonagem*, o processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem a utilização de técnicas de engenharia genética; *clonagem para fins reprodutivos*, a clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo; *clonagem terapêutica*, a clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica (artigo 3º, VIII, IX e X). O Decreto 5.591, de 22.11.05, ao regulamentar a mencionada lei manteve o conceito de clonagem, embora não se refira a qualquer modalidade (artigo 3º, XI).

Como se verá nos itens que se sucedem, muito se discute – no Brasil e no mundo – quando da possibilidade, espécies e limites da clonagem humana. Tal se justifica entre nós, pois em nossa ordem jurídica, a indisponibilidade de direitos fundamentais se apresenta como um bem jurídico de relevância incalculável. Logo, a vida do ser humano implica um sentido de exclusividade, ser diferente e único em relação aos outros, tendo em vista que o patrimônio genético, de cada ser humano, resulta das combinações possíveis de carga genética dos seus pais.

Nesse sentido, bem pondera Pietro de Jesús Lora Alarcón:

“[...] A dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida se coadunam para fornecer uma identidade e uma integridade física e moral ao indivíduo, resguardada pelo texto constitucional. Cada indivíduo é um só, conformado em função de um código genético e pode fazer valer esta sua identidade ou patrimônio genético”. [5]

Isto posto e no marco do manifesto descompasso entre as possibilidades abertas pela Ciência Genética e o que é constitucional ou não realizar, no bojo da evolução do constitucionalismo, cabe-nos a presente reflexão, uma vez que instaladas as inquietudes que a clonagem de seres humanos nos apresenta.

4. BREVE ABORDAGEM ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MUDANÇAS HISTÓRICAS

Com as revoluções, norte-americana e francesa, temos o surgimento de direitos do homem, enquanto pessoa humana e, ainda, neste contexto, o Estado não deveria intervir em tais direitos, ao contrário, deveria sim primar pela sua efetividade, instituindo meios para a prevalência das liberdades individuais.

Neste momento, o Estado é nitidamente chamado a ausentar-se das relações entre particulares, a fase é marcada pela total ausência do Estado na relação entre particulares, há, portanto a prevalência, dos direitos de defesa do particular frente ao Estado, das liberdades (a qual representava uma tradução do reconhecimento ao direito à vida com dignidade). [6]

Com isso consideramos que “[...] a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdade e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos)”. [7]

Apresentava-se assim, um Estado de Direito, que prestigiava uma Constituição, logo, a sociedade era regida por leis, vigorava o princípio da separação dos poderes, incumbindo a cada esfera do poder, funções diferentes, tanto para o executivo, legislativo e judiciário, sendo que ao Estado vigorava, perante a sociedade, o dever de abstenção, perante as liberdades individuais.

Surgem então os denominados direitos de primeira dimensão, [8] que ocorreu com a derrubada da monarquia absolutista até as guerras mundiais, sendo que neste contexto houve a ascensão da burguesia ao poder e a derrubada do Estado Absolutista, com a instauração de um Estado Liberal Clássico. [9]

Houve então uma elevação dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, pois o Estado não poderia intervir na sociedade, visando a prevalência da liberdade individual, devendo assegurar o cumprimento desta e estabelecendo medidas de segurança para assegurá-la. Destaque-se ainda, que “[...] a saúde é direito de primeira geração”. [10]

A total ausência de intervenção da esfera pública na esfera privada, a total ausência do Estado (liberdades negativas ou direito negativos) [11] e, que em havendo alguma intervenção que fosse mínima, isso que a princípio parecia a melhor forma de assegurar o bem estar de todos, a vida digna da sociedade e por certo as liberdades individuais, passou, com o decorrer do tempo, a demonstrar traços de insuficiência, pois com esta ausência do Estado, aumentaram-se as desigualdades, cabendo a cada indivíduo alcançar seu direito à propriedade (livre iniciativa), seja por meio de trabalho ou produção.

Devemos ressaltar que houve então, a contemplação das liberdades formais, onde os indivíduos tiveram formalmente fixado em lei, suas liberdades, consagrando a liberdade para fazer ou não fazer senão em virtude de lei, e o direito de escolha e ainda lhes sendo assegurado o direito de auto determinação. [12]

Com isso a sociedade que outrora clamou ausência do Estado, a não intervenção estatal, na relação entre os particulares e, que havia clamado pelos direitos à liberdade em sua totalidade, passou a vislumbrar que apenas estabelecer direitos não caracterizava seu real cumprimento.

Desta forma os indivíduos passaram a clamar por um novo posicionamento do Estado, almejou-se que o Estado mudasse sua forma de agir que passasse a intervir na sociedade como forma de minimizar as desigualdades e, estabelecer direitos mínimos aos indivíduos, rompendo então com o Estado Liberal Clássico, o que levou ao surgimento do Estado Social de Direito [13] e, com isso, surgiu a *segunda dimensão dos direitos fundamentais*, marcado pelo advento dos “[...] direitos sociais, econômicos e os culturais, quer na sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva”. [14]

Pois bem, se nos direitos de primeira dimensão tínhamos um Estado de prestações negativas, temos agora um Estado de prestações positivas, logo direitos positivos, onde os indivíduos clamam a interferência do Estado, visando reduzir as desigualdades. [15]

Neste contexto de mudanças, destacamos Canotilho:

[...] o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade. [16]

Temos agora uma proteção à dignidade da pessoa humana, uma necessidade de se dotar o ser humano de condições mínimas para uma vida digna, sendo que a função do Estado ao invés de abster-se, passou a ser a de fazer com que o indivíduo tivesse acesso a estas condições mínimas para uma vida digna.

As ações do Estado agora foram voltadas a minimizar os problemas sociais, estabelecer políticas que visassem, acima de tudo, diminuir as desigualdades e estabelecer condições dignas ao ser humano.

Ainda nesta esteira, com os resultados pós Segunda Guerra Mundial e, por conseqüências dos resultados catastróficos deixados por ela, é que surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais (ou, como chamados por alguns doutrinadores, direitos de fraternidade ou de solidariedade),[17] que incluiu os direitos difusos e coletivos,[18] sendo que tais direitos foram destinados a toda a humanidade e não destinados apenas a grupos determinados, contemplando assim, a proteção da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao reconhecimento dos direitos que compõem esta terceira dimensão dos direitos fundamentais, temos que:

[...] a teoria, com Vasak e outros já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.[19]

Acerca da distinção dos direitos fundamentais de terceira dimensão das dimensões que o antecederam é o seu caráter de titularidade coletiva, sendo oportuno o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.[20]

Destaque merece ainda, o posicionamento crítico de Norberto Bobbio acerca da terceira dimensão dos direitos fundamentais, que assim se posiciona:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem **uma**

categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata (grifo nosso).[21]

Oportuno ainda os comentários de Pietro de Jesús Lora Alarcón, acerca dos direitos fundamentais:

Parece-nos que, como acontece cada vez que se identifica um sistema jurídico, a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que se desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.[22]

É possível analisarmos neste momento, que a classificação dos direitos fundamentais, foi ocorrendo de forma, a cada vez mais prestigiar o ser humano, e em cada fase (dimensão), as conquistas foram ocorrendo visando a melhor forma de efetivar dignidade da pessoa humana, sendo que sempre buscando lograr êxito em estabelecer melhores condições ao ser humano, fixando por certo na enunciação dos direitos fundamentais, os mecanismos que fixassem o mínimo necessário à vida com dignidade, ao ser humano.

A doutrina tem divergido com maior ênfase quanto à classificação dos direitos fundamentais a partir deste ponto, pois grande parte dos doutrinadores, preferem classificar os direitos fundamentais apenas nas três dimensões que já demonstramos, sendo que outros doutrinadores têm apresentado uma quarta dimensão de direitos fundamentais.

Neste cenário, de surgimento dos direitos fundamentais de quarta dimensão temos posicionamentos que merecem destaque, a exemplo de Norberto Bobbio, que assim discorre:

[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.[23]

Destaque merece nesta seara, o posicionamento de Pietro de Jesús Lora Alarcón, quanto à quarta dimensão dos direitos fundamentais, sendo que defende para esta dimensão os direitos relativos à manipulação genética, sendo que assim dispõe:

Assim na quarta dimensão dos direitos fundamentais, não somente podemos falar de direitos, mas também de deveres-direitos, dentre os quais Antonio Beristain destaca dois: em primeiro lugar, o dever-direito fundamental de continuar refletindo acerca das teorias e experiências cognitivas, no intuito de aprender a encarar, dentro da nova perspectiva, mais humana, mais tolerante, mais solidária e global, as questões que lhe são inerentes. Em Segundo lugar, o dever-direito fundamental de seguir investigando, em mandato dirigido aos que se dedicam a Bioética, mas que pode estender-se, em nossa compreensão, ao mundo dos cientistas do Direito, para amadurecer a consciência moral e jurídica sobre os problemas trazidos hodiernamente pela Genética.[24]

Portanto, observa-se que o rompimento de uma dimensão de direitos fundamentais e o advento de uma outra, requer detectar os traços que caracterizam a sensibilidade desta e, estes traços têm sido encontrados nas descobertas da genética, visto que ela traz a lume uma nova forma de observar a vida humana. [25]

Pois bem, feitas as colocações necessárias, mister se faz esclarecer que o surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, denominada de *quarta dimensão de direitos fundamentais*, não significa, afirmarmos que houve uma supressão dos direitos consagrados em dimensões anteriores, ao contrário, devemos ressaltar que há um acréscimo, um aumento que visará uma maior proteção, principalmente, à vida humana e, vida esta, com dignidade.

Assim, devemos concluir que a quarta dimensão dos direitos fundamentais é uma realidade e, que nos parece claro que outras dimensões haverão de surgir, almejando certamente beneficiar a vida humana e, sempre aumentando o rol de direitos fundamentais, não finalizando ou desprezando os direitos fundamentais anterior.

Incumbe-nos ainda, o dever de destacar que tratamos de tratamos neste tópico das mudanças históricas, em detrimento a expressão evolução, uma vez que entendemos tratar-se de modificações, complementações das conquistas, e não superação. Assim, consideramos que a cada momento obtemos um aumento no rol, prevalecendo aqueles que já tínhamos conquistados.

5. LOCALIZAÇÃO PRECISA DO PROCEDIMENTO DA CLONAGEM NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos das pessoas encontram-se dispersos na Constituição Federal de 1988, fixados por diversos artigos, não se restringem, portanto, ao disposto no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*).

Não obstante, a presença dos mesmos assenta-se primordialmente, no princípio que alicerça os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana, por constituir-se o cerne da proteção, de forma geral, no nosso ordenamento.

Nesta seara de proteção, pode-se afirmar que se localiza, na primeira dimensão dos direitos fundamentais, os direitos da liberdade, incluídos o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), às liberdades de expressão coletiva, etc.

Ainda, como propõem alguns autores, a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, onde, pode-se afirmar, estaria o direito à realização de estudos científicos, que pugnam pela melhoria da qualidade de vida das pessoas, presentes então a análise das células-tronco e a clonagem, como medidas terapêuticas, zelando pelo absoluto resguardo das condições de existência digna do ser humano, podendo-se desde logo afirmar-se, portanto, haver enquadramento nesta dimensão dos direitos fundamentais, já que corresponde à proteção diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana.

A autorização para a realização de procedimentos terapêuticos e mesmo as intervenções cirúrgicas, acabam gerando expectativas para a pessoa que a eles se submeterá, de maneira que aguarda melhorias em sua qualidade de vida e mesmo a inclusão social, que não raras vezes amplia-se, em decorrência das dificuldades com as quais se deparam para a prática de atos cotidianos.

Ora, é inolvidável que tais procedimentos retratam esperança, já que a submissão de pessoas “doentes” a estas cirurgias, corresponde à preservação da dignidade da pessoa humana, a qual tem interpretação sob outro enfoque, segundo a definição da quarta dimensão dos direitos fundamentais.

A quarta dimensão dos direitos fundamentais abarca a pesquisa genética, com a necessidade de impor um controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente o homem, decorrendo então, a identidade genética, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pietro de Jesús Lora Alarcón pondera que: “[...] as finalidades do direito e do Estado podem sintetizar-se em uma só: a proteção integral da vida do ser humano, sua felicidade”. [26]

Disso depreende-se que, para o atingimento da felicidade, as pessoas carecem do resguardo estatal de sua dignidade, conferindo-lhe igualdade de condições, em todos os aspectos da vida cotidiana.

As dimensões dos direitos fundamentais, como visto, salvaguardam a vida humana. Desta assertiva, convém ressaltar que, não basta assegurar o direito à vida, é necessária a proteção da vida digna, ou seja, a vida há que ser usufruída, com dignidade, daí então decorre a transmutação dos direitos fundamentais, em dimensões, sendo que em cada

momento histórico, o enfoque de proteção dispensada é visto em conformidade com os valores atribuídos pela sociedade.

É inolvidável que hodiernamente, devido aos avanços científicos, a terapia genética pode resolver problemas de saúde do ser humano e, tal evento deve ser protegido, pois o bem que se tutela é a vida humana, com a realização da terapia visa-se não apenas proteger a vida, mas a vida digna daquela pessoa, que porta certa doença genética.

Verifica-se que a pesquisa científica constitui-se instrumento fundamental para a busca de cura para certas doenças, principalmente nas situações em que se desafia a medicina, quando da ocorrência de males genéticos, reposição de células, falta de órgãos e rejeição nos transplantes, doenças incuráveis e outras.

A clonagem humana vem sendo utilizada como instrumento de pesquisa para a cura de diversas doenças, através das células-tronco (células indiferenciadas no estágio inicial do embrião que podem dar origem a diversos órgãos ou tecidos para transplantes), não se podendo negar a positiva atuação destas pesquisas, que viabilizam a acessibilidade à diminuição de dor, eliminação de doença e com isso possibilitando a usufruição de vida digna, princípio tão caro ao nosso ordenamento jurídico.

A inviolabilidade da vida humana é vista então, sob outro ângulo, no que se refere às terapias genéticas ou, mesmo, técnicas de clonagem, as quais repercutem sobre valores da vida.

O instituto da clonagem localiza-se *prima facie*, nos direitos fundamentais de primeira dimensão, contemplados os direitos de defesa do indivíduo, com relação ao Estado, ou seja, a preservação do seu direito à vida, sem interferência estatal.

Já, num segundo plano, localizam-se nos direitos fundamentais da pretendida quarta dimensão, pois focada está, sob um outro patamar de proteção, a vida humana, sustentada pela garantia da fruição de dignidade, no decorrer da vida destas pessoas, exigindo-se, desta feita, a interferência estatal, para a implementação de medidas destinadas ao aprimoramento de técnicas científicas voltadas à melhoria de condições da existência.

Seria esta, uma outra dimensão protetora dos direitos da pessoa, enfim, os direitos vistos sob uma óptica diversificada, a qual engloba diversos princípios, que subsumem a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, já que é imprescindível o acompanhamento da evolução científica pelo Direito.

A proteção dos direitos das pessoas não se encontra apenas consagrada constitucionalmente, tal salvaguarda comporta a preservação como direitos fundamentais, dada a sua elevação a este patamar, localizados especificamente na 1ª dimensão, dentre a subdivisão dos direitos fundamentais, sedimentada no ordenamento, em sua fase inaugural (correspondente ao século XVIII), por consolidar a proteção da vida, além da segurança, propriedade, igualdade formal, e outros, os quais são oponíveis ao Estado, que é tido como guardião destas, sem interferir no relacionamento social, abstendo-se.

E ainda, na pretensa 4ª dimensão, embora ainda não consagrada na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas (por isso a dificuldade em se determinar datas), estaria a proteção das pessoas, sob o enfoque dos mecanismos possibilitados pela evolução científica, como a clonagem, que se destina à realização de cirurgias para correção de anomalias genéticas; pesquisas e manipulações genéticas, destinadas à tratamento terapêutico, refletindo-se assim, na salvaguarda da vida com dignidade, ou seja, a dignidade sob um prisma diferenciado.

6. COMO ESTABELEECER O INÍCIO DA VIDA NA CLONAGEM?

A clonagem dos seres humanos constitui-se ainda tema bastante controvertido, um verdadeiro atentado à liberdade, como uma das mais sérias questões da ética da vida.

É cediço que a clonagem de seres vivos tem sido um vasto campo de experimentos científicos há várias décadas, tendo chegado ao conhecimento da população tão-somente em 1997, quando do anúncio da primeira clonagem bem sucedida de um mamífero – a ovelha Dolly, a qual foi realizada no ano de 1996, na Escócia, no Instituto de Embriologia Roslin, tendo como embriologista responsável o doutor Ian Wilmut, que ao conseguir clonar uma ovelha, batizada de Dolly.

À partir desta descoberta científica, diversas foram as manifestações voltadas à clonagem de um ser humano, tanto que outros animais, além da ovelha Dolly, foram clonados, tais como ratos, vacas, outras ovelhas e recentemente, uma gata de estimação chamada Cc.

Apesar de a clonagem não ser entendida por completo pelos médicos e cientistas, no que se refere aos conhecimentos teóricos, por entenderem ser impossível fazer células somáticas atuarem como sexuais, pois nas somáticas quase todos os genes estão desligados, muito embora a ovelha Dolly tenha sido gerada de células somáticas mamárias, retiradas de um animal adulto, sendo que o núcleo das células, onde encontram-se os genes, foram armazenadas e na fase seguinte, os núcleos das células somáticas foram introduzidos dentro dos óvulos de uma outra ovelha, de onde haviam sido retirados os núcleos, as pesquisas continuam.

Desta forma, formaram-se células artificiais e através de um choque elétrico, as células foram estimuladas, após um estágio em que ficaram "dormindo", de modo que os genes passaram a agir novamente e formaram novos embriões, que introduzidos no útero de uma ovelha acabou por gerar a conhecida ovelha Dolly, que morreu alguns anos depois, manifestando envelhecimento precoce.

A embriologia e a engenharia genética tem feito pesquisas também com células-tronco e na produção de órgãos animais, através de métodos parecidos com a clonagem.

No final de 2000, a Casa dos Comuns Britânica, deu parecer favorável à legislação que passou a autorizar pesquisas que utilizam células-mãe para desenvolver tratamentos

contra doenças fatais como leucemia, Parkinson e Câncer, em 2001, aprovou uma legislação, autorizando clonagem limitada de células de embriões humanos (ainda mantendo ilegal a clonagem humana).

À época, o primeiro-ministro Tony Blair manifestou-se nos seguintes termos: "A medida permitirá aos britânicos continuar na liderança da florescente indústria da biotecnologia". Atente-se à focalização da preocupação daquele representante estatal.

Com isso, em âmbito mundial, não obstante os estudos afetos à matéria já venham de longa data, pois há mais de dez anos, a Lei de Fertilização Humana e Embriologia não permitia, na Inglaterra, a clonagem humana e, nem mesmo, pesquisas com células-mãe, permitia apenas a clonagem de embriões com até 14 dias para pesquisas em busca de soluções para a esterilidade, tendo no ano de 2007, o governo norte-americano retirado do orçamento verbas para pesquisa com embriões.

Segundo definição de Joaquim Monte[27], células-mãe são aquelas que, durante o processo de maturação biológica, se transformam em diferentes tipos de células e, por isso, podem originar várias partes do corpo (tais como células ósseas, sanguíneas, neurônios e outras), consistindo o processo da seguinte forma: uma célula é retirada de um doador, após é fertilizada em laboratório e, quando de seu crescimento e divisão, que ocorre durante uns 5 dias, dá origem a cerca de 100 "células-suporte" que tem o potencial de se transformar em qualquer tipo de célula do corpo, as quais podem ser usadas com fins terapêuticos por serem aceitas pelo organismo, como "células-amiga" por parte do sistema imunológico (e, não, como corpo estranho), permitindo evitar as rejeições tão comuns nos transplantes.

As referidas células-mãe podem ser facilmente obtidas de adultos, como o são de embriões, sendo que as de embrião de menos de uma semana de vida oferecem maior potencial de benefício para os seres humanos, como asseveram os cientistas.

Diante de tal evolução científica, podendo ser considerada então, a clonagem, como verdadeiro procedimento revolucionário na seara da ciência; do ponto de vista da bioética, posiciona-se numa encruzilhada histórica, indubitavelmente.

A aludida assertiva recai sobre a utilização da clonagem para a formação de novas vidas, seja ou não de seres humanos. Poderia o homem interferir na atuação divina?

Não é por acaso que a Igreja Católica manifesta-se com veemente oposição, entretanto importa destacar que o Papa João Paulo II, já se manifestava pela condenação de tal procedimento, entendendo que: "a única maneira aceitável de criar a vida humana é mediante a relação sexual de um casal unido pelo matrimônio".[28]

Por outro lado, afirmou que "particularmente, pensa nas tentativas de clonagem humana, com vistas a obter órgãos para transplantes".

Infere-se daí, que os cientistas devem ser responsáveis, pois como bem observou o representante do clero, não se pode conceber como medida válida o procedimento que pretende originar novas vidas, o que seria mesmo inconcebível, por afrontar outro princípio constitucionalmente resguardado, a dignidade da pessoa humana.

Cumprido ressaltar que, ao referir-nos alhures, à presença do princípio da dignidade humana, que se faz presente no instituto da clonagem, e que deve sim ser resguardado, alude-se às técnicas tendentes à melhoria de qualidade de vida, transplantes, cura de doenças, mas não a clonagem para criação de novas vidas.

Com isso, posiciona-se no sentido de que, a ciência deve evoluir, a população necessita de avanços, para melhorar suas condições de existência, pois mais importante que ter direito à vida é ter direito à vida digna, mas estes avanços devem sofrer limitações, as quais deveriam ser objeto de imposições legais, de maneira a evitar que a vida dos seres humanos se tornasse um mero objeto, manipulado pelos cientistas. Aí então pode-se localizar a ética na prática da clonagem.

Mesmo que o Ministério da Saúde da Grã-Bretanha, tenha garantido que legalmente não viria ser permitido que a clonagem humana, em sua totalidade viesse a ser realizada, importa asseverar que muito antes de que isso venha acontecer, pois estudos em animais cobaias já vem sendo feitos há bastante tempo (mesmo no Brasil), faz-se necessária a emissão de alerta às autoridades, e ainda, àquelas que lidam com o direito, a fim de estabelecer sérias restrições à técnica, evitando-se que se banalize a vida, pois todo ser vivo é passível de ser clonado, seja ele vegetal, animal ou mesmo o humano.

Ainda que não seja divulgado, atualmente comemos frutos de plantas clonadas e isso há algum tempo, encontrando-se, as mesmas, disponíveis em qualquer supermercado, já existindo grandes empresas que se dedicam à produção e ao comércio de mudas clonadas, como ocorre com orquídeas e outros colecionadores de plantas exóticas ou raras, pois um pedaço muito pequeno da planta pode originar outra idêntica, recentemente, revistas científicas internacionais publicaram artigos sobre clones bem-sucedidos de animais em extinção e para consternação geral, não houve reclamação, pois as pessoas fissuradas por bichinhos de estimação sonham com as empresas especializadas nessa área, o que minimaliza, por certo, a importância da vida.

Os espantos foram reforçados, com a divulgação feita em 25 de novembro passado, por cientistas e médicos da empresa norte-americana ATC – Advanced Cell Technology ou Tecnologia Celular Avançada, quanto à obtenção de sucesso na realização de clonagem de um embrião humano, a partir de uma única célula adulta com um óvulo, sendo pioneira na história.

Muito embora o clone não tenha vingado, a preocupação dissemina-se dia a dia, pois se já se conseguiu chegar a esta fase, inolvidável que falta muito pouco para que se clone a pessoa humana, efetivamente, pois o processo é o mesmo, tanto para a cura de células, quanto para a formação de células reprodutivas, originando nova vida.

A ética deve então ocupar posição hierárquica superior à evolução científica, frise-se, no que concerne à criação de vidas, pois assim como outros países, o Brasil já legislou sobre a matéria, fixando normas diversas na Lei da Biossegurança (8.974, de 05 de janeiro de 1995), mas é inolvidável que não são textos normativos que irão impedir a curiosidade científica, por isso a movimentação mundial deve existir, manifestadas por movimentos e posicionamentos, ao menos com o fito de demonstrar repugnância à esta atuação.

A clonagem humana, para a criação de vidas, inviabilizaria até mesmo a definição quanto ao momento da origem da vida, pois se nem mesmo a legislação civil brasileira

conseguiu chegar a um consenso, sem a existência do instituto da clonagem, muito maior a celeuma que se travará com o advento da vida, através deste procedimento, como considerar quando se inicia a vida...

E mais: como poderia-se considerar que há preservação do princípio da dignidade humana?

CONCLUSÕES

1) A clonagem, sendo resultado de pesquisa científica, ocupa hodiernamente avançada posição experimental, dentre a ramificação da ciência, daí demonstrando-se eficaz instrumento voltado à cura de doenças genéticas, reposição de células, e mesmo a regeneração de órgãos, que tiveram rejeição em transplantes, dentre outros mecanismos, cuja função objetiva amenizar a dor de pessoas doentes, bem como de seus familiares.

2) A mencionada dor não se restringe ao aspecto físico, adentra no mais íntimo dos sentimentos de cada ser, reveste-se mesmo, da impossibilidade descritiva, isto porque pertence à “cada um”, abordado no ordenamento jurídico brasileiro, pelo denominado princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art. 1º., inciso III.

3) A salvaguarda do aludido princípio constitucional, comporta a preservação de direitos fundamentais, localizando-se, dentre a subdivisão destes, no caso da clonagem, especificamente na 1ª dimensão, por consolidar a proteção da vida, além da segurança, propriedade, igualdade formal, e outros, os quais são oponíveis ao Estado, que é tido como guardião destas, sem interferir no relacionamento social, abstendo-se.

4) Ainda, de forma inovadora, presente está a clonagem, na pretensa 4ª dimensão dos direitos fundamentais, vez que esta enfoca os mecanismos possibilitados pela evolução científica, destinados à realização de cirurgias para correção de anomalias genéticas; pesquisas e manipulações genéticas, destinadas à tratamento terapêutico, refletindo-se assim, na salvaguarda da vida com dignidade, ou seja, a dignidade sob um prisma diferenciado.

5) Neste viés, verifica-se a acentuada importância a ser dispensada, portanto, aos experimentos científicos, que buscam estabelecer melhorias nas condições de vida humana.

6) Tal assertiva é incontestável, entretanto é inolvidável que limites devem ser impostos, a fim de evitar-se que a vida humana seja banalizada, pois como mencionado, deparamo-nos com métodos extremamente avançados, já tendo sido divulgadas, por várias vezes, ocorrências de clonagem integral de seres, fator para o qual deve-se alertar autoridades, legisladores e juristas, antes que se implemente a irreversível dessacralização da vida.

7) Frise-se que esta problemática não se assenta tão-somente nas contradições à questões religiosas, mas sobretudo contrapõe-se a aspectos jurídicos, pois não seria

viável, mediante a clonagem integral do ser humano, determinar-se sequer, o preciso momento da origem da vida, o qual, nem mesmo mediante os métodos tradicionais pôde-se definir, pois há truncada celeuma jurídica que circunda o tema, mas não é só: e como se poderia pretender salvaguardar a dignidade da pessoa, cujas células originaram outras e finalmente, resultaram no surgimento de outro ser humano, idêntico às suas células, sendo pois, seu clone, inolvidável então, que devam ser estabelecidos freios à tais pesquisas, imperando a ética, prevalecendo assim, sobre a evolução científica.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAFÉRIA, Adriana. **Clonagem – Aspectos Jurídicos e Bioéticos**. 1ª. ed. São Paulo: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. **Conflitos Bioéticos – O Caso da Clonagem Humana**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

<http://revista.fapemig.br/materia.php?id=187>. Acesso em 05.09.2008

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV

MONTE, Joaquim - Médico Psiquiatra, Mestre pela Escola Paulista de Medicina, Doutorado na Universidade de São Paulo, Professor da Disciplina de Bioética da Faculdade de Ciências Médicas (FACIME) da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), “in” CLONAGEM DE SERES HUMANOS. Disponível no site: www.google.com.br. Acesso em 04.09.2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[1] HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. Conflitos Bioéticos – O Caso da Clonagem Humana. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003, p. 34.

[2] GOLDIN, José Roberto, disponível no site http://www.giubileo.va/roman_curia/ponti...90_clon_po.html

[3] SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 115.

[4] SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia, *ibidem*.

[5] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 57.

[6] Neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55-56, assim se posiciona: “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar, do pensamento liberal-burguês do século XVIII de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho *negativo*, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 406.

[8] Utilizaremos a expressão *dimensão* em detrimento de *geração*, por entendermos que o termo *geração*, utilizado na teoria geracional, denota uma *falsa idéia* de que com o surgimento de um novo momento, uma nova geração estar-se-ia finalizando a fase (geração) anterior, sendo que não é isso que ocorre, afinal, a existência de um momento demonstrando prevalece, e ainda serve como mecanismo de compreensão para o novo momento, sendo portanto que nesta seara a teoria *geracional* demonstra-se fadada ao insucesso, sendo que neste contexto compartilhamos as lições de MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV, p. 24: “[...] o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e

das sociedades”. Ainda neste diapasão: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 27: “[...] uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007, p. 43: “[...] neste contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos *gestados* em uma geração, quando apremem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada [...]”.

[9] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 17: “O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”.

[10] SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 52.

[11] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116: “O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdade públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção”.

[12] CANOTILHO, 2003, p. 384: “[...] o modelo dos direitos de liberdade fosse essencialmente um *modelo económico*, traduzido no facto de os direitos dos indivíduos se reconduzirem à **autodeterminação** do indivíduo através da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens” (grifo nosso).

[13] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004, p. 78: “O advento desse modelo novo de Estado, identificado doutrinariamente como Estado Social de Direito, iniciou-se em virtude de acontecimentos políticos de inusitada relevância, como uma necessidade de suceder ao Estado Liberal”.

[14] ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2007, p. 117.

[15] Quanto à atuação do Estado neste momento, Paulo Bonavides leciona que: “O Estado social é enfim Estado produtor da igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso a prestações positivas; a promover meios, se necessário, para concretizar comando normativo de isonomia” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1980, p. 343).

[16] CANOTILHO, 2003, p. 385.

[17] SARLET, 2007, p. 58.

[18] A conceituação acerca de direitos difusos e coletivos encontra-se disciplina pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) no disposto pelo Art. 81, parágrafo único, incs. I e II.

[19] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003-b, p. 569.

[20] SARLET, 2007, p. 58.

[21] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

[22] ALARCÓN, 2004, p. 81.

[23] BOBBIO, 1992, p. 06.

[24] ALARCÓN, 2004, p. 98.

[25] ALARCÓN, 2004, p. 89.

[26] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004, p. 318.

[27] MONTE, Joaquim - Médico Psiquiatra, Mestre pela Escola Paulista de Medicina, Doutorado na Universidade de São Paulo, Professor da Disciplina de Bioética da Faculdade de Ciências Médicas (FACIME) da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), “in” CLONAGEM DE SERES HUMANOS. Disponível no site: www.google.com.br. Acesso em 04.09.2008.

[28] MONTE, Joaquim, ibidem.

O STATUS MORAL DO EMBRIÃO HUMANO E A ALTERIDADE COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL NO DIÁLOGO BIOÉTICO*

THE MORAL STATUS OF THE HUMAN EMBRYO AND THE ALTERITY AS BASIC CRITERION IN THE BIOETHICS DIALOGUE

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

RESUMO

Este artigo configura-se como proposição pela utilização da alteridade como critério fundamental bioético, na busca da resposta aos desafios constantes de uma Bioética comprometida com a definição e com os rumos da humanidade, diante de uma biomedicina não apenas curativa, preventiva ou reabilitadora, mas também planejadora e experimental. Essas produções biomédicas experimentais objetivamente iniciaram um processo de mudança do homem, que se revela em concreto com o desaparecimento dos tradicionais limites da vida e levam à necessária reflexão filosófica acerca da exigência de uma redefinição da essência do humano, da morte, da vida e da identidade pessoal. Procura responder algumas questões relacionadas à existência de algum conceito de alteridade, que seja preliminar à ética a ser invocado como critério, bem como em que medida a alteridade pode constituir-se em critério bioético fundante. Busca, outrossim, promover uma reflexão em como poderia funcionar o critério da alteridade, no contexto dos debates em torno ao status moral do embrião humano e da noção de pessoa humana como abertura, relação, comunicabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOA – EMBRIÃO HUMANO – ALTERIDADE – BIOÉTICA – LÉVINAS

ABSTRACT

This article is configured as proposal for the use of the alterity as a bioethics basic criterion, in the search of the reply to the constant challenges of a Bioethics compromised to the definition and the routes of the humanity, ahead of a cure, preventive or rehabilitate biomedicine, but planner and not only also experimental. These experimental biomedical productions had objective initiated a process of change of the man, wich discloses in concrete with the disappearance of the traditional limits of the life and leads to the necessary philosophical reflection concerning the requirement of a redefinition of the essence of the human being, the death, the life and the personal identity. Search to answer some questions related to the existence of some concept of alterity that is preliminary to invokes ethics as criterion, as well as where measured the alterity it can consists in basic bioethics criterion. It looks for, hereby, to promote a reflection on how can the criterion of the alterity works, in the context of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

controversies in late to the moral status of the human embryo and the notion of person human being as opening, relation, communicability.

KEYWORDS: HUMAN EMBRYO – ALTERITY – BIOETHICS – LÉVINAS

Introdução

Etimologicamente, o vocábulo critério (do grego *kriterion*) significa aquilo que serve para julgar, através do qual se reconhece algo distinto de outro, aquilo que norteia e dirige nossa opção. Alteridade vem do latim *alter*, cujo significado é *outro*. Na tradição filosófica ocidental a concepção de alteridade está presente e recebeu diferentes sentidos, seja como pluralidade, diferente, outro, ser outro, ser do outro, atitude para com o outro, conceito do outro (em sentido geral) problema do outro, problema do próximo, existência do próximo, realidade dos outros, encontro com o outro, reconhecimento do outro[1]; não como um saber óbvio, mas variando em significado, conforme o tempo e o espaço históricos. Exige, dessa forma, um enfoque contemporâneo. Nesse sentido, é de perceber-se que a alteridade pode ser encarada ora como razão discursiva, instinto de vinculação social, operação do sentimento, atividade moral, dialética do espírito e da natureza, invenção projetiva ou reflexão fenomenológica[2].

É ponto de partida o pressuposto segundo o qual o ser humano se constitui pessoa pela intimidade e pela abertura. Isso representa o elemento determinante da alteridade na idéia de pessoa. Por isso, todo o compromisso e reflexão ética e, particularmente no tocante ao trabalho em curso, toda conduta e reflexão apontam para a alteridade fundando e lastreando o valor e a dignidade da pessoa. Note-se que a noção de pessoa implica abertura ou intersubjetividade; em outras palavras a alteridade pertence essencialmente ao conceito e à realidade da pessoa.

Quando proposta a alteridade como critério basilar bioético, pressupõe-se ser ela “o corretivo e a complementaridade ao personalismo exclusivo como da politicidade exclusiva” pois permite a correção de “uma visão individualista e abstrata do personalismo”, ao mesmo tempo em que permite considerar o encontro intersubjetivo como “a origem dos valores morais”[3].

A alteridade é inevitável, não é escolha, assim como a heterogeneidade é constitutiva do mundo humano, que caracterizado por sua intersubjetividade é relacional. É de se perceber, porém, que essa inevitabilidade não possui o condão de impedir a noção de conflito, mas antes, nos remete a ele. Compreender esse conflito é o desafio que está posto à sociedade, cada vez mais plural. Nesse enfoque, se a alteridade pressupõe o conflito social, que não pode ser negado, mas antes enfrentado, pois ainda que episódico, faz parte da vida em comum. Resultado imediato da heterogeneidade social humana, o conflito está intimamente ligado a essa pluralidade moral. Não se pode negar que esse pluralismo nos remete necessariamente a enxergar o Outro, a uma concepção do Outro, como grande o referencial demarcador ético de qualquer moralidade.

A idéia de alteridade tende a regular o tratamento dispensado aos conhecidos e aos estranhos morais. Pensar a pluralidade, dessa forma implica pensar a ética e o conflito.

Em especial, nos conflitos bioéticos abertos que envolvem questões para além da vida e além da morte, saúde, sentido, natureza, divindade e muitos outros, os quais adquirem os mais diversos matizes a partir das diversas visões de vida e de mundo e formas particulares de viver de seus interlocutores.

Por outro lado, se é reconhecida a existência da pluralidade de interesses morais não significa atrelamento ao dogmatismo do relativismo radical. Ao contrário, identificar a diversidade de interesses morais e éticos da humanidade, reconhecendo-os como tal, demanda olhar ao redor e para além do próprio sujeito, e se revela muito mais como exercício fundamental na busca de uma ética comum, sem perder de vista a mesma diversidade moral, signo da era da tecnociência.

1. Concepções de Alteridade

A filosofia, dando prioridade à relação consciência-mundo, ao longo de sua história, relegou a segundo plano o problema do outro, fazendo com que este aflorasse quando deslocou-se da “natureza” para a “história”. Para Lévinas[4], o caminhar histórico da filosofia nos demonstra um eterno retornar do eu em direção ao seu ponto de partida, a saber, o seu eu idêntico, ao ser enquanto seu porto seguro, sua salvaguarda.

No entanto, é necessário compreender que esse *ser* não é concebido enquanto e desde o *eu*, senão a partir e necessariamente com recurso ao *outro*, e, o retorno para e pelo *outro*, representa responsabilidade com aquilo que ocorre na vida social, unindo transcendência e cotidiano, razão e práxis. Dessa forma, constitui eixo fundamental para a ética, “precisamente porque contém e revela a possibilidade e a realidade do além do ser e da identidade do mesmo, como transcender para o outro numa relação responsável, que Lévinas chama de alteridade”[5].

Ao voltar-se para as origens de tradição filosófica ocidental, encontra-se em Aristóteles, no que se refere à convivência humana, uma única concepção em relação à alteridade, aquela existente entre os homens que por natureza (*katà physin*) são diferentes entre si, como o varão e mulher; o grego e o bárbaro, o senhor e o escravo[6]. A alteridade em Aristóteles pode ser entendida no âmbito da *amizade*. Todavia, como adverte Vaz, “o perfil do *outro* é absorvido pelo esplendor do *logos*”[7]. No entanto, vale registrar terem sido os gregos os criadores da expressão filantropia, concebida como tradução das idéias de justiça, pudor e respeito ao próximo. O seu antônimo era a crueldade, considerada como ato atribuído aos bárbaros. Embora os não cidadãos estivessem à margem da proteção das leis escritas, ainda assim determinados atos que lhes fossem praticados eram passíveis de punição pela lei moral. Este era o caso da recusa em lhes conceder uma sepultura ou o massacre dos vencidos, o que evidencia uma tolerância mínima em relação ao outro, ao não grego e pressupõe um respeito à vida em suas variadas manifestações e às diferentes crenças[8].

O pensamento judaico-cristão colocou a questão da alteridade num patamar distinto daquele concebido pelo mundo grego, muito em razão da concepção da criação do ser humano a imagem e semelhança de Deus.

A vida humana, ora considerada como uma dádiva divina e a busca de uma correspondência moral ao valor desta criatura enquanto semelhante a Deus, é o que

levará a uma afirmação da noção de pessoa pelo cristianismo, como exposto no item 1.1.

O aparecimento histórico do cristianismo acrescentou algo novo à ordem do sentido e à teoria da alteridade. Se, para os gregos, o outro era concebido como ser vivo acidentalmente outro, fruto da mesma mãe, a natureza, para o cristianismo, o outro homem é concebido como realidade emergente do nada, em cuja essência se mesclam divindade e pecado. Assim, o outro se revela e deve ser o próximo.

Em Santo Agostinho[9], o amor em Deus permite ao ser humano abrir-se para a alteridade. Partindo dessa premissa, Tomás de Aquino ressalta a importância da relação no sentido de se conhecer o significado das pessoas divinas, senão a partir das relações entre elas, com o mundo e com os homens[10].

É a partir de Hegel, entretanto, que “o problema do *outro* é repostado em toda a sua agudeza”, na obra *Fenomenologia do Espírito*[11], o que influenciará posteriormente diversas correntes de pensamento, a saber: o existencialismo, o marxismo, a fenomenologia, o personalismo.

Em Hegel outro enquanto sede da sua verdade e elo de possibilidade da unidade perdida desperta a consciência para a necessidade do encontro, da partilha, das relações de intersubjetividade, pois, só dentro de um contexto intercomunicativo pode se estabelecer a verdade do sujeito, ou melhor do Eu que é nós e do Nós que é Eu.

Na experiência do reconhecimento proporcionada pelo encontro de um outro de si mesmo, a subjetividade se descompromete do solipsismo da tradição subjetivista encontrando o local sem riscos “a partir do qual se afasta da aparência colorida do aquém sensível, e da noite vazia do além supra sensível, para entrar no dia espiritual da presença”[12].

Assim o reconhecimento exsurge da necessidade do enfrentamento da verdade do outro para dela extrair a verdade de si-mesmo. Ao travarem a relação de reconhecimento as duas subjetividades verificarão que “Cada extremo é para o Outro o meio termo, mediante o qual é consigo mediatizado e concluído; cada um é para si e para o outro, essência imediata para si essente; que ao mesmo tempo só é para si através dessa mediação. Eles se reconhecem como reconhecendo-se reciprocamente”[13].

Da dialética resultante da luta pelo reconhecimento, a parábola do senhor e do escravo, e seus decorrentes, estoicismo, ceticismo e consciência infeliz, são estágios de efetivação das relações intersubjetivas em seus diversos graus e nuances específicas.

Nas relações de intersubjetividade vividas na busca pelo reconhecimento através da descoberta do outro de si mesmo, através da descoberta da verdade da consciência de Si, como para-si, é a revelação da relação do eu com o outro, da substância que é Espírito, vivenciará a consciência a experiência de ser toda a realidade, porém esta realidade é a da comunidade das consciências de si.

Filósofos como Kierkegaard, Husserl, Max Scheler, Hartman, Mounier, Nédoncelle, Madinier, Lacroix, Malverne, Heidegger, Jaspers, Marcel, Sarte abordaram, cada um a

seu modo, a temática do outro[14]. Todavia, cabe sublinhar as contribuições de Buber, Bellino, Sève, Ricoeur, antes de expormos a alteridade segundo Lèvinas :

Em Buber, tem-se a concepção de uma alteridade vinculada ao “ser dialogal”. Segundo esta concepção, a pessoa possui uma estrutura dialogal: o seu 'eu' constitui-se na referência a um 'tu'. Assim, temos uma antropologia fundada na relação “eu-tu”[15]. É pela relação “eu-tu” que o ser humano se personaliza e não a partir de sua relação com o mundo material. Essa relação está pautada na reciprocidade: cada pessoa nasce despertada para a outra. O que o “eu” descobre no “tu” e vice-versa não é uma subjetividade do outro, nem a projeção de sua própria subjetividade, mas realmente o outro.

Von Zuben[16] sintetiza aquilo que denomina “os quatro aspectos essenciais e indispensáveis a qualquer relação eu-tu”, elencados por Buber, na seguinte medida: “a reciprocidade, a presença, a imediatez e a responsabilidade”. “Relação é reciprocidade (Eu-Tu)”[17]. A presença pode ser considerada como o justo momento, o instante da reciprocidade. Trata-se da reciprocidade da presença que garante a preservação da alteridade. A relação ocorre de forma imediata, direta. O Tu se manifesta na presença e não na representação. A responsabilidade é constitutiva da relação e se estrutura como o nome ético da reciprocidade, uma vez que a autêntica resposta se realiza em encontros inter-humanos no domínio de uma existência mútua[18].

Para Bellino[19], a manifestação mais profunda do ser se manifesta como interser. Assim, conforme ponto de vista do autor mencionado, não basta a Bioética refletir sobre quando se inicia a vida humana e quando é seu término. Isso porque tudo aquilo que é recebe existência e não pode ser entendido adequadamente em seu sentido, senão desde um sistema de relações que o constitui e o torna o que é. É precisamente essa interdependência entre os homens o fundamento da bioética.

O autor sustenta a necessidade de se conceber uma bioética onto-axiológicamente fundamentada, consciente da relacionalidade do homem e do conhecer. É a presença do outro que remete o homem “aquém da liberdade” e o faz descobrir a “investidura que libera a liberdade do arbítrio”. Bellino observa que, em uma ética fundada sobre pressupostos onto-axiológicos relacionais, a normatização do tecido social, a norma fundamental, emergem dessa plenitude relacional[20].

2. Alteridade, transcendência e abertura ética em Lèvinas

Na reflexão sobre a idéia de pessoa a partir dos postulados filosóficos que nos foram legados por Lèvinas, ainda que o autor não tenha diretamente se reportado à polêmica existente quanto à dimensão ontológica do embrião humano, foi possível depreender (item 1.3.4) que o homem chega a descobrir o que realmente é e a conceber-se como pessoa na revelação do outro. O sujeito criador e polarizador é exterior, ao mesmo tempo em que nos desvela e conduz à luz. A alteridade e a transcendência éticas desenvolvidas na filosofia de Lèvinas nos levam a um novo conceber bioético.

O eu será constantemente questionado pelo outro. Nesse questionamento, ético por excelência, se trata especialmente da responsabilidade para com o outro, produzindo

uma consciência ética. Por isso, o mundo permanece aberto, por intermédio da alteridade. Trata-se da obsessão pelo outro, que implica uma ruptura com a totalidade e o ser humano entra assim na relação com a alteridade do outro. A subjetividade adquire plenitude sempre em relação ao outro. Ainda que a alteridade tenha uma dimensão metafísica, é ética. O outro é a origem radical e o fim do “ser-no-mundo”, na medida em que a alteridade tem uma dimensão ética; o rosto do outro é justamente o começo da filosofia.

Falar em alteridade a partir do pensamento de Lèvinas significa, antes de tudo, incluir a ética no pensar, enquanto um ponto de partida. A relação do outro está pautada e se realiza na forma da bondade, denominada justiça e verdade e, historicamente, se materializa numa infinita experiência de transcendência, como solidariedade e responsabilidade pelo outro, em ser-para-o-outro.

O ser-para-o-outro a um saber moral, ao pensar moral, à substituição do outro e à justiça adquire plenitude fundamentalmente no ser na comunidade, com a correspondente responsabilidade ética para com o outro, como uma experiência na alteridade.

Em Lèvinas, a verdade é produto da experiência do ser com a prática da justiça. A verdade correlaciona-se com as relações sociais, que exigem a realização da justiça, que consiste no reconhecimento da alteridade do outro na sua absoluta alteridade.

3. Compreendendo o sentido da personalização ética pela alteridade

A concepção de pessoa como sujeito racional livre, como visto, refere-se a uma construção abstraída do conceito de ente concreto. Ela se reduz a uma característica, por assim dizer, *atribuída*. No entender de Sève, aí reside a sua arbitrariedade. Nesse rastro do pensamento, torna-se necessário estabelecer os critérios de atribuição[21] dessa característica. No entanto, é exatamente nos marcos do ente concreto; ou seja, dos indivíduos físicos ignorados pela concepção de pessoa como agente moral que se poderá buscar os parâmetros requeridos. Cumpre recordar que a idéia de pessoa necessariamente se reporta a um tempo e um espaço.

Mas, em que momento deve estar situado este começo ou fim? Conforme Sève[22], “pessoa só é valor quando valoriza seres reais. Excluir do seu campo estes reais não é, portanto, somente contestável, mas, pura e simplesmente, impraticável. Assim, não há pessoa “de direito” sem pessoa “de fato”.

Para além das diversas e possíveis teorizações em torno à idéia de pessoa, o que o vocábulo aponta em essência e por excelência é que, diferentemente da coisa (*res*), o ser humano é portador de uma dignidade que motiva o respeito. Esse é o aspecto mais fundamental nessa pessoa humana que se revela no transcórrer ético levinasiano. Importa afirmar que, no que diz respeito ao valor da pessoa, é inegável reconhecer que este não repousa em sua representação na substância material ou espiritual. O homem com suas características e peculiaridades não é um dado, mas uma construção paulatina em sua relação com o outro e com o mundo. Esse processo não se dá pela mera existência, assim como o existir depende do outro, como gênero humano. Sève[23] percebe a existência de uma lógica propriamente ética nesse afastamento da

substancialização, pois, em caso contrário, não seria a “coisificação” da pessoa? Nessa linha de argumentação, corre-se o risco de estabelecer uma reflexão de caráter bioético, que pode ser concebida de forma abstrata, alheia da “história do compreender e de nossa existência”[24]. Seria este o perigo de se optar por uma concepção relacional da pessoa?

A idéia é convincente, porque aproxima de um ser cuja humanização não possui conexão com qualquer espécie de mera natureza intrínseca e que apresenta a possibilidade de outra história para a individualidade: que não diga respeito unicamente ao percurso e à manutenção do agir ontológico, mas à viabilidade da transcendência.

Estará aí a solução para o problema? Talvez esteja, se superadas algumas dificuldades que se apresentam. Em primeiro lugar, as dificuldades de caráter técnico. Ao tomar a idéia de pessoa como “um nó de relações”[25] há que se ter em conta que muitas relações em sociedade não se dão assim tão “face to face”, sendo, no mais das vezes, relações mediatas entre homens – não apenas os próximos, mas suas corporações e instituições com as quais jamais trocaremos sequer um olhar, mas que se realizam através das instituições objetivas como o Estado, o mercado ou organizações de caráter internacional. Nesse sentido, ganha consistência o alerta de Sève, em que, quando centrada a pessoa nas relações interpessoais, “faltam as lógicas sociais cuja transcendência é manifesta relativamente àquilo que pode revelar-nos uma fenomenologia do vivido”. [26]

Esse aspecto não contemplado em relação à objetividade, pode levar a uma série de conseqüências de ordem moral que podem comprometer o diálogo bioético. Se a exigência ao respeito à pessoa se pautar exclusivamente na relação intersubjetiva em que está envolvida, qual a garantia essencial de que ela conservará para o agente a sua força de obrigação, para além dos limites espaços-temporais de sua anunciação?

Nesse contexto, as considerações levinasianas a respeito do humano conduzem a um acontecimento que tem a ver com a possibilidade da individualidade como “viver para”, viver a partir e em função de exterior a si. Não há um elemento material qualquer que possa aqui receber determinações ontológicas a ponto de afirmar que o ser humano é isto ou aquilo. E isto, impede, desde já, qualquer tentativa de representação de um ponto universal sobre o qual todos repousariam[27].

Pensando assim, tem-se o entendimento de haver subtraído “à desafeção relativamente às crenças metafísicas para enraizar uma indubitável experiência, mas não se a terá entregue a todas as inconstâncias da subjectividades?”[28]. O exemplo do embrião extracorporal criogenizado vem bem a calhar. Para o casal que procura a clínica de fertilização a fim de realizar o sonho do filho esperado, aquele embrião congelado, criado em laboratório, que aguarda o momento para ser implantado em virtude de um “projeto parental”, viabilizado através da procriação assistida, a partir dos pressupostos relacionais elencados é uma pessoa.

Mas o mesmo não se pode afirmar quando findo o processo, nascido o bebê, restam alguns embriões congelados, produzidos, mas não utilizados. A partir de então, perderiam os embriões restantes o status moral anterior? Seriam eles convertidos em simples conjuntos celulares? Não estariam situados nessa mesma condição os

comatosos, os pacientes terminais? Como escapar da armadilha do relativismo ético que essa ética relacional nos lança?

Fagot-Largeault e Parseval levantam a mesma problemática: “ A ontologia relacional está na moda. Mas não é evidente que uma ontologia puramente relacional, sem um ponto de apoio substancial, nos faz oscilar no arbitrário: Um ser humano poder ser desejado hoje e rejeitado amanhã. Teremos de aceitar que os velhos que já ninguém quer deixaram de ser pessoas? “[29].

Pelos motivos já expostos ao longo do presente trabalho (itens 2.1, 2.2 e 2.3) a visão de pessoa como tão somente ser biológico está, cada vez mais suscetível de desqualificações. Ainda assim, para Sève[30], essa concepção guarda em seu interior um elemento que coloca a questão do valor a salvo dos caprichos de uma época ou das intempéries da subjetividade. A essa necessidade de um ponto de vista seguro que aponte para a “essência” da humanidade diversos autores[31] têm-se pronunciado referenciando-se seja numa reabilitação da mítica natureza humana, ou à volta de uma comunhão laica com o sagrado entregue à proteção “do jurista que vela, sozinho e sem apoio, pelo simbólico”[32].

Compartilha-se a afirmação de que a pessoa é essencialmente relacionalidade e intersubjetividade e que a interexistência é a maneira de a pessoa se comportar em relação ao outro. Mas quando tal não se dá, como no caso do embrião humano, necessário seria um suporte onto-axiológico que, ao mesmo tempo, contemple uma preocupação com a subjetividade da relação e a objetividade da substância como nos sugere Sève, numa análise crítica da ética relacional?

Sobre essa análise crítica elaborada por Sève, são necessárias algumas ponderações, como as seguintes: se, de um lado, a consideração do eu tal como o outro como fim em si mesmo, na filosofia prática kantiana, tem como fundamento a própria consciência monológica; de outro, o reconhecimento do outro aparece apenas como uma necessidade de universalização das máximas, como exigência da própria lei moral, por isso, ainda insuficiente porque não considera o outro como absolutamente outrem.

Nesse sentido, o *outro* kantiano, portador de dignidade e fim em si mesmo, não corresponde ao outro levinasiano. Lèvinas não aceita essa idéia de reciprocidade[33]. Para esse autor, a correlação não indica a transcendência e a alteridade não se reduz a um esquema puramente formal. O outro não é um outro eu, um *alter ego*. O eu e o outro não formam uma comunidade de *eus*, não há participação em um mesmo gênero, bem como, uma unidade numérica ou conceitual que liga um sujeito ao outro. O outro é absolutamente outrem.

É neste contexto que a filosofia levinasiana se volta ao sentido humano que está posto para além de estar-aí, para além do viver frutivo. O humano é pensado em termos de sentido do humano, que só poder ser concebido a partir da ética e da justiça antes que a verdade, no acolhimento e na disponibilidade do outro. Por esta razão, o ser-em-si ainda não é. Ele só se constitui a partir e desde o *encontro* com o outro. Aí se dá a significação ética.

Ocorre que Sève não concebe essa dimensão relacional do sentido como proposta por Lèvinas e, por esta razão, pondera: “Se a dimensão axiológica do ser humano não

emana de uma “natureza” que há nele – física ou metafísica-, também não se explica suficientemente a partir de uma intersubjetividade vivida ou de uma ficção jurídica”[34]. Ele entende que a pessoa pode ser traduzida como a “ordem civilizada” da pessoa, onde o valor humano recebe a objetivação social das mais variadas maneiras, mas essa objetivação ocorre no marco de uma ordem interiorizada, incorporada em cada uma das mais variadas maneiras, quer ao serem validadas, quer pela confirmação, negação, convalidação parcial em consciência, regressa se exteriorizando através dos atos e atitudes, à objetividade social.

Trata-se de uma dialética muito própria da hominização que diz respeito a concepção da licitude e de ilicitude, ao certo e ao errado. Por outro lado, Sève admite que o valor da pessoa não é decorrência de sua “natureza” e nisso se alinha ao pensamento levinasiano. Ele admite ainda que o valor da pessoa não pode ser resultante de uma “pura imputação subjetiva ou decisória”[35]. Vale o registro desta passagem do autor:

Da mesma maneira que o lingote, a pessoa não tem valor por natureza, mas também não o tem por uma pura imputação subjetiva ou decisória. O valor vem à mercadoria de uma soma de trabalho social; à pessoa, vem de um imenso labor de civilização, de uma humanidade poderosamente constituída e constituinte – incluindo os antagonismos – de que ela se faz sócia. Repetimos, naturalmente, essa tese filosófica segundo a qual não há passagem do fato ao direito. Mas, se me voltar para o mundo real, constato aí que esta passagem é, ela própria, um fato constante. Ao mesmo tempo em que produz instrumentos e signos, a humanidade produz também normas e valores. A dignidade da pessoa revela também destas produções históricas – ainda que elas sejam uma das suas formas 'supra-sensíveis' mais complexa. [36]

Compreender a formação histórica de uma ordem da pessoa não é tarefa capaz de clarificar completamente este processo tão complexo e conflitivo que é a personalização ética. Se sujeito e a personalidade constituem as singularizações do indivíduo, a pessoa, por seu turno, nos remete, ao contrário, à ontologia tradicional, a sua universalização moral. Resta outra questão: de que maneira uma ficção abstrata de pessoa pode remeter em realidade concreta de pessoa dotada de prerrogativas que obrigam todos os outros?

Kant valia-se do conceito de *imputação*, e como bem o revela Sève[37], que remete a uma ambiência semântica muito aparentada à da culpa, e se reporta tão somente à relação entre o agente e o ato, quando o que compete é estabelecer e caracterizar essa relação entre um valor e um ser.

A reflexão tendo em conta os postulados filosóficos da alteridade levinsianos toma rumo muito próprio, a partir do momento em que Lèvinas considera que a humanidade está além de toda e qualquer argumentação que tenha por base a liberdade ou a atividade do ser-em-ato. É exatamente na conjuntura de um evento que tem a ver com a revelação de algo totalmente alheio à egoidade, de algo totalmente distinto dos termos do eu, que Lèvinas aponta o aparecimento do humano enquanto valor. Sua atitude reflexiva é colocada diante de uma humanidade que é produto de um evento, um acontecimento que não tem conexão com qualquer resquício de diletantismo de essência, com qualquer espécie de mera natureza intrínseca[38].

Lèvinas propõe como real alternativa ao ser, a ética, que pode significar mais e melhor, do que todas as estruturas articuladas pelo sistema da ontologia, eis que a significação ética se abre em direção ao infinito que se encontra em total sintonia com a “inexpressível humanidade do homem”[39]. Sendo assim: “ser ou não ser, provavelmente não é aí que está a questão por excelência”[40].

A força da filosofia da alteridade, onde a infinitude do outro perpassa a própria subjetividade, remete para além da essência. Este constitui momento em que o infinito ético se revela como fato concreto que remete para a transcendência. Assim, Lèvinas faz referência a um “sentido” do “sentido” que ultrapassa as iniciativas ontológicas que pretendem atingir um ponto original que dê conta da essência do humano. Com efeito, isso seria cair nas armadilhas de uma estrutura ego-ontológica que busca na multiplicidade uma essência comum. A idéia de “sentido”, aqui concebida “guia-se para a exata manutenção das estruturas enigmáticas que cercam a alteridade, e sobre a impossibilidade ética de se pretender desvelar a unicidade inviolável do sujeito”[41].

4. O processo de atribuição: o encontro da significação ética

De todo o exposto, é possível depreender claramente que a significação revela-se como um evento ético que insere a pessoa no limiar do infinito. É através do encontro com o outro, possibilitado pelo evento ético e, portanto externo ao ser que se encontra o humano. Dessa forma, Lèvinas[42] pretende alcançar uma unicidade capaz de servir como referencial ao entendimento entre os homens: defende que o materialismo se revela incapaz de oferecer as condições de apoio ao entendimento pretendido, visto que por ele se cairia numa espécie de circularidade viciosa que procuraria encontrar o uno no próprio indivíduo; ao mesmo tempo reconhece que somente a multiplicidade de significações permite guiar-se à possibilidade de convivência, ao entendimento em meio à diferença.

Quando Lèvinas formulou sua tese calcada na relação metafísica, da ética, antes da teoria e da ontologia, não poderia jamais sequer suspeitar os dilemas bioéticos que estariam por vir como conseqüência do avanço nos conhecimentos que a biotecnologia descortinou para a humanidade. Entretanto, os dois momentos decisivos que o autor aponta para a elaboração da condição humana ligada à idéia da subjetividade transita pela alteridade, quais sejam o nascimento da individualidade através do “viver de...” e a resposta ética à presença da heteronomia (analisados no item 1.3.3), são ferramentas fundamentais para a busca da solução dos conflitos bioéticos, em particular o que é tomado como objeto da presente tese, qual seja o da medida da significação ética do embrião humano que, por via de conseqüência, irá remeter ao debate em torno da eticidade ou não dos normativos que regulam as pesquisas envolvendo a manipulação de material celular embrionário, excedentário - como no caso da legislação brasileira[43]- , ou não, como previsto no normativo de alguns países, como a Inglaterra[44] .

Paul Ricoeur, encarando problema similar vai retomar a expressão *to ascribe* do filósofo Peter Strawson para conferir-lhe o conceito inédito de *ascription* traduzido por “atribuição”, utilizado por Sève em sua livre análise em encontrar a via pela qual “a ficção abstrata da pessoa pode transformar-se em realidade concreta de uma pessoa” , para dar a dimensão da abrangência da dignidade como significação ética.

Seguindo a análise de Ricoeur, é de perceber que o termo atribuição é uma espécie particular de atribuição que traz à tona a lógica tradicional, mais própria para tratar das coisas físicas que das morais. Veja-se a seguinte assertiva: a palavra dada merece respeito. “A palavra dada é *atribuível* à pessoa.”[45] Essa formulação seria um decreto – justificável, é lógico - reflexo do que a pessoa é de direito ou a constatação – via de regra, contestável - do que ela é de fato? Partindo da formulação de Ricoeur e, posteriormente, desenvolvida por Sève, é possível ultrapassar esse duplo equívoco ao dizer que o respeito pela palavra dada é *atribuível* à pessoa, ou, melhor dizendo, que faz parte do repertório das suas características obrigatórias, se ela merece o seu título[46]:

“Ascrever não é descrever”: não é designar um modo de ser de qualquer coisa, mas atribuir a alguém um modo de se comportar. Entretanto, ascrever difere igualmente de prescrever, pois a prescrição não pressupõe o assentimento daquele a quem diz respeito, as a ascrição envolve também a inscrição que se faz neles: quando algo é ascripto a alguém, esse alguém ascreve-se-o ele próprio, desde o momento em que se designa como pessoa. A ascrição consiste precisamente nesta “reapropriação” pelo sujeito. E não é tudo: visando, não o indivíduo na sua particularidade, mas o humano na sua generalidade, a ascrição a um é também a todos os outros.

Nessa linha de pensamento, afirma-se com convicção que o embrião humano não corresponde à idéia de pessoa aqui concebida como *relação humana*, prerrogativa ética que vai além do sentido do ser e se revela tão somente através do outro[47]. No entanto, é possível compreender as razões pelas quais se lhe pode atribuir uma significação ética, na mesma medida que é feito em relação não somente a todos os seres humanos seja o feto, o louco que perdeu, de vez, o uso da razão e o juízo, o paciente comatoso em fase terminal, como também ao próprio corpo e todas as partes que o compõem, seus órgãos e tecidos, seus fluídos (sangue, plasma, linfa, espermatozoides).

A resposta caminha no sentido da "atribuição"; isto é, pela atribuição de certa dignidade pessoal, outorgada criteriosamente, a seres que são julgados merecedores dela, pela proximidade que se intui desfrutar, apesar de eles não satisfazerem os critérios da definição clássica da pessoa, sujeito racional, livre, autônomo e responsável. A "atribuição" não resulta de decisão individual, mas de juízo comunitário, cultural (do *ethos*) que admite o mais ou menos, porque toda participação admite o mais ou menos.

Este conceito de "atribuição" atende, portanto, satisfatoriamente aos parâmetros filosóficos subjetivos da modernidade e aos conceitos éticos de alteridade e proximidade daí decorrentes e serve ainda para assinalar a particularidade própria dos humanos assinalada por Lévinas: a de que "nunca existimos no singular"[48]. Resta, dessa forma, fixada de maneira pautada na plausibilidade o fato de que o ser humano só o é plenamente na intersubjetividade da sua relação com seus semelhantes. É na relação com o outro que os indivíduos se percebem como indivíduos únicos, e é no espelho do outro que se aprimoram. Ou como Lévinas revela com particular procedência: "O conhecimento mais audacioso e distante não nos põe em comunhão com o verdadeiramente outro; não substitui a sociabilidade; é ainda e sempre uma solidão."[49]

Se, por um lado, a ciência até hoje não se encontra em condições de contestar o fato de que não acontece nenhum fenômeno ulterior que torne humano quem já não o era. De outro, o que faz o homem o único ser-espécie, ou seja, um ser genérico, responsável por

seu próprio gênero como um bem próprio e como um bem que é de todos, não está limitado aos restritos domínios da biologia.

No que diz respeito ao embrião humano em específico, reputa-se que esse processo de significação ética lhe é atribuído por ser humano. O respeito que lhe é devido surge na mesma medida em que se deve respeito a tudo que seja ou derive do humano (seu corpo, suas vísceras, seus fluídos, sua imagem, seu ser), pois que a significação pessoal somente se inaugura a partir da relação com o Outro, que objetivamente se inaugura do primordial encontro entre mãe-filho. É esse encontro que possibilita que a individualidade desponte para uma nova história, que significa o surgimento de uma pessoa humana[50].

Quando a percepção dessa vida humana[51], se verifica de forma artificial, seja através de teste de gravidez ou ecograficamente, tal detecção recebe uma carga valorativa inferior à do comando que originou o ato da detecção: a necessidade da confirmação da existência da gravidez, a precisão de sua data, a verificação da nitidez da caracterização anatômica ou a detecção de anomalias. Essa relação ainda não estará inaugurada, se há obrigatoriedade na obtenção da informação que levará à decisão de instalar, ou não, a potencialidade de um novo ser e assumir a relação mãe/filho.

Quando o Juízo determina a realização de exame para a verificação da existência de estado gravídico na mulher vítima de estupro, a revelação da gravidez, por si só, não é condição suficiente para ensejar a existência de um ser humano com o mesmo *status moral* que o embrião produto de uma gravidez desejada. Do mesmo modo que, ainda que a gravidez tenha sido planejada pela mulher, caso esta se revele como risco iminente à vida da gestante, também nesse caso, o embrião não gozará do status moral que caracteriza uma pessoa humana[52].

Se, porventura, uma mulher solicita exame específico para saber se está grávida ou, para, precocemente conhecer as características do embrião, não está assim procedendo tão somente pelo prazer do desfrute de seu estado gravídico, senão para cercar-se de elementos que possam fornecer as razões a sua tomada de decisão, quanto ao fato de tornar-se mãe. Assim, é que, cada vez mais, se revela fundamental o respeito à autonomia da vontade da mulher na mesma medida em que o intenso compromisso ético quanto à assunção de uma relação uterina entre mãe e filho; necessário se faz que seja um ato decisório, muito mais que um evento da Natureza, inconsciente, inquestionável e eventualmente indesejado.

Nesse momento, não se trata simplesmente da confrontação de uma vida humana em formação com uma mulher que pode aceitá-la ou destruí-la, mas do encontro de potencialidades parciais: de um zigoto – ser humano potencial, de uma mulher – mãe em potência, e de uma série de circunstâncias que facilitarão ou se constituirão como óbice à gestação. O que é plenamente potencial neste momento exato é o estabelecimento da relação mãe/filho. Tal relação, ainda que plenamente potencializável, dependerá de uma série de pressupostos, entre os quais o estabelecimento do nexos ou da relação que impõe à futura mãe assumir um projeto existencial daquela vida humana em formação embrionária ou, por assim dizer, incorporar aquela vida humana dependente a seu próprio projeto existencial ou mesmo do sucesso do procedimento da nidação artificial daquele embrião produzido em laboratório, no útero materno.

O respeito a essa nova vida em gestação consiste, pois, em aceitar essa “equivalência de interesses” com os próprios e tal respeito somente poderá emanar daquela que é a mãe em potencial, por tratar-se da única que se encontra devidamente qualificada para colocar-se no sentido do cuidado, do dar-se para e da promoção das condições objetivas e subjetivas do ser em gestação, dessa vida nascente, que se oferta para realizar a maternidade[53].

O desejo de transcender impulsiona o eu (mãe) em direção ao outro (filho), de tal forma que compromete sua soberania. A relação com o outro coloca em questão o eu, “esvazia o eu de si”, provocando a abertura às novas possibilidades. “A transcendência é ética e a subjetividade que não é no fim das contas o “eu penso” (que é a primeira vista), que não é a unidade de *apercepção transcendental* – é, à maneira de responsabilidade por Outrem, sujeição a outrem”[54].

A manipulação de células extraídas de embrião excedente criogenizado estocado por um tempo tal que o impeça de ser viável para a implantação em qualquer útero não terá condições de dar origem a um ser humano, como preconiza o dispositivo legal pátrio que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias[55] não envolve um desrespeito ético à dignidade pessoal daquele embrião, pois o mesmo não pode ser considerado como pessoa.

Tal constatação, no entanto, não credencia a concluir que por ser tão somente um embrião venha a ser merecedor de um direito “embrionário”. Mais que isso, diz-se que tanto o embrião quanto o feto, ainda que não considerados como pessoas *atuais*, ou seja, aptos e capazes de fazer valer por si suas prerrogativas, devem ser tratados com o mesmo respeito que se atribui a tudo o que diz respeito ao humano.

E quando considerados os limites do eticamente aceitável nas investigações envolvendo embriões congelados, que são excedentes de experimentos de fecundação *in vitro*, verifica-se que, no Reino Unido, ela é admissível até o décimo quarto dia, de acordo com a comissão Warnock[56]. Será inadmissível em qualquer tempo, para aqueles que consideram o embrião como uma pessoa humana desde a concepção. Independente da distância que existe entre as duas posições opostas, como observado a questão que é marcadamente axiológica e não pode ser tratada seja em termos cronológicos, muito menos biológicos.

Considerações finais

Chega-se ao término desse exercício reflexivo trazendo à baila as observações de Sève ao ponderar que os limites da pessoa não podem ser o mero resultado de uma alegada realidade, nem de uma ficção conveniente, mas são primeiramente o produto de um processo de personalização que tem por responsabilidade estipulá-los de tal modo a que, em cada caso, encontre o sentido e o motivo para a preservação da dignidade do humano[57].

Barreto oferece seu contributo, ressaltando as dificuldades de buscar de forma absoluta os fundamentos ontológicos da pessoa – seja através de uma ontologia substancial (a afirmação de que o homem é um ser racional), seja através de uma ontologia relacional

(afirmação de que esse “ser racional” é atribuído ao ser humano por um Outro, para as religiões judaico-cristãs, Deus)”[58]. O mencionado doutrinador acrescenta que a crítica contemporânea procura libertar-se da reflexão teórico-abstrata, buscando, não a conceituação de pessoa humana, mas através de um entendimento prático, estabelecer a melhor forma de tratar o embrião.

Assim, de acordo com esta concepção, a preocupação deve estar centrada muito mais em estabelecer os limites de atuação em procedimentos experimentais e em definir normas de boa conduta em relação ao embrião que em saber se o embrião é ou não é uma pessoa humana, deixando de lado a clássica dicotomia coisa/pessoa. Tratar-se-ia então de buscar a construção daquilo que Fagot-Largeault[59] denomina “redefinir fronteiras”, implicando numa “ontologia intermediária”, segundo a autora, bastante à solução dos dilemas morais e a contribuir na racionalidade da solução dos litígios judiciais que venham a ocorrer.

Verifica-se então que se, por um lado, a redução da idéia de pessoa a uma identificação de fator biológico leva a uma limitação objetiva para a bioética contemporânea[60]; de outro, a concepção de pessoa humana como centro racional de escolhas, pautada pela autonomia e liberdade enseja uma série de questões bioéticas insolúveis e que carecem respostas ainda não fornecidas – é o caso dos bebês, dos comatosos profundos e todos os demais que tenham limitações objetivas em manifestar livremente suas vontades.

Por isso, reputa-se como de grande valia a proposição de Lèvinas, ao se reportar a uma relação metafísica, da ética, antes da teoria e da própria ontologia, distante daquela ontologia fundada num individualismo que já não suficiente a fornecer o lastro ético-filosófico às situações inusitadas discutidas ao longo do presente trabalho e que vão inclusive além da própria discussão a respeito do status moral do embrião; somadas às contribuições de Ricoeur e Séve em relação ao processo de atribuição próprio a revelar a significação ética.

A proposta de “redefinição de fronteiras” e o estabelecimento de uma “ontologia intermediária” tendo como referencial uma postura casuística, se pautada tão somente na apreciação do caso concreto, que pretenda redefinir fronteiras, por abandoná-las, finda por dar margem à uma multiplicidade de critérios que não contribuem para a segurança jurídica num estado democrático de direito.

É de fundamental importância a realização do debate no sentido, não de abandono ou negação do estabelecido, mas de estabelecimento dos limites éticos que considerem e sopesem o momento histórico e a conjuntura sócio-cultural em que se está inserido, no que diz respeito a toda uma série de questões pertinentes à pessoa humana, refletindo a partir do processo de construção filosófico-social dos tradicionais marcos morais delimitadores das ações humanas, para entender o porquê de não mais se adequarem à realidade das relações intersubjetivas, inauguradas sob a égide dessa conjuntura inconcebível há trinta ou cinquenta anos atrás, encarando a polêmica, no marco de uma discussão que é maior e que envolve não somente a idéia até então concebida sobre essa instituição que é a pessoa humana, como de conjunto a todos os demais paradigmas de nossa sociedade liberal-burguesa.

REFERÊNCIAS

- ABEL, F. Nascita e morte dell'uomo: prospettive della biologia e della medicina, in S.BIOLO (a cura di), Nascita e morte dell'uomo, apud PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra Bioetica e Diritto*, Turin: Giapichelli, 1996.
- AQUINO, Tomás de. Summa Theologica (Os Pensadores), São Paulo: Nova cultural, 2000
- _____. Quaestiones disputatae de potentia Dei, 3,5 ad 1., in: LAUAND, Jean. Razão, Natureza e Graça -Tomás de Aquino em Sentenças, Estudos introdutórios e tradução - retirado do site: <http://www.hottopos.com/mp3/sentom.htm>, em 10.11.2004, às 12:07.
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana, Trad. de Roberto Raposo, postfácio de Celso Lafer, 10 a. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARISTÓTELES . *De Anima*, Livro II – Coimbra:Edições 70, 1980.
- _____. *Ética a Nicomaco*. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- BAERTSCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la persone*, Paris:PUF, 1995.
- BALLONE GJ - O Indivíduo, o Ser Humano e a Pessoa - in. PsiquWeb Psiquiatria Geral, Internet, 2001 - disponível em <http://gballone.sites.uol.com.br/voce/pessoa.html>, em 23/07/03, às 23:45 h..
- BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: Os limites da Bioética, in Novos Temas de Biodireito e Bioética, orgs. Heloisa Helena Barboza, vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BAUMANN, Gabriel. L'avortment (F), n. 47, 1985, apud BAERSTCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la persone*, Paris:PUF, 1995.
- BELLINO, Francesco. Fundamentos da bioética aspectos antropológicos, ontológicos e morais, trad. Nelson Souza Canabarro, Bauru, SP:EDUSC, 1997.
- BERNARDI, Jean. A Bioética, São Paulo:Ática, 1998.
- BEUCHOT, Mauricio. “La Persona y la Subjetividad en la Filología y la Filosofía”; in Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, nº 16. Universidade Nacional Autónoma de México, México, 1996; p.17.
- CAPRA Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1999.

CARVALHO, Orlando de. Para uma Teoria da Pessoa Humana. (Reflexões para uma desmistificação necessária), in *O Homem e o Tempo – Liber Anicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

DEGOS, Laurent. Os critérios biológicos da presença de uma pessoa humana in *Sciences et Avenir Hors-série n° 130*, Mar/Abr 2002.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Inovações tecnológicas e indagações éticas, in *Revista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG*, n° 7, jun/ago., 2001.

DURO, Pedro. *Uma nova contextualização do Direito: a transdisciplinaridade*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Working Paper 001/ 00.

ENGELHARDT JR., H. Tristan. *Fundamentos da bioética*, trad. José A. Ceshin, São Paulo: Loyola, 1998.

FARGOT-LARGEUALT Margot. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas, in *Estudos Avançados 51*, maio-ago. 2004.

FELIPE Sônia T. *Crítica ao especismo na ética contemporânea; a proposta do princípio da igualdade como princípio da igual consideração de interesses*. Retirado do site: <http://www.vegetarianismo.com.br/artigos/etica-sonia2.html>, em 07/09/03, às 21:07 h..

FERNANDEZ, Atahualpa. Novos conceitos "o direito sob a ótica da biologia evolucionária", in *Revista Consultor Jurídico*, 16 de setembro de 2003., retirado do site http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/direito_biologia_evolutionari.a.htm, em 10.01.2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: Ltr., 2002.p.91.

FREIRE, P. *Ação cultural para a liberdade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GARRAFA, Volnei e PESINI, Leo (organizadores). *Bioética e Injustiça*, São Paulo: Loyola, 2003.

GERCMAN, Beatriz. Los derechos del hombre, in *Primeras Jornadas Internacionales de Ética "No matarás"*, Facultad de Filosofía, Historia y Letras - Universidad del Salvador, Buenos Aires, 17, 18 y 19 de maio de 2000.

GORDJIN, B. The Troublesome concept of the person., in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Escravidão genética? Fronteiras morais dos progressos da medicina da reprodução, in *A Constelação pós-nacional. Ensaios políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2000.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *De l'ethique de la discussion*, Paris: Éd. du Cerf, 1992

_____. *Between Facts and Norms*, Cambridge MA: Cambridge University Press, 1996.

_____. *Le Discours philosophique de la modernité*, Paris: Gallimard, 1985.

HÄRING B. *Etica de la manipulación*. Barcelona: Editorial Herder, 1985.

HARRIS, J. Not all babies should be kept alive as long as possible. In: Gillon R, editor. *Principles of health care ethics*. Chichester: John Wiley and Sons, 1994.

_____. *Clones, Genes and Immortality*, England: Oxford University Press, 1998.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2001.

HÉRITIER, Françoise. O eu, o Outro e a Tolerância, In ARRUDA, A. *Representando a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1998.

HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma Bioético, una ética para a tecnociencia*, Rubí(Barcelona): Antrophos, 1999.

_____. "Goodbye Dolly?" The ethics of human cloning. *Journal of Medical Ethics*, 23: 353-360, 1997.

HERNÁNI, Talciani. Admissibilidade jurídica de las técnicas de procreación artificial, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19o, nº 3, 1992.

JAEGER, Werner. *Paidéia – A formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder, 1995.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIERKEGAARD, Sörenm *O desespero humano*, Porto: Tavares Martins, 1979.

KOTTOW, Miguel, 2001. Bioética del comienzo de la vida. Cuantas veces comienza la vida humana? In *Revista Bioética*. v. 9. nº 2. (no prelo).

KUIANA, Evaldo A. Crítica de Lévinas à Estrutura da Subjetividade Kantiana, in *VERITAS*, v.44, Edipucrs, Porto Alegre, junho de 1999.

_____. Consciência transcendental e transcendência ética, in *Éticas em diálogo: Levinas e o pensamento contemporâneo: questões e interfaces*, Col. Filosofia 159, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KÜNG, Hans. *Projeto de Ética Mundial*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992.

KUSHE, Helga e SINGER Paul. Individuals, Humans and Persons: The Issue of Moral Status. In: P. Singer et alii (eds.), *Embryo Experimentation: Ethical, Legal and Social Issues*. Cambridge University Press.

LADRIÈRE, Jean. Ciência e Anticiência. In: *Cadernos SEAF*, ano 1, n. 2, fev, 1979.

_____. *Filosofia e práxis científica*, 5a.ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986.

_____. *Personne Humaine Potentielle et Procréation*. Cahiers STS: *Ethique et Biologie*, 1986.

LAIN ENTRALGO, P. *Teoria y realidad del outro-I*, Madrid: Editorial Revista do Ocidente, 1968.

LARA, Tiago. *Filosofia nas suas origens regras. Caminhos da razão no Ocidente*. Petrópolis: Vozes, 1989.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direitos da Personalidade*, in sep. do vol.LXVIII do BFDUC. Coimbra, 2ª ed., 1992.

LENOIR, Noelle et MATHIEU, Bertrand, *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Paris, 1998

LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética, novo conceito a caminho do consenso.*, São Paulo: Loyola, 1996.

LÉVINAS, E. *Da Existência ao Existente*, Campinas: Papyrus, 1998.

_____. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *De Deus que vem à idéia*, Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. *Ética e Infinito*, Lisboa: Edições 70, 1982.

_____. *Totalidade e Infinito*, Lisboa: Edições 70, 1980.

LUHMANN, Niklas . *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1980.

MANCE, Euclides André. Emmanuel Lévinas e a Alteridade , in *Revista Filosofia* 7(8):23-30 Curitiba, PUC-Pr, abr/ 94.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia dos pré-socráticos a Wittgenstein*, 6a.ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MAUSS, Marcel. *Sociologie et anthropologie*, Paris: PUF, 1991.

MONTEFIORE, Alan. Identité morale – L'identité morale et la personne, in *D'ÉTHIQUE ET DE PHILOSOPHIE MORALE*, Presses Universitaires de France, PUF, 2^a ed. 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol 1*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Walter. *A Concepção Tomista de Pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade*. RT 590/14.

MORIN, Edgar. *O paradigma perdido – a natureza humana*, Portugal: Publicações Europa-América, 2000.

_____. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória – Ed. Revista e modificada pelo autor, 6^a ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

MONTEFIORE, Alan. Identité morale – L'identité morale et la personne, in *DICTIONNAIRE D'ÉTHIQUE ET DE PHILOSOPHIE MORALE*, org. Monique Canto-Sperber, Presses Universitaires de France, PUF, 2^a ed. 1997.

MOUNIER, Émile. *Qu'est-ce que le personnalisme?* In *Oeuvres*, t.III, Paris, 1962.

MÜLLER, Irichi A., Pergunta pelo Outro – O Outro na Filosofia de Hegel, Husserl, Heidegger e Lévinas in *Veritas*, v. 44, Edipucrs, Porto Alegre, junho de 1999.

OLIVEIRA, Manfredo A. *Correntes fundamentais da Ética contemporânea*, 2^a ed., Petrópolis: Vozes, 2001.

PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra Bioetica e Diritto*, Turin: Giapichelli, 1996.

PEGORARO, Olinto. Ética e Ciência Biológica, in *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro 12(1), 2004.

PELIZZOLI, Marcelo L. *Lévinas: a Reconstrução da Subjetividade*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002.

PIVATTO, Pergentino S. Ética da alteridade, in OLIVEIRA, Manfredo A. de Oliveira. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, Petrópolis: Vozes, 2000.

RICOUER, Paul. *Meurt le personnalisme, revient la personne*. Notes et Documents de l'Institute International Jacques Maritant, Paris, n.2/3, 1983.

_____. *Soi-même comme un autre*, Paris:Éditions du Seuil, 1990.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A Pessoa e o Ser Humano no Novo Código Civil. In *A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALEM, Tânia. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. In *Mana*, vol.3, nº1, Rio de Janeiro, apr.1997.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*, 12a. ed., Petrópolis: Vozes, 1997.

SANTOS, Agostinho de Almeida. *O Embrião Humano: Ser... Ou Não Ser?* Retirado do site da Internet: <http://www.ieei.pt/index.php?article=1131&visual=5>, acesso em 14/07/03, as 17:58 h..

SAYÃO, Sandro Cozza. Sobre a excelência do humano: questões sobre ética e sentido em Totalidade e Infinito e Humanismo do Outro Homem de Emmanuel Levinas, in *Éticas em diálogo: Levinas e o pensamento contemporâneo: questões e interfaces*, Col. Filosofia 159, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

SEGRE, Marcos e GUZ, Gabriela. Início da vida e células-tronco embrionárias, *Folha de São Paulo - Tendências e Debates* – 14/7/2005.

SÈVE, Lucien. *Para um crítica à razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Da ética filosófica à ética em saúde .In: Costa, S. I. F.; Oselka, G.; Garrafa, V. (org.) *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

SILVA, José Afonso da . *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000.

SIDEKUM, Antonio. *Ética e Alteridade a subjetividade ferida*, São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

SINGER, Peter. *Ética Prática*, Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. *How Are We to Live? Ethics in an Age of Self-Interest*, Oxford University Press, 1997.

_____. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THOUVENIN, Dominique. Le droit aussi a ses limites, in *Le Magasin des enfants*, obra coletiva sob a direção de Jacques Testart, François Bourin, 1990.

_____. Consentement et assujettissement, in *Vers un anti-destin*, sob a direção de François Grois e Gérard Huber – Actas do colóquio Patrimoine génétique et droits de l'humanité (Outubro de 1989), Odile Jacob, 1992 Apud SÈVE, Lucien. *Para um crítica à razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez . *Ética*. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da pessoa natural*, São Paulo: Saraiva, 1988.

WEBER, Max. *A Ética protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

[1] Cf. MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, vol. II, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1971, verbete Otro, pp. 351-353.

[2] LAIN ENTRALGO, P. *Teoria y realidad del outro-I*, Madrid: Editorial Revista do Ocidente, 1968, p.38.

[3] VIDAL, Marciano. *Novos caminhos da moral: da 'crise moral à moral crítica'*. Tradução de Isabel Fontes Leal Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1978, p.96.

[4] LÈVINAS, E. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1997.

[5] PIVATTO, P.S. *Ética na finitude*. In *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 88.

[6] ARISTÓTELES, *Política*, I, 2, 1252b, Apud LAIN, E. op. Cit. p.25.

[7] VAZ, Henrique C. De Lima. *Antropologia e Direitos Humanos*, in *Revista Eclesiástica*, 37 (1977), p.15.

[8] HÉRITIER, Françoise. O eu, o Outro e a Tolerância, In ARRUDA, A. *Representando a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1998, 81.

[9] “Se te agradam as almas, ama-as em Deus porque são também mutáveis e só fixas n'Ele encontram estabilidade. Doutra modo passariam e morreriam. Ama-as portanto n'Ele, arrebatá-Lhe contigo todas as que puderes e dize-lhes: “Amemo-Lo” Ele, que

não está longe, foi o criador destas coisas. Não as fez para depois as deixar, mas d'Ele vêm e n'Ele estão.” (SANTO AGOSTINHO. *Confissões*, 12a. ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p.86).

[10] Vide item 1.1.

[11] VAZ, Henrique C. De Lima. op. cit. p.284.

[12] HEGEL, Fenomenologia do Espírito. p. 125-126.

[13] Idem.p. 68.

[14] Ibidem.

[15] BUBER, Martin. *Eu e Tu*, 2a. ed. Rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

[16] VON ZUBEN, Newton Aquiles. Diálogo e existência no pensamento de Buber, in: FORHIERI, Yolanda Cintrão (Org.) *Fenomenologia e Psicologia*, São Paulo: Cortez autores Associados, 1984, pp.71-85

[17] Idem.

[18] Ibidem, p.p. 80-81.

[19] BELLINO, Francesco. op. cit. pp. 136-138.

[20] Para Donati o objeto da bioética é “estritamente relacional em sentido sociológico, nem tão-só subjetivo (por abstrato 'direito subjetivo ao filho”) nem tão-só estrutural (em vista de modificações da biologia do indivíduo e da população, para o bem da espécie)”. Daí temos com consequência que, em assim sendo, inexisteria um “direito” abstrato ao filho, o reconhecimento que significaria, entre outras coisas, reificar sua valência humana (aliás, relacional, enquanto relação intersubjetiva viria a ser tratada como relação de propriedade). Nem a biologia, nem a medicina podem substituir o meio técnico nas exigências específicas da relação social, que deve ser entendida e tratada antes de tudo em seu próprio terreno, antes ainda da intervenção médica) (DONATI, P. La famiglia come relazione sociale, Milão, 1989, p. 275, apud BELLINO, op. cit. pp.180-181).

[21] SÈVE, Lucien. Op. cit. p. 26.

[22] Idem, p. 27.

[23] Ibidem.

[24] BELLINO, Feancesco, op. cit. p. 169.

[25] Cf. SÈVE. Lucien, op. cit. p. 67.

[26] Idem, p. 68.

[27] SAYÃO, Sandro coza. Op. cit. p.159.

[28] SÈVE. Lucien. op. cit. p. 68.

[29] FAGOT-LARGEAULT, Anne e DE PARSEVAL Geneviève Delaisi. Qu'est-ce qu'un embryon? p. 103, nota 7 Apud. SÈVE. Lucien. op. cit. p. 68.

[30] SÈVE. Lucien. op. cit. p. 69.

[31] É o caso de Bernard Edelman que faz referência à temática em suas obras: *L'Homme, la nature et le doit*, citado por Sève, e também *Entretien avec Bernard Edelman*, in *Actes*, n 67-68, set/89, pp. 68-78, e Bernard Edelman, *Génétique et liberté*, in *Actes*, n. 13, abr/91, pp. 31-42.

[32] Idem.

[33] KUIAVA, Evaldo. op. cit. pp.74-75.

[34] SÈVE. Lucien. op. cit. p. 70.

[35] Idem p. 71.

[36] Ibidem.

[37] Ibidem, p. 73.

[38] Kuiava. Op. cit. p. 55.

[39] LEVINAS, Emmanuel. *Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 177.

- [40] Idem.
- [41] SAYÃO, Sandro. Op. cit. p.61.
- [42] LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p.133, p. 157.
- [43] Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Vide ANEXO.
- [44] *Human Fertilization and Embryology Act 1990* (c. 37) 1990.
- [45] SÈVE. Lucien. op. cit. pp. 73-74.
- [46] Idem.
- [47] Sève apesar de conceber a pessoa como relação humana , de outro modo considera a como “uma prerrogativa ética que, ao mesmo tempo, me pertence e me ultrapassa: aquilo que, nela, me pertence ultrapassa-me, aquilo que, nela, me ultrapassa pertence-me” (Op. cit. p. 74).
- [48] LÉVINAS. *Totalidade e Infinito*. Op. Cit. p. 37.
- [49] Idem.
- [50] Vale destacar então e reafirmar as idéias inovadoras de Winnicott acerca da inauguração do humano, “deslocando o eixo da origem do psiquismo das pulsões para uma origem que prioriza os acontecimentos psíquicos”, configurados no encontro mãe-filho, apontadas no trecho do seguinte ensaio: “Encontro-síntese propiciador da emergência de uma identidade humana concebida em seus aspectos ontológicos. A relevância aí não é a satisfação pulsional, mas sim o ato criativo efetivado pelo bebê ao se sentir criador da própria mãe. Por meio desta experiência criativa o presente se apresenta como vivo e real. E como entidade viva para o outro, o essencial se concretiza na vivência do bebê, e talvez ele possa dizer: ”Estou vivo, e o meu viver é a minha criação.” Vive-se assim o sentimento de ser. Encarna-se o humano. Tudo isto é possível porque as necessidades de um bebê marcam um “aqui, agora” absolutos. E esta marca requer um reconhecimento do outro que se objetiva no atendimento sensível a estas necessidades. Esta objetivação confere valor real a uma subjetividade no sentido de torná-la singular, valiosa em sua interioridade. A partir daí os fenômenos internos passam a ter sentido para alguém que pode experimentá-los como seus: estabelece-se as condições do psiquismo humano pronto para empreender o caminho das representações mentais. Na trajetória humana proposta por Winnicott o que está em pauta no início é a identificação da mãe com seu filho. É esta condição que vai permitir a mãe sustentar a continuidade de ser do bebê possibilitando sua existência e sua ilusão de criar o mundo, dentro desse processo ela vai, ao mesmo tempo, se revelando como um outro na sincronia do tempo e espaço das experiências vividas juntos”.(Maria do Carmo Andrade Palhares & Regina Celi Bastos Lima. *Ser o não-Ser: eis a questão* Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003).
- [51] KOTTOW, op. cit. 2003.
- [52] O artigo 128 do Código Penal, assim se exprime:

 Não se pune o aborto praticado por médico:

 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante

 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[53] E tanto é fato tal condição que, muito embora em nosso país seja o aborto seja considerado como crime, as emergências hospitalares vivem apinhadas de mulheres

provenientes das camadas mais pobres da população, vítimas de procedimentos abortivos realizados por “curiosas”, realizados sem a menor condição de higiene e segurança para a mulher, a qual muitas das vezes finda por não resistir e morre em consequência das seqüelas advindas, pelo fato de ser vítima de uma gravidez não planejada e não querida, porém inevitável, pelo desconhecimento e pela desinformação. Não que o aborto seja praticado em número menor entre as camadas mais abastadas da sociedade. Só que nestes casos as pacientes são atendidas em clínicas de luxo, recebendo toda sorte de acompanhamentos terapêuticos necessários, inclusive com o devido suporte psicológico.

[54] “La transcendance est éthique et la subjectivité que n’est pas en fin de compte le “je pense”(qu’elle est de prime abord), Qui n’est pas l’unité de ‘l’aperception transcendentale’ - est, en guise de responsabilité pour Autrui, sujetio à autrui”(DVI, 113)

[55] De acordo o artigo 5º e incisos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2004, Lei de Biossegurança que está em vigor. Vide Anexo.

[56] A Inglaterra foi o primeiro país a liberar pesquisa com célula-tronco, em 2000. O Human Fertilisation and Embryology Authority, HFEA, órgão que regulamenta e monitora tratamentos de fertilidade e pesquisas com embriões humanos no Reino Unido, permite a pesquisa com embriões humanos com até o 14º dia de desenvolvimento. Além disso, em fevereiro de 2002, uma comissão de alto nível da Câmara dos Lordes autorizou a pesquisa com células-tronco adultas e embrionárias, inclusive as obtidas de embriões especialmente clonados para tal fim. Com a decisão, a legislação britânica passa a ser uma das mais liberais do mundo. Em fins de 2001, o Parlamento Inglês já aprovava a lei que dependia apenas do parecer da comissão.

O Conselho Britânico de Pesquisas está criando o primeiro banco mundial de células-tronco (não especializadas), produzidas a partir de embriões humanos. (Fonte: Jornal do Brasil, Quinta-feira, 28 de fevereiro de 2002, retirado do site: http://www.mct.gov.br/sobre/namidia/CTnamidia/2002/28_02.htm)

[57] SÈVE, Lucien. Op. cit. p.113.

[58] BARRETO, Vicente. Op. cit.

[59] FAGOT-LARGEAULT, Anne et PARSEVAL, Geneviève Delaisi de, « Qu’est-ce qu’un embryon ? », em Esprit, juin, 1989, citado por BARRETO, Vicente. Op. cit.

[60] Williams escreve a propósito: “ a categoria de pessoa, ainda que muito utilizada em algumas filosofias morais, é um fundamento pobre para o pensamento ético, particularmente porque aparece como uma noção genérica ou classificatória, mas que de fato privilegia características que surgem, quase todas, em graus – responsabilidade, consciência de si, capacidade de reflexão,etc.”(1985: 114). Citado por BARRETO, Vicente. Op. cit.

NOTAS FUNDAMENTAIS DO CONCEITO DE VIDA HUMANA *

FUNDAMENTAL NOTES OF THE CONCEPT OF HUMAN LIFE

**Rui Verlaine Oliveira Moreira
Francisco Davi Fernandes Peixoto**

RESUMO

Hodiernamente, o avanço das ciências biológicas gera cada vez mais novas conseqüências para a sociedade. Estas conseqüências podem ser tanto positivas como negativas para a espécie humana, de modo que, a fim de evitar a degeneração dessa, urge que o progresso humano seja orientado por padrões éticos e jurídicos, isto é, pela bioética e pelo biodireito. A bioética tem por objeto basicamente a orientação das condutas humanas relacionadas às ciências da saúde, tendo por base os valores e princípios inerentes a uma sociedade. Já biodireito consiste justamente no complexo normativo e na prática jurisprudencial que trata acerca das questões bioéticas. Destarte, ambos tratam do agir humano acerca da vida humana, de modo que é de suma importância a análise do conceito desta. O direito à vida não é um absoluto ou imemorial, devendo o agir ético acerca da vida humana ser orientado pelos princípios bioéticos e pelo direito, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Pessoa e ser humano são realidades distintas. Muito embora toda pessoa seja necessariamente ser humano, nem todo ser humano é pessoa humana. Pessoa é como todo indivíduo racional, reconhecido reciprocamente como tal por seus pares, a partir dos quais também se reconhece como pessoa, e outrossim capaz de se auto-determinar, sendo responsável perante aqueles. Deste modo, apenas os seres humanos que têm o qualificativo de pessoa possuem dignidade. Ainda que a vida humana seja considerada de importância relevante, não o é de forma absoluta, e sim relativa, podendo, em face das circunstâncias de casos particulares, como, por exemplo, em questões que envolvam ortotanásia, antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos e uso de células tronco em pesquisas envolvendo embriões, ser considerada inferior a outros valores ou bens protegidos pelo ordenamento. Destarte, é mister que o agir ético de médicos e pesquisadores ao lidar com a vida humana tenha como parâmetro orientador e balizador o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOA HUMANA; DIREITO À VIDA; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Modern, the advancement of life sciences generates more new consequences for society. These consequences can be both positive and negative for the human species, so that to avoid the degeneration that makes it urgent for human progress is guided by ethical and legal standards, that is, by bioethics and the biolaw. Bioethics is basically the object orientation of conduct related to human health sciences, based on the values and principles inherent in a society. Already biolaw is precisely the complex regulatory and legal practice that treats about bioethical issues, but not only that. Thus, both deal with the act about the human life so that it is very important to analysis of this concept. The right to life is not an absolute or immemorial, the ethical action on human life be guided by the principles and the bioethical law based on the principle of human dignity. Person and humans are separate realities. While everyone is necessarily a human being, but not every human being is human. Person is like any rational person, mutually recognized as such by their peers, from which also is recognized as a person, and likewise able to self-determination, being accountable to those. Thus, only humans who have the category of person who has dignity. While human life is considered a relevant importance, it is not so absolute, but relative, may, in light of the circumstances of particular cases, such as in matters involving orthothanasia, anticipating the birth of therapy anencephalic fetus and use of stem cells in research involving embryos, be considered less than other securities or property protected by the order. Thus, it's very important that the ethical action of doctors and researchers that deal with human life has the principle of the dignity of human person as a parameter and guide.

KEYWORDS: HUMAN PERSON; RIGHT OF LIFE; DIGNITY OF HUMAN PERSON.

INTRODUÇÃO

Em face do progresso humano na área biotecnológica, cada vez mais surgem novos questionamentos acerca da vida humana, quando se da o seu início e término, quais os limites de manipulação da mesma, se o direito a essa seria absoluto etc.

Este trabalho nasceu acerca de reflexões em torno do direito à vida, especificamente do agir ético que deve ser considerado nas diversas pesquisas que levam esta realidade em consideração sejam favoráveis às pessoas humanas, à espécie humana, levando à sua ascensão rumo a uma vida digna.

Partimos da diferenciação entre ética, moral e direito para, logo após tratarmos da bioética e do biodireito, respectivamente, ramos da ética e do direito que lidam com a vida e a morte, devendo por sua vez ambos serem pautados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, demonstrou-se de suma importância aduzirmos que o princípio da dignidade da pessoa humana dirige-se justamente aos seres humanos que são pessoas, sendo essas duas realidades distintas. Apenas as pessoas humanas possuem dignidade, isto é, existem por si mesmas, tendo direito de se determinarem conforme seu arbítrio, não podendo serem coisificadas pois são fins em si mesmas.

Deste modo, a pessoa humana é o primeiro conceito que se elucidará para, tendo em mente suas considerações, tratar-se do atuar ético voltado para a manipulação, tratamento e pesquisa que porventura envolva a vida humana orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1 BIOÉTICA: A REAPROXIMAÇÃO ENTRE ÉTICA E DIREITO

Bioética é um neologismo criado em 1970 por Van Rensselaer Potter em seu livro “Bioéthics: bridge to the future”. Segundo Potter, o termo “bio” tratava justamente do conhecimento inerente à vida, aos seres vivos, de problemáticas que tenham a vida como enfoque primordial, ao passo que “ética” estaria relacionado aos valores humanos aplicáveis àquelas questões.

A bioética seria, portanto, um ramo da ética que avaliaria “[...]os prós e contras de uma determinada conduta, levando em conta os princípios e os valores morais existentes na sociedade.”[1] A nosso ver, apesar de razoável, essa descrição peca pelo fato de levar a uma confusão entre ética e moral. Referidos termos não são a mesma coisa.

O vocábulo “ética” se origina do grego “éthos”. Para os gregos significava os costumes, os modos através dos quais os membros de uma dada sociedade deveriam se portar. Por outro lado, na opinião de Moore, no que se refere à doutrina, a ética trata de fenômenos que são bons em si mesmos, isto é, tem por objeto não a investigação da conduta humana, mas sim a propriedade das coisas em si mesmas, a fim de distinguir aquelas boas e más.[2]

Para Vázquez[3] a ética teria como diferenciação da moral o fato de que os problemas daquela seriam mais generalizados, ao passo que os problemas morais seriam concretos. No entender deste autor, existiriam diversas morais em meio à variedade de sociedades que se sucederam (e se sucedem) histórica e culturalmente em vista aos valores e princípios a estas inerentes.

Nos moldes da lição de Vasconcelos[4], para quem a ética é a ciência normativa primordial, essa é o gênero do qual moral e direito são espécies. O termo “moral” tem origem latina, decorre de “morales”. A moral liga-se mais aos comportamentos humanos, aos usos e costumes que regulamentam o agir em uma determinada sociedade. O direito diferencia-se da moral, apesar das normas morais e jurídicas serem espécies do gênero norma ética.[5]

Em face da diversidade de distinções, é oportuno apresentarmos o ponto de vista de Russ, a respeito da ética e moral:

A primeira é mais teórica que a segunda, pretende-se mais voltada a uma reflexão sobre os fundamentos que esta última. A ética se esforça por desconstruir as regras de conduta que formam a moral, os juízos de bem e de mal que se reúnem no seio desta última. O que designa a ética? Não uma moral, a saber, um conjunto de regras próprias de uma cultura, mas uma “metamoral”, uma doutrina que se situa além da moral, uma teoria raciocinada sobre o bem e a moral, os valores e os juízos morais.[6]

Para este estudo importa ressaltar que não é pelo fato da bioética ter sua origem etimológica no termo ética que a mesma não está relacionada à moral. Bioética e moral estão intrinsecamente vinculadas, sendo que difere a bioética da moral “[...] desde que representa um conjunto de regras que conduzem a certas considerações, como valores absolutos. [...] é por excelência pluridisciplinar e pluricultural em sua dimensão moral.”[7]

Vale ainda destacar o pensamento de Habermas[8] para quem as teorias atuais da justiça e da moral estão situadas em caminhos diferentes do da ética clássica, qual seja o de uma doutrina da vida correta.

A bioética tem por objeto basicamente a orientação das condutas humanas relacionadas às ciências da saúde, tendo por base os valores e princípios inerentes a uma sociedade. Possui quatro princípios básicos que devem orientar a ação dos profissionais de saúde que lidam com terapias e pesquisas que envolvem a vida humana, quais sejam: o da autonomia, o da beneficência, o da não-maleficência[9], e o da justiça.

Segundo alguns autores, tendo por base a classificação de Diniz[10], a bioética dividiria-se em duas: microbiótica, que trata dos conflitos oriundos da relação médico-paciente, substituindo a ética médica tradicional, e de uma macrobioética, que trata de questões ecológicas ligadas à sobrevivência da humanidade.

Apesar disso, parte da doutrina[11] não concorda com esta classificação, por considerar que a bioética, em verdade, trataria apenas da microbiótica. O ramo da macrobioética seria em verdade da seara do direito ambiental, ciência jurídica autônoma em relação ao biodireito.

1.1 Bioética e biodireito

Os termos bioética e o biodireito não são sinônimos. Ambos significam ramos diferentes do conhecimento concernentes ao agir humano, ou seja, da forma como deve proceder o homem em face das novas situações provenientes do avanço científico.

Foi principalmente com a alvorada do século XX que se deu uma verdadeira explosão dos avanços científicos em todas as áreas do conhecimento humano. O investimento em pesquisa científica aumentou assustadoramente, de modo que, conforme leciona Hobsbawm, “[...]a ciência, através do tecido saturado da tecnologia da vida humana, demonstra diariamente seus milagres ao mundo de fins do século XX.”[12]

O progresso humano, da mesma forma que possibilita avanços que podem em muito melhorar a qualidade de vida, também possui possibilidades alarmantes para a degeneração do gênero humano, a sua coisificação. É necessário que esse seja contido e limitado não apenas por padrões éticos, mas também jurídicos, em especial pelos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A mera presença de princípios éticos não é suficiente para assegurar o ser humano, sua dignidade e sua essência. Consoante demonstra Junges, “Princípios éticos que não recebem uma configuração jurídica são inócuos na incidência sobre a realidade.”[13]

O Estado não pode permanecer inerte em face dos avanços científicos, em especial os biotecnológicos, pois tais avanços geram novos e intrigantes problemas e questionamentos no meio social. Cabe ao Estado, na figura do poder legislativo, a elaboração de normas que forneçam respostas a esta questão.

O biodireito consiste justamente no complexo normativo que trata acerca das questões bioéticas, mas não apenas nisso. A prática jurisprudencial desenvolvida no meio jurídico, em especial nos tribunais superiores, também é deveras importante para o biodireito.

Para se ter um exemplo da importância da construção jurisprudencial, nos tribunais superiores, destacamos o recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3510 que tratou acerca da constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, e o futuro julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, que tratará acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

Com efeito, quase sempre inicialmente é o poder judiciário, e não o legislativo, que tem que lidar com estas novas questões oriundas dos avanços em biotecnologia. Destaca Fabríz que

O paradigma da Bioética necessariamente insere-se num outro que é o do biodireito, que encontra legitimidade e validade nos direitos humanos e fundamentais. O biodireito deve estabelecer um liame entre Direito e Bioética na observação dos princípios orientadores para a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa.[14]

A quase totalidade dos doutrinadores destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na construção de um conceito apropriado de vida humana, assim como de um bom encaminhamento bioético para lidar com as questões que envolvem a vida humana.

Todavia, quando se fala em dignidade da pessoa humana, questiona-se se o termo “pessoa” viria justamente a indicar que apenas os entes que possuem as características suficientes para receber tal qualidade seriam ou não realmente dignos. Mister seja feita uma análise em que consiste pessoa humana e se há diferenças entre esta e os demais seres humanos a fim de adentrar-se em considerações acerca do direito à vida.

2 SOBRE A PESSOA HUMANA - CARACTERÍSTICAS

O conceito de pessoa tem sua origem na Grécia Antiga, mais especificamente no teatro grego, referindo-se à máscara utilizada pelos atores que representava os personagens por aqueles interpretados. Em grego “prósopon” significa rosto humano[15].

Na preleção de Valls[16], era como se o ator emprestasse ao personagem sua boca por onde soava sua fala, daí a origem do vocábulo em latim “per-sona”[17]. Por sua vez, este termo latino teria origem na palavra etrusca “phersu”, que significa máscara mortuária.

A necessidade de clarificar-se o conceito de pessoa humana em relação às questões bioéticas se demonstra cada vez mais, não só no meio acadêmico, mas em relação a toda sociedade. Questões como saber a partir de que momento do seu desenvolvimento o ser humano é pessoa, bem como as conseqüências desta decisão, são pertinentes a todo indivíduo que compõe ou mesmo que pode vir a compor uma dada sociedade.

Isto porque ao se tratar de vida humana, da qualidade de vida humana considerada digna e de dignidade da pessoa humana, deve-se entender necessariamente, por exigência lógica, a quem se referem estes qualificativos, ou seja, se são pertinentes a todos os seres humanos ou apenas àqueles seres humanos que podem ser chamados pessoas humanas.

Abbagnano[18] estabelece dois sentidos para a palavra pessoa. Num sentido mais comum, significaria o homem em suas relações com o mundo ou consigo mesmo, ao passo que, num sentido mais geral, tratar-se-ia de palavra aplicada a Deus além do homem, tendo em vista ambos como sujeitos de relações.

Prossegue Abbagnano e estabelece três fases para o conceito de pessoa. Numa primeira, o conceito de pessoa seria relacionado ao de função ou relação, mais especificamente ao conjunto de relações que ligam ou definem o homem em vista de uma situação. Esse conceito de pessoa como relação foi o que predominou durante a Idade Média, mais especificamente na escola estoicista.

Para os estoicistas, pessoa significava substância. O Pai, o Filho e o Espírito Santo seriam então substâncias ou pessoas em si mesmas. O primeiro a tratar do conceito de pessoa foi Boécio, para muitos considerado o último dos romanos e o primeiro dos escolásticos[19].

Na concepção de Boécio, pessoa é a “substância individual de natureza racional.”[20] O próprio mal nunca seria objetivado pelos homens, pois, mesmo os homens tidos como maus não praticariam atividades essencialmente más, mas sim uma atividade desviada do bem em face de um erro de avaliação ou percepção daquilo que é bom[21].

Destarte, consoante a lição do filósofo romano, três seriam as características que qualificariam a pessoa: substância, individualidade e racionalidade. A individualidade seria condizente ao aspecto individual da pessoa, ao passo que a racionalidade ao seu aspecto universal, ambos integrados em uma única substância, em uma única subsistência[22].

Seguindo a tradição inaugurada por Boécio encontramos Tomás de Aquino, filósofo e teólogo genial considerado o principal representante da escolástica[23]. Deus é o ser supremo e perfeito, o ser criador de todas as criaturas que não são o ser em sua essência, mas sim participação desse ser em sua essência, isto é, participação em Deus.

Ainda segundo Tomás de Aquino, todo ser que fosse considerado pessoa deveria ter valor e dignidade absolutos, pois seria considerado como a perfeição das perfeições, isto é a forma mais perfeita de realização do ser. Destarte, pessoas seriam seres individuais que, existindo por si mesmos, possuem natureza racional ou intelectual[24]. Para o pensador escolástico,

É a unidade que precisa ser salvaguardada. É o homem individual que pensa, não a alma; é o homem que sente, não o corpo. Mesmo sendo espiritual, a alma é fôrma do corpo. E mais: é a sua formalidade (ou capacidade de animar o corpo) que funda a sua substancialidade. Fundidas na unidade do homem, a substancialidade da alma de Platão e a formalidade da alma de Aristóteles permitem entrever o primado da pessoa sobre a espécie.[25] (grifos nossos)

Já uma segunda fase do termo pessoa seria aquela concernente à auto-relação, isto é, a relação da pessoa consigo mesma, originária justamente do enfraquecimento do conceito de pessoa tendo em vista seu caráter substancial. Nesta fase, o termo pessoa diz respeito à identidade que o homem teria consigo mesmo em sua relação pessoal, isto é, referente a si mesmo em sua individualidade[26].

Consoante o asseverado na obra de Sá, Descartes “[...] separa sujeito e razão. Todavia, demonstra que ambos devem coabitar no ser humano. Por intermédio do livre arbítrio o homem tem a capacidade de definir sua existência.”[27]

Encontramos como representação mais significativa desta concepção a filosofia de Emanuel Kant. Para o filósofo de Königsberg, os seres humanos, enquanto racionais não obedecem a outra lei senão aquelas que eles mesmos dão a si mesmos. Destarte, sua vontade é tida como legisladora universal, autônoma perante a lei. Kant trata então do que chama reino de fins, qual seja, do vínculo existente entre os seres racionais que se submetem àquelas leis criadas por sua vontade.

A moralidade em Kant é justamente o fato dos seres racionais terem que obedecer ou proceder segundo estas leis, pois só podem integrar um reino de fins se forem tidos como legisladores universais.

Em um reino de fins os fenômenos ou têm dignidade ou preço. Se têm preço é porque possuem valor relativo, podendo ser permutados por coisas de valor equivalente; se porém têm dignidade é porque possuem valor interno, podendo ser vendidos ou permutados.

A humanidade possui dignidade, pois, conforme visto, os seres humanos são tidos como fins em si mesmos. Todavia, também a moralidade tem dignidade, vez que essa é condição para que os seres humanos racionais sejam fins em si mesmos.[28]

Como pessoas os seres humanos são justamente seres racionais que não possuem preço, isto é, são fins em si mesmos, possuindo dignidade. Dessa forma, são iguais e racionais, de modo que a moral kantiana baseia-se justamente no famoso imperativo categórico: Age segundo a máxima de que possas a todo tempo querer que se tornasse uma lei universal.[29]

Em sentido similar ao kantiano, Magalhães Filho[30] entende que é justamente pelo fato de ser livre que o ser humano deve agir de forma eticamente responsável, podendo sofrer sanções caso o seu agir seja em desacordo com sua consciência e seus deveres.

Uma terceira e derradeira fase do conceito de pessoa seria aquela na qual buscaríamos definir pessoa mediante sua relação com o mundo. Nesta fase, a própria natureza de pessoa não seria definida em relação a si mesma, mas aos outros, ou seja, intersubjetivamente, mediante a linguagem.

O que define o ser humano como pessoa é justamente a alteridade, a abertura ao outro. Não que o ser humano deixe de ser digno em si mesmo, isto é individualmente. Continua portador de dignidade individualmente, mas só no outro se realiza plenamente.

O ser humano então passa a ser constituído não na premissa do “eu”, mas na do “nós”, no “eu-mais-o-outro”. Só pode se auto-compreender como pessoa em face de outra pessoa; daí, deriva que no seu agir deve ter isso em consideração, sendo responsável perante os demais indivíduos por suas ações.

Sá[31], em posicionamento similar, aduz que o entendimento da vida como valor se deu justamente em vista do caráter associativo das pessoas, isto é, do fato de dependerem umas das outras em diversos sentidos, tais como espiritual, material, afetivo etc.

Rocha[32] diferencia ainda seres humanos e pessoas humanas, sendo que estas seriam sujeitos de direitos e deveres constitucionalmente reconhecidos, ao passo que aqueles seriam indivíduos que, não embora não titulares de direitos e deveres, como, por exemplo, embriões humanos, possuem humanidade, pessoas em potência[33].

A natureza da pessoa humana não teria apenas uma, mas múltiplas dimensões, ou seja, não apenas uma dimensão biológica individual, mas também social e política. Aristóteles, em sua obra “Política”, acentua:

[...] aquele que não pode viver em sociedade, ou que nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim os homens a se associarem. Àquele que primeiro estabeleceu isso se deve o maior bem; porque se o homem, tendo atingido a sua perfeição é o mais excelente dos animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos[34]

Frisemos que não estamos aqui a concordar com o organicismo pregado por Aristóteles[35], pois, consoante o aqui explicitado, se é que há algo cujo valor seja absoluto, este é a pessoa humana, a humanidade, não o Estado, pois apenas a pessoa humana pode ser considerada um fim em si mesmo.

Destarte, após esta extensa explanação, chegamos a algumas conclusões:

- Pessoa e ser humano são realidades distintas. Muito embora toda pessoa seja necessariamente ser humano, nem todo ser humano é pessoa humana. Destarte, embriões, muito embora não sejam pessoas, ou o sejam apenas potencialmente, são seres humanos.

- O conceito de pessoa pode ser caracterizado pelas notas: individualidade, racionalidade, capacidade para auto-determinação, reciprocidade e responsabilidade. Neste conceito, um indivíduo tetraplégico por exemplo é pessoa humana, já um que esteja com morte cerebral, em estado irreversível, não o é.

- Pode-se assim conceituar pessoa como todo indivíduo racional, reconhecido reciprocamente como tal por seus pares, a partir dos quais também se reconhece como pessoa, e outrossim capaz de se auto-determinar, sendo responsável perante aqueles.

Feitas estas considerações, passemos à questão da vida humana, buscando identificar seus qualificativos a ponto de lhe concederem dignidade.

3 DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: NOTAS FUNDAMENTAIS

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

O legislador constituinte brasileiro consagrou o direito à vida como inviolável. Para muitos autores, em geral conservadores e de formação católica, a inviolabilidade do direito à vida seria sinônima de que o mesmo é um direito absoluto, não comportando qualquer possibilidade de ser relativizado no caso concreto, seja qual for este.

Tendo por base o argumento de que a vida seria o principal direito de um ser humano[36], sendo, portanto, espécie de direito primário e condição necessária para os demais direitos, o direito à vida sempre prevaleceria em conflitos de direitos fundamentais.

Seria um direito inato, inerente ao ser humano desde o momento do início da vida que se daria com a concepção[37]. Destarte, estes autores vão mais além ao sustentar que a Constituição Federal de 1988, ao prever a inviolabilidade do direito à vida, não teria sequer recepcionado os dispositivos normativos do Código Penal brasileiro que tratam da possibilidade de aborto legal, comparando-o ao assassinato.[38]

Importa destacar que, entre os próprios católicos, a questão de que o início da vida se dá com a concepção é controvertida. Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, influenciados pela teoria aristotélica do hilemorfismo[39], defendiam a teoria da animação retardada, segundo a qual o feto só teria alma a partir do que denominavam “sopro de vida” que se daria em torno de 40 a 80 dias da concepção[40].

Ademais, consoante o visto, não é todo ser humano que é pessoa, de modo que não é todo ser humano que possui vida plena. De fato, hodiernamente, conforme será tratado a seguir, sustentamos que o conceito de vida digna, intimamente vinculado ao conceito de dignidade da pessoa humana, não se subsume à mera vida biológica, comportando diversas dimensões.

A vida humana individual e pessoal não se constitui de uma realidade única e perene. Passa por evolução, um processo dinâmico que comporta diversas fases, como todo fenômeno físico-químico. Tanto é verdade que, desde que nascemos, temos como única certeza da vida a morte. Benjamin Franklin de forma jocosa, porém simultaneamente majestosa, destacou que neste mundo nenhuma coisa seria certa, salvo a morte e os impostos.

Ao tratarmos questões que envolvam vida humana, devemos analisar o caso concreto, para, em vista de determinados aspectos em que se encontre o ser humano, possamos decidir, qual a melhor forma de agir, nas chamadas “situações limites”, amparado não apenas pelo direito, mas também pelos princípios da bioética.

Assim é, por exemplo, casos de indivíduos em estado terminal que mantêm ativas apenas algumas de suas funções vitais por meio de aparelhos ou o de fetos anencéfalos cuja vida seria inviável. Qual a qualidade de vida que teriam estes seres humanos[41]? Seria uma vida digna?

Foi apenas como desenvolvimento das UTI's que se pôde prolongar em demasiado o tempo de sobrevivência de um paciente terminal. Com isso, só agora começamos a falar em ortotanásia e testamento vital no Brasil, apesar de que em outros países, a exemplo dos EUA, tal discussão já está sendo desenvolvida há certo tempo.

Outrossim, apenas com o desenvolvimento de exames pré-natais foi possível detectar inúmeras anomalias que inviabilizariam a vida extra-uterina dos fetos como a anencefalia, o que não existia na década da positivação do Código Penal brasileiro, um dos prováveis motivos pelo qual esta situação não foi contemplada como um terceiro caso de aborto legal[42].

Em ambos os casos exemplificados verificamos a impossibilidade de uma vida digna. Tais celeumas foram conseqüências diretas da mudança de paradigma provocada pelo avassalador progresso na área biotecnológica, que causou o “[...] surgimento de novos tipos de relações sociais no quadro cultural da tecno-civilização.”[43]

Leciona Lima[44] que a vida nunca foi tida como um direito ou valor supremo. Segundo o referido autor, entre os povos antigos, por exemplo, os valores espirituais ou sagrados eram tidos como mais elevados que os valores vitais. Em sentido similar, Pessini destaca que, ao analisarmos a vida como um valor, a vida orgânica sempre teve uma avaliação inferior a valores éticos e religiosos. Ainda de acordo com este autor:

Sempre se considerou uma característica de heroísmo ou de santidade que alguém dê sua vida para ajudar seus semelhantes (valor ético) ou para defender suas próprias crenças (valor religioso).

[...]O significado do princípio da sacralidade da vida é absoluto porém formal, e que a determinação material dos conteúdos do respeito à vida não pode ser absoluta, mas pode mudar com o tempo.

Cada sociedade e cada pessoa devem dotar de conteúdo em cada momento concreto o princípio formal de sacralidade da vida humana.[45]

Dessa forma, a vida não é um bem de valor absoluto e imemorial. Ora, um determinado bem só é valorizado sob a perspectiva de uma cultura ou tradição ética resolvida, ou seja, os bens são historicamente valorizados. De acordo com a Bíblia podemos interpretar que existem valores superiores à vida.

Segundo o evangelho de Mateus, Jesus teria dito que: “Se alguém quiser vir comigo, renuncie-se a si mesmo, tome sua cruz e siga-me. Porque aquele que quiser salvar a sua vida, perdê-la-á; mas aquele que tiver sacrificado sua vida por minha causa, recobra-la-á.”[46]

Sobre a autonomia para decidir acerca da própria vida, incluindo-se aí a forma como a mesma venha a ter termo, escreveu Sêneca:

Assim como escolho o navio no qual viajarei ou a casa na qual hesitarei, assim escolherei a morte pela qual deixarei a vida... Por que sofrerei as dores da doença e as crueldades da tirania, quando posso emancipar-me de todos os tormentos da vida e lançar fora as cadeias?[47]

Apesar de não ser um bem absoluto, por ser humana a vida merece o devido respeito. Vejamos, portanto, em derradeiro, como deve ser orientada a ação ética nas atividades terapêuticas em torno da vida humana.

4 O AGIR ÉTICO ORIENTADO PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ATIVIDADES TERAPÊUTICAS RELACIONADAS À VIDA HUMANA

A questão da efemeridade da vida e da existência de valores que seriam superiores a esta, em face de circunstâncias particulares dos casos concretos, não é uma questão nova. Porém, apenas com o advento da sociedade pós-moderna que os questionamentos em torno do início, término e qualidade da vida voltaram novamente à tona e ganharam força.

A bioética, como ciência voltada para uma ética da vida, trata justamente destas condutas humanas que trazem conseqüências para a vida dos seres humanos. Todavia, consoante destacado, a vida humana não é um mero fenômeno orgânico, sendo primordialmente evento pessoal.[48]

A valor da vida humana é o respeito que os seres humanos possuem pelo simples fato de serem membros da espécie humana, independentemente de serem ou não pessoas.

Não é um princípio ou valor absoluto, havendo possibilidade de ser restringido em face das circunstâncias específicas de cada caso[49].

O ser humano, que reúne todas as características que o tornam pessoa humana, tem um valor mais significativo, possui dignidade. Não é valorizado pelo simples fato de integrar o gênero espécie humana, mas sim em vista de qualidades que o tornam superiores ao demais seres. Tanto é verdade que a Constituição Federal de 1988 não fala em dignidade humana, mas em dignidade da pessoa humana[50].

Não está aqui a se defender uma hierarquia absoluta de valores, na qual a dignidade da pessoa humana que estaria sempre acima do valor de ser humano, pois uma hierarquia absoluta entre valores ou princípios é inviável. Em verdade, trata-se de uma hierarquia axiológica[51], relativa e superável[52], muito mais plausível, pois pode variar de acordo com o caso concreto, mas que tem em seu ápice o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos moldes do pensamento de Kant[53], o fundamento da dignidade humana é a autonomia ética, sendo que o homem nunca poderia ser tratado como objeto, nem por ele próprio. A autonomia da vontade do homem seria justamente a capacidade humana de se auto-determinar e agir conforme esta autodeterminação, mediante prévia compreensão das leis. Para este Filósofo:

Os seres cuja natureza depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).[54] (grifos nossos)

Reale destaca, ao tratar em sua obra acerca da justiça, que esta não seria “[...]senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.”(grifo nosso)[55]

Segundo Furkel[56], é o princípio tradicional da primazia da pessoa e de sua dignidade que faz com que, diante de situações concretas, prevaleça o interesse do homem sobre a ciência, de modo que experimentações científicas, que tenham como objeto o homem ou seu patrimônio genético, jamais podem ter fins exclusivamente científicos.

Concluimos que atuar em quaisquer atividades terapêuticas relacionadas à vida humana deve ser orientado não apenas pelos princípios da bioética, mas, também pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tanto médicos quanto pesquisadores devem ter em mente estes princípios no seu agir diário, evitando a coisificação da pessoa humana.

Ressaltamos que não é o fato de um indivíduo não ser pessoa humana que signifique que o mesmo possa ser descartado arbitrariamente. Conforme visto supra, o mero fato de ser considerado membro da espécie humana, por si só, é suficiente para lhe conceder valor, mas não dignidade de forma tão forte quanto uma pessoa humana plena.

Todo caso concreto que lida com material orgânico humano deve, mesmo em casos que se trata não de pessoa, mas de ser humano, ser analisado de forma paulatina e deveras cuidadosa em respeito à vida humana, a fim de evitar a degeneração da espécie humana.

A exemplo disto, recentemente foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal - STF a ADI 3510 que questionou a constitucionalidade dos Art. 5º da Lei 11.105/05, que tratava da manipulação e pesquisa de células-tronco em embriões sabidamente inviáveis e excedentários, em face do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em tais casos, não obstante não se trate de pessoa, em face do respeito devido ao valor da vida humana em si, ou seja, ao fato de tratar-se de embriões humanos, são necessário padrões éticos e jurídicos mínimos. Decidiu o STF que outros direitos prevaleceriam em face da vida humana em fins de ser descartada, tais como o direito à saúde e à vida das pessoas beneficiadas com este tipo de terapia e pesquisa, bem como o próprio direito à liberdade de pesquisa.

Assim, segundo o relatório e voto do relator, Ministro Carlos Britto:

nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea *b* do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (grifos nossos)[57]

Assim sendo, constamos que no entendimento do Pretório Excelso não só admite que há diferença entre pessoas e seres humanos, como que existe diferença entre os mesmos quanto à real ou meramente potencial titularidade de direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

As relações existentes entre ética, moral e direito sempre permearam a teoria do direito bem como de demais ciências que tem como objetivo o agir humano. Tais relações são renovadas atualmente pelo surgimento de um novo ramo da ética, a bioética, ciência que busca direcionar o agir humano especificamente em relação aos problemas relacionados à vida humana, à integridade do gênero ser humano.

Todavia, por si só a bioética não possui força suficiente para garantir a segurança das novas relações sócio-culturais resultantes desse avanço avassalador que a humanidade vem enfrentando desde a aurora do século XX. Faz-se necessário que existam normas jurídicas que amparem e dêem força normativa à bioética e aos seus princípios. É o chamado biodireito.

Por outro lado, a elaboração dessas “bionormas” deve ter em mente os princípios da bioética, sendo condição mesmo para a sua legitimidade e eficácia social, ou seja, para

que sejam aceitas pela sociedade. É justamente nesse condicionamento recíproco entre bioética e biodireito que se vivencia uma reaproximação entre direito e ética.

Demonstramos aqui de suma importância o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro balizador e orientador desta atuação de médicos e pesquisadores ao lidar com a vida humana. Esta dignidade refere-se à pessoa humana, termo adotado pela carta magna brasileira, e não do gênero ser humano.

Pessoa e ser humano são realidades distintas. Muito embora toda pessoa seja necessariamente ser humano, mas nem todo ser humano é pessoa humana. Destarte, embriões, não sendo pessoas, ou o sejam apenas potencialmente, são seres humanos. São detentores de valor, mas não de dignidade.

Pessoa é todo indivíduo racional, reconhecido reciprocamente como tal por seus pares, a partir dos quais também se reconhece como pessoa, e, outrossim, capaz de se autodeterminar, sendo responsável perante aqueles. Não que o mero ser humano não seja passível de respeito. Pelo contrário, o fato de ser integrante do gênero humano, de possuir vida humana, já lhe concede especial valor em relação aos demais seres.

A vida humana não se resume ao mero aspecto biológico. É uma realidade multidimensional, englobando aspectos espirituais, sócias, culturais e, principalmente, pessoais. A pessoa humana, pelo fato de ter um valor agregado ao longo de seu desenvolvimento, possui importância superior ao da mera vida humana biológica, podendo, inclusive, dependendo das circunstâncias, decidir se deseja viver ou não sob condições indignas.

Ainda que a vida humana seja considerada de importância relevante, não o é de forma absoluta, e sim relativa, podendo, em face das circunstâncias de casos particulares, como, por exemplo, em questões que envolvam ortotanásia, antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos e uso de células tronco em pesquisas envolvendo embriões, ser considerada inferior a outros valores ou bens protegidos pelo ordenamento.

Na interpretação de questões e de normas de biodireito que envolvam risco para a vida humana, deve-se sempre pautar pelos parâmetros fornecidos pela bioética, isto é, por seus princípios, a fim de evitar sua depreciação.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestra Jou, 1970;

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000;

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "A vida humana e a ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética." In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

BARRETO, Vicente de Paulo. "Bioética, biodireito e direitos humanos". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

BARROSO, Luís Roberto. "Em defesa da vida digna: Constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias." In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BIBLIA SAGRADA. "Mateus". In: BIBLIA SAGRADA. 122ª Ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998;

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª edição. São Paulo: Mandarim, 2000;

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

BRANDÃO, Dornival da Silva. "O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico." In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999;

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004;

DINIZ, Maria Helena . *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

FABRIZ, Dauri Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003;

FERNANDES, Máira Costa. "Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional" In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2001;

FURKEL, Françoise. “A bioética de alguns aspectos essenciais na República Federal da Alemanha.” In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004;

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;

JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006

_____. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995;

KANT, Immanuel. “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”. In: *Os Pensadores – Kant (II)*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980;

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico de filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993;

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006;

MARCÃO, Renato. “O Aborto no Anteprojeto do Código Penal.” In : *Revista Justilex*. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005;

MARQUES DE LIMA, Francisco Metón. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana” In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1999;

MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. São Paulo: Ícone, 1998;

MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. V. 1. Madrid: Alianza Editorial, 1990;

PENTEADO, Jaques de Camargo. “O devido processo legal e o abortamento”. In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1999;

PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004;

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. V.1. Tradução de Ivo Sotorniolo. São Paulo: Paulus, 1990;

- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Vida digna: direito, ética e ciência.” In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;
- SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer*. Eutanásia, suicídio assistido. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O equilíbrio do pêndulo*, A bioética e a lei: implicações médico legais. São Paulo: Ícone, 1998;
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006;
- SÉGUIN, Élide. *Biodireito*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- SÊNECA. *Epistola Morales as lucilium*. In: ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000;
- VALLS, Álvaro L. M. *Da ética à bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004;
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 17. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

[1] ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 3.

[2] MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 131.

[3] VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell’Anna. 17. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 5-9.

[4] VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20-21.

[5] No mesmo sentido é a lição de Magalhães Filho: “[...] recordamos ser o Direito, ao lado da Moral, uma espécie da Ética (gênero), não podendo, por isso mesmo, deixar de encontrar fundamento nos sublimes valores que dignificam a existência humana.”

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 29.

[6] RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. Tradução de Constança Marcondes César. São Paulo: Paulus, 1999

[7] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A vida humana e a ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética.”

- In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.
- [8] HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 6.
- [9] Para muitos autores, o princípio da não-maleficência estaria incluso no princípio da beneficência. Vide: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *O equilíbrio do pêndulo, A bioética e a lei: implicações médico legais*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 43.
- [10] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.
- [11] SÉGUIN, Élide. *Biodireito*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.
- [12] HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 510.
- [13] JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 122.
- [14] FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 137-138.
- [15] JUNGES, op. cit., p. 105.
- [16] VALLS, Álvaro L. M. *Da ética à bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 128.
- [17] “Do latim *persona*, máscara de teatro; donde personagem, papel, caráter: função, dignidade;[...]” LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico de filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 812.
- [18] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p.730.
- [19] MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. V. 1. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 358.
- [20] ABBAGNANO, op. cit., p. 731.
- [21] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. V.1. Tradução de Ivo Sotorniolo. São Paulo: Paulus, 1990, p. 474.
- [22] JUNGES, op. cit., p. 106.
- [23] DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 46.
- [24] JUNGES, op. cit., p. 107.
- [25] REALE; ANTISERI. op. cit., p. 572-573.
- [26] ABBAGNANO, op. cit., p. 731.
- [27] SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer. Eutanásia, suicídio assistido*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 6.
- [28] JUNGES, op. cit., p. 120.
- [29] VALLS, op. cit., p. 127.
- [30] MAGALHÃES FILHO, op. cit., p. 137.
- [31] SÁ, op. cit., p.25.
- [32] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Vida digna: direito, ética e ciência.” In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-23.
- [33] Nesse sentido destaca Barroso: “[...]é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, com aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres. Nada obstante, a lei resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro. [...] A equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, não é compatível com o direito brasileiro que já se encontrava em vigor antes mesmo da lei de biossegurança.” BARROSO, Luís Roberto. “Em defesa da vida digna: Constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.” In: SARMENTO, Daniel

- e PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252-254.
- [34] ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, p. 16.
- [35] Tal teoria “Coube aos filósofos da Antigüidade clássica, do mundo ático, que viram no Estado um fim em si,[...]. Expressiu Aristóteles, ao considerar o Estado ‘comunidade perfeita,[...]’ o vero conceito organicista que dominou o pensamento do mundo antigo.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.115.
- [36] MARTINS, Ives Gandra da Silva. “O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana” In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 137.
- [37] “A vida humana biologicamente é o seu corpo, e esseé inicialmente formado na fusão dos gametas. [...] não resta dúvida que a vida humana tem início na concepção, com a fertilização do óvulo e formação do zigoto.” BRANDÃO, Dornival da Silva. “O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico.” In: PENTEADO; DIP. op. cit., p. 22-26.
- [38] PENTEADO, Jaques de Camargo. “O devido processo legal e o abortamento”. In: PENTEADO; DIP. op. cit., p. 151-154.
- [39] Parte dos filósofos católicos da atualidade defendem que Tomás de Aquino teria mudado seu pensamento se tivesse o conhecimento atual dos avanços biotecnológicos. Todavia, outra corrente sustenta que aquele não só teria mantido seu pensamento, como na verdade poderia ter pensado que o feto só teria alma bem mais tarde que o prazo por ele estipulado, pois para o hilemorfismo adotado por Tomás de Aquino o corpo humano só receberia a alma após ter plena constituição dos órgãos necessários à atividade espiritual. Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55-59.
- [40] FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2001, p. 244. MARCÃO, Renato. “O Aborto no Anteprojeto do Código Penal.” In : *Revista Justilex*. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005, p. 44.
- [41] Ressalte-se aqui a utilização do qualificativo seres humanos e não pessoas humanas pelo fato de, em vista das qualidades supracitadas para caracterizar um ser como pessoa humana estarem aqui ausentes.
- [42] “Não se falava, àquela época, em métodos de terapia pré-natal, sendo absolutamente impossível prever, com segurança, o acontecimento de anomalias fetais. A medicina ainda engatinhava em uma área que atingiria, anos mais tarde, um grau de refinamento absolutamente admirável, capaz de diagnosticar doenças genéticas no período pré-natal e, incrivelmente, pré-implantacional (antes de o embrião concedido in vitro ser implantado no ventre materno).” FERNANDES, Máira Costa. “Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional” In: SARMENTO; PIOVESAN, op. cit., p. 120.
- [43] BARRETO, Vicente de Paulo. “Bioética, biodireito e direitos humanos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar,2001, p. 394.
- [44] MARQUES DE LIMA, Francisco Metón. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001, p. 71 e 87.
- [45] PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004, p. 152-154.

- [46] BIBLIA SAGRADA. *Evangelho de São Mateus*. Capítulo 16, versículos 24-25. 122ª Ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998, p. 1304.
- [47] SÊNECA. *Epistola Morales as lucilium*. In: ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 150.
- [48] Nesse sentido: JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 103.
- [49] Conforme ressaltou Robert Alexy, existem dois tipos de normas relativas à dignidade da pessoa humana, uma com estrutura de princípio e outra com estrutura de regra. Enquanto a regra seria absoluta o princípio da dignidade da pessoa humana não o seria, pois, caso o fosse, iria de encontro à concepção dos princípios como normas de caráter *prima facie*. É nesse conjunto de situações que integram a regra da dignidade da pessoa humana, em um feixe de relações de precedência continuadas que a mesma é absoluta, mas não no princípio da dignidade da pessoa humana. ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-114.
- [50] Não adentraremos aqui na questão de se buscar um conceito doutrinário acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, pois em verdade não há consenso doutrinário sobre este. Destacamos, porém, a definição de Sarlet, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana é “[...]a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto como todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (grifos nossos) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 60.
- [51] “[...]deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultante da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípios ou dois princípios.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 203.
- [52] Esse é o termo utilizado por Pereira, para quem as hierarquias valorativas “[...]devem operar exclusivamente como critério de determinação de peso abstrato do direito a ser ponderado, de modo que corresponda apenas à exigência de cargas de argumentação e justificação mais intensas quando se trata de fundamentar restrições a direitos preferidos, que são aqueles que ostentam maior relevância na axiologia constitucional.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições de direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.
- [53] Para mais detalhes do pensamento de Kant acerca da autonomia e heteronomia vide: BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª edição. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 95-103.
- [54] KANT, Immanuel. “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”. In: *Os Pensadores – Kant (II)*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 141.
- [55] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 272.
- [56] FURKEL, Françoise. “A bioética de alguns aspectos essenciais na República Federal da Alemanha.” In: LEITE, op. cit., p. 151.

[57] <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>.
Acesso em 23 de setembro de 2008.

A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO E O BIODIREITO*

LA TUTELA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL NASCITURUS Y EL BIODERECHO

**José Sebastião de Oliveira
Meire Cristina Queiroz**

RESUMO

O Objetivo do presente trabalho é fazer uma breve consideração a respeito dos direitos do nascituro e a importância de sua proteção. Foram analisadas as várias correntes doutrinárias sobre o início da personalidade jurídica do nascituro, a corrente natalista, a da personalidade condicionada e a concepcionista. Dessas teorias, damos maior razão à concepcionista, que admite a tutela jurídica dos direitos do nascituro desde a concepção, tratando-o como pessoa humana desde o momento em que fora concebido. Dessa forma, é necessário analisar também que o direito à vida é o direito fundamental e inviolável de todo ser humano, e deve ser protegido desde o seu início. A vida é um bem fundamental, base de todos os direitos do ser humano, e o Estado tem o dever de garantir, por todos os meios e formas, seja no âmbito constitucional, civil e penal. Nesse diapasão, o direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância, devendo sempre o ser humano ser o alvo de proteção do ordenamento jurídico. Sob esse enfoque analisou-se a problemática do nascituro e o biodireito, enfocando a tutela jurídica do embrião excedentário ou criopreservado e a possibilidade de investigação da paternidade em caso de reprodução humana artificial heteróloga.

PALAVRAS-CHAVES: NASCITURO; PERSONALIDADE JURÍDICA; BIODIREITO; REPRODUÇÃO ARTIFICIAL; EMBRIÃO CRIOPRESERVADO.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es hacer una breve consideración a respecto de los derechos del bebé en formación y la importancia de su protección. Fueron analizadas las varias corrientes doctrinarias sobre el inicio personalidad jurídica del bebé en formación, la corriente de nacimiento, la de la personalidad condicionada y la concepcionista. De esas teorías, damos mayor razón a la concepcionista, que admite la tutela jurídica de los derechos del nasciturus desde la concepción, tratándolo como persona humana desde el momento en que fuera concebido. De esa forma, necesario analizar también que el derecho a la vida es el derecho fundamental e inviolable de todo ser humano, y debe ser protegido desde su inicio. La vida es un bien fundamental, base de todos los derechos del ser humano, y el Estado tiene el deber de garantizar, por todos

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

los medios y formas, sea en el ámbito constitucional, civil y penal. En ese diapasón, el derecho a la vida debe ser preservado y respetado en cualquier circunstancia, debiendo siempre el ser humano ser el objeto de protección del orden jurídico. Bajo ese enfoque analizamos la problemática del nascituro y el bio derecho, enfocando la tutela jurídica del embrión excedente o crío preservado y la posibilidad de investigación de la paternidad en caso de reproducción humana artificial heteróloga.

PALAVRAS-CLAVE: NASCITURO; PERSONALIDAD JURÍDICA; BIO DERECHO; REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL; EMBRIÓN CRÍO PRESERVADO.

INTRODUÇÃO

A disciplina jurídica das pessoas (naturais ou jurídicas) sempre ocupou lugar de destaque na teoria geral do Direito Civil. É assunto que desde a Roma antiga atrai discussões e polêmicas, por seu caráter essencial na ordem jurídica. E, dentro deste campo de estudo, situa-se um tema dos mais árduos, com posições divergentes ao extremo e nenhuma perspectiva de solução: a personalidade (ou não) do nascituro.

Na Grécia Antiga admitia a capacidade jurídica do nascituro, o que contribuiu para o estudo da embriologia e do aborto. Já o Direito Romano não conferia personalidade jurídica ao nascituro, pois exigia o nascimento com vida. Na Idade Média, com uma mudança nos padrões filosóficos, o homem passou a ser considerado não mais como objeto, mas como sujeito de direitos, o que contribuiu na construção do conceito de pessoa e direitos da personalidade para a modernidade.

Analisa-se que o direito à vida é o direito fundamental e inviolável de todo ser humano, e deve ser protegido desde o seu início. A vida é um bem fundamental, base de todos os direitos do ser humano, e o Estado tem o dever de garantir, por todos os meios e formas, seja no âmbito constitucional, civil e penal.

Dessa forma, analisamos as várias correntes sobre a personalidade civil do nascituro, nos filiando à corrente concepcionista, a qual considera o ser concebido e ainda não nascido como pessoa, desde a concepção, seja ela natural ou através da reprodução assistida. Assim, é reconhecido ao nascituro, além da proteção penal do direito à vida (configurando o crime de aborto a interrupção intencional da gravidez), na esfera cível o direito à filiação, à sucessão, à adoção, ao recebimento de doações, a alimentos e à representação.

1. NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

De início, é preciso conceituar o que seria o nascituro. Etimologicamente, significa o que está por nascer. Chinelato e Almeida o define como "pessoa por nascer,

já concebida no ventre materno, a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.” (ALMEIDA, 2000, p. 6-7). Ainda, conforme a citada autora (*ibid*, p. 6) a palavra nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer, que está por nascer”. Outros autores o define como sendo “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno” (AMARAL, 2000, p.217).

Para Rubens Limongi França,

[...] nascituro é aquele que há de ou deve nascer. Distingue-se da prole eventual. Também protegida pelo Direito e a diferença específica, face à ciência jurídica, está no fato de ser, o nascituro, o ente já concebido no ventre materno (FRANÇA, 1996, p. 48).

Com o grande avanço experimentado na Biologia e principalmente na Engenharia Genética, vê-se que hoje o conceito de nascituro é bem mais técnico, englobando o feto, o embrião e, para alguns, o próprio zigoto.

Para o entendimento de Chinelato e Almeida, o nascituro surge com o fenômeno da nidação, ou seja, da fixação do ovo na parede do útero materno. Com isso, sua viabilidade estaria garantida, num estágio de sobrevivência. Vale também salientar que esta posição não confere ao embrião fertilizado *in vitro*, ainda não implantado no organismo materno, caráter de nascituro, já que a gravidez é elemento essencial para a configuração da viabilidade (ALMEIDA, op. cit., p. 10/11). E ainda salienta a autora que:

Ainda que na fecundação ‘*in vitro*’ haja o início da vida, porque o óvulo foi fecundado, dando origem à divisão celular, não há gravidez, condição que assegura a sobrevivência e o desenvolvimento do ovo, origem do novo ser. O ovo fecundado ‘*in vitro*’ não tem qualquer viabilidade de desenvolvimento fora do útero materno, no estágio em que se encontra a Ciência hoje (*ibid*).

O Direito Brasileiro foi fortemente influenciado pelo Direito Canônico. As igrejas cristãs fulcraram sua doutrina de fé baseada no respeito à vida humana e, com isso, sempre manteve punição para a interrupção da vida intra-uterina.

Na Matrimônio Cristão, de Pio XI, em 1930, ficou determinado que o direito à vida de um feto é igual ao da mulher, e toda medida anticoncepcional foi considerada um crime

contra a natureza, salvo os métodos de abstinência sexual nos dia férteis (SEMIÃO, 1998, p. 56).

O Código Canônico já previa que quem provoca o aborto incorre em excomunhão, com exceção do aborto indireto. Destarte, para os católicos, o nascituro é uma verdadeira pessoa, embora incompleta.

Não pairam dúvidas e nem discussões na biologia de que a vida do homem começa no exato momento em que o espermatozóide masculino penetra no óvulo feminino, formando o que se denomina de zigoto ou célula-ovo, iniciando, pois, a vida, com a individualização do ser concebido de seus pais, tendo em vista que a partir desse instante ele adquire, mesmo que biologicamente dependente, carga genética própria e individual que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo o corpo da mãe apenas o meio hábil para desenvolver-se normalmente até o nascimento.

1.1. Início da Vida: Personalidade Jurídica do Nascituro

É a fecundação que marca o início da vida. Estas são as palavras de Antonio Chaves (1994, p. 16), ensinando que no momento da fecundação, mesmo fora do corpo da mulher, os cromossomos femininos e masculinos definem o novo ser humano e qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.

O ordenamento brasileiro, por intermédio do Código Civil, reza que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, onde se pode falar de plenitude dos direitos e obrigações, pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, que encaramos como direito latente. Quanto ao nascimento com vida, a partir daí a pessoa adquire a plenitude de sua personalidade jurídica, podendo ser sujeito ativo e passivo do direito (FRANÇA, 1996, p. 47).

Rubens Limongi França (*ibid*, p. 47-48), explica que nascimento é a “separação do filho das víceras maternas”. E completa:

[...] Assim, a criança se encontra nascida. O elemento ‘vida’, que deve acompanhar o nascimento, parece caracterizar-se pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Basta um só instante de vida e a personalidade está caracterizada (*ibid*).

Como já foi conceituado, o nascituro, por sua vez, é o ente já concebido no ventre materno, aquele que há ou deve nascer. Nesta condição, há quem entenda que a personalidade já existe com a concepção, e será consolidada com o nascimento, o que é a nossa posição.

A grande questão jurídica envolve o *status* de pessoa do ser concebido. São incessantes as discussões sobre o início da vida, o início da personalidade do ser humano e o início de sua caracterização como sujeito de direitos.

É importante que se tenha em mente a noção clara de personalidade civil e o momento de seu começo, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, que os põe a salvo desde a concepção, e também pela lei penal, tendo em vista a punição do aborto, do infanticídio durante o parto, da periclitación da vida e da saúde, entre outros.

Adriano de Cupis (1961, p. 101-110) ressalta que a concepção é o ato inicial da vida, tanto da vida física, como da vida jurídica.

A verificação e prova da vida extra-uterina se dá no instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno[1]. Dessa forma, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois (STOLZE, 2006, p. 81).

1.2.1. Teorias sobre o início da Personalidade Jurídica.

Em face da flagrante contradição estampada no artigo 2º do Código Civil, algumas teorias foram criadas para definir-se o início da personalidade civil do ser humano, porque as mais significativas são:

A) A doutrina natalista.

Adotada pela maioria de nossos doutrinadores e aparentemente agasalhada pelo artigo 2º do Código Civil, estabelece que a personalidade civil do homem começa com o seu nascimento com vida. Segundo esta doutrina, o nascituro não é considerado pessoa e somente tem expectativa de direito, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. O nascituro não tem personalidade jurídica e também lhe falta capacidade de direito, porque a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente ele terá, em caso de nascer com vida, os quais são enumerados taxativamente no ordenamento jurídico (posse, direito à herança, direito à adoção, direito à curatela).

Para a doutrina natalista o nascituro é encarado como parte das vísceras da mãe e somente o seu nascimento com vida lhe dá o status de pessoa.

B) A doutrina da personalidade condicionada.

Esta doutrina sustenta que o início da personalidade de alguém começa a partir da concepção, mediante a condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o nascituro nascer com vida a sua personalidade retroage à data de sua concepção.

Seus seguidores ensinam que, durante a gestação, o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos a uma condição suspensiva. O curador ou o seu representante legal o representará, a fim de garantir-lhe os direitos assegurados eventualmente.

C) A doutrina verdadeiramente concepcionista.

Esta doutrina é enfática em afirmar que a personalidade do homem começa a partir da concepção, porque, desde tal momento, o nascituro é considerado pessoa.

A doutrina concepcionista baseia suas convicções no fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, o nascituro é considerado pessoa, uma vez que somente as pessoas são sujeitos de direito e, portanto, detêm personalidade jurídica.

Nesta linha de raciocínio afirma-se que não há como explicar que o nascituro possa ter direitos assegurados por lei, sem que seja considerado pessoa, porque o sinal mais acentuado de que o nascituro tem personalidade civil é o fato de o legislador ter disciplinado o crime de aborto no título referente aos "Crimes contra a pessoa".

Dizem, ainda, que vários desses direitos não estão condicionados ao nascimento com vida e que, portanto, o nascituro, ao tê-los, os recebe como se fosse pessoa e não como expectativa de pessoa. Dentre outros, pode-se citar o direito aos alimentos pré-natais; direito ao reconhecimento da filiação, direito à vida; direito à integridade física.

2. DIREITOS DO NASCITURO NA LEGISLAÇÃO CIVIL

Independentemente da teoria adotada, é consenso entre os doutrinadores de que o nascituro é um ser vivo e que tem direitos desde a sua concepção, seja na forma de expectativa tutelável, pela teoria natalista, seja na forma suspensiva, pela teoria da personalidade condicionada, ou seja, na forma plena, pela teoria verdadeiramente concepcionista.

O que se verá, portanto, nesta oportunidade, são os direitos inerentes aos seres concebidos pelas novas técnicas de reprodução humana.

À época da feitura do Código Civil de 1916, nem sequer passava pela cabeça de nossos juristas a possibilidade de, no futuro, haver a concepção humana fora do útero feminino. A noção que possuíam de nascituro era a do ser concebido e em desenvolvimento no útero feminino. A esse ser asseguravam-se direitos desde o momento de sua concepção, independentemente da teoria adotada para a definição do início da personalidade.

Deixando um pouco a questão da reprodução assistida e, principalmente, a da doação de células germinativas e a questão da criopreservação de gametas, discorrer-se-á acerca de alguns dos direitos assegurados ao nascituro, seja qual for a doutrina adotada.

A) Direito ao reconhecimento da filiação

As relações de parentesco se estabelecem no momento da concepção e não do nascimento. Chaves Lopes (2000, p. 85) sustenta que:

o problema jurídico da filiação está intimamente ligado ao fato da concepção, como já abordado em tópico acima. Assim, as relações de parentesco se fixam desde a concepção, e não no momento do nascimento, surgindo desse fato que estabelecerá as características fisiológicas que determinarão o elo jurídico que permanecerá por toda a vida, numa união permanente de pai e filho.

Fica claro, portanto, que o nascituro poderá ter a sua filiação reconhecida, mesmo que ainda esteja em desenvolvimento no útero, bastando para isto uma declaração por escritura pública ou testamento, que, uma vez feita, torna-se irrevogável.

Justifica-se tal procedimento no temor do pai de morrer antes do seu filho nascer ou de contrair doença grave que o impossibilite de externar livremente sua vontade (loucura, interdição, etc.) ou até mesmo na incerteza da mãe de escapar com vida do próprio parto, etc. A mãe ou o pai, mesmo ainda não nascida a criança, poderão pleitear em nome do nascituro o reconhecimento da paternidade ou da maternidade e, por conseqüência, os direitos inerentes ao reconhecimento (posse, alimentos, etc.).

As provas em juízo, acerca da paternidade ou maternidade, se farão feitas por todos os meios permitidos, inclusive por exame de DNA que se dará mediante a da coleta de material do feto em uma amostra da placenta (vilo corial), a partir da 9ª (nona) semana de gestação.

Quanto à presunção da filiação legítima, o artigo 1.597 do Código Civil estipula que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação, sendo que, em tais casos a prova em juízo será a da convivência conjugal.

B) Direito à Adoção

É muito controvertida a questão da adoção do nascituro. Há que ser considerado o instituto da adoção de caráter humanitário, que tem dupla finalidade: dar filhos àqueles que a natureza negou e a finalidade de assistencial.

O Código Civil, em seu artigo 1.621, estipula que a adoção depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais, e da concordância do adotando, se este contar com mais de doze anos de idade.

Os adeptos da doutrina natalista informam que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um estágio de convivência com o possível adotado, o que não é possível em se tratando de nascituro. Dizem, portanto, que a adoção do nascituro será regulada pela Lei Civil, e não pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e que os seus efeitos estarão sempre condicionados ao nascimento com vida.

Os concepcionistas, por sua vez, consideram que o Estatuto da Criança e do Adolescente agasalha a hipótese de adoção do nascituro, pois considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, uma vez que, para eles, o nascituro já está incluído no conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste caso comungam no entendimento de que a sua adoção pode ser realizada tanto pelo Código Civil quanto pelo Estatuto, sendo que em ambos os casos a eficácia da adoção deve ser plena e resguardada a igualdade de filiação.

Assim, ambas as doutrinas louvam e admitem a adoção do nascituro, que, uma vez feita, lhe assegurará alimentos e integridade física até o seu nascimento com vida, com vistas a possibilitar-lhe um desenvolvimento gestacional seguro e sadio.

C) Direito de curatela e representação

Estatui o *caput* do artigo 1.779 do Código Civil: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Dessa forma, se o pai falecer e deixar a mulher grávida de seu filho, e se esta vier a perder o poder familiar, será nomeado ao nascituro um curador ao ventre que terá a função de zelar pelos seus interesses até o seu nascimento com vida quando, então, lhe será nomeado um tutor. Por exemplo, no caso de a mãe ser toxicômana ou alcoólatra e estar grávida. Não havendo perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão assegurados e resguardados por quem detenha a sua representação legal, ou seja, seus pais.

D) Direito de receber doações

O nascituro terá direito de receber bens por doação, desde que já esteja concebido no momento da liberalidade. O artigo 542 do CC diz: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

A partir da liberalidade, seus representantes legais poderão usufruir o bem doado e entrar em sua posse, percebendo-lhe os frutos, desde então.

E) Direito à sucessão

Desde a Antiguidade Clássica grega e romana já se asseguravam aos nascituros os direitos sucessórios, e os primeiros estudos acerca da embriologia foram feitos por Hipócrates e Aristóteles.

Em relação ao direito sucessório temos a dizer que o nascituro terá plenos direitos à herança, se já estiver concebido no momento da abertura da sucessão. É

necessário, portanto, que ao tempo da morte do autor da herança, o nascituro já esteja concebido e que venha a nascer com vida.

O nascimento sem vida é uma condição resolutiva do direito à herança do nascituro, pois o natimorto será considerado como se nunca tivesse existido, ou seja, como se nunca tivesse sido herdeiro. Seus representantes legais poderão, desde a abertura da sucessão, requerer a imissão na posse dos bens herdados pelo nascituro, que estará condicionada ao seu nascimento com vida (art. 877 e 878 do Código de Processo Civil).

No direito sucessório, até mesmo pessoas não concebidas ao tempo da morte do autor da herança podem herdar. Os artigos 1798 e 1799, ao tratarem da capacidade sucessória, legitimam a suceder as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão, bem como, por sucessão testamentária, os ainda não concebidos (prole eventual). Portanto, basta que o testador contemple, em seu testamento, o filho ou filhos eventuais que possam ser gerados por pessoas por ele designadas na cédula testamentária e que estejam vivas quando de sua morte.

F) Direito aos alimentos

Este controvertido direito ao nascituro somente é defendido pelos seguidores da doutrina concepcionista, que consideram o nascituro como pessoa e titular de direitos dissociáveis dos de sua genitora.

Para Pontes de Miranda (*apud* FERNANDES, 1994, p. 159) pode começar antes do nascimento e depois da concepção a obrigação de alimentos, enfatizando que o direito seria inferior à vida se acaso recusasse proteção ao concebido.

Reconhecendo esse direito ao nascituro, a jurisprudência manifesta-se: “Alimentos – Direito de nascituro – Inadimplemento de marido – Prisão – Inteligência dos arts. 19 da Lei n. 5.748/68 e 753, parágrafo 1º, do CPC” (RT 560: 220).

O nascituro por meio de sua representante legal, a mãe, ou do curador ao ventre, poderá pleitear alimentos provisionais ao pai, provando em juízo a gravidez e a convivência com o indigitado pai, a fim de provar os requisitos do *fumus boni iuris*. O fundamento do pedido deve ser o de amparar e de dar a necessária assistência pré-natal do nascituro, englobando-se aí os medicamentos e as despesas médicas.

A suposta paternidade poderá ser comprovada por qualquer meio hábil, inclusive através do exame de DNA que poderá ser recolhido da placenta da gestante.

G) Direito à curatela

O artigo 1.779 do Código Civil determina que “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Como se observa, o ordenamento jurídico, desde logo, preserva os direitos do nascituro, tomando medidas para salvaguardar os direitos. Nessa possibilidade excepcional de se dar curador ao nascituro, devem ser observados os seguintes requisitos: a) falecimento do pai, estando a mulher grávida; b) não tendo a mãe o exercício do poder familiar. Esta última hipótese

só pode ocorrer se ela tiver sido destituída do poder familiar em relação aos filhos havidos anteriormente, pois tal sanção abrange todos os folhos, inclusive o nascituro.

Poderá também haver a nomeação de curador se a mãe já estiver sido interdita, neste caso, o curador da mãe também será o curador do nascituro, na forma do parágrafo único do citado artigo. Note-se que sustenta a doutrina que só há interesse na nomeação de curador ao nascituro na hipótese de herança, legado ou doação em favor do nascituro.

H) Direito à vida

Antes de verificar o que seja direito à vida, deve-se ter em mente a noção clara do termo ou expressão “vida”, qual o início e o término da vida, a personalidade e a capacidade civil, pois só assim delimitar-se-ão os efeitos a se fazerem sentir, em nosso ordenamento, como um direito fundamental. Pois bem. A palavra “vida” é conceituada no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (p.2858), sob diferentes aspectos, nos quais os que mais nos interessam, no que se refere ao Direito à Vida, são os seguintes:

[...] 3 – o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência [...] 5 – motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito [...] 8 – o conjunto dos acontecimentos mais relevantes na existência de alguém; 9 – meio de subsistência ou sustento necessário para manter a vida [...]

Impossível falar em vida e na sua tutela, sem lembrar as palavras de Antonio Chaves (1994, p. 13):

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faróis egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênio de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de um para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?

O autor acima citado prossegue aduzindo que o conceito de vida, proveniente da Psicologia, é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma “alma” e um “corpo”.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2003, p. 530) leciona que: “Por vida humana deve ser entendido um complexo de elementos físicos, psíquicos, intelectuais, éticos e morais: é esse conjunto que constitui o que se denomina por ‘ser humano’ [...]”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, reza que: “1. O direito à vida é inerente à pessoa

humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (Parte III, art. 6?).

De Cupis (1961, p. 12) afirma que a vida se identifica como a simples existência biológica e que o direito à vida é essencial, tem como objetivo um bem muito elevado, sendo um direito essencialíssimo. É um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível. Assim, o suicídio não constitui ato de exercício de um direito. O citado autor associa o direito à vida a um direito à conservação da vida. Em que o indivíduo pode gerir e defender a sua vida, mas não pode dela dispor, apenas justificando ação lesiva contra a vida em casos de legítima defesa e estado de necessidade. Fala, ainda, da tutela privada e pública do direito à vida, admitindo que o direito aos alimentos é uma tutela complementar da vida, sendo diferente do direito à vida, pois não é a vida o seu objeto, mas um bem material para servir à conservação da vida.

Canotilho (2000, p. 526-533 e 539) aduz que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui que o direito à vida não é uma liberdade, mas sim um direito.

Reindranath V. A. Capelo de Souza (1995, p. 203-204), ao seu tempo revela:

a vida humana, qualquer que seja sua origem, apresenta-nos, antes de mais, como um fluxo de projeção colectivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global [...] constitui um elemento primordial e estruturante da personalidade [...] a vida humana é susceptível de diversas perspectivas [...]

O citado autor entende que não há apenas um direito de vida (a conservação da vida existente), mas também um direito à vida (ao desdobramento e evolução da vida até mesmo à consecução do nascimento com vida (*ibid*, p. 207).

O direito à vida é denominado um direito condicionante porque dele derivam e dependem os demais. Com base nesta assertiva é que o nascituro tem o direito de se desenvolver naturalmente no útero materno, para que possa nascer e viver dignamente. Os demais direitos assegurados a ele dependem de seu nascimento com vida, sendo que seu desenvolvimento em qualquer dos estágios, seja zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião ou feto, representa apenas um continuum do mesmo ser que se desenvolverá ainda em criança, adolescente e adulto.

Do direito à vida emerge a proteção do nascituro em relação ao aborto e a possíveis danos à sua integridade física e moral; tal proteção vê-se até mesmo assegurada aos animais.

Assim, não importa a doutrina seguida, pois é assegurado ao nascituro o seu direito à vida.

3. NASCITURO E O BIODIREITO

O direito ao planejamento familiar, assegurando constitucionalmente, estende-se a todo cidadão. O exercício desse direito garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, com autonomia e liberdade para decidir por ter filhos ou não, se utilização os meios naturais ou artificiais de procriação.

È a nova roupagem que a Constituição Federal dá ao Direito de Família face às mudanças sociais e econômicas. Assim, disserta José Sebastião de Oliveira que “A família e, ao mesmo tempo, fator reflexo de mudanças sociais. Sua análise em determinado período dá exatamente a noção política, econômica e social de uma nação” (OLIVEIRA, 2002, p. 223). E acrescenta o autor: “È por esse motivo que a Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores conquistas do Direito de Família, porque demonstra, além da importância do contexto familiar para o constituinte, a evolução porque passou” (*ibid*).

As técnicas de reprodução assistida, que representam essa mudança no novo conceito de família, se mostram necessárias, pois há casais que apresentam algum problema de infertilidade, caracterizado como a incapacidade de engravidar seja por infertilidade ou esterilidade.

O artigo 1.597 do Código Civil presume concebido na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga, bem como, os embriões excedentários, portanto, em nosso ordenamento, não há impedimento em relação a qualquer espécie de fertilização artificial humana. Essas técnicas avançadas de procriação têm permitido o desenvolvimento da reprodução humana assistida que fecunda seres humanos por métodos não naturais.

Em nosso ordenamento jurídico, a inseminação artificial humana vem ocorrendo por meio de técnicas médicas, sem uma legislação própria para coibir os abusos e atentados à dignidade humana. A reprodução humana assistida vem sendo regulada segundo as regras específicas do Conselho Federal de Medicina, visando possibilitar que casais que apresentam problemas de fertilidade, seja de ordem física ou psíquica, venham a procriar. Essa técnica consiste em fecundação artificial, com manipulação médica, informada e constituída por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, podendo se dar por inseminação artificial homóloga ou heteróloga. O método apresenta “probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde, para a paciente e para seu futuro filho” (CHAVES LOPES, 2000, p. 64).

Quanto à classificação, como já visto, a maioria da doutrina reconhece três tipos de inseminação artificial: homóloga, heteróloga e *post mortem*.

A homóloga é a realizada com o sêmen originário do marido ou do companheiro e óvulo originado pela esposa ou companheira, sem intervenção de terceiro doador. Portanto, nessa técnica o material colhido é do próprio casal, formado pelo casamento ou união estável, potque ambos devem estar vivos no momento da inseminação.

Dessa forma, essa técnica é a que menos celeuma traz quanto à sua utilização, uma vez que não modifica estruturas jurídicas existentes, na medida em que coincide paternidade biológica e legal. A única polêmica é a que diz respeito ao congelamento do material genético e à possibilidade de sua posterior utilização pela mulher sem o consentimento do marido ou até mesmo após a morte deste. Hodiernamente, a posição tende no sentido de que, desde que haja o consentimento do doador, sua utilização é permitida para a utilização no momento da coleta. Caso a utilização vá ocorrer no futuro, novo consentimento terá de ser exarado pelo doador, que é o “proprietário” do material genético, e, portanto, apto para exigir, inclusive, a sua inutilização.

Na heteróloga, aquela realizada com sêmen e/ou óvulo de terceira pessoa, autorizada quando seja infértil o marido ou companheiro e/ou esposa ou companheira, a hereditariedade jurídica divergirá da biológica. Diante de tal fato, algumas legislações condenam tal prática em razão das implicações que poderiam ser causadas em relação ao cônjuge, ao doador, ao filho, a terceiros, etc. Quando permitida, exige-se do marido ou companheiro que irá assumir a paternidade jurídica, uma declaração de consentimento da inseminação de sua esposa ou companheira, com sêmen de terceiro doador. Sem o consentimento do cônjuge ou companheiro, não será admitida, sendo, inclusive, causa para separação judicial (separação-sanção). Admite-se, nesses casos, uma ficção jurídica, devendo prevalecer à segurança de um *status* jurídico para o filho, que não pode ser perturbado por posteriores desentendimentos ou mudança de ânimo dos pais. O Novo Código Civil, textualmente exige o assentimento do marido, em seu art. 1597.

Com relação ao doador, além da obrigação de apresentar comprovantes de saúde, em caso de o mesmo ser casado, deverá apresentar um consentimento de sua esposa. Outro ponto é o de que o médico deverá tomar alguns cuidados, tais como a checagem quanto à ausência de impedimento para casamento entre doador e receptora, como, por exemplo, um irmão da mulher é doador, e o médico utiliza o seu sêmen para fecundá-la. Neste caso, ambos não poderiam ser casados, já que sob eles paira um impedimento matrimonial (CC, art. 1521, IV), e, portanto, a doação também não seria permitida, por uma questão de eugenia. Além dessa precaução, também há a proibição da divulgação dos nomes das pessoas envolvidas no processo (sigilo na contratação - doação).

A doutrina apresenta, ainda, outra classificação, a chamada *post mortem*, que nada mais é que uma subclasse da inseminação homóloga (feita com sêmen ou embrião congelado, após a morte do doador). Nesta técnica, a prática não é feita na forma heteróloga, pois há a intenção na formação do vínculo familiar com o doador, já falecido.

Especialmente, no campo do direito das sucessões, este tipo de inseminação apresenta, praticamente, as mesmas questões da inseminação homóloga. Cabe discussão tão somente o problema do consentimento na utilização do material genético, uma vez que o doador está morto. Neste caso, considerar-se-á, primeiramente, a existência de

consentimento prévio à morte pelo doador, o que deverá ser feito, sempre, por escrito (testamento, declaração de consentimento feito por instrumento público ou particular).

No entanto, diante da moderna engenharia genética, algumas questões são passíveis de ocorrência, influenciando no Direito de Família. O embrião concebido do homem, mas criopreservado fora das vísceras maternas, através da técnica de congelamento em nitrogênio líquido, pode ser considerado pessoa no sentido jurídico da palavra? Caso seja pessoa, como admitir a sua destruição, alienação gratuita ou onerosa, empréstimo e manipulação para fins científicos? A destruição do embrião congelado é crime de aborto? A quem cabe a responsabilidade do destino dos embriões excedentes?

A Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, admitiu que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões. Admitiu-se, também que, no momento da criopresevação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um deles e quando desejam doá-los.

Chinelato e Almeida (2000, p. 182) comunga do pensamento de que:

[...] somente se poderá falar em nascituro quando houver a nidação. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade, Assim sendo, o embrião na fecundação *in vitro* não se considera nascituro.

Sergio Abdalia Semião critica essa posição de Almeida, argumentando que a autora vai contra a própria doutrina concepcionista que abraçou (1998, p. 176), uma vez que para a doutrina concepcionista não importa a viabilidade para que o ente concebido seja pessoa. “Este é o verdadeiro sentido da expressão *infans conceptus* (*ibid*, p. 177). Para este autor, não há possibilidade de se afirmar que o embrião, vivendo extra-uterinamente, congelado em nitrogênio líquido, seja juridicamente pessoa e tenha, conseqüentemente, direito à vida.

Com relação à pessoa do filho provindo da inseminação artificial heteróloga, este tem o direito personalíssimo de investigar a própria paternidade (artigo 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente), além de poder ser-lhe permitido o acesso aos dados do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial. Todavia, na fertilização heteróloga é negado o direito à identidade do doador do material genético, face à exigência de se manterem no anonimato as pessoas envolvidas neste processo (o doador, o receptor, o pai afetivo).

Por outro lado, a doutrina defende que a criança possa ter acesso, através do banco de dados existentes nas clínicas de reprodução humana, que contém o registro de seus antecedentes genéticos, evitando-se, assim, a problemática em torno de casamentos entre parentes consanguíneos, doenças hereditárias e sua possibilidade de cura por meio de transplante de órgãos e ou tecidos ou células. Dessa forma, é imperial que a criança

tenha conhecimento de sua origem com base na reprodução assistida, para assim ter acesso a sua verdade biológica, pois todos têm o direito de ter suas referências genéticas.

No Brasil, as normas éticas do Conselho Federal de Medicina para utilização das técnicas de reprodução assistida estabelecem que os doadores não devam conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo as identidades, em sigilo.

Álvaro Villaça de Azevedo sustenta que essas normas violam o direito da personalidade do futuro filho, pois, “não tendo participado dessa relação jurídica da qual origina seu nascimento, fica inibido de saber sobre sua filiação, sendo-lhe negado o direito à identidade” (AZEVEDO, 1996, 43-51).

Por ser direito de personalidade, o estado de filiação está ligado à própria natureza humana, que,

[...] descendendo *ex iure sanguinis* (por direito de sangue), existe nesse estado, desde sua concepção até a morte, como um fato natural independentemente de lei, que há de respeitá-lo, por inserir-se no âmbito do direito natural, entendido como aquele decorrente de princípios fundados na razão e na igualdade, que regulam e asseguram os direitos individuais, seguidos pelos povos de considerada cultura que respeitam o ser humano em todas as suas potencialidades (CHAVES LOPES, op. cit., p. 77).

A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º[2], instituiu como princípio a paternidade responsável, em que a verdade jurídica não deve se contrapor à moral.

A questão que envolve o direito do filho conhecer sua identidade genética é muito delicada, pois mesmo possuindo um pai socioafetivo, muitas vezes a pessoa possui o desejo, ou até mesmo necessidade de conhecer suas origens, e assim poder buscar nos pais biológicos explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos.

Deve-se analisar a questão à luz do princípio constitucional da igualdade jurídica entre os filhos, de modo que, o se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, incorrer-se-ia em inaceitável discriminação, negando-se a ela o direito que é reconhecido à outra criança, nascida de relações sexuais.

No mesmo sentido posiciona-se Álvaro Villaça de Azevedo (*apud* BRAHE FERNANDES, 2000, p. 85), ao defender que o filho gerado através de uma das técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar a sua paternidade, devendo os responsáveis pelos dados do doador, fornecê-los, em segredo de justiça.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 339) defende o anonimato do doador, afirmando:

A pretendida alegação de que a criança tem "direito" a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno) quando é sabido que, atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível.

O mencionado autor levanta ainda outros questionamentos, como o fato de haver um pai registral e outro biológico, de quem a criança herdaria? Poderia demandar alimentos contra qual dos pais? Adotaria o nome do pai biológico ou do afetivo? Ainda sustenta o autor que o anonimato evita que, tanto o doador como a criança, procurem estabelecer relações com vistas à obtenção de meras vantagens pecuniárias (LEITE, *ibid*).

Na opinião de Chinaletto e Almeida (*apud* MOREIRA FILHO, 2002):

O direito à "identidade genética" não significa a desconstituição da paternidade dos pais sócio afetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada 'desbiologização' da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o direito de personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame do tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

CONCLUSÃO

O estudo do nascituro trata de um tema de grande importância para toda a sociedade, não somente à acadêmica e jurídica, mas para a sociedade em geral, já que se ocupa do ser humano em sua fase inicial, ou seja, o ser concebido ainda em desenvolvimento no ventre materno.

Desde a Idade Antiga temos que o nascituro é objeto de proteção jurídica, pois sempre existiu uma preocupação com a proteção da vida da criança que estava para ser gerada; ou seja, com essa nova vida que estava se formando, cujo desfecho somente seria conhecido com a realização do parto de sua genitora.

Para os romanos, o concebido era considerado um ser humano e como tal merecedor de tutela jurídica e de respeito à sua dignidade, ao contrário de algumas cidades-estado

gregas, onde as crianças defeituosas eram atiradas do alto de um penhasco para que perdessem a sua vida.

No Direito Romano, para que o nascituro fosse considerado pessoa humana, após o seu nascimento, o feto teria que se separar completamente do corpo de sua mãe, nascer com vida, com forma humana e, ainda ter vida viável. Caso não viesse aparentar forma humana perfeita era tido como um monstro e não uma pessoa, capaz de direitos e obrigações na ordem jurídica.

A partir do Direito Romano, todas as demais legislações se preocuparam em dar guarida para proteção dos direitos do nascituro, de modo especial nos países que adoram o sistema romano-germânico.

Com a evolução dos tempos e o surgimento das várias correntes doutrinárias sobre a personalidade civil do nascituro, a sua situação foi se transformando no sentido de atribuir ao nascituro à qualidade de pessoa, ou seja, sujeito de direitos, dotado de personalidade jurídica, cuja tutela se faz imprescindível.

Chega-se à conclusão que, de acordo com a teoria concepcionista, a vida do ser humano inicia-se com a concepção, esta considerada quanto há a fertilização do óvulo com o espermatozóide, ainda que a possibilidade de desenvolvimento do ser concebido somente seja possível após a nidação. Isso porque para o direito não é relevante a distinção entre pré-embrião, embrião e feto, já que em todas essas fases trata-se de um ser em formação e desde a concepção inicia a sua personalidade jurídica.

Assim, há que se reconhecer direitos ao nascituro desde a concepção, direitos personalíssimos, como direito à vida, ao desenvolvimento saudável, ao pré-natal, à filiação. Portanto, com o nascimento com vida vem concretizar e aperfeiçoar os direitos que dela decorrem. Por outro lado, os direitos patrimoniais, como direitos sucessórios, serão plenamente atribuídos ao nascer com vida.

O artigo 2º do Código Civil, na forma como se apresenta ao mesmo tempo em que determina que a personalidade civil do ser humano começa a partir do nascimento com vida, coloca a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Aparentemente, esse dispositivo parece ser contraditório. Mas chega-se à conclusão de que ao pôr a salvo os direitos do nascituro, o legislador não está tratando de mera expectativa de direitos, mas está tutelando os direitos do nascituro desde a concepção. Como exemplo disso o artigo 1.779 do Código Civil que confere direitos ao ser concebido sem, contudo, submeter ao nascimento com vida, ao enunciar que será nomeado curador ao nascituro quando a mãe não for detentora do poder familiar, desde que falecido o pai.

Por outro lado, a lei penal ao tutelar o direito à vida do nascituro, determina como tipo penal o crime de aborto se houver a interrupção intencional da gravidez, protegendo, assim, o direito de viver do ser ainda em estado intra-uterino, como verdadeiro sujeito do direito à vida. O Estatuto da Criança e do Adolescente também dispensa proteção ao nascituro, constatando que é detentor de personalidade jurídica.

Compartilhando o pensamento de Gagliano (2006, p. 85), pode-se apresentar o seguinte esquema acerca dos direitos do nascituro: a) o nascituro é titular dos direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.); b) pode

receber doação, sem prejuízo do reconhecimento do imposto de transmissão *inter vivos*; c) ser beneficiado por legado e herança; d) ser nomeado curador ao nascituro para a defesa de seus interesses; e) proteção penal contra o crime de aborto; f) direito à realização de DNA, para efeito de aferição da paternidade; g) direito a alimentos, para arcar com os encargos da gestação (com exame pré-natal, remédios, enxoval, etc.).

Assim, tem-se que a corrente concepcionista é a que traduz a verdade jurídica do nascituro, uma vez que atribui certos direitos desde a concepção, independentemente de qualquer condição. Nesse diapasão, o direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância, devendo sempre o ser humano ser o alvo de proteção do ordenamento jurídico, já que a vida é o bem fundamental de todo ser humano.

Quanto ao reconhecimento da paternidade, entende-se que o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Assim, nossa posição é a de que a qualquer tempo poderá o filho proveniente da inseminação artificial heteróloga, investigar, por via judicial, sobre sua paternidade, devendo os responsáveis, em segredo de justiça, fornecer os dados necessários a essa investigação.

A realidade é que a vida do nascituro vai além de um direito subjetivo da personalidade, é um bem tão importante e essencial da pessoa. Esse direito é um direito universal, que merece a proteção não só do Direito Constitucional, mas também da legislação infraconstitucional, convenções e tratados internacionais.

Neste presente trabalho procurou-se ressaltar a importância de se debruçar no estudo dos direitos do nascituro, e como pessoa humana que é, desde a concepção, deve ser sempre protegido pelo ordenamento jurídico, como um ser em pleno desenvolvimento no ventre materno, dotado de capacidade jurídica, visando o direito de seu nascimento e sua perspectiva de vida como ser humano digno.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

_____. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRUDA, João. *Fecundação artificial – Sêmen de um cadáver (parecer)*. In: Revista de Direito da Faculdade de São Paulo, 48/292/295.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito e Reprodução Humana Assistida*. In: Revista dos Tribunais, 729/43-51, julho, 1996.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Direitos de Personalidade*. Disponível em <<http://www2.correioweb.com.br>>. Acesso em 30/05/2007.

BITTENCOURT, Edgar de Moura, *Alimentos*. São Paulo: LEUD, 4 ed., 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAHE FERNANDES, Tycho. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Ed. Diploma Legal: Florianópolis, 2000.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

CATALANO, Pierangelo. *Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano*. Trad. Eduardo César Vita Marchi. Revista de Direito civil, n. 45, ano 12, jul./set.p.7-15,1998.

CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES LOPES, Benedita Inêz. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

DE CUPPIS, Adriano. *I Diritti della Personalità*. 2ª ed. Milão, Itália: Dott A. Giuffrè Editore, 1961.

_____. *Os Direitos da Personalidade* – tradução de Adriano Vera Jardim. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANCO, Fábio Luis. *Da Personalidade Jurídica do Nascituro sob o enfoque dos direitos da personalidade e as sua capacidade de ser parte*. Dissertação de Mestrado apresentada no Centro Universitário de Maringá-PR - CESUMAR, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Ztolze. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed., v. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad, 3ª ed., 1974, v. 1.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>, publicado em 09/05/2002, acesso em 24/09/2008

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>>, publicado em 30/4/2002, acesso em 24/09/2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1.

PUSSI, William Artur. *A Personalidade Jurídica do Nascituro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Estadual de Maringá-PR, 2002.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEMIÃO, Sergio Abdalia. *Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

* Tradução de Cristiane Magalhães Bissaco, Mestre e Doutoranda pela PUC-SP, Professora na Unioledo.

[1] Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por seguinte, mais denso, vai ao fundo (SEMIÃO, 1998, p. 158/161).

[2] Art. 227, § 7º. Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

**AS CONTRIBUIÇÕES DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA PARA O DEBATE
ACERCA DA LEGITIMIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

**THE CONTRIBUTIONS OF FOREIGN EXPERIENCE FOR THE DEBATE
CONCERNING THE LIVING WILL'S LEGITIMACY AT BRAZILIAN LEGAL
SYSTEM**

Luciana Dadalto Penalva

RESUMO

O presente trabalho objetiva verificar como a experiência estrangeira na posituação e discussão do testamento vital pode contribuir para o debate brasileiro sobre o tema. Após a promulgação da Constituição da República de 1988, que positivou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental, o conceito de “vida digna” foi inserido nas discussões jurídicas. Assim, não mais se admite, em um Estado Democrático de Direito, a prevalência do direito à vida sobre a dignidade da pessoa humana. O testamento vital é instituto que decorre desse giro hermenêutico, pois é garantidor da dignidade da pessoa humana, na medida em que dota o indivíduo de autonomia para decidir, enquanto capaz, os tratamentos ou não tratamentos a que deseja ser submetido caso seja diagnosticado como paciente terminal, e esteja impossibilitado de manifestar sua vontade, ou seja, admite que cada indivíduo pode ter um conceito particular do que seja uma vida digna. Todavia, as discussões acerca do testamento vital ainda são muito incipientes no Brasil, razão pela qual a análise de como esse instituto surgiu e de como tem sido tratado em ordenamentos jurídicos alienígenas é de grande valia ao operador do direito brasileiro, vez que possibilita a este verificar em que medida o testamento vital cumpre efetivamente o papel de instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, a fim de que possa se perquirir acerca da legitimidade deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, AUTONOMIA PRIVADA, TESTAMENTO VITAL, EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.

ABSTRACT

The present research has the objective to verify how the foreign experience, on the laws and discussion about the living will may contribute to the Brazilian debate on the subject. After the promulgation of the Brazilian Constitution that brought on it's text the Human Dignity as a basic principle, the concept of “life with dignity” was insert on the juridical quarrels. Thus, it is no more admitted, on a Democratic Rule of Law's State,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the prevalence of the right to live over the Human Dignity. The living Will is a legal institute that elapses from this hermeneutical discussion, because it warrants the Human Dignity, while gives the individual autonomy to decide, as capable, the treatments that wills or not wills to be submitted in case of is diagnosed as a terminal patient and do not have the possibility to express his will, that is, it admits that each individual could have a particular concept about the meaning of dignity life. However, the quarrels concerning the living will still very incipient in Brazil, that is why the analysis of how this institute appeared and how has it been shown on foreign legal systems to be so important to the Brazilian jurists, since that makes possible for them to verify how far the living will effectively warrants the Human Dignity, in order to be possible to investigate this institute's legitimacy at the Brazilian legal system.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY, PRIVATE AUTONOMY, LIVING WILL, FOREIGN EXPERIENCE.

INTRODUÇÃO

A Constituição de República Federativa do Brasil completa 20 anos em 2008. Aclamada como a Constituição Cidadã, alçou ao *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III[1].

Sinteticamente, é possível perceber que o Estado Democrático de Direito é marcado “pela articulação do poder político legitimado pelo povo com a limitação do poder estatal” (DIAS, 2004, p.103). Deste modo, o indivíduo torna-se o centro da Constituição, que agora volta-se à proteção das liberdades individuais e por consequência, das diversas concepções individuais de vida digna.

Entretanto, os projetos individuais de vida, expressão da autonomia privada, não podem sobrepor-se aos dos demais indivíduos, razão pela qual Habermas afirma que

Naturalmente, os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente. (...) num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência. (HABERMAS, 2004, p.05)

Nesta perspectiva, saltam aos olhos do operador do direito brasileiro questões afetas aos direitos do paciente terminal. Tema que, apesar de ainda ser pouco debatido no Brasil, tem sido objeto de estudos médicos e jurídicos nos Estados Unidos da América e em países europeus, a ponto de em alguns países já haver legislação específica sobre as diretivas antecipadas.

Assim, o presente trabalho visa, de maneira preliminar, analisar os pontos principais da discussão sobre o testamento vital nos Estados Unidos da América e na Europa, especificamente, as contribuições da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, da legislação espanhola sobre as diretivas antecipadas e das discussões na Itália sobre o tema.

Tal análise é de suma importância para o estudo da legitimidade do testamento vital no plano constitucional brasileiro, pois o entendimento dos fundamentos e das discussões deste instituto em outros países possibilitará a verificação de ser este garantidor e concretizador da dignidade do paciente terminal.

1. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS

O desenvolvimento da ciência médica tem provocado mudanças significativas no âmbito jurídico, pois o prolongamento artificial da vida humana bem como os medicamentos inibidores da dor, suscita discussões acerca de supostos direitos do paciente.

Essas discussões deram ensejo à defesa das chamadas “diretivas antecipadas” que “além de possibilitar o exercício de um direito, (...) são o melhor instrumento de apoio à tomada de decisões relativas a pacientes incapazes.” (GONZALES, 2006, p. 92) Em linhas gerais, este é um documento escrito por um ser humano capaz que tem por objetivo dispor sobre tratamentos em geral que porventura ele venha a se submeter. Assim, as diretivas antecipadas são gênero, do qual é espécie o testamento vital e o mandado duradouro.

O testamento vital “é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade” (BORGES 2007, p.240).

Já o mandado duradouro, segundo NAVES e REZENDE (2007) é um documento no qual o paciente escolhe uma pessoa que deverá tomar decisões em seu nome, quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade.

O objeto de estudo desta pesquisa é apenas o testamento vital, por ser este um documento mais abrangente do que o mandado duradouro na medida em que efetivamente contém disposições sobre tratamento e recusa de tratamento, enquanto o mandado duradouro é apenas um instrumento de nomeação do procurador, razão pela qual, inclusive, em países como Estados Unidos da América e Espanha é possível que essa nomeação de procurador de saúde seja incluída como uma disposição do testamento vital.

Importante salientar que a nomenclatura “testamento vital” se mostra inadequada, pois remete ao instituto jurídico do testamento, que, na definição de PONTES DE MIRANDA (1972) é “o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos”. Assim, percebe-se que o testamento vital prescinde da característica essencial do testamento, qual seja, ser negócio jurídico com efeito *causa mortis*, vez que produz efeitos *inter vivos*.

Por esta razão

o testamento vital também pode ser designado por testamento de vida, testamento em vida, testamento biológico, testamento do paciente ou simplesmente cláusulas testamentárias sobre a vida, dado que os seus efeitos se produzem ainda em vida, imediatamente antes da ocorrência da morte. (SERVIÇO DE BIOÉTICA E ÉTICA MÉDICA, 2008, p.6)

Entretanto, tendo em vista que esta é a nomenclatura mais utilizada pela doutrina, o presente trabalho utilizará este termo, ainda que reconheça a inadequação do mesmo.

2. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

2.1 A experiência norte-americana

A expressão “*living will*” foi cunhada nos Estados Unidos da América (EUA) no final da década de 1960. Segundo EMANUEL (1990) o testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia, como um “documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida.” [2]

Já em 1969 um modelo de testamento vital foi proposto pelo advogado Louis Kutner que, segundo URIONABARRENETXEA (2003), era tido como um meio de solução de

conflitos entre médicos, pacientes terminais e familiares acerca da tomada de decisão dos tratamentos a que o paciente em estado de terminalidade deveria ser submetido.

KUTNER sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre o homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar ao paciente as garantias necessárias de que sua vontade seria cumprida. (GONZÁLES, 2006, p.93-94)

Contudo, foi em 1976[3], com o caso Karen Ann Quinlan, que o primeiro caso de *living will* chegou aos tribunais norte-americanos.

KENNEDY (1976) afirma que aos vinte e dois anos, Karen entrou em coma por causas nunca reveladas[4] e seus pais adotivos, após serem informados pelos médicos da irreversibilidade do caso solicitaram a retirada do respirador, entretanto, o médico responsável pelo caso se recusou a realizar tal ato, alegando razões morais e profissionais. Assim, os pais de Karen Quinlan acionaram o Poder Judiciário de Nova Jersey, estado no qual a paciente residia, em busca de autorização judicial para a suspensão do esforço terapêutico, alegando que a jovem havia manifestado o desejo de não ser mantida viva por aparelhos.

O pedido foi negado em primeira instância sob o argumento de que a declaração da paciente não tinha respaldo legal. Em segunda instância, a Suprema Corte de Nova Jersey designou o “Comitê de Ética do Hospital St. Clair” para avaliar a paciente e o prognóstico de seu quadro clínico. Ocorre que, nesta época, inexistiam em quase todos os hospitais norte-americanos comitês de ética, razão pela qual o Comitê designado pelo juiz da corte estadual de Nova Jersey teve de ser criado. O parecer concluiu pela irreversibilidade do quadro e, em 31/03/1976, este tribunal concedeu à família de Karen o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos que mantinham a paciente viva.

Após o desligamento dos aparelhos, Karen viveu mais nove anos e faleceu em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes.

Neste mesmo ano, 1976, o Estado da Califórnia, segundo ANDRUET (2002), aprovou o *Natural Death Act*[5], que foi elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Esta lei foi o primeiro diploma legal a reconhecer textualmente o testamento vital.

Após sua aprovação foi feito um documento intitulado “*Guidelines and Directive*” por membros de algumas associações médicas californianas com a finalidade de auxiliar os médicos no uso dos métodos artificiais de prolongamento de vida.

As diretivas dispostas neste documento são: a) procurar ajuda de um advogado ou registrar em cartório a Diretiva Antecipada; b) solicitar ao seu médico que esta diretiva faça parte de seu histórico clínico; c) as duas testemunhas que assinarem a diretiva não podem ter nenhum parentesco sanguíneo com o paciente nem ser casado com ele, não pode ainda estar beneficiado em seu testamento e nem ter alguma demanda sobre bens de sua propriedade; d) o médico do paciente não pode ser testemunha nem ninguém que trabalhe com ele. Se a pessoa assinar a diretiva antecipada dentro do hospital nenhum dos empregados deste estabelecimento poderá ser testemunha.

Além disso, o “*Guidelines and Directive*” estabelece que apenas maiores de 18 anos e capazes podem redigir uma diretiva antecipada; que esta será válida por cinco anos, quando será possível fazer outra; que esta não é válida durante a gravidez; que a feitura do documento deve ser feita de forma livre.

Por fim, quanto à vinculação do médico à diretiva antecipada, dispõe que o médico está limitado ao documento se ele tiver certeza da sua validade, se outro médico certificou o estado terminal e se o paciente estiver informado a, pelo menos 14 dias, de sua condição.

A partir da aprovação da lei californiana, vários estados norte-americanos aprovaram leis regulamentando o testamento vital. O caso Nancy Cruzan que chegou à Suprema Corte Americana em 1990, foi decisivo para a feitura de uma lei federal acerca do tema nos Estados Unidos da América.

GOLDIM (2005) relata que em 1983, Nancy Cruzan uma americana de 25 anos, casada, sofreu um acidente automobilístico no interior do estado de Missouri. Após ser diagnosticado o estado de coma permanente e irreversível, seus pais solicitaram aos médicos a retirada dos aparelhos que a mantinham viva, baseando-se em uma conversa que ela teve com uma colega aos 20 anos, na qual afirmou que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos de metade de suas capacidades normais, todavia, tal solicitação foi negada em primeira instância. O caso chegou à Suprema Corte americana em 1990 que, em novembro deste ano, deferiu o pedido, ordenando que o hospital cumprisse o desejo da família da paciente.[6]

Este caso é apontado como o mais emblemático na luta do “direito de morrer” porque gerou nas pessoas, segundo GONZÁLES (2006) um temor de que caso ficassem em situação similar, fosse exigido judicialmente prova do desejo de interromper o tratamento.

Assim, sob forte clamor público, em 1991 foi aprovada a *Patient Self-Determination Act* (PSDA), a primeira lei federal dos EUA a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente.

O testamento vital adquiriu seu esplendor com a aprovação nos Estados Unidos da chamada Lei de Autodeterminação do paciente, tendo sua base com o conhecido caso Nancy Cruzan. Em novembro de 1990, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos reconheceu o direito dos pacientes capazes de recusar um tratamento médico não desejado e fixou um procedimento para a tomada de decisões por parte dos

representantes legais dos pacientes não competentes.[7] (URIONABARRENETXEA, 2002, p.2)

A PSDA é uma lei que ordena às instituições médicas a dar informações aos indivíduos adultos, no momento de sua admissão na instituição, acerca de seus direitos baseados nas leis estaduais incluindo o direito de participar diretamente das decisões sobre os cuidados a ser despendidos; o direito de aceitar ou recusar medicamentos e tratamentos cirúrgicos; o direito a preparar uma diretiva antecipada.

Apesar de ser uma lei federal, EMANUEL (1990) ressalta que cerca de 35 estados norte americanos possuem legislação própria sobre *living will*, de modo que a PSDA é apenas uma diretriz e algumas questões específicas, como por exemplo, o conceito de paciente terminal, são tratadas de modo diferente por cada estado da federação estadunidense pois neste país cada estado da federação tem autonomia para legislar sobre assuntos específicos.

Atualmente, os Estados Unidos da América já focam as discussões em torno de diretivas antecipadas que valham para todos os pacientes, não apenas para os pacientes terminais, inclusive discute-se acerca do planejamento antecipado de tratamentos (*Advance Care Planning*). GONZÁLES (2006) afirma que após a promulgação da PSDA os EUA vivem um período pós-legislativo em que as diretivas antecipadas “passaram a ser contempladas como uma mera extensão doutrinária do consentimento informado para a escolha de tratamentos médicos.” (GONZÁLES, 2006, p.95)

2.2 O artigo 9º da Convenção de Direito Humanos e Biomedicina.

Em 4 de abril de 1997 foi redigida em Oviedo, Espanha, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina – também conhecida como Convênio de Oviedo - , cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa[8]. Apesar do Conselho da Europa possuir 47 Estados Membros, apenas 35 assinaram a convenção e, destes, apenas 23 a ratificaram[9]. Dentre os países que a ratificaram estão Portugal, Espanha e Suíça.

Para o presente trabalho, o artigo 9º do Convênio de Oviedo é de suma importância, inclusive no que tange à construção legislativa sobre o tema, pois há expressa menção à relevância da vontade do paciente.

“Artigo 9º Serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade.”[10]

O ponto 62 do relatório explicativo sobre a Convenção[11] menciona que os desejos expressados anteriormente não serão necessariamente seguidos, pois se deve atentar para o avanço da medicina. Tal orientação é fundada na possibilidade de se decorrer um longo período entre a manifestação expressa de vontade do paciente e o momento em que esta tenha que ser usada, quando o paciente não possa mais exprimir sua vontade.

Esta nota explicativa é relevante principalmente para as discussões brasileiras acerca de um possível prazo de eficácia da diretiva antecipada, no caso específico deste trabalho, do testamento vital.

Insta salientar que o Convênio de Oviedo é posterior às leis norte-americanas sobre o tema e que o movimento de positivação de leis acerca dos direitos dos pacientes terminais, na Europa, foi um movimento internacional, vez que capitaneado por uma organização da qual fazem parte 47 países europeu, ao contrário dos EUA, em que o movimento surgiu primeiramente em nível estadual, para depois se tornar federal.

Nenhum país da Europa havia positivado os direitos do paciente terminal até 1997. Foi com o Convênio de Oviedo que os Estados europeus começaram a elaborar legislações sobre o tema.

Este Convênio é uma iniciativa capital, pois diferentemente das declarações internacionais que o precederam, é o primeiro instrumento internacional com caráter jurídico vinculante para os países que o subscrevem. Sua especial valia reside no fato de que estabelece um marco comum para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana na aplicação de biologia e da medicina.[12]

Assim, essa norma tem especial importância nas discussões estrangeiras sobre o testamento vital, pois foi a primeira legislação elaborada por uma organização internacional, que abrange dezenas de países, a reconhecer o direito do paciente de recusar tratamento médico.

Inclusive, o Conselho Nacional para a Bioética da Itália (2003) atribui ao artigo 9º do Convênio de Oviedo o mérito de garantir o máximo resultado ético com o menor número de normas possíveis[13], vez que nos países que a ratificaram, esta se torna norma, poupando a edição de normas sobre o tema em cada um desses países. Entretanto, apenas a ratificação da Convenção de Biomedicina não torna desnecessária a feitura de leis em cada um dos países que a ratificaram, isto porque, cada país tem especificidades que devem ser melhor detalhadas e normatizadas, razão pela qual a observação do *Comitato Nazionale per la Bioetica* não merece prosperar.

2.3 Espanha

Primeiramente, é importante ressaltar que o testamento vital é denominado na legislação federal da Espanha de *instrucciones previas* o que, segundo MARTINÉZ (2005), ocorre em razão da emenda 90 apresentada pelo Grupo Parlamentar Popular no Congresso Nacional, que criticava a expressão “*voluntades anticipadas*” por ter sido transposta do direito norte-americano, que estava muito alijado do mundo da bioética e do direito sanitário. Assim, neste ponto, sempre que falar-se em “instruções prévias” deve-se entender que o tema em questão é testamento vital.

RODRIGUÉZ (2005) afirma que as discussões sobre as *instrucciones previas* iniciaram-se em 1986 com a *Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente*, que, neste ano, redigiu um modelo de testamento vital. Esta autora explica que a prática de instruir verbalmente os parentes ou mesmo de forma escrita tem se generalizado na Espanha e é acompanhado por vezes, de discussões sobre a eutanásia ou sobre o direito ao consentimento informado.

A primeira lei a tratar sobre as *instrucciones previas* foi a lei catalã 21/2000 de 19 de dezembro, em seu artigo 8º. Após, comunidades autônomas como Galícia, Extremadura, Madrid, Aragón, La Rioja, Navarra e Catambria[14] também regularam o tema, com algumas diferenças: a) nomenclatura: a maioria denomina este documento de “vontade antecipada”, apenas cinco das dezesseis comunidades autônomas que possuem lei sobre o tema, utilizam a expressão “instruções prévias”; b) apenas as comunidades de Andaluzia, Valencia e Navarra reconhecem ao menor de idade o direito de realizar instruções prévias; c) apenas a lei de Navarra aponta diferenças entre o testamento vital e as vontades antecipadas; apenas a lei de Madrid diferencia as instruções prévias do mandado duradouro; d) todas prevêm que as instruções prévias devem ter forma escrita e devem ser incorporadas ao histórico clínico do paciente; e) em todas as legislações está previsto a figura do representante/ procurador, a única diferença é que em algumas comunidades está prevista a necessidade de se nomear vários representantes; f) a maioria das comunidades autônomas reconhece a possibilidade do outorgante dispor acerca da doação de órgãos e do destino de seu corpo após o falecimento.

Entretanto, a despeito de a norma catalã ter sido a primeira lei espanhola a legalizar o testamento vital, os ditos “direitos sanitários” foram positivados na Espanha em 1986, com a *Ley General de Sanidad*.

Segundo BLANCO (2007) esta lei “mesmo sem reconhecer especificamente o direito a realização de testamentos vitais, consolida o direito a autonomia através do direito à informação, ao consentimento prévio e ao consentimento por representação”. [15]

A primeira norma a tratar do testamento vital na Espanha foi o Convênio de Oviedo, que entrou em vigor neste país em 1º de janeiro de 2000.

A primeira lei estatal a tratar sobre o tema foi a lei 41/2002[16], de 14 de novembro, que dispõe sobre as instruções prévias no artigo 11.

Artículo 11. Instrucciones previas.

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.
2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la <<lex artis>>, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.
5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

A constitucionalidade desta lei foi questionada, principalmente no que tange a aspectos formais como a promulgação como lei ordinária e o carácter privado das disposições (que, por assim serem não poderiam ser tratadas em uma lei eminentemente pública, haja vista que essa lei trata de direitos sanitários), e o *Consell Consultiu de la Generalitat* se pronunciou expressamente sobre o artigo 11 da lei 41/2002, declarando sua constitucionalidade e o carácter de norma privada dos pontos 1, 3 e 4 deste artigo.

Em linhas gerais, as instruções prévias na Espanha devem conter instruções à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras.

Pela lei 41/2002, é possível ainda que, no documento de instruções prévias o outorgante nomeie um representante para que, quando o outorgante esteja impossibilitado de manifestar sua vontade, este terceiro possa fazê-lo em nome do

subscritor do documento. Percebe-se que essa disposição é, na verdade, o mandato duradouro.

Além disso, é possível que neste documento o outorgante expresse sua vontade acerca da doação de órgãos e do destino que gostaria que fosse dado ao seu corpo morto. Na Espanha, assim como no Brasil existe uma legislação específica sobre doação de órgãos, contudo, BLANCO (2007) entende que a inclusão desta possibilidade na lei 41/2002, é uma busca de expressão explícita da vontade do outorgante porque, na prática espanhola, assim como na brasileira, é respeitada a posição da família, vez que inexistente uma manifestação expressa de vontade do paciente.

Quanto a critérios formais, as instruções prévias na Espanha devem ter forma escrita e podem ser feitas em um cartório, perante o notário; perante um funcionário do Registro Nacional ou da Administração Pública (dotados de fé pública) ou perante três testemunhas. Ressalte-se que a justificativa para a segunda possibilidade é “evitar ter que recorrer a terceiros, como testemunhas ou notários, para um ato que se situa na esfera de autonomia pessoal e da intimidade das pessoas.” (BLANCO, 2007, p. 96)[17]

Ademais, disposições contrárias ao ordenamento jurídico e que não correspondam com a manifestação de vontade do outorgante não serão levadas em conta.

Merece especial atenção a questão da capacidade do outorgante, pois apesar da lei estatal dispor textualmente acerca da necessidade de maioria do outorgante, algumas leis autônomas, tais como Andaluzia, Navarra e Valencia, dota o menor de capacidade para a realização deste ato.

Por fim, pela lei espanhola, as instruções prévias devem ser incluídas no histórico clínico do paciente e podem ser revogadas a qualquer tempo pelo outorgante, enquanto capaz.

Em 2 de fevereiro de 2007 foi publicado o Real Decreto 124/2007, instrumento que regula o ponto 5 desta artigo lei, pois cria o Registro Nacional de Instruções Prévias e o correspondente arquivo automatizado de dados de caráter pessoal.

Segundo este decreto, o acesso ao Registro Nacional de Instruções Prévias é restrito ao autor das instruções prévias, aos seus representantes legais ou a quem o outorgante tenha designado nestes documentos, aos responsáveis dos registros autônomos, e às pessoas designadas pela autoridade sanitária da comunidade autônoma correspondente ou pelo *Ministerio de Sanidad y Consumo*.

Como não são todas as comunidades autônomas da Espanha que possuem lei específica sobre as instruções prévias, o decreto real 124/2007 estabelece que, as pessoas que vivam em comunidades que não tenham regulamentado as instruções prévias poderão redigir tal documento e deverão se apresentar perante a autoridade da comunidade autônoma aonde residem, que deverá remeter o documento ao Registro Nacional, onde será feita uma inscrição provisória e que deverá notificar essa inscrição à comunidade autônoma correspondente.

Interessante notar a força vinculante de tal instrumento, pois está expresso no decreto acima mencionado que, independentemente da comunidade autônoma a que pertença o outorgante, a instrução prévia deve ser conhecida e seguida, no momento oportuno, pelos profissionais de saúde que prestarem atendimento ao outorgante.

Assim, percebe-se que a Espanha está bastante avançada na positivação do testamento vital, contudo, o tema está longe de ser pacificado neste país. Muitas discussões ainda existem principalmente sobre a figura do procurador e sobre o funcionamento do Registro Nacional de Instruções Prévias, mas é certo que essa experiência nos será útil quando, no próximo capítulo, formos analisar a necessidade de lei específica no Brasil.

2.4 Itália

A Itália ratificou o Convênio de Oviedo em 2001, entretanto, ainda não promulgou nenhuma lei regulamentando o artigo 9º deste tratado.

Em 1998 foi aprovado um novo Código de deontologia médica na Itália que dispôs especificamente acerca da autonomia do paciente em seu artigo 34, protegendo a liberdade, a dignidade e a vontade expressa do paciente, inclusive a vontade anteriormente manifestada por aquele que não está em condições de exprimir-se[18]. No artigo 37, está expresso que o médico não deve utilizar-se da obstinação terapêutica em caso de paciente em fase de terminalidade, ou seja, deve apenas valer-se dos tratamentos ordinários para evitar o sofrimento quando não há mais como reverter o quadro[19].

Essa norma médica foi precursora da garantia dos direitos do paciente, todavia, trata-se apenas de uma diretriz para os médicos, sem qualquer eficácia *erga omnes*, razão pela qual não pode ser encarada como uma lei italiana a partir da qual seja possível aferir acerca da legalidade do testamento vital neste país.

Apesar da inexistência de uma lei italiana sobre testamento vital as discussões sobre o tema ganharam força após 2003, quando o Comitê Nacional de Bioética editou um documento intitulado *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, motivado pela crescente literatura nacional e internacional sobre questões afetas aos documentos de manifestação de vontade de pacientes, bem como pela Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, da qual a Itália é signatária.

Este documento é tido como a principal recomendação feita por um órgão de alcance nacional da Itália, todavia, trata amplamente das diretivas antecipadas - não

apenas dos testamentos vitais - por indicarem as várias formas de autodeterminação, seguindo o disposto pelo artigo 9º do Convênio de Oviedo.

O Comitê de bioética italiano apresenta algumas condições para que as “declarações antecipadas de tratamento” sejam tidas como válidas. São elas: a) caráter público, datado, forma escrita, feito por pessoa maior, capaz de entender de manifestar vontade, sem que esteja qualquer tipo de pressão familiar, social ou ambiental; b) não pode ter disposições acerca da prática de eutanásia, que contrariem o direito positivo ou as normas médicas e deontológicas. Entretanto, o médico não pode ser obrigado a fazer algo que vá contra sua consciência; c) com a finalidade de que tenha uma redação adequada e em conformidade com o ponto “b”, o outorgante deve ser orientado na elaboração do documento por um médico; d) a fim de garantir a máxima personalização da vontade do futuro paciente, as disposições devem ser redigidas de forma “não genérica”, de modo tal a não gerar equívocos quando de sua interpretação, e de relatar o mais fiel possível a situação clínica na qual esse documento será levado em consideração.

No que tange ao conteúdo das diretivas, entende que as declarações de vontade devem se pautar pelo princípio de que qualquer pessoa tem o direito de exprimir seu próprio desejo de modo antecipado em relação a todos os tratamentos e a todas as intervenções médicas acerca das quais pode licitamente exprimir a própria vontade atual. Deste princípio infere-se que as diretivas antecipadas não poderão conter disposições contrárias à lei e que o paciente não poderá solicitar a prática da eutanásia.

Assim, as disposições que este Conselho entende serem lícitas são aquelas que indicam se o paciente quer doar seus órgãos, qual o destino que deseja que seja dado a seu cadáver, indicações sobre a humanização da morte, suspensão do esforço terapêutico e suspensão da alimentação e da hidratação artificial.

Entretanto, este órgão é categórico acerca da necessidade de uma lei italiana sobre o tema, regulamentando o artigo 9º do Convênio de Oviedo, para que o médico seja obrigado legalmente a levar em consideração as declarações antecipadas do paciente, e explicita claramente no histórico clínico do paciente a decisão tomada. Ademais, ressalta a importância de que uma lei imponha procedimentos apropriados para a conservação e a consulta de informações de caráter sigilosas que possa vir a conter neste documento. Recomenda ainda, que nessas declarações conste a nomeação de procurador para que este defenda os interesses do paciente.

Apesar do Comitê Nacional de Bioética ter se manifestado de forma incisiva sobre as diretivas antecipadas e a necessidade de uma lei que as regule, foi em 2006, no caso Piergiorgio Welby, que o tema realmente tomou contornos sociais e começou a ser discutido nos meios não-acadêmicos, alcançando a esfera política.

Piergiorgio Welby[20] tinha sessenta anos e sofria de distrofia muscular progressiva desde os dez anos. Desde 1997 vivia conectado a um respirador artificial, em virtude da piora de seu estado de saúde. Em 2006 seu quadro clínico piorou drasticamente e o motivou a procurar a justiça italiana para solicitar que fossem desligados os aparelhos que o mantinha vivo.

Após uma derrota do Tribunal de Roma, em 22 de setembro de 2006, Welby escreveu uma carta ao então presidente italiano, Giorgio Napolitano com o objetivo de sensibilizá-lo sobre seu sofrimento. Esta carta gerou uma grande comoção social, e deu início a um debate público sobre a legalização da eutanásia.

Em 21 de dezembro de 2006, o médico anestesista Mario Ricco desligou o respirador, após sedar o paciente para evitar que ele sofresse[21]. Após este ato, o médico foi processado pela prática de eutanásia – delito tipificado na Itália.

Em seu julgamento, segundo o jornal “O Estado de São Paulo”, Ricco foi absolvido pela juíza Zaira Secchi, do Tribunal de Roma sob o argumento de que o médico atendeu a uma vontade expressa do paciente e apenas cumpriu com seu dever profissional porque a Constituição italiana concede o direito a rejeitar tratamento médico não desejado.

Este julgamento foi emblemático na Itália e desde então os estudos acerca da manifestação de vontade do paciente, especialmente do *testamento biológico* tem crescido.

MARINO (2007) menciona que sessenta por cento dos médicos italianos entendem que a vontade do paciente deve ser levada em consideração e metade dos profissionais se diz favorável ao testamento vital. Menciona ainda que três de cada quatro cidadãos italianos são favoráveis a uma lei sobre o testamento biológico e que oitenta e quatro por cento dos cidadãos claramente manifestam o desejo de exprimir sua vontade por meio de um testamento vital.

Este mesmo autor afirma ainda que o italiano prefere decidir sozinho, ou deixar a decisão para um membro da família, não gostando da idéia de que a última palavra seja de um médico ou de um juiz.

Quanto à falta de uma legislação específica sobre o tema MARINO (2007) entende que

uma futura lei deverá ter como objetivo reverter essa situação[22] atribuindo ao paciente, ainda que não esteja em condições de exprimir-se, a possibilidade de pôr fim ou refutar tratamento inapropriado que prolonga o sofrimento e não respeita a dignidade de uma pessoa quando não haja mais alguma possibilidade de recuperação de sua função cerebral [23]

Segundo SALARIS (2007) há cerca de dez projetos de lei em tramitação na Câmara e no Senado acerca das diretivas antecipadas. O mais recente é o S. 2943, de 04 de maio de 2004, intitulado “Norma em matéria de declaração antecipada de tratamento”, que prevê a positivação do testamento vital e do mandado duradouro, bem como a criação de um registro geral desses documentos vinculado ao conselho nacional de cartórios.

Assim, percebe-se que as discussões sobre o tema estão sedimentadas na sociedade italiana sendo plenamente possível que em breve, haja alguma posituação neste país, pois é preciso regulamentar a Convenção de Biomedicina, da qual a Itália é signatária e os casos concretos já estão chegando aos tribunais.

3. Como a experiência estrangeira pode contribuir para o debate no Brasil?

O sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico a partir da Constituição da República de 1988, o que confere à pessoa humana uma esfera de atuação jurídica no âmbito do Direito Privado. Tal fato, atrelado à recepção da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito pode ser entendido como legitimador do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, entendido este instituto como instrumento protetor da dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais e da autonomia privada.

Todavia, a análise da forma com que os Estados Unidos da América, a Espanha e a Itália têm tratado o testamento vital gera algumas dúvidas quanto à implementação deste instituto no Brasil, para as quais o presente trabalho ainda não conseguiu respostas:

1. É necessário uma lei específica sobre testamento vital no Brasil?
2. Quais as disposições que o testamento vital deveria conter?
3. A disposição sobre doação de órgãos feita no testamento vital poderia ser considerada válida, mesmo diante da negativa da família?
4. Há necessidade de se criar um “Banco de Testamentos Vitais” no Brasil, ou o simples registro no cartório de títulos e documentos bastaria? Seria necessário escritura pública para sua validade?
5. Seria necessário implementar no Brasil a história clínica do paciente?
6. Quem, ou que órgão, seria responsável por interpretar o testamento vital, quando existissem dúvidas?

4. NOTA CONCLUSIVA

Em suma, percebe-se que as discussões sobre a legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro devem ocorrer de modo mais efetivo, pois, se para muitas perguntas este trabalho ainda não encontrou respostas, da realidade não se pode fugir: o avanço da medicina provocou o prolongamento da vida humana por meios artificiais e, a maneira com que cada indivíduo encara tal fato deve ser levada em consideração pelo operador do direito, a fim de que se verifique, frente ao caso concreto, o conceito de vida digna.

REFERÊNCIAS

AMPUERO, Felipe Pou. **Testamento vital:** Declaración de voluntades anticipadas. *In:* Revista jurídica del notariado, nº 42, 2002, p. 299-314.

ANDRUET, Armando. **Breve exégesis del llamado "Testamento Vital"**. *In:* DS : Derecho y salud, Vol. 10, Nº. 2, 2002, p. 183-196.

ANTOLINA; AMBRÓS, À; ALVES, D, et. all. **Conocimientos acerca de su enfermedad y de los documentos de voluntades anticipadas em los pacientes com enfermedad crônicas evolutivas descompensadas que consultan em urgências.** *In:* Emergências, 2007, 19:245-250.

ARNOLD, Robert M; DEGENHOLTZ, Howard B.; RHEE, YongJoo. **Brief Communication:** the relationship between having a living Will and dying in place. *In:* Annals of Internal Medicine. v.141, n.2, p.113-117.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. *In:* FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **O direito e o tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.155-178.

ASSOCIACIÓN FEDERAL DE DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. 2007. <www.eutanasia.ws>. Acesso em 12 set. 2007.

BALESTRA, Luigi. **Efficacia del testamento biológico e ruolo del medico.** *In:* Rivista di diritto della familia e delle suessioni in Europa. v. 3. Mai/jun 2006. p.435-448.

BETANCOR, Juana Tereza. **Testamento Vital.** Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº. 9, 1995 , p. 97-112.

BLANCO, Jaime Zabala. **Autonomía e Instrucciones Previas:** um análise comparativo de lãs legislaciones autonômicas del Estado Español. Disponível em: <http://www.tesisenred.net/TDX/TDR_UC/TESIS/AVAILABLE/TDR-0123108-125532//TesisJZB.pdf> .Acesso em 31 ago. 2008.

BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA MEDICA. Disponível em: <<http://www.pubmedcentral.nih.gov/picrender.fcgi?artid=2495105&blobtype=pdf>>, acesso em 24 ago. 2008.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins da. **O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento?** Disponível em: <[http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20\(Marcos\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20(Marcos).pdf)>. Acesso em 21 ago. 2008.

LEGAL ADVISORS COMMITTEE CONCERN FOR DYING. **The right to refuse treatment:** a model act. *In:* AJPH, Aug. 1983, v. 73, n. 8, p. 918-920.

MADDOF, Ray D. **Autonomy and end-of-life decision making:** reflections of a lawyer and a daughter. *In:* Buffalo Law Review.v. 53, PP. 963-971, 2005.

MARINO, Ignazio R. Testamento biológico: i diretti dei malati e l'operato dei Médici. *In:* BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi. **Il dolore e la política.** Milão: Bruno Mondadori, 2007, p.41-57.

MARTÍNEZ, Josefa Cantero. **La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital.** Albacete: Bomarzo, 2005.

MEDINA, Graciela; RODRÍGUEZ, Hugo. **El reconocimiento del testamento o voluntades anticipadas por vía judicial.** Disponível em <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000201.pdf>> Acesso em 21 maio 2007.

MOTA, Sílvia. Testemunhas de Jeová e as transfusões de sangue: tradução ético-jurídica. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva. **Biodireito e Bioética.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MOLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia.** Curitiba: Juruá, 2007.

NAVARRO, Sonia. **Testamento vital:** La nueva Ley estatal enfrentada a la normativa autonómica. *In*: Iuris: Actualidad y práctica del derecho, nº 70, 2003, p. 21-29.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; RESENDE, Danúbia Ferreira Coelho de.. A Autonomia Privada do paciente em estado terminal. *In*: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil:** Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PESSINI, Leo. **Eutanásia:** Por que abreviar a vida?. São Paulo: Editora Centro Universitário São Camilo, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** v.56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

Rüger, André. **Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber.** Belo Horizonte, 2007.

Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf>. Acesso em 13 ago. 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SERVIÇO DE BIOÉTICA E ÉTICA MÉDICA DA FACULDADE DE MEDICINA DO PORTO. **Guidelines sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais.** Disponível em <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1211800343guidelines_p_11_apb_08.pdf> Acesso em 03 set. 2008.

SEVA, José María Rives Seva **Testamento vital y objeción de conciencia.** *In:* Diario La Ley, Nº 6898, 2008.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA. **California Natural Death Act – Medical Staff conference.** San Francisco: West J. Med 128, abr. 1978, p. 318-330.

URIONABARRENETXEA, K. Martinez. **Reflexiones sobre el testamento vital (I).** *In:* Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria, ISSN 0212-6567, Vol. 31, Nº. 1, 2003, pags. 52-54.

URIONABARRENETXEA, K. Martinez. **Reflexiones sobre el testamento vital (II).** *In:* Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria, ISSN 0212-6567, Vol. 31, Nº. 1, 2003, pags. 52-54.

U.S. LIVING WILL REGISTRY. 2007. Disponível em <www.uslivingwillregistry.com>. Acesso em: 15 ago. 2007.

SALARIS, M. Giuseppina. **Corpo umano e diritto civile.** Milano: Giuffrè, 2007.

SALERNO, Giulio. **Testamento biológico**: um ponto d'incontro tra visioni diverse. *In*: Famiglia e Minori, n. 2, fev. 2007.

WELBY, Piergiorgio. **Lasciatemi morire**. Milano: Studio Editoriale Littera, 2006.

[1] “Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como seus fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.”

[2] “the living will was proposed as an individual could specify his or her wish to terminate life-sustaining medical interventions.” (EMANUEL, 1990, p.10)

[3] Há alguns autores que apontam o ano de 1975, contudo, como a maioria das fontes pesquisadas menciona que o caso Quinlan data de 1976 esta pesquisa trabalhará com o ano de 1976.

[4] As causas do coma de Karen Ann Quinlan nunca foram esclarecidas. Isso gera várias informações desencontradas na doutrina jurídica, tanto é que MARINO (2007) afirma que Karen entrou em coma em virtude de um acidente automobilístico. Em contrapartida, alguns sítios como www.catholicdoctors.org.uk e www.ascensionhealth.org afirmam que o coma foi em decorrência de consumo excessivo de álcool de drogas.

[5] Acerca do “Natural Death Act” recomendamos a leitura do artigo “California Natural Death Act – Medical Staff conference, University of California, San Francisco. West J. Med 128:318-330, abr. 1978”. Este artigo é na verdade um resumo dos debates que aconteceram no Departamento de Medicina da Universidade da Califórnia em São

Francisco em janeiro de 1977 acerca da lei aprovado neste estado da federação estadunidense.

[6] De acordo com GOLDIM (2005) no tmulo de Nancy Cruzan consta a seguinte indicao: “Nascida em 20 de julho de 1957. Partiu em 11 de janeiro de 1983, Em paz em 26 de dezembro de 1990.”

[7] “ El TV adquirio su esplendor tras la aprobación en Estados Unidos de la llamada Patient Self-Determination Act (PSDA), Ley de Autodeterminacin del Paciente, a raíz del conocido y publicitado caso de Nancy Cruzan. Em noviembre de 1990 el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoci el derecho de los pacientes competentes a rechazar un tratamiento médico no deseado y fij un procedimiento para la toma de decisiones por parte de los representantes de los pacientes no competentes.”

[8] Segundo o site desta organizao (www.coe.int), o Conselho da Europa visa realizar uma união estreita entre seus membros. São membros deste conselho: quarenta e sete países, e cinco países observadores.

[9] Informao obtida no site <<http://conventions.coe.int>>, acesso em 28 de ago de 2008.

[10] Serán tomados em consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención medica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre em situación de expresar su voluntad.” (disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>>, acesso em 18 ago. 2008).

[11] 62. The article lays down that when persons have previously expressed their wishes, these shall be taken into account. Nevertheless, taking previously expressed wishes into account does not mean that they should necessarily be followed. For example, when the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed, there may be grounds for not heeding the patient's opinion. The practitioner should thus, as far as possible, be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation and are still valid, taking account in particular of technical progress in medicine. (Disponível em <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>. Acesso em 17 set. 2008)

[12] “Dicho Convenio es una iniciativa capital: em efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo subscriben. Su

especial valía reside em el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana em la aplicación de la biología y la medicina.” (Exposición de motivos Ley 41/2002)

[13] “L’art. 9 va uilizzato per quello Che è: lo strumento più semplice per garantiré il massimo resultado ético con il minor cumero di norme possibili.” (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 2003, p.17)

[14] Para aprofundar o estudo sobre as legislações acerca das instruções prévias nas comunidades autônomas da Espanha sugere-se a leitura da tese intitulada “Autonomía e Instrucciones Previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español”, de autoria de Jaime Zabala Blanco, disponível em <http://www.tesisenred.net/TDX/TDR_UC/TESIS/AVAILABLE/TDR0123108125532/TesisJZB.pdf> Acesso em 31 ago. 2008.

[15] “(...) que sin reconocer específicamente el derecho a plasmar las Instrucciones Previas, si consolida el derecho a la autonomía a través del derecho a la información, al consentimiento previo y al consentimiento por representación”. (BLANCO, 2007, p.38)

[16] “Dada la pasividad del legislador estatal, los grupos parlamentarios Convergencia i Unió y Entesa Catalana de Progrés (integrada por el Partido de los Socialistas de Cataluña y Esquerra Republicana) presentaron en el Senado el 21 de febrero del 2001 la Proposición de Ley sobre los derechos de información sobre la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica. Se trata de la primera vez que se utiliza la Cámara del Senado como puerta de entrada de una iniciativa legislativa que parte de una Comunidad Autónoma. (RODRÍGUES, 2003, p.26)

[17] “La posibilidad de hacerlo ante el funcionario del registro o ante personal de la administración, sometidos por otra parte a la salvaguarda de la confidencialidad de los datos, aseguraría tal como dice la legislación andaluza, vitar el tener que recurrir a terceros, como son los testigos o fedatarios públicos para un acto que se situa em la esfera de autonomía personal y la intimidad de las personas.” (BLANCO, 2007, p.96)

[18] “Art. 34. Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell’indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona.

Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso. (...)” (CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA ITALIANO, 1998)

[19] Art. 47. In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita.

In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finchè ritenuta ragionevolmente utile. (CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA ITALIANO, 1998)

[20] Sobre este caso recomenda-se a leitura do livro: WELBY, Piergiorgio. **Lasciatemi morire**. Milano: Situdio Editoriale Littera, 2006.

[21] Importante comentar que a Igreja Católica negou a Piergiorgio Welby um enterro religioso, pois o Vaticano argumentou que ao desejar a eutanásia Welby se afastou da doutrina cristã. Em seu funeral, houve apenas uma cerimônia laica

[22] Está se referindo a situação de incerteza do paciente e do médico que tem de decidir sozinho em casos delicados de pacientes terminais.

[23] “Una futura legge dovrà avere come obiettivo di rivedere questa situazione attribuendo al paziente, anche nel caso non sai più nelle condizioni di esprimersi, la possibilità di decidere di porre fine o rifiutare cure inappropriate che prolungano Le sofferenze e non rispettano la dignità di una persona che non ha più alcuna possibilità di recupero delle sue funzioni cerebrali.” MARINO, Ignazio R. Testamento biológico: i diritti dei malati e l'operato dei Médici. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi. **Il dolore e la política**. Milano: Bruno Mondadori, 2007, p.48.

O ACESSO À ATENÇÃO EM SAÚDE NA REFLEXÃO BIOÉTICA *

THE HEALTH CARE ACCESS IN THE BIOETHICAL DISCUSSION

Osmir Antonio Globekner

RESUMO

Abordaremos neste estudo a contribuição da reflexão bioética ao problema do acesso à atenção em saúde. Partimos do reconhecimento da realidade da escassez dos recursos materiais e humanos contraposta às ilimitadas demandas por atenção à saúde humana, resultando em incontornáveis escolhas alocativas, assumidas pela sociedade como tais ou não, as quais hão de ser informadas por critérios ético-jurídicos. Descrever-se-á, em um primeiro momento, exemplificativamente, o pensamento bioético desenvolvido nos Estados Unidos, em Portugal, Espanha e na América Latina, com o objetivo de comparar abordagens fundadas na tradição liberal, de alocação pelo mercado, e abordagens fundadas na tradição social, de alocação por meio da despesa pública. Buscaremos a aproximação dessas abordagens visando o tratamento uniforme, sob o ponto de vista bioético, para o problema do acesso igualitário à atenção em saúde. Paralelamente, estaremos buscando identificar o tema do acesso à saúde com a pauta da discussão bioética.

PALAVRAS-CHAVES: ESCASSEZ, ACESSO, ATENÇÃO, SAÚDE, BIOÉTICA

ABSTRACT

We will be concerned in this study with the bioethics contribution to the health care access discussion. Beginning from the recognition of a material and human resources scarcity in face of a non limited human need for health care, resulting choices to be made by society on which of these needs will be satisfied, that must be directed by ethical and juridical criteria. We will describe, at first, as an example, the bioethical thought in United States, Portugal, Spain and Latin America with the aim of compare the liberal approach, with allocation made by market, and social approach, with allocation made by public expenditure. Then, we will try to determine some relations between the two approaches in order to find out common treatment, under a bioethical standpoint, to the problem of equity in health care access. Similarly our efforts will be directed to demonstrate that health care access issue is related to Bioethics.

KEYWORDS: SCARCITY, HEALTHCARE, ACCESS, BIOETHICS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

“o tema da saúde raramente está presente no debate bioético. Este privilegia tão-somente as situações extremas como os nascimentos ‘artificiais’, os transplantes de órgãos, as condições de sobrevivência terminal, descuidando-se do fato de que a saúde e a doença são para todos um campo universal de experiência, de reflexão, e até de escolhas morais. À saúde freqüentemente é negado o título de nobreza como objeto da ética e, na melhor das hipóteses, lhe é atribuído apenas o valor (que para alguns é considerado filosoficamente irrelevante e intelectualmente plebeu) de ‘questão social’.” Giovanni Berlinguer[1]

“Los problemas vinculados con la salud colectiva junto a los factores que la condicionan debieran estar en el centro de la reflexión bioética, para que esta disciplina de corta historia no se transforme en algo desvinculado de la realidad que envuelve a millones de hombres”. Salvador Darío Bergel[2]

1) INTRODUÇÃO

Ao se buscar a efetivação do Direito à Saúde no onipresente panorama da escassez de recursos; alocações ou escolhas ocorrerão, posto que mesmo a simples satisfação de determinada necessidade implicará inevitavelmente, diante dos custos de oportunidade, em que outras tantas deixem de ser atendidas.

Torna-se relevante, nesse contexto, do ponto de vista ético-jurídico, perquirir do lugar e do mérito dessas escolhas, assumidas ou não como decisões alocativas; bem como, dos fatores que as determinam ou dos critérios que as orientam.

Nesse escopo, colocamos como objeto do presente estudo perscrutar os elementos que a abordagem bioética pode aportar ao debate ético-jurídico sobre as escolhas ou decisões alocativas no campo sanitário e, por via de conseqüência, identificar a pertinência, à pauta da discussão bioética, do problema do acesso à atenção em saúde.

Nos propusemos, assim, à fazer uma análise dos enfoques dados pela reflexão bioética nos Estados Unidos, através do pensamento de Tom L. BEAUCHAMP e James F. CHILDRESS; em Portugal e na Espanha, através do pensamento de Maria do Céu Patrão NEVES e Ángel Puyol GONZÁLEZ, respectivamente, e na América Latina através do pensamento de Miguel KOTTOW, no Chile, Fermin Roland SCHRAMM e Volnei GARRAFA, no Brasil.

2) O PROBLEMA DO ACESSO NOS ESTADOS UNIDOS (Tom L. BEAUCHAMP e James F. CHILDRESS).

O problema do acesso à atenção à saúde, obviamente, não está ausente na discussão bioética de inspiração clássica. BEAUCHAMP e CHILDRESS, ao tratarem do Princípio da Justiça no capítulo 7 do “*Principles of Biomedical Ethics*”, abordam a questão do direito à atenção em saúde e das políticas públicas de saúde. A questão, no contexto norte-americano, é traduzida em termos de acesso ao seguro saúde e dos bens e serviços relacionados à saúde e que, por sua natureza, hão de ser compartilhados na sociedade:

The primary economic barrier to health care access in many countries – most visibly the United States - is the lack of adequate insurance. Close to 50 million U.S. citizens (approximately 18% of the nonelderly population) lack health insurance of any kind. Inadequate insurance affects persons who are uninsured, uninsurable, underinsured, or only occasionally insured. [...] In many other countries the primary barriers to both health and health care are poverty and limited government resources. Problems of justice are very different in different parts of the world.[3]

Na seqüência, os autores, reconhecendo que os problemas de justiça são diferentes em diferentes partes do mundo, com causas e formas de abordagem também distintas, apontam, nos Estados Unidos, situações de injustiça que emergem de um financiamento regressivo do seguro saúde, onde famílias de mais baixa renda pagam prêmios comparáveis ou superiores às famílias de mais alta renda, por coberturas muitas vezes inferiores.

O problema, naquele país, é parcialmente atribuído à relevância da participação dos empregadores no financiamento, pois grandes empregadores podem proporcionar melhores coberturas e a custo mais baixo do que pequenos empregadores, em virtude do seu maior poder de negociação e também do gozo de vantagens fiscais. Essa desigualdade no acesso agrava-se ainda mais se considerarmos os não protegidos por

coberturas coletivas, para os quais os preços dos prêmios se tornam dramaticamente elevados, para não citar as famílias e indivíduos sem qualquer cobertura.

BEAUCHAMP e CHILDRESS indicam que a consciência dessa desigualdade no acesso fazem emergir um consenso social naquele país em torno da necessidade de que políticas nacionais de saúde levem em conta a distribuição e o racionamento de bens e serviços de saúde compartilhados pela sociedade e que se possa favorecer condições mais equânimes para que todo cidadão seja capaz de assegurar a si mesmo o acesso à atenção em saúde, incluindo-se aí a adequada cobertura securitária. Os autores afirmam, entretanto que esse consenso é tênue diante da ampla discordância existente em relação à extensão das soluções propostas, em relação ao papel do governo nessas soluções e em relação à forma de financia-las.

A consideração de um “*direito à atenção em saúde*” aparece, portanto, nesse discurso, apenas indiretamente, pois no contexto liberal, este não se constituirá em um direito em si, de caráter abrangente e integrante do plexo de direitos sociais do cidadão, com prestações a serem providas, fundamentalmente, pelo Estado, senão que será deduzido a partir de raciocínio derivado de duas linhas principais de argumentos[4]: 1) os ligados à proteção social coletiva; 2) os ligados à igualdade de oportunidades.

Na primeira linha de argumentos, temos a consideração de que a saúde é concernente à proteção coletiva, pois afeta a sociedade da mesma forma que o crime, a poluição ambiental, as catástrofes naturais e outros riscos coletivos, que ordinariamente merecem a proteção social do Estado Liberal. Assim, por essa linha argumentativa, se justificaria uma assistência pública em cuidados críticos de saúde. A par disso, o fato de a sociedade investir ações e recursos coletivos em programas públicos de saúde (existentes em qualquer sociedade) ou na formação de médicos e na pesquisa médica, através de fundos públicos, constituiria um fundamento para o retorno desse investimento à sociedade se desse, também, através de uma atenção mínima à saúde de caráter público.

A segunda linha de argumento invoca a regra da oportunidade justa. A necessidade de justiça nas instituições sociais deve fazer com que se busque contrabalançar os déficits de oportunidade causada por circunstâncias imprevisíveis fora do controle dos indivíduos, tais como acidentes e incapacidades geradas pelas próprias doenças e que justificariam o uso de recursos sociais para restabelecer o equilíbrio de oportunidades.

Os autores alinham diferentes teorias da justiça: a utilitarista, libertarista, comunitarista e igualitarista. Entre essas diferentes teorias, a interpretação mais estrita de igualdade no acesso significaria que cada cidadão tenha igual acesso a cada bem ou serviço de saúde

que esteja disponível a qualquer outro cidadão. Concluem os autores, entretanto, que tal objetivo, no atual sistema econômico, seria utópico e que um direito mais aceitável, apto a promover uma conciliação, entre teorias mais e menos da igualdade, seria o “*direito a um mínimo decente de atenção em saúde*”[5]. Na verdade, poderíamos identificar tal conceito ao conceito de “mínimo existencial”, defendido, entre nós, para justificar a limitação das demandas a serem atendidas no contexto dos limites de atuação do Estado de Bem-Estar Social.

Consideram ainda os autores norte-americanos, a possibilidade de perda de tal direito em decorrência de um comportamento social inadequado[6]. Abordam ainda a questão do “*mínimo decente*” do ponto de vista de uma Política Global de Saúde[7], para finalmente tratar de questões em torno da alocação, fixação de prioridades e racionamento sanitário[8].

Conquanto essa abordagem constitua uma sensibilização no contexto liberal ao problema do acesso, mitigando o individualismo dessa concepção, entendemos que a autonomia no provimento das próprias necessidades pela adequada cobertura securitária privada torna-se inadequada em um contexto de acentuada desigualdade social como soe ocorrer em termos globais ou em termos de realidades específicas nacionais ou regionais, o que força a necessidade de assunção mais efetiva do cuidado em saúde pelas coletividades e pelos Estados.

Saliente-se que essa desigualdade, historicamente associada aos chamados “*países subdesenvolvidos*”, tem, crescentemente, em função da globalização, aflorado localmente também internamente às chamadas “*economias desenvolvidas*”. Trata-se de problema não ignorado pelos autores do “*Principles of biomedical Ethics*”, já que tem se convertido em uma preocupação crescente nos Estados Unidos, conforme por eles atestado.

Não podemos entender, contudo, que haja diferenças de fundo, essenciais, em termos da análise sob ponto de vista ético, entre a privação de acesso por falta de cobertura securitária e a privação de acesso por falta de políticas públicas adequadas, conforme sugerido por BEAUCHAMP e CHILDRESS, no excerto transcrito no início deste tópico.

Certamente que o problema da desigualdade no acesso poderá se manifestar em diferentes intensidades e em diferentes abrangências. Dentro de uma mesma comunidade, entre distintas regiões do país, entre diferentes países ou regiões do globo. A desigualdade soe estar associada, por um lado, às barreiras econômico-sociais de acesso a condições determinantes da saúde (saneamento, educação, moradia, etc) e, por

outro lado, às barreiras, de mesma natureza, ao próprio acesso às ações e serviços de saúde (campanhas educativas, serviços ambulatoriais ou hospitalares).

Entendemos que em ambos os casos, há necessidade de alocação de recursos, embora sob mecanismos alocativos distintos. Nos referimos à despesa pública, em uma vertente, a publicista, encontrando seus limites no orçamento público; e à distribuição dos encargos do seguro privado, na outra vertente, a privatista, encontrando seus limites no preço e na própria higidez do mercado de seguro.

Em quaisquer das vertentes, alocar recursos para a atenção em saúde se torna de importância fundamental, em face de sua escassez e da necessidade de distribuir custos, pois o financiamento dessa atenção, em face de seus altos custos, é, sempre, dependente de uma racionalidade securitária. Isto é, todos devem contribuir para que não todos utilizem simultaneamente. Assim, é, em uma certa lógica e extensão, irrelevante que a cotização seja feita entre cidadãos/contribuintes ou entre cidadãos/consumidores do seguro privado.

A questão de fundo, a nosso ver, segue sendo única e se traduz na racionalidade e na justiça da repartição dos encargos sociais do “*seguro-saúde*”, amplo senso, isto é, englobando tanto a *seguridade social* de natureza legal e pública; quanto o *seguro privado-saúde*, de natureza contratual e objeto da atividade econômica privada.

Lançado este olhar sobre o contexto do Estado-liberal, passemos ao enfrentamento do problema da alocação pelos países com sistemas público-universalistas de atenção à saúde.

3) O ACESSO EM PAÍSES DE ATENÇÃO PÚBLICO-UNIVERSALISTA À SAÚDE: (Maria do Céu Patrão NEVES e Angel Puyol GONZÁLEZ)

Analisaremos neste tópico as elaborações sobre o problema do acesso por dois autores radicados em países desenvolvidos onde, distintamente dos Estados Unidos, vigem sistemas públicos universalistas de atenção à saúde Trata-se de Portugal e Espanha, e do pensamento de Maria do Céu Patrão Neves e Angel Puyol González, respectivamente.

Maria do Céu Patrão NEVES, filósofa e professora da Universidade de Açores, reconhecia, já em 1999, que a alocação de recursos em saúde se constituía em uma das

mais recentes e urgentes problemáticas para a Bioética[9]. Na oportunidade abordava o tema sob o aspecto da justiça e da responsabilidade moral, tratando-os nas perspectivas da fundamentação e da efetivação do direito à saúde.

Identifica a autora com a exigência de intensificação da responsabilidade moral sobre a alocação de recursos em saúde, os princípios da: “*dignidade humana*” e da “*participação*”. Por outro lado, identifica, na perspectiva da efetivação do direito à saúde e da promoção da justiça social, a necessidade de considerar dois princípios outros: o da “*equidade*” e da “*solidariedade*”. Sendo que, da ponderação desses quatro princípios, deveriam partir as construções visando as escolhas alocativas sanitárias.

Pondera a autora que a consideração ética, exclusivamente, fundamentaria a promoção de todas as ações de atenção em saúde possíveis, mas que o contexto da escassez implica a necessidade de “*articular economia e ética*”, subordinando assim “*os interesses monetários ao valor do homem*”.

No campo da responsabilidade moral, a autora alerta que há de ser transcendida a responsabilidade pensada por W. Frankena, estritamente em termos de responsabilidade pessoal, como o dever de cuidar de si mesmo e, portanto, de sua própria saúde, influenciando, em um sentido prospectivo, seu estilo de vida e implicando, em um sentido retrospectivo, a imputabilidade ao indivíduo pela ação realizada em desconformidade com tal dever. Afasta tal modelo, por considera-lo reducionista e propugna, com base em Hans Jonas, uma responsabilidade com dimensão coletiva. A responsabilidade a ser pensada no campo sanitário envolveria três diferentes níveis:

... deve responder por sua saúde no que ela depende de si, considerando as instituições que a financiam - **responsabilidade pessoal**; entre os indivíduos na sua existência comunitária, que devem reconhecer que a saúde não resulta de um processo puramente individual e é, hoje, um projeto social que exige o concurso de todos - **responsabilidade social** (cívica); nas relações do Estado com os indivíduos ou com a comunidade (que não corresponde meramente à inversa da primeira, numa relação recíproca), que deve assumir que este projeto social só poderá ser implementado por meio de um Sistema Nacional de Saúde, no cumprimento da missão dos governantes de proporcionar bem-estar aos cidadãos - **responsabilidade política ou governativa**. (grifos nossos)[10]

Nesse contexto da responsabilidade, seguem as escolhas sendo inevitáveis, porém mais que isso, passam a ser desejáveis. Desejáveis, porque ativam o princípio da responsabilidade moral em todos os níveis. Sintetiza a autora:

... diremos que a exigência da intensificação da responsabilidade moral, como contributo para a alocação dos recursos em saúde, fundamenta-se em dois princípios éticos _ o da "**dignidade humana**" e o da "**participação**" _ e se reporta a três aspectos principais (que respondem diretamente ao caráter triplo da responsabilidade moral): à adoção de comportamentos que promovam a saúde; à conscientização da finitude do homem e dos limites inerentes a toda a expressão humana; à realização de escolhas ponderadas. O **princípio da dignidade humana**, na exigência de igual respeito por todos os homens, e o **princípio da participação**, na exigência do esforço de cada um em prol da comunidade, justificam a ampla aceção do direito à saúde e obrigam à responsabilidade.[11] (grifos nossos)

As escolhas mencionadas, reconhecidas como necessárias e desejáveis apenas se justificam eticamente, entretanto, segundo a autora, na perspectiva de promoção da justiça social: a realização do bem comum através da responsabilidade específica de cada um. Apesar de complexa, a noção de justiça implica, fundamentalmente, no **princípio da equidade**.

No domínio específico a que nos dedicamos, o **princípio da equidade** reporta-se ainda a uma aplicação casuística da justiça que, ratificando a igual dignidade de todos os homens, estabelece uma igual acessibilidade aos cuidados de saúde através de sua redistribuição diferenciada: isto é, atribuindo mais a quem tem menos e vice-versa (vertical); e atribuindo o mesmo aos que se encontram em iguais condições (horizontal), numa ação antidiscriminatória, reguladora das desigualdade.[12]

A promoção da equidade nos termos acima expostos vai reclamar o concurso do princípio da solidariedade, por sua vez assim descrito pela autora:

O **princípio da solidariedade** destaca uma realidade social que se refere à interdependência de todos os homens, de forma que cada um de nós é sempre devedor do outro em cada uma das suas realizações; reconhecido este fato no domínio específico da saúde [...], a solidariedade exige a partilha dos custos financeiros com a saúde de todos, proporcional ao rendimento de cada um. (grifos nossos)[13]

Fecha-se assim a articulação entre os quatro princípios mencionados pela autora: o **princípio da dignidade humana**, o **princípio da participação**, o **princípio da equidade** e o **princípio da solidariedade**.

Patrão NEVES reconhece que essas ponderações se encontrariam no patamar de uma **meta-ética** e de uma **macro-alocação** de recursos, sendo necessário, para fins de aplicação, derivar **diretrizes** voltadas a orientar as escolhas e derivar critérios para a distribuição de recursos, o que estaria no patamar de uma **meso-alocação**, mencionando como critérios mais presentes atualmente, os da **necessidade** e da igualdade, que assumiriam, inclusive, pesos distintos a depender das características da sociedade que os utiliza. Segundo a autora sobressai a igualdade nos EUA e a necessidade na Europa.

Considere-se ainda que não se tem a pretensão, nem se deseja, que todos os problemas em nível de **micro-alocação** venham a ser resolvidos, satisfatoriamente, pela aplicação mecânica ou acrítica dos modelos desenhados, devendo os mesmos ter sua validade testada e contestada no **caso concreto**.

Na Espanha, onde também vige um sistema de atenção pública universalista à saúde, o tema da escassez foi tratado por **Ángel Puyol GONZÁLEZ**[14], professor e pesquisador em filosofia moral da Universidade Autônoma de Barcelona.

Este autor, reconhecendo a necessidade de racionamento sanitário em face da escassez de recursos, preocupa-se com os critérios que informariam uma escala de priorização da atenção a ser prestada, voltando-se, portanto, mais à uma ética prática e finalista. Nessa busca de critérios, faz a análise dos oferecidos pela teoria utilitarista e formulados por Ronald Dworkin[15], propondo-se, posteriormente à sua crítica.

A idéia central do utilitarismo é de que o bem social equivale à maximização da soma do bem-estar dos indivíduos, o que, no campo sanitário, equivaleria a maximizar a soma dos estados de saúde dos indivíduos. Assim, sistema sanitário justo é aquele que consegue aumentar ao máximo a saúde somada de todos os cidadãos. Nesse raciocínio teríamos que quantificar estado de saúde, com base em um conceito de saúde, o que já constituiria um problema inicial não desprezível. Num primeiro aspecto, o problema seria salvar vidas (com questões morais como a de admitir que algumas vidas serão sacrificadas em benefício de outras) e, depois, obter a melhor qualidade de vida (com o problema de como medi-la). Admitindo-se ainda que algumas pessoas trocariam alguns anos de vida por uma melhor qualidade de vida e vice-versa.

Um índice utilizado para medir qualidade de vida é o QALY (*Quality Adjusted Life Year*), ou, em português, AVAQ (Anos de Vida Ajustado pela Qualidade)[16]. O critério de otimização seria o da maximização do índice agregado, em face do custo envolvido. Permitindo que se escolha, dentre as intervenções sanitárias possíveis, as mais que serão mais custo-efetivas em termos de qualidade de vida.

A crítica preliminar feita por Angel Puyol GONZÁLEZ é de que critérios desse tipo, sempre significam uma igualdade meramente formal segundo o critério do estado de saúde, não levando em conta aspectos intervenientes como, capacidade econômica, condição social, etnia, sexo, idade, etc. As teorias utilitaristas assim baseadas não são igualitárias e resultariam em discriminação dos pacientes mais graves, mais velhos, mais pobres ou deficientes, pois, em relação a estes, os ganhos não seriam comparáveis com os obtidos em relação ao indivíduo em condição diversa destas.

A teoria liberal-igualitária, que o autor associa, entre outras, à doutrina de Ronald Dworkin, na esteira do pensamento liberal, vai procurar privilegiar a liberdade do cidadão, e, portanto, a capacidade individual de pagamento que, por um lado, dará a capacidade de acesso e, por outro lado, alocará os recursos sanitários na sociedade. A teoria de Dworkin pretende fundamentar um princípio ético para o racionamento dos recursos sanitários no contexto liberal, de forma a que o provimento pelo Estado da atenção será em medida tal que não contrarie o princípio da liberdade individual.

Essa teoria critica se opõe ao entendimento que Dworkin denomina “*modelo clássico ou do isolamento*” da justiça sanitária, segundo o qual a saúde seria o bem mais importante do indivíduo e o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independente do custo, o que implica para a sociedade o que chama a “*regra do resgate*”, pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer, quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição, a teoria de Dworkin vai afirmar que há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social, etc; que o critério da necessidade se torna complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último o critério do resgate, choca-se com muitas das nossas intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais, chances de sobrevivência, etc.). Seria ingênuo e, mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais de nossas decisões. Propõe em contrapartida um modelo de justiça sanitária derivada de sua teoria da igualdade de recursos.

Dworkin considerando que se os indivíduos fossem adquirir todas as prestações atinentes à atenção em saúde no mercado, adquiririam, não segundo um critério de necessidade, mas, sim, segundo um critério de prudência. O mercado obriga as pessoas a que se responsabilizem por suas escolhas. Se o acesso é igualitário (porque parte de condições iniciais igualitárias) então o resultado do escolhido pelas pessoas é moralmente justo.

O pacote que a média das pessoas compraria, deveria determinar o que os sistemas sanitários públicos se encarregariam de marcar como limites do direito de atenção sanitária. Pressupõe-se que algumas prestações ficariam excluídas da cobertura universal: por exemplo: manutenção de vida vegetativa, intervenções em situação de demência, custos elevados para garantir poucas semanas de vida, doenças da velhice e tratamento muito custoso ou em relação aos quais as pessoas não decidiriam investir a sua renda. Apesar disso, os tratamentos caros e pouco efetivos poderiam continuar disponíveis, adicionalmente, em um mercado privado de saúde.

GONZÁLEZ critica tal proposta, por considerar que esta levou a idéia de responsabilidade individual muito longe.

Uma crítica inicial e geral é quanto à dificuldade de separar claramente preferências do indivíduo das circunstâncias em que estas são manifestadas. Critica também o fundamento da teoria de Dworkin da justiça, no ponto de partida que é a igualdade de recursos, pois, de imediato, aparece uma desigualdade, na justificação do favorecimento dos mais ambiciosos e sacrificados, que por esse sacrifício receberão maior prêmio.

No campo da justiça sanitária, a doutrina de Dworkin rechaça o princípio da necessidade, entre outras razões, porque a mesma idéia de necessidade é relativa a convicções éticas diferentes e não comparáveis entre si. GONZÁLEZ, entretanto, contrapõe que, se a falta de respeito ao neutralismo estatal sobre as convicções éticas de seus cidadãos pode conduzir-nos ao autoritarismo, a falta de um critério ético universalizador de mínimos com relação ao que devemos entender por necessidade médica pode nos atirar ao mais indiferente dos relativismos.

Feitas essas considerações de caráter geral, GONZÁLEZ vai passar às objeções particulares ao princípio da prudência. Uma das conseqüências práticas da aplicação do princípio é a de que o sistema público de saúde deveria excluir de suas prestações, todas aquelas que um cidadão *standard* não compraria. Por outro lado, os gastos com saúde pública deveriam ser cobertos pelo conjunto da população, o que finda por discriminar os que sacrificariam mais, visando maior cobertura, e assim financiariam a necessidade de atenção sanitária a quem, por eleição pessoal, sacrificou menos. O princípio da prudência acaba castigando a quem teria legítima vantagem segundo os cânones da igualdade de recursos.

O princípio da prudência consideraria imprudente custear com dinheiro público o tratamento de numerosas enfermidades minoritárias e atualmente caras, devido, entre outras razões, ao baixo investimento em pesquisa. São enfermidades cuja pesquisa e atenção é recusada pela iniciativa privada, por tais atividades não resultarem lucrativas.

Acresçamos que o raciocínio não excluiria também algumas doenças de maiorias, como é o caso da malária. O cidadão padrão do mundo ocidental não tem problemas graves com a malária, a indústria farmacológica deixou de lado a investigação nesse campo, porque os compradores potenciais das vacinas e medicamentos são tão pobres que não resultaria em um investimento economicamente rentável.

Se as enfermidades minoritárias ou não rentáveis estão já claramente marginalizadas pela iniciativa privada, a negativa pública de as sufragar[17] em face do critério do cidadão padrão, marginalizaria ainda mais aos enfermos envolvidos e suas famílias, o que não parece ético ou justo.

Por outro lado, tomemos o caso do cidadão padrão, que não se asseguraria contra as enfermidades da velhice que fossem muito caras e pouco efetivas, e esperaria que as políticas públicas reflitam este raciocínio. O fato, por si, já é susceptível de atentar contra os princípios morais e constitucionais que consideram iguais os direitos básicos de todas as pessoas, independente da idade; mas, além disso, pode parecer plausível que um indivíduo valore menos sua má saúde quando jovem que sua má saúde quando velho, mas não parece tão claro que tenha a mesma intuição moral sobre o estado de saúde, por exemplo, de seus pais.

É possível que o moribundo chegue a aceitar esse argumento por fidelidade a seus hipotéticos compromissos da juventude com o princípio da prudência e com uma espécie de princípio natural que consiste em dar preferência aos mais jovens. No entanto, não está tão claro que estes estejam dispostos a deixar morrer seus familiares amparando-se no mesmo argumento.

Ainda um argumento que comprometeria o princípio da prudência, seria a necessidade de reconhecer como legítima a pretensão do cidadão que, por convicção ética, considerasse desproporcional o custo da atenção em relação aos benefícios que se lhe oferecem e que viesse a recusar tal atenção, na condição de se creditar dos valores monetários correspondentes.

Em síntese, o que Angel Puyol GONZÁLEZ, afirma é que, embora o direito à atenção sanitária deva ser revisado ou reinterpretado à luz da necessidade de priorizar, os critérios utilitaristas e liberais analisados, apresentam vários inconvenientes éticos. Rechaça a interpretação exclusivamente utilitarista de que a atenção em saúde, em face de que o direito à saúde é, também, um direito individual e que saúde é moralmente

importante porque afeta indivíduos, e não somente a coletividade. O utilitarismo geraria discriminações que afastariam o Direito de suas pretensões de equidade.

A proposta de Dworkin se equivoca, segundo o autor, especificamente, em seu intento de condicionar a equidade à responsabilidade individual. Em termos de necessidade sanitária, dificilmente nos vemos com disposição de calcular o valor exato que concedemos à saúde antes de perdê-la e, em conseqüência, o que estamos disposto a sacrificar para recuperá-la. Reconhecendo, todavia, que a discussão sobre a validade dos princípios que devem regular o racionamento sanitário não fez, até o presente momento, mais que começar.

De nossa parte, consideramos importante expor aqui a crítica de GONZÁLEZ à teoria utilitarista e liberal, pois nesta se põe a nu algumas falácias presentes na raiz de argumentos recorrentes na discussão sobre a alocação de recursos escassos. Por exemplo, no argumento da reserva do possível. Residindo a falácia na idéia de que os recursos poupados em determinada prestação sanitária estariam “melhor” empregados em outras, em favor da qual a reserva é agitada. O argumento poderia estar, nesse caso, apenas mascarando uma alocação feita segundo critérios com teor semelhante aos aqui expostos, visando priorizar o hipotético cidadão padrão e, no fundo, carecedora de uma maior reflexão racional e ética.

A crítica feita é ainda importante, por confrontar visões liberais e “*welfaristas*” em contexto de países desenvolvidos, onde se pressupõe uma redução dos fatores de desigualdade entre os cidadãos, autorizando o favorecimento do princípio da autonomia frente ao princípio da justiça. O que não ocorrerá no contexto de países não desenvolvidos, onde vicejam desigualdades mais severas e graves entre os cidadãos, determinando o enfoque que privilegie o princípio da justiça em face do princípio da autonomia.

4) AMÉRICA LATINA, A POLITIZAÇÃO DA BIOÉTICA, A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO E A BIOÉTICA DA INTERVENÇÃO (Miguel KOTTOW, Fermin Roland SCHRAMM e Volnei GARRAFA)

Na América Latina um dos enfoques que passa a ser adotado para contemplar o problema do acesso à saúde na reflexão bioética é o que propugna a aproximação entre a Bioética e a Política, no esforço de associar aos problemas academicamente propostos pela Bioética, o problema social sanitário em sua estreita relação com as condições socioeconômicas das populações envolvidas, a pobreza, a desigualdade e exclusão sociais.

Temos as propostas da *Bioética da Intervenção* formulada principalmente por Volnei GARRAFA, professor da Cátedra Unesco de Bioética da UnB, e a proposta da *Bioética da Proteção* formulada principalmente por Miguel KOTTOW, professor da Universidade do Chile, e por Fermin Roland SCHRAMM, professor da Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP/FIOCRUZ, no Rio de Janeiro.

Antes, porém, devemos atentar para uma discordância existente entre os autores quanto as relações necessárias entre política e bioética. Discordância que determina a formação dessas duas propostas distintas, mas comunicantes.

KOTTOW[18], se opõe a uma aproximação entre Bioética e Política. Defende aquele autor que a Bioética e a Política funcionam em âmbitos distintos, o ideário do Poder é estranho (“*foráneo*”) ao da Bioética, possuem métodos distintos. Portanto, a Bioética não poderia adotar a linguagem do poder e não há como conceber uma convergência no campo da deliberação entre Bioética e política. Pois que a primeira se ocupa da “*bios*”, existência, e a segunda da “*zoe*”, a vida nua, ou seja, a vida animal, despojada de sua humanidade. O papel da Bioética é precisamente o de proteger a “*bios*”, para que não seja tratada como mera “*zoe*”.

O autor define a Política, como “*la administración, legítima, por lo general - del poder*

civil con fines de gobernabilidad” (“a administração, legítima, em geral, do poder civil com fins de governabilidade”), e remete ao ensinamento de Max Weber e de Hannah Arendt, que associam o exercício do poder ao exercício da violência, legítima ou não, implicando, porém, sempre uma desigualdade ontológica entre o detentor do poder e aqueles que a ele se submetem[19]. A política, assim vista, possui escassa sensibilidade à elaboração ética. A bioética, ao contrário, de acordo com o autor, tem seu pensamento gravitando em torno da equidade e da comunicação. É dizer, política e Bioética são imiscíveis.

O autor não isenta mesmo a biopolítica, expressão forjada por Michel de Foucault para designar uma penetração, no campo das transformações políticas, da “*vida e seus mecanismos*”. Para o autor a biopolítica acaba por não passar de um extremo da violência política, ao reduzir a existência humana à vida biológica, polarizando e reduzindo os temas da bioética em dicotomias vida/liberdade, nessa redução abstraíndo fatores culturais e históricos que diferenciam os integrantes de um grupo e os grupos entre si, em um “*discurso monocórdio que arrisca tornar-se intolerante e autoritário, eventualmente totalitário*”[20]. Sobre a contraposição bioética e biopolítica, afirma:

El discurso legal, no menos que el ético, queda marginado de participar en decisiones, silenciado en la crítica y desactivado en la práctica. Por lo tanto, la tendencia de la biopolítica a reducir a los pueblos y a los individuos a nuda pervivencia se sitúa en un nivel pre-moral, donde la bioética no tiene acceso porque su lenguaje se vuelve absurdo en situaciones límite: ¿cómo puede un principio bioético encontrar aplicación frente a la realidad de un campo de concentración o, en escenarios contemporáneos, tener vigencia cuando combatientes capturados no son considerados prisioneros de guerra y por ende no reciben el trato humanitario que internacionalmente se ha acordado?[21]

Repelindo a adoção de discurso ou de propostas políticas no âmbito bioético, afirma, entretanto, enfaticamente, a necessidade de uma bioética criativa cuja missão é reconhecer a necessidade do debate profundo sobre o impacto das eleições bioéticas no diário viver, repelindo a aparente simplificação do discurso biopolítico.

Tanto mayor ha de ser el esfuerzo de la bioética por detectar intrusiones morales en nuestras sociedades, que dicotomizan artificialmente los problemas en vida versus libertad, donde la biopolítica en ocasiones dará preferencia la vida sin importar su calidad, en otras a la libertad sin preocuparse para qué.[22]

Volnei GARRAFA, por sua vez, propõe precisamente que a politização da bioética é incontornável se o objetivo é obter uma ética consistente voltada a garantir a dignidade da pessoa humana[23]. A politização é necessária a fim de permitir a construção da justiça social. Considera que a inclusão social há de partir de conceitos como o de empoderamento, libertação e emancipação; que constituem possíveis ferramentas epistemológicas do que denomina a Bioética da Intervenção, pois voltada a intervir no campo social.

Ainda segundo o autor, a resistência oferecida à proposta de politização da Bioética em meios acadêmicos decorre, por um lado, do preciosismo que restringe o escopo epistemológico da disciplina, e está ligado aos prejuízos da dissociação entre razão e ação. Por outro lado, decorre de um conservadorismo que impede o pesquisador de reconhecer que nem toda gama de conflitos éticos relacionados à vida e à saúde pode ser circunscrita ao âmbito biomédico.

Feito o alerta quanto a estes distintos posicionamentos, importa identificar as linhas normalmente em que se defende a inclusão na abordagem bioética dos elementos atinentes à questão social.

KOTTOW e SCHRAMM propõem a Bioética da Proteção, como uma esfera destinada a prover a proteção dos indivíduos marginalizados em uma ampla acepção e, portanto, susceptíveis ou fragilizados ao ponto de estarem impossibilitados de pleitear valores ou acautelar interesses, pois ameaçados na sua “vida nua”, aquém de todo direito ou da participação cidadã.

GARRAFA coloca a Bioética da Intervenção nos seguintes termos:

Para a Bioética de Intervenção, a inclusão social é a ação cotidiana de pessoas concretas e precisa ser tomada na dimensão política, como um processo no qual os sujeitos sociais articulam sua ação. Na medida em que a ação cotidiana direciona as escolhas não apenas em função de uma inclinação pessoal, mas considerando a dimensão do todo - a necessidade de garantir a existência das pessoas e de todas as formas de vida - ela se torna inclusiva, tendendo, como decorrência, à maior simetria[24].

CRUZ e TRINDADE[25] aclaram a construção da proposta de uma bioética de intervenção fundada na impossibilidade de se cogitar da autonomia em um contexto em que não haja possibilidades de escolhas livres.

Dessa forma, haveria que se trabalhar com os três conceitos de justiça social mencionados por GARRAFA e acima já referidos. **Libertação**, com base no pensamento de Paulo Freire, correspondendo à remoção de forças opressoras que impedem o exercício da autonomia, cerceada pela coação. De **empoderamento** “*empowerment*”, com base no pensamento de Amartya Sen, correspondendo ao fato de que escolhas autônomas não podem ser influenciadas pela falta de opções e designando precisamente a atribuição dos meios adequados às pessoas vulnerabilizadas para galgar o legítimo poder de decisão. Por fim o conceito de **emancipação**, correspondendo ao suprimento da dependência, possibilitando uma escolha independente. Assim, a inclusão social, é fator de peso em uma bioética de intervenção. Trazendo para a discussão bioética a dimensão política.

Resulta claro que a Bioética da Proteção e a Bioética da Intervenção, em diferentes intensidades, propõem uma mitigação do princípio da autonomia para além das hipóteses clássicas e restritivas de vulnerabilidade[26], no sentido de se reconhecer uma esfera, na qual a proteção dos indivíduos estaria fundada, precisamente, em situações de déficit de autonomia, geradas por vulnerabilidades adicionais, de natureza social, econômica ou biológica, impedientes do seu pleno exercício. Nas palavras de SCHRAMM:

A bioética da proteção foi pensada para proteger aqueles que, devido às suas condições de vida e/ou saúde, são vulneráveis ou fragilizados a ponto de não poder realizar suas potencialidades e projetos de vida moralmente legítimos, pois as políticas públicas de saúde não os garantem. Nesse sentido, a bioética da proteção é uma ética aplicada mínima ou “*de primeiro nível*” (como diz Atlan), algo como uma condição necessária para que se possa dizer que estamos no campo da ética e para que os vulneráveis ou fragilizados tenham alguma possibilidade de viver dignamente e realizar seus projetos de vida razoáveis, compartilháveis com os demais.[27]

SCHRAMM e KOTTOW[28] indicam a necessidade de uma ética específica para o tratamento dos temas de saúde pública. Aqui estamos no campo das políticas públicas, onde se trabalha com riscos e complicações de grande magnitude, de difícil mensuração e quantificação. Não estamos trabalhando com situações individuais e pontuais, mas com grandes agregados, o que torna extremamente difícil fazer predições que possibilitem orientar moralmente, por via principialista, os comportamentos eticamente apropriados. Daí a necessidade de uma ética específica para a saúde pública[29].

Os autores analisam e criticam as possibilidades de sucesso de dois princípios propostos à análise ética da saúde pública: os princípios da Solidariedade e da Responsabilidade. Em relação ao primeiro, assim se pronunciam:

el principio de solidaridad se expone a innumerables críticas, sobre todo allí donde se le utiliza para legitimar políticas de asignación de recursos, que son reconocidamente finitos y escasos en cualquier sistema sanitario. El principio de solidaridad aplicado a las políticas públicas es insuficiente para resolver los complejos problemas de salud por estar obligado a ser solidario con los otros en situaciones de profunda diversidad de necesidades y aunque existan discrepancias profundas de valores que quedan opacas y negadas a la argumentación.[30]

Com relação ao Princípio da Responsabilidade, os autores analisam a aplicabilidade ao tema de uma ética da responsabilidade, usando os modelos da responsabilidade ôntica de Hans Jonas e diacônica, de Emmanuel Lévinas[31]. O entendimento, porém, é, também, pela sua insuficiência para tratar dos problemas éticos associados à saúde pública:

Estos tipos de responsabilidad indican que un agente moral debe ser responsable por las consecuencias de sus actos ante la sociedad y de acuerdo con normas validadas por una instancia evaluadora. En la práctica, no obstante, ello es difícil de realizar debido a las incertidumbres que afectan los cálculos probabilísticos utilizados en salud pública, como muestran prácticamente todos los estudios epidemiológicos ...[32]

Propõem então os autores uma ética da proteção. Considerando que a especificidade da reflexão bioética em saúde pública está em que tanto os agentes como os destinatários da mesma, não são indivíduos, mas sim instituições ou coletividades. O que se busca é um princípio capaz de promover o equilíbrio entre os interesses e pontos de vista individuais e coletivos em torno do acesso à saúde. Os autores afastam os princípios da solidariedade e da responsabilidade em duas dimensões ôntica e diacônica, para esse fim e propõem, como princípio reitor, desta bioética preocupada com a realização do acesso em bases igualitárias, o princípio da proteção. Trata-se de um princípio dirigido pelos fins e resultados, na atuação dos agentes morais em saúde pública.

Na proposta dos autores a ética da proteção recuperaria os conteúdos morais do princípio da responsabilidade atualizando-os no sentido de responder voluntariamente às necessidades dos outros e também no sentido de se preocupar com a eficácia e a efetividade das medidas de proteção sanitária adotada. Assim:

la evaluación puede mejor realizarse a partir de un principio de protección, el cual impone el deber de eficacia como condición necesaria para una potestad legítima de intervención, autorizada para exigir a la autonomía personal que se ajuste al bien común.[33]

Sobre as possibilidades de uma ética principialista na matéria do acesso à atenção em saúde, remetemos à abordagem de Maria do Céu Patrão NEVES, exposta no item 3, acima.

Entendemos que nesta abordagem, como naquela, assoma-se como o grande desafio e o grande direcionamento a ser dado para a bioética na saúde pública o de transladar, com os necessários ajustes e modificações, a abordagem do nível das relações interpessoais, característico da bioética das situações emergentes, ao nível das relações institucionais e coletivas, característico da bioética das situações persistentes, conforme demonstram os autores latino-americanos cujo pensamento acabamos de expor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas atinentes à alocação de recursos em saúde, como constatado, não são privilégio de países não desenvolvidos. O agravamento do problema dos custos, que está associado à assunção de uma medicina tecnológica e aos fenômenos de transição

demográfica e epidemiológica, é vivido, talvez em momentos ligeiramente distintos, tanto por países desenvolvidos como por países não desenvolvidos. É dizer, deve ser encarado como um problema global, em certa medida, comum a todos os países.

O surgimento desses fatores de agravamento dos problemas de acesso à atenção em saúde é praticamente concorrente com a emergência da bioética como um campo de estudo. O desenvolvimento da biotecnologia, determinante histórico do surgimento da Bioética, integra o fenômeno da tecnologização da medicina e, portanto, deve possuir relação direta não somente com as problemáticas do acesso à atenção em saúde, mas também, esperamos, com as suas soluções.

Ocorre, assim, que os caminhos assumidos por uma medicina biotecnológica importam à discussão bioética não somente na perspectiva da dignidade pessoa humana, individualmente considerada, como também na perspectiva do desenvolvimento social-sanitário das coletividades humanas. Entendemos que a bioética surgida nesse contexto, possui aptidão para ampliar e universalizar a discussão sobre a equidade no acesso, através da transcendência de algumas falsas dicotomias que vêm marcando a discussão.

Uma delas é a existente entre as chamadas situações emergentes e situações persistentes e outra é a que opõe modelos público e privado de atenção à saúde, ou liberais e sociais de atenção. O problema do acesso na discussão bioética deve ganhar os foros de uma discussão global, condizente com a vocação desse campo de estudo.

As buscas por respostas ao problema do acesso igualitário à atenção em saúde, tanto em uma perspectiva de fundamentação principiológica, como em uma perspectiva utilitária e pragmática, parecem enfatizar, em geral, a necessidade de que adicione maior peso à questão da solidariedade e de responsabilidade no uso racional de recursos sanitários, seja qual for a forma de seu financiamento.

Trata-se de responsabilidade que deve ser pensada, concomitantemente, tanto em relação ao indivíduo, como em relação à sociedade e ao Estado. Enfatizando-se a necessidade de consideração de uma justiça distributiva e implicando, portanto, forçosamente, a renúncia a cuidados e atenções não universalizáveis sob perspectiva substancialmente igualitária.

É preciso cuidar para que os argumentos de natureza ética não cedam diante de argumentos de ordem econômica ou de ordem financeira orçamentária, que podem mascarar, no fundo, a assunção de prioridades eticamente não defensáveis. Entendemos

que o Direito como disciplina e a Jurisdição como atividade possuem um importante papel a desempenhar nessa tarefa.

Nesse escopo, princípios e institutos não de ser modelados ou remodelados; podendo, eventualmente, migrar entre os distintos campos do conhecimento humano, promovendo-se a aproximação entre Direito e Bioética a fim de se permitir, em um, a apreensão dos fatos e valores que devem informar a alocação ética e justa de recursos sanitários escassos, em outro, a instrumentalização de uma efetiva intervenção no campo social.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 6th edition, New York: Oxford University Press, 2009.

BERGEL, Salvador Darío. *Bioética y El Derecho de Acceso a Los Medicamentos*. In Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 117-162, 2006.

BERLINGUER, Giovanni. *Ética da Saúde*. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. **Bioética de Intervenção – uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades e grupos sociais vulneráveis**. Revista Brasileira de Bioética, v 2, n 4, 2006, pp 483-500.

GARRAFA, Volnei. **Inclusão social no contexto político da bioética**. In Revista Brasileira de Bioética, v 1, n 2, 2005, p 122-132.

GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (coord). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. *Ética, Derechos y racionamiento sanitario*. In Doxa, n. 22, 1999. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf> Acesso em 26 maio 2007, p 580-605.

KOTTOW, Miguel. *Bioética y Biopolítica*, Revista da Sociedade Brasileira de Bioética, vol 1, n2, 2005.

KOTTOW, Miguel e SCHRAMM, Fermin Roland, *Principios bioéticos en salud pública – limitaciones y propuestas*. In Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 17(4): 949-956, jul-ago/2001.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas**. In Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina. vol 7, n2, 1999. disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/alocarec.htm>. Acesso em: 14.07.2008.

[1] BERLINGUER, Giovanni. **Ética da Saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1996. p 16.

[2] BERGEL, Salvador Darío. *Bioética y El Derecho de Acceso a Los Medicamentos*. In Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 117-162, 2006, p 119.

[3] “A barreira econômica primária para o acesso à atenção em saúde em muitos países – mais visivelmente nos Estados Unidos – é a deficiência da cobertura securitária. Próximo de 50 milhões de cidadãos norte-americanos (aproximadamente 18% da população não idosa) carecem, em alguma medida, de cobertura securitária para a saúde. A cobertura inadequada abrangendo da ausência de cobertura à impossibilidade de cobertura, cobertura insuficiente ou cobertura apenas ocasional. [...] Em muitos outros países as barreiras primárias à saúde e à atenção à saúde são a pobreza e a limitação dos recursos governamentais. Os problemas de justiça são distintos em diferentes partes do mundo”.BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 6th edition, New York: Oxford University Press, 2009, p 258.

[4] *Arguments supporting rights to health care*. Idem, ibidem, p 258.

[5] *The right to a decent minimum of health care*. Idem, Ibidem, p 259-261.

[6] *Forfeiting the right to health care*. Idem, Ibidem, p 262-264.

[7] *Global health policy and the right to health*. Idem, Ibidem, p 264-267.

- [8] *Allocating, setting priorities, and rationing*. Idem, ibidem, p 267-281.
- [9] NEVES, Maria do Céu Patrão. **Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas**. In *Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina*. vol 7, n2, 1999. disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/alocarec.htm>. Acesso em: 14.07.2008.
- [10] Idem, ibidem.
- [11] Idem, ibidem.
- [12] Idem, ibidem.
- [13] Idem, ibidem.
- [14] GONZÁLEZ, Ángel Puyol. *Ética, Derechos y racionamiento sanitario*. In *Doxa*, n. 22, 1999.
- [15] Nos argumentos apresentados em dois textos daquele autor: “*Justice in the Distribution of Health Care*” e “*Will Clinton’s Plan be Fair?*”.
- [16] O QALY/AVAQ é o produto aritmético da expectativa de vida e a medida da qualidade de vida dos anos remanescentes. O QALY/AVAQ fornece um indicador para avaliar os benefícios oriundos de uma variedade de intervenções em termos de qualidade de vida e sobrevivência do paciente. Informação disponível em: <http://www.economiadasaude.com.br/new/aaz.php?letra=Q>. Acesso em 28.06.2008.
- [17] Isto tanto em relação aos tratamentos atuais, muito caros e pouco efetivos para o pensamento rentabilista do cidadão padrão, como também em relação ao custo da investigação científica, que eventualmente os tornariam mais baratos e mais atrativos ou suportáveis do ponto de vista desse pensamento.
- [18] KOTTOW, Miguel. *Bioética y Biopolítica*, Revista da Sociedade Brasileira de Bioética, vol 1, n2, 2005.
- [19] Idem, ibidem, p 111.
- [20] Idem, ibidem, p 114.
- [21] “*O discurso legal, não menos que o ético, fica marginalizado de participar em decisões, silenciado na crítica e desativado na prática. Portanto, a tendência da biopolítica a reduzir a população e os indivíduos à nu convivência se situa em um nível pré-moral, onde a bioética não tem acesso porque sua linguagem se torna absurda em situações limites: Como pode um princípio bioético encontrar aplicação frente à realidade de um campo de concentração ou, em cenários contemporâneos, ter vigência quando combatentes capturados não são considerados prisioneiros de guerra e por isso não recebem o tratamento humanitário que foi internacionalmente acordado?*”. Idem, ibidem, p 116.

[22] “*Tanto maior há de ser o esforço da bioética para detectar intrusões morais em nossas sociedades, que dicotomizam artificialmente os problemas da vida versus a liberdade, onde a biopolítica dará, em umas ocasiões, preferência à vida, sem se importar com sua qualidade, em outras, à liberdade, sem se preocupar para quê*”. Idem, *ibidem*, p 119.

[23] GARRAFA, Volnei. **Inclusão social no contexto político da bioética**. In Revista Brasileira de Bioética, v 1, n2, 2005, p 122-132.

[24] Idem, *ibidem*, p 129.

[25] CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. **Bioética de Intervenção – uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades e grupos sociais vulneráveis**. Revista Brasileira de Bioética, v 2, n 4, 2006, pp 483-500.

[26] As exceções ao princípio da autonomia em BEAUCHAMP e CHILDRESS, por exemplo, ficam restritas às hipóteses de imaturidade ou incapacidade (“*Young children, the severely retarded and senile patients*”), por não haver intervenção capaz de capacitar indivíduos nessa situação a tomar decisões autônomas. O conceito de vulnerabilidade é restritivo com o fim de evitar o paternalismo. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 6th edition, New York: Oxford University Press, 2009, p. 75.

[27] GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (coord). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006., p 147.

[28] KOTTOW, Miguel e SCHRAMM, Fermin Roland, **Principios bioéticos en salud pública – limitaciones y propuestas**. In Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 17(4): 949-956, jul-ago/2001.

[29] O tema é tratado magistralmente por Giovanni Berlinguer: BERLINGUER, Giovanni. **Ética da Saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

[30] “*O princípio da solidariedade se expõe a inúmeras críticas, sobretudo ali onde se lhe utiliza para legitimar políticas de atribuição de recursos, que são reconhecidamente finitos e escassos em qualquer sistema sanitário. O princípio da solidariedade aplicado às políticas públicas é insuficiente para resolver os complexos problemas da saúde por estar obrigado a ser solidário com os outros em situações de profunda diversidade de necessidades e a despeito de que existam discrepâncias profundas de valores que ficam opacas e inacessíveis à argumentação*.” Idem, *ibidem*, p 951.

[31] Idem, *ibidem*, p 951.

[32] “*Estes tipos de responsabilidade indicam que um agente moral deve ser responsável pelas conseqüências de seus atos perante a sociedade e de acordo com normas validadas por uma instância avaliadora. Na prática, não obstante, são de difícil realização devido às incertezas que afetam os cálculos probabilísticos utilizados em saúde pública, como mostram praticamente todos os estudos epidemiológicos...*”. Idem, *ibidem*, p 953.

[33] “A avaliação pode melhor se realizar a partir de um princípio de proteção, o qual impõe o dever de eficácia como condição necessária para um legítimo poder de intervenção com autoridade para exigir, à autonomia pessoal, que se ajuste ao bem comum.” Idem, *ibidem*, p 955.

DO ABORTO EUGÊNICO*

THE EUGENIC ABORTION

Valéria Silva Galdino Cardin

RESUMO

Este artigo trata da possibilidade de realização do aborto eugênico em face do nosso ordenamento jurídico. Antes de adentrar o tema, faz-se uma análise histórica do aborto, demonstrando que desde a Antiguidade ocorria sua prática. Não há dispositivo legal no direito pátrio que autorize esse tipo de aborto, até porque, na época em que foi editado o Código Penal, não havia recursos tecnológicos para a comprovação da impossibilidade de vida extra-uterina do feto. Embora a genitora e o feto tenham o direito à vida assegurados pela Constituição Federal, de acordo com o princípio da razoabilidade seria ilógico expor aquela aos riscos de uma gravidez fadada ao fracasso, bem como seria injusto mitigar seus direitos constitucionalmente garantidos, como a dignidade, a liberdade e a autonomia de vontade em favor de uma vida tecnicamente inexistente, como nos casos de anencefalia.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ABORTO EUGÊNICO.

ABSTRACT

This article discusses the possibility of completing the eugenic abortion in our legal system. Before you enter the theme is an historical analysis of abortion, showing that since ancient occurred in their practice. There is no provision in law that allow home this type of abortion because at the time when it was edited the Penal Code there was no technological resources for proof of the impossibility of extra-uterine life of the fetus. While the mother and the fetus had the right to life guaranteed by the Federal Constitution, according to the principle of reasonableness would be illogical that expose the risks of a pregnancy destined to fail, and it would be unfair to mitigate its constitutionally guaranteed rights and the dignity, the freedom and autonomy of will in favor of a life technically non-existent, as in cases of anencephaly.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. EUGENIC ABORTION

1 INTRÓITO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O vocábulo “aborto” provém do latim *abortus* (*ab*, privação + *ortus*, nascimento[1]). Indica o ato ou fato que põe termo ao processo de gravidez antes que o embrião ou feto[2] seja capaz de viver independentemente da genitora.

Cerca de dois mil anos antes de Cristo, os hebreus realizavam livremente o aborto, por acreditarem que o feto não tinha existência humana antes do seu nascimento. Posteriormente, no Livro do Êxodo (1000 a.C.), o aborto foi condenado e o culpado passou a ser obrigado a indenizar a quantia estabelecida pelo marido da mulher ou por árbitros. Se houvesse dano grave, aplicava-se a Lei de Talião. Nessa época, a perda do feto era considerada um prejuízo econômico, porque o filho era uma mão-de-obra a mais para o sustento da família.[3]

Já os gregos, seiscentos anos a.C., utilizaram o aborto como controle populacional e para a manutenção do equilíbrio social e econômico.[4]

Sócrates era a favor de facilitar o aborto quando a mulher o desejasse. Platão aconselhava-o como forma de controle da população e pregava que mulheres acima de 40 anos deveriam ser obrigadas a abortar. Aristóteles acreditava na existência do “feto inanimado” e do “feto animado” (este adquiria tal condição após sessenta dias de gestação), e que em casos de excesso de população deveria ser livre o aborto do “feto inanimado”. [5]

Na Idade Média, a *Lex Romana Visigothorum* incriminava o aborto de forma bastante severa.[6]

Em 1917, a antiga União Soviética foi o primeiro país a suprimir a repressão ao aborto. Por quatro anos ele foi praticado indistintamente, até que por razões de saúde pública foi limitado apenas a clínicas e médicos custeados pelo Estado.[7]

O aborto pode ocorrer por diversas formas. Por causas patológicas ou de auto-intoxicação resultante de dejetos da vida fetal, será denominado natural. Será acidental quando decorrente de traumatismo ou de outra causa fortuita.

Ressalte-se que essas espécies não são relevantes para o mundo jurídico, haja vista que apenas o aborto provocado é o que importa, por ser criminoso.

Tem-se também o aborto social ou econômico, que advém de dificuldades financeiras, ou em casos de famílias muito numerosas. Nestes, a gestante, por não possuir condições de criar o rebento, opta por interromper a gestação.^[8] O ordenamento brasileiro não admite o aborto social e quem praticá-lo estará sujeito às sanções penais cabíveis.

Há ainda o aborto necessário ou terapêutico, em que a gestação, se prolongada, representa grave perigo para a vida ou saúde da gestante, e abortar é o único meio de salvá-la. Esse tipo está previsto no inciso I do art. 128 do Código Penal.

O aborto necessário é um excludente de ilicitude, porque o médico visa afastar um perigo atual ou iminente a bem jurídico alheio, que é a vida da gestante.[9]

Ressalte-se que o legislador, ao permitir esse tipo de aborto, entendeu que o mal causado ao feto será menor do que o que se visa evitar, que é a morte da gestante. É que o bem jurídico “vida extra-uterina” é de mais valia do que o bem jurídico “vida intra-uterina”^[10], segundo se depreende das penas cominadas ao crime de homicídio e ao de aborto.

O aborto sentimental, ético, humanitário ou honroso está previsto no inciso II do art. 128 do Código Penal e diz respeito àquele praticado em gravidez resultante de estupro ou de prática incestuosa.^[11]

É justificável por conta dos efeitos psicológicos e sociais que ocorreriam na gestante se esta fosse obrigada a levar adiante uma gravidez oriunda de violência. O legislador colocou o sentimento de repulsa da gestante, de ter um filho produto de estupro, em grau superior à vida do nascituro.

Devido ao fato de o artigo em exame não fazer nenhuma distinção entre estupro com violência real e estupro com violência presumida, acredita-se que este também esteja contido na excludente de ilicitude.^[12]

Ressalte-se que, para a realização do aborto sentimental, não há necessidade de recorrer ao judiciário. Nesse caso o consentimento da vítima ou de seu representante legal é imprescindível para justificar a conduta do médico.

Nos últimos anos, em decorrência do avanço tecnológico no campo da medicina fetal, muitas pessoas manifestaram a pretensão de realizar o denominado aborto eugênico, que é motivado por má-formação fetal incompatível com a vida. Por se tratar do tema central deste trabalho, será abordado em tópico próprio.

2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PRÁTICA DE ABORTO EUGÊNICO

Questão que merece ser analisada é a colisão entre os direitos constitucionalmente assegurados à gestante e aqueles assegurados ao feto. Teria este o direito à vida, em qualquer caso, acima do direito à dignidade e autonomia da gestante? Nesse ponto divergem doutrinadores, religiosos e cientistas.

A garantia à vida é plena, irrestrita, porque dela decorrem todas as demais garantias. É um direito público subjetivo e também privado,^[13] e tem por objeto os elementos constitutivos da personalidade humana.^[14] Subsiste até contra a vontade do titular, visto que não é de interesse social que alguém disponha da própria vida, devendo o Estado assegurá-la.^[15]

A Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil vigente, garantem o direito à vida desde a concepção, condicionando a aquisição de direitos da personalidade ao nascimento com vida. Além disso, as sanções aplicadas em razão de homicídio,

infanticídio, induzimento ao suicídio fazem concluir que mesmo aqueles que são titulares do direito à vida não podem dele dispor.^[16]

Saliente-se que o direito à vida está correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e está prevista no inciso III do art. 5º da Constituição Federal. Pode ser entendida como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor,^[17] ou, ainda, como a convicção de que cada ser humano tem um lugar a ele destinado na sociedade, e que lhe é garantido por direito.^[18] A dignidade pode ser vista como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.^[19]

Do princípio supracitado decorre o direito de todo ser humano de ser respeitado em sua integridade física, psicológica e espiritual, assegurando-se assim os direitos da personalidade. Estes se apresentam como um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.^[20]

Acrescente-se o princípio da autonomia da vontade como um corolário do direito de liberdade. Segundo esse princípio, as partes, de acordo entre si, podem pactuar e dispor livremente do que pretenderem. No entanto, essa liberdade para convencionar sofre limitações, ou seja, as normas cogentes devem ser obedecidas.^[21]

Outro princípio relevante é o da igualdade. Muitas vezes faz-se necessário estabelecer diferenciações para que se alcance a igualdade. Não se fala aqui de distinções arbitrárias, mas sim das que sejam essenciais para efetivação da aplicação do Direito.

Para Bandeira de Mello, o princípio da igualdade tem dois objetivos: o de conferir garantia individual e o de coibir favoritismo, pois só assim a lei poderá atingir apenas um indivíduo ou uma classe de pessoas sem ofender a isonomia.

Cabe explicar que todos os princípios acima enumerados serão aplicados, a cada caso, norteados por outro, de inestimável importância, denominado princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, que será aplicado quando houver colisão de direitos.

Segundo Aristóteles, “em todas as coisas o meio-termo é digno de ser louvado, mas às vezes devemos inclinar-nos no sentido do excesso e outras vezes no sentido da falta, pois assim chegaremos mais facilmente ao meio-termo que é certo”.^[22]

O autor prossegue dizendo que “determinados atos não devem ser praticados, se as circunstâncias forem normais. Todavia, em circunstâncias excepcionais, sacrifica-se um bem para que outro, igualmente ou mais valioso, possa ser salvo.”[23]

Portanto, os direitos constitucionalmente assegurados à gestante e ao feto devem ser sopesados e interpretados sob a orientação do princípio da proporcionalidade, a fim de que o aborto eugênico possa ser realizado.

3 DO ABORTO EUGÊNICO

A despeito dos grandes avanços ocorridos na medicina, esta não tem solução para casos como os de anencefalia e síndromes graves. É justamente nesses casos que o aborto eugênico, eugenésico^[24] ou profilático deve ser realizado, uma vez que a criança certamente irá morrer.^[25]

Dessa forma, o que autoriza o aborto eugênico é que a doença é incompatível com a vida de modo definitivo. Alguns exemplos são: ausência ou má-formação cerebral, inexistência de rins, displasia tanatofórica[26], e Síndrome de Patau^[27].

A anencefalia é um mal congênito que acarreta a ausência de parte do encéfalo, osso do crânio e couro cabeludo.^[28] Caracteriza-se pela ausência de hemisférios cerebrais, ou pelo fato de, quando existentes, estes serem extremamente rudimentares; o tronco encefálico pode estar presente em proporções variáveis; o cerebelo pode ser normal ou malformado, e, quanto maior a ausência óssea, menos tecido nervoso é achado na base do crânio.^[29]

Além disso, a anencefalia corresponde a um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural e espinha bífida na porção posterior, ocorridos aproximadamente no 25º e no 27º dia de formação, respectivamente. O diagnóstico é feito através de ultrasonografia, a partir da 14ª semana e dosagem da alfa feto proteína presente no soro e líquido amniótico.^[30]

Quanto à segurança do diagnóstico, estudos publicados pelo Comitê Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón, na Argentina, comprovaram que, reunidos os resultados de seis hospitais, que juntos diagnosticaram mais de 130 casos de anencefalia, todos estavam corretos. Ou seja, o grau de certeza de diagnóstico nesse tipo de caso é de 100%.^[31]

Uma das peculiaridades da anencefalia é que ocorre mormente em fetos do sexo feminino e sua incidência é de 0,5 a cada 1.000 nascidos.^[32]

A Síndrome de Patau pode ser caracterizada como más-formações graves do sistema nervoso central, como arrinencefalia^[33] e retardamento mental acentuado. Em geral há defeitos cardíacos congênitos e defeitos urigenitais, incluindo [criptorquidia](#)^[34] nos meninos, útero bicornado^[35] e [ovários](#) hipoplásticos^[36] nas meninas, e [rins policísticos](#). Com frequência encontram-se fendas labiais e palato fendido, punhos cerrados e plantas

arqueadas. A fronte é oblíqua, há hipertelorismo ocular^[37] e microftalmia bilateral, podendo chegar a anoftalmia, [coloboma](#) da íris; os olhos são pequenos, extremamente afastados ou ausentes. As orelhas são malformadas e baixamente implantadas. As mãos e os pés podem mostrar sexto dedo ([polidactilia](#)) e/ou o quinto dedo sobrepondo-se ao terceiro e quarto, como na trissomia do 18. Vivem normalmente até os 6 meses.[38]

O que se pretende exemplificar com essas duas más-formações, anencefalia e síndrome de Patau, é a impossibilidade de vida extra-uterina do feto e a certeza de graves transtornos psicológicos na gestante.

O aborto eugênico não está previsto em nossa legislação, entretanto discussões acirradas surgem a esse respeito ante decisões inovadoras dos tribunais brasileiros autorizando tal medida.

O Anteprojeto do Código Penal, que altera a parte especial, prevê no inciso III do artigo 127 a exclusão de ilicitude para os casos de má-formação fetal^[39]. A concordância de dois outros médicos com o diagnóstico da má-formação é de grande valia e visa evitar decisões precipitadas quanto à medida extrema que constitui o aborto.

4 DA INFLUÊNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES DE VIDA E MORTE

Desde a Antiguidade se discute acerca das teorias que versam sobre o início da personalidade. No Direito romano, o tema já era relevante e controvertido, porque algumas vezes se reconhecia a personalidade do nascituro, estabelecendo uma personalidade condicional ao nascimento viável, e em outras não, como nos casos de bebês que nasciam sem forma humana, ou com deformidade.^[40] De modo sucinto, para que um nascituro tivesse proteção no Direito romano era necessário que fosse nascido de mulher e tivesse tido total separação das vísceras desta, além de ter forma humana e viabilidade (traduzida por um período de, no mínimo, seis meses de gestação).^[41]

Hodiernamente, a discussão sobre o assunto se acirrou, pois, além das descobertas recentes quanto à manipulação genética, há decisões dos tribunais inovando o ordenamento jurídico no sentido de autorizar o aborto no caso de fetos sem expectativa de vida.

Existem numerosas teorias que fixam o início da vida e determinam quando o embrião ou feto se tornaria titular de direitos a serem assegurados. Porém as mais relevantes são as Teorias da Concepção, Natalista e da Atividade Organizada do Córtex Cerebral.

Segundo a Teoria da Concepção, a personalidade civil do homem se inicia no momento da concepção.^[42] Para os filiados a essa corrente^[43], como o ordenamento jurídico pátrio, a punição do aborto como crime contra a pessoa é a confirmação de que o nascituro tem personalidade civil e é pessoa.

Para a Teoria Natalista, o nascituro não é considerado pessoa, embora receba tutela legal. O nascituro é uma mera expectativa de direitos, e só é considerado como existente desde a sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso.^[44]

A criminalização do aborto não é incompatível com essa teoria. Ela não é sinônimo de legalização indiscriminada do aborto. Todavia, quem defende a regulamentação do aborto só encontra respaldo nas elucidações dessa escola doutrinária.

Para a terceira teoria, apenas após o início da atividade organizada do córtex cerebral, entre a 25ª e a 32ª semana de gestação, é que o feto começa a pensar e ter consciência, algo presente tanto num bebê recém-nascido quanto num adulto, embora em graus diferentes. Portanto, é nesse momento que, para alguns, deve ser atribuída a personalidade, com base no início da consciência.^[45]

Além dessas, existem outras teorias: a metabólica, que defende a inexistência de um marco para o início da vida, tendo esta como um processo contínuo; a genética, segundo a qual a vida começa com o encontro do óvulo com o espermatozóide; a embriológica, que marca a vida a partir da 3ª semana de gestação, quando o embrião não pode mais se dividir e dar origem a gêmeos; a neurológica, para a qual a vida começa entre a 8ª e a 20ª semana de gestação, com o início da atividade cerebral; e, por fim, a ecológica, que determina que a vida começa quando o feto for capaz de sobreviver fora do útero (entre a 20ª e a 24ª semana).^[46]

De todas essas teorias, a que mais se afigura como razoável é a que fixa o início da vida a partir da atividade organizada do córtex cerebral, porque seria nesse instante que o feto poderia sentir e sofrer com manobras abortivas.

5 DOS ASPECTOS ÉTICOS E MORAIS DO ABORTO EUGÊNICO

Na década de 1960, nos Estados Unidos e na França, realizaram-se os primeiros debates acerca do aborto eugênico. No Brasil tardou, haja vista que as técnicas médicas que pudessem diagnosticar a má-formação fetal só surgiram em 1972.^[47]

Quando se fala em aborto, as opiniões são bastante conflitantes, sendo que muitos as fundamentam em pilares religiosos.

A Igreja Católica, por exemplo, condena qualquer tipo de aborto, considerando-o como homicídio, inclusive o terapêutico. Todavia, se o tratamento para salvar a vida da mulher não é direcionado a extirpar o feto, mas como consequência produzir a morte deste, é reconhecido como válido.^[48]

O Espiritismo também se manifesta no sentido de considerar o feto como ser vivo favorecido com alma. Considera que, quando uma gestação redunde em aborto, a alma, que é imortal, se frustra e pode tornar-se obsessivo de quem o provocou. No que diz respeito ao aborto terapêutico, os espíritas concordam em sacrificar a vida do feto, se este for o único modo de salvar a gestante.^[49]

O desembargador Afrânio Vilela, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao decidir favoravelmente à interrupção da gravidez no caso de má-formação fetal, afirma:

qualquer que seja a convicção religiosa ou doutrinária, não se encontra justificativa para imposição à mãe de estender relação que será certamente ceifada de forma cruel e dramática no ato do nascimento do bebê, ou apenas retardada por poucas horas, em uma verdadeira *via crucis*, cuja cruz será por demais pesada [...] deve aplicar-se, no mínimo, o princípio religioso superior que é a caridade defendida pelas religiões e doutrinas cristãs.^[50]

Para um melhor esclarecimento, deve-se frisar que o direito à liberdade e o direito à vida são direitos fundamentais que não se colidem. Isso porque o direito à liberdade da mulher deve ser exercido previamente à concepção, ou seja, pode determinar, de acordo com seus princípios e valores, se deseja ou não engravidar. Feita essa escolha, ou não tomadas as medidas necessárias a evitar a concepção, o direito fundamental que deve ser protegido é a vida, pois este é intrínseco a ambos, ou seja, à gestante e ao feto.^[51] Contudo, em caso de anencefalia, tecnicamente não existe vida, razão pela qual o direito à vida do embrião deve e pode ser mitigado.

Pondera-se que, para o Direito pátrio, para fins de aquisição de direitos da personalidade, basta que o feto nasça e respire, mesmo que por alguns instantes. Embora o anencéfalo não tenha cérebro, tem tronco cerebral, que comanda a respiração, que, por sua vez, ocorre espontaneamente, ainda que por pouco tempo.

Relembre-se o caso da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira, que viveu 1 ano, 8 meses e 12 dias. Aos 4 meses de gestação diagnosticaram o quadro de anencefalia. Marcela foi usada como “bandeira”, de forma equivocada, por aqueles que são contra o aborto, pois, segundo a junta médica que avaliou o caso, “ela tinha um defeito menos grave na formação do crânio e o resquício de cérebro presente, ao contrário dos anencéfalos, que não têm nada [...]”.^[52]

Para os que entendem pela interrupção da gestação por anencefalia, ainda que o tronco cerebral permita a realização de funções essenciais como os batimentos cardíacos e outros movimentos involuntários, é certo que a permanência desse funcionamento depende de outras atividades que incluem o cérebro, como o funcionamento de glândulas e movimentos musculares que facilitam a respiração. Sem estas, a atividade do tronco está fadada ao perecimento.^[53]

Ressalte-se que especialistas deixam claro que todas as funções superiores do sistema nervoso central, como consciência, cognição, comunicação, afetividade e emoção, não existem num anencéfalo, e que as funções respiratórias são apenas parciais.^[54]

Ainda no que diz respeito à vida, é certo que a anencefalia é incompatível com a vida, entretanto os bebês que chegam a nascer geram a seguinte estatística, para crianças nascidas com mais de 2.500g: 47% morreram no primeiro dia; 44% entre um dia e uma

semana; 8% entre uma semana e um mês; 1% com cerca de três meses; ocasionalmente 7 a 10 meses.^[55]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não faz nenhuma menção ao aborto, mas numa interpretação ampla entende-se que não coaduna com ele, visto que defende a vida.

São duas as principais teorias quanto à admissibilidade da prática de aborto eugênico. A primeira delas argúi que a gestante tem seu direito fundamental à vida e à segurança violado ao gerar um feto que apresenta anomalia incurável, e isso lhe acarreta um grave sofrimento físico ou psicológico.^[56]

Sublinhe-se que, se o ordenamento pátrio permite o abortamento de fetos viáveis com capacidade de vida sadia, como no caso de estupro, deve ser permitida a intervenção médica para pôr termo à gestação de fetos inviáveis.^[57] Dentro do padrão do respeito e da solidariedade, o que deve imperar é o direito da gestante à liberdade de decisão, o direito ao livre arbítrio.

Márcia Melaré entende que

A preservação da autonomia da vontade, ainda que balizada por limites de índole científica, que confirmem a inviabilidade da vida extra-uterina por falta de solução médica, constitui o meio termo entre os justos e legítimos direitos da mulher e os do feto. Trata-se do meio termo entre o aborto livre [...] e o aborto eugênico.^[58]

Ressalte-se que o aborto eugênico não tem como desígnio o melhoramento da raça humana, ou evitar que crianças nasçam com problemas físicos ou mentais. O que se pretende é adiantar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, privado de cérebro e inapto a existir por si só.^[59]

Não prospera a alegação de ser o aborto eugênico uma idéia nazista, porque o pensamento nazista se embasava no impedimento da proliferação de todo e qualquer ser humano que não fosse fisicamente perfeito ou que fosse diferente da raça ariana. Tal orientação era denominada “princípio de eliminação dos indesejáveis”.^[60]

A anencefalia, bem como as demais síndromes incompatíveis com a vida, é singular e se distingue de deficiência, ainda que esta seja grave, o que afasta completamente a tese de que a antecipação do parto do anencéfalo pode ser utilizada para ceifar a vida dos portadores de deficiência. Estas, segundo a Organização Mundial de Saúde, são lesões, limitações ou restrições de atividades e compatíveis com a vida. Podem-se encontrar muitas pessoas deficientes ao longo do dia, principalmente se considerado que, de acordo com o último censo, 14,5% da população brasileira é portadora de alguma deficiência, mas não se encontram anencéfalos, porque estes não sobrevivem.^[61]

Quando o feto, mesmo que portador de alguma deficiência, pode viver, ainda que com limitações, há uma inviolabilidade do direito à vida, porque existe real expectativa de vida, o que não ocorre no caso do feto anencéfalo, que inevitavelmente irá morrer.

Saliente-se que o diagnóstico de anencefalia ou má-formação grave destrói sonhos, planos, e é acompanhado de intensa dor, o que impede de maneira irrefutável dizer ser impossível uma decisão inconsistente em favor do aborto.

Quanto à condição de “morte do feto anencéfalo”, esta se apreende da definição jurídica contida na lei que regulamentou o transplante de órgãos, que entende ser ela a cessação das atividades cerebrais. O feto anencéfalo não tem cérebro, sendo considerado um *natumorto* cerebral.^[62] Segundo Alberto Franco, o anencéfalo “é um projeto embriológico falido, não é um processo de vida, mas um processo de morte. Não se está diante de um *nascituro*; antes de um *morituro*.”^[63]

Por essa razão, não se aplicam à anencefalia os critérios de morte cerebral ou encefálica, pois esse tipo de feto não possui estrutura cerebral apta a dar sustentação a tal critério; por isso pode ser aplicado o critério de morte neocortical, que se divorcia do aspecto meramente biológico de vida e se vincula a critérios como consciência, afetividade e comunicação.^[64]

Adverte-se que a normatização do aborto eugênico não tem como ideal impelir a gestante a provocar o aborto. O que se deseja é que esta, diante de tal situação, possa ter direito de escolha de acordo com os seus princípios, crenças e valores, com o direito de dispor de seu corpo, num caso *sui generis* como esse, do modo como quiser.

Segundo os quatro princípios que norteiam a bioética (a disciplina que se presta a contemplar os reflexos que as intervenções de saúde provocam sobre quem a elas se sujeita), que são a autonomia, a justiça, a beneficência e a não-maleficência, o aborto eugênico é autorizável, visto que,

ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeitou-se a *autonomia* de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar [...] No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento, nem em qualquer outro para otimizar as possibilidades de sobrevivência do *nasciturus*. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada. [...] A partir da ótica do anencéfalo, não se violava o princípio da não-maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal que era uma consequência inevitável de sua gravíssima patologia”.^[65]

Segundo as estatísticas, há cerca de mil registros por ano de fetos anencéfalos. Esse feto pode gerar risco de vida à gestante, sendo que muitas vezes a indicação eugênica coincide com a terapêutica^[66], e não apenas em decorrência do sofrimento psicológico

gerado pela situação, mas também pela permanência do feto no útero, tendo em vista o alto índice de óbitos intra-uterinos destes.

Com o avanço da tecnologia na área médica, hoje se pode afirmar com grau de 100% de certeza se um feto é ou não portador de má-formação. A análise de muitas anomalias é feita através das células do próprio feto, colhidas do líquido amniótico ou de células da placenta; já as anomalias anatômicas, são diagnosticadas por ultra-sonografia. A prova científica da condição do feto é irrefutável, e é através desses exames, firmados por junta médica, que o Poder Judiciário vem concedendo autorizações para a prática do aborto.^[67] Muitas vezes, instruem esse conjunto de exames laudos psicológicos da gestante, sendo estes decisivos para o convencimento do magistrado.

De grande relevância as conseqüências sociais da total incriminação do aborto. Diante da proibição, eles continuam acontecendo, no entanto, de maneira bastante precária e perigosa.

Luigi Ferrajoli, em artigo publicado na Revista do Ministério Público de Lisboa, alerta:

O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral. O direito tem o dever, diferente, mas limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que umas pessoas podem causar a outras – *ne cives ad arma veniant* – sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis.^[68]

Não se pode confundir direito com moral e religião. As religiões devem ser respeitadas pelo Estado, contudo é imperioso que este possibilite às pessoas fazerem sua escolha em situações como a da anencefalia, já que a proibição desse tipo de aborto gera um resultado intolerável para a gestante, ao obrigá-la a prosseguir com uma gravidez inviável. Será que, com isso, não se estaria institucionalizando a tortura?

6 DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO ABORTO EUGÊNICO

O Brasil está num rol de aproximadamente 54 países em que o aborto é proibido^[69] e, de acordo com os ordenamentos jurídicos vigentes, tem-se que existem três vertentes quanto à autorização ou não dessa prática.

A facção mais liberal, que engloba países como Japão, Rússia e Hungria, deixa a cargo da mulher e do seu médico a decisão quanto ao aborto; ambos concordando com a medida, e não importa a causa que levou a tal decisão, o abortamento será lícito. Ao contrário do que se presume, a autorização não aumentou em grande escala o número de abortos nesses países. Isso em razão do repúdio da sociedade a tal prática e da adesão de poucos médicos dispostos a praticar a medida.^[70]

A Escandinávia, a Grã-Bretanha^[71], o Canadá, a China, a Islândia e a Suécia, igualmente, têm legislações exacerbadamente liberais quanto ao aborto, permitindo-o por diversas razões, como o interesse social e o controle de natalidade.^[72]

Na China, a situação é tão inquietante que o governo analisa a possibilidade de condenar à prisão os médicos que revelarem às famílias o sexo dos bebês. Tal medida busca amenizar o desequilíbrio populacional que lá ocorre, já que há vinte anos, com a política do filho único, os pais optam por meninos, abortando os fetos do sexo feminino.^[73]

A maior parte dos países permite o aborto somente em situações excepcionais, como é o caso do Brasil. Mesmo estes divergem quanto aos motivos autorizadores, sendo que França, Peru e Suíça o admitem no caso de aborto honroso.

Quanto à interrupção da gestação nos casos de anencefalia, em países como Áustria, Israel, Itália, Hungria, Suíça, República Tcheca, Nova Zelândia e Cuba, já se considera lícita. Essas legislações têm sua diferenciação estabelecida pelo tempo de gravidez e o grau de risco para a saúde e vida da mulher.^[74] França, Bélgica e Espanha são ainda mais liberais quanto ao aborto, pois consideram que para ser atribuída personalidade ao feto são necessárias a forma humana e a viabilidade.^[75]

Nos Estados Unidos, a Corte Suprema entende que a gestante tem o direito de optar por ter ou não um filho, por isso o aborto é legal em todo o país, podendo tal direito ser restringido apenas se o Estado-membro interessado demonstrar o cabimento de uma justificativa.

Para se estabelecer um parâmetro, de modo que a opção pelo aborto não colocasse em risco a vida e a saúde da gestante, foi determinado que nos primeiros três meses de gestação todos os Estados estão obrigados a permitir o aborto. Do quarto ao sexto mês, os Estados que quisessem restringir a prática do aborto deveriam apresentar justificativa plausível e, do sétimo mês em diante, não seria permitido o aborto, a menos que a gestante corresse risco de vida.^[76]

Países como Paraguai, México, Equador, Venezuela, Colômbia, Chile e China não admitem aborto em decorrência de má-formação fetal. A Argentina, que até pouco tempo atrás se encontrava nesse rol, agora, com decisão do Tribunal Supremo de Justicia, por maioria de seus membros consagrou o direito pleno da mulher ao exercício de sua autonomia e o reconhecimento da importância de sua saúde mental.^[77]

Como forma de burlar a legislação de países que punem o aborto, uma organização não-governamental (ONG) de origem holandesa viaja o mundo com uma embarcação tripulada por médicos, enfermeiras, psicólogas, seguranças e advogados a fim de praticar o aborto nesses países.^[78]

Funciona assim: a embarcação chega à cidade e recebe as mulheres, que na sua grande maioria são pobres. É marcado um retorno e nesse momento o barco desatraca com as gestantes e vai a doze milhas da costa, ponto em que as águas já são internacionais e é aplicada à embarcação a legislação de seu país de origem (no caso a Holanda, onde o aborto é permitido). Destaque-se que no interior da embarcação o aborto é provocado com o auxílio do medicamento Cytotec^[79]; e as mulheres, após tal procedimento,

recebem acompanhamento médico por cerca de uma semana, ou até a embarcação partir para outro destino.^[80]

Quem deseja fazer o aborto encontrará mecanismos para realizá-lo, estando ou não sob o amparo da legislação. Entretanto, em alguns casos excepcionais, como nos de anencefalia e outras síndromes incompatíveis com a vida, forçoso que o ordenamento jurídico proporcione o direito, à gestante e à sua família, de optar pelo aborto, como forma de tornar esse momento tão delicado um pouco menos pungente.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não incriminava o aborto praticado pela própria gestante, sendo punido apenas o praticado por terceiro, com ou sem o consentimento daquela.^[81]

No Código Penal de 1890, o aborto praticado pela própria gestante tinha sua pena atenuada, se o fim fosse ocultar desonra própria.^[82]

Hodiernamente, percebe-se uma tendência geral de que as legislações atenuem a pena para as grávidas que promovem práticas abortivas, e um agravamento da pena para terceiros que o provocarem.

Não há, no Direito brasileiro, nenhum dispositivo legal que, de sua interpretação, possa levar a uma autorização do aborto eugênico; trata-se, assim, de figura atípica no ordenamento jurídico pátrio. Há de se considerar, porém, que da promulgação do atual Código Penal até a presente data já se passaram mais de sessenta anos. Nesse ínterim, é inegável que houve uma verdadeira revolução, tanto no que diz respeito aos costumes quanto à medicina.

Existem estatísticas segundo as quais, somente na década de 1990, foram concedidos mais de trezentos e cinquenta alvarás autorizadores do aborto eugênico, e estima-se que atualmente mais de dois mil processos estejam em tramitação nos tribunais brasileiros, com o objetivo de conseguir tal autorização.^[83]

Embora se considere o tema “aborto eugênico” novo, a primeira sentença judicial de que se tem notícia, permissiva do aborto, remonta ao ano de 1989.^[84] No Estado do Paraná, na Comarca de Londrina, a primeira decisão foi no ano de 1992, quando o atual desembargador Dr. Miguel Kfoury Neto autorizou a interrupção de uma gravidez em que se havia diagnosticado a anencefalia fetal.

O tema adquiriu repercussão quando, no ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal se deparou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54^[85], proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS), com o fim de obter a declaração da inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. O interesse da CNTS se justifica em razão de que, provocado o aborto na gestante sem autorização judicial, os profissionais envolvidos no procedimento também responderão pelo crime de aborto.

Na Arguição foi requerida, sob o ângulo acautelador, a suspensão de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal. Isso se deve ao direito subjetivo constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde

de realizá-lo. A impossibilidade de a gestante abortar, nesse caso, estaria contra direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia.

Como requisito para o aborto, sem maiores óbices, o CNTS propôs que o caso de anencefalia fosse atestado por médico habilitado. O pedido final visa à declaração de inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos supracitados do Código Penal, reconhecendo-se o direito da gestante de assim proceder sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial. Destaque-se que a CNTS embasou suas afirmações em dados científicos, inclusive tentando demonstrar que a manutenção da gestação desse tipo de feto seria de grande perigo para a vida e a saúde mental da gestante.

As discussões se acaloraram quando o ministro Marco Aurélio concedeu, em meados de 2004, liminar^[86] que foi cassada por maioria após cerca de três meses de sua concessão. Seu mérito ainda não foi julgado.^[87]

Alguns^[88] entendem que a liminar propiciou justiça social na medida em que a decisão tratou de forma igualitária toda e qualquer gestante, atendida pela rede pública ou privada de saúde. Aliviaram-se, assim, as conseqüências nefastas de obrigar a gestante a prosseguir com a gestação, o que pode ser considerado como situação humilhante, cruel e equivalente a tortura.

Enfatiza-se que a decisão do ministro Marco Aurélio contou com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.^[89]

Salientem-se as considerações acerca do tema feitas pelo desembargador gaúcho Amilton Bueno Carvalho:

O legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar a injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir situação prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa de aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por *Dallari*: “esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao judiciário fazer um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da justiça”.^[90]

Disso se apreende a importância que tem a avaliação do juiz ante o caso concreto, ao permanecer nos limites impostos pela legislação, ou ultrapassá-los.

É necessário consignar a posição dos contrários^[91] a tal medida judicial. Para estes, o feto anencéfalo possui genoma humano, pode nascer com vida e não está em quadro de morte encefálica, pois respira de forma autônoma, e, em alguns casos, pode receber alta e sobreviver por meses.^[92]

Para acirrar ainda mais o embate, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1.752/2004^[93], que trata da doação de órgãos dos anencéfalos mediante a autorização dos pais, quinze dias antes do nascimento.

A resolução declara expressamente que considera ser o feto anencéfalo um *natimorto* cerebral. Mostra-se ainda mais incisiva quando afirma, em outra consideração, que os pais nessa situação se mostram solidários quando, ao invés de solicitar uma antecipação do parto, optam por levar a gestação adiante com o fim de doar órgãos e tecidos do feto, passíveis de serem transplantados.

A questão ainda está longe de um termo. O CFM entende que, pela inviabilidade em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica para o anencéfalo, podendo seus órgãos serem retirados imediatamente após o nascimento, de modo a evitar um quadro de falta de oxigenação que os levaria à inutilidade.

Alberto Franco ^[94] acredita que a manutenção da gravidez para efeitos de doação de órgãos vai contra os princípios de bioética, pois levaria a uma “coisificação” do ventre materno.

Sabe-se que, mesmo sendo certo que esses bebês venham a óbito, não se pode precisar quando tal ocorrerá. Como retromencionado, o anencéfalo não pode ser equiparado ao morto encefálico, pois este não apresenta movimentos espontâneos e reflexos, não pode respirar de forma autônoma e não tem batimentos cardíacos e pulso arterial. Ademais, não se pode afirmar com precisão a neurofisiologia do sistema nervoso nesse caso, sendo admitida até a possibilidade da existência de uma consciência primitiva ocasionada por uma neuroplasticidade^[95] (capacidade de adaptação das células nervosas).

Dados mais recentes, colhidos pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, mostram que na década de 1970 aproximadamente 35% dos médicos eram a favor da edição de uma norma que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hodiernamente, devido em grande parte aos avanços tecnológicos, 90% dos médicos são a favor.^[96]

A observação levou à conclusão de que hoje, em 95% dos casos de anomalias fetais graves, os pais optam pelo aborto, mesmo sabendo que este não é admitido em nosso ordenamento e que terão que pedir autorização judicial.^[97]

Depreende-se que existem duas fortes correntes no Brasil quanto à possibilidade ou não de antecipação do parto em casos de anencefalia e demais síndromes incompatíveis com a vida. Alguns entendem ser impossível por se tratar o feto, mesmo que sem potencial de vida, de ser humano. Outros entendem que é possível o aborto, por várias razões, sendo que, em última análise, a expulsão do ventre materno do feto sem cérebro se trata de um indiferente penal.^[98]

Acredita-se que a corrente que propugna pela antecipação do parto seja a mais coerente, tendo em vista que, já que nada poderá ser feito para salvar o feto, os olhos dos operadores do Direito deverão se voltar à gestante, a fim de amenizar sua dor.

7 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais estabelecem condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade, sendo que o direito à vida prescinde de todos os demais direitos; a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e guia da ordem jurídica como um todo, conjuntamente com a autonomia de vontade e igualdade, que se firmam como corolários da liberdade humana. Porém, caso haja colisão entre esses direitos, a solução deverá ser pautada pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

O aborto, no caso da anencefalia e de outras anomalias e síndromes incompatíveis com a vida, é justificável. Acertadamente, os julgadores pátrios vêm se mostrando sensíveis a essa situação, permitindo que tal procedimento seja efetuado como único mecanismo capaz de pôr fim a uma gestação de extrema resignação.

As discussões éticas e jurídicas no que tange à prática do aborto eugênico são inesgotáveis, principalmente quando consideradas as inúmeras teorias que buscam fixar um momento para o início da vida, porém a condição específica do feto leva à conclusão de que tal situação merece um tratamento jurídico distinto.

Acredita-se que a prática do aborto eugênico não afronte a vida nos casos acima explanados, pois a morte do infante é certa e não existe margem de erro para o diagnóstico. Portanto, a confecção de normas que garantam à gestante o direito de optar pelo aborto é elementar, como forma de o Estado assegurar, além da vida, também dignidade, liberdade e autonomia aos governados, a fim de que se orientem segundo suas crenças.

8 REFERÊNCIAS

ADPF 54 e anencefalia. Disponível em: <http://www.providaanapolis.org.br/ADPF54_e_anencefalia.pps#394,2,ANENCEFALIA>. Acesso em 07 de junho de 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In *Direitos*

fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres / Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista dos Tribunais*, ano 34, v. 836, jun/2005, São Paulo: RT, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Aborto: eugênico ou necessário?*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/dp35.htm>>. Acesso em 27 de maio de 2007.

CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. *A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/25/2325/>>. Acesso em 27 de maio de 2008.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto eugênico – considerações ético-legais*. Disponível em: <[http:// www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm](http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm)>. Acesso em 04 de maio de 2007.

FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 833, março de 2005. São Paulo: RT, 2005.

GHERARDI, Carlos *et* KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo - Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, n. 52, jan-fev de 2005. São Paulo: RT, 2005.

LINHARES, Juliana. O barco do aborto. *Veja*. São Paulo, Edição 1.837, ano 37 n. 3, 21 de janeiro de 2004.

LOFY, Willian. *A ação afirmativa e o respeito aos princípios de Igualdade e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.diretonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>>. Acesso em 20 de setembro de 2007.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. IV. Campinas: Millennium, 2002.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. *Livre arbítrio*. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32456,1>>. Acesso em 30 de maio de 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 5622>>. Acesso em 30 de maio de 2008.

MENINO ou menina. *Época*, n. 355, 7 de março de 2005. Rio de Janeiro: Globo.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da Ddignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst_0019.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUANDO começa a vida? *Revista da Semana*, edição 52, ano 2, n. 34, de 4 de setembro de 2008. Editora Abril.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. *Início da vida e da personalidade jurídica: questões à luz da bioética*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>>. Acesso em 15 de junho de 2007.

REVISTA da Procuradoria Federal Especializada INSS, v.9, nº 4, Jan-Mar 2003.

ROCHA, Renata Veras. *Aborto: uma abordagem geral*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=984&p=2>>. Acesso em 03 de maio de 2008.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[1] BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 19.

[2] Até o terceiro mês de gestação o produto da concepção é denominado embrião; após, a nomenclatura correta é feto.

[3] Cf Bíblia, Livro de Êxodo, 21:22.

[4] LEGISLAÇÃO sobre o aborto. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto>. Acesso em 20 de agosto de 2008.

[5] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

[6] LEGISLAÇÃO sobre o aborto, op. cit.

[7] BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 158.

[8] CAPEZ, op. cit., p. 107.

[9] PRADO, op. cit.

[10] Ibid.

[11] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. IV. Campinas: Millennium, 2002, p.164.

[12] CAPEZ, op. cit. p. 121.

[13] MARQUES, op. cit. p. 62.

[14] Ibid.

[15] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 63-64.

[16] Ibid.

[17] CENEVIVA, op cit., p. 42.

[18] ARAÚJO, Luiz Alberto David et NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

[19] MORAES, op. cit, p. 50.

[20] Ibid.

[21] *Revista da Procuradoria Federal Especializada INSS*, v. 9, n. 4, jan-mar 2003, p. 87-93.

[22] ARISTÓTELES apud FACHIN, Zulmar. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 138.

[23] Ibid.

[24] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. v.. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170.

[25] MELARÉ, Márcia Regina Machado. *Livre arbítrio*. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32456,1>>. Acesso em 30 de maio de 2006.

[26] Trata-se de displasia óssea, caracterizada pelo encurtamento de costelas e membros, encurvamento de ossos longos e anomalias vertebrais. A caixa torácica não se desenvolve o suficiente para abrigar os pulmões, ocasionando a morte do bebê por asfixia.

[27] Trissomia no cromossomo 13, que causa deficiência mental, surdez, polidactilia, lábio e/ou palato fendido, anomalias cardíacas, sendo que 88% dos bebês portadores morrem no 1º mês de vida e só 5% sobrevivem até o 6º mês (Disponível em <<http://www.assis.unesp.br/egalhard/Numericas.htm#13>>. Acesso em 05 de julho de 2006.)

- [28] *ADPF 54 e anencefalia*. Disponível em:
<http://www.providaanapolis.org.br/ADPF54_e_anencefalia.pps#394,2,ANENCEFALIA>. Acesso em 07 de junho de 2006.
- [29] *Ibid.*
- [30] *Ibid.*
- [31] BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista dos Tribunais*, ano 34, v. 836, jun/2005, São Paulo:RT, 2005, p. 388.
- [32] GHERARDI, Carlos *et* KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo – Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, n. 52, jan-fev de 2005. São Paulo: RT, 2005.
- [33] Ausência de bulbo e trato olfativo.
- [34] (*De cripto*, caverna, esconderijo + *orquis*, testículo) – ocorre quando os testículos não descem da cavidade abdominal, onde se desenvolve na vida intrauterina, para o [escroto](#).
- [35] Com duas pontas.
- [36] Diminuição que o torna menor e mais leve que o normal, mas os padrões básicos de sua arquitetura continuam os mesmos.
- [37] Distância exagerada entre os dois olhos, com achatamento da base do nariz
- [38] Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Patau>. Acesso em 09/09/2008.
- [39] Art. 127. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se:

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

- [40] SEMIÃO, op. cit. p. 46.
- [41] *Ibid*, p. 47.
- [42] *Ibid*,. p. 35.
- [43] Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho, entre outros.
- [44] SEMIÃO, op. cit. p. 40.
- [45] *Ibid*, p. 67.
- [46] QUANDO começa a vida? *Revista da Semana*, edição 52, ano 2, n. 34, de 4 de setembro de 2008. Editora Abril, p. 10 e 11.
- [47] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, p. 270.
- [48] MARQUES, op. cit. p. 193.
- [49] ROCHA, Renata Veras. *Aborto: uma abordagem geral*. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=984&p=2>>. Acesso em 03 de maio de 2006.
- [50] EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL - ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO - FETO COM ANOMALIA CONGÊNITA INCOMPATÍVEL COM A VIDA - DISPLASIA TANATOFÓRICA - EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS - PONDERAÇÃO DE VALORES - CONCESSÃO - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. A constatação segura do desenvolvimento de gravidez de feto com anomalia congênita incompatível com a vida põe em confronto muitos valores consagrados por nossa Constituição Federal, sendo a vida o bem mais precioso, seguido da liberdade, autonomia da vontade e dignidade humana. Tendo poucas probabilidades de sobrevivência ao nascimento, atestado pelo médico que assiste a requerente, bem assim, corroborado com parecer do perito médico judicial, assiste a requerente o direito de exercer a liberdade e autonomia de vontade, realizando o aborto e abreviando os

sérios problemas clínicos e emocionais que a estão acometendo, ao pai e a todos os familiares. Diante da certeza médica de que o feto será natimorto, protegendo-se a liberdade, a autonomia de vontade e a dignidade da gestante, deve a ela ser permitida a interrupção da gravidez (Número do processo 1.0027.08.157422-3/001(1); Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANT; Julgamento em 25/06/2008; Publicado em 15/08/2008. Origem: Comarca de Betim.)

[51] MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>>. Acesso em 30 de maio de 2006.

[52] QUANDO começa a vida? op. cit.

[53] BUSATO, op. cit., p. 389.

[54] GHERARDI, op. cit., p. 56.

[55] ADPF 54 e anencefalia, op. cit.

[56] BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres / Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (orgs.)*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 669-704.

[57] BELO, op. cit. p. 115.

[58] Id, ibid.

[59] FRANÇA, Genival Veloso. *Aborto eugênico – considerações ético-legais*.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm>. Acesso em 04 de maio de 2006.

[60] BELO, op. cit., p. 79.

[61] CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. *A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema dos fetos anencefálicos*. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/25/2325/>>. Acesso em 27 de maio de 2006.

[62] CRISPIN, op. cit.

[63] FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 833, março de 2005. São Paulo: RT, 2005, p. 406.

[64] Ibid.

[65] MARTÍNEZ, Stella Maris *apud* FRANCO, op. cit, p. 411.

[66] MENEZES, op. cit.

[67] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Aborto: eugênico ou necessário?*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/dp35.htm>>. Acesso em 27 de maio de 2006.

[68] FERRAJOLI *apud* FRANCO, op. cit., p. 411.

[69] LINHARES, Juliana. O barco do aborto. *Veja*. São Paulo, Edição 1.837, ano 37 n. 3, 21 de janeiro de 2004, p. 51.

[70] ROCHA, op. cit.

[71] BELO, op. cit., p. 74.

[72] Ibid.

[73] MENINO ou menina. *Época*, n. 355, 7 de março de 2005. Rio de Janeiro: Globo, p. 15.

[74] MELARÉ, op. cit.

[75] MENEZES, op. cit.

[76] ROCHA, op. cit.

- [77] GHERARDI, KURLAT, op. cit., p. 61.
- [78] LINHARES, op. cit., p. 50.
- [79] Medicamento utilizado para o tratamento de úlcera. Pode ser facilmente encontrado à venda por camelôs ou ainda encomendado via internet. O processo de aborto por meio do Cytotec se inicia após trinta minutos da administração (ingestão e inserção na vagina). O medicamento gera fortes contrações uterinas, promovendo um descolamento da placenta que envolve o feto, levando à sua eliminação. Cerca de quatro horas depois de sua ingestão o útero volta ao tamanho original, não ficando mais nenhum resquício da droga no corpo da gestante. Por não deixar vestígios, é tido como um aborto perfeito
- [80] LINHARES, op. cit., p. 50.
- [81] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.
- [82] Id, Ibid.
- [83] MENEZES, op. cit.
- [84] CRISPIN, op. cit.
- [85] Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em 17/07/2008.
- [86] Disponível em: <<http://www.raul.pro.br/artigos/anencef-STF.htm>>. Acesso em 17/07/2008.
- [87] Nos meses de agosto e setembro de 2008 estarão sendo realizadas audiências públicas com o objetivo de ensinar à sociedade a oportunidade de fornecer dados sobre o tema em discussão (saúde como direito fundamental). Cf. acompanhamento do processo através do site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br).
- [88] CRISPIN, op. cit.
- [89] REGIS, Arthur Henrique de Pontes. *Início da vida e da personalidade jurídica: questões à luz da bioética*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>>. Acesso em 15 de junho de 2006.
- [90] CARVALHO *apud* BELO, op. cit., p. 97.
- [91] ADPF 54 e anencefalia. op. cit.
- [92] Ibid.
- [93] Disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=Jornal&id=405>>. Acesso em 16/07/2008.
- [94] FRANCO, op. cit., p. 419.
- [95] ADPF 54 e anencefalia, op. cit.
- [96] BUSATO, op. cit., p. 386.
- [97] Ibid.
- [98] Ibid, p. 396.

**DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS
HUMANOS**

A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY NO BRASIL*

LA POSIBILIDAD DE REGULAMENTACIÓN DEL LOBBY EN BRASIL

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Alessandra de Andrade Serrazes
Vitor Eduardo Tavares de Oliveira**

RESUMO

A realidade do lobby é inerente ao Estado democrático de direito, pois a Constituição Federal Brasileira determina ampla participação popular nas tomadas de decisões. A necessidade de legislar o assunto é crucial para melhor controle e transparência da atividade do lobista, sua regulamentação por intermédio de lei, significará o afastamento definitivo e a diferença de tal prática com os crimes de corrupção e tráfico de influência. Com o objetivo de garantir igualdade de acesso, devido a questões meramente econômicas, é fundamental construir uma legislação que garanta a imparcialidade do Estado, assegurando o mesmo espaço para todos na defesa de seus interesses.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, LOBBY, REGULAMENTAÇÃO

RESUMEN

RESUMEN: La realidad del lobby es inherente al Estado democrático de derecho, pues la Constitución Federal Brasileña determina amplia participación popular en las decisiones. La necesidad de legislar el asunto es crucial para mejor control y transparencia de la actividad del lobista, su reglamentación por intermedio de ley, significará el alejamiento definitivo y la diferencia de tal práctica con los crímenes de corrupción y tráfico de influencia. Con el objetivo de garantizar igualdad de acceso, debido a cuestiones meramente económicas, es fundamental construir una legislación que garante la imparcialidad del Estado, asegurando el mismo espacio para todos en la defensa de intereses.

PALAVRAS-CLAVE: CONSTITUCIÓN, LOBBY, REGLAMENTACIÓN

1 – Introdução[1]

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

A Constituição brasileira de 1988, inspirada na teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu[2], explicita no texto do seu artigo 2º que os Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – são independentes e harmônicos entre si.

Assim, o princípio da separação de poderes assegura que só haverá liberdade se o poder de julgar estiver separado do poder de legislar e do poder de executar, uma vez que a partilha das funções entre os poderes determina a limitação entre os mesmos. Consagra-se, desse modo, a independência entre os três poderes, estabelecendo um sistema de *freios e contrapesos* capaz de conter os poderes e fazê-los andar de “concerto”. [3]

Além desses poderes constituinte a República Federativa do Brasil, têm-se os grupos de interesse, a sociedade civil e a imprensa que visam incrementar e proporcionar maior complexidade à Democracia Constitucional conhecida nos dias de hoje. Isso implica na necessidade de delimitação das zonas de atuação dos poderes políticos, como forma de assegurar o pleno exercício das funções próprias de cada poder. [4]

Conseqüentemente, a atual Constituição brasileira consagra determinadas funções exclusivas de cada um dos poderes, já que lhes permite se auto-administrar e auto-regular. Além disso, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, prevê inúmeros mecanismos de participação popular.

Note-se que o poder Legislativo tem a competência de representar o povo brasileiro e de legislar, exercendo, assim, o poder de alterar interesses e inúmeras disciplinas jurídicas.

Desse modo, cabe ao presente estudo analisar como deve se proceder a influência sobre tais parlamentares? Quem exerce tal influência (Grupo de Interesse)? E se seria fundamental para a Democracia a regulação de uma atividade deveras importante? Nesse momento, precisamos informar qual é a premissa do lobby, vamos conceituar de forma ampla, apenas para esclarecimentos nesse momento como informação

O conjunto de decisões políticas capazes de interferir sobre a atividade de qualquer ator social é muito abrangente. Sendo assim, qualquer tipo de interferência em tais atos é de grande relevância para o futuro do país. Entre esses atores sociais estão os grupos de interesse, que são uma coletividade voltada para um interesse específico. Podem ser classificados de várias maneiras como, por exemplo, pelo tipo de interesse representado, a intensidade de organização do grupo e o campo de ação prioritário.

Esses grupos de interesse em algum momento voltam-se para o cenário político tornando-se grupos de pressão. Tais grupos são apartados do governo, embora entre eles haja um grande relacionamento político. Tais grupos podem ter objetivos com um fim ideológico, como, por exemplo, saúde para todos; ou material, como a construção de um hospital em determinada localidade.

Os grupos de interesse utilizam-se das vias de comunicação com o grupo decisório, contudo os mecanismos de pressão podem ter meios legítimos, seja por intermédio da mídia, de relações públicas ou da fundamentação técnica, mas também podem utilizar-se de meios escusos como, por exemplo, a coação, o constringimento e o suborno. Os atores sociais que têm potencial para tornarem-se grupos de pressão são de todos os tipos de classe ou organização social como, por exemplo, sindicatos, associações de moradores de uma determinada área, grandes empresas, ONGs, entre outros.

Para tais grupos adentrarem no meio político eles contam com interesses suprapartidários como, por exemplo, a bancada ruralista, que abragem mais de um partido.

Um dos meios utilizados para conseguir tais fins é o lobby - instrumento que tornou-se conhecido nos Estados Unidos da América. Tal nomenclatura deveu-se a utilização das ante-salas dos grandes plenários, onde eles perceberam que existia um jogo político mais estruturado em alguns momentos do que no próprio plenário, onde os representantes das grande empresas expunham os seus interesses para que aprovassem ou não determinada lei que estava em discussão.

Destarte, o presente artigo indicará as tentativas de regulamentação do Lobby e a sua possibilidade constitucional e legal, visto que tal regulamentação será um instrumento de fundamental importância para a Democracia, a Cidadania e os Direitos Humanos.

2 - A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRÁTICA DO LOBBY

No presente capítulo, analisar-se-á a fundamentação constitucional da prática do Lobby.

Todavia, antes de adentrar no estudo da possibilidade de regulamentação da prática do lobby, resta necessário constatar se tal regulamentação é comportada pela Constituição Federal e em que âmbito tal dispositivo normativo deverá ser produzido.

O lobby sempre carregou um estigma[5] de marginalidade, sendo confundido com a corrupção e o tráfico de influência[6]. Assim, como a opinião pública tem uma visão negativa acerca do lobby[7], alguns parlamentares ainda oferecem resistência à sua prática e conseqüentemente à sua regulamentação. Existe certo preconceito com relação à atividade. Murillo Aragão divide os tipos de resistência oferecidos pelos parlamentares em quatro tipos:

- Ideológica: um parlamentar do PT não se sente confortável com uma abordagem de um representante não-parlamentar da UDR.
- Funcional: o parlamentar considera o lobista como uma espécie de concorrente, tanto como impulsionador da atividade legislativa, quanto representante de interesses econômicos/sociais concorrentes aos seus;
- Profissional: o parlamentar assume o papel do lobista e concorre profissionalmente com os agentes de grupos de pressão;
- Ética: o parlamentar teme sobre a lisura e legalidade das ações dos grupos de pressão e seus agentes na defesa de interesses. [8]

A realidade da prática do lobby atual na democracia brasileira obteve uma nova perspectiva com a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto ampla participação popular nas tomadas de decisões.

Com efeito, para Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito a Constituição é um diploma que se preocupa com o poder político que conduz o governo de uma sociedade e tem como função primordial limitar e coordenar referido poder[9]. E concluem: “Ora, na medida em que se põe como ‘o estatuto jurídico do fenômeno político’, a Constituição transplanta para seu bojo normativo toda a ideologia que permeia os objetos e valores políticos” [10].

Desse modo, constata-se no bojo do texto constitucional elementos que legitimam a atividade do Lobby, como prática lícita de luta de interesses no âmbito da criação legal, pois a elaboração normativa visa a concreção da Constituição Federal. Entre os elementos que dão base constitucional para o Lobby destacam-se:

- Preâmbulo - caracteriza a **sociedade brasileira como uma sociedade pluralista;**

- Art. 1º, V, - **pluralismo político** como fundamento da Federação brasileira;

- Art. 2º - é objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

- Art. 5º, XXXIV. - Assegura a Constituição o **direito de petição aos poderes públicos** contra ilegalidade ou abuso de poder, independentemente do pagamento de taxas:

- Art. 5º, LXX. - Por esse dispositivo, **organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, podem impetrar mandado de segurança** coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

- Art. 5º, LXXIII. - “**qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”;

- Art. 14. - O artigo em referência traz várias formas de exercício da **soberania popular, a saber: sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular.**

- Art. 31, § 3º - Dispõe sobre a possibilidade de exame, **apreciação e questionamento das contas municipais por qualquer pessoa.**

· Art. 37, § 3º. - “A lei disciplinará formas de **participação do usuário na administração pública direta e indireta...**”

· Art. 61, *caput* § 2º - **Possibilita o art. 61 a iniciativa das leis complementares e ordinárias por qualquer cidadão**, através da apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

· Art. 74, § 2. - “**Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima** para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

· Art. 144. - Dispõe sobre a segurança pública, trazendo-a como dever do Estado, **direito e responsabilidade de todos**.

· Art. 198. - “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III - **participação da comunidade**”.

· Art. 204. - “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - **participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis**”.

Verifica-se que apenas o direito de petição aos poderes públicos (Art 5º, XXXIV), já seria suficiente para demonstrar a possibilidade de lobby na busca de interesses diversos junto aos órgãos públicos. Entretanto, verificou-se que o texto constitucional possui inúmeros dispositivos que conclamam a participação popular.

O lobby é a prática lícita, uma vez que nos encontramos em uma sociedade democrática baseada na soberania popular. Qualquer cidadão tem o direito de expressar sua opinião e tentar influenciar o processo decisório, desde que pautando-se nos princípios constitucionais.

Noutro falar, o lobby pode representar uma grande contribuição ao processo legislativo, e sua regulamentação o legitimaria como parte desse processo, afastando-o definitivamente da confusão entre a atividade do tráfico de influência e da corrupção. Longe de ser condenado, o lobby deve ser visto como um aspecto inerente à política democrática e ao repertório de seus instrumentos. Segundo Andrea Oliveira:

A declaração do Presidente Nacional do PT, José Genoíno, à Revista Comunicação Empresarial (1º trimestre de 2003), reafirma nossa argumentação.

Segundo José Genoíno, “o relacionamento das empresas com o Governo é legítimo, principalmente através de suas representações institucionais”. Ele acredita que a regulamentação do lobby pode arrefecer o preconceito sobre a atividade. As conseqüências da regulamentação seriam trazer a atividade para a esfera da institucionalidade e da transparência. “Hoje o lobby funciona por detrás da cortina, clandestinamente. É isto que o deteriora” (Op. cit., pg. 26).[11]

Outrossim, segundo art. 22, inciso XVI, da Constituição Federal, nota-se que a matéria do Lobby deve ser regulada por norma emanada do Congresso Nacional, visto que criará e organizará uma nova profissão, qual seja, a do lobista.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Ademais, a faceta de clandestinidade e o estigma de marginalidade do Lobby só serão superados quando alguns requisitos forem cumpridos:

- 1) campanha de esclarecimento sobre a legitimidade da atividade e suas vantagens para a democracia;
- 2) atuação ética e transparente;
- 3) respeito aos interesses públicos;
- 4) regulamentação junto a todos os poderes da República.[12]

Em suma, somente o embasamento constitucional não se mostra suficiente para melhor regular, legitimar e controlar a prática de lobby no regime democrático. Desse modo, seria fundamental a regulamentação da atividade. Destarte, abaixo demonstrar-se-á os projetos de leis do Poder Legislativo já existentes e a política do governo no sentido de regulamentar a matéria.

3 - PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY PELO CONGRESSO NACIONAL

A regulamentação da atividade do lobby, por intermédio de lei federal, significará um afastamento da linha tênue entre tal prática e os crimes de corrupção e tráfico de

influência, atividades completamente distintas que não podem ser conjugadas com a prática do lobby.

O lobby será regulamentado como atividade como “saber especializado”, informação, como representação técnica, um pouco diferente da representação geral e não especializada proporcionada pelos políticos eleitos, representando interesses especiais, os lobistas são o sustentáculo da informação de um especialista técnico-político[13].

A regulamentação do *lobby* demonstra que a decisão pela normatização do tema relaciona-se com os seguintes fatores:

- Capacidade de atendimento a objetivos correntes de políticas públicas, como aumento da transparência e da integridade.
- A regulação é compatível com a estrutura constitucional e com a cultura política do país que a adota.
- Direcionamento à consecução de quatro objetivos:
 - promoção da transparência no processo governamental de tomada de decisão;
 - apoio a integridade no processo de formulação de políticas;
 - incremento na eficácia dos processos de formulação de políticas;
 - maior controle sobre o comportamento ético de agentes públicos e daqueles com quem eles se relacionam.

Os processos de formulação de políticas públicas e de tomada de decisões podem ser enriquecidos com a participação de grupos de interesse, na medida em que esses podem fornecer informações práticas e esclarecimentos de natureza técnica sobre os assuntos debatidos. A intermediação de interesses faz parte do processo democrático e decorre do direito de petição junto ao Poder Público, conferido a todos os cidadãos, os quais poderão exercê-lo pessoalmente ou por intermédio de terceiros, os lobistas.

Esses fatores demonstram, portanto, que quando os países decidem regulamentar a atividade de intermediação de interesses, os principais objetivos são, conseqüentemente, aumentar a transparência e a confiança nos processos de tomada de decisão.

No Brasil, os debates têm seguido o mesmo rumo e, apesar da primeira iniciativa para regulamentação do lobby, no âmbito do Poder Legislativo, ter surgido no início da década de 80, através do projeto de lei de autoria do parlamentar Marco Maciel, desde o final da década de 70 já se discutia o assunto na Câmara dos Deputados.[14]

Assim, cabe destacar que o art. 60[15] c/c art. 254[16], do Regimento Interno da Câmara, regula o credenciamento de entidades que, através de um representante, podem fornecer subsídios, em nível técnico, ao Legislativo sobre proposições de seu interesse. Em 1976, o Parlamentar Marco Maciel procurou aprimorar o art. 60 incluindo os grupos formados por órgãos de representação nacional dos servidores públicos[17].

Até 1983 apenas entidades sindicais de grau superior, como as confederações ou federações/sindicatos de abrangência nacionais podiam ser credenciadas. Após a reformulação ocorrida no final da década de 70, em 1984 houve uma nova reformulação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e passou-se a aceitar o credenciamento de entidades associativas mais representativas. Com a Constituição de 1988, foi permitido o amplo credenciamento de entidades associativas de todo tipo.[18]

Em 1989, outra reformulação criou um título específico sobre a participação da sociedade civil no processo legislativo.

No Regimento Interno da Câmara dos Deputados verifica-se o credenciamento de entidades. O art. 259 assevera que os: Ministérios e entidades da administração federal indireta, assim como as entidades de classe de grau superior, de empregados e empregadores, autarquias profissionais e outras instituições de âmbito nacional da sociedade civil podem se credenciar junto à Mesa de representantes a fim de prestar esclarecimentos específicos à Câmara, através de suas Comissões, às lideranças e aos Deputados em geral e ao órgão de assessoramento institucional. No entanto, as entidades, públicas e privadas, poderão indicar apenas um representante.[19]

O Regimento Interno do Senado Federal apresenta apenas dispositivos regimentais relacionados à participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas, ao recebimento de petições e ao envio de documentos às comissões.[20]

Empresas de nenhuma espécie podem credenciar-se, mesmo os escritórios de consultoria e lobby que prestam serviços de monitoramento e/ou assessoria parlamentar a entidades e empresas privadas.[21]

Todavia, verificou-se que a necessidade de legislar o assunto é crucial para legitimação, melhor controle e transparência da atividade do lobby. Assim, cabe analisar os Projetos de Lei sobre o assunto no intuito de demonstrar que o tema é debatido no Poder Legislativo e que se verificam acertos e equívocos nos projetos de lei até agora elaborados. Nesse sentido, Marcelo Lopes assevera: A necessidade de tratar o lobby em lei específica, segundo Marco Maciel, decorreu da percepção de que, por mais regras que possam existir no âmbito das casas legislativas, seu alcance sempre seria limitado. A lei, diferentemente, obriga a todos.[22]

O Projeto de Lei de autoria do parlamentar Marco Maciel (PL 6132/90) é o mais proeminente. Como disse o então presidente da Casa, deputado Michel Temer, esse projeto seria “o coração da reforma ética da Câmara, a ressurreição e o resgate da credibilidade do Poder Legislativo”. [23]

Quanto ao projeto de lei citado, quatro procedimentos seriam vitais para a manutenção da transparência da atividade, quais sejam:

- a) torna obrigatório o registro, perante as Mesas Diretoras da Câmara e do Senado, de pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades tendentes a influenciar o processo legislativo;
- b) uma vez registradas, essas pessoas deveriam encaminhar declaração de gastos relativos à sua atuação perante as Casas do Congresso;

c) estabelece sanções para o não-cumprimento de seus dispositivos, como advertência e, em caso de reincidência, cassação do registro;

d) determina que as Mesas Diretoras providenciem a divulgação pública de relatório semestral, contendo as declarações prestadas.

O projeto de lei representa um passo largo no caminho para regulamentar a atividade do lobby, pois além de reconhecer o papel fundamental desempenhado pelos grupos de interesse na formulação de políticas públicas, procura dotar o Poder Legislativo de instrumentos para tornar suas atividades mais transparentes e coibir abusos. Segundo Ricardo Rodrigues, esse projeto “busca, afinal, demarcar a tênue linha que separa o lobby do tráfico de influências”. [24]

Quanto às limitações do projeto de lei, podemos apontar a enorme influência que demonstra ter sofrido pela lei de lobby americana, o que faz com que não leve em conta as peculiaridades da cultura política brasileira.

Outro ponto seria seu enfoque apenas no Legislativo, sem considerar que os demais poderes também se constituem alvos de lobistas.

Não podemos esquecer que as sanções propostas, “são punições por demais brandas para coibir o descumprimento da lei”. [25]

Existem, no entanto, pontos positivos e negativos no projeto de lei do Senador Marco Maciel. Como pontos positivos podemos apontar: 1) a coibição da desorganização e do acesso abusivo para privilegiar o acesso disciplinado e a contribuição construtiva; 2) o dispositivo da declaração de gastos, que visa refrear a possível vantagem comparativa de grupos com maior poder aquisitivo e dar mais transparência a uma atividade que, sem tal dispositivo, poderia derivar para o tráfico de influências; 3) a obrigatoriedade da identificação do contratante, bem como o projeto ou matéria cuja aprovação, rejeição ou discussão é desejada, o que dá transparência ao processo; 4) a obrigatoriedade da declaração de despesas efetuadas fora da órbita do Congresso, que podem ser campanhas de publicidade e outras peças de divulgação em massa, usadas para influenciar o processo legislativo através do engajamento da opinião pública; 5) a 222 previsão de sanções aos que não cumprirem o determinado; 6) a divulgação de relatório semestral, de acesso público, contendo as declarações prestadas por pessoas físicas ou jurídicas registradas, uma vez que é exatamente esse dispositivo de tornar públicas as informações sobre despesas com o trabalho de influenciar o processo legislativo que dá transparência e legitimidade ao lobby e o diferencia do tráfico de influência e da corrupção. Como pontos negativos podemos apontar: 1) o projeto é claramente baseado no Federal Regulation of Lobbying Act de 02/08/46, lei que regulamenta o Lobby nos EUA, o que, de certa maneira, impossibilita que algumas peculiaridades do sistema político e cultural brasileiro sejam atendidas. Algumas dessas peculiaridades já foram apontadas, como a força do Executivo sobre o Legislativo, os longos períodos de exceção e o lobby público de funcionários e empresas estatais, assim como prefeituras. Segundo Rodrigues (1996), uma lei de lobby no Brasil tem como obrigatório incluir esses segmentos no universo dos lobistas e manter transparentes seus gastos e suas atividades; 2) as sanções são insuficientes e estão baseadas em uma lei, a de abuso do

poder econômico, que não é adequada a questão. As punições, segundo o projeto de lei do Senador Marco Maciel, são por demais brandas. A lei norte-americana é bem mais rígida. Remetendo à lei de abuso do poder econômico, o projeto deixa implícito que o lobby só interessa a grandes grupos econômicos, o que não é verdade.[26]

Outrossim, além do Projeto de Lei do Parlamentar Marco Maciel, cabe citar outras propostas que surgiram para regulamentação da matéria.

O Projeto de Resolução da Câmara - PRC 337/85, do Dep. Francisco Dias – PMDB/SP, visa dar nova redação ao artigo 60 do Regimento Interno, com o intuito de incluir entre os beneficiários pelo credenciamento, como grupo de pressão ou lobby, os órgãos de representação dos funcionários públicos e as entidades sindicais de primeiro grau. Entretanto, o projeto está arquivado.

O Projeto de Lei 619/95, de autoria do Dep. Davi Alves Silva - DEM/MA, dispõe sobre a atividade de grupos de interesse (lobbies) das prefeituras municipais junto ao congresso nacional e aos órgãos federais, e dá outras providências. O projeto encontra-se arquivado.

Há, também, o Projeto de Resolução do Senado 72/95, de relatoria do Senador Lúcio Alcântara, que visa a regulamentação do lobbying no Brasil, contudo o PRS foi arquivado no Senado sem apreciação devido o término da legislatura aquela época vigente.

O Projeto de Resolução da Câmara - PRC 83/96, do Dep. José Fortunati - PT/RS, dispõe sobre o credenciamento de pessoas físicas ou jurídicas junto a Câmara dos Deputados para o exercício de atividades destinadas a influenciar o processo legislativo. O PRC visa, igualmente, a regulamentação do exercício de grupo de pressão ou lobby, entretanto o PRC está arquivado.

O Projeto de Resolução da Câmara - PRC 87/00, do Dep. Ronaldo Vasconcelos – DEM/MG, disciplina a atuação dos grupos de pressão, lobby e assemelhados na Câmara dos Deputados, alterando o Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD. O PRC está apensado ao PRC 63/00, este de autoria da Comissão Especial da Reforma do RICD, aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça.

O Projeto de Resolução da Câmara - PRC 203/01, de autoria do Dep. Walter Pinheiro – PT/BA, disciplina a atuação dos grupos de pressão ou de interesses e assemelhados na Câmara dos Deputados e dá outras providências, alterando o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. O PL está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça

O Projeto de Lei 6928/02, da Dep. Vanessa Grazziotin – Pc do B/AM, cria o Estatuto para o exercício da Democracia Participativa, regulamentando a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. O PL aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça. Esse projeto tem o texto do estatuto para o exercício da democracia participativa, que prevê: plebiscito, referendo, iniciativa popular, grupos de pressão e disposições finais. No item grupos de pressão, há um

dispositivo que define a atuação dos interessados perante a administração pública e outro que define a forma de atuação. Nesse projeto, verificou-se a designação do relator – Deputado Leonardo Picciani, em 05/08/08.

Já o Projeto de Lei 1713/03, do Dep. Geraldo Resende - PPS/MS, inova ao regulamentar a atuação dos agentes de pressão junto a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dá outras providências. Contudo, esse PL encontra-se arquivado.

Há, também, o Projeto de Resolução da Câmara - PRC 107/03, de autoria do Dep. Francisco Rodrigues – DEM/RR, que dispõe sobre o registro e a atuação de pessoas físicas e jurídicas, junto à Câmara dos Deputados, com a finalidade de exercer o direito de informar e influenciar o processo decisório na Casa. Tal PRC disciplina o funcionamento dos grupos de pressão ou de lobby (lobista) na Câmara dos Deputados. A situação do PRC é a de apensado ao PRC 87/2000.

O deputado Carlos Zarattini possui, ainda, o Projeto de Lei 5470/05, que disciplina a atividade de "lobby" no mesmo sentido do PL anteriormente referido. Contudo, tal PL foi devolvido ao autor para emendar a proposição, pois a mesma contraria o disposto no art. 67, da Constituição Federal, combinado com o art. 110 e art. 137, § 1º, II, "b", ambos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Tem-se o Projeto de Lei - PL 1202/07, de autoria do Dep. Carlos Zarattini - PT/SP, que disciplina a atividade de lobbying e a atuação dos grupos de pressão ou de interesse e assemelhados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Além disso, o PL define normas regulatórias da atividade de lobista. Atualmente, o projeto encontra-se pronto para Pauta da Comissão de Trabalho na Câmara dos Deputados.

4 - O PAPEL DO PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo já vislumbrou por intermédio do Decreto nº 4081/02, a regulamentação do lobby na Administração Federal.

O decreto em questão dispõe sobre a conduta ética dos agentes públicos em exercício na presidência e na vice-presidência da República, deixando de fora todos os demais setores da administração pública.

Esse decreto contém outras restrições como a prestação de informações a partidos políticos, coligações e candidatos à presidência da República até a data da divulgação oficial dos resultados das eleições e sobre a realização de audiências e reuniões dos agentes da administração com representantes de interesses particulares.

Dois outros decretos foram elaborados no mesmo ano, reiterando as restrições previstas no Decreto nº 4081/02. São eles os Decretos nº 4199/02 e 4232/02.

O Decreto nº 4232/02 começa definindo agente público e as regras para marcação de audiências e reuniões. Como bem afirmou Saïd Fahat, “infelizmente ele

cria uma tremenda complicação burocrática: pedidos de audiência – provavelmente só por escrito – deverão indicar 'o assunto a ser tratado; a identificação dos representados; a identificação e o interesse no assunto de eventuais acompanhantes do solicitante da audiência” [27].

Ninguém objetaria essas disposições, pois representam, provavelmente, uma reação do governo à corrupção, mas essas formalidades acabariam por fazer com que as disposições dificilmente fossem postas em prática.

Infelizmente, outro decreto, o de número 4268/02, foi baixado adiando a entrada em vigor das restrições do Decreto nº 4323/02.

Todavia, o Governo Lula dá sinais da intenção de regulamentar a matéria, mas para melhor entender tal intenção, faz-se necessária uma breve análise da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA.

A Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (ENCLA) é o órgão brasileiro que estabelece novos sistemas de combate à lavagem de dinheiro, tendo como base as três áreas de atuação do princípio da articulação permanente dos órgãos públicos, que são: estratégica, de inteligência e operacional[28].

O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro tem a seguinte estrutura: com respeito à área estratégica, criou-se, em dezembro de 2003, o Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGI–LD), encarregado por manter a articulação das instituições governamentais responsáveis pelo combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro. São membros do GGI–LD os órgãos do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e pelo Ministério Público e secretariado pelo DRCI.[29]

Membros do GGI-LD:

- Advocacia-Geral da União (AGU)
- Agência Brasileira de Inteligência (ABIN)
- Banco Central do Brasil (BACEN)
- Casa Civil da Presidência da República (Casa Civil)
- Conselho da Justiça Federal (CJF)
- Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)
- Controladoria Geral da União (CGU)
- Departamento de Polícia Federal (DPF)
- Departamento de Polícia Rodoviária Federal (DPRF)

- Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)
- Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI)
- Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)
- Ministério da Justiça (MJ)
- Ministério da Previdência Social (MPS)
- Ministério das Relações Exteriores (MRE)
- Ministério Público Federal (MPF)
- Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)
- Secretaria da Receita Federal (SRF)
- Secretaria de Direito Econômico (SDE)
- Secretaria de Previdência Complementar (SPC)
- Secretaria Nacional Anti-drogas (SENAD)
- Secretaria Nacional de Justiça (SNJ)
- Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP)
- Tribunal de Contas da União (TCU)

A GGI-LD tem algumas metas que objetivam os seguintes aspectos:

- Objetivo 1: Acesso a dados – metas 1 a 13.
- Objetivo 2: Recuperação de Ativos – metas 14 a 19
- Objetivo 3: Articulação Institucional – metas 20 a 25
- Objetivo 4: Capacitação e Treinamento – metas 26 a 33
- Objetivo 5: Atuação e cooperação internacional - metas 34 a 43.

Após descrever a estrutura do ENCLA e do GGI-LD, cabe citar que a meta 18 do ENCLA, do ano de 2008, é no sentido de elaborar anteprojeto de lei para a

regulamentação da atividade de intermediação de interesses, em suas manifestações em todos os Poderes. Tendo como órgão responsável a Controladoria Geral da União, com prazo até 30/09/2008, tendo, também, os seguintes órgãos envolvidos em tal meta: AGU, AJUFE, ANPR, BACEN, CASA CIVIL, MPF, (MTE), PGFN, SAL, SEGES, TCU.

5 - CONCLUSÃO

A principal ação dos grupos de interesse que se utilizam da atividade de lobby concentra-se na formulação de políticas públicas.

Verifica-se de acordo com o modelo de racionalidade político-sistêmico, que pressupõe que os agentes do processo de formulação interajam e cheguem a um acordo político que permite, além do exercício do pluralismo, o funcionamento do sistema político sem mudanças básicas, que a ação dos grupos não só é desejada, como essencial para a formulação de uma política pública adequada.

Porém, quando o processo decisório avança vai ocorrendo um afunilamento do público que antes participava dos debates, uma vez que as decisões passam a ser mais técnicas. Assim, a formulação da política fica nas mãos da alta burocracia do governo e as consultas são direcionadas a especialistas, outras áreas do governo e a grupos de pressão melhor estruturados e com maior poder econômico.

Esse é o grande problema do lobby. Uma sociedade pluralista não é capaz de gerar igualdade de acesso desses grupos aos tomadores de decisão. Dessa forma, a elitização do processo torna-se inevitável.

A fim de garantir maior igualdade de acesso e influência e evitar que alguns grupos sejam privilegiados em detrimento de outros, devido a questões meramente econômicas, é fundamental construir uma legislação que garanta a imparcialidade do Estado (os tomadores de decisão), assegurando o mesmo espaço para quem quisesse dar sua opinião sobre o processo.

6 – Referências

ARAGÃO, Murillo, *Grupos de Pressão no Congresso Nacional: como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994.

BASTOS; Celso Riberiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo.

BRAGA, Hugo Wolovikis, *Lavagem de dinheiro: a ação internacional no combate ao crime organizado e a sua influência no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Indices/IndiceMonoDisTeses.htm. Acessado em: 22. ago.2008.

FARHAT, Saïd. *LOBBY: O que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*. ABERJE. São Paulo. 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre os poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRAZIANO, Gigi - *Lobbying, Troca e Definição de Interesses - Reflexões sobre o Caso Americano* in: DADOS, Rio de Janeiro, vol. 37, nº 2, 1994.

JUCÁ, Roberta Laena Costa, *Participação popular e interpretação constitucional: a concretização da teoria de Peter Häberle na Constituição Federal de 1988*, Pensar, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 105-110, fev. 2004.

LOPES, Marcelo. *Relações mais que públicas*. Revista Comunicação Empresarial. Ano 13, nº 46, 1º trimestre de 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004.

RODRIGUES, Ricardo. *A Regulamentação do lobby no Brasil: leitura crítica de um projeto de lei*. In: RAP, RJ, 30 (1): 55-63. Jan/fev. 1996.

BRASIL, Ministério da Fazenda.
<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2005/MinisteriodaFazenda/default.htm>

[1] Artigo desenvolvido a partir da pesquisa **Pensando o Direito - “GRUPOS DE INTERESSE (LOBBY): A possibilidade de regulação jurídica no Brasil”**, - vinculado ao Centro Universitário de Brasília – Uniceub e Ministério da Justiça, patrocinado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

[2] Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

[3] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre os poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13. Acerca dos *checks and balances*, além da adoção do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal, o texto constitucional atribuiu ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa e para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (CF, art. 49, incisos V e X), demonstrando, assim, a adoção de uma dinâmica fiscalizadora para as relações entre as funções de poder.

[4] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre os poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 14.

[5] A mídia, além de utilizar o termo lobby com imprecisão, o retrata de forma negativa. Os títulos de matérias veiculadas por jornais e revistas que apresentamos abaixo deixa bastante claro como o lobby é tratado como algo marginal e clandestino.

- Lobby a descoberto: é o negócio mais próspero da capital. Profissional e à luz do dia. Revista Senhor, 31/08/1983.

- A lucrativa indústria do “lobby”: atividade não regulamentada permite que profissional do ramo ganhe até R\$ 200 por hora. Jornal O Globo, 29/04/1996.

- Lobby: uma atividade que já ousa dizer seu nome. Jornal O Estado de Minas, 24/11/96.

- Lobby sai da sombra. Correio Braziliense, 27/10/1997.

- Lobistas querem sair à luz. Revista Isto É Dinheiro, 05/06/2002.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 07.

[6] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 07.

[7] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 07.

[8] ARAGÃO, Murillo, *Grupos de Pressão no Congresso Nacional: como a sociedade pode defender licitamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994, p. 18.

[9] JUCÁ, Roberta Laena Costa, *Participação popular e interpretação constitucional: a concretização da teoria de Peter Häberle na Constituição Federal de 1988*, Pensar, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 105-110, fev. 2004, p. 107.

[10] BASTOS; Celso Riberiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo, p. 16

[11] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 214.

[12] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 214.

[13] Cf. GRAZIANO, *Gigi - Lobbying, Troca e Definição de Interesses - Reflexões sobre o Caso Americano* in: DADOS, Rio de Janeiro, vol. 37, nº 2, 1994, p.331.

[14] OLIVEIRA, OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 216.

[15] Art. 60. Constituem atos ou fatos sujeitos à fiscalização e controle do Congresso Nacional, de suas Casas e Comissões:

I - os passíveis de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial referida no art. 70 da Constituição Federal;

II - os atos de gestão administrativa do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, seja qual for a autoridade que os tenha praticado;

III - os atos do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União que importarem, tipicamente, crime de responsabilidade;

IV - os de que trata o art. 253.

[16] Art. 254. A participação da sociedade civil poderá, ainda, ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea a do inciso XII do art. 32. (“Caput” do artigo com numeração adaptada aos termos da Resolução nº 20, de 2004)

[17] Cf. RODRIGUES, Ricardo. *A Regulamentação do lobby no Brasil: leitura crítica de um projeto de lei*. In: RAP, RJ, 30 (1): 55-63. Jan/fev. 1996.

[18] Cf. OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 216.

[19]Cf. OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 217.

[20] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 217.

[21] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 217.

[22]LOPES, Marcelo. *Relações mais que públicas*. Revista Comunicação Empresarial. Ano 13, nº 46, 1º trimestre de 2003. p.25.

[23] FARHAT, Saïd. *LOBBY: O que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*. ABERJE. São Paulo. 2007. p. 63.

[24]RODRIGUES, Ricardo. *Lobby no Brasil*. Revista de Administração Pública. Janeiro/fevereiro 1996. p. 12.

[25]RODRIGUES, Ricardo. *Lobby no Brasil*. Revista de Administração Pública. Janeiro/fevereiro 1996. p. 12.

[26] OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Lobby e representação de interesses : lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil* / Andréa Cristina de Jesus Oliveira. - - Campinas, SP : [s. n.], 2004, p. 221/222.

[27] FARHAT, Saïd. *LOBBY: Op. cit.* p. 67.

[28]BRAGA, Hugo Wolovikis, *Lavagem de dinheiro: a ação internacional no combate ao crime organizado e a sua influência no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Indices/IndiceMonoDisTeses.htm. Acessado em: 22. ago.2008.

[29]BRASIL, Ministério da Fazenda.
<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2005/MinisteriodaFazenda/default.htm>

A IGUALDADE FORMAL E A DESIGUALDADE MATERIAL DO NEGRO NO BRASIL*

THE FORMAL EQUALITY AND THE MATERIAL INEQUALITY OF THE BLACK IN BRAZIL

**Alex Ferreira Batista
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa**

RESUMO

Com o presente trabalho pretendemos colocar a realidade jurídica da desigualdade racial existente no país, expondo a partir de uma análise das primeiras Leis promulgadas no Brasil Colônia, onde existia o negro escravo, bem como quais eram o real intento do legislador nessa época. Traremos para uma análise, as conseqüências desses atos legislativos para a sociedade naquela época e principalmente os reflexos negativos projetados para nossos dias. Abordaremos ainda a ineficácia das Leis que protegem a desigualdade racial e procuraremos identificar a razão pelo qual essas Leis são ineficazes, partindo da premissa de que as leis deveriam regular as relações entre as pessoas.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS – CHAVE: NEGRO, ESCRAVIDÃO, FORMALIZAÇÃO, DESIGUALDADE RACIAL.

ABSTRACT

This paper intends to show the justice reality of the racial differences exist in this country, exposing from an analysis of the first Laws in the Brazilian colonial period with the black man slave and the legislator's real intention at that time. The consequences of those legislative acts toward that society as well the negative reflexes to our present days were analyzed. The ineffectiveness of the laws that protect the racial differences and the reason why they are ineffective were exposed.

KEYWORDS: KEY-WORDS: BLACK MAN, SLAVERY, FORMALIZE, RACIAL DIFFERENCES

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A chegada dos Portugueses no Brasil trás consigo a implantação de mão-de-obra escrava, pois no período em que os portugueses se dedicaram ao extrativismo perceberam que a mão de obra seria muito cara, com a necessidade de garantir seus direitos sobre a colônia, ameaçada pelos franceses, cada vez mais presentes nesses trópicos, o Rei de Portugal a partir da terceira década do século XVI, convence-se de que é preciso efetivar a ocupação no território. Porém realizar esse trabalho não seria fácil, pois não havia ninguém interessado seriamente pelas terras; menos ainda para habitá-las. E para atingir seus objetivos não tendo outra opção senão a de tornar o mais atrativo possível aos olhos de ambiciosos aventureiros na árdua tarefa de colonizar o Brasil, ofereceu então nada menos do que a partilha da soberania: os que aceitaram os desígnios reais adquiriram soberania sobre as Capitânicas Hereditárias.

Iniciando assim o efetivo projeto extrativista e de uma colonização sem braços dispostos a enfrentar desafios de povoar produtivamente a terra e desenvolver a colônia, os europeus recorrem à escravidão primeiramente do nativo que se tornava cada vez mais revoltoso sendo fácil à fuga devido o conhecimento das matas e sem desprezar a não submissão do caráter indígena; depois dessa frustração, os portugueses recorreram aos corpos africanos trazidos como escravos da África para o Brasil.

Os portugueses que comercializavam escravos bateram o recorde de tráfico, conforme registros do Historiador Décio de Freitas (3ª edição, 1991, p. 24) esses navegadores trouxeram para o Brasil quarenta por cento dos nove milhões e quinhentos mil negros que foram importados da África para as Américas; tirando muita vantagem dessa atividade em função de trazerem diretamente da África, sem passar por Lisboa garantindo-lhes assim uma ótima rentabilidade.

2. EVOLUÇÃO FORMAL VICIADA

No entanto, podemos verificar que as manobras políticas realizadas no período do Brasil Colônia foram extremamente maléficas aos escravos, ou seja, enquanto se avançava nas conquistas formais pela abolição por meio das leis e tratados que eram editados e firmados, retroagíamos nas conquistas materiais, significando dizer que quanto mais Leis eram promulgadas, mas longe da liberdade ficavam os escravos.

A Independência política do Brasil não teve para os escravos o menor significado. Neste período político delicado em que o Brasil se desligou politicamente de Portugal deixando de ser colônia, não foi cogitada em nenhum momento a abolição da escravatura, só existia um receio da classe dominante, uma revolução escrava. O domínio político brasileiro foi obra exclusiva da classe dos senhores-de-escravos, que a dirigiu em proveito próprio. Mas na verdade, quando a independência se declarou como uma irreversível necessidade histórica, temos que admitir que não havia no Brasil uma outra classe apta a realizá-la senão os senhores de escravos. O maior desafio desta classe consistia em fazer a revolução anticolonial sem parecer que se tratava de uma revolução social.

Podemos considerar que o Brasil teve a independência mais tranqüila do que todos as outras colônias do novo mundo. Os políticos dispensaram muita atenção para que o movimento abolicionista não se beneficiasse da agitação referente à independência. Pois neste período havia um grande fortalecimento dos conglomerados de negros fugitivos, que instigavam as fugas em massa dos escravos das senzalas em direção aos grandes centros de produção agrícola e harmonia social dos negros denominados de Quilombos. Já havia também nessa época alguns escravos alforriados, essa pequena minoria de negros recebiam um certo apoio e prestígio desses políticos que os tornavam capitães do mato, feitores e outros cargos de nenhum prestígio para os brancos, mas de grande valor para alguns negros, e isso tinha uma razão:

[...] se o curso dos acontecimentos, a imprevidência dos partidos ou a imprudência dos governantes, provocarem um dia uma revolta de escravos, só será possível dominá-los mediante o apoio da população livre de homens negros. É por conseguinte muito importante ligá-los, definitivamente, aos brancos, por um interesse comum. (Décio de Freitas, 3ª edição, 1991, p. 55).

A independência feita por esta forma teve, no entanto um cunho contraditório, na verdade, trágico. A independência não se interessou pelos escravos e os escravos não se interessaram por ela. Se os senhores não podiam admitir a emancipação dos escravos, os escravos por sua vez não podiam se comover e promover a emancipação política. A independência foi igualmente madrastra para os libertos, como por exemplo: permaneceu em vigor a disposição das ordenações que permitia ao antigo senhor revogar a alforria por ingratidão. Tudo era justa causa de revogação, pode se dizer que se tratava de uma verdadeira rede em que o liberto podia facilmente cair e ser arrastado impiedosamente de volta à escravidão bastava uma simples injúria verbal contra o antigo senhor, se não fosse em sua presença chamava-se isso “ingratidão verbal em ausência”, conhecem-se inúmeras escrituras de revogação de alforria.

A partir de 1829 houve uma pressão muito forte por parte dos Ingleses em prol da

Abolição da escravidão, pressão essa com interesse próprio, dividido por duas idéias, a Profª Emília Viotti da Costa no seu livro “*Da Senzala à Colônia*”, diz que o interesse da Inglaterra estava centrado em acabar com a mão de obra escrava em função da revolução industrial, ou seja, estavam na busca de um mercado consumista, a mão de obra escrava não tem rendimentos para consumir os produtos industrializados agora em série pelas “modernas” máquinas que vinham sendo inventadas. Já o Profº Décio de Freitas em seu livro “*Escravidismo Brasileiro*”, defende a idéia de que os Ingleses precisavam de mão de obra em suas áreas conquistadas nas Antilhas, residindo ai a razão de tantas apreensões de navios negreiros nas costas das Américas, segundo este raciocínio, os ingleses na verdade se apropriavam dos navios negreiros levando-os para as Antilhas sem custo. Há ainda o entendimento de alguns historiadores de que a pressão da Inglaterra se deu principalmente pelo fato de que a mão-de-obra escrava, não dava grandes produções, e o Brasil era um dos principais fornecedores de matéria-prima para as indústrias inglesas.

O processo de desescravização teve início com a pressão estrangeira, e foi imposta de maneira covarde pelos estrangeiros, principalmente pela Inglaterra que condicionava o reconhecimento da Independência do Brasil à cessação total do tráfico. Por se tratar da nação mais poderosa da terra naquela época visto que se estava em meio a um período marcante da história conhecido por “Revolução Industrial”, a 23 de Novembro de 1826, o imperador D. Pedro I assina um tratado entre o Império e a Inglaterra, pelo qual esse se comprometia a restringir o tráfico e a suprimi-lo em Março de 1830. Em 7 de Novembro de 1831 foi ele interdito, significando dizer, que o Império a partir daquela data trataria o Tráfico de escravos como pirataria, significando que o Brasil não daria autorização para os Navios negreiros descarregar nos portos brasileiros os escravos ao mesmo tempo em que se consideravam libertos os negros que, a partir de então, entrassem no país. Houve é claro uma tremenda confusão em face disso, muitos alegavam que o Imperador estava se tornando abolicionista, foi quando o imperador disse essa frase que não entrou para a história, “Assinarei nem que me custe a coroa”, após as ratificações em 13 de Março de 1827 começa o declínio do imperador, o tratado da abolição do tráfico, à deserção de D. Pedro do partido patriota, contribuiu seriamente para a queda do fundador da nação brasileira, que fora devidamente advertido por José Bonifácio que figurava como uma espécie de embaixador do Império junto a Inglaterra. Em abril de 1831 foi forçado a abdicar, iniciando o período da regência, e em 7 de novembro de 1831 foi promulgada a Lei que proibia a importação de escravos. Mas não se ouviu falar de nenhuma ação de punição ao constante desrespeito a essa lei, pois nessa época, as fazendas de café se multiplicavam, necessitando cada vez mais de mão de obra, desenvolvida apenas pelos negros. A lei permaneceu letra morta.

Desde 1811, a Inglaterra empreendia esforços tenazes contra o comércio negreiro, que ficou considerado como pirataria, ou seja, surgiu em consequência dessas providências a categoria dos chamados “negros de contrabando”. Dessa forma o cerco se apertava em torno dos traficantes luso-brasileiros. A França e outros países europeus se preparavam nessa altura para seguir o exemplo da Inglaterra. Em 1818, o rei da França concluiu a obra liberal que decretou de uma vez a abolição do tráfico dos negros na África. Como resultado dessas pressões a Espanha, então segundo maior importador de negros do continente assumiu o compromisso de abolir o tráfico em 1820. Diante disso o conde de Palmela, principal negociador diplomático de Portugal, assinalou, em correspondência a João VI, o crescente isolamento do escravismo luso-brasileiro:

O governo britânico não cessará de empregar todos os meios que estiverem ao seu alcance, sem excluir mesmo os da violência... somos já agora os únicos que nos achamos em campo para sustentar a continuação do tráfico da escravatura além do ano de 1820... o Brasil é já agora o único país do mundo para onde se levam, sem ser por contrabando, novos escravos... em todo o resto da América se acha esse tráfico abolido. (Décio de Freitas, 3ª edição, 1991, p. 79).

Em consequência dessa resolução e de outras que se sucederam, embora a Inglaterra tivesse sido o país que com mais intensidade praticou o tráfico negro, os traficantes tinham nas costas do Brasil um ótimo mercado para a carne humana.

A Lei Aberdeen, que o Parlamento britânico votou em 1845, colocava os navios brasileiros que faziam o comércio de escravos sob jurisdição inglesa, determinando a sua perseguição até em águas brasileiras. Os escravocratas diziam que era derogatória a honra, interesse, dignidade, independência e soberania brasileira a pressão feita pela Inglaterra o que importava um abuso de força.

Sobre essa providência do governo inglês, escreveu Joaquim Nabuco que só por um motivo essa lei Aberdeen não foi um título de honra para a Inglaterra. Como se disse por diversas vezes no Parlamento Inglês, “a Inglaterra fez com uma nação fraca o que não faria com uma nação forte”. Contra a humilhação moral dessa intervenção, o Brasil não podia alegar nenhum motivo que atraísse as simpatias do mundo civilizado. A Inglaterra estava com os trunfos nas mãos, embora fosse ditada mais “para proteger os produtos de suas colônias que por humanitarismo”. (Nabuco, 2000, p. 65).

Ninguém se declarava a favor do tráfico de negros, pelo contrário, todos protestavam a favor da extinção de tal prática. Mas diziam que a supressão não poderia ser feita bruscamente. José Bonifácio justificou perante os ingleses a impossibilidade de tomar medidas decisivas sem aprovação da assembléia constituinte. O que equivaleria a não tomar medida alguma, pois a assembléia constituinte era composta exclusivamente de senhores-de-escravos. O próprio José Bonifácio era um senhor-de-escravos, e ao mesmo tempo em que se manifestava contra o tráfico nada fez de efetivo para aboli-lo durante os seis meses de funcionamento da Constituinte, quer nos dois primeiros meses, como ministro, quer nos subseqüentes, como opositor. O patriarca da Independência sequer colocou a questão em debate. José Bonifácio só entrou para a lista dos “abolicionistas” em face ao seu posicionamento durante seu exílio na França, por meio de uma publicação na qual em quarenta páginas, condenava com veemência a prática de compra e venda de carne humana e dizia que, com a extinção da escravatura, os brasileiros livrariam suas famílias de exemplos domésticos de corrupção e tirania.

O Abolicionista Euzébio de Queiroz ocupou em 29 de setembro de 1843 a Pasta da Justiça, é nesse posto que ele conquista o seu maior título de glória, vinculando-se à luta contra a escravidão, é neste período que ele cria e leva a votação a lei de nº 581 de 4 de setembro de 1850. Esta lei ficou conhecida como a lei “Euzébio de Queiros” e estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império. Porém esta lei só vem para regulamentar a ineficácia do Tratado que integrou o ordenamento jurídico brasileiro desde de 7 de novembro de 1831, data que foi assinada pelo Imperador do Brasil. Confirmamos esta informação transcrevendo na íntegra o artigo primeiro da Lei nº 581 de 1850, conforme segue:

Art. 1º - As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriaes do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação he prohibida pela Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e hum, ou havendo-os desembarcado, serão apprehendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros e consideradas importadoras de escravos.

Aquellas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os signaes de se empregarem no trafico de escravos, serão igualmente apprehendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos.

Conforme o disposto nesta Lei o próprio Euzébio de Queiroz disse “Foi um crime geral do Brasil”. Um dos aperfeiçoamentos da convenção de 1831 feito pela lei nº 581 de 1850 foi que todos os negros desembarcados nos portos Brasileiros depois de 07 de novembro de 1831 deveriam ser declarados livres, conforme disposto em seu artigo 8º:

Art. 8º - Todos os apresamentos de embarcações, de que tratão os Artigos

primeiro e segundo, assim como a liberdade dos escravos apprehendidos no alto mar, ou na costa antes do desembarque, no acto d'elle, ou mediante depois em armazens, e depósitos sitos nas costas e portos, serão processados e julgados em primeira instancia pela Auditoria de Marinha, e em segunda pelo Conselho d’Estado. O Governo marcará em Regulamento a fórma do processo em primeira e segunda instancia, e poderá crear Auditores de Marinha nos portos onde convenha, devendo servir de Auditores os Juizes de Direito das respectivas Comarcas, que para isso forem designados.

Neste artigo podemos entender que os negros a bordo de um navio capturado estavam livres, no entanto a mesma lei em seu artigo 6º dispunha que esses negros “livres” deveriam ser reexportados por conta do Estado, conforme o texto que segue:

Art. 6º - Todos os escravos que forem apprehendidos serão reexportados por conta do Estado para os portos donde tiverem vindo, ou para qualquer outro ponto fóra do Imperio, que mais conveniente parecer ao Governo; e em quanto essa reexportação se não verificar, serão empregados em trabalho debaixo da tutela do Governo, não sendo em caso algum concedidos os seus serviços a particulares.

Os negros eram libertados, mas era uma liberdade completamente escrava, pois o Parlamento que era composto por escravocratas, nunca reenviou os negros de volta aos seus países de origem conforme explícito no texto legal. Esses negros eram enviados a repartições do Estado para prestarem serviços gratuitos e a viverem de maneira subumana, que na maioria dos casos recebiam tratos piores do que os recebidos pelos negros escravos que viviam nas senzalas. Quando os parlamentares eram interpelados sobre o porquê da não reexportação, alegavam que o Estado não tinha recursos financeiros para custear estas viagens, assim sendo os negros acabavam por tornarem-se escravos espontaneamente para trabalhar em alguma fazenda, preferindo os maus tratos do seu Senhor, do que as condições subumanas aplicadas pelo Estado.

Luiz Gama, verdadeiro herói da abolição, nasceu na Bahia a 21 de Julho de 1830, foi sua mãe uma preta muçulmana liberta, seu pai foi um homem de ricos haveres, mas muito esbanjador, vítima do jogo caiu um dia na miséria e cometeu a grande barbaridade de vender seu próprio filho como escravo. Em 1848 depois de passar de mão em mão, já sabendo ler e escrever, Luis Gama fugiu do seu último “Senhor”, levando consigo as provas incontestáveis de seu direito de homem livre. A partir de então passou a desenvolver atividades em defesa dos escravos e dos oprimidos,

iniciando sua agitada vida de advogado dos negros, mantendo bem alto a grande bandeira da liberdade humana. Dizia ele “Todo escravo que mata o senhor, seja em que circunstância for, mata em legítima defesa” (Palha, 1965 p. 68). Luis Gama orador arrogante e impetuoso teve sucessos formidáveis em sua carreira utilizando-se de um dispositivo legal descrito no já mencionado artigo 8º da Lei nº 581 de 04 de setembro de 1850, como o fez num julgamento na qual tinha como adversário no júri popular um tribuno da marca de José Bonifácio, a despeito disso conseguiu de uma só vez, a liberdade de mais de cem escravos. Embora o abolicionista Luis Gama tenha conseguido muitas alforrias baseado nesta lei, podemos dizer que no geral, foram pouquíssimos os escravos beneficiados com essa estratégia legal desenvolvida e defendida por esse notório advogado abolicionista.

Mesmo sendo pouquíssimos os escravos que se emanciparam a partir deste mecanismo legal, não podemos deixar de atribuir e reconhecer a importância e conseqüências legais e culturais desses feitos. Como por exemplo, um acontecimento de grande importância cultural realizado no tribunal do júri, onde Luiz Gama defendia um homem negro que matou outro homem negro, acusado com excessiva veemência pelo doutor Fernando Coelho que também não era branco. Em dado momento, Luiz Gama levanta-se rapidamente, e voltando-se para o júri diz:

Vede, senhores jurados, tudo é negro nesse processo: O advogado de defesa é negro; o promotor público é negro; o acusado é negro; a pretendida vítima também é negra. Somente vós, senhores jurados, sois brancos. Que tem brancos que se meter em negócios de negros? Mandai, pois, embora esse desgraçado. (Palha, 1965 p. 68)

O acontecimento supramencionado deu origem ao conhecido ditado popular que depois de distorcido ficou conhecido com os dizeres: “Vocês são brancos, vocês que se entendam”. Pois o promotor jamais admitiria que era negro, principalmente naquele instante e lugar, por muito ter falado negativamente sobre a raça, que era na verdade a sua própria raça

por descendência.

Neste calor de algumas libertações alcançadas legalmente por Luiz Gama, logo os escravocratas providenciaram um meio legal para impedir que os escravos livres se apropriassem de terras e se tornassem pequenos produtores, o instrumento jurídico elaborado foi a lei de terras de 1850, a partir desse momento, as terras deixam de ser objeto de doação ou ocupação e tornam-se mercadorias, ou seja, objeto de compra e venda. Estava instaurado o princípio da propriedade privada.

Suprimido o tráfico dos escravos a própria natureza do sistema excluía por completo a possibilidade de uma recuperação da força do trabalho escravo, principalmente por verificar-se no Brasil um índice muito alto de mortalidade infantil, atingindo 95% de crianças que não alcançavam a idade de oito anos. As dificuldades, maltrato e vida sofrida levavam as mães dos crioulos (negros nascidos nas senzalas), a tirarem a vida de seus filhos durante ou depois da gestação findar, a fim de salvaguardá-los das terríveis crueldades que a vida escrava lhes proporcionariam.

À vista do acima exposto é de se perguntar como foi que a produção escravista continuou dominante por mais quarenta anos depois da cessação do tráfico.

A resposta está na perspicácia desonesta e cruel do sistema escravocrata, ou seja, na formalização de leis abolicionista para a materialização do regime escravista.

Uma das mais importantes manobras políticas diz respeito à Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871, conhecida como Lei do Nascituro, ou Lei de Rio Branco. O responsável de elaborar esta lei foi o Visconde de São Vicente, porém a reação dos escravistas foi tão severa que aquele ilustre estadista declinou da tarefa que julgou impossível de realizar. Foi quando José Maria da Silva Paranhos, sendo agraciado com o título de Visconde de Rio Branco em 1870. Foi chamado ao poder, e recebeu a incumbência de montar o Gabinete, reservando para si as pastas da fazenda e da Guerra, junto com o cargo recebeu a designação de elaborar a mencionada lei de emancipação do ventre escravo. Levando o problema emancipador aos debates parlamentares na câmara. A oposição escravocrata moldou esta lei de maneira à beneficiar somente aos senhores de escravos, conforme analisaremos a partir do texto legal reproduzido na íntegra abaixo:

Art. 1.º Os filhos de mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta Lei, serão considerados de condição livre.

§ 1.º Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quaes terão obrigação de criar-os e tratá-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos.

No primeiro caso o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.

A indemnização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extintos no fim de 30 annos.

A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2.º Qualquer desses menores poderá remir-se do ônus de servir, mediante prévia indemnização pecuniária, que por si ou por outrem offereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se á avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver accôrdo sobre o quantum da mesma indemnização.

§ 3.º Cabe também aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquellas estiverem prestando serviços.

Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mães. Se estas fallecerem dentro daquelle prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do Governo.

§ 4.º Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito anos, que estejam em poder do senhor della por virtude do § 1.º, lhe serão entregues, excepto se preferir deixal-os, e o senhor annuir a ficar com elles.

A Lei nº 2040 de 1871, acima reproduzida, teve várias missões, uma delas foi a de emancipar formalmente e protelar ao máximo a real emancipação material dos escravos. Esse método consistia em fazer com as genitoras dos negros acreditassem que sua prole seria livre e não mais impedissem que esses crioulos nascessem e vivessem. Com essa medida a classe escravocrata conseguiu suprir a falta de escravos ocorrida mediante a crise causada pela vigilância ostensiva da Inglaterra na observância da lei que proibia o tráfico de escravos. Ou seja, os senhores de escravos não poderiam importar novos escravos, e os que nasciam a mães matavam para poupar seus filhos do sofrimento da escravidão, então veio a lei para incentivar o criadouro de escravos.

A parte que conhecemos da lei começa por declarar que seriam desde então livres os filhos da mulher escrava; a parte que não conhecíamos da Lei é a continuação, ou seja, seus parágrafos, que dispunha que o Senhor teria a faculdade de se utilizar gratuitamente dos serviços do menor até que ele atingisse a idade de 21 anos completos. Dessa forma os crioulos ou ingênuos, precisamente durante o tempo em que economicamente era mais produtivo, continuava tão escravo quanto o próprio escravo. Esta parte da Lei não nos era apresentada.

Porém a Lei dos Nascituros esconde mais informações importantes em seus parágrafos. Esta é uma outra parte que não nos foi apresentada. Trata-se da disposição legal sobre a opção que o senhor tinha de alienar o menor, quando este atingisse oito anos de idade, ao Estado, mediante uma indenização de Seiscentos mil réis, quase o preço de um escravo adulto, paga em título de renda, com juro anual de 6% (seis por cento), pelo prazo de trinta anos. Caso o Estado adquirisse o ingênuo (forma que eram chamados os escravos menores de 21 anos), este seria entregue pelo governo a associações autorizadas que explorariam gratuitamente seus serviços até os 21 anos. Digamos que dessa forma a Lei de Nascituros beneficiaria de maneira direta o senhor, e de nenhuma maneira o escravo, ou seja, foi criada somente para que os senhores pudessem aumentar a população escrava e ao mesmo tempo se formalizou um meio possibilitando aos senhores de escravos a levantarem enormes somas em dinheiro junto ao governo. Pois o proprietário podia ter a certeza de que seria generosamente indenizado pelo Estado.

A Lei fixava a idade de oito anos como limite para o ingênuo ser alienado ao Estado com a generosa indenização, porque era na idade de sete aos oito anos que os menores começavam a fazer o trabalho pesado, e já dava para saber se seria um escravo apto para o trabalho pesado ou se tinha algum problema de saúde, problema físico, pois, devido a prática das mães negras pouparem seus filhos da vida escrava e pela perversa situação em que as negras davam a luz somente 5% das crianças chegavam aos 8 anos de idade, conforme observou Perdigão Malheiros, “a maior mortandade era até os sete anos”(Décio, 3ª edição, 1991, p. 109), portanto, somente seria interessante aliena-lo ao Estado antes dos oito anos, pois depois desta idade a probabilidade de morte era remota

e a lucratividade com seus serviços gratuitos eram maiores. Portanto a Lei de Rio Branco, Lei dos Nascituros, ou como ficou vulgarmente conhecida “Lei do ventre Livre”, na verdade, tratava-se de uma arrojada estratégia política, onde os benefícios eram exclusivamente dos senhores, ou seja, os proprietários de escravos. Com essa Lei tinham-se duas opções: Se o escravo era apto para o trabalho, ficava; se fosse inapto para o trabalho, era apto para aliená-lo ao Estado.

No entanto vemos vários autores declararem que uma das mais importantes medidas para chegarmos à abolição da escravatura no Brasil, foi a chamada Lei dos Nascituros, ou Lei Rio-Branco, de 1871. Muitos desconhecem o real cenário histórico da mesma, pois não se tratava de um super-avanço no que se refere a real abolição da escravatura, e sim um infalível plano de ação visando protelar ao máximo a libertação dos escravos.

Pela lei de 28 de setembro de 1871, a escravidão tem por limite a vida do escravo nascido na véspera da lei. Mas essas águas mesmas não estão ainda estagnadas, porque a fonte do nascimento não foi cortada, e todos os anos as mulheres escravas davam milhares de escravos por vinte e um anos aos seus senhores. Por uma ficção de direito ou uma mera formalidade, eles nascem livres, mas, de fato, vale por lei aos oito anos de idade 600\$000 (seiscentos mil réis), cada um. A escrava nascida a 27 de setembro de 1871 pode ser mãe em 1911 de um desses ingênuos, que assim ficaria em cativeiro provisório até 1932. Essa era a lei, e o período de escravidão que ela ainda permitia.

Sem dúvida alguma a forma que nos é apresentada a Lei dos Nascituros, nos influencia a acreditar que foi a maior conquista dos negros escravos e abolicionistas, porém seu autor diz que uma outra missão dessa lei era a de que a mesma viesse para “re-estabilizar a vida econômica e social do país, reparar os danos causados pela polêmica em torno da escravatura e *revitalizar o crédito agrícola*” (Freitas, 3ª edição, 1991, p. 110). E essa missão, (de revitalizar o crédito agrícola) foi fielmente alcançada, graças a indenização de 600\$000 (seiscentos mil réis) assegurada pela segunda parte do parágrafo 1º do artigo 1º, e o que preceituava o artigo 3.º, conforme segue:

Art. 3.º Serão annualmente libertados em cada Província do Império tantos escravos quantos corresponderem á quota annualmente diponível do fundo destinado a emancipação.

Neste dispositivo vemos um meio que o legislador usou para indenizar os proprietários de escravos que precisassem de dinheiro. Este “Fundo de Emancipação” funcionava da seguinte forma: O senhor poderia emancipar, mediante a indenização paga pelo Estado, seus escravos velhos, doentes ou aleijados. Na hipótese do escravo libertado mediante indenização fosse fisicamente apto para o trabalho, incluía-se na alforria uma clausula de serviços durante certo tempo, ou seja, o escravo deveria ficar a mercê do senhor, conforme o artigo 4º, em seu § 5.º da Lei nº 2040:

§ 5.º A alforria com a clausula de serviços durante certo tempo não ficará annullada pela falta de implemento da mesma clausula, mas o liberto será compellido a cumpril-a por meio de trabalho nos estabelecimentos públicos ou por contractos de serviços a particulares.

Se não cumprisse o acima estabelecido, o escravo poderia ser preso por vadiagem e obrigado a trabalhar gratuitamente em estabelecimento do governo que normalmente eram mais insalubres do que as senzalas, não que as senzalas fossem bons lugares, e sim por serem os estabelecimentos e trabalhos prestados para o Estado muito piores, de maneira que todos os escravos preferiam mesmo depois de liberto por meio do fundo de emancipação, permaneciam trabalhando nas fazendas de seus senhores sem nem mesmo sair da senzala da qual teoricamente estariam libertos. O fundo de emancipação transformou-se em um grande negócio para os senhores de escravos. Uma vez que podiam escolher os escravos a serem libertados, escolhiam doentes, cegos, velhos e rebeldes, e mesmo quando não tinha mais escravos nessa situação, poderia ainda escolher um saudável que permaneceria trabalhando ainda em sua fazenda. O preço médio pago pelo governo situava-se bem acima do preço de mercado, esses escravos eram libertados sob indenização equivalente ao preço de meia dúzia de escravos prontos para o trabalho, houve comentários em periódicos escritos naquela época, que esse fundo serviu até para libertar escravos mortos.

Um exame atento da lei demonstra que ela teve a finalidade de salvar os grandes Senhores do Café e Senhores do Engenho da falência, e prolongar a duração do sistema escravista, pois nesta época situação econômica estava péssima e as pressões exercidas pelos países da Europa, principalmente pela Inglaterra em função da revolução Industrial, eram muito fortes.

Como se ainda não fosse o bastante, temos um outro dispositivo legal, que também tem cunho econômico e não social, como o disposto no art 8.º da mencionada lei nº 2040, que diz:

Art. 8.º O Governo mandará proceder á matricula especial de todos os escravos existentes no Império, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se fôr conhecida.

Este artigo tinha uma missão especial, a partir dele se conseguiu salvar financeiramente os senhores de escravo situados no estado de São Paulo, ou seja, os cafeicultores. Pois todo projeto dessa lei foi redigido em segredo, e antes de sua apresentação ao Parlamento Brasileiro, foi enviado à consideração da Sociedade Emancipadora de Londres. Depois de sua aprovação, os agentes diplomáticos Brasileiros divulgaram pela Europa que a lei praticamente extinguiu a escravatura no Brasil. Porém, procedendo com a matrícula dos escravos em todo o Império, era só uma forma de legalizar a posse de escravos importados ilegalmente depois de 1831. A medida contribuía para que os plantadores de Café levantassem altas somas em dinheiro junto aos banqueiros ingleses. Esse empréstimo era feito por meio de se dar os escravos como hipoteca, garantindo a operação financeira. No entanto os bancos ingleses

somente concluíam essa operação, mediante a apresentação da matrícula que comprovava a condição legal do escravo, esse documento quando atendia todos os requisitos legais, atribuía a propriedade do senhor sobre o escravo. O sucesso dessa operação de matrícula especial dos escravos estava em atribuir aos escravos uma idade superior à real, como se houvessem sido importados antes de 1831.

Dessa forma, os senhores cafeicultores, fraudavam desavergonhadamente, o sistema antiescravidão inglês, aliás, esse ditado: “Coisa para inglês ver”, é derivado da perspicácia escravocrata brasileira em submeter a Lei do ventre Livre a apreciação dos Ingleses, receber elogios por demonstrarem por meio dela um processo de desescravização, quando na verdade estavam levantando muito dinheiro e prorrogando de maneira ardilosa a abolição da escravidão.

Depois da promulgação da Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871 houve um período de trégua dado pelos abolicionistas e Ingleses em favor dos escravocratas. Apenas depois de catorze anos promulgou-se uma outra lei em favor da abolição.

Em 1884 é proposta a lei do sexagenário, este foi o chamado Projeto Dantas apresentada no parlamento pelo Presidente do Conselho, este projeto foi redigido por Rui Barbosa, este projeto de lei rezava em seu artigo 1º que o escravo de sessenta anos, completados antes ou depois desta lei adquiria liberdade.

O único problema no estabelecimento desta lei é que o senhor de escravo teria que fazer nova matrícula geral dos escravos, na qual entre outras coisas constaria o valor arbitrado em declaração pelo próprio senhor. Para fins de indenização, entretanto o projeto estabelecia valores máximos. Os proprietários de escravos atribuía valores que superavam os praticados nos mercados. Os proprietários seriam indenizados com os recursos de um novo fundo de emancipação, para o qual seria arrecadada uma taxa adicional de 6% incidente sobre todos os impostos, salvo o de exportação, pois esse era o único imposto que os proprietários de escravos pagavam.

A grande celeuma estabeleceu-se em torno desta matrícula geral que era necessária

para começar a libertação dos sexagenários nos termos propostos pelo Projeto Dantas, este ato devastaria gravemente os proprietários de escravos das províncias cafeeiras. Para compreender melhor essa devastação é preciso recapitular a questão dos escravos importados depois de 1831.

O meio milhão de escravos importados entre 1831 e 1851 haviam sido adquiridos predominantemente pelas províncias do café. No intuito de possibilitar a legalização da propriedade de tais escravos, a Lei Rio Branco criou a falácia da matrícula obrigatória. Uma vez que a lei de 7 de novembro de 1831 declarava que todos os africanos que chegaram depois desta data no Brasil seriam declarados automaticamente livres, os donos desses escravos haviam matriculado os mesmos com idade superior a real, como se importados antes da proibição do tráfico de 1831. É sabido que somente no ano de 1849 foram importados aproximadamente 54.000 negros. Esses negros tinham uma idade média de dezoito anos no momento do desembarque, portanto no ano de 1884 eles teriam cinquenta e três anos. Mas para que constasse que haviam sido importados antes de 1831, os donos haviam tido que acrescentar dezoito

anos à sua idade real, o que lhes dava, em 1884, uma idade legal de setenta e um anos. Nessas condições seriam abrangidos e conseqüentemente libertados pelo Projeto Dantas, os negros sexagenários que na realidade tinham menos de sessenta anos.

Mas não seria apenas na questão dos sexagenários que o projeto Dantas prejudicaria os escravocratas das províncias do café. Os valores das indenizações pelo Fundo de Emancipação variavam segundo a idade dos escravos; quanto mais velhos, menor a indenização. Assim, os escravos das províncias do café seriam indenizados na base de uma idade legalmente superior à verdadeira, o que importaria em receberem uma indenização inferior à que em realidade fariam jus. É claro que esse projeto não foi aceito.

Em 1885 os escravocratas elaboraram um projeto que veio a se chamar Lei Saraiva - Cotegipe, nome de seus autores. Concernente aos sexagenários, a lei compensava os proprietários das províncias cafeeiras da prematura libertação de escravos cuja idade real fosse inferior à idade legal. Para que isso funcionasse, os sexagenários ficavam obrigados a prestar serviços gratuitos a seus senhores pelo espaço de três anos, a título de indenização pela alforria. Preenchido esse tempo de serviço, os libertos continuariam à disposição dos ex-senhores, que usufruíam de seus serviços. Facultava-se a esses libertos buscarem em outra parte os meios de subsistência, desde que devidamente autorizado pelo juiz de órfãos.

Como era de se esperar, o valor dos escravos a serem alforriados pelo Fundo de Emancipação era aumentado em pelo menos ao dobro do valor de mercado, em alguns casos, o triplo dos preços praticado no mercado.

A intenção de beneficiar os proprietários paulistas se revelava de maneira igualmente clara no tocante a utilização do Fundo de Emancipação, que seria dividido em três partes iguais. Uma terça parte se destinaria a subvencionar a colonização, por meio de efetuar o pagamento do transporte de colonos europeus que fossem trabalhar nos cafezais de São Paulo. Dessa forma, todo o país pagaria para que os cafezais paulistas se reprovizionassem de força-de-trabalho. Outra terça parte seria aplicada na “emancipação dos escravos de maior idade”, ou seja, aqueles que não tinham mais que sessenta anos, mas também não eram escravos jovens. E a última terça parte era destinada, nos termos da lei, a libertação por metade ou menos da metade de seu valor, dos escravos de lavouras e mineração cujos senhores quisessem converter em livres os estabelecimentos mantidos por escravos, esta metade do valor aplicada neste caso, correspondia a normalmente mais do que os preços praticados no mercado. A disposição não aproveitava, por exemplo, aos proprietários nordestinos, eis que já haviam promovido a venda interprovincial restando pouquíssimos escravos nas províncias nordestinas que já estavam em condições de homens livres desde a proclamação da abolição naquela província em 25 de março de 1884.

Mas isso ainda não é tudo, a indenização seria paga mediante títulos emitidos pelo

Estado a juros de 5%. Uma vez indenizado do valor do escravo, o ex-senhor poderia explorá-lo, na condição de liberto, pelo espaço de cinco anos, pagando em troca uma “gratificação” cujo valor era afixado pelo proprietário do escravo. Calculou-se que as primeiras gratificações arbitradas depois da Lei Saraiva - Cotegipe correspondiam a 1/12 dos juros pagos pelo Estado, significava que pelo prazo de trinta anos, o Estado pagaria as gratificações do liberto. A aprovação do projeto convertendo em lei foi de 73 votos contra 17. Significando, em essência, a abolição mediante indenização.

Percebemos a partir daí que a Lei do Sexagenário também não favoreceu aos escravos e sim novamente os senhores, em função de que os escravos com mais de sessenta anos não eram aptos para o trabalho pesado. Estes escravos somente davam despesas para os donos de escravos. Foi uma lei de proprietários de escravos, feita para proprietários de escravos, sem vislumbrar se quer uma única partícula de benefício ao escravo.

De todas as maneiras, as leis testemunhavam a vontade dos senhores de escravos, e de maneira mais acentuada, dos senhores de escravos paulistas, que eram a classe dominante brasileira. Os abolicionistas desencadearam um movimento de ação direta, instigando os poucos escravos ainda existentes a fugirem das propriedades. Nas províncias do café, criou-se uma situação pré-insurrecional. O colapso do Estado escravista se configurou claramente quando a polícia e o exército se recusaram a reprimir as fugas. Com o apoio dos dois grandes partidos da classe dominante, o Conservador e o Liberal, sobreveio a 13 de maio de 1888 a Lei nº 3353 que formalizou jurídica e institucionalmente uma situação de fato, conforme segue:

A princesa Imperial Regente, em Nome de sua Magestade o Imperador o Senhor C. Pedro II, Faz saber a todos os súbditos do Império que a Assembléia Geral decretou e Ella sancionou a Lei seguinte:

Art. 1.º E’ declarada extinta, desde a data desta Lei, a escravidão no Brazil.

Art. 2.º Revogam-se as disposições em contrario.

Manda, portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar ta inteiramente como nella se contém.

O Secretario de Estado dos Negócios da agricultura, Comercio e Obras Publicas e interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de Sua Magestade o Imperador, a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro em 13 de Maio de 1888, 76º da Independência e do Império.

A data de 13 de maio é tão insignificante, que entre os militantes negros, buscavam uma data a que se comemorar, por unanimidade decidiram que essa data não tinha razão de ser o 13 de maio, foi quando, depois de várias pesquisas, decidiram comemorar a data de 20 de novembro, em homenagem ao Grande líder do Quilombo

Zumbi dos Palmares, essa foi a data de sua morte. O primeiro ato evocativo dessa data foi em 20 de novembro de 1971, sete anos mais tarde, passaria a ser referida como o dia nacional da consciência negra.

3. Continuação da Desigualdade e suas Conseqüências

O negro no Brasil logo após a pseudo-abolição da escravidão, depois de haver produzido durante três séculos todas as grandes riquezas deste País ingressou o ano de 1889 como o povo mais deserdado que se tem notícia.

Sua preciosa mão-de-obra foi substituída pela mão-de-obra remunerada dos imigrantes europeus, sob a legação de que os negros não tinham capacidade laborativa, e que não eram inteligentes o suficiente para produzir.

No entanto vemos uma página repassada de eloqüência, Joaquim Nabuco fez um quadro memorável do trabalho escravo no Brasil, exposta por Décio de Freitas:

Há trezentos anos que o africano tem sido o principal instrumento da ocupação e da manutenção do nosso território pelo europeu, e que os seus descendentes se misturam com o nosso povo. Onde ele não chegou ainda, o país apresenta o aspecto com que surpreendeu aos seus primeiros descobridores. Tudo o que significa luta do homem com a natureza, conquista do solo para a habitação e cultura, estradas e edifícios, canaviais e cafezais, a casa do senhor e a senzala dos escravos, igrejas e escolas, alfândegas e correios, telégrafos e caminhos de ferro, academias e hospitais, tudo, absolutamente tudo, que existe no país, como resultados do trabalho manual, como emprego de capital, como acumulação de riqueza, não passa de uma doação gratuita da raça que trabalha à que faz trabalhar. (1991, p.10)

É possível explicarmos por meio de todo o processo escravista a situação de pobreza e de conseqüentemente tamanha má distribuição de renda verificado em nosso país. A lei de terras, promulgada em 1850 conforme já mencionada anteriormente criou as condições jurídico-institucionais para não permitir que o negro ascendesse econômica ou politicamente. Num regime de terras livres, o trabalho era cativo; num regime de trabalho livre, a terra era cativa.

O nosso ordenamento jurídico nos dias de hoje tem sancionado alguns mecanismos que inibe o caráter absoluto da propriedade, dentre eles o de maior cunho social é o que prevê a perda de um imóvel que não esteja cumprindo sua função social, porém este sistema começou a ter um espaço somente a partir do novo código civil que passou a vigorar a partir de 01 de janeiro de 2003, permitindo que este lapso de tempo propiciasse este reflexo político e econômico de tamanha desigualdade material proporcionado pela política que tornava a propriedade um bem absoluto não constando nenhum dispositivo que permitisse um entendimento de que as terras cumprissem sua função social. Dessa maneira, a discriminação racial e essa política protecionista do bem imóvel, imposta desde a promulgação da lei de terras em 1850 deu origem, neste caso, a falta de direito formal e material dos Negros no Brasil. Essa situação de extrema mau

distribuição de renda e conseqüentemente tamanha pobreza refletido pelo exposto acima foi plenamente previsível pelo então na época candidato à deputado Joaquim Nabuco em um pronunciamento na cidade do Recife em 05 de novembro de 1884 falando da praça de São José do Ribamar, que disse:

A propriedade não tem somente direitos, tem também deveres, e o estado da pobreza entre nós, a indiferença com que todos olham para a condição do povo, não faz honra à propriedade, como não faz honra ao Estado. Eu, pois, se for eleito, não separarei mais as duas questões – a da emancipação dos escravos e a da *democratização do solo*. Uma é o complemento da outra. Acabar com a escravidão não nos basta; é preciso destruir a obra da escravidão. (...) Sei que falando assim, serei acusado de ser um nivelador. Mas não tenho medo de qualificativos. Sim, eu quisera nivelar a sociedade, mas para cima, fazendo-se chegar ao nível do art. 179 da Constituição do Império que nos declara todos iguais perante a lei. (2000, p. –XVII-).

Lendo a base do discurso de Joaquim Nabuco, não precisamos nem dizer que ele não foi eleito, permitindo assim que os escravos permanecessem mesmo depois de libertos num profundo convívio com a miséria que o Brasil lhe deixou. O treze de maio de 1888 marcou um momento crucial de um processo iniciado ainda nos tempos do Brasil colonial: A luta do cativo pela liberdade. O escravo emancipado perceberá que este processo ainda não findou e sim foi posto, ou melhor, a população negra é expulsa de um Brasil moderno, cosmético, europeizado, para dentro dos porões do capitalismo nacional, tangido de maneira sórdida e brutesca. O senhor liberta-se do escravo e trás ao seu domínio o assalariado, migrante ou não. Não se decretava oficialmente o exílio do ex-cativo, mas este passaria a vivê-lo como um estigma na cor da sua pele.

nos últimos cinco séculos da nossa história. Não há dúvida de que todas as culturas dos povos que no Brasil se encontraram foram beneficiadas por um processo mas entre o modelo, a estratégia política montada e a realidade empírica, existem certa margem, que não pode ser negligenciada nas considerações sócio-antropológicas da realidade racial brasileira. Sem dúvida a infusão do sangue “branco”, pelo intenso processo imigratório de origem ocidental por um lado, e as baixas nas taxas de fecundidades e de natalidade no meio da população negra acompanhada de altas taxas de mortalidade, por outro lado, ajudaram na diminuição sensível da população negra. Sem dúvida, o processo de mestiçamento no Brasil foi talvez o mais alto e intenso do continente americano de empréstimos e de transculturação desde os primórdios da colonização e do regime escravocrata.

No Brasil, a classificação racial dá ao mestiço uma posição e um lugar que nada têm a ver com as classificações norte-americana e sul-africana. Em primeiro lugar, trata-se de uma classificação racial cromática, ou seja, baseada na marca e na cor da pele, e não na origem ou no sangue como nos Estados Unidos e na África do Sul. Dependendo do grau de miscigenação, o mestiço brasileiro pode até atravessar a linha ou a fronteira de cor e se reclassificar ou ser reclassificado na categoria “branca”.

No caso do Brasil, o racismo extravasou o tal “mito da democracia racial”, pois analisando o cotidiano dos mulatos brasileiros, verificamos que na categoria espécie

humana, estes são classificados como raça negra conforme o conceito de raça dado pela historiadora Maria Luiza Tucci Carreiro:

Raça é a subdivisão de uma espécie, formada pelo conjunto de indivíduos

com caracteres físicos semelhantes, transmitidos por hereditariedade: cor da pele, forma do crânio e do rosto, tipo de cabelo, etc. Raça é um conceito apenas biológico, relacionado somente a fatores hereditários, não incluindo condições culturais, sociais ou psicológicas. Para a espécie humana, a classificação mais comum distingue três raças: branca, negra e amarela. (1997, p. 5).

Com o movimento do embranquecimento tivemos o sério problema da completa perda da identidade do negro e afrodescendentes. Mesmo com o processo de embranquecimento prevalece sempre o padrão imposto pela maioria branca, que consiste em: quanto mais claro o indivíduo, maior a sua beleza e melhor o seu caráter e sua capacidade intelectual.

Esse acontecimento verídico de nossa história retrata a atual saga do afro-descendente em ser ou não ser negro, para destruir o mito da democracia racial, negros e afro-descendente em geral têm que enfrentar um inimigo inesperado e, por isso, o pior inimigo: o próprio negro não querendo ser negro. O mito da democracia racial é tão eficaz no controle da população negra que muitos negros acabam por incorporar a idéia de que não existe problema de raça no país. Mas, ao observar que os brancos conseguem progredir e eles não, e traduzindo esse insucesso pela suposta incapacidade e falta de vontade, esses negros querem “ser brancos”. Assim, o ideal da branquitude passa a ser perseguido de maneira incansável por eles. Essa procura pelo negro de aceitação social por meio do embranquecimento e incorporação de valores e comportamentos que negam a existência do racismo, faz com que o negro não querendo ser negro e não conseguindo ser branco, por conta da herança genética, coloca-se como pessoa, num impasse que só se resolve quando ele na verdade assumir sua identidade própria de negro, só aí então será capaz de combater e se livrar da identidade negativa imposta pelo branco. Ao ser considerado e reconhecer-se como negro, tem a possibilidade de lutar por um tratamento igual. Na introdução do livro “Ser Negro no Brasil Hoje”, da Professora Ana Lúcia E.F. Valente, Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), temos uma reprodução de uma estrofe de autoria de Caetano Veloso, que nos explica bem a situação da miscigenação no Brasil:

Só pra mostrar aos outros quase pretos

(e são quase todos pretos)

e aos quase brancos pobres como pretos

como é que pretos, pobres e mulatos

e quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados. (1994, p. 07).

Os movimentos negros brasileiros contemporâneos, nascidos na década de 1970, retomaram a bandeira de luta dos movimentos anteriores representados pela Frente Negra, mudando a base do trabalho contra a discriminação racial, substituindo o racismo diferencialista pelo racismo universalista. Sob a influência dos movimentos negros americanos, eles tentam dar uma redefinição do negro e do conteúdo da negritude no sentido de incluir neles não apenas as pessoas fenotipicamente negras, mesmo aqueles que a ideologia do branqueamento já teria roubado. Esta definição do ponto de vista do movimento negro corresponde à classificação dualista ou bi-racial negro/branco que nada tem a ver com a classificação cromática plural, populares, cujo levantamento, a partir do censo de 1980 deu cerca de 136 cores. Essa divergência sobre a sua “autodefinição”, observada entre os afros politicamente mobilizados através dos movimentos negros de um lado, e as bases negras constituindo a maioria não mobilizada, de outro lado, configura o nó do problema na formação da identidade coletiva do negro. Como formar uma identidade em torno da cor e da negritude não assumidas pela maioria cujo futuro foi projetado no sonho do branqueamento? Como formar uma identidade em torno de uma cultura até certo ponto expropriada e nem sempre assumida com orgulho pela maioria de negros mestiços?

Nos primeiros meses de campanha política às eleições presidenciais de 1994, o então candidato mais cotado, Fernando Henrique Cardoso, fez uma declaração à imprensa alegando que é “mulatinho e tem os pés na cozinha”. Esse exemplo, embora considerado depois pelo próprio autor como brincadeira, tem um fundo de verdade. Mostra que a possibilidade de realizar o “passing” embora difícil, não é impossível. Muitos entre “nós” já teriam atravessado a fronteira.

Podemos considerar que para os efeitos maléficos não importa se trata de negro, mulato (branco/negro), cafuzo (negro/índio), mameluco ou caboclo (índio/branco), ou crioulo (negros nascidos nas senzalas), basta não ser branco, e não é por aspectos formais, ou seja, não somente as leis ordinárias, mas também as constitucionais asseguram formalmente esses direitos:

A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (Artigo 179, inciso XIII da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824)

Todos são iguais perante a lei. (Artigo 72 § 6º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1891)

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivos de nascimentos, sexo, raça, profissões próprias ou dos Pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. (Artigo 113, § 6º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

Identificamos que ao longo dos anos, sempre se formalizou meios buscando a

igualdade racial e até mesmo a social, porém, essas Leis nunca conseguiram materializar, por meio de tornar “todos iguais perante a Lei”.

Partindo de tantas formalizações e poucas materializações, o Negro começa a sair em busca da efetivação dessas Leis, esperando que as mesmas pudessem ter eficácia, porém o norte que os negros buscaram nesse contexto, foi continuando a formalizar.

Um avanço ocorreu no ano de 1951, quando foi aprovada em 03 de julho de 1951 a Lei 1.390 que ficou conhecida como Lei Afonso Arinos, que definia o preconceito como contravenção penal, porém inexistente estatística oficial sobre os números de ações processuais movidas a partir desse dispositivo legal.

Porém uma das conquistas mais expressivas para combater o racismo no Brasil se deu no Plano jurídico Constitucional, com a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988, a partir de então, o racismo foi definido como crime inafiançável e imprescritível conforme seu artigo 5º inciso XLII:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.

Até 1988, apenas o artigo da Constituição brasileira que declara que todos são iguais, independentemente de cor, raça, ou credo, e a Lei Afonso Arinos poderiam ser utilizados na tentativa de coibir o racismo contra os negros no Brasil. Na verdade, assim como as demais já existentes, não passavam de mera formalidade. No que diz respeito ao artigo constitucional, a teoria da igualdade é simplesmente desmentida na prática das relações entre brancos e negros. A Lei Afonso Arinos era ineficaz, embora tenha sido criada, com o objetivo de impedir que os negros continuassem sendo discriminados. Essa lei tratava as atitudes de preconceito racial como contravenção e previa o pagamento de multas irrisórias, para que fosse dado fim aos processos penais.

Após a Constituição de 1988, quem pratica o racismo não deixa de estar sujeito a punição, pagando uma mera multa ou fiança. Também o autor do crime do racismo, em qualquer tempo e a qualquer momento pode ser punido. Ou seja, não se extingue a sua punibilidade por não haver o Estado exercido o seu direito de ação contra o agente, no tempo legal, ou por não ter efetivado a condenação imposta, ou seja, é imprescritível.

O inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988 coloca, ainda, a necessidade de serem estabelecidos em quais termos da Lei o racismo seria punido. A

Câmara dos Deputados já havia aprovado um projeto de lei de autoria de Carlos Alberto Caó que, além de ter sido deputado federal pelo Rio de Janeiro durante a Assembléia constituinte, é um militante negro. Esse projeto de lei, de número 668, foi apresentado ao então presidente da república, José Sarney, que após vetar apenas quatro artigos do projeto de lei original, sancionou-o em 05 de janeiro de 1989 como Lei 7.716 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Apesar das formalizações estarem agora bem aprimoradas ainda não foi possível

materializá-las há uma tentativa de explicação, ou mesmo uma previsão do futuro nas palavras de uma reportagem publicada, em julho de 1988, na revista Veja, de circulação nacional:

O negro não progride porque há racismo e só poderá progredir quando o racismo acabar, mas como ele não progrediu, isso jamais acontecerá. (VALENTE, 1994, p. 79).

Um exemplo da falta de materialização das Leis são as estatísticas, segundo um levantamento do Ministério das Relações Exteriores feito para ser apresentada na III Conferência da ONU contra o Racismo, realizada na África do Sul no mês de Setembro de 2001, apurou que há apenas 142 processos por crime de racismo hoje nos Tribunais no Brasil². Em entrevista ao jornal Folha de São Paulo a Advogada Maria da Penha Guimarães afirma que “O Poder Judiciário reflete a sociedade brasileira, e a sociedade não reconhece que há discriminação”. No entanto os dados estatísticos são alarmantes e entristecedores, por exemplo:

O índice de discriminação racial e o preconceito de cor por parte da polícia é maior do que dos seguintes quesitos institucionais: escola, trabalho, saúde e lazer. (fonte: Fundação Percecu Abramo, 2003)

91% dos jovens negros do Estado de São Paulo já foram abordados pela Polícia. (fonte: Datafolha, 2004)

Sobre 22 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza, 70% deles são negros. (fonte: Ipea, 2001)

Algo em torno de 2% dos alunos das universidades brasileiras são negros. (fonte: Dieese, 2003)

Nos quatro últimos anos, 91% das crianças que foram adotadas no Rio de Janeiro tinham até 4 anos e pele clara...(fonte: Folha de São Paulo, março de 2004)

Existem muitas outras pesquisas que não temos espaço para tratar, todas de grande relevância na abordagem do tema, demonstrando de maneira mais que explícita, mesmo com todas as Leis que temos visto para promover a igualdade racial e não permitir que haja discriminação racial, vemos que a falta de materialização em meio a tantas formalidades, é fato.

Para uma definição, ou até mesmo uma explicação do assunto acima exposto, pode levar em consideração a opinião do Deputado Plínio Barreto, que foi relator da Comissão de Constituição e Justiça, por ocasião da tramitação do projeto de lei sobre preconceitos de raças ou de cor que veio a se transformar na já citada Lei 1.390/51, opinião que apesar do transcurso do tempo, permanece atual:

Nunca haverá lei que os destruam. Nunca houve lei alguma que pudesse desarraigar sentimentos profundos e trocar a mentalidade de um povo. Mas isso não impede que, por meio de leis adequadas, se eliminem algumas das manifestações públicas desse preconceito. (Valente,1994, p. 79)

No entanto, temos algumas medidas que poderão ajudar nesse processo, não podemos nos esquecer de que a mentalidade de um povo não se transforma da noite para o dia, sem que se invista num processo educativo. Que esse processo parta, sim, da obviedade de que as pessoas devem ser educadas para que aprendam a se respeitarem mutuamente, independentemente da cor, e que seja esclarecedor a ponto de as pessoas serem acostumadas a acreditar e recorrer à lei.

Esse método esclarecedor está praticamente dividido em duas etapas, consistindo a primeira delas na implementação da Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003. Essa lei reconhece oficialmente a data de 20 de Novembro como o Dia Nacional da Consciência Negra e introduz essa data no calendário oficial das escolas, bem como institui como necessidade a instituição do ensino da história e da cultura do povo brasileiro afrodescendente como currículo escolar.

Parece mais uma Lei de letra morta, porém uma vez que se coloque a disposição dos alunos a história afro-brasileira, buscando nas raízes africanas, poderemos reverter a mentalidade do povo em relação aos negros, esses cursos se bem ministrados nas escolas, transformará o caráter do negro de vagabundo, ladrão, sujo e outros qualitativos que foi inculcado na mente do povo, para, o negro que construiu o país, para o negro que trouxe cultura, para o negro que ganhou a guerra do Paraguai, para o negro que é a base do povo brasileiro, para o negro que é simplesmente quase a metade da população brasileira, que formam o segundo maior país negro do mundo, perdendo somente para a Nigéria situada no continente africano. É uma enorme chance de resgatarmos nossa identidade, ajudando os negros e afrodescendentes sentirem orgulho de sua raça, resgatando assim a auto-estima.

CONCLUSÃO

O tema da Igualdade Racial é de fundamental importância para a melhoria de vida de brasileiros e brasileiras, particularmente neste momento de transformações pelas quais passa o Brasil nos mais diversos campos, sobretudo na política e na economia. Torna-se necessário um efetivo trabalho conjunto nas diversas instâncias de governo e da sociedade civil, pois, desde a abolição da escravatura, em 1888, até os dias de hoje, é a primeira vez, que a sociedade brasileira se mobiliza para um debate público relacionado diretamente ao assunto.

O resultado esperado é a construção de um Plano de Ação que atualize a atual Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, e concretize uma Política de Estado voltada para a erradicação das desigualdades raciais, de uma maneira mais do que formal e sim com a efetiva materialização dessas medidas ou Ações Afirmativas, que possam ter uma mudança significativa na realidade do povo brasileiro.

O fim do sistema escravista no Brasil impôs a alteração do regime jurídico dos antigos escravizados, abrindo caminho para a construção do reconhecimento da sua igualdade formal diante dos demais cidadãos brasileiros. Entretanto, a abolição da escravatura no Brasil, embora necessária e constituída por muitos, da forma como se deu, foi um verdadeiro golpe às aspirações da população afrodescendente. A abolição enquanto uma medida institucional teve seu conteúdo resumido a dois parágrafos que simplesmente decretava extinta a escravidão, revogando as disposições em contrário. Esta abolição não trouxe consigo a perspectiva de libertação com plena inserção dos descendentes de negros escravizados na sociedade como um todo, isto é, no mercado de trabalho, no sistema educacional, no acesso à moradia digna, à posse da terra, entre outras.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O Racismo na História do Brasil, Mito ou Realidade*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1999.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. 4. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

FREITAS, Décio. *O escravagismo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1991.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionista*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000, - (*Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro*).

PALHA, Américo. *Os Precusores da Abolição*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1965.

SANTOS, Gevanilda Gomes dos. *Partidos Políticos e Etnia Negra*; 1992. Dissertação em Mestrado (Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, orientador: Professor Dr. Miguel W Chaia – São Paulo - SP.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e – SIVÉRIO, Valter Roberto. *Educação e Ações Afirmativas: Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica*

SILVA Jr. Hédio. *Anti-Racismo, Coletânea de Leis Brasileiras (Federais, Estaduais, Municipais)*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, Edilson Marques da. *Negritude & Fé, O Resgate da Auto-Estima*; Santa Cruz do Rio Pardo: Faculdade de Filosofia Ciências e Letras “Carlos Queiroz” FFCLCQ, 1998.

VALENTE, Ana Lúcia E. F. *Ser Negro no Brasil Hoje. 11. ed., ver. E ampl.* – São Paulo: Moderna, 1994. – (Coleção Polêmica)

AUDIÊNCIA PÚBLICA: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PLURAL? *

PUBLIC AUDIENCE: PARTICIPATIVE AND PLURAL DEMOCRACY

**Carolina Elisa Suptitz
Ana Paula de Almeida Lopes**

RESUMO

Há quase dez anos foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, pelas Leis n^os 9.868 e 9.882, o instituto processual da audiência pública, que, aqui, se convencionou chamar de audiência pública jurisdicional. Referido instrumento visa possibilitar um maior contato do Poder Judiciário com a comunidade a que atende. Tanto juristas como leigos têm manifestado grande euforia com referido instituto, haja vista representar, ao menos aparentemente, o modelo de democracia que se pretende, aproximando o contato da comunidade com o centro de poder e ampliando os locais deste contato, numa recusa à atuação limitada da cidadania hodierna, que apenas participa através do voto nas eleições. Acontece, porém, que a audiência pública, na forma como legislada e como tem sido concretizada, não atende às tão propaladas democracia participativa e plural, o que, no primeiro aspecto – democracia participativa - não chega a causar quaisquer prejuízos, pois a alternativa fornecida pela audiência pública aproxima a comunidade do poder, sem necessariamente torná-la um instrumento de democracia direta. O segundo aspecto, contudo, deixa transparecer toda fragilidade da audiência pública como instrumento democrático, tendo em vista o seu reforço à tecnocracia.

PALAVRAS-CHAVES: AUDIÊNCIA PÚBLICA – DEMOCRACIA – PARTICIPATIVA – PLURALIDADE

ABSTRACT

About ten years ago it was inserted in the native legal ordainment, by the Laws n. 9.868 and 9.882, the processual institute of the public audience, which, here, will be called as jurisdictional public audience. Above-mentioned instrument aims to make possible a bigger contact of the Judiciary with the community that it attends. Both jurists and laymen have been showing great euphoria with this institute, because of its representation, at least apparently, of the model of democracy that is claimed, drawing closer the community with the central power, and enlarging the places of this contact, in a refusal to the limited acting of the present citizenship, which hardly participates through the vote in the elections. However, it happens that to the public audience, in the form it was legislated and fulfilled, does not attend the requirements of a participative and plural democracy. In the first aspect - participative democracy -, it does not cause

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

any damages, since the alternative supplied by the public audience brings near the community to the central power, without making it an instrument of direct democracy. The second aspect, nevertheless, makes visible all the fragility of the public audience as a democratic instrument, having in mind its reinforcement to the technocracy.

KEYWORDS: PUBLIC AUDIENCE – DEMOCRACY – PARTICIPATION – PLURALITY

1. Introdução

A audiência pública, conforme será aqui trabalhada[1], é o mecanismo jurídico e processual introduzido no ordenamento brasileiro pelos artigos 9º, §§ 1º e 3º, e 20, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e pelo art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Não obstante estarmos prestes a comemorar os dez anos da inserção de referido instituto na legislação pátria, o Supremo Tribunal Federal (STF) dele utilizou-se pela primeira vez apenas no ano de 2007, mais precisamente no dia 20 de abril de referido ano, nos autos da ADin nº 3.510, processo que ficou conhecido como a ADin das células-tronco embrionárias, quando discutida a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005).

O enfoque do artigo é analisar o instituto da audiência pública como instrumento processual colocado à disposição da jurisdição pátria[2]. Audiência pública esta que pode ser definida, de modo preliminar, como aquele mecanismo jurisdicional que além de colaborar com a atividade judiciária, facultando aos juízes o detalhamento de questões fáticas ou jurídicas e o esclarecimento de questões mais complexas, através do contato com exímios conhecedores dos temas em debate, também possibilita uma participação mais ativa da população nesta função do Estado[3].

Em tese, a audiência pública atende, então, aos valores democráticos representativos da contemporaneidade, conforme será aprofundado no decorrer do trabalho. A audiência pública jurisdicional é representativa da aproximação da aproximação da comunidade frente aos Ministros do STF, que são os detentores do poder quando se trata de julgamento de ADin, ADC e ADPF. Por outro lado, ela significa a expansão democrática para a esfera de atuação do Poder Judiciário e não mais limitada tão-somente à esfera político-eleitoral. Afinal, em decorrência da audiência pública, aparentemente se alcança e/ou se alcançará um maior diálogo intra e extraprocessual acerca das questões objeto de um determinado processo judicial, através a) do aumento do interesse populacional por refletir acerca das questões submetidas a juízo, já que a comunidade se percebe em maiores condições de poder influir na decisão e b) do aumento na quantidade de informações técnicas especializadas ou relativas aos interesses comunitários levados a conhecimento dos julgadores.

Com efeito, a audiência pública foi inserida no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de melhor adaptar o rito procedimental de importantes ações processuais (ADin, ADC e ADPF) aos interesses sociais largamente propalados por uma maior participação popular e pela abertura pluralística no/do Poder Judiciário, segundo consta na Exposição de Motivos nº 189 do Projeto de Lei nº 2.960[4], que deu origem à Lei nº 9.869/99. Não obstante tudo isso, a audiência pública, na forma como foi legislada e como tem sido concretizada, promove a democratização participativa e plural de que tanto se fala? Ela promove a democratização articipativa e plural de que tanto se fala? taçsariamente torn de eleiçroximando o contato da comunidade com o centro de poder que se faz necessária e suficiente para adaptar o direito e a jurisdição modernos à comunidade contemporânea? Quais os limites democráticos da audiência pública jurisdicional? A investigação a que se propõe, por ora limitada a rápidas incursões jurídicas e de filosofia política, faz-se necessária uma vez que a comunidade jurídica – e mesmo a comunidade leiga – já está se perguntando sobre a possibilidade, necessidade e/ou interesse em ampliar a incidência da audiência pública no âmbito jurisdicional pátrio. Antes de responder se a audiência é um instituto que deve ser expandido para outras áreas, imprescindível é responder se ela realmente promove a democracia, conforme pretendido e tem sido divulgado.

2. O instituto da audiência pública no tempo – normativista – e no espaço – jurisdicional

A audiência pública está fundada, antes de tudo, no texto da Constituição Federal, que tem como um dos seus principais projetos a instituição de um Estado democrático (Preâmbulo e art. 1º), e prevê, em inúmeras situações, a participação popular no gerenciamento do público, do que são exemplos os artigos 10, 187, 194, 194, VII, 198, III, 204, II, 206, VI e 216, §1º. O artigo 58, § 2º, II, aliás, trata especificamente da matéria, limitado, porém, às comissões do Congresso Nacional e das suas Casas. Já a audiência pública como instrumento jurídico e processual tem origem recente no ano de 1999. A Lei nº 9.868, que trata do julgamento e processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), é de 10 de novembro de 1999, enquanto que a Lei nº 9.882, que trata do julgamento e processamento da ADPF, é de apenas um pouco mais adiante, 3 de dezembro de 1999.

A lei inauguradora de referido instituto, qual seja, a Lei nº 9.868/99, tem sua origem numa comissão instituída pela Portaria nº 634, de 26 de outubro de 1996, do Poder Executivo, que, na época, era chefiado, no cargo da Presidência da República, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso e, no cargo de Ministro da Justiça, pelo gaúcho Nelson Jobim.[5] A finalidade de referida comissão era formular propostas legislativas relacionadas à ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, representação interventiva, mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Sua presidência estava a cargo do professor Caio Tácito.[6] O primeiro resultado apresentado por esta comissão foi um anteprojeto de lei, cuja versão inicial esteve sob a incumbência de Gilmar Ferreira Mendes, que, posteriormente, em 20 de junho de 2002, acabou sendo

nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), cargo que ocupa até o presente momento, aliás, como o atual Presidente (posse em 23 de abril de 2008).

Na data de 08 de abril de 1997 o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional, primeiramente à Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 64 da Constituição Federal, o Projeto de Lei nº 2.960 de 1997. **O projeto foi distribuído pelo presidente da Mesa da Câmara dos Deputados à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e de lá distribuída ao Deputado Aloysio Nunes Ferreira para relatoria.**[7] Referido projeto foi acompanhado da Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, que reproduz, em grande parte, o relatório da comissão apresentado junto com a versão final do anteprojeto. Nele está justificada, passo a passo, a proposta legislativa em apreço.

No que diz respeito à adoção da audiência pública, dentre outros mecanismos que lhe são similares, como é o caso da autorização para que os outros titulares do direito de propositura de referida demanda ou outros órgãos e entidades intervenham, com manifestação por escrito e a juntada de documentos (arts. 7º, §§ 1º e 2º, e 18º, §§ 1º e 2º)[8], e da possibilidade de requisitar informações adicionais às partes, designar perito(s) para a emissão de parecer (art. 9º, § 1º, e 20º, § 1º) e solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada (art. 9º, § 2º, e 20, § 2º), o relatório menciona a necessidade de se atribuir um caráter pluralista ao processo e, com isso, possibilitar que o tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão, como é o caso das suas implicações ou repercussões e mesmo de informações de natureza fática ou especializada.[9] Destaca-se, portanto, o interesse da comissão em aproximar o tribunal, nos julgamentos de ADin e ADC, da realidade, com toda sua pluralidade e complexidade.

Após o devido tramitar legislativo, o PL nº 2.960 foi transformado na Lei nº 9.868 em 10 de novembro de 1999, com início de vigência no dia seguinte, quando de sua publicação. No que diz respeito à audiência pública, os dispositivos legais aprovados, inseridos nas duas principais partes em que se divide a lei, a primeira relativa à ADin e a segunda à ADC, são os artigos 9º, §§ 1º e 3º[10], e 20, §§ 1º e 3º[11].

A Lei nº 9.882/99, a segunda e última a tratar da matéria no Brasil, tem sua origem no Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da deputada federal Sandra Starling, apresentado no Plenário da Câmara em 19 de março de 1997, menos de um mês antes do Projeto de Lei nº 2.960, recém referido. A proposta inicial limitava-se a assegurar a possibilidade de os membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal reclamarem ao STF que as suas respectivas Mesas observem os respectivos regimentos internos e normas constitucionais relativas ao processo legislativo.[12] A matéria foi distribuída à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e lá foi distribuída ao Deputado Prisco Viana para relatoria.[13]

O deputado apresentou texto substitutivo ao PL que incorporou proposta elaborada também por uma comissão do Poder Executivo, assim como aconteceu com a Lei nº 9.868/99. Referida comissão, porém, foi criada quase um ano depois da comissão que elaborou o pré-projeto que deu origem à lei da ADin e ADC. Ela foi instituída pela Portaria do Ministério da Justiça nº 572, publicada no Diário Oficial da União de 07 de

julho de 1997. Também foi seu integrante o atual Ministro do STF Gilmar Mendes. A presidência ficou a cargo do Prof. Celso Ribeiro Bastos.[14]

Após alguma discussão e alterações, o substitutivo apresentado pelo relator da CCJ foi aprovado e transformado em lei. O texto legal aprovado dispõe sobre a audiência pública no artigo 6º, § 1º[15].

Estas são, até o momento, as previsões legais inseridas no ordenamento jurídico pátrio, relacionadas à audiência pública e sua utilização na prática jurisdicional. Não obstante a utilização da audiência pública pelo Poder Judiciário, na sua função jurisdicional, estar prevista em duas leis ordinárias diferentes, cumpre reconhecer que elas não fornecem informação e/ou regulamentação suficiente para a devida compreensão do instituto, principalmente no que diz respeito à sua finalidade (vide 1.1.1) e à sua colocação em prática (1.1.2).

2.1. A audiência pública segundo as suas finalidades

No que diz respeito à finalidade da audiência pública, a pesquisa pelas outras tantas legislações em que previsto o instituto nos dá mostra de sua diversidade, quais são elas: Lei nº 8.666/93, relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública, Lei nº 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, Lei nº 9.478/97, que Dispõe sobre a política energética nacional, e na Lei nº 10.257/01, o Estatuto da Terra. As resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) também são bastante apropriadas para a análise das finalidades das diferentes espécies de audiência pública, principalmente a Resolução nº 1/86[16] e a Resolução nº 9/87[17]. Por fim, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais[18] e do Senado Federal[19].

A partir das audiências públicas previstas na legislação acima mencionada, é possível apontar as seguintes finalidades para tal instituto: a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público. Apesar de se ter constatado a prevalência de uma ou duas destas finalidades em cada uma das audiências públicas referidas, na maioria delas é possível visualizar todas estas finalidades, em maior ou menor grau de intensidade, que é exatamente o que as diferencia.

Da mesma forma acontece com as duas leis que tratam da audiência pública no processo jurisdicional. Nelas, porém, o que prevalece, de acordo com o próprio texto legal, é ainda uma quinta finalidade ou, melhor, uma variação da quarta: dar aporte de conhecimento[20] técnico aos ministros do STF, de modo a facilitar o julgamento das demandas. Neste caso, o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, também se

dedica a colher informações da comunidade, contudo, a lei delimita esta colheita à oitiva de “**pessoas com experiência e autoridade na matéria**”.

Pela recente experiência prática das audiências públicas já realizadas[21] é possível afirmar que ela acaba por publicizar o debate da matéria a ser julgada e por fomentar uma espécie de controle, não formal obviamente, da população com relação à formação do ato jurisdicional[22]. Assim como, exatamente em razão de referida publicização, a audiência pública acaba por repassar para a comunidade uma grande quantidade de informações a respeito das questões em julgamento. O problema, porém, diz respeito à quarta finalidade, relativa à colheita de informações da comunidade.

Não apenas o texto legal foi resistente no que diz respeito à possibilidade de colher informações acerca da comunidade e dos seus interesses, delimitando tal possibilidade apenas ao diálogo com *experts*, como as primeiras experiências de audiência pública (abril de 2007, junho, agosto e setembro de 2008) demonstraram o conservadorismo de sua utilização, impedida de tornar-se um instituto que viabilizaria um maior contato do Judiciário com a comunidade, seus interesses e suas necessidades, e, portanto, de democratização.

A colheita de informações, no caso da audiência pública jurisdicional, está limitada num critério que nenhuma outra audiência prevê. Apenas a audiência pública das Leis nº 9.868 e 9.882, dentre todas as audiências aqui analisadas, limita a comunidade aos especialistas, seja na sua previsão legal, seja na forma como efetivamente tem sido realizada. O aporte de conhecimento majoritariamente técnico é a finalidade primordial das audiências jurisdicionais até então realizadas, o que se pode constatar da relação dos indivíduos que foram convidados[23] e do próprio teor de suas exposições. Sem falar nas manifestações orais ou por escrito dos Ministros: oral, no momento da audiência pública, no caso do(a) Ministro(a) que presidia o STF nas datas das audiências ou dos relatores das demandas; por escrito, no caso dos votos proferidos no julgamento da ADIn nº 3.510. É unânime o entendimento de que a audiência pública é realizada com o fim de suprir os ministros de conhecimentos técnicos indispensáveis à causa, o que, por si só, configura significativo avanço nas técnicas jurisdicionais, que passam a considerar a interdisciplinaridade típica da contemporaneidade, e a fazer maior uso da oralidade.[24] Onde estaria, porém, a finalidade tão cara às audiências públicas realizadas nos outros poderes e no Ministério Público de possibilitar um maior contato com a comunidade[25]? Não é possível afirmar a total inexistência deste contato, uma vez que os cientistas e especialistas não deixam de ser integrantes da comunidade. Contudo, e a grande gama da população e seus interesses, aqueles cuja participação autorizaria a falar numa legítima democracia, ou numa abertura de interpretação?

O discurso dos ministros por mais de uma vez mostra-se contraditório e paradoxal na medida em que conclamam a democratização e abertura implementadas pela audiência pública, mas deixam claro, quando a definem, que ela não passa de um instrumento criado para uso primordial do STF e de seus ministros, que, num “grande exercício de humildade”[26], se dispõem a ouvir aqueles cidadãos que inegavelmente, em determinados assuntos específicos, sabem mais do que eles. A audiência pública, assim, é uma via de sentido único: as informações são colhidas para o fim de contribuir com a confecção do voto dos julgadores, num sentido de suprir-lhes de conhecimentos técnicos e bastante específicos, e jamais no sentido contrário, de beneficiar a comunidade, que levaria até os ministros as suas necessidades.

Com efeito, no modo como a audiência pública jurisdicional foi criada e no modo como tem sido realizada, a abertura do Poder Judiciário e sua democratização mostram-se significativamente reduzidas. A audiência pública jurisdicional nem é exemplo de democracia direta e participativa, como querem os ministros do STF[27], e nem é plural, uma vez que a participação, na grande maioria das vezes, tem se limitado à elite intelectual do nosso país.

A audiência pública serve para melhor embasar o julgamento dos ministros, preocupados com a discussão técnica de cada demanda. E isto fica demonstrado explicitamente quando se analisa a forma como os ministros, em suas manifestações orais ou nos votos proferidos na ADin nº 3.510, definem a audiência pública. Seria ela um instrumento perante o qual o STF se “reúne para ouvir a opinião dos especialistas” que irão acrescentar e aprofundar os conhecimentos dos Ministros do STF, os quais, “conhecendo as limitações que são próprias do ser humano, tentar[ão] encontrar a melhor solução neste como nos outros casos.”

2.2. A audiência pública segundo o seu procedimento

No que diz respeito ao procedimento, cumpre observar que a audiência pública objeto do presente trabalho apenas foi instituída pelas Leis nºs 9.868 e 9.882, mas não regulamentada. Ademais, até o momento não foi editada qualquer norma auxiliar. Tanto é assim que para a concretização das audiências públicas jurisdicionais até o momento realizadas, seguramente se utilizou de fontes subsidiárias, como reconhecidamente aconteceu com a 1ª audiência pública da história do STF, relativa à ADin nº 3.510, quando o procedimento adotado foi aquele previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados[28]. Da análise das espécies de audiência pública previstas no ordenamento brasileiro, que possuem ampla regulamentação procedimental – como é o caso da Resolução 9/86 da Conama[29] e dos Regimentos Internos da Câmara[30] e do Senado[31] –, bem como daquela prevista nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, cabe melhor definir esta última segundo o seu procedimento, ou, melhor, segundo o procedimento que tem sido adotado para operacionalizar-lhe na prática, comparando-a com as demais.

A análise de referidos procedimentos é feita com relação a apenas quatro perguntas, que, segundo o entendimento desta pesquisadora, são os mais relevantes, quais sejam: a) quem pode propor e determinar a realização da audiência pública? b) quem determina quem falará na audiência pública? c) é possível o debate? d) é possível a participação de pessoas não previamente inscritas e convidadas no debate?

De acordo com o Regimento da Câmara dos Deputados, a realização de audiência pública pode ser proposta à Comissão da Câmara por qualquer dos seus integrantes, desde que o tema diga respeito a projeto de lei que esteja em pauta na referida Comissão ou corresponda a matéria de sua competência. Contudo, a realização da audiência também pode ser proposta por entidade da sociedade civil (art. 255), o que abre uma possibilidade de maior participação social. No que diz respeito às pessoas que serão ouvidas, é a própria Comissão quem as seleciona, dentre autoridades, pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades particulares (art. 256). Não é

permitida a participação na audiência pública, salvo na condição de mero ouvinte, de qualquer terceiro que não tenha sido convidado a dela participar, o que não se aplica aos deputados, cujas interpelações deverão ser previamente inscritas (art. 256, § 5º). Por fim, no que diz respeito ao debate, é explícita a tentativa de assegurar condições de igualdade aos posicionamentos eventualmente divergentes (art. 256, § 1º). Entretanto, apenas os deputados poderão questionar os expositores, quando estes poderão replicar e os primeiros treplicar (art. 256, § 5º). Aos demais ouvintes ou aos defensores dos outros posicionamentos é vedada a elaboração de perguntas ou o debate/diálogo. Trata-se, portanto, da explanação do assunto objeto da audiência por parte dos convidados, com a possibilidade de interpelação apenas da parte dos deputados.

Semelhante ao Regimento da Câmara, no Senado Federal tanto integrantes da Comissão como entidades da sociedade civil podem propor a realização da audiência pública (art. 93, § 1º). Não é feita referência sobre quem tem poder de definir as pessoas que poderão efetivamente participar da audiência pública, não apenas como ouvintes, mas como interlocutores. Mas são apenas elas, juntamente com os senadores, que terão poder de fala, seja na exposição dos seus argumentos, seja em réplica aos senadores, únicos que poderão usar da interpelação, assim como acontece na Câmara. Logo, não é possível o debate, salvo interpelação de senadores com direito a resposta dos expositores (art. 94, §§ 2º e 3º), os quais, ademais disso, deverão se limitar à leitura de material previamente elaborado para a situação (art. 94, *caput* e § 2º).

No caso da Resolução nº 9/87 do CONAMA, instrumento legal que dispõe de forma mais completa sobre o assunto, a realização de audiência pública poderá ser proposta sempre que se julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos (art. 2º). Não há prévia definição acerca de quem falará na audiência, pois o debate se realizará com quem nela estiver presente (art. 3º). Com efeito, aqui ocorre um verdadeiro debate, sem delimitação dos possíveis participantes e com plena possibilidade de diálogo ou debate. Ademais, a não realização de audiência pública, quando solicitada por qualquer dos possíveis proponentes de que trata o artigo 2º, *caput*, leva à nulidade do licenciamento concedido pelo órgão ambiental. Sem falar que, em sendo necessário, será possível a realização de mais de uma audiência pública, a qual, aliás, deverá se realizar na localidade que for mais acessível aos interessados (art. 2º, § 4º).

No que diz respeito à audiência pública jurisdicional, prevista nas Leis nºs 9.868 e 9.882, a resposta aos quatro questionamentos supra formulados somente poderá ser dada a partir da visualização de sua concretização prática, visto ela não possuir regulamentação específica. Da situação concreta vislumbrada nos três processos judiciais que até o momento fizeram uso da audiência pública jurisdicional (ver nota de rodapé nº 21), é possível dizer, de modo bastante sucinto, que ela seja um instrumento à disposição das partes e dos interessados (*amicus curiae*) numa ADIn, ADC ou ADPF, que poderão requerer a sua realização, o que, porém, ficará na pendência do entendimento do Ministro Relator da demanda, que poderá ou não deferir o pedido. Também cabe ao relator definir quem, da comunidade, poderá participar da audiência pública como expositor. O relator, neste caso, além de poder vetar as indicações feitas pelas partes e interessados, poderá apontar outros nomes. Por fim, não se trata de um instrumento processual que visa promover o contraditório, mas de um mecanismo a serviço dos julgadores, prestando-lhes as informações técnicas e precisas de que podem não dispor, razão porque somente a eles é facultado formular perguntas. Afinal, é

apenas e tão-somente a incompreensão deles que se visa suprir, o que, aliás, tinha ficado sedimentado já quando da análise da finalidade.

O procedimento da audiência pública jurisdicional, portanto, muito mais se aproxima daquele procedimento previsto nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal do que daquele da Resolução nº 9/87 do CONAMA, que inegavelmente é muito mais aberto à comunidade. A opção legislativa foi tímida ao limitar apenas aos especialistas a possibilidade de participação na audiência e a efetiva concretização do instituto tem sido conservadora por adotar o procedimento burocrático e formal dos Regimentos da Câmara e Senado. Sendo desta forma, cumpre analisar de que espécie de abertura se está falando quando se refere à audiência pública, isto é, de que espécie de democracia.

3. Os desafios democráticos da contemporaneidade

De origem grega, assim como a política como um todo[32], a democracia teve início com Sólon, século VI a.C., em Atenas, para quem a política devia ser assunto do interesse e poder de todo o conjunto dos cidadãos.[33] Esta primeira versão da democracia foi moldada no formato direto. Ou seja, os cidadãos, mas apenas eles – excluídos os escravos, as mulheres e os estrangeiros –, detinham o direito da participação na vida pública, na qual, aliás, todos se encontravam em condições de igualdade e, conseqüentemente, de liberdade.[34] Aparentemente um modelo ideal, na própria época de sua vigência recebeu várias críticas, oriundas, por exemplo, de Platão[35] e Aristóteles[36].

De qualquer modo, na Idade Média, a crítica de Platão e Aristóteles se expande e a democracia passa a definitivamente carregar uma concepção atrelada à idéia de utopia e desordem. É só na Modernidade que ela resgata o seu aspecto positivo[37]. A democracia dos modernos está fundada no individualismo[38] e no liberalismo típicos das filosofias iluministas que deram origem ao Estado Liberal (século XVIII). Surgiu em oposição ao absolutismo monárquico (Estado Absoluto), justificado pela concepção política hobbesiana, segundo a qual o Estado e, conseqüentemente, a sociedade civil, teriam sido criados para o fim de assegurar a sobrevivência dos homens[39], que viviam em guerra uns contra os outros. A preocupação inicial e preponderante da democracia moderna, portanto, é com o indivíduo: pelo resguardo e proteção de sua vida, mas destacadamente de seus bens e de suas liberdades, o que é tratado sob o termo genérico de propriedade por John Locke[40], contra eventuais violências, principalmente estatais.

Se na sua origem democracia significava o exercício do poder pelo povo, na modernidade ela agrega a preocupação liberal-individualista, sofrendo considerável metamorfose conceitual. A democracia relativiza a sua principal finalidade de participação popular e volta toda a atenção para o indivíduo (e não para a sociedade) e para a sua liberdade, garantindo-lhe todos os direitos que lhe são próprios, com exclusão apenas daqueles que atinjam a individualidade do outro. Apesar da intrínseca relação entre liberalismo e democracia, as preocupações principais de cada uma destas filosofias são diferentes. Para Locke, o pai do liberalismo, o importante é a liberdade na faculdade

de agir e de se manifestar; para Rousseau, que é o representante do pensamento democrático moderno, o essencial é que os cidadãos devam obediência apenas às leis que tenham sido por eles próprios criadas, daí o conceito de autonomia[41]. Dito de outro modo, para Locke o importante é ser livre para poder ser o indivíduo que se é, com todas as suas particularidades e diferenças, e para agir como se pretende (nos limites dos direitos do outro). Para Rousseau, o importante é poder participar e influir na tomada de decisão acerca das questões comunitárias.

Com efeito, as preocupações de Locke e Rousseau são responsáveis por dar origem a duas importantes espécies da democracia moderna: a democracia clássica e a continental, respectivamente[42]. O formato que prevaleceu – a democracia liberal clássica –, muito mais liberal (e individualista) do que democrata, além de garantir a liberdade de manifestação, assegura, ao menos em tese, o direito à defesa e ao *reconhecimento* das diferentes concepções de bem comum, acabando por superar a realidade uniforme da Grécia Antiga e também a concepção de vontade geral de Rousseau.[43]

Como vinha sendo dito, a democracia na modernidade voltou a ser ambicionada pela grande maioria da população. Contudo, seja em razão do tamanho e da complexidade das sociedades modernas[44], ou da própria reformulação conceitual recém mencionada, em que priorizada a garantia das liberdades e não mais o exercício do poder pelo povo, no lugar da democracia direta foi adotado o modelo de democracia indireta: a representação. Ou seja, a democracia moderna, além de liberal, pressupõe a participação do povo através de representantes, que são aquelas pessoas eleitas para a finalidade específica de participar das deliberações coletivas representando os seus eleitores. A insuficiência deste modelo, porém, não demorou a ser constatada pelo fato de que o povo frequentemente não se vê atendido nos seus interesses, mesmo quando eles equivalem ao interesse da maioria.

A perspectiva clássica da democracia prevê a inclusão das minorias, ao contrário do que a perspectiva do liberalismo continental (Rousseau), que preconizava a unanimidade. Contudo, mesmo ela não consegue proporcionar a inclusão de todas as minorias e diferenças. Afinal, se na democracia tradicional, seja a direta ou a indireta, o que há de prevalecer é a vontade do povo, quem decidirá, ao fim e ao cabo, mesmo que se pretenda dar oportunidades às diferenças, é a maioria. Tanto é assim que a sociedade que se auto-intitula a mais democrática, a norte-americana, é reconhecidamente também aquela que, nas suas origens (século XVII e XVIII), foi a mais equânime, o que significa dizer que a maioria nela formada exclui poucas minorias ou diferenças.

De acordo com Alexis de Tocqueville, “se existisse na América uma classe de cidadãos que o legislador trabalhasse para despojar de certas vantagens exclusivas [...], é provável que a minoria não se submetesse facilmente a suas leis.” Acontece que, no dizer do mesmo autor, os Estados Unidos da América (EUA) “foram povoados por homens iguais entre si”, razão porque “não há dissidência natural e permanente entre os interesses de seus diversos habitantes.”[45] Não é à toa, então, que os EUA muito já foram (e ainda são) aclamados pelo modelo de democracia que representam. Apesar de a democracia dos modernos estar fundada nas diferenças, é num contexto de similaridade em que mais facilmente ela se concretiza. O mesmo se pode dizer da democracia direta. A democracia direta é o modelo que melhor possibilita o surgimento das diferenças, mas ela obteve tanto sucesso na Grécia principalmente pelo fato de que

nas Cidades-Estado pouca era a diferença entre os cidadãos.[46] O próprio Rousseau, idólatra da democracia direta e crítico da representativa, chegou a afirmar que uma verdadeira democracia jamais chegou efetivamente a existir, assim como jamais existirá, uma vez que exigiria, dentre outros requisitos, uma “igualdade entre as classes e as fortunas”[47], isto porque ele sabia da dificuldade que as minorias e os dissensos representavam no processo de votação e aprovação do bem comum.

Com efeito, a democracia, ao menos nos seus formatos mais tradicionais – direta e representativa – e segundo as experiências mais conhecidas, não apresentou condições suficientes para a proteção e valorização das diferenças. Se, de um modo geral, a democracia não tem lidado bem com as diferenças, o grande desafio da sociedade contemporânea é reformulá-la de modo a conseguir um equilíbrio sustentável e eficaz entre ela e sociedade plúrima, diversificada e complexa[48] de nossos tempos, até porque se a democracia não lida bem com as diferenças.

É perante toda esta conjuntura que se insere a audiência pública jurisdicional. Sem dúvida que a audiência pública atende aos pressupostos democráticos, de acordo com o modelo liberal, prevalecente no contexto pátrio. A questão é saber se ela é sincrônica com a democracia que se pretende adaptada à complexidade do agora; se ela é capaz de fornecer a devida atenção exigida pela contemporaneidade às diferenças.

3.1. Os novos agentes democráticos: audiência pública participativa?

Não sendo possível assemelhar os integrantes de uma comunidade, aproximando-a das experiências de Atenas e dos EUA do século XVII e XVIII, ainda mais na contemporaneidade, a única alternativa é modificar o modelo de democracia, adotando um sistema que facilite a aparição das diferenças. Se o modelo de democracia direto, de acordo com as próprias críticas platônicas, é favorável à diversidade, a comunidade contemporânea não mais comporta tal metodologia política. Por outro lado, a democracia representativa, de fácil implementação, mostra-se pragmaticamente insuficiente perante a população.

A audiência pública jurisdicional, inserida neste contexto, promove a democratização societal, mesmo que incidente em apenas um dos poderes de Estado, o Poder Judiciário, já que supera o modelo de democracia representativa, que, indiretamente[49], também o atinge, em que os representantes, no entanto, não são os políticos eleitos, mas os julgadores que integram seus quadros funcionais, quais sejam os juízes selecionados via concurso, como obrigatoriamente acontece na primeira instância[50], ou os promovidos[51], indicados[52] ou ainda escolhidos e nomeados[53] juízes, desembargadores e Ministros dos Tribunais Regionais e Superiores. A superação da democracia representativa tradicional promovida pela audiência pública é decorrência da aproximação da comunidade do centro de poder, no caso o STF, o que é feito através de outros representantes – os participantes da audiência pública –, os quais, porém, atuam de forma vinculada aos interesses dos representados, o que garante a estes que suas pretensões sejam realmente defendidas.

Ao contrário da forma como a audiência pública tem sido tratada pela jurisprudência[54] e da justificativa que foi dada quando de sua criação[55], não corresponde ela a um instrumento de democracia participativa, no sentido específico do termo. Trata-se de uma democracia representativa, nos formatos de que trata Bobbio em sua obra *o Futuro da Democracia*[56]. Falar em democracia participativa no Poder Judiciário significaria dizer que grande parte das atividades jurisdicionais continuariam sendo realizadas sob a ótica da democracia indireta (representativa), cujos representantes neste caso são os juízes, mas que determinadas questões especiais, como é o caso daquelas de interesse geral – por exemplo, as que são objeto de ADin, ADC e ADFP –, seriam apreciadas através da participação direta e imediata da comunidade. Isto porque a democracia participativa é intermediária entre o modelo direto e o representativo. A democracia participativa, “não obstante ser um sistema cuja base decisória de poder se dá por via oblíqua (indireta), não significa que os cidadãos não possam também exercer diretamente, em certas circunstâncias, e, por instrumentos decisórios conjugados ou diretos, os poderes governamentais”[57]. De acordo com Benevides[58], a implementação da democracia participativa, que ela chama de democracia semidireta, serve de corretivo à democracia representativa.

Na medida em que a audiência pública não permite a participação direta da população nas questões submetidas a julgamento numa ADin, ADC ou ADPF, mas apenas a participação de parte da comunidade, mais precisamente daqueles admitidos pelo Ministro relator do processo, que, portanto, serão os representantes de todo o restante da população, não se pode dizer que ela seja um instrumento de democratização do Poder Judiciário no sentido da implementação da democracia participativa em substituição da democracia representativa. A audiência pública não é exemplo da atuação direta da comunidade quando do processamento e julgamento de algumas questões especiais. A situação é de atuação indireta: a comunidade irá intervir de modo mais próximo, mas ainda através de representantes.

A preocupação em franquear a democracia participativa ou direta, aliás, foi refutada por Bobbio já há 30 anos atrás, em 1978, na obra recentemente citada. O apelo por mais democracia, com o que, segundo Bobbio, estaríamos todos de acordo, não será e não está sendo atendido, ao contrário do que se teria imaginado, pela passagem da democracia representativa para a democracia direta. Segundo o autor, a democratização das sociedades contemporâneas se processará a) pela adoção de outra modalidade de representação, a qual se assemelha ao modelo de democracia direta, sem os inconvenientes oriundos de sua adoção radical[59]; b) pela expansão da democracia representativa para outras esferas, que não apenas a política.

A modificação na modalidade de representação, no caso, proporciona a maior proximidade da população dos centros de decisão. A participação da comunidade passa a acontecer através de mandatários ou porta-vozes da sua vontade, que, diferentemente do que acontece com a democracia representativa clássica, ocuparão referido cargo apenas enquanto o representado assim o quiser. Os porta-vozes meramente reproduzem e publicizam os interesses dos representados, podendo a qualquer momento serem destituídos do “cargo” ou substituídos. Segundo Bobbio, no caminho para se aproximar da democracia direta, sem adotar-lhe de modo absoluto, está a adoção da representação por mandato (representante como delegado), em que além da possibilidade de o representante poder ser substituído a qualquer tempo, estará ele também limitado aos interesses do(s) representado(s), ao contrário do que acontece hodiernamente na

democracia tipicamente representativa em que o representante atua na forma de fiduciário, ou seja, “tendo poder de agir com uma certa liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando a confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses.”[60]

A representação na audiência pública inegavelmente acontece via mandato. Afinal, as partes, os *amicus curiae* e as entidades civis que foram autorizadas a participar da audiência pública jurisdicional puderam indicar o(s) representante(s) que bem pretenderam[61], com o que puderam escolher aquele(s) no(s) qual(is) mais confiam para a realização da defesa dos seus interesses. A representação por mandato é talvez o maior progresso promovido pela audiência pública em termos de democratização da sociedade e, mais especificamente, do Poder Judiciário, até porque ir além dela, implementando a democracia direta ou participativa, nem mesmo seria conveniente. Tocqueville[62], no estudo que fez dos Estados Unidos da América, no século XIX, salientou que “Os americanos quiseram que os membros da legislatura fossem nomeados *diretamente* pelo povo, e por um prazo *muito curto*, a fim de obrigá-los a se submeterem não apenas às leis gerais, mas também às paixões cotidianas de seus constituintes”[63].

A audiência pública de que tratam as Leis nº 9.868 e 9.882 possibilita um maior contato social com o poder, tendo em vista que através dela é inserida no processo jurisdicional uma figura intermediária entre a comunidade e os Ministros do STF. Os interesses que compõem a comunidade, ou ao menos parte deles, são levados até bem próximo dos juízes, quando, então, nas questões coletivas, não mais se farão presentes apenas os interesses das partes e o entendimento dos julgadores. A inserção dos representantes autorizados a participar da audiência pública cumpre o papel de aproximar significativamente a comunidade de seus outros representantes, os juízes. A importância de tudo isso, portanto, atinge a comunidade indiretamente, na medida em que, nutrindo os Ministros do STF de maiores informações e conhecimentos específicos sobre o tema, melhor disporão sobre o assunto. Questões de tamanha abrangência exigem condutas de extrema responsabilidade[64] dos julgadores e a determinação para que ela seja realizada audiência pública é exemplo deste cuidado.[65]

Em síntese, é possível concluir que a audiência pública a) não promove a democracia direta ou participativa, o que sequer é objeto de crítica, mas b) promove integralmente a modificação do modelo de representação, substituindo o representante fiduciário pelo mandatário, aprofundando o contato comunidade-Poder Judiciário, o que talvez seja a maior contribuição da audiência pública para a sua sincronização com a contemporaneidade.

3.2. Os novos ambientes democráticos: audiência pública plural?

Se a adoção da representação por mandato acabou por aproximar a comunidade do centro de poder, e, com isso, atendeu ao apelo social por mais democracia, conforme recém visto, cumpre verificar se a audiência pública atende ao mesmo apelo no que diz

respeito à expansão da democracia representativa para outras esferas do contexto social, o que é tratado por Bobbio[66] sob o nome de pluralidade.

Falar em pluralidade significa a ampliação dos centros de poder para o fim de combater o poder monocrático e centralizado. Na verdade, a pluralidade também é um corretivo à democracia representativa, assim como já foi dito quanto à democracia participativa. A democracia, por si só, em qualquer de suas subespécies, visa combater o poder autocrático, ou seja, o poder imposto de cima para baixo. Contudo, nem todos os modelos de democracia são capazes de, ao mesmo tempo, também combater o poder monocrático. A democracia direta, em que os cidadãos diretamente decidem a respeito das questões que lhe digam respeito – e aqui se pode inserir também a democracia participativa –, além de se opor ao poder autocrático, também se opõe ao monocrático. A democracia representativa, diferentemente, até pode ser capaz de impedir que o poder seja exercido autocraticamente, no sentido descendente, mas raramente conseguirá impedir a centralização do poder. De acordo com Bobbio, “o defeito da democracia representativa se comparada com a democracia direta consiste na tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos; tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si” [67].

A democracia representativa, portanto, melhor conseguirá combater o poder monocrático se distribuir este poder por outros setores da vida social. Enquanto a democracia direta possibilita o combate à centralização trazendo para dentro do próprio poder, através, por exemplo, da ágora de Atenas ou do plebiscito, referendo e iniciativa popular[68], toda a multiplicidade e diversidade comunitária, fazendo, portanto, que tanto o poder seja exercido de baixo (do povo) para cima, como de forma plural, já que presentes na discussão e tomada de decisão todos os interesses e não apenas os da elite, a democracia representativa precisa criar novos espaços para que esta pluralidade possa aparecer, tendo em vista que no poder centralizado apenas os representantes podem atuar e, portanto, apenas alguns poucos interesses, normalmente os interesses particulares deles próprios, são ouvidos.

A audiência pública jurisdicional, não se pode negar, é exemplo da proliferação dos centros de poder, da pluralização democrática ou, ainda, dito de outro modo, da expansão da democracia representativa para os outros segmentos sociais em que atua o indivíduo, isto é, para aqueles locais em que o sujeito é considerado não como cidadão, no sentido eminentemente político[69], mas como empregado, estudante, vizinho, consumidor e, no caso da audiência pública em apreço, como jurisdicionado, enfim, nas suas outras possíveis facetas.

O pluralismo, segundo Antonio Carlos Wolkmer[70], se opõe ao monismo e ao centralismo; é a “*multiplicidade dos possíveis*”. Se o pluralismo jurídico se opõe ao monismo e centralismo da jurisdição estatal e defende a multiplicidade de locais em que possível o exercício do direito, como é o caso da prática jurídica realizada no Bairro da Lata no Rio de Janeiro, estudada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos[71], o pluralismo democrático é a multiplicidade de locais em que possível o exercício da democracia, ou seja, a multiplicidade de locais em que possível a participação popular na tomada de decisão, seja lá qual for o modelo de democracia adotado. O pluralismo, analisado no âmbito político-democrático, representa a recusa de que a atuação eleitoral seja a única forma de participação popular e, portanto, de democracia. O pluralismo

quer desmitificar o monismo de que é símbolo, numa democracia representativa, o voto nas eleições, para sustentar que também em outros lugares é possível a democracia. Não se trata, portanto, de alterar a forma de democracia, que, na grande maioria dos sistemas contemporâneos, como acontece no Brasil, é a representativa, mas de estendê-la a outros ambientes.

É neste contexto que se insere a proposta do alemão Peter Häberle[72] de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, no sentido de que a interpretação desta deve se feita por todos aqueles que vivem sob as suas normas. Trata-se de um projeto tipicamente pluralista, pois que visa democratizar a jurisdição constitucional, que nada mais é do que um outro local em que pode estar inserido o indivíduo, no caso, como titular de direitos e deveres constitucionais e que age, em nome próprio – quando legitimado para o ajuizamento da “ação” processual – ou como substituído processual, no intuito de obter a defesa ou proteção preventiva[73] de um direito ou a defesa ou proteção de um direito violado ou em vias de violação.

A pluralização promovida pela faculdade de atuação democrática em audiência pública, nos processos de ADin, ADC e ADPF, entretanto, é extremamente limitada. A audiência pública, então, é um instrumento de pluralização tão-somente limitada ou selecionada. Ora, se a pluralização, como referido acima, visa exatamente permitir que a democracia representativa, quando realizada também em outros locais, como é o caso do Poder Judiciário, combata a centralização do poder na mão das elites – ao pequeno grupo dos representantes eleitos do Poder Executivo e Legislativo –, a audiência pública acaba por contribuir com esta elitização quando veda que todos os interesses possam ser representados numa audiência pública.

Pode-se falar, aqui, naquilo que Bobbio[74] chamou de tecnocracia. A democracia é incompatível com tecnocracia, pois, nesta, a participação popular está limitada aos especialistas, exatamente como acontece na audiência pública. É evidente a indispensabilidade do conhecimento técnico e, conseqüentemente, dos especialistas, mas a contribuição deles não pode ser feita em nome da democracia. Uma coisa é a arrecadação de informações indispensáveis para a tomada de uma determinada decisão, inclusive a jurisdicional. Outra coisa é a oitiva, mesmo que apenas via representantes, dos integrantes da comunidade acerca dos seus interesses, ou seja, a abertura da discussão a todos os que puderem ser afetados pela decisão que será tomada.

Em síntese, é possível concluir que a audiência pública a) não promove a democracia direta ou participativa, o que, entretanto, sequer é objeto de crítica, b) promove integralmente a modificação do modelo de representação, substituindo o representante fiduciário pelo mandatário, aprofundando o contato comunidade-Poder Judiciário, o que talvez seja a maior contribuição da audiência pública para a sua sincronização com a contemporaneidade, mas c) promove apenas parcialmente a pluralização democrática, já que não obstante expandir a democracia representativa, normalmente limitada à esfera político-estatal, também para o Poder Judiciário, não são todos os interesses que poderão ser representados na audiência. Aqui a crítica se faz presente e o seu objeto principal é a manutenção das elites – acrescida, no entanto, a elite intelecto-científica – nos centros de poder, vedado, com isso, o aparecimento das diferenças e minorias.

4. Considerações finais

Da análise supra, realizada a partir da previsão legal, tanto da audiência pública jurisdicional (Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99), como das outras principais espécies de audiência pública inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também da concretização prática de referido instituto, é possível afirmar que a audiência pública não é exemplo de democracia participativa e plural. Sem dúvida que referido instituto promove a democracia, haja vista a aproximação da comunidade dos centros de poder e a ampliação dos locais em que os cidadãos possam atuar e contribuir com a tomada de decisão. Contudo, não se trata da espécie de democracia participativa, a qual implica falar na participação direta da comunidade no que diz respeito a questões especiais e/ou previamente selecionadas. E também não é o caso de uma democracia plural, haja vista a manutenção das elites no poder, no caso, a elite intelectual.

A audiência pública, portanto, é sim um instrumento de significativa abertura do Poder Judiciário à comunidade. Mas isto não significa dizer que ela seja representativa da democracia participativa e plural. Ainda cabe serem feitas investigações em outros tantos aspectos: se a audiência pública promove a democracia deliberativa, em sentido lato; se ela institucionaliza a recusa ao dogma moderno da neutralidade axiológica[75]; etc. Contudo, numa análise preliminar, a exigência é para que se tenha cuidado com a euforia resultante da adoção da audiência pública jurisdicional como instrumento da jurisdição pátria.

Afinal, se ela efetivamente não atende aos pressupostos legitimadores da democracia participativa e, sobretudo, da democracia plural, pode acabar funcionando como instituto contra-democrático, posto que, na mesma medida em que não promove a democratização conforme prometido, a “propaganda enganosa” a seu favor enseja a crença de que estaríamos exercendo nossa cidadania, sendo responsáveis pelas decisões tomadas no STF, o que automaticamente nos mantém “inconscientemente” conformados em nossa posição passiva de simples receptáculos da tutela jurisdicional, passividade esta que constitui objeto de crítica contundente de Hannah Arendt[76], a ponto de ela referir-se à passividade humana como a pior herança deixada pela modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano Ramos. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 190-5.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001.

BARZOTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos nº 189 do Projeto de Lei nº 2.960. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008. Pesquisar pelo nº do projeto.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução 1/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução 9/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008.

BRASIL. Regimento da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. Regimento do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRITO, Carlos Ayres. Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível no sítio: <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”.

CHIOVENDA, Chiuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (Ou porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.

GRACIE, Ellen. Audiência pública realizada para instruir a ADIn nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Manifestação oral em audiência pública realizada sob a sua presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível no sítio: <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LISBOA, Wladimir Barreto. *A filosofia civil em Thomas Hobbes*. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/a_filosofia_civil_em_thomas_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alba, [S.d.].

MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 530-4.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 637-40.

[1] A audiência pública de que tratam as Leis nº 9.868 e 9.882 será chamada ora de audiência pública, ora de audiência pública jurisdicional, termos, portanto, que serão usados como sinônimos. Sempre que se referir a outra espécie de audiência pública isto se fará de modo explícito.

[2] Em específico, da jurisdição constitucional pátria, mas não é objeto do artigo a delimitação do tema na jurisdição constitucional. A proposta é de investigar o instrumento processual da audiência pública.

[3] SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007.

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos nº 189 do Projeto de Lei nº 2.960. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008. Pesquisar pelo nº do projeto.

[5] De acordo com o currículo do Ministro Gilmar Mendes, disponível no sítio <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2004.

[6] BRASIL. Exposição de Motivos nº 189 do Projeto de Lei nº 2.960. Disponível no sítio <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2004.

[7] Trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 2.960 consultado na página da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos respectivos sítios eletrônicos:

<www.camara.gov.br> e <www.senado.gov.br>. Também serviu de orientação o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

[8] Todos estes dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, à exceção do art. 7º, § 2º, o que garantiu a inserção da figura do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro.

[9] A Exposição de Motivos nº 189 está disponível no sítio da Câmara dos Deputados: <www.camara.gov.br>. Pesquisar pelo Projeto de Lei nº 2.960.

[10] **Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.**

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...] § 3º **As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.**

[11] Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...] § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

[12] Trecho extraído da justificação do Projeto de Lei nº 2.872, de 1997, apresentado pela Deputada Sandra Starling. Referido projeto de lei está disponível no sítio da Câmara dos Deputados: <www.camara.gov.br>. A proposta inicial do Projeto de Lei era composta de apenas 3 artigos, sendo que o principal deles previa o seguinte:

Art. 1º. Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição.

[13] Consultar trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 2.872 no sítio <www.camara.gov.br>.

[14] Currículo do Ministro Gilmar Mendes, disponível no sítio <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

[15] **Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.**

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[16] BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução 1/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

[17] BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução 9/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008.

[18] BRASIL. Regimento da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008

[19] BRASIL Regimento do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

[20] GRACIE, Ellen. Audiência pública realizada para instruir a ADIn nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Manifestação oral em audiência pública realizada sob a sua presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível no sítio: <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”.

[21] O Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou a audiência pública pela primeira vez apenas no ano de 2007, mais precisamente no dia 20 de abril de referido ano, nos autos da ADIn nº 3.510, processo que ficou conhecido como a ADIn das células-tronco embrionárias, quando discutida a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Até o momento, ocorreram ainda mais cinco audiências públicas, relativas a dois outros processos judiciais: a) a ADPF nº 101, em que discutida a possibilidade de o Brasil importar pneus usados, cuja audiência pública foi realizada no dia 27 de junho de 2008, e b) a ADPF nº 54, relativa à antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, cujas audiências foram realizadas nos dias 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008.

[22] Não devemos ser ingênuos e pressupor que os Ministros do STF, assim como qualquer julgador que se encontrar em situação semelhante, não sofrerão pressão psicológica em razão de manifestações populares e da imprensa.

[23] Consultar as notícias do sítio do STF. Pesquisar por “audiência pública”. Vide: <www.stf.gov.br>.

[24] SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007. No que diz respeito à oralidade, cumpre lembrar Chiovenda, maior defensor do princípio, para quem o “Processo dominado pelo princípio da livre convicção do juiz, e que se proponha seriamente realizá-lo, não pode ser senão oral, porque só o processo oral permite ao juiz formar uma convicção com a observação pessoal e direta do material da causa”. CHIOVENDA, Chiuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 159.

[25] É EXEMPLO DESTA CONTATO COM A COMUNIDADE A AUDIÊNCIA PÚBLICA QUE FOI REALIZADA NO DIA 05 DE JUNHO DE 2007 NO MUNICÍPIO DE PINHEIRO, NO MARANHÃO, PROMOVIDA PELO SETOR DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. O EVENTO CONTOU COM A “PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTES DA COMUNIDADE E FÓRUMS DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA”. O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA, SAUDOU OS PARTICIPANTES DO ENCONTRO “DESTACANDO O INTERESSE DO MPMA EM OUVIR AS DEMANDAS DA POPULAÇÃO.” SEGUNDO O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, TUDO O QUE FOR COLETADO NA AUDIÊNCIA SERÁ AVALIADO COM OS PROMOTORES DE JUSTIÇA. SÃO EXEMPLOS DE QUESTÕES QUE A COMUNIDADE LEVOU À DISCUSSÃO NA AUDIÊNCIA PÚBLICA: A) A EXTENSIVA CRIAÇÃO DE BÚFALOS NA REGIÃO; B) A POLUIÇÃO SONORA DA CIDADE; C) AS QUEIMADAS CRIMINOSAS NAS

RESERVAS DO BABAÇU. A NOTÍCIA INTITULADA AUDIÊNCIA PÚBLICA EM PINHEIRO MOBILIZA POPULAÇÃO E FÓRUMS COMUNITÁRIOS FOI ACESSADA EM 01. SET. 2008 E ESTÁ DISPONÍVEL NO SÍTIOS: <[HTTP://OIMPARCIAL.SITE.BR.COM/INDEX.PHP?ITEMID=33&ID=9198&OPTION=COM_CONTENT&TASK=VIEW](http://oimparcial.site.br.com/index.php?itemid=33&id=9198&option=com_content&task=view)>.

- [26] GRACIE, Ellen. Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Manifestação oral em audiência pública realizada sob a sua presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível no sítio: <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”.
- [27] BRITO, Carlos Ayres. Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível no sítio: <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”.
- [28] De acordo com decisão publicada no dia 30 mar. 2007 nos autos da ADin nº 3.510: “Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99), não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental dispendo sobre o procedimento a ser especificamente observado. Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos *expertos* sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 *usque* 258 do RI/CD).” Vide andamento processual da ADin nº 3.510 no sítio: <www.stf.gov.br>.
- [29] BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução 9/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008
- [30] BRASIL. Regimento da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008
- [31] BRASIL Regimento do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.
- [32] Nas Cidades-Estado gregas a esfera pública prevalecia à privada. Foi também na “Grécia que apareceram as Constituições (*Politeiai*)” que era o que dava “forma e estrutura à Cidade-Estado”. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.
- [33] GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- [34] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Importa observar que durante esta fase histórica igualdade não se equiparava à justiça, como acontece hoje. A idéia de igualdade estava muito mais associada à de liberdade: na esfera pública todos eram iguais, não havia quem comandasse ou quem fosse comandado, razão porque, inevitavelmente, a situação seria também de liberdade.

[35] Para Platão, a política é uma arte que não pode ser ensinada, devendo ser praticada por aqueles poucos homens com competência para tanto. Não é a assembléia, por voto da maioria, que poderá dizer o que é o bom, o belo e o justo, mas os homens sábios, os filósofos, e “é impossível que a multidão seja filósofo”. A política deve ser exercida por aquele que possa alcançar a essência do justo, conforme previamente dada. PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 189.

Observar, porém, que a reserva que Platão tem da democracia não é decorrência apenas de questões de natureza filosófica. Na esfera pragmática, fica evidente a mágoa de Platão pela condenação de Sócrates à morte pelos democratas atenienses.

[36] Para Aristóteles, a oligarquia, a democracia e a tirania são as formas patológicas dos regimes da aristocracia, república e monarquia, respectivamente. A patologia existe quando a minoria, a maioria ou o monarca não buscam a felicidade geral, o interesse comum, mas sim interesses particulares do soberano. Aristóteles não se opõe, como Platão, à coletividade, pelo contrário, até mesmo a prefere. A sua crítica, no caso da democracia, não diz respeito, portanto, ao grande número pessoas que, em conjunto, serão o soberano, mas ao fato de o povo governar em prol do interesse “dos pobres ou das pessoas pouco favorecidas” e não preocupado com questões de interesse público. ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106. Ainda que Aristóteles também critique a falta de estabilidade e segurança da democracia, decorrente, porém, não da coletividade, mas do fato de que nela não são as leis que vigoram, como acontece na república, mas os decretos criados a cada dia e momento e conforme os interesses particulares, o pupilo de Platão já não se apega tanto a idéia de uma única essência ou verdade. Aristóteles irá falar de uma verdade – a qual é sujeita a contingências –, que deverá ser obtida no caso concreto, o que é possível a partir de um saber prático denominado de prudência. Sobre a prudência aristotélica, ver: BARZOTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192.

[37] José Maria Gomez, falando acerca da democracia, refere que “na época moderna só tardiamente ela superou uma antiga conotação negativa – associada a imagens de utopia, arcaísmo e desordem – e passou a ser usada, principalmente (embora não exclusivamente), para designar um regime político fundado no princípio da soberania do povo e um decantado elenco de arranjos institucionais e regras”. GOMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 16.

[38] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 22.

[39] Em razão da suposta escassez dos bens, os homens, em fase anterior à criação do Estado (estado ou condição de natureza), estão fadados à luta constante de uns contra os outros. Isto porque necessariamente sentem necessidade de satisfazer seus desejos, até porque somente desta forma manterão o próprio movimento o que, segundo análise antropológica, é o que mantém a própria vida humana. A manutenção do movimento, estimulada pelos desejos representa a manutenção da vida. LISBOA, Wladimir Barreto. *A filosofia civil em Thomas Hobbes*. Disponível em:

<http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/a_filosofia_civil_em_thomas_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

[40] LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alba, [S.d.].

[41] BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 48.

- [42] MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 530-4.
- [43] Segundo Rousseau, foi a oposição de interesses particulares que tornou necessário o estabelecimento das sociedades. A sociedade e o Estado, portanto, foram criados para conciliar as diferenças através da vontade geral. A soberania, aliás, é o “exercício da vontade geral”. ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 86.
- [44] O próprio Aristóteles falava nos limites mínimos e máximos populacionais que uma Cidade-Estado deveria observar. “Um Estado não pode ser composto por dez homens – e a partir de 100 mil já não é um Estado.” Aristóteles *apud* BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 126 e 127.
- [45] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 291
- [46] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- [47] ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 151. Também BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- [48] Vários são os autores a partir dos quais se pode falar nas características da sociedade contemporânea. A questão será abordada no capítulo 2.
- [49] Se os representantes não são eleitos pelos representados então o caso não é de democracia representativa, por isso que consta, acima, que este modelo de democracia apenas *indiretamente* atinge o Poder Judiciário.
- [50] Vide Constituição Federal, artigo 93, I.
- [51] Vide Constituição Federal, artigo 93, III.
- [52] Vide Constituição Federal, artigo 94.
- [53] Vide Constituição Federal, artigos 101 (Ministros do STF) e 104 (Ministros do STJ).
- [54] O Ministro Carlos Britto, relator da ADin nº 3.510, no relatório do seu voto, afirma ter determinado a realização de audiência pública, “esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa”.
- [55] A audiência pública tem como um de seus propósitos a democratização da prestação da tutela jurisdicional, conferindo-lhe um caráter mais pluralista, como consta na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.960, que deu origem à Lei nº 9.868/99. Disponível no sítio: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.
- [56] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- [57] AIETA, Vânia Siciliano Ramos. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 190-5, p. 194.
- [58] BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.
- [59] A adoção radical da democracia direta é descrita por Bobbio (1986, p. 42) como “a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a ele pertinentes”.
- [60] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 46.
- [61] A única situação, até o momento, em que negada a participação a um representante indicado pelas partes ou por entidade admitida a participar da audiência aconteceu na

ADPF nº 54, quando um dos indicados pelo Procurador-Geral da República, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, foi impedido de participar de outra audiência pública, uma vez que já tinha participado de audiência realizada no mesmo processo, representando outra entidade, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Vide andamento processual da ADPF 54 no sítio: <www.stf.gov.br>.

[62] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 169, p. 289.

[63] Segundo o autor, além do curto prazo de duração dos mandatos, se propagava o costume de os eleitores traçarem aos deputados por eles nomeados um plano de conduta, com certo número de obrigações positivas de que ele não poderia se afastar (p. 290).

[64] Responsabilidade esta de que já falava Tocqueville ao se referir à função da Corte Suprema norte-americana de fiscalização da constitucionalidade das leis, como acontece com a ADIn, ADC e ADPF. Tocqueville afirmou, no século XIX, não conhecer outro país que atribuísse tantos poderes ao Poder Judiciário e que a Corte Suprema norte-americana exercia atividade eminentemente política. Referiu, ainda, que na Corte Suprema tantas são as vezes em que são representados, por um lado, os interesses do Estado de Nova York, e, por outro, os do Estado de Ohio, ou seja, os interesses de um milhão de homens contra os interesses de dois milhões de homens, com o que, diz ele, “ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de pessoas.” TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 169. Note-se que todas as questões referidas por Tocqueville como sendo representativas da grande responsabilidade da Corte Suprema dos EUA pode tranquilamente ser transposta analogicamente para a função atualmente exercida pelo STF brasileiro.

[65] Saldanha e Espindola, a propósito da abertura do STF à sociedade a partir da audiência pública: “Pressupondo a limitação cognitiva de quem julga, abre-se à sociedade trazendo democratização ao processo, mas ao mesmo tempo mantém a obrigação de o julgador manter-se engajado no diálogo processual, ouvindo não só as partes do processo, mas outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007, p. 281.

[66] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

[67] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 61.

[68] Instrumentos de democracia direta ou participativa do ordenamento jurídico brasileiro, previstos no art. 14, I, II e III da CF/88 e regulamentados na Lei nº 9.709/98.

[69] Para sociedades como a nossa em que a democracia representativa assumiu o predomínio da discussão política, é cidadão o eleitor.

[70] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 637-40.

[71] SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

[72] Evidente é a influência da obra de Peter Häberle para a adoção do instituto da audiência pública no processo civil brasileiro. Seja em razão de o atual Ministro do STF

Gilmar Ferreira Mendes, responsável, como integrante da comissão criada pelo Poder Executivo, pela versão inicial do anteprojeto que se transformou na Lei nº 9.868/99, ser um estudioso e admirador da obra do autor alemão desde o seu doutoramento naquele país, na década de 1990, seja em razão de a audiência pública ser uma das melhores formas de concretizar, na prática, os ensinamentos de Häberle. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[73] Falar em tutela preventiva implica a superação da perspectiva tão-somente repressiva de proteção aos direitos. A respeito do assunto, ver: ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (Ou porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

[74] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 34.

[75] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[76] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

A RELAÇÃO ENTRE CULTURA E NACIONAL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO – CONSTITUCIONAL: O TOMBAMENTO DE DOCUMENTOS E SÍTIOS DETENTORES DE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS DOS ANTIGOS QUILOMBOS*

THE RELATIONSHIP BETWEEN CULTURE AND NATION IN A CONSTITUTIONAL APPROACH: THE PROTECTION TO DOCUMENTS AND SITES RELATED TO HISTORICAL MEMORIES OF QUILOMBOS

Bernardo Brasil Campinho

RESUMO

Este trabalho visa abordar a relação entre cultura e nacional sob a perspectiva jurídico-constitucional, com destaque para análise jurídico – sociológica do tombamento de documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, assim como disposto no art. 216, parágrafo 5o, da Constituição Federal de 1988, procurando entender em que medida a cultura e a história negras no Brasil passam de um “fardo pesado” para se tornarem uma importante contribuição à formação da identidade nacional no Brasil, legitimando a criação de mecanismos jurídicos para sua proteção na atual Constituição Federal e traduzindo, mais do que uma questão cultural, também uma questão de cidadania das comunidade negras, com um caráter simbólico forte: mostra que a Constituição não só acolheu como consagrou políticas afirmativas e que este deve ser um caminho a ser seguido por Estado e sociedade civil no Brasil em relação aos grupos minoritários.

PALAVRAS-CHAVES: CULTURA; NAÇÃO; CONSTITUIÇÃO; TOMBAMENTO; QUILOMBO

ABSTRACT

This work intends to approach the relationship between culture and nation through the constitutional view, specially based upon a juridical and sociological analysis of the protection to the documents and sites related to the historical memories of quilombos, as disposed in art. 216, paragraph 5o, of the Brazilian Constitution, seeking to understand in which ways the African culture and history in Brazil suffers a transition from an uncomfortable reference to an important contribution to the formation of national identity in Brazil, bringing legitimacy to the creation of legal mechanisms for its protection in the present Brazilian Constitution and expressing, more than a cultural issue, a matter of citizenship of African communities in Brazil, with a strong appeal: to show that the Constitution not only brings but also states affirmative policies and that

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

this path should be the way to be followed by the State and the civil society in Brazil in relationship to minorities.

KEYWORDS: CULTURE; NATION; CONSTITUTION; PROTECTION; QUILOMBO

1. Introdução: colocação do tema.

Este trabalho monográfico visa abordar a relação entre cultura e nacional sob a perspectiva jurídico-constitucional, com destaque para análise jurídico – sociológica do tombamento de documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, assim como disposto no art. 216, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Não se pretende aqui um esgotamento completo do tema tão importante. A finalidade precípua deste trabalho é entender em que medida a cultura e a história negras no Brasil passam de um “fardo pesado” para se tornarem uma importante contribuição à formação da identidade nacional no Brasil. Será utilizado, para uma análise específica, o dispositivo constitucional que garante o tombamento de documentos e sítios ligados à memória dos quilombos, mostrando como esse novo relevo da memória histórico – cultural afro-descendente ganhou força política e social que legitimou a criação de mecanismos jurídicos para sua proteção na atual Constituição Federal.

O problema a ser enfrentado neste trabalho passa por saber em que medida a memória histórico-cultural afro-descendente passou a ser importante contribuição para a formação de uma identidade nacional e como esse processo informou a criação de mecanismos jurídico-constitucionais para legitimar a preservação dessa memória, especificamente naquilo relacionado aos quilombos.

Assim, a trajetória a ser percorrida para enfrentar estas questões se iniciará com um capítulo sobre cultura e nação, onde se buscará compreender em que medida a idéia de cultura, especialmente a cultura popular, concorre e está relacionada à idéia de nação e à formação de uma consciência nacional.

Em seguida, será traçada a relação entre a cultura e a Constituição, entendida esta como o documento jurídico de maior valor para a Sociedade – Nação, no qual se organiza o Estado e se consagram os direitos fundamentais. Buscar-se-á, sobretudo a disciplina normativa da cultura, interpretando-se as novas constitucionais que regulam a matéria.

Num momento posterior, será feita uma análise do negro no contexto do pensamento social brasileiro, a partir da contribuição das ciências sociais. Logo em seguida, procurar-se-á traçar uma trajetória histórica da resistência negra no Brasil, a partir dos conflitos ocorridos nos períodos colonial e imperial, notadamente a formação dos quilombos, procedendo-se a uma compreensão de como esta resistência iluminou as experiências do movimento negro no século XX.

Por último, será analisada a norma constitucional que tomba os documentos e sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos, entendendo aí o significado sóciopolítico e o alcance jurídico – normativo deste dispositivo constitucional.

2. Cultura e nação

O tema da nação (ou da questão nacional) é, sem dúvida, extremamente controverso e permanece bastante atual. Mas como poderia se conceituada a nação? E qual o papel que desempenha a cultura (notadamente a cultura popular) para o tema da nação e da consciência nacional. Estes são os questionamentos principais deste capítulo.

Tema de grande relevo para as Ciências Sociais, a História, a Geografia e o Direito, a nação encontra no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª edição, 33ª reimpressão, as seguintes definições: 1. Agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por traços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos; 2. País; 3. O povo de um território organizado politicamente sob um só governo; 4. Pessoa jurídica formada pelo conjunto dos indivíduos, e titular de soberania; 5. Povo ou tribo indígena; 6. Raça, casta, espécie.

Com efeito, Max Weber adverte que a nação é um conceito que, se for possível defini-lo inequivocamente, jamais pode ser definido na base de qualidades comuns empíricas daqueles que se consideram seus membros. Para ele, em primeiro lugar, significa, sem dúvida, no sentido daqueles que o empregam, que de certos grupos de pessoas pode ser esperado, diante de outros, um sentimento de solidariedade específico, pertencendo, portanto, à esfera dos valores. Mas o próprio Weber alerta para o fato de que não há unanimidade nem sobre a questão de como delimitar esses grupos nem sobre a de que tipo de ação social deve resultar daquela solidariedade[1].

Já o historiador britânico Eric Hobsbawn constata que nenhum critério satisfatório pode ser achado para decidir quais das coletividades humanas podem ser rotulados deste modo. Assim, para ele, não há meio de informar o observador como distinguir *a priori* uma nação de outras entidades[2]. Apenas diz o referido autor que, na qualidade de hipótese inicial de seu trabalho, ele tratará a nação como sendo qualquer corpo de pessoas suficientemente grande cujos membros consideram-se como membros de uma “nação”.

Percebe-se assim que vários são os aspectos a ser levados em consideração na tentativa de definir o que seja uma nação e que este é um conceito difícil de ser delimitado. Mas isso não impede de forma alguma que se explore a relação entre cultura e nação; para tal, se utilizará como eixo de condução a idéia de cultura popular.

Utilizando-se novamente a obra de Eric Hobsbawn como referencial, este, que por sua vez se serve da divisão da história dos movimentos nacionais em fases, coloca que, a primeira fase de desenvolvimento dos movimentos nacionais, que teve lugar na Europa do século XIX, foi puramente cultura, literária e folclórica, sem implicações políticas particulares e mesmo nacionais.

Neste período, em razão do Período Romântico e da contribuição dos folcloristas, será delineado o conceito de cultura popular, de capital importância e intimamente vinculado ao tema da nação, notadamente nos países periféricos, especialmente no Brasil e na América Latina.

Renato Ortiz identifica dois pólos a partir dos quais oscila a idéia de cultura popular: inicialmente, segundo ele, fala-se de grupos populares, subalternos, no sentido classista do termo. Eles seriam os portadores de uma cultura radicalmente distinta, contrastante com a da elite esclarecida. É dentro desta perspectiva que toda literatura engajada utiliza a noção de cultura popular, atribuindo às manifestações concretas uma potencialidade na construção de uma nova sociedade. Ortiz não se limite, contudo, apenas a esta maneira de ver a cultura popular. Ele identifica também uma outra acepção do termo, mais abrangente: popular enquanto sinônimo de povo. A inflexão restritiva de classe cederia lugar a uma totalidade que a transcenderia. Daí a associação intrínseca entre cultura popular e questão nacional: a reflexão integra assim os limites da nacionalidade[3].

Destaca Renato Ortiz que a noção de cultura popular é fruto recente da História; surge somente com o movimento romântico, cristalizando-se com os folcloristas, tratando-se de uma criação de intelectuais, que com intenções variadas, voltam-se para a compreensão das tradições[4].

Assim, a idéia de cultura popular associa-se à herança passadista, cujo destino, no choque com o processo civilizatório, é ser eliminada ou confinada nos museus[5].

Ortiz identifica ainda uma simbiose entre o ideal romântico e o espírito nacionalista. No sul e no leste europeus o florescimento do estudo das culturas populares está estreitamente aliado ao debate sobre a nacionalidade; nos países eslavos, Itália e Espanha, cultura popular e cultura nacional são praticamente sinônimos[6].

Na Alemanha, o interesse pela cultura popular é uma maneira de se identificar como alemão, isto é, de se imaginar o projeto de uma nação em devir[7].

Neste sentido, pode-se dizer que a cultura popular é parte da construção do Estado – nação, ela é o elemento simbólico que permite aos intelectuais tomar consciência e expressar a situação periférica que seus países vivenciam[8].

Finalmente, Renato Ortiz coloca que o mesmo pode ser dito em relação ao marxismo na América Latina, no qual a problemática da identidade é parte integrante da cultura popular na sua luta contra o colonialismo e o imperialismo. A discussão encerra pois uma dimensão política, revelando as angústias e contradições que envolvem as regiões periféricas.

3. Constituição e Cultura.

O primeiro indício histórico de uma preocupação oficial com a preservação do patrimônio cultural nacional foi uma carta escrita em 1742, pelo então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, para o Governador de Pernambuco, Freire de Andrade, ordenando a sustação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres (construído por Maurício de Nassau) em um quartel para as tropas locais. O Vice – Rei recomendou ainda a restauração do palácio[9].

No âmbito constitucional, já no Brasil independente, a cultura não foi mencionada na Constituição Imperial de 1824, tampouco na Constituição Republicana de 1891.

A cultura passou a integrar os textos constitucionais a partir do momento em que as Constituições abriram um título especial para a ordem econômica, social, educação e cultura – o que se deu primeiro com a Constituição Mexicana de 1917 e depois com a Constituição de Weimar de 1918, e esta com maior influência sobre as Cartas Políticas produzidas entre as duas Grandes Guerras Mundiais. Foi daí que veio a norma do art. 148 da Constituição brasileira de 1934, que dispôs sobre a proteção das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral[10].

Desde então a cultura tem recebido tratamento constitucional em todas as Constituições brasileiras que se seguiram (1937, 1946, 1967, Emenda Constitucional N°1 de 1969 e 1988), sempre disposta topograficamente no documento constitucional em título conjunto com a educação, no contexto da ordem social.

Conforme esclarece José Afonso da Silva, as Constituições contemporâneas – ou seja, aquelas que provieram da derrocada dos regimes fascistas e militares após a década de 1970, alargaram os horizontes da proteção da cultura, surgindo daí a idéia de direitos culturais como dimensão dos direitos fundamentais, o que tem sua matriz já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, *cujo art. 27 estabelece que toda pessoa tem direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de participar do progresso científico e nos benefícios que dele resultam, e toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondem por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor*[11].

Diz ainda o referido autor que a Constituição brasileira de 1988 refere-se à cultura no art. 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220, parágrafos 2º e 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30 como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos arts. 215 e 216, como objeto do Direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições[12].

Deste modo, é possível se perceber que a Constituição tratou da cultura de várias formas e com significados e alcances distintos. Neste sentido, demonstra ainda José Afonso da Silva que na ordenação constitucional da cultura se encontram duas ordens de valores culturais, dois sistemas de significações: uma que são as próprias normas jurídico –

constitucionais, por si só repositório de valores (direitos culturais, garantia de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade de gozo nos bens culturais, etc.); outra que constitui da própria matéria normatizada: a cultura, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão, modos de criar, fazer e viver; criações artísticas; obras, objetos, documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios, monumentos de valor cultural)[13].

Ainda, o direito à cultura é um direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial[14].

A Constituição fala também em cultura nacional, quando garante “o acesso às fontes da cultura nacional”, e em cultura brasileira, ao referir-se ao patrimônio cultural brasileiro. Essas duas expressões não são necessariamente equivalentes. O “brasileiro” e o “nacional” nem sempre são termos intercambiáveis. O “brasileiro” tem uma abrangência peculiar a tudo que ocorre no território do país, enquanto o “nacional”, que se prende à idéia de nação, não raro é empregado em contraposição ao “regional”, ao “estadual” e ao “local”, mas também e especialmente ao “estrangeiro” e ao “internacional”[15].

Dentre as críticas que podem ser feitas ao tratamento constitucional da cultura, pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi extremamente longa na declaração de intenções, criando um programa de expectativas que se projetam no futuro, mas foi curta em fornecer os meios suficientes e princípios norteadores para a execução dos objetivos ali expressos.

4. A trajetória da cultura negra no pensamento social brasileiro.

Conforme relata Gilberto Freyre, o negro nos aparece no Brasil, através de toda nossa vida colonial e da nossa primeira fase de vida independente, deformado pela escravidão. Pela escravidão e pela monocultura de que foi o instrumento, o ponto de apoio firme, ao contrário do índio, sempre movediço[16]. O referido autor enfatiza ainda que a escravidão desenraizou o negro do seu meio social e de família, soltando-o entre gente estranha e muitas vezes hostil[17].

Com a substituição da ordem escravocrata por outra ordem hierárquica, a “cor” passou a ser marca de origem, um código cifrado pela “raça”. O racismo colonial, fundado sobre a idéia da pureza de sangue dos colonizadores portugueses, cedeu lugar, depois da independência do país, à idéia de uma nação mestiça, cuja cidadania dependia do lugar de nascimento (a nossa naturalidade) e não da ancestralidade[18].

Até a década de 1930, o Brasil tinha reconhecidamente uma questão racial, cujos fundamentos eram biológicos e demográficos. Assim, enquanto perdurou a importação de escravos africanos ou enquanto o volume de migração européia foi diminuto, éramos vistos como uma nação sem povo e sem uma cultura nacional[19].

Com efeito, Renato Ortiz diz que os intelectuais do final do século XIX têm que enfrentar uma contradição entre uma vontade de civilização e as condições materiais que insistem em denegá-la. Por isso nossos folcloristas são menos otimistas do que os europeus. Esses retiravam da definição de folclore o alimento ético para sua prática para – científica: a salvação da beleza morta. Nosso problema era outro. O passado que conhecíamos era o fardo do qual queríamos nos libertar. Negros e índios, interpretados pelas teorias racistas, atestavam aos olhos da *intelligentzia* os entraves para a evolução[20].

Neste contexto, é necessário fazer menção ao nome de Nina Rodrigues (1862-1906), considerado por muitos aquele que iniciou os estudos científicos sobre o negro no Brasil. Nina era um médico – legista. Sua preocupação pelo negro e por suas religiões insere-se num quadro de referência mais amplo que é pensar a sociedade brasileira, dar-lhe uma “certa ordenação e orientar, a partir de pressupostos científicos”, práticas de controle social[21].

Conforme demonstra Renato Ortiz, Nina Rodrigues procura desvendar as contradições estruturais à sociedade brasileira e que a impedem de seguir a trilha do progresso. O pensamento da elite tem assim, na visão do autor, a necessidade de compreender o mundo que o cerca de maneira menos dolorosa. Ele inventa uma realidade ilusória. Há, portanto uma contradição entre aparência e essência. Aparência que insiste em encontrar um mundo moderno e cristão entre nós, encobrando a realidade profunda das crenças africanas[22].

A visão do negro e da cultura negra no Brasil começa a se transformar a partir do advento da modernidade brasileira, que tem início, segundo a maior parte dos sociólogos e cientistas com o advento da Revolução de 1930, que pôs fim à Primeira República (1889-1929).

A noção fundamental passa a ser de que não existem raças humanas, com diferentes qualidades civilizatórias inatas, mas apenas diferentes culturas. O Brasil começa a pensar a si próprio como híbrido e miscigenado, não apenas e unicamente europeu, mas sim produto do cruzamento de brancos, negros e índios.

O caldeirão étnico brasileiro seria capaz de absorver e abraçar as tradições e manifestações culturais de diferentes povos que para cá imigraram em diferentes épocas[23].

No plano material, as bases econômicas da modernidade brasileira surgem com o advento da Revolução de 1930, consistindo no incentivo à indústria e a substituição da mão-de-obra brasileira, que passa a constituir um proletariado, com um estatuto jurídico que o regula (a Consolidação das Leis do Trabalho) e um status político reconhecido.

Vargas na política; Freyre nas Ciências Sociais; os artistas e literatos modernistas nas artes; conforme mostra Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, esses serão os principais responsáveis pela solução da questão racial, diluída na matriz luso-brasileira e mestiça de base popular, formada por séculos de colonização e de mestiçagem biológica e cultural, em que o predomínio demográfico e civilizatório dos europeus nunca fora completo a ponto de imporem a segregação dos negros e mestiços. Ao contrário, a estratégia dominante sempre fora de “transformismo” ou de “embranquecimento”, ou

seja, de incorporação dos mestiços socialmente bem sucedidos ao grupo dominante “branco”[24].

Deve-se perceber também que a cultura foi utilizada na década de 1930 para compor um nacionalismo cultural, modalidade de integração vertical que se sobrepõe às classes, etnias e demais formas de identificação intermediária, tentando eliminar as diferenças e ressaltando a solidariedade que se expressaria por um patrimônio cultural comum[25].

É nesse período que ocorre um significativo número de apropriação das manifestações culturais das camadas subalternas pelas elites, a exemplo do carnaval, da música popular da escola de samba. Estas manifestações são neste momento submetidas a um processo de controle simbólico, sendo a partir daí recodificadas e reutilizadas em um outro circuito de significações[26].

A isto poder-se-ia acrescentar a manipulação das danças e representações populares que, sob a denominação de folguedos folclóricos, são recortadas e apresentadas como elementos de uma cultura nacional, numa ótica em que a nação aparece como o lugar de encontro dos pares opostos onde as diferenças se equilibram e se harmonizam[27].

Nesse processo de apropriação das manifestações culturais das camadas subalternas pela cultura hegemônica, Eduardo Diatahy Menezes sugere a existência de três diferentes fases: a primeira, de rejeição inicial, momento em que a cultura popular é vista como delito ou desordem e por isto perseguida pela polícia; uma segunda, onde se sucede a domesticação empreendida pelo aparelho científico das classes dominantes, onde, através de registros, conceptualizações, tipologias, teorias e métodos, os intelectuais estabelecem as fronteiras entre os elementos perigosos e os figurativos ou apenas exóticos, que passam a ser não apenas valorizados, mas, numa terceira fase, a da recuperação, através da ação simultânea dos aparelhos ideológicos e da indústria cultural transformados em mercadorias, instrumentos de inculcação pedagógica, etc. [28].

Na construção deste nacionalismo cultural, a herança do negro teve um papel destacado. Conforme coloca Roger Bastide, era como se o Brasil, na esteira dos movimentos literários “modernistas” que tinham buscado descobrir a originalidade brasileira e cortar o cordão umbilical europeu, subitamente se conscientizasse do valor de traços culturais que tinham vindo da África[29].

Deve, contudo, se observar, conforme diz Antônio Sérgio Guimarães, que a democracia racial, enquanto “solução” da questão negra, não significou um esforço em combater desigualdades de renda e de oportunidades sociais entre negros e brancos, e, só parcialmente, no plano da cultura e da ideologia, representou um freio à discriminação e ao preconceito. Em termos jurídicos, somente com a Lei Afonso Arinos, em 1952, foi reconhecida a existência do preconceito racial no país, punindo-o como contravenção penal, ainda que sua prática continuasse disseminada e sem coibição[30]. Todavia, há de se reconhecer que, em termos ideológicos, as crenças na democracia racial e na origem mestiça do povo brasileiro serviram para solidificar a posição formal de igualdade dos negros e mulatos na sociedade brasileira[31].

5. Breve relato da resistência negra: os quilombos.

A palavra quilombo provém de *kimbundo*, povo negro dos grupos bantos de Angola. Vulgarmente significa “vacalhouto de escravos fugitivos”. [32]

Em diversos momentos da história brasileira os negros fugiam dos seus senhores como forma de se insurgir contra os tratamentos da escravidão. Deve-se, contudo, perceber que o tema da resistência escravista tem alcançado destaque na historiografia recente, mas tem gerado também uma série de polêmicas, que envolvem a extensão e a intensidade da resistência negra ao regime escravocrata.

Com efeito, a unidade básica de resistência no sistema escravista foi a da fuga. Para um produtor direito definido como “cativo”, o abandono do trabalho é um desafio radical, um ataque frontal e deliberado ao direito de propriedade. Quilombos pressupõem fugas, tanto individuais quanto coletivas. O mesmo se dá com insurreições urbanas, embora aqui se encontrem ocultas, embutidas na própria possibilidade de ação contestatória [33].

Já em 1607 há um documento, isto é, uma carta a Sua Majestade, do 6º Conde da Ponte, então Governador da Bahia, dando notícias de uma revolta de negros do grupo hauça [34].

Houve numerosas histórias de revoltas, tanto de escravos como de negros alforriados. O século XIX é um exemplo vivo desses acontecimentos [35]. Neste contexto, se inserem os quilombos, como um dos símbolos da resistência física ao regime escravocrata. Além disso, poderiam ainda ser citadas insurreições como a Revolta dos Malês, em 1835, na cidade de Salvador, que reuniu este grupo de negros islamizados e outras etnias, bem como as rebeliões do Período Regencial (1831-1840), a exemplo da Cabanada (1835) e da Balaiada (1838), onde negros se articularam com índios e com a população mestiça pobre para fazer frente ao Poder Central do Império, acabando finalmente derrotados.

Existiram inúmeros quilombos ao longo de toda a história da escravidão no Brasil, mas o mais conhecido deles é sem dúvida o quilombo de Palmares, estabelecido numa região que hoje pertence ao Estado de Alagoas, entre 1607 e 1695.

Sobre Palmares, as palavras de Manuel Bonfim parecem fornecer uma descrição apropriada (embora acentuadamente épica):

De todos os protestos históricos do escravo, Palmares é o mais belo, o mais heróico. É uma Tróia negra, e a sua história uma Ilíada. Foi a ocupação dos holandeses que deu lugar à formação da república dos escravos. O abandono das fazendas pelos senhores, e mais tarde o armamento dos escravos para expulsar os invasores, eis as causas imediatas da organização deste grande quilombo. Em 1630, quarenta negros guinéus, escravos de Porto Calvo, refugiaram-se nos Palmares, coisa de 30 léguas para o interior de Pernambuco, e fortificaram-se (...) à maneira que prosperavam, abandonavam a

pilhagem, fazendo-se agricultores. Lavraram e comerciaram; e os fazendeiros dos arredores, vendo-se livre do incômodo antigo de vizinhos tão hostis, tratavam agora com a cidade nascente, vendiam-lhe fazendas e armas (...) tinha ela então quatro ou cinco milhas de circuito; o recinto era fortificado por uma paliçada alta, à moda das aringas ou mocambas da África. Dentro havia plantações; um rio com água abundante, frondosas bananeiras, campos de milho e mandioca. A população contava com mais de vinte mil pessoas, das quais oito ou dez mil em armas esperavam os agressores. Caiu a república, destroçada pelas armas dos portugueses, mas caiu epicamente, como uma Tróia de negros”[36].

A descrição de Manuel Bonfim evidencia um dos elementos que impulsionou o surgimento e a formação de quilombos no século XVII: a desarticulação da Administração Colonial diante do domínio espanhol sobre Portugal e suas possessões (1580-1640) e as invasões holandesas (que perduraram até 1654). Neste sentido, a repressão aos quilombos e aos quilombolas (habitantes dos quilombos) começa a se institucionalizar e a intensificar com o Conselho Ultramarino, criado na parte final do século XVII para exercer rigoroso controle sobre a Administração Colonial. É neste período que se organiza e se implementa a destruição de Palmares em 1695.

O fim de Palmares deveria servir como exemplo e como forma de reforçar a dominação escravocrata no Brasil. Mas os séculos XVIII e XIX assistiram o surgimento cada vez mais intenso de comunidades quilombolas. Particularmente a partir de 1830, o surgimento de quilombos se articula com a contestação sofrida pelo regime escravocrata, minado pelo ideal humanitário de iluministas como Diderot e Holbach, de onde surgia uma condenação moral à escravidão, passando pelo combate ao trabalho escravo encampado pelos economistas liberais que muito influenciaram a elite brasileira no século XIX (Adam Smith principalmente), que sustentavam este combate a partir do alto custo da mão de obra escrava em comparação com o trabalho assalariado.

É importante notar, contudo, que mesmo uma solução mais radical e desafiadora como a fuga para colônias clandestinas – quilombos, mocambos, coitos, cidades – não estancava inteiramente o processo de negociação no conflito. Cada quilombo trazia em si, em proporções variadas, estas duas tendências[37]. Na cidade Maravilha, formada por volta de 1835 a noroeste de Manaus, na região drenada pelo rio Trombetas, negros e cafuzos parecem ter concertado algum modo de convivência pacífica com a sociedade circundante e praticam abertamente o comércio de intermediação entre as aldeias indígenas e os regatões[38].

6. O tombamento do de documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos: alcance jurídico e significado no contexto da Constituição.

A partir da formação de um nacionalismo cultural na década de 1930, a Cultura passou a integrar os Textos Constitucionais brasileiros, começando pela Constituição de 1934. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao tratar dos quilombos no

capítulo sobre a Cultura. Dispõe no art. 216, parágrafo 5º, que ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Já no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição estabelece que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando as terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos.

Juridicamente quilombo é entendido como “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenha rancho levantado nem se achem pilões neles”. Este conceito foi formulado mediante consulta ao Conselho Ultramarino, em 2 de dezembro de 1749.

A Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, segue a definição da Associação Brasileira de Antropologia, que determina ser remanescente do quilombo toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais tenham forte vínculo com o passado[39].

Por sua vez, tombamento pode ser definido como a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (art. 1º do Decreto-Lei número 25, de 30 de novembro de 1937)[40].

Empregando o vocábulo tombamento, o Direito brasileiro seguiu a tradição do Direito português, que utiliza a palavra *tombar* no sentido de registrar, inventariar, escrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo[41].

Após o tombamento da coisa, o domínio e a posse continuam a pertencer ao proprietário, mas a coisa não poderá ser modificada ou destruída sem a devida autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional[42].

As normas constitucionais que tratam da questão dos quilombos (art. 216, parágrafo 5º ; art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) não são meramente programáticas, ou seja, não buscam apenas orientar a elaboração de políticas pelo Poder Público. Não se tratam também de normas de eficácia restrita, as quais dependem de lei infraconstitucional para se tornarem eficazes.

As normas já anteriormente citadas têm eficácia plena e imediata, tratando-se de atos administrativos que se encontram diretamente na Constituição. É, portanto, uma ordem direta.

Não é necessária a elaboração de outra norma jurídica (lei, decreto, ato administrativo, sentença) para que os documentos e sítios históricos relacionados aos antigos quilombos sejam tombados, nem para que a propriedade definitiva seja concedida aos quilombolas. Aliás, neste último aspecto, a norma que concede o domínio aos habitantes das comunidades quilombolas está no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, onde o legislador constituinte coloca as medidas que logo após a promulgação da

Constituição deveriam ser implementadas de maneira imediata, instantânea e urgente. Tanto que a própria norma garante a propriedade definitiva e manda que o Estado emita os respectivos títulos aos quilombolas.

A atuação do Poder Público não diz mais respeito ao ato de tombamento, que já foi decretado pela própria Constituição, mas apenas em enquadrar quais comunidades podem ser entendidas como quilombolas, para que o tombamento possa ser reconhecido e produzir plenamente os seus efeitos nesta comunidade.

Mais do que preservar a memória e a cultura dos afro-descendentes no Brasil, a Constituição, ao tratar dos quilombos, estabeleceu uma orientação política em relação ao negro no Brasil: não basta a igualdade formal e de direitos e garantias individuais. É preciso resgatar e registrar (um dos significados de tombamento) a história do negro e, particularmente a história da resistência física contra a escravidão, não apenas como maneira de preservar o passado, mas também para iluminar a luta por melhores condições sociais e culturais para a comunidade negra no presente, especialmente na sua luta contra o racismo, o preconceito e a discriminação.

O tombamento dos sítios e documentos relacionados ao quilombos é mais do que uma questão cultural, é também uma questão de cidadania das comunidade negras. E tem um caráter simbólico forte: mostra que a Constituição não só acolheu como consagrou políticas afirmativas e que este deve ser um caminho a ser seguido por Estado e sociedade civil no Brasil em relação à diversos minorias, particularmente, no que tange esta trabalho, à comunidade negra, na busca por melhores condições sociais, econômicas, políticas e culturais.

7. Bibliografia Consultada.

BASTIDE, Roger. **O Estado Atual da Pesquisa Afro – Americana na América Latina**. Boletim Sárepegbé. Salvador, ano 1, n. 2, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 1988.

BONFIM, Manuel. **A América Latina: males de origem**. s/d.

COSTA Sebastião Heber Vieira. **Em Nome de Alá: algumas notas sobre a presença mulçumana entre os escravos da Bahia no século XIX**. In: História das Religiões no Brasil. Organizadora: Sylvana Brandão. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2002.

DANTAS, Beatriz Góis. **Vovó Nagô e Papai Branco: usos e abusos da África no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. Rio de Janeiro: Ed. José Olímpio, 25^a edição, 1987.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **A Questão Racial na Política Brasileira**: os últimos quinze anos. *Tempo Social: Revista Sociológica da USP*, São Paulo, 13(2): novembro de 2001.

_____. **Racismo e Anti – racismo no Brasil**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

HOBBSAWN, Eric. J. **Nações e Nacionalismos desde 1780**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ORTIZ, Renato. **Românticos e Folcloristas**. São Paulo: Olhos D'Água. S/d.

REIS, João José e Silva, Eduardo. **Negociação e Conflito: a resistência negra no Brasil escravista**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

[1] Weber, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 172.

[2] Hobsbawn, Eric. J. *Nações e Nacionalismos desde 1780*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 14.

[3] Ortiz, Renato. *Românticos e Folcloristas*. São Paulo: Olhos D'Água, p. 5.

[4] Ortiz, Renato. *Op. Cit.*, p. 61.

- [5] Ortiz, Renato. *Op. Cit.*, p. 65.
- [6] Ortiz, Renato. *Op. Cit.*, p. 65.
- [7] Ortiz, Renato. *Op. Cit.*, p. 66.
- [8] Ortiz, Renato. *Op. Cit.*, p. 66-67.
- [9] Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil. Volume 6. Comentário ao art. 216, parágrafo 1º.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 788.
- [10] Silva, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.
- [11] Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 40.
- [12] Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 42.
- [13] Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 35.
- [14] Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 48.
- [15] Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 78.
- [16] Freyre, Gilberto. *Casa Grande e Senzala.* Rio de Janeiro: Ed. José Olímpio, 25ª edição, 1987, p. 315.
- [17] Freyre, Gilberto. *Op. Cit.*, p. 315.
- [18] Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti – racismo no Brasil.* São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999, p. 45.
- [19] Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. *A Questão Racial na Política Brasileira: os últimos quinze anos.* *Tempo Social: Revista Sociológica da USP*, São Paulo, 13(2): novembro de 2001, p. 124.
- [20] Ortiz, Renato. *Românticos e Folcloristas. O Guarani: O Mito de Fundação da Brasilidade.* São Paulo: Olhos D'Água, pp. 77-78.
- [21] Dantas, Beatriz Góis. *Vovó Nagô e Papai Branco: usos e abusos da África no Brasil.* Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 151.
- [22] Ortiz, Renato. *Românticos e Folcloristas. O Guarani: O Mito de Fundação da Brasilidade.* São Paulo: Olhos D'Água, pp. 77.
- [23] Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. *A Questão Racial na Política Brasileira: os últimos quinze anos.* *Tempo Social: Revista Sociológica da USP*, São Paulo, 13(2): novembro de 2001, p. 123.
- [24] Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. *Op. Cit.*, p. 124.
- [25] Dantas, Beatriz Góis. *Vovó Nagô e Papai Branco: usos e abusos da África no Brasil.* Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 150.
- [26] Conferir Dantas, Beatriz Góis. *Op. Cit.*, p. 163.
- [27] Dantas, Beatriz Góis. *Vovó Nagô e Papai Branco: usos e abusos da África no Brasil.* Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 163.
- [28] Menezes, Eduardo Diatahy apud Dantas, Beatriz Góis. *Vovó Nagô e Papai Branco: usos e abusos da África no Brasil.* Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 164.
- [29] Bastide, Roger. *O Estado Atual da Pesquisa Afro – Americana na América Latina.* *Boletim Sárepegbé.* Salvador, ano 1, n. 2, 1975, p. 5.
- [30] A Constituição Federal de 1988 tornou a prática de racismo crime imprescritível (a pretensão punitiva do Estado não se extingue com o decurso do tempo) e inafiançável (o acusado não pode pagar fiança para responder o processo em liberdade provisória).
- [31] Guimarães, Antônio Sérgio Alfredo. *A Questão Racial na Política Brasileira: os últimos quinze anos.* *Tempo Social: Revista Sociológica da USP*, São Paulo, 13(2): novembro de 2001, p. 125.
- [32] Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil. Volume 6. Comentário ao art. 216, parágrafo 5º.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 805.
- [33] Reis, João José e Silva, Eduardo. *Negociação e Conflito: a resistência negra no Brasil escravista.* São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 62.

- [34] Costa, Sebastião Heber Vieira. Em Nome de Alá: algumas notas sobre a presença mulçumana entre os escravos da Bahia no século XIX. In: História das Religiões no Brasil. Organizadora: Sylvana Brandão. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2002, p. 179.
- [35] Costa, Sebastião Heber Vieira. Op. Cit., p. 185.
- [36] Bonfim, Manuel. A América Latina: males de origem. P. 257.
- [37] Reis, João José e Silva, Eduardo. Negociação e Conflito: a resistência negra no Brasil escravista. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 68.
- [38] Reis, João José e Silva, Eduardo. Op. Cit., pp. 68-69.
- [39] Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. Volume 6. Comentário ao art. 216, parágrafo 5º. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 804.
- [40] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131.
- [41] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 131.
- [42] Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. Volume 6. Comentário ao art. 216, parágrafo 1º. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 789.

A CRIMINOLOGIA E A HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL: A LEI DE PENAS ALTERNATIVAS*

CRIMINOLOGY AND THE HUMANIZATION OF THE PENAL LAW: ALTERNATIVE LAW PUNISHMENT

**Maria Nazarteh Vasques Mota
Carlos Antonio de Carvalho Mota Junior**

RESUMO

No presente trabalho será estudado o instituto da punição no Direito Penal pátrio em vista da teoria do labeling approach, a qual preconiza que as sanções penais são impostas a somente uma parcela desfavorecida da população, por uma minoria dominante.

Na realidade, em nosso ordenamento ainda estão muito presentes características arcaicas, principalmente no tocante a abusos de poder, encarceramentos ilegais, prática de tortura, etc., aplicadas àquelas camadas da população menos favorecidas economicamente.

O atual sistema de privação de liberdades está totalmente falido e inoperante, com presídios superlotados onde os marginais podem se associar livremente, com o escopo de praticar atividades ilícitas. Assassinatos, assaltos e outros crimes são solicitados diretamente das prisões, e criminosos não violentos passam a sê-lo por influência de seus companheiros de cela.

O encarceramento como forma de ressocialização não passa de uma ficção jurídica, fato este notório para qualquer pessoa de qualquer classe. A sociedade vem mantendo esta modalidade de punição apenas pela absoluta falta de qualquer projeto mais humano. Nesse cenário a Lei de Penas Alternativas desponta como uma solução, mas na realidade atende os mais favorecidos.

A Criminologia dos Direitos Humanos é a vertente da criminologia, onde estão sendo buscadas formas pelas quais o sistema pode evoluir e se libertar da situação atual, como será demonstrado no corpo do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES CRIMINOLOGIA. DIREITO PENAL.. LEI DE PENAS ALTERNATIVAS

ABSTRACT

The present work will be studied the institute of punishment under the Brazilian penal laws, on the grounds of the labeling approach theory, which prescribes that the penal sanctions are imposed only to a part of the population, by an empowered minority.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Actually, on our system are still present some archaic features, such as abuse of power, illegal arrestments, torture, etc., all upon the people who are less economically favored. The current Brazilian system of imprisonment is totally out of date, with overcrowded prisons, where the inmates can freely associate to practice illegal enterprises. Murder, robbery and other crimes are ordered from within the prison walls, and non-violent criminals start to be violent by influence of their inmates.

The imprisonment as a form of ressocialization is nothing but a legal fiction, fact that is well known by people of all social layers. Society is keeping this system due to the lack of projects that increase Human rights. The Human rights criminology is an area on which are being persued ways for the system to evolute and be freed from the current situation, as will be shown on the contents of the present work.

KEYWORDS: KEYWORDS CRIMINOLOGY. PENAL LAW.THE LAW OF ALTERNATIVES PUNISHMENT.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se mostrar a evolução da criminologia, em especial seu principal objeto de estudo que é a punição, que ocorre em função das regras postas socialmente. É a partir da Criminologia Crítica que originou a Criminologia dos

Direitos Humanos a percepção da construção da criminalidade pelos detentores do poder e da necessidade de abandonar um comportamento crítico para aquele em que são postas soluções que preparem o ideal futuro que consiste no Abolicionismo Penal.

Consideram-se ainda os efeitos do sistema punitivo sobre os presos, do sistema carcerário e os internos, jovens infratores, como alvos da política criminal que só atinge os pobres.

1 ANTECEDENTES

Ao iniciar este trabalho é importante lembrar a constatação de Michel Foucault ¹de que a prisão muda a forma de punir. Na época medieval era o corpo que sofria. A punição consagrava um ritual em que o indivíduo era publicamente submetido a atrocidades

perante a população, esta forma desvelava o poder do soberano, era uma “cerimônia política”. A prisão corresponde a uma mudança que é consentânea com a mudança econômica da sociedade que passa de uma economia feudal para a economia capitalista. A economia capitalista é fundada na idéia do contrato social, onde os cidadãos aceitam as normas e a punição conseqüente ao descumprimento das mesmas.²

Se fosse nosso objetivo tratar das formas punitivas anteriores ao que se pode denominar Criminologia, far-se-ia um retrospecto sobre os sistemas penais da antiguidade que podem ser citados a partir das vinganças de sangue, privadas ou públicas, a prática das ordálias, privação de liberdade (para garantia do juízo da execução), penas corporais: infamantes ou de morte; torturas, suplícios, entre outras. O cárcere, entretanto precisa ser situado a partir da perspectiva criminológica que o estabelece como forma definitiva e preferencial de punir no mundo moderno. O enclausuramento é uma prática na sociedade moderna.

2 EVOLUÇÃO DA CRIMINOLOGIA

1.

2.1 Criminologia Clássica

A Escola Clássica do Direito Penal já pode ser considerada como uma criminologia. Para Lola Anyiar de Castro era uma Teoria do Controle Social (e por isto era uma criminologia), esta Teoria preocupava-se com o delito e com o rompimento do pacto social.

Romper o pacto social, por meio da infração à Lei, segundo a visão clássica, autorizava a punição, pois tal comportamento ameaçava a paz social. A criminologia clássica, inspirada no Iluminismo, defendia que o objetivo do Direito Penal era impedir o abuso por parte das autoridades e entendiam que o crime é uma entidade de direito (entity in law)³.

A infração é um desígnio do infrator, portanto a pena não é mais algo mágico em concordância com divindades. Na criminologia clássica, utilizam-se princípios já diferentes do que se encontrava no antigo regime, tais como legalidade, não retroatividade, garantias processuais, entre outros e previstos na obra de Beccaria e difundidos pelos juristas da época.⁴ Na criminologia clássica não há preocupação com o

indivíduo, todas as garantias visam à defesa da sociedade e quem rompe o pacto social é tratado como inimigo interno.

Para Foucault,⁵ com a ascensão da burguesia, após a idade média, ocorrem várias formas de ilegalismos, que eram tolerados pela classe burguesa. Cada classe possuía seus ilegalismos, que para o autor faziam parte do próprio exercício de poder. Com a mudança do sistema feudal para uma economia do tipo industrial, baseada em equipamentos (máquinas, ferramentas, matérias-primas, estoques), a burguesia vê-se compelida a colocar nas mãos dos pobres (operários) a sua fortuna, desse modo passa a constituir-se em perigo a aceitação daqueles atos ilegais antes tolerados. Na realidade, a idéia passa a ser a de que o delinqüente é o “inimigo” de todos e a vigilância torna-se um imperativo.

A visão do delinqüente como um inimigo da sociedade, para Juarez Cyrino dos Santos,⁶ em trabalho sobre o crime organizado, constitui um discurso do poder contra determinados “inimigos”, exemplifica o autor com alguns exemplos: a chegada de Cristo ao poder como Igreja Católica que transforma o herege em inimigo interno, o que vemos então são fogueiras para queimar o herege (narrado na obra de Humberto Eco - “Em nome da Rosa”- ; No Brasil-Colônia, Tiradentes foi enforcado porque inimigos eram os libertadores. Ainda assim, com o Holocausto, ditaduras militares, prisões e torturas, entre outros, e quem eram os verdadeiros criminosos ?

A população então passa a ser colocada sob vigilância (plebeus, camponeses, operários, populares) e isto se dá a partir da idéia de Bentham que concebe o panoptismo. O modelo da criminologia clássica é um modelo de consenso uma vez que, por meio da visão contratualista, o pacto social defende algo que vai além dos interesses individuais e, evidentemente, aquele que rompe o pacto social deve ser coibido. Então, ao cometer a infração o sistema penal é acionado, pois o infrator deve retribuir o mal estar provocado na sociedade.

A sociedade é panóptica, todos são vigiados, a criminologia clássica que inicia este processo de vigilância é inteiramente vencedora, convivemos com essa sociedade. O pensamento de Bentham, que se fincava num projeto de arquitetura, tornou-se uma realidade e foi adotado em todo o mundo, no século XIX. A vigilância passa a ser um projeto de Estado e, não por acaso, afirma Foucault, que todas as instituições (Escolas, Hospitais etc) apresentem, na época projetos semelhantes.⁷

A reclusão como forma de punição, embora toda a crítica, passou a ser a forma predileta de punir, que só tem como pressuposto a idéia de que a pena é proporcional ao delito cometido, mas cuja base de cálculo é totalmente aleatória e arbitrária.

2.2 Criminologia Positivista

Na criminologia positivista estuda-se a pessoa e a sociedade. Assim como a criminologia clássica é um instrumento de legitimação do poder, é um modelo de consenso, que apesar dos estudos realizados consente com a realidade posta, não estabelece uma reflexão sobre os alcançados pelo sistema, ao contrário perpetua o modelo de aparência, e ao fazê-lo, legitima os estereótipos, a figura do “inimigo interno”, que precisa ser combatido e subordina-se ao direito penal como sua função auxiliar.

Foi a criminologia positivista encabeçada por Lombroso, Ferri e Garofalo que representou uma mudança no tratamento do crime. Lombroso fixou a posição da escola com a idéia do criminoso nato.

Para o positivismo o criminoso nato é um ser inferior, atávico. O positivismo contribuiu para despertar o desejo de conhecimento da realidade, preocupa-se com os criminosos, mas não busca em profundidade o conhecimento da origem dos problemas que geram a criminalidade.

Várias foram as idéias que se desenvolveram no seio da criminologia positivista. Se por um lado as pesquisas de Lombroso, Ferri e Garofalo conduzem à classificação dos criminosos, por outro lado estudos passam a perceber o criminoso como resultado da sociedade em que vive, isto é, educação, família, poder econômico, ambiente moral; fatores que redundam no comportamento social.

As teorias sociológicas “partem da premissa de que o crime é um fenômeno social muito seletivo, estreitamente unido a certos processos, estruturas e conflitos sociais e tratam de isolar suas variáveis.”⁸

A criminologia positivista “indaga fundamentalmente o que o homem (criminoso) faz e porque o faz.”⁹ Dessa forma, o modelo etiológico é também um modelo consensual, pois o seu baluarte é o próprio Código Penal que legitima o poder e os movimentos voltados ao controle social. Não se questiona o que está pré-estabelecido.

O positivismo em todas as suas vertentes (que estuda as pessoas e a sociedade)¹⁰ não mudou a forma de analisar a realidade criminal, voltou-se à manutenção do estado vigente. Podemos situar como criminologia positivista:¹¹

- a) a estrutural funcionalista;
- b) a escola ecológica de Chicago;
- c) o culturalismo;
- d) a teoria da anomia;
- e) as teorias subculturais – os valores de classe.

Das escolas positivistas, que internalizavam o sentimento do bem e do mal, devemos observar como conquistas significativas à percepção de:¹²

I A constatação de Robert Merton com a teoria dos crimes de colarinho branco, que remete aos crimes praticados por pessoas de alto poder econômico ou burocrático e que em geral ficam impunes, apesar dos danos vultosos gerados à comunidade. A corrupção na compra de equipamentos e outros bens superfaturados;

II A Escola Ecológica com suas teorias: onde o crime é visto como um fenômeno ligado à área natural, isto é, relacionava o aparecimento de novos centros urbanos e a criminalidade. Coincide este momento com a grande onda de imigração ocorrida nos Estados Unidos;

III Na Teoria Culturalista, que observava a formação da personalidade como um processo de socialização, os padrões culturais que influenciam a formação da personalidade como um processo de socialização, os padrões culturais são interiorizados por meio de instintos sociais;

IV Na teoria da Anomia, a criminalidade vincula-se à perda da efetividade da norma e aos seus valores. Os indivíduos influenciados pelo desejo de alcançar bem-estar como conquista lógica da sociedade americana acabam por cometer condutas irregulares.

A criminologia positivista estabeleceu critérios “de anormalidade, doenças, desvios, patologias sociais”, “conduta desviada”; incorporou a linguagem médica: diagnóstico, prognóstico, tratamento e, desse modo, serviu para estabelecer sobre a realidade de classe da população penitenciária, associações entre o pobre, o feio, o anormal, o perigoso, o rico e o belo, o inofensivo, entre outros, criando-se um estereótipo do delinqüente, que sempre pertencia (e pertence) às classes pobres.¹³

O discurso penal, porém, era terapêutico, acreditava-se então em integração. Ao tratar da sociedade inclusiva, Jock Young observa que “o outro desviante na sociedade inclusiva”, paga sua dívida com a sociedade e se reintegra. O viciado em drogas se cura, o adolescente se ajusta à sociedade e, acrescento, o preso se ressocializa.¹⁴ Esse discurso é consentâneo com o Estado de bem-estar social.

2.3 Criminologia Interacionista, Radical, Crítica, Nova Criminologia e da Libertação

O modelo do positivismo era etiológico e consensual. Acreditava-se que as causas da criminalidade estavam ou no homem ou na sociedade, não se problematizava a Lei. O infrator paga por seus crimes, uma vez que é um “inimigo”, pois rompe o equilíbrio oficial. O pensamento interacionista e o *labeling approach* provocam uma revolução na criminologia e muda o paradigma criminológico então denominado da reação social. Esse modelo coloca em discussão o processo de criminalização a partir do entendimento de que a criminalidade é socialmente construída. É um modelo de conflito.

Para os interacionistas, quem cria o desvio é o próprio grupo social, ao estabelecer as normas que o geram. A conduta desviada é aquela que as pessoas assim qualificam e o mesmo grupo etiqueta os infratores. Identificam-se assim dois momentos na criação da criminalidade: a criminalização primária que consiste no processo de criação de normas e a criminalização secundária que cuida de etiquetar os infratores.

O rompimento com o modelo de consenso provocado pela perspectiva do *labeling approach* gera o questionamento da forma como é levada a efeito a criminalização que sempre recai sobre indivíduos pertencentes às classes subalternas.

Mostra que apesar dos danos causados, a criminalidade de “colarinho branco” tem legislações mais brandas, embora seus resultados atinjam a um maior número de pessoas, revela que a eleição de condutas típicas atende aos interesses dos grupos detentores do poder.

Revela o paradigma de conflito que apenas uma parte dos criminosos são alcançados pelo sistema punitivo e ainda, ser a impunidade regra do sistema, pois provavelmente o que se designa cifra-negra é muito superior à criminalidade que aparece nos bancos de dados (a verdadeira dimensão da criminalidade é desconhecida). Desse modo, é impossível desconhecer a desigualdade do sistema penal e esta leva-nos a compreender a utilidade do crime, que ao criar um sentimento de insegurança reforça a solidariedade contra atos criminosos e legitima a ordem estabelecida.

A população criminosa é constituída por meio de um processo de seleção, onde se atribui qualidade criminal à determinada pessoa, que passa a ser responsabilizada criminalmente e estigmatizada. Para Sacks,¹⁵ os violadores da lei fazem parte de uma ordem reproduzida de forma contínua, ou seja, a criminalidade é um bem negativo que se opera na ordem inversa a da distribuição de privilégios. A criminalidade é o oposto dos bens positivos, isto é, da distribuição de privilégios.¹⁶

Apreendidos os processos de criminalização, constata-se ser o Direito Penal um Direito desigual por excelência, fazendo cair por terra o mito do Direito Penal igual para todos. Reafirma-se a certeza de que quanto mais próximos dos níveis mais baixos da escala social, mais fácil ser criminalizado pelo sistema.

São então os desempregados, sub-empregados, sem qualificação profissional ou educacional, os com problemas escolares e familiares, os alvos mais fáceis do sistema punitivo.

O desenvolvimento das escolas criminológicas a partir do paradigma de conflito vai sempre em direção à crítica do sistema de punição e do próprio Direito Penal, como formas de manutenção de desigualdades e controle social.

Os reflexos do paradigma de conflito expressam-se por meio da idéia, por parte da criminologia crítica do estabelecimento de uma Política Criminal Alternativa, entre outros, e a partir desse modelo conflitivo consolidam-se três correntes:

a) Abolicionismo Penal

A criminologia abolicionista parte do entendimento de que o sistema penal, além de possuir uma só resposta ao problema da criminalidade, não permite a resposta das partes e furta-lhes o conflito, propôs substituir a expressão “delito” por “situação problema” e ainda que os conflitos fossem reapropriados pelas partes.

Passetti entende que “abolir a pena é uma forma de conhecer que educa para a supressão da punição. Elucida a importância da naturalização do castigo em uma sociedade incapaz de lidar com forças adversas, de modo que expulsá-las passa a ser o meio pelo qual se pretende chegar à purificação do mal”¹⁷.

b) Neo-realismo de esquerda

Para estes o delito é expressão de injustiças estruturais e não só os pobres cometem delitos, e este é reflexo do individualismo, competitividade, bens materiais e machismo.

c) Política Criminal Alternativa

Ao tratar da Política Criminal Alternativa, focando as classes subalternas e sua visão, explica Alessandro Barata:

“ ... enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio

em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência na própria hegemonia no processo seletivo de

definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os

comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista, às quais a própria sociologia *liberal* não raramente tem reportado os fenômenos da 'criminalidade'. Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia etc), mas socialmente mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido".¹⁸

Várias são as propostas que se embasam na Política Criminal Alternativa e desta derivam inúmeras políticas penais, tais como: o uso alternativo do Direito, o Direito Penal Mínimo e a descriminalização destas ocorrem ainda as relativas ao Sistema Policial, judicial e penitenciário e a justiça dos jovens.¹⁹

2.4 Criminologia dos Direitos Humanos

Lola Aniyar de Castro coloca a Criminologia dos Direitos Humanos atrelada aos requisitos mínimos do respeito aos Direitos Humanos na Lei Penal, a mínima intervenção como Política Penal (Alessandro Baratta). A autora citada divide a função dos Direitos Humanos em: Negativa – limite da intervenção penal e Positiva – definição do objeto passível mas não necessário da tutela penal. A criminologia dos Direitos Humanos deriva da criminologia crítica.²⁰

É necessário distinguir-se, consoante Baratta, entre política penal e política criminal, sendo que a primeira consiste em resposta à questão criminal diante da função punitiva do Estado (lei penal, aplicação e execução de penas e medidas de segurança) e, em sentido amplo, a política criminal como política de transformação social e institucional. Baratta não defende uma política de substitutivos penais, mas uma política de “grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas...”²¹.

Torna-se então clara a necessidade de descriminalização, isto é, há condutas que desnecessariamente são tuteladas pelo Direito Penal, algumas sequer deveriam estar sob a tutela do Direito. No Brasil, poder-se-ia descriminalizar a partir da Lei de Contravenções Penais.

Para Baratta²², a despenalização é também “uma obra radical e corajosa...”, “...de descontração máxima do sistema punitivo”. A despenalização ao levar a substituição da pena por medidas administrativas impede a estigmatização e permite a privatização dos conflitos, em casos onde é permitido, autoriza ainda o estabelecimento de um maior espaço para aceitação do desvio. Penso que a descriminalização, em alguns casos, poderia ter condutas submetidas a medidas administrativas, cujos resultados seriam os mesmos do já descrito acima.

Os princípios que limitam a atuação do sistema penal obrigam o Estado ao respeito dos Direitos Humanos Fundamentais, destes, o da legalidade visa coibir o sistema penal subterrâneo, que exerce funções punitivas.

3 DA LEI DE PENAS ALTERNATIVAS

O advento da Lei nº 9.714/98 trouxe mudanças importantes no caminho da humanização do sistema penal brasileiro, considerando a possibilidade de aplicação de penas alternativas a condenados por crimes hediondos e equiparados.

Após grande discussão acerca de dispositivos da lei em estudo, o STF decidiu, em caráter irrevogável, que as penas alternativas previstas pela lei em comento poderiam sim ser aplicadas aos condenados pelos crimes acima mencionados.

Tal inovação é salutar no sentido de que as restrições de direito a acusados de crimes constantes no rol da lei de crimes hediondos provocavam algumas distorções lógicas, conforme verificado por vários estudiosos, além de contrariar alguns princípios da Constituição Federal, como o da presunção de inocência art. 5º, LVII da CF/88. Muitos autores também apontam incompatibilidades com os incisos LIV, LV e LXI, do mesmo dispositivo.

A possibilidade de aplicação de penas privativas a acusados de crimes hediondos apazigua um pouco os efeitos da criticada Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), mas com certeza não irá resolver todos os problemas do sistema.

Principalmente no tocante à vedação da liberdade provisória, mesmo que preenchidos todos os requisitos para tanto, o que afeta seriamente o princípio da individualização da pena:

Em suma, a recente decisão do STF pode ser considerada um avanço para os criminólogos modernos, principalmente em nosso ordenamento onde dispositivos são editados no clamor das emoções (Lei nº 8.072/90), sem uma reflexão mais profunda, apenas para atender a anseios muitas vezes incentivados pela mídia.

A divulgação de que há um projeto para uma nova lei de crimes hediondos, onde seria permitida expressamente a concessão de liberdade provisória já é um alento para os defensores de um sistema penal mais humano.

CONCLUSÃO

A Lei de Penas Alternativas, na realidade, muito pouco contribui para a humanização do sistema, na medida em que acaba mais por proteger aqueles, já privilegiados dentro do sistema, pela posição social que ocupam e que em geral demoram a ser alvos de punição.

É claro, que os mecanismos de controle social, dos quais o sistema punitivo é parte estão interessados na manutenção da ordem dominante e no desenvolvimento econômico. O próprio encarceramento como forma predileta de punição é, segundo Foucault,²³ consentâneo com o sistema econômico da época em que se firma e que visava a manutenção de um contingente de reserva de mão de obra ao mercado de trabalho.

Em que pesem todas as críticas ao encarceramento como forma de punir este consagrou-se, substituindo a colonização de terras nova (que já não mais existiam) e, segundo o pensamento ainda do século XVIII, gerou afinal uma fábrica de exército de inimigos. Mas permanece há mais de 200 anos, não reduz a criminalidade, faz com que o criminoso assuma novos crimes e produz a reincidência ao organizar a delinquência.²⁴

Chama a atenção o pensamento de Foucault sobre a diferença entre os objetivos reais e ideológicos do sistema carcerário: “... os objetivos ideológicos da prisão seriam a repressão e redução da criminalidade , enquanto os objetivos reais da prisão seria a repressão seletiva da criminalidade e organização da delinquência definida como tática política de submissão...”²⁵

Na mesma esteira de pensamento, Baratta²⁶ coloca que os Institutos de detenção provocam efeitos contrários à reeducação e a reinserção do condenado. O trabalho desenvolvido no cárcere é oposto ao ideal da educativo, lembra o autor, pois no início da detenção é despojado de todos os seus objetos pessoais , o encarceramento já se sabe provoca efeitos negativos sobre o encarcerado.

No carcere é o preso submetido a processos que o socializam, assume os modelos de comportamento ali evidenciados, educa-se para ser aceito, então para ser criminoso e para ser um bom preso obediente, então garante privilégios. A vida no carcere é falsa onde o domínio é o do mais forte , internaliza valores não aceitos e, afinal submete-se querendo ou não.

Ao tratar do sistema penal, Bauman²⁷ observa que “ a intenção de educação, ressocialização e reforma fica em nível de discurso , porque imediatamente levanta-se um 'coro raivoso', clamando por sangue , com os principais tablóides no papel de maestros e a liderança política fazendo solo”. Para o autor, aqueles que cumprem as suas penas serão sempre vistos como maus e depravados e, finaliza: “ **Em suma as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo**”.gf. Nosso.

Diante do exposto, a Lei de Penas Alternativas representa mudança incipiente quando pensamos na perversidade a que são submetidos os alcançados pelo sistema penal, havendo necessidade de se avançar no sentido de permitir a descriminalização de condutas menos grave e, ao mesmo tempo possibilitar um maior espaço de despenalização.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira – *Neoliberalismo e Globalização Verso e Reverso do Controle Penal*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas* – Coleção Obra Prima de Cada Autor; São Paulo, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas* – Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2005.

DE CASTRO, Lola Aniyar – *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

_____ *Pensamento Criminológico – Resumo Gráfico e seu reflexo institucional* – Belo Horizonte , Mandamentos, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo e COSTA, Manuel de Andrade – *Criminologia, o homem delinqüente e a sociedade criminógeno*, Coimbra Editora Ltda.

FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 1986.

_____ *A verdade e as formas jurídicas* , Rio de Janeiro, Nau, 1999.

_____ *Ditos e Escritos, vol. IV – estratégia poder -saber: organização e seleção de textos*: Manoel Barros da Motta, Rio de Janeiro – Forense Universitária, 2003.

PASSETTI, Edson. *Anarquismo e Sociedade de Controle*. São Paulo. Cortez. 2003.

RUSCHE, George, KIRCHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino, *30 anos de vigiar e punir (Foucault)*, trabalho apresentado no 11o. Seminário do IBCCIM, SP , 2005.

_____ *O adolescente Infrator e os Direitos Humanos*, site do Instituto de Criminologia e Política Criminal.

WACQUANT, Lœic – *As prisões da miséria*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar ed, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl – *Globalização e Sistema Penal na América Latina , da Segurança Nacional à Urbana*, Discursos Sediciosos , crime, direito e sociedade, ano 2, n. 4- 2o. Semestre, ICC, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997.

**PREVALÊNCIA DO ESTADO LEGAL SOBRE O ESTADO MORAL:
POSICIONAMENTO DOMINANTE NO TSE E NO STF QUANDO DO
DEFERIMENTO DE CANDIDATURA A MANDATO POLÍTICO***

**PREVALENCE OF LEGAL STATUS ON THE MORAL STATE: DOMINANT
POSITION IN THE TSE AND THE STF IN THE APPROVAL OF
CANDIDATURE FOR POLITICAL OFFICE**

**Gina Vidal Marcilio Pompeu
Clarissa Fonseca Maia**

RESUMO

O artigo examina os julgados ocorridos na Corte Constitucional e Eleitoral a respeito da impugnação do registro de candidatura de cidadão possuidor de má conduta social e política constatada por meio da análise da vida pregressa do candidato feita pela Justiça Eleitoral. A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário em diversos Tribunais Regionais Eleitorais do país, chegando ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Supremo Tribunal Federal com a indagação central quanto à auto-aplicabilidade do preceito contido no Art. 14 § 9º da Constituição Federal. Com o propósito de refletir sobre os argumentos colacionados a respeito da dúvida explicitada, serão expostos os principais pontos trazidos à discussão nos julgamentos da tese de inelegibilidade decorrente de inidônea vida pregressa de candidato.

PALAVRAS-CHAVES: VIDA PREGRESSA INIDÔNEA; MORALIDADE;
LEGALIDADE; PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ABSTRACT

The work seeks to analyze the judicial precedent occurred in Constitutional and Electoral Court about the challenge the application of citizens with suspected social and political in analysis of the life history of candidate made accomplished by Election Judge. The question was submitted to the Regional Electoral Courts in several of the countries, reaching the Superior Electoral Court and the Supreme Court with the central question about the applicability of self- executing rule contained in Article 14 Paragraph 9 of the Constitution. With the aim of reflecting about the collation arguments concerning of the doubt demonstrated, will be exposed the main points brought up for discussion in the trials of the thesis of ineligibility due to criminal record of candidate.

KEYWORDS: CRIMINAL RECORD; MORALITY; LEGALITY; PRESUMPTION
OF INNOCENCE

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar os debates ocorridos no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal em torno da imputação de inelegibilidade baseada na inidônea vida pregressa de candidato ao mandato eletivo. O foco essencial é a auto-aplicabilidade do Art. 14 § 9º da Constituição Federal.

Com este intuito, buscar-se-á expor os argumentos levantados nos votos dos Ministros da Corte Eleitoral e Constitucional, desenvolvendo os principais pontos de suas análises, que fundamentaram as teses favorável e contrária à denominada “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade Implícita”[1]. Neste sentido, a questão central da discussão formula-se na seguinte indagação: considerando-se os princípios democráticos, e os princípios da moralidade e da lisura no certame eleitoral disciplinados no § 9º do art. 14 da Carta Magna, é possível impugnar registro de candidatura de cidadão com presumida inidônea vida pregressa, réu em ações criminais e de improbidade administrativa que não tenham ainda trânsito em julgado?

A questão foi aventada inicialmente em alguns Tribunais Regionais Eleitorais[2] que, interpretando ser auto-aplicável o dispositivo contido no art. 14 § 9º da Constituição Federal, impugnaram candidaturas por entenderem ser a vida pregressa desabonadora, incompatível com a representação popular. Desta forma, pessoas que respondiam a processos judiciais estariam excluídas da participação do certame eleitoral e da futura ocupação de mandato político.

No entanto essa tentativa de consolidar nova jurisprudência, por parte dos juízes eleitorais e dos Tribunais Regionais Eleitorais, encontrou oposição, quando em grau de recurso junto ao Tribunal Superior Eleitoral, esta Corte seguiu o esboçado na Súmula 13[3], decidindo que não é auto-aplicável o § 9º do art. 14 da Constituição Federal[4].

Em 2006, novamente o TSE foi consultado sobre o assunto no RO -1069 TRE-RJ[5]. Naquele ano, a discussão foi posta ao plenário, permitindo conhecer os partidários da idéia da moralidade eleitoral implícita. Destacaram-se os Ministros Carlos Ayres Brito, José Delgado e Cesar Asfor Rocha. No entanto, mesmo com o brilhantismo dos argumentos trazidos por estes Ministros, a Corte entendeu, por maioria de apenas 01(um) voto, que a regra contida no Art. 14 § 9º, no que tange a aferição da vida pregressa do candidato, não é auto-aplicável; devendo os Juizes eleitorais aguardar a concretização normativa para então, sob este fundamento, imputarem a sanção de inelegibilidade.

A questão continua em pauta, pois, enraizada nos argumentos jurídicos da força normativa da Constituição e no ativismo judicial, ganhando festejados juristas como adeptos. A indignação cívica no plano social cresce diante da constatação de escândalos envolvendo agentes públicos em diversas acusações de crimes como homicídio, tráfico de drogas, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, desvio de recursos públicos. Avultam-se notícias de políticos corruptos envolvidos com os mais absurdos exemplos de improbidade administrativa, que submetidos ao pleito eleitoral de 2006 foram eleitos e permaneceram nas assembleias estaduais, no Congresso Nacional, ou exercendo a função de governador, em nome próprio e não a favor do interesse coletivo.

No pleito municipal de 2008, retornam os debates sobre o indeferimento de registro de candidatos com presumida má conduta social e política. Várias Consultas são feitas ao TSE[6].

Finalmente a questão chegou ao STF por meio da ADPF 144-DF[7] proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, sendo levada a plenário e julgada pela Corte Maior no dia 06 de Agosto, que, seguindo as linhas traçadas nos julgamentos anteriores feitos pelo TSE, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, declarando a constitucionalidade da exigência de trânsito em julgado para fins de se aplicar a inelegibilidade cominada baseada na vida pregressa do candidato prevista no Art. 14 § 9º da Carta Magna.

Com o propósito de analisar os principais pontos levantados na discussão da possibilidade de subjetivamente o Juiz Eleitoral impugnar candidatura, com base na vida pregressa de candidato, será abordada no presente estudo inicialmente a concepção contemporânea dos direitos políticos, sua caracterização como direito fundamental, a relevância destes para o Estado Democrático de Direito, a abrangência e os modos de sua fruição. Posteriormente, será examinada a tese desenvolvida pelo Ministro Carlos Ayres de Brito que justifica a possibilidade de restrição da capacidade eleitoral passiva quando confrontada com o princípio democrático e o princípio da moralidade.

No capítulo seguinte, sem a pretensão de esgotar o assunto e as ponderações suscitadas pelo tema desta envergadura, buscar-se-ão comentar os principais argumentos, favoráveis e contrários, colacionados nos julgamentos do TSE e do STF, nos quais a questão da inelegibilidade em decorrência da vida pregressa do candidato foi posta em debate, expondo-se as razões manifestadas pelos Ministros e as explicações doutrinárias que as fundamentaram.

1. DOS DIREITOS POLÍTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Iniciando-se os comentários específicos sobre as decisões do TSE e do STF, que esgotaram, ao menos provisoriamente, a discussão quanto à possibilidade de o Juiz Eleitoral negar registro de candidatura em face da avaliação subjetiva da vida pregressa do candidato, cumpre realizar a abordagem de alguns aspectos referentes aos direitos políticos, uma vez que a matéria refere-se a fruição da faceta passiva desse direito, ou seja, da capacidade de ser votado.

Os direitos políticos inserem-se na classificação de Jellineck como decorrente do *status civitates*, que engloba as dimensões do direito subjetivo de votar- *jus suffragii* – e do direito subjetivo de ser votado – *jus honorum* – e assim, participarem os cidadãos das decisões políticas do Estado (*apud* SARLET, 2007, p. 183-184). Estes direitos são reconhecidos no constitucionalismo moderno a partir da evolução do conceito de soberania popular, trabalhada de um lado pelo ideário liberal e revolucionário francês – embora mais vinculado à imagem de Nação, e do outro pela formulação de

independência dos Estados Federados norte-americanos, afastando a concepção de soberania do rei ou de qualquer entidade divina. [8]

Portanto, observam-se nos direitos políticos o relevo de serem os primeiros reconhecidamente fundamentais ao indivíduo, juntamente com os direitos de liberdade e os de limitação legal ao poder Estatal.

Assim como a carta de direitos fundamentais se alargou no decorrer da afirmação do constitucionalismo, também ocorreu com a noção de sufrágio – direito de votar e ser votado-, pois este transcorreu diversos momentos com qualificação restritiva de seus detentores, até chegar-se à idéia de universalidade que hoje os garante.

Na formulação atual, os direitos políticos evidenciados sobre o prisma do sufrágio universal, representam a efetivação de um modelo de soberania popular no qual a ordem constitucional está materialmente vinculada aos princípios de liberdade política, igualdade dos cidadãos, organização plural de interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática. (CANOTILHO, 2003, p.292).

Desta forma, sob o pálio da amplitude universal do sufrágio estendido ao maior número possível de cidadãos de um Estado, encontram-se tratados os direitos políticos em emblemáticos modelos de Democracias Contemporâneas. Como exemplo cita-se a previsão da Emenda XV da Constituição dos Estados Unidos, *in verbis*: “Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito de voto pela União ou por qualquer outro Estado com fundamento na raça, na cor ou na anterior condição de escravo”. No mesmo sentido, a Constituição Italiana no seu art. 48 § 2º determina: “O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela Lei”. (NOBRE JUNIOR, 1998, p.100)

O sufrágio universal está disciplinado no art. 3º da Constituição francesa, podendo ser direto ou indireto nas condições previstas pela Constituição, porém o sufrágio é sempre universal, igual e secreto[9]. Também neste sentido dispõe a Constituição Portuguesa afirmando: “Tem direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei em geral” (NOBRE JUNIOR, 1998, p.100). Finalmente, no título referente aos direitos políticos, art.14 da Constituição Federal Brasileira verifica-se a adoção do sufrágio universal como reconhecimento dos direitos fundamentais de participação política, *in verbis*: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei”. [10]

No mesmo sentido de universalidade dos direitos políticos presentes nos diplomas legais, segue grande parte da doutrina. Ao dissertar sobre a importância da amplitude do sufrágio, Mônica Herman S. Caggiano vincula-se ao prisma do corolário democrático do *free and fair elections* que se apresenta na compatibilidade de uma mecânica eleitoral na qual estejam presentes “atribuição igual do direito de voto e sufrágio universal, igualdade do valor do voto, sigilo do voto, liberdade de postular cargos, direito dos candidatos de disputarem respaldo popular, direitos dos líderes políticos e candidatos de disputarem votos, envolvendo em especial o exame dos tópicos: corpo eleitoral, quadro de candidaturas, partidos políticos e sistema eleitoral” (2002, p.542).

Adverte a autora que não basta a existência de um destes requisitos isoladamente, sendo necessária a configuração de todos os elementos que, concatenados e previstos numa legislação venha a contemplar todo um sistema, “possam servir à prática do sufrágio em clima de real densidade democrática” (CAGGIANO, 2002, p.542).

Ainda a respeito do princípio da universalidade do sufrágio, convém que colacionem-se os ensinamentos de Canotilho sobre o seu funcionamento no ordenamento constitucional português, aplicado igualmente *mutatis mutandis* aos demais modelos de Estados democráticos acima esboçados, dentre eles, o Brasil:

O princípio da universalidade do sufrágio impõe o alargamento do direito de voto a todos os cidadãos. Todos os cidadãos podem votar (“direito de sufrágio activo”, “capacidade eleitoral activa”) e todos os cidadãos podem ser eleitos (“direito de sufrágio sucessivo”, “capacidade eleitoral passiva”). Com excepção dos cidadãos sem capacidade eleitoral, a Constituição proíbe o *sufrágio restrito*, qualquer que seja o seu fundamento (sexo, raça, rendimento, instrução, ideologia). O princípio da universalidade do sufrágio actua, assim, como *proibição de discriminação* (cfr. art. 13º) vedando a exclusão injustificada dos cidadãos da participação eleitoral. Mas ele tem também um *sentido dinâmico* no sentido de obrigar, eventualmente, à extensão do direito de voto a cidadãos estrangeiros (cfr. CRP, art. 15º), e de tornar inconstitucionais restrições ao direito de sufrágio desnecessárias e desproporcionadas (inelegibilidades e incompatibilidades) ou consideradas como conseqüências automáticas de certas actividades (ex.: perda do direito de voto como pena acessória em caso de condenação por actividade criminosa). Conexiona-se, ainda, com o princípio da universalidade do sufrágio a obrigação de o legislador assegurar, na medida do possível, a possibilidade real do exercício do voto. (Cfr. ACs TC 523/89, DR. II, 23-3, 364/91, DR. I, 23-8).

O princípio da universalidade comporta restrições assentes em “motivos ponderosos”: cidadania portuguesa (cfr., porém, art. 15º/3 e 4 da CRP, relativo à cidadania da União Europeia e à cidadania da CPLP”), residência, inexistência de doenças psiquiátricas ou de penas de restrição temporária.

O princípio da universalidade prende-se hoje com a construção de *comunidades inclusivas*, onde as comunidades migrantes dispõem de direitos políticos, e com a construção da *cidadania europeia* impositiva do alargamento do direito de voto a cidadãos de países da União Europeia. Dentre as comunidades inclusivas merece menção a *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)*. O art. 15º/3 e 4 da Constituição fornece abertura para a *cidadania europeia e para a cidadania lusófona*. A redacção dada pela LC 1/2001 (5ª Revisão) reforçou a densificação desta última. (CANOTILHO, 2002, p.302)

Do exposto, algumas conclusões podem ser tiradas a respeito dos direitos políticos e da sua fruição: a) tratam-se de direitos fundamentais de primeira geração, reconhecidos nas luzes do constitucionalismo moderno, que como tais representam cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser garantida, no máximo de sua densidade normativa, a sua eficácia; b) por serem disposições fundamentais da Constituição, deve

o sistema político que ele consagrar conduzir as demais normas atinentes ao direito eleitoral adequando-se a observância destes direitos; c) embora sejam os direitos políticos vinculados ao sufrágio universal não são de todo absolutos, admitindo-se restrições a sua fruição, desde que por motivos suficientemente justificáveis; d) dada a relevância dos direitos políticos fundamentais não só ao indivíduo cidadão, mas também ao Estado Democrático, as possíveis restrições ao sufrágio universal devem se fundamentar nos princípios constitucionais pertinentes, reservando a regulamentação da matéria ao campo da reserva legal, nos moldes do que traçar a Constituição Federal.

Portanto, embora se reconhecendo a limitação do sufrágio universal no gozo dos direitos políticos, estas limitações, além de justificadas com base nos princípios constitucionais, devem estar presentes no diploma legal reclamado.

Inaugurando um entendimento contrário ao ora exposto, no julgamento do Recurso Ordinário 1069 TRE-RJ, em 15 de setembro de 2006, o Ministro Carlos Ayres Brito defendeu uma tese na qual reconheceu aos direitos políticos, sobretudo à sua vertente de elegibilidade, um perfil normativo diverso dos demais direitos fundamentais de primeira geração. Argumentou, o Ministro, que os direitos e garantias fundamentais se alinham em blocos ou subconjuntos classificados em razão da vinculação com proto-princípios constitucionais distintos. Desta forma, estaria o bloco dos direitos políticos mais próximo dos princípios da soberania popular e do princípio da democracia representativa ou indireta que possuem valores coletivos. Em razão disto “os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, diferentemente, pois, do que sucede com os titulares de direitos e garantias individuais e os titulares dos direitos sociais”[11].

Baseado nesta vinculação valorativa de extensão coletiva ao bloco dos direitos políticos e fundamentando-se na hermenêutica constitucional, sobretudo nos princípios da unidade e da força normativa da Constituição, o Ministro Carlos Ayres de Brito entendeu que o exercício do sufrágio pela parêntese temática: elegibilidade-inelegibilidade, “não pode comportar interpretação que, a pretexto de homenagear este ou aquele dispositivo isolado, force a Constituição a cumprir finalidade opostas àquelas para as quais se preordenou”[12].

Destarte, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres de Brito pela restrição dos direitos políticos fundamentais do cidadão, quando confrontados com os valores inerentes a ordem jurídica constitucional de amplitude coletiva. Assim formulou a tese de que embora os direitos políticos sejam reconhecidamente direitos fundamentais liberais, se afastam dos demais direitos dessa ordem; haja vista que com estes, os indivíduos tem sua fruição imediata, enquanto que com àqueles não é o cidadão o detentor direto dessa prerrogativa, mas sim a coletividade, em razão da sua vinculação funcional aos valores consagrados no princípio da soberania popular e no princípio da democracia representativa.

Neste diapasão, o Ministro Carlos Ayres de Brito filiou-se ao entendimento manifestado pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro[13] que entendeu, não obstante a dicção do art. 14 § 9º da Constituição condicionar a sua eficácia à regulação em lei complementar para que se restrinja à capacidade eleitoral passiva do cidadão, coaduna a avaliação da vida pregressa, por ser dispositivo legal auto-aplicável em razão da força normativa e da unidade da Constituição. Dessa forma, pode o Juiz Eleitoral, no

exercício de sua função integrativo-secundária, [14] fazer subjetivamente, quando da verificação dos requisitos de elegibilidade no momento do registro de candidatura, a análise da vida pregressa do candidato.

Esta formulação desenvolvida pelo Ministro Carlos Ayres de Brito, na qual defende que a fruição dos direitos políticos no que tange ao *jus honorium* é imediatamente ligada a coletividade, em razão da vinculação deste direito com princípio da soberania, da democracia participativa e da moralidade, será a pedra basilar para fundamentar os argumentos da auto-aplicabilidade do preceito contido no art. 14, § 9º da Constituição Federal. Ver-se-ão no capítulo seguinte os debates travados sobre a questão pelos Ministros das Cortes Eleitoral e Constitucional, acompanhada de comentários doutrinários inerentes à matéria.

2. PREVALÊNCIA DO ESTADO LEGAL SOBRE O ESTADO MORAL: POSICIONAMENTO DOMINANTE DO TSE E DO STF

Como exposto anteriormente, a tese aduzida pelo Min. Carlos Ayres de Brito no TSE em julgamento do RO -1069 TRE-RJ decidido em 2006 e reafirmado na resposta ao Processo Administrativo (PA 19919) e na Consulta 1495, analisadas em Junho de 2008, e finalmente na ADPF nº. 144-DF, foi vencida pelos argumentos levantados por seus pares. A fundamentação dos votos contrários pode ser resumida nos seguintes pontos: a) respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, reconhecendo-se sua aplicação ao processo eleitoral; b) exigência de Lei Complementar específica, em face da interpretação literal do art. 14 § 9º da Constituição, para o fim de qualificar e regular a apreciação da vida pregressa; c) respeito do princípio da separação dos poderes, uma vez que não cabe ao Judiciário substituir-se ao legislador elaborando normas complementares à Constituição; d) observância dos princípios da segurança jurídica e da igualdade jurídica, ante o elevado grau de subjetivismo que caberia aos Magistrados eleitorais na apreciação da vida pregressa de um candidato.

Passa-se então a comentar, sucintamente, tais pontos debatidos nos diversos duelos judiciais nos quais foram discutidos a “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade” expondo os argumentos utilizados pelos partidários desta tese e aqueles argüidos por seus opositores.

2.1. Ponderação entre o princípio da não-culpabilidade e o princípio da moralidade na aferição da vida pregressa do candidato.

Inspirados pelo clamor popular de moralização no quadro político nacional, ante os diversos exemplos de detentores de mandato eletivo com notória indignidade para exercerem cargos públicos, e baseados no princípio da moralidade pública e na diretriz hermenêutica da força normativa da Constituição, uma corrente doutrinária, à qual se

filiou o Ministro Carlos Ayres de Brito, entendeu ser auto-aplicável o mandamento contido no Art. 14 § 9º da Carta Magna que reza:

Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade, para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do abuso do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública.

Segundo os defensores desta tese a Emenda 04/94 que formulou o texto atual deste dispositivo vincula-se aos valores da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Aduzem que em razão do perfil normativo dos direitos fundamentais serem diferentes para cada categoria, estariam os direitos políticos envolvidos não com o indivíduo diretamente, mas com a coletividade[15]. Assim, argumentam que no confronto entre o princípio da presunção da inocência - que exige o trânsito em julgado para a condenação do réu – disciplinado no art. 5º, LVII da Constituição e no art. 15, III da Lei de Inelegibilidades (LC 64/90), e os princípios da probidade e da moralidade eleitoral previstos no Art. 14 § 9º e no Art. 37, todos da Constituição Federal, prevaleceriam estes, uma vez que se vinculam aos valores constitucionais da democracia representativa e da soberania popular.

Neste mesmo sentido é a lição de Djalma Pinto, que aduz:

(...) a aplicação do princípio da não culpabilidade sem levar em consideração a necessidade de ponderação, atribuindo-lhe um tom de exclusividade em detrimento do princípio da vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular, ofende as diretrizes que norteiam o manejo dos princípios no sistema jurídico. Por isso, fere de morte uma expectativa da sociedade, transformada em postulado juridicamente vinculante: a exigência do poder político.

(...)

Os fins sociais e a satisfação do bem comum, que a lei eleitoral busca concretizar, resultarão inalcançáveis em face da autorização para participação, no certame eleitoral e posterior investidura no poder, de pessoas sabidamente envolvidas com desvio de dinheiro público. O argumento de inexistir coisa julgada, em relação ao desvio de verba comprovado por documentação inquestionável, apenas atesta a necessidade de aprimoramento do processo eleitoral, para cumprir a sua elevada missão de proteção da moralidade pública e preservação da democracia. (PINTO, 2007, p.42-43)

Ainda combatendo o princípio da presunção da inocência, o Ministro Carlos Ayres de Brito ponderou em seus votos que este não se aplica ao processo eleitoral, mas tão somente ao penal, pois a inobservância do trânsito em julgado para restrição dos direitos políticos não traz conseqüências trágicas quão na esfera individual e social, como ocorre

no caso de condenação criminal, mas tão só limita a candidatura do impugnado. Também sobre este prisma a Juíza Sérgia Miranda argumenta afirmando que até mesmo no processo penal, onde por excelência o princípio da presunção da inocência é elevado à categoria de dogma fundamental, este princípio da não-culpabilidade é relativizado:

Questionando-se a abrangência do princípio da presunção de inocência é possível se chegar à conclusão de que a simples instauração de procedimento penal macula-o, ou toda prisão antes do trânsito da sentença condenatória é ilegal e inconstitucional. Não é assim que a doutrina e a jurisprudência dos nossos Tribunais interpretam esse princípio. (MIRANDA, 2007, p. 19)

Portanto, para os que defendem a prevalência do princípio constitucional da moralidade quando a análise da vida pregressa do candidato apontar para uma conduta ímproba, o princípio da presunção da inocência seria afastado em concreto, visando favorecer a ética e a lisura no processo eleitoral.

De forma mais moderada se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa, defendendo que na análise da vida pregressa de um candidato, a inelegibilidade decorrente do § 9º do Art. 14 da Constituição Federal exige sentença condenatória confirmada por uma segunda instância. Isto porque, segundo o Ministro, não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, e o exercício político por pessoas ímprobas repercute de maneira negativa no próprio sistema representativo como um todo[16].

Em sentido contrário ao defendido na ADPF 144-DF, já no voto Relator do Processo, o Ministro Celso de Mello reafirmou a relevância superlativa do princípio da presunção da inocência, que irradia seus efeitos além da esfera criminal, destacando sua importância para as sociedades democráticas e à sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo passo, manifestou-se o Ministro Eros Grau, aduzindo que, caso afastado o princípio da presunção da inocência, criar-se-ia no ordenamento jurídico pátrio uma presunção de culpabilidade, ao invés da presunção de não culpabilidade. Assim ponderou:

A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da *presunção de não culpabilidade* consagrada no art. 5, LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) por *uma presunção de culpabilidade* contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Essa suposição não me parece plausível. [17]

Esta tese foi à acolhida por grande parte dos Ministros nos julgamentos do TSE e STF sobre a possibilidade de impugnar candidatura baseando-se na vida pregressa do candidato, que entendeu ser constitucional a exigência de trânsito em julgado de condenação criminal ou civil para se imputar a inelegibilidade e restringir o *jus honorium* de cidadão.

2.2. Legalidade *versus* Moralidade.

A respeito do entendimento pelo qual, em razão da força normativa da Constituição seria a regra do Art. 14 § 9º auto-aplicável, afastando assim a necessidade de sua regulamentação, a absoluta maioria da Corte Constitucional se manifestou contrária, pois aduziram da dicção do artigo acima esboçado, precisa é a idéia de que é necessária a edição de lei complementar para definir o que se pode atribuir como conduta para macular a vida pregressa. Conclui-se que tal dispositivo não é auto-aplicável, exigindo a feitura da lei para sua efetivação, inexistente no ordenamento jurídico até o presente momento.

Como não há previsão legal determinando que a existência de ações questionando a probidade do candidato é suficiente para restrição do *jus honorium*, mas ao contrário disto, diz o artigo 1º, inciso I, da LC 64-90 que a inelegibilidade cominada está jungida aos condenados com sentença transitada em julgado, entendeu a maioria do TSE e do STF que não há como interpretar contrariamente à lei. A situação criaria uma nova hipótese de inelegibilidade; neste caso seria a punição por uma figura que não foi tipificada, uma vez que, responder a processos judiciais ainda em curso não caracteriza vida pregressa desabonadora.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RO-1069, comungando do entendimento ora esboçado, assim se manifestou

Indaga-se: a quem está dirigida a referência contida hoje, reconheço, em bom vernáculo, no § 9º do artigo 14, ao objeto da previsão de casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato? Ao Judiciário? Trata-se de uma carta em branco quanto a casos de inelegibilidade, para se ter como foi dito por um advogado militante nesta Corte, o implemento da ira cívica? A resposta para mim é desenganadamente negativa. Não somos nós legisladores, não nos podemos substituir ao Congresso Nacional no que ele, muito embora tendo havido a aprovação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, em verdadeiro lembrete do que já estaria latente na previsão do § 9º, não veio a alterar a lei de 1990, já que a Emenda Constitucional de Revisão nº 4 é de 1994.

Qual o parâmetro de referência para o caso concreto? É o parâmetro revelado pela Lei Complementar nº 64/90. Se formos a essa lei, veremos no artigo 1º, inciso I, que a inelegibilidade, considerados os processos criminais, está jungida aos condenados criminalmente com sentença transitada em julgado. Posso substituir, revogando mesmo - e seria uma derrogação - a alínea e? Posso concluir que onde está revelada a inelegibilidade em decorrência da existência de sentença transitada em julgado, leia-se

processo em curso? A meu ver a menos que caminhemos para o estabelecimento no âmbito do próprio Judiciário, em um campo tão restrito como é o campo da inelegibilidade, de situações concretas, ao sabor das circunstâncias reinantes, da quadra vivida no país, que reconheço, realmente é de purificação, enquanto o Direito for ciência, o meio justifica o fim, mas não o fim ao meio, e não temos como olvidar que no caso se exige bem mais para assentar-se a inelegibilidade do que o simples curso de processo.

O julgamento é importantíssimo e certamente não será, em termos de crivo do Tribunal Superior Eleitoral, entendido pela sociedade, que anseia pela correção de rumos objetivando a punição daqueles que de alguma forma se mostrem, pelo menos no campo da presunção, como transgressores da ordem jurídica. Mas se abandonarmos parâmetros legais, o texto da Carta de 1988, tão pouco amada, se abandonarmos o que se contém na Lei de Inelegibilidades em vigor, para como que fazer surgir uma nova regência em termos jurisprudenciais, é retrocesso; não se coaduna com o Estado democrático de direito que se imagina viver nos dias atuais no Brasil. [18]:

Neste sentido foi que o Ministro Eros Grau desenvolveu o principal fundamento da tese vitoriosa: a prevalência do direito legal sobre o moral. Defendeu o Magistrado que a racionalidade formal do direito não pode ser substituída por uma racionalidade construída a partir da ética, uma vez que esta é abstrata e fundamentada em postulados vazios e indeterminados que se efetivam “objetivando-se nos comportamentos que um determinado grupo social entenda devam ser adotados diante da realidade”[19]. Neste sentido, expõe que:

O fato de o princípio de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura de sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais.

Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O exercício da judicatura está fundado no direito positivo (= a eticidade de HEGEL). Cada litígio há de ser solucionado de acordo com os critérios do direito positivo, que se não podem substituir por quaisquer outros. A solução de cada problema judicial estará necessariamente fundada na eticidade (= ética da legalidade), não na moralidade. Como ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados. Instalaria a desordem[20]

Portanto, Explica o Ministro Eros Grau que a opção pela prevalência da legalidade quando confrontada com a moralidade não significa o sacrifício dos princípios atinentes a valores éticos, mas sim a condensação destes dois horizontes por intermédio de uma ética de legalidade.

2.3. Limites de atuação do Judiciário.

Outra questão levantada para o não acolhimento da tese ora estudada foi o respeito ao princípio da separação dos poderes, corolário do Estado Constitucional. Entendeu, a maioria dos ministros que não compete ao Judiciário corrigir a omissão do legislador, invadindo a competência deste e regulando em matéria reservada a Lei Complementar. Sobre este tema os Ministros fizeram uma reflexão, no intuito de revelar o papel e os limites da legitimidade do Poder Judiciário para efetivação dos direitos constitucionais.

Não há dúvidas que, a partir da metade do século XX, com o crescimento da Jurisdição Constitucional acompanhado do desenvolvimento das constituições dirigentes, há um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, colocando-o, muitas vezes na função de ator político na efetivação dos direitos constitucionais. Sobre esta perspectiva foi que alguns juízes eleitorais, encampados pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, motivaram-se para por meio da apreciação subjetiva sobre a vida pregressa do candidato, fazer uma verdadeira limpeza moral nos quadros políticos do Estado, impedindo o registro da candidatura daqueles possuidores de “ficha suja.”

Para os defensores deste comportamento ativista do juiz na apreciação da vida pregressa do candidato, a inércia do Congresso Nacional, a quem caberia concretizar por Lei Complementar a regra do Art. 14 §9º da Constituição Federal, mas que, muitas vezes por interesse próprio, foge do tema, mesmo sendo este de fundamental importância para o amadurecimento político do país, autoriza o Judiciário a promovê-la, definindo os contornos do que fora esboçado na Constituição Federal.

Em que pese, na observação da realidade, que os argumentos utilizados para justificar a medida sejam plausíveis e, até mesmo simpáticos, não só aos partidários deste novo comportamento do Judiciário, mas também a toda a população que desacreditada com os rumos dados à política nacional, visualiza em tal medida uma verdadeira faxina dos “ficha sujas” na política nacional; tal argumento não foi acolhido pela maioria dos Ministros das Cortes Eleitoral e Constitucional, pois entenderam estes que, em um Estado de Direito cujas regras e competências são previamente determinadas, nem mesmo a autêntica reivindicação de moralidade na política é capaz de suprir a deficiência de legitimidade que possui o Poder Judiciário para extrapolar os limites da matéria de sua competência, normatizando preceito que a própria Constituição exige que seja regulado por Lei Complementar.

Proclamando sermos “escravos da Constituição”, a Ministra Carmem Lúcia, afirmou não caber ao Judiciário “substituir-se ao legislador na elaboração de normas complementares à Constituição Federal para melhorar o sistema eleitoral e a administração pública”[21].

Destarte, os clamores de uma moralização política não apagam as regras de competências constitucionais, nem delegam ao Judiciário a tarefa de legislar em matéria reservada a Lei Complementar. Neste sentido, oportuna é a crítica de Martônio

Mont'Alverne para quem o ativismo judiciário, aquém dos debates acadêmicos, só atinge a população quando instigado pela imprensa de forma eloqüente e perniciosa:

Ainda que não de forma clara, à crítica a política e aos políticos deslegitima-os, fazendo com que as esperanças de realizações democráticas e de efetivação constitucionais recaiam quase sempre sobre juízes e tribunais”(BARRETO 2007, p.186)

A tese vencedora enalteceu que o papel ativista do Poder Judiciário, na sua função normativa constitucional, não é o de se atribuir novas competências, invadindo a esfera de outros poderes, mas sim de solidificar a democracia dando direções ao Legislativo e ao Executivo. Não pode, assim, o Poder Judiciário, utilizando-se de uma abstratividade inerente a sua função normativa constitucional e de meandros da reviravolta lingüística e hermenêutica do constitucionalismo moderno, intervir na competência do Poder Legislativo que o detém, sobretudo, por possuir legitimidade democrática para tanto.

A Atividade Jurisdicional, mesmo a constituinte, não é legislativa. Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Há, portanto, uma diferença de princípio entre legislação e jurisdição (Dworkin). O "dizer em concreto" significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos - a conceitos abstratalizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em terrae brasilis).” (STRECK, 2008)

Deste modo, o entendimento dominante do TSE e do STF foi no sentido de que, em que pese a grande contribuição que o ativismo judicial pode trazer na tarefa de efetivação dos direitos e princípios constitucionais, deve-se respeito aos contornos esboçados na Constituição. Assim, medidas que visem à moralização na política para serem legítimas precisam se ater ao pálio da legalidade.

2.4. Ameaça aos princípios da segurança jurídica e da isonomia na livre apreciação pelo Juiz da vida pregressa de candidato

Também foram levantados como argumentos para o não acolhimento da tese de inelegibilidade implícita decorrente da avaliação da má conduta do candidato, a ameaça aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, uma vez que, a apreciação subjetiva da vida pregressa de candidato de forma livre e extremamente solipsista pelo Magistrado sem que haja qualquer parâmetro legal, fatalmente conduziria a situações divergentes e conflitantes, pois o que um juiz poderia considerar como inidônea vida

pregressa para um candidato exercer uma função pública, não necessariamente seria entendido por diverso Magistrado que analisasse a conduta de outro candidato com histórico semelhante. Neste sentido a Ministra Carmem Lúcia atentou para o fato de que o critério defendido pela AMB na ADPF 144-DF poderia conduzir a decisões diversas em casos semelhantes.[22]

Especial atenção quanto a este ponto foi dada pelo Ministro Lewandowski, pois este, atento às distorções que uma interpretação desvinculada do Juiz a qualquer parâmetro legal na avaliação da vida pregressa do candidato poderiam causar, citou dados do próprio STF sobre a reforma de sentenças de instâncias inferiores em Recursos Extraordinários Criminais, nas quais se alcança o patamar de cerca de 28% dos casos em que há mudança de entendimento das decisões prolatadas nos órgãos ordinários. Destarte, este número é significativo para se levar a uma conclusão mais cuidadosa acerca da possibilidade de se indeferir candidatura sem que haja trânsito em julgado de uma condenação criminal ou por improbidade administrativa, uma vez que, exemplificando o Ministro, caso todos estes no percentual de 28% fossem de candidatos condenados em primeira instância e como tais, inelegíveis num primeiro momento, a decisão de reforma do STF poderia ocorrer só após as eleições e, desta forma, já teria sido tolhido o direito fundamental destes cidadãos de participar da coisa pública. [23]Assim, advertiu o Ministro Lewandowski que:

(...) alguns juízes poderiam considerar que candidatos que respondem a processo são inelegíveis. Outros, que apenas sentença em primeira instância pode levar a inelegibilidade, outros, ainda, que seria necessário confirmação da condenação em segunda instância para que se impeça alguém de exercer mandato eletivo. Isso levaria a uma afronta ao princípio da isonomia, já que os candidatos seriam tratados de formas diversas, segundo critérios pessoais ou dos tribunais[24].

De fato, não bastasse a fundamentada preocupação acima exposta dos Ilustres Ministros com o excesso de subjetivismo na livre apreciação e qualificação da vida pregressa de candidato para fins de lhe impor inelegibilidade cominada que conduziriam a uma situação de instabilidade jurídica ante o comprometimento do princípio isonômico, uma outra observação é oportuna para somar a este receio: o fato de que, no campo da política, freqüentemente os candidatos se utilizam dos mais ardilosos expedientes para macular o perfil administrativo e, até mesmo, a honra pessoal dos seus adversários.

Os que militam na atividade político-partidária bem sabem como, na ânsia de conquistar o voto dos eleitores e assim se chegar ao poder, a retórica dos palanques acaba se compondo de acusações levianas e insultos pessoais a candidatos, que movidos pelas paixões são autores ou vítimas das mais diversas denúncias de crimes contra a honra e contra a administração pública. Muitas vezes, estas denúncias são meramente oportunistas e servem, de forma maliciosa e fraudulenta, ao comprometimento do nome do candidato perante seus eleitores. Assim, corre-se o perigo de que a festejada tese da “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade Implícita”, quando conduzida por intuitos outros que não a efetiva garantia da lisura e da moralidade no processo eleitoral, sirva-se de forma oportunista para macular a “vida pregressa” do candidato e com isto impugnar sua candidatura. Desta forma, estariam se comprometendo toda a paz e a lisura do certame, na medida que, abusando-se da credibilidade do Judiciário e do princípio da inafastabilidade da Jurisdição, os maus atores se utilizariam destas aventuras judiciais para fundamentar os seus ataques

políticos e, favorecendo-se da ingenuidade dos mais desavisados, os influenciariam nas suas escolhas de candidatos.

Destarte, ante este cenário real da política nacional, exigir-se-ia do Magistrado muito mais que a avaliação da vida pregressa de candidato como condição moral de elegibilidade, seria necessário deste, também, uma perspicácia maior para, conhecendo todo o contexto político local, apurar se as acusações contra o candidato que se imputa a maculada vida pregressa são idôneas. Isto tudo sem comprometer a necessária equidistância do Juiz no campo político para que se possa garantir a sua independência funcional.

Portanto, observa-se que permitir ao Julgador que na análise das condições para registro de candidatura se possa imputar uma condição de elegibilidade baseada em princípios morais e éticos, mas sem padrões legais definidos, em matéria política onde os ânimos e paixões partidárias são acirrados a ponto de cotidianamente se criarem “factóides políticos”, é atribuir ao Magistrado uma responsabilidade e comprometimento com a validade material da sentença de esforço superior, até mesmo, a tarefa do Juiz Hércules[25], uma vez que este Julgador terá que decidir com uma cognição sumária, pois é este o rito adotado nas Ações de Impugnação de Registro de Candidaturas (AIRC), se há de fato acusações plausíveis e presumidamente verossímeis capazes de restringir um direito fundamental do cidadão de submeter seu nome a apreciação dos eleitores na escolha de um cargo público eletivo.

CONCLUSÃO

No ano em que se festeja os 20 anos da promulgação da Constituição Cidadão observa-se que diversas são as reflexões que se fazem sobre o seu reconhecimento efetivo não só como um documento político, mas também jurídico e auto-aplicável. Da mesma forma, o próprio modelo de Estado Democrático de Direito consagrado na Carta de 1988, é reavaliado e posto em discussão ante a constatação de um enfraquecimento dos Poderes representativos, em razão da péssima composição de seus membros que, quando não corruptos e ímprobos, são incompetentes ou pouco criativos. Assim, neste ano de 2008, presenciam-se nos Tribunais Superiores uma série de debates envolvendo questões de suma importância ao desenvolvimento político e institucional do país. Neste diapasão, foi posta mais uma vez em discussão a possibilidade de considerando a inidônea vida pregressa de um cidadão apreciada pelo Juiz eleitoral, restringir-lhe a sua capacidade eleitoral passiva mediante a impugnação de seu registro de candidatura, haja vista que, o Art. 14§ 9º da Constituição Federal reconhece a moralidade como condição implícita de elegibilidade.

Nos julgamentos pertinentes ao tema ponderaram os ministros do TSE e do STF, na sua absoluta maioria, que, muito embora a sociedade clame por mudanças nos quadros políticos do país ante a presença de algumas figuras com má conduta social e política nos cargos públicos que contribuem para a corrupção e para a malversação dos recursos públicos, fugir dos limites traçados pela legalidade seria comprometer toda a ordem constitucional e a configuração do Estado de Direito.

Assim, provisoriamente, a tese da moralidade como condição implícita de elegibilidade foi afastada, pois preponderou o entendimento que a regra contida no Art. 14 § 9º da Constituição Federal não é auto-aplicável, exigindo-se para sua efetivação a necessária concretização legislativa.

Ao contrário do que aparentemente possa parecer, o não acolhimento da tese em comento não representa uma derrota ou retrocesso na tentativa de moralização nos quadros políticos do país, pois muito embora tenha sido reiteradamente indeferida, sobretudo em razão da impossibilidade de transpor obstáculos relevantes, notadamente os limites da legalidade, a limpeza ética proposta por esta tese inspirou a sua defesa por diversos movimentos da sociedade que se manifestaram favoráveis à exclusão dos “ficha sujas” do cenário político nacional. Com a discussão sempre em pauta, não só nos debates judiciais, mas também nos espaços de manifestações públicas como por meio da imprensa, das associações comunitárias, da igreja, do parlamento, dentre outros, cobra-se com veemência a necessária e urgente regulação legislativa pertinente. Também se instiga nos eleitores uma reflexão quando da escolha responsável dos seus representantes, o que será decisivo para a concretização dos direitos coletivos e à efetivação do interesse público.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CAGGIANO. Mônica Herman S. **O cidadão – eleitor, o voto e o papel que desempenha no quadro brasileiro** in *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de direito eleitoral**, v. 1, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FRANÇA. La Constitution du 4 octobre 1958. Disponível em www.legifrance.gouv.fr> acesso em 25 de setembro de 2008.

HESSE. Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto, **Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema de efetivação dos direitos fundamentais numa democracia**, Revista Pensar, vol. 11: Fortaleza, 2007.

MIRANDA, Sérgia. **O princípio da presunção de inocência no processo eleitoral**. Revista do Tribunal Regional Eleitoral –CE. Fortaleza. Jul a Dez/2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Da Perda e Suspensão dos Direitos Políticos**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 38, 2006.

PINTO, Djalma. **Delinqüentes e o direito de ser votado**. Revista do Tribunal Regional Eleitoral –CE. Fortaleza. Jul a Dez/2007.

_____. **Direito Eleitoral – improbidade administrativa e responsável fiscal – noções gerais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET. Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUSA, Patrícia Brito e. **Inelegibilidade decorrente de vida pregressa**, Revista Fórum Administração – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 87. p. 44-55, maio 2008.

SOUZA, Eliseu Fernandes. **A presunção de inocência no processo eleitoral**. Revista Fórum Administração – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 760. p. 8267-8271, dez.2006

STRECK, Luiz Lenio, **A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: mutação constitucional e limite de jurisdição constitucional**, disponível em <http://www.Jusnavigandi.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2008.

[1] Expressão utilizada por Thales Tácito Pontes de Pádua em material didático da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Direito Eleitoral e Direito penal eleitoral, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Eleitoral – UNISUL-Rede LFG.

[2] Como exemplos, podem –se citar julgados do TRE do Rio de Janeiro nos acórdãos 26.958, Rel. Min. Ivan Nunes Ferreira, julgado em 03.09.2004; Acórdão 27.041, Rel. Ministro Marlan Marinho, julgado em 04.09.2004; e Acórdão n. 31.121, Rel. designado Rudi Lowenkron, julgado em 23.08.2006; todos disponíveis em < <http://www.tre-rj.gov.br>>, acesso em 28.08.2008. Da mesma forma julgou o TRE de Rondônia no acórdão n. 59, Rel. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, julgado em 28.04.2005, disponível em < <http://www.Tse.gov.br-Internet-index.html>>, acesso em 28.08.2008.

[3] Súmula n. 13: “ não é auto-aplicável o§ 9, artigo 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4-94”, disponível em < <http://www.tse.gov.br> >, acesso em 17.08.2008.

[4] Como exemplo deste entendimento é a reforma na decisão do acórdão nº 159/ classe 04, proveniente do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, no qual o Relator, Ministro Luiz Carlos Madeira, em decisão monocrática, manifestou-se expressando não ser *incumbência da Justiça Eleitoral emitir juízos sobre a proibidade dos candidatos a mandatos eletivos, mas unicamente aplicar a Lei de Inelegibilidade que se edite com base nas diretivas do art. 14 § 9º da Constituição*. Disponível em < <http://www.tse.gov.br>>, acesso em 28.08.2008.

[5] RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. Disponível em < <http://www.tse.gov.br>>, acesso em 18.09.2008.

[6] Resposta ao Processo Administrativo (PA 19919) e a Consulta 1495, ambas analisadas em 04. 06.2008. Disponível em < [http: www.tse.gov.br- noticias](http://www.tse.gov.br-noticias)> , acesso em 28.08.2008.

[7] ADPF 144-DF, REL. Ministro Celso de Melo, julgado em 06.08.2008. Disponível em < [http: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, acesso em 26.08.2008

[8] Hannah Arendt discute a confusão entre a secularidade com a mundanidade. Alerta que a secularização, como evento histórico e tangível significa a separação entre religião e política, implica ao retorno à atitude cristã de dar à César o que é de César e a Deus o que é de Deus e não uma perda de fé e intranscendência. (ARENDR. 2007, p.265)

[9] **Art. 3.** - La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.

Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. (La Constitution du 4 octobre 1958. Disponível em www.legifrance.gouv.fr> acesso em 25 de setembro de 2008.

[10] Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 14.

[11] RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. Disponível em < [http: www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)>, acesso em 18.09.2008.

[12] *Idem, ibidem*

[13] TRE-RJ, Acórdão 31.121, Rel. Rudi Loewenkron, julgado em 03.09.2006, disponível em < [http: www.ter-rj.gov.br](http://www.ter-rj.gov.br)>, acesso em 28.08.2008.

[14] Cita-se a regra contida no art. 23 da Lei Complementar 64-90 : *O tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público e a lisura eleitoral.*

[15] Nas palavras do Ministro Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADPF 144: “Nos princípios políticos, o exercício da soberania popular e da democracia representativa não existe para servir aos titulares do direito, mas à coletividade, em favor da polis”.

[16] Disponível em < [http: www.stf.gov.br- notícias](http://www.stf.gov.br-noticias)>, acesso em 26.08.2008

[17] ADPF 144-DF, REL. Ministro Celso de Melo, julgado em 06.08.2008. Disponível em < [http: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, acesso em 26.08.2008

[18]RO 1069 proveniente do TRE-RJ, Rel. Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 20.09.2006. Disponível em < [http: www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)>, acesso em 18.09.2008.

[19] ADPF 144-DF, REL. Ministro Celso de Melo, julgado em 06.08.2008. Disponível em < [http: www. stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, acesso em 26.08.2008

[20] *Idem, ibidem*

[21] Disponível em < [http: www. stf.gov.br- notícias](http://www.stf.gov.br-noticias)>, acesso em 26.08.2008

[22] Disponível em < [http: www. stf.gov.br- notícias](http://www.stf.gov.br-noticias)>, acesso em 26.08.2008

[23] *Idem, ibidem.*

[24] *Idem, ibidem*

[25] Modelo padrão que Ronald Dworkin expõe sobre o papel do Juiz na sua atividade jurisdicional.

**A MEDIAÇÃO COMO MEIO DEMOCRÁTICO DE ACESSO À JUSTIÇA,
INCLUSÃO E PACIFICAÇÃO SOCIAL - A EXPERIÊNCIA DO PROJETO
CASA DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DA PARANGABA * ****

**LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DEMOCRÁTICO DE ACCESO A LA
JUSTICIA, INCLUSIÓN Y PACIFICACIÓN SOCIAL - LA EXPERIENCIA DEL
PROYECTO CASA DE MEDIACIÓN COMUNITARIA DE PARANGABA**

**Lilia Maia de Moraes Sales
Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Emanuela Cardoso Onofre de Alencar**

RESUMO

Com o processo de redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu a importância da participação da sociedade nas decisões políticas, individuais e coletivas. Reconheceu também, a importância da concretização dos direitos fundamentais, do valor da dignidade humana e da resolução pacífica dos conflitos, norteando e fundamentando instrumentos de solução de controvérsias que valorizem o ser humano, que incentivem a sua participação na solução de conflitos individuais e coletivos, que estimule o diálogo pacífico. Nesse cenário, a mediação se revela um adequado mecanismo de resolução de controvérsias por meio do qual as pessoas envolvidas dialogam e decidem como deverão proceder diante de um problema. A implementação de espaços de mediação na sociedade propõe o estímulo à participação das pessoas na resolução de controvérsias, externando que todos são considerados aptos e capazes para a construção de consensos, através do diálogo e da cooperação, bem como para estabelecer parcerias na busca de soluções comuns e mutuamente satisfatórias. Nesta pesquisa, é analisada a experiência da Casa de Mediação Comunitária da Parangaba, projeto do governo do estado do Ceará. A pesquisa avaliou, assim, se a mediação representa um mecanismo democrático que contribui para o acesso à justiça, para a diminuir a exclusão social e para promoção da paz.

PALAVRAS-CHAVES: MEDIAÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, INCLUSÃO, PACIFICAÇÃO SOCIAL.

ABSTRACT

Con el proceso de redemocratización de Brasil, la Constitución del 1988 reconoció la importancia de la participación de la sociedad en las decisiones políticas, individuales y colectivas. Reconoció también, la importancia de la concretización de los derechos fundamentales, del valor de la dignidad humana y de la resolución pacífica de los

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza

conflictos, guiando y fundamentando instrumentos de solución de problemas que valoren el ser humano, que incentiven su participación en la solución de conflictos individuales y colectivos, que estimulen el diálogo pacífico. En este escenario, la mediación se revela un adecuado medio de resolución de conflictos por el que las personas dialogan y deciden como deberán actuar delante del problema. La implementación de espacios de mediación en la sociedad se propone al estímulo a la participación de las personas en la resolución de conflictos, destacando que todos son aptos y capaces para la construcción del consenso, a través del diálogo y de la cooperación, como también para establecer parcerias en la búsqueda de soluciones comunes y satisfativas. En esta investigación, es analizada la experiencia de la Casa de Mediação Comunitária de Parangaba, proyecto del gobierno del estado de Ceará. La investigación evaluó si la mediación representa un medio democrático que contribuye para el acceso a la justicia, para disminuir la exclusión y para la promoción de la paz.

KEYWORDS: MEDIACIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA, INCLUSIÓN, PACIFICACIÓN SOCIAL.

Introdução

A partir do processo de redemocratização do Brasil, consagrando-se com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um Estado Democrático de Direito, passou-se a reconhecer claramente a importância da participação da sociedade nas decisões políticas, individuais e coletivas.

Mesmo com esta origem, não tem sido raro o apoio à crítica conservadora da Constituição da República quando de suas promessas muito além daquilo que a realidade brasileira poderia oferecer. O alvo principal desta crítica constitucionalista tem foco central no rol de direitos e garantias individuais, nos direitos sociais, no direito econômico constitucional – aqui se chegava quase ao delírio contra o tabelamento dos juros em doze por cento anuais constante do texto original da Constituição – e, por fim, na organização do pacto federativo. Por outro lado, os esforços contrários à crítica conservadora reagiram na forma de discursos, em boa parte, idealistas, apenas a insistirem na importância da manutenção de todos estes “alvos”, como se o tempo, sozinho, resolvesse o desafio das promessas não efetivadas. Parece ter passado ao largo da percepção dos defensores da nova ordem política e social do constitucionalismo brasileiro que os mesmos atores intelectuais e políticos a procurarem desacreditar discursivamente tais promessas cuidavam de enfraquecê-la, no âmbito das esferas do poder do Estado, legitimando seu sempre liberal argumento de que se deve adequar a legalidade à realidade que se tem, e nada mais. Do ponto de vista mais geral, o principal argumento era sobre a grande quantidade de dispositivos que a Constituição dispôs, impossibilitadores do desenvolvimento econômico e social “livres”. “Libertar” a Constituição de suas próprias amarras representaria a remissão de todos os seus pecados, e, somente assim, o País poderia se desenvolver. Negava-se a política no direito exatamente para esconder-se uma política de direito a ser implantada e seguida.

Se se quer, neste contexto, enfrentar a crítica conservadora, não há como se deixar de trabalhar de forma realista e em conformidade com o dirigismo da Constituição Federal a problemática da *esperança*, enquanto potencial emancipatório da consciência de uma

sociedade. Aqui, a referência ao “princípio esperança”, formulado por Ernst Bloch em 1955, vem a oferecer interessante visão analítica.

Ernst Bloch publicou, na extinta República Democrática Alemã, seu trabalho de mais 1.500 páginas, “O Princípio Esperança”[1], obra que o fez membro da Academia de Ciências de Berlim[2]. A esperança concebida por Bloch trata da energia humana traduzida pela paixão do êxito sobre o fracasso[3]. A esperança, nesta vertente, nada tem de idealista, passando a significar o querer como superação do desejo, na medida em que aquele concretiza a pulsão pela vida e pelo fazer, enquanto este possui em seu núcleo a passividade (ou mesmo a angústia do arrependimento):

Porém, por mais intenso que seja, neste ponto o desejar se diferencia do querer propriamente dito por seu modo passivo, ainda parecido com o ansiar. No desejar não há nada de trabalho ou atividade. Em contrapartida, todo querer é um querer-fazer. [...] Aquele que quer, ao contrário, já estabeleceu uma preferência: sabe o que prefere, a escolha ficou para trás, [...] O querer, ao contrário, é necessariamente um avançar ativo rumo a esse alvo, dirige-se para fora, tem de se medir unicamente com coisas realmente dadas[4].

A energia a movimentar a esperança é, desta forma, o querer, a ação, sempre para frente, em direção aos objetivos que se impõem perante o homem em sociedade. Daí deriva a crítica de Bloch a Hegel e a Freud. Para Bloch, o primeiro olha para o passado, a fim de imobilizar o presente – e o futuro - na forma ideal do que é: “aquilo que é racional, isto é o real; e o quê é real, este é o racional”[5]. Freud representa, para Bloch, o pensamento do presente, sem igualmente considerar o futuro. O futuro, o infinito *vir-a-ser* é de Marx, que conclamou a todos os homens do mundo numa perspectiva universalista. Pois desta forma é que devem ser compreendidos, por exemplo, os direitos fundamentais, numa possibilidade emancipatória. Liberdade de expressão de pensamento, de reunião, direito de greve não deveriam ser objetos de garantia. Não se trata, sob esta ótica e para Bloch, sobre direito “de” alguma coisa, mas de direito “para”, “em direção” a alguma coisa. Assim é que a “liberdade final” seria uma liberdade que não se oporia à ordem, mas seria dela parte, “*uma ordem concebida numa sociedade pura e simplesmente não coercitiva, de uma estrutura não antagônica*”[6].

A Constituição Federal de 1988 é também um documento da esperança, o quê se deixa provar pelo “querer-fazer” de suas determinações. É lugar-comum a afirmação de que nosso texto constitucional não simboliza simplesmente um “catálogo” de boas intenções. Portanto, não seria, na linguagem de Ernst Bloch, um pueril desejar, alimentado pela angústia da imobilização. O interessante é que os discursos contrários à Constituição, de base normativista e conscientemente idealistas, não cansa de repetir o espontaneísmo de que “a Constituição foi aviltada”, ou de que nada se fez no País nos últimos vinte anos, ou ainda apelar para a sofisticada “morte da constituição dirigente”. Com este *satus quo* discursivo liquida-se tanto o potencial do “querer-fazer” da Constituição, como ainda ilude-se sobre quem veicula tal discurso, na medida em que este ator intelectual ou político aparecerá, geralmente, como venerável e velho sábio, crítico do marasmo e de ineficiência da Constituição da República. Assim, “mudamos alguma coisa para que nada mude”, como está disseminada esta idéia em parte significativa da esperta cultura política brasileira!

Assimilar a ordem constitucional brasileira de 1988 aos dias atuais não consiste num fácil exercício de retórica, mas num desafio de ter em mente de que sua efetivação dependerá da sociedade brasileira e de seus esforços. Excluir a sociedade desta tarefa, relegando-a a atores intelectuais e políticos somente servirá ao deleite dos que sempre mandaram e mantiveram seus privilégios, numa sociedade herdeira não somente a escravidão; mas herdeira de uma perene cultura da escravidão. A esperança que se substitui ao fracasso à implementação do texto constitucional brasileiro será, a priori, a aceitação de que este texto constitucional veio para mudar. Aplicar critérios interpretativos da hermenêutica do século XIX, recorrer a antigos paradigmas do direito privado como fórmula de resolução dos conflitos numa sociedade de extrema desigualdades com a brasileira coincide com o cancelamento da esperança constitucional. As dificuldades da implementação constitucional não decorrem da distância entre seu texto e a objetiva realidade brasileira. Decorrem bem mais do comportamento dos atores intelectuais e políticos em bloquear suas inovações estruturais, seja no plano nacional, seja no internacional. Aqui, o argumento da “morte da constituição dirigente”, surgido nos últimos cinco anos, ganha força toda especial contra a constituição da realista esperança.

O Estado Democrático de Direito elege, assim, como seus fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. Possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A Constituição Federal de 1988, apresentando uma visão inovadora e democrática, ao reconhecer esses fundamentos, objetivos e a importância da concretização dos direitos fundamentais, com o valor da dignidade humana e com a resolução pacífica dos conflitos, norteia e fundamenta instrumentos de solução de controvérsias que valorizem o ser humano, que incentivem a sua participação na solução de conflitos individuais e coletivos, que estimule o diálogo pacífico.

Fala-se então na preocupação mundial dos líderes e dos formadores de opinião em criar mecanismos de solução de controvérsias que permitam a comunicação efetiva e pacífica entre as pessoas, possibilitando a mitigação da violência, o que confirma a necessidade da construção, novamente, da esperança.

A mediação de conflitos é mecanismo de solução de controvérsias no qual as pessoas envolvidas dialogam e decidem como deverão proceder diante daquela situação. Esse momento conta com o apoio de um terceiro – mediador -, aceito ou escolhido pelas partes, que, com capacitação especializada, facilita o diálogo. O poder de decisão é das pessoas que vivenciam o conflito.

A mediação exige a discussão sobre a natureza do conflito, percebendo-o como algo natural e próprio da sociedade, devendo ser reconhecido, analisado, discutido e bem administrado. Observa-se que o conflito que é exteriorizado muitas vezes não reflete o real problema, não havendo, assim, espaço para uma discussão profícua e consciente, fazendo com que esse conflito dificilmente seja revelado. Em decorrência, vários atos, inclusive violentos, podem emergir da falta da discussão do problema que está verdadeiramente causando o desentendimento entre as pessoas.

A implementação de espaços de mediação na sociedade propõe o estímulo à participação das pessoas na resolução de controvérsias, externando que todos são considerados aptos e capazes para a construção de consensos, através do diálogo e da cooperação, bem como para estabelecer parcerias na busca de soluções comuns e mutuamente satisfatórias.

Com base nessas considerações, a presente pesquisa foi realizada tendo por objetivo apresentar o estudo da mediação de conflitos como instrumento democrático de acesso à justiça, inclusão e pacificação social. Como metodologia, foi realizado levantamento bibliográfico sobre o tema mediação de conflitos, com ênfase na mediação comunitária. Para o estudo empírico, foi escolhido um Projeto do governo do estado do Ceará, Casa de Mediação Comunitária por ser um projeto pioneiro no Brasil na área de mediação comunitária. Dentre as casas existentes, optou-se pela Casa de Mediação Comunitária do bairro da Parangaba (bairro periférico do Município de Fortaleza), dado ao fato de ser uma das mais antigas de Fortaleza e por possuir a documentação dos processos e das atividades da Casa bem organizados. Realizou-se ainda, pesquisa documental, por meio do levantamento de dados estatísticos sobre todos os processos de mediação de conflitos realizados desde a criação da Casa, em 20/02/2000 até o dia 30/12/2007. A pesquisa se propôs a avaliar, assim, se a mediação representa um mecanismo democrático que contribui para o acesso à justiça, para a mitigação da exclusão social e para promoção da paz.

1 A mediação como meio democrático de acesso à justiça

O acesso à justiça pode ser analisado sob dois enfoques: um mais restrito e formal, referente à possibilidade de pleitear uma demanda junto ao Poder Judiciário, e outro, amplo, que diz respeito ao senso de justiça que todos possuem. Muito embora não se possa “determinar cientificamente o que seja justiça” ou “conceituar-se o ideal de uma justiça absoluta baseando-se na experiência e em argumentos tão-somente racionais”[7], a idéia de justiça paira sobre os homens como valor máximo e essencial à sua própria existência.

Essa idéia de justiça, em sentido amplo, está voltada para a melhoria das relações pessoais e sociais, e é um valor que contribui para “um projeto de um mundo melhor, como um dever-ser das condutas, da produção e do relacionamento humano”[8]. A concepção de justiça, nesse sentido, se refere não somente a questões individuais, pois as pessoas não apenas buscam obter para si condutas e tratamentos tidos como justos, mas também almejam viver em uma sociedade justa, ou seja, onde o tratamento dispensado àqueles que a integram gere um sentimento de justiça.

O ser humano, ao se deparar com algum conflito, espera obter uma solução justa para o problema enfrentado, situação que transcende o fato da proteção oferecida pelas normas jurídicas e mesmo de ganhar ou perder a disputa. O que almeja é que a solução encontrada gere um sentimento de satisfação para todos os envolvidos no problema e que a harmonia seja restabelecida.

A mediação vai ao encontro dessa expectativa, pois trabalha no sentido de envolver os participantes em todas as fases do seu procedimento; nela, as próprias partes constroem, mediante o diálogo, as melhores alternativas para solucionar o problema, o que

proporciona um sentimento de inclusão e responsabilidade sobre as decisões tomadas e, conseqüentemente, no cumprimento dos pontos acordados.

As soluções obtidas a partir da mediação são mutuamente satisfatórias, porque originadas não de imposição ou decisão de terceira pessoa que desconhece aspectos subjetivos fundamentais do conflito, mas sim do consenso surgido a partir do estabelecimento da cooperação entre as partes, que vivenciam o problema e são capazes de indicar os caminhos mais adequados para uma solução que preserve os relacionamentos afetivos e restabeleça a harmonia perdida.

Além disso, a mediação possibilita uma dupla transformação: na percepção dos mediados acerca da própria capacidade para resolver seus problemas e gerir sua vida, bem como na possibilidade de também colaborar para a solução de problemas da comunidade que integra, atuando como agente transformador da realidade.

O segundo aspecto relativo ao acesso à justiça, mais restrito, diz respeito à possibilidade de alguém interpor uma demanda judicial para a defesa de seus direitos. É o aspecto eminentemente jurídico do acesso à justiça e, neste sentido, “o acesso à justiça significa acesso ao Judiciário. É a efetiva oportunidade de se obter a justiça através da decisão de um juiz ou Tribunal”[9]. Principalmente nos últimos dez anos, os meios consensuais para resolução de conflitos, notadamente a mediação, também têm despertado crescente interesse não só do meio acadêmico, como da sociedade, instituições governamentais e paraestatais, e do Poder Judiciário, que já utiliza amplamente a conciliação e volta-se para o reconhecimento da mediação enquanto procedimento auxiliar da Justiça – criando espaços de mediação nas estruturas dos fóruns e tribunais.

A mediação apresenta algumas características que colaboram para a materialização do direito fundamental de acesso à justiça, tendo em vista se constituir em meio participativo, pouco oneroso, de caráter não adversarial para a resolução de conflitos, sendo adequado, especialmente, às situações em que se encontrem presentes relações afetivas e continuadas, aspecto este fundamental para a opção pelo procedimento da mediação. Da mesma forma, a simplicidade de sua estrutura implica a agilização e ao mesmo tempo aprofundamento das discussões no processo em que se desenvolve; a relação de confiança que se estabelece entre os participantes e mediador traz credibilidade ao procedimento; e o trabalho do mediador no sentido de estabelecer cooperação entre as partes possibilita a construção de soluções mutuamente satisfatórias para o conflito.

A parceria entre mediação e Poder Judiciário apresenta vários benefícios, como a humanização e abertura deste último à realidade social, bem como a sua aproximação com a sociedade, e, ainda, o tratamento diferenciado a conflitos que reclamam um enfoque diverso daquele presente nas contendas litigiosas, o que gera a pacificação das relações pessoais e sociais.

Além disso, a natureza das soluções obtidas através da mediação, cujos resultados são tanto individual quanto socialmente justos, vai ao encontro do desejo de justiça dos cidadãos, que anseiam não só pela decisão da controvérsia, mas pela solução de seus conflitos, pois “ao Estado cabe o monopólio da jurisdição, mas não o monopólio da efetivação da Justiça que pode ser realizada por outros meios, representando a jurisdição apenas um deles”[10]. Os questionários aplicados com a comunidade atendida na Casa

de Mediação da Parangaba e com os mediadores comunitários, confirmam essas afirmações.

2 A mediação como meio democrático de pacificação social

Inicialmente, cabe observar que o sentimento de paz não se refere apenas à ausência de violência física, mas também moral e psicológica observando ainda as condições de vida digna e existência tranqüila, em que se encontre presente o respeito pelas opiniões e sentimentos do outro.

Assim, difícil vivenciar paz ante a inexistência de espaço para a manifestação das pessoas ou quando a apatia e desesperança fazem parte de seu cotidiano.

O caminho da pacificação remete, necessariamente, à valorização do ser humano, concedendo-lhe formas e oportunidades de dialogar e participar da transformação de sua vida e de sua comunidade, o que, por conseguinte, gera nas pessoas o sentimento de inclusão e responsabilidade social.

Na mediação, o diálogo, a participação ativa das partes é estimulada na construção do consenso acerca das melhores soluções para os problemas que enfrentam, bem como é enfatizada a responsabilidade que possuem tanto para o surgimento quanto para a solução da divergência, o que faz com que as pessoas se sintam valorizadas e incluídas, porque capazes de decidir acerca de seu destino.

A convivência entre as pessoas torna inevitável o surgimento de discordâncias, o que tem o poder de despertar reações de defesa de “território”. Jean-Marie Muller esclarece:

No princípio há o conflito. Nosso relacionamento com os outros forma nossa personalidade. Eu existo somente em relação a outros. Minha existência individual como ser humano tem menos a ver com estar no mundo e mais com estar com os outros. No entanto, minha experiência de encontro com o outro tende a ser marcada por adversidade e confronto. Os outros são aqueles cujos desejos vão contra os meus desejos, cujos interesses conflitam com os meus interesses, cujas ambições se contrapõem às minhas ambições, cujos planos estragam os meus planos, cujas liberdades ameaçam a minha liberdade, cujos direitos limitam os meus direitos.

.....

Meu medo dos outros é duas vezes maior quando não se parecem comigo, quando não falam a mesma linguagem, quando não têm a mesma cor de pele, não acreditam no mesmo Deus. Estes são os que mais me perturbam. Por que não ficam na casa deles, onde é o seu lugar?

É perturbador quando outros entram no meu território. Estão invadindo minha área de tranqüilidade, arrancando minha paz de espírito. Os outros, por sua própria existência, estão forçando entrada num espaço que conquistei para mim, como se ameaçassem minha própria existência. Não tenho escolha senão ceder lugar para eles, talvez até ceder o meu lugar.[11]

Contudo, isso não implica afirmar que as pessoas vivem em permanente confronto e as relações individuais e sociais tenham como ponto de partida a rivalidade. O que se deseja ressaltar é que deparar com divergências e, portanto, com situações de conflito, é inevitável para os seres humanos.

Paradoxalmente, o desejo de uma existência pacífica entre os homens e os povos é um sonho acalentado desde há muito. A “paz” ronda o imaginário do cidadão e hoje são observadas iniciativas de pessoas e instituições, tanto governamentais como paraestatais, para solucionar problemas de âmbito interno e supranacionais. Entretanto, a paz que se pode obter não deve ser vista como a “exclusão do conflito” das relações que se estabelecem, pois, na verdade,

a vida comunitária sempre inclui algum conflito, mesmo que apenas potencial. A coexistência entre pessoas e entre povos deve tornar-se pacífica, mas jamais será livre de conflito. A paz não é, não pode ser e jamais será livre de conflitos. Mas ela gira em torno dos esforços para controlar, gerenciar e resolver conflitos através de meios diferentes da violência letal e destrutiva. Assim, a ação política deve se voltar para a resolução não violenta de conflitos (do latim *resolutio*, ‘desamarrar’).

A visão pacifista, seja fundada na legalidade ou na espiritualidade, mostra-se equivocada e deriva para o idealismo quando estigmatiza o conflito e argumenta exclusivamente em favor de ação correta, confiança, camaradagem, reconciliação, perdão e amor. Nesta forma, trata-se de um vôo fantasioso, muito distante do âmbito da realidade histórica.

Portanto, a não violência não significa um mundo sem conflitos. Sua finalidade política não é criar uma sociedade onde as relações humanas estejam baseadas somente na confiança. Tal sociedade só pode ser construída através de relações de proximidade, relações de seres humanos companheiros. [...] a vida em sociedade não está organizada com base na confiança, mas com base na justiça e no respeito pelos direitos individuais e coletivos que esta garante. A ação política deve estar voltada para organizar a justiça entre os diversos “outros desconhecidos”. Envolve a criação de instituições e leis que ofereçam maneiras práticas de regulação social para lidar com os conflitos que podem eclodir entre indivíduos a qualquer tempo.[12]

Desde que aos particulares restou proibido o uso da força para resolver suas disputas e o Estado passou a monopolizar a jurisdição com a possibilidade de usar o poder coercitivo para a obediência de suas decisões, foi-se desenvolvendo a visão de que o Poder Judiciário seria o único habilitado a solucionar os problemas de maneira justa, segura e eficaz e “provocó una sobrevalorización del proceso judicial como ‘EL’ medio a través del cual plantear y resolver los posibles conflictos jurídicos[...][13].

Contudo, a idéia de paz extrapola o âmbito jurídico, o Direito formal, e somente pode ser alcançada pelo sentimento de inclusão, respeito e tolerância ao outro, pois mesmo a vitória em uma questão judicial não garante a pacificação do conflito, já que ainda podem persistir a agressividade e o desejo de vingança, e, nesse caso, continuar a parte sofrendo por não haver encontrado a paz que procurava obter. William Ury esclarece que:

Por lo tanto, nuestro desafío no consiste en eliminar el conflicto, sino en transformarlo. Consiste en cambiar el modo en que manejamos nuestras diferencias más graves, en reemplazar la pelea, la violencia y la guerra por procesos más constructivos, como la negociación, la democracia y la acción no-violenta. La tarea supone transformar la cultura del conflicto, llevándola de la coerción al consentimiento, y la fuerza al interés mutuo.[14]

A Constituição Federal de 1988 elegeu a paz social como um dos pilares do Estado Democrático brasileiro, constando expressamente em seu preâmbulo o objetivo da construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Também o art. 4º, nos incisos VI e VII, dispõe que o Brasil, em suas relações internacionais, irá reger-se pelos os princípios da defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos. As ações públicas, portanto, devem levar em consideração e valorizar iniciativas que conduzam à pacificação social.

A mediação de conflitos é um procedimento que, por suas características de incentivo ao diálogo, cooperação e respeito entre as pessoas, estimula a paz, ao estabelecer pontes entre as pessoas, resgatando a comunicação e demonstrando que é possível a construção, por elas mesmas, de soluções consensuais para os seus problemas, pois "la mediación [...] ha surgido como un fenómeno de solución del conflicto que permite romper con la creencia de que ganar el proceso significa resolver el conflicto"[15].

Mas não é somente por meio de aspectos gerais, relativos às características de seu processo e das consequências de seu emprego, que se percebe a natureza pacífica da mediação. Também se revela como meio para prevenir e/ou trabalhar a violência, a qual ocorre

quando uma pessoa se recusa a deixar que seu desejo seja circunscrito pela realidade, ou frustrado pela existência do outro. 'Eu tenho direito', diz Simone Weil, 'a tomar posse de qualquer coisa – mas os outros me atrapalham. Tenho de pegar em armas para eliminar os obstáculos de meu caminho'. A violência brota de um desejo ilimitado que colide com os limites impostos pelo desejo dos outros.[16]

A experiência de vários países tem demonstrado as vantagens da mediação, seja nos Estados Unidos, para a prevenção da violência nas escolas, e ainda no âmbito penal, notadamente nos conflitos que envolvam crianças e adolescentes autores de atos infracionais – como é o caso do Brasil, no trabalho desenvolvido pelo mediador Juan Carlos Vezzulla e pelo Juiz Alexandre Morais da Rosa, na cidade de Joinville, em Santa Catarina –, bem como da Espanha, através das disposições da *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero*[17].

Trata-se de mudar o antigo paradigma litigioso, tão peculiar à atividade estatal, baseando-se em um modelo que aponta na direção do restabelecimento da harmonia nos relacionamentos pessoais e sociais, por afastar sentimentos de oposição e agressividade. "É o princípio da solidariedade que rege a relação entre os cidadãos na mediação de conflitos em busca do interesse comum, ensejando a efetivação da paz social"[18], e a construção de uma sociedade mais fraterna e democrática.

3 Mediação, dignidade humana e inclusão social

A dignidade humana, os direitos fundamentais e a inclusão social se constituem, hoje, em aspectos fundamentais da democracia, tendo a própria Constituição Federal de 1988 alçado à primeira a condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, e destinado posição privilegiada aos demais.

Estes formam, com a inclusão, uma interdependência circular, pois na medida em que as pessoas vêm sua dignidade respeitada e os direitos fundamentais efetivados, tornam-se incluídas socialmente, porque afastadas, na medida do possível, as condições desfavoráveis à existência humana digna. Por outro lado, quanto mais incluída a pessoa ou determinado segmento social, mais a consciência de direitos e a luta pela dignidade e direitos fundamentais se vêm fortalecidas.

A dignidade humana deve ser entendida em um contexto onde estejam presentes as condições para que o ser humano possa desenvolver seu potencial intelectual, físico e espiritual, da forma mais plena possível, e isso somente será viável se os direitos fundamentais se encontram fortalecidos pela estrutura pública e presentes na realidade social.

A mediação contribui para estimular o sentimento de dignidade nas pessoas que dela se utilizam, em virtude do tratamento cortês e respeitoso que lhes é dispensado, serem ouvidas atenciosamente, terem seus problemas encaminhados com seriedade e de forma célere, e, principalmente, por perceberem que é possível, elas próprias, encontrarem soluções adequadas para seus problemas.

Descobrem, dessa forma, que também é possível, através do diálogo transformador, criar uma identidade coletiva e dar início à luta por melhores condições de vida e conquista de espaços de discussões, onde possam ouvir e ser ouvidas, pois todo

indivíduo tem várias identidades que decorrem de seus laços de incorporação: uma identidade familiar ou local, por exemplo, o que a sociologia chama de 'estatutos prescritos', estatutos que vêm de um conjunto de elementos que não escolhemos. Há também uma identidade que é o resultado de uma construção: um querer-viver em comum na igualdade, identidade política englobante. Participar livremente de um engajamento associativo não é somente enriquecer sua vida pessoal; é manifestar sua cidadania[...][19]

A mediação possui pontos de contato com as várias dimensões de direitos fundamentais, pois respeita a liberdade de cada pessoa, no que se refere: à escolha do procedimento para a resolução do conflito; à possibilidade de interromper a mediação a qualquer tempo, se assim entender necessário; à participação ativa em todo o processo; e incentivo à autoderterminação de cada pessoa, características essas que se identificam com os direitos de primeira dimensão.

Verifica-se, ainda, que a mediação valoriza a igualdade entre as pessoas, cujo procedimento oferece a mesma oportunidade para falar, ser ouvido, oferecer sugestões e contribuir para a elaboração de alternativas viáveis para a solução do problema, sendo um procedimento educativo por capacitar os participantes para o diálogo, consenso e debate pacífico de idéias. Além disso, colabora para a segurança, ao prevenir a violência nos conflitos que envolvem questões penais, bem como viabiliza a assistência e acesso à

justiça àqueles que não possuem condições financeiras para recorrer ao Poder Judiciário.

Também contribui para o fortalecimento dos direitos de terceira dimensão, porque ao estimular o diálogo entre as pessoas, a construção de soluções consensuais e mutuamente satisfativas, bem como o respeito ao outro, vai ao encontro do ideal de paz social, constituindo-se em meio pacífico para a resolução de conflitos. Da mesma forma, possibilita tanto o desenvolvimento pessoal, no sentido de crescimento humano, ao possibilitar a reflexão e o envolvimento dos participantes em todas as fases do procedimento, bem como a capacidade de comunicação eficaz, baseada em nova postura de escuta ativa, tolerância e respeito às opiniões do outro.

A mediação de conflitos busca privilegiar o ser humano, independentemente de suas condições econômicas e sociais, pois entende que as pessoas são capazes de encontrar soluções consensuais, pacíficas e criativas para suas divergências, sendo a participação dos envolvidos essencial para o êxito do procedimento. A participação ativa dos mediados na busca da resolução do conflito, por sua vez, desperta nas pessoas que recorrem à mediação o sentimento de inclusão e satisfação por haverem contribuído, de maneira responsável, para a construção de soluções para seus próprios conflitos, gerenciando, assim, suas vidas.

A inclusão social assim se constitui em um dos objetivos da mediação, tendo em vista conscientizar as pessoas para a capacidade que possuem de contribuir para a melhoria de sua comunidade, transformando positivamente as condições de vida coletiva.

A valorização das pessoas, a conscientização acerca de seu papel como sujeitos de um novo processo de integração social, a preservação das relações sócio-afetivas e do respeito à dignidade do homem e o estímulo à cidadania faz com que a mediação chame a atenção das pessoas para a necessidade de lutar pela efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, o que desperta o sentimento de inclusão social.

Por fim, o atendimento que é prestado, via mediação, possui um caráter transformativo, pois nele são apresentadas novas maneiras de tratar o conflito; providenciado o devido encaminhamento para atendimento especializado, caso necessário. Observa-se, da mesma forma, o respeito às diferenças de cada pessoa, transformando a visão negativa que ela encerra em vantagens para o processo de negociação, pois somente a diversidade proporciona o surgimento de idéias criativas; é a mediação, por vocação, uma atividade plural e democrática ao considerar imprescindível a participação ativa das pessoas na construção de soluções consensuadas.

A dignidade humana, assim, resta não somente preservada, mas também promovida pela via da mediação, tendo em vista se constituir em procedimento em que a autonomia, liberdade, respeito ao outro, paz e cooperação se encontram presentes e podem contribuir para a transformação positiva individual e social.

Especificamente sobre a mediação comunitária, estudando e participando das atividades da Casa de Mediação Comunitária da Parangaba, foram apreendidos os seguintes resultados que confirmam as assertivas teóricas aqui apresentadas:

4 A Mediação no Estado do Ceará – a Experiência da Mediação Comunitária

Casa de Mediação Comunitária - CMC é um programa do governo do estado do Ceará, no início, executado pela Ouvidoria Geral (1998), sendo atualmente administrado pelo Ministério Público estadual.

No Ceará, existem atualmente 07 casas de mediação, das quais três na Capital, uma na região metropolitana e três no interior do Estado. As Casas de Mediação na Capital estão localizadas nos bairros do Pirambu, Parangaba, Tancredo Neves e, na Região Metropolitana, no bairro da Jurema, em Caucaia. As Casas de Mediação do interior estão localizadas em Juazeiro do Norte, Russas (vinculada ao Poder Judiciário – iniciativa da juíza estadual Valéria Barroso) e a mais recente no município de Maracanaú.

Informa Silvana Costa Castelo Branco[20] que esse programa tem como missão promover a paz social e, como objetivo geral, solucionar e prevenir os conflitos sociais no estado do Ceará, tendo na figura do mediador o facilitador deste processo.

As casas de mediação atuam de maneira preventiva à violência, pois os conflitos solucionados de maneira rápida, pelas próprias partes, sem interferência de uma outra instância. É uma relação em que não há vencido, haja vista que todos ganham. O programa CMC busca contribuir para a melhoria da vida das pessoas, pois atua incisivamente no conflito que pode se tornar, em curto prazo, motivo gerador de crimes considerados aparentemente sem uma justificativa lógica, além de prevenir a violência familiar.

As casas de mediação comunitária oferecem às comunidades periféricas um canal para o exercício da cidadania. É um projeto que visa a aproximar as comunidades para a realização desse projeto, já que encontra nos moradores locais e líderes comunitários a equipe ideal de trabalho. Pretendeu-se com este projeto (CMC) diminuir a exclusão social vivida por esses indivíduos, pois não é possível existir democracia ou direito de escolha quando parte da população vive à margem de qualquer decisão.

A mediação surgiu como uma via pela qual as partes em conflito encontram juntas a solução para os seus problemas, nas áreas de Direito de família, vizinhança, posse e propriedade, herança, comercial, do consumidor, ambiental, pacificamente, sem retaliações e de forma ágil e sigilosa.

O primeiro passo para a instalação de uma Casa de Mediação é a reunião de sensibilização. Nesta reunião, explica-se o projeto da Casa de Mediação: a missão e objetivos da Casa, o perfil do mediador, o trabalho do mediador, o processo de mediação, o funcionamento da Casa e todos os assuntos referentes ao tema.

Realizada essa primeira reunião, inicia-se a segunda fase, que é o recrutamento e seleção dos mediadores, sendo realizado um curso de capacitação com duração de, no mínimo, 40 horas, o qual visa ao primeiro treinamento dos candidatos a mediadores, já que o treinamento é contínuo. O curso de capacitação possibilita o início dos trabalhos na Casa.

É feita uma reunião para que mediadores sejam apresentados à comunidade e para que se iniciem os processos de formação de parcerias. Determinados problemas que fogem à competência da Casa de Mediação devem ser encaminhados para os órgãos

competentes, tornado-se mais simples o contato quando esses órgãos já conhecem o trabalho das Casas. As delegacias e os juizados especiais têm-se mostrado os maiores aliados das Casas de Mediação do estado do Ceará.

4.1 Os mediadores comunitários

O mediador é um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos próprios, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses e a construir, em conjunto, opções de solução, visando ao consenso e à realização do acordo. O mediador deve desempenhar suas funções preservando os princípios morais e éticos.

O mediador, aquele responsável pela facilitação do acordo entre as partes, deve possuir algumas características determinantes para uma boa atuação. Algumas dessas características podem ser apontadas: capacidade de ouvir, paciência para compreender os problemas, tolerância para não julgar, bom humor para estimular a união e a paz entre as partes, imparcialidade para não cometer injustiças, ética para oferecer os melhores caminhos para as partes e não mediar conflitos que envolvam amigos, inimigos ou parentes, humildade para não impor decisões e para compreender que o exercício da mediação representa um aprendizado contínuo.

Todo o processo da mediação envolve o compromisso com a solução dos conflitos. A mediação busca uma saída rápida e eficaz para as partes envolvidas, assim pautando-se pela informalidade. A eficácia da solução encontrada na mediação é diretamente dependente da observância dos princípios do processo de mediação comunitária. O procedimento deverá seguir os critérios da voluntariedade, autonomia das partes, gratuidade, honestidade, imparcialidade, confidencialidade e competência. É a prática de atos pautados por essas regras basilares que assegurará a rapidez e a eficiência da solução encontrada por meio da mediação.

O respeito que os mediadores conquistam no desempenho de sua função, com perícia e honestidade, é decisivo para que a mediação comunitária se consolide como processo eficaz para a solução de controvérsias.

Os mediadores das CMCs são escolhidos entre os membros da própria comunidade. Os interessados (membros da comunidade) colocam-se à disposição para se integrar ao projeto das Casas, participam dos cursos de capacitação e passam a mediar conflitos.

4.2 A CASA DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DA PARANGABA – O RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA QUE CONFIRMA EMPIRICAMENTE A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA, DE INCLUSÃO E DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Contabilizando os dados estudados na CMC da Parangaba, constatou-se que, desde a data de sua criação (26.06.2000) até a data de 31.12.2007, foram realizadas 354 consultas, 2.179 processos de mediação abertos, 497 desistências e encaminhados 367.

Do total dos processos de mediação da CMC da Parangaba, em média, 53,42% (1.164) registraram objetivos alcançados; 6,93% (151) registraram objetivos não alcançados; 22,81% (497) representaram as desistências e 16,84% (367) representaram os encaminhamentos.

Compreendendo que os objetivos alcançados e os encaminhamentos são ambas formas de solução de conflitos e acesso à justiça, pois o primeiro resolve a controvérsia propriamente dita e o segundo indica o caminho pelo qual aquele pode ser solucionado, pode-se verificar que mais de 70,26% dos conflitos que chegam à CMC da Parangaba são, de alguma forma, solucionados. Ressalta-se ainda que alguns casos de desistências referem-se a solução do conflito fora da CMC logo que se dá o recebimento da carta-convite para uma sessão de mediação.

Em relação aos tipos de conflitos que são levados à CMC da Parangaba, dos 2.179 casos, 863 versam sobre questões familiares (pensão alimentícia, separação/divórcio, reconhecimento de paternidade, registro de filho e desentendimento entre parentes); 399 são questões comunitárias (brigas entre vizinhos, condomínio, trânsito, associação, escola); 111 são questões civis (despejo, dano material, invasão de propriedade, imóvel, locação de imóvel); 341 se referem a questões comerciais (dívida e compra/venda de imóvel); 28 versam sobre relações de consumo; 388 são conflitos penais (crimes contra a honra, constrangimento ilegal, lesão corporal, furto, ameaça, violação de domicílio, perturbação ao sossego e agressão ao idoso); 08 são questões ambientais (poluição sonora e poluição ambiental); e 41 são casos trabalhistas.

Como se observa, a maioria dos conflitos, ou mais especificamente 39,61%, é relacionada a questões familiares, pois se sabe que esse tipo de conflito é o mais comum devido a uma maior intimidade das pessoas e configura o mais indicado para se utilizar o processo de mediação, visto tratar-se de conflitos entre pessoas com relações duradouras. Depois se destacam os conflitos comunitários, com 18,31%, principalmente os conflitos entre vizinhos, comprovando mais uma vez que o relacionamento mais próximo gera um maior número de atritos. Ressalta-se, por isso, que se à sociedade é oferecido um mecanismo de solução de pacificamente soluciona conflitos cotidianos se configura assim uma proposta de paz e prevenção da má-administração de controvérsias.

Em seguida, os conflitos penais com 17,81%, demonstrando-se que as pessoas continuam tentando resolver seus conflitos por meio da violência física e moral. E, por fim, os conflitos de cobranças de dívidas, com 14,36%, conflitos que, quando de natureza exclusivamente patrimonial, são mais simples de solucionar.

De acordo com a pesquisa de campo, constatou-se que o início de um processo de mediação ocorre quando uma das partes procura a casa de mediação comunitária com o intuito de resolver seu conflito de interesses. Ela é atendida por um mediador que escuta o relato detalhadamente acerca de seu problema, preenchendo um formulário de atendimento com o resumo do assunto, o nome das partes envolvidas, o endereço, o telefone, a data e o horário para a realização da sessão de mediação. Cria-se, então, uma pasta de processo específico para cada caso aberto.

Quanto a esse atendimento é importante ressaltar que os mediadores são orientados a tratar as pessoas de forma inclusiva, de maneira que haja um sentimento de bem estar naquele local. Evita-se a “frieza” comum nos espaços estatais de solução de conflitos. Há sempre o oferecimento de água, chá (da horta medicinal da Casa) ou café. Percebe-se que a satisfação das pessoas começa nesse momento. É comum a fala por parte dos que procuram o atendimento na CMC *“você me trata tão bem. Nunca imaginei que fosse assim”*.

Em gravações durante o período de setembro de 2007 a fevereiro de 2008 algumas falas foram gravadas para ilustrar o processo de mediação na CMC. Ainda ressaltando o tratamento destinado às pessoas em conflitos: *"A senhora está se sentindo bem?" "Gostaria de tomar uma água gelada ou um chazinho? O importante é o seu bem-estar aqui na Casa de mediação"*. Em depoimento um mediador informa: *"Muitos chegam chorando, nós convidamos a tomarem um chá, café, água gelada. Nós falamos que eles são os mais importantes nesse ambiente, dizendo que o mediador é apenas um elo para facilitar o diálogo entre eles, e que devem ficar tranquilos, posto que eles não estão em nenhuma delegacia. Falamos também da questão do sigilo, que o que ocorre aqui ninguém além deles tomará ciência, sendo importante que eles confiem no nosso trabalho."*

Logo em seguida, é enviada uma notificação ou convite à outra parte para que ele compareça à casa de mediação comunitária em data e horário estipulados. Quando a parte notificada não comparece à mediação, lhe é enviada outra notificação, sempre com o intuito de estimular a participação.

Se, após a segunda notificação, a parte requerida não comparecer, se for de interesse da pessoa que procurou a CMC, o caso é encaminhado para o órgão judicial ou administrativo competente (Defensoria Pública, Delegacia, Juizado Especial, DECOM e outros órgãos); do contrário, o processo será arquivado por desistência da parte interessada.

Quando as duas partes comparecem à primeira sessão de mediação e conseguem resolver o conflito consensualmente, por meio do diálogo pacífico, é redigido um termo de acordo o qual é assinado por ambas, que se comprometem a cumpri-lo, sendo informadas de que, caso contrário, o processo poderá encaminhado ao órgão judicial ou administrativo competente. Caso o conflito não seja resolvido, ou seja, as partes não cheguem a um acordo consensualmente, o processo é então encaminhado, se for de interesse, ao órgão judicial ou administrativo competente.

A reunião ou sessão de mediação é marcada pela informalidade. O mediador, inicialmente explica o sentido e os objetivos da mediação e ressalta o seu papel de mediador. Em falas gravadas registra-se os seguintes depoimentos: *"O mediador é um terceiro imparcial para ajudar e facilitar o diálogo entre os mediados, já que, em casa, o casal não tem mais condições de conversar"*; *"Nós, os mediadores, representamos uma terceira parte imparcial, que não vamos resolver o conflito. Vamos ajudar vocês a encontrarem uma solução para seus conflitos."*

Logo em seguida o mediador sempre pergunta que prefere falar primeiro, evitando o sentimento de que quem procurou a CMC já começaria com a razão ou teria o direito a falar primeiro. Registram-se as falas: *"Nós perguntamos quem deseja começar, mostrando que eles têm uma participação. Explicamos que todos serão igualmente ouvidos. Deixa claro que, após o primeiro falar, o outro que estava escutando terá a sua vez de ser ouvido. Ressalta, também, a questão do poder da escuta, não só dos mediados, como também do mediador"*. As pessoas, então, começam, desde o primeiro momento, assumindo as responsabilidades por suas escolhas. Percebeu-se, nas mediações assistidas, a surpresa das pessoas, quando o mediador facultava a elas a escolha de como começar a reunião.

O processo de mediação não tem um tempo de duração preestabelecido. A sua duração pode variar de trinta minutos a quatro horas, ou mais de um dia, dependendo da complexidade do conflito a ser tratado, da habilidade do mediador para administrá-lo e, principalmente, da boa vontade das partes para dialogarem e encontrarem uma solução favorável a ambas. Em média, entretanto, percebeu-se que uma sessão de mediação na CMC da Parangaba dura cerca de uma hora.

As informações obtidas por meio da coleta de dados em pesquisa documental estudada, que se originaram das respostas ao questionário presencial com oito perguntas objetivas dirigidas a 21 mediados, expressam a satisfação com a mediação de conflitos, percebendo-a como mecanismo de acesso à justiça. As repostas foram as que se seguem: que tipo de conflito veio resolver: 61% (família), 29% (vizinhança) e 10% (comercial); o conflito foi solucionado por meio da mediação - 81% sim, 19% não; Se foi solucionado a solução foi satisfatória – sim (100%); você já utilizou a mediação quantas vezes – 90% (1) uma vez e 10% (2) duas vezes; você acredita que a mediação é um meio de acesso à justiça – 100% sim; você indicaria a outra pessoa – 100% sim; após a mediação, você se sente mais capaz de resolver sozinho conflitos futuros – 52% sim, 48% não; entre os níveis ruim, regular, bom e excelente como você avalia a mediação – 62% excelente, 38% bom.

As informações obtidas por meio da coleta de dados, que se originaram das respostas ao questionário presencial com perguntas objetivas dirigidas a 10 mediadores, expressam que os mediadores percebem a mediação como mecanismo eficaz de acesso à justiça e que, conseqüentemente, auxilia o Poder Judiciário e que os conflitos mais comuns são os familiares e os de vizinhança. As perguntas e respostas foram as seguintes: são mediadores a quanto tempo – 20% mais de 1 ano e 80% mais de 3 anos; a mediação é instrumento de acesso à justiça - 100%; a mediação auxiliar ou substitui o Poder Judiciário – 100% auxilia; conflitos mais comuns que chegam à CMC – 44% vizinhança, 45% familiar, 11% comercial; o relacionamento das partes, após a mediação melhora – 80% sim, 20% não sabe; você percebe que as pessoas, após a mediação, sentem-se mais seguras em resolver os conflitos futuros sozinhas – 80% sim, 20% não; quantas sessões são necessárias para a resolução do conflito - 50% uma, 30% duas, 20% três ou mais; qual o seu conceito para a mediação como acesso à justiça – 67% bom, 33% excelente.

As informações obtidas por meio das entrevistas gravadas[21] (em pesquisa documental, distintas das referidas anteriormente), compostas de oito perguntas a cinco mediados, foram transcritas e algumas das respostas merecem ser destacadas aqui como demonstração fidedigna das opiniões deles e pensamentos acerca do assunto indagado. As repostas confirmam que a mediação na CMC configuram na percepção da população entrevistada mecanismo de acesso à justiça, de inclusão e de pacificação social.

Quando indagado o motivo pelo qual os mediados procuraram a Casa de Mediação e não o Poder Judiciário para resolver seus problemas, a maioria das respostas se referiu à lentidão e à forma severa com que o Poder Judiciário resolve os conflitos, preferindo assim solucionarem de uma maneira mais amigável e rápida. É o que se confirma por meio das palavras de alguns mediados: **R-** “Porque o Poder Judiciário ia demorar mais, e eu tinha um amigo que veio até aqui na Casa de Mediação com um grande problema e eu sabia até do problema dele e foi, resolveu o problema aqui, dialogando, então achei

melhor procurar aqui”. **R-** “Eu procurei a Casa para resolver mais rápido, sem precisar levar à Justiça mesmo, pra não prejudicar ele, porque a Justiça é mais severa”.

Foi perguntado aos mediados o que eles entendem por mediação, e a maior parte disse que a mediação significa resolver os problemas das duas partes, por meio do diálogo, do entendimento; chegar a um acordo, sem precisar ir ao Poder Judiciário. É o que se confirma pelas respostas de alguns mediados: **R-** “É que a gente ia chegar a um acordo sem precisar ir pra Justiça. Que aqui seria resolvido e foi o que aconteceu”. **R-** “Eu entendo por mediação que foi resolvido o meu problema, tanto da minha parte como da parte dele”. **R-** “Eu acho que é como um diálogo, um entendimento entre duas pessoas como pai e mãe, mas no meu caso, entre pai e avó”.

Quando se indagou aos mediados se eles haviam ficado satisfeitos com a solução encontrada na mediação e o porquê, todos responderam que sim, porque a solução encontrada era o que realmente desejavam e que, há muito tempo, tentavam resolver o conflito, mas não conseguiam dialogar com a outra parte. Pode-se interpretar esse pensamento pelas respostas de alguns mediados: **R-** “Fiquei satisfeita porque era justamente o que eu queria”. **R-** “Sim, porque eu até achei que o meu problema não tinha solução. Eu já tinha procurado um diálogo com a pessoa e não tinha resolvido. Cheguei aqui, eu achei a solução”. **R-** “Sim, porque foi resolvido o meu problema que eu, há tantos anos, queria resolver e chegou ao ponto que foi resolvido”.

Perguntou-se aos mediados se aconselhariam para outras pessoas o uso da mediação e o motivo. Grande parte respondeu que aconselharia a mediação, pois, além de se resolver rápido os conflitos, pode-se contar com o auxílio de uma pessoa. É o entendimento de alguns mediados: **R-** “Aconselharia, caso não conseguisse resolver sozinha os problemas, procuraria a mediação, porque resolve mais rápido. Quando duas pessoas não conseguem resolver, procura uma pessoa que ajude”. **R-** “Sim, porque aqui resolve bem ligeirinho”.

Quando se perguntou aos mediados se eles procurariam de novo a Casa para resolver outros conflitos ou buscariam o poder Judiciário e qual o motivo, todos afirmaram que preferiam procurar primeiramente a Casa de Mediação, pois é mais rápido, e a solução encontrada é melhor, mas, caso não fosse resolvido, então procurariam o Poder Judiciário. Essas idéias podem ser confirmadas pelas respostas de alguns dos mediados: **R-** “Procuraria a Casa de Mediação, porque aqui na Casa resolve mesmo, melhor que a Justiça”. **R-** “Eu procuraria a mediação e, se não resolvesse, eu procuraria a Justiça, o Poder Judiciário”. **R-** “Eu achei aqui mais rápido e, se eu tivesse outro problema, com certeza, eu procuraria a Casa”.

Foi perguntado aos mediados, caso o problema não tivesse sido solucionado por meio da mediação, se eles procurariam o Poder Judiciário e o porquê. Alguns responderam que sim, pois não podiam desistir de um direito deles, mas outros afirmaram que não procurariam o Poder Judiciário, porque já haviam tentado solucionar judicialmente seus conflitos sem obter sucesso. É o que se apreende das respostas de alguns mediados: **R-** “Não, porque o Poder Judiciário nunca resolveu meu problema, nunca. Faz muitos anos, começou em 98 e fui até 2004, nunca resolveu, a Justiça. Desisti, desisti total”. **R-** “Sim, se não tivesse solucionado, eu teria procurado a Justiça, porque é um direito de meus filhos e eu não posso negar isso a eles”.

Indagou-se aos mediados se eles acham que a mediação é uma maneira de se alcançar a justiça e o porquê. Todos, sem exceção, disseram que sim, pois resolve os problemas de uma maneira justa e encoraja-os a buscar seus direitos. É o que se entende por meio das respostas de alguns mediados: **R-** *“Sim, porque encaminha a gente, dá força, dá coragem e aqui a gente vai criando alma nova pra correr atrás de outras coisas”*. **R-** *“Sim, porque o meu problema foi resolvido de uma maneira justa”*.

Por fim, foi indagado aos mediados se a mediação veio para auxiliar ou substituir o Poder Judiciário e o porquê. Todos afirmaram que a mediação veio para auxiliar o Poder Judiciário, porque, caso o conflito não seja solucionado por meio da mediação, sempre se poderá buscar o Poder Judiciário, uma garantia constitucional. É o que se deduz das respostas de alguns mediados: **R-** *“Eu acho que a Casa de Mediação chegou pra auxiliar o Poder Judiciário, porque, se ele estiver aqui para resolver o problema e não conseguir, pode ir para o Poder Judiciário”*. **R-** *“Auxiliar, porque é um auxílio que eles vão dar. Não é dizer que vai tomar o lugar da Justiça, porque a Justiça vai estar no lugar dela, no direito. É um direito da Justiça. Mas com certeza é um auxílio”*.

As informações obtidas por meio das entrevistas gravadas compostas de dez perguntas a seis mediadores foram transcritas e algumas das respostas merecem ser destacadas como expressão legítima de suas idéias e pensamentos acerca do tema questionado.

Quando se perguntou aos mediadores o que eles entendem por mediação, grande parte das respostas afirmou que a mediação é uma forma de se solucionar os conflitos consensualmente, de uma maneira favorável para ambos e com o auxílio de um terceiro imparcial. É o que se apreende das respostas de alguns mediadores: **R-** *“A mediação é uma maneira de se resolver conflitos [...] de uma maneira harmoniosa e que desta mediação não se sai nem vencedor, nem vencido”*. **R-** *“A mediação em si, ela veio pra ajudar as partes, já que ela só acontece quando as duas partes concordam. [...] Quando chegam aqui na mediação, já aconteceu das pessoas entrarem inimigas e saírem conversando. Isso resume a mediação”*. **R-** *“É uma maneira encontrada para solucionar conflitos com a presença de uma terceira pessoa imparcial que vai simplesmente estar administrando a solução encontrada por aquelas partes”*.

Quando se perguntou aos mediadores se eles acreditam que esses objetivos são realmente alcançados e o porquê, alguns responderam que sim, pois há, na mediação, um trabalho de reflexão e empatia, no qual as partes aprendem a compreender os outros e a si mesmas; outros disseram que não se pode garantir que realmente alcançam-se os objetivos, porque não há um *feedback* das partes: **R-** *“Com certeza, porque existe uma conscientização do ser humano para que ele veja o outro como ser humano, entendendo seus direitos e deveres”*. **R-** *“Em alguns casos são alcançados, a gente percebe que realmente se alcançou os objetivos, que as partes saíram satisfeitas. [...] outras, a gente não tem como dizer, porque não existe um trabalho na Casa de Mediação de acompanhamento disso. Quando normalmente as pessoas não voltam, a gente imagina que foi resolvido, mas não se tem certeza”*.

Foi perguntado aos mediadores se a mediação veio para auxiliar ou substituir o Poder Judiciário e o porquê. Todos concordaram que ela veio auxiliar o Poder Judiciário, pois, além de ajudar a desobstruí-lo, é mais adequada para a resolução de determinados conflitos que o Poder Judiciário não poderia resolver satisfazendo ambas as partes. Essas idéias são encontradas nas respostas de alguns mediadores: **R-** *“Na realidade, na*

minha visão, ela não veio assim diretamente auxiliar nem substituir. É uma maneira de evitar que as pessoas se aglomerem nos Juizados, nas Delegacias.[...] Principalmente no Judiciário, que hoje se sabe é abarrotado de processos demorando a ser realizado, a ser concluído. Mas eu não digo assim substituir a Justiça ou auxiliar, é um auxílio indireto, não diretamente”.R- “Veio como auxiliar, pois, dependendo do caso, nós orientamos a pessoa a procurar o Poder Judiciário”.R- “Para auxiliá-lo, porque existem situações em que a Justiça resolve, porém não saem ambas as partes satisfeitas, dando outra conotação. Enquanto que a mediação resolve situações até que a Justiça não resolveria”.

Quando se indagou aos mediadores se eles acreditam que, após a mediação, as partes se sentem mais capazes e seguras para resolverem sozinhas futuros conflitos e o porquê, alguns disseram que sim, pois as partes saem mais confiantes em si e com mais autonomia, sentindo-se, portanto, aptas para solucionar seus problemas; outros acreditavam que essa independência é possível para algumas pessoas, mas para outras não. É o que se confirma pelas palavras de alguns mediadores: **R-** *“Sim, porque elas simplesmente passaram a ter contato com um processo até então desconhecido, estando agora fortalecidas para resolver os mais diversos conflitos que poderão surgir posteriormente”.* **R-** *“Eu acho que, em alguns casos sim; em outros, não. Até porque depende muito do nível das pessoas, e, mesmo assim, existem pessoas que nunca se conformam ou são, digamos assim, pessoas difíceis por natureza. Tem um relacionamento difícil com as pessoas e muitas vezes não querem aceitar as outras da maneira que são”.*

Perguntou-se aos mediadores se eles acreditam que, após a mediação, o relacionamento entre as partes melhora e o porquê. Todos disseram que acreditam que sim, porque a mediação abre um espaço para a escuta e ensina não só a ouvir o outro, mas a compreendê-lo e aceitá-lo com suas diferenças. Algumas respostas dos mediadores confirmam essa idéia:**R-** *“Com certeza, porque passaram a ser conhecedoras de uma convivência social”.* **R-** *“Melhora, porque elas têm a oportunidade de falar o que estavam sentindo, sem ser preciso aquela pressão. Aqui as pessoas ficam livres pra dizerem o que estão sentindo. Às vezes até acabam emocionando a outra parte, porque, no momento do conflito, ninguém escuta ninguém”.* **R-** *“Melhora. [...] Muitas vezes, pessoas que não se falavam há um ano, dois anos e até três anos, como já aconteceu, saem de mãos dadas e conversando normalmente”.*

Foi perguntado aos mediadores se eles acham que a mediação comunitária é um instrumento de acesso à justiça e como. Todos concordaram com o fato de a mediação ser um meio de se alcançar a justiça, na medida em que as partes conflitantes são tratadas com igualdade e possuem autonomia para resolverem seus problemas por si mesmas. Este pensamento é confirmado pelos mediadores: **R-** *“A mediação comunitária é realmente um meio de acesso à justiça, porque quando nós deixamos que as partes falem por igual, nós não damos preferência a A ou a B, desde que seja um de cada vez. Como nós deixamos as duas partes falarem e elas mesmas decidirem, isso sim é justiça”.* **R-** *“Sim, seria sim mesmo, porque pela forma a qual se apresenta tendo os opositores direitos iguais e que as decisões beneficiarão a ambas as partes, sem causar nenhum transtorno aos usuários”.*

Como se pode perceber, a CMC de Parangaba, a partir dos estudos teóricos, das pesquisas documentais e das pesquisas de campo, representa um instrumento

democrático de acesso efetivo à justiça, visto que propicia a solução pacífica dos conflitos com a participação ativa das pessoas envolvidas. Sobressaem-se a solução de conflitos de maneira simples e eficaz. Apresenta um procedimento gratuito, uma vez que os envolvidos não arcam com nenhum custo processual. É célere, pois, como se observou, em torno de uma hora, geralmente, todo o procedimento é concluído com êxito. Decisões adequadas e satisfatórias são conferidas segundo a realidade dos envolvidos..

Nesta situação, os mediados alcançam a Justiça, porque os seus problemas são resolvidos de maneira justa e, o mais importante, solucionados por eles próprios, o que os estimulam a buscar seus direitos. Isto porque se sentem importantes, incluídos. Ainda, é relevante o tratamento igualitário que ambos os mediados recebem pelos mediadores na referida Casa de Mediação.

A filosofia não adversarial que a mediação dá aos conflitos um enfoque positivo, fazendo com que os mediados percebam os obstáculos que aparecem em suas vidas como algo positivo e passível de superação por eles próprios. Isto é muito importante para promoção da paz social. Busca-se o diálogo, como forma de solucionar conflitos em substituição à violência, ao ódio e à litigância. Estimula a criação de uma cultura de comunicação pacífica, evitando o uso da violência para solucionar conflitos futuros.

Pode-se ressaltar ainda, especificamente sobre a realização da mediação comunitária, que majoritariamente lida com pessoas de baixa renda, a inclusão torna-se mais clara, pois a CMC oferece àqueles que se sentem (e são) marginalizados a oportunidade de expor seus problemas em um local onde efetivamente serão ouvidos, não serão discriminados e receberão um tratamento digno. Os que procuram tal ambiente sentem-se, realmente, cidadãos.

Nesse contexto, a mediação se apresenta como uma alternativa democrática e eficaz na resolução de conflitos. Ao lado dos demais métodos consensuais de solução de conflitos, a mediação se apresenta trazendo novos caminhos para a construção do processo democrático, privilegiando práticas que fortalecem a cidadania.

CONCLUSÕES

A democracia exige que não somente uma parcela da população tenha acesso aos meios necessários a uma participação efetiva, como informação, educação política, espaços e oportunidade para se manifestar, mas que essas condições sejam estendidas ao maior número possível de cidadãos, os quais deverão, também, ter poder decisório, ou seja, capacidade de influir nas decisões governamentais. Na medida em que a mediação capacita as pessoas no sentido da comunicação pacífica e do diálogo, estimulando o estabelecimento de parcerias e de redes de colaboração em torno de objetivos comuns, exerce uma função educativa que aponta o caminho de práticas democráticas coletivas responsáveis.

A práxis cidadã, entretanto, não ocorre sem turbulências, já que a convivência social expõe diferenças existentes, sejam elas culturais, políticas, religiosas, de posições. Como consequência, surgem conflitos, os quais sempre existiram enquanto parte da natureza humana. A maneira de lidar com esses conflitos, sob a ótica constitucional vigente, é que deve ser inovada, pois outros caminhos, que não o do litígio judicial, são

possíveis, caminhos esses que privilegiem a construção de um processo democrático consciente.

A criação de centros de mediação de conflitos representa instrumento de fortalecimento democrático já que possibilita o acesso à justiça, representa um processo inclusivo e promove a paz, por meio da fala cooperativa e efetiva – “paz com voz”.

Propõe-se assim a criação desses espaços como política pública não apenas como forma de desafogar o Poder Judiciário, mas como instrumento de fortalecimento de uma sociedade que precisa participar, que precisa de voz.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1995.

BARBOSA, Júlio César Tadeu Barbosa. *O que é justiça*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CALDWELL, Peter C. *Dictatorship, State Planning and Social Theory in the German Democratic Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.122.

BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1959.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. *A mediação ontem e hoje – suas indicações*, Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 109-118, jul./dez. 1999.

HEGEL, G. W. F. *Gundlinien der Philosophie des Rechts*. In: HEGEL, G.W.F. *Hauptwerke in sechs Bänden*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buch-gesellschaft, Bd. 5, 1995.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MULLER, Jean-Marie. *Não-violência na educação*. São Paulo:Palas Athena, 2006.

OLIVEIRA, Charles Soares de. *A representação política ao longo da história*. Brasília: Positiva/Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Mesquita de. *Desafios da participação popular no poder local*. In: HERMANNNS, Klaus (Org). *Participação cidadã: novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes Sales. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004a.

_____. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

_____. *Mediação de conflitos, família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

URY, William. *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación em la família, el trabajo y el mundo*. Barcelona: Paidós, 2005.

_____. *Getting past no: negotiating in difficult situations*. New York: Bantan, 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. 2. ed. Curitiba: Comunicação Curitiba, 1994.

_____. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006.

VILAR, Silvia Barona. Fomento de las ADRS en Espana: hacia um sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivizacion y la buqueda de la paz social. *Seqüência: Revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC*, Florianópolis, v. 25, n. 51, p. 169-202, dez. 2005.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala: a linguagem silenciosa da comunicação não-verbal*. 57. ed. 2004.

DOCUMENTOS

FONTE: BRANCO, Silvana Castelo. Entrevista em 2002 na sede da Ouvidoria Geral do Ceará referida em livro *Justiça e Mediação de conflitos de autoria de Lília Sales*.

FONTE: Projeto de Pesquisa intitulado *A Mediação de Conflitos como acesso à Justiça, inclusão e pacificação social: a experiência das Casas de Mediação Comunitária no estado do Ceará*, cadastrado na Universidade de Fortaleza desde 2003. Publicada em livro intitulado *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*, autora: Lília Sales, e em monografia de final de curso de Elizabeth Fialho Colares.

[1] *Das Prinzip Hoffnung*, no original, publicado em 1959, na República Federal da Alemanha, pela editora Suhrkamp, Frankfurt/M.

[2] CALDWELL, Peter C. *Dictatorship, State Planning and Social Theory in the German Democratic Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.122.

[3] BLOCH, Ernst, op. cit., p.50-51.

[4] BLOCH, Ernst, op. cit., p.50-51.

[5] HEGEL, G. W. F. *Gundlinien der Philosophie des Rechts*. In: HEGEL, G.W.F. *Hauptwerke in sechs Bänden*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buch-gesellschaft, Bd. 5, 1995.

p.14. No original: „*Was vernünftig ist, das ist wirklich; was wirklich ist, das ist vernünftig*“.

[6] CALDWELL, P., op.cit., p. 129. No original: “[...] *an order conceived of as “an uncoerced structure of non-antagonistic society pure and simple”*”.

[7] BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 8.

[8] AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1995. p. 17.

[9] BARBOSA, Júlio César Tadeu, op. cit., 1985. p. 61.

[10] SALES, Lília Maia de Moraes Sales, op. cit., 2004b. p. 157.

[11] MULLER, Jean-Marie. *Não-violência na educação*. São Paulo: Palas Athena, 2006. p. 22-23.

[12] Ibid., 2006. p. 26.

[13] VILAR, Silvia Barona. Fomento de las ADRS en Espana: hacia um sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivizacion y la buqueda de la paz social, *Seqüência: revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC*, Florianópolis, v. 25, n. 51, p. 169-202, dez. 2005, p. 171.

[14] URY, William. *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación em la familia, el trabajo y el mundo*. Barcelona: Paidós, 2005. p. 26.

[15] VILAR, Silvia Barona, op. cit., 2005. p. 182.

[16] MULLER, Jean-Marie, op. cit., 2006. p. 35.

[17] Sobre ambas as experiências ver VEZZULLA, Juan Carlos, *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006, e VILAR, Silvia Barona, op. cit., 2005.

[18] SALES, Lília Maia de Moraes Sales, *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b, p. 34.

[19] SIX, Jean-François, *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 216.

[20] Silvana Costa Castelo Branco é psicóloga e foi coordenadora do Programa Casa de Mediação Comunitária do estado do Ceará até janeiro do ano de 2003. Foi entrevistada pela pesquisadora no dia 1 de abril de 2002, no prédio da Secretaria da Ouvidoria Geral e Meio Ambiente – SOMA. Considerável montante de informação sobre a criação e a instalação das casas de mediação comunitária, explicitadas nesta pesquisa, é resultado dessa entrevista em virtude da pouca documentação existente.

[21] As perguntas dos questionários foram elaboradas pela profa. Lília Sales e pela pesquisadora Elisabeth Fialho (responsável pela aplicação) em pesquisa cadastrada na Universidade de Fortaleza desde 2004.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR?*

DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND CITIZENSHIP IN HIGHER EDUCATION?

Hustana Maria Vargas

RESUMO

Este trabalho propõe um diálogo entre o direito e a sociologia, oferecendo elementos empíricos para referenciar o debate sobre democracia, cidadania e direitos humanos. Com foco no problema das desigualdades educacionais, introduz a questão da diferenciação interna entre carreiras no ensino superior brasileiro, para indagar: 1) nosso sistema de ensino superior se alinha com os princípios da democracia, dos direitos humanos e da cidadania? 2) o atual encaminhamento das políticas públicas estaria em acordo jurídico e sociológico com a efetivação dos direitos humanos e da democracia, objeto de atenção constitucional? A partir do conceito de democratização do ensino, conclui pela sua precariedade no ensino superior, embora reconheça que políticas públicas em curso possam contribuir para a superação de dificuldades objetivas neste processo.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS, DEMOCRATIZAÇÃO, ENSINO SUPERIOR

ABSTRACT

This paper proposes a dialogue between the law and sociology, providing empirical evidence to reference the debate on democracy, citizenship and human rights. With focus on the problem of unequal education, introduces the issue of internal differentiation between careers in higher education in Brazil, to inquire: 1) our higher education system is aligned with the principles of democracy, human rights and citizenship? 2) the current routing of public policies would be in accordance with the legal and sociological realization of human rights and democracy, constitutional object of attention? From the concept of democratization of education, concluded by their precarious in higher education, while recognizing that current public policies can contribute to overcoming difficulties objective in this process.

KEYWORDS: HUMAN RIGHT, DEMOCRATIZATION, HIGHER EDUCATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

É por demais conhecida a impossibilidade de uma experiência democrática sem a observância de direitos humanos. Igualmente, é suficientemente conhecida a limitação de direitos humanos meramente formalizados num rol de direitos, mas não materializados num conjunto de disposições sociais que lhes sirva de sustentação. Os limites atribuídos às “deformações formalistas do Direito em geral de tradição liberal-individualista e da inautenticidade da chamada doutrina burguesa dos direitos humanos, abstratos e universais” são bem estabelecidos desde o marxismo (Wolkmer, 2004, p.27). Obviamente a consequência imediata de tais fragilidades é a limitação da cidadania como expressão democrática.

O preâmbulo de nossa Constituição, enunciando o conteúdo ideológico que orientou os trabalhos da Assembléia Constituinte, afirma que os representantes do povo brasileiro reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, dentre outros. O art. 6º, por sua vez, ao especificar os direitos sociais, consagra como o primeiro deles a **educação**.

Por que estariam os direitos sociais e dentre eles a educação representando papel tão protagônico na sustentação de uma existência cidadã, democrática e coerente com os direitos humanos? Citando Renato Janine Ribeiro, “talvez o melhor seja usar não o verbo **ser**, mas **fazer** para a democracia; talvez mais importante do que algo **ser** democrático seja algo **produzir, gerar** democracia” (apud Carvalho, 2004). Corolário dessa perspectiva é a compreensão da situação democrática como aquela que procura garantir acesso aos bens gerados pela vida social (Oliveira, 1991). E não há dúvida de que uma das condições de acesso a estes bens é a capacidade econômica, correlata, na sociedade moderna, do nível educacional do cidadão (Pastore e Silva, 2001).

Como estariam conjugados educação, direitos, democracia e cidadania em nosso país? É o que passamos a tratar, para a seguir especificar esta problemática no ensino superior.

1- ARTICULAÇÕES ENTRE DEMOCRACIA, CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO NO BRASIL

No caso brasileiro estes vínculos restam bem estabelecidos. Senão, vejamos: *nosso país tem sido adjetivado não como um país pobre, mas como um país injusto, haja vista nossos indicadores de distribuição de renda*[1]. *Especialistas em economia da educação* (Psacharopoulos e Patrinos, 2004) *mostram que esta explica entre 30 e 50% da desigualdade salarial no país. Afeta a má distribuição de renda por dois motivos: pela elevada desigualdade educacional da força de trabalho e pela alta taxa de retorno à educação no país, medida pelo aumento de salário resultante de um ano adicional de estudo*. Superpondo as vantagens, a taxa de ocupação cresce de 52% para 87% entre analfabetos e indivíduos que concluíram o ensino superior. Relações positivas entre anos de estudo e longevidade também são hoje estabelecidas, isolado o efeito renda (Néri, 2007).

A baixa mobilidade educacional é um outro problema, na medida em que a chance de um filho de pai analfabeto também ser analfabeto é de 34%, enquanto essa probabilidade cai para 0,7% se o pai tiver completado ensino superior. Do outro lado, uma pessoa cujo pai seja analfabeto tem apenas 1,0% de chance de completar o ensino superior, contra uma probabilidade de 60% caso o pai tenha ensino superior completo.

Destaquemos, finalmente: as instituições educacionais se expandiram no Brasil atual com grande rapidez e de forma independente de uma expansão nos vários setores da economia. Nesse caso, a mobilidade social se dá principalmente de forma **circular** ou “**por trocas**”, onde para uma pessoa subir outra tem de desocupar a posição[2]. Característica dessa dinâmica é que o mercado de trabalho torna-se mais competitivo: “o peso da qualificação, competência e educação é maior hoje do que no passado” (Pastore e Silva, 2004, p.2).

Por tudo isso, não há porque duvidar que a titulação superior em nosso país proporcione retornos econômicos e de prestígio social diferenciados. Como vimos, estará indelevelmente associada à experiência de direitos, já que o acesso ao ensino superior tanto expressa a realização de uma existência com direitos ampliados quanto a real possibilidade de alcançar esta titulação representa a ampliação da cidadania. Dito de outra forma, ainda: a “efetivação da democracia não passa tão-somente pela inserção do povo nos debates públicos. Ela só se dará, realmente, quando preceder esta inserção uma oportunidade de **conhecimento** para que as discussões não se dêem às escuras sem a exata percepção da realidade e do mundo” (Rocha Neto, 2007).

Na mesma direção temos a alentada pesquisa de Almeida (2007) intitulada “A cabeça do brasileiro”, em que produz um “teste quantitativo da antropologia de Roberto DaMatta”. Nela, associa uma propensão a concepções mais éticas e conformes a um padrão de vida mais próximo da normalidade institucional, a um grau maior de escolaridade. Mais especificamente, enuncia a necessidade de massificar o ensino superior em benefício dos ideais democráticos nacionais. Vejamos:

Estou afirmando, portanto, que o jeitinho brasileiro, com denominações específicas a cada país, existiria em qualquer nação em que a maior parte da população tenha pouco estudo. (...) Não estou negando as especificidades nacionais, apenas enfatizando que culturas nacionais podem ser menos importantes do que as de grupos sociais transnacionais, unidos pela escolarização formal. A herança ibérica nunca será abolida do DNA da cultura brasileira, mas é possível tornar os brasileiros mais seguidores da lei por meio da educação formal. Portugal será sempre nossa pátria-mãe, mas para tornar o Brasil mais liberal na economia é preciso massificar, e muito, o ensino superior. História e herança não mudam, mas o nível de escolaridade traz alterações de conseqüências bastante profundas para qualquer sociedade. Entre elas, a consolidação da democracia (Almeida, 2007, p. 276).

Dadas essas reais vinculações, eis, então, o motivo pelo qual nosso olhar se volta para as relações entre ensino superior e direitos, democracia e cidadania, contempladas em importantes documentos legais, dos quais destacamos a Constituição e o Plano Nacional da Educação (PNE).

2 – ENSINO SUPERIOR NA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E EDUCACIONAL

A Constituição de 1988 aborda a matéria sobre educação em dez artigos específicos (arts. 205 a 214) e nos artigos 22, XXIV, 23, V, 30, VI, e 60 e 61 do Ato das Disposições Transitórias. Em sintonia com o momento de abertura política, o espírito do texto é o de uma "Constituição Cidadã", propondo, no art. 206, I, a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, pela "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (Vieira, 2006). Além disso, o artigo 208 no inciso V, estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado por meio da garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Associam-se a estas remissões os artigos iniciais da CRFB, especialmente o 1º e o 3º, que tratam dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Destacam-se, dentre os fundamentos, a soberania e a cidadania, e dentre os objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A Constituinte acolheu, outrossim, a proposta de explicitar, na Constituição brasileira, dispositivo sobre o Plano Nacional de Educação de forma bem mais ampla que nas Cartas anteriores. O art. 214 da nova Constituição expressa a elevação, ao nível constitucional, do desejo da sociedade brasileira de um Plano Nacional de Educação, de duração plurianual. Este Plano entrou em vigor em 2001, com duração de 10 anos. Podemos dizer que o PNE representa uma síntese entre os documentos da área educacional do governo e a legislação constitucional. Quanto ao ensino superior, diagnostica que, para enfrentar “sérios problemas” deve-se renovar e desenvolver o sistema. Em suas diretrizes, explicita uma preocupação com a emergência de uma sociedade do conhecimento a demarcar o limite do desenvolvimento e da independência política, bem como uma preocupação com a **desigualdade**:

Nenhum país pode aspirar a ser desenvolvido e independente sem um forte sistema de educação superior. Num mundo em que o conhecimento sobrepuja os recursos materiais como fator de desenvolvimento humano, a importância da educação superior e de suas instituições é cada vez maior (...). As instituições de ensino superior têm muito a fazer, no conjunto dos esforços nacionais, para colocar o País à altura das exigências e desafios do Séc. XXI, encontrando a solução para os problemas atuais, em todos os campos da vida e da atividade humana e abrindo um horizonte para um futuro melhor para a sociedade brasileira, reduzindo as desigualdades (MEC, 2001).

Dentre suas metas, destacamos: a) prover, até 2011, a oferta deste nível educacional para pelo menos 30% da faixa etária entre 18 e 24 anos e b) criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação em sua formação escolar anterior, permitindo-

lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino.

Outro documento importante que deve ser mencionado é o Projeto de Lei 7200/06, sobre a Reforma Universitária. O Título I, que trata das normas gerais da educação superior, especifica que a “função social do ensino superior” será atendida pela instituição mediante a garantia de 14 requisitos, sendo o primeiro deles a **democratização do acesso e das condições de trabalho acadêmico**[3]. E o Título II, sobre a educação superior no sistema federal de ensino, abre uma seção específica sobre as **Políticas de Democratização do Acesso e de Assistência Estudantil**. A opção governamental pelo princípio da democratização do ensino superior pode ser compreendida no marco da evidência de que o governo, de fato, não conseguirá atingir sua meta de expansão do ensino superior a não ser que inclua novas frações sociais no sistema, vale dizer, frações menos elitizadas.

Em todos esses textos observa-se a vinculação entre educação e desigualdade, educação e democracia e educação e direitos. Há que considerar que essas junções não ocorrem aleatoriamente. Deve-se atentar, pois, para o exame das relações entre educação superior e sociedade no Brasil, como chave compreensiva de tais nexos. Que características nacionais podem ser destacadas no sentido de demarcar esse campo em termos de uma verificação da materialidade ou não de direitos humanos, democracia e cidadania no ensino superior? Para proceder a esse estudo, sintetizaremos estes conceitos no de **democratização do ensino superior**. Em sua acepção sociológica, o conceito indica um recrutamento de alunos e escolha de carreiras mais independente de sua origem social e com qualidade acadêmica (Silva, 2003). Desta forma, tomaremos um *quantum* de democratização no ensino superior como medida indireta[4] de um processo mais geral de ampliação de direitos. Para os fins deste trabalho, priorizaremos a discussão da origem social do aluno em relação à sua carreira, não nos detendo nos aspectos acadêmicos.

Nesse sentido é necessário caracterizarmos, previamente, o ensino superior brasileiro no tocante a sua história e sociologia, com vistas a orientar a investigação sobre democratização. Mediante os traços sócio-históricos levantados, o que significaria democratização, nesse caso?

3 – DESIGUALDADES EDUCACIONAIS COMO ÓBICES À DEMOCRATIZAÇÃO

Eis que os anos 90 trouxeram, junto com a primeira avaliação do ensino superior – o Provão -, um vasto repertório de informações sobre o perfil socioeconômico do graduando no Brasil. Os dados do questionário socioeconômico de 2003 revelaram o seguinte sobre cor e curso: não apenas os brancos estão mais presentes na universidade que sua representação na sociedade em geral (são 52% dos brasileiros, mas na educação superior somam 72,9%), como ocupam boa parte dos cursos com maior interesse de mercado. Neste ano, os dez cursos de graduação com maiores percentuais de estudantes brancos foram: Arquitetura (84,5%), Odontologia, (81,1%), Medicina Veterinária (80,9%), Engenharia Mecânica (80,6%), Farmácia (79,9%), Direito (79,4%), Jornalismo (78,4%), Administração (78,4%), Psicologia (78,1%) e Medicina (77,7%). De outro

lado, a presença de negros nestes mesmos cursos foi: Arquitetura (1%), Odontologia (0,8%), Medicina Veterinária (1,1%), Engenharia Mecânica (2,3%), Farmácia (1,2%), Medicina (1%), Jornalismo (3,2%), Psicologia (2,2%), Direito (2,4%) e Administração (2,2%). A representação percentual de negros na sociedade, segundo o IBGE, é de 5,9% (MEC/INEP, 2003).

Para além dos resultados do Provão, que se atém aos dados dos formandos no ensino superior, desde o vestibular percebe-se um grau de seletividade prévio, observado pela grande concentração de candidatos de alto poder aquisitivo em cursos de elevado prestígio social, para os quais são selecionados os que obtêm rendimento excelente nas provas. Em oposição, observa-se a preferência dos concorrentes da classe média baixa por cursos de baixo prestígio social, nos quais obtém-se a vaga com desempenho mediano. Um destes estudos (Braga, Peixoto e Bogutchi, 2000) versa sobre uma série de 10 anos de vestibular da UFMG, tendo verificado a seguinte tendência: mesmo tendo obtido no vestibular nota suficiente para ingressar num curso concorrido, se a condição socioeconômica do candidato era desfavorecida, estava inscrito em curso pouco disputado. Quando a condição socioeconômica era favorável, o candidato não se eximia de disputar cursos concorridos, mesmo com resultados fracos. Conclui que “são poucos os candidatos que desafiam a hierarquia não escrita dos cursos e carreiras”.

Pesquisas mais recentes (USP, 2004) vão além: a pré-seleção não funcionaria apenas no tocante a cursos, mas também no quesito instituição. É o que ocorre nas universidades estaduais paulistas, onde se verifica uma auto-exclusão de estudantes carentes. A maioria dos alunos que concluem o ensino médio na rede pública de São Paulo nem se inscreve no vestibular da Fuvest.

É nesse sentido que Schwartzman (1998, p. 15) alerta:

Escolher uma carreira, no Brasil de hoje, tem pouco a ver com “vocações” e simples preferências pessoais, e muitíssimo com as condições pessoais e sociais que condicionam esta escolha. Nenhuma política governamental sobre o ensino superior brasileiro pode ser conduzida sem tomar em conta as implicações deste fato[5].

Destacamos destes dados:

a) a evidência do ensino superior como fronteira social em nosso país. Sobre esse ponto citamos Anísio Teixeira (1957, p.1-2), em discurso proferido na inauguração dos cursos da Universidade do Distrito Federal, em 31/7/1935:

Toda sociedade tem seus processos instintivos de defesa e de conservação. O Brasil, como país agrário e pobre, havia desenvolvido um sistema de educação muito engenhoso para a sobrevivência de suas classes altas. Com a decadência do latifúndio, a fronteira que se abria às famílias empobrecidas era a da educação para as funções do Estado, a política e as profissões liberais. Um sistema público, universal e gratuito de educação não conviria, pois abriria as portas a uma possível deslocamento das camadas sociais. Uma escola pública primária gratuita, mas pouco acessível, com espírito marcadamente de classe média, poderia servir às classes populares, sem com isso excitá-las demasiado à conquista de outros graus de educação. Como válvula de segurança, escolas normais e técnico-profissionais se abririam à continuação dos estudos pelos mais capazes. No nível médio, pois, criar-se-iam dois tipos de escola: o

secundário ou propedêutico aos estudos superiores, a ser ministrado em escolas particulares pagas e destinado às classes de recursos suficientes para custear, nesse nível, a educação dos filhos e a escola normal e a técnico-profissional, em número reduzido, públicas e gratuitas, para o povo. **Criados tais óbices para o acesso ao ensino superior, poderia o mesmo ser público e gratuito. E foi o que se fez, ficando deste modo assegurada às classes dominantes mas em parte já empobrecidas do país a oportunidade de dar a seus filhos a educação necessária às carreiras burocráticas e liberais, com que as boas famílias brasileiras contavam superar as dificuldades da desagregação da classe agrária. Com esse sistema, assegurou-se a estabilidade social e começamos a marcha para a sociedade de “funcionários e doutores” que sucedeu ao nosso patriarcado rural (grifo nosso).**

b) uma severa hierarquia entre carreiras. Em trabalho sobre profissões e monopólios profissionais no Brasil, Marli Diniz examina a constituição de profissões e monopólios nas carreiras de Medicina, Engenharia, Direito e Economia, reforçando a impressão de que a posição hierárquica destacada destas carreiras se reforça com sua atuação corporativa (Diniz, 2001). Assim é que, pelo decreto 5773/2006, a criação de cursos de graduação em Direito e em Medicina, Odontologia e Psicologia, inclusive em universidades e centros universitários, deve ser submetida, respectivamente, à manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou do Conselho Nacional de Saúde. Da mesma forma, quanto ao reconhecimento e à renovação de reconhecimento de cursos.

Tal circunstância é reforçada no nosso caso porquanto se pode associar a constituição e a sustentação mesma do Estado brasileiro ao apoio de grupos profissionais: os bacharéis no Brasil colônia, os engenheiros imprescindíveis aos movimentos de industrialização e novamente os advogados na transição do terceiro milênio, dentro do fenômeno da “judicialização da política” (Barbosa, 2003). O caso dos profissionais do Direito é de fato exemplar. Embora o ensino superior não tenha ocupado a posição central que assumiu no século XIX na Europa e nos Estados Unidos, os diplomados nesse curso foram atores decisivos na construção do Estado nacional brasileiro. É notável, também, o contraste entre a importância dos fundadores da pátria brasileira predominantemente juristas e o peso do estamento militar na fundação dos países ibero-americanos (Carvalho, 1980). Ao estudar a elite política imperial, José Murilo de Carvalho (idem) evidenciou nossa formação jurídica iniciada na Universidade de Coimbra, formando a primeira geração de estadistas, e continuada pelas Escolas de Direito de São Paulo e Recife, como o ingrediente essencial do mandarinato brasileiro. Teria havido, na passagem de Coimbra para as escolas de direito nacionais, uma “internalização” do processo de constituição e reposição da rede de mandarins, eficientemente continuada ao longo de toda a nossa história. Ainda hoje se faz observar a preponderância de quadros egressos das faculdades de Direito nas representações político-administrativas nacionais.

Sintetizando: no caso brasileiro fatores históricos, sociológicos, corporativo-profissionais, econômicos e simbólicos se somam para reforçar o prestígio de algumas carreiras. *Inegável se torna, enfim, a compreensão do caráter de limite social da educação e muito especialmente do ensino superior numa sociedade fechada, elitista e desigual como a brasileira. Estão suficientemente referidos, espera-se, os liames da*

*escolarização superior com o marco econômico da mobilidade e da desigualdade social no Brasil. E estas, como vimos, são condições sine qua non ao exercício pleno de uma cidadania democrática. Por esses motivos, então, o tema da escolha de carreira não pode ser negligenciado nas discussões sobre o ensino superior. Um **processo de democratização bem sucedido, neste caso, passaria necessariamente pela verificação de acesso e permanência, no ensino superior, mais independentes da origem social em qualquer carreira.***

Dada essa configuração, e para as finalidades deste trabalho, indagamos, especificamente: 1) como se caracterizam carreiras especiais no ensino superior no Brasil ao longo de uma linha de tempo? Expressam o processo de democratização do ensino superior como correlato de atendimento dos princípios da democracia, dos direitos humanos e da cidadania entre os graduandos? e 2) o atual encaminhamento das políticas públicas estaria em acordo jurídico e sociológico com a efetivação dos direitos humanos e da democracia, objeto de atenção constitucional?

Acreditamos que assim procedendo, nos posicionamos em acordo com Liszt Vieira (2001). Ao realizar uma revisão crítica de teorias fundantes das noções de cidadania, espaço público e sociedade civil a partir da visão clássica de cidadania de Marshall, aponta como, a partir da conexão que Habermas e Cohen/Arato estabelecem entre este conceito e os de sociedade civil e esfera pública, torna-se imperativa a relação entre teoria política e empiria, passando, assim, a comparar a teoria liberal com os regimes liberais, o comunitarismo com os regimes tradicionais e a teoria da democracia extensiva com a social-democracia (Vieira, 2001). Nesse caso, acreditamos que justamente operamos uma comparação entre teoria e regime.

4 – DEMOCRATIZAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR? O RETRATO DE DOIS MUNDOS

Este estudo foi realizado através dos Microdados do Provão (Vargas, 2008) numa série histórica – 2000 a 2003 - em que seis cursos de graduação realizaram simultaneamente aquele exame, provendo um banco de dados coerente sociologicamente. O Provão é realizado por todos os formandos das respectivas graduações, em conjunto com a aplicação de um extenso questionário socioeconômico. A escolha dos cursos deveu-se ao quadro de hierarquia de carreiras que vimos desenhar de forma tão impermeável em nosso país. Assim, metade destes cursos possui alto prestígio social e a outra metade, baixo prestígio social. Acreditamos que seria benéfico que o estudo contrapusesse cursos quanto ao valor hierárquico, para possibilitar comparações e caracterizações mais completas do processo, ou em outros termos, atuar de **forma relacional** (Bourdieu e Wacquant, 2002). Estes cursos foram: Medicina, Engenharia e Direito - consagrados no imaginário nacional como cursos de elite - e Biologia, Matemática e Letras[6] - considerados “primos pobres” dos primeiros.

Selecionamos, do questionário socioeconômico do Provão, alguns indicadores que a literatura mais freqüentemente aponta como vantajosos no processo de escolarização: titulação dos pais, renda, situação de trabalho, origem do ensino médio, cor e estado civil (Foracchi, 1997, Martins, 2006, Schwartzman, 2000). Observamos como estes indicadores se caracterizavam entre os graduandos das carreiras selecionadas no período, e verificamos um maior percentual de escolaridade superior dos pais, renda familiar elevada, não trabalhadores, egressos do ensino médio privado, brancos e

solteiros. O exame do comportamento destes indicadores em cada carreira passou, então, a balizar o estudo. O que encontramos? **Inicialmente**, que tais indicadores de nossos graduandos superavam francamente a média nacional. Em **segundo lugar**, um explícito padrão de isolamento dos cursos em dois grupos, separados pela linha Geral[7], que representa a média dos cursos que realizaram o Provão em cada ano.

O resultado final, do qual exibimos alguns gráficos, revelou a seguinte situação:

a) Pais com nível superior

Em nosso país o percentual de diplomados no ensino superior em relação ao total da população é de 3,47%. Na população com mais de 25 anos 6,8% são titulados (DEMOCRATIZAÇÃO, 2005). No conjunto de pais e mães de nossos estudantes, entre 12 e 68% possuem tal título.

Gráfico 1: Graduandos com pais com nível superior em carreiras selecionadas – Brasil 2000/2003

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

b) Renda

A Pesquisa de Orçamentos Familiares realizada entre julho de 2002 e julho de 2003 pelo IBGE aponta como rendimento médio mensal da família brasileira o valor de R\$ 1.789,66 (IBGE,2004b). Pois bem: em 2002 e 2003 este valor correspondia à faixa de 3 a 10 salários mínimos, a menos incursa nos cursos de maior prestígio. Inversamente, é a faixa onde encontraremos os maiores percentuais para os cursos de menor prestígio.

Gráfico 2: Graduandos com renda familiar entre 3 e 10 SM em carreiras selecionadas – Brasil 2000/2003

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

Como num espelho invertido, observemos agora a distribuição de graduandos cujas famílias possuem renda familiar superior a 20 salários mínimos. Os cursos de maior prestígio voltam a ocupar as posições superiores:

Gráfico 3: Graduandos com renda familiar acima de 20 SM em carreiras selecionadas – Brasil 2000/2003

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

c) Não trabalha

Entre os jovens de 18 e 19 anos no Brasil, 27% só estudam. No grupo de 20 a 24 anos, o percentual dos que apenas estudam cai para 10,8% (IBGE, 2007), segundo a PNAD de 2006. No caso dos nossos estudantes, desconsiderando a idade, nos dois grupos os percentuais de não trabalho durante o curso superam esta estatística, variando entre 23 e 74%. A presença dos que não trabalham aumenta no grupo de maior prestígio.

Gráfico 4: Situação de trabalho de graduandos do ensino superior em carreiras selecionadas – Brasil 2000/2003

Fonte: Microdados Provão MEC/INEP

d) Ensino médio em escola privada

Quanto à situação de egresso da escola privada: segundo os dados do Censo Escolar da educação básica para 2005, no ensino médio 87,9% dos alunos matriculados estudam em estabelecimentos públicos. Em contrapartida, representam apenas 46,8% do total de matrículas nas Instituições de Educação Superior já avaliadas pelo ENADE. De maneira inversa, enquanto os alunos que cursam ensino médio privado representam 12,1% do universo de matrículas deste nível de ensino, quando chegam à educação superior, passam a ocupar 42,5% das matrículas nas instituições federais, 31,4% nas estaduais, 23,5% nas municipais e 34,9% nas IES privadas (INEP, 2006a). Observamos que especificando por cursos, e tendo sido considerada a opção mais radical – cursou o ensino médio **todo** em escola privada -, verificamos valores ainda mais elevados, mesmo nos cursos de baixo prestígio. Nos de prestígio mais elevado, são maioria incontestes.

Gráfico 5: Egressos do ensino médio privado no ensino superior em carreiras selecionadas – Brasil 2000/2003

e) Brancos

O ensino superior é um território branco. Em nenhum outro quesito há percentuais tão elevados de resposta. É clara também a proximidade entre os dois grupos e cursos. Pelo Censo de 2000 há no Brasil 53,7% de brancos (IBGE, 2004). Entre nossos concluintes os brancos superam 60% nos dois grupos em todos os anos estudados, superando 80% para o grupo de maior prestígio. Contudo, é o único indicador onde se observa uma ligeira tendência de decréscimo. Há que se refletir sobre esse fato. Deve-se ponderar que a resposta à pergunta “Como você se considera?”, revela a subjetividade do aluno com relação ao tema. Em função de novos fatores culturais como os movimentos negros, a representação de cor/raça pode estar mudando, de forma a favorecer a assunção da condição de não-branco. No confronto dos resultados censitários de 1991 e 2000, diminuiu a proporção de pessoas que se declararam pardas e aumentou a de pretos, o que pode ser um indicativo de mudança nos padrões de identificação e de autoclassificação do brasileiro.

f) Solteiros

Em 2000, 34% das pessoas de 15 anos ou mais no Brasil era solteira (IBGE, 2004a). Nos dois grupos por nós estudados essa taxa nunca é inferior a 50%, chegando a 70% no grupo de maior prestígio nos anos de 2002 e 2003. Em ambos, a condição de solteiro aumenta entre 2000 e 2003. Sobre estado civil, é o segundo indicador com maior percentual de concluintes nessa condição, atrás de brancos. É também o indicador que conferiu mais estabilidade à linha Geral.

Em **terceiro** e último lugar, atentamos ao comportamento de cada um dos indicadores ao longo da série histórica, em cada uma das carreiras selecionadas. A diminuição destes indicadores, refletida em linhas declinantes, revelaria uma tendência de inclusão de novas frações socioeconômicas no ensino superior. De forma geral, não foi o que ocorreu. Pelo contrário, verifica-se um padrão de estabilidade ao longo dos anos em todos os indicadores, não refletindo, portanto, em inclusão expressiva de perfis populacionais menos elitizados.

En passant, é válido extrair destes estudos, uma caracterização mais geral para o curso de Direito. Podemos dizer que ele produz uma trajetória ambivalente: muitas vezes a linha do curso de Direito se confunde com as linhas de Engenharia e Geral, outras vezes ultrapassa esta linha, alinhando-se com os cursos de menor prestígio. Tratando-se de curso submetido a controle profissional, não é de se estranhar as dificuldades do mesmo, posto que lida com uma população mais heterogênea do que no curso de Medicina, por exemplo. Talvez esse seja um componente da problemática revelada pelos resultados dos exames da Ordem dos Advogados.

Tudo isso considerado, insofismável é a conclusão quanto ao primeiro questionamento deste trabalho: o processo de democratização do ensino superior como correlato de atendimento dos princípios da democracia, dos direitos humanos e da cidadania ainda não se fez notar. Pelo contrário: a evidente apartação entre o perfil socioeconômico de

estudantes de diversas graduações no Brasil revela uma rígida dependência entre sua origem social e a carreira cursada.

5 – DEMOCRATIZAÇÃO NAS POLÍTICAS PARA O ENSINO SUPERIOR? DISTÂNCIA ENTRE METAS CONSTITUCIONAIS, EDUCACIONAIS E A REALIDADE

Verificamos que as características de origem social da população não são suficientes *de per si* para viabilizar o propósito de democratização do ensino superior, especialmente quando se considera uma distribuição entre cursos de maior e menor prestígio social, confirmando, ainda no terceiro milênio, a marca do elitismo no ensino superior, da desigualdade social arraigada e manifesta numa rígida hierarquia de carreiras. Milton Santos e Maria Laura Silveira (2000) alertavam sobre este ponto: essa situação é tal que os cidadãos já se instalam na nação com um destino predeterminado, discriminados *ab initio*, desde logo condenados a uma certa quantidade e qualidade de educação. Em sua avaliação, “importante frisar que a superação do *handicap* da herança sócio-cultural pode depender de medidas compensatórias, e estas são do âmbito do poder público” (Santos e Silveira, 2000, p. 47).

Toda a legislação proposta desde a Constituição e o PNE, vale lembrar, embora inspirada no princípio da democratização como expressão da minoração das desigualdades, e portanto da efetivação de direitos – não tem sido eficiente em seus propósitos. Atento a esta problemática e mediante o declínio do ritmo da expansão do ensino superior desde 2003, o governo propõe uma série de políticas, dentre elas: a criação do PROUNI[8], do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI) e preconizando uma política de cotas. Entendemos que, de forma geral, este encaminhamento das políticas públicas está em acordo jurídico e sociológico com a efetivação dos direitos humanos e da democracia. Ademais, o empenho de democratização do ensino superior pode e deve se apoiar na participação de todas essas políticas, que ao que tudo indica, são complementares.

Algumas dessas iniciativas têm sido objeto de contestação nas barras do judiciário[9]. Eis que a partir da promulgação da atual Constituição, os órgãos do poder judiciário - especialmente o STF -, transformaram-se na arena decisória final de questões importantes envolvendo temas como a relação entre os poderes, as políticas públicas e os direitos fundamentais. Trata-se do fenômeno da **judicialização da política**, em que se observa a transferência da tomada de decisões para o âmbito de atuação dos juízes e tribunais (Nunes Júnior, 2006). *Assim é que têm sido encaminhadas ao judiciário as expectativas da sociedade quanto ao futuro da política educacional projetada, como no caso das cotas*[10].

As indagações sobre sua constitucionalidade têm sido reiteradas, incidindo principalmente sobre o princípio da igualdade. Cabe, então, recuperar os dispositivos constitucionais que orientam o debate. O movimento em torno à efetivação da igualdade, exemplificado pela adoção de “tratamento desigual” para que sejam combatidas as desigualdades sociais, enuncia esta disposição. Para tanto, o legislador constituinte previu garantias que asseguram direitos para os menos favorecidos, como no art. 23, X, ao definir a competência da União, dos Estados e dos municípios para o

combate às causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Também no art. 37, VIII, ao prever que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. E no art. 170, ao tratar como princípio da ordem econômica a redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros (Taschetto, 2007). Ressaltemos que, nesse caso,

o grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo, a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. O princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social negativo para tornar-se uma obrigação política positiva (Rocha, 2003, p. 33).

Nesse sentido, estaríamos caminhando no sentido da superação do problema levantado por Oliveira Júnior (2007) acerca da efetivação dos Direitos Humanos. Para este autor, ainda não se afirmou o entendimento de que para dar conta dos Direitos Humanos é necessária uma adequada hermenêutica constitucional, que, ao contrario dos primórdios do Estado moderno, considere a igualdade formal conjuntamente com a igualdade material, isto é, a igualdade de tratamento conjuntamente com uma igualdade de situação (Oliveira Júnior, 2007, p. 6869).

CONCLUSÃO

Concluimos, com essa pesquisa, que: 1) pelo fato da apartação entre o perfil socioeconômico de estudantes de diversas graduações no Brasil, revelando uma rígida dependência entre sua origem social e a carreira cursada, o processo de democratização do ensino superior como correlato de atendimento dos princípios da democracia, dos direitos humanos e da cidadania ainda não se fez notar e 2) justamente em função dessa dificuldade, o encaminhamento de políticas públicas na educação superior que priorizem a entrada e permanência de novos perfis socioeconômicos está em acordo jurídico e sociológico com a efetivação dos direitos humanos e da democracia.

Parece ponto pacífico que frente ao tamanho da desigualdade que nos acomete, políticas universalistas já não sejam mais eficazes. Um Estado que pretenda honrar suas pretensões inclusivas não pode se satisfazer com a mera previsão de direitos, pois a lei e a Constituição, por si só, não produzem nova realidade social. Imprescindível, assim, formular políticas públicas que concretizem as promessas hauridas nas batalhas pelos direitos humanos. Nesse sentido, o acesso a bens públicos que configuram uma parte da dignidade humana depende cada vez mais de ações de ampliação de acesso e permanência no ensino superior, como tradução precípua da busca da igualdade material por meio das políticas do Estado. Tais ações, se bem sucedidas, incidirão sobre um padrão de reprodução social secular em nosso país – o que já exaspera aqueles que dele se beneficiam. Em outras palavras: estamos falando de um setor composto pela histórica predominância de frações de elite, mas que não se expandirá a contento sem incluir

frações anteriormente alijadas. Casos como esse configuram sempre uma operação social complexa.

Acreditamos que todas essas políticas não só se compatibilizam com o espírito dos direitos humanos que fundamentam nossa Constituição cidadã e com o Plano Nacional de Educação, como serão imprescindíveis para a consecução dos mesmos, vez que enfrentam objetivamente um dos aspectos do abismo social que nos acomete – o elitismo do ensino superior e dentro dele, uma quase impermeável hierarquia de carreiras. Para esse enfrentamento, basta que os princípios dos direitos humanos e da igualdade sejam seguidos na integridade de seu desiderato, sem desvios ou concessões de qualquer espécie, vale dizer, que políticas de acesso e permanência sejam incorporadas no nosso cotidiano como expressão de uma luta consistente contra a desigualdade. Ressalvemos, entretanto, quanto ao programa REUNI, que nitidamente tem intensificado suas ações na direção de aumentar vagas em cursos de baixo prestígio: sem desdouro dos mesmos, não será a passagem por eles que proporcionará a mobilidade social suficiente para pensarmos um ensino superior coerente com o objetivo constitucional de diminuição da desigualdade social. Esta “cortina de fumaça” sobre a desigualdade educacional foi estudada por Bourdieu (2002) como o fenômeno dos “excluídos do interior”, uma modalidade de seleção altamente eufemística, pois exclui de modo suave e sem traumas aparentes: ao mesmo tempo que inclui, pois alarga o acesso; exclui, pois no seu interior produz um processo de re-hierarquização de carreiras (Bourdieu, 2002). Nesse sentido, salientamos que - dada a natureza quase estamental[11] do perfil dos alunos das carreiras de maior e menor prestígio social em nosso país -, se o maior efeito da política de expansão for averiguado na multiplicação das vagas de cursos desprestigiados, continuaremos presenciando apenas uma aparência de democratização.

No ano em que celebramos 20 anos da promulgação de nossa Constituição, se não podemos ainda comemorar a plenitude da democratização no ensino superior, podemos, sem nenhum favor, destacar como seus princípios e objetivos nortearam e foram de fato encampados pela política educacional, que ora se ocupa de efetivá-los.

Muito há para ser feito nesses termos, em meio à sociedade tão cindida e desigual como a nossa, mas as condições para a superação destes traços parecem estar criadas. Mais democratizada a educação superior, ampliada estará a materialidade para a fruição e exercício de direitos humanos e da cidadania, ampliando consideravelmente as chances de realizarmos os ideais de uma sociedade mais igualitária e democrática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Record, 2007.

BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. As profissões no Brasil e sua sociologia. In: **Dados**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 3, 2003.

BARROS, Ricardo Paes de e FOGUEL, Miguel Nathan. **Focalização dos Gastos Públicos Sociais em Educação e Erradicação da Pobreza no Brasil**. Disponível em http://www.inep.gov.br/download/cibec/2001/em_aberto. Acesso em 14 jul 2008.

BOURDIEU, Pierre. Classificação, desclassificação, reclassificação. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânio. **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BOURDIEU, Pierre e WACQUANT, Loïc. **Um convite à Sociologia reflexiva**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

BRAGA, Mauro Mendes, PEIXOTO, Maria do Carmo L., BOGUTCHI, Tânia F. A demanda por vagas no ensino superior: análise dos vestibulares da UFMG na década de 90. **23ª Reunião da ANPED**. Caxambu, 2000. Disponível em <http://www.anped.org.br/reunioes/23/textos/1110T.PDF>. Acesso em 12 jun. 2005.

BROADY, Donald, BÖRJESSON, Mikael e PALME, Mikael. GO WEST! O sistema de ensino sueco e os mercados transnacionais. In: ALMEIDA, Ana Maria e NOGUEIRA, Maria Alice. **A escolarização das elites**. Um panorama internacional da pesquisa. Petrópolis: Vozes, 2002.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de. "Democratização do ensino" revisitada. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 30, n. 2, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 10 set. 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

DEMOCRATIZAÇÃO do ensino superior. 2005. Disponível em <http://www.secom.unb.br/unbagencia/ag1105-51.htm>. Acesso em 31 jan. 2007.

DINIZ, Marli. **Os donos do saber. Profissões e monopólios profissionais**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ERNESTO, Luciene Marcelino. **Cotas Raciais: a jurisprudência do Amicus Curiae e seu impacto na implantação de ações afirmativas para as(os) negras(os) no Brasil**. 2006. Disponível em www.iara.org.br/pesquisa. Acesso em 23 jul. 2008.

FORACCHI, Marialice M. **O estudante e a transformação da sociedade brasileira**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, IPEA. Disponível em www.ipea.gov.br. Acesso em 23 ago. 2008.

IBGE. 2007. **Perfil das despesas no Brasil: indicadores selecionados**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia>. Acesso em 30 set. 2007.

_____. 2004. **PME confirma desigualdades raciais**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>. Acesso em 7 set. 2007.

_____. 2004a. **Tendências demográficas: uma análise dos resultados da amostra do Censo demográfico de 2000**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/tendencias.pdf. Acesso em 7 set. 2007.

_____. 2004b. **Em 30 anos, importantes mudanças nos hábitos de consumo dos brasileiros**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php. Acesso em 3 jan. 2008.

INEP. 2006a. **Alunos originários de escolas públicas têm menos oportunidade de ingressar na Educação Superior. Informativo INEP 130**. Disponível em <http://www.inep.gov.br/informativo/informativo130.htm>. Acesso em 22 abr. 2007.

IPEA. 2008. Disponível em www.ipea.gov.br. Acesso em 23 ago. 2008.

MARTINS, Carlos Benedito. Uma reforma necessária. **Educação e Sociedade**, Campinas, vol. 27, n. 96 - Especial, p. 1001-1020, out. 2006.

MEC/INEP. **Provão 2003. Resumo técnico**. 2004. Disponível em http://download.inep.gov.br/ENC_PROVAO/resumo_tecnico_2003.pdf. Acesso em 05 jun. 2004.

MEC. **Plano Nacional de Metas**. Disponível em <http://www.portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/pne.pdf>. 2001. Acesso em 2 mar. 2005.

NERI, Marcelo. **Equidade e eficiência na educação: motivações e metas**. 2007. Disponível em <http://www4.fgv.br/cps>. Acesso em 2 abr. 2007.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Considerações sobre a judicialização da política no Brasil. **Cadernos ASLEGIS** n° 29, maio/agosto de 2006.

OLIVEIRA, Francisco. Uma alternativa democrática ao neoliberalismo. In: WEFFORT, Francisco. **A democracia como proposta**. Rio de Janeiro: IBASE, 1991.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Reflexões sobre Aschwitz, direitos humanos, multiculturalismo e eterno retorno. **Anais CONPEDI**, 2007.

PASTORE, José e SILVA, Nelson do Valle. 2004. **Nota sobre a mobilidade social no Brasil**. Estudos e pesquisas nº 84. Mini-fórum em homenagem aos 40 anos do IPEA.

_____. Análise dos processos de mobilidade social no Brasil no último século. **25º Encontro Anual da ANPOCS**, 2001.

PNAD 2006. Disponível em www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf. Acesso em 23 jul. 2008.

PSACHAROPOULOS, George e PATRINOS, Harry. Returns to investment in education: a further update. Apud FERREIRA, Sérgio Guimarães e VELOSO, Fernando. **Mobilidade intergeracional de educação no Brasil**. Pesquisa e Planejamento Econômico. IPEA, v. 34 n.3, dez. 2004. Disponível em <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/80/55>. Acesso em 02 ago. 2006.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. **O negro e a universidade brasileira**. 2004 Disponível em <http://www.historia-actual.com/HAO/Volumes/Volume1/Issue3/esp/v1i3c8.pdf>. Acesso em 28 ago. 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Belo Horizonte, 27 de Junho 1996. Disponível em www.carmenrocha.com.br. Acesso em: 16 de dezembro de 2005.

ROCHA NETO, Alcimor. Constituição, educação e democracia: a fundamentalidade do conhecimento para a efetivação da democracia. **Anais CONPEDI**, 2007.

SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O ensino superior público e particular e o território brasileiro**. Brasília: ABMES, 2000.

SCHWARTZMAN, Simon. **O ensino superior no Brasil, 1998**. AIR Brasil – Pesquisa e Consultoria em Recursos Humanos e Políticas Públicas. 1998. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/lobo.pdf>. Acesso em 3 ago. 2004.

_____. **A revolução silenciosa do ensino superior**. 2000. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/nupes2000.pdf>. Acesso em 23 jan. 2007.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A divisão interna do campo universitário: uma tentativa de classificação. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v. 80, n. 196, p. 451-471, 2002.

SILVA, Nelson do Valle. Expansão escolar e estratificação educacional no Brasil. In: HASENBALG, Carlos e SILVA, Nelson do Valle. **Origens e destinos: desigualdades sociais ao longo da vida**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

USP aponta auto-exclusão de estudantes carentes. **Folha de São Paulo**, 29 mar. 2004, p. C4.

VARGAS, Hustana Maria. **Represando e distribuindo distinção: a barragem do ensino superior**. Tese de doutorado. PUC-Rio, 2008.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago. 2007.

TASQUETTO, Lucas da Silva. A cor das sentenças: as políticas de cotas raciais na jurisprudência brasileira. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre, v.34, n.105, p.327-345, mar., 2007.

TEIXEIRA, Anísio. Falsa elite. **Boletim Informativo CAPES**. Rio de Janeiro, n.60, nov. 1957.

Wolkmer, Antônio Carlos. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Sequência**, n.º 48, p. 11-28, jul. de 2004.

[1] Medida pelo índice de Gini, que atesta 0,50 (o valor vai de 0 a 1) para o ano de 2007 (IPEA, 2008).

[2] Diversamente, a expansão econômica costuma ser acompanhada de uma mobilidade social **estrutural**. Foi o que ocorreu no Brasil entre as décadas de 50 e 70, quando novas “oportunidades de trabalho surgiram na indústria, comércio, bancos, empresas estatais, administração direta e outros avanços no emprego que marcaram estes anos” (Pastore e Silva, 2004, p. 2).

[3] Ressaltemos que a expressão “democratização” é inédita na legislação educacional. Não constava, por exemplo, na Reforma de 1968 e nem mesmo da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Nesta, encontramos apenas o termo “democrática” como adjetivo: “gestão democrática do ensino público” e “ordem democrática”.

[4] Em estatística, utiliza-se o termo *Proxy*.

[5] Deve-se observar que *não consiste propriamente uma excepcionalidade brasileira o fenômeno da correlação entre gênero, origem socioeconômica e a graduação cursada. Mesmo na Suécia, considerado um dos países mais igualitários do mundo, fica bem caracterizada essa relação* (Broady, Börjesson e Palme, 2002).

[6] *Esta seleção procura refletir o padrão de hierarquização de carreiras do ensino superior no Brasil. Vários estudos se ocupam dessa tarefa* (Setton, 2002 e Queiroz, 2004). Importante destacar que, independente do critério de hierarquização selecionado, encontraremos em seu plano superior profissões tradicionais como Medicina, Direito e Engenharia, tratadas como “profissões imperiais” desde o século XIX (Barbosa, 2003), e no plano médio ou inferior, carreiras relacionadas às Licenciaturas.

[7] Em 2000 a categoria “Geral” reunia os seguintes cursos: Administração, Agronomia, **Biologia**, Comunicação Social, **Direito**, Economia, **Engenharias**, Física, **Letras**, **Matemática**, **Medicina**, Medicina Veterinária, Odontologia, Psicologia, Química. Em 2001, todos estes mais Farmácia e Pedagogia. Em 2002, a estes foram acrescidos Arquitetura, Ciências Contábeis, Enfermagem e História. E em 2003, os anteriores mais Fonoaudiologia e Geografia.

[8] PROUNI pela lei 11096/2005, REUNI pelo decreto nº 6.096/2007 e cotas pelo projeto de lei 73/1999, em apreciação no Congresso Nacional.

[9] Como a ADI 3330, **que questiona o sistema de cotas para negros, indígenas, pessoas com deficiência e alunos da rede pública implementado pelo PROUNI. Ressaltemos que a ADI é um instrumento que objetiva contestar a legalidade de uma lei e/ou ato normativo municipal, estadual ou federal no STF. Sendo assim, a decisão proferida neste espaço é aplicável à toda a sociedade** (Ernesto, 2006). Ainda: o atual ministro da educação, Fernando Haddad, ao justificar a política de corte de vagas em cursos mal avaliados pelo MEC, diz que: “preferiu começar a reavaliação do ensino superior pelo curso de direito porque precisava de jurisprudência favorável para enfrentar as instituições de ensino, e o direito é uma área da qual os juízes entendem”. Disponível em www.folha.uol.com.br, de 25 mar. 2008.

[10] Sobre o assunto, o ex-ministro da educação Tarso Genro afirmou, durante audiência pública na Comissão de Educação, que “a Justiça e a jurisprudência definirão o futuro das políticas de cotas nas universidades”. Disponível em [Comissões www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Outra abordagem: “Cotas dividem o Judiciário. Uma guerra de liminares envolve o debate sobre a reserva de vagas nas universidades. Advogados, pais e estudantes apostam que palavra final será dada pelo Supremo Tribunal Federal, à medida em que os recursos chegarem à Corte”. Disponível em

<http://clipping.planejamento.gov.br>. Finalmente: “durante os 8 (oito) meses seguintes, após a queda da ADI 2858-8 e o ineditismo do *Amicus Curiae*, ficou evidenciado que um dos principais locais para a defesa das várias modalidades de ações afirmativas se daria no campo jurídico, tanto ao se tratar da defesa pelos favoráveis, como do combate pelos contrários. A defesa das cotas raciais no STF, e em outros estados (UnB/03, UFPR/04 e UFES/06), trouxeram à tona o efeito legal de vários documentos, convenções e decretos ratificados pelo Brasil pela eliminação da discriminação racial, preconceito racial, racismo e desigualdades raciais, inclusive, resgatando princípios da Constituição Federal”. Disponível em www.iara.org.br/pesquisa.

[11]Como na fala de uma aluna de um curso Normal Superior: “no Brasil é assim: tem ‘curso de rico pra continuar rico’ e ‘curso de pobre pra continuar pobre’”.

VÔO SOBRE ABISMOS: POLÍTICA DE RECONHECIMENTO EM NANCY FRASER, MOVIMENTOS SOCIAIS E EFETIVIDADE NORMATIVA *

VUELO SOBRE ABISMOS: POLÍTICAS DE RECONOCIMIENTO EN NANCY FRASER, MOVIMIENTOS SOCIALES Y EFECTIVIDAD DE LAS LEYES

Judith Karine Cavalcanti Santos

RESUMO

O debate sobre as formas de efetividade da Justiça compreende com novas perspectivas de análise, não somente introduzindo noções de distribuição, como também trabalhando com o reconhecimento e a representação. Na teoria, os primeiros estão ligados à moral kantiana, para os quais a Justiça se aplica melhor quando percebida como neutralidade. Para os últimos, no entanto, é necessário sobretudo o reconhecimento, mais próximo ao conceito de ética hegeliana. Os movimentos sociais, nesta dinâmica, exigem uma percepção de reconhecimento que se aproxime da Justiça sem, no entanto, desconsiderar as diferentes identidades. Neste sentido, Nancy Fraser possibilita uma releitura de ambas as teorias, até então vistas como conflitantes. Assim, discuto a efetividade das leis, distantes da simples elaboração de novas leis e mais próxima de uma resignificação das leis já em vigor, com base sobretudo nos princípios que as regem.

PALAVRAS-CHAVES: RECONHECIMENTO, MOVIMENTOS SOCIAIS, EFETIVIDADE NORMATIVA, NANCY FRASER

RESUMEN

El debate sobre las formas de la efectividad de la Justicia tiene nuevas perspectivas de analice. Hoy, ellas no sólo introducen nociones de distribución como también trabajan con reconocimiento y representación. En la teoría, los primeros están ligados a la moral kantiana, para los cuales la justicia se aplica mejor cuando percibida como neutralidad. Para los últimos, todavía, es necesario sobretudo el reconocimiento, cerca del concepto de la ética hegeliana. Los movimientos sociales, además, exigen una percepción de reconocimiento que se aproxime de la Justicia sen desconsiderar las diferentes identidades de los grupos. Para comprender la práctica, Nancy Fraser posibilita una relectura de las dos teorías, até este momento comprendidas como distantes. Con esto, discuto sobre la efectividad de las leyes, distante de la comprensión de la elaboración de nuevas normas, y próxima de una resignificación de las antiguas leyes.

PALAVRAS-CLAVE: RECONOCIMIENTO, MOVIMIENTOS SOCIALES, EFECTIVIDAD NORMATIVA, NANCY FRASER

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O debate atual sobre grupos sociais, identidades e inclusão parece ser atualmente a engrenagem que move as lutas dos movimentos sociais no Brasil. A dúvida perpassa apenas a forma com que as demandas devem ser satisfeitas: uns defendem políticas distributivas; outros, políticas de reconhecimento e representação. Enquanto que os adeptos da primeira baseiam seu argumento na moral kantiana que, pressupondo neutralidade, seria o discurso que mais se aproximaria da justiça, os defensores do reconhecimento justificam a necessidade de observação das identidades dos grupos sociais, conceito próxima à ética hegeliana.

Diante do debate sobre tais políticas, pretendo neste texto identificar os conceitos apresentados na disputa entre política de reconhecimento e reconstruir os passos de Nancy Fraser, que justificou a possibilidade de articulação conjunta entre ambas, ao criticar a suposta ligação teórica de política de reconhecimento com a ética e conceitos como boa vida, auto-estima e identidade, confrontados aqui principalmente com o pensamento de Axel Honneth.

Entretanto, não é exatamente neste ponto que pretendo dar fim à discussão. Considerando os avanços conceituais de Fraser quanto ao modelo de identidade e proposição do modelo de *status*, procuro relacionar o reconhecimento como justiça com a dinâmica jurídica atual sobre a edição de normas. Dessa forma, busco deslocar o debate sobre inclusão social da esfera da cobertura normativa *per se*, que entendo estar ligada a uma política baseada na identidade, para a efetividade das normas já existentes, mais próxima da política de reconhecimento tal qual idealiza Fraser.

Distribuição, Reconhecimento, moral e ética

O debate em torno da política de reconhecimento enfrentou algumas críticas relacionadas a uma leitura, num primeiro momento, baseada em princípios éticos, diferentemente das políticas de distribuição, relacionadas à moral, com uma autoridade histórica de mais de 150 anos. A política de distribuição foi acolhida com mais facilidade pelos teóricos e pela sociedade, sobretudo, por essa proximidade com a moral, conceito intrinsecamente ligado ao de justiça[1].

O conceito de moral, nesse sentido, recebe maior respaldo teórico em geral por seu desvínculo quanto à parcialidade, que o relaciona ao conceito de justiça, por sua vez ligada à neutralidade garantidora da participação igualitária dos indivíduos na sociedade[2].

No outro extremo teórico, alguns discursos teóricos vinculam ao reconhecimento conceitos como o de identidade, auto-estima e boa vida[3], ligados a noções de ética, na medida em que necessitam de julgamentos valorativos de cultura e passíveis de apropriação circunstancial de indivíduos ou grupos, capazes de comprometer a neutralidade necessária para efetivação da justiça. Para esses autores, o justo perpassa o ético, o que induziria o leitor a crer que políticas distributivas aproximam-se mais do contexto de justiça que políticas de reconhecimento.

Autores ligados ao reconhecimento, nesse contexto mais clássico, buscam promover condições qualitativas para a vida em sociedade, a *vida boa*. Assim, considerando valores, características e identidades variadas, o reconhecimento, à primeira vista, parece, portanto, para a maioria dos autores divididos por essas posições, cuja adoção revela um certo maniqueísmo, políticas distributivas e políticas de reconhecimento são inconciliáveis. Nesse primeiro momento, portanto, tais idéias apresentam-se desvinculadas, mais que isso, antagônicas, já que uma necessita de neutralidade e a outra supostamente viola essa neutralidade, utilizando qualificações valorativas.

Identidade e Reconhecimento

Os principais autores sobre teoria do reconhecimento referem-se a auto-estima, boa vida e identidade como valores a serem considerados no processo de reconhecimento. Tais conceitos seriam os garantidores da justiça ou consequência dela.

Como uma das principais referências no assunto, Axel Honneth apresenta três formas de reconhecimento intersubjetivo: amor, direito e auto-estima. A primeira, centrada no amor, cujo conteúdo não se restringe à relação íntima sexual como o próprio autor adverte, e que tem substância nas relações primárias de afeto entre os indivíduos, baseado principalmente no conceito de confiança mútua[4]. Posteriormente, Honneth refere-se ao direito, a segunda forma de reconhecimento intersubjetivo, como a expressão dos interesses universalizáveis dos membros da sociedade, como afirma em citação a Hegel; no sentido de que os sujeitos se reconhecem reciprocamente na medida em que obedecem às mesmas leis[5].

No terceiro momento, Honneth caracteriza a última forma de reconhecimento: a auto-estima, que junto com as demais constituirá a matriz de seu pensamento político. De acordo com ele, o comportamento lesivo à sociedade não é injusto somente porque sujeita a liberdade de ação ou inflige danos, mas sobretudo porque fere as pessoas na compreensão positiva de si mesmas, adquiridas de modo intersubjetivo[6]. Para o autor,

a degradação e a ofensa seriam as formas de desrespeito à estima social, cujos componentes ameaçados seriam a honra e a dignidade[7]. Honneth trabalha, portanto, com o conceito de boa vida e auto-estima, conceitos passíveis de base valorativa.

Assim, para o autor, a justiça somente teria potencial de concretização se houvesse estima simétrica entre os sujeitos, admitindo essa simetria como a consideração recíproca “à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum”[8]. Essa estima simétrica entre os indivíduos, segundo Honneth, deve ser compreendida não somente como a tolerância para com as particularidades dos demais indivíduos, como também é capaz de despertar, segundo ele, o interesse afetivo pelas particularidades[9].

A política de reconhecimento, nesse contexto, parece num primeiro momento vinculado ao discurso da ética (no sentido de Fraser), na medida em que leva em consideração valores culturais, aproximando-se de conceitos como boa vida e auto-estima. Segundo os críticos, conceitos dessa natureza comprometem a neutralidade necessária para se efetivar a justiça; ou, em outras palavras, o reconhecimento no sentido ético viola a equidade possível com a política distributiva[10].

Em sentido oposto ao de Honneth que apresenta a concepção de auto-estima vinculada ao de reconhecimento, Nancy Fraser critica essa idéia de respeito às particularidades[11]. Com base nesses conceitos, a autora argumenta que basear uma teoria em conceitos fluidos como boa vida ou auto-estima é precário, principalmente porque esses conceitos não são universalmente compartilhados e “qualquer tentativa de justificar reivindicações por reconhecimento que apele para uma concepção de boa vida será sectária”[12].

Mais que isso, a autora reporta-se ao conceito de identidade como problemático e busca desvincular reconhecimento de identidade. O modelo de identidade baseia-se na afirmação de uma identidade coletiva, através de uma “cultura própria auto-afirmativa”[13], que, para a autora, apresenta alguns problemas estruturais que comprometem seu uso em modelos de justiça.

Em primeiro lugar, esse conceito “ênfatisa a estrutura psíquica em detrimento das instituições sociais e da interação social”, cujo conteúdo vincula noções abstratas de *consciência*. Além disso, faz referência a um processo *coletivo*, trabalhando com a idéia de *identidade coletiva*, como que de caráter autêntico, e aprisiona a cultura num espaço que resguarda sua pureza, em outras palavras, conduz ao entendimento de que as múltiplas culturas não interagem.

Em segundo lugar, o modelo de identidade também é incapaz de perceber os grupos dentro dos grupos, ou seja, considera os grupos sociais como homogêneos, desrespeitando as peculiaridades de suas facções internas[14]. Assim, segundo Fraser, o modelo de identidade tende a não promover a interação entre os grupos, mas tão somente a separação. Em suas palavras, “o modelo de identidade aproxima-se muito facilmente de formas repressivas do comunitarismo”[15].

A autora propõe uma mudança de paradigma e apresenta como alternativa o modelo de *status*. Com esse modelo, o enfoque, antes centrado da perspectiva da identidade, passa a ter como referência os indivíduos na condição de *parceiros integrais na interação social*. Diferentemente de Honneth, Fraser refere-se não a noções de auto-estima ou boa vida, mas à justiça como consequência de um processo em que todos participem como parceiros.

Jacques Derrida também critica tal multiplicidade de grupos que, segundo ele, acabam se sobrepondo ao singular, ao geral. Com isso, ele não se coloca disposto a por fim aos ideais emancipatórios, mas sugere a reelaboração dos conceitos[16], caso contrário o risco é o de comprometer a parceria participativa.

Essa percepção dos indivíduos como parceiros não significa, entretanto, uma tentativa de traduzir tudo em uma unidade homogênea; ao contrário, é o modelo identitário que está submetido a esse risco porque sua preocupação é com a identidade colativa.

Considerando esse enfoque na condição de parceria, Fraser explica que o não-reconhecimento não significa mais a negação da identidade do grupo, mas a subordinação dos indivíduos, impedindo sua participação *como igual*[17], colocando-os em uma categoria diferenciada da de parceiros.

Adotar um conceito baseado no *status* e não na identidade ou, como ela diz, evitar a psicologização permite ao indivíduo, portanto, liberdade para optar pelo contexto de boa vida que considerar mais adequado a si mesmo, cabendo aos demais respeitá-lo como parceiro da interação social.

Movimentos sociais, normas e os modelos de identidade e *status*

Em contato com esses conceitos, proponho uma aplicação da política de reconhecimento em seus modelos clássicos (identidade) e contemporâneo (*status*) na atual dinâmica jurídico-legislativa brasileira. Para tanto, preciso de imediato apresentar o papel histórico-social dos movimentos sociais e articular a ‘necessidade’ de apropriação das normas por parte desses grupos sociais com duas percepções da política de reconhecimento que exponho mais adiante: o modelo de identidade e o modelo de *status*.

Os movimentos sociais[18] no Brasil, a partir da década de 1980, passaram por uma dinâmica histórica bastante peculiar, um deslocamento do espaço de luta, que precisam ser considerados, para fins desta discussão, em torno de três aspectos.

Em primeiro lugar, com o Brasil reestruturando-se em um processo democrático, os espaços públicos de participação foram adotados como espaços estatais, ou seja, o Estado passou a reconhecer esses espaços como locais de práticas democráticas. Essa abertura institucionalizada, embora permita um acréscimo substancial na luta que recebe o reconhecimento do Estado, parece gerar por outro lado a dependência de tais movimentos com relação a esse Estado, pois já não conseguem articular sozinhos suas lutas[19].

Além disso, um segundo aspecto baseia-se na mudança quanto ao fundamento dos movimentos sociais, antes ligados a ideologias, questões políticas, econômicas ou sociais, passando ao espaço de luta da contra a carência. A preocupação dos movimentos passou a ser a satisfação de carências específicas de grupos.

Posteriormente, houve a ‘crise’ da cidadania, perdida em focalizar as demanda por igualdade no Estado ou nos grupos hegemônicos, a dúvida em identificar qual a instância de realização dos direitos[20].

Nesse contexto de mudança de mecanismos de participação, necessidade de satisfação das carências sociais e de deslocamento de entes demandados, novas estratégias faziam-se necessárias; “reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade”[21].

Os movimentos sociais passaram, então, a atuar publicamente com estratégias múltiplas, dentre elas o espaço normativo ganhou grande fôlego e conquistou adeptos extremamente conservadores. E não à toa. A lei, embora teoricamente seja a confluência dos interesses dos indivíduos, é capaz de permitir privilégios e injustiças.

Assim, iniciou-se uma dinâmica nacional de busca do Sistema de Justiça[22] como espaço estatal potencialmente aberto para as demandas sociais, já que o próprio momento histórico propunha a reformulação da Constituição. Nesse contexto, o acesso ao judiciário se popularizou e as discussões em termos legislativos ganharam visibilidade.

Mais de duas décadas depois, o ritmo de edição de normas continua acelerado; além disso, a essência de muitas delas se não é a mesma, no mínimo tem a mesma base principiológica já transcrita na Constituição. Em outras palavras, é que o ponto central do discurso tem sido, a partir de então, o fato de que muitas normas substancialmente já estão na esfera da realidade jurídica e, analisando do ponto de vista de sua essencialidade, em quantidade excessiva.

Isso ocorre porque os grupos coexistentes na diversidade social brasileira têm perseguido a mesma estratégia de atuação, centralizada neste momento no sistema jurídico-normativo. Nesse mesmo âmbito, mas em outra perspectiva, a efetividade dos direitos é defendida por alguns autores como uma forma eficaz de garantia da cidadania num processo democrático, atualmente reduzida ao (e confundida com) direito ao voto[23].

Essa necessidade de apropriação das normas por parte dos grupos sociais soa como possibilidade de esgotamento do acesso ao reconhecimento, ora apresentado sob duas perspectivas. De um lado, a tentativa de apropriação deu-se através da edição de novas normas, por outro o enfoque recai sobre a efetividade das normas já editadas.

Em outras palavras, em termos de reconhecimento, a primeira tende a uma estratégia jurídica de modelo identitário, na medida em que busca incluir os diferentes grupos sociais sob sua identidade cultural. A seguinte parece mais correspondente ao modelo de *status*, por objetivar não a identificação dos grupos em categorias culturais variáveis, mas numa perspectiva de paridade participativa.

Com base nesse novo paradigma apresentado por Fraser, é possível repensar a dinâmica das discussões contemporâneas sobre inclusão e direitos. Em geral, os debates privilegiam a esfera da inclusão normativa, através da edição de novas normas, ou seja, aqueles que buscam eliminar a exclusão de grupos dentro da sociedade têm optado por exigir a edição de mais normas, que tendem a ser cada vez mais específicas, direcionadas a um grupo excluído em particular.

De imediato, surge uma questão problemática para um sistema de justiça: a pluralidade infinita de normas sobre os mais variados temas, na medida em que são exigidas para cada um dos grupos pertencentes à diversidade social. Na prática, as normas têm o mesmo conteúdo e em alguma medida correspondem a um direito já resguardado pela constituição, em caráter mais geral.

A perspectiva de políticas de igualdade, como modelo padrão de reconhecimento, centra-se no debate sobre a elaboração de normas que, cada vez mais, englobem os grupos, de forma a incluí-los no espaço político social respeitando suas peculiaridades. Em termos de Fraser, a política de edição de normas centra-se em debates sobre identidade e, portanto, tendem ao fracasso, pois reproduzem os mesmos problemas.

A mais recente discussão sobre reconhecimento, apresentada por Fraser, por outro lado, debate sobre a desnecessidade de criação de novas normas, já que o objetivo é o reconhecimento de todos na norma geral. Nesse contexto, tal discurso aproxima-se do problema de eficácia-efetividade normativa.

Para a estratégia da edição de normas, importa o reconhecimento dos grupos através de edição de normas, garantindo as particularidades. Assim, sendo vários os grupos excluídos, várias devem ser as normas, de mesmo conteúdo ou não, para garantir o devido reconhecimento. Necessitando dessa reafirmação da identidade coletiva, tal conceito foge à idéia de justiça.

Quanto à estratégia da efetividade das normas, o importante é garantir o respeito à condição de parceiros participativos, excluindo conceitos fluidos como identidade e auto-estima. Assim, tendo em mãos as normas de conteúdo moral, garantidoras da condição de parceiros *a priori*, busca-se a aplicação de tais normas. Nesse sentido, o que lhes falta não é conteúdo justo, mas tão somente efetivação.

Para a dinâmica normativa contemporânea, o impedimento à Justiça está na não ausência de efetividade de tais normas[24]. Ou seja, as normas existem, são válidas e juridicamente legítimas, mas não se consubstanciam na prática. O que leva a crer que, dentro da dinâmica atual dos movimentos sociais, a norma tem sido buscada como um mecanismo do processo identitário. A tendência dessa demanda normativa no contexto brasileiro segue a perspectiva de que não é a ausência de normas que compromete a inclusão dos grupos e a persecução da justiça, ao contrário, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de normas; em termos quantitativos, o Brasil possui uma relativa sobrecarga de normas.

O fato é que entre a existência da lei e a sua efetividade há um abismo. Quando falamos em mais normas, falamos em aprofundamento com esse abismo e, por outro lado, quando se fala em efetividade das normas, busca-se superá-lo.

Perspectiva Política

Charles Taylor, outro autor proeminente sobre reconhecimento, também baseie sua teoria em conceitos éticos relacionados à boa vida ou à auto-estima, sua conclusão sobre o efeito do não reconhecimento remete o discurso para um outro ponto importante que é a instância política da questão.

Obviamente, as demandas por inclusão normativa não possuem um caráter somente formal no sentido da simples edição de nova norma; por vezes a exigência de rigor quanto à edição da norma revela a necessidade de visibilidade política dos grupos. Nesse sentido, a proposta de nova norma transcende à formalidade normativa e passa o debate para a esfera de legitimidade – ou não – das estratégias de visibilidade política das demandas dos grupos sociais excluídos[25].

Aqui talvez haja uma aproximação com Fraser quando ela menciona a necessidade de, em alguns momentos, retornar ou revisitar a questão da ética. A autora afirma que pode haver casos em que o retorno à discussão sobre a ética é inevitável; o que ela busca é adiar ao máximo esse momento[26], mas ela admite possibilidade de sua existência .

Para Taylor, o “não reconhecimento ou o falso reconhecimento [...] pode ser uma forma de opressão, aprisionando o sujeito em um modo de ser falso, distorcido e reduzido”[27]. É exatamente isso que a promulgação de normas em demasia faz: aprisiona os grupos em um formalismo que retira força de articulação política, tornando extremamente difícil quebrar o contexto político argumentativo.

Na prática, isso significa que os movimentos sociais obtiveram avanço, já que obtêm reconhecimento legal, mas esse reconhecimento é pequeno comparado com a desvantagem de perder argumentos de *lobby* na luta por paridade participativa. Em outras palavras, os grupos sociais têm sua demanda satisfeita em parte e, em certa medida, isso rotula os direitos desses grupos na categoria de ‘direitos prestados’. O problema está na satisfação parcial. É o mesmo que dizer para o movimento negro que

não há porque se falar em necessidade de discussão sobre a história africana nos currículos escolares porque já existe a lei que a exige.

Correndo o risco de vincular meu discurso à ética (no sentido de Fraser), sustento, portanto, que diante da realidade dos movimentos sociais somada a todo o contexto político, econômico, cultural e social brasileiro, as estratégias políticas de visibilidade de grupos historicamente excluídos podem ser compreendidas como uma reivindicação que promove a paridade de participação.

Para Fraser, tal argumento não estaria dentro da justificativa plausível para se possibilitar a observação das particularidades de grupos sociais, já que essas particularidades somente podem ser observadas se estiverem além da humanidade comum a todos os indivíduos[28].

Conclusões

Para justificar o novo paradigma que apresenta quanto às políticas de distribuição e reconhecimento, Nancy Fraser sustenta argumentos que reinterpretem o reconhecimento e desloca o debate para o espaço da moral.

Busquei correlacionar dois autores referenciais quanto ao tema – Fraser e Honneth – e construir a partir daí um debate conceitual que seria de base para o entendimento do que posteriormente apresentei como dinâmica das discussões contemporâneas sobre direito, norma e justiça.

Confrontando tais argumentos sobre suas críticas ao conceito de identidade, o debate sobre política de reconhecimento e a dinâmica normativa, procurei estabelecer a conexão entre os temas sob dois aspectos: o modelo de identidade e o modelo de *status*, analisados pela autora.

Alguns autores e grande parte dos movimentos sociais têm buscado a edição de novas normas como estratégia para o reconhecimento dos grupos sociais, quando o mais adequado, do ponto de vista normativo, é buscar a efetividade e a releitura das normas já editadas.

O que apresentei consiste na ligação do tema com o modelo de identidade da teoria clássica de reconhecimento, confrontando com a teoria contemporânea, que busca a efetividade das normas, mais próximo, na minha opinião, do modelo de *status* proposto por Fraser.

Por fim, questioneei a legitimidade dos movimentos sociais que utilizam a edição de normas como estratégia de promoção política, passando o debate para a esfera de legitimidade das estratégias de visibilidade política das demandas dos grupos sociais excluídos.

Sustento que diante da realidade dos movimentos sociais somada a todo o contexto brasileiro, as estratégias políticas de visibilidade de grupos historicamente excluídos podem ser compreendidas como uma reivindicação que promove a paridade de participação, nos termos que propõe Fraser.

Bibliografia

COHN, Amélia. Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 8(1):9-18, 2003.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

FRASER, Nancy. **Iusticia interrupta**: reflexiones críticas desde la posición ‘postsocialista’. Bogotá: Universidad de los Andes. 1997. 330p.

_____. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**. São Paulo, 70: 101-138, 2007.

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde & Sociedade**. V.13. n.2. p.20-31. Maio-ago, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003. 291p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392p.

-
- [1] FRASER, 1997. p.17-54.
- [2] FRASER, 2007. p.104.
- [3] Até a mudança de paradigma de Fraser, quanto à possibilidade de complementariedade entre distribuição e reconhecimento.
- [4] 2003. p.159.
- [5] 2003. p.182.
- [6] 2003, p.213.
- [7] 2003. p.211.
- [8] 2003. p.210.
- [9] 2003. p.211.
- [10] FRASER, 2007. p.104-105.
- [11] Ao menos, sem antes tentar alternativas menos fluidas.
- [12] 2007. p.112
- [13] 2007. p.106.
- [14] FRASER, 1997. p.29; 2007. p.106-107.
- [15] FRASER, 2000.
- [16] 2004. p.57.
- [17] 2007. p.107.
- [18] Quanto às perspectivas históricas dos movimentos sociais brasileiros que apresento, ler Gohn.
- [19] COHN, 2003. pp.14-15.
- [20] COHN, 2003. p.16.
- [21] 2007. p.107.
- [22] Com o termo Sistema de Justiça, refiro-me não somente ao Tribunal, mas também ao Ministério Público, Delegacia, bem como órgãos do Executivo (Conselhos Tutelares, por exemplo) e do Legislativo (Assembléias Legislativas, Câmara e Senado)
- [23] Quanto à garantia da cidadania através da efetividade dos direitos, ler O'DONNELL, Guillermo. Uma outra institucionalização. **Lua Nova**. São Paulo, 37: 5-32, 1996. p.29. Apresentando alternativas de condução das diversas poliarquias, o autor observa a importância da Efetividade dos direitos, entendidos no sentido amplo.
- [24] SARLET, 2001.
- [25] Esse ponto em específico foge aos limites teóricos que exponho. Merece, na minha opinião, aprofundamento em outra oportunidade.
- [26] FRASER, 2007. p.107, 120, 135.
- [27] apud FRASER, 2007. p.111.
- [28] Condição diferenciada das mulher na gestação dos filhos, por exemplo.

**O ACESSO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: A
CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO***

**L'ACCES A L'EDUCATION DANS L'ORDRE CONSTITUTIONELLE
BRESILIENNE: LA CONSOLIDATION DE LA CITOYENNETE DANS
L'ETAT DEMOCRATIQUE DE DROIT**

**Juliana Cristine Diniz Campos
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz**

RESUMO

Analisa-se o direito à educação na ordem constitucional brasileira, a partir da amplitude normativa de sua proteção. Busca-se mostrar que o direito de acesso ao ensino público gratuito não deve se restringir aos níveis básicos, a partir do desenvolvimento da idéia de que a educação garantida pelo Poder Estatal é fator de consolidação da cidadania no espaço público democrático. Apresenta-se o fundamento material do direito à educação a partir da dimensão ético-filosófica da práxis educacional, na qualidade de meio de formação e de desenvolvimento das potencialidades humanas, a qual não pode ser obstaculizada por restrições orçamentárias injustificadas, amparadas unicamente na idéia de “reserva do possível”.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO. CIDADANIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. EFETIVIDADE.

RESUMÉ

On analyse le droit à l'éducation dans l'ordre constitutionnelle brésilienne, en fait de l'amplitude normative de sa protection. On cherche soutenir que le droit d'accès à l'enseignement public ne peut pas être restreint au niveau basique, une fois que l'éducation assurée par le Pouvoir Public est condition de consolidation de la citoyenneté dans l'espace public démocratique. On présente le fondement matériel du droit à l'éducation en fait de la dimension étique et philosophique de la praxis educationelle, comme moyen de formation et développement des potentialités humaines, laquelle ne peut pas être restreinte par une limitation de ressources injustifiée, fondée uniquement dans l'idée de “réserve du possible”.

MOT-CLES: ÉDUCATION. CITOYENNETÉ. DROIT FONDAMENTAL. EFFICACE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

A construção normativa de uma idéia de Estado Social de Direito, constituído para realizar um projeto de bem-estar coletivo por meio da concretização de valores positivados num texto de magnitude constitucional, mostra-se condizente com a realidade constitucional brasileira pós-1988. A Constituição brasileira vigente assume o nítido propósito de orientar normativamente a efetivação de políticas públicas voltadas à satisfação do multifário plexo de demandas sociais.

O Estado concretamente modelado pelo ordenamento constitucional brasileiro é, sob vários aspectos e em vários sentidos, de caráter *participativo* – e não meramente intervencionista –, pois toma para si a responsabilidade primordial de construir uma sociedade livre, justa e solidária, em que estejam garantidos o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, indistintamente, conforme prescrição contida no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. O Estado passa de mero interventor no âmbito privado à condição de agente fomentador de desenvolvimento social, tanto no que se refere à realização pró-ativa das políticas públicas, como no que tange ao direcionamento regulatório das atividades paralelamente desenvolvidas pelo setor privado.

Basta atentarmos para a configuração normativa do Título I da CF/88, destinado a conformar o arcabouço principiológico do Estado brasileiro, apresentando, a partir de paradigmas gerais, os principais objetivos a serem realizados pela República constituída e por seu Governo, com ampla participação da sociedade civil. Para além dessa impressão inicial, temos um texto permeado de normas específicas, voltadas à delimitação e à condução do agir estatal na concretização dos valores constitucionais através de políticas públicas.

Os valores “justiça social”, “cidadania” e “dignidade da pessoa humana” apresentam-se, nesse contexto, como fundamentos basilares do Estado brasileiro, servindo, ao intérprete, de paradigmas interpretativos de toda a ordem jurídica no momento de concretização dos comandos normativos. Enquanto a idéia de *dignidade* está preponderantemente relacionada ao aspecto pessoal de cada *indivíduo*, enquanto sujeito de direitos, a noção de *cidadania* se mostra condizente com a realização social de cada um, tomada em suas múltiplas interações com o grupo social em que vive e convive. Temos, aqui, valores básicos que resultam dos paradigmas e idéias fundamentais da Cultura e da filosofia política ocidental, fundados nas idéias de liberdade, democracia, igualdade e solidariedade.

O direito à educação - considerada esta em toda amplitude de acesso ao ensino público formal-, mostra-se como o principal instrumento de emancipação dos indivíduos para o fim de habilitá-los à prática da cidadania, estando, por essa razão, intimamente relacionado à própria idéia de Estado Social e Democrático de Direito, e, desse modo, indissociável da realidade constitucional brasileira.

A pretensão de fundamentar o direito de amplo acesso a políticas educacionais públicas e gratuitas sustenta-se na idéia de que a educação é dever do Estado, na medida em que vocacionada a realizar os objetivos republicanos, vinculados à idéia de cidadania. A amplitude de eficácia desse direito público subjetivo mostra-se, entretanto, problemática, havendo quem defenda só incumbir ao Poder Público a manutenção dos

níveis básicos de ensino formal, estando a educação superior, por exemplo, excluída do âmbito de deveres do Estado, idéia que se busca afastar a partir de uma interpretação analítica da ordem constitucional brasileira.

É importante demonstrar, desde logo, que a educação tem a virtude de tornar realidade a idéia da cidadania, ao garantir e propiciar os instrumentos de emancipação intelectual do indivíduo, enquanto sujeito ético e, conseqüentemente, habilitá-lo à participação política livre e consciente; mostra-se, aqui, a finalidade primordial da prática educacional. Considerando a especificidade e a relevância dessa finalidade, impõe-se demonstrar que a realização da prática pedagógica deve ter um fio condutor privilegiado: um fundamento ético-filosófico, que promova a educação como um valor fundamental, enquanto função primeira do ensino.

Em seguida, adentra-se na análise da extensão do direito de acesso ao ensino público gratuito, tendo em vista a limitação financeiro-orçamentária do Estado e a idéia de que o Poder Público teria sua responsabilidade restrita à realização de uma “reserva do possível”. Parte-se da idéia de que toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser **(a)** adequada para obter-se um fim constitucionalmente legítimo; deve ser **(b)** a mais benigna em relação ao âmbito do direito fundamental restringido, tendo por base todas aquelas que se revestem da mesma idoneidade para alcançar o fim e o objetivo das regras de regência e, por fim, **(c)** as vantagens pretendidas obter com a intervenção no âmbito do direito fundamental devem compensar os sacrifícios que lhe estão sendo impostos[1]. Demais disso, deve respeitar o seu *núcleo essencial* e não dispensa uma completa e exaustiva fundamentação argumentativa da natureza, objetivos e extensão dos limites impostos, insuficiente, pode-se constatar, pelo simples recurso a argumentos baseados em alegações genéricas de escassez de recursos.

A IDÉIA DE EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA: EMANCIPAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

O modelo de Estado concebido pela filosofia liberal elevou o indivíduo ao *status* de titular de direitos subjetivos universais, ao mesmo tempo em que reconheceu, em seu benefício, limitações ao poder estatal, decorrentes da previsão de direitos políticos, transformando, assim, o súdito em cidadão. Não bastava à Constituição instituir a separação de poderes, como instrumento de contenção do poder, mas cabia-lhe, ao mesmo tempo, reconhecer e garantir universalmente os direitos do Homem e do Cidadão, as denominadas “liberdades públicas”.

O conceito de cidadania pensado e desenvolvido pela concepção liberal de Estado é, nesse contexto, tradicionalmente associado à idéia de titularidade e gozo de direitos políticos, tomados em sua acepção estrita: participação nos processos eleitorais. Trata-se de uma idéia que limita a abrangência subjetiva do conceito, na medida em que exclui considerável parcela da coletividade que, por razões temporárias ou permanentes, não está apta a participar dos procedimentos eletivos.

A concepção de cidadania que se mostra mais condizente com a teoria democrática contemporânea é aquela que, paralelamente aos direitos políticos tradicionais, reconhece ao sujeito uma posição de participante ativo da vida sócio-política, para além dos mecanismos tradicionais de participação eleitoral, de participação na vida pública. Tem-se aqui um modelo de cidadão que, devidamente instruído, apresenta-se preparado

para viabilizar a efetivação do projeto de desenvolvimento concebido pela Constituição da República.

O cidadão, nesse contexto, apresenta-se como centro potencial de realização democrática, na medida em que é titular de direitos e deve observar os deveres relacionados à convivência social, cultural e política na dinâmica política concreta. O indivíduo não deve estar distante ou apartado, mas continuamente integrado ao processo de deliberações político-estatais, constituindo-se fundamento axiológico, objetivo e objeto privilegiado do processo decisório. Nessa ordem de idéias, vislumbra-se um amálgama entre soberania popular e democracia representativa a partir da idéia central da educação como instrumento que promove a cidadania tendo por base a dignidade humana. Mais do que causa, é-lhe condição.

A emancipação dos indivíduos para a prática efetiva da cidadania realiza-se primordialmente através da educação, enquanto práxis concreta; apresenta-se esta como dever constitucional do Estado brasileiro, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho – três finalidades principais da atividade de ensino. Sendo a educação dever público e direito de todos, há um querer inolvidável, uma imposição normativa ao Estado e seu Governo, no sentido de garantirem-se políticas públicas voltadas à efetivação de tão relevante direito social, ao mesmo tempo em que se garante um direito subjetivo ao acesso ao sistema de ensino público.

Remete-se, assim, ao fundamento ético da prática educativa adequada à realidade constitucional brasileira, tendo em vista que *a educação sempre expressa uma doutrina pedagógica, a qual implícita ou explicitamente se baseia em uma filosofia de vida, concepção de homem e sociedade*[2]. Esta, por sua vez, associa a atividade educacional à pretensão de consolidação da cidadania, da coesão social, possível através de uma *revolução cultural que assegure a civilidade, a disponibilidade dos cidadãos a se comprometer com a coisa pública*[3], fortalecendo-se o espaço público e a sustentabilidade do processo democrático. Busca-se, pois, uma educação em valores, que propicie a humanização e a conquista da autonomia do indivíduo, no sentido mais amplo do termo.

Jacqueline de Romilly esclarece que *a democracia exige uma educação do espírito, a capacidade de cada um para formar um julgamento*, na medida em que, *em uma democracia, se exige dos sujeitos a intervenção ou, pelo menos, a participação dos procedimentos decisórios com conhecimento de causa*[4].

Acentua-se, assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, a exigência política de participação dos sujeitos éticos, que, na qualidade de cidadãos, devem ter a oportunidade de atuar nos processos decisórios desenvolvidos no espaço público de discussão. Para que a participação seja efetiva, fundada em um agir livre, é necessário que o indivíduo tenha conquistado, através de um processo de formação continuado, a aptidão de formar juízos de valor, ou mesmo, eleger de que modo os valores fundamentais devem ser concretizados pelos poderes instituídos.

A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA PELA EDUCAÇÃO: O FUNDAMENTO ÉTICO-FILOSÓFICO DA ATIVIDADE PEDAGÓGICA

A atividade educacional fornece meios ao pleno desenvolvimento das potencialidades cognitivas do sujeito, habilitando-o a pensar autonomamente, através de sua inserção na cultura, por meio da apropriação dos seus significados simbólicos, viabilizando a interação social e a dinâmica inovadora da atuação individual.

O processo de formação intelectual permite, ainda, que se transmitam os valores da democracia, os quais servirão para conduzir o agir social do sujeito, pautado nos ideais de responsabilidade, respeito e igualdade, que constituem o cerne do conceito contemporâneo de cidadania. Romilly acentua que *os valores democráticos são transmitidos na vida de todos os dias pelos hábitos, festas, obras de arte*, que funcionam como importantes *vetores de difusão*, paralelamente à educação, o principal desses vetores, enquanto prática voltada à habilitação moral do indivíduo[5].

Nesse aspecto, revelam-se importantes as contribuições científicas da psicopedagogia voltadas à compreensão dos processos mentais de internalização dos valores. Buscou-se descobrir como os indivíduos, e particularmente as crianças, podem, ao entrar em contato com diversos valores difundidos no meio social, selecionar aqueles que melhor se adéquam ao projeto democrático comum, voltado à realização da dignidade humana e à consecução do bem-estar geral.

A afetividade ocupa, aqui, lugar central, na medida em que a internalização de um valor pelo sujeito, enquanto ideal importante a ser alcançado em sua vida, é decorrente de uma projeção afetiva positiva do indivíduo em relação ao valor, ou seja, a criança selecionará, para a condução do seu agir, aquele valor com que tenha tido uma experiência positiva, conforme esclarece Ulisses Araújo[6]:

Se o valor refere-se àquilo de que a pessoa gosta e que valoriza, a valência positiva dos sentimentos torna-se essencial para que o alvo da projeção seja considerado um valor pelo sujeito. Ou seja, uma idéia ou uma pessoa tornar-se-ão um valor para o sujeito se ele projetar sobre ela sentimentos positivos. Na direção contrária, as pessoas também projetam sentimentos negativos sobre objetos e/ou pessoas e/ou relações e/ou sobre si mesmas. Nesse caso, o que se constrói, também uma forte carga afetiva, é o que chamamos de contravalores.

Compreende-se, então, que a educação, para além de transmitir conhecimentos úteis aos indivíduos, pode trabalhar para que o sujeito tenha interações positivas com valores socialmente relevantes, como a democracia, a tolerância mútua e a igualdade, servindo, nesse aspecto, como importante meio de coesão social, através da difusão de uma cultura de paz efetivamente democrática. Como esclarece Araújo[7], *se a escola e a sociedade propiciarem possibilidades constantes e significativas de convívio com temáticas éticas, haverá maior probabilidade de que tais valores sejam construídos pelos sujeitos*.

O sujeito, ao construir seu sistema de valores, pode formular juízos que o auxiliarão a participar, livremente, dos processos decisórios que lhe são submetidos na ambiência da democracia. A liberdade de agir, fundada em um pensar autônomo, é basilar para a atividade democrática, que exige, dos indivíduos, participação ativa e consciente, ao mesmo tempo em que implica a observância de paradigmas axiológicos relacionados à idéia de igualdade. Ao reconhecer um tratamento isonômico aos componentes do corpo social, no sentido de que todos têm igualdade em direito a participar, decidindo,

estabelece o modelo democrático o pressuposto do agir livre, da emancipação do sujeito em relação à convivência política.

A garantia de liberdade para a prática da cidadania está, nesse sentido, relacionada ao seu aspecto intelectual, e não meramente físico, superando o conceito de liberdade essencialmente liberal. Não se trata, assim, de uma simples possibilidade de locomoção, mas da reunião de todas as possibilidades de construção intelectual de juízos de valor e de conveniência que permitam ao sujeito decidir sobre os assuntos relacionados à coletividade e, conseqüentemente, à sua própria realidade individual. A educação, ao mesmo tempo em que desenvolve intelectualmente o sujeito, o habilita a agir de forma autônoma, preparando-o para a atividade política como cidadão – ou seja, participante responsável pela realização dos valores do projeto social simbolizado pela Carta Constitucional.

A compreensão pedagógica que se pretende defender é, assim, estreitamente relacionada à idéia de educação moralmente conduzida defendida por Paulo Freire, no sentido de que *formar é muito mais do que puramente treinar o educando no desempenho de destrezas [8]*. A atividade educacional está relacionada ao desenvolvimento do indivíduo, no que se refere às suas potencialidades intelectuais, preparando-o para uma convivência social responsável, razão por que há um comprometimento público com a efetivação do direito à educação, dada a responsabilidade primordial do Estado em instrumentalizar a realização dos valores constitucionais.

Esse pressuposto axiológico, que imputa ao Poder Público um dever de zelar pela amplitude de acesso e qualidade da atividade educacional, deve conduzir a interpretação dos dispositivos que especificam o modo através do qual as políticas públicas educacionais devem ser realizadas, prescritos entre os artigos 205 e 214 da Constituição Federal.

Enquanto a cidadania constitui um princípio fundamental geral da Ordem Constitucional Brasileira, o dever de garantir a educação para a cidadania apresenta-se como desdobramento específico da norma, no que se refere aos direitos sociais considerados isoladamente. Exige-se da interpretação constitucional uma coerência sistêmica, de modo a que se tenham os dispositivos constitucionais em sua unidade normativa (e valorativa).

Compreendido esse pressuposto, que norteará todo o desenvolvimento do estudo, cumpre indagar se o Ente Estatal tem a obrigação de garantir o acesso a todos os níveis de educação formal – fundamental, médio e superior – ou se a imposição se restringe ao âmbito inicial de formação do sujeito, o ensino fundamental.

Questiona-se, ainda, se existiria um direito subjetivo de acesso aos níveis médio e superior de ensino, tendo em vista a tradicional exclusão doutrinária dessas modalidades de formação do âmbito do mínimo existencial. A dúvida se funda em dois elementos principais: *a)* limitações de ordem econômica, no sentido de que a garantia de amplo acesso à educação é materialmente impossível ao Estado, em virtude de seu custo; e *b)* a locução “obrigatoriedade” só está expressamente relacionada à expressão “ensino fundamental” no inciso I do artigo 208, omitindo-se o constituinte em relação ao ensino médio e ao superior.

ORDENAÇÃO NORMATIVA DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 sistematizou os dispositivos referentes à Ordem Social (Título VIII) em oito capítulos, subdividindo a temática conforme a identidade dos bens tutelados. Estipulados os pressupostos gerais de ordenação do subsistema referente à ordem social e, instituída a seguridade social, cuidou o constituinte de prescrever a base organizacional das políticas públicas voltadas à educação, a partir de normas gerais e específicas.

A ordem social concebida pela Constituição vigente tem por fundamento o primado do trabalho, sendo voltada à consecução do bem-estar e da justiça social, conforme a norma do artigo 193. A educação, enquanto atividade do Estado, incluída no rol dos serviços públicos essenciais, apresenta-se como instrumento de concretização do programa constitucional, sendo o acesso às políticas educacionais direito de cada cidadão oponível em face da família e do próprio Estado, nos termos da prescrição contida no artigo 205.

As bases valorativas que nortearão a execução das políticas educativas estão dispostas nos artigos 206 e 207, aquele prevendo os princípios a partir dos quais o ensino será ministrado, fundados na idéia de democratização de acesso, garantia da gratuidade, pluralismo de concepções pedagógicas e de gestão das instituições de ensino, este ordenando o funcionamento das universidades, enquanto núcleos de produção e difusão do conhecimento científico e tecnológico, indispensáveis ao desenvolvimento nacional.

Os discursos defensores tanto da amplitude de acesso ao ensino, em todos os seus estágios de desenvolvimento formal, como da restrição do direito ao nível básico de ensino tomam por paradigma interpretativo os dispositivos mencionados, em complemento aos artigos seguintes da seção, que tratam das políticas públicas educacionais. Nesse sentido, a sustentação da idéia de que o direito à educação é assegurado até a completa formação superior do indivíduo passa, necessariamente, pela análise minuciosa da normatividade constitucional e infraconstitucional, a ser conduzida pelos pressupostos argumentativos já delineados, que associam a educação à própria idéia de cidadania na teoria democrática contemporânea.

A formação intelectual através do ensino configura direito social típico, pois pressupõe, para sua efetivação, uma estrutura disponibilizada pelo Estado, através de prestações materiais, dependendo, portanto, *da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica*[9]. A aparente indisponibilidade de recursos ocasiona, muitas vezes, a impossibilidade de se conferir plena eficácia ao querer constitucional, que acolhe e entende o direito à formação intelectual por meio do ensino como direito subjetivo cuja titularidade se vê presente em cada um dos indivíduos que integram a comunidade política.

Sendo assim, cumpre indagar se o argumento da limitação financeiro-orçamentária do Estado, associado à inexistência de uma aparente obrigatoriedade decorrente, de forma explícita, do texto constitucional, autorizaria o intérprete a sustentar uma limitação a um direito fundamental social consolidado histórica e normativamente na realidade política brasileira.

O PROBLEMA DA ESCASSEZ DE RECURSOS COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Pretende-se demonstrar que compete ao Estado o dever constitucional de assegurar o amplo acesso à educação formal em todos os níveis de formação escolar - básico, fundamental e superior; o que remete tanto à educação técnica como à universitária. Conforme demonstrado, dentre os objetivos fundamentais da República brasileira, destaca-se a consolidação da cidadania – o que só é possível a partir dos processos de emancipação intelectual do indivíduo.

A situação de insuficiência financeira do Estado, ilustrada pela expressão abstrata da “reserva do possível”, associada a uma ampla aceitação teórica da idéia de que o Poder Público só estaria normativamente obrigado a garantir um mínimo existencial ao indivíduo, o qual só incluiria a educação básica, dá ensejo à defesa da idéia de que inexistente um direito subjetivo público à garantia estatal de acesso ao ensino médio e superior, com universalidade de acesso e gestão democrática e autônoma.

Tornou-se corrente a discussão, no plano doutrinário, fundada em ampla atividade jurisprudencial, acerca da idéia de mínimo existencial, compreendido como aquele rol de condições materiais sem as quais seria impossível ao indivíduo ter uma existência digna, e cuja ausência atribuiria ao prejudicado o poder de pleitear judicialmente, em face do Estado, o cumprimento das prestações essenciais. Incluem-se costumeiramente nesse rol o direito à vida, notadamente no que se refere ao acesso a tratamentos de saúde, o direito à educação básica, o direito à habitação, entre outros.

A noção de mínimo existencial e de sua relação com direitos subjetivos a prestações fundamentais está diretamente relacionada à problemática da exigibilidade dos direitos sociais. Apenas aquelas pretensões referentes ao mínimo existencial refletiriam direitos subjetivos, exigíveis judicialmente.

Desenvolveu-se a idéia segundo a qual aqueles direitos sociais que não constituíssem direitos subjetivos estariam alheios ao controle judicial e, conseqüentemente, não seriam direitos fundamentais, mas meras indicações de atuação ao Poder Executivo. Uma vez que o mínimo a ser exigido só inclui a educação básica, a manutenção e o acesso ao ensino médio e superior e demais formas de educação especial (alfabetização de jovens e adultos, por exemplo), tais direitos não seriam o reflexo de deveres – encargos - fundamentais do Estado, podendo o Poder Público, a pretexto de prestigiar os valores basilares da ordenação constitucional, optar pela paulatina desestruturação do ensino público e gratuito em seus níveis mais elevados. Essa, a compreensão de Ricardo Lobo Torres[10]:

Outras prestações, contudo, que estejam além desse grupo (como, *verbi gratia*, o ensino superior) estarão sujeitas ao *status positivus socialis* e, portanto, condicionadas às políticas públicas e à reserva do possível. Segundo Ricardo Lobo Torres, o *status positivus socialis* refere-se a prestações inessenciais e, porquanto dependente da situação econômica do país e da riqueza nacional, não teria, originariamente, assento constitucional e seria objeto de legislação ordinária.

Acerca da perspectiva limitante da amplitude do direito à educação pública formal, em todos os seus níveis, dispõe o Plano de Desenvolvimento da Educação[11]:

Diferentemente da visão sistêmica que pauta o PDE, predominou no Brasil, até muito recentemente, uma visão fragmentada da educação, como se níveis, etapas e modalidades não fossem momentos de um processo, cada qual com objetivo particular, integrados numa unidade geral; como se não fossem elos de uma cadeia que deveriam se reforçar mutuamente. Tal visão fragmentada partiu de princípios gerencialistas e fiscalistas, que tomaram os investimentos em educação como gastos, em um suposto contexto de restrição fiscal.

Criaram-se falsas oposições. A mais indesejável foi a oposição entre educação básica e educação superior. Diante da falta de recursos, alegava-se que caberia ao gestor público optar pela primeira. Sem que a União aumentasse o investimento na educação básica, o argumento serviu de pretexto para asfixiar a rede federal de educação superior, cujo custeio foi reduzido em 50% em dez anos, e inviabilizar uma expansão significativa da rede.

A fim de afastar – com base numa teoria da argumentação adequada e em critérios de correção, em termos de justiça – a opinião de que só incumbiria ao Estado o dever constitucional de assegurar a educação básica (que já cuidou de inviabilizar o desenvolvimento da educação nacional durante um período considerável da história republicana brasileira), mostra-se adequado desmistificar alguns conceitos, relacionados à nova dinâmica observada entre Estado e Economia, usualmente utilizados pela doutrina constitucionalista brasileira.

LIMITAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL, ESCASSEZ DE RECURSOS E DEMANDA SOCIAL

Os direitos fundamentais constituem, na realidade constitucional brasileira, o núcleo axiológico que toda a ordem jurídica, guiando eticamente a normatividade, de modo a assegurar uma sociedade justa, livre e solidária. A previsão de uma pluralidade de direitos fundamentais nos artigos 5º, referente aos direitos individuais, e 6º, que dispõe sobre os direitos sociais, enseja a regulamentação específica, em nível infraconstitucional das pretensões ali delineadas, de modo que seja possível sua concretização pelo Poder Público.

O primeiro limite que se pode opor a um direito fundamental é, assim, o seu próprio disciplinamento, que pode ser operacionalizado pelo texto constitucional, integrando o conteúdo material do direito, ou pela normatividade infraconstitucional, na medida em que as escolhas legislativas estabelecem a abrangência de proteção e o modo como o direito deve ser exercido, notadamente no que se refere aos direitos sociais, que demandam, para sua concretização, todo um aparato normativo e estrutural a ser desenvolvido pelo Estado.

A limitação legislativa a um direito fundamental deve estar, antes de qualquer atitude dos poderes constituídos, autorizada pela Constituição Federal, de forma expressa, através da inclusão da cláusula da reserva legal, ou implicitamente, quando assegure uma pretensão – como o direito à educação, por exemplo – que careça, para sua plena efetividade, de instrumentos externos de realização. A exigência de que só se verifique a restrição de um direito através de lei, por meio de autorização constitucional,

assegura que os bens tutelados permaneçam resguardados da ação casuísta do gestor, submetendo à soberania popular a decisão sobre a instituição de limitações necessárias à coesão social ou mesmo à eficácia do direito.

As restrições normativas devem respeitar, ainda, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, enquanto atributos valorativos sem os quais se esvazia a identidade da ordem constitucional, extraída por meio de uma interpretação sistêmica de seus princípios e objetivos basilares, positivados no Título I da CF/88.

Em uma relação de ponderação, exige-se que a restrição operada seja, em primeiro lugar, adequada à finalidade que ensejou sua elaboração, avaliando-se, numa relação de custo-benefício, se as vantagens trazidas pelo limite serão superiores aos sacrifícios impostos ao direito fundamental. Isso porque a limitação só é legítima se necessária, a partir da inevitável constatação de concorrência entre pretensões fundamentais no meio social. Nesse aspecto, havendo uma situação de escassez de recursos e diversos direitos sociais a serem concretizados pela ação do Estado, revela-se necessária, ainda que temporariamente, a limitação do direito à saúde, do direito à educação, dos benefícios previdenciários assegurados pelo Poder Público, etc.

O que se limita, assim, é a amplitude de proteção e concretização do direito, tendo em vista a necessidade de se resguardar pretensões concorrentes e igualmente fundamentais. Como se percebe, o tema tem importância especial em matéria de direito à educação, na qualidade de direito social, dependente, em todas as suas dimensões, do investimento de recursos financeiros pelo Estado, viabilizado por meio de estratégias de ação materializadas em políticas públicas.

A proteção estatal do direito à educação, a partir da manutenção do sistema de ensino gratuito e acessível a todos, encontra limites fáticos, na medida em que há uma conjuntura social extremamente carente de prestações e recursos limitados pelo nível de desenvolvimento econômico nacional. O argumento da escassez de recursos pode se traduzir em limitações à ostensividade das políticas educacionais adotadas, estando preservado, todavia, o núcleo intangível do direito fundamental, que se confunde com o seu conteúdo material.

A atividade de restrição deve ser pautada em sólida argumentação, em que se demonstre a adequação da medida limitante em relação à finalidade almejada. A demonstração rigorosa do substrato material de um direito permite que a atividade jurídica de restrição a pretensões fundamentais se apóie em fundamentos sólidos, científicos, construídos a partir de um processo argumentativo plural, no qual se busque a conformação dos interesses concorrentes da forma mais justa possível.

Demonstrou-se que a educação é atividade primordial à consolidação da cidadania republicana, na medida em que habilita o indivíduo, conduz o seu agir livre, permitindo sua participação mais ativa no progresso da sociedade. A atividade educativa é tida, assim, como um processo que perdura por toda a vida, e extrapola a simples preparação para o trabalho, alcançando a dimensão moral do sujeito. Nesse aspecto, não pode haver qualquer limitação que restrinja a abrangência do direito à educação formal, em todos os seus níveis, sem uma correspondente necessidade de igual importância constitucional.

Sobre o assunto, destaque-se ainda a síntese de Gilberto Bercovici:

“Para a superação do subdesenvolvimento é preciso um Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social. Esse esforço para sair do subdesenvolvimento tem um nítido caráter emancipatório, de alteração profunda das estruturas socioeconômicas brasileiras e, portanto, de homogeneização social. A cidadania não se limita aos direitos de participação política, inclui também os direitos individuais e, fundamentalmente, os direitos sociais.

A idéia de integração na sociedade é fundamental para a cidadania, o que não ocorre no Brasil, por exemplo. Igualar as condições sociais de vida é condição para consolidar e ampliar a democracia, para não dizer que é essencial para sua legitimidade, permanência e futuro como forma política.(...)

É preciso aperfeiçoar os instrumentos de participação popular. Ampliar o controle por meio da democracia participativa. (...)

Não é por estar na Constituição que esses direitos [liberdades públicas e direitos sociais] vão sair do papel. A Constituição só é do jeito que é porque os movimentos sociais estavam no auge e pressionaram os constituintes, que acabaram incorporando ao texto constitucional uma série de coisas que estavam sendo exigidas. E o Direito Constitucional diz o quê? Isso não é para aplicar, que são normas programáticas e devem ser interpretadas caso a caso. O Direito Constitucional tem servido para desconstruir a Constituição. O discurso da hermenêutica é de desconstrução e serve para esterilizar a Constituição. No Brasil, historicamente, o Direito Constitucional tem feito isso. Não acompanha as transformações da sociedade. Antes, serve para freá-las por meio da interpretação”. [12]

A CF/88 assegura um nível progressivo de universalização do ensino médio e superior, estando a salvo de qualquer limitação o ensino básico, identificado como fase de formação indispensável à própria humanidade do indivíduo. Sem educação básica, o ser humano não está apto a se incluir na cultura e interpretar os significados extraídos de sua interação com os outros sujeitos, de modo que, em qualquer circunstância financeira, resta preservado o direito subjetivo de acesso ao sistema público gratuito de ensino básico.

O ensino médio e superior retratam uma dimensão do direito à educação que o identifica com um mandado de otimização, isto é, devem ser asseguradas políticas contínuas de aperfeiçoamento e democratização de acesso às instâncias mais elevadas da educação formal, tidas como igualmente fundamentais a partir da perspectiva processual da atividade educativa. A idéia não é, como se vê, de restrição, mas de aumento paulatino da efetividade do direito, possível através do desenvolvimento nacional, que implicará, necessariamente, maiores investimentos em educação.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 431.773/SP assim se pronunciou: “O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, *não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de*

caixa.” Não é difícil concluir, portanto que a questão fundamental a ser debatida, o problema essencial a ser enfrentado, passa pela seguinte reflexão: *confundem-se interesse público e interesse do governo, baseado numa razão de Estado?* A resposta indicará se presenciamos um Estado que se pauta pelo prisma da juridicidade e da justiça social ou se estamos submetidos a um Governo que pauta sua política pelo viés da mera legalidade.

Assim, a inexistência da locução “obrigatoriedade” no artigo 208, incisos II e V, não implica a restringibilidade própria do direito, mas o reconhecimento de que as condições estruturais do Estado ainda não permitem assegurar, concretamente, o acesso universal aos níveis médio e superior de ensino, muito embora esteja assegurado em abstrato. Essa limitação fática não obstaculiza a preservação do direito à educação em sua amplitude de acesso, apenas reconhece limitações transitórias.

A idéia de que o Estado só estaria obrigado a garantir a “reserva do possível”, enquanto condição razoável de exigência de investimento público, mostra-se falha, na medida em que traduz como regra (ou limite inexorável de ação) uma situação excepcional, a ser paulatinamente contornada.

Os níveis de proteção e preservação do direito devem ser progressivos, em observância ao princípio da proibição do retrocesso social, extraído de forma implícita da carta constitucional brasileira, a partir de seu teor dirigente e socializante. Ao buscar construir um estado de bem-estar, pautado pela ação cidadã, privilegiou o constituinte o comprometimento público com essa finalidade, exigindo do Poder Estatal a ação voltada à efetivação crescente do direito à educação no Brasil.

Embora a escassez constitua um limite fático, que prejudica a efetividade plena do Direito, assegurando a todo indivíduo o acesso aos níveis médio e superior de ensino público de qualidade, não se pode confundir a limitação contingente como integrante da obrigação estatal de garantir a concretização, na medida em que o Poder Público tem o dever de buscar superar a escassez, alargando, por conseguinte, possibilidades de expansão do âmbito de eficácia do direito fundamental, pretendido impactar pelo argumento da “reserva do possível”.

CONCLUSÕES

Buscou-se demonstrar que a educação ocupa, na realidade constitucional brasileira, posição de destaque entre os deveres fundamentais do Estado, na medida em que a prática pedagógica instrumentaliza o exercício da cidadania, que constitui um dos princípios basilares do estado democrático de direito. A cidadania contemporânea traz, em seu conceito, o pressuposto da autonomia, do agir livre, uma vez que os sujeitos, em um contexto de democracia participativa, são chamados a formar juízos de valor, decidir com conhecimento de causa os assuntos da coletividade. O cidadão é, antes de tudo, participante, co-responsável pelas decisões comuns.

Nesse aspecto, revela-se imprescindível que se assegure, por intermédio do Poder Público, uma educação em valores, que permita aos indivíduos guiar sua conduta eticamente, pelo que temos uma necessária fundamentação ético-filosófica da atividade educacional, que, enquanto prática, necessita de um aparato valorativo que lhe dê parâmetros de correção. Acentuou-se, aqui, os meios através dos quais se pode

assegurar a conquista da autonomia através da educação, a fim de sustentar seu caráter de instrumento primordial para consolidação da cidadania.

Assim, analisamos a plausibilidade de restrições ao direito à educação, fundadas em restrições orçamentárias e numa suposta ausência de obrigação estatal para além de uma “reserva do possível”. Constatamos que a restringibilidade do direito social é contingente, temporária, na medida em que há uma obrigação de progressivo incremento da efetividade, viabilizada pelo desenvolvimento econômico.

A reserva do possível não é, em si, restrição ao conteúdo de um direito fundamental, no que se refere à amplitude de sua proteção constitucional, mas limite fático que deve ser contornado pelo Poder Público, que detém a obrigação de efetivar, em níveis cada vez maiores, os direitos fundamentais previstos na carta constitucional.

O princípio da proibição do retrocesso social orienta interpretação no sentido que, se não se pode assegurar a plena eficácia do direito à educação hoje, há uma proteção futura, que garante aos indivíduos a responsabilidade pública em ampliar os níveis de efetividade do direito, por meio da atuação estatal, notadamente quando há, em relação ao bem tutelado, uma fundamentalidade diretamente relacionada ao êxito da democracia, como é o caso da cidadania e da autonomia individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Ulisses F.; PUIG, Josep Maria. **Educação e Valores**. São Paulo: Summus, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **O Subdesenvolvimento no Brasil. Entrevista a Eunice Nunes**. In: <http://www.tribunadodireito.com.br/2008/agosto/entrevista.html>. Último acesso em 22.09.2008.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios de Estudios Constitucionales, 2004.

BRASIL. **Plano de Desenvolvimento da Educação**. Disponível em www.mec.gov.br, último acesso em 22 de setembro de 2008.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo: para uma teoria da cidadania**. São Paulo: Loyola, 2005.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREIRE, Paulo. **A Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

FREITAG, Barbara. **Escola, Estado e Sociedade**. São Paulo: Cortina, 2005.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

ROMILLY, Jacqueline de. **Actualité de la Démocratie Athénienne**. Paris: Bourin Éditeur, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In _____ (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[1]. Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios de Estudios Constitucionales, 2004, *passim*.

[2] FREITAG, Barbara. **Escola, Estado e Sociedade**, 7ª ed. São Paulo: Centauro, 2005, pg. 33.

[3] CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo: para uma teoria da cidadania**. São Paulo: Loyola, 2005, pg. 18.

[4] ROMILLY, Jacqueline de. **Actualité de la Démocratie Athénienne**. Paris: Bourin Éditeur, 2006, pg. 47. No original: »*La démocratie exige en effet une certaine education de l'esprit, la capacité de chacun à se former un jugement. En démocratie, on demande à chacun d'intervenir ou au moins de voter em connaissance de cause* ».

[5] *Op. cit.*, pág. 47.

[6] ARAÚJO, Ulisses F. *A Construção Social e Psicológica dos Valores*. In ARAÚJO, Ulisses; PUIG, José Maria. **Educação e Valores**. São Paulo: Summus, 2007, pg. 21.

[7] *Op. cit.*, pg. 35.

[8] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

[9] KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: SAFE, 2002, pg. 21.

[10] TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In _____ (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 *Apud* DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pg. 92.

[11] BRASIL. Plano de Desenvolvimento da Educação. <Disponível em www.mec.gov.br>. Último acesso em 22 de setembro de 2008.

[12]. BERCOVICI, Gilberto. **O Subdesenvolvimento no Brasil. Entrevista a Eunice Nunes**. In: <http://www.tribunadodireito.com.br/2008/agosto/entrevista.html>. Último acesso em 22.09.2008.

A CIDADANIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *

THE CITIZENSHIP AND THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

**Marilucia Flenik
Katya Kozicki**

RESUMO

O Estado moderno evoluiu do Estado mínimo liberal, para o Estado do Bem Estar, e hoje se discute que tipo de Estado é adequado para atender as demandas cada vez mais complexas da sociedade das massas e do risco, nesta era da globalização. Cumpre esclarecer qual política diz respeito ao estabelecimento de um novo paradigma. O pensamento arendtiano afirma que a política que serve à liberdade é resultante da conversa dos cidadãos no espaço público, da troca de opiniões divergentes, que fazem surgir um “poder” que dá sustentação às instituições e garante a permanência do mundo comum. O resgate da cidadania é a fórmula capaz de aperfeiçoar as instituições políticas, no sentido de caminhar adiante da democracia representativa, abrindo espaços de liberdade e ação política para os cidadãos, objetivando reinventar outras formas de convivência humana e, com isto, reestruturar o próprio Estado Constitucional Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES. ESTADO. CONSTITUIÇÃO. TEORIA DE SISTEMAS. SOCIEDADE ABERTA. CIDADANIA. LIBERDADE. AÇÃO POLÍTICA. PODER DO CIDADÃO. DIGNIDADE HUMANA. NOVO PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

The modern Estate evolution minimum liberal Estate to Welfare State. Nowadays discussing what king of Estate serve to risk complex societies of globalization's era. The politics that follows the freedom is a result of citizens' discussion in public places, changing divergent opinion, that propitiate the appearance of a “power” that gives support to the institutions and guarantees the stableness of a common world. The rescue of the citizenship is the formula capable of improving the political institutitons, as going ahead in order to reach a representative democracy, opening gaps of freedom and political action for the citizens, aiming the recriation of other forms of human acquaintance and, with this, restructure the own Constitutional State of Law.

KEYWORDS: KEYWORDS: STATE, CONSTITUTION, SYSTEM THEORIES, OPEN SOCIETY, CITIZENSHIP, FREEDOM, POLITICAL ACTION, CITIZEN

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

POWER, HUMAN DIGNITY, NEW PARADIGM OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

1 - Introdução

Hodiernamente o Estado passou de categoria política para *topos* argumentativo. Continua-se em busca da definição de Estado. O que é o Estado? Qual o papel da Constituição na construção deste conceito? Qual é a força do cidadão, se é que existe, como um ser individual que integra a sociedade civil e deve obediência às leis do Estado, sob pena de inviabilizá-lo? Para que tipo de Estado está se encaminhando a sociedade de massas da era informacional, a sociedade de risco, e qual o papel da Constituição e do cidadão neste contexto? Tais indagações são passíveis de inúmeras respostas, dependendo do contexto em que são formuladas.

Para os fins deste artigo, será feito um recorte, fulcrando os argumentos na tensão existente entre o cidadão e o Estado, em busca do resgate da cidadania. Questiona-se hoje onde está esse “cidadão”, artífice do Estado democrático de direito. Existe? Ou a “mão livre do mercado” descrita por Adam Smith evoluiu para açambarcar toda a vida social, cultural e política e a mais valia é o motor político por excelência deste mundo globalizado e mercantilizado. Suspeita-se que a luta a ser travada para erigir a pessoa humana como valor axiológico da construção do Estado, com reflexos na sociedade civil, continua muito desigual, o que exige um redobrado esforço para resgatar a força da cidadania.

A fim de contextualizar os problemas que aparecem nesta senda de valorização da cidadania, num primeiro momento serão confrontadas duas visões sociológicas do papel da cidadania e da Constituição para a construção do Estado. A primeira delas, de Niklas Luhmann, criador da teoria dos sistemas sociais, tem sido a grande provocadora das discussões, desde o momento em que relega a pessoa para o entorno dos sistemas sociais. A segunda delas, a teoria de Peter Häberle, alça a pessoa humana como intérprete da Constituição, apta, portanto, para criar o significado das normas constitucionais e participar como ente ativo da construção do Estado Democrático de direito.

A polêmica está criada. Os dois autores são irreconciliáveis. Com o fito de participar da celeuma e dizer algo a respeito de “quem” é a criatura que pode assumir o papel de cidadão ativo, construtor de seu mundo social e político, buscaremos em Hannah Arendt o aporte filosófico, sabendo que a questão da tensão existente entre o cidadão e o Estado é permanente e dificilmente será resolvida. No entanto, buscar identificar as forças que se articulam para exercer o poder capaz de ordenar o Estado e a sociedade civil é sempre um esforço pertinente quando se quer entender o papel do cidadão na construção do Estado democrático de direito.

2. Um olhar retrospectivo na História

A frase - “*Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados*”[1] - escrita por Maquiavel no início das páginas do **Príncipe**, inaugurou a teoria do Estado moderno, trazendo a noção de que o Estado exerce o domínio sobre os homens. Os movimentos revolucionários da França e da América do Norte, do final do século XVIII, fizeram surgir o Estado moderno constitucional. Sua geratriz foi a concepção liberal, a significar a constitucionalização dos direitos civis e políticos, uma agenda mínima para garantir à sociedade civil a livre iniciativa e a possibilidade de trilhar os caminhos abertos pela incipiente industrialização e pelo modelo econômico do capitalismo que iniciara a sua carreira vitoriosa.

Concomitantemente surgiu o constitucionalismo, sendo que o texto de Sieyès[2] é o primeiro a trazer a noção de que ao povo, na época representado pelo Terceiro Estado, compete o poder originário apto a criar o texto constitucional. Afinal, o “poder constituinte originário é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.”[3]

No entanto, a questão social eclodiu na segunda metade do século XIX, colhendo de surpresa a burguesia. Não mais a mão invisível do mercado a propiciar o progresso e o bem estar geral. Agora ouve-se o grito dos trabalhadores, dos espoliados, daqueles que não possuem patrimônio financeiro. Se até então predominava a filosofia hegeliana vendo o Estado como o supra sumo do desenvolvimento do Espírito, impôs-se, em vez disso, a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. O perigo era a transformação radical do modelo econômico, abolindo-se a propriedade e passando para outros tipos de sociedade e de Estado, utopicamente criados pelos socialistas, que tiveram no Manifesto de Marx e Engels, em 1848, o primeiro passo.

Com o correr dos tempos, a economia eminentemente agrícola passou para o modelo capitalista industrial, surgindo as reivindicações por direitos sociais. Historicamente, a Carta Política do México, de 1917, é a primeira que trouxe para o seu bojo o constitucionalismo social, consagrando direitos sociais. Contudo, é a Constituição de Weimar, promulgada em 1919, que apresentou os fundamentos do constitucionalismo social, com irradiação a outras Cartas que surgiram na segunda década do século XX.

Desde então o Estado, que contribuíra para a criação da estrutura do mercado, não somente no que tange a mercadorias, mas também quanto ao trabalho, ao dinheiro e a terra, limitando-se a garantir formalmente, desde fora, a estrutura da livre-troca, passa a uma postura intervencionista na política e na economia. Na segunda metade do século XX, o Estado de feições liberais se modificou e passou a ser o Estado do Bem Estar Social.

No âmbito desta teoria, muitas são as interrogações que surgem a partir da guinada levada a efeito por José Joaquim Gomes Canotilho,[4] corifeu da Constituição dirigente, quando relativizou o dirigismo constitucional e passou a criticar a lógica da narrativa emancipatória. A racionalidade moderna sempre acreditou na idéia do progresso do homem, a utopia da desalienação, a promessa da felicidade para as mulheres e homens do presente e das próximas gerações futuras, tidas como “verdades” axiomáticas, dissociadas dos contextos políticos econômicos e sociais, ou seja, a ênfase sempre foi dada ao aspecto teórico da construção do Estado democrático social do

direito, com a esperança de que a práxis seria transformada a partir deste “anel de ferro” que seria a Constituição dirigente.[5]

Principalmente no que tange a Constituição brasileira de 1988, Canotilho reconhece a grande decepção que a tese da relativização do dirigismo constitucional acarretou nos círculos acadêmicos. Admitir a falência da Constituição dirigente seria atestar a morte do Estado Social intervencionista, esvaziando o programa econômico e social do Estado. Sepultar a força dirigente de uma constituição feita a partir de idéias emancipadoras, corresponderia a lançar para debaixo da terra as conquistas civilizatórias do Estado de Direito democrático social e abandonar a simbologia de um patriotismo nacional constitucional.[6]

Se é possível a constatação de que o Estado Social restou em crise nos países hegemônicos e deu azo à recuperação do ideário neoliberal, o que dizer do Estado brasileiro que possui a grande peculiaridade de não ter sequer entrado no estágio do Estado do Bem Estar Social? A Constituição Cidadã de 1988 veio garantir os direitos civis e políticos, após os tempos escuros da ditadura militar que iniciara em 1964. Significou o retorno ao Estado de direito contra as arbitrariedades da força militar e policial. Garantiu a liberdade e a democracia, com o retorno às eleições e o voto direto para a escolha do Poder Executivo. Buscou corrigir as desigualdades regionais, a fim de aplainar o fosso das desigualdades econômico, sociais e culturais, objetivando reduzir a pobreza. E, principalmente, elencou os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, princípios norteadores da justiça social.

De fato, não há como concordar com a tese de que a constituição dirigente morreu. Talvez se chore a perda daquela que postulava a transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes, como fora a Constituição de Portugal de 1978. Pode-se dizer que feneceu a crença de que a Constituição, por si só, assumiria o papel de transformação da sociedade e do modelo econômico. No entanto, a Constituição brasileira está aí, mais viva do que nunca, com laivos de constituição dirigente, apta a cumprir o seu importante papel de fundamento do Estado de Direito brasileiro.

Assoma no horizonte, contudo, o perigo apontado por Lassale,[7] de a Constituição pode quedar como uma “folha de papel”, contendo a metanarrativa emancipatória do mundo ocidental, sem que os reais fatores do poder sejam considerados. Na época o autor apontou a “boca dos canhões” como o poder efetivo da Constituição, corroborando a definição clássica do Estado, visto por Thomas Hobbes como o Leviathan, o todo poderoso que paira acima das pessoas concretas e o único que detém a força.

Hoje, no âmbito das ciências sociais, sabemos que o “avanço do espírito” hegeliano, o caminhar dialético da História, se faz a partir de um emaranhado de fatores sociais, econômicos e políticos, que levam a Teoria do Estado, a Filosofia Política e o Direito a tecerem novas categorias para entender o novo paradigma do Estado contemporâneo. A desmistificação do Estado social está apontando para uma mudança de paradigma. Os questionamentos aparecem sobretudo da teoria sociológica dos sistemas que nega a existência de uma direção política jurídica da sociedade. Os esquemas autorreferenciais da sociedade a tornam sem centro e o sujeito é relegado para fora dos diversos subsistemas, o que enfraquece o argumento de que a cidadania é o pressuposto básico do Estado Democrático de Direito.

3. O cidadão da sociedade de risco

Niklas Luhmann apresenta as linhas básicas de uma teoria geral da sociedade, pretendendo substituir o conceito de sujeito do conhecimento, desenvolvido de Descartes a Kant pelo conceito de sistema desenvolvido em contextos cibernéticos e biológicos. Se Kant fizera uma segunda revolução copernicana, ao centrar na pessoa humana a capacidade de intuir a lei universal, válida para todos,[8] quiçá estejamos diante de uma terceira revolução, da mesma envergadura, apta a imprimir uma marca específica neste tempo ainda não definido do tempo presente, o agora da época pós-moderna.

Luhmann estuda a sociedade como um sistema autopoietico fechado, composto de pura comunicação. Para o autor o Direito é uma das estruturas da sociedade que, por apresentar inúmeras possibilidades através da diferenciação funcional, faz do direito algo contingente.[9] Ele é visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social. O direito é imprescindível porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar que suas expectativas se concretizem. E essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social.[10]

A decisão é a própria base do direito. O surgimento e a função do direito residem no processo decisório e eventuais indeterminações são encaminhadas com argumentos técnicos ou econômicos, sendo que o direito tem que comprovar sua adequação como programa decisório. A sociedade atual é econômica por excelência e gera uma necessidade permanente de modificações do mundo do direito. Este primado social da economia é altamente discutível. No entanto, a sua complexidade e o fato de tornar aceitáveis as possíveis decisões, se constitui na motivação para Luhmann legitimar o direito pelo procedimento. O direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência, isto é, compatibilizar as expectativas de comportamento, mantendo-se as estruturas do sistema social, que evolui de acordo com as suas próprias leis. Isto porque o campo de opções do homem e a construção de sentido do seu mundo sempre dependem da estruturação da sociedade. A legalidade do direito resulta dos problemas de complexidade e contingência que precisam ser resolvidos pela sociedade, sendo o direito uma estrutura que apresenta limites e formas de seleção conforme definição do próprio sistema social. A legitimação do direito é obtida pelo procedimento, no terreno puramente fático. Esclarece Tércio Sampaio Ferraz Jr.[11] que Luhmann apresenta uma concepção decisionista da legitimidade. Uma estrutura jurídica é legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.

Normas jurídicas concebidas como decisões só podem ser fundadas em outras decisões, havendo, então, uma decisão última que estabelece inapelavelmente a legitimidade da

série. Como as decisões normativas são proposições deônticas, de dever ser, a elas não cabe a alternativa verdadeiro/falso. Com isso, a possibilidade de se fundar a legitimidade em valores supremos é rechaçada. Isto porque, na série regressiva das decisões, sempre topamos com um pluralismo de valores que não se fundam em verdade, mas são, ao contrário, atos de crença, admitidos como fatos. Assim Luhmann evita o problema do regresso a uma decisão última, no início da série, mostrando que a legitimidade não está ali, mas no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes. Procedimentos são para ele sistemas de ação, através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta. A diferenciação funcional trouxe uma sobrecarga à sociedade, através de possibilidades que variam junto com suas estruturas. O direito situa-se em premissas normativas para decisões, as quais também podem submeter-se a decisões. No fundo sua função é dar conta da contingência e da complexidade do sistema social e domesticar condutas, tornando-as previsíveis até certo ponto, o que afasta o risco da tomada de decisões na sociedade do risco. Para Luhmann, a sociedade hodierna é uma sociedade de alta complexidade cuja evolução está no campo do imprevisível. O direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planificada da realidade em inúmeros detalhes. Para Luhmann as normas jurídicas não são apenas decisões programáticas para determinados papéis, mas se revelam como estruturas de expectativas de todos os participantes na interação social. A função de uma estrutura não pressupõe uma constância absoluta, mas apenas exige que a estrutura não seja problematizada nas situações por ele estruturadas. Isso permite que em outras situações, em outros momentos, para outros papéis ou outras pessoas, ela se torne objeto de decisão, ou seja, se adapte às constantes mutações do sistema social.

A Constituição assume então um caráter contingente, posto que resulta da escolha, da decisão, que uma determinada sociedade efetua, sendo passível de modificação e interpretação de acordo com as expectativas das estruturas sociais dessa mesma sociedade. Luhmann despreza, assim, as premissas do direito natural do jusnaturalismo, bem como o conceito de justiça política, a palavra “justiça” desaparece, tornando-se tanto a política como o direito uma questão de decisão, tomadas mediante procedimentos específicos de cada sistema social. Cria-se uma sociedade sem centro e sem topos hierárquico.

Não se pode olvidar que o moderno Estado de direito não é uma invenção da modernidade, mas o resultado de um longo desenvolvimento do direito e do Estado e significa o reconhecimento da existência de direitos fundamentais inalienáveis.[12] O autor afasta, porém, a concepção de que o homem é parte viva da sociedade também viva, espaço onde ele poderia a sua liberdade e a sua virtude. A sociedade deixa de ser vista como associação de homens concretos que formam um corpo social. Não mais a concepção orgânica da sociedade, baseada no humanismo, nas relações de parentesco e nacionalidade, cujos limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes. Nesse contexto, o ambiente da sociedade só podia constituir-se de outras sociedades, ou seja, de corpos sociais formados por outros homens.

Torna-se difícil aceitar a idéia de que os sistemas sociais são fechados sobre si mesmos, divorciados das pessoas humanas, que como indivíduos permanecem do lado de fora, meros espectadores da dinâmica autorreferente do sistema autopoietico. O sistema jurídico, em particular, somente pode ser compreendido como um sistema aberto, onde as entradas (*input*) são processadas no interior do sistema que possui sim seu código de linguagem próprio – legal/ilegal - e suas regras peculiares; mas, a saída (*output*) resulta em efeitos que se espalham pelos demais sistemas sociais e retornam, como novas entradas, no movimento circular da retro-alimentação (*feedback*) do próprio sistema jurídico. Com este movimento circular o sistema jurídico interage com o mundo circundante, o mundo da vida.

Na teoria de Luhmann, o grande problema é que o sistema social não possui um centro irradiador, funcionando como uma totalidade, a exemplo de um organismo vivo ou a máquina cibernética que são tomados como modelos. Tal sistema segue as leis de sua própria evolução. Desaparece a ficção da “vontade soberana da nação”, o contrato social, conforme preconizado por Jean Jacques Rousseau, teoria que deu suporte filosófico à Revolução Francesa de 1789 e o constitucionalismo.

Com a teoria dos sistemas a política passa a ser assunto de um sistema parcial, assim como o direito e a economia também. Tais sistemas de segundo grau não dispõem da autonomia que seria exigível para um controle central, ou seja, uma atuação sobre si mesma que parta da sociedade como uma totalidade de cidadãos e retorne a ela, ficando a soberania popular relegada a um conceito meramente histórico ilustrativo. A teoria dos sistemas à moda da biologia e da cibernética, ao se divorciar da tradição humanística, deixa de ter a pessoa humana como referência central. O cidadão desaparece.

Embora não se possa negar a importância da teoria de sistemas de Niklas Luhmann para o estudo da Sociologia do Direito, posto que a teoria de sistemas é um referencial teórico importante para explicar a interação humana, que é pura comunicação, ela peca ao relegar a pessoa humana para o entorno dos sistemas sociais. De fato, o sistema social é pré-constituído e o ser humano é lançado no mundo, no sentido colocado por Heidegger[13], quando inicia o percurso de uma vida. Mas neste caminho do ente para “ser” ele assimila os padrões culturais e os reorganiza a seu modo, passando a dar a sua contribuição pessoal para a construção do mundo comum. Portanto, a pessoa não pode ser relegada a mero entorno, ficando impotente sua vontade diante da evolução dos sistemas sociais. Isto significaria retirar do ser humano a grandeza para agir, mediante o exercício da liberdade, tolhendo-se a capacidade de ser um iniciador de novos processos.

O contra ponto à teoria de Luhmann será colocado mediante a teoria de Peter Häberle, para quem a verdadeira Constituição será o resultado sempre temporário e historicamente condicionado de uma sociedade pluralista e aberta que permite o diálogo de seus cidadãos na construção do Estado Democrático de Direito.

4. A sociedade aberta e a importância do cidadão

Peter Häberle abre o leque dos intérpretes da Constituição e resgata o cidadão como participante na construção do sentido da Constituição e, portanto, fazedor do próprio mundo. Trata-se da sociedade democrática aberta.

A Constituição estrutura não apenas o Estado, em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada. A lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aparecem numa sociedade pluralista e aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, todo aquele que vive a Constituição pode ser seu legítimo intérprete. “A Constituição é um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.” [14]

Para o autor, a Constituição escrita é, como ordem-quadro da República, uma lei necessária, porém fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação. Decorre, portanto, que a verdadeira Constituição tem um caráter precário, uma vez que o seu processo de interpretação é historicamente condicionado. Segundo Häberle[15] não é possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes da Constituição, sendo que nesse processo estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, que se tornam forças produtivas de interpretação, em sentido lato. Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Porém, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as forças da comunidade política. Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital que pode ser comparado a um motor que o impulsiona. Esses impulsos são partes da interpretação constitucional porque revelam realidades públicas.

Existe sempre o perigo de que a interpretação constitucional se dissolva num grande número de interpretações e de intérpretes, caindo no relativismo extremado, em prejuízo da segurança jurídica. Respondendo a esta crítica, Häberle diz que uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a enfrentar este desafio. A resposta consiste no fato de que os diferentes intérpretes da Constituição possuem legitimidades diversas, devendo-se considerar a interpretação como um processo aberto.

Ao colocar a legitimação para interpretar a Constituição sob uma perspectiva democrática, Häberle entende que a Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral dispõem de uma legitimação em sentido lato, enquanto que a Corte Constitucional detém a legitimidade em sentido estrito. Isto porque a democracia não se restringe apenas no direito de voto. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais. Desta forma o “povo” deixa de ser apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão.[16] Ressalta o autor que o Estado Constitucional da sociedade aberta é aquele em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais, a significar os direitos fundamentais, Estado social de direito, divisão de poderes e independência dos Tribunais, onde é possível o controle de forma pluralista e

legitimado democraticamente. É o Estado no qual o crescente poder social também é limitado através da política de Direitos Fundamentais e da separação social de poderes. [17]

Esta teoria conduz a uma democratização da interpretação constitucional, sob um ponto de vista puramente sociológico da ciência da experiência. A sociedade será livre e aberta na medida que ampliar o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato. Ao aceitar que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o Direito deixa de ser dogmático para assumir um caráter problemático, voltado à ambiente estrutura social. A nova visão da Constituição, calcada no princípio republicano exige a investigação das relações sociais que condicionam as normas, na luta por sua realização. Somente os cidadãos podem saber o que é melhor para si e para seu mundo, devendo ser ouvidos no processo de tomada de decisões políticas e na elaboração das leis e sua interpretação.

O método de interpretação será o tópico-problemático, esclarecendo Gilmar Ferreira Mendes[18] que aceitar a Constituição como um sistema aberto de regras e de princípios, significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações, revelando-se a tópica a técnica do pensamento problemático. Sendo tarefa essencialmente prática, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores transformam a leitura constitucional num processo aberto de argumentação, do qual participam igualmente legitimados todos os operadores da Constituição. Deve-se abrir a sociedade dos intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, pois, afinal, aquele que “vive” a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, co-intepretá-la, e toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.

Estas visões sociológicas do Direito e do papel da Constituição, tanto de Niklas Luhmann, como de Peter Häberle, superam o positivismo estrito, sendo que as normas deixam de ser proposições lógicas abstratas, resultantes da pena do legislador. Tanto a decisão do legislador, que escreve a lei, quanto a decisão do juiz que a aplica, se confrontam com uma multiplicidade de projeções culturais, sociais, políticas e normativas já existentes, que fazem do Direito algo vivo, dinâmico, capaz de atender a demanda de soluções de conflitos para a sociedade hodierna, que se transforma em grau exponencial.

O ponto em comum entre Luhmann e Haberle pára por aqui. Seguem os autores sendas diferentes. No que tange ao problema central deste artigo, a tensão entre indivíduo e sociedade/Estado, tendo como pano de fundo a relação comando/obediência - quem dita a lei, com que autoridade o faz, e porque eu devo obedecer a tais leis, - Luhmann ignora a pessoa humana, colocando-a como entorno do sistema social autorreferente. Somente assim ele consegue captar a complexidade do social, feito de pura comunicação, que evolui por suas regras próprias, nada tendo a ver com a vontade individual de cada um.

Por sua vez, Häberle centra na pessoa humana a possibilidade de criar a democracia numa sociedade aberta e pluralista. Resgata a cidadania como cimento para a construção da sociedade e do Estado. Embora as normas do direito positivo tenham sido escritas

por um corpo legislativo, ele não tira da pessoa humana a prerrogativa de compreendê-las e interpretá-las.

A fim de identificar filosoficamente o aporte de capacidades da pessoa humana, buscar-se-á no pensamento de Hannah Arendt, algumas elucidações a respeito da possibilidade da ação política. As reflexões da autora partiram da angústia do aniquilamento do homem e de seu mundo, diante da ruptura da tradição e do descortinamento de um novo mundo. Interessa o espaço coletivo da construção do mundo institucional comum. A partir do referencial teórico arendtiano, exsurge a figura do cidadão-herói, aquele que tem vocação para transitar não apenas no espaço dos interesses privados, mas, sobretudo, quer adentrar no espaço das decisões políticas. Decorre desta vontade a força da cidadania, categoria a ser considerada na construção de um novo paradigma de Estado democrático de Direito. A principal característica deste novo modelo é a posição do Estado como guardião dos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, expressados em uma Constituição, que deixa de ser apenas a proclamação de tais direitos, para ser, de fato, o arcabouço jurídico capaz de instituir a vida plural ao garantir a efetividade de suas normas.

5. O cidadão herói e a *res publica*

O pensamento de Hannah Arendt (1905-1975) possui um valor inestimável, uma vez que problematizou a existência de uma ruptura entre o passado e o futuro, resultante de acontecimentos políticos, sociais e culturais ocorridos no século XX. Alinha-se a autora entre aqueles pensadores que contribuíram para desmontar a metafísica e a filosofia, construída pela chamada civilização ocidental, que teve seus primórdios na antiga Grécia.[19]

Para a autora a constituição do sujeito é política, decorrente da pluralidade humana. *Ser e Aparecer* coincidem, pois é no mundo que o sujeito se revela, sendo que os atos e as palavras expressam a liberdade humana. Da interação dos cidadãos no espaço político surge o autêntico poder que legitima as instituições políticas e o direito positivado. “No ponto central da política está sempre a preocupação com o mundo”,[20] e o sentido da política é a liberdade.[21]

Se Canotilho chamou de “Estado heróico”, o Estado do Bem Estar Social, delineado pela constituição dirigente, e, hoje, com a evolução de seu pensamento, postula por um novo paradigma de Estado,[22] com Arendt podemos dizer que não é o Estado que é “heróico”, mas sim o cidadão que deve ser um “cidadão-herói”. Isto porque a política autêntica surge no espaço entre-os-homens. É pura comunicação. Preconiza-se uma inversão na estrutura piramidal kelseniana do Estado de Direito. A Constituição deixa de ser o cume, para ser o centro irradiador de todas as normas que se espraiam pela sociedade humana. E aqui reside a diferença. Não mais a “vontade soberana da nação”, figura hipotética usada por aqueles que “pensam” saber o que é melhor para o povo – a visão *ex parte principe*, a legitimar a ação política; mas sim, a leitura do que o povo aspira, transformada em regras de ação.

Arendt identifica a liberdade com o poder de começar a ação política conjunta capaz de interferir nos processos desencadeados pela interação humana.[23] A liberdade está presente no âmbito da política, pois o homem, ao participar da “teia” de relações humanas, ao agir, tem o dom de romper o processo de causa e efeito de que a toda ação corresponde uma re-ação, e pode fazer surgir o inédito. São verdadeiros milagres, no sentido de algo novo desencadeado pela vontade humana, que ocasionam interrupções a uma série qualquer de acontecimentos.

Eis aqui uma resposta bem fundamentada filosoficamente à teoria de sistemas sociais desenvolvida por Luhmann. Não se ignora que a sociedade se articula na forma de sistemas que são auto referentes. De fato, quando a pessoa mergulha na interação ínsita a pluralidade humana, não deixa de ser um ator que desempenha um papel, desenhado pelo sistema em que se insere, ou seja, o ator corresponde as expectativas dos outros que brotam dos costumes (“leis” internas) do sistema social respectivo - ora é o pai de família, ora é o soldado, ora é o comerciante, ora é o professor, ora é o cidadão eleitor. Ao “aparecer” neste mundo criado pelos homens, há uma carga de padrões culturais que condicionam a maneira como o ente se faz “pessoa humana”. No entanto, por ter o dom da liberdade e da ação, cada um pode sopesar toda a realidade encontrada e dar início a uma etapa nova, que é o período de sua vida.

A fim de elucidar o que é a “política” autêntica, capaz de criar a verdadeira *res publica*, um padrão de governo mais avançado do que a democracia representativa, onde o espaço público é ocupado pelo cidadão-herói que se manifesta pela fala e pela ação, Arendt resgata as revoluções da época moderna, com ênfase na Revolução Americana, iniciada em 1776, a carta constitucional de 1787 e o *Bill of Right* de 1791, como paradigmas, afirmando que tais acontecimentos foram esforços gigantescos para reconstituir as fundações, possibilitando o surgimento de novos organismos políticos.

No ato constitutivo da nova ordem que se estabeleceu, os fundadores escreveram os princípios fundamentais, substrato político convertido em jurídico, embasamento da estrutura política que expressa as concepções originárias daquela comunidade. Estes princípios referem-se aos direitos e deveres recíprocos dos cidadãos e do Estado, sendo históricos, isto é, circunstanciais, pois emergem gradualmente das lutas que os homens travam por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. À medida que os anos passam, a interpretação que se dá a esses mesmos princípios vai se ampliando e modificando. É sob este enfoque que “Arendt pensa as leis, em particular, a Constituição, não apenas como elementos de estabilização, mas também como princípios de inspiração da ação humana, propiciando o estabelecimento de ‘relações’ entre os homens.”[24]

A lei resulta da ação conjunta, sendo que Arendt dá ênfase a esta capacidade humana de agir, a mais política de todas as atividades, pois possibilita a participação na elaboração dos princípios diretivos de sua comunidade, criando as regras para estabilização da conduta humana. É o arcabouço jurídico que permite a relativa paz entre os homens e a convivência. As leis somente serão consideradas legítimas se espelharem a vontade coletiva e obtiverem o consentimento e o apoio de todos para sua plena eficácia.

Arendt participa da corrente contratualista jusnaturalista, trazendo a novidade de uma versão horizontal do contrato social, que consiste na aliança de todas as pessoas para fundar o Estado e organizar a sociedade civil.[25] Propõe o resgate da ação política

como uma recuperação do espaço público, palco de inovação. Constatase que ao ampliar o espaço público para além do Estado, a ação política pode acontecer em qualquer lugar, havendo múltiplos espaços públicos que podem ser criados e redefinidos constantemente pelos cidadãos, sem precisar de suporte institucional.

Ciente de que a política diz respeito a pluralidade, composta de infinitas variáveis, onde qualquer ponto de vista que pretenda ser universal, assumirá as características de uma ideologia a mais a ser impingida aos homens, Arendt despreza Platão e a linha teórica por ele inaugurada, no sentido de que o mundo da aparência é apenas o reflexo do mundo verdadeiro das essências, das idéias. Aponta um tradicional conflito entre a filosofia, - o campo teórico dos “pensadores profissionais” que buscam a “verdade” mediante o pensamento especulativo, - e a política, - o espaço da liberdade de ação, onde a forma possível de comunicação é através da troca de opiniões entre os cidadãos, chegando-se apenas a uma “verdade” relativa, devido a contingência humana.

Toda a pretensão, na esfera dos assuntos humanos, a uma verdade única, cuja validade não seja questionada, quer provenha de uma religião, quer resulte de uma ideologia política, ou da especulação filosófica, está fadada ao fracasso. O campo da política é o do diálogo no plural que surge no espaço da palavra e da ação no mundo público, sendo que o conflito entre *verdade* e *opinião* toma formas acirradas quando alguém a partir de conceitos tidos por universais, pretende torná-los relevantes para a *polis*, sem nunca resolver adequadamente a problemática que surge com a pluralidade humana. Na verdade, configura-se a situação de inexistir referências transcendentais de valor universal capazes de orientar a conduta dos homens.

Sócrates é tomado como um tipo ideal de cidadão, aquele que age na praça pública e resgata a opinião de seus concidadãos, não tendo qualquer pretensão de universalidade, mas que se satisfaz com a expressão de um ponto de vista, dizer algo de alguma coisa, o que já enriquece o debate. O objetivo é reconciliar o pensamento com a ação, uma vez que o filósofo Sócrates assumiu a responsabilidade de aparecer e atuar no espaço público, sem nada querer ensinar. A sua intenção era provocar a reflexão coletiva, a partir do exame das opiniões dos cidadãos atenienses, para saber como o mundo comum se revelava a todos na *polis*. Para Ronald Beiner, ao alinhar o juízo dentre as atividades do espírito, enfatizando sua dimensão contemplativa e desinteressada, Arendt tentou superar a tensão entre a *vita activa* e a *vita contemplativa*, expulsando o julgar do mundo da *vita activa*, exceto nas situações limites.[26] André Duarte afirma que se encontra nos escritos de Arendt uma ética negativa, pois não pretende ser prescritiva, dirigindo-se apenas ao homem de ação enquanto sujeito que pensa e julga, tendo como único critério o diálogo sempre renovado consigo mesmo.[27] Este diálogo silencioso do “estar consigo mesmo”, para que seja profícuo mobiliza a vida do espírito, as faculdades do pensar, querer e julgar, pois o que importa é que o sujeito esteja em paz consigo mesmo e não faça nada de que possa se arrepender um dia.[28]

No entanto, o princípio da não contradição socrático é apenas o primeiro passo do agir moral, que de fato se dá no interior do espírito e sinaliza à pessoa o que ela pode e não pode fazer, independente de quaisquer mandamentos divinos ou regras morais vindas do exterior com a conotação de dever. “Moralmente, as únicas pessoas confiáveis nos momentos de crise e exceção, *quando as cartas estão sobre a mesa*, são aquelas que dizem *não posso*.”[29] Esta ética negativa que avisa apenas o que não fazer, uma vez que na consciência individual a avaliação da própria conduta tem como parâmetro a

amizade consigo mesmo, não é suficiente para o cidadão, que não pode abdicar da cidadania, devendo optar entre ser um cidadão-herói, aquele que assume suas responsabilidades perante si próprio e os seus amigos iguais, ou um cidadão omissivo, cuja negativa em participar contribui também para a conformação do mundo comum. Somente quando o cidadão responsável, que encontrou em si o discernimento mediante o aporte das faculdades do pensamento e do juízo, mobiliza também a vontade e se volta para o mundo exterior é que sua postura com relação a ética e política passará a contar na *polis*.

Surge a grande dificuldade de se obter uma garantia de legitimidade para a ética que brota de critérios subjetivos da consciência moral de cada pessoa, que formula o juízo singular, reivindicando uma universalidade subjetiva, isto é, o assentimento de qualquer um. Recorde-se que no espaço plural, o ator mergulhado na teia de relações humanas, a maior parte do tempo apenas reage às solicitações do mundo, executando os papéis que assume e que lhe são atribuídos. A sua identidade específica se revela através da forma como ele se encaixa no mundo. Neste desvelamento a faculdade do espírito que se mobiliza é a vontade. É preciso querer dar início a algo novo mediante a ação política que se expressa pelo interesse na construção do mundo comum. O amor do mundo significa que a vontade que interessa à política é aquela que deflagra a ação política. No momento em que há uma reconciliação entre o espectador da *vita contemplativa* e ator da *vita activa*, surge um querer distinto do *liberum arbitrium*, sendo este um sentimento íntimo que não se revela no espaço público. Para a ação política interessa a vontade como capacidade de prometer, isto é, querer se comprometer com as exigências do cotidiano da política, que diz respeito a condição de vida plural e ao modo como o cidadão deseja aparecer e ser visto pelos outros. Neste momento a ética negativa da consciência individual, que apenas avisa o que não fazer para impedir a contradição consigo mesmo, assume um caráter positivo. A relação deixa de ser a pessoa consigo mesma, para ser a relação do cidadão com o mundo.

Esta é a grande dificuldade do juízo político que parte do caso particular e busca estabelecer uma regra geral sem qualquer padrão pré determinado que lhe garantisse uma universalidade. Para sair deste impasse e encontrar um padrão que garanta a pertinência do juízo político, que aspira a generalidade, Arendt recupera de Kant a idéia de um pacto original do gênero humano como um todo. A capacidade humana do discernimento, - “estar em paz com minha consciência”, discernir “o certo” do “errado”, se projeta para a vida na *polis*, uma vez que a pessoa potencializa sua condição de ser humano através da sua inserção na humanidade. Arendt ressalta ainda a idéia de finalidade, onde cada coisa particular contém o fundamento de sua efetividade em si mesma, isto é, tem uma destinação, idéia que serve para regular a reflexão no juízo reflexionante. Quando refletimos e julgamos os assuntos humanos o fazemos a partir da idéia de sermos um cidadão do mundo e, portanto, também um espectador do mundo, capaz de aferir a pertinência ou não do juízo reflexionante, típico do pensamento crítico. O cidadão herói é aquele que sabe utilizar o pensamento tendo como objeto não apenas o conhecimento na forma de mera intelecção que identifica o que lhe vem pelos sentidos (*Verstand*), mas sim o pensamento como razão (*Vernunft*), quando então ele julga e fornece parâmetros para a ação. Nesse momento a vontade decide, em meio a contingência humana, na companhia de quem o cidadão quer ficar. Chega-se então a uma ética positiva pois a ação será norteadada pelo amor ao mundo, sua conservação e melhoria, faculdade eminentemente política.[30] Sempre que as pessoas se ligam através do discurso e da ação, movidos pelo interesse político, ou seja, no exercício da

cidadania, criam laços de amizade. A amizade representa um exercício do político, um apelo para a experimentação de novas formas de socialidade e comunidade, onde a ênfase está neste viver conjuntamente e não na individualidade.

A ênfase de Arendt na pluralidade, no agonismo, na teatralidade e na performatividade, significa que múltiplos são os espaços públicos, onde os cidadãos trocam opiniões divergentes e interagem, compartilhando de uma mesma finalidade, qual seja, a construção do mundo comum. A amizade significa a alegria de não estar só, de se revelar a outros, de verificar e de fortalecer a comunidade do mundo, sem querer a posse de uma pretensa verdade que desvirtua o diálogo ou o impediria até de começar.[31]

Isso significa que além do diálogo silencioso consigo mesmo, o cidadão pode ter como interlocutor também o amigo, sempre que a conversa diga respeito a algo de interesse comum. Esclarece Francisco Ortega que “o elemento político, na amizade, reside no fato de que, no verdadeiro diálogo cada um dos amigos pode compreender a verdade inerente à opinião do outro.”[32]

O desaparecimento do espaço político é o principal problema detectado por Arendt. A distinção entre o espaço privado, - âmbito dos interesses particulares do *animal laborans*-, e o espaço público, - âmbito dos interesses coletivos -, imbricou nas infundáveis séries de problemas do Estado liberal, que tentou evoluir para o Estado do Bem Estar Social, cuja miscigenação de teorias estão aí, presentes nas democracias modernas, a exigir solução. Um novo paradigma de Estado democrático de direito está em franca implementação. Daí a importância do resgate da cidadania para esclarecer que a política diz respeito a todo e qualquer cidadão. Não há nenhum milagre de poder trabalhar sossegado, abdicando o cidadão de se envolver com os assuntos políticos, relegando para os políticos profissionais os negócios do Estado. Afinal, somos todos culpados como escreveu Levinas.[33] Portanto, igualmente responsáveis por encontrar fórmulas de bem viver neste Planeta e resolver os problemas que o “progresso” ocasionou.[34]

A “política” a ser abolida é aquela da visão *ex parte principis*. Arendt eleva a pessoa humana como fazedora de sua própria vida e da vida comunitária, onde o centro da verdadeira política é o cuidado com o mundo. Diante da ruptura da tradição, a reorganização da política torna-se um imperativo para os homens do século XXI, caso queiram avançar no caminho da liberdade democrática e da proteção dos direitos humanos, garantindo a preservação do mundo comum. O cidadão se posiciona no mundo mediante a ação ou a omissão, porque pensa, quer, julga e sabe escolher com *quem* deseja ficar e em que tipo de mundo almeja morar. Os valores compartilhados brotam de princípios de justiça, onde toda e qualquer pessoa que tenha o sentido do razoável sentir-se-á obrigada a assumir como virtude a amizade que possibilita a formulação de um verdadeiro pacto de convivência, onde a obrigação moral de respeitar tais princípios nasce do reconhecimento recíproco de seres com um valor interno, ou seja, a própria dignidade humana. Trata-se de uma ética de co-responsabilidade pelas conseqüências das ações coletivas. No encontro dos amigos surge um vínculo entre criaturas que se reconhecem como carne da mesma carne e osso do mesmo osso. E neste encontro surge uma “obrigação” mais originária do que o mero “dever”. Consiste em uma experiência de reconhecimento recíproco indispensável para a formação dialógica da vontade dos sujeitos morais. A ênfase se desloca do interesse particular para os

interesses compartilhados. Somente com o reconhecimento de que todo o ser humano é detentor dos mesmos direitos que a pessoa atribui a si própria, torna-se possível alçar a todos à vida digna, proclamando-se a igualdade e o valor das pessoas, como primado axiológico sobre o qual se funda o Estado e a justiça social.

Aceitar a liberdade como ação implica um tipo de política muito superior ao vivenciado até o presente. Não significa um descaso com a conservação do processo vital e os interesses particulares, mas trata-se de recuperar uma esfera onde a liberdade possa acontecer. A liberdade política é uma qualidade do eu-posso e não do eu-quero, uma vez que o ideal da inflexível auto-suficiência e auto-domínio, contradiz a própria condição humana da pluralidade. É o cidadão que exercita a liberdade no interior das comunidades onde o relacionamento é regulado por regras comuns. “A liberdade política só é possível na esfera da pluralidade humana e com a condição de que essa esfera não seja simplesmente uma extensão deste eu-e-eu-mesmo dual para um nós plural.”[35]

Somente assim o ser humano conserva a sua liberdade, porque reconhece que sua existência depende da convivência com os seus iguais. As regras que surgem nos diversos sistemas sociais devem ser respeitadas a fim viabilizar o próprio sistema. Metaforicamente Arendt chama de “as regras do jogo”[36] que serão respeitadas pelo cidadão que atingiu a maioridade ética e política. A natureza coercitiva do direito decorre da necessidade de coibir aquele que deseja abrir exceções para si e não compartilha do acordo tácito de convivência, que lhe é ensinado pelos outros. Anota Atahualpa Fernandes que o direito não é algo substancial nem algo somente nominal, senão que acontece nas relações intersubjetivas em que os homens se reconhecem recíproca e legitimamente como pessoas. O fato de que nossa existência seja ontologicamente coexistencial se traduz em que o sentido do direito é a convivência, posto que o ser do homem é essencialmente relacional. [37]

A finalidade de todo discurso jurídico consiste em garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, permitindo que a pessoa possa se auto constituir isenta da interferência arbitrária não somente do próprio Estado, senão também de todos os demais agentes sociais. Não se admite mais a tirania da “verdade” formulada por quem se julga capaz de melhor governar, apresentando puros pensamentos teóricos, preocupados somente com a racionalidade e com a “justiça universal”, mas que na realidade expressam os interesses pragmáticos de grupos sociais determinados. Esse é o caso da famosa “ideologia” burguesa, tal qual problematizada por Marx, cujos valores foram pronunciados pela classe dominante para manter a sua hegemonia sobre o proletariado. Discorrendo sobre o constitucionalismo francês, escreve Marcelo Caetano que por herança do *século das luzes*, pretendeu-se criar uma sociedade política ideal, a partir da proclamação da liberdade, igualdade e fraternidade. A constituição seria fruto da razão-raciocinante e foram editadas várias Constituições em diversos momentos políticos, desde a primeira constituição de 1791, fruto dos ideais revolucionários, até a 16ª. Constituição de 1958, sempre a partir de posturas filosóficas, ou seja, a ambição de que a teoria poderia determinar a práxis. [38] Feitas as devidas ressalvas, esta é a decepção de Canotilho com a constituição dirigente e a metanarratividade emancipatória ocidental. Acredita o autor que o novo paradigma estatal aponta para o arrefecimento do modelo jurídico-político, para dar lugar ao paradigma econômico. Isto significará uma revolução da organização interna do próprio Estado que não será mais o Estado máximo da constituição dirigente, mas estado minimizado no papel de supervisão. Em outras

palavras, o Estado fica longe da retórica política e mais próximo da resolução econômica de problemas concretos.[39]

A tensão existente entre o cidadão e o Estado sempre se manifestou na relação governantes/governados, a significar quem manda e quem obedece. Na linguagem kelseniana, o mundo do “dever ser” do Direito Positivo, onde o que aparece é a vontade do legislador, e o mundo do “ser”, dos fatos sociais, o campo dos direitos subjetivos a serem garantidos pela própria Constituição. A dicotomia de dois mundos paralelos em que transcorre a vida humana acompanha a Humanidade desde o início da civilização hebraica/cristã: corpo e alma – pó e espírito – “filhos de Deus em vasos de barro”, como escreveu o Apóstolo Paulo. Nos primórdios da modernidade, Kant ao excluir a teologia do campo do conhecimento, não se livrou do dualismo antropológico e criou o homem capaz do conhecimento, preso ao mundo dos fenômenos, regido pela lei de causa e efeito, e o homem prático, o da liberdade, capaz de chegar pela razão a um universalismo formal especulativo e descobrir a lei universal válida para todos.

Hoje não se acredita mais que o ser humano por si só pode estabelecer a lei universal para todos, ainda que tenha a luz dentro de si.[40] Este papel está reservado à Constituição que é uma carta de princípios, cuja interpretação dará o rumo a seguir a determinada sociedade, na forma de sua organização social e política. Nesta questão ganha ponto a teoria de Peter Häberle, quando preconiza a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Seja individualmente, seja em grupos, enfim, sempre que há uma luta para garantia de direitos, um modelo jurídico hermenêutico toma forma[41] e exige uma resposta, uma decisão, em qualquer das esferas do governo.

Afinal, o cidadão é o sujeito de direitos e deveres, garantidos pelo Estado nacional a que pertence, caminhando-se hoje para uma ordem internacional que também garante estes direitos.[42] Para que surja o verdadeiro Estado democrático de direito, não é suficiente a mera proclamação solene dos direitos humanos, necessitando estes ser tutelados, sob pena de se transformarem numa falácia. Destarte, não basta a lei escrita, uma vez que nenhum direito pode sobreviver sem que o seu detentor lute por ele. Desta forma a reformulação da política e o caminhar para um novo paradigma de Estado está atrelada ao resgate da ação política, com o fortalecimento da cidadania, onde quaisquer que sejam as diferenças individuais, um homem vale o mesmo que outro, não por ter efetivamente um valor equivalente, mas em virtude de sua mesma dignidade, reconhecendo o outro como pessoa detentora dos mesmos direitos e prerrogativas.

6. Considerações Finais

Não restam dúvidas de que a visão *ex parte populi* conduz ao fortalecimento da cidadania, assumindo o Estado democrático de direito constitucional a tarefa de garantir os direitos fundamentais da pessoa humana. A História comprova que não basta prover apenas a segurança e a liberdade e garantir a propriedade, conforme preconizado pela filosofia do Estado liberal. Deixar o curso da economia sem qualquer intervenção leva a exclusão de milhões de pessoas, que vivem fora dos padrões considerados adequados para a pessoa humana.

A teoria de sistemas desenvolvida por Luhmann é instigante pois constata o movimento inexorável dos sistemas sociais, que pairam acima da pessoa concreta, a qual queda impotente, como mero entorno, sendo evidente que as leis internas de cada sistema se sobrepõe à pura vontade individual. Sob este prisma a marcha do “progresso” é inevitável e a sociedade humana tanto pode evoluir para patamares de maior bem estar, como pode involuir para a catástrofe. Esta época de transição é passível de muitas interrogações. A nova sociedade informacional, a sociedade de redes, como escreveu Castells, se estrutura como um emaranhado de atos de comunicação, havendo centros de decisões que movimentam a economia e a política, ao arrepio do cidadão singular. Nesta sociedade da tecnologia e do risco a população se divide entre aqueles que tomam as decisões e os outros, os cidadãos que são afetados pelas conseqüências destas decisões.

A dignidade da pessoa humana e o aporte de suas capacidades da *vita activa* e da *vita contemplativa*, conforme desenvolvidos por Arendt, convolam-se em argumentos importantes para minimizar o pessimismo que advém da teoria de sistemas. A qualquer momento, a vontade de alguém em particular interrompe o processar permanente dos atos de comunicação e age fora da estrutura dos sistemas, ou seja, fora dos padrões de condutas esperados. Este é o papel do cidadão-herói. Adentrar o espaço público e exigir que o Estado adote políticas públicas aptas a diminuir o fosso das desigualdades econômicas, sociais e culturais. Não as “políticas públicas” ditadas pelos interesses dos grupos hegemônicos e da mais valia que hoje é mundial, mas sim políticas públicas que atendam as necessidades das pessoas localizadas no espaço concreto de sua comunidade e vida local, promovendo a dignidade humana.

Decorre desta inversão de pontos de vista a importância da teoria de Peter Häberle, que preconiza uma sociedade democrática aberta, elevando todo e qualquer cidadão a intérprete vivo da Constituição, portanto, fazedor do próprio mundo institucional. A principal crítica que se pode fazer ao seu posicionamento diz respeito ao fato de que a Constituição é o fundamento sob o qual se assenta o Estado do Direito e abrir o leque de seus intérpretes seria cair no relativismo extremo. Encontramos respostas na filosofia política de Arendt a este questionamento. Aversa a qualquer dogmatismo, a autora fulcra o juízo político na Crítica do Gosto de Kant, deixando de lado a Crítica da Razão Prática, justamente por não acreditar na possibilidade do ser humano intuir “racionalmente” a lei universal. A fenomenologia ensina que apenas o que “aparece” é passível de descrição. E o cidadão somente pode falar daquilo que lhe “aparece”, ou seja, emitir opiniões. Compatibilizar estas “opiniões” quando da interpretação e aplicação da Constituição é o grande desafio das instituições políticas e jurídicas, mas não é tarefa impossível. O espaço público é aquele do diálogo entre os cidadãos que se respeitam mutuamente e admitem as opiniões divergentes, sabendo que quanto mais alargada a visão, maiores serão as probabilidades de se efetuar escolhas adequadas para a conservação do mundo comum. Arendt nos permite acreditar que é possível esperar que o cidadão herói apareça no espaço público, julgando por si mesmo e assumindo a responsabilidade de salvaguardar as instituições políticas republicanas.

O Direito positivado chancela determinadas condutas como valores a serem protegidos, sob pena de descaracterizar o Estado Democrático de Direito. A grande diferença neste novo paradigma estatal é que as normas deixam de ser impostas por quem detém o poder de governar, para serem criadas a partir da opinião dos cidadãos. Desta forma, a proclamação do princípio republicano exige a investigação das relações sociais que o

condicionam na luta por sua realização e somente os cidadãos podem saber o que é melhor para si e para seu mundo, devendo ser ouvidos no processo de tomada de decisões políticas. A fim de que a cidadania seja resgatada, urge recriar a República, o que significa caminhar para um modelo social e político estruturado na proliferação de espaços políticos locais, onde a pluralidade humana possa se manifestar com todas as suas nuances, e cujas prioridades concretas sejam estabelecidas de acordo com as aspirações de qualidade de vida compartilhada. Compete aos cidadãos da República estabelecerem as regras da convivência de comum acordo,[43] sendo o poder dos cidadãos a fonte de legitimidade do Direito positivado, que tem como ponto de partida a Constituição. Acredita Paulo Bonavides que o constitucionalismo social e a democracia participativa é a receita para o tratamento da crise política brasileira. A democracia é um direito de quarta geração que emerge da revolução democrática da cidadania, levada a cabo com a universalização dos direitos humanos. O porvir será do povo, com a alvorada que faz nascer o sol da democracia participativa nas regiões constitucionais da periferia.[44] Este é o papel do cidadão herói, aquele que participa, mediante a “força da promessa ou do contrato mútuo”[45]da política, garantindo a permanência das instituições que compõem o mundo dos homens e se constituem no fundamento que legitima a Constituição que dá sustentação ao Estado democrático de Direito.

6. Referências bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **A Dignidade da Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. **Algumas questões de filosofia moral**. In: **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Crises da República**. 2^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A. 1999.

_____. **Da Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. 4^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

_____. **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.

_____. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras. 1998.

_____. **Pensamento e Considerações Morais**. In: **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

- _____. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- _____. **Verdade e Política**. Trad. Manuel Alberto. Lisboa: Relógio D Água Editores, 1995.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 15ª. ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala.
- _____. **Ética a Nicômaco**. Col. Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1973.
- ASSY, Bethânia. **Faces privadas em espaços públicos. Por uma ética da responsabilidade**. In: **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2003.
- _____. **A atividade da vontade em Hannah Arendt: por um êthos da singularidade (aeceitas) e da ação**. In: **Transpondo o Abismo – Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- _____. **Hannah Arendt e a dignidade da aparência**. In: **A Banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt**. Orgs. André Duarte *et. alli*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- FERNANDES, Atahualpa. **Argumentação Jurídica e Hermenêutica**. Campinas: Impactus Editora, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7ª. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2004.
- BEINER, Ronald. **Hannah Arendt – sobre O Julgar** In: **Lições Sobre a Filosofia Política de Kant**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Constitucionalismo Social e Democracia Participativa**. In: **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Jario Schäfer (Org.). São José (SC):Conceito Editorial, 2007.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. vol. I, 1978, v.2.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Paper do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, em 16 de julho de 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- CANOVAN, Margaret. **Hannah Arendt a reinterpretation of her political thought**. New York: Cambridge University Press, 1995.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura.** Vol. I. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2003.

CORREIA, Adriano. **O pensar e a moralidade.** *In: Transpondo o Abismo – Hannah Arendt entre a Filosofia e a Política.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

DUARTE, André. **O pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia na Reflexão de Hannah Arendt.** São Paulo: Editora Paz e Terra S/A. 2000.

_____. **A dimensão política da filosofia kantiana segundo Hannah Arendt.** *In: Lições Sobre a Filosofia Política de Kant.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **Hannah Arendt e a Modernidade: Esquecimento e Redescoberta da Política.** *In: Transpondo o Abismo.* CORREIA, Adriano. (Org.) Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. **Poder e Violência no Pensamento Político de Hannah Arendt.** *In: ARENDT, Hannah. Sobre a Violência.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. **Hannah Arendt e o evento totalitário como cristalização histórica.** *In: Origens do Totalitarismo – 50 anos depois.* Orgs. Odílio Alves Aguiar *et.al.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Apresentação.** *In: LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Estado Constitucional Cooperativo.** Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio/São Paulo: Renovar, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** 8ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS. **Leviatan.** Col. Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

HOFFE, Otfried. **Justiça Política.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 1ª. ed. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2003.

_____. **Crítica da Faculdade do Juízo**. 2 ed. Rio: Forense, 2002.

_____. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

_____. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 1ª. ed. São Paulo: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOHN, JEROME. **O mal e a pluralidade: o caminho de Hannah Arendt em direção À vida do espírito**. In: **Origens do Totalitarismo – 50 anos depois**. Orgs. Odílio Alves Aguiar *et.al.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt. Pensamento, persuasão e poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1991.

_____. LAFER, Celso. **A política e a condição humana**. In: **A Condição Humana**. 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição ?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Trad. Pergentino Sefano Pivatto *et alli*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.

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

_____. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Poder**. trad. De Martine Creusot de Rezende Martins, 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamerica, 1992.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre/São Paulo: L&PM, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva e IDP, 2008.

ORTEGA, Francisco. **Para uma Política da Amizade. Arendt, Derrida, Foucault**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça [Internacional]**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. (Qiu ‘est-ce que lê Tiers État?)**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Col. Os Pensadores. Vol. XXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

[1] MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre/São Paulo: L&PM, 1998.

[2] SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. (Qiu ‘est-ce que lê Tiers État?)**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

[3] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva e IDP, 2008. p. 197.

[4] Na década de oitenta do século passado, a sua tese de doutoramento foi objeto dos maiores aplausos, posto que sistematizou os anseios dos reformadores do Estado liberal, discorrendo sobre a Constituição Dirigente, tida como suporte normativo do desenvolvimento do projeto da modernidade que consiste na narrativa emancipatória do indivíduo, produto das concepções voluntaristas do direito e do sujeito, a caminho da socialização por vias legais. (ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001).

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. VIII-IX.

[6] “O dirigismo constitucional pressupõe um Estado Social com políticas públicas e um caderno de imposições econômicas, sociais e culturais. Daí que o abandono da teoria da constituição dirigente signifique para muitos o desaparecimento do Estado socialmente programador.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Paper*. Conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 2002).

[7] LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição ?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993.

[8] “Age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.” KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Ed. Tecnoprint S.A. p.70.

[9] “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta, não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.45-46)

[10] Op. Cit. p. 170.

[11] FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Apresentação**. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1980. p. 3-5.

[12] “Luhmann deve ser criticado não apenas do ponto de vista da teoria liberal dos sistemas modernos de direito e de Estado mas também do ponto de vista de sua práxis: as sociedades modernas alcançam, certamente, com seu processo permanente de estabelecimento do direito, uma medida até então desconhecida, de capacidade de transformação. Na permanente mudança do direito não entram, contudo, em vigor, de modo algum conteúdos jurídicos aleatórios. Os procedimentos legislativos foram estabelecidos principalmente sobre os princípios do liberalismo político. Portanto, não apenas sobre fundamentos da justiça que definem o direito, como a segurança coletiva ou a solução não-violenta do conflito. Além disto, o que importa é a democracia, o Estado de direito e o direito da liberdade, bem como o Estado social. O desprezo destes princípios não apenas tem como conseqüência decisões não-legítimas, mas até não-legais.” (HOFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 155).

[13] Ver HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 8ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

[14] HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 34.

[15] HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13 *passim*.

[16] “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania.” (HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 37).

[17] HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio/São Paulo: Renovar, 2007. p. 6-7.

[18] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101-102.

[19] “Historicamente falando, o que de fato se partiu foi a trindade romana que por milhares de anos uniu religião, autoridade e tradição. A perda dessa trindade não destrói o passado, e o processo de desmontagem, em si mesmo, não é destrutivo; ele apenas tira conclusões a respeito de uma perda que é um fato e, como tal, não mais pertence à *história das idéias*, mas à nossa história política, à história do nosso mundo. O que se perdeu foi a continuidade do passado, tal como ela parecia passar de geração em geração, desenvolvendo-se no processo de sua própria consistência.” (ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 159)

[20] ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 4^a. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997. p.35).

[21] “Se o sentido da política é a liberdade, isso significa que nesse espaço temos de fato o direito de esperar milagres. Não porque fôssemos crentes em milagres, mas sim porque os homens, enquanto puderem agir, estão em condições de fazer o improvável e o incalculável e, saibam eles ou não, estão sempre fazendo.”(Op. Cit. p. 44)

[22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Paper**. Conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 2002.

[23] “Para a pergunta sobre o sentido da política existe uma resposta tão simples e tão concludente em si que se poderia achar outras respostas dispensáveis por completo. Tal resposta seria: o sentido da política é a liberdade.” (ARENDDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 38).

[24] DUARTE, André. **O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia na Reflexão de Hannah Arendt**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2000. p. 248.

[25] “O consentimento, no modo norte-americano de entender o termo, repousa na versão horizontal do contrato social e não em decisões da maioria. O conteúdo moral deste consentimento é igual ao conteúdo moral de todos os acordos e contratos; consiste no compromisso de mantê-los. Este compromisso é inerente a todas as promessas.” (ARENDDT, Hannah. **Crises da República**. 2^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A. 1999. p. 82)

[26] BEINER, Ronald. **Hannah Arendt – sobre O Julgar** *In: Lições Sobre a Filosofia Política de Kant*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 127.

[27] “Não diria, portanto, o que deve ser feito, mas apenas alertaria para aquilo que não devemos fazer a fim de que não tenhamos que fugir à companhia dos outros e à nossa própria companhia. Um alerta que poderia ser assim enunciado: lembra-te de que não estás a sós, nem no mundo, nem contigo mesmo.” (DUARTE, André. **A dimensão política da filosofia Kantiana segundo Hannah Arendt**. *In: Lições Sobre a Filosofia Política de Kant*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1993. p. 164).

[28] “A consciência aparece como um re-pensar, o tipo de pensamento que é despertado por um crime, ou por opiniões não examinadas. Essa consciência, ao contrário da voz de Deus dentro de nós ou do *lumen naturale*, não fornece prescrições positivas – mesmo o *daimonion* socrático, a sua voz divina, lhe diz apenas o que *não fazer*; nas palavras de Shakespeare, *deixa um homem cheio de embaraços*. O que leva um homem a temer a sua consciência é a antecipação da presença de uma testemunha que aguarda apenas *se* e quando ele vai para casa.” (ARENDDT, Hannah. **Pensamento e Considerações Morais**. *In: Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 255).

[29] ARENDT, Hannah. **Algumas questões de filosofia moral**. *In: Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 143.

[30] “A fenomenologia arendtiana de *ser-do-mundo* e não meramente *estar-no-mundo* visa a uma nova simbologia cultural que leve em conta também uma forma pública de vida. De modo que, ao final, uma parcela considerável da nossa satisfação seria fruto do compromisso com a comunidade na qual vivemos, por meio do reconhecimento da superioridade do cuidado com o mundo e com o bem-estar coletivo sob os caprichos e interesses individuais.” (ASSY, Bethânia. **Faces privadas em espaços públicos. Por uma ética da responsabilidade**. *In Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Cia das Letras, 2003 p 45).

[31] “Se uma pessoa me dirige a palavra e se, como às vezes acontece, começamos a dialogar sobre as mesmas coisas com que uma de nós havia se preocupado enquanto ainda estava só (*in solitude*), então é como se eu agora me dirigisse a outro eu. E esse outro eu, *allos authos*, foi corretamente definido por Aristóteles como o amigo.” (ARENDDT, Hannah. **Algumas questões de filosofia moral**. *In: Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 163).

[32] ORTEGA, Francisco. **Para uma Política da Amizade**. Arendt, Derrida, Foucault. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 99.

[33] Lévinas (1906-1995) propõe a libertação do “ser” de seu laço idissincrático, rompendo o círculo egoísta de uma filosofia que se espraia de Parmênides a Heidegger, assegurando que somos responsáveis para além de nossas intenções, pois a comédia começa com o mais simples de nossos gestos, que sempre acarretam conseqüências alheias à nossa vontade. Ser-no-mundo significa estar engajado na pluralidade humana, quando a existência concreta é interpretada em função de sua entrada no “aberto” do ser em geral. (LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Trad. Pergentino Sefano Pivatto *et alli*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005).

[34] “O que está em jogo aqui não é apenas a liberdade, mas sim a vida, a continuidade da existência da Humanidade e talvez de toda a vida orgânica da Terra. A pergunta de agora torna duvidosa toda a política; faz parecer discutível nas condições modernas se a política e a conservação da vida são compatíveis entre si, e espera, subrepticamente que os homens tenham juízo e de alguma maneira consigam abolir a política antes de sucumbir por causa dela.” (ARENDDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 39).

[35] ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 336.

[36] “A questão no que concerne a estas regras não é que eu me submeto a elas voluntariamente, ou que reconheço teoricamente a sua validade, mas a de que, na prática, não posso entrar no jogo a não ser que as obedeça; meu motivo para aceitá-las é meu desejo de jogar e, posto que os homens existem apenas no plural, meu desejo de jogar é idêntico a meu desejo de viver. Todo homem nasce em uma comunidade dotada de leis preexistentes às quais ‘obedece’, em primeiro lugar, porque não há outra maneira de ele entrar no grande jogo do mundo. Posso desejar mudar as regras do jogo, como fazem os revolucionários, ou abrir uma exceção em meu nome, como fazem os criminosos; mas negá-las em princípio não implica a mera ‘desobediência’, mas a recusa em entrar para a comunidade humana. O dilema ordinário, ou a lei é absolutamente válida e, portanto, sua legitimidade depende de um legislador imortal e divino, ou a lei é simplesmente uma ordem, e nada há por trás dela senão o monopólio da violência, é uma ilusão. Todas as leis são mais diretivas do que imperativas. Elas dirigem o relacionamento humano como as regras que dirigem o jogo. E a garantia decisiva de sua validade está contida na velha máxima romana: *Pacta sunt servanda*.” (ARENDDT, Hannah. **Da Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 74-75).

[37] “O direito não é um fim em si mesmo e não tem um caráter natural. Com uma natureza relacional, é mais bem um instrumento, uma invenção humana, que devemos procurar modelar e utilizar inteligente e racionalmente para torná-lo cada vez mais histórico, contextualizado, dinâmico e procedimental, ou seja: não primariamente norma, senão ato. O direito não é mais – nem menos – que uma estratégia sócio-adaptativa – cada vez mais complexa, mas sempre notavelmente deficiente – para a resolução – de fato e nem sempre justa – dos conflitos que inevitavelmente surgem dos vínculos sociais relacionais que estabelecemos no curso de nossa complicadíssima vida em sociedade.” (FERNANDES, Atahualpa. **Argumentação Jurídica e Hermenêutica**. Campinas: Impactus Editora, 2006. p. 242).

[38] CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 126.

[39] “As Constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante. Como dissemos, elas ergueram o estado a “homem de direcção” exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional desta direcção. Desde modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a crise da política regulativa. Por um lado, erguer o Estado a homem de direcção implica o desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção subjectivante, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos neocorporativos, passando pelas formas de delegação conducente a regelações descentradas e descentralizadas. (...) o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar, e transporta muitas vezes, o ambicioso projeto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-econômico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2^a. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p.IX-X).

[40] “Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre nova e crescente, quanto mais freqüentemente e persistentemente a reflexão ocupa-se com elas: o céu estrelado acima de mim e a lei moral em mim.” (Kant, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 255).

[41] Ver REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

[42] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça [Internacional]**. São Paulo: Saraiva, 2007.

[43] “A promessa estabelece um limite estabilizador à imprevisibilidade e à criatividade da ação. Daí a importância, na interação humana, do *pacta sunt servanda*, no qual se fundamenta o Direito.” (LAFER, Celso, **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1991. p. 26).

[44] BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo Social e Democracia Participativa**. In: **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Jario Schäfer (Org.). São José (SC):Conceito Editorial, 2007.p. 32-33.

[45] ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 8^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 256.

O DIREITO À ALIMENTAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *

THE RIGHT TO THE FOOD AS CONSEQUENCE OF THE BEGINNING OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Leticia Jean do Amaral Arantes Daré

RESUMO

O direito à inclusão da pessoa portadora de deficiência e a garantia de uma vida digna perpassa pelo direito à alimentação adequada, haja vista, que propiciar e assegurar a qualidade de vida das mesmas é desdobramento natural do princípio da dignidade da pessoa humana.

A alimentação adequada é indispensável para proporcionar às pessoas portadoras de deficiência a possibilidade de vida integral em sociedade, respeitando-se a autonomia e a possibilidade de autodeterminar-se, sob pena de estarmos diante da criação de uma barreira que crie situações de exclusão.

No presente trabalho pretende-se demonstrar que o direito à alimentação adequada é direito fundamental da pessoa portadora de deficiência, necessário para efetivar e possibilitar a inclusão social das mesmas.

Mesmo que não consagrado expressamente, buscaremos demonstrar que se desdobra naturalmente de princípios maiores como a dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como, decorrência natural do direito à vida plena.

Por outro lado, analisaremos dispositivos infraconstitucionais que, de certa forma, possibilitam extrair do ordenamento jurídico o direito à alimentação adequada da pessoa portadora de deficiência.

Assim, pretendemos evidenciar que o direito à alimentação adequada é condição para garantir à inclusão social da pessoa portadora de deficiência, bem como, garantia do direito à vida plena e da possibilidade de convívio pleno em sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: DEFICIENTE; FENILCETONURIA; ALIMENTAÇÃO; INCLUSÃO

ABSTRACT

The right to the enclosure of the deficiency bearer person and the guarantee of a worthy life passes for the right to the adequate food, have sight what provide and assure the quality of life of the same is natural implication of the beginning of the dignity of the human person.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The adequate food is indispensable for provide the deficiency bearers persons the possibility of integral life in society, respecting itself the autonomy and the possibility of itself determinate, under penalty of we be faced with the creation of a barrier that creates situations of exclusion.

In the present work intends to show that the right to the adequate food is fundamental right of the deficiency bearer person, necessary for employ and enable the social enclosure of the same.

Even though not consecrated explicitly, we will seek to show that unfolds naturally of bigger beginnings as the dignity of the human person and of the equality, like well as, natural consequence of the right to the full life.

On the other hand, we will analyze devices under law that, of certain form, are going to extract of the order legal the right to the adequate food of the deficiency bearer person.

Like this, we intend to show up that the right to the adequate food is condition for guarantee to the social enclosure of the deficiency bearer person, as well like, guarantee of the right to the full life and of the possibility of full closeness in society.

KEYWORDS: DEFICIENT; PHENYLKETONURIA; FOOD; ENCLOSURE

INTRODUÇÃO

O meio ambiente é constituído de fatores físicos, biológicos, psicológicos e sociais, os quais podem atuar de forma positiva ou negativa, sobre os seres humanos, os quais se enquadram e sobrevivem ou não se enquadram e morrem.

O processo de enquadramento poderá, ser facilitado ou complicado pelos próprios seres humanos, que por suas atitudes, interferem na vida de outros.

A singela definição de doença que paira na esteira da ausência ou incomodo grave da saúde, moléstias, males e enfermidades, são manifestações as quais são conhecidas como “sinais e sintomas”.

Mais claramente definida pela expressão:

“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que se pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. [1]

O estudo a seguir tem o intuito de estabelecer quem são as pessoas portadoras de fenilcetonúria, bem como traçar parâmetros entre os portadores e a síndrome, bem como tratar da enzima e de suas variações, em uma esfera biológica e após tratar do papel do estado na proteção da pessoa portadora de deficiência orgânica.

Traçando um rol de legislações aptas a proteger os fenilcetonúricos, através dos Direitos Fundamentais e seus princípios.

1 FENILCETONÚRIA

Definição

1.1.1 Médica

A definição do termo fenilcetonúria, segundo a Revista Sentidos[2], especializada em assuntos que tratam de saúde, é tida como sendo:

“Fenilcetonúria: Síndrome hereditária detectável no teste do pezinho. É caracterizada pela falta de uma enzima que impede o organismo de eliminar fenilalanina, substância presente em alimentos como leite, carne, ovos, leguminosas e queijo. Em excesso, é tóxica para o sangue, leva o indivíduo a ter convulsões e causa deficiência mental. É preciso seguir uma dieta especial, que deve ser iniciada nos primeiros dias de vida, antes que a síndrome afete o sistema nervoso. Ocorre em uma criança a cada 14 mil.”

Os fenilcetonúricos são pessoas que possuem deficiência em seu metabolismo, sendo detectada através do teste do pezinho, efetuado em amostras de sangue, coletadas após setenta e duas horas de vida do bebê, e uma vez resultando positivo, deve ser iniciado tratamento, mediante alimentação pobre em fenilalanina, objetivando evitar deficiência mental.

Assim, o fenilcetonúrico deve seguir uma dieta balanceada para que possa ter uma vida saudável, o que por consequência resulta na prática de atos e hábitos diferenciados daquelas pessoas que não tem a ausência desta enzima, logo têm uma vida regrada.

Trata-se de uma síndrome genética, que obriga o seu portador a seguir uma dieta especial, com pouca quantidade de fenilalanina.

E ainda, por corresponder à deficiência não visível é pouco conhecida, além do que a sua incidência é bastante pequena: uma criança a cada catorze mil, hoje existindo aproximadamente 1% de crianças que são portadoras de fenilcetonúria, e que estão sob tratamento em instituições privadas e públicas, de forma adequada.

A fenilcetonúria é também conhecida como oligofrenia fenilpirúvica[3], e significa segundo síntese do trabalho de Ney Lobato Rodrigues[4], em suma, presença de compostos oriundos da degradação da fenilalanina (aminoácido essencial às atividades metabólicas regulares do organismo), que é encontrado na urina - o fenil-lactato, fenil-piruvato e fenil-acetato, que são extremamente tóxicos para o ser humano, logo, a fenilcetonúria é uma enfermidade que advém da não atuação do metabolismo da fenilalanina e manifesta-se através de debilidade mental.

A expectativa de vida de crianças que possuem esta deficiência genética possui a seguinte correspondência; cinquenta por cento das crianças portadoras desta disfunção morrem ao atingir a idade de 20 anos; três quartos, por volta dos seus 30 anos e as demais seguirão sua vida com deficiência mental até a sua morte.

1.1.2 Legal

Da obra de Luiz Alberto David Araujo[5], que se debruça nos estudos inerentes às causas das pessoas portadoras de deficiência, verificamos que o aumento excessivo da fenilalanina no corpo da criança portadora desta deficiência metabólica pode causar debilidade mental irreversível. Esta deficiência é detectada por meio do teste do pezinho, aplicada ao recém-nascido; uma vez constada deficiência a criança submete-se a uma rigorosa dieta, no decorrer de toda a sua vida; dieta esta pobre em proteínas, sendo muito difícil a sua elaboração, face à ausência de indicação da quantidade de fenilalanina na composição dos produtos, fixada nas embalagens.

1.2 Enquadramento como deficiência?

A indagação freqüente recai sobre o real enquadramento desta síndrome genética ao conceito de pessoa portadora de deficiência, o qual pode ser explicitado, embasado na obra de Ney Lobato Rodrigues[6]:

“Deficiência é a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano e acarreta o comprometimento de algum ou alguns desses segmentos ou de função psicológica, fisiológica ou anatômica. Ocorre em virtude de uma limitação física ou mental que nem sempre atinge os limites da incapacidade jurídica. A grande maioria das pessoas portadoras de deficiências está apta a expressar sua vontade, a exercer seus direitos e os quer exercer.”

Torna-se de certa maneira dificultosa a tarefa destinada à tentativa de enquadrar esta síndrome genética ao conceito de deficiência, já que assim como as pessoas diabéticas, por exemplo, carece apenas seguir uma dieta rigorosa alimentar; para que afastem os riscos.

Por outro ângulo de análise, se as pessoas que portam esta síndrome genética têm dificuldades para levar uma vida normal, se não lhes for disponibilizada alimentação e tratamento adequados, então se pode afirmar que são portadores de deficiência, e, por conseguinte tem o irrestrito direito à proteção e salvaguarda estatal, a fim de que possam praticar todos os atos de seu cotidiano.

2 FENILCETONURIA (Oligofrenia Fenilpirúvica)

2.1 Dieta das Crianças Fenilcetonúricas

Verifica-se que, o diagnóstico precoce e o tratamento da deficiência mental na fenilcetonúria, são elementos essenciais para se obter êxito contra esta patologia.

Os pacientes que iniciaram o tratamento com uma dieta pobre em fenilalanina antes dos dois meses de idade apresentaram desenvolvimento neuro-psico-motor próximo da normalidade. Os que iniciaram o tratamento entre oito meses e três anos, apresentaram melhora no comportamento duas semanas após o início da dieta.

Em todos estes estudos ficou evidente uma melhora no comportamento dos pacientes já deficientes mentais, desaparecimento ou melhora do quadro convulsivo e naqueles em que o tratamento foi instituído até trinta meses de idade foi demonstrado aumento de ponto nas provas de inteligência ou de desenvolvimento durante a evolução.

No Brasil, o médico e professor Benjamim José Schmidt *et al.*[7] da Escola Paulista de Medicina, hoje UNIFESP, relataram os resultados benéficos do tratamento, com uma dieta pobre em fenilalanina, iniciados no primeiro mês de vida. Os autores ressaltaram a importância de medidas de prevenção de deficiência mental em países subdesenvolvidos onde a incidência de deficiência mental é grande.

O mais importante deste estudo, é manter os níveis sanguíneos de fenilalanina em crianças fenilcetonúricas, entre o limite mínimo de 1 mg/dl e o máximo de 8 mg/dl, obtidos com a dieta pobre em fenilalanina, são os ensinamentos de Herman Bickel *et al.*[8]

A orientação do tratamento dietético dos pacientes fenilcetonúricos foi idealizado por nutricionistas e pediatras do APAE-SP.

Utilizou-se, devido a impossibilidade de cálculo individual da quantidade diária de fenilalanina, segundo o peso e a idade, padronizando-se em 200 mg de fenilalanina diárias para os pacientes menores de um ano de idade e 500 mg a partir desta idade.

Estas quantidades foram eventualmente modificadas de acordo com os níveis sanguíneos de fenilalanina e segundo a evolução dos pacientes.

Esta dieta utilizada foi modificada pelo médico e pesquisador Fernando José da Nóbrega ^[9] da Universidade Federal do Estado de São Paulo- UNIFESP- e um dos precursores dos estudos no Brasil sobre a fenilcetonúria em crianças deficientes mentais.

Realizada a determinação por espectrofotometria dos níveis sanguíneos do aminoácido fenilalanina, materno e do recém-nascido e detectado valores acima dos normais, imediatamente é suspenso o aleitamento materno ao recém-nascido, iniciando-se a dieta aplicada as crianças fenilcetonúricas.

Passemos a estudar a composição do leite humano determinado por Gerard Macy[10], e pelo bioquímico Orlando Ballarin.[11]

Os teores de fenilalanina no leite materno denominado de "leite maduro", isto é, produzido após 15 dias depois do parto indo até 10 meses, apresentando a concentração de 40,4 mg/100ml.

No "leite de transição" produzido 10 dias depois do parto, a concentração de fenilalanina é 62,4 mg/100 ml.

O "colostro", que aparece 5 dias depois do parto, a sua concentração está em torno de 70 mg de fenilalanina/100ml.

A apresentação de altas concentrações no leite materno de fenilalanina como vem acima, tem como consequência, a proibição às crianças fenilcetonúricas de ingerir este leite, por medida de precaução, pois se torna difícil, controlar a quantidade de ingestão pelo recém-nascido, durante a amamentação.

Concluindo: o *recém-nascido* deve se alimentar por substâncias cujos teores de fenilalanina sejam conhecidos.

Nos indivíduos normais, a ingestão de fenilalanina por dia está em torno de 2.500mg

Nos fenilcetonúricas a ingestão por dia de fenilalanina, nos dois primeiros meses de vida, é de aproximadamente 70mg diários e aos dois anos de idade o requerimento diminui para 25 a 30 mg por quilo de peso e as crianças de dois até 10 anos de idade requerem uma média de 30 mg por quilo de peso e as crianças entre 10 anos até 12 anos é de 27 mg.

O tratamento consiste numa dieta com baixo teor de fenilalanina, porém, com níveis desse aminoácido, entre 5 - 9 mg/100ml, o suficiente para promover desenvolvimento e crescimento adequado dos fenilcetonúricas.

Estas dietas são desenvolvidas por laboratórios brasileiros, entretanto, estas fórmulas são muito onerosas e famílias de baixa condição financeira não têm como adquirir estes produtos.

Uma dieta isenta de fenilalanina, a criança fenilcetonúrica, corre o risco de adquirir a **Síndrome de Deficiência**, caracterizada por eczema grave nas fases iniciais, prostração, ganho de peso insuficiente e como consequência, à desnutrição, além de deficiência mental.

A tolerância à fenilalanina varia de acordo com a idade, peso e grau de deficiência enzimática, mas podem ser encontrados em níveis de 250 e 500 mg por dia. A ingestão de calorias, lipídeos, vitaminas e minerais deve obedecer às recomendações normais estabelecidas nos RDA[12], , (Cota Diária Recomendada).

2.2 Preparação dos Cardápios dos Fenilcetonúricos

A dieta é basicamente composta de fórmulas lácteas, ricas em aminoácidos, responsáveis pelo aporte protéico; legumes, verduras e frutas em determinadas quantidades. Foram fornecidos às mães impressos com o preparo de uma das fórmulas lácteas, com a quantidade de fenilalanina dos alimentos e exemplos de cardápios diários de acordo com a idade do paciente, isto é: entre 6 meses a 1 ano; entre 1 a 3 anos; entre 3 a 6 anos e maiores de 6 anos.

Atualmente, o tratamento é realizado exclusivamente por meio de alimentação restrita em fenilalanina, suprindo-se, geralmente, as necessidades protéicas pelas misturas de aminoácidos livres, isentos de fenilalanina.

A dieta-terapia da fenilcetonúria é complexa, de longa duração, e requer muitas mudanças nas ações por parte do paciente e de sua família. O sucesso no tratamento por longo tempo depende exclusivamente da disponibilidade do paciente em seguir as recomendações médicas prescritas.

Há várias tabelas, fórmulas, preparações nutricionais, alimentos que contém fenilalanina, alimentos que podem ser substituídos quanto ao teor de fenilalanina e cardápios para várias idades de crianças fenilcetonúricas.

Alimentos terminantemente proibidos para os fenilcetonúricos são: carnes, leites e derivados, ovos e adoçantes artificiais, também denominados de edulcorantes e que causam muitas polêmicas a respeito de sua segurança a longo prazo, sendo o aspartame um exemplo deste.

O aspartame é um adoçante proibido para fenilcetonúricos, em função de sua composição, sendo constituído pelos aminoácidos ácido aspártico e fenilalanina.

2.3 Complexidade na Elaboração da Dieta dos Fenilcetonúricos.

Muitas dificuldades são encontradas para a elaboração de cardápios dos fenilcetonúricos, incluindo a preparação das fórmulas especiais chamadas de "papinhas" denominadas de ASP e PKU 1 (Formulação Láctea Especial), como também, alimentos descritos como possuidores de baixo teor de fenilalanina.

Estes valores são de concentrações empíricas e como não existem no Brasil, as substâncias básicas para a manipulação e confecção das fórmulas destas "papinhas", fica-se a mercê das importações de tais substâncias e com entraves burocráticos, entre elas, as guias de importação. Os produtos industrializados de maneira geral não podem ser utilizados por não oferecerem informações sobre a quantidade de fenilalanina neles contida, poucos produtos no mercado apresentam baixos níveis de fenilalanina, e também, o nível sócio-econômico e cultural das famílias, dificultando a compra de alimentos e para piorar mais o quadro vem o analfabetismo que muitas vezes nos obriga a desenhar os cardápios na tentativa de tornar compreensível a dieta dos fenilcetonúricos.

No Brasil é recente a decisão do Supremo em trazer nas tabelas o conteúdo de concentração de fenilalanina nos alimentos, o que é ao nosso ver, um grande avanço dos nossos dirigentes da saúde pública.

Por outro lado, os alimentos incluídos nos cardápios dos fenilcetonúricos, são oferecidos em concentrações modestas.

O resultado de tal manobra é que, as calorias provenientes dos alimentos e que são as máquinas propulsoras do desenvolvimento infantil, estão em déficit. Isto não acontece com países ricos denominados do "primeiro mundo".

Uma das conclusões é que, prolonga-se o período de duração da dieta, pois é necessário que ela se mantenha até o desenvolvimento do sistema nervoso, o que se dará por volta dos dois anos de idade, mas é importante ter em mente que não é aconselhável ingerir teores excessivos de fenilalanina, pois seu excesso poderá ainda gerar danos intelectuais nessa fase da vida em que o organismo está em processo de desenvolvimento, podendo levar a criança ainda a crises convulsivas.

Do ponto de vista sensorial, estes cardápios, "papinhas", são misturas que possuem odor e paladar desagradáveis e a sua ingestão, que deveria ocorrer em pequenas porções durante o decorrer do dia, freqüentemente é feita de uma só vez, com prejuízo na utilização biológica e com aumento da metabolização dos aminoácidos por via oxidativa.

3 O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS FENILCETONÚRICOS

3.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A deficiência no ser humano, em qualquer de suas modalidades, não é um assunto recente. Entretanto, a preocupação em prevenir e proteger o deficiente, são temas novos.

Na história da humanidade, e no alvorecer do século 19, precisamente, nos anos de 1914 a 1918 foi declarada a 1ª guerra mundial e em 1939 a 1945 a 2ª. Estes dois acontecimentos foram um divisor histórico, no estudo das pessoas portadoras de deficiência.

Neste período houve um aumento considerável no número de deficientes e com este agravamento, as cicatrizes físicas e psicológicas ficaram expostas de uma forma mais incisiva, exigindo do Estado umas posições de agente protetor.

Entretanto, há países em que, a preocupação em proteger as pessoas portadoras de deficiência, é muito mais efetiva, a despeito de não existir, algum comando em nível constitucional, para afiançar essa proteção.

Infelizmente, no Brasil, apesar de existirem garantias e comando constitucional, o assunto é tratado de forma menor pelas autoridades constituídas do nosso país e pelo legislador infraconstitucional.

O índice elevado de deficientes em qualquer modalidade, no Brasil, certamente não foi ocasionado por guerras mundiais. Entretanto, esta estatística apresentada é proveniente dos acidentes de trânsito, da desnutrição infantil, da falta de habitação, da fome, refletindo na saúde do brasileiro. Esta calamidade atinge aproximadamente, 10% da população, algo em torno de 17 milhões, segundo a Organização Mundial de Saúde.

A Constituição do Brasil de 1988 albergou no bojo constitucional, as normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência. Apesar do sentimento de cidadania e da dignidade da pessoa humana, os constituintes de 1988, não conseguiram captar que o problema dos deficientes, não se restringia, apenas, a uma proteção visando à integração social.

O relacionamento do portador de deficiência, muitas vezes, se inicia, com um total despreparo dos pais, para receberem um filho nestas circunstâncias. Este fato acontece muito, porque, qual mãe ou pai desejaria que seu filho nascesse deficiente? Todos os projetos eleitos defluem para o nascimento de uma criança sem defeito. Este obstáculo familiar não é o único, pois o novo ser, vai se deparar mais à frente, e conviver num ambiente chamado de sociedade.

O que apresentamos até agora está relacionado diretamente com a convivência.

Estamos preparados para manter, conviver e integrar a nova vida desta criança marcada como portadora da síndrome da fenilcetonúria, ou da síndrome do mongolismo?

Realmente, é um acontecimento novo apresentado à família e que fatalmente, irá causar certo nível de desconforto e ansiedade aos seus componentes familiares.

Há uma noção desvirtuada na sociedade atual, de que, todas as pessoas portadoras de deficiência, são aquelas que estão impedidas de se locomoverem, por perda de um membro, um acidente vascular cerebral isquêmico ou hemorrágico com paralisação de um dos membros do corpo, perda da visão, perda da audição, perda da fala.

Não é bem assim. Existem inúmeras deficiências tais como, pessoas portadoras de deficiência imunológica ou SIDA (síndrome imunológica de deficiência adquirida), pessoas portadoras de deficiência mental, pessoas portadoras de várias deficiências metabólicas, etc.

Qual foi a contribuição que o Estado brasileiro plasmou, organizou, acerca da integração social?

Como o Estado definiu as pessoas portadoras de deficiência?

Analisando-se o ordenamento jurídico que se destina a regular os direitos destas pessoas, duas impressões apresentam-se. A primeira delas é que as normas se encontram em números reduzidos na Constituição de 1988 e, não obstante serem escassas, elas não são ordenadas por capítulos, constituindo-se em normas esparsas dentro do contexto constitucional, o que dificulta o seu estudo. A segunda impressão é que após 14 anos de vigência da Carta Magna de 1988, não há por parte do Poder Público, consciência efetiva da necessidade de tratar a matéria, de modo justo e responsável.

3.2 Considerações pontuais, acerca das legislações infraconstitucionais: Decretos n.ºs. 914/93 [13] e 3956/01 [14]

Conforme observado acima, as pessoas que necessitam de alimentação especial ou adequada para exercício do direito à vida plena são consideradas pessoas portadoras de deficiência, uma vez que necessitam da intervenção estatal para que possam praticar todos os atos do dia a dia.

A limitação, ou negativa do direito a alimentação adequada da pessoa portadora de deficiência acarretará a exclusão da mesma da vida social, uma vez que criará obstáculos ou barreiras a convivência natural junto à sociedade.

O direito à alimentação adequada não é previsto expressamente pela nossa Constituição, contudo decorre diretamente do direito à vida plena, do direito à saúde, do direito/dever de inclusão das minorias, bem como, do princípio maior e norteador do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, para integração das normas constitucionais e possibilitar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, foi editada a lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio das pessoas portadoras de deficiência e sua integração social.

O artigo 2.º da lei estabelece que o Poder Público deverá assegurar às pessoas portadoras de deficiência, inclusive o direito à saúde.

Dispõe o parágrafo único da referida lei:[15]

“Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

II – na área da saúde:

a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;

d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;

f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejam a integração social.”

Como se observa, a norma integradora estabelece a necessidade de desenvolvimento de programas que assegurem o tratamento adequado da pessoa portadora de deficiência, a fim de assegurar o direito à vida sadia e a inclusão social das mesmas.

Por sua vez, buscando a viabilização e a efetivação dos direitos elencados na lei, o Poder Executivo expediu decreto regulamentar para política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência que visa à plena integração das mesmas; o estabelecimento de instrumentos eficazes que assegurem os direitos básicos das pessoas portadoras de deficiência, norteados pelo princípio da igualdade, como se observa do art. 4.º do Decreto 914/93.

O art. 5.º do Decreto 914/93 estabelece as diretrizes da política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência, explicitando:

“I – estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam o desenvolvimento das pessoas portadoras de deficiência;

III – incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, saúde, trabalho, à edificação pública, seguridade social, transporte, habilitação, cultura, esporte e lazer.”

Constata-se que o Decreto regulamentar fortalece a lei e estabelece a criação de mecanismos que acelerem o desenvolvimento da pessoa portadora de deficiência e a necessidade de inclusão nas iniciativas governamentais relacionadas à saúde.

Assim, em que pese não existir expressamente o direito à alimentação adequada da pessoa portadora de deficiência, a análise conjugada do Decreto n.º 914/93 combinado a lei 7.853/89, fica clara a preocupação com o desenvolvimento e a saúde das mesmas, o que evidencia a existência daquele direito no ordenamento jurídico.

Por seu turno, o Decreto n.º 3.956/01, que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiências, aponta a necessidade de detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência.

Note-se, que tanto a legislação infraconstitucional, quanto o tratado internacional, tem por objetivo a proteção da pessoa portadora de deficiência em todas as dimensões da dignidade, fundado no princípio da igualdade e da não discriminação, a fim de se garantir a qualidade de vida, melhor nível de independência e desenvolvimento das mesmas.

Conclui-se, portanto, que em decorrência dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como por exemplo, o direito a vida plena e o direito à saúde, somado as legislações infraconstitucionais integradoras, o direito à alimentação adequada é direito básico da pessoa portadora de deficiência, a fim de se garantir seu pleno desenvolvimento e independência.

Ademais, o direito à alimentação adequada é direito humano, portanto, direito inerente a todos os homens e, com mais razão, é direito da pessoa portadora de deficiência, uma vez que para realização de uma sociedade mais justa, necessária a eliminação de obstáculos e preconceitos que dificultam o desenvolvimento e o pleno exercício do direito à vida.

Destarte, com base na conjugação dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional, podemos afirmar que a pessoa portadora de deficiência tem direito à alimentação adequada e o Estado tem o dever de fornecimento, para que desta forma, se concretize a realização de uma sociedade mais justa, livre e igualitária, garantindo-se a inclusão efetiva das mesmas no convívio social.

4 AFRONTA CONSTITUCIONAL

O tratamento dispensado pelo Estado às pessoas fenilcetonúricas, sob diversos aspectos pode ser considerado como violador a preceitos constitucionalmente consagrados, como é o caso dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação.

4.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, disciplinada no art. 1º, inciso III da Constituição Federal constitui um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, se analisado sob o enfoque da proteção da pessoa humana.

Importa asseverar que a dignidade abrange sentimentos pessoais e que o ordenamento jurídico, não poderia deixar de fora a proteção de tão “digno” princípio.

A dignidade, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet[16], mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana.

Então, a preservação dos mais íntimos sentimentos devem ser respeitados, porque transcendem a pessoa, atingem o “eu” de cada ser humano, e se o fim buscado é o de respeitar a igualdade entre os seres humanos, nada pode ocorrer que estremeça a proteção deste direito, seja para qual pessoa for, incluídos portanto, os fenilcetonúricos.

Com isso, o que não pode haver é qualquer marginalização, seja de que pessoa for, sobre qual aspecto for.

Neste viés, independentemente da natureza da deficiência, que portam as pessoas fenilcetonúricas, quer enquadrando-se ao conceito de pessoa portadora de deficiência, ou não, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento

igualitário, digno; e se para a implementação da efetivação destes direitos, medidas precisem ser adotadas pelo Estado, a fim de atingir este desiderato, já que antes de tudo, são pessoas, as quais merecem e precisam da salvaguarda de sua dignidade, saliente-se que o Estado tem o dever de atuar para o alcance desta finalidade; pois o direito à dignidade constitui previsão constitucional.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli[17] que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, pela evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação.

Desse modo, há muito tempo a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, incutido nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior[18], no item intitulado: “A Dignidade Humana como fonte mater dos direitos”, que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência que o patrimônio.

Com isso, a existência digna do ser humano é tema que clama pela atuação estatal para que se efetive.

4.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, previsto no art. 5º., “caput” da Constituição Federal, consagra a dispensa de tratamento igualitário a todas as pessoas, indistintamente.

O direito à igualdade, introduzido no ordenamento jurídico, conforme classificação doutrinária dos Direitos Humanos, o foi nos *direitos de segunda* geração, surgida a partir da Constituição de Weimar (1919), denominados direitos sociais, positivados como direitos econômicos, sociais e culturais, visando igualar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Persegue-se adimplir as obrigações de fazer pelo Estado, e que, ao lado dos direitos de *primeira geração* (consagração de relações sociais em geral) e dos de *terceira geração* (consagra a solidariedade, tanto do indivíduo contra o indivíduo, quanto da humanidade contra a própria humanidade), conforme Maria Berenice Dias[19], atinge-se o ápice dos Direitos Humanos, em que todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger todos os objetos que condicionam a vida humana, fixados em valores ou bens humanos, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que lhe garantam a existência com a dignidade que lhe é própria.

Pietro de Jesús Lora Alarcón[20] tece precioso comentário, ao tratar do entrelaçamento entre a Justiça e a igualdade, no sentido que:

“Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais (...).”

Da mesma maneira, Paulo Bonavides[21] assevera tratar-se um dos elementos componentes da idéia de justiça.

4.3 Princípios da não-discriminação

O princípio da não-discriminação encontra-se resguardado no art. 3º., inciso IV da Constituição Federal, segundo o qual todo ser humano tem o direito de não ser discriminado, considerada a discriminação sob todos os aspectos.

Neste âmbito, é possível verificar que a discriminação não pode recair sobre qualquer pessoa humana; incluídas por óbvio, aquelas pessoas fenilcetonúricas.

Assim, não podem sofrer qualquer espécie de marginalização.

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[22] assevera que temos visto em todo o mundo o movimento pela inclusão das pessoas portadoras de deficiência, o qual é muito importante para atingir o direito à igualdade e à eliminação da discriminação.

Com isso, é possível afirmar que se tende para o movimento que busca a inclusão das pessoas fenilcetonúricas, igualmente, logo toda e qualquer discriminação que porventura tenda a recair sobre estas pessoas deve ser eliminada, de plano.

4.4 Considerações acerca da junção destes princípios para o alcance do valor: justiça

Já no preâmbulo da nossa Constituição é possível averiguar os fins colimados para a manutenção de um ordenado Estado Democrático de Direito, pontuando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e não-discriminação.

É possível afirmarmos que embora componham uma cadeia cíclica: dignidade - igualdade - não-discriminação ou igualdade - dignidade - não-discriminação ou não-discriminação - igualdade - dignidade, ou ainda quantas sejam as variações que repercutam sobre um princípio que introduza a firmiação dos outros dois princípios acima mencionados, o que pretendemos enfatizar é o fato de que, embora considerados

no âmbito deste estudo, intrinsecamente relacionados, o princípio da dignidade da pessoa humana será sempre o que irá sustentar esta cadeia cíclica, porque este pode refletir-se quando da violação tanto de um, quanto do outro princípio (igualdade e não-discriminação), pois se porventura houver a violação de um destes dois princípios e não resultar no estremecimento da valorização que cada pessoa atribui a si própria, então pode-se dizer que inexistente afronta constitucional.

Trazendo o raciocínio desenvolvido para o tema em análise, pretendemos dizer que, se a pessoa fenilcetonúrica, mesmo diante da ausência da atuação estatal (logo implementada a violação ao princípio da igualdade e não-discriminação, no primeiro caso, por não lhes dispensar tratamento igualitário às demais pessoas não fenilcetonúricas; no segundo caso, por conseqüentemente assim agindo estar-lhes discriminando, sob a órbita do ordenamento jurídico), mas se mesmo assim os fenilcetonúricas não sentirem vergonha, constrangimento, restrição, ou qualquer outro impedimento para a usufruição de sua vida digna, para o exercício de suas atividades cotidianas, ausente encontra-se a afronta constitucional.

Entendemos que, na seara da proteção das pessoas fenilcetonúricas, a dignidade da pessoa humana pode vir a não ser violada, algumas circunstâncias, e portanto inexistente afronta constitucional, neste aspecto, muito embora possa haver afronta aos dois outros princípios ora tratados: igualdade e não-discriminação.

Isto significa a considerada prevalência deste princípio no nosso ordenamento.

Conclui-se daí, utilizando-nos da assertiva de Fladimir Jerônimo Belinati Martins[23], que o valor da dignidade da pessoa humana, uma vez positivado na Constituição Federal de 1988 como fórmula principiológica, não sendo propriamente criação constitucional, mas valor ao qual a Constituição decidiu atribuir máxima relevância jurídica, inclusive encontrando-se inserido como princípio fundamental constitui-se a base para os demais.

Portanto, conceder a estas pessoas as condições básicas para o exercício de uma vida digna corresponde à atuação estatal justa.

E sob o enfoque do termo justiça averigua-se que esta, é um valor tanto que no preâmbulo da Constituição de 1988 é feita menção à justiça, como sendo um dos fins almejados pelo Estado Democrático, qualificando-a como valor. O filósofo Aristóteles[24] ressalva em sua obra que: *“(...) sempre falamos da justiça como qualidade ideal da comunidade, e ela é conseguida quando todas as virtudes estão presentes (...).”*

Neste raciocínio, se para atingir a justiça faz-se necessária a presença de todas as virtudes, podemos considerar que para se fazer justiça para as pessoas fenilcetonúricas é necessário que o Estado adote todas as medidas destinadas ao que almeja e ao que se torna imprescindível para aquela comunidade (aqui entendidos os que portam tal deficiência e seus familiares) para afastar quaisquer obstáculos que se implementam ou que encontrem-se na iminência de se implementarem, para a usufruição de uma vida social digna.

CONCLUSÕES.

O direito de alimentar-se constitui *prima facie* um direito à perpetuação da espécie; sem o alimento o ser humano não sobrevive. Não obstante, alguns carecem não apenas de alimentos, mas alimentos adequados, para que possam obter condições de sobrevivência digna, como é o caso dos fenilcetonúricos.

O Estado tem o dever de apoiar, auxiliar, acompanhar, gerir e fornecer todos os meios indispensáveis à esta sobrevivência, já que com esta atuação estará disponibilizando meios aptos à efetivação de justiça, já que o tratamento adequado às pessoas que possuem tal síndrome genética, justapõe a observância dos princípios da igualdade e não-discriminação, sedimentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à alimentação adequada, ainda que não previsto expressamente é direito fundamental de toda a população e, especificamente, da pessoa portadora de deficiência e, assim sendo, a sua efetivação é condição para proteção da dignidade da pessoa humana.

O direito à alimentação, é direito do portador de deficiência e, dever do Estado em prestar e assegurar sua efetivação, sob pena de violação dos preceitos constitucionais e do princípio da dignidade humana, norteador do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Ademais, o dever de inclusão, previsto na Constituição brasileira, somente será efetivado se ocorrer eliminação de barreiras que impossibilitem a vida plena da pessoa portadora de deficiência e, como observado, a ausência de alimentação adequada cria obstáculos de desenvolvimento das atividades do cotidiano, ferindo princípios como a igualdade e a dignidade.

Desta feita, para concretização de uma sociedade justa, livre, solidária e inclusivista, apta a receber as pessoas portadoras de deficiência sem discriminações, o direito à alimentação enquadra-se no conceito dos direitos fundamentais, devendo o Estado assegurar tal direito a fim de garantir, não apenas o direito à vida, mas o direito a convivência, possibilitando uma vida plena e digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, Igualdade e Justiça. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, n°. 2: 165-198, jul./dez.2003.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural. 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. (Série Legislação em Direitos Humanos, Pessoa Portadora de Deficiência). 3ª. ed., Brasília: CORDE, 2003, v. 3.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. Portadores de Necessidades Especiais – As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: Editora ARX, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O Princípio da Igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2: 209-223, jul./dez.2003.

CURY, Isabela Esteves. Dos Alimentos Transgênicos. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino.

DIAS, Maria Berenice. A Igualdade Desigual. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2:51-68, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com Deficiência – Garantia de Igualdade na Diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho*. São Paulo: LTR, 2005.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e Discriminação. **Direito das Minorias**. Elida Séguin (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 01-09.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: Princípios Fundamentais – artigos 1º a 4º*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? **Revista Sentidos**. out./nov.2005, São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 44-48.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência e cidadania. **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Luiz Alberto David Araujo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 182-195.

RODRIGUES, Ney Lobato. Gravidez e ingestão de fenilalanina – uma abordagem bioquímica e seus reflexos na proteção da infância. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002, 119 f.

_____. Pessoa Portadora de Deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Luiz Alberto David Araujo (coord.). Bauru: EDITE, 2006, p. 27-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. *Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[1] Ney Lobato Rodrigues: Gravidez e Ingestão de Fenilalanina uma abordagem bioquímica e seus reflexos na proteção da Infância, I.T.E. Bauru, 2002.

[2] OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? **Revista Sentidos**, out./nov.2005, São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 46.

[3] A fenilcetonúria (FCU, fenilalaninemia, oligofrenia fenilpirúvica) é um distúrbio hereditário no qual a enzima que processa o aminoácido fenilalanina está ausente, acarretando em uma concentração perigosamente alta de fenilalanina no sangue.

[4] RODRIGUES, Ney Lobato. Pessoa Portadora de Deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. **A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania**. Luiz Alberto David Araujo (coord.). Bauru: EDITE, 2006, p. 45-6.

[5] ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. (Série Legislação em Direitos Humanos, Pessoa Portadora de Deficiência). 3ª. ed., Brasília: CORDE, 2003, v. 3, p. 40.

[6] Op. cit., p. 36.

[7] Benjamin José Schmidt et al., Fenilcetonúria: Aspectos Clínicos e Terapêuticos,p.257-260.

[8] Herman Bickel et al., Influence of Phenylalanine Intake on Phenylketonuria,p.812-813

[9]Fernando José da Nóbrega., Contribuição para o Estudo da Fenilalanina:Incidência entre Deficientes mentais Institucionalizados na Cidade de São Paulo,p.167

[10] Gerard Macy., Composition of human colostrum and milk,p.589-590.

[11] Orlando Ballarin., *Notas sobre a bioquímica do leite*,p. 12-19.

[12] Recommended Dietary Allowances

[13] Decreto 914/93, de 06 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências.

[14] **DECRETO Nº 3.956, DE 8 DE OUTUBRO DE 2001** . Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

[15] LEI N.º 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a

Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. *Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-4.

[17] POZZOLI, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência e cidadania. **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Luiz Alberto David Araujo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185.

[18] BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. Portadores de Necessidades Especiais – As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: Editora ARX, 2004, 40-41.

[19] DIAS, Maria Berenice. A Igualdade Desigual. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2:51-68, 2003.

[20] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, Igualdade e Justiça. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2, jul./dez.2003, p. 169.

[21] BONAVIDES, Paulo. O Princípio da Igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2, jul./dez.2003, p. 214.

[22] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com Deficiência – Garantia de Igualdade na Diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 36.

[23] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 98.

[24] ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural. 2000.

POLITIZAÇÃO E LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL *

THE DISCURSIVE LEGITIMACY OF THE JUDICIARY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS POLITICAL FUNCTION

Luana Paixão Dantas do Rosário

RESUMO

: O objetivo deste trabalho é investigar, pelos métodos dedutivo e indutivo e por uma abordagem dialética, a legitimidade discursiva do Poder Judiciário na Democracia Constitucional, no exercício de sua função política, num novo cenário de participação política, a seara do Judiciário. Com este propósito, visitar-se-á a teoria do Constitucionalismo Discursivo, de Robert Alexy e a Teoria Normativa, de Tércio Sampaio. Como resultado se extrai que o Judiciário, como Poder político, é espaço de participação política que fortalece a Democracia participativa voltada para a concretização dos Direitos Fundamentais. Conclui com a afirmação da legitimação democrática e hermenêutico-discursiva da Jurisdição, pela teoria do discurso.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE, POLÍTICA, JUDICIÁRIO, DISCURSO

ABSTRACT

The objective of this paper is to investigate, by deductive and inductive methods and a dialectical approach, the discursive legitimacy of the Judiciary in Constitutional Democracy, in exercising its political function, in a new stage of political participation, the seara the Judiciary. In this regard, will visit the theory of Constitutionalism of speech, Robert Alexy and the Theory of Normative, Tércio Sampaio. The result is extracted that the Judiciary, as political power, is space for political participation that strengthens participatory democracy focused on the implementation of Fundamental Rights. It concludes with the affirmation of democratic legitimacy and hermeneutic-discursive of Jurisdiction, the theory of speech.

KEYWORDS: DEMOCRACY, LEGITIMACY, POLITICS, THE JUDICIARY, SPEECH.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O ponto merecedor de destaque no exame do exercício da Função Política do Judiciário é a análise da legitimidade deste Poder, na Democracia Constitucional, tendo em vista que sua composição, distintamente da dos outros poderes do Estado, não é representativa. Este assunto reveste-se de importância dado o aumento de incidência de decisões judiciais de cunho político e de uma jurisdição cada vez mais criativa.

Surge a relevância teórica do estudo desse tema, de modo a consolidar a teoria da *politização* em todas as instâncias políticas e de poder; sobretudo em um país de Democracia recente; a fim de que os atores do cenário político respeitem a função política do Poder Judiciário e não a considerem, lamentavelmente, como interferência indevida em assuntos de governo, concepção equivocada. Sobretudo diante das reações que a Jurisdição política desencadeia no governo e das eventuais pretensões reformistas deste.

Há possibilidade de participação democrática direta na prestação jurisdicional. A abertura do processo à 'comunidade aberta de intérpretes' reforça a legitimidade do Judiciário, consolida a Democracia contemporânea, além de extrair da sociedade a extensão e concretude dos valores constitucionais. Frise-se que esta proposta de participação política dos cidadãos na condução do Estado, por meio do Poder Judiciário, assume destaque diante da reconhecida crise de representatividade instaurada.

A legitimidade do Judiciário é, sobretudo, discursiva. Deste modo, se assenta na observância das regras do discurso racional, na construção do argumento verossímil que, tendo colhido os valores da comunidade e elaborado a sua escolha, tenha o potencial de despertar senão o consenso, algo próximo dele.

O objetivo principal deste trabalho será analisar a legitimidade discursiva do Poder Judiciário na Democracia Constitucional, no exercício de sua função política, no novo cenário de participação política, a seara do Judiciário.

1 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA

Emerge a necessidade de desfazer a concepção de *déficit* democrático do Poder Judiciário, primeiro, pela realização jurisdicional dos Direitos Fundamentais, valores axiológicos e normativos das Democracias Constitucionais, emanados do Poder Constituinte, numa legitimação teleológica e discursiva. Segundo, pela demonstração de participação democrática do cidadão no âmbito deste poder, pelo debate, diálogo e abertura do processo, constituindo o Judiciário espaço dialético, seja por meio das máximas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório ou dos novos institutos processuais.

A legitimidade democrática do Judiciário pode ser compreendida pelo viés do discurso, pela realização da finalidade ou conteúdo da Democracia, os Direitos Fundamentais, ou pelo viés da participação direta do cidadão no Poder Judiciário, considerado como

espaço político. Deste modo, pode ser compreendida pela idéia de legitimidade discursiva, da participação política e da representatividade discursiva.

A expansão do âmbito de atuação do Judiciário e sua *politização* não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e os seus princípios. As relações entre Direito e Política na dimensão constitucional hodierna criam um novo espaço aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania, diversamente do constitucionalismo liberal de outrora. (MACIEL; KOERNER, 2002)

O constitucionalismo liberal preza pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes; o constitucionalismo democrático prioriza os valores da dignidade humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado. (MACIEL; KOERNER, 2002)

Para o Estado Constitucional Democrático abre-se no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes ‘a comunidade aberta de intérpretes’, os quais, através do Processo, devem dedicar-se à interpretação aberta dos valores constitucionais com vistas à sua efetivação.

Inclusive, em nosso entender, a efetivação dos mandamentos e valores constitucionais por meio da prestação jurisdicional deve superar a limitação à atuação do Judiciário como legislador-negativo e autorizar o uso de sentenças interpretativo-criativas. Tendo como ponto de início e contornos limitatórios – até certa medida – o texto. Pois, no dizer do professor Tércio Ferraz Júnior, a ‘norma é norma interpretada’. Reconhecido o Judiciário com espaço político e firmada sua legitimidade no regime democrático constitucional, a resistência a essas sentenças não subsiste.

É conveniente colacionar Gisele Cittadino, em seu trabalho *Poder Judiciário, ativismo Judiciário e Democracia*, quando esta afirma: “é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político” (CITTADINO, 2007, p.2).

É imperativo fazer menção à crise da representatividade clássica, mencionada em elucidativa passagem em que Américo Bedê Freire Junior, para desconstruir a certeza de que participação democrática se efetiva pela representação, traz à colação lição de José Eduardo Faria: “[...] a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.32). A esta crise da representatividade clássica, Walber de Mora Agra atribui a expansão da Jurisdição política e diante dela novas formas de participação política assumem destaque.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares. (AGRA, 2005, p. 116)

A *politização do Judiciário* – para utilizar corrente expressão doutrinária, embora esta expressão possa dar a entender que signifique conferir a natureza de político a algo que não tivesse esta natureza originariamente, o que seria um grave equívoco – possibilita a construção da Democracia, porque torna este um importante nível de acesso do cidadão às instâncias do Poder. Desta forma, possibilita-se na sociedade plural, que grupos não possuidores de representatividade, influam nas decisões políticas. Isto não enfraquece a Democracia representativa, antes, a complementa ao contemplar os princípios democráticos. (VERBICARO, 2006, p.7).

[...] Neste mundo governado por uma plutocracia cosmopolita suficientemente flexível e móvel pra marginalizar ao mesmo tempo os Estados, os cidadãos e os juízes, a Democracia precisa ser reinventada tanto sob a sua forma tradicional de Democracia representativa quanto sob a forma mais recente de Democracia participativa (Mireille Delmas-Marty apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 32).

A partir da constatação da crise da representatividade clássica, extrai-se a necessidade da reinvenção democrática. Primeiro pelo critério substancialista/teleológico da efetivação dos Direitos Fundamentais, que perpassa, necessariamente pela atuação do Judiciário - não tão somente dos direitos individuais, a despeito do preconizado, *data venia*, por Dworkin[1], mas também sociais e coletivos, como preleciona a doutrina contemporânea.

Esta reinvenção perpassa ainda pelo reconhecimento de que o Judiciário deve constituir espaço legítimo de participação política democrática, que possibilita a participação do cidadão na criação do Direito, enquanto norma que emana da aplicação, participação na própria condução do Estado, para além da representação no processo legislativo, no que se denomina de representação argumentativa.

formas de ação estão à disposição do homem comum para participar da criação do direito estatal tanto através da Democracia representativa como pela via judicial. Essa participação não é fragmentadora dos princípios da vontade geral representativa, mas representa as possibilidades de adensamento do Direito pela intervenção, na esfera estatal, da eticidade da sociedade civil. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A *politização* do Judiciário está em consonância com a Democracia que nossos tempos exigem, e não em antagonismo, pois possibilita a realização dos direitos de todos, sobretudo os da minoria, a edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que zele pela dignidade da pessoa humana e surja da concretização da Constituição, num processo do qual participe o ser da *polis*.

1.1 DEMOCRACIA MAJORITÁRIA, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, SOBERANIA COMPLEXA E ACESSO DAS MINORIAS:

Para compreender e consolidar a legitimidade da Jurisdição Política, ou *politização do Judiciário*, bem como a própria participação política no âmbito deste Poder, é basilar a distinção que Dworkin estabelece entre a *Democracia majoritária*, fundada no princípio da maioria, e o que designou de *Democracia Constitucional*.

Para este autor, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais; a Democracia por ele conceituada respeita os Direitos Fundamentais e neles preenche o seu conteúdo. A idéia da *Democracia Majoritária* é suplantada pela Democracia Constitucional, uma Democracia com conteúdo e propósito definidos, os Direitos Fundamentais, superiores mesmo à regra da maioria.

[...] Dworkin confere supremacia aos Direitos Fundamentais frente à soberania popular. Com essa relação de prioridade, protege-se certos núcleos de direitos ante eventuais interferências advindas de processos majoritários de deliberação. Para Dworkin, portanto, os Direitos Fundamentais devem restringir a soberania do povo a fim de se resguardar os direitos e as liberdades individuais. Isso porque nem sempre uma lei pautada na vontade de uma suposta maioria será uma lei justa; nem sempre essa lei contemplará os direitos individuais e o direito a igual respeito e consideração - crítica à Democracia majoritária e à autodeterminação do povo que podem conduzir à própria degradação de seus direitos. Democracia não é, para Dworkin, a simples obediência à regra de maioria. Numa Democracia constitucional concebida em paradigmas liberais, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos Direitos Fundamentais dos cidadãos, atribuindo-se respeitabilidade à Constituição e à dinâmica de direitos nela materializada. (VERBICARO, 2006, p.8).

Para além da discussão realizada por Dworkin de que os Direitos Fundamentais[2] prevalecem sobre a soberania popular externada pela maioria representada, observe-se que um grande contingente não se faz representar, tornando-se necessário um avanço teórico, de modo a reconhecer que o próprio Poder Judiciário é um espaço de exercício da soberania política. Inclusive, proporcionando incorporação política das minorias à agenda do Estado, não obstante a violação de direitos praticada pela maioria.

[...] Esses Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos – direitos individuais - preenchem o próprio conteúdo da Democracia, bem como traçam os limites e contornos de atuação dos poderes estatais. Isso significa que o paradigma liberal de Democracia concebido por Dworkin - Democracia Constitucional - consagra que os direitos individuais são trunfos frente à maioria e, por isso, sobrepõem-se frente ao governo e a eventuais grupos representativos de maiorias que participem de procedimentos de formação da vontade pública e tentem restringir as liberdades e direitos individuais (VERBICARO, 2006, p.8).

Werneck Vianna traz o conceito de *soberania complexa* que consiste na combinação de duas formas de representação e duas dimensões de cidadania. A *representação política*, atrelada à cidadania política, é exercida pelos representantes eleitos segundo os procedimentos democráticos; e a *representação funcional* atrelada à cidadania social, é exercida pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais. Salutar neste conceito é verificação de uma modalidade de representação soberana e democrática no bojo do Poder Judiciário. Adiante conferiremos o conceito de *representação argumentativa* de Robert Alexy.

Logo, numa leitura fundada em Vianna, a *politização* do Judiciário, manifestação da cidadania social, é forma de participação na vida pública, alternativa à representação clássica, e adequada à Democracia, nos termos da soberania complexa.

[...] se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública (VIANNA, 1999, p. 372).

A *politização* do Judiciário possibilita o acesso do cidadão comum, que por vezes não é representado politicamente; sobretudo em nossa Democracia advinda de um sistema político autoritário e de exceção do qual ainda existem vestígios na educação para a participação política; à efetivação do Direito.

A Democracia brasileira, não obstante seu processo de consolidação institucional, experimenta um *déficit* no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Conquanto, observa-se reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, através da busca crescente do Poder Judiciário

contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo. (VIANNA *apud* MACIEL; KROENER, 2002)

Gisele Citadino adverte que esta participação política no âmbito do Judiciário não deve presumir uma ausência de correspondência entre os textos normativos[3] e os Cidadãos. Vejamos:

“uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia. (...) Quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”. (CITTADINO, 2007, p. 04-06).

Porém, reconhece que em países em que os cidadãos não compartilham os valores devido a rupturas no processo histórico de sedimentação da Democracia Constitucional, em que não há uma ‘nação de cultura’, se faz necessário o comprometimento do Judiciário com a concretização da Constituição, dos valores oriundos do consenso formal da qual emanou, com a ressalva de que não se faz necessário o domínio dos tribunais, mas de uma cidadania participativa que sobre eles atue.

Paulo Bonavides elabora outra advertência relacionada a certo grau de dificuldade da abertura do processo quanto ao estágio de amadurecimento dos sistemas políticos democráticos de nações subdesenvolvidas.

“Demais, o método concretista da ‘Constituição aberta’ demanda para uma eficaz aplicação a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores em dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista” (BONAVIDES, 2003, p.516).

Feitas estas observações, sobremaneira pertinentes, de que o estágio de amadurecimento do sistema político democrático pode não culminar no auto reconhecimento da ‘comunidade aberta de intérpretes’ como comunidade político-jurídica autora de seu direito, há que se fazer duas observações.

A primeira de que o Judiciário deve estar imbuído do compromisso com a ‘efetivação da Constituição’, ou, na feliz expressão de Konrad Hesse, de ‘vontade de Constituição’ e dos valores democráticos, funcionando, como dito pelo próprio Harbele, como um

‘intérprete qualificado’. A ‘vontade de Constituição’ pode corresponder, de certo modo, à ‘pretensão de correção’ de Alexy.

A segunda é no sentido de resgatar a noção, da antiguidade clássica romana, de que Direito, é, sobretudo, prudência, e que, portanto, ‘a comunidade de intérpretes’ é qualificada neste quesito e sob este aspecto. Nesta esteira, é crucial a abertura do Processo à participação democrática, à ‘comunidade aberta de intérpretes’, ao cidadão da *polis*.

2 A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Neste novo cenário, plasmado pela Democracia Constitucional e seus valores fundamentais, diante da ampliação da função política do Judiciário, ou como se convencionou chamar, de sua *politização*, em que, formas de ação estão à disposição do cidadão para participar da criação do direito estatal pela via judicial, há que se examinar a legitimidade discursiva do Judiciário e a estrutura deste discurso.

A legitimidade discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional repousa na capacidade de convencimento do argumento, na capacidade de, diante das inerentes tensões da Democracia, escolher um dos argumentos dentre os que colidem na ‘comunidade de valores compartilhados’, para criar algum nível de consenso, a partir da verificação racional do argumento.

Neste ponto, há que se ressaltar a doutrina de Habermas, em que a legitimação discursiva se opera pelo alcance da ‘verdade consensual’, advinda do debate, da construção do consenso a partir do dissenso, externada em linguagem ‘autêntica, justificável e consensual’.

O magistério do professor Harbele também é crucial, quando propõe a abertura do processo à participação da ‘comunidade de intérpretes’, reconhece a legitimidade democrática decorrente do desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. Devemos acrescentar que este desenvolvimento interpretativo se opera pelo discurso.

“existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de Democracia. Alcança-se uma parte considerável da Democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (...) A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

(...) os instrumentos de informação dos juizes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição”

(HARBELE, 2002, p. 39)

Para a compreensão da legitimidade discursiva do Judiciário primordial visitar a pragmática exposta pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em seu Teoria da Norma Jurídica, a Tópica de Viehweg, e o Constitucionalismo Discursivo de Alexy.

2.1 O DISCURSO NORMATIVO EM TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

O professor Tércio afirma que para o entendimento do Direito, visto que este possui um aspecto de linguagem, há que se fazer sua análise sob a perspectiva da semiótica em seu aspecto pragmático. A semiótica encara os signos em suas relações entre si próprios (sintática), em relação aos objetos extralingüísticos (semântica) e na relação aos seus intérpretes e usuários (pragmática). Tércio acrescenta à pragmática as noções de discurso e de diálogo, inserindo o seu sentido na teoria do falar e da relação discursiva, cujo centro está no *princípio da interação*.

O autor faz a abordagem da norma sob o seu aspecto lingüístico e enuncia que todo Direito, como condição de existência, é formulável em linguagem, imposta pelo postulado da alteridade. Normas jurídicas são fatos lingüísticos, embora não exclusivamente linguagem, adverte o autor. São decisões prévias cuja função é determinar outras decisões. Assim, a abordagem pragmática ressalta o aspecto procedimental do discurso normativo.

“Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141.)

“A Constituição de um Estado deve ser interpretada como uma metalinguagem normativa, capaz de decidir se e quando os aspectos relacionais dos discursos normativos devem ser mantidos ou modificados.” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141)

Conceito chave da teoria de Tércio é o de *situação comunicativa*, situação de ensinar e aprender, na qual se manifesta a compreensibilidade da ação. Assim, o falar não é uma seqüência predeterminada de articulações, o que faz que uma ação ocorra é o comportamento seletivo das partes postas na relação. O mundo e circundante influencia a relação comunicativa e, sempre que sua complexidade é reduzida pelo estabelecimento de regras, estrutura-se a situação comunicativa, a exemplo do discurso do Direito.

A situação comunicativa se dá no modelo pergunta/resposta e, desta forma, o ato de falar se revela reflexivo. Quanto mais reflexiva, mais complexa a situação comunicativa. A situação comunicativa, cuja reflexividade é controlada por regras, constitui o discurso racional.

O discurso apela ao entendimento de outrem, portanto, não basta que seja provável, mas comprovável. A racionalidade não emerge do consenso sobre o que se diz, mas do mútuo entendimento sobre as regras deles. Para isto, as regras devem emergir de dentro do discurso, não de fora. Um discurso irracional não respeita o dever de prova e desqualifica o comportamento crítico do ouvinte.

Para que o discurso seja racional ele não precisa de uma cadeia fundamentante que conduza a axiomas últimos que fundamente tudo. A regra da fundamentação, ou do questionamento, ou do dever de prova, conduz, inevitavelmente, a questões aporéticas.

Num discurso de estrutura dialógica, a alta reflexividade determina o discurso como “um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de *topoi*” “A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas”. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 21-23).

Tércio define os *topoi* como fórmulas de procura que orientam a argumentação, construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão. Assim, o discurso dialógico, sendo tópico, é sempre aberto e não axiomatizável, além de ser histórico, dado o fato dos *topoi* emanarem da situação comunicativa[4].

“Se é verdade que a racionalidade não está nos fins propostos da ação (racionalidade dos fins), nem da correlação de fins e meios (coerência da ação), nem por isso deixa de haver um traço divisório entre razão e irrazão. A visão pragmática da racionalidade nos permite dizer que esta não se localiza nem em “formas (invariáveis, essenciais), nem em “matérias” (variáveis, contingentes) nem nas manipulações, nem mesmo em ‘premissas’ que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso da decisão, mas no tratamento correlacional e regrados das questões e soluções de questões”. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 17)

O sistema normativo jurídico encerra uma relação complementar entre editor e sujeito normativo. Nos discursos heterológicos o consenso é possível, mas não em razão da verdade, mas em razão de uma decisão. Em discursos heterológicos, admite-se a

possibilidade de decisões legítimas que não tenham o consenso fático das partes às quais se destinam, apoiando-se, neste caso, as decisões em consensos fictícios, que elas sejam capazes de implementar.

“Os discursos decisórios repousam em questões aporéticas, diante das quais qualquer opção é ponto de partida que pode ser ensinado (*dogma, dokein*), mas não pode eliminar outras possibilidades, repousando sua força justamente na sua capacidade de sustentar-se no confronto com outras possibilidades” (...) o limite de racionalidade dos discursos heterológicos está na sua capacidade de assumir aporias, sendo irracionais os que as excluem o tentam eliminá-las.” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 167).

Os discursos verdadeiros relacionam sua legitimidade à competência comunicativa dos comunicadores, os discursos decisórios fazem desta competência questão de legitimidade, daí observamos a rigidez das normas de competência nos sistemas normativos - no entanto, adverte o autor a observâncias das regras de competência por si só, não garante a legitimidade.

É possível axiomatizar discursos verdadeiros, mas não é possível fazer o mesmo com discursos decisórios, pois estes não se fundam em verdades, sendo passíveis apenas de dogmatização. Destarte, o discurso normativo é heterológico e dogmatizável.

Tércio adverte que o discurso normativo é estruturalmente ambíguo, pois o endereçado é, ao mesmo tempo, convidado a participar, co-determinando o sentido do relato, e convidado apenas a submeter-se, sendo ao mesmo tempo monológico e dialógico. Assim, a norma expõe-se ora interpretativa ora dogmaticamente.

Para ele, a ideologia, instrumento metavalorativo, perverte o sentido dialógico dos valores, o que pode conduzir ao decisionismo de Luhmann, reduzindo a legitimidade a procedimentos decisórios. Diz Tércio, que, para Luhman, a função da decisão é absorver a insegurança, bastando de fundamento a uma decisão a certeza da decisão e a crença na legalidade. Para este autor, segundo Tércio, propor fundamentos não teria funcionalidade nenhuma, pois, a legitimidade estaria na ficção de que esta possibilidade exista, mas não seja realizada. Assim, Luhman concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária.

Tércio entende que este posicionamento torna o Direito um instrumento de controle e de manipulação e forma pervertida de comunicação, pois dá ao endereçado do discurso a impressão de que o discurso obedece às regras de fundamentação. O sistema normativo se legitimaria, então, na medida em que esta ilusão fosse garantida.

Para Tércio, a legitimação discursiva do discurso normativo, por ser este heterológico, está na observância das regras do discurso racional, sendo a mais importante delas a garantia da possibilidade de questionamento das premissas e o dever de prova. Tércio reconhece que as premissas serão mais verossímeis do que verdadeiras e que o contínuo questionamento destas levará inevitavelmente a aporias. No entanto, garante que é

exatamente nesta peculiaridade que residirá a legitimidade racional do discurso normativo.

“É, entretanto, o caráter aporético do fundamento último dos discursos normativos que explica, a nosso ver, a sua peculiar forma de legitimação. Como neles o aspecto-cometimento e o aspecto relato são, até certo ponto, independentes, pode se entender que a norma jurídica seja indiferente à verdade, admitindo uma lógica própria.” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p.).

2.2 A TEORIA DO DISCURSO APLICADA À DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: O CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO DE ALEXY

2.2.1 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO, O DISCURSO RACIONAL E O DISCURSIVAMENTE NECESSÁRIO

Alexy coloca como premissa a tese de que o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva[5]. A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica em fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção.

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, pela qual, uma norma é rigorosamente correta quando resulta de dado procedimento, a argumentação. Para Alexy, o procedimento é definido pelas regras do discurso, que estabelecem condições do argumentar prático e racional.

Dentre as regras do discurso do Direito, algumas são regras gerais de racionalidade, tais como, a liberdade de contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados empregados, a clareza conceitual idiomática, a verdade empírica, a consideração das conseqüências, o ponderar, a troca de papéis e análise do nascimento de convicções morais.

Admite que essas regras valham também para os monólogos, mas ressalta que assumem relevância no discurso heterológico. Sobretudo as regras segundo as quais cada um tem permissão de por em questão cada afirmação, para introduzir uma afirmação no discurso e manifestar suas colocações, desejos e carências.

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as conseqüências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validez moral existe uma relação necessária. Vejamos: “válidas são, rigorosamente, as

normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais.” (Habermas *apud* Alexy p. 27).

Para Alexy, a Democracia é exemplo da categoria do necessário discursivamente. Afirma que a teoria do discurso possibilita a argumentação prática racional, e, desta forma, o próprio Estado Democrático Constitucional[6]. Daí advém a fantástica ligação, em Alexy, entre a legitimidade discursiva do Judiciário e a Democracia Constitucional.

Assim, a união entre o discurso e Direito compõem o Estado Constitucional Democrático, vejamos: “o discurso precisa do Direito para obter realidade e o Direito do discurso para obter legitimidade”. (ALEXY, 2007, p. 33)

O autor nos diz que os argumentos clássicos do positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação. Sendo estas duas últimas, condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma “medida insuportável”. Antijuridicidade extrema não é Direito, diz o autor. (ALEXY, 2007, p. 32)

2.2.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO CIDADÃO

O princípio do discurso exige *Democracia Deliberativa*, na qual, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos em que todos os cidadãos lutam por uma solução política correta. “A teoria do discurso leva ao Estado Constitucional Democrático duas exigências ao conteúdo do sistema jurídico: Direitos Fundamentais e Democracia”. (ALEXY, 2007, p. 33)

A *Democracia Deliberativa* pressupõe a possibilidade de racionalidade discursiva. Há que se assegurar o jogo de argumentos livres e a retrovinculação do processo político na razão e responsabilidade do cidadão. O conteúdo da correção são os Direitos Fundamentais.

Alexy nos diz que se a jurisdição constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, está mais próxima dos ideais discursivos que o processo político, e é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria.

Há que se deter sobre a expressão *representação argumentativa*, ela representa um contributo inestimável em meio às críticas de falta de legitimidade democrática do Judiciário para as questões políticas. Para Alexy, o Tribunal Constitucional também exerce representação do povo. Só que não a representação política, mas, a argumentativa. A nosso ver, esta *representação argumentativa* também é política - embora não fundada na representação clássica - e se estende a todo o Judiciário, em sua acepção política, não somente ao Tribunal Constitucional.

Acrescentaríamos que a jurisdição – não somente a constitucional, mas toda ela – como criação discursiva, nos parâmetros da correção, construção histórica e ininterrupta, é processo de participação política democrática do cidadão. O desenvolvimento da noção de *representatividade argumentativa* é deveras crucial para a fundação da legitimidade democrática do Judiciário.

Para este fim, há que se ressaltar o que Alexy chama de ‘abertura necessária do Direito’ representada pela vagueza da linguagem do Direito, da possibilidade de contradições normativas e da falta de normas, e da própria possibilidade de, em casos especiais, também se decidir contra o texto de uma norma.

Há que se afirmar que o Jurídico, desta maneira, se reconcilia com o político que existe em si, sua maior flexibilidade, próxima à discricionariedade política, porém, como jurídico, tendente a dogmatizar a alta reflexividade desta situação comunicativa heterológica, para se utilizar das expressões do professor Tércio, estabelecendo a pretensão do correto, na expressão de Alexy.

Neste tópico, para a realização da ‘pretensão de correção’, o argumento de princípio assume destaque, pois os princípios são ‘mandamentos de otimização’ portadores de um dever ideal que exige que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, por meio da ponderação, concretizando o dever *prima facie* ideal.

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, se fazendo necessárias valorações adicionais, a teoria do discurso assume relevo. A pretensão de correção e as questões de justiça, no plano da aplicação do direito, fundam a união entre o direito e a moral.

Ponto interessante do magistério de Alexy é o estudo da relação entre os Direitos Fundamentais e a Democracia. Para ele, a relação entre Direitos Fundamentais e Democracia é de reforço e de colisão. Os Direitos Fundamentais garantem a Democracia porque possibilitam porque asseguram a existência das pessoas e o exercício de direitos e prerrogativas que a viabilizam. Por outro lado, os Direitos Fundamentais contrariam a Democracia quando subtraem da maioria parlamentar o poder de decisão.

No entanto, esta subtração, por vezes se faz necessária, pois, diz Alexy, à atividade parlamentar é intrínseco o risco a que a maioria cometa erros graves, e o Tribunal Constitucional, ao atuar nestes casos, não se dirige contra o povo, mas ‘em nome do povo, contra seus representantes políticos’ (ALEXY, 2007, p. 54). Salieta que a “representação argumentativa dá bons resultados quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político” Quando os argumentos do Tribunal encontram repercussão no público e nas instituições políticas.

“Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos do homem e Democracia estão, então, reconciliados”.

Para Alexy, conceber a Democracia como um procedimento de decisão centrado na maioria e nas eleições é um modelo meramente decisionista. Para ele, o modelo adequado de Democracia deve abarcar o conceito de argumento – afirma ser esta até mesmo discursiva necessariamente – e tornar-se deliberativa. Entendida esta como a modalidade de Democracia que institucionaliza o discurso como meio de tomada de decisão e admite, portanto, a *representação argumentativa* em seu seio.

A representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional e discursiva; o que demonstra que representação e argumentação não são incompatíveis. Já a representação do povo pelo Tribunal Constitucional é meramente argumentativa.

A fim de firmar sua categoria de representação argumentativa, Alexy traz o conceito de representação de Leibholz, para quem a representação deve abranger *valores ideais*, e de Kelsen, para quem representação é algo mais que mera “substituição” e mais que algo meramente “existencial” ou fático.

“Representação é como tal, necessariamente orientada para algum ideal. Isso significa que representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal. Na representação democrática, como caso da representação, o ideal é a idéia de correção. Um conceito plenamente formado da representação democrática deve, por isso, abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal” (ALEXY, 2007, p. 164).

Segundo Alexy, argumentos bons ou plausíveis bastam para a deliberação, mas não para a representação. Destarte, para que o Tribunal Constitucional pronuncie os argumentos do cidadão é preciso que um número desses cidadãos aceite esses argumentos como corretos. Como somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade, existem duas condições fundamentais de *representação discursiva* autêntica: a existência de argumentos válidos e corretos e a existência de pessoas racionais capazes de reconhecerem isto.

“porque uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições. O constitucionalismo discursivo é a tentativa de institucionalização da razão e correção. Se existem argumentos válidos e corretos e pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem elas”.

Alexy colaciona a crítica de Habermas, para quem a ponderação levaria à perda da categoria da correção “o ponderar conduz o decidir jurídico para fora do âmbito do jurídico e antijurídico, do correto e falso e do fundamental e leva para dentro de um

âmbito, que é caracterizado pelas distinções como a entre o adequado e o inadequado e conceitos como o de poder discricionário.” (HABERMAS *apud* ALEXY, p.157) e responde defendendo a compatibilidade da ponderação com a correção, fundado em sua *fórmula de peso*, a que remetemos para leitura.

O Constitucionalismo discursivo, portanto, é uma teoria que nasce do enlace de cinco conceitos: o de Direitos Fundamentais, o de ponderação, o do discurso, da jurisdição constitucional e o da representação.

CONCLUSÃO

Embora a representatividade parlamentar seja instituto essencial das Democracias, estas não são configuradas apenas por ela. Com o advento do Estado Social de Direito, e o que se assistiu após ele, as Democracias agregaram ao seu conceito um conteúdo finalístico, assumindo como sua razão de ser a realização dos Direitos Fundamentais.

Na Democracia Constitucional surgem outros espaços políticos de atuação da cidadania que não os clássicos métodos de representação, entre os quais se destaca o Judiciário, que em crescente atuação política, reinventa a sua Jurisdição e legitimidade.

Desta forma, são reinventados também os instrumentos processuais, de modo a possibilitar a abertura do processo à participação democrática. A este desiderato serve o *Amicus Curiae*, numa demonstração de que o Processo adequa-se à nova roupagem das Democracias Constitucionais, na qual a necessidade de inclusão das minorias e a proteção dos Direitos Fundamentais são imperiosas.

A participação política no Poder Judiciário, legitimada pela vontade do Poder Constituinte e pela opinião pública, cerceia o excesso do poder constituído e contorna uma grave crise de representatividade instaurada que ameaça transformar a Democracia em teorema formal.

Assim, a participação do cidadão na vida pública na seara do Poder Judiciário, possibilita o pluralismo e complementa a Democracia representativa clássica, pelo viés da concretização os Direitos Fundamentais. De modo a consolidar a ‘Democracia Constitucional’ de Dworkin ou a ‘Democracia Deliberativa’ de Alexy, em detrimento da ‘Democracia majoritária’, pelo reconhecimento de uma ‘representação argumentativa’ (Alexy), ou ‘funcional’ (Vianna) - que a nosso ver, não deixa de ser política, apenas distinta da representatividade clássica - atrelada à cidadania social, exercida pela comunidade de intérpretes e agentes judiciais.

Estabelecido o direito ‘à máxima efetividade da Constituição’, tendo a função jurisdicional deixado de ser reguladora de conflitos intersubjetivos, consagrou-se o Judiciário como um cenário político apto a realizar as prestações sociais do Estado Democrático Constitucional, com a participação do cidadão, que não é mais o Jurisdicionado inerte de outrora. Assim, considerando a premissa de que a Jurisprudência cria direito, porque a norma se perfaz no momento da interpretação, os

cidadãos participam da criação do direito estatal pela interpretação e aplicação do Direito, não somente pela representatividade conferida ao legislativo, mas pela via judicial.

O Poder Judiciário é Poder político, suas instâncias são espaços democráticos de atuação e produção política, representativos discursivamente, participativos procedimental e politicamente, portanto legítimos. Assim, o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais, pela participação dos cidadãos e atores do Estado, na concretização dos valores fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos Poderes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. ed. São Paulo: Hemus, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.

CRUZ, [Juliana Guimarães](#). **Politização da Justiça Constitucional ou Constitucionalização da Justiça?** Disponível em:

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios>> Acesso em: 02 dez. 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Separação de Poderes e garantia de Direitos**. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2006. Disponível em:

<<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>>

Acesso em: 06 dez. 2006.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

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

FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. Editor, 1991.

LEITE, Glauco Salomão. Direito e política. A politização da Justiça Constitucional é inevitável.

Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>>

Acesso em: 11 nov. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Trad. Alex. Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova.** São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 06 jun. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** 2. Ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial.* In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.** Nº 14, ano 2007.1, pp. 207-236. Salvador: Prol, 2007, pp. 230-231

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre o fundamento e as origens das desigualdades entre os homens**. 2 ed. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. Partido-politização da Justiça Constitucional. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2206. Disponível em:

<<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>>

Acesso em: 06 dez. 2006.

VIANNA, Luís Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[1] Para este autor, os direitos sociais e coletivos dependiam de implantação de diretrizes políticas dos atores políticos do Estado pelos critérios da representatividade e da maioria, fundada em política e não em princípios; o que as distinguiu da efetivação dos Direitos Fundamentais individuais que poderiam, em seu entendimento, serem fixados pelo Judiciário, porque fundados em princípios. (VERBICARO, 2006, p. 18)

[2] É certo que para Dworkin a atuação do Judiciário para efetivar os Direitos Fundamentais se limita aos direitos individuais e não se estende aos direitos sociais. Porém, à sua magistral construção teórica – quando diz que o Judiciário cumpre com o papel da Democracia ao afirmar os Direitos Fundamentais do cidadão, que tem o direito de exigir-los do Judiciário não obstante a inércia dos demais poderes – deve acrescentar-se os direitos coletivos.

[3] Com a devida vênia à expressão utilizada pela autora, preferimos utilizar a expressão ausência de correspondência entre o texto normativo e os cidadãos, porque entendemos que foi neste sentido que empregou a palavra Direito, como texto normativo advindo do processo legislativo. Necessária esta observação porque consoante a concepção por nós compartilhada, o texto normativo não encerra o Direito, pois a norma se perfaz com a interpretação.

[4] Tércio no lembra que, segundo Hannah Arendt, onde se utiliza a força, a autoridade fracassou, e onde se utilizam os argumentos persuasórios a autoridade está suspensa.

[5] A decretação de acordo com a ordem e a eficácia social formam o lado fático e institucional do Direito.

[6] O autor identifica ainda as categorias do “impossível discursivamente” e do “meramente possível discursivamente”, sendo esta última, um limite para a teoria da argumentação, pois, a teoria do discurso não conduz sempre a um resultado, mas a um espaço amplo do “meramente possível discursivamente”. É o que ele denomina “problema do conhecimento”, ao qual acrescenta dois outros: o problema da imposição e o problema da organização.

O problema da imposição advém do fato de que o conhecimento da correção ou da legitimidade de uma norma não leva, necessariamente, ao seu cumprimento: “a apreciação concordante, alcançada em um discurso, de uma norma como justa e, por conseguinte, correta, não tem necessariamente, o seu cumprimento por todos como consequência” (ALEXY, p. 30). O problema da organização refere-se ao alto grau de organização necessário à administração do Direito.

SOBRE O PRINCÍPIO REPUBLICANO: APORTES PARA UM ENTENDIMENTO DE BEM COMUM E INTERESSES DA MAIORIA * **

ABOUT OF PRINCIPLE OF REPUBLIC: CONTRIBUTIONS TO AN UNDERSTANDING OF THE COMMON WELL AND INTERESTS OF THE MAJORITY

**Luiz Henrique Urquhart Cadernartori
Paulo Márcio da Cruz**

RESUMO

Princípio Republicano, assim como República, são categorias fundamentais para se entender a lógica dos ordenamentos jurídicos ocidentais. No entanto, seus conceitos se confundem com outros valores, tais como Bem Comum, Interesses da Maioria ou Temporalidade de Mandatos Eletivos o que dificulta o entendimento da própria condição de cidadania e seu exercício. O objetivo do presente artigo é conceituar e caracterizar o Princípio Republicano, a partir da hipótese geral de que o objetivo a se perseguir, com a aplicação do referido princípio, é o atendimento do Interesse da Maioria e sua persecução a partir de sua definição pelos instrumentos democráticos. O método de pesquisa é o indutivo e o do relato, o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVES: REPÚBLICA; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; PRINCÍPIO REPUBLICANO; INTERESSE DA MAIORIA, CIDADANIA.

ABSTRACT

The Principle of Republic as well as Republic are essential categories for understanding the logic of Western juridical ordering. Nevertheless, its concepts are mistaken for other values, like Common Well, Majority Interest or Temporary Elective Mandate, fact that makes it difficult to understand citizenship itself and his exercise. The objective of this article is to appraise and characterise the Republican Principle from the general hypothesis that what is pursued, applying the mentioned principle, is attending to Majority's Interest, from its definition by democratic instruments. Research about the Principle of Republic is fundamental to law science. The method of research is inductive and the report is deductive.

KEYWORDS: REPUBLIC; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; PRINCIPLE OF REPUBLIC; MAJORITY'S INTEREST; CITIZENSHIP.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

INTRODUÇÃO

Estudos sobre o sentido da categoria República e a caracterização e conceituação do Princípio Republicano são fundamentais para qualquer abordagem sobre a Sociedade, a Democracia, e o Estado Pós-contemporâneos[1]. As discussões sobre os novos rumos do mundo globalizado são abundantes atualmente, e o conceito pós-contemporâneo de República poderá ser um de seus principais elementos de debate.

República e Princípio Republicano são termos vastamente mencionados no universo jurídico e também por profissionais e pesquisadores de outras áreas, como aqueles que se dedicam à Ciência Política. São categorias conhecidas, mas na maioria das vezes, não adequadamente compreendidas, porque são normalmente operadas a partir de conceitos modernos insuficientes ou parciais.

A não compreensão do que seja uma República e, principalmente, do que seja o Princípio Republicano traz prejuízos incalculáveis ao perfeito entendimento de termos como Direitos Fundamentais, Cidadania e Coisa Pública, por exemplo. Ao mesmo tempo, deturpa o sentido da própria Democracia que deve ser um instrumento republicano, ou seja, uma ferramenta para aferir e garantir o Interesse da Maioria e sua aplicação nos mais diversos aspectos da vida em Sociedade.

Importante notar que o termo Interesse da Maioria estará sempre presente ao longo deste artigo, sendo o núcleo epistemológico principal, quando se trata de discutir República e o Princípio Republicano. Principalmente em se tratando de conceituar e caracterizar ambas as categorias.

É fundamental, então, estabelecer o significado da categoria Interesse da Maioria para o presente artigo. Composta por duas sub-categorias - Interesses e Maioria – é indicado expressar, antes, o significado de cada uma delas. Interesse significa a relação de reciprocidade entre o cidadão e um objeto que corresponde a uma necessidade social geral, que indica a formação da Coisa Pública. Maioria, por sua vez, implica que a Coisa Pública seja estabelecida a partir dos interesses construídos de forma hegemônica pelos[2]cidadãos, que serão aferidos através de outros princípios, a exemplo do Princípio do Estado Democrático de Direito ou do Princípio da Temporalidade dos Mandatos Eletivos.

Cabe notar que Interesse não significa Direito. O respeito aos direitos das minorias também é uma condição republicana, como Interesse da Maioria pois, mesmo quando alguém estiver em posição minoritária quanto a seus interesses, deverá ter seus direitos respeitados. Esta questão, por sua vez, remete-se à concepção de inegociabilidade dos Direitos Fundamentais – imunes à interesses de maiorias contingentes que possam querer questioná-los - como corolário de um Estado Constitucional, nos termos traçados por teorias tais como a do Garantismo.

Assim, a conjunção das duas categorias, formando uma só, significa que o Interesse da Maioria é a formação da Coisa Pública através da aferição dos desejos conjuntamente definidos pelos cidadãos, transformados em interesses comuns e prevalentes sobre os interesses individuais[3].

Há que se ressaltar a mudança de percepção quanto à Coisa Pública, que no último quartel do Século XX abandonou o figurino individualista típico da modernidade e adotou contornos coletivos e difusos muito intensos, ou seja, a existência do espaço público deveria deixar de estar a serviço do individualismo burguês para servir como corolários da consecução do bem comum. Apesar de a Sociedade mundializada estar tão ou mais individualista que aquela observada até o terceiro quartel do Século XX, as discussões teóricas e o problema ambiental apontam na direção da premência de um novo paradigma para matizar os interesse difusos.

O individualismo doutrinário moderno foi talvez o maior responsável por uma facilmente constatável deficiência – se não deturpação - no que diz respeito à conceituação e caracterização do Princípio Republicano, exatamente pela inobservância da mudança citada no parágrafo anterior.

Como o Princípio Republicano é o princípio reitor de todo ordenamento jurídico que o adota, dele derivam e devem estar de acordo todos os outros princípios constitucionais ou não, assim como as demais normas jurídicas existentes e válidas.

Apesar disso, tem sido comum a confusão que diversos autores fazem quando tratam do Princípio Republicano. Confundem-no com o Princípio do Estado Democrático de Direito, com o Princípio da Temporalidade dos Mandatos Eletivos, com o Princípio da Democracia Representativa e com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros.

A partir desta constatação, é objetivo geral do presente trabalho, articular o conceito e a caracterização de Princípio Republicano, estando este vinculado ao Interesse da Maioria, que por sua vez, remete-se à idéia de Bem Comum, nos termos que adiante serão abordados. É importante anotar outra vez que boa parte dos outros princípios constitucionais, principalmente aqueles denominados por nós como Político-Ideológicos, são instrumentos para se aferir e também para viabilizar a aplicação do Princípio Republicano, tendo como referente o Interesse da Maioria.

No ordenamento jurídico brasileiro, o depositário do Interesse da Maioria é o Estado, através dos dois Poderes legitimados democraticamente, o Executivo e o Legislativo[4]. O Poder Judiciário, por sua vez, deve ser instrumento de garantia de não distorção na aplicação republicana do Interesse da Maioria.

O Estado desempenha a representação e aplicação do Interesse da Maioria através dos instrumentos criados a partir dos outros princípios e, no caso da maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, também por conta de seu caráter derogatório e pretoriano[5]. Deve-se levar também em consideração a positivação do Princípio Republicano, logo no primeiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil, o que o habilita para ser a base valorativa de todo Direito Positivo Brasileiro.

Assim, é possível estabelecer as seguintes hipóteses para o artigo em tela:

a) O Princípio Republicano orienta todo o ordenamento jurídico a partir da premissa de que, em qualquer situação jurídica, deve sempre prevalecer o Interesse da Maioria;

b) O Princípio Republicano é confundido com outros princípios, principalmente com o da Temporalidade dos Mandatos Eletivos. É comum ouvir dizer que na República a principal característica é a possibilidade de substituição dos detentores de mandatos de tempos em tempos;

c) O Princípio Republicano é o “princípio dos princípios”. Funciona como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas.

É comum a pergunta sobre o significado do Princípio Republicano ficar sem resposta ou, o que é mais grave, ser respondida de maneira equivocada, com a confusão já citada anteriormente. Esse é o principal problema que se pretende ajudar a resolver com o presente artigo.

1. SOBRE A REPÚBLICA

Desde os mais remotos tempos, filósofos e políticos buscam entre as sociedades políticas aquela que teria a forma de governo ideal. Existem diversas formas conhecidas, desde a Monarquia, Aristocracia ou Anarquia. Porém, a mais discutida sempre foi a República. O termo República é um conceito romano, assim como Democracia é um termo grego. O termo República vem de *res publica*, ou seja, Coisa Pública, e surgiu como substitutivo à monarquia, que se define “por quem manda” (poder = *arquia* + de um = *mono*), estando o poder a serviço do bem comum, da coisa coletiva ou pública[6].

Como idéia geral, se associa a forma republicana de governo como uma maneira de restringir o poder absoluto dos monarcas, com a tripartição de poderes ou, ainda, com a periodicidade e alternância dos cargos eletivos. Estes parâmetros não traduzem, porém, a essência do Princípio Republicano.

Foi na Grécia e em Roma que surgiram as formas de governo que permitiam a participação dos cidadãos e nas quais as deliberações daqueles habilitados para tal se davam em direção à aferição de qual era o Interesse da Maioria. Então, para que se encontre a origem do termo República, é recomendável uma específica digressão histórica para uma análise a partir de autores clássicos como Platão, Aristóteles e Cícero.

Platão imaginava sua utopia possível quando os governantes fossem filósofos[7] verdadeiros e que desprezassem as honrarias por as considerarem impróprias e destituídas de valor. Os governantes deveriam atribuir a máxima importância à retidão e às honrarias que dela derivassem e considerassem que prosperariam quando colocassem a justiça como o mais alto e necessário dos bens na organização da Sociedade ideal[8]. Ele atribuía a uma espécie de “capacidade aristocrática” a condição para se alcançar o bem comum ou, em outras palavras, o interesse coletivo.

Entretanto, e em oposição a Platão, será em Aristóteles onde o ideal de valores que embasam a idéia de República melhor se explicitará, na medida em que este filósofo articula a noção de bem comum conciliada com um ideal de justiça, sendo que estes, por seu turno, são perpassados pela demanda de uma realização existencial, ou de “uma vida boa”, a ser experimentada por cada cidadão da *polis*.

2. SOBRE A CONCEPÇÃO DE BEM COMUM EM ARISTÓTELES E O JULGAMENTO DAS AÇÕES JUSTAS

Na sua obra *Ética a Nicômaco.*, Aristóteles contesta a concepção socrático-platônica de que o bem seria um saber passível de ser transmitido (diretamente) possibilitando, então, uma ação adequada em qualquer circunstância. Contrariando tal tese, Aristóteles observa que, inversamente, a realização do bem diz respeito a um saber agir sob condições variáveis e imprevisíveis.

Sendo dessa forma, o bem, tido como o fim da ação, não poderia ser fixado de forma abstrata e sim mostrado em cada caso isolado, de forma adequada às circunstâncias especiais. Esta será a única forma de possibilitar ao sujeito, aos poucos, realizar e concretizar a sua concepção de “uma vida boa” em diversas situações. A *phrónesis* (ponderação), por sua vez, será o instrumento de sopesamento que auxiliará na seleção e consideração dos sinais situacionais que forem relevantes para decidir a ação adequada.

Para tanto, se faz necessário estabelecer o conteúdo, vale dizer, o significado da própria idéia aristotélica de “bem geral”, tão cara a um ideal republicano. Segundo Aristóteles, o fundamento de tal questão reside na concepção geral de que o homem feliz, vive bem e age bem, sendo então a felicidade, uma espécie de boa vida ou boa ação[9]. Isto incluirá também, a constatação de que todo conhecimento prático ou investigação científica, assim como qualquer ação ou opção, anseiam por um bem assumido genericamente, derivando disto a idéia do que é bom, sendo esta, a meta que todos anseiam, portanto, um ideal de interesse comum.

Estabelecida a correlação entre “o bom” e a felicidade, Aristóteles constatava que ela deve ser partilhada por um grande número de pessoas e isto culminaria na realização do homem como ser naturalmente social, na *polis*. Examinando estas digressões, Günther[10] observa que a vida boa não é avaliada através do cumprimento de metas privadas, é dizer, as que cada sujeito persegue para si, embora Aristóteles não exclua estas metas da sua ética, porém, elas estão subordinadas ao objetivo geral (e social) da vida boa, o que se conjuga com a idéia aqui defendida de prevalência de interesses da maioria como ideal de vida em uma República.

Dessa forma, os objetivos isolados poderão ser heterogêneos desde que cada opção realizada pelo homem contribua para que o objetivo geral da vida boa seja concretizado.

Importante ressaltar que o aspecto central para definir a ética como algo inerente ao homem como ser político, deriva da concepção de *zoon politikón* aristotélico, ou seja, o homem é um animal naturalmente político, dotado de linguagem a qual existe para assinalar o útil e o nocivo e como decorrência disto, o justo do injusto, isto em razão de que, diante de outros seres vivos, é inerente ao homem na vida comunitária compreender o justo e o injusto, bem como a sua utilidade. Por sua vez, a visão comunitarista destas idéias - o que hoje pode ser compreendido dentro de um valor republicano - é que fundamenta a família e o Estado.

A partir de tais postulados, pode-se concluir que as ações do homem obterão as suas virtudes apenas no trato com as diversas situações da ação nas quais, confrontado com os extremos das suas paixões, o homem opta pelo meio termo. Esta idéia reguladora encontra-se na base da noção de ponderação ou *phrónesis* que, por sua vez, sustenta a hoje resgatada máxima ou regra da proporcionalidade, desenvolvida por muitos juristas com os necessários ajustes, peculiares a cada teoria, como meio de sopesamento quando da colisão de normas jurídicas ou como forma de mensurar o grau de exercício do poder de polícia, administrativa ou judiciária em um Estado republicano.

A forma de encontrar o meio termo no objeto que se queira analisar é definida por Aristóteles como aquilo que é equidistante em relação aos extremos e que é o único e o mesmo para todos os homens.

Por meio termo entende Aristóteles, aquilo que não é nem demasiado nem muito pouco e isto não é o único e o mesmo para todos. Esta concepção é exemplificada afirmando-se que, se dez é demais e dois é muito pouco, seis é o meio termo (resultante de um cálculo algébrico básico: dez mais dois resulta em doze, cuja metade é seis), vale dizer, esta grandeza é o valor intermediário de acordo com uma proporção aritmética.[11]

Transpondo este parâmetro regulador, baseado na proporção, para o terreno da virtude ética, Aristóteles chega à conclusão de que a virtude é, então uma disposição de caráter que se relaciona com a escolha de ações e valorações que pressupõe uma mediania, ou seja, a mediania relativa a nós que é determinada por um princípio racional inerente ao homem dotado de um saber prático. Isto quer dizer que é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, já que nos vícios, ou há a falta ou há excesso daquilo que é relativo às ações ou às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Sendo assim, pode se dizer que para Aristóteles, a virtude é uma mediania enquanto que no que se refere ao supremo bem e ao mais justo, ela é um extremo.[12]

Esta relação estabelecida entre a ponderação como instrumento de efetivação das virtudes nos diversos contextos éticos foi resumida por Gadamer[13] ao situar a *phrónesis* no âmbito de uma forma política de vida que não esboça um *ethos* (na sua acepção etimológica de costume, do habitual e do tradicional) novo mas esclarece e concretiza os conteúdos normativos dados. Ou seja, agir de modo moralmente correto

em uma dada situação irá pressupor a interpretação adequada das formas, hoje ditas republicanas, predeterminadas de vida e de práticas sociais.

3. SOBRE A REPÚBLICA E TEMPORALIDADE DE MANDATOS ELETIVOS

Principalmente em sua obra **A Política**, Aristóteles mostrou-se ocupado em pensar sobre o Interesse da Maioria quando afirmou que a cidade deveria ser regida por leis comuns a todos os cidadãos e não somente por um setor daquela Sociedade, no caso os sábios. O filósofo estagirita assinalou que somente a lei impõe diferença entre o homem livre e o escravo, pois a natureza não faz distinção entre eles. Essa diferença, diz Aristóteles, não é justa, e apenas a violência é que a produz[14]. Bobbio[15] escreveu que Aristóteles é um dos principais autores quando se trata de caracterizar a Gênese do termo República, pois propôs que a autoridade civil ou política adequada era aquela que regia homens livres e iguais e que estivessem unidos por interesses públicos comuns.

Aristóteles assinalou que era necessário todos os cidadãos participarem em comum de tudo ou nada, de algumas coisas e de outras não. No seu entender, participar de nada é impossível, pois a Sociedade política é como uma comunidade.[16] É impossível que todos exerçam concomitantemente a autoridade. E, pelo fato de que os homens devem ser livres e iguais, a autoridade deve ser exercida por um tempo determinado, todos alcançando o poder e alternando-se. Assim, uns mandam e outros obedecem, de modo alternado.

Essa concepção aristotélica que levou à tese da Temporalidade dos Mandatos Eletivos até hoje provoca confusão. A Temporalidade dos Mandatos Eletivos não é o principal elemento conceitual de República, mas sim um dos principais instrumentos teóricos para se alcançar os ideais republicanos: o Interesse da Maioria, a Coisa Pública, e como substrato social indispensável para tal fim, a construção do o espaço público.

A Temporalidade dos Mandatos Eletivos é um dos elementos caracterizadores da República, pois funciona como um dos princípios dela derivados e que serve como instrumento para, de tempos em tempos, se aferir o Interesse da Maioria em um de seus aspectos, ou seja, na definição de quem governa e de como será composta a dieta que representa os cidadãos. O sentido aristotélico de República indica o Governo em que a multidão governa no sentido do interesse coletivo, da maioria, do bem comum.

Outro autor clássico, que merece destaque na discussão da gênese do conceito de República, é o romano Cícero, que viveu de 106 a 43 a.C. e se destacou como um dos mais célebres pensadores sobre a República de seu tempo. Foi ele quem, principalmente, definiu conceitualmente o significado de República, quando explicitou o “interesse comum” – ou da maioria - e a “conformidade com a Lei comum” como o único caminho para uma comunidade que se afirma na Justiça[17]. Cícero contrapunha a República não só às monarquias, mas aos governos injustos, que não tomavam em conta o Interesse da Maioria.

Para o filósofo, a República seria coisa do povo[18] e fundamentar-se-ia no consentimento jurídico e na utilidade comum. Essa agregação seria fruto do instinto de sociabilidade que faz parte da natureza do ser humano, pois o homem não nasceu para o isolamento, mas para procurar o apoio comum. Está na obra de Cícero a noção de interesse de todos ou Interesse da Maioria. Ele afirmou que, naqueles lugares nos quais tudo estaria sob o poder de uma facção, não se poderia dizer que existisse República, pois apenas o interesse de uma minoria seria atendido. Não haveria paz ou felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República[19].

Tanto Aristóteles como Cícero entendiam que na forma de governo republicana tudo converge para a idéia de um Estado cujos sentimentos de igualdade, justiça e compromisso dos governantes existam, visando o interesse comum de todos os participantes da Sociedade, ou seja, o Interesse da Maioria.

Desde as sociedades antigas que se busca uma forma de governo que leve o homem à convivência em associação com outras pessoas e à felicidade. Isto só seria possível quando o homem tivesse suprido suas necessidades básicas de alimento, moradia, segurança, saúde, amor, trabalho digno e satisfatório, necessidades estas que formariam seus interesses fundamentais.

Daniela Cademartori assinala que é em Rousseau que a idéia de soberania popular se insere na de República e apresenta a novidade de ampliar para a maioria a participação na vida cívica. Todavia essa nova liberdade não se apóia na idéia de liberdade ou na de direitos individuais. O ideal republicano é parte integrante e expressão política por excelência da tradição do pensamento moderno, que defende a razão contra os privilégios e tradições, e não daquela que proclama a liberdade do indivíduo. A partir de Rousseau é a soberania popular que passa a definir a Democracia, instrumento de luta contra os regimes, baseados na hereditariedade e no direito divino.[20]

Portanto, como cidadãos, os homens adquiririam os meios para implementar e proteger seus interesses pessoais mais importantes e ainda participariam das decisões sobre as leis sob as quais viveriam. Isso seria assim, por estarem, os cidadãos dotados de autonomia moral e possuírem extraordinárias oportunidades para o desenvolvimento pessoal. Todos deveriam ser considerados suficientemente bem preparados para participar do processo que determinasse os interesses da maioria, como demonstra Robert Dahl[21].

Com a participação de todo o corpo de cidadãos, sujeitos às leis do Estado, o governo poderia chegar às decisões, dando pesos iguais ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por essas decisões. Todos deveriam ter uma educação que lhes permitisse adquirir a competência necessária para assumir suas responsabilidades, e para tanto, as instituições responsáveis pela educação, deveriam ser reforçadas[22].

Durante a história, na busca da melhor forma de governo, todos os caminhos convergiram para um único foco, o bem comum, o interesse comum, e esses deveriam prevalecer sobre os interesses individuais. O sentimento comunitário, ou seja, o interesse de todos deve estar acima dos interesses de grupos, privilegiados ou não.

Renato Janine Ribeiro[23] oferece um excelente exemplo da prevalência do interesse público sobre o privado ao trazer a tela “Os Litores Levam ao Cônsul Brutus os Corpos

de Seus Filhos”,[24] para mostrar que o bem público se sobrepõe ao privado e que se tem nos valores da República um claro significado: deve-se sacrificar as vantagens e até os afetos pessoais ao bem comum.

Ribeiro escreve que a maior parte do mundo aceita o regime republicano, mas que há repúblicas de fachada e as monarquias da Europa têm governos mais respeitosos de seus cidadãos e do bem comum do que a maioria das repúblicas americanas, africanas e asiáticas, numa referência à deturpação do conceito de República[25].

Ao desconhecer o verdadeiro sentido de República e seu conceito, as sociedades, ditas republicanas, chancelam as mais variadas aberrações políticas. Na República, a idéia é que há um bem comum superior ao particular, e condena àqueles cuja tendência é a de apropriar-se do bem público[26]. O interesse de todos ou da maioria determina o quanto de individualismo poderá ser exercido por cada um.

A República está associada ao Direito, como diz Renato Janine Ribeiro. Estando a lei acima dos interesses particulares, ela é pública e não privada, encontrando-se então presente o Princípio Republicano da prioridade, conferida à Coisa Pública, que é formada a partir do Interesse da Maioria.

Para a promoção da Coisa Pública, é necessário que o próprio público a controle, sendo não somente o beneficiário, mas o responsável e autor do bem comum, através de outro princípio constitucional Político-Ideológico, o do Estado Democrático de Direito.

Havendo liberdade de expressão e organização, a Sociedade torna-se independente, administrando-se por si só, e passando a rejeitar grupos que queiram se perpetuar no poder. Nesse mister, são fundamentais os Princípios do Estado Democrático de Direito e do Direito de Voto, ferramentas fundamentais para qualquer Republica.

A República é a forma de governo na qual a Democracia se funde ao Estado de Direito. Convicções democráticas podem levar a uma revolução, mas o que a converterá em Estado e em Direito, em duração, é o Princípio Republicano. A Democracia precisa da República[27]. E, quanto maior for o controle popular, quanto mais capazes de distinguir o bem comum dos interesses privados, mais republicanas serão estas pessoas e mais democrático será o poder.

Um regime democrático, ao satisfazer os desejos, necessita respeitar o espaço público do bem comum, pois a República é o espaço em que as mesmas pessoas mandam e obedecem. A articulação entre a República e a Democracia é a participação e a dedicação à coisa comum, à coisa coletiva[28]. Esta articulação também está expressa na obra de Aléxis de Tocqueville, ao abordar a Democracia na América do Norte[29]. Quando os cidadãos se tornam mais iguais e semelhantes, tendem a diminuir sua crença em um homem ou em certa classe, e se dispõem a acreditar no conjunto dos cidadãos, ou seja, na opinião da maioria. Havendo igualdade, o homem deixa de ter fé uns nos outros, e passa a confiar no julgamento do público, pois lhe parece que a verdade se encontra ao lado da maioria.

Tocqueville[30] já afirmava que o cidadão norte americano da época da sua independência ocupava-se dos seus interesses particulares como se estivesse sozinho no mundo, e, no momento seguinte, entregava-se à Coisa Pública como se os houvesse

esquecido[31]. Aqueles cidadãos preservavam as duas coisas, ou seja, o que era seu, mas não pensavam em misturá-lo ao que era público.

Oportuno assinalar que nos tempos atuais, a aplicação do conceito de República ao âmbito transnacional é fundamental. Temas como o Meio Ambiente, os Meios de Comunicação e o Capitalismo devem estar submetidos ao Interesse da Maioria. Algo como uma transnacionalização republicana.

4. SOBRE O CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO.

A revisão, até aqui realizada, teve como escopo, principalmente, demonstrar que a evolução do conceito de República e por consequência o de Princípio Republicano implica no estabelecimento do Interesse da Maioria, com o consequente caráter derogatório e pretoriano[32] do Estado Constitucional Moderno. A República, a partir de meados do Século XX, deveria passar a ser o principal contraponto ao individualismo asséptico do liberalismo. E atualmente deveria ser o contraponto ao capitalismo “desterritorializado” da globalização. A republicanização da globalização.

No Brasil a forma republicana de governo foi adotada em 15 de novembro de 1889, estando isso expresso, desde então, no artigo 1º das constituições brasileiras, já tendo sido princípio constitucional intangível.

Desde a primeira Constituição Republicana, o Princípio Republicano passou a ser o mais importante e decisivo do ordenamento jurídico brasileiro. O real significado do Princípio Republicano permite que se estabeleçam hipóteses e que se possa propor desdobramentos para todo o Direito Público, com uma melhor e mais segura compreensão do conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos. A República é uma espécie de síntese de todas as instituições.

Fábio Konder Comparato[33] ensina que a verdadeira República, conforme os romanos nos mostraram claramente, é um regime no qual o bem comum do povo está sempre acima de interesses particulares, de famílias, classes, grupos religiosos, sindicatos e, até mesmo, entidades estatais. Muitas vezes uma entidade estatal pode atuar contra o bem comum do povo, para escapar de alguma situação difícil, constrangedora, notadamente em seu aspecto financeiro. Conseqüentemente contra o Interesse da Maioria.

Celso Lafer[34], no artigo denominado **O Significado de República** diz que está presente no conceito de República a ênfase ao bem público, que não deve ser confundido com o interesse particular, pois esse sim é a antítese da Coisa Pública. Lafer ainda traz observações importantes e que podem ser trazidas para se alcançar o objetivo do presente artigo, já que apontam os princípios do Estado de Direito e Federativo como instrumentos para se buscar o sentido republicano.

João Barbalho[35], deputado constituinte da primeira Constituição Republicana declarou que aos delegados eleitos então, representantes do povo, lhes era conferido

mandato para as funções e faculdades necessárias à boa gestão da coisa pública (República). O governo se constitui assim, por vontade do povo (soberano e nacional) para o bem da comunhão, para seu cômodo, para o gozo pacífico e seguro dos direitos de cada um e para garantia de todos[36].

Conforme Barbalho, de todas as formas de governo, seria a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela[37]. Para Barbalho, ainda, a forma republicana não teria necessidade e interesse de apoiar-se em classes e oligarquias, desde que a Sociedade a entendesse e os políticos a praticassem.

A soma de todas as manifestações analisadas acima demonstra que o Princípio Republicano indica a busca pelo Interesse da Maioria para a formação do “espaço público” a partir da utilização de outros princípios constitucionais político-ideológicos, destinados a auscultar a Sociedade e a garantir direitos à maioria e às minorias.

O Interesse da Maioria estará sempre, também, adstrito aos limites republicanos, ou seja, circunscritos aos ditames do Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos, à Dignidade da Pessoa Humana, à Temporalidade dos Mandatos Eletivos, à Democracia Direta e Representativa e aos demais princípios que emanam do Princípio Republicano. A existência da República – e do Princípio Republicano - está assentada a partir de um sistema de valores conjugados e inter-relacionados que orientam a formação e funcionamento de todo ordenamento jurídico.

Como exemplos de valores que emanam do Princípio Republicano, como anota Jorge Miranda

GESTÃO PÚBLICA COMPARTIDA E A POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DEVERES E DIREITOS DE CIDADANIA*

COMPARTIDA PUBLIC ADMINISTRATION AND IMPLEMENTATION OF THE POSSIBILITY OF DUTIES AND RIGHTS OF CITIZENSHIP

**Neida Terezinha Leal Floriano
Maritana Copatti**

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo traçar alguns apontamentos acerca da gestão pública compartilhada e a possibilidade de efetivação dos direitos e deveres concatenados na cidadania, mediante a participação da sociedade civil. Presencia-se um momento de complexidade social, em que se revela uma quantidade enorme de direitos a serem resguardados e concretizados. Ocorre que o Estado tem se demonstrado com insuficiências financeiras para garantir a efetivação dos direitos sociais de modo totalmente abrangente. Nesse sentido as contribuições doutrinárias buscam demonstrar novas conceituações procurando aproximar Estado e sociedade civil, gerando uma possível interlocução entre ambos, mediante uma comunicabilidade participativa e ativa dos atores sociais, seja com o objetivo de efetivação dos direitos sociais ou pelo cumprimento dos deveres atrelados a essa sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS, CIDADANIA, ESTADO, INTERLOCUÇÃO, SOCIEDADE CIVIL.

ABSTRACT

This paper seeks to draw some pointers about the shared governance and the possibility of realization of the rights and duties concatenated in citizenship through the participation of civil society. Presence is a time of social complexity, which shows an enormous amount of rights to be protected and implemented. It so happens that the state has been demonstrated with financial weaknesses to ensure the realization of social rights as something quite comprehensive. In that sense the show contributions doctrinal seek new conceptualizations looking closer state and civil society, creating a possible dialogue between them, communicating through a participatory and active social actors, is aimed at realization of social rights or the performance of duties coupled with that society.

KEYWORDS: RIGHTS, CITIZENSHIP, STATE, DIALOGUE, CIVIL SOCIETY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Considerações iniciais

Hodierna e tendencialmente há uma espécie de interlocução entre Estado e sociedade civil, formulando-se um vínculo necessário, talvez mais do que isso, orgânico.

Ao poder executivo cabe elaborar planos de manutenção, financiamento e levantamento de recursos mediante a participação do legislativo. São as entidades estatais, que por seus segmentos criam e elaboram o orçamento que julga necessário sem a devida participação da sociedade civil.

Uma nova cultura social se demonstra, e ela vem mudando paradigmas, pois há uma gama de direitos que aos poucos se reconhecem e se asseguram para a sociedade. Ocorre que, não compete à sociedade tão somente a exigência de direitos, mas a necessidade de cumprimento do dever que a própria comunidade precisa assumir.

Necessário se faz atentar para uma possível mudança de percepção, pois o Estado não consegue mais ser o super garantidor dos direitos, mediante sua falibilidade, diante disso, cabe fazer um chamado para a sociedade para que contribua na realização dos direitos, responsabilizando-se por seus deveres e direitos.

Em tempos transcorridos, o Estado era o principal e talvez o único garantidor dos direitos de uma cidadania, hodiernamente as contribuições doutrinárias apontam para o Estado garantidor e atuante, mas uma atenção especial aos sujeitos sociais pretende ser invocada, quando o foco se resume na realização e proteção de direitos, principalmente os sociais. Para melhor proceder é necessário trabalhar alguns pontos essenciais como: Estado, sociedade civil, comunicação entre ambos, direitos e deveres de cidadania, enfim elementos diretamente relacionados com essa complexidade social e possível mudança de paradigmas.

1 Novos contornos ao conceito de Estado

Aquele modelo de Estado que tudo provém, principal responsável e assistencialista não mais se configura, pois não consegue mais atender a inúmeras demandas e quiçá infinitas. Talvez tenha invocado para si este atributo quando acreditava que podia barrar ou conter demandas, ou que equivocadamente tenha trabalhado com a hipótese de ser as demandas finitas.

Tal modelo demonstrou fragilidade, a sociedade tornou-se complexa, as demandas aumentaram na ordem arrasadora, e o Estado desprovido de recursos e talvez com algumas delimitações de gastos públicos tornasse-se desassistencialista, assim verificasse que o Estado onipresente e individual não consegue mais garantir as demandas invocadas.

No Estado Moderno havia um certo controle, até mesmo com as relações mercadológicas.

[...] este mesmo Estado Moderno foi constituído exatamente para instituir um espaço controlável e seguro de produção da ordem, com recursos suficientes para estabelecer e impor regras e normas que ditavam o rumo dos negócios num certo território; regras e normas que, esperava-se, transformassem a contingência em determinação, a ambivalência em *Eindeutigkeit* (clareza), o acaso em regularidade – em suma, a floresta primeva em um jardim cuidadosamente planejado, o caos em ordem[1].

O Estado contemporâneo presencia momentos de muita dificuldade econômica – financeira e inclusive sofrendo as incidências limitativas da própria ordem constitucional, o que contribui para agravar os conflitos experimentados pela sociedade.

O Estado hodierno (e notadamente o Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social cometida por aquele modelo de organização produtiva e social, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada, a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização de uma sociedade é, necessariamente, também um processo de organização do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos dessa sociedade, o que implica a constituição de processos e procedimentos adequados a à prevenção e resolução desses conflitos. [2]

Ao Estado se apresentam diversas condições de cunho econômico e, por conseguinte, afeta as próprias condições materiais, mas isso tudo torna-se estarrecedor, pois o Estado detém grande vulto de receitas e não consegue prover sequer as demandas mais básicas e essenciais que a sua comunidade conclama.

Ora, o Estado, mesmo com as condições materiais necessárias para desempenhar seu mister não o consegue, em face dos condicionantes referidos, a verdade é que a comunidade não pode esperar por solução urgente às suas demanda, estas muitas vezes primárias, condizentes com prerrogativas de subsistência – como água, luz, habitação, saúde, etc., acabando por agudizar ainda mais a exposição da falência do modelo atual de Administração Pública em todos os seus níveis. [3]

Além de se evidenciar um problema de ordem estrutural, verifica-se que o Estado não mais impera na sociedade como um instrumento de ordem, pois a comunidade, de uma forma ampla, resta desacreditada daquele Estado defensor, onipotente e principalmente provedor das demandas sociais.

Deixa o Estado, assim, de compreender que administrar os conflitos da sociedade significa conservar a sociedade e ter, como legítima, a complexidade multifacetadas de suas articulações e tensões; que não precisam ser extirpadas as diferenças identificadas no seu evoluir, mas impõe-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando que a comunidade se desintegre. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde a sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado torna-se um problema. [4]

Mesmo diante de todas essas constatações de falibilidade a ser enfrentada pelo Estado, não se deve excluir, ou talvez relegar e transmudar o problema para outros órgãos, muito pelo contrário, o Estado permanece com a responsabilidade de garantir melhores condições mínimas e essenciais à sua sociedade. A sociedade ganhou novos contornos mediante a sua complexidade, pois não é a mesma considerada de seus primórdios. A sociedade cumpre também com seu papel fundamental que é de prestar assistência econômica, pois participa com seus lucros para financiar custeios do Estado, e mesmo diante de sua relevante contribuição o Estado não consegue prover de forma plena a sua função muito mais do que garantidor, mas inclusive de gestor.

O Estado passou a abarcar novos desafios, não mais de paternalista, mas de indutor da própria sociedade que o vincula.

Algumas tendências contemporâneas, dessa forma apontam o surgimento de um modelo de Estado caracterizado pelo distanciamento de algumas funções tradicionais que vinha exercendo, e assumindo outras novas, o que o está levando a um novo papel, em que o setor público passa de produtor direto de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento, através da ação institucional ágil, de forma inovadora e democrática, compartilhando responsabilidades com o tecido social e tendo como preocupações nodais: a regulação, a representatividade política, a justiça e a solidariedade. [5]

Ressalta-se mais uma vez que, o Estado não pode se eximir de suas funções, mas deve dialogar perenemente com os segmentos sociais não só para encontrar alternativas de

solução aos seus problemas, mas como também Estado idealizador de construções participativas.

2 Alguns aspectos no que concerne a sociedade civil

O conceito de sociedade foi perpassada por vários pensadores como Kant, Hegel, Bobbio, Marx, Gramsci[6], e também foi analisada nos mais diversos aspectos, a contribuição mais significativa consubstanciou-se em Marx, principalmente no que tange a divisão sociedade civil e Estado.

É claro que desde os posicionamentos de Marx até a atualidade a sociedade civil passou por profundas alterações, ou seja, aquela sociedade administrada, dissociada da administração pública não mais impera com toda a sua força, uma vez que o ente estatal também passou por enormes transformações, tanto que há uma comunicabilidade entre Estado e sociedade, não se discute em que proporções, mas existe uma redução de distância entre ambos, que no auge do pensamento marxeniano sequer cogitava-se esta possibilidade de aproximação. Atualmente Estado e sociedade possuem as suas esferas de atuação, voltando-se para suas próprias expectativas e complexidades, mas há uma intercomunicabilidade entre essas duas esferas.

É importante ressaltar que Habermas muito contribuiu para a definição contemporânea de sociedade civil, considerando a modernidade e as transformações sociais.

A modernidade é vista não como ponto de ruptura da tradição, como em Hanna Arendt, mas como possível aumento de realização de profundas transformações sociais, implicando novo papel dos atores sociais e nova configuração da democracia participativa, desde que aplicados aos procedimentos discursivos.

O modelo discursivo parece adequado às sociedades modernas, pois, com o ingresso de novos grupos na esfera pública e a expansão dos direitos de cidadania na modernidade, não é mais possível imaginar um espaço público homogêneo e politicamente igualitário. O modelo habermasiano amplia o âmbito da atividade política, fertilizando-a com os influxos comunicativos provenientes da sociedade civil. [7]

A sociedade passou da condição de inerte para participante e na tentativa de solucionar os problemas da coletividade, passou a reduzir distâncias com o Estado.

[...] o extraordinário crescimento e diversidade da participação cidadã nos planos local e nacional, combinado com o reconhecimento de que a grande maioria dos problemas que afetam a humanidade neste fim de século não só transcendem as barreiras e competências dos estados nacionais como não podem ser resolvidos apenas por ações de governo ou mecanismos de mercado.[8]

A sociedade civil de certa forma se insurge, um pouco mais incisiva quando da busca por seus direitos, e foi desse insurgimento que as demandas aumentaram, pois a sociedade tornou-se muito complexa e aumentaram a suas necessidades de um modo geral, delineando uma sociedade civil diferenciada, num primeiro momento representa também a solidariedade humana e de interessada na condução da máquina pública, para tanto, a sociedade passou organizar-se em grupos para defender seus interesses e buscar soluções para os percalços do desenvolvimento despreocupado, e que por si só acabou por invadir a esfera do indivíduo agregado numa comunidade.

A explicação é simples: os cidadãos estão - se tornando cada vez mais conscientes de que a administração pública burocrática não corresponde às demanda que a sociedade civil apresenta aos governos no capitalismo contemporâneo. Os cidadãos exigem do Estado muito mais do que Estado pode oferecer. E a causa imediata da lacuna que assim se cria não é apenas fiscal, como observou O' Connor (1973), nem apenas política, como Huntington (1968) destacou; é também administrativa. Os recursos econômicos e políticos são por definição escassos, mas é possível superar parcialmente essa limitação com seu uso eficiente pelo Estado, quando não se pode concentrar com o mercado, isto é, quando a alocação de recursos pelo mercado não é solução factível, dado seu caráter distorcido ou dada sua incompletude. Nesse caso, a função de uma administração pública eficiente passa a ter valor estratégico, ao reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação dessa demanda. [9]

O Estado assumiu o papel de principal provedor dos direitos sociais e com toda a evolução que se apresentou na sociedade, tornou-se complexa a atuação estatal, acabando por dificultar o desempenho desse papel estatal.

Não há dúvidas de que a sociedade civil configura-se como sendo a base das relações, econômicas, culturais, sociais, de onde surgem conflitos que demandam resoluções políticas. Mas, também é a base para produzir alternativas para a solução de conflitos surgidos neste contexto social e tecnológico.

Para José Afonso da Silva os direitos decorrem na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.[10]

Visualiza-se um novo paradigma de cultura social - é um reconhecimento de que há tantos direitos assegurados e igualmente muitos deveres que essa sociedade civil precisa assumir. Inverte-se, portanto aquele discurso acerca de democracia baseado na representação, pois no modelo proposto há o direito de participação da sociedade. Na verdade retorna-se a dialogar com a própria ciência da sociologia, volta-se a estudá-la gerando conhecimento e interesses.

[...] “interlocução política de todos os atores que são afetados pela Administração, resgatando o seu lugar histórico neste âmbito, i. é, mais legítimos fundadores do Estado, do Mercado e da Administração Pública. Estamos falando da abertura de um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes”. [11]

Trata-se de um modelo recente de sociedade, em que as pessoas são as mesmas, o que muda é a relação, sociedade - administração, como ressalta Gregório Arena.

Como se disse, os sujeitos são os mesmos em ambos os modelos, aquele tradicional e aquele da administração conditiva, mas muda a impostação da relação entre eles, porque se passa de uma relação fundada sob a separação a uma em que os cidadãos colocam os próprios recursos espontaneamente à disposição da comunidade para enfrentar, juntos com a administração, problemas de interesse geral. Nessa perspectiva, não se trata de substituir os cidadãos pelas administrações, nem de aproveitar suas capacidades para suprir as carências da administração, mas de criar uma aliança entre sujeitos que permaneçam distintos e diversos (assim como diversos são as respectivas responsabilidades), que, todavia, em determinadas circunstâncias, decidem colaborar porque ambos, cidadãos e administrações, reconhecem que os problemas desta nossa sociedade são complexos e relacionados entre si, não podendo ser resolvidos por um só sujeito. [12]

O que se pretende é que a sociedade civil assuma seu papel perante o Estado nas oportunidades que lhes são conferidas. Importante ressaltar que a sociedade civil deve se organizar e participar da gestão pública como parcela da sociedade que se firma e se

institui, atuando como força necessária e originária na busca de soluções dos conflitos sociais.

3 A aproximação do Estado e sociedade civil por meio da interlocução

O Estado possui papel importante na gestão pública compartilhada.

[...] “a importância que o Estado tem ainda na constituição de uma gestão pública compartilhada, pois que deve servir de garante não só da igualdade de oportunidade aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática”. [13]

Com o elemento “mercado” o Estado tem desenvolvido uma comunicação muito ampla, principalmente na regulação econômica, no que tange a agências reguladoras, o Banco Central que ganhou economia avassaladora. É o mercado organizado por setores produtivos estabelecendo diálogo, interlocução com o Estado naquilo que os interessa, e esse debate tem aumentado quantitativamente.

A comunicabilidade entre mercado e Estado tem evoluído muito, sendo que não se discute quanto a qualidade do diálogo, mas está evoluindo. Às vezes se encontram, outras se enfrentam.

Os mecanismos de comunicação do Estado com a sociedade civil, têm crescido, ou melhor, aumentado, mais no plano formal do que no plano material. Tem-se criado mecanismos, mas não se verificou resultados efetivos significativos.

A comunidade está repleta de entraves e percalços, é verdade que existe um positivismo que paira no cenário da possibilidade de comunicação, pois estão ocorrendo audiências públicas, oitiva da comunidade, que dantes sequer cogitava-se.

Não devemos nos esquecer também que a nossa sociedade está marcada pela miséria, fome, falta de educação, além de faltar suficiente cultura a essas pessoas, para que possam opinar e participar da administração pública que perfaz também uma comunidade afeta de problemas.

Numa sociedade complexa como é a internacional e a brasileira, circunstâncias como a pobreza extrema, as enfermidades, a falta de habitação e alimentação, o analfabetismo,

as inexistência de informação e educação, na maior parte das vezes, inviabilizam as condições e possibilidades de efetividade da participação, motivos pelos quais, mais do que nunca impõe repensarmos formas alternativas de viabilização da participação conjuntamente situada (isto é, levando em conta as particularidades dos sujeitos da fala, e suas desigualdades materiais e subjetivas), única maneira de se dar concretude às previsões jus fundamentais anteriormente referidas. [14]

No Canadá e Estados Unidos os problemas de ordem sociais não resolvidos administrativamente pelo seu responsável gera muitas significativas vinculando o responsável a pagar.

O nosso mercado não é generoso muito menos solidário com a sociedade que ele trabalha, opera, produzindo, portanto, um problema. Como o mercado não auxilia no desvelamento desses problemas sociais, resta ao Estado uma oneração ainda maior como, por exemplo, na saúde, transporte público, cultura, etc.

A contribuição do mercado brasileiro é diferente do que noutros países como Canadá, Alemanha, Japão, Estados Unidos, que gastam com o seguro social, com a população ativa, reduzindo o gasto com problemas sociais, minimizado os custos, seja ele da saúde, educação, porque o mercado tem participação por meio de descontos e compensações.

Há um desequilíbrio estrutural de comunicação no diálogo político brasileiro, evoluiu os canais de comunicação entre sociedade e Estado, como também Estado e mercado, mas o diálogo sociedade civil e mercado é irrisório, não evoluiu quase nada, isso tudo é fato. Por isso precisa-se encontrar forma de compensação e equalização, e esta forma de compensação geralmente é dada pelo Estado. A sociedade não tem condições de exigir do mercado a contrapartida, por isso exige que o Estado intermedie o necessário do mercado. O diálogo é sociedade – Estado – Mercado, porque sociedade e mercado não têm condições de dialogar.

Como exemplo tem-se as relações de consumo, os conceitos estabelecidos para regular as relações de consumo, são largamente utilizadas.

Defesa do meio ambiente sadio, regras de proteção do ecossistema devem ser cumpridas pelos empreendimentos que se estabelecem, e que ao final beneficia toda a coletividade, mas é o Estado que intervém. Assim como as ações coletivas que são eficazes no tratamento de ações em massa.

O sistema estatal tem instituído mecanismos como controladoria e ouvidoria, controle interno, agencias reguladoras, o Estado está criando mecanismos para regular Estado – Sociedade - mercado.

O mercado deve estar vinculado a contribuir para que seu país tenha desenvolvimento econômico eficaz, para que a própria comunidade também seja favorecida. A sociedade civil deixará de ter maiores entraves, se Estado, mercado e cidadãos resolverem

participar e dialogar em favor de um contexto social, pertencente a todas as esferas, seja ela estatal, mercadológica ou comunitária (sociedade).

Como leciona Liszt Vieira: [15]

A construção dessa esfera social-pública, enquanto participação social e política dos cidadãos, passa pela existência de entidades e movimentos não – governamentais, não-mercantis, não- corporativos e não partidários. Tais entidades e movimentos são privados por sua origem, mas público por sua finalidade. Eles promovem a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, buscando alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade.

Assim, mediante esta sociedade imersa em tantas desigualdades, parece ser atribuição do Estado em conferir novos contornos de efetiva participação dos cidadãos na administração pública.

4 A administração condivisa defendida por Gregório Arena.[16]

O autor sustenta que para garantia dos interesses coletivos é necessário recorrer a novas formas de administração na qual se chama os indivíduos para participar da administração, compondo uma estrutura.

A colaboração dos cidadãos é elemento estrutural e fundante de um novo modelo de administração, definido já há alguns anos como *administração condivisa*, e que agora, graças à introdução do princípio da subsidiaridade posto na Constituição italiana, tem também um fundamento constitucional. Naturalmente tal novo modelo não suplanta aquele tradicional que, em numerosos setores, permanece evidentemente o único modelo de administração utilizável. Em muitos setores, é preferível recorrer à administração condivisa, enquanto em outros casos é verdadeiramente indispensável utilizar tal novo modelo, pois o único que pode garantir a persecução do interesse geral.[17]

Neste novo modelo a administração, o cidadão e a política rumam em sintonia para a busca e satisfação do interesse do maior número possível de beneficiados. A participação da comunidade nos mais variados setores da administração pública com a devida interação por meio da participação de cidadãos respeitáveis é o caminho para talvez realizar o anseio geral da sociedade civil. São por esses motivos que se procura aproximar, o diálogo da administração estatal e a sociedade.

Os cidadãos devem assumir o seu papel, de pessoas alfabetizadas, com discernimentos e entendimentos, e mais do que isso, cidadãos comprometidos com o seu próprio bem-estar e, por conseguinte da sociedade, desde que este indivíduo saia da passividade, para que não permaneça naquela mesma condição de administrado.

Esse novo modelo tem sido denominado administração condivisa por indicar que os cidadãos e administração não se limitam a administrar juntos, mas o fazem aliando-se contra um adversário comum, representado pela complexidade da sociedade moderna e compartilhando seja o objetivo central, que consiste na satisfação de um interesse geral, seja os recursos que ambos os sujeitos da relação possam colocar em campo. Os cidadãos não se substituem à administração, nem suas capacidades são usadas para suprir a carência organizativa ou funcional da administração, mas trata-se de uma verdadeira e própria aliança entre sujeitos tendencialmente paritários, baseado sobre a autonomia e sobre a responsabilidade de todos os sujeitos envolvidos na relação, voltada às soluções dos problemas de interesse geral que a administração não pode resolver de outra forma. [18]

Mesmo que se tenha um sujeito onipotente para a resolução dos problemas sociais, que tenha formas, estrutura e numerário financeiro suficiente, verifica-se que a necessidade da sociedade, da coletividade, talvez vai muito mais além dos seres vivos, exige-se proteção muito mais do que humana, mas também do meio ambiente que nos envolve, como por exemplo, tutela do nosso planeta, e toda essa proteção exige muito mais do que condições financeiras, precisa de uma excelente comunicação com a sociedade para a efetiva proteção.

Dando vida às experiências de administrações condivisas, ambos, cidadãos e administrações, reconhecem que os problemas relativos o interesse geral de uma coletividade são hoje complexos, estreitamente entrecruzados entre eles, a ponto de não poderem ser resolvidos por um só sujeito, mesmo os dotados de meios jurídicos,

financeiros e técnicos imponentes como aqueles que se dispõem as administrações públicas modernas. É exatamente o mesmo problema que se põe com referência ao ambiente tomado como ecossistema, cuja sobrevivência é influenciada, de forma positiva e negativa, pelos comportamentos de todos os atores do sistema, também aqueles aparentemente mais insignificantes e mais longínquos.

No caso da tutela do ecossistema, e já evidente a necessidade de que todos sejam envolvidos, exatamente porque é a inter-relação de milhões de comportamentos cotidianos que se derivam os efeitos positivos ou negativos sobre o ambiente. No caso da tutela do interesse geral, esse é menos evidente, porque, por cerca de dois séculos, o paradigma bipolar tem acreditado na idéia de que fosse possível delegar a tutela do interesse geral de uma coletividade a um único sujeito, a administração dita pública, exatamente para distingui-la de outras formas de administração, aquelas voltadas à tutela dos interesses privados. Hoje, ao contrário, também a administração pública deve tomar providências em relação aos problemas que apresenta como exclusivamente nossos, reconhecendo que não existem soluções simples a problemas complexos. [19]

O modelo de administração condivisa defendido por Gregório Arena, na Itália, em muito se assemelha com a proposta de administração pública compartilhada, no Brasil, defendido por Leal, ou seja, o cidadão é chamado para participar da administração pública, com suas experiências e entendimentos, saindo daquela condição de administrado, desvinculando-se do paradigma bipolar, e afastando-se a idéia de que o Estado tudo pode, tudo deve, como sendo ele o único responsável.

[...] enquanto na administração condivisa o cidadão participa com a administração com a concreta solução de um problema de interesse geral. Em um certo sentido, poder-se-ia dizer que no modelo da administração condivisa cidadãos e administração se encontram não dentro da administração (como no caso do procedimento administrativo), mas fora, naquela praça metafórica que se opõe ao outro metafórico palácio.

Enormemente tem se revelado a contribuição deste autor italiano, com suas argumentações acerca da administração condivisa, que certamente muito auxiliará neste caminho de inovações pelo qual passa o Estado e a sociedade civil.

5 A Sociedade Civil e os deveres e direitos de cidadania

Falar em direito também se oportuniza em discorrer acerca dos deveres, e antes de postularmos pelos direitos deve-se ter uma atenção em especial quanto aos deveres, pois o cidadão tem direitos e deveres, com relação ao todo, que se caracteriza em essencial contribuição, tolerância, solidariedade de participação ativa, esses são os deveres, porque o Estado que tudo soluciona de uma forma positiva, paternalista faliu. Ou seja, aquela idéia de que podia conter as demandas, ou então de que poderia atender a demandas infinitas não mais se realiza, a cidadania precisa ser gestora de recursos que são finitos e de demandas finitas, neste Estado contemporâneo, assim haveria uma inversão de cidadania.

O Estado centralizador, burocrático e autoritário foi superado com o advento do Estado neoliberal, afixando com a agenda econômica mundial do processo de globalização. Como o neoliberalismo transfere para o mercado questões sociais antes assumidas pelo Estado, e como o mercado, por sua própria natureza, volta-se para a produção econômica de mercadorias visando o lucro e não à redistribuição de renda ou a prestação de serviços sociais, recai nas mãos da sociedade civil, do setor público não-estatal, a tarefa de encaminhar a solução de tais problemas. [20]

Conforme Sarlet, os direitos fundamentais estão intimamente ligados aos aspectos da democracia:

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de participação e conformação com o *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.[21]

Os direitos civis possuem aproximação com os próprios direitos fundamentais. Conforme ensina Leal alguns direitos civis e políticos foram resguardados pela ONU inclusive o direito de acesso a Administração Pública e condução de assuntos públicos.

Os direitos civis e políticos estabelecidos pela ONU neste documento foram: direito à igualdade de trato ante os tribunais e demais órgãos da administração da justiça direito à segurança da pessoa e à proteção pelo Estado contra a violência ou dano físico, tanto infligidos por funcionários do governo com opor indivíduos, grupos ou instituições; **direitos políticos, em especial o de participar das eleições, a votar e a ser candidato, com base no sufrágio universal e igual, a tomar parte no governo, assim como na condução dos assuntos públicos em todos os níveis, e à igualdade acesso à Administração Pública;** o direito de liberdade de trânsito e de residência dentro das fronteiras do Estado, direito de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e voltar ao próprio país; direito à nacionalidade; direito ao matrimônio e à escolha do cônjuge; direito à propriedade individual ou em associação; direito a liberdade de pensamento, consciência e religião; direito a liberdade de opinião e expressão; direito a liberdade de reunião e associação pacífica. [22]

Muitos dos direitos civis, econômicos, culturais já encontravam respaldos na Carta da ONU, mas muitos deles caíram no esquecimento e a sociedade deixou de cultivá-los, sendo que a maioria da população sequer sabe da existência deles. O voto talvez tenha sido o único elemento que faz com que as pessoas lembrem que possuem alguma forma de responsabilização e participação[23], a sua divulgação também é mais comum por meio da imprensa, de campanhas publicitárias.

Ocorre que a concepção hegemônica no âmbito daqueles direitos civis e políticos tem sido restringida a uma dimensão meramente institucionalista e minimalista, haja vista que se contenta com espaços minúsculos de ação social, sem maior flexibilidade e mobilização política das comunidades, adotando, por exemplo, o voto como o grande e quiçá único instrumento e momento de participação no governo e nos interesses públicos.[24]

Assim ao tratarmos dos direitos da sociedade civil verificamos que existem deveres que são essenciais para a contribuição da realização dos direitos sociais, que tanto se almeja, e como exemplo de deveres temos:

(a) o da solidariedade; (b) o da tolerância; (c) o do envolvimento orgânico e efetivo da cidadania nos assuntos públicos; (d) o do controle da administração pública, dentre outros.[25]

A sociedade civil modificou-se, e outros termos passam a compô-la como cidadania, direitos humanos, participação, termos estes intrínsecos na própria sociedade.

Não se trata mais de um sinônimo de sociedade, mas de uma maneira de pensá-la, de uma perspectiva ligada à noção de igualdade de direitos, autonomia, participação, enfim, os direitos civis, políticos e sociais da cidadania. Em virtude disso a sociedade civil tem que ser “organizada”. [26]

Surgiu um novo paradigma de cultura social, pois se reconhece que há tantos direitos assegurados e igualmente a deveres que a sociedade precisa assumir.

Considerações finais

Um grande esforço vem se desenvolvendo para a resolução dos problemas que assolam a comunidade, novos caminhos estão sendo trilhados, com amadurecimento de pensamentos, observando-se o quê aconteceu no passado, em que circunstâncias, naquele dado momento.

Conceituações diferenciadas estão sendo introduzidas no meio jurídico, para melhor compreendermos este complexo social, tentar organizar esta crise, uma vez que quem tem condições financeiras consegue prover suas necessidades, e quem não possui meios financeiros está excluído, pois o Estado não consegue prover a tudo e a todos.

Como componentes da sociedade civil e como cidadãos devemos nos lembrar de nossos direitos e deveres de cidadão, especialmente no que tange a administração pública.

Deveres de solidariedade, tolerância, envolvimento com a administração pública, serão melhor desempenhados por seus cidadãos se ao mesmo tempo lhes for proporcionado os

direitos de acesso a informação, simplicidade, participação de eventos, procedimentos e decisões administrativas.

O Estado não pode ser conceituado como uma instituição distante dos seus cidadãos, muito pelo contrário ele está presente diariamente na vida da sociedade, no mundo dos acontecimentos.

“O Estado de que estamos falando, pois, não se confunde com a instituição jurídica que toma o corpo em seus poderes institucionais, mas é o espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do qual se tem, tão- somente, um mínimo existencial assegurado [...]”. [27]

Importante ressaltar que, os cidadãos somente serão participativos e ativos no momento em que forem livres para expor as suas opiniões, para reagir, dialogar, mas antes de mais nada devemos considerar que o necessário deve ser assegurado para esses cidadãos que intencionam participar da administração pública. Certamente um indivíduo com dificuldades até de manter sua subsistência não estará preocupado com o deslinde das questões sociais, muito menos engajado na participação social.

Assim, verifica-se ser uma tarefa árdua essa de buscar a participação do cidadão na vida do ente estatal, principalmente quando fatores mínimos culturais devem ser observados.

Em suma, parece caber ao Estado mais uma vez, continuar nessa perspectiva de aproximação da sociedade civil e administração pública, é ele quem deve investir na interlocução com a sociedade, pois além de auxiliar na resolução dos problemas sociais que lhe assolam, é o Ente com maior capacidade de reforçar este diálogo, até porque, a proposta é de simples participação social, em momento algum se pretende a exclusão ou transferência dessas responsabilidades para outros segmentos ou poderes.

Referências Bibliográficas

GRAU, N.C.;PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

OLIVEIRA, Miguel Darcy de. *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1999.

PEREIRA, L.C..B.; SPINK, P. (Org.). *Reforma do Estado e a Administração Pública Gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[1] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 43.

[2] Ibidem. p 43.

[3] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 48.

[4] Ibidem. p 48.

[5] LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social: Possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 199 e 200.

[6] Foi o primeiro autor a perceber a sociedade civil enquanto lugar de organização da cultura e propor um entendimento multifacetário das sociedades modernas, enquanto interação de estruturas legais, associações civis e instituições de comunicação. VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, N.C.; PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 225.

[7] VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, N.C.; PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.230.

[8] OLIVEIRA, Miguel Darcy de. *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1999. p 32.

[9] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, L.C.B.; SPINK, P. (Org.). *Reforma do Estado e a Administração Pública Gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 24.

[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 199.

[11] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

[12] ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 65.

[13] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 54.

[14] LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social: Possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 195.

[15] VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, N.C.;PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 238.

[16] ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Observar-se-á unicamente o texto produzido por Gregório Arena com fins de publicação no Brasil, artigo contido no livro *Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália*.

[17] ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 41.

[18] Ibidem. p. 42.

[19] ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p.43 e 44.

[20] VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, N.C.;PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 243.

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.72/73.

[22] LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social: Possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 192.

[23] Como muito bem enfatiza o professor Rogério Gesta Leal, as pessoas sabem que existem oportunidades para a participação efetiva no processo de tomada de decisões, dependendo portanto, da forma com que viabiliza esta participação. Ou seja, elas tem uma noção embora, talvez diminuta, mas estão conscientes de que há forma de participação nas decisões, a diferença se encontra no modo com que se viabiliza tal participação. LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social: Possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 194.

[24] LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social: Possíveis dimensões jurídico - políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 193.

[25] Ibidem. p. 193 e 194.

[26] VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, N.C.;PEREIRA, L.C.B (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.236.

[27] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 53.

CONTRATO E DEMOCRACIA: CONTORNOS DE UMA TENSÃO VALORATIVA ENTRE PESSOA E MERCADO*

CONTRAT ET DÉMOCRATIE: LIGNES DE TENSION ENTRE LA PERSONNE ET DU MARCHÉ

Rosalice Fidalgo Pinheiro

RESUMO

Nas relações de mercado, contrato e democracia conjugam-se em uma relação de ruptura e assimilação. Desvendar a inquietude, gerada por essa relação, é objetivo do presente trabalho, que parte das teses contratualistas. Contrato e democracia foram tecidos em esferas opostas pela “mitologia política da modernidade”: enclausurada no plano político, a democracia encontrou lugar sob os contornos de uma representação formal; no plano privado, o contrato é o “eixo fundamental da sociedade liberal” que move as estáticas das titularidades individuais. Nesse cenário confere-se função ideológica ao contrato: depositar no consenso a origem do Estado e da sociedade. Resta indagar se, com o avanço do “fato democrático” e a transposição da democracia para a sociedade e a economia, novo papel se impõe ao contrato. Trata-se de suscitá-lo como o “ponto de encontro de direitos fundamentais”, delineando na esfera política os contornos da autonomia contratual, capazes de dissipar a tensão entre a pessoa e o mercado.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO; DEMOCRACIA; CONTRATUALISMO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUME

Dans les relations de marché, le contrat et la démocratie se conjuguent dans une relation de l'effondrement et l'assimilation. Dévoiler un sujet de préoccupation, générés par cette relation, il est objectif de ce travail, que part dans les thèses du contractualism. Du contrat et de la démocratie ont été opposés par les tissus en balles « mythologie politique de la modernité » : ci-joint le plan politique, la démocratie se déroule sous les contours d'une représentation formelle ; dans le régime privé, le contrat est le « axes fondamentaux de la société libérale » qui se déplace la statique de chaque titre. Dans ce scénario donne de base idéologique pour le contrat: le dépôt initial dans le consensus de l'État et la société. Reste à savoir si, avec la promotion de la « démocratie fait » et la mise en œuvre de la démocratie, pour la société et l'économie, nouveau rôle est imposé sur le contrat. C'est de l'élever comme le « point de rencontre des droits fondamentaux

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

», en décrivant les contours dans la sphère politique de l'autonomie contractuelle, capable de dissiper la tension entre l'individu et le marché.

MOT-CLES: CONTRAT; DÉMOCRATIE; CONTRACTUALISM; DROITS FONDAMENTAUX.

INTRODUÇÃO

Contrato e democracia foram projetados pela Modernidade em cenários jurídicos diversos. No cenário público, a democracia política encontrou lugar sob os contornos de uma representação tão-somente formal. No cenário privado, o contrato é o “eixo fundamental da sociedade liberal”[1] que move as estáticas das titularidades individuais.

Considerando-se que se encontram separadas pela oposição entre público e privado, relacionar contrato e democracia resulta em uma inquietude. Sob o traçado da “mitologia política da modernidade”, [2] ruptura e assimilação conjugam-se, estabelecendo uma tensão valorativa entre pessoa e mercado.

A concepção de cidadania abstrata, lançada pelas teses contratualistas, descortina uma democracia representativa: Hobbes e Rousseau aproximam-se na tarefa de proclamar que os governantes agem em razão de um mandato coletivo, outorgado pelos governados.

Evidencia-se o papel ideológico do contrato no cenário político: a representação é um corolário lógico do contrato, conferindo ao Estado representativo moderno caráter convencional. Desse modo, a “exaltação do papel do contrato” [3] tem por propósito depositar no consenso a origem do Estado e da sociedade, legitimando o poder soberano. Sob o traçado da razão, a fábula política da modernidade projeta as categorias jurídicas da sociedade capitalista: propriedade e contrato movem-se em um estado de natureza, antes que qualquer poder político os tome em consideração.[4]

Na esteira da oposição entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, a democracia encontra inspiração na reivindicação política do liberalismo: proteger as liberdades individuais em relação à atuação do Estado. Em atenção à rígida fronteira entre Estado e sociedade, os direitos fundamentais são confinados ao plano público: não suscitam qualquer eficácia entre particulares.

Em um movimento de reivindicação de direitos que ocupa o século XX, assiste-se ao avanço do princípio democrático. Sob o ideal de igualdade, desenha-se um novo paradigma de democracia, tomada por empréstimo do liberalismo, pelo socialismo: a distribuição do poder econômico transforma o poder de participação popular em substancial.[5]

Na realização desses direitos, a democracia se faz presente na sociedade. Invade o cenário privado para impor medidas existenciais aos indivíduos e grupos que se encontrem em dificuldades de desenvolvimento em termos econômicos e sociais. É

neste momento que se cogita de um novo papel para o contrato, para além de um instrumento de transmissão de riquezas, o “ponto de encontro dos direitos fundamentais”. [6]

1 DO CONTRATO À DEMOCRACIA: UMA APROXIMAÇÃO COM O CONTRATUALISMO MODERNO

No cenário político dos séculos XVII e XVIII, o mito do contrato social encontrou lugar. Sob o traçado de Hobbes, o jusracionalismo depositou no consenso dos indivíduos a origem do Estado e da sociedade. A tese do contratualismo ensaia que homens, em um estado de guerra contra todos, encontram no contrato a superação do estado de natureza. Mediante a renúncia recíproca de seus direitos naturais em favor de um soberano, homens livres e iguais pactuam a sociedade civil, trocando a liberdade ilimitada pela paz construída.

Assiste-se à “exaltação do papel do contrato” [7] e o desempenho de sua função ideológica: depositar no consenso toda a origem do Estado e da sociedade revela em suas entrelinhas a tarefa de legitimar o poder do soberano. Em seu papel de “parcial ocultamento ou disfarce da realidade”, [8] o contrato não deixa de refletir a sociedade. [9] Com efeito, para além da ideologia política, o contrato social traduz a “passagem para uma forma superior de sociedade”. [10] Para tanto, peças, cuidadosamente tecidas pela razão, movem-se na “mitologia política da modernidade”. [11]

Os personagens dessa fábula são os indivíduos, delineados sob o signo de uma nova antropologia. Em ruptura com a tradição aristotélica, o homem é um ser social, mas por convenção. Constrói-se a cidadania sob contornos do individualismo: a sociedade parte dos indivíduos como átomos isolados, destacados do grupo social.

No pano de fundo dessa teorização, acha-se uma evidência racional: na Antiguidade, a *polis* era anterior ao homem, de tal modo que o indivíduo tornava-se impensável, separado do todo. Porém, na modernidade assiste-se à inversão desta idéia, o homem precede a sociedade, de tal modo que esta não existe antes dele. Por conseguinte, o cidadão desloca-se da condição de parte que pertence ao todo, para o de seu pressuposto: “anterior à sociedade, anterior à cidade, anterior ao Estado”, [12] o indivíduo é a chave que abre o contrato social.

Com efeito, o sujeito moderno apresenta-se como uma construção ideológica: abstraído de sua posição social, o homem reveste-se do *status* de titular de direitos subjetivos, reduzindo-se às vozes que figuram por trás das mercadorias, [13] as vontades que residem nos pólos de uma relação jurídica.

A ruptura com a Antiguidade, traduzida na transposição da socialidade do dado para o construído, supõe um estágio pré-social: o estado de natureza. Não se trata de um fato histórico, mas de um “mito fundante”. [14] É uma hipótese construída pela razão para iluminar o estado de sociedade, que se define por uma ausência: a do Estado. Eis que no

estado de natureza, imagina-se a vida do indivíduo abstraída de qualquer poder político superior.[15]

Se o estado de natureza é uma hipótese construída pela razão, restam legitimadas as categorias projetadas pela sociedade capitalista, a propriedade e o contrato, imunes a tudo que lhes seja artificial: o Estado.[16]

Nessa perspectiva, a abstração do indivíduo entrelaça-se à abstração do estado de natureza, para tornar legítimo o pacto social: resulta de declarações de vontades, que prescindem das condições de desigualdade, pois estas são tão-somente naturais, como adverte Juan Ramón Capella:

En la mitología política de la modernidad el estado de naturaleza sirve para apresentar como naturales, por tanto, la propiedad privada, el trabajo asalariado (con la acumulación privada) y los pactos entre desiguales. Como consecuencia de ello también aparecerá naturalizado el mercado capitalista. Siendo naturales, el artificial poder político no estará legitimado para interferirse en ellos.[17]

Nessa ordem de idéias, o contratualismo desenha o Estado e a sociedade como esferas autônomas que, sob a fratura entre público e privado, separa a política da economia. O poder político não pode interferir na esfera privada, senão, para delimitar as fronteiras das relações nela travadas, sob o conceito de ordem pública. Em contrapartida, o privado apresenta-se como irrelevante à esfera pública, sinalizando que as desigualdades que cercam os homens não se constituem em matéria política, pois, “*nada privado pode ser politicamente relevante*”. [18] Resta evidenciado que a esfera privada pertence ao estado de natureza, e com ela o mercado, regido por leis racionais e naturais, “invioláveis por parte do Estado.” [19]

No contratualismo hobbesiano, de todas as paixões, que cercam os indivíduos no estado de natureza, uma prevalece: o medo da morte violenta. Ela revela-se como a “mola propulsora”, capaz de levar os homens a superar aquele estágio pré-social. Para tanto, a razão instrumental impõe o contrato como a única hipótese possível aos indivíduos para pactuar o Estado e estabelecer a paz. Esse pacto envolve uma renúncia recíproca de direitos: a liberdade ilimitada, no estado de natureza, é trocada por uma liberdade limitada pelo poder soberano. [20] A renúncia à liberdade ocorre em favor da preservação da vida, revelando a obediência ao soberano como a “verdadeira liberdade do súdito”. [21]

Nas entrelinhas do contrato hobbesiano, revela-se um dilema dissipado pelo individualismo: toda obrigação não passa de auto-obrigação, na medida em que foi pactuada. [22] A justiça, inexistente no estado de natureza, perfaz-se no cumprimento dos pactos. [23] Projeta-se o modelo de justiça contratual, delineado pela modernidade: o contrato tem força obrigatória por resultar de uma auto-vinculação, adquirindo intangibilidade e justiça, a tal ponto, que se afirma – “quem diz contratual, diz justo”. [24]

A garantia de cumprimento do pacto, no contratualismo hobbesiano, é depositada no soberano. Ele não contrata, só surge em razão do pacto, conserva-se isento de qualquer obrigação. Porém, é seu guardião, e tem, para tanto, poder absoluto, mas limitado pelo dever de garantir as condições necessárias à paz social.[25] Esta asserção tem como corolário, a tese da necessidade do Estado.[26] O poder político torna-se necessário para fazer valer os pactos e garantir a paz, caso contrário, a sociedade seria reconduzida ao estado de natureza.

Esse conjunto de articulações conduz à soberania, que passa das “sombras” do medievo às “luzes” da modernidade. Os poderes político e econômico, depositados nas mãos do senhor feudal, são conduzidos, respectivamente, para as mãos do Estado e dos particulares. Nestes termos, o econômico torna-se privado, e submetido ao soberano. Esse contexto projeta-se da obra hobbesiana: a luta da burguesia por sua afirmação, perante o antigo regime, e a ruptura dos entraves feudais à propriedade são reconhecidas por Hobbes. Porém, este autor estabelece um limite forte à pretensão burguesa: “todas as terras e bens estão controlados pelo soberano.”[27]

A burguesia logo converte a soberania a seu favor, nos termos descritos por Juan Ramón Capella: ao afirmar que o povo é titular da soberania, acaba por se dizer que não há poder político acima dos cidadãos.[28] É justamente com base nessa concepção que se assiste a um despertar da democracia em tempos modernos.

Representação, consentimento do povo e Constituição[29] combinam-se na arquitetura da democracia moderna. Dentre estes componentes, é fundamental a idéia segundo a qual os governantes devem agir em razão de um mandato que lhes foi conferido pelos governados. Característica da modernidade, essa concepção descortina a democracia representativa: deixa de ser compreendida como um mandato individual, concedido por cada eleitor, para ser vista como um mandato coletivo, outorgado pelo povo ao conjunto de eleitos que o representarão. Nestes termos, é tecida a subordinação dos governantes à vontade geral do povo, considerado como um corpo de eleitores.[30]

Considerando-se que o contratualismo é a base dessa representação, aproximam-se Hobbes e Rousseau.

Hobbes é constantemente apontado como defensor do absolutismo, e Rousseau, como ícone da democracia. Contudo, essa imagem logo se desfaz. No contratualismo, a democracia é tão viável como outras formas de governo; já no contratualismo rousseauiano, a democracia é relegada ao plano das utopias, não demonstrando qualquer efetividade.[31]

Hobbes parte da idéia de que o homem é desejo e, de tudo quanto deseja, nada lhe é proibido. Há nisto uma ruptura com o medievo, desenhada por Jean Bodin, para quem o Estado é uma potência soberana, que não encontra ninguém acima de si.[32] Por conseguinte, no esquema hobbesiano, o homem é potência. Para superar o estado de guerra entre todos, que a natureza se lhes apresenta, cada homem despoja-se de sua potência em favor de uma potência soberana depositada em um ser artificial: o Estado. Por meio do contrato, os homens renunciam aos seus desejos em favor de um soberano que sobre eles legisle.[33]

Com efeito, em Hobbes, os homens transferem o direito de governar a si mesmos a um homem artificial: o Estado. Nesta sujeição, a monarquia e a aristocracia traçam uma distinção entre governantes e governados. Porém, na democracia, essa distinção é desfeita: a assembléia democrática é constituída por todos, transmutando a democracia de um pacto de submissão em um pacto de união no qual, cada contratante ocupa, ao mesmo tempo, a posição de súdito e soberano.[34]

Desenha-se um “absolutismo democrático”[35]: o corpo do povo delega poder ao Estado para legislar, decidir e agir. Este é o homem artificial que representa todos os homens que lhe transferiram seus direitos. É “a multidão reunida pelo contrato”. [36] Com efeito, a representação é um corolário lógico do contrato conferindo-se ao Estado representativo moderno caráter convencional. Trata-se de dizer: nada sustenta a legitimidade do poder político, a cidadania e a igualdade, senão, o contrato.[37]

Na esteira da democracia hobbesiana, Rousseau desenvolve essa premissa: tece uma alienação, sem reservas, de todos os direitos dos associados ao Estado, de tal modo que “cada um, entregando-se a todos, não se entrega a ninguém”. [38] Após o pacto, segue-se o Estado como unidade de todos os contratantes em uma só pessoa, na qual se deposita autoridade total e absoluta.

Em Rousseau, a fórmula do contrato social garante a liberdade ao indivíduo, sob o artifício da vontade geral. Livre por natureza, o homem tenciona tanto para o bem, como para o mal. O direito natural, por sua vez, não pode fundar a sociedade política. Então, tal tarefa é conferida ao contrato: transpor o antagonismo entre o indivíduo e o Estado. Do contrato nasce a sociedade civil, assentada na vontade geral do povo.

Na potência soberana do povo, reside a capacidade legisladora da vontade geral, instaurando a lei. Se as leis, elaboradas por representantes políticos do povo, são produto da vontade geral, é possível dizer: o homem, ao obedecer à lei, não obedece a outrem, senão, a si mesmo.[39]

Nesse momento, o contratualismo rousseauiano é chamado a desempenhar seu papel ideológico: o indivíduo que contrata a sociedade civil permanece tão livre como antes, pois a vontade geral é o artifício capaz de ocultar o pacto de alienação de sua liberdade.[40]

A vontade geral, em Rousseau, é tão-somente a vontade da lei. Tal percepção, esse contratualista obtém a partir da distinção entre soberania e governo, não enunciada por Hobbes. Para tanto, sublinha a soberania do povo como fundamento da sociedade política, tal como afirmado, mas não como critério da democracia. Nesta perspectiva, Rousseau lança “um novo olhar sobre a democracia.”[41]:a “identificação entre potência legislativa e potência executiva basta para condená-la”. [42]

Com efeito, se Hobbes lança luz sobre a democracia, ao tecer a noção de mandato representativo, Rousseau não enuncia a democracia,[43] mas um “discurso fundador de uma política perfeita que não é adulterada pelas ilusões de uma modernidade em via de se perder nos caminhos da história.”[44]

2 LIBERALISMO: INSPIRAÇÃO DA DEMOCRACIA, INSPIRAÇÃO DO CONTRATO

Despertada pelas teses contratualistas, a democracia segue um percurso que se entrelaça e se identifica com o ideal de liberdade, a tal ponto de ser chamada por Simone Goyard-Fabre de “aventura filosófica da liberdade dos povos”. [45]

Ocorre que a liberdade é a “idéia-força” que move os indivíduos do hipotético estado de natureza para a sociedade. Seja na composição do relato político ou na composição de uma ordem jurídica privada, a liberdade é o espectro valorativo da modernidade.

Nesse cenário, cumpre indagar o porquê da exaltação da liberdade. A resposta surge no plano político. Na luta contra o antigo regime, a liberdade encontra significado na abolição dos vínculos corporativos e de estado, que aprisionavam a personalidade do indivíduo a um regime de incapacidades, delineando uma organização econômica e social fechada. [46] Porém, a afirmação desta liberdade, guardava em suas entrelinhas, os contornos de um novo regime econômico fundamentado no *laissez-faire*.

Há nisto uma tensão ideológica entre a estática feudal e a dinâmica burguesa, expressa na incompatibilidade entre os laços de vassalagem que se perdem e as relações de troca que se impõem no âmago do sistema capitalista.

Voltando-se contra o absolutismo estatal, que anteriormente apoiara, a burguesia vale-se do jusracionalismo e da Ilustração para delimitar um espaço de liberdade a todo indivíduo, com vistas a protegê-lo do despotismo do Estado.

Para tanto, assiste-se ao reconhecimento dos direitos do homem, que encontrou expressão no constitucionalismo moderno. As declarações de direitos recolhidas da Revolução Francesa e da Independência norte-americana ecoam a garantia dos direitos do cidadão em oposição ao Estado.

Nos contornos tecidos aos direitos fundamentais de primeira geração, a liberdade dos antigos converte-se na liberdade dos modernos.

Benjamin Constant anuncia um movimento de oposição à liberdade dos antigos: a participação direta nas decisões coletivas submetia os indivíduos à autoridade do todo. Por outras palavras, a democracia dos antigos não lhes fazia livres como entes privados. [47] Trata-se, em última instância, da oposição entre a democracia antiga e o liberalismo moderno: a inversão operada pela parte, que ora precede o todo, torna a concepção de liberdade inconcebível, senão no espaço privado. Com efeito, esse movimento de oposição tem por pretensão converter a democracia ao liberalismo, fazendo-se dela um prosseguimento deste último. [48]

Em conformidade com essa ordem de idéias, é possível perceber que os direitos do homem foram a condição para o desenvolvimento da democracia, instrumentalizado na defesa dos direitos de liberdade:

Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade.[49]

O significado dessa ligação assenta-se na fórmula de soberania popular. O povo é o titular do poder soberano, que não o exerce diretamente, mas por meio de mecanismos de delegação da vontade popular: o sistema representativo. Coube ao contratualismo traçar essa linha divisória, com a pretensão de afastar os modernos dos antigos: a democracia é um pacto entre iguais.

Para tanto, revela-se o “paradoxo dos direitos da cidadania”, descrito por Juan Ramón Capella: a modernidade reveste a todos os homens do *status* de cidadãos.

Abstraídos de suas características reais, o cidadão é tomado em sua abstração, como mero titular de direitos políticos. Um conjunto de liberdades, que resultam, em última instância, no direito ao voto. Nesta perspectiva, delinea-se uma igualdade formal, segundo a qual o povo resta como um conjunto de cidadãos, que tem seus direitos garantidos na Constituição, porém esvaziados de conteúdo.

Nessa cidadania formal, o povo tem seus direitos políticos reduzidos à eleição de seus representantes. Formam-se as maiorias, que se constituem na vontade de todos, determinando a “vontade geral”. Arremata-se o ideal de liberdade rousseauiano, segundo o qual obedecer à lei não passa de obedecer a si mesmo. Por outras palavras, o indivíduo, que escapa das incertezas do estado de natureza, afirma sua liberdade, pois, enquanto cidadão, contribui para a edição de lei.[50]

Desenha-se o antídoto contra o abuso de poder: a participação de um maior número de cidadãos na formação das leis. A democracia retira sua inspiração da reivindicação política do liberalismo, determinada por proteger as liberdades individuais contra o Estado. Conseqüentemente, as democracias modernas são liberais.[51]

Contudo, Juan Ramón Capella denuncia o formalismo da democracia representativa. Pautada em uma cidadania formal, segundo a qual os indivíduos são tão-somente as vozes da vontade geral, a democracia delinea-se como o resultado de um pacto entre iguais, e não como um processo de distribuição efetiva de poder entre o povo, pois ele já se supõe distribuído:

Pero que el asunto de la democracia quede planteado así, como una cuestión de sí o no, convierte en irrelevantes, a efectos de determinar si en un sistema dado hay democracia, cuestiones como por ejemplo que efectivamente haya o no voto femenino, pues el sistema aparecerá como una democracia en cualquier caso. Esta concepción tiene la consecuencia de tratar necesariamente de una manera formal o abstracta, hasta idealista, la cuestión de la materialización del ideal democrático. [52]

Sob os contornos de uma democracia representativa, tão-somente formal, o Estado absolutista transmuta-se em Estado de direito liberal. Mostra-se como de direito, ao fazer do respeito a um corpo mínimo de direitos e garantias individuais seu fundamento; e como liberal ao fazer seus os valores e interesses da burguesia, restando como projeção de sua ditadura econômica.

Do princípio da legalidade, o Estado de direito liberal recolhe seus postulados. Com o propósito de afastar a arbitrariedade do antigo regime, todos os poderes do estado de direito derivam da lei. É o primado da lei, que, sob os contornos da abstração e generalidade, submete todos os indivíduos ao mesmo estatuto, instaurando a igualdade jurídica.

Sob o princípio da legalidade, idealiza-se a tripartição de funções do Estado: o povo, titular da soberania, delega-a aos seus representantes, os legisladores, que expressam a vontade geral. Nesta perspectiva, a separação de funções do Estado aponta para separação entre os momentos de elaboração e aplicação da lei. O juiz revela-se tão-somente, na acepção de Montesquieu, a “boca da lei”, atestando sua neutralidade, sob pena de tomar para si a tarefa do legislador. Por outras palavras, o julgador está proibido de proceder à “hetero-integração” das normas jurídicas, reduzindo-se a mediação entre a lei e o caso concreto em uma operação lógico-formal. A lei não poderia se sujeitar ao Poder Judiciário, pois é resultado da vontade geral, o que se revelaria contrário à democracia política, estruturada sob o viés da representação.[53]

Com efeito, o princípio da legalidade garante a previsibilidade da intervenção estatal.[54] Para tanto, o Estado de direito revela-se como estado da legalidade, designando o espaço público, apartado do espaço privado, que é o da liberdade. Sob esta dicotomia, o Estado subtrai-se de toda intervenção no espaço de auto-regulação dos particulares, regidos pela autonomia da vontade.

No traçado de uma rígida fronteira entre Estado e sociedade, os direitos fundamentais foram concebidos como limites ao poder governamental. Deste modo, os direitos naturais, que à luz do contratualismo, precediam à criação do Estado, mostrando-se oponíveis, tanto aos entes públicos como privados, foram esvaziados deste sentido.[55] O liberalismo volta-se contra o jusracionalismo e confina os direitos fundamentais às relações entre o cidadão e o Estado, restando “...concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”.[56]

Nesses termos, a fratura entre público e privado esvazia-se de qualquer oposição natural, depositando seu significado em uma ligação histórica com o advento da sociedade capitalista:

A distinção-oposição entre direito público e direito privado não é, pois, ‘natural’: não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista.[57]

À Constituição, reservou-se a regulação da ordem estatal, enquanto ao Código, reservou-se a disciplina da ordem econômica e social. Porém, esta atenta dicotomia sucumbiu diante do papel político revestido à codificação: a unidade política de uma nação é traduzida em unidade legislativa, fazendo-se do código o estatuto dos cidadãos.[58]

Na passagem do medievo para a modernidade, os códigos trouxeram consigo, sob um invólucro inovador, o projeto de uma nova sociedade. Encontrando expressão no racionalismo e fazendo do sistema seu paradigma, a codificação inspira-se no *more geométrico* da racionalidade cartesiana.[59] O Direito é apresentado como um caminho de dedução de conceitos, dotados de unidade, hierarquia e coerência.

Nas entrelinhas dessa racionalidade, a relação entre o código e o princípio da igualdade torna-se evidente[60]: a diversidade dos estatutos particulares de cada classe do medievo é substituído por um “estatuto de sujeitos iguais”.[61] Supera-se a insegurança jurídica que o pluralismo de fontes representava à atividade econômica da burguesia. Com efeito, o sentido humanitário do princípio da igualdade jurídica, revolucionariamente proclamado, encontra força no liberalismo econômico oitocentista: a supressão dos privilégios de classe e a igualdade de todos os homens eram condição necessária à instauração da economia de mercado.[62] Torna-se possível captar o significado revolucionário da codificação moderna: toda sociedade é chamada a se reconhecer na “tábua de valores” de uma única classe – a burguesia.

No cenário da vida privada, tecido pelas codificações modernas, o contrato torna-se o “eixo fundamental da sociedade liberal”.[63] Impulsionado por um papel ideológico, o contrato mostra-se como a dinâmica que move a estática das titularidades individuais, em antítese à sociedade feudal.

No Código Civil francês, o contrato aparece como fruto das conquistas políticas e econômicas da burguesia.[64] No *ancien regime*, a propriedade estava envolta por entraves econômicos que se chocavam com o livre movimento das titularidades, no interior do sistema capitalista. Por conseguinte, os códigos desenham um modelo de propriedade “perfeita”, em contraposição à imperfeição do modelo medieval: as faculdades partilhadas entre diversos indivíduos são reunidas nas mãos de um único titular.[65]

Com vistas a libertá-la daqueles entraves e conferir-lhe ampla transmissibilidade, o contrato é acolhido pelo *Code* entre os “diversos modos de aquisição da propriedade”, revelando um papel instrumental e servil em relação à titularidade.[66] Com efeito, propriedade e liberdade se entrelaçam em um “binômio indissolúvel”, de tal modo que não há liberdade de ser proprietário, sem liberdade de transmiti-la. [67]

Com semelhante propósito, liberdade e igualdade dos contratantes tornam-se os pilares de um esquema de contratação que repousa sobre a ideologia da liberdade de contratar.[68] Encontrando apoio no jusracionalismo, a liberdade é um direito inerente a todo homem, deduzido da razão, tornando todos os homens capazes de se obrigar, tão-somente por sua vontade livre.

Liberdade contratual e autonomia da vontade se entrelaçam para fazer da vontade livre, a pedra de toque da teoria contratual clássica, sob os contornos do voluntarismo jurídico. Se a vontade livre é suficiente para obrigar, nada mais justo que o conteúdo da convenção tenha força obrigatória entre as partes, idealizando o *pacta sunt servanda*. Ao mesmo tempo em que essa obrigatoriedade limita-se às partes, sob a denominação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, seu conteúdo impõe-se com força obrigatória ao Estado, restando imune a toda intervenção estatal, sob pena de destituir a soberania da vontade individual.

Nesse contexto, a liberdade de contratar submete-se tão-somente a limites negativos, que traçam sua fronteira exterior contida em proibições normativas. Impensável é a possibilidade do Estado intervir positivamente na seara afeta aos contratantes, impondo-lhes deveres que submetem seus interesses aos da coletividade, restando como tendencialmente ilimitada.

Destarte, as entrelinhas da liberdade de contratar guardam um papel ideológico: não se trata apenas de dar vida ao “processo de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente”, [69] mas de dissimular “contratos substancialmente injustos”, [70] asseverando Enzo Roppo:

A disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica.[71]

Quase um século depois, o BGB, como código burguês, não deixou de lado o modelo de justiça contratual apoiado na liberdade de contratar e igualdade formal dos sujeitos. Antes, aperfeiçoou este modelo, tornando-o mais eficiente, ao conceber o contrato à sombra de uma categoria mais geral: a do negócio jurídico.[72]

Pautado no dogma da vontade, o negócio jurídico conseguiu, mais do que o contrato, abstrair as desigualdades reais dos contratantes, mostrando-se como “...um *formidável instrumento ideológico*, todo ele funcionalizado aos interesses da burguesia e às exigências colocadas pelo seu grau de desenvolvimento...”[73]

Com efeito, os indivíduos, considerados como as vontades que repousam nos pólos de uma relação jurídica, tornavam-se tão-somente as vozes por trás das mercancias. Para, além disso, o plano ideológico da categoria do negócio jurídico tecia a abstenção dos poderes públicos de intervir na liberdade negocial dos particulares. Eis que as operações, movidas por essa dinâmica, pertenciam ao domínio exclusivo da vontade dos particulares, conforme a lógica das relações de mercado.[74]

3 O CONTRATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em atenção à fórmula política idealizada pela democracia liberal, a burguesia oitocentista encontrou na ampliação dos limites da soberania popular, a ruptura de sua hegemonia. Amparada no mecanismo de representação da vontade geral, a extensão dos direitos políticos ao limite do sufrágio universal abriu caminho para a reivindicação de parcelas desfavorecidas da população. Trata-se do resultado de um debate que se iniciou em meados do século XIX, entre liberalismo e socialismo, delineando rupturas no princípio democrático.

O movimento socialista não repudiou, em sua totalidade, o método democrático. Ao contrário, tomou-o por empréstimo do liberalismo, e com ele estabeleceu uma relação de complementaridade: ao mesmo tempo em que o processo de democratização favorecia o advento de uma sociedade fundada na coletivização da propriedade: a sociedade socialista alargaria sua participação política, possibilitando uma distribuição mais igualitária do poder econômico.[75]

Nessa perspectiva, ocorre a transposição, nem sempre pacífica,[76] para um avanço da democracia socialista em relação à democracia liberal. Por outras palavras, a participação popular na democracia liberal não depende da distribuição do poder econômico, conferindo-lhe um caráter tão-somente formal, enquanto na democracia socialista, a distribuição do poder econômico transforma o poder de participação popular em substancial.[77]

Com efeito, assiste-se a um movimento de reivindicação de direitos, que trouxe consigo o avanço do princípio democrático, na medida em que dele se recolhem as influências da ideologia socialista. Liga-se a democracia ao ideal de igualdade e desenha-se um novo paradigma: o Estado social. Resultado de uma composição entre liberalismo e socialismo,[78] que não se destitui do papel de “instrumento de sustentação do desenvolvimento do capitalismo”,[79] antes, opera-se como uma síntese entre Estado de direito liberal e social, arrematando o Estado social de direito.

No século XX, a produção em massa e a concentração de capital exigiram o redesenho das relações entre Estado e sociedade. Com vistas a eliminar a tensão provocada entre capital e trabalho, promove-se a intervenção do Estado em duas direções: econômica, corrigindo os desvios do mercado, e social, integrando os excluídos no tecido social.[80]

Voltando-se contra os desvios provocados pela auto-regulação do mercado, o Estado interfere na esfera econômica, passando a dirigir e controlar o processo produtivo para redistribuir o produto social. Vale-se de uma política fiscal capaz de promover serviços de utilidade social e conferir aos cidadãos condições de existência, que os integrem no tecido social.[81]

A remoção das desigualdades econômicas, geradas pela igualdade formal, conduz os contornos do novo significado que o Estado adquire. O princípio da igualdade

substancial, que ora se faz presente, em busca da eliminação das diferenças econômicas, reclama a substituição de uma subjetividade abstrata por uma subjetividade recíproca.[82] O homem deixa de ser compreendido como mero destinatário de normas gerais e abstratas, para ser tomado em consideração à coletividade. Toma corpo uma tutela setORIZADA, destinada a grupos sociais, o que rompe com o papel de centralidade impresso à codificação, sinalizando para uma fragmentação do cenário jurídico, expressa no movimento de descodificação do Direito Privado.

Desenha-se uma profunda alteração das relações entre Estado e sociedade: em substituição ao individualismo, que sobrepunha o indivíduo ao Estado, toma lugar o solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado sobre o indivíduo. Rompe-se a dicotomia público-privado que sustentava o Estado de direito liberal. É a intangibilidade da economia que se desfaz perante o poder político, suscitando a multiplicação de normas cogentes, na regulação das relações privadas. Deste modo, o espaço conferido à autonomia privada torna-se mais estreito em diversos setores da sociedade.

Esse panorama, tecido na época do Pós-guerra, fundamenta-se em um “novo humanismo”[83] que repõe em cena os direitos do homem. Entre positivismo e jusnaturalismo, o constitucionalismo do século XX é a via eleita para acolher uma segunda geração de direitos fundamentais, de conotação econômica e social, sinalizando a passagem para um “Estado de direitos”.[84] É a resposta alcançada por um movimento de reivindicação de direitos, por parte de indivíduos e grupos, perante o Estado, impondo-lhe o cumprimento de prestações positivas e o implemento de políticas públicas intervencionistas.

A democracia social, presente no *Welfare State*, foi responsável pela inscrição de direitos fundamentais e sociais nas Constituições. Confere-se nova conformação ao princípio da separação de poderes: o executivo ganha prevalência perante o poder legislativo, instrumentalizando a intervenção do Estado na economia. Atesta Daniel Sarmento que esse predomínio dissipa a democracia, na medida em que aparta governantes e governados, em face da perda de lugar de instâncias representativas na estrutura estatal e conversão da cidadania em uma relação de clientela. [85]

Não tarda o advento de uma crise do modelo de Estado social: ao mesmo tempo em que a escassez de suas políticas públicas coloca em risco os direitos fundamentais e sociais, elas não se revelam como escolhas da sociedade, mas de pequenos grupos que se alteram no poder,[86] colocando em xeque o princípio democrático.

Delineia-se uma “democracia providencial”, suscitada pelas reivindicações de indivíduos e grupos perante o Estado. Gera-se uma superabundância de direitos do homem que, segundo Simone Goyard-Fabre, falsifica o conceito de democracia, na medida em que esta exige que o poder do povo fundamente-se na constitucionalização das decisões.[87] Trata-se de dizer: os direitos fundamentais deparam-se, no interior desse Estado, com as dificuldades de sua realização. Eis que o valor desses direitos decorrem antes de sua eficácia do que de sua idealidade.[88]

Portanto, o Estado volta-se para um novo paradigma, no qual possa encontrar a superação dessa crise: o Estado democrático de direito. Encontrando acolhida nas Constituições, representa um salto em relação ao modelo intervencionista, na medida

em que confere ao Direito uma função transformadora e desloca o ponto de tensão entre Estado e sociedade do Executivo para o Judiciário.[89] Especialmente, em sua jurisdição constitucional, atribui-se aos juízes poder para avaliar as medidas de bem-estar social, propostas pelos governantes, conferindo-lhes um “peso democrático”. [90] Nesta perspectiva, o Estado democrático de direito mostra-se como uma fórmula indissolúvel, que liga democracia e realização dos direitos fundamentais.[91]

As oscilações políticas e sociais, que descortinam o Estado democrático de direito, têm decisiva influência no contrato. Trazendo consigo, o “projeto de uma nova sociedade”, [92] os textos constitucionais acolhem os princípios de Direito Privado: o contrato ingressa nas Constituições.

No Estado democrático de direito, os valores e princípios fundamentais do Direito Privado transitam para a esfera política. Ao transpor as barreiras que separavam o público do privado, o Estado toma para si a tarefa de tutela e realização dos direitos fundamentais e de pleno desenvolvimento da pessoa.[93] Trata-se, em última instância, da esfera política definindo os valores do Direito Privado e conferindo-lhe feição democrática. Com efeito, o contrato, situação subjetiva patrimonial construída sob a inspiração do liberalismo, é chamado a funcionalizar-se às relações existenciais.[94]

Sob o primado de um “novo humanismo”, inscrito pelas Constituições, igualdade, liberdade e solidariedade trazem para o primeiro plano, princípios que não encontravam lugar na “geometria euclidiana das obrigações”.

No cenário da codificação oitocentista, a “hipertrofia da autonomia da vontade” delineava a “atrofia da boa-fé”. [95] Doutrina e jurisprudência uniam-se na tarefa de minimizar seus contornos. A boa-fé era destituída do valor de solidariedade, relegando para o reino da vontade individual a primazia dos valores patrimoniais.

A Constituição rompe essa primazia. Em meio à desigualdade contratual, suscitada pelo “despotismo econômico”, exige-se a intervenção do Estado. Para tanto, o conteúdo ético da boa-fé lhe é restituído pela axiologia constitucional, traduzindo-se no “dever de cooperação” entre as partes.

Sob um “processo de objetivação” da tutela contratual, inverte-se a relação anteriormente exposta: a autonomia privada resta funcionalizada à boa-fé. Assiste-se ao esforço de obter-se um equilíbrio mínimo nas relações contratuais, em nome da igualdade substancial; impõem-se deveres de conduta às partes em nome da lealdade da informação e proteção, que se deve presidir a relação obrigacional, desde os seus primeiros aos últimos instantes, reputada pela solidariedade; limitam-se as prerrogativas contratuais na medida em que atentem contra a reciprocidade; ou ainda, quando suscitem quebra da confiança, ultrapassando-se os limites da liberdade individual para ater-se ao outro, em homenagem à justiça social, eis que a liberdade conforma-se ao dever de solidariedade social.[96]

Compondo o pano de fundo dessa passagem do “ter” ao “ser”, a função social invade a estrutura inabalável de liberdade expressa no contrato. Rompe-se com a “ideologia da liberdade de contratar e igualdade dos contratantes”, ao conformar-se a vocação individualista do contrato aos interesses da coletividade. A função social subtrai o contrato de uma igualdade tão-somente formal, para assentá-lo em uma igualdade

substancial. Nestes termos, a liberdade contratual não se justifica quando atentar aos valores de justiça. [97]

Rompe-se a intangibilidade do contrato, subtraída do livre jogo dos egoísmos individuais. O Estado, por meio do juiz passa a intervir em seu conteúdo, com vistas a delinear seu equilíbrio e alcançar a justiça contratual substancial.

A principiologia contratual, desenhada pela força normativa da Constituição, elege como valor a pessoa. Como reverso dessa repersonalização, opera-se a despatrimonialização do contrato, cujo significado é apontado por Carmem Lúcia Silveira Ramos: "...não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no Direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça". [98]

É justamente neste contexto, que se colocam em causa os direitos fundamentais dos contratantes, cogitando-se sua incidência no confronto com a autonomia contratual.

4 DA DEMOCRACIA AO CONTRATO: “PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS” [99]

Com o avanço do “fato democrático”[100] coloca-se em causa o papel do contrato: sob decisiva influência do contexto econômico, político e social, esse instituto muda sua disciplina e funções, delineando sua relatividade.[101] É nesta mudança de papéis que se pretende visualizar no contrato, o “ponto de encontro dos direitos fundamentais”.

Renovadas desigualdades, geradas por uma pulverização da concentração de poder, então consolidada nas mãos da burguesia, dissiparam-se para a sociedade. O desenvolvimento do capitalismo trouxe consigo a formação de grandes indústrias e de monopólios privados. Deste modo, o poder econômico privado passou a efetivo regulador da circulação de riquezas no mercado, segundo a lei da oferta e da procura, gerando conflitos entre os detentores de poder e os grupos sociais. Isso levou à concentração do capital e estabelecimento da produção industrial em massa. Revela-se um novo tipo de autoritarismo, escondido sob a bandeira da liberdade e igualdade: a concentração de poder econômico.[102]

Instaura-se uma tensão valorativa entre pessoa e mercado, que se busca conter por um “*revival* dos direitos humanos”:[103] na medida em que o Direito Privado não se destina apenas a tutelar o poder de auto-determinação do indivíduo, mas a alcançar a justiça social, toma lugar uma “hipertrofia dos direitos fundamentais”.[104] Eis que “somente uma concepção emancipatória e expansionista dos direitos fundamentais poderá contrapor-se a essa contraproducente onda de concentração do poder nos setores privados”.[105]

Por conseguinte, a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical, ocupando o espaço das relações entre Estado e cidadão, mas, ainda, horizontal, delineando-se nas

relações entre cidadãos. Isso ocorre em atenção à lógica do Estado social, pois o poder privado pode se revelar ainda mais ameaçador aos direitos humanos, do que o exercido pelas autoridades públicas, uma vez que não está democraticamente legitimado.[106]

Destaca-se novo papel ao contrato: cogita-se de uma eficácia irradiante da democracia nas relações privadas, traduzida na incidência dos direitos fundamentais entre particulares, restando, o contrato, como “ponto de encontro de direitos fundamentais”. [107]

Nas entrelinhas desse papel, conferido ao contrato, repousa o avanço do “fato democrático”. [108]

Ancorada nas teses do contratualismo moderno, a democracia política depositou seu axioma sobre a idéia de representação. Na medida em que a lei é expressão da vontade geral, a democracia encontrava inspiração na reivindicação política do liberalismo: proteger as liberdades individuais contra o poder do Estado. [109] Nessa direção, os direitos fundamentais de primeira geração constituem-se em afirmação da democracia, como resultado da liberdade e dignidade dos cidadãos, expressas na vontade geral. [110] Trata-se de uma cidadania formal: os cidadãos, abstraídos de suas desigualdades materiais, foram investidos de direitos políticos, que se sintetizam na esfera pública.

Uma segunda geração de direitos, dotados de conotação econômica e social, testemunha o avanço do “fato democrático”. Considerando-se que o privado não se opõe ao público, em nome do liberalismo, e nem mesmo o público ao privado, em favor do socialismo, assiste-se à pulverização da democracia política. [111]

Por conseguinte, o princípio democrático volta-se do público para o privado e passa a exigir inclusão social, o que se traduz na existência de condições materiais mínimas para o exercício da cidadania. [112] Eis que se trata de uma exigência inarredável do Estado democrático de direito, que o exercício das liberdades ocorra de modo efetivo, com vistas a alcançar a igualdade real e a justiça social. [113]

Com efeito, desvenda-se o perfil axiológico do contrato: a ampliação do princípio democrático para as relações sociais sugere uma intervenção estatal na autonomia contratual. Uma vez que ela não subsiste como valor em si mesmo, mas como uma exigência de tutela à pessoa, que se traduz na sua conformação aos valores que presidem o Estado democrático de direito, essas intervenções fazem-se, sobretudo, por meio da lei. Todavia, também há espaço para o julgador nesta tarefa, quando o princípio democrático é o vetor que o orienta na interpretação e aplicação das cláusulas de um contrato e das normas de Direito Privado.

Instaura-se o percurso dos direitos fundamentais nas relações contratuais: teses monistas e dualistas debatem-se na discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Enquanto as primeiras sustentam uma eficácia imediata, as segundas sustentam uma eficácia mediata, fazendo a mediação do legislador e do juiz, imprescindível à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Na jurisprudência brasileira, revela-se novo papel atribuído ao contrato: de instrumento de transmissão de riquezas, se conduz como um realizador de direitos fundamentais.

Neste sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, acerca da prisão civil por dívidas:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se eleveou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.

Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67.

Ordem deferida. [114]

Voltando-se as atenções para os direitos fundamentais sociais, o contrato revela-se como a instância privilegiada de tensão entre os valores da pessoa e do mercado. Exemplar nisto é a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, conferindo plena eficácia ao direito fundamental à saúde em relação contratual:

O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência média integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90), mas, principalmente, na lei de mercado que quanto maior o lucro, maior também é o risco. [115]

Resta indagar se essa dimensão mais ampla, atribuída ao princípio democrático, encontra acolhida na Constituição brasileira de 1988. O Estado democrático de direito, por ela enunciado, elege como seu núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, lançando os contornos de uma axiologia material, que se traduz no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como garantia de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Por conseguinte, é na esfera política que se desenham os contornos da autonomia contratual, traduzidos na democracia econômica e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Modernidade, a “exaltação do papel do contrato” [116] conferiu-lhe um sentido partilhado nos cenários público e privado.

Fundamentar o Estado e a sociedade no contrato, equivale a fundamentá-los no consenso. Com estilos diversos, Hobbes e Rousseau revelam o significado contratual da democracia: sob o traçado de uma nova antropologia, move-se a concepção abstrata de cidadania. Descortina-se a democracia representativa, arquitetada sob os contornos da vontade geral.

Nesses termos, a representação é corolário lógico do contrato, conferindo-se ao Estado representativo moderno caráter convencional. O contrato sustenta a legitimidade do poder político. Por conseguinte, em lugar de uma relação de oposição, contrato e democracia sintetizam-se em uma relação de assimilação.

Com o advento do liberalismo, este torna-se a fonte de inspiração comum do contrato e da democracia. Em contrariedade aos antigos, a liberdade somente torna-se concebível no espaço privado, e a democracia converte-se ao liberalismo: deixa-se levar pelo propósito de proteger as liberdades individuais contra o Estado.

Com as novas relações de poder, geradas pela concentração de capital, a pessoa torna-se o centro das preocupações e passa a se cogitar nova função ao contrato: o de realizador de direitos fundamentais. Semelhante papel é reflexo de uma democracia que avança para o privado e assenta-se na esfera econômica e social. Nesta perspectiva, os valores do Direito Privado são definidos pela esfera política. É o princípio democrático desenhando a autonomia contratual, ao acolher em seu núcleo os direitos fundamentais e sociais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994.

BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.].

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. **Quando, por que e em que sentido o Estado contemporâneo torna-se mínimo?** p. 1-35, inédito.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, 6º ed., 6º reimpr., .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** nº 12.547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01º.06.2000.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid : Trotta, 1997.

CHÂTELET, François. **Uma história da razão**: entrevistas com Émile Noël. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. Bologna: Zanichelli. [s.d.].

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil** : les obligations le contrat. Paris : LGDJ, 1980.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

Marques, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. v. 1.

Marques, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Hobbes e as paixões**. Palestra proferida durante sarau realizado na Biblioteca Freudiana de Curitiba, em 16 de maio de 1994.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Moraes, 1989.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Ap. Cív. nº 264.003-9, rel. Juíza Maria Elza, j. 10.02.99. In: **JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**. Cível e comércio. **Planos de Saúde**, 193. Curitiba: Juruá, 2002, p. 117 e segs.

MONTEIRO, João Paulo. Democracia hobbesiana e autoritarismo rousseauiano. In: **Manuscrito**. Revista de Filosofia, v. III, nº 2, abril/1980. Campinas: Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência da UNICAMP, p. 35-49.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo : Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 24, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra : A. Amado, 1979.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 3-29.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 151-172.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988.

ROMAIN, Jean-François. **Théorie citique du principe général de bonne foi em droit privé**. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit). Bruxelles: Bruylant, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 2. ed.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

[1] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988, p. 28.

[2] CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid : Trotta, 1997, p. 109.

[3] ROPPO, op. cit., p. 25.

[4] CAPELLA, op. cit., p. 109.

[5] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, 6º ed., 6º reimpr., p. 83.

[6] Marques, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. v. 1. , p. 257.

[7] Expressão de: ROPPO, op. cit., p. 25.

[8] ROPPO, Op. cit., p. 29

[9] "...as ideologias são sempre, em vária medida, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pura e simples falsificações da realidade, mas devem também, de algum modo, reflectir esta última, seja porque sempre por esta devem ser movidas, seja para distorcê-la ou para influenciá-la com fins diversos dos do seu objectivo conhecimento." (ROPPO, Op. cit., p. 31)

[10] ROPPO, Op. cit., p. 37.

[11] CAPELLA, op. cit., p. 109.

[12] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Hobbes e as paixões**. Palestra proferida durante sarau realizado na Biblioteca Freudiana de Curitiba, em 16 de maio de 1994, p. 6

[13] CAPELLA, op. cit., p. 135.

[14] MARQUES NETO, **Hobbes...**, p. 3.

[15] CAPELLA, op. cit., p. 108.

[16] CAPELLA, op. cit., p. 109.

[17] CAPELLA, op. cit., p. 109.

[18] CAPELLA, op. cit., p. 111.

[19] GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. Bologna: Zanichelli. [s.d.], p. 13.

[20] Nesse sentido, MARQUES NETO, **Hobbes...**, p. 15.

[21] RIBEIRO, op. cit., p. 68.

[22] "Fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano sobre a idéia dum contrato celebrado entre os seus membros, pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda a obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar assim na idéia de *contrato social* o meio que permitiria reconduzir com pleno êxito toda a *heteronomia* a uma *autonomia* e deste modo resolver todo o direito público no direito privado." (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra : A. Amado, 1979. p. 283).

[23] "A propósito, é na lei do pacto que Hobbes vê a origem da justiça: ser justo nada mais é do que cumprir seus pactos, donde nosso autor deduz que o estado de natureza, sendo logicamente anterior ao pacto, também, o é em relação a toda e qualquer justiça, de modo que no estado de natureza nada pode ser considerado injusto." (MARQUES NETO, **Hobbes...**, p. 16)

[24] GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil** : les obligations le contrat. Paris : LGDJ, 1980, p. 20.

[25] MARQUES NETO, **Hobbes...**, p. 18.

- [26] MARQUES NETO, **Hobbes**..., p. 18.
- [27] RIBEIRO, op. cit., p. 73.
- [28] CAPELLA, op. cit., p. 112.
- [29] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 127.
- [30] Nesse sentido, GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 129.
- [31] MONTEIRO, João Paulo. Democracia hobbesiana e autoritarismo rousseauiano. In: **Manuscrito**. Revista de Filosofia, v. III, nº 2, abril/1980. Campinas: Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência da UNICAMP, p. 35-49, p. 37.
- [32] CHÂTELET, François. **Uma história da razão**: entrevistas com Émile Noël. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 76.
- [33] CHÂTELET, op. cit., p. 78-80.
- [34] MONTEIRO, op. cit., p. 40.
- [35] MONTEIRO, op. cit., p. 39.
- [36] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 130.
- [37] CAPELLA, op. cit., p. 117.
- [38] MONTEIRO, op. cit., p. 41.
- [39] Nesse sentido, CAPELLA, op. cit., p. 119.
- [40] MONTEIRO, op. cit., p. 45.
- [41] Expressão de GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 162.
- [42] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 167.
- [43] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 170.
- [44] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 154.
- [45] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 97.
- [46] Cf. ROPPO, Op. cit., p. 36.
- [47] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, 6º ed., 6º reimpr., p. 8.
- [48] BOBBIO, op. cit., p. 44
- [49] BOBBIO, op. cit., p. 44
- [50] Nesse sentido, GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 135.
- [51] GOYARD-FABRE, **O que é**..., p. 278.
- [52] CAPELLA, op. cit., p. 117.
- [53] Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. 2. ed., p. 11.
- [54] NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 24, 1987, p. 69.
- [55] Cf. SARMENTO, op. cit., p. 12.
- [56] SARMENTO, op. cit., p. 12 e 25
- [57] MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Moraes, 1989. p. 159
- [58] IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 26
- [59] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994, p. 71.
- [60] GALGANO. **Il diritto**..., p. 36.
- [61] IRTI, Natalino. **L'età**..., p. 25.
- [62] GALGANO. **Il diritto**..., p. 38
- [63] ROPPO, Op. cit., p. 28.
- [64] ROPPO, Op. cit., p. 41.

- [65] Cf. CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 56.
- [66] ROPPO, Op. cit., p. 42.
- [67] Cf. ROPPO, Op. cit., p. 42-43.
- [68] ROPPO, Op. cit., p.36.
- [69] ROPPO, Op. cit., p. 45.
- [70] ROPPO, Op. cit., p. 38.
- [71] ROPPO, Op. cit., p. 38.
- [72] ROPPO, Op. cit., p. 47.
- [73] ROPPO, Op. cit., p. 50.
- [74] ROPPO, Op. cit., p 52.
- [75] BOBBIO, op. cit., p. 81.
- [76] BOBBIO, op. cit., p. 82.
- [77] BOBBIO, op. cit., p. 83.
- [78] SARMENTO, op. cit., p 20.
- [79] BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.], p. 71
- [80] BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 103-104.
- [81] Nesse sentido, NOVAIS. **Contributo...**, p. 194
- [82] Cf. BARCELLONA, **Diritto...**, p. 104.
- [83] FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989, p. 108.
- [84] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 65 e 68
- [85] SARMENTO, op. cit., p. 23.
- [86] STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169-213, p. 179
- [87] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 290.
- [88] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 291.
- [89] STRECK, op. cit., p. 180.
- [90] STRECK, op. cit., p. 181.
- [91] STRECK, op. cit., p. 170.
- [92] IRTI, op. cit., p. 75
- [93] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 54.
- [94] “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do comunismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial;” (PERLINGIERI, op. cit., p. 33)
- [95] ROMAIN, Jean-François. **Théorie citique du principe général de bonne foi em droit privé**. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit). Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 135.

- [96] “A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.” (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 281)
- [97] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo : Saraiva, 1994, p. 81-82.
- [98] A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 3-29. p. 16.
- [99] Marques, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. v. 1, p. 256, 2ª ed.
- [100] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 288.
- [101] ROPPO, op. cit., p. 24.
- [102] BARCELLONA, **Diritto...**, p. 65.
- [103] Marques, **Contratos...**, p. 95; Essa valorização dos direitos humanos é identificada como um dos elementos da cultura pós-moderna, segundo Cláudia Lima Marques: “Segundo Erik Jayme, as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito, seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotive da pós-modernidade, a valorização dos direitos humanos. Para Jayme o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade.” (**Contratos...**, p. 93)
- [104] Expressão de: QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 277 e 279.
- [105] SOMBRA, op. cit., p. 117
- [106] SARMENTO, op. cit., p. 26.
- [107] Com efeito, Cláudia Lima Marques assevera que o contrato, para além de instrumentalizar operações econômicas, revela-se como um instrumento realizador e de defesa do consumidor como sujeito de direitos fundamentais. Educação, saúde e moradia compõem o rol de direitos básicos do consumidor, descritos no art. 6º, da “microcodificação tutelar”, condicionando a leitura das normas consumeristas: os contratos de consumo devem ser interpretados conforme a Constituição da República e com a finalidade de proteger o consumidor. Trata-se de enunciar a incidência dos direitos fundamentais nas relações contratuais, não apenas como direitos subjetivos, mas como normas objetivas de valor, conferindo-lhe significado axiológico. (Marques, **Contratos...**, p. 259-260)
- [108] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 288.
- [109] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 278.
- [110] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 288.
- [111] GOYARD-FABRE, **O que é...**, p. 300.
- [112] SARMENTO, op. cit., p. 307.
- [113] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005, p. 71-72.
- [114] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus** nº 12.547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01º.06.2000.
- [115] Nesse sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Ap. Cív. nº 264.003-9, rel. Juíza Maria Elza, j. 10.02.99. In: **JURISPRUDÊNCIA**

BRASILEIRA. Cível e comércio. **Planos de Saúde**, 193. Curitiba: Juruá, 2002, p. 117 e segs.
[116] ROPPO, op. cit., 25.

O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO DESDE A CONCEPÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL – COMO FORMA DE SOLIDIFICAR A EXIGENTE ATUAÇÃO INTEGRAL DO FENÔMENO HUMANO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS*

Zoraide Sabaini dos Santos Amaro

RESUMO

Indispensáveis se tornam as considerações que seguem para diligenciar acerca do debate sobre o início da personalidade jurídica do nascituro. O enfoque parte da premissa de maior relevância, isto é, tem como alicerce fundamental a dignidade da pessoa humana - essência inviolável a partir do período em que ocorreu o milagre da vida, a concepção. A questão que então se discorre, tem importância justificada em face da redação aparentemente contraditória no artigo 2º do Código Civil: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro*. A condição conflitante nesse dispositivo legal, tornou-se tema de grande discussão, posto que são atribuídos vários direitos a quem não tem personalidade, segundo a própria Lei. Quanto a esse aspecto para a análise da questão, pode-se identificar a existência de três vertentes primordiais, que correspondem às teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista. Com as mudanças advindas ao longo dos tempos e da Biociência, uma sucinta leitura histórica do processo das transformações nos planos religioso, ético, moral, político, filosófico, jurídico e econômico, seria necessária, contudo, importa centrar apenas na questão jurídica, consignando que muitos estudiosos relacionam a personalidade com o momento da concepção; baseiam suas convicções no fato de que, o feto concebido é sujeito de direitos, quais sejam: tutela à pessoa embrionária, direitos do feto à vida, à saúde, à alimentação, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar, proteção penal garantindo-lhe o direito de nascer e outros. Portanto, face às informações da literatura médica, está definido que desde a concepção existe uma vida individualizada, o que é da maior relevância para o Direito. Em que pese as normas legais vigentes e entendimentos doutrinários diversos quanto ao amparo do nascituro, a Lei Maior assegura a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção. Pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que concede unidade aos direitos inerentes à personalidade humana, é possível concluir pela necessidade de introduzir no campo dos embates filosóficos, reflexão para uma reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade do nascituro.

PALAVRAS CHAVES: NASCITURO; VIDA; PERSONALIDADE; DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Vital become the considerations that follow to work on the debate about the beginning of the legal personality of the unborn child. The focus of the premise of greater relevance, is has the foundation fundamental human dignity- Inviolable essence from the period in which the miracle of life occurred, design. The question that then talks has amount justified in the face of seemingly contradictory wording in Article 2 of the Code Civil: The person's civil people begins with the birth life, but the law does except, since the design rights of the unborn child. The condition that conflicting provisions, become topic of great debate since several are assigned rights to those who do not have personality, according to the law itself. How will this aspect for the analysis of the issue can identify the existence of three primary parts, which correspond natalista the theories of personality conditional concepcionista. With the emerging changes over time in Bioscience, a suscinta reading of the historical process of change in the religious, ethical, moral, political, philosophical, legal and economic, would be needed, however, it focused only on the legal question, whereas many religious personality to relate to the moment of conception, their convictions based on the fact that the fetus is conceived subject of rights, which are: guardianship to embryonic person, rights of the fetus to life, to health, to food, to respect, to dignity, to coexistence family, protecting criminal ensuring him the right to be born and others. So, given to the information in the medical literature, which is defined from conception there is an individual life, which is of great importance to the law. In that despite the laws in force and doctrinal different understandings about the refuge of the unborn child, the law ensures the largest inviolability of the right to life, without defining, however, from that moment would be that protection. For the inviolability of human dignity, which gives unity to the rights inherent to the human personality, it can be concluded by the need to introduce the field of philosophical disputes, reflection for a recasting of the principles of Brazilian civil law to change the rule on the initiation the personality of the unborn child.

KEYWORDS: UNBORN CHILD, LIFE, PERSONALITY, HUMAN DIGNITY

INTRODUÇÃO

O tema relativo ao direito da personalidade do nascituro constitui um universo polêmico na doutrina, alguns se posicionam que o embrião não é pessoa de direito, ele é apenas objeto de direito e que, portanto, não possui, pelo menos perante o direito pátrio, personalidade jurídica. Pretendendo entender o desdobramento desta questão o objetivo geral deste estudo é verificar a relevância do amparo do nascituro, isto é sua proteção *desde que o relógio do tempo começou registrar as fagulhas de sua existência*¹, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana - essência inviolável a partir do período em que ocorreu o milagre da vida - a concepção.

¹ Augusto Cury: Você é Insubstituível - Prefácio: *Você descobrirá alguns fatos relevantes que o tornaram um dos maiores vencedores do mundo, dos mais corajosos dos seres, dos que mais cometeram loucuras de amor para poder estar vivo. Talvez você não saiba, mas você foi profundamente "apaixonado" pela vida desde que o relógio do tempo começou a registrar as fagulhas de sua existência (...).*

Em decorrência de que o direito reconhece os atributos da personalidade com o sentido de universalidade e entendendo por *concepto* o ser humano no período da vida que vai desde o seu início - na concepção até o nascimento - torna-se necessário fazer um exercício hermenêutico quanto à corrente (ou teoria) adotada pelo Código Civil brasileiro - art. 2º: *A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.* A fim de trazer soluções para essa nebulosa questão - o início da personalidade civil -, doutrinadores afirmam que o artigo citado é conflitante entre si e se empenham no estudo das teorias pertinentes – a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.²

Dentro desse ponto de vista, incumbe buscar na doutrina e legislação pertinente fundamentos que dêem sustentação a ampla proteção do nascituro, desde quando ele seja concebido, não importando a forma como isso aconteceu se por métodos naturais ou em laboratório. Compete ressaltar que se trata de um ponto controvertido, de difícil consenso. Por conseguinte, em decorrência da natureza do objeto da matéria e desenvolvimento do tema, na metodologia histórico-dedutiva adotada estará presente a interdisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de encontrar, nas várias espécies do conhecimento, argumentos que são indispensáveis ao contexto que se pretende elaborar.

Repousa uma indagação no que concerne a idéia central desse trabalho:

No âmbito de todos os direitos que tem definições claras de proteção à criança e prestígio de forma considerável os direitos do feto; as normas vigentes do Código Civil Brasileiro que tutelam a pessoa embrionária, os avanços que permeiam a vida social; a força viva da dignidade da pessoa humana - é possível concluir pela necessidade de introduzir na arena dos embates filosóficos, meditações para uma nova, atual e condizente reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade jurídica do nascituro?

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

² ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da personalidade do nascituro. In: Revista dos Advogados. São Paulo, n. 38, dez. 1992, p.22.

A questão que então se discorre tem sua importância justificada na ausência de conclusões jurídicas definidas acerca da personalidade jurídica do nascituro. A partir do momento em que se discute, para efeitos jurídicos, o termo inicial do direito do nascituro a ter personalidade jurídica, já se manifesta evidente a relevância do tema a ser abordado. Cresce de importância, ainda mais, quando o assunto se dirige ao próprio direito à vida do nascituro. Ao dissertar sobre a matéria parte-se da premissa de que a proteção inicia-se desde a concepção ou fecundação do embrião, e não somente após o nascimento com vida, objetivando-se uma ampla proteção do nascituro, tendo em vista que a vida precisa ser protegida, principalmente, diante dos avanços científicos atuais experimentados na Biociência. Uma conciliação entre o progresso científico e um Direito que salvguarde, em especial, a dignidade humana, é necessária que seja encontrada, vez que nem tudo que é cientificamente possível deve ser permitido.

Tem-se, portanto, que por mais entendimentos conservadores e seus defensores queiram se esconder por detrás de algumas doutrinas bem construídas ou crenças bem enraizadas, convém não olvidar que tendo essencial direito à vida, o nascituro tem dignidade humana, que deve do mesmo modo ser reconhecida, respeitada e protegida. Além desses direitos humanos que hão de ser-lhe juridicamente reconhecidos, outros direitos podem ser-lhe outorgados e garantidos.

Sem perder de vista a realidade social, as relações familiares, comerciais, políticas e econômicas dos últimos tempos revelam novos aspectos complexos da vida com repercussões em condutas e construções filosóficas, jurídicas, morais e religiosas. A par disso não pode o Direito desconhecer as novas descobertas científicas (MAGALHÃES, J. L. Q.; T. R. S, 2006, *apud* SÍNTESE, p. 153); essas questões não devem ser excluídas ou ficar fora do debate público em uma coletividade pretensamente evoluída. O presente estudo não é uma pretensão indubitavelmente grande, incumbe esperar que se torne um alvo comum entre os juristas o tratamento do nascituro compatível com a sua natureza humana, reconhecendo-lhe a dignidade que lhe é inerente e o respeito aos seus direitos essenciais (GODINHO, 2006).

Além do mais, pela importância dessa investigação, ainda que grassa enorme controvérsia, tem-se que compensa analisar o tema buscando no fundamento da dignidade da pessoa humana a probabilidade de reformulação da regra relativa ao início da personalidade jurídica do nascituro na lei civil brasileira.

2 SUCINTA MENÇÃO À EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROCESSO DE RECONHECIMENTO FORMAL E SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito se manifesta na história como uma força viva, que germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço, segundo uma lei lógica das evoluções (RIBAS, J., 1980, p. 15). É manifesto que não se poderá bem compreender o direito no seu estado atual sem recorrer aos estados anteriores. Por esse motivo, é indispensável fazer uma sucinta leitura histórica do processo das transformações na ordem política, filosófica e jurídica mundial.

As mais remotas civilizações por uma ordem legal divina, até a moderna filosofia do direito natural legaram à humanidade alguns temas que vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis. Na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão encontram-se as origens dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens.³ (SARLET I. W., 2004 p. 44). Advieram, por sua vez, da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade. Primeiramente os direitos humanos foram fundamentados no direito natural, segundo o qual a origem da necessidade da proteção da dignidade humana seria o próprio homem, pois esta qualidade lhe seria inerente (BOBBIO, 1992, p. 15-47).

A ascendência dos direitos individuais do homem inicia-se com a lei escrita, no antigo Egito e Mesopotâmia. Tem-se com o Código de Hamurabi (1730-

³ COELHO, Fernando Laélio. Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais: primeiras aproximações: *O referido autor lembra que apesar de ser consagrado o pensamento que não existiram direitos fundamentais na antiguidade, podemos identificar algumas idéias que influenciaram o pensamento jusnaturalista posteriormente.* Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 01 abr 2008. Neste sentido, a lição de A. E. Peres Luño, *Derechos Humanos*, p. 109, que também refere a importância do pensamento sofista e estoíco no conhecimento das idéias da igualdade natural dos homens e da crença num sistema de leis não-escritas anteriores às do Estado e dos homens. A respeito deste ponto, como de modo geral sobre a evolução dos direitos humanos e fundamentais, vale conferir a estimulante narrativa de F.K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos [...]*. SARLET I. W., 2004 p. 44. Ainda, Perez Luño destaca, igualmente, esse aporte do jusnaturalismo à reivindicação dos direitos humanos: *La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos.*In Jusnaturalismo clásico e jusnaturalismo racionalista: aspectos destacados para académicos do curso de direito. Disponível em: <http://www.uepg.br>. Acesso em: 01 abr 2008.

1685 a.C.), uma das primeiras codificações a consagrar um elenco de direitos comuns aos homens. Na Grécia, a *Lei das Doze Tábuas*, (450 a.C.), considerada, também, a origem dos textos escritos consagradores da proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2002. p. 25); os sofistas e estóicos 441 a.C. defendiam a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem.

Na Idade Média, a *Magna Charta Libertatum*, documento de natureza legal, prevendo garantias básicas aos cidadãos que serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos (SARLET I. W., 2004 p. 48). Outros documentos ingleses, a *Bill of Rights* – 1689, também foi uma das leis mais importantes do país e da história. Vieira de Andrade (*apud* WOLFGANG, 2004 p. 48-9) diz da importância desses pactos para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições.

O valor fundamental da dignidade humana, também assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista. No período renascentista Mirandola advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural inalienável e incondicionado, como personalidade do homem (PICO, G., M., *apud* SARLET I. W., 2004 p. 44-5).⁴

A idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural, no século XVII, encontrou eco e elaborada formulação nas obras de Hugo Gróssio, Samuel Puderforf, John Milton e Thomas Hobbes.

A proteção da pessoa humana veio a ser consagrada nos textos fundamentais constitucionais que se seguiram. Ainda que reconhecido o valor e a importância das declarações inglesas do século XVII, a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* de 1776 (SILVA, J.A., 1999, p. 157), marca a transição dos direitos de

⁴ SEGUNDO GIOVANNI, A IDÉIA QUE O HOMEM PODE ASCENDER NA CADEIA DOS SERES PELO EXERCÍCIO DE SUAS CAPACIDADES INTELECTUAIS FOI UMA PROFUNDA GARANTIA DE DIGNIDADE DA EXISTÊNCIA HUMANA NA VIDA TERRESTRE. A RAIZ DA DIGNIDADE RESIDE NA SUA AFIRMAÇÃO QUE SOMENTE OS SERES HUMANOS PODEM MUDAR A SI MESMOS PELO SEU LIVRE-ARBÍTRIO. ELE OBSERVOU NA [HISTÓRIA](http://pt.wikipedia.org/wiki/Giovanni_Pico_Della_Mirandola) HUMANA QUE FILOSOFIAS E INSTITUIÇÕES ESTÃO SEMPRE EVOLUINDO, FAZENDO DA CAPACIDADE DE AUTO-TRANSFORMAÇÃO DO HOMEM A ÚNICA CONSTANTE. TTP://PT.WIKIPEDIA.ORG/WIKI/GIOVANNI_PICO DELLA MIRANDOLA ORIGEM: WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE.ACESSO EM 15/06/2006.

liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais,⁵ acolhidos e positivados, pela primeira vez, como direitos fundamentais constitucionais. A Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 expõem ao mundo um sentido inovador e revolucionário sobre a condição humana, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, constituem-se, portanto, em verdadeiros marcos históricos da construção dos direitos da personalidade.

Pode-se afirmar que foi, sem dúvida, no direito público que, inicialmente, os direitos da personalidade foram reconhecidos como categoria própria e atributos comuns para depois ingressarem timidamente nos códigos civis, especialmente a partir do Século XX.⁶

No direito pátrio, foi precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade.

3 O NASCITURO SOB A ÓTICA DO BIODIREITO

O Direito voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar se manifestam bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana se estrutura e atua sob sua nova ordem, disponibilizado à garantia da preservação da

⁵ Esta lição, dentre outros, de D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 80. A Declaração de Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bem como as de Massachussets (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791.

⁶: O mais correto é afirmar que a sistematização e a definição dos direitos da personalidade, como categoria própria e atributos comuns, decorrem de elaboração do Século XX, embora algumas de suas manifestações sejam encontradas em tempos remotos, com proteção limitada. Essa é a posição, entre outros, de Rita de Cássia Curvo Leite, para quem “a consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A antiguidade e, sobretudo os gregos viam a essência do homem no que poderíamos chamar de humanitas, vale dizer, no ser político, no viver politicamente. O sentimento que envolve a personalidade e a estima de seu valor moral, a consciência que o homem ocidental tem acerca de seu próprio ser como um fim em si mesmo, como um centro autônomo de intimidade e de vida, foi algo ignorado pelo homem antigo” (*Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*, Ed. J. de Oliveira, p. 08).

Direitos da Personalidade Leonardo Roscoe Bessa Titular da Segunda Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios <http://www.redebrasil.inf.br/artigos/personalidade.htm>. Acesso em 17 fev 2008.

dignidade humana e da dignidade da própria humanidade conhecido com a denominação de Biodireito.

Conceituar o que seria o nascituro, de início, etimologicamente significa *aquele que há de nascer*⁷. Para Pontes de Miranda, seria *o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida*. Define Silmara Chinelato ALMEIDA (2008) como *pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (in anima nobile), à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz*. Quanto ao conceito de nascituro há opiniões diversas, tornou-se, atualmente, mais técnico, usa-se o termo embrião para designar o nascituro durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente (BRANDÃO, D. S. 1999, p. 493-495).

Os especialistas em Medicina, Biologia, Genética e ciências afins apresentam fortes argumentos em favor do início do ciclo vital de um *indivíduo humano*, sendo no instante da concepção, isto é, união do óvulo e do espermatozóide - *fusão dos gametas* - o novo ser (ente) humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético; o seu próprio *genoma*, resultante dessa fusão, diferente, porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade, o que quer dizer que ele é e sempre será idêntico a si mesmo e diferente de todos os demais. Sérgio FERRAZ (1991, p. 47) argumenta que uma coisa é indiscutível, desde o zigoto, o que se tem é vida, diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente do pai e da mãe, mas vida humana [...]. Pré-embrionária no início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada.

Com as transformações advindas das ciências referidas tornou-se imperioso reavaliar a questão do início da personalidade. Muitos estudiosos relacionam a personalidade com o momento em que se inicia a vida humana, baseiam suas convicções no fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, o nascituro é considerado pessoa, portanto, detentor de personalidade jurídica. Quanto a esse aspecto, existem três vertentes primordiais, que correspondem às teorias Natalista, da

⁷ Pequeno Dicionário Enciclopédico KOOGAN LAROUSSE, Ed. Larousse do Brasil, Rio de Janeiro, 1979, p. 581: *Que, ou aquele que há de nascer. Jur. Diz-se do, ou o produto da concepção, antes de vir à luz.*

Personalidade Condicional e Conceptionista que tentam explicar quando se dá o início da vida humana. Entre todas as proposições, a mais aceitável é a Teoria Conceptionista que afirma incisivamente que o nascituro é considerado um ser humano desde o momento em que é concebido, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua personalidade.

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO - UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA

O simples fato de existir atribui ao homem probabilidade de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de *personalidade*. Ademais, o direito reconhece os atributos da personalidade com o sentido de universalidade, afirmando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, art. 5º, I, da Constituição, sem qualquer distinção de idade, condição social. No entanto, Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 79) sustenta que o nascituro não é uma pessoa de direito, e, por conseguinte, nega-lhe a personalidade jurídica, admitindo, tão-somente, a condição de um ser humano em potencial e em favor do qual a ordem jurídica põe a salvo eventuais direitos, no aguardo do seu nascimento. Assim, observa:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Todavia, a biologia tem confirmado nos mais recentes dados que com a penetração do óvulo pelo espermatozóide brota a viabilidade de uma nova vida, distinta da daqueles que lhe deram origem, pois o embrião, a partir desse momento, passa a ser titular de um patrimônio genético único. Jerome Lejeune⁸, professor de Genética Fundamental, mundialmente reconhecido por seus estudos de genética humana, observou:

⁸ Jerome Lejeune in MESTIERI, João. Embriões. Revista Consulex. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999, p. 43. Doutrina Embriões: Na Inglaterra, o limite do prazo de estocamento de embriões humanos é de cinco anos. Reação mundial, em cadeia. Para a Igreja, o embrião é manifestação de vida humana digna de respeito e preservação. E no Brasil? Como fica a questão relativa à legislação aplicável, em nosso país?

Cada ser humano tem um começo único, que ocorre no momento da concepção. Embrião: ‘... Essa a mais jovem forma do ser ...’ Pré-embrião: essa palavra não existe. [...] Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (tricks of the trade) para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Logo após a fertilização, o estágio de três células, um "pequeno ser humano já existe". Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, o resultado disso é ‘a mais especializada das células sob o sol’; especializada do ponto de vista de que nenhuma outra célula jamais terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado. Nenhum cientista jamais opinou no sentido de que um embrião seja um bem (property). No momento em que é concebido, um homem é um homem.

Importante alusão aos direitos da personalidade do nascituro faz Rubens Limongi FRANÇA (1988, p. 50) sustentando que:

O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e, também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.

Para Eugênio Carlos CALLIOLI (*in* Luiz Victor Monteiro Alves, 2002),

[...] no momento da fecundação, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única célula: o zigoto ou ovo. O zigoto é uma vida humana, ninguém discute o seu caráter de ser vivo, independentemente do meio que o rodeia e com a potencialidade necessária para dar lugar a um ser humano adulto.

Nesse sentido, preleciona Silmara Chinelato e ALMEIDA (2000, p. 160), expondo que:

[...] juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.). Ora, quem diz direito, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Assevera Guaraci de Campos VIANA que o nascituro é dotado de personalidade jurídica. Para ele, é no momento da concepção que surge o novo ser, tem-se o início de uma nova vida, nesse momento deve-se considerar juridicamente o nascituro, posto que a capacidade de ser sujeito de direitos é uma capacidade em potencial que se transforma em titularidade quando um direito é adquirido. Afirma que:

Neste sentido, não há dúvida: o feto concebido é sujeito de direitos, vale dizer, não se pode negar ao nascituro a condição de sujeito de direitos, de pessoa natural. O autor distingue a personalidade *física*, que começa com o nascimento e retroage à data da concepção, na hipótese de haver nascimento com vida, e a *jurídica* que começa na concepção. E informa, ainda, que:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ou, pelo menos, a partir da vigência da Lei 8.069/90; só se pode sustentar a existência de uma única teoria para disciplinar o tema: a teoria da personalidade jurídica do nascituro, ou seja, a teoria da concepção para designar o início da personalidade. A personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim no momento da concepção (VIANNA, G. C, *in* SODRÉ, R., CESAR P., 1996. p. 292-295).

É interessante examinar, ainda, Silmara Juny CHINELATO (2001) que diz:

Há confusão, entre alguns autores, entre personalidade e capacidade. A limitada capacidade jurídica de direito do nascituro é confundida com falta de personalidade. Na definição de Rubens Limongi França¹, personalidade é a aptidão para ser titular de direitos, status e obrigações. Capacidade é apenas a medida da personalidade. Personalidade é um *quid*. Capacidade é um *quantum*. O ente dotado de personalidade é a pessoa. Pode-se ser mais ou menos capaz. Não se pode ser mais ou menos pessoa [...].

Há, ainda, de se distinguir direitos não-patrimoniais, entre os quais avultam os direitos da personalidade, e direitos patrimoniais, como a doação e a herança.

Não são condicionais os direitos não-patrimoniais, com ênfase aos direitos da personalidade. Não dependem do nascimento com vida. O reconhecimento do filho nascituro, a adoção, a curatela, são atos jurídicos e negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes desde a concepção. O nascimento sem vida atua, quanto ao nascituro e aos direitos não patrimoniais que lhe são reconhecidos, tal como a morte atua para os já nascidos. Assim, não se pode falar em "personalidade condicional" do nascituro.

Somente a doação e a herança dependem do nascimento com vida para serem consolidadas. São sujeitas à condição resolutiva do nascimento sem vida. Não estão subordinadas à condição suspensiva do nascimento com vida. O representante legal do nascituro pode entrar na posse dos bens que herdou ou que lhe foram doados, desde a concepção, bastando a prova da gravidez. Há no Código de Processo Civil medida cautelar (assim impropriamente denominada) da posse em nome do nascituro (artigos 877 e 878).

Com base nas afirmações percebe-se que a doutrina, vem firmando posição de reconhecimento dos direitos da personalidade jurídica do nascituro. Inúmeros são os casos em que o legislador direciona a norma jurídica para aqueles que apenas foram concebidos, não importando, ao que parece averiguar se a concepção foi intra-uterina ou extra-uterina. É relevante destacar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII - *são*

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material decorrente de sua violação - todos os direitos da personalidade compatíveis com a condição do nascituro, de pessoa por nascer, são-lhe reconhecidos. Assim, exemplificativamente, tem-se o direito à imagem e o direito à honra. O direito à imagem, do ponto de vista estritamente técnico diz respeito à reprodução da imagem da pessoa, inteira ou parcialmente, através de qualquer meio de captação: fotografia, vídeo, pintura e outros. A ultra-sonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade, para publicidade, de consentimento do titular da imagem, por seu representante legal; o pai, ou a mãe ou o curador. Dessa forma, consagrado está o direito à imagem do nascituro, pois ela poderá ser capturada por ultra-sonografia, câmeras fotográficas em miniatura ou radiografias. Assim, se captada, empregada ou divulgada sem consentimento de seus genitores ou do curador ao ventre, causando-lhe dano, cabível será uma indenização. A rigor, tem-se o julgado:

Ambos os recursos parcialmente providos. Voto Vencido: - A fotografia tirada e publicada sem o consentimento da pessoa constitui uso indevido da própria imagem, que faz parte dos direitos de personalidade, e é passível de indenização por dano moral (TAMG - Ap. Cível Acórdão 0362938, 10-9-2002, 2a Câmara Cível - Rel. Edival José de Morais).

5 ALCANCE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NA LEI BRASILEIRA E TRATADOS INTERNACIONAIS

A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção, principiando pela Constituição Federal, art. 5º estabelece neste artigo a inviolabilidade do direito à vida. Nesse contexto, a não observância dos direitos de personalidade do nascituro feriria esse princípio e, por via reflexa, todo mundo jurídico. De importância também nesse contexto, ainda na Lei Maior, é o inciso XXXVIII do mesmo artigo 5º, reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro. No âmbito do Direito Penal, os artigos Código Penal, arts. 124 a 128, I e II, tutelam o direito à vida, que incriminam o aborto.

Nos termos da legislação civil percebe-se que esta abraça a noção dos direitos da personalidade como sendo inatos, absolutos, vitalícios e oponíveis *erga omnes*. O Código Civil Brasileiro no art. 2º está um preceito fundamental, destinado à proteção da vida do nascituro, quando dispõe sobre o começo da personalidade civil, ao definir que: *A personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. Este preceito costumava ser interpretado de forma parcial, como

apenas uma proteção de direitos patrimoniais ou econômicos *stricto sensu* e dos relacionados à honra e à liberdade. Entretanto, o texto da norma é amplo, pois põe a salvo, desde a concepção, todos os direitos do nascituro. Saliente-se, que a lei preconiza esses direitos sem especificação e sem limitação. Assim, ela está protegendo todos os direitos, entre os quais o direito à vida e desde a concepção; direito à filiação; direito à integridade física; direito a alimentos; direito a uma adequada assistência pré-natal; direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança; direito de ser contemplado por doação; direito de ser reconhecido como filho, entre outros⁹ (Coimbra, 2004). Ressaltou o legislador o caráter de necessidade e essencialidade desses direitos, não permitindo limitações em seu exercício nem mesmo por parte de seu titular, excetuado os casos em que a própria lei permita. Adota a doutrina da proteção integral a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 1º, dando ao ser, desde a concepção, uma proteção especial, assegurando à gestante o atendimento pré e perinatal, alimentação, parto com dignidade e outros direitos. Em parágrafo único do art. 26, é assegurado, também, o direito dos filhos serem reconhecidos antes mesmo do nascimento. Sendo assim, outra não é a razão de ser o entendimento jurisprudencial:

Investigação de paternidade - Ilegitimidade ativa - Inocorrência - Nascituro - Representação processual pela mãe - Personalidade jurídica - Condição de existência - Nascimento com vida - Irrelevância - Capacidade de estar em juízo existente - Proteção ao nascimento e à gestante, ademais, expressamente prevista na Lei 8.065/90 - Recurso não provido. Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada (TJSP - Ap. Cível 193.648-1, 14-9-93, Rel. Renan Lotufo).

Há de incluir, ainda, as legislações que garantem os direitos do nascituro: A Declaração dos direitos da criança (ONU) que proclama: *Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.* (Preâmbulo e art. 1, de 20.11.59). O Código Internacional de ética médica define assim a atuação do médico: *O médico deverá sempre ter em mente a obrigação de preservar a vida*

⁹Direitos do Nascituro assegurados na Lei brasileira A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção (Código Civil, arts. 2º, 1609, 1799 e parágrafo único e 1.798), principiando pelo DIREITO À VIDA (Constituição Federal, art. 5º, Código Penal, arts. 124 a 128, I e II), direito à filiação (Código Civil, arts. 1596 e 1.597), direito à integridade física, direito a alimentos (Revista dos Tribunais, 650/220; RJTJSP, 150/906), direito a uma adequada assistência pré-natal, direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança (Código Civil, arts. 1.798 e 1.800, parágrafo 3º), direito de ser contemplado por doação (Código Civil, art. 542), direito de ser reconhecido como filho, entre outros.

Disponível

em:

<http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp?idAnencefalia=170> Acesso: 01 abril 2008.

humana.¹⁰ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário é considerado como pessoa¹¹ todo ser humano, sem fazer qualquer distinção entre sua vida intra e extra-uterina, podendo-se concluir que a palavra pessoa se aplique também ao nascituro. Diz, ainda, o inciso I do art. 4º da Convenção: *Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.* Cumpre analisar o disposto na Declaração de Direitos dos Direitos Humanos:

Art. III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. VI - Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.¹²

Destarte, uma vez estabelecido de que todo ser humano tem direito à vida e de ser, em todos os lugares, reconhecidos como pessoa perante a lei, sendo o nascituro um ser humano, posto ter vida desde o momento da concepção, este é detentor de personalidade jurídica.¹³

¹⁰ Código Internacional de Ética Médica da Associação Médica Mundial: Foi adoptado (*sic*) pela 3ª Assembleia-(*sic*)geral da Associação Médica Mundial, em Londres, Inglaterra, em Outubro de 1949. Foi revisto pela 22ª Assembléia (*sic*) Médica Mundial, em Sydney, Austrália, em Agosto de 1968. Foi novamente revisto pela 35ª Assembleia (*sic*) Médica Mundial, em Veneza, Itália, em Outubro de 1983. Deveres ou obrigações dos médicos para com os doentes.

¹¹ A palavra 'pessoa' tem a sua origem no termo latino para uma máscara usada por um actor no teatro clássico. Ao porem máscaras, os actores pretendiam mostrar que desempenhavam uma personagem. Mais tarde 'pessoa' passou a designar aquele que desempenha um papel na vida, que é um agente. De acordo com o *Oxford Dictionary*, um dos sentidos actuais do termo é 'ser autoconsciente ou racional'. Este sentido tem precedentes filosóficos irrepreensíveis. John Locke define uma pessoa como 'um ser inteligente e pensante dotado de razão e reflexão e que pode considerar-se a si mesmo aquilo que é, a mesma coisa pensante, em diferentes momentos e lugares' (Peter SINGER - *Ética Prática*, p.107-108). Disponível em <http://ocanto.esenviseu.net/lexp.htm>. Acesso em 17 fev. 2008.

¹² A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos documentos básicos das Nações Unidas e foi assinada em 1948. Nela, são enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem.

A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84826> . Acesso em 18 mar 2008.

¹³ Insere-se na proteção constitucional o conteúdo do art. 2º, do Novo Código Civil, vigente desde 10 de jan. de 2002, que determina serem todos os direitos do nascituro protegidos desde a concepção. Enfatize-se que são todos os direitos do nascituro que estão garantidos, porque o referido artigo não fez restrições ou ressalvas a direito algum assegurado ao nascituro. O mais importante direito do nascituro é o direito à vida, pois todos os demais direitos inexistirão sem garantia da preservação de sua vida. Esse artigo do atual Código Civil tem o mesmo teor do art. 4º, do Código Civil anterior de 1916, o que representa a consolidação do reconhecimento do direito à vida do nascituro, desde a concepção, diante da Constituição de 1988, que erigiu como princípio mestre do Direito, a dignidade da pessoa humana. [...] Já é de conhecimento comprovado da Embriologia que o nascituro não é apenas o apontado pelos movimentos abortistas como "portio mulieris vel viscerum", ou seja, porção ou vísceras da mulher da qual uma minoria no Brasil se pretende dona para dispor da vida a pretexto de ser "dona de seu corpo" e por uma inexistente questão de dignidade, enquanto “direito absoluto” apenas da mulher diante da vida concebida.

Assim, ao assinar e ratificar o Pacto de São José de Costa Rica, o Brasil comprometeu-se a *adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades*, conforme dita o art. 2º da Convenção. Dessa forma, vigora no âmbito interno, tanto que já se reflete em julgado nacional.¹⁴

O nascituro é uma vida à parte e é vida humana desde a concepção que a gestante não tem como não respeitar porque é vida humana.

Ressalvar os direitos do nascituro, "desde a concepção", como hoje assegurado na lei brasileira, é fórmula ampla, que deve ser preservada acima de divergências doutrinárias. Numa época em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir ou considerar discutível a cláusula "desde a concepção" seria, no mínimo, contraditório.

Assim foi a palestra ministrada no dia 17 de dezembro pelo neurologista Cícero Galli Coimbra na Escola Superior da Magistratura de Porto Alegre. Disponível em <http://www.biodireito-medicina.com.br/website/internas/anencefalia.asp>. Acesso em: 18 mar 2008.

¹⁴ FETO É RECONHECIDO COMO AUTOR DE AÇÃO, E DISCUSSÃO SOBRE INÍCIO DA VIDA É REACESA

Ao acatar, em janeiro, o pedido de um feto – o de desfrutar de um pré-natal adequado –, o Tribunal de Justiça de São Paulo trouxe à tona, mais uma vez, as discussões sobre quando, afinal, começa a vida. A decisão foi baseada no entendimento de que o “feto pode solicitar judicialmente seus direitos mesmo sem ter personalidade jurídica”, segundo acórdão assinado pelo desembargador José Mário Antônio Cardinale, do qual também participaram Canguçu de Almeida e Sidnei Beneti. Nem o TJ-SP nem o Superior Tribunal de Justiça têm conhecimento de casos semelhantes.

Em vez de propor ação em nome de uma grávida, presa na Cadeia Pública de São Bernardo do Campo, na Grande São Paulo, o defensor público Marcelo Carneiro Novaes colocou o feto de 15 semanas como autor do processo, utilizando-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem definições claras de proteção à criança, a principal beneficiada com o pré-natal bem feito. “Os artigos 7, 8 e 9 prevêm expressamente os direitos ao pré-natal. No estatuto existe o princípio da proteção integral. E o destinatário deste direito não é a mãe, é a criança”, afirmou.

Segundo ele, a mulher não estava recebendo o atendimento de pré-natal adequado. Assim, o pedido foi feito em nome do bebê porque o acompanhamento seria destinado a garantir a vida e a saúde dele, assim como de sua mãe. O juiz da Vara da Infância e Juventude do município negou o pedido de Novaes e alegou que a ação deveria ser feita em nome das mães – outras presas estavam na mesma situação –, mas ele recorreu ao TJ, que reconheceu ao feto o direito de pleitear judicialmente seus direitos desde o momento da concepção.

Decisão abre precedente importante

O caso da detenta, reconhecido pelo TJ, serve para criar jurisprudência, pois o bebê que “assinou” o pedido já nasceu. Ele estende ao feto os mesmos direitos de uma criança. “O que o desembargador fez foi criar um mecanismo que estende ao titular de direito, o nascituro, devidamente representado pela mãe, seus direitos garantidos judicialmente”, disse, em entrevista à *Folha de S.Paulo*, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, Luiz Flávio Borges D’Urso. Ainda conforme os especialistas, essa decisão burla o entendimento da área cível, que considera a pessoa como personalidade jurídica após o nascimento com vida, usando a própria Constituição. Para Zalmino Zimmermann, presidente da Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas (Abrame), a inédita e “luminosa” decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo o direito do próprio nascituro de vir a juízo, em defesa de seus direitos, sem a representação da mãe, representa uma apreensão mais avançada do justo, assegurando à pessoa ainda não nascida todas as condições necessárias para seu saudável nascimento com vida. “Foi de extrema relevância a iniciativa do defensor público Marcelo Carneiro Novaes, que ajuizou ação perante a Vara da Infância e da Juventude de São Bernardo do Campo, entendendo que o próprio feto pode defender o direito à sua vida e recorrendo, mais tarde, contra decisão do magistrado local, que assim não entendeu. Depois, em segunda instância, o alto discernimento jurídico do relator, desembargador José Mário Antônio Cardinale, e de seus pares, desembargadores Canguçu de Almeida, presidente, e Sidnei Beneti, que, afinal, admitiram a possibilidade do nascituro compor o pólo ativo da ação, posição também perflhada pela Procuradoria Geral de Justiça”, declara. “Rejubilamo-nos com essa decisão que define tão claramente a situação jurídica do nascituro e que coincide com a tese defendida pela Abrame e pela Associação Médico-Espírita (AME), estabelecendo que a partir da concepção o ser já passa a mostrar existência própria, independentemente da de sua mãe, com capacidade

Nesse contexto, não há qualquer dúvida de que: o feto concebido é sujeito de direitos e não se pode negar ao nascituro essa condição. O ordenamento jurídico assegura a sua titularidade adquirida antes do nascimento, pois desde a concepção há pessoa com personalidade e capacidade de contrair direitos. Verifica-se, portanto, que os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que desde a concepção há vida.

6 DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA VINCULAÇÃO ÍNTIMA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início insta salientar que embora, da ausência de uma conceituação global e definitiva sobre os direitos da personalidade, decorram entendimentos doutrinários divergentes com respeito à sua própria existência, natureza, extensão e especificação, traz a mesma doutrina que os direitos da personalidade constituem uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana, *a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana* (TEPEDINO, 2003, p. 37).

Os direitos da personalidade são essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destina-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. *Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual* (AMARAL, F., 2001, p. 243).

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extra patrimoniais (AMARAL, F., 2002, p. 247).

de direito e personalidade jurídica, ainda que formal”, finaliza. Cláudia Santos: Matéria publicada na Folha Espírita em fevereiro de 2007. http://www.amebrasil.org.br/html/outras_feto.htm. Acesso em 17 fev. 2008.

Representam, assim, as dimensões mais importantes da existência, tais como os direitos à vida, à saúde, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra do indivíduo. A esse respeito leciona José Afonso da SILVA (1999, p. 201):

De nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

Pietro PERLINGIERI (2002, p. 90) deu grande contribuição ao estudo dos conhecidos direitos da personalidade; indiscutivelmente, alvo de promoção de dissensos em uma relação jurídica. Na lição do renomado civilista italiano, os direitos da personalidade, vistos como uma série aberta de hipóteses de fato, são situações subjetivas não patrimoniais merecedoras de tutela qualitativamente diferenciada, por se tratarem de questões atinentes à condição existencial do homem, pessoa humana, posto no vértice do ordenamento jurídico. Gustavo TEPEDINO (2004, p. 49) considera a personalidade mais que um reduto de poder do indivíduo no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade.

É justamente neste sentido que assume particular relevância considerar a vinculação íntima entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Segundo a doutrina, apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a *dignidade da pessoa humana* em abstrato. Encontra-se, também, vinculado a esse entendimento, a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade) (SARLET, 2004, p. 116).

Com base no exposto é possível considerar que, se o legislador direcionou a norma jurídica pondo a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (v.g. casos retro-citados), o nascituro (por ter vida) torna-se, *sujeito de direitos*. A capacidade de ser *sujeito de direitos* é uma capacidade em potencial que se transforma em titularidade quando um direito é adquirido e, como já se ponderou, aos requisitos para o exercício destes direitos, dá-se o nome de personalidade que deve ser vista sob o prisma da prática da atividade jurídica.

Impõe-se, por conseguinte, refletir: uma vez que a lei preconiza proteção ao nascituro (direito à integridade física, direito a alimentos, direito a uma adequada assistência pré-natal e tantos outros...), ao se condicionar a personalidade jurídica do nascituro, somente após o nascimento com vida, parece estar a rebaixar o nascituro (a pessoa concreta), enquanto na vida intra-uterina, à condição de objeto, a tratá-lo como uma coisa, em outras palavras, a descaracterizá-lo como (pessoa humana) sujeito de direitos – o que não deixa de ser um atentado contra a *dignidade da pessoa humana* do nascituro. Para dar embasamento a esse entendimento, por analogia, cita-se o entendimento de um dos expoentes do constitucionalismo germânico:

[...] como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos (SARLET, 2004, p. 177).

Percebe-se, em última análise, que a garantia legal dada ao nascituro é por a salvo os seus direitos desde a concepção, uma vez não lhe reconhecida a personalidade jurídica, implicitamente a sua existência estará sendo negada, e ofendido o maior bem - a dignidade da pessoa humana. Portanto, como tarefa imposta ao Estado, compete este modificar a legislação no sentido de reconhecer a personalidade jurídica do nascituro ultrapassando a latência da atual legislação civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário jurídico atual, em face aos vários aspectos dos direitos da personalidade jurídica do nascituro, verifica-se um paradoxo. No Direito Romano, já estava definido que *infans conceptus pro nato habetur*, ou seja, *tem-se por nascido o infante concebido*. Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a Biogenética e o Biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.

Em que pese as normas legais vigentes e entendimentos doutrinários diversos quanto à proteção do nascituro, conclui-se que o simples fato de existir atribui ao homem probabilidade de ser titular de direitos e, a isso, é dado o nome de

personalidade. Portanto, não há consistência jurídica na afirmação de que o nascituro somente com o nascimento com vida adquire personalidade jurídica, isto é, passa ser sujeito de direitos e obrigações.

O Direito voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar se manifestam bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, no âmbito de toda legislação vigente que tutela a pessoa embrionária ou que ainda não nascida tenha capacidade para adquirir por testamento; com os avanços que permeiam a vida social; pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, que concede unidade aos direitos inerentes à personalidade humana, é possível ultimar pela necessidade de introduzir no campo dos embates filosóficos, reflexão para uma nova, atual e condizente reformulação dos princípios da lei civil brasileira no sentido de alterar a regra relativa ao início da personalidade do nascituro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direitos do Nascituro*. Disponível em: www.saraivajur.com.br. Acesso em 17 de fev. 2008.

ALVES, Luiz Victor Monteiro. *Os novos direitos e os conflitos jurídicos*. Jus Navigandi, Terezina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em 18 de fev. 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

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

BRANDÃO, Dornival da Silva. *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

BRASIL. *Novo Código Civil: Lei 10.406, de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.089 de 13 de Julho de 1990, in Código Civil Brasileiro. Organizador Yussef Said Cahali, 5^a ed., ver. e ampl. 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em 17 fev.2008.

CHAVES, João Freitas de Castro. *Responsabilidade civil por dano causado ao nascituro: Possibilidades de reparação no direito brasileiro* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=524>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

COIMBRA, Celso Galli. *Anencefalia, Morte Ecefálica eo Conselho Federal de Medicina*. Editoria de Biodireito_Medicina, 2004. Disponível em: www.biodireito-medicina.com.br. Acesso em 18 mar 2008.

CURY, Augusto Jorge. *Você é Insubstituível*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

COELHO, Fernando Laélio. Fundamentos históricos e classificatórios dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 01 abr 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *Código Civil Anotado*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 1988. *Instituições de direito civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODINHO, Adriano Marteleto. *O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro*. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2265. Acesso em: 18/3/2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAGALHÃES, J. L. Q.; Souza, T. R. S. *O Direito do Nascituro: Vida e Pessoa Apud* Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, Ano VII, Nº 34, p. 153, Fev-Mar 2006, Repertório autorizado STJ nº 46/2000.

MESTIERI, João. *Embriões*. Revista Consulex. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747&p=2> . Acesso em: 17 fev. 2008.

PENTEADO, Jacques de Camargo. *O devido processo legal e abortamento*. In: MARQUES, Ricardo Henry (Org.) et al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 152.

PEQUENO DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO KOOGAN LAROUSSE, Ed. Larousse do Brasil, Rio de Janeiro, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil - Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito civil brasileiro*, 2ª ed. – Rio de Janeiro, 1980.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª. edição, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4ª. edição, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e os Direitos da Personalidade*. Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

_____. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro* in Temas de Direito Civil / Gustavo Tepedino (coordenador). 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANNA, G. C. *O nascituro como sujeito de direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil*. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ; Paulo César (coord.). *Ensaio Jurídicos - v. 1*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996.

WARREN, Rick. *Uma vida com propósitos: você não está aqui por acaso*. Tradução James Monteiro dos Teis. – São Paulo: editora Vida, 2003.

DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA

PROCURANDO DISCOS VOADORES NO CÉU: A ELABORAÇÃO DO PROJETO DE LEI DO PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO DE ITAPIRAPUÃ PAULISTA*

LOOKING FOR FLYING SAUCERS IN THE SKY: ESTABLISHMENT OF A DRAFT LAW OF PLANNING DIRECTOR PARTICIPATORY IN THE CITY OF ITAPIRAPUÃ PAULISTA

**Wilson Madeira Filho
Alice Giacomini Vainer**

RESUMO

Bem distinto do painel de um ideal democrático deliberativo, que tem sido a referência teórica e metodológica do Ministério das Cidades, a servir como pano-de-fundo de uma política nacional, tem sido o drama ensaiado nas ribaltas municipais, cujos atores ainda ensaiam valorações republicanas sob o contexto de mandonismos locais, centralismos políticos e, não raro, sob a marcação de oligarquias rurais e industriais e de pressões econômicas, em especial em municípios de pequeno porte. Esse trabalho irá relatar a experiência dos autores na mobilização social e na coordenação do Plano Diretor Participativo do Município de Itapirapuã Paulista, no Vale do Ribeira, em julho de 2008, enquanto parte de uma ação estratégica do Projeto Rondon. Num primeiro momento se apresentará o contexto da tecnologia democrática, em face de questões como a migração populacional interna e os desafios do empreendedorismo nos municípios. Em seguida se apresentará o quadro político institucional do Município de Itapirapuã Paulista. Em continuidade, apresentaremos o Plano Diretor Participativo enquanto ação no âmbito do Projeto Rondon, detalhando a metodologia do trabalho realizado e as estratégias para a mobilização social no Município. Em seguida, abordaremos a questão relativa à mobilização social no contexto de sua micropolítica. E, por fim, a concretização do trabalho na Audiência Pública e como um inusitado debate sobre objetos voadores não identificados pode ter auxiliado a concretizar importantes avanços na democracia local.

PALAVRAS-CHAVES: PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO; DEMOCRACIA; DIREITO URBANÍSTICO

ABSTRACT

Well distinguished panel of a deliberative democratic ideal, which has been the theoretical and methodological reference of the Ministry of Cities, to serve as cloth-merits of a national policy, the drama has been tested under the spotlight municipal,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

whose players still test cultivators Republican in the context of bossy local, central and politicians, often under the marking of oligarchies and rural industrial and economic pressures, particularly in small municipalities. This work will report the authors' extensive experience in social mobilization and coordination of the Master Plan Participatory in the city of Itapirapuã Paulista, in the Ribeira Valley, in July 2008, as part of a strategic action of the Project Rondon. Initially it will present the context of democratic technology, in the face of issues such as internal migration and population challenges of entrepreneurship in the municipalities. Then if the present political institutional framework in the city of Itapirapuã Paulista. In continuity, we will present the Master Plan Participatory action while under the Project Rondon, detailing the methodology of work and strategies for social mobilization in the city. Then discuss the issue on the social mobilization in the context of its micro politics. And, finally, the completion of the trial and work as an unusual debate on unidentified flying objects may have helped to achieve important advances in local democracy.

KEYWORDS: PARTICIPATORY MASTER PLAN; DEMOCRACY; URBAN LAW

Green grass, blue eyes, grey sky

God bless silent pain and happiness

I came around to say yes, and I say

While my eyes go looking for flying saucers in the sky

(Caetano Veloso, **London, London**)

Introdução

A realidade relativa à elaboração de planos diretores em cidades de pequeno porte, em especial quando estes são o resultado de uma obrigação imposta por lei e o município em questão não é abarcado pela atuação de instituições de pesquisa ou de apoio técnico, tem resultado em uma sorte de trabalhos encomendados a empresas de consultoria, que muitas vezes se limitam a breves adaptações de modelos legislativos pré-concebidos. Outra questão importante nesses casos é o fato de que esses planos diretores refletem, quando muito, o resultado de algumas poucas oficinas com a população local, mensurando dados, em grande medida, pré-estabelecidos, permitindo um álibi “participativo” para um texto final que, no fundo, prescindiria daquelas reuniões.

Isso para não entrarmos no mérito de inexistirem diversos elementos essenciais para um adequado planejamento territorial, como o zoneamento ecológico-econômico, o levantamento do patrimônio histórico, artístico e cultural, a determinação das zonas especiais, o cadastro fundiário, o mapeamento do território, inclusive com imagens de

satélite, o adequado levantamento das atividades econômicas, o cotejo de projetos das secretarias municipais executados e em execução, o orçamento municipal, a revisão legislativa e muitos outros que permitiriam um diagnóstico adequado do estado da arte política[1]. Poderíamos acrescentar a essa já extensa lista, o necessário comprometimento dos Poderes Executivo e Legislativo municipais, a compreensão da inserção política do Município numa ordem territorial regional e as confluências das políticas municipais e regionais para com as políticas estadual e nacional.

Todos esses elementos auxiliariam a compor o quadro de um novo momento democrático no país, onde a administração pública teria tornado complexo e efetivo nosso modelo federativo, alcançando o equilíbrio entre Estado e sociedade à exigência padrão, com fóruns colegiados e conseqüentes a cada nível decisório, em plena dialogia deliberativa.

Pois se esse painel ideal tem sido a referência teórica e metodológica do Ministério das Cidades a servir como pano-de-fundo de uma política nacional, o fato é que bem distinto tem sido o drama ensaiado nas ribaltas municipais, cujos atores ainda ensaiam valorações republicanas sob o contexto de mandonismos locais, centralismos políticos e, não raro, sob a marcação de oligarquias rurais e industriais e de pressões econômicas.

Esse trabalho irá relatar a experiência dos autores na mobilização social e na coordenação do Plano Diretor Participativo do Município de Itapirapuã Paulista, no Vale do Ribeira, em julho de 2008, enquanto parte de uma ação estratégica do Projeto Rondon. Trata-se do município com o mais baixo IDH do Estado de São Paulo e cuja parte expressiva da população vive das políticas de transferência de renda. Trata-se de uma estrutura política desarmoniosa, onde os poderes executivo e legislativo se enfrentam sistematicamente. E trata-se, por fim, de uma população com descrença e mesmo desinteresse na participação política e cujo principal orgulho narrativo não está na afirmação da emancipação política ou no histórico da terra, mas nos *causos* relativos ao avistamento de discos voadores e aos contatos com estranhas luzes luminosas que desde cerca de dez anos movimentam o imaginário popular.

1. O contexto da tecnologia democrática

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) estabeleceram respectivamente em seus artigos 182, §1º e 40 que o Plano Diretor “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”. Além de ser o principal instrumento de planejamento urbano, por determinar as normas e procedimentos para a realização da política urbana do Município e definir suas diretrizes, o Plano Diretor é um importante instrumento para o desenvolvimento sustentável das cidades por ser requisito à aplicação de outros inúmeros instrumentos da política urbana, como os previstos no §4º do artigo 182, da Constituição Federal, que prevê o parcelamento e edificação compulsória, a cobrança de Imposto Predial

Territorial Urbano progressivo no tempo e a desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana.

Antes de 1988 não havia a previsão legal da obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor. A Constituição Federal de 1988, entretanto, estabeleceu não só a obrigatoriedade de Plano Diretor para municípios com mais de 20 mil habitantes, segundo seu artigo 182, § 1º, como também previu a necessidade de que a elaboração destes conte com a participação popular (artigo 29, XII, CF/88). Com o advento do Estatuto da Cidade, que instituiu o Plano Diretor Participativo e a gestão democrática da cidade, sedimentou-se ainda mais o ideal de participação democrática na gestão das políticas públicas urbanas e das cidades, fazendo emergir um novo instrumento de participação popular.

Deve-se ressaltar, também, a importância do Plano Diretor Participativo ao refletir a realidade local. O Plano Diretor passou a ser visto como o instrumento de planejamento urbano do município, e como tal, deve buscar suprir as carências e fortalecer as qualidades do local. Neste sentido, a participação das mais diversas camadas da população no processo de elaboração da lei é considerado de suma importância.

O processo de elaboração, fiscalização e implementação do Plano Diretor deve, portanto, atender à idéia de gestão democrática, embutida através das diretrizes gerais da política urbana. Assim, o §4º, do artigo 40, da Constituição de 1988 estabelece que os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Como se depreende dessa nova configuração político-jurídica, a questão central passou a ser a elaboração de estratégias administrativas que permitissem uma re-arrumação do caos urbano, implantado pelas profundas alterações causadas por pelo menos dois conjuntos de questões: a) a rápida migração das populações rurais para os centros urbanos; e b) o “empreendedorismo” como tônica central para as novas administrações municipais.

Quanto à questão relativa à migração populacional interna, ressalta Raquel Rolnik:

Este movimento – impulsionado pela migração de um vasto contingente de pobres – ocorreu sob a égide de um modelo de desenvolvimento urbano que basicamente privou as faixas de menor renda da população de condições básicas de urbanidade, ou de inserção efetiva à cidade. Além de excludente, o modelo de urbanização foi também concentrador: 60% da população urbana vive em 224 municípios com mais de 100.000 habitantes, das quais 94 pertencem a aglomerados urbanos e regiões metropolitanas com mais de um milhão de habitantes.[2]

Pode-se dizer que tal realidade aponta para a constatação de cidades fracionadas entre a “cidade legal”, sob o império das que possuem condições financeiras e que regulam juridicamente a propriedade, e uma outra cidade, constituída de parcela expressiva de

assentamentos irregulares e ilegais na totalidade dos territórios metropolitanos. Nesse conjunto de questões, o fenômeno da periferização das cidades de menor porte ocorre como consequência dessa lógica.

Por outro lado, o “empreendedorismo” como novo ideal administrativo municipal - traduzindo o pacto federativo, onde, no lugar dos arraigados mandonismos políticos e oligárquicos, se pretende avultar a figura do gestor de qualidade total, capaz de buscar fontes de recurso para a “empresa” municipal - tem apresentado sinais de rápido colapso, em razão da ausência de compreensão da dinâmica por um quadro político considerado arcaico e que não teria sedimentado sequer uma cultura administrativista. Nesse sentido, a ampla política democrática colocada a efeito desde 2003 pelo Ministério das Cidades, com os três ciclos de Conferências das Cidades em todo o país (em 2003, 2005 e 2007), estabelecendo órgãos colegiados e promovendo a deliberação em conselhos e fóruns correlatos, incentivando a mobilização social e a plena participação nas políticas públicas, não deixaria de funcionar como um estágio tecnológico da democracia, a atuar “de cima para baixo”, colonizando “democraticamente” os territórios politicamente arcaicos.[3]

Todavia, essa inserção da “empresa” municipal em pleno mundo da economia flexível, aponta para uma necessidade de revisão mesmo em grandes centros mundiais, segundo David Harvey:

A mudança ao empreendedorismo não foi completa. Na Grã-Bretanha muitos governos locais não responderam às novas pressões e oportunidades, ao menos até recentemente, enquanto cidades como Nova Orleans, nos Estados Unidos, continuam a depender do governo federal, necessitando de repasses para sobreviver. Evidentemente, a história dos resultados da mudança para o empreendedorismo, ainda a ser devidamente registrada, está marcada tanto por muitos fracassos como por muitos sucessos – e não há pouca controvérsia quanto ao que representa “sucesso”. [4]

No Brasil, o resultado dessa “reestruturação produtiva” das administrações municipais, sem lastro em uma cultura democrática, tem apresentado, no âmbito das elaborações dos planos diretores participativos toda sorte de vícios. E mesmo as mais “bem intencionadas” ações emancipatórias tem resultado, na prática, em atuações de colonização bandeirante, como as levadas a efeito no âmbito do Projeto Rondon.

2. Itapirapuã, Itapirapuã

A mobilização para a emancipação de Itapirapuã Paulista iniciou-se em 20 de dezembro de 1991, quando o então prefeito municipal de Ribeira entrou com o pedido de

emancipação do distrito, através da Lei Complementar nº 651, de 31 de julho de 1990. Para se concretizar tal solicitação fez-se necessário a realização de um plebiscito, o que provocou uma mobilização geral das lideranças locais visando conscientizar a população sobre a importância do comparecimento às urnas dando seu “sim” pela emancipação. O plebiscito realizou-se em 03 de novembro de 1991, quando a população confirmou seu desejo de descentralizar Itapirapuã política e administrativamente do município de Ribeira. Logo o projeto de lei nº 1.049/91 propunha o novo Município com o nome de Itapirapuã Paulista, estabelecendo seus limites.

No entanto, com a publicação da lei nº 7.664 em 31 de dezembro de 1991 – que recebeu veto do Governador do Estado de São Paulo quanto à criação dos municípios de São Lourenço da Serra, Zacarias, Itapirapuã Paulista, Mesópolis, Nova Campina, Ilha Comprida, Lourdes e Torre de Pedra[5] - criou-se um obstáculo à emancipação. As lideranças que haviam se envolvido inicialmente no movimento emancipacionista novamente se mobilizaram, não medindo esforços para conseguir derrubar o referido veto junto à Assembléia Legislativa do Estado, e incluir o distrito no rol dos municípios recém-criados. O êxito se dá com a alteração na Lei nº 7.644, publicada em 12 de março de 1992, finalmente criando o Município de Itapirapuã Paulista.

Localizado no sudeste do Estado de São Paulo, no Alto Vale do Ribeira, o município tem área total de 462,0 Km² sendo esta constituída de 461,5 Km² de área rural e 0,5km² de área urbana. Distribuída nessa área, a população itapirapuense é formada por 3.577[6] habitantes, dos quais 1.925 pessoas residem na zona rural e 1.652 pessoas na zona urbana.

Contendo o pior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Estado de São Paulo (0,645)[7], o município apresenta características primordialmente rurais.

Esta é uma característica mais ou menos geral da microrregião do Vale do Ribeira, onde, ao contrário do que aconteceu com o resto do Estado de São Paulo, ficou-se à margem das sucessivas ondas de desenvolvimento que atravessaram o Estado – em primeiro lugar, o café que se espalhou pelo Vale do Paraíba e oeste paulista, em seguida a industrialização, nucleada no mesmo Vale do Paraíba, no ABC e na região de Campinas. Com efeito, o município e o conjunto do Vale do Ribeira não foram atingidos pela expansão da agricultura intensiva devido às adversas características climáticas, do solo e da tipologia local[8]. A economia local inicialmente centrou-se na agricultura familiar de subsistência, com o cultivo principalmente de feijão, mandioca e milho, através do trabalho dos membros da família dentro da sua própria propriedade a fim de gerar o sustento da mesma.

Com a chegada de grandes empresas do ramo de celulose na região, a economia local vem sofrendo mudanças significativas na última década. Muitos pequenos proprietários abandonaram o cultivo de gêneros alimentícios e se voltaram para o plantio de florestas exóticas, em especial o *Pinus*, devido a sua fácil adaptação às condições mesológicas locais e à promessa de boa rentabilidade. Também ocorreu redução considerável do número de pequenas propriedades, já que a chegada dessas empresas promoveu uma grande valorização do preço das terras, sendo que em alguns casos o aumento chegou a 100%. Com a venda de terras para os grandes proprietários e grandes empresas, os pequenos agricultores foram trabalhar em regime temporário na plantação de florestas,

migraram para os centros urbanos ou engrossaram o já elevado índice de desempregados itapirapuenses.

Nas pesquisas desenvolvidas com a população, ao longo da operação do Projeto Rondon no município, observou-se o expressivo número de desempregados, principalmente entre mulheres e jovens. Não obstante a expansão da atividade agro-florestal associada à celulose, os efeitos sobre o conjunto da economia do município parecem pouco expressivos. Não surgiram novas indústrias, o emprego no setor comercial é pequeno, caracterizando este por pequenas unidades, basicamente familiares. O potencial turístico da região tampouco tem dado origem a uma atividade econômica significativa. A maior parte das pessoas com trabalho formal é constituída pelos servidores públicos e contratados (muitas vezes com sazonalidade) pelas indústrias florestais, com alguns poucos empregados no setor de serviços.

O IDEB (Índice de Desenvolvimento em Educação Básica) de Itapirapuã Paulista, em 2005, era de 3,7. Em 2007 esse índice pulou para 4,3[9]. Essa pequena melhoria, embora represente ainda uma taxa crítica, denota uma evolução nesse setor tão importante para a sociedade. Há na cidade uma preocupação com a educação não só entre os administradores públicos, mas também entre a população. Nas pesquisas, oficinas e trabalhos de campo realizados no município, foi possível notar que os cidadãos itapirapuenses têm consciência dessa melhoria, se preocupam com a educação oferecida e zelam para que as conquistas não se dissipem. Nota-se que os professores estão em constante processo de capacitação e que a reciclagem tem-se mostrado essencial para a melhoria da qualidade do ensino observada.

Além das inúmeras carências e dificuldades sócio-econômicas enfrentadas pelo município, historicamente a situação política é delicada. A cidade foi sempre governada por grupos corporativos e o atual prefeito não conta com o apoio da Câmara de Vereadores tendo suas propostas legislativas engessadas pela maioria da Câmara. Por sua vez, a maioria dos vereadores e o vice-prefeito acusam o prefeito de corrupção e já tentaram por quatro vezes aprovar processos de afastamento, que teriam resultado inócuos por vícios formais. O prefeito, por seu turno, rebate as acusações alegando o interesse desse grupo com o retorno do ex-prefeito, condenado pelo Tribunal de Contas do Estado, e que estaria sofrendo processo de cassação de sua candidatura às próximas eleições.

Quanto à população de um modo geral, não nos pareceu haver qualquer tradição ou cultura política de participação popular, sendo característicos o fatalismo e a falta de perspectivas quanto à situação enfrentada pelo Município e pelos munícipes.

3. Plano Diretor como ação do Projeto Rondon

O trabalho no município de Itapirapuã Paulista foi desenvolvido por equipes de alunos e professores integrantes do Projeto Rondon[10], coordenado pelo Ministério da Defesa, que, no caso específico da Operação Vale do Ribeira 2008, contou com a colaboração do Governo do Estado do Paraná e com a do Ministério das Cidades. Com ênfase nos temas Plano Diretor, Regularização Fundiária e Saneamento Ambiental foram realizados cursos, oficinas públicas e debates voltados para os diversos segmentos sociais. Além disso, promoveu-se, através de exibição de filmes nacionais, o *Cine Rondon*, atividade cultural e de entretenimento visando despertar a população para as questões abordadas.

A atuação da equipe por nós coordenada iniciou com a realização de cursos voltados para a conscientização e informação da população sobre a importância do Plano Diretor Participativo, da regularização fundiária e do saneamento ambiental. Os cursos ministrados pelos alunos e professores procuraram trabalhar com multiplicadores capazes de repassar as informações apreendidas aos mais diversos segmentos da população.

Os cursos apresentados foram concebidos de acordo com a realidade municipal percebida em uma viagem precursora, realizada pelos coordenadores das equipes com o intuito de fornecer aos estudantes informações que viabilizassem e estruturassem suas atuações. A partir deste primeiro contato foram detectadas algumas necessidades do Município que orientaram a elaboração do cronograma de atividades a serem desenvolvidas no âmbito do Projeto Rondon.

Procurando enfatizar a importância da valorização das peculiaridades locais e promover projetos de turismo, procurou-se desenvolver debates sobre eventos que chamaram a atenção desde a visita precursora. A partir da notícia da ocorrência de avistamentos de eventos luminosos nos céus de Itapirapuã Paulista, dois ufólogos renomados, Carlos Alberto Ferreira Francisco e Paulo Aníbal, ambos do CBPDV – Centro Brasileiro de Pesquisas de Discos Voadores, foram convidados para debate com a população, em evento concorrido.

Ainda no intuito de fortalecer a cultura e memória do município, foram realizadas entrevistas com diversos cidadãos itapirapuenses de modo a obter um panorama geral do passado e do presente da cidade.

Outra atividade promovida pela equipe da UFF foi um debate aberto à população sobre o plantio de *pinus* e eucalipto na região, que vem crescendo cada vez mais, gerando grandes impactos econômicos, sociais e ambientais. O plantio de florestas em Itapirapuã Paulista já se apropriou de cerca de 70% do território e já traduz a principal economia local, empregando 80% de toda a mão-de-obra no Município. Assim, contando com a presença de representantes da empresa Orsa Celulose, Papel e Embalagens S.A. e da ONG Ecoar Florestal, principais incentivadoras do plantio desta natureza no Município, e da Prefeitura de Itapirapuã Paulista, discutiu-se acerca dos pontos positivos e negativos da exploração da atividade florestal e de seus impactos, em especial a responsabilidade social das empresas. Durante o debate também foram discutidas as possibilidades de se buscar um maior investimento da empresa Orsa Celulose, Papel e Embalagens S.A. no Município e de se estimular o cultivo de outros produtos por parte dos agricultores de forma a diversificar a produção local e minimizar os efeitos da monocultura florestal.

Seguindo os trabalhos dentro do eixo de atuação em “Gestão Pública e Desenvolvimento Sustentável” procurou-se dar seguimento ao processo de elaboração do Plano Diretor Participativo do Município, inicialmente promovido pela própria administração local em conjunto com uma empresa de consultoria contratada. Cabe ressaltar que, face ao Estatuto da Cidade que obriga a realização de Planos Diretores apenas aos municípios com mais de 20 mil habitantes, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 181, § 1º, estende a todos os municípios paulistas esta obrigatoriedade.[11]

Aqui cabe assinalar que, desde a viagem precursora, realizada em junho de 2008, que teve entre seus objetivos acertar com o poder público local o espectro de ações a serem realizados pela equipe, ficara proposta o auxílio no processo legislativo referente ao Plano Diretor, que, nesse ínterim, teria sido levado a cabo por empresa de consultoria. Ocorre que, em julho, quando da chegada da equipe, tais trabalhos a cargo da empresa de consultoria não haviam sido levados a efeito, senão uma única oficina, na sede do Município. Ora, a exceção de um único membro do poder municipal, assessor especial do prefeito, não parecia existir maior interesse ou preocupação por parte dos órgãos municipais em levar a efeito o Plano Diretor, considerado, na realidade, como uma “lei de gaveta”, ou seja, que não seria mesmo colocada em prática e, portanto, mera necessidade técnica a ser sanada de forma transversa por consultores, em face da exigência da constituição estadual.

Desse modo, como fazia mesmo parte de nossas expectativas uma ampla comunicação com a população de um modo geral, para criar mobilização social para as políticas públicas, em especial em face da decadência da agricultura familiar diante do plantio industrial de florestas, pareceu-nos pertinente provocar o desejo de mudanças legislativas, criando condições programáticas para melhores condições sociais e geração de emprego e renda, resgatando o debate em torno do Plano Diretor Participativo. Contudo, após diversas tentativas mal sucedidas de realização de oficinas – não vinha ninguém – resolvemos atuar em dupla estratégia: a) ir à população, batendo de porta em porta e abordando as pessoas nas ruas, nos diferentes distritos; e b) trabalhar a questão de forma transversal a partir dos debates de interesse social premente (a reivindicação da população por um local para velório, o aludido debate sobre o plantio de florestas e o interesse em comentar o fenômeno das luzes luminosas) – destas ações falaremos mais adiante.

Assim, buscando cumprir os requisitos e recomendações estabelecidos pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e pelo Ministério das Cidades, e tendo em vista a dificuldade em promover a mobilização da população, foram realizadas 253 (duzentos e cinquenta e três) entrevistas e uma oficina comunitária no distrito de Ribeirão da Várzea, com o intuito de complementar o trabalho desenvolvido inicialmente, que já havia promovido duas oficinas nos bairros do Centro e Capela de Jesus.

As entrevistas foram a forma encontrada para conseguir retratar no Projeto de Lei do Plano Diretor a realidade local percebida pela própria população já que outras tentativas de mobilização haviam falhado. Os pesquisadores, portanto, saíram a campo, interceptando as pessoas nas ruas e batendo de casa em casa explicando a importância e o significado do Plano Diretor não só para o Município, mas também para os munícipes a fim de extrair informações e percepções da cidade.

As entrevistas realizadas se deram a partir de questionário elaborado pela equipe técnica da Prefeitura com questões abertas, sendo os resultados analisados quantitativamente. A metodologia da análise dos dados colhidos levou em consideração a proporção entre a quantidade de vezes que o tema foi apresentado de forma positiva e o número de vezes em que o tema foi citado pelos entrevistados e participantes de oficina, conforme tabela a seguir.

QUESTIONÁRIOS

APLICADOS	GERAL (253)*	CENTRO (178)	VARZEA (34)	B. JESUS (41)	OFICINA (15)
IMPOSTOS	(22/39) 56%	(13/21) 42%	(1/1) 100%	(8/17) 47%	N
SEGURANCA	(61/129) 47%	(42/87) 48%	(7/18) 39%	(12/24) 50%	N
EDUCACAO	(143/230) 62%	(105/151) 70%	(25/34) 73%	(13/45) 70%	P
ESCOLA	(32/55) 58%	(13/33) 39%	(15/17) 88%	(4/5) 80%	/
PROFESSOR	(15/30) 50%	(10/20) 50%	(4/8) 50%	(1/2) 50%	/
TRANS. ESC	(30/40) 75%	(20/24) 83%	(6/8) 75%	(4/8) 50%	/
MERENDA	(27/38) 71%	(19/27) 70%	(6/8) 75%	(2/3) 66%	/
ED. ESPECIAL	(10/30) 33%	(9/26) 34%	(1/2) 50%	(0/2) 0%	N
SAUDE	(138/247) 56%	(91/155) 59%	(17/36) 47%	(30/56) 53%	P
ATENDIMENTO	(18/80) 22%	(12/66) 18%	(3/9) 33%	(3/5) 60%	N
MEDICAMENTO	(11/43) 25%	(10/32) 31%	(0/9) 0%	(1/2) 50%	N
EQUIPAMENTO	(16/45) 35%	(8/22) 36%	(4/7) 57%	(4/16) 25%	N
ESPORTE E LAZER	(42/202) 21%	(33/136) 24%	(5/25) 20%	(4/41) 10%	/
SANEAMENTO BASICO	(40/210) 19%	(36/136) 26%	(0/29) 0%	(4/45) 10%	N
AGUA	(70/97) 72%	(48/58) 83%	(8/12) 66%	(14/27) 52%	N
ENERGIA	(54/81) 66%	(36/53) 68%	(7/14) 50%	(11/14) 78%	P
TELEFONE	(7/23) 30%	(5/18) 27%	(1/4) 25%	(1/1) 100%	/
INTERNET	(1/20) 5%	(0/11) 0%	(0/6) 0%	(1/3) 33%	/

RUAS	(14/130) 11%	(12/106) 11%	(0/10) 0%	(2/14) 14%	N
ESTRADAS	(10/100) 10%	(7/69) 10%	(0/10) 0%	(3/21) 46%	/
MEIO AMBIENTE	(23/126) 18%	(18/80) 22%	(2/23) 8%	(3/23) 13%	N
CULTURA	(7/64) 11%	(5/37) 13%	(1/10) 10%	(1/17) 6%	N
AGRICULTURA	(23/99) 23%	(13/59) 22%	(0/4) 0%	(10/36) 28%	N
EMPREGO	(9/93) 9%	(6/65) 9%	(2/17) 12%	(1/11) 9%	N
INDUSTRIA	(1/53) 2%	(1/40) 2%	(0/1) 0%	(0/12) 0%	/
TURISMO	(4/84) 5%	(1/57) 2%	(1/4) 25%	(2/23) 9%	/
PROGRAMAS SOCIAIS	(4/13) 31%	(2/7) 28%	(0/0)	(2/6) 33%	N
SERVICOS SOCIAIS	(3/14) 21%	(3/11) 27%	(0/1) 0%	(0/2) 0%	N
LIXO	(50/95) 53%	(31/69) 45%	(6/6) 100%	(13/20) 65%	N
COMERCIO	(25/50) 50%	(16/27) 60%	(0/2) 0%	(9/21) 43%	N
MORADIA	(0/22) 0%	(0/19) 0%	(0/1) 0%	(0/2) 0%	/
TRANSPORTE	(11/29) 38%	(8/21) 38%	(0/1) 0%	(3/7) 43%	N
PRACAS E JARDINS	(16/62) 26%	(16/42) 38%	(0/1) 0%	(0/19) 0%	/
PREDIOS PUBLICOS	(5/8) 62%	(5/8) 62%	(0/0)	(0/0)	/

Fonte: Pesquisa de campo realizado pela equipe do Projeto Rondon, Itapirapuã Paulista, julho/2008.

Vale chamar a atenção para o fato de que, ao serem abordadas, muitas pessoas mostraram-se receosas em dar sua opinião, pois, conforme já foi citado, a cidade encontrava-se dividida politicamente e a população, em sua maioria, parecia não querer se envolver nesta disputa política. Para ultrapassar essa barreira foi necessário, a todo momento, ressaltar o fato de que os pesquisadores não tinham nenhum tipo de comprometimento partidário e realizavam um trabalho voluntário a fim de beneficiar a população e o município de forma geral.

Outra dificuldade enfrentada foi a utilização de questões abertas no questionário tendo em vista que, ao serem indagados abstratamente sobre a situação do município, os entrevistados respondiam também de forma genérica com frases do tipo “a cidade está boa” ou “está tudo ruim”. Assim, em muitos casos foi preciso questionar os itens de forma específica para se conseguir extrair os dados[12].

Importante, também, destacar que outros materiais colhidos em etapas anteriores foram disponibilizados para a equipe. Primeiro, uma ata de oficina realizada no bairro de Cordas Grandes, organizada pelo poder público municipal, em 2006. Em segundo lugar,

um trabalho da UNESP (Universidade Estadual Paulista), realizado no correr de 2005, relatando série de oficinas na região visando a elaboração de um Plano Diretor Regional[13]. E por terceiro, uma ata de oficina realizada na sede do Município em junho de 2008, organizada pela empresa de consultoria. Nenhum desses três documentos, entretanto, apresentava em anexo a lista dos participantes.

Ainda foram analisados os programas e projetos das diversas secretarias e departamentos da Prefeitura Municipal de Itapirapuã Paulista, com destaque para o Plano Municipal de Desenvolvimento Agropecuário Plurianual[14], assim como toda a legislação municipal pertinente.

A partir deste material coletado, foi elaborado um Projeto de Lei que foi debatido com a Comissão Técnica Local e, em seguida, com as modificações propostas, apresentado à população em Audiência Pública intensamente divulgada, com os mecanismos de comunicação que se dispunha, a saber: cartazes nos principais pontos de comércio, folhetos improvisados e entregues aos transeuntes, carro de som percorrendo as ruas tanto da sede como dos distritos, notícia no jornal regional, notícia na rádio comunitária e, o meio que se revelou o mais eficiente, avisos sistemáticos na “corneta” do pastor, auto-falante no alto da Assembléia de Deus e cujo som alcançava toda a sede.

4. A terra que querias ver dividida

Em sessão da Câmara Municipal de Itapirapuã Paulista em 11 de julho de 2008, cerca de cinquenta cidadãos itapirapuenses estavam ansiosos na audiência. Nós, do Projeto Rondon, solicitáramos realizar fala, clamando à participação de todos no processo de discussão e de elaboração do Plano Diretor. Mas não era a nossa participação que estava gerando toda aquela expectativa, mas sim outra solicitação de fala, vinda de um grupo de mulheres, que vinha reivindicar fosse aprovado projeto de lei que estava em pauta relativo à construção de espaço físico para velórios no Município.

Feita a suspensão dos trabalhos pelo Presidente da Câmara para permitir as falas solicitadas, duas senhoras vieram a se pronunciar a favor do espaço para os velórios. Foram falas emocionadas, falando do sofrimento em não se ter um lugar para se velar os próprios mortos. Parentes e amigos tendo que ser velados em suas próprias casas ou depender os que velavam da boa vontade da prefeitura, em ceder espaços, nem sempre apropriados, ou dependerem os protestantes da boa vontade do padre em ceder a capela da praça, a qual, por sua vez, também, por ser de outra religião, revela-se para alguns igualmente como espaço inapropriado. Argüiram aos vereadores o fato de haverem negado no passado projeto para a construção de Capela Mortuária, rejeitando projeto de lei encaminhado pela Prefeitura. Tratava-se agora de nova oportunidade.

Na briga política que caracterizava Itapirapuã Paulista foi comentado pelos vereadores da oposição que o real motivo de haverem se contraposto ao projeto de lei anterior sobre a questão da Capela se deveria a não confirmação das verbas ao projeto,

servindo o mesmo para remunerar terceiros e possibilitar “cabides de emprego”, e que o projeto de agora atendia às exigências feitas então.

Em nossa fala, logo a seguir, antes de introduzirmos o tema sobre o Plano Diretor, fizemos breve preâmbulo sobre Antígona, a peça clássica de Sófocles, onde a princesa tebana enfrenta o Rei Creonte que impusera um édito proibindo enterrar e velar o corpo do irmão da jovem. Antígona, em nome dos valores sagrados da família desobedece a ordem do rei, enterra e reza sobre o corpo do irmão e, em razão disso, é condenada à morte. Entretanto, Antígona era também noiva do filho do rei, o qual se mata ao ver a amada morta. Por sua vez, a rainha Eurídice, esposa de Creonte, se mata ao saber da trágica morte do filho. Desse modo, o poder do rei se vê atingido de forma fulminante pelos mesmos valores sagrados da família sobre os quais teimara em não valorizar, vindo a abandonar o trono, tomado pelo remorso.

Tal questão, dissemos então, espelhava bem a situação em Itapirapuã Paulista, desejava de fazer valer os valores micropolíticos do cotidiano de um povo num Município novo, que chamava atenção para o fato que ninguém nascia ali, pois a cidade não possuía maternidade, mas que ali as pessoas morriam. E um território só se consuma de fato, culturalmente, no imaginário dos cidadãos, se sobre ele velam os mortos sobre nós, os vivos. São eles, os mortos, que estão a nos embalar com o registro de uma história que foi vivida, com a lembrança transmitida dos feitos pretéritos, velando assim sobre os desejos, planos e esperanças para o futuro.

Por isso, entre outras importantes questões, se fazia importante o planejamento territorial expresso através dos planos diretores, pois estes serviriam não apenas para planejar os espaços físicos da cidade, mas, sobretudo, para emprestar característica e personalidade ao Município, que estivessem a espelhar o desejo de seus moradores.

O discurso na Câmara surtiu efeito e abriu portas para que entrevistássemos nos dias seguintes todos os vereadores, colocando-se todos favoráveis à elaboração do Plano Diretor, ainda que, concretamente, quase nenhum tenha participado das reuniões seguintes e da Audiência Pública. Por outro lado, as lideranças locais passaram a participar das oficinas e serviram de ponte para que realizássemos diversas entrevistas com os trabalhadores no plantio de *pinus* e eucalipto, o que tornou possível aferir discursos contra hegemônicos, reclamando pelo retorno das atividades do plantio de comida e chamando atenção para a expulsão das famílias das terras, agora adquiridas por particulares que secundavam as grandes empresas no plantio de florestas, criando novos latifúndios da monocultura.

Por uma eventualidade do destino, no dia seguinte à Sessão na Câmara, veio a falecer um parente de um dos vereadores, que não pode ser velado na capela da praça, pois não se encontrava a chave. À noite, na mesma praça onde se localizava a capela e a Câmara Municipal, após havermos realizado longa entrevista com um dos itapirapuenses que supostamente teria entrado em contato com os extraterrestres, nos narrando como a “sonda” alienígena fizera vôos rasantes em sua direção, nos deparamos com um dos parentes do morto, amigo deste, e ambos se abraçaram. Ficamos ali um bom tempo, tomando cerveja e conversando com as pessoas, notando o alto grau de alcoolismo na juventude, que derramava largos tragos de cachaça. Em dado momento, notamos os dois amigos, olhando o céu, um deles apontando, explicando como vira os

discos voadores, o outro, lamentando a perda sofrida, também vasculhava o céu, procurando alguma explicação.

5. Processos de abdução

No mais concorrido evento do Projeto Rondon em Itapirapuã Paulista, sobre as estranhas luzes luminosas que povoavam o imaginário dos itapirapuenses, e que já haviam sido objetos de notícias sensacionalistas na imprensa e na televisão[15], convidamos dois ufólogos do CBPDV – Centro Brasileiro de Pesquisas de Discos Voadores, sediado em São Paulo, Carlos Alberto Ferreira Francisco e Paulo Aníbal, membros do Grupo de Pesquisas de Fenômenos Aeroespaciais Não Identificados, com quem já entráramos em contato previamente.

Os dois além de visitarem conosco alguns dos locais das supostas aparições, identificando-os com o auxílio de GPS, colheram amostras de minerais e apresentaram para o público reunido diversos pequenos filmes sobre o tema, causando muito alvoroço e empolgação. Comentaram sobre a existência de uma Ufologia Relaxante, com lastro em comerciais de propaganda e filmes de Hollywood, sobre uma Ufologia Religiosa, que chegava a afirmar ter sido Jesus Cristo um extraterrestre, afinal subiu aos céus sob uma forte luz e teria realizado um certo número de fenômenos fantásticos para a época e, por fim, dissertaram sobre a existência de uma Ufologia Científica, com base em projetos secretos de diversos Estados, revelados em geral pela imprensa e por uma série de estudiosos, destacando o astrofísico francês Jacques Vallée e suas análises de resíduos materiais e o astrônomo americano J. Allen Hynek, da Northwestern University, em Illinois, que após uma posição cética teria ficado convencido sobre a realidade dos OVNIS e desenvolvido uma tabela de Contatos Imediatos e seus tipos a fim de auxiliar e classificar a pesquisa de casos distintos. Nesse sentido, seguindo a já clássica tabela de Hynek, os contatos de primeiro grau envolveriam a aparição de algo não identificado a uma distancia próxima (a maioria dos casos pretensamente ocorridos em Itapirapuã Paulista). Já os contatos de segundo grau deixariam uma evidencia tangível e mensurável, tal como uma depressão no solo, restos de algum experimento, rastros. Os contatos de terceiro grau (popularizados pelo filme de Steven Spielberg) envolveriam a presença de alienígenas. Os contatos de quarto grau envolveriam a abdução humana. E, por fim, os contatos de quinto grau seguiriam os primeiros estágios de uma abdução convencional, mas, na grande maioria das vezes, o indivíduo escolhido é induzido ao contato. Nesse momento da exposição, os palestrantes se dedicaram a relatar pormenores sobre um caso clássico na Nova Inglaterra, o do casal Barney e Betty Hill, ocorrido em 1961, que teria sido paradigmático por se tratar do primeiro caso comprovado de abdução, deixando para traz a era dos fenômenos de luzes estranhas no céu.

Ora, na Audiência Pública para discussão e deliberação do Plano Diretor Participativo de Itapirapuã Paulista, ocorrida cerca de uma semana depois, nosso objetivo foi o de apresentar um trabalho “de alfaiate”, ou seja, sob medida para a cidade, nem mais nem

menos do que fora cotejado. Apresentamos a metodologia trabalhada, expusemos os resultados das atas, os resumos das contribuições anteriores, os resultados das entrevistas, os principais aspectos detectados nos projetos da prefeitura, os pontos apreendidos a partir das entrevistas com os membros do Legislativo e do Executivo Municipal, entre outra série de questões, de forma a tornar a ação tão transparente quanto possível. Por fim, foi apresentado e votado o regulamento da Audiência Pública e, em seguida, discutido, de forma pormenorizada, o texto do Projeto de Lei.

Na ocasião, chamamos atenção para a grande abdução levada a cabo pelo Projeto Rondon e, em certa medida, pela administração pública – através do Ministério da Defesa e de uma equipe advinda de Universidade Federal – ao procurar trazer o cotidiano de Itapirapuã Paulista para uma profunda discussão sobre participação democrática. Restava, é claro, definir ser aquele um contato de quarto ou de quinto grau, quiçá de quinto. O que era certo, de qualquer modo, é que nós, que participáramos do Projeto Rondon, éramos extraterrestres, posto que não pertencíamos àquela terra, não vivíamos lá, estávamos ali fazendo um estranho trabalho voluntário e iríamos embora no dia seguinte para talvez nunca mais voltar. Caberia a eles, os itapirapuenses, expandir aquelas conquistas, se achassem que mereciam o esforço, isto é, se achassem que eram de fato conquistas.

Para ilustrar o trabalho, vale citar dois dos artigos do Projeto de Lei, que, de certa forma, resumem o inusitado esforço (destaques em itálico e negrito nossos):

Capítulo VI

Da cultura, do esporte, do turismo e do lazer

Art. 18. São objetivos da política da cultura, do esporte, do turismo e do lazer:

I – **Desenvolver** atividades desportivas em todo o município, consolidando a premissa do esporte enquanto coadjuvante da saúde e da socialização, elaborando lei específica de promoção do esporte no Município.

II – **Incentivar** e garantir o acesso às produções culturais de reconhecida qualidade, incentivando a apresentação de filmes, peças de teatro, apresentações musicais, danças e outros;

III – *Submeter projetos e realizar parcerias com entidades de pesquisa sobre objetos aerodinâmicos não identificados, de maneira a criar condições pra transformar o território em área propícia para explorações científicas.*

IV – **Construir** novas áreas de lazer e de convivência nos bairros, mantendo a infraestrutura das já existentes e garantindo a recreação da terceira idade;

V – **Orientar** e criar programas de incentivo à leitura;

VI – **Submeter** projetos que viabilizem a construção do Estádio Municipal;

Art. 19. São ações prioritárias da política da cultura, do esporte, do turismo e do lazer:

I – Valorizar e incentivar os artistas locais, os eventos culturais e o registro da memória coletiva;

II – Orientar e garantir o acesso de todos os munícipes ao esporte e ao lazer, em espaços públicos e gratuitos;

III – Apoiar as manifestações culturais locais, elaborando calendário com as festas do Município

IV – Dotar no orçamento e criar programa de preservação do patrimônio histórico e artístico municipal,

V – *Otimizar projetos de valorização turística do município, em especial o turismo ufológico, o turismo ambiental, o turismo religioso, o turismo de eventos, o turismo rural e o turismo de aventura;*

VI – Reforma dos campos de futebol no Município.

VII – Elaborar projetos que visem a absorção do turismo com a efetivação da Barragem no Vale do Ribeira;

VIII – Sinalizar trilhas para caminhadas e cavalgadas em áreas de especial beleza cênica.

Considerações finais

O que se observou no caso específico de Itapirapuã Paulista foi uma imensa dificuldade em tornar efetivo o princípio da gestão democrática. Apesar das tentativas de atrair a população para um espaço de discussão sobre o projeto de lei, a participação foi pouco expressiva tanto do ponto de vista quantitativo – poucas pessoas – quanto qualitativo – poucas reflexões acerca dos problemas, poucas e poucas propostas. Não obstante convocados, ou convidados, à exaustão através das mídias disponíveis na cidade - cartazes, panfletos, boca-a-boca, rádio local e carro de som, os munícipes compareceram em número muito reduzido aos eventos promovidos para divulgar, esclarecer e recolher informações, demandas e propostas para a elaboração de um projeto de Plano Diretor condizente com a realidade local.

A solução encontrada, então, foi a realização de entrevistas a partir da aplicação de questionários. Dessa forma foi possível colher dados e informações representativos da

realidade do município percebida por 253 cidadãos – o equivalente a cerca de 10% da população votante da cidade.

A população itapirapuense, em sua maioria, não sabia o que era Plano Diretor, muito menos tinha qualquer idéia acerca de seus objetivos e de sua importância. Os próprios funcionários da Prefeitura, Municipal, e mesmo alguns consultores presentes foram enfáticos em demonstrar que, ao invés de investimento, havia um verdadeiro cerceamento e isolamento do Município por parte do governo estadual. A experiência aqui relatada, a bem da verdade, frustrante, impõe uma pergunta, simples e desafiadora: até que ponto a realização de audiências, oficinas e reuniões constitui garantia de uma efetiva participação popular em uma realidade de cultura política incipiente e com falta de informação qualificada? Quais seriam as metodologias de planejamento urbano mais adequadas às realidades como a de Itapirapuã Paulista?

Não se pode negar que a Constituição de 1988, com seus artigos 182 e 183, conjuntamente com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), promoveu avanço na mentalidade de produção de políticas públicas municipais de planejamento urbano com o advento de importantes instrumentos como a gestão orçamentária participativa (artigo 4º, III, f, do Estatuto da Cidade) e a possibilidade de se caracterizar a improbidade administrativa quando da não garantia do amplo debate na elaboração e revisão de Planos Diretores.

Contudo - para além dos malabarismos retóricos e das imprevisíveis vicissitudes e acontecimentos espetaculares que permitiram o sucesso de nosso trabalho, entregue solenemente o Projeto de Lei aprovado com diversas modificações em plenária popular ao prefeito e ao presidente da Câmara Municipal – é importante não perdermos de vista uma crítica a nossa própria atuação. Afinal, no passado clássico, se dizia que o antigo direito de inspiração divina, que cultuava a deusa Themis, imposto pelos deuses aos homens, houvera sido substituído pelo direito profano, de criação humana, distributivo e que garantia a cada um o seu quinhão.

Será que a democracia, no caso brasileiro, aparece como uma nova Themis, paradoxalmente imposta, ao invés de conquistada? Ou, melhor dizendo, seria o Ministério das Cidades a nave mãe e os universitários rondonistas os novos deuses astronautas?

Referências

FALCOSKI, Luis Antonio Nigro. Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Araraquara: instrumentos urbanísticos inovadores e agenda para uma cidade sustentável. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (orgs.).

Planos diretores: novos conceitos de planejamento territorial. São Paulo: Annablume, 2007, pp. 123-170.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Veto Parcial ao Projeto de Lei 1.049/91, disponível em www.caminhosmetropolitanos.sp.gov.br/caminhos2/leis, acesso em 27 de setembro de 2008.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço.** Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005.

IBGE, **Resultados da Amostra do Censo Demográfico 2000 - Malha municipal digital do Brasil: situação em 2001.** Rio de Janeiro: IBGE, 2004.

IDEB. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/Site>, acesso em 20 de setembro de 2008.

Luzes noturnas assustam moradores de Itapirapuã Paulista no sítio <http://www.vigilia.com.br/sessao.php?categ=0&id=119>, acesso em 01 de junho de 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. Entradas e bandeiras: o novo processo de colonização democrática a partir do imperativo constitucional de planejamento urbano. In: **Anais do Seminário de Avaliação de Experiências em Planos Diretores Participativos e de Regularização Fundiária.** Blumenau SC, 16 e 17 de outubro de 2007. Disponível em <http://www.furb.br/neur/cd/>, acesso em 21 de setembro de 2008.

PLANO ESTRATÉGICO DE DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL. **Resultados da fase 1: leitura Comunitária regional Alto Vale do Ribeira.** Coordenação Prof. Dr. José Xaides de Sampaio Alves. Bauru: FAAC-UNESP, 2006

PNUD Brasil, **Ranking do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal 2000** – Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH>, acesso em 20 de setembro de 2008.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPIRAPUÁ PAULISTA. **Plano municipal de desenvolvimento agropecuário plurianual (PMDAP) – Vigência de 2007 a 2011.** Itaipapuã Paulista: Secretaria Municipal da agricultura, 2007.

ROLNIK, Raquel. A construção de uma política fundiária e de planejamento urbano para o país: avanços e desafios. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (orgs.). **Planos diretores: novos conceitos de planejamento territorial.** São Paulo: Annablume, 2007, p. 271-284.

ROMÃO, Devancyr A. (org.). **Vale do Ribeira: um ensaio para o desenvolvimento das comunidades rurais.** Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2006, p. 25.

[1] Além de todos esses instrumentos, uma série de outros instrumentos inovadores tem sido aventada no âmbito das Conferências das Cidades e nos casos concretos do planejamento urbano de cidades de médio e grande porte. Nesse sentido, ver, por exemplo: FALCOSKI, Luis Antonio Nigro. Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Araraquara: instrumentos urbanísticos inovadores e agenda para uma cidade sustentável. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (orgs.). **Planos diretores: novos conceitos de planejamento territorial.** São Paulo: Annablume, 2007, pp. 123-170.

[2] ROLNIK, Raquel. A construção de uma política fundiária e de planejamento urbano para o país: avanços e desafios. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (orgs.). **Planos diretores: novos conceitos de planejamento territorial.** São Paulo: Annablume, 2007, p. 271.

[3] MADEIRA FILHO, Wilson; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. Entradas e bandeiras: o novo processo de colonização democrática a partir do imperativo constitucional de planejamento urbano. In: **Anais do Seminário de Avaliação de Experiências em Planos Diretores Participativos e de Regularização Fundiária.** Blumenau SC, 16 e 17 de outubro de 2007. Disponível em <http://www.furb.br/neur/cd/>, acesso em 21 de setembro de 2008.

[4] HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço.** Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005, p. 168.

[5] Na mensagem de veto, o Governador Luiz Antonio Fleury Filho esclarece: “Conforme tem sido salientado por todos quantos se dedicaram ao estudo da matéria, para a criação de municípios faz-se mister, de um lado, que os distritos apresentem o aspecto social de agrupamento humano com interesses comuns, num determinado espaço físico, a reclamar descentralização política e administrativa indispensável ao seu desenvolvimento, e, de outro lado, imprescindível tenham essas comunas a possibilidade econômica de sobrevivência independente, sem a qual, na feliz expressão

de Eurico de Andrade Azevedo, "a autonomia política seria uma farsa e a descentralização administrativa uma ilusão" (Revista dos Tribunais, vol. 350, pp. 12-21).

Os distritos referidos nos incisos vetados não dispõem dessa viabilidade econômica, reclamada como condição incontornável para se transformarem em municípios. De fato, a Secretaria de Planejamento e Gestão e a Subsecretaria de Integração Regional da Secretaria do Governo, mediante acurados estudos técnicos, buscaram avaliar a capacidade de atendimento das demandas da população de tais distritos e dos respectivos municípios, relacionando a arrecadação de tributos com a população estimada. Chegou-se à conclusão de que a arrecadação média, por habitante, nessas comunidades, seria sensivelmente inferior à mesma arrecadação média, por habitante, na sede do município a que pertencem.

Tal circunstância, por si só, desaconselha sejam esses distritos convertidos em municípios, pois não possuem vitalidade econômica que lhes assegure existência autônoma, carecendo eles de capacidade de auto-sustentação, assim como de infraestrutura para proporcionar o devido atendimento social à população.

Reconheço a justificável expectativa gerada, nessas comunidades, pelo resultado da consulta plebiscitária e pela manifestação favorável dessa Ilustre Casa.

Cumpre-me enfatizar, por isso mesmo, que limitei minha objeção às estritas hipóteses de total inviabilidade de emancipação”.

(Cfe. Veto Parcial ao Projeto de Lei 1.049/91, disponível em www.caminhosmetropolitanos.sp.gov.br/caminhos2/leis, acesso em 27 de setembro de 2008).

[6] Fonte: IBGE, **Resultados da Amostra do Censo Demográfico 2000 - Malha municipal digital do Brasil: situação em 2001**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004.

[7] Fonte: PNUD Brasil, **Ranking do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal 2000** – Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH>, acesso em 20 de setembro de 2008.

[8] ROMÃO, Devancyr A. (org.). **Vale do Ribeira: um ensaio para o desenvolvimento das comunidades rurais**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2006, p. 25.

[9] Fonte: IDEB. Disponível em: <http://ideb.inep.gov.br/Site>, acesso em 20 de setembro de 2008.

[10] O Projeto Rondon existiu em uma primeira fase (1967-1986), caracterizando-se como o maior programa de extensão universitária do país, mas, em razão de ter estado associado ao período da ditadura militar, veio a ser extinto. Em 2003, com a posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a União Nacional dos Estudantes solicitou o retorno do Projeto Rondon, sob novas bases, retirando aspectos assistencialistas e enfrentando temas sociais relevantes. Em 2005 foi realizada uma missão experimental e a partir de 2006 houve o retorno definitivo do Projeto Rondon, com ações semestrais em diversas regiões do país, sempre levando para cada Município contemplado duas equipes de universidades diferentes, composta cada uma por 8 membros, sendo 2 professores e 6 estudantes de graduação. Uma das equipes trabalha um eixo de capacitação em “Bem-Estar social”, com ações em geral voltadas a agentes de saúde,

professores e a temas básicos sobre cidadania junto à população. A outra equipe trabalha no contexto da “Gestão Pública e Desenvolvimento sustentável”, com ações no campo político e sociojurídico, como o auxílio na elaboração de Planos Diretores e planos de regularização fundiária, a mobilização social para o saneamento ambiental e o fortalecimento de cooperativas. As ações aqui narradas são todas frutos de uma equipe que atuou nesse último eixo.

[11] Artigo 181 - Lei municipal estabelecerá em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

§ 1º - Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal.

[12] Os itens constantes da tabela foram os itens apresentados aos entrevistados nestes casos.

[13] PLANO ESTRATÉGICO DE DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL. **Resultados da fase 1: leitura comunitária regional Alto Vale do Ribeira**. Coordenação Prof. Dr. José Xaides de Sampaio Alves. Bauru: FAAC-UNESP, 2006

[14] PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPIRAPUÃ PAULISTA. **Plano municipal de desenvolvimento agropecuário plurianual (PMDAP) – Vigência de 2007 a 2011**. Itaipuruã Paulista: Secretaria Municipal da Agricultura, 2007.

[15] Ver, por exemplo, **Luzes noturnas assustam moradores de Itaipuruã Paulista** no sítio <http://www.vigilia.com.br/sessao.php?categ=0&id=119>, acesso em 01 de junho de 2008.

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE ACESSO À ENERGIA E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO*

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTH OF ENERGY ACCES AND ITS RELANTIONSHIP WITH DEVELOPMENT

**Maisa Medeiros Pacheco de Andrade
Aline Maria da Rocha Lemos**

RESUMO

A energia é a força que move o mundo. Tudo que é matéria possui energia, seja ela biológica ou não. A energia pode se manifestar de variadas formas. As mais comuns são a cinética, a nuclear, a térmica, a hidráulica, a solar, a eólica e a elétrica. Podendo ser subdividas em energias secundárias e primárias. As energias primárias são aquelas formas de energia que encontramos diretamente na natureza e que não sofreram nenhuma transformação, como por exemplo, a energia eólica. Enquanto que as secundárias são aquelas que já sofreram interferência do homem e se apresentam já na forma como serão utilizadas por este. Porém, no presente trabalho a energia elétrica terá um enfoque maior, devido a sua grande importância na vida cotidiana da civilização hodierna. O direito social fundamental é imprescindível para se alcançar a liberdade e uma vida digna, além de ser fundamental para o desenvolvimento social, visto possibilitar a melhoria das condições de vida das populações mais carentes. Através do acesso à energia elétrica, tais populações poderão usufruir de melhores condições de saúde, educação, trabalho, lazer, informação, segurança, enfim, poderão melhorar consideravelmente sua condição de vida. Visando promover o acesso universal à energia, o Governo Federal implantou algumas políticas públicas, dentre elas o Programa Nacional do Biodiesel, imprescindível para a promoção do desenvolvimento social do país.

PALAVRAS-CHAVES: ENERGIA- DIREITOS FUNDAMENTAIS –
DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

The energy is everything around you. Everything that is matter has energy, organic or not. The energy can manifest itself in many forms. The most common forms are the kinetic, nuclear, thermal, hydro, solar, wind and electric energies. They can be subdivided in secondary and primary energies. The primary energies are those forms of energy that are directly in nature and not suffered any processing, such as wind energy. While the secondary are those that have suffered interference of man and is already present in the way will be used for him. However, in this work the electric energy will

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

have a greater focus, due to its importance in daily life of civilization current. The fundamental social right of energy access is very important to freedom and a dignified life, as essential to social development, enabling the improvement of the living conditions of poor people. Through access to electric energy, such people could benefit from better conditions of health, education, work, leisure, information, security, finally, may considerably improve their condition of life. To promote universal access to energy, the federal government implemented some public policies, including the National Programme of Biodiesel, vital to the promotion of social development of the country.

KEYWORDS: ENERGY – FUNDAMENTAL RIGHTS - DEVELOPMENT

1. INTRODUÇÃO

O mundo é movido por uma força denominada de energia. Esta energia é encontrada em tudo que for considerado matéria, podendo ser classificada como primária ou secundária. As energias primárias são aquelas formas de energia que encontramos diretamente na natureza e que não sofreram nenhuma transformação, como por exemplo, a energia eólica. Enquanto que as secundárias são aquelas que já sofreram interferência do homem e se apresentam já na forma como serão utilizadas por este. (ÁLVARES: 1978).

O presente estudo tem como principal objetivo analisar a importância da energia elétrica, forma de energia secundária, atuando como verdadeira mola propulsora para o desenvolvimento social, através do leque de possibilidades que é aberto no momento em que se tem acesso a este tipo de energia.

Além de demonstrarmos que o acesso à energia elétrica é considerado um direito social fundamental imprescindível para se alcançar a liberdade e a vida digna, características intrínsecas de qualquer ser humano.

Por fim, abordaremos, outrossim, as ações do governo voltadas ao incentivo do uso de fontes alternativas de energia e à promoção do acesso à energia elétrica nas comunidades mais isoladas do país.

2. ENERGIA: CONCEITUAÇÃO, TIPOS E USOS.

2.1 Conceito

No campo semântico, o vocábulo “energia” pode ganhar diversos significados. Dentre eles a noção de vitalidade, de força, de capacidade para realizar determinada atividade. (FERREIRA : 1986)

Numa outra perspectiva, se pararmos para observar o Universo perceberemos que este se encontra sempre em movimento, sendo o mesmo, resultado da atuação de uma determinada força, não perceptível aos nossos olhos, mas capaz de mover tudo e todos e de modificar o estado em que as coisas se encontram.

Esta força, responsável em movimentar a realidade e tudo que nela se encontra, é denominada de “energia”. Assim, a energia encontra-se presente em tudo que compõe a realidade que nos cerca e conseqüentemente em tudo que consideramos ser matéria.

Ao afirmarmos que energia está presente em toda espécie de matéria devemos fazer uma breve distinção entre a matéria com vida e a matéria sem vida. Assim, podemos distinguir a energia biológica, presente na matéria viva, da energia não biológica, ou simplesmente material, presente no restante das coisas desprovidas de vida, como por exemplo, o ar e a água.

Desta forma, a energia biológica é aquela destinada à manutenção da vida dos seres vivos, enquanto que a energia material é aquela destinada a realizar determinada atividade, ou seja, é a capacidade de produzir trabalho.

A energia não existe na forma tangível como ocorre com a matéria e não ocupa lugar no espaço, porém está sempre unida a uma partícula material ou está contida nesta. (ÁLVARES:1978).

Assim, podemos dizer que a matéria pode servir como local de concentração de energia ou um mero instrumento de condução da mesma, não sendo a energia criada e sim adquirida, armazenada ou conduzida. (ÁLVARES:1978).

2.2 Tipos De Energia

Após esta breve conceituação do que é energia, podemos expor aqui alguns tipos de energia, ou em melhores palavras, como a energia pode se manifestar.

A energia pode se manifestar de variadas formas. As mais comuns são a cinética, a nuclear, a térmica, a hidráulica, a solar, a eólica e a elétrica. Podendo subdividi-las em energias secundárias e primárias. (ÁLVARES:1978).

As energias primárias são aquelas formas de energia que encontramos diretamente na natureza e que não sofreram nenhuma transformação, como por exemplo, a energia eólica. Enquanto que as secundárias são aquelas que já sofreram interferência do homem e se apresentam já na forma como serão utilizadas por este.

Dentre as fontes secundárias de energia encontramos a energia elétrica que é o objeto do presente estudo. Porém, antes de falarmos especificamente da energia elétrica, vamos deixar claro um ponto de suma importância para este trabalho que é a diferença entre ela e a energia, propriamente dita, em seu estado bruto (energia primária).

Primeiramente, devemos ressaltar que a energia bruta, ao sofrer interferência humana, produz diversos efeitos, dentre eles a própria eletricidade. Sendo a eletricidade resultado da conversão dessa energia primária em energia secundária.

Esta energia bruta, advinda diretamente da natureza, permite o seu armazenamento, permitindo uma futura conversão em energia secundária, no entanto, esta não pode ser armazenada, devendo ser utilizada ou conduzida de imediato. Sendo este, o caso da energia elétrica.

2.3 Energia Elétrica

Para iniciarmos nosso estudo acerca da importância da energia elétrica na vida humana, é fundamental que façamos uma breve conceituação do que ela é e demonstrar quais são seus usos mais comuns na vida dos seres humanos.

A energia elétrica “consiste em cargas infinitesimais, chamadas eletrônicas, e estas partículas são forçadas a se locomover em uma mesma direção e sentido, daí resultando a corrente elétrica”. (ÁLVARES:1978).

Assim, a eletricidade está intimamente ligada à movimentação de cargas elétricas por meio de um campo detentor de potencial elétrico (eletricidade dinâmica), não se descartando a idéia da existência de uma eletricidade estática em que as cargas se encontram inertes. (GALVÃO: 2004)

A eletricidade, considerado hoje o principal efeito da conversão da energia primária, é capaz de realizar diversas atividades, podendo ser utilizada de variadas maneiras. Dentre as várias formas de utilização da energia elétrica, podemos citar aqui algumas das mais comuns hoje em dia na sociedade, seja no setor industrial, no residencial ou até mesmo no campo. São elas: a iluminação, pública ou não, a utilização de eletrodomésticos, a alimentação da estrutura do setor industrial (força motriz), a geração de calor (aquecimento) e a refrigeração. (GALVÃO: 2004)

3. ENERGIA E SUA RELAÇÃO DIRETA COM A DIGNIDADE HUMANA

Todos os seres humanos têm o direito a serem livres e a possuir uma vida digna. Estes direitos são imprescindíveis para que o indivíduo possa gozar de certo grau de liberdade individual e de sua cidadania.

Mas o que seria o conceito mais adequado para dignidade humana? Diante de uma análise filosófica, a dignidade é algo intrínseco ao ser humano diante da sua condição de ser especial. Assim, todos os seres humanos, por serem seres especiais, devem ganhar um tratamento digno e respeitável, condizente com tal condição. Outrossim, podemos dizer que a dignidade humana é o conjunto de coisas ou atos que uma pessoa ou grupo social consideram básicos para se ter um mínimo grau de liberdade na realização de suas escolhas e no convívio em sociedade. Ressalte-se, todavia, que a noção do que é digno pode variar de sociedade para sociedade ou até mesmo de pessoa para pessoa. (SEN:2000).

No que pertine a questão da liberdade, esta também é algo intrínseco a natureza humana, não sendo constituída apenas do direito de ir e vir, mas do direito de possuir um leque de oportunidades que lhe garanta condições de fazer suas próprias escolhas de maneira consciente.

Com relação à energia elétrica, podemos dizer que ela é imprescindível para se ter uma vida digna, provendo uma situação de bem-estar social aos seus cidadãos, e que também é de suma importância para o desenvolvimento socioeconômico de uma sociedade, visto que é essencial para a realização de atividades básicas da vida humana como cozinhar, estudar e trabalhar. (SANCHES: 2006)

É notória, na zona rural, a insuficiência da iluminação no ambiente doméstico e a necessidade da utilização do período noturno para o desenvolvimento de atividades educacionais, culturais e laborais. Além disso, a disponibilidade de energia elétrica contribui para reduzir a carga de trabalho dos habitantes da zona rural, já que permite a utilização de aparelhos eletrodomésticos e de outras máquinas que auxiliam o seu trabalho. Outrossim, o uso da eletricidade permite o acesso das populações mais carentes à comunicação e à informação. Além de proporcionar melhores condições de saúde, de educação e da qualidade de vida de um modo geral.

A implementação do acesso à energia elétrica na zona rural também se torna de grande importância para a zona urbana, usuária mais assídua deste tipo de energia. Isto se dá pelo fato de que ao promover a eletrificação da zona rural muitos de seus moradores deixarão de migrar para a zona urbana, diminuindo consideravelmente os bolsões de pobreza que se instalam nos centros urbanos. Assim, tendo a zona rural a chance de se desenvolver através da introdução da energia elétrica no campo, não terá mais o camponês tanto interesse em migrar para o setor urbano, proporcionando assim, o desenvolvimento tanto da zona rural, como a continuação do desenvolvimento, de maneira mais equilibrada, da zona urbana.

A utilização da energia elétrica é uma questão diretamente ligada à efetividade dos direitos sociais através da realização de políticas públicas pelo governo, assunto este que iremos discorrer mais adiante. No entanto, é importante destacarmos que apesar de ser questão relativa aos direitos sociais, a implementação do uso da energia elétrica também está relacionada à efetivação dos direitos individuais, visto que o seu uso permite o alcance da liberdade individual dos cidadãos. (BARRETO: 2004).

Assim, com a universalização do uso da energia elétrica através de políticas públicas pelo governo, estar-se-á dando espaço para se promover o acesso à educação, à cultura, a um sistema de saúde de boa qualidade e ao desenvolvimento econômico, através da

possibilidade para realização de atividades econômicas, até mesmo no período noturno, mas também estar-se-á objetivando a concretização do direito individual de liberdade, através da possibilidade auferida ao cidadão, a partir da efetivação prévia destes direitos de segunda geração, de realizar suas próprias escolhas de forma consciente.

4. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA

No direito existem os chamados direito fundamentais do homem. Dentre tais direitos encontramos a classe dos direitos sociais (TORRES:2001).

É de suma importância, inicialmente, apresentarmos as características gerais desses direitos fundamentais, assim como, as características que classificam alguns destes direitos como direitos sociais. Tais características serão imprescindíveis para se perquirir acerca da classificação do direito de acesso à energia como direito social fundamental.

São considerados direitos fundamentais determinadas normas jurídicas positivadas constitucionalmente, de forma expressa, ou não (SARLET:2008), revestidas de valores fundamentais para todos os seres humanos e dotados de força normativa, podendo assim, ser exigidos perante o Estado e perante terceiros.

A fundamentalidade de tais direito se dá ao fato de estarem diretamente ligados a valores imprescindíveis para se auferir a liberdade plena (liberdade real) e uma vida digna(GALINDO: 2001), visto que todo ser dotado da condição de humano é, indiscutivelmente, dotado de dignidade. Esta dignidade está diretamente relacionada com a idéia de respeitabilidade à sua condição de ser especial. Além disso, a liberdade (liberdade real e não apenas a liberdade de ir e vir) também é uma característica intrínseca a condição de ser humano, sem ela, não podemos dizer que um humano vive plenamente[1].

Os valores da dignidade e da liberdade são valores pré-estatais encontrando-se positivados na Constituição Brasileira através de princípios. Tais princípios atuam como alicerce de todo o sistema normativo, já que os valores ali positivados se irradiam por todo o sistema, devendo a concretização da liberdade e da dignidade ser vista sempre como um objetivo a ser alcançado na aplicação de todas as normas do sistema. A importância deles é perfeitamente comprovada ao se analisar o texto constitucional, visto estarem elencados nos primeiros artigos da Carta Magna Federal, como fundamentos e objetivos da República brasileira.

Dentro do grupo dos direito fundamentais percebe-se a existência de uma classe de direitos denominada de direitos sociais. Estes direitos têm natureza integradora, ou seja, têm a função de inserir o indivíduo dentro da vida em sociedade através do aumento do leque de possibilidades a serem por ele escolhidas (liberdade real), auferindo com isso, condições mais dignas de vida. Desta forma, os direitos sociais fundamentais apesar de

serem considerados direitos voltados para toda uma coletividade, também contribuem para alcançar a liberdade individual dos cidadãos.

Diante destas breves considerações acerca dos direitos sociais fundamentais, podemos a partir de então perquirir acerca da caracterização do acesso à energia como direito social fundamental.

Como já mencionado em momento anterior, ao se ter acesso à energia elétrica os indivíduos obtêm melhores condições de vida, já que terão acesso à saúde, educação, lazer de melhor qualidade, como também, terão melhores condições de trabalho, não necessitando migrar para a capital, atrás de um leque maior de oportunidades, evitando assim, o aumento dos bolsões de pobreza ali existentes.

Assim, ao se ter acesso à energia estar-se-á possibilitando aos indivíduos residentes nas áreas mais afastadas dos centros urbanos a aferição de um número maior de oportunidades.

Ao proporcionar um leque maior de oportunidades, os indivíduos terão a possibilidade de tomar suas decisões e fazer suas escolhas de forma mais consciente, podendo escolher livremente o que considerar mais adequado e digno à sua existência. Desta forma, ao se ter acesso à energia elétrica estarão os indivíduos gozando de liberdade e dignidade, intrínsecas a condição de humanos, permitindo-lhes exercerem sua função de cidadãos.

Portanto, ao concluir-se que o acesso à energia é imprescindível para se alcançar a liberdade plena e o gozo de uma vida digna, além de ser exigível perante o Estado através da implementação de políticas públicas, podemos afirmar que o acesso à energia elétrica é um direito social fundamental.

5 - A MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA E OS PROGRAMAS DO GOVERNO FEDERAL QUE BUSCAM PROMOVER O ACESSO À ENERGIA. BREVES COMENTÁRIOS.

Como visto no tópico acima, o acesso à energia é um direito social fundamental, dotado de exigibilidade, podendo ser exigido através da implementação de políticas públicas que permitam a universalização deste acesso.

Desta forma, é imprescindível que seja feita uma análise, mesmo que de forma breve, de algumas políticas públicas do governo que objetivam universalizar o acesso à energia nas mais diversas regiões do país.

Assim, para adentrarmos na questão das políticas públicas, faz-se mister apresentarmos a forma que se distribui a oferta de energia no Brasil

Como pode se verificar no gráfico abaixo, ainda é, na sua grande maioria, originada do petróleo e de seus derivados, sendo seguida da biomassa e da hidroeletricidade.

Esta grande dependência brasileira com relação à energia proveniente do petróleo e de seus derivados não pode ser vista com bons olhos, devido à ameaça de escassez deste produto, a sua vulnerabilidade com relação aos preços impostos pelo mercado internacional, além do seu elevado grau de efeitos poluentes.

Figura 1 – Oferta interna de energia no Brasil – ano 2007.[2]

Em outra perspectiva, com relação à oferta de energia elétrica, em particular, podemos observar no gráfico disponibilizado pelo Ministério das Minas e Energia que tal oferta é predominantemente originada dos potenciais hidrelétricos.

Figura 2 – Matriz Oferta de Energia Elétrica – 2007.[3]

Esta preferência brasileira pelo uso dos potenciais hidrelétricos para a geração de eletricidade, também não é uma alternativa que podemos considerar como sendo a ideal.

Apesar do Brasil possuir grandes potenciais nesta área, a utilização deste tipo de energia requer a construção de obras grandiosas e de alto custo. Para a realização destes empreendimentos é necessário o alagamento de grandes porções de terra, ocasionando assim, a perda da biodiversidade local e o conseqüente desequilíbrio do ecossistema.

Além de provocar o desequilíbrio dos ecossistemas que circundam a área a ser alagada para a construção das usinas hidrelétrica, as populações que vivem ao redor também são afetadas, tendo em vista a necessidade de seu deslocamento para outras áreas longe da usina a ser construída. (BERMANN: 2007).

Outros fatores desfavoráveis à utilização desta fonte de energia elétrica são a sazonalidade dos recursos hídricos e a dificuldade de distribuição da energia gerada, para áreas mais distantes dos geradores hidroelétricos.

A disponibilidade dos recursos hídricos está diretamente ligada às condições climáticas e pluviométricas da região onde as usinas se encontram. Assim, ocorrendo grandes períodos de seca, a geração e transmissão de energia se vêem comprometidas. (BERMANN: 2007).

Com relação à dificuldade de distribuição da energia gerada nas usinas, isto se dá devido a 90% da geração e transmissão de energia elétrica no Brasil serem realizadas através do Sistema Interligado Nacional (SIN). Desta forma, nas áreas em que este sistema ainda não atua, o acesso à energia elétrica ainda é precário ou mesmo inexistente.

O SIN demonstrou ser um sistema frágil durante a crise energética de 2001, quando a escassez de água, decorrente da seca, diminuiu a quantidade de energia disponibilizada na rede de distribuição nacional, escancarando a falta de planejamento energético do país e os baixos investimentos dedicados à manutenção e ampliação de uma rede confiável de transmissão de energia para todas as regiões do Brasil. (CALDAS: 2007).

Diante deste quadro de insatisfação e insegurança com relação ao sistema energético nacional, o governo e a sociedade passaram a buscar alternativas para o desenvolvimento de novas fontes de energia, evitando assim, a total dependência ao sistema hidroelétrico e conseqüentemente, abrindo portas para proporcionar um maior acesso à energia e o desenvolvimento social.

Uma das alternativas encontradas neste momento foi a implementação de políticas públicas incentivadoras, tanto de novas fontes de energia que visavam a independência quanto aos sistemas hidroelétricos, tanto de novas fontes que possibilitassem um maior desligamento do petróleo e seus derivados. Dentre essas políticas, devemos destacar o Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel e o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, sobre os quais faremos breves considerações a seguir.

5.1. O Programa Nacional de Produção e Uso Do Biodiesel e Sua Relação Com o Desenvolvimento Social

O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel ganhou uma nova roupagem e foi relançado no Brasil no ano de 2004, pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva.

Tal programa tem como objetivo desenvolver um óleo diesel (biodiesel) derivado de sementes oleaginosas, promovendo assim, a diminuição da dependência ao petróleo e dos danos que a sua utilização causa ao meio ambiente.

Todavia, devemos destacar a importância desse programa para o desenvolvimento social do Brasil, através da inclusão social do pequeno produtor rural e o desenvolvimento das regiões mais carentes do país. Esta política pública possibilitará uma maior oportunidade às comunidades rurais de auferirem renda, tendo em vista o incentivo à agricultura familiar voltada à produção de matéria-prima para a obtenção do biodiesel. Com uma auferição maior de renda estas populações terão condições de obterem condições de vida mais dignas.

Além disso, através do desenvolvimento de fontes alternativas de biodiesel, possibilitar-se-á o acesso à energia elétrica nas comunidades rurais mais afastadas e

mais carentes. Este acesso se dará através da utilização de geradores de energia, alimentados pelo próprio biodiesel.

Ao terem acesso à energia elétrica, estas populações poderão alcançar um índice de desenvolvimento social mais elevado, visto a partir daí, como dito no tópico 3 acima, passarem a ter uma vida mais digna, já que proporciona a realização de atividades básicas da vida humana como cozinhar, estudar e trabalhar, reduzir a carga de trabalho dos habitantes da zona rural, já que permite a utilização de aparelhos eletrodomésticos e de outras máquinas que auxiliam o seu trabalho. Além de permitir o acesso à comunicação e à informação e de melhorar as condições de saúde e educação, enfim, da qualidade de vida de um modo geral.

5.2 O Proinfa Como Caminho Alternativo Para Promoção Do Acesso À Energia Elétrica

Como já mencionado em momento anterior, a matriz de oferta de energia elétrica no Brasil é pouco diversificada, sendo predominante a utilização de potenciais hidráulicos. Esta preferência pela utilização da hidroeletricidade, nos últimos anos, tem provocado um certo nível de insegurança por parte dos usuários no que pertine a segurança no fornecimento de energia em todo o território nacional.

Esta insegurança se acentuou na crise energética nacional ocorrida em 2001, diante da clara falta de eficiência na distribuição de energia através do Sistema Interligado Nacional (SIN).

Diante deste quadro, o Governo Federal implementou, mediante a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA. O mesmo foi instaurado com o objetivo de diversificar a matriz energética nacional, mediante a utilização de fontes renováveis, garantindo assim, uma maior grau de confiabilidade na transmissão de energia em todo o país, durante todos os períodos do ano, além de promover a descentralização da geração energética, incluindo agentes de pequeno e médio porte neste setor.

A geração de energia realizada de forma distribuída, ou seja, através da implantação de pequenos sistemas isolados, ligados à rede elétrica, é também de suma importância para a promoção do desenvolvimento social. Isto se dá devido a possibilidade das comunidades que se encontram em regiões mais afastadas e que não desfrutam da energia transmitida pela rede principal, poderem ter acesso à energia elétrica.

Assim, ao gozarem do acesso à energia, através da utilização de sistemas alimentados por fontes alternativas, as populações situadas em regiões mais isoladas, passarão a desfrutar de condições de vida mais dignas, melhorando sua qualidade de vida de um modo geral, já que a partir daí terão como realizar atividades básicas da vida humana, indispensáveis para o seu desenvolvimento como integrante de uma sociedade.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto acima, podemos concluir que o acesso à energia elétrica é um direito social fundamental de todos, visto ser indispensável para se alcançar a liberdade real e uma vida dotada de dignidade.

O acesso a este tipo de energia é imprescindível para todos os seres humanos, devido à importância da eletricidade na vida cotidiana, visto que possibilitara o desfrute de melhores condições de saúde, educação, lazer, trabalho, segurança, enfim, poderão se considerar inseridos na realidade da vida em sociedade e se sentir seres humanos dotados de dignidade e liberdade de escolha.

Ao se enquadrar no rol de direitos fundamentais, o acesso à energia elétrica ganha força normativa, e, conseqüentemente, exigibilidade. Tal exigibilidade é demonstrada através das políticas públicas implementadas pelo governo visando a universalização desse acesso.

Dentre as políticas públicas implementadas pelo governo com o objetivo acima referido, podemos citar o Programa Nacional do Biodiesel e o PROINFA, que são vistos, atualmente, como imprescindível, tanto no que pertine a utilização de novas fontes de energia renováveis, buscando assim, a independência com relação ao petróleo, como na promoção do desenvolvimento social.

Assim, estimular a universalização do acesso à energia elétrica é fundamental para proporcionar a todos os cidadãos condições de usufruir uma vida dotada de dignidade e liberdade, tendo em vista o leque de oportunidades que lhes serão abertos a partir de então.

7. BIBLIOGRAFIA

ÁLVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Forense: Rio de Janeiro, 1978.

ARNOLD, Robert. *Fundamentos de eletrotécnica*. EPU: São Paulo, 1975.

BARRETO, Eduardo José Fagundes. *Abordagem jurídica e econômica da universalização dos serviços públicos de energia elétrica: estudo de Caso sobre o estado da Bahia*. Salvador: 2004.
http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao_Eduardo_Jose.pdf,
acessado em: 26/11/2007.

BERMANN, Célio. *As novas energias no Brasil – Dilemas da inclusão social e programas de Governo*. Editora Fase: Rio de Janeiro, 2007.

CALDAS, Geraldo. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2ª ed. Juruá: Curitiba, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro, 1986.

GALINDO, **Bruno**. *Direitos Fundamentais - Análise de Sua Concretização Constitucional*.

GALVÃO, Luiz Cláudio Ribeiro, José Aquiles Baesso Grimoni et Miguel Edgar Morales Udaeta (organizadores). *Iniciação a conceitos de sistemas energéticos para o desenvolvimento limpo*. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2004.

SANCHES, Luiz Antonio Mano Ugeda. *A inclusão social e os desafios contemporâneos do setor elétrico brasileiro*. In: Regulação Jurídica do setor elétrico. (org. Elena Landau). Lúmen Júris: 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. 9ª ed. ver. atual.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras: São Paulo, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 2ª ed. ver. atual.

[1] A liberdade e a dignidade do ser humano são axiomas jurídicos, ou seja, são verdades universais indiscutíveis.

[2]

http://www.mme.gov.br/site/menu/select_main_menu_item.do?channelId=1432&pageId=15304

[3]

http://www.mme.gov.br/site/menu/select_main_menu_item.do?channelId=1432&pageId=15304

A RENDA MÍNIMA E O DIREITO ECONÔMICO*

MINIMUM INCOME GUARANTEED AND ECONOMIC LAW

**Camila Bruna Zanetti
Fabiano Gomes**

RESUMO

Na formação histórica da sociedade brasileira, sua estrutura social sempre se pautou pela excessiva concentração de riquezas em uma pequena parcela, dona do poder econômico e político, em detrimento da grande maioria da população, destinada à pobreza e marginalidade. Como medida de combate à miséria, surge o Programa Bolsa Família, dentro do conceito de renda mínima garantida, com forte viés assistencialista, porém, mostrando-se em análise de estatísticas no âmbito do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio) – 2006, realizado pelo IBGE, um forte instrumento de indução econômica, ao considerar-se o conceito de utilidade marginal da renda. Assim, políticas públicas de transferência de renda mínima para populações muito pobres, podem ser tratadas dentro da própria política econômica praticada conforme a ideologia constitucional, para o desenvolvimento nacional, com o fortalecimento do mercado interno. Aplica-se, portanto, à legislação destas políticas, os fundamentos do Direito Econômico, mormente, suas regras, normas e princípios de hermenêutica. Por outro lado, tem a renda mínima garantida, representado pelo Programa Bolsa Família, clara sustentação no artigo 170, caput, da Constituição Federal, que estabelece como fim da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, bem como no inciso III do artigo 1º do texto constitucional, que aponta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA, RENDA MÍNIMA, DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

Through the historical formation of Brazilian society, its social structure has always been guided by the excessive concentration of wealth in a small plot and owner of economic and political power to the detriment of the vast majority of the population, designated to a life of poverty and marginalization. As a measure of poverty combat, is the “Bolsa Família” program, within the concept of minimum income guaranteed, with strong supporting bias, however, as a statistics analysis under the PNAD (National Survey by Household Sample) - 2006, conducted by the IBGE, showed that is also a powerful tool for inducing economic, considering the concept of marginal utility of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

income. Thus, transferences of minimum income for poor people public policies can be treated within the economic policy practiced as the constitutional ideology for national development, with the strengthening of the internal market. It applies, therefore, the law of these policies, the foundations of Economic Law, especially, its rules, norms and hermeneutics principles. On the other hand, the guaranteed minimum income, represented by the Bolsa Familia program, has a clear support in Article 170, caput of the Federal Constitution law, which establishes, as a goal of the economic order, the insurance of a dignified existence to all, according to the dictates of social justice, as well as at item III of Article 1 of the constitutional text, which shows one of the cornerstones of the Federative Republic of Brazil, the human dignity.

KEYWORDS: HUMAN DIGNITY, ECONOMIC CONSTITUTION, MINIMUM INCOME GUARANTEED, DEVELOPMENT

1 INTRODUÇÃO

O traço marcante da sociedade brasileira é, talvez, a grande diferença estabelecida entre as classes sociais do país, desde o início da colonização portuguesa, com a dominação dos povos da floresta e, logo após, com a introdução dos africanos no processo de produção, utilizados como mão-de-obra escrava e, mesmo, como objetos comerciais no tráfico negreiro.

A construção social, então, deu-se com a forte acumulação de riqueza pelos senhores das antigas Capitâneas Hereditárias, senhores de engenho, donos de minas de metais e pedras preciosas, traficantes de escravos, barões do café e, mais recentemente, pelos grandes industriais e, do outro lado, a mão-de-obra sempre explorada ao seu limite de exaustão, seja escrava ou livre, destinada à pobreza e marginalidade. A concentração de renda no Brasil é perversa.

Na tentativa de minorar ou estabelecer um marco de reversão neste processo secular de transmissão geracional da miséria, vários programas de assistência social foram criados, sem que apresentassem resultados concretos, como o vale-gás, bolsa-escola etc.

Contudo, em 2003, o governo federal editou a medida provisória nº 132, mais tarde convertida na Lei nº 10.836/04, que instituiu o Programa Bolsa Família. Este programa, conforme o art. 1º e § único daquela lei, institui o regulamento das ações de transferência de renda, porém, com condicionalidades, unificando diversos programas da mesma natureza desconcentrados em variados ministérios.

O programa atende ao conceito de renda mínima a ser garantida a pessoas ou famílias consideradas pobres ou miseráveis, nos termos daquela lei, permitindo-lhes a sobrevivência.

No entanto, o Programa Bolsa Família, não obstante ter sido formulado no âmbito da assistência social ao abraçar a transferência de recursos na órbita da renda mínima, mostrou-se, ainda, pelas estatísticas produzidas no âmbito do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio) – 2006, realizado pelo IBGE, um forte instrumento de

indução econômica, principalmente, quando se leva em consideração o conceito de utilidade marginal da renda.

Neste aspecto, podem-se entender as políticas públicas de transferência de renda, estabelecidas no conceito de renda mínima para populações pobres, muito mais que objeto de programas assistencialistas, mas, também, dentro da própria política econômica praticada conforme a ideologia constitucional, para o desenvolvimento nacional, com o fortalecimento do mercado interno.

Assim, neste trabalho, pretende-se defender que sendo a legislação instituidora dos programas de transferência de renda objeto de política econômica, a ela aplica-se, então, os fundamentos de Direito Econômico, mormente, suas regras, normas e princípios de hermenêutica, de acordo com a ideologia constitucional.

Em relação à ideologia constitucional, seu contorno será dado pelo que nos diz a Constituição Federal no *caput* do art. 170, ao revelar que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III, art. 1º da Constituição Federal, isto é, o Estado brasileiro promove a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares de sustentação e, não seria exagerado dizer, como uma das razões de sua existência.

Some-se, ainda, o estabelecido pelo texto constitucional, nos incisos do art. 3º, elegendo como objetivos fundamentais da República brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e democrática; garantir o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem discriminação quanto à origem, raça, sexo, cor ou idade, elementos que auxiliam no apontamento da ideologia constitucionalmente adotada.

Da mesma forma, têm-se os demais princípios da ordem econômica, estampados nos incisos VII, VIII e IX do art. 170 da Constituição Federal, de observância obrigatória para a política econômica, que deverá ter como finalidade, também, a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

Por outro lado, é bom deixar claro que as idéias aqui defendidas, somente são viáveis pelo momento atual do Direito, na manifestação da doutrina pós-positivista, que defende o reencontro do Direito com a Moral e a Ética na busca pelo Justo, e o reconhecimento da efetividade das normas e da normatividade dos princípios constitucionais, próprios do neoconstitucionalismo.

2 A RENDA MÍNIMA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E SOCIAL DA RENDA MÍNIMA

Ao contrário do que se possa pensar inicialmente, programas de renda mínima, representado no Brasil pelo Bolsa Família, são bastantes antigos. No ocidente, aparece já em 1579 na Escócia, seguida pela Inglaterra em 1601 e, na Era Moderna, ainda em território inglês, com a lei de Speenhamland de 1795, substituída pela Lei dos Pobres de 1834 (SILVA, 1997, p. 38).

Experiências e propostas neste sentido, foram se seguindo, tanto na Europa como na América do Norte, até os nossos dias, quer com a idéia da renda mínima garantida quer com um imposto de renda negativo.

Nos EUA, é reveladora a experiência do Estado do Alasca. Lá é pago a cada um dos moradores, com residência fixa, um dividendo anual, com base na exploração do petróleo, a sua principal riqueza mineral, idéia que teve início na década de 1960 com a taxação da produção do pescado, para o combate à pobreza (SUPLICY, 2002, p. 86).

Todas estas proposições sempre tiveram em foco, uma justiça distributiva, uma proteção social ou assistencial aos mais necessitados. Silva, sobre tal aspecto, vaticina:

É grande o número dos que defendem a renda mínima, nas suas diferentes modalidades, como síntese do universalismo e da seletividade, como estratégia de política social em face das novas demandas postas ao *Welfare State* no conceito de crise da sociedade salarial (...) (1997, p. 25)

Demonstrando os fundamentos que permeiam seu ideário, Suplicy (2002, p. 19) diz que “[...] a constatação das brutais diferenças e a sua compreensão constituem um primeiro passo para a construção de uma sociedade mais humana e justa”.

O recrudescimento do debate em torno de programas de garantia de renda mínima, adveio com o declínio da experiência do Estado de Bem-estar Social (*Welfare State* ou *État-Providence*) a partir da década de 1970, principalmente após o choque do petróleo que acentuou sobremaneira aquele declínio.

No lugar do “Welfare State”, surge uma nova sociedade, pautada pelo pensamento dos ideólogos do novo liberalismo econômico ou neoliberalismo regulador.

Caracterizando esta sociedade, buscamos mais uma vez, em Silva:

A sustentação básica do *Welfare State* – pleno emprego, crescimento econômico e família estável – está ruindo na nova sociedade marcada pela hegemonia da técnica, com afrouxamento da relação produção-trabalho humano. O que se tem é o advento de uma sociedade dual, composta, de um lado, por pessoas muito bem empregadas e, de outro, por um contingente mais amplo de pessoas desempregadas ou precária e instavelmente empregadas. (1997, p.14)

Esta nova configuração social pode ser, através das profundas modificações econômicas, facilmente caracterizada, sobretudo, pela precarização das relações de trabalho, com a flexibilização das garantias do emprego, o crescente desemprego e o elevado aumento dos níveis de pobreza, chamada de “nova pobreza” (SILVA, 1997, p. 18).

De acordo com Silva (1997. P. 21), o fenômeno da “nova pobreza” é associado ao deslocamento de pessoas e famílias para padrões de vida ou classes sociais nas quais nunca estiveram, diferentemente daquela pobreza geracional, isto é, herdada, transmitida de pai para filho, de geração em geração.

O neoliberalismo regulador surge logo após a 2ª Grande Guerra, marginalmente ao Estado do Bem-estar Social, como uma reação ao intervencionismo (neoliberalismo de regulamentação) daquele, considerado como uma ameaça à liberdade do indivíduo.

O receituário da doutrina neoliberal (regulador) é bem descrita por Anderson:

O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos do bem-estar, e a restauração da taxa “natural” de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. Em outras palavras, isso significava reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. (2003, p. 11)

A consequência social da aplicação da teoria econômica do neoliberalismo regulador é a descrita por Therborn:

Ela se manifesta na destruição social criada pelo poder do mercado. Vemos em todos os países, não somente na América Latina, tendências a um desemprego de massas de caráter permanente, uma reprodução da pobreza e, também, o surgimento de altos graus de desesperança e de violência, inclusive nos países escandinavos. Esta tendência autodestrutiva da competição atual no capitalismo, geradora de mecanismos cada vez mais intensos de exclusão social de uma grande parte da população, é um aspecto central desta contradição sociológica. (2003, p. 47)

Têm-se, então, duas pobrezas disputando as migalhas da dinâmica do mercado, a antiga e a nova, a hereditária e a “nova pobreza”. Este fenômeno toma proporções tão

drásticas, não escolhendo países, seja os subdesenvolvidos latino-americanos, seja as social-democracias européias, que foi chamado de “genocídio econômico”.

O genocídio econômico é executado atualmente com uma eficácia espantosa, via políticas econômicas públicas e privadas, no Terceiro Mundo, as eternas colônias, pelos senhores dos lucros. Evidentemente, em nome da glória do capital nos reservaram as trevas do inferno, logicamente sem a aquiescência dos deuses. (SOUZA; CLARK, 2008, p. 36)

O Brasil não teria como ficar imune. Não obstante a já gigantesca desigualdade social, tem-se que tal situação toma contornos dramáticos, principalmente com a introdução de reformas no ordenamento jurídico-constitucional, em meados da década de 1990, para permitir a adaptação do país às exigências do neoliberalismo de regulação empurrado, ainda, pelos ventos da globalização, numa mistura perniciosa ao desenvolvimento e superação das injustiças sociais que aqui se vivencia.

Sobre a globalização, Santos assim explica seus efeitos:

As implicações destas transformações para as políticas económicas nacionais podem ser resumidas nas seguintes orientações ou exigências: as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços locais devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; os direitos de propriedade privada devem ser claros e invioláveis; o sector empresarial do Estado deve ser privatizado; a tomada de decisão privada, apoiada por preços estáveis, deve ditar os padrões nacionais de especialização, a mobilidade dos recursos, dos investimentos e dos lucros; a regulação estatal da economia deve ser mínima; deve reduzir-se o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, e transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela actuação do mercado. (2002, p. 35)

Neste ambiente, é que no Brasil foi proposto o Projeto de Lei no Senado nº 80/91, pelo então Senador Eduardo Suplicy, implantando o Programa de Garantia de Renda Mínima, sob a forma de imposto de renda negativo.

Posteriormente, o PGRM foi adotado pelo Governo do Distrito Federal, como bolsa-escola, com a exigência de que os filhos das famílias beneficiadas estivessem freqüentando as escolas. Nesta formatação similar ao bolsa-escola, é que o PGRM se espalhou por diferentes cidades do país.

Entretanto, somente em 2004, com a Lei nº 10.836/04, é que a renda mínima tomou contorno definitivo, com o Programa Bolsa Família.

Sempre foi neste contexto, com a visão focada no plano da problemática social da pobreza, utilizado, então, como instrumento de assistência social, que os projetos de renda mínima são debatidos, esquecendo-se, porém, de sua natureza econômica, impedindo o seu estudo como instrumento da política econômica.

2.2 DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA RENDA MÍNIMA GARANTIDA

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isto é, a essência do país, a base sobre a qual se ergue como Estado, é a dignidade da pessoa humana, de acordo com o inciso III, art. 1º da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, consagra a dignidade da pessoa humana, como o fim da ordem econômica, conforme o *caput* do art. 170 da Constituição Federal.

Não podemos desprezar o que seja esse princípio conformador da organização política do Estado brasileiro e, simultaneamente, responsável pela finalidade da ordem econômica como colocada pelo texto constitucional. Assim, deve-se evitar definições de conotações, meramente, meta-jurídicas, o que levaria à perda de sua eficácia como norma jurídica.

Para Moraes (2005, p. 16) é o que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, afastando, ainda, a “idéia de predominância das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

Grau (2005, p. 196) aprofunda a definição ao considerar que “embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”.

Um pouco mais adiante, Cruz (2001, p. 196) enfrentando a questão dos direitos fundamentais no contexto de uma sociedade moderna, que tem por característica a complexidade das relações de seus indivíduos decorrente da pluralidade de pensamentos, considera que a relação daqueles com a Constituição é orgânica, indissociável.

Apesar de enquadrá-los num conjunto normativo principiológico e, por isto, acarretando uma conceitualidade aberta, Cruz (2001, p. 213) aponta, ainda, que os direitos fundamentais como normas jurídicas, são os que vão garantir as pretensões à realização e construção da dignidade do ser humano.

Dignidade humana expressa resumidamente a força motriz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito. A luta por dignidade leva a sociedade, de uma postura passiva para uma atitude francamente ativa. O cliente do Estado-Providência desiste de

esperar. Levanta-se e se organiza. Os limites da vontade institucional/estatal e da vontade informal/privada desaparecem. Já não há mais uma clara separação entre Estado e Sociedade, uma vez que seus canais de comunicação mesclam-se de modo atordoante. (CRUZ, 2001, p. 223)

Fica claro, portanto, que a relação entre Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais é orgânica, pois, sem o respeito a estes não se tem o primeiro e, no cerne dos direitos fundamentais, vamos encontrar como sua essência a dignidade da pessoa humana que, por último, passa a ser então, o próprio princípio estruturante do Estado moderno e, especificamente, da República Federativa do Brasil como ente politicamente organizado.

No entendimento da Constituição Econômica, vale o que antes foi considerado, principalmente, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento último dos direitos fundamentais, isto porque, a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, como estabelece o *caput* do art. 170 da Constituição Federal.

Para alcançar tal objetivo, a Constituição não poderia ter outra natureza, senão ser uma constituição dirigente.

Que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica. (GRAU, 2005, p. 173)

Ser dirigente significa que a Constituição não é um mero conjunto de enunciados informativos ou orientadores, a ser seguido quando e na intensidade que convier ao governo do momento, ao contrário, ela impõe, ordena, obriga, submete o governante ao que estatui, com força vinculante necessária e cumprimento imediato.

Conceituamos Constituição Dirigente como a que enuncia programas, motivos, meios e fins, vinculando a atuação do Estado, através de pautas formais e materiais, que sujeitam negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, coordenando uma ação estatal ativa no domínio jurídico, social, político, econômico e cultural, com fundamento na implementação dos direitos fundamentais, considerados em unidade, bem como conforma, conquanto em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade. Compreende-se a diretividade como identificadora do projeto sócio-estatal basilar. (OLIVEIRA, 2007, p.86)

Partindo desta definição, fica mais claro o que a Constituição Econômica pretende, observando a ideologia que exala de seu texto.

Contudo, faz-se aqui uma observação quanto ao conceito de “ideologia constitucional”, a qual, de forma alguma, confunde-se com ideologias políticas, filosóficas, partidárias ou econômicas, mas, como conceitua Souza (2005, p. 2), é “aquela definida, em direito positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país”.

Em relação a sua ideologia, a Constituição, para alguns, tem contorno definido inegável.

A nossa Constituição Econômica de 1988 adotou uma ideologia constitucional neoliberal, ou seja, a economia de mercado; mas os seus pressupostos priorizam o capital nacional e sujeitam aquela à intervenção direta e indireta do Estado, no intuito de buscar os seus fins (art. 170, *caput*, da CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF). (CLARK, 2001, p. 108)

Ressalte-se, porém, que o texto da Constituição Federal de 1988 decorreu das disputas dos variados segmentos sociais e econômicos presentes à Assembléia Constituinte, congregando conceitos, definições e interesses de substratos opostos.

Certo é, entretanto, que a essência de sua ideologia, quando se trata da Constituição Econômica, é assegurar a existência digna a todos, nos termos da justiça social, como fala o *caput* do art. 170 da Constituição Federal, em observância ao próprio fundamento da República brasileira, que é a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º, CF).

Todos os outros aspectos da ideologia, de coloridos matizes, deverão gravitar, assim, em volta do princípio da dignidade da pessoa humana, no momento em que buscar o entendimento da ordem econômica.

Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. (GRAU, 2005, p.197)

Pois, o não atendimento a este princípio, isto é, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição” (GRAU, 2005, p.197), o que vale para os agentes econômicos públicos e privados.

Ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, acrescentem-se, também, outros princípios da ordem econômica (art. 170, VII, VIII e IX da Constituição Federal) e os objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º, I, II, III e IV da Constituição Federal), que vão pontuar aquele, no contorno que se pretende dar à ideologia constitucional.

Patente é, então, que apesar de se adotar o sistema econômico de mercado, ou seja, capitalista, não é a sua lógica que deve prevalecer quando tensões ocorrerem entre os diversos princípios constitucionais econômicos, simplesmente, porque a ordem econômica constitucional não o contemplou como o seu fim ou objetivo, mas, sim, a necessidade de assegurar a existência digna a todos conforme os ditames da justiça social. Esta é, portanto, a ideologia constitucionalmente adotada.

Por derradeiro, note-se que tal ordem de coisas somente é possível, quando consideramos a Constituição Federal como um ordenamento dotado de normas de verdadeiro valor jurídico, isto é, efetivas e impositivas, com observância obrigatória.

A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à interpretação constitucional hodierna, na busca de seu desiderato maior de reaproximar o Direito da ética. No neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional da distribuição da justiça. (GÓES, 2007, p.113)

Por último, em relação à efetividade das normas constitucionais, tome-se a lição de Barroso:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive o estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. (2006, p. 76)

O programa de renda mínima tem como traço essencial promover a dignidade da pessoa humana, assim, é o Programa Bolsa Família perfeitamente constitucional, ressaltando-se sua adequação com o que estipula a própria Constituição Econômica e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para a redução da pobreza, justiça social e desenvolvimento nacional, haja vista seu importante viés econômico, como se passará a demonstrar.

2.3 A RENDA MÍNIMA GARANTIDA ENQUANTO POLÍTICA ECONÔMICA

Assim, a renda mínima garantida, no Brasil materializada no Programa Bolsa Família, sem descartar seu valor social, é, ainda, importante instrumento de política econômica, fundamentada na ideologia constitucional, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, encontramos sustentação em Suplicy, que também assim entende, apesar que, de certa forma, não dar destaque a esta característica da renda mínima. Em suas palavras:

A Renda Básica Incondicional ou de Cidadania será um instrumento fundamental de política econômica, capaz de ampliar significativamente o grau de liberdade dos brasileiros (...) (2002, p.15)

O Brasil é, por característica marcante, o país das desigualdades sociais e do paradoxo econômico. Conforme o relatório do Banco Mundial para o ano de 2006, revisto em 11/04/08 (BANCO MUNDIAL), o país ocupa o 10º lugar entre as economias mundiais, com um PIB (GDP em inglês) de mais de um trilhão de dólares, desbancando países europeus de capitalismo avançado, como Bélgica, Suécia e Suíça, além da festejada Índia com seus elevados índices de crescimento econômico.

Ao mesmo tempo, porém, sustenta a 8ª colocação em desigualdade social (FOLHA DE SÃO PAULO), com concentração de renda elevada em pequena parcela da população sendo seu coeficiente GINI[1] 0,583 em 2003. Na proporção daquele ano, significava que os 10% mais ricos da população detinham 46,9% da renda nacional.

Em dados recentes, contudo, de acordo com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento 2007/2008 (ONU), o Brasil “ingressou” pela primeira vez no grupo de países de Alto Desenvolvimento Humano, com IDH[2] de 0,800, ficando na 70ª posição entre aqueles países, atrás de países como Albânia e Arábia Saudita. Ou seja, a 10ª maior economia do mundo é apenas a 70ª em relação ao seu desenvolvimento social.

Para este último índice, o Programa Bolsa Família foi de fundamental importância ao distribuir à população pobre e miserável parte da riqueza do país, diretamente, transformando-se numa fonte inestimável de renda, produzindo o que foi chamado de “Revolução Silenciosa” (BANCO MUNDIAL).

Estudo recentes, com base nos dados do PNAD – 2006, informam que programas de transferência de renda, como o Bolsa Família, foram responsáveis por 28% na redução da desigualdade de renda, no âmbito da medição exposta pelo coeficiente GINI, no período de 1998 a 2004, chegando nos Estados do Nordeste, a comporem em 66% o índice, quando, porém, reduzido ao período de 2002 a 2004, o GINI, em relação à redução de desigualdade sofre a influência do Programa Bolsa Família, de 31% e 87%, Brasil e Nordeste respectivamente (HOFFMANN, 2006, p. 79).

Assim, dentro da análise de estatística, o Programa Bolsa Família demonstra-se como um fator decisivo para a redução da desigualdade social, no entanto, em relação ao objetivo deste trabalho, não deixa dúvida em ser um importante instrumento de política econômica.

Atualmente, o Programa Bolsa Família atende cerca de 11 milhões de famílias, o que corresponde a, aproximadamente, 46 milhões de pessoas (BANCO MUNDIAL), número nada desprezível, se compararmos, por exemplo, com as populações da Argentina, Uruguai e Paraguai.

Os benefícios do Programa Bolsa Família – PBF – variam de R\$ 20,00 (vinte reais) a R\$ 182,00 (cento e setenta e dois reais), de acordo com a renda mensal por pessoa da família e o número de crianças e adolescentes até 17 anos, da seguinte forma:

a) **Benefício Básico** = R\$ 62,00 (sessenta e dois reais) pago às famílias consideradas extremamente pobres, aquelas com renda mensal de até R\$ 60,00 (sessenta reais) por pessoa (pago às famílias mesmo que elas não tenham crianças, adolescentes ou jovens).

b) **Benefício Variável** = R\$ 20,00 (vinte reais) pago às famílias pobres, aquelas com renda mensal de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais) por pessoa desde que tenham crianças e adolescentes de até 15 anos. Cada família pode receber até três benefícios variáveis, ou seja, até R\$ 60,00 (sessenta reais).

c) **Benefício Variável Vinculado ao Adolescente** = R\$ 30,00 (trinta reais) pago a todas as famílias do PBF que tenham adolescentes de 16 e 17 anos frequentando a escola. Cada família pode receber até dois benefícios variáveis vinculados ao adolescente, ou seja, até R\$ 60,00 (sessenta reais).

Assim, o Programa Bolsa Família despeja, na economia, mensalmente, cerca de dois bilhões de reais, que são utilizados para o livre consumo das famílias beneficiadas, transformando-se, então, em um poderoso instrumento indutor da atividade econômica, quando mais, utilizando-se do conceito das Ciências Econômicas, da Utilidade Marginal da Renda.

Este conceito de Economia pode ser descrito como a maximização da utilização da renda em uma situação de restrição orçamentária, isto é, o grau de utilidade do acréscimo de determinado valor à renda, conforme o próprio valor desta, para o consumo direto.

É óbvio assim, que se uma família tem renda de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) mensais, o recebimento do auxílio, no mesmo valor, dobra seu rendimento, liberando, portanto, parte da renda familiar para o consumo de outros ou mais produtos ou mercadorias, pois, somente consome, quem tem renda para tanto.

Em determinado ponto do tempo, o montante de bens e serviços de consumo final que os consumidores desejam adquirir depende do nível de renda pessoal disponível corrente (Y), ou seja, da renda efetivamente recebida no mesmo período em que o consumo está sendo efetuado. (SOUZA, 2003, p. 171)

Esta situação apresentada tem a vantagem de trazer ao mercado consumidor quem dele era, antes, excluído e, de forma reflexa, produz esforço para a inclusão social.

Ao trazer estas pessoas ao “universo do consumo”, amplia-se a base dos indivíduos aptos a consumir os produtos das empresas enviadas ao mercado, forçando as empresas a produzirem mais e, supostamente, contratar mais trabalhadores, numa imensa roda que gira a força econômica do país, pois:

Quando as pessoas são muito pobres, no nível microeconômico, toda a renda é gasta em consumo (principalmente alimentação e vestuário); à medida, porém, que a renda aumenta, o consumo vai diversificando-se em favor de bens de qualidade superior e de serviços, como educação, cultura e lazer. (SOUZA, 2003, p. 172)

Em estudo publicado pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas – IBASE –, sobre a as repercussões do PBF na segurança alimentar, é oferecida uma minuciosa descrição da destinação dos recursos do programa por quem é beneficiado, reforçando sua natureza de promoção do consumo.

De acordo como os (as) titulares, o dinheiro do PBF é gasto principalmente com (a partir de múltipla escolha, com opção de até três respostas):

1. Alimentação – 87% (no Nordeste chega a 91% enquanto no Sul a 73%);
2. Material escolar – 46% (no Norte chega a 63,5% enquanto no Nordeste a 40%);
3. Vestuário – 37%;
4. Remédios – 22%;
5. Gás – 10%;
6. Luz – 6%;
7. Tratamento médico – 2%;
8. Água – 1%;
9. Outras opções – menos de 1%.

As famílias beneficiadas pelo PBF gastam, em média, R\$ 200 mensais com alimentação, o que representa 56% da renda familiar total.

Quanto mais pobre a família maior a proporção da renda gasta com alimentação. (IBASE, 2008, p. 5)

Assim, programas de renda mínima, como é o Bolsa Família, são facilmente identificáveis como objetos de política econômica, que, por sua vez, é objeto do Direito Econômico.

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. (SOUZA, 2005, p.23)

É evidente, assim, a inserção do Programa de Bolsa Família no âmbito do Direito Econômico, por ser instrumento de política econômica, inclusive, quando se leva em consideração o Instituto da Repartição, que, nas palavras de Souza:

Entretanto, tomando-o no Título da Ordem Econômica e Financeira da Carta de 1988, verificamos que o seu sentido central está localizado no *caput* do art. 170, ao assegurar “a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”, enquanto “finalidade” da própria Ordem Econômica. Por aí se identifica o caráter “distributivo” do Instituto, situado em primazia sobre o “comutativo”, embora este figure nas relações privadas dos diversos contratos sobre os fatores da produção e a circulação dos bens e serviços. (2005, p. 544)

Se, então, o Instituto da Repartição apresenta-se como um elemento de “Justiça Distributiva” dentro da ótica do Direito Econômico, levando à política econômica aplicada, conforme a ideologia constitucional, a sociabilização da riqueza produzida, reforça-se, ainda mais, ser política de renda mínima, como o Programa Bolsa Família, um instrumento da própria política econômica.

Ressalte-se que, no entanto, a função econômica da renda mínima garantida, por si só, não é suficiente para garantir o desenvolvimento do país, o qual deve vir acompanhado de fortes investimentos na educação, além de incentivos às micro e pequenas empresas, sob pena de apenas experimentar-se no Brasil, com a expansão do consumo, crescimento modernizante, insuficiente para a modificação da realidade social (desenvolvimento).

Sobre a diferença entre crescimento e desenvolvimento econômico, Souza:

O termo crescimento econômico compreende a expansão do produto real da economia, durante certo período de tempo, sem implicar em mudanças estruturais e em distribuição de renda. Ele não se confunde, portanto, com desenvolvimento econômico, que é um conceito mais amplo, pois além de implicar no aumento do produto *per capita*, ele significa mudança de estrutura, como crescimento da participação do produto industrial no produto total, e melhoria dos indicadores sociais da distribuição de renda (redução da mortalidade infantil e do analfabetismo, queda do número de pobres na população total etc.). (2003, p. 318)

Promover a educação é a única forma de prover o indivíduo de capacidade de gerir sua vida e construir sua independência, permitindo seu pleno desenvolvimento, conforme diz a própria Constituição Federal, no seu artigo 205.

Outrossim, o incentivo às empresas de pequeno porte, é elemento essencial ao desenvolvimento do país, pois, tem o condão de incentivar a concorrência de mercado, absorção ampla de mão-de-obra, além de colaborar com a desconcentração de riquezas, ao atender a demanda de consumo dos novos consumidores que se apresentam com o PBF, evitando-se que os gastos apresentados com a nova renda, concentre-se, apenas, nas grandes empresa, o que impediria a expansão do ciclo produtivo, geração de emprego, renda e desenvolvimento, com a inserção de novos agentes econômicos.

Esta é, enfim, a proposta deste trabalho, que pretende demonstrar ser a renda mínima garantida, como o Programa Bolsa Família, valioso instrumento de política econômica, ao permitir a inclusão de significativa parcela da população no “universo de consumo” impulsionando o mercado interno, a partir da utilização marginal da renda e, somando-se a investimentos em educação e efetivos incentivos às empresas de pequeno porte, podendo ser utilizada, então, como indutor do desenvolvimento nacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como proposto, é confortável afirmar que os programas de renda mínima, como o Bolsa Família, vão além de seu caráter social, o qual não é descartável, mas são, na realidade, poderosos instrumentos de política econômica, porque pode fomentar a ampliação do mercado de consumo interno, com a inclusão como consumidores, de famílias e pessoas antes excluídas, a partir do conceito de Utilidade Marginal da Renda, extraído das Ciências Econômicas.

Assim, o programa de renda mínima coaduna-se com a ideologia constitucional, conforme a Constituição Econômica, que determina o objetivo da ordem econômica como sendo a de assegurar a existência digna de todos conforme os ditames da justiça social.

Dessa forma, não deve ser um instrumento a ser utilizado de forma isolada, porém, em conjunto com fortes investimentos em educação e políticas de incentivo às empresas de

pequeno porte, com o intuito de fomentar o desenvolvimento do país, e não mero crescimento modernizante, que não tem o viés de promover as necessárias mudanças na estrutural social do Brasil.

Assim, o Programa Bolsa Família deve vir com políticas conjuntas e paralelas que incentivem as pequenas empresas, amplie o mercado de trabalho, melhore a educação, dentre outros, porque, senão, resultará em apenas crescimento modernizante já que a renda marginal criada irá para o grande poder econômico privado sem promover o desenvolvimento, já que não se terá a distribuição econômica e cultural para as camadas sociais excluídas, não atingindo, portanto, o objetivo da ordem econômico que é assegurar a existência digna para todos.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Cap. 1, p.9-23.

BANCO MUNDIAL. **Uma revolução silenciosa muda a vida de milhões no Brasil e no mundo**. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOMEPORTUGUESE/EXTPAISES/EXTLACINPOR/BRAZILINPOREXTN/0,,contentMDK:21444879~pagePK:141137~piPK:141127~theSitePK:3817167,00.html>> Acesso em 09/06/08.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006, 345p.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 10,836, de 9 de jan. de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de jan. de 2004.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo Souza Cruz (Coord.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001. Cap. 7, p.195-248.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 3, p.113-150.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 391.

HOFFMANN, Rodolfo. Transferências de renda e a redução da desigualdade no Brasil e cinco regiões entre 1997 a 2004. **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 55-81, junho de 2006.

IBASE. **Repercussões do programa bolsa família na segurança alimentar e nutricional das famílias beneficiadas**. Documento síntese – junho de 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.918.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A constituição dirigente está morta... viva a constituição dirigente! In: Luís Roberto Barroso (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. Cap. 2, p.83-112.

ONU. **PNUD**. Disponível em: http://www.pnud.org.br/arquivos/release_idh.pdf> Acesso em: 11/06/08.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia**. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002, 555p. Cap. 1, 31-106p.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Renda mínima e reestruturação produtiva.** São Paulo: Cortez, 1997. Pg. 168.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico.** São Paulo: LTR, 2008. p. 102.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 603.

SOUZA, Nali de Jesus. **Curso de economia.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 374p.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda de cidadania: a saída é pela porta.** 2. ed. São Paulo: Cortez: Editora da Fundação Perseu Abramo, 2002. Pg. 367.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: Emir Sader, Pablo Gentili (Org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado.** 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Cap. 2, p.39-50.

ZIMMERMANN, Patrícia; SPITZ, Clarice. Brasil é oitavo país em desigualdade social, diz pesquisa. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 07 de set. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>> Acesso em 11/06/08.

1 O Coeficiente de Gini é uma medida de desigualdade comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e

1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm).

[2] O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é utilizado pela ONU para avaliação do nível de desenvolvimento da população de certo país, em níveis gerais, como longevidade, acesso à educação, saúde, renda *per capita*, mas escondendo a distribuição deste desenvolvimento entre as classes sociais.

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO***

**THE RIGHT KEY TO PARTICIPATE IN SOCIAL DEMOCRATIC STATE OF
LAW**

**Camila Santos da Cunha
Cristiane Epple
Maikiely Herath**

RESUMO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo que o primeiro artigo da Constituição Federal aponta como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Deste modo, tem-se que, para efetivar a democracia e a cidadania ativa, é imprescindível a participação social ativa dos atores sociais, na medida em que, a partir do momento em que o exercício da democracia fica restrito à democracia indireta, com o exercício eventual do voto, tem-se o enfraquecimento do próprio Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. CIDADANIA. DIREITO FUNDAMENTAL. PARTICIPAÇÃO.

ABSTRACT

Brazil is a democratic state, where the first article of the Federal Constitution as its basis points to sovereignty, citizenship, human dignity, the values of social work and free enterprise and political pluralism. Thus, has been that for effective democracy and active citizenship, social participation is essential to enable the social actors, in that, from the time that the exercise of democracy is limited to indirect democracy, with the exercise any of the vote, has been the weakening of itself a democratic state and therefore the Federal Constitution.

KEYWORDS: DEMOCRATIC STATE. CITIZENSHIP. BASIC LAW. PARTICIPATION.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Diz-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e tal concepção já é transcrita no primeiro artigo da Constituição Federal, o qual aponta como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ainda, no parágrafo único deste primeiro artigo é estabelecido que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

O que o presente estudo pretende abordar é, justamente, a questão da participação ativa dos atores sociais, como forma de efetivar a democracia e o conceito de cidadania ativa, na medida em que, a partir do momento em que o exercício da democracia fica restrito à democracia indireta, com o exercício eventual do voto, tem-se o enfraquecimento do próprio Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da Constituição Federal.

Para melhor análise do tema, serão abordadas, de forma não aprofundada, questões como o Estado Democrático de Direito e a cidadania, as novas dimensões dos direitos fundamentais, a previsão do direito de participação no direito comparado, o *status activius* do cidadão e a participação social no Estado Democrático de Direito.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CIDADANIA

Ao abordar o tema do direito de participação social no Estado Democrático de Direito, imprescindível se faz a análise prévia do conceito de Estado Democrático de Direito, o qual, sob a ótica do presente trabalho, está diretamente associado aos conceitos de Democracia e Cidadania.

O Estado de Direito está relacionado à subordinação/vinculação do Estado à lei, ou seja, é uma forma qualificada de Estado, importante mencionar que, para Hans Kelsen, defensor do positivismo jurídico, Estado e Direito são conceitos idênticos, e "na medida em que ele confunde Estado e a ordem jurídica, todo o Estado, para ele, há de ser Estado de Direito". A origem do Estado de Direito remonta à Idade Moderna, surgindo, pois, em contraposição ao Estado Absolutista, no qual a figura do rei e a sua vontade eram absolutas e no qual vigora o princípio *rex facit legem* (o rei faz a lei), o que gerava uma insegurança ante a falta de previsão de como o Estado (ou seja, o rei) iria agir frente a qualquer acontecimento. Ao abordar o tema Estado de Direito, Mônia Clarissa Hennig Leal afirma:

Nessa perspectiva, o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar esses regramentos é a lei, caracterizada como sendo uma regra racional geral e impessoal, de caráter voluntarista, criada segundo os interesses da vontade geral (de cunho representativo), ponto em que a tradicional categoria teórica cunhada por Rousseau desempenha um papel fundamental.

O Estado deixa, portanto, de ser algo à margem da lei (entendido tal aspecto no sentido de vinculação à lei, pois a antiga *lei do rei* possuía um carácter personalista e manifestava a vontade do próprio soberano, que, por via de consequência, não precisa se submeter a ela), como acontecia no absolutismo monárquico, para estar agora *dentro* dela e, mais do que tudo, *submetido* a ela, abrindo-se espaço, assim, para a noção e para o conceito de Estado de Direito, em oposição ao modelo autoritário característico do regime anterior.

Porém, é importante destacar que o Estado de Direito é Estado de Justiça, mas não apenas porque é um sistema de leis, já que estas podem ser injustas, severas, draconianas, tirânicas e cruéis e, inclusive, já legitimaram algumas ditaduras, e sim porque o direito é justo porque é legítimo. Em alguns casos, o Estado das Leis e o Estado das Constituições podem ser corrompidos e degradados pelo arbítrio, porém nunca o Estado justo, feito precisamente do respeito à lei e à Constituição, à legalidade e à constitucionalidade.

O Estado de Direito, assim, veio a propiciar uma maior segurança, na medida em que o Estado passou a ser limitado pela lei, que é impessoal e obriga a todos. Como derivação do Estado de Direito, vieram o Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social (também denominado *Welfare State*), que:

nada mais são do que versões, pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdo diferenciados, da forma Estado de Direito surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro. Desde então, a necessária vinculação de todos os poderes estatais à lei constitui característica fundamental sobre a qual se assentam as formas estatais subseqüentes aqui abordadas.

Referindo-se ao Estado Democrático de Direito e ao Estado Social, Bonavides ressalta que se faz premente o surgimento de um novo modelo, o modelo do Estado democrático-participativo, no qual:

(...) o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade. Ao Estado liberal sucedeu o Estado social; ao Estado social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e da igualdade. E o faz numa escala de aperfeiçoamento qualitativo da democracia jamais dantes alcançada em termos de concretização.

Assim, rumo-se a um outro modelo de Estado de Direito que é o Estado Social, o qual se encontra ainda em fase de consolidação e expansão. Neste novo modelo, os direitos sociais e os direitos de terceira e da quarta dimensões assumem grande importância e, calcados num constitucionalismo aberto e democrático, darão origem à terceira categoria de Estado de Direito, que é o Estado de Direito da democracia participativa e direta, "estuário de todas as correntes que fluem para a libertação humana, e que tem sido a utopia de todas as idades na palavra e na razão de grandes filósofos e pensadores". Porém, sem estes direitos de terceira e da quarta dimensões, "sem um Rousseau, sem um Montesquieu e sem um Marx, não teríamos alcançado as emancipações parciais que concretizam a presença cidadã na obra de governo". Sobre o Estado Social como uma adaptação da sociedade aos novos tempos do pós-industrial, Leal comenta que:

Enfim, tratava-se mais, em princípio, da adoção de medidas corretivas dos efeitos negativos de um sistema geralmente considerado como autorregulado (o mercado) do que de uma ruptura na estrutura política, social e econômica. Este novo Estado - também denominado de Estado de Bem-Estar - representa, portanto, neste aspecto, não uma ruptura, mas sim uma mera adaptação do modelo liberal às necessidades sociais, uma "concessão" que tem por fim último evitar que o exemplo revolucionário russo se alastre por toda Europa. Em outras palavras: é preferível ceder e manter o poder do que resistir e sucumbir ao socialismo.

A Democracia, por sua vez, é um vocábulo que tem origem grega e é composto de *demos*, "do povo", e *kartos*, que significa poder.

Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas.

A Constituição Federal contempla a democracia ao prever, no parágrafo único do artigo 1º, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." Deste enunciado constitucional de democracia já se percebe a menção à democracia direta e à indireta. Sobre a origem da democracia Franco comenta:

Es en Grecia, y más precisamente en Atenas, en la época de Pericles en los siglos V y IV A.C, donde se estableció la democracia directa, pero era la democracia de unos, no de todos. La pretensión principal era impedir la tiranía, y otorgarle el poder político a la

población, pero a una clase de población. Eran los ciudadanos, los únicos que podían ejercer la Democracia directa. Los esclavos estaban excluidos de participación de los asuntos de la cosa pública. Esa participación era ejercida en Asambleas Populares, en las que sólo asistían los ciudadanos.

Segundo Paulo Bonavides, seriam quatro os princípios que compõem a estrutura constitucional da democracia participativa: o princípio da dignidade da pessoa humana - "que fundamenta a totalidade do direitos humanos positivados como direitos fundamentais"-, o princípio da soberania popular - que é a "fonte de todo o poder que legitima a autoridade e se exerce nos limites consensuais do contrato social. Encarna o princípio do governo democrático e soberano, cujo sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão"-, o princípio da soberania nacional e o princípio da unidade da Constituição. Porém:

Os quatro princípios acima expendidos e declinados somente não de prosperar numa sociedade aberta, onde os instrumentos e mecanismos de governo não sejam obrepticamente monopolizados e controlados por uma casta política, cujos membros, à revelia do povo, se alternam e permeiam no exercício da autoridade civil e governativa - sempre a serviço de interesses concentrados e com esteio na força do capital.

Por fim, cidadania "é o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres. A cidadania não está mais ligada à cidade nem ao Estado Nacional, pois se afirma também no espaço internacional e cosmopolita". Cabe ressaltar que, no Brasil, a cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal), o que já demonstra a estreita ligação entre estes dois conceitos. Sobre a cidadania ativa na realidade brasileira, Leal faz importantes colocações:

Uma Constituição como a brasileira, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispendo sobre a organização da própria sociedade e sobre setores da vida privada, outorga à cidadania um *status* formal e material de sujeitos da própria história, co-responsáveis pela construção cotidiana de um projeto de vida que também se encontra normatizado pela Carta Política de 1988.

Em face desta realidade, é impossível imaginarmos ações públicas e governamentais divorciadas dos interesses públicos que afetam esta cidadania, principalmente aquelas que dizem respeito ao seu maior número, o que implica reconhecermos a premência de abertura dos instrumentos e mecanismos decisoriais na esfera do político e mesmo do jurídico, com o fito de sensibilizá-los para uma democracia efetivamente real e afinada com o novo modelo de sociedade democrática de direito que se espera deste país.

Modernamente, então, cidadania pressupõe um conceito de participação ativa, já que não mais se concebe a figura do "cidadão" que apenas exerce a democracia através do voto, sem, sequer, sopesar as conseqüências do seu ato de votar, pois "los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los intereses que les afectan".

Enfim, o cidadão não pode ser concebido como um conceito abstrato e meramente formal, como quer o normativismo jurídico vigente, com sua lógica interna, inscrito em um ordenamento de condutas e comportamentos que deve ser observado, em nome da ordem e da estabilidade social/global, mas, dialetizando seus possíveis significados - e com isso afirmamos que se trata de um signo polifônico e polissêmico, deve-se compreendê-lo como componente orgânico de formação social, jurídica, política e econômica, enquanto ser de cultura e de conhecimento.

Assim, embora no Brasil, comumente, quando se fala em Estado de Direito já lhe relacione a Estado Democrático de Direito (na medida em que o artigo 1º da Constituição Federal dispõe que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito" estes conceitos não estão atrelados, pois o conceito de Estado Democrático de Direito é, justamente, a conjugação dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático.

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um comportamento revolucionário de transformação do *status quo*.

E como característica do Estado Democrático de Direito contemporâneo pode-se citar: "a) império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; c) legalidade da administração, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material".

Porém, como destaca Leal:

a idéia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos políticos de participação (por exemplo, as chamadas

organizações populares de base), que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos processo.

Desta forma, só poderemos realmente falar em Estado Democrático de Direito e Cidadania se tivermos a participação efetiva da sociedade civil e dos atores sociais, porque a participação eficaz acaba, inclusive, por legitimar as decisões dos governantes. Em razão disto, passa-se à análise do direito fundamental de participação.

2. DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO

Dentre as normas constitucionais que recebem especial proteção constitucional, estão os direitos fundamentais. Dogmaticamente, diz-se que os direitos fundamentais recebem especial proteção da Constituição Federal basicamente porque, por força do disposto no artigo 5º, § 1º, têm aplicação imediata e porque estão inseridos dentre as cláusulas pétreas (artigo 60).

A concepção etimológica da expressão direitos fundamentais já originou grandes discussões jurídicas, sendo que outras expressões como direitos humanos, direitos individuais, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, também são largamente utilizadas. Segundo ensina Sarlet, os direitos humanos estariam ligados ao jusnaturalismo, relacionando-se a uma espécie de moral jurídica universal, tendo, portanto, uma concepção mais ampla e imprecisa que direitos fundamentais. Estes, por sua vez, "possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivado de determinado Estado".

A par desta diferenciação, cabe mencionar a estreita ligação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, principalmente pelo fato de que boa parte das constituições modernas tiveram, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, uma fonte de inspiração.

Outrossim, não se pode esquecer que, em que pese a Constituição Federal de 1988 já tivesse previsto, originalmente, que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (artigo 5º, § 2º), a Emenda Constitucional n.º 45/2004 incluiu o § 3º ao artigo 5º, estabelecendo que: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.", o que acaba por aproximar ainda mais os direitos fundamentais dos direitos humanos. Assim:

Pode-se afirmar que, como referencial jurídico, a carta de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesta linha, então, tem-se que o direito é considerado fundamental em razão de seu caráter de essencialidade, tanto para o homem, individualmente considerado, quanto para a sociedade e, em razão disto, é inserido dentre as cláusulas pétreas, de modo a protegê-lo das reformas legislativas. Martins Neto aponta algumas propriedades dos direitos fundamentais, como a relatividade e historicidade, em razão de serem variáveis no tempo e no espaço; a universalidade quanto à sua titularidade; incidência de forma igualitária, destinando-se a uma fruição em igual medida pelos titulares e a inalienabilidade, justamente em decorrência de serem vitais à dignidade da existência humana.

E, doutrinariamente, os direitos fundamentais possuem, reconhecidamente, três dimensões, sendo que alguns doutrinadores já falam em quarta e até quinta dimensão. A primeira dimensão tem caráter nitidamente negativo - já que teve por origem o pensamento liberal-burguês dos séculos XVII e XVIII - , consistindo na proteção dos direitos do indivíduo frente ao Estado. Dentre eles, podem ser citados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, ao voto e algumas liberdades coletivas. São, em verdade, os direitos civis e políticos. Já os direitos fundamentais de segunda dimensão referem-se a prestações do Estado, como a assistência social, a saúde e a educação, referindo-se a direitos positivos e liberdades sociais. Tais direitos, que tiveram por base os problemas sociais decorrentes da Revolução Industrial, originaram a teoria dos deveres de proteção.

Diferentemente do que ocorre na incidência vertical, onde os direitos fundamentais constituem-se direitos de defesa, impondo-lhes limites negativos ao Estado, nesta teoria, ao imporem deveres de proteção, determinaram ao Estado uma atuação positiva, obrigando-o a intervir, de forma preventiva ou mesmo repressiva, inclusive quando se tratar de agressão oriunda dos particulares.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão são denominados direitos de fraternidade e de solidariedade, nos quais se tem deslocado o eixo de incidência da proteção ao indivíduo, para a proteção de entes coletivos. Podem ser citados como exemplos de direitos de terceira dimensão a paz, o meio ambiente sadio e a qualidade de vida. Por fim, parte da doutrina defende a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, resultados da globalização da economia e dos direitos fundamentais e da universalização destes, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Referindo à democracia e ao direito de participação, Bonavides destaca que:

Da mesma maneira que se proclamou o desenvolvimento de um direito da terceira geração, também a democracia, por sua vez, há de elevar-se à categoria de direito novo, mas da quarta geração, e, como tal, recomendada, postulada, exercitada. Nessa condição é a democracia do Estado social, por conseguinte, o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade; ordem cujos contornos se definem já com desejada nitidez e objetividade, marcando qualitativamente um passo avante na configuração dos direitos humanos.

E ao abordar as questões sobre direitos fundamentais, a doutrina costuma identificar várias funções, o que origina diversas classificações, abandonando-se a concepção de que os direitos fundamentais têm por finalidade meramente o controle da atividade do Poder Público. Atualmente, dentre as funções dos direitos fundamentais podem ser citadas: a) direito a prestações sociais, visando conferir à sociedade os meios imprescindíveis aos seu justo desenvolvimento, b) direito à proteção, no intuito de proteger os direitos de um particular contra o outro e, c) direito à participação, com a estruturação de vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação de seus direitos.

E, justamente, quanto se aborda esta multifuncionalidade dos direitos fundamentais, principalmente no que concerne à função do direito à participação, pode-se perceber que através da participação efetiva dos atores sociais, a qual é constitucionalmente reconhecida, é possível falar em Estado Democrático de Direito. Aliás, pode-se dizer, até mesmo, que a Constituição Federal é rica em instrumentos de participação e exercício direto da democracia (ao lado, evidentemente, da democracia indireta, exercida através do voto), já que prevê, entre outros, formas de consulta popular (como o referendo e o plebiscito), a ação popular, a ação civil pública, o controle difuso de constitucionalidade, a iniciativa legislativa e, porque não, a soberania do Júri Popular, que pode também ser considerada como uma forma de participação do cidadão.

Em outros países, algumas constituições prevêm, expressamente, o direito de participação, outras a fazem de forma indireta. A Constituição Uruguaia, por exemplo, não prevê, explicitamente, o direito de participação, mas o faz de forma indireta, conforme menciona. Peluffo:

La Constitución uruguaya no consagra explícitamente el "derecho a la participación" de las habitantes o de los ciudadanos, como posibilidad jurídicamente regulada de que quienes serán eventualmente afectados por una decisión determinada de una autoridad pública tomen parte en el procedimiento previa a su dictado o en su perfeccionamiento; consecuentemente, la doctrina no ha examinado la existencia de un derecho con ese contenido, ni de un principio general que lo consagre o reconozca.

A Constituição Colombiana prevê e até estimula a participação dos cidadãos, tanto que, em vários dispositivos, faz menção expressa à participação no que concerne, por exemplo, à seguridade social, ao serviço de saúde, à prestação de serviço público, ao meio ambiente, entre outros. E coloca, dentre os fins essenciais do Estado "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" (artigo 2º). Da mesma forma, no capítulo do Direitos Fundamentais, enuncia que "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos y consultas populares y otras formas de participación" (artigo 40). E, ainda, dispõe que: "En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción Cívica. Así mismo, se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución." (artigo 41).

Já, no que se refere à participação na vizinha República Argentina, Ivanega comenta:

En la República Argentina, la metodología participativa ha estado asociada básicamente a dos tipos de actividades: a) la participación en organizaciones no gubernamentales que abogan ante el poder político (especialmente los poderes ejecutivos y legislativos) ejerciendo presión, b) la participación en los procesos de toma de decisiones del gobierno, mediante mecanismos que permiten a la ciudadanía a expresarse en ese sentido y que, a veces, le otorgan el poder de decidir colectivamente sin intermediación alguna (audiencias públicas, *referendum*, plebiscito, iniciativa popular, etc).

Na Constituição de Portugal, por sua vez, vários são os dispositivos que asseguram (ao menos formalmente) o direito de participação, tanto que, no **artigo 9.º, que trata das tarefas fundamentais do Estado consta**: "São tarefas fundamentais do Estado: c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.". Ainda, o capítulo II traz como título: "Direitos, liberdades e garantias de participação política", disciplinando questões como a participação na vida pública; o direito ao sufrágio; o direito de acesso aos cargos públicos, às associações e aos partidos políticos; o direito de petição e o direito à ação popular. Por fim, ao tratar da Administração Pública, a Carta Magna dispõe, no artigo 267, que: "1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e **a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva**, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.", (Grifou-se) bem como que: "5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e **a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.**" (Grifou-se)

A Constituição Peruana refere o direito à participação de forma expressa, possuindo semelhança com a Constituição da Espanha, em razão de que a Assembléia Constituinte Peruana, ao elaborar a Constituição, utilizou-se do projeto da Constituição Espanhola.

Porém, a semelhança, quanto ao direito de participação, limita-se à redação do dispositivo, já que, enquanto na Espanha grande parte da doutrina entende que a participação constitui um princípio constitucional relacionado com vários aspectos da vida do cidadão, tais como política, econômica, cultural e social, no Peru a doutrina costuma interpretar de forma restritiva o dispositivo, limitando-o ao direito ao sufrágio.

Mas, em que pesem as inúmeras formas de participação social disponíveis, o comodismo e a apatia dos atores sociais é evidente. Prova disto é o escasso número de ações populares ajuizadas, em uma nítida demonstração de que a coisa pública – *a res publica* – geralmente, não é considerada pelos cidadãos como pertencente a todos. Ao contrário, apresenta-se difundida a percepção de que o "público" é do "governo", da "administração pública", competindo ao administrador público gerenciá-lo. Em razão disto, tem-se o enfraquecimento da participação social e, por consequência, do conceito de cidadania no Estado Democrático de Direito e da própria Constituição Federal.

3. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Atualmente, então, o que se tem visto é uma total apatia dos atores sociais, que limitam a sua participação meramente ao exercício do voto. Sobre a participação do cidadão na condução dos assuntos políticos, Leal menciona que:

Ocorre que a concepção hegemônica no âmbito daqueles direitos civis e políticos tem sido restringida a uma dimensão meramente institucionalista e minimalista, haja vista que se contenta com espaço minúsculo de ação social, sem maior reflexividade e mobilização política das comunidades, adotando, por exemplo, o voto como o grande e quiçá único instrumento e momento de participação no governo e nos interesses públicos.

O problema é que se se tomar o conceito de cidadão apenas no aspecto negativo/passivo, estar-se-á restringindo o conceito de democracia e, quiçá, até o desnaturando. A não-participação direta e efetiva do cidadão acaba por afastá-lo das decisões que lhe são diretamente relacionadas e, conseqüentemente, do governo. Como outra face do problema, tem-se que tal falta de participação também determina que os governantes, no trato das questões que lhes são afetas, prescindam de considerar como precípua o interesse dos governados.

Hoy, la nueva Doctrina es pretender una participación directa de la ciudadanía, básicamente en determinados asuntos que son socialmente importantes, no obstante la misma resulta incipiente. Es un intento válido, para lograr algún día una forma más sistematizada, más real, más cierta, a fin de lograr que el Gobierno sea para el pueblo y por el pueblo, porque los intereses del participante siempre son coincidentes del Estado

para lograr una sociedad igualitaria y solidaria, bajo los principios *del respeto al derecho o sea a la justicia*.

Por esta visão, o Estado só tem sentido e valor como um garantidor de direitos, com um cunho meramente assistencialista. Parece que o cidadão (que, nestes moldes, já não mais pode ostentar o título de cidadão) se esquece que toda a relação jurídica, e não é diferente na relação governo-sociedade, é calcada em direitos e deveres, e que o não exercício dos deveres, pode levar à perda dos direitos.

O resultado de tudo isto é perceptível no atual estado da arte da Administração Pública brasileira, fechada em circuitos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, o que não mais ocorre em razão da própria falência do modelo endógeno da representação política tradicional vigente até hoje.

Por outro lado, para quem governa sem a ética intenção de fazer o bem coletivo, mas apenas de defender meros interesses privados, a omissão popular é providencial, já que, quando não há cobranças ou participação/fiscalização, os administradores atuam ao seu bel-prazer, enquanto que os administrados assistem a tudo de forma apática. Isto acaba por fortalecer o caráter assistencialista dos governos, de modo que enquanto todos tiverem "pão e leite", ninguém irá cobrar mais nada. Porém, esta concepção, de mera participação passiva, como dito, enfraquece a democracia. Neste aspecto Gorczewski menciona:

Cidadania pressupõe democracia, liberdade de manifestação, contestação, respeito ao indivíduo, à sua cultura e à sua vontade. Mas não só os modelos autoritários inibem a cidadania. Nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado, aceitos que são pela maioria das pessoas por comodismo, também não permitem o desenvolvimento de uma cidadania plena, porque cidadania plena não pode ser dada ou outorgada, só é alcançada pela participação, pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados.

Contudo, é importante destacar que a falta de participação do cidadão ocorre, também, por (des)interesse dos governantes, que, muitas vezes, propositadamente, não propiciam e estimulam a participação real das pessoas na tomada das decisões públicas. Isto ocorre, por exemplo, nos casos em que as consultas populares são pouco divulgadas e as reuniões ocorrem em dias úteis, em horários de expediente, o que acaba por limitar a participação de muitas pessoas. Com isto, tem-se uma participação formal da comunidade envolvida, sem, contudo, se conseguir captar a real vontade daquela comunidade.

Por outro lado, pode-se atribuir a ausência de participação social à falta de cultura constitucional existente em países como o Brasil. Tal fato ocorre, inclusive, entre os operadores do direito, na medida em que, já nos bancos acadêmicos, há o estímulo para o estudo das questões civis, penais, trabalhista, sendo que o estudo do direito constitucional é relegado a segundo plano.

O que é necessário, então, para que se possa dizer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito é, sem sobra de dúvida, conscientizar o cidadão para que passe a exercer a democracia de forma ativa, não apenas exigindo do Estado o que considera serem seus direitos (na concepção que se tem do Estado paternalista), mas, principalmente, exercendo seus deveres como cidadão pró-ativo. Isto passa pela necessidade da releitura do direito fundamental de participação sob um tríplice enfoque.

Primeiramente é necessário que o próprio cidadão, como o principal agente social envolvido, e a sociedade civil em geral, tenham interesse em participar das decisões públicas, de buscar a melhor forma de gerir o que é público já que a gestão pública deve ser compartilhada. Pois, conforme questiona Bonavides:

Quem é o povo, e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito, e se viu privado, pela extorsão política, da titularidade de suas faculdades soberanas? Ninguém sabe responder. Saber quem é o povo tem enorme importância e atualidade nesta ocasião em que a soberania, clamando por socorro, agoniza nos países do Terceiro Mundo.

Então, para perfectibilizar seu direito de participação, o cidadão, deve utilizar-se dos diversos instrumentos de participação previstos na Constituição Federal e, principalmente, através da busca pela defesa e implementação dos Direitos Humanos e Fundamentais, fazer valer sua condição de integrante das mudanças sociais e decisões sobre o bem público. Nesta linha, importante são as palavras de Rogério Gesta Leal, o qual defende que, a partir dos Direitos Humanos e Fundamentais, é possível alinharmos algumas contribuições à definição de uma comunicação política que seja capaz de viabilizar uma proposta de gestão pública de demandas amplas e tensionais. Nesse sentido, a participação surge como fundação na ação de gestar a cidade e a responsabilidade de gestão dos interesses comunitários, uma vez compartilhadas, devem ser o resultado direto de políticas públicas integradoras e de inclusão social.

Conseqüentemente, caberá ao Estado estimular a participação do cidadão e fazer com que ele se sinta valorizado, criando-se uma cultura de participação. Já não há espaço para o modelo centralizado, no qual todas as decisões são de responsabilidade exclusiva dos administradores. Mister se faz que o Estado estenda às entidades sociais a responsabilidade pelas decisões e gerência do erário.

Na verdade, enquanto os direitos civis e políticos à autodeterminação foram aplicados somente à esfera do governo, a democracia esteve restrita ao voto periódico ocasional,

contando pouco na determinação da qualidade de vida das pessoas. Para que a autodeterminação possa ser conquistada, aqueles direitos humanos e fundamentais precisam ser estendidos do Estado a outras instituições centrais da sociedade, pois a estrutura do contemporâneo mundo corporativo internacional torna essencial que as prerrogativas civis e políticas dos cidadãos sejam ampliadas permanentemente por um conjunto similar e variado de deveres, centrados na idéia de responsabilidade coletiva que marca a gestão dos interesses comunitários. Por tais razões, é certo sustentarmos a tese de que ao lado desses direitos há deveres igualmente importantes a serem observados, tais como: (a) o da solidariedade; (b) o da tolerância; (c) o do envolvimento orgânico e efetivo da cidadania nos assunto público; (d) o controle da administração pública, dentre outros.

Mas o Estado não deve ser compreendido apenas como o Poder Executivo, mas também como o Poder Legislativo e Judiciário. Ao Poder Legislativo compete criar lei *lato sensu* que vise a aumentar e facilitar as formas de participação, ao passo que ao Poder Judiciário cabe, através de suas decisões, fomentar e priorizar as ações que tenham por mote o fim social e a participação popular, já que: "O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz 'boca da lei', da imagem de Montesquieu, mas o magistrado 'boca da Constituição' e do contrato social; aquele que figuraria decerto na imagem de Rousseau redivivo".

Dado o estado de fragilidade econômica e cultural por que passa a maior parte da sociedade brasileira, e em face da capacidade e estágio de organização e mobilização do mercado neo-capitalista que se fortifica a cada momento no país, impõe-se ao Estado (parlamentar, executivo e judicante) a tarefa nuclear de criar condições objetivas e subjetivas à realização das prerrogativas e promessas constitucionais vigentes, notadamente a partir de procedimentos democráticos de inclusão social em todas as esferas e momentos da ação política gestacional das demandas comunitárias.

Significa dizer que, no caso do Poder Executivo, para o exercício de seu mister, deve contar com instrumentos de acesso da cidadania à administração, desde seu momento conceitual até o operacional, seja através dos conselhos municipais, seja através da consulta pública, audiência pública, plebiscito, referendo, etc., propiciando todas as formas possíveis de diálogos com os detentores da soberania matricial de todo o poder instituído, sob pena de agravamento capital da sua própria autoridade (de)posta.

Então, ao Poder Executivo compete estimular a participação através de mecanismos como a consulta popular, chamando os atores sociais a tomarem parte das decisões atinentes à administração pública, fazendo com que, através do engajamento, ele se sintam responsáveis pelas implementação das decisões tomadas.

se as pessoas sabem que existem oportunidades para participação efetiva no processo de tomada de decisões, elas provavelmente acreditarão que a participação vale a pena; provavelmente participarão ativamente e provavelmente considerarão que as decisões coletivas devem ser obedecidas, tudo isto dependendo, é claro, de condições objetivas e subjetivas viabilizadoras da participação.

Leal, ainda, destaca que "o espaço institucional do estado Administrador Democrático de Direito é privilegiado para os fins de fomentar, e mesmo viabilizar, uma maior articulação de possibilidades implementadoras das condições objetivas de interlocução social reflexiva." E ressalta que quando o Estado não estimula a participação e não faz com que as pessoas se sintam parte do processo decisório "há uma agudização na crise de identidade, legitimidade e eficácia das instituições representativas e mesmo do poder instituído".

O que é necessário, realmente, é que volte a se desenvolver o sentimento de pertença, que os cidadãos passem a se sentir responsáveis pela coisa pública, que a sociedade civil se organize não apenas como uma opção para quando o Estado for omissivo, mas como uma aliada do Estado para o desenvolvimento do bem comum. Conforme ensina Leal:

Na verdade, para se manterem, as sociedades precisam de um sentido de valores comuns, não substanciais, como a religião, mas tênues, como o conceito de união em torno de cidadania, o qual favorece a identificação com grupos diferentes de uma mesma sociedade. Tal união, entretanto, não toma como parâmetro o conjunto de pretensões deduzidas pelos poderes instituídos estatais, principalmente os da representação legislativa, mas devem atender a uma expectativa real da maior parte quantitativa dos cidadãos envolvidos e atingidos por qualquer política ou ação pública cotidiana.

Por fim, necessário que se crie uma consciência constitucional, atribuindo aos direitos fundamentais sua real importância, de modo que estes não se restrinjam a meras previsões constitucionais. "A teoria constitucional da democracia participativa é, portanto, o artefato político e jurídico que em termos de identidade há de criar entre nós o Brasil do povo, o Brasil da democracia nacional e nacionalista, o Brasil que nos sonegaram". É necessário que os operadores do direito e os formadores de opinião estimulem o exercício do direito de participação. Nesta linha, a utilização de institutos como a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Civil Pública, os quais estão elencados dentre os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, bem como a organização da sociedade civil levará a maior efetividade destes direitos e ao reconhecimento de que a Carta Magna de 1988 pretendeu que se desse maior atenção e proteção aos direitos fundamentais, pois, como bem abordado por Leal:

Na verdade, em termos de história, passada e presente, o Brasil se manteve distanciado e relutante na adoção material de institutos e mecanismos de implementação dos Direitos Humanos e Fundamentais de sua cidadania, bem como da abordagem e preocupação teórica deste tema, embora a Constituição Brasileiro de 1988 assevere que os Direitos Humanos são objetos de proteção nacional; entretanto, como já afirmado, tais direitos não têm recebido a devida atenção dos operadores jurídicos e das instituições oficiais (especialmente da tutela jurisdicional do Estado), por diversas razões e, principalmente, porque inexistente no universo reflexivo dos operadores do direito uma hermenêutica que leve em conta os seus significados multifacetados e sua importância social. Disto decorre não conceberem que o Estado Democrático de Direito deve servir de instrumento, leitura e aplicação dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, visando a estimular, implementar e garantir, materialmente, a realização daquelas prerrogativas.

Assim, a implementação do direito fundamental de participação pressupõe a participação ativa, efetiva e legítima dos atores sociais, para que estes possam ostentar o título de cidadão. Esta implementação prescinde da formação da cultura constitucional de participação, mas, também, do interesse dos próprio integrantes da sociedade, através da participação de forma individual, ou até mesmo da organização da sociedade civil e, ainda, fundamentalmente, do incentivo do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), estimulando e fomentando a participação dos cidadão para que, através da real participação, tenham a verdadeira legitimidade de seus atos.

CONCLUSÃO

Sem dúvida nenhuma, vive-se em um estado de apatia social. Fala-se em Estado Democrático de Direito, em cidadania, em direito à participação social, mas não se busca o verdadeiro sentido destes conceitos. Trabalha-se, em geral, com conceitos formais.

Com isto, desde o Preâmbulo da Carta Magna já se fala em "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Porém, no mais da vezes, isto não passa de um discurso falacioso.

Diz-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e isto já consta da própria Constituição Federal. Vive-se, sim, em um Estado de Direito, já que é a lei *lato sensu* que norteia, ou deve nortear, os atos dos governantes e dos governados, mas isto, como já mencionado, não assegura o cunho de justiça no trato das relações. Já, no que concerne a se viver em um Estado Democrático, podem, os mais positivistas, assegurar que vivemos, porém o Estado Democrático que se tem é basicamente formal, já que, excetuados alguns poucos exemplos, a democracia efetiva restringe-se ao exercício do voto.

A Constituição Federal dispõe de meios para participação política, mas os atores sociais, ante o enfraquecimento do sentido de pertença da coisa pública, preferem não os utilizar. Diante da frustração de um plano de governo, as pessoas parecem se eximir, mencionado apenas: "eu não votei nele", como se qualquer fracasso nas estratégias governamentais não representasse o próprio fracasso da sociedade.

Atualmente, com a cultura do Estado paternalista que temos, o que as pessoas esperam do Estado são auxílios que traduzem apenas um Estado assistencialista. Os que recebem estes auxílios são omissos, porque acreditam que o Estado está cumprindo o seu papel de "ajudar os menos favorecidos", já os que não recebem, apenas criticam tal postura estatal, mas também são omissos, porquanto nada fazem para que a situação seja diferente, preferindo que os governantes, e apenas eles, decidam qual é a melhor forma de aplicação para o dinheiro público.

É mister, então, que se desenvolva o sentido de participação e responsabilidade dos atores sociais, fazendo com que, através da participação ativa e efetiva, passem a desenvolver o sentimento de que o que é público é de todos e não dos governantes, bem como que todos os cidadãos são responsáveis pela gerência e gestão da *res* pública, visando, sempre, ao bem coletivo.

Desta forma, não mais podemos conceber a apatia social e compreender que cidadão é quem exerce o direito de voto. Necessário se faz que se desenvolva uma cultura de participação pró-ativa, que deve tanto ser fomentada pelo Estado, como ser buscada pela sociedade, porque só quanto se alcança um nível satisfatório de participação, poder-se-á se dizer que se vive em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 1º maio 2008.

COLOMBIA. Constituição (1991). *Constituição Política da Colômbia*. Disponível em: <http://www.direito.adv.br/constitu.htm>. Acesso em: 04 maio 2008.

DELPIAZZO, Carlos E.. Dimension tecnologica de la participacion del administrado em derecho uruguayo. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

ESPANHA. Constituição (1978). *Constituição Espanhola*. Disponível em: <http://www.direito.adv.br/constitu.htm>. Acesso em: 04 maio 2008.

FRANCO, Enrique Rojas. Participación ciudadana em el derecho administrativo costarricense. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Sociais e Políticas Públicas. - desafios contemporâneos Tomo 5*. Organizadores Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

IVANEGA, Miriam Mabel. El presupuesto participativo em la República Argentina. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Direitos Sociais e Políticas Públicas - desafios contemporâneos. Tomo 7*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

_____. Estado, Constituição e Sociedade: contributo para uma resistência constitucional em tempo de neoliberalismo. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: Unisc. n.16, p. 171-193. jul/dez. 2001.

_____. Estado de Direito. In. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. 3ed.rev.amp. Edunisc: Santa Cruz do Sul, 2002

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

_____. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2ed.rev.amp.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. V.1.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direito fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ORDÓÑEZ, Jorge Danós. La participación ciudadana em el ejercicio de las funciones administrativas em el Perú. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. Poder público y participación ciudadana em el derecho uruguayo. In. LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e Participação Social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

PERU. Constituição (1993). *Constituição Política do Peru*. Disponível em: <http://www.direito.adv.br/constitu.htm>. Acesso em: 05 maio 2008.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao. Acesso em: 04 maio 2008.

REIS, Jorge Renato dos. (organizador). *Direitos Sociais e Políticas Públicas - desafios contemporâneos. Tomo 5*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES. Ricardo Lobo. Cidadania. In. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIREITO DE LAJE: O DIREITO NA VIDA E A VIDA NO DIREITO*

“RIGHT OF FLAGSTONE”

Claudia Franco Correa

RESUMO

O presente trabalho destina demonstrar o estudo direcionado para o denominado “direito de laje” na Favela de Rio das Pedras, no Rio de Janeiro. Tal “direito” é aceito na comunidade, e se atualiza quando um morador primitivo vende à outra pessoa o “direito” de construir moradia sobre a laje de sua casa. Esse “direito” é admitido entre as partes, mesmo quando o “contrato” ocorre em situações especiais, como a do futuro morador primitivo do terreno de superfície, vender sua “laje”, sem ter construído sua casa ou sequer sem a “laje” estar pronta. Nesses casos, o vendedor usa o valor da venda de sua “laje”, para construir sua casa. Por sua vez, o morador de uma “laje”, pode vender a que fica na cobertura de sua moradia. Em Rio das Pedras, existem prédios de até 10 andares, com 20 unidades de diferentes donos. A ausência de reconhecimento jurídico-estatal dessa forma de ocupação domiciliar e de políticas públicas destinadas à aquisição de casa própria pelas camadas pobres, oferece motivação para a demanda por moradia, nem sempre sem envolver conflitos. Essa circunstância abre espaço para formas particulares de administração desses conflitos na própria comunidade. Embora a moradia seja direito social inscrito no art. 6º da Constituição Federal de 1988, a busca pelo “direito de morar” dá lugar ao “direito de laje”, categoria local que encerra objeto de meu estudo. A comunidade investigada conta com população aproximada de 80 mil habitantes e com cerca de 25.000 residências, grande número delas sobre “lajes”.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; LAJE; MORADIA

ABSTRACT

The present work destines to demonstrate the study directed for the called one “right of flagstone” in the Slum quarter of “Rio das Pedras”, in Rio de Janeiro. Such “right” is accepted in the community, and if it brings up to date when a primitive inhabitant sells to another person “ his rights” to construct housing on flagstone of its house. This “right” is admitted between the parts, even when the “contract” occurs in situations special, as of the primitive living future of the surface land, sells its “flagstone”, without having constructed his house or at least without the “flagstone” to be ready. In these cases, the salesman uses the value of the sell of his “flagstone”, to construct his house. For its time, the inhabitant of a “flagstone”, can sell the one that is in the covering of its

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

housing. In “Rio das Pedras”, exists building of up to 10 floors, with 20 units of different owners. The absence of legal-state of this form of occupation domiciliary recognition and public politics destined to the acquisition of proper house for the poor people, offers motivation for the demand for housing, nor always without involving conflicts. This circumstance opens space for particular forms of administration of these conflicts in the proper community. Although the housing is right social enrolled in art. 6° of the Brazilian Federal Constitution of 1988, the search for the “right to live” of the place to the “flagstone right”, local category that locks up object of my study. The community investigated account with approach population of 80 a thousand inhabitants and with about 25.000 residences, great number of them on “flagstone”.

KEYWORDS: KEY WORDS: THE LAW, FLAGSTONE, HOUSING

I - O DIREITO A MORADIA COMO CATEGORIA CONSTITUCIONAL.

Embora a moradia seja direito social positivado no art. 6° da Constituição Federal de 1988, a busca pelo “direito de morar” dá lugar a inúmeras situações merecedoras de uma análise científica mais depurada.

Iniciando pelo próprio contexto normativo constitucional, pode-se observar que o direito de moradia foi inserido no elenco dos direitos sociais, como direito constitucional por força da emenda constitucional número 26, de 14 de fevereiro de 2000[1], que alterou a redação do art. 6° da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte texto:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.[2]

A respectiva emenda amplia o rol dos direitos sociais na estrutura jurídica constitucional, ampliando, conseqüentemente, o vértice dos direitos e garantias fundamentais na normativa legal. O discurso jurídico, na esfera constitucional, tem como prática indicar que tais direitos seriam direitos fundamentais de segunda geração. Seriam direitos introduzidos no direito constitucional, em distintas formas de Estado Social, de modo especial, no século XX. Surge, desta forma, ao lado dos direitos culturais, econômicos e os direitos coletivos.

Dentro da esfera do discurso constitucional, destaco a posição de alguns autores renomados no cenário jurídico brasileiro que estruturam suas idéias a respeito dos direitos sociais, como por exemplo, Paulo Bonavides, quando interliga os direitos sociais a uma aplicação imediata, no mesmo compasso que os direitos da liberdade. Para o autor, os direitos sociais fazem nascer a concepção da importância de garantias

institucionais[3], como forma de valorizar os direitos da liberdade, ou seja, seriam critérios objetivos de valores viabilizadores dos direitos da liberdade.[4]

Dentro dessa ordem de valores, essa categoria de direitos expressam valores objetivados na Constituição, abrangendo direitos prestacionais, também chamados de positivos, quanto os defensivos, denominados de negativos. Os direitos negativos estariam condicionados a uma não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais resguardados na Constituição, enquanto os prestacionais (positivos) comportam uma atitude concreta por parte do Estado instrumentalizando o acesso a direitos, também, garantidos na Constituição[5].

Aplicando tal pensamento no direito à moradia, como direito negativo, seria compreensível obstacularizar uma penhora, em execução de dívida, quando o imóvel fosse considerado bem de família, e positivo quando o Estado executa políticas públicas no sentido de assegurar o acesso à moradia aos seus cidadãos.

Ao falar em direitos prestacionais, cabe explicitar o pensamento do renomado constitucionalista Português J.J. Gomes Canotilho, que muito tem influenciado o pensamento de constitucionalistas brasileiros. Para o jurista os direitos a prestação significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). Pontuando que, se o particular tiver meios financeiros suficientes, ele poderá obter a satisfação das suas próprias “pretensões prestacionais” através do comércio privado[6], ou seja, os direitos sociais estariam condicionados, enquanto alcance, a uma gama de pessoas não dotadas de meios financeiros capazes de realizar as pretensões de conteúdo mínimo existencial, tanto que o autor acredita que os direitos sociais pressuporia “*um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas e sociais, não podem desfrutar destes direitos*”. [7]

Acredita, ainda, CANOTILHO que os direitos sociais teriam o sentido de apontar para um dimensão da democracia econômica e social, seria a tendência de igualar todos os cidadãos no que é pertinente às prestações sociais, assegurando uma igual dignidade social em todos os aspectos, não se reduzindo apenas a questões previdenciárias e de assistência social, abrangeria, também, *um conjunto de tarefas conformadoras* que além de garantirem a dignidade social contribuiriam com uma igualdade real entre os cidadãos. [8]

Ao que parece é a formulação de categorias fundamentais de existência, em sede constitucional, para garantir, do ponto de vista normativo, condições mínimas materiais aqueles que, por condições diversas (ou por faltas delas) não estão possibilitados de produzirem, por si, tais elementos materiais, mínimos.

Em resumo, são direitos que necessitam, ativamente, da atuação do Estado para implementá-los, quer dizer, para executá-los concretamente, pois a mera estruturação normativa não induz a qualquer solução, e no caso do direito de moradia, a complexidade e a dificuldade de execução surge, de modo particular, com grandes percalços.

Tais percalços são facilmente observados no espaço urbano, através da ocupação irregular, especificamente, em áreas ocupadas por população de baixa renda, o que aqui denominamos de “favelas”.

II - A OCUPAÇÃO IRREGULAR DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

O problema ocupacional é antigo no Brasil, de modo especial, no Rio de Janeiro. Já na primeira década republicana encontramos dados que comprovam uma inequívoca e desastrosa falta de política pública capaz de administrar problemas sociais que estavam surgindo à época e que trariam, como uma das conseqüências mais sérias, a ocupação desordenada e sem estrutura cidadã.

Como o Rio de Janeiro, à época, era a capital econômica, política e cultural do país, todos os olhos estavam voltados para ele. As mudanças percebidas durante os últimos anos do Império e que culminaram na abolição da escravidão e na proclamação da República trouxeram, por óbvio, significativas mudanças no cenário da cidade. Talvez o Rio de Janeiro seja o que mais tenha sofrido tais transformações[9].

A transformação de natureza demográfica foi a que mais se ressaltou, pois houve uma alteração da população em números significativos de habitantes, sem falar da composição étnica e a estrutura ocupacional. É sabido que com o fim da escravidão cresceu o número de desempregados e subempregados, pela quantitativa mão de obra lançada no mercado sem condições de absorvê-la. Um grande êxodo ocorre proveniente da região cafeeira do estado do Rio, associado ao processo de aumento da presença estrangeira, de modo especial, os portugueses[10]. Na primeira década da República a população quase dobrou. A cidade teve que absorver quase 200 mil novos habitantes na virada do século.

CRESCIMENTO ANUAL DA POPULAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, 1872-1906

Período Crescimento anual (%)

1872 - 1880 - 3,84

1880 - 1890 - 4,54

1890 - 1900 - 3,23

1900 - 1906 - 2,91

Fonte: Anuário Estatístico do Brasil (1908-1912), v. I, p. XVIII. Citado por CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*, 2002, p.17

Os problemas habitacionais são intensificados quantitativamente e qualitativamente. Grande parte das camadas populares, em conseqüência, vivia em condições bastante precárias. A “absoluta falta” de casas, já tinha sido objeto de observação , em 1892, pela Sociedade União dos Proprietários e Arrendatários de Prédios, atribuindo à imigração a responsabilidade do problema. [11]

A população menos favorecida, vítima principal do crescimento urbano desordenado, aglomerava-se em moradias populares no próprio centro, muitas delas habitações coletivas, nos subúrbios, vales, várzeas, mangues, escarpas de montanhas e morros. As primeiras áreas favelizadas já tinham se formado, nas últimas décadas do século XIX, nos morros do centro da cidade, sobretudo nos morros de Santo Antônio, Castelo e Providência. [12]

Importante informação traz Glória Kok a respeito:

No morro da Providência, situado na Gamboa, atrás da estação Central da Estrada de Ferro D. Pedro II (que, depois da proclamação da República, passaria a se chamar Estrada de Ferro Central do Brasil), cresceria aquela que muitos consideram a primeira favela do Rio de Janeiro: o morro da Favela, hoje conhecido apenas como morro da Providência. Habitado por ex-soldados que participaram da Guerra de Canudos, no sertão da Bahia, o morro ganhou este nome, segundo se acredita, em alusão ao alto da Favela, localidade existente na zona do conflito e assim chamada pelos moradores por causa de uma planta, o angico-vermelho-do-campo, conhecido na região também como favela, por dar uma vagem ou fava[13].

A formação de favelas foi, *prima facie*, uma solução imediata para a questão habitacional no Rio de Janeiro, e o que deveria ou poderia ser uma forma provisória passou com o tempo a ser uma forma de habitação completamente socializada no universo da cidade. Sem esquecer de mencionar que as moradias coletivas, denominadas de *cortiços*, também eram modalidades de residências para pessoas de baixa renda. Tal forma de ocupação foi alvo de perseguições estatais por serem consideradas foco de desordem social e de saúde. No início da república, a demolição de diversos cortiços, trouxe grande rebuliço na cidade, agravando a situação de precariedade habitacional.[14]

Já na década de 1920 o processo de favelização dá claros sinais da presença da pobreza na cidade, especialmente em áreas urbanas da zona sul e da zona norte, segundo Maria Lais Pereira da Silva, “isto foi favorecido tanto pela maior visibilidade físico-espacial das favelas como pela drástica redução de outras formas de moradia pobre, como os cortiços”.

Pensamento endossado por Rafael Soares Gonçalves, em seu trabalho A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937:

A população favelada cresceu enormemente durante os anos de 1920, desencadeando um aumento generalizado das ocupações de terrenos, o que multiplicou as remoções em

cumprimento a ordens judiciais de reintegração de posse. Apesar da violência das remoções os morros voltavam a ser ocupados. O rotariano Mattos Pimenta, representante dos interesses do emergente setor imobiliário, organizou uma campanha contra as favelas no final dos anos de 1920, dando ênfase à questão da estética e propondo a construção de casas populares, para que os habitantes das favelas pudessem ter acesso à propriedade privada. Estas medidas permitiriam impulsionar o setor de construção civil, assim como possibilitariam a remoção das favelas situadas nas áreas mais valorizadas da cidade[15].

A remoção das favelas sem qualquer plano de ocupação regular ou viabilização de política de aquisição de residências populares, só reforçou a movimentação das pessoas em outras favelas.

A partir daí nos deparamos com um elenco considerável de instrumentos públicos que visavam regularizar ou regulamentar a questão da moradia popular no Brasil, como por exemplo, a lei do inquilinato de 1942, as carteiras prediais dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) na era Vargas, a Fundação da Casa Popular em 1946, como inúmeros instrumentos Municipais e Estaduais que objetivavam a instrumentalidade de planos de habitação.

Não podemos esquecer que com a destruição dos cortiços do cenário da cidade, os “Morros” se tornam alvo de alguns ataques, inclusive com aparato normativo que buscavam sua extinção. Tais ataques eram direcionados pelo poder público como de agentes privados por força da especulação imobiliária. Vale lembrar o conhecido caso do morro de São Carlos, na década de 30, quando Armênio Gonçalves, dito proprietário do morro, efetivou inúmeras investidas jurídicas ou por própria força, na tentativa de “recuperação” da área, não obtendo sucesso desejado.

Na proximidade do Estado Novo, surge o Decreto 6000 de 01 de julho de 1937, verdadeiro Código de Obras, onde pela primeira vez aparece no texto de uma lei o termo “favela”, além de oferecer uma definição legal para o referido termo empregado. A lei tem intuito claro: Todos os esforços devem ser direcionados para a extinção dessa modalidade de moradia.

Artigo 349: A formação de favelas (grifo nosso), isto é, de conglomerados de dois ou mais casebres regularmente dispostos ou em desordem, construídos com materiais improvisados e em desacordo com as disposições desde Decreto, não será absolutamente permitida.

§ 1º - Nas favelas existentes é absolutamente proibido levantar ou construir novos casebres, executar qualquer obra nos que existem ou fazer qualquer construção.

§ 2º – A prefeitura providenciará (...) por todos os meios ao seu alcance para impedir a formação de novas favelas ou para a ampliação e a execução de qualquer obra nas existentes, mandando proceder sumariamente à demolição dos novos casebres, daqueles em que for realizada qualquer obra e de qualquer construção que seja feita nas favelas. (grifo nosso)

§ 3º - Verificada pelas Delegacias Fiscais ou pela Diretoria de Engenharia, a infração ao presente artigo, deverá o fato ser levado com urgência ao conhecimento da Diretoria de Engenharia que, depois de obtida a necessária autorização do Secretário Geral de Viação e Obras Públicas, mandará proceder à demolição sumária, independentemente de intimação e apenas mediante aviso prévio dado com 24 horas de antecedência.

§ 5º - Tratando-se de favela formada ou construída em terreno de propriedade particular, será o respectivo proprietário passível (...) da aplicação da multa correspondente à execução de obra sem licença e com desrespeito ao zoneamento. (grifo nosso)

§ 7º - Quando a prefeitura verificar que existe exploração de favela pela cobrança de aluguel de casebres ou pelo arrendamento ou aluguel do solo, as multas serão aplicadas em dobro . (grifo nosso)

§ 8º - A construção ou armação de casebres destinados à habitação, nos terrenos, pateos ou quintais dos prédios, fica sujeita às disposições deste artigo.

§ 9º - A Prefeitura providenciará como estabelece o Título IV do Capítulo deste Decreto para a extinção das favelas e a formação, para substituí-las, de núcleos de habitação de tipo mínimo.

A lei, desta forma, vai consolidar o parâmetro marginal das favelas, e por não dizer, contribuirá para legitimação da ausência do poder público na atuação de políticas públicas voltadas para esses espaços populares de moradia, consolidando a auto-organização dessas categorias de habitação pela ausência de investimentos públicos. Nesse aspecto, o Decreto 6000, ao reconhecer juridicamente as favelas impõe o tom de sua natureza; a sua ilegalidade. Assim, *nos leva a concluir que o direito teve um papel central na consolidação da favela, como elemento ao mesmo tempo marginal e estrutural do espaço urbano carioca*[16].

Não sabemos o que é pior: ser a favela uma lacuna jurídica ou ter uma categoria jurídica de ilegalidade. Seria a favela um problema ou uma solução?

O fato é que nas últimas pesquisas realizadas pelo Instituto Pereira Passos a cidade do Rio de Janeiro possui 160 Bairros[17]. 135 possuem favelas. No ano de 2005, 750 favelas foram cadastradas, tendo a seguinte distribuição por área:

- a) Centro – 63
- b) Zona Sul – 52
- c) Zona norte – 312
- d) Barra e Jacarepaguá – 150
- e) Zona oeste - 173

Das 750 favelas:

356 (47,47%) tiveram crescimento de área;

351 (46,80%) não alteraram suas áreas;

43 (5,73%) tiveram suas áreas reduzidas.

Dessas 43 favelas, cujas áreas se reduziram de 1999 para 2004, 25, ou seja, pouco mais da metade, foram beneficiadas por programas de urbanização da Prefeitura, tais como Favela-bairro, Bairrinho e Urbanização de Grandes Favelas.

As três Regiões Administrativas com maior área de favelas são:

1) Jacarepaguá

2) Bangu

3) Pavuna

As três Regiões Administrativas com maior crescimento de área:

1) Guaratiba

2) Barra da Tijuca

3) Santa Cruz

Os 10 bairros da Cidade do Rio de Janeiro com maior variação percentual de área de favela, ordenado pela variação% - entre 1999 e 2004.

Bairro	Área m ² 1999	Área m ² 2004	Variação Absoluta (m ²)	%
Guaratiba	1.311.824,6	1.610.075,3	298.250,7	22,7
Acari	480.114,5	553.341,5	73.227,1	15,3
Recreio dos Bandeirantes	466.819,5	522.082,3	55.262,8	11,8
Freguesia de Jacarepaguá	240.475,2	268.586,8	28.111,6	11,7
Galeão	371.220,0	412.083,5	40.863,5	11,

				0
Água Santa	47.665,1	52.626,6	4.961,5	10,4
Inhaúma	126.766,6	139.081,3	12.314,7	9,7
Del Castilho	71.286,6	78.167,9	6.881,2	9,7
Curicica	198.186,3	217.298,7	19.112,5	9,6
Santíssimo	425.903,0	462.734,5	36.831,6	8,7

Fonte: IPP/DIG - SABREN e Cartografia Digital

Os resultados apurados, através dos dados apresentados dizem respeito exclusivamente à *expansão horizontal das favelas*. Não foram abordados outros tipos de variação que certamente tornariam os resultados bem diferenciados: crescimento vertical (construção de novos andares) e o adensamento do lote (construção de novas edificações num mesmo lote já ocupado), ou seja, em termos de pesquisa ainda não temos dados efetivos do comportamento das favelas tomando por base o crescimento vertical. E esse ponto é extremamente importante. A busca pelo “direito de morar” dá lugar a inúmeras situações, situações essas que se assentam à margem das estruturas estatais, formando verdadeiras categorias locais.

III – DIREITO DE LAJE E A UTILIZAÇÃO DE TRABALHO DE CAMPO PARA A EXPLICITAÇÃO DE TAL CATEGORIA LOCAL.

Meu trabalho de campo vem sendo realizado na favela de Rios das Pedras, localizada entre os bairros de Jacarepaguá e da Barra da Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro, e ocupa uma área aproximada de 530.381,0 m², com uma população estimada acima de 80 mil moradores[18]. Na atualidade essa favela inspirou o autor da novela "Duas Caras", exibida recentemente, em horário nobre da TV Globo, ficção agraciada com audiência de cerca de 40 milhões de brasileiros, segundo informa o autor da novela[19].

A pesquisa destina-se à elaboração de minha tese de doutorado em direito na Universidade Gama Filho, sob orientação da Dra. Maria Stella de Amorim e envolve abordagens que privilegiam o método antropológico e problemáticas de conteúdo sócio-jurídico.

A favela teve início no final dos anos sessenta e veio a fixar-se às margens do Rio das Pedras, aonde se instalou a primeira rua, denominada Rua Velha. Em entrevista concedida por um dos moradores mais antigos, foi possível perceber que a gênese da favela se deu lentamente, com poucas ocupações, como demonstra o relato a seguir:

.. Naquela área quase não tinha casa, eram poucas, bem poucas, com luz fraca, distribuída por “bicos” de gambiarras presas em postes de varas de bambus, se ouvia grilo e a roupa era lavada no rio. Aos poucos foram chegando outras pessoas, durante muito tempo só tinha meia dúzia de gente morando. Ninguém queria morar aqui. Quando chovia, a lama subia no joelho. Hoje, nada lembra o início. Antes eu via a Barra da Tijuca da minha casa, hoje não enxergo nem a árvore do vizinho. Não sei mais o nome das pessoas é um entra e sai danado, gente de todo lugar. Antes eu sabia o nome de todo mundo, de cada um e da família toda.

Estes e outros relatos demonstram que entre os anos 60 e a atualidade, ocorreu um crescimento vertiginoso da favela, hoje considerada uma das maiores da cidade e também ganhou fama de ser a mais pacífica e bem organizada da região metropolitana do Rio de Janeiro.

O que mais populariza Rio das Pedras é o fato de nesta favela não ter prosperado o tráfico de drogas. Nela também não existe um esquema de segurança visível, com guardas de armas em punho, por exemplo. Ao percorrer suas vielas e ruas, nunca encontrei qualquer pessoa armada circulando ostensivamente. O controle político interno da comunidade conseguiu administrar o território com mão de ferro, através de um rigoroso controle sobre toda área, não só impedindo a invasão de grupos de outras favelas, bem como mantendo pacífica e segura a circulação dos moradores no espaço público da favela. (Burgos, 2004).

A construção de um ambiente de paz interna nos bairros da favela colabora sensivelmente para sua aceitação. Rio das Pedras se torna escolha preferencial de segmentos menos favorecidos da população que querem manter a família e criar os filhos em locais seguros. Tudo isso contribui para incrementar o crescimento da favela Rio das Pedras. Minha principal guia e informante de dados na favela veio das favelas do Vidigal e da Rocinha. Cansada de ter que negociar com traficantes para manter seu trabalho e seu direito de ir e vir (ela era gerente de um pequeno supermercado), impedida que era por incursões policiais e tiroteios nas favelas que antes morou, disse-me que tinha decidido “- *morar em um lugar tranquilo, onde pudesse criar os filhos com mais paz e sossego*”.

Facilmente percebida é a grande presença de nordestinos em Rio das Pedras, a ponto de formarem um grupo com identidade própria, inclusive com amplo espaço residencial delimitado, exclusivo para cearenses, paraibanos e naturais de outros estados nordestinos, o que já foi registrado por Marcelo Burgos e outros autores da coletânea que organizou sobre Rio das Pedras (Burgos, 2004). Quase semanalmente chega a Rio das Pedras um ônibus levando e trazendo nordestinos. Segundo voz corrente na favela, mais da metade dos moradores (60% da população) é composta de nordestinos, em sua maioria, vindos da Paraíba e do Ceará.[20]

Em resumo, estas são algumas feições do campo que venho pesquisando lançando mão do método de observação, com a finalidade de investigar o “direito de laje” na comunidade de Rio das Pedras. O fato desta favela - analogamente a outras do Rio de Janeiro - ter arquitetado o formato de suas habitações em modalidade vertical, dentro de áreas sem infra-estrutura urbana e sem o uso das técnicas empregadas nas

construções oficiais dos edifícios em zonas privilegiadas da metrópole, despertam interesse neste estudo. Destaque especial é concedido pela pesquisa a aspectos que podem contribuir para o acesso à moradia própria, um direito cidadão que, até então, não está plenamente ao alcance dos habitantes das favelas.

A limitação do direito à moradia, por sua vez, passa a restringir o acesso pleno a outros direitos da cidadania, como o direito de ir e vir, ou seja, de entrar e de sair de sua moradia e de circular em segurança pelo bairro; como o direito de levar seus conflitos aos tribunais (acesso à justiça e ao direito); como o acesso ao direito à educação e à saúde, entre outros direitos inerentes ao cidadão (Carvalho, 2002).

Uma das indagações que contamina a pesquisa é até que ponto a ausência histórica de políticas voltadas para a habitação de segmentos pouco favorecidos economicamente, associada a uma restrição cotidiana e indisponível de acesso às garantias, à direitos fundamentais e à direitos humanos, interferiram no enquistamento compacto do espaço urbano favelizado e o leva a assumir feição vertical. Rio das Pedras, por exemplo, possui quantidade apreciável de imóveis residenciais e comerciais sobrepostos, oferecendo uma visibilidade urbanística própria de uma urbe com suas particularidades, dentro da região metropolitana do Rio de Janeiro.

Além da visão particular da urbe, *habitus* próprios representados nas relações entre os moradores da comunidade (Bourdieu, 1990) e *modus organizandi* com que gerem relações e os conflitos internos, parecem indicar que, especialmente em Rio das Pedras, os moradores buscam um espaço público próprio aonde não se sentem excluídos, mas são parte dele, sonho que, se não é realizado em outras favelas, torna Rio das Pedras um exemplar do imaginário social da população dos favelados em geral.

Uma notável constatação é que os moradores de Rio das Pedras não reivindicam direitos – aliás, pobre brasileiro não reivindica nada[21], acostumou-se a submeter-se ao nada que lhe é oferecido – e, geralmente os discursos tidos como competentes, constantemente divulgados pela imprensa, denunciam a ausência do Estado no espaço público da favelas e nelas reclamam sua presença. Será que é isso que os favelados querem? Ou querem viver sem interferência alguma do Estado? Se nada reivindicam, será que querem mostrar que sobrevivem apesar do Estado? Será que ousam se auto-incluir no espaço social que constroem – a favela – como motivação para superar a falta de garantias e de proteção que o Estado nunca lhes concedeu?

Independente destas e de outras respostas que possam ser obtidas pela pesquisa, as indagações envolvem situações reguladas, ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que permite situar a pesquisa em um vértice aonde se encontram as realidades cotidianas da vida social e o campo do direito brasileiro. Outras ssam aqui ser obtidas, ial que constroem moradores buscam um espaço pram a assumir feição direito de ir e vir

IV – O DIREITO NA VIDA E A VIDA NO DIREITO.

Além de advogada sou professora de Direito Civil, com alguns anos de experiência no magistério de IES do Rio de Janeiro. Tenho afinidade especial com assuntos relativos a direitos reais (direito das coisas), onde, dentre tantas questões pertinentes ao estudo jurídico da relação de apropriação de bens pela pessoa, costumo perceber formas de apropriação que ora a lei desconsidera - ou melhor, que a lei sequer menciona, tornando-se verdadeiras categorias de direitos não postos pelo ordenamento legal – e ora admite, quase implicitamente, no direito de propriedade tido como a mais singular forma de apropriação jurídica existente no complexo jurídico vigente em nosso país. Torna-se assim o direito de propriedade um direito que vem sofrendo mitigações, tendo seu campo minado no universo das formas de apropriação por variadas maneiras de se apropriar de bens.

Desse modo, o direito de propriedade posto, não se revela suficiente para abrigar as realidades que permitem a apropriação de tudo o que é possível se apropriar, ou de ser apropriado pelos homens. Como exemplos da limitação desse direito frente às muitas possibilidades de apropriação, menciono duas situações. A primeira se apóia na força jurisprudencial e normativa que o contrato de promessa de compra e venda vem recebendo. Quando o vendedor nega manifestar a sua vontade em celebrar o contrato definitivo de compra e venda, possibilita ao comprador ajuizar ação compulsória contra o vendedor. Nesse caso, o imóvel é adjudicado ao patrimônio do comprador, gerando, desta forma, uma verdadeira obrigação de concluir a transação prometida entre as partes. Se esta obrigação for descumprida, o Estado, através, da sentença judicial, compulsoriamente adere o imóvel ao nome do comprador. Esta forma é amparada tanto pela lei, como pela jurisprudência[22].

A segunda situação é ilustrada com o caso de uma transação não amparada pela lei, nem mesmo pela jurisprudência, tal como ocorre com o “direito de laje”, categoria envolvida na comercialização de espaço para moradia, que está acima da superfície, como meio indispensável à sobrevivência da população, de seus familiares e da participação na comunidade local.

Em uma das ocasiões em que ministrava aula sobre direitos reais, mencionei o "direito de laje", tema que sempre motiva os alunos a discutirem-no, por lhes parecer um direito que está fora do Direito, mas dentro da vida. Com desenvoltura ímpar uma aluna me descreveu com detalhes, como a venda das lajes ocorria na favela de Rio das Pedras. Tratava-se de uma líder comunitária da favela, que decidira matricular-se na Faculdade de Direito. Começamos a trocar informações sobre a compra e venda de lajes e, um certo dia, recebo dela um convite para visitar a favela de Rio das Pedras, o que aceitei. Dessa visita resultou meu interesse em pesquisar a compra e venda de residências, sobretudo, as que envolviam o "direito de laje", categoria assim classificada nas representações da população local sobre as negociações das lajes de residências para novas moradias. Dispus-me então a compreender, a explicar e efetivamente a explorar a visão dos habitantes da comunidade sobre a moradia, particularmente sobre o “direito de laje”.

Minha intimidade com o trabalho de campo teve início quando realizava minha dissertação de mestrado, cujo tema versou sobre a desigualdade de tratamento social e, sobretudo jurídico, entre pessoas que mantinham relações homoafetivas e pessoas que mantinham relações heteroafetivas[23].

Tive que enfrentar o desafio de me aproximar das realidades da vida, compreendê-las e explicá-las em meus trabalhos, depois de praticar com absoluta frequência e continuidade, atividades jurídicas, que detém estilos e tradição muito distintos das adotadas nas ciências humanas. Concedi preferência pelo uso do método de observação participante e do trabalho de campo, originários da Antropologia, por me parecerem procedimentos que mais me aproximavam das realidades que pretendia investigar. No meu caso houve uma laboriosa investida na perspectiva antropológica e meu interesse decorreu da possibilidade de dominar intelectualmente uma visão que me permitisse lidar com as especificidades do Direito, em grande parte baseadas em verdades reveladas, assumidas *a priori* e em abstrações normativas, como ocorreu em minha formação jurídica, e uma ciência que me permitisse ver a realidade tal que se passava nas relações estabelecidas entre as pessoas[24]. Mais do que isso, interessou-me conhecer a maneira como as pessoas representavam as relações que experimentavam nos cenários cotidianos de que participavam[25], muitos deles envolvendo conflitos.

Perceber a legitimação do saber em outras disciplinas sobre a realidade social, distintas do direito, levou-me a privilegiar a visão do jurisdicionado, do cidadão brasileiro. Com o trabalho de campo pude perceber que a realidade social é partilhada pelos atores e que estes fazem representações dela que estão ao alcance do observador. Já na formação jurídica aprende-se que quem fala são os intérpretes autorizados: "doutrinadores" que expõem suas idéias em manuais, cujas interpretações são deduzidas de proposições abstratas, e "magistrados", que para sentenciar sobre casos relatados nos autos, têm o poder de decidir livremente, conforme o seu próprio convencimento[26]

Obviamente, que qualquer "operador do direito", que se disponha a olhar para as realidades sociais, antes de ver a lei, sempre enfrentará dificuldades na realização de pesquisas empíricas, pois elas são *sui generis* – como diria Durkheim – e, para o jurista, quase nunca partem de fatos, mas de postulados que os interpretam: princípios, doutrinas e leis, de que são deduzidas as "verdades jurídicas". O universo jurídico, apesar de ser constituído por um saber local (Geertz, 2006), no Brasil, tende a funcionar mais como um instrumento de regulamentação social apartado da realidade, onde ocorrem os conflitos. Nesse sentido, eles não são conhecidos, mas tipificados como delitos previstos em leis. Essa pode ser uma das causas de insucessos na administração dos conflitos pelos tribunais, o que seria sua função precípua e indispensável nas sociedades contemporâneas. Entretanto, o afastamento muitas vezes existente entre os tribunais, o direito e a sociedade, pode obstaculizar a da administração dos conflitos pelos tribunais, levando-os a devolvê-los para a sociedade[27]. Pode também levar o campo do direito a não abrigar conflitos que estão na realidade das sociedades e que merecem atenção especial[28].

Como ressalta Kant de Lima (Kant de Lima, 2008, p. 14):

A experiência antropológica ensina que o Direito é parte do controle social, que reprime mas pedagogicamente produz uma ordem social definida, embora freqüentemente desarmônica e conflituosa.

Retomando a questão de minha inserção no universo da favela de Rio das Pedras, introduzida que fui por uma aluna moradora da referida favela, fui acompanhando seus passos firmemente amparados pela liderança local. Comecei a observar aspectos importantes e particulares da estrutura sócio-espacial, em especial a organização de moradias verticais lá instaladas, os conflitos daí resultantes, o modo como são localmente administrados, suas configurações não-estatais e como tal administração é reconhecida ou legitimada entre os moradores da favela.

Os conflitos decorrentes de acesso à moradia, por exemplo, são muitos e variados em Rio das Pedras. Aparecem com versões voltadas para o direito de construir moradias. Igualmente versões conflituosas são referidas à invasão ou ocupação de espaços considerados pelos moradores como "públicos", ou seja de uso da comunidade. Outras vezes tais espaços ocupados geram conflitos por serem considerados "privados", ou seja, de ocupantes que não puderam ainda construir suas casas, mas detém a "posse" do terreno, ainda sem uso. Além disso, estão presentes outros conflitos de vizinhança sobre construções que prejudiquem a ventilação e a luminosidade, em locais públicos ou privados. Desde logo, devo registrar que as regras de construção são locais, e, não guardam analogia com as normatizadas pela municipalidade, nem com os saberes consagrados na engenharia ou na arquitetura voltados para construção de habitações em áreas oficialmente urbanizadas, nas quais se paga o imposto territorial urbano (IPTU).

Posicionando uma lente sobre o "direito de laje", foco principal do meu trabalho, ele envolve aspectos contratuais que merecem apreço. Seja pela compra da laje já existente, seja pela aquisição do espaço aéreo (ainda sem a laje), que possibilitará uma construção futura. Isso quer dizer que em Rio das Pedras existe um mercado imobiliário especificamente voltado para conceder acesso à moradia (direito social cidadão legislado, como já foi dito) para segmentos menos favorecidos economicamente, mas nem sempre restrito a este segmento da população metropolitana do Rio de Janeiro.

O aviltamento salarial que nos últimos tempos vem sendo imposto aos brasileiros, não apenas afeta os mais pobres. Tem repercussões sobre parcela da classe média baixa e média, que nem consegue comprar imóvel, nem alugar moradia em áreas urbanizadas da cidade, onde sempre habitaram antes. Para essa parcela da classe média, a moradia em favelas é também uma opção. Em Rio das Pedras, por exemplo, existem moradores que dispõem de conforto em suas residências. Possuem fogões de modelos avançados, TV a cabo, ar condicionado, forno de micro-ondas, filhos matriculados em escolas particulares, pessoas matriculadas em cursos superiores. Enfim, estilo de vida e *habitus* de consumo próprios de classe média urbana.

As moradias verticais, construídas sobre lajes, trazem, dentre tantas questões, uma consciência de moradia específica, principalmente, do ponto de vista mercadológico. Após percorrer o espaço da urbe local e de conversar com moradores, percebi diferenças entre moradores que habitam sobre lajes e moradores da superfície, configurando estilos de vida e de comportamentos que expressam modos de ser e de viver distintos. É como se a hierarquia de espaços interferisse na posição social do morador na comunidade. Há também bairros considerados "melhores" e "piores", o que confere distinção social entre os moradores.

A título de ilustração menciono a entrevista com uma moradora da Rua Velha. Ela reside em Rio das Pedras há mais de 30 anos. Seu primitivo barraco de madeira, virou um "castelo", pois hoje ela diz que não vende o espaço de sua edificação, por menos de R\$100.000,00. Trata-se de um prédio edificado em aproximadamente 60 m², com alguns andares, onde estão quitinetes e um pequeno apartamento usado como moradia da "proprietária". O valor das benfeitorias realizadas na construção, lhe permite, segundo sua avaliação, "alugar bem" as quitinetes, inclusive porque a Rua Velha é um ponto considerado privilegiado, localizado no Centro de Rio das Pedras. Ainda segundo seu depoimento, a locação das quitinetes lhe rendem mensalmente R\$ 2.400,00.

O crescimento vertical se socializou dentro do contexto da própria favela apoiado no "direito de laje". Tal "direito" é aceito na comunidade, e se atualiza de diversas formas. A mais comum se dá quando um morador primitivo vende à outra pessoa o "direito" de construir moradia sobre a laje de sua casa. Esse "direito" é admitido entre as partes, mesmo quando o "contrato" ocorre em situações especiais, como a do futuro morador primitivo do terreno de superfície, vender sua "laje", sem ter construído sua casa, ou seja, sem a "laje" estar feita.

Outra conseqüência que decorre do "direito de laje" seria a pluralidade de construções de unidades autônomas, edificadas sobre a laje do morador primitivo, como as quitinetes, que podem ser vendidas ou alugadas, como ocorre no caso da moradora mencionada no relato acima. Essa realidade imobiliária tem grande avanço na ocupação do espaço urbano nas favelas do Rio de Janeiro, manifestando-se, inclusive como uma forma de especulação e significativa circulação de capital nas comunidades. Em Rio das Pedras encontramos prédios de até 10 andares, com mais de 20 unidades, de diferentes "donos".

No contexto legal brasileiro, em termos ortodoxos, não existe respaldo para essa forma de habitação e o "direito de laje" seria uma "esdruxularia jurídica". Há, entretanto quem defenda a possibilidade de aplicação do direito de superfície ao "direito de laje", por ser aquele um direito real sobre coisa alheia, podendo ser visto como um desdobramento do direito de propriedade, segundo o disposto no artigo 1369 do Código Civil Brasileiro e na Lei n. 10.257/01 (arts. 21 a 24). Porém, essa interpretação se caracteriza pelo afastamento do princípio jurídico que prega que "tudo que se edifica ou planta, adere ao solo" (usualmente citado como "*omne quod solo inaedificatur, vel implantur solo cedit*"), noção basilar do instituto do Direito Civil, conhecido como "acessão"[29].

O direito de superfície não seria aplicável ao "direito de laje", pois o respectivo "direito", só pode ser abrigado no âmbito do sistema legal brasileiro, quando há o direito de propriedade, o que não ocorre nos casos de compra e venda de "lajes". Ainda mais que, na grande maioria das vezes, ou a construção sobre a laje foi edificada em terreno invadido e é objeto de posse, ou foi construída amparada em ato de concessão ou de autorização de uso celebrada pelo poder público, como acontece em de Rio das Pedras. Nesse caso, a edificação estaria construída sobre terras que são patrimônio do município, ou seja, seria edificada sobre um bem público.

No contexto do direito de superfície algumas legislações estrangeiras desenvolveram o direito de sobrelevação, como por exemplo, na Suíça, Itália e Portugal. Tal instituto prevê o direito de construir sobre edifício alheio, apresentando hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal[30]. A constituição desta modalidade de direito

está condicionada às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal. Uma vez edificando no prédio, a situação desemboca por completo na propriedade horizontal. Por isso, que encontramos, nos países que possuem a sobrelevação, a possibilidade do construtor vender o prédio, com reserva do espaço aéreo, pela intenção de construir *a posteriori*. O que também não seria aplicável ao caso, pelas mesmas razões explicitadas anteriormente, quanto a inexistência do direito de propriedade formal.

Uma feição simbólica bastante distinta da econômica e da jurídica, não pode ser esquecida. Em Rio das Pedras, crescer, ganhar altura, permite dar visibilidade à existência simbólica da favela no panorama da metrópole, como expressão da comunidade sobre sua real existência. É como se ela estivesse dizendo: "- Estou aqui!"

Outra peculiaridade encontrada em Rio das Pedras é que a administração das demandas resultantes de tipos de moradia é feita pela Associação de Moradores, onde ocorre o registro de seus nomes, endereços e das "propriedades" que possuem. Na medida em que as aquisições imobiliárias são registradas, constituem "propriedades" de seus "donos". No modelo estatal, quando o registro oficial da escritura de compra e venda é levado ao Registro Geral de Imóveis (RGI), configura a aquisição do direito de propriedade e sua conseqüente transferência. De maneira análoga, em Rio das Pedras existe uma espécie de "cartório" que faz o registro dos contratos de compra e venda de terrenos de superfície e de lajes. [31]

Essa modalidade de registro de aquisição de propriedade é completamente legitimada na comunidade. Certa vez perguntei a um morador, que estava ansioso para registrar a aquisição de uma laje na Associação de Moradores, por que ele estava tão inquieto para ser atendido. A resposta foi rápida e concludente: "- Só é dono quem registra".

As funções da Associação de Moradores de Rio das Pedras não se limitam apenas a reconhecer as "aquisições" de terrenos e de lajes, mas ela também assume papel judicializador nos conflitos que decorrem dessas aquisições. Segundo disse um funcionário da Associação de Moradores, ela aspira cada vez mais participar ativamente na mediação de conflitos, seja de moradia ou de outra natureza.

Minha pesquisa poderá contribuir para trazer à tona as questões envolvidas no "direito de laje", que apresentam novidades inusitadas a serem contempladas pelos juristas, meus colegas, e, quiçá possamos encontrar uma solução reconhecida legalmente para esse "direito" no ordenamento jurídico brasileiro. A sensação que tenho é de que não posso visar resultado favorável para esta intenção, apenas com meus conhecimentos jurídicos, porque eles correm o risco de ficar além dos limites do direito posto na atualidade brasileira. Decidi então lançar mão da Antropologia, que com seus métodos e com os avanços que tem acrescentado ao Direito, me conceda a graça de contribuir para a difusão lúcida emprestada de Clifford Geertz (2006), para despertar a sensibilidade jurídica daqueles que aceitem o desafio de permitir que todos os brasileiros possam ter o reconhecimento legal de suas moradias legítimas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, Maria Stella de. Os Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. In *Direito Federal*, revista da AJUFE, nº 86. Brasília: AJUFE, 2006, p. 149-174.

- ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos Reais. 5ª edição. Coimbra Editora. 2000.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.

- BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense.

- BURGOS, Marcelo Baumann (org). *A utopia da comunidade. Rio das Pedras, uma Favela Carioca*. Rio de Janeiro: Editora PUC, 2004.

- CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Livraria Almedina. 2003.

- CARVALHO, José Murilo. *A cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

- CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras. 1987.

- CORREA, Claudia Franco. O reconhecimento jurídico do afeto: a união de pares homoafetivos. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UGF. Rio de Janeiro, 2003.

- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1964.

- _____ *Sobrados e mocambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

- GEERTZ, Clifford. *O Saber Local*. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

- KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

- KOK, Glória. *Rio de Janeiro na época da Av. Central / Glória Kok*. — São Paulo: Bei Comunicação, 2005.

- LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico. Condições e Possibilidades da Constituição do espaço Urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- LIRA, R. C. P. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. *Revista Forense*, v. 364.

- LUPETTI, Bárbara. O princípio da oralidade às avessas: um estudo sobre a construção da verdade no processo civil. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UGF. Rio de Janeiro, 2007.

- GONÇALVES, Rafael Soares. *A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os Urbanistas: Revista de Antropologia Urbana*. Ano 4, vol. 4, n. 5, fevereiro de 2007.

- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais no âmbito das Relações Jurídico-privada*. Texto da Obra: *A Constitucionalização do Direito*.

Organizadores: NETO, Cláudia Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro. Editora Lumen Júris. 2007.

- SILVA, Maria Lais Pereira. *Favelas Cariocas (1930-1964)*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

- SIGAUD, Lygia. *Os clandestinos e os direitos*. São Paulo: Duas Cidades, 1979.

- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Dilemas da decisão judicial. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese de Doutorado apresentada ao PPGD-UGF. Rio de Janeiro, 2008.

- VALLADARES, Licia do Prado. *Passa-se uma casa*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

- ZALUAR, Alba (org). *Desvendando máscaras sociais*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1980.

[1] 12 anos após a promulgação da Constituição de 1988.

[2] Redação anterior a emenda n. 26/2000: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

[3] O termo garantia constitucional aqui empregado, estrutura-se, basicamente, na concepção de Carl Schmitt, que ensejaria, segundo o autor, em dois lados: primeiro que a garantia tenha natureza constitucional, e segundo que tenha objeto específico, a saber, uma “instituição”.

[4] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2006. P. 564-568.

- [5] SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais no âmbito das Relações Jurídico-privada*. Texto da Obra: *A Constitucionalização do Direito*. Organizadores: NETO, Cláudia Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro. Editora Lumen Júris. 2007. P. 321- 354.
- [6] CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Livraria Almedina. 2003. P. 408.
- [7] CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Livraria Almedina. 2003. P. 348.
- [8] CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Livraria Almedina. 2003. P. 349.
- [9] CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras. 1987. P. 16.
- [10] CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras. 1987. P. 16.
- [11] CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras. 1987. P. 18.
- [12] KOK, Glória. Rio de Janeiro na época da Av. Central / Glória Kok. — São Paulo: Bei Comunicação, 2005. P. 28.
- [13] [13] KOK, Glória. Rio de Janeiro na época da Av. Central / Glória Kok. — São Paulo: Bei Comunicação, 2005. P. 28.
- [14] As medidas de caráter higienista e por não dizer segregador, reduziram consistentemente os cortiços no Rio de Janeiro.
- [15] GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os Urbanistas: Revista de Antropologia Urbana. Ano 4, vol. 4, n. 5, fevereiro de 2007.
- [16] GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. Os Urbanistas: Revista de Antropologia Urbana. Ano 4, vol. 4, n. 5, fevereiro de 2007.
- [17] Todos os dados utilizados foram retirados da Coleção de estudo da cidade. Armazém de dados. Instituto Pereira Passos. 2006.
- [18] O referido dado não é oficial, posto que o censo de 2000 confirma que, em Rio das Pedras, a população concentrava, à época, em torno de 39.862 moradores, contudo, através de uma fonte informal, a pessoa que administra o serviço conhecido no local como “gato net”, há cerca de 30 mil pontos de transmissão, considerando apenas os seus

"clientes". Se cada habitação possuir em média 03 moradores, contabilizaria cerca de 90 mil moradores, desconsiderando os que não são usuários da à cabo, o que elevaria ainda mais a quantidade da população local.

[19] Entrevista do autor, Aguinaldo Silva, concedida à Maria Gabriela, no canal GNT, em 29/04/08.

[20] Informação colhida em arquivo de pesquisa realizada pelo Departamento de Sociologia e Política da PUC-Rio, em maio de 2000. Consulta realizada em setembro de 2007.

[21] Na atualidade, por exemplo, os únicos pobres que reivindicam são os "Sem Terra", que são mal vistos e denunciados como autores de práticas marginais ao Estado de Direito positivado no Brasil. O movimento deles apresenta zona fronteiriça com a questão da moradia, a diferença é que os "Sem Terra" fazem ocupação territorial ambulante de terras de propriedade alheia. Já os favelados não fazem nenhum movimento e, de fato, vão ocupando lentamente terras alheias e nelas se fixam. Estes são beneficiados ocasionalmente com leis, decretos ou regularização de suas moradias, ou seja, eventualmente vêem legitimada suas ocupações, enquanto os "Sem Terra" são visto e tratados como delinquentes.

[22] Art. 1.418 do Código Civil Brasileiro – "O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel".

[23] Realizei meu mestrado no PPGD-UGF, sob orientação do Professor Roberto Kant de Lima. Minha dissertação, *O reconhecimento jurídico do afeto: a união de pares homoafetivos*, foi apresentada ao PPGD-UGF/RJ em 2003.

[24] Lupetti (2007) faz valioso relato de sua experiência de usar método antropológico em estudos jurídicos.

[25] Alba Zaluar (1980) organizou coletânea que reúne excelentes textos sobre as vantagens da observação e da comparação em antropologia.

[26] Sobre as representações dos juízes acerca do princípio do livre convencimento motivado, ver Teixeira Mendes (2008).

[27] AMORIM (2006)

[28] Sobre conflitos não administrados pelo Direito e por tribunais ver Santos (1988)

[29] Segundo Ricardo Pereira Lira (LIRA, R. C. P. . O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. Revista Forense, v. 364, p. 267, 2003). "*Acessão é a união física entre duas coisas, de matérias indissolúveis, um conjunto em que uma das partes, embora, possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo*".

[30] ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos Reais. 5ª edição. Coimbra Editora. 2000. P. 526.

[31] Em 13 de agosto de 2006 houve um incêndio na Favela Rio das Pedras, consumindo cerca 500 moradias, alastrando-se por cerca de 3.500 m². Muitas vítimas desse acidente perderam todos os seus pertences, inclusive o imóvel. Porém, os atingidos podiam provar a perda do imóvel com o registro feito na Associação de Moradores sobre a transação de compra e venda realizada antes do incêndio.

**O IDOSO E A DEFICIÊNCIA – UM NOVO OLHAR À QUESTÃO DA
INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO***

**THE ELDER AND THE DEFICIENCY - A NEWER APPROACH TO THE
ISSUE OF THE SOCIAL INTEGRATION OF OLD PEOPLE**

**Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla
Cristiane Ribeiro da Silva
Gabriela Saes Pedroso**

RESUMO

Este trabalho se propõe a abordar a questão do idoso e da deficiência, mais especificamente a necessidade de implementação de políticas públicas hábeis a salvaguardar os direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência, especialmente daquelas que alcançarão uma idade mais avançada e que necessitarão de uma proteção especial do Estado. Sabemos das dificuldades enfrentadas pelas pessoas que têm deficiência em todas as fases de sua vida, todavia, certamente uma atenção especial deverá ser dada àquelas pessoas que portadoras de deficiência alcançarão uma idade avançada. Além disso, este estudo demonstra a relação direta entre idade e deficiência: quanto mais avançada a idade, maiores são as chances de se adquirir uma deficiência. O tema exige, sem dúvida, um olhar mais atento e humanizado dos operadores do direito em relação a esse grupo minoritário.

PALAVRAS-CHAVES: IDOSO; PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA; INCLUSÃO SOCIAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This paper intends to approach the issue of the elders and deficiency by suggesting the introduction of specific related policies by the government. The aim of the policies is to protect the rights of disabled people and to care about those approaching the last phase of their life. Everybody recognizes the difficulty of being handicapped without regarding of the age; nevertheless more focus and emphasis should be addressed towards those disabled people able to reach later stages of the life. In addition, the study will show the positive relation between age and deficiency: The older you are, the higher the probability to get handicaps. The issue do require a more human attention form the law maker towards this minority group of the population

KEYWORDS: ELDER; DISABLED PEOPLE; SOCIAL INVOLVEMENT; FUNDAMENTAL RIGHTS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Note-se também, que a Carta Magna estabelece como alguns de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, além da promoção do bem de todos sem preconceitos ou qualquer discriminação (artigo 3º, I, III e IV).

Portanto, indubitável, que nossa Constituição Federal é inclusiva, ou seja, a partir de seus fundamentos, objetivos e princípios fundamentais, pode-se perceber que a intenção do Legislador Constituinte foi reconhecer e proteger, sempre igualmente, a vida e a dignidade humana de todo indivíduo.

Dentro desta preocupação chamamos a atenção para a necessidade de implementação de políticas públicas para a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência que tornar-se-ão idosas um dia, graças à evolução da ciência que permite observarmos já há algum tempo o aumento da longevidade em nosso País.

1. O IDOSO

1.1 CONCEITO DE IDOSO

O vocábulo “idoso” tem origem latina no substantivo *aetas aetatis*, de caso acusativo *aetatem*, dando existência à palavra “idade”. Assim, “idoso” é vocábulo formado por dois componentes, quais sejam, “idade” mais o sufixo “oso”, denotando abundância. Desta forma o vocábulo “idoso” pode significar cheio de idade, abundante em idade, etc.

Segundo Marco Antonio Vilas Boas (2005, p. 3), os termos:

“”Velho” e “idoso” são dois termos quase sinônimos, por analogia, uma vez que o processo de envelhecimento afeta a todos, avança com a faixa etária de todos os viventes, mas de modos distintos em tempo e espaço. Velho, porém, é um termo mais depreciativo, se visto na sua pura conotação unívoca, na conseqüente perda de sentidos e vigor. Há idoso no seu quase pleno vigor e não há velho que não tenha experimentado a fraqueza orgânica visível”.

Buscando uma conceituação legal de idoso constatamos a Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que criava a Política Nacional do Idoso e em seu artigo 2º previa que “*Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade*”.

Porém, com o advento da Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003, ou seja, com o Estatuto do Idoso, o artigo 1º passou a considerar como idoso a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.

Por ser o Estatuto lei especial posterior, prevalente sobre a anterior, ampliou o campo de abrangência e acolheu como idoso também as pessoas com sessenta anos de idade.

O Estatuto do Idoso culminou o processo normativo regulador dos direitos do idoso em nosso País, porém, como ensina Wladimir Novaes Martinez (2004, p. 16) ele:

“Não cria o respeito aos mais velhos. Isso será obtido culturalmente com a educação da população, em particular no seio da família e dentro das escolas. Mas, suscita o hábito e, com isso, e o passar do tempo, talvez logre copiar a Europa e o Japão”.

Os direitos fundamentais estão garantidos ao idoso, conforme se deflui do artigo 2º, do Estatuto do Idoso, o qual prevê:

“Art. 2º - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

Portanto, o idoso, seja homem ou mulher, seja portador de deficiência ou não, deve gozar dos direitos fundamentais garantidos a todas as pessoas, porém, deve haver um despertar do Estado para uma questão de extrema importância, qual seja, as políticas públicas para proteção das pessoas idosas portadoras de deficiência, sejam as deficiências congênita ou adquirida, adquiridas até mesmo em decorrência da idade, a fim de que tenham uma vida digna. Esta preocupação se deve, também, ao aumento das estatísticas de longevidade verificadas no Brasil, conforme se verificará a seguir.

1.2 Dados Estatísticos no Brasil

O envelhecimento populacional embora corresponda a um fenômeno universal, apresenta características peculiares no Brasil, sendo que, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 33,7 anos em 1990, para 63,5 anos em 1980, com projeções de 75,3 anos para o ano de 2.025.

De acordo com conclusões da Síntese dos Indicadores Sociais, do IBGE, divulgada em 28/09/07 e que procedeu a uma análise dos últimos dez anos, ou seja, de 1996 a 2006, é apontada uma tendência de crescimento na população idosa brasileira. Em 2006, eram 19 milhões de pessoas com sessenta anos ou mais. Um crescimento acentuado foi percebido no grupo com setenta e cinco anos ou mais. Em 1996, essas pessoas representavam 23,5% da população de sessenta anos ou mais, sendo que, passados dez anos, ou seja, em 2006, representaram 26,1% da população.

Segundo referido estudo, essa elevação se deve aos avanços da medicina moderna que permite melhores condições de saúde à população com idade mais avançada de maneira geral.

A previsão do IBGE é que este número crescerá ainda mais até o ano de 2.050, ou seja, contaremos no Brasil com aproximadamente 34,3 milhões de idosos.

Portanto, tal crescimento exige investimentos na adoção de políticas públicas, o País deve estar preparado para dar-lhes condições dignas de existência, afinal, não basta

cuidar da saúde destas pessoas garantindo uma longevidade maior, é também necessário cuidar para que vivam com dignidade.

Não há estatística precisa quanto ao número de idosos portadores de deficiência, porém, é evidente que este número cresce à medida que cresce a população idosa no País, portanto, deve-se lançar um “novo olhar” para esta questão, de modo que desde já preparemos nossa sociedade para receber a todos, de modo que o bem-estar geral esteja garantido.

2. DEFICIÊNCIA E IDADE – A RELAÇÃO EXISTENTE

2.1 Deficiência entendida como diferença

Entendemos a deficiência como uma característica, uma diferença que pode gerar certa dificuldade de relacionamento e integração social.

É certo que a diversidade faz parte da natureza humana e a deficiência é mais uma possibilidade de diferença entre os seres humanos. As pessoas com deficiência talvez sejam um pouco mais diferentes, ou melhor, talvez tenham suas diferenças mais perceptíveis, já que podem possuir sinais ou seqüelas mais notáveis.

Nesse sentido, importante colacionarmos as palavras de Sadao Omote (OMOTE, 2004, p. 288):

[...] a diversidade ou variabilidade intra-específica e as diferenças interindividuais representam um grande patrimônio, do qual pode depender a adaptabilidade da espécie ao seu meio, assegurando em última instância, a sua sobrevivência. Entretanto, nem todas as características diferentes são intrinsecamente vantajosas. O caráter vantajoso ou desvantajoso as características adquirem em interação com o meio. Se uma característica permite ao seu portador enfrentar eficientemente alguma demanda do meio, torna-se vantajosa; se leva o portador a sucumbir a alguma demanda do meio, torna-se desvantajosa; e muitas qualidades podem, num dado momento de interação do indivíduo com o meio, não ter nenhum sentido de vantagem ou desvantagem. Pode-se admitir que algumas características são intrinsecamente vantajosas, uma vez que podem favorecer a adaptação ou sobrevivência de seus portadores, face às demandas relativamente constantes e imutáveis do meio ou talvez até independentemente das demandas do meio. Por extensão, deve-se admitir que há características intrinsecamente desvantajosas. [...] - grifo nosso

No entendimento correto da diversidade e das diferenças humanas, é mister direcionar o foco de atenção para a maneira como o homem lida com elas. A verdade é que não estamos acostumados “ao diferente”. Aquilo que é diferente pode causar estranheza, desconforto. Podemos dizer que, muitas vezes, não é a ocorrência da diferença que causa o espanto, mas a possibilidade de romper com o esperado, a quebra de expectativa.

Ao falarmos de pessoa portadora de deficiência, temos de levar em consideração nosso histórico social, que infelizmente nos mostra grande segregação. Como já mencionamos, não estamos acostumados com essas diferenças.

Registramos as palavras de Carolyn L. Vash: “o mundo precisa tanto de “tratamento” quanto as pessoas deficientes.” (VASH, 1988, p. XVIII) e ousamos dizer que talvez o mundo precise mais de tratamento do que os portadores de deficiência!

Interessante, nesse sentido, a afirmação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

[...] Por esse prisma está claro que o “problema” não é do surdo, que não entende o que está sendo dito na TV, e sim da emissora que não colocou a legenda (sistema closed-caption); o “problema” não é do cego que não consegue estudar e, sim, dos estabelecimentos de ensino que não publicam e nem adquirem computadores em braille e que também não habilitam seus professores na língua de libras; o “problema” não é do deficiente físico que não pode subir escada ou entrar num ônibus e, sim, do Estado que aprovou construções e veículos sem rampas ou elevadores de acesso. [...] Assim, não é o deficiente que precisa mudar e, sim, a sociedade brasileira que deve fazê-lo! (CRUZ, 2003, p.133-134)

Existem duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e outra baseada no modelo social (tendência atual).

A principal característica do modelo médico é a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, há tempos esse modelo tem influenciado documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não é diferente). É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck, o modelo médico tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se “normalizar” perante os olhos da sociedade (WERNECK, 2005, p.33).

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade. Surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 60.

Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência são resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Claudia Werneck:

De acordo com o modelo social, a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas. Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade. (WERNECK, 2005, p. 27) – grifo nosso

Como já ficou claro, o desenvolvimento deste estudo se baseia no modelo social da deficiência.

Não se pode esquecer que uma parcela significativa da população mundial tem alguma deficiência (a OMS estima que 10% das pessoas sejam portadoras de deficiência). No Brasil, segundo o Censo do IBGE realizado em 2000, aproximadamente 14,5% apresenta alguma deficiência. Logo, não poderia o Legislador Constituinte deixar de proteger esse grupo de pessoas.

Percebemos ao longo do Texto Constitucional de 1988 a preocupação do Constituinte Originário no que tange à inclusão das pessoas com deficiência. Aliás, isso já fica claro desde o preâmbulo e dos primeiros artigos, quando não deixa dúvidas que um dos objetivos fundamentais[1] da nossa República é a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de TODOS, sem preconceitos ou discriminação de quaisquer natureza. Nesse TODOS estão incluídos as pessoas portadoras de deficiência e os idosos.

A Constituição Federal não diz quem é a “pessoa portadora de deficiência”. Então, imperativa é a necessidade de conceituar “pessoa portadora de deficiência” da forma mais abrangente possível, atentando sempre para as variações sócio-culturais.

Destarte, em detrimento da conceituação do Decreto 3298/99, com redação modificada pelo Decreto 5296/04, a qual consideramos restritiva, adotamos o conceito de pessoa portadora de deficiência trazido pela Convenção da Guatemala, (Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – frise-se que tal documento internacional foi incorporado em nosso ordenamento jurídico, pois foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº. 3956, de 8 de outubro de 2001):

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.[2]

Fernanda Lavras Costallat, sintetizando a noção de pessoa deficiente chega à conclusão de que o indivíduo portador de deficiência é:

[...] aquele que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o

desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo esta incapacidade estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual ou mental, quer permanente, quer temporária. (COSTALLAT, 2003, p. 35)

Importante lembrar que as deficiências podem ser parte ou uma expressão de uma condição de saúde, **mas não indicam necessariamente a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente**. Bom é falar que a relação doença-deficiência é tratada por Lígia Assumpção Amaral da seguinte forma:

A um estado de “normalidade” corporal, de saúde corresponde, em termos médicos, um estado pré-patogênico. Uma vez instalada a patologia (quer seja decorrente de doença propriamente dita, de alteração genética, de acidente, etc.) três são os caminhos possíveis: morte, cura (e então a volta ao estado de saúde) ou a instalação de seqüelas. Portanto alterações corporais, co-definidoras de deficiência física e sensorial e, às vezes de deficiência mental, não são mais doenças necessariamente, embora mantenham com as mesmas vários pontos de tangenciamento: recursos disponíveis, atendimento profissional e – em especial – atitudes sociais frente a elas. (AMARAL, 1995, p. 61, 62)

Entendemos que a caracterização de pessoa portadora de deficiência se dá através da sua dificuldade em se relacionar, em se integrar socialmente. Outrossim, podemos dizer que, certamente, não se deve levar em conta apenas a constatação de uma falta ou diferença no físico, mental, sensorial ou orgânico do indivíduo, pois “*o grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não pessoa portador de deficiência*”. (ARAUJO, 2001, p. 15).

2.2 O idoso com deficiência

É de bom alvitre ressaltar a relação entre idade e deficiência, vez que, segundo José Pastore[3] e Rubem Alves um dia ***todos seremos deficientes***[4].

Segundo dados do IBGE[5], a estimativa é de que a população brasileira viverá em média 14 anos com alguma deficiência.

A Prefeitura de São Paulo, ao elaborar “Caderno do Idoso”[6], traz os estudos divulgados pelo Instituto de Saúde de São Paulo – SES, que estimam que em determinadas populações 1/5 das pessoas entre 65-74 anos e 1/3 das acima de 75 anos tem algum grau de incapacidade física.

Não é novidade que, com o passar dos anos, as capacidades do corpo humano vão diminuindo, e que, quanto mais o tempo passa, mais o aparelho biológico sofre um processo de degradação[7]. Assim, quanto maior a idade, maiores as chances de um organismo apresentar alguma deficiência. Ocorre que, com a maior expectativa de vida da população, é urgente e imperativo um “novo olhar” a respeito da deficiência.

A título de exemplo, importa citar a Campanha de Saúde Auditiva, da Sociedade Brasileira de Otologia[8], que informa que 70% dos idosos são acometidos por deficiência auditiva. Segundo o material de divulgação da campanha[9],

Com o avançar da idade, todas as pessoas apresentam um processo natural de envelhecimento multissistêmico que envolve o aparelho auditivo, em suas vias periféricas e centrais. A deficiência auditiva pode ficar mais evidente após os 65 anos de idade, e é conhecida como presbiacusia. Em alguns indivíduos, por ação de agentes agravantes como a exposição a ruídos, diabetes, uso de medicação tóxica para os ouvidos ou herança genética, a diminuição da acuidade auditiva na terceira idade torna-se extremamente comprometedora, interferindo diretamente na sua qualidade devida.

A presbiacusia é, portanto o envelhecimento natural do ouvido humano simplesmente como somatório de alterações degenerativas de todo o nosso organismo. Atinge, inicialmente, as frequências altas (os sons agudos), progredindo a seguir para as frequências relacionadas à fala humana, afetando significativamente a sua compreensão...

Todavia, não se pode olvidar que, além das deficiências adquiridas ao longo da vida, por um processo de envelhecimento natural, a expectativa de vida daqueles que têm deficiências congênitas ou adquiridas em tenra idade está aumentando, pois, felizmente, a sociedade está aprendendo paulatinamente quais são as necessidades dessas pessoas e, de certa forma, propiciando melhores condições de saúde a elas.

A Conselheira Tiy Albuquerque, representante da FENAPAEs, afirma que “as pessoas deficientes também alcançaram maior expectativa de vida. Vários fatores contribuem para que isso aconteça: assistência médica específica e mais eficiente, maior oportunidade de convívio social, acesso à escola e ao mercado de trabalho são os principais”[10].

Oportuno fazer menção à reportagem da Revista Veja, edição 1994, que noticia a respeito da expectativa de vida de pessoas com Síndrome de Down[11]. Afirma Duda Teixeira – autor da matéria – que “*Meio século atrás, pessoas com síndrome de Down raramente sobreviviam além da adolescência. Essa situação mudou inteiramente. A expectativa de vida delas saltou para 56 anos, e já não causam surpresa aquelas que ultrapassam os 60 ou mesmo os 70 anos*”. Logo, se não prepararmos esse grupo de pessoas para vida independente, fica a pergunta que dá título à reportagem: “**QUEM VAI CUIDAR DESSES VELHINHOS?**”.

As dificuldades enfrentadas por quem tem deficiência ou é idoso não são poucas, em razão de nosso contexto social despreparado e discriminatório. Pior ainda se o idoso tiver alguma deficiência.

Não faltam leis nem disposições constitucionais para que se efetive a inclusão das pessoas portadoras de deficiência e dos idosos (portadores ou não de deficiência), contudo, nos alerta a jornalista Iracema Alves, da Divisão de Medicina de Reabilitação do Hospital da Clínicas (FMUSP)[12]:

Segundo a ONU - Organizações das Nações Unidas - o Brasil possui as melhores Leis abrangendo crianças e adolescentes/ portadores de deficiências, negros, idosos, gestantes, portadores do HIV. O que a ONU não sabe mas deveria ser informada: a maioria das Leis permanecem engavetadas ou não são fiscalizadas. Temos várias Ongs. Associações, Comissões voluntárias, que permanecem meses e anos, buscando os benefícios das "melhores Leis do Brasil" mas esbarramos na burocracia ou na humilhação de mau atendimento, salvo as exceções.

Indubitável, portanto, que precisamos refletir e encarar a inclusão social das pessoas com deficiência, quer sejam idosas ou não, como um desafio presente e pessoal, pois estaremos preparando a sociedade para (quem sabe) “nos receber amanhã”.

CONCLUSÕES

O idoso, assim como a pessoa portadora de deficiência (idosa ou não) necessitam de cuidados especiais, como visto.

As estatísticas demonstram um aumento considerável para o futuro, de pessoas idosas em nosso País, o que se deve, principalmente, aos avanços da medicina e uma preocupação maior quanto a qualidade de vida dessas pessoas.

Devemos nos ater, porém, ao fato das pessoas portadoras de deficiência que também vem cada vez mais atingindo maior longevidade e que deverão receber o tratamento adequado, seja do Estado, como da sociedade, a fim de que tenham uma vida digna, um tratamento adequado.

É necessário preparar a sociedade para a inclusão social destas pessoas o que se efetivará mediante políticas públicas voltadas a garantia de direitos fundamentais como à saúde, trabalho, lazer, moradia, assistência social, etc.

É dever de todos lutar por uma sociedade livre de preconceitos e discriminações, justa, solidária, que garanta o bem estar de todos, afinal, como falar de um Estado Democrático de Direito se o bem de todos não for observado.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Lígia Assumpção Amaral. **Conhecendo a Deficiência (em companhia de Hércules)**. São Paulo: Robe, 1995.

_____ **Pensar a Diferença/Deficiência**. Brasília: CORDE, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3 ed. Brasília: CORDE, 2001.

_____ **A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003**. In: *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*, organizador Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Fátima Fernandes. **O Portador de Deficiência e a Administração Pública Municipal**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 1993.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência - Direitos de Garantias**. 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

ASSIS, Olney Queiroz; PussoLi, Lafaiete. **Pessoa Deficiente – Direitos e Garantias – Direitos Constitucionais, Trabalhistas, Civis, Tributários e Previdenciários**. São Paulo: Edipro, 1992.

BARNES, Colin. **Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental**. In: Discapacidad y sociedad. Dir. Jurjo Torres Santomé. Madrid: Morata, 1998.

CAMARANO. Ana Amélia. **Idosos: dependentes físicos?** In: Como vai? População brasileira. Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do IPEA. Ano IV, n. 3, ago-99, p. 37-43.

CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade Judicial dos Direitos Fundamentais Sociais**. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Instituição Toledo de Ensino, Bauru. 2006.

COSTALLAT, Fernanda Lavras. **O Direito ao Trabalho da Pessoa Deficiente – Manual de Orientação**. Campinas: Fundação Síndrome de Down, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. **A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas**. Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, vol.8, n..2, p.187-193. jun.2005

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. 1ed. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **A integração de pessoas com deficiência**. São Paulo: Memnon, 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao estatuto do idoso**. São Paulo: LTr, 2004.

MASINI, Aparecida Fortes Salzano. et. al. **Deficiência: Alternativas de Intervenção**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

MOTTI, Telma Flores Genaro. **A rotina de um centro de referência em Deficiência Auditiva: Perspectiva de pais e profissionais**. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2000.

_____. **Programa de orientação não presencial de pais de crianças deficientes auditivas**. 167 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. 2005.

NEVES, Tânia Regina Levada. **Educar para a Cidadania: Promovendo a auto-advocacia em grupo de pessoas com deficiência**. 236 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. 2005.

OMOTE, Sadao. **Estigma no tempo da inclusão**. In Revista Brasileira de Educação Especial. Marília: UNESP, set-dez 2004, v. 10, p. 287-308.

PRIETO, Jesús Souto. **Los depidos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas**. In: Constitución y justicia social. Cadernos de Derecho Judicial. Madrid: Lerko Print, 2003.

RIBAS, João Baptista Cintra. **O que são Pessoas Deficientes**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROBERT, Cinthia. **O Direito do Deficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

SANTANA, Rafael Liberal Ferreira de. **A previdência social e o censo 2000: perfil dos idosos**. Informe de Previdência Social, set/2002, v. 14, n. 9, p. 2-20.

SILVA, Idari Alves da. **Construindo a cidadania – uma análise introdutória sobre o direito à diferença**. 113 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Uberlândia. Uberlândia, 2002.

SILVA, Lúcia Peres Amorim Oliveira da. **A proteção constitucional ao idoso**. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, SP:[s.n.], 2001.

SILVA, Otto Marques da. **Uma questão de Competência**. São Paulo: Memnon, 1993.

VASH, Carolyn L. **Enfrentando a Deficiência**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1988.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2005.

[1] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[2] [DECRETO Nº 3.956, DE 8 DE OUTUBRO DE 2001.](#) Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

[3] PASTORE, José. Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência. São Paulo: LTr, 2000, p. 20.

[4] Carta aos Pais –

“...Li, numa cartilha de curso primário, a seguinte estória: Viviam juntos o pai, a mãe, um filho de 5 anos, e o avô, velhinho, vista curta, mãos trêmulas. Às refeições, por causa de suas mãos fracas e trêmulas, ele começou a deixar cair peças de porcelana em que a comida era servida. A mãe ficou muito aborrecida com isso, porque ela gostava muito do seu jogo de porcelana. Assim, discretamente, disse ao marido: Seu pai não está mais em condições de usar pratos de porcelana. Veja quantos ele já quebrou! Isso precisa parar... O marido, triste com a condição do seu pai mas, ao mesmo tempo, sem desejar contrariar a mulher, resolveu tomar uma providência que resolveria a situação. Foi a uma feira de artesanato e comprou uma gamela de madeira e talheres de bambu para substituir a porcelana. Na primeira refeição em que o avô comeu na gamela de madeira com garfo e colher de bambu o netinho estranhou. O pai explicou e o menino se calou. A partir desse dia ele começou a manifestar um interesse por artesanato que não tinha antes. Passava o dia tentando fazer um buraco no meio de uma peça de madeira com um martelo e um formão. O pai, entusiasmado com a revelação da vocação artística do filho, lhe perguntou: O que é que você está fazendo, filhinho? O menino, sem tirar os olhos da madeira, respondeu: Estou fazendo uma gamela para quando você ficar velho...”

Pois é isso que pode acontecer: se os seus filhos não aprenderem a conviver numa boa com crianças e adolescentes portadores de deficiências eles não saberão conviver com vocês quando vocês ficarem deficientes. Para poupar trabalho ao seu filho ou filha sugiro que visitem uma feira de artesanato. Lá encontrarão maravilhosas peças de madeira...” - (grifo nosso)

Rubem Alves é educador, escritor, psicanalista e professor emérito da Unicamp.

disponível em: http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/r_alves/id120203.htm - acesso em 03/03/07

[5] <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/27062003censo.shtm> - acesso em 09/11/2007

[6]

http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/saude/deficiencia/0010/Saude_idos_o_com_deficiencia.pdf - acesso em 09/11/2007

[7] O Artigo de Lucila Faleiros Neves e Siomara Rolla Chen, intitulado “Atenção à saúde do Idoso com deficiência” traz as transformações que podem ocorrer no organismo humano com o avanço da idade. Transcrevemos aqui algumas delas:

- A pele perde água e elasticidade, aparecem manchas e rugas com seu ressecamento e redução capilar, o poder de cicatrização diminui. A prevenção de acidentes deve estar muito presente no dia a dia. Por exemplo, uma ferida que aos 20 anos leva 10 dias para cicatrizar, no idoso exigirá 32 dias.

- A massa corpórea se modifica, com queda do metabolismo basal, aumento da concentração de gordura e enfraquecimento muscular. Neste sentido, há uma predominância de posturas em flexão pela dificuldade em vencer a força da gravidade; a coluna cervical curva-se para frente podendo aparecer problemas como uma cifose dorsal, um certo imobilismo da coluna lombar, os membros tendem a fletir ao nível dos cotovelos, joelhos e articulação coxo-femural. A atividade física, os exercícios de mobilidade e técnicas corporais podem ser de grande valia neste processo evitando as deformidades, a imobilidade e as deficiências físicas ou processos dolorosos.

- Alterações morfológicas e fisiológicas dos órgãos levam a mudanças na capacidade cardíaca, respiratória, digestiva, renal necessitando de condições mais adequadas e de adaptação do idoso a este diferente funcionamento, que não deve ser considerado patológico. A manutenção do equilíbrio destas funções, passam a depender de fatores de estilo de vida, nutricionais, psicossociais, etc.

Por ex: O rim do idoso perde peso e tamanho, há também a diminuição do número e tamanho de nefrons e da filtração glomerular, passando o idoso a eliminar uma maior quantidade de urina, de densidade mais baixa, permitindo a eliminação dos excretos, mas facilitando a desidratação que, se não cuidada levará a todo um quadro de debilidade secundária até situações mais graves. Os pulmões diminuem de volume e perdem a elasticidade, os músculos respiratórios perdem parte de sua capacidade resultando em uma diminuição da ventilação. A capacidade vital no idoso poderá estar diminuída em até 60 a 70% sem que isso signifique uma patologia respiratória, porém que associada a falta de atividade física ou hábitos como fumo podem acarretar problemas secundários.

- Diminuição das capacidades sensoriais: visual, auditiva, térmica, olfativa, gustativa, que conhecidas, compreendidas e cuidadas não necessariamente se tornam deficiências incapacitantes. Por exemplo: o uso de aparelho auditivo ou óculos pode ser recurso adotado que permitirá o desempenho de atividades com independência.

- O Sistema Nervoso Central sofre alterações como retração das circunvoluções cerebrais, perda de neurônios podendo chegar a 20% até a idade de 90 anos. O desbalanceamento entre vários sistemas de transmissão com conseqüências para as funções cerebrais pode levar a manifestações clínicas chamadas de “mudanças cerebrais suaves relacionadas com a idade” que incluem a redução do tônus muscular, distúrbios

da memória, mudanças do comportamento afetivo, desorientação no tempo e no espaço e distúrbios do sono.

- O aparelho músculo-esquelético também passa por transformações. O declínio da força muscular pode começar aos 30 anos, em condições de sedentarismo sendo mais pronunciado nos homens do que nas mulheres. Assim, na idade de 70 a 80 anos as mulheres podem apresentar esta diminuição em torno de 30% e os homens em 58%.

- Algumas das funções psíquicas como memória, concentração, associação, são mais sensíveis ao envelhecimento, porém certamente também são determinados por uma série de fatores sociais, emocionais e de antecedentes pessoais. A relação de vida destas pessoas pode facilitar muito o não agravamento destas condições. Por exemplo: manutenção de atividades de leitura, escrita, jogos, lazer, *hobbies* e a convivência social.

Disponível em:
http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/saude/deficiencia/0010/Saude_idos_o_com_deficiencia.pdf - acesso em 09/11/2007.

[8] <http://www.sbotologia.com.br/novo/links.asp>

[9] http://www.saudeauditiva.org.br/imprensa/imprensa_releases_detalhe.asp?id=11# - acesso em 09/11/2007.

[10] <http://www.apaebrasil.org.br/noticias.php?cod=264> – acesso em 09/11/2007.

[11] **As pessoas com a síndrome estão vivendo mais. Quem vai cuidar desses velhinhos? - Comentário SACI: Notícia da Revista VEJA Edição 1994; 7 de fevereiro de 2007 – disponível em:**

<http://www.saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=19122> – acesso em 09/11/2007.

[12]

<http://sentidos.uol.com.br/canais/materia.asp?codpag=9177&codtipo=1&subcat=133&anal=colunistas> – acesso em 09/11/2007

LOBBY, GRUPOS DE PRESSÃO E GRUPOS DE INTERESSE – UM BREVE ESTUDO NO CONTEXTO BRASILEIRO* **

LOBBY, PRESSURE GROUPS AND GROUPS OF INTERESTS - A STUDY OF THE BRAZILIAN CONTEXT

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Letícia Naiara Lopes França
Débora de Moura Pires**

RESUMO

Em uma sociedade democrática onde impera a representação parlamentar, a possibilidade e a necessidade da participação popular é latente. E a atividade lobista pode ser considerada como tal.

O presente artigo pretende analisar como é desenvolvido o lobby e em que cenário e, para isso, fazem-se necessários intensos estudos sobre o conceito tanto do lobby como dos grupos de interesse e dos de pressão, haja vista a enorme dificuldade de consenso por parte dos doutrinadores e determinação de diferenças entre eles. Igualmente necessário é o estudo da origem tanto da atividade objeto da pesquisa quanto da denominação. O estudo desta deve-se aos estigmas concedidos ao exercentes da atividade pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DEMOCRACIA, LOBBY, GRUPOS DE INTERESSE.

ABSTRACT

In a democratic society where the parliamentary representation empires, the possibility and necessity of the public participation is huge, and lobbying is definitely one of those. The present work intends to analyse how the lobby is developed and in which scenery it is developed. And so that can be done, intense studies about the meaning of ‘lobby’, ‘groups of interests’ and ‘pressure groups’ are required, since there are no agreement between the many authors that study this work’s subject. Equally necessary is the origins study, not only the activities but the term as well. The term’s study is due the stigma carried by every lobbyist.

KEYWORDS: KEY WORDS: DEMOCRACY, LOBBY, GROUPS OF INTERESTS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Artigo desenvolvido a partir da pesquisa Pensando o Direito - “GRUPOS DE INTERESSE (LOBBY): A possibilidade de regulação jurídica no Brasil”, - vinculado ao Centro Universitário de Brasília – Uniceub e Ministério da Justiça, patrocinado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

1. INTRODUÇÃO

No crescimento de uma sociedade democrática, existem vários fatores que influenciam e afastam a população de um modo geral das tomadas de decisões. Como forma de proteger os interesses desses grupos foi criado um sistema de representação parlamentar.

Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade moderna e da imensa diversificação de interesses sociais, percebeu-se que o sistema de democracia representativa não é suficiente para garantir no poder a representação dos anseios de toda uma sociedade dotada e composta por múltiplas intenções. Em face dessa realidade determinados grupos ou setores da sociedade entenderam que eram necessários outros mecanismos de participação para as tomadas de decisões no poder, sendo assim, surgiram e se desenvolveram ferramentas como as greves, manifestações, passeatas, divulgação na mídia dentre outras. Surgiu, nesse cenário, um instrumento utilizado por certos grupos de interesse de uma modalidade “de corpo-a-corpo” com os tomadores de decisões políticas dentro de um Estado, essa relação pode ser denominada de *lobby*. Esse nada mais é do que uma atividade legítima e democrática de ação representativa e influenciadora perante o governo. Atividade esta que intensifica e aproxima a relação entre poder público e privado, consolidando deste modo, sobremaneira, o regime democrático e a transparência nas atividades do Poder Público.

Como são os agentes da própria sociedade que a desenvolvem e como é o cenário pelo qual isto se ajusta, serão os pontos abordados neste trabalho. Ao se analisar *lobby*, fazem-se necessários estudos do histórico da atividade no Brasil, sua origem, conceituação e denominação. Igualmente é imprescindível a identificação das muitas características da atividade e de seus agentes, o cenário de atuação e as espécies de *lobby*. No decorrer do presente estudo encontra-se a tentativa de se esclarecer a dinâmica da atividade do lobby, muitas vezes obscura pelo pouco esclarecimento doutrinário encontrado sobre o tema e o receio de se discuti-lo.

2. HISTÓRICO

A palavra “lobby” tem sua origem na língua inglesa, significando ante-sala ou saguão. A atividade das pessoas que lá ficavam em busca de autoridades/políticos no intuito de influenciá-los para que aprovassem ou rejeitassem medidas de seus interesses é que levou essa expressão a ter a conotação atual. Deanna Gelak[1] afirma ter encontrado a primeira, ou uma das primeiras, utilizações escritas do termo em questão em 1820 na Inglaterra:

“Outras cartas de Washington afirmam que quando a questão foi levada à casa, membros do Senado, não só *fizeram lobby* sobre a Câmara dos Representantes, mas foram ativos ao intimidar certos representantes fracos ameaçando-os a dissolver a União”. 1º de abril de 1820. New Hampshire Continel.(tradução nossa)[2]

Muitas são as teorias acerca da real origem do lobby. Uma[3] delas aponta a origem dessa atividade para os agricultores do Estado da Virgínia (EUA), que enviavam ao saguão do parlamento pessoas para influenciarem nas decisões dos parlamentares. Já

outra[4], também dos Estados Unidos, afirma que o lobby se deu em um contexto de política de interesses após as eleições de 1896.

No Brasil pode-se dividir o surgimento do lobby em 3 fases: período autoritário, da transição de regime e do regime democrático. No primeiro não havia qualquer espaço para discussão dos interesses sociais, direitos difusos ou mesmo de cidadania, pelo menos não com o povo, pois não se estava diante de um regime democrático, condição *sine qua non* para a existência do lobby. Para que se conseguisse qualquer apoio ao interesse de um determinado grupo, o qual geralmente era para obter vantagem sobre o concorrente, era estritamente necessário conhecer algum militar reformado ou mesmo um civil com acesso aos militares que se encontravam no Poder.[5]

A segunda fase, diz respeito ao período de 1986 - 1988 (processo constituinte). Nesta fase a quantidade de profissionais, nas mais diversas áreas, aumentou significativamente, mas devido à desordem provocada pelo processo de criação da Constituição, da transição para um regime democrático, ainda não se podia verificar uma nítida atividade de grupos de interesse agindo de maneira ordenada e eficiente.

A terceira fase inicia-se com a consolidação da democracia e da cidadania, nas quais as relações entre público e privado modificaram-se de forma acentuada. O fato das decisões serem tomadas indiretamente pelo povo, através dos seus representantes, em certas circunstâncias pode dar ensejo a situações em que a vontade popular e os atos dos seus representantes nem sempre coincidam. Com a consolidação da democracia surgiu a necessidade de legitimar a participação da sociedade civil nas deliberações do Poder Público. Tem-se, portanto, um cenário propício e legítimo para a atuação dos grupos de interesse.

3. GRUPOS DE INTERESSE E GRUPOS DE PRESSÃO

Apesar de o lobby ser uma atividade existente no mundo há muitos anos, ainda não há consenso na doutrina brasileira ou internacional ao que diz respeito a sua conceituação.

Uma observação importante para a melhor compreensão das definições a seguir encontra-se na obra de Robbins e Tsetovat[6]:

“Ter um interesse em questões governamentais é necessário, mas não suficiente para que seja considerado um grupo de interesse. Atuar nesses interesses, como um grupo, para assegurar os benefícios ou reduzir os custos da política de regulação governamental para a sua organização faz dele um grupo de interesses”(tradução livre).[7]

Outro ponto de igual importância é definir quem pode participar desses grupos. Lindblom afirma que os funcionários governamentais não participam desses grupos uma vez que suas atuações não são em decorrência de uma ideologia, mas do cargo que exercem no governo. Frisa o autor:

“De modo muito vago, dizemos que as atividades dos grupos de interesse abrangem todas as interações mediante as quais os indivíduos e os grupos privados **que não têm autoridade governamental procuram influenciar as políticas, juntamente com as**

interações de funcionários governamentais que influenciam o processo decisório e que ultrapassam claramente o uso direto de sua autoridade. Empenhados em tais atividades, grupos privados, indivíduos e grupos governamentais exercem funções indispensáveis na formação da política” (Lindblom, 1981:77) (grifos nossos). [8]

Formam um grupo de interesse pessoas que compartilham das mesmas idéias e interesses, buscando assim um objetivo comum. Porém, não necessariamente irão usar de um comportamento tático, estratégico e planejado para influenciar diretamente as decisões do Poder Público. Os grupos de interesse ligam pessoas com determinadas filosofias e aspirações, mas que podem permanecer em um estado de inércia, sem nunca adotar uma postura de pressão política. Atitude essa clara dos grupos de pressão, que adotam uma postura direta de influência e pressão sobre as autoridades públicas, principalmente na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo[9]. Os grupos de pressão seriam então espécie, e os grupos de interesse o gênero.[10]

Nas palavras de Paulo Bonavides:

“Os grupos de interesse podem existir organizados e ativos sem, contudo exercerem a pressão política. São potencialmente grupos de pressão e constituem o gênero do qual os grupos vêm a ser espécie”. [11]

Luiz Alberto dos Santos, em sua tese de doutorado, disserta sobre várias teorias em torno da questão deste capítulo e conclui que elas levam a uma compreensão de que esses grupos, carregados de ideais e valores, se organizam e se formam para influenciar o sistema democrático do país. Assim como instituições econômicas e políticas, de um modo geral, que possuem relevante papel em “reduzir a incerteza, estabelecendo uma estrutura estável para a interação humana, ainda que não necessariamente eficiente”[12], as instituições dos grupos de interesse e dos grupos de pressão firmam sua importância em um exercício claro de democracia.

Em seguida, o autor expõe a conceituação dos institutos em exame. O primeiro, grupo de interesse, é definido a partir das lições de Clive Thomas, o qual afirma que “*grupo de interesse é uma associação de indivíduos ou organizações ou uma instituição pública ou privada que, com base em uma ou mais preocupação ou interesse compartilhado, tenta influenciar a política pública a seu favor*”[13]. A relevância desse conceito se dá pela presença tanto das entidades privadas como públicas.

O segundo conceito, grupos de pressão, é diferenciado do primeiro termo por muitos autores, dentre eles Meynaud[14], pela atuação ou não no poder público, sendo que os *grupos de interesse* não estão engajados nesta atuação, enquanto que os *grupos de pressão* sim. Entretanto, trata-se de um conceito não condizente com a realidade, uma vez que não explica a atuação conflituosa dos órgãos governamentais ou quase-governamentais com as próprias políticas.

Um conceito que talvez aluda a realidade do grupo de pressão é a trazida pelo autor com fundamento em Pasquino. Nesse sentido o grupo de pressão seria:

“A atividade de um conjunto de indivíduos que, unidos por motivações comuns, buscam, através do uso de sanções ou da ameaça de uso delas, influenciar sobre decisões que são tomadas pelo poder político, seja a fim de mudar a distribuição prevalente de bens, serviços, honras e oportunidades, seja a fim de conservá-la frente às ameaças de intervenção de outros grupos ou do próprio poder político”. Assim, a *pressão* estaria relacionada menos à possibilidade de obter acesso ao poder político, e mais à *“possibilidade de recorrer a sanções negativas (punições) ou positivas (prêmios), a fim de assegurar a determinação imperativa dos valores sociais através do poder político”* [15]

Em suma, grupos de pressão não se confundem com grupos de interesse, na medida em que utilizam de modos coercitivos ao invés de ficarem na tentativa de influenciar os tomadores de decisão.

Outra diferença, no mínimo interessante, para a definição dos objetos em questão é a em relação a grupos de pressão e de interesse e a partidos políticos. Os primeiros almejam uma pretensão cumprida, já os partidos políticos visam alcançar o poder para implantarem as suas políticas de governo. É válido frisar também que a pretensão dos grupos é efêmera se comparada a dos partidos políticos, cujo objetivo político é permanente. Outra diferença, esta traçada pelo parlamentar Marco Maciel em seu pronunciamento na Casa à época da propositura do seu Projeto de Lei [16], diz respeito à generalidade. Enquanto o Partido político defende interesses gerais, de grande alcance, os grupos de pressão e de interesse defendem seus próprios interesses.

Em relação às funções exercidas, encontra-se outra diferenciação. São algumas funções desempenhadas pelas partes políticas: competição eleitoral, gestão direta do poder e a expressão democrática. Os partidos políticos são parte das estruturas políticas, participam de eleições, são partes diretas na gestão do poder, e se inserem diretamente no quadro governamental, enquanto os grupos de pressão exercem atividade à margem do cenário político. Os grupos de interesse apenas exercem a democracia, no sentido de que tendem a fazer seus interesses alcançarem proteção do governo e serem ouvidos e analisados pelas autoridades. Enquanto, os partidos políticos exercem atividades próprias de agentes do governo.

Por fim, os lobbies são os grupos de pressão que instrumentalizam recursos de poder em busca de influência, mas sem se constituírem em partidos políticos [17].

Cabe ainda mencionar os conceitos de lobby aduzidos por Said Farhat, João Bosco Lodi e Andréa Cristina Oliveira.

Discorre Farhat:

“Lobby é toda atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesse definidos e legítimos, com objetivo de ser ouvido pelo poder público, para informá-lo, e dele obter determinadas medidas, decisões ou atitudes”. [18]

E mais, Said Farhat, ao definir lobby, fala em sentido amplo e sentido restrito do termo. Para o autor, em sentido amplo, os mais diversos meios e esforços, destinados a influenciar favoravelmente decisões seriam exercício de lobby. E em um sentido restrito, têm-se profissionais com objetivo de fazer chegar aos líderes governamentais os interesses representados, influenciando suas decisões.

João Bosco Lodi foi um dos primeiros a estudar a atividade, buscando esclarecer sua definição, objeto, área de atuação e características, na tentativa de afastar o pensamento de ilegitimidade e desonestidade que plana sob o lobby.

Nas palavras de Lodi:

“Lobby é a ação de influenciar sobre o tomador de decisões na esfera do poder público. A atuação persuasora sobre o poder público. O esforço para influenciar, a tentativa de, a ação para. Por extensão, pode-se chamar de lobby também o grupo de pessoas que exerce essa influência, ou o mecanismo de pressão ou de representação junto ao poder público” [19]

O autor apresenta o Poder Público como objeto do lobby. Uma vez que, o lobby se restringe a uma ação perante o Poder Público.

Interessante Lodi destacar que a atividade lobista nos cenários nacionais muito depende da educação democrática do povo. Uma vez que, a vida e costumes democráticos de um país diretamente irão influenciar nas escolhas dos instrumentos utilizados no momento de defesa dos interesses.[20]

E para Andréa Cristina Oliveira: “Lobby é o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração das políticas públicas de cada país”[21].

A atividade lobista compreende coleta de informações, estratégias apropriadas para poder atingir os seus objetivos e confecção de pesquisas. A pressão em si é apenas um estágio do lobby.[22] Nesse particular o lobby guarda estrita relação com o direito à informação garantido no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Wagner de Araújo conceitua o *lobby* em três aspectos distintos:

“i. *lobby* - grupo que exerce influência sobre qualquer autoridade pública para promover os interesses ou causas dos seus membros;

ii. *lobbying* - a atividade exercida, isto é, o *lobby* na sua atividade, ou seja, todo o esforço para influenciar o Parlamento acerca de qualquer assunto, e que chega a ele através da distribuição de material impresso, assistência às sessões das comissões do Parlamento, entrevistas ou tentativas com seus membros, ou através de outros meios;

iii. *lobbyst* - alguém que, por um pagamento ou outra razão, procura influenciar ou evitar a aprovação de determinada legislação por parte do Parlamento.”[23]

Considerando a impossibilidade dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de acompanhar todos os eventos, todas as correntes doutrinárias e filosóficas, todos os

anseios e necessidades dos mais diversos setores da sociedade o fato de existir grupos que possam passar a esses tomadores de decisão informações concernentes às necessidades populares, não deixa de ser um modo legítimo de exercício da democracia.

Nesse contexto é possível afirmar que o lobby se encaixa como sendo o processo utilizado pelos grupos de interesse para alçarem seus objetivos finais, ou ainda, como o conjunto de táticas utilizadas para que as decisões providas do poder estatal venham a beneficiar determinado grupo. O lobby é então o canal e os meios de comunicação entre os grupos de interesse e o poder estatal.

A idéia inicial é que por lobby se entendam os mecanismos utilizados pelos grupos de interesse para influenciar as decisões governamentais. Nesse cenário tem-se que os pontos mais marcantes da atividade do lobista são: levantamento de dados, pesquisas de informações, elaboração de propostas, e principalmente, formação de alianças políticas. Percebe-se a formação de um perfil lobista. O profissional de lobby possui características marcantes, que serão analisadas a seguir.

4. O PERFIL E O CENÁRIO DE ATUAÇÃO DO LOBISTA

É objetivo do lobista, dentro do Poder Estatal, exercer pressão governamental e fazer ouvidos os anseios de um grupo pelos líderes políticos. Para o sucesso de seu desempenho, o lobista explora a articulação e a estratégia política, conhecimento de governo e cultura geral, tato político e conhecimento jurídico.

O profissional do lobby acaba por adentrar e estar em constante contato com os bastidores do poder, principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo. O lobista precisa identificar seus aliados, e com eles estabelecer ligação de confiança, integridade, ética e discrição para que sejam concretizados suas realizações e seus objetivos.

Em seu tratamento com as autoridades, o lobista deve transparecer honestidade, credibilidade e confiabilidade, alto conhecimento de seu pleito, bem como conhecimento do campo legislativo e político, construindo assim junto com poder governamental projeto sólido, eficaz e legítimo.

Em relação ao seu contato com clientes, o profissional busca estabelecer relação de lealdade, convicção e compreensão das idéias e necessidades. O conhecimento técnico e o levantamento de informações a respeito da questão defendida são de extrema importância. Mas o profissional de lobby deve ir além, transparecendo confiança e certeza em sua tese, explorando suas vantagens e benfeitorias.

Além de convicto de suas idéias, o profissional do lobby deve ser persuasivo e perseverante. Diz Farhat:

“O lobista precisará dispor também de incomum persistência, pertinácia. Seu trabalho só começa realmente quando o interlocutor diz: ‘Não’. Se a primeira resposta foi afirmativa, pouco o nada restará que fazer”.[24]

Os profissionais do lobby atuam durante o processo de produção legislativa do país, portanto, são eles ativos tanto no poder legislativo quanto no Poder executivo, sendo que neste se vê uma atuação lobista mais freqüente e intensa. [25]

Não há negar-se que o Poder Executivo também é responsável pela produção normativa do país, seja por meio da propositura de projetos de lei ou propostas de emenda constitucional, seja por meio da edição de medidas provisórias. E, é interesse primordial do lobista é ver expressados e amparados no ordenamento jurídico seus interesses, sendo assim esclarecida a tão presente atuação do profissional nesta área.

Por sua vez, o Poder Legislativo é o responsável pelo processo legislativo, e mais ainda, é o responsável pela tomada das decisões pertinentes aos investimentos públicos, área de total interesse de um lobista. Tanto num poder como noutro estarão presentes os defensores de interesses, pois essa postura é uma exigência do regime democrático. Os profissionais do lobby costumam atuar durante todo o processo de produção normativa, desde as proposições parlamentares, passando pela negociação e até a aprovação dos projetos de lei.

5. ESPÉCIES DE LOBBY

Como já espanado acerca da conceituação, em uma linguagem ampla, o profissional de lobby tem por objetivo influenciar as decisões do governo de acordo com seus interesses. Observa-se que o lobby ocorre em várias áreas e de diversas maneiras. Nasce então uma tendência à classificação da atividade. Em sua obra, Andréa Cristina Oliveira classifica o lobby em: público, institucional, classista e privado.[26]

Em algumas situações a pressão surge de órgãos estatais. Ministérios, Agências Reguladoras, Autarquias e outros também buscam assegurar seus direitos, exercendo influência sobre os Poderes do Estado. Isso porque diferentes órgãos pleiteiam interesses muitas vezes conflitantes, e acabam em uma disputa por verbas ou competências. Essa atividade dos órgãos estatais é classificada como lobby público. Porém, por trata-se de comunicação entre entes públicos, o mais correto seria visualizar a situação como sendo relações interinstitucionais e não propriamente lobby.

O lobby institucional, ou melhor, as relações interinstitucionais, diz respeito à atuação dos departamentos de assuntos corporativos ou institucionais das empresas privadas, os quais se relacionam com diversos níveis e esferas governamentais. É interessante notar que as primeiras empresas a utilizarem esse lobby eram, na realidade, multinacionais, devido ao fato de já possuírem experiência no setor em outros Países.

Os sindicatos, federações e entidades de classe têm por objetivo lutar pelos interesses de seus filiados. O lobby classista trata da atuação dessas entidades de classe, como por exemplo, a CNI (Confederação Nacional da Indústria), com o fim de influenciar, ou melhor se fazerem ouvir, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e para defender seus interesses e de seus filiados.

Por fim, o lobby privado refere-se aos escritórios de lobby e consultoria, que apesar de exercerem a atividade, geralmente não se assumem como tal devido ao estigma carregado pela expressão.

6. NECESSIDADE DE NOVA DENOMINAÇÃO

A imprensa possui um relevante papel na sociedade, uma vez que, é um dos maiores veículos da manifestação de pensamento (previsto do art. 5º, IV, da Constituição de

1988), que fiscaliza as atuações públicas e privadas; que cobra das autoridades ações que impeçam as atividades incompatíveis com o Estado de Direito; e, por fim, que difunde idéias e valores. É interessante se observar a forma como se estrutura a imprensa nacional. Ao mesmo tempo em que exterioriza os pensamentos e anseios da sociedade, também é principal influenciadora e formadora de opiniões da população. Não seria diferente em relação às atuações parlamentares e a respectiva satisfação popular.

É inegável o papel da imprensa numa sociedade democrática. O cuidado deve planar sobre a possibilidade dela induzir os seus destinatários em erro quando transmite uma notícia de maneira errônea e muitas vezes viciada.

O lobby é uma atividade que o cidadão comum no Brasil, ao imaginá-la, remete-se diretamente a algo, muitas vezes, ilícito. No entanto, é preciso deixar claro que qualquer atividade ilícita, como por exemplo, o tráfico de influência já tem tratamento jurídico em nosso sistema, e no campo penal a matéria já se encontra bastante disciplinada. O lobby, pelo contrário, é uma atividade lícita que se constitui em uma exigência do exercício da democracia na exata medida em que aproxima os Poderes Públicos das necessidades e anseios da sociedade. De igual modo a atividade do lobby propicia transparência nas relações, que é uma exigência da Constituição ao referir-se aos princípios que regem a Administração Pública no *caput* do art.37.

Ao se conceituar o lobby procura-se acabar com o preconceito que essa atividade vem recebendo da imprensa e muitas vezes de setores da sociedade, por falta de conhecimento. O lobby é exercido em muitos Países, aliás somente ocorre em países que já possuem o regime democrático consolidado, como os Estados Unidos. Na América do sul também vários países já disciplinarem a atividade como o Peru. De outra parte a União Européia já levou a efeito a regulamentação da atividade. Não há negar-se que deturpações no exercício dessa atividade podem ocorrer, da mesma maneira que se dá com todas as outras atividades, no entanto o nosso sistema jurídico já desfruta de mecanismos para combatê-la de forma eficaz.

Cumprir registrar que em razão desse estigma que a atividade do lobby recebeu, parte da doutrina entende ser necessária a substituição da expressão “lobby” por alguma outra, que gere menos resistência ou preconceito.

A mudança de denominação é sugestão de muitos lobistas saturados da carga negativa do termo. Propõem designações como ‘relações governamentais’ ou ainda ‘advocacy’. A justificativa para este último é simples. O termo inglês engloba as atividades de identificar, defender e promover a causa em questão. Quem defende a utilização deste termo afirma ser ele o gênero do qual o lobby é uma espécie.[27]

A denominação ‘relações governamentais’, expressão já utilizada por muitos, está ligada a “aplicação de técnicas de comunicação por pessoas e instituições com o objetivo de afetar decisões de governo” [28].

Entretanto, em meio aos defensores da utilização dessas expressões, há também os que são radicalmente contra por acreditarem que os seus significados são diversos.[29] O fato do termo “advocacy” não ter um correspondente em português traz ainda mais conflitos acerca da substituição. Almira Rodrigues é uma das autoras que discorda da

sua utilização. Para ela um conceito vai de encontro ao outro. Enquanto ‘lobby’ é a “ação política em favor de grupos ou corporações específicas, ou seja, estão em pauta interesses privados, geralmente de ordem financeira, os quais tendem mesmo a causar a indignação de vastos segmentos sociais” [30]; “advocacy” está relacionado à ação de defesa de interesses públicos. Esta expressão, segundo a autora, está mais relacionada com controle social do que como lobby, propriamente dito, por se tratar de uma fiscalização e acompanhamento.

Quanto às “relações governamentais”, os críticos consideram que este pode ser também considerado como sendo a orientação de atividades legislativas e regulatórias conduzidas nos níveis federal, estadual e/ou municipal, cuja estratégia é o lobby. Outro problema desta expressão encontra-se no fato de poder ser relacionado a uma simples atividade de informação, na qual a empresa não utiliza a pressão. A sua atividade resume-se em formular uma estratégia para o cliente para que este informe ao governo sobre os impactos daquela decisão sobre sua atuação no mercado.

Acredita-se que não é a substituição do termo “lobby” que vai desmarginalizar a atividade. A regulamentação tem por objetivo trazer à claridade um exercício que, embora não ilegal, vive às escuras em virtude da falta de conhecimento sobre o tema e a freqüente confusão entre lobby e atividades como corrupção e tráfico de influência. É intenção que, com a regulamentação da atividade lobista se tenha o controle ético e social, transparência e respeito à lei, enquanto exercida a defesa de interesses e a influência governamental. É interesse de toda sociedade, que essas atividades, hoje exercidas de maneira pouco clara devida à marginalidade errônea a ela atribuída, venham a ser conhecidas e reguladas para um exercício transparente das relações entre entes públicos e privados. A regulamentação do lobby é uma exigência da democracia.

7. CONCLUSÕES

É inegável o grande crescimento do número de profissionais especializados em representar e defender interesses de um grupo perante o governo. O crescimento da atividade sem definição e limites certos deixa margens para uma atuação confusa e pouco transparente. Com a evolução do sistema democrático do país, não se pode negar a importância dos grupos defensores de interesses advindos da população, para o efetivo exercício da democracia. Igualmente inegável é a necessidade dessa atividade em um sistema democrático. Durante a primeira conferência nacional[31] da ordem dos advogados do Brasil (OAB), onde o lobby ocupava posição de destaque nas discussões, ainda em 1958, o seu relator Nehemias Gueiros reitera a notabilidade dessa atividade ao afirmar como sendo o lobby “uma atividade correta e corretiva, espécie de higiene da lei”[32]

É de suma importância que se discuta todas as arestas da crescente atividade, sua definição, características, formas de atuação, objetivo e eficácia. Para que se obtenha como produto dessa discussão o afastamento da imagem pejorativa do lobby e se enxergue a sua real essência.

Estigma vivenciado pelos lobistas deve-se não apenas aos inúmeros escândalos da mídia, mas da também da ignorância dos verdadeiros meandros das diligências

lobistas. Um meio capaz de afastar o mencionado estigma é a transparência, afinal a possibilidade de rastreamento resta latente. E a transparência essa que poderá ser alcançada com a promulgação de uma norma eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Murillo. *A ação dos grupos de pressão nos processos constitucionais recentes no Brasil*. Revista de Sociologia e Política, Brasília, nº6/7. 1996.

ARAÚJO, Wagner de. *Grupos de Pressão, Grupos de Interesse e Lobbies na Reforma Política Brasileira: incorporação de interesses e democratização*. Instituto Tancredo Neves, Prêmio Luís Eduardo Magalhães, 5ª Edição, 2003.

BELO, Manoel Alexandre C.. Grupos de pressão e influência política. *Verba júris: anuário da pós-graduação em direito. João Pessoa*, v 2, nº2. 2003

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARHAT, Said. *Lobby – O que é. Como se faz*. Peirópolis: Aberje, 2007.

GRAZIANO, Luigi. *Lobby e o interesse público*. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_35/rbcs35_08.htm. Acesso em agosto de 2008.

Kellogg Foundation. Disponível em <http://www.wkkf.org/Default.aspx?tabid=90&CID=280&ItemID=5000207&NID=5010207&LanguageID=2>. Acesso em agosto de 2008.

LODI, João Bosco. *Lobby, os grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986.

MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby: importância de sua regulamentação*. (pronunciamento). 1984.

MANCUSO, Wagner Pralon. *Lobby e democracia no Brasil*. Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/2005/07/09.shtml>. Acesso em agosto de 2008.

MESTIERI, Carlos Eduardo. *Relações públicas e Lobby*. Disponível em <http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/trabalhos/mestieri-completo.pdf>. Acesso em agosto de 2008.

NASSAR, Paulo. *Lobby: para que pensar nisso?* Disponível em <http://www.ifd.com.br/blog/2007/06/18/lobby-para-que-pensar-nisso/>. Acesso em agosto de 2008.

OLIVEIRA, Andréia Cristina de Jesus. *Breve histórico sobre o desenvolvimento do lobbying no Brasil*. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_168/R168-03.pdf. Acesso em agosto de 2008.

OLIVEIRA, Andréia Cristina. *As muitas faces do lobbying no Brasil: corrupção, tráfico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses?* Disponível em <http://www.lobbying.com.br>. Acesso em agosto de 2008.

PATRÍCIO, Djalma. *Poder, Grupos de Pressão e Meios de Comunicação*. Blumenal: Furb, 1998.

RODRIGUES, Almira . *Advocacy: uma ação política de novo tipo*. 1999. Artigo disponível em <http://www.cfemea.org.br/temasedados/detalhes.asp?IDTemasDados=32>. Acesso em agosto de 2008.

Umbelino Lobo, Antônio Marcos. *A era da transparência nas Relações governamentais e Institucionais*. Disponível em Http://www.lvba.com.br/portugues/quem_somos/pensamentos/artigoam01.pdf. Acesso em agosto de 2008.

SCHMIDT, Marcelo Winch. *Lobby: ética e transparência nas relações institucionais e governamentais*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11011>. Acesso em agosto de 2008.

[1] GELAK, Deanna. *Lobbying and Advocacy: Winning Strategies, Resources, Recommendations, Ethics and Ongoing Compliance for Lobbyists and Washington Advocates*, TheCapitol.Net, 2008. p. 52.

[2] No original: “Other letters from Washington affirm, that members of the Senate, when the compromise question was to be taken in the House, were not only "lobbying about the Representatives' Chamber," but were active in endeavoring to intimidate certain weak representatives by insulting threats to dissolve the Union.” 1º de abril de 1820. New Hampshire Continel.

[3] Cf FREIRE in OLIVEIRA, Andréa Cristina. *As muitas faces do lobbying no Brasil: corrupção, tráfico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses*. p. 23.

[4] Cf GRAZIANO in OLIVEIRA, Andréa Cristina. Idem. p. 23

[5] UMBELINO LOBO, Antônio Marcos. *A era da transparência nas Relações governamentais e Institucionais*. Artigo. Disponível em: http://www.lyba.com.br/portugues/quem_somos/pensamentos/artigoam01.pdf. Acesso em: 20.ago.2008.

[6] ROBINS, Suzanne & TSVETOVAT, Maksim. *The Structure of Interest Group Networks: A First Cut Using PAC Contribution Data*. Center for Social Complexity – George Mason University, 2006. Disponível em julho de 2007 em http://www.css.gmu.edu/maksim/page1/files/Robbins_Tsvetovat_MW06.pdf

[7] No original, “Having an interest in governmental outcomes is necessary, but it is not sufficient to be considered an interest group. Acting on those interests, as a group, to secure the benefits or reduce the costs of government regulatory policy for the organization makes it an interest group”.

[8] LINDBLOM, Charles E. *O Processo de Decisão Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. in SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação das Atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse e no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Tese de doutorado pela Universidade de Brasília. 2007.

[9] Esses poderes encontram-se na mira dos lobistas de todo o país. Isso se deve a atividade exercida por cada um deles. O legislativo por ser o responsável pelo nascimento das leis, inclusive as que regulam as arrecadações e investimento do dinheiro público. O executivo por também atuar como legislador através das medidas provisórias.

[10] Cf. SCHMIDT, Marcelo Winch. *Lobby: ética e transparência nas relações institucionais e governamentais*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11011>. Acesso em 20 de agosto 2008.

[11] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13ª ed. RJ: Forense, 2006. p. 461.

[12] SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação das Atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse e no ciclo de*

políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Tese de doutorado pela Universidade de Brasília. 2007. p. 72.

[13] CLIVE THOMAS in Luiz Alberto dos Santos. Idem. p. 81.

[14] MEYNAUD, Jean. *Os Grupos de Pressão*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1966 in Luiz Alberto dos Santos. Ibidem. p. 82

[15] PASQUINO in Luiz Alberto dos Santos. Ibidem. p. 79

[16] Projeto de Lei do Senado Federal nº 25/1984 de 21/03/1984.

[17] Cf. SANTOS, Luiz Alberto dos. *Op cit.* p. 85.

[18] FARHAT, Said. *Lobby – O que é. Como se faz*. Peirópolis: Aberje, 2007. p. 50.

[19] LODI, João Bosco. *Lobby, os grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986. p. 3.

[20] LODI, João Bosco. *Lobby, os grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986. p. 3.

[21] OLIVEIRA, Andréa Cristina. *As muitas faces do lobbying no Brasil: corrupção, tráfico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses*. p. 1.

[22] OLIVEIRA, Andréa Cristina. Idem. p. 2

[23] ARAÚJO, Wagner de. *Grupos de Pressão, Grupos de Interesse e Lobbies na Reforma Política Brasileira: incorporação de interesses e democratização*. 5º ed., 2003, Instituto Tancredo Neves, Prêmio Luís Eduardo Magalhães, p. 18.

[24] FARHAT, Said. *Op. cit.* p. 12.

[25] SCHMIDT, Marcelo Winch. *Lobby, ética e transparência nas relações institucionais e governamentais*. Disponível em

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11011>. Acesso em setembro de 2008.

[26] OLIVEIRA, Andréa Cristina. *Op. cit.* p 3.

[27] Cf, conforme Kellog Foundation. Disponível em:

<http://www.wkkf.org/Default.aspx?tabid=90&CID=280&ItemID=5000207&NID=5010207&LanguageID=2>

[28] MACK in Oliveira, Andrea Cristina. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto na representação no Brasil*. Campinas, SP : [s. n.], 2004. p. 47.

[29] OLIVEIRA, Andréa Cristina. *Op. cit.* p. 47.

[30] RODRIGUES, Almira. *Advocacy: uma ação política de novo tipo*. 1999. Artigo disponível em <http://www.cfemea.org.br/temasedados/detalhes.asp?IDTemasDados=32>. Acesso em: 20.ago.2008.

[31] Advocacia e Poder Legislativo. Assessoria a Parlamentares e às comissões técnicas do Congresso. Lobbying. Rio de Janeiro.

A REGULAÇÃO DA INTERNET MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS*

THE REGULATION OF THE INTERNET AND THE PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS

**Manoel Messias Peixinho
Doris Canen**

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as parcerias público-privadas tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil e a aplicabilidade das referidas parcerias para combater o abuso do anonimato na prática de atos ilícitos cometidos via internet. Desta forma, o tema é bastante relevante e atual, tendo em vista que a internet ainda é muito usada para cometimento de afrontas ao direito da privacidade alheia. As parcerias público-privadas são um moderno método de parceria entre o Governo e os particulares e são um meio hábil para os provedores de internet colaborarem com o Governo no que tange ao abuso do anonimato online.

PALAVRAS-CHAVES: INTERNET – PRIVACIDADE – ANONIMATO

ABSTRACT

This essay means to analyse public private partnerships in the United States and in Brazil and how these partnerships can be used in order to control the abuse of anonymity when someone practises illegal acts over the internet. In this sense, the theme is relevant and applicable to modern times as the internet is constantly used to offend the privacy rights of others and public private partnerships are a modern method of partnerships between the Government and private parties. This way, a partnership between internet providers and the Government may enable the collaboration of internet companies with the Government in order to stop the anonymity abuse online.

KEYWORDS: INTERNET – PRIVACY – ANONYMITY

INTRODUÇÃO: CONCEITO E RELEVÂNCIA TEMÁTICA

Em um sentido amplo, parceria público-privada é o ajuste que a Administração Pública celebra com um particular com o objetivo de viabilizar a realização de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem estar da sociedade. Nesse sentido, parceria público-privada é todo e qualquer acordo

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

bilateral firmado entre o setor público e o setor privado. O setor público contrata com o setor privado a provisão de serviços ou a realização de uma obra. O parceiro privado recebe, em contrapartida remuneração feita pelo setor público. Ambas as partes são sujeitas a um contrato que estipula detalhadamente as obrigações e direitos de cada pactuante.

Em sentido estrito, baseando-se na lei federal (L. 11.079/04), pode-se definir PPP como: a) contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado; b) celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular; c) remunera-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada; c) destina-se a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido.

As PPP's obedecem a uma tendência no cenário internacional de descentralização estatal. Embora de forma menos drástica que as privatizações, as PPP's propõem a delegação ao setor privado de atividades até então atribuídas à competência exclusiva do Estado, seja pela falta de recursos ou por limitação de despesas públicas impostas pela lei de responsabilidade fiscal[1].

No quadro mais amplo da crise fiscal do Estado, em associação ao processo de globalização, é que se insere e deve ser pensada a inserção das parcerias público-privadas (PPP's) no Brasil contemporâneo. A economia brasileira, uma das maiores do planeta, necessita de investimentos urgentes. Não obstante, a estrutura e a capacidade de investimento público já não são mais suficientes para suprir toda a demanda de investimentos existente, especialmente no que se refere aos grandes projetos de logística e infra-estrutura que viabilizem a sustentabilidade energética e o escoamento da produção nacional.

Nesse sentido, de modo a desenvolver o foco do trabalho, visa-se discutir e propor possíveis caminhos para a regulação da Internet mediante a utilização das parcerias público-privadas, no caso, entre o governo brasileiro e os provedores de internet. A importância do tema se justifica pelo crescente abuso do anonimato na Internet por pessoas e grupos que a utilizam para cometer atos ilícitos, muitos relacionados à incitação à violência e a preconceitos. Estes atos permanecem, muitas vezes, impunes, em vista dos termos de privacidade dos "sites". Entretanto, ao mesmo tempo, o artigo discute o dilema existente entre essa necessidade e a liberdade de expressão, que deve ser garantida nas comunicações.

Muito embora o estudo das parcerias público-privadas já tenha um corpo de conhecimentos em construção, a originalidade do estudo dá-se na medida em que será focalizado nas possibilidades dessa parceria na área da Internet. A regulação da Internet deve, pois, ser assunto de importância fundamental, levando em conta as tensões acima citadas para suas necessárias formulações jurídicas.

Para atingir esse objetivo e desenvolver o argumento, o trabalho abordará, em um primeiro momento, o conceito de parcerias público-privadas. Em seguida, em uma perspectiva comparativa serão utilizados autores brasileiros e norte-americanos, de modo a demonstrar as diferentes estruturas de ambas as realidades, delimitar o conceito

de parcerias público-privadas, analisar como são percebidas e desenvolvidas nos EUA e no Brasil e em que estágio se encontram os estudos sobre a Internet e a legislação que a regula, no contexto dessas parcerias, em ambos os países. A partir dessa análise comparativa, pretende-se apontar o estado da arte sobre o tema e sugerir alternativas futuras para o caminho da regulação da Internet no Brasil.

1. BREVE HISTÓRICOS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

1.1. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

As parcerias público-privadas se inserem num contexto de experiências internacionais. São três as razões que motivaram o crescimento das PPP's: busca de eficiência, melhoras proporcionadas na gestão de recursos e gestão do risco. Dentre os paradigmas de utilização das PPP's no direito estrangeiro, podem ser citados Reino Unido, Portugal e Estados Unidos da América. O modelo de parceria público-privada existente no Reino Unido é amplo e assume quaisquer formas de parceria entre o poder público e a iniciativa privada, enquanto na sistemática brasileira, o modelo de descentralização administrativa tem características próprias. Os princípios centrais das PPP's ou PFI's (*private finance initiatives*) britânicas consubstanciam-se na assunção do risco do projeto pelo setor privado e na observância do imperativo *good value for money*, segundo o qual o projeto de parceria público-privada deve buscar a otimização da prestação do serviço por meio da conjugação de maior eficiência e qualidade agregado de menor custo. As estimativas são de que os projetos permitiram economia relevante quando comparados aos projetos convencionais financiados e operacionalizados exclusivamente pelo setor público. Já em Portugal é acentuada a diferenciação entre PPP em sentido amplo e PPP em sentido estrito. Aquela abarca toda e qualquer parceria entre o ente público e o setor privado. Esta compreende o modelo de delegação pelo parceiro público ao parceiro privado da responsabilidade de execução de obra ou serviço, por um espaço de tempo suficientemente longo para permitir a amortização do investimento.[2]

1.1.1. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos as parcerias público-privadas ganharam grande espaço no governo de Bill Clinton. Neste país, as parcerias não têm legislação específica, mas diversos projetos. No caso específico de tecnologia, vale atentar para programas como o SBIR (Small Business Innovation Development Act of 1982), que incentivou a comercialização de inovações por microempresas, ganhando força em 1997 ao atingir o marco de 1 bilhão de dólares. No entanto, foi comprovado que as análises do US General Accounting Office comprovaram que não se pode medir o sucesso do programa por números. Isso porque os projetos de sucesso não precisariam do dinheiro do governo, que os patrocinava, pois seriam facilmente viabilizados pela iniciativa privada. Assim, o investimento governamental serviu somente para reduzir os gastos das firmas envolvidas e o dinheiro economizado foi direcionado a investimentos e não a pesquisa.

Nos EUA a privatização é, em geral, positiva. Entretanto, fugindo das ideologizações, a defesa das parcerias público-privadas, segunda geração das privatizações, nos dizeres de Rosenau[3], visa a avançar em áreas em que se percebe que é preciso que o Estado intervenha no papel de fomentador da atividade econômica e

sancionador dos desvios da legislação, como na regulação da internet, foco do presente estudo.

1.2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO

O primeiro aspecto que releva pontuar no surgimento das parcerias público-privadas no Brasil é que o processo de desenvolvimento econômico brasileiro enfrenta desafios relacionados à capacidade de investimentos principalmente em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento do Estado, como é o caso, por exemplo, dos setores relacionados à infra-estrutura. O segundo aspecto a ser considerado diz respeito à necessidade governamental de atrair investimentos privados para setores da economia em que os recursos públicos são insuficientes e, em contrapartida, a iniciativa privada não teria condições de participar sem a parceria estatal mediante a outorga de recursos públicos e outras contrapartidas financeiras.

Nesse contexto de escassez de investimento público e privado, adveio a promulgação da lei 11.079/04 com o intuito de reduzir deficiências no financiamento de investimentos públicos, o que permite ao Estado se desonerar de arcar sozinho com o financiamento do setor de infra-estrutura. Mas tal modalidade de colaboração entre o setor público e o particular não é novidade no Direito Administrativo pátrio.

A lei nº 11.079/04 tem os objetivos principais de “fornecer previsibilidade e segurança para o parceiro privado, reduzindo os custos do investimento; garantir a prestação de serviço ao longo do tempo com padrões de qualidade. As parcerias são uma nova estratégia para modificar a política de investimentos públicos, pois o Estado, carente de recursos, não consegue mais arcar integralmente com os altos gastos de obras em setores considerados fundamentais para o desenvolvimento econômico e social. Esse contexto propiciou a criação da lei de parceria público-privada, que teria a finalidade de aumentar a alocação de investimentos privados em setores governamentais estratégicos.[4]

2. NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A natureza jurídica das parcerias público-privadas é de contato administrativo de direito público e é espécie do gênero contrato administrativo de concessão. Constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos de interesse públicos.

As parcerias público-privadas, como espécies de contato de concessão aditem duas modalidades: patrocinada ou administrativa. A primeira é o tipo de concessão cujos serviços são fruídos diretamente pelos particulares, por meio de tarifas, mas com adição de contraprestação pecuniária provida pelo próprio Poder Público. Já a concessão administrativa é a modalidade em que o próprio Poder Público goza de forma direta ou indireta do serviço prestado e arca com sua remuneração a título de contraprestação. É o caso, por exemplo, da construção de um hospital pelo parceiro privado, em que a administração não pagará pela construção do hospital, mas por seu funcionamento durante o prazo estipulado. Em qualquer uma das formas, o pagamento efetuado pela Administração Pública poderá ser feito por ordem bancária, cessão de créditos não

tributários, outorgas de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei. Cumpre-nos ressaltar que, além das obrigações de pagamento, o Estado poderá prestar garantias para o cumprimento de obrigações assumidas pelo parceiro privado em decorrência dos contratos de parceria público-privada, além de permitir que os empenhos possam ser liquidados em favor da instituição financeira que financiou o projeto[5].

Por sua vez, na concessão comum, tratada na Lei nº 8.987/95, diferente do que acontece nas modalidades previstas na lei que estabelece a parceria público-privada, “o risco do empreendimento é de responsabilidade exclusiva do concessionário ou permissionário, sendo vedado ao poder concedente, a transferência de recursos ou a garantia de rentabilidade”. Portanto, não há nenhum tipo de contraprestação ou pagamento do ente público ao particular.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A lei 11.079/04, em seu artigo 4º, estabelece uma série de princípios norteadores do programa de PPP. Tais diretrizes têm o escopo de complementar as já existentes na Carta Magna e são parâmetros garantidores de um bom funcionamento das parcerias, seja na elaboração como na aplicação dos contratos. Estes ficam evidentes no artigo 4º da referida lei, a presença dos princípios da eficiência, da publicidade, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público.

A eficiência, destacada no inciso I, visa assegurar a presteza, a perfeição e o rendimento dos contratos celebrados, não somente em relação à atividade administrativa, como também do emprego dos recursos da sociedade, ou seja, do parceiro privado. Assim, os deveres, que tal princípio impõe, são o do cumprimento dos prazos estipulados, a da qualidade dos serviços prestados ao longo do tempo e o de impedir a existência de obras inacabadas.

Os projetos a serem escolhidos devem ser aqueles que têm maior apelo social. Desta forma, o Estado não se verá obrigado a desembolsar o valor da obra para sua construção, não correndo os riscos do projeto ser paralisado por insuficiência de fundos. A Administração Pública só arcará com os gastos proporcionais aos serviços disponibilizados pelo parceiro privado para que os custos e os resultados sociais coincidam e fomentem maior quantidade e qualidade dos serviços oferecidos a população.

Cabe única e exclusivamente a Administração a realização do controle interno, seja na escolha, como no acompanhamento da obra. Tal fiscalização será realizada pelas agências reguladoras, que embasadas deste diploma legal, escolherão, estruturarão e executarão os projetos anteriormente selecionados pelo órgão gestor da PPP.

O Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, ficará responsável pelo controle externo. Desta análise, poderão ser sustadas as decisões do Executivo, se o projeto não contrariar com os princípios da oportunidade e economia. Além disso, o Ministério Público, as instituições não-governamentais e a própria população, podem fiscalizar a realização das obras, através da ação civil pública, em relação às duas primeiras, e ação popular, quanto à última.

A lei que estabelece as PPPs rege a obediência aos princípios orçamentários, estando de acordo com a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, a LOA – Lei Orçamentária Anual e o PPA – Plano Plurianual. Sendo bastante clara quanto à porcentagem da receita líquida que o ente pode empregar para a realização da parceria, limitada a 1% (um por cento), o que garante o não endividamento rápido do parceiro público, já que os contratos podem ser fixados no prazo de até trinta e cinco anos.

A transparência dos procedimentos e das decisões, prevista no inciso V do artigo 4º, nada mais é que a aplicação do princípio constitucional da publicidade, que torna universal os atos publicados pela administração pública, conferindo-os controle e possibilidade de execução. A existência de procedimentos licitatórios, que neste caso utilizam a modalidade da tomada de preço e leilão, obriga a publicação dos atos, para que estes se façam válidos. Quanto maior o risco não-administrável, maior será a compensação exigida pelo capital, ou, no limite, simplesmente o capital não entrará na operação.

Capital que investe em infra-estrutura, geralmente, troca rentabilidade por segurança nos investimentos em longo prazo. Com o Estado suportando o risco não-administrável, viabiliza-se a entrada de recursos privados, possibilitando um maior número de obras. Os riscos dos particulares ainda são diminuídos pela criação de um fundo garantidor, que permitiria a execução do Poder Público sem passar pela lentidão dos precatórios.

O parceiro privado, realizador da obra, coloca os frutos desta a disposição do público, mediante uma contraprestação do Estado ao longo do tempo. Assim a Administração Pública não arca necessariamente com os gastos do projeto, tendo, mesmo assim, disponibilizado a viabilidade econômica e financeira da obra. Com isso, o Estado pode participar da realização de um maior número de obras, proporcionando a sustentabilidade dos projetos e vantagens sociais por atingir um maior contingente de particulares que cada vez mais precisam dos serviços públicos.

Com a intenção do Estado em atrair maiores investimentos do setor privado, fez-se necessário à previsão da repartição objetiva dos riscos entre as partes, complementando o princípio da segurança jurídica. Fica evidente, assim, a preocupação explícita do ente público em atrair recursos particulares, que só aparecem com certa estabilidade apresentada.

4. PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DA HONRA INDIVIDUAL: DESAFIOS PARA PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA REGULAÇÃO DA INTERNET

Atualmente está em debate no Senado brasileiro, projeto de lei 76/2000[6], elaborado pelo Senador Eduardo Azeredo que visa disciplinar a internet e punir crimes virtuais. Dentre os temas abordados pelo referido projeto, encontra-se a obrigatoriedade de identificação, através de CPF e identidade, de todos que quisessem utilizar os serviços de Internet para anular, assim o anonimato. No entanto, deve-se chamar atenção para a polêmica entre o combate aos atos ilícitos cibernéticos e a proteção à liberdade de expressão e anonimato dos usuários da Internet. O direito à privacidade é reconhecido como direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X[7], juntamente com a honra e imagem do indivíduo. No entanto, a legislação e a normatização da matéria não podem desconhecer os dilemas envolvidos

na questão. Uma ilustração atual é fornecida na imprensa, por exemplo, conforme reportagem de Tatiana Farah[8] em O Globo de 26 de junho de 2007. Na referida matéria, intitulada “Juiz nega a Cicarelli pedido de indenização do YouTube”, é explicitada a decisão do juiz Gustavo Santini Teodoro, da 23ª Vara Cível de São Paulo, que julgou improcedente o pedido contra o YouTube -, site em que o vídeo em que o casal mantinha relações sexuais em local público foi divulgado. A negativa do juiz baseou-se na alegação de que o princípio da boa-fé objetiva teria sido violado. Nas palavras do referido juiz, conforme a reportagem em pauta: “não lhes é permitido agir de dada maneira em público e depois afirmar “que isso não poderia ser veiculado publicamente”, assim como “a boa fé objetiva impede que os autores exijam que os órgãos de imprensa tratem como privada a conduta que elegeram como pública”.

Fica claro, portanto, que atos ilícitos - a divulgação de vida privada na internet - devem ser punidos. Porém, há que se distinguir em que medida tais atos existem, de modo que não se utilizem dispositivos legais para justificar ações injustas e movidas por má-fé. É importante destacar que a decisão do juiz poderia ter maior suporte caso houvesse legislação clara sobre a matéria, como argumentamos no presente trabalho.

Na Constituição dos Estados Unidos, tal matéria também não encontra disciplina. Isso se deve ao fato de que, segundo Harry Brown[9], a constituição americana não dispõe sobre o que o povo pode fazer, mas sobre o que o governo pode fazer. Assim, a matéria encontra-se disciplinada através de casos concretos, julgados pelas cortes americanas.

Por exemplo, Jonathan Rosenoer[10], outro autor americano, ao discutir o anonimato, demonstra que em inúmeras circunstâncias, a identificação de quem está se comunicando com quem pode ser mais importante e mais valiosa do que o próprio conteúdo das informações. Para ilustrar tais casos, o autor utiliza o julgamento de OJ Simpson, cuja captura foi oriunda da localização dos sinais de seu telefone celular. Defendemos que o mesmo se aplica em troca de e-mails, contatos estabelecidos em *sites* de relacionamentos, grupos de debates cibernéticos entre outros. No entanto, o autor chama atenção para casos nos quais o anonimato é essencial. Exemplos de tais casos são os alcoólicos anônimos, grupos de proteção a mulheres que sofrem maus tratos em casa, grupos de ajuda para mulheres grávidas, entre outros. Questiona-se se essas pessoas, cientes de que a qualquer momento poderiam ser “descobertas”, procurariam ajuda.

O contraponto ao apresentado é expresso por Roesenoer ao ressaltar que os abusos de alguns, que se utilizam do anonimato para praticar crimes como difamação, violação aos direitos autorais, lavagem de dinheiro, pornografia, racismo, dentre outros, geram a necessidade de se oferecer aos provedores de internet, vantagens em denunciar tais práticas a fim de evitar que o poder do computador seja uma ameaça aos direitos de privacidade individuais.

Sugerimos, então, a criação de cláusulas nos termos de privacidade dos “sites” que permitam que os donos de *sites* ou provedores de internet quebrem o sigilo cibernético, em casos de suspeitas fundadas de atos ilícitos. Cabe ressaltar que o popular *site* de relacionamentos “Orkut” já firmou acordos com o Ministério Público de diversos Estados brasileiros, a fim de coibir práticas ilegais *online*, conforme amplamente noticiado entre abril e junho de 2007 pelo portal de notícias G1.

5. REGULAÇÃO DA INTERNET NOS CONTEXTOS BRASILEIRO E AMERICANO

Marcos Juruena Villela Souto[11], em sua análise do Direito Administrativo Regulatório, aponta a importância da função regulatória do Direito, que pode ajudar na compreensão do conjunto dos atos de controle e das normas legais que afetam operações de mercado. O autor demonstra, assim, a importância da regulação de diferentes matérias, o que é perfeitamente aplicável à internet. Nesse tópico, portanto, serão abordadas as diferentes formas de regulação da internet, tanto no Estado Brasileiro quanto no Norte Americano, a fim de demonstrar possíveis formas para se elaborar um modelo adequado para regulação deste mais novo problema.

5.1. REGULAÇÃO DA INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS

A Constituição dos Estados Unidos, conforme já mencionado no presente trabalho, visa estabelecer normas para o governo federal, eis que cada estado possui legislação própria. Vale frisar que estados como Wisconsin criaram leis tais como a “Wisconsin Computer Crimes Act” através da qual é ilegal a modificação, cópia, destruição de dados de computador sem autorização. No entanto, o referido estatuto permanece omissivo quanto à regulação da internet, se limitando a definição de computador e o que se pode fazer através de seu uso.

Em 26 de abril de 2007, Barney Frank, introduziu no sistema americano legislação que regulamenta apostas via internet, a H.R. 2046, Internet Gambling Regulation and Enforcement Act of 2007. Frank afirma que a legislação existente apresenta interferência imprópria na liberdade dos cidadãos americanos, eis que as normas que proibiam tais práticas deixavam os americanos apostar online sem observar as legislações consumeristas. Assim, a lei estabelece meios de regulação a serem impostos pelo governo federal a fim de licenciar companhias a aceitar apostas via internet por indivíduos americanos, nos moldes permitidos por cada Estado. Visa também a proteger as empresas contra apostas compulsivas, apostas feitas por menores de idade, fraudes e lavagem de dinheiro.

O site <http://www.cyber-rights.org/reports/uscases.htm> exibe os seguintes casos de pornografia infantil na internet julgados pela corte americana: *The Operation Long Arm (1993)*. (Reported in Edward E. Cavazos & Gavino Morin, *Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-Line World*, 1994 MIT Press, page 102.); *US v. Kimbrough No. 94-10088 (5th Cir. 11/09/95)* “where the defendant was sentenced to a term of imprisonment of 72 months on charges involving receipt of child pornography, and possession of child pornography under 18 USC 2252; *US v. Chapman No. 94-2154 (1st Cir. 07/25/95)* where an America On-Line user sent another user three pictures involving child pornography via e-mail.”

Em casos como os explicitados, percebe-se que os Estados Unidos vêm tentando regular a internet e demonstrar ao mundo sua vontade de punir aqueles que a utilizam de maneira errônea. Observa-se, também, o uso de bom senso e jurisprudência, de acordo com a formação do Estado americano e sua perspectiva cultural, mais do que uma lei positivista para a repressão de crimes cibernéticos, muito embora os Estados acima mencionados possuam breves leis a respeito do tema.

5.2. REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

No Brasil existe a Lei do Software (Lei 9.609/98) que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, sem nada mencionar a respeito da internet. Tal como as leis americanas, o estatuto é omissivo quanto à regulação da internet.

No entanto, o Ministério Público vem apresentando propostas interessantes e avanços no controle da internet. Chamamos atenção para a parceria estabelecida entre o *site* de relacionamento “Orkut” e o Ministério Público de diversos Estados como Rio de Janeiro e Minas Gerais, na qualidade de *custus legis* a fim de regular melhor a internet, prevenindo e reprimindo crimes cibernéticos.

No caso específico do Rio de Janeiro, o Ministério Público terá uma página criada na internet através da qual os promotores poderão pedir diretamente aos administradores do site a remoção de conteúdo ou a preservação de informação relacionada a atividades criminosas. Acrescido a isso, os Ministérios Públicos terão direito a uma conta no Orkut, objetivando a coibição de pornografia infantil e preconceitos contra raça, cor, etnia, sexo, opção sexual, entre outras. Frisa-se, ainda, que em casos de crime contra a vida, não será necessário mandado judicial para a remoção da página em questão do ar, como ocorre com os demais perfis/páginas dolosamente criados para prejudicar terceiros.

No entanto, em vista do princípio da territorialidade, os Ministérios Públicos só poderão coibir as ilicitudes perpetradas por moradores de seus respectivos Estados. Em caso de ser comunicada ação criminosa cometida por moradores de outros locais, as autoridades locais serão incumbidas de tomar as atitudes necessárias para punir os infratores.

Resta evidente, pelo que foi explicitado, que a lei de parcerias público-privadas não está sendo utilizada para a regulação da internet. Primeiramente, pois visa à contratação de obras públicas em elevado valor e, em segundo lugar, pela excessiva burocratização do governo brasileiro e, arrisca-se dizer, por possível carga ideológica que ainda cerca a questão referente a aspectos da privatização no Brasil, olhada com desconfiança, conforme argumentado anteriormente.

Entretanto, é lícito argumentar que o Ministério Público estabeleceu uma espécie de parceria público-privada com o Google e o Orkut, a fim de coibir atos ilícitos na internet, nos moldes das Parcerias Público-Privadas americanas em tecnologia, já explicitadas no presente trabalho, realizadas sob o governo Clinton.

6. APLICABILIDADE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA REGULAÇÃO DA INTERNET

De acordo com Stephen Linder[12], existem seis usos distintos para as parcerias público-privadas. O primeiro seria a utilização das parcerias público-privadas como reforma administrativa. Nesse sentido, são parcerias em que os governantes contam com a colaboração de empresas que visam o lucro, a fim de inserir o governo no mercado e adaptá-lo à competitividade, ou seja, as empresas seriam “mentoras” das estratégias governamentais. Nesse caso, o referido autor atribui esse uso ao fato de a ausência de competição e crescente burocratização do governo tê-lo tornado ineficiente, ao mesmo

tempo em que o caráter competitivo do mercado “estimula inovações e criativas maneiras de resolver problemas. A parceria, nesse sentido, estimularia melhoras nas formas de governar.” Percebemos aqui a influência de Max Weber, que há muito, já alegava que os Estados devem funcionar à semelhança das empresas.

Um segundo sentido apontado por Linder é o das parcerias público-privadas que podem ser “conversoras de problemas” e utilizadas não para “reformular” a administração governamental, mas como um meio de induzir terceiros que conheçam bem o mercado a realizar tarefas que seriam governamentais por um custo menor. Nesse caso, o autor esclarece que o governo seria um investidor que pode fechar negócios e atrair empresários, com seu capital privado para trabalharem em diferentes projetos.

Um terceiro sentido atribuído pelo referido autor às parcerias público-privadas diz respeito ao que denomina de “regeneração moral”. Explica-se. Quando o uso das parcerias não visa à aproximação do governo do mercado, mas é um instrumento de descentralização de atividades do governo para usar o incentivo ao trabalho, prudência, iniciativa, além de outros valores essenciais à ética protestante e retirar o foco do mercado.

“Deslocamento de riscos” seria uma quarta forma de utilização das parcerias público-privadas, segundo Linder, através da qual o governo promete lucros potenciais aos seus parceiros privados que investirem em seus projetos, bem como incentivos fiscais aos mesmos. Assim, os projetos continuam sendo públicos, muito embora a fonte de custeio seja tanto pública quanto particular.

A quinta forma refere-se à “reestruturação do crescimento econômico de um país através de controle dos empregados do governo do modo privado”, ou seja, celetista, através de acordos sobre pagamento e evitando as burocracias administrativas.

O último modo sugerido para utilização das parcerias público-privadas pelo referido autor é um “meio de divisão de poder”. Nesse caso, deve haver, entre as partes, em primeiro lugar, um espírito de cooperação e confiança, além de divisão de responsabilidades, conhecimento e risco, “bem como a negociação das diferenças que, em outros casos eram motivo de litígio”. Esse modo de construção de parcerias, nos Estados Unidos é muito utilizado para reciclagem e demais trabalhos voluntários, no entanto não tem tido muito sucesso em vista da ausência de confiança entre os parceiros.

As reflexões efetuadas por Linder parecem particularmente relevantes para o caso da Internet, foco deste trabalho. De fato, o primeiro uso pode ser aplicado à regulação da Internet no momento. Nesse sentido, torna-se essencial a criação de parcerias com os provedores e os responsáveis pelos *websites* a fim de serem criados mecanismos tecnológicos que evitem o mau uso da Internet. A assunção da parceria, nessa hipótese, evitaria a prática de atos ilícitos como crimes contra a honra, racismo, pornografia infantil, entre outros, bem como a proteção da propriedade intelectual. Ambos os sentidos são defendidos no presente trabalho.

Também pode utilizar-se o segundo modo de parcerias público-privadas para regulação da internet, eis que os provedores de internet e responsáveis por diferentes *websites* podem receber vantagens do governo em troca de cooperação no combate aos atos

ilícitos cibernéticos ou da violação à propriedade intelectual. Já o terceiro uso pode ser um argumento para que os próprios usuários da internet ajudem a prevenir e reprimir quaisquer atos ilícitos cometidos *online* por meio de denúncias anônimas, oferecimento de empregos para aqueles que dominam o computador, incentivo a *ex-hackers*, entre outros.

Acreditamos que a quarta modalidade pode servir de incentivo aos responsáveis por *websites* e provedores de internet a criar meios de identificação dos usuários que utilizam o mundo cibernético com propósitos escusos entre eles o desrespeito à propriedade intelectual. A quinta forma de uso das parcerias não apresenta uso para a internet. A sexta forma também não nos parece útil para regulação da internet, eis que pode reinar a desconfiança entre os diversos membros que compõem a parceria.

Pelo exposto, a partir da análise das duas considerações sobre a regulamentação da internet a fim de combater atos ilícitos pode-se inferir que: (i) as parcerias público-privadas para tal regulamentação poderiam contar com tipos que Linder propõe, sendo levadas em conta as limitações da Lei das Parcerias Público-Privadas apontadas por Di Pietro; (ii) no que se refere à questão do anonimato, tal parceria deveria resultar em regulação que levasse em conta as tensões apontadas por Roesenoer, de modo a não prejudicar a liberdade de expressão ou divulgar identidades que estão sendo protegida.

Considerações finais

Pelo exposto, resta evidente que tanto os Estados Unidos quanto o Brasil há avanços na prevenção e repressão de crimes na internet. No entanto, muito ainda deve ser feito para proteger as vítimas de atos ilícitos tanto na esfera dos crimes cibernéticos quanto na questão de proteção à propriedade intelectual.

Em ambos os países, com suas diferentes culturas, percebe-se o interesse em regular a Internet a fim de dar maior segurança jurídica às referidas populações. Um exemplo de medida eficaz é a tomada pelo Ministério Público de diversos Estados Brasileiros, ao traçar uma parceria com o *site* de relacionamentos Orkut, a fim de trabalharem juntos para combater a propagação do crime e a impunidade que ocorrem no referido *site*, como citado no presente trabalho.

O governo dos Estados Unidos também tem sido bem sucedido no sentido de fomentar o setor privado através das parcerias público-privadas. No entanto, analisando as experiências da década de 90, concluímos que falta consciência aos empresários da essencialidade da pesquisa para o desenvolvimento dessa área, no país.

Em vista do exposto, é essencial ao Brasil a adoção de outras medidas céleres para a regulação da internet, primeiramente, para ajudar os demais países no combate aos atos ilícitos e violação a propriedade intelectual. Dessa forma, passaria ao restante do mundo a idéia de segurança, atraindo investidores e melhorando sua economia.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro*: In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006

BROWNE, Harry. *Does the Constitution Contain a Right to Privacy*, em 09.maio.2003 Disponível em <URL: <http://harrybrowne.org/articles/PrivacyRight.htm>> [25.jun.2007].

BULT-SPIERING, M.; DEWULF, G. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective*. Oxford: Blackwell, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. São Paulo: Atlas, 2008.

Frank Introduces Internet Gambling. *Regulation and Enforcement Act of 2007*. Washington, abril de 2007, disponível em URL: http://www.house.gov/apps/list/press/financialsvcs_dem/press042607.shtml [25.jun.2007].

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. 1.^a ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LINDER, Stephen H. *Coming to terms with the public-private partnership*, in: *Public private policy partnerhips*, Edited by Pauline Vaillancourt Rosenau, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

POLTRONIERI, Renato. *Garantia ao Investidor*. Disponível em <URL: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/37183,1>> [14.jun.2007].

ROSENAU, Pauline Vaillancourt (Org.). *Public Privacy Policy Partnerships*. Massachusetts Institute of Technology, 2000.

ROSENOER, Jonathan. *Cyberlaw: The Law of the Internet*. Springer, New York: 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

YESCOMBE, E. R. *Public Private Partnerships Principles of Policy and Finance*. Ed Butterworth-Heinemann, 2007.

United States Section of Regulation of Child Pornography on the Internet, disponível em URL: <http://www.cyber-rights.org/reports/uscases.htm> [25.jun.2007].

[1] A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

[2] Para um estudo mais aprofundado das parcerias público-privadas no direito estrangeiro, cf. YESCOMBE, E. R. *Public Private Partnerships Principles of Policy and Finance*. Ed Butterworth-Heinemann, 2007; BULT-SPIERING, M.; DEWULF, G. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective*. Oxford: Blackwell, 2006.

[3] ROSENAU, Pauline Vaillancourt (Org.). **Public privacy policy partnerships** Massachusetts Institute of Technology, 2000.

[4] Sobre a história das parcerias público-privadas no Brasil, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. São Paulo: Atlas, 2008.

[5] Sobre a diferenciação entre concessões administrativa e concessão patrocinadas, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro: In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 56 e BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p.92.

[6] O substitutivo apresentado pelo Senador Eduardo Azeredo aglutinou três projetos de lei que já tramitavam no Senado, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, e dá outras providências. Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, e dá outras providências.

[7] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

[8] FARAH, T. Juiz nega a Cicarelli pedido de indenização do YouTube. *O Globo*, 26 de junho de 2007, pg. 9.

[9] <http://harrybrowne.org/articles/PrivacyRight.htm>

[11] SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Direito administrativo regulatório, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[12] LINDER, Stephen H. *Coming to terms with the public-private partnership. In: Public Private Policy Partnerhips*, Edited by Pauline Vaillancourt Rosenau, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 19/37

A LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL*

LA LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ COMME UN OUTIL DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

**Marcia Carla Pereira Ribeiro
Eduardo Bastos de Barros**

RESUMO

A limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade operam como importante instrumento de desenvolvimento econômico e social. Numa sociedade pautada na liberdade de iniciativa e sujeita à economia de mercado, a movimentação econômica pressupõe investimentos públicos e privados, porém, o exercício da atividade econômica é concebido pela Constituição Federal como de titularidade da iniciativa privada, cabendo apenas de forma excepcional ao agente público. O investimento privado indispensável ao financiamento da atividade econômica está diretamente ligado ao regime jurídico estabelecido para a disciplina da economia. Se o risco é indissociável da prática empresarial, a utilização de mecanismos limitadores de responsabilidade de sócios funciona no incremento da opção do investidor privado. A subtração da limitação de responsabilidade precisa ser ponderada a partir da ótica econômica, especialmente levando-se em consideração seu impacto no estágio de desenvolvimento econômico e social do país.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE. LIMITAÇÃO. SOCIEDADE. DESENVOLVIMENTO. IMPACTOS

RESUME

La limitation de la responsabilité par rapport aux obligations de l'entreprise est un important instrument de développement économique et social. Dans une société fondée sur la liberté d'initiative et sous réserve d'une économie de marché, le dynamisme économique exige des investissements publics et privés, toutefois, l'exercice de l'activité économique est conçu par la Constitution Fédérale comme appartenant à l'entreprise privée, ne l'autorisant que exceptionnellement à l'initiative publique. Les investissements privés nécessaires au financement de l'activité économique sont directement liés au régime juridique établi par la discipline de l'économie. Si le risque est indissociable de la pratique des affaires, le recours à des mécanismes de limitation de la responsabilité des partenaires favorise l'option d'un investisseur privé. La soustraction de la limitation de la responsabilité doit être considérée du point de vue

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

économique, compte tenu en particulier de son impact sur la scène du développement économique et social d'un pays.

MOT-CLES: RESPONSABILITÉ. LIMITATION. SOCIÉTÉ. DÉVELOPPEMENT. IMPACTS

1. Introdução.

O propósito do presente artigo é demonstrar que dentre as várias funções do mecanismo jurídico da limitação de responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade, encontra-se a de servir de instrumento para a geração de emprego e renda, tendo, portanto, relevante papel no desenvolvimento econômico e social.

Essa função, inclusive, foi um dos fatores determinantes do reconhecimento, pelo Direito, da importância social e econômica da limitação de responsabilidade, o que fez com que as sociedades que oferecem esse atrativo a todos os seus integrantes se tornassem a forma jurídica de organização societária predominante no direito e na economia brasileiros.[1]

2. O reconhecimento, pelo Direito, da relevância da limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade.

O direito ordena normativamente a realidade, mediante uma opção entre fatos e valores socialmente relevantes. Na norma jurídica estão ligados de forma indissociável a imposição imperativa da conduta exigida, proibida ou autorizada e os valores e circunstâncias sociais que conduziram à realização da opção pela normatização de determinada conduta por parte do ordenamento jurídico.[2] A limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade é produto da evolução histórica das práticas mercantis e econômicas. Uma opção jurídica adotada diante da constatação da necessidade, aceitação e prestígio da limitação da responsabilidade no seio social.

Um longo caminho foi percorrido até que a limitação da responsabilidade daquele que investe na exploração de uma determinada atividade econômica (e, portanto, sujeita ao risco) mediante a utilização de uma sociedade fosse erigida como norma jurídica

Na antiguidade remota, os devedores estavam sujeitos à morte por suas dívidas. No Código de Hamurabi, era prevista a escravidão do devedor ou de sua família.[3] No Direito Romano, a lei das XII Tábuas, além da morte do devedor, também autorizava a venda do inadimplente como escravo, observados certos requisitos.[4]

A execução da própria pessoa do devedor foi gradativamente extinta. A *Lex Paetelia Papiria*, de 326 a.C., estabeleceu que o inadimplemento não mais ensejaria “a execução pessoal, mas tão somente a execução patrimonial do devedor, com exceção do inadimplemento das dívidas provenientes de delitos, que permitia a execução da própria pessoa”. [5]

Essa responsabilização patrimonial, inicialmente, não tinha limites. Qualquer pessoa capaz de contrair obrigações tinha todos os seus bens sujeitos à excussão pelos seus credores em caso de inadimplemento. Havia uma responsabilidade ilimitada pelas obrigações contraídas no exercício de atividade mercantil, numa absoluta confusão entre todo o patrimônio pessoal do mercador e a parcela de seus bens que era efetivamente dedicada ao exercício de atividade mercantil.

O desenvolvimento do mecanismo de limitação de responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade iniciou uma alteração significativa nesse cenário.

O atual conceito de personalidade jurídica das sociedades mercantis teria surgido somente com as primeiras formas rudimentares de sociedades com limitação de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

Essa necessidade de se firmar a distinção patrimonial para garantir a limitação de responsabilidade é que teria originado as práticas de registrar os livros sociais da comandita perante os oficiais da corporação do município e noticiar a constituição e sucessivas modificações do contrato social em um registro público, em garantia dos credores sociais, posto que tais providências contribuíram decisivamente para manifestar perante terceiros a existência de um ente social autônomo e distinto das pessoas de seus sócios.

Por esse motivo afirma-se que as normas acerca da personalidade jurídica se fundam sobre dois pressupostos: a diversa disciplina dos bens em relação à distinção concomitantemente instituída entre credores sociais e individuais, e a distinta legitimação para a prática dos atos dos quais derivam obrigações para com os credores (diferenciados, por esta razão, em credores sociais e individuais), destacando que ambos os referidos pressupostos funcionalmente se integram.

Foi a atribuição de responsabilidade limitada a todos os sócios pelas obrigações sociais o evento determinante do desenvolvimento e evolução das sociedades comerciais.

Esse refinamento, pelo direito, do sistema de responsabilidade dos sócios (empreendedores/investidores) pelas obrigações da sociedade (empreendimento/investimento[6]) foi um produto da evolução econômica.

Com efeito, como destaca, por muitos séculos (até o surgimento do capitalismo industrial) o sistema econômico se caracterizou pela predominância de uma economia artesanal e mercantil, num universo onde atuavam uma multiplicidade de agentes econômicos individuais, dispersos e de dimensão similar, gozando de paridade e autonomia absolutas entre si num mercado transparente e livre (no sentido da concorrência), em que a ordenação e o equilíbrio derivavam do jogo das forças do mercado (a “mão invisível” de que fala Adam Smith).[7]

O personagem central desse sistema era a empresa individual, explorada pelo empresário. Ela representava o quadro institucional da organização das pequenas unidades econômicas: meios financeiros limitados e escassos, estrutura rudimentar (representada somente pelo empresário ou por ele e poucos auxiliares, quase sempre seus próprios familiares), relações comerciais circunscritas, servindo mercados locais e com uma demanda estática. Em virtude dessa estrutura, a atividade econômica,

individualmente considerada, não possuía qualquer força para condicionar o mercado ou outros agentes econômicos. O direito de então era reflexo desse sistema e, no que toca à limitação da responsabilidade, era o empresário individual que suportava, com todo o seu patrimônio pessoal, os riscos da exploração de atividade econômica.

A análise da evolução dos tipos societários (e dos mecanismos de limitação de responsabilidade) empregáveis na época é reflexo das circunstâncias antes narradas. As sociedades são caracterizadas pela responsabilidade ilimitada de todos os sócios pelas obrigações sociais (nomeadamente, a Sociedade em Nome Coletivo) [8].

A partir desta configuração, evolui-se para o desenvolvimento de categorias distintas de sócios, considerando-se a responsabilidade de cada uma delas pelas obrigações sociais. Cria-se a possibilidade jurídica de determinada categoria de sócio limitar o montante de sua responsabilidade (risco do investimento) pelas obrigações da sociedade. Contudo, sempre um ou alguns dos sócios, de outra categoria, continuavam com responsabilidade pessoal e ilimitada pelas obrigações contraídas pela sociedade com terceiros (e, em virtude disto, com a gestão dos negócios sociais, tendo em vista o maior risco assumido em relação ao empreendimento). [9]

Muito embora a distinção patrimonial esteja presente nestas formas societárias, a personificação das mesmas não afastou completamente o regime de responsabilidade ilimitada (sob o aspecto patrimonial) dos sócios[10]. Implicou, em alguns casos, apenas responsabilidade solidária ou subsidiária das pessoas ligadas por vínculos societários em relação às obrigações contraídas pela pessoa jurídica.[11]

A partir do final do século XVIII, esse cenário sofreria uma radical transformação. Os grandes empreendimentos industriais (manufatura, indústria têxtil) rapidamente substituíram o pequeno artesanato de domicílio ou corporações de ofício e os pequenos empresários individuais, em um sistema fundado na utilização massiva de mão-de-obra assalariada e de inventos revolucionários (inicialmente a máquina a vapor e, em um momento posterior, a eletricidade). A economia deixa de ser artesanal e passa a ser industrial, caracterizada pela concentração, onde, pela primeira vez, diversos setores do mercado começam a ser dominados por um número cada vez mais reduzido de agentes econômicos (as primeiras grandes empresas monopolistas).

Esse novo sistema trouxe consigo novas necessidades de natureza financeira (exigência de reunião de grande volume de capital e ativos patrimoniais), organizacional (gestão profissionalizada e emprego de força de trabalho contratada) e, no que interessa à presente investigação, jurídica (limitação de responsabilidade dos investidores, de forma a viabilizar a reunião do capital necessário para por em marcha todos os empreendimentos industriais).

Com o aumento de escala de produção de bens de consumo, em virtude da utilização de máquinas e da divisão do trabalho, houve um incremento de oportunidades de negócios no campo comercial. Entretanto, para que o potencial advindo das então recentes inovações tecnológicas fosse efetivamente explorado, possibilitando a disseminação social dos benefícios decorrentes dos novos produtos concebidos, era necessário oferecer aos empreendedores segurança jurídica. Como afirma POLANYI (2000:96):

Não foi o aparecimento da máquina em si mas a invenção de maquinarias e fábricas complicadas e, portanto, especializadas que mudou completamente a relação do mercador com a produção. Embora a nova organização produtiva tenha sido introduzida pelo mercador – fato esse que determinou todo o curso da transformação –, a utilização de maquinarias e fábricas especializadas implicou o desenvolvimento do sistema fabril e, com ele, ocorreu uma alteração decisiva na importância relativa do comércio e da indústria, em favor dessa última. A produção industrial deixou de ser um acessório do comércio organizado pelo mercador como proposição de compra e venda; ela envolvia agora investimentos a longo prazo, com os riscos correspondentes, e a menos que a continuidade da produção fosse garantida, com certa margem de segurança, um tal risco não seria suportável.

A estrutura organizacional e jurídica da empresa individual não poderia atender a essas novas exigências decorrentes da revolução industrial. Por isso, a empresa individual deixa de ser a protagonista do sistema econômico, papel agora assumido pela empresa coletiva, explorada por uma pessoa jurídica: a sociedade comercial. É nesse momento em que a sociedade de responsabilidade limitada emerge para dominar o cenário econômico e jurídico.

A sociedade de responsabilidade limitada – por meio de sua primeira espécie, a Sociedade Anônima – veio responder aos imperativos financeiros do novo sistema econômico.

Para a aquisição do maquinário destinado a organizar as primeiras indústrias, eram necessários grandes volumes de capital, o que tornava muito difícil para uma única pessoa ou um pequeno grupo delas organizar um empreendimento com essas características. Foi precisamente a necessidade de viabilizar a cooperação econômica entre um considerável número de pessoas para obter o capital necessário para o início de um grande empreendimento industrial que consolidou[12] a limitação da responsabilidade de todos os sócios pelas obrigações sociais como regra e forma dominante no direito societário, uma vez que esse mecanismo jurídico representou a solução, do ponto de vista jurídico, para o problema financeiro.

A limitação da responsabilidade de todos os sócios pelas obrigações sociais representa, assim, o último estágio da evolução do regramento jurídico acerca da sujeição do patrimônio dos empreendedores ao risco do empreendimento organizado sob a forma de sociedade mercantil. É o rompimento de um relevante paradigma.

A positivação desse mecanismo permitiu que o risco de um interessado em realizar investimento organizado sob a forma de sociedade seja definido *a priori* e de forma clara. O direito sinaliza inequivocamente ao empreendedor que, em uma situação de normalidade (respeito ao contrato social e à lei), o mesmo passa a correr apenas um único risco: o de perder o capital investido na sociedade caso a mesma malogre. E esse risco é aferível antecipadamente, ou seja, com certeza, previsibilidade, tornando objetivo o processo de decisão pela realização ou não do investimento.

Essa circunstância, como anota JUSTEN FILHO (1987:24), conduziu não só à generalização da personificação societária (em virtude da distinção entre patrimônio de

sócio e de sociedade), mas principalmente à “que se delineasse a sociedade anônima como instrumento fundamental para o êxito dos sistemas políticos, filosóficos e econômicos adotados”.

A transformação econômica representada pela Revolução Industrial, entretanto, ainda demorou algum tempo para se reproduzir integralmente no mundo jurídico. Apenas no final do século XIX é que começou a ser suprimida a exigência de autorização do Estado para a criação das Sociedades Anônimas.[13]

Atualmente, os ordenamentos jurídicos de todos os países da Europa, Américas e de boa parte dos principais países que participam do comércio mundial[14] oferecem aos empreendedores que decidem investir em uma sociedade a faculdade de limitar a exposição de seu patrimônio ao risco inerente ao exercício de atividade que busca o lucro.[15]

3. A limitação de responsabilidade como instrumento de desenvolvimento econômico e social.

O escopo deste artigo não é discorrer sobre o conceito de pessoa jurídica, nem acerca das teorias de sua natureza (tema, aliás, bastante polêmico). Parte-se do pressuposto de que é incontestável o fato da personalidade ser atribuída pelo direito brasileiro não apenas às pessoas físicas, mas também a determinados entes inanimados (ou seja, não naturais, como as sociedades), observados determinados requisitos legais.

É relevante, entretanto, destacar a função do instituto da personificação societária, o motivo e a finalidade de sua criação. Quanto a isso, parece acurada a observação feita por JUSTEN FILHO (1987:45), no sentido de que o conceito de pessoa jurídica, tal como atualmente compreendido, é produto da reorganização social, política, filosófica e econômica ocorrida entre o século XIX e início do século XX, que alterou a concepção acerca da própria da função do direito, que passou a ser instrumento fundamental de intervenção sobre a realidade social a fim de realizar os fins do Estado, adequando a vontade humana à necessidade coletiva, na busca de obter uma melhoria nas condições de convivência, fenômeno este descrito como “funcionalização do direito”. No caso específico das pessoas jurídicas, houve uma funcionalização do direito de propriedade. Nessa concepção, a pessoa jurídica “é e só pode ser um instrumento para obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma”.

De uma forma sintética, no campo do direito privado, a personificação significa a autorização genérica para a prática de atos jurídicos. Conforme resume PONTES DE MIRANDA (1974:154):

Rigorosamente, só se deveria tratar das pessoas, depois de se tratar de sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. (...). A personalidade é a

possibilidade de se encaixar em suportes fáticos que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. (...).

Esta capacidade genérica para a prática de atos jurídicos não é prerrogativa inerente à condição humana. Fenômenos históricos como a escravidão e a exclusão do indivíduo em tal situação da categoria de sujeito de direito pela ordem jurídica então vigente corroboram essa assertiva. Ou seja, a personalidade é criação do direito, na medida em que não decorre da condição de ser humano.

Ao personalizar alguém ou algo, a ordem jurídica[16] delimita apenas condutas cujas práticas são vedadas, o proibido. A pessoa pode fazer tudo, salvo se houver proibição. Já em relação aos sujeitos de direito despersonalizados[17], não existe a autorização genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente permitidos. Para as “não-pessoas”, a ordem jurídica não delimita o proibido, mas apenas o permitido.

A outorga, pelo ordenamento jurídico, de personalidade a entes inanimados (como, no caso brasileiro, as associações, as fundações e a maioria das espécies de sociedades[18]) foi fruto de um processo histórico, social, econômico e político no qual foram conjugados os interesses individuais com a consecução de objetivos coletivos.

No que concerne às sociedades que oferecem responsabilidade limitada aos sócios, percebeu-se (tal como analisado no item anterior) que a reunião de esforços individuais num empreendimento voltado ao exercício de atividade orientada ao lucro, por meio de uma sociedade com responsabilidade limitada, atendia não só aos interesses egoísticos e privados dos empreendedores, mas também a interesses gerais, reconhecidos pela ordem jurídica. Isto justificou a sua proteção e disciplina pelo ordenamento jurídico.

A limitação de responsabilidade de todos os sócios pelas obrigações da sociedade, entretanto, não é atributo da personificação societária. Não são todas as sociedades personificadas que oferecem esta faculdade aos interessados em organizar um investimento sob a forma de sociedade. Há sociedades personificadas com responsabilidade ilimitada de um, alguns[19] ou todos[20] os sócios, bem como há sociedades não personificadas que oferecem mecanismos de limitação de responsabilidade patrimonial (como a Sociedade em Conta de Participação). [21]

A personificação societária, entretanto, veio reforçar os mecanismos de limitação de responsabilidade dos sócios, expressando a necessidade da classe empresarial de ver assegurada legislativamente delimitação de seu risco. [22]

Alguns fatores colaboraram de forma decisiva para o reconhecimento político e jurídico da necessidade de atribuição de responsabilidade limitada a alguns empreendimentos organizados sob a forma de sociedade.

De toda forma, deve-se ter em mente ainda que existe uma justificativa democrática para a limitação de responsabilidade, na medida em que permite também aos pequenos empreendedores ingressar nos mercados de forma teoricamente competitiva e

democrática. Pois, há quem prelecione, ao menos teoricamente, que sem tal limitação, apenas os muito ricos sentir-se-iam habilitados a investir na atividade econômica.[23]

De fato, desde as Companhias de navegação e colonização dos séculos XVII e XVIII, constatou-se que alguns empreendimentos de grande relevância social não poderiam ser exercidos por uma única pessoa em virtude de sua complexidade ou da necessidade de grandes volumes de capital neles envolvida. Diante destas situações, os agentes econômicos necessitam, de forma indispensável, somar esforços, cooperar, para que o objetivo seja alcançado. E, como apontado, não é justo nem democrático que se alije pequenos investidores da oportunidade de participarem destes investimentos.

Ocorre que empreendedores não tendem a alocar espontaneamente parte de seu patrimônio (ou até mesmo todo ele) em empreendimentos sujeitos ao risco (característica de toda a atividade econômica). [24] O ideal é que o risco possa ser limitado, e esse limite mensurado *a priori*. Em outras palavras, para fazer indivíduos detentores dos recursos necessários ao financiamento de empreendimentos com esta característica (necessidade de grandes volumes de capital) cooperarem entre si, era necessário criar um atrativo.

A limitação de responsabilidade representa precisamente um mecanismo que confere a empreendimentos com as características antes citadas a previsibilidade dos riscos assumidos pelos interessados no investimento. Com a criação deste atrativo, e, posteriormente, com a liberação da exigência de prévia autorização estatal para a sua constituição, as sociedades que ofertavam limitação de responsabilidade a todos os sócios foram se avolumando e naturalmente prevalecendo sobre outras em que a limitação de responsabilidade não era ofertada ou não se estendia a todos os sócios.

Sob a ótica econômica, a sociedade de responsabilidade limitada possibilita ao investidor destinar parcelas de seus ativos (ainda que pequenas) a empreendimentos, reduzindo o risco decorrente do exercício da atividade destinada ao lucro por meio da diversificação de investimentos, bem como possibilita ao investidor liquidar rapidamente seu investimento, sem custos vultosos.

Assim, a limitação de responsabilidade possibilitou aos indivíduos distribuir, mensurar – sempre *ex ante* – o risco que o exercício de determinada atividade econômica sob a forma de sociedade acarretaria, sob o ponto de vista patrimonial, aos interessados. Com isso, o direito facilitou o processo de tomada de decisão de cooperar entre si por parte de indivíduos detentores de capital, que são naturalmente avessos ao risco ilimitado de perda.

O direito, portanto, percebeu a necessidade e utilidade de tais mecanismos de previsibilidade e limitação do risco para coletividade e positivou-os.

Toda e qualquer atividade voltada ao lucro busca a satisfação de uma necessidade. E, em última *ratio*, uma necessidade humana. O exercício de atividades econômicas destinadas ao oferecimento de produtos e serviços em larga escala, no mundo contemporâneo, é realizado primordialmente por meio de sociedades personificadas que oferecem a limitação de responsabilidade aos seus sócios.

No exercício de suas atividades, tais sociedades freqüentemente contratam trabalhadores e colaboradores para a elaboração do produto ou serviço que ofertam ao mercado. A contratação é remunerada, e esta remuneração, por sua vez, é empregada por aqueles que a recebem na satisfação de suas necessidades pessoais – o que ocorre, em boa parte, mediante a realização de novas transações nos mercados de produtos e serviços.

Essa cadeia de eventos gera, assim, um novo ciclo de consumo de outros produtos e serviços que, por sua vez, uma vez consumidos, garantem o funcionamento dos demais empreendimentos econômicos que são voltados à sua produção.

Fica clara, portanto, a ligação entre a positivação de ferramentas jurídicas de previsibilidade e limitação de risco dos investidores e a relevância social das sociedades de responsabilidade limitada.

A organização e desenvolvimento da cadeia de operações antes mencionada somente foi possível quando a economia de mercado se implementou socialmente (conforme será melhor detalhado adiante). Mas não foram só princípios democráticos e o surgimento da economia de mercado que determinou a positivação e prestígio da limitação de responsabilidade.

Paralelamente à estruturação da economia de mercado, o Estado passou a depender cada vez mais da captação de parcela da riqueza privada, por meio de inúmeros instrumentos jurídicos (como a tributação), para custear o funcionamento de seu aparato institucional.

Nesse contexto, o exercício de atividades voltadas ao lucro por particulares, afora ser um direito positivado, passa a ser amplamente estimulado pelo Estado, pois se afigura não só uma necessidade para a sociedade como também para o próprio Estado (que retira destas atividades grande parte da receita necessária ao custeio do funcionamento dos poderes públicos). Sua prática, portanto, não só atende aos fins egoísticos dos agentes econômicos privados que a ela se dedicam, como colabora decisivamente para a consecução de outros valores socialmente aceitos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que supre de recursos o Estado, garantindo o funcionamento das instituições.

Como o direito busca sempre referência na realidade fática para ter a máxima eficácia[25], foram essas circunstâncias sociais, econômicas e institucionais que fizeram com que a necessidade de limitação de responsabilidade de sócios pelas obrigações de sociedades personificadas fosse reconhecida pelo ordenamento jurídico.

A grande vantagem de se admitir um sistema normativo que assegure tal opção aos interessados é dispensar os empreendedores da negociação pontual com credores, por contar com uma prévia definição normativa de seus direitos e responsabilidades.

A autorização para a constituição de pessoas jurídicas dotadas de limitação de responsabilidade de todos investidores em relação ao investimento realizado representa o grau máximo de eficácia na distribuição/predeterminação dos riscos envolvidos no empreendimento voltado ao lucro.[26]

Ainda que, historicamente, a aceitação da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade tenha inicialmente se feito sentir no mundo dos fatos, não

pôde prescindir do reconhecimento legal, a fim de assegurar de forma clara e incontroversa a separação entre empreendedores e empreendimento, entre sócios e sociedade, de forma a preservar a integridade patrimonial dos primeiros em relação às obrigações contraídas pela segunda e da segunda em relação às obrigações pessoais dos primeiros.

Para a plena implementação do sistema de limitação da responsabilidade desenvolvido era indispensável a segurança quanto à existência e aplicação de um regime jurídico próprio que garantisse a separação entre a pessoa do sócio e a pessoa da sociedade, para que o primeiro investisse na atividade econômica e para que a segunda se tornasse um contratante atrativo para os negócios jurídicos decorrentes do exercício desta atividade. Inegável, daí, o papel da norma para a estabilização das relações jurídicas nesse campo do direito comercial.

Como a limitação de responsabilidade decorre da lei, a isto imediatamente se aliam outros fatores, pois *lei* remete não só a um procedimento específico de elaboração, tramitação, aprovação, promulgação e vigência, como também a um processo político, de opção pela adoção de um sistema normativo que se compatibilize com um determinado sistema econômico.

Logo, pode-se concluir, assim como IRTI (2003:11), que não há nada de natural nos processos econômicos e que mesmo a implantação de um sistema liberal, por exemplo, estará vinculado a uma opção política, ainda que seja uma opção por não legislar. A opção pelo reconhecimento da possibilidade da responsabilidade de todos os sócios pelas obrigações sociais envolve precisamente uma opção política, decorrente do reconhecimento, pela comunidade, da necessidade e utilidade desse mecanismo. O direito não pode (e nem deve) assumir uma atitude neutra em relação ao mercado, mas sim nele influir, para minimizar os desequilíbrios existentes.[27]

O direito, assim, não é um corpo de regras que buscam a neutralidade do ponto de vista econômico, mas sim pretende influir nos desequilíbrios naturalmente criados pelo mercado. Sob essa perspectiva, os atos jurídicos de natureza econômica expressam uma opção política que irá conformar o modelo econômico do Estado. O reconhecimento da limitação de responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade se enquadra nesta categoria de atos.

A função e configuração da limitação da responsabilidade podem ser moldadas livremente, acompanhando a opção política do legislador, inserida na opção econômica previamente consagrada. [28]

O instituto da sociedade de responsabilidade limitada foi concebido e permanece inserido na ordem jurídica, em última instância, para servir às pessoas naturais, de acordo com os interesses diretos da coletividade, de investimento e lucro, bem como na busca de interesses de outra natureza (geração de emprego, renda, receitas para a manutenção do aparato estatal, redução de desigualdades sociais, etc.), igualmente reconhecidos juridicamente.

A limitação de responsabilidade foi e é admitida pelo direito por sua utilidade como instrumento de cooperação entre indivíduos e, em especial, de capitais, imprescindível ao desenvolvimento de empreendimentos econômicos de expressão e ao seu

incremento. Enquanto persistirem estes interesses na sociedade, persistirá a motivação para sua manutenção na ordem jurídica.

Em outras palavras, ainda que a própria lógica econômica, considerando a evolução histórica das operações mercantis, não pudesse servir de justificativa para a positivação do instituto, a limitação de responsabilidade pelas obrigações sociais existe porque representa uma opção política do legislador (como a própria personificação jurídica, estritamente condicionada à previsão normativa), pautada, dentre outros, na análise do impacto econômico da manutenção da responsabilidade ilimitada para todos os sócios, bem como na consideração dos benefícios decorrentes da expansão de atividades econômicas destinadas ao lucro, expressão do princípio da liberdade de iniciativa.

A essa opção política não estão relacionados elementos como naturalidade ou intuição. Não há naturalidade na disciplina da limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade, nem na motivação de sua consagração jurídica, assim como não existe neutralidade no campo econômico (IRTI, 2003:12).

A análise do texto da Constituição brasileira demonstra que a mesma, ao tratar da economia, elege como marco o capitalismo de mercado. Ou seja, não há neutralidade da constituição, ao tratar de sistema econômico, aspecto este, aliás, característico de todas as constituições ocidentais.[29] Importante destacar, contudo, que a Constituição, muito embora eleja claramente como marco a economia de mercado, não opta por um modelo *específico* de economia de mercado. Pelo contrário, permite diversas variações de política econômica, mas com dois limites claros: a vedação ao abuso de poder econômico (coibindo práticas que busquem a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, ou seja, *vedando* uma economia de mercado *pura*[30], e a garantia da economia de mercado e liberdade de iniciativa, o que impede uma economia inteiramente dirigida pelo Estado, fixando claramente um limite de atuação dos poderes públicos nesse campo.

Toda produção de efeitos decorrentes da personificação societária e da limitação de responsabilidade espelha uma determinada forma de organização econômica, que faz parte de um sistema maior, que é aquele voltado à disciplina de toda a atividade econômica, pautado, como já comentado, na escolha política. E esta escolha política é sempre conformada pelos valores fundamentais que uma determinada sociedade elegeu para realizar.

No caso brasileiro, este sistema econômico é caracterizado, como dito, pela economia de mercado, articulada constitucionalmente por meio de direitos e garantias fundamentais como a propriedade privada e da liberdade de iniciativa. Desse sistema derivam os meios fornecidos pelo direito para que a sociedade possa se organizar na consecução dos valores que pretende ver realizados.

E a opção política por um modelo econômico com tais características é melhor compreendida quando se analisa a transformação da própria função do direito, decorrente da reorganização social, política, filosófica e econômica ocorrida entre o século XIX e início do século XX, bem como o surgimento da economia de mercado. Destes temas se ocuparão os dois itens imediatamente seguintes.

4. A limitação de responsabilidade e a funcionalização do Direito.

JUSTEN FILHO (1987:39) aborda a evolução que se processou a partir da virada do século XIX e sua influência na mudança do conceito de direito e sua função.

Enquanto reputado o direito (objetivo e subjetivo) como emanção da vontade do homem, não se cogitava mais profundamente sobre uma função para ele. Ou melhor, o postulado de que na vontade humana residia o fundamento do direito não permitia a colocação de uma função para o direito diversa daquela de tutelar e proteger a mesma vontade. O direito orientava-se a proteger a liberdade (na acepção de respeito à emanção da vontade) contra as injunções indevidas por parte do Estado e do próximo.

Tal concepção envolvia uma pluralidade de pressupostos filosóficos, políticos e econômicos[31]. O direito surgia, então, como instrumento da tutela do ser humano, *rectius*, da liberdade do ser humano, *rectius*, da *vontade* do ser humano.

Nesse ambiente, o direito tinha uma posição passiva: proteger a liberdade individual, de forma a preservar a realidade “natural”, preservando-a da intervenção “artificial” (que por parte do Estado, quer por parte de outro indivíduo), dado que a vontade humana significava livre escolha acerca do futuro.

Esse cenário foi alterado no curso do século XIX, com o deslocamento da primazia do indivíduo para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação. A sociedade conscientizou-se da necessidade de promover a evolução das condições em que ocorre a convivência humana.

Com isso, alterou-se a concepção acerca do direito e passou-se a cogitar de uma função ativa para o mesmo. O Direito passa a ser instrumento fundamental de intervenção sobre a realidade social a fim de realizar os fins do Estado, adequando a vontade humana à necessidade coletiva, na busca de obter uma melhoria nas condições de convivência. O direito subjetivo não está mais a serviço da vontade individual. “Sua existência e extensão passam a ser consideradas como instrumentais. São meios da realização de valores e interesses juridicamente assumidos” (JUSTEN FILHO, 1987:41).

A funcionalização do direito, portanto, implica a consagração do raciocínio de que a atribuição de direitos subjetivos destina-se à realização de interesses que ultrapassam a esfera de interesses do próprio titular. A sua justificação é o corpo social, que não pode ser ameaçado pela utilização incosequente e danosa do instrumental por ele mesmo produzido.

No caso específico das pessoas jurídicas, houve uma funcionalização do direito de propriedade, na medida em que se destaca (entre nós, constitucionalmente), a sua “função social”. Nessa concepção, a pessoa jurídica “é e só pode ser um instrumento para obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma” (JUSTEN FILHO, 1987:45).

O desenvolvimento propiciado pela cooperação de agentes econômicos e a geração e acumulação de riqueza não é unicamente um resultado desejado em si mesmo. Representa um meio para que sejam realizados outros valores socialmente relevantes (como a busca do pleno emprego, a redução de desigualdades regionais, enfim, a oferta de uma vida digna aos cidadãos), tarefa que o Estado, por si só, não lograria finalizar.

A limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade representa, nesse contexto, uma sanção promocional do direito[32], que compele os particulares ao exercício de atividades orientadas ao lucro, cuja experiência demonstrou produzirem resultados desejáveis socialmente. Concede-se um benefício, um incentivo assegurado juridicamente a quem adotar determinada conduta desejada.

5. O exercício de atividades orientadas ao lucro dentro dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro.

A personificação societária e a limitação de responsabilidade estão inseridas em um sistema maior, que é aquele voltado à disciplina de toda a atividade econômica, pautado, como já comentado, na escolha política, e caracterizado pela funcionalização dos direitos.

A partir da Constituição Alemã de Weimar (influenciada pela Constituição Mexicana de 1917, pioneira ao tratar da economia nesta esfera legislativa), as cartas constitucionais passam a retratar preocupação com o econômico e com o social (neste último aspecto, em virtude do permanente recado que a revolução Russa de 1917 passou a dar ao *status quo* político ocidental), elevando ambos os conceitos a preceitos constitucionais que devem ser observados e garantidos pelo Estado. Em especial no período imediatamente subsequente à 2ª Guerra Mundial, consolida-se a atuação jurídica do Estado na economia, com a confirmação de um novo direito, o Direito Econômico, que passa a ser o instrumento jurídico a dar segurança às práticas econômicas, pautando a atuação do Estado nessa esfera e assegurando a ordem econômica e social.

A escolha política que culminou com a positivação da limitação de responsabilidade foi orientada por fatos e valores socialmente relevantes, captados pelo legislador no seio da comunidade de indivíduos. Estes valores são coerentes com os fins que a sociedade busca atingir.

No caso brasileiro, a Constituição Federal retrata, em seus artigos 1º e 3º[33], os valores fundamentais prestigiados socialmente, ou seja, os fins que todos, Estado, sociedade e cidadãos, devem buscar.

A eleição desses fins, como visto no item anterior, implica na organização de um arcabouço jurídico que se destina a possibilitar a sua realização. Com efeito, a livre iniciativa está intimamente ligada à necessidade de garantia da propriedade privada. Exatamente por isto, o art. 5º, XXII, da Constituição, a estabelece como direito e garantia individual fundamental.

Dentro do fenômeno da funcionalização do direito, a conformação do modelo econômico escolhido politicamente para ser exercido pelos atores sociais na busca pela realização dos valores fundamentais é dada pelos artigos 170 e 173 da Constituição.

Dados esses elementos, é lícito afirmar que o Estado brasileiro é um instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana.

E mais. O texto constitucional deixa muito claro que se funda na constatação de que o Estado não é suficiente para realizar todas as tarefas necessárias à consecução dos valores fundamentais. Estes devem ser buscados por meio da atuação conjunta do Estado, da sociedade e de cada cidadão.

O Estado brasileiro não possui capacidade econômica para resolver, sozinho, todos os problemas e atender a todas as necessidades sociais e individuais. Some-se a isso que realidade empírica provou que a supressão ou a forte restrição da livre iniciativa em vários países do mundo não resultou na eliminação da pobreza e das desigualdades sociais. Ficou evidenciado que a “revolução” capaz de mudar a realidade social não pode se restringir apenas ao nível estatal, mas necessita, de forma indispensável, da ativa participação da iniciativa privada.[34]

Disso deriva uma consequência importante: o direito deve oferecer instrumentos para que os particulares sejam incentivados a exercer atividades econômicas voltadas ao lucro, gerando emprego e renda e, assim, colaborando com o Estado na realização dos valores fundamentais.

A análise desse cenário maior facilita a compreensão da relevância social das normas jurídicas acerca da limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade e os impactos dessa afirmação, especialmente em relação às sociedades anônimas e sua busca de capitalização perante investidores.

Com efeito, a reafirmação do primado da livre iniciativa (excepcionalidade da exploração direta de atividade econômica pelo Estado) e da propriedade privada retrata o reconhecimento da limitação das funções do Estado. Mas a primazia da atuação provada no campo econômico não significa que há plena liberdade de utilização do instrumental jurídico ofertado aos particulares para a exploração de atividade econômica voltada ao lucro.

Precisamente por isso os §4º e 5º do art. 173 da Constituição Federal preceituam:

(...).

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis

com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

De igual modo, no que concerne especificamente à limitação da responsabilidade do sócio, o art. 50 do Código Civil estatui as hipóteses em que esta pode ser afastada:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Ou seja, a liberdade de iniciativa é garantida com vistas à realização do fim comum, não de interesses puramente egoísticos. É inaceitável que a consagração da livre iniciativa e da propriedade privada redunde em interpretação que conduza a um resultado em que a restrição à intervenção estatal seja orientada pura e simplesmente à satisfação de interesses individuais. A livre iniciativa e a garantia à propriedade não são direitos absolutos. Seu exercício, mediante a utilização de todo o instrumental jurídico delas decorrentes, é conformado por todos os outros valores fundamentais, igualmente prestigiados constitucionalmente, como a busca do pleno emprego, a defesa do consumidor e a proteção ao meio ambiente.

Em suma: A exploração de atividade econômica voltada ao lucro pelos particulares não é incentivada a qualquer custo. Os fins orientam e conformam a utilização de instrumentos – como a limitação de responsabilidade – que são postos à disposição dos particulares pelo ordenamento jurídico.

6. Conclusões

O exercício de atividades voltadas ao lucro por particulares, afora ser um direito positivado, ainda é amplamente estimulado pelo poder público, pois se afigura não só uma necessidade para a sociedade como também para o próprio Estado (que retira destas atividades grande parte da receita necessária ao custeio do funcionamento dos poderes públicos). Sua prática, portanto, não só atende aos fins egoísticos dos agentes econômicos privados que a ela se dedicam, como colabora decisivamente para a consecução de outros valores socialmente aceitos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que supre de recursos o Estado, garantindo o funcionamento das instituições.

A limitação de responsabilidade pelas obrigações sociais representa uma opção política do legislador (condicionada à previsão normativa), pautada, dentre outros, na análise do impacto econômico da manutenção da responsabilidade ilimitada para todos os sócios,

bem como na consideração dos benefícios decorrentes da expansão de atividades econômicas destinadas ao lucro, expressão do princípio da liberdade de iniciativa.

Esse mecanismo jurídico é admitido pelo direito por sua utilidade como instrumento de cooperação entre indivíduos e, em especial, de capitais, imprescindível ao desenvolvimento de empreendimentos econômicos de expressão, geradores de emprego e renda, e ao seu incremento. A limitação de responsabilidade foi concebida e permanece inserida no ordenamento positivo para servir às pessoas naturais, de acordo com os interesses diretos da coletividade, de investimento e lucro, bem como na busca de interesses de outra natureza (geração de emprego, renda, receitas para a manutenção do aparato estatal, redução de desigualdades sociais, etc.), igualmente reconhecidos juridicamente. Enquanto persistirem estes interesses na sociedade, persistirá a motivação para sua manutenção na ordem jurídica.

Portanto, a compreensão das regras de limitação da responsabilidade do sócio pelas obrigações da sociedade deve considerar a circunstância – inafastável – de que as mesmas representam um instrumento jurídico destinado a assegurar a realização de valores sociais e direitos fundamentais retratados em nossa Constituição, como o trabalho e a livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais.

7. Referências bibliográficas.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito** – ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006 (reimpressão da edição de 1999).

_____. **Curso de Direito Comercial**. vol. II, 2^a. ed., Coimbra: Almedina, 2007.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os Grupos de Sociedades**. 2^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947

_____. **Saggi di Diritto Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1955.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2000.

BERLE, Adolf Augustus e MEANS, Gardiner C. **A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. trad. de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione**. Milano: Ed. di Comunità, 1977.

CIDONCHA, Antonio. **La libertad de empresa**. Serie de derechos fundamentales y libertades publicas. Madrid: Civitas – Aranzadi Ediciones, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7ª ed. rev. e atual., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2ª ed. atual. São Paulo: RT, 1977.

_____ **O indispensável direito econômico**. In: Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1961.

FLUME, Werner. **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**. I. Band, 2 Teil – Die juristische Person. Berlin: Springer, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: RT, 1990.

HALPERN, Paul *et al.*, **An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law**, University of Toronto Law Journal, 30, 1980.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4ª ed. ver. e amp. Roma: Editori Laterza, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

LANDES, David S. **Riqueza e a Pobreza das Nações**: por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. trad. Álvaro Cabral, Rio de Janeiro: Campus, 1988.

MALAGARRIGA, CARLOS C. **Tratado Elemental de Derecho Comercial**. vol. I, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina – TEA, 1951.

MENDONÇA, J. X. de Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6ª ed. vol. III, parte III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OTT, Claus. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** (Reihe Alternativkommentare). Band 1, Lucherland: [s.n.], 1987.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: as origens de nossa época**. 2ª ed. 13ª tiragem, trad. de Fanny Wrobel, Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. vol. 1, São Paulo: RT, 1974.

POSNER, Richard. **Law and Economics**. Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business, 1998.

PRESSER, Stephen B. **Thwarting the killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy, and Economics**. *Northwestern University Law Review* 87, Fall, 1992.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Filosofia do Direito**. v. I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Filipe Cassiano. **Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística**: Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SEAVOY, Ronald E. **The Origins of the American Business Corporation, 1784-1855** [s.l], [s.d.].

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. v. II, trad. de Ricardo Espejo de Hinojosa, Madrid: Editorial Reus S.A, 1932.

[1] As Sociedades Limitadas (uma das duas espécies do gênero das sociedades que oferecem limitação de responsabilidade pelas obrigações sociais a todos os seus sócios – a outra espécie deste gênero é a Sociedade Anônima) são o principal tipo societário empregado no Brasil. De acordo com o Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), entre 1985 e 2005 foram constituídas 4.346.602 sociedades em todo o país, sendo 4.300.257 Sociedades Limitadas, 20.080 Sociedades Anônimas, 21.731 Sociedades Cooperativas e 4.534 sociedades organizadas sob outras formas societárias. Ou seja, as Sociedades Limitadas correspondem a praticamente 99,00% de todas as sociedades constituídas no aludido período (informação obtida junto ao *site* do DNRC, disponível em <http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm>. Acesso em 8.1.2008).

[2] Sobre o tema, REALE (1968 e 1978).

[3] As regras 117 e 118 do Código estabeleciam que: 117 - Se alguém não cumprir a demanda por um débito, e tiver de se vender, ou à sua esposa, seu filho e filha por dinheiro ou tiver de dá-los para trabalhos forçados, eles deverão trabalhar por três anos na casa de quem os comprou, ou na casa do proprietário, mas no quarto ano eles deverão ser libertados. 118 - Se ele der um escravo ou uma escrava para trabalhos forçados, e o mercador sublocá-los, ou vendê-los por dinheiro, tal ato será permitido. Tradução do Código para o português disponível em <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>. Acesso em 29.1.2008.

[4] A Tábua III, no que interessa ao tema, continha as seguintes previsões:

“(…).

4. *Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.*

5. *Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.*

6. *Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.*

7. *O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.*

8. *Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.*

9. *Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.” Tradução para o português disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 29.1.2008.*

[5] Sobre o tema AZEVEDO (2000).

[6] Ao longo do presente, os termos investidor e sócio serão utilizados como sinônimos, partindo-se da constatação de que, objetivamente, no âmbito das sociedades contemporâneas que oferecem limitação de responsabilidade aos sócios pelas obrigações da sociedade, é lícito afirmar que uma pessoa, ao optar por transferir uma determinada parte de seu patrimônio para uma sociedade, recebendo em troca direitos decorrentes da participação no seu capital social (em especial, o de participação nos resultados do empreendimento), está buscando uma forma de remuneração para seus ativos, dentre as várias alternativas que encontra no mercado. Daí porque referir-se a tais sociedades também como o empreendimento ou investimento (o investimento em si considerado é a participação societária, sendo a sociedade o empreendimento em comum). A doutrina já tentou fazer a distinção entre sócio investidor e sócio empresário, mas se constata que a posição do sócio em relação à sociedade, juridicamente, “... é abstratamente apta a desempenhar qualquer dessas duas funções: toda a participação social tem um lado de participação associativa e empresaria e, em simultâneo, um lado de investimento. (...). A participação social, com esta face de Jano, é assim adquirida pelo sócio, quer ele o queira quer não o queira, e está predisposta para qualquer utilização que o sócio intente dar-lhe”. Nesse sentido, ver SANTOS, (2006).

[7] Sobre o tema JOSÉ A. Q. L. ENGRÁCIA ANTUNES (2002).

[8] A respeito do histórico das sociedades comerciais, veja-se FERREIRA (1961) e MENDONÇA (1963).

[9] Essa sistemática, curiosamente, ainda permanece vigente, em nosso direito, nas sociedades em comandita simples (art. 1.045 do Código Civil) e em comandita por ações (art. 1.091 do Código Civil).

[10] Muito embora no direito alemão e italiano as sociedades comerciais de pessoas que previam responsabilidade ilimitada para todos ou alguns dos sócios, como as Sociedades em Nome Coletivo e em Comandita Simples, não gozassem de personalidade jurídica (a doutrina alemã não visualizava um ente autônomo frente aos seus sócios, mas tão somente uma comunhão, na forma de uma mera unificação intersubjetiva frente a terceiros, *cf.* OLIVEIRA (1979), o direito francês e o direito brasileiro (assim como os demais países latino americanos) reconheceram a personalidade jurídica às mesmas. No caso do direito brasileiro, de forma inequívoca a partir do Código Civil de 1916, em seu art. 16, II. Antes disto, a questão era objeto de disputa doutrinária, principalmente diante da redação dos arts. 311 e 315 do Código Comercial de 1850, que exigia ao menos um sócio comerciante para constituição das Sociedades em Nome Coletivo e em Comandita Simples (o que ensejava interpretações no sentido da doutrina alemã, sob o fundamento de que, se as sociedades fossem personificadas, seriam as mesmas as comerciantes, não seus sócios, bem como o de que, ao se atribuir ao ente coletivo a condição de comerciante, perderia razão a exigência de que pelo menos um dos sócios o fosse). Outro fundamento para esse entendimento era a redação dos arts. 335 e 336 do mesmo Código, que evidenciava a prevalência de interesses individuais sobre interesses coletivos, ao autorizar a extinção da sociedade pela mera vontade de um dos sócios. Por outro lado, o art. 350, ao estabelecer que os bens particulares dos sócios não podiam ser executados senão depois de esgotados os bens sociais, fornecia subsídios aos que sustentavam a plena personificação das sociedades comerciais de pessoas, pois evidenciava a distinção patrimonial, conseqüência apenas possível, no direito brasileiro, caso admitida a personificação.

[11] Atualmente, no direito brasileiro, a responsabilidade dos sócios que, por lei, respondem de forma ilimitada pelas obrigações sociais (no caso da Sociedade em Nome Coletivo, todos os sócios, no caso da Sociedade em Comandita Simples, apenas os sócios comanditados) é solidária (arts. 1.039 e 1.045 do Código Civil, respectivamente). Já nas Sociedades Simples e nas Sociedades em Comandita por Ações, os sócios com responsabilidade ilimitada respondem apenas de forma subsidiária (arts. 1.024 e 1.091 do Código Civil, respectivamente). Na Sociedade Limitada há unicamente a previsão de responsabilidade solidária entre os sócios enquanto não for integralizado completamente o capital social, mas limitada ao montante do mesmo (art. 1.052 do Código Civil), responsabilidade esta que, por sua vez, é subsidiária em relação ao patrimônio da sociedade.

[12] A necessidade de viabilizar juridicamente a reunião de grande quantidade de capital foi inclusive a razão do desenvolvimento do mecanismo de limitação da responsabilidade de todos os sócios pelas obrigações sociais quando da criação das Companhias das Índias no século XVII. Nesse sentido FERREIRA (1961) e MENDONÇA (1963).

[13] Segundo MALAGARIGA (1951), a liberação da constituição das sociedades anônimas se iniciou na Inglaterra em 1844. Após, além do ajuste francês de 1867, a maioria das legislações que se seguiram adotaram idêntica orientação, como na Espanha (1868 e Código de Comércio de 1885), Portugal (1867), Espanha (1869), Alemanha (1870), Bélgica (1873), Hungria (1875), Brasil (1882), Itália (Código Comercial de 1882), México (1897) e Japão (1889).

[14] Mesmo a Rússia pós-revolucionária o Código Civil de 1923 (cap. 10, sec. 4^a, arts. 318 a 321) já admitia a constituição de sociedade que se assemelhava em muito à Sociedade Limitada (os sócios respondiam pessoalmente até um determinado múltiplo, igual para todos, incidente sobre o valor do capital social aportado por eles (*cf.* MALAGARRIGA (1951). Atualmente estas sociedades são denominadas “[???????? ?](#)”

[????????????? ??????????????????](#)” (trad. livre: Sociedade com Responsabilidade Limitada), usualmente conhecidas por sua abreviatura “OOO”, ou, em alguns outros países da antiga União Soviética, como “OsOO”.

[15] Essa faculdade, no Brasil, é ofertada sob a forma de sociedades anônimas ou sociedades de responsabilidade limitada.

[16] Como ressalvado, no campo do direito privado.

[17] Como a massa falida, o espólio e o condomínio.

[18] Às exceções à regra da personificação societária são: a) Sociedade em Comum (arts. 986 a 990 do Código civil), que não é uma espécie de sociedade propriamente dita, mas apenas um conjunto de regras para disciplinar as sociedades personificadas ainda organização (com exceção da Sociedade Anônima, regida neste aspecto pela Lei nº 6.404/1976); b) sociedades de fato e irregulares (sociedades que poderiam adquirir personalidade jurídica, mas que, por algum motivo, não a adquiriram por vícios como, por exemplo, ausência de registro dos atos constitutivos junto ao órgão competente) e, c) Sociedade em Conta de Participação (arts. 991 a 996 do Código Civil) cujas características dispensam a personificação, na medida em que as obrigações perante terceiros são contraídas pela pessoa do sócio ostensivo, que para com estes se obriga em seu próprio nome e por sua conta.

[19] Sociedades em Comandita Simples (arts. 1.045 a 1.051 do Código Civil) e em Comandita por Ações (arts. 1.090 a 1.092 do Código Civil e Lei nº 6.404/1976).

[20] Sociedade em Nome Coletivo (arts. 1.039 a 1.044 do Código Civil).

[21] Regulada pelos arts. 991 a 996 do Código Civil.

[22] Sobre o tema COUTINHO DE ABREU (2007).

[23] Importante estudo neste tema foi realizado na doutrina norte-americana por PRESSER (1992).

[24] BERLE & MEANS (1984) salientam que os dois atributos da propriedade privada são: arriscar a riqueza coletiva em empreendimentos que visam o lucro e assumir a responsabilidade final por esse empreendimento. Destacam, na obra, que, com o surgimento de grandes Sociedades Anônimas financiadas por meio de captação pública de parcela da riqueza privada, estes dois atributos se dissociaram. A separação entre propriedade privada (das ações) e controle da sociedade inclusive caracterizaria, para ambos, nova forma de organização econômica da sociedade.

[25] Sobre a efetividade das normas, ver HESSE (1991).

[26] POSNER (1998) relata a relevância, em termos econômicos, do mecanismo da limitação de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Destaca que a limitação da responsabilidade não é uma forma de eliminação do risco de insucesso dos empreendimentos, mas sim de sua transferência da pessoa dos investidores (sócios) para os credores da sociedade, que em virtude disto precificam este risco assumido no custo das transações com pessoas jurídicas com responsabilidade limitada, até mesmo porque os credores estão, em relação aos investidores (sócios), em melhores condições de avaliar - e, portanto, precificar - o risco assumido; são menos avessos ao risco do que os indivíduos (sócios) e controlam sua exposição ao risco.

[27] Sobre o tema ver também SALOMÃO FILHO (2006).

[28] Nesse sentido, é a contribuição de SANTOS (2006).

[29] Vide, a respeito CIDONCHA (2006).

[30] Art. 173, § 4º da CF/88.

[31] Sinteticamente: a concepção filosófica e política e econômica de que o Estado tinha a função primordial de realizar a segurança jurídica, sob todo e qualquer ângulo, e, nesse mister, deveria permitir a indivíduo a liberdade para realizar seus interesses.

[32] Sobre o assunto, BOBBIO (1977).

[33] Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[34] Cuba é atualmente o clássico exemplo disto. A esse respeito, ver estudo do [Centre d'Economie de la Sorbonne](#) de autoria de HERRERA, Rémy, denominado **Where is the Cuban economy heading?** O artigo trata dos progressos e deficiências da revolução Cubana no campo econômico Disponível em: <ftp://mse.univ-paris1.fr/pub/mse/cahiers2006/R06032.pdf>. Acesso em 18.09.2008.

**ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR E DESENVOLVIMENTO:
CONECTIVIDADE ESSENCIAL AO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA, À
LUZ DOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988* ****

**LEGAL STATUS OF THE THIRD SECTOR AND DEVELOPMENT:
ESSENTIAL CONNECTIVITY FOR THE STRENGTHENING OF
CITIZENSHIP, IN THE LIGHT OF 20 YEARS OF THE CONSTITUTION OF
1988**

Gustavo Henrique Justino de Oliveira

RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 3º expressa como objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “garantir o desenvolvimento nacional”. Após 20 anos de vigência da Carta Magna percebe-se ainda um forte déficit de conscientização e de participação política dos cidadãos, agravado por baixos índices de protagonismo social, principalmente na vertente associativa. A criação de associações – hoje referidas como Organizações Não-Governamentais (ONGs) - é a expressão máxima do exercício da liberdade de associação. Associações e fundações privadas formam em seu conjunto o denominado Terceiro Setor, responsável pela realização de atividades de interesse público, cujos resultados são indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos cidadãos, da sociedade brasileira e do próprio país. Este trabalho pretende enfrentar o papel do Terceiro Setor como agente promotor do direito fundamental ao desenvolvimento, colocando em destaque a pertinência e a necessidade da edição de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, como instrumento vocacionado a estabelecer diretrizes e princípios voltados ao fomento, ao reforço e à ampliação do exercício da liberdade de associação, com vistas ao fortalecimento da cidadania no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: TERCEIRO SETOR; DESENVOLVIMENTO;
CIDADANIA; ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 in its art. 3 express as fundamental objectives of the Republic "build a society free, fair and caring" and "ensure national development". After 20 years of duration of the Magna Carta perceived is still a strong lack of awareness and political participation of citizens, aggravated by low levels of social role, especially in the field of associative. The creation of associations - now referred to as

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

nongovernmental organizations (NGOs) - is the clearest expression of the exercise of freedom of association. Associations and private foundations form a whole in the so-called Third Sector, responsible for carrying out activities in the public interest, whose results are essential to promote the development of citizens, of Brazilian society and the country itself. This paper aims to address the role of the Third Sector as an effective promoter of the fundamental right to development, emphasizing the relevance and need of editing a Legal Status of the Third Sector as a tool aimed to establish guidelines and principles aimed at promoting, strengthening and extension of the exercise of freedom of association, with a view to strengthening citizenship in Brazil.

KEYWORDS: THIRD SECTOR; DEVELOPMENT; CITIZENSHIP; LEGAL STATUS OF THE THIRD SECTOR

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, enaltecida como Constituição-Cidadã, completa 20 anos de vigência. Reinaugurando a vida democrática do país em bases mais amplas, desponta como seu traço característico a veiculação de um extenso catálogo de liberdades públicas e de direitos fundamentais dos cidadãos, os quais passam a ser assegurados e garantidos pela organização estatal num típico ambiente de Estado Democrático de Direito.

Em seu art. 3º, a Carta Magna expressa como objetivos fundamentais de nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “garantir o desenvolvimento nacional”. Tais objetivos reforçam o norte constitucional do Estado Brasileiro, delineado e determinado no Preâmbulo, o qual indica o exercício dos direitos sociais e individuais e o desenvolvimento como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse interregno vintenário ocorreram diversos avanços, como o aumento da qualidade das políticas públicas em áreas sensíveis e a elevação dos níveis de efetivação dos direitos sociais. Todavia, percebe-se ainda um forte déficit de conscientização e de participação política dos cidadãos, agravado por baixos índices de protagonismo social, notadamente na vertente associativa.

Parafrazeando Celso FURTADO, "a idéia de desenvolvimento está no centro da visão do mundo que prevalece em nossa época. Nela se funda o processo de invenção cultural que permite ver o homem como um agente transformador do mundo".[1]

A criação de associações – hodiernamente referidas como Organizações Não-Governamentais (ONGs) - é a expressão máxima do exercício de uma liberdade pública fundamental: a liberdade de associação, prevista no art. 5º, inc. XVII, da Constituição de 1988. Por seu turno, associações e fundações privadas formam em seu conjunto o denominado Terceiro Setor, responsável pela realização de atividades de interesse público, cujos resultados são indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos cidadãos, da sociedade brasileira e do próprio país.

Este trabalho pretende enfrentar o papel do Terceiro Setor como agente promotor e efetivador do direito fundamental ao desenvolvimento, colocando em destaque a pertinência e a necessidade da edição de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, como instrumento vocacionado a estabelecer diretrizes e princípios voltados ao fomento, ao reforço e à ampliação do exercício da liberdade de associação, com vistas ao fortalecimento da cidadania no Brasil.

2 TERCEIRO SETOR NO BRASIL: REALIDADE E PROSPECÇÃO

Antes de enfrentar o conceito de Terceiro Setor, cumpre explorar a compreensão contemporânea da expressão “sociedade civil”, apresentando a construção de HABERMAS, a qual parece refletir o seu sentido mais atualizado:

Hoje em dia, o termo sociedade civil não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses *designs* discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração.[2]

Aduz HABERMAS que a sociedade civil é uma esfera que se encontra “apoiada em direitos fundamentais”,[3] como a liberdade de opinião, de reunião, de associação. As organizações dessa esfera conectam-se com o *sistema político* e com a *esfera pública*, interferindo na formação da opinião pública, representando interesses de grupos sociais de natureza religiosa, cultural humanitária, entre outros.

Sobre o relacionamento entre a sociedade civil e o Estado, HABERMAS pondera que “diretamente, a sociedade só pode transformar-se a si mesma; porém ela pode influir indiretamente na autotransformação do sistema político constituído como um Estado de direito. Quanto ao mais, ela também pode influenciar a programação desse sistema”. [4] Se comparada às estruturas estatais, apesar de sua posição assimétrica em relação às possibilidades de intervenção e das limitadas capacidades de elaboração, registra o autor que a sociedade civil “tem a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções próprias, apoiando-se em avaliações técnicas especializadas”. [5]

Afirma HABERMAS que os grandes temas da atualidade - v.g. diversidade cultural, perigo nuclear, proteção e defesa do meio ambiente, empobrecimento dos países do

Terceiro Mundo - são captados e identificados pelos centros nervosos da sociedade civil, muito antes de fazê-los os centros da política. Os líderes sociais e comunitários levantam tais problemas e os direcionam para as associações e demais representações da sociedade, que acabam por transformá-los em bandeiras de movimentos sociais de grande relevância, inserindo-os, assim, na agenda pública.[6]

Nesse cenário, parece ser possível identificar, de um lado, a existência de uma *esfera pública política* ou *esfera pública estatal*; de outro, a existência de uma *esfera pública não-estatal*, espaço no qual desponta, no Brasil, o denominado *Terceiro Setor*.

Tivemos a oportunidade de registrar que o Terceiro Setor pode ser concebido como “o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)”.[7]

É possível afirmar que o recente interesse pelo *Terceiro Setor* é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais provocaram, em muitos casos, o dismantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade.

Foi nesse período que surgiu a expressão *espaço público não-estatal*, cuja evolução foi propagada - e de certo modo incentivada - pelo Governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique CARDOSO (1995-1998 e 1999-2002).

Conforme sustentava à época Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, então titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), “o processo de ampliação do setor público não-estatal ocorre a partir de duas origens: de um lado, a partir da sociedade, que cria continuamente entidades dessa natureza; de outro lado, a partir do Estado, que, nos processos de reforma (...) se engaja em processos de publicização de seus serviços sociais e científicos”.[8]

Se é incorreto afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado,[9] certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas (mormente as não-lucrativas) para a prática dessas atividades.

É usual referir-se ao Terceiro Setor como o segmento de atividades desenvolvidas pelas ONGs.

A expressão *organizações não-governamentais* tem origem na Europa continental, na nomenclatura do sistema de representações da Organização das Nações Unidas (ONU). Chamou-se assim às organizações internacionais que, embora não representassem governos, pareciam significativas o bastante para justificar uma presença formal na ONU. O Conselho Mundial de Igrejas e a Organização Internacional do Trabalho eram exemplos de entidades dotadas dessas características.

Por extensão, com a formulação de programas de cooperação internacional para o desenvolvimento estimulados pela ONU, nos anos sessenta e setenta do século XX, cresceram na Europa Ocidental ONGs destinadas a promover projetos de

desenvolvimento no Terceiro Mundo. Formulando ou buscando projetos em âmbito não governamental, as ONGs européias procuraram parceiros mundo a fora e acabaram por fomentar o surgimento de ONGs nos continentes do hemisfério sul.

O acrônimo ONG alcançou grande repercussão no cenário nacional durante a década de 1990, notadamente a partir da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente, mais conhecida como Rio-92.

Na década de sessenta do séc. XX, com a repressão a qualquer forma de contestação política e às organizações sindicais, levada a efeito pelo domínio dos militares, a vida associativa teve seu foco voltado para a comunidade e os interesses locais. Disseminaram-se então os movimentos populares e sociais. Segundo Rubens NAVES, “os movimentos sociais se fundamentam em questões de identidade coletiva. Embora tratassem das questões públicas, não eram organizações políticas e mantinham distância da máquina estatal. A Igreja Católica, mais precisamente o pensamento consubstanciado na Teologia da Libertação, deu-lhes amplitude”. [10]

Entre os anos setenta e oitenta do século passado, os movimentos sociais e as diversas entidades representativas da sociedade civil, tal como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, mantiveram-se unidos, porém distantes do assistencialismo, da filantropia e da comunidade empresarial. Permaneceram também distantes da figura do Estado, uma vez que era inimaginável cooperar com o governo autoritário da época.

Esse quadro ganha novos contornos na passagem entre as décadas de oitenta e noventa, com a redemocratização do Brasil e a concomitante expansão do neoliberalismo. O discurso socialista, que fazia parte da pauta de muitos movimentos sociais, se vê fracassado, enquanto a realidade permanece insatisfatória para a maioria da população.

Por isso razão assiste a Rubens NAVES, ao sustentar que “na medida em que, para muitos, a utopia não encontrou mais sustentação no ideário socialista, proliferaram as associações voluntárias, fenômeno maciço em todo o mundo. A contestação do discurso hegemônico começou a se dar no âmbito dos direitos humanos universais, a luta social perdeu o enfoque capital-trabalho e vinculou-se às questões de cidadania”. [11]

Nesse período surge um novo tipo de organização, caracterizado por entidades focadas em questões de interesse público, capazes de formular projetos, monitorar sua execução e prestar contas de suas finanças – as Organizações Não-Governamentais. As ONGs dos anos 90, diferente do que ocorria com os movimentos sociais setentistas e oitentistas, recebem suporte financeiro – especialmente originário da cooperação internacional.

Vale registrar que a expressão ONG não representa, no direito brasileiro, uma forma de organização jurídica específica de entidades privadas. Por isso não é disciplinada em nenhum texto legislativo ou ato normativo.

Sem prejuízo disso, alguns textos legislativos a ela fazem referência, como é o caso do art. 26 da Lei federal n.º 8.742, de 07 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica de Assistência Social (Loas): “o incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, não governamentais e da sociedade civil”.

Ainda no contexto da Reforma do Estado, um ponto importante a ser ressaltado é que, conforme explica Ana Claudia Chaves TEIXEIRA, "o processo de abertura de canais de interlocução da sociedade civil com o Estado foi acompanhado por um processo de ajuste estrutural que previa transferir responsabilidades do Estado para a sociedade e inserir as ONGs no projeto de colaboração em políticas compensatórias. (...) As ONGs passaram a ser vistas como mais ágeis e eficazes, bem como passíveis de dar legitimidade às políticas governamentais".[12]

Nesse contexto, é que foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), ou simplesmente, a *Lei das Oscips*.

A Oscip é uma qualificação especial, concedida pelo Ministério da Justiça[13] àquelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos,[14] tenham por finalidade social uma das atividades enumeradas na Lei federal n.º 9.790/1999.

Segundo o art. 3.º da Lei federal n.º 9.790/1999, “a qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo”.

As Oscips são entidades privadas sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor, porém vocacionadas para serem *colaboradoras do Estado* na implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população.

Entretanto, com base em dados extraídos do *site* oficial do Ministério da Justiça, cabe apontar que o número de entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como Oscips até final de 2006 girava em torno de 3.600.[15] Isso demonstra que no Brasil, as Oscips representam uma ínfima parcela das organizações componentes do Terceiro Setor, ao lado de outras entidades sem fins lucrativos, titulares ou não de qualificações especiais conferidas pelo Estado (Utilidade Pública ou Assistência Social, por exemplo).

Por isso, não é correto afirmar que a Lei federal n.º 9.790/1999 é a *Lei do Terceiro Setor*.

Com efeito, o conjunto das Oscips não esgota o segmento correspondente às entidades e às atividades do Terceiro Setor.

Em agosto de 2008, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – lançou a 2ª. edição do estudo “*As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil*”, resultado de parceria firmada com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, com a Associação Brasileira de Organizações Não- Governamentais – ABONG, e com o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas – GIFE.[16]

O estudo traz informações atualizadas sobre o universo associativo e fundacional brasileiro, quantas são, onde se localizam, quando foram criadas, o que fazem, quantas pessoas empregam e quanto remuneram, além de uma comparação das mudanças ocorridas entre os anos de 2002 e 2005. Dentre estas, um acréscimo de 22,6% no número de associações e fundações sem fins lucrativos, que passaram de 275,9 mil em 2002, para 338,2 mil em 2005.

Foram consideradas FASFIL as organizações registradas no CEMPRE[17] como Entidades sem Fins Lucrativos, segundo o seu código de natureza jurídica 3 e que se enquadrem, simultaneamente, nos cinco seguintes critérios: (i) privadas, não integrantes, portanto, do aparelho de Estado; (ii) sem fins lucrativos, isto é, organizações que não distribuem eventuais excedentes entre os proprietários ou diretores e que não possuem como razão primeira de existência a geração de lucros – podendo até gerá-los, desde que aplicados nas atividades-fins; (iii) institucionalizadas, isto é, legalmente constituídas; (iv) auto-administradas ou capazes de gerenciar suas próprias atividades; e (v) voluntárias, na medida em que podem ser constituídas livremente por qualquer grupo de pessoas, isto é, a atividade de associação ou de fundação da entidade é livremente decidida pelos sócios ou fundadores.

De um modo geral a distribuição das FASFIL no Território Nacional tende a acompanhar a distribuição da população:

- Sudeste: 42,4% das FASFIL e 42,6% dos brasileiros;
- Nordeste: 23,7% das FASFIL e 27,7% da população;
- Sul: 22,7% das entidades e 14,6% da população;
- Norte: 4,8% das FASFIL e 8,0% dos brasileiros.

Entre 1996 e 2005, observou-se um crescimento da ordem de 215,1% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil. Isso significa que o número das FASFIL passou de 107,3 mil para 338,2 mil no período. Após haver registrado uma forte expansão, o crescimento dessas entidades perdeu fôlego entre 2002

e 2005 (22,6%). Isoladamente, o grupo de entidades de *Meio ambiente e proteção animal* teve um crescimento de 61,0%, ou seja, um percentual quase três vezes superior à média nacional (22,6%). O conjunto de entidades de defesa de direitos e interesses dos cidadãos cresceu 32,7% no período 2002 a 2005, o que significou a criação de 29,3 mil entidades ou quase a metade (47,1%) do total das FASFIL criadas no período (62,3 mil entidades). No que se refere ao crescimento percentual das entidades do grupo *Religião*, ele foi menor do que a média nacional (18,9% contra 22,6%), mas em números absolutos elas estão entre as que mais cresceram. No período 2002 a 2005, foram criadas 13,3 mil entidades que se dedicam a atividades confessionais. As instituições que prestam serviços de *Saúde, Educação e pesquisa e de Assistência social*, com crescimentos mais modestos perdem, gradativamente, peso no conjunto das FASFIL. Em 1996, essas instituições representavam 22,9% do total e, em 2005, a sua participação caiu para 18,9%.

As estatísticas presentes na pesquisa sinalizam ainda que, tradicionalmente vistas como *antagonistas do Estado*, as organizações não-governamentais passaram a desempenhar papel de *co-protagonistas do desenvolvimento*,[18] tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.

Nesse sentido, CUNILL GRAU salienta que "além das ações que correspondem ao voluntariado, começa-se a promover a colaboração mútua, mediante a criação de associações que executem programas públicos, a transferência de funções do Estado a segmentos da sociedade para que as executem diretamente, o financiamento público a ações desempenhadas por organizações não-governamentais – ONG – ou mediante a descentralização nos beneficiários da administração de gastos públicos".[19]

Por seu turno, registra MORALES que "cada vez mais, instituições que não são nem do Estado nem do setor privado prestam serviços sociais de caráter público. Em geral, são organizações sem fins lucrativos que promovem atividades relacionadas com os direitos sociais dos cidadãos e que expressam a vitalidade da sociedade civil ao ocupar os espaços vazios deixados pelo mercado e o Estado".[20]

Destarte, percebe-se que as associações e fundações que compõem o Terceiro Setor no Brasil vêm desempenhando atividades de interesse público em diversos segmentos, cujos resultados cada vez mais são determinantes e até mesmo indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos cidadãos, da sociedade brasileira e do próprio país.

Eis o relevante papel do Terceiro Setor como agente promotor e efetivador do direito ao desenvolvimento, direito fundamental cuja configuração jurídico-constitucional será abaixo delineada.

3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos fins do século XX, a crise mundial do modelo providencialista pôs em xeque a figura do Estado prestador, fazendo emergir reflexões sobre uma eventual e necessária co-responsabilidade entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil na busca

da concretização de uma extensa lista de direitos - sobretudo aqueles de sede constitucional - e portanto caracterizados formal e materialmente como direitos fundamentais.[21]

Em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado contemporâneo, com ele permanece (e no caso brasileiro por expressa previsão constitucional) o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional. E se no centro da noção de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cumpre à organização estatal exercer ações em número, grau, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 2º da Constituição Brasileira).

Ainda que o protagonismo social visando à realização desses direitos tenha sido reforçado diante da crise do modelo estatal providencialista, reconhece-se que o Estado cumprirá sua tarefa constitucional de efetivação dos direitos fundamentais sociais se impulsionar o crescimento econômico. No entanto, para atingir este fim o Estado não deve ocupar-se tão-somente com o crescimento econômico, mas principalmente com a promoção do desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do próprio país, em todas as frentes de ação, fronteiras institucionais e dimensões federativas.

Isso significa dizer que mesmo diante da escassez de recursos públicos, o Estado não poderá isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumprirá promover uma série de outras ações (v.g. fomento, regulação, parcerias), as quais igualmente visam promover os valores fundamentais constitucionalmente consagrados.

Nesse sentido, destaque para a instituição de um marco regulatório adequado à promoção do desenvolvimento da sociedade civil, sobretudo no que tange ao fortalecimento da liberdade de associação em todas as direções possibilitadas pelo Texto Constitucional, acrescido da criação de políticas públicas emancipatórias de cidadania ativa, ensejadoras do reforço e da ampliação de ações de protagonismo social efetivo.

Basicamente, tais medidas ou providências estatais tendem a perseguir o desenvolvimento, o qual tem em seu cerne a valorização da pessoa humana. Estado, Governo, Administração Pública, empresas privadas e organizações da sociedade civil constituem-se em intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados do desenvolvimento nacional, ainda que a responsabilidade primária pertença às organizações integrantes da esfera pública estatal.

Dessarte, reconhece-se no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição da República.

Em sua parte introdutória, a *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*, da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu que “o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”. [22]

Configurando o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável de titularidade das pessoas e dos povos, o documento reconhece que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento (art. 2.1).[23]

Insta destacar o papel de responsável primário dos Estados na efetivação desse direito, previsto nos seguintes artigos da Declaração: *Art. 2.3 Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes; Art. 3.1 Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento; Art. 6.3 Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais; Art. 8.1 Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade a todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habilitação, emprego e distribuição equitativa da renda. (...) Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais; Art. 8.2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos; Art. 10 Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.*

Considerando o processo evolutivo dos direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento insere-se no segmento dos denominados direitos fundamentais de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais têm origem nas transformações pelas quais passa a humanidade, e advêm das demandas e necessidades do homem em virtude da sua existência, sobrevivência e desenvolvimento. Nas palavras de Norberto BOBBIO, “são direitos históricos, ou seja nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. [24] Dessa natureza histórica, resultou o surgimento de fases, gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. [25]

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, conhecidos por expressarem valores atinentes à solidariedade e à fraternidade, [26] são construídos em torno da titularidade coletiva ou difusa de um certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas. Enfim, destinam-se ao gênero humano, em sentido amplo. Originalmente formatados no âmbito internacional, seriam aqueles direitos decorrentes da percepção da divisão do mundo entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, nascendo na segunda metade do século XX, a partir de reflexões sobre temas como desenvolvimento, meio ambiente e paz. Solidificou-se o entendimento segundo o qual tratam-se de direitos dessa dimensão os relativos (i) ao desenvolvimento, (ii) à autodeterminação dos povos, (iii) à paz, (iv) ao

meio ambiente e à qualidade de vida, (v) à conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade – histórico e cultural, e (vi) à comunicação.[27]

No que tange ao direito ao desenvolvimento, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO assevera que a titularidade pode ser tanto individual, quanto coletiva. Tratando-se de um direito individual, o autor sustenta que sua realização ocorreria por meio da efetivação dos direitos sociais, “particularmente no direito à educação e nos direitos culturais”.[28] Tratando-se de um direito coletivo ou difuso, aponta que a demanda por sua efetivação suscita dúvidas com relação à responsabilidade do Estado, de outros povos ou da comunidade internacional.

Nesse aspecto, citando posicionamento de Etienne-R. MBAYA, Paulo BONAVIDES afirma que “o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos (...); relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada”.[29]

Insta apontar a construção do Estado desenvolvimentista de Amartya SEN, para quem “o objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. As capacidades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas”.[30] Sustentando que “o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas”,[31] SEN destaca que “as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas - dada a oportunidade - na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento”.[32]

Nesse sentido, no terreno da efetivação do direito ao desenvolvimento, resta evidenciada a função estatal de promoção do desenvolvimento dos indivíduos. É a responsabilidade estatal primária, repetidamente veiculada na *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento* da ONU. As liberdades e oportunidades assinaladas por Amartya SEN, devem ser realizadas e garantidas pelo Estado, como meios para o exercício do direito ao desenvolvimento, e se consubstanciam em necessárias ações e intervenções levadas a cabo, prioritariamente, pela organização política em que os indivíduos encontram-se inseridos.

Embora não expressamente previsto na Constituição Brasileira de 1988, entende-se que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição da República. Ingo Wolfgang SARLET sustenta que os direitos fundamentais fora do catálogo podem ser escritos (presentes na Lei Maior ou em tratados internacionais) ou não-escritos, decorrentes do regime e dos princípios. O autor aponta que para serem assim qualificados, os direitos fundamentais fora de catálogo devem preencher os critérios de conteúdo e importância (substância e relevância), para que possam ser equiparados aos direitos integrantes do elenco do Título II da Constituição Brasileira.[33]

No preâmbulo da Constituição Brasileira restou consolidado que ao Estado Democrático por ela instituído cabe assegurar, entre outros valores supremos da sociedade, o desenvolvimento. Por seu turno, o inc. II do art. 3º da Lei Maior expressa ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional, cabendo à lei estabelecer as diretrizes e bases do

planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (§ 1º do art. 174). No entanto, insta ressaltar que o significado do termo, notadamente no sentido em que é empregado no Texto Constitucional - um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro - não está adstrito a aspectos econômicos.

Óbvio que a promoção do desenvolvimento há de visar a realização da dignidade da pessoa humana, e por isso estende-se a aspectos mais amplos que o exclusivamente econômico, como os de natureza política, social, cultural e ambiental, entre outros.

No que tange à atuação do Estado Brasileiro frente à efetivação do direito ao desenvolvimento, conferir posicionamento de Guilherme Amorim Campos da SILVA:

A Constituição Federal busca alterar a estrutura social vigente no país, que revela um modo social de produção. E busca fazê-lo mediante a definição de um conjunto de políticas públicas que determinarão novas formas histórico-sociais, econômicas e políticas que estão em constante modificação. Ao reconhecer as contradições da realidade brasileira, a Constituição Federal gerou um sistema capaz de rompê-las, dando as bases para a realização de seus princípios. Portanto, uma teoria do desenvolvimento, aplicada à definição de diretrizes que cumpram ou venham a cumprir o comando constitucional, deve se caracterizar pelo conjunto de iniciativas que rompem com o modelo de subdesenvolvimento em vigor, promovendo outra correlação de fluxo de renda, de modo a permitir ao Estado e à população, o estabelecimento de níveis superiores de qualidade de vida, mais as bases produtivas nacionais necessárias para a promoção do desenvolvimento de políticas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Uma teoria de desenvolvimento, digna deste nome, deve garantir a vigência dos cinco pilares sustentáculos da democracia, a saber: liberdade, igualdade, solidariedade, diversidade e participação.[34]

Eis as razões pelas quais entende-se que a Carta Constitucional de 1988 contemplou o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental, o qual deve ser satisfeito pelo Estado Brasileiro. No entanto, a responsabilidade primária do Estado pela efetivação do direito ao desenvolvimento não tem o condão de afastar o (necessário) protagonismo das organizações do Terceiro Setor para o cumprimento de idêntica tarefa.

4 ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR E DESENVOLVIMENTO: CONECTIVIDADE ESSENCIAL AO FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

Augusto de FRANCO aduz que “o papel da sociedade civil não é o de complementar ou controlar o Estado e, menos ainda, o de ser interlocutor junto ao setor privado para questões sociais. As organizações da nova sociedade civil têm uma função própria no processo de desenvolvimento social, e não apenas um papel que possa ser definido a partir da ótica do Estado, ou seja, pensando a partir do que o Estado faz ou deixa de fazer”. [35]

No entanto, infere-se a ocorrência de acentuado déficit de conscientização e de participação política dos cidadãos, agravado por baixos índices de protagonismo social, notadamente na vertente associativa. Indubitavelmente, há fatores históricos e institucionais que motivam esta ausência de forte engajamento cívico da população brasileira nos assuntos públicos. Torna-se possível elencar a tradicional dependência da sociedade civil diante do Estado (“sociedade dependente”); os diversos períodos de autoritarismo e repressão social que permearam a nossa história político-institucional; o caráter ainda incipiente do recente processo de redemocratização do país, iniciado na década de 80 do século XX, bastante fortalecido pela Constituição de 1988.

Sem prejuízo disso, exsurge no contexto brasileiro a necessidade de ser realizado um processo de *empowerment* das organizações da sociedade civil, compreendido como o fortalecimento do engajamento cívico da população e do seu papel de protagonista na resolução dos problemas sociais. É com essa direção, no sentido da viabilização do desenvolvimento da própria sociedade, que torna-se imperioso lançar um novo olhar sobre o Terceiro Setor, o qual pode ser assimilado como a sociedade civil em movimento, resultado da máxima expressão da cidadania ativa em um cenário de intensa mobilização e de participação social, notadamente a partir dos ideais e dos valores vinculados à solidariedade.

Para esse desiderato, faz-se mister a edição de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, entendido como um instrumento legislativo especialmente vocacionado a estabelecer diretrizes e princípios voltados à expansão, ao reforço e à ampliação do exercício da liberdade de associação, com vistas ao fortalecimento da cidadania. Uma das principais funções desse texto legislativo será o de contribuir para a promoção da emancipação da vida associativa no país, evidenciando e maximizando o papel do Terceiro Setor como agente promotor e efetivador do direito fundamental ao desenvolvimento.

Hodiernamente, intensa é a discussão acerca do estabelecimento de um novo *marco legal e regulatório do Terceiro Setor* no Brasil.

Os temas que demandam reflexão e regulamentação pelo Legislativo são bastante variados, e versam, notadamente (a) sobre a necessidade de uniformização das certificações e das titulações estatais das entidades do Terceiro Setor; (b) melhor detalhamento normativo acerca da tributação do Terceiro Setor (imunidades e isenções); (c) ajustes nas formas e nos mecanismos de fiscalização e de controle das entidades do Terceiro Setor, com especial reforço da obrigatoriedade de transparência de suas atividades e na prestação de suas contas (de instrumentos de governança social das entidades) , (d) melhores bases normativas para a formação de parcerias entre Estado, empresas e entidades do Terceiro Setor, e (e) regulamentação das formas e instrumentos de fomento estatal para as entidades do Terceiro Setor.

Esses e diversos outros tópicos desafiam o Poder Legislativo, cuja atuação é de suma importância para o estabelecimento de um ambiente regulatório satisfatório, apto a gerar a segurança jurídica necessária para o pleno desenvolvimento das atividades do Terceiro Setor em nosso país.

Há quem defenda a edição de uma *Lei Geral* ou de um *Estatuto do Terceiro Setor*, o qual procuraria sistematizar, uniformizar e disciplinar, em um único texto

legislativo, aspectos como as formas de organização jurídica, as atividades, os modos de gestão, fiscalização e controle das entidades que desse segmento façam parte.

Papel importante nessa busca por uma regulação do Terceiro Setor foi desenvolvido durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio de rodadas organizadas pelo Grupo de Interlocação Política do Conselho da Comunidade Solidária, dedicadas ao tema *marco legal do Terceiro Setor*, ocorridas entre 1997 e 1998.[36]

Em 26 de setembro de 2001, a Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados realizou o seminário "Elaboração do Estatuto do Terceiro Setor", com a participação de parlamentares e representantes de diversas entidades do Terceiro Setor. Entretanto, ainda que uma das propostas ali discutidas fosse a elaboração de um projeto de lei para regular o Terceiro Setor, os trabalhos não tiveram continuidade.

Sob a égide do Governo Lula, foi instituído em 2004 o Grupo de Trabalho Interministerial do Terceiro Setor, em decisão conjunta do Presidente da República e da Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG), sob a coordenação geral do assessor especial da Presidência, Sr. César Alvarez. Todavia, não houve, até o presente momento, divulgação de um relatório oficial dos trabalhos eventualmente realizados.

No Senado Federal, nos dias 29 e 30.11.06, teve lugar o 2º Fórum Senado Debate Brasil: Terceiro Setor – cenários e perspectivas, durante o qual foram discutidas propostas de regulamentação jurídica do Terceiro Setor em nosso país.

Como bem assinala José Eduardo Sabo PAES, "o Terceiro Setor tem uma grande abrangência não só na sua forma de atuação, como com relação às entidades ou organizações sociais que o constituem, não havendo, ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma definição exata em lei do que seja esse setor, de que se compõe e em que áreas atua".[37]

Assim, soa mais razoável buscar o arranjo e a sistematização de princípios, diretrizes e regras jurídicas que visam regulamentar, em linhas gerais, as organizações e as atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor, a partir de uma linha de fortalecimento da cidadania ativa, por meio da expansão do exercício da liberdade de associação. Sem prejuízo disso, a existência de disciplinas especiais é e sempre será inevitável, pois o Terceiro Setor corresponde a uma esfera de entidades e de atividades que têm sua origem e destino na própria sociedade civil. Além disso, depara-se aqui, indubitavelmente, com uma realidade essencialmente dinâmica e cambiante, dotada de um elevado grau de auto-regulação e auto-organização, a qual, aliás, traduz-se em uma das características marcantes das entidades do Terceiro Setor, decorrentes do princípio da livre associação (Constituição da República, art. 5º, inc. XVII).

Sem prejuízo disso, torna-se pertinente registrar que a regra geral é a de que as entidades do Terceiro Setor submetem-se ao regime de direito privado. Em casos excepcionais, haverá a aplicação de princípios e de regras típicas do regime de direito público, desde que isso resulte de bases normativas postas no ordenamento jurídico pátrio.[38]

Realizadas estas ponderações, passa-se a apresentar as bases constitucionais e as bases legais mais relevantes do Terceiro Setor no Brasil. Não será realizada aqui uma análise rigorosa desta normatização, nem mesmo será conferido um tratamento dogmático das típicas categorias e institutos jurídicos do Terceiro Setor, regulamentados pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional. Nessa oportunidade, nossa preocupação cinge-se a traçar um panorama jurídico-normativo deste segmento de atividades, o qual certamente servirá de referências e de parâmetros à eventual edição de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor.

4.1 Bases constitucionais do Terceiro Setor

É possível sustentar que o Terceiro Setor é o resultado da combinação do exercício da cidadania com a efetiva participação direta dos cidadãos - individual ou de modo associativo - nos assuntos de interesse da sociedade, sempre com fundamento na busca pela solidariedade entre os indivíduos.

Sendo assim, os elementos fundantes do Terceiro Setor encontram-se previstos expressamente na Constituição de 1988.

A *cidadania* é tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. II); a *participação* direta dos cidadãos nos assuntos públicos possui suporte no art. 1º, par. único;^[39] a *solidariedade* é elencada como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. I).

Ao lado disso, é inegável que a própria noção de *Estado Democrático de Direito*, previsto na Constituição Brasileira no art. 1º, caput, é absolutamente determinante para a conceituação de Terceiro Setor, principalmente diante da obrigatoria democratização do Estado de Direito.^[40]

No entanto, parece evidente que o núcleo constitucional do Terceiro Setor reside no conjunto de preceitos integrado pelos incisos XVII a XXI do art. 5º da Lei Maior, cuja conjugação com outros preceitos pode, inclusive, resultar na conformação de uma *principiologia constitucional do Terceiro Setor*.

A Constituição de 1988 assegura a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, a *liberdade de associação*,^[41] desde que seja para fins lícitos, proibida a criação de associações de caráter paramilitar (art. 5º, inc. XVII). Concomitantemente ao *sentido positivo da liberdade de associação*, é a mesma Constituição que estabelece o *sentido negativo da liberdade de associação*, preconizando que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, inc. XX).^[42]

O art. 5º, inc. XVIII, da Lei Maior estipula que a criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Obviamente, a obrigação constitucional de prestação de contas à União Federal, dirigida àquelas entidades privadas não lucrativas que recebam recursos financeiros federais, nos termos do art. 70, par. único, da Constituição de 1988 não configura interferência estatal

indevida no funcionamento das associações, uma vez que a medida visa proteger o interesse público.

O art. 5º, inc. XIX, da Constituição de 1988 preceitua que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”.

Por seu turno, o art. 5º, inc. XXI, da Lei Maior confere legitimidade judicial e extrajudicial às associações, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados; o art. 5º, inc. LXX, (b), atribui legitimidade às associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para impetrar mandado de segurança coletivo com a finalidade de defender interesses de seus membros ou associados.

No campo da tributação, o art. 150, inc. VI, (c), da Constituição de 1988 proíbe aos entes federativos instituir impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços (...) das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”. Todavia, a própria Lei Maior determina que tal imunidade tributária compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas (art. 150, § 4º).[43]

Finalmente, vale registrar que é no seu Título VIII, “Da Ordem Social”, que a Constituição de 1988 revela-se pródiga em inserir as entidades privadas sem fins lucrativos como protagonistas nos segmentos que lhe são próprios, quais sejam, *saúde* (p. ex., art. 199, § 1º); *assistência social* (p. ex., art. 204); *educação* (p. ex., art. 213); *cultura* (p. ex., art. 216, § 1º); *meio ambiente* (p. ex., art. 225, caput) e *família, criança e idoso* (p. ex., art. 227, § 1º).

Em relação a todas as matérias apontadas existe farta legislação infraconstitucional, regulamentadora dos preceitos constitucionais aludidos e disciplinadora da atuação das entidades do Terceiro Setor nos segmentos assinalados.

4.2 Bases legais do Terceiro Setor

Conforme foi apontado, não há no Brasil um *Código* ou *Estatuto do Terceiro Setor*, agrupador das regras regulamentadoras de todos os aspectos relacionados com este segmento de atividades.[44]

Assim sendo, as regras que disciplinam o Terceiro Setor encontram-se disseminadas em Códigos e textos legislativos esparsos, objetos de estudo específico de diversos ramos ou especialidades do Direito.[45]

As regras gerais atinentes à *constituição, organização e funcionamento* das *entidades do Terceiro Setor* estão dispostas no Código Civil, notadamente do art. 53 ao art. 69, os quais tratam das duas únicas formas de organização jurídica das entidades privadas sem fins lucrativos: as associações e as fundações.[46]

Nos termos do art. 53, caput, do Código Civil, “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”; de acordo com o art. 62, caput, “para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”. Vale notar que o art. 62, par. único, estabelece que “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

Associações e fundações são pessoas jurídicas de direito privado, cuja existência legal tem início com a inscrição de seus atos constitutivos no Registro de Pessoa Jurídica (art. 45, caput, do Código Civil). Por isso, para o devido *registro* de seus atos constitutivos, as entidades de Terceiro Setor devem obedecer também as disposições da Lei federal n. 6.015/1973, a Lei de Registros Públicos, principalmente os arts. 114 a 121.

Legalmente constituídas, as entidades de Terceiro Setor que tiverem interesse poderão pleitear do Poder Público – União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios – o *registro em órgãos oficiais* e a *concessão de títulos, certificados ou qualificações*, destinadas a comprovar publicamente a vocação ou a especialidade de atuação dessas entidades, além de conferir a elas benefícios legais variados, sobretudo de ordem tributária (isenções fiscais).[47]

Exemplificando, no âmbito federal existe a possibilidade de a entidade de Terceiro Setor requerer seu registro junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), integrado na estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, nos termos dos Decretos n. 2.536/1998 e n. 3.504/2000. Tal registro é condição inafastável para que a entidade pleiteie, se assim desejar, a concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).[48]

Ainda na esfera federal, é possível identificar os seguintes títulos, certificados ou qualificações: (a) o Título de Utilidade Pública, previsto na Lei federal n. 91/1935, (b) o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), previsto na Lei federal n. 8.742/1993 e no Decreto n. 2.536/1998, (c) a qualificação de Organização Social (OS), prevista e disciplinada pela Lei federal n. 9.637/1998 e (d) a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), disciplinada pela Lei federal n. 9.790/1999 e pelo Decreto n. 3.100/1999.[49]

Para adquirir cada um desses títulos, certificados ou qualificações, as entidades interessadas têm de comprovar, em processos administrativos específicos que são levados a efeito pelos órgãos federais competentes, serem cumpridoras de inúmeros requisitos. Somente assim a elas serão conferidos tais títulos, certificados ou qualificações.

Convém sublinhar que o próprio sentido jurídico de *entidade privada sem fins lucrativos* não é unívoco em nosso ordenamento.

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece, por exemplo, em seu art. 9º que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV – cobrar imposto sobre: (...) c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e

de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo”. Na seqüência, o CTN estipula no art. 14 que “o disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos”.

Ainda em relação à matéria tributária, a Lei federal n. 9.249/1995 preconiza em seu art. 13, § 2º, inc. III, que poderão ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica “as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras: a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária; b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto; c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União”.

De outro lado, mais aplicado ao direito administrativo, para fins de qualificação de uma entidade privada como OSCIP, o art. 1º, § 1º, da Lei federal n. 9.790/1999, dispõe que “para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos, a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

Ainda nesta linha, em matéria de direito empresarial, a Lei federal n. 10.101/2000, a qual dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, estabelece em seu art. 2º, § 3º, que “não se equipara à empresa, para os fins desta Lei: (...) II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente: a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País; c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis”.

No campo das relações trabalhistas, cumpre ressaltar uma importante particularidade identificada com as entidades do Terceiro Setor. As relações trabalhistas travadas entre as entidades do Terceiro Setor e as pessoas físicas que a elas prestam serviços são disciplinadas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Entretanto, a edição da Lei federal n. 9.608/1998 marcou a regulamentação do *serviço voluntário* ou *voluntariado*, entendido como “atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade” (art. 1º).[50]

Em matéria de *fiscalização* e de *controle das entidades do Terceiro Setor*, convém colocar em evidência as regras previstas no Decreto-lei n. 41/1966, o qual dispõe sobre a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais. Em seu art. 3º, o diploma legislativo aludido preconiza que caberá ao Ministério Público requerer ao juízo competente a dissolução dessas entidades, nas hipóteses ali previstas.[51]

Finalmente, embora trate-se de direito projetado, em virtude de recentes escândalos envolvendo a aplicação ilegal de recursos públicos por algumas ONGs, cumpre informar encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.877/2004, o qual "dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências", cujo texto prevê a criação de um *Cadastro Nacional das ONGs*, o qual passaria a ser gerido pelo Ministério da Justiça.[52]

5 SINALIZAÇÕES FINAIS

Detecta-se atualmente uma renovação dos estudos científicos em torno da *sociedade civil*, assim como dos possíveis papéis que os centros de poder social desempenham no mundo contemporâneo, sendo possível identificar duplicidade de espaços na esfera pública: de um lado, a *esfera pública política* ou *esfera pública estatal*, representada pelo Estado enquanto organização político-administrativa; de outro, a *esfera pública não-estatal*, espaço no qual desponta, no Brasil, o denominado *Terceiro Setor*.

Em face do que foi exposto neste trabalho, com especial destaque para o panorama de suas bases constitucionais e legais, percebe-se com clareza que foi atingido o ponto em que se torna absolutamente obrigatória a ordenação e a sistematização das matrizes jurídico-normativas do Terceiro Setor.

Ao Estado sempre coube disciplinar normativamente, desde as possíveis formas de organização jurídica dessas entidades, até as atividades por elas desenvolvidas e as relações por elas estabelecidas com o próprio Estado e com outros atores sociais. Dessarte, produziu-se um corpo legislativo e um ambiente regulatório do Terceiro Setor no Brasil, cuja atual e vigente conformação encontra suas bases na Constituição de 1988.

No entanto, revela-se extremamente pertinente a edição de um *Estatuto Jurídico do Terceiro Setor*, entendido como instrumento legislativo especialmente vocacionado a estabelecer diretrizes, princípios e regras voltados à expansão, ao reforço e à ampliação do exercício da liberdade de associação, com vistas ao fortalecimento da cidadania. Uma de suas principais funções será a de contribuir para a emancipação da vida associativa no país, evidenciando e maximizando o papel do Terceiro Setor como agente promotor e efetivador do direito fundamental ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *As Fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil 2005/IBGE*, Gerência do Cadastro Central de Empresas. Rio de Janeiro: IBGE, 2008

BOBBIO, Norberto. SOCIEDADE CIVIL. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8. ed., 1995. v. 2.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Enap, 1998.

CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996.

CUNILL GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

FRANCO, Augusto de. *Terceiro setor: a nova sociedade civil e seu papel estratégico para o desenvolvimento*. Brasília: AED, 2003.

FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2000

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEONEL, Mauro. A sociedade policêntrica: a reforma do Estado em questão. *Folha de São Paulo*, 10 jul. 1999. Jornal de Resenhas, p. 4.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEREGE, Luiz Carlos (Coord.); BARBOSA, Maria Nazaré (Org.). 3.º Setor – Reflexões Sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, ago. 2001.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 25 de outubro de 2004.

MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 51-86.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Do fracasso à reforma da reforma do Estado. In: _____. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 37-76.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Estado, empresas e terceiro setor: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 97, p. 153-167.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 83-119.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPs e Licitação: ilegalidade do Decreto nº 5.504, de 05.08.05. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 12, a. 4, p. 165 - 207, jan./mar. 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa In: *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-427.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 48, p. 5093-5098, fev. 2005.

TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. A atuação das organizações não-governamentais: entre o Estado e o conjunto da sociedade. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

* Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Bolsa CAPES). Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Coordenador do Projeto “Estatuto Jurídico do Terceiro Setor”, do *Projeto Pensando o Direito* (2008), desenvolvido pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ) em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Diretor da Revista de Direito do Terceiro Setor-RDTS (Ed. Fórum). Advogado (gustavo@joliveira.adv.br).

[1] FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 7.

[2] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 99. Para o autor, a sociedade civil é parte integrante da *esfera pública*, igualmente composta pelos meios de comunicação de massa, pelas grandes agências, entidades encarregadas de pesquisas de opinião e mercado, e outros entes que vêm formar a *opinião pública*. Todavia, a sociedade civil forma “o substrato organizatório do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade” (Ibid., p. 100.).

[3] Ibid., p. 101.

[4] Ibid., p. 105.

[5] Ibid., p. 106.

[6] Ibid., p. 115-116.

[7] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 83-119. p. 86.

[8] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Enap, 1998. p. 242.

[9] NOGUEIRA apresenta crítica a este movimento, aduzindo que a incorporação do tema da sociedade civil nos projetos de reforma de Estado “fez-se com a nítida predominância de uma visão de sociedade civil reduzida a recurso gerencial: interesses, grupos, indivíduos e comunidades deveriam se organizar, autonomamente, para transferir sustentabilidade e recursos às políticas públicas”. (NOGUEIRA, Marco Aurélio. Do fracasso à reforma do Estado. In: _____. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 37-76. p. 59).

[10] NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 568

- [11] Ibidem, p. 570.
- [12] TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. A atuação das organizações não-governamentais: entre o Estado e o conjunto da sociedade. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 107-108.
- [13] Convém registrar que há Estados que editaram legislações próprias para a qualificação de título de Oscip em suas esferas, a exemplo da Lei n.º 11.743, de 20 de janeiro de 2000, do Estado de Pernambuco; da Lei n.º 11.598, de 15 de dezembro de 2003, do Estado de São Paulo e da Lei n.º 14.870, de 16 de dezembro de 2003, do Estado de Minas Gerais.
- [14] Arts. 1.º e 4.º da Lei federal n.º 9.790/1999.
- [15] Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sistemas/OSCIP/index.asp>> Acesso em: 11 dez. 2006.
- [16] BRASIL. *As Fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil 2005/IBGE*, Gerência do Cadastro Central de Empresas. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. 162p.
- [17] Cadastro Central de Empresas, do IBGE, que cobre o universo das organizações inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica CNPJ, do Ministério da Fazenda, que no ano de referência declararam, ao Ministério do Trabalho e Emprego, exercer atividade econômica no Território Nacional. O Cadastro abrange tanto entidades empresariais como órgãos da administração pública e instituições privadas sem fins lucrativos.
- [18] Sobre a temática *Estado, parcerias e desenvolvimento*, cf. os seguintes artigos de nossa autoria: Direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005 e Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et. al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.
- [19] CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996. p. 127. Da mesma autora, cf. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.
- [20] MORALES. Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 51-86. p. 53.
- [21] Para Jorge MIRANDA, direitos fundamentais são “direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4, p. 7.); “são direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade ...” (Ibid., p. 9.). Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999; ALEXY, Robert. Colisão de direitos

fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999 e ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 8, n. 30, p. 146-157, jan./mar. 2000.

[22] Resolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, 04 dez. 1986. Sobre o direito ao desenvolvimento na perspectiva do direito internacional, cf. DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Importante reflexão é a realizada por Peter HÄBERLE, jurista que coloca em relevo a figura do “Estado Constitucional Cooperativo”, entendido como “o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade” (HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 4.)

[23] Para José Luiz Quadros MAGALHÃES, "o desenvolvimento como direito humano implica, portanto, na reconstrução do conceito de desenvolvimento. O desenvolvimento sustentado sobre um novo ser humano que construa uma nova sociedade baseada em novos valores. Um desenvolvimento que não represente a simples reprodução do presente no futuro, em quantidade maior" (MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Desenvolvimento dos direitos humanos e o direito ao desenvolvimento enquanto direito humano. In: SÉGUIN, Elida (Org.). *O direito do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 137-157. p. 156.).

[24] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5. Indica o autor que os direitos “nascem quando devem ou podem nascer” (Ibid., p. 6.).

[25] Emprega-se o termo **dimensão**, e não **geração** de direitos fundamentais, uma vez que não se tratam de direitos que existem em períodos distintos e isolados. Embora surjam em épocas diversas, passam a coexistir e reforçar-se uns aos outros, de modo que a existência de uma nova dimensão não implica a extinção daquela que a precedeu.

[26] Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO registra que “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.). Informa que foi Karel VASAK em 1979 quem primeiro chamou a atenção para um terceira dimensão de direitos fundamentais, denominando-os de **direitos da solidariedade** (Id.).

[27] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 1995. p. 57-68.

[28] Ibid., p. 65.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 523. Esclarece o autor que o formulador do direito ao desenvolvimento foi Etine-R. MBAYA, objeto de uma aula que inaugurou os Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em 1972 (Id.).

[30] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2000. p. 71. Acerca do tema das liberdades, cf. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[31] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 2000. p. 71.

[32] Id.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99.

- [34] SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004. p. 94-95.
- [35] FRANCO, Augusto de. *Terceiro setor: a nova sociedade civil e seu papel estratégico para o desenvolvimento*. Brasília: AED, 2003. p. 51.
- [36] Cf. FERRAREZI, Elizabete. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. 2 ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.
- [37] PAES, José Eduardo Sebo. Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 48, p. 5093-5098, fev. 2005. p. 5094.).
- [38] Sobre o tema da gestão privada de recursos públicos para fins públicos, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O Terceiro Setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006. p. 101-138. Convém ressaltar que autores como Marçal JUSTEN FILHO sustentam que “a difusão de organizações não estatais orientadas à satisfação de interesses coletivos produz a ampliação dos limites do direito administrativo para alcançar entidades colocadas fora do âmbito puramente estatal. Isso não equivale a afirmar a identidade absoluta de regime jurídico para os entes estatais e não estatais. O que se afirma é que o direito administrativo alcança essas atividades não governamentais, afetando e restringindo a autonomia privada que seria característica das atividades de cunho egoístico” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.).
- [39] Sobre cidadania e participação, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 97, p. 153-167, e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa In: *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-427.
- [40] Enfrentamos a conceituação e os reflexos constitucionais da locução *Estado Democrático de Direito* em OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: *Direitos Humanos e Democracia: intercorrências*. Rio de Janeiro: Forense, 2006 (no prelo).
- [41] Sobre liberdade de associação, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988. pp. 386-397, e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 265-267.
- [42] A respeito dos sentidos positivo e negativo da liberdade de associação, cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.054-DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 02.04.2003, publicado do DJU de 17.10.2003.
- [43] Cf. LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. *Tributação do Terceiro Setor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; PAES, José Eduardo Sabo (Org.). *Terceiro Setor e tributação*. Brasília: Fortium, 2006 e SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.
- [44] De acordo com José de Oliveira ASCENSÃO, “o código distingue-se [da lei] por conter o núcleo, e tendencialmente até a generalidade, das regras relativas a determinada matéria. Representa pois sempre um instrumento de concentração do regime jurídico de

certo sector ou sectores da vida social” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364.).

[45] Pertinente informar a existência de uma organização internacional, destinada a promover o estudo, o conhecimento e a difusão da legislação mundial sobre o Terceiro Setor, denominada *The International Center for Not-for-Profit Law*, com sede em Washington-USA (<http://www.icnl.org>).

[46] Importa colocar em evidência a Lei federal n. 9.867/1999, a qual instituiu e disciplinou as *cooperativas sociais*, formatação jurídica destinada a integrar, por meio do trabalho, as pessoas em desvantagem no mercado econômico. Inclino-me a defender que as cooperativas sociais retratam uma nova forma de organização jurídica de entidades do Terceiro Setor, a despeito de sua lei de base silenciar em diversos aspectos, notadamente no que tange à sua natureza jurídica.

[47] Sobre aspectos jurídicos envolvendo a concessão de títulos, certificados ou qualificações estatais às entidades de Terceiro Setor, cf. MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> > Acesso em: 25 de outubro de 2004.

[48] Apesar da importância do tema, a bibliografia brasileira sobre a assistência social, notadamente acerca dos seus desdobramentos jurídicos, ainda é escassa. Cf. COUTO, Berenice Rojas. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006; MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001, e RAICHELIS, Raquel. *Esfera pública e conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, entre outros.

[49] Ainda no plano federal, cabe fazer menção ao Cadastro Nacional das Entidades Ambientais (CNEA), gerido pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e disciplinado pela Resolução n. 292, de 21 de março de 2002, oriunda desse mesmo órgão. Podem integrar voluntariamente este cadastro as ONGs que tenham como objetivo principal, no seu estatuto e por intermédio de suas atividades, a defesa e proteção do meio ambiente. Insta aludir a uma publicação do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação do Ministério da Justiça, *Manual de Entidades sociais do Ministério da Justiça* editado em dezembro de 2007 (Brasília: SNJ, 2007).

[50] Sobre as implicações jurídicas do voluntariado, cf. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Aspectos jurídicos do voluntariado. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Estado, empresas e terceiro setor: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007 (no prelo).

[51] A respeito da temática, cf. NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

[52] Em fase de implementação existe o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública-CNEs, no âmbito do Ministério da Justiça, formatado a partir da Portaria SNJ n. 24/07 (www.mj.gov.br/cnes).

TERRAS INDÍGENAS, LAUDO ANTROPOLÓGICO E HIDRELÉTRICAS NO SUL DO BRASIL*

INDIGENOUS LAND, ANTHROPOLOGICAL EXPERT EXAMINATION AND HYDROELECTRICS IN SOUTH BRAZIL

João Francisco Kleba Lisboa

RESUMO

A constituição Federal de 1988 marca a superação da perspectiva integracionista, uma constante da legislação indigenista até então, finalmente reconhecendo aos índios o direito à alteridade. A terra, por sua vez, assume um lugar central para as sociedades indígenas, constituindo a principal condição de sua reprodução e subsistência. A aproximação entre Direito e Antropologia, proporcionada pelos laudos periciais antropológicos, abre horizontes semânticos e possibilidades de atuação, além de proporcionar um confronto salutar entre éticas distintas. A defesa dos territórios tradicionais indígenas vem acompanhada de uma defesa das narrativas e saberes tradicionais desses povos, assim como de uma retomada de sua identidade étnica e de sua participação na história local e na política. As terras indígenas geram conflitos com diversos elementos da sociedade ao entorno, como se nota, por exemplo, nos casos de construção de usinas hidrelétricas e seus respectivos alagamentos de superfície. A participação desses diferentes atores apresenta cada vez mais desafios aos direitos indígenas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; TERRAS INDÍGENAS; ALTERIDADE; OCUPAÇÃO TRADICIONAL; CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 marks the overcoming of the integrationist perspective – a constant of indigenous rights until then - finally recognizing the Indians right to otherness. Land in turn took a central place for the indigenous societies and is the main condition for their reproduction and survival. The rapprochement between Law and Anthropology provided by anthropological expert examination opens semantic horizons and possibilities for action, besides providing a healthy confrontation between different ethics. The protection of traditional indigenous territories is accompanied by a defense of narratives and traditional knowledge of these peoples, as well as a resumption of their ethnic identity and their participation in local history and politics. Indigenous lands create conflicts with various elements of society around, as we note for example with

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

hydroelectric plants construction and their following land flooding. The involvement of different actors presents increasingly challenges for indigenous rights.

KEYWORDS: LAW; INDIGENOUS LAND; OTHERNESS; TRADITIONAL OCCUPATION; FEDERAL CONSTITUTION.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, marca a superação da perspectiva integracionista, uma constante da legislação indigenista até então, finalmente reconhecendo aos índios o direito a alteridade (SOUZA F^o, 1993; COLAÇO, 2003; SANTOS, 2005; MEIRA, 2007). A questão indígena é tratada, principalmente, em um capítulo específico, “Dos Índios”, que integra o Título VIII, “Da Ordem Social”. O art. 231, *caput*, estabelece:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A CF/88 reconhece, no dispositivo acima, o direito dos índios a manterem sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições. Isso deve ser lido como o reconhecimento do direito constitucional dos índios à diferença cultural e lingüística, o que marca um novo posicionamento do Estado em relação às sociedades indígenas. O que fica reconhecido é o direito destas a permanecerem vivendo de forma diferente da chamada “sociedade nacional”, de acordo com suas especificidades étnicas e culturais.

Alem disso, o texto constitucional estabelece a natureza originária do direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo considerados seus primeiros e naturais senhores, seguindo a linha jurídica do indigenato enquanto fonte primária de direito, anterior a qualquer outra.

Em conseqüência, o direito dos índios a uma terra determinada não depende de reconhecimento formal nem de sua demarcação. Esta, explica Marco Antônio Barbosa, não é condicionante da existência do direito, mas visa assegurá-lo; além disso, serve para manter a segurança jurídica e evitar conflitos sobre a terra em questão:

Relativamente à demarcação é preciso de antemão deixar claro que ela não é condicionante do direito, que tem por objetivo assegurar. Em outras palavras, o fato e algumas terras indígenas não estarem demarcadas não implica dizer que estão a

descoberto do amparo constitucional. A demarcação imposta pelo legislador constituinte à União é providência de ordem prática tendo em vista a maior segurança e definição da proteção dos territórios indígenas. É medida salutar também para a estabilidade e segurança de toda e qualquer situação jurídica, evita possíveis conflitos sociais e de terras. No entanto, não condiciona o direito que visa assegurar. (BARBOSA, 2001, p. 89)

Dessa forma, o direito à terra por parte da sociedade indígena que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo, ou seja, a demarcação de uma Terra Indígena é ato meramente declaratório, decorrente do reconhecimento feito pelo Estado, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional. Não obstante, o Poder Público está obrigado pela Constituição a promover o reconhecimento das terras indígenas. E a obrigação de proteger as Terras Indígenas (TIs) cabe ao Estado. Portanto, sempre que uma comunidade indígena ocupar uma área determinada de acordo com os requisitos estabelecidos no artigo 231 da CF, o Estado terá que delimitá-la e realizar a demarcação física dos seus limites. A própria Constituição estabeleceu um prazo para a demarcação de todas as TIs: 5 de outubro de 1993. Porém isso não ocorreu, e atualmente as TIs no Brasil encontram-se em diferentes situações jurídicas relativas a sua demarcação (ISA, 2008).

A demarcação de TIs, por sua vez, abre espaço para a solicitação, em litígios judiciais, de laudos periciais antropológicos, que servirão como provas documentais de ocupação indígena. Uma vez que a definição de um território tradicionalmente ocupado passará, obrigatoriamente, pela compreensão narrativa da vida e das tradições daquele povo indígena, essa definição apenas se tornará possível com a realização de um estudo antropológico, trazendo implicações éticas e profissionais muito diferentes das geralmente encontradas pelos operadores do direito.

Terra, território e ocupação indígena

A relação entre território e uma porção determinada de terra implica em fixação, em limites claramente definidos, em divisão e controle do espaço. Porém, quando se tratam de terras tradicionalmente ocupadas, essa concepção entra em conflito com o pensamento e a forma de vida tradicionais dos próprios índios. Mesmo sabendo que toda generalização a respeito dos diversos povos indígenas é perigosa, podendo resultar em homogeneizações folclóricas, parece claro que a noção trazida pelo direito moderno de domínio sobre a terra lhes é completamente estranha e, uma vez que é a noção dominante, exige modificações e adaptações. É por isso que a demarcação e implementação de TIs, além de alterar a identificação dos indígenas com a terra, muda também o relacionamento entre diferentes grupos, que passam a ter que “negociar”

parcelas de um espaço estritamente limitado. Um bom exemplo é exposto na análise que Bruna Franchetto faz das transformações trazidas pela criação do Parque do Xingu:

O que se procura é sempre a prova e uma relação com a terra/território que se configure no esquema do indivíduo ou do grupo individualizado, exercendo um domínio transacionável fixado pela lei. Acharmos que esta conceituação não toca em quase nada o viver e pensar dos índios xinguanos que conhecemos e que nos falaram. Terra é, para eles, “chão”, no sentido literal e figurativo do termo, mais do que qualquer outra coisa. Não é mercadoria, não se fecha, e é todo absolutamente “explorado”, material e simbolicamente. É um espaço contínuo, sem divisa e picadas. Seria, porém, ingênuo não pensar na reestruturação violenta que o espaço sofreu depois que a picada do Parque tornou a terra definitivamente delimitada. Houve transformações no sistema de relações políticas entre os grupos, com a criação de novas identidades. Mas a manutenção de um controle de alguma maneira grupal e coletivo sobre a terra permitiu fazer de um território agora fechado, “chão” de uma identidade “xinguana”. (FRANCHETTO, 1985, p. 106)

Fundamental também é a compreensão da mobilidade não apenas territorial como também comportamental possível de ser observada entre as populações indígenas, principalmente ao longo dos cinco séculos de turbulento contato com colonizadores, madeireiros, garimpeiros, fazendeiros e outras formas com as quais a civilização ocidental se apresentou aos índios. Querer encontrar um vínculo intacto desses povos seja com uma cultura “pura” ancestral, seja através da ocupação contínua e ininterrupta do território é querer condená-los ao congelamento, além de ignorar os impactos causados pela violência da conquista. Segundo Barbosa, deslocamentos forçados fizeram com que a maioria dos povos indígenas se encontrem hoje em verdadeiros refúgios, terras de menor produtividade e baixo valor econômico:

Todos sabem que as populações indígenas, povos dominados, foram sempre vítimas da força e da violência. Todos sabem igualmente que quase todos os grupos indígenas foram há muito despossados de suas melhores terras, lhes sobrando hoje muito pouco do que outrora detinham e, quase sem exceção, encontram-se em territórios de refúgio, nas porções menos férteis ou rentáveis economicamente. (BARBOSA, op. cit., p 93)

Além das pressões decorrentes de títulos de propriedade privada – muitas vezes de procedência duvidosa – que incidem sobre territórios indígenas[2], percebe-se uma grande dificuldade em se aceitar a ocupação tradicional indígena. Alguns juizes, por exemplo, em casos envolvendo TIs, parecem determinadamente fechados à compreensão do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”, exigindo provas e vestígios arqueológicos da presença indígena desde a época pré-colombiana, ignorando assim a descaracterização do território causada pelos colonizadores. É o que explica Deborah Duprat, discorrendo sobre a atuação do judiciário no que se refere às TIs:

Não bastasse a disputa que se estabelece entre direitos indígenas e direitos de propriedade, há forte incompreensão no que diz respeito ao que sejam terras tradicionalmente ocupadas. Vez por outra o conceito resvala para imemorialidade, e o juiz exige a produção de um laudo arqueológico que evidencie que a presença indígena no local remonta a tempos pré-colombianos. Tal requisito vem impedindo que os Terena de Mato Grosso e os Krahô-kanela de Tocantins tenham acesso a um território, ao argumento de que as áreas pretendidas não correspondem às suas áreas ancestrais. (DUPRAT, 2006, p. 174)

No entanto, o conceito de ocupação tradicional não remete a uma idéia temporal, ou de antiguidade, nem sequer a ocupação imemorial. Trata-se sobretudo de narrativas que, através das tradições indígenas, dão sentido ao território e ritualizam-no, transformando-o em lugar de referência para uma identidade étnica. A compreensão dessas tradições, e a conseqüente identificação/definição da área “ocupada” por determinado povo indígena, portanto, necessita da realização de um estudo antropológico capaz de reconhecer nas narrativas e na memória coletiva desse povo aquilo que seria seu território tradicional. Duprat afirma que,

[...] muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente ritualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva. (Idem, p. 175)

A importância do conhecimento antropológico como capaz de “traduzir” rituais e tradições que a princípio não fariam sentido para o sistema jurídico moderno, demonstra um certo reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, da existência de outras linguagens possíveis que estabeleçam vínculos com a terra. Surge daí uma fissura no sólido bloco do saber jurídico-estatal, até então imune a exterioridades e diferenças. Se a CF/88 reconheceu o direito dos índios à alteridade, com o conceito de ocupação tradicional passa-se a admitir também uma territorialidade indígena, proveniente de suas próprias formas de identificação com a terra, totalmente diferente da concepção moderna de direito sobre a terra. A antropologia, por sua vez, através de um verdadeiro trabalho de tradução entre diferentes universos semânticos, deve buscar os significados do termo “terra” de acordo com a língua e visão de mundo do grupo pesquisado, como demonstra Elaine de Amorim Carreira, antropóloga do Ministério Público Federal:

Partimos do princípio constitucional de que o Estado brasileiro reconhece a territorialidade indígena na medida em que reconhece o índio enquanto alteridade. Sendo assim, admite falar de **terra** em outras linguagens. Essa palavra, portanto, tem de ter seu sentido retirado de dentro da linguagem do grupo em questão e não do nosso vocabulário. É preciso uma tradução “qualificada”. O próprio índio não pode saber dar essa qualidade à tradução, ou por não ter um bom conhecimento do português ou simplesmente por imaginar que compartilhamos com ele o mesmo conceito. A qualidade de uma tradução depende basicamente de trazer à tona o *ethos* e visão de mundo em que se insere o termo. Aqui, sem dúvida, entra a Antropologia. No campo das ciências humanas, cabe à Antropologia a investigação especializada sobre a especificidade do comportamento, da organização social, dos valores, sentimentos e crenças das sociedades humanas, seu estilo de vida e cosmovisão, uma espécie de senha de acesso a outras realidades (CARREIRA, 2005, pp. 240-241)

Portanto, para o direito, uma vez assumida a existência de um saber que lhe é exterior e que, mesmo assim, institui uma relação jurídica, cabe recorrer à antropologia enquanto “chave” para acessar essas “outras realidades”. A aproximação entre direito e antropologia deve ser vista como muito benéfica para ambos, e bons frutos já podem ser percebidos. Um dos principais espaços dessa união pode ser encontrado no desenvolvimento de laudos periciais antropológicos durante a demarcação dos territórios indígenas, em que antropólogos e operadores do direito – em especial o Ministério Público (MP) – complementam uns aos outros, apesar dos dilemas decorrentes da disparidade entre as práticas profissionais.

Laudos periciais e o papel do antropólogo

Os laudos periciais de natureza antropológica, solicitados para a demarcação de uma TI, formam um importante instrumento jurídico de defesa dos direitos indígenas, na medida em que transformam as narrativas e a tradição oral dos índios pesquisados em documento dotado de efeitos judiciais, que será utilizado como prova de ocupação tradicional daquele território. Para os antropólogos, o fato de sua pesquisa ser usada como uma fonte de dados objetivos e precisos representa algo incomum na sua profissão, gerando grandes discussões a esse respeito. Porém, também perceberam nos laudos periciais um meio efetivo para colocarem seu conhecimento a serviço dos povos indígenas que ainda não possuem uma terra demarcada, alcançando resultados práticos efetivos. Bruna Franchetto mostra que essa prática surgiu para defender as TIs enquanto “bens da União”, com a participação fundamental do Ministério Público:

A partir de 1986, graças a uma conjuntura política e institucional particular, o Ministério Público (Procuradoria Geral da República) passa a assumir um papel de

primeiro plano na questão, inaugurando uma estratégia inédita de defesa jurídica dos “bens da União” que são as terras indígenas. Inaugurou-se, com isso, a prática de solicitar e incluir laudos periciais de natureza antropológica, elaborados por antropólogos, como peça de defesa da União e como prova documentada da ocupação indígena das glebas *sub judice*. Nos processos, o confronto decisivo se deu entre os laudos periciais de autoria de engenheiros agrônomos apresentados pelos “proprietários” e os chamados “laudos antropológicos”. (FRANCHETTO, 1991, p. 33)

Interessante é ressaltar que a prática de solicitar laudos antropológicos é simultânea à recente ampliação das funções do MP enquanto protetor dos direitos coletivos e difusos, representando o interesse público seja contra particulares seja contra o Estado. Tal competência é explicitada no art. 129, inciso III da CF/88: “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A proximidade entre os direitos coletivos e difusos e os direitos indígenas fez com que o MP também se responsabilizasse pela proteção dos últimos, uma vez que se trata da defesa de grupos específicos (coletividades) e não de casos individuais, como explica Carlos Frederico Marés:

Assim, o Ministério Público vem se transformando, sem deixar de ser o titular da ação penal e o fiscal da lei, em uma espécie de ombudsman no direito brasileiro, isto é, naquele que defende o direito do cidadão (no sentido de titular de um direito coletivo).

Por esse novo papel de Ombudsman e pelos novos poderes que o Ministério Público vem adquirindo, calhou perfeitamente com o órgão que se ansiava para ser o defensor dos direitos indígenas, exatamente porque os direitos indígenas se assemelham aos direitos coletivos e difusos, na medida em que a titularidade é de um grupo, precisamente reconhecido, mas desnecessário o conhecimento de cada indivíduo de per si, isto é, a proteção somente tem sentido porque existe uma coletividade. (MARÉS, 1991, pp. 31-32)

A legitimidade constitucional do MP para defender em juízo os direitos indígenas também está exposta no art. 129 da CF, conforme o inciso V: “- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”.

Entre 1986 e 1988, período em que Manuela Carneiro da Cunha foi presidente da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), firmou-se um convênio entre esta e a Procuradoria Geral da República (PGR), pelo qual a ABA passaria a indicar antropólogos para a realização de laudos periciais em processos envolvendo terras indígenas. Em agosto de 1990, na gestão de Roque de Barros Laraia, é firmado um protocolo de intenções entre a ABA e a União, representada pela PGR. O convênio entre as duas instituições é renovado periodicamente, sendo que entre 1994 e 1996, com João Pacheco de Oliveira na presidência da ABA, passa a incluir na sua área de competência, além da demarcação de terras indígenas, também as terras e o patrimônio

das comunidades de remanescentes de quilombos, assim como o estudo do impacto sofrido por tais grupos frente a questões sócio-ambientais e grandes projetos de desenvolvimento. Surge daí a figura do antropólogo perito, atuando junto ao Ministério Público Federal (MPF), que passará a se valer de antropólogos com atuação nas universidades bem como de profissionais contratados por concurso público para assessorar os procuradores em inquéritos e ações judiciais (LEITE, 2005; SILVA, 1994). O papel do antropólogo como perito é assim institucionalizado, através de parcerias oficiais, tendo decisiva importância nos litígios judiciais envolvendo terras indígenas e tradicionais. Segundo Elaine Carreira, o vínculo entre antropologia e MP estaria a serviço do diálogo intercultural e do direito à diferença:

A Antropologia inserida nos quadros funcionais do Ministério Público representa a ampliação da capacidade da instituição para o diálogo intercultural, favorece a leitura não naturalizante das práticas sociais, promove o estabelecimento de uma escuta sensível e a criação de espaços de valência para outras concepções de mundo. O objetivo é o de consubstanciar o direito à diferença garantido pela Constituição Federal (CARREIRA, 2005, p. 248)

Os laudos periciais antropológicos, no entanto, se diferem do trabalho de pesquisa normalmente realizado por um antropólogo, que além de tratar de diferentes posições teóricas nem sempre tem como objeto de análise as relações territoriais de um determinado grupo. Além disso, essas pesquisas etnológicas têm o interesse acadêmico em primeiro lugar, não sendo produzidas com a intenção de formular um documento decisivo ou de resolver uma disputa. O conhecimento antropológico, no entanto, pode dar força e credibilidade ao laudo. Como explica Virgínia Valadão, uma das primeiras autoras de laudos periciais antropológicos, juntamente com Bruna Franchetto, esses trabalhos

[...] não se confundem portanto com pesquisas de caráter acadêmico, cujo universo teórico envolve extenso universo de questões e diferentes perspectivas teóricas, além de, não necessariamente, abordarem a questão territorial. Entretanto, aspectos da cosmologia, da organização social do grupo indígena e muitos outros, são fundamentais e a força de argumentação tanto dos laudos periciais quanto dos relatórios de identificação vem da qualidade das informações etnológicas apresentadas (VALADÃO, 1994, p.40)

Um dos principais desafios encontrados na elaboração de laudos antropológicos é a cobrança de “exatidão” técnico-científica, objetividade que em alguns momentos chega a ser totalmente incompatível com a teoria antropológica. Isso fomentou grandes discussões entre antropólogos, advogados e procuradores, dentre as quais se destacou o “Seminário Perícia Antropológica em Processos Judiciais”, realizado em 1991 e posteriormente publicado em livro, assim como a “Oficina sobre Laudos

Antropológicos” promovida em Florianópolis, no ano 2000, pela ABA em parceria com o NUER[3], da qual resultou o documento intitulado “Carta de Ponta das Canas”. Nesses encontros desenvolveu-se a compreensão de que os laudos periciais antropológicos, diferentes da produção acadêmica, são instrumentos que auxiliam uma decisão judicial ou administrativa, sendo responsáveis por efeitos de grande repercussão nos grupos pesquisados e em seu entorno, como demonstra Ilka Boaventura Leite:

Os laudos periciais constituem uma atividade e um gênero narrativo textual distintos dos já consagrados na academia: monografias, dissertações, teses, artigos e ensaios. Enquanto relatórios de pesquisa antropológica produzida para subsidiar processos jurídicos e administrativos, os chamados “laudos” vêm sendo requisitados em contextos específicos, principalmente em situações-limite que geralmente envolvem conflitos. São dirigidos a juízes, procuradores, advogados ou administradores para a tomada de decisões concretas, cujos desdobramentos podem alterar a vida de sociedades inteiras. Quem solicita um laudo pericial busca ou espera que o documento possua elevado grau de exatidão técnico-científica, de modo a dirimir dúvidas e propiciar medidas com desdobramentos múltiplos. (LEITE, op. cit., p.25)

Um dos motivos para a solicitação da perícia pode envolver a identificação/definição de um grupo étnico, o que também não é tarefa simples. As sociedades indígenas costumam ser tratadas de modo naturalizado, seguindo o modelo de identificação e classificação das ciências naturais, inclusive com a freqüente denominação de seus territórios como *habitat*, ou seja, um meio com o qual se tem relações puramente naturais, como qualquer outra espécie animal ou vegetal. No entanto, essa relação, como já foi abordado anteriormente, baseia-se em processos de identificação e em práticas narrativas, através das quais o próprio grupo étnico se constrói simbolicamente. É atrás desses elementos que deve ir a perícia antropológica. João Pacheco de Oliveira fala de uma “identificação positiva” como a contribuição mais importante que um antropólogo pode dar no processo de demarcação de uma terra indígena, consistindo em

[...] um inquérito, conduzido através do trabalho de campo e das técnicas próprias da Antropologia, sobre os usos que os índios fazem do seu território, bem como sobre as representações que sobre ele vierem a elaborar. O que inclui desde as práticas de subsistência (como coleta, caça e agricultura) até atividades rituais (como estabelecimento de cemitérios ou outros sítios sagrados), passando por formas sociais de ocupação e demarcação de espaços (como a construção de habitações e a definição de unidades sociais como a família, a aldeia e a “comunidade política” mais abrangente). Por sua vez as representações sobre o território devem ser investigadas em todas as dimensões e repercussões que possuem, isso atingindo não só o domínio do sagrado (onde entram as relações com os mortos, as divindades e os poderes personalizados da natureza), mas também as classificações sobre o meio ambiente e suas diferentes formas de uso e de apropriação, ou ainda as concepções sobre

autoridade, poder político, relação com outros povos indígenas e a presença colonial do homem branco. (OLIVEIRA, 1994, p. 131)

É então que se apresenta talvez o principal dilema enfrentado por antropólogos na elaboração dos laudos: o choque entre éticas distintas. Esse choque pode ser percebido em ao menos duas ocasiões. Em primeiro lugar, há a obrigação de veracidade do perito em uma disputa judicial, pois como vimos ele deve ter seu trabalho pautado pela “neutralidade” técnica e científica. Dessa forma, a ética do perito é determinada pela veracidade; não pode estar sujeita a influências de qualquer espécie, nem se deixar contagiar por afeições. Porém o trabalho do antropólogo baseia-se na relação de cumplicidade estabelecida com o grupo pesquisado ao longo de um período de convívio, aproximação e troca de informações, relação da qual também adquire grande responsabilidade enquanto transmissor das pretensões daquele grupo frente ao Estado. É pacífico entre os antropólogos que, por princípios éticos, não se deve utilizar um laudo pericial contra os interesses da comunidade pesquisada, mas em seu benefício, como explica por exemplo Osvaldo Martins de Oliveira:

Na relação de trocas de informações, de conhecimentos, de confiabilidade e de cumplicidade que estabelece com os grupos pesquisados, o antropólogo, por questões de princípios éticos, tem a obrigação, enquanto mediador entre eles e o Estado, de defender os interesses dos mesmos. Ele deve respeitar as visões de mundo (as verdades) dos seus informantes, a partir das quais ele produz o conhecimento antropológico e com as quais estabelece um compromisso. Ao antropólogo cabe a preocupação com a obrigação ética, visto que a produção do seu conhecimento está associada à ética, ao bem viver dos pesquisados. É da responsabilidade do pesquisador fazer bom uso dos resultados de sua pesquisa, cabendo a ele fazer com que esses resultados sejam colocados em benefício da comunidade pesquisada. (OLIVEIRA, 2005, pp. 149-150)

Em segundo lugar, fica explícita a distância entre a ética dos processos judiciais, ou a ética do direito, e a ética do antropólogo. Na concepção jurídica o processo judicial, tipicamente surgido do conflito de interesses humanos, é regido pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º da CF/88: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Isso quer dizer que, para ambas as partes litigantes (ou seja, para os dois lados do processo), deve-se assegurar que não apenas sejam ouvidas mas que também possam se manifestar a respeito das alegações do adversário. O direito de defesa, portanto, é reconhecido constitucionalmente entre os direitos fundamentais do indivíduo e configura uma exigência da democracia.

Da mesma forma, a igualdade de tratamento entre as partes litigantes é prevista no Código de Processo Civil: “**Art. 125.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”. Portanto, em uma ação judicial ambas as partes devem ser tratadas

igualmente pelo juiz, de forma imparcial. O que rege a ética do processo judicial, além da igual possibilidade de defesa e manifestação, é a neutralidade. Nenhuma parte deve ser privilegiada, já que todos são iguais perante a lei.

A antropologia, no entanto, mais do que tomar as populações indígenas simplesmente como objetos de estudo, posiciona-se a favor delas, e ao mesmo tempo contra o etnocídio, os massacres e a situação de colonizados em que se encontram. Para os antropólogos, é difícil acreditar nessa pretensa “neutralidade” do direito. A ética da antropologia prefere tomar uma posição clara ao lado daqueles que considera serem os legítimos detentores do direito à terra, e que ao mesmo tempo são os maiores despossuídos pela história. Esse conflito entre éticas distintas fica claro na explicação de Ruben George Oliven:

No que diz respeito à ética, os operadores do Direito operam com a idéia de que todos devem ser defendidos, não importando o crime que cometeram. Defender uma pessoa que cometeu um crime hediondo é perfeitamente ético e é parte da atividade de um advogado. No mundo do Direito, é absolutamente legítimo defender qualquer pessoa que necessite de defesa e todos os argumentos possíveis nesse processo. Já a atuação pública do antropólogo, por mais que ele seja treinado a relativizar as crenças e comportamentos, tende a ser pautada por uma ética que se rege pela defesa daqueles que ele acredita terem efetivamente direitos e pela crítica àqueles com cuja atuação não concorda. (OLIVEN, 2005, p. 65)

Já se falou, no capítulo anterior, dos conceitos de cidadania e direitos humanos enquanto universalismos da teoria liberal moderna, que soterrava as diferenças sob uma generalização de indivíduos homogêneos. O processo judicial tem uma origem essencialmente individualista e patrimonialista, estruturando-se para resolver conflitos entre duas pessoas e que geralmente envolviam bens ou mesmo dinheiro. Nos últimos anos vem passando por mudanças, ganhando destaque a ação civil pública na defesa de interesses coletivos e difusos. A antropologia, por sua vez, assume no Brasil um importante papel na defesa das minorias étnicas e da pluralidade cultural. Tendo consciência de seu lugar privilegiado, muitos antropólogos não hesitam em colocar em prática aquilo que Sílvio Coelho dos Santos chamou de “antropologia da intervenção”, contribuindo para o combate ao preconceito, a estereótipos e à violência de ordem étnica, social, de gênero, classe ou cultura. No caso específico, significa que o antropólogo deve assumir seu papel na defesa dos povos indígenas:

O extermínio de grupos indígenas e de outros grupos marginalizados prosseguem. As ameaças, a violência física, a falta de direitos, etc., etc., estão no nosso cotidiano, e a mídia cada vez mais parece banalizar os direitos à vida e à cidadania.

Tudo isso obriga a uma reflexão sobre o papel do antropólogo. Sobre sua condição de pesquisador que assume uma postura crítica. E sobre sua condição de cidadão intelectualmente privilegiado e capaz não só de propor uma leitura crítica sobre

determinada realidade, mas de assumir uma proposta de intervenção. (SANTOS, 1998, p. 88)

Nas questões envolvendo demarcação e proteção de terras indígenas, direito e antropologia apresentam desafios um ao outro. Para os antropólogos os laudos periciais revelam-se uma boa oportunidade de transformar seu trabalho em instrumento técnico, que servirá de prova em um processo judicial, na defesa dos direitos e interesses indígenas. Para isso, buscam cada vez mais se inteirar dos conceitos e “jargões” do direito, presentes tanto nas leis quanto no cotidiano dos fóruns e tribunais. Já para os advogados, juízes e promotores, a antropologia pode ser vista como o canal de acesso ao universo cultural dos índios e a seus saberes tradicionais, permitindo a efetiva proteção dos direitos indígenas que a Constituição Federal reconhece em seu art. 231. Além disso, aprendem que o direito também tem condições de ser atuante e, mesmo que não assuma uma postura exatamente de intervenção, pelo menos pode perder um pouco da ingenuidade – ou do cinismo – no que tange à situação dos povos indígenas.

Terras Indígenas e Hidrelétricas no Sul do Brasil

O tema das terras indígenas de vez em quando vem à tona quando se anuncia a construção de novas usinas hidrelétricas, uma vez que os lagos formados pelas devidas barragens de retenção freqüentemente afetam suas áreas. Como muitos povos habitam tradicionalmente vales e margens de rios, os dois temas parecem estar obrigatoriamente ligados. A Constituição Federal impõe limites à exploração dos recursos hídricos das TIs, inclusive no que diz respeito aos potenciais energéticos dos rios, uma vez que, juntamente com a mineração, esses empreendimentos só podem ser realizados com autorização do Congresso Nacional e a audiência das comunidades indígenas afetadas:

Art. 231. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Com o intuito de fornecer energia para o crescimento do país, grandes projetos hidrelétricos foram implementados pela Eletrobrás na década de setenta, dentre os quais se destacam as usinas de Tucuruí (Pará), Balbina (Amazonas) e, principalmente, a usina Itaipu Binacional (Paraná), construída em parceria com o Paraguai. Esses foram os primeiros aproveitamentos hidrelétricos de grande porte a atingirem populações indígenas no Brasil, provocando o alagamento de suas terras tradicionais e a remoção

compulsória desses povos, dentre os quais se encontravam os Parakanã, Gavião da Montanha, Waimiri e Atroari, e Guarani (SANTOS & NACKE, 2003). A região Sul do Brasil também foi alvo da cobiça por potencial hidrelétrico que se seguiu à proposta “desenvolvimentista” posta em prática nos governos militares. Além de Itaipu, mundialmente conhecida por sua dimensão gigantesca, responsável pela geração de boa parte da energia elétrica consumida hoje no Brasil, e que atingiu os subgrupos Avá e Mbyá do grupo Guarani, também chama a atenção na região a série de barragens construídas ao longo do rio Uruguai, local de tradicional ocupação dos Kaingang.

A exploração do potencial energético do rio Uruguai insere-se no projeto de desenvolvimento que o governo tinha para o país. Nesse contexto, a Eletrosul (Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A) formulou, ainda nos anos setenta, um projeto para a exploração do potencial energético da bacia do rio Uruguai, definindo cerca de 22 pontos de aproveitamento como passíveis de implantação. Pela primeira vez no Brasil formulava-se um projeto para o aproveitamento integral de uma bacia hidrográfica, buscando racionalizar os aproveitamentos e, inclusive, minimizar as questões sócio-ambientais. Os projetos implantados no regime militar raramente levavam em conta as tradições das populações locais e suas expectativas, trazendo para elas consequências desastrosas. Nos anos oitenta, em um ambiente de redemocratização do país, tanto a disseminação de movimentos sociais contra barragens, como a reorientação de organismos financiadores internacionais no que concerne às questões sócio-ambientais passavam a criar dificuldades aos planos do governo (SANTOS & HENRIQUES, 2001).

O exemplo de Itaipu é emblemático quando se analisa o impacto causado pela instalação de uma usina hidrelétrica na população indígena do entorno. Iniciada em 1975, no rio Paraná, sua construção produziu um reservatório com 1.350 km² de superfície alagada. Entre 1975 e 1978, mais de 9 mil moradias foram construídas nas duas margens para abrigar os homens que atuaram na obra. A Itaipu Binacional começou a produzir energia em 5 de maio de 1984, quando entrou em operação a primeira das 20 unidades geradoras do projeto[4]. É inegável sua importância atual para o setor energético do Brasil, porém entre os efeitos gerados incluíam-se problemas de ordem ambiental e social. A população atingida incluía um grupo Guarani às margens de afluentes do rio Paraná, conhecido como “os Guarani do Ocoí”, que teve de ser removido de seu território, levantando a questão dos direitos indígenas e a cobrança por medidas adequadas de reparação. Esse conflito foi analisado por Sílvio Coelho dos Santos e Aneliese Nacke:

A implantação desse megaprojeto provocou, entretanto, vários problemas sociais e ambientais, alguns dos quais continuam apresentando seqüelas. Entre esses, ressaltam-se aqueles causados para os índios Guarani, dos subgrupos Mbyá e Nandeva, que viviam as imediações dos rios Jacutinga e Ocoí, pequenos afluentes do rio Paraná, atingidos pela formação do reservatório. Os problemas vivenciados por esses índios não foram compreendidos, nem tampouco equacionados durante a fase de construção da usina. À época da formação do reservatório, a Itaipu Binacional localizou de forma emergencial os indígenas numa pequena restinga, formada pelo lago. A partir daí os Guarani começaram um processo de reivindicação junto à empresa, visando à obtenção

de uma área adequada para abrigar sua aldeia. Os desdobramentos desse processo não foram pequenos, nem pouco significativos (SANTOS & NACKE, 2003, p. 22)

Antes mesmo da transferência, a nova área foi considerada imprópria pelos Guarani do Ocoí/Jacutinga, situação confirmada por laudo antropológico realizado por Rubem T. de Almeida, que constatou se tratar de um dos piores assentamentos de população Guarani no Brasil. A solução para o impasse deu-se apenas em março de 1997, após longa luta dos indígenas, quando a Itaipu Binacional comprou uma área de 1.744 ha no Município de Diamante d'Oeste e 32 famílias foram removidas para a nova terra, chamada TI *Tekoha Añetete*. (COSTA, 2003). Mesmo assim, a falta de planejamento prévio decorrente de uma remoção “às pressas” trouxe mais dificuldades, dentre as quais o fato de que a terra adquirida pela Itaipu pertencia antes a uma fazenda de criação de gado, tendo o solo tomado por capim e com problemas de fertilidade. Os projetos de desenvolvimento da TI *Tekoha Añetete* são basicamente criados e executados pela usina, às vezes em parceria com a prefeitura local, mas com pouca participação da Funai. Zeila Costa vê a ausência de planejamento e a precariedade do apoio fornecido aos índios reassentados como ameaças à subsistência e à saúde dentro da nova terra indígena, comprometendo o que deveria ser um ganho inegável:

O desconhecimento das especificidades culturais das populações afetadas pela implementação de um “projeto de desenvolvimento”, desencadeia uma série de *consequências negativas*, como podem ser observadas na história dos Guarani atingidos pela usina hidrelétrica Itaipu Binacional. Quando, após um longo processo de luta, essa população vê sua principal reivindicação atendida – a terra –, a falta de planejamento, de apoio e a precariedade do acompanhamento no novo local durante os três primeiros anos, configuram um quadro extremamente crítico, especialmente no que se refere à subsistência e à saúde da população reassentada (COSTA, op. cit., pp.78-79).

Nos anos noventa o país passa a seguir a receita neoliberal, reduzindo o papel do Estado no controle da economia e privatizando setores estratégicos, como o de produção de energia. Buscava-se a atração de investimentos externos e a formação de consórcios nacionais. Nessa corrente, as empresas e energia elétrica estaduais e federais vão sendo privatizadas, como foi o caso da segmentação da Eletrosul, que deu origem às Centrais Geradoras do Sul do Brasil (Gerasul), empresa responsável apenas pela geração da energia elétrica e posteriormente adquirida pelo grupo belga Tractebel, Electricity & Gas International. Consórcios privados foram criados com a finalidade de implantar hidrelétricas ao longo da bacia do rio Uruguai, obrigando indígenas e movimentos sociais a alterarem suas estratégias, antes destinadas a pressionar o poder público. Essas mudanças no setor elétrico foram bem apontadas por Sílvio Coelho dos Santos e Karyn Henriques em 2001:

[...] no decorrer dos anos 90 o que se passou a testemunhar foi uma reorientação acelerada do setor elétrico objetivando a sua privatização. A globalização da economia e o neoliberalismo desarticularam o Estado enquanto ente centralizador dos investimentos econômicos. As empresas de energia elétrica estaduais/federais estão sendo privatizadas. A Eletrobrás e suas subsidiárias também. Diferentes projetos de novas hidrelétricas estão sendo implementados por consórcios empresariais, com ou sem a participação de empresas estatais. Vive-se, assim, o risco de o setor privado vir a controlar um dos mais estratégicos segmentos da economia do país. Mais que isto, o capital privado que se organiza para controlar o setor elétrico certamente vai apresentar resistência para assumir os prejuízos conseqüentes da implantação e operação de hidrelétricas, em termos sociais e ambientais. (SANTOS & HENRIQUES, op. cit., p. 61)

No Estado de Santa Catarina, cuja fronteira com o Rio Grande do Sul é em boa parte definida pelo curso do rio Uruguai, esses consórcios privados para a produção de energia elétrica constituem um novo elemento que vem se juntar ao campo de interesses diversos formado quando se constrói uma barragem. Se antes os conflitos por terra se davam entre índios e agricultores, ou “colonos”, surgem situações em que ambos passam à condição de “atingidos”, podendo ir parar do mesmo lado da disputa. Mas isso depende de um contexto de relações complexas, em que diferentes atores procuram ter suas aspirações atendidas, além de estarem inseridos em processos históricos muitas vezes violentos.

O antropólogo Ricardo Cid Fernandes dá um bom exemplo da complexidade a que se pode chegar em casos envolvendo terras indígenas. A bacia do rio Uruguai é território tradicional dos Kaingang[5] e, assim como os “sertões” do Paraná e o Norte do Rio Grande do Sul, permaneceu “terra sem lei”, praticamente fora dos interesses da colonização até finais do século XIX, quando se define a fronteira com a Argentina no que foi conhecido como “Questão de Palmas”. A partir daí, iniciou-se a efetiva colonização da região, e para isso os governos estaduais passaram a demarcar terras indígenas com o intuito de confinar os Kaingang em certos locais, deixando assim o restante do território “livre” para ser colonizado. A partir do início do século XX, contou-se com o auxílio de empresas colonizadoras que promoviam o loteamento e a ocupação dessas terras (FERNANDES, 2003).

Nos anos setenta há um processo de retomada da identidade Kaingang e de luta pela recuperação de suas terras tradicionais. Hoje existem cinco TIs Kaingang reconhecidas em Santa Catarina, todas na região Oeste, além de outras distribuídas pelos Estados de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul. Além dessas, há outras inúmeras terras indígenas reivindicadas pelos Kaingang ou em vias de reconhecimento. É o caso da Reserva Indígena Aldeia Condá, no município de Chapecó – SC, adquirida pela Funai para resolver a situação de indígenas que tinham como território tradicional o local onde hoje é o centro de Chapecó, e por isso insistiam em permanecer na cidade. Descartada a hipótese improvável de recuperar sua terra tradicional, escolheu-se uma área de 2.300 hectares na zona rural do município para a implantação da reserva (FERNANDES, op. cit.).

Esse episódio envolveu, entre outros fatores, moradores de um bairro de classe média alta de Chapecó, incomodados com a presença indígena; setenta e cinco famílias de agricultores que discordavam do valor da indenização definido pela Funai; a instalação da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó; e o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB). As possibilidades de aliança em situações como essa são surpreendentes, às vezes com índios e consórcio hidrelétrico do mesmo lado, como se constatou. Da mesma forma, um impasse local pode em pouco tempo tomar dimensões enormes, chamando atenção de diversas instituições e repercutindo internacionalmente.

Muitas das negociações necessárias para a viabilidade de uma TI passam longe da presença do Estado, sendo protagonizadas por outros atores, como é o caso das hidrelétricas implantadas por consórcios privados. Não que seja um problema a ausência de órgãos governamentais nessas reuniões, mas torna-se preocupante a disparidade gerada pelo poder econômico desses consórcios bilionários em relação às comunidades indígenas afetadas – disparidade constatada inclusive na contratação de grandes e caros escritórios de advocacia –, fazendo parecer que o “problema” dos índios é mais um subitem de gestão empresarial. Ao mesmo tempo, alguns juízes parecem se impressionar com tamanha concentração de recursos, ignorando questões sociais ou ambientais que cruzam o seu caminho. Se antes o Estado autoritário se impunha pela força física, agora existem argumentos mais convincentes para se continuar tratando os direitos indígenas como se fossem um verdadeiro incômodo.

Conclusão

A situação atual das terras indígenas – tanto as já demarcadas como as que esperam reconhecimento oficial – por si só demonstra a dificuldade em se obter o reconhecimento real dos direitos que os índios têm a elas. Os recursos naturais encontrados nessas terras despertam o interesse não só de fazendeiros e madeireiros do entorno, mas de grandes projetos que têm como objetivo o “progresso” da “sociedade brasileira”. O crescimento do país, portanto, justifica passar por cima dos direitos indígenas que a própria Constituição Federal determina. Se nesses casos os índios estão do outro lado do interesse nacional, em outros eles são legitimamente brasileiros, não havendo o por quê de se falar da existência de *povos indígenas* em nosso território. Esse tratamento ambíguo, de acordo com a conveniência do momento, também foi percebido no regime tutelar imposto pelo Estado, situado entre a proteção e a opressão.

É importante ressaltar que as matanças de indígenas no interior de Santa Catarina e Paraná, por exemplo, deram-se em pleno século XX, por meio da contratação de “bugreiros”, e não num passado longínquo pelos “primeiros portugueses”. Essa realidade é mais próxima do que se quer aceitar, uma vez que constitui a história recente de nosso estado, com a conivência ou o silêncio de boa parte da sociedade. Ainda hoje a questão indígena é vista como um entrave ao desenvolvimento econômico; essa mesma situação é enfrentada por outros temas, como o meio ambiente, os direitos humanos, a distribuição de riqueza, e por aí em diante.

Em setembro de 2007, após mais de vinte anos de negociação, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a “Declaração de direitos dos povos indígenas”. Entre seus principais pontos está o reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas, pela qual estes determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, além de ter o direito de conservar e reforçar seus próprios sistemas políticos, jurídicos, de saúde, educacionais, culturais, entre outros, mantendo porém seu direito de participar plenamente, se desejarem, da vida política e social do Estado. Entre os países que defenderam a proposta encontra-se o Brasil; resta saber o que fará para respeitar o compromisso firmado.

No entanto, os direitos indígenas também se encontram dependentes do jogo político que envolve a elaboração de leis e planos de governo. Como se viu, interesses nem sempre revelados impedem que o Estado destine uma atenção mais apurada ao assunto, que está longe de figurar entre suas prioridades. Os direitos indígenas, por fim, são também um espaço onde a teoria jurídica moderna vê-se confrontada com a obrigação de aceitar a existência de concepções do mundo diferentes dela mesma, mas nem por isso inferiores ou inadequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

CARREIRA, Elaine de Amorim. O lugar da antropologia no campo multidisciplinar do laudo. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Zeila. A usina hidrelétrica Itaipu Binacional e os Avá-Guarani do Tekoha Añetete. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos & NACKE, Aneliese (Orgs.) **Hidrelétricas e Povos Indígenas**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

DUPRAT, Deborah. O papel do judiciário. Instituto Socioambiental. **Povos indígenas no Brasil 2001 / 2005**. São Paulo (sede), 2006.

FERNANDES, Ricardo Cid. Terra, tradição e identidade: os Kaingang da aldeia Condá no contexto da UHE Foz do Chapecó. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos & NACKE, Aneliese (Orgs.) **Hidrelétricas e Povos Indígenas**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

FRANCHETO, Bruna. O que é “Terra Indígena”? Uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org). **Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 1985.

_____. Laudos antropológicos na defesa dos territórios indígenas. CEDI – Centro Ecumênico de Documentação e Informação. **Povos Indígenas no Brasil**. São Paulo: CEDI, 1991.

ISA – Instituto Socioambiental. **O que são Terras Indígenas (TIs)**. In: <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ondeestao/tis.shtm>. Acessado em 15 de junho de 2008.

LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. O Ministério Público e os índios. CEDI – Centro Ecumênico de Documentação e Informação. **Povos Indígenas no Brasil**. São Paulo: CEDI, 1991.

MEIRA, Márcio. Diálogo necessário com os índios. **Folha de São Paulo**, quinta-feira, 19 de abril de 2007. p. A3

OLIVEIRA, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho antropológico em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio et. al. (Orgs). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.

OLIVEIRA, Osvaldo Martins de. O trabalho e o papel do antropólogo nos processos de identificação étnica territorial. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

OLIVEN, Ruben George. O reconhecimento das terras indígenas e dos remanescentes de comunidades de quilombos diz respeito a toda sociedade a brasileira. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org). **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: NUER / ABA, 2005.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Notas sobre ética e ciência. In: LEITE Ilka Boaventura (Org). **Ética e Estética em Antropologia**. Florianópolis: PPGAS; UFSC; CNPq, 1998.

_____. Direitos humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: **Ilha – Revista de Antropologia / UFSC**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. V. 7, números 1 e 2 (2005) – Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005.

SANTOS, Sílvio Coelho dos & HENRIQUES, Karyn N. R. Hidrelétricas e o processo de privatização no cenário brasileiro. In: BALAZOTE, Alejandro O. et. al. (Orgs.) **Antropologia y grandes proyectos em el mercosur**. Argentina: Minerva, 2001.

SANTOS, Sílvio Coelho dos & NACKE, Aneliese. A UHE Binacional Itaipu e os Índios do Ocoí. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos & NACKE, Aneliese (Orgs.) **Hidrelétricas e Povos Indígenas**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

SILVA, Orlando Sampaio. **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: **Os direitos indígenas e a constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993.

VALADÃO, Virgínia. Perícias Judiciais e relatórios de identificação. In: SILVA, Orlando Sampaio et. al. (Orgs). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: UFSC, 1994.

[2] Por exemplo, tramita desde 1983, ação no STF em que se pretende a nulidade dos títulos incidentes sobre o território tradicional dos Pataxó Hã-hã-hãe, do sul da Bahia. Por todo esse longo período (completa 25 anos), os índios vêm sendo impedidos de ocupar integralmente o seu território, sob o pretexto, invocado por juízes e tribunais, de que o Supremo ainda não definiu os exatos limites de suas terras. (DUPRAT, 2006)

[3] Núcleo de Estudos de Identidade e Relações Interétnicas do Departamento de Antropologia e do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da UFSC.

[4] Fonte: <http://www.itaipu.gov.br>

[5] Segundo Ricardo Cid Fernandes, “o grande número de terras indígenas Kaingang, hoje espalhadas pela bacia do rio Uruguai, não apenas confirma a ancestralidade da ocupação indígena, mas também indica que este vasto território contém marcas de tradicionalidade reconhecidas por esses indígenas. Com efeito, a geografia local com seus morros, campos elevados, vales encaixados e suas matas de araucária, constitui o cenário dos principais mitos Kaingang (FERNANDES, 2003, p. 160).

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA NAS ESFERAS MUNICIPAIS*

THE JUDICIARY POWER ACTS AND THE EXERCISE OF THE CITIZENSHIP AND THE CITIES

José Júlio da Ponte Neto

RESUMO

A participação popular como realização da democracia participativa deve ser efetivada pelo Poder Judiciário, entendido como legítima instituição capaz de solucionar os diversos conflitos de interesses entre o Poder Executivo municipal e o exercício da cidadania. Para tanto, pugna que o Poder Judiciário atue como elemento de superação de sua tradição conservadora, legitimando a democracia representativa, por meio da judicialização de seus atos. Com efeito, a consolidação do poder local é a afirmação da democracia e negação das políticas clientelistas. Seu exercício concretiza o significado do Município como expressão real do poder político exercido pelo cidadão, dada a sua aproximação não apenas física como também em relação às suas necessidades materiais imediatas. A Constituição Federal de 1988, ao emancipar o Município da tutela organizatória e centralista do Estado-Membro e da União, objetiva que sua autonomia estabeleça meios indispensáveis ao cumprimento das atribuições político-institucionais para a implementação de medidas eficazes à superação das desigualdades existentes entre seus habitantes.

A descentralização postula otimizar o gerenciamento da administração pública às conquistas sociais. O avanço do legado constitucional foi escrever a autonomia e a essencialidade da participação popular para a concretização de suas aspirações. O verticalismo trouxe, e ainda traz, conseqüências deletérias quanto à concepção de que a cidadania é a expressão material da própria soberania. O constitucionalismo brasileiro vigente veda a formação do cidadão como ser passivo e mero espectador dos resultados prometidos pelo governo local. Ao contrário, devem as entidades representativas da sociedade exercer atitudes de cooperação e de participação do planejamento municipal. A participação cidadã não é dispensável, ela é necessária como fonte das ações governamentais, mesmo porque discutir o poder local significa promover o desenvolvimento, a dignidade do homem a partir de sua rua, de seu bairro, da escola do filho, do transporte coletivo, do posto de saúde e de outros interesses vitais.

PALAVRAS-CHAVES: JUDICIALIZAÇÃO; DEMOCRACIA PARTICIPATIVA; PODER LOCAL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The popular participation as accomplishment of the democracy participated should be executed by the Judiciary Power, expert as legitimate institution capable to solve the several conflicts of interests between the municipal Executive Power and the exercise of the citizenship. For so much, it fights that the Judiciary Power acts as element of to overcome of your conservative tradition, legitimating the representative democracy. With effect, the consolidation of the local power is the statement of the democracy and denial of the politics customer. Your exercise renders the meaning of the Municipal district as real expression of the political power exercised by the citizen, not just given your approach physics as well as in relation to them your need materials immediate. The Federal Constitution of 1988, when emancipating the Municipal district of the it tutors organized and centralist of the State-member and of the Union, it aims at that your autonomy establishes indispensable means to the execution of the political-institutional attributions for the implement of effective measures to the to overcome of the existent inequalities among your inhabitants.

The decentralization postulates to optimize the administration of the public administration to the social conquests. The progress of the constitutional legacy went to write the autonomy and the essentiality of the popular participation for the materialization of your aspirations. The verticality brought, and he/she still brings, deleterious consequences with relationship to the conception that the citizenship is the material expression of the own sovereignty. The effective Brazilian constitutionality hinders the citizen's formation how passive and mere spectator of the promised results to be for the local government. To the opposite, they owe the representative entities of the society to exercise cooperation attitudes and of participation of the municipal planning.

The participation citizen is not dispensable, she is necessary as source of the actions government, same because to discuss the local power you/he/she means to promote the man's dignity starting from your street, of your neighborhood, of the son's school, of the collective transport, of the health center and of other vital interests.

KEYWORDS: THE JUDICIARY POWER ACTS; DEMOCRACY PARTICIPATED; TO CAN PLACE.

Introdução

A consolidação do poder local é a afirmação da democracia e negação das políticas clientelistas. Seu exercício concretiza o significado do Município como expressão real do poder político exercido pelo cidadão, dada a sua aproximação não apenas física como também em relação às suas necessidades materiais imediatas. A Constituição Federal de 1988, ao emancipar o Município da tutela organizatória e centralista do Estado Membro e da União, objetiva que sua autonomia estabeleça meios indispensáveis ao cumprimento das atribuições político-institucionais para a

implementação de medidas eficazes à superação das desigualdades existentes entre seus habitantes.

A descentralização postula otimizar o gerenciamento da administração pública às conquistas sociais. O avanço do legado constitucional foi escrever a autonomia e a essencialidade da participação popular para a concretização de suas aspirações. O verticalismo trouxe, e ainda traz, conseqüências deletérias quanto à concepção de que a cidadania é a expressão material da própria soberania. O constitucionalismo brasileiro vigente veda a formação do cidadão como ser passivo e mero espectador dos resultados prometidos pelo governo local. Ao contrário, devem as entidades representativas da sociedade exercer atitudes de cooperação e de participação do planejamento municipal.

A participação cidadã não é dispensável, ela é necessária como fonte das ações governamentais, mesmo porque discutir o poder local significa promover a dignidade do homem a partir de sua rua, de seu bairro, da escola do filho, do transporte coletivo, do posto de saúde e de outros interesses vitais.

1. A Problematização da Democracia Participativa

Interagir no processo de planejamento e tomada de decisões das políticas públicas é um imperativo de renovação constante da democracia, razão pela qual a coisa pública adquire outro perfil quanto à intelecção dos interesses sociais, como também combate a ineficiência, estagnação social, corrupção e o clientelismo.

Através desse contexto, as instituições públicas municipais (Executivo e Legislativo) devem desenvolver, conjuntamente com os diversos agentes sociais, estratégias para soluções dos problemas locais. A formação de processos de tomada de decisão dinamiza a sociedade para formatação da autonomia, da regulação e da organização de suas convivências. Como salientado Ângela Küster:

Um desenvolvimento sustentado segue o princípio, segundo o qual a sociedade não mais se organiza de cima para baixo, de forma centralizada e autoritária, mas sim conforme a pluralidade social, por meio de um processo dinâmico de tomada de decisões. Deve-se permitir bastante espaço aos cidadãos, a fim de que possam determinar com autonomia a organização de sua convivência.[1]

Ocorre que esse processo de emancipação política tem recebido dos gestores municipais críticas quanto à necessidade de maiores recursos para financiar a prestação dos serviços demandados. Contudo, dentro da dialeticidade, mais importante se torna a participação social em situações como essas de escassez de recursos, posto ser o processo ideal para a fixação de prioridades diante do quadro financeiro da municipalidade. A questão é administrar racionalmente para atender o necessário, ainda que de forma mínima. O

Município não pode mais promover desperdícios como outrora, em que as expectativas sociais eram supridas e mitigadas por esferas superiores de governos.

As formulações políticas no âmbito da municipalidade não podem se desenvolver pondo a sociedade na esfera de supletividade ou de marginalização. A democracia representativa é a politização do munícipe, não enquanto homem apenas, mas enquanto cidadão. Na esteira da negação de que a democracia representativa deve ser exercida tão somente pelos eleitos às casas legislativas, Bobbio afirma:

Os estados, que hoje nos habituamos a chamar de representativos, são representativos porque o princípio da representação está estendido também a numerosas outras sedes onde se tomam deliberações coletivas, como são as comunas, as províncias e na Itália também as regiões. Em outras palavras, um estado representativo é um estado no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, importando pouco se os órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da República, o parlamento mais os conselhos regionais, etc.[2]

Comungando com o raciocínio exposto por Bobbio, não se trata de nova forma de democracia, trata-se, sim, de criação de novos espaços públicos, não apenas os tradicionalmente existentes, à democratização da sociedade em si. O cidadão, na sua intersubjetividade, deve se engajar e não ser desafetado dos assuntos públicos, sob pena de incorrer a consistência do corpo social e dos preceitos democráticos. Por sua vez, afirma Christian Ruby que:

Assim, exprime-se o sentimento comum segundo o qual a política, qualquer que seja, não pode mais contentar-se em ser instrumental. Os cidadãos recusam-se a ser governados como antes, na desistência de todo poder sobre o curso das coisas em nome da tecnicidade da política (os expertos ou os dirigentes). Mais geralmente ainda, essa expressão acompanha a vontade de pôr a bordo as antigas estruturas de autoridade e de crença que enquadram os indivíduos dando de cima um certo sentido à existência deles.[3]

A intersubjetividade das relações sociais no vigente estágio constitucional, repise-se, suscita o caráter público-participativo do poder local, alicerçado no pluralismo de idéias (democracia pluralista), sobre dissensos para convergir e impedir desvios ou devaneios governamentais. Em outros termos, a feitura democrática da sociedade, não apenas a democracia do Estado, estabelecerá bases promissoras de correta distribuição e controle sobre o poder.[4]

2. O Papel do Poder Judiciário à Efetivação da Democracia Participativa

Surge a relevante problematização sobre como efetivar a participação social se esse direito constitucionalmente estabelecido for direta ou indiretamente negado. A democracia representativa tem o desiderato de promover as interações sociais, elevando o nível da maturidade política, proíbe a utilização de meios irracionais, violentos para o estabelecimento das vontades. Se ela é a verificação das competições culturais, políticas, econômicas e religiosas, também é a pressuposição da responsabilidade geral da superação desses conflitos no âmago da sociedade. O conflito e o consenso se integram e se valorizam.

Mecanismos ao cumprimento da respeitabilidade das regras constitucionais devem e são postos à disposição do processo democrático representativo contra vilipêndios. O (re)estabelecimento do processo participativo das relações sociais é concebido ao Poder Judiciário, proclamador da afirmação dos direitos, das garantias constitucionais.

O controle exercido pelo Judiciário traduz a extensão do ciclo de transformação da sociedade democrática que, agindo contra os agentes administrativos, nega a sua paralisia, ineficiência e obstruções. Para Giovanni Sartori:

No nosso século, as declarações de direitos foram expandidas de forma a incluir 'direitos afirmativos', de caráter social e material, tais como o direito à educação, ao emprego, aos serviços de saúde, etc. Sua função assumiu um aspecto inteiramente novo. Hoje, esses 'direitos' são mais importantes do que nunca, mas podemos especular sobre se sua transformação em coisas materiais pertencentes ainda ao contexto constitucional.[5]

Os conflitos emergidos reclamam a resolução do aparato estatal, caso contrário a ordem constitucional ficará comprometida. Conclamar a função jurisdicional do Estado tem por escopo, restabelecer o equilíbrio das forças político-sociais, visto que é essencial à estrutura democrática. A bandeira do Judiciário está fincada na afirmação da ordem social e na negação das negações provenientes dos titulares investidos na administração pública. Concretizam-se o direito e as obrigações dos atores político-sociais.

A segurança jurídica que a sociedade espera e exige é fixação da face concreta, real do Estado, esculpida pela cidadania e pela pluralidade das relações sociais dos seus idealizadores. Portanto, o arbítrio das decisões meramente subjetivas não se aplica ao ideal da soberania da sociedade brasileira contemporânea concebida sob a ótica do alongamento da materialização dos espaços públicos e da intersubjetividade.

Nesse compasso, segue Newton Albuquerque ao escrever sobre o resgate da processualística das organizações democráticas:

A única alternativa para aqueles que defendem uma cosmovisão democrática da sociedade e de seus vínculos com o poder se situa em um necessário resgate da idéia de soberania, no intuito de reafirmar o sentido político do processo de formação da vontade nacional e de sua força incontrastável sobre os demais poderes privados que com ela colidam, resistindo assim à ação subversora dos poderes econômicos e sociais, opositores de um processo límpido e democrático de formação da vontade comunitária do Estado. Daí a tarefa ingente de dar vazão à construção de um Estado que, marcado pela cidadania e pelas vontades que o conformam, possa se magnificar em expressão superior da vontade popular e da nacionalidade.[6]

Por esse ideal desemboca no Judiciário o seu relevante papel de fazer valer, coercitivamente, o princípio do Estado Democrático de Direito que é um princípio jurídico fundamental, mais precisamente os direitos fundamentais de terceira geração, justamente sobre a essência valorativa da solidariedade do Estado federal tendente ao equilíbrio entre as esferas federativas. Essa terceira geração corresponde aos direitos de cunho cultural, social, econômico, associativo, meio ambiente e desenvolvimento.[7]

Agora, o foco da concreção desses postulados fundamentais dirige-se ao Judiciário e sua formação tradicional positivista-legalista, isto é, detentores da apoliticidade. Existem razões de ordem político-econômica em submeter os magistrados como meros instrumentos de aplicação da lei. Interpretar, neste caso, leva o sentido de explicitar mecanicamente, quedando-se à vontade dos demais poderes, ou seja, repetição secular do gesto de Pilatos. Em nome da sociedade garante-se “a paz social”. Em Kelsen a expressão “paz do Direito” resulta na utilização de meios coercitivos empregados pela sociedade, detentora do “monopólio da força”. [8]

A problematização que se invoca diz respeito ao Direito e sua interpretação como valores de manipulação da elite dirigente, não importando seus pendores ideológicos. Quando Kelsen inicia sua exposição sobre o conceito de direito, parte da negação de que o Direito seja uma regra, mas uma sistematização de regras dando ou procurando dar certa unidade à conduta humana. Entretanto, ao não explicar a libertação do conceito de Direito da concepção do sentimento de justiça, dispendo ser uma justificação política, não científica, incorre em tratar como irracional a idéia de justiça. Com efeito, adjetivar o conteúdo direito/justiça como proveniente de determinada ordem social, mas desprovido de conteúdo científico, nega que o Estado, seja a confirmação da sociedade e não considera ser a justiça interpretada como “um julgamento de valor”, como a realização do Direito.[9] O direito manifesta-se através da força e se explica pela manipulação dos conceitos. Exemplo: o conceito de cidadania emitido por Kelsen diferencia-se do contemporâneo alcance que lhe é emprestado.[10] Na manipulação dos conceitos e do próprio Direito advém a força limitadora de avanços de determinados segmentos sociais. Agrava a razão da existência de um “Estado Democrático de Direito” se uma sociedade não tem conhecimento de sua identidade nacional.

A respeito da separação de poderes e democracia estabelecida por Kelsen move indefinidamente a dialeticidade tese-antítese e síntese. Com efeito:

O princípio de uma separação de poderes, compreendido ou interpretado como princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, corresponde a idéia de democracia é a noção de que todo poder deve estar concentrado no povo e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo.[11]

Contemporaneamente, o exercício da cidadania, na invocação do cumprimento dos preceitos constitucionais vigentes, está alterando essa tradição kelseniana da apoliticidade do Poder Judiciário. A politização desse Poder, isto é, o engajamento paulatinamente crescente sobre as questões sociais coloca seus membros num patamar também de atores sociais, fazendo com que a sociedade gradativamente possa dissipar a concepção de um Poder insensível e inacessível aos conflitos relacionados à atuação da democracia representativa e participativa.

A recorrente expressão judicialização das relações sociais da política no país não está partindo apenas da negação daquela mentalidade ainda presente e solidificada de corpos de magistrados cuja produção jurisprudencial é formulada em derredor da superior vontade do legislativo (detentor exclusivo, em razão do voto, da legitimidade das deliberações coletivas) e da lei (paz social sob a força), como, principalmente, da intelecção que fazem parte do meio social em que sentem as mesmas necessidades dos seus pares. Da postura de acomodação à quebra de preconceitos para elevação de outros conceitos, produzidos como instrumentos de exposição do conhecimento da sociabilidade e historicidade, mesmo porque o Direito não é constituído apenas de regras, porém de conteúdo principiológico.

A judicialização tanto da política como das relações sociais, promove: a) afirmação da cidadania; b) afirmação da democracia representativa e participativa; c) fortalecimento da sociedade organizada; d) consolidação dos valores fundamentais dos direitos do indivíduo e da coletividade; e) valorização da administração da coisa pública; f) apropriação de atos governamentais da municipalidade pelo público; g) formação da consciência crítica; h) desmistificação do conceito de interesse público (compreendido não mais como interesse do Chefe do Executivo).

O processo histórico da judicialização das relações políticas e sociais tem o condão de desalgemar o cidadão para exercer os seus direitos sem receios de ser adjetivado apenas como destinatário dos resultados das políticas públicas gestadas nos gabinetes. Ao contrário, efetivar-se-á nele a condição de soberano e promotor de seu próprio destino social. Para Calamandrei:

Os juizes são como os membros de uma ordem religiosa: é preciso que cada um deles seja um exemplo de virtude, se não quiser que os crentes percam a fé [...] Conheci muitos juizes indolentes, desatentos, carentes de vontade, prontos a se deter na superfície, para fugir do duro trabalho de escavação, que quem deseja descobrir a verdade tem de enfrentar. [...] Mas conheci alguns (os melhores) que, apesar de sobrecarregados, conseguiam, perdendo horas de sono, estudar com escrupulosa

diligência todas as causas a eles confiadas e expô-las em câmaras de conselho sem esquecer a vírgula de um documento.[12]

A perspectiva de concretização da judicialização nos processos mencionados requer modificação de valores, conceitos, conhecimentos aprofundados das demais ciências humanas e não apenas a do Direito, mesmo porque a Constituição encerra princípios, preceitos e valores que estão a exigir um processo interpretativo tendo por base inicial a compreensão da comunidade formada por seus conteúdos históricos e ético-normativos. A Constituição deve ser realizada, executada. A partir do seu primeiro artigo anuncia que a federação é um Estado Democrático de Direito, compreendendo como elementos nucleares, magnânimos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Acrescenta-se, expondo que são seus objetivos dentre outros: construir uma sociedade solidária, garantir o desenvolvimento nacional, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º). Portanto, o escopo de realizar a Constituição apresenta o ingresso do cidadão no complexo processo de sistema político-participativo.

Na busca pela integração da cidadania nas esferas públicas, Randolph Lucas faz um questionamento apropriado cuja resposta incidirá na postura do Poder Judiciário e sua mudança valorativa de atuação:

À medida que uma sociedade torna-se maior, mais heterogênea e mais sofisticada, a simples indagação sobre se ela é democrática ou não, no sentido grego original da palavra, fica cada vez menos significativa e deve ser substituída em parte por questões sob até que ponto os princípios de justiça e de liberdade são observados e, sobretudo, sobre até que nível o povo pode participar do processo de governo.[13]

É justamente sobre o grau de participação cidadã no “processo de governo” que eleva a problematização de atuação do Judiciário e a materialização da democracia representativa ao mesmo tempo. Como órgão do Estado e membro do seu corporativismo não lhe é dado invocar dentre as premissas ao julgamento o interesse público como conceito excludente para inovar. O interesse público utilizado para tomada de decisões não é, e nem pode mais ser, interesses de terceiras pessoas ocupantes de cargos no Executivo. O interesse público é o interesse da sociedade, do coletivo, é a manifestação do poder soberano. Afirmar que uma decisão, que acaso venha a ser tomada agravará a crise da existência do próprio Estado para sensibilizar o voto do Judiciário em prol do Executivo, é desabonar a própria inteligência de seus componentes, visto que solapar a existência do Estado é fragilizar a essência mesma da sociedade que lhe deu vida.

Em verdade, a “crise existencial” que passa, penetrou na consciência do julgador e resume-se na aceitação ou não de admitir a assertiva advinda de Antoine Garapon[14]: ficar com o Estado julgador, promovedor da justiça ou colocá-lo também como Estado julgado, questionado. A resposta ou respostas não podem ser sintetizadas apenas em relação ao Estado versus indivíduo, mas, principalmente no conflito que exigirá do

Estado o fiel e exato cumprimento de seus objetivos fundamentais (art. 3º, da Constituição): construir uma sociedade livre, justa e solidária, por exemplo.

A democracia brasileira, a partir dos ditames constitucionais, revela a necessidade da reorganização administrativa das esferas públicas não mais encapsuladas durante os mandatos dos governantes. Ao contrário, as ações administrativas devem ser direcionadas a permanente dinamização provocada pela participação das entidades comunitárias no processo decisório acerca da coisa pública. O impedimento dessa interação legitimadora das ações políticas por parte do Judiciário é comparar o exercício da cidadania àquele ocupante de cargo comissionado demissível *ad nutun*. Afirma Garapon:

Em um sistema provedor, o Estado é todo poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça [...] A cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante.” [15]

Reside nessas idéias a funcionalidade do papel do Judiciário em superação ao liberal legado de simples aplicador do Direito, árbitro dos conflitos individuais ou coletivos, mediador para garantir a ordem social e jurídica. É a expressão própria do modelo corporativista estatal verticalizante, mantenedor da unidade dos órgãos do Estado. O novo papel que se escreve avança contra a complacência diante dos conflitos sociais para promotora de políticas públicas à modificação da realidade existente. Modificá-la requer interferência positivada para reduzir esses conflitos, isto é, legitimando a vontade do corpo social, interferindo sobre o curso dessa realidade. Acentua Albuquerque Rocha:

O papel do Judiciário, no Brasil, como do resto do terceiro mundo em geral, aprofunda o fosso que o separa do povo, trazendo à baila o grave problema da tensão entre o Judiciário e a democracia, cuja principal consequência é o aparecimento de uma crise de identidade do juiz, que se manifesta do desencontro entre as opiniões do povo a níveis cada vez mais elevados de justiça, igualdade e dignidade, e o comportamento do Judiciário, de negação sistemática dessas aspirações.[16]

A crise de identidade que atinge o Judiciário advém da negação da dogmática jurídica jungida as regras de conformismo até então inabaláveis, ou seja, manutenção e

conservação de parâmetros interpretativos tradicionalmente fixados, portanto estáticos, aplicados para manter coerência da estrutura do poder. Em suma, o conflito interno da magistratura está em continuar concebendo o direito como técnica desideologizada ou não. Por desideologizar pode-se partir da premissa de prévia ideologização que se tornou hermética, posto ser “verdadeira”, “inabalável”, “dogmática”. Porém, superar a manutenção das estruturas vigentes também pressupõe a absorção de outra ideologia que possa ser considerada da mesma maneira o conteúdo da “única verdade.” [17]

A crise permanece quando se toma essa postura írrita de mantenedor da “paz social”, isto é, do ordenamento jurídico posto, pressupondo que existe óbice de interferência entre governantes e governados, como se fossem limitações fronteiriças entre Estados soberanos. Dogmatiza-se o entendimento de Pareto e Mosca de que a existência da elite governante como controladora da sociedade, uma vez que o mandato conferido por essa sociedade democrática erige uma cláusula contratual legitimadora de sua aplicação pela magistratura, caso seja questionada. Reduz-se o conceito de interesse público predominantemente sob a ótica do administrador da coisa pública.

E mais: a democracia representativa é concebida como manifestação da esfera político-partidária congressual. Nos debates entre os parlamentares de diversas correntes culturais, ideológicas, econômicas, etc. fluirão os resultados procurados pela sociedade que os sufragou e oportunamente os julgará pelos seus atos ou omissões através da renovação ou não do voto.

A justificação da permanência da postura tradicional do Judiciário parte da reafirmação do liberalismo no sentido de qual perspectiva de relações sociais deve ser julgada como racionalmente aplicável, para evitar o agravamento do dissenso da própria existência do Estado democrático. Ao julgador, na mitigação dessas forças, não ousará desafiar a ordem tradicionalmente estabelecida, negando o apelo dialético em prol das concepções já padronizadas porque eficazmente justificadas em estágios históricos e evolutivos anteriores. A prudência utilizada em nome da tradição evita o enfrentamento da identificação das relações sociais. O juízo de valor constitutivo da adesão à tradição inadmitte rupturas, frustrando, pois, expectativas de avanços. Consolidou-se o argumento segundo o qual a tradição do Judiciário foi concebida pelas práticas reiteradas de justificação nacional e históricas de determinada sociedade.

Porém, promover rupturas em favor das teses emancipadoras do intelecto do magistrado é erigir outra maturidade à efetivação do processo participativo da gestão pública, conforme entende Macintyre:

Esse tipo de dissolução de certezas historicamente fundadas é a marca de uma crise epistemológica. A solução para uma crise epistemológica genuína requer a invenção ou a descoberta de novos conceitos, e a estruturação de um novo tipo ou novos tipos de teoria que satisfaçam três exigências muito precisas. Em primeiro lugar, se este esquema conceitualmente enriquecido e, em alguns aspectos, radicalmente novo, deve por fim à crise epistemológica, ele deve fornecer uma solução aos problemas que se revelaram intratáveis, anteriormente, de como sistemático e coerente. Em segundo lugar, deve também fornecer uma explicação justamente naquilo que tornara a tradição estéril ou incoerente, ou ambas, antes que ela adquirisse esses novos recursos. E, em terceiro

lugar, essas duas tarefas iniciais devem ser realizadas de modo a apresentar a continuidade fundamental das novas estruturas conceituais e teóricas com relação às crenças comuns, em cujos termos a tradição de pesquisa tenha se definido até então.[18]

Ainda que se levantem prognósticos mais otimistas da “judicialização”, no Brasil, afora decisões que acusam sua verificação perante os juizes a quo, no âmbito superior, ou seja, na esfera hierarquicamente, isso não acontece na maioria das vezes. Quando muito sua ocorrência tem sido tenuamente atestada.

Essa verificação conservadora é o reconhecimento que a função do Judiciário, com todo seu significado social, não pode ser independente da estrutura dos poderes do Estado em assuntos que lhe digam especial interesse de transformação, dado que potencialmente pode desempenhar no desenvolvimento das interpretações normativas constitucionais ou infraconstitucionais significativas alterações à existência da sociedade.[19]

Os conflitos sociais evoluem o conjunto do corpo social e é justamente para evitar essa evolução no sentido aproximado de revolucionário que se elaboram sistemas ideológicos conservadores, dispondo que o Poder Judiciário tem condão de integrar as normas legislativas com a sociedade de forma hierarquizada, dando-lhe falsa satisfação de equilíbrio, quando em verdade a torna inerte em razão do receio do aparato coercitivo do Estado. Sob esse prisma, a frustração da sociedade quanto à satisfação de pugnar pelos seus direitos se manifesta, tornando-a incrédula, imóvel, por vezes dócil aos arranjos políticos.

Dahrendorf, tecendo análise comportamental dos juizes alemães de sua época, retrata:

Em termos gerais, a estabilidade social inclina o indivíduo a adotar antes uma conduta que, de acordo com as preferências políticas, pode designar-se como conservadora e enraizada no tradicional, ou como reacionária, rígida e de horizontes limitados. Talvez o termo mais adequado seja, neste ponto, a de atitude conservadora; uma atitude, por conseguinte, que aceita o ‘status quo’ político e social e, em princípio, o defende com certa reserva contra qualquer atividade política.[20]

Tece suas análises considerando vários aspectos da formação social, política e econômica do corpo de magistratura, asseverando, apesar do conteúdo acadêmico ao exercício do cargo, limitações intelectuais para entender as complexas relações sociais, cujo alcance restringe-se ao seu estrato social próprio, daí vivam e entendam a sociedade sob prismas de elevada miopia. Como membro de uma “justiça de classe” nada mais natural que produzir sentenças do interesse da classe dominante. Acrescenta-lhe como negativo a própria formação recebida para preservar a autoridade de lei para garantir a ordem e segurança dos assuntos públicos e políticos.

A harmonia desse sistema conservador se explica mediante a utilização do binômio poder e domínio para justificar a subordinação da sociedade através da integração do

agir entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. A este cabe a tarefa complementar de manter aparente coesão das relações sociais. Compete ao Direito o meio empregado para a efetivação, segundo Dahrendorf, do domínio.[21]

Portanto, a continuidade dessa postura quase dogmática conduz à ficção de tentar estabilizar as relações sociais, mantendo a ordem estabelecida. Consolida-se a Justiça estática em se fazer compreender como a fonte última dos anseios sociais, razão então para cumprir suas determinações como guardião da promoção da igualdade jurídica entre todos os segmentos sociais sem distinção, não havendo a necessidade de considerar qualquer ator social, econômico, etc.. O objetivo tradicional é manter a ordem vigente segundo a própria vontade dos seus membros.

Acrescenta-se, como gravame, a elasticidade que se dá ao alcance do significado da cidadania para manutenção do *status quo*: o teor do contrato social, isto é, o liberalismo, difunde a concepção contratualista para justificar o Estado como um contrato que pressupõe partes e essas partes são os cidadãos. Uma relação que envolva interesses conflitantes entre o Estado e os governados (fundamentados na cidadania) pode ser resolvida a favor daquele, como entidade formada pela própria sociedade – que é a expressão da cidadania. Logo, havendo confusão entre as partes a vontade do Estado é soberanamente mais significativa.

Com efeito, sob o prisma da classe dominante, nada poderia ser mais legítimo como a afirmativa segundo a qual a cidadania é também exercida no e pelo Estado e, por isso, deve ceder a pressões de um interesse maior que é a própria cidadania contida no Estado, que através de seus órgãos, utiliza um sistema de idéias, símbolos, argumentos para enfraquecer a criticidade da ordem social estabelecida. O impedimento da propagação de novos valores, de nova consciência do exercício da cidadania é fundamental para ocultar os desequilíbrios sociais. [22]

Ademais, até a tradicional forma de investidura dos membros das Cortes Superiores do Brasil evidencia o nível de dependência aos outros Poderes, passando por uma triagem do Legislativo ao Executivo até a escolha daquele que preencha os requisitos constitucionais. Não se tem notícia sequer de discussão séria no Congresso Nacional de alteração dessa forma de vinculação. Enquanto os parlamentares, o presidente da República e governadores dos Estados submetem-se à vontade do voto popular, pelo menos poder-se-ia pensar, não no voto direto, porém ao menos submetendo-se diretamente à votação dos seus pares sem qualquer interferência posterior dos outros Poderes. Até a vitaliciedade é anúncio da manifestação conservadora à manutenção do *status quo*.

A dormência da legitimação da dominação através do tradicionalismo parte do pressuposto de que a realização da justiça formal na sua atuação realizará a vontade do direito entre particulares. O Estado, quando demandado, responde pelos atos praticados contra o indivíduo-cidadão, não o próprio exercício da cidadania numa esfera socialmente mais abrangente. Conflitos dessa magnitude são resolvidos considerando qual a malefícia repercussão ao Estado e a sua própria estrutura. Quando os direitos dos indivíduos não dão azo às responsabilidades maiores do Estado perante a sociedade, a aplicação deles é feita de forma estabelecida mediante a articulação dos processos de conhecimento pleno, sem amarras psicológicas. No outro sentido, o peso da “responsabilidade” é mensurado pelo viés político-ideológico.

Sobre essa invocação da significância da difusão das decisões do Judiciário, justifica Perelman:

Um dos principais atributos dos poderes Legislativo e Executivo será seu poder de apreciação em matéria de interesse geral, exercendo o Poder Judiciário, nessa área, quando muito um controle marginal, a fim de prevenir abusos manifestos [...] A existência de um Poder Judiciário independente, capaz de restringir a arbitrariedade dos outros poderes e de assegurar o respeito ao direito, em especial ao princípio de igualdade perante a lei, fornece entre garantia contra o tratamento desigual daqueles que se encontram na mesma situação jurídica. Mas, quando as situações são diferentes, competirá aos Poderes Legislativo e Executivo decidir, em nome do interesse geral, se as diferenças devem ou não ser levadas em consideração. [23]

Portanto, o exercício da função do Poder Judiciário está vinculado à intensidade do discurso ideológico do aparelho estatal a que pertence. Novas categorias de aplicação da justiça formal como fonte de concretização de um dos pilares da democracia brasileira (cidadania), dependem do nível de valorização que se atribua ao Poder Judiciário como confirmação da autonomia da sociedade participativa e solidária.[24]

Seguindo a esteira do pensamento de Weber quanto à legitimidade de uma ordem, a judicialização pode ser realizada através da convicção da validade absoluta dos postulados constitucionais à plena eficácia da democracia representativa, tanto de expressão maior da edificação de uma sociedade menos desigual, mais equilibrada, mesmo porque a fonte da autoridade do Estado é a soberania popular. Assim, ao juiz compete, no primeiro plano, identificar-se enquanto cidadão dotado de valores e compromissos históricos para, em seguida, justificar-se enquanto ser em movimento. Através de sua sentença afirmará ou não a cidadania como forma principiológica do Estado Democrático de Direito. [25]

A implantação da judicialização da política deve partir do reconhecimento de sua cumplicidade pela manutenção do risco que o imobilismo político causará à efetivação das conquistas sociais de uma nação. Mantê-la resignada, submissa atenta contra a vontade participativa incrustada na consciência cidadã. Negar o exercício da cidadania é negar a própria existência da federação. [26]

A implementação do exercício da cidadania pressupõe promover a dignidade humana na exata condição de sujeito moral e político. Entretanto, depende do Judiciário o exercício dos direitos inerentes a esta condição histórica. A cidadania amorfa, inconseqüente, não corresponde ao grau de sociabilidade que a coletividade procura alcançar.

A solidez da organização social deriva de sua consciência reflexa como mentora do próprio desenvolvimento sem os dogmas ou axiomas elaborados para negar a condição de autonomia de sua participação nos planejamentos das políticas públicas. Negar o movimento dialético das relações sociais é manter ou tentar manter a alienação através da sutileza de argumentos falsos ou falhos da montagem ideológica alienante do “interesse público” ou “interesse da nação”. Segundo o pensamento de Marcos Bach:

O objetivo imediato da atividade de um magistrado (seja ele religioso ou civil) é a promoção moral da comunidade humana a que serve. Esta, por sua vez, não é idêntica à ordem. A qual, portanto, não pode ser identificada com as necessidades e exigências de um sistema. O conflito entre autoridade e liberdade de consciência ocorre as mais das vezes em virtude de uma formação errônea do conceito de autoridade e ordem e sua relação com o desenvolvimento moral de uma comunidade. Tratar os seus membros como ‘menores’ do que são na verdade, não é o modo mais inteligente de conduzi-los à maioria ética e social. A autonomia moral não constitui nenhuma ameaça séria ao exercício legítimo da autoridade. Somente não se dá com o arbítrio, o autoritarismo, o absolutismo. [27]

Conclusão

A atividade do exercício da cidadania envolve conflitos, sentimentos multiformes das classes sociais que expõem a concorrência entre seus atores. Por outro lado, a existência desses conflitos é o cenário necessário para a participação judicial na determinação do consenso que se pretende. A concretização do *status* de cidadania representa os interesses coletivos em suas adversidades inerentes, mas que se supera na representação da unidade, desde que realmente haja liberdade para o cumprimento dos desígnios constitucionais de representação plúrima. Portanto, desses interesses fracionados e legítimos ao consenso com as garantias da maturidade do discernimento.

Os ditames constitucionais não podem ser obstados pela coerção originária do Judiciário. O Estado não pode fazer que a cidadania se abstenha de praticar suas ações de realização da participação cooperadora da gestão pública para a satisfação de suas necessidades enquanto ser humano, social e participe do seu próprio desenvolvimento. A cidadania é a explicitação da liberdade política, e ao Estado (Judiciário) cabe proporcionar as condições extrínsecas desse valor, mesmo porque o Estado é a expressão do instrumento da unidade a partir da adversidade, do dissenso.

A essência do conservadorismo não é apenas o descaso quanto ao destino do homem, porém é o controle sobre esse destino sem a utilização dos postulados racionais, mantendo-o num determinado patamar social sem a oportunização de galgar novos espaços. Forma-se, pois, uma sociedade legitimada pelo tradicionalismo de uma autoridade (Estado), cujo padrão de conduta central envolve-se em postulados dogmatizados, ao mesmo tempo em que difunde a negação da oportunidade, da habilidade e das manifestações socialmente eficientes.

A sociedade não é estática, seu movimento, principalmente em razão do acúmulo de informações produzidas pela globalização e informática, direciona-se no sentido de melhores conquistas sociais e pelas oportunidades de se integrar no contexto histórico-social em que vive.

Evidenciada a crítica do alcance do conservadorismo da dominação à alienação não mais aceito pela sociedade. Abalado em suas estruturas não democráticas, o Judiciário ainda concebe o direito como o conjunto de normas dispostas a delimitar a liberdade dos cidadãos, se necessário com coerção. A crise porque passa é resultado do envelhecimento na estratégia opressora da ordem do direito e do Estado. Parece que para o Judiciário a cidadania representa o problema da isenção intelectual, política e social que moldura o homem-juiz. Não é isso que a cidadania almeja, isto é, tornar a justiça parcial. Seu objeto é apenas ter reconhecido seu status de ator político para exercer os postulados de uma sociedade moderna e em constante movimento. A garantia de exercer suas atribuições é o que se prioriza e não transforma o Judiciário em outro papel que compete ao Legislativo.

A sociedade moderna caminha não mais para aceitar a dominação sob coerção, partindo de pressupostos absolutos e irracionais em favor do Estado. A crítica e o atual inconformismo social não estão mais em acatar como “justa” a dominação imposta pelas convenções tradicionalistas do Estado, mas a liberdade de legitimação em que é vedado a qualquer ente público o emprego de meios de opressão e exploração.

O que a cidadania busca é o liame, é o vínculo concreto com as esferas dos órgãos do Estado como fonte de seus direitos, num âmbito de flexibilidade e estabilidade, não apenas formal, porém pela reciprocidade na construção de um ordenamento de respeito às tarefas públicas. A sociedade não é mais alienada, ao invés ela é fonte de legitimação das relações desenvolvidas pelas políticas públicas não mais dentro de uma verticalidade, porém na horizontalidade das práticas democráticas.

A erosão do Judiciário ocorre em razão de dissociação de seu papel voltado ao conservadorismo e de um órgão amarrado no discurso de promotor último do “equilíbrio do Estado e a harmonia social”. Contemporaneamente poucos são os membros do Judiciário que percebem que a sociedade questiona o conceito de cada expressão: “equilíbrio do Estado” e “harmonia social”, pilares do tradicionalismo e pilares também da democracia participativa.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BACH, J. Marcos. **Consciência e identidade moral**. Petrópolis: Vozes, 1985.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade**. Brasília: UNB, 1981.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Armênio Amado. 1980.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KÜSTER, Ângela. **Democracia e Sustentabilidade, experiências no Ceará, Nordeste do Brasil**. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2003.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema da Teoria Constitucional da democracia. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Brasília: UNB, 1975.
- MABBOTT, J. D. **O Estado e o cidadão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da Judicialização da política no Brasil – As ADIN's dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MILIBAND, Ralf. **O Estado na sociedade capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estados sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RUBY, Christian. **Introdução à filosofia política**. São Paulo: UNESP, 1997.
- SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Brasília: UNB, 1996.

[1] KÜSTER, Ângela. **Democracia e sustentabilidade**. Fortaleza: Konrad Adenauer. 2003, p. 20

[2] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e terra, 1987, p. 44

[3] RUBY, Christian. **Introdução à filosofia política**. São Paulo: UNESP, 1997, p. 137

- [4] “Qualquer fator que for verdadeiramente comum é simplesmente um meio que o bem particular dos indivíduos. No caso seguinte, temos um fator comum que aparece ser mais que um meio, quando o homem reconhece que a cooperação com outros é a melhor maneira para atingir um fim e, quando eles formam uma associação para consegui-lo, cada membro da associação sente mais interesse no bem de seus associados”. MABBOTT, J. D. **O Estado e o cidadão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 105
- [5] SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Brasília: UNB, 1996, p. 210
- [6] ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 146
- [7] “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 481. No mesmo pensamento expõe Albuquerque Rocha: “Nos últimos anos, é corrente na literatura jurídica especializada a alusão aos direitos fundamentais da ‘terceira geração’ e a igualdade material o valor subjacente aos direitos da segunda geração (direitos de cunho social, econômico, cultural, etc.), os direitos de terceira geração teriam como fundamento o valor da solidariedade, já que são caracterizados por sua incidência universal na vida das pessoas e por exigirem, para sua efetivação, os esforços da comunidade a pressupor a solidariedade”. ROCHA, José de Albuquerque. **Estados sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58
- [8] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 28
- [9] Ibid, p. 14
- [10] Ibid, p. 234
- [11] KELSEN, Hans, op. cit., p. 275
- [12] CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 278
- [13] LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Brasília: UNB, 1975, p. 37
- [14] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 42
- [15] GARAPON, Antoine. Op. cit., pp. 48, 49 e 50.
- [16] ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 142
- [17] “O conteúdo ideológico atravessa toda a estrutura da dogmática por estar contido no próprio dogma e, como bem nota Viehweg, não se deve preterir determinada teoria jurídica através da pecha de ‘mera ideologia’, haja vista que todo discurso dogmático segue uma linha ideológica e não descritiva, buscando como efeito a crença e não o conhecimento neutral e seus postulados”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35
- [18] MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991, p. 388-389
- [19] “Na mesma intensidade em que permanece a discussão sobre o raio de ação de uma corte constitucional que alcance até as questões políticas, resta também como um desafio, sob a ótica de uma teoria política da democracia, a conciliação deste problema com a importância da participação popular e o valor dos representantes legítima e diretamente eleitos. É que se se concede poderes a uma corte constitucional não eleita diretamente pelo povo de resolver questões políticas, tal atitude se deixa traduzir de maneira desfavorável à democracia direta, na medida em que pode esta sobrepor-

se à vontade das urnas.” LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema da Teoria Constitucional da democracia. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando Direitos** – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 218

[20] DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade**. Brasília: UNB, 1981, p. 127

[21] “1. O domínio designa uma relação supra de subordinação entre dois indivíduos ou grupos; 2. Espera-se da parte supra-ordinada (indivíduo ou grupo) que controle a conduta da parte subordinada por meio de ordens, indicações, advertências ou proibições; 3. Esta expectativa está unida a uma posição social que, teoricamente, é independente do caráter peculiar da pessoa que a detém [...] Sanciona-se a desobediência por certas prescrições em razão do domínio; um sistema de Direito (ou melhor, um sistema de normas quase jurídicas) vigia a efetividade do domínio”.

DAHRENDORF, Ralf. Op. cit., p. 144

[22] “O maior de todos os perigos para o sistema capitalista consiste em que mais e mais pessoas, principalmente das classes subordinadas, cheguem a considerar não só como desejável mas também como possível uma ordem social totalmente diferente, baseada na propriedade social de pelo menos uma parte predominante dos meios de atividade econômica e dedicada à eliminação do privilégio e do poder desigual. E, ainda, de que as ‘massas’ busquem dar expressão a tal crença em termos de ação política”. MILIBAND, Ralf. **O Estado na sociedade capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 316

[23] PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 235

[24] “Os juizes, podia ser e era afirmado (e, de fato, ainda é), não estão preocupados com o que a lei deveria ser, mas apenas com o que ela realmente é [...] Soma-se a isso o fato de ser tão importante para o Judiciário evitar envolver-se em decisões políticas que em casos de incerteza, quando opções tinham de ser inevitavelmente feitas, estas deviam sê-lo mais na base de coerência lógica do que em alguma base manifestamente ‘extralegal’, como o propósito social, a moralidade, a justiça ou a conveniência”.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 331

[25] HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1980, p. 25

[26] “Manifestando-se ou não essas tendências anticonstitucionais, o constante recurso da minoria ao Tribunal Constitucional, como forma de solução de seus conflitos com a maioria, nos leva ao tema da ‘judicialização da política’, isto é, ao crescente controle efetuado por órgãos judiciários sobre as decisões políticas.” MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da Judicialização da política no Brasil – As ADIN’s dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury.

Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7

[27] BACH, J. Marcos. **Consciência e identidade moral**. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 195

**OS CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E O DESENVOLVIMENTO
REGIONAL: O CASO DO NORDESTE BRASILEIRO***

**THE MATURE FIELDS AND THE REGIONAL DEVELOPMENT: THE
BRAZILIAN NORTHEAST CASE**

**Mariana de Siqueira
Rafael César Coêlho dos Santos**

RESUMO

As atividades do petróleo no país, iniciadas de forma mais intensa no final dos anos 30 e início dos anos 40, durante aproximadamente quarenta anos foram exercidas com exclusividade pela Petrobras. Muitos dos campos petrolíferos inicialmente descobertos se encontram atualmente em declínio produtivo. Não mais interessam aos grandes empreendedores, podendo, porém, se revelar como interessantes pontos de investimento para aqueles de pequeno e médio porte. Apesar do declínio em sua produção, os campos petrolíferos podem se configurar como verdadeiros instrumentos de promoção do desenvolvimento para as localidades onde se situam. A presente pesquisa, atentando para os dizeres constitucionais, em especial para a idéia de desenvolvimento e de redução das desigualdades regionais, se debruça por sobre o estudo de tais campos e de sua atual realidade regulatória.

PALAVRAS-CHAVES: CAMPOS MADUROS, DESENVOLVIMENTO REGIONAL, NORDESTE BRASILEIRO.

ABSTRACT

The oil activities in Brazil had been started in an intensive way by the years 30 and 40. During approximately 40 years only one agent had been executed the oil activities in this country: the Petrobras. Many of the fields discovered in the past are nowadays in decline. These fields, not interesting for the majors, would be interesting for the small and medium enterprises. The present research analyses the mature oil fields and its regulation in Brazil, looking to the Constituição Federal de 1988, to the idea of social and economic development, and to the regional development. Most of this mature fields are located at the Northeast, a region characterized by social and economic problems. The activities in the mature fields of the Northeast region may reduce some of the problems of this region.

KEYWORDS: KEY-WORDS: MATURE FIELDS, REGIONAL DEVELOPMENT, BRAZILIAN NORTHEAST.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

As atividades de exploração e produção de petróleo no país se iniciaram de forma mais intensa durante o final dos anos 30 e início dos anos 40. Destacaram-se, em tal período, as descobertas realizadas no âmbito *onshore* e na Região Nordeste. Alguns anos mais tarde, com a descoberta de reservas consideráveis no âmbito *offshore*, as atenções petrolíferas nacionais se voltaram preponderantemente para tal realidade. Os campos de petróleo em terra, responsáveis pelo início da indústria do petróleo no país, foram, de certo modo, relegados a um segundo plano.[1]

Hoje, grande parte dos campos inicialmente descobertos se encontra em fase de declínio produtivo. Pelo declínio de produção que os acomete, tais campos não se revelam interessantes aos empreendedores de grande porte. Podem, todavia, mediante estímulos e uma adequada regulação, se revelar como interessantes pontos de investimento para os empreendedores de pequeno e médio porte.

Os campos petrolíferos, ainda que marcados por uma produção declinante, são fortes elementos de promoção do desenvolvimento. [2] Ainda que em declínio produtivo, tais campos geram empregos diretos e indiretos, promovem a circulação de renda, o recolhimento de tributos, o pagamento de *royalties*, dentre outros fatores.

Ao se considerar que grande parte dos campos de petróleo em declínio se encontra situada na Região Nordeste do país, é possível concluir que fomentar a continuação das atividades neles desenvolvidas também é forma de concretizar a redução das desigualdades regionais consagrada no art. 3º, III, e no art. 170, VII, da Constituição Federal de 1988.

A Região Nordeste do Brasil é acometida por sérios índices de desigualdade, por uma baixíssima expectativa de vida, por elevados índices de analfabetismo, podendo ser acrescida a tais elementos a problemática natural da seca.

Fomentar a continuação das atividades nos campos de petróleo nordestinos em situação de declínio é forma de permitir à Região Nordeste manter e gerar novos empregos diretos e indiretos, recolher tributos, receber o pagamento de *royalties* etc.

O incremento à produção em campos declinantes é forma de permitir à Região Nordeste concretizar a idéia constitucional de desenvolvimento, de um desenvolvimento não apenas quantitativo (econômico), mas também qualitativo (social), de modo a reduzir os índices de desigualdade que a acometem.

O incremento à produção em campos declinantes, em virtude de suas vantagens econômico-sociais, é notório em diversas localidades do globo. Com o Brasil não seria diferente.

Sendo papel da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP disciplinar a seara petrolífera nacional em caráter direto e específico, a ela também caberá definir as diretrizes regulatórias atinentes aos campos petrolíferos com produção declinante.

Sendo o estímulo à continuidade das atividades nos campos de petróleo em declínio forma de otimização de sua produção e, conseqüentemente, forma de uso racional dos recursos petrolíferos nacionais, nada mais razoável que a determinação de uma disciplina normativa e regulatória adequada a tal realidade e compatível com dizeres econômico-sociais constitucionais.

Imprescindível se faz estabelecer uma disciplina específica a tais campos, de modo a oferecer incentivos reais à continuidade das atividades de produção nos mesmos, atendendo aos fins da Constituição Federal e da Política Energética Nacional.

O presente trabalho, atentando para a possibilidade de concretização do desenvolvimento e de redução das desigualdades regionais através do fomento aos campos de petróleo em declínio produtivo, debruça-se por sobre o estudo dos mesmos e da regulação a eles direcionada.

Serão aqui analisados alguns dos principais elementos ligados ao fomento de tais campos; são eles: denominação e conceituação de tais campos; licitações e royalties.[3]

2. OS CAMPOS DE PETRÓLEO COM PRODUÇÃO DECLINANTE E SEU CONFLITO TERMINOLÓGICO

Estabelecer uma adequada disciplina aos campos petrolíferos marcados por produção declinante faz-se indispensável ao fomento dos mesmos. A primeira problemática a ser enfrentada em tal contexto diz respeito à conceituação e até mesmo à denominação de tais campos.

A definição legal existente em torno dos campos de petróleo os aborda em sua generalidade, não tratando especificamente dos campos com produção declinante.

A “Lei do Petróleo”, em seu art. 6º, inciso XIV, define de forma precisa os campos de petróleo, considerando-os como áreas produtoras de petróleo, a partir de um ou mais de um reservatório contínuo, a profundidades que podem variar, abrangendo as instalações e equipamentos da produção.

Por não haver, até a presente data, ato normativo denominando ou conceituando, de forma geral e abstrata, os campos petrolíferos com produção declinante, muitas são as discussões argüidas em torno da conceituação e da denominação dos mesmos. [4]

Os campos de petróleo com produção declinante são denominados por alguns estudiosos de “campos maduros de petróleo”; outros, por sua vez, os denominam “campos marginais”, havendo, ainda, os que não realizam qualquer distinção entre os termos. A presente pesquisa optará por diferenciá-los, mencionando os pontos que possuem em comum.

É importante que se diga que preponderam, no âmbito da denominação dos campos com produção declinante e da conceituação dos termos “campos maduros” e “campos

marginais”, trabalhos de ordem técnica e econômica, sendo escassas as tentativas jurídicas em tal sentido.

A maior dificuldade em se definir campos maduros e campos marginais reside na questão da determinabilidade e exatidão dos conceitos a serem formulados. É grande a dificuldade que circunda a tentativa de estabelecer um conceito preciso e universal para tais campos, passível de se adequar às mais variadas realidades fáticas.

A realidade fática é amplamente mais fértil e dinâmica que a realidade normativa estática. Estabelecer conceitos jurídicos por demais precisos para os campos maduros e marginais poderia resultar na ineficácia dos mesmos, na medida em que algumas situações fáticas neles não inseridas poderiam padecer de disciplina normativa.

Assim, juridicamente, o ideal é se estabelecer uma idéia de campos maduros e de campos marginais adequada à realidade, apta a se destinar às mais variadas situações fáticas existentes em torno dos campos petrolíferos.

Ressalte-se, que a atribuição de um conceito flexível a tais campos não deve ser entendida como sinônimo da atribuição de um conceito demasiado amplo e apto a ensejar interpretações por demais dúbias.

Há de haver uma limitação interpretativa basilar; auferindo-se, a partir da mesma, diante de cada caso concreto, a maturidade ou marginalidade de um dado campo petrolífero.

No âmbito da regulação e do fomento direcionados a tais campos faz-se imprescindível a visualização de quais são os campos petrolíferos que verdadeiramente demandam investimentos e incentivos para fins de continuidade de suas atividades produtivas e conseqüente concretização do desenvolvimento e redução das desigualdades regionais. Incentivos indevidos podem gerar prejuízos ao ente estatal, em especial no que tange à receita auferida mediante a cobrança de tributos e o pagamento de royalties. [5]

3. CAMPOS MADUROS, CAMPOS MARGINAIS E CAMPOS MADUROS MARGINAIS OU MARGINAIS MADUROS

O termo “margem”, conforme expõe o dicionário Aurélio, significa “linha ou faixa que limita ou circunda algo.” [6] Os campos marginais, a partir de tal conceito de “margem”, podem ser entendidos como campos marcados por uma situação econômica limite. São campos que se encontram no limiar de sua viabilidade econômica. [7] A idéia do que vem a ser um campo no limite de sua viabilidade econômica pode sofrer variações de pessoa jurídica para pessoa jurídica, conforme seu porte, recursos tecnológicos, preço do óleo, recursos financeiros, dentre outros fatores. [8] Preponderam, na definição dos campos marginais, aspectos de feição econômica e privada. É uma dada pessoa jurídica, a partir de suas condições, estrutura, dentre outros fatores, a responsável por, diante de determinado campo de petróleo, considerá-lo economicamente limitado. [9]

O termo “maduro”, por sua vez, conforme definido no Dicionário Aurélio, significa “plenamente desenvolvido, amadurecido.” [10] Os campos maduros de petróleo, a partir de tal conceito, podem ser entendidos como campos com produção já desenvolvida em plenitude, amadurecida, atualmente em situação declinante, pouco rentáveis economicamente na forma em que se encontram, necessitando do uso de tecnologias e de investimentos para o alcance da rentabilidade. [11]

A produção declinante de um campo de petróleo pode levar um dado empreendedor a considerá-lo inviável economicamente, será caso de campo maduro marginal ou marginal maduro.

Vê-se, a partir do que te aqui se expôs, a existência de três categorias de campos: os campos apenas marginais, os campos apenas maduros e os campos maduros marginais ou marginais maduros.[12]

O trabalho aqui desenvolvido se centra no estudo dos campos de petróleo com produção declinante, ou seja, dos campos de petróleo maduros e maduros marginais ou marginais maduros. Campos estes situados preponderantemente no Nordeste brasileiro, mais precisamente nos estados do Rio Grande do Norte, Bahia e Sergipe.

É importante que se diga caber à ANP, enquanto ente regulador do setor petrolífero nacional, estabelecer conceitos para os campos em questão, de forma a torná-los eficazes juridicamente. Dentro do poder normativo atinente à Agência é possível estabelecer a definição de tais campos.

A relevância em estabelecer tal denominação e definição, repita-se, reside em se delimitar os campos que demandarão atenções especiais e fomento por parte do ente estatal, em razão de suas peculiaridades (dentre elas o declínio produtivo) e em razão das peculiaridades dos empreendedores que irão operá-los (empreendedores de pequeno e médio porte).

4. OS CAMPOS MADUROS DE PETRÓLEO E OS BENEFÍCIOS DE SEU FOMENTO

Como aqui dito, os campos maduros de petróleo, aí inseridos os campos maduros marginais, são campos marcados por um declínio em sua produção, não interessantes aos empreendedores de grande porte, porém passíveis de se revelarem interessantes a empreendedores de menor porte, a partir de reinvestimentos e de estímulos por parte do Poder Público.

Diante do declínio produtivo e do desinteresse dos grandes empreendedores em operar em tais campos, algumas questões apontam, destacando-se, dentre elas, a seguinte: O ideal é abandonar tais campos ao ócio ou investir na continuação das atividades neles desenvolvidas?

O ente estatal nacional, inspirando-se na experiência internacional, optou por seguir o segundo caminho, ou seja, optou por fomentar a continuação das atividades desenvolvidas nos campos maduros.[13]

Os campos de petróleo, ainda que marcados por produção declinante, são intensamente acometidos pelo interesse público, são fortes instrumentos de promoção do desenvolvimento, não apenas em seu aspecto quantitativo (econômico), mas também em seu aspecto qualitativo (social).

Por gerarem empregos diretos e indiretos, por promoverem a circulação de renda, o recolhimento de tributos e o pagamento de royalties, é do interesse do próprio Estado que os campos maduros continuem a operar, de modo a permitir o desenvolvimento econômico e social das localidades onde se situam. [14]

A brusca interrupção no exercício das atividades petrolíferas em dada localidade poderá gerar déficits econômicos e sociais consideráveis.

Como se manteriam os Municípios nordestinos produtores de petróleo se as atividades neles desenvolvidas fossem abruptamente interrompidas? Quem absorveria toda a mão de obra local atuante na cadeia do petróleo? Onde os Municípios nordestinos encontrariam fonte de renda alternativa e tão vultuosa quanto os *royalties*?

Ao se considerar que grande parte dos campos maduros nacionais se situa na Região Nordeste, fácil torna-se perceber que fomentar a continuação das atividades nos mesmos é modo de concretizar o ideal constitucional de redução das desigualdades regionais.

Um campo pode ser considerado marginal por um dado empreendedor, mas pode não sê-lo por outro. Os campos maduros podem ser considerados marginais para determinados empreendedores, mais precisamente para os grandes empreendedores, todavia, mediante estímulos estatais e reinvestimentos, podem ser considerados não-marginais, ou seja, viáveis economicamente para outros.

Se tais campos possuem condições de gerar desenvolvimento para o Nordeste, reduzindo as desigualdades que acometem tal região, se tais campos podem se mostrar atrativos aos empreendedores de menor porte, nada se faz mais razoável que estabelecer políticas de fomento aos mesmos. [15]

Em cabendo à Agência Nacional do Petróleo especificamente regular a seara petrolífera nacional, a ela também caberá a atuação em prol da continuação das atividades desenvolvidas nos campos maduros de petróleo. Destaca-se, em tal contexto, a promoção de licitações pela Agência e a elaboração de atos normativos em tal sentido.

“A ampliação das atividades de recuperação da produção em campos maduros e marginais no Brasil deverá causar relevantes impactos em diversos setores da sociedade, decorrentes de: valorização de campos pequenos, maduros e marginais; entrada de novas empresas no mercado de petróleo, com geração de empregos e renda; aumento da produção de óleo e gás nas regiões produtoras; revitalização das economias regionais, como resultado do aumento da receita de impostos pelos governos estaduais e municipais e da distribuição de lucros aos proprietários de terra onde se situam os poços produtores. Para tanto, faz-se indispensável aumentar substancialmente a oferta de

campos, por meio de licitações de áreas pertencentes à ANP e, principalmente, à Petrobrás, bem como estabelecer uma legislação flexível que facilite a atração de investimentos.” [16]

5. A ANP E SEU PAPEL NO FOMENTO AOS CAMPOS MADUROS: O CASO DAS LICITAÇÕES

As licitações petrolíferas no país não se deram logo após a abertura do mercado petrolífero nacional. Com a ruptura/flexibilização do monopólio; houve a necessidade de se instituir um período de transição para fins de adaptação da Petrobras e do ente estatal à nova realidade consolidada.

A “Lei do Petróleo”, responsável por disciplinar a Política Energética Nacional, trouxe em seu texto dispositivos destinados especificamente à disciplina da fase de transição. No que diz respeito às atividades em curso exercidas pela Petrobras à época da abertura do mercado petrolífero, dedicou a “Lei do Petróleo” uma seção inteira à disciplina das mesmas. [17]

À Petrobras foi permitido escolher, dentre os campos onde operava, quais seriam de seu interesse, mais precisamente no que dizia respeito à continuidade das atividades desenvolvidas, e quais não o seriam, tendo, neste último caso, que devolvê-los à ANP. Os campos escolhidos para continuação das atividades já desenvolvidas foram objetos de contratos de concessão firmados entre a Petrobras e o ente estatal (ANP), num procedimento que recebeu a denominação de Rodada Zero. [18]

Na Rodada Zero, teve a Petrobras a ratificação [19] de seus direitos por sobre as áreas escolhidas que explorava, celebrando, ao dia 06 de agosto de 1998, contratos de concessão referentes a 282 campos de seu interesse. [20] Setenta e sete dos campos onde atuava a Petrobras não foram por ela reivindicados, tendo sido devolvidos à ANP. Não manifestou a Petrobras interesse no sentido de continuar desenvolvendo suas atividades por sobre os mesmos. Os campos em tal situação de devolução passaram a receber no mercado a denominação de “campos devolvidos” ou “campos marginais”. [21] Com o fim da Rodada Zero, iniciaram-se as licitações pela Agência Nacional do Petróleo, conduzidas pela Comissão Especial de Licitação, composta por membros da ANP e da sociedade civil, com fundamento nos dizeres da “Lei do Petróleo”, nos respectivos editais, e em alguns atos normativos emitidos pela agência.

A Primeira Rodada de licitações, onde se fizeram presente 38 pessoas jurídicas habilitadas, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro, aos dias 15 e 16 de junho, do ano de 1999. [22] De lá pra cá, nove rodadas licitatórias foram organizadas.

Como mencionado, setenta e sete campos foram devolvidos pela Petrobras à ANP por terem sido considerados marginais por esta empresa, ou seja, por terem sido considerados pouco interessantes economicamente para tal pessoa jurídica.

Como o conceito de campo marginal varia de um empreendedor a outro, como a idéia do que vem a ser um campo economicamente rentável pode variar conforme as dimensões e recursos do empreendedor, a ANP, atentando para a experiência internacional e, ainda, para a caracterização de tais campos como instrumentos de promoção do desenvolvimento, optou por promover a licitação dos mesmos, de modo a fomentar a continuidade das atividades de pesquisa e produção de petróleo e gás natural neles desenvolvidas. Considerados marginais pela Petrobras, tais campos poderiam revelar-se como verdadeiras fontes geradoras de renda para empreendedores de menor porte.

A Sétima Rodada, correspondente ao ano de 2005, foi a responsável por pioneiramente [23] inserir os campos devolvidos no procedimento licitatório público petrolífero nacional. [24] O edital da Sétima Rodada de Licitações, datado de 29 de agosto de 2005, foi dividido em duas partes, sendo uma direcionada aos campos petrolíferos com risco exploratório (Parte A) e outra aos campos com rentabilidade marginal (Parte B).

Ofereceu a Sétima Rodada, na Parte B de seu edital, 17 blocos dotados de áreas inativas com acumulações marginais, distribuídos entre os Estados de Sergipe e da Bahia. [25] Dentre os blocos oferecidos, encontravam-se aqueles devolvidos pela Petrobras quando da fase de transição e alguns devolvidos à ANP pelo não cumprimento de seu Programa Exploratório Mínimo.

Ampla foi a atuação da ANP no sentido de divulgar tal Rodada, bem como a oferta de campos maduros em seu âmbito. [26]

Dos 17 blocos oferecidos na Sétima Rodada foram arrematados 16; tendo sido arrecadados R\$ 3.045.804,00 (três milhões, quarenta e cinco mil, oitocentos e quatro reais) com seus bônus de assinatura. Estimou a ANP, a partir de tal certame, investimentos futuros da ordem de aproximadamente 62 milhões de reais no desenvolvimento das atividades nos campos arrematados pelo período de dois anos. [27]

Apesar do pioneirismo e das previsões de amplos investimentos futuros, a Sétima Rodada de Licitações não foi considerada como bem sucedida no que tange aos campos maduros. A oferta de tais campos de forma conjunta com os campos comuns não se revelou atraente aos investidores, tendo sido muitos deles devolvidos à ANP por seus respectivos arrematadores. [28]

A ANP, atentando para a necessidade de promoção do uso racional e adequado dos recursos energéticos nacionais, posicionou-se no sentido de insistir no fomento aos campos devolvidos, inserindo-os mais uma vez nas rodadas de licitação petrolíferas.

Em 2006, através da Resolução n.º 01, autorizou o CNPE a realização de rodada de licitação específica para os campos maduros, com edital e contrato de concessão próprios. A tal rodada foi dada a denominação de Segunda Rodada de Licitações de Áreas Inativas com Acumulações Marginais.

O art. 2º da referida Resolução enumerou as áreas a serem licitadas na Segunda Rodada de Licitações de Áreas Inativas com Acumulações Marginais. Inicialmente, foram

numeradas vinte e uma áreas a serem licitadas, tendo sido as mesmas posteriormente reduzidas em número, em face de restrições ambientais.

Ao dia 29 de junho de 2006, foram efetivamente ofertadas 14 áreas, distribuídas entre as bacias do Maranhão (três áreas), Rio Grande do Norte (oito áreas) e Espírito Santo (três áreas). [29]

Conforme mencionava o próprio edital, a licitação de Áreas Inativas com Acumulações Marginais por ele disciplinada dava-se para fins de reativação da produção nas mesmas. As áreas oferecidas, na medida em que não despertavam o interesse econômico dos grandes empreendedores, foram selecionadas a partir da possibilidade de reativação da sua produção por pequenos e médios produtores. A habilitação para os interessados em participar de tal certame estruturou-se de forma simplificada para os participantes da rodada anterior. Às novas interessadas, por sua vez, foi direcionada a necessidade de manifestar interesse normalmente, com fulcro no edital, tendo sido exigidos alguns requisitos específicos. [30]

Das 14 áreas efetivamente oferecidas, onze foram arrematadas, resultando na arrecadação de R\$ 11 bilhões de reais em bônus de assinatura, com perspectivas de investimentos da ordem de R\$ 24 milhões nos dois anos subseqüentes.

Percebem-se, a partir de uma análise comparativa das duas rodadas de licitações expostas, algumas modificações; a Segunda Rodada de Licitações de campos maduros buscou amenizar os equívocos da Primeira Rodada. Ainda assim, restam mantidas algumas problemáticas em torno de tal temática.

Se as licitações são uma das formas de acesso dos pequenos e médios empreendedores aos campos maduros, nada se faz mais razoável que as mesmas se estruturem de forma clara, coerente e condizente com as especificidades de tais campos.[31] Muito ainda há de ser feito em tal sentido.

É bastante comum a menção ao fato de serem os campos maduros forma de inserção dos pequenos e médios empreendedores na seara petrolífera nacional. Que não mais interessantes às grandes petroleiras, podem tais campos se revelar interessantes, mediante incentivos, aos pequenos e médios produtores de petróleo. Percebe-se, todavia, em tal âmbito, uma questão que ainda resta pendente de solução: o que são pequenos e médios empreendedores no âmbito petrolífero? O conceito legal fornecido pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, em seu art. 3º, se adequa à realidade econômica petrolífera? [32]

Muito também se diz do desinteresse das grandes empreendedoras pelos campos maduros e do possível interesse dos médios e pequenos empreendedores pelos mesmos. Seria correto, diante de tal exposição, como ocorrido nas licitações efetuadas, permitir aos grandes empreendedores delas participar? É razoável estabelecer concorrência entre os grandes empreendedores e os pequenos e médios empreendedores? Seria constitucional vetar aos grandes empreendedores participar do certame? Teriam os grandes empreendedores vencedores das licitações efetuadas em torno dos campos maduros direito aos mesmos incentivos que os pequenos e médios empreendedores nestas mesmas condições?

Vê-se, diante do que aqui brevemente se expôs, que muito ainda há de ser feito para que as licitações de campos maduros se revelem interessantes aos pequenos e médios empreendedores. Conceitos necessitam de definição, dúvidas necessitam de esclarecimentos. A própria idéia de campos maduros necessita ser bem delineada para efeitos regulatórios.

Quanto às licitações, esclarecidos os conceitos de campos maduros e de pequenos e médios empreendedores petrolíferos, é preciso que as mesmas sejam realizadas especificamente para a oferta de campos em declínio, numa frequência maior do que a atual. Até a presente data, apenas duas licitações foram efetuadas em torno de tais campos, havendo a previsão para uma terceira rodada no mês de dezembro deste ano, no Estado da Bahia.

Para que o mercado de campos maduros se desenvolva e se amplie, faz-se indispensável a ampla e mais freqüente oferta dos mesmos em licitações.

6. OS ROYALTIES PETROLÍFEROS PROVENIENTES DE CAMPOS MADUROS, O DESENVOLVIMENTO REGIONAL E A NECESSIDADE DE MAIOR CONTROLE SOCIAL

Os campos maduros são considerados instrumentos de promoção do desenvolvimento e de redução das desigualdades regionais por permitirem, dentre outros fatores, o recolhimento de *royalties* em prol das localidades onde se situam.

O petróleo, recurso energético natural não renovável, se encontra no subsolo terrestre em depressões topográficas denominadas bacias sedimentares.

Pela não renovabilidade e pela relevância de tal recurso, as atividades econômicas referentes à sua exploração e produção se sujeitam ao pagamento de uma espécie de compensação financeira, são os chamados *royalties*.

Com a abertura do mercado petrolífero nacional promovida em 1995, através da EC n.º 09, e com o advento posterior da Lei Federal n.º 9.478, de 1997, mais conhecida como “Lei do Petróleo”, os *royalties* receberam nova disciplina normativa.

Após a abertura do mercado, em decorrência do aumento da produção, do aumento das alíquotas e do surgimento da participação especial, os entes beneficiários de *royalties* aumentaram as suas arrecadações. [33]

Os *royalties* e a participação especial paga em casos de campos extremamente rentáveis são hoje as mais relevantes participações governamentais. Em 2005, recolheram 6,21 bilhões e 6,96 bilhões, respectivamente. [34]

As receitas provenientes dos *royalties* e participações especiais permitem aos municípios desenvolver a localidade com geração de emprego e renda, com a

formulação e implementação de políticas sociais, de modo a atentar para a esgotabilidade e não renovabilidade do petróleo. [35]

Apesar da alta rentabilidade dos *royalties* e da possibilidade de uso dos recursos financeiros deles provenientes em relevantes áreas sociais, não têm sido percebidas grandes transformações nas localidades dotadas de reservas petrolíferas.

Os municípios que recebem *royalties* nem sempre aplicam os recursos deles provenientes no desenvolvimento local, na “resolução dos problemas sociais advindos dos impactos causados pela atividade instalada.” [36]

“a legislação brasileira referente à distribuição de *royalties* é extremamente generosa com os municípios que abrigam empreendimentos do setor.” (...) “Os cofres públicos desses municípios nada têm a reclamar, pelo contrário, têm a agradecer. Se as administrações públicas locais aplicam de modo inadequado esses fartos recursos que lhes são repassados, sem que representem melhorias para a população e sem um efetivo controle quanto ao meio ambiente, estas são questões não específicas ao setor petrolífero ou às empresas que neles operam. São questões que terão que ser enfrentadas por meio de demandas e exigências diretamente dirigidas às administrações municipais.” [37]

O Estado do Rio Grande do Norte, primeiro produtor de petróleo do país em terra, teve o índice de desenvolvimento humano de seus municípios ampliado a partir dos anos 90; todavia, mudanças mais efetivas na qualidade de vida da população local não são percebidas. [38]

“é imperioso saber que os reflexos desse setor no cotidiano dos habitantes dos municípios da região do petróleo potiguar não mudaram radicalmente a condição sócio-econômica dos mesmos. Apesar da abundância dos recursos transferidos para os lugares, seja por imposição legal (receitas das participações governamentais dos *royalties* de petróleo) ou por ação própria da indústria, demonstrada pelos vastos programas sócioambientais, os indicadores de desenvolvimento humano não revelaram de maneira satisfatória o impacto dessas receitas diferenciais na melhoria da qualidade de vida dos habitantes dos municípios produtores de petróleo.” [39]

Diante do binômio má aplicação dos recursos proveniente dos *royalties* e possibilidade de uso destes para geração de benefícios locais, concretização do desenvolvimento sócio-econômico e conseqüente redução das desigualdades regionais, urgente se faz a implementação de mecanismo(s) eficaz(es) de controle.

Hoje, após manifestação do STF, se reconhece competir aos Tribunais de Contas dos Estados a fiscalização quanto à arrecadação e uso dos *royalties* petrolíferos.[40]

Diante da pouca eficácia prática atual de tal forma de fiscalização, propostas surgem no sentido da necessidade de criação de modos específicos de fiscalização dos *royalties*, em especial pelos elevados números a eles atinentes. SERRA, nesse sentido, assim expõe:

“A importância dos recursos das participações governamentais para o destino das regiões petrolíferas e suas áreas de influência poderia também justificar mecanismos especiais previstos em lei, de consulta e fiscalização sobre sua destinação.” [41]

É preciso que sejam amplamente discutidos, com auxílio da população local, o que vêm a ser os investimentos satisfatórios para aquela comunidade. Assim, é possível à decisão referente ao destino total ou parcial do arrecadado com os royalties configurar-se como satisfatória para a comunidade local.[42]

Assume papel de destaque no contexto de aplicação dos *royalties* a questão da finitude dos recursos petrolíferos. No caso dos campos maduros, pelo declínio produtivo que os acomete, pela proximidade do fim das operações, o destaque de tal temática se ressalta. Importante se faz a utilização dos recursos advindos dos *royalties* para amenizar os futuros impactos negativos provenientes da interrupção das atividades petrolíferas no Nordeste brasileiro.

“o desafio imposto aos municípios impactados pela atividade petrolífera é aplicar suas rendas advindas do petróleo em investimentos que minimizem a tendência de esvaziamento econômico quando do esgotamento das jazidas. Desafio que, por mais condicionado que esteja a determinações políticas, pode ser minimizado a partir da introdução de critérios para rateio dessas rendas entre os municípios que, em algum grau, sejam subsidiados por avaliações periódicas sobre a efetiva aplicação desses recursos.” [43]

À participação popular em tal mecanismo de controle deve ser conferido papel de destaque. Muito há de ser feito para que tal realidade se concretize.

“a maior parte dos municípios já recebe royalties há tempo suficiente para produzir mudanças na estrutura social e produtiva. Entretanto, grande parte da população não sabe da existência nem da importância dessas receitas no montante do orçamento municipal; não sabe tampouco as restrições quanto à modalidade de gastos a que elas podem ser destinadas. Se a população não tem a liberdade do conhecimento não terá a do acesso nem a da participação.” [44]

O mais eficaz controle quanto à aplicação dos recursos provenientes dos *royalties* de campos maduros em operação é fator indispensável para que os mesmos se configurem como verdadeiros elementos de promoção do desenvolvimento e de redução das desigualdades que acometem a região nordeste do país. A ampla participação da população local em tal controle, enquanto principal interessada na melhoria das condições de vida na região, é fator chave.

“Em condições *ceteris paribus*, não havendo qualquer desvio, os recursos seriam suficientes para fazer “quase tudo” o que pode almejar um austero gestor. O grande desafio passa pelo *envolvimento* da sociedade civil organizada para fiscalizar como os alcaides dos municípios produtores de petróleo estão aplicando seus diferenciais de receitas e, principalmente, o que está sendo pensado em termos de *desenvolvimento estratégico*, quando não mais jorrar petróleo nos cavalos-de-pau do semi-árido potiguar.”[45]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que até aqui se expôs, claro se faz notar a ligação existente entre o fomento à continuação das atividades desenvolvidas nos campos maduros de petróleo e a concretização do desenvolvimento e da redução das desigualdades regionais.

O fomento a continuação das atividades em tais campos permite a otimização e o uso racional dos recursos petrolíferos neles existentes. Possibilita, ainda, a geração de empregos diretos e indiretos, a circulação de renda, o recolhimento de tributos, o pagamento de royalties, etc.

Reconhecendo o interesse público em fomentá-los, inspirando-se na experiência internacional, o ente estatal nacional tratou de agir no sentido de manter a operação em tais campos.

Como dito, os campos de petróleo em declínio não se revelam interessantes aos empreendedores de grande porte. Podem, todavia, se revelar interessantes aos empreendedores de menor porte, mediante estímulos e uma adequada regulação.

Muito ainda há de ser feito para que o potencial teórico de tais campos se concretize na prática. Muito há de ser feito para que, de fato, tais campos possam trazer melhorias econômicas e sociais às localidades onde se situam, destacando-se, aí, os estados da região nordeste (RN, BA, SE).

Muito ainda há de ser feito, a começar pela denominação e definição de tais campos pela ANP, no contexto do exercício de sua função normativa.

Muito ainda há de ser feito no âmbito da realização de licitações; devendo estas ser mais freqüentes e especificamente direcionadas aos campos em declínio e aos empreendedores de menor porte.

“A ampliação das atividades de recuperação da produção em campos maduros e marginais no Brasil deverá causar relevantes impactos em diversos setores da sociedade, decorrentes de: valorização de campos pequenos, maduros e marginais; entrada de novas empresas no mercado de petróleo, com geração de empregos e renda; aumento da produção de óleo e gás nas regiões produtoras; revitalização das economias regionais, como resultado do aumento da receita de impostos pelos governos estaduais e municipais e da distribuição de lucros aos proprietários de terra onde se situam os poços produtores. Para tanto, faz-se indispensável aumentar substancialmente a oferta de campos, por meio de licitações de áreas pertencentes à ANP e, principalmente, à Petrobrás, bem como estabelecer uma legislação flexível que facilite a atração de investimentos.” [46]

Quanto aos royalties, recursos financeiros que ressaltam o caráter econômico-social dos campos em declínio, os mesmos necessitam de mecanismos mais eficazes de controle de seu uso, com destaque para a participação popular em tal fiscalização.

“A ligação entre a liberdade individual e o desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.” [47]

Cabe ao ente estatal, com destaque para a ANP, enquanto ente regulador da seara petrolífera, agir de modo a verdadeiramente fomentar tais campos, com a elaboração de políticas públicas eficazes, com a elaboração de atos normativos eficazes, de modo a gerar segurança jurídica e atrair investimentos por parte dos empreendedores de menor porte.

“O desafio do Governo, em especial da ANP, é encorajar novas empresas independentes a entrarem no negócio de produção de óleo e gás em áreas com acumulações marginais, mediante a criação de mecanismos e instrumentos de estímulo às empresas, em especial os relativos à redução dos *royalties*, regulação do mercado de comercialização de petróleo, incentivos fiscais, acesso à créditos especiais etc.” [48]

8. BIBLIOGRAFIA

CÂMARA. Campos maduros e campos marginais. Definição para efeitos regulatórios. Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008.

GIVISIEZ. Gustavo Henrique Naves. **OLIVEIRA.** Elzira Lúcia de. A pobreza e a riqueza nas cidades do petróleo. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

GUIMARÃES. Marcelo da Silva. Metodologia para otimização de estratégias de produção para campos maduros de petróleo. Dissertação de mestrado. 2005. Disponível em: <http://www.cepetro.unicamp.br/teses/mestrado/ano2005.htm>

GUTMAN. José. Participações governamentais: passado, presente e futuro. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

JESIEL. Mario. O papel do petróleo no (des)envolvimento dos municípios do semi-árido potiguar. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

JUNIOR. Anabal Santos. Desafios da exploração de campos maduros. Campos marginais no Brasil: histórico, desafios e perspectivas. Abril/ 2008. Disponível em: http://premiobahiagas.w3z.com.br/downloads/palestras/Palestra_Anabal_Santos_APPO_M%20.pdf Acesso em 14 de agosto de 2008.

PIQUET. Rosélia. Indústria do petróleo e dinâmica regional: reflexões teórico-metodológicas. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

PRATES. Jean Paul. Disponível em: <http://www.ebape.fgv.br/novidades/pdf/D01P04A01.pdf> Acesso em 08 de abril de 2008.

RAPPEL. Eduardo. Tendências do setor de petróleo e gás no Brasil: oportunidades e desafios para os fornecedores de bens e serviços. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

REIS. Andréa Campos. Fundamentos legais para uma regulamentação específica para campos maduros de petróleo e impacto dos royalties no desenvolvimento humano da Bacia do Recôncavo. Dissertação apresentada à Universidade de Salvador. 2005.

SANTOS. Edmilson Moutinho dos. **ZAMITH.** Maria Regina Macchione de Arruda. A nova economia institucional e as atividades de exploração e produção onshore de petróleo e gás natural em campos maduros no país. São Paulo: 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-31072005-002338> Acesso em 14 de junho de 2008.

SEN. Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2000.

SERRA. Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governos locais. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.

SIQUEIRA. Mariana de. **XAVIER.** Yanko Marcius de Alencar. Regulação de campos maduros de petróleo. Anais do III Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica. São Paulo. Junho. 2008.

SIQUEIRA. Mariana de. **XAVIER.** Yanko Marcius de Alencar. **Regulação de campos maduros de petróleo: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988. Anais do Rio Oil and Gas 2008. Setembro. Rio de Janeiro.**

[1] Hoje, diante das novas tecnologias e das consideráveis descobertas *offshore*, as atividades de exploração e produção *onshore* pela Petrobras revelam-se nada intensas, com exceção para as atuações nas áreas de fronteira ao Norte do país. Os campos *onshore*, pioneiros na história petrolífera nacional, antes atores de destaque, hoje se encontram relegados a um segundo plano. **SANTOS**. Edmilson Moutinho dos. **ZAMITH**. Maria Regina Macchione de Arruda. A nova economia institucional e as atividades de exploração e produção onshore de petróleo e gás natural em campos maduros no país. São Paulo: 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-31072005-002338> Acesso em 14 de junho de 2008. Págs. 85 a 87.

[2] **CÂMARA**. Roberto José Batista. http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/artigo_abar.pdf campos maduros de petróleo, definição para efeitos regulatórios. 2004. Acesso em 26 de setembro de 2008.

[3] O presente trabalho não abordará a temática do percentual de cobrança de *royalties* em campos maduros, optando por centrar-se apenas na questão do recolhimento, aplicação e fiscalização dos recursos provenientes de *royalties*. No que tange ao percentual de cobrança, em se tratando dos campos maduros, é comum o entendimento de que o ideal seria a cobrança de *royalties* no percentual mínimo em lei estabelecido; percentual este de 5%, em razão as peculiaridades de tais campos e dos empreendedores responsáveis por operá-los (os de pequeno e médio porte). Para maiores informações vide. **REIS**. Andréa Campos. Fundamentos legais para uma regulamentação específica para campos maduros de petróleo e impacto dos royalties no desenvolvimento humano da Bacia do Recôncavo. Dissertação apresentada à Universidade de Salvador. 2005. **SIQUEIRA**. Mariana de. **XAVIER**. Yanko Marcius de Alencar. Regulação de Campos Maduros de Petróleo. Anais do III Congresso Iberoamericano de Regulação Econômica. São Paulo. Junho. 2008.

[4] O que existe até a presente data é uma definição de campos marginais no âmbito do procedimento de cessão dos direitos exploratórios decorrentes da concessão.

[5] **CÂMARA**. Roberto José Batista Campos maduros e campos marginais. Definição para efeitos regulatórios. Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. Pág. 20.

[6] Mini Dicionário Aurélio. 6ª edição. Editora Positivo. 2006. Pág. 538

[7] **PRATES**. Jean Paul. Disponível em: <http://www.ebape.fgv.br/novidades/pdf/D01P04A01.pdf> Acesso em 08 de abril de 2008. Pág. 06.

[8] **CÂMARA**. Roberto José Batista Campos maduros e campos marginais. Definição para efeitos regulatórios. Disponível em: http://www.recam.org.br/projetos/projeto-1/publicacoes/dissertacao_rcamara.pdf Acesso em 08 de abril de 2008. Págs. 38 a 39.

[9] “Campo marginal é todo e qualquer campo produtor de petróleo e/ou gás natural, em geral de pequeno porte, cuja lucratividade, **para o operador atual** encontra-se no limiar da inviabilidade econômica e cujos investimentos necessários ao incremento da

produção já não coincidam com os objetivos e escala de **tal operador.**” *Grifos nossos.* **PRATES**, p. 06.

[10] Mini Dicionário Aurélio, 2006, p. 528.

[11] “Campos maduros podem ser considerados conjuntos de reservatórios que apresentam estratégia de produção inicial já estabelecida e implementada, apresentando geralmente produção em fase de declínio.” **GUIMARÃES**. Marcelo da Silva. Metodologia para otimização de estratégias de produção para campos maduros de petróleo. Dissertação de mestrado. 2005. Disponível em:
<http://www.cepetro.unicamp.br/teses/mestrado/ano2005.htm>

[12] Para esclarecimentos vide gráfico em. **JUNIOR**. Anabal Santos. Desafios da exploração de campos maduros. Campos marginais no Brasil: histórico, desafios e perspectivas. Abril/ 2008. Disponível em:
http://premiobahiagas.w3z.com.br/downloads/palestras/Palestra_Anabal_Santos_APPOM%20.pdf Acesso em 14 de agosto de 2008.

[13] “A experiência internacional é bem indicativa do potencial de crescimento que esse segmento pode ter no Brasil. No Canadá, por exemplo, cerca de 1500 empresas pequenas, conhecidas como “produtores independentes”, produzem mais de dois milhões de barris de óleo por dia, ou seja, pouco mais do que toda a produção atual da Petrobrás. Nos Estados Unidos existem perto de 8.000 pequenas companhias independentes que operam poços de baixa produção, definidos como aquelas com vazão de óleo menor que 15 barris por dia e vazão de gás menor que 3.150 metros cúbicos diários. Essas empresas participam do mercado norte-americano com 65% da produção de gás natural e 40% de óleo. Apenas no estado do Texas são 7000 empresas pequenas que produzem mais de 700 mil barris por dia. Como estímulo para atingir tais níveis de produção, as produtoras independentes contam com diversos incentivos especiais, a exemplo de: dedução do imposto a pagar; acesso a crédito com prazos dilatados; juros subsidiados; créditos por recolocar em produção poços abandonados; créditos pela utilização de técnicas avançadas de recuperação, *royalties* reduzidos etc.” **RAPPEL**. Eduardo. Tendências do setor de petróleo e gás no Brasil: oportunidades e desafios para os fornecedores de bens e serviços. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Págs. 122 e 123.

[14] “Seus efeitos de encadeamento sobre outros setores e, por conseguinte, de geração de emprego e renda são flagrantes, assim como sua contribuição à expansão e ao equilíbrio da economia ao fornecer produtos insubstituíveis à produção nacional.” “Diante dos fortes efeitos de encadeamento para trás e para frente que atraem diversificadas empresas fornecedoras, que geram enorme número de empregos diretos e indiretos e de receitas aos cofres públicos, o “local” muito tem a ganhar.” **PIQUET**. Rosélia. Indústria do petróleo e dinâmica regional: reflexões teórico-metodológicas. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Págs. 29 e 30, respectivamente.

[15] “As novas formas de entender o desenvolvimento (e nele o desenvolvimento regional) destacam seus componente sociais de bem-estar, de sustentabilidade ambiental, de participação local e de defesa da identidade cultural, enfoques estes vistos como capazes de fundar políticas de desenvolvimento local.” **PIQUET**. Rosélia. Indústria do petróleo e dinâmica regional: reflexões teórico-metodológicas. In.

PIQUET. Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 25.

[16] **RAPPEL.** Eduardo. Tendências do setor de petróleo e gás no Brasil: oportunidades e desafios para os fornecedores de bens e serviços. In. **PIQUET.** Rosélia. **SERRA.** Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Págs. 122 e 123.

[17] “Seção II – Das Normas Específicas para as Atividades em Curso.” Lei n.º 9. 478, de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm> Acesso em 15 de abril de 2008.

[18] “A chamada Rodada Zero foi o conjunto de negociações realizadas após a promulgação da Lei do Petróleo para definir a participação da Petrobras após a abertura do mercado de petróleo. Consolidada em agosto de 1998, a Rodada Zero ratificou os direitos da Petrobras na forma de Contratos de Concessão, conforme a Lei do Petróleo, sobre 115 blocos exploratórios e áreas em desenvolvimento em que a empresa houvesse realizado investimentos.” Disponível em:

http://www.anp.gov.br/petro/rodadas_de_licitacoes.asp Acesso em 25 de março de 2008.

[19] “Art. 32. A Petrobras terá ratificados seus direitos sobre cada um dos campos que se encontrem em efetiva produção na data de início de vigência desta Lei.” Lei n.º 9. 478, de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm> Acesso em 15 de abril de 2008.

[20] Disponível em: http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/round7/acumulacoes_marginais.asp Acesso em 15 de abril de 2008.

[21] Disponível em: http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/round7/acumulacoes_marginais.asp Acesso em 15 de abril de 2008.

[22] Disponível em: http://www.anp.gov.br/petro/rodadas_de_licitacoes.asp Acesso em 25 de março de 2008.

[23] Deve se dizer que, antese disso, em 200, sem uma atuação mais efetiva do órgão regulador ou das autoridades políticas, frustrou-se a tentativa de transferir campos maduros da Petrobras para a iniciativa privada. Esse processo foi denominado como transferência dos “campos marginais da Petrobras”. Foi a única licitação promovida pela empresa, tendo sido estabelecidos valores mínimos de compra que foram considerados muito altos inviabilizando o investimento e eliminando a maioria das empresas interessadas nas áreas em licitação.” **SANTOS, ZAMITH,** 2005, p. 93.

[24] Disponível em: http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/round7/acumulacoes_marginais.asp Acesso em 15 de abril de 2008.

[25] “sendo 11 (onze) no Estado da Bahia e 6 (seis) no Estado de Sergipe, totalizando aproximadamente 95 km². ” Edital da Sétima Rodada. Pág. 06.

[26] <http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/index.asp>

[27] <http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round7/index.asp>

[28] Mas o que teria tornado não muito atrativa a primeira oferta de tais campos? Em se tendo ciência de que os mesmos são verdadeiros instrumentos de promoção do desenvolvimento, quais os recursos que podem ser utilizados pelo Estado para fins de estímulo da arrematação de tais campos pelos empreendedores e, mais ainda, de estímulo à continuidade no exercício das atividades de exploração neles desenvolvidas? É justamente esse o foco dado pela presente pesquisa à análise de tais campos. Se buscará analisar a sua atual disciplina normativa, o modo de sua inserção nas atuais rodadas de licitação e os mecanismos a serem oferecidos pelo Poder Público em torno dos mesmos para verdadeiramente transformá-los em instrumentos de promoção do desenvolvimento.

- [29] http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round8/round2_AM/edital.asp
- [30] Para maiores informações vide: <http://www.anp.gov.br>
- [31] Diz-se aqui serem as licitações uma das formas de acesso aos campos maduros, por também existir a possibilidade de acesso a tais campos através da transferência dos contratos de concessão.
- [32] “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). (...)”
- [33] **GUTMAN**. José. Participações governamentais: passado, presente e futuro. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 72.
- [34] **SERRA**. Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governos locais. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 77.
- [35] **GIVISIEZ**. Gustavo Henrique Naves. **OLIVEIRA**. Elzira Lúcia de. A pobreza e a riqueza nas cidades do petróleo. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 139
- [36] **GIVISIEZ**. Gustavo Henrique Naves. **OLIVEIRA**. Elzira Lúcia de. A pobreza e a riqueza nas cidades do petróleo. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 139
- [37] **PIQUET**. Rosélia. Indústria do petróleo e dinâmica regional: reflexões teórico-metodológicas. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 31.
- [38] “Os municípios da *área do petróleo potiguar*, na sua grande maioria, saíram da faixa de subdesenvolvimento para o patamar de municípios em processo de médio desenvolvimento. Essa mudança, no entanto, ocorreu mais acentuadamente ao longo dos anos 90 do século XX...” **JESIEL**. Mario. O papel do petróleo no (des)envolvimento dos municípios do semi-árido potiguar. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 251
- [39] **JESIEL**. Mario. O papel do petróleo no (des)envolvimento dos municípios do semi-árido potiguar. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 253
- [40] MS 24.312-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.2.2003.
- [41] **SERRA**. Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governos locais. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) Petróleo e região no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 102.
- [42] **SERRA**. Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governos locais. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**.

- Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 103.
- [43] **SERRA**. Rodrigo. Concentração espacial das rendas petrolíferas e sobrefinanciamento das esferas de governos locais. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 103.
- [44] **GIVISIEZ**. Gustavo Henrique Naves. **OLIVEIRA**. Elzira Lúcia de. A pobreza e a riqueza nas cidades do petróleo. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 166
- [45] **JESIEL**. Mario. O papel do petróleo no (des)envolvimento dos municípios do semi-árido potiguar. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 254
- [46] **RAPPEL**. Eduardo. Tendências do setor de petróleo e gás no Brasil: oportunidades e desafios para os fornecedores de bens e serviços. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 123
- [47] **SEN**. Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2000. Pág. 19. Nesse mesmo sentido vide. **GIVISIEZ**. Gustavo Henrique Naves. **OLIVEIRA**. Elzira Lúcia de. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007.
- [48] **RAPPEL**. Eduardo. Tendências do setor de petróleo e gás no Brasil: oportunidades e desafios para os fornecedores de bens e serviços. In. **PIQUET**. Rosélia. **SERRA**. Rodrigo. (Org.) *Petróleo e região no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Garamond Universitária. 2007. Pág. 124.

**O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA
CONTRIBUIÇÃO PARA O PROJETO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
E DE CIDADANIA***

**THE LEGAL SYSTEM OF REGULATORY AGENCIES AND THEIR
CONTRIBUTION TO NATIONAL DEVELOPMENT PROJECT AND
CITIZENSHIP**

**Marlene Kempfer Bassoli
Yslyg Abreu Veloso**

RESUMO

O modelo das agências reguladoras no Brasil insere-se em um cenário de reformas do aparelho burocrático estatal, a partir de 1990. Foram incorporados novos paradigmas e conceitos de administração pública, acompanhando a redefinição do papel do Estado como principal promotor de políticas públicas voltadas aos objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988. Estas autarquias especiais são dotadas de personalidade de direito público, integrantes da administração pública indireta, vinculadas, organicamente, aos Ministérios ou às Secretarias (esferas estadual e municipal) e representam uma importante ferramenta para o Estado quando desempenham atribuições de intervenção sobre o domínio econômico (Art. 174 CF/88), regulação e fiscalização dos contratos de concessão e permissões dos serviços públicos (Art. 175 CF/88). Na última década a atividade reguladora estatal, ganhou novas perspectivas e dimensão, atuando em setores e atividades econômicas de importância social bem como assumindo posição de destaque para estabelecer cenário propício ao projeto de desenvolvimento nacional e de cidadania. Para tal desafio às agências reguladoras foi proposto um regime jurídico diferenciado em relação às tradicionais autarquias, objetivando garantir atuações técnicas com fundamento no valor eficiência de modo a propiciar, especialmente, ao domínio econômico, a necessária estabilidade e segurança jurídica, nem sempre presentes no campo das decisões, exclusivamente, políticas de diferentes governos. O papel das agências reguladoras deve ser mais bem compreendido, pois é instrumento valioso para a democracia participativa, possibilitando momentos em que a cidadania é plenamente vivenciada. Assim, algumas questões sobre as agências reguladoras, tais como, natureza jurídica, necessidade de regulamentação nacional, participação popular, controle dos poderes conferidos por lei, devem ser enfrentadas para que esta opção do Estado brasileiro possa ser uma realidade nos diversos governos que são eleitos para implementar, a cada dia, os projetos nacionais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: ESTADO- AGÊNCIAS
REGULADORAS- DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL- CIDADANIA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The development of Brazilian regulatory agencies can be examined in the context of the State bureaucratic reforms of the 1990's. The incorporation of new paradigms and concepts of public administration, in addition to being the primary instigator in redefining the role of the State, has been critical in defining the public policy as established by the Federal Constitution of 1988. The newly established agencies are characterized as having internal, judicial rights and are autonomously administered. They are, however, organically linked to the Ministries at the Federal level, and to State and Municipal Secretaries at the State and local levels. This linkage constitutes an important instrument in carrying out their regulatory role (Article 174 of the Brazilian Federal Constitution), regulation and supervision of concession contracts and permissions of public services (Article 175 of the Brazilian Federal Constitution). During the last decade the regulatory function has been viewed from new perspectives and dimensions and has been applied in such areas as the economy. These agencies have, thus, assumed a prominent role in aiding national development. To deal with this reality judicial procedures have assumed new roles so as to be distinguished from the traditional judicial system. This new approach, in addition to other functions, guarantees the judiciary the right to assume a political, as well as technical, role that, in turn, generates economic activity and public services, thus allowing judicial stability and security possibly different from that observed in the decision processes of the traditional regulatory agencies. The role of regulatory agencies must be better understood, it is valuable tool for participatory democracy, allowing moments where citizenship is fully experienced. So some questions about the regulatory agencies, such as legal, need for national legislation, popular participation, control of the powers conferred by law, must be addressed for this to the Brazilian state can be a reality in the various governments that are elected to implement, every day, the national projects.

KEYWORDS: KEYWORDS: STATE REGULATORY AGENCIES; SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT; CITIZENSHIP

INTRODUÇÃO

O problema trazido à reflexão concentra-se na análise de uma série de reformas necessárias e capazes de dotarem o Estado e os governos de ferramentas eficazes para enfrentar os inúmeros desafios contemporâneos, destacando-se: constantes inovações tecnológicas, os efeitos da globalização, a diversidade dos interesses sociais, as sérias instabilidades econômicas. Diante de tal constatação entende-se necessário discutir um projeto de desenvolvimento nacional construído a partir da compreensão do papel do Estado contemporâneo perante as relações privadas e as novas dimensões da cidadania.

É necessário identificar as nuances do velho e do novo programa desenvolvimentista, inserindo a figura das agências reguladoras nestes dois projetos. De um lado, o velho desenvolvimentismo movido pela ideologia, impulsionado por maciços investimentos

estatais onde o Estado assume a imagem emblemática de “GRANDE PROVIDOR” ao liderar e executar os programas com o objetivo de promover surtos de crescimento referendados pelos índices do Produto Interno Bruto; de outro, o novo desenvolvimentismo onde a interação entre Estado e iniciativa privada aparece como mola propulsora na perseguição do desenvolvimento em que outros índices como os de sustentabilidade, cidadania, desenvolvimento humano, passam a ser os novos referenciais sócio-econômicos.

Para este diálogo é possível demarcar os últimos anos da década de 80 e os primeiros anos da década de 90, do século passado, como o contexto inaugural, no Brasil, de um processo de reestruturação da economia nacional, marcado, principalmente, pela mudança das regras e princípios da política econômica e social, com a superação, meio século depois, do modelo varguista de desenvolvimento, baseado em um sistema político-econômico protecionista, estatizante e nacionalista. Em substituição, desde o Governo Collor, introduziu-se um padrão de crescimento baseado na menor participação do Estado, na revisão das leis trabalhistas, na maior concorrência entre o capital nacional e o estrangeiro e na incorporação de padrões internacionais de eficiência e competitividade econômica.

Neste cenário de abertura econômica, redefinição do papel do Estado, internacionalização dos padrões de eficiência e competitividade e da busca pelo utilitarismo jurídico, foram inauguradas no Brasil, as agências reguladoras, com o papel de operacionalizar o processo de regulação, sobretudo, por intermédio da conciliação ou da mediação dos diferentes interesses dos agentes econômicos regulados.

O modelo burocrático e nacionalista abre espaço a, gradativa, implantação de um modelo gerencial e empresarial, centralizado na realização de um plano estratégico orientado à formulação de políticas mais condizentes com a nova realidade nacional e internacional. O processo de abertura intensifica-se nos governos seguintes ao de Collor, com importantes reflexos no ordenamento jurídico nacional.

A montagem de uma estrutura administrativa que enfatizasse os procedimentos gerenciais em prol da melhoria da qualidade dos serviços prestados, a incessante busca pela eficiência e pela redução de custos na prestação de serviços públicos e o estímulo à participação popular representam, pelo menos no aspecto formal, os pontos norteadores da reforma administrativa, iniciada na última década do século XX.

A construção do Estado Regulador, no Brasil, suas nuances e especificidades foram cercadas de uma série de questionamentos direcionados ao novo papel estatal na promoção do projeto desenvolvimentista e de sua relação com o interesse público, em uma sociedade cada vez mais globalizada. Nessa perspectiva, a regulação estatal e sua materialização por intermédio das agências reguladoras, ocupam uma posição destacada no processo de redefinição da estrutura administrativa brasileira. Como ferramenta promotora de um projeto desenvolvimentista, marcado pela realização de políticas emancipacionistas, as agências exemplificam mecanismos eficazes e eficientes à promoção da justiça e bem estar social.

A aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada, encontrou no Texto Constitucional, sobretudo nos Arts. 170, 174 e 175, o balizamento favorável à formulação de novos conceitos e ao estabelecimento de novos paradigmas,

especialmente pela exigência cada vez maior de proteção e promoção dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, tais como: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, II, III e IV, da CF/88), no intuito de construir uma sociedade justa, livre e solidária e reduzir as desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, I e III, da CF/88), em concreta perseguição aos Objetivos Fundamentais do Estado Brasileiro.

A compreensão das estruturas das agências reguladoras reclama a correlação dessas com os fundamentos e princípios norteadores do Estado, com os interesses dos agentes econômicos, as expectativas e clamores sociais, levando-nos, forçosamente, a questionar o tipo de Estado implantado e o tipo de Estado desejado e registrado no nível constitucional.

1 NATUREZA E REGIME JURIDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:

As leis instituidoras das agências reguladoras, conferem-lhes a condição de autarquias especiais uma vez que seu regime jurídico lhes garante: independência em relação ao órgão estatal da administração direta ao qual está vinculada; mandato e estabilidade dos seus dirigentes para garantir a referida independência; vínculo institucional para os demais servidores que junto a elas trabalham; poder regulatório dos setores das respectivas atuações.

Entretanto, este regime jurídico provocou, na última década, calorosos debates e embates doutrinários. De um lado, renomados autores, destaque para os ensinamentos do eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo, defendem sérias restrições à independência assegurada por meio das leis instituidoras, contestando a constitucionalidade das agências reguladoras; em oposição a uma outra gama de não menos prestigiados doutrinadores, capitaneados por Alexandre Aragão dos Santos e Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, partidários da constitucionalidade do processo de regulação titularizado pelas agências e para tanto a necessidade de relativização de alguns conceitos tais como o de legalidade em sentido estrito, sob pena de descaracterização da natureza jurídica de autarquia especial.

Além destes embates doutrinários, acrescenta-se a ausência de um marco legal de caráter nacional capaz de estabelecer de modo uniforme em nível federal, estadual e municipal, marcos de direitos e deveres das agências em sua atividade regulatória e de fiscalização, criando um terreno fértil às incertezas e inseguranças, comprometendo, via de consequência, esta nova experiência.

Talvez por ainda não compreenderem as dimensões da atuação das agências ou mesmo porque não concordam com o modelo implantado, constata-se influência político-ideológica promovida pelos governos, que, por possuírem plataformas e programas setoriais específicos, realizam ingerências pontuais com nítida imissão na atuação das agências, verdadeira captura, acentuando o quadro de instabilidade, dificultando ou impedindo a harmonização dos interesses público-privados que a elas compete mediar.

Diante destas constatações, o caminho a seguir deve ser escolhido: implementar o modelo que é uma opção do Estado brasileiro para vivenciar o novo até para avaliar se conduz ao projeto de desenvolvimento e cidadania desejáveis ou interferir, alterando o

atual regime jurídico, para possibilitar maior interferência dos governos e que à luz de uma concepção econômica não é desejável .

2 A INTERVENÇÃO ESTATAL POR MEIO DA REGULAÇÃO PARA POSSIBILITAR O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL BRASILEIRO

A compreensão da atividade reguladora levada a cabo pelo Estado brasileiro, no contexto posterior à promulgação da Constituição de 1988, reclama, por parte daqueles interessados em compreendê-la, para não caírem nas armadilhas do tradicionalismo administrativo observado no país, uma habilidosa investigação das transformações produzidas pela globalização e suas implicações no ordenamento jurídico nacional.

Superados o casuísmo e a inocência dos que acreditam que o ritmo das mudanças processadas no mundo globalizado sofrerá sensível redução, torna-se imperativo admitir a crise conceitual e estrutural enfrentada pelo Estado e a premente necessidade de estabelecer as estruturas mais condizentes com as necessidades impostas pelos diferentes agentes sociais.

Ademais é de suma relevância entender o processo de regulação estatal inserido em um contexto de contestação da estrutura burocrática administrativa do Estado, para romper com a incolumidade de conceitos jurídicos há muito positivados e prestigiar esforços multidisciplinares capazes de fornecer ferramentas mais consistentes a nova configuração e interpretação do arcabouço jurídico disciplinador das relações econômicas, políticas e sociais.

Nessa perspectiva, Floriano Peixoto de Azevedo Neto[1], sustenta, com propriedade, a imperativa necessidade de empreender reformas no Estado Moderno, tornando-o mais acessível à pluralidade de interesses existentes na sociedade, mais transparente no exercício de seu poder decisório e mais afinado com as aspirações dos diferentes segmentos sociais, por intermédio de uma atividade funcional mais equilibrada e equânime.

A partir dessa idéia, coloca-se em xeque a homogeneidade e a singularidade absoluta do estático conceito de interesse público, responsável pela inaceitável contraposição entre este e o interesse privado, como se entre eles houvesse intransponíveis barreiras com a inquestionável supremacia do público sobre o privado. A retrógrada e dicotômica divisão entre público/privado aparece hoje, como um dos parâmetros orientadores do complexo processo de redefinição e re colocação do Estado frente ao alucinante ritmo de modificações vivenciadas pela humanidade.

Nesse quadrante, fica cada vez mais difícil delimitar o que é verdadeiramente público ou privado, desafio cercado de insolúveis vícios diante da tradicional e contaminada visão de admitir a existência de um único e despótico interesse público como vetor de legitimação das atividades administrativas inseridas em uma estrutura estamental e, fortemente, hierarquizada.

A reflexão em torno desta temática nos remete ao próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988, passagem responsável pela indicação da carga principiológica orientadora do Estado por ela legitimado, eleita como valor da desejada e reconhecida pluralidade social. Assim se de maneira preambular, o ordenamento constitucional positivado reconhece o pluralismo, desmistificada está à noção tradicional e unívoca de interesse público.

Pertinente o posicionamento do professor Luís Felipe Colaço Antunes a respeito desse cenário de transformações:

O Estado encontra-se confrontando com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos. Por sua vez, as organizações espontâneas, resultantes do pluralismo social, permitem, cada vez mais uma relação direta do cidadão com a Administração e o Estado, substituindo-se as instituições que tradicionalmente celebram esta relação. O Estado encontra-se permanentemente no dever de repensar o seu papel e seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de justificar sua presença e sua ação.[2]

A discussão oportunamente suscitada não possui o propósito de levantar a bandeira da privatização do Estado, nem tão pouco propugnar, irresponsavelmente, a sobreposição dos interesses privados aos interesses públicos. O problema não é esse. O que se procura discutir é a relação da estrutura estatal com os propósitos e objetivos a ela afeitos, dentro de um contexto marcado pela presença de diversos muito embora, legítimos, interesses.

Prementes os esforços no sentido de derrubar o tradicionalismo administrativo, em prol de um árduo processo de construção de estruturas mais adequadas ao capitalismo globalizante, sem comprometer a proteção dos órgãos administrativos e de suas correspondentes atuações.

Nesse diapasão a estrutura administrativa estatal atuaria com a primacial eficiência na condução e execução das políticas públicas traçadas, desprovida de qualquer ingerência particularizada, ao mesmo tempo, em que procura viabilizar ou, pelo menos, harmonizar as plurais relações travadas na sociedade. Supera-se a perspectiva singular, absoluta e homogênea da visão tradicional de interesse público para se admitir a legitimidade da pluralidade de interesses.

Imperiosas as lições de Miguel Sanchez Moron:

A nova realidade que aqui interessa captar é o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais de tipo diverso, tanto por seu conteúdo quanto por sua estrutura (...). Isso significa que não se pode continuar cimentando a teoria publicista no interesse direto e individualizado. Hoje em dia, os ordenamentos jurídicos outorgam relevância prática a outros tipos de interesses sociais, catalogados pela doutrina como interesses difusos e coletivos. Assim mesmo significa que o interesse público não é um conceito de interesse unitário, monolítico, generalizado como nascera.[3]

O problema trazido à reflexão concentra-se na promoção de uma série de reformas capazes de incrementar o aparelho estatal e dotá-lo de ferramentas eficazes ao equilíbrio

do plexo de interesses caracterizadores das relações sociais, notadamente, em seu viés econômico, que exige aceitar mudanças e implementar modelos que com elas se apresentam. Cultuar o velho diante do novo, significaria admitir o ordenamento jurídico como arcabouço rígido, exato e imutável, cabendo à sociedade a tarefa de se adaptar aos regramentos impostos, o que por certo, configura um retrocesso.

A opção pela manutenção de projetos assentados em anacrônicas concepções pseudo-desenvolvimentistas desencadearia um ciclo vicioso capaz de comprometer a abordagem fática das estruturas componentes das Agências Reguladoras. Impossível compreendê-las mediante a adoção de critérios deficitários, sendo de suma importância a contextualização das mesmas nesse novo projeto de desenvolvimento e de cidadania, seja por sua irreversibilidade ou por sua flexibilidade.

As prioridades envolvidas nem sempre serão compatíveis ou convergentes, e essa heterogeneidade precisa ser levada em consideração. O estreitamento entre as práticas econômicas, o aperfeiçoamento técnico, a sustentabilidade ambiental e a regulação concorrerão para a constituição de um ciclo virtuoso diferente do ciclo vicioso, onde as idéias são engessadas pelas ideologias e o pluralismo reduzido pelo individualismo.

A atividade realizada pelas agências reguladoras além de referendada pelo ordenamento jurídico e orientada por uma expressiva carga principiológica, deve se apoiar nas múltiplas articulações entre tecnologias, modelos empresariais, paisagens institucionais, arranjos financeiros e costumes políticos, transcendendo o legalismo formal para compreendê-la em seu viés fático, o que, certamente, não comprometeria o sistema de legalidade e a própria segurança jurídica.

A partir dessa abordagem, a atividade reguladora estimularia o desenvolvimento econômico nacional, pois perderia o rótulo de mera atividade regulamentadora ou normatizadora, em um contexto de um reformismo brando e meramente instrumental, para assumir variados e valiosos papéis em prol da aproximação entre o Estado, a sociedade e os interesses privados. Postular tal possibilidade não deve ser vista como uma quimera, mas sim como instrumento eficaz a elaboração e realização de políticas públicas, sem o pernicioso viés assistencialista, verdadeiro obstáculo ao amadurecimento nacional e a vivência dos novos direitos.

Nesse sentido, Odete Medauar expõe:

Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o Poder Público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado.[4]

Não se pode olvidar da ocorrência de uma verdadeira crise na democracia representativa, ainda mais diante dos últimos acontecimentos que mancharam a imagem do Congresso Nacional e evidenciaram o crescente descrédito nas atividades realizadas pelos integrantes do Poder Legislativo. Vaidades políticas, espionagem, corrupção, escândalos, assumem um espaço que deveria ser preenchido pela discussão e planejamento de políticas públicas capazes de enfrentar as mazelas nacionais.

Diante desse quadro perturbador, crescem as ações vinculadas à democracia participativa. O modelo das agências possibilita este espaço por meio das consultas populares, ocasião em que titulares dos setores sob regulação podem dialogar, uma ação de comunicação, em busca de equilíbrio entre interesses possivelmente conflitantes. É neste contexto que se pode falar que a sociedade conduz seu próprio futuro em busca da concretização de políticas emancipatórias.

Nesses casos, afirma Humberto Bergmann Ávila:

A prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios colidentes. Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada. O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. (...) Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. (...) A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos, não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre interesses públicos e privados.[5]

A estreita relação entre a atividade reguladora promovida pelo Estado em suas diferentes perspectivas, a perseguição pela proteção do interesse público entendido em sua multiplicidade e equilíbrio com os interesses privados e a promoção do desenvolvimento como objetivo econômico e social do Estado Democrático de Direito deve balizar a análise proposta, superando as restrições conceituais conveniente e tendenciosamente postas ao longo da história brasileira.

Ao se creditar às agências reguladoras um importante papel na estrutura administrativa estatal, não se defende que sua atuação isolada, por mais que esteja revestida de legalidade e moralidade, possibilitará o alcance dos objetivos definidos pela Constituição Federal, independentemente dos avanços, por ventura, alcançados.

A proposta apresentada e discutida procura romper a seara do simples apontamento de vantagens ou desvantagens da privatização ou da estatização, como também não pretende analisar embates doutrinários ou jurisprudenciais acerca da desregulamentação ou desregulação administrativa. O ponto central assenta-se na redefinição do aparelho estatal frente às vontades e necessidades sociais bem como na compreensão do cabedal de mecanismos capazes de otimizar a atuação do Estado, como legítimo promotor do desenvolvimento e da cidadania.

Nesse quadrante é oportuno destacar a diferença entre crescimento e desenvolvimento, como forma de se evitar a confusão entre conceitos tão díspares e, muitas vezes, tratados como se sinônimos fossem. O crescimento traz consigo a perseguição de metas ou referenciais físicos, sem priorizar a redução das desigualdades sociais ou melhorias nas condições de vida da sociedade, sem qualquer compromisso com a sustentabilidade. Por outro lado, o desenvolvimento almeja reduzir o hiato que separa os privilegiados dos marginalizados em um contexto de respeito aos direitos ou interesses trans-individuais presentes e/ou futuros.

A regulação materializada pela agência reguladora encontra na perseguição do desenvolvimentismo, tomado como política emancipatória, seu principal vetor de

orientação, representando, assim, atividade hábil na mediação dos diversos interesses envolvidos e no concorrente fortalecimento do próprio aparato estatal.

Em que pese o respeito aos autores que defendem a existência de duas áreas distintas de atuação do Poder Público, sendo uma centralizada na formulação e planejamento das políticas públicas e a outra, voltada à regulação e fiscalização dos serviços públicos, encaradas como atuações distintas, estanques e contrárias aos fundamentos das políticas públicas que sofrem contínuo esvaziamento em virtude dessa distinção, a atividade reguladora, concorrerá para o fortalecimento do Estado, assim como seu incremento funcional e estrutural.

A regulação não significa, conforme leciona Gilberto Bercovici[6], “o desmonte da estrutura do Estado, o sucateamento do Poder Público e o abandono de qualquer possibilidade de implementação de uma política deliberada de desenvolvimento nacional”, pelo contrário, a regulação estatal, desde que processada em um cenário de reestruturação administrativa do Estado e de sensibilidade ao panorama sócio-econômico, atualmente, visualizado, fortalece a positiva atuação estatal, consolida as políticas públicas traçadas e auxilia o desenvolvimento nacional.

A divisada dicotomia estaria longe de representar atuações separadas e desconectadas. A administração central continua legitimada à formulação das políticas públicas, ao passo que as agências reguladoras consistiriam em espaços privilegiados de mediação e articulação dos diferentes agentes econômicos na busca, respeitadas as competências, de uma contínua interação vocacionada ao estabelecimento dos objetivos, previamente, definidos.

A clarividente necessidade de articulação entre esses órgãos direcionada à consolidação do projeto desenvolvimentista, deve superar o discurso tendencioso e arcaico da existência de antagonismos entre as áreas integrantes do Poder Público. A impossibilidade das políticas públicas acompanharem a velocidade empreendida pela sociedade globalizada, não justifica a letargia estatal na busca de alternativas capazes de reduzir tal distanciamento.

Como a regulação pressupõe a realização de ações diversas, entre si harmonizadas, vocacionadas ao funcionamento equilibrado da atividade econômica e a consecução das políticas públicas, respeitando-se o arcabouço constitucional do Estado Democrático de Direito, faz-se obrigatória a aproximação das agências reguladoras em diferentes esferas organizacionais e territoriais.

Os objetivos norteadores da política regulatória dependem também da articulação entre as diferentes agências nacionais, estaduais e municipais e entre elas e os órgãos protetores de direitos trans-individuais, como por exemplo, o direito do consumidor e do meio ambiente.

Não se pode olvidar que o binômio regulação estatal-interesse público envolve um plexo de interesses e direitos, muitas vezes, particularizados e cooptados por condutas que maculam a própria atividade reguladora, transformando-a em simples ação executiva das políticas governamentais ou mera atividade de legitimação do domínio do grande capital, fortalecendo o discurso daqueles que consideram a agência reguladora

verdadeira barganha política ou cabide de emprego, sem qualquer importância no cenário econômico atual.

O esvaziamento desse discurso passa pela compreensão de novos paradigmas conceituais, pela aproximação entre as autoridades reguladoras e, entre estas e os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor e aqueles responsáveis pela tutela do bem ambiental e de outros direitos tidos por trans-individuais.

Nessa perspectiva, os diplomas legais instituidores das agências reguladoras prescrevem, em alguns dispositivos, situações determinantes à articulação das agências com outros órgãos a fim de incrementar o processo de regulação e cercá-lo de artifícios imprescindíveis à satisfatória realização das metas perseguidas.

A multiplicidade de interesses envolvidos, assim como suas dimensões, reivindica a efetiva participação de outros órgãos administrativos, dos poderes integrantes do Estado e da sociedade a fim de, respeitados determinados parâmetros, acompanhar o processo regulatório em um ambiente verdadeiramente democrático.

Observadas as competências constitucionais, considera-se fundamental o estabelecimento de estreitas relações entre o Congresso Nacional, o Tribunal de Contas, o Poder Judiciário, os Ministérios e a sociedade com vistas à positiva supervisão das atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, participação a seguir identificada.

Impende destacar as lições de Marçal Justem Filho:

Se a justificativa da existência das agências reguladoras independentes reside na necessidade de aperfeiçoamento da sistemática de separação de poderes e de produção de decisões fundadas em critérios técnico-científicos, tem de consagrar-se um princípio fundamental quanto à sua atuação: a vedação a prepotência e ao autoritarismo. O instituto da agência não se norteia pelas concepções napoleônicas que entranham a estruturação dos poderes executivos nos países de influência francesa.[7]

Desta forma as funções desempenhadas pelas agências reguladoras reivindicam a realização de um controle interno, orientado pelos princípios informadores do regime jurídico administrativo, conduzido pelo Poder Executivo, além da participação do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e da sociedade civil, como titulares do controle externo.

A realização de um responsável e articulado controle sobre o processo de regulação ratifica a importância e o significado atribuídos às ações funcionais das agências reguladoras e reforça a tese de que defender a especialidade por meio da independência orgânica e da independência administrativa, não representa agressão ao texto constitucional vigente.

Ilustrativo o ensinamento do professor Fábio Barbalho Leite:

No âmbito de conteúdo desse princípio (moralidade administrativa), podem ser reconhecidos os seguintes corolários, valiosos para o crivo de constitucionalidade de competência regulatória normativa: (i) o atrelamento das decisões, medidas e práticas

regulatórias a razões de ordem técnica consistentes; (ii) a produção de conhecimento e circulação de informação para os agentes do mercado e consumidores, procurando-se diminuir as chamadas assimetrias de informação entre os agentes da produção, comércio, distribuição, consumidores e Estado; (iii) a equidistância e o equilíbrio em relação aos agentes regulados e respectivos interesses; (iv) a otimização dos recursos econômicos envolvidos na operação do setor regulado, estimulando-se o desenvolvimento tecnológico, com o aumento da riqueza nacional; (v) o desenvolvimento e otimização das estruturas saudáveis de mercado; (vi) a sustentabilidade ambiental da operação econômica do setor regulado; (vii) a estabilidade razoável das medidas regulatórias, respeitando-se os direitos adquiridos e indenizando seus titulares caso necessário o sacrifício desses direitos, e evitando-se a frustração desnecessária de justas expectativas; (viii) a segurança jurídica verificável com a formalidade dos atos, sua comunicação, transparência e externalização das razões mormente técnicas, consideradas para sua edição; (ix) a abertura institucional do ente regulador à participação e manifestação dos agentes regulados e dos consumidores e /ou usuários dos produtos ou serviços regulados.[8]

Ao indicar como princípios a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, o texto constitucional, de maneira enumerativa, procura fornecer substanciais indicadores das limitações impostas à Administração Pública de maneira geral e, em especial, às agências reguladoras. Agências não controladas por mecanismos políticos republicanos, que sirvam de instrumentos de ação a um governo eleito pelo povo, obviamente transfiguram-se em instrumentos de privilégio das empresas que deveriam regular.

CONCLUSÃO

Os vetores de estruturação deste ensaio consideram: a imperativa necessidade de aprimoramento da atividade reguladora promovida pelo Estado brasileiro, nas duas últimas décadas, por intermédio das agências reguladoras; a primacial relação desta atividade de regulação com a elaboração de um projeto de desenvolvimento e de cidadania, orientado pelos fundamentos e objetivos esculpidos no texto constitucional, tais como: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, II, III e IV, da CF/88), no intuito de construir uma sociedade justa, livre e solidária e reduzir as desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, I e III, da CF/88); o acelerado ritmo de transformações que permeiam as diferentes relações na sociedade globalizada; bem como a diversidade dos interesses diante da fragmentação social, econômica e política.

Dessa forma a análise destes vetores exige uma interpretação da atuação estatal desprovida de inclinações político-partidárias ou de fundamentalismo ideológico sob pena de representar simples justificativa ou mera explicação dos acontecimentos analisados dentro de perspectivas tendenciosas, arbitrárias e unilaterais.

A melhor alternativa para a compreensão da complexidade posta é promover de uma abordagem multifacetada que, respeitando as especificidades dos fenômenos sociais, permita reunir elementos capazes de fornecer os referenciais necessários à sua contextualização e seus desdobramentos. Diante disso faz-se destacada a atuação do Estado regulador na promoção do desenvolvimento e da cidadania, mas, por meio de parâmetros diferentes dos tradicionalmente defendidos. Sem desprezar alguns índices

de quantificação do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) a história recente do país mostrou o quanto alcançar algumas metas físicas não implica, necessariamente, em viabilizar o projeto desenvolvimentista referendado pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O Estado brasileiro vivenciava espasmos de crescimento sem atingir o desenvolvimento.

Ao assumir as funções inerentes à moderna regulação, o Estado invoca para si o papel de legítimo preservador dos interesses públicos em um contexto de absoluta transparência nas estreitas relações travadas com os agentes sociais. Em momento algum, a criação de um poder regulatório paralelo e absoluto é justificada ou justificável, o que se defende é a participação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário além do contínuo e crescente envolvimento da sociedade e dos agentes atuantes no domínio econômico para fortalecer e dinamizar as funções reguladoras.

A instabilidade dos governos não pode corromper o papel das agências reguladoras que são estruturas desejadas pelo Estado brasileiro contemporâneo conforme ditames constitucionais. Para tanto e para cumprir com os objetivos propostos em Lei, seus dirigentes necessitam da devida independência administrativa, sob pena de transmutar-se para simples executores das ordens emanadas pelos líderes políticos. Ademais, o tradicionalismo piramidal da estrutura administrativa brasileira precisa, emergencialmente, ser superado por práticas modernas e otimizadas de gestão. As agências reguladoras, com a atual natureza e regime jurídico, podem viabilizar este objetivo e assim positivar também por meio da atividade regulatória, o valor constitucional da eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALVEAL, Carmem. **Estado e regulação econômica: o papel das agências no Brasil e na experiência internacional**. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 2003.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo**. Coimbra, Almedina, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Alexandre Santos de Aragão, coordenador...[et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Joaquim. **Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia – Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>; Pesquisa realizada em 09 de março de 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 01 - fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador, Bahia, Brasil, p. 01 - 30.

BASSOLI, Marlene Kempfer. **Positivização de Valores Constitucionais**. In Argumentum – Revista de Direito. Vol. 4. Marília: UNIMAR, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUTRA, Pedro. **A Fiscalização dos Serviços Públicos Privatizados**. Gazeta Mercantil, 20 de outubro de 1998. p. A-3. apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Fábio Barbalho. **O Controle Jurisdicional de Atos Regulamentares das Agências Reguladoras diante do Princípio da Moralidade Administrativa** apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder Normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORON, Miguel Sanchez. **La Participación del Ciudadano em la Administración Pública**. Madri, Centro de Estudos Constitucionales, 1980.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Agências Reguladoras: Regime Jurídico de Contratação de Pessoal e Responsabilidade Objetiva**, in Síntese Trabalhista. v. 16. n. 188. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 5-15.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacinto Arruda. **O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: O Caso da Assinatura do Serviço Telefônico**, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder Normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. **A Autonomia das Agências Reguladoras**. In: Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC. 2002, pp. 206-207.

VIEIRA, José Luís Conrado. **A Integração Econômica Internacional da Era da Globalização: Aspectos Jurídicos, Econômicos e Políticos sob Prismas Conceitual e Crítico**. São Paulo, Letras e Letras, 2004.

[1] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

[2] ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo**. Coimbra, Almedina, 1989, p. 77.

[3] MORON, Miguel Sanchez. **La Participación del Ciudadano em la Administración Pública**. Madri, Centro de Estudos Constitucionales, 1980. p.113.

[4] MEDAUR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo, ed. RT, 1993, p. 67.

[5] <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007>. Pesquisa realizada em 03 de novembro de 2007.

[6] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo, ed. Malheiros, 2005, p.85.

[7][7] FILHO, Marçal Justen. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na Regulação Independente**, apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder Normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.324.

[8] LEITE, Fábio Barbalho. **O Controle Jurisdicional de Atos Regulamentares das Agências Reguladoras diante do Principio da Moralidade Administrativa** apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder Normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ps. 471-472.

**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E
POLÍTICA FISCAL**

O RECONHECIMENTO DA ÁGUA BRUTA COMO BEM ECONÔMICO E A SUA COBRANÇA COMO INSTRUMENTO PARA UMA EFETIVA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS*

EL RECONOCIMIENTO DEL AGUA BRUTA COMO BIEN ECONÓMICO Y SU COBRANZA COMO INSTRUMENTO PARA UNA EFECTIVA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

**Ana Paula Martins Albuquerque
Alexandre Aguiar Maia**

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, VII, elevou ao meio ambiente à posição de valor constitucional, já que além de possuir um capítulo específico para a sua proteção, também prevê a sua defesa entre os objetivos da ordem econômica e financeira. Ocorre que dentre os recursos naturais essenciais à vida, a água, fundamentalmente, é um dos elementos mais preciosos. No entanto, encontra-se distribuído pelo planeta de forma desigual: em algumas partes há extrema abundância, já em outras, completa escassez. O ponto de conflito, contudo, é acerca do valor atribuído à água para que, em consequência, se possa cobrá-la. Mas, ao se falar em cobrança da água, tem que se ter em mente a viabilidade de se instituir um comportamento adequado em termos de racionalização. Eis, então, os motivos pelos quais os princípios da cobrança pelo uso da água devem ser fundamentados nos conceitos de “usuário pagador” e do “poluidor pagador”, adotados com o objetivo de combater o desperdício e a poluição das águas, de forma com que quem desperdiça e polui paga mais. Afinal, o reconhecimento de que a água é recurso natural limitado, finito e escasso, é que nos obriga a tratá-la como um bem de uso público, essencial à vida, dotado de valor econômico. A tributação ambiental, propriamente, ainda carece de sistematização e principalmente adequação ao rígido sistema tributário nacional, erigido na Carta Magna de 1988. É necessário, pois, desenvolver mecanismos de proteção ao meio ambiente de forma compatível às regras e princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: ÁGUA; VALOR ECONÔMICO; TRIBUTAÇÃO

RESUMEN

La Constitución de 1988, en su artículo 170, VII, ha alzado al medio ambiente a la posición de valor constitucional, puesto que, además de poseer un capítulo específico para su protección, también previene su defensa entre los objetivos de la orden económica y financiera. Ocorre que entre los recursos naturales esenciales a la vida, el agua, fundamentalmente, es uno de los elementos más preciosos. Sin embargo, su distribución por el planeta se encuentra de forma desigual: en algunas partes hay

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

extrema abundancia, mientras en otras, hay escasez. El punto de conflicto, todavía, se refiere al valor atribuido al agua para que, en consecuencia, se pueda cobrarlo. Pero cuando se habla de cobranza del agua, es necesario que se tenga en mente, la posibilidad de se establecer un comportamiento adecuado en términos de racionalización. Esos son los motivos por los cuales los principios de la cobranza por el uso del agua deben ser basados en los conceptos de “usuario pagador” y de “poluto pagador”, adoptados con el objetivo de combatir el desperdicio y la polución del agua, de manera que quien desperdiciar y sucia, paga más. Al fin de cuentas, el reconocimiento de que el agua es un recurso natural limitado, finito y escaso obliganos a tratarlo como un bien de uso público, esencial a la vida, que tiene un valor económico. La tributación ambiental, propiamente, aún necesita sistematización y, principalmente, adecuación al riguroso sistema tributario nacional, erigido en la Constitución de 1988. Es necesario, por lo tanto, desarrollar mecanismos de protección al medio ambiente de forma compatible con las reglas y principios constitucionales.

PALAVRAS-CLAVE: AGUA; VALOR ECONÓMICO; TRIBUTACIÓN.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou ao meio ambiente à posição de valor constitucional, pois além de um capítulo específico para a sua proteção, também incluiu a sua defesa entre os objetivos da ordem econômica e financeira (art. 170, VII, CF/88)[1]. Por tais razões, há quem assegure que o “Brasil é o único país no mundo a ter em sua Lei Maior um capítulo todo dedicado ao meio ambiente[2]”. E há quem defenda ainda ser o art. 225 da Carta Constitucional uma cláusula pétreia imune a qualquer tentativa visando alterá-la ou suprimi-la por meio de emenda constitucional, dado que não será objetivo de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais[3].

O direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é considerado um direito de “terceira geração[4]” e, por ser constitucionalmente assegurado, o Estado tem a obrigação inelutável de garantir aos seus indivíduos. Em contrapartida, a Carta Magna incumbe, além do Poder Público, a toda a sociedade o dever de preservá-lo, tanto às presentes, como às futuras gerações.

E dentre os recursos naturais essenciais à vida, a água, sem dúvida alguma, é um dos elementos mais preciosos. Entretanto, encontra-se distribuído pelo planeta de forma desigual: em algumas partes há extrema abundância, já em outras, completa escassez. O fato é que a disponibilidade da água para cada cidadão está diminuindo drasticamente, principalmente, em consequência do seu mau uso. E são essas situações de escassez deste recurso que lhe atribui o seu reconhecimento de um bem econômico. A água é, como se percebe, um recurso natural limitado e sua valorização econômica deve considerar o preço da conservação, da recuperação e, principalmente, da melhor distribuição desse bem, além dos custos de monitoramento da quantidade, bem como da qualidade da água que está à disposição dos usuários e os recursos que deverão ser destinados às demais ações de gerenciamento.

O ponto de conflito, contudo, é acerca do valor atribuído à água para que, em consequência, se possa cobrá-la. Assim, a cobrança pelo uso da água configura-se como um dos instrumentos das Políticas Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97) que objetivam assegurar que a água seja controlada, bem como utilizada nos padrões de qualidade e na quantidade adequada, por seus usuários atuais e, pelas gerações futuras. Por isso, quando se fala em cobrança pelo uso da água, não se deve vislumbrar apenas o imediatismo de se arrecadar recursos para reverter a degradação atual existente, e sim, a possibilidade de se instituir um comportamento adequado e termos de racionalização do uso desse recurso tão valioso[5]. A cobrança pelo uso da água, desse modo, é um instrumento de controle regulamentado na forma da lei[6].

Ocorre que para alguns doutrinadores, a obrigação de pagar pelo consumo da água provoca exclusão social e redução a seu acesso. O impacto social de tributos incidentes sobre a água é, para eles, inaceitável. Portanto, defendem que deve ser recusada qualquer forma de privatização, de mercantilização, bem como de comercialização baseada no "valor econômico" da água[7].

A simples análise da legislação, entretanto, não é suficiente para constatar a abrangência deste instituto, uma vez que existem muitos posicionamentos contrários à sua instituição por parte dos usuários, “seja ao alegar que a água é um bem público e por esta razão não deveria ser cobrada, seja porque muitos, no sertão mais isolado, a consideram como dádiva divina ou santa, sendo inaceitável pagar para consumi-la[8]”.

Há ainda aqueles que não querem aumentar seus custos e outros, em contrapartida, que não acompanharam a evolução econômica que ocorreu em ritmo acelerado nos últimos tempos. Os sistemas econômicos estão em constante mudança e evolução, dependendo dos igualmente mutáveis sistemas ecológicos e sociais em que estão implantados. Para entendê-los, necessita-se de uma estrutura conceitual que também seja capaz de transformar, como ainda de se adaptar continuamente às novas situações[9].

De maneira em geral, a cobrança pelo uso da água é um instrumento de gestão e é uma das ferramentas das Políticas Nacional de Recursos Hídricos, juntamente com a outorga e os Planos de Bacias. Eis, então, o motivo pelo qual os princípios da cobrança pelo uso da água devem ser fundamentados nos conceitos de “usuário pagador” e do “poluidor pagador”, adotados com o objetivo de combater o desperdício e a poluição das águas, de forma com que quem desperdiça e polui paga mais. Afinal, o reconhecimento de que a água é recurso natural limitado, finito e escasso, é que nos obriga a tratá-la como um bem de uso público, essencial à vida, dotado de valor econômico.

Há doutrinadores que defendem que o problema seja, especificamente, os instrumentos tributários, já que há uma enorme dificuldade na sua implementação, em razão da resistência à instituição e modificação de tributos. Alegam também que a sociedade, cada vez mais, exige uma reorientação da atividade tributária do Estado e que os tributos tanto podem ser utilizados para arrecadar os recursos necessários aos programas ambientais, para custear a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia destinado à proteção de recursos naturais, como ainda para orientar a atuação dos contribuintes em face ao meio ambiente[10].

Ocorre que por mais que a criação de novos tributos que tenham por hipótese de incidência um ato potencialmente lesivo ao meio ambiente pareça, para boa parte da

doutrina, a solução mais coerente e viável, na concepção de outros estudiosos, só iria agravar ainda mais os encargos sobre o contribuinte brasileiro. O Brasil possui uma elevada carga tributária, de forma que falar em intervenção na atividade econômica através da instituição de um novo tributo pode parecer destituída de qualquer legitimidade.

A tributação ambiental, propriamente, ainda carece de sistematização e principalmente adequação ao rígido sistema tributário nacional, erigido na Constituição Federal de 1988. É necessário, pois, desenvolver mecanismos de proteção ao meio ambiente de forma compatível às normas e princípios constitucionais. É preciso entender, ainda, que não é apenas na tributação ambiental que se encontra os instrumentos econômicos adequados para a proteção do meio ambiente.

2 O capítulo do meio ambiente na Constituição Federal de 1988: o conteúdo normativo do art. 225

Antes da Constituição Federal de 1988, não havia, nas Constituições brasileiras, previsão normativa específica acerca da proteção do meio ambiente natural. É, pois, a Carta Magna de 1988 a primeira a tratar deliberadamente sobre a questão ambiental. Pode-se dizer, assim, que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista, assumindo o tratamento da matéria de maneira ampla e moderna[11].

Dessa forma, embora traga um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título *Da ordem social*[12], a questão ambiental perpassa todo o texto da Constituição, correlacionando-se com os temas fundamentais da ordem jurídica constitucional. Assim, há vários dispositivos expressos na Carta Constitucional em que os valores ambientais apresentam-se sob a forma de outros objetos da normatividade constitucional como, por exemplo, o art. 5º, inciso LXXIII, que confere legitimação a qualquer cidadão para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Há, também, referências implícitas ao meio ambiente no texto da Constituição quando, por exemplo, o art. 21, inciso XIX, confere competência à União para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e para definir critérios de outorga de direito de seu uso[13], está mencionando um dos recursos ambientais, como ainda está estatuinto sobre um instrumento da maior importância para o controle da qualidade das águas.

O fato é que a Constituição Federal de 1988 tem o direito ambiental enquanto parte da ordem social, daí poder-se afirmar que se trata de um direito social do homem[14]. Eis o art. 225, da Constituição Federal de 88, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

.....
...
§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

De acordo com José Afonso da Silva, o referido dispositivo compreende três conjuntos de normas. O primeiro está no *caput* do artigo 225, da CF/88 em que se insere a *norma-princípio*, a *norma-matriz*[15], revelando, substancialmente, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O segundo conjunto, por sua vez, encontra-se no § 1º do artigo 225, da CF/88 com seus incisos, que estatui sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no *caput* do artigo. O doutrinador faz uma ressalva de que não se trata de normas simplesmente processuais, quais sejam meramente formais. São, na verdade, “normas-instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto[16]”. Observa-se que nessas normas conferem-se ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Finalmente, o terceiro caracteriza-se como um conjunto de *determinações particulares*[17], em relação a *objetos e setores*[18], referidos nos §§ 2º a 6º do artigo 225, da CF/88 notadamente o §4º, do referido artigo, nos quais a incidência do princípio constitucional do *caput* se revela de primordial exigência e urgência, dado que são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e ainda direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização se dê sem prejuízo ao meio ambiente. “E porque são áreas e situações de elevado conteúdo ecológico é que o constituinte entendeu que mereciam, desde logo, proteção constitucional[19]”. Na Carta Constitucional de 1988, pois, inicia-se uma nova jornada que permite propor, defender e edificar uma nova ordem pública, centrada na valorização da responsabilidade de todos para com as verdadeiras bases da vida, a Terra[20].

3 A água

A água é a mais abundante substância simples da biosfera. Encontra-se em forma líquida (salgada e doce), sólida (doce) e de vapor (doce), nos oceanos e mares, geleiras, lagos, rios etc[21]. É, pois, indispensável às vidas humana, animal e vegetal. Por isso, é considerado um elemento precioso que sempre se revestiu, desde os tempos remotos, de dramaticidade quando a água superficial escasseava ou se achava a distância de aglomerados humanos, e os homens eram obrigados a procederem a escavações para obterem-na[22].

Acontece que esta preciosidade é desigualmente distribuída pelo Planeta: há extrema abundância em algumas partes e escassez em outras, acarretando naquelas o uso inconseqüente e, porque não, indiferente ao imenso valor que possui esse elemento, e em outras leva ao consumo racionado. A disponibilidade da água para cada cidadão está diminuindo drasticamente, em conseqüência do uso imoderado, do desperdício e da contaminação[23].

3.1 O domínio sobre as águas

Antes ao advento da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997), o regime legal das águas era regulado pelo Decreto nº 24.643, de 1934, conhecido como Código das Águas. Com a Constituição Federal de 1988, o regime de dominialidade das águas modificou-se, extinguindo a propriedade municipal e privada, passando a admitir somente águas de domínio da União e dos Estados.

Ainda que a doutrina refira-se às águas de domínio particular e águas de domínio público, a água caracteriza-se como um bem insuscetível de sofrer apropriação privada, uma vez que é indispensável à vida. Sob esse aspecto, a água é “um bem livre para o consumo humano, animal e para fins agrícola e industrial. Mas não é livre para ser conspurcada a sua *qualidade essencial*, a sua *pureza*, indispensável ao consumo[24]”. Eis o posicionamento atual da Constituição Federal de 1988 que reparte o domínio das águas entre a União e os Estados. São, assim, da União, de acordo com o art. 20, III, da Constituição Federal de 1988, os lagos, rios e qualquer corrente de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, assim como o mar territorial (art. 20, VI, CF/88), os potenciais de energia hidráulica (arts. 20, VIII e 176, da CF/88) e os depósitos de água decorrentes de obras da União (art. 26, I, da CF/88), como são os açudes construídos nas regiões castigadas pela seca. Dessa maneira, foi atribuída à União a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, bem como definir critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XIX, da CF/88) e a competência privativa para legislar sobre as águas (art. 22, IV, da CF/88)[25].

E aos Estados foram atribuídas às águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (art. 26, I, da CF/88). Incluem-se, portanto, os lagos em terreno de seu domínio e os rios que tenham nascente e foz no seu território, salvo os que estiverem nas condições mencionadas no art. 20, III, da Carta Magna de 1988, como de domínio da União. Abre-se, desse modo, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em comum com a União, a competência para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos (art. 23, XI, da CF/88), sendo tais concessões de competência também da União (art. 21, XII, “b”, da CF/88).

3.2 A competência para legislar sobre as águas

A Constituição Federal de 1988 centraliza essa matéria, conferindo competência à União para “instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art.21, VIII, da CF/88). Reserva também a esse ente a competência privativa para legislar sobre águas e energia (art. 22, IV, da CF/88). Assegura, em contrapartida, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, a participação nos resultados da exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica (art. 20, § 1º, da CF/88).

É, ainda, lei federal que incentiva a prioridade para o aproveitamento econômico, bem como social dos “rios e das massas de águas represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas à secas periódicas, nas quais a União, também, cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o abastecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação (art. 43, § 2º, IV, e 3º)[26]”.

José Afonso da Silva[27] defende não ser coerente atribuir aos Estados o domínio de águas superficiais e subterrâneas, sem lhes reconhecer a competência para legislar, ainda que fosse apenas suplementarmente, sobre as águas. Mesmo assim, as Constituições dos Estados não se omitiram na consideração da matéria. Pelo contrário, baseados na competência comum dos Estados para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI), assim como na sua competência para legislar concorrentemente sobre a proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI) e ainda sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, VIII), os Constituintes estaduais inseriram nas respectivas Cartas capítulos desenvolvidos sobre a matéria, reservando espaço para a proteção de recursos hídricos.

É bem verdade que a normatividade dos Estados sobre águas fica adstrita ao que dispuser a lei federal a quem cabe definir os padrões de qualidade das águas e os critérios de classificação das mesmas. Não podem, dessa maneira, estabelecer condições divergentes para cada classe de água nem, muito menos, inovar no que tange aos critérios de uso.

3.3 A água como um bem de valor econômico

O instrumento da cobrança pelo uso das águas já estava contido genericamente na Lei nº 6.938/81, em seu art. 4º, VII, e determinando que a Política Nacional do Meio Ambiente visará a impor ao usuário uma contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos[28]. O reconhecimento da água como bem econômico decorre das situações de escassez deste recurso natural, fato esse que se apresenta com grande frequência em inúmeras regiões do globo terrestre[29]. Mais que isso, a água tende a se tornar, a cada dia, um recurso natural mais precioso, a menos que sejam realizados progressos notáveis no campo da pesquisa e da sua aplicação econômica, aos processos de reciclagem e tratamento das águas residuárias, atualmente consideradas impróprias para o abastecimento humano e animal, em grande escala, e à irrigação de culturas.

A água é, como se percebe, um recurso natural limitado. Sendo assim, passou a ser mensurada dentro dos valores da Economia[30]. Isso não quer dizer, contudo, que qualquer indivíduo possa, mediante pagamento de um preço, usar a água como lhe convier. A valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e, principalmente, da melhor distribuição desse bem, além dos custos de monitoramento da quantidade e da qualidade da água que está posta à disposição dos usuários e os recursos que deverão ser destinados às demais ações de gerenciamento[31]. Na lição de Cid Tomanik Pompeu[32]:

Na fixação dos valores a serem cobrados, devem ser observados, dentre outros: a) nas derivações, captações e extrações: o volume retirado e seu regime de variação; b) nos lançamentos de esgotos e demais resíduos, líquidos ou gasosos: o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do efluente.

Segundo o referido autor, os recursos arrecadados com a cobrança “devem ser aplicados, prioritariamente, na bacia hidrográfica em que forem gerados, para serem aplicados no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos dos Recursos Hídricos[33]”.

O ponto que é mais arguido pelos usuários é o valor atribuído à água. Este *quantum* deve albergar todos os custos já mencionados, mas também deve se basear na capacidade de pagamento dos usuários. Um estudo que demonstre a capacidade de pagamento dos diversos usuários e usos demonstrará a necessidade de subsídios para garantir um tratamento diferenciado viabilizador da instituição da cobrança, como se vê na água tratada e na energia elétrica. Como conciliar, porém, a teoria à prática, no que tange ao preço a ser cobrado pelo uso da água, notadamente em Estados secos como, por exemplo, o Ceará onde os custos para obtenção e reservação da água são elevados? Mitchell Lee Mathis[34], por sua vez, destaca que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos não é tarefa simples, como bem se verifica atualmente nos demais Estados da Federação:

The Pricing Problem

(...)

Social, political, institutional and even religious forces can play as significant a role as economics in water management decisions.

(...)

In practice, however, increasing the price of water is politically unpopular and policy makers are strongly motivated to avoid this instrument.[35]

Diante de tão claros ensinamentos, constata-se que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos objetiva reconhecer a água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, auxiliando, desta forma, a evitar o desperdício, além de obter recursos financeiros para o financiamento das ações referentes à operacionalização da gestão[36].

4 A Política Nacional de Recursos Hídricos e a cobrança pelo seu uso

Um dos papéis mais importantes do Direito no mundo atual é o de implementar políticas públicas mediante ação ordenada e coordenada da intervenção do Estado na atividade econômica. Dessa maneira, o Direito deixa de ser a cristalização das realizações sociais para ser um instrumento de transformação da sociedade[37]. Eis a relação entre o Direito e a implementação das políticas públicas, já que estas traduzem os meios indispensáveis para alcançar os valores estabelecidos pelos princípios jurídicos que veiculam os objetivos a serem alcançados pela sociedade como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, abolindo qualquer espécie de discriminação[38].

Pode-se também exemplificar tais princípios que traduzem metas a serem alcançadas por toda coletividade aqueles que mencionam ser a Ordem Econômica pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos existência digna, em conformidade com a justiça social, observados, vários princípios, dentre eles o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental[39].

No que tange às águas, objeto de nossa investigação, a Lei nº 9.433/97 (lei das águas), visando a regulamentar o inciso XIX da Constituição Federal de 1988, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, definindo os objetivos e a composição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH). Além disso, estabelece

a composição e as competências de órgãos que aquele integra como, por exemplo, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, os Comitês de Bacia Hidrográfica e as Agências de Água. A Lei nº 9.984/00, por sua vez, dispôs sobre a criação da Agência Nacional de Águas (ANA), definindo sua natureza jurídica, competência e estrutura, dentre outras matérias[40].

Em janeiro de 2006, foi aprovado o Plano Nacional de Recursos Hídricos que reconhece a função dos Comitês de Bacia Hidrográfica enquanto espaços institucionais de gestão compartilhada entre o Estado e a sociedade, abertos à participação e à dinâmica social e não como mero apêndice da máquina estatal. Nas palavras de José Marcos Domingues:

Além do princípio da participação, o Plano Nacional adotou o princípio da descentralização e o princípio da subsidiariedade, cuja aplicação implica o dimensionamento da ação estatal a partir da instância mais próxima à realidade a ser atingida de modo mais eficiente pelo Poder Público na prestação de serviços e no respectivo custeio. O princípio da unidade de bacia refere-se à indivisibilidade geo-hidrológica das bacias hidrográficas, determinando que a gestão de águas considere toda a área de drenagem que se refere a um exutório comum, a fim de que seja efetiva e sustentável[41] [42].

O Código Civil de 2002, em seu art. 103, dispõe que o uso comum de bens públicos pode ser gratuito ou retribuído. De forma semelhante, o Código das Águas de 1934 já havia previsto a possibilidade de uso gratuito ou retribuído das águas, de acordo com leis e regulamentos da circunscrição administrativa a quem pertencesse (art. 36, § 2º). A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 4º, VII), aplicada aos recursos hídricos, enseja a cobrança por sua utilização, desde que tenha finalidade econômica. Sendo assim, a possibilidade de exigência de retribuição financeira pelo uso de recursos hídricos ou por uso de bens públicos em geral, não configura inovação do art. 20 da Lei das Águas. Pelo contrário, o caráter inovador desse diploma consiste em caracterizar esta cobrança enquanto instrumento de gestão (art. 5º, I, II, III, V e VI), a ser aplicado em conjunto com os demais instrumentos da política de recursos hídricos[43].

O fato é que a cobrança pelo uso de recursos hídricos tem como objetivos: a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) incentivar a racionalização do uso da água e c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Recursos Hídricos (art. 19).

É aí onde o Direito Tributário possui relevante atuação nestas atividades, o que possibilita sua utilização enquanto instrumento de consecução das finalidades mencionadas. Nesse sentido, o liame entre Direito Tributário e a questão ambiental assume, a cada dia, uma significação maior em todo o mundo globalizado[44]. Afinal, a preservação de um meio ambiente saudável e a manutenção do desenvolvimento sustentável são finalidades incontestáveis.

Assim, como gestor de políticas públicas de interesse da coletividade, o Estado tem o dever de buscar meios para atender à necessidade de proteção dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, atendendo disposição inscrita no art. 225 da Carta Constitucional de 1988. A interpretação sistemática da estrutura normativa do nosso país, “obriga-nos a observar mandamentos por ela impostos, e além de compatibilizá-los entre si, assegurar a sua satisfação através de normas infra-constitucionais e das orientações políticas seguidas pelos poderes públicos”[45].

Fica evidente que diante dessa realidade, não tem como excluir totalmente o Direito Tributário que, como parte do sistema, deve ter explorada sua finalidade social, ressaltando a função extrafiscal dos tributos, que podem ser amplamente utilizados em benefício dos interesses coletivos administrados pelo Poder Público. De fato, os tributos, em função de sua própria natureza, devem exercer uma finalidade eminentemente voltada ao bem comum, devendo, obviamente, ser otimizada sua utilização enquanto instrumento de implementação das políticas de proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

5 A configuração da cobrança da água: a questão da outorga

Pode até parecer, a primeira vista, absurdo admitir um ato administrativo que autorize o uso das águas superficiais e subterrâneas existentes nos corpos hídricos continentais (lagos, lagoas, rios, riachos, reservatórios artificiais, canais e poços). Mas, a simples existência deste bem em abundância em nosso país não nos garante acesso equitativo, seja pela má distribuição espacial, seja pela má qualidade, decorrente do descaso da Administração Pública e da população. Para corrigir esta situação, o constituinte estabeleceu na Carta Política de 1988, em seu art. 21, XIX, competência à União para definir os critérios de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos[46], culminando com a Lei nº 9.433/97, em seus artigos 11 a 13, que traçou as diretrizes sobre a outorga de direitos de uso da água e estabeleceu que o “regime de outorga de direitos de uso de recursos Hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. A leitura desse dispositivo, no entanto, não esclarece o instrumento, como também não estabelece seus objetivos, razões pelas quais alguns Estados iniciaram sua regulamentação em leis estaduais[47].

Essa norma legal é vinculante para as ações governamentais, nos âmbitos federal e estadual, no que se refere à outorga dos direitos de uso da água. Os governos não podem, pois, outorgar usos que agridam a qualidade, bem como a quantidade das águas, assim como também não podem agir sem equidade ao darem acesso à água que foi viabilizado mediante o instituto da outorga de direito de uso da água.

Célio Augusto Tavares Sales[48] defende que “a outorga é um instrumento de gestão que tem como objetivo o controle da quantidade e da qualidade das águas”. A outorga é, dessa maneira, um ato administrativo através do qual o órgão gestor faculta ao solicitante o direito de usar determinada quantidade de água durante dado período e sob condições específicas. A outorga, instrumento de Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97, art. 5º, III), visa, repita-se, assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos das águas e o efetivo exercício dos direitos de acesso a ela (art. 11).

No mesmo sentido, a Lei das Águas condiciona a outorga às prioridades de uso estabelecidas nos planos de Recursos Hídricos e à observância da classe em que o corpo da água enquadrar-se (art. 13).

Enfim, a outorga é o instrumento que permite um controle dos usos das águas e da forma como afetam sua qualidade e quantidade, de maneira a conciliar as múltiplas demandas de uso[49]. Competente para outorgar é o Poder Público, qual seja o Executivo, e mais especificamente, aquele a quem a legislação específica designar esta atribuição. Neste sentido Paulo Affonso Leme Machado[50] leciona que:

No sentido especificamente jurídico, a outorga vai exigir a intervenção do Poder Executivo federal (art. 29, I, da Lei 9.433/97) e dos Poderes Executivos estaduais e do Distrito Federal (art. 30, I, da lei mencionada) para manifestar sua vontade. A regulamentação da lei indicará os critérios gerais de outorga, como estes critérios integrarão as resoluções do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (art. 35, X, da Lei 9.433/97).

A outorga não configura prestação de servidão pública, ao contrário, a outorga objetiva dar uma garantia quanto à disponibilidade de água. Apesar disso, em condições normais de abastecimento, a outorga de direito de uso desempenha papel fundamental no processo de alocação da água.

A outorga de direito de uso da água é, desse modo, um dos instrumentos mais utilizados na gestão dos recursos hídricos. Não é certo afirmar que é o mais importante, pois todos são necessários ao gerenciamento deste bem. Com base na outorga, no entanto, é que se pode operacionalizar a cobrança pelo uso da água, o enquadramento dos corpos hídricos em classes de usos preponderantes, fornecer dados para o Sistema de Informações de Recursos Hídricos e, conseqüentemente dos Planos de Bacias e de Recursos Hídricos.

A água constitui direito de todos para as primeiras necessidades da vida e seu uso tem função social preeminente, com prioridade para o abastecimento humano, aproveitamento social e econômico, inclusive como instrumento de combate a disparidade regional e a pobreza nas regiões sujeitas às secas periódicas. Além disso, é dever de toda pessoa física ou jurídica zelar pela preservação dos recursos hídricos nos seus aspectos qualitativos e quantitativos, e o uso da água será compatibilizado com as políticas de desenvolvimento urbano e agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

No que tange aos princípios programáticos, a concessão, fiscalização e controle da outorga deverão destacar a necessidade de compatibilizar a ação humana em qualquer de suas manifestações, com a dinâmica do ciclo hidrológico, de forma a assegurar as condições para o desenvolvimento social e econômico, com melhoria da qualidade de vida e em equilíbrio com o meio ambiente, e assegurar que a água, recurso natural essencial à vida ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico, seja controlada e utilizada em padrões de qualidade e quantidade satisfatórios, por seus usuários atuais e pelas gerações futuras.

A utilização da outorga busca respeitar também outras diretrizes da legislação, que estabeleceu a necessidade de planejamento e gerenciamento, de forma integrada, descentralizada e participativa, o uso múltiplo, o controle, a conservação, a proteção e a preservação dos recursos hídricos.

6 A observância dos princípios dos Direitos Tributário e Ambiental: o princípio do poluidor-pagador

O Poder Público tem claramente a responsabilidade na preservação do meio ambiente. E por essa razão, o primeiro grande passo, indiscutivelmente, é uma consolidação na coordenação entre políticas e órgãos governamentais das áreas econômica e ambiental. Nas palavras de José Marcos Domingues:

Tradicionalmente os órgãos formuladores de planejamento econômico, financeiro, energético etc., que controlam os recursos financeiros públicos, não têm como atribuição institucional a proteção ambiental e, não recebendo a adequada participação ou interferência prévia dos setores ambientais abalizados, tendem a não sopesar ou não avaliar adequadamente as repercussões ambientais de decisões de política econômica, comercial, agrícola, energética e tributária[51].

A questão é que para promover a tal coordenação, há que se estruturar os serviços de fiscalização, monitoramento, planejamento e execução de políticas públicas. Tudo que gera despesas e ocasiona custeio da proteção ambiental. Eis o ponto em que se torna inarredável a imputação aos agentes poluidores, a responsabilidade da integração do valor das medidas de proteção ambiental nos seus custos de produção[52].

Essa diretriz é conhecida como o princípio do poluidor-pagador, expressamente previsto no art. 225, §, 3º, da Constituição Federal de 1988, tem forte influência no Direito Tributário para a gradação do tributo, conforme o índice de poluição provocado em razão do produto propriamente dito ou mesmo seu processo de fabricação[53].

Fundamental ressaltar que a aplicação do mencionado princípio, em matéria tributária, cinge-se ao campo da legalidade, no que se refere à “poluição permitida” pelo ordenamento, através de parâmetros estabelecidos em Resoluções do Conama e outros dispositivos quantificadores, ou de acordo com a tolerabilidade verificada em cada caso. Não existe tributo sobre a prática de fato vedado pela lei, pois, nesta situação, estar-se-ia aplicando uma sanção ao particular, o que não se coaduna com a idéia de tributação.

No que se refere à cobrança pela utilização de recursos hídricos, especificamente, “já está incorporada à tradição de vários países, em especial no tocante ao emprego dos corpos de água para transporte e diluição de despejos[54]”. Cria-se, assim, sob o aspecto econômico, um preço pela utilização de recursos ambientais, “que, do contrário, tendo

custo-zero, tendem a ser desperdiçados pela falsa impressão de sua abundância ou caráter infinito, numa conduta irresponsável e perdulária que precisa ser alterada[55]”.

Daí a pertinência de se falar sobre a internalização dos custos ambientais, ou seja, da compatibilização destes com vistas à sua integração no valor dos produtos e serviços postos ao tráfico jurídico. Juridicamente, o princípio do poluidor-pagador pode realizar-se tanto através do licenciamento administrativo, da imposição de multas, da determinação de limpezas ou de recuperação ambiental, como pela cobrança de tributos, enquanto fonte de recursos para custeio da proteção ambiental.

De pronto, é fundamental elucidar que essa formulação impositiva do princípio do poluidor-pagador, de imputação ao poluidor do rateio do custo das ações estatais necessárias à preservação e recuperação ambientais, possui um sentido seletivo do princípio determinante da graduação da tributação, de forma a incentivar atividades não-poluidoras e desestimular aquelas nefastas à preservação ambiental.

Dessa forma, quando aplicado ao Direito Tributário, o princípio poluidor-pagador tem um sentido impositivo que é assimilado pela fiscalidade, tributação fiscal ou com fins arrecadatórios – que é o campo, por exemplo, das taxas ambientais; e também um sentido seletivo, que é o campo da extrafiscalidade, tributação extrafiscal cuja finalidade não é arrecadatória, senão ordinatória ou regulatória da atividade econômica.

7 Tributação ambiental: a extrafiscalidade

O Estado regulador, quando se depara com o problema das externalidades ambientais, costuma se utilizar de instrumentos jurídicos de regulação repressivos. Essa implementação de instrumentos jurídicos de regulação repressiva, entretanto, ocasiona sérios problemas estruturais em um país como o Brasil, marcado por imensas desigualdades regionais e sociais. Nesse sentido, o direito deixa cada vez mais de ser um fenômeno somente repressivo para se tornar um instrumento de controle preventivo, enfatizando as normas de organização e de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados, através de sanções que, ao contrário de serem punitivas, premiam aqueles que se comportam segundo comando normativo[56].

O Estado regulador caracteriza-se pela extensiva intervenção no domínio econômico em que a essencialidade da sanção, enquanto ato de coação, passa a ser vista como uma concepção demasiadamente estreita, de maneira que hoje se fala de sanções premiaias. O problema é que tentar conciliar os interesses econômicos da civilização moderna com a preservação do meio ambiente é uma tarefa, no mínimo, complexa. No entanto, a figura da tributação ambiental tem-se mostrado como um instrumento promissor na luta pelo desenvolvimento sustentável[57].

É bem verdade que apesar de ter uma legislação moderna em matéria ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro comporta-se de forma tímida diante de situações práticas. Os princípios convencionais do direito tributário tornam-se deficitários para suprimir as lacunas que existem no ordenamento e o legislador brasileiro revela-se mais

preocupado com a tipificação da conduta lesiva do que com mecanismos que assegurem o cumprimento das metas ambientais. Da mesma forma, a criação de leis específicas que regulamentem a atividade arrecadatória do Estado também tem sido um entrave quase intransponível para a efetiva implementação de políticas públicas ambientais. O Brasil já possui uma elevada carga tributária, de forma que “falar em intervenção na atividade econômica através da instituição de um novo tributo pode parecer, à primeira vista, destituída de qualquer legitimidade[58]”.

Assim, podem-se ressaltar os três níveis de atuação da atividade tributária no Brasil, quais sejam: a) fiscalidade com natureza puramente arrecadatória do tributo e sem finalidade específica; b) a parafiscalidade que são as finanças paralelas arrecadadas mediante delegação, por outras entidades, que não o próprio Estado e, por fim, c) a extrafiscalidade cujo objetivo está relacionado ao bem comum. É, pois, na extrafiscalidade dos tributos em que se objetiva a intervenção na economia, através de estímulo ou desestímulo de determinadas atividades[59].

A classificação, pois, dos tributos em fiscais e extrafiscais, parte do pressuposto de que os tributos podem assumir um sentido impositivo, quando imputa os custos de defesa ambiental ao poluidor (fiscalidade com fins arrecadatórios), ou seletivo, quando gradua a tributação visando condicionar a escolha do agente econômico para um fim desejado pelo Estado (extrafiscalidade com fim ordinatório ou regulatório da atividade econômica)[60].

Com efeito, em sentido positivo podem ser cobradas, das atividades poluidoras, taxas e contribuições de melhoria ou de intervenção no domínio econômico, objetivando o financiamento dos custos dos serviços públicos de preservação, recuperação, fiscalização ou monitoramento ambiental.

Além da tributação ambiental propriamente dita, o Estado pode também se utilizar do sentido seletivo dos tributos tradicionais, que podem ser graduados de modo a incentivar atividades, processos produtivos e consumo de bens e serviços sustentáveis, e ao mesmo tempo desestimular o emprego de tecnologias defasadas e a produção e consumo de bens e serviços nefastos à preservação ambiental.

É bem verdade que, a rigor, não se deveria falar em tributos extrafiscais, uma vez que não existem propriamente tributos extrafiscais. A extrafiscalidade, pois, é matéria de direito econômico – já que todo tributo tem fins arrecadatórios, visando assegurar o funcionamento da máquina estatal. A extrafiscalidade, então, seria apenas característica de alguns tipos de tributos, que teriam dupla finalidade: a arrecadação de receitas e o direcionamento da atividade econômica para determinados fins desejados pelo Estado. Embora se possa identificar uma finalidade arrecadatória na extrafiscalidade, o que o legislador pretende é apenas subsidiariamente a obtenção de recursos, de maneira que o fracasso arrecadatório, neste tipo de tributação, significa que a finalidade foi alcançada, ou seja, que ocorreu a internalização dos custos ambientais por parte dos poluidores.

A extrafiscalidade, dessa forma, ao invés de punir aqueles que provocam um dano ambiental, como ocorre quando o Estado se utiliza de comando e controle, ela premia, através de seletividade das alíquotas incidentes sobre bens e serviços, aqueles que desenvolvem atividade econômica não degradante, ou que adotam medidas efetivas de preservação ambiental, ou que consomem produtos ecologicamente sustentáveis.

Seja como for, a extrafiscalidade ambiental dos tributos pode exercer um papel fundamental na proteção do meio ambiente, já que se encontra em perfeita sintonia com o princípio da preservação, vez que atua antes da ocorrência do dano ambiental, que em regra é de difícil reparação. Além disso, a extrafiscalidade promove uma interface positiva entre o direito ambiental e o do direito do consumidor[61].

Desse modo, ainda que o princípio da seletividade não esteja previsto de forma expressa na Carta Constitucional de 1988, existem vários exemplos de extrafiscalidade ambiental no Brasil, que utilizando o sentido seletivo gradua diferentemente os tributos tradicionais sobre bens e serviços sob o ponto de vista da proteção do meio ambiente, visando incentivar atividades, processos produtivos e consumo ecologicamente sustentáveis.

8 A Natureza jurídica das receitas provenientes da cobrança pelo uso da água

Como já exposto, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 4º, VII), aplicada aos recursos hídricos, enseja a cobrança por sua utilização, desde que tenha um fim econômico. Eis o motivo pelo qual o caráter inovador da cobrança como instrumento de gestão (art. 5º, I, II, III, V e VI), tem que ser aplicado em conjunto com os demais instrumentos da política de recursos hídricos[62]. E como essa cobrança pelo uso de recursos hídricos tem como objetivo o reconhecimento da água como bem econômico, dando ao usuário uma indicação de seu real valor, o incentivo da racionalização do uso da água e a obtenção de recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Recursos Hídricos (art. 19), a arrecadação dos recursos com a cobrança devem ser destinados, prioritariamente, à gestão da bacia de drenagem a que se referem às águas utilizadas.

Importante ressaltar que os valores arrecadados estão vinculados, quase em sua totalidade, à implantação dos planos de recursos hídricos, tendo como prioridade o plano de bacia hidrográfica a que corresponde à arrecadação. Ao Poder Executivo, portanto, não cabe decidir sobre a aplicação dos recursos da cobrança pelo uso da água[63].

Por se tratar de um instituto novo, a cobrança pelo uso da água suscita o questionamento sobre a sua natureza jurídica. Faz-se indispensável, dessa maneira, investigar se a contraprestação pelo uso da água configura-se em um tributo ou um preço público. A discriminação, pois, deve ser feita, inicialmente, a partir da análise das diversas categorias de receitas públicas, espécie do gênero entradas financeiras[64].

8.1 As receitas públicas tributárias

Pode-se dizer, inicialmente, que a “receita é a entrada definitiva de dinheiro e bens nos cofres públicos[65]”. Evidente que, em decorrência do gigantismo do Estado, pode haver a entrada de recursos por diversos motivos.

No percurso da História, vários autores fizeram classificações das receitas. O problema é que nessas classificações, dependendo da escolha do critério de discriminação que será utilizado sobre o objeto em estudo, a conceituação varia. De qualquer maneira, Regis Fernandes de Oliveira alerta para a importância de uma classificação que seja ao mesmo tempo útil e jurídica. A discriminação, pois, tem que levar em conta esse rigor jurídico[66].

E em relação à origem da receita, ela pode ser classificada, basicamente, em originária e derivada. A primeira é decorrente da exploração, pelo Estado, de seus próprios bens ou quando pode exercer atividade sob o que se conhece por direito público indisponível. As receitas originárias ou patrimoniais são produzidas por uma fonte interna do Estado, o patrimônio público a que se dá a destinação, correspondendo a uma prestação a que se obriga o devedor por um ato de vontade[67]. Eis a razão pela qual José Marcos Domingues também denominá-las como *receitas contratuais* ou *voluntárias*[68], já que para auferi-las, o Estado não exerce poder de império, nem impõe o pagamento ou a utilização dos serviços ou bens objetos de arrecadação.

Já as receitas derivadas advêm do constrangimento sobre o patrimônio do particular. Ou seja, provêm de fonte externa ao Estado e são devidamente percebidas com base na coerção jurídica, independentemente da adesão da vontade do prestador à ordem determinada pelo Estado. Daí serem também conhecidas como receitas coativas. E é exatamente neste aspecto em que se distinguem das receitas originárias: por não advirem da exploração do patrimônio do próprio setor público, são adquiridas mediante a exigência sobre o patrimônio privado. Correspondem a estes tipos de receita os tributos e as penas pecuniárias.

Mas é o tributo[69] que, na atual concepção de Estado, compreende-se, perfeitamente, a necessidade da sua existência, bem como da sua exigência. Caracteriza-se, assim, o tributo enquanto prestações obrigatórias, em espécie, exigidas pelo Estado, em função de seu poder de império e sem caráter sancionatório. Normalmente, visam à finalidade fiscal, qual seja obter os recursos necessários para o regular funcionamento do Estado. Modernamente, porém, a isso se agrega também a finalidade extrafiscal: estimular (ou desestimular) determinadas atividades, como forma de intervenção do Poder Público no domínio econômico. A coercibilidade, então, é traço característico dos tributos, mas aliado ao princípio da legalidade.

E ainda que não seja função da lei conceituar, posto que a mesma deva conter uma regra de comportamento[70], o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966), em seu art. 3º, fornece um conceito legal de tributo: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Desse dispositivo, tem-se que o cumprimento da obrigação tributária se faz pela entrega de dinheiro. Não se admitem, no ordenamento jurídico brasileiro, tributos cujo objeto seja prestações *in natura* ou *in labore*. É compulsória porque o dever jurídico tributário

é imposto coercitivamente, pelo Estado, ao contribuinte, por lei, independente da vontade deste. Enfim, as receitas originárias provêm do próprio patrimônio público do Estado ou de relação disciplinada pelo direito privado, enquanto que as receitas derivadas advêm do patrimônio ou rendas particulares.

8.2 A cobrança da água configura-se em preço público ou taxa?

O Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 4º, que não importa o *nomem juris* que é dado ao tributo, ou seja, sua denominação, demais características formais e a destinação legal do produto da sua arrecadação são suficientes para definir sua natureza jurídica, sendo esta determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.

Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Só que embora o conceito de tributo ainda cause controvérsias em alguns tributaristas, não se compara às intermináveis discussões no que tange às suas espécies. O CTN, por exemplo, em seu art. 5º, menciona 03 espécies de tributo, a saber: impostos, taxas e contribuição de melhoria. Entretanto, discute-se sobre a natureza jurídica do empréstimo compulsório, dos preços públicos e das contribuições.

Se os impostos são exemplo de tributos não-vinculados, as taxas são, por sua vez, exemplos de tributos vinculados (ainda que essa classificação seja confusa). Pressupõem uma atividade estatal específica, prestada àquele contribuinte que a paga. A Constituição Federal de 1988, diferente do que fez com os impostos, refere-se às taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Com fundamento no inciso II, do art. 145, da Constituição Federal de 1988, ambas as alternativas explicitam o desempenho de uma atividade imaterial do Estado, qual seja a de serviço público, “processo natural, normal e necessário de atuação legítima do Poder Público[71]”. Nas palavras do tributarista Hugo de Brito Machado[72]:

Enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade específica relativa ao contribuinte (CTN, art. 16), a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao

contribuinte. A primeira característica da taxa, portanto, é ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Acrescente-se, pois, que a taxa é vinculada a serviço público, ou ao exercício do poder de polícia.

As taxas poderão ser instituídas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição[73]”.

Nas taxas de serviço, o fato gerador é “a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto á sua disposição. O tributo é vinculado e, na modalidade de taxa de serviço, a contraprestação estatal ao contribuinte é um serviço público”. O CTN procura conceituar serviços específicos e divisíveis nos incisos II e III do art. 79, mas não é esclarecedor. Desde que presente seus pressupostos, a taxas podem ser criadas por lei ordinária federal, estadual e municipal.

Já as taxas de polícia também podem ter como fato gerador o exercício regular do poder de polícia. Pode-se dizer que o poder de polícia é o poder que tem a Administração Pública de limitar direitos individuais em função do interesse coletivo no que tange à manutenção da segurança, higiene e ordem pública. CTN, em seu art. 78, *caput*, define poder de polícia. Nas taxas de polícia, o fato gerador geralmente se expressa na concessão de licença para a prática de atos que dependem de autorização legislativa. Por isso, geralmente são chamadas taxas de licença como, por exemplo, a emissão de passaporte. No ordenamento jurídico, a definição de poder de polícia foi dada pelo CTN, quando assim o conceituou:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.[74]

No tocante ao poder de polícia, o fato gerador da taxa é o seu exercício regular, da forma como preceituada no art. 77 do CTN[75]. Como leciona Edgard Neves Silva[76],

(...) o termo exercício nos dá uma idéia dinâmica, de prática efetiva de atos, logicamente, na espécie, pelos Poderes Públicos. Estaria ele representado por atos preparatórios, exames, vistorias, perícias, verificações, averiguações, avaliações, cálculos, estimativas, confrontos, autorizações, licenças, homologações, permissões, proibições, indeferimentos, dentre outros, todos correspondendo a um juízo de valor emitido pela autoridade competente ou à prática de fiscalização.

Já os preços públicos, por sua vez, receitas originárias, destinam-se a remunerar a aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo efetivo de bens públicos – patrimônio do Estado (bens materiais), assim como serviços públicos (bens imateriais) efetivamente prestados sem caráter de compulsoriedade[77].

Desse modo, quando se trata de vender bens ou permitir sua utilização, não há dúvida a respeito. O Estado cobra o pagamento de um determinado preço uma vez que nessa situação não se questiona a natureza coativa ou não da atuação estatal imaterial, ou seja, aliena-se ou loca-se uma coisa desejada pela outra parte. Nem muito menos o Estado age como potestade pública, não praticando ato de império atinente a serviço público essencial, até porque a outorga é requerida pelo interessado[78]. O problema sobre a distinção entre taxas e preços públicos nasce quando se trata da remuneração de serviços, porque aqui se põe o dilema da natureza coativa ou não da atuação estatal – serviço público.

No que se refere, propriamente, às taxas e aos preços públicos, vê-se que não há consenso doutrinário na distinção, cujas conseqüências práticas são relevantes demais: se de taxa se tratar, cuida-se de tributo, sujeito a todos os princípios de direito tributário, principalmente só poder ser instituída ou aumentada por lei (em respeito ao princípio da legalidade). Já os preços são contratualmente fixados, independentemente de lei; todavia só podem ser cobrados pela utilização efetiva do serviço, enquanto à exigência de taxas basta utilização potencial (Súmula 545 do STF).

No caso, especificamente, do aproveitamento de recursos hídricos, objeto de nossa análise, há que se fazer, primeiramente, uma distinção entre duas atuações estatais, quais sejam: a outorga para captação de água e para lançamento de efluentes (concessão de uso) e a distribuição de água e coleta de esgoto (serviço público).

A natureza jurídica (se taxa ou preço público) da cobrança por distribuição de água e coleta de esgoto, por exemplo, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal como sendo preço público. Ocorre que a captação de água bruta dos corpos hídricos, de acordo com José Marcos Domingues[79], não tem como se confundir com o serviço público de distribuição de água, da mesma forma que o lançamento de efluentes nos corpos de água não se confunde também com o serviço público de coleta de esgoto. Nas palavras do autor:

Os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga e cobrança nos termos da Lei das Águas (art. 12 c/c art. 20) não representam *prestação de serviços*, senão a utilização de um bem público material. É dizer, usuário de recursos hídricos não recebe um serviço do Poder Público; ele adquire, através de outorga, o direito de uso desses recursos naturais, pertencentes à União ou aos Estados. E mesmo que assim não fosse, a contraprestação por aqueles *serviços* corresponderia ao regime tarifário e não ao tributário...[80]

Ora, não se tem como cogitar tratar-se de taxa, uma vez que a outorga de água não corresponde a exercício de poder de polícia, nem, tampouco, a prestação de serviço público. Afinal, o valor dos recursos hídricos traduz-se num preço que é, como exposto, receita originária, patrimonial e voluntariamente prestada. Ou seja, é a contraprestação

que o outorgado paga ao dono do recurso natural ou ambiental, no caso, o Estado; o que faz livremente, quando se dispõe a utilizá-lo.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da interpretação aberta e sistemática da Constituição Federal de 1988 não se pode fechar os olhos para a realidade do uso do Direito tributário para a consecução de políticas públicas necessárias ao desenvolvimento nacional, fazendo com que o Direito cumpra um novo papel diverso daquele tradicional, de instrumento de segurança das relações sociais. Mais do que isso, ele deve ser usado para dirigir a sociedade no alcance de determinados fins prescritos na Carta Magna.

A cobrança pelo uso da água é importante instrumento de gestão que deve ser amplamente utilizado, seja para objetivar o reconhecimento da água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, auxiliando, desta forma, para evitar o desperdício, seja para garantir recursos financeiros para a gestão da água. Afinal, não se pode apenas privilegiar a arrecadação de recursos enquanto forma para se reverter a degradação atual, e sim a possibilidade de se instituir um comportamento adequado, bem como termos de racionalização do uso da água.

O que se cobra é o uso dos recursos hídricos, e não o fornecimento desses recursos, uma vez que, se tratando de um bem público, o direito de propriedade dos recursos hídricos não pode ser vendido, senão o direito de uso. Esta conclusão se chega ao conjugar vários fatores, mas primordialmente o fato de a água ser um bem de domínio público, seja da União, seja dos Estados.

10 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1991.

DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ECHEVENGUÁ, Ana Cândida. *Cobrança pelo uso da água*. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=15974>> Acessado em 18 de outubro de 2007.

- [8] MAIA, Alexandre Aguiar. A cobrança pelo uso da água bruta: aspectos legais. *Revista Opinião Jurídica*. Ano IV, n. 07, 2006, p. 12.
- [9] CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 217.
- [10] ROSENBLATT, Paulo. Limitações constitucionais à instituição de contribuição de intervenção ambiental. *Revista de Direito ambiental*. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2004, p. 169.
- [11] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 26.
- [12] Capítulo VI do Título VIII da Constituição Federal de 1988.
- [13] Os temas acerca da Política Nacional de Recursos Hídricos, bem como a questão da outorga de direito de uso das águas serão devidamente abordados no decorrer do trabalho.
- [14] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 29.
- [15] Grifos no original.
- [16] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 31.
- [17] Grifo no original.
- [18] Grifos no original.
- [19] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 31.
- [20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.
- [21] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 84.
- [22] CONTAR, Alberto. *Meio ambiente: dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143.
- [23] *Ibidem*, p. 144.
- [24] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.85.
- [25] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 252.
- [26] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 86.
- [27] *Ibidem*, p. 86.
- [28] A Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º, VII da Lei nº 6.938/81).
- [29] ROLIM, Herique Sérgio Cavalcante. *Observações da Coordenação de Tarifas sobre o Projeto de Indicação 44/2004, Autoria do Deputado Manoel Castro*. in Processo Administrativo SPU nº 05113530-2, 2005.
- [30] CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 182.
- [31] MAIA, Alexandre Aguiar. A cobrança pelo uso da água bruta: aspectos legais. *Revista Opinião Jurídica*. Ano IV, n. 07, 2006, p. 15.

- [32] POMPEU, Cid Tomanik. *Diagnóstico da situação do sistema de administração dos direitos de água no Estado do Ceará, em particular na bacia Metropolitana*. Fortaleza: SRH, 1998, p. 10.
- [33] *Ibidem.*, p. 39.
- [34] MATHIS, Mitchell Lee. *Policy Design in an Imperfect World: Essays on the Management and use of Open Access Renewable Natural Resources*. Tese de Doutorado, University of Texas at Austin, 1999, p. 72.
- [35] O Problema de Preços: (...) Forças sociais, políticas, institucionais e até mesmo religiosas podem agir tão significativamente quanto a economia na decisão da gestão da água. (...) Na prática, entretanto, aumentar o preço da água é politicamente impopular e os criadores de políticas estão fortemente motivados a fugir este instrumento. (Traduziu-se)
- [36] MAIA, Alexandre Aguiar. A cobrança pelo uso da água bruta: aspectos legais. *Revista Opinião Jurídica*. Ano IV, n. 07, 2006, p. 20.
- [37] SCAFF, Fernando Facury & TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Políticas Públicas: o ICMS ecológico. *Revista de Direito ambiental*. Ano 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2005, p. 105.
- [38] Art. 3º, II, III, IV, da Constituição Federal de 1988.
- [39] Art. 170, VI, da Constituição Federal de 1988.
- [40] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 253.
- [41] Grifos no original.
- [42] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 255.
- [43] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 261.
- [44] SCAFF, Fernando Facury & TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Políticas Públicas: o ICMS ecológico. *Revista de Direito ambiental*. Ano 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2005, p. 105.
- [45] *Ibidem*, p. 106.
- [46] Compete à União: instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (art. 21, XIX da Constituição Federal de 1988).
- [47] São Paulo e Ceará foram os pioneiros.
- [48] SALES, Célio Augusto Tavares e. *Contribuição para um modelo de alocação de água no Ceará*. Fortaleza: Dissertação de Mestrado – UFC, 1999, p. 32.
- [49] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 257.
- [50] MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 433.
- [51] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24.
- [52] *Ibidem*, p. 25.
- [53] FAZOLLI, Silvio Alexandre. Princípios ambientais tributários. *Revista de Direito Ambiental*. n. 34. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2004, p. 22.
- [54] POMPEU, Cid Tomanik *apud* DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29.
- [55] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

- [56] SANTANA, Heron José de. Meio Ambiente e Reforma Tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n 33. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2004, p. 10.
- [57] FAZOLLI, Silvio Alexandre. Princípios ambientais tributários. *Revista de Direito Ambiental*. n 34. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2004, p. 18.
- [58] SANTANA, Heron José de. Meio Ambiente e Reforma Tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n 33. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2004, p. 11.
- [59] *Ibidem*, p. 21.
- [60] *Ibidem*, p. 21.
- [61] SANTANA, Heron José de. Meio Ambiente e Reforma Tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. n 33. Ano 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2004, p. 22.
- [62] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 261.
- [63] *Ibidem*, p. 262.
- [64] *Ibidem*, p. 263.
- [65] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.
- [66] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.
- [67] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 264.
- [68] Grifos no original.
- [69] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.
- [70] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83.
- [71] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 265.
- [72] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 443.
- [73] Art. 145, II, da Constituição Federal de 1988.
- [74] CTN, art. 78.
- [75] As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (art. 77 do Código Tributário Nacional).
- [76] SILVA, Edgard Neves da. *Taxas*, In Curso de Direito Tributário. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coor.), vol. 2. Belém: Editora Cejup, 1997, p. 356.
- [77] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 265.
- [78] DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 265.
- [79] *Ibidem*, p. 266.
- [80] *Ibidem*, p. 267.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS MECANISMOS TRIBUTÁRIOS DE INCENTIVO A PRODUÇÃO E USO DO BODIESEL NO BRASIL. *

CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF BIODIESEL TAX SYSTEM IN BRAZIL.

**Ana Mônica Medeiros Ferreira
Lívia Melo do Nascimento**

RESUMO

A recente inserção do biodiesel derivado de vegetais oleaginosos na matriz energética brasileira enseja a análise de alguns aspectos a ele pertinentes. Partindo de uma introdução à definição de desenvolvimento sustentável e passando pelo conceito de biodiesel e uma breve evolução histórica, analisam-se suas vantagens – sociais, econômicas e ambientais – em relação aos combustíveis fósseis predominantemente utilizados. Com escopo de examinar o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel - PNPB implantado pelo Governo Federal no final de 2004, faz-se um apanhado da legislação brasileira regulamentadora do assunto, fundamental para a compreensão dos planos e objetivos almejados pelo governo brasileiro com o incentivo à produção do biodiesel, e examina-se a atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP na regulação das atividades envolvendo este biocombustível. A partir da análise da legislação aplicável a essa nova fonte energética, o presente artigo visa traçar um panorama da ordem jurídica vigente, analisando o tratamento tributário aplicado a esse mercado nascituro de acordo com a Constituição Federal e ressaltando os impactos econômicos da inserção do biodiesel na matriz energética nacional.

PALAVRAS-CHAVES: BODIESEL – TRIBUTAÇÃO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ABSTRACT

The recent insertion of biodiesel derived from oily vegetables in the Brazilian genetic matrix calls for the analysis of some aspects that belong to it. This study begins with an introduction to 'sustainable development' definition, it goes through the concept of biodiesel and a brief historical, the paper analyzes it's advantages – social, economic and environmental – related to the fossil fuels predominantly used. With the purpose to look into the Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel - PNPB created by the Federal Government in 2004, this study searches about the Brazilian regulating legislation on this subject, fundamental for the comprehension of the plans and objectives sought by the Brazilian Government with the encouragement to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

production of the biodiesel. This study also investigates the role of the Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP in the regulation of the activities involving this biofuel. In this manner, from the analysis of the related legislation of this new energy source, the present article aims to delineate a view of the the tax system for this new market according to Constitution and pointing out the economic impacts of the biodiesel insertion in the Brazilian national energetic matrix.

KEYWORDS: BIODIESEL – TAX SYSTEM – BRAZILIAN CONSTITUTION

1. INTRODUÇÃO

A nossa Constituição trata da matéria da ordem econômica em um título específico, o VII, no capítulo I, designando ali seus princípios e limites. Esta expressão - ordem econômica - foi incorporada ao vocabulário jurídico a partir do início deste século, traduzindo uma idéia de sistema voltado para regulação das relações econômicas em um dado Estado, determinando seus limites e dotado de forte carga ideológica.

A ordem constitucional brasileira, em seu art. 170, enuncia os princípios regentes da ordem econômica. Princípios estes orientadores na interpretação de toda norma que se relacione às atividades econômicas, sejam de fundo constitucional ou infraconstitucional, haja vista serem os princípios pautas expressas ou implícitas que denotam o ponto de partida de qualquer ordem jurídica. Assim, compreende-se pelo dispositivo que a atividade econômica só pode desenvolver-se de forma legítima se atender aos princípios relacionados neste mesmo artigo.

A atividade econômica está diretamente relacionada com a utilização de energia, uma vez que energia é sinônimo de poder, e quem pode pagar por ela tem maior chance de usufruir de suas variadas formas de utilização. Em contrapartida, o não acesso marginaliza. Assim, as formas de gerá-la deixam de ser um problema exclusivamente técnico, para se constituírem em questões que envolvem aspectos energéticos, econômicos e ambientais.

O debate sobre o aumento da segurança no fornecimento de energia, impulsionado pelos efeitos de ordem ambiental e social da redução da dependência de combustíveis fósseis, contribui para o interesse mundial por soluções sustentáveis por meio da geração de energia oriunda de fontes limpas e renováveis. Nessa agenda, o Brasil ocupa posição destacada em função da sua liderança nas principais frentes de negociação e da significativa participação das fontes renováveis na sua matriz energética.

O Brasil apresenta situação privilegiada em termos de utilização de fontes renováveis de energia. No país, 44,7% da Oferta Interna de Energia (OIE) é renovável, enquanto a média mundial é de 14% e nos países desenvolvidos, de apenas 6%. A OIE, também denominada de matriz energética, representa toda a energia disponibilizada para ser transformada, distribuída e consumida nos processos produtivos do País.

Um programa de grande destaque no contexto da introdução de energias renováveis a matriz energética brasileira é o Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB). Na mesma corrente de política pública do PROALCOOL foi pensada a inserção do biodiesel na matriz energética brasileira em 2004. A produção e o consumo de biodiesel no Brasil, portanto, foram determinados por meio das Medidas Provisórias nº. 214 e 227, convertidas nas respectivas Leis nº. 11.097/05 e 11.116/05. A principal diretriz do programa é implantar um modelo de energia sustentável, a partir da produção e uso do biodiesel obtido de diversas fontes oleaginosas, que promova a inclusão social, garantindo preços competitivos, produto de qualidade e abastecimento.

Nesse sentido, este trabalho procura estudar os instrumentos jurídicos tributários de incentivo à produção de biodiesel no Brasil sob o ponto de vista constitucional a partir do respeito aos princípios da Ordem Econômica Constitucional, objetivando ampliar as discussões ambientais e socio-econômicas que envolvem a produção e consumo dessa nova energia.

O Estado na função de agente regulador e de planejamento da atividade econômica, que sob a égide da Constituição Federal exerce o poder de estabelecer diretrizes para o implemento do desenvolvimento nacional equilibrado e adequar medidas que propiciem aos Estados-membros se desenvolverem de forma sustentável, deve impor medidas no campo energético que promovam o desenvolvimento sustentável para abandonar o atual sistema contemporâneo brasileiro, predominantemente extrativista de bens e riquezas naturais.

Se nada for feito no sentido de modificar o atual sistema de produção, a sonhada liderança do Brasil no mercado de biodiesel, por exemplo, corre o risco de ter como corolário a ampliação da privatização, da desnacionalização, da elevação da concentração fundiária, da ampliação da pobreza rural, da degradação ambiental e da precarização do trabalho.

Para tanto, serão analisados os textos legais que fazem parte do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB, os mecanismos jurídicos de incentivo à produção e uso de biodiesel, com ênfase nos aspectos tributários e fiscais.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL

2.1. Princípios da Política Energética Nacional

A Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995 que determinou a abertura do setor petrolífero nacional, promovida pela Emenda Constitucional, exigiu a elaboração de um novo plano estratégico no setor energético para o desenvolvimento do país.

Tal deliberação foi feita através da Lei nº. 9.478/97, conhecida como Lei do Petróleo, que além de prever a criação de um órgão regulador para o setor, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), dispôs sobre as condições de contratação com os novos atores da indústria petrolífera e dos princípios que o Poder Público deve observar no delineamento das políticas públicas relacionadas ao setor energético.

Apesar da Lei do Petróleo tratar principalmente do hidrocarboneto que lhe dá o nome, a este não se limita. Ao cuidar dos princípios e objetivos da Política Energética Nacional aborda a generalidade das fontes de energia disponíveis. Cuida, portanto, não só das diretrizes atribuídas à indústria do petróleo e seus derivados, mas também à do gás natural, da energia elétrica, do carvão e das fontes alternativas de energia, descoberta ou por descobrir, a exemplo dos biocombustíveis.

A Lei nº 9.478/97, como dito, apresentou um norte para o desenvolvimento do setor energético sem, no entanto, trazer programas concretos, mas apenas delineou os princípios e objetivos que deveriam ser seguidos quando de sua feitura e implementação. Em verdade, o texto legal, em diversos momentos trouxe a reprodução dos princípios constitucionais que norteiam a República Federativa e a Ordem Econômica.

Ao abordar a Política Energética Nacional, a Lei do Petróleo limitou-se a traçar os seus princípios e objetivos fundamentais, norteando o legislador e o administrador na elaboração e execução das políticas públicas.

Ao dispor que constituem objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia preservar o interesse nacional, promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho, proteger os interesses do consumidor, proteger o meio ambiente, garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e promover a livre concorrência, a lei reforça a necessidade de observância sistemática de nosso ordenamento jurídico, através da adequação das normas legais com a supremacia constitucional.

Tais princípios, principalmente no tocante a proteção do meio ambiente e ao aproveitamento racional das fontes de energia, se adequam com a idéia de desenvolvimento sustentável incorporada em nosso ordenamento jurídico que trataremos a seguir.

2.2. O Desenvolvimento Sustentável no Ordenamento Jurídico Pátrio

Em várias instâncias internacionais, a partir dos anos 1970, deu-se início, a uma discussão de grande relevância: a conciliação do crescimento econômico mundial com a preservação de um meio ambiente saudável. Várias foram as iniciativas visando à formulação de alternativas ao modelo econômico no qual a produção de riqueza está diretamente relacionada ao aumento da miséria, da degradação ambiental e da poluição.

A solução para estes problemas pode ser alcançada por meio de um desenvolvimento sustentável, conceito do qual é cabível um breve histórico.

Aprovada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972, a Declaração de Estocolmo foi o primeiro documento a introduzir na agenda política internacional a dimensão ambiental como condicionadora e limitadora do modelo tradicional de crescimento econômico e do uso dos recursos naturais. Em 1980, foi produzido o documento “A Estratégia Mundial para a Conservação” – sob o patrocínio e supervisão do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) –, tratando da manutenção da vida no planeta e a preservação da diversidade biológica, pela primeira vez utilizando o termo “desenvolvimento sustentável”. Dois anos depois foi elaborado o Relatório Brundtland, fruto da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento criada pelas Nações Unidas. Este documento consolidou a crítica ao modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e refletido no mundo inteiro, lançando o conceito de desenvolvimento sustentável, que é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades. Todo este processo foi concluído na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) – mais conhecida como Rio-92 –, quando da elaboração e aprovação da Agenda 21, documento que endossa o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável e combina as aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica.

Um dos objetivos fundamentais da República, previsto no artigo 3º da Constituição, é o de garantir o desenvolvimento nacional, também qualificado como princípio constitucional impositivo e norma-objetivo.

A idéia de desenvolvimento implica numa dinâmica social constante, posto que se trate de um processo que visa elevar os níveis social, econômico, ambiental e cultural da sociedade, pois desenvolvimento não se confunde com crescimento, posto que não se trata de um processo meramente quantitativo, mas sim qualitativo, que abrange o próprio crescimento, como têm se referido diversos economistas contemporâneos.

Na Constituição Brasileira de 1988, os quatro primeiros artigos tratam dos princípios fundamentais, sendo estes, ao lado do preâmbulo, o embasamento de toda a ordem jurídica brasileira. Destaca-se o art. 3º, que é a diretriz política adotada pelo Estado brasileiro. Interessa observar que, nesse ponto, os princípios constitucionais possuem uma dimensão funcional de programa de ação (função dirigente e impositiva), impondo, prospectivamente, tarefas e programas aos poderes públicos, que devem, de qualquer forma, buscar a sua concretização, justamente por essas tarefas serem imposições normativo-constitucionais, ou seja, serem o núcleo fundamental da Constituição Dirigente.

Neste contexto, garantir o desenvolvimento implica também na instituição de políticas públicas direcionadas para tal fim, justificadas e fundamentadas no art. 3º, II da Constituição, haja vista a situação atual de subdesenvolvimento apontada nos principais indicadores econômicos brasileiros.

Ao estabelecermos relações entre a necessidade de desenvolvimento, com seus desdobramentos econômicos e sociais, e a necessidade de proteção ao meio-ambiente, todos direitos assegurados pelo texto constitucional, evidencia-se o pressuposto de situações em que a ocorrência de casos difíceis demandará a utilização de técnicas de ponderação e razoabilidade para assegurar a efetividade do mesmo texto constitucional.

Embora a definição de desenvolvimento sustentável do Relatório Brundtland não se limite ao impacto da atividade econômica no meio ambiente, também abarcando as conseqüências dessa relação na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade, é na preocupação ambiental que ela se manifesta de forma mais aparente e concreta.

Dentre os vários dispositivos constitucionais que se propõem a reger o tema do desenvolvimento sustentável, destaca-se pela relevância, no contexto do presente estudo, o artigo 170, VI que reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica.

A Constituição Federal Brasileira, inspirada no conceito de desenvolvimento sustentável estabelece em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. E também abriu espaços à participação e atuação da população na preservação e na defesa ambiental, impondo à coletividade o dever de defender o meio ambiente e colocando como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, além de ampliar o rol das ações judiciais na tutela ambiental.

Todavia, a legislação ambiental não tem o escopo de inviabilizar a atividade econômica, mas tão-somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, uma vez que o bem ambiental é um bem de uso comum do povo.

Além da proteção ao meio ambiente, o art. 170 vem consagrar o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, depreendendo-se, portanto, desta disposição, que os benefícios do desenvolvimento econômico e as estruturas normativas criadas para dar suporte à este crescimento, devem estar voltadas também à redução das desigualdades em todas as regiões de nosso país, procurando, através de políticas públicas e incentivos, reduzir as diferenças entre estas regiões. A referida redução das desigualdades regionais e sociais é também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 3º, III da Constituição.

Para se chegar ao denominado desenvolvimento sustentável, é necessário que se busque a realização de três situações: crescimento econômico, qualidade de vida e justiça social, de forma que, neste contexto de mundo globalizado, vivenciado pela quebra de paradigmas e propondo-se novos modelos a serem seguidos pela sociedade moderna ou pós-moderna, a interpretação adequada aos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira deve se dar no sentido de que, a exploração pela atividade econômica, a busca pelo lucro, pelo desenvolvimento econômico só será legítima se não ferir ou impedir a busca dos princípios que tem por objetivo a justiça social, e, tratando-se do meio ambiente, que não ultrapasse os limites de uma exploração

sustentável, para que não se comprometa a qualidade de vida e nem mesmo a própria vida.

É necessário, portanto, que se faça uma análise conjunta dos dispositivos constitucionais expressos nos artigos 3º, 170 e 225, de modo que eles possam existir de forma harmônica, que haja uma conciliação entre eles.

Não pode haver conflitos na própria Constituição Federal entre os princípios por ela abarcados e, sim, a análise valorativa desses princípios no sentido de aplicá-los de forma razoável e equilíbrio para o desenvolvimento equilibrado, equacionado com o meio ambiente. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou revelando o desenvolvimento sustentável como princípio de caráter constitucional.

Assim, compreende-se que a atividade econômica só pode desenvolver-se de forma legítima se atender ao princípio do desenvolvimento sustentável, baseado na defesa do meio ambiente entre os demais relacionados na Constituição.

2.3. Políticas Públicas no Setor de Energia

A estruturação de um modelo prestacional de Estado, pautado por uma maior intervenção no domínio econômico e social, têm demonstrado ser de suma relevância para o Direito e o estudo das políticas públicas. O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo com a hipertrofia do Poder Executivo, característica do Estado social.

O conceito de política, no sentido de programa de ação, só recentemente entrou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica, havendo pouca produção teórica que permita maior acúmulo sobre seu conceito e o regime jurídico a que estão submetidas.

Parte da doutrina acredita que tal fato ocorre devido ao modo como se estruturou o Estado liberal ser mais voltado a limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que a ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a Administração assume hoje.

Há uma questão que deve ser analisada previamente à definição de política pública: a política não é norma nem um ato jurídico; no entanto, as normas e atos jurídicos são componentes da mesma, uma vez que esta pode ser entendida como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando. As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio.

No entendimento de alguns autores, as políticas públicas são programas de ação governamental. Acredita-se que há certa proximidade entre as noções de política pública e de plano, embora aquela possa consistir num programa de ação governamental veiculado por instrumento jurídico diverso do plano. Podemos dizer que a política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento.

Política Pública é conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderão conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atendimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.

É interessante definir políticas públicas como sendo programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

As políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Há certa similaridade entre as noções de política e a de plano, embora a mesma possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. É preciso distinguir política pública e política de governo, vez que enquanto esta guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos. Deve-se reconhecer, por outro lado, que o cenário político brasileiro demonstra ser comum a confusão entre estas duas categorias. A cada eleição, principalmente quando ocorre alternância de partidos, grande parte das políticas públicas fomentadas pela gestão que deixa o poder é abandonada pela gestão que o assume.

Inegável, por certo, que o estudo das políticas públicas pelo Direito Administrativo marca profundamente a evolução do Direito como um todo, acompanhando a consolidação do chamado Estado Democrático de Direito, o Estado constitucional pautado pela defesa dos direitos de liberdade e pela implementação dos direitos sociais.

No Estado constitucional, pautado pelas teses do novo constitucionalismo, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio de políticas públicas geradas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas estas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo através da aprovação de leis, planos e orçamentos ou na Administração Pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública.

Um dos principais problemas que se colocam quando do estudo da implementação de políticas públicas é a possibilidade do controle jurisdicional. Tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos administrativos. Coloca-se como desafio estabelecer até que ponto e sob quais parâmetros estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público no implemento de políticas públicas. A discussão deste tema apesar de instigante não faz parte do presente estudo.

Feitas as considerações iniciais sobre a conceituação de políticas públicas seguimos em frente com o tema das políticas públicas no setor de energia.

A implantação de políticas públicas depende, necessariamente, da obediência a certas determinações do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, aos dispositivos constitucionais, que trazem os princípios que regem as atividades administrativas em geral, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em segundo lugar, é preciso verificar o que traz a legislação ordinária sobre o setor específico ao qual se destinam as políticas. No caso do setor energético, especialmente no tocante à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, a Lei 9.478/97, como já exposto, enumera as diretrizes necessárias ao aproveitamento racional dos recursos, em respeito ao interesse público que circunda as fontes de energia.

O Conselho Nacional de Política Energética tem a tarefa de implementar as políticas energéticas de forma harmônica e uniforme. E além do Conselho, os demais administradores, como aqueles das Agências estão sujeitos aos princípios e objetivos trazidos na lei e na Constituição Federal, sob pena de lesão a toda a sociedade pela dilapidação deste patrimônio.

É sabido que a atividade econômica está diretamente relacionada com a utilização de energia, uma vez que energia é sinônimo de poder, e quem pode pagar por ela tem maior chance de usufruir de suas variadas formas de utilização. Em contrapartida, o não acesso marginaliza. Assim, as formas de gerá-la deixam de ser um problema exclusivamente técnico, para se constituírem em questões que envolvem aspectos energéticos, econômicos e ambientais.

Nesse ponto devemos parar e refletir que as políticas públicas no setor energético não devem apenas satisfazer as necessidades da sociedade de maneira imediata sem verificar os riscos pela utilização de determinada forma de energia. Devemos aqui observar os princípios trazidos na Lei do Petróleo e na Carta Magna.

A política pública no setor de energia deve ser mensurada também em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, dos cidadãos.

A idéia de desenvolvimento sustentável deve permear toda e qualquer política no setor energético, incorporada também a dimensão de eficiência na Administração Pública que está intimamente ligada a capacidade de gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

3. BIODIESEL: ASPECTOS CONCEITUAIS

O biodiesel é um combustível biodegradável e obtido de fontes renováveis, podendo ser extraído por diferentes processos químicos, entre eles o craqueamento, a esterificação e a transesterificação. Este último é o mais utilizado e consiste numa reação química de óleos vegetais ou de gorduras animais com o álcool comum (etanol) ou o metanol, estimulado por um catalisador. Desse processo, além do biodiesel em si, também se extrai a glicerina, que é removida do óleo vegetal e utilizada na fabricação de sabonetes e diversos outros cosméticos. Como se verá mais adiante, o biodiesel pode ser produzido a partir de dezenas de espécies vegetais, muitas das quais o Brasil é produtor. Assim, este biocombustível substitui total ou parcialmente o óleo diesel de petróleo em motores de ciclo diesel automotivos (de caminhões, tratores, camionetas, etc.) ou estacionários (geradores de eletricidade, calor, etc.).

O aparecimento do biodiesel remonta ao final do século XIX, quando Rudolf Diesel desenvolveu um motor – homônimo – em 1895, intencionando que sua invenção funcionasse à base de diversos óleos vegetais e vaticinando a relevância da sua utilização. Expondo sua criação na Mostra Mundial de Paris em 1900, Diesel utilizou óleo de amendoim para produzir combustão. Com o aparecimento e sucedente crescimento da indústria do petróleo no século XX, deu-se a perda do interesse pela produção de combustíveis provenientes de óleos vegetais. O petróleo era, àquela época, o mais barato dos combustíveis, tendo a indústria petrolífera tirado proveito daquela recente invenção e denominado um dos seus derivados como “óleo diesel”.

Sendo a inserção do biodiesel na matriz energética brasileira bastante recente – o seu uso comercial foi autorizado no final de 2004 –, também o são as definições legais para o termo “biodiesel”.

Apesar da inserção recente, vale destacar que o biodiesel já vinha sendo estudado no país a bastante tempo. Uma prova disto é que a PI 8007957 requerida ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI pelo Prof. Expedito Parente foi a primeira patente – em nível mundial – do biodiesel e do querosene vegetal de aviação, a qual entrou em domínio público pelo tempo e desuso, fato lamentável para a pesquisa tecnológica brasileira.

O Decreto nº 5.927, de 6 de dezembro de 2004, o conceitua como “combustível para motores a combustão interna com ignição por compressão, renovável e biodegradável, derivado de óleos vegetais ou de gorduras animais, que possa substituir parcial ou totalmente o óleo diesel de origem fóssil”. Posteriormente, a Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005, ao modificar o inciso XXV do art. 6º da Lei do Petróleo, o definiu como “biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a

combustão interna com ignição por compressão ou, conforme regulamento, para geração de outro tipo de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil”. Nota-se, desta forma, ter o primeiro conceito um caráter propedêutico, enquanto o segundo mostra-se mais prático.

O marco regulatório, formado por todas as normas acerca do biodiesel na ocasião da autorização do seu uso comercial no Brasil, considera a diversidade de oleaginosas disponíveis no país, a garantia do suprimento e da qualidade, a competitividade frente aos demais combustíveis e uma política de inclusão social. As regras permitem a produção a partir de diferentes oleaginosas e rotas tecnológicas, possibilitando a participação do agronegócio e da agricultura familiar.

A normatização feita pela Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, responsável pela regulação e fiscalização do novo produto, cria a figura do produtor de biodiesel, estabelece as especificações do combustível e estrutura a cadeia de comercialização. Também foram revisadas 18 resoluções que tratam sobre combustíveis líquidos, incluindo agora o biodiesel. A ANP passa a ter como atribuição implementar a política nacional do biodiesel – além do petróleo e do gás natural –, com ênfase na garantia do suprimento e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos.

O Brasil apresenta uma enorme potencialidade para a utilização do biodiesel na sua matriz energética, pois para a sua fabricação as plantas industriais têm ampla flexibilidade em termos de tamanho e de matérias-primas empregadas (mamona, dendê ou palma, soja, girassol, babaçu, pinhão manso, amendoim, nabo forrageiro, caroço de algodão, etc.), com pequena ou nenhuma necessidade de modificação, possibilitando que a produção desse combustível renovável se adapte às peculiaridades regionais do país e que se implante um programa não excludente.

A produção e uso do biodiesel no Brasil, como fonte de energia alternativa e renovável substitutiva ou complementar ao diesel de origem fóssil, apresenta as mais diversas vantagens para o país. Dentre elas podemos destacar os aspectos econômicos, ambientais e sociais, uma vez que esse combustível permite a economia de divisas com a importação de petróleo e óleo diesel, reduz a poluição ambiental e cria empregos em áreas pouco desenvolvidas, gerando inclusão social.

4. O REGIME TRIBUTÁRIO APLICADO À INDÚSTRIA BRASILEIRA DO BIODIESEL

A tributação não é usada pelo Estado apenas com o seu caráter de arrecadação de recursos para o erário público; ela também pode ser utilizada de maneira deliberada e indireta com a finalidade de solucionar problemas, influenciando setores em vista de determinados objetivos políticos, econômicos e sociais. Enquanto a primeira característica é meramente fiscal, a segunda permeia a noção de extrafiscalidade.

No âmbito da tributação, o Estado estabelece o balanceamento entre a possibilidade de se atingir os fins almejados pela Constituição e pela política econômica e a capacidade do setor privado em arcar com tais encargos. Portanto, vê-se nitidamente que os tributos têm o poder de criar condições para que uma política econômica possa ou não ser viabilizada.

O emprego de isenções e benefícios fiscais, assim como o aumento ou redução das alíquotas, pode fazer com que determinados comportamentos se harmonizem com os objetivos e princípios estabelecidos pelas políticas públicas, como é o caso da política energética nacional.

O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel utilizou-se de instrumentos normativos que estruturassem o incipiente mercado brasileiro de biodiesel mediante uma política fiscal diferenciada, a instituição de um selo social, a regionalização da atividade, e a garantia de um mercado consumidor através da obrigatoriedade de sua mistura no diesel de petróleo e mediante a realização de leilões de oferta.

O governo brasileiro estimulou a produção dessa fonte energética através da isenção fiscal, evitando maiores transtornos no plano energético nacional e permitindo uma maior competitividade para o biodiesel produzido nas condições previstas na legislação específica.

As idéias trazidas aqui se fundamentam basicamente em quatro dos diplomas legais que regem o Programa Nacional do Biodiesel, a saber: a Lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005 (Lei do Biodiesel), a Lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda do biodiesel; o Decreto Nº 5.457, de 06 de junho de 2005, que reduz as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de biodiesel; e por fim, o Decreto Nº 5.297, de 6 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os coeficientes de redução das alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, incidentes na produção e na comercialização de biodiesel, sobre os termos e as condições para a utilização das alíquotas diferenciadas.

4.1. Biodiesel Social

O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel vem estruturado através de normas que visam o desenvolvimento sustentável, instituindo o selo ambiental, gerando linhas de crédito e disponibilizando uma isenção tributária capaz de dar competitividade ao preço do produto para o consumidor final frente aos combustíveis fósseis já existentes no mercado. O selo, denominado “Combustível Social”, busca fomentar a inserção dos pequenos agricultores na cadeia produtiva. Através desse selo, o produtor de biodiesel se compromete a adquirir de agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF a matéria-prima necessária para sua produção.

Atento à realidade rural do país, o governo estabeleceu um percentual mínimo de aquisição de matéria-prima para que o produtor adquira os benefícios fiscais no Decreto 5.297, de 06 de dezembro de 2004. Porém, não obrigou, a princípio, que a integralidade dos insumos para a indústria do biodiesel seja fornecida pelo pequeno agricultor, em face da possível inviabilidade de abastecimento da indústria unicamente com essa espécie de fornecedor. A agroindústria, sustentada por grandes produtores rurais, ainda é uma realidade da qual o governo não pode se afastar sob pena de prejudicar a economia global do país.

4.2 Regime diferenciado do Pis/Pasep e da Cofins

A lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005 estipula duas formas de recolhimento das contribuições, ficando a critério do produtor ou importador de biodiesel escolher qual delas optar: ele pode pagar um percentual incidente sobre o valor da venda do biodiesel ou recolher um valor fixo, com base no metro cúbico de biocombustível vendido.

Inicialmente, o art. 3º da norma em tela preceitua que o PIS/PASEP e a COFINS incidirão, uma única vez, sobre a receita bruta auferida, pelo produtor ou importador, com a venda de biodiesel, às alíquotas de 6,15% (seis inteiros e quinze centésimos por cento) e 28,32% (vinte e oito inteiros e trinta e dois centésimos por cento), respectivamente.

A seguir, no art. 4º dessa mesma lei, é enumerada a outra forma de recolhimento, feito mediante o pagamento de um valor fixo referente ao metro cúbico do produto produzido ou importado. Essa norma admite que o importador ou produtor de biodiesel opte por regime especial de apuração da contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS, no qual os valores são inicialmente fixados, respectivamente, em R\$ 120,14 (cento e vinte reais e quatorze centavos) e R\$ 553,19 (quinhentos e cinquenta e três reais e dezenove centavos) por metro cúbico.

Nota-se que o legislador priorizou a forma de apuração monofásica, significando que a obrigação tributária só recairá uma única vez sobre a receita bruta auferida pelo produtor ou importador com a venda de biodiesel, facilitando a arrecadação que será concentrada no agente inicial da cadeia produtiva.

Enfatize-se a falta de técnica do legislador que, ao usar o termo alíquota, refere-se tanto ao percentual de incidência da contribuição como ao valor fixo a ser pago pelo produtor ou importador em regime especial. Melhor seria definir de forma clara e objetiva qual seria a forma de cobrança do tributo, se por meio de alíquota ou valor fixo. A ressalva merece atenção porque a utilização equivocada do vocábulo por vezes confunde o intérprete, suscitando dúvidas no tocante à intenção propugnada pela norma.

De qualquer maneira, a regra geral é que o valor da contribuição vai ser devido na fonte, nos percentuais ou valores fixos, independentemente de quantos agentes estejam envolvidos na cadeia de comercialização, proporcionando, no caso, uma não-incidência do tributo em possíveis negociações intermediárias. A vantagem dessa estipulação para

os cofres públicos consiste em facilitar a verificação do recolhimento do tributo, pois o devedor fica resumido em um único agente.

Percebe-se que até aqui não foi concedido nenhum benefício fiscal; a norma geral referente ao percentual tributário que incide sobre a comercialização do biodiesel não representa incentivo do governo à produção dessa fonte de energia renovável. Na verdade, o estímulo recai na isenção tributária sobre as alíquotas-base de PIS/Pasep e Cofins aplicadas.

O instituto da isenção se verifica quando uma lei posterior desonera total ou parcialmente algum agente do pagamento de alíquotas referentes a um tributo. Em geral, o Estado se serve da isenção para proporcionar a comercialização do produto no mercado por preço mais acessível. No caso, permitir-se-á maior competitividade para o biodiesel produzido nas condições previstas na legislação específica.

Ressalte-se que uma isenção dentro do regime especial para a comercialização ou importação biodiesel no mercado nacional estimula a preferência por essa forma de arrecadação. Esse é um meio de garantir o preço do produto, com o objetivo de torná-lo economicamente viável em face do diesel tradicional.

Por esse motivo, visando promover a competitividade do biodiesel brasileiro no mercado internacional, o biocombustível foi desonerado do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) em 100%, garantindo-se isenção total para a incidência desse tributo.

Note-se que não há violação ao princípio da legalidade tributária no estabelecimento, por via de decreto, de alíquota zero para o IPI incidente sobre o biodiesel. A explicação se encontra no § 1º do art. 153 do texto constitucional, que expressamente faculta ao Poder Executivo, atendidas condições e limites estabelecidos por lei, alterar as alíquotas desse imposto.

Observa-se mais uma vez que o legislador procurou agregar um cunho social ao programa, de modo que a apuração das concedendo uma maior isenção fiscal em função da matéria-prima utilizada, da região de cultivo da oleaginosa, do produtor-vendedor ou da combinação desses fatores. O regime fiscal foi flexibilizado em decorrência dos interesses sociais que o projeto visa atender.

O legislador, no entanto, deixou a cargo do Poder Executivo o estabelecimento das prioridades que o Programa de Incentivo ao Biodiesel deve seguir, quais sejam: o desenvolvimento regional e a valorização da agricultura familiar.

Partindo dessa premissa, o Decreto Nº 5.297, de 06 de janeiro de 2004, em seu art. 4º, I,138 traça como principal meta promover o desenvolvimento das Regiões Norte e Nordeste e do Semi-Árido brasileiro. A redução das alíquotas é de 0,775 por cento caso a matéria-prima seja produzida a partir de mamona ou fruto, caroço ou amêndoa de palma nessas localidades. No regime especial, fica a contribuição do PIS/Pasep e da Cofins no valor de R\$ 27,03 (vinte e sete reais e três centavos) e R\$ 124,47 (cento e vinte e quatro reais e quarenta e sete centavos), respectivamente, por metro cúbico de biodiesel fabricado.

O dispositivo não é senão um mecanismo de estimular o cultivo de oleaginosas mais adaptadas e com um maior índice de aproveitamento em conformidade com as peculiaridades climáticas daquelas regiões. Dessa forma, busca-se o sucesso do empreendimento, viabilizando de maneira estratégica o amadurecimento do mercado produtor.

Garantida a diferenciação tributária, o biocombustível a ser produzido em usinas da própria região torna-se comercialmente viável, atraindo os investidores, aumentando o mercado de trabalho, absorvendo a mão-de-obra local e gerando, conseqüentemente, riqueza.

Tais distinções e a não-uniformidade das alíquotas desses tributos se coadunam com o estabelecido na Constituição Federal, visto que concede incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país.

No entanto, tal diferenciação não é algo pacificado na doutrina do Direito Tributário.

O Código Tributário Nacional, no seu art. 176, parágrafo único, enuncia que a isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares; não obstante, essa permissão legal entra em nítida oposição ao art. 151, I da Constituição Federal de 1988, primeira parte, que veda à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a município, em detrimento de outro.

Essa máxima constitucional da uniformidade tributária visa evitar diferenciações injustas e se coaduna com os princípios do pacto federativo, pelo qual todos os estados devem ser tratados de forma igual dentro da federação. Essa igualdade, contudo, precisa tratar cada estado de acordo com as suas necessidades e desigualdades.

Outra questão a ser suscitada por alguns estudiosos é que o art. 5º, caput, da Lei 11.116/2005 não resistiria ao cotejo com o art. 150, I, da CF.

O referido art. 5º atribuiu ao Poder Executivo a faculdade de instituir e alterar coeficientes de redução das alíquotas específicas definidas no art. 4º da mesma lei. Já o art. 150, I, do texto constitucional carrega o princípio da legalidade tributária, o qual estatui a necessidade de lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) e material (a hipótese de incidência e o dever tributário devem ser rigorosamente previstos pelo legislador) para instituição e majoração de tributo. Para parte da doutrina é inválida a lei que delega ao Poder Executivo a definição de qualquer desses aspectos do tributo.

No entanto cabe fazer uma ressalva acerca do caput do art. 5º que prevê que a alteração dos coeficientes de redução das alíquotas pode se dar a qualquer tempo. Pois, de acordo com o art. 195, § 6º, do texto constitucional, portanto, as novas alíquotas só passariam a valer depois de passados noventa dias da publicação do ato normativo competente para tanto.

Acredita-se, portanto, que é preciso fazer uma interpretação sistemática das leis para se chegar à aplicação mais justa e coerente. Partindo dessa premissa, o próprio art. 151, I, segunda parte, da Constituição Federal, atenua a rigidez da vedação estabelecida, admitindo a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Vê-se, desta maneira, que o legislador constituinte não ignorava as desigualdades socioeconômicas entre as diferentes regiões que compõem nosso Estado federativo e procurou disponibilizar instrumentos, dentre eles os fiscais, para atenuar essa heterogeneidade. Tanto é assim que logo no art. 3º, III, Constituição Federal de 1988, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ficou explícita a preocupação de nossos legisladores em reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No capítulo IV da Constituição, que trata das regiões, o constituinte, no art. 43, caput, trouxe permissão para a União articular sua ação em um mesmo complexo econômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. Mais adiante, ainda nessa mesma linha de pensamento, no art. 43, §2º, III, o legislador autorizou explicitamente os incentivos regionais mediante isenções, reduções ou diferenças temporárias de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Por tudo ora exposto, não nos resta dúvida que a possibilidade de isenção por região não só é justa federativamente falando, visto que busca o bem maior para a sociedade brasileira como um todo, qual seja, a eqüitativa prosperidade econômico-social de todos os entes federados, assim como é legal e constitucionalmente permitida. Percebe-se também de forma nítida a compatibilidade dos dispositivos de incentivos fiscais do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel não só com os princípios constitucionais da ordem tributária, mas também com os princípios da ordem econômica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Lei nº 11.097/05 e a Lei nº 11.116/05 o Brasil deu um passo importante para a construção de ferramentas para a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira. Contudo, a introdução do biodiesel traz uma série de questões a serem tratadas pelos instrumentos jurídicos vigentes no país, uma vez que a produção deste combustível impõe desafios regulatórios para o Estado, no tocante a conexão entre agronegócio e a indústria petrolífera. Neste sentido, é necessária uma regulação que não apenas determine a adição de biodiesel, mas que também organize a cadeia por meio de mecanismos de incentivo.

No atual contexto, a legislação tem uma preocupação social com a inserção do pequeno produtor no agronegócio voltado para a energia, mas com a demanda de energias renováveis crescentes no mundo, as empresas precisarão entrar mais ativamente neste processo, embora dentro de uma ótica de promoção do desenvolvimento social. Mas

para isto, deve-se pensar numa regulação que esteja atenta às especificidades da produção de biodiesel, que foge a modelos de negócio onde o petróleo e o gás estão garantidos pelo volume de reservas provadas nos poços, mas passa a estar submetida às variáveis da produção rural.

Em face destas questões, principalmente da necessidade de maior garantia de abastecimento, de problemas de preço e das questões de produção das oleaginosas, o estudo dos instrumentos jurídicos nacionais deve buscar uma regulação que leve em conta modelos de tributação, contratos, meio ambiente, preço e coordenação institucional que lide com esta nova realidade e crie incentivos suficientes para o biodiesel ser introduzido e ser comercializado futuramente com sucesso e em condições de mercado.

Estas breves linhas não têm pretensão de esgotar o tema, mas sim de suscitar a discussão em torno dos mecanismos tributários de incentivo à produção e uso do biodiesel em conformidade com a Constituição Federal e com o Sistema Tributário Nacional, uma vez que a segurança jurídica está intimamente relacionada com o sucesso do programa.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. A lei do biodiesel e o princípio internacional de não-discriminação: meio ambiente, tributação e regras internacionais. TÔRRES, Heleno Taveira; CATÃO, Marcos André Vinhas (coord.). *Tributação no setor de petróleo*. São Paulo: Quartier, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.

BAZAN, Luís Henrique Ayala. *Direito ao desenvolvimento sustentável homogêneo e heterogêneo. Breve análise no federalismo brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 633, 2 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6558>>. Acesso em: 06 abr. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: Paulo Bonavides; Francisco Gérson Marques de Lima; Fayga Silveira Bedê. (Org.). *Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 07.

_____. Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 jan. 2005.

_____. Lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005. Dispõe sobre o Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda desse produto; altera as Leis nº [10.451, de 10 de maio de 2002](#), e 11.097, de 13 de janeiro de 2005; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 19 mai. 2005.

BRÜSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: *CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais 737/11-22, 1997.

CUNHA, Sheyla Yusk. *O regime tributário aplicado à indústria brasileira do biodiesel*. Natal:UFRN, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.17, 1996.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

IBGE. Indicadores de desenvolvimento sustentável. Diretoria de Geociências IBGE. Rio de Janeiro: 2000.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: lei federal nº. 9.478, de 6-8-1997*. Atlas. São Paulo: 2000.

MCT. O Programa. *O Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel*. Disponível em: <<http://www.biodiesel.gov.br>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

MILARÉ, Êdis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MME. *PROINFA. Programa de Incentivo a Fontes Alternativas de Energia Elétrica*. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

NATIONAL Biodiesel Board. Disponível em: <<http://www.biodiesel.org/>>. Acesso em: 01 jun. 2005.

NÚCLEO DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Cadernos NAE: biocombustíveis*. Brasília: Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, n.2, jul. 2004.

OLIVEIRA, Luciano Bastos; COSTA, Ângela Oliveira da. *Biodiesel: uma experiência de desenvolvimento sustentável*. IVIG/COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<http://www.ivig.coppe.ufrj.br/doc/biodiesel.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

PARENTE, Expedito José de Sá. *Biodiesel: uma aventura tecnológica num país engraçado*. Fortaleza: Tecbio, 2003.

_____. *Processo de produção de combustíveis a partir de frutos ou sementes oleaginosas*. BR n. PI 8007957, 05 dez. 1980, 07 jul. 1981.

RIBEIRO, Daniele Santos. A extrafiscalidade como instrumento para intervenção em matéria econômica e social. In: CAGGIANO, Mônica Herman Salem (Org.). *Reflexões em Direito Político e Econômico*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. Malheiros. São Paulo: 2001.

SANTOS, Rafael César Coelho dos. *Incentivos Fiscais ao Biodiesel no Brasil*. [no prelo] Natal: UFRN, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STF. *Jurisprudência*. Adi-MC 3540 / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator(A): Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Dj 03-02-2006 Pp-00014 Ement Vol-02219-03 Pp-00528

CONSULTA FISCAL*

CONSULTE FISCAL

Andrine Oliveira Nunes

RESUMO

Este estudo busca analisar a importância da consulta fiscal para a segurança das relações negociais e tributárias, com base nos seus fundamentos constitucionais, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, bem como demonstrar o seu auxílio no combate a práticas elisivas e de sonegação fiscal. O presente utiliza-se de estudo descritivo-analítico, bibliográfico e documental, sendo ensaio puro, qualitativo, explicativo e exploratório. A complexidade do sistema, o excesso de normas jurídicas, a presença crescente e abundante de antinomias e inconstitucionalidades, a baixa credibilidade dos gestores públicos, tendo em vista um histórico de arbitrário privilégio fiscal, corroboram para a baixa adesão social às normas tributárias, o que conduz à evasão de receitas, através da elisão e sonegação, implicando no conseqüente confronto Fisco versus Contribuinte. A consulta fiscal é a oportunidade que o Estado disponibiliza ao contribuinte de sanar dúvida referente à postura fiscal e à legislação tributária. Significa segurança para o contribuinte de poder agir em conformidade com a lei e com o aval do Poder Público, pois vincula a Administração Pública ao entendimento manifestado. A consulta fiscal representa um instrumento de acesso do contribuinte ao Poder Público na busca do saneamento de dúvida oriunda de fatos ou hipóteses que possam gerar obrigações tributárias, com a finalidade de trazer a legislação tributária à prática hodierna. Demonstra a sua importância no combate a condutas elisivas e de sonegação fiscal quando a interação entre o interesse público e o particular torna imperativa a existência de regras claras e incontroversas para possibilitar aos contribuintes a consecução de suas rotinas e ao Poder Público o recebimento dos tributos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSULTA FISCAL. TRIBUTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. COMBATE. ELISÃO FISCAL.

RESUME

Cet étude cherche à analyser l'importance de la consulte fiscale pour la sécurité des relations négociables et tributaires, sous le support de ses fondements constitutionnels, législatifs et doctrinaires, bien que montrant son aide pour le combat à des pratiques de planification tributaire et de recèlement fiscal. Celui-ci, a été implémenté pendant la période de mois d'août/2005 au mois d'août/2006. Les critères utilisés pour cette étude descriptive-

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

analytique, bibliographique et documentaire, sont purement qualitatifs, explicatifs et exploratoires. La complexité du système, l'excès de règles juridiques, ainsi que la croissance et l'abondance des antinomies et les inconstitutionnalités, la baisse de crédibilité des administrateurs publics, et un historique arbitraire du pouvoir fiscal, corroborent pour diminuer l'adhésion sociale pour des règles tributaires, en conduisant à l'évasion de perception des impôts, par licite et recèlement, par conséquent se confronte avec Trésor de l'État versus contribuable. La consultation fiscale c'est l'occasion que l'État disponibilise au contribuable de guérir des dettes relative à la posture fiscale et à la législation tributaire. Signifie la sécurité pour le contribuable pouvoir agir par la loi et avec le support du Pouvoir Public, car lie l'Administration Public et au entendement manifesté. Donc, la consultation fiscale représente un instrument d'accès du contribuable au Pouvoir Public à la recherche de remédier des dettes originaire de faits et des hypothèses qui peuvent gérer des obligations tributaires, avec les objectifs d'apporter à la législation tributaire la pratique d'aujourd'hui. Montre l'importance au combat aux plans tributaires et de recèlement fiscal quand l'interaction entre l'intérêt public et le particulier devient une imposition à l'existence de règles claires et incontroverses pour possibilité aux contribuables l'obtention de ses routines et au Pouvoir Public le recèlement fiscal.

MOT-CLES: CONSULTE FISCALE. TRIBUT. PROCÈS ADMINISTRATIF TRIBUTAIRE. CONSTITUTION. COMBAT. ÉLISION FISCALE.

INTRODUÇÃO

A complexidade do sistema, o excesso de normas jurídicas, a presença crescente e abundante de antinomias e inconstitucionalidades, a baixa credibilidade dos gestores públicos, tendo em vista um histórico de arbitrário poderio fiscal, corroboram para a baixa adesão social às normas tributárias, o que conduz à evasão de receitas, através da elisão e sonegação, implicando no consequente confronto Fisco *versus* Contribuinte. No entanto, o cenário da globalização não fomenta a prática elisiva nem as posturas mercadológicas irregulares, visto que o sistema de informação internacional acaba por marginalizar aqueles que assim manifestam suas condutas.

Cabe ao particular pautar-se pelo respeito à legalidade, como forma de assegurar a licitude da prática negocial, enquanto ao Estado, na qualidade de guardião do interesse coletivo, compete regular, interferir e agir no mercado, direta e indiretamente, com base na legislação competente. Neste jaez, superados os estágios iniciais do pensamento jurídico estatal, qual seja, a tributação com o fito exclusivo arrecadatório, bem como, da praxe social de sonegação, vulgarizada como “o jeitinho brasileiro”, o Fisco, baseado no Estado Democrático de Direito e nos princípios norteadores da justiça, lança à mão do contribuinte a consulta fiscal.

Instituto que se dá no âmbito da administração pública, a consulta fiscal é entendida como o processo pelo qual o contribuinte questiona a Fazenda Pública sobre determinado fato ou hipótese, de duvidosa aplicação, cuja resposta deve ditar o entendimento da administração sobre a conduta a ser tomada pelo contribuinte, sendo formulada nos limites das competências tributárias fixadas pela Constituição Federal. É a oportunidade que o Estado disponibiliza ao contribuinte de sanar dúvida referente à

postura fiscal e à legislação tributária, podendo ser adotada como mecanismo viável para prática de políticas fiscais.

Ao analisar a história jurídica, nota-se que poucos são os temas que sofrem o abandono da Ciência Jurídica, como aqueles concernentes ao Processo Administrativo Tributário, dentre eles se encontra a consulta fiscal, tendo em vista que, por muito tempo, a solução de lides tributárias remanesceu relegada aos confins da atividade administrativa como subproduto da atividade financeira do Estado.

Assim, este trabalho tem o intuito de transcorrer breves considerações a respeito deste instituto, pouco explorado doutrinariamente e de fundamental importância ao combate à elisão e à sonegação, outrossim, à saneamento de dúvidas quanto a práticas e posturas fiscais.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E ORIGEM DA CONSULTA FISCAL

Os direitos fundamentais do homem representam um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, congregam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, devendo ser estas reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

É a ideologia política de cada ordenamento jurídico que concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, caracterizando como fundamental a indicação de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive nem mesmo sobrevive. Os direitos fundamentais podem ser definidos como sendo a faculdade que a norma atribui de proteção à pessoa e a sua vida, sua liberdade, sua igualdade, sua participação política e social, e a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenrolar integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito dos demais homens, e dos grupos sociais e do Estado, dando a prerrogativa de coagir o Estado em caso de infração. Isto é, impõe ainda limites ao Estado pela soberania popular, visto que os poderes constituídos do Estado dela dependem.

No final do século XVII a primeira geração de direitos fundamentais inaugura o florescimento das liberdades públicas, dos direitos e garantias individuais e políticas clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento, dentre eles elenca-se: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à expressão, o direito à propriedade, o direito à religião, etc. Oriundo do direito à expressão, o direito de petição, disponibiliza ao cidadão a garantia de invocar a atenção de autoridade, seja esta agente coator ou não, sobre fato ou questão, a expressar opinião fundamentada.

Consiste o direito de petição no poder de dirigir a autoridade um pedido de providências, ou de intervenção em prol de interesses individuais ou coletivos, próprios ou de terceiros, de pessoa física ou jurídica, que estejam sendo violados por ato ilegal abusivo de poder.

A consulta fiscal encontra sua origem no referido direito, ou seja, o contribuinte ou responsável, no atributo deste, ao dirigir-se à autoridade para dirimir dúvida a respeito de fato ou hipótese, está praticando a garantia constitucional de ter, junto ao Poder

Público, a resposta ao seu questionamento e assim poder agir em conformidade com norma jurídica prescrita.

Assim, por depender, a manutenção da máquina estatal do custeio privado, caracterizado através da transferência de valores da riqueza de particulares para os cofres públicos, o que demonstra o poderio do Estado na imposição de tributos, deve, o Fisco primar pelos ditames constitucionais, em especial à competência tributária e aos limites ao poder de tributar, a fim de tornar legítima sua atribuição.

Pois como bem ensina Leandro Paulsen: “A ‘tributação’ que não encontra suporte no texto constitucional não constitui propriamente ‘tributação’, mas violência aos direitos individuais, arbítrio inconstitucional e ilegítimo.” Nesse desiderato, apesar da pouca divulgação do instituto, bem como, da ausência de punição à autoridade coatora pela falta de resposta ou pronunciamento, a consulta fiscal vem dar ao cidadão a oportunidade de sanar dúvida e assim poder agir de acordo com a legislação tributária vigente, reduzindo, consideravelmente, práticas elisivas e sonegatórias.

2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DA CONSULTA FISCAL

As dúvidas ocasionadas em decorrência da complexidade da legislação tributária, bem como, a sua praxe, podem ser dirimidas antes mesmo da fiscalização ou da autuação do Fisco, através do instituto da consulta fiscal.

No dizer do professor Valdir de Oliveira Rocha, “entende-se por consulta fiscal: a modalidade de processo administrativo em que um interessado apresenta dúvida sobre situação de fato ao Fisco-Administração, para obter deste decisão vinculante a respeito”. Assim, o contribuinte busca conhecer a interpretação da Fazenda Pública a fim de evitar eventuais equívocos e futuras sanções. No mesmo sentido expõe Ramón Valdés Costa:

El derecho tributario contemporáneo, con la reconocida complejidad de sus normas que crea problemas importantes de interpretación, y con el sistema, cada vez más generalizado, de la liquidación del tributo por el contribuyente y aun por el responsable, en lugar de por la administración mediante el acto de determinación, impone la solución deque el sujeto pasivo conozca de manera cierta la interpretación de la administración en aquellos caso que le ofrezcan dudas.

Desta feita, a consulta representa uma garantia constitucional, por ser oriunda do direito de petição, corolário da Constituição juntamente com o princípio da segurança jurídica, pois a Administração Pública tem o dever de primar pela ampla competência decisória, isto é, conhecer toda e qualquer matéria posta a sua apreciação e dela emitir parecer fundamentado, conforme o lecionado pelo Prof. James Marins:

Toda a matéria de defesa produzida pelo contribuinte deve ser conhecida e apreciada pelo órgão da administração encarregado do julgamento do conflito fiscal. Não pode se escusar a autoridade julgadora – em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa – de apreciar matéria formal ou material, de Direito ou de fato, questões preliminares ou de mérito.

Ao buscar uma declaração formal da Administração Pública acerca do direito aplicável ao caso que expõe, o interessado quer obter a segurança jurídica que lhe possibilite adequado planejamento da sua vida fiscal. É como se, de antemão, o particular tomasse conhecimento do regime jurídico tributário aplicável aos fatos descritos na petição de consulta e, munido desses critérios, pudesse orientar sua atuação.

Pois, a resposta ofertada à consulta, contém uma interpretação autorizada, isto é, oficial, que garante a segurança jurídica do consulente a respeito da postura a ser seguida frente ao fato concreto ou à hipótese questionada, ou seja, não necessariamente a dúvida deva pairar sobre fato já consumado ou na iminência de acontecê-lo, ao contrário, o caso em abstrato pode também ser alvo de dúvida solucionável pela Fazenda Pública. Nas palavras de Juan Zornoza Pérez:

Dicha garantía es evidente desde el punto de vista de la certeza, porque las contestaciones a consultas facilitan a los obligados tributarios el conocimiento y comprensión de las normas que les afectan, al anticiparles cuál es la interpretación que la Administración considera aplicable y, por tanto, cuál será el tratamiento jurídico-tributario previsible para los hechos consultados.

Assim como dispõe o já citado Valdir de Oliveira Rocha,

a decisão definitiva da Administração, à consulta fiscal, produz um efeito preclusivo ou irretratabilidade para o Fisco-Administração. A definitividade da resposta não significa imodificabilidade, mas a modificação, anulação (desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade) só opera para o futuro. A anulação da resposta, que põe outra decisão no lugar da anulada, deve ser motivada.

No entanto, é válido salientar que não se confunde com o simples requerimento, visto que este pode ser perquirido por qualquer administrado enquanto que a consulta fiscal tem consulente próprio, v.g., o contribuinte ou responsável, entidade de classe ou órgãos centrais da administração.

Quando trazidos à sua apreciação, os casos decorrentes do direito de petição do administrado não vincula a atuação da Fazenda, tendo em vista que o processo de consulta é diferenciado da simples orientação, que consiste em um ponto de vista da autoridade fiscal, aquele, deve ser solucionado por autoridade definida em lei, e obriga Fisco a adotar a opinião da autoridade fiscal como orientação oficial sobre o caso consultado.

Ademais, existiu na doutrina discussão acerca da natureza jurídica da consulta fiscal, sobre se esta configuraria processo ou mero procedimento. E segundo os ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo, tal discussão não tem razão de ser, visto que as implicações na consulta fiscal a caracterizam como processo, senão *ex vi*:

Embora nem sempre se desenvolva de modo efetivamente contencioso (o consulente pode estar efetivamente em dúvida, e aderir prontamente à resposta que lhe for oferecida), a consulta fiscal é um *processo*, e não um mero *procedimento*. primeiro, porque nela é assegurada a participação dos interessados (Fazzalari), cabendo ao consulente não apenas provocar uma resposta da administração, mas também interferir na formação dessa decisão com a sua compreensão a respeito do problema, devidamente

exposta na consulta. não há mera sequência de atos, unilateral e inquisitória, como é o caso do procedimento de fiscalização. Segundo, porque em muitos casos há efetivo conflito a ser dirimido, havendo divergência entre o entendimento sugerido pelo interessado, em sua consulta (que é formulada ‘em defesa de direitos’), e o entendimento adotado pela Administração Tributária ao respondê-la, divergência que pode ensejar inconformismo do administrado, a apresentação de recursos etc. Entendemos que a consulta fiscal é processo peculiar, distinto, no qual a participação dos interessados é fundamental, e que pode apresentar uma fase não contenciosa, na qual a autoridade simplesmente responde à dúvida suscitada pelo contribuinte, e uma fase contenciosa, na qual o contribuinte pode questionar a resposta dada, sendo-lhe assegurados o contraditório e o direito à interposição de recursos.

O que importa é que a consulta é processo que tem por finalidade sanar um estado de incerteza por parte do consulente quanto ao enquadramento jurídico-tributário que a Administração entende pertinente a determinado fato. A dúvida pode residir na presença de uma lacuna, na existência de normas aparentemente contraditórias, no surgimento de dispositivos novos etc.”.

Hoje, com entendimento já pacificado, entende-se que a consulta fiscal é uma modalidade de processo administrativo tributário, visto que há participação ativa dos interessados, podendo o consulente interferir na formação da decisão com a sua opinião, isto é, não configurando uma seqüência de atos unilaterais de natureza inquisitória como ocorre na fiscalização.

Portanto, havendo conflito entre a compreensão do consulente exposta na consulta e a decisão prolatada pelo Fisco, poderá aquele apresentar recurso. O que demonstra o contraditório e ampla defesa, características típicas do processo. Assim, denomina-se consulta fiscal ou tributária ou processo de consulta aquela espécie de processo administrativo tributário que dá oportunidade ao contribuinte de sanar dúvidas acerca da interpretação da lei tributária. Ou seja, o contribuinte detém dúvida, gerada por fato concreto ou abstrato (hipótese), questiona ao Fisco quanto ao procedimento a ser adotado.

Ressalta-se, porém que nem sempre a dúvida é sobre o entendimento do consulente, mas sobre a interpretação que será dada pelo Fisco, a fim de que aquele não haja em desconformidade com a Administração e sofra sanção futura, já que a resposta vincula a atuação da Fazenda Pública. A vinculação à resposta é alcançada somente pelo Fisco, ou seja, não obriga o consulente a observá-la, pois pode, o consulente, recorrer ao Judiciário caso entenda que a resposta obste ou ameace direito seu.

Administração fica vinculada a observar a decisão dada à consulta formulada pelo administrado. Mas o administrado não fica obrigado a observá-la, porque, se entender que a resposta dada obsta ou ameaça direito seu, sempre poderá ver sua posição apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988).

O agente público, no momento em que se assina determinada resposta, dissolve-se no seio do Estado enquanto corpo normativo. Desaparece o individual para surgir o estatal. Logo não se pode admitir que uma resposta dada a uma consulta tributária seja algo que

se situe no mesmo nível de uma opinião doutrinária. Quando a consulta tributária é respondida, essa resposta traduz o pensamento do Estado em sua dimensão de administração fiscal. Trata-se, por isso mesmo, de uma manifestação que se poderia chamar de oficial. Afinal o Estado não paga servidores para que fiquem se deliciando com teorias suspensas da realidade mas sim para que prestem um serviço público. A prestação desse serviço, obviamente, poderá ser mais ou menos qualificada, tudo dependendo do controle qualitativo que se faça quanto ao recrutamento dos servidores públicos. Se o contribuinte, em razão da prestação de um serviço público – resposta a uma consulta tributária – vem a sofrer prejuízo ele passa a titularizar o direito público subjetivo de buscar uma composição patrimonial.

O que demonstra que a vinculação da Administração à resposta à consulta fiscal tem a teleologia de proteger o consulente, pois pode este, estando insatisfeito, recorrer ao Poder Judiciário e ter, por fim, uma decisão legítima da postura a ser seguida.

3. CARACTERÍSTICAS E EFEITOS DA CONSULTA FISCAL

Disciplinado pelos artigos 46 a 58 do Decreto 70.235/72 e pelos artigos 48 a 50 da Lei 9.430/96, o processo de consulta, em conformidade com o expresso anteriormente, decorre do art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, que dispõe sobre o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Por buscar sanar dúvida a respeito de fato ou hipótese que determine o adimplemento de obrigação tributária com a teleologia do cumprimento literal da legislação, a consulta fiscal se caracteriza como um processo administrativo tributário preventivo, onde o sujeito passivo da obrigação tributária, mas sujeito ativo do processo de consulta, ou seja, o contribuinte, o responsável, ou os órgãos da administração pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais, poderão formular consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado.

Tal consulta deve se apresentar pela forma escrita a fim de garantir o princípio da segurança jurídica, isto é, o consulente tem a comprovação de que fez a consulta em todos os seus termos. Além de garantir a outrem, também interessado, o vislumbre não apenas da resposta à consulta, mas o inteiro teor da dúvida e do fato narrado pelo consulente. Nesse sentido expressou o professor Valdir de Oliveira Rocha:

O caráter escrito da resposta à consulta é indispensável a que sejam prestigiados os princípios da publicidade (com a divulgação da resposta), e da liberdade de concorrência, na medida em que todas as pessoas em iguais condições às do consulente terão como conhecer a interpretação que a Administração adotou na consulta então formulada, e pugnar por igual ou análogo tratamento.

Segundo o artigo 47 do Decreto 70.235/72, o domicílio tributário é o do consulente e a petição fundamentada deverá ser formulada à ente administrativo competente, que será o sujeito passivo da consulta fiscal. Se a dúvida for pertinente ao âmbito federal, mesmo assim deverá ser direcionada, a consulta, à Secretaria da Receita Federal do domicílio do consulente.

Na sistemática da legislação vigente, no âmbito federal há omissão quanto ao teor da consulta fiscal, entretanto, o professor Hugo de Brito Machado Segundo entende que:

Em sua petição de consulta, o administrado deve descrever a situação de fato pertinente à consulta, apontar a dúvida que entende estar presente, e indicar a solução que considera adequada, pedindo ao final o pronunciamento da Administração Tributária a respeito do problema.

No âmbito estadual, varia de Estado para Estado, no entanto devem tomar como parâmetro a legislação federal, pois segundo Dejalma de Campos a consulta fiscal “poderá ser formulada versando sobre a interpretação e aplicação da lei tributária, devendo o consulente demonstrar possuir legítimo interesse”.

No âmbito municipal, por ser tema de pouco aparato doutrinário e legislativo, é ainda mais escassa a possibilidade de delimitar características específicas sobre o processo de consulta nesta esfera, contudo, parafraseando Dejalma de Campos, o que importa é a obediência da consulta à situação fiscal em que se encontra o consulente, isto é, a transcrição do fato, com o acompanhamento de provas materiais, se possíveis e o levantamento da dúvida, a fim de auxiliar o Fisco na solução do problema e oferecimento da resposta adequada ao fato.

Uma vez feita a consulta fica vedada a ação fiscal relativa ao objeto da consulta, contra o consulente de acordo com o artigo 48 do Decreto 70235/72. Esse efeito perdura até 30 dias depois de cientificado o consulente da decisão administrativa definitiva. Assim, nulo será o auto de infração lavrado antes de solucionada uma consulta fiscal apresentada pelo contribuinte a respeito do mesmo fato de que tratava o auto de infração. (Ver Art. 161, § 2º CTN). Então, a consulta deve ser formulada dentro do prazo de pagamento do crédito tributário sobre o qual versar, para que assim, não sofra com a incidência de juros de mora caso a Administração Pública diga que o crédito é devido.

Isso não significa que a consulta deve ser formulada dentro do prazo de pagamento do crédito tributário. Pode ser feita fora deste prazo, mas incidirá juros de mora ou multa. Logo, segundo o artigo 49 do Decreto, a consulta não suspende o prazo para recolhimento do tributo nem o prazo para apresentação de declaração de recolhimento.

Em conformidade com a Lei 9.430/96, os processos de consulta no âmbito federal ocorrerão em única instância e são irrecorríveis, salvo se houver divergência, caso em que poderá ser ajuizado Recurso Especial no prazo de 30 dias para o órgão central do Contencioso Administrativo Fiscal.

Por todo o exposto, é evidente que a consulta fiscal configura um mecanismo viável para prática de política fiscal e, conseqüentemente, de desenvolvimento econômico, visto ser a tributação a maior forma de receita do Fisco e, por esse processo administrativo tributário, possibilitar a amplitude no incremento da economia do Estado, além de ter, o mesmo, a teleologia de informar o contribuinte sobre a postura a ser seguida frente à Administração Pública no que diz respeito à arrecadação e à fiscalização de tributos, daí a importância do aprofundamento sobre o tema e sua conseqüente divulgação.

4 CONSULTA INEFICAZ

É aquela que não gera os efeitos de uma consulta normal, ou seja, durante sua avaliação pelo Fisco poderá o Fisco instaurar procedimento de fiscalização, fluir juros de mora e/ou multa e ser lavrado auto de infração.

Assim, será considerada ineficaz a consulta que estiver qualificada em algum dos incisos do artigo 52 do Decreto 70235/72, isto é, quando não for formulada por escrito perante órgão competente no domicílio do consulente – ausência dos requisitos essenciais, quando o sujeito ativo da consulta já tiver sido intimado a cumprir, logo, não há mais dúvida; quando a consulta não pode impedir o curso da fiscalização; quando em relação ao devido processo legal houver a preclusão administrativa, a litispendência ou a coisa julgada; quando o fato estiver disciplinado em ato normativo ou em lei ou como crime ou contravenção; ou ainda, quando houver omissão dos elementos essenciais à consulta.

Ademais, pode ser feita consulta sobre o mesmo fato, mas com efeito jurídico diverso. Por exemplo: determinado fato pode vir a gerar dúvida a respeito do recolhimento da COFINS, do IR e da CSLL, então a primeira consulta pode versar sobre os efeitos do fato gerador da COFINS e a segunda consulta sobre os efeitos do fato gerador do IR e da CSLL. No entanto, deve ser demonstrado que a resposta à primeira consulta, favorável ou não, não soluciona a segunda consulta, visto que a consulta não é a indagação quanto ao significado da norma em tese, mas ao significado da norma à luz de uma situação de fato.

5. CONSULTA FISCAL E DENÚNCIA ESPONTÂNEA

A consulta fiscal não pode ser confundida com a denúncia espontânea, a despeito de serem apenas ambos processos preventivos, relacionados à tributação. Já conceituada a consulta fiscal, que consiste no questionamento ao Fisco sobre dúvida decorrente de fato ou hipótese que possa ensejar obrigação fiscal, resta elucidar sobre o que se entende por denúncia espontânea.

Preconizada no artigo 138 do Código Tributário Nacional, a denúncia espontânea representa o ato pelo qual o contribuinte sabendo que incorreu em infração tributária, resolve delatar-se e adimplir a obrigação, isto é, espontaneamente, o sujeito passivo da obrigação procura o Fisco, confessa o cometimento de infração tributária e efetua o pagamento do débito, excluindo, assim, as penalidades decorrentes. Como bem apregoa decisão pública pelo Superior Tribunal de Justiça:

DECLARAÇÃO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. QUANDO SE CONFIGURA. ART. 138 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. A simples confissão da dívida não configura denúncia espontânea. Deve a declaração do débito ser acompanhada do pagamento do tributo e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando depender de apuração. Recurso especial do contribuinte não conhecido. (STJ, 2ª T, REsp 147.927/RS, rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 11.05.98, p. 77/78).

Nesse desiderato, a denúncia espontânea, diferentemente da consulta fiscal, constitui-se instrumento de exclusão de responsabilidade tributária frente ao cometimento de ilícito tributário administrativo, sendo conseqüente da notícia à Administração Pública por

obrigação do contribuinte ou responsável, bem como, da comprovação do pagamento do débito ou depósito de valor arbitrado.

Todavia, a doutrina dispõe que a existência de tais institutos: consulta fiscal e denúncia espontânea, possa desenvolver questionamentos quanto ao procedimento a ser adotado pelo contribuinte, pois este, ao se deparar com a ocorrência de um fato, pode suscitar dúvida se o mesmo gerou ou não obrigação de pagar tributo, por exemplo: cobrança de ICMS entre Fortaleza e Messejana, região metropolitana; e ficando o contribuinte com dúvida acerca do pagamento de tal tributo, deve pagar ou questionar ao Fisco a respeito do pagamento da obrigação tributária? O professor Valdir de Oliveira Rocha já emitiu opinião sobre o posicionamento a ser tomado pelo contribuinte, qual seja:

determinado fato acontecido poderá ter gerado a obrigação de pagar o tributo. Passado pouco ou muito tempo, o interessado se põe em dúvida a respeito. Como está em dúvida, não será o caso de proceder a denúncia espontânea, porque nem sequer sabe se houve infração. Nem será o caso de pagar ‘o tributo’ e depois repetir, se for o caso. Em situação como essa, entendo que o interessado poderá perfeitamente se utilizar da consulta fiscal.

De acordo com o entendimento majoritário, o contribuinte não deve proceder a denúncia espontânea, porque não sabe se realmente houve infração, nem pagar o tributo para que não incorra na máxima cível do mal pagador. Então deve o contribuinte se utilizar da consulta fiscal para dirimir a dúvida do que a legislação tributária dispõe a respeito, bem como acerca do procedimento a ser adotado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interação entre o interesse público e o particular torna imperativa a existência de regras claras e incontroversas para possibilitar aos contribuintes a consecução de suas rotinas e ao Poder Público o recebimento dos tributos.

O contribuinte leva a efeito suas rotinas buscando minimizar os ônus fiscais e os custos de transação, enquanto que o Fisco tenta desarticular as medidas adotadas pelo contribuinte, aumentando a arrecadação.

Nesse panorama, encontra-se a possibilidade de uma adoção de medida preventiva eficaz, a consulta fiscal. Significa a possibilidade de ver dirimida dúvida a respeito de pendência tributária, atrelada a segurança da resposta dada pela Fazenda Pública dentre os efeitos se encontra: o impedimento de imposições de penalidades, a instauração de procedimento fiscal e a suspensão do pagamento do tributo.

Portanto, a consulta fiscal significa segurança para o contribuinte poder agir em conformidade com a lei e com o aval do Poder Público, pois vincula a Administração Pública ao entendimento manifestado. Além de garantir a segurança das relações negociais e tributárias, com base nos seus fundamentos constitucionais, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

O seu essencial auxílio ao combate de prática elisivas e de sonegação fiscal torna clara a sua contribuição para o desenvolvimento econômico, tendo em vista que a tributação é a maior forma de arrecadação de receitas pelo Fisco, o que conduz a uma evidente

melhoria da economia do Estado, daí a patente colaboração para uma política fiscal mais eficiente e justa, já que a profusão da informação e da conscientização do contribuinte pelo recolhimento de tributo recorre a uma postura mais acertada do que sobrecarregar, ainda mais, o sistema tributário nacional com novas taxas, contribuições e impostos.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALERA, Wagner. *Consulta em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jul/set. p. 222. 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva., 2001.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Processual Tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

COSTA, Ramón Valdés. *Instituciones de Derecho Tributário*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Sobre a Consulta Tributária*, in Repertório IOB de Jurisprudência. n. 1/10295, out. p. 449/450. 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

PÉREZ, Juan Zornoza. *Interpretación Administrativa Y Consulta Tributaria*, in Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, out/dez. p. 73. 1986.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *A Consulta Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1996.

Para maiores informações e aprofundamento na temática das gerações dos direitos fundamentais, averiguar a obra: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.168.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.16.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *A Consulta Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 27.

COSTA, Ramón Valdés. *Instituciones de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 339.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 194.

BALERA, Wagner. *Consulta em Matéria Tributária*, in *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jul/set. p. 222. 1988.

PÉREZ, Juan Zornoza. *Interpretación Administrativa Y Consulta Tributaria*, in *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, out/dez., p. 73. 1986.

ROCHA, ob. cit., p. 117.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 208.

ROCHA, ob. cit., p. 25.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Sobre a Consulta Tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 1/10295, p. 449-450. out. 1996.

ROCHA, ob. cit., p. 105.

Art. 47. A consulta deverá ser apresentada por escrito, no domicílio tributário do consultante, ao órgão local da entidade incumbida de administrar o tributo sobre que versa. Fonte: Site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm.

MACHADO SEGUNDO, ob. cit., p. 209.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Processual Tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 49.

CAMPOS, ob. cit., p. 50.

Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I – de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II – de decisão de segunda instância.

Fonte: Site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm.

Art. 49. A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação de declaração de rendimentos. Fonte: Site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm.

Para maiores informações sobre o tema verificar os artigos 48 a 50 da Lei 9.430/96 que dispõe sobre o processo de consulta, bem como, os artigos 46 a 58 do Decreto 70.235/72 que também expõem sobre o mesmo assunto.

Entende-se por política fiscal o comportamento adotado por cada Estado para arrecadação de receitas e saneamento de despesas oriundas do setor público. Para aprofundamento na matéria analisar LOPREATO, Francisco Luiz C. Política Fiscal: mudanças e perspectivas. *Política Econômica em Foco. Campinas-SP. n. 07. p. 184-205, nov. 2005-abr. 2006.*

Art. 52. Não poderá surtir efeito a consulta formulada:

I – em desacordo com os arts. 46 e 47;

II – por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da consulta;

III – por quem estiver sob procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada;

IV – quando o fato já houver sido objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente;

V – quando o fato estiver disciplinado em ato normativo, publicado antes de sua apresentação;

VI – quando o fato estiver definido ou declarado em disposição literal da lei;

VII – quando o fato for definido como crime ou contravenção penal;

VIII – quando não descrever, completa ou exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à solução, salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora.

Fonte: Site da Presidência da República, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm.

Fonte: PAULSEN, ob. cit., p. 969.

ROCHA, ob. cit., p. 55.

A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA ANTI-ELISIVA E A VERIFICAÇÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE*

BANK PRIVACY DISCLOSURE AS ANTI-AVOIDANCE MEASURE AND ITS CONSTITUTIONALITY

**Antônio de Moura Borges
Carolina de Paiva Queiroz Machado**

RESUMO

O presente artigo estuda a possibilidade de quebra de sigilo bancário como mecanismo destinado a combater a evasão e a elisão tributária internacional. Objetiva a verificação da constitucionalidade da referida medida. Tanto a evasão quanto a elisão são manobras utilizadas pelos contribuintes no intuito de diminuir, retardar ou ocultar o tributo devido. Os Estados prejudicados, visando combater tais práticas, buscam, por meio da quebra do sigilo bancário, confrontar os dados constantes das contas e movimentações financeiras dos contribuintes com as informações obtidas pelas declarações tributárias que recebem. A medida antielisiva de quebra do sigilo bancário no interesse da arrecadação e fiscalização de tributos é uma das formas de combate à sonegação tributária internacional, porém, no Brasil, tem sua aplicação limitada. O sigilo de dados caracteriza-se como direito fundamental do indivíduo, inviolável, protegido pelo artigo 5º da Constituição Federal. Para a resolução desse impasse é proposta a ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos.

PALAVRAS-CHAVES: EVASÃO E ELISÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

ABSTRACT

This article deals with the possibility of bank privacy disclosure as a means to combat international tax evasion and avoidance. Tax evasion and tax avoidance are maneuvers used by taxpayers to avoid or postpone tax payments. In order to deal with this problems States establish bank privacy disclosure in order to have access to taxpayer's financial statements, and check them with taxpayers' tax returns. However, this anti-avoidance strategy has limited application in Brasil, because bank privacy is deemed to be a fundamental right protected by the Brazilian Constitution. To solve this problem the paper makes a proposal toward constitutionally protected rights balancing.

KEYWORDS: TAX EVASION AND AVOIDANCE. BANK PRIVACY DISCLOSURE. CONSTITUTIONALLY PROTECTED RIGHTS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

Para melhor compreensão do que se propõe a analisar, inicia-se conceituando evasão e elisão tributária. Aqui será apresentada a evolução dos institutos: o que era considerado lícito e ilícito na atuação elisiva de acordo com a classificação doutrinária e o que, efetivamente, se considera hoje. São várias as causas que levam o contribuinte a sonegar tributos, podendo citar, a título exemplificativo, desde o desconhecimento da lei até o sentimento de injustiça tributária. Como consequência primeira observa-se a redução da arrecadação pelo Fisco e o desequilíbrio nas relações comerciais. O princípio da igualdade resulta violado, sobrecarregando os contribuintes que cumprem com seus deveres fiscais. Será analisada a proteção que a Constituição Federal confere aos contribuintes, a influência exercida pelo modelo de Estado Democrático de Direito e, paralelamente, a repercussão da inserção do dever de pagar tributos como dever fundamental. Será proposta a ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos como solução para a questão da constitucionalidade da medida de quebra de sigilo bancário, a fim de se minimizar o problema da evasão e da elisão tributária internacional. Finalmente, será apresentado o entendimento dos tribunais superiores a respeito desse tema.

O procedimento metodológico adotado será de abordagem sistêmica, por meio do procedimento instrumental histórico comparativo. Será utilizada a técnica de documentação indireta de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. Evasão e elisão tributária

A evasão e a elisão são meios adotados pelo contribuinte para esquivar-se da obrigação tributária. São formas de minimização da carga tributária que comprometem a arrecadação tributária. Diante de suas ocorrências surgem as questões sobre a conceituação de cada instituto e das suas formas de combate. Trata-se de tema de grande interesse doutrinário, bem como de relevância prática.

A evasão e a elisão são figuras praticadas com o mesmo objetivo de diminuir a carga tributária. É antiga a preocupação doutrinária em traçar suas distinções. Ainda hoje surgem dúvidas quanto à caracterização da elisão tributária que apresenta limite muito tênue em relação ao instituto da economia de tributo.

Antônio Roberto Sampaio Dória[1] conceituou a evasão tributária em sentido *lato* como sendo “toda e qualquer ação ou omissão tendente a elidir, reduzir ou retardar o cumprimento de obrigação tributária”. Como espécies de evasão destacou: a) evasão omissiva imprópria e evasão omissiva por inação, a primeira destituída de maior gravidade porque provoca a abstenção de incidência tributária; já a segunda é mais relevante, depois de ocorrido o fato gerador verifica-se a sonegação intencional ou por ignorância do dever fiscal; b) evasão comissiva ilícita praticada por fraude, simulação;

e, ainda, evasão comissiva lícita ou legítima que se opera nas lacunas da lei, que caracterizaria a elisão.

De acordo com a classificação acima apresentada, a evasão poderia ser lícita ou ilícita, a depender dos meios empregados para se furtar ao pagamento do tributo, e a elisão, classificada como evasão comissiva, seria sempre lícita, praticada com o uso de lacunas da lei.

A diferença entre evasão e elisão tributária também se pautava no critério cronológico ou critério da ocorrência do fato gerador. Se o ato ocorresse após o implemento do fato gerador, seria identificada como evasão. Já a prática de atos tendentes a evitar a própria ocorrência do fato gerador configuraria a elisão.

A doutrina, intensificando seus estudos, passou a não mais aceitar a possibilidade de evasão lícita ao argumento de que ocorrido o fato gerador toda atuação do contribuinte para mascarar sua ocorrência seria inócua diante da situação jurídica já consolidada.

Para Ives Gandra da Silva Martins[2] “a distinção básica entre elisão e evasão reside nos meios adotados para se fugir ao peso, sempre injusto, da carga tributária no Estado moderno, sendo tais meios legais ou ilegais, no que se conforma a elisão e evasão fiscal.” E acrescenta, “no direito tributário a elisão é permitida e a evasão, além de representar infração administrativa, muitas vezes implica delito penal, desde que a lei a defina como tal.”

A evasão é hoje entendida como uma violação direta da lei. Pelo Código Tributário Nacional, realizando-se o fato gerador surge a obrigação principal que tem por objeto o pagamento de tributo. Ao Fisco é conferido o direito à percepção dos valores; os artificios do contribuinte para distorcer o fato gerador ocorrido são considerados violadores da norma tributária. Nesse raciocínio a evasão corresponde sempre a uma prática ilícita.

Várias são as razões que levam o contribuinte brasileiro à sonegação tributária. É possível listar a própria desonestidade pessoal do contribuinte; discordância com o valor da dívida que lhe é imputada; a injustiça da lei; discordância com os critérios de repartição das despesas públicas; ausência de comutatividade da obrigação tributária; má aplicação dos dinheiros públicos; dificuldades de competição com os sonegadores; alegação de impossibilidade de pagamento em razão dos resultados empresariais; dificuldade de interpretação da lei tributária; excesso de obrigação tributária acessória, entre outras.[3] Verifica-se que nenhuma dessas razões é suficiente para autorizar o não pagamento do tributo devido.

Ronaldo Marton desenvolve raciocínio no sentido de apurar a verdadeira causa da evasão tributária. A obrigação tributária decorre da lei, e somente por outra lei poderá ser afastada. O princípio da legalidade tributária informa que não há tributação sem representação. Aos contribuintes que não se sentirem representados pelos parlamentares que criaram a lei, não é dado o direito de desrespeitá-la, furtando-se ao pagamento dos tributos.

A elisão tributária, por sua vez, é um instituto mais complexo, que tem demandado maiores dúvidas na sua conceituação. Inicialmente, a elisão era entendida como sendo

uma prática lícita dos contribuintes, que se utilizavam, entre outros artifícios, das lacunas da lei em favor próprio para evitar a obrigação tributária. A elisão se confundia com o instituto da economia de tributo, sendo vista como prática sempre lícita, imune à atuação do Fisco.

Era, portanto, considerada prática utilizada pelo sujeito passivo da relação tributária objetivando reduzir o peso da carga tributária, pela escolha, entre diversos dispositivos e alternativas admitidas por lei, daqueles que lhe permitissem pagar menos tributos.[4]

Nesse sentido, não havendo previsão expressa de lei acerca da conduta a ser adotada, seria permitida a atuação do contribuinte que objetivasse a economia de tributo. Porém, não é isso que se considera como sendo o conceito de elisão, mas sim, de economia de tributo.[5]

Os contribuintes têm o direito de organizar os seus negócios, sua fortuna, seu modo de vida, de maneira a pagar os impostos menos elevados ou a não pagar imposto algum, contanto que não violem nenhuma regra legal.[6]

O problema da conceituação da elisão tributária foi então direcionado para o campo da interpretação do direito tributário. De um lado o positivismo normativista e conceptualista defendendo a autonomia da vontade e a possibilidade ilimitada de planejamento tributário, sendo a elisão conduta sempre lícita. De outro lado, o positivismo sociológico e historicista defendendo a ilicitude generalizada da elisão, que representaria abuso da forma jurídica escolhida pelo contribuinte. O meio termo seria aceitar o planejamento tributário como forma de economizar imposto, desde que não houvesse abuso de direito.[7]

Modernamente, de acordo com Heleno Tôrres,[8] a elisão é entendida como “a conduta dos sujeitos que, mediante a criação de negócios jurídicos lícitos, buscam evitar no todo ou em parte a obrigação tributária, com violação indireta da lei, por uma espécie de contorno ao seu campo material de incidência, visando a uma economia de tributos”. Na verdade, para o autor, este seria o conceito de elusão tributária. Entende ele ser a elisão um fenômeno lícito, típico planejamento tributário que visa à economia de tributos sem violação da lei. A elusão, por sua vez, seria a conduta ilícita, genuína na forma, mas viciada no conteúdo.

Independentemente da denominação que se adote, elusão ou elisão tributária, o instituto não é mais entendido como sendo uma atuação lícita. Ainda que seja praticado para evitar a ocorrência do fato gerador, não se pode considerá-lo imune à atuação do Fisco. O contribuinte age respeitando os termos da lei, mas de forma contrária ao espírito dela. Por essa razão é considerada uma conduta ilícita, que viola indiretamente o comando legal.

Com o desenvolvimento dos estudos em relação aos institutos da evasão e da elisão, conclui-se que ambos são considerados ilícitos pela doutrina mais qualificada. A evasão é a violação direta da lei, que visa encobrir a realização do fato gerador e todas as decorrências jurídicas daí surgidas. A elisão é ainda por muitos confundida com a legítima economia de tributo, sendo esta obviamente aceita pela doutrina e pelo Fisco porque não viola a lei. A elisão propriamente dita é uma forma indireta de

descumprimento da lei tributária, em que o contribuinte, entre outras medidas, aproveita-se das lacunas da lei para a prática de atos contrários à vontade do legislador.

3. Constituição Federal brasileira e a proteção aos direitos do contribuinte

A Constituição Federal brasileira é pautada no modelo do Estado Democrático de Direito, em que há intervenção estatal na esfera privada como forma de manutenção das liberdades individuais. Logo em seus primeiros artigos é possível observar a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana e com a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.[9]

O direito tributário aparece como sendo o meio necessário para garantir esses objetivos. Aos entes federados foi dada a competência para instituir e arrecadar tributos, bem como para atuar na fiscalização do cumprimento da obrigação tributária.

A tributação excessiva, porém, retira do contribuinte o saldo do seu trabalho, provocando o sentimento de injustiça social que o leva ao cumprimento da norma apenas por receio das sanções. Ives Gandra da Silva Martins[10] refere-se a estas normas tributárias com sendo de rejeição social. Estudos históricos não deixam dúvidas de que a tributação foi causa direta ou indireta de grandes revoluções ou grandes transformações sociais, como a Revolução Francesa, a Independência das Colônias Americanas, a Inconfidência Mineira.[11]

O sentimento de rejeição às normas tributárias leva, hoje, à sonegação, como forma de se furtar às injustiças e corrupções praticadas pelo poder público. Verifica-se o aumento de práticas elisivas tanto no âmbito interno, quanto no internacional. Como consequência, verifica-se a diminuição arrecadatória, que desencadeia o processo de compensação pela criação de novos tributos e aumento aqueles já existentes, num movimento desarmônico.

Para evitar excessos, o direito tributário deve se firmar a partir das equações representadas pelo equilíbrio entre liberdade e justiça e entre direitos fundamentais e capacidade contributiva[12]. Esse equilíbrio faz com que haja justa distribuição da carga tributária, em respeito ao princípio constitucional da igualdade.

Nesse sentido, a Constituição Federal confere ao contribuinte proteção quanto à forma de governo, prevendo em seu artigo 1º, caput, a constituição do Estado sob a forma de uma democracia de direito; no inciso II, do mesmo artigo, indica como um dos fundamentos a dignidade humana. No artigo 145, § 1º, dispõe sobre a graduação dos impostos, sempre que possível, de acordo com a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Inaugura a Seção II, do Capítulo do Sistema Tributário Nacional, com o artigo 150 dispondo sobre as limitações do poder de tributar e elenca, nos incisos do citado dispositivo os princípios da legalidade, isonomia, irretroatividade da lei tributária, anterioridade, proibição de tributos com efeito de confisco e proibição de tributos que limitem o tráfego de pessoas.

No artigo 151, estabelece que o tributo deve ser uniforme em todo o território nacional, bem como proíbe, no artigo seguinte, a diferença tributária entre bens e serviços em razão da procedência ou destino.

Ao lado de toda essa proteção que a Carta Magna confere ao contribuinte no tocante à limitação tributária, verifica-se também o “dever fundamental de pagar tributos”[13] como decorrência dos princípios da isonomia e da justiça fiscal, que orientam o sistema tributário pátrio.

De acordo com os artigos 150, II e 145, § 1º, ambos da Constituição Federal, não é possível instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, bem como há a preocupação com o caráter pessoal dos impostos e graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, sempre que possível, sendo facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Observa-se que a função arrecadatória dentro do limite da capacidade contributiva de cada indivíduo faz-se necessária para a manutenção do Estado e o cumprimento de seus objetivos, principalmente aqueles relacionados às liberdades individuais. O dever de pagar tributos é erigido à categoria de dever fundamental, que por sua vez não pode ser violado porque desestrutura todo o sistema da tributação.

Dessa forma, justificam-se as medidas antielisivas e antievasivas, pois a sonegação tributária configura violação da norma constitucional capaz de desequilibrar o sistema tributário, sobrecarregar os contribuintes que cumprem com suas obrigações tributárias, inviabilizar a concorrência de mercado, podendo levar até a uma fuga de capital para outros países. Em resumo, a sonegação tributária viola o princípio da igualdade e provoca injustiça entre os contribuintes.

Entre as medidas destinadas a solucionar o problema da evasão e da elisão tributária, encontra-se a quebra do sigilo bancário. Essa medida pode ser justificada no dever do Estado de fiscalizar o cumprimento da obrigação tributária. Ademais, grande parte dos tributos instituídos dependem de uma atuação do contribuinte de declarar receitas e recolher por sua conta o montante tributado. A atuação do Fisco, nesses casos, fica restrita à conferência das informações prestadas pelo contribuinte com sua realidade econômica. Isso não descaracteriza a função fiscalizadora. Porém, aqui, para o desempenho da fiscalização fazem-se necessárias informações acerca da contabilidade e da movimentação bancária dos contribuintes.

O objetivo é aumentar a arrecadação sem modificar a lei tributária. A quebra do sigilo bancário, porém, apresenta restrições quanto à sua constitucionalidade, na medida em que a Constituição também protege o sigilo de dados e a intimidade e privacidade do indivíduo contra violações.

4. Sigilo de dados na Constituição Federal

Quando do surgimento das primeiras instituições bancárias, ainda no Direito Romano, o atrativo era o sigilo sobre as informações financeiras. Essa prática de guarda de sigilo foi tradicionalmente se incorporando às atividades bancárias e perdura até os dias atuais, como mecanismo de segurança da atividade bancária.

A base legal do sigilo bancário é a lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, recepcionada pela Constituição Federal com força de lei complementar, em decorrência do disposto no artigo 192, que prevê em seu artigo 38 que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas a serviços prestados.

O sigilo bancário, hoje, é entendido como o dever dos bancos de manter segredo sobre as informações e documentos relativos à movimentação financeira de seus clientes. Por meio do sigilo tem-se a segurança de que informações sobre operações bancárias realizadas não cheguem ao conhecimento de terceiros.

Toda a proteção dispensada ao correntista esbarra na atividade fiscalizadora do ente público do cumprimento das obrigações tributárias. Este fica impossibilitado de conferir a veracidade das declarações e recolhimentos realizados pelos contribuintes. Por outro lado, ainda se verificam problemas relacionados à falta de consciência tributária e a pesada carga tributária, que respondem como principais causas das práticas de evasão e de elisão tributária.

A quebra do sigilo bancário apresenta-se como medida necessária para conter o problema da sonegação tributária, vez que ao Fisco foi dada a função de fiscalizar e arrecadar tributos. Estaria inerente à competência fiscalizadora o acesso às movimentações financeiras dos contribuintes.

Investigar os papéis e documentos do contribuinte, representativos de suas operações comerciais e pessoais, escolhidas pelo legislador como causa do pagamento de impostos, bem como, também investigar papéis e documentos de terceiros relativos a essas operações do contribuinte constituem função legal, ordinariamente concedida para uma autoridade administrativa, que tem a potestade discricionária de escolher o momento, e a forma conveniente e oportuna, de cumprir essa função fiscalizadora.[14]

A Constituição Federal, por sua vez, protege o sigilo dos dados como expressão de direitos fundamentais do indivíduo, o que tem gerado dúvidas quanto ao alcance dos incisos X e XII do artigo 5º em relação ao sigilo bancário.

Os referidos dispositivos constitucionais encontram-se assim redigidos:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Para alguns autores, a garantia conferida ao sigilo de dados traduz-se na proteção quanto à divulgação da informação, do registro, da operação enquanto tais, independentemente da forma como se apresentem, transmitidas ou armazenadas. Para outros, o dispositivo protege apenas o fluxo ou a transmissão de informações e dados.

De acordo com Marco Aurélio Greco[15], afirmar que a proteção seria apenas quanto ao fluxo das informações ou aquelas informações que não poderiam ser captadas a não ser no seu trajeto, em razão da sua volatilidade, é captar apenas parte da garantia, pois do ângulo do interessado, ver as informações, que lhe digam respeito, acessadas estática ou dinamicamente é indiferente, no que diz respeito ao que passa a ser de conhecimento de terceiro.

Nessa linha de raciocínio, Greco entende que a proteção ao sigilo bancário encontra fundamento no inciso XII. Para ele, a garantia constitucional, por se referir a um objeto, um dado, resguarda tanto as pessoas físicas como as jurídicas, não se colocando o debate quanto a restrições de caráter subjetivo.

Contrariamente, para José Afonso da Silva[16], ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem e interceptem telefonemas.

Tércio Sampaio Ferraz[17], corroborando o pensamento de José Afonso da Silva, afirma que “o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não dados comunicados.”

Por outro lado, há entendimento, inclusive no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o sigilo bancário estaria protegido pelo inciso X do artigo 5º, na medida em que, através do seu conhecimento, pudesse ocorrer uma violação à privacidade ou intimidade da pessoa.

Desta forma, estaria tutelado pelo sigilo bancário aquilo que o é pela privacidade. Aos bancos não seria dado o direito de fornecer informações obtidas em decorrência da sua atividade profissional.

Christiano Mendes Wolney Valente[18], citando Carlos Covello, registra que o patrimônio integra esfera privada do indivíduo e deve, por isso, ficar protegido contra as indiscrições alheias.

Já aqueles que, como Aylton Dutra Leal,[19] advogam favoravelmente ao Fisco, as informações prestadas pelas instituições bancárias restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados. Nenhum dado que envolva o direito à privacidade ou à intimidade das pessoas é repassado a Fisco, mas tão-somente valores globais das operações realizadas no mercado, que devem ser de conhecimento da administração tributária federal, sob pena de inviabilizar-se o dever do fisco de verificar o cumprimento de obrigações tributárias.

Segundo Aldemario Araujo Castro, [20] num círculo limitado, do dado meramente contábil, não abre espaço para invasão da intimidade ou privacidade. O dado numérico em si nada revela em relação ao detentor da conta bancária.

Não há unanimidade quanto ao alcance dos incisos X e XII do artigo 5º da CF em relação ao sigilo bancário. A tentativa de erigir o sigilo bancário em garantia constitucional expressa, por meio do projeto de emenda constitucional nº 11/84 apresentado à Comissão Mista, para alterar o §9º do artigo 153, foi infrutífero. O certo é que cabe à administração pública fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias; a prática do sigilo bancário dificulta a atividade fiscalizadora; o alcance da proteção constitucional dos incisos X e XII encontra-se ainda controvertido.

Como forma de resolver o impasse que aqui ficou demonstrado, deve-se buscar a ponderação dos princípios constitucionalmente protegidos, vez que a Constituição não faz distinção de superioridade entre suas normas. Não há hierarquia, devendo todas as normas serem efetivadas ao máximo.

Por meio da técnica da ponderação ou harmonização dos princípios, ou como ainda é chamada, princípio interpretativo da concordância prática, evita-se a total aniquilação de um bem jurídico em prol de outros.

Diante do caso concreto, são verificados os bens jurídicos em conflitos contidos no âmbito de cada norma e a solução é dada preservando-se um mínimo de situação da vida sob a tutela dos direitos restringidos.[21]

Aqui, visualiza-se o conflito entre a norma que dispõe sobre a competência da Administração Pública para fiscalizar, cobrar e executar tributos e a proteção conferida ao sigilo bancário, que se desdobram no conflito entre o princípio da isonomia, que busca a verificação da capacidade contributiva, e o princípio da liberdade, de ocultar informações, sendo uma liberdade negativa.

Com a harmonização das normas é possível o sacrifício da norma de proteção do sigilo bancário. Este seria preservado como regra, e haveria a possibilidade de quebra, em situações de exceção.

Ao Fisco seriam repassadas informações bancárias, quando solicitadas, que permaneceriam sob sigilo, transformando-se, agora, em sigilo fiscal. O preceito fundamental da liberdade negativa seria preservado, em razão de as informações continuarem sigilosas.

Uma coisa é o poder-dever de fiscalizar. A Fazenda Pública não pode ser censurada por exercê-lo. Outra, bem diversa, é a divulgação de fatos inerentes ao contribuinte, conhecidos no exercício da fiscalização. O Fisco tem o dever de manter o sigilo.[22]

Por meio da harmonização dos princípios constitucionais, viabilizando-se o acesso do Fisco às informações bancárias dos contribuintes, o sigilo bancário deixará de ser instrumento de proteção dos sonegadores e de injustiças sociais, visto que maior parte das riquezas dos contribuintes transita pelos bancos. Vedar o acesso do Fisco a estas informações seria ignorar a ocorrência dos próprios fatos geradores dos tributos,

fazendo depender a arrecadação tributária da mera boa vontade dos sujeitos passivos.[23]

Como já exposto acima, o sigilo bancário possui proteção constitucional que pode ser pautada tanto no inciso X como no XII, do artigo 5º, a depender da interpretação que se dê aos dispositivos. Sendo assim, como toda norma constitucional, segue a regra da relativização diante de interesses conflitantes. No caso específico, os princípios da isonomia e da liberdade, pelo instrumento da harmonização, deve prevalecer o interesse público sobre o individual. Deve o sigilo bancário ceder diante do interesse do Fisco em investigar as contas dos contribuintes a fim de promover a isonomia na esfera da tributação e auxiliar na contenção de práticas elisivas e evasivas.

5. Julgamentos nos Tribunais Superiores

A matéria aqui tratada, qual seja, quebra de sigilo bancário, já foi objeto de apreciação pelos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a quebra do sigilo bancário viola a regra constitucional do inciso X, artigo 5º, da Constituição Federal. Contudo, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada.

A Ministra Carmen Lúcia, quando do julgamento do RE 461.366-2/DF, apresentou uma distinção entre privacidade e intimidade a fim de serem evitados equívocos quanto à exata proteção conferida pelo sigilo bancário.

Segundo ela, o sigilo bancário encontra sua fundamentação no inciso X, no tocante à proteção relativa à privacidade, e não intimidade. Define a privacidade como sendo o que não se dá a público. O contrário de privacidade seria a publicidade.

Sustenta que intimidade vem de íntimo, de alma. Nesse contexto, a empresa, por não possuir alma, não poderia invocar a proteção do sigilo na intimidade. Porém, o sigilo bancário também é instrumento de proteção das pessoas jurídicas, e para tanto, deve se pautar na proteção da privacidade.

Acrescenta, ainda, que no referido inciso é possível distinguir entre o segredo do “ser”, que é absoluto, e o segredo do “ter”, que é relativo, enquadrando os dados bancários no sigilo do ter.

A Corte Suprema entende que o sigilo bancário não é absoluto. Deve ele ceder todas as vezes em que as transações bancárias forem denotadoras de ilicitude, porque não pode o cidadão, sob a alegada proteção das garantias fundamentais, cometer ilícitos. O Estado, no seu papel fiscalizador, deve dispor de meios para reprimir essas práticas.

De acordo com o Ministro Carlos Brito, no julgamento do mesmo recurso acima indicado, quando a Constituição fala do poder de fiscalização do Estado, como agente normativo e regulador da atividade, usou a palavra fiscalização no sentido de ver, examinar, manusear, manipular, examinar.

Para ele, diferente de fiscalizar é a conduta de divulgar esses dados, quebrar a sua confiabilidade de modo a violar a privacidade das pessoas. Uma coisa é dispor dos dados, outra é divulgá-los.

O Ministro Sepúlveda Pertence, delimitando o campo da controvérsia em relação ao sigilo bancário, afastou expressamente a possibilidade de invocação do inciso XII, que nada diz respeito ao tema.

Assim, no entendimento do STF, a quebra do sigilo viola o direito fundamental à privacidade, que por não ser absoluto cede diante da prática de ilícitos pelo correntista. A averiguação e fiscalização dos ilícitos fica à cargo da Administração Pública que não pode ser impedida de exercer seu múnus. Desta forma, é possível a quebra do sigilo bancário para facilitar a atuação do Fisco e conter práticas de sonegação fiscal, sendo vedada a posterior divulgação das informações bancárias recebidas.

Por fim, entendem que o caráter absoluto do sigilo bancário empobrece a funcionalidade da Constituição Federal e fragiliza o sistema por ela concebido, inclusive no plano da moralidade.

O Superior Tribunal de Justiça também segue o posicionamento proferido pelo STF. Aduz que a proteção da privacidade do cidadão, na qual se inserem os sigilos bancário e fiscal, envolve uma garantia constitucional relativa, somente afastada pelo critério da proporcionalidade e da efetiva necessidade da medida de constrição.

Por vezes, confunde intimidade com privacidade, quando dispõe que “o sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.”[24]

Grande destaque tem tido o STJ, com as autorizações de quebra de sigilo bancário, em sede de carta rogatória. A medida é concedida como forma de conter práticas de evasão e de elisão tributária e de lavagem de dinheiro, e ainda, importante instrumento de cooperação internacional.

No julgamento da CR 438/BE, o Min. Relator Luiz Fux dispôs que o STJ, com a nova competência que lhe foi atribuída pela EC 45/2004, deve se atentar às necessidades da cooperação internacional, em especial no combate ao crime organizado transnacional, e possibilitar aos demais Estados estrangeiros a investigação de ditas organizações criminosas, através da concessão do *exequatur* de cartas rogatórias para esse fim.

Compartilham os tribunais superiores o mesmo entendimento quanto à fundamentação constitucional do sigilo bancário, bem como do seu caráter relativo diante de situações que sugerem a prática de ilícitos. Vêem, na quebra do sigilo bancário, uma forma de combate às práticas de evasão e de elisão tributária desenvolvidas internamente e no exterior.

6. Conclusões

Neste trabalho foram analisados os aspectos principais sobre a quebra de sigilo bancário como forma de reprimir a prática de sonegação fiscal. Investigou-se a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Foram examinados os institutos da evasão e da elisão tributária, que configuram formas ilícitas de atuação do contribuinte. Acobertados pelo sigilo bancário, os contribuintes violam a legislação tributária no intuito de diminuir o recolhimento de tributos. Foi considerada a questão do desequilíbrio do sistema tributário pátrio em decorrência dessas manobras elisivas e evasivas, que violam o princípio da isonomia e geram situação de injustiça tributária.

Foi proposta a medida de quebra de sigilo bancário como possível forma de controlar para o problema da sonegação, uma vez que ao Fisco foi dado o poder de investigação do cumprimento da obrigação tributária. Analisou-se a constitucionalidade da medida que, em princípio, conflitaria com a proteção ao sigilo de dados conferida pela Constituição Federal ao indivíduo.

Verificou-se divergência na doutrina quanto ao dispositivo constitucional que acobertaria o sigilo de dados, se o inciso X ou o XII do artigo 5º da Constituição Federal. Já na jurisprudência, os tribunais superiores têm entendimento de que o sigilo de dados encontra-se protegido pelo inciso X, e sua violação fere o direito à privacidade.

Foi analisado o conflito entre a norma que dispõe sobre a competência da Administração Pública para fiscalizar, cobrar e executar tributos e a proteção conferida ao sigilo bancário, de ocultar informações, sendo uma liberdade negativa, que se desdobram no conflito entre os princípios da isonomia e da liberdade.

A técnica da ponderação dos princípios foi invocada, em razão de não haver na Constituição distinção de superioridade entre suas normas. Verificou-se a prevalência do princípio da isonomia. A regra do sigilo de dados deve ceder diante do poder-dever do Fisco de verificar o cumprimento da obrigação tributária. Como regra prevalece a proteção ao sigilo bancário, com possibilidade de quebra, em situações de exceção.

Por fim, foram analisados precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em que se verifica o enquadramento do sigilo de dados na norma prevista no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, bem como a utilização da técnica de harmonização dos princípios para permitir a quebra do sigilo bancário diante da requisição do Fisco.

Verificou-se, ainda, a preocupação com a cooperação jurídica internacional, em especial no combate ao crime organizado transnacional, quando da concessão de *exequatur* em cartas rogatórias para esse fim, autorizando-se a quebra do sigilo em favor de Estados estrangeiros.

Referências

ABRAHAM, Marcus. **O Planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BORGES, Antônio de Moura. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. **R. Fórum de Dir. Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 27-40, jan./fev. 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE. 461.366-2/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 03/08/2007**. Brasília: disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 23 ago. 2008.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CR. 438/BE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15/08/2007**. Brasília: disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 23 ago. 2008.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à fruição fiscalizadora do Estado. In: **Revista dos Tribunais – Cadernos de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo, 1 (1): 141-59, out./dez., 1992.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo bancário e a lei complementar nº 105/ 01. In: **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, v.1, n. 1, p. 82-83, jan./fev. 2003. 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Introdução ao planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **Planejamento fiscal: teoria e prática**. São Paulo: Dialética, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARTON, Ronaldo. Reflexões sobre a sonegação tributária. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Perspectivas Contemporâneas do Direito**. Brasília: Universa, 2004, p. 236/277.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa. In: **Revista Fórum de Direito Tributário- RFDT**, Belo Horizonte, ano 6, n. 31, jan./fev.2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Temas de interpretação do direito tributário**. Rio de Janeiro. Renovar: 2003.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. Verificação da constitucionalidade do acesso a informação submetidas ao sigilo bancário pela administração tributária federal. **Revista Fórum de Direito Tributário – TFDT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, maio/jun. 2005.

[1] DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 21.

[2] MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 77. vol. 638. dez. 1988. p.31.

[3] MARTON, Ronaldo. Reflexões sobre a sonegação tributária. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Perspectivas Contemporâneas do Direito**. Brasília: Universa, 2004, p. 236/277.

[4] MARTINS, op.cit., p. 31.

[5] Para a distinção entre evasão tributária, elisão tributária e economia de tributo, cf. BORGES, Antônio de Moura. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. **R. Fórum de Dir. Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 27-40, jan./fev. 2005.

[6] Jêze, citado por Aliomar Baleeiro, em Clínica Fiscal, p. 63 (MACHADO, Hugo de Brito. Introdução ao planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). **Planejamento fiscal: teoria e prática**. São Paulo: Dialética, 1995, p. 51.

[7] TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Temas de interpretação do direito tributário**. Rio de Janeiro. Renovar: 2003, p. 267.

[8] TÔRRES, Heleno. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 187.

[9] Arts. 1º, inc. III e 3º, inc. III, da CF/88.

[10] MARTINS, op.cit., p. 30.

[11] ABRAHAM, Marcus. **O Planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 33.

[12] TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord). **Direito tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 430-434..

[13] Expressão utilizada por ABRAHAM, op. cit., p. 57.

[14] SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 6, n. 31, jan./fev.2008, p. 35.

[15] GRECO, Marco Aurélio. Sigilo bancário e a lei complementar nº 105/ 01. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, v.1, n. 1, jan./fev. 2003, p. 82-83.

[16] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 438.

[17] FERRAZ JÚNIO, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à fruição fiscalizadora do Estado. **Revista dos Tribunais – Cadernos de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo, 1 (1): 141-59, out./dez., 1992.

[18] VALENTE, Christiano Mendes Wolney. A verificação da constitucionalidade do acesso a informações submetidas ao sigilo bancário pela Administração Tributária

Federal. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, maio/jun. 2005, p. 91

[19] LEAL, Aylton Dutra. A administração tributária federal e o sigilo bancário.

Disponível em :

http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EsEspecial_Doutrina_Aylton.htm. Acesso em : 04jul. 2001.

[20] CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001. Disponível em:

<http://www.aldemario.adv.br/sigilo.htm>. Acesso em 20 mar. 2003.

[21] VALENTE, op.cit., p. 100.

[22] MACHADO, Hugo de Brito. Sigilo fiscal e dano moral. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 4, n. 24, nov/dez. 2006, p. 31.

[23] VALENTE, op.cit., p. 105.

[24] Trecho extraído do voto proferido no RESP 792.812/RS.

O MODELO REGULATÓRIO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA DO DISCLOSURE*

THE SECURITIES MARKET REGULATORY MODEL IN BRAZIL: REFLECTIONS ON THE RELEVANCE OF THE DISCLOSURE POLICY

**Rosiris Paula Cerizze Vogas
Bernardo Araujo Costa**

RESUMO

A transparência na divulgação de informações no âmbito do mercado de valores mobiliários é de fundamental importância, uma vez que este mercado exerce significativa influência no desenvolvimento econômico do país e na captação de recursos de longo prazo para as empresas. O presente estudo visa a compreensão dos elementos estruturantes do modelo regulatório do mercado de valores mobiliários no Brasil, enfatizando a relevância da adoção da Política do Disclosure. Parte-se do exame dos aspectos legais do mercado de valores mobiliários e da competência do órgão regulamentar do país, qual seja a CVM, que tem por missão a garantia da tutela da informação. As reflexões trazidas à baila permitem assegurar que o modelo adotado pelo legislador pátrio é legítimo, sendo plenamente capaz de atender aos ditames de um mercado globalizado. Porém, ainda está em plena evolução e merece mais atenção por parte da sociedade em geral para que se possa alcançar o nível de eficiência e segurança necessário.

PALAVRAS-CHAVES: MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS,
DISCLOSURE, GOVERNANÇA CORPORATIVA, REGULAÇÃO, CVM.

ABSTRACT

The transparency in the dissemination of information within the securities market is very important, since this market exerts significant influence economic development of the country and in fund-raising for long-term business. This study aims to understand the structural elements of the model regulatory securities market in Brazil, emphasizing the importance of adopting the policy of disclosure. It is examining the legal aspects of the securities market and the competence of the country's regulatory body, which is the CVM, responsible for ensuring the protection of information. The reflections moot to ensure that the model adopted by the legislature homeland is legitimate and is fully capable of answering to the dictates of a globalized market. However, is still in full

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

progress and deserves more attention from society at large so that it can achieve the level of efficiency and security needed.

KEYWORDS: SECURITIES MARKETS, DISCLOSURE, CORPORATE GOVERNANCE, REGULATION, CVM.

1 INTRODUÇÃO

A expansão do mercado de valores mobiliários, principalmente percebida no final do Século XX, é uma realidade marcante composta por diversos fenômenos da atividade econômica e uma intensidade de fatos que exigem uma regulamentação cada vez mais adequada e eficiente.

Neste contexto é inegável o grande avanço do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de impor mais segurança às transações realizadas pelos agentes desse mercado, contribuindo para uma maior transparência nas atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, bem como assegurando maior proteção aos investidores.

Os elementos da regulação do mercado de valores mobiliários no Brasil foram estruturados a fim de garantir uma adequada alocação de recursos, a competitividade das empresas na busca por capitais, além do desenvolvimento econômico e social do país. Para alcançar tais objetivos, uma das principais ferramentas é a adoção da política de divulgação de informações ampla e transparente (*disclosure*), a qual é instituto basilar das melhores práticas de governança corporativa, além de ser um dos princípios^[1] que regem o mercado.

O princípio da proteção da transparência da informação é fundamental não só para os agentes do mercado, como também para os empregados das empresas, governo e toda a sociedade. Mais do que servir como importante instrumento para o fortalecimento do mercado de capitais, a política de divulgação de informações implica na valorização e capitalização da empresa, na medida em que quanto maior a qualidade e transparência das informações prestadas ao mercado, maiores são as chances de atração de investimentos com razoável custo de capital.

A CVM cumpre relevante papel no sentido de fortalecer o mercado e garantir a sua segurança jurídica, orientando-se pelos princípios informadores do mercado de capitais previstos na Lei nº 6.385/1.976[2], que criou a autarquia no Brasil. Assim, o exercício da atividade regulatória da CVM objetiva a manutenção da eficiência e da confiabilidade no mercado de valores mobiliários. Por isso, é que contribui para a discussão em foco, ainda que de forma perfunctória, o exame da natureza jurídica, competência e atribuições da CVM.

O propósito do presente estudo é exatamente o de tentar buscar juridicamente na regulação do mercado de valores mobiliários o melhor nível de *disclosure*, que conforme explica Modesto Carvalhosa^[3], significa a maior proteção possível aos investidores, mediante o menor custo para os emissores de valores mobiliários.

A proteção que se busca é imprescindível para o mercado, que por meio do desenvolvimento de estruturas de regulação vem tentando evitar práticas fraudulentas que acabam por abalar a confiança do público em geral e afastar recursos do mercado. O investidor deve ter a garantia de pleno acesso a informações claras, verdadeiras e suficientes para que possa decidir-se pela realização ou não de determinado negócio jurídico.

Neste trabalho, buscou-se preliminarmente a análise do conceito do mercado de valores mobiliários e seu objeto (os valores mobiliários). Após, foi feita uma abordagem histórica acerca dos principais marcos legais aplicáveis à matéria, enfatizando a preocupação do legislador com a tutela da informação como forma de garantir a segurança e eficiência do mercado. Perquiriu-se ainda a competência e atribuições da CVM visando avaliar os motivos pelos quais o órgão regulador deve atuar na valorização do princípio da proteção da transparência das informações. Finalmente, foi apresentada a Política do *Disclosure*, como elemento estruturante do modelo regulatório do mercado de valores mobiliários no Brasil, bem como pilar das melhores práticas de Governança Corporativa.

A análise do modelo regulatório do mercado de valores mobiliários no Brasil é tarefa árdua e significa partir de uma escassa pesquisa bibliográfica. O que se encontra é uma doutrina e construção regulatória excessivamente técnicas, repleta de argumentos econômicos, não raro de difícil compreensão pelos operadores do direito. Assim, é preciso socorrer-se a pareceres e artigos esparsos em revistas especializadas, já que não há uma concentração sistemática em obras de peso acerca de todos os assuntos relacionados à temática que ora pretende-se evidenciar.

Por outro lado, a quantidade de normas aplicáveis a este mercado, eivadas de imprecisão de conceitos, lacunas e obscuridades, vem despertando nos juristas o interesse pelo estudo do “Direito do Mercado Financeiro e de Capitais”, como já começa a ser referido este pulsante ramo do Direito Econômico, que pela sua complexidade, ainda precisa de aprofundamento jurídico científico, no sentido de buscar soluções mais adequadas e eficientes, já que a experiência tem mostrado que não basta a importação de modelos estrangeiros, dada as peculiaridades da conjuntura sócio-econômica brasileira.

2 MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: CONCEITO E OBJETO

São várias as discussões jurídicas em relação aos conceitos que aqui serão tratados. Contudo, não se pretende aprofundar nestes debates, mas tão somente tratar das linhas gerais desses conceitos como forma de melhor situar e introduzir o tema, qual seja a estruturação do modelo regulatório do mercado de valores mobiliários no Brasil em função da Política do *Disclosure*.

É comum encontrar a caracterização do mercado de valores mobiliários, também conhecido como mercado de capitais, como um segmento ou subsistema do mercado financeiro, o qual operacionaliza os instrumentos de intermediação financeira.

A maioria dos autores costuma classificar o mercado financeiro em quatro segmentos, quais sejam: mercado monetário, mercado de crédito, mercado cambial e mercado de capitais. Interessa aqui o estudo do mercado de valores mobiliários. De forma mais simples, pode-se dizer que a principal característica deste mercado é o investimento, seja em dinheiro, seja em captações públicas ou outros bens com valor monetário, sendo que o investidor fornece capital de risco para algum determinado projeto ou empreendimento.

Por meio do mercado de valores mobiliários é possível a captação de recursos destinados ao financiamento de projetos, expansão, mudança de escala ou diversificação de negócios das empresas ou mesmo à reestruturação de passivos financeiros.

Nelson Laks Eizirik discorre acerca das definições do mercado de valores mobiliários:

Há definições amplas e estreitas do que seja o mercado de capitais: no primeiro caso, ele é identificado com o mercado financeiro; e, no segundo, é visto como um subsistema do mercado financeiro, referindo-se àquilo que, no Brasil, vem sendo chamado, em termos legais, de mercado de valores mobiliários, compreendendo as transações com ações e debêntures. [4]

Osmar Brina Corrêa Lima é categórico ao afirmar que o mercado de valores mobiliários é segmento integrante do mercado financeiro:

O mercado de valores mobiliários é um segmento do mercado de capitais que, por sua vez, integra o chamado mercado financeiro (...). Para as companhias abertas, o mercado de valores mobiliários funciona como um sistema de vasos comunicantes. Nele, as poupanças populares são captadas e canalizadas para o financiamento da atividade empresarial, através da aquisição de papéis emitidos pelas companhias para o autofinanciamento de seu capital de giro. [5]

Na mesma linha, Roberto Papini defende que o mercado de valores mobiliários é um “*subsistema do mercado de capitais no qual se realizam operações de compra e venda de ações e outros valores mobiliários de emissão das sociedades anônimas.*” [6]

Existem autores que acreditam que o mercado de valores mobiliários é um ramo autônomo em relação ao mercado financeiro. Segundo Roberto Quiroga Mosquera “*o mercado de capitais ou mercado de valores mobiliários, ao contrário do mercado financeiro, é o mercado da desintermediação financeira*” [7]. Para o autor, as operações

são normalmente efetuadas diretamente entre poupadores e empresas, ou por meio de intermediários financeiros.

Em face de todos os conceitos trazidos a baila, denota-se que o mercado de valores mobiliários está inserido no contexto do sistema financeiro nacional, que para existir depende da geração de poupança de alguns e a necessidade de crédito para consumo ou investimentos por outros, sendo responsável pela intermediação desse fluxo de recursos.

Após avaliar o conceito de mercado de valores mobiliário, faz-se necessário um breve exame sobre o conteúdo e alcance de seu o objeto, qual seja o valor mobiliário.

Não há na legislação brasileira uma definição do que venha a ser valores mobiliários, tendo a Lei nº 6.385/1.976 limitado-se a enumerá-los. Apesar da ausência de uma expressa definição legal, a doutrina tem se preocupado com a construção jurídica de um conceito, principalmente pelo fato de que se um determinado título for considerado valor mobiliário, sua emissão e negociação públicas passam a estar sujeitas às normas e fiscalização da CVM.

O jurista Waldirio Bulgarelli[8] ao analisar o tema da inserção dos valores mobiliários na legislação brasileira, afirma que a referência mais relevante da expressão “valores mobiliários” encontra-se no artigo 2º da Lei 6.385/1.976. É o que dispõe aludido diploma legal com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.303/2.001:

Art. 2º: São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;

II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;

III – os certificados de depósito de valores mobiliários;

IV – as cédulas de debêntures;

V- as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;

VI – as notas comerciais;

VII – os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;

VIII – outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e

IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direitos de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

O parágrafo primeiro do artigo em comento exclui expressamente do regime da lei: (i) os títulos da dívida pública federal, estadual e municipal; e (ii) os títulos cambiais de responsabilidade das instituições financeiras, exceto as debêntures. Tais títulos não são fiscalizados pela CVM, mas sim pelo Banco Central.

Certo é que o legislador selecionou, a seu critério, aqueles que seriam valores aptos a negociação no mercado de capitais. Prova disso é que o conceito de valores mobiliários foi ampliado pela Lei nº 10.198/2.001, que inseriu o inciso IX no Art. 2º da Lei 6.385/1.976.

A alteração em questão serviu para regular os contratos com derivativos e *commodities*, notadamente os chamados “contratos de boi gordo” [9]. Assim, o novo conceito passa a abarcar qualquer contrato de investimento oferecido publicamente, o que traz mais segurança ao mercado.

A nova redação dada pela Lei 10.303/2.001 ao artigo que trata do rol dos valores mobiliários reforçou o caráter amplo e flexível do conceito em tela, na medida em que o legislador afastou a mera enumeração dos valores mobiliários, passando a relação constante do Art. 2º da Lei 6.385/1.976 a ser exaustiva, ou seja, não mais pode ser ampliada mediante a edição de normas regulamentares.[10]

Tratou-se de uma boa solução dada pelo legislador, na medida em que assegurou uma definição ampla, necessária para adequar às constantes inovações e mutações do mercado e, de igual forma, trouxe uma definição precisa, de modo a garantir a previsibilidade necessária para que o mercado possa se desenvolver.

O trabalho de conceituação de valor mobiliário é importante, pois a partir daí pode-se verificar todas as atividades e entes que estejam envolvidos e relacionados no mercado, que, em seu conjunto, compreendem o mercado de capitais ou de valores mobiliários, sujeito ao poder normativo, fiscalizatório e sancionatório da CVM.

3 O MODELO REGULATÓRIO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS NO BRASIL

3.1 Abordagem Histórica dos Principais Marcos Legais do Mercado

O Sistema Financeiro Nacional, do qual faz parte o mercado de valores mobiliários, foi criado e estruturado por meio da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1.964, também conhecida como “Lei da Reforma Bancária”. Até então, o mercado financeiro no Brasil existia tão somente em função dos bancos comerciais, sendo que a partir daí, ocorreu a

regularização do mercado paralelo de crédito e cresceu a especialização das instituições que fazem a intermediação dos negócios financeiros[11].

A Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1.965, também conhecida como “Lei do Mercado de Capitais”, foi o primeiro diploma legal brasileiro a distinguir as companhias abertas de outros tipos societários, impondo àquelas, cujos valores mobiliários fossem admitidos à negociação em mercado organizado, o requisito de registro das distribuições públicas que pretendessem realizar[12]. Foi a primeira vez que o mercado de capitais foi disciplinado de forma separada do mercado financeiro.

A Lei nº 6.385 de 7 de dezembro de 1.976 dispôs sobre o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como sendo uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pela regulação do mercado de capitais.

As sociedades anônimas no Brasil são reguladas pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que foi instituída na época em que o país vivia um cenário de próspero desenvolvimento econômico, durante o Governo de Ernesto Geisel, em que havia a premente necessidade de fortalecimento do mercado brasileiro de valores mobiliários, que vivenciava grave crise de credibilidade. Destaca-se que, com a promulgação da Lei das S/As, como é conhecida, houve a ordenação sistemática das companhias, promovendo ainda a institucionalização do sistema de *disclosure*, objeto de reflexão neste estudo.

De acordo com a Exposição de Motivos de nº 196, do então Ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen, de 24 de junho de 1.976, a Lei das S/A tinha grandes objetivos:

O Projeto visa basicamente a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.

Assim, a Lei nº 6.385/76 e a Lei nº 6.404/76 formam a estrutura legal básica do mercado de valores mobiliários, juntamente com os atos regulamentares expedidos pelo Conselho Monetário Nacional e pelas agências governamentais (Banco central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários).

A Lei das S/A permaneceu inalterada por quase vinte anos[13]. Após este longo período, com a justificativa de incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais e com objetivo de estabelecer eficiente equilíbrio entre os interesses dos controladores e acionistas minoritários, tal lei foi alterada juntamente com a Lei nº 6.385/76, pela Lei nº 9.457 de 05 de maio de 1997. Esta norma visou principalmente facilitar os processos de reestruturação empresarial e de privatização das empresas sob controle estatal[14].

Além disso, importou em significativas alterações do poder de polícia da CVM sobre os participantes do mercado.

Após, veio a Lei 10.198/2001, que constituiu importante marco no direito sobre o mercado de valores mobiliários, na medida em que conferiu aceção ampla ao conceito de valores mobiliários, conforme já tratado no item 2 acima.

Alterações profundas no mercado de valores mobiliários também foram introduzidas pela Lei 10.303/2001, que ampliou o direito dos acionistas minoritários e preferencialistas, além de conceder novos poderes à CVM.

O legislador preocupou-se também em coibir condutas lesivas no âmbito do mercado de valores mobiliários. Neste sentido, a Lei n 7.492/1986, também conhecida como “Lei do Colarinho Branco”, tratou dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Diversas condutas são tipificadas como crimes, dentre elas: impressão ou publicação não autorizadas; divulgação falsa ou incompleta de informação; sonegação de informação; gestão fraudulenta ou temerária; emissão, oferecimento ou negociação irregular de títulos ou valores mobiliários; fraude a fiscalização ou investidor, etc.

Mais recentemente a Lei 11.638/2007 promoveu significativas alterações na Lei das S/As, principalmente no que diz respeito ao regime contábil das Companhias, visando a harmonização e convergência das práticas contábeis no Brasil com os padrões internacionais de contabilidade, notadamente as regras emitidas pela *Internacional Accounting Standards Board* (IASB).

A observância das disposições desta Lei irá colaborar com o aprimoramento das práticas de governança corporativa pelas companhias, já que se exigirá maior transparência em relação às demonstrações financeiras das empresas. A consequência de tais mudanças, sem dúvida, será o alcance de maior credibilidade perante os investidores e o mercado em geral, além de ganhos de eficiência em decorrência da qualidade da informação.

3.2 Competência da CVM

A CVM é órgão do Poder Executivo que tem legitimidade para intervir no mercado de valores mobiliários. É o que dispõe o Art. 5º da Lei 6.385/1.976 que criou a CVM:

Art. 5º - É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

No Brasil, as agências reguladoras apareceram efetivamente com independência em relação ao Poder Executivo, a partir da década de 90, num contexto nacional de desestatização, inspiradas no modelo norte americano de *agency*, assim consideradas como entidades independentes e autônomas em relação à estrutura tripartite dos poderes estatais[15].

As agências reguladoras devem obedecer a todos os princípios que orientam os atos da Administração Pública, os quais estão insculpidos no Art. 37 da Constituição Federal[16]. Tais princípios serão os balizadores da limitação ao exercício da competência outorgada pela lei às agências.

As principais atribuições da CVM estão disciplinadas no Art. 4º da Lei 6.385/76, a seguir transcrito:

Art. 4º – O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

- I- estimular a formação de poupança e a sua aplicação em valores mobiliários;
- II- promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;
- III- assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;
- IV- proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:
 - a) emissões irregulares de valores mobiliários;
 - b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários;
 - c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários;
- V- evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinada a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;
- VI- assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido (...).

Pela simples leitura de tal prescrição normativa, verifica-se nitidamente a preocupação com a transparência do mercado, cabendo ao Conselho Monetário Nacional e Comissão de Valores Mobiliários a garantia aos investidores de acesso às informações necessárias.

Quando da criação da CVM, tinha a autarquia sua competência estritamente definida no Art. 8º da lei 6.385/1976. Cabia a CVM o poder de regulamentar as matérias previstas

na sua própria lei de criação, e ainda fiscalizar e inspecionar as companhias abertas. Ocorre que com as reformas que tal lei sofreu ao longo dos anos, o campo de competência da CVM foi substancialmente ampliado, principalmente no que diz respeito ao seu poder normativo.

Contudo, destaca-se que as atribuições da CVM limitam-se ao âmbito da distribuição pública de valores mobiliários, bem como às companhias que estão juridicamente aptas a negociar seus valores mobiliários no mercado, isto é, as companhias abertas. Assim, é de se concluir que a competência da CVM não alcança as companhias fechadas, que apesar de se sujeitarem às disposições da Lei das S/As, não se submetem às regras do mercado de capitais.

Quanto à competência da CVM em relação às sociedades anônimas fechadas, o Parecer CVM/SJU nº 42 de 22.05.84 faz uma interessante distinção entre jurisdição e competência da CVM. Segundo este parecer, *“de fato, companhias fechadas não fazem parte de sua jurisdição regular e normal, mas a partir do momento em que estas companhias ‘invadem’ o campo de ação dos jurisdicionados da CVM, esta passa a ter competência para os inquirir, julgar e punir”*.

Partindo da análise das normas que definem a competência da CVM conclui-se que são atribuições essenciais deste órgão regulador: o desenvolvimento e garantia de eficiência e funcionamento do mercado, proteção dos investidores, acesso às informações adequadas, além da fiscalização e punição daqueles que transgridem as regras do sistema.

Para que a CVM possa desempenhar o seu papel há que se destacar algumas funções que lhes são peculiares, quais sejam as funções de normalizar, fiscalizar, fomentar, orientar, aplicar sanções, além, é claro, das funções registraria e julgadora.

É por meio do poder normativo que se regula a atuação dos diversos agentes do mercado. Os atos decorrentes de sua atribuição normativa são: instruções, deliberações, pareceres, orientações, notas explicativas, portarias e atos declaratórios.

Antes de baixar normas a CVM possibilita amplo diálogo com a sociedade, utilizando-se da audiência pública. Este procedimento tem como fundamentos a garantia do interesse público, confiabilidade, eficiência, competitividade e liberdade do mercado, bem como a proteção do investidor.

Pelo exercício do poder punitivo é que a CVM assegura, mediante observância do direito de ampla defesa, a penalização de quem descumpra as normas baixadas pela entidade ou de quem pratica atos fraudulentos no mercado.

O Art. 11 da Lei 6.385/1.976 estabelece as penalidades aplicáveis àqueles que descumprem as regras emanadas da Agência Reguladora, que variam de simples advertência, a imposição de multas e até proibição temporária de exercício de cargo ou atuação no mercado.

Merecem destaque ainda, as funções consultiva e fomentadora da CVM. Dentre várias ações no sentido tornar o mercado mais transparente e confiável, a Agência criou, em 1.998, o PRODIN – Programa de Orientação e Defesa do Investidor, que tem como

objetivo aprofundar o processo de interação dos investidores com a CMV, tendo como público-alvo os pequenos e médios investidores. O programa visa também a divulgação de ações realizadas pela CVM enquanto órgão regulador e fiscalizador do mercado de valores mobiliários, assim como o esclarecimento dos seus direitos e deveres em relação a emissores, agentes e intermediários.

A CVM vem desenvolvendo programas[17] interessantes no sentido de alertar a sociedade para os riscos envolvidos em qualquer investimento, realizando projetos educacionais voltados para a educação financeira. De certa forma, estas ações têm contribuição prática para a popularização do mercado de valores mobiliários, auxiliando no seu crescimento e desenvolvimento sustentável.

É inconteste que a Autarquia, no exercício de seu poder regulamentar, sempre deu destaque especial aos investidores individuais, isto por razões óbvias: uma, porque supõe-se que eles tenham menor poder econômico e menor capacidade organizacional; duas, porque eles representam papel relevante no processo de dispersão da propriedade. Por isto, devem ser protegidos e ter seus interesses resguardados em relação aos intermediários do mercado e às companhias.

3.3 Os princípios do Mercado de Valores Mobiliários

Para Roberto Quiroga Mosquera[18], alguns princípios regem o denominado Direito do Mercado Financeiro e de Capitais. Os princípios mais ligados ao mercado de valores mobiliários seriam: proteção da mobilização da poupança nacional[19], proteção da economia popular[20], proteção da estabilidade da entidade financeira[21] e proteção da transparência das informações.

Observa-se que os objetivos da regulação do mercado de capitais se referem também aos direitos constitucionais dos investidores, com vistas ao estímulo à poupança nacional e à higidez do mercado de valores mobiliários ou financeiros. Estes princípios prestam-se a garantir a segurança, estabilidade, equilíbrio e transparência das relações no mercado de capitais. Assim, além de promover o estímulo à poupança, a regulação deste mercado viabiliza a própria circulação de capitais.

Interessa ao presente estudo a análise do princípio da proteção da transparência de informações, segundo o qual todos aqueles que têm interesse em realizar investimentos no mercado de capitais devem dispor das mesmas informações (claras e suficientes), a fim de evitar que alguns sejam beneficiados em detrimento dos demais.

4 A POLÍTICA DO *DISCLOSURE*

Já foi dito que a preservação do princípio da proteção e transparência das informações é uma preocupação constante da CVM, tanto no exercício da sua função reguladora como também do seu papel sancionador. Para corroborar o alegado, verifica-se que o tema mais freqüente nos julgados da autarquia está relacionado à qualidade na prestação de informações dadas pelas companhias e as irregularidades na comunicação com o mercado[22].

Modesto Carvalhosa explica o que vem a ser um “nível ótimo” do *disclosure*, ao comentar o artigo 4º da Lei das S/A. O autor ensina que:

A regulação do mercado de capitais, em especial no que se refere às exigências de *disclosure*, deve visar a um nível ótimo, que significa a maior proteção possível aos investidores, mediante menor custo para as emissoras de valores mobiliários; assim, dada a competição para captação de recursos, em escala global, verifica-se crescente tendência no sentido da redução dos procedimentos da regulação[23].

Para Nelson Eizirik, dentre os objetivos da regulação do mercado de capitais está o de evitar conflitos de interesse entre o intermediário financeiro e investidor, o que se consegue mediante a especialização máxima e total separação de funções dos intermediários financeiros e mediante os mecanismos de *disclosure* [24].

A CVM, no exercício de seu poder regulamentar, busca a eficiência e controle do mercado, adotando a política do *disclosure*. O foco neste modelo de ampla divulgação de informações não é recente. Para melhor elucidação, é que se transcrevem os esclarecimentos da Autarquia neste sentido em documento denominado “Política de Divulgação de Informações, emitido em 1.979:

A CVM, obedecendo aos postulados da economia de mercado, persegue um mercado de valores mobiliários eficiente, que, para tanto, precisa ser livre, competitivo e **informado**, e deseja também um mercado confiável como resultado de uma adequada proteção e harmonização dos interesses de todos os que nele transacionam.[25] (grifo nosso)

Considerando que o mercado de valores mobiliários é fonte de financiamento das empresas privadas e também garantia da sustentabilidade sócio-econômica do Brasil, há que se ter um elevado grau de preocupação com a eficiência deste mercado, o que é garantido mediante a utilização da política do *disclosure*, ou seja, a divulgação ampla e transparente de informações, que na verdade, é o pilar das melhores práticas de governança corporativa e um dos princípios que regem o mercado de capitais.

O mercado de valores mobiliários será eficiente[26] na medida em que houver credibilidade nas relações entre investidores e companhias. O nível de credibilidade

umenta em função da qualidade e número de informações disponíveis sobre os agentes do mercado. Aqui não se questiona acerca da necessidade de eliminação da assimetria de informações[27] entre a realidade da companhia e as informações que são disponibilizadas ao mercado, o que se defende é a possibilidade de sua redução significativa por meio da adoção e desenvolvimento da política do *disclosure*.

Para as companhias, são ainda maiores os benefícios da adoção da política do *disclosure* do que os benefícios para os investidores. Ora, quanto maior a qualidade e a transparências das informações prestadas ao mercado, maiores serão as chances de atração de investimentos. Da mesma forma, há um nítido estreitamento da relação com a sociedade (prestação de contas), o que implicará na redução de boatos e investigações envolvendo a companhia, que acabam por abalar sua credibilidade, podendo levar à diminuição de seu valor ou mesmo à sua falência.

Destaca-se que a adoção da política do *disclosure* não pode implicar em custos que as empresas não podem suportar. Além disso, a divulgação de informações não deve prejudicar sua competitividade no mercado, mas simplesmente divulgar informações que sejam necessárias e suficientes para a tomada correta de decisão por parte do investidor.

Richard Frederik ressalta a importância do *disclosure*, explicando que transparência não diz respeito apenas à economia, mas também à função social das companhias, sendo que as empresas não existem em um vácuo, ou seja, elas se relacionam com a sociedade. Por esta razão, a informação é importante para uma série de usuários que vão desde os acionistas, aos empregados, comunidade local e também o governo. Para o autor a transparência é importante a fim de melhorar a compreensão do público em relação a empresa e a interação desta com a sociedade.[28]

Como então é possível para uma companhia identificar quais informações deve divulgar? Para responder a esta questão é necessário compreender o conceito de “relevância” (*materiality*). Informação relevante é toda aquela que a falta ou parcialidade pode influenciar negativamente nas decisões econômicas tomadas pelos usuários dessas informações[29].

Nos países[30] pertencentes a *Organization For Economic Co- Operation and Development – OECD*, o *Disclosure* inclui as seguintes informações, mas não se limita a elas: resultados operacionais e financeiros da empresa, seus objetivos, composição acionária e direito de voto, política de remuneração dos membros do conselho de administração e principais executivos, informações sobre os membros da direção, operações com partes relacionadas, fatores de riscos previsíveis, questões relativas a empregados, políticas de governança corporativa.[31]

O dever de observância da política do *disclosure* pelo órgão regulador do mercado no Brasil, está expressamente previsto na Lei de criação da Agência (Lei 6.385/1.976) que em seu Art. 4º, inciso VI, estabeleceu que tanto a CVM como o CMN exercerão suas atribuições com o fim de *assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido*.

Tal missão é reforçada no Art. 8º, inciso III da mesma Lei, na medida em que a competência da CVM é delineada para *fiscalizar permanentemente as atividades e os*

serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados.

Quando uma companhia pretende se capitalizar utilizando-se da emissão pública de valores mobiliários, uma série de informações[32] deverá ser prestada à Comissão de Valores Mobiliários – CVM a fim de proteger os investidores. Estas informações incluem, dentre outras, o relatório da administração, as demonstrações financeiras, o parecer dos auditores independentes, a minuta do prospecto, o contrato de distribuição do valor mobiliário, as quais são fornecidas no momento do registro[33] da emissão perante o órgão regulador.

Nenhuma emissão de valores mobiliários pode prescindir de prévio registro na CVM para ser regularmente distribuída no mercado. Quando se fala em registro obrigatório para fins de ofertas públicas de valores mobiliários, verifica-se que o escopo desta exigência de caráter regulatório, é justamente o atendimento da política de *disclosure*.

Nelson Eizirik esclarece em seu ensaio “*Emissão Publica de Valores Mobiliários*”, os motivos determinantes do registro e a relevância do *disclosure* neste particular:

As normas que impõem a necessidade de registro da emissão pública na CVM apresentam nítida feição instrumental. Com efeito, o registro consiste basicamente no meio de proceder-se à prestação de informações à CVM com vistas à sua divulgação ao público investidor. Assim, o registro da emissão está inserido no contexto mais amplo da política de *disclosure*, que consiste exatamente na divulgação de informações amplas e completas a respeito da companhia e dos valores mobiliários por ela publicamente ofertados.

(...)

Assim, o registro da emissão pública não é um fim em si mesmo, mas um meio de proceder-se a ampla divulgação das informações ao público. As normas que condicionam a realização de emissão pública ao prévio registro na CVM, ainda que cogentes, apresentam inequívoca feição instrumental." (grifos nossos)[34]

Com a aprovação da Lei nº 10.303/01, novas normas referentes à divulgação de informações por parte da companhia foram somadas àquelas inicialmente previstas na Lei nº 6.404/76, não se limitando a simplesmente ampliar o rol de obrigatoriedades, mas também, em detalhar e especificar inúmeras situações que requerem procedimento de divulgação, com o objetivo claro de melhorar a qualidade das informações prestadas. A comunicação imediata e compulsória, por parte do acionista controlador, acerca das modificações de sua posição acionária à CVM (Art. 116-A) é um exemplo claro e direto das alterações trazidas pela legislação ora citada.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão que disciplina e desenvolve o mercado de valores mobiliários nacional, têm se empenhado em aumentar a transparência das informações, trazendo regras mais rigorosas sobre a divulgação e uso de informações na negociação de valores mobiliários.

Com o propósito de garantir o *disclosure* é que a atuação da CVM tem sido intensa no sentido de fazer com as demonstrações contábeis venham apresentar a verdadeira situação patrimonial e de resultados das companhias abertas. O exercício deste mister, ao longo dos anos, vem contribuindo para o estabelecimento de uma nova cultura e de um novo conceito na difusão das informações provenientes das companhias abertas.

Apesar dos limites regulatórios e o respeito às práticas contábeis impostos pela CVM, esta concede total liberdade às empresas na condução de seus negócios, não havendo sequer direcionamento neste sentido. O que se exige é o cumprimento da legislação aplicável e a ampla divulgação ao mercado das informações relativas à preparação, condução e desenvolvimento da companhia, assim como à entrega de seus resultados aos acionistas, controladores e minoritários, incluindo ainda, neste escopo, o necessário e produtivo relacionamento com os *stakeholders*.

4.1 Disclosure como Pilar das Práticas de Governança Corporativa

Como já foi destacado, o legislador brasileiro tem se preocupado em criar mecanismos que estimulem o mercado de valores mobiliários. Dentre as medidas que vem sendo implementadas, principalmente a partir dos anos 90, está o incentivo constante às práticas de Governança Corporativa.

Para Jorge Lobo, Governança Corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que tiver conflitante com o da sociedade.[35]

São inúmeros os conceitos empregados por autores nacionais e estrangeiros ao instituto da Governança Corporativa. Para as reflexões trazidas neste trabalho, destaca-se o conceito de José Alexandre Scheinkman, segundo o qual a Governança Corporativa seria:

Todo um conjunto de mecanismos que investidores não controladores (acionistas minoritários e credores) têm à sua disposição para limitar a expropriação[dos direitos dos minoritários e credores pelos administradores e majoritário]. Estes mecanismos prescrevem regras de conduta para a empresa e de *disclosure*, e garantem a observância das regras (*enforcement*).” Uma vez que, “em muitos casos,

os responsáveis pela condução de uma empresa e/ou acionistas majoritários podem

tomar decisões, após a venda de ações aos minoritários, que prejudiquem o interesse

destes.[36]

O governo brasileiro juntamente com os órgãos reguladores tem incentivado a adoção de melhores políticas de divulgação de informação e práticas de governança corporativa por parte das empresas. A exemplo disso, citem-se as criações do Novo Mercado e dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), que teve como principal propósito garantir maior transparência de informações, proporcionando assim, maior segurança aos investidores e a redução custos de captação de recursos.

As companhias que pretendem negociar suas ações no Novo Mercado[37] devem assinar um contrato que implica no dever de observância de uma série de regras de caráter societário. No que diz respeito especificamente ao *disclosure*, são exemplos de obrigações previstas no Regulamento de Listagem do Novo Mercado:

- Melhoria nas informações prestadas, adicionando às Informações Trimestrais (ITRs) (...) entre outras: demonstrações financeiras consolidadas e a demonstração dos fluxos de caixa.
- Melhoria nas informações relativas a cada exercício social, adicionando às Demonstrações Financeiras Padronizadas (DFPs) (...) entre outras, a demonstração dos fluxos de caixa.
- Divulgação de demonstrações financeiras de acordo com padrões internacionais IFRS ou US GAAP.
- Melhoria nas informações prestadas, adicionando às Informações Anuais (IANs) (...) entre outras: a quantidade e características dos valores mobiliários de emissão da companhia detidos pelos grupos de acionistas controladores, membros do Conselho de Administração, diretores e membros do Conselho Fiscal, bem como a evolução dessas posições.
- Apresentação de um calendário anual, do qual conste a programação dos eventos corporativos, tais como assembléias, divulgação de resultados etc.
- Divulgação dos termos dos contratos firmados entre a companhia e partes relacionadas.
- Divulgação, em bases mensais, das negociações de valores mobiliários e derivativos de emissão da companhia por parte dos acionistas controladores. [38]

Ressalte-se que a BOVESPA definiu três níveis crescentes de compromisso (Nível I, Nível II e Novo Mercado), que dentre outros fatores, varia principalmente em função da amplitude e qualidade de informações disponibilizadas ao mercado. Não resta dúvida, que o plano da BOVESPA no sentido de traçar diretrizes que nortearão a atuação dos investidores, é louvável e certamente contribuirá para um tratamento mais favorecido

aos acionistas minoritários e um mercado mais transparente e confiável, já que prevalece a política do *full disclosure*.

O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa foi fundado em 1995, como uma organização exclusivamente dedicada à promoção da governança corporativa no Brasil e a principal fomentadora das práticas e discussões sobre o tema no País, tendo alcançado reconhecimento nacional e internacional. Em 1999, o IBGC lançou a primeira versão do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. É o que prevê aludido documento, notadamente no que diz respeito ao *disclosure*:

Artigo - O Diretor-Presidente e o Diretor Financeiro deverão prestar declaração por escrito afirmando que examinaram o relatório da administração e as demonstrações financeiras da Companhia, e que tais documentos não contêm dados falsos, nem omissões de fatos relevantes, bem como refletem as condições financeiras reais da Companhia.

Artigo - A Companhia elaborará suas demonstrações contábeis conforme a lei brasileira e os padrões de contabilidade internacionalmente aceitos e definidos pelo Órgão responsável.

Parágrafo- Todas as demonstrações financeiras elaboradas pela Companhia serão auditadas por auditores independentes.

Artigo - O relatório anual (a) mencionará as práticas de governança corporativa que estão sendo adotadas pela Companhia ou que serão implementadas a curto prazo; e (b) especificará a participação no capital da Companhia e a remuneração individual ou agregada dos administradores, destacando as mudanças havidas nessa participação ao longo do ano, explicitando os mecanismos de remuneração variável, quando for o caso, e seu impacto no resultado da Companhia.[39]

A CVM também lançou em 2002 uma Cartilha contemplando recomendações sobre Governança Corporativa, a qual também enfatiza a relevância do *disclosure*. Destaca-se que a adoção das práticas recomendadas pela CVM é facultativa e representa a adoção de padrões de conduta superiores aos padrões legais, sendo que o descumprimento não implica na aplicação de sanção pelo órgão regulador. Para melhor elucidação, cite-se algumas das disposições que ressaltam a importância do dever de informar previstas na Cartilha:

IV.1 Trimestralmente, em conjunto com as demonstrações financeiras, a companhia deve divulgar relatório preparado pela administração com a discussão e análise dos fatores que influenciaram preponderantemente o resultado, indicando os principais fatores de risco a que está sujeita a companhia, internos e externos.

IV.5 A companhia deve disponibilizar informações a pedido de qualquer membro do conselho fiscal, sem limitações relativas a exercícios anteriores, desde que tais informações tenham relação com questões atuais em análise, e a informações de sociedades controladas ou coligadas, desde que não viole o sigilo imposto por lei.

IV.6 A companhia deve adotar, além dos princípios de contabilidade em vigor no Brasil, normas internacionais de contabilidade promulgadas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB) ou utilizadas nos Estados Unidos da América (*United States Generally Accepted Accounting Principles-US GAAP*), atestados por auditor independente.[40]

As práticas de Governança Corporativa estão pautadas na observância de alguns princípios básicos como: *compliance* (cumprimento e controle de normas e procedimentos), *disclosure* (transparência), *fairness* (tratamento justo para acionistas minoritários) e *accountability* (prestação de contas).

Os princípios que sustentam as melhores práticas de Governança Corporativa, na verdade, já estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde a edição da Lei das Sociedades por Ações[41] e da Lei que criou a CVM[42], as quais já se pautavam em premissas de transparência, publicidade, controle de legalidade, prestação de contas, dever de diligência e responsabilidades dos administradores e acionistas das companhias abertas.

4.2 O *Disclosure* na Legislação Norte Americana

As companhias americanas[43] vêm experimentando mudanças em suas rotinas corporativas, tendo de se adaptar às novas regras do mercado estabelecidas pela Lei *Sarbanes - Oxley*[44], a qual teve por principal objetivo a proteção da transparência, no sentido de conferir maior credibilidade as companhias.

A Lei *Sarbanes – Oxley*, que se configurou na mais importante reforma da legislação do mercado de capitais nos Estados Unidos, foi sancionada em 30 de julho de 2002 pelo Presidente George W. Bush, após grandes escândalos contábeis envolvendo companhias norte- americanas, como a Enron, WorldCom, Arthur Andersen, dentre outras.

O propósito que justificou a reforma foi a proteção dos interesses dos acionistas e investidores através de regras rígidas, exigindo total transparência nas demonstrações financeiras e relatórios contábeis assinados pelos principais executivos da companhia e instituindo punições severas contra fraudes empresariais.

Segundo Andrea Fernandes Andrezo[45], *the Sabanes Oxley Act, aiming to restore the investors confidence and prevent new corporate scandals, brought many new rules on disclosure and corporate governance applicable not only to US issuers, but equally to foreign issuers.*[46]

Pode-se concluir que as mudanças ocorridas nos Estados Unidos geraram melhorias nos sistemas de controles internos das empresas, que são a base para a exatidão e confiabilidade das informações publicadas pelas companhias. Porém, tais incrementos vieram acompanhados de custos significativos.[47]

Uma das alterações trazidas pela SOX foi a determinação de que a *Securities and Exchange Commission* (SEC)[48] obtenha nos relatórios anuais das companhias que forem registradas declarações da Administração. Trata da imputação da responsabilidade dos Administradores pelos controles internos das empresas, com vistas a garantir a confiabilidade dos relatórios financeiros e da efetividade dos controles das empresas.

Outra exigência da SOX é a de que aos auditores independentes das empresas emitam dois pareceres, sendo um sobre a avaliação realizada pela Administração e outro sobre a efetividade dos controles internos.

A SOX previu pesadas sanções para aqueles que não cumprirem as regras em relação ao exercício da profissão contábil, a melhoria da qualidade da transparência das demonstrações financeira e dos pareceres de auditoria, vindo acentuar as penalidades para o CEO (*Chief Executive Officer* ou Diretor Presidente) e para o CFO (*Chief Financial Officer* ou Diretor Financeiro), nos casos em que haja violação a legislação societária.

Desta forma, para as empresas brasileiras com registro na SEC e ações cotadas em Bolsa norte americana, bem como para as empresas que pretendem efetuar registro nos próximos anos naquele país, deve-se atentar para as regras impostas pela SOX, que tem como grande pilar a maior transparência na divulgação de informações e dos atos da Administração.

Consoante a esta obrigatoriedade, não se pode olvidar do histórico de formação e evolução da Economia e Direito brasileiros, refletidos de forma direta no desenvolvimento das companhias do país. Neste sentido, a CVM realiza um dedicado trabalho de apresentação destes dados à SEC, com o propósito único de desobrigar as companhias brasileiras do cumprimento de determinadas imposições da SOX, geralmente inaplicáveis no mercado de capitais atual do Brasil. A superação dos arcaicos Conselhos Fiscais no mercado brasileiro pelos Comitês de Auditoria, mais produtivos e especializados, diretamente ligados ao Conselho de Administração, pode ser um bom exemplo da distinção cultural entre esses países, apesar da crescente globalização do Direito.

4.3 O Dever de Informar e Eticidade

O princípio da proteção e transparência das informações que norteia o modelo regulatório do mercado de valores mobiliários no Brasil e no mundo também encontra respaldo na Constituição Federal e nos princípios que regem as relações privadas na contemporaneidade.

A Carta Magna confere status de direito fundamental ao direito de informar e de ser informado[49]. Pode-se dizer que o direito à informação será concretizado quando as partes possam conhecer e entender o sentido e o alcance dos efeitos do negócio jurídico que pretendem entabular.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002 protege o dever de informar, não de forma expressa, mas por meio da aplicação da cláusula geral[50] da boa fé (Art. 422), a qual pode ser considerada corolário do princípio da eticidade.

Os princípios que regem o atual Código Civil são o da socialidade, operabilidade e eticidade. O princípio da socialidade representa a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, valorizando a dignidade da pessoa humana em busca do bem comum. O princípio da operabilidade se traduz na efetividade da aplicação do direito, visando facilitar ainda a sua interpretação. E finalmente, o princípio da eticidade[51], que interessa a este estudo, prioriza a boa fé, a equidade, o equilíbrio econômico e a justiça nas relações privadas.

O princípio da boa fé objetiva[52] traz consigo uma série de deveres anexos, dentre eles a transparência, confiança, correção, dever de informação, lealdade, etc. Assim, precede a concretização e manutenção de qualquer relação jurídica privada, a observância destes deveres.

Toda informação pressupõe clareza, divulgação, garantia de acesso, tomando-se sempre como base o homem médio. As finalidades do dever de informar constitucionalmente previsto são justamente a proteção da igualdade material, visando o equilíbrio entre os contratantes, bem como a prevenção de danos, não deixando de ser uma forma de controle estatal, que no caso do mercado de valores mobiliários, traduz-se por meio da regulação.

Quando uma das partes se desincumbe do dever de informar, há uma conseqüente distribuição do risco. Quando a companhia observa o dever da divulgação da informação ampla e transparente há uma transferência para o investidor do risco da sua decisão pela realização ou não do investimento. Deste modo, se a ausência de informação for causa determinante para a decisão pelo investimento, pode o negócio jurídico ser anulado.

Assim, conclui-se que nas relações que operam-se no mercado de valores mobiliários, a boa fé deve ser padrão de comportamento, impondo às companhias o dever de agir com eticidade. O mercado só alcançará o nível de probidade suficiente para atrair mais investimentos se o princípio da proteção e transparência das informações for de fato resguardado tanto pelo órgão regulador como pelos agentes do mercado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidente no desenvolvimento deste estudo que o *disclosure* é elemento vital das boas práticas da Governança Corporativa, sendo princípio basilar do modelo regulatório do mercado de valores mobiliários. O direito à informação busca seu fundamento de validade na Constituição Federal e nos princípios que regem as relações privadas na contemporaneidade. Foi comprovado que a transparência não está apenas relacionada à clareza na divulgação de resultados ou na prestação de contas à sociedade, mas influencia significativamente na atração de capital para as companhias e conseqüentemente no fortalecimento da economia do país.

Atualmente, os acionistas e investidores de modo geral não se importam tão somente com os resultados apresentados pela companhia na “última linha” do balanço (lucros ou prejuízos), mas sim com seu caráter corporativo e sustentabilidade no médio e longo prazo.

Não é a toa que o mundo tem voltado suas atenções para o *disclosure*, e os países têm adotado esta política como elemento estruturante da regulação do mercado de valores mobiliários. Os holofotes sobre a temática têm uma única razão: o *disclosure* é ferramenta eficaz na proteção dos investidores.

Todavia, apesar de ser o princípio da proteção da transparência das informações um instrumental essencial para a moderna regulação do mercado de valores mobiliários em qualquer país do mundo, faz-se ainda necessária a convergência de outros instrumentos não menos importantes, como por exemplo, a existência de um órgão fiscalizador e regulador, com poderes sancionatórios, que atue com imparcialidade na busca pela segurança e credibilidade das operações do mercado.

Da mesma forma, é preciso compreender que não basta a importação de modelos estrangeiros para regulamentar o mercado, dada as peculiaridades do Brasil. A busca da harmonização com as regras internacionais é fundamental, mas não se pode ignorar que a aplicação de tais mecanismos não altera a estrutura de propriedade concentrada do mercado brasileiro, tampouco o perfil de menor de menor porte das empresas, além do fato de que os valores mobiliários lançados no mercado têm de concorrer com papéis que oferecem altíssima rentabilidade interna.

Também é evidente que ainda existe muita relutância por parte das empresas em aumentar o nível do *disclosure*, que na maioria das vezes preferem limitar-se às exigências legais e regulamentares, justificando tal atitude, que implica em atraso no desenvolvimento do mercado, com o argumento da necessidade de proteção de informações consideradas estratégicas, receio de questionamento jurídico em função da divulgação de tais informações ou até mesmo por conta dos custos da divulgação.

É temerário afirmar que o modelo regulatório do mercado de valores mobiliários baseado no *disclosure*, bem como o fomento às melhores práticas de Governança Corporativa, são suficientes para resgatar a confiança do investidor, abalada por diversos escândalos e fraudes noticiados nos últimos tempos. Contudo, não se pode olvidar que é este o elemento indispensável na busca pelo fortalecimento o mercado.

Portanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido e uma trajetória evolutiva a ser cumprida. A legislação brasileira está em pleno desenvolvimento no sentido de trazer previsões que garantam efetivamente os interesses dos investidores nacionais e

internacionais. A sociedade, por sua vez, está em processo de conscientização quanto a singular importância do dever de informar das companhias. Contudo, os primeiros e mais importantes passos já foram dados.

6- REFERÊNCIAS

ANDREZO, Andrea Fernandes. *The Sarbanes – Oxley Act and The Rules Applicable to Foreign Companies: The Possible Impacts On The Capital Market* in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Vol. 132. São Paulo: Malheiro, 2003, pp. 25-54.

AKERLOF, George A. “*The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*” in *Quarterly Journal of Economics*, nº 84, 1970, p. 488–500.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOVESPA. *Regulamento de Listagem do Novo Mercado*. Disponível no sítio <http://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf>. Acesso em 22/09/2008.

BULGARELLI, Waldirio *Os valores mobiliários brasileiros como títulos de crédito* in Títulos de Crédito. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 1998, pp.85-103.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas - Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis 9.457, de 5 de maio de 1997 e 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

_____ e EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei da S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa*. Disponível no sítio <http://www.ecgi.org/codes/documents/cartilha.pdf>. Acesso em 21/09/2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUBEUX, Júlio Ramalho. *A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do Mercado de Capitais Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

EIZIRIK, Nelson Laks. *O papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC, 1977.

_____. *Regulação e auto-regulação do mercado de valores mobiliários*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. V. 48, Ano XXI, out-dez/1982. São Paulo: Malheiros, 1982, pp. 48-59.

_____. *Reforma das S.A e do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Caracterização jurídica da emissão pública de valores mobiliários*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, n. 83, 1991.

FREDERICK, Richard. "Disclosure: A Corporate Governance Tool That Really Works?" in *The Third Meeting of the Russian Corporate Governance Roundtable*. Moscou: 2000. Disponível no sítio <http://www.oecd.org/dataoecd/54/40/1920852.pdf>. Acesso em 21/09/2008.

JUNIOR, Alcides Mattiuzo. *A constitucionalização do direito civil e nova teoria contratual*. Disponível no sítio <http://www.avec.br/site/pdf/rj0102.pdf>. Acesso em 27/09/2008.

IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Manual prático de recomendações estatutárias*. Coordenação: Paulo F Campos Salles de Toledo. São Paulo: IBGC, 2006.

LAMEIRA, Valdir de Jesus. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Curso de Direito Comercial: sociedade anônima*. Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.

LOBO, Jorge. *Princípios de Governança Corporativa*. in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Vol. 142. São Paulo: Malheiro, 2006, pp. 141-154.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, in Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais, volume I. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 263-271.

OECD - Organization for Economic Co- Operation and Development. *OECD Principles of Corporate Governance*. Paris: OECD Publications, 2004.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PRADO, Viviane Muller; ROSSI, Maria Cecilia; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli . *Decisões da CVM em matéria societária no período de 2000 a 2006. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 37, p. 88-106, 2007.

RATNER, David & HAZEN, Thomas Lee. *Securities Regulation in a nutshell*. St. Paul, Minn., West Group, 7th ed., 2002.

RIBEIRO, Milton Nassau. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROSS, Stephen. *Administração Financeira (Corporate Finance)*. São Paulo: Atlas, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SERVIDEIO Federico e Eliana Kihara. *Sarbanes Oxley – Aprendendo com a experiência norte americana*. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/050819NotA.asp>. Acesso em 07/09/2008.

SCHEINKMAN, José Alexandre. *O Desenvolvimento do Mercado de Capitais no Brasil*. Disponível em: <http://www.princeton.edu>. Acesso em 27/09/2008.

TANURE, Fabrício Duarte. *A nova função reguladora da Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível no sítio www.cvm.gov.br. Acesso em 26/08/2008.

[1] MOSQUERA, 1999, p. 263.

[2] Vide Art. 4º da Lei 6.385/76.

[3] CARVALHOSA, 2002, p. 66.

[4] EIZIRIK, 1977, pp. 27-28.

[5] LIMA, 1995, p. 28.

[6] PAPINI, 2004, p. 9.

[7] MOSQUERA, 1998, p. 20.

[8] BULGARELLI, 1998, p. 85.

[9] O sistema de funcionamento dos contratos de Boi Gordo é semelhante ao de um clube de investimento, onde os investidores (parceiro proprietários) aplicam seus recursos e os vendedores (parceiros tratadores e criadores) encarregam-se da compra, engorda e venda do animal.

[10] EIZIRIK, *Os Valores Mobiliários na Nova Lei das S.A.* In Temas de Direito Societário, 2005, p. 422.

[11] LAMEIRA, 2003, p. 13.

[12] DUBEUX, 2006, p. 34.

- [13] Neste período somente duas alterações significativas foram introduzidas no ordenamento, quais sejam a Lei nº 8.021/1990 que suprimiu a forma ao portador das ações com o fito de tornar mais efetiva a tributação destes títulos e a Lei nº 7.958/1989 que decretou o fim do direito de retirada nas hipóteses de reorganização societária.
- [14] EIZIRIK, 1998, p. 5.
- [15] TANURE, 2003, p.3.
- [16] Segundo o Art. 37 da CF/ 88 a Administração Pública direta ou indireta de quaisquer dos poderes dos entes federativos deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
- [17] Exemplos de programas desenvolvidos pela CVM com objetivo de orientar investidores e disseminar o conhecimento acerca do Mercado, cite-se o Portal do Investidor (www.portaldoinvestidor.com.br), Concurso de Monografias, Encontros com Investidores, desenvolvimentos de materiais educativos como cartilhas, etc.
- [18] MOSQUERA, 1999, p. 263 a 270.
- [19] Por este princípio o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o mercado de capitais deve viabilizar a adequada mobilização da poupança nacional para os carentes de recursos.
- [20] Este princípio visa manter a continuidade do fluxo de capitais, e por conseqüência, a proteção da economia popular.
- [21] A legislação deve proteger e evitar quebras de entidades financeiras, já que elas exercem papel fundamental na circulação de capitais.
- [22] PRADO, ROSSI e SILVEIRA, 2007, p. 102.
- [23] CARVALHOSA, 2002, p. 66.
- [24] EIZIRIK, 1.977, p. 47.
- [25] Esta Política é baseada no documento “Regulação de Mercado de Valores Mobiliários: Fundamentos e Princípios”, aprovado em 1978 por meio do voto do Conselho Monetário Nacional nº 426.
- [26] Mercado eficiente é aquele no qual os preços dos valores mobiliários refletem as informações disponíveis em sua completude (Cf. ROSS,1995, p. 263).
- [27] AKERLOF, 1970, p. 491.
- [28] FREDERICK, 2000, p.1.
- [29] OCDE, 2004, p. 30.
- [30] São países membros oficiais da OECD: Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e os Estados Unidos. O Brasil não faz parte da OCDE.
- [31] OCDE, op.cit., p. 22.
- [32] Vide Instrução CVM nº 400 de 29 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário.
- [33] Vide Instrução CVM nº 202 de 06 de dezembro de 1993, que dispõe sobre o registro de companhia para negociação de seus valores mobiliários em Bolsa de Valores e mercado de balcão.
- [34] EIZIRIK, 1991, p.55.
- [35] LOBO, 2006, p. 141.
- [36] SCHEINKMAN, p.1
- [37] O Novo Mercado é um segmento de listagem da BOVESPA destinado à negociação de ações emitidas por companhias que se comprometam, espontaneamente, com a adoção de práticas de governança corporativa adicionais em relação ao que é

exigido pela legislação. A consequência para as empresas que atuam no Novo Mercado é a valorização e liquidez de suas ações, as quais sofrem influência positiva em razão do maior grau de segurança oferecido aos investidores e em decorrência da qualidade das informações prestadas ao mercado.

[38] BOVESPA, pp. 12-15.

[39] IBGC, 2006, p. 81.

[40] CVM, 2002, p. 9-11.

[41] Destaca-se os Arts. 109, III, 100, §1º, 133, 157, 164, 224, 225 e 247, todos da Lei 6.404/76.

[42] Art. 4 da Lei 6.385/76.

[43] A SOX aplica-se tanto às empresas americanas com ações negociadas na Bolsa dos Estados Unidos como às empresas estrangeiras com recibo de ações ADR (*American Depositary Receipt*) negociadas na Bolsa daquele país.

[44] O nome da Lei é uma homenagem aos congressistas norte-americanos, Paul Sarbanes e Michael Oxley, responsáveis pela sua edição.

[45] ANDREZO, *in* Revista de Direito Mercantil, vol. 132, outubro – dezembro de 2003, p. 52.

[46] Tradução Livre: A SOX teve como objetivos o restabelecimento da confiança dos investidores e a prevenção de novos escândalos corporativos, tendo trazido várias novas regras de *disclosure* e governança corporativa, aplicáveis não apenas aos emissores de valores mobiliários dos Estados Unidos, mas igualmente aos emissores estrangeiros.

[47] Como exemplo destes custos cite-se o aumento de carga horária dos empregados, honorários pagos a consultorias, aquisição de software específicos para implementação dos controles internos e honorários pagos a auditores independentes.

[48] A SEC é o órgão regulador dos Estados Unidos similar a CVM.

[49] Vide Artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e LXXII da CF/88.

[50] Cláusulas gerais podem ser consideradas normas que não prescrevem condutas, mas tão somente descrevem valores e parâmetros hermenêuticos. Trata-se de técnica legislativa adotada pelo Código Civil de 2002 com a finalidade de socializar as relações patrimoniais.

[51] Vide Art. 422 do Código Civil de 2002.

[52] Segundo Junior (p.12) o princípio da boa-fé consiste no reconhecimento de deveres secundários, conexos e independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

COOPERATIVISMO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICO: UMA PROPOSTA DE GESTÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA PARA SUPERAÇÃO DA GUERRA FISCAL, EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO*

PUBLIC COOPERATIVISM INTERINSTITUTIONAL: A PROPOSAL FOR PUBLIC TAX ADMINISTRATION TO SUPERATE THE FISCAL WAR IN SEARCH OF DEVELOPMENT

**Hugo Thamir Rodrigues
Daniel Dottes de Freitas**

RESUMO

Brasil, ano de 2008. A despeito de sua jovialidade, ao completar vinte anos de existência a Constituição da República Federativa do Brasil, assume em definitivo a condição de ser, não apenas o principal marco histórico normativo, mas o referencial de vida para o povo brasileiro. Ao longo de nove Títulos comunga todas as ambições dos mais variados grupos e instituições da nação. Representa, pois, um eterno aporte voltado à regência do país, construindo e reconstruindo cada desejo nacional, sempre a partir do Direito e da Democracia. Pensar suas duas décadas de existência, significa registrar o reencontro do povo com seu país. Por isso, debater abertamente políticas públicas tributárias, objetivando estruturar e aperfeiçoar o aporte financeiro de que necessita o Estado para implementar seus desígnios constitucionais, é tarefa obrigatória da ciência do Direito. Este trabalho científico aborda um tema bastante atual do Estado de Direito Fiscal. Enfrenta o problema da guerra fiscal entre municípios, decorrente da migração de empresas atraídas por vantagens fiscais. Apesar da justificativa da extrafiscalidade tributária por intermédio da intervenção sobre o domínio econômico, a guerra fiscal seria um efeito negativo seu. Finalmente, como principal elemento de pesquisa da tese aqui apresentada, busca-se descobrir elementos para construção de uma possível teoria da cooperação interinstitucional pública, voltada à instalação de um modelo de cooperativismo intermunicipal, que some vontade política e gestão pública protetiva e implementadora das possíveis vantagens tributárias municipais próprias do desenvolvimento econômico e da política fiscal. É, assim, uma proposta razoavelmente inovadora, que busca aprofundar o debate sobre políticas públicas tributárias para a governança local, em busca do desenvolvimento regional, tanto em relação às administrações públicas, quanto em face de suas respectivas comunidades, contribuindo, desse modo, para a harmonização fiscal e social.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO. TRIBUTAÇÃO. GUERRA FISCAL. COOPERATIVISMO PÚBLICO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

Brazil, year 2008. Despite its joviality, upon completing twenty years of existence the Constitution of the Federative Republic of Brazil, assumes in definite the condition of be, not only the main normative historical milestone, but the benchmark of life for the Brazilian people. To the long one of nine Titles takes communion all the ambitions of the more varied groups and institutions of the nation. Thus represents an everlasting contribution returned to the regency of the country, building and reconstructing each national desire, always from the Right and Democracy. Think its two decades of existence, means registering the reunion of the people with their country. Therefore, debate openly tax public politics, planning structure and optimize the financial support that the State needs to implement its constitutional design, is mandatory task of the Right science. This scientific work approaches a current topic of the State of Fiscal Right. It faces the problem of fiscal war between cities, resulting from the migration of companies attracted by fiscal advantages. Despite the justification for extrafiscality tax through the intervention about the economic domain, the fiscal war would be its negative effect. Finally, as the main element of research thesis presented here, try to find elements for building a possible theory of public interinstitutional cooperation, focused on mounting a intermunicipal cooperative model, that adds political will and protective public management and implementer of possible municipal tax advantages own of economic development and fiscal politic. It is therefore a reasonably innovative proposal, which seeks to deepen the debate about tax public politics for local governance, in search of the regional development, so much as regarding public administrations, as in view of his respective communities, thus contributing to the fiscal and social harmonization.

KEYWORDS: DEVELOPMENT. TAXATION. FISCAL WAR. PUBLIC COOPERATIVISM.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do novel diploma constitucional intensificaram-se, no imaginário e na vida cotidiana do povo brasileiro, os principais ideais desenvolvimentistas tanto debatidos no final do século passado. Depois de apartada a repressão armada sobre o sistema político-jurídico, o caminhar se tornou exigente e não são poucas as vozes defensoras de um país efetivador dos direitos sociais e, cada vez mais, humanista. Nisso, e como principal matriz jurídica, a Constituição Republicana de 1988, implementa juridicamente a extrafiscalidade tributária, como uma hipótese de intervenção do estado sobre o domínio econômico rumo ao desenvolvimento. Mas, nesse andar positivo que se constrói no dia-a-dia de cada homem, dado o aumento da complexidade social, a todo o instante, agruras emergem com verdadeira força institucional impedindo a realização dos desígnios reservados à administração pública na busca do bem comum. *Exempli gratia*, é a própria guerra fiscal entre municípios (também ocorrente noutras esferas da federação), geradora de efeitos catastróficos sobre a vida em sociedade, e que subjuga homens e direitos sociais, sem embargo dos malferidos direitos fundamentais individuais, também amplamente violados, como é do conhecimento da comunidade jurídica, em especial.

Exsurge, então, o modelo cooperativista – neste artigo científico limitado à hipótese de gestão compartilhada de políticas públicas tributárias municipais – como instituto que se insere segundo um pensamento utilitarista e desenvolvimentista, para superação da guerra fiscal municipal, apregoando a união para a realização dos interesses econômicos dos diversos entes federados envolvidos num tipo de consórcio cooperativo regional e, por corolário lógico, também realizador da vontade e dos direitos de suas respectivas comunidades.

Este, fundamentalmente, é o debate proposto neste artigo científico, uma proposta de criação de novas perspectivas ao próprio direito tributário voltado ao bem comum, através da implementação de um modelo de gestão pública tributária que conte com a união harmoniosa de determinado grupo de municípios, visando vantagens tributárias e sociais comuns, que beneficiem também a comunidade regional, ocasião em que o espaço local é o principal indicativo desta implementação – não apenas do âmbito municipal, mas também do regional, concretizando vantagens a todos eles.

De outra banda, é oportuno registrar que - dada a preocupação teórica acima delimitada - muitas outras imbricações passarão *in albis*, como que superadas doutrinariamente. Disso decorre que serão usados de forma objetiva e, talvez, contumaz, diversos postulados teóricos já estratificados no pensamento político e jurídico atual, não obstante as inescandíveis críticas e objurgações ampla e democraticamente sofridas. Por isso, é de se frisar que não haverá intenção ou espaço para sustentação de tais bases, senão apenas para sua admissão incontinenti.

2. EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA: A PROPOSTA CONSTITUCIONAL

Como sói acontecer em diversos países do ocidente, a tributação no Brasil possui dois sentidos teleológicos bastante distintos. Se, por um lado, a tributação sustenta o estado, por outro, serve-lhe como mecanismo de fomento ao desenvolvimento econômico e social. Tratam-se, assim, respectivamente, de fiscalidade e de extrafiscalidade tributária, institutos jurídicos vigentes aqui na *terra brasilis*[1].

Em sede constitucional, Título VI, Capítulo I, da Carta Política, consta gravada a própria delimitação do sistema tributário nacional em vigor (artigos 145 a 162), preservando-se sistematicamente a hierarquia normativa de origem kelseniana e, bem assim, o conseqüente império da *lei fundamental*[2] como orientadora maior dos

destinos da tributação, motivo pelo qual oferece o aporte conceitual fixador do caráter fiscal e do extrafiscal do tributo, como aqui se pretende discutir. Tratam-se de elementos do chamado *estado de direito fiscal*, ou, como denomina Luís Eduardo Schoueri, *Estado do Imposto*[3](sic).

No sentido da fiscalidade, o *Direito Tributário tem a finalidade de arrecadar recursos, para suprir as necessidades dos cofres públicos e que esta atividade decorre da supremacia do interesse público sobre o interesse particular*, como acertadamente define Marcus de Freitas Gouvêa[4]. Como bem apreende o autor, a fiscalidade toma ares de fundamento jurídico-principiológico, para o provimento de recursos para o estado, eis que existem fundamentos econômicos, históricos, políticos e sociais que amparam a tributação.

É assim, pois, que a tributação surge como um dever que se estende a todos os homens. Na dicção de José Casalta Nabais, legitima-se no próprio dever fundamental de pagar impostos[5], haja vista, o *estado social* pressupor a existência do *estado fiscal*. Em realidade, custa crer que, em um país com tamanha injustiça social, desigualdade, pobreza, exclusão, entre tantos outros males, ainda repercute positivamente o discurso de outrora, manipulador por excelência, de que a carga tributária é fator prejudicial à vida dos homens. A mácula à tributação íntegra – não raras vezes – a retórica palanquial, na triste realidade da nação brasileira. A força manipuladora do discurso sofista que filtra valores e exclui responsabilidades há que, um dia, dar lugar a uma nova consciência cultural nacional. Pois não se pode admitir que, diante de tamanhas necessidades sociais e individuais, se use a tributação como algoz das frustrações nacionais. Principalmente para esconder e justificar ilicitudes pessoais e grupais de presença histórica, interesses cujo rastro sujo tem cara, coroa e vem mesmo da Casa da Moeda do Brasil.

Ora, nenhum país será construído ou reconstruído sem que se lhe renda parte da renda. A natureza social-contributiva da tributação evolui-se como instrumento da própria solidariedade desenvolvimentista. Por isso, é que não se deve aceitar calado tal acusação, que nada mais representa senão apenas uma *cortina de fumaça* a esconder um dos principais *atos do homem*, qual seja, a propensão à corrupção e ao erro como atributos de uma vida naturalmente imperfeita e exageradamente egoísta.

A tributação é um bem necessário ao Brasil. É um bem porque a soma de esforços para arrecadação de dinheiro realiza os valores defendidos pela sociedade, isto, na mesma proporção de que não pretende o mal de quem quer que seja, representando um verdadeiro pilar da própria solidariedade social. E é necessária porque o estado atual das coisas, por si só, demonstra que quase nada foi realizado no país, rumo à plena satisfação dos desígnios constitucionais sociais e individuais pretendidos para o povo

brasileiro. Por isso, se concluir: pagar tributo significa contribuir para a realização dos direitos sociais e individuais.

Porém, não se pode negar boa-vontade e atuação positiva de diversas pessoas e instituições, no sentido de constantemente procurarem tais realizações. Mas a principal lição que se retira do *fato brasileiro*, é a de que a questão de fundo remonta a um problema cultural, talvez secular. Somente a paulatina atitude de construção cultural, outorgará a carga cognitiva mínima necessária ao despertar das consciências, modificando-se, então, os fatos, e atingindo-se os objetivos constitucionais.

Por isso, também é tarefa do direito tributário delimitar e divulgar a extrafiscalidade como um bem necessário ao desenvolvimento do Brasil, desde sempre. Razão pela qual, impõe-se o exame do instituto a partir da proposta constitucional, em respeito às prioridades normativas e à integração sistêmica[6], vigentes positivamente no estado nacional.

Haurido em Paulo de Barros Carvalho, Flávio de Azambuja Berti[7] apresenta uma limitação conceitual de extrafiscalidade, como aqui se pretende e que é bastante adequada às aspirações constitucionais vigentes em nosso país, especialmente por vincular a utilização dos tributos à realização de *situações* sociais, políticas e econômicas *valiosas* ao Brasil, preservando uma reconhecida carga de valores que norteia o próprio ordenamento jurídico, bem definindo o dever ser dos componentes do tecido social. Daí, então, um notável exemplo de evolução constitucional experimentada pela nação brasileira. Pois se retira da própria Carta Republicana a matriz jurídica transformadora do sistema constitucional tributário, principalmente através dos princípios constitucionais tributários, num sistema de controle da economia, como que um verdadeiro instrumento de intervenção no domínio econômico – como de fato é – a serviço do estado e para realização concreta das políticas públicas de desenvolvimento econômico e social.

Na mesma linha de raciocínio vêm diversos outros autores[8], todos sustentando uma espécie de natureza social para a extrafiscalidade tributária, como que sempre cumpridora da vontade social rumo à mudança desenvolvimentista de que tanto se fala. Aliás, que não se ignore o dever de uso da expressão *desenvolvimento* como gênero próprio às espécies *social*, *econômico* e *humano*, como adiante será tratado.

Ora, assim é possível percebermos e aceitarmos os *estímulos* e *desestímulos fiscais* como hipóteses de gestão governamental de políticas públicas de desenvolvimento econômico e humano. E isso ocorre, então (utilizando-se uma locução mais classificatória), em sede de políticas públicas tributárias. Revela-se, assim, o grau

de importância – não apenas do Direito Tributário – mas de um de seus institutos mais importantes, a extrafiscalidade tributária como um instrumento realizador da vontade estatal (como, por exemplo, do legislador), como assevera Roque Antônio Carrazza[9]. Com efeito, o sistema de direito positivo vigente se ocupa deste mecanismo de intervenção no domínio econômico, por exemplo, aumentando ou diminuindo alíquotas tributárias, controlando, pois, a economia e a atividade social como um todo, através do induzimento à adoção de determinados comportamentos pelos contribuintes, sejam eles positivos ou negativos.

Eis, assim, a significação de que com o tributo tem-se um dos mais importantes instrumentos de gestão de interesses sociais. Nisso, reside a extrafiscalidade tributária. É um instrumento que se ocupa da tributação para fins não tributários. Aproveitando do ensejo, relembre-se que o autor acima exemplifica o uso extrafiscal do tributo indicando, como tal, a hipótese do § 1º, do art. 156, da CF, inclusive sob os auspícios de muitas discussões, dizendo que “[...] há uma outra progressividade do IPTU, que poderíamos chamar de *extrafiscal*, que tem dado margem a inúmeras controvérsias”. Com razão, demonstra co-existirem hipóteses de progressividade *fiscal* e *extrafiscal* num mesmo tributo, o *imposto predial e territorial urbano*. Donde se retira a possível co-existência da progressividade *em razão do valor* (art. 156, § 1º, I, da CF), com a progressividade *no tempo* (art. 182, § 4º, II, da CF).

A extrafiscalidade tributária é um instituto pertencente ao sistema constitucional tributário. E, como tal, insere-se no contexto político-jurídico para execução dos desígnios sócio-constitucionais de que se tratou anteriormente. Ela reside no sistema, como proposta constitucional para implementação do desenvolvimento social.

Em conclusão capitular é de se retomar a dicção de Schoueri, que, inspirado em Tipke, Vogel, Genaro Carrió, Lobo Torres, Ferraz Jr., entre outros, no sentido de reconhecer a *função indutora*[10] da norma tributária, com efeito sobre o domínio econômico[11], como positivado consta, por exemplo, dos artigos 150, § 6º, 155, § 2º, XII, g, 165, § 6º, e 174[12], da Carta Republicana, confirmando-se a forte estrutura da extrafiscalidade tributária (amplamente embasada em subsídios, incentivos, isenções, subvenções, créditos etc). E é justamente na necessidade nacional que se esgrima uma estrutura forte voltada à realização de uma *justiça fiscal distributiva estruturante*.

3. GUERRA FISCAL: UM EFEITO NEGATIVO DA EXTRAFISCALIDADE

O princípio da extrafiscalidade em matéria tributária encontra-se diluído em diversos dispositivos constitucionais, mas também é encontrado na própria legislação infraconstitucional. Todavia, universalizando-se desse modo, permeia o conjunto

normativo em todas as esferas da federação. Isto significa dizer que, por corolário lógico, é norma que se encontra em cada esfera da *competência tributária* estabelecida a partir da Constituição.

Não obstante a existência de classificação dogmática bastante adequada e que versa sobre este tema, o que importa ter presente é que cada ente da federação possui elementos de implementação da extrafiscalidade tributária, distribuída, pois, em variadas espécies tributárias e suas respectivas normas regulamentadoras (mesmo que indiretamente). Desse modo, a extrafiscalidade surge como um princípio constitucional que pode ser aplicado por qualquer ente da federação, respeitadas as demais normas decorrentes, essencialmente, do princípio da legalidade.

Em função de tal condição de vida do próprio Direito Tributário, os entes da federação – como os estados entre si, ou como os municípios entre si – poderão instituir variados estímulos e/ou desestímulos fiscais, direcionando o princípio da extrafiscalidade tributária como um instrumental a serviço da gestão pública e da execução da vontade política do Estado, implementando as políticas públicas, cuja definição teórica já tivemos a oportunidade de apresentar noutro trabalho científico[13].

Num plano mais prático, os atos executivos decorrentes desse exercício político-jurídico, materializam-se, por exemplo, em *isenções* de tributos patrocinadas como atrativos para empresas e indústrias nos mais variados setores produtivos. Ora, é de conhecimento público que grandes e pequenos empresários lucram com esta atividade pública que – mal comparando – *leiloa* parques industriais para a instalação de sedes industriais. Sem solução de continuidade, os municípios doam terrenos, patrocinam isenções tributárias e, comumente, investem dinheiro público em prol de melhorias que beneficiam, tão-somente, o capital privado. Mas a diretriz da extrafiscalidade é *a busca do desenvolvimento social a partir, fundamentalmente, da intervenção nos domínios econômicos e sociais*[...].[14]

E, não obstante esta evidente finalidade, a extrafiscalidade tomou outros rumos com o que se chega ao próprio conceito de guerra fiscal.

Sua maior utilização, entretanto, parece ocorrer de forma a manter ou atrair novas empresas para uma determinada unidade da federação, que seja, essa, um Estado, o Distrito Federal, ou um Município, o que tem implicado, no campo fático, na migração de empresas e de empregos de uma unidade federada para outra, acarretando aquilo que se tem denominado de guerra fiscal.[15]

Assim, além de não representar, obrigatoriamente, melhoria de vida às populações locais, especialmente quanto ao *desenvolvimento humano*[16], a atividade estatal institui a chamada guerra fiscal entre os entes da federação. Ela desenvolve no seio das administrações públicas a contumaz intenção de beneficiar tributariamente variadas empresas e indústrias, numa acirrada disputa local, regional e estadual, fazendo com que os entes federados, mutuamente, percam força, cedendo à exploração econômica patrocinada em favor apenas do capital privado.

Como facilmente se constata, esse é um exercício suicida que põe a sociedade na linha de frente do combate, rendendo bens e valores públicos em favor dos interesses de mercado. O confronto entre municípios através da guerra fiscal fragiliza e faz refém a própria comunidade, expondo-a ao bel-prazer dos detentores do poder econômico, cuja pedra-de-toque de ações é somente a vantagem econômica privada. Por isso, não é de todo equivocado o silogismo dialético de que é neste espaço de interlocução e intermediação entre todos os atores sociais, que reside a razão de ser do estado. O estado se legitima, também, contrapondo aqueles interesses, momento no qual não pode subverter ou ignorar seus deveres, cumprindo a função de mediador social entre os interesses da coletividade e do mercado, equilibrando e realizando ambos.

Mas, como poderia o estado equilibrar aquelas forças, sem se submeter invariavelmente ao império de um ou de outro? A guerra fiscal faz isto: ela obriga o ente federado a defender a causa empresária, sob pena de ver sua comunidade, em tese, cada vez mais longe do desenvolvimento. Eis um caminho sem volta para os municípios: ou ingressam na guerra fiscal com outros entes da federação (na disputa de empresas e indústrias), reduzindo alíquotas, concedendo subsídios ou isenções fiscais, ou, invariavelmente, perdem a guerra e a proposta de progresso e desenvolvimento local.

Ora, visivelmente, esta tem sido uma luta em que só há um vencedor, qual seja, o detentor privado dos meios de produção. Esta é a guerra fiscal que prejudica a todos: o município perdedor, porque perdeu uma oportunidade de desenvolvimento e progresso; o ganhador, porque rendeu benefícios fiscais, patrimoniais, sociais e individuais de alto custo, sempre em prejuízo de sua comunidade. Um, permanece estagnado. Outro, experimentando falso crescimento. Esta, pois, é a triste face da guerra fiscal. É um efeito negativo da extrafiscalidade tributária, e que exige profícuo debate jurídico, político e social, com vistas à superação dos graves e infindáveis problemas que entravam o desenvolvimento comunitário, todos eles atribuíveis ao modelo de entreguismo[17] institucionalizado no país, e que decorre da atuação política das elites econômicas que mascaram interesses pessoais, prejudicando a vida humana e maculando os valores sociais que deveriam ser promovidos pelo próprio estado[18].

4. COOPERATIVISMO INTERINSTITUCIONAL ENTRE MUNICÍPIOS: UMA PROPOSTA DE POLÍTICA TRIBUTÁRIA PARA A GOVERNANÇA LOCAL SOLIDÁRIA

No contexto brasileiro algumas possibilidades de intervenção do estado na economia estão sendo manejadas com efeitos prejudiciais ao desenvolvimento econômico, social e humano, que se pretende harmonioso. Restando evidente, assim, um sentido negativo que a extrafiscalidade tributária acarreta a todos pela via da guerra fiscal. É que sua proposta voltou-se à competição desenfreada entre os municípios, operada em razão da supervalorização de sua independência recíproca, uma vez que estão postados frente ao poder econômico. Mas, contraditoriamente, diante do indivíduo deveria prevalecer uma única nação. Todavia, perante a força econômica, há uma espécie de autonomia e independência desenfreadas, de forma que se institucionalizou um tipo de liberalismo econômico-administrativo. Ou seja, a instalação de um autêntico modelo mercadológico que não se adéqua às necessidades sociais de cada comunidade, embora a partir do agir da administração pública. Ao contrário, semeia e institucionaliza o individualismo ao extremo, sempre tocado pela competição, que agora atinge as raízes da administração pública.

Esta disputa acirrada e prejudicial à sociedade, seguindo-se aqui os postulados de uma democracia participativa, exige enfrentamento e propostas de superação. Daí se defender, há algum tempo, atitudes que utilizem, por exemplo, critérios como a *solidariedade* e a formação de *blocos regionais*, instrumentos ideais numa atuação cumpridora da tão vergastada *intervenção estatal obrigatória*[19], atingindo-se os desígnios constitucionais ainda sob a vigilância do povo.

Veja-se o seguinte. A partir de uma fundamentação histórico-doutrinária o *cooperativismo* interfere na sociedade como *instrumento de desenvolvimento*, especialmente nas hipóteses de cooperativismo de produção e comercialização, como defende Pedro Luís Büntenbender[20]. Tomando-se por base esta conclusão de maior amplitude, é possível se pensar um cooperativismo para o desenvolvimento na administração pública, ou seja, um cooperativismo entre entes federados. Estamos, assim, diante de uma autêntica hipótese de *cooperativismo público*, cujas características, embora em vários pontos não assimiladas pelo ideário originado no *pensamento cooperativo inspirado no modelo de Rochdale*[21], produtivo e comercial institucionalizado a partir da Revolução Industrial, acaba encontrando eco no sistema de direito positivo e no seio da sociedade brasileira, dadas as idiosincrasias sociais de nosso tempo.

Antecipe-se, porém, necessárias diferenciações. Não se trata aqui de criar uma cooperativa pública regional, firmada entre vários municípios. A *cooperativa*[22] se afina com a idéia de instituição criada para instrumentalizar o sistema cooperativo. O

que se pretende é a utilização do *cooperativismo como ação desenvolvimentista*, como instrumento executório das políticas públicas concatenadas em uma unidade ideária, por vários municípios de uma mesma região. Assim, para o que nos interessa, o cooperativismo não seria uma *facultas agendi*, mas uma *actio utilis* dependente apenas da vontade política (tributária) dos municípios, em reunirem-se com vistas à manutenção (sem riscos) de suas reservas tributárias orçadas, sem prejuízo aos investimentos sociais diretos em saúde, educação, trabalho, renda etc.

Ainda sobre certas diferenciações prévias, há que se estabelecer a separação entre *cooperação* e *solidariedade*. O ato cooperativo avança socialmente como uma atitude voltada à realização de objetivos comuns. Por isso, o cooperativismo é visto como um concreto instrumento de desenvolvimento[23], como aduz Büttenbender. Cooperativismo significa, assim, ações conjuntas tomadas por determinado grupo de pessoas, para que se implementem suas aspirações econômicas. Eiva-se, então, de um conteúdo agregador, que exige e pratica a soma de esforços, mudando os fatos da vida. Mas, o que move os homens em direção à atitude cooperada?

Bem, esta pergunta além de direcionar a lógica do discurso ao exame do princípio da solidariedade, parece ir mais além, como que exigindo naturalmente sua presença para o correto entendimento da proposta. O tema da *solidariedade*, como explica Cláudio Sacchetto, *é fundamental porque leva a perguntar porque se pagam tributos, porque deve existir uma lealdade fiscal*[24]. Passando longe da questão inicialmente colocada pelo autor, qual seja, a justificação do dever fundamental de pagar impostos na linha do que ensina Nabais, perguntar-se-ia de pronto: também seria possível uma gestão pública ancorada na *lealdade na arrecadação tributária*?

Ora, o que se retira destes dois postulados, a despeito de todas as imbricações e aprofundamentos teóricos aqui não enfrentados, é a conclusão de que a solidariedade reside no *mundo do dever ser*, ou seja, arvora-se como um instituto de conteúdo essencialmente axiológico. A solidariedade – para o que se pretende neste opúsculo científico – significa uma norma de conduta humana. Então a afirmação de Sacchetto, de que a *solidariedade é um princípio de valor constitucional*[25], completando com a presença de indissociáveis significados, como *apreciação e compartilhamento das idéias, das afirmações de outrem*[26].

Então que se registre em definitivo que a solidariedade é um modo de pensar *em e pelo* conjunto de pessoas, enquanto que a cooperação é um modo de agir – da mesma maneira – *em e pelo* conjunto. Tais definições são elementares para o trabalho aqui desenvolvido, quando se pretende a construção de postulados para a formação de uma *teoria da cooperação interinstitucional pública*, cuja construção depende de elementos jurídicos, políticos e sociais entrelaçados de forma harmoniosa e a partir da ciência jurídica. A cooperação interinstitucional pública voltada à superação da guerra fiscal,

transborda os limites da mera competência tributária municipal, alargando os marcos constitucionais sem jamais ferir os postulados da Constituição dirigente, fixadores da própria autonomia municipal. Aliás, sem o risco de imiscuir-se na esfera de competência da União[27], como adverte Joaquin Castro Aguiar ao tratar da extensão e limites da competência tributária, ancorados naqueles prefalados marcos constitucionais. É uma proposta de cooperação para o equilíbrio da arrecadação fiscal, firmada entre pessoas jurídicas de direito público interno.

Admitidos tais limites e possibilidades, tem-se na solidariedade a prévia união de vontades de vários municípios de uma determinada região, identificados por suas idiossincrasias econômico-produtivas, para, logo em seguida, implementarem em suas administrações um verdadeiro projeto de cooperação pública regional. Política pública tributária solidária e regime cooperativista público podem significar, não apenas uma estratégia de integração regional, mas uma estratégia de desenvolvimento econômico, social e humano, agregando-se os valores e os interesses do capital, da sociedade e do estado. O *cooperativismo interinstitucional público* é uma política e uma ação tributária para a governança local, construtor de benefícios de ordem regional.

Ultrapassando-se agora os limites desta rápida fundamentação teórica, há que se fazer referência a um *leading case* experimentado no Rio Grande do Sul, especificamente a partir do trabalho realizado no município de Cruz Alta[28]. Nesta micro-região do meio norte gaúcho, por ocasião da bacia leiteira ali existente, alguns municípios uniram forças no sentido de não ingressarem em guerra fiscal para atração de uma empresa do ramo de laticínios, ou seja, negando-se a digladiarem. Em Cruz Alta, gerenciou-se a aproximação e instalação da empresa, elaborando-se convênio escrito com diversos municípios, para recebimento de forma individual e proporcional os valores referentes ao retorno de ICMS, derivado da produção de leite de suas respectivas sedes. E assim ocorre. Em sua sede em Cruz Alta a empresa capta a produção regional de leite, registrando individualmente a produção de cada município conveniado. Posteriormente, remete tais controles ao Executivo local, que, por seu turno, redistribui o retorno do tributo de forma proporcional àquela produção.

Assim, em Cruz Alta[29], no Rio Grande do Sul, encontra-se em vigor a Lei Municipal nº 1.523, de 21 de julho de 2006. Contando com apenas nove dispositivos legais, paradoxalmente, parece abrir portas para uma incomensurável *chuva de idéias* no repensar da economia pública. O artigo 1º autoriza o Poder Executivo a *celebrar convênio com os Municípios para distribuição do valor Adicionado do ICMS gerado pelas atividades industriais da CCGL, instalada no Município de Cruz Alta, nos termos da minuta de Termo de Convênio que integra esta Lei como anexo*, modo pelo qual acaba positivando o pensamento solidário de que se tratou anteriormente, como o valor socialmente defendido pelas administrações públicas. Em seguida, já no texto do art. 2º, a Lei Municipal define que o *convênio terá como finalidade propiciar o rateio da receita do ICMS proveniente do valor adicionado no Município de Cruz Alta, decorrente da atividade industrial da CCGL com os municípios convenentes*,

proporcionalmente à origem do produto primário industrializado, ou seja, encaminha de forma prática a cooperação pública interinstitucional elegendo a modalidade de *convênio* como o modelo instrumental para aceitação do acordo, fixação de suas cláusulas fundamentais, enfim, materialização e registro do ato de cooperação municipal. Por seu turno, os demais dispositivos fixam normas de regência da cooperação, como, por exemplo, necessidade de assinatura do Termo de Convênio, distribuição do valor adicionado do ICMS em favor dos municípios convenientes (cada um recebendo os valores correspondentes à matéria-prima originária do seu território), controle da matéria-prima industrializada pela empresa (em separado, para fins de cálculo do valor adicionado do ICMS), entre outras disposições.

É de se frisar, porém, que esta normatização teve por base o Programa de Desenvolvimento Industrial - PDI, de Cruz Alta, instituído pela lei Municipal nº 176/94, de 14 de setembro de 1994. Denota-se existir precedente municipal disciplinando a política de estímulos e incentivos ao desenvolvimento econômico e social daquele município gaúcho, como consta de seu art. 1º. Lamentavelmente, este certo avanço de que pode se gabar Cruz Alta, não é uma realidade nacional. Trata-se, evidentemente, de uma proposta de empoderamento dos cidadãos, que envolve – entre outros fatores – sensação de pertencimento e poder local. Devendo, por isso, repercutir positivamente em cada recôndito território nacional, afirmando – também pela ciência do direito – uma proposta holística às diversas comunidades brasileiras.

Apesar de bastante pontual e específica, esta atitude conjunta das administrações municipais representa uma forma real de cooperativismo interinstitucional público. Presente está a vontade solidária, que se implementa no cotidiano regional pelo convênio municipal, verdadeiro instrumento que materializa a cooperação. A harmonização fiscal regional na arrecadação tributária lá implementada, representa um forte exemplo dessa união que aqui se pretende defender com vistas à superação da guerra fiscal. O contentamento empresarial foi manifesto, aparentemente por inexistir prejuízo aos interesses defendidos pela empresa, especialmente pautados na espécie territorial e geográfica da região, cuja produção primária lhe interessava. Da mesma forma, os municípios mantiveram sua arrecadação intacta, o que, indiretamente, serve as suas comunidades. E o município-sede parece nada ter perdido, pois contou com a força produtiva dos demais, captando outros dividendos sociais diretos e indiretos. Eis a prática administrativa utilizada.

O *leading case* vivenciado no Estado Gaúcho, cujas especulações aqui lançadas só se devem à cortesia do Secretariado Municipal que, gentilmente, cedeu e disponibilizou material para a pesquisa iniciada neste ano de 2008, ressoa noutros municípios, observadas certas peculiaridades locais relacionadas à formação de *consórcios públicos*, instituídos pela Lei Federal nº 11.107/05, regulamentada pelo Decreto nº 6.017/07. Esta lei tem sido apontada como exclusiva no trato da *cooperação federativa*, amparando consórcios e gestão pública e equilibrando as relações entre União, Estados e Municípios.

Evidente, pois, uma reviravolta nas noções jurídicas, políticas e sociais que cercam as relações interinstitucionais públicas, remanescendo diversos exemplos de cooperação conveniada sob a forma de consórcio, voltadas à realização do *bem comum*. Eis, então, a forte evidência da mobilização social erigida desde o surgimento da Carta Republicana de 1988, implementadora paulatina de princípios como: *republicano, federativo, democrático-participativo, jurídico-positivo, de cidadania, de justiça tributária* etc. Ainda em exemplificação, aproveitando a construção de Klaus Tipke e Joachim Lang, originária, então, do autêntico e festejado direito alemão, o *case* em apreço coloca em evidência social o próprio *princípio do merecimento* que *pretende recompensar uma determinada conduta proveitosa ao interesse coletivo. Centrados nesse princípio estão os favorecimentos fiscais para investimentos em regiões economicamente fracas ou para fins de Bem Comum, como a proteção de monumentos e ao meio ambiente*[30].

O *case* sob apreço carrega importante questão tributária, motivo pelo qual foi escolhido como *estudo de caso*, pois aplicado em região economicamente fraca e para fins de bem comum, como ocorre com quase todo estado brasileiro, revelando o debate de ordem econômico-tributária como aqui se pretende estabelecer. Mas muitos outros municípios têm promovido a elaboração de consórcios e convênios para cooperação e solidarização sistemática em áreas como saúde, educação, desenvolvimento econômico e sócio-ambiental, entre tantas e carentes áreas. A mobilização social caminha a passos largos, devendo-se, por fim, fazer uma referência ao histórico caso de desenvolvimento do *Grande ABC Paulista*, que, desde 1998, conta com a criação da Agência de Desenvolvimento Econômico do Grande ABC[31], de natureza não-governamental mista, que reúne as prefeituras dos sete municípios representados pelo Consórcio Intermunicipal do Grande ABC, as Associações Comerciais, o Sebrae, as Empresas do Pólo Petroquímico, as Instituições de Ensino Superior e os Sindicatos dos Trabalhadores, voltada ela à criação e implantação de projetos em diversas áreas e segmentos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se teve a oportunidade de registrar noutro trabalho de natureza eminentemente científica, a necessidade de se refletir sobre o *domínio do espaço público pela sociedade*[32], necessidade esta que permeia todos os ramos do Direito a partir do texto constitucional. Aqui na seara econômico-tributária, também se revelam associações de natureza política, social e filosófica de que carece o Direito que se pretende sustentar no Brasil, definitivamente atrelado ao ideário de um Estado verdadeiramente Democrático.

Estado Fiscal ancorado em justiça tributária não se fomenta sem a inclusão de todos os atores sociais envolvidos com o projeto de desenvolvimento econômico, social e humano, exigindo um processo dialético que debata a implementação de valores universais. Positivos. Voltados ao bem comum. Razões em que a proposta de harmonização econômico-fiscal é uma técnica instrumental a ser aplicada para o alcance desses objetivos.

Os estudos direcionados à formação de uma verdadeira teoria da cooperação interinstitucional pública, incrementada por políticas públicas tributárias solidarizadas, cooperativadas, regionalizadas e com lealdade e justiça tributária, podem representar um significativo avanço na construção destes ideais sociais, favorecendo o estado e o povo, e sempre cumprindo as orientações constitucionais há vinte anos positivadas.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA de Desenvolvimento Econômico do Grande ABC. Disponível em: <<http://www.agenciagabc.com.br>>. Acesso em: 27 set. 2008.

AGUIAR, Joaquin Castro. *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos, extrafiscalidade e não-confisco*. 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006.

BÜTTENBENDER, Pedro Luís. O cooperativismo e o desenvolvimento regional: Estudo sobre as contribuições das cooperativas e das associações no desenvolvimento da região da Grande Santa Rosa. Unisinos. *Revista Perspectiva Econômica - Série Cooperativismo* nº 36 – Vol. 29 – nº 86 – julho/setembro. São Leopoldo: Unisinos, 1994, p. 99.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

FREITAS, Daniel Dottes de; SALDANHA, Luciana Blazejuk. A Integração Brasileira ao Tribunal Penal Internacional e o Domínio do Espaço Público: Oportunidades Perdidas pela Democracia e pela Cidadania. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador*. Data: 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em: <<http://conpedi.org>>. Acesso em: 27 set. 2008.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUNICÍPIO de Cruz Alta-RS. <<http://www.cruzalta.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2008.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In: LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, tomo 3.

_____. A extrafiscalidade tributária como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do ser humano frente à Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. VIAL, Sandra Regina Martini (coordenadora), LEAL, M. C. H., REIS, J. R. dos, & LEAL, R. G. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

_____; FREITAS, Daniel Dottes de. Reflexões Teóricas a Partir da Vedação de Tributos com Efeito Confiscatório Efetivadas a Partir da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma hipótese para a gestão de políticas públicas tributárias. In: *Revista do Direito*, nº 28. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 176.

DICIONÁRIO Hauaiss. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Entreguismo>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

SACCHETTO, Cláudio. O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de; (Coordenadores). *Solidariedade e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

TIPKE, Klaus; LANG Joachim. *O Moderno Direito Tributário Alemão*. 18ª ed. Traduzido e condensado por FURQUIM, Luiz Dória. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 11 set. 2008. Título original: *Steuerrecht*.

[1] Numa perspectiva filológica aqui a expressão não possui uma significação aforística, senão apenas representando uma parêmia direcionada à memória do interlocutor, para que lembre e insira em sua análise nossas históricas vicissitudes, denunciando o próprio contexto que se quer elucidar.

[2] *Lei fundamental* quer indicar aqui a Constituição Federal, ignorando, pois, a diferenciação de origem kelseniana.

[3] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1: “A expressão ‘Estado do Imposto’ (*Steuerstaat*) realça uma das características do Estado contemporâneo: sua fonte de financiamento é, predominantemente, de origem tributária e, especialmente, proveniente dos impostos.”

[4] GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 40.

[5] NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185: “De quanto dissemos na parte I deste trabalho, resulta óbvio que o imposto se nos apresenta como um *dever fundamental*, isto é, um instituto jurídico que tem a sua disciplina traçada ao mais alto nível – ao nível constitucional -, onde integra a ‘constituição do indivíduo’. O que significa que o imposto não deve ser considerado, como foi tendência durante o século passado, mormente na Alemanha¹, uma simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação. Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como um *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado. Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. [...]”

[6] RODRIGUES, Hugo Thami. A extrafiscalidade tributária como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do ser humano frente à Lei de Responsabilidade

Fiscal. In: *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. VIAL, Sandra Regina Martini (coordenadora), LEAL, M. C. H., REIS, J. R. dos, & LEAL, R. G. Porto Alegre: Evangraf, 2005, p 58: “A liberdade quanto à utilização de políticas públicas que se fundem na extrafiscalidade, entretanto, não é absoluta, encontrando suas amarras e freios principalmente na Lei de Responsabilidade Fiscal.”

[7] BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos, extrafiscalidade e não-confisco*. 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006, p. 42: “Na mesma linha de raciocínio e parafraseando Paulo de Barros Carvalho³³, é possível definir a extrafiscalidade como a utilização de um tributo com o fim de prestigiar certas situações tidas como social, política ou economicamente valiosas, atingindo assim, objetivos distintos daqueles arrecadatários a fim de preservar valores importantes, em razão do que o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso nalgumas situações e mais oneroso em outras. Poder-se-ia até afirmar que o princípio inspirador deste uso extrafiscal do tributo é um daqueles princípios genéricos do Direito Público, aplicável não só ao Direito Tributário, mas também, ao Direito Administrativo, Financeiro, Penal etc., qual seja, a ‘supremacia do interesse público sobre o particular’ sem desconsiderar-se outro princípio relevante, qual seja, ‘a indisponibilidade de referida supremacia’.”

[8] CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 62: “É a utilização do tributo como instrumento de mudança social. Além de simples meio de obtenção de receita utilizada para o custeio de despesa pública, o tributo é, em muitos casos, utilizado para provocar modificações deliberadas nas estruturas sociais, consistindo num fator indispensável na dinâmica sócioestrutural (sic). A extrafiscalidade desenvolve-se não só por intermédio da imposição tributária, que vai desestimular certas atividades do setor privado, como por meio de isenções, imunidades e incentivos que vão, ao contrário, estimulá-las caso sejam de interesse público.”

[9] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p. 92. Em nota de rodapé o autor diz o seguinte: “58. Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerário; antes, pode aumentá-lo, como, p. ex., quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros.”

[10] SCHOUERI, op.cit., p. 31: “Ao se destacar uma função da norma tributária, *in casu*, a função indutora, o que se faz é um novo desdobramento da norma primária. Ter-se-á, uma primeira norma primária, na qual se fará presente a própria indução, pelo legislador, que, do ponto de vista jurídico, nada mais é que uma ordem para que o sujeito passivo adote certo comportamento. Não se perfazendo o comportamento, nasce uma obrigação tributária, que colocará o sujeito passivo em situação mais onerosa que aquela em que se situaria se adotado o comportamento prescrito pelo legislador. Finalmente, não se altera a norma secundária, já que do descumprimento da obrigação tributária, surgirá a providência sancionatória, aplicada pelo Estado.”

[11] *Ibidem*, p. 37.

[12] *Ibidem*, p. 43.

[13] Examinando uma possível relação de interdependência institucional que retoma o direito como limite normativo, as políticas públicas como limite administrativo e a gestão como a nova fronteira a ser enfrentada pela administração pública, tivemos a oportunidade de afirmar que a realização dos direitos depende de transformações sociais implementadas sempre a partir de políticas públicas, cujas imbricações conceituais,

além de exigirem orientação à ação estatal, denotam explicitamente, obrigatória e fundamental participação. Aliás, antecipando-se aos demais atores sociais. Sobre o tema ver: RODRIGUES, Hugo Thamir e FREITAS, Daniel Dottes de. Reflexões Teóricas a Partir da Vedação de Tributos com Efeito Confiscatório Efetivadas a Partir da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma hipótese para a gestão de políticas públicas tributárias. In: *REVISTA DO DIREITO*, nº 28. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 176.

[14] RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In: LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 902, tomo 3.

[15] RODRIGUES, op.cit. p. 903.

[16] Sobre o problema do desenvolvimento a Organização das Nações Unidas - ONU, através do *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU*, elaborou e apresentou relatórios que fixam o chamado Índice de Desenvolvimento Humano Municipal, o IDH-M. O IDH-M estuda essa problemática com parâmetros não usados na fixação do produto interno bruto – PIB. Com esse estudo, a ONU demonstrou inexistir obrigatória relação entre o desenvolvimento humano e o econômico (industrial) de uma cidade. Significa dizer que o crescimento industrial da cidade, pode não representar, proporcionalmente, o desenvolvimento das pessoas daquela cidade. Trata-se de tema polêmico que demanda infinitos estudos, mas cujos fundamentos iniciais servem à demonstração de que, em tese, a industrialização de um município também pode tornar ou manter escravo seu povo, revelando uma dura realidade do capitalismo privado. Assim, a guerra fiscal entre municípios toma contornos outros, prejudiciais à comunidade, denotando e exigindo um debate participativo e democrático, em busca de sua superação imediata do paradigma do desenvolvimento humano e social frente aos avanços dos mercados.

[17] “**Entreguismo**, em sentido estrito, é o preceito, mentalidade ou prática político-ideológica de entregar recursos naturais de uma nação para exploração por entidades, empresas etc. de outro país e de capital internacional (Fonte: Dicionário Houaiss). É um dos instrumentos de auto-reprodução de uma *sociedade de elite* ^[1], e de manutenção da *acumulação entravada* ^[2]”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Entreguismo>; acesso em: 11 de agosto de 2008.

[18] RODRIGUES e FREITAS, op. cit., p. 177.

[19] Cf. RODRIGUES, op. cit., p. 895-897, solidariedade, formação de blocos regionais e intervenção estatal obrigatória, são elementos que canalizam a proposta aqui também defendida.

[20] BÜTTENBENDER, Pedro Luís. O cooperativismo e o desenvolvimento regional: Estudo sobre as contribuições das cooperativas e das associações no desenvolvimento da região da Grande Santa Rosa. Unisinos. *Revista Perspectiva Econômica - Série Cooperativismo* nº 36 – Vol. 29 – nº 86 – julho/setembro. São Leopoldo: Unisinos, 1994, p. 99.

[21] *Ibidem*, p. 102-103. Conforme escreve Bütttenbender: “O cooperativismo tem o seu reconhecimento formal, de um sistema econômico e social, a partir da fundação da cooperativa matriz de Rochdale, em 1.844, na Inglaterra.”

[22] Fundamentalmente, os estudiosos conceituam *cooperativa* como o agrupamento de pessoas voltados a um fim comum, todavia, sem descurar da criação de instituição, tal qual uma verdadeira empresa, conforme as diferenças presentes em cada país.

[23] *Ibidem*, p. 112.

- [24] SACCHETTO, Cláudio. O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano. In: GRECO, Marco Aurélio e GODOI, Marciano Seabra de (Coordenadores). *Solidariedade e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.
- [25] Ibidem, p. 14.
- [26] Ibidem, p. 15, *in verbis*: “[...] A solidariedade é, portanto, antes de tudo um modo de pensar, de pensar em conjunto e, na minha opinião, *a contrario* um não pensar individual, egoísta etc.”
- [27] AGUIAR, Joaquin Castro. *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36: “Assim, a própria competência da União para legislar sobre normas gerais de direito tributário há de ser apreciada em compatibilidade com o princípio constitucional da autonomia dos Municípios.”
- [28] “Cruz Alta situa-se no Rio Grande do Sul, Estado do extremo sul do Brasil, em uma região denominada Planalto Médio, com altitude média de 452 metros acima do nível do mar. Com clima ameno e povo hospitaleiro, Cruz Alta se constitui num dos pontos principais do mapa do Estado. Mais precisamente, o Município de Cruz Alta está situado no meio norte do Rio Grande do Sul, na micro-região 322, composta pelos municípios de: Cruz Alta, Ibirubá, Júlio de Castilhos, Santa Bárbara do Sul, Santiago, São Francisco de Assis, Tupanciretã e Fortaleza dos Valos.” Disponível em: <http://www.culturagaucha.com.br>; acesso em: 26 de setembro de 2008.
- [29] Para coleta de informações e documentos públicos (leis etc) do Município de Cruz Alta, poderá ser acessado o seguinte *site* na *internet*: <http://www.cruzalta.rs.gov.br>.
- [30] TIPKE, Klaus e LANG Joachim. *O Moderno Direito Tributário Alemão*. Traduzido e condensado da obra “Steuerrecht”, 18ª ed., por FURQUIM, Luiz Dória. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>; acesso em: 11.09.2008.
- [31] Informações sobre a Agência de Desenvolvimento Econômico do Grande ABC, consulte: <http://www.agenciagabc.com.br>.
- [32] FREITAS, Daniel Dottes de, e SALDANHA, Luciana Blazejuk. A Integração Brasileira ao Tribunal Penal Internacional e o Domínio do Espaço Público: Oportunidades Perdidas pela Democracia e pela Cidadania. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador*. Data: 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível: <http://conpedi.org>; acesso em: 27 de setembro de 2008.

**O DESAFIO DA POLÍTICA EXTRAFISCAL NO DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO DA CIDADE: ENFOQUE NO COMPULSÓRIO USO SOCIAL
DO SOLO URBANO ***

**EL DESAFÍO DE LA POLÍTICA EXTRAFISCAL EN LO DESAROLLO
ECONÓMICO DE LA CIUDAD: ENFOQUE EN EL OBLIGATORIO USO
SOCIAL DEL SUELO URBANO**

**Paulo Fernando Duarte Ramos
Fabíola Regina da Rocha**

RESUMO

Os resultados positivos e avanços nos direitos do cidadão propiciados pela aniversariante Constituição, não elidem a necessidade de manter aceso o debate sobre instrumentos jurídicos previstos em seu texto, e carentes de realização, para que esses não permaneçam no esquecimento ou no desconhecimento em que se encontram. A legitimidade da apropriação sem limites da propriedade urbana é um dos elementos da especulação imobiliária que conduz à exclusão e periferização das populações, e à proliferação dos assentamentos urbanos precários. Isso, é causa e efeito de questões econômicas, de modo que a mudança de paradigmas ligados à propriedade interferirá no desenvolvimento urbano, social e econômico. Nesse aspecto, o uso do solo (natural ou criado) deve ser o fator delimitador da apropriação ilimitada, pois a propriedade não utilizada, ou usada como estoque, não carrega função social. Nessa direção, a Carta Cidadã sinaliza instrumentos de utilização compulsória do solo e de sanção extrafiscal para interferir na liberdade de não uso da propriedade urbana. Cabe analisar o desafio que representa a implementação desses institutos constitucionais, bem como examinar se a extrafiscalidade é indicada para modificar dogmas da propriedade e promover o desenvolvimento econômico da cidade.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICA EXTRAFISCAL; LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE; USO COMPULSÓRIO DO SOLO URBANO; DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DA CIDADE.

ABSTRACT

Los resultados positivos y el avance en los derechos del ciudadano promocionados por la Constitución que cumple años, no eliden la necesidad de mantener encendida la discusión acerca de instrumentos jurídicos previstos en su texto, y que necesitan realización, para que esos no permanezcan en olvido o desconocimiento como si encuentran. La legitimidad de la apropiación sin limites de la propiedad urbana es uno

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

de los elementos de la especulación de bienes inmuebles que conduce a la exclusión e periferyación de las poblaciones y la proliferación de los vecindamientos precarios. Eso es causa y efecto de cuestiones económicas, de manera que la mudanza de paradigmas unidos a la propiedad interferirá en lo desenvolvimiento urbano, social y económico. En eso aspecto, lo uso del suelo (natural o construido) debe ser el factor de delimitación a la apropiación ilimitada, pues una propiedad que no es utilizada, o utilizada como acumulación, no carga función social. En esa dirección, la Carta Ciudadana señala instrumentos de utilización obligatoria del suelo y de sanción extrafiscal para interferir en la libertad de no uso de una propiedad urbana. Cumple analizar el desafío que representa la implementación de esos institutos constitucionales, bien como averiguar si la extrafiscalidade es indicada para modificar dogmas de la propiedad y fomentar lo desarrollo económico de la ciudad.

KEYWORDS: POLÍTICA EXTRAFISCAL; LIMITES AL DERECHO DE PROPIEDAD; USO OBLIGATORIO DEL SUELO URBANO; DESAROLLO ECONÓMICO DE LA CIUDAD.

INTRODUÇÃO

Ao se comemorar duas décadas da Constituição Brasileira pode-se afirmar que, mesmo carente de complementação, os resultados positivos e avanços nos direitos dos cidadãos, dela decorrentes, superam em muito qualquer imperfeição que lhe seja atribuída. Porém, isso não afasta a permanente necessidade de avançar na implementação de alguns instrumentos jurídicos previstos, mas ainda não realizados. Para isso, é importante manter acesso o debate sobre estes institutos e não deixá-los cair no esquecimento, ou remanescer no desconhecimento, ou na omissão, pois a sua concretização e a aplicação são primordiais à plena realização constitucional.

Trata-se, aqui, da abordagem dos instrumentos jurídicos e de política fundiária urbana, previstos no artigo 182, § 4º, da CF/88, regulamentados por meio do Estatuto da Cidade, Lei nº.10.257, de 10.07.2001, especificamente nos artigos 4º, IV, a, V, i; 5º; 6º; 7º e 8º, sob a denominação e formatação do parcelamento, da edificação ou da utilização compulsórios do solo urbano, do IPTU progressivo e da desapropriação com pagamento em títulos públicos. Cabe questionar se, tais permissivos constitucionais previstos para serem aplicados nos imóveis urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, poderão modificar conceitos pétreos ligados à propriedade? Poderão auxiliar no desenvolvimento econômico das cidades?

Sem aprofundar, por ora, questões filosóficas diretamente ligadas aos dispositivos constitucionais que determinam o *direito de propriedade* e o *direito à propriedade*, aqui entendida a propriedade imobiliária urbana, nota-se que aparentemente convergentes esses direitos são antagônicos, mesmo que paradoxalmente se completem. O

antagonismo está no fato que o *direito de propriedade* ilimitado e acumulativo exercido por alguns, impede aos outros o *direito à propriedade*, na realização do direito à moradia, como efetivação da dignidade humana e manifestação da liberdade, atributos da cidadania que, promulgados em lei, devem ser estendidos a todos, ou seja, universalmente aplicados e garantidos pelo Estado[1]. Nesse caminho, deve-se considerar o direito à propriedade como um direito social puro[2] e natural, inerente ao ser humano, cuja primeira propriedade é sobre o próprio corpo e sua atividade. Mas, como todo direito, também o da propriedade sofre limitações, entre as quais aquelas fundamentadas no uso ou utilidade do bem, como propõem as normas constitucionais mencionadas.

A problemática fundiária urbana em relação à grave expansão insustentável das cidades, visível nos assentamentos precários ou informais, está diretamente ligada a questões econômicas[3], com relevância para a relação entre a baixa renda e capacidade aquisitiva da população em geral e o valor dos imóveis regulares e legais, que atingem valores expressivos em função da sua utilização mercadológica, sujeita às oscilações de mercado e de consumo, inerentes ao sistema econômico vigente.

Sabe-se que dentre os fatores que impedem o amplo acesso à propriedade urbana destaca-se a apropriação ilimitada do espaço, notadamente aquela acumulativa e especulativa, decorrente da cultura individualista e de políticas públicas fundamentadas em pétreos dispositivos jurídicos existentes há séculos, que não impõem limites a tal apropriação. Ao contrário, estimulam-na, tornando o solo urbano mercadoria ou produto de especulação imobiliária (fim) e não objeto (meio) de realização do bem estar e felicidade do ser humano. Cabível, então, a reflexão sobre a legitimidade da apropriação acumulativa e especulativa do solo urbano, especialmente tendo em mente que se trata de um bem natural relativamente limitado dentro da estrutura e limites físico-geográficos e ambientais da cidade, como também perquirir quais opções traz a Constituição, ao sinalizar para o uso social da propriedade.

Para modificar paradigmas surgem ditos instrumentos jurídicos e de política fundiária que propõem uma Reforma Urbana, fundamentados na aniversariante Constituição, regulamentados no Estatuto da Cidade, que, se aplicados, devem induzir os proprietários a conferir um sentido de utilidade social ao solo urbano, trazendo claros reflexos no desenvolvimento econômico e na função social da cidade. São instrumentos que visam eliminar a ociosidade, a subutilização e a não utilização dos espaços urbanos particulares, mas que trazem desafios para sua implementação e dependem da iniciativa legislativa municipal. Isso traz à tona questões não plenamente satisfeitas na ordem democrática, entre as quais, a atuação local do poder legislativo e a capacitação do executivo, como espaços de decisão e implementação de políticas públicas que devem romper com o sistema existente para implementar esses institutos jurídicos e alçar à supremacia o interesse coletivo frente ao individual.

Questiona-se se esses instrumentos compulsórios agregados aos institutos fiscais de sanção patrimonial servirão para modificar o panorama enraizado na matriz capitalista de acumulação de bens? Serão os instrumentos fiscais os mais adequados para modificar o axioma, independente da legitimidade do uso, da legitimidade da propriedade privada?[4].

Para responder essas e outras indagações, importante analisar o uso da extrafiscalidade como instrumento indutor de comportamentos que alterem o sistema vigente, especialmente aqueles que atinjam o cerne da acumulação de propriedade sem utilidade e, conseqüentemente, obriguem o titular do direito ou dar uso ou alienar o imóvel. A par disso, importa analisar se a utilidade da desoneração tributária como redutor da desigualdade social pode estimular e baratear a produção da moradia e do parcelamento do solo que exigem altos investimentos em infra-estrutura básica[5]. Assim, ataca-se a excessiva carga fiscal, uma das causas do valor final da moradia ser inacessível às pessoas do povo que, conseqüentemente, migram para os assentamentos informais.

Desse modo, procura-se justificar se o poder público pode utilizar instrumentos jurídicos constitucionais no âmbito da extrafiscalidade e desoneração tributária, de maneira a modificar o comportamento social e aumentar significativamente a oferta, a baixo custo, de lotes e de moradia legalizada, para atender a demanda existente e promover o desenvolvimento econômico das cidades. Assim sendo, se estará permitindo alcançar a efetividade de direitos fundamentais da Constituição que atinge vinte anos vida, ainda incompleta.

1 A LEGITIMIDADE DA APROPRIAÇÃO SEM LIMITES DO SOLO URBANO

Entende o positivista não existir o problema da validade de leis injustas em face de que o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Em relação à justiça, considera apenas a legal, posto não existir a chamada justiça absoluta, de modo que a justiça se resolve com a aplicação fria da lei ao caso concreto. Como refere Paulo Nader, o positivista não aceita a influência de elementos *extra legem* na definição do direito objetivo e pratica o puro *legalismo* ou *codicismo*[6]. Assim, pode-se afirmar que, para esse, o legal é legítimo.

Por outro lado, o jusnaturalista nega validade à lei não sintonizada com a justiça ou direito natural. Entende que nem toda lei é direito se não consagrar princípios naturais absolutos e proclamar a ordem social segundo as medidas da justiça, principalmente quando envolve valores humanos essenciais. Assim, completa Nader, “os partidários da idéia do Direito Natural se identificam com os imperativos do justo”[7]. Nesse viés, é permitido dizer: o que é injusto é ilegítimo.

Dessa forma, a questão que envolve precisamente a ausência de lei que delimite a apropriação ilimitada e acumulativa (especulativa e desigual) não pode ser respondida por aqueles que têm sua atenção voltada para a interpretação e sistematização das normas jurídicas e que limitam sua análise ao direito positivo, onde o direito é a lei. Para o preenchimento da lacuna, exige-se uma especulação ética[8], metafísica ou sociológica, somente encontrada no direito natural, em que a “tutela à vida, garantia à liberdade e à igualdade de oportunidade formam os princípios constitucionais”[9]. Nesse âmbito, nada melhor do que idéias liberais para justificação e fundamentação das noções da apropriação de bens, especialmente quando o enfoque é a propriedade imobiliária, tida como um dos elementos pétreos e basilares da óptica econômica e capitalista (ou de mercado) no desenvolvimento das cidades.

Sob a visão natural e liberal de John Locke[10], a propriedade é inerente ao homem. Não se reduz o direito a bens materiais, pois abrange também, em sentido geral, a soma dos direitos à vida e à liberdade, portanto ao próprio corpo e sua atividade como primeiras propriedades, que para serem realizados abrangem a subsistência, a auto-preservação, a alimentação, o vestuário e a moradia, entre outros, incluindo-se aí o acesso ao mundo da vida[11], como bem refere LOCKE, ao dizer: “os homens têm direito natural ao sustento e às *conveniências da vida*”. [12]

Uma das formas de alcançar a propriedade é misturando a atividade corpórea a uma coisa. Considera o filósofo inglês que o trabalho é o único meio legítimo de apropriação da terra e que a invasão, a usurpação ou a conquista são meios ilegítimos, porquanto violentos e injuriosos[13]. Ao abordar o tema dos limites naturais da propriedade, Locke questiona: “até que ponto é legítimo nos apropriarmos dos produtos espontâneos da natureza ou da terra mesma?”[14] Evidentemente, a resposta a essa questão responde a indagação inicial quanto à legitimidade da apropriação ilimitada do solo urbano.

O ilustre tratadista aborda dois limites fixados pela natureza à apropriação justa e pacífica: o primeiro, que chama de *limite da suficiência*, veta a apropriação individual privilegiada que acarrete indisponibilidade para apropriação por cada um dos outros indivíduos. Ou seja, “obriga ao indivíduo a deixar, como reserva comum, terra suficiente para que cada um dos demais homens possa, quando da mesma diligência que ele, apropriar-se de um quinhão equivalente”[15]. O segundo, que denomina *limite de utilidade*, obriga ao homem a restringir sua apropriação às utilidades, ou seja, às suas necessidades de subsistência junto com as *conveniências da vida*. Dessas conveniências exclui-se o excesso ou luxo que, para LOCKE, não seria uma utilidade, mas sim uma forma de desperdício, eis que “a natureza deu-nos de tudo em abundância; mas foi-nos dado para o uso condicionado pelo não-desperdício: Deus nada fez para o homem estragar ou destruir”. [16] Completa dizendo que, pela lei fundamental da natureza, ou princípio de preservação, “deixar estragar um excedente apropriado é impedir a sua utilização por outrem, um necessitado talvez, cuja preservação esteja em jogo”. [17]

Com essas observações resta clara a idéia a respeito da apropriação no sentido de que, sendo ilimitada, é incompatível com a moralidade, haja vista que a acumulação viola o direito das futuras gerações aos recursos não renováveis.

Pode-se, então, deduzir ser mais grave a questão da apropriação do solo urbano que, por suas características e delimitações espaciais, geográficas e ambientais, torna-se um recurso natural limitado. Dessa maneira, a apropriação ampliada ou a posse desigual e desproporcional da terra, torna-a mais escassa, surgindo indivíduos sem oportunidade de apropriação de porções dela. Esses não poderão exercer o direito natural que gozaram seus antepassados. Além disso, assevera o filósofo, “o crescimento da propriedade de alguns dependeria do rebaixamento de outros ao nível da subsistência e de sua exclusão do mercado de conveniências”.[\[18\]](#) Sem limites, a apropriação por óbvio não seria moral e, mesmo legal, seria ilegítima. Por estas razões, entre outras, em LOCKE, a apropriação ampliada e ilimitada é ilegítima.[\[19\]](#)

Nota-se, então, que a preocupação dos antigos tornou-se realidade, presente na exclusão e na periferização das populações que compõe os assentamentos urbanos informais ou precários, que trazem reflexos negativos ao desenvolvimento econômico das cidades.

Conclui-se assim plenamente explicitadas as razões de fundamentação e justificação do texto Constitucional, em seu artigo 5º, *caput*, com sentido de igualdade, da garantia de inviolabilidade do direito à propriedade, ou seja, é garantido igualitariamente o direito natural a ter propriedade. Além disso, na direção de aproximação dessa norma de direito social condensado[\[20\]](#) como posituação do *princípio do limite de utilidade*, tornando-o assim legítimo, o aniversariante Diploma no art. 182, §4º, introduz a faculdade aos municípios de se utilizarem de instrumentos jurídicos capazes de promover limites à apropriação sem limites, dado à possibilidade de impor sanções fiscais, ou seja, por meio da utilização compulsória da propriedade, do IPTU progressivo e da desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

A imposição de limites é circunstância de que a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo, justificado exclusivamente pela sua origem, seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso. Daí a propriedade não pode ser usada, ou não utilizada, de modo contrário à utilidade social, preservando-se o direito do proprietário somente enquanto seu uso contrário ao interesse social não ocorrer[\[21\]](#).

Cabe então analisar a problemática questão fundiária urbana e seus defeitos de concepção originários para delinear a possibilidade de instrumentos jurídicos inéditos promoverem mudanças nos paradigmas da propriedade sem limites.

2 A PROBLEMÁTICA FUNDIÁRIA URBANA E AS CAUSAS ECONÔMICAS

Como um sistema complexo, as espécies de assentamentos urbanos informais ou precários[22], que na década de 80 e 90 foram denominados favelas, cortiços, loteamentos ilegais, clandestinos ou irregulares, objetos das atuais políticas regularizatórias, estão diretamente ligados às políticas públicas que estabelecem a regulação do uso do solo urbano com predominância de diretriz protecionista da propriedade privada sem limitações. As existentes irregularidades fundiárias representam percentuais significativos nas principais urbes. Segundo o Ministério das Cidades, mais de 50% dos imóveis urbanos do Brasil estão fora do sistema registral. A estimativa é de que esse número chegue a 12 milhões de imóveis[23]. Há cidades inteiras fora do sistema formal. Esses números demonstram o descompasso existente entre os objetivos das políticas públicas e os resultados alcançados.

Cabe observar, segundo João Pedro Schmidt, que “a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada ou isolada da análise mais geral sobre os rumos do Estado e da sociedade.” [24] Nesse contexto, é relevante considerar o período histórico e o local da implementação das políticas públicas, em virtude da influência que exercem e os resultados alcançados, determinantes de seu sucesso ou fracasso. Esse aspecto ganha maior relevância na medida em que as políticas públicas devem servir como instrumentos de efetivação dos direitos constitucionais e serem implementadas para permitir a realização de tais direitos.

Numa apreciação histórica, as políticas públicas de habitação e moradia urbana, como de resto as demais políticas econômicas e sociais, demonstram o Estado brasileiro erigido a partir de práticas conservadoras e privatistas que, desde a década de 40, implicam no violento processo de migração campo-cidade, especialmente na direção sul do país, dos centros urbanos constituídos e da faixa litorânea[25]. A concepção de propriedade privada permanece dissociada da sua função social. Ainda que nas Constituições de 1934 (art.113), de 1946 (arts.14 e 122) e de 1967 (art.147) se vislumbre essa perspectiva, o que ocorre é a expansão desordenada da cidade na forma de cortiços, favelas e loteamentos ilegais, decorrente da falta de oportunidade e de acesso à propriedade regular a uma parcela da população, ou seja, àqueles economicamente menos favorecidos. Pode-se afirmar que em toda a América Latina, especialmente a partir da década de 70, por força da proposta de desenvolvimento apresentada por organismos financeiros internacionais, agravaram-se os problemas sociais urbanos. Com a urbanização corporativa[26] acirraram-se as diferenças de classes e privilegiaram-se minorias que passaram a deter os recursos econômicos e o estoque imobiliário com fins especulativos, cujo maior efeito foi o de marginalização das categorias sociais com escassos rendimentos para aquisição da moradia legal, conduzidas ao modelo geográfico de crescimento espreado[27].

Com isso, a proliferação dos assentamentos urbanos informais se institucionaliza, ao mesmo tempo em que as medidas coercitivas mostram-se ineficientes e ineficazes para coibir o avanço da ilegalidade. Em evidência, as políticas públicas de regularização fundiária encontram dificuldades em atender a demanda e estancar a expansão irregular, como bem refere Betânia de Moraes Alfonsin, ao dizer:

Os obstáculos (jurídicos, técnicos, registrários) enfrentados pelo Programa de Regularização Fundiária de Porto Alegre fizeram com que embora tivesse muita vontade política, a Prefeitura só obtivesse resultados medíocres na implementação do Programa. Em 1996 a Prefeitura de Porto Alegre atuava há seis anos com Regularização Fundiária. 65 assentamentos tinham sido indicados pelo Orçamento Participativo (e assumidos) para serem regularizados. No entanto, de 20.500 lotes em processo de regularização apenas 605 tinham sido regularizados. Neste cenário, algumas constatações mostraram-se evidentes: era preciso melhorar a performance da regularização fundiária e, mais do que isso, não adiantava atuar apenas na ponta da Regularização: era preciso frear a produção da irregularidade! [28]

Nesse prognóstico, pode-se adicionar outro mecanismo para melhorar a performance e frear a irregularidade, qual seja a adoção de instrumentos jurídicos que conduzam ao aumento da oferta de moradias e lotes urbanizados, ao mesmo tempo em que reduzam seus valores para torná-los mais acessíveis ao bolso popular. Cabe referir que a moradia informal tem sua vitalidade na demanda por este tipo de propriedade, cuja principal característica é a viabilidade de aquisição por parte das pessoas com baixa renda. Isso significa que é preciso atender essa procura ou alguém o fará, mesmo que na ilegalidade.

Nesse viés, as perguntas são: como promover esta oferta de imóvel legal a baixo custo? Será possível a utilização de normas que induzam de imediato a maior oferta de imóveis urbanos, ou mesmo a diminuição dos seus custos de produção e venda? Quais seriam as normas que se poderia adicionar para alterar condutas e auxiliar na solução da problemática fundiária urbana e dos paradigmas da propriedade?

3 A CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIA COMO LIMITE DA APROPRIAÇÃO E OS DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Mesmo sem interferir diretamente na liberdade de acumulação e apropriação ilimitada do solo urbano, que permitem ao cidadão adquirir tanta propriedade quanto seu capital possa comprar, os instrumentos de utilização compulsórios presentes na Constituição Cidadã, regulados no Estatuto da Cidade (EC), são instrumentos que podem aproximar a realidade local ao princípio “lockiano” de utilidade e, se bem aplicados, promover uma Reforma Urbana por meio de política fundiária que garanta a função social da propriedade e da cidade.

É o que se lê no art.4º, inc. V, letra “i”, do EC, ou seja, institui como instrumentos jurídicos e de política pública fundiária urbana o parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Completa-se no art.5º, do EC, que diz: “Lei municipal, específica para a área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação”.

Como dito, esses instrumentos de utilização forçada do imóvel urbano têm seu fundamento constitucional no art.182, § 4º, inc. I, onde cumprem o papel de medidas administrativas preliminares, antecedentes às penalidades extrafiscais do imposto progressivo sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU progressivo) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, conforme disposto nos incisos II e III do mesmo álbum. Assim sendo, os institutos de uso forçado não podem ser dissociados dos instrumentos de sanção fiscal, aplicáveis no descumprimento das determinações e das obrigações impostas pela municipalidade.

O desafio presente é o de realmente serem implementados esses institutos no âmbito municipal, questão essa que, passados vinte anos da Constituição e outros sete do Estatuto da Cidade, ainda não está presente em nenhuma das comunas deste país. Nessa seara, o EC remete à decisão local a aplicação dos dispositivos, reforçando o viés municipalista da Constituição cidadã, atribuindo àquele espaço de discussão a solução de seus próprios problemas, cabendo ao município estabelecer os parâmetros e índices de aproveitamento e ocupação do solo urbano como lhe convier.

Ao dimensionar esse desafio, cabe lembrar que as determinações municipais, necessariamente dependentes do plano diretor, carecem de processo habermasiano^[29] e participativo de elaboração, implementação e execução, compartilhado por meio da afetiva atuação do poder público e da sociedade civil em todas as etapas, com ampla comunicação, divulgação e publicidade, tanto dos locais de deliberação quanto das propostas e decisões. Além disso, deve ser articulado e integrado ao processo de construção do orçamento do município, tudo conforme a Resolução nº.25/05, do Conselho das Cidades, do Ministério das Cidades.

No presente caso, a norma Constitucional ao permitir implementar o uso compulsório atende ao princípio natural do limite de utilidade, de modo que os terrenos vazios ou subutilizados devem ser adequadamente ocupados, quando se localizem em áreas cuja urbanização e ocupação sejam prioritárias. Servem o parcelamento, a urbanização ou edificação compulsória e a sanção extrafiscal que lhes segue, como instrumentos para induzir a ocupação desses imóveis ou sua alienação, impedindo que áreas vazias da

cidade permaneçam ociosas ou como estoque especulativo de alguns. Para tanto, são imprescindíveis as previsões legais na esfera local.

Entretanto, para aumentar a complexidade e ampliar o desafio alguns cuidados devem ser observados na elaboração legislativa municipal, pois certos detalhes do procedimento, não corretamente formatados, podem viciá-lo com nulidade e lhe retirar a eficácia. Destaca-se, nesse quesito, a notificação do proprietário para promover a utilização do imóvel (art.5º, §3º, EC). Importante alerta traz Caramuru Afonso Francisco[30], no sentido que essa notificação tem repercussão na área do direito civil e, portanto, a teoria das nulidades não é a do direito público, mas sim a de direito privado, haja vista a garantia constitucional do cidadão ao limite de ação do Estado. Como refere, a notificação inválida não convalesce, mesmo que o proprietário por outro modo tenha ciência de seu teor.

Nessa esteira, Fernando Dias Menezes Almeida[31] lembra que, havendo a lei municipal, pelo princípio da vinculação o administrador público deve promover a notificação do proprietário assim que constatar imóveis na situação de ociosidade tipificada, não sendo ato discricionário ou sob conveniência. Dessa maneira, a notificação de uso deve ser vista não como um simples ato administrativo mas como um ato que: (a) tem por fim a supressão da autonomia da vontade no exercício do direito de propriedade, como um fato modificativo de direito real, bem como (b) constitui a obrigação de utilização do imóvel, e (c) constitui em mora, o proprietário, para tanto exige averbação no álbum imobiliário da situação do imóvel.

A averbação dessa notificação é de suma importância e pode-se dizer que é a materialização jurídica do ônus da utilização obrigatória e são seus efeitos que permitem, *a posteriori*, a utilização extrafiscal do tributo sobre a propriedade urbana, pois, como se sabe, a averbação torna o ônus *propter rem*. Dessa maneira, tanto a obrigação de uso quanto o prazo determinado para tal, aderem-se ao imóvel e transmitem-se em sua plenitude a eventual terceiro adquirente, mesmo de boa fé (art.6º, EC). Daí a importância da notificação válida e inscrita, pois evitar incorrer nas medidas penais será a intenção de todo proprietário de imóvel passível de enquadramento. Evitá-las implica na mudança de atitude e de paradigmas.

Em verdade, a CF e o EC propiciam meios para a municipalidade induzir a ocupação ou alienação de áreas já dotadas de infra-estrutura e equipamentos e minimizar a pressão pela expansão urbana horizontal, na direção de áreas não servidas por infra-estrutura ou de fragilidade ambiental. A jovem Carta e a lei federal permitem atingir o cerne da propriedade privada, interferindo na liberdade de não uso, com ameaça da possibilidade extrafiscal da progressividade do imposto e da desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

De outra banda, a necessidade da legislação local para implementar e viabilizar o uso desses instrumentos jurídicos, se por um lado é louvável, haja vista a oportunidade da participação democrática popular, por outro é preocupante, em face das carências cognitivas da população, do clientelismo, da vulnerabilidade dos governos locais às pressões de grupos, do despreparo dos agentes públicos e da burocracia em geral, bem como da falsa representatividade dos vereadores que visam satisfazer seus interesses pessoais, por vezes ligados aos interesses de construtoras e imobiliárias, ao invés da promoção dos interesses comunitários[32]. Esses são fatores que contribuem para a manutenção da situação de apropriação especulativa e acumulativa dos imóveis urbanos que se constata permanente na sociedade.

Como se deduz, os desafios para implementação e aplicação dos dispositivos constitucionais dependem da conscientização local sobre suas realidades e necessidades. Somente após definidas as questões delimitadoras dos conceitos de sub-utilidade ou não utilidade, será possível o enquadramento de propriedades imobiliárias fora do contexto e adotar a medida extrafiscal do imposto progressivo, como instrumento para forçar o uso social do solo urbano.

Cabe, então, examinar se a utilização da extrafiscalidade serve ao propósito de modificação dos paradigmas da propriedade ilimitada.

4 A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE INDUÇÃO AO USO SOCIAL DO IMÓVEL URBANO

Inicialmente cabe estabelecer o conceito de extrafiscalidade, nas palavras de Aliomar Baleeiro:

Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia. Para isso, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses prevalentes da coletividade, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.[33]

O uso deste instrumento não é recente, informa Luiz Eduardo Schoueri[34], sendo notado desde a Antiguidade: no Império Romano (184 a.C.) foi utilizado o imposto

sobre o luxo que colaborou para procrastinar a aculturação helênica. Há menção a incentivos fiscais estabelecidos em Espanha e Portugal para financiar os descobrimentos. Na Europa de pós-guerra concederam-se incentivos para reconstrução, por meio do uso extrafiscal de impostos, como refere Flávio Azambuja Berti[35], destacando que isso assume importância particularmente com o advento do Estado Social, em substituição ao modelo de Estado Liberal,[36] em função de o Estado assumir mais atribuições por força das carências e necessidades da sociedade, “passando a utilizar-se de instrumentos políticos, econômicos e legais para cumprir com tais encargos”. [37]

Nessa direção, BERTI e Marcus de Freitas Gouvêa[38] identificam o princípio inspirador do uso extrafiscal do tributo como sendo a “supremacia do interesse público sobre o particular”, aliado ao princípio da “indisponibilidade da referida supremacia”. [39]

Nesse viés, o jurista Miguel Reale denomina de “princípio da socialidade”, com presença marcante no vigente Código Civil Brasileiro de inspiração urbana, em decorrência das diretrizes da nossa aniversariante Carta, como sendo aquele em que prevalecem os valores coletivos sobre os individuais. Diz ele:

O Direito é social em sua origem e destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação. [40]

Como se sabe, a principal característica da extrafiscalidade é justamente a capacidade de estimular ou desestimular comportamentos com o fim de prestigiar situações de interesse político, econômico e social da coletividade, atingindo objetivos diferentes dos meramente arrecadadores. Essa qualidade, que SCHOUERI identifica sob normas tributárias indutoras, indica que “o imposto não é somente meio de cobrir as necessidades financeiras, mas um meio de cobertura que intervém, também, para corrigir a repartição das rendas e fortuna, que se opera sob o império da livre-concorrência”. [41] Diz ainda que “a extrafiscalidade impõe a tributação para que o Estado obtenha efeitos não arrecadatários, mas econômicos, políticos e sociais, na busca dos fins que lhe são impostos pela Constituição”. [42]

Ademais, a extrafiscalidade é compatível com todas as espécies de tributos. Na dicção de SCHOUERI:

Se a Ordem Econômica tem, nos termos do artigo 170 da CF, por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, vê-se que não se pode apontar incompatibilidade entre as normas tributárias indutoras e os impostos, já que

ambos se integram no objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.
[\[43\]](#)

Assim sendo, nada mais adequado para auxiliar as políticas públicas de acesso à moradia, as regularizações e a efetiva utilidade social do espaço urbano, do que o uso extrafiscal de tributos na defesa do interesse coletivo em sua supremacia sobre o particular, bem como na intervenção sobre o domínio econômico, promovendo maior oferta de lotes e de moradias (casas ou apartamentos), bem como a produção desses bens a menor custo.

Resta então analisar a possibilidade do uso de políticas fiscais no âmbito municipal, nas suas diferentes modalidades e aplicabilidades, e as suas relações com os dogmas ligados à propriedade, bem como a capacidade de utilizá-las para promover a redução das desigualdades sociais.

5 A extrafiscalidade e A desoneração tributária como redutorES da desigualdade social

No contexto local, no âmbito tributário e em relação à propriedade, destaca-se o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) com as seguintes características, entre outras: a) competência exclusiva municipal; b) não vinculado; c) com finalidade arrecadadora para suprir os cofres públicos e cobrir os gastos da municipalidade; d) incide e adere ao imóvel urbano, com característica *propter rem*.

Na definição do que é considerado imóvel urbano para fins do tributo, BERTI[\[44\]](#) aponta a possibilidade de uso dos critérios da localização e da destinação. Conclui dizendo que, em razão da especialidade tributária, se aplicam os requisitos (de localização) do artigo 32 do Código Tributário Nacional (CTN), “independentemente do uso que seus proprietários lhes dêem”. Entretanto, este não é o entendimento do TJ/RS[\[45\]](#), indicando a prevalência do uso do imóvel sobre o fator localização para o enquadramento tributário. Aliás, essa decisão mostra-se coerente com o ditame constitucional de que a propriedade deve ter função social, ou seja, o aspecto relevante para a definição da propriedade deve ser justamente a utilidade que é dada ao solo, de sorte que uma propriedade não utilizada ou subutilizada não exerce função alguma.

Isso legitima a incidência de forte tributação inclusive progressiva e expropriatória sobre a propriedade ociosa.

Quanto ao IPTU servir ou não à extrafiscalidade, BERTI refere que, além dos benefícios declinados aos imóveis sob patrimônio histórico e cultural, é justamente essa característica que se sobressai quando utilizado o imposto para “atrair investimentos diretos para o Município mediante, por exemplo, a concessão de isenções do IPTU, ou outro benefício fiscal qualquer”.[\[46\]](#) Contrário a isso, que caracteriza a chamada “guerra fiscal” (mais presente entre os Estados Federados, mas visível também entre municípios e regiões), Hugo Thamir Rodrigues[\[47\]](#) traz a idéia de que “cada unidade que pratica a solução para a população de sua área de jurisdição, pouco se importando com o custo social que essa ação gera junto à unidade de onde a empresa atraída pelo benefício foi retirada”, fere frontalmente os princípios constitucionais da dignidade, igualdade, fraternidade e solidariedade.[\[48\]](#) Essa noção é compartilhada por GOUVÊA ao dizer que a guerra fiscal “constitui efeito extrafiscal deturpado e sofre limite decorrente da carga valorativa que se extrai da Carta Magna”.[\[49\]](#)

De outra face, o enfoque extrafiscal que ora importa e presente na Constituição, que ora cumpre 20 anos[\[50\]](#), define-se sobre tributo tido como instrumentos de política urbana[\[51\]](#). Assim sendo, não resta dúvida que sendo utilizado o IPTU progressivo como sanção e não para arrecadação, sacramenta-se a extrafiscalidade e o sentido político social do imposto, cujo uso deve ser sucedâneo às medidas administrativas que, legal e obrigatoriamente, devem preceder à sua incidência e exigibilidade. Interessa, assim, manter vivo e apreciar a necessidade do debate sobre esse tema, tendo em vista as justificativas e os objetivos possíveis de serem alcançados com essas medidas.

Salta aos olhos que o legislador pretende alcançar a propriedade que não esteja cumprindo função alguma. E, como diz David Hume[\[52\]](#), “ao se fazer menção da propriedade, o nosso pensamento, como prova de perfeita relação de idéias, transporta-se naturalmente para o proprietário,” que, neste caso, a detém para satisfazer a sua individualidade quase sempre com fim acumulativo e financeiro imobiliário. Na observação de Ricardo Pereira Lira[\[53\]](#), a faculdade de não uso do solo no exercício de atividade especulativa, institui um “banco de terras” em benefício do proprietário fundiário, o qual aguarda o momento de, pela alienação do “estoque”, locupletar-se com a mais valia resultante do investimento de toda a comunidade. Explicam Luiz Ernani Bonesso de Araújo e João Telmo Vieira, que esse tipo de proprietário retém o aumento do valor produzido pelo desenvolvimento da cidade, conhecido como renda imobiliária urbana, “e a municipalidade não pode recuperar o dinheiro gasto para construir os serviços públicos, restando sempre em déficit.”[\[54\]](#)

Pode-se afirmar que essa prática conduz à desigualdade social e justifica a extrafiscalidade. Coibi-la é o objetivo e do interesse coletivo sobre o individual. Eliminá-la é promover igualdade social.

De maneira geral, não se tem conhecimento, ainda, de qualquer município nacional que esteja pondo em prática a prerrogativa constitucional de impor o uso compulsório do imóvel urbano e, caso não efetivado pelo proprietário, de promover a incidência do IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos públicos. Isso se deve, como dito, à extrema complexidade e obstáculos técnico-jurídicos necessários à sua implementação[55]. Porém, o permanente debate e visualização destas perspectivas é um compromisso dos operadores do direito, para que não caiam no esquecimento ou, o que é pior, permaneçam no desconhecimento geral.

Desse modo, não havendo exemplos concretos da utilização desses instrumentos, não se pode avaliar efetivamente qual o impacto ou resultados que trariam na modificação do paradigma da propriedade, bem como ao desenvolvimento econômico da cidade. Entretanto, por atingir o âmago do direito de propriedade, da livre disposição e do não uso do bem, pode-se imaginar que promoverão mudanças nos axiomas vigentes. A primeira é o efeito direto na acumulação e uso dos imóveis, alcançando aqueles especuladores imobiliários notificados para promover a utilização dos imóveis, de maneira que a apropriação especulativa deixará de ser bom negócio. A segunda, é o efeito colateral sobre aqueles proprietários de imóveis ociosos, ainda não notificados, que igualmente tratarão de aliená-los antes da incidência do gravame *propter rem*[56] e seus efeitos econômicos. A terceira, consequência das anteriores, deve-se à lei de mercado, onde a oferta maior do que a demanda provavelmente baixará o preço dos imóveis. Assim, quem adquirir um imóvel, seja um terreno ou um apartamento, fará por necessidade e para uso próprio, e não para simples negócio ou para obtenção de ganho sem causa.

A função extrafiscal de promover mudança de atitude é justamente a que pretende SCHOUERI, ao dizer que “a norma tributária indutora exerce seu papel privilegiando o comportamento desejado ou discriminando o indesejado, direcionando daí o ambiente econômico ou social”. [57]

Ainda no contexto da extrafiscalidade, podem ser implementadas medidas alcançando a desoneração tributária, no âmbito federal, estadual e municipal, dos impostos que incidem diretamente sobre os insumos de utilização e produção imobiliária, de maneira geral: ICMS, IPI, ISS, PIS, COFINS, IRPJ e IRPF, etc.. Assim, será possível obter reflexos imediatos no preço final da moradia, tornando-a acessível a todas as classes social-econômicas, especialmente as de baixa renda. De fato, o acesso à propriedade pode ser promovido justamente por meio da desoneração tributária sobre investimentos

e infra-estrutura básica na área construção de moradias[58]. Assunto que não se houve falar nos noticiários.

Com isso poder-se-ia, indubitavelmente, promover a redução das desigualdades sociais e avançar ainda mais na concretização das promessas da Constituição que ora aniversaria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A festejada Constituição Brasileira introduz permissivos legais, capazes de conduzir à realização do princípio do limite da utilidade do solo, por meio da possibilidade de estabelecer-se, no âmbito do município, o uso compulsório dos imóveis, a tributação extrafiscal progressiva sobre a propriedade, e até, a desapropriação. Nessa visão, a apropriação ilimitada da propriedade urbana resulta contrária aos princípios fundamentais da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como dos objetivos constitucionais de construção da sociedade justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e da promoção do bem de todos.

Sem sombra de dúvida, os instrumentos jurídicos e políticos admitidos pela Carta Magna, na forma do Estatuto da Cidade, no intuito de promover uma reforma urbana por meio da compulsória utilização dos espaços urbanos, particulares, ociosos, mostram-se coerente com a proposta de mudança de paradigma em detrimento do fenômeno econômico inerente a um direito de propriedade, individualista, acumulativo e especulativo, para se tornar uma construção em favor do direito à propriedade, conferindo-a verdadeira função social em promoção da cidadania.

Nessa construção jurídica o direito de propriedade permanece íntegro, porém um de seus componentes, o uso ou utilidade, pode passar a ter conteúdo não mais definido pela vontade individual mas, sim, pelo imperativo de política fundiária urbana, expressa no plano diretor e na lei municipal específica que implementar esses instrumentos, fortes na participação das comunidades, com total autonomia para atender cada qual às suas próprias peculiaridades e estabelecer os parâmetros e índices de utilização dos imóveis. Isso imprimirá pertencimento e adesão às decisões emanadas pela própria sociedade. Complementa-se, assim, a leitura do artigo 182, § 2º, da Constituição aniversariante, em relação à função social da propriedade.

Nesse contexto, legitima-se a norma tributária indutora tanto para ordenar a propriedade de acordo com a função social, quanto para intervir na conjuntura ou estrutura da economia, com vistas a estimular ou desestimular comportamentos da sociedade. Tendo em mente a ampla utilização da extrafiscalidade, com justificação e fundamentação na intervenção sobre o domínio econômico[59], com muito mais razão se justifica sua aplicação em relação à propriedade, espaço onde a norma extrafiscal ainda é um instrumento a ser descoberto, ou pelo menos mais utilizado.

Completa-se, isso, com as palavras de SCHOUERI, um ardoroso e convincente defensor da tributação como instrumento de transformação social:

Extrafiscalidade é, segundo a Constituição brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos (art. 3º, I a IV, CF). É a prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz (art.4º, II e IV). É a garantia dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art.6º).[60]

Desse modo, justifica-se a aplicabilidade e possibilidade jurídica das regras de uso compulsório e da extrafiscalidade como desafio e meio de realização do direito à moradia e ferramenta auxiliar na promoção do desenvolvimento econômico da cidade sustentável e do uso social do solo urbano, pois têm plenas possibilidades de modificar e interferir na mudança de paradigma em relação a conceitos pétreos ligados à propriedade.

Justifica-se, da mesma forma, a necessidade de os cientistas jurídicos manterem vivo o debate a cerca desses instrumentos, para que saiam do ostracismo e de inexistência em que se encontram, bem como sua possibilidade de realização encontre eco nas camadas sociais dos cidadãos que os desconhecem e que têm nas mãos a prerrogativa de cobrar iniciativas dos seus representantes legislativos. Assim sendo, poderemos todos comemorar significativos aniversários, pois nossa Constituição será realmente adulta, madura, completa e realizada.

“Não é tarefa fácil nem é tarefa individual. Mas se é verdade que a paciência dos conceitos é grande, a paciência da utopia é infinita”. [61]

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A regularização fundiária como parte da política urbana*. In: Anais do Seminário de Regularização Fundiária. São Paulo, jun./2003. Disponível em <<<http://www.irib.org.br>>>. Acesso em 14.07.2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MEDAUAR, Odete; (org.). *Estatuto da Cidade: comentários*. São Paulo: RT, 2002.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; VIEIRA, João Telmo. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: REIS, J.R. dos; LEAL, R.G. (org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos. Livro I*. São Paulo: Abril, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ªe. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: Extrafiscalidade & Não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. In: PINTO, Antonio L de Toledo, et al. *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo:Saraiva, 2008.

_____. *Estatuto da Cidade: Guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. *Estatuto da Cidade*. In: PINTO, Antonio L de Toledo, et al. *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo:Saraiva, 2008.

____. Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Lei dos Registros Públicos*. In: PINTO, Antonio L de Toledo, et al. *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo:Saraiva, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Forense, 1993.

FERRAZ, Patricia A. C. *Regularização fundiária e registro de imóveis: bases para o desenvolvimento econômico sustentável*. In: Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, 2007.

FLORES, Patrícia Teixeira Rezende de; SANTOS, Bernardete Schleder dos. *Comentários ao estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, PL de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: RT, 1983.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JORGE FILHO, Edgar José. *Moral e História em John Locke*. São Paulo: Loyola, 1992.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LIVINGSTON, Michael A.. Progressividade e *Solidariedade*: uma perspectiva norte-americana. In: GRECO, Marco Aurélio; DE GODOI, Marciano Seabra de. (Org.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

LOCKE, John. *Two Treatise of Government*. Londres: Cambridge Univ. Press, 1970.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. São Paulo: Martins Fortes, 1988.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RAMOS, Paulo F. D.; ROCHA, Fabíola R. da. *O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios: a utilidade como limite da apropriação do solo urbano e os requisitos para sua implementação*. In: Revista de Direito Imobiliário, nº64, jan./jun., São Paulo: IRIB/RT, 2008.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In: LEAL, R.G. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 3. Santa Cruz do Sul:EDUNISC, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: EUSP, 2005.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, Inclusão e Capital Social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p.1777.

_____. *Gestão de Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2007.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Rogério L. Lima. *Cidade, Corporação e Periferia Urbana: acumulação de capital e segregação espacial na (re)produção do espaço urbano*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e Urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005.

VIEIRA, Liszt. *Os Argonautas da Cidadania*. São Paulo: Record, 2001.

[1] VIEIRA, Liszt. *Os Argonautas da Cidadania*. São Paulo: Record, 2001, p.35.

[2] Ricardo Hermany, aborda a tipologia do direito social em Gurvitch, (1932) identificando os seguintes tipos: I - Direito Social puro e independente; II - Direito Social puro sujeito à tutela do Estado; III - Direito Social autônomo anexado pelo Estado; IV - Direito Social condensado no direito estatal democrático. Ou seja, ao fazer parte da norma positivada o direito social puro torna-se direito social condensado. In:

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p.37/38.

[3] “A planificação urbana, entretanto, é, sobretudo, voltada para os aspectos da cidade cujo tratamento agrava os problemas, em vez de resolvê-los, ainda que, à primeira vista, possa ficar a impressão de resultado positivo. Trata-se de planificação sobretudo técnica, preocupada com os aspectos singulares e não com a problemática global, **planificação mais voltada para o chamado desenvolvimento econômico, quando o que se necessita é uma planificação sóciopolítica** que esteja, de um lado, preocupada com a distribuição dos recursos sociais e, de outro, consagre os instrumentos políticos de controle social, capazes de assegurar a cidadania plena”. (grifamos). In: SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. 5.ed. São Paulo: EDUSP, 2005, p.126.

[4] “Esse axioma gera ou promove uma postura psicológica e ética – o individualismo possessivo – que, articulada com a cultura consumista, induz o desvio das energias sociais da interação com pessoas humanas para a inibição com objetos porque mais facilmente apropriáveis para as pessoas humanas”. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997, p. 321.

[5] A infra-estrutura básica está definida no art. 2º, §5º, da Lei nº6.766/79, Lei do Parcelamento do Solo.

[6] NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 178.

[7] NADER. Op. cit., p.179.

[8] Sobre ética e moral, ver em ARISTÓTELES. *Ética a Nicomachus. Livro I*. São Paulo: Abril, 2000.

[9] NADER. Op. cit., p.164.

[10] LOCKE, John. Two Treatise of Government. Londres: Cambridge Univ. Press, 1970. Apud JORGE FILHO, Edgar José. *Moral e História em John Locke*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 77/137.

[11] “A reprodução das dimensões do mundo da vida envolve processos comunicativos de transmissão da cultura, de integração social e de socialização”. In: HABERMAS, Jürgen (1997). Apud: GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 137.

[12] JORGE FILHO. Op. cit., p.78.

[13] JORGE FILHO. Op. cit., p. 80.

[14] JORGE FILHO. Loc. cit.

[15] JORGE FILHO. Loc. cit.

[16] JORGE FILHO. Op. cit., p. 81.

[17] JORGE FILHO. Loc. cit.

[18] JORGE FILHO. Loc. cit.

[19] “A virtude, cuja verdadeira medida é a lei da natureza deve enquanto obrigação universal ser praticável por todos ao mesmo tempo; a virtude de um não pode ser incompatível com a de outro, ou depender do vício alheio. Portanto julgamos não concordarem entre si a ampliação da propriedade e a lei da natureza que prescreve o limite de utilidade”. In: JORGE FILHO. Op. cit., p. 94.

[20] HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p.37/38.

[21] GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, PL de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: RT, 1983, p.65.

[22] Conforme denominação utilizada no Programa Urbanização, Regularização e Integração de Assentamentos Precários, do Ministério das Cidades. Disponível em:

<<<http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/destaques>>>. Acesso em 14.02.2008.

[23] FERRAZ, Patrícia A. C..*Regularização fundiária e registro de imóveis: bases para o desenvolvimento econômico sustentável*. In: Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, 2007.

[24] SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2007, p. 2.

[25] LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.75.

[26] SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2005, p.107.

[27] “[...] além das cidades milionárias, desenvolvem-se cidades intermediárias ao lado de cidades locais, todas, porém, adotando um modelo geográfico de crescimento espraiado, com um tamanho desmesurado que é causa e efeito da especulação”. In: SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2005, p.10.

[28] ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A regularização fundiária como parte da política urbana*. In: Anais do Seminário de Regularização Fundiária. São Paulo: junho/2003. Disponível em <<<http://www.irib.org.br>>> Acesso em 14.07.2007.

[29] HABERMAS, Jürgen (1997). Apud: GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 137.

[30] FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: J.Oliveira, 2001, p. 91.

[31] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários aos arts. 4º a 8º. In: ALMEIDA & MEDAUAR (Org.). *Estatuto da Cidade: comentários*. São Paulo: RT, 2002, p. 54.

[32] No resgate da idéia republicana Lizst Vieira propõe que a idéia de um bem comum, acima de nossos interesses privados, é condição necessária para desfrutarmos a liberdade individual. O risco é a corrupção dos políticos. In: VIEIRA, Liszt. *Os Argonautas da Cidadania*. São Paulo: Record, 2001, p.72.

[33] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 576.

[34] SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109.

[35] BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: Extrafiscalidade & Não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003, p.37.

[36] BERTI. Op. cit., p.34.

[37] BERTI. Op. cit., p.35.

[38] “[...] podemos dizer que, pela supremacia do interesse público sobre o particular, o Estado, na busca da realização das metas constitucionais, pode exigir o sacrifício de

recursos dos indivíduos”. GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.36.

[39] GOUVÊA. Op. cit., p.35.

[40] REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.46.

[41] SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 113.

[42] SCHOUERI. Op. cit., p.46.

[43] SCHOUERI. Op.. cit., p. 167.

[44] BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: Extrafiscalidade & Não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003, p.108.

[45] “Relevante, para a definição da incidência do ITR (Imposto Territorial Rural) e do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), é a destinação econômica do imóvel tributável, e não a sua localização (rural ou urbana). O art. 32 do CTN não mais prevalece à vista dos arts. 15 e 16, do DL nº 57/66, não revogado pela Lei nº 5.868/72, declarada inconstitucional pelo STF e suspensa sua vigência pela Resolução nº 313/83, do Senado Federal. Assim, pode o Município instituir o IPTU sobre os bens imóveis localizados em sua zona urbana, definida em lei municipal, qualquer que seja o seu uso e destinação, ressalvados, contudo, os utilizados em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial, que se sujeitam unicamente ao ITR, da competência federal” (Apelação Cível nº.70019421650, TJ/RS). Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo>>. Acesso em 09.04.2008.

[46] BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: Extrafiscalidade & Não-confisco*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 116.

[47] RODRIGUES, Hugo Thamir. Políticas Tributárias e Federalismo: uma leitura possível do caso brasileiro. In: LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 3*. Santa Cruz do Sul:EDUNISC, 2003, p. 912.

[48] Ensina Michael Livingston que: “*Solitarietà* refere-se às responsabilidades que os membros de uma coletividade em particular (ou toda sociedade no caso) têm uns em relação aos outros em virtude da sua participação no grupo”. LIVINGSTON, Michael A.. Progressividade e *Solidarietà*: uma perspectiva norte-americana. In: GRECO & DE GODOI (Org.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.193.

[49] GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.255.

[50] Conforme artigo 182, incisos I, II e III, da Constituição Federal do Brasil, de 1988.

[51] Conforme artigos 5º a 8º, da Lei nº.10.257, de 10.07.2001. Estatuto da Cidade.

[52] HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 10.

[53] LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 157.

[54] ARAÚJO & VIEIRA. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: REIS & LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 7*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 2152.

[55] Ver em RAMOS & ROCHA. *O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios: a utilidade como limite da apropriação do solo urbano e os requisitos para sua implementação*. In: Revista de Direito Imobiliário, nº64, jan./jun., São Paulo: IRIB/RT, 2008.

[56] Conforme artigo 6º, da Lei nº10.257/01. Estatuto da Cidade.

[57] SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.204.

[58] A desoneração pode ser em relação: ao COFINS e PIS de máquinas, equipamentos e componentes de redes de água, esgoto ou eletricidade; ao IRPF ou PJ e ISS sobre projetos ou serviços de loteamento do solo e construção de moradias; ao IPI e ICMS dos insumos de produção; ao ITBI da gleba; ao INSS da mão-de-obra empregada; etc..

[59] Incidem sobre: a renda, onde é de fácil progressividade e de notória potencialidade na redução das desigualdades; os fatores de produção, circulação e consumo de bens; as relações de comércio exterior, como proteção da indústria nacional; salários e a folha de pagamento, porém com efeitos contrários aos objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais. In: GOUVEA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.148/172.

[60] SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 274.

[61] SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997, p. 346.

O RETORNO DO ESTADO-NAÇÃO NA GEOGRAFIA DA MUNDIALIZAÇÃO*

THE RETURN OF THE NATION-STATE IN GEOGRAPHY OF GLOBALISATION

Gina Vidal Marcilio Pompeu

RESUMO

Com a secularização do poder, o homem deposita no Estado reivindicações que o transformam em essencial à vida comunitária e ao desenvolvimento dos direitos de personalidade. Exigem dele prestações positivas no que concernem à efetivação dos direitos sociais. O século XXI, tempos de globalização econômica e da informação, incrementou a vontade de obter dos serviços públicos um padrão de eficiência, sem espaços para relações patrimoniais, e para a pessoalização do poder. Não são aceitas a negligência e a improbidade administrativas que excluem do cidadão oportunidades calcadas no desenvolvimento humano e econômico. A situação de ser social, comunitário e global, sujeito das relações mundiais, requer dos Estados o dever de garantir um patamar mínimo de condições à sua população, para que desempenhe efetivamente as suas capacidades. Faz-se essencial azeitar o poder de mando e conciliar os direitos humanos e os interesses nacionais, sociais e econômicos, priorizando o desenvolvimento coletivo.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO-NAÇÃO; GLOBALIZAÇÃO; DIREITOS SOCIAIS.

ABSTRACT

With the secularization of power, man deposited in the State the claims deemed essential to community life and personality rights. He is burdened with the demands for the positive benefits regarding the effectiveness of social rights. The twenty-first century marked an era of economic globalization and information, which increased the desire to obtain a higher standard of efficiency in the provision of public services, leaving no room for patrimonial relations, or personalization of power. Negligence and administrative corruption are no longer accepted, for they exclude citizens from public opportunities founded on human and economic development. The condition of social, gregarious and global entity, and a subject of world relationships warrants the States the duty to ensure a minimum level of living conditions to the population, so they may effectively perform their capabilities. It is essential to strengthen the command power

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

and reconcile human rights and national, social and economic interests, lending priority to collective development.

KEYWORDS: STATE-NATION; GLOBALIZATION; SOCIAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

O artigo renova esperança no retorno ao Estado-Nação como agente capaz de conciliar os interesses oriundos da mundialização da economia com as necessidades das populações, e, sobretudo dos trabalhadores locais. A pequena dose de reforma social prevista na Constituição Federal brasileira de 1988 ainda não é suficiente para evitar o conflito entre a abertura da economia brasileira à economia transnacional, e à relativização das normas trabalhistas. A resposta ao capitalismo global do século XXI só será possível se oriunda da consciência individual da viabilidade do bem-estar coletivo. Tarefa que necessariamente exige esforços, decisão, renúncia e constante acompanhamento da gestão pública, bem como requer governos politicamente responsáveis com a garantia de efetivação dos direitos sociais e com a integração internacional, sobremaneira do conhecimento.

Introduziu-se o tema relatando o processo de secularização do poder e do retorno ao antropocentrismo. Esse processo restabeleceu o duelo entre os direitos de desenvolvimento individual, situados na seara da liberdade, e os direitos à efetivação do bem-estar coletivo por meio do acesso aos direitos sociais (saúde, educação, moradia, trabalho...) inseridos na esfera da igualdade.

No segundo tópico narrou-se a origem e o desenvolvimento do Estado, de Maquiavel aos nossos dias, analisando-se os seus elementos fundadores; no terceiro tópico verificaram-se os efeitos da globalização nos seus diversos aspectos sobre a economia e o modo de viver dos chamados países centrais e daqueles conhecidos como periféricos. Ponderou-se para o retorno ao Estado - Nação, aquele capaz de impedir que uma mistura heterogênea de organizações não governamentais, corporações transnacionais, sindicatos do crime tomem o controle econômico, político e moral de um povo.

Conclui-se por fim, para o fato de que a vigília atual consiste em impedir que o desenvolvimento econômico se limite à especulação financeira e à concentração de renda. Para aliar o desenvolvimento humano com o econômico nas esferas local e global, essencial serão as presenças constantes de instituições sociais, de uma população interativa e bem informada, e de um Estado responsável e coerente com os interesses nacionais.

1. A SECULARIZAÇÃO DO PODER E A NOVA ÉTICA GLOBAL

Com as lutas travadas contra a ordem teocrática e a conseqüente secularização do poder, o homem passou a depositar no Estado um grande número de reivindicações que o transformaram em essencial à vida em comunidade e ao pleno desenvolvimento dos direitos de personalidade. Exige-se do Estado bem mais que a obrigação de não fazer e de submeter-se aos ditames de uma constituição. As prestações positivas, no que concernem à efetivação dos direitos sociais, não podem ser negligenciadas. [1]

O século XXI, em tempos de globalização econômica e do acesso à informação, trouxe ao ser humano a consciência coletiva do bem-estar e de suas liberdades. Elevou a expectativa de obter do Estado um padrão de comportamento, onde não há espaço para o patrimonialismo, para a pessoalização do poder e para a exclusão do cidadão de um sem-número de oportunidades calcadas no desenvolvimento humano e econômico. Essa situação de ser social, comunitário, e também ser global, conhecedor do processo e das relações entre as comunidades globais, exige do Estado que assuma um novo dever de garantir um patamar mínimo de condições aos seus nacionais para que desempenhem efetivamente as suas capacidades.

A ética global impulsiona o sentimento de pertencer a Estados centrais, logo os Estados periféricos necessitam conciliar os interesses humanos, sociais e econômicos de sua população, priorizar interesses públicos diante dos interesses privados. Inovar, e aperfeiçoar o seu poder de mando, quebrar barreiras, azeitar a máquina estatal com objetivos comuns às três funções estatais, só então será possível, por meio de um projeto nacional, deixar a condição de país periférico, viabilizando a inserção na condição de país central.

Tarefa mais árdua é a formação de uma Nação. Persiste a questão sobre a possibilidade ou não da construção de nações, haja vista que mais que ordenação jurídica, trata-se da sedimentação da história e dos costumes comuns ao longo do tempo, de pessoas que se acreditam iguais. Somente Estados podem ser construídos, nações provêm de um domínio moral e ético superior ao domínio de ordem legal.

O multiculturalismo no Brasil não resultou ainda na formação de uma identidade nacional, não se reconhece no outro, a si mesmo, sujeito de direitos e de deveres. Prepondera o desinteresse e o desconhecimento pelo passado, espera-se por salvadores da pátria, mas os heróis ou os estadistas são facilmente esquecidos. O sentimento de nação, de pertencer, de projetos comuns só é observado com facilidade diante de jogos mundiais de futebol, quando brasileiros vestem verde e amarelo e possuem bem definido a vontade comum.

A construção de nações passa pelo conhecimento e discernimento sobre fatos, idéias e valores sobre a decisão do que pode ser considerada essência da condição humana. Em tempos de globalização, sobretudo de idéias, faz-se necessário romper o individualismo e assumir uma posição de igualdade coletiva, senão falsa será a imagem da igualdade propagada pela lei e provocada pelo consumo de produtos transnacionais, bem evidentes na propaganda da marca Benetton. Não é tão somente vestindo as mesmas roupas que sociedades tão díspares serão iguais. A situação apenas camufla a realidade de cada nação, que uma hora ou outra tente a aflorar.

Alexis de Tocqueville (1805-1859), magistrado e parlamentar francês, entrou para a história das idéias políticas por defender a democracia, a liberdade e a igualdade. Após

viagem para analisar o sistema penitenciário americano em 1831, voltou impressionado pela igualdade observada entre os americanos. Escreveu “A democracia na América”, que constitui uma tentativa de ajustar o ideal de liberdade à realidade social e política de sua época. Em seus discursos, como deputado, analisa a democracia americana e os resultados da revolução francesa, e as reivindicações durante 1848. A temática constante é a conciliação entre a liberdade individual e política de cada cidadão, com a realidade social, política e econômica existente. Diz Tocqueville no texto de introdução à sua obra:

O desenvolvimento gradual da igualdade das condições é um fato providencial. Possui suas principais características: é universal, é duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele.

Seria sensato acreditar que um movimento social que vem de tão longe possa ser suspenso pelos esforços de uma geração? Alguém acredita que, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, a democracia recuará diante dos burgueses e dos ricos? Irá ela se deter agora, que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos?

Aonde vamos então? (TOCQUEVILLE, 1998, p.11)

Para Tocqueville, o grande mal moral é o individualismo, ferrugem da sociedade, que torna o cidadão vazio de toda a essência do civismo e do interesse do bem coletivo. O individualismo faz do homem um escravo, que oscila entre a servidão e o egoísmo. Indiferente ao destino do lugar em que mora, não se interessa pelos acontecimentos. Narra os fatos, alheio a tudo, como se a esfera pública pertencesse a um desconhecido chamado governo.

2. A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO

Para que se avance na idéia de desenvolvimento humano e coletivo é necessário entender a construção do Estado e as formas que tem assumido no decurso da história. Inúmeras são as interpretações que os cientistas políticos, economistas e juristas vêm-lhes conferindo, quanto à forma de governo, à forma de Estado e ao regime político. A figura do Estado toma feições diferentes a cada época; é moldado pelos interesses econômicos e ainda em face das necessidades humanas.

Para os bons intérpretes organizados na coletânea de Weffort (2001), Maquiavel (séc.XV- XVI) pregava a conquista da fortuna (honra, riqueza, glória e poder) pelo príncipe, mediante um comportamento de virtude (virilidade e coragem) que garantisse por fim segurança aos seus governados. Para ele, os homens por natureza são ingratos, volúveis, simuladores, covardes, ávidos por lucro. A qualidade e a inteligência de um príncipe eram observadas na escolha de ministros capazes e fiéis. Maquiavel visava à

unificação dos territórios e a formação de uma Itália forte, capaz de garantir desenvolvimento e bem-estar da população. Por meio do O Príncipe, se ouviu falar em Estado: “Todos os Estados, que existem e já existiram, são e foram sempre repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL, 2007, p.31).

Para Hobbes (séc. XVII), o Estado era essencial para garantir segurança aos povos que por índole viviam se digladiando. Dizia Hobbes: “eu e o terror somos irmãos gêmeos”. Viviam em insegurança e temia os conflitos, as guerras e as invasões. Hobbes pregava a necessidade de um Estado forte e soberano, capaz de controlar e organizar os desejos individuais, permitindo o desenvolvimento social. A sociedade só se faz possível com o Estado. (HOBBS, 2002,130)

John Locke, (séc. XVII) individualista e liberal, defendia na Inglaterra o direito de resistência, de liberdade e tolerância religiosas. Afirmava ainda que só o consentimento expresso dos governados era fonte legítima do poder político. O pensador colocava o homem como centro do universo, dotado de razão e com direito natural à vida, à liberdade e à propriedade como fruto de seu trabalho. (LOCKE, 2006) A idéia de separação dos poderes de Locke tomou corpo com Montesquieu (séc. XVIII).

Os direitos individuais e suas garantias foram uma conquista da segunda metade do século XVIII, com a independência das 13 colônias americanas e a formação dos Estados Unidos da América, guiada pelos Federalistas. Marco do apogeu da burguesia foi a Revolução Francesa com seu ideal: *liberté, égalité, et fraternité*. A seqüente Revolução Industrial improvisou uma nova classe, a do proletariado, e revelou a necessidade de regulamentação dos direitos trabalhistas e das relações de trabalho no século XIX. Já os direitos sociais, por fim, começaram a conquistar espaço nas constituições durante a Primeira Grande Guerra do século XX.

O pensamento sobre o Estado, em sua defesa ou oposição, vem permeando ao longo dos últimos três séculos a doutrina de cientistas políticos e juristas como Karl Marx (1818-1883) que pregava a abolição do trabalho assalariado, da propriedade privada e por fim do próprio Estado, (MARX, ENGELS, 2006); de Carl Schmitt (1888-1985) para quem soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Ele defendia o primado do político sobre o jurídico, na busca da unidade política e da homogeneidade (SCHMITT, 2007). Contrário senso Hermann Heller (1891-1933) indicava ser o socialismo não a superação, mas o refinamento do Estado. Sua visão econômica do Estado já previa que não se devia afastar a função política em nome da produção de uma economia coletiva, mas controlar a ação da lei econômica por meio da função política, (HELLER, 2002). Hans Kelsen. (1881-1973) disseminou a cultura do positivismo – normativista, que tinha por égide a definição de que questões pré-jurídicas de poder e questões pragmático-sociais sobre a distribuição de riqueza, sobre justiça não são objetos de reflexão da ciência jurídica. Estado é a personificação de uma ordem jurídica, se confunde com a própria ordem jurídica, e com o respeito à Constituição. (KELSEN, 2007)

Já Hannah Arendt (1906-1975) analisa o sistema de estados nacionais europeus em face ao encolhimento econômico e geográfico da Terra diante da mundialização. Verifica que a prosperidade e a depressão tendem a ser fenômenos globais. Da maneira como a família e a propriedade familiar foram substituídas pela participação das classes no território nacional, as sociedades circunscritas pelos Estados nacionais passaram a ser

substituídas pela humanidade. O Planeta substituiu os restritos territórios dos Estados. A autora prevê proporções radicais para o processo de alienação do mundo, desencadeado pela expropriação e caracterizado por um crescimento de riquezas, ressalta de outra maneira que:

Os homens não podem ser cidadãos do mundo como são cidadãos dos seus países, e homens sociais não podem ser donos coletivos como os homens que têm um lar e uma família são donos de sua propriedade privada. A ascensão da sociedade trouxe consigo o declínio simultâneo das esferas pública e privada; mas o eclipse de um mundo público comum, fator crucial para a formação da massa solitária, e tão perigoso na formação da mentalidade, alienada do mundo, dos modernos movimentos ideológicos de massas, começou com a perda, muito mais tangível, da propriedade privada de um pedaço de terra neste mundo. (ARENDETT, 2007, p.269)

Norberto Bobbio (1909-2004) pauta a defesa do Estado fundamentado no regime democrático. Esse Estado é o resultado da inspiração moral baseada na responsabilidade individual que reivindica uma economia antimonopolista. Ela é avessa aos privilégios dos grupos, e necessita de uma estrutura não monística, mas pluralista do direito. Exige uma religiosidade interior que brote da intimidade da consciência. "Uma democracia que não seja o revestimento formal de uma sociedade aberta é uma forma sem conteúdo, é uma falsa democracia, uma democracia enganadora e não sincera." (BOBBIO, 2001,99).

Ressalta-se a participação na construção dos Estados e de um Direito Humanitário de Fábio Konder Comparato, para quem os fins republicanos devem ser alcançados por meio da democracia participativa e dos instrumentos da soberania popular. Comparato (2001, 445-470) ao tratar sobre a grande opção da humanidade no século XXI, preleciona que a vida econômica não deve ser submetida à ilimitada acumulação do capital privado, deve se organizar no sentido de atender às necessidades e utilidades públicas. Compete às autoridades governamentais, com a aprovação popular e por meio de estímulos e sanções adequadas, apontar nas diretrizes programáticas a direção a ser cumprida pelas empresas visando à produção de bens e serviços de interesse coletivo. O ideal do capitalismo financeiro, da realização de lucros sem produção de bens ou a prestação de serviços à comunidade, deve encontrar no povo e no Estado Nação opositores atentos e eficazes.

Murilo de Carvalho (2007) conclui que o II Império no Brasil deixou consolidada a unidade do país, a abolição do tráfico e da escravidão e o estabelecimento das bases do sistema representativo, graças à ininterrupta realização de eleições e à grande liberdade de imprensa. Observa-se, porém, que a república no Brasil introduzida no final do século XIX, não significou a conquista de um ideal comum da população brasileira, mas na verdade de uma elite intelectualizada. A nova Carta Republicana caracterizou-se pela separação entre o Estado e a Igreja e a conseqüente laicização do ensino público. Ao longo da República Velha, tornou-se hegemônica a idéia da gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, que tinha como objetivos a construção da nacionalidade por um viés e a contenção social por outro.

Sofia Lerche Vieira demonstra que o analfabetismo no Brasil alcançava 85% da população em 1890, proporção que diminuiu para 75% em 1900, mantendo-se nos mesmos níveis em 1920. Constatamos também que aumentou a presença do setor privado no ensino secundário e superior, enquanto a do setor público diminuiu (VIEIRA, 2002, p.133-134). Maria Luísa Santos Ribeiro transcreve o depoimento de Afrânio Peixoto (1923) sobre o caráter excludente da educação no início do século XX, o que não parece muito distante da realidade atual do início do século XXI.

Sobre a formação das elites [...] o Brasil se está processando a seleção dos incapazes feita pelo ensino secundário; na escola primária o filho do rico, irmanado com o pobre, são bons ou maus alunos, mas como os pobres são infinitamente mais numerosos, se tem numerosos alunos maus, tem também muitos bem dotados: digamos, se em 10 ricos há um aluno inteligente, em 90 pobres haverá 9 alunos iguais a esse rico[...]Vai começar o ensino secundário. Mas o pobre não pode freqüentá-lo; o liceu, o ginásio, o colégio custam caro. Os 90 pobres vão para as fábricas, para as lavouras, para a mão-de-obra. Os 10 ricos, esses farão exames, depois serão bacharéis, médicos, engenheiros, jornalistas, burocratas, políticos, constituirão a elite nacional, [...] Mas como nesses 10 apenas 1 é inteligente essa 'elite' tem apenas 0,1 de capacidade. (RIBEIRO, 2000, p.88)

Marcos Maliska leva à reflexão de que não basta mudar a forma de Estado ou a forma de governo, sem mudar a estrutura social ou a força de reivindicação e representação popular. Assim pontua que:

Desta forma no tocante à educação, o comprometimento do Estado com os chamados direitos sociais não existia na Constituição de 1824, mas também não existiu na Constituição de 1891. Mudou-se a forma de Estado e de Governo, mas as linhas mestras do paradigma liberal continuaram inalteradas. (MALISKA, 2001, p.24)

Cada uma das constituições federais instaurou uma nova ordem no Estado Brasileiro, sofreu influências internacionais e correspondeu aos anseios dos detentores do poder econômico de plantão. Construir uma identidade nacional, formar e incluir a sua população, não tem sido meta prioritária. A Constituição Federal de 1988, que introduziu a ordem econômica com o fito de concretizar a ordem social, sucumbe a cada dia diante da ordem financeira. Caricatura do previsto por Schmitt, no Brasil o estado de exceção permanente tem decisões tomadas pelo guardião da Constituição (o Judiciário), em usurpação da soberania nacional e atentado à harmonia entre os poderes do Estado. Quando convém, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008) dispara súmulas vinculantes (nº11) sobre objetos como o uso de algemas; outras vezes afirma não ser instrumento da ira cívica (voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, recurso nº1069 oriundo do TRE-RJ, interposto por Eurico Miranda). Posiciona-se de forma conservadora diante da proteção e de freios ao exercício do mandato eletivo.[2] Vive-se entre o Estado policial e o Estado judicial, longe do Estado democrático de direito.

Do passado colonial e escravocrata até o Brasil do século XXI permanece a característica de concentrada distribuição de renda e de riquezas. A política social que se estabeleceu no país, e que perdura até hoje, prioriza a aplicação de recursos nos grandes centros urbanos, formando cidadãos de primeira e de segunda categorias. A concentração de riquezas e de capital humano no Sudeste do país, pólo dinâmico da economia restringe um sistema social mais bem distribuído. Gastos insuficientes com a efetivação dos direitos sociais aliados a interesses patrimonialistas mantidos pela classe política dirigente resultaram no Brasil em ausência de capital social, de participação política, e de melhores oportunidades de emprego e renda para a maior parcela da população. A pequena organização social e política do povo brasileiro dificultam a formação e a manutenção de instituições de controle social.

Somente uma população consciente da sua cultura, da sua história, dos valores e das tradições é capaz de se posicionar como sujeito de direitos e deveres. Reconhece que as autoridades constituídas do Estado, nada mais são do que seus representantes nas suas funções legislativas, judiciárias e executivas, e que têm como essência de suas funções a promoção da justiça e do bem comum. Os agentes do Estado devem verificar constantemente se as normas por eles aplicadas são boas de fato e de direito, se atendem aos apelos sociais. A sociedade é maior do que o Estado; e o homem, consciente do seu papel de construtor de uma realidade melhor, (mais justa e igual) é o agente desta sociedade. (POMPEU, 2005).

A soberania do povo é que indica os caminhos a serem seguidos pelas funções legislativa, executiva e judiciária do Estado. Fator que deve conjugar interesse popular nacional com aqueles oriundos da economia global; opondo-se aos elementos que contrariam o bem-estar coletivo. Por fim deve o Estado vedar condutas e regular as conveniências particulares que se opõem à efetivação do interesse público. Essa é a essência do Estado, razão do pacto social. A soberania popular definirá o objetivo comum e o destino do Estado de alcançar o bem-estar social. Ao se distanciar dos seus elementos fundadores: população, território delimitado e determinação do poder de mando, o Estado corre o risco de esmaecer.

Uma das promessas normativas da democracia é a de que os cidadãos terão respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença normativa e institucional do Estado. Infelizmente, a combinação de alto índice de corrupção, de fragilidade dos partidos políticos, de baixa eficácia de políticas públicas includentes, como também de investidas indiscriminadas do Estado e de crise fiscal impede que Estado e governo democrático estejam efetivamente presentes na realidade brasileira.

A situação descrita produz como resultado uma atitude ambivalente dos brasileiros, que ainda têm em relação à democracia a sensação de que dela não resulta qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas e na diminuição da extrema concentração de renda.

No Estado democrático de direito há de se respeitar a Constituição e de desejar profundamente que ela dirija os caminhos das funções desse Estado.

A crença na democracia e nos seus valores é tarefa de construção diuturna, a exigir empenho da sociedade, que fiscaliza, denuncia e requer investigação sobre atos suspeitos de corrupção. Do poder político exige-se que assuma o seu papel nas

democracias representativas e realize investigações aprofundadas, trazendo ao debate político o interesse social; do Estado demanda-se o respeito à lei e a aplicação da Justiça.

O Estado deve superar o debate entre o ato discricionário e o ato vinculado,.Deve afirmar que todos os registros financeiros serão rotineiramente sujeitos à inspeção, e que todos os servidores no controle de verbas públicas têm o dever de usar procedimentos transparentes, devendo ser responsabilizados pelo mal uso de verbas públicas em objetivos privados; ficando sujeitos à restituição dos valores e até à prisão.

Rompeu-se a barreira do século XXI com as mesmas preocupações e angústias decantadas em séculos passados: melhor qualidade de vida, liberdade e igualdade para todos, direito ou utopia no Brasil? Não é nova, contudo, a crença de que, sem a participação popular, sem as cobranças sociais e vigilância diuturna, sem restaurar as noções de ética e de dignidade humana, todos os direitos permanecerão inertes. (POMPEU, 2007, p.35-48)

3. GLOBALIZAÇÃO, ECONOMIA E O ESTADO - NAÇÃO

Terminada a primeira metade do século XX, marcada pelas duas grandes guerras mundiais, pela crise econômica dos anos 30 e ainda por vários regimes totalitários que impregnaram a Europa, a segunda metade do século XX tendeu a defender o regime democrático e os direitos humanos em tempo de prosperidade econômica. Foi nesse contexto que se renovou o liberalismo econômico do século XIX e a formação de um mercado mundial ou global caracterizado pela desestatização ou pelas privatizações, pelo colapso dos segundos (união soviética e satélites) e terceiros (subdesenvolvidos) mundos na ordem econômica internacional.

A vigília atual é para que o desenvolvimento econômico não se limite à especulação financeira e à concentração de renda, não prospere sobre o término do Estado - Nação e de seu elemento essencial: a população. Não há de se falar em Estado democrático de direito sem a democratização econômica, sem a formação de instituições e do próprio povo.

Observa-se que o vazio deixado pelo Estado tem sido preenchido, como diz Fukuyama (2005), por uma mistura heterogênea de corporações internacionais, organizações não-governamentais, organizações internacionais, sindicatos do crime, grupos terroristas. Para o autor, na ausência de uma resposta clara, não há outra escolha que a de retornar ao modelo Estado -Nação, soberano, mais forte e mais eficaz.

Somente os Estados são capazes de fazer agregar e distribuir poder legítimo. Este poder é necessário, em termos nacionais, para fazer com que as leis sejam cumpridas, e no plano internacional, para preservar a ordem mundial. Aqueles que se manifestaram a favor do “crepúsculo da soberania” – quer sejam partidários do livre mercado, à direita,

ou multilateralistas comprometidos com a esquerda – precisam explicar o que irá substituir o poder dos Estados-nação soberanos no mundo contemporâneo. (FUKUYAMA, 2005, p.156-157).

Na atualidade é possível observar o enfraquecimento do Estado, seja pela diminuição da máquina estatal, seja pelo surgimento de blocos econômicos. Países componentes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE (ou OECD em inglês) foram os pioneiros na adoção de medidas que diminuíram o ritmo de investimento direto do governo, sobretudo devido ao aumento dos gastos sociais e de previdência, e promoveram o processo de transferência, por venda ou concessão, de empresas estatais a entidades privadas. Esses processos foram posteriormente introduzidos nos países em desenvolvimento por meio do Consenso de Washington, que enumerava dez regras básicas que deveriam ser seguidas para o ajustamento macroeconômico dos países. Assim imperavam a disciplina fiscal; a reorientação das despesas públicas; a reforma tributária; a liberalização financeira; as taxas de câmbio unificadas e competitivas; a liberalização do comércio; a abertura a investimento estrangeiro direto; a privatização; a desregulamentação; o direito de propriedade seguro.

Kenichi Ohmae (1999, 73-95) exalta a geopolítica de um mundo sem fronteiras e o fim do Estado – Nação, cujos líderes têm em mente a proteção do território, dos recursos, de empregos, ou tão somente a exaltação da soberania, afugentando novos recursos e novos talentos. A economia era domada pela política que tinha como prioridade atender, por meio do protecionismo, empresas nacionais e manter o governo atual no poder. Ele aponta que a essência do desafio não é resolver todos os problemas na esfera local, mas possibilitar sua solução aproveitando os recursos globais. O autor indica um novo tipo de Estado, os Estados – Regiões, cuja eficácia dependeria de sua capacidade de explorar soluções globais, melhorar a qualidade de vida de seu povo atraindo e aproveitando a capacidade e os recursos da economia global, adaptando-os às necessidades locais. Não deve apenas, repelir tal economia para que interesses específicos possam florescer.

Robert Reich, (2007,12) professor da Universidade da Califórnia em Berkeley, afirma à necessidade de reconstrução da democracia, que objetivamente reflete o que a maioria quer para a sociedade como um todo. Não se há de esperar que as empresas, ou consumidores e investidores sejam os responsáveis pela definição dos rumos da sociedade e do próprio Estado. O papel do capitalismo é fazer o bolo crescer.

Definir como o bolo será fatiado e decidir sobre o que fazer com suas fatias é algo que cabe à sociedade. Esse papel é atribuído nas democracias ao Estado, por meio de seus poderes Legislativo e Executivo, que criam leis e normas, que fiscalizam a sua aplicação e que por fim controlam os excessos do capitalismo. É exigido do Estado o pleno exercício da função Judiciária; que deve ser célere, por meio de decisões previsíveis, mas independente para apreciar caso a caso a perda ou a ameaça aos direitos individuais e coletivos, humanos, sociais e econômicos, entre indivíduo – indivíduo, ou entre o Estado e o indivíduo.

Robert Reich argumenta que o capitalismo pode ser uma condição necessária à democracia. A democracia pode não ser essencial para o capitalismo. Absolutamente

necessária é a presença da participação popular que cobra um Estado regulador, mas presente.

O século XVIII mudou o rumo da história da humanidade. Começaram a ser discutidos os grandes problemas políticos e sociais da humanidade: os direitos do homem, os limites do poder do Estado, a definição de liberdade individual, o relacionamento entre o Estado e a Igreja, a igualdade civil diante da justiça e da lei, quem eram os destinatários da política do Estado. Perguntava-se: quem era o povo? Por ironia, um clérigo da Igreja católica foi aquele que engajou o povo a se transformar no que hoje se conhece por poder constituinte. Emmanuel Siéyès (1748-1836) escreveu “O que é o terceiro estado?” e com isso traduziu o descontentamento da população diante dos privilégios conferidos ao clero (primeiro estado) e à nobreza (segundo estado). Louis XVI convocou, em maio de 1789, os estados gerais (um conselho consultivo das três camadas sociais) para discutirem a reforma tributária francesa diante da profunda crise econômica e social. Assim reuniram-se os três estados: clero, nobreza e burguesia (alta e baixa). Uns pregavam a manutenção de privilégios, o não pagamento de tributos, outros a igualdade fiscal e leis escritas e iguais para todos. Todos estavam insatisfeitos, o povo faminto por causa das crises climáticas, a burguesia porque sustentava o governo por intermédio de excessivos tributos, o clero e a nobreza porque perdiam seus privilégios. Assim, o discurso de Siéyès e as idéias da soberania popular de Rousseau foram como fogo na palha; inflamaram a revolução. Siéyès fundamentava seu pensamento em três questões:

1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo.

2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada.

3ª) O que pede ele? – Tornar-se alguma coisa. (SIÉYÈS, 2001, 1)

No século XXI as perguntas de Siéyès se fazem repetir e certamente as respostas não virão com a fragilização do Estado – Nação; nem tampouco por meio de indústrias transnacionais, para as quais não interessa onde seus produtos são fabricados, desde que sob o menor custo; mas objetivamente interessa-lhes quem é o mercado que pode consumir a sua produção. Mercado que não tem rosto, sem cor, sem passado ou futuro, que ignora os Estados e as nações.

A globalização cultural e econômica não é em si uma maldição ou uma benesse como afirma Bresser Pereira (2007, p.64-96). É um sistema de intensa competição entre Estados nacionais por meio de suas empresas, que deve fortalecer o Estado fiscal, administrativamente e politicamente, ao tempo em que confere às empresas nacionais condições de competitividade internacional. Para Bresser a globalização é um estágio do capitalismo em que, Estados-nação cobrem o globo terrestre e competem economicamente entre si, por meio de suas empresas. Um governante é bem sucedido se logra taxas de crescimento maiores do que a dos países julgados concorrentes.

O Brasil, como os demais países da América Latina, dotou-se de Estado, sem a formação de uma sociedade nacional. Deixavam de ser colônia da Espanha e de Portugal para serem sub-julgados por outros países já em pleno desenvolvimento econômico. Restavam elites ambíguas, que ora se afirmavam como nação, ora cediam à hegemonia ideológica externa. O desenvolvimento permanece impedido pela falta de

nação e encontra obstáculo na exacerbada concentração de renda, que além de injusta é campo propício ao populismo, à flexibilização do trabalho e à precarização da força de trabalho, viabilizando por fim a baixa de salários.

O novo desenvolvimento é obra coletiva nacional que conta com instituições políticas e econômicas voltadas para o funcionamento dos mercados, mas que promovem desenvolvimento econômico e social. Por meio da presença do Estado e das Instituições, esse desenvolvimento prioriza a distribuição de renda, conciliando por fim, o humano ao nacional.

CONCLUSÃO

A globalização iniciada com as navegações, contextualizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reiterada pela declaração universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, bem como a provocação aos trabalhadores do mundo pela frase de Marx: “Proletários de todos os países, Uni-vos!.”(Marx, Engels, 2006, p.80), são situações que refletem no homem a sensação de ser mundial, de raça humana, possuidora de direitos fundamentais; porém para o pleno exercício dos direitos de personalidade, aí incluídos a concretização dos direitos sociais deve-se fazer presente o Estado nacional. O enfraquecimento do Estado não é indício de desenvolvimento humano global, é campo apropriado para abuso aos direitos humanos, conflitos sociais, exclusão e violência.

O ideal universalista acima descrito esbarra cotidianamente nos fatores reais do poder (LASSALLE, 2008), nas abissais diferenças econômicas e políticas entre os Estados. Construir instituições comuns no campo da política, da cultura e da economia torna-se essencial para que se estabeleçam laços entre o plano dos princípios universais abstratos e a concretude das realidades singulares que se pretende regular. (ALBUQUERQUE, 2001, 128) Repensar o fundamento ético do poder do Estado, originado da vontade nacional é o meio adequado a se contrapor à autonomização do econômico em esfera mundial e à dilatação do mercado.

Fomentar as instituições, a cultura da nação e da participação política, não significa pregar o retorno ao nacionalismo exacerbado, ao racismo ou ao organicismo, combatidos por Bobbio (2001, 98-99), visa superar o conflito entre a omissão do campo da política que não faz preponderar a finalidade ética do Estado de realizar direitos sociais, de garantir direitos adquiridos e segurança jurídica, de representar uma população e não somente uma facção economicamente dominante. (SALGADO, 1998)

Aprender a construir Estados fortes com escopo às funções necessárias, é a questão atual. Estados que não necessitam ser extensos, porém, devem conhecer e recepcionar os anseios de sua população. Devem concretizar de forma eficiente, transparente e democrática o poder de mando, determinado pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária, infra-constitucional elaborada pelo necessário processo legislativo; planejado e administrado pelo executivo; e julgadas as exceções e disputas entre indivíduos, e entre indivíduos e Estado pelo Judiciário.

A soberania do Estado, resultado da vontade popular e da nacionalidade, efetiva-se dentro do território nacional ao garantir prioridade ao interesse público diante de conflito com o interesse privado; revigora-se ao implementar políticas governamentais que viabilizem um patamar mínimo de igualdade. Fora do seu território, a soberania do Estado se torna aparente quando, por meio de posições explícitas na ordem internacional, opta por preservar a cultura e a defesa do brasileiro diante da pressão dos mercados e do processo de mundialização.

É bem verdade que em qualquer país, os consumidores exigem e esperam obter melhores produtos, agilidade nos serviços e preços mais baratos. Na maioria das vezes, esse cliente ignora de onde veio o produto adquirido e em que condições humanas foi produzido. Essas informações, ao contrário do preço, não vêm etiquetadas. Surge porém uma reflexão ética global: Não é possível aceitar a mão-de-obra escrava ou infantil. O direito de consumir não deve prevalecer e fazer retroceder as conquistas dos direitos humanos, trabalhistas e de personalidade.

Acredita-se que essa hegemonia do consumo abriga em si uma ideologia alienante, ao tentar convencer da necessidade de utilização de bens supérfluos e estranhos à cultura local. Subjugam os costumes locais propagando os benefícios da perda da soberania popular e introduzem valores oriundos dos países desenvolvidos, onde estão situados os dirigentes das empresas transnacionais. Assim a moça de Campinas no Brasil e de Guangzhou na China usam batom Avon e vestem Benetton. Dessa forma funciona um mercado planetário de capitais organizado por polos, que permite e facilita a acumulação financeira, baseada na mobilidade de produção e de mercados. (CARROUÉ, 2002, p.238-240)

As instituições dentro de cada Estado – Nação necessitam incrementar a sua capilarização, tanto no âmbito comercial, quanto produtivo e financeiro capaz de fazer oposição ao desequilíbrio da globalização econômica, que por enquanto polarizou de um lado países centrais, altamente desenvolvidos com sistema de produção material, social e institucional bem definidos, e de outro os países periféricos, com produção deficiente, desnutrição, saúde e sistema de educação e de informação precários. Local onde prevalece a economia informal.

Repete-se com Fukuyama “a arte de construção de Estados será um componente essencial de poder nacional, tão importante quanto a capacidade de utilizar forças militares tradicionais para a manutenção da ordem mundial.”(2005,157). Novas regulamentações públicas e sociais mais solidárias e sustentáveis devem ser engendradas, capazes de resolver as questões mundiais relativas aos mercados e aos fatores de produção.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:< www.stf.gov.br >. Acesso em: 20 de abril de 2008

BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: Ed. Universidade de Brasília ; São Paulo : Imprensa Oficial do Estado, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **D. Pedro II**. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

CARROUÉ, Laurent. **Géographie de la mondialisation**. Paris: Armand Colin. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados** : governo e organização mundial no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist**. New York The Modern Library. 2001.

HELLER, Herman. **Teoria del estado**. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Econômica,2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Alex Marins. Belo Horizonte: Martin Claret, 2002.

KELLSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J.Cretella Jr. E Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda** (*General theory of employment, interest and money*). Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.

LASSALLE, Ferdinand. **Essência da Constituição**. 8. ed. Curitiba: Lúmen Júris. 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Aléxis Marins. São Paulo: Martin Claret. 2006.

MALISKA, Marcos Antônio. **O direito à educação e à Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

MONTESQUIEU. **De L'esprit des lois**. Paris: Flammarion, 1979.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado – Nação**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Publifolha, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Novo desenvolvimento e ortodoxia convencional. In **Globalização, Estado e Desenvolvimento**: dilemas do Brasil no novo milênio. Eli Diniz (org.) Rio de Janeiro: FGV, 2007. P.63-96.

POMPEU, Gina Marcílio. **Direito à educação**: controle social e exigibilidade judicial. Fortaleza: ABC, 2005.

_____, História política e constitucional (brasileira e cearense) in Poder Legislativo: seja uma autoridade no assunto. Ceará: **Jornal Diário do Nordeste**. 2007. P.35-48.

RIBEIRO, Maria Luísa Santos. **História da educação brasileira**: a organização escolar. São Paulo: Cortez & Moraes, 2000.

REICH, Robert B. **Supercapitalism**: The Transformation of business, Democracy and Everyday Life. New York: Alfred A. Knopf, 2007.

SALGADO, Joaquim. O Estado ético e o Estado Poiético, p.3-34. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Vol. 27. Abril/Junho, 1998.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição** (Der Hüter der Verfassung). Tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIÉYÈS, Emmanuel. **A constituição burguesa**. Qu'est-se que le tiers état? . Tradução de Norma Azevedo e organização de Aurélio Wander Bastos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VIEIRA, Sofia Lerche. **História da educação no Ceará**: sobre promessas, fatos e feitos. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2002.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da política**. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. 5. reimp. São Paulo: Ática, 2001. v. I. (Série Fundamentos).

_____. **Os Clássicos da política**. Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. 4. reimp. São Paulo: Ática, 2001. v. II. (Série Fundamentos).

[1] Hannah Arendt discute a confusão entre a secularidade com a mundanidade. Alerta que a secularização, como evento histórico e tangível significa a separação entre religião e política, implica ao retorno à atitude cristã de dar à César o que é de César e a Deus o que é de Deus e não uma perda de fé e intranscendência. (ARENDR. 2007, p.265)

[2] Os votos dos Ministros da Corte Eleitoral e Constitucional, desenvolvendo os principais pontos de suas análises, que fundamentaram as teses favoráveis e contrárias à denominada “Teoria da Moralidade Eleitoral como Condição de Elegibilidade Implícita”. Neste sentido, a questão central da discussão formulava-se na seguinte indagação: considerando o princípio democrático e os princípios da moralidade e da lisura no certame eleitoral disciplinados no § 9º do art. 14 da Carta Magna, é possível impugnar registro de candidatura de cidadão com presumida inidônea vida pregressa baseada na existência de ações criminais e de improbidade administrativa contrárias a este, embora tais demandas não tenham ainda trânsito em julgado? Venceu a tese fundamentada nas seguintes ponderações: a) respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, reconhecendo-se sua aplicação ao processo eleitoral; b) exigência de Lei Complementar específica, observando a literalidade do art. 14 § 9º da Constituição para o fim de qualificar e regular a apreciação da “ vida pregressa”; c) respeito ao princípio da separação dos poderes – uma vez que não cabe ao Judiciário substituir-se ao legislador elaborando normas complementares à Constituição; d) observância aos princípios da segurança jurídica e da igualdade jurídica, ante o elevado grau de subjetivismo que caberia aos magistrados eleitorais na apreciação da vida pregressa de um candidato.

POLÍTICA FISCAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL*

POLITICA FISCALE E SVILUPPO ECONOMICO IN BRASILE

**Lourival José de Oliveira
Sharon Cristine Ferreira de Souza**

RESUMO

Analisa a Teoria da Tributação sob o ponto de vista jurídico e fiscal a fim de balizar um sistema tributário “ideal” que possibilite o desenvolvimento econômico. Fundamenta que um sistema tributário justo deve ser pautado nos princípios da simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade. O Estado deverá cumprir seus principais objetivos e tarefas públicas mediante o exercício de três funções, a saber: alocativa; distributiva e estabilizadora. Observa que, não obstante a arrecadação fiscal aumente, os investimentos em infra-estrutura e gastos sociais diminuem e o crescimento econômico é irregular, incentivando ações como a sonegação fiscal. Destaca a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, trazendo este último como essencial à manutenção de um sistema tributário justo e eficaz.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO; POLÍTICA FISCAL;
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

RIASSUNTO

Analizza la Teoria dei Tributi sotto il punto di vista giuridico e fiscale per disegnare un sistema tributario “ideale” che possa generare lo sviluppo economico. Porta il fondamento che un sistema tributario giusto deve essere basato sui principi della semplicità, neutralità, progressività e equità. Lo Stato dovrà compiere suoi principale obbiettivi e compiti pubblici mediante l’esercizio di tre funzioni, a sapere: alocativa, distributiva ed stabilizzadora. Osserva che, nonostante la rendita fiscale aumenti, i investimenti strutturali ed le spese sociali diminuiscono ed l’aumento economico è irregolare, incentivando azioni come il no pagamento dei tributi. Stacca la diversità fra l’aumento economico e lo sviluppo economico, portando esso come essenziale alla manutenzione di un sistema tributario giusto e efficace.

PAROLE CHIAVE: PAGAMENTO DEI TRIBUTI; POLITICA FISCALE;
SVILUPPO ECONOMICO

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O Direito tomado isoladamente como instrumento para tentar solucionar os problemas políticos, sociais e econômicos vislumbrados no Brasil tornou-se insuficiente. Mostra-se cada vez mais necessária a utilização, em conjunto com a Jurisprudência, de outras áreas do conhecimento humano, na tentativa de encontrar as soluções mais adequadas aos anseios da sociedade.

Este mister de interdisciplinariedade torna-se evidente quando se estuda política econômica – dentro da qual está inserida a política fiscal – e se analisam os rumos que o País está seguindo no caminho ao desenvolvimento econômico.

Sendo assim, far-se-á uma exposição relativa à política fiscal e às funções do Estado, com o intuito específico de adentrar no tema da política econômica, quando então mediante sua análise, bem como a de suas deficiências, verificar-se-ão os problemas concernentes às dificuldades em se alcançar o desenvolvimento econômico no Brasil.

O mais importante é notar onde os Governos brasileiros estão se equivocando na condução dessas políticas, pois existe uma série de soluções não-paliativas a serem adotadas para as dificuldades expostas.

1 TEORIA DA TRIBUTAÇÃO

Quando se estuda a política econômica, faz-se necessário chamar à ajuda algumas outras áreas do conhecimento humano como a Economia e a Ciência das Finanças Públicas, com o intuito de entender esse instrumento do Estado como forma de obtenção de uma tributação de qualidade para se auferir justiça fiscal. Deve haver uma adequação entre a justiça fiscal e a realidade social, para se tentar suprir alguns problemas verificados atualmente.

Para tanto, estudam-se as receitas tributárias e sua justificação, começando pela Constituição Federal Brasileira em seu art. 3º, o qual traz em seu bojo alguns objetivos a serem alcançados, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais, enfim, alguns desideratos que delineiam o modelo de Estado que a sociedade escolheu e direcionam, pois, a atuação estatal.

Todavia, todas essas atribuições das quais o Estado se incumbiu têm um custo. Para sustentar esse modelo estatal há necessidade de ingressos públicos, cuja principal espécie é a arrecadação tributária.

O sistema constitucional tributário e o Código Tributário Nacional permitem que se verifique a existência de cinco espécies de tributos, quais sejam: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios. São eles, então, os tributos previstos no ordenamento jurídico e, por meio deles, o Estado obtém as receitas públicas para custear os serviços e bens públicos.

Importante ressaltar que o sistema tributário brasileiro é regido por alguns princípios, dentre eles, alguns princípios indicados pela teoria econômica, porquanto mediante a análise do sistema tributário à luz desses princípios pode-se considerar um sistema tributário “bom“ ou “ideal”.

São eles, segundo classificação trazida pelo professor Roberto Quiroga, os princípios da simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade.

O primeiro deles é essencial ao contribuinte e ao Fisco, conquanto a singeleza do corpo normativo proporciona uma maior qualidade à tributação, desonerando os contribuintes de custos administrativos desnecessários com a interpretação e aplicação das normas tributárias, e facilitando o trabalho da Administração Tributária no momento da fiscalização. Isso aumenta a eficiência da máquina estatal, reduz o ônus administrativo do Governo e diminui a ocorrência de sonegação fiscal. Haller enumerou as propriedades básicas da tributação ideal: comodidade de arrecadação e de fiscalização; leveza das cargas fiscais; neutralidade; eficiência na política conjuntural e de distribuição de renda; respeito à esfera privada; e harmonia interna (*apud* MOSQUERA, 2005, p. 567).

O princípio da neutralidade dispõe que a política fiscal de um Estado não deve provocar desvios quanto à alocação de recursos na economia tornando o sistema tributário ineficiente, ou seja, as normas tributárias não devem ser tendenciosas, não podem gerar desvios ou direcionamentos, privilegiando ou onerando mais a uns do que outros.

Contudo, a tributação, norteadas pelos demais princípios e metas do Estado, a exemplo do supra-referido art. 3º da Constituição Federal, na busca da erradicação da pobreza ou redução das desigualdades regionais, pode adotar medidas com o escopo de estimular o crescimento de determinada região ou de dado grupo social menos favorecido. Dessa forma, a neutralidade é característica fundamental para a existência de um sistema tributário ideal, desde que conectada à adoção, por parte do Estado, de uma política econômica apontada ao desenvolvimento e vista como um todo.

Quanto à progressividade do sistema tributário, isto implica na tributação progressiva dos contribuintes, fazendo com que os dotados de maior renda paguem mais tributos. A tributação escalonada de acordo com diferentes faixas de riqueza melhor atende ao princípio de justiça tributária e igualdade e proporciona a redistribuição da riqueza numa sociedade.

Finalmente, o princípio da equidade serve para medir a parcela mais justa que cada cidadão deve contribuir para os custos do Governo. A economia do Setor Público afere esse grau de justiça por meio de dois princípios: princípio do benefício[1] e princípio da capacidade contributiva[2]. Este princípio permite que haja uma melhor distribuição de renda, com primazia pela elaboração de um sistema tributário o mais justo possível.

Analisando o sistema tributário e alguns de seus princípios, pode-se ter uma base para entender como funciona a política fiscal, porque, conforme já mencionado, é por intermédio da arrecadação que se consegue sustentar o modelo estatal que a sociedade escolheu, isto é, por meio de uma determinada política fiscal positivar-se-ão os valores que a sociedade deseja ver realizados.

2 POLÍTICA FISCAL E AS FUNÇÕES DO ESTADO

O Estado começou a se interessar por objetivos da área econômica ao verificar as aspirações gerais[3] da sociedade, os objetivos sociais, em razão do observado no decorrer do processo político e a operacionalizá-las mediante uma programação econômica (NUSDEO, 2005, p. 173).

Assim, o Setor Público tem grande participação na vida econômica[4] brasileira, uma vez que além das receitas tributárias e outras espécies de ingressos públicos, o Estado intervém sobre a economia mediante regulação, incentivo, planejamento e fiscalização (art. 174, CF).

A ordem econômica e financeira, prevista no ordenamento jurídico no Título VII do Texto Maior, a partir do art. 170, possui elementos normativos balizadores de determinadas formas de organização e funcionamento da economia, consoante os valores correntes de cada sociedade e conforme à própria realidade da vida econômica, condicionando e influenciando as ações públicas e privadas que lhes serão decorrentes (SCOTT, 2000, p. 31-33).

No Brasil a economia é mista, isto é, o mercado[5] (Setor Privado) e o Governo (Setor Público) interagem amplamente determinando a produção do país, sendo que o grau de intervenção do Estado – maior ou menor –, varia de acordo com o modelo estatal adotado por cada país (LONGO, 1993).

Para entender melhor a economia de mercado e seu funcionamento, faz-se mister trazer o conceito de sistema econômico[6]:

é o conjunto de relações técnicas, básicas e institucionais que caracterizam a organização econômica de uma sociedade. Essas relações condicionam o sentido geral das decisões fundamentais que se tomam em toda a sociedade e os ramos predominantes de sua atividade (MORCILLO, 2002, p. 37-38).

Visando ao desenvolvimento de uma economia de mercado o Direito deve estabelecer normas claras definindo quais são as “diretrizes” (objetivos, metas) do Estado e até que ponto as regras afetariam o comportamento dos agentes na economia. Deve-se saber quais são esses escopos e de que maneira e quais os caminhos para sua realização.

Também é importante ressaltar que para a economia é necessário saber quais as normas promovem mais eficiência (MORCILLO, 2002, p. 73-74). Consoante o verificado anteriormente, não há que se negar a existência de uma forte influência de alguns princípios da área econômica na seara jurídica, principalmente o princípio da eficiência. Todavia, ele não pode balizar metas de relações entre o Estado e o cidadão haja vista a prevalência do princípio da equidade e seus reflexos nas atitudes de Governo, que devem primar necessariamente pela realização da justiça e igualdade sociais.

Assim o Estado deve intervir sobre a economia de forma a realizar determinados valores e possibilitar até mesmo o bom funcionamento do sistema de mercado e atender às necessidades básicas da sociedade.

Para minimizar ao máximo as externalidades negativas geradas pela atividade de um agente econômico, ou a fim de possibilitar o cumprimento da livre iniciativa e da livre concorrência, além de proporcionar a infra-estrutura exigida à efetivação do desenvolvimento econômico, o Estado utiliza-se da política fiscal (englobada no gênero “política econômica”)[7] como uma forma de intervir sobre a economia, determinando assim normas e medidas para melhor utilizar suas funções à promoção dos referidos objetivos.

Salienta-se que a Teoria da Tributação, antes estudada, analisa a maneira como serão obtidos os recursos para pagar pelos serviços e bens públicos, e o processo político e o orçamento determinam o direcionamento dos recursos públicos. E para que o mister da sociedade seja realizado, com a boa gestão das receitas públicas, faz-se necessário que o Governo utilize as três funções, a saber: a) função alocativa; b) função distributiva ou redistributiva; c) função estabilizadora. (LONGO, 1993, p. 13).

2.1 Função Alocativa

Por meio da função alocativa o Governo faz a provisão de determinados bens e serviços públicos não oferecidos adequadamente mediante o sistema de mercado. Os bens públicos “são aqueles em que o sistema de preços é ineficiente para induzir à produção da quantidade ótima”, como por exemplo, defesa nacional; iluminação pública (LONGO, 1993, p. 18).

Os bens públicos não são delimitados pela sua “abrangência ou quantidade” – prestação direcionada a apenas um indivíduo ou à coletividade –, mas sim por sua forma de utilização, uma vez que os bens públicos são ilimitados ao consumidor. Sendo assim, diz-se que no consumo há inexistência de rivalidade, conquanto os serviços públicos são direcionados à manutenção da lei e da ordem, podendo ser consumidos simultaneamente por muitas pessoas.

O sistema de mercado pode ser comparado a um grande “leilão” e caracterizado como um sistema de “acionamento indicativo, no qual os produtores são guiados pela demanda dos consumidores” (LONGO, 1993, p. 19), existindo, assim, o princípio da exclusão[8] como característica própria implícita nesse sistema de trocas.

A explanação trazida serve como parâmetro para se fazer a diferenciação entre os bens e serviços promovidos pelo Setor Público daqueles existentes e à disposição dentro do mercado. É interessante verificar o modo como o Poder Público utiliza-se dessa função para oferecer à sociedade serviços essenciais ou, até mesmo, não tão essenciais, custeados pela própria coletividade por meio das receitas públicas (MOSQUERA, 2005, p. 577).

2.2 Função Distributiva ou Redistributiva

A função distributiva ou redistributiva, esta última conforme nomenclatura trazida por Carlos Alberto Longo e Roberto Luis Troster (1993, p. 22), consiste em ajustamentos no perfil da distribuição de renda na sociedade.

A distribuição de renda depende da produtividade do trabalho e dos demais fatores de produção dados pelo mercado. A distribuição de renda entre indivíduos, portanto, dependerá neste caso somente da oferta de seus fatores e do preço que eles atingem no mercado (LONGO, 1993, p. 22).

Como essa renda é derivada da soma das rendas do trabalho e da propriedade – sendo que a primeira é dada segundo a produtividade da mão-de-obra e dos fatores de produção do mercado –, se o mercado funcionasse livremente, a distribuição não seria igualitária ou justa, pois sempre haveria a referência das diferenças iniciais de dotações de patrimônio de cada indivíduo.

Neste diapasão, o Poder Público assumiria o papel de um redistribuidor de renda, traspassando a renda de parcela mais abastada da população àqueles mais pobres, mediante a implementação de esquemas de transferências fiscais, tributação progressiva da renda, subsídios a famílias de baixa renda etc (LONGO, 1993, p. 23-24; [VASCONCELLOS, 1998, p. 191](#)).

“A tributação é o instrumento mais eficaz para se fazer essas transferências patrimoniais dentro de determinada comunidade”, fazendo o Estado ora onerar mais o capital frente ao trabalho, ora mais a propriedade frente ao capital. Onera-se parte mais bem provida da população para direcionar, depois, os recursos às classes menos afortunadas da sociedade. Pode-se desonerar uma região com o intuito de desenvolver economicamente determinada localidade, pode-se conceder incentivos fiscais, implementar uma política de gastos públicos ou subsídios direcionados a determinado setor produtivo que se deseje emular, enfim, há várias formas de fazer da política fiscal um instrumento de distribuição de renda e justiça social (MOSQUERA, 2005, p. 577-578; [VASCONCELLOS, 1998, p. 191](#)).

2.3 Função Estabilizadora

A função estabilizadora é instrumento de manipulação dos níveis de preços e empregos da economia.

A política fiscal é um instrumento da política econômica, porque o pleno emprego e a estabilidade de preços não ocorrem automaticamente na economia (LONGO, 1993, p. 24).

Com efeito, observa-se que o Estado intervém na Economia de várias maneiras, uma vez verificada, ao longo da história, a ineficiência do mercado em se auto-regular e garantir, de *per si*, o pleno emprego, a estabilidade macroeconômica – preços, juros etc – e o crescimento econômico do País. Então, mediante regulação, garante aos trabalhadores direitos sociais, concede incentivos para fomentar a geração de empregos em dado setor econômico, faz investimentos públicos – bens públicos, infra-estrutura – e financiamentos para estimular o setor privado ([VASCONCELLOS](#), 1998, p.191-192)[9].

O equilíbrio entre a arrecadação e o uso das receitas tributárias no bom atendimento das necessidades públicas mediante a prestação de serviços de qualidade, denota a boa gestão dos recursos públicos e o equilíbrio das economias públicas.

Esses conceitos são relevantes quando se pensa em desenvolvimento econômico, uma vez que o Governo precisa utilizar-se de todos os mecanismos à disposição visando alcançar um desenvolvimento, ou seja, mirando não apenas no crescimento econômico, mas em indicadores sociais, no mínimo, aceitáveis.

3 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A evolução crescente nos níveis de arrecadação tributária e, em contrapartida, o crescimento econômico irregular demonstram a ausência de desenvolvimento econômico no País.

Verifica-se que, no Brasil, o sistema tributário sofre modificações legislativas somente no intuito de aumentar a arrecadação, porém, o gasto público não diminui e nem se vê a aplicação desses recursos públicos em infra-estrutura, na distribuição de renda ou em serviços à coletividade.

Os tributos encontram-se mal distribuídos, gerando desequilíbrio em alguns setores importantes da sociedade, principalmente naqueles vinculados a atividades econômicas[10].

A exacerbada carga tributária brasileira[11] onera o setor produtivo nacional de forma a proporcionar uma desvantagem competitiva tanto no âmbito interno quanto no externo, dificultando relações comerciais com parceiros internacionais, sem mencionar a facilitação e estímulo à evasão fiscal (GRILLO, 2007, p 72-73).

O que se almeja, em realidade, é o desenvolvimento econômico pátrio, isto é, um processo de conhecimento social que leve ao máximo de inclusão possível, não devendo ficar o Estado adstrito somente à noção simplista de crescimento econômico.

Ou seja, pela leitura constitucional, infere-se deve haver uma série de medidas sociais acompanhando o processo de desenvolvimento, não apenas a verificação pura e simples de crescimento econômico.

De acordo com as Ciências Econômicas, a manutenção das estruturas do modo de produção capitalista é o que se entende como crescimento econômico[12], sinônimo de ótimo desenvolvimento da produção, principalmente mediante as inovações tecnológicas, do consumo, os quais impulsionam a produção, o lucro e os investimentos em produção futura mediante emprego do lucro como capital para reprodução (DERANI, 2001, p. 99).

Todavia, apenas uma política direcionada ao crescimento econômico mostrou-se perniciosa em razão das externalidades negativas que as atividades do modo de produção capitalista geram, sobretudo nas searas ambiental e social. Poluição – problema da absorção do lixo, dos resíduos e de rejeitos –, esgotamento ou mau uso de fontes de energia, problemas infra-estruturais, desemprego e outros problemas sociais são apenas alguns exemplos.

Nesta esteira, vale salientar a existência de uma corrente de economistas[13] que faz a diferenciação entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, entendendo que este último

envolve mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, das instituições e das estruturas produtivas. Nesse sentido, o desenvolvimento caracteriza-se pela transformação de uma economia arcaica em uma economia moderna, eficiente, juntamente com a melhoria do nível de vida do conjunto da população (SOUZA, 2005, p. 06).

Destarte, leva-se em conta não somente o crescimento econômico, mas também a melhoria e garantia de melhores e mais saudáveis padrões de vida à população (bem estar social), coordenada com um equilíbrio na distribuição de renda, posse de bens materiais e aumento da capacidade de consumo. Isso se reverteria em condições materiais ao bem-estar da sociedade (manutenção da sanidade física e psíquica dos indivíduos): acesso à alimentação sadia, qualidade da água que se consome, disponibilidade para o lazer, índice de salubridade do ambiente de trabalho etc (DERANI, 2001, p. 110).

Esse processo de desenvolvimento econômico considera a chamada “auto-sustentabilidade”, definida como “o processo de desenvolvimento que busca manter-se durante todo o itinerário e passagem do estágio de subdesenvolvimento até a chegada à nova condição de desenvolvimento” (GRILLO, 2007, p. 75).

Há várias formas de se alcançar o desenvolvimento econômico, tais como, intervenção direta no domínio econômico pela realização de atividade tipicamente privada; intervenção indireta por regulação – conforme exposto acima –; fomento econômico etc.

Armando Castelar Pinheiro (2004, p. 33) traz que alguns autores entendem que o desenvolvimento econômico, para ser alcançado, deve contar com a intervenção do Estado em muitos setores sociais e econômicos, mas especificamente com uma estratégia de investimentos em que o Governo se comprometa a criar uma agenda de desenvolvimento, cujas prioridades seriam a estabilidade macroeconômica; preços e incentivos corretos – dentro dos parâmetros da livre concorrência e justiça social –; boas instituições – estabilidade e funcionamento dos mercados; proteção aos direitos de propriedade; obediência ao princípio da legalidade; representatividade e estabilidade política e social; investimentos públicos em infra-estrutura básica e gastos sociais; equilíbrio e justiça social; seguridade; equilíbrio fiscal; estratégia de desenvolvimento bem definida e comprometimento da liderança política; e, finalmente, uma máquina pública bem preparada para implementar as diretrizes de tal estratégia de desenvolvimento.

Indo ao encontro deste pensamento, o economista Amartya Kumar Sen, constrói toda a concepção de desenvolvimento econômico pautada no valor “liberdade”, entendido como um *fin primordial*, uma vez que possui papel constitutivo da liberdade no desenvolvimento, englobando nessa seara as liberdades substantivas, ou seja, aquelas liberdades básicas ao ser humano, e como o *principal meio* de se alcançar o desenvolvimento, cumprindo assim seu papel instrumental no desenvolvimento (2000, p. 52).

Neste sentido, as liberdades (e direitos nela englobados) contribuiriam de maneira eficaz ao progresso, sendo utilizadas como instrumento à consecução do desenvolvimento, e corresponderiam a cinco tipos de modalidades, que se complementam entre si:

- 1) liberdades políticas;
- 2) facilidades econômicas (facilidade de consumo, produção e troca);
- 3) oportunidades sociais (educação, saúde, etc, influenciando nas liberdades substantivas);
- 4) garantias de transparência (necessidade de clareza e sinceridade nas relação entre as pessoas. Inibe a prática da corrupção, a irresponsabilidade financeira e as transações ilícitas); e
- 5) segurança protetora (segurança social garantindo medidas protetoras e benefícios sociais em casos emergenciais) (p. SEN, 2000, p. 55-57).

A “[...] criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico [...]” (SEN, 2000, p. 57).

Embora o referido economista tenha utilizado o parâmetro “liberdade” como forma de alcançar os objetivos sociais, observa-se a necessidade de promover mudanças nas

“estruturas econômicas, sociais, políticas e institucionais, com melhoria da produtividade e da renda média da população”. Quando se observa a necessidade de relacionar o crescimento dos setores produtivos ao aperfeiçoamento dessas estruturas, é possível eliminar “os pontos de estrangulamento do desenvolvimento[14]”, passando, assim, de um sistema econômico tradicional, economia de subsistência ou economia informal, a um sistema econômico moderno (CHENERY, 1981, p. IX *apud* SOUZA, 2000, p. 06).

Observam-se como pontos de estrangulamento da economia o irregular crescimento econômico, alto nível de desemprego, uma pesada carga tributária, um sistema fiscal burocrático, espantando investimentos no Brasil tanto em âmbito interno, quanto de capital estrangeiro[15], profundos problemas infra-estruturais, enfim, uma série de fatores que colocam o Brasil na contramão do desenvolvimento.

Fica patente, então, que o caminho do desenvolvimento econômico é um fenômeno de longo prazo, isto quer significar que não será de uma hora para outra a mudança da qualidade em termos de infra-estrutura social e a verificação de um crescimento econômico regular e estável. Para isso, frisa-se mais uma vez a necessidade de proceder políticas públicas que paulatinamente resolvam os problemas apontados.

4 PROBLEMAS E SOLUÇÕES AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

Conforme verificado acima, a carga tributária no Brasil é bastante alta[16], mas, em contrapartida, existe o agravante de se mostrarem quase ausentes os investimentos em infra-estrutura necessários ao desenvolvimento econômico, além de outros entraves como a grande complexidade do sistema tributário e ao crescimento irregular e, às vezes, até retrógrado do País, segundo estudo representado na Tabela 1 abaixo (PINHEIRO, 2004, p. 34):

Tabela 1 – Decomposição do crescimento do PIB: contribuições do capital, do trabalho e da produtividade

Período	Crescimento do PIB		do	
	A=B+C+D		Contribuições para o crescimento do PIB (a)	
Capital (B)	Trabalho (C)	Produtividade total dos fatores (D)		
1931-1950	5,1	2,7	0,9	1,6
1951-1963	6,9	4,3	1,4	1,1

1964-1980	7,8	4,5	1,6 1,7
1981-1993	1,6	1,3	1,1 0,7
1994-2002	2,7	1,1	0,5 1,1

(a) Utilizando uma decomposição típica de Solow, com retornos constantes de escala e elasticidade do produto em relação a capital e trabalho de 0,5.

Fonte: Pinheiro, Gill, Severn e Thomas (2001), com dados revistos do IBGE para emprego.

Isso se deve a uma política econômica que não prima pelo desenvolvimento econômico, justiça e igualdade sociais. Segundo estudo apresentado pelo Fórum Brasil do Orçamento (FBO), o Estado brasileiro tem uma política econômica – orientada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) – de meta de superávit primário, na qual se considera a entrada de ingressos públicos, menos as despesas públicas, desconsiderando o pagamento de juros da dívida.

Sendo assim, observa-se que a prioridade dos Governos no Brasil é cortar gastos públicos e aumentar a receita, elevando a carga tributária, numa política econômica superavitária[17] com o intuito fundamental de pagamento da dívida brasileira. A consequência desta política é a redução de gastos sociais e de investimentos estruturais, deixando a previdência social, saúde, educação, reforma agrária, saneamento básico e outros gastos sociais necessários em segundo plano (ÁVILA, 2004, p. 06-10).

Em 2004, estão previstos para todas as áreas sociais listadas na tabela a seguir, gastos de R\$ 68,53 bilhões. O Superávit Primário previsto no PPA 2004/2007 é de R\$ 70 bilhões. Assim, pretende o governo fazer um superávit maior do que todos os seus gastos nestas áreas sociais (ÁVILA, 2004, p. 10):

Áreas Sociais	Gasto (R\$ bilhões)
Segurança Pública	2,79
Assistência Social	13,17
Saúde	33,10
Educação	13,85
Cultura	0,42
Urbanismo	1,25
Habitação	0,57
Saneamento	0,18
Gestão Ambiental	1,30
Organização Agrária	1,94

Total dos gastos sociais R\$ 68,53 bilhões

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional, em junho de 2004.

Mostra-se cada vez mais presente a necessidade de uma mudança na política econômica brasileira, a fim de conduzir o Estado ao caminho do desenvolvimento. Algumas alternativas são colocadas por economistas e especialistas em finanças públicas, como a diminuição das taxas de juros e uma política fiscal que prime por incentivar a produção interna, protegendo, pois, o país contra a entrada de produtos importados (ÁVILA, 2004, p. 16); aumento de investimentos no setor tecnológico, produtivo e comercial, diminuindo a vulnerabilidade externa brasileira em relação aos países desenvolvidos[18] (PEREIRA, 2005, p. 18).

Outra solução interessante trazida pelo Fórum Brasil do Orçamento é a necessidade de uma maior participação da sociedade civil, cobrando dos Governos a condução de políticas que dêem preferência aos investimentos em infra-estruturas e gastos sociais.

Seria necessária a complementação da Lei de Responsabilidade Fiscal, trazendo maior rigorismo ao Administrador Público quando da utilização dos recursos e maior controle de gastos públicos; e a criação de uma Lei de Responsabilidade Social estipulando limites mínimos de aplicação de recursos públicos em infra-estrutura e gastos sociais, trazendo mecanismos processuais de controle dos agentes públicos –dentro desta classificação, incluídos os agentes políticos (MELLO, 2005, p. 226) – pelos cidadãos (ÁVILA, 2004, p.18).

CONCLUSÃO

Além dos instrumentos com os quais o Direito tenta discutir e resolver problemas sociais, econômicos e políticos, como os apontados neste trabalho, ele ainda chama à ajuda outras ciências como a Economia e as Finanças Públicas, para auxiliá-lo nesse afã.

Isso porque existe uma atual situação de crise e, com razão, são feitas muitas críticas – e requeridas muitas medidas urgentes – ao modo como os governos brasileiros conduzem a política fiscal e econômica no Brasil: a carga tributária aumenta, mas não se verifica na prática melhor distribuição de renda ou contrapartida em serviços públicos de qualidade. A falta de gastos públicos na seara social denota a falta de compromisso político com o Texto Constitucional, cujos valores apontam para um desenvolvimento sustentável com uma política fiscal justa.

Juntamente com a injustiça da carga tributária, tem-se um crescimento econômico irregular e irrisório para um país com as dimensões do Estado brasileiro, tornando um sonho quase que distante o alcance de um desenvolvimento econômico efetivo.

Certamente, o prejuízo recai sobre a esfera social, a qual sofre não apenas com a oneração fiscal, falta de gastos públicos com infra-estrutura e serviços e desemprego, mas com a falta de competitividade do país no mercado internacional, um agravante na caminhada direcionada ao desenvolvimento.

Para reverter esse quadro é preciso uma maior participação da sociedade civil, cobrando políticas públicas que positivem os valores do Estado constitucionalmente previsto, modelo pelo qual o cidadão brasileiro paga bastante caro.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Rodrigo; FILIPINI, Flávia. LINS, Renata. Cadernos para discussão: Superávit Primário. Fórum Brasil do Orçamento, 2004. Disponível em: <http://www.forumfbo.org.br>.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRILLO, Fabio Artigas. *Carga tributária e desenvolvimento econômico no Brasil*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 15, n. 73, mar./abr. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

LONGO, Carlos Alberto; TROSTER, Roberto Luis. *Economia do Setor Público*. São Paulo: Atlas, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

MORCILLO, Francisco Mochón; TROSTER, Roberto Luis. *Introdução à economia*. Ed. rev. e atual. São Paulo: Pearson Makron Books, 2002.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação e Política Fiscal in Segurança Jurídica na tributação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OREIRO, José Luís; PAULA, Luiz Fernando de. *Crescimento Econômico e Superávit Primário*. *Jornal Valor Econômico*, 24/05/2004, p. A-10. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/crescimento_economico_e_superavit_primario_fiscal.pdf

PEREIRA, José Matias. *Gestão da política fiscal e monetária no Brasil: inconsistências e equívocos*, Revista Acadêmica de Economia, 2005, p. 18. Disponível em: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/jmp-frag.htm>

PINHEIRO, Armando Castelar. *Por que o Brasil cresce pouco?* In *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

RECEITA FEDERAL. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da Economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2005.

[VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.](#)

[1] Cada cidadão, individualmente, deve compensar as custas que o Estado teve com a prestação de determinado serviço público realizado especificamente, de maneira proporcional aos benefícios por ele auferidos, como no caso de alguns tipos de tributos (taxas, contribuições de melhoria e algumas espécies de contribuições).

[2] O ônus tributário deve ser tal que os contribuintes com mesma capacidade contributiva paguem o mesmo nível de impostos (equidade horizontal). Quando da não isonomia, deve-se diferenciar o ônus tributário respectivo (equidade vertical).

[3] Boulding, J. K. *Economic policy, principles and design*. Englewood, 1958.

[4] “Atividade econômica indica determinada ação ou soma de ações que – tomadas a partir de uma decisão que leva em conta a escassez de recursos da natureza de tal maneira que se possa atender às necessidades e aos desejos humanos – processam-se num espaço social limitado a fenômenos de natureza econômica, relacionados à produção, industrialização, transformação, comercialização e consumo de bens e riquezas” (SCOTT, 2000, p. 29-30).

[5] O funcionamento do sistema de economia de mercado ou economia capitalista está baseado num conjunto de regras pelo qual se compram e vendem bens, serviços e fatores de produção, ou seja, é o ambiente no qual tais trocas ocorrem livremente (MORCILLO, 2002, p. 45).

[6] “Na teoria moderna dos sistemas econômicos, predomina a idéia de que os sistemas econômicos devem ser assinalados por mais de um critério. Concentrar-se numa característica levaria a erro. Por isso, distinguem-se hoje três grupos de critérios, para os quais se apresentam diferentes razões: 1. critérios de propriedade e de disponibilidade dela: quem participa dos processos de planejamento, decisão e controle sobre produção, distribuição e consumo? 2. critérios de informação e coordenação: mediante que sistemas informativos procede-se à coordenação das decisões isoladamente consideradas? 3. critérios de motivação: que objetivos perseguem aqueles aos quais cabe decidir e como proceder?” (SCOTT, 2000, p. 32).

[7] De acordo com Carlos Alberto Longo e Roberto Luis Troster – adotando-se a classificação que se mostrou mais útil – a política econômica pode ser colocada como gênero das espécies “política monetária” (“ações do governo, quase sempre realizadas por intermédio do banco Central, que tem o objetivo de controlar as variáveis monetárias da economia”) – que engloba, também, a “política cambial” – e a “política fiscal” (Atividades de arrecadação tributária do governo e gastos públicos) (1993, p. 24). A política econômica é uma espécie de política pública e significa toda atuação estatal interventiva sobre os setores da atividade sócio-econômica (é difícil separar políticas econômicas de políticas sociais, uma vez que o elemento econômico está inserido no contexto social) mediante uso de meios jurídicos e econômicos, dentro do sistema político adotado, das diretrizes e direcionamentos de modo a viabilizar a concretização de finalidades transformadoras da realidade econômica (SCOTT, 2000, p. 34-35).

[8] “Entretanto, no caso de bens públicos, o fato de um agente utilizar o serviço que é oferecido não significa reduzir fisicamente a oferta para os demais. Por exemplo, num país de 100 milhões de habitantes, se o orçamento para a educação é de 5 bilhões de unidades monetárias e o orçamento ideal para o atendimento de toda a população é de 8 bilhões, não seria possível concluir-se que parte da população ficaria excluída do

consumo, pois, mesmo a um nível inferior, toda ela teria acesso ao sistema educacional” (VASCONCELLOS, 1998, p.190).

[9] “Por intermédio da política fiscal, por exemplo, o governo pode influir na alocação de gastos públicos em investimento ou consumo (forma direta), ou ainda, aumentando ou diminuindo alíquotas ou bases de cálculo dos tributos (forma indireta), ocasionando assim diminuição ou aumento da renda privada, respectivamente” (MOSQUERA, 2005, p 579).

[10] “No campo da administração tributária e dos deveres tributários dos contribuintes, associa-se a irregularidade do desenvolvimento da economia brasileira à profusão de tributos, com complexas obrigações tributárias e acessórias, geralmente pautadas pela excessiva formalidade e pouca flexibilidade. Essa seria, inclusive, uma das principais causas de altos índices de informalidade na atividade produtiva, visto que leva à redução do universo de contribuintes” (GRILLO, 2007, p 72).

[11] A carga tributária no Brasil é bastante alta, girando em torno de 37,37% - de acordo com o último dado à disposição no sítio da Receita Federal (vinculado ao Ministério da Fazenda)

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>.

[12] Há uma corrente de economistas que “encara o crescimento econômico como uma simples variação quantitativa do produto [...]” (SOUZA, 2005, p. 06).

[13] Enquadram-se nesta corrente economistas de orientação crítica como Prebisch (1949), Furtado (1961), Singer (1977) e os demais autores de tradição cepalina e marxista, assim como grande parte dos chamados economistas do desenvolvimento (p. 06).

[14] “A dificuldade em diversificar e expandir as exportações e fatores como concentração da renda, educação defasada, falta de mão-de-obra especializada, deficiência de infra-estrutura e insuficiência de poupança interna e de investimentos públicos constituem pontos de estrangulamento que precisam ser vencidos sob pena de bloquear o crescimento da economia” (p. 23-24). Cabe ao Estado a função de superar esses estrangulamentos por meio da adoção de dadas diretrizes no sentido desenvolvimentistas, orientando a economia (normatização).

[15] O Brasil perde competitividade, estando em 66º lugar no *ranking* de competitividade do Banco Mundial (2006), segundo informações de Fabio Artigas Grillo (2007, p. 94).

[16] Atualmente girando em torno de 37,37%, de acordo com o último dado à disposição no sítio da Receita Federal (vinculado ao Ministério da Fazenda)

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/EstudoTributario/cargafiscal/CTB2005.pdf>

[17] “Em nossa avaliação, a manutenção do atual tripé de política econômica – câmbio flutuante, metas de inflação e elevados superávits primários – dificilmente garantirá um crescimento econômico sustentável para o país. Urge, portanto, que se discuta seriamente alternativas de política econômica para o Brasil” (OREIRO, 2004, p. A-10).

[18] “A vulnerabilidade externa tecnológica e produtivo-comercial pode ser aceita como um único processo, em que o atraso e a dependência tecnológica nacional produzem uma estrutura produtiva direcionada ao mercado interno, provocando uma estrutura de comércio exterior negativa - exportações de baixo valor agregado e altamente dependente de cotações internacionais. Assim, a vulnerabilidade externa brasileira além de financeira é também estrutural. Isso é preocupante, na medida em que a capacidade de reação das autoridades econômicas frente a

eventuais das mudanças na conjuntura internacional externa é significativamente baixa” (PEREIRA, 2005, p. 18).

SPED - SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL*

SPED - DIGITAL BOOKKEEPING SYSTEM

Marina Grimaldi de Castro

RESUMO

Com o avanço tecnológico e certificação digital, foi possibilitado aos Fiscos Federal, Estaduais e Municipais criar o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital -, permitindo o envio de informações tributárias e fiscais de forma segura, rápida e, por meio eletrônico, aos órgãos fiscalizadores. O acesso às informações prestadas pelos contribuintes através do SPED permitirá com que as Administrações Fazendárias minimizem o tempo e recursos despendidos com processos fiscalizatórios, tornando-os mais eficientes. Em contrapartida, os contribuintes serão também beneficiados com a implantação do projeto ora tratado, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho. Mesmo sendo uma matéria nova e ainda desconhecida por muitos profissionais das áreas envolvidas, o presente estudo proporcionará oportunidade aos leitores de terem um primeiro contato com o tema, cientificando-lhes dos prazos e exigências que deverão ser cumpridas num futuro próximo.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL, ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL, NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS

ABSTRACT

With the improvement of information technology and digital certification, it turns possible for Federal, State and Municipal Treasuries to create the SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) - Public System of Digital Bookkeeping - enabling the sending of tax and fiscal information in a safe, fast and, through electronic media. Access to information provided by taxpayers through the SPED will provide the Treasury Authorities means to minimize the time and resources spent on control processes, making them more efficient. In contrast, taxpayers will be also benefited from the implementation of that project, as could be seen in this paper. Although it is a new and still unknown field of knowledge, it is an opportunity for readers to take a first contact with the theme, as deadlines and requirements that must be fulfilled in the near future.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEYWORDS: PUBLIC DIGITAL BOOKKEEPING SYSTEM (SPED), DIGITAL ACCOUNTING BOOKKEEPING SYSTEM, DIGITAL TAX BOOKKEEPING

1 INTRODUÇÃO

Visando uniformizar a escrituração contábil e fiscal e as obrigações acessórias decorrentes da primeira, a Receita Federal do Brasil, por meio do Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, criou o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital.

Além de promover a padronização da escrituração contábil e fiscal e obrigações acessórias, o SPED possibilitará, também, o compartilhamento de informações entre as Administrações Fazendárias Federal, Estaduais e Municipais e o cruzamento de lançamentos realizados pelos contribuintes.

O compartilhamento de informações entre os Fiscos Federal, Estaduais e Municipais passou a ser prevista e expressamente permitida em 1966, com o advento do Código Tributário Nacional, especificamente em seu artigo 199.

Posteriormente, foi introduzido o inciso XXII ao artigo 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 42, aprovada em 19 de dezembro de 2003, determinando que as Administrações Tributárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem atuar de forma integrada, inclusive em relação ao cadastro e troca de informações (5).

Entretanto, apesar de já estar permitida e prevista na legislação vigente o compartilhamento de informações entre os Fiscos, isso não vem sendo feito com muita frequência e em muitas situações. Com a implantação dos processos determinados pelo SPED, esta troca de informações entre os órgãos instituidores de tributos passará a ocorrer de forma efetiva.

O cruzamento de dados e compartilhamento de informações entre os fiscos fará com que o processo fiscalizatório se torne mais rápido e mais eficiente. Com isso espera-se reduzir consideravelmente a sonegação de tributos no país.

2 SPED

O SPED – Sistema Público de Escrituração Digital se divide em três subprojetos: a ECD – Escrituração Contábil Digital; a EFD – Escrituração Fiscal Digital; e, a NF-e – Nota Fiscal Eletrônica.

O projeto em referência foi criado com o objetivo de unificar as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias.

Além da finalidade mencionada acima, o SPED ainda tem como objetivos:

promover a integração dos fiscos, mediante a padronização e compartilhamento das informações contábeis e fiscais, respeitadas as restrições legais; racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com o estabelecimento de transmissão única de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos da fiscalização; tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários, com a melhoria do controle dos processos, a rapidez no acesso às informações e a fiscalização mais efetiva das operações, com o cruzamento de dados e auditoria eletrônica. (http://www.certisign.com.br/certinews/banco_noticias/2008/08/sped-altera-realidade-fiscal-e-contabil-das-empresa, p.2)

O SPED será administrado pela Receita Federal do Brasil e terá como usuários a União, Estados e Municípios que firmarem convênio com a Receita; órgãos e entidades da administração pública, direta ou indireta, que tenham atribuição legal de fiscalizar os empresários e sociedades empresárias (Artigo 3º, do Decreto nº 6.022/2007).

Os dois primeiros subprojetos referidos já têm prazo previsto para a implantação e entrega das informações digitais ao fisco. Quanto às notas fiscais eletrônicas, elas passaram a ser exigidas apenas a alguns contribuintes a partir de 2008, em substituição às notas fiscais modelo 1 e 1-A tão somente.

3 ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL - ECD

A Escrituração Contábil Digital foi instituída pela Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007.

A Instrução Normativa mencionada, em seu artigo 2º, determina que a ECD compreende na escrituração digital dos livros: diário e seus auxiliares, se houver; razão e seus auxiliares, se houver; e, de balancetes diários, balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos nelas transcritos.

A apresentação dos livros em sua forma digital supre, em relação aos arquivos correspondentes, a exigência contida na IN SRF nº 86, de 22/10/01[1] e na IN MPS/SRP nº 12, de 20 de junho de 2006[2].

A ECD deverá ser apresentada ao fisco federal até o último dia do mês de junho do ano seguinte ao do exercício escriturado.

A primeira versão digital dos livros contábeis a ser entregue à Receita Federal do Brasil deverá abranger os fatos contábeis ocorridos a partir de 01 de janeiro de 2008 para os contribuintes diferenciados[3] e os fatos contábeis ocorridos a partir de 01 de janeiro de 2009 para os demais contribuintes obrigados a adotar a escrituração contábil digital (Artigo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 787/2007).

Os contribuintes obrigados a apresentar sua ECD são aqueles sujeitos à tributação do imposto de renda com base no lucro real.

Paralelamente ao envio das informações do ECD para a Receita Federal, por meio da ReceitaNet,

o contribuinte acessará o portal da Junta Comercial para pagamento das taxas de prestação de serviços. O servidor da Junta Comercial verificará se foram cumpridas as obrigações legais, como termo de abertura, termo de encerramento e assinaturas digitais. Após esse procedimento, o secretário da Junta Comercial, com seu certificado digital, valida o livro diário eletrônico e atribui número de registro que será enviado ao contribuinte e à Receita Federal. Assim, o livro diário eletrônico estará registrado e armazenado no Ambiente Nacional SPED para que as autoridades tributárias possam acessá-lo. (<http://www.iti.gov.br/twiki/bin/view/MidiaClip2008May9>, p.1)

Uma vez autenticado, os livros contábeis não poderão ser mais alterados ou substituídos, conforme prevê a Instrução Normativa nº 107, de 23 de maio de 2008, do Departamento Nacional do Registro do Comércio (Art. 5º). Ou seja, se o contribuinte constatar que ocorreu um erro em sua contabilidade, por exemplo, apenas no ano seguinte, após a devida autenticação do livro na Junta Comercial, não poderá alterá-lo ou substituí-lo.

A correção do erro terá que ser feita na escrituração do exercício em que for verificado o equívoco, seguindo as Normas Brasileiras de Contabilidade, que se encontram previstas na Resolução CFC nº 596 de 1985. Portanto, não bastará apenas a entrega de um novo arquivo, como sempre foi o hábito. (<http://www.fiscosoft.com.br/login.php?t=%Findex.php%3>, p. 1-2)

A entrega da ECD fora do prazo fixado importará na aplicação de multa, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário ou fração (Artigo 10, da Instrução Normativa RFB nº 787/2007).

4 ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD

A Escrituração Fiscal Digital foi instituída pelo Convenio ICMS nº 143, de 20 de dezembro de 2006.

A EFD consiste num conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como no registro e apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Cláusula Primeira, do Convênio ICMS 143/2006).

Todos os contribuintes de ICMS e/ou de IPI estão obrigados a adotar esta forma de escrituração fiscal, nos prazos fixados pelas normas que tratam da matéria, com exceção daqueles dispensados expressamente pelo Estado onde contribuem e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (Cláusula Terceira e §1º, do Convênio ICMS 143/2006).

A escrituração prevista na forma do convênio mencionado substitui a escrituração e impressão dos livros de: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do IPI; Registro de Apuração do ICMS.

A Escrituração Fiscal Digital (EFD) tem, por seu objetivo, a substituição de todos os livros fiscais utilizados pelas empresas por arquivos digitais, promovendo, assim, a integração entre as entidades tributárias federais, Estaduais e do Distrito Federal, com vistas ao acolhimento futuro dos Municípios e acabando, na prática com o Sistema Integrado de Informações sobre Mercadorias e Serviços (Sintegra). (BRITTO, 2008, p. 3).

A apresentação da EFD é obrigatória a partir de 01 de janeiro de 2009, sendo facultada a cada uma das unidades federadas, em conjunto com a SRFB estabelecer esta obrigação para determinados contribuintes durante o exercício de 2008 (Cláusula Oitava - A do Convênio ICMS 143/2006).

4.1 A Escrituração Fiscal Digital no Estado de Minas Gerais

A Resolução nº 3.884, de 25 de junho de 2007 dispõe sobre a manutenção e entrega pelo contribuinte de ICMS de informações eletrônicas relativas aos livros de: registro de controle de produção e estoque; registro de inventário; e, controle de crédito de ICMS do ativo permanente, modelo C (Artigo 1º).

Os contribuintes obrigados à entrega dos livros eletrônicos supra relacionados são:

- a) relativamente aos livros Registro de Controle de Produção de Estoque e Registro de Inventário: empresa cujo somatório do valor contábil das saídas em seus

estabelecimentos classificados nas divisões 10 à 17 e 19 à 32 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE[4] - seja superior a R\$ 576.000.000,00 (quinhentos e setenta e seis milhões de reais) no exercício anterior;

b) relativamente ao livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente, Modelo “C”: contribuinte cujo somatório do valor contábil das saídas em seus estabelecimentos seja superior à R\$ 144.800.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais) no exercício anterior (Artigo 2º, Resolução nº 3.884/2007).

A escrituração fiscal digital, prevista na Resolução nº 3.884/2007 somente será exigida dos contribuintes acima mencionados e que estiverem obrigados à emissão de documentos fiscais ou escrituração de livros fiscais por sistema de Processamento Eletrônico de Dados, nos termos do §1º, do artigo 1º, da Parte I do Anexo VII do RICMS[5].

Para fins de apuração do somatório do valor contábil das saídas serão considerados tão somente os estabelecimentos situados no Estado de Minas Gerais (Artigo 2º, Parágrafo Único, II, da Resolução nº 3.884/2007).

Relativamente aos primeiros dois livros aludidos, a obrigação alcança somente as informações relativas aos estabelecimentos neles referidos (Artigo 2º, Parágrafo Único, III, da Resolução nº 3.884/2007).

O contribuinte deverá entregar ao Fisco do Estado de Minas Gerais as informações eletrônicas tratadas pela resolução em comento, sempre que solicitado e anual ou mensalmente, conforme o livro em questão.

As informações relativas aos livros Registro de Controle de Produção de Estoque; e, Registro de Inventário passarão a ser exigidas a partir de 01 de dezembro de 2009 (Artigo 5º, §4º, da Resolução nº 3.884/2007).

As informações relativas ao livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente, Modelo “C” passarão a se exigidas a partir de 01 de julho de 2009 (Artigo 5º, §5º, da Resolução nº 3.884/2007).

5 NOTA FISCAL ELETRÔNICA – NF-E

A nota fiscal eletrônica – NF-e - e o documento auxiliar da nota fiscal eletrônica – DANFE - foram instituídos pelo Ajuste SINIEF nº 07, de 30 de setembro de 2005.

A nota fiscal eletrônica é

documento emitido e armazenado eletronicamente, de exigência apenas digital, com o intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela administração tributária da unidade federada do contribuinte, antes da ocorrência do fato gerador (§1º, da Cláusula Primeira, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

A nota fiscal eletrônica será utilizada em substituição à nota fiscal modelo 1 e 1-A, pelos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI ou Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (Cláusula Primeira, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

O documento eletrônico não substitui outros modelos de nota fiscal, como, por exemplo, a nota fiscal modelo 2, emitida em casos de venda a consumidores; ou ainda o cupom fiscal emitido por ECF. Portanto, os documentos não substituídos pela NF-e devem continuar a ser emitidos regularmente pelos contribuintes obrigados. (14).

Antes de começar a emitir a nota fiscal eletrônica, o contribuinte deverá solicitar seu credenciamento na unidade federada em cujo cadastro estiver inscrito (Cláusula Segunda, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

É vedado o credenciamento para a emissão da nota fiscal eletrônica ao contribuinte que não utilize sistema eletrônico de processamento de dados nos termos dos Convênios ICMS nº 57/95 e 58/95[6].

A nota fiscal eletrônica deverá ser emitida de acordo com o leiaute estabelecido no Ato COTEPE nº 22, de 25 de junho de 2008, por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

Concedida a autorização de uso da nota fiscal eletrônica, a administração tributária da unidade federada do emitente deverá transmitir a NF-e para: a Receita Federal do Brasil; a unidade federada de destino das mercadorias, no caso de operação interestadual; a unidade federada onde deve se processar o embarque de mercadoria na saída para o exterior; a unidade federada de desembarço aduaneiro, tratando-se de operação de importação de mercadoria ou bem do exterior; e, a Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, quando a NF-e tiver como destinatário pessoa localizada na área incentivada (Cláusula Oitava, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

As informações contidas nas notas fiscais eletrônicas poderão também ser transmitidas aos fiscos municipais, nos casos em que as operações envolvam serviços sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN ou mediante prévio convênio ou protocolo firmado para essa finalidade; e, para outros órgãos da administração direta, indireta, fundações e autarquias que necessitem de informações constantes na NF-e para o desempenho de suas atividades, mediante prévio convênio ou protocolo de cooperação, respeitando-se sempre o sigilo fiscal do contribuinte (§2º, Cláusula Oitava, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

Com já relatado no decorrer deste capítulo, juntamente com a nota fiscal eletrônica, foi instituído o DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

Este documento também deverá ser emitido de acordo com o leiaute definido pelo Ato COTEPE nº 22/2008 e impresso em papel A4. Será utilizado apenas para o trânsito de mercadorias após a concessão da autorização de uso da NF-e e para a consulta de informações relativas às referidas notas (Cláusula Nona, do Ajuste SINIEF nº 07/05).

A obrigatoriedade quanto ao uso da nota fiscal eletrônica se deu com o advento do Protocolo ICMS nº 10, de 18 de abril de 2007. Todos os Estados brasileiros, inclusive o Distrito Federal, aderiram ao referido Protocolo ICMS, devendo o seu cumprimento ser observado em todo o país.

Estão obrigados a emitir a nota fiscal eletrônica, em substituição à nota fiscal, modelo 1 e 1-A, segundo os preceitos do artigo 1º do Protocolo mencionado, os contribuintes:

- a) fabricantes de cigarro;
- b) distribuidoras atacadistas de cigarros;
- c) produtores, formuladores e importadores de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;
- d) distribuidores de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;
- e) transportadores e revendedores retalhadas – TRR, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;
- f) fabricantes de automóveis, camionetes, utilitários, caminhões, ônibus e motocicletas;
- g) fabricantes de cimento;
- h) fabricantes, distribuidores e comerciantes atacadistas de medicamentos alopáticos para uso humano;
- i) frigoríficos e atacadistas que promoverem as saídas de carnes frescas, refrigeradas ou congeladas das espécies bovinas, suínas, bufalinas e avícolas;
- j) fabricantes de bebidas alcoólicas inclusive cervejas e chopes;
- l) fabricantes de refrigerantes;
- m) agentes que, no Ambiente de Contratação Livre (ACL), vendam energia elétrica a consumidor final;
- n) fabricantes de semi-acabados, laminados planos ou longos, relaminados, trefilados e perfilados de aço;
- o) fabricantes de ferro-gusa.

A obrigatoriedade quanto ao uso da nota fiscal eletrônica aplica-se às operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes referidos no parágrafo acima. Os contribuintes obrigados à emissão da NF-e ficam proibidos de emitirem notas fiscais modelo 1 e 1-A (§1º, artigo 1º, do Protocolo ICMS nº 10/2007).

No entanto, a obrigatoriedade da emissão da nota fiscal eletrônica não se aplica: a) aos estabelecimentos de contribuintes que não tenha praticado, nem pratiquem, as atividades acima mencionadas há mais de doze meses, ainda que as mesmas sejam realizadas em outros estabelecimentos do mesmo titular; b) às operações realizadas fora do

estabelecimento, relativas às saídas de mercadorias remetidas sem destinatário certo, desde que os documentos fiscais referentes à remessa e ao retorno sejam NF-es e cujos contribuintes sejam fabricantes, distribuidores ou atacadistas de cigarros ou transportadores e revendedores retalhistas; c) às operações praticadas por contribuintes distribuidores ou atacadistas de cigarros, cuja atividade preponderante seja o comércio atacadista e, desde que, o valor das operações com cigarros não tenha ultrapassado 5% (cinco por cento) do valor total das saídas do exercício anterior; d) aos contribuintes fabricantes de aguardente e vinho que tenham auferido receita bruta, no exercício anterior, inferior à R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) (§2º, incisos I, II, III e IV, artigo 1º, do Protocolo ICMS nº 10/2007).

A emissão das notas fiscais eletrônicas passou a ser obrigatória aos contribuintes relacionados nos incisos I à V do artigo 1º, do Protocolo ICMS nº 10/2007, nas operações de vendas internas e interestaduais, excluídas as vendas com gasolina de aviação e querosene de aviação, em 01 de abril de 2008.

Aos mesmos contribuintes, a emissão da NF-e passou a ser obrigatória para as demais operações, a partir de 01 de junho do corrente ano.

Finalmente, os contribuintes descritos nos incisos VI à XIV do artigo 1º, do Protocolo ICMS nº 10/2007 passaram a ter que emitir as NF-es, obrigatoriamente, em 01 de setembro de 2008 (§3º, incisos I e II do artigo 1º, do Protocolo ICMS nº 10/2007).

Os emitentes e destinatários das notas fiscais eletrônicas deverão manter em arquivo digital, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária (em geral, por cinco anos), as NF-es emitidas e recebidas, respectivamente (Cláusula Décima, Ajuste SINIEF nº 07/05).

Caso o destinatário não seja contribuinte credenciado para a emissão de NF-e, este poderá, alternativamente, manter em arquivo o DANFE relativo a NF-e da operação pelo prazo decadencial estabelecido pela legislação em substituição ao arquivo eletrônico, devendo ser apresentado à administração tributária, quando solicitado. (<http://www.tactus.com.br/?p=93>, p. 6)

Após a concessão de autorização de uso da nota fiscal eletrônica, a consulta à mesma ficará disponível no site da Secretaria de Fazenda do Estado da empresa emitente ou no site nacional da nota fiscal eletrônica, qual seja: www.nfe.fazenda.gov.br, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (14). Após este prazo, a consulta à NF-e será substituída pela

prestação de informações resumidas que identifiquem a nota pelo número, data de emissão, CNPJ do emitente e do destinatário, valor e sua situação. Informações estas que ficarão disponíveis à consulta pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária. (Cláusula Décima Quinta, §§1º e 2º, do Ajuste SINIEF nº07/05).

A consulta nos sites acima indicados será feita por meio de chave de acesso da NF-e, constante no DANFE (§3º, Cláusula Décima Quinta, do Ajuste SINIEF nº07/05).

Finalmente, importante mencionar que não foram alterados os procedimentos comerciais inerentes à emissão de nota fiscal. O comprovante de entrega de mercadorias deverá ser feito por meio de assinatura do canhoto do DANFE. A recusa da mercadoria poderá ser realizada pelo destinatário mediante a emissão de uma nota fiscal de devolução de mercadoria (eletrônica ou em papel, conforme o caso) ou por meio de recusa registrada no verso do próprio DANFE (14).

6 VANTAGENS TRAZIDAS PELO SPED

Após implantado o três subprojetos do SPED, tanto os Fiscos Federal, Estaduais e Municipais como os contribuintes e a sociedade em geral serão beneficiados.

A apuração de ocorrência de sonegação fiscal e demais irregularidades quanto ao cumprimento das obrigações tributárias e fiscais será extremamente facilitada às administrações fazendárias, posto que o cruzamento de informações ocorrerá eletronicamente e por um sistema criado para essa finalidade e não mais de forma manual como ainda acontece em grande parte dos casos nos dias atuais.

Será possibilitado, ainda, a instauração de um processo de gerenciamento eletrônico de informações.

Reduzindo-se a sonegação, conseqüentemente, aumentar-se-á a arrecadação pelos cofres públicos, sem que haja elevação na carga tributária do país, que já é extremamente alta.

Muito pelo contrário, a tendência é que se aumentando a arrecadação, o governo acabe por reduzir a carga tributária do país.

Aos contribuintes a implantação do SPED será benéfica porque importará em redução de custos e do tempo despendido pelos profissionais contratados para atuar nos setores fiscal e de contabilidade das empresas.

Os custos com a escrituração contábil e fiscal, bem como a emissão de notas fiscais eletrônicas diminuirá, posto que a empresa não precisará comprar tanto material para a impressão destes documentos nem mais manter grande arquivo físico de documentos desta natureza.

Além da redução de custos, os colaboradores dos contribuintes não mais precisarão lançar todas as informações contidas nas notas fiscais emitidas e recebidas pela empresa manualmente; esses lançamentos serão feitos eletronicamente, através do aproveitamento dos dados já contidos nos arquivos das notas fiscais eletrônicas.

Também haverá diminuição de obrigações acessórias dos contribuintes, simplificando a forma de lançamento e fornecimento das informações decorrentes destas obrigações aos fiscos; otimizando tempo despendido para a execução destas atividades, além de reduzir o número de erros humanos cometidos no desempenho de tarefas manuais e repetitivas.

7 CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar no decorrer deste trabalho, a implantação do Projeto denominado SPED já tem prazo previsto e abrangerá a maior parte das empresas de médio e grande porte do país.

Os contribuintes não possuem mais meios de evitar a digitalização de sua escrituração contábil e fiscal. Como consequência da imposição legal tratada, os Fiscos Federal, Estaduais e Municipais, bem como os órgãos de administração pública direta e indireta que fiscalizam as empresas obrigadas à implantação do SPED, passarão a ter em seu

poder meios facilitados de cruzar informações verificando das mais diversas formas a ocorrência de sonegação fiscal.

Por outro lado, implantado o SPED em sua empresa, o contribuinte também será beneficiado, uma vez que reduzirá seus custos com a escrituração e averbação de livros contábeis e fiscais; evitará o re-trabalho de seus colaboradores; diminuirá os erros involuntários cometidos quando da escrituração dos diversos livros obrigatórios e acessórios; terá disponibilizado arquivos eletrônicos de sua escrituração, cuja validade e autenticidade é reconhecida, podendo utilizar-se dessas versões para diversas finalidades, sem a necessidade de reproduzir as informações contidas nos livros físicos.

Além das vantagens mencionadas, os contribuintes poderão contar com um mercado mais justo e igualitário, posto que, reduzindo-se as possibilidades de sonegação fiscal, a concorrência se torna mais leal.

Finalmente, com a redução da sonegação fiscal e a conseqüente majoração da arrecadação tributária pelos Fiscos Federal, Estaduais e Municipais, espera-se, conforme é a tendência natural, que haja a redução da carga tributária do país.

REFERÊNCIAS

1 BRANCO, Leonardo O. de Araújo. **Nota Fiscal Eletrônica e SPED: aspectos práticos e implicações tributárias.** Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10920>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

2 BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Município. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 set. 2008.

3 BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2008.

4 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto n. 6.022 de 22 de janeiro de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital – Sped. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2007/default.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

5 BRITTO, Demes. **Fiscal – Sped – Sistema público de escrituração digital, escrituração contábil digital – ecf, escrituração fiscal digital – efd e nota fiscal eletrônica**: aspectos jurídicos introdutórios. *Revista Contábil & Empresarial Fiscosoft*, 18 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivoDestques.jsp&cod=21475>>. Acesso em: 5 set. 2008.

6 CLASSIFICAÇÃO NACIONAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS. Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/secao.asp?codsecao=C&TabelaBusca=CNAE_200@CN AE%202.0>. Acesso em: 16 set. 2008.

7 CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA; RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Ajuste SINIEF n. 07, de 30 de setembro de 2005. Institui a nota fiscal eletrônica e o documento auxiliar da nota fiscal eletrônica. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 2005. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/CONFAZ/confaz/Ajustes/2005/AJ_007_05.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

8 ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL (ECD) – IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO – ATENÇÃO DEVE SER DOBRADA. Informativo Fiscosoft. 28 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/login.php?t=%Findex.php%3FPID%3198965>>. Acesso em: 29 ago. 2008.

9 ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA, CEARÁ, ESPÍRITO SANTO, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MINAS GERAIS, PARÁ, RIO GRANDE DO NORTE, RIO GRANDE DO SUL, SÃO PAULO E SERGIPE. Protocolo ICMS n. 10 de 18 de abril de 2007. Estabelece a obrigatoriedade da utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) para os setores de fabricação de cigarros e distribuição de combustíveis líquidos. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 abr. 2007. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/CONFAZ/CONFAZ/Protocolos/ICMS/2007/PT010_07.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

10 MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Resolução n. 3.884 de 25 de junho de 2007. Dispõe sobre manutenção e entrega de informações eletrônicas relativas à escrita fiscal de contribuintes de ICMS. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Poder Executivo, Belo Horizonte, MG, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=legislacao&diretorio=njmg&arquivo=legislacao_mineira>. Acesso em: 04 ago. 2008.

11 MINAS GERAIS. Decreto n. 43.080 de 13 de dezembro de 2002. [Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação \(RICMS\)](#). *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Poder Executivo, Belo Horizonte, MG, 13 dez. 2002. Disponível em: <http://ricms.fazenda.mg.gov.br/ricms/MostrarFrameset?pagina=anexovii2002_2.htm&ancora=partelart10>. Acesso em: 16 set.2008.

12 MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA E OS SECRETÁRIOS DE FAZENDA, FINANÇAS OU TRIBUTAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL. Convênio n. 58 de 28 de junho de 1995. Dispõe sobre impressão e emissão simultânea

de documentos fiscais. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jun. 1995. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/1995/CV058_95.htm>. Acesso em: 16 set. 2008.

13 MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA E OS SECRETÁRIOS DE FAZENDA, FINANÇAS OU TRIBUTAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL. Convênio n. 57 de 28 de junho de 1995. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jun. 1995. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/1995/CV057_95.htm>. Acesso em: 16 set. 2008.

14 NOTA FISCAL ELETRÔNICA: NORMAS PARA EMISSÃO. Tactus Gestão Contábil e Financeira. 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.tactus.com.br/?p=93>>. Acesso em: 15 set. 2008.

15 PUBLICADOS NOVOS PROTOCOLOS DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA (NF-E). Brasília, 27 de março de 2008. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/AutomaticoSRFSinot/2008/03/27/2008_03_27_16_56_08_533394108html>. Acesso em: 5 set. 2008.

16 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Portaria RFB n. 11.211 de 7 de novembro de 2007. Dispõe sobre o acompanhamento econômico-tributário diferenciado das pessoas jurídicas. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2007/MinisteriodaFazenda/default.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

17 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Portaria RFB n. 11.213 de 8 de novembro de 2007. Estabelece parâmetros para seleção das pessoas jurídicas a serem submetidas ao acompanhamento econômico-tributário diferenciado e especial no ano de 2008 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2007/MinisteriodaFazenda/default.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

18 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa RFB n. 787 de 19 de novembro de 2007. Institui a Escrituração Contábil Digital. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2007/default.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

19 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – CONFAZ. Convenio ICMS n. 143 de 15 de dezembro de 2006. Institui a Escrituração Fiscal Digital - EFD. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2006/CV143_06.htm>. Acesso em: 04 ago. 2008.

20 RECEITA FEDERAL LANÇA SPED CONTÁBIL PARA SIMPLIFICAR OBRIGAÇÕES DE CONTABILISTAS. 9 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.it.gov.br/bin/view/MidiaClip2008May9>>. Acesso em: 5 set. 2008.

21 SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL (SPED) – EMISSÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/sped/>>. Acesso em: 5 set. 2008.

22 SONEGAR IMPOSTO ESTÁ CADA VEZ MAIS DIFÍCIL NO PAÍS. Pequenas Empresas e Grandes Negócios. 18 de março de 2008. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticia/sonegar_imposto_esta_cada_vez_mais_difícil_no_pais/14566>. Acesso em: 5 set. 2008.

23 SPED ALTERA REALIDADE FISCAL E CONTÁBIL DAS EMPRESAS. Jornal do Comércio – RS. 13 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.certisign.com.br/certinews/banco_notificas/2008/08/sped-altera-realidade-fisca-e-contabil-das-empresas>. Acesso em: 5 set. 2008.

24 SPED CONTÁBIL E FISCAL. Portal Tributário. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/trib/2tributario260208.htm>>. Acesso em: 5 set. 2008.

[1] Utilização de sistema de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal.

[2] Utilização do Manual Normativo de Arquivos Digitais – MANAD apresentados à Receita Previdenciária.

[3] São considerados contribuintes diferenciados: a) aqueles sujeitos à apuração do lucro real, presumido ou arbitrado, cuja receita bruta anual declarada na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) do exercício de 2007, ano-calendário de 2006, seja superior à R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); b) aqueles cujo montante anual de receita bruta informada nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais (DACon), relativos ao ano-calendário de 2006, seja superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); c) aqueles cujo montante anual de débitos declarados nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), relativas ao ano-calendário de 2006, seja superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais); d) aqueles cujo montante anual de Massa Salarial informada nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), relativas ao ano-calendário de 2006, seja superior a R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais); e) aqueles cujo total anual de débitos declarados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), relativas ao ano-calendário de 2006, seja superior à R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) (Artigo 1º, Portaria RFB nº 11.213, de 08 de novembro de 2007).

[4] Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE

- [10](#) fabricação de produtos alimentícios
- [11](#) fabricação de bebidas
- [12](#) fabricação de produtos do fumo
- [13](#) fabricação de produtos têxteis
- [14](#) confecção de artigos do vestuário e acessórios
- [15](#) preparação de couros e fabricação de artefatos de couro, artigos para viagem e calçados
- [16](#) fabricação de produtos de madeira
- [17](#) fabricação de celulose, papel e produtos de papel
- [19](#) fabricação de coque, de produtos derivados do petróleo e de biocombustíveis
- [20](#) fabricação de produtos químicos
- [21](#) fabricação de produtos farmoquímicos e farmacêuticos
- [22](#) fabricação de produtos de borracha e de material plástico
- [23](#) fabricação de produtos de minerais não-metálicos
- [24](#) metalurgia
- [25](#) fabricação de produtos de metal, exceto máquinas e equipamentos
- [26](#) fabricação de equipamentos de informática, produtos eletrônicos e ópticos
- [27](#) fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos
- [28](#) fabricação de máquinas e equipamentos
- [29](#) fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias
- [30](#) fabricação de outros equipamentos de transporte, exceto veículos automotores
- [31](#) fabricação de móveis
- [32](#) fabricação de produtos diversos

[5] RICMS, Anexo VII, Parte I, Capítulo I - Da Autorização para Emissão de Documentos Fiscais e Escrituração de Livros Fiscais por Processamento Eletrônico de Dados

Art. 1º - A emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por sistema de Processamento Eletrônico de Dados (PED) obedecerão às normas e condições estabelecidas neste Anexo.

§ 1º - As normas deste Anexo são obrigatórias para o contribuinte que, por meio de equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo eletrônico:

I - emitir um ou mais documentos fiscais;

II - escriturar um ou mais livros fiscais;

III - emitir e escriturar um ou mais documentos e livros fiscais.

§ 2º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se na hipótese de utilização de sistema próprio ou de terceiro com a mesma finalidade.

§ 3º - O disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo aplica-se:

I - aos seguintes livros fiscais:

a - Registro de Entradas;

b - Registro de Saídas;

c - Registro de Controle da Produção e do Estoque;

d - Registro de Inventário;

e - Registro de Apuração do ICMS;

f - Livro de Movimentação de Combustíveis;

g - Livro de Movimentação de Produtos;

h - Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente;

II - aos seguintes documentos fiscais:

a - Autorização de Carregamento e Transporte, modelo 24;

b - Bilhete de Passagem Aquaviário, modelo 14;

c - Bilhete de Passagem e Nota de Bagagem, modelo 15;

d - Bilhete de Passagem Ferroviário, modelo 16;

- e - Bilhete de Passagem Rodoviário, modelo 13;
- f - Conhecimento Aéreo, modelo 10;
- g - Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;
- h - Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;
- i - Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;
- j - Despacho de Transporte, modelo 17;
- l - Manifesto de Carga, modelo 25;
- m - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;
- n - Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2;
- o - Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21;
- p - Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;
- q - Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22;
- r - Nota Fiscal de Produtor, modelo 4;
- s - Nota Fiscal de Serviço de Transporte, modelo 7;
- t - Ordem de Coleta de Cargas, modelo 20;
- u - Resumo de Movimento Diário, modelo 18;
- v - Cupom Fiscal.

(960) x - Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário, modelo 27.

§ 4º - A emissão por PED dos demais documentos fiscais previstos neste Regulamento poderá ser autorizada, desde que atendidas as exigências previstas neste Anexo, excetuando-se as contidas no [artigo 10](#) desta Parte.

(256) § 5º - A emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, na forma prevista neste Anexo, fica condicionada ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) homologado pela Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais (DICAT/SAIF).

§ 6º - A utilização de, no mínimo, computador e impressora para preenchimento de documento fiscal caracteriza uso de sistema de processamento eletrônico de dados, hipótese em que o contribuinte estará alcançado pelo disposto neste Anexo.

§ 7º - O uso de PED para a emissão de documentos fiscais não implica a obrigatoriedade da escrituração de livros fiscais pelo mesmo sistema e vice-versa, bem como a utilização de PED por um estabelecimento do contribuinte não obriga a utilização do sistema pelos demais, sendo facultado ao contribuinte emitir ou escriturar por PED um ou mais documentos ou livros fiscais.

(641) § 8º - A escrituração de documentos fiscais por sistema de Processamento Eletrônico de Dados (PED) na forma prevista neste Anexo é obrigatória para o estabelecimento atacadista, independentemente da opção de emissão de documentos fiscais pelo mesmo sistema.

(1027) § 9º - A obrigatoriedade prevista no § 8º não se aplica ao estabelecimento de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

(608)(672)§ 10 - O contribuinte usuário de PED para a emissão dos documentos fiscais poderá utilizar formulário contínuo, formulário de segurança ou formulários em jogos soltos, desde que atendidas as exigências previstas neste Anexo.

(608)(672)§ 11 - O uso de formulários em jogos soltos mencionado no parágrafo anterior alcança somente os documentos previstos nas [alíneas “m”, “o”, “r” e “s” do inciso II do § 3º](#) deste artigo.

[6] Convênio nº 57/95

Cláusula primeira A emissão por sistema eletrônico de processamento de dados dos documentos fiscais previstos no [Convênio S/Nº](#), de 15 de dezembro de 1970, que instituiu o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, e no [Convênio SINIEF 06/89](#), de 21 de fevereiro de 1989, bem como a escrituração dos livros fiscais, a seguir enumerados, far-se-ão de acordo com as disposições deste Convênio:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Controle da Produção e do Estoque;

IV - Registro de Inventário;e

V - Registro de Apuração do ICMS.

VI - Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC.

§ 1º Fica obrigado às disposições deste Convênio o contribuinte que:

1. emitir documento fiscal e/ou escriturar livro fiscal em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente;

2. utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), que tenha condições de gerar arquivo magnético, por si ou quando conectado a outro computador, em relação às obrigações previstas na cláusula quinta;
3. não possuindo sistema eletrônico de processamento de dados próprio, utilize serviços de terceiros com essa finalidade.

O MITO DA PROGRESSIVIDADE*

LE MYTHE DE LA PROGRESSIVITÉ

Maurin Almeida Falcão

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a contextualização do fenômeno da progressividade a partir das incidências ideológicas que marcaram o seu surgimento no Século XIX. Submetido ao crivo tanto dos liberais quanto dos social-democratas, a progressividade esteve desde sempre, atrelada à noção de justiça fiscal e de repartição da renda, passando a fazer parte da própria natureza do tributo. Além de contribuir para o objetivo liberal do livre-comércio no Século XIX, sustentou, por outro lado, a edificação dos ideais da grande sociedade solidária. Com o advento do Estado intervencionista, encontrou a sua afirmação definitiva diante do princípio da solidariedade social, onde todos contribuiriam para o bem-estar coletivo, segundo as suas faculdades econômicas. Assim foi iniciado um percurso no qual o tributo passou a ser o centro de um debate apaixonado e não desprovido de sentimentos de rejeição. Por isso, tornou-se um mito a unanimidade construída em sua volta. Contudo, a progressividade não poderia ser considerada como o único paliativo para os males dos sistemas tributário.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICA FISCAL – SISTEMA TRIBUTÁRIO – PROGRESSIVIDADE

RESUME

Ce développement a le but de presenter le phenomène de la progressivité à partir des incidences ideologiques qui ont marqué son apparition dans le 19ème siècle. Soumis à la critique non seulement des libéraux mais aussi des sociaux-démocrates, la progressivite a été toujours lié à la notion de justice fiscale et de repartition du revenu. Dans ce sens, la fiscalité a fait parti également de la propre nature de l'impôt. Au-déla de contribuer pour les objectifs libéraux du libre-échange dans le 19ème siècle, la progressivité a soutenu également la construction des idéaux de la grande société solidaire. Avec l'apparition de l'état interventionniste, la progressivité a trouvé son affirmation définitive devant le principe de la solidarité sociale selon lequel tous devraient contribuer pour le bien-être collectif, selon ses facultés économiques. De cette façon, il a été amorcé un parcours dans lequel l'impôt est devenu le centre d'un débat passionné et en même temps marqué par le refus. Pour cette raison, il est devenu un mythe l'unanimité construite au tour de la progressivité. Toutefois, cette progressivité ne pourrait pas être considérée comme le seul palliatif pour les maux du système fiscal.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MOT-CLES: MOTS-CLÉS : POLITIQUE FISCALE – SYSTÈME FISCAL – PROGRESSIVITÉ

INTRODUÇÃO

O tributo como fato econômico, político e social não permaneceu incólume à ruptura do modelo liberal do Estado mínimo para o modelo do Estado social ocorrida no Século XIX, inaugurando assim um novo período no perfil do Estado, o intervencionismo fiscal. Na fase de plena primazia do liberalismo clássico, a eclosão da Revolução Industrial revelou a incapacidade do mercado liberal em promover o bem-estar dos indivíduos, expondo, dessa forma, as mazelas provenientes da relação desequilibrada entre o capital e o trabalho. Não havia como promover o deslocamento do homem econômico no mercado liberal. Assim, não havia como incrementar o bem-estar econômico a partir do próprio mercado. Por conseguinte, o advento do Estado intervencionista, ancorado nas funções de alocação, distribuição e estabilização, seria responsável pela gênese de uma rica produção jurídica voltada para a questão social e que conheceria seu apogeu na Alemanha de Bismarck. A burocracia social alemã abriria uma nova era para os Estados intervencionistas e demonstrou que somente o Estado seria o grande provedor natural das necessidades dos indivíduos.[1] Eram essas as bases da *Sozialpolitik*. Não obstante a difusão do Socialismo de Cátedra, que contava com expoentes como Adolph Wagner, a própria burocracia social alemã se encarregaria de gerar o antídoto ao excesso de intervencionismo estatal. Como se verá adiante, os excessos verificados na República de Weimar, nos albores do Século XX, induziram os economistas da escola Austríaca, Hayek e Mises, a vislumbrar os problemas que marcariam o mundo contemporâneo em decorrência do exacerbado intervencionismo estatal, o que os levou também a propor a retomada dos ideais do liberalismo econômico do Século XX.

As exigências por melhorias sociais, em conseqüência do surgimento do proletariado urbano se contrapunham vigorosamente ao *laissez-faire* preconizado pelo ideário liberal. O mercado se mostrava incapaz de suprir as demandas sociais. Em conseqüência, a intervenção do Estado ocorreu como a única forma de corrigir as falhas do modelo teórico do mercado liberal. Nasce, assim, o Estado intervencionista e a concepção moderna das finanças públicas assentada nas teorias da tributação e do gasto público. Entretanto, essas viriam a se consolidar somente no transcorrer do movimentado Século XX, coincidindo com a afirmação do Estado do bem-estar social. Com efeito, as clivagens entre o liberalismo clássico e o Estado intervencionista deram origem a diferentes visões dos tributos como mecanismos da atuação estatal. Para os liberais, o sacrifício fiscal decorria do preço pago pelo cidadão para a sua segurança e pelos serviços prestados pelo Estado. Estaríamos, assim, diante de um pacto tácito estabelecido entre o contribuinte e o Estado cuja relação decorreria do contrato social. Nesse caso, os indivíduos alienariam uma parte de sua liberdade e de seus bens em proveito do Estado. Essa abordagem daria lugar, nos dias atuais, ao princípio da equivalência segundo o qual a repartição da carga tributária se faria em função da utilidade obtida por um indivíduo no consumo de bens públicos.

Por sua vez, os socialistas estabeleciam o tributo como mecanismo de solidariedade social, favorecendo, dessa forma, o surgimento do princípio da capacidade contributiva dos indivíduos e à instituição da progressividade do imposto. Portanto, um instrumento de redistribuição e de igualdade social em uma grande sociedade solidária. Não foi outra, aliás, a preocupação de Rousseau quando se consagrou no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o princípio da capacidade contributiva. Estavam, assim, lançadas as bases doutrinárias da tributação e que, sem dúvida alguma, estão presentes nas discussões atuais sobre o neoliberalismo e o papel do Estado na pós-modernidade. Dessa afirmativa depreende-se que o fim gradual da progressividade tornou-se a obsessão da escola neoliberal cujas influências se tornaram mais marcantes no final do Século XX. A progressividade e o excesso de democracia, como forma de apropriação do poder e da riqueza pelas classes menos favorecidas, constituíram-se no epicentro dos debates expendidos com base nos ensinamentos de Hayek e Mises. Com a onda neoliberal que percorreu o mundo a partir da crise econômica dos anos setenta, os sistemas tributários sofreram transformações na mesma proporção daquelas sofridas pelo Estado.

Paralelamente ao processo de consolidação da ordem econômica internacional do pós-guerra, os países passaram, a partir de 1945, por um fortalecimento do Estado do Bem-estar Social, inaugurando a era do *Welfare State*. O efeito deslocamento, que explica a expansão dos gastos públicos em momentos de grande precariedade ou de eventos que venham a causar perdas para os indivíduos no que se refere ao seu bem-estar ou à sua segurança, é acompanhado de aumentos expressivos nos gastos públicos com vistas a aportar um paliativo às dificuldades sociais. Após o fim do grande conflito bélico que abalou o continente europeu, os países passaram a fortalecer os sistemas de proteção social, fato este que estaria na origem do expressivo crescimento do Estado ocorrido após 1945.

O questionamento do modelo intervencionista modificou profundamente o cenário da tributação. Além disso, a necessidade de inserção internacional e a injunção dos organismos internacionais impuseram um novo modelo de tributação. Vem-se abandonando gradualmente a tributação da renda gerada pelos ganhos de capital em proveito de uma lógica econômica. A tributação sobre o patrimônio, como demonstra fartamente a literatura, tende a desaparecer. Com isso, resta a tributação sobre a renda assalariada e sobre o consumo, esta última com características regressivas incompatíveis com a justiça fiscal. A análise do perfil das receitas públicas dos Estados contemporâneos demonstra que a progressividade como instrumento de justiça fiscal tem perdido importância em proveito da eficiência dos sistemas tributários.

Tendo em vista, portanto, a dinâmica dos mecanismos de tributação, este trabalho demonstrará em uma primeira parte, o confronto entre a abordagem liberal e social-democrata do tributo no Estado intervencionista. Posteriormente, será evidenciada a consolidação do Estado social, na primeira metade do Século XX, responsável por um incremento significativo nas despesas públicas, o que despertou o temor e a ofensiva das correntes neoliberais. O questionamento do tributo como instrumento de solidariedade e igualdade social conheceria o seu ápice com a crise econômica dos anos setenta, que pôs fim ao período de prosperidade das economias desenvolvidas. Demonstradas as origens doutrinárias do tributo, esse desenvolvimento destacará o mito da progressividade, seus efeitos e questionamentos e o seu confronto com a proporcionalidade em face do novo perfil dos sistemas tributários.

I – O LOCUS CONTEXTUALIZADOR DA PROGRESSIVIDADE

A análise contemporânea dos sistemas tributários tem se restringido aos horizontes jurídicos sem atentar, contudo, para a sua dinâmica evolutiva, resultantes de um mosaico de diversos cenários, revelando assim uma significativa permeabilidade às variáveis de ordem econômica, política e social. De forma incontestável, esta abordagem restrita tem se constituído no principal obstáculo à implementação de reformas. A necessidade de adaptação aos parâmetros definidos pela conjuntura internacional como necessários à inserção internacional em um ambiente de concorrência freqüentemente desleal, é um imperativo. O movimento de convergência dos sistemas tributários responde, portanto, às diretrizes emanadas de um ambiente externo preocupado com a própria lógica econômica ao interferir, de forma contundente, na formulação do sistema tributário.

O quadro tributário atual é marcado pela elaboração de sistemas pragmáticos em razão da necessidade que as economias têm de buscar soluções para problemas imediatos em função, justamente, desse ambiente de confronto e de escassez de recursos destinados à manutenção do Estado. Essa perspectiva importa, inexoravelmente, em prejuízos danosos à livre iniciativa, inibe a produção e reduz o poder aquisitivo dos indivíduos, degradando, dessa forma, as bases econômicas. É importante notar que esse diagnóstico se encontra na base das lamentações neoliberais e foi o *leitmotiv* dos expoentes das escolas norte-americanas do *Public Choice* e da Escola de Chicago, a partir dos anos setenta do último século.

É necessário lembrar, porém, que a análise acima, se encontra incompleta. Os atuais sistemas tributários são produtos de uma longa evolução e esse percurso tem como marco delimitador, a construção do pensamento tributário liberal e social-democrata no Século XIX para, posteriormente, sofrerem contestação que deram origem à pós-modernidade. Desse labor, como se verá mais adiante, surgiram os princípios basilares da moderna tributação como a teoria do benefício e a capacidade contributiva, pilar da noção de sociedade solidária, ao pregar a igualdade de todos pelo tributo. Assim, para uma melhor compreensão do fenômeno tributário, é preciso fazer um sobrevôo sobre o período que daria uma das mais significativas contribuições para a nova visão do processo de financiamento do Estado. Somente essa abordagem poderia permitir a busca soluções para uma melhor compreensão da dinâmica tributária e contornar as agruras vividas pelos atuais formuladores das políticas tributárias em consequência da visão estreita da dinâmica do sistema tributário.

a. O tributo na ideologia liberal do Século XIX e o discurso do Estado- mínimo

A doutrina do *laissez-faire* tem seus fundamentos assentados na liberdade que os indivíduos têm para buscar no mercado o seu bem-estar e auferir as vantagens que consideram como resultantes de suas competências. É a própria essência da definição do homem econômico. Ao Estado, caberia apenas a garantia ao direito à propriedade, à liberdade e a proteção àqueles que, tendo renunciado à sua liberdade individual em prol de uma vida coletiva, aderiram ao contrato social.

Surge, assim, a noção do Estado-policial ou *État gendarme* que impunha, em contrapartida, o ônus pela sua manutenção. Os formuladores daquele modelo incipiente de Estado entendiam que os indivíduos, na busca de suas realizações e vantagens, encontrariam no mercado os mecanismos necessários ao equilíbrio da produção e da distribuição da renda por meio da mão invisível reguladora dessas forças.[2] O mercado seria, então, o único meio para os indivíduos alcançarem o seu bem-estar econômico.

A noção do imposto como instrumento da troca realizada entre o Estado e o cidadão-contribuinte decorrente do contrato social seria, segundo os liberais, uma contrapartida em segurança e direito à propriedade garantidos pelo Estado. Nessa hipótese, a justa medida da contribuição do cidadão não teria, contudo, bases científicas para identificar a utilidade retirada por esses dos bens públicos ofertados pelo Estado. Os princípios da Teoria do Benefício, ou em sua acepção mais atual, o princípio da equivalência ou, ainda, o imposto-preço, expõem com muita clareza o alcance da visão liberal do tributo, o que consagrou a difusão do modelo do Estado mínimo.

b. A tributação no ideário social-democrata: o advento da sociedade solidária e a reafirmação da progressividade

Como ressaltado acima, as forças do mercado se revelaram incapazes de promover a justa distribuição da renda e o devido equilíbrio da produção, afetando, dessa forma, o bem-estar dos indivíduos e contrariando, talvez, o contrato social que sucedeu ao Estado natureza. Os conflitos ocorridos entre o capital e o trabalho, após a Revolução Industrial, exporiam mais claramente esta situação. O Estado foi chamando a preencher as lacunas deixadas por um mercado em permanente desequilíbrio e incapaz de suprir as necessidades de bem-estar dos indivíduos. Esse quadro crítico levou à passagem do *État gendarme* para o Estado intervencionista. O avanço verificado nas conquistas do proletariado nascente representaria um abandono do ideário liberal em proveito da expansão do Estado. Essa transição lançaria as bases do Estado-providência. Com efeito, a elaboração de uma legislação social voltada para a eliminação dos desequilíbrios entre as forças do capital e do trabalho exigia, por outro lado, os recursos econômicos necessários à manutenção daquele novo modelo de burocracia social. Como figura de proa, a Alemanha de Bismarck não via outra forma de desenvolvimento econômico e social sem o equilíbrio harmônico dos diversos segmentos que compunham a sociedade alemã. Sem dificuldades, poderíamos estabelecer um elo entre o *Sozialpolitik* desenvolvido na Alemanha e a teoria elaborada por Keynes na primeira metade do Século XX, que pregava a necessidade intervenção estatal para correção dos desequilíbrios macroeconômicos. Em realidade, o Estado era considerado por Wagner o segurador natural dentro da burocracia social alemã que preconizava, ainda, que “o sistema fiscal deveria corrigir as injustiças distributivas do mercado com o imposto de renda progressivo e a taxação dos enriquecimentos sem causa(a mais-valias).[3]” No mesmo diapasão, Daniel acrescenta que Wagner considerava a história alemã no Século XIX como sendo a da construção de um Estado em torno do qual a ação econômica deveria estar centrada e destacava o seu papel de proteção e de coesão social.[4]

O início da expansão dos gastos públicos em bases modernas seria responsável pelas transformações ideológicas que alcançariam a segunda metade do Século XX e que foram antevistas nas obras pioneiras de Mises e Hayek.[5] Em decorrência, a contestação do Estado-providência teve como combustível as lições desses economistas e a forte crise econômica internacional iniciada em 1973.

II - A NOÇÃO DE PROGRESSIVIDADE NA DOUTRINA LIBERAL, SOCIAL-DEMOCRATA E NA PÓS-MODERNIDADE

A progressividade evoluiu junto com a tributação e com o próprio Estado. Ao lado do princípio político do consentimento ao tributo, despertou um debate controverso acerca do que seria o protótipo ideal de um sistema tributário voltado para a equidade e a justiça fiscal. Dos albos da tributação liberal à social-democrata, durante o transcurso do século das luzes, o instituto da progressividade se fez presente e alimentou uma polêmica eloqüente e não raras vezes imbuída de fundamentos doutrinários sólidos, tanto de um lado como do outro. Por isso, deve-se analisar esse instituto a partir dos valores liberais e social-democratas. Sem desprezar a abordagem pragmática própria da pós-modernidade, como se verá adiante, é importante notar que a influência daquelas ideologias ainda ecoa nesse começo de Século XXI.

Nas fileiras liberais, a configuração do sistema tributário foi delineada a partir da necessidade de adaptação aos novos modos de produção e de comercialização introduzidos pela Revolução Industrial, o que importou em uma rejeição ao modelo fisiocrata, cuja vertente principal estava voltada o liberalismo agrário.[6] Assim, a percepção liberal da progressividade nasce, justamente, desses novos modos de produção e de comercialização, onde se identifica a primazia absoluta dos valores do livre mercado. Seria a busca da eficiência por meio do tributo. Estavam lançadas as bases do liberalismo industrial, contrário aos valores fisiocratas. Na esteira dos novos modos de produção, a afirmação do livre-cambismo no Século XIX levou à redução dos tributos aduaneiros, o que desviou o foco para a tributação sobre a renda. Assim, pode-se afirmar categoricamente que a tributação sobre a renda e a progressividade teve parte de suas origens no próprio liberal. Prevaleceram os ideais do livre-comércio. Nessa perspectiva, somente o imposto progressivo sobre a renda evitaria o abandono da experiência de abertura do comércio e garantiria ainda, a paz social e a prosperidade dos negócios, segundo Say.[7] Na sua contribuição sobre o tema, Say definiu cinco regras da política tributária liberal para definir a qualidade indispensável à eficiência do imposto, dentre elas aquela que dispõe sobre a repartição equânime do fardo tributário. Desse modo, verifica-se mais uma vez a nítida preocupação liberal com a progressividade.

Como alertado acima, a controvérsia ditou o tom acerca da progressividade naquele período. Leroy-Beaulieu expôs que “o imposto progressivo é arbitrário no sentido de que não se saberia como fixar a progressão ou aonde interrompê-la. Se ela não é interrompida, acabará por absorver a totalidade da renda”.[8] Por sua vez, Proudhon, no seu projeto de sociedade, ao comentar sobre a teoria do imposto-troca, conceito que possui ligações estreitas com o Estado mínimo, afirmou que a progressividade foi

imaginada somente para dar um verniz de filantropia ao imposto e para aplacar o pudor dos ricos. [9] Indo mais longe, Proudhon arremata que a progressividade seria a desorganização da sociedade pelo imposto.

Do lado social-democrata, não foram verificadas vozes dissidentes como aquelas ocorridas nas fileiras liberais. Houve uma unanimidade geral em torno da matéria. Desde cedo, o intervencionismo estatal, marco inicial da social-democracia, tinha como escopo principal, em função das regras injustas de redistribuição do mercado, a redução das desigualdades. Essa talvez tenha sido a razão principal da passagem do Estado mínimo para o Estado intervencionista. Definido o tributo como único meio de favorecer a redistribuição da renda, os social-democratas acrescentaram ainda as funções alocativas e estabilizadoras como finalidade primordial do sistema tributário. A incompatibilidade entre justiça social e os mecanismos do mercado, levaram a intervenção, justamente, por meio desses mecanismos corretores. Embora seja possível estabelecer uma conexão entre o aumento das desigualdades da renda e a diminuição das alíquotas mais elevadas, como é o caso da alíquota marginal, as razões permanecem no campo teórico uma vez que nessa hipótese, os formuladores da política fiscal introduzem determinadas distorções com o intuito de ressaltar essas desigualdades.

Nesse diapasão, esse pressuposto confirma que o sistema tributário é uma ferramenta que pode determinar o grau de desigualdade desejado entre os seus membros. Enfim, a desigualdade jurídica satisfaz o sentimento de equidade do grupo social pois ao se adotar mecanismos tais como a personalização da carga tributária, reafirma-se a equidade horizontal e vertical.

É preciso observar que a passagem do Estado mínimo para o Estado intervencionista teve como objetivo principal, a criação da grande sociedade solidária a qual repousa sobre as funções básicas do Estado, mencionadas nesse desenvolvimento. Antes, a teoria do benefício, de conotação liberal, restringia o sacrifício fiscal do cidadão à justa medida da contrapartida oferecida pelo Estado. Com o fim do desequilíbrio entre capital e trabalho, decretado pela intervenção estatal, temos a produção de leis sociais de proteção aos trabalhadores, em nítida desvantagem na relação capital-trabalho. Não seria possível promover o desenvolvimento econômico em uma sociedade em desequilíbrio permanente. Seria preciso, então, o concurso de toda a sociedade para por fim aquele estado de coisas. Nasce, dessa forma, a sociedade solidária. Todos seriam chamados a contribuir, na justa medida da sua capacidade econômica e com base na repartição equânime do fardo fiscal, segundo Say. Ocorreu, assim, a consagração do princípio da progressividade como um dos esteios do tributo enquanto mecanismo de igualdade e de solidariedade social.

Deve-se observar que a consolidação desses ensinamentos levou o intervencionismo a um lugar de destaque no estudo das finanças públicas modernas. Entretanto, essa mesma consolidação levou à derrocada parcial da progressividade devido aos questionamentos incessantes dos neoliberais sobre os excessos intervencionistas dos Estados. Os fatos econômicos ocorridos a partir dos anos setenta do Século XX, nos estertores dos “Trinta Gloriosos”, dariam razão às guarnições neoliberais. A interrupção da escalada vertiginosa da progressividade e a contestação da grande sociedade solidária se daria, não em função da pregação dos seguidores da *Sociedade do Mont Pélerin*, mas da onda globalizante que varreu o mundo a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A par dessa constatação, não seria demais lembrar que a pregação da escola austríaca não

conheceu ainda o seu ocaso. Ela persiste apesar de ter sido decretado o fim das ideologias em proveito da pós-modernidade. Contudo, foram os efeitos da globalização os responsáveis pelo declínio dos estados sociais. Não há como associar globalização e neoliberalismo. São movimentos desencadeados simultaneamente e que se consolidaram, de forma paralela. Porém, suas origens são diferentes.

III - BREVES JUSTIFICATIVAS ACERCA DA PROGRESSIVIDADE DIANTE DA PROPORCIONALIDADE

O mecanismo da progressividade está no fato segundo o qual a mobilidade da base tributável é acompanhada pela mobilidade da alíquota. Por sua vez, a proporcionalidade supõe que, qualquer que seja a base de cálculo, a alíquota será sempre a mesma. Sem dificuldades, a análise açodada levaria à constatação dos benefícios da progressividade. Entretanto, segundo o fundamento da proporcionalidade seria possível afirmar que um indivíduo em comparação a um outro, contribui mais em razão proporcional de sua renda. A aplicação da mesma alíquota sobre bases diferentes, resultará sempre, em um montante superior. Com explicar então, os efeitos da progressividade diante da proporcionalidade?

Nesse caso, é preciso recorrer à noção de utilidade para explicar o crescimento do sacrifício fiscal junto com a base tributável. A utilidade que um indivíduo retira de uma determinada soma varia em função inversa da sua renda. Se esta perspectiva for levada para a tributação sobre o consumo, modalidade reconhecida como proporcional e regressiva, teremos a confirmação do que foi afirmado acima. Se os desiguais sofrem uma carga tributária idêntica, estaria ocorrendo uma igualdade entre os desiguais, o que descartaria a equidade vertical. Por conseguinte, é possível afirmar que a função de utilidade diferente justifica a repartição da renda por meio da progressividade. Assim, indivíduos desiguais retiram uma utilidade desigual de um valor semelhante, correspondente a uma carga tributária regressiva.

IV - PROGRESSIVIDADE: PALIATIVO PARA TODOS OS MALES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO?

De forma categórica, pode-se afirmar que a progressividade tem sido apontada como a única possibilidade de correção das imperfeições dos sistemas tributários. Presença constante na literatura e nos debates acerca do papel e do alcance do tributo na sociedade, o fenômeno da progressividade seria o único meio de tornar o fardo fiscal mais justo e equânime. Todos apontam os efeitos benéficos da progressividade, onde a construção do tributo no ideal social-democrata do Século XIX encontraria a sua afirmação. A grande sociedade solidária, na qual aqueles que tivessem melhores faculdades econômicas contribuiriam para a manutenção da paz social e para o desenvolvimento econômico de forma equilibrada do conjunto de toda a sociedade.

Seria o florescimento de uma sociedade justa e fundada nos valores da solidariedade. Trata-se de uma utopia, talvez. Contudo, a história tem demonstrado que ainda não se chegou a um modelo justo do sistema tributário. Se o liberalismo contribuiu para a construção de um sistema tributário voltado para os ideais do livre-mercado, a social-democracia buscou reafirmar os valores humanísticos da sociedade. Neste caso, talvez houvesse um equilíbrio perfeito entre uma e outra ideologia.

Entretanto, ao longo do Século XX assistiu-se ao embate entre essas forças para, ao afinal, descortinar um novo horizonte que seria o da pós-modernidade, o qual refutou, pelos menos teoricamente, os caros valores do passado. A progressividade sofreu um revés importante que decorreu da manipulação ocorrida nos sistemas tributários para adaptá-los às injunções dos organismos internacionais, à mobilidade das bases econômicas e às necessidades de redução do setor público, elementos que compõe a lógica inexorável da globalização, notadamente a partir da segunda metade do Século XX. A partir daí, a progressividade sofreu um ataque por parte do Estado, enquanto fornecedor do bem público denominado sistema legal. Pressionado por essas forças, o Estado foi levado a definir uma nova tipologia de seus sistemas impositivos. A abordagem analítica do sistema tributário leva à comparação dos elementos econômicos clássicos como a renda, o patrimônio e o consumo. A partir da mensuração dessas variáveis é que podemos definir o perfil do sistema tributário. O comportamento de cada modalidade é que define a tendência do sistema tributário. A partir desta avaliação é que se poderá definir os seus efeitos regressivos, progressivos e de justiça fiscal. A acirrada concorrência entre sistemas tributários tem demonstrado que a atenuação dos elementos expressivos da riqueza, como o patrimônio a renda proveniente de ganhos de capital, incluído nesse caso, as mais-valias, dividendos, remessa de lucros, dentre outros, tem resultado na repercussão do ônus tributário sobre quem não tem como evitá-lo. Nesse caso, a renda proveniente do trabalho assalariado e da tributação sobre o consumo não dispõem de qualquer possibilidade para evitar a incidência tributária. Desta afirmação, depreende-se que o processo de internacionalização descrito acima, colocou em lados opostos, contribuintes globalizados e não-globalizados e retirou dos Estados, parte de sua soberania tributária, tornando-os permeáveis às mudanças verificadas no cenário internacional.

A margem de manobra necessária à implementação de políticas voltadas para as funções essenciais do tributo não estão mais ao alcance desses estados. Com isso, foram adotadas medidas com vistas à obtenção de resultados imediatos. Essa desconstrução do tributo jogou por terra toda a teoria que sustentava o sacrifício fiscal como forma de expressão cívica. Daí em diante, a tributação entrou na via do pragmatismo, abandonando os parâmetros que regeram por décadas, o seu viés político.

Não obstante esse revés, o qual não foi percebido na sua essência pelo grande público, o fato é que a progressividade continua no centro dos infindáveis debates que têm marcado diversas economias. Trata-se, em realidade, de uma vã tentativa em face do quadro exposto anteriormente. Não há sequer uma única palavra de ordem contra esse mecanismo que, se nos primórdios da tributação moderna, constitui-se em bandeira da igualdade de todos diante do tributo. Contudo, deveria, pelo menos, ser analisado sob diversos ângulos. Entretanto, qualquer que seja a cor ideológica ou a abordagem pragmática, todos clamam pela instauração da progressividade como única forma de remediar os males na redistribuição da renda. Não são identificadas vozes dissonantes nessa pregação. Aliás, o mecanismo da progressividade, em diversos países, tornou-se

até mesmo um patrimônio político. Com isso, além da reafirmação falsa de consolidação do princípio do consentimento ao tributo, as promessas de redução da carga tributária e de redistribuição da riqueza compõem um cenário de ilusão. Os responsáveis pela formulação do processo legislativo, que culmina na disponibilização do sistema legal, passam de imediato, a sofrer influência direta dos grupos de pressão. Sem dúvida, esses influenciam a modelagem do sistema legal, onde se encontra também o sistema tributário e ditam a sua conduta segundo a vontade de grupos organizados.

Como conciliar as diferentes forças que intervêm na formulação da política tributária? Se de um lado, os detentores da riqueza temem pela chegada ao poder de pessoas que possam instaurar um regime de progressividade como meio de tomar as suas riquezas, por outro lado, esses mesmos detentores de riquezas, integrantes que são dos grupos de pressão, passam a dominar a produção da norma. Nesse caso, o sistema tributário reflete as suas estratégias. Portanto, uma indagação se impõe neste cenário de dominação. Como seria ainda possível discutir progressividade diante da hipocrisia política e em face do desconhecimento absoluto dos efeitos deste mecanismo?

O capital político da progressividade, envolto em um universo de contradições e diante do consenso inexistente, embora os fatos políticos procurem demonstrar o contrário, nos leva a refletir sobre essa unanimidade. Em verdade, se os reformadores tributários pregam a progressividade como a única via para assegurar a função redistributiva do sistema tributário, por outro lado, sabem da impossibilidade de tais promessas diante do novo Estado e da ingerência internacional. Por isso, o perfil dos sistemas tributários demonstra que vivemos mais em um mundo regido pela proporcionalidade do que pela progressividade. Em face da impossibilidade de instauração de um sistema amplamente progressivo, tornou-se uma utopia o discurso registrado nos debates sobre reforma tributária.

V - OS EFEITOS DISTORCIVOS DA PROGRESSIVIDADE

Quais seriam efetivamente os efeitos perversos da progressividade, já que na outra via, o mecanismo tornou-se uma unanimidade? Sem atacar a questão política da progressividade, o que já foi demonstrado acima, caberia analisar os seus efeitos nefastos sobre institutos sagrados da tributação, como é o exemplo da neutralidade. Se o tributo modifica as decisões de consumo, de produção ou de investimento dos agentes econômicos, não há que se falar em neutralidade. É importante observar que o excesso de progressividade inibe os indivíduos a trabalharem mais em face do custo tributário de tal decisão. Nesse caso, o deslocamento do indivíduo dentro da grade de alíquotas que compõe a tributação sobre a renda, o incitaria a abandonar a iniciativa havendo aí, uma incidência tributária sobre a sua decisão. Nesse caso, se a questão for remetida para os sistemas tributários onde a alíquota marginal é elevada, o agente econômico reagiria de forma negativa, inclusive no que se refere à sua propensão ao consumo de produtos de luxo. Contestado por muitos, sendo inclusive objeto de tributação progressiva, os produtos de luxo são, no entanto, a garantia de trabalho e é um importante mercado consumidor.

Ao se abordar aqui, elementos da análise macroeconômica e microeconômica do tributo penetra-se nos dois mundos da análise dos sistemas tributários. Ambas as perspectivas

estão estreitamente relacionadas com as variáveis do consumo, da renda e do mercado de trabalho ou da progressividade como meio de assegurar a equidade entre contribuintes.

Ora, é por mais discutido que o intervencionismo fiscal é o meio capaz de eliminar os desequilíbrios macroeconômicos. Nesse caso, seria útil citar os efeitos da espiral preço-salário sobre o mercado. Esse mecanismo contém diversas variáveis macroeconômicas tais como os níveis do poder aquisitivo dos indivíduos, o nível de inflação, os dados sobre o consumo, o custo de produção, dentre outros. Uma determinada medida que vise a elevar o nível de progressividade geraria efeitos sobre esta espiral. Quais seriam? O aumento do custo de trabalho, por exemplo, em função do aumento da carga tributária, levaria a um aumento dos preços, à redução do poder aquisitivo dos indivíduos, elevaria a inflação e reduzia competitividade das empresas. Com isso, haveria uma demanda por aumentos salariais para retomar o poder aquisitivo e, em função do desaquecimento do consumo, haveria uma redução das receitas tributárias. Nessa hipótese, haveria um incremento do déficit público. Trata-se aqui de uma análise restrita. Em verdades, outras variáveis não menos importantes poderiam ser incluídas neste cenário.

Analisando, por exemplo, a tributação progressiva sobre os salários mais altos, haveria um risco de perda de eficiência econômica. Os altos salários estão sempre relacionados aos indivíduos com maior qualificação. Por isso, haveria um aumento do custo relativo do trabalho qualificado, o que poderia levar as empresas a dar prioridade ao trabalho pouco qualificado. Na hipótese de se adotar uma política de redução das desigualdades, por meio da progressividade, ocorrerá uma perda de eficiência como demonstrado acima. Contudo, estará atenuado o sentimento de injustiça do sistema tributário. Dessa forma, a proposta de introdução o incremento da progressividade, poderia soar ingênua em determinadas situações. A instauração de regimes progressivos deve merecer uma análise mais profunda acerca de seus desdobramentos nas políticas macroeconômica e microeconômica.

CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento acima, procurou-se demonstrar a riqueza do debate que envolve o instituto da progressividade. A construção desse conceito foi iniciada por ocasião do fértil período que marcou o século das luzes, tendo o tributo recebido toda a influência das escolas liberal e social-democrata. Com isso, incorporou-se ao rico debate produzido desde então. Além disso, esteve presente na reafirmação dos ideais de solidariedade na República de Weimar, passou pelo keynesianismo e firmou-se na construção do novo modelo do Estado-providência do pós-guerra até a sua contestação a partir dos anos setenta do século passado. . Apesar das contradições do papel do novo Estado, tem tido lugar cativo na pregação dos reformadores tributários. Estes, sem atentar para outras dimensões da progressividade, insistem nos efeitos milagrosos do fenômeno como única via para o alcance de um sistema tributário justo e redistribuidor. Já foi dito que a adoção de conceitos já pacificados é um risco para a análise científica da evolução do tributo na sociedade, como é o caso de debate unânime em torno da progressividade. Em face deste mote contínuo e da reduzida capacidade do Estado que,

aliada à ação de grupos que dominam a formulação sistema legal, a progressividade tornou-se um mito.

· Doutor em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Paris XI-Sud e professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Pierre. La pensée libérale et l'impôt au XIXe. Siècle en France. Paris: Revue Française de Finances Publiques, 84 , 2003, p. 23-41.

BOUVIER, Michel. Introduction au droit fiscal et à la théorie de l'impôt. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

DANIEL, Jean-Marcl. Pensée économique: Wagner et la croissance de l'État. Le Monde Économie: 22.10.2002.

FALCÃO, Maurin Almeida. A tríplice convergência dos sistemas tributários. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, Vol. 1, nº 2, 2006, p. 184.

FALCÃO, Maurin Almeida. - A construção do tributo no pensamento liberal e social-democrata do Século XIX, 2007. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. (No prelo)

PARIENTY, Arnaud. Fiscalité, l'impossible réforme?. Paris: Le Monde Édition, 1997.

PEREIRA, José Matias. Finanças Públicas. São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.

ROSANVALLON, Pierre. A crise do Estado-providência. – Goiânia; Editora UnB/Editora UFG, 1997, p. 130.

[1] Maurin Almeida Falcão. A tríplice convergência dos sistemas tributários. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, Vol. 1, nº 2, 2006, p. 184.

[2] Pereira, José Matias. Finanças Públicas. São Paulo: Atlas, 1999, p. 80.

[3] Rosanvallon, Pierre. A crise do Estado-providência. – Goiânia; Editora UnB/Editora UFG, 1997, p. 130.

[4] Daniel, Jean-Marcl. Pensée économique: Wagner et la croissance de l'État. Le Monde Économie: 22.10.2002,

[5] Obras elaboradas segundo as influências da escola austríaca e que se tornaram referências no estudo do neoliberalismo. **HAYEK** escreveu “O caminho da servidão” e **MISES** “*Uma Crítica ao Intervencionismo.*”

[6] Falcão, Maurin Almeida. - A construção do tributo no pensamento liberal e social-democrata do Século XIX. (No prelo).

[7] BELTRAME, Pierre. La pensée libérale et l'impôt au XIXe. Siècle em France. Paris: Revue Française de Finances Publiques, 84, 2003, p. 24.

[8] BELTRAME, Pierre, op. cit, p. 24.

[9] BELTRAME, Pierre, ibid.

PLANEJAMENTO ESTATAL APLICADO - AS AQUISIÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO*

STATE PLANNING APPLIED - THE PUBLIC ADMINISTRATION ACQUISITIONS AND THE DEVELOPMENT ECONOMIC

Wander Henrique de Almeida Costa

RESUMO

Em suas raízes históricas, o Estado foi constituído para garantir o desenvolvimento do comércio e da indústria que por sua vez se constitui na fonte do desenvolvimento econômico e social atual. Através dos tempos o Estado foi se organizando em todos os seus setores, inclusive nas compras, chegando ao modelo atual com todo um aparato normativo formalizado para assegurar que as aquisições sejam feitas dentro dos princípios constitucionais da Administração Pública inseridos no caput do art. 37 da Carta Política de 1988, princípios estes assim determinados como sendo da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

O artigo busca apontar as falhas existentes no planejamento estatal específico na área das aquisições em alguns setores da administração pública, e aviva a necessidade de se tratar adequadamente um tema tão importante para a administração com reflexos diretos na prestação dos serviços públicos para a sociedade e alcançando o desenvolvimento econômico devido à qualificação destes serviços.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO ECONOMICO POLITICA PLANEJAMENTO AQUISIÇÕES

ABSTRACT

In its historical roots, the State was formed to guarantee the development of trade which constitutes the source of the current economic and social development. Further in time the State began organizing in all sectors, including in shopping. Coming to the current model with all formalized norm to ensure that the acquisitions be made within the constitutional principles of legality, morality, impersonality and advertising.

The article shows the gaps in the State planning, that is specific in an area of acquisitions in some departments of public administration and following the specified norms in the legislation which is about the subject and it should be accomplished. These rules are in the constitutional text that inscribes natural consequence to be obtained, the good of life - economic development of society that presents itself as a consumer of public services provided by the State environment.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: DEVELOPMENT ECONOMIC POLITICS PLANNING ACQUISITIONS

1.INTRODUÇÃO

Este estudo sobre aquisições na administração pública e o desenvolvimento econômico busca apontar os equívocos existentes no sistema de aquisições nas administrações públicas, apontando para os administradores públicos, responsáveis pelas mesmas a forma de eliminar os erros. Através das aquisições é que a Administração fomenta a máquina administrativa estatal e faz o estado funcionar, seu movimento alimenta e projeta o desenvolvimento econômico e social da sociedade.

Em suas raízes históricas, o Estado foi constituído para garantir o desenvolvimento do comércio e da indústria que por sua vez se constitui na fonte do desenvolvimento econômico e social atual. Através dos tempos o Estado foi se organizando em todos os seus setores, inclusive nas compras. Chegando ao modelo atual com todo um aparato normativo formalizado para assegurar que as aquisições sejam feitas dentro dos princípios constitucionais da Administração Pública inseridos no *caput* do art. 37 da Carta Política de 1988, princípios estes assim determinados como sendo da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Na verdade, seguir todo o ritual insculpido com supedâneo nestes princípios constitucionais não é tarefa das mais simples, às vezes é bastante difícil, seja por ignorância ou indolência do administrador ou até propositadamente, para garantir vantagens ilícitas.

Este trabalho busca apontar estas falhas que compõe uma barreira para o desenvolvimento econômico estatal e de arrasto para a sociedade. Apontadas as falhas e os caminhos a percorrer garante-se com segurança maior economia e qualidade para as aquisições estatais, torna-se mais fácil o percurso e seguramente garante-se um desenvolvimento econômico com reflexos diretos na sociedade.

O artigo busca apontar as falhas existentes no planejamento estatal específico na área das aquisições em alguns setores da administração pública, estes setores são indubitavelmente as administrações públicas de menor porte, prefeituras, pequenas autarquias, sociedades de economia mista e fundações públicas. O estudo busca avivar a necessidade de se tratar adequadamente um tema tão importante para a administração com reflexos diretos na prestação dos serviços públicos para a sociedade e alcançando o desenvolvimento econômico devido à qualificação destes serviços.

1.INTRODUCTION

State Planning applied - the public administration acquisitions and the development economic try to indicate the defects in the acquisitions of administration and it is to a very specific audience - the public administrators, responsible for the acquisitions of administration. The acquisitions of administration is the fuel that feeds the

administrative machine and makes the State works, its motion is the economic and social development of society.

In its historical roots, the State was formed to guarantee the development of trade which constitutes the source of the current economic and social development. Further in time the State began organizing in all sectors, including in shopping. Coming to the current model with all formalized norm to ensure that the acquisitions be made within the constitutional principles of legality, morality, impersonality and advertising. Indeed, follow the whole primordial constitutional principles inscribed is not always a simple task, it is sometimes very difficult, whether by ignorance or laziness of the administrators or even purposely, to secure illegal benefits.

This paper is about these flaws that build a barrier to economic development in the State. Showing gaps and the ways to go in with security, guarantees the economy and quality for State acquisitions. The route becomes easier and certainly it guarantees the economic development with a direct impact on society.

The article shows the gaps in the State planning, that is specific in an area of acquisitions in some departments of public administration. These departments are for sure the public administration of smaller importance, city halls, small autarchies, companies of mixed economy and public institutions. Something appropriated has to be done from this observation, following the specified norms in the legislation which is about the subject and it should be accomplished. These rules are in the constitutional text that inscribes natural consequence to be obtained, the good of life - economic development of society that presents itself as a consumer of public services provided by the State environment.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS LICITAÇÕES

Basicamente a história da criação do estado começa no domínio pelo homem das técnicas da agricultura. O homem então nestes novos tempos não necessitava mais percorrer grandes distâncias em busca de seu alimento e por isso fixando-se em locais próximos às suas plantações, pode então se organizar melhor, com abrigos mais fortificados e confortáveis ao lado de arroios, riachos ou rios, com água abundante e corrente para lhe servir na manutenção da agricultura e de suas próprias necessidades.

Por ser um animal coletivo a proximidade de vizinhos sempre foi uma constante na história da humanidade, ajudando também na melhoria da segurança geral. O excesso da agricultura era levado para um local onde se fazia os escambos ou trocas. Assim quem produzia feijão apanhava um pouco de milho com seu vizinho plantador de milho, um pouco de arroz com outro vizinho e assim por diante.

Posteriormente com o avançar da experiência comercial o homem começou a comerciar com outras comunidades diversas das suas, apanhando mercadorias diferentes que não eram colhidas ou manufaturadas em sua própria comunidade, levando para outras o que lá não se via ou se tinha.

A evolução do comércio foi muito natural e de repente o mundo todo comerciava e as atividades mercantilistas foram ficando mais sofisticadas, inventou-se a moeda, caravanas trançavam pra lá e pra cá, logo começaram a ocorrer os assaltos e a atividade de mercancia que antes era coisa de vizinhos começou a ficar bastante perigosa, além disso, havia a necessidade natural de organizar e ordenar as coisas e foi se tendo a idéia da criação do Estado.

Para SOUZA, Washington Peluso Albino de, Questões polêmicas de direito econômico / Washington Peluso Albino de Souza, Giovani Clark – São Paulo; LTr, 2008, p.74/75, o capitalismo e Estado sempre foram interdependentes, sendo o Estado atual elaborado para sustentar as ações mercantilistas, citam Huberman (1986) que assim resume o assunto:

O mais rico é quem mais preocupa-se com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança.

O tempo passou e o Estado evoluiu naturalmente intervindo no domínio econômico e na prestação de serviço público, atuando em geral na segurança, saúde, previdência, transporte, agricultura, indústria, comércio. Para fomentar suas atividades o Estado executa uma atividade fiscal de cobrança de impostos, buscando o seu próprio desenvolvimento econômico e também da sociedade. Para prover suas ações nestes setores o Estado necessita adquirir bens uma vez que não produz, somente consome, e verificado que nestas compras incide o abuso com repercussões no empobrecimento do estado e enriquecimento ilícito de seus agentes, forjou-se regras que orientam o comportamento destes agentes nas aquisições.

Ocorre que este regramento para efetivação das aquisições pelo Estado, favorece o planejamento estatal, eis que seguindo as orientações legais, os agentes estatais cumprem um ritual próprio do que chamamos de planejamento. Sabemos bem que o planejamento é princípio básico da organização que fomenta o crescimento e o desenvolvimento econômico porque tudo que é feito de afogadilho e na pressa do improvisado tende a ser mal feito, desestruturado e com maior dispêndio financeiro, deixando sempre a impressão que está faltando alguma coisa.

Em outras palavras ocorrendo a necessidade oriunda da vontade política de se realizar uma obra ou um serviço, esta aquisição é planejada e o custo é levantado. Feito isso temos o que chamamos de orçamento. Dessa forma se há a vontade política de se construir uma ponte e se decide fazê-la se verifica o valor do custo da mesma e se inclui este valor num plano de gastos, a que denominamos hoje de lei orçamentária.

Esta lei orçamentária deverá estar em consonância com o que vai ser arrecadado pelo Estado, que separa a quantidade de dinheiro que se irá gastar para realizar a aquisição planejada e que será executada da seguinte forma, o chefe do Poder Executivo autorizado pela lei orçamentária determina ao setor estatal competente que inicie a aquisição do bem ou serviço, cumprindo assim a vontade explicitada na lei orçamentária, votada pelos representantes do povo.

As aquisições realizadas com planejamento, são forjadas sobre um projeto estudado nas minúcias, verificada as falhas e defeitos antes de ser empreendido, comparado preços, decotado o que vem de ser desnecessário, incluído apenas o necessário e após amadurecido é iniciado o processo de aquisição. Neste rito, torna-se evidente as vantagens para a Administração, iniciando-se pela redução da possibilidade de falha pelos diversos setores da Administração envolvidos na aquisição, tais como: setor de planejamento, compras, contabilidade, setor financeiro, assessoria jurídica e autoridade do ente estatal.

Em cada um destes setores, os processos de aquisição são verificados e submetidos a um tratamento específico por cada agente. No setor de planejamento o bem desejado é idealizado, projetado, formatado, aferido seus custos, incluído no orçamento do ente estatal, e afinal submetido ao processo de aquisição propriamente dito; no setor de compras, o objeto desejado começa a tomar forma e inicia-se sua aquisição, a partir da pesquisa de fornecedores e coleta dos preços, constatado os preços, o projeto é encaminhado para a contabilidade a fim de verificar se a aquisição está prevista e se encaixa no orçamento, posteriormente o projeto vai para a Assessoria Jurídica onde se viza as minutas dos editais e contratos, em seguida, o setor de compras realiza a seleção da melhor oferta, adjudica o bem, remete os autos para a autoridade a fim de ser ratificada toda a operação.

Veja-se, portanto que são diversas fases que necessitam da intervenção dos agentes estatais e sua preciosa atenção, gastando, portanto tempo para entendimento, preparação e intervenção. Desnecessário dizer que no afogadilho do imprevisto e da pressa estas intervenções são gravemente afetadas por erros e equívocos que são traduzidas em prejuízo direto para o Estado e indiretamente para a sociedade que o custeia.

Portanto ao editar a Lei 8.666/93 que regulamenta o processo de compra e contratação do Estado com terceiros, a legislação orienta o administrador sobre a necessidade de realizar o planejamento estatal de suas aquisições e de quebra impõe regras que visam ajustar o procedimento aos princípios constitucionais básicos da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para Giovani Clark (op.cit. p.29), “o formato atual do Estado, com a existência de três poderes independentes e harmônicos, surgiu com as revoluções burguesas para dar fim à acumulação das funções estatais na pessoa do rei absolutista. Todavia, recentemente, assistimos a um fenômeno inverso, ou seja, o retorno, em padrões ‘inovadores’, da concentração dos poderes do Estado no Executivo, originando, assim, um presidencialismo imperial ou uma ditadura pós-moderna”.

No Estado brasileiro existem três poderes constitucionais, convivendo “harmonicamente”: o Poder Executivo, O Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O Poder Executivo se constitui da União, dos Estados, dos Municípios e se pulveriza ainda através de suas respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

O Poder Legislativo se constitui do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores e finalmente, o Poder Judiciário se constitui dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, nestes dois últimos considerados os Juízes Federais e Estaduais. Portanto são dezenas de milhares de órgãos que constitui a Administração Pública *latu sensu* realizando de *per si* suas aquisições para movimentar essa gigantesca máquina administrativa que se constitui no estado brasileiro.

Nessa realidade é que se sobrepõe a lei que regulamenta as contratações no serviço público, podendo se afirmar que dezenas de milhares de órgãos não estão preparados e equipados para licitar e contratar com a transparência e a licitude que a lei impõe.

Giovani Clark (op. cit.) tratando do genocídio econômico, no capítulo III, define a prática de genocídio como sendo a transferência sistemática dos pobres para os ricos das riquezas existentes no país, devastando nações ou indivíduos, causando fome, desemprego e morte.

Argumenta que não existem políticas industriais ou agrícolas para as pequenas e microempresas assim como para os pequenos produtores rurais ou cooperativas. Sugere que para por fim às políticas exterminadoras devemos revolucionar o modelo sócio econômico atual pressionando para o reconhecimento do pagamento da dívida externa, acabar com o anatocismo, exigir a prática do comércio justo entre as nações, exigir o fim do império do capital especulativo em detrimento do produtivo, lutar pela aplicação da taxa TOBI, aplicação do imposto sobre as transações financeiras cambiais e enfim realizar uma cruzada mundial contra a corrupção.

Penso eu, que uma parte destes problemas apontados - a transferência sistemática dos pobres para os ricos das riquezas existentes no país, poderia ser resolvida pelo governo brasileiro resolvendo as falhas existentes no sistema de licitações. É fato notório que até bem pouco tempo atrás as obras e serviços licitados pelos poderes públicos eram divididos por pouquíssimos grupos econômicos, sendo os mesmos destacados tanto internamente quanto externamente, esse modelo é uma forma perversa de corrupção, eis que o Estado foi forjado para realizar o bem público, sendo que o favorecimento de grupos econômicos não se amolda na faceta do ideal sonhado na origem do Estado.

Algumas multinacionais tupiniquins têm origem exatamente no fato de serem quase que fornecedores exclusivos de serviços ou de bens para o Estado, recebendo em contrapartida a transferência das riquezas de forma maciça dos valores orçamentários destacados para compras ou serviços.

Tais grupos são facilmente identificáveis estando os mesmos presentes nos transportes urbano rodoviário, no transporte aéreo nacional, nas redes de comunicação de massa, nos grupos de fornecimento de saúde e principalmente junto às construtoras e empreiteiras das grandes e faraônicas obras públicas.

A economia nacional e o destino do povo brasileiro ao longo da história foram guiados por tais grupos. Essa constatação demonstra a verdade da origem da criação do Estado definida por Giovanni Clark em seu livro (op. cit.) – “o Estado e o Capitalismo sempre foram interdependentes sendo aquele criado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascentes”.

De fato, quando todo o planeta caminhava para fazer estradas ferroviárias, no Brasil, num plano nacional, ao contrário se preferiu as estradas rodoviárias, mesmo tendo uma topografia mais do que apropriada para o transporte ferroviário, privilegiando os grupos econômicos do transporte rodoviário – urbano e interestadual, as grandes fábricas e montadoras de automóveis, as grandes empreiteiras construtoras de estradas de rodagem e os grupos internacionais fornecedores de petróleo, estes últimos eram denominados de as Sete Irmãs.

Esta definição pelas estradas de rodagem em preterição das ferroviárias se fez nos idos dos anos sessenta e seus efeitos estão sendo sentidos de forma mais aguda neste início do século vinte e um, sendo que de certeza o que se tem é que na divisão do bolo todo mundo comeu mas quem está pagando a conta é o povo brasileiro.

No plano municipal um bom exemplo da interferência do poder econômico privado nas políticas públicas para se beneficiar com a transferência de riquezas de muitos para as mãos de poucos é percebida na escolha que se fez pelo transporte rodoviário ao metroviário.

De fato, quando nas grandes capitais brasileiras, como Rio e São Paulo, nos idos dos anos 70, se cavavam buracos para implantação de metrô, na terceira maior cidade do país – Belo Horizonte, nem se cogitava isso. Os efeitos disso estão sendo sentidos agora em decorrência da absoluta falta de transporte público adequado para o deslocamento diário e permanente de uma massa de mais de três milhões de pessoas, realizado em veículos particulares e ônibus urbanos.

Em suma, hoje vemos o quanto o povo brasileiro sofre com a inexistência de políticas públicas de transporte de massa. Em Belo Horizonte, por exemplo, o transporte público é indigno e humilhante para as grandes massas que se acotovelam aos milhares nos ônibus rodoviários ou no tumulto do caótico trânsito, deixando saudade da antiga e pacata cidade.

As políticas públicas realizadas em benefício de grupos econômicos têm variadas facetas e uma delas é a de abandono de determinadas áreas em que o Estado deveria atuar, permitindo o avanço da iniciativa privada em campos próprios da atuação estatal. Exemplo disso se vê na política de saúde pública, onde apesar do Estado ter obrigação constitucional de atuar, não atua, permitindo o avanço da iniciativa privada neste campo.

Neste quadro portanto, onde poucos grupos econômicos recebem as benesses das riquezas existentes, alguma coisa deve ser feita para que o bolo seja repartido entre mais pessoas, levando desenvolvimento econômico para todos os cantos deste imenso território nacional.

A distribuição de riquezas pode ser feita com uma boa política pública de licitação. A bem da verdade muita coisa está sendo feita, sendo visível uma evolução em alguns aspectos. A excelente idéia do pregão, que é um leilão ao contrário começa a refletir na alteração sistemática dos vencedores nas licitações. Mas para chegar a esse patamar se trilhou um longo caminho.

4. DESVIRTUAMENTOS NO JOGO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Em plena ditadura militar, instalada no país em meados dos anos 60, as aquisições e os contratos de obras e serviços foi regulamentado pelo Decreto-Lei 200, de 1967, sendo substituído posteriormente pelo Decreto-Lei 2.300 de 1986 e mais recentemente pela Lei 8.666, de 1993.

Atendo-se à última norma, a mesma estipulava que a contratação de obras e serviços para o poder público deveria ser precedida de licitação para seleção da proposta mais vantajosa para o licitante – no caso o Estado, que representa o conjunto da sociedade e está simbolicamente instalado para prover o bem público.

Esta lei que solitária regulamentava a licitação no país estipulava que as licitações poderiam ser realizadas mediante as seguintes modalidades – por carta convite, tomada de preços ou concorrência, e poderiam ser dispensadas ou inexigíveis dependendo de certas circunstâncias.

O desvirtuamento no jogo das licitações públicas ocorria e ocorre com muita frequência nos casos de convites e dispensas, por razões óbvias.

No primeiro caso, da Carta-Convite, o Administrador convida no mínimo três pessoas, físicas ou jurídicas, do ramo de prestação do serviço ou fornecimento do bem objeto da licitação para apresentarem propostas em dia e hora determinado, sendo adjudicado o objeto para a pessoa que apresentar a proposta de menor preço, o que no caso significa a proposta mais vantajosa para a administração pública. Ocorre que na prática essa proposta pode estar viciada, com preços super faturados através de arranjos entre os licitantes. Há registros de casos em que empresas de um mesmo ramo se agrupam em associações para combinarem preços e partilharem serviços públicos. Portanto esta modalidade de licitação não possui barreiras que possam assegurar um procedimento imune a combinações.

No segundo caso, da dispensa de licitações, a legislação lista inúmeras possibilidades nas quais o procedimento de disputa é eliminado. Na maioria das vezes a Administração utiliza-se do fundamento da urgência para bloquear a disputa. Ocorre que a urgência no pensamento do legislador adviria de fatos alheios à vontade do administrador, como por exemplo, o bloqueio de uma estrada decorrente da queda de uma barreira, onde imediatamente deveria ser contratada uma empresa para repor a via em funcionamento. Obviamente não haveria tempo hábil para realizar todo o procedimento de licitação sem grave prejuízo ao bem público, de livre acesso à estrada. Nesse caso, a lei admite a contratação sem prévia licitação, decorrente da urgência da medida.

Todavia, na maioria das vezes a urgência da medida é causada pela negligência do Administrador que não toma em tempo hábil as medidas que deveria, de modo a evitar que aquela situação de urgência ocorresse. Tomando novamente o exemplo acima, podemos supor que a situação da queda de barreira já seria prevista e trabalhos de escoamento nas margens das estradas já estariam inclusive incluídos no orçamento do poder público municipal para evitar as referidas quedas de barreira, porém foram atrasados propositadamente para que o fato ocorresse e a contratação para o serviço viesse a acontecer sem a realização de licitação, sob o fundamento da urgência.

Para evitar casos como desses relatos, o legislador vem aperfeiçoando a legislação com normas mais rígidas e inteligentes onde se busca evitar a manipulação das licitações, busca-se também através de fiscalização exercida por seus órgãos de controle externo coibir a negligência capaz de fazer com serviços e obras sejam atrasadas, imputando responsabilidade ao Administrador que sem justa causa atrasa obras e serviços necessários com o fim de burlar a legislação.

Neste sentido e nessa busca pelo aperfeiçoamento inicialmente se criou o pregão presencial onde os candidatos a fornecedores eram convidados pela Administração para numa assembléia durante um determinado período fazerem ofertas de preços, como se fosse num leilão, vencendo o que se propusesse a fazer o serviço ou alienar o bem pelo menor preço.

Posteriormente esse modelo evoluiu para o pregão eletrônico, onde a presença física é substituída pela presença virtual em uma sala de bate-papo da Internet – a rede mundial de computadores, onde as pessoas conversam eletronicamente como se estivessem todas dentro de uma sala.

O grande mérito dessa modalidade – pregão eletrônico é que sendo a presença dos participantes meramente virtual, o mesmo pode estar sendo realizado no Rio Grande do Sul e estar concorrendo ao certame pessoas de todo o país.

Em minha atividade cotidiana realizada em Minas Gerais, onde moro, não raro constato o êxito em licitações de empresas sediadas em outras unidades da federação, demonstrando com isso que o pregão eletrônico está realizando além de outras funções, a distribuição de renda, uma vez que empresas sediadas em Estados com pouca tradição em prestação de serviços estão vencendo licitações e trazendo riquezas para regiões empobrecidas do Estado brasileiro.

5.DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Uma das grandes virtudes do pregão eletrônico indubitavelmente é afastar o jogo de cartas marcadas que sempre permeou as licitações nos serviços públicos, oferecendo chances iguais e reais a todos que estão aptos a desenvolver serviços e oferecer bens para a Administração Pública.

De fato, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 instituiu no âmbito da União, Estado, Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada pregão que vem a ser um leilão de forma inversa, onde os participantes do certame disputam o

objeto da licitação ofertando menores preços de modo que o vencedor será aquele que se propuser a prestar o serviço ou oferecer o bem pelo menor preço, observando-se que somente as empresas com seus débitos quitados com a Receita Federal, o INSS e o FGTS podem contratar com o serviço público.

Mais tarde, em 2005, através do Decreto nº 5.504, de 2005, o Governo Federal instituiu o pregão na forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns, o qual se transformou num grande instrumento de distribuição de renda e de licitude nas licitações públicas, pelos motivos acima alegados, devido à participação heterogênea nos certames de pessoas distribuídas por todo o país.

Como apontei mais acima, um pregão eletrônico que se realiza no sul do país pode ser vencido por uma empresa do norte do Brasil uma vez que não se faz necessária a presença física de um representante da participante na sala de licitações do órgão público, mas apenas a conexão de um computador na Internet, decorrendo disso uma participação democrática, transparente e que traz consideráveis diminuições nos custos das compras públicas.

O melhor de tudo é que empresas sem qualquer tradição em vencer licitações estão derrotando tradicionais prestadores de serviços públicos e via de consequência levando para seus estados e municípios a renda e o lucro dos serviços e compras realizadas fazendo com que receitas públicas anteriormente canalizadas para pouquíssimos e poderosos grupos econômicos sejam pulverizadas para todo o país.

Decorre desse fenômeno de pulverização de receitas públicas o desenvolvimento econômico em larga escala uma vez que toda a sociedade se beneficia e tem que se estruturar para a prestação de serviços ou fornecimento, envolvendo pessoas e empresas locais, criando uma grande rede fazendo com que o tecido social envolvido no processo se beneficie economicamente.

6.RETOMADA DO RITO LEGAL

Ao contrário das grandes corporações públicas, assim considerados a União, os Estados e alguns grandes Municípios, de um modo geral, os pequenos e diminutos poderes públicos que são obrigados a utilizarem-se do rito das licitações para realizarem suas compras e aquisições não estão preparados para realizar tais atividades.

Não possuem pessoal especializado, setores específicos e nem vontade política para tratarem do assunto com a seriedade que se esperava deles. De fato, apesar de termos uma legislação que trata do assunto de forma eficaz, o despreparo e a incúria administrativa pode jogar por terra toda a expectativa do legislador moderno que objetiva a licitude do procedimento casada com uma equilibrada distribuição de renda.

7.PLANEJAMENTO ESTATAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O planejamento estatal é indubitavelmente sinônimo de desenvolvimento econômico; tão importante no modelo atual do governo brasileiro que existe um ministério centrado não somente no planejamento, a saber: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Umbilicalmente vinculado ao planejamento encontra-se o orçamento. Após planejar as políticas públicas voltadas para o bem comum, é elaborada a lei orçamentária que será seguida no exercício seguinte ao ano em que a mesma é elaborada. Cumpre ao governo executar o orçamento da forma como foi planejada.

Para Maria Heliadora (2004), em artigo divulgado no site da internet *jus naviganti*, a atividade estatal tem forte influência no desenvolvimento econômico e social:

De todo modo, porém, em sentido amplo, toda atuação do Estado no âmbito da economia pode ser entendida como uma forma de intervenção, admitindo-se por atuação qualquer tipo de atividade institucional que reflita a participação direta ou indireta do Estado nesta seara. Por outro lado, em sentido restrito, referida intervenção somente ocorreria tendo em vista condições específicas e limites determinados em sua Lei Fundamental.

Para que as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico e social alcancem seus objetivos distribuindo renda de forma homogênea em todo o território brasileiro, seria importante que as milhares de administrações públicas existentes no país levassem mais a sério as atividades de compras e aquisições, destacando pessoal próprio para efetivação destas atividades, criando setores próprios de licitações e contratos.

Neste diapasão a gestão orçamentária planejada para ser executada pelos órgãos públicos seria simplificada mediante a remessa para estes setores do orçamento votado e aprovado, de modo que lhes incumbiria não somente fazer cumprir o orçamento. Desenhado o orçamento incumbiria aos setores próprios de licitações e contratos no âmbito das administrações públicas executar o orçamento, paulatinamente, de forma profissional, planejada, sem atropelos, com a máxima divulgação possível, fazendo com que a letra da lei seja cumprida, bem como o papel econômico e social do Estado de Direito alastrando o desenvolvimento econômico e social.

8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOUZA, Washington Peluso Albino de / CLARK, Giovani. Questões polêmicas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2008.

HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. Trad. Waltensir Dutra. 21. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. 313 p.

COLLAÇO, Maria Heliadora do Vale Romeiro. Do Direito ao desenvolvimento. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6038&p=2>. Acesso em: 24/09/2008.

**DIREITO AMBIENTAL E PROTEÇÃO DOS
RECURSOS NATURAIS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL:
UMA ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL ***

**THE STATE ENVIRONMENTAL DAMAGE CIVIL RESPONSABILITY: AN
ANALYSIS OF THE INTEGRAL RISK THEORY**

**Alessandro Martins Prado
Claudia Karina Ladeia Batista**

RESUMO

O tema proposto encontra amparo na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem como no dever por ela imposto ao Poder Público e à coletividade de zelar por tal equilíbrio. A importância da abordagem decorre da natureza de direito fundamental inerente ao meio ambiente, cuja preservação, repisa-se, incumbe a todos e ao Estado, que deve atuar diligentemente para prevenir, punir, reparar ou fazer com que se repare os danos ambientais causados por seus agentes ou por terceiros. Para o desenvolvimento do tema faz-se necessário analisar, à luz da Carta Magna, os dispositivos de lei que tratam da responsabilidade civil por dano ambiental, apresentar as características do meio ambiente e do dano a ele causado para, somente então, analisar as diversas teorias desenvolvidas para a classificação da responsabilidade civil decorrente do dano ambiental. Objetiva-se ainda demonstrar que a teoria do risco integral como informante da responsabilidade civil do Estado, como pretendem muitos autores, é alvo de críticas, conclamando o leitor a compreender a que a responsabilidade integral pode, em última análise, implicar na socialização dos prejuízos decorrentes do dano ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: DANO AMBIENTAL. MEIO AMBIENTE.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO INTEGRAL.

ABSTRACT

The topic to be discussed is supported by the ecologically balanced environmental protection – which is guaranteed by the Federal Constitution of 1988 - as well as by the obligation, imposed by this Constitution, on the Government and on the collectiveness in order to take care of this balance. The importance of this approach comes from the nature of the fundamental right concerning the environment, and to reiterate, its preservation is everybody and the State's duty. They must act diligently with a view to prevent, punish, repair or make the damages caused by their agents or others to be repaired. Aiming the development of this theme, first, it is necessary to analyze the Constitution and its laws related to the civil liability for environmental damage. After that, the characteristics concerning the environment and the damage caused to it should be examined. Subsequently, the several theories developed on the classification of the civil liability as consequence of the environmental damage should be studied. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

objective of this work is to demonstrate that the integral risk theory as an informant of the State civil liability - as some jurists intend to do – can be criticized. It is possible to happen because this interpretation instigates the reader to understand that the integral liability can, in the final analysis, imply in the socialization of the financial loss originated from the environmental damage.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL DAMAGE; ENVIRONMENT; STATE CIVIL RESPONSABILITY; INTEGRAL RISK THEORY

INTRODUÇÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida vem, há muito, sofrendo a ação indiscriminada do homem. Protegido de longa data em nosso ordenamento jurídico foi erigido à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988[1]. SARLET (1998, p. 52) o considera um direito difuso de terceira geração, acompanhado de outros autores[2].

Não obstante as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1947 já apresentassem alguns dispositivos regulando a exploração de recursos naturais, SÁ e CARREIRA (1999, p.37) apontam que as previsões constitucionais não se pautavam no intuito de preservação ambiental, mas representavam disposições de caráter utilitarista, destinadas a regular os aspectos econômicos que envolviam a exploração de recursos naturais. A regulação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Carta Magna de 1988 tem estreita relação com a Declaração de Estocolmo de 1972, cujos ideais encontram origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos[3]. Ao contrário das que lhe antecederam, a atual constituição estabelece normas de direito ambiental fundadas em princípios preservacionistas. CANOTILHO (2008, p. 81) explana que o caráter de direito fundamental é verificado no aspecto formal e material. Formalmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser fundamental porque assim considerado pelo legislador constituinte. É materialmente fundamental por ser parte integrante da estrutura elementar do Estado.

Embora a preservação ambiental tenha ganhado maior conotação a partir de sua importância revelada no texto constitucional, a origem de sua proteção, segundo MILARÉ (2001, p.79), é classificada em remota e próxima. Tratando da origem próxima da preocupação ambiental, a evolução legislativa data de pouco mais de um século, embora tenha se tornado objeto de maior importância em razão do desejo desenfreado de crescimento no pós-guerra. Quanto à origem remota, já se verifica preocupações ambientais com proibição de corte de árvores em Deuteronomio[4].

Ocorre que notadamente após a Revolução Industrial a interferência humana no campo ambiental tem se tornado cada vez mais freqüente. O desenvolvimento industrial indispensável ao crescimento econômico e social, nem sempre é pautado na sustentabilidade. Aliás, este termo ganhou relevo no cenário jurídico nacional após a Constituição Federal de 1988, que condicionou em seu artigo 170 a ordem econômica à defesa do meio ambiente, instituindo ainda possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços desenvolvidos.

Feita a primeira análise da proteção ambiental assegurada pelo legislador constituinte e pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, passa-se a considerar o meio ambiente e classificá-lo.

A expressão meio ambiente designa, segundo SILVA (2007, p.22) “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. O meio ambiente não se resume, portanto, à mera idéia já arraigada de recursos naturais finitos. Compreende, mais amplamente, o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico e urbanístico, além do meio ambiente de trabalho.

O direito ambiental segundo MACHADO (2005, p.126) aborda a sistematização e a interdependência da matéria, de modo que não deve compartimentar seus elementos, mas sim considerá-los parte de um todo. Não se pode, porém, ignorar as especificidades da água, da atmosfera e da fauna, por exemplo, mas buscar a integração destes elementos sob a égide do Direito Ambiental.

Muito embora a expressão meio ambiente seja de fato consolidada, há que se apresentar críticas a ela atribuídas a título de redundância, sob o argumento de que a palavra “meio” já compreende no sentido axiológico a palavra “ambiente”. O uso simultâneo das duas implica em pleonismo[5]. Apesar das críticas existentes, a expressão meio ambiente foi empregada na redação da Lei 6938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Acrescenta-se ainda que a expressão guarda em si a idéia intrínseca de ligação entre o homem e os elementos que compõem o meio em que vive, razão pela qual a expressão meio ambiente será empregada no desenvolvimento do presente trabalho, objetivando reforçar tal indissociabilidade.

A importância atribuída à preservação ambiental é fruto da constatação de que o ideal de qualidade de vida confronta com a utilização de certas tecnologias e modelos de gestão. A idéia inicialmente difundida de que o progresso tecnológico implicaria em melhoria da qualidade de vida já não é, há algum tempo, vista como absoluta. Segundo os autores LEITE e AYALA, discutindo acerca dos conflitos de interesse entre o progresso tecnológico e econômico e a necessidade de preservação do meio ambiente concluem que “é nesse espaço que se localiza com segurança o domínio do Direito Ambiental” (2003, p. 20).

A responsabilização civil dos causadores de dano ambiental tem por escopo assegurar o chamado direito de igualdade intergeracional, ou seja, permitir que as gerações futuras possam conhecer e usufruir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto é necessário que se ponderem os interesses da humanidade no incremento da economia e da produção industrial e a necessidade de preservação do meio ambiente. Somente através do desenvolvimento econômico fundado no crescimento sustentável é que se assegurará às gerações futuras o direito ao meio ambiente saudável e capaz de proporcionar não só a vida humana, mas a vida humana com dignidade.

O DANO AMBIENTAL COMO ENSEJADOR DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

Objetivando melhor compreensão das teorias que versam sobre a responsabilidade civil por dano ambiental é imprescindível conceituá-lo. O fundamento da relevância de apresentação de conceito encontra respaldo no pensamento do jurista alemão Robert Alexy. Segundo o autor, quanto maior a clareza analítico-conceitual, maior a racionalidade da ciência. Tal consideração se mostra ainda mais importante nas disciplinas diretamente relacionadas ou sujeitas a experiências empíricas (1997, p.30).

No Brasil o dano ambiental é previsto e definido no artigo 3º, II da Lei 6938/81(Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)[6].

Dano ambiental, segundo LEITE e AYALA (2003, p. 34), é “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamado meio ambiente [...] O dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”. Assim sendo, o dano ambiental para os autores “pode ser compreendido *lato sensu*, abrangendo também todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural” (2003, p.100).

Álvaro Luiz Valery Mirra, em sua obra *Ação Civil Pública e reparação do dano ao meio ambiente*, conceitua o dano ambiental como ofensa ao macrobem, de titularidade difusa e indisponível que, segundo o autor:

Pode ser definido como toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado(2002, p.89).

Amelise Monteiro Steigleder, sintetizando o pensamento de Jorge Bustamante Alsina, apresenta a idéia que o dano ambiental, tutelado pelo direito ambiental de natureza eminentemente difusa, pode compreender também a ofensa a direito específico de alguém. Nesse sentido:

O conceito de dano ambiental pode designar tanto o dano que recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, como aquele que se refere ao dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete a interesses legítimos de uma determinada pessoa, configurando um dano particular que ataca um direito subjetivo e legítima o lesado a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial (ALSINA *apud* STEIGLEDER, 2004, p. 117).

O Brasil adota a proteção ambiental em sentido amplo, admitindo como vítimas do dano ambiental não só o meio ambiente, macrobem indisponível, indivisível e de titularidade difusa, como também o indivíduo cuja afetação direta ou indireta pelo dano ambiental tenha sofrido prejuízo de alguma espécie. Nesse sentido, a legislação brasileira admite a responsabilidade civil do degradador que, lançando indiscriminadamente substâncias tóxicas em um rio, por exemplo, afeta tanto a coletividade como um todo, titular do direito constitucionalmente assegurado a um meio ambiente ecologicamente

equilibrado, como individualmente um ou alguns pescadores, que dependiam economicamente da atividade pesqueira naquelas águas.

O conceito de dano ambiental é importante não só para a identificação das condutas nocivas ao meio ambiente e aplicação das sanções cabíveis aos responsáveis, como também para a compreensão de que a ofensa ao *oikos*[7] acaba por comprometer a qualidade de vida e a própria dignidade humana. A expressão meio ambiente, conforme já exposto, não se limita aos fatores naturais, mas também contempla os elementos artificiais e culturais. Porém, conforme bem explana Norberto Bobbio, “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído” (1992, p. 76).

A expressão dano ambiental é utilizada no presente trabalho em seu sentido mais amplo, compreendendo áreas de domínio público ou privado. Como consectário dos princípios da precaução e prevenção, também pode se ampliar a compreensão de dano ambiental como sendo risco de dano ou potencialidade de dano ambiental.

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 6938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente já versava sobre a responsabilidade civil por dano ambiental em seu artigo 14, §1º que dispõe: “sem prejuízo das penas administrativas previstas nos incisos do artigo, o poluidor é obrigado, **independentemente de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade”. (g.n.). A referida lei adotou a responsabilidade objetiva do agente poluidor, afastando a necessidade de comprovação da culpa. Para a responsabilização do agente basta, nos termos da lei, a conduta, o dano e o nexo de causalidade, não se admitindo exceções (escusas) à responsabilidade do agente degradador.

A responsabilidade civil por dano ambiental foi mantida na Constituição Federal de 1988[8], que atribui a qualquer pessoa física ou jurídica o dever de reparar o meio ambiente de quaisquer danos a ele causados. Trata-se de obrigação decorrente da exploração de qualquer atividade danosa ao meio ambiente, entretanto não se resume a ela. A interpretação conforme a hermenêutica constitucional amplia o alcance da norma, não compreendendo somente as atividades lesivas ao meio ambiente, mas também aquelas potencialmente lesivas cujo dano, ainda que não previsível, deve ser evitado pelo explorador da atividade e por todos que dela direta ou indiretamente participem.

A SOLIDARIEDADE ENTRE OS CAUSADORES DO DANO AMBIENTAL

Considerando a indivisibilidade do dano ambiental e a impossibilidade de se identificar precisamente a parcela atribuída a cada responsável, de modo a dimensionar com exatidão a responsabilidade pelo dano decorrente, a restituição do meio ambiente ao estado anterior, ou o ressarcimento pecuniário pode ser exigido indistintamente de um, de alguns ou de todos (MIRRA, 2002, p. 203).

Os ensinamentos de NERY (1993, p. 285) apontam entendimento idêntico:

O causador de dano ambiental é que tem o dever de indenizar. Havendo mais de um causador, todos são solidariamente responsáveis pela indenização, segundo o art. 1.518, *caput*, segunda parte, do CC, que determina a solidariedade na responsabilidade extracontratual, independentemente de concerto prévio, unidade de propósitos, etc [...]

A justificativa para a adoção da responsabilidade solidária decorre da própria natureza do direito ambiental – macrobem indivisível. A solidariedade encontra amparo na idéia de fraternidade advinda da Revolução Francesa de 1789 e se justifica *in concreto* na impossibilidade de se atribuir a cada agente a parcela cabível do dano provocado. Donald Armelin *apud* MIRRA esclarece que a solidariedade não encontra razão em sendo identificável a responsabilidade de cada agente na ocorrência e sendo esta mensurável segundo a atuação de cada um. Nesse sentido explana o autor:

As várias causas da poluição podem ser independentes entre si ou manterem vinculação mais ou menos intensa. Assim, há que se distinguir: inexistindo vínculos entre as causas da poluição, ou seja, sendo perfeitamente possível separar os efeitos pertinentes a cada uma das causas, não há como se falar em solidariedade entre seus agentes. Diferentemente sucederá, se impossível a dissociação de efeitos com especificação das respectivas causas. (Armelin *apud* Mirra, 2008, p.13)

Defendendo a teoria do risco integral e a solidariedade do Estado em toda demanda que versar sobre dano ambiental, MILARÉ (2001.,p.425) apresenta entendimento cuja clareza, a despeito das críticas, merece transcrição:

O Poder público poderá *sempre* figurar no pólo passivo de *qualquer* demanda dirigida à reparação do meio ambiente; se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será, ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. A propósito, vale lembrar que a Constituição Federal impôs ao Poder Público o *dever* de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Ao Estado restará, no entanto, voltar-se regressivamente, no último caso, contra o causador do dano e, naquele outro, contra o agente que, por culpa, deu causa à danosidade ambiental. (grifos do autor)

Este é também o entendimento compartilhado por Paulo Affonso Leme Machado (2005, p.328). Ainda sobre a responsabilidade solidária do Estado ensina SILVA (2007, p. 317) que “há quem sustente que o Estado também é solidariamente responsável podendo a ação dirigir-se contra ele que, depois de reparar a lesão, poderá identificar e demandar solidariamente os poluidores (Ferraz, Milaré, Nery Jr, Mancuso)”.

Atenta-se, porém, para o fato de que a compreensão extensiva da solidariedade implica na possibilidade de inclusão indiscriminada do Estado como responsável solidário por todo e qualquer dano ambiental provocado por terceiro, sob o fundamento de que ao Estado compete o cumprimento do dever constitucional de promover a defesa do meio ambiente. Esta postura enseja em diversas conseqüências danosas que ao final serão expostas.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL

Na contramão do posicionamento exposto, entende-se que a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental não merece ser tratada como um todo indivisível cuja solução jurídica seja una em todos os casos. Há que se analisar e distinguir os fatos ensejadores da responsabilidade Estatal para, somente então, passar a definir e delimitar sua responsabilidade.

No intuito de melhor analisar a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, faz-se necessário aclarar o objeto de estudo e compartimentá-lo, dividindo a responsabilidade estatal por dano provocado por seu próprio agente e dano provocado por terceiro.

No que concerne à responsabilidade civil do Estado decorrente de dano ambiental provocado por seu agente não se encontra maiores divergências. A responsabilidade civil no caso está diretamente vinculada à identificação do agir ou deixar de agir do agente público, que no desempenho de suas funções institucionais não proceder conforme os interesses ambientais e as disposições de lei.

Entretanto a responsabilidade civil do Estado não se limita à ação norteadas pela imprudência, imperícia ou negligência de seus agentes. Tais circunstâncias ensejadoras da culpa, conforme já exposto, sequer precisam ser comprovadas *in concreto*, posto que a responsabilidade civil do estado por danos provocados por seus agentes é objetiva, não cabendo perquirir culpa do agente, notadamente por não comportar discussões acerca da previsibilidade ou inevitabilidade do dano por ato comissivo ou omissivo. Ao Estado caberá apenas a ação regressiva contra seu agente que, por ação ou omissão desencadeou o dano.

Maiores problemas decorrem da responsabilização solidária do Estado por dano ambiental provocado por terceiro. Dentro deste campo específico, questiona-se a inclusão indiscriminada do Estado no pólo passivo da ação sob o argumento de que é

dever do mesmo zelar pela preservação ambiental. Apesar da existência de celeuma entre renomados juristas[9], entende-se que não se pode considerar unicamente a responsabilidade do estado como objetiva, tampouco admitir indiscriminadamente a solidariedade e a responsabilidade fundada na teoria do risco integral. Faz-se necessário o estudo das diversas possibilidades ensejadoras de responsabilidade estatal, de modo a conferir a cada uma delas tratamento condizente. Para tanto, considera-se: a) a responsabilidade solidária do Estado por ação ou omissão de agente público que contribui indiretamente para a ocorrência do dano provocado por terceiro; b) a responsabilidade solidária do Estado decorrente do descumprimento do dever de agir, ainda que não haja concretamente o conhecimento pelo agente estatal da atuação danosa de terceiro, feita na clandestinidade; c) a responsabilidade solidária no Estado nos casos em que tenha agido estritamente conforme a legislação e, ainda assim, não tenha impedido a ocorrência do dano.

No primeiro caso, a responsabilidade Estatal decorreria de um ato ou omissão de um agente que deixando de proceder conforme as determinações legais, ou agindo em desconformidade com as mesmas, acaba com permitir a ocorrência do dano ambiental. É o caso, por exemplo, do policial ambiental que conhecendo a existência de um dano provocado por terceiros não toma as providências necessárias a impedir sua cessação. É ainda, por exemplo, a concessão de licença ambiental por parte do agente público à empresa cujo estudo de impacto ambiental não recomendava a exploração da atividade, por que inexistentes as condições mínimas de operação sem dano ao meio ambiente.

Para estes casos entende-se possível responsabilizar solidariamente o Estado. No primeiro caso ela encontra justificativa na falha do Estado no dever constitucional de proteção ambiental. No segundo, apesar da discricionariedade administrativa sustentada por alguns autores na concessão de licenças ambientais, vislumbra-se atuação imprudente do agente estatal que atua em sentido diverso do que determina a legislação, concedendo indevidamente licença ambiental à indústria que não apresentava condições mínimas de operar em segurança.

Nestes dois exemplos expostos, a responsabilidade do estatal é decorrente de culpa grave do agente estatal, caso em que seria admitida a inclusão do Estado como solidariamente responsável pelo dano provocado por terceiro, desde que provada a culpa do agente público. Apesar de entendimento predominantemente contrário que prima pela responsabilidade objetiva, Helli Alves de Oliveira *apud* SILVA (2007, p. 317) sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado:

O artigo 37, §6º da Constituição só admite a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas de Direito Público por danos causados por seus agentes, nessa qualidade. Portanto, sua responsabilidade por dano de terceiros funda-se na culpa. Só quando ocorra omissão, negligência, imperícia, provadas em relação à atividade causadora do dano ficam elas responsáveis pela reparação.

Defendendo igual posicionamento MELO (1993, p. 463) sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado, condicionando-a à prova da existência de culpa grave.

Quando se trata, porém, da omissão Estatal de atividade cuja atribuição lhe competia como, por exemplo, o tratamento do esgoto e a destinação adequada para o lixo urbano, não há que se falar em responsabilidade solidária. Para MIRRA (2008, p. 22) “nestes casos a responsabilidade estatal é direta e sua omissão é a causa, senão exclusiva, pelo menos primeira e principal do dano verificado”. Neste caso também não há que se falar em responsabilidade fundada em culpa, posto que o dano ambiental decorre da atividade do próprio Poder Público e não de terceiro, estando, portanto, sujeito à responsabilidade objetiva. LEITE compartilha do mesmo entendimento “eis que a omissão estatal é causa direta do dano” (2003, p. 205).

Feitas as considerações acerca da responsabilidade do Estado por dano provocado por seu próprio agente e dano provocado por terceiro, cumpre analisar a responsabilidade do Estado decorrente da falha no dever de fiscalizar, ainda que o ato danoso provocado por terceiro não tenha chegado ao conhecimento do agente público. Pertinente se faz um questionamento: poderia o Estado ser compelido a responder solidariamente por todo e qualquer dano ambiental com fundamento no descumprimento do dever constitucional de agir, sendo responsabilizado objetivamente inclusive pelo dano ambiental praticado na clandestinidade?

Embora possa parecer hipótese semelhante à do policial que deixa de atuar sendo conhecedor do dano, no segundo caso não há identidade de condutas ante o desconhecimento da existência de ação danosa por parte do agente público. No primeiro caso, o policial que deixa de agir diante de uma agressão conhecida ou esperada comete omissão injustificável que caracteriza culpa grave e culmina com a conseqüente inclusão do Estado no pólo passivo da ação, mediante a prova da omissão no poder de polícia. No segundo, a responsabilidade do Estado advém de evento danoso intentado na clandestinidade. Entende-se por dano cometido na clandestinidade aquele em que o Estado, atuando diligentemente com os contingentes de fiscalização disponíveis não possa identificar ante a vastidão da área territorial sob guarda, por exemplo.

A adoção da teoria da culpa grave ou a do risco integral é determinante para o afastamento ou não da responsabilidade solidária do Estado no caso. Pela teoria da culpa grave ter-se-ia a responsabilidade solidária do Estado mediante a comprovação da culpa do policial que deixa de agir conhecendo o dano e a não responsabilização do Estado no caso do dano provocado na clandestinidade, por ausência de culpa grave.

A aplicação da teoria do risco integral implica, por sua vez, na identidade de tratamentos jurídicos conferidos aos dois casos, incluindo-se o Estado no pólo passivo da ação com fundamento na responsabilidade objetiva e solidária. Segundo tal teoria, a omissão diante de um fato conhecido ou esperado guarda, ao menos no aspecto da responsabilidade civil, mesmo tratamento jurídico que ausência de atuação escusável, ante a insuficiência de recursos para a promoção da proteção adequada, por exemplo. Segundo Steigleder, tal fato é decorrência de que a teoria do risco integral imputa a responsabilidade com fundamento no risco inerente à atividade, segundo um juízo de probabilidade (2004, p.220)

Na terceira hipótese proposta, estuda-se a possibilidade de responsabilizar, solidária e objetivamente o Estado por ter autorizado a exploração de atividade que, mesmo desenvolvida segundo os padrões exigidos para o atendimento das normas ambientais, gera dano ao meio ambiente. Oportuna outra indagação: pode o Estado, mesmo agindo conforme a legislação e autorizando o funcionamento de determinada indústria, ser responsabilizado solidariamente no desenvolvimento de atividade lícita e essencial ao desenvolvimento? O entendimento também não é pacífico. Aos que se filiam à responsabilidade civil com fundamento na teoria do risco integral, o Estado pode ser incluído no pólo passivo da ação para responder, solidariamente com o explorador da atividade, pelos danos ambientais fundados nos riscos inerentes à própria atividade. Nesse sentido ensina MELLO:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos nocivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por uma causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (1996, p. 330).

A teoria do risco integral implica em atribuir ao explorador da atividade (e ao Estado com fundamento na solidariedade) a integral responsabilidade por qualquer dano dela decorrente, independentemente da atuação voluntária do agente, da conformidade de sua atuação com a lei, ou da licitude da atividade autorizada. A responsabilidade é objetiva e não admite exclusões de qualquer natureza, nem mesmo na ocorrência de caso fortuito, força maior, atuação de terceiros e da própria vítima. É revelada pela interpretação do Art 14, § 1º da Lei 6938/81 recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O estudo ora realizado não permite a adoção da teoria do risco como informante da responsabilidade civil do particular que atua conforme a legislação, tampouco da responsabilidade Estatal que autoriza o exercício de atividade lícita, precedida de prévio estudo de impacto ambiental cujo resultado autorizava a concessão da licença. O estabelecimento de critérios diferenciados é imprescindível posto que “a função da norma é precisamente estabelecer discriminações, valorizando situações e desvalorizando outras, submetida sempre à métrica da razoabilidade” (CASTRO, 2008, p.131).

Contrapondo-se à teoria do risco integral, tem-se a teoria do risco criado, segundo a qual poderiam ser responsabilizadas objetivamente apenas as atividades que demandassem periculosidade e que efetivamente pudessem causar lesão ao meio ambiente. Nos casos em que a atividade não é potencialmente danosa, a teoria do risco criado comporta as excludentes de responsabilidade. Entretanto a interpretação mais formalista da Lei 6938/81 não admite valoração acerca do risco da atividade, admitindo amplamente a responsabilidade objetiva tanto para o desenvolvimento de atividades que importem riscos ambientais, como para aquelas em que o risco não é inerente (STEIGLEDER, 2004, p.199)[10].

Prossegue a autora tecendo importantes considerações acerca da teoria do risco integral, que ora são ora transcritas:

A teoria do risco integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir a responsabilização. [...] Basta que o dano possa estar vinculado à existência do fator risco, o qual será imputado “causa” do dano, pelo qual qualquer evento condicionante é equiparado à causa do prejuízo, sem a exigência de que este seja uma consequência necessária, direta e imediata do evento. Fundamenta-se na adoção do mero fator risco (STEIGLEDER, 2004, p. 204)

Em magistral exposição acerca dos efeitos negativos da aplicação indiscriminada da responsabilidade solidária do Estado por dano de terceiro, sustenta Álvaro Luiz Valery Mirra:

A objeção que tem sido levantada, aqui, é a de que, acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, assim, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares – pessoas físicas e jurídicas – que podem ser determinados (2008, p. 19).

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada permite concluir que o acolhimento da doutrina da responsabilidade objetiva do Estado por todo e qualquer dano ambiental não aparenta ser a melhor solução para os problemas do meio ambiente, tampouco a aplicação pura e simples da teoria do risco integral o é. Para atribuir de forma equânime a responsabilidade civil por dano ambiental faz-se necessário fixar critérios lógico-jurídicos, a fim de que indiscriminada responsabilização do particular e do próprio Estado não cause efeitos reversos como o desestímulo ao crescimento econômico e a ausência de investimento público em obras de infra-estrutura, igualmente necessárias à sadia qualidade de vida.

Não se trata de priorizar critérios econômicos em detrimento da proteção ambiental, ou observar o problema ambiental sob a ótica puramente antropocentrista. Trata-se de responsabilizar efetivamente o causador do dano ambiental, evitando a impunidade, bem como impedindo a indiscriminada responsabilização de qualquer agente público ou privado que não tenha dado causa à degradação ambiental.

A inclusão do Estado no pólo passivo da ação depende, pois, de classificação própria da natureza e extensão da responsabilidade civil.

Conclui-se com o presente estudo, que a responsabilidade objetiva do Estado incide sobre os danos por ele provocados no desempenho das atividades que lhe são próprias ou ainda por pessoas jurídicas de direito privado que explorem função pública (concessionária de serviço público, permissionário etc). A responsabilização solidária do Estado por dano ambiental provocado por terceiros melhor se acomoda, a despeito do entendimento contrário já externado, na responsabilidade fundada na culpa do agente.

A teoria do risco integral implica na impossibilidade de consideração das excludentes de responsabilidade. Sua adoção como informante da responsabilidade civil em face do particular que explora a atividade e dela extrai lucro tem encontrado acolhimento, sendo adotada inclusive para ensejar a responsabilização pós-consumo[11]. Entretanto conclui-se com a pesquisa feita que não é possível aplicar a teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade solidária estatal, sob pena de se atribuir ao Estado a obrigação decorrente de toda e qualquer atividade explorada que implique (ainda que apenas potencialmente) em risco ambiental. Aplicar ao Estado a teoria do risco integral, responsabilizando-o solidária e irrestritamente por dano ambiental causado por terceiro implica em socializar o dano ambiental, ou seja, transferir à sociedade, mediante a utilização de recursos públicos, a obrigação de reparar dano produzido por terceiro.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4a reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: 2ª ed. 2008.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. Reparabilidade do dano ambiental – aspectos polêmicos. In AGRA, Walber de Moura et out.(coord) **Constitucionalismo – os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____.A noção do poluidor na Lei 6938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In MARQUES, José Roberto (Org.) **Leituras Complementares de Direito Ambiental**. Salvador: Podium, 2008.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria B.B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) **Dano**

ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_direitos_humanos.pdf> acesso em: 15 set. 2008.

_____. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo)** Disponível em: <http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_Estocolmo_1972.pdf> acesso em: 15 set. 2008.

SÁ, Elida e CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: uma abordagem de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional.** 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

[1] Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[2] SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. São Paulo: RT, 2000, p.25; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional..* Porto Alegre: Sergio Fabris,1993, p.51.

[3] Declaração de Estocolmo

Princípio I “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.

[4] Deuteronômio 20:19 “Quando sitiarees uma cidade por muitos dias, pelejando contra ela para a tomar, não destruirás o seu arvoredo, metendo nele o machado, porque dele poderás comer; pelo que não o cortarás; porventura a árvore do campo é homem, para que seja sitiada por ti ?”

[5] Nesse sentido, Ramón Martim Mateo, citado por José Afonso da Silva reitera que “se utiliza decididamente *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Meio Ambiente*”, p. 9.

[6] Art. 3º. Para fins previstos nesta lei entende-se por:

I [...]

II – Degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente.

[7] Do grego: casa, abrigo, local em que se vive.

[8] Art. 225 (...)

§3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[9]Helli Marques de Oliveira, *apud* SILVA, sustenta que a responsabilidade do Estado por dano provocado por seu agente é objetiva e a responsabilidade solidária decorrente de dano de terceiro depende da prova da atuação culposa do agente estatal, sendo, portanto, subjetiva. O próprio José Afonso da Silva analisa com reservas a

responsabilidade objetiva e solidária do estado por dano ambiental provocado por terceiros, tanto sob o aspecto político quando pelo temor de socialização do dano. Entretanto o autor considera de difícil sustentação a responsabilidade civil subjetiva do Estado por dano decorrente de terceiro, posto que implicaria em restrição do dever imposto pela Constituição ao Estado de zelar pelo meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317.

[10] Amelise Monteiro Steigler aponta que Benjamim, Athias, Cavalieri Filho, Milaré, Nery Junior e Ferraz

[11] A responsabilização pós-consumo tem sido adotada para determinar que indústrias de pilhas e baterias, pneus, agrotóxicos, entre outras, sejam compelidas a recolher e dar destinação própria aos rejeitos de seus produtos. Tal princípio foi inclusive fundamento de decisão proferida em Ação Civil Pública que condenou indústria de refrigerantes a recolher embalagens tipo “pet” determinou à indústria de refrigerantes TJPR. Apelação Cível 18652100, 8ª Câmara Cível. Rel. Dês. Ivan Bortoletto, j. 05.08.2002.

A NECESSIDADE DE TUTELA PENAL CONTRA A BIOPIRATARIA NA AMAZÔNIA *

THE NECESSITY OF CRIMINAL DEFENSE AGAINST BIOPIRACY IN THE AMAZON

**Aline Ferreira de Alencar
Fernando Antônio de Carvalho Dantas
Maria Auxiliadora Minahim**

RESUMO

A Biopirataria é apropriação não autorizada do patrimônio genético de uma região, incluindo espécies da fauna, flora e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Essa atividade ocorre nos países biodiversos, incluindo o Brasil, mais especificamente a Amazônia Brasileira, que possui uma riquíssima biodiversidade, e atrai a cobiça dos países ricos em tecnologia e pobres em biodiversidade, que desejam fabricar novos produtos, com o objetivo exclusivo de gerar lucro. Portanto a natureza passa a ser vista como matéria prima, fonte de capital. É neste contexto que a apropriação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, pertencentes aos povos indígenas e populações tradicionais, representam um poderoso atalho para a criação de novos produtos, pois através da bioprospecção é possível alcançar os resultados desejados com racionalidade econômica. A biopirataria atenta contra os interesses nacionais e contra os direitos humanos, por essa razão sugere-se a que a atividade seja criminalizada pelo Direito Penal, em virtude da relevância do bem jurídico a ser tutelado, o meio ambiente. Além disso, para se coibir a biopirataria na Amazônia, é necessário o aumento de fiscalização na região, investimento em ciência e tecnologia, bem como a aplicação dos princípios da informação, educação e participação ambiental como forma de aliar os esforços do Poder Público e da coletividade para que ocorra a prevenção dessa atividade nociva ao Brasil e aos detentores do conhecimento tradicional.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: BIOPIRATARIA.
CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO. BIODIVERSIDADE.
AMAZÔNIA BRASILEIRA. PATRIMÔNIO GENÉTICO. TUTELA PENAL.

ABSTRACT

The biopiracy is a non authorized appropriation of certain region genetic patrimony, including fauna, flora and traditional knowledge associated to biodiversity. This kind of activity happens in developing countries, including Brasil, especially in the Brazilian

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Amazon, region rich in biodiversity, that attracts the lust for natural sources, by countries with technology, however poor in biodiversity, who intends to manufacture new products, obtaining great financial returns. Therefore the nature is seen like raw material, source of capital gains. In this context, the appropriation of the traditional knowledge associated to biodiversity, from the Indians people and traditional populations, depicts a powerful short cut to create new products, because using the bioprospection is possible to reach the good results with economic rationality. The biopiracy attempts against the national interest and human rights, for that reason there is a suggestion to punish this activity by the criminal law, considering the relevance of the object, the environment. Also, to curb on biopiracy, there is also a necessity to improve the surveillance in the Brazilian Amazon, investment in research, and the application of the information, education and environmental participation principles, as a way of combining the State and collectivity, to prevent this harmful activity to Brazil and the traditional knowledge keepers.

KEYWORDS: KEYS-WORDS: BIOPIRACY. TRADITIONAL KNOWLEDGE BIODIVERSITY RELATED. BRAZILIAN AMAZON. GENETIC PATRIMONY.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar necessidade de tutela penal contra a biopirataria na Amazônia. A relevância desta temática ocorre em razão do reducionismo responsável por considerar a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético como mercadorias, bem como pela ausência de tipificação legal e penal para a atividade da biopirataria, que traz inúmeros prejuízos para o Brasil, bem como para os povos indígenas e populações tradicionais.

Vandana Shiva entende que biopirataria pressupõe uma nova forma de colonialismo “é a ‘descoberta’ de Colombo 500 anos depois de Colombo. As patentes ainda são o meio de proteger essa pirataria da riqueza dos povos não ocidentais como um direito das potências ocidentais” Para a autora, “resistir à biopirataria é resistir à colonização final da própria vida. [...] É a luta pela conservação da diversidade, tanto cultural quanto biológica”.^[1]

A biopirataria é um problema que assola os países biodiversos, inclusive o Brasil, que possui a maior parte do ecossistema da Amazônia em seu território nacional. A região, segundo Ozório Fonseca é também denominada Amazônia Continental, Grande Amazônia ou Panamazônia e contém as seguintes características importantes:

1/5 da água doce do Planeta (*sic*); 1/3 das florestas latifoliadas; 1/3 das árvores do mundo; 80.000 espécies vegetais; Mais de 200 espécies de árvores por hectare; 30 milhões de espécies animais; Aproximadamente 1.500 espécies de peixes conhecidas; Cerca de 1.300 espécies de pássaros; Mais de 300 espécies de mamíferos; 10% da biota universal; 1/20 da superfície da Terra; 750 milhões de hectares (500 milhões no Brasil);

4/10 da América do Sul; Mais de 30% da biodiversidade do Planeta; 350 milhões de hectares de florestas; 17 milhões de hectares de Reservas e Parques Nacionais; O maior rio do mundo em extensão (Amazonas, com 6.577 km); Maior rio do mundo em volume de água (vazão média de 200.000 m³/s); Aproximadamente 80.000 km de rios; Cerca de 25.000 km de vias navegáveis;. A maior província mineral do globo; Mais ou menos 30% do estoque genético da Terra.[2]

O Brasil também é rico em seu contexto humano, assim, estima-se que, na época da chegada dos europeus, existiam de 1.000 povos indígenas no país, somando entre 2 e 4 milhões de pessoas. Atualmente há no território brasileiro 227 povos, que falam aproximadamente 180 línguas diferentes. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de 593 Terras Indígenas, de norte a sul do território nacional.[3]

O território nacional também abarca as populações tradicionais, representadas por sujeitos sociais com existência coletiva, que incorporam pelo critério político-organizativo uma diversidade de situações correspondentes aos denominados seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, quilombolas, ribeirinhos, castanheiros e pescadores, os quais tem se estruturado igualmente em movimentos sociais.[4]

As populações tradicionais, juntamente com os povos indígenas são detentores dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade que representam os saberes pertencentes a esses povos, os quais possuem formas diversas de se relacionar com a natureza.

Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade atraem o interesse das nações desenvolvidas, principalmente representadas pelos países do Norte, que são pobres em biodiversidade, e ricos em tecnologia, por esta razão buscam se apropriar desses saberes para fabricar produtos, com o objetivo de gerar lucro.

Por fim, esta pesquisa objetiva estudar a possibilidade de proteção do Direito Penal contra a biopirataria e trazer outras reflexões sobre como coibir essa atividade na região.

2 BIOPIRATARIA NA AMAZÔNIA

Embora a apropriação do patrimônio genético e o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade de forma não autorizada, por meio da biopirataria ocorra em vários países biodiversos, bem como em diversas regiões do Brasil, este trabalho analisa a biopirataria na Amazônia Brasileira, a qual representa uma região emblemática por possuir a maior e sociobiodiversidade do planeta, o que atrai a atenção financeira dos biopiratas[5].

Neste contexto, Bertha Becker enumera algumas características únicas da Amazônia:

É fácil perceber a importância da riqueza *in situ* da Amazônia. Correspondendo a 1/20 da superfície da Terra, e a 2/5 da América do Sul, a Amazônia Sul-Americana contém 1/5 da disponibilidade mundial de água doce, 1/3 das reservas mundiais de florestas latifoliadas e somente 3,5 milésimos da população mundial. E 63,4% da Amazônia Sul-Americana estão sob a soberania brasileira, correspondendo a mais da metade do território nacional[6].

A valorização ecológica da Amazônia, de acordo com Bertha Becker, apresenta duas faces: “a da sobrevivência humana e a do capital natural, sobretudo, neste caso, a megadiversidade e a água”[7]. A autora considera ainda a existência de três grandes eldorados: os fundos oceânicos, que ainda não estão regulamentados, a Antártida, a qual foi partilhada entre as potências e a Amazônia, que é a única que pertence a majoritariamente um só Estado Nacional, qual seja o Brasil[8].

Ao observar as riquezas existentes na Amazônia, percebe-se o motivo da região ser tão atrativa para os países desenvolvidos, os quais almejam se utilizar da biodiversidade para criar ou aprimorar novas tecnologias e depois vendê-las, amparados pelo sistema mundial de patentes, o qual acaba por legitimar a apropriação privada da biodiversidade.

Possui o mesmo entendimento, Danilo Lovisaro do Nascimento, ao afirmar que a exploração dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade realizada pelos países desenvolvidos, sem a autorização dos Estados ou dos povos indígenas e populações tradicionais dos países menos desenvolvidos, possui como maior estimulador o acordo de TRIPs:

O principal mecanismo jurídico para garantir aos países desenvolvidos a exploração desse patrimônio alheio e colhido sem autorização tem sido o monopólio decorrente de patentes, que vem sendo conferidas a esses países por meio do Acordo Geral sobre Propriedade Intelectual (TRIPS) no âmbito da Organização Mundial do Comércio[9].

Por outro lado, em razão das dimensões continentais, bem como das complexidades geopolíticas da Amazônia, especificamente a Brasileira, a biopirataria na região ocorre das mais diversas formas: pesquisadores disfarçados de turistas ou estudantes, os quais adentram a Amazônia para coletar elementos da biodiversidade, organizações não - governamentais (ONGs) de fachada, falsos missionários de várias seitas e religiões, contrabandistas, dentre outros, os quais ingressam na região com o único propósito de espoliar os recursos naturais, principalmente através da utilização dos conhecimentos tradicionais[10].

Quando esses “pesquisadores” se utilizam dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade para a fabricação de novos produtos, reduzem consideravelmente o

tempo de pesquisa e dinheiro no patamar de até 400% de economia, motivo pelo qual esse conhecimento representa grande “valor” aos biopiratas[11].

Além disso, observa-se que as dimensões continentais da Amazônia representam um fator incentivador para a prática da biopirataria, por essa razão, a imensidão da região configura um obstáculo a ser enfrentado para se evitar a biopirataria, em virtude da necessidade de fiscalização e controle, uma vez que essa atividade ilícita pode ser realizada em qualquer ponto dos cinco milhões de quilômetros quadrados da região.

Da mesma forma, Ozório José de Menezes Fonseca, explica que a espoliação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais da Amazônia Brasileira, por meio da biopirataria é facilitada por inúmeros artifícios utilizados pelos biopiratas os quais possuem conhecimento, dentre outras limitações, sobre a precariedade de fiscalização na região:

[...] Na realidade, a experiência mostra que, para retirar material biológico da Amazônia, não há necessidade de estruturas formais. Na era da biotecnologia e da engenharia genética, tudo que se precisa, para reproduzir uma espécie, são algumas células facilmente levadas e dificilmente detectadas, por mecanismos de vigilância e segurança.

O bolso, a caneta, o frasco de perfume, os estojos de maquiagem, os cigarros, os adornos artesanais, as dobras e costuras das roupas, enfim, há milhares de maneiras de esconder fragmentos de tecidos, culturas de microorganismos, minúsculas gêmulas ou diminutas sementes, sem que seja necessário o uso de muita criatividade[12].

Sobre a questão em análise, Patrícia Arruda Del Nero menciona alguns dos elementos os quais se encontram presentes na maioria dos casos de biopirataria. 1) A existência de uma organização-não-governamental, cuja preocupação normalmente é suposta “defesa do meio ambiente”; 2) os passeios “ecológicos” dos turistas ambientais, os quais com olhar de rapina e tentáculos vorazes saqueiam a biodiversidade nacional para garantir interesses transnacionais; 3) a formalização de “acordos” com comunidades indígenas, através dos quais os corsários tentam aproximação com os povos indígenas e ganham sua confiança, com um discurso amigo, e prestam atenção em seus conhecimentos tradicionais para transformá-los em conhecimento científico a serviço do capitalismo transnacional. Por fim, trancam a tecnologia obtida nos cofres dos escritórios que concedem patentes[13].

Embora a discussão acerca da biopirataria tenha tido notoriedade apenas a partir de 1990, o problema configura uma prática antiga visto que “fatos históricos revelam a sua ocorrência ao longo dos séculos, desde o descobrimento, como na extração do pau-brasil, no contrabando da semente da seringueira, da quinina e do curare” [14], nada obstante essa prática não era denominada biopirataria, pois o conceito é atual.

Neste sentido, Clarissa Wandscheer ensina que expressão biopirataria surgiu em 1993 e foi lançada pela ONG RAFI[15], com o escopo de alertar sobre o fato de recursos

biológicos e conhecimentos tradicionais indígenas estarem sendo apanhados e patenteados por empresas multinacionais e instituições científicas, sem a autorização do governo brasileiro. Para a autora, pretendia-se ainda denunciar os abusos sofridos pelas comunidades tradicionais, que não estavam recebendo a devida repartição de benefícios, o que impede a possibilidade do desenvolvimento sustentável das comunidades, impulsiona a degradação do meio ambiente e vulgariza o conhecimento tradicional[16].

Contudo, é necessário esclarecer que um dos casos mais notórios de espoliação da biodiversidade amazônica, qual seja, o da Borracha, extraída a partir do látex da seringueira, *Hevea brasiliensis*, cujas sementes foram enviadas para a Inglaterra pelo “naturalista” inglês Henry Wickman, e que desbancou a produção brasileira, trazendo inúmeros prejuízos para o Brasil, não configura um caso de biopirataria, pois, conforme explica o economista Roberto Araújo de Oliveira Santos[17], o inglês obteve autorização legal do governo brasileiro para exportar as sementes. Além disso, as empresas britânicas e americanas desejavam transferir a produção da borracha para outro lugar em razão do sistema brasileiro ser ineficiente e por haver provocado a ira de entidades anti-escravagistas.

Embora legalmente não tenha se configurado em biopirataria, o plantio de seringueira fora do Brasil trouxe prejuízos imensos, e serviu para alertar que não se pode dispor dos recursos naturais da Amazônia Brasileira, pois uma vez não tendo mais exclusividade, a região perde poder em detrimento de outras nações.

Em contrapartida, não se pode negar a ocorrência da biopirataria configurada pela apropriação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais em diversos casos, apontados pelo Instituto de Tecnologia do Paraná, por meio da Agência Paranaense de Propriedade Industrial – APPI:

1) a andiroba, a qual era usada pelos índios como repelente para insetos, contra febre e como cicatrizante e foi patenteada pela empresa *Rocher Yves Vegetable*, que possui direitos sobre a produção de cosméticos ou remédios que possuem seu extrato; 2) o cupuaçu, fruto amazônico que foi patenteado pela empresa *Asahi Foods*, para a produção do cupulate, uma espécie de chocolate, no entanto esta patente foi revertida por não possuir o requisito de patentabilidade, novidade; 3) o pau-rosa que é utilizado como fixador de aroma em diversos países e atualmente é a matéria prima do perfume Chanel 5, dentre muitos outros casos[18].

Por sua vez, Argemiro Procópio também destaca inúmeros casos de apropriação dos conhecimentos tradicionais dos povos amazônicos por meio da biopirataria, a qual denomina “bionegócio”, e que segundo ele representa o novo campo para exportações bilionárias:

Remédios vendidos nas prateleiras das farmácias do mundo inteiro trazem riquezas para transnacionais, graças ao conhecimento tradicional e causam impiedosa descrição em seu processo de cata ou colheita. Vale citar, a título de exemplo, o jaborandi, *Pilocarpus jaborandi*, usado no tratamento de glaucoma; a espinheira santa, *Maytenus ilicifol*, a contra distúrbios estomacais; o látex antiviral da corticeira, *Erythrina crista-galli*; [...]. Esses e centenas de outros frutos da biopirataria enriquecem mais ainda multinacionais

e grandes laboratórios como o Abbot, Bristol-Meyers squibb, Eli Lilly, Nippon Mektron, Shapman Pharmaceuticals, Monsanto, Merck etc[19].

Em se tratando dos vários casos de biopirataria existentes, Juliana Santilli, considera que estes possuem como fator de identificação, a ocorrência das espécies vegetais ou animais serem coletadas com ou sem o uso de conhecimento tradicional associado, e sem consentimento prévio e informado[20] do país de origem e levadas ao exterior com o objetivo de serem identificados os princípios ativos úteis, com base nos quais os produtos e processos foram patenteados, sem a repartição de benefícios com o país de origem, tampouco a população fonte do conhecimento obteve qualquer benefício.[21]

Não obstante para esta pesquisa, considera-se que a biopirataria não está dissociada da apropriação dos conhecimentos tradicionais pertencentes aos povos indígenas e populações tradicionais. Neste sentido, além da não dissociação que fazem os povos indígenas entre o objeto conhecido e o sujeito do conhecimento, com a ajuda da bioprospecção é possível alcançar resultados mais rápidos, evitando-se assim o desperdício na racionalidade econômica[22].

Por outro lado, é importante ainda ressaltar que para os povos indígenas a biopirataria só ocorre quando existe a utilização do conhecimento tradicional, haja vista que esses povos não consideram os elementos da biodiversidade de forma isolada, conforme foi demonstrado no III Foro Indígena Internacional sobre a Biodiversidade, realizado na Eslováquia, em maio de 1998, onde esses povos afirmaram:

Que nossas culturas se fundamentam nos princípios de harmonia, paz, desenvolvimento sustentável e equilíbrio com a natureza, por esta razão a conservação e utilização dos recursos formam parte da cosmovisão e vida diária dos Povos Indígenas e comunidades locais[23].

Após breve análise sobre como se dão as principais ocorrências biopirataria na Amazônia Brasileira e depois de verificar-se que esta prática, está diretamente relacionada com a apropriação dos conhecimentos tradicionais, entende-se a necessidade da tutela do direito penal em razão da importância do fato, o que demanda suporte deste ramo do direito voltado para a proteção de bens essenciais, com o objetivo de definir essa atividade como crime, a fim de tutelar[24] a sociobiodiversidade brasileira.

2.1 A necessidade de tutela do direito penal sobre o crime de biopirataria

Face aos diversos aspectos discutidos neste estudo, entende-se que a biopirataria configura um crime, todavia, no ordenamento jurídico brasileiro essa atividade não é tipificada ou incriminada, haja vista que nem o Código Penal Brasileiro, nem a legislação penal que trata sobre os crimes contra o meio ambiente abordam esta questão.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legislação responsável pela criminalização das ofensas ambientais é a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998[25], conhecida por Leis dos Crimes Ambientais, que não tipifica a biopirataria como um crime. Contudo, é interessante ressaltar que no projeto inicial dessa lei, o que foi devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, havia a inclusão da biopirataria como crime, no artigo 47, que foi vetado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

A título meramente informativo, o vetado art. 47 possuía a seguinte redação:

Art. 47. Exportar espécie vegetal, germoplasma ou qualquer produto ou subproduto de origem vegetal, sem licença da autoridade competente:

“Pena - detenção, de um a cinco anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

As razões explanadas pelo ex- Presidente da República para justificar o veto do artigo supracitado, foram:

O artigo, na forma como está redigido, permite a interpretação de que entidades administrativas indeterminadas terão que fornecer licença para a exportação de quaisquer produtos ou subprodutos de origem vegetal, mesmo os de espécies não incluídas dentre aquelas protegidas por leis ambientais. A biodiversidade e as normas de proteção às espécies vegetais nativas, pela sua amplitude e importância, devem ser objeto de normas específicas uniformes. Ademais, existem projetos de lei nesse sentido em tramitação no Congresso Nacional[26].

Em razão de não existir punição específica para o crime de biopirataria, alguns casos concretos tornam-se difíceis de serem solucionados. Neste contexto, um dos casos que teve notoriedade internacional – e deu causa a uma decisão considerada a primeira condenação por biopirataria no Brasil –, foi o ocorrido em junho de 2007 e teve como autor o holandês naturalizado brasileiro, Marc Van Roosmalem, renomado e premiado pesquisador internacional[27].

O pesquisador acima mencionado foi condenado pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas pelo cometimento de diversas práticas criminosas dentre as quais: manter animais em cativeiro sem autorização do órgão ambiental competente,

transportar ilegalmente macacos e orquídeas, esta última, sob a acusação de vender pela Internet, por preços que variavam de US\$ 500 mil a US\$ 1 milhão o direito de escolha do nome das espécies de macaco por ele descobertas, dentre outras imputações penais[28].

Pelos crimes supracitados, o pesquisador foi condenado a uma pena de 15 anos e nove meses de prisão, sendo que 14 anos e três meses são referentes apenas à acusação de peculato. Não obstante Van Roosmalem ficou preso por menos de um mês, em razão de ter sido liberado por ordem de *habeas corpus* concedida pelo Tribunal Regional Federal-TRF, da 1ª Região, para responder a seu processo em liberdade[29].

A condenação do cientista foi amplamente criticada por organismos internacionais, os quais alegaram entraves às pesquisas científicas, no entanto para este trabalho, é importante observar a fragilidade das normas incriminadoras que tutelam a biodiversidade, haja vista que as mesmas são incapazes de evitar a espoliação do patrimônio genético de dos conhecimentos tradicionais através da biopirataria.

Além desta situação há outros casos que não serão analisados nesta investigação, os quais acabam por gerar um sentimento xenófobo na população politizada, quando se trata de pesquisas estrangeiras na Amazônia. Por isto mesmo, vislumbra-se a necessidade da tutela penal sobre o crime de biopirataria, haja vista a existência de uma preocupação legítima com relação à proteção à biodiversidade brasileira e aos conhecimentos tradicionais associados. Em razão desta situação, é necessário saber a real intenção[30] dos pesquisadores que adentram a região, para constatar se a pesquisa é bem intencionada ou visa apenas à espoliação da biodiversidade. Sobre a questão, Nascimento considera que:

[...] O problema está em saber como reconhecer a ajuda estrangeira bem intencionada, que possa cooperar com o desenvolvimento regional e aquela que busca apenas o lucro e somente servirá para alimentar o processo de dominação dos países desenvolvidos sobre os países em desenvolvimento[31].

Observa-se, portanto, a necessidade de tutela jurídica sobre o crime de biopirataria, por esta razão sugere-se a criação de norma jurídica com esse objetivo. Nesse panorama, Juan Ramón Capella ensina que para serem criadas novas normas jurídicas, não basta haver vontade do poder jurídico político, mas deve haver uma etapa de negociação da norma futura:

Nas experiências que respondem a este tipo de jogo as normas jurídicas não nascem, em nosso tempo, somente da vontade do poder jurídico-político, ainda que esta vontade seja uma condição necessária de sua existência. Para formar a vontade normativa do poder jurídico-político se dá previamente uma etapa de negociação da norma futura[32].

Prossegue Capella afirmando que os distintos agentes sociais interessados em obter uma norma jurídico- política que determine direitos ou legítimos interesses devem negociar com as autoridades para estabelecer o conteúdo das normas em questão. Desse modo para, o autor, essa negociação pressupõe:

Esta negociação tem um caráter essencialmente político. Sua essência pode ser macroscópica [...] ou microscópica [...], esse caráter político não se vê afetado, sem embargo, pelas dimensões do objeto da negociação. O que se negocia, ao final de contas, é uma decisão que há de tomar um poder instituído e explícito da sociedade, legitimado para ditar normas jurídicas[33].

Em razão de tudo que foi estudado, sugere-se que ocorra a tutela penal sobre o crime de biopirataria, quando for comprovada a intenção de sujeito ativo em cometer essa atividade ilícita, desse modo, será vislumbrada a possibilidade de proteção do direito penal ao crime de biopirataria, bem como será identificado o bem jurídico a ser tutelado por esse ramo do direito.

2.2 A importância da identificação do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal no crime de biopirataria

Para que algo seja tutelado pelo direito e pelo direito penal em especial, inicialmente é necessária a identificação do bem jurídico a ser protegido, o qual deve possuir alguma importância, ou valor para o direito. Nesse panorama, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, ensina que a importância da identificação do bem jurídico para o Direito Penal ocorre em razão da obrigatoriedade do legislador partir do princípio de que todo crime é uma ofensa a um bem jurídico individual, coletivo ou difuso preexistente à norma, deduzido de uma fonte metajurídica (segundo teorias sociológicas) ou de uma fonte jurídica superior, que é a Constituição Federal (consoante concepção dos constitucionalistas) [34].

Segundo a mesma autora[35], “bem em sentido amplo é tudo aquilo que é valioso, que é necessário para o homem”. Desse modo apenas alguns bens são considerados bens jurídicos, haja vista que o Direito determina os que são dotados de valor e por este motivo receberão proteção jurídica.

Por seu turno, Luiz Régis Prado considera que o “pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção dos bens jurídicos” [36]. Portanto, para o autor, em um Estado democrático e social de Direito, é imprescindível a noção de bem jurídico para que ocorra tutela penal:

Em um Estado democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social [...] A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano[37].

Contudo, Álvaro Sanchez Bravo, esclarece que o Direito Penal deve ser a última fronteira a ser recorrida para reparar danos experimentados pelos estados democráticos:

De todos é conhecido como nos estados democráticos o Direito Penal se considera a última fronteira, la *ultima ratio*, a cujo auxílio se recorre ante sucessos (ações e/ou omissões) de especial gravidade que requerem o máximo censura por causar dano aos valores e direitos fundamentais, individuais e coletivos, que nos definem como pessoas e cidadãos[38].

Ainda em se tratando de bem jurídico, Maria Auxiliadora Minahim, considera que embora exista controvérsia sobre a definição desses bens, estes são imprescindíveis para a existência comum e devem ser tutelados pelo direito penal:

Considere-se que apesar de reinar grande controvérsia sobre o conceito de bem jurídico, não se nega que se trata de bens ou valores considerados imprescindíveis para a existência comum e por isso, merecedores da mais intensa tutela jurídica, ou seja, da proteção penal[39].

Desse modo, Minahim, ao tratar sobre a aprovação do direito penal para tutelar as questões referentes à biotecnologia, considera que esse ramo do direito é naturalmente convocado para emprestar sua adesão e coercitividade na tutela de bens e interesses que se desejam preservar de lesões e ameaças produzidas pela biotecnologia, em razão, não somente de sua importância, protegidos, mas também pela gravidade dos ataques[40].

Prossegue a autora, afirmando que o ineditismo das situações referentes à biotecnologia, assim como a velocidade em que elas ocorrem, tem surpreendido o direito penal,

provocando assim uma desestabilização nesse ramo do direito e ocasionando a necessidade de alinhamento daquele com a realidade. Neste contexto, segundo Minahim, o Direito Penal não é confrontado somente por questões postas pela Bioética, mas também “com o problema relativo ao oferecimento ou não de tutela a outros questionamentos trazidos pela sociedade pós-moderna”[41].

Portanto, Maria Auxiliadora Minahim, considera que os bens jurídicos para os quais se busca proteção do direito penal, possuem natureza diferenciada daqueles que eram protegidos desde o Iluminismo, motivo pelo qual existe a polêmica sobre a intervenção do direito penal na denominada sociedade de risco. É nesse sentido que a autora reputa que a natureza pode ser objeto de tutela pelo direito penal:

Pode-se mesmo afirmar que é a própria natureza (bem difuso, supra-individual) e a forma de proporcionar-lhe proteção eficaz que constituem o cerne de toda a polêmica em torno do papel da intervenção do direito penal na chamada sociedade de risco[42].

É importante ressaltar que a sociedade de risco é representada pela comunidade contemporânea, que é caracterizada pela intensa divisão social do trabalho, pelo conseqüente crescimento da complexidade e ainda pela adoção de tecnologias cujas conseqüências são impossíveis de se medir, os denominados riscos. Por conseguinte, a sociedade de risco é o local, onde ocorrem os riscos e os fenômenos como o da irresponsabilidade organizada ou irresponsabilidade geral, que segundo Ulrich Beck pressupõe:

[...] À divisão do trabalho muito diferenciada corresponde uma cumplicidade geral e a esta, uma irresponsabilidade geral. Cada qual é causa e efeito e, portanto, não é causa. As causas se diluem em uma mutabilidade geral de atores e condições, reações e contra-reações.[43]

Na sociedade de risco um dos problemas a serem enfrentados diz respeito à proteção do meio ambiente, neste contexto, em se tratando da discussão acerca da viabilidade da proteção do direito penal ao meio ambiente, Luiz Regis Prado entende que o meio ambiente é digno e capacitado de receber a tutela penal, além disso, considera que a lei penal não deve punir somente as agressões ao meio ambiente, mas ainda os comportamentos nocivos que impeçam sua utilização de forma livre e solidária. Portanto, o autor observa que:

Em remate, quadra aqui a reafirmação do ambiente, como bem jurídico de natureza difusa, – digno e capacitado e merecedor de tutela penal – adequado ao livre desenvolvimento da pessoa humana, com vistas à proteção e melhora de sua qualidade

de vida (exercício, gozo de todas as suas potencialidades), de conformidade com a diretriz (formal e material) perfilhada no texto maior. É de se reter ainda que, no Estado democrático e social de direito, a lei penal não deve se contentar em punir as agressões ao meio ambiente, mas também alcançar comportamentos que dificultem ou impeçam seu desfrute de forma livre e solidária[44].

A importância de se punir a biopirataria na esfera penal se dá em razão do bem jurídico a ser tutelado, qual seja o meio ambiente. Com efeito, Álvaro Sanchez Bravo, considera que esse ramo do direito só deve socorrer os atentados mais graves aos bens e interesses individuais e coletivos que são suscetíveis de submeter-se à censura mais contundente a restrição de direitos mais palpáveis na liberdade e no patrimônio dos cidadãos culpados por determinados atos lesivos[45]. Assim Sanchez Bravo entende que:

A apelação ao Direito Penal para a proteção do meio ambiente supõe considerá-lo como um desses valores e interesses, como uma realidade, sem a qual não se entende a sociedade, nem os Estados, nem o próprio ser humano. Se o Direito Penal deve recorrer em defesa do meio ambiente é porque é tão importante, tão imprescindível, que um ataque contra o mesmo rachará os cimentos de nossa própria existência[46].

Logo, ao se criminalizar a biopirataria, o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal seria a biodiversidade, representada pelos seus elementos naturais e pelos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Portanto, a conduta que se pretende coibir é a apropriação não autorizada das riquezas naturais que pertencem ao Brasil e seus povos, bem como os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, os quais pertencem a seus detentores.

Sobre a tutela do Direito Penal à biodiversidade, Nascimento pensa criticamente que, na atualidade, não criminalizar a biopirataria configuraria um erro, haja vista que os demais mecanismos para coibir essa atividade tão prejudicial ao país são ineficientes. Assim, nas palavras do autor:

[...] No momento presente, não criminalizar a biopirataria seria um erro, pois os demais mecanismos estabelecidos para realizar o referido controle se mostram ineficientes e pouco importa se a ineficiência é por inoperância do próprio aparelho estatal. O que é relevante, neste caso, é que o Direito Penal, mais do que os outros meios de controle, exerce também uma função intimidadora ou de prevenção geral que necessariamente contribui para a preservação de um bem juridicamente protegido[47].

Ainda em se tratando da necessidade de criminalização para essa conduta, Nascimento afirma que “a biopirataria atenta contra os interesses nacionais e que, também, se

constitui em uma prática violadora de direitos humanos, nunca sendo demais lembrar que tutelar o meio ambiente é proteger a própria vida”[48].

Nesse contexto, após verificar-se que o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal seria o meio ambiente, sugere-se que o direito estabeleça uma tipificação penal para enquadrar esse crime em razão dos tipos penais existentes não serem eficazes para punir essa atividade ilícita. Para tanto é necessário a aplicação de alguns princípios desse ramo do direito como o da subsidiariedade, necessidade e fragmentariedade, os quais são importantes quando se trata da intervenção do direito penal no que concerne aos recursos naturais. Da mesma forma entendem Prado e Minahim:

É importante frisar que não se defende, aqui, a expansão arbitrária da tutela penal, mas apenas aquela que se pautar nos princípios da fragmentariedade, da necessidade e da subsidiariedade do direito penal. Desta forma, a intervenção penal no tocante à proteção dos recursos naturais deve ser parcimoniosa, e deve incidir apenas quando a lesão for grave a ponto de justificar a privação de outros bens tão relevantes para o ser humano, como a liberdade[49].

O princípio da fragmentariedade dispõe que “nem todo tipo de ofensa deve ser considerado pelo direito penal, mas aquelas socialmente intoleráveis em relação ao bem jurídico”[50]. Neste contexto, Gustavo O. Diniz Junqueira explica que:

Nem toda lesão a bem jurídico com dignidade penal carece de intervenção penal, pois determinadas condutas lesam de forma tão pequena, tão ínfima, que a intervenção penal, extremamente grave seria desproporcional, desnecessária. Apenas a grave lesão a bem jurídico com dignidade penal merece tutela penal[51].

Do mesmo modo, Damásio de Jesus entende que o princípio da fragmentariedade é consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção mínima. Para o autor o direito penal não protege todos os bens jurídicos, somente os mais importantes, dentre estes últimos, não os tutela de todas as lesões, mas somente das de maior gravidade. Por esse motivo é fragmentário[52].

Ainda, Gustavo Junqueira entende que o princípio da fragmentariedade decorre do princípio da subsidiariedade[53], o qual determina que o direito penal é um remédio subsidiário, desse modo, deve ser reservado apenas para as situações em que outras medidas estatais ou sociais não foram suficientes para provocar a diminuição da violência gerada por determinado fato. Segundo o autor, se possível evitar a violência da conduta com ações menos gravosas que a sanção penal, a criminalização da conduta se torna ilegítima ou desproporcional[54].

Por último, o princípio da necessidade, segundo Alessandra Prado deve ser utilizado quando determinados bens jurídicos são expostos à ofensa, e não são suficientes para sua tutela a intervenção civil ou administrativa, passando a ser exigida a interferência do direito penal para sua proteção[55].

Entende-se, portanto, que é urgente a necessidade de se criar um tipo penal novo para enquadrar o crime de biopirataria, não obstante essa questão deve ser estudada e aprofundada pelos operadores do direito, alicerçados no direito penal e em outros ramos do direito e até mesmo em disciplinas de outras áreas do conhecimento, visto que se trata de uma questão complexa, que deve ser avaliada com cautela a fim de se evitar prejuízos às pesquisas científicas, à sociedade, aos detentores do conhecimento tradicional e à soberania do Brasil.

Embora se defenda a criminalização para a conduta da biopirataria, essa não configura a única sugestão para tratar do problema. Conforme se verificou a tutela pelo direito penal, se dá em razão da importância do bem jurídico a ser tutelado, no entanto é importante ressaltar que somente a tipificação penal não será capaz de elucidar o problema, uma vez que ainda há muito que ser feito com relação a essa questão, portanto são necessárias outras reflexões sobre o tema.

2.3 Reflexões sobre formas de evitar e combater a biopirataria na Amazônia brasileira

Evitar a biopirataria na Amazônia, não é uma questão simples, em razão de muito precisar ser feito para coibir essa atividade nociva para a região. Por este motivo, serão analisadas algumas hipóteses possíveis de ajudar no combate à biopirataria, a fim de buscar formas de proteção à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais pertencentes aos povos indígenas e populações tradicionais.

Entende-se necessária a tutela do direito penal a fim de criminalizar a conduta da biopirataria, imputando punição aos agentes que cometerem a espoliação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais. Essa tutela penal se dá em razão da importância do bem jurídico a ser tutelado, meio ambiente, que é essencial para a manutenção da vida no planeta.

Nada obstante, levando-se em consideração os estudos realizados por Álvaro Sanchez Bravo, somente a aplicação do Direito Penal não é suficiente para proteger o meio ambiente, uma vez que esse ramo do direito tem por escopo reprimir e castigar a conduta ilícita, entretanto é importante que ocorra a prevenção do dano. Assim, Bravo ensina que:

[...] Convém assinalar que somente a aplicação ao Direito penal não bastará por si só para erradicar os atentados ao meio ambiente. Em primeiro lugar, por que o Direito Penal tenderá fundamentalmente a reprimir, a castigar uma vez o dano se haja inferido.

A margem dos clássicos fins atribuídos ao Direito Penal (prevenção geral e especial), a função preventiva requer de outros mecanismos e de outras implicações[56].

Prossegue Bravo afirmando que, além da aplicação do Direito Penal é imprescindível que haja a educação e o compromisso para se prevenir os danos ao meio ambiente:

É evidente que o Direito Penal pode jogar um papel muito importante para articular um sistema sancionador frente a condutas que anteriormente acabavam na impunidade, ou em uma leve sanção (geralmente econômica). Porém junto a ele, para assegurar que se previnam os atentados, devem aparecer outras variações a considerar: educação e compromisso[57].

Além disso, Bravo considera que junto à educação e informação sobre o meio ambiente, outra variação vem determinada pelo compromisso, contudo esse compromisso não é somente dos cidadãos, mas também dos Estados. Neste sentido, os Estados também devem sentir o problema como algo global, não circunscrito aos direitos existentes dentro dos limites de suas fronteiras territoriais[58].

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da participação, dentre outras conceituações, diz respeito à coletividade e o Estado agirem em conjunto na preservação do meio ambiente. Desse modo, Fiorillo considera que:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*, consagrou na defesa do meio ambiente a atuação presente do Estado e da sociedade civil na proteção e preservação do meio ambiente, ao impor à coletividade e ao Poder Público tais deveres. Disso retira-se uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas [...] e tantos outros organismos sociais na defesa e preservação[59].

Com efeito, Fiorillo considera que para que ocorra essa atuação em conjunto é imprescindível a união dos princípios da informação e educação ambiental, numa relação de complementaridade. Nesse contexto, o princípio da informação ambiental está disposto no art.225 §1º, IV da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...]

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Por seu turno, o princípio da educação ambiental, segundo Fiorillo decorre do princípio da participação da tutela do meio ambiente e está disposto na Constituição Federal no art.225 §1º, VI, acima mencionado. Logo, para o autor, “buscou-se trazer a consciência ecológica ao povo, titular do meio ambiente, permitindo a efetivação do princípio da participação na salvaguarda desse direito”[60].

Logo, além da tutela penal contra a atividade nociva da biopirataria, é necessário que haja a aplicação dos princípios retromencionados, quais sejam: educação, informação e participação, para que ocorra a conscientização da coletividade sobre a gravidade da biopirataria e junto com o Poder Público buscar-se formas de prevenção contra esse crime.

Além do já que foi exposto, para se prevenir a biopirataria, segundo Fonseca, é necessário que exista uma política de investimentos em ciência e tecnologia na região, uma vez que a Amazônia Brasileira é pouco conhecida e estudada, em razão da carência de pesquisadores, investimentos políticos, incentivos às pesquisas, dentre outros, os quais acabam por prejudicar o conhecimento sobre a região, bem como seu desenvolvimento[61].

Nesse contexto, ressalta-se a importância de serem firmados convênios nacionais ou internacionais, alicerçados na transparência, clareza e legalidade para possibilitar a realização de pesquisas na região, a qual possui pouca base física e humana para promover estudos, portanto sugere-se a busca de cooperação com outros centros de pesquisa.

Sobre a situação, Ozório José de Menezes Fonseca entende que proibir acordos que viabilizem convênios com outros centros de pesquisa significa perpetuar a miséria na região:

Evitar ou proibir esses acordos significa perpetuar a miséria nessa região que tem urgência em se desvendar, através da aquisição de novos conhecimentos que levem à descoberta de novas tecnologias ou benefícios. É também impedir avanços científicos importantes, sem conseguir evitar que outros países recebam e estudem nossa biota, pois os mecanismos para retirada de organismos, extratos químicos ou substâncias, seja através da exportação ou da denominada biopirataria, são quase impossíveis de serem combatidos[62].

Em se tratando do investimento em convênios internacionais, é importante mencionar o exemplo da Costa Rica, que vem estabelecendo, por meio do INBio, diversos contratos que possibilitam desde investigação básica até a busca e identificação de recursos da biodiversidade para aplicação comercial que podem ser utilizados por indústrias de diversos segmentos: farmacêuticas, biotecnológicas e agroquímicas além de instituições de pesquisa e acadêmicas[63].

Segundo Rodrigo Zeledón, o INBio é uma organização da sociedade civil, de caráter não governamental sem fins lucrativos, criada em 1989 e trabalha em regime de colaboração com diversos órgãos do governo, universidades, setor empresarial e outras entidades públicas e privadas, dentro e fora do país. A organização tem personalidade jurídica e trabalha visando o conhecimento da diversidade biológica do país, promovendo sua conservação e uso sustentável. A sua relação com o governo é regulamentada por um contrato denominado “convênio cooperativo”[64].

Os três objetivos principais do INBio são definidos por Zeledón são: a execução de um inventário nacional, a consolidação de uma base de dados e divulgar as informações geradas à sociedade. De acordo com essa ordem, então, somente depois viria a bioprospecção que começou a ser concretizada pelo Instituto em 1991, quando foi criada uma unidade de prospecção[65].

Nesse contexto, Muñoz considera as ações realizadas na Costa Rica uma “boa política de acordos com grandes empresas para identificação e exploração de recursos biológicos com potencialidade”[66]. Da mesma forma entendem, Dourojeanni e Pádua: “[...] Países como a Costa Rica alcançaram progressos notáveis na maior parte dos aspectos que compõem o complexo tema da pesquisa, do aproveitamento e da comercialização de recursos da biodiversidade”[67].

Com efeito, Vandana Shiva é contrária a esse tipo de acordo internacional, neste sentido a autora considera que o acordo realizado entre a Merck Pharmaceuticals e o INBio da Costa Rica, não respeitam os direitos das comunidades locais e nem o governo daquele país. Prossegue Shiva criticando que:

[...] Os que venderam a bioprospecção nunca tiveram direito à biodiversidade, e aqueles cujos direitos não estão sendo vendidos ou alienados por meio da transação, nunca foram consultados nem tiveram a chance de participar. Além do mais, embora as taxas de bioprospecção pudessem ser usadas para aumentar a capacidade científica no Terceiro Mundo, o que realmente se cria é uma instalação para a empresa[68].

Dando prosseguimento às reflexões sobre formas de evitar a biopirataria, outra questão relevante é a necessidade do aumento de fiscalização na Amazônia, visto que em razão de suas dimensões continentais os ataques de biopiratas, tornam-se muitas vezes impossíveis de serem percebidos, o que acaba por incentivar o aumento da espoliação da biodiversidade na região.

Desse modo, a fiscalização na floresta Amazônica é ineficaz, em razão da ausência de policiamento ambiental e organismos que atuem na proteção à sociobiodiversidade brasileira. É neste contexto que Naline afirma a importância do papel do Estado para aumentar a proteção ao meio ambiente, para tanto o autor critica a baixíssima quantidade de profissionais atuantes na fiscalização feita pelo IBAMA, que é notoriamente precária e não consegue combater os ataques exploratórios na imensidão da Amazônia. Assim, segundo Naline:

Em relação à Amazônia, se o Brasil pretende merecer o respeito internacional, precisa levá-la a sério. O IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- só dispõe de 500 homens para o trabalho na floresta amazônica. Isso equivale a um fiscal para cada milhão de hectare. [...] “seria o mesmo que uma única pessoa fiscalizasse um país como o Líbano, ou apenas um profissional se dividisse em 13 para cuidar das 2 mil ilhas que formam a Federação dos Estados da Micronésia, no Oceano Pacífico”[69].

Por outro lado, para se proteger a biodiversidade, também deveriam ser realizadas nos aeroportos, monitorando a entrada e saída de estrangeiros, tais quais pesquisadores, missionários, estudantes, dentre outros. Além disso, deve-se fiscalizar a regularização de ONGS que trabalham com populações tradicionais e povos indígenas para verificar sua real intenção nesses trabalhos, bem como alguns missionários que atuam diretamente com esses povos, e possuem total acesso a seus costumes e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

É importante aqui ressaltar que quando se sugere maior fiscalização, não se busca ocasionar entraves às pesquisas científicas, nem desabilitar instituições sérias que trabalham com povos indígenas e populações tradicionais, no entanto é necessário que elas estejam em conformidade com a legislação nacional, a fim de se evitar prejuízos futuros ao Brasil e aos povos que tem seu conhecimento utilizado de forma não autorizada.

É ainda essencial a preservação dos territórios utilizados pelos povos indígenas e populações tradicionais para a produção de seus saberes, em razão da relação que esses povos possuem com suas terras não representar uma simples ocupação, mas sim configurar o local onde são desenvolvidas suas experiências com a natureza, e que segundo Fernando Dantas são indispensáveis à manutenção da própria vida[70].

Ainda sobre a questão da biopirataria, Eliana Calmon considera que as instituições internacionais e empresas privadas possuem três visões acerca dos planos para a utilização do conhecimento tradicional associado à biodiversidade: 1- partilhar os lucros sobre as novas patentes baseadas no conhecimento dos povos indígenas e populações tradicionais; 2- outras instituições não aceitam a partilha e defendem a cobrança de *royalties*; 3- Algumas instituições e empresas consideram que o domínio genético está fora do mercado e não pode ser vendido a qualquer preço[71].

A mesma autora[72] explica que alguns setores consideram a proteção dos conhecimentos tradicionais por meio de patentes uma forma de reprimir a livre troca de informações, fundamental para o aprimoramento da condição humana. Para Calmon, os países desenvolvidos ainda não chegaram a nenhuma conclusão definitiva sobre a questão, motivo pelo qual critica que “parece até que os países ricos não têm interesse na solução para o impasse, que seguramente não lhes trará nenhum benefício”[73].

Também como sugestão para coibir a biopirataria, alguns autores[74] consideram a necessidade da existência da cooperação internacional para o desenvolvimento. Segundo Bruno Pino cooperação internacional para o desenvolvimento pressupõe:

Cooperação Internacional para o Desenvolvimento, entendida como o conjunto de ações que realizam os governos e seus organismos administrativos, assim como entidades da sociedade civil de um determinado país ou conjunto de países, orientadas a melhorar as condições de vida e impulsionar o processo de desenvolvimento em países em situação de vulnerabilidade social, econômica ou política e que, além disso, não tem capacidade suficiente para melhorar sua situação por si sós[75].

Logo, a cooperação internacional diz respeito a aspectos de negociações em que as partes envolvidas buscam o estabelecimento de um acordo benéfico para ambas. Um dos fatores mais importantes da cooperação se dá em razão de sua utilização como mecanismo alternativo de integração e promoção do desenvolvimento.

A cooperação internacional foi incluída em 1945 na Carta da ONU, em seus artigos 1, 55 e 56, além disso, esta negociação está disposta no preâmbulo da Convenção sobre a Diversidade Biológica:

Enfatizando a importância e a necessidade de promover a cooperação internacional, regional e mundial entre os Estados e as organizações intergovernamentais e o setor não-governamental para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes[76].

Desse modo, um dos objetivos da cooperação internacional é a utilização da biodiversidade de forma sustentável, visando ao desenvolvimento econômico da região amazônica. Da mesma forma entende Ozório Fonseca ao sugerir a criação de um “Tratado proibindo o patenteamento de qualquer produto de origem biológica que não tenha procedência absolutamente transparente”[77].

É nesse contexto de cooperação internacional que se pode citar a possibilidade de implantar o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), para buscar o desenvolvimento da região, objetivando impedir a espoliação dos conhecimentos tradicionais, no entanto

não será aprofundada essa questão, por não ser objeto de nosso estudo, ficando apenas como sugestão a ser aprofundada em outros estudos.

A título informativo, o Tratado de Cooperação Amazônia (TCA) foi celebrado em 3 de julho de 1978, e teve como Partes Contratantes a Bolívia, o Brasil, a Colômbia, o Equador, a Guiana, o Peru, o Suriname e a Venezuela. Esse documento foi aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Estado brasileiro, através da promulgação do Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980[78].

Por fim, além da cooperação internacional com vistas a buscar o desenvolvimento da região, e das demais sugestões analisadas neste capítulo, é importante ressaltar que evitar a biopirataria não envolve apenas a criação de leis, bem como a proteção pelo direito penal, logo, é imprescindível uma maior participação do povo brasileiro com seu sentimento de nacionalidade, o fortalecimento dos órgãos públicos na região, o incentivo a informação, participação, educação ambiental da população como forma de tutelar a sociobiodiversidade brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Biopirataria configura um grave problema na atualidade e está diretamente relacionada à apropriação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Esses conhecimentos pertencentes aos povos indígenas e populações tradicionais são utilizados para a fabricação ou aperfeiçoamento de produtos, motivo pelo qual, por meio da bioprospecção ocorre a racionalidade econômica, aumentando a aferição de lucro.

A natureza passa a ser vista unicamente como fonte de capital e utilizada com o objetivo de impulsionar grandes retornos financeiros, por essa razão ocasiona a cobiça de países desenvolvidos, ricos em tecnologia e pobres em biodiversidade, que buscam acessar a biodiversidade por meio da apropriação dos conhecimentos tradicionais, trazendo prejuízos para o Brasil e para os povos detentores do conhecimento tradicional, que tem seus saberes comparados a mercadorias.

Nota-se que se está diante de um novo processo exploratório de colonização, exercido pelos países desenvolvidos, que será extremamente prejudicial ao Brasil e aos detentores dos conhecimentos tradicionais, se não for repensada toda essa situação e forem vislumbradas novas formas de proteger a sociobiodiversidade brasileira.

Nesta perspectiva, a Amazônia se encontra no centro dessas discussões, em razão de possuir uma riquíssima biodiversidade e também por abarcar diversos povos indígenas e populações tradicionais, detentores de conhecimento tradicional, cuja utilização é muito importante para a fabricação de novos produtos e acaba por impulsionar a atividade nociva da biopirataria.

Além disso, em se tratando da biopirataria na Amazônia, verifica-se a fragilidade da atuação estatal, que não é capaz de coibir essa atividade nociva, em razão da carência de fiscalização na região, a falta de conhecimento sobre a biodiversidade da região, a

pouca quantidade de pesquisadores, ausência de investimentos em ciência e tecnologia, dentre outros.

Em contrapartida, observa-se que os países desenvolvidos não possuem interesse em resolver a situação, posto que necessitam da biodiversidade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, para impulsionar o aumento de capital, motivo pelo qual a solução do problema não lhes trará nenhum benefício.

Considera-se necessário a criminalização da conduta da biopirataria, a fim de coibir essa atividade atentatória aos interesses nacionais, sendo relevante a tutela pelo direito penal, por força do bem jurídico protegido, qual seja, o meio ambiente, que é indispensável à manutenção da própria vida.

Verificou-se que além da criminalização da conduta deve haver aplicação dos princípios da educação, participação e informação ambiental, para que a coletividade, os detentores do conhecimento tradicional, juntamente com o Poder Público possam buscar a conscientização e a prevenção dessa atividade no Brasil.

Por fim, é necessário que haja maiores investimentos em pesquisa, ciência e tecnologia, aumento de fiscalização na Amazônia, preservação dos territórios indígenas, bem como a necessidade de verificar a possibilidade de utilização da cooperação internacional para o desenvolvimento da região, no que diz respeito a utilização do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), no entanto essa questão precisa ser aprofundada e repensada para que seja assegurada soberania do Brasil, e a proteção aos detentores do conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de Quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo” faxinais e fundos de pasto:** terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PGSCA/UFAM/Fundação Ford, 2006.

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. In: **Revista da Academia Paulista dos Magistrados**, São Paulo, p. 53, nov./2002.

BECK, Ulrich. **La sociedade de riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Bertha Koiffmann. **Amazônia:** geopolítica na virada do III milênio. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BECKER, Bertha Koiffmann. Da preservação à utilização consciente da biodiversidade Amazônica. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha K. **Dimensões humanas da biodiversidade:** o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Petrópolis: Vozes, 2006.

BRASIL. Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica. Concluído entre os Governos da República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela (artigos 1 e 2).

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de julho de 1992. Brasília, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.4, p. 20, jan./jun./2005.

CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 47.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Os povos indígenas e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, p. 91, ago./dez./2003.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux/ Fondazione Cassamerca, 2003. p. 306. Vol. 1.

DOUROJEANNI, M. J.; PÁDUA, M. T. J. **Biodiversidade**: a hora decisiva. Curitiba: UFPR, 2001.

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

FONSECA, Ozório José de Menezes. Biopirataria de Novo? In: **Amazonidades**, Manaus.

FONSECA, Ozório José Menezes. Biopirataria: um problema quase sem solução. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n .1, p. 139, ago./dez./2003.

FONSECA, Ozório José de Menezes; BARBOSA, Walmir de Albuquerque; MELO, Sandro Nahamias. **Manual de normas para elaboração de monografias, dissertações e teses**. Manaus: Governo do Estado do Amazonas/Universidade do Estado do Amazonas, 2005.

GIRARDI, Giovana. Justiça solta primatólogo holandês no Amazonas. **Folhaonline**, Seção Ciência e Saúde, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u318490.shtml>>. Acesso em 23 ago. 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 23. ed. rev e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 10. (Volume 1: Parte Geral: de acordo com a Lei nº 7209 de 11-7-1984).

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito penal**. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2004. p. 37.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MUÑOZ, E. **Biotecnologia y sociedad**: encuentros y desencuentros. Madrid: Cambridge University Press, 2001.

NALINE, Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millenium, 2003.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia**: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

PINO, Bruno Ayllón. América Latina en el sistema internacional de cooperación para el desarrollo. In: SOTILLO, José Angel; PINO, Bruno Ayllón. (Orgs.). **América Latina en construcción**: sociedad, política, economía y relaciones internacionales. Madrid: Catarata, 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas; MINAHIM, Maria Auxiliadora. Proteção penal dos recursos naturais no âmbito da América do Sul. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus. **Anais...** Manaus: CONPEDI, 2006. p. 4.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei nº 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.

PROCÓPIO, Argemiro. O multilateralismo Amazônico e as fronteiras de segurança. In: _____ (Org.). **Relações internacionais**: os excluídos da Arca de Noé. São Paulo: Hucitec, 2005.

ROMEU, Bibiana García; LOPEZ Atencio; HUERTAS Hector. **Los pueblos indígenas frente al nuevo milenio**: herramienta para la participación indígena en la agenda ambiental internacional. Madrid: WATU/Acción Indígena, 1998.

ROHTER, Larry. Enquanto Brasil defende a sua biodiversidade, regras amarram cientistas. **New York Times**, 28 ago. 2007. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2007/08/28/ult574u7719_jhtm>. Acesso em: 16 ago. 2008.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil/ISA – Instituto Socioambiental, 2005.

SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira. **História econômica da Amazônia**: 1800 – 1920. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo uma realidade**: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2008.

ZELEDÓN, Rodrigo. Diez años del INBio: de una utopia a una realidad. Heredia/Costa Rica: Instituto Nacional de Biodiversidad, 2000.

[1] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001. p.

28.

[2] FONSECA, Ozório José Menezes. Amazônia: olhar o passado, entender o presente, pensar o futuro. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 3, n. 4, p. 104, ago./dez./2005.

[3] Disponível em:

<<http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/qqindex.shtm>>. Acesso em: 19 set. 2008.

[4] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de Quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo” faxinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PGSCA/UFAM/Fundação Ford, 2006. p. 32-33.

[5] Segundo Ozório Fonseca, “a questão da retirada não autorizada, de organismos da biota brasileira, tem seu foco principal centralizado na Amazônia, sob a justificativa de que é aqui que está concentrada a maior diversidade biológica do Brasil e talvez do Planeta. Curiosamente, essa discussão, raramente aparece vinculada à Mata Atlântica e ao Pantanal, embora esses biomas detenham também uma exuberante multiplicidade de espécies”. Em: FONSECA, Ozório José Menezes. **Biopirataria**: um problema quase sem

- solução. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 139, ago./dez./2003.
- [6] BECKER, Bertha Koiffmann. Da preservação à utilização consciente da biodiversidade Amazônica. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha K. **Dimensões humanas da biodiversidade**: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 357.
- [7] BECKER, Bertha Koiffmann. **Amazônia**: geopolítica na virada do III milênio. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p. 33.
- [8] Ibid., p. 35.
- [9] NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia**: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 40.
- [10] DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux/ Fondazione Cassamerca, 2003. p. 306. Vol. 1.
- [11] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 101.
- [12] FONSECA, Ozório José Menezes. Biopirataria: um problema quase sem solução. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 142-143, ago./dez./2003.
- [13] DEL NERO, Patrícia Aurélia. Humanismo latino: o Estado brasileiro e as patentes biotecnológicas. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux/ Fondazione Cassamerca, 2003. p. 306. Vol. 1.
- [14] NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia**: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 40.
- [15] RAFI- Rural Advancement Foundation Internacional, atualmente ETC-GROUP-Action Group on Erosion, Technology and Concentration.
- [16] WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Orgs.). **Socioambientalismo uma realidade**: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2008.p.68.
- [17] Em 1876, o “naturalista” inglês Henry Wickham levou sementes da seringa para o Jardim Botânico de seu país de origem, como relata Roberto Santos no livro História Econômica da Amazônia. Em seguida, a espécie foi melhorada em colônias inglesas no sudeste asiático, como Malásia, Índia, Ceilão e Cingapura, de onde inundaram o mercado mundial com borracha cultivada. A região produz hoje 90% da borracha natural do globo. Sobre o tema ver: SANTOS, Roberto Araújo de Oliveira. **História econômica da Amazônia**: 1800 – 1920. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980.
- [18] Disponível em:
<<http://www.tecpar.br/appi/News/Quanto%20valema%20fauna%20flora%20brasileiras.pdf>>

Acesso em: 21 set. 2008.

- [19] PROCÓPIO, Argemiro. O multilateralismo Amazônico e as fronteiras de segurança. In: _____ (Org.). **Relações internacionais**: os excluídos da Arca de Noé. São Paulo: Hucitec, 2005. p.108-109.

- [20] “Consentimento prévio e informado (CPI), pressupõe a exigência que as comunidades locais e indígenas sejam consultadas para dar o seu consentimento voluntário antes que uma pessoa ou instituição ou empresa, tenha acesso a conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos dentro de seu território”. In: FIRESTONE, Laurel. Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos. In: LIMA, André; BENSUAN, Nurit. **Quem cala consente? subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.24.
- [21] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil/ISA – Instituto Socioambiental, 2005. p. 204.
- [22] LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.p.227.
- [23] Tradução Livre: “Que nuestras culturas se fundamentan em los principios de armonía, paz, desarrollo sostenible y equilibrio con la naturaleza, por lo que la conservación y utilización de los recursos forman parte de la comsovisión y vida diaria de los Pueblos Indigenas y comunidades locales”. In: ROMEU, Bibiana García; LOPEZ Atencio; HUERTAS Hector. **Los pueblos indigenas frente al nuevo milenio: herramienta para la participación indígena en la agenda ambiental internacional**. Madrid: WATU/Acción Indígena, 1998. p.103.
- [24] Importante ressaltar que conforme, dispõe a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), analisada no terceiro capítulo, a proteção do meio ambiente deve ocorrer de duas maneiras: A conservação *In-Situ* (de habitats e populações naturais), sendo obrigação das partes assinantes da Convenção, estabelecer um sistema de áreas protegidas, assim como diretrizes, regulamentos, proteção, recuperação e controle de riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provoquem impactos negativos. E a conservação *Ex-Situ* (fora de seus habitats naturais), a qual prevê que as partes devem manter instalações para a conservação, recuperação e coleta ex-situ, assim como, pesquisa de vegetais, animais e microorganismos, de preferência nos países de origem do recurso genético[24].
- [25] BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- [26] Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf>.
Acesso em: 23 ago. 2008.
- [27] ROHTER, Larry. Enquanto Brasil defende a sua biodiversidade, regras amarram cientistas. **New York Times**, 28 ago. 2007. Disponível em:
<<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2007/08/28/ult574u7719.jhtm>>.
Acesso em: 16 ago. 2008.
- [28] GIRARDI, Giovana. Justiça solta primatólogo holandês no Amazonas. **Folhaonline**, Seção Ciência e Saúde, 8 ago. 2007. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u318490.shtml>>. Acesso em 23 ago. 2008.
- [29] GIRARDI, Giovana. op. cit., 2008.
- [30] Sobre a questão verificar Medida Provisória 2.186-16/2001, nos artigos 17 a 29, que regulamentam o acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais e transferência de tecnologia, dentre outros aspectos.
- [31] NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais**

associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 57.

[32] Tradução Livre: “En las experiencias que responden a este tipo de juego las normas jurídicas no nacen, en nuestro tiempo, de la sola voluntad del poder jurídico-político, aunque esta voluntad sea una condición necesaria de su existencia. Para formar la voluntad normativa del poder jurídico-político se da previamente una etapa de negociación de la norma futura”. In: CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 47.

[33] Tradução Livre: “Esta negociación tiene um carácter essencialmente político. Su entidad puede ser macroscópica [...] ou microscópica [...], esse carácter político não se vê afetado, sin embargo, por las dimensiones del objeto de la negociación. Lo que se negocia, a fin de cuentas, es una decisión que ha de tomar un poder instituido y explícito de la sociedad, legitimado para dictar normas jurídicas”. In: CAPELLA, Juan Ramón. op. cit., 1999. p. 47.

[34] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente: fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

[35] Ibid., p. 61.

[36] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei nº 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 102.

[37] Ibid., p. 104.

[38] Tradução Livre: “De todos es conocido como en los estados democráticos el derecho penal se considera la última frontera, la *ultima ratio*, a cuyo auxilio se recurre ante sucesos (acciones y/u omisiones) de especial gravedad que requieren el máximo reproche por vulnerar los valores y derechos fundamentales, individuales y colectivos, que nos definen como personas y ciudadanos”. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, v.4, p. 20, jan./jun./2005.

[39] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56.

[40] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

[41] Ibid., p. 48-49.

[42] Ibid., p.49.

[43] Tradução Livre: “a La división del trabajo muy diferenciada la cooresponde una complicidad general, y a ésta una irresponsabilidad general. Cada cual es causa y efecto y por tanto no es causa. Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contra-reacciones.”. In: BECK, Ulrich. **La sociedade de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998. p. 39.

[44] PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 133.

[45] BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, v.4, p. 31, jan./jun./2005.

[46] Tradução Livre: “La apelación al derecho penal para la protección del medio ambiente, supone considerarlo como uno de esos valores e intereses, como una realidad, sin la que no se entiende la sociedad, ni los Estados, ni el propio ser humano. Si el derecho penal debe acudir en defensa del medio ambiente es por que es tan importante, tan imprescindible, que un ataque contra el mismo resquebraja los cimientos de nuestra

- propia existencia”. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.4, p. 31, jan./jun./2005.
- [47] NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia**: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 92.
- [48] Ibid., mesma página.
- [49] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas; MINAHIM, Maria Auxiliadora. Proteção penal dos recursos naturais no âmbito da América do Sul. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus. **Anais...** Manaus: CONPEDI, 2006. p. 4.
- [50] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente: fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.
- [51] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito penal**. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2004. p. 37.
- [52] JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 23. ed. rev e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 10. (Volume 1: Parte Geral: de acordo com a Lei nº 7209 de 11-7-1984).
- [53] Ibid., mesma página.
- [54] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. op. cit., p. 36.
- [55] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente: fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.
- [56] Tradução Livre: “[...] Si conviene señalar que la sola apelación al Derecho penal no bastará *per se* para erradicar los atentados al medio ambiente. En primer lugar, por que el derecho penal tenderá fundamentalmente a reprimir, a castigar una vez el daño se haya inferido. Al margen de los clásicos fines asignados al derecho penal (prevención general y especial), la función preventiva requiere de otros mecanismos y de otras implicaciones”. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.4, p. 31-32, jan./jun./2005.
- [57] Tradução Livre: “Es evidente que el derecho penal puede jugar un papel muy importante para articular un sistema sancionador frente a conductas que con anterioridad quedaban en la impunidad, o en una leve sanción (generalmente económica). Pero junto a él, para asegurar que se prevengan los atentados, deben aparecer otra variables a considerar: educación y compromiso”. In: BRAVO, Álvaro Sánchez. op. cit., 2005. p.32.
- [58] BRAVO, Álvaro Sánchez. Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v.4, p. 32, jan./jun./2005.
- [59] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6.ed. ampl.São Paulo: Saraiva, 2005.p. 41.
- [60] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6.ed. ampl.São Paulo: Saraiva, 2005.p.43.
- [61] FONSECA, Ozório José de Menezes. Biopirataria de Novo? In: **Amazonidades**, Manaus, p. 281, 2004.
- [62] FONSECA, Ozório José de Menezes. op. cit., 2004. p. 281.
- [63] ZELEDÓN, Rodrigo. Diez años del INBio: de una utopia a una realidad. Heredia/Costa Rica: Instituto Nacional de Biodiversidad, 2000. p. 109-110.
- [64] ZELEDÓN, Rodrigo. op.cit., p. 41-44.
- [65] Ibdí.p.51-56.

- [66] MUÑOZ, E. **Biotecnología y sociedad**: encuentros y desencuentros. Madrid: Cambridge University Press, 2001.p.68.
- [67] DOUROJEANNI, M. J.; PÁDUA, M. T. J. **Biodiversidade**: a hora decisiva. Curitiba: UFPR, 2001. p.108.
- [68] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 102-103.
- [69] NALINE, Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millenium, 2003. p. 77-78.
- [70] DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Os povos indígenas e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, p. 91, ago./dez./2003.
- [71] ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. In: **Revista da Academia Paulista dos Magistrados**, São Paulo, p. 53, nov./2002.
- [72] Ibid., mesma página
- [73] Ibid., mesma página.
- [74] NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **A biopirataria na Amazônia**: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. 2007. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.
- [75] Tradução Livre: “Cooperación Internacional para el Desarrollo, entendida como el conjunto de acciones que realizan gobiernos y sus organismos administrativos, así como entidades de la sociedad civil de um determinado país o conjunto de países, orientadas a mejorar las condiciones de vida e impulsar los procesos de desarrollo en países en situación de vulnerabilidad social, económica o política y que, además, no tienen suficiente capacidad para mejorar su situación por sí solos”. In: PINO, Bruno Ayllón. América Latina en el sistema internacional de cooperación para el desarrollo. In: SOTILLO, José Angel; PINO, Bruno Ayllón. (Orgs.). **América Latina en construcción**: sociedad, política, economía y relaciones internacionales. Madrid: Catarata, 2006. p. 251.
- [76] BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de julho de 1992. Brasília, 1998.
- [77] FONSECA, Ozório José de Menezes. Biopirataria de Novo? In: **Amazonidades**, Manaus, p. 282, 2004.
- [78] BRASIL. Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica. Concluído entre os Governos da República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela (artigos 1 e 2).

**O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA MINERAÇÃO E SUA EFETIVA
RELAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE LEVANDO EM CONTA O QUE
PRECEITUA O ART. 225, § 2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988***

**THE LICENSING ENVIRONMENTAL AT THE MINERALS AND YOUR
EFETIVA RAONO WITH THE ENVIRONMEMENT TAKING WELL INTO
ACCOUNT THE ONE TO PRECEITUA THE ONE ART. § 2 FROM THE
CONSTITUTION FEDERAL AS OF 1988**

**Ana Lucia Brunetta Cardoso
Karina Meneguetti Brendler**

RESUMO

A necessidade de se estabelecer maiores garantias jurídicas na efetivação de uma busca de preservação do meio ambiente, tem nos levado a discutir suas diferentes abordagens pelas Ciências Jurídicas, uma vez que atuará o Poder Judiciário, como um mediador deste conflito. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio e o o desenvolvimento econômico cada vez mais se tornam pertinentes, ante a ausência de uma correta exploração dos recursos naturais. O sistema jurídico necessita possuir instrumentos jurídicos hábeis, como o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental, meios estes capazes a compatibilizar o desenvolvimento econômico e as atividades econômicas geradoras de riquezas, sob pena de uma perda da qualidade de vida existente no planeta. O sistema legal para a concessão do licenciamento ambiental na mineração assim, deverá atuar como um compatibilizador da permissão para a extração de minérios e a possibilidade de recuperação da área explorada, com o seu conseqüente plano de recuperação, que deverá avaliar a impactação necessária a sustentabilidade da atividade.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, LICENCIAMENTO AMBIENTAL, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E IMPACTO AMBIENTAL, EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS.

ABSTRACT

The need of establishing wider legal guarantees in the interest of environment preservation has raised the discussion of its different approaches in Legal Sciences, since the Judiciary Power would act as the mediator of this conflict. The entitlement of an ecologically and healthy balanced environment and the entitlement of the economic development have become more relevant because of the absence of a correct natural

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

resources exploration. The juridical system must have clever juridical methods capable of making the economic development compatible with the economic activities that generate wealth, in risk of, otherwise, harming the quality of life existent in the planet. The juridical system of the environment licensing in mining must therefore act as a conciliator in the mining extraction allowance and the possibility of recovery of the explored area, including its regeneration plan that should evaluate the necessary effort to make this activity sustainable.

KEYWORDS: ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT, ENVIRONMENT LICENSING, DEVELOPMENT RIGHT AND ENVIRONMENT IMPACT, EXPLORATION OF NATURAL RESOURCES.

O licenciamento ambiental, como instrumento de defesa do meio ambiente consagrado pela Política Nacional do Meio Ambiente, é um procedimento administrativo composto por vários atos correlacionados. Seguindo, portanto, os princípios norteadores do Direito Ambiental, sempre buscando garantir o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a defesa dos recursos naturais. Faz parte da tutela administrativa preventiva, podendo, em determinados casos, servir de procedimento corretivo e fiscalizador.

As oito etapas do licenciamento ambiental, as quais, uma vez cumpridas, vinculam a Administração Pública a conceder a licença pretendida para o empreendimento, previstas em lei não são exaustivas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 concedeu competência concorrente aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre matéria ambiental. Assim, a lei estadual pode prever outros requisitos que considerar ser importante para a fiscalização e mitigação dos danos decorrentes das atividades potencialmente degradadoras.

Para Paulo de Bessa Antuneso órgão administrativo regulamentador acertou ao exigir, no § 1º, do artigo 10, que os requerimentos de licenças fossem instruídos com certidão do Poder Público municipal, comprovando que o empreendimento encontra-se em conformidade com as regras de zoneamento municipal. O autor explica que “evita-se, assim, que os órgãos ambientais utilizem uma prática condenável, que é a de se sobrepor às prefeituras quanto ao uso do solo, que é atribuição exclusiva dos municípios.”

Observa-se que as etapas para o licenciamento ambiental iniciam com a definição do órgão ambiental competente para o licenciamento, prevendo desde já os projetos e estudos necessários, com a interação do órgão ambiental componente do SISNAMA. Traçam-se etapas básicas a serem cumpridas, com a participação da população mediante a realização de audiência pública. As etapas do licenciamento ambiental, portanto, nada mais são do que um roteiro básico a ser seguido pelo empreendedor, possibilitando, ao longo do procedimento, a cada tipo de licença auferida, a fiscalização e controle da instalação da atividade econômica a ser desenvolvida.

Não sendo uma, tampouco genérica, a legislação ambiental, mediante o artigo 8º, da Resolução 237/1997, do CONAMA, previu como parte integrante do procedimento de licenciamento, a concessão de três tipos de licença.

As licenças poderão ser concedidas isoladamente ou sucessivamente, de acordo com a natureza da atividade a ser licenciada. Seguirão as etapas do empreendimento, visando sempre a manutenção dos recursos naturais.

A mesma Resolução 237/1997, em seu artigo 14, visando a segurança e o desenvolvimento econômico das atividades produtivas que utilizam os recursos ambientais, de forma a desburocratizar e agilizar a concessão das licenças, determinou a estipulação de prazos para a análise de cada modalidade de licença, devendo ser respeitado o prazo máximo de 06 (seis) meses.

Previu, ainda, em seu artigo 18, prazos de validade para cada tipo de licença. Temos, assim, que o prazo de validade da Licença Prévia (LP), será o mencionado no cronograma de elaboração dos planos, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos. Já para a Licença de Instalação (LI), o prazo de validade será o estabelecido no cronograma de instalação do empreendimento, não podendo ser superior a 6 (seis) anos. Quanto ao prazo de validade da Licença de Operação (LO), deverá considerar os planos de controle ambiental, sendo no mínimo de 4 (quatro) anos e, máximo, de 10 (dez) anos. A legislação ainda prevê a possibilidade de prorrogação dos prazos dos dois primeiros tipos de licença (LP, LI), contudo não podendo superar os prazos máximos estipulados pela norma. Todavia, conforme Édis Milaré “podem e devem os legisladores estaduais e municipais, atendidas as peculiaridades locais, prever prazos diferenciados de vigência das licenças e, conseqüentemente, a necessidade de sua renovação.”

A mineração, por ser atividade de extração e beneficiamento de recursos minerais, e por isso, causadora de significativo impacto ambiental, está submetida às regras constantes e decorrentes do artigo 225, da Constituição Federal. Assim, por disposição do artigo 10, da Lei n.º 6.938/81 e artigo 2º, IX, da Resolução n.º 001/86, do CONAMA, a atividade minerária também sujeita-se ao regime do licenciamento ambiental. Este será realizado em observância a determinadas particularidades existentes na extração mineral e previstas na legislação concernente à mineração.

A primeira observação a ser feita com relação ao licenciamento ambiental da atividade mineradora refere-se ao órgão competente para conferir a licença. Segundo disposto no artigo 10, *caput*, da Lei n.º 6.938/81, a competência para licenciar é dos órgãos estaduais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA. O IBAMA terá atuação supletiva, ou seja, somente no caso em que o órgão estadual não efetuar sua incumbência. Porém, com base no artigo 4º, II, da Resolução 237/1997, do CONAMA, a competência poderá ser declinada ao IBAMA, caso em que, a atividade minerária a ser desenvolvida ocasiona conseqüências em mais de um Estado da Federação.

Outra questão de suma importância, amplamente discutida e enfrentada pela doutrina nacional, no controle e fiscalização da atividade extrativista de minérios, diz respeito ao roteiro a ser seguido no procedimento do licenciamento ambiental, uma vez que a Constituição impõe a necessidade de realização de Estudo de Impacto

Ambiental para a atividade em questão. O próprio Código de Minas também prevê a exigência de determinados estudos para que o empreendimento minerário possa funcionar na licitude, inclusive para os procedimentos anteriores à instalação da atividade.

A primeira fase para o início do empreendimento minerário é o pedido de instalação de pesquisa mineral – para delimitar a jazida a ser explorada junto ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral – DNPM – cujo regramento está previsto nos artigos 14 – 35, do Decreto-lei n.º 2228. Aqui, surge a primeira controvérsia doutrinária quanto ao procedimento específico à mineração.

Consoante artigo 1º, da Resolução n.º 9/1990, do CONAMA, “a realização de pesquisa mineral, quando envolver o emprego de guia de utilização, fica sujeita ao prévio licenciamento ambiental.” Paulo de Bessa Antunes critica veementemente a resolução n.º 9/1990, alegando “uma evidente ilegalidade na exigência de licenciamento ambiental para as atividades de pesquisa mineral, pois, nos termos da legislação vigente, a pesquisa mineral só depende do licenciamento exclusivamente minerário.” O Código de Minas, nos artigos que tratam da pesquisa, em especial no artigo 22, § 2º, não menciona a necessidade de licenciamento prévio do órgão ambiental, não podendo aquele regulamento administrativo alterar ou regulamentar dispositivo de lei ordinária, por falta de legitimação do órgão que o editou.

Isaac Kopezinski, discordando da afirmação de Paulo de Bessa Antunes, frisa que: “a fase de exploração, ou seja, de pesquisa prévia/ prospecção, não está sujeita ao Licenciamento Ambiental, com exceção da pesquisa que fizer uso de guia de utilização com produção de minério.” Credita, assim o autor, força regulamentatória à Resolução do CONAMA. Entretanto, por ser prática já usual no ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução em questão, não vem a regulamentar a matéria. Ao contrário, o artigo 1º. cria mais um requisito a ser observado e seguido, o qual a legislação atinente à mineração não faz menção.

Luís Carlos Silva de Moraes, ao comentar a recepção das resoluções do CONAMA pela Constituição Federal de 1988, contesta o poder regulamentatório dos atos administrativos daquele órgão, por força do disposto no art. 25, do ADCT, afirmando que não podem inovar no mundo jurídico, a despeito do que ocorre com os Decretos, assim se posicionando:

Como vimos, após a CF, especificamente pela proibição expressa no art. 25 dos ADCT, a competência legislativa delegada desse colegiado ambiental restou limitada. Doutrinariamente, antes mesmo da nova ordem constitucional, não se fazia ordenada de forma escorreita as resoluções do Conama, pois se o decreto, superior à resolução, não poderia criar obrigações, restrições e proibições, esta menos ainda.

Visando a segurança jurídica e a estabilidade das relações, as resoluções normativas do CONAMA, devem ser consideradas válidas, devido à inércia legislativa da União. Mas, as regulamentações estaduais em relação ao assunto tratado pela resolução prevalecerão sobre esta, a qual deverá ser desconsiderada.

O próximo passo para a implantação do empreendimento minerário é a realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), exigido pelo artigo 225, da Carta

Magna, e artigo 3º, *caput*, da Resolução 237/1997, do CONAMA. O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), acompanhado do seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), juntamente com o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) – exigido quando do requerimento de autorização de lavra conforme disposto no artigo 38, VI, do Código de Minas serão apresentados para a concessão da Licença Prévia (LP). Esta fase é simultânea à fase de requerimento de concessão de lavra para o DNPM, porém, sua concessão está vinculada à obtenção da Licença Prévia (LP).

Conforme expõe Paulo Afonso Leme Machado, é na fase da LP que a “administração pública mostra ao requerente suas pretensões, lastreadas estas no seu poder vinculando e no seu poder discricionário.” Para o autor, “trata-se de fase de estudo em que não há engajamento definitivo da Administração Pública com o pedido”, razão pela qual não gera direitos ao requerente.

Na fase posterior do procedimento licenciatório, quando do requerimento da Licença de Instalação (LI), o empreendedor deverá apresentar, além do julgamento satisfatório do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) pelo DNPM, o Plano de Controle Ambiental (PCA), o qual deverá conter as propostas mitigadoras e de controle dos impactos ambientais. Aqui, a Licença de Instalação (LI) torna-se um direito do requerente, após a aprovação do PCA, consoante disposição contida no artigo 5º, § 2º da Resolução 09/90, do CONAMA. A proposição “concederá”, constante no referido dispositivo, determina uma medida impositiva. Está, portanto, caracterizada a natureza vinculante da licença, o que a aproxima das licenças administrativas. O mesmo efeito – gerar um direito ao requerente – se verifica na fase posterior, quando do requerimento da Licença de Operação (LO), que também se constitui em direito do requerente após a comprovação de implantação dos projetos do Plano de Controle Ambiental (PCA), conforme determina do artigo 7º, § 2º, da Resolução n.º 09/1990 do CONAMA.

Está definido o roteiro a ser seguido para o licenciamento ambiental, para a mineração, sempre levando em conta os requisitos gerais e específicos de cada membro da federação, previstos para tal procedimento licenciatório. De acordo com o roteiro analisado podemos afirmar que o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) figuram como os mais importantes e necessários dentre os documentos essenciais para a obtenção da licença, uma vez serem prévios ao seu pedido. Por esta razão, acreditamos que merecem ser analisados de forma individualizada, para uma melhor compreensão, o que passaremos a fazer no próximo ponto.

O Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – EIA/ RIMA – surgem na legislação ambiental brasileira, como ferramentas da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), este instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme expõem Antônio Inagê de Assis Oliveir e Luís Henrique Sánchez. O EIA e seu RIMA são ferramentas preventivas e obrigatórias para aquelas atividades ou obras “potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental”, consoante artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal da 1988. Suas importâncias como medidas preventivas conferiu-lhes caráter de normas constitucionais. Nesse diapasão, é que o Decreto n.º 99.274/1990, em seu artigo 17, § 1º, previu o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) como estudo prévio integrante do procedimento de licenciamento ambiental.

Instrumento preventivo inserido no licenciamento ambiental (artigo 3º, *caput*, da Resolução 237/1997, do CONAMA o EIA deve ser prévio à implantação do empreendimento e início da atividade. Isto porque o Estudo de Impacto Ambiental possibilitará antever os riscos e eventuais impactos ambientais, prevenindo-os e demonstrando alternativas de mitigação e compensação de eventuais danos ocorridos quando da instalação da atividade. Possibilitará a fiscalização da evolução do empreendimento e conseqüentes degradações. Nesse sentido milita Paulo Afonso Machado, ao afirmar que: “o Estudo de Impacto Ambiental deve ser anterior à autorização da obra e/ ou autorização da atividade. Assim, esse estudo não pode ser concomitante e nem posterior à obra ou atividade.”

Paulo de Bessa Antunes, ao analisar os aspectos e objetivos do EIA, afirma que: “o Estudo de Impacto Ambiental tem por finalidade precípua auxiliar, dentro de seus limites específicos, a consecução plena e total dos objetivos fixados pela Política Nacional do Meio Ambiente, conforme fixado na Lei n.º 6.938/1981.” O Estudo de Impacto Ambiental tem, portanto, uma natureza jurídica de instrumento com caráter preventivo, inserido como etapa do licenciamento ambiental, segundo expõe Celso Antônio Pacheco Fiorillo.

Como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, constitucionalmente previsto, o EIA configura-se um procedimento formal e material, integrando o licenciamento ambiental. É formal, pois, as regras previstas para a sua implementação e execução devem ser seguidas. É material porque todos os recursos técnicos à disposição devem ser utilizados. Deve ser exigido de forma vinculada ao procedimento licenciatório, consoante compreensão do artigo 7º, I, do Decreto n.º 99.274/1990, concomitante ao artigo 3º, da Resolução n.º 237/1997, do CONAMA.

Por esta razão, é que o artigo 225, § 1º, IV, da Constituição da República, exige a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental para as atividades ou obras “potencialmente causadoras de impacto de significativa degradação”. Para a doutrina nacional, o texto constitucional não é claro, pois não conceitua o que vem a ser “significativa degradação”. Diante da imprecisão do termo, é que o órgão administrativo competente – CONAMA – elaborou um lista, enumerando as atividades e obras sujeitas ao Estudo de Impacto Ambiental. Paulo Afonso Leme Machado, lembra que a lista de atividades não é exaustiva, mas, sim, exemplificativa, afirmando que: “não só as atividades constantes da lista deverão obrigatoriamente ser analisadas pelo Estudo de Impacto Ambiental, mas outras poderão ser acrescentadas à lista.”

A solução trazida pela Resolução 001/1986, do CONAMA, também foi festejada por Celso Antônio Pacheco Fiorillo, ao afirmar que “exemplificando situações em que o Estudo de Impacto Ambiental se fazia necessário, tornando-o obrigatório nas hipóteses descritas no art. 2º da resolução, por considerá-las significativamente impactantes ao meio ambiente”. Lembra, ainda o autor, que não há razão para se alegar eventual inconstitucionalidade da resolução 001/1986 (uma vez que o artigo 225, §1º, IV, menciona a necessidade de que lei exija o EIA/ RIMA), posto que, a Lei n.º 6.938/81, conferiu claramente ao CONAMA a competência para exigir e regulamentar o Estudo de Impacto Ambiental.

Entretanto, o artigo 3º, da Resolução n.º 10/1990, do CONAMA – que visa “estabelecer critérios específicos para o licenciamento ambiental de extração

mineral”, prevê a possibilidade de dispensa do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental, caso em que seria substituído por um Relatório de Controle Ambiental (RCA). Esta regra foi repetida no artigo 3º, par. único, da Resolução 237/1997, do CONAMA, aplicando-se, doravante, para todas atividades. Tal possibilidade configura a liberdade do órgão de controle ambiental para avaliar a significância do impacto ambiental e, com isso, exigir ou não o Estudo de Impacto Ambiental.

Outro ponto de reflexão a respeito do EIA, é o disposto no artigo 17, § 2º do Decreto n.º 99.274/1990. Este dispositivo trata da incumbência da realização do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental. A matéria era, antes, regulada pelo artigo 7, da Resolução 001/1986, do CONAMA, segundo o qual, o EIA/ RIMA deveriam ser realizados por uma equipe multidisciplinar habilitada. Esta equipe era composta por profissionais das mais diversas áreas (engenheiros, geólogos, sociólogos, biólogos). Paulo Afonso Leme Machado, definiu a revogação do dispositivo em questão como sendo um “grave retrocesso na legislação ambiental brasileira. A independência da equipe multidisciplinar nunca foi total diante do empreendedor, que a contratava e a pagava. Deveria ter sido tentado o seu aperfeiçoamento, e não sua extinção.

Superados alguns dos pontos controversos do Estudo de Impacto Ambiental, cumpre-nos analisar o seu conteúdo básico. Por ser um ato formal, conforme anteriormente exposto, o EIA deve seguir as diretrizes básicas contidas no artigo 5º, da Resolução 001/1986, do CONAMA. São regulamentações gerais, uma vez que cada ente pode definir regras específicas para o licenciamento ambiental em seu território, conforme já observado.

De acordo com o artigo 5º, da Resolução 001/1986, do CONAMA o Estudo de Impacto Ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto. Aqui, todas as alternativas tecnológicas deverão ser analisadas, não só as que são propostas pelo empreendedor, visando a viabilidade e eficiência do projeto. Esclarece Paulo de Bessa Antunes, que muitas vezes o local escolhido para o empreendimento não é o mais apropriado, caso em que a equipe técnica deve alertar, podendo até, sugerir outro local.

O EIA deve, ainda, “identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade. Este procedimento visa o controle e fiscalização pelo órgão ambiental, da implantação do projeto nas diversas etapas do licenciamento, possibilitando, inclusive medidas de correção e mitigadoras do impacto ambiental.

O Estudo de Impacto Ambiental, também como conteúdo básico, deve considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. A compatibilidade ou não do projeto com os planos e programas governamentais, tal como projeto de zoneamento, devem ser informados e claramente expostos no EIA. Ficará a cargo do Poder Público, em caso de incompatibilidade, considerar a viabilidade ou não do projeto, segundo a natureza da atividade a ser empreendida e o seu aproveitamento econômico.

A Resolução 001/1986, também previu os requisitos técnicos, o conteúdo mínimo do Estudo de Impacto Ambiental, em seu artigo 6º. Assim, em seu inciso I, determinou o “diagnóstico ambiental da área de influência do projeto com completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto. O diagnóstico ambiental da área de influência visa possibilitar o acompanhamento das alterações causadas na área a ser instalado o projeto. Possibilita, fazer um estudo comparado das modificações e intensidade do impacto causado, para a implantação, se necessário, de medidas de controle e mitigação do impacto. Leva-se em consideração os fatores ambientais e suas alterações no decorrer da implantação do projeto, inclusive após o encerramento das atividades, tais como: meio físico, meio biológico, meio antrópico.

O Estudo de Impacto Ambiental deverá conter, também, uma “análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas. “Uma das diretrizes gerais impostergáveis”, para José Afonso da Silva. Tal medida possibilita mensurar a dimensão e incidência dos impactos e alterações sofridas no ambiente, possibilitando medidas preventivas, corretivas e protetivas. Paulo Afonso Machado, lembra que o dispositivo contido na Resolução 001/1986, do CONAMA, que trata sobre o EIA, que “os impactos devem ser estudados nas `fases de implantação e operação da atividade`.”

O EIA deve prever, também, a “definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistema de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.” Neste aspecto, a indicação das medidas mitigadoras dos impactos negativos, servem para analisar o seus graus de eficiências, e suas repercussões quando postas em prática, visando minimizar, corrigir ou prevenir os impactos adversos identificados. José Afonso da Silva sustenta que “não basta identificar e avaliar os impactos ambientais negativos do projeto”, mas sim, determinar as medidas capazes a reduzir os efeitos que o empreendimento trará ao ambiente.

O último dos requisitos técnicos apontados pelo artigo 6º, da Resolução 001/1986, do CONAMA, diz respeito à “elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos), indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.” Deve-se considerar as fases de planejamento, implantação, operação e desativação, e quando for o caso, de acidentes, para a elaboração do programa, justamente para que as medidas mitigadoras possam ser aplicadas, conforme a evolução do projeto.

Analisadas as diretrizes e o conteúdo básico que o Estudo de Impacto Ambiental, salienta-se que os artigos 5º e 6º, determinam as diretrizes e conteúdos básicos, gerais, podendo cada ente federativo (Estado, Distrito Federal e Municípios) preverem em suas legislações outros requisitos e normas para o EIA, de acordo com suas particularidades e competências. Mas as alterações devem visar sempre o aprimoramento do Estudo de Impacto Ambiental. Ademais, deve-se ter cuidado, pois o conteúdo do EIA/ RIMA, segundo Paulo Afonso Leme Machado e Paulo de Bessa Antunes, vinculam a Administração Pública, eis que a discricionariedade do Poder Público é limitada pelo princípio da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento econômico – que assegura a livre iniciativa privada.

Visando os esclarecimentos dos pontos e conclusões do Estudo de Impacto Ambiental, e dar-lhe publicidade de forma a permitir a participação de todos os interessados, o legislador pátrio, ao estabelecer a sua obrigatoriedade, também previu a simultaneidade de realização do Relatório de Impacto Ambiental – regulamentado no artigo 9º, da Resolução n.º 001/1986, do CONAMA– parte integrante do EIA e, cujo objetivo é fazer com que os termos técnicos constantes no Estudo de Impacto Ambiental sejam os mais claros possíveis, acessíveis à toda a população. Deve ser dada ampla publicação de seu conteúdo, permitido apenas o sigilo industrial (por força do artigo 11, primeira parte, da Resolução 001/1986, do CONAMA.

O citado artigo 9º, da Resolução 001/1986 do CONAMA, dispõe, também, que deverá fazer parte do RIMA, a caracterização da futura qualidade ambiental de forma comparativa, analisando os impactos sofridos pela área de influência, bem como suas conseqüências. Enfim, será um documento descritivo e interpretativo do Estudo de Impacto Ambiental, visando a sua publicidade, com base no princípio da publicidade e do interesse público. Assim, se o ambiente é um “bem de todos”, o Relatório de Impacto Ambiental é o instrumento de política ambiental ao alcance de todos.

O meio pelo qual os cidadãos terão conhecimento do EIA/ RIMA será mediante a audiência pública. Instrumento de defesa e proteção ao meio ambiente, pois garantidor da publicidade do EIA/ RIMA, a audiência pública é pouco difundida e utilizada em nossa sociedade. Prevista pelo artigo 3º, *caput*, da Resolução n.º 237/1997e regulamentada pela Resolução n.º 9/1987, ambas do CONAMA, tem como finalidade legal, garantir o cumprimento dos preceitos fundamentais do Direito Ambiental, razão pela qual está inserida no texto constitucional do artigo 225, § 1º, IV, como bem lembra José Afonso da Silva. A audiência pública é o momento em que o Poder Público sentirá a repercussão do empreendimento junto à população, esclarecerá as dúvidas oriundas do projeto, recolherá críticas e sugestões a seu respeito, em consonância com que expõe o artigo 1º, da Resolução 9/1987, do CONAMA.

Entretanto, sua realização não é obrigatória, a teor do que dispõe o artigo 2º, *caput*, da Resolução 9/1987, do CONAMA. Será realizada somente quando solicitada por entidade civil, do povo; Ministério Público, ou quando o órgão do meio ambiente acreditar ser necessário. Ao seu final, será lavrada uma ata circunstanciada, onde constará todos os documentos e assinados entregues ao presidente dos trabalhos, consoante artigo 4º, *caput*, da Resolução 9/1987, do CONAMA. Uma vez marcada, caso não realizada, obsta a concessão da licença.

Um dos objetivos do EIA/ RIMA é a previsão das futuras conseqüências geradas pela implantação e impacto da atividade empreendedora. Como anteriormente analisado, a recuperação da área em que a atividade mineradora se desenvolveu, bem como os métodos a serem utilizados para tanto, devem ser previstos quando da realização do EIA/ RIMA.

A recuperação da área degradada atingida pela atividade mineradora é imposição constitucional, prevista no artigo 225, VI e em seu § 2º. O Código de Minas – Decreto-lei n.º 227/1967, em seu artigo 47, previu medidas e critérios técnicos a serem respeitados e obedecidos na atividade de extração mineral. Dentre essas medidas, o artigo 47 determina a reparação dos danos e prejuízos causados a terceiros; visar a

segurança e salubridade das habitações localizadas nas imediações da área a ser minerada; evitar a poluição e conservar as fontes, águas e todo o meio físico, biológico e antrópico, abrangido pela atividade minerária. Para o IBAMA, recuperar significa:

Retornar o sítio degradado a uma forma e utilização de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo. O que implica que uma condição estável será obtida em conformidade com os valores ambientais, estéticos e sociais da circunvizinhança. Significa, também, que o sítio degradado terá condições mínimas de estabelecer um novo solo e uma nova paisagem.

Para a obtenção da licença ambiental, de forma a possibilitar o início da atividade mineradora, faz-se necessário a elaboração do Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), como visto, exigência constitucional. Na execução do Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), deve haver um acompanhamento constante, sendo o processo implantado ainda na fase de planejamento do projeto minerário e finalizado após o encerramento das atividades. Na fase de implantação do PRAD, monitora-se os aspectos do meio físico, mediante técnicas aplicadas à reestruturação das áreas degradadas.

No mesmo sentido, são as orientações do IBRAM, ao afirmar: “ao planejar o trabalho de recuperação, deve-se considerar os diagnósticos efetuados nos estudos ambientais que identificaram as características específicas da mina e do local onde ela está instalada.”

Certo é que os instrumentos de controle e prevenção dos impactos e degradações geradas ao meio ambiente pelos voluptuosos investimentos econômicos e industriais seguem rigorosamente os princípios informadores do Direito Ambiental brasileiro. Visam a precaução, o desenvolvimento econômico e o equilíbrio ambiental, em prol da dignidade da vida humana, condição a ser atingida com qualidade de vida, saúde e compatibilização dos direitos.

A intenção do legislador pátrio em constitucionalizar as normas de proteção ao meio ambiente, principalmente no que tange à mineração (artigo 225, § 2º), reflete justamente a sua preocupação em harmonizar os princípios do desenvolvimento econômico e proteção ambiental, o que outrora parecia ser mero antagonismo, e, conseqüentemente, impossível. Destarte, a criação de mecanismos legal de controle da atividade minerária, em momento algum se apresenta como obstáculo ao desenvolvimento da atividade. Ao contrário, são instrumentos de uma política pública que, prevendo a importância estratégica dos recursos minerais para o incremento da economia, visam garantir a sustentabilidade e manutenção das reservas minerais. Portanto, o procedimento do licenciamento ambiental – onde se encontra inserido o Estudo de Impacto Ambiental – e o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), refletem o anseio de uma sociedade que deixa de viver o presente e, evoluindo conscientemente, passa a pensar nas futuras gerações e no crescimento estratégico.

REFERÊNCIAS

ACKER, Francisco Thomaz Van. **Breves Considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do Conama, que estabelece critérios para o Licenciamento Ambiental.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, n. 8, 1997.

ACOT, Pascal. **História da Ecologia.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 2^a. ed., 1990.

ALTVATER, Elmar. **O preço da riqueza** - pilhagem ambiental e a nova (des) ordem mundial. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: UNESP, 1995.

ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal.** São Paulo: LTr, 1999.

ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **Política Ambiental: Uma Análise Econômica.** São Paulo: Fundação Editora da Unesp/ Editora Papyrus, 1998.

ANDRADE, Manuel Correia de. **Mineração no Nordeste: Depoimentos e Experiências.** Brasília: CNPq, 1987.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lemen Juris, 7^a. ed. revistada, ampliada e atualizada, 2004.

ARAÚJO, Ubiracy. **Mineração e Garimpo.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 1, n.º 1, jan – mar 1996.

ARRUDA, Alexandre Trajano de. **Mineração e Meio Ambiente – Aspectos Técnicos e Legais.** Coletânea de Trabalhos Técnicos Sobre Controle Ambiental na Mineração. Brasília: Ministério de Minas e Energia – Departamento Nacional de Produção Mineral, 2^a. ed., 1985.

BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento sustentável Regional e Municipal – Conceitos, Problemas e Pontos de Partida. **Revista Administração on line** [On Line]. FECAP. Volume 1, número 4, out/nov/dez. 2000. Disponível em: <http://www.fecap.br/adm_online/>. Acesso em 12 de mar.2006.

BARRETO, Maria Laura. **Mineração e Desenvolvimento Sustentável: Desafios para o Brasil.** Rio de Janeiro: CETEM/ MCT, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.**15 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1993. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

CARVALHO, Getúlio. **Petrobrás: do monopólio aos contratos de risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

CASTRO, João Marcos Adede Y. **Resíduos Perigosos no Direito Ambiental Internacional: Sua Internalização nos Países do Mercosul.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris, 2003.

Centro de Ecologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Carvão e Meio Ambiente**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1ª ed., 2000.

CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros; ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Licenciamento Ambiental: uma visão simplificada**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2523>>. Acesso em: 20 set. 2003.

CORSON, Walter H. **Manual Global de Ecologia**. Trad. Alexandre Camaru. São Paulo: Editora Augustus, 1996.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FELDMANN, Fábio. **É Preciso Modificar os Conceitos**. Revista Brasil Mineral: Especial Meio Ambiente, São Paulo, ano VII, Out. 1989.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Amilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª ed., 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª ed. ampl., 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2ª ed., 1998.

_____ [Org.]. **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

[1] Vide artigo 24, VI, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2004, p. 42.).

[2] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 148.

[3] “Art. 10. [...]:

§ 1º. No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

[...]” (BRASIL, 2004, p. 569.).

[4] BRASIL, 2004, p. 568.

[5] “Art. 14. O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI, LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.” (BRASIL, 2004, p. 570.).

[6] Idem, p. 570.

[7] MILARÉ, Edis, 1999, p. 369.

[8] BRASIL, 2004, p. 709.

[9] BRASIL, 2004, p. 560.

[10] BRASIL, op. cit., p. 709.

[11] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 863.

[12] BRASIL, 2004, p. 567.

[13] KOPEZINSKI, Isaac, 2000, p. 14.

[14] Art. 14, *caput*, do Código de Minas: “Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico.” (BRASIL, 2004, p. 418.).

[15] Art. 4º., do Código de Minas: “Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.” (Idem, p. 416.).

[16] Idem, p. 418-425.

[17] BRASIL. *Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente 9/1990*, de 06 de dezembro de 1990. Direito Ambiental: legislação. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 550.

[18] Consoante artigo 22, § 2º, do Código de Minas, : “É admitida, em caráter excepcional, a extração de substâncias minerais em área titulada, antes da outorga da concessão de lavra, mediante prévia autorização do DNPM, observada a legislação ambiental pertinente.” (BRASIL, 2004, p. 422.). [Desta forma, a pesquisa com Guia de Utilização é aquela em que o DNPM autoriza a exploração de minerais, visando o custeio da pesquisa.]

[19] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 866.

[20] Vide artigos 14-35, do Código de Minas. (BRASIL, op. cit., p. 418-425.).

[21] KOPEZINSKI, Isaac, 2000, p. 15.

[22] MORAES, Luís Carlos Silva, 2001, p. 25.

[23] Vide artigo 25, dos ADCT, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2004, p. 148-149.).

[24] BRASIL, 2004, p. 133.

[25] BRASIL, 2004, p. 567.

[26] Segundo art. 36, do Código de Minas – Decreto-lei 227/67: “entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.” (BRASIL, 2004, p. 425.).

[27] “Art. 38 – [...]

VI – plano de aproveitamento econômico da jazida, com descrição das instalações de beneficiamento;

[...].” (Idem., p. 426.).

[28] KOPEZINSKI, Isaac, 2000, p. 15.

[29] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 241.

[30] Segundo artigo 5º, § 2º, da Resolução 09/90 do CONAMA: “o órgão ambiental competente, após a aprovação do PCA do empreendimento, concederá a Licença de Instalação”. (BRASIL, 1999, p. 551.).

[31] Segundo artigo 7º, § 2º, da Resolução 09/90 do CONAMA: “o órgão ambiental competente, após a comprovação da implantação dos projetos do PCA, concederá a Licença da Operação”. (Idem, p. 552.).

[32] OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. *Avaliação de Impacto Ambiental X Estudo de Impacto Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.º 17, ano 5, p. 141, jan – mar 2000.

[33] SÁNCHEZ, Luís Henrique. *Os Papéis da Avaliação de Impacto Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n.º 0, 138-157 p.

[34] BRASIL, 2004, p. 134.

[35] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 311.

[36] Segundo o art. 17, § 1º, do Decreto 99.274/1990: “caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento [...].” (BRASIL, 2004, p. 722.).

- [37] BRASIL, 2004, p. 567.
- [38] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 194.
- [39] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 311.
- [40] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, 2000, p. 69.
- [41] Artigo 7º, I, do Decreto n.º 99.274/1990, compete ao CONAMA: “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e supervisionada pelo referido Instituto”. (BRASIL, 2004, p. 719.).
- [42] Entre eles Milaré, Paulo Afonso Machado, Paulo de Bessa Antunes.
- [43] A lista com as atividades sujeitas ao Estudo de Impacto Ambiental foi introduzida na legislação ambiental brasileira por meio do artigo 2º, da Resolução 001/1986, do CONAMA. Dentre as atividades constantes da lista está a mineração. Para Édís Milaré (1999, p. 329) a lista foi uma “engendração” do legislador pátrio.
- [44] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 207.
- [45] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, 2000, p. 70.
- [46] Idem, p. 72.
- [47] BRASIL. *Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente 10/1990*, de 06 de dezembro de 1990. Resoluções Conama Anotada. Brasília: Fórum, 2002, p. 252.
- [48] Segundo o artigo 3º, par. único, da Resolução 237/1997, do CONAMA: “o órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento”. (BRASIL, 2004, p. 567.).
- [49] Segundo artigo 17, § 2º, do Decreto n.º 99.274/1990: “o estudo de impacto ambiental será realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental – Rima, correndo as despesas por conta do proponente do projeto.” (BRASIL, 2004, p. 722.).
- [50] BRASIL, 2004, p. 561.
- [51] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, 2000, p. 72.
- [52] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 223.
- [53] Vide artigo 5º, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, op. cit., p. 560.).
- [54] Artigo 5º., I, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, 2004, p. 560.).

- [55] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 327.
- [56] Artigo 5º., II, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, op. cit., p. 560.).
- [57] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 209.
- [58] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, p. 329.
- [59] Art. 6º., I, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, op. cit., p. 561.).
- [60] MEDEIROS, Rosa Maria Vieira; SUERTEGARAY, Dirce Maria Antunes; DAUDT, Helena Maria Luzardo, 1993, p. 15.
- [61] Vide artigo 6º, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, 2004, p. 561.).
- [62] Art. 6º., II, da Resolução 001/1986, do CONAMA: “análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais”. (BRASIL, op. cit., p. 561.)
- [63] SILVA, José Afonso da., 1998, p. 204.
- [64] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 213.
- [65] Art. 6º., III, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, op. cit., p. 561.).
- [66] MACHADO, Paulo Afonso Leme, op. cit., 213-215 p.
- [67] SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 204.
- [68] Art. 6º., IV, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, 2004, p. 561.).
- [69] SILVA, José Afonso da, 1998, p. 204.
- [70] ANTUNES, Paulo de Bessa, 2004, 325-335 p.
- [71] MACHADO, Paulo Afonso Leme, 2001, p. 207.
- [72] ANTUNES, Paulo de Bessa, op. cit., p. 317.
- [73] Vide artigo 9º, da Resolução 001/1986, do CONAMA. (BRASIL, 2004, p. 561-562.).
- [74] “Art. 11. Respeitado o sigilo industrial, assim solicitado e demonstrado pelo interessado, o RIMA será acessível ao público.(...).” (Idem, p. 562.).

[75] “Art. 3º. A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/ RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.” (BRASIL, 2004, p. 567.).

[76] Vide Resolução 9/1987, de 3 de dezembro de 1987, do CONAMA. (BRASIL. *Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente 9/1987*: de 23 de janeiro de 1986. Coletânea de Legislação de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. rev., atual. e ampl., p. 565, 2004.).

[77] SILVA, José Afonso da., 1998, p. 206.

[78] “Art. 1º. A Audiência Pública referida na Resolução CONAMA 1/1986 tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito”. (BRASIL, op. cit., p. 565.).

[79] “Art. 2º. Sempre que julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por cinquenta ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.” (BRASIL, 2004, p. 565.).

[80] “Art. 4º. Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta.” (BRASIL, 2004, p. 565.).

[81] Art. 47, VIII, do Código de Minas. (BRASIL, 2004, p. 428.).

[82] Art. 47, IX, do Código de Minas. (Idem, p. 428.).

[83] Art. 47, X, XI, XII, do Código de Minas. (Idem, p. 428.).

[84] IBAMA, *Manual de Recuperação de Áreas Degradadas pela Mineração* apud Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM (1992, p. 53).

[85] Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM, 1992, p. 53.

DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A QUESTÃO DAS ÁGUAS*

DEVELOPMENT AND PUBLIC POLICIES IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988: THE WATER ISSUE

**Ana Mônica Medeiros Ferreira
Lívia Melo do Nascimento**

RESUMO

O desenvolvimento, como condição necessária para a realização do bem-estar social, é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político. O Estado é, no contexto da Constituição brasileira de 1988, o principal promotor do desenvolvimento, modificando as estruturas socioeconômicas, distribuindo e descentralizando a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população. O presente trabalho propõe-se a abordar o caso específico da disciplina das águas pelas normas legais e constitucionais e a sua proteção por intermédio da implementação de políticas públicas em prol do desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO - POLÍTICAS PÚBLICAS -
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - ÁGUA

ABSTRACT

The development, as a condition for the realization of social welfare, is a long-term process, driven by public policies or programs of government action in three interrelated areas: economic, social and political. The State is, in the context of the Brazilian Constitution of 1988, the main promoter of development, changing the socioeconomic structures, decentralizing and distributing the income, integrating, socially and politically, the entire population. The purpose of the present research is to analyze the specific case of water's discipline by the legal and constitutional rules and the water protection in consonance with the implementation of public policies for sustainable development.

KEYWORDS: DEVELOPMENT - PUBLIC POLICIES - BRAZILIAN
CONSTITUTION OF 1988 - WATER

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO DE SUAS NORMAS

O Estado Liberal sucedeu o Estado Absolutista, quando este último cumpriu seu papel, no âmbito da sociedade feudal, de instituição de um poder absoluto garantidor da acumulação da propriedade. Nesse contexto, a classe burguesa, insegura diante do poder do Estado, pôs-se a lutar para impor-lhe limites e, vitoriosa, promoveu a construção jurídico-política conhecida como Estado Liberal.^[1]

Sob a ótica desse novo modelo de articulação institucional, no qual a ordem jurídica passou a garantir a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado, o poder exercido fora da constitucionalidade e da legalidade passou a ser visto como um ato de força desprovido de legitimidade.

O pensamento político, por sua vez, acompanhando os novos fatos, posicionou a lei como uma categoria central, passando a realidade social a ser pensada não a partir da força, mas do direito.

Dentro da concepção de “dominação legal”, conceito utilizado por Weber, a criação do direito deveria ocorrer no modo previsto pelo próprio sistema, ou seja, no Estado Liberal, o jurídico não precisaria corresponder a nenhum ideal valorativo para ser considerado como tal e seria o próprio direito que o determinaria, na medida em que regularia o seu processo de produção.^[2]

É justamente esse direito o objeto tema do positivismo, movimento jusfilosófico que surge concomitantemente com o Estado Liberal, no século XIX.

Com a categoria da validade, o positivismo jurídico pretende determinar com precisão os limites do direito em relação à moral e à política, de modo a conceber o Direito de forma independente dos juízos de valor realizados pelos usuários das normas e das vicissitudes do poder. Nesse sentido, os autores positivistas convergem na tentativa de definir o direito como um sistema normativo autofundamentado, caracterizando o jurídico a partir de seu próprio interior, como norma válida que tem em uma norma suprema seu fundamento último.^{[3][4]}

A inevitável desconfiança contra o poder, clássica do liberalismo, traduziu-se no caráter rígido da Constituição, que se exteriorizou em instrumento escrito, formal, que, não só racionalizou, mas institucionalizou a filosofia de antagonismo ao poder e ao Estado. Em representação de uma Sociedade despolitizada pela Constituição e da juridicidade, separaram-se os conceitos de Estado e Sociedade. Assim, a Constituição, na sua fase contra-absolutista, apresentava-se política e filosófica.^[5]

A ideologia constitucional, em um primeiro momento, se concentrou nas Declarações e nos Preâmbulos, os quais tinham índole de manifesto ou plataforma revolucionária e se assemelhavam a textos de literatura moral, religiosa ou filosófica, afastando-se do caráter de verdadeiras leis portadoras de normas jurídicas vinculantes.^[6]

Por isso, não raro, a doutrina publicista francesa negava-lhes valor jurídico, reduzindo a visão interpretativa das Declarações à identificação nelas de um mero

conjunto de princípios gerais e abstratos, desprovidos de natureza jurídica, sem eficácia vinculante, de aplicabilidade duvidosa ou impossível, aptas quando muito a inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas. O jurista italiano Orlando, inclusive, via no Preâmbulo o lugar onde cabiam “todas as normas não acionáveis da Constituição”. [7]

Assim, as constituições do primitivo Estado liberal, as quais absorveram e positivaram os princípios básicos da ideologia burguesa eram, sob os aspectos políticos e filosóficos, harmônicas e uniformes, dadas a estabilidade teórica e a ausência de combates, antagonismos e tensões na operação constituinte.

No segundo momento constitucional das cartas liberais, procedeu-se a uma análise mais paciente e construtiva, voltada à definição e reconhecimento do teor jurídico das novas Cartas, ou seja, apareceu, em substituição ao conceito político (ou em alternativa teórica ou doutrinária), o conceito jurídico de Constituição. [8]

Nesse contexto, a brevidade dos textos das Constituições liberais derivava da indiferença ao conteúdo e à substância das relações sociais, cabendo às constituições tão-somente disciplinar o poder estatal e os direitos individuais (civis e políticos).

A Constituição Belga de 1832 é apontada como documento constitucional de culminante importância na construção jurídica do modelo liberal. Em primeiro lugar, transfundiu as Declarações de Direitos em artigos da Constituição, com sua inserção direta no texto constitucional, ao qual costumavam vir apenas; a seguir, também precursoramente, fê-las engendrar direitos públicos subjetivos, tornando possível transformar os direitos da liberdade em direitos positivos e acionáveis. Acrescentou, pois, à subjetivação o elemento de positivação. [9]

A batalha doutrinária entre a tese do Estado liberal, em decadência, e a do Estado social, em ascensão, diante da tentativa de reconciliar o Estado com a Sociedade, fındou por gerar o sacrifício das teses individualistas. Assim, sobre elaboração das novas Declarações, pairava a sombra de contradições dialéticas, tornando seu conteúdo polêmico, embargando, dificultando ou retardando a sua normatização. [10]

A instabilidade e o compromisso marcaram o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do Século XX, passaram a buscar formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. De fato, a incongruência, a heterogeneidade e a hibridez foram traços que caracterizaram essa fase, refletindo um estado de indefinição, transitoriedade e compromisso.

As fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições trouxeram a trégua constitucional em meio ao conflito ideológico, sendo a Constituição de Weimar o maior paradigma dessa criação teórica. [11]

Com a programaticidade, no entanto, houve a dissolução do conceito jurídico de Constituição elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo, trazendo de volta o debate da eficácia das normas constitucionais.

Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios produzidos nas Constituições, o Direito Constitucional entrou em

crise. A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia. Sendo as dores da crise mais agudas na Alemanha, o seu texto mostrou-se rude e imperfeito, mas precursor, resultando dele diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.

A queda da juridicidade dessa época lembra o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima, mostrando-se o texto constitucional preponderantemente político. A diferença é que, então, o Estado liberal, atado a uma tradição que apenas declarava os direitos invioláveis do homem e do cidadão, deixara quase intacto a esfera material da Sociedade.[12]

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, a discussão ultrapassa questão da determinação do caráter jurídico das normas programáticas, pautando-se, sobretudo, no grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição.

O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta-se, portanto, na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas. Isso porque, ainda que se afirme que a programaticidade em questão é a jurídica e não programática no sentido de sem positividade, verifica-se, ainda assim, que os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos.

A tendência doutrinária carreada por Lassale, Smend e Villari, que apontou a impotência do formalismo em captar a essência da Constituição (nos aspectos relacionados à vida, à realidade e aos valores), visando, em princípio, ao reforço de legitimidade da ordem constitucional, na verdade logra a erosão dos alicerces jurídicos dessa ordem, acarretando assim danos à eficácia e positividade da norma suprema.[13]

Nesse sentido, entende-se que a corrente de idéia mais idônea no Direito Constitucional contemporâneo parece ser aquela que, em matéria de Constituição rígida, reconhece, desde o princípio, a eficácia vinculante das normas programáticas, pois, sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar sequer a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa.[14]

De fato, a Constituição, como fonte positiva do direito, dá validade e fundamento às normas hierarquicamente inferiores. No entanto, com isso não se quer dizer que se deve adotar uma perspectiva normativista pura, o que estaria em manifesta contradição com a idéia central de constituição concebida como o estatuto jurídico do político.[15]

O problema de limitar poderes e competências a um instrumento constitucional não se resolve declarando apenas a juridicidade de seu conteúdo. Haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, que é a instância política.[16]

A idéia de Constituição como totalidade, ressaltando-se o seu caráter dinâmico, politiza o conceito de constituição, que não se limita mais à sua normatividade.

Por outro lado, repita-se, não se pode olvidar que a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Ela significa mais do que o simples

reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças políticas e sociais. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela.[17]

De modo que é indiscutível, ao considerar-se a constituição como norma sobre a produção jurídica, o papel primário e condicionante por ela desempenhado em relação a todo o ordenamento jurídico, porém, conforme salienta J. J. Gomes Canotilho, “*o sangue da constituição e a palpitação política correm ou podem correr por outros vasos, não reconduzíveis, propriamente, a fórmulas normativas*”. [18]

Daí decorre, também, a idéia de que, em qualquer Estado, é necessária uma atividade específica que determine, dirija, impulse, harmonize e coordene as diversas funções políticas atribuídas a múltiplos órgãos estaduais. Ou seja, não deve haver dúvidas acerca da necessidade de atos de direção política, os quais constituem atos propulsivos do regime político e traduzem, de forma imediata e autônoma, o início da atuação das imposições constitucionais.[19]

Nas Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1988, uma vocação política, típica do modelo constitucional de Weimar, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo e que fazem do homem, reconciliado com o Estado, o destinatário da norma constitucional dominou o ânimo do constituinte.

Quanto à Constituição Federal brasileira de 1988, observe-se que ela não se consubstancia, apenas, em um diploma legitimante das investidas públicas (dimensão liberal) ou simplesmente organizatório da comunidade política (dimensão democrática), o que se explica pelo fato de terem resultado do exaurimento do modelo político-liberal e de crises históricas como as duas guerras mundiais desse século, a ponto de transformar e ampliar o conceito de democracia.[20]

Com efeito, caracterizada como Constituição econômica, diferentemente e com maior abertura do que as cartas orgânicas do clássico Estado burguês de Direito, a Constituição brasileira de 1988 consubstancia, como tal, um documento transformador da realidade ou de pretendida transformação política-social.

No entanto, tal transformação da realidade não se concretiza apenas por intermédio dos dispositivos constitucionais, mas, também, por meio do Estado e da política, sob pena de empreender-se uma verdadeira “desjuridificação da realidade constitucional”, a qual resulta numa “desconstitucionalização” favorecedora da manutenção dos privilégios e desigualdades.[21]

Deve-se, portanto, tornar claros os nexos existentes entre Estado, Constituição e política, concebendo o direito constitucional como direito político, posto que, não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado.[22]

2 O DESENVOLVIMENTO E O FUNDAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1 O desenvolvimento como objetivo da República brasileira

À palavra desenvolvimento, poder-se-ia conferir uma dupla significação. A primeira, aplicável a todos os países de forma indistinta, diria respeito a qualquer processo de crescimento ou mudança, a segunda pautar-se-ia no modelo de crescimento identificado nos países desenvolvidos.

Todavia, observa-se que, atualmente, não se admite confusão entre os conceitos de desenvolvimento e crescimento econômico, visto que o último não é garantia de bem-estar social, enquanto que o primeiro é bem mais amplo, abrangendo múltiplos aspectos – o social, o humano, o econômico e a sustentabilidade entre outros.

Ou seja, ao falar-se em processo de desenvolvimento deve-se atentar para o seu aspecto qualitativo, de forma a se ter em vista requisitos que colaboram para melhoria de índices de saúde, educação, habitação e trabalho.[23]

No art. 3º, da Constituição brasileira de 1988, consagra-se, o desenvolvimento nacional como objetivo da República, sendo que tal desenvolvimento envolve aspectos econômicos – crescimento endógeno sustentado na produção de bens e serviços –, sociais – aquisição da progressiva igualdade de condições de vida –, e políticos – realização da vida democrática.

Observado o estabelecimento do desenvolvimento como objetivo da República, surge a difícil questão referente às ações públicas e coletivas que podem conduzir ao desenvolvimento, que reflete o problema da incapacidade do Estado contemporâneo de apreender a complexidade do meio social.[24]

O próprio significado do desenvolvimento, que se coloca como questão preliminar à determinação das políticas públicas que visam alcançá-lo, não é inequívoco e generalizável a toda e qualquer circunstância social.[25]

De todo modo, um importante aspecto relativo a um plano de desenvolvimento é a necessidade de considerar, em conjunto, toda a economia nacional, evitando-se graves problemas no futuro advindos do abandono das regiões com escassos recursos.

Desta forma, a Constituição de 1988 destaca-se pela importância que dá a esta questão, por seus dispositivos específicos e pela instituição definitiva do Federalismo Cooperativo, pelo qual se deve organizar os meios de colaboração entre as diferentes entidades federativas, entre si e entre estas e o Poder Central.

Esta solidariedade reflete-se na busca pela compatibilização da autonomia de cada unidade federada com a reserva das áreas de competências exclusiva (indelegável) ou privativa (delegável) e de atuação comum (concorrente); e, ainda que provoque erosão de alguns poderes federados, incrementa, em compensação, a intensidade (e o âmbito) da sua participação na vontade federal.[26]

O mecanismo das transferências intergovernamentais da receita tributária também é aventado como meio de compensar a fragilidade econômico-financeira dos Estados e Municípios em relação à União. A técnica utilizada na Constituição de 88 é a de participação por expectativa e participação em fundos. [27]

Por fim, deve-se observar que o planejamento é um fator apontado como indispensável para a realização de políticas públicas e para assegurar a prosperidade social, levando, para tanto, em conta que a integração econômica não planejada acarreta o agravamento dos desequilíbrios regionais.

Apesar da ressaltada importância, existe a crítica no sentido de não se identificar, no texto constitucional, mecanismos de controle ou garantia para assegurar a efetividade do plano de desenvolvimento.[28]

Como resultado disso, dessa falta de planejamento, os órgãos federais de desenvolvimento foram totalmente esvaziados – exemplo paradigmático da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) – e as políticas regionais de desenvolvimento foram praticamente esquecidas.

Diante do exposto, pondera-se que a superação desse quadro só se dará com políticas públicas nacionais regionalizadas, adequando melhor os investimentos públicos e dando papel essencial no planejamento nacional ao planejamento regional. Trata-se, portanto, de uma solução política. [29]

2.2 A experiência do planejamento no Brasil e a Constituição brasileira de 1988

No século XX, cresceu a preocupação em torno da noção de desenvolvimento. Após Keynes, e suas críticas em 1926, mudou-se a concepção dos pressupostos da teoria econômica, fazendo crescer questões relacionadas ao desenvolvimento e crescimento econômico.[30]

A política brasileira de desenvolvimento foi, neste contexto, efetivamente influenciada pela teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (Comisión Económica para América Latina), vez que esta dava fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde 1930.[31]

Assim, a política incorporada pelos nacionais-desenvolvimentistas brasileiros, baseada na realidade latino-americana e em parâmetros não econômicos, incluía o Estado no papel social reformador, promovendo o desenvolvimento de forma planejada, dando ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica.

A unidade do pensamento da CEPAL, que influenciou o modelo de desenvolvimento brasileiro, era a concepção do sistema centro-periferia, a qual demonstra a desigualdade inerente ao sistema econômico mundial, com a distância entre os pólos tendendo sempre a aumentar. [32]

De acordo com a concepção da CEPAL – a princípio, a aplicável ao caso brasileiro –, o Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa, coordenando decisões pelo planejamento, para modificar as estruturas socioeconômicas, assim como promover a distribuição e a descentralização da renda, integrando a população social e politicamente. [33]

Nesse sentido, o planejamento estaria sempre comprometido axiologicamente, sendo uma escolha guiada por valores políticos e ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional.

Antes da Constituição de 1988, o Brasil experimentou três momentos destacáveis do planejamento: Plano de Metas (1956-1961), Plano Trienal (1962-1963) e Plano Nacional de Desenvolvimento (1973-1979).

O Plano de Metas foi a primeira experiência efetiva de planejamento no Brasil, dando sentido de unidade a todos os projetos e programas setoriais nele previstos. Sua importância advém da profundidade de seu impacto e seu valor ideológico, ao associar, exitosamente, planejamento e desenvolvimento. Tal Plano tornou, ainda, patente a desconexão existente entre a estrutura da Administração Pública brasileira e o planejamento e desenvolvimento, uma vez que se forjou, do ponto de vista sociológico, uma nova estrutura institucional, com a presença do Estado desenvolvimentista, sem as correspondentes mudanças no plano jurídico. Foi o BNDE que foi sobreposto à estrutura administrativa existente. [34]

Já o Plano Trienal, com sua proposta de reformas econômicas e de base, pode ser considerado como o primeiro instrumento de orientação da política econômica global até então formulado. A sua intenção era a de completar a conversão da economia colonial em economia nacional, com a tomada dos centros de decisão essenciais ao progresso autônomo pelo Estado brasileiro. [35]

Por fim, o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) teve por objetivo central assegurar o crescimento econômico acelerado, sendo, para tanto, suprimido o poder de colaboração e participação dos entes federados. [36]

No II PND, buscou-se transformar a estrutura produtiva brasileira e superar a barreira do subdesenvolvimento através de um novo padrão de industrialização, resultando no recurso extremo ao financiamento externo, a desaceleração da economia e a desarticulação do plano em 1977, com a crise mundial. Desde então a atuação estatal passou a caracterizar-se como desprovida de uma diretriz global para o desenvolvimento nacional.[37]

Somente com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, *caput*, houve a previsão da função de planejamento para o Estado, com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e aos fins enunciados no texto constitucional.[38]

No entanto, juntamente com a falta de vontade política, podem ser elencados três grandes obstáculos à implementação do planejamento estatal: a estrutura administrativa brasileira, a redução do planejamento ao orçamento e a reforma administrativa neoliberal.

A Administração Pública (e o Direito Administrativo) está voltada para o modelo neoliberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, não para a implementação dos princípios e políticas consagrados na Constituição, logo, o que se observa é uma organização apolítica, simplesmente técnica da Administração.

Ela deveria, na verdade, ser reorganizada em torno da implementação de políticas públicas, vinculando a estrutura administrativa aos fins determinados constitucional e politicamente.[39]

Verifica-se, ainda, que a implementação dos planos dá-se por meio da realização dos investimentos públicos que devem estar explicitados nos orçamentos, executando de modo imediato ou em curto prazo os objetivos de médio e longo prazo contidos no prazo. Nesse sentido, a redução do plano ao orçamento trata-se, apenas, de uma forma de coordenar mais racionalmente os gastos públicos, não um verdadeiro planejamento, voltado ao desenvolvimento, ou seja, à transformação das estruturas socioeconômicas. É, inclusive, nesse sentido, as críticas que recaem sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), na medida em que ela impõe restrições às dotações orçamentárias, inclusive em detrimento de investimentos na área social, em prol de um orçamento equilibrado nos moldes liberais.[40]

Por fim, observa-se que, com a Reforma do Estado, implementada no Brasil, entre 1995 e 2002, por meio de emendas à Constituição e da criação de novos órgãos públicos, as agências, foram criadas duas áreas de atuação para o Poder Público: a Administração centralizada, que formula e planeja as políticas públicas e as agências, que regulam e fiscalizam a prestação dos serviços públicos.

A tarefa regulatória, aí definida, dá-se de duas formas: regulação contratual – por meio do contrato de concessão entre o órgão regulador e o particular prestador de serviço público – e a regulação econômica setorial – pelo controle e fiscalização da prestação do serviço desempenhada pela atuação da “agência” reguladora do setor.

Assim, o serviço público foi delegado à iniciativa privada, por meio das privatizações, o que findou por contrariar o próprio fundamento das políticas públicas, que é a concretização dos direitos via prestação dos serviços públicos pelo Estado. Entende-se, nesse sentido, que a regulação significou o desmonte da estrutura do Estado, o sucateamento do Poder Público e o abandono de qualquer possibilidade de implementação de uma política deliberada de desenvolvimento nacional.[41]

Tais aspectos contribuem, em grande medida, ao que se denomina de crise do planejamento no Brasil apesar da Constituição de 1988, a qual se entende que só será superada com a reestruturação do Estado brasileiro, no contexto do tão necessário e adiado projeto nacional de desenvolvimento.[42]

2.3 A concretização do desenvolvimento consagrado no programa constitucional brasileiro através das políticas públicas

A efetivação do desenvolvimento, objetivo consagrado na Constituição, dá-se por uma reunião de múltiplos fatores, estando parte deles relacionados ao ambiente institucional, à segurança jurídica e à taxa de desemprego.

O Poder Judiciário tem papel relevante nesse processo de desenvolvimento e não pode ser olvidado, devendo ser destacado o aspecto do desenvolvimento social, em conjunto com as searas política e econômica, às quais, comumente, é dada maior prioridade.[43]

Dentro dessa perspectiva, destaca-se “Direito e Desenvolvimento” como um ramo do conhecimento voltado à reforma do direito e ao aperfeiçoamento da cultura jurídica, de forma a proporcionar efetiva mudança social, assim definida[44]:

(...) transformação para um grau determinado de mudança de atitudes, normas, instituições e comportamentos que estruturam a vida jurídica cotidiana, e que abrange não somente os novos modelos culturais, arranjos institucionais e disposições psicológicas, enfim que priorize uma revolução ética das prioridades e melhorias materiais das condições de existência e dignidade dos seres humanos.

O desenvolvimento, como condição necessária para a realização do bem-estar social, é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político. O Estado é, assim, o principal promotor do desenvolvimento, modificando as estruturas socioeconômicas, distribuindo e descentralizando a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população.[45]

Logo, para ser concretizada, a Constituição depende, também, da Administração Pública, sendo a dinamicidade do ramo cada vez mais necessária para a concretização dos direitos fundamentais e da própria Constituição.[46]

Identifica-se, nesse ponto, a necessidade de superação da concepção, a qual é um resquício dos moldes liberais, do Direito Administrativo como uma defesa do indivíduo contra o Estado. Tal concepção é, indubitavelmente, problemática, sendo sua gravidade constatada quando da realização dos programas de ação estatal.

A Constituição brasileira de 1988, voltada à transformação da realidade brasileira, legitima o Estado da capacidade de realizar fins pré-determinados – sociais e econômicos – por meio de políticas públicas e dos mencionados programas.

No seu art. 3º, como visto, consagra o desenvolvimento nacional como objetivo da República e encara a redução das desigualdades regionais como imperativo que deve permear todas as políticas públicas propostas e executadas no Brasil.

Visando o desenvolvimento nacional, conceituam-se políticas públicas como programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.[47]

Observe-se que as Constituições do século XX, com o advento do Estado Social, conforme se destacou, incorporaram em seus textos o conflito existente entre as forças sociais, buscando abranger uma nova série de direitos e matérias.

A ênfase das questões de aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, conseqüentemente, deu ensejo à concepção de uma Teoria da Constituição, que chegou ao seu ápice com a caracterização da Constituição como Constituição Dirigente.[48]

Nesse sentido, a Constituição Dirigente, como concebida por Canotilho, busca racionalizar a política incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.[49]

O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional.[50]

A crítica comum feita à concepção de Constituição Dirigente é no sentido de que ela atribui ao texto constitucional um dirigismo estatal exacerbado, que finda por substituir o processo de decisão política.

Desse modo, deve-se ressaltar que o programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, tampouco impede a renovação da direção política e a confrontação partidária.[51]

Partindo dessa compreensão, a Constituição dirigente torna-se a premissa material da política.[52]

Tendo-se em vista que não se pode romper a vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição, a questão das “imposições constitucionais”, destaque-se, não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, é um problema de cumprimento da Constituição.

Dessa forma, é inconstitucional qualquer política que atente contra os fins colimados na Lei Maior, devendo, portanto, haver controle da adequação ao conteúdo e aos fins da Constituição, ou seja, adequação teleológica conforme observa J. J. Gomes Canotilho[53]:

(...) não institucionalizar as Regiões em grau de autonomia, como se deve inferir do art. 3º, III, importa desobediência à norma de princípio, e como esta tem superioridade hierárquica na pirâmide normativa, tal infringência normativa omissiva do legislador, para não dizer, na acepção lata, do governante, é passível de ação direta de inconstitucionalidade por descumprimento de preceito fundamental da Carta Magna.

Tal adequação teleológica, no entanto, lamenta-se, não ocorre no Brasil em vista do que se denomina de “concretização desconstitucionalizante”, que é a deturpação do texto constitucional no processo de concretização. [54]

Desse modo, a Constituição não se torna referência válida para o cidadão, porque a concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada de modo permanente e generalizado devido a fatores econômicos ou políticos, não havendo qualquer relação consistente entre texto e concretização. [55]

Restariam, então, as vias da mobilização social e da democracia participativa, como meios de cobrança de reivindicação do direito à realização das políticas públicas para a concretização do programa constitucional e de efetivação dos objetivos traçados na Constituição de 88, dentre ele, a superação definitiva das desigualdades sociais.[56]

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE E A ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL

3.1 O sistema jurídico brasileiro de proteção ambiental

a) O meio ambiente na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88)^[57] foi a primeira Carta brasileira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Ela assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Além de trazer um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da ordem social (Capítulo VI do Título VIII), a Constituição faz a questão ambiental permear todo o seu texto.^[58]

Desta forma, a CF/88 abriu espaços à participação e atuação da população na preservação e na defesa ambiental, impondo à coletividade o dever de defender o meio ambiente (artigo 225, *caput*, CF/88) e colocando como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, por meio da Ação Popular, a proteção ambiental determinada no artigo 5º, inciso LXXIII, CF/88. Estabeleceu, ainda, que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, assegurando a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo à presente e às futuras gerações e ampliou as ações judiciais na tutela ambiental^[59].

A preocupação atual da Constituição é um marco histórico de inegável valor, visto que as Constituições que a antecederam jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente, inclusive sem sequer empregar a expressão “meio ambiente”.^[60]

Dentre os vários dispositivos constitucionais que se propõem a reger o tema, destaca-se, pela relevância no contexto do presente estudo, o artigo 170, VI, que reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica[61].

Assim, compreende-se pelo dispositivo que a atividade econômica só pode desenvolver-se de forma legítima se atender ao princípio da defesa do meio ambiente entre os demais relacionados no mesmo artigo.

A empresa, como é sabido, relaciona-se com o meio ambiente causando impactos de diferentes tipos e intensidades. Dessa maneira, uma empresa ambientalmente

responsável procura minimizar os impactos negativos e ampliar os positivos. Caso haja desatendimento desse preceito de *status* constitucional, recai a aplicação da responsabilidade da empresa e de seus dirigentes na forma do artigo 173, §5º, da CF/88.

Pelo exposto depreende-se que, a partir da Constituição de 1988, construiu-se um sistema de Direito Ambiental, fazendo surgir um bem jurídico ambiental, com função coletiva e social.

O grande objetivo da proteção do meio ambiente é alcançado pela aplicação dos princípios da prevenção e da cooperação. Conseqüentemente, só quando isto não é possível, ou seja, quando diante da ameaça ou da efetivação de um dano ambiental, é que se recorrerá aos mencionados instrumentos processuais que se compõem de mecanismos de tutela para a efetiva proteção do meio ambiente.^[62]

Logo, a concepção inicial é a de que um conjunto de órgãos públicos e organizações da sociedade civil – incluindo as empresas – desenvolvam esforços no sentido de manter um meio ambiente equilibrado e sadia qualidade de vida.

A noção de prevenção diz respeito ao conhecimento antecipado dos sérios danos que podem ser causados ao bem ambiental em determinada situação e a realização de providências para evitá-los. Destaque-se, ainda, que, no sistema normativo brasileiro, podem ser encontrados alguns instrumentos de tutela ambiental, seja para pesquisa, seja para ação de prevenir, no âmbito administrativo, como o licenciamento ambiental e respectivo estudo prévio de impacto ambiental, zoneamento administrativo, tombamento e as sanções administrativas. O Direito Ambiental, ramo do Direito Público, permite ao Estado, em especial na hipótese de sanções administrativas, impor multas ao poluidor, o que visa inibir futuras agressões ao meio ambiente.^[63]

Todavia, ressalte-se, não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão-somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, uma vez que o bem ambiental é um bem de uso comum do povo.^[64]

Nesse sentido, apontam-se os seguintes itens que configuram a aplicação do princípio da prevenção: identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território – quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas do mar, quanto ao controle da poluição –; identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; planejamentos ambiental e econômico integrados; ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e Estudo de Impacto Ambiental (EIA).^[65]

Apesar dos custos das ações preventivas, como dito, revelarem-se, *a priori*, elevados, não há como postergar a implementação das medidas ambientais diante da certeza ou probabilidade da concretização do dano ambiental, porque as lesões ao meio ambiente são, na sua grande maioria, irreparáveis e trazem conseqüências que interferem na qualidade de vida da população. A decisão de agir antecipadamente ao dano ambiental, de forma preventiva é premissa fundamental para garantir a eficácia da aplicação do princípio da precaução, o que reforça o entendimento de que tanto os Estados como as empresas não podem se eximir da responsabilidade de preservar o meio ambiente.^[66]

b) A responsabilização civil por danos ao meio ambiente

A responsabilidade, nos primeiros tempos do direito romano, era objetiva. Todavia, não se tratava, então, de uma responsabilidade civil objetiva tal como a que concebemos hoje. Ela baseava-se no sentimento de vingança que o particular trazia em sua mentalidade, o qual só pôde ser neutralizado com o fortalecimento do Estado e mediante a invasão da antiga esfera ilimitada dos poderes do indivíduo[67].

Na idade média, estruturou-se a idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, elaborando-se a dogmática da culpa, que passou a influenciar quase todas as legislações existentes[68].

Abandonada a concepção da vingança, a responsabilidade civil, no percurso evolutivo, ampliou seus espaços de aplicabilidade, ingressando no século XX com forte poder de interferir nas relações humanas, acautelando e guardando seus bens patrimoniais e morais[69].

Com o tempo e o desenvolvimento técnico da sociedade, percebeu-se a inadequação da responsabilidade subjetiva frente à multiplicação das oportunidades e das causas de danos. Isso porque, no âmbito da doutrina da culpa, a responsabilização deriva da vulneração da norma preexistente e da comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Desta forma, não raras são as situações em que as vítimas (lesados), sob a ótica da necessária configuração da culpa, remanescem não indenizadas.

Evidenciado o prejuízo do lesado com a desigualdade econômica e a capacidade organizacional das empresas, juristas[70], por via do processo hermenêutico, passaram a buscar técnicas hábeis a desempenhar uma cobertura mais ampla para a reparação do dano[71].

Na segunda metade do século XIX, a questão da responsabilidade objetiva tomou corpo e apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil[72].

Apesar de tratar-se, ainda, de uma questão controvertida a completa substituição da responsabilidade subjetiva pela objetiva, verifica-se que a responsabilidade civil, de forma paulatina, caminha para a doutrina objetiva.

O Código Civil brasileiro manteve, conforme o disposto no art. 186, a teoria subjetiva, a qual erige o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar como regra geral básica, convivendo com a teoria objetiva que, por sua vez, ocupa os espaços excedentes, nos casos e nas situações que lhe são reservados.

São extensas e profundas as cláusulas gerais contidas na codificação civil nacional que consagram a responsabilidade objetiva, tais como o abuso de direito (art. 187), o exercício da atividade de risco ou perigosa (parágrafo único, art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (art. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes etc.

No entanto, é na teoria do risco, prevista no parágrafo único, do art. 927, do CC[73], que a responsabilidade civil objetiva, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra maior supedâneo.

De acordo com a teoria do risco, na prática, o dano será sempre reparado, ainda que, por um motivo qualquer, o lesado não logre êxito em estabelecer a relação causal entre o prejuízo e a culpa do causador deste. A responsabilidade civil, no caso, desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, bastando para a responsabilização que haja relação de causalidade entre a ação e o dano, ou seja, não se cogita da imputabilidade ou se investiga a antijuridicidade do fato danoso, pois o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo.

Em alguns setores do ordenamento jurídico, verifica-se o império da teoria do risco. É o que ocorre com a legislação sobre acidentes no trabalho e na que regula os transportes em geral (aéreo, ferroviário); o Direito do Consumidor e a responsabilidade civil do Estado (nos termos dos arts. 43 do atual Código Civil e 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988).

Observe-se que a responsabilidade objetiva desenvolveu-se sob o manto dos princípios da equidade – quem lucra com uma atividade ou situação responde pelo risco ou prejuízo dela provenientes (*ubi commoda, ibi incommoda*) – e da solidariedade[74] – tendo em vista que a noção de responsabilidade individual vem sendo, cada dia mais, suplantada pela noção de responsabilidade coletiva, em virtude do impacto tecnológico e da complexidade social[75].

Esse duplo fenômeno da objetivação e coletivização da responsabilidade, visando à proteção jurídica ao ser humano, em particular às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, foi o que promoveu a multiplicação de dispositivos e leis esparsas que determinam a desconsideração do elemento culpa na aferição da necessária reparação do dano.

O tema acerca do qual se desenvolve o presente estudo, qual seja com a abordagem particular da questão das águas no contexto do desenvolvimento e das políticas públicas na Constituição Brasileira de 1988, focaliza a delicada questão do bem jurídico ambiental e a sua proteção pelo ordenamento jurídico nacional.

O diploma básico do país, no campo da responsabilidade civil ambiental, é a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

De acordo com o disposto no § 1º, do artigo 14, da Lei nº 6.938/81[76], a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente independe da existência de culpa e se funda na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. Basta, portanto, a prova da ação ou omissão do réu, do dano e da relação de causalidade entre estes[77].

A responsabilidade civil do degradador é, portanto, de acordo com o sistema ambiental brasileiro, objetiva, baseada na teoria do risco integral[78]. Dessa forma, o Direito Ambiental nacional não aceita as excludentes do fato de terceiro, de culpa concorrente da vítima e do caso fortuito ou força maior. Se o evento ocorreu no curso ou em razão

de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada a hipótese da ação regressiva[79].

Além da objetivação da responsabilidade civil, verifica-se, no dispositivo e em todo o teor da norma, a passagem de um paradigma antropocêntrico, para um outro, de caráter misto, que envolve o ecocentrismo, no qual se eleva o meio ambiente à categoria de bem jurídico autonomamente tutelado, ainda quando não esteja em jogo valores humanos, como a vida, a segurança, a liberdade e o patrimônio[80].

À irrelevância da constatação do elemento culpa, seguem cinco conseqüências: irrelevância da intenção danosa (basta um simples prejuízo); irrelevância da mensuração do subjetivismo; inversão do ônus da prova; atenuação do relevo donexo causal (basta que potencialmente a atividade do agente possa acarretar o prejuízo ecológico para que imediatamente se produza a presunção da responsabilidade); e irrelevância da licitude da atividade[81].

No que concerne à irrelevância da licitude da atividade ao tratar da responsabilidade do dano ambiental, entende-se que, no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros sistemas, v.g. o italiano, a responsabilidade civil pelo dano ambiental não é típico, independe de ofensa a *standard* legal ou regulamentar específico, visto que o Poder Público não possui o direito de consentir na agressão à integridade da população através do controle exercido por seus órgãos[82].

Tomemos como exemplo os casos de poluição provocada pelo derramamento ou lançamento de detritos ou óleo em águas brasileiras, por embarcações e terminais marítimos ou fluviais, para os quais o § 4º, do art. 14 da Lei 6.938/81[83] prevê a prevalência da disciplina específica da Lei nº 9.966, de 2000[84].

O art. 21 dessa norma específica dispõe que o poluidor, ainda quando desempenha atividade autorizada, não se desobrigará, de reparar os danos causados ao meio ambiente e de indenizar as atividades econômicas e o patrimônio público e privado pelos prejuízos decorrentes dessa descarga de óleo, nas circunstâncias em que ela se der em águas sob jurisdição nacional.

Dessa forma, inerente à idéia de risco deve encontrar-se a do dever jurídico de segurança. Ou seja, quem quer que se disponha a exercer alguma atividade perigosa – e, no caso, a atividade de exploração e produção petrolífera por definição o é – terá que fazê-lo com segurança, de forma a não causar dano a outrem, sob pena de responder por ele objetivamente.

Isso porque, a permissão da ordem jurídica e, até, a garantia por ela dada à liberdade de ação, à livre iniciativa etc., deve ser compatível com a garantia da plena e absoluta proteção do ser humano. A violação do dever subjetivo à segurança é que justifica, portanto, a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor[85].

O dano ambiental ocasionado, no caso, pelo derramamento de óleo no mar possui, ainda, uma característica individualizante que merece consideração cuidadosa: a impossibilidade de delimitação da extensão do dano.

Por ocasião da prática de conduta danosa pode-se constatar, de imediato, a morte de alguns animais e vegetação. Com o tempo, porém, podem-se verificar conseqüências mais amplas, como a afetação do equilíbrio ecológico e doenças causadas em pessoas que tenham entrado em contato com a substância lançada ao mar.

O que demonstra que nem sempre as proporções do dano ambiental são visíveis por ocasião de sua ocorrência, de maneira que, ao tratar do dano ambiental, a responsabilidade civil sofre necessária adaptação doutrinária.

A indenização, por exemplo, deve ser fixada, no caso, em valores que superem as proporções dos danos constatáveis no momento do evento danoso, visando a abarcar a degradação ambiental e demais conseqüências que ficam reservadas para o futuro[86].

Outro problema particular que é enfrentado quando da ocorrência do dano ambiental refere-se à identificação dos sujeitos que integrarão o pólo passivo da lide, haja vista que, muitas vezes, os provocadores dos danos são diversificados e não necessariamente mantêm entre si um relacionamento direto.

Em razão do caráter de ordem pública de que goza a proteção ao meio ambiente, institui-se a solidariedade passiva pela reparação do dano ambiental. Assim, garante-se uma real, eficaz e mais rápida reparação integral do dano[87].

Não havendo que se falar em presunção de solidariedade, verifica-se, no caso do dano ambiental, a previsão legal instituidora desta. Ela deriva, portanto, da conjunção interpretativa do art. 942 do Código Civil[88] e do inciso IV, art. 3º, da Lei 6.938/81[89].

Da leitura dos mencionados dispositivos, afere-se que se houver mais de um autor dos danos ambientais (poluidores) – que são aqueles responsáveis direta ou indiretamente pela atividade causadora da degradação ambiental, incluindo pessoas físicas de direito público ou privado –, eles responderão solidariamente pela reparação. O legislador vê, de forma acertada, a degradação ambiental como um fato danoso único e indivisível, pressupondo que, em conseqüência da impossibilidade de fragmentação do dano, o nexo causal é comum[90].

Vislumbrando-se, no dispositivo da Lei 6.938/81, a inclusão de pessoas jurídicas de direito público entre os possíveis poluidores, logo responsáveis pelos danos ambientais, surge uma outra questão: a responsabilidade do Estado e de seus órgãos nas atividades ensejadoras de dano ambiental.

Diante dos imperativos constitucionais, mormente pelo disposto no *caput* do art. 225 da CF, ao prescrever que o poder público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, conclui-se que o Estado pode plenamente responsabilizar-se pelo cometimento de danos ao meio ambiente. Tal responsabilidade pode ser verificada seja na falha da Administração Pública quando da expedição de licenças, ou quanto à fiscalização, quando estas contribuírem para a verificação do dano, ou, ainda, na sua omissão no exercício eficiente do poder de polícia ambiental.

Destaca-se, nesse particular, apenas uma distinção que deve ser estabelecida entre a concessão de licença ou autorização ambiental operada de maneira indevida e ilegal por

parte do Poder Público (quando a responsabilidade solidária deste é reconhecida), e a outorga regular ou lícita de licença ou autorização em que, posteriormente, a pessoa física ou jurídica se afasta no desempenho da sua atividade das diretrizes traçadas pelo órgão público no ato correspondente, resultando, então, na concretização do dano ambiental (quando não deve ser admitida a responsabilidade solidária do Estado).

No primeiro caso, há o evidente desvio de finalidade na utilização de instrumento legalmente destinado a garantir a preservação do meio ambiente, o que justifica a responsabilização estatal. Na segunda hipótese, a possibilidade que restaria de responsabilizar-se o Poder Público pela degradação ambiental, seria em razão da omissão na fiscalização do exercício da atividade degradadora, mas não devido à outorga da licença ou autorização[91].

Ademais, os tribunais pátrios têm julgado os casos de ações civis públicas promovidas em razão de danos ambientais, de forma pacífica, com base no dever do Estado de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente constitucionalmente estabelecido, no sentido de afirmar a legitimidade passiva objetiva e solidária do ente estatal nesses pleitos[92].

Observa-se, então, que na ocorrência de um dano ambiental, identificada conduta (comissiva ou omissiva) por parte do Estado que tenha contribuído, direta ou indiretamente, para a configuração do dano, a exemplo da falha na emissão da licença ou na fiscalização, restará configurada a sua responsabilidade solidária.

Ressalva-se, no entanto, o fato de que a responsabilidade solidária do Estado como poluidor indireto se dá somente perante a sociedade, inexistindo, portanto, direito de reembolso ou de regresso, total ou parcial, do responsável direto em face do Poder Público, quando o particular for acionado com exclusividade, como responsável direto pelo dano ambiental combatido[93].

3.2 A importância da água como bem jurídico ambiental e a sua escassez

Quando houve a organização do regime jurídico dos recursos hídricos pelo Código das Águas de 1924, não se conjecturava acerca do enfrentamento da questão da escassez da água, para a finalidade de garantir o bem-estar, ou a sobrevivência das populações humanas e do conjunto dos seres vivos.[94]

O contexto em que a Lei nº 9.433/97 se inseriu, todavia, é totalmente diferente.

O meio ambiente, elevado à categoria de bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem, passou a ser objeto, no Estado moderno, de forte proteção disciplinada, inclusive, em regulamentação específica, a qual tem como fundamento a solidariedade.

A Constituição brasileira de 1988 tratou do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental do qual todos são destinatários e estabeleceu, assim, a existência de um bem que tem duas características específicas: ser de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.[95]

Os bens essenciais à sadia qualidade de vida são aqueles fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Sendo a água um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, não se lhe pode negar a natureza de bem difuso ambiental, devendo, por isso, ser sua qualidade tutelada em função da qualidade de vida, como uma nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a quem compete tutelar o interesse público, há de dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social.[96]

Atualmente, observa-se que todos os países do mundo enfrentam problemas relacionados à escassez e má distribuição da água, por cuja solução, os Estados, as Organizações Não-Governamentais e a própria Sociedade devem empenhar-se^[97].

No que concerne à questão da água no País, observa-se que cada Estado tem as suas dificuldades e desafios próprios. No estado de Pernambuco, por exemplo, onde a situação hídrica é considerada mais crítica, a cidade de Recife está envolvida em uma crise séria de abastecimento, visto que, dos treze reservatórios que abastecem a cidade, oito estão completamente secos, e o nível de água naqueles remanescentes está muito aquém da zona de segurança. Medidas drásticas de conservação foram adotadas e a cidade, atualmente, abastece os residentes em regime de racionamento^[98].

A água, independentemente do reconhecimento jurídico, é um bem de valor ambiental, cujo valor econômico passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº 9.433/97, a qual instituiu a PNRH, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático, não devem ser afetados pela deterioração da qualidade das águas. O controle da poluição está diretamente relacionado com a proteção da saúde, garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a melhoria da qualidade de vida, levando em conta os usos prioritários e classes de qualidade ambiental exigidos para um determinado corpo de água.

Com o escopo de estabelecer um forte regramento no sentido de preservar e manter um recurso, cuja escassez será, em breve, motivo de conflitos de esfera mundial, a Lei nº 9.433/97 discrimina os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga do Poder Público, incluindo, entre outros, os que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

4 DIREITO À ÁGUA COMO DIREITO A POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Água como bem público e o conceito de direito de uso

Ao ordenamento jurídico de cada país cabe definir a natureza jurídica das águas nele existentes.

Em geral, no âmbito internacional são relevantes, além dos Atos Internacionais sobre a proteção das águas marinhas, oceânicas e respectivos recursos naturais, as considerações perante a Conferência Internacional Sobre a Água e o Meio Ambiente (ICWE), realizada em Dublin, Irlanda (1992), apresentadas à Conferência do RIO/92, segundo as quais a questão da água é, sem dúvida, “a que demonstra de maneira mais concludente o caráter integrado do meio ambiente e do desenvolvimento” e garantir “a todos a necessidade humana fundamental de um abastecimento seguro de água doce de boa qualidade e em quantidade suficiente” é “a mais fundamental das questões do desenvolvimento”[99].

No ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), as águas eram classificadas em públicas, de uso comum e dominicais, comuns e particulares. O texto constitucional de 1988, todavia, concebeu o fim da privatização dos recursos hídricos, definindo as águas como bens da União ou dos Estados[100].

Dessa feita, em razão de não subsistir, no ordenamento jurídico instaurado, o direito de propriedade relativamente aos recursos hídricos, os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água tiveram que se adequar ao novo regramento constitucional e legislativo, passando à condição de meros detentores dos direitos de uso desses recursos, nesse caso, ainda, desde que obtida a necessária outorga[101].

Nesse sentido, inclusive, é a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em decisão unânime e modelar, datada de 25 de fevereiro de 2004, nos autos do RESP nº 518744/RN, por sua primeira turma, tendo por Relator o Ministro Luiz Fux, assentou que o particular desapropriado não tem direito à indenização por desapossamento de aquífero, tendo em vista que a água, sendo bem público de uso comum, é insuscetível de apropriação pelo particular, logo, não tendo o proprietário o direito de exploração dos recursos hídricos, afasta-se o direito à indenização.[102]

Tal publicização da água, tendo-se em vista a busca pela obtenção da Tutela Estatal e pela garantia de acesso por todos, de acordo com os regulamentos estabelecidos, reflete a importância que lhe é dada para a sociedade, reforçando o entendimento que a disponibilidade da água constitui aspecto fundamental no desenvolvimento econômico-social de uma nação, sendo imperativo o criterioso planejamento dos usos das águas.

A titularidade do poder público na noção da água como bem público, como em qualquer recurso natural, prende-se à função estatal de administrar, ou seja, gerir.

Visando possibilitar uma melhor capacidade de gestão de quantidade e qualidade dos recursos hídricos, procurou-se, no âmbito nacional, a solidificação de novas bases conceituais através da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.433/97, a qual incorporou à ordem jurídica novos conceitos como o de bacia hidrográfica, considerada como unidade de planejamento e gestão; o da água como bem econômico passível de ter sua utilização cobrada e; o da gestão das águas delegada a comitês e conselhos de recursos hídricos com a participação da União, dos Estados, dos municípios, de usuários de recursos hídricos e da sociedade civil.

Nesse sentido o texto constitucional brasileiro, ao disciplinar acerca das águas, procurou estabelecer a gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos, fundando a

bacia hidrográfica, e não os entes federativos, como unidade de planejamento, dado que o Ciclo Hidrológico segue uma lógica diferente da lógica do ordenamento político-territorial adotado no País.

Dessa feita, procurou-se instituir a divisão eqüitativa dos esforços e das responsabilidades entre os órgãos e entidades gestoras, ao mesmo tempo que se buscou a compatibilização das particularidades locais e a conservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, sem perder de vista a vocação de cada bacia.

Nesse intento, tendo em vista o regime federativo, foram definidas constitucionalmente as competências relativas às águas através de regras de repartição de competências legislativas e executivas entre os entes federados[103].

Observa-se que a dominialidade pública das águas, afirmada pela Lei 9.433/97, deriva do arranjo institucional montado com o intuito de impulsionar a implementação de novas políticas públicas para o gerenciamento de recursos hídricos, não significando, portanto, a permissão ao poder público federal e estadual alienar o domínio da água. Isto porque, na atividade gestora dos bens públicos, não se inclui o poder de alienação, oneração e aquisição desses bens[104].

Colaborando com esse entendimento consagrado dentro da noção de gestão, o art. 18 da mencionada lei afirma que “a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”.

A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é, portanto, o instrumento pelo qual o Poder Público atribui ao interessado, público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico[105]. Essa outorga dar-se-á por ato da autoridade competente que esteja vinculada ao ente federativo titular do domínio do recurso hídrico de que se pretenda fazer uso, sendo possível, por disposição expressa de lei, a delegação, pela União, aos Estados ou ao Distrito Federal, da competência para outorga de direito de uso de água do domínio da União[106].

A previsão da necessidade de obtenção da outorga do Poder Público para o uso da água já se encontrava devidamente enunciada no Código de Águas, o qual dispunha que as águas públicas (pelo atual ordenamento jurídico todas o são) não poderiam ser derivadas para a aplicação da indústria sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que seria dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

Atualmente, a Lei 9.433/97 lista, de forma exaustiva, as hipóteses de não-exigibilidade da outorga dos direitos de uso das águas, quais sejam: o uso de recursos hídricos para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; além das derivações insignificantes, já previstas no Código das Águas, as captações e lançamentos também considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

A retirada das águas da titularidade privada para a inclusão integral como bem estatal está, inclusive, associada com o princípio regente da Constituição brasileira de 1988 de que a propriedade é assegurada (Art. 5º, XXII), mas deverá atender à sua função social (Art. 5º, XXIII).

Na atualidade, constata-se a inclusão da propriedade no processo econômico, passando à propriedade instrumental, vinculada ao fenômeno produtivo. Portanto, a propriedade deixa de ser um simples exercício de direito, transformando-se em um meio de servir tanto ao proprietário, em suas finalidades, quanto aos objetivos da sociedade[107].

Resta claro que a relação jurídica estabelecida entre o Estado e os bens a ele pertencentes é diferente daquela com que o proprietário privado mantém com os seus bens. No entanto, reconhecidas certas distinções, pode-se identificar na relação que o Estado mantém com seu patrimônio um verdadeiro direito de propriedade. É certo que, de forma distinta, é regulado pelo direito público e que o Estado não possui o uso, o gozo e a disposição nos moldes em que o particular disputa os seus bens, mas isto não impede que se veja nessa relação um autêntico direito de propriedade, no sentido da necessidade de se resguardar a sua função social[108].

Logo, uma vez outorgado pelo poder público o direito de uso do recurso hídrico, tem-se que esse uso privativo, além de estar condicionado ao consentimento estatal, através do instrumento da outorga, sujeita-se a regras específicas derivadas dos preceitos basilares da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei 9.433/1997, a qual, por sua vez, configura um marco que reflete uma profunda modificação valorativa que se refere aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor ético e econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão.

No uso de bens públicos por particulares é necessário verificar atentamente o fim a que se destinam, porque de nenhum modo podem ser desvirtuados de seus objetivos básicos para satisfazer interesses exclusivamente privados[109].

4.2 O regime constitucional e Legal das Águas

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar acerca das águas, procurou estabelecer a gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos, fundando a bacia hidrográfica, e não os entes federativos, como unidade de planejamento, dado que o Ciclo Hidrológico segue uma lógica diferente da lógica do ordenamento político-territorial adotado no País.

Dessa feita, procurou-se instituir a divisão eqüitativa dos esforços e das responsabilidades entre os órgãos e entidades gestoras, ao mesmo tempo que se buscou a compatibilização das particularidades locais e a conservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, sem perder de vista a vocação de cada bacia.

Nesse intento, tendo em vista o regime federativo, foram definidas constitucionalmente as competências relativas às águas através de regras de repartição de competências^[110] legislativas e executivas entre os entes federados.

À União atribuiu-se a competência privativa para legislar sobre águas (Art. 22, inc. IV, da CF), o que significa que a ela cabe criar o direito sobre águas, que pode versar, p.ex., sobre: domínio de álveos e margens, aluvião, avulsão, álveo abandonado, retorno das águas ao leito anterior, mudança de curso, direito dos ribeirinhos, garantias de uso gratuito, direito de acesso às águas, inalienabilidade das águas, condições de

obrigatoriedade dos prédios inferiores receberem águas que correm dos superiores, desvio das correntes, curso das águas nascentes, hierarquia de uso das águas públicas e multas e sanções sobre a desobediência a várias dessas disposições^[111].

Ao legislar sobre recursos hídricos, a União deve, portanto, instituir normas sobre a qualidade e a quantidade das águas e estabelecer regras sobre como elas serão tratadas, partilhadas e utilizadas.

Verifica-se que há uma ampla abrangência do poder normativo da União, o qual deve ser utilizado para que as legislações estaduais não criem normas discriminatórias nem estimulem políticas diferentes ou, ainda, antagônicas sobre o uso das águas^[112].

No que concerne à função propriamente administrativa dos recursos hídricos, determinada pela Carta Magna, tem-se que esta conferiu à União, em matéria de águas, as competências executivas privativas: de elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; de exploração, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; e de instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definição de critérios de outorga de direitos de seu uso (Art. 21, Incisos IX; XII, letra b; e XIX, da CF).

Ao que aqui interessa, verifica-se, pelo texto constitucional, que cabe à União implementar diretrizes ao gerenciamento nacional dos recursos hídricos, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), e instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), ou seja, um sistema que incorporasse, em seu bojo, as perspectivas e características de uma nação federada como o Brasil, além de estabelecer critérios de outorga de uso de recursos hídricos.

A publicação da Lei nº 9.433/97, a qual procurou atender a essas determinações constitucionais, ocorreu após debate nacional, induzido pelos documentos que passaram a nortear a implementação de uma Política Internacional de Recursos Hídricos, entre os quais se incluem a Agenda 21, a Declaração de Amsterdã e o Tratado de Água Doce (todos datados de 1992).

No que concerne à PNRH, estabelece-se que esta baseia-se nos seguintes fundamentos: a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; o domínio da água é público; em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e para a atuação do SINGREH; e a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades^[113].

Os objetivos, identificados pela Lei 9.433/97, da implementação de uma política nacional em matéria de recursos hídricos referem-se à premência de assegurar-se à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; empreender-se, tendo em vista o desenvolvimento sustentável, uma utilização racional e integrada dos recursos hídricos; e prevenir e

defender os recursos naturais contra eventos hidrológicos críticos de origem natural, ou decorrentes do seu uso inadequado^[114].

Já as diretrizes de ação da PNRH aproximam-se justamente das dificuldades encontradas na implementação de uma política que possibilite a conformidade e articulação da gestão dos recursos hídricos de todo o território nacional com outras áreas (em especial aquelas de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo, de meio ambiente, de energia e de irrigação), e entre os entes federados e demais entes afins, nas perspectivas horizontais e verticais.

Essas diretrizes dizem respeito, portanto, à: gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; adequação da gestão às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; integração com a gestão ambiental; articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo, assim como do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras; e, por último, determinação de que a União articule-se com os Estados, tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum^[115].

Vistos os fundamentos da PNRH, os seus objetivos e as diretrizes estabelecidas, resta especificar de que forma se instrumentaliza a sua concretização. Nesse sentido, são elaborados Planos de Recursos Hídricos, por bacia hidrográfica, por Estado e para o País (compatíveis entre si), que direcionam o gerenciamento dos recursos hídricos, em conformidade com a PNRH.

Outro instrumento da PNRH é o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, o qual visa a assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que foram destinadas e a diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes^[116].

A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é, por sua vez, o instrumento pelo qual o Poder Público atribui ao interessado, público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico^[117]. Essa outorga dar-se-á por ato da autoridade competente que esteja vinculada ao ente federativo titular do domínio do recurso hídrico de que se pretenda fazer uso, sendo possível, por disposição expressa de lei, a delegação, pela União, aos Estados ou ao Distrito Federal, da competência para outorga de direito de uso de água do domínio da União^[118].

A previsão da necessidade de obtenção da outorga do Poder Público para o uso da água já se encontrava devidamente enunciada no Código de Águas^[119], o qual dispunha que as águas públicas (pelo atual ordenamento jurídico todas o são) não poderiam ser derivadas para a aplicação da indústria sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que seria dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

Atualmente, a Lei 9.433/97 lista, de forma exaustiva, as hipóteses de não-exigibilidade da outorga dos direitos de uso das águas, quais sejam: o uso de recursos hídricos para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; além das derivações insignificantes, já previstas no Código das Águas, as

captações e lançamentos também considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

De todo modo, as outorgas de uso de água estão condicionadas, pela Lei 9.433/97, às prioridades de usos estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos; ao respeito à classe em que o corpo de água estiver enquadrado; à manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso; e à prevenção do uso múltiplo dos recursos hídricos^[120].

A implantação do instrumento da outorga de uso encontra-se em processo de construção e deve ser aprimorado de forma a consolidar uma maior participação dos Estados e do Distrito Federal, obtendo-se um sistema realmente integrado de outorgas, o qual tem por unidade a bacia hidrográfica.

Ao lado da outorga do uso, encontra-se, prevista na Lei das Águas, a cobrança pelo uso da água como instrumento da PNRH. Cumpre observar que esse instituto já se encontrava inserido no nosso ordenamento antes mesmo da edição da referida Lei, podendo, então, a cobrança ser exigida, com base nos Arts. 68, do Código Civil de 1916; 36, §2º, do Decreto 24.643/34 (Código das Águas); e 4º, VII, da Lei nº 6.938/81, desde que houvesse a sua regulamentação^[121].

A fixação dos valores a serem cobrados envolve as Agências de Água (propõem aos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica os valores a serem cobrados)^[122], os Comitês de Bacia Hidrográfica (estabelecem mecanismos de cobrança e sugerem os valores a serem cobrados)^[123] e os Conselhos, Nacionais e Estaduais, de Recursos Hídricos (deliberam sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, o que lhe confere poder de decisão sobre os valores que serão objeto de cobrança pelo uso da água)^[124]. Os valores não serão arbitrados sem qualquer critério, visto que a Lei dispõe que, na sua fixação, devem ser observadas, dentre outras, as diretrizes estabelecidas nos Incisos I e II do art. 21 da Lei nº 9.433^{[125][126]}.

Os objetivos dessa cobrança residem no reconhecimento da água como um bem econômico; em possibilitar ao usuário que tenha noção do real valor desse recurso ambiental; no incentivo à racionalização do uso da água; e na obtenção de recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos^[127].

Trata-se, então, de um instrumento destinado a realizar a mudança na mentalidade do uso descontrolado e irresponsável da água, promovido pela visão ilusória, verificada no país, da abundância do recurso.

Numa análise mais detida, verifica-se que 97,2% da água existente na Terra é salgada, imprópria para as necessidades prioritárias do homem. Dos 2,8% de água doce restantes, 77,2% acumulam-se nas geleiras e calotas polares, e as águas subterrâneas, representadas pelos lençóis freáticos, aquíferos e umidades dos solos, concentram 22,4% desse percentual, sendo que dois terços delas encontram-se a mais de 750 m de profundidade. Na atmosfera, encontram-se 0,04 de água doce, em forma de vapor de água; os lagos e pântanos totalizam 0,35%; e, finalmente, apenas 0,01% de toda a água doce do mundo é superficial, representada pelos rios, córregos, lagos, paranás^[128].

Diante desses fatos, constata-se que os recursos hídricos à disposição da humanidade são bastante limitados. Mesmo no Brasil, que detém 12% de todo o potencial de água doce disponível no Planeta, sendo, portanto, um país privilegiado no tocante à quantidade de recursos hídricos, o risco de desabastecimento é real. Isso porque essa relativa abundância tem servido de suporte à cultura do desperdício da água disponível, à não realização dos investimentos necessários ao seu uso e proteção mais eficientes, e à sua pequena valorização econômica^[129].

Todas as áreas relativamente mais povoadas dos Estados do Brasil, como visto, ostentam caóticos quadros sanitários, os quais são engendrados pelo crescimento desordenado das demandas, baixo nível de eficiência dos serviços e, sobretudo, pela degradação tolerada ou estimulada das águas. A necessidade de gerenciamentos dos recursos hídricos, dessa feita, configura-se à medida que a demanda evolui. Nesse cenário, as águas subterrâneas, por exemplo, constituem, em regra, uma reserva estratégica, devendo ser conservadas e aproveitadas de forma a priorizar o consumo humano e a multiplicidade de seu uso^[130].

A questão da análise da formação de preços não foi suficientemente debatida, de forma que o presente estudo não se dedicará, particularmente, a esse tema. Não se estabeleceu, ainda, um mínimo de convergência no sentido da definição de uma metodologia padrão que se aplique a todas as cobranças, devido à complexidade de circunstâncias envolvidas^[131].

É oportuno, nesse ponto, assinalar que os usuários de águas devem participar das discussões despendidas sobre a questão. Isso porque, sendo, por vezes, os melhores conhecedores dos aspectos técnicos envolvidos nos distintos usos da água e serem capazes de contribuir para o bem-estar social da população de toda uma região, são os indicados e aptos a contribuir para a definição de preços justos e que, ao mesmo tempo, não inviabilizem as atividades da indústria, agricultura, pecuária etc.

Essa participação dos segmentos interessados nas tomadas de decisão se deriva da feição que o ordenamento jurídico, inaugurado com a Constituição de 1988, procura dar à gestão de recursos hídricos no Brasil: ajuste das atividades humanas com o equilíbrio do meio ambiente, o desenvolvimento social e econômico e a melhoria da qualidade de vida.

Diante da instituição da PNRH, surgiu, ainda, a necessidade dos Estados compatibilizarem suas normas administrativas à novel diretriz nacional, inclusive regulamentando, no âmbito de seus sistemas de gerenciamento constituídos, a outorga do uso dos recursos hídricos de seus domínios, a qual é o instrumento antecedente e indispensável à viabilização da cobrança legalmente instituída^[132].

O SINGREH, também instituído pela Lei nº 9.433/97, reflete o *modus operandi* de todos os entes da Federação, devendo verificar-se uma articulação com estes. Os Estados, na implementação de seus sistemas, em conformidade com o ordenamento constitucional, devem observar as disposições do sistema nacional^[133].

Além de implementar a PNRH, o sistema visa, ainda, a coordenar a gestão integrada das águas; a arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos

hídricos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e promover a cobrança pelo uso desses recursos^[134].

Os diversos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Recursos Hídricos são ligados por laços de hierarquia e de cooperação, impedindo que suas ações se dêem de forma antagônica e descoordenada.

Os Conselhos (Nacionais e Estaduais) e os Comitês de Bacia Hidrográfica são colegiados democráticos formados por representantes dos Governos e da Sociedade Civil (compreendendo segmentos dos usuários e entidades não-governamentais), para a gestão dos recursos hídricos. Devido à sua composição, todos os setores interessados decidem, no âmbito dos conselhos, como planejar e gerenciar de forma participativa o uso da água, compatibilizando a ação humana, em qualquer de suas manifestações, com a dinâmica do ciclo hidrológico, preservando os diversos usos do recurso^[135].

A Secretaria Executiva e as Agências de Água desempenham funções administrativas, nas esferas, respectivamente, do CNRH e dos Comitês de Bacias Hidrográficas.

O Decreto nº 5.776, de 2006^[136], o qual dispõe acerca da estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente (MMA), entre outras providências, define a Secretaria de Recursos Hídricos (SRH) como órgão específico singular, com a competência para exercer a função de Secretaria-Executiva do CNRH.

O papel da SRH, portanto, deve ser o estabelecimento de diretrizes nacionais e de coordenação, nos casos onde a representação do País seja necessária, como, por exemplo, o Projeto Aquífero “Guarani”^[137].

Já as Agências de Água são órgãos executivos dos Comitês de Bacias Hidrográficas, sendo justamente elas que executam ou viabilizam as decisões do referido Comitê, exercendo funções de planejamento, informação e finanças. Entretanto, deve ser ressaltado que essas Agências não executam obras, repassando apenas os recursos financeiros arrecadados com a cobrança pelo uso/poluição dos recursos hídricos, para que os usuários possam resolver seus problemas hidroambientais^[138].

No âmbito dos Estados, a estrutura do sistema de gerenciamento varia em conformidade com as respectivas leis instituidoras. Contudo, reafirma-se a necessidade da integração da gestão dos recursos hídricos em nível nacional e estadual, em decorrência da indissociabilidade das águas no ciclo hidrológico.

Assim, os Estados podem criar Agências de Águas diferentes do sistema preconizado pela Lei. nº 9.433/97, desde que não desvirtuem a estrutura do Sistema Nacional, visto que a Constituição não retira destes a autonomia de legislar supletivamente sobre o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos^[139].

4.3 Água como fator essencial ao processo de desenvolvimento

A intensa urbanização ocorrida em âmbito mundial introduziu novas escalas de demanda, desperdício e contaminação de águas, alterando substancialmente a drenagem

e produzindo problemas à saúde humana, além de impactos como enchentes, deslizamentos e desastres provocados pelo desequilíbrio no escoamento das águas.

No Brasil, os recursos hídricos, apesar de abundantes, estão distribuídos de forma desigual, havendo uma pressão excessiva para usos múltiplos e grandes impactos nas águas superficiais e subterrâneas, em várias regiões, especialmente no Sudeste, onde o grau de urbanização e a atividade industrial são intensos.

Quanto mais diversas são as atividades econômicas e o desenvolvimento da região em análise, maior é o número de usos múltiplos e, potencialmente, de conflitos, de forma que a proporção da água destinada a um particular uso difere de uma região para outra. Nesse sentido, o aumento e a diversificação dos usos múltiplos da água que, por conseqüência, resultam em uma multiplicidade de impactos, de diversas magnitudes, exigem diferentes tipos de avaliação qualitativa e quantitativa e monitoramento adequado em longo prazo.

Todavia, em qualquer região considerada, deve ser reservada quantidade de água de qualidade ao uso doméstico, de forma a satisfazer as necessidades básicas dos seres humanos.

Dentro desse contexto insere a atividade de gerenciamento das águas, a qual é identificada como atribuição que objetiva o controle social e a racionalidade na utilização desse elemento natural, promovendo mudança na mentalidade do consumo e nos instrumentos de gestão e garantindo-se a sustentabilidade dos recursos hídricos através da compatibilização dos múltiplos usos.

Partindo do princípio de que a gestão dos usos das águas, denominada de gestão de demanda, ocorre no sentido de utilizar, da melhor maneira possível, as disponibilidades hídricas viabilizadas pela oferta, as diversas ações, em obras ou serviços, através dos quais a água se torna efetivamente útil aos homens, às plantas, aos animais e às paisagens, classificam-se os usos em funções, às quais é dada menor ou maior prioridade em razão das particularidades que envolvem um corpo hídrico determinado.

A identificação de usos das águas, baseada nas funções que lhes são conferidas, aponta as diversas atividades e interferências sem, necessariamente, identificar os usuários, pessoa física ou jurídica.

Percebe-se, pelo conjunto de atividades em que se utilizam recursos hídricos, que os usos múltiplos da água, determinados em razão das funções do recurso, incluem, além da irrigação e da utilização doméstica e industrial, entre outros, a recreação e o turismo, os quais são extremamente importantes em regiões do interior dos continentes, em que o acesso à recreação em água doce é mais fácil e barato, conseqüentemente, com pressão considerável sobre rios, lagos e represas[140].

No momento em que essas atividades são desenvolvidas simultaneamente é que surgem os mencionados problemas relativos às demandas de água e os conflitos entre seus usos.

São conflitantes, por exemplo, a recreação e o turismo e o uso industrial, uma vez que, se a água estiver contaminada por resíduos industriais, há ameaças à saúde humana, restringindo-se os dois primeiros usos. Também são, até certo ponto, conflitantes a

mineração e o abastecimento público, pois a mineração pode deteriorar os mananciais e as fontes de abastecimento superficial e subterrâneo.

Nesse contexto, surge o papel da gestão dos usos dos recursos hídricos, no sentido de promover a resolução desses conflitos, a otimização dos usos múltiplos e a promoção de bases científicas sólidas, através do gerenciamento integrado de recursos hídricos.

Um importante aspecto dentro da abordagem preventiva desse gerenciamento é a definição da hierarquia de usos, a qual categoriza, em razão da atividade a que se destina a água, o padrão de qualidade do recurso hídrico.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução CONAMA nº 357, de 2005, encarregou-se de classificar as águas segundo seus “usos preponderantes”, ou seja, levando em consideração aspectos como a hierarquia de usos e o conjunto de condições e padrões de qualidade da água, em termos de uso possível com segurança adequada, definiu a classe na qual deve se inserir as águas, de acordo com a destinação que a ela é conferida.

Na medida que não são observadas as determinações do Conselho Nacional, o lançamento de efluente, por exemplo, interferirá na classe de qualidade do corpo receptor – que pode ser “Classe Especial”, “Classe 1”, “Classe 2” ou “Classe 3” –, conferindo-lhe características em desacordo com as metas do seu enquadramento, o que é vedado, visto que caracteriza a contaminação intolerável de um corpo de água.

Categorizando-se, da forma descrita, o padrão de qualidade da água em razão do uso que será feito do recurso, possibilita-se o não comprometimento dos usos mais nobres pela pressão das novas demandas advindas do desenvolvimento industrial, urbano e agrícola, e, uma vez definidos os “usos preponderantes” de determinado corpo de água, estar-se-á, não só, garantindo a convivência dos múltiplos usos da água, mas, também, a sua utilização planejada, de forma a compatibilizar as demandas à disponibilidade através do aproveitamento racional.

O aproveitamento racional garante a disponibilidade de água potável para um maior número de pessoas, preserva os rios e a fauna usada para alimentação, possibilita o aumento da produção energética e da atividade industrial. Tudo isso se traduz em desenvolvimento, aumento de renda e do número de consumidores, além da proteção do bem jurídico maior: a vida.

Nesse sentido, também as empresas, no atual cenário internacional, devem adotar um critério de precaução com respeito às questões ambientais e iniciativas para promover uma maior responsabilidade ambiental, além de deverem fomentar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ecologicamente racionais^[141].

A água é um dos bens jurídicos fundamentais à vida em nosso Planeta, possuindo um valor ambiental intrínseco a ser resgatado e protegido, independentemente da existência de lei ou da opinião da doutrina^[142].

Desse modo, para o desenvolvimento sustentado e a prosperidade dos povos, as gestões dos recursos hídricos e do saneamento ambiental necessitam estar integradas às demais políticas públicas, fortalecendo o poder local, as empresas públicas e os mecanismos de

controle social dos serviços, reforçando a cooperação entre os entes federados e a participação de sociedade civil organizada.[143]

Uma das maiores dificuldades do uso dos recursos hídricos com atendimento ao desenvolvimento sustentável refere-se a questões financeiras. A cobrança pelo uso é, nesse contexto, o instrumento econômico adequado ao equilíbrio entre as forças que comandam a oferta e a demanda de água.

A nova legislação hídrica brasileira, sob esse espectro, busca, por um lado, dar uma solução privada para a escassez pelo estabelecimento de uma “hidroeconomia”, só que não de acordo com a utilização absoluta das regras do mercado[144].

Com o uso privativo de bem público, dado pela outorga, transpõe-se o que era aberto a todos para um indivíduo específico. A própria noção de exclusividade destaca a modificação da ênfase da esfera pública (do bem de uso comum) para a esfera privada (do bem outorgado) mediante outorga.

Esta solução de esfera privada concentra-se, todavia, na faculdade de uso da água, pois o domínio pleno, como dito, é público. A água deve ser tratada como bem público, e não como mercadoria. Isso significa que o controle e uso devem ser discutidos e definidos na esfera da política – entendida como espaço público, do debate público e da constituição do interesse público – e não na esfera da economia. Ou seja, as decisões relativas à apropriação, controle e uso da água não se devem resolver e consumir-se no mercado.

A água, de todo modo, deve ser tratada, em todas as partes do mundo, como um bem público, insuscetível de apropriação por particulares, e, em especial, por gigantescas corporações internacionais, pois, se a lógica do mercado se cristalizar em nível global, apenas àqueles que possuem condições financeiras estará garantido acesso à água, e não para os pobres, que terão direitos fundamentais como a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana afetados hletalmente.[145]

Portanto, ao invés de regular um “mercado da água”, cabe ao poder público, de maneira política, na esfera pública e no debate público, a instauração da política de águas, arbitramento político dos controles e usos, e afirmação da água como bem público, não mercantil e, portanto, fora da esfera de valorização do capital, isto é, do negócio[146].

A atual carência de uma fiscalização dos órgãos públicos, no tocante à conservação dos recursos hídricos, e o desatendimento do arcabouço legal devem ser atribuídos à própria inexistência de uma mentalidade direcionada para a preservação dos recursos naturais e à concepção antropocêntrica, de feição cartesiana e positivista, segundo a qual a natureza põe-se à mercê da exploração humana, submetendo-se ao avanço técnico-científico e ao acúmulo de bens materiais, à custa de um modelo de desenvolvimento insustentável.

Sob a perspectiva da evolução comportamental da sociedade, no sentido da aliança das atividades humanas, com a preservação efetiva do meio ambiente, evidencia-se que o reaproveitamento da água é uma forma de racionalização e de conservação de recursos hídricos, à qual deve ser dado prioridade, em especial, pela indústria e pela agricultura,

setores que, ao mesmo tempo, representam maior demanda e maior poder de degradação do recurso natural.

Ademais, no âmbito de sua atribuição de gestão, verifica-se a necessidade do estabelecimento por parte do Poder Público, ou do órgão gestor, de incentivos ao reaproveitamento das águas residuárias das indústrias, agroindústrias e agropecuária, e, por parte dos agentes desses setores, o esforço de pesquisa e tecnologia, no sentido de encontrar soluções ao esgotamento do recurso, que contemplem não só o reaproveitamento, potencializando a própria atividade produtiva, mas também as características e problemas locais da população, dando a essa água aplicação sustentável.

O controle e uso das águas, portanto, devem ser discutidos e definidos na esfera da política, privilegiando-se o debate público, a instauração da política de águas e a afirmação da água como um bem público.

Não obstante a sua intrincada relação com o desenvolvimento econômico, a água é um bem cujo tratamento legal e gerencial, conforme já se afirmou, deve ser desvinculado de interesse mercantil, tendo-se em vista o seu caráter finito e a sua essencialidade na manutenção de toda forma de vida no planeta.

Exemplo atual de ação nesse sentido é o projeto que se encontra, ainda, em fase de desenvolvimento, com o objetivo de usar a água produzida nas explorações petrolíferas para irrigar plantações de mamona, cultivada para a produção de biodiesel^[147].

Constituindo-se em uma das modalidades de reúso previstas na Resolução CNRH nº 54/2005, o reúso para fins agrícolas atende à diretriz da racionalização e de conservação de recursos hídricos, devendo, portanto, ser estabelecidos incentivos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, ao considerar sua prática na proposição dos mecanismos de cobrança e na própria aplicação dos recursos da cobrança – como ocorre no caso da reinjeção.

A relação complementar entre o Setor Público e Privado, voltada para a geração de emprego e renda na irrigação, atividade econômica que possui forte impacto no desenvolvimento regional, é prevista na Lei nº 6.662, de 25 de junho de 1979, que dispõe acerca da Política Nacional de Irrigação.

O instrumento legal desenha a estrutura básica e os conceitos centrais que norteiam a implantação dos projetos de irrigação no País. Nesse sentido, esse instrumento estabelece, entre outros pressupostos, a arrecadação de terras, destinação das áreas, seleção e assentamento de irrigantes, amortização do valor dos lotes, direitos e deveres dos irrigantes, retomada de lotes não explorados, emancipação de perímetros públicos, uso da água, tarifação e recuperação dos investimentos públicos em infra-estrutura de uso comum.

Destaque-se que o reaproveitamento da água derivada das explorações petrolíferas na irrigação viabilizará a aliança entre a continuidade das atividades das empresas, o comportamento ambientalmente responsável e o desenvolvimento social e humano da população. Todavia, só será uma alternativa de possível aplicação após a certificação de

que a água alcance qualidade própria, isenta de contaminantes, de forma a não ter impacto para o ser humano, para os animais, a vegetação e o solo.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré (coord.). Ano 3 – Janeiro-Março, nº 9. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. **In Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a crise da teoria da constituição. **In Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Cláudio Pereira de Souza Neto *et al* (coord). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Corrêa Vinícius. **Princípio da prevenção no direito ambiental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/64/2564/>> Acesso em: 20 nov. 07.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 07.

BRASIL. **Decreto nº 24.643**, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 6.ed.Coimbra: Livraria Almeida, 1996.

CARVALHO, Rodrigo Speziali de. **Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo**. Disponível em: <<http://www.iri.edu.ar/articulo.php?idarticulo=553>>. Acesso em: 23 nov. 2006.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Breves considerações sobre o Direito e desenvolvimento e sua relevância para a consolidação da justiça social e da cidadania no Brasil. **Revista Jurídica**. Faculdades Guarapuava, Guarapuava - PR, v. 2, p. 31-48, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAUBET, Christian Guy. **A água, a lei, a política... E o meio ambiente?** Curitiba, Juruá, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COLOMBO, Silvana Brendler. **O princípio da precaução no Direito Ambiental**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

COUTINHO, Diogo Resenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. *In* **Regulação e desenvolvimento**. Calixto Salomão Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.

CRUZ, Fernando Castro da. *Das águas*: sua importância no novo milênio. Belo Horizonte: Palpite Editora, 2001.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito ambiental e questões jurídicas relevantes**. Campinas: Millennium Editora, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. *In* **Regulação e desenvolvimento**. Calixto Salomão Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água**: bem jurídico econômico ou ecológico?. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

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

FÓRUM INTERNACIONAL DAS ÁGUAS – A VIDA EM DEBATE. **Carta de Porto Alegre**. Porto Alegre, 2003.

PROASNE. **Fundo para transferência de tecnologia Canadá-Brasil**. Ago. 1999. Disponível: <proasne.net/ApresentacaoPROASNESerrinha.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2007.

GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. *In Estudo das águas no Brasil, 2001-1002*. Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas (org.). Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. **Revista CEJ**. Brasília, n. 12, p. 30-39, set/dez, 2000.

_____. A tutela dos Estados sobre as águas. *In Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. Vladimir Passos de Freitas (coord.). Curitiba: Editora Juruá, 2005.

GRAZIERA, Maria Luíza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IPC DIGITAL. **Situação da água no mundo e por regiões**. 20 mar. 2006. Disponível em:
<http://www.ipcdigital.com/ver_noticiaA.asp?descrIdioma=br&codNoticia=1516&codPagina=1480&codSecao=369>. Acesso em: 24 jan. 2007.

LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 700.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

_____. **Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Legislação ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **A SRH e as águas subterrâneas**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/pas/capa/index.html>>. Acesso em 08 dez 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos**. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira *et al* (org.). **Direito ambiental aplicado à indústria do petróleo e do gás natural**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

PACTO GLOBAL. Acordo integra gigantes da responsabilidade social. *In The Global Compact*. Nova Iorque, 10 out. 2006. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/view.php?id_mat=48>. Acesso em: 15 jan. 2006.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito das águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. *In Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3 ed. Aldo da C. Rebouças *et al* (coord.). São Paulo: Editora Escrituras, 2006.

RIBAS, Ilza Carla Bernardes *et al*. **Propriedade: origem, evolução e tendências**. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica, NOSSA Editora, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Solução sustentável: conheça o método ambientalmente correto proposto por pesquisadores da Petrobrás para reaproveitar a água trazida à superfície na extração de petróleo. *In Superinteressante*, São Paulo, 228 ed., jan. 2006. Encarte técnico, p. 19-20.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. *In Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Carlos E. M. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: Unesco, 2003.

VEINER, Carlos Bernardo. **Diretor do Ippur critica mercantilização da água**. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A noção de poluidor na Lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. *In Aspectos processuais do Direito Ambiental*. José Rubens Morato Leite *et al* (org.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

[1] BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 30.

[2] BARZOTTO, **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart, 1999, p. 16-17.

[3] BARZOTTO, **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart, 1999, p. 26.

[4] BARZOTTO, **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart, 1999, p. 28.

[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 226.

[6] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 227.

[7] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 227.

[8] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 228.

[9] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 229.

[10] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 230.

[11] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 231.

[12] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 232-233.

[13] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 234.

[14] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 235.

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed.Coimbra: Livraria Almeida, 1996, p. 810-811.

[16] BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, 2003, p. 237.

[17] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.15.

- [18] CANOTILHO, **Direito Constitucional**, 1996, p. 811.
- [19] CANOTILHO, **Direito Constitucional**, 1996, p. 812.
- [20] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.
- [21] BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a crise da teoria da constituição. *In Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 135.
- [22] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163.
- [23] CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Breves considerações sobre o Direito e desenvolvimento e sua relevância para a consolidação da justiça social e da cidadania no Brasil. **Revista Jurídica**. Faculdades Guarapuava, Guarapuava - PR, v. 2, p. 31-48, 2001.
- [24] FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. *In Regulação e desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.
- [25] COUTINHO, Diogo Resenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. *In Regulação e desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89.
- [26] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 89-90.
- [27] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 92.
- [28] _____, p. 94.
- [29] _____, p. 97.
- [30] _____, p. 45.
- [31] _____, p. 46.
- [32] _____, p. 47-48.
- [33] _____, p. 49.
- [34] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 71.

[35] _____, p. 74.

[36] _____, p. 74.

[37] _____, p. 74-76.

[38] _____, p. 76.

[39] _____, p. 77-78.

[40] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 79.

[41] _____, p. 81-85.

[42] _____, p. 85-86.

[43] CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. Breves considerações sobre o Direito e desenvolvimento e sua relevância para a consolidação da justiça social e da cidadania no Brasil. **Revista Jurídica**, p. 31-48, 2001.

[44] _____, p. 31-48, 2001.

[45] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 108.

[46] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 59.

[47] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 61.

[48] BERCOVICI, A Constituição Dirigente e a crise da teoria da constituição. *In Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, 2003, p. 116.

[49] BERCOVICI, A Constituição Dirigente e a crise da teoria da constituição. *In Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, 2003, p. 116-117.

[50] BERCOVICI, A Constituição Dirigente e a crise da teoria da constituição. *In Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, 2003, p. 116-117.

[51] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 58.

[52] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 59.

[53] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 261-266.

[54] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 115.

[55] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 169.

[56] BERCOVICI, **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005, p. 169.

[57] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 07.

[58] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p. 26.

[59] São, hoje, disponibilizados à defesa do meio ambiente os seguintes instrumentos processuais: Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (CF/88, artigos 102, inciso I, alínea a; 103; 125, § 2º); Mandado Segurança Coletivo (CF/88, artigo 5º, LXX); Mandado de Injunção (segundo o disposto no artigo 5º, LXXI da CF/88); Ação Civil Pública: (é instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º, Lei nº. 7347/85), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade) e; Ação Popular (artigo 5º, inciso LXXIII da CF/88).

[60] MILARÉ, Édís. **Legislação ambiental do Brasil.** São Paulo: APMP, 1991, p. 3.

[61] Art. 170, da CF/88: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.* Parágrafo único. *É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.* (Grifo acrescentado)

[62] SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. *In Aspectos processuais do direito ambiental.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, págs. 238-239.

[63] BITTENCOURT, Marcus Corrêa Vinícius. **Princípio da prevenção no direito ambiental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/64/2564/>> Acesso em: 20 nov. 07.

[64] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

[65] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p.36.

[66] COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

[67] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

[68] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

[69] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 148.

[70] São conhecidas, neste particular, as contribuições de Saleilles, Josserand, Ripert, Dermogué, Mazeaud e Mazeaud, Savatier e outros. No Brasil, destacam-se os nomes dos professores Alvim Lima, Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Orlando Gomes, San Tiago Dantas, Washington de Barros Monteiro, Clóvis Beviláqua, Costa Manso, A. Gonçalves de Oliveira, Orozimbo Nonato e outros (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22).

[71] STOCO, **Tratado de Responsabilidade Civil**, 2004, p. 149.

[72] DINIZ, **Curso de Direito Civil brasileiro**, 2004, p. 22.

[73] Art. 927, parágrafo único, do CC: *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

[74] O princípio da solidariedade encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso I, que expressa o objetivo de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

[75] VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

[76] Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81: *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para*

propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[77] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.

[78] A favor da teoria do risco integral, teoria mais protetora e abrangente, mostrando-se mais consentânea com a base ambientalista, posiciona-se a maioria da doutrina, a dizer: Carlos Roberto Gonçalves, Athias, Sérgio Cavalieri Filho, Paulo Afonso Leme Machado e Sílvio de Salvo Venosa. Contra a teoria do risco integral: Toshio Mukai, para quem a teoria adotada para a responsabilidade por danos ao meio ambiente é a do risco, admitindo as excludentes da culpa da vítima, da força maior e do caso fortuito (MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 57).

[79] BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré (coord.). Ano 3 – Janeiro-Março, nº 9. Revista dos Tribunais, 1998, p. 41.

[80] BENJAMIN, Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental,** 1998, p. 34.

[81] SILVA, **Direito Ambiental Constitucional,** 2002, p. 313.

[82] MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.150.

[83] A Lei 6.938/81 define assim óleo: *qualquer forma de hidrocarboneto (petróleo e seus derivados), incluindo óleo cru, óleo combustível, borra, resíduos de petróleo e produtos refinados.*

[84] O dispositivo da Lei da Política Nacional refere-se, na verdade, em sua redação, à Lei nº 5.357, de 17 de novembro de 1967. Ocorre que essa norma foi totalmente revogada, em 2000, pela Lei nº 9.966, chamada de “Lei do Óleo”, a qual passou, portanto, a disciplinar de forma específica a matéria.

[85] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

[86] NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira *et al* (org.). **Direito ambiental aplicado à indústria do petróleo e do gás natural.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004, p. 245/246.

[87] LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 700, p. 16.

[88] Art. 942 do Código Civil: *Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: São*

solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

[89] Art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938/81: *Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;*

[90] BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 285.

[91]MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A noção de poluidor na Lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In **Aspectos processuais do Direito Ambiental**. José Rubens Morato Leite *et al* (org.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.13.

[92]Tome-se o exemplo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual, ao julgar questão relativa à discussão da legitimidade passiva do ente estatal em ação civil pública contra danos ambientais, proferiu a seguinte decisão: “(...) *fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo) (...)*” (Superior Tribunal de Justiça. REsp 604725/PR. Rel. Ministro Castro Meira. DJ 22.08.2005 p. 202.) Cite-se, ainda, nesse sentido, os seguintes julgados: TJRJ – 1ª Câm. Civ. – AI nº 2.200/95 – j. 09.04.1996 – v.u. – rel. Des. Martinho Campos – **Revista de Direito Ambiental**, v.6, p. 159; TJSP – 8ª Câm. Dir. Privado – Ap. Civ. nº 251.161-1 – j. 14.08.96 – v.u. – rel. Des. César Lacerda – JTJ-Lex 189/25.

[93]MIRRA, A noção de poluidor na Lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In **Aspectos processuais do Direito Ambiental**, 2003. p.16.

[94] CAUBET, Christian Guy. **A água, a lei, a política... E o meio ambiente?** Curitiba, Juruá, 2004, p.34.

[95] GRAF. Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. In **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Vladimir Passos de Freitas (coord.). Curitiba: Editora Juruá, 2005, p.54-55.

[96] SILVA, **Direito Ambiental Constitucional**, 2002, p. 36.

[97] IPC DIGITAL. **Situação da água no mundo e por regiões**. 20 mar. 2006. Disponível em: <http://www.ipcdigital.com/ver_noticiaA.asp?descrIdioma=br&codNoticia=1516&codPagina=1480&codSecao=369>. Acesso em: 24 jan. 2007.

[98] PROASNE. **Boletim de notícias**. Junho de 1999 Vol. 1, No. 2 Disponível em: <<http://proasne.net/boletimv1n2.html#Oily%20Water>>. Acesso em: 24 jan. 2007.

[99] CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito ambiental e questões jurídicas relevantes**. Campinas: Millennium Editora, 2005, p.89.

[100] Endossam tal posicionamento, exemplificativamente: Paulo Afonso de Leme Machado, José Afonso da Silva, Vladimir Passos de Freitas, Fernando Quadros da Silva, Aldo da Cunha Rebouças, Lydia Neves Bastos Telles Nunes, Ana Cláudia Bento Graf, Maria Luíza Machado Granziera, Rodrigo Andreotti Musetti, Juliana Santilli. Todavia, há posições contrárias, como, p.ex., a de Hely Lopes Meirelles, a de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e a de José Carvalho dos Santos Filho, para quem, com base no Código de Águas, as águas classificam-se em quatro categorias: públicas, comuns, particulares e comuns de todos. (VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica das águas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.79-80).

[101] GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. **Revista CEJ**. Brasília, n. 12, p. 30-39, set/dez, 2000, p.32.

[102] VIEGAS, **Visão jurídica da água**, 2005, p. 127.

[103] Para o escopo do presente trabalho, tome-se por competências a seguinte definição: “(...) o poder de ação e atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.” (Canotilho, in Graf, 2000;31).

[104] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 431

[105] GRAZIERA, Maria Luíza Machado. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180.

[106] VIEGAS, **Visão jurídica das águas**, 2005, p. 79/80.

[107] RIBAS, Ilza Carla Bernardes *et al.* **Propriedade**: origem, evolução e tendências. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica, NOSSA Editora, 1998, p.37.

[108] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994, p. 156.

[109] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 217.

[110] Para o escopo do presente trabalho, tome-se por competências a seguinte definição: “(...) o poder de ação e atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.” (Canotilho, in Graf, 2000;31).

[111] POMPEU, Cid Tomanik. **Direito das águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

- [112] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos**: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002, p.19.
- [113] Ver art. 1º da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.
- [114] Ver art. 2º da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.
- [115] Ver art. 3º da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.
- [116] Ver art. 9º da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.
- [117] GRAZIERA, **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces, 2001, p. 180.
- [118] VIEGAS, **Visão jurídica das águas**, 2005, p.99.
- [119] BRASIL. **Decreto nº 24.643**, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas.
- [120] POMPEU, **Direito das águas no Brasil**, 2006, p. 242.
- [121] VIEGAS, **Visão jurídica das águas**, 2005, p. 106.
- [122] Ver art. 44, XI, *b*, da Lei nº 9.433/97.
- [123] Ver art. 38, VI, da Lei nº 9.433/97.
- [124] Ver art. 35, IV, da Lei nº 9.433/97.
- [125] Art. 21, Lei nº 9.433/97: “*Na fixação dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos devem ser observados, dentre outros: I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação; II - nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxidade do afluente*”.
- [126] VIEGAS, **Visão jurídica das águas**, 2005, p. 108.
- [127] Ver art. 19, da Lei nº 9.433/97.
- [128] CRUZ, Fernando Castro da. **Das águas**: sua importância no novo milênio. Belo Horizonte: Palpite Editora, 2001, p.57.
- [129] REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. *In* **Águas doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3 ed. Aldo da C. Rebouças *et al* (coord.). São Paulo: Editora Escrituras, 2006, p.27.
- [130] REBOUÇAS, Águas doces no mundo e no Brasil. *In* **Águas doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação, 2006, p.29.
- [131] GARRIDO, Raymundo José Santos. Alguns pontos de referência para o estágio atual da política nacional de recursos hídricos. *In* **Estudo das águas no Brasil, 2001-**

1002. Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas (org.). Brasília: Agência Nacional de Águas, 2003, p.6.

[132] VIEGAS, **Visão jurídica das águas**, 2005, p. 107.

[133] CARVALHO, Rodrigo Speziali de. **Breve discussão sobre o tema gestão de recursos hídricos e pacto federativo**. Disponível em: <<http://www.iri.edu.ar/articulo.php?idarticulo=553>>. Acesso em: 23 nov. 2006, p. 6.

[134] Ver art. 32, da Lei nº 9.433/97.

[135] GRAF. Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. *In* **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Vladimir Passos de Freitas (coord.), 2005, p.67.

[136] O Decreto nº 5.776/2006 revogou o Decreto nº 4.755, de 2003 (Aprova a estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Meio Ambiente, e dá outras providências).

[137] O Projeto de Proteção Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Sistema Aquífero “Guarani” tem sua importância no fato de ser um projeto com enfoque na gestão de águas subterrâneas transfronteiriças, compartilhado por 4 países (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), com a participação dos 8 estados onde ocorre (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás), e relevante papel geopolítico na região do Mercosul. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **A SRH e as águas subterrâneas**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/pas/capa/index.html>>. Acesso em 08 dez 2006.).

[138] SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 465.

[139] MACHADO, **Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional**, 2002, p.116.

[140] TUCCI, Carlos E. M. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: Unesco, 2003, p. 35.

[141] Trata-se de princípios do Pacto Global (2000), derivados da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). O Pacto, por sua vez, é uma iniciativa internacional que busca direcionar o Setor Privado a assumir uma conduta cidadã, aproveitando os avanços conquistados e aumentando a difusão dos princípios de cidadania. (PACTO GLOBAL. Acordo integra gigantes da responsabilidade social. **The Global Compact**. Nova Iorque, 10 out. 2006. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/view.php?id_mat=48>. Acesso em: 15 jan. 2006.).

[142] MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos**. São Paulo: Editora de Direito, 2001, p.41.

[143] FÓRUM INTERNACIONAL DAS ÁGUAS – A VIDA EM DEBATE. **Carta de Porto Alegre**. Porto Alegre, 2003.

[144] FARIAS, Paulo José Leite. **Água**: bem jurídico econômico ou ecológico?. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

[145] FÓRUM INTERNACIONAL DAS ÁGUAS – A VIDA EM DEBATE. **Carta de Porto Alegre**. Porto Alegre, 2003.

[146] VEINER, Carlos Bernardo. **Diretor do Ippur critica mercantilização da água**. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

[147] Solução sustentável: conheça o método ambientalmente correto proposto por pesquisadores da Petrobrás para reaproveitar a água trazida à superfície na extração de petróleo. **Superinteressante**, São Paulo, 228 ed., jan. 2006. Encarte técnico, p. 19-20.

A RESPONSABILIDADE PENAL DO ESTADO E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO*

CRIMINAL RESPONSABILITY OF PUBLIC LEGAL ENTITIES AND PROCEDURAL SURSIS

**Nestor Eduardo Araruna Santiago
Antonio Nilo Rayol Lobo Segundo**

RESUMO

Trata-se sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser beneficiada pelo instituto da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95. Estuda-se inicialmente a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser responsabilizada criminalmente pela prática de crime ambiental, para em um segundo momento verificar-se tal possibilidade especificamente em relação à pessoa jurídica de direito público. Após, analisam-se os contornos gerais do sursis processual, as hipóteses de cabimento, os requisitos para a sua concessão e as condições a serem observadas durante o período de prova, mediante análise interpretativa dos dispositivos legais que regulamentam o benefício, com enfoque na aplicabilidade à pessoa jurídica de direito público. Defende-se a imprescindibilidade da aplicação do § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, que possibilita ao magistrado estabelecer condições outras, a par daquelas expressamente previstas em lei, para os casos que envolvam a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, uma vez que as condições genéricas estabelecidas em lei não foram pensadas à luz da possibilidade de responsabilização de entes públicos, de modo que tais condições são, em sua maioria, inaplicáveis aos atos praticados pelo Poder Público. A necessidade de estabelecimento de condições diversas é exigência hermenêutica que vai ao encontro da determinação constitucional de responsabilização criminal das pessoas jurídicas na seara ambiental, sem que o constituinte tenha feito distinções entre a natureza específica das pessoas jurídicas. Assim, o mero estabelecimento da reparação do dano como condição para o gozo da suspensão processual desatende à vontade constitucional, minando a força normativa da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: CRIME AMBIENTAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. CONDIÇÕES.

ABSTRACT

This paper defends the possibility of a public legal entity being benefited by the institute of conditional suspension of proceedings from article 89 of federal law 9.099/95.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Initially, our study refers to the possibility of a usual legal entity respond for a crime against environment and only then verify the possibility of specific responsibility of a public legal entity. Further on, is made a general analysis of procedural “sursis”, the hypotheses of use, the requirements for concession and the conditions to observe during the probation period - through interpretative analysis of rules of mentioned benefit, with focus on public legal entity. There is also a defense of a necessary application of second paragraph of article 89 (Law 9.099/95) – that allows the judge establish other conditions for cases involving criminal responsibility of public legal entities, once the general conditions of law were not developed taking possible the responsibility of public entities. The legal conditions are most inapplicable to acts of State. The need to establish other conditions than those legal ones is a demand of Hermeneutics, compatible with constitutional rule of criminal responsibility of legal entities on Environmental Law. The Constitution does not distinguish among specific nature of legal entities. The mere money compensation as a condition for suspension of proceedings injuries the main values of a Constitution and its normative force.

KEYWORDS: CRIMES AGAINST ENVIRONMENT. CONDITIONAL SUSPENSION OF PROCEEDINGS. PUBLIC LEGAL ENTITY. CONDITIONS.

INTRODUÇÃO

Com a previsão constitucional da responsabilização penal da pessoa jurídica, surgiram controvérsias quanto à possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pela prática de delito ambiental, uma vez que a Constituição Federal não excepcionou a regra geral de responsabilidade penal prevista em seu art. 225, § 3º.

Não tendo havido a exclusão da responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, os operadores do direito passaram a debater acerca da possibilidade da concessão de benefícios legais à pessoa jurídica de direito público quando esta vier a cometer crimes que comportam aplicação de tais benefícios.

Em relação aos crimes ambientais, cuja Lei n. 9.605/98 estabelece textualmente em seu art. 28 a aplicabilidade do benefício da suspensão condicional do processo aos delitos de menor potencial ofensivo ali definidos, a questão ganha contornos ainda mais controversos, em face da possível inaplicabilidade das condições do *sursis* processual à pessoa jurídica de um modo geral, e mais especificamente, à pessoa jurídica de direito público.

Com efeito, trata-se de saber da possibilidade de recebimento do benefício da suspensão condicional do processo pela pessoa jurídica de direito público responsável pela prática de delito ambiental de menor potencial ofensivo, haja vista que o legislador não cuidou de adaptar a legislação ordinária à previsão constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica. A perquirição, todavia, é por demais necessária, pois a negação de benefício processual previsto em lei constitui causa de nulidade absoluta do processo, por se haver ofendido direito subjetivo do réu.

Outrossim, a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pela prática de crime ambiental de menor potencial ofensivo é hipótese perfeitamente

possível de verificar-se nos trabalhos forenses, não se tratando a questão, pois, de discussão estéril, já que o potencial degradador da atuação estatal vem constantemente causando impactos significativos na qualidade do meio ambiente.

Por outro lado, é necessário que se saiba até que ponto é possível compatibilizar o instituto da suspensão condicional do processo com a previsão constitucional de responsabilização da pessoa jurídica de direito público, de maneira a se estabelecer quais as condições passíveis de serem exigidas e quais as conseqüências do descumprimento do *sursis* por parte do ente público.

O objetivo do presente trabalho é exatamente perquirir acerca da possibilidade de concessão de *sursis* processual à pessoa jurídica de direito público que venha a praticar crime ambiental considerado por lei como de menor potencial ofensivo, procurando saber quais as condições aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, quais outras condições poderão ser especificadas pelo magistrado com base no § 2º da Lei n. 9.099/95, quais os requisitos necessários à concessão do *sursis* processual, e, finalmente, quais das condições previstas na referida Lei são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público.

1 DESENVOLVIMENTO

1. UM PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL

Busca-se no presente estudo saber-se da possibilidade – ou não – da concessão do benefício da suspensão condicional do processo à pessoa jurídica de direito público que venha a praticar delito considerado de menor potencial ofensivo à luz das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001.

Para que possamos perseguir a resposta ao questionamento, contudo, é necessário que aceitemos como pressuposto lógico fundamental a possibilidade de não somente a pessoa jurídica vir a ser sujeito ativo de crime ambiental, como mais especificamente a possibilidade de a pessoa jurídica *de direito público* vir a ser responsabilizada criminalmente pela prática de delito ambiental.

Não desconhecemos, todavia, as controvérsias existentes acerca da matéria, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência[1] pátrias têm posicionamentos respeitáveis no sentido de que a pessoa jurídica de direito público não pode ser responsabilizada pela prática de delito de natureza ambiental – *societas delinquere non potest*[2].

Com efeito, enquanto ZAFFARONI e PIERANGELI[3], REALE JUNIOR[4], DOTTI[5] e CERNICCHIARO[6] - entre tantos outros – defendem a impossibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, outra leva de respeitáveis juristas sustenta a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser sujeito ativo de delito ambiental, dentre os quais se alinham SHECAIRA[7], FREITAS e FREITAS[8], MACHADO[9] e MILARÉ[10], entre tantos outros.

Entre os que entendem que a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime ambiental, há os que entendem que somente a pessoa jurídica de direito privado poderia sê-lo,

estando excluída tal possibilidade em relação à pessoa jurídica de direito público. É o pensamento de, *verbi gratia*, FREITAS e FREITAS[11], e SHECAIRA[12], entre outros.

Outros, por sua vez, entendem que até mesmo a pessoa jurídica de direito público pode ser sujeito ativo de delito ambiental, entre os quais pontificam MACHADO[13] e ROTHENBURG[14].

Ocorre que, para que ingressemos no mérito da questão acerca da possibilidade de aplicação do *sursis* processual à pessoa jurídica de direito público, é necessário que aceitemos como premissa básica, primeiramente, o entendimento de que a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime, e num segundo momento, que a pessoa jurídica *de direito público*[15] pode vir a praticar crime ambiental, como já foi reconhecido inclusive na conclusão 33 da Carta de São Paulo – 2001, *ipsis litteris*: “a pessoa jurídica de direito público pode ser sujeito ativo de crime ambiental, afigurando-se mais adequada sua sujeição à pena de prestação de serviço à comunidade”[16].

Entre as recomendações do XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Rio de Janeiro, SILVA[17] cita as seguintes:

“1. A conduta que suscita a imposição de sanções penais pode proceder de entidades jurídicas e públicas, bem como de pessoas físicas.

2. Os sistemas penais devem, sempre que possível, no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas às entidades jurídicas e públicas.”

Isto porque para que se chegue à fase processual de oferecimento da proposta de *sursis* processual ao ente público, é necessária a prévia existência de denúncia-crime oferecida pelo Ministério Público, o que pressupõe a existência das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte.

Para o nosso estudo, ganha especial relevo a questão da legitimidade da parte, mais especificamente da legitimação criminal passiva *ad causam*, pois antes do oferecimento da denúncia há de ser aquilatada em juízo de prelibação a possibilidade de a pessoa jurídica de um modo geral, e mais especificamente, de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo da ação criminal.

Em nosso socorro existe dispositivo constitucional expresso atribuindo a responsabilidade criminal à pessoa jurídica (art. 225, § 3º), bem assim diversos exemplos na legislação comparada[18] (*v. g.*, legislação francesa) que admitem a sujeição da pessoa jurídica à responsabilização criminal[19].

Por outro lado, não ignoramos a melhor doutrina no sentido de que a responsabilização criminal da pessoa jurídica implica necessariamente a responsabilização da pessoa física administradora (concurso necessário), com fulcro no ar. 3º da Lei n. 9.605/98, em incidência do *princípio da dupla imputação*[20] ou, sob outro prisma, da *responsabilização própria indireta*[21].

Assim, embora não desconhecamos as controvérsias jurídicas existentes quanto à possibilidade da prática de delito ambiental pela pessoa jurídica de direito público e a verificação do concurso necessário daí decorrente, o presente trabalho não comporta perquirições dessa natureza, por possuir objetivo diverso, relativo tão somente à possibilidade de aplicação de *sursis* processual ao ente público, o que pressupõe a prévia superação da controvérsia quanto à possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo de demanda criminal pela prática de delito de natureza ambiental.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O *SURISIS* PROCESSUAL

Sursis é a denominação francesa original do instituto que entre nós ficou reconhecido como *suspensão condicional*, consistente na paralisação do procedimento criminal (*sursis* processual) ou do cumprimento da pena (*sursis* penal), em benefício do réu, desde que atendidos determinados requisitos e aceitas determinadas condições previstas em lei.

No nosso direito positivo, o *sursis* processual foi introduzido pela Lei n. 9.099/95, conhecida por Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em cujo art. 89 estão consignados os requisitos e as condições genéricas para a sua concessão. A suspensão condicional do processo é proposta privativamente pelo Ministério Público, nos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei n. 9.099/95, tendo período de prova de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Uma vez aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o magistrado receberá a denúncia e suspenderá o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob a condição de: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial; d) comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 89, § 1º, da Lei n. 9099/95).

Caso entenda pertinente, o magistrado poderá estabelecer outras condições adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (art. 89, § 2º, da Lei n. 9099/95).

A suspensão condicional será revogada obrigatoriamente se, no curso do prazo, o acusado vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 89, § 3º, da Lei n. 9099/95).

A suspensão poderá ser revogada facultativamente se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (art. 89, § 4º, da Lei n. 9099/95).

Decorrido o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, independentemente do cumprimento das condições impostas[22] (art. 89, § 5º, da Lei n. 9099/95).

Providência necessária foi tomada pelo legislador, ao estabelecer que a prescrição não correrá durante o prazo de suspensão do processo (art. 89, § 6º, da Lei n. 9099/95).

Se o acusado não aceitar a proposta de suspensão condicional do processo, o feito prosseguirá em seus ulteriores termos, até decisão judicial final.

É o *sursis* instituto despenalizador, que tem por objetivo evitar a imposição de pena privativa de liberdade aos acusados por delitos de médio potencial ofensivo, assim entendidos aqueles cuja pena mínima não ultrapassa um ano[23].

Fundamenta-se no senso de disciplina do acusado, buscando evitar com a sua colaboração os transtornos decorrentes de persecução criminal e eventual condenação.

É instituto jurídico moderno, de índole transacional, pois assentado na manifestação de vontade do acusado em se submeter às condições que lhe forem apresentadas.

É instituto jurídico de caráter pessoal, em regra, sendo que de acordo com as condições adquire caráter personalíssimo, como é o caso do comparecimento mensal em juízo. Algumas condições, contudo, possuem caráter impessoal, como é o caso da reparação do dano, eis que o legislador impôs tal condição tendo em conta o benefício da vítima, independentemente de que o patrimônio a suportar a reparação seja efetivamente o do sujeito ativo do delito.

3. O *SURISIS* PROCESSUAL NA LEI N. 9.605/98 – LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

A possibilidade de suspensão condicional do processo criminal pela prática do delito ambiental já estaria abrangida pelo disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, mas o legislador ambiental entendeu por bem em mencionar expressamente no art. 28 da Lei n. 9.605/98 a aplicação do referidos benefícios aos delitos de menor potencial ofensivos nela previstos, com algumas modificações.

As modificações são por demais pertinentes, pois o caráter técnico do direito ambiental demanda providências na seara criminal diversas das existentes de maneira geral, uma vez que o objetivo principal da concessão do *sursis* processual ao infrator ambiental é propiciar a efetiva reparação do dano causado pela conduta delituosa.

Com efeito, a privação da liberdade ou aplicação de outra sanção penal ao degradador em nada contribuiria à reparação do dano causado, pelo contrário, torná-la-ia mais dificultosa, de molde que o legislador criou mecanismo de responsabilização criminal com nítido propósito de reparação do dano, vale dizer, o direito penal ambiental positivado na Lei dos Crimes Ambientais tem por escopo muito mais proteger a vítima (*in casu*, a sociedade, titular difusa do meio ambiente sadio) que propriamente punir o agressor por sua conduta.

De maneira que a quase totalidade dos delitos previstos na Lei n. 9.605/98 permite a concessão em tese do benefício da suspensão condicional do processo, como bem acentua LECEY[24]:

“Assim, a grande maioria, na verdade quase a totalidade (apenas um delito está excluído – o art. 41 – incêndio doloso em mata ou floresta com penas de reclusão de 2 a 4 anos e

multa) das infrações contra o meio ambiente tipificadas na Lei 9.605/98 são abrangidas pela Lei dos Juizados Especiais, seja por serem infrações de menor potencial ofensivo, na sistemática de tal lei especial, com aplicação de suas regras amplamente, inclusive quanto ao procedimento, seja por admitirem a suspensão do processo introduzida pela Lei 9.099/98 (art. 89).” (*sic*)

Sob esse *prima*, o legislador previu no art. 28 da Lei dos Crimes Ambientais a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo, mas não sem ter o cuidado de fazer as modificações exigidas pelas peculiaridades da matéria.

Com efeito, ficou consignado que as disposições do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 aplicar-se-iam aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com modificações (art. 28, *caput*, da Lei n. 9.605/98).

Assim, para que haja a declaração de extinção de punibilidade pelo transcurso do período de prova, é necessária a realização de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada sempre a impossibilidade de ser feita tal reparação (art. 28, I).

Caso o laudo de constatação comprove não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo de quatro anos, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição (art. 28, II).

Durante e apenas durante o período de prorrogação, não se aplicarão as condições de não frequentar determinados lugares, de não se ausentar da comarca sem autorização e de comparecimento mensal em juízo, restando como única condição a ser cumprida a reparação efetiva e cabal do dano ambiental (art. 28, III).

Expirado o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo de cinco anos (art. 28, IV).

Decorridos cinco anos de suspensão do processo e do prazo prescricional, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano (art. 28, V).

Resumindo o que foi dito, MONTEIRO e ZAGO[25] pontificam:

“Também é possível suspender o processo de forma a permitir a reparação do dano causado, salvo se referido dano for considerado irreparável. A suspensão do processo poderá ser prorrogada por um prazo máximo de quatro anos, acrescidos de mais um ano, havendo suspensão do prazo de prescrição. Entretanto, a extinção da punibilidade está condicionada à prévia reparação do dano ambiental a qual será verificada através de um laudo de constatação.”

Decorrido o prazo máximo, e não tendo havido a reparação por parte do acusado, embora tivesse a possibilidade de fazê-lo, a extinção da punibilidade dar-se-á tão-somente após o decurso do prazo prescricional da pena considerada *in abstracto*.

Analisando as modificações feitas pelo legislador, constata-se que a suspensão condicional do processo em matéria ambiental possui contornos próprios que se coadunam com o propósito do legislador de privilegiar a reparação do dano ambiental em detrimento da mera responsabilização criminal do degradador. Concluímos com WERNER[26]:

“O objetivo maior a ser perseguido durante o período de suspensão é, sem sombra de dúvida, a composição do dano ambiental. Para tanto, a lei de crimes ambientais condiciona a extinção da punibilidade a um laudo de constatação do dano ambiental, ressalvada sempre a impossibilidade de repará-lo.”

4. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA

Interessante questão que se coloca ao aplicador da lei diz respeito à competência para processamento e julgamento dos delitos cometidos pela pessoa jurídica, e, por conseguinte, para a propositura dos benefícios despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95.

A nosso sentir, porém, a problemática é meramente aparente, pois a dicção do art. 8º da Lei n. 9.099/95[27] aplica-se tão-somente às causas cíveis de menor complexidade, excluída a vedação relativamente aos delitos de menor potencial ofensivo praticados por pessoas jurídicas.

Tal conclusão decorre não só da técnica legislativa adotada, uma vez que o art. 8º está situado na Seção III – Das partes, do Capítulo II – Dos Juizados Especiais Cíveis, da Lei n. 9.099/95, bem como da própria interpretação sistemática do referido dispositivo. Com efeito, o art. 8º excluiu da competência do Juizado Especial o processo em que, *v. g.*, o preso seja parte, mas é por demais evidente que a vedação não se aplica ao âmbito criminal dos juizados, pois é cediço – e até mesmo recorrente – que o preso deverá ser processado criminalmente no Juizado Especial pela prática de delito de menor potencial ofensivo.

De modo que a única diferenciação de competência que vislumbramos possível refere-se às causas criminais em que sejam réis, co-réis ou partícipes a União, autarquia ou empresa pública federal, em que o feito tramitará perante o Juizado Especial Federal[28] por força do art. 109, I, da Constituição Federal.

Assim, a responsabilização do sujeito ativo pela prática de crime ambiental é competência absoluta do juizado especial criminal, à exceção do delito previsto no art. 41 da Lei n. 9.605/98, inclusive se o autor do fato for pessoa jurídica de direito privado e até mesmo de direito público, desde que admitida como pressuposto a possibilidade de virem a delinquir.

5. DA CONCESSÃO DE *SURSIS* PROCESSUAL À PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO RESPONSÁVEL POR CRIME AMBIENTAL

Superadas essas considerações preliminares e introdutórias, é momento de se perquirir acerca da possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a ser beneficiária do instituto do *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, com as alterações contidas no art. 28 da Lei n. 9.605/98.

Em princípio, caso se admita a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a figurar no pólo passivo de demanda criminal, é natural que se lhe sejam concedidos os benefícios despenalizadores da Justiça Consensual[29], sob pena de violação a direito subjetivo da Ré, no caso a pessoa jurídica pública.

Ocorre que o problema não comporta solução simplista, pois se verá que algumas das condições previstas em lei para a concessão do *sursis* processual são inaplicáveis às pessoas jurídicas de um modo geral, ao passo que outras são especificamente inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, pelas próprias peculiaridades decorrentes de sua natureza jurídica.

A dificuldade é agravada em função de o legislador ambiental brasileiro não haver tido o cuidado que houve em outras legislações alienígenas, em que a responsabilização penal da pessoa jurídica veio acompanhada de modificações na legislação material e processual com o intuito de fazer as necessárias adaptações à vista das particularidades dos entes morais[30].

Nesse tocante, bastante pertinente é a crítica formulada por Luiz Regis Prado, citado por WERNER[31]:

“Em França, tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresso essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/92) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes como (*sic*) novo Código Penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual, particularmente necessária com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica... Ora bem, em nosso país deu-se exatamente o oposto, visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo instituí-las completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois lhe faltam instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato...”

Ocorre que, conquanto o legislador brasileiro não tenha tido o cuidado devido, dificultando sobremaneira o trabalho do intérprete, tal não escusa o aplicador da lei de torná-la efetiva, buscando interpretação teleológica compatível com as finalidades perseguidas pelo legislador ambiental e fazendo a necessária integração normativa do ordenamento[32]. É essa a sugestão de MILARÉ[33]:

“Portanto, não cabe mais, diante da expressa determinação legal, entrar no mérito da velha polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Melhor será exercitar e buscar os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador.”

Isso porque compete ao intérprete buscar solução que atribua a maior *força normativa* possível à Constituição, construindo solução hermenêutica que possibilite a implementação da vontade constitucional de responsabilização das pessoas jurídicas.

Trata-se, pois, de interpretar a Lei n. 9.099/95 de uma maneira construtiva, procurando dar ao art. 225, § 3º da Constituição a maior efetividade possível, de maneira que deve ser buscada uma interpretação que adapte as condições do *sursis* processual às

particularidades das pessoas jurídicas, em especial das pessoas jurídicas de direito público.

6. DAS CONDIÇÕES GERAIS DO *SURSIS* PROCESSUAL DA LEI N. 9.099/95 E DE SUA APLICABILIDADE ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 estabelece a possibilidade de concessão de *sursis* aos autores de crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano[34], desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Cumprido ressaltar inicialmente que para a concessão do benefício em comento é necessário que o órgão do Ministério Público, quando do oferecimento da proposta, e o magistrado, quando de sua apresentação ao acusado, aquilatem acerca do preenchimento por parte da pessoa jurídica dos requisitos subjetivos previstos na parte final do referido dispositivo legal.

Naturalmente, a análise dos requisitos do art. 77 do Código Penal, relativamente às pessoas jurídicas, há de ser feita de maneira diversa da que é feita quanto às pessoas físicas. Com efeito, na valoração da conduta da pessoa jurídica, o magistrado deve ter em conta uma moral do ente coletivo, diversa da moral individual, levando em consideração, *mutatis mutandis*, os balizamentos do art. 77 do Código Penal.

Assim, para aquilatar a possibilidade de concessão do benefício, o magistrado deve ter em conta os antecedentes ambientais, como lavratura de autos de infrações administrativas, cumprimento – ou não – de termos de compromisso de ajustamento de conduta celebrados etc., bem assim a preocupação que a pessoa jurídica tem pela defesa do meio ambiente, através da verificação de atividades positivas no sentido de tutela do meio ambiente por parte do ente público, buscando-se aferir o seu grau de comprometimento com a causa ambiental.

Os motivos e circunstâncias do delito dizem respeito aos objetivos perseguidos pelo ente público com a prática do ato e as conseqüências condicionantes da sua realização, bem assim a extensão do dano causado e as medidas tomadas para evitá-lo ou minorar os seus efeitos. Atento a essa dificuldade, o legislador ambiental fixou no art. 6º da Lei n. 9.605/98 os balizamentos para a fixação da pena, critérios estes que podem ser perfeitamente utilizados para aquilatação da possibilidade da concessão do *sursis* processual: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Tais critérios são perfeitamente verificáveis em relação à pessoa jurídica, inclusive de direito público, de modo que para a concessão do *sursis* processual o aplicador da lei deve ter em consideração os balizamentos previstos no art. 6º da Lei n. 9.605/98.

O § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 estabelece que, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: reparação do

dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Aqui mais precisamente começa a dificuldade do intérprete e do aplicador da lei quando se trata de pessoa jurídica responsável pela prática de delito ambiental.

Na sistemática do *sursis* ambiental, a reparação do dano não é propriamente condição para a concessão do benefício, mas pressuposto para a extinção da punibilidade do agente.

De qualquer modo, é fato que a pessoa jurídica de direito público beneficiada pela concessão da suspensão condicional do processo deverá proceder à reparação do dano ambiental causado, sob pena de, em não o fazendo, restar obstada a declaração de extinção da punibilidade.

Relativamente à impossibilidade de reparação do dano, o melhor posicionamento é no sentido de que tal não se verifica em relação à pessoa jurídica de direito público, pois existe sempre a possibilidade da conversão da obrigação em perdas e danos a serem indenizados pelo ente público. Com efeito, a reparação do dano pode se dar mediante recomposição do meio ambiente degradado ao *status quo ante*, ou, em caso de impossibilidade física, mediante indenização de perdas e danos. Nesse sentido, LECEY[35]:

“A reparação já era condição à extinção da punibilidade na Lei n. 9.099/95. Agora é exigível laudo de constatação da reparação do dano (vejam-se incisos do art. 28, Lei 9.605/98). Excepcionada a impossibilidade que há de ser entendida não como a irreversibilidade do dano, já que sempre será possível reparação pela indenização do dano ambiental. Dever-se-á entender como a impossibilidade de o autor do fato ter condições econômicas de fazê-lo.”

Assim, apenas a ausência absoluta de condições financeiras poderia justificar a impossibilidade de reparação do dano ambiental, o que, entretanto, não se verifica em regra em relação aos entes públicos, pois se fosse aceita a idéia de que não teria condições de arcar com o montante dos prejuízos causados, estar-se-ia admitindo a falência do Estado. Em regra, pois, a extinção da punibilidade da pessoa jurídica de direito público não poderia se fundamentar na impossibilidade de reparação do dano ambiental causado.

A condição consistente na proibição de freqüentar determinados lugares é absolutamente inaplicável à pessoa jurídica de direito público, pois é fato que não possui capacidade de locomoção. Relativamente à pessoa jurídica de direito privado, todavia, a condição pode ser aplicável em alguns casos, como, por exemplo, aos entes ambulantes (v. g., circos).

A condição consistente na proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz, também é aplicável, somente em alguns casos, às pessoas jurídicas de direito privado, como no exemplo supracitado das entidades ambulantes, restando inaplicável no plano fático às pessoas jurídicas de direito público.

Pelas mesmas razões supra-expendidas, o comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades é inaplicável às pessoas jurídicas de direito público, podendo ser aplicável apenas em alguns casos às pessoas jurídicas de direito privado.

Poder-se-ia argumentar, todavia, que o comparecimento da pessoa jurídica de direito público dar-se-ia mediante o comparecimento do administrador público responsável.

Ocorre que tal não é possível, não só porque implicaria em ofensa ao princípio da pessoalidade da pena, pois a pessoa jurídica de direito público não se confunde com a pessoa física do administrador, como também porque, em caso de mudança do gestor do ente público, o descumprimento da condição por parte do gestor anterior implicaria a revogação do benefício, em prejuízo da pessoa jurídica pública e de seu atual gestor.

Em arremate, podemos afirmar que, das condições previstas na Lei n. 9.099/95 para a concessão do *sursis* processual, a única aplicável às pessoas jurídicas de direito público é aquela consistente na reparação do dano, com a observação de que somente em casos excepcionais deve ser extinta a sua punibilidade sob o pálio da impossibilidade da reparação do dano, eis que sempre presente a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos.

Por sua vez, o *caput* do art. 28 da Lei dos Crimes Ambientais determina a aplicação da suspensão condicional do processo aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo nela previstos, com algumas alterações que visam garantir a reparação do dano ambiental causado, sem a necessidade do ajuizamento da ação civil correspondente.

De maneira que a reparação do dano ambiental causado não é propriamente requisito para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo (o que se verifica, todavia, para a concessão da transação penal, conforme art. 27 da Lei n. 9.605/98[36]), mas condição para a declaração de extinção da punibilidade do delinqüente ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A Lei de Crimes Ambientais não especificou novas condições para a concessão da suspensão do processo; apenas impôs a tomada de providências no intuito de buscar a efetiva reparação do dano ambiental causado, com influência na declaração de extinção da punibilidade do agente degradador.

Tais providências são sintetizadas satisfatoriamente por AZEVEDO[37]:

“Pois bem. De acordo com art. 28 da lei em comento, a suspensão condicional do processo, *apenas em relação às infrações ambientais de menor potencial ofensivo*, submete-se a algumas modificações:

I. O cumprimento das condições transacionadas só permitirá a extinção da punibilidade se houver ‘laudo de constatação de reparação do dano ambiental’. Sem tal perícia o réu não terá extinta a punibilidade, pelo cumprimento das condições. Vê-se, pois que a prova da reparação só pode ser feita de uma maneira, vedados outros meios, talvez até menos onerosos. Por óbvio, se o autor do fato ou réu estiver impossibilitado de cumprir o avençado, não ficará vedada a declaração de extinção da punibilidade.

II. Se o laudo for negativo, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o máximo previsto na lei 9.099/95 (4 anos), acrescido de mais um ano, mantida a suspensão da prescrição.

III. Durante esse período de prorrogação a única condição a ser cumprida pelo réu será a reparação efetiva e cabal do dano ambiental.

IV. Por fim, esgotado o período de suspensão e não reparado integralmente o dano, poderá o réu comprovar que tomou as providências necessárias, a seu alcance. Diante de sua justificativa, poderá o juiz decretar a extinção da punibilidade”

Merece realce a aparente injustiça decorrente do fato de que a aceitação de suspensão condicional do processo não implica confissão de culpa, mas o beneficiário fica obrigado à reparação do dano ambiental causado.

Tal não ocorre, contudo, pois a responsabilidade pela reparação do dano ambiental é de ordem objetiva, como previsto no § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81 - Lei de Política Nacional do Meio Ambiente[38], bastando que se comprove a conduta do autor e o nexo causal entre a conduta e o dano para que surja a obrigação de reparar.

Ora, para que seja ofertada a denúncia e, conseqüentemente, para que seja apresentada a proposta de suspensão condicional do processo, é necessário que existam indícios de autoria da prática delituosa causadora de dano ao meio ambiente, de maneira que tais indícios de autoria autorizem seja condicionada extinção da punibilidade à efetiva reparação do dano causado, o que, outrossim, seria obrigação do autor independentemente de culpa.

Sobre o assunto, interessantes as colocações de LECEY[39] a respeito da reparação do dano como condição da transação penal, pois aplicáveis perfeitamente à reparação do dano em sede de *sursis* processual:

“Na Lei dos Juizados Especiais a composição do dano não é condição para a transação. Na Lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente, o é. Há quem aponte ‘perversidade’ em tal exigência de reparação do dano, independentemente de culpa do autor do fato.

Todavia, como destaca o parágrafo 1º do artigo 14 da Lei n. 6938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) prevista a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente. Dita responsabilidade independe de culpa, sendo irrelevantes o licenciamento da atividade, o cumprimento de padrões e até a ocorrência de fortuito. Ou seja, basta a conduta e o nexo causal com o dano ao meio ambiente para haver a responsabilização pela reparação. Daí, não perversa a exigência de prévia composição do dano à transação penal, já que responsável objetivamente é o autor do fato, no âmbito cível”

De maneira que as condições da suspensão do processo pela prática de delito ambiental são as mesmas previstas para os delitos de menor potencial ofensivo de um modo geral, havendo diferenciação apenas quanto ao prazo do período de prova e à declaração de extinção da punibilidade do agente.

A inovação da legislação especializada reside, propriamente, no direcionamento do processo para o fim de propiciar a efetiva reparação do dano ambiental causado, no próprio juízo criminal, sem a necessidade de interposição de ação de natureza cível.

Ocorre que a imposição ao ente público apenas da obrigação de reparar o dano ambiental esvazia por completo a responsabilização criminal, já que a providência é decorrência natural da responsabilidade civil já estabelecida no ordenamento jurídico.

Assim, compete ao intérprete buscar extrair da lei a imposição de condições outras que fortaleçam o cumprimento da obrigação de reparar o dano, já que a Constituição Federal exigiu a responsabilização penal da pessoa jurídica degradadora, inclusive dos entes públicos.

7. DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO § 2º DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95

Importante instrumento para tornar efetiva a responsabilização criminal da pessoa jurídica está especificado no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, que permite ao magistrado especificar outras condições a serem cumpridas durante o período da suspensão condicional do processo, com implicações diretas na declaração de extinção da punibilidade do agente. Com efeito, o descumprimento das condições especificadas com supedâneo no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 é fundamento suficiente para a revogação facultativa do benefício com fulcro no § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, obstando a continuidade do período de prova e determinando a continuação do processo criminal até então suspenso. As condições específicas assumem, assim, importância preponderante na responsabilização da pessoa jurídica de direito público, uma vez que, como vimos, à exceção da reparação do dano, as demais condições previstas no art. 89 da Lei n. 9.099/95 são absolutamente inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, em face de suas peculiaridades.

Interessante sugestão é colocada por LECEY[40], no sentido de cumular como condição para a suspensão do processo a adoção de medidas e até mesmo o estabelecimento de penas a serem cumpridas pelo causador do dano, como a prestação de serviços à comunidade:

“Forte na finalidade precípua de tutela do meio ambiente, recomenda-se incluir no rol das condições da suspensão do processo medidas de valia ao meio ambiente como são as elencadas na lei ambiental como prestação de serviços à comunidade e já destacadas quando da abordagem da transação.

Observa-se que na suspensão do processo não é admissível crítica que vem sendo feita de no *sursis* se incluir uma pena substitutiva, como a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana. Isso porque o não cumprimento da condição leva à revogação do *sursis* e à execução da pena privativa de liberdade. Todavia, tal não se passaria na suspensão do processo, como destacam Ada Grinover e co-autores. Ou seja, acaso não cumprida a condição na suspensão do processo, não haveria execução da pena, sendo que apenas prosseguiria o processo até então suspenso.”

A jurisprudência pátria – inclusive do Superior Tribunal de Justiça - já acolheu o entendimento de que é possível especificar-se como condição para o recebimento do

benefício da suspensão condicional do processo o cumprimento de “penalidade”[41], sem que tal implique violação ao devido processo legal ou a qualquer outro direito subjetivo do réu:

“SUSPENSÃO DO PROCESSO – NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – O não cumprimento das condições impostas (prestação de serviços à comunidade, submissão a tratamento psicológico, comparecimento mensal à Comarca, não freqüentar bares ou similares e não se ausentar da Comarca sem autorização) pelo magistrado por ocasião da suspensão condicional do processo acarreta, consoante preceitua o art. 89, § 4º, da Lei 9.099/95, a revogação do benefício com o conseqüente prosseguimento da ação penal. – Ordem denegada.” [42]

“PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – Réu acusado de praticar o crime tipificado no art. 10, caput, da lei 9437/97. Suspensão condicional do processo homologada com exclusão da condição consistente na prestação de serviços à comunidade. Recurso ministerial. A prestação de serviços à comunidade, que já era prevista como pena substitutiva (art. 44 do CP), como condição do *sursis* (art. 98 do CP) e pena alternativa a ser aplicada mediante transação (art. 76 da lei 9.099/95), pode ser imposta como condição do *sursis* processual, porquanto uma mesma obrigação pode cumprir diferentes funções no ordenamento, ora assumindo o caráter de pena, cujo descumprimento pode ensejar a conversão em prisão, ora revelando-se como mera condição, cuja inobservância tem conseqüência bem menos grave. Apelo improvido.”[43]

É exatamente nessa possibilidade já reconhecida jurisprudencialmente de aplicação de “penalidade” como condição do *sursis* processual com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 que reside, a nosso ver, a compatibilização do instituto da suspensão condicional do processo com a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, haja vista a inaplicabilidade das condições gerais do art. 89 aos entes públicos.

Assim, a concessão da suspensão do processo às pessoas jurídicas de direito público pode ser condicionada ao cumprimento de “penalidade” prevista no ordenamento jurídico.

Releva acentuar que a “penalidade” a ser inserida como condição da suspensão condicional do processo em relação à pessoa jurídica de direito público não deve se revestir de caráter punitivo, sob pena de agravar ainda mais a situação da coletividade já agredida em seu direito ao meio ambiente sadio, pois é fato que arcará, em última instância, com os ônus decorrentes da condição apresentada ao ente público.

Ora, o que o legislador buscou ao introduzir modificações na sistemática do *sursis* processual ambiental foi propiciar a efetiva reparação do dano ambiental no próprio juízo criminal, e não punir a pessoa jurídica mediante imposição de condição gravosa de caráter meramente punitivo.

É evidente que algumas condições possuirão caráter duplice, de pena e medida de reparação do dano, mas na condição a ser especificada deve prevalecer o intuito de reparação do dano ambiental em detrimento do caráter meramente punitivo.

Surge, então, outra dificuldade: verificar quais as penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público podem ser postas como condição do *sursis*, pois veremos que a maior parte delas não comporta aplicação aos entes públicos, seja em razão de suas próprias peculiaridades, seja por implicarem a aplicação de medida de caráter precipuamente punitivo.

Com efeito, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas estão previstas no art. 21 da Lei dos Crimes Ambientais: a) multa; b) restritivas de direitos; e c) prestação de serviços à comunidade.

As penas restritivas de direitos consistem, por sua vez, em suspensão parcial ou total de atividades (art. 22, inciso I e § 1º), interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (art. 22, inciso II e § 2º) e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22, inciso III e § 3º).

Já a prestação de serviços à comunidade consiste em custear programas de projetos ambientais (art. 23, inciso I), executar obras de recuperação de áreas degradadas (art. 23, inciso II), manter espaços públicos (art. 23, inciso III) e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas (art. 23, inciso IV).

A pena mais grave é a decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica que permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 24).

Passemos a analisar a aplicabilidade dessas penalidades aos entes dotados de personalidade jurídica de direito público.

A liquidação forçada não requer maiores considerações, pois a sua aplicação à pessoa jurídica de direito público implicaria em abolição do próprio Estado e negação absoluta do direito posto.

O pagamento de multa como condição para o recebimento do *sursis* processual é perfeitamente aplicável ao ente público, mas é necessário notar que não se trata em absoluto de estimativa pecuniária do valor do dano ambiental causado, pois tal somente será possível com exatidão depois da perícia técnica referida no art. 19 da Lei n. 9.605/98[44].

Assim, muito embora o valor da multa aplicada em sede de suspensão do processo deva ser deduzido do montante de eventual indenização dos danos ambientais causados, é fato que se torna particularmente difícil a sua fixação em face da ausência de parâmetros apriorísticos para aquilatação da gravidade e extensão dos danos ambientais.

Sob outra perspectiva, a aplicação de multa ao ente público implicará na prevalência do caráter punitivo em detrimento do intuito de reparação do dano, uma vez que a multa penal será revertida em favor do Fundo Penitenciário Nacional, sem qualquer vinculação específica com a finalidade ambiental, já que o art. 73 da Lei n. 9.605/98[45] refere-se apenas às multas de caráter administrativo.

O cumprimento de pena restritiva de direito consistente na suspensão total ou parcial de atividades também pode ser apresentado como condição para o recebimento do *sursis* processual pela pessoa jurídica de direito público, desde que não implique em paralisação ou descontinuidade da prestação de serviços públicos necessários ou essenciais, devendo-se limitar a atingir a obra ou atividade pública geradora do dano ambiental, donde confundir-se em particular com a interdição temporária de que trata o inciso II do art. 22 da Lei Ambiental.

Sob esse prisma, caso aceite a proposta, o ente público estará tão-somente reconhecendo em sede de Justiça Consensual providência que de qualquer modo poderia ser obtida mediante ajuizamento de ação civil pública, em nítida homenagem ao propósito do legislador de procurar reparar o dano ambiental no próprio juízo criminal, sem a necessidade de aforamento de outras demandas.

Por outro lado, em alguns casos será possível a aplicação da proibição de contratar com o Poder Público como condição para o *sursis* processual, relativamente aos repasses decorrentes de negócios jurídicos – v.g., convênios - como nos relata SILVA[46]:

“Do contrário, há sanções que são plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, como ocorre com a pena de proibição de contratar com o Poder Público, nas hipóteses, ressaltadas por Walter Claudius Rothenburg, onde ocorressem a ‘proibição de um Município firmar determinados contratos com o Estado-membro, a União e demais pessoas jurídicas de direito público destes’, e ‘a proibição de uma autarquia federal – uma Universidade que tenha violado a legislação sobre engenharia genética – receber incentivos estaduais ou municipais.”

Ocorre que condicionar a concessão da suspensão condicional do processo à proibição de o ente público contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, é providência de temerária aplicação prática, não apenas especificamente em relação ao recebimento dos repasses financeiros expressamente previstos na Constituição Federal, face ao caráter de irrenunciabilidade, mas ainda relativamente aos repasses oriundos de negócios jurídicos (v.g., convênios), pois implicaria em dano ainda maior à coletividade já lesada em seu direito ao meio ambiente sadio.

Particularmente no tocante à inconveniência da aplicação de tal condição estamos, pois, com WERNER[47]:

“Aqui, estamos diante de uma das críticas mais coerentes contra a aplicação da pena para as pessoas jurídicas de direito público, pois, em regra, quem acaba sofrendo e o cidadão, o contribuinte. O exemplo mais claro é o pagamento da multa, que terá seu valor retirado do erário. Não podemos aventar a hipótese de aplicação de penas restritivas de direito, com a suspensão de atividades, interdição temporária de estabelecimento, sancionando mais uma vez a população. O mesmo raciocínio deve ser usado para a hipótese de proibição de contratar com o Poder Público.

A finalidade da pena é retributiva e preventiva. Retributiva ao impor uma mal a quem viola a norma e preventiva por evitar que outras pessoas cometam o crime, servindo como exemplo aos demais cidadãos. Aplicar a pena contra o ente público não alcança nenhuma das finalidades, pelo contrário, a privação do bem jurídico atinge a

coletividade, que já fora uma vez prejudicada pela lesão ao meio ambiente e, depois, pela aplicação da pena contra a pessoa moral.”

Assim, a prestação de serviços à comunidade é, a nosso ver, a condição mais apropriada a ser ofertada para a concessão da suspensão condicional do processo, pois consiste em custear programas de projetos ambientais, executar obras de recuperação de áreas degradadas, manter espaços públicos e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas, donde se coadunar perfeitamente com os objetivos perseguidos pelo legislador ambiental por não possuir caráter eminentemente punitivo, pois se reveste em benefício concreto para a coletividade violada em seu direito.

Um argumento que se coloca contrariamente à possibilidade de aplicação da condição de prestação de serviços públicos à comunidade por parte da pessoa jurídica de direito público é o fato de que a razão de ser do ente público é exatamente atender ao interesse público mediante prestação de serviços de interesse geral[48].

O argumento é bom, mas ainda assim é possível sustentar-se a aplicação da condição em comento quando da suspensão do processo, pois implica em concretizar por intermédio de atos concretos o interesse público genérico, de maneira a direcionar a realização da política pública de valorização do meio ambiente violado pela conduta indevida do ente público.

Ora, é claro que o interesse público sempre deve ser perseguido pela pessoa jurídica de direito público, pois é essa a razão de sua existência.

Ocorre que isso nem sempre se verifica, pois se vier a praticar crime ambiental, é patente que a pessoa jurídica de direito público desviou-se da tarefa de concretizar o interesse público, razão pela qual se justifica plenamente a atividade jurisdicional no sentido de corrigir o desvio de conduta, condicionando o recebimento do *sursis* à efetiva consecução do interesse público mediante prestação de serviços públicos específicos à coletividade.

Poder-se-ia alegar, ainda, que o Estado não pode impor condições a si mesmo[49]. A objeção, todavia, é falaciosa, pois a idéia de o Estado-Juiz aplicar penalidade ao Estado-Administração é perfeitamente aceita pela Ciência do Direito, sendo esta possibilidade um dos fundamentos da tripartição fictícia dos poderes estatais. Refutando o argumento, vejamos SILVA[50]:

“Muito se assemelha o fundamento esboçado por Shecaira, àquele expendido pelos autores Guilherme Purvin e Solange Teles, quando se referiam à irresponsabilidade do Estado em virtude do caráter estigmatizante da sanção penal, sendo certo que o argumento de que o Estado não se pode auto sancionar será rebatido pela demonstração das formas de sanção existentes em outros ramos do direito, como o direito civil e o direito administrativo, passíveis de serem aplicadas ao Estado, pelo próprio Estado. Ademais, não configura nada de extraordinário no cotidiano do direito a sua criação pelo Estado-legislador, que também define as sanções inerentes à sua violação, as quais podem ser aplicadas pelo Estado-juiz, em face do Estado-administrador, quando este cometer alguma infração”

Em matéria ambiental não é diferente, pois ao Judiciário é lícito aplicar sanção ao Executivo, inclusive de natureza criminal, quando o ilícito é proveniente de ato do próprio ente público.

Doutra banda, não se objete que o direcionamento da política pública de meio ambiente mediante condições estabelecidas judicialmente implicariam em cerceamento à discricionariedade do administrador, já que a jurisprudência vem reconhecendo que o Judiciário pode – e deve – fazer concretizar a vontade do Constituinte mediante imposição de posturas ativas ao Estado[51].

Finalmente, salutar mencionar que a lei é clara ao estabelecer que o descumprimento das condições da suspensão condicional do processo poderá gerar a revogação obrigatória ou facultativa do benefício (art. 89, §§ 2º e 3º, Lei n. 9.099/95).

Ocorre que, como vimos, as condições aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público somente podem ser aquelas especificadas com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, de maneira que o eventual descumprimento autoriza tão-somente a revogação facultativa do benefício como prevê o § 4º da Lei.

Ao contrário do que possa parecer inicialmente, é extremamente vantajoso que a revogação do benefício concedido à pessoa jurídica de direito público seja facultativa, pois permite ao juiz considerar os motivos que ensejaram o descumprimento, sem ficar adstrito à revogação obrigatória prevista no § 3º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, valorando acerca da conveniência social da manutenção do benefício, ou, por outro lado, de sua revogação.

O que se pretende deixar assentado é que a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público pressupõe que o magistrado lance mão da possibilidade prevista no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Assim, no tocante à criminalidade ambiental dos entes públicos, a especificação de outras condições que não as previstas expressamente na lei é imposição lógica decorrente da obrigação constitucional de propiciar garantia efetiva ao bem jurídico-ambiental, de modo que o não-estabelecimento de condições especiais implica frustração da vontade constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, pudemos constatar ser possível a concessão do benefício da suspensão condicional do processo à pessoa jurídica de direito público responsável pela prática de delito ambiental considerado por lei como de menor potencial ofensivo. Embora existam controvérsias, a tendência das modernas legislações é reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica figurar no pólo passivo de demanda criminal ambiental, inclusive a pessoa jurídica de direito público, como já reconhecido na Carta de São Paulo, comemorativa dos dez anos da ECO92.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica é uma realidade à luz do § 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, cabendo ao operador do direito proceder ao esforço

interpretativo necessário à compatibilização da legislação ordinária com a vontade do Constituinte.

A Lei de Crimes Ambientais não especificou novas condições para a concessão da suspensão do processo; apenas impôs a tomada de providências no intuito de buscar a efetiva reparação do dano ambiental causado, com influência na declaração de extinção da punibilidade do agente degradador. Das condições gerais previstas na Lei n. 9.099/95 para a concessão do *sursis* processual, a única aplicável às pessoas jurídicas de direito público é aquela consistente na reparação do dano, com a observação de que somente em casos excepcionais deve ser extinta a sua punibilidade sob o pálio da impossibilidade da reparação do dano, eis que sempre presente a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos. Em razão dessa insuficiência, as condições específicas autorizadas pelo § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 assumem importância preponderante na responsabilização da pessoa jurídica de direito público.

As condições específicas a serem propostas à pessoa jurídica de direito público não devem se revestir de caráter eminentemente punitivo, pois o objetivo do *sursis* é a valorização do meio ambiente por intermédio de medidas que efetivem a proteção ambiental perseguida pelo legislador, inclusive mediante reparação do dano causado.

É possível a fixação de pena como condição do *sursis* processual, com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Entre as condições que o magistrado pode especificar com fundamento no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 está a prestação de serviços à comunidade, restrição de direitos e determinação de realização de políticas públicas ativas em defesa do meio ambiente, sem que tal implique em ofensa ao princípio da harmonia e separação entre os poderes.

O condicionamento da concessão do *sursis* processual ao pagamento de multa não atende aos objetivos perseguidos pelo legislador, face ao caráter eminentemente punitivo, onerando ainda mais a coletividade já lesada pelo dano ambiental.

A prestação de serviços à comunidade é a condição mais apropriada a ser ofertada para a concessão da suspensão condicional do processo, pois consiste em custear programas de projetos ambientais, executar obras de recuperação de áreas degradadas, manter espaços públicos e contribuir a entidades ambientais ou culturais públicas, donde se coadunar perfeitamente com os objetivos perseguidos pelo legislador ambiental por não possuir caráter eminentemente punitivo, pois se reveste em benefício concreto para a coletividade violada em seu direito.

Para a responsabilização criminal das pessoas jurídicas de direito público, a fixação de condições especiais com base no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 é uma imposição lógica decorrente de uma interpretação que busque atribuir a máxima eficácia ao mandamento previsto no art. 225, § 3º da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DOTTI, René Ariel. “A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)”. In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução – n. 2*, Curitiba, Juruá, 2000.

_____, e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LECEY, Eladio. “Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999.

_____. “O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Estudos de direito ambiental*, São Paulo, Malheiros, 1994.

MILLARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “A nova tutela penal do ambiente”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999.

MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres e ZAGO, Andrea Steuer. “Crimes ambientais – a nova responsabilidade da empresa”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998.

PASTORE, Ana Cláudia Ferreira. “A teoria da imputação objetiva e a responsabilidade por crimes ambientais”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, jan./mar., 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “O impacto da Lei n. 9.605/98. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento de sua eficácia na área penal”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999.

_____. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.

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

[1] O Superior Tribunal de Justiça aceita a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito privado, segundo a teoria da dupla imputação. Ver nota 20.

[2] Para uma análise dos argumentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 164-167.

[3] ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.409-411.

[4] REALE JUNIOR, Miguel. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.138.

[5] DOTTI, René Ariel. “A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)”. In PRADO, Luiz Regis (coordenador). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.150.

[6] CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 144.

- [7] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.
- [8] FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.
- [9] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 644-645.
- [10] MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 95.
- [11] FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65-66.
- [12] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 142-44.
- [13] *Apud* SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2434: “A Administração Pública direta como a Administração indireta podem ser responsabilizadas penalmente. A lei brasileira não colocou nenhuma exceção. Assim, a União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e fundações de Direito Público, poderão ser incriminadas penalmente.”
- [14] ROTHENBURG, Walter Claudius. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, jan./mar., 1998, p. 59-66.
- [15] Quando nos referimos a pessoa jurídica de direito público, entenda-se pessoa jurídica de direito público interno. A aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público externo encontra menos resistência por parte da doutrina, desde que se reconheça a existência de uma jurisdição transnacional. Sobre o assunto, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.
- [16] *Apud* WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2421.
- [17] *Apud* SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003.
- [18] Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação estrangeira, cf. RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. “Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nova Lei dos Crimes Ambientais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Trimestral, ano 3, out./dez., 1999, p. 84-93.
- [19] Sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a ser responsabilizada por delito ambiental, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.
- [20] Sobre o assunto, cf. PASTORE, Ana Cláudia Ferreira. “A teoria da imputação objetiva e a responsabilidade por crimes ambientais”. *Revista de Direitos Difusos*. São

Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2459-2466. A teoria da dupla imputação é esposada pelo Superior Tribunal de Justiça: HC 93867/GO, REsp 889528/SC, RMS 20601/SP, entre outros.

[21] Sobre esta última, especificamente, cf. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2252-2449.

[22] O entendimento não é unânime. Enquanto uns entendem que a suspensão condicional do processo pode ser revogada enquanto não for extinta a punibilidade, outros entendem que com o decurso do período de prova deve ser extinta a punibilidade, independentemente do cumprimento das condições. Pessoalmente adotamos o segundo entendimento, pois obriga o Estado a efetivar a fiscalização do cumprimento das condições do *sursis*, o que atualmente não é feito a contento. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de ser possível a revogação após o decurso do prazo, desde que por fato praticado durante o período de prova: HC 90.833/RJ, entre outros.

[23] Sobre o conceito de delito de menor potencial ofensivo na Lei de Crimes Ambientais, estamos com Ada Grinover, *apud* AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 113, para quem “a dicção legislativa, no caso examinado, permite considerar que os crimes ambientais cuja pena mínima não exceda de um ano, são considerados de menor potencial ofensivo”. No mesmo sentido, cf. MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. In *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 128-129.

[24] LECEY, Eladio. “Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999, p. 14.

[25] MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres e ZAGO, Andrea Steuer. “Crimes ambientais – a nova responsabilidade da empresa”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 105.

[26] WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “O impacto da Lei n. 9.605/98. Uma breve reflexão de seu primeiro ano de vigência e propostas para aperfeiçoamento de sua eficácia na área penal”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 85.

[27] Art. 8º: “Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.”

[28] Os juizados especiais criminais no âmbito federal foram instituídos pela Lei n. 10.259/01, que adotou em linhas gerais a disciplina contida na Lei n. 9.099/95.

[29] O termo Justiça Consensual é utilizado para designar o microsistema jurídico criado pela Lei n. 9.099/95, com a previsão de diversos institutos despenalizadores (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, representação) com o intuito de possibilitar a reparação do dano no próprio juízo criminal e evitar a aplicação privativa de pena de liberdade.

[30] Não desconhecemos a controvérsia quanto à natureza jurídica da pessoa jurídica (teoria da ficção, teoria da realidade etc.), mas o propósito desse estudo não comporta aprofundamento da discussão. Optamos por utilizar a teoria da realidade por ser satisfatoriamente difundida e atender a contento aos objetivos didáticos ora perseguidos.

[31] WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. In *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2414.

[32] É o que está expresso no Enunciado 37 da Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente: “A Constituição Federal acolheu opção política no sentido de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica e, portanto, cabe aos operadores do direito construir caminho dogmático capaz de materializar, com segurança, a vontade política.” In <http://www.mp.pr.gov.br/institucional/araxa.html>, acesso em 23.06.2008.

[33] MILARÉ, Edis. “A nova tutela penal do ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 16, out./dez., 1999, p. 100.

[34] Sobre o conceito de delito de menor potencial ofensivo em direito ambiental, v. nota 23.

[35] LECEY, Eladio. “Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os juizados especiais criminais”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 4, v. 15, jul./set., 1999, p. 17.

[36] Art. 27: Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

[37] AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. “Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Trimestral, ano 3, v. 12, out./dez., 1998, p. 112-113.

[38] Art. 14, § 1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.”

[39] LECEY, Eladio. “O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2408-2409.

[40] LECEY, Eladio. “O direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2410.

[41] As aspas se justificam na medida em que a colocação, v.g, de prestação de serviços gratuitos à comunidade como condição para a concessão do *sursis* processual desnatura o seu caráter de pena, já que o descumprimento não gera consequência alguma de ordem material, mas tão somente de natureza processual, com a continuação do feito conforme previsão do § 4º c/c do § 7º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

[42] STJ – HC 14380 – GO – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 12.03.2001 – p. 00159, in

<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000975974&data=12/03/2001>, acesso em 09.09.2008.

- [43] TJPE – ACr 83925-8 – Rel. Des. Og Fernandes – DJPE 30.10.2002, *in Juris Síntese Millennium – Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual*, Set./Out./2003. CD ROM.
- [44] Art. 19, caput: “A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.”
- [45] Art. 73: “Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 08 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.”
- [46] SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2432-2433.
- [47] WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2420.
- [48] Sobre o argumento, *cf.* WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. “Aspectos penais da responsabilidade ambiental do estado”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2420.
- [49] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.
- [50] SILVA, Ivan Firmino Santiago da. “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise dos critérios de imputação”. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: Adcoas/IBAP. Bimestral, ano IV, v. 18 – Direito Penal Ambiental, mar./abr., 2003, p. 2434.
- [51] Com mais razão ainda em sede consensual, em que a condição é espontaneamente aceita pela pessoa jurídica de direito público.

O IMPACTO URBANO-AMBIENTAL DO BIODIESEL NAS CIDADES DE PEQUENAS DIMENSÕES*

**Edson Ricardo Saleme
Mardônio da Silva Girão**

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de buscar soluções com relação ao planejamento urbano e o desenvolvimento do biodiesel e o impacto causado no território em que tal atividade é realizada. Há um problema real nas cidades brasileiras, de acordo com os ambientalistas, quando opinam acerca da regulamentação e legalização das situações em que o agronegócio se desenvolve e os negócios privados a ele relacionados. Referidos empresários devem submeter suas solicitações para criar uma empresa ou outros planos de maneira a ajustá-los com a lei que determina qual atividade pode ser permitida in determinadas partes da cidade. A Lei mais importante relacionada e que deve ser considerada é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10257/2001). Há uma recomendação para as cidades com população com média de vinte mil habitantes e atividades importantes que possam causar degradação ambiental. Elas devem possuir o respectivo plano diretor. Estes detalhes serão pesquisados neste artigo. A meta deste texto é verificar as condições que devem ser consideradas antes da instalação de um negócio envolvendo biodiesel e seu impacto na cidade em que se situa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE PROPRIEDADE, LICENÇA URBANA AMBIENTAL, IMPACTO DO BIODIESEL NOS MUNICÍPIOS, PLANO DIRETOR.

ABSTRACT

Paper's research with the scope of looking into the solution and the legal aspects of urban planning and the biodiesel development impact on the respective territory. We have a real problem in brazilian cities considering the position of environmentalists when they give their opinion about regulating and legalizing situations of settlements of agribusiness enterprises concerning private projects. These entrepreneurs must submit their request of settling a new enterprise or other plans in order to be in accordance with the law that determines which activity is permitted in certain part of the land. The most important law of urban regulation and shall be considered is the Estatuto da Cidade (Law n. 10257/2001). There is a recommendation for those towns with population average of 20.000 and relevant business and activities that could cause enviromentl

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

degradation; they should have their respective Urban Plan. These details and legal norms are hereby also researched.. The goal of this study is to verifying the conditions that should be regarding before a biodiesel enterprise shall take place in certain towns.

KEYWORDS: PROPERTY RIGHT, URBAN ENVIRONMENTAL PERMISSION, BIODIESEL IMPACT ON THE URBAN AREAS, TOWN PLAN.

Introdução.

Na busca de novas soluções, a idéia de energias renováveis, como os biocombustíveis, é uns dos caminhos que podem levar a alternativas sustentáveis. Contudo, há repercussões na sua produção geradoras de impacto urbanístico e ambiental que merecem ser refletidas a fim de viabilizar uma inserção da produção com cautela ambiental e respeito aos agentes e elementos envolvidos.

Por constituir-se em um fato relativamente novo no cenário mundial e de interesses governamentais das mais diversas espécies, os biocombustíveis tornaram-se populares nas discussões acadêmicas e empresariais. No Brasil, o incentivo para a utilização de biocombustíveis, com exceção do etanol (Proálcool), ainda é recente e paulatinamente são desenvolvidas e descobertas novas formas de produção de energia renovável. Apesar de se considerar meios de diversas naturezas para a substituição eventual do petróleo, o tema mais focado é o biodiesel, extraído de óleos vegetais, como o dendê, mamona, entre outros, resultando em um combustível renovável, cujos fatores de poluição são relativamente baixos, se comparados ao diesel de origem mineral.

A expansão da demanda por combustíveis vegetais, principalmente o álcool, produzido a partir da cana-de-açúcar, trouxe a tona uma infinidade de argumentos polêmicos quanto ao desenvolvimento de sua produção. Independentemente de estudos científicos ou acadêmicos, as áreas reservadas à produção do biodiesel crescem e a área plantada vem aumentando nas áreas rurais dos diversos municípios brasileiros.

A expansão do agronegócio sucro-alcooleiro se consolida nas regiões sudeste e centro-oeste do país; graças à combinação de recursos naturais e tecnológicos empregados na produção industrial, em escalas diferentes, porém com retornos satisfatórios e atraentes para novos investidores promoverem a expansão das áreas plantadas. É uma forma diferenciada de desenvolvimento econômico gerando lucratividade atraente, motivo de preocupação de muitos estudiosos que imaginam a preferência de investimento neste setor àquele dirigido ao setor alimentício.

Neste diapasão, municípios localizados nas zonas produtoras, cujas terras se mostram interessantes aos negócios diretos e indiretos das atividades correlatas à cultura de vegetais componentes do biodiesel sofrem impactos das mais diversas naturezas. Isso sem contar com repercussões geradas a partir de seu processamento e transporte nas áreas envolvidas. Apesar de se mostrar, em um primeiro momento, benéficas às cidades em que se situam, há, por outro lado, externalidades negativas do processo, principalmente as relacionadas às questões ambientais e sociais.

As cidades pequenas, diferentemente das maiores, adequadas à presença de indústrias e atividades degradantes ao meio ambiente e à sociedade, ainda tornam-se reféns de poucas indústrias e detém um padrão de desenvolvimento insustentável comprometendo

a qualidade de vida e a sustentabilidade urbana. Deixa para a população um legado de falta de perspectivas comprometendo a qualidade de vida, o que poderia ser o diferencial de tais cidades.

Este artigo pretende abordar algumas das principais conseqüências do *agrobusiness* geradoras de impacto nos municípios. A questão dos ganhos e perdas nesse negócio devem ser analisadas sob o aspecto humano e ambiental (sustentabilidade urbano-ambiental). O estudo se centrará não somente na produção e impacto local como também nas atividades acessórias de transformação, processamento e transporte, inclusive a questão das políticas públicas de incentivo e desenvolvimento dos biocombustíveis.

A abordagem aqui efetivada busca uma reflexão acerca de eventuais soluções ou atitudes a serem tomadas por autoridades públicas em geral, bem como pela própria sociedade civil organizada, a fim de promoverem um desenvolvimento adequado para suas respectivas cidades.

2. A Contextualização.

O Brasil tem contribuído no contexto internacional como colaborador no sentido de pesquisar saídas alternativas possíveis para a substituição de elementos poluentes, exatamente no momento em que a preocupação global volta-se na busca de soluções para o aquecimento global e substituição de combustíveis fósseis. Isso sem contar que possui tecnologias avançadas de produção que, apesar de envolver uma grande área agricultável, conta com baixo custo de produção e da propriedade (quando comparadas com as dos demais países), isso sem contar com o potencial energético aqui disponível.³

O aumento de área plantada nas principais regiões produtoras do país reflete a euforia com a expansão do interesse internacional pelos biocombustíveis e, sobretudo o etanol produzido da cana de açúcar no Brasil. E é por isso que o país apresenta-se ao mundo como o destino para estes novos investimentos, a cana-de-açúcar ou outras culturas (soja, mamona, girassol, dendê, etc.), todas de natureza agro-energéticas.⁴

Já as cidades onde se instalam as respectivas usinas e unidades de processamento não são beneficiadas no mesmo ritmo que a atividade econômica contabiliza seus ganhos e avanços, arcando (as cidades) com os elevados custos sociais, ambientais e econômicos das externalidades negativas decorrente deste processo.

3. Os Biocombustíveis, o Meio Ambiente e as Cidades.

O que são os biocombustíveis? São consideradas fontes de energias renováveis, derivadas de produtos agrícolas como, por exemplo, a cana-de-açúcar, as plantas oleaginosas, a biomassa florestal e outras fontes de matéria orgânica. Os biocombustíveis, em alguns casos, podem ser usados isoladamente ou adicionados aos combustíveis convencionais já existentes. Como exemplos: o biodiesel, o etanol, o metanol e o carvão vegetal.

O Biodiesel já ocupa lugar de destaca importância na agenda das políticas públicas nacionais, recebendo especial atenção.

Ainda que a primeira patente do biodiesel no mundo tenha sido registrada em 1980, por um professor da Universidade Federal do Ceará (UFC), somente em 2004 é que foi lançado oficialmente, pelo governo brasileiro, através do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB⁵.

Sua introdução na matriz energética brasileira se deu com a Lei nº. 11.097/2005, que determinava a adição voluntária de 2% de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final até 2007. Já a partir deste ano (2008), essa adição de 2% passou a ser obrigatória. A mistura de 5% de biodiesel ao óleo diesel será voluntária no período de 2009 até 2012, passando a ser compulsória a partir de 2013.

Com todas as usinas em funcionamento o País deve cumprir as metas estabelecidas, segundo projeções oficiais, adicionando o biodiesel ao diesel comum.

O uso de biodiesel em maior escala pode ser encontrado na Comunidade Européia. Desde a década de 70, seus Estados componentes estudam alternativas sustentáveis em máquinas agrícolas e no transporte rodoviário público e de cargas. A produção é oriunda de plantações específicas para fins energéticos. A Alemanha é a maior consumidora dessa forma alternativa de combustível; possui frota significativa de veículos leves, coletivos e de cargas e atualmente a oferta de biodiesel ultrapassa a marca de 1000 postos de abastecimento.

As vantagens do uso deste biocombustível são incontáveis, desde a redução dos gases de efeito estufa, e de outros poluentes atmosféricos, tais como o enxofre, além da redução do consumo de combustíveis fósseis.

O Biodiesel é biodegradável e atualmente tem sido alternativo ao diesel, criado a partir de fontes renováveis de energia, livre de enxofre em sua composição. Pode ser utilizado em motores diesel sem a necessidade de qualquer tipo de adaptação (caso o biodiesel esteja de acordo com normas de técnicas de qualidade)⁶, sem perda de desempenho e contribui para o aumento da vida útil do motor (pelo fato de ser um lubrificante melhor que o diesel de petróleo). É bem menos poluente que o diesel tradicional. Numa comparação, apesar de também não deixar de emitir CO² (e somente esse resíduo nocivo ao meio-ambiente), estudos apontam índices de emissão de CO² menores em até 80% em relação ao diesel tradicional. Essa talvez seja a maior vantagem apresentada por essa alternativa de combustível.

Por ser proveniente de matérias-primas renováveis (basicamente álcool e óleo vegetal ou gordura animal) e possuir queima limpa, a combustão do biodiesel gera menos poluentes que a combustão do diesel petrolífero.

O processo mais comum da produção de biodiesel faz-se por meio da reação de óleo vegetal ou gordura animal com um álcool. No Brasil, prefere-se o etanol; na Europa, a preferência recai sobre o metanol. Esse processo é conhecido na indústria por transesterificação. Ele pode ser feito com o óleo de diversas oleaginosas, como por exemplo, a soja, o pinhão-mansão, o amendoim, o nabo forrageiro, o milho, o girassol e a canola.

Comprovou-se que a utilização de combustíveis fósseis influencia negativamente a qualidade e o equilíbrio do meio-ambiente. Duas situações ilustram esse problema: os

altíssimos índices de poluição nas cidades, principalmente nos grandes centros urbanos, e o derramamento de petróleo nos oceanos. Ambos causam impacto significativo nos ecossistemas local e regional.

As altas emissões de monóxido de carbono (CO), óxidos de nitrogênio (NOX) e dióxido de enxofre (SO²), são apontadas como as principais causadoras das chuvas ácidas, comprovadamente prejudiciais às florestas, animais e lavouras. Além disso, tais combustíveis fósseis têm uma taxa extremamente alta de emissão de CO², cujo fator está diretamente relacionado com o problema do efeito estufa e suas conseqüências, tais como, o aumento da temperatura global, o já falado derretimento das calotas polares, causando, também, o desequilíbrio ecológico, entre outros.

O que torna o biodiesel um combustível renovável é o fato de que todo o CO² emitido na queima no motor é capturado pelas próprias plantas e passa a ser utilizado por elas (as plantas) durante o seu crescimento e existência. Tais plantas podem ser utilizadas mais tarde como fonte para a produção de novos biocombustíveis. Por esse motivo, são chamados de energias renováveis.

O Brasil é reconhecido mundialmente pelo pioneirismo na introdução do etanol em sua matriz energética. Em 2003, os veículos bicombustíveis (Flex Fuel) foram lançados no mercado brasileiro e depois de cinco anos de existência, chegam atualmente a representar mais da metade das vendas de veículos novos.⁷ Desde então, nota-se um aumento na demanda por etanol no mercado interno, o qual responde por quase a totalidade do consumo do produto fabricado no país. Tal aumento decorre principalmente do menor custo do álcool ao consumidor, quando comparado à gasolina, cujo preço está sujeito à instabilidade da oferta de petróleo no mercado internacional.

O Brasil, além de maior produtor e consumidor de etanol, é também o maior exportador no cenário global. Aliado ao crescimento das exportações brasileiras de açúcar, o cenário atual demonstra significativa expansão do setor sucroalcooleiro nacional nos últimos anos e as perspectivas promissoras do mercado interno e externo para esse biocombustível num futuro bastante próximo.

Sem dúvida, a necessidade de fornecer etanol para o mercado interno em expansão e para o mercado internacional, que anseia por fontes renováveis de energia, traz excelentes oportunidades para incrementos ainda maiores no crescimento do setor. Nos anos recentes, nota-se o aumento da produção de cana-de-açúcar e de seus produtos derivados, açúcar e etanol, tanto nas tradicionais regiões produtoras como em estados que representam novas fronteiras agrícolas para a cultura canavieira no Brasil.

Ambientalistas e organizações sociais alertam para o fato de que o biocombustível produzido em larga escala incentiva a monocultura, principalmente de soja e cana-de-açúcar; isso aumentar a dependência de agricultores a multinacionais do setor. Esse seja talvez o elemento introdutor de impacto ambiental, sobretudo nos municípios de pequenas dimensões empregados para a produção de biodiesel.

Para as cidades em crescimento o biocombustível apresenta-se não como uma ameaça, mas como um meio de alavancar sua economia e produção, evitando a evasão de munícipes para centros urbanos maiores e propiciando o aumento de renda sonhado para transformarem-se em um local economicamente significativo.

Essa situação gera a necessidade de se instituir políticas públicas voltadas aos interesses sociais, econômicos e ambientais mais relevantes frente a esta nova oportunidade que pode, de outra forma, apresentar-se como negativa sob o ponto de vista urbanístico ambiental.

A institucionalização de políticas públicas no âmbito nacional deve partir da União, nos termos preconizados pelo inciso IX do artigo 21 da CF. Deve existir uma força tarefa ministerial envolvendo os Ministérios de Minas e Energia, das Cidades, da Agricultura entre outros. Isso de forma a garantir que o setor do biocombustível não se torne concentrado e destruidor, como outros cultivos agrícolas.

Partindo, em um segundo plano, para a iniciativa dos Estados, é certo a manifestação do órgão do SISNAMA capaz de opinar acerca da melhor situação das fazendas produtoras de vegetais a serem empregados para tal finalidade. Equipes técnicas devem ser destacadas com a finalidade de estudar os problemas da monocultura e do respectivo esgotamento do solo. Isso sem contar com problemas urbanos originários de uma eventual concentração de produtores. Será que essa situação já foi aventada pelas autoridades públicas?

4. Problemas provenientes da falta de planejamento

A falta de planejamento é a causa indubitável das invasões permanentes sofridas pelos principais centros urbanos e capitais neste País. A tardia promulgação do Estatuto da Cidade e criação de um Ministério, como o das Cidades, capaz de proporcionar suporte técnico adequado para cidades em crescimento, fez com que o Brasil apresentasse os problemas urbanos atuais e tenha que, em futuro breve, buscar novas formas de reurbanização.

Países com maior grau de maturidade social há muito se preocuparam com as permanentes agressões sofridas pelo meio ambiente decorrente do uso (queima) de combustíveis fósseis, cujo processo contribui significativamente para o aquecimento global e para a poluição nas cidades, principalmente nos grandes centros urbanos (capitais, com alto índice demográfico ou regiões metropolitanas). Isso não poderia passar incólume por nossas autoridades públicas. Certamente, o impacto dessas atividades deve marcar profundamente os municípios não equipados adequadamente para suportar o impacto das mesmas.

Devido a maioria das pessoas viver em cidades, é necessário o aperfeiçoamento das políticas públicas, com o uso de instrumentos legais a fim de se equiparem de um instrumental técnico e humana capaz de avaliarem a questão do impacto ambiental do desenvolvimento dessas monoculturas em seus territórios. Em um primeiro momento, certamente, os municípios se regozijarão por serem os escolhidos a ingressarem no grupo de componentes que abrigará os agricultores e industriais voltados à indústria do biodiesel. Porém, não imaginam, em contrapartida, no esgotamento do solo, no aumento populacional sem planejamento e outros problemas relacionados ao incremento da atividade.

5. Impacto da produção no ambiente citadino

A questão do planejamento tornou-se crucial para o pleno desenvolvimento da cidade e, sobretudo de seu desenvolvimento sustentável. Quanto a primeira vertente, ou seja, a de que o planejamento deveria ser a mola mestra para o desenvolvimento das cidades, não é novidade. Desde a década de 20, a experiência americana, firmada a partir dos anos 30, influenciou de veras nosso desenvolvimento urbano. O Plano Agache, no Rio de Janeiro e as idéias de Le Corbusier, a cidade passou a ser concebida entre algo que se situava entre a filosofia social e a racionalidade técnica. Portanto, formas arcaicas de ocupação do solo cederiam lugar às reais necessidades urbanas. Nesse compasso, também foi importante a figura de Lucio Costa, o qual propôs a modernização da cidade em face de suas necessidades e peculiaridades.⁸

O crescimento da atividade de cultivo de cana-de-açúcar aquece o debate sobre as ameaças ao meio ambiente. Diversos setores sociais (autoridades, ambientalistas, estudiosos, Ministério Público e sociedade organizada) declinam e pregam a necessidade de medidas mais concretas para assegurar a expansão do negócio sem prejudicar ainda mais os recursos naturais e os ecossistemas.

A expansão do agronegócio, mais precisamente a atividade canavieira, é política pública que atropela a existência do Cerrado⁹. Os governos estaduais em consonância com as diretrizes nacionais favorecem o crescimento das atividades agrícolas orientadas para o mercado externo, argumentando emprego e renda em detrimento da sustentabilidade ambiental.

Com a interiorização das agroindústrias, a cidade sofre por ser suporte da atividade, e com isso, incha com o aumento populacional e fragiliza sua rede de micro-empresas que não tem poder de negociação com a potência econômica que se instala. Nesse sentido, o benefício pode estar perdendo (sendo menor) para o custo.

Como ficam as implicações desta expansão sobre as cidades, as quais, se reconfiguram como cidades de fronteiras que “nascem velhas”, reproduzindo modelos urbanos já conhecidos, revelando desde já os problemas da sociedade capitalista globalizada, presentes em regiões em que o direito à vida e à propriedade tem poucas garantias?

Nestas cidades, a existência da agroindústria é tida pela população como o motor econômico e dinamizador local. Não raro, as suas externalidades negativas são menosprezadas em detrimento do potencial benefício que sua presença garante.

Parece que o assunto, ainda, sem conclusões e pouco consensual no tocante aos benefícios e externalidades produzidas pelas monoculturas bioenergéticas, ainda deve incorporar mais uma variável, talvez mais importante que todas as outras, pois resulta destas. A questão da sóciobiodiversidade, extremamente complexa, cuja dimensão é a inter-relação de questões ambientais, econômicas, sociais, biológicas, culturais, religiosas entre tantas outras.

A expansão da monocultura aumenta a demanda por energia, água e terra, por conseguinte, diminui espaços já conquistados pela agricultura familiar; isso redundará na diminuição dos serviços relacionados ao agronegócio, tais como, a topografia, os projetos, os veterinários etc., bem como, reduz o comércio local de verduras, de produtos da agropecuária etc.

A cidade, por sua vez, não tem como deixar de impactar-se negativamente em termos sociais e ambientais; isso pode ir desde a diminuição da arrecadação de impostos, perda da capacidade de investimento, aumento da violência entre outros relacionados à própria perda da identidade cultural.

Nessa dinâmica, as posturas tomadas pelos países europeus devem servir de modelo no que tange à questão sócio-ambiental, sobretudo no que se refere ao aumento das indústrias no meio ambiente urbano e rural e do impacto sofridos pelas comunidades (sociedade) que convivem com esta atividade.

Se por um lado, a presença das agroindústrias pode ser considerada benéfica, devido ao crescimento econômico, por outro, as cidades podem perceber tardiamente que não houve planejamento adequado capaz de salvaguardar os interesses mais básicos da população residente. Nesse sentido, há trabalhos e pesquisas demonstrando que a modernização da agricultura teve efeito negativo sobre a oferta de trabalho, as cidades e, também, sobre o meio ambiente.

Percebe-se exatamente em pequenas cidades uma ambição desmesurada por parte de seus dirigentes, incapazes sequer de buscar uma opinião técnica capaz de descortinar as conseqüências daquela atividade em futuro próximo. Isso sem contar com a conseqüente submissão dos dirigentes e comunidade local à potencia econômica que ali se instala.

O Município tem a responsabilidade de produzir um zoneamento ambiental de maneira metodológica e integra de forma a resultar na confecção de uma lei de ocupação do solo que venha a prever os possíveis empreendimentos a serem instalados sob seu território. As características ambientais do município devem ser discriminadas em relatório preliminar de forma a discriminar áreas próprias aos diversos usos que se quer efetivar. Áreas destinadas aos grandes empreendimentos agrícolas ou mesmo mantidos como preservação permanente, aos loteamentos residenciais são alguns que devem estar plenamente identificados por meio do zoneamento municipal.

O planejamento tornou-se instrumento de vital importância para a ação planejada de autoridades públicas, sobretudo as municipais. O prefeito deve possuir um plano de ação que se coadune com o planejamento local (plano diretor), a leis orçamentárias e o plano plurianual. Deve igualmente considerar a lei orgânica local. E, como bem afirmou José Afonso da Silva, “esses instrumentos, coordenados com o plano diretor, na verdade, funcionam também como instrumentos de execução deste.”¹⁰

A destinação em determinada região municipal como área reservada à instalação de empreendimentos agropecuários ou mesmo indústrias deve levar em conta o maior ou menos grau de impacto ambiental que aquela atividade pode produzir na região demarcada.

As zonas podem ser diferenciadas de acordo com os potenciais de adensamento e levando em consideração a preocupação com preservação e proteção ambiental, histórica, paisagística ou mesmo arquitetônica. Assim, deve-se demarcar áreas de:

Preservação Ambiental – sempre com vistas à preservação e recuperação de ecossistemas afetados, com o objetivo de mantê-los como espaços necessário ao refúgio da fauna e flora, isso sem contar com a proteção aos mananciais e nascentes.

Adensamento restrito – área reservada pelo município devido à falta de equipamentos urbanos capazes de suportar um adensamento populacional. Portanto, desestimula-se a ampliação de espaços urbanos nesses locais

Proteção - ocupação restrita a fim de manter a proteção a algum aspecto ambiental, paisagístico, arqueológico.

Não há dúvidas de que a lei de zoneamento ambiental deve ser lavrada com base no plano diretor, cuja existência seria indispensável para os municípios que desejam abrigar empreendimentos vultuosos em seu território.

Aqui surge uma questão: até que ponto, então, o desenvolvimento da industrialização agropecuária enquanto movimento de interiorização da riqueza, está contribuindo positivamente para o crescimento dessas regiões? Crescimento no que concerne ao acesso à educação, cultura ou como manifestação da cidadania?

O município que abriga empreendimentos de porte considerável deve estar apoiado em planejamento capaz de prever o impacto dos mesmos ao longo dos anos. Não deve ser algo imediatista, de forma a opinar à curto prazo acerca dos resultados operacionais em termos de crescimento sustentável. As autoridades públicas não podem se afastar do bom senso e do critério do bom administrador, sobretudo obedecendo aos preceitos do Estatuto da Cidade, cuja inobservância pode lhes acarretar uma responsabilização por improbidade.

5. A Sustentabilidade Municipal

A sustentabilidade municipal é alcançada na medida que o município é capaz de gerar uma sustentabilidade adequada em seu território, minorar a degradação e o impacto antrópico, reduzir a desigualdade social e prover os habitantes de condições básicas de vida, bem como de um ambiente construído saudável e seguro, e ainda de construir pactos políticos que permitam enfrentar desafios presentes e futuros.

Sobre essa questão, destaca-se que, para ser considerada sustentável, não é suficiente que confira a seus habitantes condições ambientais equilibradas, mas que o faça mantendo baixos níveis de externalidades negativas sobre outras regiões e sobre o futuro. Isso implica atentar não apenas para a escala local da sustentabilidade, mas também para a escala regional, constituída pelas relações com o entorno, e a escala global, constituída pelos impactos sobre questões globais como efeito estufa e por questões relativas aos impactos agregados sobre o planeta.

Os municípios que têm recebido e que irão receber usinas são pequenos, e possuem nas atividades industriais e na prestação de serviços suas maiores fontes de emprego e parcela considerável de suas economias oriundas do setor de serviços.

Importante sublinhar que o índice de pressão antrópica é uma combinação de dois fatores que se associam para promover a degradação ambiental: pessoas e atividades agropecuárias. Dessas duas, a que mais concorre para a elevação do índice é a variável agropecuária que vem aumentando significativamente nos últimos anos.

Não se pode afirmar que apenas a presença do agronegócio sucro-alcooleiro ou da pecuária nas cidades sejam as variáveis que contribuem decisivamente para que estas sejam (in) sustentáveis ou caminhem para tal situação. Porém, tanto no tocante a atender os direitos (ambientais e humanos) básicos da população, quanto na questão social é importante que haja um esforço dos governantes no sentido de promover condições de minimizar os impactos das constatações do estudo.

Correto está Bernardes ao expor que o detalhamento dos planos é importante para os que devam implementar as políticas de desenvolvimento urbano nas cidades, “pois devem entender de maneira correta os dispositivos e objetivos inseridos na lei e formatar adequadamente os instrumentos passíveis de implantação em seus municípios.”¹¹

6. Conclusões

Para uma boa governabilidade deve haver necessariamente o envolvimento da sociedade como um todo, isso sem contar com a civil organizada (governança¹² local e regional); esses são fatores indissociáveis na gestão ambiental municipal bem sucedida.

Algumas medidas que podem contribuir estão categorizadas em dois tópicos: de fácil implementação e de maior complexidade para implementação.

De um lado, há ações simples e possíveis de serem efetivadas pelos governantes e pela sociedade civil, que podem exigir das agroindústrias, como o respeito pela legislação ambiental, mormente ao respeito ao zoneamento ambiental do município que deve, de qualquer forma, ser implementado.

Isso ao lado de medidas relacionadas ao princípio da precaução no uso de defensivos e recursos hídricos, o monitoramento e comunicação de níveis de contaminação de córregos e rios, a limpeza urbana e a instalação de filtros anti-poluição em suas chaminés, bem como, o compromisso em reduzir as emissões de gases lançados na natureza, a eliminação da queima da cana, o compromisso em priorizar o comércio local, a população local e os serviços locais, ainda que, para isso, se tenha que fazer investimentos em capacitação e treinamento.

Por outro lado, como tema de maior complexidade, há ações de natureza corretivas, com o objetivo de recuperação de atividades degradadas que devem ser implementadas em parceria entre os governos e as empresas, bem como, a criação de unidades de conservação municipal, o tão importante reflorestamento e revitalização de nascentes e matas ciliares, com criação de brigadas florestais e centros de triagens e a instituição de um complexo sistema de monitoramento ambiental que permita mensurar os avanços e os fracassos.

Para se concretizar algumas das ações aqui apontadas necessário o esforço conjunto envolvendo Executivo e Legislativo, objetivando criar ou mesmo recriar, entre outras coisas, as leis de uso do solo nos municípios, a própria lei orgânica e o respectivo plano diretor, a criação de conselhos que tratem de meio ambiente, bem como, o aparelhamento da fiscalização e controle das atividades agropecuárias existentes.

No aspecto do controle administrativo, usinas e pecuaristas devem ser notificados pelo Ministério Público, conduzindo a formalização de acordos de conduta, visando não apenas a prevenção, mas a recuperação de áreas; em contrapartida, o município pode criar mecanismos de premiar estas iniciativas e ou deduzir (ou restituir) de multas e sanções, em âmbito legal.

Ainda, com relação às ações promovidas pelas usinas, estas, por sua vez precisam compreender a sustentabilidade como parte dos negócios, especialmente com as possibilidades de exportação do álcool e açúcar, que encontram barreiras de todas as naturezas no mercado internacional.

Na condição de processos de construção, é muito viável a criação de grupos de estudos e de pesquisas, bem como a instituição de organizações de desenvolvimento locais ou mesmo parcerias com unidades escolares e universidades locais com capacidade de identificar e construir juntos soluções para as demandas da população e para o mercado.

Como ferramenta essencial, é interessante a instalação de um fundo de projetos sociais e ambientais a serem geridos por instituições consideradas idôneas, para se obter pequenas soluções para grandes problemas.

As pequenas cidades não devem tornar-se celeiros das grandes negócios; deve proteger seu território de maneira a encontrar a solução que alcance de forma mais ajustada os referenciais de desenvolvimento sustentável. Esse referencial deve ser proposto por equipe técnica especializada, capaz de prever a longo prazo os efeitos da política sem precaução ou prevenção das atividades poluidoras ou potencialmente nefastas ao meio ambiente.

7. Referências Bibliográficas.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. www.anp.gov.br Acesso em: 02 junho 2008.

ALVES, E., et al. Transformações da agricultura brasileira e pesquisa agropecuária. Cadernos de Ciência & Tecnologia, v. 22, n.1.

BERNARDES, Cláudio. *Plano diretor estratégico, lei de zoneamento e atividade imobiliária em São Paulo*. São Paulo: O Nome da Rosa, 2005, p. 17.

BRAGA, T. M., et al. Índices de sustentabilidade municipal: o desafio de mensurar. Nova Economia, Belo Horizonte, v.14, 2004.

GAZZONI, Décio Luiz. As políticas públicas de biocombustíveis e o mercado de oleaginosas. Embrapa. www.embrapa.org.br Acesso em 03 junho de 2008.

LEITE, Rogério Cezar de Cerqueira; LEAL, Manoel Régis L. V. O biocombustível no Brasil. Novos estudos - CEBRAP N. 78, São Paulo, Julho de 2007.

MACHADO, P. A. L. Direito ambiental brasileiro. 16ª edição. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2008.

MDA/CONDRAF. Diretrizes para o desenvolvimento rural sustentável. www.mda.gov.br Brasília, 2006.

MELLO, E. B., et al. Visões Ambientais para o Financiamento de Biocombustíveis no Brasil. In: A Expansão da Agroenergia e seus Impactos sobre os Ecossistemas Naturais Brasileiros, 2007, Anais. Rio de Janeiro: BNDES, 26/05/2008.

QUEIROZ RIBEIRO, Luiz César de e CARDOSO, Adauto Lucio (organizadores e autores). *Plano diretor e gestão democrática da cidade*. In Reforma Urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: REVAN: FASE, 2003.

REIS, E. e SCHWARTZMAN, S. Pobreza e Exclusão Social: Aspectos Sociopolíticos. Versão Preliminar, World Bank, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Alternativas Energéticas. Ed. Relume Dumará. Rio de Janeiro. 2004.

Ferrel, John et ali. *Biodiesel: the Clean, Green Fuel for Diesel Engines*. Washington DC. US Department of Energy, 2002.

1 Doutor em Direito do Estado pela USP, Professor do Curso de Mestrado da UNISANTOS e da UEA.

2 Mestrando em Direito Ambiental pela UNISANTOS. Professor de Direito da METODISTA.

3 MELLO, E. B., et al. Visões Ambientais para o Financiamento de Biocombustíveis no Brasil. In: A Expansão da Agroenergia e seus Impactos sobre os Ecossistemas Naturais Brasileiros, 2007, Anais. Rio de Janeiro: BNDES, 26/05/2008.

4 ALVES, E., et al. Transformações da agricultura brasileira e pesquisa agropecuária. Cadernos de Ciência & Tecnologia, v. 22, n.1.

5 Programa lançado oficialmente no Brasil em 06 de dezembro de 2004, regulamentado pela Lei nº. 11.097/05, estabelecendo a obrigatoriedade do uso de biodiesel misturado ao diesel a partir de 2008.

6 No Brasil a Agência Nacional de Petróleo fixa as regras para o emprego e utilização do biodiesel.

7 Dados apresentados pela Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores (ANFAVEA).

8 QUEIROZ RIBEIRO, Luiz César de e CARDOSO, Adauto Lucio (organizadores e autores). *Plano diretor e gestão democrática da cidade*. In Reforma Urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: REVAN: FASE, 2003, p. 103-105.

9 O Cerrado é um dos biomas do Brasil, presente, predominantemente, nos estados de Minas Gerais, Goiás, Tocantins, São Paulo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Piauí, Bahia, Maranhão, dentre outros, com atividade de cultura intensiva de cana.

10 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148.

11 BERNARDES, Cláudio. *Plano diretor estratégico, lei de zoneamento e atividade imobiliária em São Paulo*. São Paulo: O Nome da Rosa, 2005, p. 17.

12 Governança constitui-se no processo em que as sociedades buscam solucionar seus problemas.

A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE* **

THE ENVIRONMENTAL ROLE OF PROPERTY

**Germana Parente Neiva Belchior
João Luis Nogueira Matias**

RESUMO

O presente artigo surgiu de debates realizados no grupo de estudo desenvolvido entre alunos e professores do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará sobre propriedade, meio ambiente e direitos fundamentais. O homem, durante sua evolução histórico-econômica, valorizou o antropocentrismo, dispondo dos bens naturais de forma ilimitada. A degradação ambiental está vinculada ao uso absoluto, desenfreado e abusivo do direito de propriedade, cuja máxima se deu no Estado liberal. É nesse cenário que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança patamar de direito fundamental, com a finalidade de manter o equilíbrio entre as necessidades humanas e a preservação dos recursos naturais, garantindo, dessa forma, a preservação da própria humanidade, por meio do desenvolvimento sustentável. A metodologia é bibliográfica, descritiva e exploratória. O objetivo deste trabalho é analisar o direito de propriedade, outrora ilimitado, que passa a ser constitucionalmente vinculado à sua função social e, mais recentemente, à sua função ambiental, marcando a ecologização do direito privado. A temática se demonstra relevante por tratar do novel paradigma do Estado de Direito Ambiental ao impor uma mudança na ordem jurídica brasileira para atender à nova demanda do Direito: a sustentabilidade ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL; PROPRIEDADE; FUNÇÃO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This paper is the result of the debates which took place at the Study Group on propriety, environment and fundamental rights, formed by professors and students of the Master Course in Law at Ceará State Federal University. Throughout history, members of humankind were mainly anthropocentric, using natural resources as if these were unlimited. Environmental degradation is linked to unrestricted, unlimited and abusive exercise of property rights, especially at liberal State. It is in such context that the right to an ecologically balanced environment starts to emerge as a fundamental right, aiming at keeping the balance between human needs and the preservation of natural resources,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)

thus permitting the continuing existence of humankind, now based upon sustainable development. The methodology we used is bibliographical, descriptive and exploratory. Our purpose is to exam property rights, formerly seen as unrestricted and now deemed as limited not only by the constitutional rules regarding its social role, but also by environmental considerations, fact that consists in an authentic landmark in private law. The issue is relevant as it shapes the recently conceived model of the so-called Environmental State, imposing a change in Brazilian law in order to accomodate the new requirements of environmental sustainability.

KEYWORDS: ENVIRONMENT; ENVIRONMENTAL STATE; PROPERTY; ENVIRONMENTAL ROLE.

INTRODUÇÃO

A idéia deste artigo surgiu de debates realizados no grupo de estudo desenvolvido entre professores e alunos do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará sobre propriedade, meio ambiente e direitos fundamentais.

O homem, durante sua evolução histórico-econômica, valorizou o antropocentrismo, dispondo dos bens naturais de forma ilimitada. A degradação ambiental está vinculada ao direito de propriedade. O uso absoluto, desenfreado e abusivo do direito de propriedade, cuja máxima se deu no Estado liberal, é a principal causa de desrespeito à natureza.

É nesse cenário que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança patamar de direito fundamental com a finalidade de manter o equilíbrio entre as necessidades humanas e a preservação dos recursos naturais, garantindo, dessa forma, a preservação da própria humanidade, por meio do desenvolvimento sustentável.

Com o novo paradigma do Estado de Direito Ambiental e o meio ambiente equilibrado como direito fundamental, urge uma mudança em toda a ordem jurídica, para atender à nova demanda do Direito: a sustentabilidade ambiental.

O direito de propriedade, outrora ilimitado, passar a ser constitucionalmente vinculado à sua função social e, mais recentemente, à função ambiental.

A temática se demonstra relevante por tratar da necessidade imperativa de conciliar o desenvolvimento econômico com o equilíbrio ecológico, na invasão do público na esfera privada, em prol da ecologização do Direito.

1 A HISTORICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Qualquer abordagem sobre o direito de propriedade deve considerar o seu caráter histórico, a sua necessária vinculação ao contexto em que se situa. Não raro, o esquecimento desta fundamental característica do direito de propriedade tem levado a

excessos na sua compreensão e a exageros na sua interpretação, como se percebe pela concepção liberal que a entendia como sagrada e inviolável.

Os exageros, contudo, expressão dos homens e idéias de seu tempo, não são suficientes para afastar a concepção da propriedade como direito essencial ao ser humano, forma de realização de sua liberdade e autonomia. Esclareça-se, porém, que não se toma a propriedade como direito natural, outra concepção vinculada a contexto histórico específico; trata-se, em verdade, de criação do homem, obra cultural, forma de facilitação do convívio social.

Na antiguidade, foi vinculada a divindades e a apelos morais. No período Romano, a propriedade assumiu diversificadas feições e não era estendida a todos os habitantes. No período feudal fragmentou-se, possibilitando, até mesmo, o uso dos poderes que dele decorrem, sobre o mesmo bem, a diferentes pessoas. No liberalismo, foi unificada e tornou-se absoluta e inviolável. No Estado Social foi, formalmente, condicionada a novos valores, para, enfim, no Estado Democrático de Direito, assumir funcionalidade até então não prevista.

No plano econômico, por sua vez, sob outra perspectiva, não são poucos os autores que a definem como a forma mais eficiente de preservação dos recursos, atribuindo direitos de exclusão e de utilização restrita.[1] Trata-se de abordagem inovadora, mas que parte do pressuposto da atuação racional dos indivíduos no sentido de otimizar a utilização dos recursos, o que nem sempre acontece.

A face mais marcante do direito de propriedade, portanto, é o seu caráter cambiante. Para caracterizar, de forma mais clara, esta realidade, passa-se a definir a propriedade no paradigma do Estado Liberal, do Estado Social, do Estado Democrático de Direito e, ainda, do Estado de Direito Ambiental. É neste que se postula que o direito de propriedade deve atender à função ambiental, como será demonstrado.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO PARADIGMA LIBERAL

O advento do Estado liberal marca a ruptura com a velha ordem, caracterizada pela prevalência do mito e do dogma, no plano filosófico, pela inexistência da liberdade de trabalho, no plano econômico, e pelo poder ilimitado do soberano, no plano político. Tal realidade explica, embora não justifique, os excessos que lhe foram peculiares. O ideário liberal é expressão não apenas de um novo cenário político e social, mas de uma transformação da própria maneira das pessoas encararem a vida, o que refletia sobre a ordem jurídica e, necessariamente, sobre o direito de propriedade.

No Estado liberal, por volta do século XVIII, vigorava o constitucionalismo clássico, onde a Constituição era reduzida a um instrumento jurídico que tinha como finalidade básica limitar ou enfrear o exercício do poder estatal. O poder estava adstrito às normas que almejavam a liberdade, protegendo, assim, o indivíduo. E para se ter liberdade, era preciso segurança na ordem jurídica. A liberdade individual, e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos do Estado liberal.

A Revolução Francesa consagra as aspirações democráticas do século XVIII. Além de se oporem aos governos absolutos, os líderes franceses enfrentavam o problema de uma grande instabilidade interna, o que refletiu no sentimento de unidade. Foi isto que favoreceu a idéia de nação, como centro unificador de vontades e de interesses, por meio de elementos histórico-culturais. [2]

Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Com o fim da sociedade política, defende-se a manutenção dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são, de acordo com Dallari, “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. [3] Referidos direitos são primeiros declarados em uma Constituição, quando da afirmação do Estado Constitucional liberal. [4] Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio de lei, que é a expressão da vontade geral, conforme desejava Rousseau. [5]

Surgem, assim, os direitos civis e políticos, denominados de direitos fundamentais de primeira geração. Referidos direitos se caracterizam “pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade”. [6] Esta categoria é fundada no Estado liberal absenteísta, onde se deu a manifestação do *status libertatis* ou *status negativus*. Realçam, portanto, o princípio da liberdade.

A expressão “direitos fundamentais” deve ser aplicada, segundo Sarlet, aos direitos do homem, reconhecidos e positivado nas constituições. Para o citado autor:

Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser identificada como fundamental. [7]

Os direitos fundamentais do cidadão se inserem na moldura do que a doutrina classificou como gerações ou dimensões [8], tendo como premissa central a dignidade da pessoa humana. [9]

Em tal contexto, a propriedade foi concebida como absoluta, plena realização da liberdade dos indivíduos, direito divino, assegurando ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa. O antigo Código Civil Brasileiro, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, era expressão desse ideário. O Estado devia, assim, “assegurar os meios jurídicos necessários para o proprietário garantir a manutenção de sua propriedade, bem como seu caráter de perpetuidade”. [10] O cenário foi levado ao extremo.

A industrialização e o progresso técnico trazem consigo fenômenos que, ao romper com a harmonia da sociedade liberal, alteram profundamente as concepções da sociedade e do Estado, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais.

As críticas ao pensamento liberalista, e, por consequência, ao Estado liberal, deram-se não por ter sido liberal, mas por ser liberalista, ou seja, por ter assumido descompromisso em relação à coletividade, priorizando o indivíduo [11], causando, dessa forma, um uso desequilibrado dos recursos naturais.

No entendimento de Bonavides, “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”.^[12] A propriedade e o desenvolvimento caminhavam de mãos dadas, sendo a questão ambiental um obstáculo ao lucro. Tudo estava dentro na esfera da liberdade individual e não era conveniente para o homem a preservação ecológica.

Ainda na mesma linha, destaca Teixeira que “com a evolução do direito privado ocidental, o direito de propriedade tornou-se absoluto, podendo o proprietário exercer o direito contra todos, pois prevalecia o direito individual”.^[13] O uso da propriedade era realizado de forma irresponsável, independente dos custos ambientais que tal atividade pudesse proporcionar, em busca do desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, a concepção individualista do direito de propriedade, típica do Estado liberal, tornou-se um forte obstáculo à proteção e à preservação do meio ambiente.^[14] Com a degradação ambiental, a qualidade de vida também foi prejudicada.

Surge, por conseguinte, nova tendência no sentido de que o Estado deve intervir na economia e na sociedade, por meio de instrumentos jurídicos e políticos adequados, em prol da justiça material.^[15]

3 O ESTADO SOCIAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Os excessos do ideário liberal, decorrentes da omissão estatal, acarretaram o aumento das desigualdades sociais, o que gerou movimentos revolucionários de base proletária. O Estado social entra em cena, objetivando a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, ou seja, da justiça formal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos. Na lição de Falcão:

É tempo de reformular a idéia de que um Estado ditando normas gerais e iguais para todos. Já se pode pensar em contrabalançar a situação dos menos favorecidos, com leis que sejam iguais para os iguais, mas diferenciadas em favor dos menos afortunados.^[16]

A meta do intervencionismo é transformar o ultrapassado Estado liberalista em Estado social, objetivando solidariedade e justiça social. A partir deste momento, com a origem do Estado social, visualizam-se os direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais^[17], só que os últimos requerem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado para suprir as carências da sociedade. São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, pode-se dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.^[18]

Na lição de Freitas, “o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva indisfarçavelmente do grau de complexidade das relações sociais”.

[19]A função social prevista na legislação civil, portanto, demonstra uma preocupação com a coletividade e com o interesse público, no sentido de que o direito de propriedade não é mais absoluto como outrora.

A propriedade, direito fundamental típico de primeira geração, precisa cumprir sua função social. Verifica-se que referido direito se transforma, se modifica, se reestrutura para atender às novas exigências do Estado Social, em consonância com os direitos fundamentais de segunda geração. Contudo, o formalismo típico do Estado Social não era suficiente para a concretização efetiva dos direitos previstos em tese.

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O constituinte brasileiro, inspirado em constituições sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana [20] entre os fundamentos da organização nacional. De fato, pode-se afirmar que o Estado Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do constitucionalismo das comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado.

Sendo o Estado Democrático de Direito, nossa fórmula política[21], segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Guerra Filho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de conferir-lhe o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política. [22]

O Estado brasileiro, portanto, é mais que um Estado Social, na medida em que existem outros direitos fundamentais que necessitam de efetivação, e não apenas os direitos sociais, próprios de um Estado socialista. Figura-se, portanto, como um Estado Democrático de Direito, que tem como núcleo basilar a dignidade da pessoa humana, sendo o coração de todos os direitos fundamentais. Os postulados do Estado Social encontram-se inseridos no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito, portanto, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em um Estado material de Direito guiado pelo valor da justiça social, buscando promover as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas. E o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para uma sadia qualidade de vida, configurando-se como um dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Como avanço em relação ao Estado Social, no Estado Democrático de Direito a ordem jurídica é vocacionada à realização dos valores previstos na Constituição, atuando de forma incisiva para a concretização dos direitos fundamentais.

No que se refere à propriedade, a Constituição Federal de 1988, ao garantir, em seu art 5º, incisos XXII e XXIII; e art. 170, incisos II e III[23], o direito de propriedade vinculado à função social, acarreta uma transformação no seu conteúdo. [24]Consoante

Dallari, “não foi apenas uma mudança de intensidade, mas, sim, uma profunda transformação qualitativa ou substancial no conceito de direito de propriedade, que passou a ter uma configuração não apenas privada, mas, sim, também necessariamente, pública”. [25]

É interessante destacar que outros textos constitucionais já expressavam alguma preocupação com a função social da propriedade, mas com um viés bastante frágil. A Constituição Federal em vigor consolida e marca com maior positividade referido princípio. [26] Segundo Sundfeld:

[...] ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido como exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. [...] Importa notar que, como consequência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios – criam-se verdadeiros deveres. [27]

O princípio da dignidade humana acarretou na superação da dicotomia entre direito público e privado, sucumbindo na transformação estrutural do direito civil em direito civil constitucional. O Código Civil não se encontra mais no centro das relações de direito privado e, por conseguinte, o tratamento jurídico da propriedade não deve ser concebido apenas através de suas normas, mas deve ser balizado pelo texto constitucional, como consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas. E a dignidade da pessoa humana, por seu turno, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o valor que conforma todos os demais ramos do Direito.

A função social da propriedade, portanto, pretende não apenas impor obrigações negativas ao proprietário, mas também um poder-dever de dar a sua propriedade um destino em prol da coletividade.

5 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

5.1 O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Ainda perdura no Estado contemporâneo o essencial da concepção liberal, traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los. Assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta, no entanto, que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade.

Por conta disso, é que surgem direitos de titularidade coletiva, intitulados pela doutrina de direitos fundamentais de terceira geração. Consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Bonavides[28] traz, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais: o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Recentemente, vem defendendo o mencionado autor o direito à paz como direito fundamental de quinta geração, por ser um direito natural dos povos, abraçando-se à idéia de concórdia. [29]

Alguns direitos fundamentais, apesar de preservar sua dimensão individual, têm como característica a sua titularidade coletiva, sendo, muitas vezes, indefinida ou indeterminável. [30] Trata-se, assim, dos direitos fundamentais de terceira geração, que transcendem o individual e o coletivo. [31]

Dentre os direitos de terceira geração, Ferreira Filho [32] destaca que o mais elaborado é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois é um direito assegurado à pessoa humana e é garantido pelo Poder Público como fundamental, sobrepondo-se, inclusive, aos direitos de natureza privada.

Acerca do direito ao equilíbrio ecológico, explica Silva:

Não tem uma dimensão negativa e garantística, como os direitos individuais, nem apenas uma dimensão positiva e prestacional, como os direitos sociais, porque é, ao mesmo tempo, direito positivo e negativo; porque, de um lado, requer que o poder público seja um garantidor da incolumidade do bem jurídico, ou seja, a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Por isso é que, em tal dimensão, não se trata de um direito contra o Estado, mas de um direito em face do Estado, na medida em que este assume a função de promotor do direito mediante ações afirmativas que criem as condições necessárias ao gozo do bem jurídico chamado qualidade do meio ambiente. [33]

O direito ao meio ambiente alcançou patamar de direito fundamental da pessoa humana, conforme previsto no art. 225[34], *caput*, da Lei Maior. Analisando o art. 5º, CF/88, percebe-se que o direito ao meio ambiente não foi por ele albergado, estando, assim, fora do seu catálogo. No entanto, a doutrina já é uníssona ao defender que o rol dos direitos e garantias do art. 5º não é taxativo, na medida em que § 2º, do art. 5º, traz uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O direito ambiental brasileiro é um sistema aberto e em evolução, o que impede o seu engessamento e a cristalização de seus princípios e de seus conceitos. [35] Nesse sentido, o núcleo do direito fundamental ao meio ambiente é a sadia qualidade de vida, determinando a sua dupla perspectiva, tese defendida por Medeiros. Na lição da autora, “existe uma dupla perspectiva quando ao conteúdo dos direitos fundamentais, os quais podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais como elementos objetivos fundamentais da comunidade”. [36]

A questão ambiental ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da corresponsabilidade geracional. Sampaio anuncia que “pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode

referir a uma 'ordem ambiental' que completa e condiciona a ' ordem econômica' e que, por topologia, integra-se na 'ordem social'." [37]

Nesse sentido, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser garantido tanto às gerações presentes quanto às gerações futuras. Para a implementação deste direito existem valiosos princípios e instrumentos no seio da legislação ambiental brasileira, que podem e devem nortear a atuação do Estado na tutela do meio ambiente.[38]

5.2 Do Estado Democrático de Direito ao Estado de Direito Ambiental

A Constituição brasileira de 1988, ao completar vinte anos, é testemunha de transformações que tornam a questão ambiental na pauta do dia. [39]O meio ambiente ecologicamente equilibrado assume tamanha importância que acaba se mostrando como um direito "horizontal" na medida em que interfere sobre os demais ramos do direito: privado, público e internacional, caracterizando-se, ainda, como um direito de "integração", que penetra em todos os ramos da ciência jurídica para neles introduzir a idéia ambiental.

Nesse sentido, a cada dia aumenta o número de adeptos de um novo modelo de Estado, defendido, inicialmente, por Canotilho, intitulado de Estado Constitucional Ecológico. No Brasil, o Estado Ambiental de Direito vem sendo fortemente sustentado por Leite.[40]Adotando referido paradigma, é necessário um novo viés hermenêutico da ordem jurídica, tendo como valor o equilíbrio ecológico, invadido a esfera pública e privada. Trata-se da ecologização do direito ao impor uma nova postura do Estado, na busca da efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração.[41]

Molinaro sustenta que é melhor caracterizá-lo como Estado Socioambiental e Democrático de Direito[42], onde todos se obrigam, por conta do art. 225, em manter o equilíbrio e a salubridade do ambiente. Como conseqüência, defende o autor que:

[...] a garantia de um 'mínimo existencial ecológico' e o mandamento da 'vedação da degradação ambiental', núcleo e objeto do princípio de proibição de retrogradação socioambiental, constituem, entre outras, condições estruturantes de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito.[43]

Em nosso sistema normativo, portanto, o direito ao meio ambiente integra o rol dos direitos reconhecidos na Constituição e assume um caráter de direito formal e materialmente fundamental, já que está previsto no texto constitucional.

Mas a proteção do meio ambiente não é apenas um dever do Estado, é dever de todos, sem exceção, do Poder Público e da coletividade, conforme preceitua o art. 225, da Carta Magna. O homem, na condição de cidadão, torna-se titular do direito ao ambiente equilibrado e também sujeito ativo do dever fundamental de proteger o ambiente, galgando, assim, passos para a estruturação de um Estado de Direito Ambiental.

5.3 O equilíbrio ambiental como elemento da função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 182, § 2º, ao tratar da política de desenvolvimento urbano, assevera que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Ainda no texto constitucional, seu art. 186, II, prevê a função ambiental da propriedade, no que concerne à propriedade rural, como um dos elementos da função social.[44]

No âmbito da propriedade urbana, a regulamentação da sua função social e do plano diretor só veio com a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, intitulada de Estatuto da Cidade. Acerca da referida norma, afirma Dallari que

[...] é importante destacar que o Estatuto da Cidade veio, de certa forma, dar eficácia ao princípio constitucional, pois embora a função do plano diretor já estivesse prevista pela Constituição, a carência de uma lei federal dispoendo expressamente sobre isso impedia que os Municípios dessem concreção ao princípio da função social da propriedade. [45]

A preocupação com o meio ambiente aparece como uma das diretrizes da política urbana, dentro da função social da cidade, conforme estipulado no art. 2º, IV, da Lei n. 10.257. [46]

A função social da propriedade rural, entretanto, veio à baila com a Lei n. 8.629, de 21 de fevereiro de 1993, detalhando os preceitos constitucionais do art. 186. Dentre os requisitos trazidos pela lei, o art. 9º, II, impõe a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.[47]

O equilíbrio ambiental, portanto, é tratado como um dos elementos da função social da propriedade rural e urbana, de acordo com a Constituição Federal de 1988 e legislações específicas.

5.4 A função ambiental da propriedade

Depois de mais de vinte anos em debate, o Projeto do novo Código Civil foi aprovado no dia 15 de agosto de 2001. No que concerne ao direito de propriedade, a nova lei traz, de forma inédita, a função ambiental vinculada ao exercício deste direito em geral. O novo Código Civil é o primeiro instrumento normativo brasileiro que trata da função ambiental da propriedade, conforme seu art. 1.228, § 1º.[48]

Note-se, pois, que além de inserir a função social da propriedade, já prescrita no Código Civil de 1916, a atual lei civil prevê a função ambiental, na medida em que trata dos seus elementos, como a proteção à flora, à fauna, à preservação das belezas naturais, à manutenção do equilíbrio ecológico e a preservação patrimônio histórico e artístico, assim como o uso da propriedade em consonância com as determinações da legislação ambiental.

A função ambiental é definida por Sant’Anna como o “conjunto de atividades que visam garantir a todos o direito constitucional de desfrutar um meio ambiente

equilibrado e sustentável, na busca da sadia e satisfatória qualidade de vida, para a presente e futuras gerações”.[49]

Pela leitura do referido dispositivo, constata-se que o ambiente sadio não está dentro da função social da propriedade. O legislador foi mais longe, ao impor uma função ambiental autônoma, nova, gerando outras obrigações ao proprietário de qualquer bem, além daquelas já previstas com a função social.

Isto é de suma importância na medida em que o direito de propriedade vem se transformando para acompanhar a globalização e o desenvolvimento tecnológico. O novo dispositivo trata de uma norma geral do direito de propriedade, não se limitando à urbana e à rural, como fazem as leis já citadas.

Assim, a propriedade intelectual, virtual, empresária, etc., todas as formas de propriedade estão submetidas à função ambiental, em perfeita consonância com o direito fundamental ao equilíbrio ecológico e com o Estado de Direito Ambiental.

Outro ponto interessante é que o Código Civil traz uma cláusula aberta em prol do meio ambiente, ao assegurar que a função ambiental deve ser assegurada também de acordo com a legislação especial e não apenas com os componentes trazidos na redação literal do diploma normativo.

O princípio da função sócio-ambiental da propriedade tem uma dupla dimensão. Ao impor que o proprietário não pode prejudicar terceiros e qualidade ambiental, visualiza-se o aspecto negativo. Com o viés positivo, a função social e ambiental garante que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente equilibrado.

Resta inconteste que a função social e ambiental da propriedade não constitui um mero limite ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio ambiente.

A nova perspectiva da função social e ambiental deve ser rediscutida para atender ao novel paradigma do Estado de Direito Ambiental, ao permitir, portanto, que o proprietário tenha obrigações positivas, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade esteja em consonância com o modelo do desenvolvimento sustentável.

Não dá dúvidas de que o Estado de Direito Ambiental se torna fortalecido com a nova disposição normativa infraconstitucional, o que implica no reconhecimento do *status* material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Embora o texto constitucional permaneça o mesmo, remetendo apenas à função social da propriedade, tendo o meio ambiente como um dos seus elementos, é necessária uma leitura sistemática de toda a Constituição e da ordem jurídica em geral, tendo como pré-compreensão do intérprete[50] o valor da sustentabilidade ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo acelerado de desenvolvimento visando o lucro a qualquer preço e a concepção liberal de propriedade privada têm acarretado a desarmonia ambiental. É necessária uma mudança de orientação que compatibilize a defesa dos recursos ambientais com o desenvolvimento econômico.

No entanto, isto somente é possível em um sistema político em que os interesses individuais cedam frente aos interesses coletivos, permitindo que o princípio do poder seja substituído pela responsabilidade e solidariedade, garantindo, assim, a sustentabilidade.

O homem, na condição de cidadão, torna-se titular do direito ao ambiente equilibrado e também sujeito ativo do dever fundamental de proteger o ambiente, galgando, assim, passos para a estruturação de um Estado de Direito Ambiental.

Adotando referido paradigma, é necessário um novo viés hermenêutico da ordem jurídica, tendo como valor o equilíbrio ecológico, invadido a esfera pública e privada. Trata-se da ecologização do Direito, impondo uma nova postura do Estado, imprescindível à promoção da dignidade da pessoa humana.

Cabe ao Estado brasileiro promover uma política dos direitos fundamentais que, por um lado, em sua dimensão assistencial asseguraria a todos o mínimo do bem-estar necessário para o exercício de seus direitos e, por outro, em sua dimensão educativa e cultural acerca do equilíbrio ecológico, possibilitar a consciência em torno do importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais.

Percebe-se que a função social da propriedade pretende não apenas impor obrigações negativas ao proprietário, mas também um poder-dever de dar a sua propriedade um destino em prol da coletividade.

No que tange à função ambiental da propriedade, o novo Código Civil, em seu art. 1228, aloca o equilíbrio ecológico de forma autônoma, fora da função social da propriedade, comprovando o *status* material do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. O legislador foi além, ao impor uma função ambiental nova, gerando outras obrigações ao proprietário de qualquer bem, além daquelas já previstas com a função social.

O direito de propriedade vem se transformando para acompanhar a globalização e o desenvolvimento tecnológico. O novo dispositivo trata de uma norma geral do direito de propriedade, não se limitando à urbana e à rural, como analisado.

A repercussão é tamanha no sentido que qualquer forma de propriedade, seja ela intelectual, virtual, empresária, etc., todas estão submetidas à função ambiental, em perfeita consonância com o direito fundamental ao equilíbrio ecológico e com o Estado de Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, nov./dez, 2006, p. 18-19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACEDO, Paulo César Machado de. A função social da propriedade no Novo Código Civil. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

MERRIL, Thomas; SMITH, Henry. *What Happened to property in law and economics?* Yale Law Journal, volume 111, 2001, p. 357-412.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORALES, Patrícia. En rol de los derechos humanos y la tension entre medio ambiente y desarrollo. In MORALES, Patrícia (ed.). *Medio Ambiente: el desarrollo y los derechos del hombre*. Buenos Aires: Zagier & Urruty Publications, 1993.

MOSSOFFI, Adam. *What is property? Putting the pieces back together*. Arizona Law Review, volume 45, 2003, p. 371-443.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In ARAÚJO, Gisele Ferreira de. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In DEVIA, Leila (coord.). *Nuevo Rumbo Ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *A economia e o direito de propriedade*. RDM 132/7-24, ano XLII (Nova Série). São Paulo: Malheiros, out./dez., 2002.

[1] MERRIL, Thomas; SMITH, Henry. *What happened to property in law and economics?* Yale Law Journal, volume 111, 2001, p. 357-412; MOSSOFFI, Adam. *What is property? Putting the pieces back together*. Arizona Law Review, volume 45, 2003, p. 371-443 e ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *A economia e o direito de propriedade*. RDM 132/7-24, ano XLII (Nova Série). São Paulo, Malheiros, out./dez., 2002.

[2] GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 219-225.

[3] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.

[4] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 23.

[5] De acordo com a lição de Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal aparece, de início, na moderna teoria constitucional, como o maior inimigo da liberdade”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

- [6] LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.
- [7] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.
- [8] Willis Filho entende que é melhor falar em dimensões de direitos fundamentais, à medida que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Para o autor, “os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”. Referido entendimento é interessante, como será analisado, ao tratar do direito de propriedade e da sua função social e ambiental. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 47.
- [9] Importante salientar que os direitos fundamentais se manifestam, segundo Alexy, em sua forma deontica, por meio de regras (comandos de definição) e de princípios (comandos de otimização). ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81-88.
- [10] MACEDO, Paulo César Machado de. A função social da propriedade no Novo Código Civil. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 130.
- [11] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 107.
- [12] BONAVIDES, op. cit., p. 60.
- [13] TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.
- [14] Fiorillo ressalta que “o termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo”. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.
- [15] De acordo com Paulo Antunes, “a tutela judicial do meio ambiente, por meio de diferentes instrumentos processuais postos à disposição do cidadão, de certa maneira, é uma forma de controle da atividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, dependendo da situação concreta e do instrumento que esteja aparelhado em cada caso”. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.
- [16] FALCÃO, op. cit., p. 161.
- [17] Ana Paula de Barcellos destaca que o núcleo da dignidade humana é o mínimo existencial, “na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, *menor* – minimizando o problema dos custos – *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios – e, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado, sob a forma da eficácia jurídica positiva ou simétrica”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 118.
- [18] Bonavides defende que os direitos sociais são cláusulas pétreas, devendo o §4º, IV, do art. 60, da Carta Magna, ao trazer como limitação material os direitos e garantias individuais, ser interpretado à luz da Nova Hermenêutica constitucional, amparada pelos

princípios do Estado Democrático de Direito. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641.

[19] FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

[20] Acerca do tema, interessante posicionamento de Ingo Sarlet, ao afirmar que “é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 148.

[21] Willis Guerra Filho explica que, para Pablo Lucas Verdú, fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. GUERRA FILHO, op. cit., p. 20.

[22] GUERRA FILHO, op. cit., p. 20.

[23] Art. 5º. [...]

XXII - É garantido o direito de propriedade.

XXIII - A propriedade atenderá à sua função social.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

[24] Segundo Machado, “a função social da propriedade é um princípio que, de forma operante e contínua, emite sua mensagem para os juízes, legisladores e órgãos da Administração, além de ser dirigido aos próprios proprietários”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147.

[25] DALLARI, Adilson Abreu. Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24.

[26] DALLARI, op. cit., p. 24.

[27] SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 5.

[28] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

[29] BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. In: *Revista Interesse Público*, v. 8, n. 40, nov./dez, 2006, p. 18-19.

[30] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

[31] O direito ao meio ambiente é difuso, ou seja, sua titularidade é de todos e de ninguém em exclusividade. De acordo com Fernanda Pereira, são interesses que não

- pertencem à pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo de pessoas que não guardam qualquer laço de união entre si. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 272.
- [32] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.
- [33] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52.
- [34] “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.
- [35] TEIXEIRA, op. cit., p. 86.
- [36] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p. 85.
- [37] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.
- [38] Muito se tem discutido acerca do direito à informação ambiental, como forma de fiscalizar não só os atos do Poder Público, mas também dos particulares, na medida em que o meio ambiente equilibrado se revela não como um direito difuso, mas também enquanto dever, acarretando em obrigações diversas. VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In DEVIA, Leila (coord.). *Nuevo Rumbo Ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2008, p. 326.
- [39] Pimenta destaca que a lei do retorno é percebida com mais rapidez na natureza do que na lei dos homens, denominando-a de jurisdição da natureza. PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In ARAÚJO, Gisele Ferreira de. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.
- [40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149-154.
- [41] A partir de uma leitura do texto constitucional, fica claro que o equilíbrio ecológico deve ser compatibilizado com o desenvolvimento econômico, sendo ambos direitos fundamentais. O desenvolvimento equilibrado, ao considerar o custo ambiental, é denominado de desenvolvimento sustentável, ou simplesmente, sustentabilidade. Nesse sentido, destaca Morales que “el ser humano no puede desperdiciar más ni su medio ambiente, ni su capacidad productiva de desarrollo, ni en definitiva el significado recorrido que a través de la reflexión sobre sus propios derechos en tanto que ser humano va logrando edificar. Articular el medio ambiente y el desarrollo con la realización de los derechos humanos se constituye como el nuevo desafío a pensar”. MORALES, Patrícia. En rol de los derechos humanos y la tension entre medio ambiente y desarrollo. In MORALES, Patrícia (ed.). *Medio Ambiente: el desarrollo y los derechos del hombre*. Buenos Aires: Zagier & Urruty Publications, 1993, p. 9.
- [42] Segundo Molinaro, “um Estado Socioambiental e Democrático de Direito decorre do princípio da unidade de sua Constituição, que alberga um Estado-Ambiental, fundado numa tríade principal (*Prinzipientrias*), ou se preferido, um conjunto triásico de princípios: princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*); princípio [de responsabilidade] causal (*Verursacherprinzip*); princípio da cooperação (*Kooperationsprinzip*)”.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105.

[43] MOLINARO, op. cit., p. 103.

[44] Art. 186. A *função social* é cumprida quando a *propriedade rural* atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (Destacado).

[45] DALLARI, Adilson Abreu. Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 27.

[46] Ar. 2º. A *política urbana* tem por objetivo ordena o pleno desenvolvimento *das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IV – o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e *seus efeitos negativos sobre o meio ambiente*. (Destacado).

[47] Art. 9º. [...] § 3º - Considera-se preservação do meio-ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

[48] Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que seja injustamente a possua ou a detenha.

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

[49] SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 153.

[50] Consoante Nalini, “[...] a interpretação pela cidadania e a interpretação judicial se completam e interagem. O Judiciário no Estado Democrático nunca poderá ignorar o

apreço conferido pela nacionalidade a um valor como a proteção do meio ambiente. As questões constitucionais serão calibradas por essa hermenêutica de singular especificidade, que será impregnada pelo sentimento coletivo naquele exato momento histórico”. NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 24.

DARWIN E A EVOLUÇÃO JURÍDICA:HABEAS CORPUS PARA CHIMPANZÉS*

DARWIN AND THE LEGAL EVOLUTION:HABEAS CORPUS FOR CHIMPANZEES

Heron José de Santana Gordilho

RESUMO

O presente ensaio apresenta uma comparação entre a evolução humana e a evolução jurídica, tentando demonstrar como a teoria darwiniana da evolução pela seleção natural tem provocado mudanças no mundo jurídico, a ponte de hoje em dia alguns juristas se utilizarem das recentes descobertas sobre a grande semelhança genética entre o homem e o chimpanzês para reivindicar extensão dos direitos humanos para os grandes primatas, isto é, chimpanzês, bonobos, gorilas e orangotangos. Destaca ainda que muitos ativistas pelos direitos dos animais têm considerado o litígio judicial uma importante estratégia de luta, quer seja para estabelecer novos sentidos jurídicos para institutos como o Habeas Corpus, até então utilizado apenas para assegurar a liberdade humana, quer seja para incrementar o movimento e aumentar o grau de conscientização da população em geral sobre a importância do reconhecimento dos animais como titulares de direitos básicos.

PALAVRAS-CHAVES: DARWIN – EVOLUÇÃO JURÍDICA – HABEAS CORPUS - CHIMPANZÉ - DIREITOS BÁSICOS

ABSTRACT

This essay presents a comparison between human evolution and legal developments, trying to demonstrate how darwinian theory of evolution by natural selection has caused changes in the legal world, the bridge of today some lawyers using the recent discoveries about how similar genetic between man and chimpanzees to claim extension of human rights for the great primates, that is, chimpanzees, bonobos, gorillas and orang. It also that many activists for animal's rights have considered the dispute an important strategy, whether to set new means for legal institutes such as the Habeas Corpus, hitherto used only to ensure human freedom, whether to increase the movement and raise the consciousness of the public about the importance of the recognition of animals as holders of basic rights.

KEYWORDS: DARWIN – LEGAL EVOLUTION – HABEAS CORPUS - CHIMPANZEE - - BASIC RIGHTS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

O evolucionismo aplicado ao direito vai, entretanto, sofrendo o surto dessas colisões, antes da ver seu império completamente consolidado em toda a latitude da ciência jurídica.

Algumas rajadas mais fortes agitam-lhe hoje as construções. É preciso que examinemos a solidez da nau que nos conduz, que reconheçamos se ela poderá vencer a violência dos vagalhões e da ventania que esfusia-lhe hostil pelas cordagens.

Clovis Bevilacqua¹

Há quase 150 anos o naturalista inglês Charles Darwin publicava *A Origem das Espécies pela Seleção Natural*, livro que ao desvendar o segredo da evolução da vida em nosso planeta provocou uma revolução científica tão importante, que talvez só encontre precedente em *Da Revolução das Orbes Celestes*, do astrônomo polonês Nicolau Copérnico, que estabeleceu as bases do heliocentrismo moderno.

Publicada em 1858, *A Origem das Espécies* ainda hoje é considerada uma das obras mais influentes de todos os tempos, e uma das suas principais contribuições foi refutar a teoria aristotélica da imutabilidade ou fixidez do universo, até então concebido como um ente imutável e hierarquizado, com cada espécie ocupando um lugar apropriado, necessário e permanente.²

Doze anos depois, Darwin publica *A Origem do Homem*, seguido de *A Expressão das Emoções no Animal e no Homem* (1872), onde demonstra através de provas empíricas contundentes que entre o homem e os animais as diferenças anatômicas e mentais são apenas de grau e não de essência.³

A maioria dos extraordinários avanços científicos dos últimos tempos, dos alimentos transgênicos à inteligência artificial, não teriam sido possíveis sem o conhecimento proveniente da teoria da evolução pela seleção natural, mas a despeito do enorme prestígio que Darwin desfruta no mundo científico, os juristas seguem operando com institutos que se chocam frontalmente com os postulados evolucionistas. Para o mundo jurídico é como se Darwin nunca houvesse existido.

Este ensaio pretende oferecer ao leitor uma análise panorâmica da teoria da evolução para em seguida descrever os fundamentos do Projeto Grandes Primatas, que a partir do parentesco genético do homem com chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos, defende a inclusão desses hominídeos em nossa esfera de consideração moral e jurídica.

Em seguida será feita uma análise jurídica do caso Suíça v Zoológico de Salvador, decorrente de um Habeas Corpus impetrado por um grupo de professores, estudantes e ativistas dos direitos dos animais no Estado da Bahia, num típico exemplo de litigância

política, que acabou por se constituir num importante precedente judicial em favor dos animais como sujeitos de direito.

2. Darwin e a evolução humana

O naturalista não pode comparar nem classificar as faculdades mentais, mas apenas tentar demonstrar, como eu tenho feito, que entre as faculdades mentais do homem e dos animais inferiores não existe uma diferença essencial e específica, mas apenas uma imensa diferença de grau. Uma diferença de grau, por maior que seja, não nos autoriza a colocar o homem em um reino distinto. **Charles Darwin**⁴

Após sua viagem a Beagle, onde pode coletar dados como o registro fóssil de animais extintos, que pareciam confirmar a idéia de seu avô, Erasmus Darwin e do pensador francês Lamarck de que as espécies não eram fixas e sofriam mutações com o passar do tempo, em 1836, Darwin fez outra viagem científica às ilhas de Galápagos, e percebeu que a separação geográfica tinha relação com a variação das espécies de tentilhões e o poder modificador do meio ambiente.⁵

Ele percebeu que algumas espécies possuíam o bico longo e afilado para picar aves marinhas e beber-lhes o sangue, enquanto outras possuíam o bico grosso e curto para quebrar sementes. Outras tinham um bico forte para emborcar pedras em busca de alimentos ou um bico estreito e curvo para arrancar insetos de cactos.⁶

Darwin vai observar ainda as extraordinárias mudanças provocadas em animais domésticos através da reprodução controlada por cruzamentos sucessivos (o *bulldog* e o *spaniel* são exemplos), concluindo que essas mudanças haveriam de ser ainda mais acentuadas entre as espécies silvestres, uma vez que na natureza a ação seletiva dispõe de um tempo incomparavelmente maior⁷

Duas idéias estão no centro de sua teoria: a primeira que a evolução é um fenômeno histórico em que todas as espécies descendem de um ancestral comum; e a segunda, que a seleção natural é o principal mecanismo desta biodiversidade.⁸

De fato, no outono de 1836, ao ler *Ensaio sobre a população* de Thomas Malthus, que estudou as causas da miséria humana, concluindo que a vida é uma luta constante pela sobrevivência onde muitos acabam perecendo antes de atingir a vida adulta, Darwin vai inferir o princípio da seleção natural e demonstrar, a partir de provas empíricas, que pequenas variações numa mesma espécie são cruciais para determinar os indivíduos que vão sobreviver e deixar descendentes que herdarão suas características e aqueles que irão perecer sem deixar descendentes.⁹

Darwin provou que pequenas diferenças aleatórias transmissíveis entre indivíduos da mesma espécie (anagênese) determinam diferentes oportunidades de sobrevivência e reprodução, permitindo que alguns indivíduos sejam bem-sucedidos e outros não. É este

processo, que ele denominou *especiação*, que provoca mutações na forma, tamanho, força, mecanismos de defesa, cor, bioquímica e comportamento das futuras gerações.¹⁰

Como essas mutações genéticas ocorrem apenas em um segmento isolado de cada espécie, elas vão permitir que apenas os indivíduos mais adaptados às condições locais possam ocupar esse novo nicho ecológico, e com o tempo, eles se tornam irreversivelmente diferentes, a ponto dos seus membros não poderem mais se reproduzir com os da antiga espécie.

A esses fenômenos da divisão e da especiação, Darwin denominou “princípio da divergência”, idéia que lhe permitiu conceber a biodiversidade como um fenômeno de adaptação das espécies ao meio ambiente.¹¹

Cinco disciplinas foram determinantes na coleta de provas de sua teoria: a) a biogeografia ou o estudo a distribuição geográfica dos seres vivos; b) a paleontologia, que investiga as formas de vida extintas preservadas em registros fósseis; c) a embriologia, que analisa as etapas de desenvolvimento dos embriões; e d) a morfologia, que estuda a forma e a configuração anatômica dos seres vivos.¹²

Em 1839, após o nascimento de seu primeiro filho com Emma Darwin, William Erasmus, Darwin pôs-se a observar o bebê e comparar as suas expressões faciais com as de Jenny, uma fêmea orangotango do zoológico de Londres, onde pode perceber a enorme semelhanças entre as expressões faciais e emoções nas pessoas e nesses animais.¹³

Após a publicação de *A origem das espécies*, um grupo de biólogos, dentre eles Thomas Huxley, um dos seus principais discípulos, examinou chimpanzés e gorilas trazidos por exploradores das selvas africanas, e concluíram que eles são mais semelhantes aos humanos do que os orangotangos.

Assim, em 1863, Huxley publicou *Man's place in nature*, sugerindo a continuidade entre os cérebros dos grandes primatas e os dos homens. Segundo ele, em determinado momento do processo evolutivo algumas espécies começaram a selecionar indivíduos que possuíam um novo atributo adaptativo, um cérebro avantajado, que pouco a pouco foi lhe permitindo desenvolver sofisticadas atividades mentais.¹⁴

Somente em 1871 em *A origem do homem e a seleção em relação ao sexo*, Darwin apresentou seu argumento sobre a evolução da espécie humana, sugerindo que ela teria evoluído a partir de ancestrais semelhantes a macacos, e embora muitos tenham considerado, à época, essas idéias absurdas, com o tempo elas foram confirmadas por um conjunto de evidências empíricas.

Cada vez mais, as pesquisas desenvolvidas em importantes universidades ao redor do mundo confirmam o postulado darwiniano de que não existem diferenças categóricas

entre o homem e os animais não humanos, especialmente quando se trata de analisar seus atributos mentais ou espirituais.

De fato, várias pesquisas demonstram claramente que o homem é mais uma espécie na cadeia evolucionária, não existindo nenhuma característica que justifique as barreiras existentes entre ele e os animais não-humanos. Hoje se sabe, por exemplo, que a própria evolução do cérebro humano não ocorreu para isolá-lo das leis da sobrevivência e da reprodução, mas para cumprí-las com maior eficácia.¹⁵

Segundo estudos recentes humanos e primatas se dividiram em espécies diferentes há mais ou menos 5 milhões de anos, uma parte evoluindo para os atuais chimpanzés e bonobos e a outra para a formação de primatas bípedes eretos que evoluíram para espécies como o *Homo Australopithecus*, o *Homo Ardipithecus* e o *Homo Paranthropu*, embora o ancestral comum da espécie humana com os chimpanzés e gorilas seja muito mais recente do que o ancestral comum dos chimpanzés e gorilas com os primatas Asiáticos por exemplo, como os gibões e orangotangos.¹⁶

Esta proximidade evolutiva representa semelhanças importantes entre essas espécies e o homem. Jane Goodall, por exemplo, que conviveu durante trinta e um anos com um grupo de chimpanzés no Parque Nacional de Gombe, na Tanzânia, provou que estes primatas possuem individualidades e relações sociais bem complexas, e que além do parentesco genético, são dotados de uma estrutura cerebral e um sistema nervoso central extraordinariamente semelhantes aos nossos.¹⁷

As sociedades dos primatas, por exemplo, são baseadas na cooperação, divisão social do trabalho, estratégias de manipulação, punição e reconciliação. Gorilas, chimpanzés, bonobos e orangotangos, assim como os humanos, possuem mesmo uma inteligência capaz de resolver problemas sociais, atributo este que lhes facilita a sobrevivência e a reprodução.¹⁸

Via de regra, se reúnem em famílias ou clãs compostos de jovens e anciãos, machos e fêmeas, que se dividem em diversos graus de parentesco e subgrupos, semelhantes aos nossos partidos políticos ou associações de bairros.¹⁹

Em 1753, 106 anos antes de *Origem das Espécies*, Carl von Lineu havia publicado a obra *Species Plantarum*, sistematizando a ordem natural das espécies, afirmando que as espécies eram invariáveis, reforçando a equivocada dicotomia entre o poderoso homem, isolado no alto, e os humildes primatas, próximos da bestialidade.²⁰

Desde o fim do século XIX, com o surgimento da biologia como uma disciplina fundada na teoria da evolução, que o sistema de classificação tenta refletir a história evolutiva das espécies, embora isso ainda seja feito de uma forma circular e subjetiva, primeiro decidindo os parentescos para somente depois buscar evidências anatômicas que comprovem essas presunções.

Na segunda metade do século XX surgiu um novo modelo taxonômico, denominado cladístico, que passou a classificar os animais com base na similaridade anatômica, na distância genética e no tempo de separação entre as espécies.²¹

Diferentemente da taxonomia tradicional, no modelo cladístico as inferências sobre a história evolucionária vêm antes da classificação, e não depois, e com o advento da sistemática molecular, que utiliza a análise do genoma e os métodos da biologia molecular, tem ocorrido uma profunda revisão na classificação da espécies.

De fato, em grupo de cientistas, utilizando-se da moderna tecnologia de análise genética, recentemente publicou na prestigiada revista americana *Proceedings of the National Academy of Sciences*, uma pesquisa que revela que a semelhança entre os códigos genéticos do homem e do chimpanzé são quase idênticos,²² sendo possível afirmar que essas espécies pertencem à mesma família (*hominidae*) e ao mesmo gênero (*Homo*)²³

É que além de características anatômicas fundamentais como o peito liso, um particular caminho dos dentes molares, a ausência de rabo, etc., essa análise genética revelou que não faz muito tempo que os grandes primatas tiveram um ancestral comum com os homens.

O *Smithsonian Institute*, por exemplo, já adota esse esquema de classificação, e nas últimas edições da publicação *Mammals Species of the World*, os membros da família dos grandes primatas passaram a integrar a família dos hominídeos,²⁴ que são classificados como *Homo troglodytes* (chimpanzés), *Homo paniscus* (bonobos) e *Homo sapiens* (homens)²⁵ e *Homo gorilla* (gorilas).²⁶

Hoje sabemos que os grandes primatas possuem atributos mentais muito semelhantes aos da espécie humana, e que a exclusão deles de nossa comunidade de iguais é moralmente injustificável, arbitrária e irracional,²⁷ uma vez que em termos biológicos, não pode haver nenhuma categoria natural que inclua os chimpanzés, gorilas e orangotangos e exclua a espécie humana.²⁸

3. Evolução jurídica e direito animal

Nenhum ser humano pode tratar os animais como coisa insignificante, para trabalhar, ser torturado, comido, como se fossem objeto de mera satisfação dos desejos humanos. Juntamente com os destinos e afazeres que recaem sobre eles, os animais também têm o direito de ser tratados com gentileza e consideração, e o homem que não tratá-los desta forma, mesmo que seja vasto o seu conhecimento ou influência, é sob este aspecto um homem tolo e ignorante, desprovido da mais alta e nobre cultura da qual a mente humana é capaz. **Henry Salt.**²⁹

Como vimos, Darwin provou que o homem não possui nenhuma diferença ontológica em relação aos grandes primatas, de modo que nada justifica a exclusão deles da nossa esfera de consideração moral, mesmo porque eles possuem os mesmos interesses fundamentais pela vida, liberdade e integridade física e psíquica.

É que ao as idéias, a jurisprudência também muda, e quando a opinião pública fica de um lado, dificilmente o judiciário se opõe a ela, a exemplo da escravidão brasileira, que já estava em plena decadência quando o movimento abolicionista obteve a vitória final.³⁰

As mudanças na cultura jurídica dizem respeito tanto ao nível de profissionalização dos operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados, legisladores), quanto ao processo de formação acadêmica desses profissionais, especialmente no que se refere ao enfoque filosófico predominante nas universidades.³¹

Podemos encontrar, no decorrer da história, atos jurisdicionais que operaram verdadeiros efeitos de mudança *não-formal*, mediante adaptações por processos de interpretação da Constituição.³²

Um dos exemplos clássicos de mudança não-formal ocorreu durante a vigência da Constituição de 1891, com a denominada “doutrina brasileira do *Habeas Corpus*”, desenvolvida a partir das idéias de Rui Barbosa, que estendia a utilização daquele instituto a todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado ou impossibilitado de seu exercício em decorrência de um abuso de poder ou ilegalidade, tanto no âmbito civil quanto no criminal.³³

Mesmo quando esse tipo de litigância não alcança os resultados esperados, ela pode servir de modelo e repercutir positivamente na esfera social, a exemplo do que ocorreu no Brasil em 1880, quando o abolicionista Luiz Gama ingressou com um *Habeas Corpus* em favor do escravo Caetano Congo, que havia sido preso em São Paulo por fugir de uma fazenda no Município de Campinas, onde era constantemente maltratado.

Luiz Gama argumentou que o paciente nascera na costa da África, e embora houvesse sido registrado há cinquenta anos, a sua verdadeira idade era de 58 anos, pois naquela época os contrabandistas não importavam crianças com menos de 10 anos. Assim, Luiz Gama demonstrou que Caetano havia sido trazido para o Brasil em 1832, isto é, um ano depois da lei que tornou ilegal o comércio transatlântico de escravos.³⁴

Embora a justiça tenha rejeitado o *writ* e Caetano Congo tenha sido devolvido ao seu proprietário, o fato repercutiu negativamente contra os escravagistas, e isto acabou promovendo politicamente o movimento abolicionista.³⁵

Nos EUA um exemplo de interpretação evolutiva ocorreu com a Carta de 1787, que permitia, na seção 2 do art. 1, o regime da escravidão humana, e em 1857, no famoso caso *Dred Scott vs Sandford*, a Suprema Corte negou a um escravo a condição de cidadão.³⁶

Mesmo após a abolição da escravatura pela 13ª emenda de 1865, em 1896, essa mesma Corte julgou o caso *Plessy vs Ferguson*, criando a doutrina dos *iguais, porém separados* (*equal but separate*), ao impedir o acesso de estudantes negros às escolas destinadas aos estudantes brancos. Somente em 1954, com o julgamento do caso *Brown vs Board of Education*, a Suprema Corte americana declara a inconstitucionalidade da segregação de estudantes negros nas escolas públicas.³⁷

Outro exemplo, agora na esfera ecológica, ocorreu em 1972, quando a Suprema Corte dos EUA julgou o famoso caso *Sierra Club vs Morton*, em que a Associação Sierra Club aciona o US Forest Service pedindo a anulação da licença administrativa que autorizava a construção de uma estação para esportes de inverno no *Mineral King Valley*, vale localizado na Califórnia bastante conhecido por abrigar várias espécies de sequóias.³⁸

Como o Tribunal de Apelação da Califórnia havia indeferido o pedido, por considerar que nenhum membro da associação havia sofrido prejuízo, Christopher Stone escreveu um ensaio seminal denominado *Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects*, que foi anexado ao processo quando este já se encontrava próximo de ser julgado pela Suprema Corte.³⁹

Nesse artigo, Stone apresenta o argumento da continuidade histórica, afirmando que o direito vem ampliando cada vez mais sua esfera de proteção, das crianças às mulheres, dos escravos aos negros, até as sociedades comerciais, associações e coletividades públicas, de modo que não havia nenhuma razão para recusar a titularidade de direitos para os animais e as plantas, que estariam ali representados pela Associação Sierra Club.⁴⁰

Contrariando todas as expectativas, três dos sete juízes da Suprema Corte americana se declararam favoráveis aos argumentos apresentados por Stone, e embora a sua tese tenha sido derrotada, o voto do juiz Marshall se tornou antológico, ao afirmar que se naquele país os navios e as corporações podiam ser titulares de direitos, não existia nenhuma razão para se negar a extensão desses direitos aos animais e às plantas.⁴¹

Seja como for, existe uma tendência mundial de superação do antropocentrismo clássico, uma vez que os elementos naturais cada vez mais têm sido objeto de consideração moral,⁴² muitas vezes sendo protegidos em detrimento de interesses humanos imediatos.

Por outro lado, temos assistido a um aumento significativo da consciência social sobre os animais, existindo mesmo um consenso de que eles possuem interesses que devem ser protegidos juridicamente, embora a maioria das pessoas ainda ache inviável a idéia de conceder-lhes direitos.⁴³

Toda idéia, porém, responde ao padrão de mudança do tecido moral da sociedade, e não há dúvida de que o lugar dos animais tem mudando da periferia para o centro deste debate ético, e o simples fato da expressão “direitos dos animais” ter se tornado comum ao vocabulário jurídico já é um sinal positivo dessa mudança.

Segundo Pierre Bourdieu:

A interpretação opera a *historicização* da norma, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco. Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade.⁴⁴

Os animais domésticos, por exemplo, ainda são tratados na esfera judicial como propriedade privada, o que acaba por reforçar o conceito tradicional de direito subjetivo cunhado nos séculos XVII e XVIII,⁴⁵ que protege os interesses humanos, ainda que superficiais, em detrimento dos interesses dos animais.

4. Chimpanzés como pessoa

A Declaração dos Direitos dos Grandes Primatas é uma tentativa razoável de reconhecer o que nós temos por muito tempo ignorado: que certos não-humanos devem ser considerados como “pessoa” a fim de obter proteção jurídica de seus direitos fundamentais. (tradução nossa) **Gary Francione.**⁴⁶

Os juristas, de um modo geral, ainda são céticos em relação à possibilidade de os animais serem admitidos em juízo como titulares de direitos, e na ausência de um suporte legislativo claro, os tribunais na maioria das vezes evitam tomar uma decisão avançada como esta.

Muitos acreditam que mesmo que exista um suporte efetivo da opinião pública,⁴⁷ uma decisão deste tipo seria insignificante, reformista e ineficaz, pois dificilmente haveria uma força política capaz de executá-la.⁴⁸

Outros consideram a retórica dos direitos contraproducente, uma vez que ela estigmatiza a maioria das pessoas que, de uma forma ou de outra, participam do sistema de exploração institucionalizada dos animais, o que só faz aumentar a resistência psicológica a esse tipo de mudança.

Não obstante, apesar dos bloqueios ideológicos e psicológicos da maioria das pessoas à idéia de direitos para os animais, entendemos que o judiciário pode ser um poderoso agente no processo de mudança social, uma vez que ele não apenas tem o poder, mas o dever de agir quando o legislativo se recusa a fazê-lo, sendo, muitas vezes, o único poder capaz de corrigir as injustiças sociais quando os demais poderes estão comprometidos politicamente ou presos aos interesses dos grandes grupos econômicos.⁴⁹

Henry Salt, já no século XIX, afirmava que se os homens possuem direitos, os animais também os possuem, desde que se entenda por direito “um sentido de justiça que marque as fronteiras onde a aquiescência acaba e a resistência começa; uma demanda pela liberdade de viver a própria vida e a necessidade de respeitar a igual liberdade dos outros”.⁵⁰

Quando utilizamos a palavra direito, o fazemos sempre com uma carga valorativa positiva, via de regra para representar uma situação jurídica na perspectiva daqueles que se encontram numa posição favorável em relação a outro ou a alguma coisa.⁵¹

A despeito do enorme preconceito enfrentado pelos animais, é preciso lembrar, como fez o juiz Holmes, que o mundo jurídico já é povoado de sujeitos não-humanos, como empresas, municípios, Estados, Igrejas, etc.

Para Laurence Tribe, os argumentos utilizados para negar direitos aos animais não-humanos não passam de mitos, pois há muito tempo o direito desenvolveu o instituto da pessoa jurídica para admitir que seres inanimados possam ser sujeito de direito.⁵²

De fato, se examinarmos a história do Direito, não será difícil perceber que nem todos os homens são (ou foram) considerados pessoas, da mesma forma que nem todas as pessoas são seres humanos.⁵³

Os juristas da Idade Média, por exemplo, passaram centenas de anos se debatendo sobre a possibilidade de conceder personalidade jurídica para “organismos corporativos”, como a Igreja e o Estado.⁵⁴ Da mesma forma que, ainda hoje, muitos negam a possibilidade de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, a despeito do mandamento constitucional a respeito.

Alguns autores acreditam que é preciso enfrentar a questão dos direitos dos animais não-humanos a partir da necessidade de expandir o rol dos sujeitos de direito, outorgando-lhes personalidade jurídica.

De fato, a expressão “ser humano” costuma ser utilizada em sentidos que nem sempre se harmonizam, pois se num primeiro momento ela se refere ao conjunto dos integrantes da espécie *Homo sapiens*, outras vezes ela exige “indicadores de humanidade”, como a consciência de si, o autocontrole, o senso de passado e futuro, a capacidade de se relacionar, se preocupar e se comunicar com os outros e a curiosidade.⁵⁵

A palavra “pessoa” foi introduzida no discurso filosófico pelo filósofo estóico Epictetus para descrever o papel que cada indivíduo representava na vida social,⁵⁶ e na Roma Antiga somente o indivíduo que reunia determinados atributos - o nascimento com vida, forma humana, viabilidade fetal e perfeição orgânica suficiente para continuar a viver – e o *status* de cidadão livre e capaz, podia ser considerado *pessoa*,⁵⁷ ao passo que mulheres, crianças, escravos, estrangeiros e os próprios animais eram considerados *res*.⁵⁸

O processo de identificação do conceito de pessoa com o de ser humano só apareceu no mundo jurídico a partir do cristianismo, que lutou contra a distinção romana entre os cidadãos e os escravos.⁵⁹

O fundamento moral do cristianismo tem como ponto de partida a sacralização da vida humana, uma vez que nesta visão todos os homens estão destinados a uma vida comum após a morte do corpo.⁶⁰

Para contratualistas como John Locke, porém, o conceito de pessoa está mais assentado nas idéias de razão e consciência de si, de modo que pessoa é todo ser inteligente e pensante, dotado de razão, reflexão e capaz de considerar a si mesmo como uma mesma coisa pensante em diferentes tempos e lugares.⁶¹

Para outros como Kant, pessoa representa todo ser racional e auto-consciente, capaz de agir de maneira distinta de um mero espectador, tomando decisões e executando-as com a consciência de perseguir interesses próprios.⁶²

Acontece que esse conceito de pessoa estruturado a partir dos conceitos de razão e consciência do si está há muito tempo ultrapassado, pois mantê-lo levaria ao absurdo de excluir de nossa esfera de consideração direta os recém-nascidos e os portadores de deficiências mentais.

Os recentes avanços da medicina e das ciências biomédicas tem levantado várias questões éticas acerca da personalidade jurídica, uma vez que existem seres humanos que não poderiam, em sentido estrito do termo, ser considerados pessoa, como aqueles acometidos de morte cerebral mas ainda mantidos vivos através de aparelhos para que destinem os seus para doação, ou mesmo o embrião concebido em decorrência de estupro, que pode ser abortado dentro de certas condições.

Muitas pesquisas apresentam provas empíricas de que golfinhos, orcas, elefantes e animais domésticos como cachorros e porcos são seres inteligentes, racionais e dotados de consciência de si, o que lhes habilitariam a ser considerados pessoa, no sentido filosófico do termo.⁶³

Não esqueçamos que o Código Civil de 2006 removeu uma das principais barreiras levantadas pelos civilistas para afirmar que o direito é feito exclusivamente para a espécie humana, e os seus dois primeiros artigos, ao tratar da personalidade e da capacidade, substituiu a palavra *homem* que se encontrava no antigo código pela palavra *pessoa*,⁶⁴ demonstrando claramente que pessoa natural e ser humano são conceitos independentes.

Steven Wise, que defende a imediata extensão de direitos subjetivos aos chimpanzés e bonobos (chimpanzés pigmeus), sob o argumento de que esses animais possuem uma capacidade mental que lhes permitiria ser aprovados em testes que normalmente são aplicados a seres humanos, utiliza a teoria dos direitos subjetivos de Wesley Hohfeld para afirmar que os grandes primatas possuem direitos individuais negativos (privilégios), tais como a liberdade corporal e a integridade física.⁶⁵

Para ele, se os juízes concedem direitos de dignidade para crianças e pessoas com graves deficiências mentais a partir da ficção legal de que “todas as pessoas são autônomas”, pelas mesmas razões deveriam reconhecer que os grandes primatas possuem esses direitos.⁶⁶

No Brasil, a questão se torna ainda mais clara, pois a Constituição de 1988 elevou a proibição das práticas que submetam os animais a crueldade à categoria de direito fundamental, o que lhe conferiu aplicabilidade imediata,⁶⁷ a despeito de sua corrente violação.⁶⁸

5. Litigância judicial pelos direitos dos animais

Considerando que o ativismo dos direitos dos animais cada vez mais envolve o direito, um estudo desse movimento deverá se mostrar informativo. Assim como outros movimentos sociais, o movimento pelos direitos dos animais aumentou sua confiança no sistema judicial. **Helena Silverstein**⁶⁹

Alguns segmentos do movimento abolicionista têm se utilizado da ação direta, desde o uso de modelos despídos para chamar a atenção da opinião pública até a sabotagem de laboratórios de experimentação animal. Essas atividades, no entanto, embora chamem a atenção da opinião pública para a questão, não têm o condão de mudar o sistema, pois o direito só muda através das leis ou da jurisprudência.

Outros têm buscado inserir o discurso abolicionista na esfera política, seguros de que a importância que os legisladores darão aos interesses dos animais depende da extensão e do número de organizações de apoio a essas reivindicações.

Um dos segmentos mais fortes do movimento pelos direitos dos animais utiliza o veganismo - a abstinência de utilização de todo e qualquer produto proveniente da exploração dos animais - como filosofia de vida, mas principalmente como forma de desobediência civil ao sistema institucionalizado de exploração animal.

Outros ainda utilizam o sistema judicial com estratégia para atingir os objetivos do movimento, seja ingressando diretamente com ações judiciais em favor dos animais, seja representando aos promotores e procuradores do Ministério Público, denunciando as atividades que violam a integridade física e psíquica dos animais, tais como circos, zoológicos, rodeios, rinhas de galo, vaquejadas, etc.⁷⁰

De fato, na tentativa de produzir mudanças sociais, ativistas pelos direitos dos animais, como eu, têm recorrido às instituições e a linguagem jurídica para alcançar seus objetivos.

É que as fontes do significado jurídico ultrapassam as fronteiras das instituições governamentais, e estão presentes em todos os que pensam, falam e agem no contexto jurídico da sociedade, de modo que os significados dos institutos jurídicos se constituem e ao mesmo tempo são constituídos nas esferas não-judiciais e não-estatais da interação social.

Sabendo que as leis são constituídas por palavras e conceitos vagos, ambíguos ou indeterminados, esses ativistas sabem que elas podem conter múltiplos significados, já que raras vezes ocorrem interpretações unificadas.

Segundo Helena Silverstein, os ativistas pelos direitos dos animais agem tanto na perspectiva constitutivista quanto instrumentalista. Na perspectiva constitutivista, procuram ampliar os efeitos jurídicos das normas através da criação de novos significados e caminhos jurídicos. Na perspectiva instrumentalista buscam explorar os

efeitos indiretos dos litígios judiciais, na certeza de que pequenas vitórias podem promover um avanço no nível educacional e de consciência da população, além de ajudar na construção do movimento, na sua mobilização e no aumento da pressão política contra os que se opõem a ele.⁷¹

Helena Silvertein, todavia, defende uma aproximação dessas perspectivas, uma vez que os efeitos diretos e indiretos do litígio sempre implicam na produção de novos significados favoráveis aos ativistas, influenciando as práticas, atitudes e expectativas do movimento, ao mesmo tempo em que contribuí para o aumento da credibilidade do movimento, construindo laços de solidariedade entre os ativistas.⁷²

Com efeito, 100 anos depois de José do Patrocínio escrever suas últimas frases,⁷³ juntamente com um grupo de promotores de justiça, professores de direito, associações de defesa dos animais e estudantes de direito impetramos uma ordem de Habeas Corpus em favor da chimpanzé Suíça, que vivia enjaulada no Jardim Zoológico da Cidade do Salvador.

Em sentença publicada no Diário do Poder Judiciário de 5 de outubro de 2005 (data comemorada como o dia mundial dos animais) o Juiz Edmundo Lúcio da Cruz, da 9ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, julgou o *Habeas Corpus* nº 833085-3/2005, abrindo um precedente histórico para o mundo jurídico, ao admitir que uma chimpanzé como sujeito de direito em uma demanda judicial.

O método hermenêutico utilizado refere-se à interpretação evolutiva, que visa encontrar a vontade autônoma das normas e adequá-las à realidade social, com suas mudanças históricas, sociais ou políticas, para então atribuir-lhes novos sentidos.⁷⁴

No decorrer do tempo a hermenêutica jurídica costuma acumular uma série de experiências na criação de mecanismos de mudança e adaptação jurídica, desde juízos de equidade a interpretações analógicas, o que acaba por tornar possível a convivência de normas, que embora contraditórias, continuam sendo consideradas válidas.⁷⁵

É que muitas vezes os valores sociais tornam uma norma obsoleta, como no caso do art. 219, IV, do antigo Código Civil, que permitia a anulação do casamento por erro de pessoa quando houvesse o defloramento da mulher e esse fato fosse ignorado pelo marido, artigo que antes do novo Código Civil já havia sido revogado pelo costume negativo.⁷⁶

O Writ também buscou fundamento na interpretação analógica, ainda hoje considerada uma importante fonte de direito, partindo do princípio de que se deve dar tratamento igual a casos semelhantes, pois uma decisão judicial pode ser considerada inaceitavelmente arbitrária se tratar um caso de uma forma e um outro caso semelhante de forma diferente, sem que exista motivo relevante para isto.⁷⁷

Como sabemos, a analogia consiste na utilização de uma norma estabelecida para determinada *facti species* ou conduta para a qual não seja possível identificar uma

norma aplicável, desde que existam semelhanças entre os supostos fáticos ou jurídicos.
78

O caso *Suíça vs Zoológico de Salvador*, demonstrou que assim como as espécies, as idéias também evoluem, e que os juízes não podem simplesmente virar as costas para os avanços científicos.

Em um *Habeas Corpus* o paciente é o verdadeiro titular do direito reivindicado, de modo que o juiz deve inicialmente analisar se a ação preenche os pressupostos processuais e as condições da ação.

Com efeito, antes de receber a petição o juiz teve de decidir se a chimpanzé Suíça podia ou não ser titular do direito a liberdade de locomoção, se o seu juízo era competente para julgar o feito e se os impetrantes tinham capacidade processual e postulatória para ingressar com o *writ*.

É que em nosso sistema, antes de decidir se recebe uma petição inicial, o juiz procede a uma cognição *provisória* do mérito, analisando os elementos constantes da inicial e os documentos que a instruem, somente determinando a citação da outra parte quando estiver convencido, *se et in quantum*, da veracidade das alegações do autor e da provável procedência do pedido, mesmo porque esta decisão não é um despacho de mero expediente, mas uma decisão liminar de conteúdo positivo e natureza interlocutória.⁷⁹

Ao fazer esse juízo preliminar de admissibilidade da ação, o juiz fica, a partir de então, impedido de considerar inepta a petição inicial e de extinguir o processo sem julgamento de mérito.⁸⁰

Após receber o pedido e notificar a autoridade coatora a prestar informações, para surpresa geral, no dia 27 de setembro de 2005, a chimpanzé Suíça faleceu, o que determinou a extinção do processo sem julgamento de mérito, uma vez que a morte da paciente ensejou o perecimento do objeto, isto é, a coação ilegal da sua liberdade de locomoção.⁸¹

Na sentença, o próprio juiz admite que poderia ter extinguido o feito, *ab initio litis*, julgado inepta a petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido ou por falta de interesse de agir, face de uma suposta inadequação do instrumento processual.

Ele chega mesmo a citar um antigo precedente do STF, para em seguida afirmar:

Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos.⁸²

É importante destacar que o processo, apesar de interrompido, não pode ser considerado inválido, mesmo porque, na fundamentação da sentença, o juiz deixou claro que o *writ* preenchia todas as condições da ação, ou seja, que a tutela jurisdicional pleiteada era suscetível de apreciação, que as partes eram legítimas e que a via processual do *Habeas Corpus* era um instrumento necessário e adequado e, portanto, poderia ensejar um resultado satisfatório para a paciente.

Assim, o caso Suíça vs. Jardim Zoológico de Salvador acabou por se constituir em um precedente judicial histórico, tornando-se talvez o marco judicial zero do direito animal no Brasil, ao fazer valer uma das principais reivindicações do movimento abolicionista: o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, dotados de capacidade de reivindicar esses direitos em juízo, pois dotados de plena capacidade jurídica e capacidade de ser parte.

Ainda que a chimpanzé Suíça não houvesse falecido, e o juiz indeferisse o *writ*, considerando, por exemplo, que o santuário para o qual se pretendia transportar Suíça não oferecia melhores condições do que a jaula do zoológico de Salvador, o feito já havia se tornado inédito, pois o importante neste julgamento foi o reconhecimento de um animal não humano como titular do direito de reivindicar seus direitos em juízo.

O fato obteve uma repercussão positiva, tanto na imprensa, quanto entre ativistas e cientistas de várias universidades no mundo, que, celebrando o fato como um feito inédito, enviaram centenas de mensagens de solidariedade aos impetrantes e ao magistrado.

Em de setembro de 2008, o Ministro Antonio Herman Benjamin, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), interrompeu o julgamento do habeas-corpus, pedindo vista dos autos para melhor exame de um pedido de Habeas Corpus impetrado em favor de duas chimpanzés: Lili e Megh, trazidas do Zoológico de Fortaleza para São Paulo para o Santuário Caminhos da Evolução, filiado ao Great Apes Project (GAP) do Brasil) e apreendidas pelo IBAMA por ausência das licenças ambientais devidas.

Inconformado com a decisão do Tribunal Regional da 3ª Região (TRF3), que determinou fossem os animais reintroduzidos na natureza, decisão que determinaria a morte desses hominídeos, uma vez que a espécie não possui habitat no Brasil, o dono do santuário impetrou ordem de Habeas Corpus para mantê-las sob sua guarda, onde vivem em um santuário.⁸³

Quando às questões jurídicas em jogo num Habeas Corpus para chimpanzés, inicialmente é preciso saber se eles são titulares do direito de liberdade, de ir, de voltar e/ou permanecer.

Muitos autores acreditam que a diferença específica entre o homem e os animais estaria justamente nessa aptidão do primeiro de se distanciar da situação em que se encontra inserido, e agir de forma altruística, uma vez ainda que o comportamento humano seja determinado pela herança genética e condicionado pelo ambiente, ele sempre pode dar um novo sentido aos seus atos.⁸⁴

Segundo Kant, “há somente um único direito natural ou inato, a liberdade (independência do arbítrio de outro), na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal”, e embora ele acreditasse que apenas o homem deveria ser digno desse direito, o estágio atual do conhecimento científico já nos permite estender este direito para outras espécies.⁸⁵

Com efeito, várias pesquisas empíricas têm respondido positivamente a esta questão, comprovado que esses humanóides possuem sentimentos morais, tais como altruísmo, compaixão, empatia, amor, consciência e senso de justiça.

Por outro lado, dado que o habeas corpus é por excelência o remédio heróico de defesa do direito de liberdade, restará ao sistema judicial definir em que circunstâncias um chimpanzé domesticado, ou seja, humanizado, deve ser considerado livre: em um circo ou zoológico, em um santuário ou na floresta.

Ora, se a norma constitucional prevista no art. 225, VII, proíbe que os animais sejam tratados de forma cruel e o art.32 da lei 9.605/98 considera crime abusar, maltratar, ferir ou mutilar animais, silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, considerando que um chimpanzé nascido e criado em cativeiro é um animal exótico domesticado, não há que se falar em um dever para os humanos, e ao mesmo tempo negar o direito correspondente para o seu titular.

Como dentre os direitos fundamentais básicos podemos destacar a vida, a liberdade e a integridade psíquico-física, e sendo Habeas Corpus uma ação constitucional destinada à proteção contra ato construtivo à liberdade, praticado por autoridade ou particular, é perfeitamente plausível, a partir de um critério de justiça mais amplo, incluir os chimpanzés no rol dos seus legitimados.⁸⁶

É que o direito de liberdade significa que o seu titular possui o direito básico de não ser tratado de forma cruel, com mero instrumento em benefício de direitos não-básicos de outrem. Isto significa que o titular desse direito é dotado de valor inerente, devendo sempre tratado como fim e não como meio.

Segundo Henry Shue, um direito é considerado básico quando qualquer tentativa de exercer outro direito através do seu sacrifício só pode ocorrer em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer outra circunstância que exclua a ilicitude do ato.⁸⁷

É que os direitos básicos são pré-requisito para a fruição e o exercício de direitos não-básicos, e o que caracteriza um direito como básico é que ele não pode ser sacrificado, salvo em circunstâncias especiais, para assegurar um direito não-básico, ao passo que a proteção de um direito não-básico pode ser sacrificada, quando necessário, em benefício de um direito básico.⁸⁸

Considerando que os chimpanzés vivem nos bosques e florestas da África central e ocidental, um chimpanzé nascido em cativeiro não sobreviveria por muito tempo em uma floresta fora do seu habitat de origem, e até mesmo nesses locais implicaria em um

custoso e delicado processo de reintrodução, a hipótese de devolvê-lo à natureza estaria em princípio descartado.

Por outro lado, em um santuário, diversamente de um zoológico, onde o animal é utilizado com meio para a satisfação dos interesses humanos, os chimpanzés estarão sob a guarda de pessoas que agirão no interesse do próprio animal, que ali é considerado como um fim, isto é, como um ser dotado de valor inerente.⁸⁹

6. Conclusões

É um mito – um mito muitas vezes aceito até mesmo por observadores astutos como Steven Wise – pensar que o nosso ordenamento jurídico e constitucional não estabelece direitos para outros entes além dos homens, de modo que um muro alto tem que ser quebrado ou ultrapassado se o direito acordar para os animais. **Laurence Tribe**⁹⁰

Como vimos, a Constituição Federal reconhece que os animais são seres sensíveis que podem ser prejudicados diretamente, proibindo as práticas que os submetam a crueldade, e ninguém pode negar que a finalidade preliminar dessas normas seja a de proteger a vida, a liberdade e integridade física dos animais.

Sendo os chimpanzés titulares de direitos fundamentais básicos, dentre eles o direito à liberdade, seria incoerente negar-lhes legitimação para utilizar-se, através de seus representantes, a capacidade de defender esses direitos em juízo.

Ainda que não se esteja falando em direito natural, sabemos que o conceito de direito é permeado por um senso de justiça que marca os limites de quando termina a aquiescência e começa a resistência.⁹¹

Não temos dúvida de que a história estará ao lado daqueles que acreditam na possibilidade do Brasil se tornar uma referência mundial positiva em um dos debates mais importantes da atualidade: a inclusão dos animais em nossa esfera de consideração moral e jurídica.

Alguns países da Comunidade Européia, como a Espanha, Alemanha e a Suíça, têm dado alguns passos nessa direção, aumentando cada vez mais as esperanças dos ativistas pelos direitos dos animais.⁹²

É preciso ter em mente que o fundamento para a admissão dos grandes primatas como pacientes em um Habeas Corpus está inserido dentro de um paradigma antropocêntrico, uma vez que se trata apenas de um alargamento do nosso círculo de consideração moral e a conseqüente extensão dos próprios direitos humanos aos nossos ancestrais mais próximos.

Seja como for, passos como esses têm o condão de destruir as bases do preconceito secular especista, e podem incrementar ainda mais o uso do litígio judicial como instrumento de luta dos ativistas pelos animais.

A recusa em reconhecer os direitos básicos dos animais, especialmente quando se tratam dos direitos à vida, à liberdade e à integridade física, não resiste a uma investigação científica ou moral séria.

O verdadeiro refinamento moral da humanidade, simples cumprimento das promessas do esclarecimento humanista, somente estará realizado quando enfrentarmos o problema de frente, e deixando de lado a hipocrisia, os subterfúgios e desculpas evasivas, compreendermos que não existe nenhum critério, máxima ou princípio ético ou jurídico capaz de legitimar a maleficência ínsita na exploração institucionalizada da miséria e sofrimento dos animais.

. Esperamos, sinceramente, que este dia não esteja tão longe, como muitos ainda pensam.

7.Referências

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro:Forense. 2005

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim e LEITE, José Rubem Morato (Orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007

BERGSON, Henri, *Cursos de filosofia grega*. São Paulo: Martins Fontes. 2005

BEVILAQUA, Clóvis.. A Fórmula da Evolução Jurídica. In: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Ano III. 1893, p.3.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB. 1999

BURGIERMAN, Denis Russo. Chimpanzés são humanos. **Superinteressante**. São Paulo, Abril,, julho, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2002

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O meio ambiente nos tribunais*: do direito de vizinhança ao direito ambiental. São Paulo. Método. 2001

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARVALHO, André e WAIZBORT, Ricardo, A mente darwiniana, *Viver mente & cérebro*. fev. 2006

CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994

_____. *El origen del hombre y la selección em relación al sexo*. Madrid: Biblioteca E.D.A.F., 1989

DAWKINS, Richard. DAWKINS, Richard. “Gaps in the Mind”, In: CAVALIERI, Paola and

DIAMOND, Jared. The third chimpanzee. In: SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (Eds). *The great ape project*: equality beyond humanity. New York. 1993, ps. 88 -101

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUNBAR, R. I. M. What’s in a classification. In: SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (Eds). *The great ape project*: equality beyond humanity. New York, p.109-112,

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, São Paulo, Atlas, 1990

FRANCIONE, Gary. Personhood, Property and Legal Competence. In: **The Great Ape Project**:equality beyond humanity. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (Ed) New York: St. Martin. 1993, ps 248-257.,

Animal Rights: An incremental approach. In: In: **Animal Rights**: the changing debate. GARNER, Robert. (Ed) New York: New York University Press.1996, ps 42-60.

FREUD, Sigmund. *Conferências introdutórias sobre psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOODALL, Jane. *Uma janela para a vida*: 30 anos com os chimpanzés da Tanzânia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1991

GOODMAN, Morri set al. Implications of natural selection in shaping 99.4% nonsynonymous DNA identity between humans and chimpanzees: enlarging genus homo. Detroit: Wayne State University School of Medicine. 2003. Disponível em <<http://www.intl.pnas.org>>. Acesso em 9 ago 2007.

HALL, Lee and WATERS, Jon. **From Property to person**: The case of Evelyn Hart. Disponível em [http:// www. Personhood.org/lawreview](http://www.Personhood.org/lawreview). Capturado em 8 de maio de 2006.

KANT, Emanuel. *Doutrina do Direito*. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993

LEVAI, Laerte Fernando em *Direito dos animais*. Campos do Jordão. Mantiqueira. 2004

LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding**, London: George Routledge and Sons Limite. 1

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social*: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

MORIN, Edgar. *O enigma do homem*: para uma nova antropologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1975

PATROCÍNIO, José do. Disponível em WWW. culturalbrasil.pro.br. Capturado em 13 de setembro de 2008.

QUAMMEN, David. Darwin estava errado?. *National Geographic Brasil*. São Paulo, nov., 2004.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Jurídica, 200

RACHELS, James. Do animals have a right to liberty. In: REGAN, Tom; SINGER, Peter. *Animal rights and human obligations*. New Jersey: Prentice-Hall. 1976

SALT, Henry. *Animal's rights*: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980, p.2.

SILVERSTEIN, Helena. *Unleashing rights*: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. trad. Marly Winckler. Salvador: Evolução. 2008.

_____. **Vida ética**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002

STEFFOFF, Rebecca. **Charles Darwin**: A revolução da evolução. São Paulo: Companhia das Letras. 2007

TRIBE, Laurence. “Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise.” In: **Animal Law Review**. 2001.

WISE, Steven. **Rattling the cage**: toward legal rights for animals. Cambridge and Massachusett: Perseus . 2000

WRIHT, Robert. **O animal moral**: porque somos como somos: a nova ciência da psicologia evolucionista. Rio de Janeiro: Campus. 1966

ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003

1 BEVILAQUA, Clóvis.. A Fórmula da Evolução Jurídica. In: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Ano III. 1893. p.3.

2 Segundo Aristóteles, o universo é um sistema hierarquizado, onde cada ser é ao mesmo tempo forma e matéria, ato e potência, que tem como degrau mais baixo o não-ser, que é pura potência, matéria sem forma, ao passo que Deus ocupa o degrau mais elevado, por ser forma sem matéria, pensamento ou pura contemplação, in BERGSON, Henri, **Cursos de filosofia grega**. São Paulo: Martins Fontes. 2005, ps. 125-127.

3 DARWIN, Charles. **Origem das espécies**. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994. p.45. Segundo FREUD, Sigmund. **Conferências introdutórias sobre psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 292, o narcisismo antropocêntrico sofreu três duros golpes. Primeiro, quando Copérnico demonstrou que a terra não é o centro do universo, mas apenas um pequeno fragmento de um vasto sistema cósmico. Segundo, quando Charles Darwin provou que a espécie humana não surgiu pronta, como diz a *Bíblia*, possuindo um ancestral comum com os grandes primatas. Por fim, quando ele mesmo, Freud, demonstrou que o homem não é racional, uma vez que a maior parte das suas ações são inconscientes, portanto irracionais.

4 DARWIN, Charles. **El origen del hombre y la selección en relación al sexo**. Madrid: Biblioteca E.D.A.F., 1989. p. 147.

5 Segundo STEFFOFF, Rebecca. **Charles Darwin**: A revolução da evolução. São Paulo: Companhia das Letras. 2007, p.62: “Outro fato bem conhecido que depunha a favor da evolução era a presença de órgãos rudimentares, aparentemente inúteis, em alguns seres vivos, como as asas pequenas e sem função dos avestruzes e de outras aves que não voam, e os ossos de perna encontrados no interior do corpo de certas serpentes. Darwin

passou a ver essas estruturas inúteis como sinais de que aquelas aves e serpentes descendiam de espécies ancestrais que no passado haviam usado asas para voar e pernas para andar.”

6 STEFOFF, Rebecca. **Charles Darwin**: A revolução da evolução. São Paulo: Companhia das Letras.2007, p.63:

7 Para DARWIN, Charles: “Se nenhum ser orgânico, à exceção do homem, possuisse alguma faculdade mental, ou se nossas faculdades fossem de natureza inteiramente diversa daquela dos animais inferiores, jamais haveríamos podido convencer-nos de que nossas faculdades houvessem chegado à altura que agora se encontram, mediante desenvolvimentos graduais e progressivos” *ibidem*, p. 70. (Tradução nossa).

8 DARWIN, Charles. **Origem das espécies**. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994. p. 57-58.

9 STEFOFF, Rebecca. **Charles Darwin**: A revolução da evolução. São Paulo:

Companhia das Letras.2007, p.68, destaca: “Darwin percebeu que alguns indivíduos nascem com variações que lhes dão uma vantagem; por exemplo, um falcão capaz de voar um pouco mais rápido que os outros, um cedro que cresce um pouco além dos demais e assim recebe mais luz do sol, um tentilhão com um bico ligeiramente mais grosso que lhe permite quebrar sementes duras. Graças a essas vantagens, tais indivíduos provavelmente viverão mais tempo e produzirão mais descendentes do que seus irmãos. Seus descendentes herdarão as características favoráveis e, por sua vez, as transmitirão a gerações futuras.”

10 QUAMMEN, David. Darwin estava errado? **National Geographic Brasil**. São Paulo, nov., 2004, p.44

11 DARWIN, Charles. **Origem das espécies**. Belo Horizonte: Villa Rica, 1994. p. 109-119.

12 QUAMMEN, David. Darwin estava errado?. **National Geographic Brasil**. São Paulo, nov., 2004, p. 45.

13 STEFOFF, Rebecca. **Charles Darwin**: A revolução da evolução. São Paulo: Companhia das Letras.2007, p. 57.

14 O estudo da mente em vários animais tem sugerido que ela não está restrita nem mesmo aos vertebrados em, CARVALHO, André e WAIZBORT, Ricardo, A mente darwiniana, **Viver mente & cérebro**. fev. 2006, ps. 35-36

15 Para WRIHT, Robert. **O animal moral**: porque somos como somos: a nova ciência da psicologia evolucionista. Rio de Janeiro: Campus. 1966, p. 34. “à medida que evoluímos de uma espécie cujos machos raptam mulheres à força para uma espécie em que os machos sussurram palavras doces, o sussurro será governado pela mesma lógica que governa o rapto – é um meio de manipular as fêmeas para que consintam nos objetivos dos machos, e sua forma cumpre essa função”.

16 ZIMMER, Carl. **O livro de ouro da evolução**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003, p. 415.

17 Segundo GOODALL, Jane. **Uma janela para a vida**: 30 anos com os chimpanzés da Tanzânia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1991, p. 61-63: “Cada chimpanzé tem uma personalidade única e uma história individual de vida que pode fazer uma grande diferença no curso da história do grupo. Eles vivem por mais de cinquenta anos, e as crianças mamam e são carregadas pelas mães até os cinco anos de idade, e mesmo quando uma nova criança nasce, a primeira continua ao lado da mãe por mais três ou quatro anos, e a partir daí continuam a manter um vínculo afetivo familiar. Eles são cooperativos e realizam complexas manipulações sociais, e assim como nós, são brutos e agressivamente territorialistas, e algumas vezes se engajam num tipo primitivo de luta. Por outro lado, podem ser carinhosos e altruístas, e adotar posturas e gestos como beijar, abraçar, dar as mãos, tapinhas nas costas um do outro, brincar e esmurrar um ao outro. Sob o comando de um macho poderoso, os conflitos entre os membros da comunidade

são mantidos em um nível reduzido, e este poder concede ao seu titular o respeito dos membros do grupo e o direito de acesso prioritário a qualquer local de alimentação ou fêmea sexualmente atrativa”

18 MORIN, Edgar. *O enigma do homem*: para uma nova antropologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 36-39.

19 Idem. *Ibidem*.

20 SINGER, Peter. *Vida ética*. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002, p.111.

21 Willi Hennig é considerado o fundador da cladística (do grego *Klados* = ramo) e de acordo com a sua teoria sistemática filogenética os organismos devem ser classificados de acordo com as suas relações evolutivas, a partir da análise dos caracteres ancestrais e derivados de cada espécie.

22 GOODMAN, Morris et al. **Implications of natural selection in shaping 99.4% nonsynonymous DNA identity between humans and chimpanzees**: enlarging genus homo. Detroit: Wayne State University School of Medicine, 2003. Disponível em: <<http://www.intl.pnas.org>>. Acesso em 20 nov. 2005.

23 DUNBAR, R. I. M. What's in a classification. In: SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (Eds). *The great ape project*: equality beyond humanity. New York, p.110

24 CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 69.

25 DIAMOND, Jared. The third chimpanzee. In: SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola (Eds). *The great ape project*: equality beyond humanity. New York, p. 88-101, 1993. p.97.

26 BURGIERMAN, Denis Russo. Chimpanzés são humanos. **Superinteressante**. São Paulo, Abril, julho, 2003, p.24. Outras pesquisas apontam um percentual menor, mas que ainda assim permitem a mesma conclusão. Para SINGER, Peter. *Vida ética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p.111: “Durante muitos anos, os biólogos, em sua maioria, presumiram que os humanos teriam evoluído como um ramo isolado dos outros grandes primatas, que incluem os chimpanzés e os gorilas. Tartava-se de uma suposição bastante natural, uma vez que, em muitos aspectos, eles se parecem mais entre si do que se parecem a nós. Técnicas mais recentes da biologia molecular nos permitiram medir com bastante exatidão o grau de diferença genética que existe entre diferentes animais. Agora se sabe que compartilhamos 98,4% de nosso DNA com os chimpanzés.”

27 FRANCIONE, Gary. “Personhood, Property and Legal Competence”. In: **The Great Ape Project**: equality beyond humanity. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (ed) New York: St. Martin. 1993, p.253.

28 DAWKINS, Richard. DAWKINS, Richard. “Gaps in the Mind”, In: CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (Ed). **The Great Ape Project**: Equality Beyond Humanity, New York: St. Martin's Press. 1993, p. 85: “Na verdade, não somos simplesmente monos, somos monos africanos. A categoria “monos africanos” é uma categoria natural, desde que não se faça a exclusão dos humanos. A área sombreada não levou nenhuma “mordida” artificial”.

29 SALT, Henry. *Animal's rights*: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980, p.3

30 De fato, na época da abolição muitos escravos fugiam das fazendas e não temiam mais ser recapturados, pois a opinião pública não dava mais sustentação àquela situação.

31 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social*: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 108.

32 BRITO, Edvaldo, **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1993, p.85.

- 33 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.180. Segundo J. M. Othon Sidou, “A teoria era simplíssima, autêntico ovo de Colombo, à mais singela observação do texto constitucional. Que garante o *Habeas Corpus*? A resposta universal é: a liberdade de locomoção. Qual o pressuposto objetivo, letra constitucional à vista do remédio heróico? A violência ou coação ilegal. E qual o seu pressuposto subjetivo? A ilegalidade ou o abuso de poder, ou seja, a afronta a qualquer princípio constitucionalmente consagrado. Desde pois que essa afronta se cometa em forma de privação da liberdade de locomoção, caso é de *Habeas Corpus* em, *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 126-127.
- 34 MENDONÇA, Joseli M. N. *Entre a mão e os anéis*: a lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil. Campinas: Unicamp, 1999. p. 173.
- 35 Idem. Ibidem..
- 36 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.
- 37 Idem. Ibidem.
- 38 OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.199. No direito processual civil norte-americano o direito de ação exige que o autor demonstre (1) a existência de um dano efetivo; líquido e certo, atual ou iminente; (2) o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta em questão; e (3) que dano alegado pode ser reparado ou compensado por remédio judicial adotado em, KELCH, Thomas G. Toward a non-property status for animals. *New York University Environmental Law Journal*, New York, p. 535, 1998.
- 39 FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica*: a árvore, o animal, o homem. São Paulo: Ensaio, 1994. p. 15.
- 40 Ibidem. p. 16.
- 41 OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 202.
- 42 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, abr./jun. 2001. p. 3.
- 43 BARTLETT, Steve J. Roots of human resistance to animal rights: psychological and conceptual blocks. *Animal Law*. Oregon. 2002, p. 146.
- 44 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 223.
- 45 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement’s struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 620, Spring, 2002.
- 46 FRANCIONE, Gary. “Personhood, Property and Legal Competence”. In: **The Great Ape Project**:equality beyond humanity. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (ed) New York: St. Martin. 1993, p.256.
- 47 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement’s struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 619, Spring, 2002.
- 48 Para HAMILTON, Alexander et al, *O federalista*: um comentário à Constituição americana, Rio de Janeiro, Nacional de Direito, 1959, p. 312, “O judicial, em troca, não influi nem sobre as armas, nem sobre o tesouro; não dirige a riqueza nem a força da sociedade, e não pode tomar resolução ativa. Pode se dizer realmente, que não possui FORÇA nem VONTADE, senão unicamente discernimento, e que tem de se apoiar definitivamente na ajuda do braço executivo até mesmo para que tenham eficácia suas

sentenças”. No entanto, segundo Ruth Payne, op. cit. 2002, p. 600: “Rosenberg afirma que apesar dos tribunais estarem impedidos pela Constituição de promover reformas sociais, quando as condições políticas, sociais e econômicas se tornam favoráveis a mudança, eles podem efetivamente prover significativas mudanças sociais” (Tradução nossa).

49 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement’s struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 600, Spring, 2002.

50 SALT, Henry. *Animal’s rights*: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980. p. 2.

51 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990. p. 144.

52 Segundo TRIBE, Laurence. “Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise.” In: **Animal Law Review**. 2001. p.3: “ Ampliar o círculo dos sujeitos de direito, ou mesmo ampliar a definição de pessoa, eu admito, é é amplamente uma questão de aculturação. Não é uma questão de quebrar alguma coisa, como uma conceitual barreira do som.”

53FRANCIONE, Gary. “Personhood, Property and Legal Competence”. In: **The Great Ape Project**:equality beyond humanity. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (ed) New York: St. Martin. 1993, p.252. Segundo RABENHORST, Eduardo. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.68:“Sujeito de direito não é o homem entendido como ser biológico, mas qualquer ente susceptível de contrair direitos e obrigações.”,

54 Segundo STONE, Christopher. Should tree have standing?: How far will law and moral reach? a pluralist perspective. *Southern California Law Review*. Southern California, 1985, p.3 : “Como estas corporações poderiam existir legalmente, como entidades transcendentais à existência do Papa e do Rei? Estava claro que um Rei podia se auto-obrigar – para sua honra – através de um tratado. Mas quando o Rei morresse, o que seria feito das cláusulas, reivindicadas como direito – que suas tangíveis mãos tinham assinado? ”. (tradução nossa)

55 SINGER, Peter . **Ética Prática**. trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 96.

56HALL, Lee and WATERS, Jon. **From Property to person**: The case of Evelyn Hart. Disponível em [http:// www. Personhood.org/lawreview](http://www.Personhood.org/lawreview). Capturado em 8 de maio de 2006.p.9.

57Segundo CRETELLA Jr., José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 252: “pessoa é noção eminentemente jurídica, que não se confunde com homem.”.

58 Idem. Ibidem p.252.

59 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1990. p.148.

60 SINGER, Peter. **Libertação Animal**. trad. Marly Winckler. Lugano. 2004. p.217.

61 LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding**, London: George Routledge and Sons Limited. p.246.

62 KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p.37: “Uma pessoa é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. De onde se conclui que uma pessoa pode ser submetida tão-somente às leis que ela mesma se dá (seja a ela sozinha, seja a ela ao mesmo tempo que a outros).”

63 SINGER, Peter. “Prefácio”. In: , 2004.

- 64 Segundo AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro:Forense. 2005, p.33: “Essa mudança, realizada no Senado Federal sob a batuta do senador Josaphat Marinho, foi por ele justificada como necessária a afastar o estigma de sexismo na utilização da expressão homem, como genérica para indicar todo ser humano, seja do sexo feminino ou masculino.”
- 65 WISE, Steven. **Rattling the cage**: toward legal rights for animals. Cambridge and Massachusett: Perseus . 2000. p. 61.
- 66 Ibidem. p. 255.
- 67BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
- 68Segundo BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim e LEITE, José Rubem Morato (Orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 99: “A falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois são verdadeiramente direitos atemporais, vacinados contra os efeitos jurídicos decorrentes, como regra, da inação das vítimas diante da prepotência dos degradadores.”
- 69 SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights**: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996, p.17.
- 70 Sobre essa questão ver os dados jurisprudenciais coletados por LEVAI, Laerte Fernando em **Direito dos animais**. Campos do Jordão. Mantiqueira. 2004, p.108-117 e CARVALHO, Carlos Gomes de. **O meio ambiente nos tribunais**: do direito de vizinhança ao direito ambiental. São Paulo. Método. 2001, p. 459-534
- 71SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights**: law, meaning, and the Animal Rights Movement. Michigan: University of Michigan, 1996, p.162.
- 72 Idem. Ibidem. p.164.
- 73 No dia 29 de janeiro de 1905, José do Patrocínio sentou-se em frente da sua pequena escrivania no modesto barracão em que vivia no bairro de Inhaúma, no Rio de Janeiro. Começou a redigir: “Fala-se na organização de uma sociedade protetora dos animais. Tenho pelos animais um respeito egípcio. Penso que eles têm alma, ainda que rudimentar, e que têm conscientemente revoltas contra a injustiça humana. Já vi um burro suspirar depois de brutalmente espancado por um carroceiro que atulhava a carroça com carga para uma quadriga, e que queria que o mísero animal a arrancasse do atoleiro...” Não terminou a palavra nem a frase – Um jato de sangue jorrou-lhe da boca. O “Tigre do Abolicionismo” – pobre e desamparado – morria, imerso em dívidas e mergulhado no esquecimento. Em: **José do Patrocínio**. Disponível em WWW. culturalbrasil.pro.br. Capturado em 13 de setembro de 2008.
- 74 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.
- 75 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social**: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 94-95.
- 76 BRASIL. Código Civil (1917). Art. 218, caput, e 219, VI
- 77 RACHELS, James. Do animals have a right to liberty. In: REGAN, Tom; SINGER, Peter. **Animal rights and human obligations**. New Jersey: Prentice-Hall, 1976. p. 206.
- 78 Segundo BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10. ed., Brasília, UnB, 1999. p. 156, nesse tipo de interpretação busca-se a redefinição de um termo,

embora a norma aplicada continue a mesma, apresentando uma nova ao gênero previsto na lei em,. No mesmo sentido ver FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, São Paulo, Atlas, 1990, p. 270, para quem a interpretação extensiva pretende incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, mas apenas não havia sido explicitado pelo legislador .

79 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23.

80 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 302.

81 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2002. p. 204.

82 BRASIL. Habeas Corpus n. 833085-3/2005 da 9ª Vara Crime da Cidade do Salvador, Bahia. Juiz Edmundo Lúcio da Cruz. **Diário do Poder Judiciário**, 4 de outubro de 2005. Nesta sentença, o Juiz Edmundo Cruz afirma “É certo que, com tal decisão inicial, admitindo o debate em relação ao assunto aqui tratado, contrariei alguns 'juristas de plantão', que se esqueceram de uma máxima do direito romano que assim preceitua: *Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi* (em qualquer disposição deve-se fazer a interpretação de modo que as palavras não sejam supérfluas e sem virtude de operar)”.

83 Nas palavras de MATSUBARA, Marcia Myuki Oyama e ANJOS, Terezinha Pereira dos. Habeas Corpus n. 96.344/SP: “É tão notório esse precedente que, recentemente, em 25/06/2007, foi publicada na Revista Época, uma matéria intitulada como Macaco também é gente”tratando-se da polêmica reivindicação de direitos humanos, feita por uma dupla de chimpanzés, ao tribunal da Austria, tendo inclusive citado o caso inédito do Brasil da chimpanzés Suiça.”

84 OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 249.

85 KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. Edsom Bini. São Paulo: ícone. 1993, p.55

86 Cf. BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º , LXVIII: Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

87 FRANTIONE, Gary. Animal Rights: An incremental approach. In: In: GARNER, Robert. (Ed) **Animal Rights**: the changing debate. New York: New York University Press.1996, p.53.

88 Idem. Ibidem, 54.

89 Segundo RACHELS, James. Do animal hava a right to liberty? In: REGAN, Tom and SINGER, Peter(Ed). **Animal rights and human obligations**. New Jersey: Prentice-Hall.1976, p.209: “ O principal sentido de liberdade é aquele no qual um ser é livre quando está apto a fazer o que quer, sem estar sujeito a constrangimentos em sua ação.” (tradução nossa)

90 TRIBE, Laurence H. Ten lessons our constitutional experience can teach us about the puzzle of animal rights: the work of Steven M. Wise. **Animal Law Review**, Boston, p. 8, abr., 2001, p.

91 SALT, Henry. **Animal's rights**: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980, p.2.

92 Em 1997 um protocolo anexado ao Tratado de Roma, documento fundador da Comunidade Européia, embora reconheça que os animais são seres com sentimentos tem características benestaristas. Em 2002 o Parlamento alemão emendou a Constituição germânica para reafirmar o papel do Estado na proteção da vida, inclusive a dos animais. O Comitê Parlamentar do Ambiente de Espanha aprovou uma resolução que confere direitos humanos aos chimpanzés, gorilas e orangotangos e estima-se que esta resolução, que passou com apoio de vários partidos, passará a lei dentro de um ano.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL*

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL BALANCE

Jeferson Nogueira Fernandes

RESUMO

Este artigo jurídico trata dos princípios constitucionais ambientais e a importância dos mesmos para uma interpretação jurídica adequada a realidade da sociedade, visando dar uma maior força normativa a Constituição Federal de 1988, pois tais princípios são aplicados nas situações concretas conjuntamente com outros princípios dos direito e de outras ciências objetivando proporcionar a efetivação do direito fundamental ao ambiente equilibrado e sadio, mas se excluir outros direitos de mesma importância e que também o homem necessita para viver de forma digna. Em sua elaboração foi utilizado o seguinte material: textos doutrinários, julgados e legislação nacional pertinente. A conclusão indica que: os princípios constitucionais ambientais são de fundamental importância para efetivação dos direitos essenciais para a pessoa humana, já que através de sua inserção no ordenamento jurídico proporciona a adequada proporção de efetivação de cada direito que aparentemente demonstra-se conflitante. Tais princípios contribuem para a formação de um Estado Democrático de Direito voltado para a proteção e preservação ambiental e desta forma visando a permanência do homem no planeta de forma digna.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIOS, AMBIENTE E CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ABSTRACT

This article deals with the legal constitutional principles and environmental importance of these for a proper legal interpretation the reality of society, in order to give greater strength to normative Federal Constitution of 1988, because those principles are applied in practical situations together with other principles of law and other sciences aiming to provide the realization of the fundamental right to healthy and balanced environment, but exclude other rights of equal importance and that the man needs to live in dignity. In their preparation was used the following material: doctrinal texts, tried and legislation. The finding indicates that the environmental constitutional principles are of fundamental importance for realization of the right essential to the human person, because through their inclusion in the legal system provides the appropriate proportion of realization of each right that apparently shows is conflicting. These principles contribute to the formation of a democratic rule of law towards the protection and

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

environmental preservation and thus aiming at the residence of the man on the planet in a way worthy.

KEYWORDS: PRINCIPLES, ENVIRONMENT AND THE FEDERAL CONSTITUTION

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar os princípios ambientais de natureza materialmente constitucionais que devem ser efetivados para manter ou restabelecer o equilíbrio ambiental.

Inicialmente irei esclarecer as diferenças existentes entre as normas dos tipos, princípios e regras, que compõem todo o ordenamento jurídico, especificando a forma como estas normas interpenetram na interpretação jurídica e se relacionam entre si, demonstram a amplitude de cada uma no momento de sua utilização, visando a efetivação do direito fundamental ao ambiente equilibrado e sadio.

Posteriormente apresentarei os princípios norteadores da construção do Direito Ambiental, demonstrando suas características e a importância de sua aplicação para o controle das intervenções humanas no ambiente. Dessa forma estes princípios contribuem para a manutenção do equilíbrio ambiental, através da efetivação das normas ambientais aplicadas aos casos concretos.

2. OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para Alexy, as regras e os princípios são espécies de normas existentes no ordenamento jurídico, pois ambos conduzem a um juízo do que deve ser, tendo como diferença a sua tipologia[1]. Esses, por sua vez, são normas de tipos diferentes, mas ambas integram um comando normativo.[2]. Assim, com a inserção de princípios e/ou regras na interpretação surgem às normas jurídicas. Tal posição não é a única a respeito do conceito de regras e princípios. Um segundo posicionamento defendido por Dworkin aborda que os princípios não são normas, uma vez que o autor não considera que os princípios conduzem a um juízo do dever ser, como diz Alexy, pois pode existir, numa mesma situação, a validade de dois ou mais princípios, diferentemente do que ocorre com as normas que demonstram, na sua efetividade, um único dever ser.[3] Assim, entendemos que a grande abstratividade existente nos princípios não possa deixá-los de conduzir a um dever ser, quando vistos isoladamente. Contudo, quando são inseridos na interpretação de determinada situação concreta, essa abstratividade e a validade de diversos princípios irão gerar uma norma específica, que deverá ser aplicada ao caso concreto. No futuro, ou em outra situação, na qual se utilize os mesmos princípios, conclua-se que, para aquele caso, a norma dita no primeiro não é

mais válida. Deve-se ter uma nova norma para aquela nova situação. Portanto, esse nascimento de normas específicas a partir de princípio, nos faz acreditar que, quando um princípio é analisado isoladamente, ele não deve ser considerado como uma norma, mas, na aplicação com outros princípios na busca da solução de determinada situação, entendo que estaria diante de uma norma jurídica.

Entre os princípios e as regras existem diversas diferenças, principalmente entre o grau de abstração, de determinabilidade, de fundamentalidade, de aproximação com os ideais de direito e justiça e de diferenças de base, pois as regras são constituídas a partir dos princípios.[4] Tal diferenciação gera, segundo Alexy[5], três teses. A primeira vislumbra a divisão da norma em classes, em que os princípios são normas que têm conteúdo valorativo que serviriam para o desenvolvimento do ordenamento jurídico e são a base para fundamentação da aplicação de outra norma de classe diferente que seria a regra. Na segunda tese considera que as normas jurídicas são divididas através de graus e que, devido à existência de normas de maior ou menor generalidade, esse seria o critério de fundamentação entre as regras, que têm um pequeno grau de generalidade, enquanto os princípios detêm um alto grau de generalidade. Por último, e segundo o autor, a correta tese relata que as normas jurídicas são divididas entre regras e princípios através de um critério não só gradual, mas também qualitativo, o que torna, por muitas vezes, difícil a classificação de uma norma como sendo princípio ou regra, pois a diferenciação estará na sua fundamentação.

A dificuldade mencionada acima, para a identificação de uma regra/norma ou um princípio, é comum, visto que, em certas ocasiões, a atuação de ambos é muito semelhante, e até mesmo a interpretação de um enunciado normativo pode levar o intérprete a classificar a norma de forma diferente. Assim, muitas vezes, a identificação do princípio ou da regra só poderá ser feito diante de uma situação fática, até porque não podemos deixar de observar que toda regra/norma nasce a partir de princípios, estando estes no início da formação do ordenamento jurídico e da regra/norma. Os que estão na base do raciocínio influenciam na solução dos conflitos, tendo em vista seu caráter plurissignificativo cuja existência é fundamental para a concretude da regra/norma que posteriormente será positivada. Dworkin demonstra claramente essa dificuldade na classificação entre princípios e normas por meio da emenda primeira da Constituição dos Estados Unidos da América em que alguns entendem que esse enunciado trata-se de uma norma e, por tal, deve ser aplicada de forma absoluta e, outros, entendem que refere-se a um princípio, podendo ser relativizado mas não excluído.[6]

A diferenciação diz respeito a critérios qualitativos, tendo em vista que os princípios são normas que se inserem na medida da sua possibilidade em graus diferenciados e de acordo com a necessidade de sua atuação, enquanto que as regras se introduzem diretamente do fato à norma, não existindo uma aplicação gradativa; o que demonstra que a diferença existente entre essas normas é qualitativa.[7] Com os princípios existe mais do que uma relação de validade da norma, o que ocorre é a preponderância de um determinado princípio em uma situação fática, que pode não acontecer diante de outra situação. Mesmo não sendo preponderante em uma determinada situação, ele não é afastado, pois incide, mas não de forma preponderante, diferentemente do que ocorre com as regras que a predominância de uma, em determinada situação, elimina do ordenamento jurídico outras regras que poderiam ser aplicadas à situação.[8] Entendemos que os princípios são preceitos que direcionam os

intérpretes na construção da norma e é através da fundamentação e do contexto fático que os mesmos princípios utilizados na elaboração de uma norma, para determinado caso, podem determinar solução distinta a um caso semelhante ou diferente. Vislumbramos tal situação no julgado do Superior Tribunal de Justiça[9], que aduz sobre as limitações da propriedade no que tange à preservação de áreas verdes, julgando as situações em que a preservação das áreas conduziriam a uma diminuição da possibilidade econômica da propriedade, determinou o STJ que caberia ao Poder Público pagar a devida indenização; mas, se não houvesse, não caberia, principalmente se estivesse localizada em área de preservação permanente. Desta forma, vejo que, na análise do julgado, o Ministro utilizou diversos princípios do direito para sua decisão, em especial, os princípios relacionados à propriedade e ao ambiente, principalmente a questão da função sócio-ambiental da propriedade, que, em outro caso, poderia não ter tanta relevância.

Dentre os princípios existentes no ordenamento jurídico, destacamos os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais. Os primeiros, inicialmente, eram encontrados nos códigos, em especial no Código Civil, e com a constitucionalização do direito passaram a integrar o ordenamento constitucional.[10]

Nem todos os princípios existentes na Constituição são princípios gerais do direito. Não houve somente uma nova alocação desses princípios, tirando-os dos Códigos e inserindo-os nas Constituições, mas existem também princípios Constitucionais que se diferem na identificação dos princípios gerais do direito, mesmo que aqueles tenham se concretizado sob o fundamento desses. Assim, segundo o pensamento de Manoel Messias Peixinho, alguns princípios constitucionais são princípios gerais do direito, principalmente os fundamentais. Mas existem outros princípios constitucionais que não se identificam como princípios gerais do direito que, apesar de serem princípios constitucionais, não têm, em sua base, fundamentação oriunda dos princípios gerais, como é o caso dos princípios da área econômica.[11]

Em relação às regras, conforme já mencionamos, sua rigidez é muito maior que os princípios, pois não interagem entre si. Uma regra incide absolutamente sobre determinado fato ou não incide, não existindo, para as mesmas uma relativização na sua aplicação. [12] Assim, sempre que uma regra incidir sobre determinado fato, ela deve ser aplicada e, quando mais de uma regra aparentemente incidir sobre o mesmo fato, devem-se aplicar a de completude com a situação de fato, afastando e/ou anulando outras regras que estejam aparentemente em conflito.

Os possíveis e aparentes conflitos entre regras se desenvolvem na dimensão da validade, já que não existe um claro conflito de regras. Na verdade, o que ocorre é um conflito aparente de regras, pois, como disse, a dimensão na qual ele se desenvolve é o da validade; assim, a regra vale ou não para aquela situação, não ocorrendo a utilização de diversas regras para a solução do caso, como poderia ocorrer com os princípios. Estes percorrem um caminho externo ao da validade e, por sinal, também incidem na situação de forma graduada através da inserção de valores.[13] Dessa forma, no momento em que o intérprete apóia-se em uma regra para determinada situação, está invalidando outras regras existentes que poderiam ser utilizadas naquela situação. Não existe, portanto, a possibilidade de se adotar uma aplicabilidade gradual de regras, já que a regra não utilizada é eliminada do ordenamento jurídico para aquela situação.[14]

Alguns poderão entender que a escolha pelo intérprete de uma regra, para determinada situação fática, e não de outra, estaria o elevando à qualidade de legislador positivo e negativo do ordenamento jurídico.[15] Tal fato não ocorre quando entendemos que o conflito entre regras para uma determinada situação fática, é um conflito aparente. Na verdade, o intérprete não estará legislando, mas aplicando a regra que melhor se adéqua, sendo ela a regra existente no ordenamento jurídico para determinado fato. Nesse caso, não houve uma escolha, mas sim uma aplicação direta da regra correspondente ao fato. Se entendermos que existem conflitos entre regras e que o intérprete deve escolher entre as possíveis regras válidas, ao que melhor se aplicar ao fato, da mesma forma não estará legislando, já que se trata de uma escolha e não de uma inovação do ordenamento jurídico.

2.1 – Os Princípios e Regras de Direitos Fundamentais

Na interpretação dos direitos fundamentais, o intérprete deve analisar se está diante de uma regra ou de um princípio de direito fundamental, visto que esses direitos compõem o ordenamento jurídico e por como tal também se apresentam nas duas classificações. Tal entendimento é conhecido como a teoria dos princípios na qual é aceita, dentro do ordenamento jurídico, a presença de regras e princípios de direitos fundamentais. Entretanto, não podemos deixar de mencionar a existência de outras duas formas de classificação desses direitos que são o modelo puro de regras e o de princípios.[16]

A partir desses três modelos, surge o questionamento aos que consideram os direitos fundamentais como sendo princípios e a aceitação da teoria dos princípios, pois se os direitos fundamentais são princípios, então esses podem ser relativizados? E, ainda, se podem ser princípios ou regras como classificá-los, já que tais direitos são essenciais e não podem ser eliminados do ordenamento jurídico? Buscaremos solucionar a questão utilizando a Constituição Federal do Brasil de 1988 e em especial o artigo 225, que trata sobre o ambiente, conjuntamente com o artigo 23 VI, que estabelece o dever dos entes da Federação de proteger o ambiente. Acreditamos que o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado à Constituição brasileira, seguindo o posicionamento de Jane Reis Gonçalves Pereira.[17]

A proteção ambiental é uma regra de direito ambiental, na qual o Poder Público tem o dever de desenvolver instrumentos de controle para sua efetivação, sendo o licenciamento ambiental um dos instrumentos criados, mas nem todas as interferências no ambiente devem ser objeto de licenciamento. Quando determinada interferência tem de ser licenciada, estamos diante de um instrumento gerado a partir de uma regra de direito fundamental e é cujo dever do Estado assegurar a efetivação do direito ao ambiente equilibrado, conforme o §1º do artigo 225 da Constituição Federal do Brasil. Assim, para que se possa intervir no ambiente através de uma atividade potencialmente poluidora, é necessário se submeter ao licenciamento ambiental, caso contrário, não poderá haver tal interferência. Quem tem o dever de efetivar a proteção ambiental das atividades possivelmente poluidoras é o Poder Público, pois este é quem concede a intervenção. Ocorre que, para existir essa proteção

ambiental, é necessário considerar diversos fatores jurídicos ou não para que a autoridade competente possa conceder a licença, analisados a partir de estudos ambientais que compatibilizam os impactos positivos e negativos advindos da interferência no ambiente. Nesse momento, utiliza-se de princípios de direito fundamental ambiental, como o da prevenção, precaução e outros, conforme podemos vislumbrar na normatização do §1º, IV do artigo 225 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Os princípios constitucionais fundamentais são princípios superiores no ordenamento jurídico que, por sua vez, devem nortear todo o ordenamento jurídico. São princípios utilizados obrigatoriamente para a interpretação dos direitos essenciais do homem e que não podem ser afastados pelo intérprete, pois exercem a função de integrar-se ao direito, sendo a base de todo o ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido afirma Manoel Peixinho: “Estes princípios fundamentais estão, sem dúvida, numa posição hierarquicamente superior às outras normas constitucionais, porque, sendo os princípios o húmus fecundo de que se alimenta todo o projeto constitucional, aqueles dependem destes como fonte diretiva da missão política do Estado”. [18]

Os princípios fundamentais são valorações fundamentais diferentemente dos princípios gerais do direito que, na Constituição, “servem de base à estruturação do Estado” [19], e estando esses inseridos na teoria geral do direito. Já os fundamentais são “normas que contêm decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional” [20]. Assim, é perfeitamente possível a existência no ordenamento jurídico regras e princípios de direito fundamental, uma vez que disciplinam condutas e valores essenciais ao homem, podendo ter regras que não permitem restrição como o caso do dever de proteção do ambiente e princípios que permitem um determinado nível de restrição em prol de outros também essenciais.

3. OS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Considerando a essencialidade do Direito Ambiental e visando proteger os recursos ambientais contra as condutas do próprio homem, é que se demonstra ser esse direito especial inclusive no ordenamento jurídico com princípios próprios dos quais irei apontar. Dessa forma, acreditamos que, com o desenvolvimento humano, outros princípios irão surgir, não sendo possível classificá-los de forma taxativa. Tais princípios devem ser utilizados tanto pelo Estado quanto pela sociedade, objetivando a melhoria da qualidade de vida das pessoas e compatibilizando outras necessidades do homem com a preservação ambiental. [21]

Esses princípios têm por base a solidariedade, pois o Direito Ambiental é um direito consagrado com tais bases e também por ser um direito de todos e não de indivíduos. Com isso, a inclusão dos princípios ambientais busca efetivar condutas preservacionista para as presentes e futuras gerações, com o interesse de minimizar os impactos negativos já existentes e os que possam surgir. [22]

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Brasil, somente a partir da Constituição Federal de 1988, consagrou o ambiente como um direito constitucional através do enunciado do artigo 225, informando ser o ambiente um bem essencial e que deve ser preservado tanto pelo Poder Público como também pela Sociedade. A Constituição enunciou, em seu texto o que internacionalmente já estava consagrado pela Declaração de Estocolmo em seus princípios 1 e 2 [23], que aduz que o ambiente é um bem essencial para o homem e a sua destruição afeta a dignidade da pessoa humana. Tal princípio é orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, já que, quanto maior a preservação ambiental e o controle das atividades potencialmente poluidoras, melhor será a qualidade de vida dos seres humanos.[24] Assim, a identificação desse direito como sendo intimamente ligado à dignidade humana impede que exista um retrocesso na proteção ambiental, criando uma espécie de limitação para a liberdade legislativa.[25] O princípio em análise engloba o da sadia qualidade de vida, pois, por ser o ambiente um direito fundamental para homem, relacionando sua vida com a qualidade com que ela se desenvolve, pois não basta estar vivo para ser declarado efetivo, mas sim necessita estar vivo e com um ambiente propício para se viver dignamente. Não é só uma comprovação biológica de estar vivo, mas tem que ter relevância outros aspectos fundamentais como: saúde, lazer, segurança, desenvolvimento e tantos outros. Com isso, a busca pela qualidade é um dever do poder público na sua atuação contribuindo para a realização da felicidade dos seres humanos e fazendo com que os indivíduos busquem muito mais o ser do que o ter no desenvolvimento de suas vidas.[26]

O dever imposto ao poder público na efetivação da proteção ambiental, por ser um direito essencial à vida humana, vem fundamentar as condutas estatais em prol da preservação ambiental e do ser humano que inicialmente poderiam ser consideradas como uma invasão aos direitos privados. Mas todas as condutas do Estado, justificadas em prol da proteção ambiental, automaticamente estão vinculadas aos princípios gerais do Direito Público, em especial, o princípio da primazia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Como disse, o ambiente é um bem essencial para o ser humano, sendo impossível a sua disponibilidade e concomitantemente, o interesse pela sua existência equilibrada, é que se considera superior a qualquer outro interesse.[27] É evidente que esse dever não é exclusivo do Estado, uma vez que a Constituição concede o mesmo para a coletividade, que deve também participar da efetivação da proteção ambiental. Ela não pode ser entendida como sadia qualidade de vida à manutenção dos aspectos naturais somente para esta geração, mas também para as futuras. E para tal norma preservacionista ser eficaz é necessária a participação de todos, até porque, esse direito fundamental é de todos, sendo mais amplos que os direitos sociais e, por tal, todos devem participar garantindo a sua proteção.

O Supremo Tribunal Federal[28], em julgado recente, evidencia claramente a essencialidade do direito ambiental para o homem na sua qualidade de vida, demonstrando que a má qualidade de vida afeta a dignidade humana, que é princípio basilar do ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Deve-se então, todo

ordenamento jurídico, ter uma concepção ambientalista para que não viole a dignidade humana; e não seja posteriormente declarada sua inconstitucionalidade. Da mesma forma, a interpretação das normas ambientais deve se orientar na busca da maior efetividade possível da proteção ambiental.

3.2 Princípio da Participação e Democrático.

Este princípio advém do fato da Constituição brasileira ter disciplinado que a proteção do ambiente é um dever tanto do Poder Público como também da coletividade, de forma que deve existir uma participação efetiva da sociedade na concretização das políticas ambientais. Com isso, observamos que se deve pensar e agir em relação ao ambiente, deixando de lado a visão individualista para se ter uma idéia de coletividade na proteção ambiental tanto para o Poder Público quanto para a Coletividade. Essa proteção não pode ser adstrita a um território ou a idéia tradicional de cidadania[29], mas a uma conduta humana de cidadão mundial.

É evidente, para que exista um ambiente equilibrado e ponderado com outros fatores fundamentais, que o cidadão possa intervir nos procedimentos de implantações de atividades que causem um possível mal ambiental, sendo a informação fator preponderante para justa participação da sociedade na proteção ambiental. Cabe ao Poder Público tornar tal princípio efetivo através das audiências públicas, da implementação dos conselhos do ambiente, do direito de petição, da ação civil pública e da ação popular.[30]

Por ser o ambiente um bem essencial ao ser humano, este não viveria sem o devido equilíbrio ambiental, sendo, assim, mais do que coerente que o mesmo venha a participar das decisões que de alguma forma causam possíveis interferências no ambiente, não podendo admitir que se interfira num bem essencial a todos em prol de uns, sem que haja a aquiescência da sociedade, que de forma coletiva, tem o dever de proteção e preservação ambiental. É evidente que qualquer atuação no ambiente afeta a qualidade de vida das pessoas, podendo vir a melhorar ou piorar; e ainda dependendo da localidade e principalmente da coletividade, uma possível interferência benéfica, em um local, pode não ser para a opinião da coletividade, de outro local. Na verdade, esse princípio vem efetivar a democracia no país por meio de uma distribuição de poderes e principalmente de responsabilidades[31], já que passa a sociedade a ter o poder de decidir, através de organizações plurais, o desenvolvimento das políticas públicas ambientais.

Conforme aduz Isabella Franco Guerra e Flávia Limmer[32], a participação da sociedade na formação das políticas públicas ambientais não pode ser considerada como uma delegação do Poder Público para a sociedade, nem também pode ocorrer uma omissão por parte da primeira no planejamento e na efetivação das políticas, justificada pela inexistência de empenho da sociedade de participar, sendo a primeira missão do poder público, em relação ao princípio da participação, que é desenvolver meios para atrair a sociedade para a discussão das decisões ambientais.

Uma das formas dos cidadãos participarem das políticas públicas ambientais é através das ONGs e OSCIPs, que visam à criação de organismos de proteção ambiental. Não se busca, com essas instituições, o enfraquecimento da democracia, nem estabelecer uma concorrência com o poder público, mas de intervir nas decisões e no planejamento de forma que possa complementar, com suas atitudes, na formação do Estado Ecológico de Direito. É evidente que essa existência deve ser independente, não sendo manipulada pelo Poder Público ou por agentes público com interesses contrários à proteção ambiental da mesma forma que não podem ser transformadas em organismos de manobra do setor privado. A eficácia dessas instituições só existirá se tiverem credibilidade moral, pluralidade e idoneidade na sua formação além da busca das diretrizes estatutárias.[33]

No Brasil, a participação nas decisões ambientais já se encontra ordenada, tanto constitucionalmente quanto infraconstitucionalmente, nas três esferas de poder, como podemos observar na Constituição Federal de 1988 art. 225, §1º, IV. Na legislação infraconstitucional podem ser citadas as seguintes legislações: Lei 6.938/81 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; Resoluções Conama nº(s) 001/86, artigo 11, sobre estudo de impacto ambiental para implantação de atividades e empreendimentos; 009/87 sobre procedimento para realização de audiências públicas e 237/97, artigo 3º, sobre o licenciamento ambiental e outros atos normativos. Na esfera Judiciária, podemos vislumbrar a caracterização desse princípio nas Legislações sobre a ação civil pública Lei nº 7.347/85 e ação popular Lei nº 4.717/65. No Legislativo, temos a iniciativa popular de lei e as audiências públicas para os debates referentes aos projetos de lei.

Ainda assim, com todos os instrumentos do ordenamento jurídico, cabe, ainda, uma conduta solidária em prol de todos, colocando os interesses particulares em segundo plano e visando um entendimento de proteção à vida das próximas gerações. Para tal, depende-se “uma soberania menos egoísta dos Estados e mais solidária no aspecto ambiental, com a incorporação de sistemas mais efetivos de cooperação entre Estados, em face das exigências de preservação ambiental”[34], conforme preconiza o princípio 10 da Declaração do Rio de 1992.[35]

3.3 Princípio da Precaução

O princípio da precaução é de grande importância para a permanência dos recursos ambientais, pois se relaciona com a dúvida dos possíveis impactos que as intervenções do homem no ambiente poderá causar. Trata-se da necessidade de cautela na implantação de atividades e empreendimentos que possam causar alguma degradação ambiental.

Assegura tal princípio que no caso de incerteza dos efeitos ao ambiente, não se produza nenhuma intervenção até que se desenvolva um método adequado para que se possa identificar os possíveis impactos. Tal princípio reconhece o “*in dubio pro ambiente*”, uma vez que, enquanto não se identifica quais os impactos que uma possível intervenção humana possa causar ao ambiente, deve-se impedir a

conduta em prol de um bem coletivo que está intimamente ligado à dignidade humana.[36] Nesse princípio, não se tem o objetivo de evitar o desenvolvimento de atividades humanas sob o fundamento da dúvida, mas, na verdade, pretende-se a manutenção e a existência equilibrada do ambiente para as presentes e futuras gerações.

A utilização desse princípio conduz a dois comportamentos. O primeiro entende que o possível risco existente, por não se ter conhecimento das conseqüências daquela atividade, gera uma atitude de não implementar a atividade, demonstrando uma conduta cautelosa com o ambiente e, conseqüentemente, com a existência humana. Em outra posição, pode-se ter uma conduta segundo a qual diante do risco e da necessidade da implementação da atividade a segunda é privilegiada, devendo após a implementação observar o que acontecerá com o ambiente e identificar os possíveis impactos que advieram da atividade.[37] Acreditamos que, dentre as duas condutas possíveis apresentadas, pelo princípio da precaução a primeira é mais eficaz e cautelosa, já que visa proteger antes mesmo que ocorra o pior ou aconteçam impactos negativos de difícil reparação e até mesmo irreparáveis. Assim, o homem estaria diminuindo seu ambiente e sua qualidade de vida, pelo simples fato de querer suportar uma dúvida para se ter conhecimento das conseqüências da atividade no ambiente. Muito mais eficaz é o desenvolvimento tecnológico, visando identificar os possíveis impactos antes que se implemente a atividade. E enquanto isso não ocorre deve-se optar pela não interferência no ambiente.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em comento pode ser observado no art. 170, VI da Constituição Federal, no qual disciplina que, para a implantação de qualquer empreendimento econômico, deve-se levar em conta os aspectos ambientais. Com isso, identificamos que qualquer atividade econômica que não considere o ambiente está em desacordo com a ordem econômica do país, devendo, portanto, ser interrompida. Assim, para que se possa ter a certeza e também para alcançar a dúvida sobre os impactos, a Constituição Federal normatizou a exigência da realização do Estudo de Impacto Ambiental para atividades potencialmente poluidoras. E é através desse instrumento que se pode identificar os impactos e também chegar a um estágio de dúvida que determinada atividade poderá causar ao ambiente. Alguns autores[38] aduzem que o Estudo de Impacto Ambiental também é um princípio do ordenamento jurídico brasileiro, do qual discordamos, pois entendo que esse é um instrumento intimamente ligado à prevenção e à precaução ambiental e não um princípio, visto que é através dele que se detecta os impactos e surgem as possíveis dúvidas e ao final apresenta possíveis condutas em prol do ambiente, mas a sua realização é feita considerando diversos princípios ambientais de características anteriores aos impactos, como a prevenção, precaução e do usuário-pagador. Na verdade é um instrumento que demonstra a viabilidade de determinada intervenção ambiental.

Edis Milaré afirma que é através do estudo de impacto ambiental que se pode aplicar o princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento.[39] Realmente é através do EIA/RIMA que se pode considerar a variável ambiental, não somente por esse estudo, mas por qualquer outro estudo ambiental, já que o EIA/RIMA é um estudo para atividades potencialmente poluidoras. Contudo, isso não quer dizer que outras atividades que não estão relacionadas como potencialmente poluidoras não vão causar

variáveis ambientais, que deverão ser consideradas no momento de uma decisão política.

O princípio da precaução alcançou generalidade com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento popularmente conhecida como ECO 92, que originou a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, vislumbrando-se, tão somente, a necessidade de uma conduta cautelar nas intervenções ao ambiente[40].

3.4 Princípio da Prevenção

Este princípio visa minimizar ou compensar os impactos ambientais causados pela intervenção humana no ambiente. É através dele que se justifica a necessidade e a importância de se obter informações e a realização de pesquisas sobre os possíveis impactos, aplicando-se o princípio da prevenção[41] em situações nas quais os impactos já são conhecidos ou se podem detectar. Nesse caso, os elementos impactantes são identificados através de estudos especializados, no qual se observa diversos fatores que estão atrelados ao ambiente. Dentre tais estudos, um dos mais conhecidos, embora não único, é o Estudo de Impacto Ambiental.[42] Paulo Affonso Leme Machado aduz, em sua obra, os requisitos necessários para a perfeita utilização do princípio da prevenção, através da identificação dos objetos a serem avaliados na realização dos estudos ambientais[43]

O Poder Público e a Sociedade devem exigir a realização das pesquisas para a obtenção das informações necessárias para a outorga do funcionamento de qualquer atividade que vá intervir no ambiente. É um dever jurídico do empreendedor submeter ao Poder Público e à Sociedade a intenção de intervir no ambiente com a implantação de alguma atividade ou empreendimento impactante, sob pena de ser responsabilizado.[44]

O Superior Tribunal de Justiça[45] enfrentando caso sobre a possibilidade de exploração econômica relativa à extração mineral, na qual fora indeferida pelo DNPM visto a ausência de documentos e estudos necessários à operação próxima de uma área de preservação permanente. O julgado em comento demonstra que o DNPM atua utilizando em seus atos de outorga, o princípio em tela, pois tem conhecimento dos danos que a atividade pode provocar, já que a mesma causa a desestabilização das margens dos rios, afetando, assim, o equilíbrio ambiental. E, por tal, o órgão responsável pela outorga exclui integralmente qualquer avanço desse tipo de atividade nas margens dos rios. Assim, buscando a efetivação ambiental, o Tribunal em questão também utilizou o princípio da prevenção, visto que impediu qualquer exploração dessa atividade enquanto não forem apresentadas as devidas informações necessárias para dirimir as possíveis dúvidas.

Na verdade, a liminar judicial mencionada tem como fundamento dois princípios ambientais da prevenção e o da precaução, haja vista que até o momento da liminar não houve apresentação de nenhuma informação sobre os

possíveis danos ambientais com aquela atividade, que só poderiam ser esclarecidos a partir das informações prestadas. Essas seriam obtidas através de estudos e pesquisas no qual poderia se conhecer os impactos da atividade; mas ao mesmo tempo, poderia não ser. Assim, poder-se-ia ter posicionamentos diferenciados em relação à predominância, conforme tratei anteriormente sobre a atuação dos princípios no ordenamento jurídico. Assim, depois de obtidas as informações, poderia ser predominante tanto o princípio da prevenção quanto o da precaução. Este princípio, como já mencionamos, deve ter relevância em todos os poderes do Estado, já que todos têm por dever proteger o ambiente e, mais, efetivar políticas públicas com a inclusão desses princípios. Portanto, quando identificado os impactos ambientais, e sendo os negativos relevantemente menores do que os positivos, o Estado deve outorgar a pretendida atividade, não deixando de minimizar ou compensar ao máximo os impactos negativos que irão ocorrer. Isso, por sinal, aconteceu recentemente em relação à liberação da Licença Prévia para a Construção de uma Hidroelétrica no rio Madeira, na região amazônica, a qual ficou condicionada diversas medidas, num total de 33 condições específicas, visando diminuir os impactos daquele empreendimento no ambiente.[46]

A utilização desse princípio integra todos os atos de possível liberação de intervenção do homem no ambiente. Ele é fator fundamental na ponderação dos interesses econômicos, sociais e ambientais, já que são direitos fundamentais essenciais para o homem e por tal devem ser efetivados.

3.5 Princípio da Responsabilidade

Este princípio consagra a necessidade de responsabilizar os agentes causadores de danos ambientais seja por atos lícitos ou ilícitos. A responsabilidade ambiental no Brasil é objetiva, salvo a criminal e, por tal, independe do elemento culpa do agente causador do dano, demonstrando que se busca, com esse princípio, manter o equilíbrio ambiental, que é fundamental para a existência digna do homem[47], tanto que a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se a inovar o ordenamento jurídico brasileiro com a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais, sendo posteriormente regulamentado pela Lei nº 9605/98 em seu artigo 3º. Toda essa inovação vem a comprovar que o equilíbrio ambiental deve ser mantido e todos que interferem nele devem ser responsabilizados a recuperar o desequilíbrio promovido pela suas condutas, independente de se tratar de um ente físico ou jurídico.

Infelizmente, esse princípio se justifica no ordenamento jurídico devido a pouca efetivação das condutas preventivas e principalmente educativas, sobre a necessidade de se manter o equilíbrio ambiental, e por se tratar de um bem reconhecidamente fundamental para o homem. Dever-se-ia, então, ter uma ampla responsabilização pelos agentes responsáveis pelo desequilíbrio ambiental.[48]

Não se pode confundir impacto com dano ambiental. O primeiro pode ocorrer de uma forma lícita e ser compensado e minimizado, não criando um desequilíbrio ambiental. Na forma que explicitarei, nos princípios da precaução e da

prevenção, os impactos são detectados mitigando seu dano ou, até quando não são detectados, existe uma conduta para evitar o dano ambiental. Assim, conforme dito acima, nem todo impacto pode ser considerado como dano, mas todo dano gera um impacto negativo ao ambiente e conseqüentemente ao homem.

Para Paulo Bessa Antunes, o equilíbrio ambiental seria um princípio, e o da responsabilidade seria outro na estrutura principiológica do Direito Ambiental. [49] Com todo respeito ao autor supracitado, acreditamos que o equilíbrio está inserido na fundamentação do princípio da responsabilidade ambiental, já que o que se pretende com a responsabilização do agente causador do dano é manter o equilíbrio necessário ao homem.

A responsabilização do agente causador de um dano pode ocorrer conforme a Constituição Federal de 1988 versa no artigo 225, §3º, ou seja, em três âmbitos: administrativo, penal e civil. Cada um com sua importância na proteção do ambiente, pois todos têm natureza reparatória, preventiva e punitiva, mas com predominâncias diferenciadas, dependendo da responsabilidade ser civil, penal ou administrativa.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, consagrou o princípio da responsabilidade através do dever dos Estados de desenvolver a legislação pátria no tocante à responsabilização dos agentes e o dever de indenizar as vítimas dos acidentes ambientais[50]. Paulo Affonso Leme Machado[51] afirma que a declaração foi imperfeita, já que se tratou somente da indenização das vítimas e não normatizou o dever de reparar o ambiente danificado em prol da coletividade.

O Superior Tribunal de Justiça em alguns de seus julgados, considera fundamental a manutenção do equilíbrio ambiental que deve existir entre os elementos ambientais e o homem, no qual demonstra que toda a legislação ambiental nacional busca a efetivação desse equilíbrio em prol da sadia qualidade de vida, devendo ter o Poder Público e a Sociedade condutas que venham a manter essa relação entre ambiente e o homem com o intuito de reequilibrar os ambientes afetados e manter os que se encontram em conformidade.[52]

Através da parte do julgado, podemos observar que o dever de permanência e restauração do equilíbrio ambiental pela responsabilização dos agentes vai além de suas condutas ativas. Pode ser responsabilizado a reparar um bem ambiental aquele que não foi causador do seu desequilíbrio, como é o caso de adquirentes de propriedades sem a reserva legal, que são responsabilizados pela sua restauração, independente de terem colaborado com a supressão da reserva.

3.6 Princípio do Poluidor-Pagador

Este princípio é o responsável pelo dever de reparar os danos causados ao ambiente pela utilização de forma ilícita dos recursos ambientais para fins

econômicos. Aquele que usa o ambiente fora dos padrões permitidos deve ser responsabilizado por sua conduta. Assim, trata-se somente da reparação por condutas ilícitas, pois o princípio está relacionado a uma atividade poluidora. Aquele que atua fora das normas e padrões de permissibilidade ou aquele que atua de forma lícita, e mesmo assim vier a causar algum dano, também deverá ser responsabilizado. Mas não poderá ter sua atividade considerada como poluidora, pois foi exercida nos limites do permitido, e sua atividade sofreu o controle exercido pelo poder público.[53]

Tal princípio tem como elemento fundamental o fato do dano ter sido causado com o intuito de se ter um retorno econômico. Evidente que não corresponde a uma permissão econômica para que se possa utilizar os recursos ambientais de forma irracional, mas uma forma de responsabilizar pelo uso não racional dos bens ambientais, forçando os empreendimentos e atividades econômicas a se legalizarem e atuarem nos limites das normas e dos padrões de permissibilidade. Outra questão que também deve ocorrer diz respeito à atividade econômica. Os custos decorrentes da responsabilidade, pelo uso irracional, não podem ser repassados para o consumidor ou para o Estado, visando à reparação do dano, pois caso contrário os indivíduos serão duplamente prejudicados, já que terão seu ambiente danificado em prol do benefício econômico de outro e, ainda, serão obrigados a reparar o dano promovido pelo poluidor. [54]

Observamos que o referido princípio do poluidor-pagador não é um princípio primário do direito ambiental, mas um subprincípio da responsabilidade que explicitarei anteriormente. Não pode ser considerado como sendo o mesmo princípio em sua amplitude, conforme faz Cristiane Derani, de que o poluidor-pagador corresponde somente a uma parte do princípio da responsabilidade[55], pois este princípio é muito maior. Ele pune o agente causador de um dano tanto por uma conduta lícita quanto ilícita, enquanto o poluidor-pagador está relacionado exclusivamente por danos provocados por condutas ilícitas, tendo somente um elemento identificador que é o benefício econômico do agente, que no princípio da responsabilidade também pode existir, mas não é elemento obrigatório.

3.7 Princípio do Usuário-Pagador

O princípio do usuário-pagador está relacionado a uma ação anterior ao impacto, que poderá ser promovido pela outorga de uma atividade com fins econômicos. Ele é muito confundido com o princípio estudado anteriormente e com o da responsabilidade, conforme aduz Alexandra Aragão, em sua obra, na qual identifica o princípio do poluidor-pagador como sendo o princípio ora em estudo.[56] Assim, esse princípio tem por objetivo dar valor econômico aos recursos ambientais para que o usuário possa utilizá-los de forma racional[57], ressarcindo o ambiente e conseqüentemente, a Sociedade pelos impactos promovidos com a utilização dos bens ambientais, pois não seria adequado um indivíduo, gratuitamente, utilizar-se de um bem coletivo. E de fato, esse princípio tem por objetivo promover o acesso racional aos recursos ambientais, tendo em vista que estes devem ser preservados. Mas, ao mesmo tempo, eles devem ser utilizados, pois os seres humanos necessitam interagir com esses

elementos ambientais para a sua sobrevivência. Com isso, deve o direito compatibilizar essa interação promovendo um desenvolvimento sustentável para o homem.

Mesmo que o direito venha a proteger a fauna e a flora através do ordenamento jurídico, essa proteção deve estar direcionada à proteção das necessidades humanas e não exatamente aos elementos anteriores, pois a proteção jurídica surge no momento em que se vislumbra a essencialidade daquele elemento para o homem. Antagonicamente, alguns autores[58] entendem que em determinados momentos, visando uma harmonia com a natureza, o homem não é tido como o centro das atenções. Realmente isso ocorre para manter essa dita harmonia, mas toda a construção do direito é realizada com o fim de atender as necessidades humanas, diferentemente do que pode ocorrer com outras ciências que o homem é mero elemento do sistema. Com isso a pessoa, seja física ou jurídica, que utiliza os recursos ambientais deve pagar por essa utilização, ocorrendo uma conversibilidade econômica do uso desses bens, que são de todos. Não pode existir um benefício econômico pela utilização de um bem de todos em prol de uma pessoa, que causa com sua atividade impactos ambientais que todos irão suportar. Como dito, esse princípio tem íntima relação com os possíveis impactos[59] que uma determinada atividade possa causar, e este não se relaciona com a idéia da promoção de uma degradação, pois a atividade é lícita, demonstrando assim a sua separação do princípio anterior, considerando que usuário poluidor é utilizador de recursos de todos e por tal deve pagar por este uso.

Acreditamos que esse princípio pode ser dividido em duas classificações: uma na qual o usuário utiliza os recursos como meio para se beneficiar economicamente, através da produção de algum produto ou pelo fornecimento de algum recurso ambiental, como é o caso da água fornecida pelas concessionárias de serviços públicos e a segunda classificação, na qual os usuários utilizam-se dos recursos naturais para seu próprio sustento, não existindo um benefício econômico, mas sim um custo pela sua utilização, e por tal faz com que utilize de forma racional.

Consideramos que esse princípio tem uma natureza preventiva, pois atua antes da utilização dos recursos ambientais de forma que já possa calcular o valor a ser compensado pelo impacto promovido pela utilização dos bens ambientais da coletividade. [60] Observamos, com isso que o princípio do usuário-pagador não tem nenhuma função reparatória, pois incide anteriormente sobre os possíveis atos que possam impactar o ambiente, enquanto que a ação reparatória deve ocorrer após a existência do dano ambiental. Com isso, acreditar que o princípio do usuário-pagador tem natureza reparatória é distorcê-lo com o princípio da responsabilidade, o que causa uma abstração não recomendada entre os princípios e a sua efetivação diante dos casos concretos.[61]

O Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992[62] normatizou a referida matéria, passando a ser um princípio universal e devendo ser adotado por toda Comunidade Internacional. No Brasil o primeiro dispositivo legal que valorou um bem ambiental foi a Lei 9433/97, que consagrou a água como sendo um bem de valor econômico.

3.8 Princípio da Função Socioambiental da Propriedade

Este princípio consagra a função social da propriedade, condicionando que ela exerça uma função social. Nesse sentido, a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, declara ser a propriedade um direito fundamental, desde que a mesma tenha uma função social. Com isso, a propriedade não é mais vista de uma forma absoluta sem limitações e deveres dos proprietários com a propriedade e mais ainda com a coletividade. É importante observar que a propriedade aqui apresentada é tanto a propriedade rural como a urbana, sendo que esta é qualificada pelo artigo 182, § 2º da Constituição Federal, que disciplina que a propriedade urbana deve exercer sua função social quando cumpre as exigências contidas no Plano Diretor da cidade. Este estabelece o ordenamento do crescimento da cidade e a forma com que a população deseja viver. É a sociedade intervindo no processo de desenvolvimento da sua qualidade de vida urbana. Na área rural, a função social é disciplinada no artigo 186 da Constituição Federal, no qual tem como requisito expresso o dever de utilizar, de forma racional, os recursos ambientais e o de proteger o ambiente.

O princípio da função socioambiental tem uma amplitude maior do que uma limitação da propriedade, pois o proprietário, que além de se abster de uma conduta prejudicial à coletividade, deve ter também uma postura positiva imposta pelo ordenamento jurídico. Isso demonstra que no desenvolver de alguma atividade na propriedade deve-se precaver de possíveis prejuízos ambientais, além de comprovar que a sua atividade irá contribuir para a qualidade de vida do ser humano, fundamentando a imposição da regeneração de reserva legal mesmo não tendo sido o atual proprietário responsável pela supressão.[63] Também existe a necessidade de se apontar os impactos positivos promovidos pelas atividades para que se possa analisar quais os benefícios que aquela atividade trará para o ambiente e conseqüentemente para o homem.

Acreditamos que os princípios apresentados são a base do ordenamento jurídico ambiental e que os outros princípios proclamados pela doutrina e pela jurisprudência são subprincípios dos que aqui foram expostos. E é através da utilização desses e outros, que vierem a surgir com o desenvolvimento desse direito, que se poderá efetivar o direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, visando um desenvolvimento sustentável do ser humano no planeta.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluo que os princípios assim como as regras são normas do ordenamento jurídico e o intérprete na utilização dos mesmos busca alcançar a norma ideal para uma determinada situação concreta, no qual os princípios irão incidir na medida adequada para a efetivação dos existentes na situação fática concreta.

Por ter uma alta abstração os princípios interpenetram em todos os ramos dos direito possibilitando uma interpretação mais próxima da realidade da sociedade, pois não são somente princípios jurídicos que podem ser utilizados para a

concretude da norma, mas também de outras ciências, como ocorre com as causas ambientais, que diante determinada situação concreta o intérprete é obrigado para estabelecer a norma concreta a utilização de outras ciências conjuntamente com a jurídica.

Os princípios ambientais visam efetivar o direito que a sociedade necessita de ter um ambiente adequado para se viver de forma digna, mas sem excluir outros direitos também importantes para a existência do homem, como os direitos sociais, econômicos e as liberdades.

Como o direito ambiental ainda é um direito novo no ordenamento jurídico brasileiro os conceitos e as delimitações de seus princípios ainda não estão muito bem definidos, mas já conduzem a interpretação a concretizar as normas ambientais em todos dos ramos do direito.

Somente através do uso dos princípios constitucionais ambientais na interpretação jurídica para os casos concretos é que se obterá um desenvolvimento humano voltado a sustentabilidade do homem de forma digna, tendo uma devida qualidade de vida, e aproximando a norma jurídica da realidade da sociedade dando força normativa ao direito fundamental ao ambiente equilibrado e sadio.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo, 6º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª, São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis: **licença prévia nº 251/2007**, Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/paginas/materia.php?id_arq=5401>. Acesso em: 03 set. 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 9.101-DF, relator: Min. Luiz Fux, j. 09/06/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de set. de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 263.383-PR, relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de set. de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 343.741 - PR, relator: Min. Franciulli Netto, j. 04/06/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de set de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª ed., Portugal: Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COELHO, Maria Célia Nunes. Impactos ambientais em áreas urbanas – Teorias, conceitos e métodos de pesquisa. In: GUERRA, Antônio José Teixeira; Cunha, Sandra Baptista da (coords.). Impactos Ambientais Urbanos no Brasil, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

DANTAS, Fabiana Santos. Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9433/97. In: Krell, Andreas Joachim. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DESTEFENNI, Marcos. A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental, Campinas – SP: Bookseller, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Robert. Los Derechos en Serio, 4ª reimpresion, Barcelona: Ariel, S.A., 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil, Revista dos Tribunais, ano 83, v. 706, São Paulo: RT, agosto 1994

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, nº 2, São Paulo: RT, 1996.

MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental, Curitiba – PR: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 136.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p. 83. A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas Del mandato, la permisión y la prohibición. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

[2] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Portugal: Almedina, 1998, p. 1034.

[3] DWORKIN, Robert. *Los Derechos en Serio*, 4ª reimpresión, Barcelona: Ariel, S.A., 1999, p. 74-75. La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1035– 1036. Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionais facticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómicas; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm «fixações normativas» definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

[5] ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 85-86. Sobre la base de este tipo de criterios son posibles tres tesis totalmente diferentes sobre la distinción entre reglas y principios. La primera reza: todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente. Esto se mostraría, por ejemplo, en el hecho de que los criterios propuestos, de los cuales algunos sólo permiten distinciones de grado, son combinables entre sí de la manera que se desee. Así, no

habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera un alto grado de generalidad pero que no fuera aplicable sin más, que no hubiera sido establecida expresamente, que lleve en la frente su contenido valorativo, presente una estrecha relación con la idea de derecho, tenga gran importancia para el ordenamiento jurídico y encuentre aplicación como fundamento de reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquello que estos criterios, tomados en sí mismo, separan es, a su vez, de um tipo muy heterogéneo.(...)La segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios pero, señala que esta distinción es sólo de grado. Partidarios de esta tesis son, sobre todo, los numerosos autores que piensan que el grado de generalidad es el criterio decisivo. La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta tesis es correcta.

[6] DWORKIN, Robert. Op. cit., p. 78-79.

[7] PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 136.

[8] OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43.

[9] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 670255-RN, relator: Min. Luiz Fux, j. 28/03/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 ago 2007. 2. A jurisprudência tem oscilado no entendimento quanto à indenização das matas nativas, mas pacificou-se no sentido de indenizar as que possam ser exploradas comercialmente. O entendimento afasta a possível indenização das matas situadas em área de preservação ambiental, por serem bens fora do comércio. 3. A indenização por desapropriação indireta prescreve

em vinte anos (Súmula 119/STJ). 4. As limitações estabelecidas pela administração, ao criar os parques de preservação ambiental, configuram-se em desapropriação indireta e, conseqüentemente devem ser indenizadas, na medida em que atinjam o uso e gozo da propriedade.

[10] PEIXINHO, Manoel Messias. Op. cit., p. 125.

[11] PEIXINHO, Manoel Messias. Op. cit., p. 127.

[12] COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 80. Com efeito – em razão mesmo da sua estrutura normativo-material (se A, deve ser B) -, as regras são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a regra de reconhecimento do sistema jurídico a que pertencem, as suas prescrições incidirão, necessariamente, sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando a incidência de outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas; e Vide nota 62.

[13] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280.

[14] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 88 e DWORKIN, Robert. Op. cit., p. 78.

[15] COELHO, Inocêncio Mártires. Op. cit., p. 81.

[16] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122; e ALEXY, Robert. Op. cit., p. 115 et seq.

[17] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 126.

- [18] PEIXINHO, Manoel Messias. Op. cit., p. 137.
- [19] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95.
- [20] Idem.
- [21] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31.
- [22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8. O significado básico do princípio é obrigar as gerações presentes a incluir como medida de acção e de ponderação os interesses das gerações futuras. Os interesses destas gerações são particularmente evidenciáveis em três campos problemáticos: (i) o campo das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das actividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal); (ii) o campo do esgotamento dos recursos, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica; (iii) o campo dos riscos duradouros.
- [23] MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental, Curitiba – PR: Juruá, 2004, p.135.

Declaração de Estocolmo 1972.

Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe o dever solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações atuais e vindouras. Por consequência, são condenadas e devem ser eliminadas as políticas que promovam ou perpetuem o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação e as formas, coloniais ou outras, de opressão e de domínio estrangeiro.

Princípio 2 – Os recursos naturais do Globo, incluindo o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e, em especial, amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser salvaguardados no interesse das gerações presentes e futuras, mediante planeamento e ou gestão cuidadosa, como apropriado.

- [24] GUERRA, Isabella Franco. e LIMMER, Flávia C. Princípios Constitucionais Informadores do Direito Ambiental. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 565.
- [25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 5.
- [26] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.
- [27] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 4ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 160. De certa maneira, mantém o princípio ora em exame estreita vinculação com o princípio geral de Direito Público da *primazia do interesse público* e também com o princípio do Direito Administrativo da *indisponibilidade do interesse público*. É que o interesse na proteção do ambiente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os direitos individuais privados, de sorte que, sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade – a dizer, *in dubio pro ambiente*. De igual sentir, a natureza pública que qualifica o

interesse na tutela do ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é dado assim, ao Poder Público – menos ainda aos particulares – transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível.

[28] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIN nº 3.540-1 DF, relator: Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 ago 2007.

[29] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 160.

[30] ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 33-34.

[31] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo, 6º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 64. Tudo está, portanto em conexão: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.

[32] GUERRA, Isabella Franco. e LIMMER, Flávia C. Princípios Constitucionais Informadores do Direito Ambiental. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org). Os Princípios da Constituição de 1988. Op. cit., p. 576.

[33] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 90-91.

[34] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 169.

[35] MODÉ, Fernando Magalhães. Op. cit., p.143.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Princípio 10 – A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos.

[36] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 63. A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. e ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito, Op. cit., p. 41.

[37] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 64-65.

[38] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil, Revista dos Tribunais, ano 83, v. 706, São Paulo: RT, agosto 1994, p. 17, e GUERRA, Isabella Franco. e LIMMER, Flávia C. Princípios Constitucionais Informadores do Direito Ambiental. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org). Op. cit, p. 572.

[39] MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 161.

[40] MODÉ, Fernando Magalhães. Op. cit., p.143 – 144.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

[41] Esse princípio conforme aduz José Rubens Morato Leite em sua obra, Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 171, é da mesma família do princípio da precaução estudado anteriormente, uma vez que exerce funções muito próximas, que é propiciar uma melhor relação entre as condutas humanas e o ambiente de forma que se preserve o ambiente para a atual e futuras gerações, mas também que se desenvolva outras necessidades do homem. A principal diferença entre os dois princípios é quanto a identificação dos impactos ambientais, visto que na precaução, o impacto é desconhecido ou indeterminado, o risco com a interferência no ambiente é incalculável, enquanto que na prevenção os impactos são reconhecidos ou podem ser e são aplicadas medidas que visem proteger o ambiente e permitir as intervenções desejadas, nesse princípio o risco é mensurável.

[42] ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 37.

[43] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 82. (...) divido em cinco itens a aplicação da prevenção: 1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamento ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental.

[44] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p.38. Sob o prisma da administração, encontramos a aplicabilidade do princípio da prevenção por intermédios das licenças, das sanções administrativas, da fiscalização e das autorizações, entre outros tantos atos do Poder Público, determinantes da sua função ambiental de tutela do meio ambiente.

[45] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 9.101-DF, relator: Min. Luiz Fux, j. 09/06/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de ago de 2007

[46] BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis: **licença prévia nº 251/2007**, Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/paginas/materia.php?id_arq=5401>. Acesso em: 03/09/2007.

[47] DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92. O conflito de interesses não é permanente, como quer fazer crer a doutrina extremista, mas ocasional. E quando ele ocorra, então, sem nenhuma dúvida, o que há de prevalecer é o interesse da coletividade. Não hesitamos em consentir na amputação do membro que põe em risco a nossa vida. Não podemos, por qualquer motivo, permitir que o direito do indivíduo todo-poderoso atinja, não outro indivíduo, mas toda coletividade. Na doutrina do risco, nitidamente democrática, não se chega jamais à consequência de afirmar o princípio, aparentemente individualista, mas, em essência, de sentido oposto, nitidamente autocrático, de que o direito de um pode

prejudicar a outro, pode ultrapassar as raia da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto.

[48] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., p. 18. Dessa forma, sem negligenciar a extraordinária relevância da prevenção das degradações, é preciso admitir que um sistema completo de preservação e conservação do meio ambiente supõe necessariamente a responsabilização dos causadores de danos ambientais e da maneira mais ampla possível envolvendo as esferas civil, penal e administrativa.

[49] ANTUNES, Paulo Bessa. Op. cit., p. 37.

[50] MODÉ, Fernando Magalhães. Op. cit., p.143 – 144.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Princípio 13 – Os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais. Os estados deverão cooperar, da mesma forma, de maneira rápida e mais decidida, na elaboração das novas normas internacionais sobre responsabilidade e indenização por efeitos adversos advindos dos danos ambientais causados por atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu comando, em zonas situadas fora de sua jurisdição.

[51] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 83.

[52] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 263.383-PR, relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 16/06/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Acesso em: 24 de ago de 2007. Não há, portanto, por que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* do adquirente do imóvel para responder a ação civil pública mediante a qual se busca proteger a área de reserva florestal legal no domínio privado, uma vez que é sua a responsabilidade pela ocorrência de danos ambientais. Em outras palavras, é o proprietário, ao tempo da exigência do cumprimento da obrigação de reparação ambiental, que deve responder por ela, visto que adquiriu a propriedade na vigência da legislação impositiva de restrição ao seu uso, além de que, se assim não fosse, jamais as reservas legais no domínio privado seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais. e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 195274 - PR, relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 07/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de ago de 2007 e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 343.741 - PR, relator: Min. Franciulli Netto, j. 04/06/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 de ago de 2007.

[53] MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 4ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 160-161.

[54] ARAGÃO, Alexandra. ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 49.

[55] A autora, em sua obra, (Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 158) equipara o princípio do poluidor-pagador como sendo o mesmo princípio da responsabilidade o que não ocorre, já que, como dito, o segundo é muito mais amplo do que o primeiro até porque não há a necessidade de um benefício econômico para ser responsabilizado pelos danos causados ao ambiente, salvo na questão da penalização da pessoa jurídica, no qual o benefício é elemento fundamental para a responsabilização criminal não dispensando os sócios, gerentes e outros

[56] ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 48.

Voltamos a lembrar que o PPP não é um princípio de responsabilidade, que actue a

posteriori, impondo ao poluidor pagamentos para ressarcir as vítimas de danos passados. O PPP é um princípio que actua sobretudo a título de precaução e de prevenção, que actua, portanto, antes e independentemente dos danos ao ambiente terem ocorridos, antes e independentemente da existência de vítimas.

[57] DANTAS, Fabiana Santos. Gerenciamento de Recursos Hídricos: Uma Análise Crítica da Lei 9433/97. In: Krell, Andreas Joachim. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 275. (...) possui uma feição predominantemente preventiva, pois parte da idéia de que, conferindo um valor econômico ao bem ambiental, pode-se racionalizar o seu uso, através da atribuição aos usuários de uma contrapartida pecuniária pela utilização dos recursos hídricos, até então gratuita, não obstante a previsão do art. 103 do Código Civil.

[58] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 56.

[59] COELHO, Maria Célia Nunes. Impactos ambientais em áreas urbanas – Teorias, conceitos e métodos de pesquisa. In: GUERRA, Antônio José Teixeira; Cunha, Sandra Baptista da (coords.). Impactos Ambientais Urbanos no Brasil, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 64. Para a autora impacto ambiental é: “o processo de mudanças sociais e ecológicas causado por perturbações (uma nova ocupação e/ou construção de um objeto novo: uma usina, uma estrada ou uma indústria) no ambiente. Diz respeito ainda à evolução conjunta das condições sociais e ecológicas estimulada pelos impulsos das relações entre forças externas e internas à unidade espacial e ecológica, histórica ou socialmente determinada. É a relação entre sociedade e natureza que se transforma diferencial e dinamicamente”.

[60] MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 170.

[61] ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 47. A prossecução dos fins de melhoria do ambiente e da qualidade de vida, com justiça social e ao menor custo económico, será indubitavelmente mais eficaz se cada um dos princípios se “especializar” na realização dos fins para os quais está natural e originalmente mais vocacionado.

[62] MODÉ, Fernando Magalhães. Op. cit., p.144.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Princípio 16 – Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos económicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

[63] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, nº 2, São Paulo: RT, 1996, p. 59-60. e MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 169. É com base neste princípio que se tem sustentado, por exemplo, a possibilidade de imposição ao proprietário rural do dever de recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente e reserva legal, mesmo que não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento, certo que tal obrigação possui carácter real – *propter rem* -, isto é, uma obrigação que se prende ao titular do direito real, seja ele que for, bastando para tanto sua simples condição de proprietário ou possuidor.

NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E PADRÕES JURÍDICOS NO PROCESSO DE REDEFINIÇÃO DA REGIÃO AMAZÔNICA*

NEW SOCIAL MOVEMENT AND JURIDICAL PATTERNS IN THE PROCESS OF REDEFINITION OF THE AMAZON REGION

Joaquim Shiraishi Neto

RESUMO

Na última década, muito se discutiu sobre a necessidade de adotar medidas para reduzir o aumento do desmatamento na chamada região Amazônica brasileira. Os esforços utilizados para diminuir esse processo, que continua em ritmo acelerado, tendem a se tornar inócua, diante de uma medida em curso no Congresso Nacional, que pretende alterar por meio de Projeto de Lei a área de abrangência da Amazônia legal, retirando da região os Estados do Mato Grosso, Tocantins e Maranhão. A discussão sobre a redefinição da região Amazônica está inserida no bojo de um intenso processo de conflito na região, onde os povos e comunidades tradicionais se organizam politicamente para enfrentar os problemas decorrentes da ameaça da perda dos seus territórios tradicionalmente ocupados. No interior do processo de mobilização vivenciado por esses grupos sociais, é possível identificar diferentes estratégias e ações, que se colocam em face dos “tradicionais” e “novos” antagonistas, sendo que um traço distintivo, considerado comum é a “luta jurídica localizada”, que não se restringe ao âmbito dos espaços municipais. O reconhecimento jurídico de que a sociedade brasileira é uma “sociedade plural”, tem servido como argumento, acionado para a garantia e a reivindicação de direitos. As discussões em torno da noção de “pluralismo jurídico” são retomadas, ganhando novo significado e impondo “novos” padrões jurídicos. Nesse processo, o direito tem sido um poderoso instrumento, utilizado para nortear o processo de mobilização política e de construções das novas identidades.

PALAVRAS-CHAVES: NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS, REDEFINIÇÃO DA REGIÃO AMAZÔNICA, NOVOS PADRÕES JURÍDICOS.

ABSTRACT

In the last ten years, a lot has been discussed about the needs of adopting measures to reduce the deforestation increase in the region called Brazilian Amazon. The efforts used to reduce this process, which remains accelerated, intent to become innocuous, due to the measure on course at the National Congress that intent to change, through a Project of Law, the area that holds the Legal Amazon, removing the states of Mato Grosso, Tocantins and Maranhão. The discussion about the redefinition of the Amazon

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Region is due to the intense conflict in this area, where the people and the traditional communities organize themselves politically in order to face the problems that come with the threaten of loosing their territories traditionally occupied. Inside this mobilization process lived by these social groups it is possible to identify different strategies and actions, placing the “traditional” against of the “new” antagonists. A distinctive trace, considered ordinary is the so called “localized juridical fight”, which is not restricted to the counties areas. The juridical recognition that the Brazilian Society is a “plural society”, has served as an argument, within the claim for individual rights and guarantees. The discussions around the notion of the “juridical pluralism” is taken back, getting a new significance and demanding “new” juridical pattern. Within this process, the law has been a powerful instrument, used to direct the political mobilization process and the built of new identities.

KEYWORDS: NEW SOCIAL MOVEMENTS, AMAZON REGION REDEFINITION, NEW JURIDICAL PATTERN.

DISPUTA PELA REDEFINIÇÃO DA REGIÃO AMAZÔNICA

Em meio às discussões relacionadas ao aumento do desmatamento na região e às medidas e estratégias para reduzi-los, a chamada Amazônia legal poderá ter sua área de abrangência reduzida em função de dois Projetos de Lei que se encontram em trâmite no Congresso Nacional. Os referidos Projetos de Lei objetivam dar nova redação ao inciso VI do §2º do art.1º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, para alterar a definição de Amazônia legal, retirando dessa região os Estados do Tocantins, Mato Grosso e Maranhão. Os argumentos apresentados consistem em afirmar que os critérios utilizados para a definição da região à sua época não levaram em consideração as características dos diferentes “ecossistemas” ou “biomas” existentes em cada um dos Estados. A delimitação levou em consideração critérios eminentemente políticos, sem que houvesse preocupação com os científicos, notadamente os de base geográfica, que poderiam contribuir para nortear a sua definição. A necessidade de desenvolver os Estados de acordo com as políticas públicas traçadas em consonância com um meticuloso planejamento, orientou os atuais limites da Amazônia legal.

O fato de a Amazônia ser compreendida como “região problema”, fez com que os esforços governamentais se concentrassem e se dirigissem na adoção de um conjunto de políticas públicas voltadas à exploração “racional” dos potenciais da região, sobretudo pelo malogro das atividades até então desenvolvidas de exploração dos recursos de origem florestal e mineral. A exploração dos recursos naturais, que trouxeram certa “prosperidade” à região, foi objetivo de análise econômica. Os esquemas interpretativos acionados que procuravam compreender esse processo o fizeram a partir da noção de “ciclos econômicos”, segundo um discurso teórico que procura articular os temas referidos aos mitos da região, como: o “nomadismo”, o “extrativismo”, o “contato das raças” e a “entrada da civilização”, transformando-os em “verdades científicas”, que foram produzidas e difundidas enquanto tais.

Nesse sentido, o desenvolvimento da região Amazônica implicava na adoção de políticas que tinham como pressuposto a necessidade de incorporá-la ao País. O processo de “integração” ocorreu atraindo capital privado por meio de incentivos fiscais

e monetários. O desenvolvimento e a ocupação da região se tornaram objetivos e em nenhum momento os Estados se opuseram ou mesmo rivalizaram a esse modelo de desenvolvimento marcadamente de caráter autoritário, na medida em que “desconhece” a existência de diversos grupos sociais portadores de distintas “temporalidades” e “axiologias”, levando à destruição das identidades coletivas. O viés autoritário do modelo serviu para atender aos interesses dos Estados e de determinados grupos locais, que de forma ampla pôde se beneficiar dessas políticas.

Nas últimas décadas duas tendências entrelaçadas vêm redefinindo a região Amazônica. A primeira está relacionada ao papel do Estado na região, que tem se ocupado em promover o desenvolvimento a partir dos interesses dos interessados em explorar economicamente a região. Observa-se que o discurso ambientalista, que serviu como norte das discussões nas últimas décadas, aos poucos, perde força, diante da intensificação do processo de exploração econômica na região. Em outras palavras, o modelo em expansão retoma e “atualiza” o pensamento geopolítico brasileiro de vertente militar desenhado em tempos passados, cujo objetivo era a inserção da região na expansão capitalista contemporânea. A aquisição e ocupação de terras por grandes proprietários e empresas para o cultivo das monoculturas (de soja, cana de açúcar, dendê, eucalipto, dentre tantas...), bem como a exploração e intensificação dos recursos minerais e energéticos evidenciam o caráter predatório desse processo, que se coloca de forma antagonica ao vivenciado pelos diversos povos e comunidades tradicionais.

A segunda tendência refere-se à emergência dos movimentos sociais na região Amazônica, que se definem e são autodefinidos por critérios de identidade étnica, e reivindicam a manutenção e garantia de direitos, frente às situações que lhes apresentam adversas. O avanço da exploração econômica sobre as terras e os recursos naturais coloca em risco as formas de reprodução física e cultural dos mais variados grupos.

Em meio a esse intenso processo de disputas, os povos e as comunidades tradicionais vão desenhando seus territórios, que segundo Almeida encontram-se em “processo de territorialização”. Desta forma, rivalizam com os territórios pretendidos, sendo que isso implica na redefinição da própria noção de região a partir dos critérios de mobilização política. Observa-se que é a noção de região Amazônica se encontra em jogo mais uma vez. No entanto, os critérios acionados para sua definição se encontram delineados num campo de disputa, onde distintos interesses entram em conflito, diferentemente da sua primeira definição, quando os critérios dominantes foram àqueles identificados pela “objetividade científica”.

“NOVO” DIREITO E “NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS”

As reflexões em torno do ordenamento ou sistema jurídico tendem a “apagar” a possibilidade de considerar a existência de direitos, que possam estar para além ou aquém dos limites de seu tempo e espaço. Os juristas se esforçam em fazer coincidir o espaço jurídico com a sociedade, modernamente com o Estado. Trata-se do dogma da completude do ordenamento jurídico, que consiste na propriedade do direito regulamentar toda e qualquer situação que exista de fato. Esta leitura formal do direito,

que privilegia a interpretação das normas e a coerência do ordenamento tem se constituído em objeto de discussão em face dos fenômenos sociais e econômicos recentes, que tem se apresentado de forma múltipla e complexa, obrigando a uma reflexão permanente acerca dos significados do direito.

Percebe-se que o formalismo excessivo utilizado para compreender os fenômenos sociais e econômicos tem impedido a interpretação dos processos de extrema complexidade, que se colocam distantes da forma como o direito se produz, reproduz e difunde. Os intérpretes do direito têm encontrado enormes dificuldades em atender de forma satisfatória as demandas, embora tenham se demonstrado bastante criativos em relação a elas. A recusa em se admitir a insuficiência do ordenamento ou sistema jurídico, enseja a necessidade de revisitar o próprio direito e, nesse sentido, as reflexões dogmáticas mais procuram se atualizar e o fazem se apropriando da noção de “pluralismo jurídico”, que sempre foi tomado como algo residual do direito positivado. O “pluralismo jurídico” era formulado segundo o campo jurídico por historiadores e sociólogos do direito. Eles se utilizavam dessa noção operacional para demonstrar a insuficiência do ordenamento jurídico, bem como para descrever as situações da realidade, que não se encontravam catalogadas no direito. Contudo, as reflexões jurídicas mais recentes reconhecem o fato de que somos uma “sociedade plural”. Para essa análise: “o pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos”. Optar pelo reconhecimento de que somos uma sociedade plural, tende a impor uma ruptura com os esquemas de pensamento jurídico tradicionais e a necessidade de repensá-lo à luz das discussões do “pluralismo jurídico”.

A diversidade importa no acatamento de “práticas jurídicas” diferenciadas, nem sempre catalogadas e que necessitam ser incorporadas às reflexões jurídicas para garantir direitos efetivos à diversidade de sujeitos e grupos sociais, que sempre ficaram distantes dos tratamentos jurídicos. As dificuldades de interpretar os fenômenos sociais à luz dos padrões jurídicos tradicionais, sempre ficaram evidenciadas diante dos fatos, embora os intérpretes preferissem ignorá-los, já que a todo custo procuravam enquadrar as situações aos dispositivos legais, apesar de reconhecerem as dificuldades. Para cada situação, um dispositivo, o que implicava numa simplificação das situações, quando reduzidas ao mundo jurídico.

Nesse sentido, o processo em curso que valida o pluralismo na ordem jurídica, importa, também, no reconhecimento de que a norma se origina de uma situação particular e que se universaliza no ambiente jurídico. O discurso jurídico e o “senso teórico comum dos juristas” têm garantido a produção, reprodução e difusão da universalidade da norma jurídica, “livre” de qualquer tipo de interesses que possam maculá-la. Isso se constituiu num dos “obstáculos epistemológicos”, que tem impedido a compreensão do próprio direito, inclusive a sua possibilidade de atualização.

A necessidade de o direito ser pensado e organizado para atender determinados problemas torna-se “obstáculo” à própria capacidade do direito se modificar diante das situações que se complexificam, na medida em que a sociedade se globaliza. As situações complexas têm implicado na necessidade de envolver uma maior participação dos interessados e dos que detêm conhecimentos específicos a respeito, na medida em que esses procedimentos permitam contribuir na tomada das decisões judiciais, que possam ser consideradas mais justas.

Os resultados do reconhecimento de que somos uma “sociedade plural” implica numa ampliação dos problemas, em decorrência do grau de disputas acirradas, que se colocam por vezes de forma contraditória no interior da sociedade. Os esforços teóricos devem se concentrar na possibilidade de intensificar as reflexões do papel do direito na sociedade contemporânea e de sua aplicação frente à dinâmica da realidade, que é reconhecidamente plural. Nesse sentido, as tentativas de simplificação dos procedimentos, a fim de proporcionar maior celeridade à resolução dos conflitos devem ser vistas com ressalva, sobretudo pelo fato de existir no momento atual reflexões no âmbito do direito, que procuram encontrar na idéia do “consenso”, senão a única, mas a melhor forma para a resolução dos conflitos sociais existentes. As reflexões que se encontram ancoradas nas discussões de Democracia e Estado de Direito vêm sendo objeto de crítica, já que trazem no seu bojo a idéia de que o direito representa os interesses da sociedade, diluindo a política sob o conceito de direito.

Observa-se que o critério de identidade vem contribuindo numa maior capacidade dos grupos sociais exercerem mobilização política para reivindicarem direitos. A organização e mobilização dos povos e comunidades tradicionais se constituem em um importante instrumento para enfrentar as situações concretas, que se evidenciam nos processos de disputas pelos territórios. Nesse intenso processo vivenciado pelos grupos sociais, o enfrentamento jurídico tem sido uma arena de luta privilegiada. As manifestações políticas dos movimentos nas mais diversas situações revelam diferentes estratégias e ações, que se colocam em face dos seus antagonistas. Um traço distintivo que pode ser considerado comum a todos esses grupos sociais é o que pode ser denominado de “luta jurídica localizada”, que não se restringe aos limites do espaço municipal. É localizada no sentido de que os grupos têm acesso aos meios e ao Poder Público responsável para atender e executar as medidas eventualmente propostas. Os esforços dos grupos sociais em manter a “luta jurídica localizada” decorre da utilização de diversas práticas, que não se encontram referidas ao aspecto discursivo, acabando por impor formas próprias: junto às Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas dos Estados, os povos e comunidades tradicionais além de participarem das audiências públicas para discutir projetos que lhes afetam direta ou indiretamente, apresentam proposições por meio de representantes, as quais têm se transformado em leis; em discussões com Poder Executivo vem discutindo e firmando determinadas medidas, que tem se traduzido em políticas específicas; e em discussão com o Ministério Público Estadual e Federal apresentam e discutem a particularidade de seus problemas para a defesa de seus direitos.

Percebe-se que há uma apropriação das “práticas” e do discurso jurídico, na medida em que esse campo tem se demonstrado extremamente favorável às disputas políticas. O fato do direito representar os interesses de determinados grupos - “o reino de um direito”, como afirmou Jacques Rancière - não tem se apresentado neste momento, pelo menos, como um obstáculo aos movimentos sociais que, ao se apropriarem das “práticas jurídicas”, procuram propor dispositivos legais que estejam mais alinhados com a sua maneira de viver. Em determinados momentos, procuram interpretar os dispositivos consoante os seus interesses e vontades, apesar de que a interpretação nem sempre encontra “eco” nos esquemas de pensamento jurídicos dominantes, estruturados em consonância com os padrões jurídicos tradicionais. Neste contexto em que os grupos sociais se organizam e se mobilizam, é importante destacar o papel do Poder Judiciário, que tem procurado reconhecer a relevância da ampla participação da sociedade nos

juízos, diante da complexidade e da pluralidade de situações, que impõem novas formas, onde os pré-intérpretes são determinantes no processo decisório.

No caso, há uma necessidade de ocupar o campo jurídico, sobretudo em função do momento vivenciado, em que os próprios intérpretes autorizados reconhecem a necessidade de uma maior participação da sociedade. Os esforços do Poder Judiciário em ampliar a participação da sociedade nos processos decisórios se encontram coadunados com os interesses dos povos e comunidades tradicionais. Extensivamente a esse processo, os grupos sociais intensificam sua luta em explicitar a sua existência social, bem como demonstrar a necessidade de protegê-la, mesmo que para isso seja necessário repensar os próprios padrões jurídicos instituídos.

No processo que envolve o reconhecimento da diversidade, a primeira ação consiste em reafirmar e afirmar a idéia da diferença, que motiva as reivindicações dos diversos povos e comunidades tradicionais. A partir do intenso processo de organização e mobilização política, os grupos sociais adotam a seguinte estratégia: a elaboração e proposição de dispositivos legais que, inicialmente, permitam reconhecer a sua existência social, bem como seus modos de “fazer”, “criar” e “viver”. As discussões em torno da elaboração e proposição dos dispositivos legais tem sido um elo importante no processo de construção das identidades coletivas, na medida em que as discussões políticas em torno das proposições permitem ao mesmo tempo, afastar as divergências e aproximar os grupos, frente os antagonistas. A força e a intensidade dos processos fazem com que os grupos apaguem as diferenças e reforcem os laços de solidariedade. As idéias da existência de coesão social - que serviam para distinguir a região das demais - são recuperadas, mas sem perder a possibilidade de realçar as diferenças existentes entre os diversos grupos sociais que compõem a Amazônia.

“PRÁTICAS JURÍDICAS” LOCALIZADAS: “novos” padrões jurídicos

O deslocamento dos enfrentamentos políticos para a “luta jurídica localizada”, sobretudo a produção de dispositivos legais no âmbito municipal e, também, estadual revela um dado “novo”, que merece ser incorporado às análises. Nesse processo, os movimentos sociais passaram a ser os protagonistas e intérpretes de suas próprias ações e estratégias, diferentemente de outros períodos, onde o discurso era mediado. Até a década de 1980, observa-se que os conflitos se referiam às disputas pela terra na região Amazônica, envolvendo uma intensa discussão em torno dos direitos de posse e propriedade. Na maioria das situações, as discussões eram encaminhadas ao Poder Judiciário. O procedimento de encaminhar prevalentemente os conflitos ao Poder Judiciário representava uma das estratégias mais utilizadas em face de seus antagonistas. O seu objetivo consistia em garantir ou mesmo evitar qualquer tipo de medida que pudesse implicar na ameaça ou perda da terra em disputa, embora não se esperasse que as ações fossem êxitosas, isto é, julgadas favoravelmente. Os argumentos acionados eram os perfilados pelos advogados, que promoviam a disputa no campo jurídico. As ações eram organizadas com intuito de demonstrar a existência da posse mansa e pacífica sobre a terra ou mesmo a insuficiência dos documentos acostados aos processos judiciais. As disputas jurídicas cingiam-se aos processos e às medidas

administrativas junto aos órgãos fundiários, que eram acionados para promover o processo de desapropriação ou mesmo regularização fundiária do imóvel, objeto do litígio.

Na década de 1990, a esse discurso do direito agrário, foram incorporadas as discussões de meio ambiente. A força do discurso ambiental, que buscou identificar formas de preservação e conservação da região Amazônica, fez com que os grupos sociais passassem a ter uma participação mais ativa, aproximando-os das formulações e dos debates jurídicos ambientais, que procuravam identificar formas para melhor disciplinar as ocupações e usos dos territórios. A experiência dos seringueiros com os Projetos de Assentamento Extrativistas (PAEXs), incorporado pela Política Nacional do Meio Ambiente por meio das Reservas Extrativistas (RESEXs), é um exemplo recorrente. Ele se espalhou por toda região Amazônica, vindo a se incorporar na Política Nacional de Unidades de Conservação.

No entanto, somente a partir do aumento do grau de organização e mobilização dos grupos sociais é que as demandas jurídicas passaram a se tornar mais complexa, impondo questionamentos aos procedimentos comumente utilizados, que vinham se demonstrando ineficazes diante dos problemas, que se colocavam e que ameaçavam a reprodução física e cultural dos grupos. As discussões não mais se referiam ao direito à terra, mas a um conjunto de proposições, que implicam no reconhecimento da existência social dos povos e comunidades tradicionais. Os discursos jurídicos, agrário e ambiental, até então hegemônicos foram perdendo gradativamente força junto aos movimentos sociais, que passaram a articular as lutas a partir de “novas” formas. Tal processo reflete as “novas” ações e estratégias dos grupos sociais, que procuram como medida na manutenção de seus direitos, ações mais localizadas em que pudessem deter o controle político do processo.

A maioria dos projetos de lei apresentados pelos representantes dos movimentos sociais foram e estão sendo aprovados nas diversas Câmaras Municipais de toda região Amazônica. Os projetos de lei, que implicam numa maior liberdade ou restrição de determinadas “práticas sociais”, apesar de sofrerem forte resistência, acabam sendo aprovados. Os conteúdos dos projetos representam o grau de enfrentamento envolvendo interesses diversos, que se realiza no interior dos espaços políticos. Verifica-se que o maior grau de organização e mobilização dos grupos reflete os ganhos e as perdas dos projetos de lei apresentados. As estratégias utilizadas para a discussão e apresentação da proposição - que vai desde a escolha do vereador ou parlamentar - bem como as articulações que ocorrem no decorrer de toda tramitação do projeto, incluindo o dia da votação, são dados relevantes que necessitam ser analisados, uma vez que contribuem com o maior ou menor êxito da maioria das propostas apresentadas. Nessa arena, onde os interesses divergentes se explicitam, a ação política exercida pode significar um grande passo em direção a aprovação dos projetos.

O conteúdo dos projetos aprovados além de expressarem a correlação de forças localizadas, evidencia as situações existenciais de fato, vivenciadas diferentemente por cada grupo social, por isso mesmo não há restrições legais em relação ao que foi aprovado. Uma vez aprovadas, as leis ficam “sacramentadas” e herméticas aos questionamentos. As leis aprovadas são acatadas, sendo que os diversos grupos e o Poder Municipal procuram cumprir o que foi previamente pactuado. O “pacto” envolve uma “consciência geral” do profundo conhecimento da questão e a necessidade de

regulamentá-la, sob pena de “novos” conflitos. Observa-se que os envolvidos possuem plena consciência dos direitos em jogo, bem como da necessidade de protegê-los.

Os deslocamentos das ações e estratégias para o plano jurídico local, especificamente para o da elaboração e proposição de leis vêm servindo para reconhecer a existência social dos grupos sociais e, sobretudo legitimar as suas ações. Trata-se de promover a passagem de uma situação de “invisibilidade” para a de “visibilidade” jurídica, pois o direito somente protege os visíveis. Contudo, esse processo é pouco refletido, em função dos resultados positivos até aqui alcançados. Os grupos sociais vêm apostando suas lutas nesse processo que, sem dúvida, contribui com a construção de suas identidades. A elaboração e proposição dos dispositivos legais auxiliam no reforço e atualização dos laços sociais. Os indivíduos passam a se identificar enquanto membro do grupo.

Os novos dispositivos legais criados a partir do controle exercido pelos movimentos sociais determinaram de certa forma, a ampliação e abertura do ordenamento ou sistema jurídico até então indiferente aos direitos desses grupos. Os novos dispositivos necessitam ir se acomodando ao universo jurídico, sendo que esse processo pode implicar em um menor controle dos grupos sociais, em função da “autonomia” do campo jurídico. A “autonomia” é construída em face das necessidades de produção, reprodução e difusão de um discurso jurídico, que sempre se ocupou em negar direitos a esses grupos. Isso deverá implicar em um novo conjunto de ações e estratégias, sobretudo na capacidade dos grupos explicitarem a legitimidade dos seus direitos que, em muitos momentos, se encontram em conflito com o próprio direito. Os esforços dos grupos deverão se dirigir e concentrar no direito em dizer o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No bojo da dinâmica da região Amazônica, os novos movimentos sociais ganharam força e vitalidade, em face dos projetos de intervenção na região, que procuram incluí-la na expansão capitalista. Em decorrência, as “práticas sociais” dos diferentes grupos sociais vêm se impondo na ordem, acarretando uma intensa disputa sobre os territórios e no processo de redefinição da região.

É por esse motivo que os debates sobre a redefinição da região Amazônica não podem prescindir da participação e do conteúdo desses grupos sociais. A força e vitalidade dos movimentos sociais residem, em primeiro lugar, no fato de terem garantido a sua existência enquanto grupo socialmente distinto. A sua permanência e perenidade rivalizaram com todos os esquemas científicos de pensamento, que deduziam o seu “fim” ou “assimilação” diante da sociedade nacional. Segundo essas leituras, esses grupos estariam fadados ao desaparecimento. Em segundo, porque a partir dessa primeira, lograram questionar o direito na sua concepção universalista, obrigando -o a se debruçar sobre as diversidades e as singularidades. Em outras palavras, a “luta jurídica localizada”, enquanto instrumento, vem aproximando o direito das situações mais particularizadas, implicando num repensar do próprio conteúdo jurídico.

Tal processo vem fazendo com que os grupos sociais transitem de uma situação de invisibilidade para visibilidade; enquanto sujeitos coletivos de direitos têm suas “práticas jurídicas” igualmente reconhecidas dentre tantas. A região Amazônica expressa e contém essa diversidade sócio-cultural, que deve ser preservada, sendo que é por esse motivo, tomando emprestado o título do livro de Ronald Dworkin, “levar a sério” as proposições dos povos e comunidades tradicionais, incorporando-as como legítimas no interior da ordem jurídica, sob pena de negar direitos, comprometendo a reprodução física e cultural desses grupos sociais.

BIBLIOGRAFIA:

ACSELRAD, Henri. O Zoneamento Ecológico-Econômico na Amazônia e o Panoptismo Imperfeito. IPPUR-UFRJ, pp.53-75,

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Universalização e Localismo. Movimentos sociais e crise nos padrões tradicionais de relação política na Amazônia. **Revista CESE/ Debate**, ano IV, nº3, pp.23-40, maio de 1994.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quebradeiras de Coco Babaçu**. Identidade e Mobilização. São Luís: MIQCB, 1995.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de Quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (org.). **Terra das Línguas**: Lei Municipal de Oficialização de Línguas Indígenas. São Gabriel da Cachoeira, Amazonas. Manaus: PPGSCA-UFAM/ F. Ford, 2007.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIRAISHI NETO, Joaquim; MARTINS, Cynthia Carvalho. **Guerra Ecológica nos Babaçuais**. O processo de devastação dos palmeirais, a elevação do preço de commodities e o aquecimento do mercado de terras. São Luís: Lithograf, 2005.

AMARAL FILHO, Jair. **A Economia Política do Babaçu**: um estudo da organização da extrato-indústria do babaçu no Maranhão e suas tendências. São Luís: SIOGE, 1990.

ARNAUD, Jean-André. Da regulação pelo direito na era da globalização. MELLO, Celso de Albuquerque (org.). **Anuário Direito e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 23-51.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOURDIEU, Pierre. A identidade e a representação. Elementos para uma reflexão crítica sobre a idéia de região. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989. pp. 107-132.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 30-51.

CARBONNIER, Jean. **Sociologie Juridique**. Paris: PUF, 1978.

CUNHA, Euclides da. **À Margem da História**. 6º ed. Porto: Lello & Irmão, 1946.

CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. 2º ed. Leme: CL Edijur, 2003.

FARIA, José Eduardo. Estado, Sociedade e Direito. FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf (orgs.). **Qual o Futuro dos Direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 59-123.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 7º ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GENY, François. **Méthode D'Interprétation et Sources en Droit Prive Positif**. Paris: Librairie Maresco Ainé, 1899.

GEVAERD FILHO, Jair Lima. Peril Histórico – Jurídico dos Faxinais ou Compáscuos. Análise de uma forma comunal de exploração da terra. **Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente**. ITCF, ano 1, pp.44-79, agosto de 1986.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

GURVITCH, Georges. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Kosmos Editora, 1946.

MARCONDES, J. V. Freitas. Natureza Jurídica do Mutirão. **Arquivos do Instituto de Direito Social**, vol.9/ n.1, pp. 103-112, dezembro de 1949.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2º ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MOREIRA, Eidorfe. **Conceito de Amazônia**. Rio de Janeiro: SPVEA, 1958. (Coleção Araújo Lima).

MORIN, Gaston. **La Revolte du Droit Contre le Code**. Paris: Librairie du recueil Sirey, 1945.

MOOG, Vianna. **O Ciclo do Ouro Negro**. Impressões da Amazônia. Porto Alegre: Livraria Globo, 1936.

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n.26, ano9, pp. 18-29, outubro de 1994.

OLIVEIRA, Francisco de. A Reconquista da Amazônia. **Novos Estudos**, nº 38, pp. 3-14, março de 1994.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco. O Caboclo e o Brabo. Notas sobre duas modalidades de força-de-trabalho na expansão da fronteira Amazônica no século XIX. **Encontros com a Civilização Brasileira**, nº 11, pp. 101-140, 1979.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento** – política e filosofia. São Paulo: ed. 34, 1996.

RANGEL, Alberto. **Inferno Verde**. Scenas e Cenários do Amazonas. 2º ed. Typographia Minerva, 1914.

REALE, Miguel. **Brasil, Sociedade Plural**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2001.

REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Laymert Garcia. A Encruzilhada da Política Ambiental Brasileira. **Novos Estudos**, nº 38, pp. 168-188, março de 1994.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. A “Comoditização do Conhecimento Tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (org.). **Conhecimento Tradicional e Biodiversidade**: normas vigentes e propostas. Manaus: UEA-PPGDA/UFAM- PPGSCA/ Fundação Ford, Fundação Universidade do Amazonas, 2008, pp. 57-83.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Leis do Babaçu Livre. **Práticas Jurídicas das Quebradeiras de Coco Babaçu e Normas Correlatas**. Manaus: PPGSCA-UFAM/F.Ford, 2006.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Granda da Silva. Dez anos da Lei de Arbitragem. **Folha de São Paulo**, 24 de setembro de 2006. A3.

WARAT, Luiz Alberto. Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Introdução Geral do Direito**. Interpretação da Lei Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994. pp. 13-18.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3º ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Documentos e Periódicos

CURITIBA. Decreto n.889/ 2004, outorga permissão e uso. **D.O.M.**, n.74, de 28 de setembro de 2004.

DEFICIENTE auditiva terá intérprete na sala de aula. **Folha de São Paulo**, 28 de junho de 2008. p.C4.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.278, de 2007, “Dá nova redação ao inciso VI do §2º do art.1º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, para alterar a definição de Amazônia Legal.”

134 CANDIDATOS se declaram gays ou ‘aliados’, diz ABGLT. **Folha de São Paulo**, 16 de agosto de 2008. p.A6.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 005, de 2005, “Altera o inciso VI do §2º do art.1º da lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, na redação alterada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, que dispõe sobre a abrangência da Amazônia Legal, e dá outras providências.”

STF amplia participação no debate público. **Folha de São Paulo**, 10 de agosto de 2008. A12.

O artigo 43 da CF de 1988 previu a existência das regiões, com objetivo de promover o desenvolvimento e reduzir as desigualdades regionais. “Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.”

O Projeto de Lei nº 1.278, de 2007, é de autoria do deputado Osvaldo Reis, do Estado do Tocantins, e se encontra em trâmite na Câmara Federal. O Projeto de Lei nº 005, de 2005, é de autoria do senador Jonas Pinheiro, do Estado do Mato Grosso, e se encontra no Senado.

Vale ressaltar que há uma vasta literatura a respeito das tentativas de definir e delimitar a região Amazônica. Tais discussões procuravam identificar o que poderia ser tomado como “unidade” da região no sentido de justificar a sua existência física e social. Para Eidorfe Moreira, na “delimitação oficial” (Lei nº 1.806, de 06 de janeiro de 1953, que criou a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia - SPVEA; Lei nº5.173, de 27 de outubro de 1966, que extinguiu a SPVEA e criou a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e Medida Provisória nº2.157-5, de 24 de agosto de 2001, que extinguiu a SUDAM e criou a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA), acabou vencendo o critério geodésico (Moreira, 1958, 23-23); sendo que além desse critério, outros poderiam ser igualmente

acionados, tais como: o “hidrográfico”, o “fitogeográfico”, o “zoogeográfico”, o “político” e o “econômico”.

Se for possível afirmar que há alguma relação entre os critérios é o fato de se colocarem como verdade absoluta, por isso mesmo as discussões em torno dos critérios que justificariam a idéia de região Amazônica devem ser objeto de reflexão. Não se pode perder de vista que a idéia de região está inscrita numa luta entre os cientistas que aspiram pelo monopólio de sua definição legítima (Bourdieu, 1989, 108). Para esse autor: “Ora, a ciência social, que é obrigado a classificar para conhecer, só tem alguma probabilidade, não já de resolver, mas de, pelo menos, por correctamente o problema das classificações sociais e de conhecer tudo o que, no seu objecto, é produto de actos de classificação e fizer entrar na sua pesquisa da verdade das classificações o conhecimento da verdade dos seus próprios actos de classificação. O que quer dizer que não é possível dispensar, neste caso menos que em qualquer outro, uma análise da relação entre a lógica da ciência e a lógica da prática” (Bourdieu, 1989, 111). Foucault também chama atenção para a relação entre o poder e o saber, sobretudo das metáforas geográficas: “Desde o momento em que se pode analisar o saber em termos de região... pode-se apreender o processo pelo qual o saber funciona como um poder e reproduz os seus efeitos. Existe uma administração do saber, uma política do saber, relações de poder que passem pelo saber e que naturalmente, quando se quer descrevê-las, remetem-se àquelas formas de dominação a que se referem noções como campo, posição, região e território.” (Foucault, 1988, 158).

A propósito da discussão entre planejamento e direito, ver a pesquisa desenvolvida por Grau. Para o autor, apesar de o planejamento tentar se desprender de seu conteúdo, trata-se de uma noção fortemente marcada por uma ideologia: “O que define um pressuposto de não neutralidade no planejamento é justamente o compromisso prévio de preservação do mercado, instituição fundamental do sistema.” (Grau, 1978, 41).

Para Oliveira Filho esse esquema interpretativo objetiva construir uma “história geral” da região. A “noção de ciclo impôs-se como modelo de organização dos fatos históricos ligados à produção da borracha”. Continua o autor ...“o uso de tal noção funciona como mecanismo de filtragem e incorporação de fatos a uma forma pré-definida, excluindo sistematicamente de consideração aqueles fenômenos que pudessem refutar ou relativizar seu valor heurístico.” (Oliveira, 1979, 102).

Na região Amazônica, diversas atividades extrativas foram objeto de interpretação econômica. No entanto, apesar de utilizarem de esquemas analíticos diferenciados para explicar os processos de exploração que se verificou em momentos distintos, acabaram chegando aos mesmos resultados: declararam o “fim da atividade extrativa”. Para esse tipo de análise, acabaram os seringais, os castanhais, os babaçuais. A respeito da análise econômica da atividade extrativa do babaçu, ver Amaral Filho (1990).

Oliveira Filho (1979, 106).

O chamado Zoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia apresenta também um caráter autoritário, com os mesmos arranjos de desenvolvimento para a região (Acselrad, s/d).

“O que é importante reter é que a formação talvez não de um consenso, que é um processo sociocultural de maior fôlego, mas de uma impressão, de que os problemas da Amazônia eram tão grandes, imensos, que as sociedades, comunidades, tribos, nações indígenas e etnias locais e regionais não teriam forças, competência técnica, recursos financeiros, poderes abrangentes para superá-los.” (Oliveira, 1994, 6). Aliás, esse discurso se vinculou a um outro, que foi igualmente produzido, reproduzido e difundido e que relaciona a total incapacidade do “Homem Amazônico” diante da imensidão da floresta (Rangel, 1914; Cunha, 1946; Moog, 1936).

Em meados da década de 1980, a intensificação do desmatamento na região Amazônica levou os movimentos sociais a se empenharem com os problemas ambientais. A existência social dos diversos grupos estava condicionada à manutenção da floresta. No entanto, o discurso de preservação ganha força somente com o aparecimento da questão da biodiversidade, que projetou nova luz sobre o meio ambiente. Os esforços em proteger a floresta estão entrelaçados com o seu valor econômico. As florestas representam um enorme depósito de espécies e de recursos genéticos que podem ser explorados economicamente. Para Santos, inaugura-se um novo tipo de exploração predatória que leva em consideração os potenciais da diversidade da região (Santos, 1994).

A necessidade de regulamentação dos conhecimentos tradicionais deve ser analisada com extrema cautela pelos intérpretes do direito, pois as categorias jurídicas utilizadas, sobretudo o “contrato”, ainda que de “repartição de benefícios”, tem sido um importante instrumento para facilitar e acelerar as transações mercantis, sem nenhuma preocupação prévia com os envolvidos. O contrato é um instrumento mercantil, que rompe com os laços e as relações comunitárias existentes entre os diferentes sujeitos e grupos sociais. A propósito dessa discussão, que objetiva analisar o processo de regulamentação jurídica à luz das situações vivenciadas pelos povos e comunidades tradicionais, consultar Shiraishi Neto; Dantas (2008).

A síntese desse processo que se verifica em quase toda região Amazônica, pode ser resumida na noção de devastação dos recursos naturais. O grau de intensidade e a extensão das áreas atingidas são tamanha, que se distingue das situações ocorridas em momentos anteriores. A respeito do processo nas áreas de babaçuais, ver Almeida, Shiraishi Neto e Martins (2005).

O conceito de “unidades de mobilização” utilizado por Almeida nos auxilia nesta análise das ações coletivas que demandam conhecimento jurídico formal. As “unidades de mobilização” representam instrumentos organizativos dos quais esses grupos sociais lançam mão para garantir e assegurar direitos em face das políticas contrárias aos seus interesses vitais, isto é, “as políticas públicas é que possibilitam os elementos básicos à formação de composições e de vínculos solidários essenciais ao êxito dessas mobilizações (Almeida, 1994, 23).

Almeida (2006, 21-99).

É interessante observar o intenso processo de mobilização das chamadas quebradeiras de coco babaçu a respeito do seu processo de territorialização. Segundo Almeida “...o mundo das quebradeiras revela-se agora política e economicamente construído e sua abrangência transcende as fronteiras fixadas pelas divisões político administrativas. Sua existência coletiva, por outro lado, não se confunde, necessariamente, com as áreas de ocorrência de babaçu. O movimento das quebradeiras não existe em todos os lugares em que há babaçuais.” (Almeida, 1995, 19).

Carbonnier procura (des)naturalizar as noções jurídicas de espaço e tempo. Lembra que “o espaço jurídico tem por suporte natural um território”, entretanto exemplifica a situações dos grupos nômades. Enquanto que uma tribo cigana pode se constituir num espaço jurídico sem domínio territorial (Carbonnier, 1978, 349), outros grupos podem compreender certa noção de território , como área de deslocamento (Carbonnier, 1978, 349).

Carbonnier (1978, 356).

Bobbio (1999).

Para Faria, a expansão e o desenvolvimento da economia capitalista vêm “afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo. Suas normas, face a uma realidade dominada por forças e dinâmicas globais que ultrapassam os marcos institucionais e nacionais tradicionais, vêm perdendo a capacidade de ordenar, moldar, conformar, controlar e regular a sociedade e a economia.” (Faria, 2002, 59). Sobre as profundas transformações do direito, que se encontra em processo de ser “suprimido”, “substituído” ou “suplantado”, consultar Arnaud (1999).

O reconhecimento dos direitos das chamadas minorias tem se tornado palco de acirradas disputas, sobretudo em função das enormes dificuldades operacionais de implementá-los. O universalismo jurídico tem rivalizado com o particularismo das situações. No Estado de São Paulo, uma deficiente auditiva conseguiu na Justiça o direito de ter uma intérprete de Libras (língua brasileira de sinais) na sala de aula (**Folha de São Paulo**, 28 de junho de 2008. p.C4). As dificuldades de garantir tal direito parte da própria Secretaria Estadual da Educação, que alega que o cargo de intérpretes de Libras ainda não foi criado.

As reflexões sobre a noção de “pluralismo jurídico” eram realizadas em espaços não dogmáticos por envolverem dimensões outras de uma discussão jurídica. Os debates mais sistematizados em torno dessa noção foram realizados por sociólogos do direito. Dentre os trabalhos, ver Gurvitch (1946) e Carbonnier (1978).

No interior das reflexões jurídicas, vale destacar o trabalho de Bobbio sobre “pluralismo jurídico”. O autor procura distinguir os ordenamentos jurídicos não estatais do estatal (Bobbio, 1999, 164). A despeito de colocá-los no mesmo plano, numa concepção aparentemente dialética, procuram dotá-los dos mesmos elementos caracterizadores dos ordenamentos estatais, cuja forma e rigidez são elementos imprescindíveis para a sua existência. Tal entendimento de matiz nitidamente positivista do que seria ordenamento jurídico tende a levar ao processo de “absorção”, da “recusa” ou “indiferença” do ordenamento estatal em relação ao não estatal, sobretudo por não possuírem esses elementos caracterizadores, o que lhes retira a condição de ordenamento jurídico.

Já Santos procura identificar os contextos em que aparece o “pluralismo jurídico”. Além do contexto colonial, onde se verifica o direito do Estado colonizador em face do “direito tradicional”, temos as situações em que os Estados adotam o direito europeu como instrumento de modernização e de consolidação do poder; as situações de revolução social, onde um “direito tradicional” entra em conflito com o “direito revolucionário”; e as situações em que os povos são submetidos ao direito do conquistador (Santos, 1988, 64-78).

Wolkmer (2001).

As reflexões sobre a noção de “pluralismo jurídico” procuram explicitar diferentes situações. Para Faria, as limitações do direito positivo que se relevam incapazes de superar os problemas decorrentes do desenvolvimento e expansão do capitalismo, faz emergir espaços infra e supra legais, sendo que os primeiros sem interferência e os segundos com interferência dos Estados (Faria, 2002, 60-78).

A despeito do resultado da análise que se preocupa em identificar a “unidade plural” da sociedade, é importante destacar o trabalho do Reale no âmbito do direito, pois esse

autor reafirma o fato de que “somos substancialmente uma sociedade plural que somente pode ser compreendida mediante uma série de fatores e circunstâncias que se interligam de maneira complementar e dinâmica.” (Reale, 2001, 23). Aliás, essa análise de que somos uma “sociedade plural”, já havia sido anunciada em um outro período pelo mesmo autor (Reale, 1963).

Silva (2007, 143).

No contexto das discussões, vale retomar a polêmica gerada em torno da “morte” da Constituição Dirigente, nos moldes desenhados por Canotilho, a respeito da necessidade de se repensar a Constituição Federal de 1988 para além dos esquemas comumente acionados, sobretudo numa época de “cidadanias múltiplas” e “múltiplos de cidadania”. Para esse constitucionalista português pensar o direito a partir desses esquemas seria prejudicial ao próprio cidadão.

Já no final do século XIX e início do século XX há toda uma literatura jurídica a respeito do tema, da dificuldade das leis frente os fatos. Entre os autores, consultar: Geny (1899); Morin (1945); Cruet (2003).

A propósito da necessidade do direito “enquadrar” as situações para encontrar a sua “natureza jurídica”, vale a pena ver as discussões em torno do “mutirão” se se trata de qual espécie de contrato. Após discorrer sobre as situações que envolveria o que foi designado como “mutirão”, Freitas Marcondes chega a seguinte conclusão: “podemos concluir que o mutirão é uma convenção consuetudinária de trabalho, sinalagmática, onerosa, ‘sui generis’, tendo por fundamento o solidarismo humano.” (Freitas Marcondes, 1949, 112). Além desse, outros exemplos também poderiam ser perfilados. A respeito do enquadramento jurídico do “faxinal”, no Estado do Paraná, ver: Gevaerd Filho (1986).

Para Warat, “a expressão “senso comum teórico dos juristas” designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.” (Warat, 1994, 13).

Miaille (1994, 37-42).

Em que pese à necessidade de uma análise mais rigorosa de como tem sido a “participação” nos processos judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal, observa-se que esse Tribunal mudou de posição, pois tem se empenhado em assumir um papel mais ativo, quando da apreciação de questões políticas de ampla repercussão nacional. Trata-se de uma preocupação coadunada a uma tendência na ordem jurídica mundial. Ela se relaciona à necessidade de criar procedimentos que possibilitem um maior número de subsídios para fundamentar as decisões. O julgamento das células tronco, por exemplo, levou a realização da primeira audiência pública na história do STF para discutir esse tema (**Folha de São Paulo**, 10 de agosto de 2008. A12).

Silva (2007, 143).

De forma antagônica as reflexões de Silva, onde o direito assume posição central na resolução dos conflitos, temos a postura de Wald e Martins, que buscam afastar esse papel. Para esses autores: “enquanto o processo judicial é uma espécie de guerra que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre elas de modo que possam continuar a atuar em conjunto nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores, quer como clientes.” (Wald; Martins, 2006). Sobre a discussão da substituição dos modelos jurídicos – do modelo do conflito pelo modelo do consenso - é importante refletir as conclusões de Nader. Para essa autora, a substituição dos modelos conflitivos para os de harmonia, não significa que esse último seja benigno. O modelo de harmonia, pelo contrário, tem sido um poderoso instrumento de controle social, exatamente pelo fato de aceitarmos a harmonia como benigna (Nader, 1994).

Ranciere chama atenção para o fato de “o reino do direito é sempre o reino de um direito.” (Ranciere, 1996, 110).

Almeida enfatiza o fato de que os movimentos sociais na região Amazônica vêm se consolidando fora dos marcos tradicionais dos Sindicatos, incorporando critérios étnicos, que expressam a diversidade de formas de existência coletiva (Almeida, 2006, 21-26).

O processo vivenciado por esses grupos sociais de promover a “luta jurídica localizada” se encontra em sintonia com o conjunto de reflexões jurídicas a respeito da “democracia participativa”. Para Bonavides, trata-se de introduzir uma “nova legitimidade”, cuja base seria o cidadão (Bonavides, 2008). Aliás, para Sen, o exercício dos direitos políticos é fundamental às pessoas, no sentido de garantir a participação, a reivindicação e formulação de propostas. Os direitos políticos não são apenas fundamentais para demandar respostas políticas, mas tem um papel construtivo na “conceituação das necessidades” (Sen, 2000, 173-187).

Embora o sistema de consulta e participação estejam previstos na Convenção n.169 da OIT, esses procedimentos não são adotados pelos diversos órgãos públicos, quando da realização de atividade que possa atingir direta ou indiretamente os povos e comunidades tradicionais. Percebe-se que os procedimentos são realizados ou não, consoante vontade do titular do órgão.

Em 10 de julho de 2007, as Comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, de Direitos Humanos e Minorias e da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional realizaram uma Audiência Pública, na Câmara dos Deputados para discutir o PL n.213/ 2007, que “dispõe sobre a proteção da derrubada de palmeiras de babaçu nos estados do Maranhão, Piauí, Tocantins, Pará, Goiás e Mato Grosso.”, apresentado pelo Dep. Domingos Dutra. Essa audiência somente foi realizada em virtude de um requerimento pessoal do referido deputado. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados não consta de nenhum artigo que determine a realização de audiência pública em caso de projetos de lei que possam atingir povos e comunidades tradicionais.

Recentemente foi aprovado o PL n.231/ 2007, no Estado do Tocantins, que “dispõe sobre a proibição da queima, derrubada e do uso predatório das palmeiras de babaçu e adota outras providências.” Em 2007, a “rede puxirão”, no Estado do Paraná, conseguiu após a realização de uma audiência pública, a aprovação do Projeto de Lei n.477/ 07, que “dispõe sobre o Sistema Faxinal e o processo de reconhecimento dos faxinalenses no Estado do Paraná.”

Em Curitiba, os ciganos da Associação de Preservação da Cultura Cigana (APRECI) conseguiram da Prefeitura Municipal a outorga de permissão e uso de uma área para a implementação do Memorial da Cultura Cigana, segundo o Decreto n.889/ 2004. É interessante observar que o art.6 do referido Decreto determina a vigência do contrato por um período de 90 (noventa) dias, período exíguo se levado em consideração os objetivos contidos no Decreto. Na verdade, o então Prefeito Municipal “empurrou” o problema para o próximo prefeito, que deverá adotar as medidas jurídicas, em função do término do contrato.

No âmbito desse processo, vale destacar o Decreto de 27 de dezembro de 2004, que “cria a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais e dá outras providências”; e o Decreto n.6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que “institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.”

Na Comarca de São Luís Gonzaga, no Estado do Maranhão, o MP do Estado propôs uma ação civil pública, com pedido de liminar, proibindo a derrubada de palmeiras de babaçu. Tal ação originou-se de uma representação da Secretaria da Mulher do Sindicato de Trabalhadores Rurais de São Luís Gonzaga.

No Estado do Paraná, a partir de representações formuladas pelos faxinalenses junto ao Ministério Público do Estado, foram propostas duas ações civis públicas, com pedido de liminar, proibindo o cercamento de uma parte da área do faxinal. No “Seminário de Direitos Étnicos e Coletivos”, que foi realizado na sede da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, entre os dias 19-20 de agosto de 2008, o representante do MP se dispôs atuar conjuntamente na defesa dos direitos dos povos e comunidades tradicionais do Estado.

A prática de elaborar e propor dispositivos legais têm sido utilizados indistintamente em função de interesses diversos, que nem sempre estão explicitados. Na cidade de Manaus, determinados indivíduos que se autodefinem “caboclos” conseguiram aprovação de dois projetos de lei, no âmbito municipal e estadual (Lei n. 3.140, de 28 de junho de 2007), instituindo o “dia do caboclo”, que é comemorado em 24 de junho. É interessante observar que a designação “caboclo”, reivindicada enquanto critério de identidade, é utilizada para reforçar o poder de determinados políticos conservadores da região.

Tem-se observado uma preocupação dos movimentos sociais, portadores de identidade, em ocupar os espaços do legislativo municipal. Tal preocupação se faz presente em vários segmentos sociais. Segundo levantamento divulgado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), pelo menos 134 candidatos nas eleições deste ano se declaram gays, lésbicas, travestis ou aliados do movimento (**Folha de São Paulo**, 16 de agosto de 2008. p.A6).

A presente reflexão fez um recorte proposital, priorizando uma leitura a partir das questões jurídicas. Este período é marcado por um intenso processo de mobilização política dos trabalhadores rurais em torno da Reforma Agrária.

No âmbito de atuação do Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB) existem pelo menos 14 (quatorze) leis aprovadas, que tratam de regulamentar o acesso e uso das palmeiras de babaçu. Ver: Shiraishi Neto (2006).

Vale destacar, também, a Lei n. 145, de 11 de dezembro de 2002, que “dispõe sobre a co-oficialização das Línguas Nheêngatu, Tukano, Baniwa à Língua Portuguesa, no município de São Gabriel da Cachoeira, Estado do Amazonas. A esse respeito, consultar Almeida (2007).

A Câmara Municipal de Antonio Gonçalves, no Estado da Bahia, aprovou o projeto de lei n.04/ 2005, “que cria a lei de licuri livre ou lei do ouricuri, sua preservação, extrativismo e comercialização.” É copiosa os projetos e as leis aprovadas pela “rede puxirão”, no Estado do Paraná.

A esse respeito, é interessante observar os projetos de lei, que foram apresentados e aprovados nas Câmaras Municipais pelas chamadas quebradeiras de coco babaçu. O grau de organização e mobilização está expresso no conteúdo da lei aprovada, enquanto a Lei de Lago do Rodrigues garante o livre acesso e uso, a de Praia Norte, condiciona. A título de exemplo, comparar o artigo 1º da Lei n.32/ 1999, do município do Lago do Rodrigues, no Estado do Maranhão, com o artigo 1º da Lei n.49/ 2003, do município de Praia Norte, Estado do Tocantins. Artigo 1º da Lei n.32/ 1999: “ As palmeiras de babaçu existentes no município de Lago dos Rodrigues, Estado do Maranhão, **são de livre acesso e uso** das populações extrativistas que as exploram em regime de economia familiar e comunitária.” G.N Artigo 1º da Lei n.49/ 2003: “As palmeiras de coco babaçu existentes no Município de Praia Norte – TO, serão de propriedades e responsabilidades dos proprietários das terras, e **na medida do possível** poderão ser exploradas pelas quebradeiras de coco babaçu e suas famílias, que deverão explorar em regime de economia familiar e comunitária, ficando a efetivação de caeiras dentro das terras de particulares , e caso destas vierem a existir danos aos pastos e à natureza, os responsáveis pela tragédia, juntamente com o segmento organizado ao qual pertence, deverão ser punidos nos termos da lei.” G.N

**RESOLUÇÃO CONAMA Nº 302/02: CRÍTICA AOS PARÂMETROS,
DEFINIÇÕES E LIMITES PARA AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS***

**RESOLUTION CONAMA Nº 302/02: CRITICISM TO PARAMETERS,
DEFINITIONS AND LIMITS TO THE AREAS OF PERMANENT
PRESERVATION OF ARTIFICIAL RESERVOIRS**

José Carlos Loureiro da Silva

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a Resolução nº 302, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, editada com o objetivo de suprir o vácuo legislativo surgido com a dicção do art. 2º, b, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965 - Código Florestal.

Ocorreu que, desde a década de 70, muitos loteamentos foram aprovados no entorno dos reservatórios que surgiram devido à construção de usinas hidrelétricas. Alguns desses loteamentos, face à Resolução em testilha, tornaram-se irregulares.

Procuraremos verificar se, à luz do ordenamento jurídico vigente, pode uma Resolução dispor sobre o direito de propriedade, assegurado constitucionalmente, bem como se a dita Resolução pode servir de instrumento conciliatório entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, objetivo maior da Declaração de Estocolmo de 1972.

O nosso paradigma será a Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira, cuja represa inundou extensa área localizada na região noroeste do Estado de São Paulo, dificultando a prática da agropecuária no local. O reservatório artificial criado a partir da barragem da usina transformou a região em verdadeiro pólo turístico.

Para o desenvolvimento do nosso estudo utilizaremos obras doutrinárias, periódicos, internet, bem como faremos a análise de alguns casos ocorridos nas Comarcas do noroeste paulista, lindeiras ao reservatório artificial de Ilha Solteira.

Esperamos que este nosso estudo possa trazer alguma luz à questão, auxiliando na defesa de direitos constitucionalmente protegidos.

PALAVRAS-CHAVES: RESOLUÇÃO CONAMA Nº 302/2002. CÓDIGO FLORESTAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO DE PROPRIEDADE. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The present piece has the purpose of analyzing Resolution nº 302, from March 20th, 2002 from Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, edited with the objective of supplying the legislative gap caused by the diction of Article 2, b, Decree 4.771, from September 15th, 1965 - Forest Code.

What happened was that, since the 70's, many lot divisions were approved in the area near the reservoirs that resulted from the building of hydroelectric power plants. Some of these lot divisions, in face of the Resolution in dispute, have become illegal.

We have tried to verify if, in light of the current judicial ordering, a Resolution could decide on the right of property, constitutionally guaranteed, as well as if such Resolution could be used as a conciliatory instrument between Environmental Protection and Economy Development, most important goal of Stockholm 1972.

Our paradigm will be Ilha Solteira Power Plant, which dam flooded an ample area located in the northwestern region of São Paulo State, making it difficult for the function of farming and cattle raising in that land. The artificial reservoir, started from the plant dike, transformed the region into a tourist site.

For the development of our study, we'll use doctrinal pieces, journals, internet, as well as making analysis of certain cases occurred in the countries of Paulista northwestern, surrounding the artificial reservoir of Ilha Solteira.

We hope our study can bring some enlightening to the point, helping defend the constitutionally protected rights.

KEYWORDS: RESOLUTION CONAMA Nº 302/2002. FOREST CODE. FEDERAL CONSTITUTION. PERMANENT PRESERVATION AREA. ARTIFICIAL RESERVOIRS. FUNDAMENTAL RIGHTS. PROPERTY RIGHTS. SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

Na década de 60 foram iniciadas as construções de algumas usinas hidrelétricas no Brasil e, entre elas, a de Ilha Solteira, inaugurada em 16 de fevereiro de 1974. É a maior usina do Estado de São Paulo e a terceira maior usina hidrelétrica do Brasil, possuindo uma barragem de 5.605 m de comprimento e o seu reservatório tem extensão de 1.195 km². Localiza-se no Rio Paraná, entre os municípios de Ilha Solteira (Estado de São Paulo) e Selvíria (Estado de Mato Grosso)[1].

As áreas invadidas pelas águas dessa usina eram ocupadas por gramíneas ou pastos, já que ali predominava a atividade agropecuária. E o grande reservatório artificial despertou, então, a atividade turística no entorno dos municípios por ele alcançados.

Ocorre que, desde 2002, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA), bem como a Polícia Ambiental do Estado de São Paulo e o Ministério Público vêm travando uma verdadeira guerra com os moradores e proprietários de terrenos situados às margens do reservatório de Ilha Solteira, com a aplicação de multas, elaboração de boletins de ocorrência, demolição de construções,

processos judiciais, embargo de obras etc, tudo em decorrência da Resolução CONAMA 302/02. Esta Resolução constitui o objeto deste nosso estudo.

1. O CÓDIGO FLORESTAL E A DELIMITAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ATRAVÉS DE RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.

O Código Florestal (Lei 4.771/65) definiu, no seu art. 2º, alínea “a”, 1, 2, 3, 4 e 5, as áreas de preservação permanente situadas ao redor dos rios ou cursos d’água. Nestas hipóteses, a lei precisou os limites métricos dessas áreas, estabelecendo um mínimo de 30 metros e um máximo de 500 metros, proporcional à largura do rio. Entretanto, no mesmo artigo, a sua alínea “b”, dispõe ser área de preservação permanente: “*ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;*”, mas não estabeleceu as metragens mínimas dessa área.

Visando suprir essa lacuna legal, até 2002 vigorava a Resolução Conama nº 4, de 18 de setembro de 1985, que no seu art. 3º, item II, previa serem Reservas Ecológicas “*ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal*”, estabelecendo a largura mínima de 30 metros para as que estejam situados em áreas urbanas e 100 metros para as represas hidrelétricas. Tal Resolução foi revogada, tendo sido substituída pela Resolução Conama nº 302, de 20 de março de 2002, que “*dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno*”. Assinada pelo Presidente do Conselho Nacional do Meio Ambiente, José Carlos Carvalho, foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de maio de 2002.

O objetivo da Resolução é proteger, nesses locais, a área de preservação permanente, que de acordo com o disposto no art. 1º, § 2º, II, da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, vem a ser área protegida nos termos do art. 2º e 3º do Código Florestal, coberta ou não por vegetação nativa, cuja função ambiental é a de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, bem como proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Sustenta Fernando Antônio de Lima que no específico caso das áreas de preservação permanente existentes ao redor dos reservatórios artificiais, o que se pretende é o fortalecimento da mata ciliar, que vem a ser a vegetação que se desenvolve às margens dos rios.[2] O mencionado autor, apoiado em Luiz Fernando Rocha, assevera que aviventar essa vegetação significa atender a importantes funções ambientais, tais como: evitar o assoreamento dos rios, impedindo que os sedimentos localizados nas partes mais elevadas cheguem ao leito hídrico com total intensidade; afastar os processos erosivos, já que as raízes das árvores servem para fixar as margens; absorver os agrotóxicos, não permitindo que eles cheguem às águas dos rios etc.

Da nova Resolução interessa, para os fins deste estudo, os seus três primeiros artigos, que dispõem serem seu objeto o estabelecimento de parâmetros, definições e limites para as Áreas de Preservação Permanente de reservatório artificial, bem como instituição da elaboração obrigatória de plano ambiental de conservação e uso do seu entorno (art. 1º, *caput*). O seu artigo 2º, inc. V, prevê o que vem a ser Área Urbana Consolidada, estabelecendo ser aquela que atende aos critérios seguintes: definição legal pelo poder público (“a”); existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana (“b”): malha viária com canalização de águas pluviais (1); rede de abastecimento de água (2); rede de esgoto (3); distribuição de energia elétrica e iluminação pública (4); recolhimento de resíduos sólidos urbanos (5); tratamento de resíduos sólidos urbanos (6) ; e densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km² (“c”). No seu art. 3º dispõe que constitui Área de Preservação Permanente aquela com largura mínima, em projeção, horizontal, ao redor dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais (“l”).

Não se nega a enorme importância das áreas de preservação permanente, que a lei procura manter intacta com a finalidade de garantir “a preservação dos recursos hídricos, da estabilidade geológica e da biodiversidade, bem como o bem-estar das populações humanas”[3], conforme sustenta Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo. Mas o que iremos discutir neste trabalho é, se face ao atual ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução Conama 302/02 teria o condão de criar restrições ao direito de propriedade, constitucionalmente garantido, sem qualquer previsão legal nesse sentido, previamente estabelecida.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Constitui o princípio da legalidade uma das vigas mestras do ordenamento jurídico pátrio. Por ele qualquer comando do Estado, tanto para ordenar um ato quanto para abster fato, deve obrigatoriamente ser originado de lei em sentido formal a fim de ser juridicamente válido. Encontra-se previsto na Constituição Federal, no seu art. 5º, II, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

Tal disposição possui duas finalidades: regular o comportamento dos cidadãos e também dos órgãos do governo, com vistas à manutenção da paz social e da segurança jurídica, o que é considerado fundamental para o Estado de Direito moderno. Esse princípio deverá ser obedecido pela administração pública dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Municípios, conforme disposto no art. 37, *caput*, da Carta de 88. Pela dicção deste dispositivo verificamos que a Administração Pública tem limites, que não se encontra livre para fazer ou deixar de fazer algo de acordo tão-somente com a vontade do governante, porém que deverá obedecer a lei em toda a sua atuação. Ensino sempre lembrado, mas que vale repisar, é que o princípio da legalidade, no âmbito exclusivo da Administração Pública, traduz que esta – ao

contrário do particular, o qual pode fazer tudo que não seja proibido em lei - somente poderá atuar segundo as determinações legais.

O ditame da legalidade é decorrência lógica do sistema de liberdades públicas implantado com a Carta de 88 e, no tocante à atividade administrativa, opera com o fito de impedir arbitrariedades, funcionando como empecilho às medidas que forem contrárias ao esquema abstrato fixado por ato do Poder Legislativo. A razão disso é que a lei dá maiores garantias ao indivíduo do que um simples ato administrativo, porque a lei provém do Congresso Nacional, onde se reúnem as mais diversas tendências ideológicas e, dada essa mistura de concepções, existe uma maior aproximação do pensamento social predominante que a lei deve traduzir. Contrariamente, o ato administrativo é oriundo de uma só corrente de pensamento, representada pelo Chefe do Executivo, razão pela qual não é dado a esse ato jurídico o poder de criar ou extinguir direitos e obrigações.

Abordando o princípio da legalidade, assim se manifesta Celso Antonio Bandeira de Mello:

Nos termos do art. 5º, II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Aí não se diz ‘em virtude de decreto, resolução, portaria ou quejandos’. Diz-se ‘em virtude de lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coarctar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. [4]

Conclui-se, portanto, que qualquer ação estatal sem o correspondente fundamento legal, ou que exceda os limites demarcados pela lei, é susceptível de anulação. E nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, deixando assentado que somente a lei tem o poder de criar direitos e obrigações, submetendo-se o ato abusivo não somente ao controle jurisdicional, mas também ao controle do Congresso Nacional:

O princípio da reserva da lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso do poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra *legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade

jurídica da impugnação à invalidade constitucional da Instrução Normativa STN n. 01/2005” – (STF, AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.06.2006).

Dispõe o art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988: “*é garantido o direito de propriedade*”, garantia esta, portanto, prevista no título dos direitos e garantias fundamentais.

Face ao exposto, ao criar restrições a esse direito, inexistindo previsão legal nesse sentido, fica difícil defender a constitucionalidade de uma medida, ainda mais se tratando de uma mera resolução, como é a nº 302/02, do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

3. LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

O art. 6º, *caput*, da Lei 6.938/81, com a redação que lhe deu a Lei 8028/90, dispõe que os órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal, dos Territórios e Municípios, além das fundações criadas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, prevendo, no inc. II, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), como órgão consultivo e deliberativo, cuja finalidade é assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, bem como deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Devido a esse dispositivo alguns doutrinadores[5] defendem que o CONAMA tem, sim, competência normativa para dispor sobre o meio ambiente e, conseqüentemente, a Resolução 302/2002 seria legal.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, no art. 25, *caput*, do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs que ficam revogados, após 180 dias da promulgação da Constituição, prazo este sujeito a prorrogação por lei, todos aqueles dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa (inc. I). E isso porque o constituinte, preocupado com as arbitrariedades cometidas no regime anterior, procurou limitar a competência do Poder Executivo.

Apesar disso há quem entenda que o citado artigo só revogou os dispositivos legais anteriores à Constituição Federal de 1988. Que nada impediria que outros dispositivos, editados após esta Constituição, delegassem a ação normativa a órgãos do Executivo. Tal entendimento foi acolhido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou, por isso, ser constitucional a Resolução CONAMA 302/02. Eis parte do voto do Relator:

Tal regra [a contida no art. 25 da ADCT] revogava o passado, porque existiam dispositivos da época do Governo Militar que não podiam prevalecer, mas não impedia que o mesmo Congresso, no uso de seus poderes constitucionais, editasse novas leis delegando, ainda que de forma mitigada, o poder de regulamentar determinadas situações ao Executivo, sob pena de tornar ingovernável o País.

Por isso mesmo, com a referida Lei 8028/90, que é posterior à Constituição, acabou sendo reafirmado que o Conama continuava com a atribuição de deliberar sobre normas referentes ao meio ambiente, buscando um equilíbrio ecológico para que o homem tenha uma sadia qualidade de vida.

Portanto, enfatize-se, o Legislador, dentro do princípio da reserva legal exigida pelo artigo 225 da Constituição da República, dispõe sobre a forma de regulamentação de questões afetas ao meio ambiente, delegando-a ao Conama, não havendo nenhuma inconstitucionalidade a respeito. Foi uma lei editada à luz do comando da Carta de 1988.[6]

Com a devida vênia, entendemos essa idéia equivocada. Porque proibir a delegação legislativa para os atos editados antes da atual Carta Magna, mas permitir para os editados após a mesma, fere os mais mezinhos postulados lógicos. Seria o mesmo que dizer: os atos ditatoriais praticados antes da atual Carta são nulos, mas os cometidos depois são válidos. Seria ilógico que o legislador constituinte, que desejou frear os abusos cometidos sob o pretexto do exercício da função administrativa, entregasse ao Poder Legislativo a função de legislar, mas permitisse que tal função pudesse ser indiscriminadamente delegada ao Executivo. E ainda mais quando, como no caso que ora se debate, se tratasse do direito de propriedade, constitucionalmente previsto no título dos direitos e garantias fundamentais.

Pelo entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo o princípio da legalidade, garantia constitucional, seria transformada numa garantia sujeita ao arbítrio do legislador ordinário. Dessa forma os direitos e garantias fundamentais iriam sucumbir com muita facilidade, já que não mais seria o poder constituinte que imporia restrições ao Poder Executivo. O Poder Legislativo poderia suprimir os próprios poderes e entregá-los a órgãos administrativos, em afronta ao texto constitucional, já que é fácil concluir, pelo que dispõe o art. 2º da Constituição Federal, que as funções de cada poder são indelegáveis. E a Constituição Federal prevê em que condições pode haver a edição de uma lei delegada, proibindo-a quando se trata de direitos individuais, conforme previsto no seu art. 68, § 1º, II. Portanto, o tema não poderia ser regulamentado pela Resolução do Conama, porque interfere no direito de propriedade, matéria que deve ser regulamentada por lei.

A Lei 6938/81 previu competência normativa ao Conama. Os incisos I, VI e VII dessa lei deram-lhe poderes para editar normas, critérios e padrões em matéria ambiental. Como então compatibilizar o poder normativo que a lei 6938/81 conferiu ao Conama, órgão que faz parte da estrutura do Poder Executivo Federal, com o fato do legislador não poder delegar ao Executivo a função de legislar?

Defendemos que o poder normativo do Conama não vai ao ponto de lhe possibilitar a edição de leis, mas sim à criação de normas técnicas, as quais não comportam tratamento em textos legais, já que dependem de conhecimento científico de técnicos especializados em meio ambiente. Analisando a mencionada Resolução nº 302/02, assim se manifesta o doutrinador que, válido salientar, foi integrante do primeiro grupo de Conselheiros do CONAMA, Paulo Affonso Leme Machado:

O CONAMA tem função social e ambiental indispensável. Mas esse Conselho não tem função legislativa, e nenhuma lei poderia conceder-lhe essa função. Estamos diante de uma patologia jurídica, que precisa ser sanada, pois caso contrário o mal poderia alastrar-se e teríamos o Conselho Monetário Nacional criando impostos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária definindo crimes. É fundamental a proteção das APPS, mas dentro do Estado de Direito.[7]

Além disso o Conama não possui poder regulamentar, que é privativo dos Chefes do Executivo, conforme dispõe o art. 84, IV, da Constituição Federal. Asseverando que esta espécie de poder constitui a faculdade dos Chefes de Executivo de explicar a lei para a sua correta execução, bem como expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei, Hely Lopes Meirelles afirma que: *“É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado”*[8].

Face a todos esses questionamentos, entendemos que cabe aqui indagar: mas, afinal, o que vem ser uma resolução?

Para Diógenes Gasparini constitui o meio utilizado por órgãos colegiados para externalizar e instrumentalizar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou sobre o próprio funcionamento.[9] Segundo Hely Lopes Meirelles, as resoluções

são atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção, admitem-se resoluções individuais.

E finaliza asseverando que as resoluções são sempre atos inferiores aos regulamentos e aos regimentos, de forma que não podem inová-los ou contrariá-los, mas somente complementá-los ou explicitá-los.[10] Em outras palavras, a resolução, norma infralegal com finalidade regulamentar, presta-se somente à fiel execução da lei. Não tem poderes para inovar ou criar obrigações e direitos. Ocorrendo isto, não pode produzir efeito legítimo algum em relação aos administrados.

4. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Segundo Antonio Figueiredo Guerra Beltrão, a Constituição Federal de 1988 adota forma moderna de divisão de competência em matéria ambiental, correspondente na fixação de temas comuns aos entes federados, prevendo atuações paralelas, respeitadas as esferas de atuação de cada um.[11] Corroborando essa competência comum de todos os entes da Federação para atuarem de forma conjunta em defesa do meio ambiente, o § 1º do art. 225 da Carta utiliza a expressão genérica "*Poder Público*", não fixando, portanto, para nenhum ente federado específico as atribuições ali previstas.

De acordo com o princípio da predominância do interesse, a Carta de 1988 dispõe expressamente, nos parágrafo 1º a 4º do art. 24, que a União limitar-se-á ao estabelecimento das chamadas normas gerais, cabendo aos Estados, bem como ao Distrito Federal, para atender as suas peculiaridades, a competência plena, caso a norma geral seja ausente. Entretanto, sobrevindo lei federal, esta suspenderá a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário. Claríssimo, portanto, que o que suspende a eficácia da lei estadual é a superveniência de uma lei federal. Lei federal, repita-se, não uma Resolução editada pela União.

No Estado do Paraná foi publicada, em 11 de janeiro de 1995, a Lei nº 11.054, cujo art. 29 estabelece que se deva respeitar o limite de 30 metros para as faixas de terras localizadas no entorno de lagos, lagoas ou reservatórios de águas naturais ou artificiais. Face à hierarquia das normas legais, não resta dúvida que tal lei estadual prepondera sobre qualquer resolução. Porém, pergunta-se: e naqueles Estados em que não há lei específica regulando a questão, qual metragem deve vigorar?

Sugerem alguns doutrinadores[12] que, para suprir essa lacuna, talvez a melhor solução seja a aplicação do limite de 15 metros, previsto na Lei do Parcelamento do Solo Urbano - Lei 6.766/79, no seu art. 4º, III, ou o limite de 30 metros, exatamente o mínimo previsto no Código Florestal para as águas correntes. Mas, como ressalta Fernando Antônio de Lima, a Lei de Parcelamento do Solo, no referido artigo e inciso, após estabelecer para os loteamentos ao longo das águas correntes, dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, a faixa "*non aedificandi*" de 15 (quinze) metros de cada lado, acrescenta "*salvo maiores exigências da legislação específica*"[13]. Como o Código Florestal, no seu art. 2º, "a", estabelece a metragem mínima das áreas de preservação permanente que margeiam águas correntes a distância de 30 metros, sendo legislação específica e mais exigente, deve ser esta a distância a ser respeitada na falta de lei estadual que cuide da matéria.

E isso porque, tratando-se de reservatório, sabe-se que a água ali é parada. Portanto, não ocorre a intensidade de erosão existente às margens das águas correntes. Ademais, o art. 26 do Código Florestal prevê sanções penais àqueles que não respeitam as áreas de preservação permanente. E estas áreas estão delimitadas no art. 2º do citado Código. Ora, não havendo este artigo estabelecido um limite mínimo para as áreas de preservação permanente ao redor dos reservatórios artificiais, a interpretação do dispositivo deverá ser restritiva, já que o Direito Penal afasta as interpretações extensivas.

5. A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 302/02 E A ESPECIFICAÇÃO DA ÁREA URBANA CONSOLIDADA

Dispõe o art. 30, VIII, da Constituição Federal que compete aos municípios a promoção, no que couber, do seu adequado ordenamento territorial, através de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Face a tal dispositivo, questionamos: pode uma resolução definir zonas urbanas sem afrontar a Constituição Federal?

Entendemos que não. Salta aos olhos que a Resolução Conama 302/02, ao estabelecer critérios para a definição de “área urbana consolidada”, acabou por invadir competência privativa dos Municípios. Isso porque compete a estes tal função conforme dispõem o já citado art. 30, VIII, bem como o art. 182, *caput*, da Constituição Federal.

No mesmo diapasão, a Constituição do Estado de São Paulo prevê que lei municipal estabelecerá normas acerca de zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes, tudo em consonância com as diretrizes do plano diretor (art. 181).

Mas tem os Municípios competência para dispor sobre matéria concernente a imóveis situados no entorno de reservatórios artificiais? Entendemos que sim, porque tais imóveis, na sua maioria, estão situados em área urbana, contando com coleta de lixo, abastecimento de água, asfalto, energia elétrica etc. E tanto são imóveis urbanos que pagam Imposto Predial e Territorial Urbano (grifamos), com base em lei municipal, que, válido salientar, deve atender a todos os requisitos previstos no Código Tributário Nacional. Este diploma, na sua Seção II, trata do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, prevendo ser este um imposto de competência dos Municípios (art. 32, *caput*), dispondo que, para efeito desse imposto, entende-se como zona urbana aquela definida em lei municipal, devendo ser observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos apontados em pelo menos dois dos seus cinco incisos, melhoramentos estes construídos ou mantidos pelo Poder Público (art. 32, § 1º): meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais (inc. I); abastecimento de água (inc. II); sistema de esgotos sanitários (inc. III); rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar (inc. IV); escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado (inc. V).

E a indigitada Resolução, neste ponto, acaba por ir de encontro ao próprio Código Florestal que ela pretende regulamentar. Pois este Código, no seu art. 2º, parágrafo único, estabelece que nos casos de áreas urbanas, “*assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal*” (grifamos), e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, deverá ser observado o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo.

Qual a legalidade de uma Resolução que, num único artigo, consegue afrontar a Constituição Federal, a Constituição Estadual, o Código Tributário Nacional e o Código Florestal?

Vale aqui fazer menção ao julgado que tratou de uma autuação do IBAMA ao proprietário de imóvel situado às margens de reservatório, considerando o órgão que havia ocorrido afronta à Resolução Conama 302/02, devido ao fato da construção estar situada a menos de 100 metros do nível máximo normal do dito reservatório, processo este que tramitou pela 8ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo. 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.[14] O Juiz Federal Clécio Braschi julgou ser ilegal a Resolução 302/02 do CONAMA, devido ao fato dela haver alterado a metragem prevista pelo Código Florestal, o que afronta o direito de propriedade do impetrante, já que ela estabeleceu restrição não prevista em lei, bem como invadiu a competência do Poder Público Municipal. Que o pressuposto essencial da infração considerada existente pelo IBAMA - o fato do loteamento da propriedade do autor situar-se em área de preservação permanente, por estar localizada a uma distância inferior a cem metros de reservatório artificial - não procede, já que essa distância é aplicável exclusivamente à área rural. Sentenciou o julgador que para as áreas urbanas situadas em área de preservação permanente a distância a ser observada é de 30 metros, consoante disposto no inc. I do art. 3º da Resolução 302/2002, do CONAMA. Observou ainda o Juiz que não havia controvérsia sobre o fato de estar o imóvel do impetrante localizado em área urbana, o loteamento Estância Beira-Rio, no Município de Cardoso-SP, loteamento este que o art. 1º da Lei Municipal nº 1.884, de 30.10.1991, integrou como zona de expansão urbana. Acrescentou na sentença que não há notícia que essa lei municipal, que situou o loteamento em área urbana, tenha sido declarada inconstitucional e que, por isso:

Até que seja declarada a inconstitucionalidade, com efeitos retroativos à sua edição (ex tunc), a Lei Municipal 1.884, de 30.10.1991, do Município de Cardoso, que situou o imóvel do impetrante em zona de expansão urbana, não pode ser ignorada pelo IBAMA.

Sob esses fundamentos, com os quais estamos plenamente de acordo, o Magistrado, em 13 de novembro de 2006, anulou o auto de infração, bem como o termo de embargo/interdição aplicado pelo IBAMA ao proprietário do imóvel, condenando o órgão ambiental a restituir ao impetrante as custas processuais que ele havia dispendido.

Válido neste ponto salientar que entre os vários critérios exigíveis pela Resolução Conama 302/02 para a caracterização da área urbana consolidada é a de que o local tenha “*densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km²*” (art. 2º, inc. V, “c”). Ora, são pouquíssimos os municípios brasileiros capazes de atender a esse requisito. Somente para se ter uma idéia do despautério dessa exigência, a cidade de Curitiba, capital do Paraná, que ocupa o sétimo lugar entre os maiores municípios do Brasil, possui densidade demográfica[15] de 4.111,9 habitantes por km², portanto não atenderia àquela absurda condição. No caso de Santa Fé do Sul[16], que atualmente possui densidade demográfica de 127,28 habitantes por km², calcula-se em séculos o período que deverá levar para atingir a densidade demográfica exigida pela indigitada Resolução.

Ao prever uma exigência extremamente abusiva, cremos que, neste particular, a dita Resolução feriu o princípio da proporcionalidade. Por este princípio, segundo Inocêncio Mártires Coelho[17], se deve levar em conta valores tais como justiça, equilíbrio,

prudência, moderação, justa medida e proibição de excesso, servindo ele para limitar a ação do administrador, do legislador e do juiz.

Entendemos que tal exigência não está acorde com o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser desconsiderada.

6. OUTRAS ILEGALIDADES DA RESOLUÇÃO CONAMA 302/02

Além das inconstitucionalidades e ilegalidades retromencionadas, entendemos que a Resolução em testilha fere ainda outros princípios e dispositivos legais. E, tendo sido criada para preencher lacuna legal, acabou por criar nova lacuna. Senão, vejamos:

- Ao impor sanções baseadas na dita Resolução, os órgãos ambientais afrontam o princípio da segurança jurídica. Pois os casos aqui abordados se referem, geralmente, a imóveis construídos há décadas, com a devida autorização da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, estando os loteamentos devidamente aprovados de acordo com a legislação da época. Incabível uma mera Resolução querer fazer tábula rasa de tão relevante princípio, corolário do Estado Democrático de Direito. A importância de tal princípio encontramos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde lê-se um excerto do voto da Exma. Min. Laurita Vaz, que assim dispõe:

Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do estado democrático de direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas.[18]

- Os mencionados órgãos ambientais agridem, ademais, com as suas constantes autuações, o princípio da irretroatividade das leis, previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem como no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Consoante defendem Edis Milaré e Renata Castanho, é sempre válido lembrar que a Constituição de 1988, ao estabelecer uma política de proteção ambiental, não suprimiu o direito de propriedade, mas apenas estabeleceu limitações para vigorarem no porvir.[19] Que mesmo em matéria ambiental, não se deve falar em retroatividade da lei, em observância ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Ressaltam os autores que não estão olvidando o postulado “não existe direito adquirido de poluir”, postulado este que permanece válido para os casos de atividades que se protaem no tempo, mas que nessas hipóteses a lei impõe a renovação da licença para atividades que sejam potencial e efetivamente poluidoras, exatamente para permitir a atualização tecnológica necessária ao combate à poluição. Neste ponto acrescentam:

75. Todavia, situação absolutamente diversa é a de obras civis, já implantadas e consolidadas sob a égide da legislação anterior. Nestes casos, por não se tratar de uma atividade contínua, mas, sim, de uma obra pontual, a lei nova não tem aplicabilidade. Daí se falar em direito adquirido nestas hipóteses.[20]

- A Resolução Conama 302/02 também ofende o disposto no art. 1.228, § 1º, do Código Civil, de 10.01.2002, cujo dispositivo é claro ao mencionar, expressamente, que o direito de propriedade há de ser exercido preservando-se os valores ecológicos e o patrimônio histórico e artístico “*de conformidade com o estabelecido em lei*”. Em lei, repita-se, não em Resolução.

- A Resolução Conama 302/02 criou uma lacuna. Pois tratou ela das metragens mínimas das áreas de preservação permanente localizadas no entorno de reservatórios artificiais, classificando-as em duas espécies: as áreas urbanas consolidadas e as áreas rurais. Porém nada delimitou no tocante à metragem das áreas urbanas não consolidadas. E não se pode dizer ser tal área rural, porque a Resolução assim não previu. Consoante comenta Marcelo Augusto de Barros:

O ‘legislador’ do Conama simplesmente silenciou quanto à metragem aplicada à áreas urbanas ‘não consolidadas’. Isso, de uma vez por todas, serve para demonstrar a patologia jurídica criada pelo respeitado Conama.[21]

Criada, portanto, para suprir um vácuo legislativo, a Resolução Conama em comento acabou por criar uma outra lacuna, causando perplexidade.

- A indigitada Resolução ainda ofende o princípio do desenvolvimento sustentável, do “informe Brundtland”, pelo qual se pretende satisfazer as necessidades do presente sem que haja comprometimento dos recursos equivalentes de que farão uso no futuro outras gerações. Por este princípio há que existir uma necessária compatibilidade entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Conforme afirma Cristiane Derani:

Quando se usa a expressão desenvolvimento sustentável, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica. Os criadores da expressão desenvolvimento sustentável partem da constatação de que os recursos naturais são esgotáveis. Por outro lado apóiam-se no postulado de que crescimento constante da economia é necessário para expandir-se o bem-estar pelo mundo.[22]

E este bem-estar não pode ser negado à população tendo por base uma Resolução que entendemos inconstitucional.

Na verdade, o que constatamos nos casos analisados para a elaboração deste trabalho, é a proteção ambiental a qualquer custo, como se o progresso fosse um mal a ser evitado. Evidencia-se um Direito Ambiental estanque, narcisista, egoísta, absoluto, fundado em normas inconstitucionais.

Podemos constatar que a questão aqui tratada suscita tantas dúvidas, que ainda não se chegou a um consenso sobre a Justiça à qual está ela afeta. Pelo julgado por nós apresentado na página 7 verificamos que o processo tramitou pela Justiça Estadual. Já o mencionado na página 13, tratando de assunto idêntico, foi julgado pela Justiça Federal. E a população do noroeste paulista assiste atônita, injustiçada e cada vez mais pobre, o atuar dos xiitas do Direito Ambiental. Todos muitíssimo bem intencionados. Como os inquisidores do Santo Ofício, que mandaram milhares para a fogueira com fundamento nas mais sacrossantas normas do Direito Canônico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sempre tormentosa a solução de questões atinentes ao confronto entre direitos constitucionalmente assegurados. No caso, entre um direito fundamental de primeira geração, o direito à propriedade, e um direito de terceira geração, o direito ao meio ambiente equilibrado.

Face à grande poluição mundial, ao aquecimento global, à escassez hídrica etc, a preocupação ambiental tornou-se um tema que ocupa diariamente a mídia. Ninguém nega a sua importância, sendo deveras louvável o intuito de proteger o meio ambiente. Embora não elencado no art. 5º da Constituição Federal, não há dúvidas de que a proteção ao meio ambiente trata-se de direito fundamental. Pois qualquer espécie de direito com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana adquire as vestes da fundamentalidade.

Porém, essa enorme importância do direito ao meio ambiente equilibrado não significa que ele possa suprimir direitos individuais, tal como o da propriedade. Sabe-se que quando se encontram em conflito dois ou mais bens jurídicos constitucionalmente protegidos, deve-se optar pela realização de um deles, mas sem o sacrifício dos demais.

E no caso das áreas de preservação permanente ao redor dos reservatórios artificiais já constatamos, no decorrer deste trabalho, que é possível, sim, a convivência desses dois direitos. Basta que seja respeitado o limite mínimo de 30 metros da cota máxima de operação do reservatório. Assegurar-se-á, desta forma, a necessária área de preservação permanente, bem como o direito de propriedade. Os imóveis ali situados não afetam a área de preservação permanente, mas, ao contrário, propiciam o desenvolvimento econômico, estimulam o comércio, incentivam o turismo, vocação natural do noroeste paulista, região que abordamos neste estudo.

E tanto isso é verdade que, em recente eleição efetuada pelo jornal Diário da Região, de São José de Rio Preto, o Parque das Águas Claras, localizado às margens do reservatório da usina de Ilha Solteira, no município de Santa Fé do Sul, foi eleito entre as sete maravilhas do interior paulista[23]. Ademais essa cidade é um dos 29 municípios paulistas considerados estâncias turísticas pelo Estado de São Paulo, devido ao fato de cumprirem determinados pré-requisitos estabelecidos em Lei Estadual. Ademais:

Tal status garante a esses municípios uma verba maior por parte do Estado para a promoção do turismo regional. Também, o município adquire o direito de agregar junto a seu nome o título de Estância Turística, termo pelo qual passa a ser designado tanto pelo expediente municipal oficial quanto pelas referências estaduais.[24]

O potencial turístico da região resta patente. O seu maior atrativo é, exatamente, o reservatório artificial. Impedir o acesso a um local como esse por conta de uma Resolução claramente inconstitucional é condenar a região ao imobilismo econômico, além do cometimento de uma enorme injustiça.

A inegável importância do direito ambiental não o exime de cumprir as exigências básicas do direito constitucional pátrio. Bem como não lhe concede regalias a ponto de permitir que, para a sua proteção, instrumentos como resoluções, com todas as falhas apontadas, tenham o condão de vilipendiar direitos e garantias fundamentais. E regular matéria que somente pode ser regulada por lei. Criar insegurança jurídica. Invadir competências de entes estatais. Afrontar a Constituição Federal. Ofender a própria lei que ela deveria validamente regulamentar. Além de ofender princípios constitucionais básicos, bem como criar lacunas e perplexidades.

De todo o exposto, defendemos devam os artigos da Resolução Conama 302/02, que foram analisados neste nosso estudo, ser extirpados do nosso ordenamento jurídico, por serem com ele totalmente incompatível.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães. **As áreas de preservação permanente e a questão urbana**. Disponível em: <www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema14/pdf/207730.pdf>. Acesso em: 05.11.2007.

BARROS, Marcelo Augusto de. **Resolução do Conama quer justificar desmandos do Executivo**. Disponível em: <<http://www.aeaguaruja.org.br/noticias/noticia264.asp>>. Acesso em: 10.11.2007.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n.

105, 16 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4253>>. Acesso em: 10.11.2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam.** Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=6es37h9xamah.pdf>. Acesso em: 12.11.2007.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

LIMA, Fernando Antônio de. **Resolução 302/02 do conselho nacional do meio ambiente e as áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais – inconstitucionalidade.** 64 f. Monografia apresentada à Unama/IELF/UVB. Santa Fé do Sul, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 14ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, Edis; CASTANHO, Rocha. **Parecer.** Disponível em: <<http://www.momentum.com.br>>. Acesso em: 10.11.2007.

ROCHA, Luiz Fernando. **Faixa de preservação permanente ao redor dos lagos artificiais – represas hidrelétricas (resolução conama 04/85).** Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 09.11.2007.

[1] Disponível em: <http://www.cesp.com.br/institucional/usi_ilha.asp>, acesso em: 04.11.2007.

[2] **Resolução 302/02 do conselho nacional do meio ambiente e as áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais – inconstitucionalidade**, f. 13.

[3] **As áreas de preservação permanente e a questão urbana**, p. 3. Disponível em: <www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema14/pdf/207730.pdf>, acesso em: 05.11.2007.

[4] **Curso de direito administrativo**, p. 86.

- [5] Luiz Fernando Rocha, **Faixa de preservação permanente ao redor dos lagos artificiais – represas hidrelétricas (resolução conama 04/85)**. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>, acesso em: 09.11.07.
- [6] TJSP, Apelação cível nº 444.896.5/4, Rel. Samuel Júnior, j. em 30.03.2006.
- [7] **Direito ambiental brasileiro**, p. 732.
- [8] **Direito administrativo brasileiro**, p. 119.
- [9] **Direito administrativo**, p. 76.
- [10] **Direito administrativo brasileiro**, p. 174.
- [11] Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4253>>, acesso em: 10.11.2007.
- [12] Marcelo Augusto de Barros, disponível em: <<http://www.aeaguaruja.org.br/noticias/noticia264.asp>>. acesso em: 10.11.2007.
- [13] **Resolução 302/02 do conselho nacional do meio ambiente e as áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais – inconstitucionalidade**, p. 30.
- [14] Autos nº 2006.61.07.004998-4 – Mandado de Segurança.
- [15] IPEADATA, disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Curitiba>>, acesso em: 11.11.2007.
- [16] Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Santa_F%C3%A9_do_Sul>, acesso em: 11.11.2007.
- [17] **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam**, disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=6es37h9xamah.pdf>, acesso em: 12.11.2007.
- [18] STJ, REsp. nº 645856/RS, j. 24.08.04, DJU 13.09.04, p. 291.
- [19] **Parecer**. Disponível em: <<http://www.momentum.com.br>>, acesso em: 10.11.2007.
- [20] Ibid.
- [21] Disponível em: <<http://www.aeaguaruja.org.br/noticias/noticia264.asp>>, acesso em: 11.11.2007.
- [22] **Direito ambiental econômico**, p. 128.

[23] Disponível em: <http://www1.santafedosul.sp.gov.br/telas/noticias/print.php?id=1103>, acesso em: 12.11.2007.

[24] Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Santa_F%C3%A9_do_Sul, acesso em: 11.11.2007.

**PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS E PROTEÇÃO AMBIENTAL:
REFLEXÕES PARA UMA ATUAÇÃO JUDICIAL PRÓ-ATIVA***

**ALTERNATIVE PENALTIES AND STEPS AND ENVIRONMENTAL
PROTECTION: REFLECTIONS FOR A PERFORMANCE JUDICIAL FOR-
ACTIVE**

**Nirson Medeiros da Silva Neto
Josineide Gadelha Pamplona Medeiros**

RESUMO

O presente artigo traz uma abordagem da relação entre democratização da Justiça Penal, superação do paradigma lógico-formal do direito e projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas, objetivando, particularmente, refletir sobre como oferecer melhores respostas judiciais à problemática ambiental que vivenciamos hodiernamente. Demonstra-se que o projeto das penas e medidas alternativas apresenta um considerável potencial para democratizar a aplicação jurisdicional da pena visto que realiza uma físsura no monopólio dos juristas quanto a esta prestação, assim como requer dos intérpretes do direito penal a adoção do paradigma do novo constitucionalismo, que supera o modelo de regras ao consagrar o modelo de princípios, com isso exigindo que a prática judicial esteja orientada não apenas a dizer o direito, mas, concomitantemente, à realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Entre estes direitos encontra-se a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado. No âmbito penal, esta garantia é realizada pela criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente, no mais das vezes punidas por intermédio de penas e medidas alternativas e não com a privação da liberdade. As penas e medidas alternativas são o protótipo de penalidade de um Estado democrático de direito, exigindo uma postura pró-ativa e até política do Judiciário não somente no sentido de punir, mas também de promover condutas diversas daquelas que são objeto da reprimenda penal. Por isso, para um melhor processamento dos crimes ambientais, é necessário o fomento a penas e medidas alternativas de caráter pró-ativo, isto é, que não só punam tais delitos, mas também promovam ações de educação e recomposição ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: JUDICIÁRIO; PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS; PROTEÇÃO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This article presents an approach about the relationship between democratization of Criminal Justice, overcoming the formalistic paradigm of law and the theoretical and

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

practical project of alternative penalties and steps, aiming at, particularly, to contemplate on how to offer better judicial answers to the environmental problem that lived hodiernamente. It is demonstrated that the project alternative penalties and steps presents a considerable potential to democratise the services of the Judiciary because it produces a crack in the monopoly of the lawyers, as well as requires that the interpreters of criminal law adopt the paradigm of the new constitutionalism, which overcomes the model of rules and inaugurate the model of principles, thereby requiring that the judicial practice is geared not only to say the right, but, concomitantly, the achievement of fundamental rights constitutionally guaranteed. Among these rights we see the warranty of environmental protection. In the penal ambit, this warranty is accomplished transforming in crimes the harmful conducts to the environment, in the more of the times punished through alternative penalties and steps and not through the privation of the freedom. The alternative penalties and steps are the prototype of penalty of a democratic State of right, demanding a posture for-active and even politics of the Judiciary not only punishing, but also promoting different conducts of those that are object of the penal reprimand. Therefore, for a better processing of the environmental crimes, it is necessary the fomentation the alternative penalties and steps of for-active character, that is, that not only punish such crimes, but also promote environmental education and recovery.

KEYWORDS: JUDICIARY; CRIMINAL JUSTICE; ALTERNATIVE PENALTIES AND STEPS.

INTRODUÇÃO

O projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas, um dos principais objetos de discussão do direito penal contemporâneo, traz imanente um considerável potencial de democratização do Judiciário por implicar em uma gradativa cisão no monopólio dos serviços judiciais que até então é detido estritamente por profissionais do direito, principalmente servidores do Estado, e, a partir de tal projeto, passa a ser partilhado por agentes de outros campos profissionais, assim como por pessoas leigas e até mesmo, em dadas circunstâncias, pelos próprios apenados. Ademais, referido projeto tem requerido uma superação da tradição formalista do direito penal de sorte a que sejam adotados os preceitos do constitucionalismo contemporâneo, que supera o chamado modelo de regras, substituindo-o pelo modelo de princípios, assim com vem exigido dos aplicadores do direito uma postura mais pró-ativa na promoção de valores, competências, atitudes, habilidades e condutas diversas das que levaram à prática delitativa. No âmbito penalista, segundo veremos, isto, se não questiona o exercício monopolista do Estado quanto à imposição de penalidades, ao menos põe “em xeque” o modelo de pena que se transformou em exemplar na contemporaneidade, qual seja, o aprisionamento.

Este questionamento se torna possível com o paradigma do novo constitucionalismo em razão da exigência da Justiça Penal não mais preocupar-se com a plena realização de um Estado de polícia, ou seja, de vigilância e punição, mas sim com o Estado democrático de direito, comprometido com o reconhecimento, garantia e concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados que, para o universo penal, sobrepõem as possibilidades de aplicação das penas e medidas alternativas que, de acordo com uma

perspectiva garantista e reformadora com a qual no momento concordamos, devem gradativamente substituir a pena de prisão até o dia, ainda bastante remoto e talvez utópico, em que esta puder ser abandonada enquanto modelo exemplar de punição. Entre os direitos que carecem ser realizados encontra-se a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurada pelo art. 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988. No âmbito penal, a efetividade deste direito está relacionada à criminalização das ações lesivas ao meio ambiente que, na quase generalidade das vezes, são processadas pelo *medium* das penas e medidas alternativas e não através da privação da liberdade. Por força de as penas e medidas alternativas exigirem uma postura pró-ativa e até política do Judiciário não somente no sentido de punir, mas também de promover ações contrárias àquelas que são objeto da reprimenda penal, é mister, para um melhor processamento dos crimes ambientais, que sejam fomentadas penas e medidas alternativas de caráter mais pró-ativo em relação àquelas que vêm sendo aplicadas atualmente, isto é, que as punições aos delitos relacionados à depredação ambiental não apresentem somente o caráter de repreensão, mas igualmente de promoção a ações de educação e recomposição ambiental.

1. DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JURÍDICO LÓGICO-FORMAL

O estudo da proteção ambiental por intermédio das penas e medidas alternativas encontra-se intimamente relacionado aos temas da democratização do Judiciário e da crise do paradigma lógico-formal do direito, especialmente no que toca à execução penal. Democratizar o campo judicial – um espaço de concorrência entre juristas profissionais e cujo objeto das disputas intelectuais circula em torno da dicção com legitimidade e autoridade do direito[1] – é sinônimo de um acesso à justiça, no sentido mais dilatado da expressão, capaz de garantir aos “profanos”, isto é, aos cidadãos leigos que não partilham das lides caras ao corpo de especialistas, uma maior e melhor acessibilidade ao aparato burocrático judicial e aos mecanismos processuais, assim como à realização dos direitos, principalmente os fundamentais instituídos pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Todavia, é um óbice a este pleno acesso a tendência de autonomização, que é homóloga à de fechamento, do espaço judicial, guardando aos agentes do Judiciário o monopólio do direito de dizer o direito e do manuseio e compreensão dos instrumentos legais hábeis à realização dos direitos, transformando assim os cidadãos leigos que buscam acessar à justiça em, como já dissera Pierre Bourdieu, meros “justiciáveis”, clientes dos profissionais do universo jurídico[2]. Esta tendência social apresenta pelo menos duas conseqüências importantes: 1) a percepção do direito como um fenômeno eminentemente estatal, visto que os agentes judiciais, por serem os únicos a deterem a palavra jurídica autorizada e legítima e por integrarem a estrutura burocrática do Estado, reservam a este a faculdade de produção e interpretação oficial do direito; e 2) a separação do jurídico de todas as interferências exteriores (não-jurídicas), tais como as de natureza política e econômica e as demais pressões sociais.

Outro obstáculo à abertura do campo judicial e, com efeito, à sua democratização está situada mormente no âmbito da teoria do direito. Trata-se da concepção teórica lógico-formal. Esta concepção visualiza o direito como um sistema completo, coerente e apto a produzir, sempre a partir de si próprio, as soluções para a imensa diversidade de casos

que são levados ao Judiciário, ainda que consistam em questões inéditas – nunca antes decididas – e controversas. A hermenêutica judicial possui, então, um caráter impreterivelmente cognitivo, o trabalho dos juízes restringindo-se a deduzir a decisão, em um caso concreto, do sistema de conceitos jurídicos (método da subsunção); os magistrados têm, desta forma, o dever de tomar a letra da lei e os conceitos jurisprudenciais como base para a dedução das normas aplicáveis ao caso, sendo sua função reduzida à de porta-vozes da lei ou, quando muito, da jurisprudência[3]. Assim, a perspectiva teórica formalista não só não reduz o efeito de fechamento do campo judicial como, além disso, o potencializa teoricamente, deixando um espaço muito restrito para a atuação judicial, ao menos em tese, perante circunstâncias que envolvam conflitos coletivos e difusos, notadamente os de abrangência social, política, econômica e ambiental.

No íterim dos debates sobre a democratização do Judiciário reside justamente a discussão acerca da Justiça Penal. Uma reflexão sobre a democratização da Justiça Penal não pode estar dissociada de meditações referentes ao direito penal como o poder de uma comunidade política de exercer o monopólio da violência, tanto simbólica quanto física, sobre os indivíduos que lhe compõem[4]. Problematizar a questão do acesso à Justiça Penal implica, pois, como lembra Luigi Ferrajoli, começar por indagar-se acerca da própria justificação da pena, o que requer questionamentos quanto à legitimidade do direito que o Estado e seus agentes se atribuem de deter a exclusividade dos mecanismos de punição dos cidadãos[5] – naturalmente, este monopólio decorre da tendência de autonomização do campo jurídico e, por seguimento, do espaço judicial descrita acima, bem como encontra reforçadores positivos nas teorias penais formalistas que adotam a concepção lógico-formal de direito. Daí porque as mais corriqueiras críticas do direito penal como técnica de controle social exclusivo do Estado, aplicada estritamente por agentes com poderes judiciais, repousam, a um turno, sobre a legitimidade política e moral dos órgãos estatais de empreender a repreensão dos indivíduos – as chamadas teorias abolicionistas, por exemplo, não encontram nenhuma justificação da forma jurídico-penal de sanção punitiva, considerando vantajosa sua abolição e sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e eminentemente social; a outro turno, as críticas recaem sobre o tipo de sanção predominante, a prisão, apregoando alternativas a esta, mas sem jamais questionar o monopólio do Estado para a aplicação das penas, sejam quais forem as modalidades admitidas – as denominadas teorias substitutivas propõem a substituição da reação punitiva por tratamentos pedagógicos ou terapêuticos de tipo alternativo em relação ao encarceramento, embora sempre institucional e coercitivo e não meramente social, mas não visam à abolição da pena de prisão, senão apenas à restrição das circunstâncias de sua aplicação.

Um posicionamento alternativo em relação às perspectivas abolicionistas e substitutivas pode ser intitulado de teoria reformadora, de cunho garantista, a qual é defendida por Ferrajoli. Segundo esta teoria há a necessidade de se reduzir a esfera de intervenção penal, minorando a aplicação da pena privativa de liberdade e, como horizonte ou perspectiva futura, abolindo-a gradativamente, por ser excessiva e inutilmente afluente e, não raramente, danosa ao apenado e a seu processo de reintegração na sociedade. Para a perspectiva garantista e reformadora, portanto, é imperiosa a limitação das proibições penais apenas a algumas exigências de tutela[6], ou seja, a posição que tem sido consagrada como direito penal mínimo. Tal posicionamento teórico é, pois, potencialmente mais democratizante justamente por não incorrer em nenhum destes dois

extremos: a abolição da Justiça Penal, proposição tão-somente utópica e, por conseguinte, em absoluto irrealista, fadada, de plano, à inaplicabilidade; e a simples substituição da pena de prisão por medidas alternativas, em alguns casos previstos em lei e quando isto demonstrar-se seguro conforme o juízo do magistrado, sem qualquer horizonte de abolição do encarceramento e afirmação das alternativas penais como penalidades principais, ao invés de meramente acessórias. A teoria garantista e reformadora possui um potencial mais intenso de democratização pelo fato de que as chamadas penas e medidas alternativas em relação à prisão – as quais são privilegiadas pelo garantismo, que tende a ampliar seu grau de utilização até a completa eliminação da pena privativa de liberdade –, em sua execução, admitem uma participação de agentes alheios ao campo jurídico e até mesmo judicial (tais como psicólogos, assistentes sociais e funcionários das instituições “não-penais” – hospitais, escolas, entre outras entidades públicas e da sociedade civil onde a pena é cumprida), assim como, na própria definição da pena, em certos casos específicos (crimes de menor potencial ofensivo processados nos Juizados Especiais Criminais), asseguram a possibilidade da participação do réu na decisão de qual punição lhe será aplicada (transação penal).

2. PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS E ACESSO À JUSTIÇA PENAL

A aplicação das penas e medidas alternativas e, com efeito, o pleno acesso à Justiça Penal, porém, enfrentam alguns dilemas estruturais. Sobre estes dilemas pode-se lembrar trabalho que consta no livro “A miséria do mundo”, de Bourdieu, onde se visualiza a declaração de um juiz francês, que então atuava em uma vara de execução penal: segundo este magistrado, o “social”, ou seja, a preocupação com a execução das penas conforme os direitos fundamentais dos apenados, “não tem nada de interessante: (...) não se trata de judicial nobre (...). O Judiciário é a redação dos atos judiciais (...), são os problemas jurídicos”[7], entre os quais o ato de executar penas ocupa uma posição secundária. Este depoimento demonstra nitidamente o que, em outra obra, ensina Bourdieu: que o campo jurídico, e no ínterim deste o universo judicial, é um espaço social de lutas pelo monopólio do direito de dizer o direito caracterizado por guardar ao Estado e seus agentes a exclusividade da violência legítima, inclusive física. O campo jurídico, conforme as lições de referido autor, tende a ser resistente ao reconhecimento de ordens jurídicas alheias à estatal, assim como à admissão de agentes leigos nas lutas pela definição da verdade jurídica[8]. Tal fato ilustra algo que já foi dito acima: que as questões de natureza mormente política, econômica, social e ambiental são sentidas pelo campo judicial como alienígenas e inoportunas, sendo por isso tomadas como extra-jurídicas. Isto apresenta como consequência um processo de clientelismo que transforma os leigos em simples “justiciáveis” ou clientes dos profissionais do direito, gerando, com efeito, uma tendência de fechamento e restrição dos serviços judiciais.

A restrição do trabalho judicial é, naturalmente, um obstáculo ao acesso à justiça em uma acepção mais ampla. Segundo Paulo César Santos Bezerra, referido acesso não pode ser reduzido, como é feito por diversos autores, à idéia de acesso ao processo – perspectiva esta que certamente reproduz a dinâmica de clientelismo cara ao espaço judicial. Uma grande parcela da conflituosidade existente na sociedade, lembra o autor, não chega ao Judiciário, estando latente na sociedade, sendo, por esta razão, mister uma

acepção mais dilatada da noção de acesso à justiça. Em primeiro lugar, deve-se considerar que tal acesso há de significar acesso a valores e direitos individuais, coletivos e difusos ou, em outras palavras, direitos fundamentais: “efetivação de direitos como educação, habitação, saúde, segurança, o que não se costuma buscar perante o Judiciário”[9]. Além disso, precisa-se superar a percepção de que os conflitos são apenas resolvidos nos tribunais, ou seja, a preferência dada ao Judiciário como espaço privilegiado de resolução da conflituosidade social. Outra questão que necessita ser revista para a ampliação da noção de acesso à justiça é a visualização de que o direito não pode ser produzido pelo juiz, que então acaba por agir estritamente como *la bouch de la loi*. Nas palavras de Bezerra:

Um juiz que se apegue, ferrenhamente, aos ditames da lei, desprezando a dependência da lei frente a esses fatores sociais e psíquicos, que atém-se à capacitação, compreensão e cumprimento das mesmas, não produz direito; é mero aplicador de normas; e, mesmo que produza um direito entre os litigantes, o faz de modo muito limitado e em descompasso, na maioria das vezes, com a realidade dos fatos, uma vez que o direito produzido no Brasil, via de regra, é dissociado dessa mesma realidade[10].

É evidente que a acepção ampla de acesso à justiça disposta no parágrafo anterior requer uma teoria do direito para além da concepção lógico-formal. Exige, primeiramente, uma físsura no monopólio estatal de produção do direito, ou seja, o reconhecimento de que é possível a convivência de mais de uma instância de elaboração e interpretação do direito em um mesmo espaço geopolítico: em outras palavras, a existência de pluralismo jurídico. Mas sobre esta questão não nos aprofundaremos. O que discutiremos no presente artigo é a segunda exigência que emerge da ampliação da noção de acesso à justiça. Esta exigência consiste na revisão, possível desde o advento do constitucionalismo contemporâneo, do modelo positivista de regras, que apregoa que a interpretação do direito deve-se dar apenas mediante a subsunção dos fatos a partir das regras jurídicas previamente estabelecidas. Como alternativa ao modelo de regras, o novo constitucionalismo tem adotado o que Ronald Dworkin chamara de modelo de princípios. Princípios, diferentemente das regras, quando colidem entre si não anulam qualquer das normas colidentes (através de critérios como o cronológico, hierárquico e de especialidade); ao contrário, requerem um procedimento de interpretação de sorte a identificar qual das normas em colisão apresenta, diante do caso concreto, maior peso ou prevalência diante da outra[11]. Diferentes perspectivas podem ser adotadas a fim de resolver o problema da colisão, como o método do imaginário juiz Hércules, de Dworkin[12]. O modelo de princípios é, portanto, mais apropriado à concepção de acesso à justiça descrita acima justamente pelo fato de os direitos fundamentais – cuja efetivação constitui, como visto, maior realização de justiça –, inscritos na Constituição de 1988, apresentarem a natureza de princípios e não de simples regras.

No âmbito da Justiça Penal, a superação do modelo de regras pelo modelo de princípios, isto é, o advento do constitucionalismo contemporâneo, trouxe à teoria do direito penal, conforme afirmação de Eugenio Raúl Zaffaroni, a recuperação do poder de discurso. Esta recuperação significa o restabelecimento do poder de interpretação das normas penais, mas não de uma maneira absolutamente livre (segundo os valores subjetivos do magistrado), e sim de consonância com os princípios constitucionalmente assegurados, dando assim um maior espaço ao papel criativo e mesmo político do Judiciário, que

então deixa de ser apenas e tão-somente o porta-voz da lei e passa a também ser o produtor – via hermenêutica constitucional – das normas aplicáveis aos casos concretos. Zaffaroni considera, no entanto, que para isto ocorrer é necessário que os juristas penais reconheçam a dialética entre Estado (democrático) de direito e Estado de polícia, pondo-se decididamente a serviço do primeiro. A atuação estatal de conformidade com o modelo do Estado democrático de direito é exatamente aquela comprometida com a efetivação dos direitos constitucionais; já o Estado de polícia apresenta como compromisso funcional a vigilância e a punição. No universo da Justiça Penal, então, ações conformadas ao primeiro modelo de Estado são aquelas que, ao invés de simplesmente legitimar os atos punitivos estatais sem qualquer reflexão – sob o pressuposto de que o campo judicial não deve envolver-se com questões de política –, põem estes atos políticos sob o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, colocando em discussão seus graus de racionalidade e tolerabilidade[13]. Em outros termos: “Un nuevo liberalismo penal es lo que requiere la doctrina contemporánea, pero que, a diferencia del fundacional, no legitime ni siquiera parcialmente el poder punitivo, sino que se limite a reducirlo en la medida de su poder jurídico”[14].

O controle das ações punitivas do Estado passa naturalmente pelo controle da aplicação da pena privativa de liberdade, isto é, a pena de prisão. A pena de prisão, segundo Michel Foucault – o que, aliás, confirma a intuição de Zaffaroni de que os atos de vigilância e repressão são mais ações políticas do que propriamente jurídicas –, consagrou-se socialmente muito antes de receber um tratamento teórico, ou seja, consolidou-se na sociedade contemporânea como o modelo exemplar de punição sem antes possuir qualquer justificação nas teorias penais da época. A prisão, então, emergiu muito mais como uma necessidade política e social do que como uma necessidade jurídica[15]. Ao tempo em que se afirmou, no século XIX, as teorias penais de então argumentavam que: 1) crime não é sinônimo de falta moral ou religiosa, e sim uma “ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político”; 2) a lei penal, por isso, “deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade”; 3) o direito penal deve, então, classificar como crime as condutas que danificam a sociedade, os danos sociais, as perturbações ou incômodos para toda a sociedade; e 4) as penas, com efeito, hão de permitir apenas a “reparação da perturbação causada à sociedade” ou “impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social”[16]. As penalidades privilegiadas por este projeto teórico eram a deportação, trabalho forçado, vergonha, escândalo público e pena do talião, a prisão aparecendo como custódia que garantiria a futura aplicação da pena. Todavia, foi justamente o encarceramento que se afirmou na sociedade contemporânea como pena exemplar:

[...] a penalidade que se desenvolve no século XIX se propõe cada vez menos definir de modo abstrato e geral o que é nocivo à sociedade, afastar os indivíduos que são nocivos à sociedade ou impedi-los de recomeçar. A penalidade no século XIX, de maneira cada vez mais insistente, tem menos em vista a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos[17].

Foucault explica que esta afirmação extra-teórica se dera, talvez, como resultado da consagração da liberdade como “um bem que pertence a todos e ao qual cada um está

ligado por um sentimento ‘universal e constante’”. Seria, portanto, a pena por excelência em uma sociedade de pessoas que têm a liberdade como valor que não só pertence como também iguala a todos. Porém, além disso, afirma Foucault em seguida, o encarceramento mostra-se como “uma empresa de modificação dos indivíduos”[18]. Mas qual a justificção, ainda que social e política, para esta outra característica da prisão? Segundo Foucault, tal característica é resultado de uma série de mecanismos de controle permanente do comportamento dos indivíduos que existiram na França e na Inglaterra no século XVIII. Estes mecanismos tinham por função a vigilância e a punição dos indivíduos cujas condutas morais estavam em desconformidade com as regras e princípios dos grupos a que pertenciam, havendo, particularmente no caso francês, a possibilidade de encarceramento dos transgressores através das chamadas *lettres-de-cachet*[19]. Tais mecanismos de controle, entre outras razões, eram respostas a transformações econômicas, “a uma nova forma de acumulação de riqueza, na medida em que, quando a riqueza começa a se acumular em forma de estoque, de mercadoria armazenada, de máquinas, torna-se necessário guardar, vigiar e garantir a segurança”[20]. Além disso, foi a partir destes mecanismos, pensa Foucault, que emergiu a idéia de prisão:

[...] uma penalidade que tem por função não uma resposta a uma infração, mas corrigir os indivíduos ao nível de seus comportamentos, de suas atitudes, de suas disposições, do perigo que apresentam, das virtualidades possíveis. Essa forma de penalidade aplicada às virtualidades dos indivíduos, de penalidade que procura corrigi-los pela reclusão e pelo internamento não pertence, na verdade, ao universo do Direito, não nasce da teoria jurídica do crime, não é derivada dos grandes reformadores como Beccaria. Essa idéia de uma penalidade que procura corrigir aprisionando é uma idéia policial, nascida paralelamente à justiça, fora da justiça, em uma prática dos controles sociais ou em um sistema de trocas entre a demanda do grupo e o exercício do poder[21].

O encarceramento enquanto projeto de controle social e correção de indivíduos apresenta alguns fracassos que, aliás, já são difusamente conhecidos: 1) o aprisionamento não contribui efetivamente para a diminuição da criminalidade – ao contrário, favorece seu aumento; 2) a privação da liberdade tende a provocar reincidência, em razão das condições internas das penitenciárias e da formação de grupos criminosos no seio destas; 3) não raro a reclusão funciona como uma fábrica de delinqüência, ao desintegrar famílias e, comumente, inseri-las em situações de risco social, como, por exemplo, a mendicância. Diversamente de seu propósito ideal, portanto, o encarceramento tem apresentado vários inconvenientes e, às vezes, demonstrado-se perigoso quando não inútil para a sociedade, ainda que seja um modelo de punição que tenha se normalizado nas sociedades contemporâneas.

É diante de percepções como estas, e de conformidade com a perspectiva do novo constitucionalismo, que tem surgido atualmente críticas ao modelo prisional, ainda que, segundo lembra Foucault, as primeiras críticas a este modelo hajam surgido praticamente em concomitância com o nascimento da prisão[22]. Contemporaneamente, conforme já visto no tópico anterior, as críticas ao encarceramento têm se dividido em três vertentes principais: à primeira convencionou-se chamar de abolicionismo, por apregoar a abolição da pena privativa de liberdade, questionando a legitimidade moral e

social do Estado para empreender a repressão dos indivíduos; a segunda pode ser denominada de substitutivismo, por defender a simples substituição do aprisionamento por medidas alternativas; e a terceira, que Ferrajoli sustenta e chama de garantista e reformadora, é aquela que, visando à abolição da prisão, concebe um processo gradativo de substituição desta por outras penalidades menos aflitivas, até o total desaparecimento da privação da liberdade como modelo exemplar de punição e “ressocialização” dos indivíduos[23].

Concordando com o afirmado por Ferrajoli, entendemos que a democratização da Justiça Penal está intimamente relacionada com o questionamento da justificação da pena, em especial a privativa de liberdade, o que redundará na problematização da legitimidade do Estado de impor penalidades aos indivíduos que lhe integram. Todavia, indagar-se sobre tal justificação não deve significar necessariamente o total abandono da função punitiva do Estado. Ao contrário, há que se reconhecer a dialética entre o Estado democrático de direito e o Estado de polícia, cabendo ao Judiciário, no entanto, a preocupação de realização judicial do primeiro e o controle da constitucionalidade das ações referentes ao segundo.

Ao que tudo parece indicar, o projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas segue na esteira desta nova afirmação de competência do campo judicial, justamente por oferecer um caminho para a atuação dos agentes do Judiciário, condizente com o constitucionalismo contemporâneo, onde outros profissionais que não são da área jurídica – como psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, etc. – e, em alguns casos, até mesmo os réus podem participar do processo de definição da pena mais adequada. Além disso, referido projeto oferece uma margem mais ampla para a interpretação judicial dos direitos fundamentais de sorte a minorar os efeitos negativos da pena e garantir uma melhor inclusão ou reintegração social do apenado. O propósito das penas e medidas alternativas apresenta então um considerável potencial de democratização da Justiça Penal, exatamente por estimular uma certa “abertura” do campo judicial, que tende sempre à autonomização (fechamento), e a adoção de perspectivas hermenêuticas para além do método da estrita subsunção, superando assim o modelo positivista de regras ao aderir ao modelo pós-positivista de princípios.

3. ALTERNATIVAS PENAIS E A QUESTÃO AMBIENTAL: EM BUSCA DE UM JUDICIÁRIO PRÓ-ATIVO

Em se vislumbrando o potencial descrito acima, é de absoluta relevância discutir as possibilidades que as penas e medidas alternativas apresentam para oferecer respostas judiciais aos crimes ambientais que não sejam apenas reprimendas paliativas, sempre ineficazes no combate a tais delitos, e sim respostas que garantam um maior acesso à Justiça Penal, no sentido aqui de mais plena realização do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado. Isto, porém, não é uma tarefa fácil, e as alternativas penais, da forma como vêm sendo aplicadas na atualidade às infrações ambientais, não têm correspondido à sua vocação de promotoras de democratização do Judiciário e garantidoras de um efetivo acesso à Justiça Penal, no sentido amplo já discutido acima.

Mas as dificuldades sucedem por várias razões. Como é sabido, desde meados do século XX, tem prevalecido no Brasil um modelo de desenvolvimento economicista em que desenvolvimento é confundido estritamente com progresso econômico, olvidando-se os impactos sociais e ambientais ocasionados por esta forma de crescimento unilateral. Tal modelo apresenta como alguns de seus mais imediatos efeitos a ocupação desordenada, não planejada, dos espaços urbanos, gerando bolsões de pobreza no entorno das grandes cidades, e, no meio rural, a depredação dos recursos naturais para além da capacidade de resiliência dos ecossistemas afetados, refletida na destruição de imensas áreas de florestas (primárias e secundárias), que então são substituídas por projetos de extração e beneficiamento de madeira, implantação de pastagens e monoculturas agrícolas ou atividades de mineração. Ignora-se, neste modelo de desenvolvimento, que toda atividade econômica, tanto no campo quanto nas cidades, é, “do ponto de vista físico, uma transformação de energia e recursos naturais disponíveis [...] em lixo e poluição”[24] e que, portanto, deveria ser realizada de sorte a não comprometer a capacidade dos ecossistemas de se reconstituir naturalmente e atendendo a condições mínimas de justiça social. O modelo economicista de desenvolvimento, pois, além de demonstrar despreocupação quanto aos impactos sociais do progresso urbano-industrial desregulado, não observa “o problema do esgotamento das fontes” e trata “somente dos problemas secundários da distribuição das fontes entre os diferentes fins competidores”, os recursos naturais sendo tomados apenas “como capital – um conjunto de ativos que devem ser transformados em uma fonte de lucro” –, o objetivo da atividade econômica constituindo, para ele, estritamente no “auto-interesse imediato”, a despeito da “preocupação com a posteridade”[25].

Segundo o Relatório Nosso Futuro Comum, um modelo de desenvolvimento pautado na idéia de sustentabilidade, que diverge patentemente do descrito no parágrafo anterior, é aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem, de igual modo, suas próprias necessidades. Sobre este conceito, Armando D. Mendes esclarece: “tem a ver com a invenção de meios e modos de fazer com que os efeitos do uso e da usura do *oikos* venham a confluir harmonicamente, não catastróficamente”[26]. Dentro da perspectiva da sustentabilidade, portanto, lembra Clóvis Cavalcanti, “não se pode aceitar que a lógica do desenvolvimento [...] entre em conflito com a que governa a biosfera”[27]; exige-se “avanços científicos e tecnológicos que ampliem permanentemente a capacidade de utilizar, recuperar e conservar [...] recursos, bem como novos conceitos de necessidades humanas para aliviar as pressões da sociedade sobre eles”[28]. Em outras palavras, o “desenvolvimento sustentável exige renovação da cultura para reestruturar a produção e o consumo, reduzir a disparidade entre ricos e pobres, moderar o crescimento demográfico, bem como incentivar a mudança dos valores éticos”. Esta mudança de valores implica, naturalmente, o encontro com outros, agora “baseados nos princípios dos direitos humanos e responsabilidade, igualdade entre as gerações, justiça e solidariedade, democracia e tolerância”, valores estes que responsabilizam “os povos atuais, no sentido de garantir, pela ação presente, um futuro viável às próximas gerações”[29].

Em razão das buscas por realizar o projeto da sustentabilidade e do avanço da legislação ambiental brasileira no sentido de prevenir e coibir práticas econômicas e comportamentos sociais não-sustentáveis, especialmente a partir da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, as reiteradas ações pautadas no modelo economicista de

desenvolvimento, ou que simplesmente não respeitam o equilíbrio dos ambientes natural e antrópico, passaram a ser criminalizadas. Desde então, as circunstâncias relativas às infrações ambientais, quando autuadas por agentes de fiscalização, judicializadas e processadas, começaram a receber respostas judiciais repressivas, ou seja, sanções penais no intuito de reprimir as ações lesivas ao meio ambiente, recompor o bem lesado e/ou, se possível, restituir as coisas ao *status quo ante* – o que, na seara ambiental, dificilmente acontece. Abrangendo a multidimensionalidade do problema ambiental, os crimes contra o meio ambiente foram estendidos a um amplo leque de bens jurídicos, que vão desde a flora e a fauna ao espaço urbano e ao patrimônio cultural, sendo previstas penas variadas, embora jamais superiores a 05 (cinco) anos de reclusão. A previsão dos crimes ambientais, no entanto, não apresentou ainda os efeitos esperados em termos de minoração da depredação do meio ambiente, até mesmo porque continuamos a ver no Brasil a expansão do modelo desenvolvimentista não-sustentável tanto no meio urbano quanto no rural, promovida não só pelo setor privado como também pelo público, fato que dificulta a fiscalização, processamento e repressão dos crimes ambientais pois vai de encontro com uma cultura de sustentabilidade que se procura fazer nascer mas agoniza no parto.

Além disso, a generalidade dos crimes ambientais é considerada pela legislação brasileira como de menor potencial ofensivo, além de em grande parte das vezes ser praticada por pessoas jurídicas. Por tal motivo, a situação mais habitual é que não sejam impostas aos infratores ambientais pena privativa de liberdade e sim penas e medidas alternativas, geralmente pecuniárias e/ou de prestação de serviços à comunidade. A aplicação das penas e medidas alternativas a infrações contra o meio ambiente, no entanto, não raramente é banalizada por práticas ingênuas dos agentes judiciais, pois, em uma sociedade capitalista onde vige um modelo de desenvolvimento economicista unilateral, a força dos interesses econômicos é sobremaneira maior do que a do Judiciário de processar os crimes contra o meio ambiente através de medidas estritamente paliativas, reprimindo as ações delitivas por meio de penalidades alternativas de viés tão-somente retributivo. As alternativas penais, porém, não possuem apenas o caráter de repreensão a condutas desconformes à legislação; objetivam, além disto, promover ações positivas contrárias àquelas que conduziram à consumação do delito. Neste sentido, têm um caráter de ação política e educativa, podendo viabilizar a aproximação do Judiciário de outros órgãos e instituições públicos e privados cujas funções são mais propriamente educacionais e políticas. Assim, as penas e medidas alternativas aplicadas ao agente causador de crime ambiental devem visar não somente à repreensão de sua conduta e, quando possível, a reparação do dano causado, mas igualmente à promoção de valores, competências, atitudes, habilidades e condutas voltados à conscientização ambiental como forma de compensação dos prejuízos, já que apenas muito raramente a depredação do ambiente pode ser reparada, voltando-se ao estado de coisas anterior ao crime. Esta é uma forma viável, pensamos, de não se banalizar as alternativas penais em face dos crimes contra o meio ambiente e do modelo desenvolvimentista insustentável.

Tal caráter sócio-educativo das alternativas penais impostas aos causadores de crimes ambientais as aproxima do projeto da educação ambiental, que objetiva resultados semelhantes: promover valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes, condutas e competências orientados à conservação do meio ambiente e à realização dos ideais de desenvolvimento sustentável (ver a este respeito o art. 1º da Lei n. 9.795/99). As penas e medidas alternativas podem funcionar, e de fato funcionam quando direcionadas a tal

fim, como instrumentos de recomposição e, principalmente, de educação ambiental, esta última entendida como o ensino/aprendizagem de “uma nova forma de ver o papel do ser humano no mundo, propondo modelos de relacionamentos mais harmônicos com a natureza e novos valores éticos”, assim como recomendando “posturas de integração e participação” e aparecendo “como o despertar de uma nova consciência solidária a um todo maior”[30]. A educação ambiental é sinônimo, pois, de “aprendizagem de como gerenciar e melhorar as relações entre a sociedade humana e o ambiente, de modo integrado e sustentável”[31].

Já que, como lembra Cipriano Carlos Luckesi, a educação é “uma instância dialética que serve a um projeto, a um modelo, a um ideal de sociedade”[32], mediando este projeto, ou seja, trabalhando para realizar este projeto na prática, a educação ambiental é então uma forma de ensino/aprendizagem que trabalha para a realização de um projeto de sociedade sustentável, o mesmo projeto visado por toda a legislação ambiental brasileira, incluindo a Lei de Crimes Ambientais, com fulcro na qual são infligidas as sanções alternativas quando de ações em patente desacordo com o equilíbrio ecológico. Isto demonstra o quão fecunda e rica de possibilidades pode ser o relacionamento entre educação ambiental e alternativas penais, uma colaborando para a consecução dos objetivos visados pela outra, visto que, se um dos fins de referidas alternativas é fomentar ações contrárias às infracionais, nada mais adequado do que a promoção da educação ambiental para atuar em resposta aos crimes ambientais, estimulando saberes, valores, comportamentos, atitudes e habilidades positivas no sentido da conservação do meio ambiente. Por outro lado, as penas e medidas alternativas podem oferecer recursos e oportunidades jamais antes tão disponíveis à realização de práticas educativas contínuas e permanentes que ensinem uma convivência mais harmoniosa com o *oikos*, práticas estas geralmente raras e carentes de recursos materiais e humanos para serem empreendidas.

Embora as penas e medidas alternativas apresentem este potencial de fomento à conscientização e educação ambiental, são ainda escassas as práticas judiciais que têm priorizado transformar tais penalidades em oportunidades de promoção de valores, competências, atitudes, condutas e habilidades orientadas à preservação ambiental, cumprindo assim com o caráter sócio-educativo das penas alternativas, pois comumente as sanções restringem-se à estrita reprimenda e/ou buscam apenas a reparação, não raro impossível, ou compensação do dano causado, principalmente através de doações de cestas básicas, entre outras ações que desconsideram as possibilidades que as alternativas penais têm de democratizar o Judiciário e garantir um melhor acesso à Justiça Penal. Este fato demonstra a relevância de se promover a sensibilização dos agentes judiciais para a difusão de práticas voltadas à aplicação de alternativas penais de viés educativo-ambiental quando das punições a crimes contra o meio ambiente, seja na área urbana, seja na rural. Todavia, mais do que produzir sensibilização, é mister, evidentemente, que os agentes da Justiça Penal tenham disponível um corpo técnico e de profissionais que detenham competências e habilidades específicas relacionadas às atividades de recomposição e educação ambiental – e isto é absolutamente factível, pois as Varas, Núcleos e Centrais de Penais e Medidas Alternativas costumam possuir um corpo técnico-profissional composto por agentes alheios ao campo jurídico (pedagogos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros – e por que não acrescentar a estes cientistas ambientais, ecólogos, etc.?). Este corpo técnico e de profissionais certamente auxiliaria a Justiça Penal a selecionar e ajudar a desenvolver projetos de reparação e educação

ambiental mediante a destinação de recursos materiais e humanos oriundos da aplicação das penas e medidas alternativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas páginas anteriores procuramos demonstrar que o projeto teórico-prático das alternativas penais é potencialmente democratizador da aplicação jurisdicional da sanção penal por realizar uma fissura no monopólio dos juristas quanto a esta prestação, abrindo um espaço para a inclusão de profissionais de outros campos de saber como pedagogos, psicólogos, assistentes sociais, cientistas ambientais, ecólogos, etc. na definição da melhor reprimenda penal. Além disso, indicamos que tal projeto requer dos intérpretes do direito penal a adoção do paradigma do novo constitucionalismo, que supera o modelo de regras ao consagrar o modelo de princípios, com isso exigindo que a atuação judicial esteja orientada não apenas a dizer o direito, mas, ao mesmo tempo, à realização dos direitos fundamentais, assegurando assim um mais amplo acesso à Justiça Penal. Estas possibilidades das penas e medidas alternativas, naturalmente, estendem-se também à garantia do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição de 1988. Em se tratando de Justiça Penal, esta garantia será melhor realizada em se processando o mais efetivamente possível as condutas lesivas ao meio ambiente, o que dar-se-á, mormente, por intermédio de penas e medidas alternativas e, unicamente, se estas penas e medidas foram aplicadas visando não somente a retribuição da ofensa, mas igualmente a promoção de valores, competências, atitudes, habilidades e condutas associados à conservação ambiental. Isto se justifica porque as alternativas penais, especialmente no caso dos crimes ambientais – em que a reparação é quase sempre ineficaz –, exigem do agente judicial uma postura pró-ativa e política no sentido de não apenas retribuir a lesão, mas, de igual sorte, promover ações contrárias a esta. Por tal motivo, para um processamento dos crimes ambientais que atenda à necessidade de democratização do Judiciário e um melhor acesso à Justiça Penal, um dos caminhos, entre outros, é certamente uma atuação judicial pró-ativa frente à depredação ambiental, isto é, que realize sua função punitiva sem, no entanto, abdicar de um papel político, fomentando ações de educação e recomposição ambiental através das alternativas penais.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: UESC, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **A miséria do mundo**. Vários tradutores. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

CAVALCANTI, Clóvis. Breve introdução à economia da sustentabilidade. In: **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. 3ª ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental**: busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCKESI, Cipriano Carlos. **Filosofia da educação**. São Paulo: Cortez, 1990.

MENDES, Armando Dias. Envolvimento e Desenvolvimento: introdução à simpatia de todas as coisas. In: **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTING, Clive. **Uma história verde do mundo**. Trad. Ana Zelma Campos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e busca de alternativas sustentáveis. In: **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, n. 20, out./dez, 1997.

[1] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

[2] Idem, ibidem.

[3] FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

[4] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

[5] Idem, ibidem.

[6] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

[7] BOURDIEU, Pierre. **A miséria do mundo**. Vários tradutores. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 243.

[8] Idem. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

[9] BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: UESC, 2003. p. 178.

[10] Idem, ibidem. p. 181.

- [11] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- [12] Idem. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- [13] ZAFFARONI, E. Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, n. 20, out./dez, 1997.
- [14] Idem, ibidem. p. 21.
- [15] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- [16] Idem, ibidem. pp. 80-2.
- [17] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005. pp. 84-5.
- [18] Idem. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 196.
- [19] Idem. Op. cit.
- [20] Idem, ibidem. p. 92.
- [21] Idem, ibidem. p. 99.
- [22] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- [23] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- [24] STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e busca de alternativas sustentáveis. In: **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. p. 106
- [25] PONTING, Clive. **Uma história verde do mundo**. Trad. Ana Zelma Campos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. pp. 258-9.
- [26] MENDES, Armando Dias. Envolvimento e Desenvolvimento: introdução à simpatia de todas as coisas. In: **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. p. 54.
- [27] CAVALCANTI, Clóvis. Breve introdução à economia da sustentabilidade. In: **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 3ª ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. p. 17.
- [28] MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 43
- [29] LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 142-3.
- [30] PÁDUA *apud* LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 126.
- [31] LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 126.
- [32] LUCKESI, Cipriano Carlos. **Filosofia da educação**. São Paulo: Cortez, 1990. p. 49.

**DOAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO:
EXEMPLO DE POLÍTICA FLORESTAL COMPENSATÓRIA QUE PROTEGE
A BIODIVERSIDADE***

**DONATION IN UNITS OF CONSERVATION OF PUBLIC DOMAINS:
EXAMPLE OF COMPENSATORY FOREST POLITICS THAT PROTECTS
BIODIVERSITY**

**Tatiana Monteiro Costa e Silva
Marcel Alexandre Lopes**

RESUMO

A presente tese pretende demonstrar a importância da modalidade compensatória “doação em unidades de conservação de domínio público” instituída pelo Código Florestal, como mecanismo que aumenta a proteção da biodiversidade existente dentro dos espaços territoriais protegidos “unidades de conservação” pendentes de regularização fundiária. O instituto tem a missão de resolver o passivo ambiental das áreas de reserva legal das propriedades rurais e também solucionar o impasse da regularização fundiária das unidades de conservação já criadas e, por fim, conter a expansão da fronteira agrícola. Para o êxito da compensação da área de reserva legal em unidades de conservação – padrão adotado para o desenvolvimento, além da necessária participação de todos os atores envolvidos no processo, produtores rurais, poder público e sociedade civil organizada, também é essencial que os critérios para sua aplicação resem efetivamente esclarecidos e delimitados, função que em princípio é dever dos órgãos ambientais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: COMPENSAÇÃO, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, DOMÍNIO PÚBLICO, REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.

ABSTRACT

The present thesis intends to demonstrate to the importance of the compensatory modality “donation in units of domain conservation publishes” instituted for the Forest Code, as mechanism that inside increases the protection of the existing biodiversity of the territorial spaces protected “hanging units of conservation” of agrarian regularization. The institute has the mission to decide the ambient liabilities of the areas of legal reserve of the country properties and also to solve the impasse of the agrarian regularization of the units of conservation already created e, finally, to contain the expansion of the agricultural border. For the success of the compensation of the area of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

legal reserve in units of conservation - standard adopted for the development, beyond the necessary participation of all the involved actors in the process, agricultural producers, to be able public and organized civil society, also is essential that the criteria for its application remain effectively clarified and delimited, function t

KEYWORDS: WORD-KEY: COMPENSATION, UNITS OF CONSERVATION, PUBLIC DOMAIN, AGRARIAN REGULARIZATION.

INTRODUÇÃO

A degradação da biodiversidade brasileira aumentou assustadoramente nas últimas décadas. O Poder Público, como responsável direto pela proteção do meio ambiente, vem instituindo políticas públicas florestais com o intuito de reverter esse quadro que impera no território nacional, conforme o artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

O Código Florestal instituiu várias modalidades compensatórias da área de reserva legal: compensação da área de reserva legal extrapropriedade, servidão florestal, cota de reserva florestal – CRF, doação em unidades de conservação de domínio público, compensação em RPPN. Porém, cabe neste momento destacar a modalidade nomeada de “doação em unidades de conservação de domínio público”, pendente de regularização fundiária, como mecanismo de proteção da biodiversidade brasileira, já que aumenta a proteção nos espaços territoriais protegidos “unidades de conservação”, além de compensar a ausência da área de reserva legal daqueles proprietários rurais que desmataram antes de 14 de dezembro de 1998, limite determinado na lei florestal para se utilizar o benefício da compensação da área de reserva legal.

Como política florestal, a compensação da área de reserva legal mediante a doação em unidades de domínio público é meio de proteger os recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

2 BIODIVERSIDADE

A análise do instrumento compensatório “doação para unidades de conservação de domínio público”, como política florestal requer abordagem técnica e jurídica da biodiversidade, como elemento principal de uma política pública florestal imprescindível para o desenvolvimento sustentável na região amazônica.

O termo biodiversidade foi introduzido em meados dos anos 80 e popularizada na época da Conferência do Rio de Janeiro de 1992. Diversidade biológica significava riqueza de espécies; já em 1982 o termo adquiriu novas acepções, como diversidade genética e riqueza de espécies; em 1986, houve a contração da expressão, abrigando além da diversidade genética, diversidade de espécies e diversidade ecológica.[1]

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como ECO 92, foi evento de grande repercussão mundial. Reuniu vários países do mundo na busca do mesmo objetivo comum: a preservação da natureza. Dessa Conferência resultaram várias recomendações e 5 (cinco) documentos importantes: a Declaração do Rio de Janeiro, a Declaração de Princípios sobre Florestas, a Convenção sobre Biodiversidade, a Convenção sobre o Clima e a Agenda 21.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, ou Convenção da Biodiversidade, trouxe a definição de diversidade biológica como sendo “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, entre outros, ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade de espécies e de ecossistemas.”

Essa convenção foi ratificada pelo Brasil, surgindo no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto Legislativo nº 02, de 02/02/94, que aprovou o texto da Convenção da Biodiversidade assinado na Conferência do Rio de Janeiro e atualmente está subscrita por mais de 170 países.

A Constituição Federal de forma inovadora também protegeu a biodiversidade no seu art. 225, § 1º, II, determinando que compete ao poder público o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e a manipulação do material genético”, assegurando a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Recentemente, foi introduzida no cenário brasileiro a norma que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, estabelecendo critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

Dada a relevância do assunto, o art. 2º, inciso III, trouxe mais uma vez o conceito de diversidade biológica, definindo-o como “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”.

A ação antrópica sobre a biodiversidade está ocasionando a sua rápida extinção, num período de tempo muito exíguo, prenunciando futuro incerto às gerações futuras, que poderão não conhecer as várias espécies da fauna e flora que hoje conhecemos.

As evidências indicam que as atividades humanas estão levando a uma extinção quase total da diversidade biológica do planeta, antes mesmo que algumas unidades percentuais do total de espécies sejam pelo menos descritas.[2]

Verifica-se violação de valores caros à espécie humana, pois que a biodiversidade constitui a base de sustentação da vida, principalmente para as comunidades pobres dos trópicos. Estes concentram a maior parte da biodiversidade, sendo reservas de matéria-prima para multinacionais, influentes no mercado financeiro e na arena política globalizada.

Ressalte-se que a biodiversidade fornece benefícios econômicos diretos em termos de alimentação, medicina e materiais industriais e ingredientes funcionais para os ecossistemas naturais, cumprindo uma série de funções essenciais ao homem: por exemplo as funções vitais da fotossíntese e oxigenação do ar, sem falar do valor de sua conservação para usos futuros e a própria reabilitação de ambientes degradados pelo uso inadequado do solo, pela construção de barragens, hidrelétricas, rodovias, pela exploração mineral.

Na atualidade, a preservação da biodiversidade está na pauta como meta a ser cumprida, como bem relatado por Oliveira:

a biodiversidade é tema que tem despertado bastante interesse no Brasil e no mundo, devido, por um lado, ao potencial para criar alternativas de proteção ambiental com geração de renda para as comunidades locais, e por outro, aos avanços científicos que podem advir da biotecnologia. Vários aspectos da biodiversidade estão em debate, desde como preservá-la até como gerar riquezas a partir do seu uso sustentável, repartindo-se entre os que desenvolvem produtos comerciais da biodiversidade e as populações locais que a preservam. Para o Brasil, o tema é de extrema importância, já que o país conta com uma das maiores biodiversidades, com 10 a 20% das espécies descritas no mundo.[3]

Decorre enorme prejuízo ambiental, da predatória ação de alguns segmentos da sociedade, que no afã da exploração econômica, comprometem a coletividade, o meio ambiente e também as comunidades tradicionais cujo conhecimento tradicional vai assim sendo perdido.

É inquestionável que o desenvolvimento da biotecnologia e os componentes da biodiversidade para fins terapêuticos têm o seu lado positivo para a melhoria da qualidade de vida da coletividade, no entanto, existem alguns problemas que cercam o assunto, tais como: novas tecnologias, propriedade intelectual e exclusão; prioridades de pesquisa, interesses econômicos e, mais uma vez, exclusão; acesso aos componentes da biodiversidade; conhecimento tradicional e o uso da biodiversidade[4].

Desse modo, a modalidade compensatória “doação para unidades de conservação de domínio público” como política florestal institucionalizada no ordenamento brasileiro baliza alternativas econômicas e ambientais, surgindo como opção técnica para a preservação e conservação da biodiversidade nacional, já que fomenta ainda mais a proteção desses espaços protegidos, pois possibilita reverter o passivo ambiental da área de reserva legal nas propriedades rurais e ao mesmo tempo enfrentar o problema da regularização fundiária das unidades de conservação.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR FLORESTAL

No território brasileiro, a legislação que dá sustento e orientação à política florestal é a Lei nº 4.771, de 1965, representada pelo Código Florestal Brasileiro, a Lei nº 6.938, de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), e pelas leis estaduais dos vários Estados Brasileiros que legislaram concorrentemente sobre a matéria, e ainda pela Constituição Federal de 1988, como também mais recentemente pelas normas federais, Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), Lei nº 9.985, de 2000, conhecida como Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, Decreto Federal nº 3.420, de 20 de abril de 2000 (Programa Nacional de Florestas – PNF), e Lei nº 11.284, de 2006 (Concessão de Florestas Públicas).

O Código Florestal é ressaltado por Viana, ao abordar “que o diploma mais importante, sem dúvida, é a Lei nº 4.771, de 1965 (Código Florestal), que foi inteiramente recepcionada pela Constituição de 1988 e constitui norma geral que disciplina a preservação e a utilização de florestas e demais formas de vegetação”[5]. No entanto, existem críticas quanto a efetividade das políticas florestais elencadas no Código Florestal, tendo em vista ser considerada uma letra morta, como outras do mundo, pela ausência eficaz de concessões, controle e proteção, se verificando na prática vários modos de burlar a lei florestal.[6]

Desse modo, as políticas públicas podem ser traduzidas como “programas de ação governamental visando a cooperar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente e politicamente determinados”[7]. Séguin ratifica essa compreensão quando aborda que as “políticas públicas têm o sentido de conjunto de objetivos informativos dos programas de ação governamental e medidas executadas para atingir o fim colimado”[8].

Na atualidade, o Estado Democrático de Direito possibilita essa sistematização de ações governamentais para a implementação de políticas públicas.[9] Neste contexto, agentes externos (Estado, sociedade civil e mercado) conduzem para a articulação das políticas públicas.[10]

Assim, “as políticas públicas são sistematizações de ações de Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseados na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado” [11].

O Estado como principal agente de articulação deve assumir a sua função de gestor das políticas públicas de interesse de toda a coletividade, como também os meios de proteger os recursos naturais para as presentes e futuras gerações, cumprindo a determinação legal do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que atribui ao Poder Público e Coletividade essa responsabilidade compartilhada.[12]

Soma-se ao conceito de políticas públicas outro elemento importante, que é o espaço geográfico. “...Há um componente prático e finalístico na idéia de política pública como programa de ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço geográfico”[13].

A política florestal que versamos no presente estudo envolve o meio rural e toca socialmente ao segmento dos produtores rurais, como também aos proprietários de imóveis rurais (mesmo que não desenvolva qualquer atividade em sua área).

O próprio governo e a sociedade enxergam a discussão de políticas públicas como ações meramente secundárias num contexto de políticas finalísticas e econômicas que ocupam hodiernamente o espaço público, como bem diz Cavalcanti:

...a discussão de políticas para melhorar a gestão do setor público ainda não alcançou a prioridade necessária nem no âmbito do próprio governo nem no âmbito da sociedade, provavelmente porque ambos a consideram uma dimensão secundária diante das prioridades de políticas finalísticas e de política econômica que ocupam agenda e espaço de discussão pública.[14]

A trajetória de uma política pública é baseada essencialmente em processos políticos, inexistindo a falsa dicotomia política-administração.[15]

Por parte das autoridades governamentais do País é forte a tendência da aplicação lógica do mercado dentro do escopo de políticas públicas, especificadamente em política ambiental, como se tem vislumbrado a saída lenta do Poder Público da gestão das políticas públicas para a entrada de outros agentes, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica[16].

Mas isso não impede que o País aprecie e avance em questões importantes para o crescimento correto e sustentável, enxergando como resultado positivo o grande arcabouço legal-institucional e projetos socioambientais existentes e que possam ser criados para o território brasileiro. Oliveira destaca que “temos que inovar nos mecanismos de elaboração e implementação de políticas públicas, de forma a utilizar de maneira eficaz e eficiente os tradicionalmente escassos recursos alocados ao setor sociambiental”[17].

A política florestal insere-se na conjuntura de uma política ambiental maior, como bem ressaltado por Silva, conforme Lapoix: a “gestão ecológica implica uma política de Meio Ambiente segundo a qual um país determina, organiza e põe em prática diversas ações que visam à preservação e ao melhoramento da vida natural e humana.” Acrescenta, ainda, Silva:

tal política deve orientar-se estritamente por considerações de ordem ecológica, sociológica e econômica, e pela análise das motivações individuais e coletivas expressas pelo corpo social sob a forma de necessidades, desejos e aspirações. Para ser eficaz, deve apoiar-se os diferentes níveis que constituem uma ambiência administrativa favorável. A educação, informação, a realização e a coordenação constituem, enfim, os meios privilegiados que favorecem a melhor tomada de consciência dos problemas relacionados com o meio ambiente.[18]

A política ambiental exige harmonização e equilíbrio entre o meio ambiente e os direitos essenciais ao homem. “Ela diz respeito a todos: ao governo, que as dita, à comunidade, que deve participar da tomada de decisões, e ao empresariado, cujas atividades são, ou deveriam ser, disciplinadas e fiscalizadas por elas”[19], ensina-nos Seguin.

O que se almeja, tanto na política ambiental (macro), quanto na política florestal (setorizada), é o equilíbrio e harmonização quando da utilização desses recursos pelo homem que, para tanto, necessita de meios políticos. “Buscar o equilíbrio, através da sustentabilidade dos recursos, na natureza, é missão política, haja vista ser este o instrumento passível de encontrar as soluções para os diferentes conflitos existentes sobre as áreas com florestas[20]”.

Relata, Zanetti, que a política florestal e os interesses envolvidos geram grandes conflitos decorrentes da potencialidade que esse recurso natural oferece:

os diferentes interesses estão direta e obviamente ligados à diversidade de potencialidades que podem ser utilizadas dentro do ambiente florestal; a dificuldade de identificar estas capacidades tem gerado conflitos que se prolongam no tempo.[21]

Sabemos que o uso indiscriminado e ilegal da flora brasileira não pode mais se prolongar no tempo, até mesmo pela escassez e importância desse recurso dentro do contexto da teoria dos múltiplos usos da florestal[22] na atualidade, uma vez que pode produzir muito mais do que a madeira, também servindo de proteção do solo, das águas, do ar. Também dela depende o turismo, as atividades de pesca e caça, a enorme fonte de material genético.

A teoria das funções da floresta é instrumento político de avaliação e capacitação, para garantir a harmonia entre as diferentes funções, seus objetivos materiais e éticos[23].

Desse modo, a modalidade compensatória “doação para unidades de conservação de domínio público” busca justamente corrigir esse descompasso na utilização desse recurso natural, possibilitando ao proprietário rural que já suprimiu a área de reserva legal em sua propriedade compensá-la em área inserida em unidade de conservação pendente de regularização fundiária.

Esse instrumento de política florestal é uma das formas de garantia das várias funções que a floresta é capaz de proporcionar ao homem, assegurar a sadia qualidade de vida sob a égide do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Requer conscientização e disciplinamento de todos os interessados e envolvidos nesse processo, porque o “uso de todas as possibilidades representadas por este patrimônio é o elemento de ligação entre as populações rurais e a floresta, gerando condições necessárias ao estabelecimento do homem no campo” como bem ressaltado por Zanetti[24].

O Código Florestal, quando instituiu as figuras da área de reserva legal e áreas de preservação permanente, buscou de forma equilibrada balancear essas condições necessárias ao estabelecimento do homem no campo, de forma ordenada e sustentável, sendo uma norma de incidência geral, submetendo, portanto, todos quantos tenham imóveis rurais no território brasileiro.

As políticas florestais devem estar concatenadas a um contexto mais amplo, envolvendo todos os níveis de governo, de forma sistematizada, organizada e operacional. A participação parlamentar foi decisiva para a tutela florestal e a efetivação de políticas públicas ao longo dos tempos, como bem descrito por Viana:

a contribuição parlamentar para a tutela florestal ao longo da história brasileira processou-se mediante extensa legislação, com o objetivo tanto de proteger as florestas, quanto de regular a sua exploração. Mesmo hoje, são inúmeras as iniciativas legislativas versando a respeito do tema, ora sobre flora e florestas no sentido mais amplo, ora sobre aspectos específicos deste ou daquele bioma ou unidade de conservação, ora, até mesmo, sobre uma única espécie florestal, como nos casos em que a proposição visa tornar essa espécie imune de corte, por exemplo.[25]

As políticas públicas voltadas para o meio ambiente e sua proteção, devem ser vistas do aspecto qualitativo, antes que do quantitativo. A enérgica ação estatal deve pautar-se em medidas corretivas, mitigadoras, compensatórias e/ou indenizatórias[26], e a modalidade compensatória “doação em unidades de conservação de domínio público” visa justamente a corrigir essa falta de perspectiva ambiental no território nacional.

4 DOAÇÃO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO

A compensação da área de reserva legal está disciplinada no Código Florestal que prevê a possibilidade da compensação da área de reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertencente ao mesmo ecossistema e localizada na mesma microbacia. Além desse requisito, devem ser observadas outras exigências, como o fator temporal:

dispensa o proprietário de reflorestar a área que hoje está sendo utilizada desde que desmatada anteriormente a 14/12/1998. Após essa data, o proprietário ou possuidor não pode utilizar os benefícios da compensação da área de reserva legal, mas sim recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada 3 (três) anos, de no mínimo 1/10 (um décimo) da área total necessária a sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos no órgão ambiental estadual competente, como também conduzir a regeneração natural.[27]

Desse modo, existem várias modalidades compensatórias da área de reserva legal: compensação da área de reserva legal extrapropriedade, servidão florestal, cota de reserva florestal –CRF, doação para unidades de conservação de domínio público, compensação em RPPN.

Neste trabalho, vamos nos ater a modalidade compensatória doação de área localizada no interior de unidades de conservação pendente de regularização fundiária. Recentemente, o dispositivo foi alterado pelo artigo 49 da Lei 11.428, de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.[28] Na verdade, “com a citada alteração, corrigiu-se uma impropriedade da norma federal que feria os princípios da isonomia e da razoabilidade,”[29] conforme Irigaray.

Eis a antiga redação do § 6º do artigo 44 da Lei n.º 4.771, de 1965:

§ 6º O proprietário rural poderá ser desonerado, pelo período de 30 (trinta) anos das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação, ao órgão ambiental competente, de área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Florestal Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III do caput deste artigo.

Na realidade, a antiga redação do dispositivo do § 6º do artigo 44, estabelecia favoravelmente ao proprietário rural uma moratória, porque com recursos próprios contribuía para a regularização fundiária de uma das unidades de conservação elencadas expressamente no dispositivo referendado, desonerando desta feita o Poder Público da obrigação indenizatória decorrente do processo expropriatório.[30]

Sobre tal dispositivo Vulcanis destacou que:

a compensação temporária da reserva legal parte de um fato real que é a descaracterização ou inexistência da reserva legal nas propriedades, certamente, em algum momento, suprimidas de forma ilegítima ou não, mas que de qualquer forma, não se justifica sua ausência; por outro lado, parte também do fato real e concreto de que a criação de Unidades de Conservação está vinculada à existência de terras que se mantêm com características naturais relevantes. Em outras palavras: a opção legislativa partiu da constatação de que entre a notória inexistência da reserva legal nas propriedades privadas e que, portanto, estão cumprindo sua destinação ambiental e a existência de espaços territoriais que ainda mantêm efetiva conservação ambiental, opta-se por garantir prioritariamente a manutenção destes, pois ainda sustentam íntegros. Para tanto, eleva-se, a regularização fundiária, como pressuposto fundamental a efetiva constituição desses espaços, já que, como dito, permite a maior efetividade das Unidades de Conservação no que diz respeito ao cumprimento de seus objetivos. Nesse

sentido, deu-se preferência a manutenção do que ainda mantém-se conservado, postergando-se, no tempo, a reconstituição da reserva legal cujos objetivos de cunho ambiental serão perseguidos no futuro.[31]

O dispositivo de forma expressa obrigava a necessidade de recomposição da área de reserva legal *in loco* após o período de 30 anos da doação de área localizada em unidade de conservação. Ainda é mote de dúvidas e polêmicas a obrigatoriedade de recomposição da reserva legal passado 30 anos, haja vista o dispositivo em vigor deixar ao órgão ambiental competente a exigência ou não da recomposição, depois do procedimento compensatório, quando definiu o verbo “poderá” e não “deverá”. A alternativa anterior deixava límpida a obrigatoriedade da exigência da recomposição, no entanto, a partir de agora encontra-se diante de um ato discricionário do órgão ambiental competente ou de critério a ser definido por lei por meio da competência legislativa concorrente dos Estados. Neste caso, impera a discricionariedade da Administração Pública em matéria de preservação e conservação ambiental? “A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador.”[32]

De qualquer maneira, é positiva a alteração da parte final do dispositivo quando definiu a doação de áreas localizadas em qualquer categoria de unidade de conservação, pendente de regularização fundiária, podendo deste modo, qualquer unidade de conservação receber compensação de reserva legal, pois permite que tanto as unidades da categoria proteção integral ou uso sustentável possam ser regularizadas, conforme os ditames estabelecidos na Lei nº. 9985 de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

A regularização fundiária também pressupõe procedimentos legais, que devem ser observados, como ressalta Seixas, Barreto Filho, Tosato et al. (2003, p. 364):

a maioria dos procedimentos de regularização fundiária no Brasil pauta-se em parâmetros tecnicistas, executados de forma homogênea e sem considerar as possíveis diferenças entre os grupos sociais existentes na área. Vale ressaltar que a regularização compreende diferentes fases, que incluem desde os estudos fundiários de campo e cartoriais, para a verificação da documentação comprobatória de propriedade da terra, até o processo de avaliação do imóvel, que inclui vistoria e determinação do preço do mercado. Todas estas etapas obedecem a uma extensa fundamentação legal que inclui leis, instruções normativas, normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), procedimentos técnicos de agrimensura, topografia e cartografia etc.

Esses procedimentos legais não são observados quando da criação das unidades de conservação. Existem até alguns autores que asseguram a criação de “parques de papéis”, sem os critérios técnicos definidos no Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, Lei n. 9.985/2000.

A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento. A fase da consulta pública é fundamental para a participação de todos os envolvidos: proprietários, comunidade do entorno e do local, e o próprio Poder Público. Neste momento, o Poder Público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas.

Quando criadas as unidades de conservação, as mesmas devem dispor de um plano de manejo. Este deve ser elaborado no prazo de 5 anos a partir da data de sua criação. O plano de Manejo deve abranger a área da unidade de conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas.

Figueiredo e Leuzinger (2001, p. 465) descrevem a real situação da criação de unidades de conservação no Brasil, que ficam a mercê dos proprietários que ainda permanecem na área, considerando também o posicionamento da jurisprudência nacional:

a jurisprudência nacional vem exibindo diuturnamente as graves conseqüências que decorrem da criação dos chamados parques de papel – unidades de conservação criadas por lei, geralmente alcançando áreas bastante extensas e ainda preservadas, porém não precedidas de estudos técnicos acerca das características dominiais dos imóveis que as integram e da viabilidade financeira para a sua implantação.

Arruda, de forma categórica, afirma que as alterações ocorridas no Código Florestal trouxeram sensíveis mudanças para essa modalidade de recuperação da área de reserva legal degradada, assegurando mesmo que o proprietário se desonera por completo da obrigação de ter a reserva legal, preconizando até que não se trata mais de compensação, por via da qual o proprietário não terá de recompor a sua reserva legal passados trinta anos, reduzindo-se o índice de espaços protegidos no território brasileiro.[33]

Posicionamo-nos no sentido de ser uma modalidade compensatória, uma vez que o proprietário para ser desonerado precisa observar os critérios legais estabelecidos no inciso III do artigo 44. O proprietário, ao proceder a doação em unidade de conservação, aí sim, será totalmente desonerado da exigência legal de possuir a área de reserva legal em sua própria propriedade. Vislumbram-se dois momentos específicos: o primeiro da compensação e o segundo da desoneração. Mas essa discussão só será resolvida quando os órgãos estaduais ambientais competentes aplicarem o dispositivo para então verificar-se na prática a necessidade ou não desses espaços territoriais protegidos, atendendo as suas peculiaridades e vocações.

De mais a mais, o instituto tem a missão de resolver o passivo ambiental das áreas de reserva legal das propriedades rurais e também solucionar o impasse da regularização fundiária das unidades de conservação já criadas e, por fim, conter a expansão da fronteira agrícola.

CONCLUSÃO

A ação antrópica sobre a biodiversidade está ocasionando a sua rápida diminuição, sendo necessário a efetivação de políticas que visem garantir sua existência para as presentes e futuras gerações; uma alternativa é o instrumento que possibilita a criação e manutenção de espaços territoriais protegidos, como é o caso da compensação da área de reserva legal em unidades de conservação.

O instrumento compensatório da “doação em unidades de conservação de domínio público”, além de fomentar a manutenção de unidades de conservação pendentes de regularização fundiária, também permite a regularização das propriedades particulares desprovidas do percentual de reserva florestal exigido por lei, pois tanto disponibiliza ao Poder Público meios para regularizar as áreas destinadas a unidades de conservação, viabilizando, por exemplo, recursos para a indenização de eventuais proprietários e que estas áreas sejam delimitadas em perímetros maiores, como permite ao proprietário rural a regularização de sua atividade, o que importa na possibilidade de licenciamento e a retomada do acesso as linhas de crédito oficiais.

É uma política florestal positiva, que possibilita o saneamento da ausência do percentual de reserva legal nos imóveis rurais, aumentando a criação e manutenção de espaços protegidos, e conseqüentemente, protegendo ainda mais a biodiversidade.

Portanto, para o êxito da compensação da área de reserva legal em unidades de conservação – padrão adotado para o desenvolvimento, além da necessária participação de todos os atores envolvidos no processo, produtores rurais, poder público e sociedade civil organizada, também é essencial que os critérios para sua aplicação resem efetivamente esclarecidos e delimitados, função que em princípio é dever dos órgãos ambientais.

[1] BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a posta e a destruição da natureza. Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê. 2002.

[2] PENNA, Carlos Cabaglia. O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 1999.

[3] OLIVERIA, José Antonio Puppim de. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas.

CAVALCANTI, Bianor Scelza; RUEDIGER, Marco Aurélio; SOBREIRA, Rogério, (org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 160.

[4] BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, recursos genéticos e outros bichos esquisitos. O direito e o desenvolvimento sustentável. Curso de direito ambiental. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.) São Paulo: Peirópolis, Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional e Educação do Brasil, 2005. p. 48.

[5] VIANA, Maurício Boratto. A contribuição parlamentar para a política florestal no Brasil. Brasília, Câmara dos Deputados: 2004. retirado do site:

www2.camara.gov.br/publicações/estnottec/tema14/pdf/2004_10446.pdf às 19:27h do dia 14/02/07. p.11.

[6] BRASIL JÚNIOR, Antônio C. P. Um cenário desejável para conter o desmatamento na região de Belo Monte. Amazônia; dinamismo econômico e conservação ambiental. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; DRUMMOND, José Augusto (org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2003. p. 152.

[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

[8] SEGUIN, Elida. O Direito Ambiental. Nossa casa planetária. 3 ed, Rio de Janeiro: 2006, p. 233.

[9] DIAS, Jean Carlos. Políticas Públicas e Questão Ambiental. Revista de Direito Ambiental. BENJAMIM, Antonio Herman (coord.) Ano 8 – Julho –setembro , São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

[10] SCHIMIDT, João Pedro. Direitos sociais e políticas públicas. Santa Cruz do Sul, Santa Catarina: Edunisc, 2001, p. 267.

[11] Idem, DIAS, p. 121

[12] SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Políticas Públicas: O Icms Ecológico. Revista de Direito Ambiental. BENJAMIM, Antonio Herman (coord.) Ano 10 – Abril –Junho, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.

[13] SILVA, Solange Teles da. Políticas Públicas e Estratégias de sustentabilidade. Hiléia. Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Ano 1, Nº 1 – Agosto- Dezembro de 2003. Universidade Estadual do Amazonas. p. 123.

[14] CAVALCANTI, Bianor Scela; PECI, Alketa. Além da (re)forma do aparelho do Estado: para uma nova política de gestão pública. Desenvolvimento e Construção Nacional: políticas públicas. CAVALCANTI, Bianor Scela, et al (org.) Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 45.

[15] CAVALCANTI, Bianor Scela; PECI, Alketa. op. cit. p. 47.

[16] RIBAS, Luiz César. Capitalismo, Meio Ambiente e Políticas Públicas; o ambiente atual para um projeto político. In:Revista de Direito Ambiental nº 10. São Paulo: RT, 2002. p. 126.

[17] OLIVERIA, José Antonio Puppim de Oliveira. Meio Ambiente e desenvolvimento sustentável. Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas.

[18] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. P. 209. Cf. F. Lapoix, “Uma política nacional do meio ambiente”, in J-P. Charboneau e outros, Enciclopédia de Ecologia. P. 360.

[19] SEGUIN, Elida. O Direito Ambiental. Nossa casa planetária. 3 ed, Rio de Janeiro: 2006, p. 234.

[20] ZANETTI, Eder. Meio Ambiente e Setor Florestal. Curitiba: Juruá: 2002. p. 30.

[21] ZANETTI, Eder. Op. cit.

[22] A teoria dos múltiplos usos da floresta, que começou a ganhar corpo em 1960 e hoje é objeto de constantes pesquisas em todo o planeta, incorpora ferramentas poderosas ao manejo de recursos naturais, para um país ecologia- social- economicamente equilibrado. ZANETTI, Eder. p. 27.

[23] DIETERICH, V. Forest Policy. Forest Functions, in: Foresta Policy I. Albert-Luwigs-Universitat Institut fur Forestpolitik. Freiburg. Freiburg, Alemanha, 2000.

[24] ZANETTI, Eder. op. cit. p. 27.

[25] VIANA, Maurício Boratto. op. cit. p. 3.

[26] RIBAS, Luiz César. Capitalismo, Meio Ambiente e Políticas Públicas; o ambiente atual para um projeto político. São Paulo: Revista de Direito Ambiental nº 10. p. 132.

[27] SILVA, Tatiana Monteiro Costa. Compensação de reserva legal. In: Direitos Humanos e meio ambiente. BENJAMIM, Antonio Herman (org.). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 893.

[28] Redação dada pelo Art. 49 da Lei n.º 11.428 de 2006. O [§ 6º do art. 44 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965](#), alterada pela Medida Provisória nº 2.166-7, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44.

§ 6º O proprietário rural poderá ser desonerado das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação ao órgão ambiental competente de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, respeitadas os critérios previstos no inciso III do caput deste artigo.” (NR)

[29] IRIGARAY, **op. cit.** p. 58.

[30] VULCANIS, Andréa. **Doação em áreas de unidades de conservação e compensação temporária da reserva legal.** In Revista de Direito Ambiental. Ano 11. n. 41. janeiro-março. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

[31] VULCANIS, Andréa., **op. cit.** p. 35.

[32] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., **op. cit.** p. 198.

[33] ARRUDA, Domingos Sávio de. *Compensação na reserva legal.* São Paulo, Instituto o Direito por um Planeta Verde; 01 de junho de 2007. Palestra proferida no 12º congresso brasileiro de direito ambiental

TUTELA DE URGÊNCIA E O JUÍZO DE SUSTENTABILIDADE SUMÁRIO NAS LIDES AMBIENTAIS*

URGENT MEASURES AND THE PROVISIONAL SUSTAINABILITY RULING IN ENVIRONMENTAL LAW SUITS

**Ricardo Tavares de Albuquerque
Sérgio Rodrigo Martinez**

RESUMO

A expectativa dos jurisdicionados, no que concerne a provocação da jurisdição, deposita-se na concretização da matéria levada a juízo em um processo cuja duração é razoável. A jurisdição ambiental não difere desta afirmação, ao contrário, a qualidade de vida é um valor constitucional que se almeja pelo respeito ao meio ambiente sadio. Nos moldes em que as lides ambientais se adéquam ao processo – a ordinariedade no conhecimento da matéria, dificilmente atingir-se-á a celeridade processual. Deste modo, devido a um pensamento crítico, o qual envolve a busca por alternativas para garantir a dignidade dos jurisdicionados, mas a respeitar o devido processo legal, a tutela de urgência surge como um instituto capaz de prover a pacificação social – seja em relação às medidas cautelares ou antecipatórias, desde a fase inicial da lide. Por outro lado, alcança-se esta compreensão pelo reconhecimento da instrumentalidade do processo e de sua aproximação com os preceitos do direito ambiental, principalmente a fundamentar-se por uma visão do regramento em matéria ambiental a partir de seu princípio maior, a sustentabilidade das liberdades do homem. Com isso, vislumbra-se que a tutela adequada para as lides ambientais é o juízo de ponderação entre o meio ambiente e os empreendimentos humanos a visar o desenvolvimento sustentável. A ponderação destes valores constitucionais se trata de um verdadeiro juízo de sustentabilidade, o qual deverá ser primordialmente aplicado em um juízo de cognição sumária, a impedir a continuidade ou fazer cessar a insustentabilidade da atividade humana em questão.

PALAVRAS-CHAVES: QUALIDADE DA JURISDIÇÃO; TUTELA DE URGÊNCIA; DIREITO DE SUSTENTABILIDADE; COGNIÇÃO SUMÁRIA; JUÍZO DE SUSTENTABILIDADE SUMÁRIO.

ABSTRACT

The expectation of the citizens who await a judicial provision is deposited on the concretion of the matter taken into court in a trial that last reasonably. Environmental jurisdiction does not differ from this assertion; on the contrary, quality of life is a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

constitutional value that aims for the respect of the healthy environment. Law suits that involve environmental issues in Brazil have to go by the ordinary rite, and, in this manner, the reasonable duration of judicial procedures cannot be achieved. Due to a critical thinking, which involves the search for alternatives to guard the dignity of the citizens, but always in respect for the due process of law, urgent measures appear as institute capable of providing social peace, as a precautionary measure or an anticipation of the final ruling, since the beginning of the procedures. On another hand, this comprehension is reached by recognizing the civil procedure as an instrument and its approximation with the precepts of the environmental law, mainly based in a vision of the environmental law from its highest principle, the sustainability of the liberties of men. With this approach, is easy ascertaining that the best measure for the environmental law suits is the pondering of the healthy environment and the human enterprises. The pondering of this constitutional is a true ruling of sustainability, which must be applied in a provisional ruling, to stop the unsustainability of the human activity from continuing or initiating.

KEYWORDS: JURISDICTION QUALITY; URGENT MEASURES; SUSTAINABILITY RIGHT; PROVISIONAL COGNITION; PROVISIONAL SUSTAINABILITY RULING.

INTRODUÇÃO

A crise do processo impõe uma necessidade de aprimoramento da ciência processual, a destacar-se que a garantia constitucional do devido processo legal submete a pesquisa aos moldes da legislação vigente.

Nesse sentido, o problema reside em formular uma teoria crítica do direito processual, no que concerne a efetividade da proteção judicial do meio ambiente, uma vez que a matéria da pesquisa – a legislação processual, não possui a capacidade de atingir a sua finalidade de concretização do direito ambiental violado.

Em conformidade com o devido processo legal, a tutela de urgência surge como o único instituto processual capaz de prover, nos moldes da legislação vigente, uma tutela judicial efetiva ao meio ambiente.

A efetividade do processo é um fenômeno muito estudado na ciência processual, porém, pouco alcançado na realidade das demandas judiciais. Logo, outro questionamento deve ser destacado, como propor a tutela de urgência ambiental efetiva além da mera análise de seus requisitos?

A noção do direito ambiental como um direito de sustentabilidade ao invés de um direito de não-destruição reforça o entendimento acerca do juízo de ponderação dos direitos constitucionais.

Em uma última análise, o litígio ambiental destaca um embate entre a atividade humana e o meio ambiente sadio. Assim, a ponderação centrar-se-á na análise da sustentabilidade dos atos humanos, a fundamentar o meio ecologicamente equilibrado em questão.

Haja vista a pretensão de analisar a proteção judicial do meio ambiente e propor a tutela específica ambiental como um juízo de sustentabilidade, também se propõe a tutela de urgência como um juízo de sustentabilidade de cognição sumária, a analisar o equilíbrio ecológico de modo anterior a eventual insustentabilidade e conseqüente dano.

A pesquisa aqui apresentada pautar-se-á por apresentar a tutela de urgência ambiental como um instrumento de efetividade das lides ambientais, dentro de uma análise do juízo de sustentabilidade (ponderação do meio ambiente sadio).

Enfim, será agregado à pesquisa o estudo em abstrato das decisões liminares nas lides ambientais, as quais serão apresentadas nos moldes do juízo de sustentabilidade sumário proposto.

1 TUTELA DE URGÊNCIA E O JUÍZO DE SUSTENTABILIDADE SUMÁRIO NAS LIDES AMBIENTAIS

Em razão do mandamento de equilíbrio ecológico, a principal premissa da proteção ambiental é que a responsabilidade do degradador deve antecipar-se aos danos ambientais.

Isso porque, nos litígios ambientais, há sempre o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, afirmação empírica, porém, a própria sistemática processual civil reza que não necessitarão de prova os fatos notórios[1], a ensejar o destaque da tutela de urgência na efetividade da proteção ambiental.

Em contrapartida, Batista revela um comportamento judicial incompatível com os avanços sociais da Constituição Federal:

Para o pensamento conservador, manter o *status quo* é o modo de não ser ideológico. O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma “liminar” idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do *status quo* a custo zero. [2]

A considerar a relevância social concedida ao meio ambiente equilibrado, corroborada pelos princípios da prevenção e da precaução, torna-se fácil verificar que há desequilíbrio entre os pólos de uma demanda ambiental, a destacar que, tais elementos do ordenamento jurídico, refletirão diretamente no ônus da prova e nas decisões liminares.

Logo, o Poder Judiciário constitucionalmente garantido, não pode negligenciar a ideologia constitucional de um Estado Social. O fim de justiça social, abstratamente atribuído às normas jurídicas, revela que o conteúdo procedimental e instrumental da jurisdição é dar concretude as normas substanciais.

Ainda que seja verificada uma confusão, pois, tanto a norma formal quanto a norma material possuem fins de justiça social, há, na verdade, uma complementação, cabendo à jurisdição participar da abertura dos espaços democráticos advindos com a Constituição Federal de 1988 e tornar-se verdadeiramente um dos elementos de afirmação dos direitos fundamentais como valores de uma sociedade menos desigual e digna.

LEITE E AYALA (2002) relatam que:

A invisibilidade e o anonimato dos estados de risco e de perigo revelam seu aspecto mais nocivo e dogmaticamente mais tormentoso como problema, quando se admite que são as futuras gerações, e o complexo de seus interesses e direitos *intergeracionais*, que atualmente se impõe como o principal problema produzido pelas sociedades de risco, e, da mesma forma, o principal problema a ser enfrentado pelo Direito do Ambiente a partir de um modelo eficiente de *equalização otimizada e procedimental* desses desafios.[3]

Como se observa, se a questão ambiental é grave para as presentes gerações, há um agravamento no que concerne o fato dos danos ultrapassarem o tempo para limitar a sadia qualidade de vida das gerações futuras.

Seria dizer, conforme Dinamarco, e, aqui, a especializar sua afirmação sobre o tempo como fator de corrosão dos direitos[4], que a demora na implementação do direito ao equilíbrio ecológico ou a continuidade de sua violação corroem a dignidade humana, a considerar que se trata de um de seus fundamentos.

Nesse ponto, encontra-se a instrumentalidade da tutela de urgência na proteção judicial do meio ambiente, tendo em vista que a Constituição elege, em primeiro lugar, a manutenção do estado de equilíbrio ecológico, para, após, não logrado êxito na manutenção, a reparação integral do dano.

Entretanto, a afirmação acima não pode ser concretamente realizada em função de aspectos processuais, tanto legais quanto dogmáticos. Silva problematiza a questão:

É correto dizer que o sistema convive mal com todas as formas de tutela preventiva. [...]. Mesmo agora nossa Constituição consagra a proteção preventiva dos direitos (pretensões). Por que então dizemos que o sistema convive mal com a tutela preventiva? A resposta adequada diria que a tutelas preventivas contrariam o *paradigma* que inspira o sistema. Diríamos que não é propriamente o sistema mas a cultura da ordinariedade que opõe obstáculos mentais ao emprego dessas formas de tutela. As tentativas feitas pelo legislador de reintroduzir formas de tutela preventiva aos direitos (pretensões) prováveis tornam-se retóricas, sem efetividade, porque, ou os instrumentos processuais mostram-se inábeis; ou, o *paradigma* racionalista o impede. É claro que a tutela de direitos apenas “prováveis” terá de apoiar-se em juízos que contenham uma parcela visível de *discricionariedade*, o que é vedado pelo sistema.[5]

A argumentação até aqui exposta funda-se em contornar tais obstáculos. Realmente, o dogmatismo jurídico, especificado pela doutrina acima, como a cultura da ordinariedade, cria certo obstáculo mental, inclusive a contrariar a disposição constitucional que a jurisdição não será inerte em face de ameaça a direitos.

Nesse sentido, a segurança jurídica é desvirtuada quando a cultura da ordinariedade impõe que a cognição exauriente deve sempre ser a regra, a tornar a cognição sumária, imprescindível à tutela preventiva, exceção ou subsidiária à cognição plena, pois, *o procedimento continua ordinário. Emitir juízos provisórios significa não julgar.*[6]

Ao afirmar-se que o juiz nas lides ambientais atua como um dos fatores da Política Nacional do Meio ambiente, quer-se evitar a retórica e contornar o obstáculo mental do *paradigma racionalista*, para vislumbrar-se uma discricionariedade judicial fundada no ideal do Estado Social.

A melhor conduta do Poder Judiciário importa na discricionariedade de analisar os direitos à luz da realidade e dinamismo social, a construir juízos de ponderação entre comportamentos constitucionalmente assegurados.

Tal entendimento vem a emancipar o processo judicial do dogmatismo jurídico. O exemplo vem da realidade socioambiental da privatização dos lucros e socialização dos riscos e prejuízos, o qual insere a sociedade numa situação de risco à sadia qualidade de vida.

Portanto, evitar esta realidade e promover o equilíbrio ecológico é a conduta que mais coaduna com a Constituição e, conseqüentemente deve o Judiciário adequar-se a esta situação.

Com esta compreensão, e, a afastar o dogmatismo processual, o juízo de ponderação constitucional sobre o equilíbrio ecológico no caso concreto deve ocorrer primordialmente na ameaça ao direito.

Desse modo, a aproximação da forma e da substância, ou seja, do direito processual e do direito ambiental, diz respeito ao juízo de cognição sumária previsto nas tutelas de urgência, a coibir danos ou sua continuidade no meio ambiente.

O já citado desequilíbrio dos pólos em favor do meio ambiente reflete numa posição favorável de concessão de decisões liminares, e, por conseguinte, evitar o *custo zero* para o degradador em um eventual indeferimento da medida.

Deste modo, a prestação jurisdicional na defesa do meio ambiente deve servir-se dos meios adequados da tutela jurisdicional diferenciada, em virtude da imposição de efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tem-se então que o juiz deve pautar-se pela especificidade do direito que se procura tutelar, no caso, o direito a um meio ambiente equilibrado. Logo, deve o juiz, impreterivelmente, ao apreciar a matéria ambiental, aplicar as conseqüências decorrentes do seu regime, em especial a responsabilidade civil vinculada à teoria do risco integral que *expressa a preocupação da doutrina em estabelecer um sistema de responsabilidade o mais rigoroso possível*[7], haja vista que a integral responsabilidade

do degradador refere-se mais à prevenção e precaução do que à reparação ou compensação por danos.

De outro modo, não se pode relegar que, diante do aspecto da relevância social do direito ambiental, a precariedade das decisões liminares também deve ser revista. Tudo se trata da visão que se tem do provimento jurisdicional liminar.

Pode-se posicionar a favor da precariedade quando se tem em mente a reversibilidade das decisões concessivas de liminares. Porém, apreender tal aspecto é posicionar-se apenas pelo formalismo.

Contudo, tendo em vista que o direito ambiental é eminentemente prevencionista, a contemplar também o princípio da precaução como forma de evitar a proteção deficitária quando da ausência de certeza da ocorrência de danos, a tutela de urgência passa a figurar como um instrumento de efetividade da jurisdição nas lides ambientais.

Assim, deve-se contrapor o peso da reversibilidade das decisões liminares com o da efetividade do direito ambiental em litígio. Apesar de ser uma questão de doutrina, uma vez que em razão do devido processo legal tornar sempre certa a aplicabilidade da reversão de medidas liminares, busca-se superar não apenas o dogmatismo, mas, preservar a relevância social do direito ambiental em oposição a um formalismo que leva a indiferença social.

O instrumento da tutela de urgência, portanto, possui importante papel na defesa judicial do meio ambiente. A cultura da ordinariedade pode, assim, ser superada sem ofender o devido processo legal, a contribuir para o desenvolvimento da melhor doutrina processual, sempre constitucionalmente amparada, a retirar-lhe a compreensão de que “praticamos, portanto, uma forma do que se convencionou chamar de uso alternativo do direito, neste caso, uso alternativo do sistema. Pratica-se uma forma impura de procedimento ordinário, sem que a doutrina veja nisso ofensa à ordinariedade”. [8]

A tutela de urgência surge no ordenamento jurídico como um provimento judicial concedido de modo liminar na lide, seja para assegurar a efetividade do provimento final (medida cautelar) ou para satisfazer a pretensão (medida antecipatória).

Dantas esclarece que:

De fato, na maior parte das vezes, o dano ambiental, uma vez causado, é de difícil ou impossível reparação. Pense-se, por exemplo, na devastação de grandes áreas de vegetação de preservação permanente, ou no aterramento de rios e lagos, na poluição de lagoas, na mortandade de peixes ou espécimes da fauna silvestre. [9]

Tal instituto processual, conforme já tratado, coaduna com os fins de proteção ambiental previstos na Constituição, assim como se revela um instrumento de efetividade da jurisdição.

Nos moldes do que se tratou anteriormente, um dos elementos mais graves da crise da jurisdição é a morosidade da justiça. Anonni descreve que:

Assim, cumpre ao ordenamento atender, de forma mais completa e eficiente ao pedido daquele que exercer o seu direito à jurisdição, ou à mais ampla defesa. Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, de assegurar ao jurisdicionado seu direito real, efetivo, e no menor tempo possível, entendendo-se este *possível* dentro de um lapso temporal razoável. Além da efetividade é imperioso que a decisão seja também tempestiva.[10]

O advento da emenda constitucional 45/2004, garantiu, com a devida inclusão no rol dos direitos fundamentais, artigo 5.º, LXXVIII, a razoabilidade do processo. Todavia, a preocupação inerente a este artigo refere-se à falta de parâmetros objetivos para a sua consecução.

Cabe, pois, *a difícil missão do processualista moderno. Adequar o sistema processual às necessidades do direito material*[11]. A questão aqui se refere a adequar a jurisdição de modo à melhor atender as necessidades dos jurisdicionados e, assim, as suas pretensões.

Do ponto de vista dos fins da Jurisdição, seria mais acertado consignar que o artigo acima tome para si o princípio da qualidade da jurisdição e não somente a garantia de duração razoável do processo, a contemplar três qualidades essenciais à concretização de seus objetivos.

Em primeiro lugar, deve-se destacar a efetividade como uma qualidade-fim da jurisdição. Como dito, efetividade diz respeito à concretização dos direitos em litígio à luz de normas calcadas na Constituição Federal, com o escopo de nessa atividade, afirmar valores como a justiça e a harmonia social.

A eficácia refere-se ao processo e, com isso, à produção legislativa. Um processo eficaz é aquele que, em seu bojo de normas, possui a capacidade de instrumentalizar o direito material em direção a sua concretização. Nesse sentido, a produção legislativa é significativa para a eficácia do processo, principalmente no que concernem tutelas jurisdicionais específicas e procedimentos diferenciados e adequados a especificidade da substância do direito em questão.

Por sua vez, a eficiência relaciona-se com procedimentos nos moldes de racionalidade e celeridade. Racionalidade significa não somente a previsão legal de menos ritos e atos processuais, ou, de procedimentos informais, mas, da preparação do aparato judiciário em alcançar as metas preconizadas para cada procedimento sucessivo, de modo otimizado, na finalidade de atingir ao provimento jurisdicional tempestivamente.

Bedaque sustenta que:

A preocupação com a efetividade do processo tem levado os processualistas a imaginar mecanismos destinados a superar os óbices a que esse objetivo seja alcançado. Dentre as técnicas possíveis, a sumarização da cognição vem angariando a simpatia da moderna

ciência processual, principalmente se consideradas a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais.[12]

A partir desta afirmação percebe-se que a *sumarização da cognição*, no caso aqui estudado, a tutela de urgência ambiental, tem o condão de instrumentalizar a efetividade do processo e acolher as especificidades do direito ambiental.

As três qualidades da jurisdição acima expostas podem ser vislumbradas na tutela de urgência ambiental, seja em seu fim (efetividade) e em seus meios (eficiência e eficácia). Tendo em vista que o procedimento para a concessão de decisões antecipatórias ou acauteladoras é liminar, a qualidade da eficiência procedimental da jurisdição é evidente pela celeridade e racionalidade (há cognição, ainda que sumária), do mesmo modo que a jurisdição atinge o seu escopo de efetivar a tutela do equilíbrio ecológico.

Quanto à eficácia do processo, também é possível notar sua presença, pois, as disposições legais atinentes possuem a capacidade de concretizar o objeto em litígio, especialmente com a tutela específica da obrigação – artigo 461 do Código de Processo Civil, artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 11 da lei 7.347/85.

Marinoni cita que:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no artigo 273, I, do CPC [...]).[13]

Desse modo, a tutela de urgência ambiental substancia a proteção judicial do meio ambiente ao aderir à qualidade do acesso e efetividade da jurisdição, pois, *em uma situação de que haja a poluição do meio ambiente, não se pode cogitar em um contraditório para impedir a poluição ou para que haja remoção do ilícito, pois haveria o fator tempo deduzido contra o meio ambiente.*[14]

O caso hipotético citado por Dantas é elucidativo:

Imagine-se, por exemplo, que o autor da *actio*, uma associação civil de defesa do meio ambiente, sem condições de produzir a prova documental da degradação do meio ambiente, consubstanciada na extração indevida de jazida, que vem causando riscos de desabamento e, por conseguinte, de danos à comunidade circunvizinha. Neste presente caso, perfeitamente admissível se revela a prova testemunhal, com a colheita dos depoimentos dos moradores da localidade, além da de técnicos dos órgãos públicos que licenciaram ou fiscalizaram a atividade, com vistas a que se possa, com segurança, demonstrar ao juízo a viabilidade da pretensão antecipatória pleiteada.[15]

No presente caso, tem-se presente o fator tempo no amparo do meio ambiente e conseqüente da comunidade. Nota-se que, o pedido cautelar mostra-se adequado para a proteção do equilíbrio do meio ambiente (risco de desabamento) no primeiro momento de falta de provas.

Bedaque escreve que:

A teoria das cautelares estaria inicialmente ligada à preservação de bens envolvidos no processo, afastando-os de eventual situação de risco para a sua integridade, a fim de que eles possam ser submetidos à satisfação do direito determinado pela sentença.[16]

O perigo da demora reside na presunção do risco e conseqüente probabilidade de degradação ambiental, de acordo como já citado acerca dos fatos notórios no sistema processual, uma vez que em matéria ambiental deslocou-se o critério da certeza para o da probabilidade, conforme os princípios da prevenção e precaução.

A plausibilidade do direito encontra-se na relevância social do direito constitucional ao equilíbrio ecológico. A ordem econômica não pode se opor (inclusive por determinação legal, artigo 170, V, da Constituição Federal) ao interesse da sociedade em manter o equilíbrio ecológico ambiental e conseqüentemente sua sadia qualidade de vida, mesmo diante de vantagens para a presente geração, pois, há o dever de manter-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações futuras.

Logo, no caso acima, caso seja necessário apenas conter o risco de desabamento, o melhor instrumento será o pedido cautelar por meio de decisão liminar (artigo 12 da lei 7.347/85 e 798 do Código de Processo Civil), a demonstrar-se a presunção de risco da atividade de extração indevida da jazida (perigo na demora) e a relevância social na contenção do desabamento para a manutenção do equilíbrio ecológico em face de prováveis danos ao meio ambiente e conseqüentemente à sociedade (plausibilidade do direito).

Isto porque, neste caso apresentando, não há prova robusta do perigo de desabamento, entretanto, como já dito, milita em favor da proteção ambiental o desequilíbrio dos pólos da demanda, a importar na presunção do risco e o deslocamento da certeza para a probabilidade da ocorrência de degradação.

Quanto ao presente caso, a corroborar o pleito da medida antecipatória, Bueno ensina que:

A leitura do *caput* dos dois incisos do art. 273 revela quais são os pressupostos que, uma vez presentes, *devem* conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Absolutamente prevalente em doutrina é a lição de que não há “liberdade” ou “discrição” para o magistrado na concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada. Ou bem estão lá os pressupostos, e o juiz *deve* conceder, ou não estão, e ele *deve* rejeitar o pedido [...]. [17]

Salienta-se que a tutela antecipada é um provimento satisfativo e, portanto deve ser manejado quando a situação requerer não apenas que se assegure a tutela final, mas, antecipá-la para que, liminarmente, proceda-se a atos executórios.

Em que pese esta afirmação, Dantas, a discorrer sobre a efetividade da tutela antecipada ambiental, expõe que:

Assim, qualquer determinação do juízo perante o qual tramita uma ação coletiva ambiental é aplicável de plano, não sendo necessário ao autor promover qualquer processo de execução, que, como se sabe, não se coaduna com os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, tão relevantes, em especial, em matéria de proteção ambiental.[18]

Sendo assim, ao conceder a tutela antecipatória (do mesmo modo que no provimento cautelar), o juiz no corpo da decisão determinará as providências necessárias para o seu cumprimento, independente de execução provisória, a ilustrar o caráter de efetividade das tutelas de urgência, haja vista que *não teria sentido algum deferir antecipação da tutela para evitar dano iminente e, ao mesmo tempo, submeter o cumprimento da medida ao procedimento comum da execução de sentença.*[19]

No caso da barragem aqui apresentado e os pressupostos para a concessão da antecipação da tutela, depreende-se, mais uma vez, que a visão dos requisitos deve focar, primeiramente, a apreciação do regime específico da proteção ambiental.

A verossimilhança das alegações encontra respaldo quando adequa-se a situação concreta ao ordenamento jurídico ambiental. Seria, assim, a adequação imprescindível da causa de pedir ao preconizado meio ambiente ecologicamente equilibrado (o mesmo também deve ser aplicável à tutela cautelar), para que seja fornecida a devida segurança ao juiz do feito na apreciação da relevância social do que se pede.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside na noção que o comando do direito constitucional ambiental impõe o estado de equilíbrio e, assim, prevenção/precaução deve ocorrer antes da responsabilização.

Por sua vez, a prova inequívoca invoca certo absolutismo, melhor será tratá-la como prova robusta[20] que consubstancia a verossimilhança das alegações, em razão de, muitas vezes, apesar de que os representantes adequados não são hipossuficientes para produzir prova, pelo menos em tese, o indivíduo, tido isoladamente, encontra-se desamparado em face do macro-conflito.[21]

O presente caso é um exemplo disso, os habitantes da comunidade são hipossuficientes para produzir um prova *inequívoca*, assim, o colhimento de depoimentos destes, aceitos como prova inequívoca é uma verdadeira relativização desta prova, pois, não oferece certeza científica, mas uma certeza empírica dos que serão afetados diretamente pelo dano ambiental.

Bueno corrobora o entendimento ao afirmar que:

Deve, por isso mesmo, ser prestigiada a interpretação de que quaisquer meios de prova – respeitado, apenas, o limite constitucional do art. 5.º, LVI (provas obtidas por meio *lícito*, portanto) – podem, no particular, conduzir o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional. Inclusive a prova testemunhal.[22]

Tem-se então que, diferente do disposto acerca das medidas cautelares, a tutela antecipada surge como uma resposta satisfativa ao presente caso, pois, ofereceria ao mesmo não só assegurar o provimento final (paralisação da extração para que não haja desabamento), mas também, medidas executórias, como por exemplo, a obrigação dos degradadores, desde o início da lide, proceder a reparos no meio ambiente degradado para que evite desabamento.

Tessler sustenta que *com o reconhecimento do direito à técnica processual adequada, o juiz não poderá deixar de prestar a tutela jurisdicional da forma mais efetiva possível*.[23]

Observa-se, pois, que além de analisar a aproximação do direito ambiental e do direito processual, a fim de fundamentar a tutela de urgência e sua efetividade na proteção judicial do meio ambiente, cabe, também, o estudo da técnica processual para a concessão de suas espécies, de modo que, conforme afirma Theodoro Júnior, em que pese a seu posicionamento quanto às duas formas de tutela não serem do mesmo gênero tutela de urgência, *a distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo*.[24]

Annoni relata que:

Assim, em face ao reconhecimento do acesso à justiça como direito, fundamental, à prestação jurisdicional efetiva e justa, o papel do Estado brasileiro não pode ser outro senão zelar pelo término do processo dentro de um lapso temporal razoável. Se for verificado o descumprimento desse postulado, não há dúvida de que o Estado irá responder objetivamente pelo dano causado ao particular, em consonância com que preceitua o parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.[25]

A preocupação da autora é legítima quanto ao acesso e efetividade da justiça, porém, antes do preceito de responsabilização estatal, a mudança de comportamento e criação de novos paradigmas para a jurisdição, deve pugnar por soluções pautadas na superação de velhos comportamentos e posicionamentos jurídicos, não impulsionados pela litigiosidade, mas, pela própria tensão social de mudanças, a começar pelos próprios atores jurídicos.

Bedaque observa que *o bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para sua aplicação*.[26]

Assim, a crise da justiça em todos os seus aspectos (incluída a morosidade) não será resolvida pela ameaça de sanção ao Estado-juiz, mas, como dito, pela renovação/inação da dogmática jurídica, do debate democrático acerca da estrutura da justiça e, principalmente, do afastamento da indiferença social de todos os meios jurídicos.

A “justiciabilidade” das questões envolvendo o meio ambiente também deve ser observada sob o ponto de vista dos profissionais jurídicos[27], principalmente no que concerne à matéria levada a juízo.

Logo, a questão a ser levantada refere-se à de que modo a matéria ambiental é levada ao Poder Judiciário, em outras palavras, como o direito ambiental é arguido em juízo?

Esses questionamentos são necessários quando se observa com ressalvas a constante “judicialização” das relações sociais, entre elas o meio ambiente, especialmente quando a complexa relação entre homem e meio ambiente será decidida monocraticamente pelo juiz, dentro de um instrumento que não permite um debate amplo.

Assim, como os profissionais do direito observam o direito ambiental é imprescindível para verificar como tais conflitos sociais chegam ao judiciário. A partir desse entendimento procura-se estabelecer o que é o conflito socioambiental e o que se espera do regramento ambiental.

O melhor posicionamento acerca do direito ambiental pugna por um direito de sustentabilidade ao invés de um direito de não destruição. Ou seja, a defesa ambiental é necessariamente uma defesa do homem e não a defesa da natureza.

Quando se pretende preservar ou conservar a natureza é sempre em favor do homem e a sua continuidade de vida na terra (o exemplo mais atual é o da emissão de carbono, na qual a sua diminuição e conseqüente preservação da camada de ozônio refletirá no clima do planeta e assim proteger o homem).

Portanto, a tutela de urgência, em princípio vista como uma tutela judicial a *impedir a prática, impedir a continuação e, por fim, impedir a repetição do ilícito*[28], deve primordialmente ser uma pretensão judicial de impedimento da atividade humana como exposto, não em razão de um ato ilícito de destruição do meio, mas, tendo em vista que o ato ilícito ambiental é um ato de insustentabilidade, ou seja, que a atividade humana em questão não está em conformidade com o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, a defesa judicial do meio ambiente deve seguir a orientação do regramento ambiental como um direito de sustentabilidade, onde a problemática socioambiental desenvolve-se por meio da *formulação de novas espécies de tutela jurisdicional, especializadas e adequadas ao atendimento dos objetivos concretos e particularidades que integram o objetivo de defesa do bem ambiental, notavelmente a biodiversidade.*[29]

A tutela judicial mais especializada e adequada para a solução dos conflitos ambientais deve, portanto, fugir de um pretense embate homem contra natureza, e deixar fluir e pugnar pela sustentabilidade da atividade do homem com o seu meio.

Nisso, o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado seria o regramento mais correto para que a atividade do homem adéque-se à sustentabilidade da natureza adquirida em milhares de anos de evolução.

Com essa compreensão, torna-se possível observar que o direito ambiental em juízo não serve à aplicação de regras de não destruição da natureza, mas da verificação do princípio da sustentabilidade no caso concreto.

A jurisdição ambiental, logo, em última análise da questão ambiental, prima pela apreciação no caso concreto do juízo de ponderação do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e das liberdades do homem (como por exemplo, da liberdade de iniciativa econômica).

Tal juízo de sustentabilidade sob o prisma da tutela de urgência aqui surge como uma tutela específica e adequada a esta visão do direito ambiental como um juízo de sustentabilidade sumário, a apreciar e evitar o *flagelo anunciado*[30] no caso concreto.

A partir desse entendimento é possível afirmar que se quer afastar uma visão civilista do direito ambiental, e iniciar uma visão ambientalista acerca dos impactos da atividade do homem.

Tal visão civilista embasa-se em pensar o direito ambiental em uma perspectiva de proibição de danos ou de reparação/compensação dos danos. Dessa perspectiva, detraí-se um direito essencialmente patrimonialista, pois, concentram-se os esforços em observar o direito ambiental como regras de proteção do meio ambiente como uma simples questão patrimonial.

Não se quer afastar a noção de dano (ou do risco de dano), porém, pretende-se afirmar uma verdadeira visão ambientalista sobre os regramentos ambientais, a qual seria a da sustentabilidade, e, dentro desta visão, o dano e o risco de dano seriam na verdade indicadores da insustentabilidade da atividade em pauta.

A própria lei da ação civil pública possui um caráter civilista, pois, propõe-se a reger a responsabilidade por danos ao meio ambiente. Porém, como se trata de um diploma anterior à Constituição o seu conteúdo deve ser lido de acordo com os novos princípios e valores positivados com a nova ordem jurídica de 1988.

Freitas observa que:

Pois bem, tendo a Carta Magna brasileira colocado a proteção ambiental como um dos princípios da evolução econômica (CF, art. 170, VI), orientando e condicionando o desenvolvimento econômico à proteção ambiental, influenciando inclusive nas normas legais como vem se dando recentemente (v.g., Estatuto da Cidade), penso que o desenvolvimento sustentável pode ser considerado um princípio de direito.[31]

Tal princípio do desenvolvimento sustentável desenvolve-se a partir da leitura dos artigos 170 e seu inciso VI, com o artigo 225 da Constituição Federal, dentro da noção de meio ambiente como o sistema maior e a economia como um subsistema.

É claro que, como afirma Derani[32], o ordenamento jurídico não pode ser compreendido por meio de suas normas isoladamente, desse modo, *o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no art. 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no artigo 170, VI. A positivação deste princípio ilumina o desenvolver da ordem econômica, impondo a sua sustentabilidade.*[33]

Detrai-se então que o relacionamento entre estes dois artigos, numa visão de conjunto do ordenamento jurídico, apresenta a conformação da atividade econômica ao desenvolvimento sustentável (ressalte-se que apesar de se tratar da ordem econômica, toda atividade humana deve ser sustentável, em clara alusão ao artigo 225 da Constituição Federal).

Logo, conforme preceitua Derani, a visão ambientalista do regramento voltado ao meio ambiente sadio, baseado em seu princípio maior do desenvolvimento sustentável, seria: *à pergunta “causaria A um dano?”, seria contraposta a indagação “precisamos de A?”.*[34]

Pensado da forma acima, o *esclarecimento da razão final do que se produz seria o ponto de partida de uma política que tenha em vista o bem-estar de uma comunidade.*[35]

O desenvolvimento sustentável seria, desse modo, verdadeira opção política a fundamentar o meio ambiente sadio. Bonavides reforça esta afirmação ao afirmar que:

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.[36]

É claro que esta abordagem política das normas constitucionais voltadas ao meio ambiente (principalmente quando da aplicação do princípio da precaução), dar-se-á pelo órgão estatal responsável pelo licenciamento ambiental, porém, é possível vislumbrar nas lides ambientais os questionamentos acima explicitados.

Imagine-se uma cidade marcada pela constante diminuição de seus fragmentos florestais. Certo empreendimento, um *shopping center*, requer o licenciamento de sua atividade em um fragmento florestal, o qual prevê a supressão das árvores do local. Uma vez obtido o licenciamento ambiental para o empreendimento, dada associação propõe Ação Civil Pública para impedir a supressão do fragmento.

Em seu pedido a associação pode alegar o simples risco de danos ao meio ambiente. Porém, na perspectiva da sustentabilidade, deve-se provocar a jurisdição de modo a fazê-la responder as perguntas delineadas: *precisamos de um shopping center a suprimir os cada vez mais escassos fragmentos florestais em nossa cidade?*

No caso, é possível responder sim à pergunta *precisamos de um shopping center?* No entanto, o fato do empreendimento procurar instalar-se em uma área de fragmento florestal indica sua insustentabilidade.

O que se procura esclarecer também que se trata de um caso clássico de tutela de urgência, pois, não se pode esperar o flagelo e, a medida liminar pleiteada deve ser abordada sob o princípio da sustentabilidade, ou seja, ponderar em um juízo de cognição sumária, o direito ao meio ambiente sadio e a liberdade de empreendimento econômico, ambos constitucionalmente assegurados.

O juízo de ponderação nas lides ambientais é um juízo de sustentabilidade da atividade do homem e, em muitos casos, como abordado neste artigo, os questionamentos acerca da sustentabilidade da atividade devem ser apreciados em juízo de cognição sumária.

Não se pode deixar de ressaltar que em razão do princípio da sustentabilidade, a condenação pelos danos ambientais ou a inibição destes ocorre em razão de serem indicadores que a atividade humana em questão não atende ao mandamento da sustentabilidade.

Alexy ensina que:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.[37]

As liberdades do homem constitucionalmente asseguradas e sua vinculação ao meio ambiente sadio dependem da ponderação em eventual choque. Desse modo, a legalidade infraconstitucional pode ser afastada quando se analisa a sustentabilidade constitucional, pois, a concessão de um licenciamento ambiental pode dar ao empreendimento econômico (princípio constitucional da livre iniciativa) a aparência de estar cumprindo o princípio da sustentabilidade, haja vista ter cumprido as normas para atingir o licenciamento.

Assim, detrai-se que a legalidade eventualmente pode sobrepor-se a alegação de danos ao meio ambiente (como no caso acima, o empreendimento pode estar devidamente licenciado), contudo ao chocar o empreendimento e sua legalidade com o dever de ser sustentável, inicia-se a ponderação política da sustentabilidade (queremos tal atividade nos moldes em que se apresenta?), assim como a coercibilidade (vinculação) do princípio do desenvolvimento sustentável.

Trazer esta discussão às lides ambientais importa também questionar se o Poder Judiciário pode condenar a atividade à adequação ao princípio da sustentabilidade.

Dworkin analisa que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática”.^[38]

A tutela específica prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – artigos aplicáveis às lides ambientais, prevêm a tutela específica da obrigação ou providências judiciais que assegurem o resultado prático ao do adimplemento.

Observa-se, pois, que o adimplemento devido à sociedade em matéria ambiental é o desenvolvimento sustentável e por conseqüência o meio ambiente sadio e qualidade de vida do homem.

Sendo assim, o nosso ordenamento jurídico permite a hipótese do juiz tomar providencias no sentido de obrigar a atividade humana posta em juízo a adequar-se ao princípio da sustentabilidade, como por exemplo, no caso explicitado, o juiz vier a obrigar o empreendimento a se instalar em outro local apesar do órgão estatal ter emitido a licença na localidade de um fragmento florestal.

Tal afirmação vem a corroborar que *os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo.*^[39].

O juízo de sustentabilidade sumário permite ao juiz ponderar o choque entre meio ambiente sadio e os empreendimentos humanos, dentro da dimensão política e jurídica dos princípios constitucionais ambientais, de forma a fundamentar, desde o início da lide, o desenvolvimento sustentável como condicionante da qualidade de vida de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação atual do Poder Judiciário revela no país uma jurisdição negligente quanto à tutela dos direitos materiais postos em juízo. Logo, pesquisar e estudar meios de reverter este quadro implica diretamente na devolução da dignidade dos jurisdicionados, violada diante de tal crise.

A morosidade surge como um dos principais elementos desta crise, somada a todas as deficiências do serviço público judicial. Contudo, o presente trabalho acadêmico visou analisar que a cultura da ordinariade influencia diretamente a falta de efetividade do processo.

Desse modo, o que se entende por violação da dignidade dos jurisdicionados é o abalo moral causado pela morosidade da jurisdição, tendo em vista que a demanda judicial, na maioria dos casos, é o último recurso que o jurisdicionado possui para efetivar seu direito.

Tal situação não difere quanto às lides ambientais. Entretanto, como se trata de um processo coletivo, a violação moral causada pela inefetividade jurisdicional fere a dignidade da sociedade, a qual normatizou em sua Constituição que o meio ambiente é um bem necessário à sadia qualidade de vida, ou seja, que o equilíbrio ecológico é um dos fundamentos da dignidade humana.

Inserido na categoria dos Direitos Sociais, a efetivação do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, diante da realidade socioambiental de transformação do meio natural e exploração de seus recursos, carece de uma prestação positiva do Poder Público no sentido de fiscalizar e manter o equilíbrio ecológico.

Contudo, não há participação popular nas decisões governamentais que afetarão o meio ambiente e conseqüentemente a sociedade, ou, quando existe previsão na legislação, a consulta popular é meramente consultiva. Com isso, recorrer ao Poder Judiciário torna-se a melhor forma de defender o meio ambiente, fato este que torna a jurisdição como um verdadeiro palco de debate acerca da legalidade e legitimidade de atividades degradadoras do meio ambiente, assim como da atuação governamental.

Se com a aproximação entre direito processual e o direito material posto em juízo se pretende dar utilidade ao processo e, ser útil para a ciência processual é concretizar a substância das lides, logo, a aproximação do processo com o direito ambiental dar-se-á pela diligência no conhecimento da matéria ambiental, ou seja na razoabilidade da duração do processo, no entanto, haja vista a atual legislação processual não ser capaz de prover os jurisdicionados com uma resposta célere às suas demandas, a cognição sumária vem sendo priorizada.

Ser útil para a ciência processual é poder concretizar os direitos materiais levados à jurisdição, no caso ambiental ser útil é concretizar o meio ambiente sadio para todos, o qual não se alcança sem a sustentabilidade das atividades do homem, por isso, argumenta-se em favor do juízo de sustentabilidade a possibilidade legal de se ponderar sobre a sustentabilidade em cognição sumária, inclusive estabelecendo providências, em caráter liminar, para cessar ou impedir eventual insustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, n. 217, jul./set. 1999.

ANNONI, Danielle. Acesso a justiça: a emenda constitucional 45 e a garantia à razoável duração do processo. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVI, 2007. Belo Horizonte. **Anais na Íntegra**. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Cássio Escapinella. **Tutela antecipada**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini (org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. A tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública. In: MILARÉ, Edis. (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Tutela de urgência nas lides ambientais**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: volume II**.

42.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de riscos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILARÉ, Edis. A ação civil pública por danos ao ambiente. In: _____ (org.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. Curitiba: Juruá, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- [1] Artigo 334, I, do Código de Processo Civil.
- [2] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. 2006, p.236-237.
- [3] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de riscos**. 2002, p. 95.
- [4] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2007, p. 65.
- [5] SILVA, Ovídio A. Baptista da. op., cit. p.236-237.
- [6] Ibid., p. 237.
- [7] MILARÉ, Edis. A ação civil pública por danos ao ambiente. In: _____ (org). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2001, p. 154.
- [8] SILVA, Ovídio A. Baptista da. op. cit. p. 237.
- [9] DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Tutela de urgência nas lides ambientais**. 2006, p. 11.
- [10] ANNONI, Danielle. Acesso a justiça: a emenda constitucional 45 e a garantia à razoável duração do processo. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVI, 2007. Belo Horizonte. **Anais na Íntegra**. p. 6685.
- [11] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo, 2006, p. 83.
- [12] BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 23.
- [13] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 2006, p. 38.
- [14] STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. 2003, p.103.
- [15] DANTAS, Marcelo Buzaglo. A tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública. In: MILARÉ, Edis. (coord.). op. cit., p.391.
- [16] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. 126.
- [17] BUENO, Cássio Escapinella. **Tutela antecipada**. 2007, p. 36.
- [18] DANTAS, Marcelo Buzaglo. op. cit. p. 393.
- [19] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 2007, p. 97.
- [20] BUENO, Cassio Escapinella. op. cit., p.37
- [21] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 2004, p. 120.
- [22] BUENO, Cassio Escapinella. op. cit., p. 37.
- [23] TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica**. 2005, p. 161.
- [24] JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: volume II**. 2008, p. 741.
- [25] ANNONI, Danielle. Acesso a justiça: a emenda constitucional 45 e a garantia à razoável duração do processo. In: op. cit., p. 6690.
- [26] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 17.
- [27] Vide BIBILONI, Homero M. Uma sentença ambiental de política judicial vista a partir de seus múltiplos impactos e o ensinamento que deixa. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução n. 5**. 2007. p. 174.
- [28] AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. op. cit., p. 195.

- [29] Ibid., p.192.
- [30] CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini (org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2004, p. 110.
- [31] FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2005, p. 238.
- [32] DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2002, p. 243.
- [33] Ibid., p. 242.
- [34] Ibid., p. 171.
- [35] Ibid., p. 172.
- [36] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2004, p. 130.
- [37] ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, n. 217, p. 79, jul./set. 1999.
- [38] DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 2007, p. 128.
- [39] Ibid., p. 129.

DIREITO DO CONSUMIDOR

A AÇÃO COLETIVA PARA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*

THE CLASS ACTION FOR GUARDIANSHIP OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL INTERESTS FORESEEN IN THE CODE OF DEFENSE OF THE CONSUMER

Alberto de Magalhães Franco Filho

RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é a Ação Coletiva para tutela de Interesses Individuais Homogêneos, prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. Foram analisados alguns aspectos gerais da tutela coletiva como as formas de tutela existentes no CDC, a aplicabilidade da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, a legitimidade ativa coletiva e o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, para posteriormente enfrentarmos o tema ora proposto com a análise do conteúdo dos artigos mencionados, no intuito da formação de uma convicção a cerca da efetividade e adequação desta modalidade de ação coletiva.

PALAVRAS-CHAVES: TUTELA COLETIVA; AÇÕES COLETIVAS; INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS; CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

ABSTRACT

The object of study of the present work is the Class Action for guardianship of Homogeneous Individual Interests, foreseen in articles 91 the 100 of the Code of Defense of the Consumer. Some general aspects of the collective guardianship had been analyzed as the existing forms of guardianship in the CDC, the applicability of the Law of the Public Civil Action and the Code of Civil Action, the collective active legitimacy and the beginning of the maximum magnifying of the collective jurisdictional guardianship, later to face the considered subject however with the analysis of the content of mentioned articles, in the intention of the formation of a certainty circa the effectiveness and the adequacy of this modality of class action.

KEYWORDS: COLLECTIVE GUARDIANSHIP; CLASS ACTIONS; HOMOGENEOUS INDIVIDUAL INTERESTS; CODE OF DEFENSE OF THE CONSUMER.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A tutela coletiva é considerada hodiernamente a vedete do processo civil, pois traz consigo uma mudança de concepção interessantíssima, objeto de acalouradas discussões doutrinaria e jurisprudencial.

Neste trabalho iremos apresentar e comentar alguns aspectos gerais da tutela coletiva, para posteriormente trabalhar com a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos prevista no Código de Defesa do Consumidor.

1. ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA

1.1. As formas de tutela e a tutela coletiva

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) estabeleceu no Título III a “Defesa do Consumidor em Juízo”, onde estão fixadas as regras processuais da chamada tutela jurisdicional do consumidor, descritas nos artigos 81 a 104 do cito diploma legal.

Estabelece o caput do art. 81 do CDC que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e vítimas poderá ser exercida a título individual ou coletivo.

A tutela individual é aquela exercida em juízo pelo próprio titular do direito, que nesse caso, é bem definido, ou seja, tem nome e endereço. Esta é uma hipótese de legitimação ordinária, amplamente regulada pelo Código de Processo Civil. Desta forma, como a tutela individual já se encontra prevista no Código de Processo Civil, tratou o CDC com mais ênfase da tutela coletiva.

No âmbito da tutela coletiva poderemos ter basicamente quatro tipos de ações, segundo João Batista de Almeida: Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva[1]. Contudo nos termos do art. 83 do CDC, podem existir outros tipos de ações a título coletivo.[2]

Para que se possa falar em tutela coletiva, mister se, faz que os interesses em questão não sejam individuais, mas coletivos[3]. No Brasil o CDC adota a chamada “concepção tripartite legalmente estabelecida sobre os direitos coletivos”[4], e em seu art. 81, parágrafo único, vem definir o conceito de cada um destes três direitos coletivos, senão vejamos:

Art. 81. (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

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

Vale ressaltar que a conceituação legal brasileira é criticada por Antonio Gidi com vêniencia, que a considera “fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas”[5]. Para Gidi esses direitos são definidos simplesmente como “direitos de grupo” que podem ser chamados internacionalmente de: coletivos, difusos, individuais homogêneos, sociais, de coletividade, de comunidade, de classe, de série, de setor, de categoria, dispersos, programados, legítimos, públicos, difundidos, profissionais, fragmentários, sem estrutura, sem dono (adespoti), anônimos, transpessoais, supraindividuais, metaindividuais, superindividuais, transindividuais, pluri-individuais, pluri-individuais, individuais plurais, plurisubjetivos, de incidência coletiva etc.

1.2. Da aplicabilidade no CDC da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil

Conforme prescreve o art. 90 do CDC, aplicam-se às ações previstas no diploma consumerista as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública).

Rodrigo Mazzei – embasado na doutrina de Orlando Gomes e do italiano Natalino Irti – constata que a missão individualista e liberal dos códigos oitocentistas, de regular com “completude” o direito, acaba por ser tornar falha diante do coletivismo do Estado Social, dando origem á uma legislação descodificada, chamada de microssistemas[6].

Estes microssistemas “são leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas, que por sua especificidade e regência própria de princípios não encontram guarida no ventre das normas gerais”[7]. No Brasil o CDC e a Lei de Ação Civil Pública e outros diplomas legais formam o microssistema da tutela coletiva, composto de “normas de superdireito processual coletivo comum”[8].

Quanto ao CPC a aplicação é subsidiária e residual, mas em relação á Lei da Ação Civil Pública tal aplicação é integrativa. Desta feita, as normas do CPC são utilizadas quando da ausência de normas disciplinadoras da situação processual no CDC, e as normas da LACP fazem parte integrante do CDC e vice-versa, posto que compõe o chamado “microssistema da tutela coletiva”.

Ademais, insta salientar doutrina de Claudia Lima Marques, embasada na “teoria do diálogo das fontes”, preconizada por Erick Jayme, que determina a compatibilização das normas do CDC e do direito civil em geral, em especial o Novo Código Civil Brasileiro, através da aplicação simultânea, coordenada ou ainda com adaptação sistêmica das duas leis.[9]

1.3. Legitimidade ativa coletiva

A legitimidade *ad causam*, pode ser definida como “a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto”[10]. Portanto, se refere ás partes que compõe a relação processual, a ativa e a passiva respectivamente. Iremos nos ater a legitimidade ativa.

É cediço que vigora no processo civil comum o princípio que somente o titular do direito pode pleitear o respectivo direito[11], o que a priori poderia inviabilizar a tutela coletiva, pois o direito coletivo pertence á um grupo pessoas. Contudo, como bem observa Ernani Fidelis dos Santos[12], que o direito de ação é abstrato e a relação processual autônoma e independente, sem nenhuma vinculação com o direito material deduzido no processo, por isso, que a pessoa pode não ter o direito e ser parte legítima

para pleiteá-lo. Ademais, como ocorre no art. 6º do CPC Brasileiro esta legitimação sempre decorre de lei.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., afirmam que “a busca de um legitimado (passivo ou ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado) que represente os interesses do grupo em juízo de uma forma adequada é um dos aspectos mais polêmicos na tutela jurisdicional coletiva”[13], pois somente desta forma garante-se que não sejam cerceados os direitos dos membros da comunidade lesada e efetiva-se de sua tutela.

Segundo as Leis Federais n. 7.347 (Ação Civil Pública) e n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que compõe o chamado “microsistema” da tutela coletiva brasileira – como já mencionado – são legitimados ativamente para as ações coletivas: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) os entes da administração pública direta (Componentes da federação brasileira: União, Estados-Membros, Municípios e ao Distrito Federal); d) entes da administração pública indireta (autarquias, fundações públicas, empresa públicas, sociedade de economia mista); e) associações cumpridos os requisitos legais[14]; f) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos; g) outras entidades por força da lei[15].

Para justificar a legitimação nas ações coletivas a doutrina se divide em três correntes principais.

As duas primeiras correntes fundam-se na idéia clássica da regra de legitimação, relativa ao autor ser ou não o titular do direito demandado, que faz surgir as figuras da legitimação ordinária (titular do direito) e legitimação extraordinária ou substituição processual (substituição processual).

A primeira corrente encabeçada por José Carlos Barbosa Moreira, entende que a legitimação ativa das ações coletivas é “extraordinária por substituição processual”, independente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida de todo sistema jurídico.[16]

Em sentido contrário Kazuo Watanabe adota a tese da legitimação ordinária das entidades civis para defesa de direitos coletivos, ligados aos fins associativos, através de uma leitura ampla do já citado art. 6º do CPC Brasileiro.[17]

A última corrente reúne elementos das duas classificações anteriores é proposta por Nelson Nery Jr. que, influenciado pelo direito alemão, denomina a legitimação de “anômala para a condução do processo” (selbständige Prozeßführungsbefugnis) quando se tratarem de interesses difusos e coletivos (art. 81, parágrafo único, inc. I e II do CDC) e legitimação extraordinária ou substituição processual, quando se tratarem de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC). Registre-se que a legitimação “anômala para condução do processo” segundo o autor é considerada ordinária (nos moldes da segunda corrente).[18]

Parece ter prevalecido na maioria doutrinária brasileira, ao menos em número de adeptos, a primeira corrente que propõe que a legitimação seja extraordinária por substituição processual.

A doutrina, também menciona que no Brasil a legitimação ativa para ações coletivas é: a) disjuntiva, pois qualquer dos legitimados previstos na lei podem propor ações coletivas independente da presença dos demais; b) concorrente, porque todos os legitimados podem propor ações coletivas conjunta ou separadamente, respeitados os limites processuais da coisa julgada, litispendência, etc c) exclusiva, já que somente os legitimados previstos no rol da legislação pode propor ações coletivas.[19]

1.4. O Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

O Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva está previsto no art. 83 do CDC, vejamos:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Este princípio, segundo Antonio Herman V. Benjamin[20], “expressa a ultima ratio do Código em matéria processual, qual seja a admissão de qualquer uma das ações permitidas pelo direito brasileiro.”

Assim, estão garantidas todas as espécies de ações cabíveis, quer sejam de conhecimento (declaratória, constitutiva, condenatória), cautelares, mandamentais, execuções, etc. como ensina Rizzato Nunes[21].

2. TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Levando em consideração que o CDC adotou o critério tripartido sobre o objeto material do processo coletivo, conforme o art. 81 parágrafo único. É importante ressaltar que em se tratando de interesses difusos e coletivos, as ações coletivas seguem as disposições processuais constantes na Lei de Ação Civil Pública, com aplicabilidade no que couber ao disposto no Título III do CDC. Porém se se tratarem de interesses individuais homogêneos, serão seguidas as disposições do Capítulo II do Título III do CDC, notadamente os artigos 91 a 100, com aplicabilidade no que couber às normas do LACP, esse é o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[22].

2.1. A tutela dos direitos individuais homogêneos no CDC

O CDC trata da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos nos artigos 91 a 100. Sendo esta modalidade de ação coletiva considerada a segunda *class action* brasileira, tendo em vista que a Lei n. 7.913/89, anterior à codificação consumerista, já previa a possibilidade da tutela coletiva de direitos individuais na reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Como se vê o objeto da tutela coletiva neste caso, são os direitos individuais homogêneos previstos no art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC, que segundo Teori Albino Zavaski[23] designam um conjunto de direitos subjetivos individuais de origem comum, que em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados coletivamente, estes direitos não representam um novo direito material, mas uma nova classificação de direitos subjetivos individuais. Os direitos individuais homogêneos são tratados coletivamente em razão de sua homogeneidade, que não é sinônimo de igualdade, mas sim afinidade, ligados por três critérios fundamentais de identidade, a saber: a) “o relacionada à própria existência da obrigação”; b) “o que diz respeito à natureza da prestação devida”; c) “o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comum a todos eles”.

Estabelece o art. 91 do CDC que “os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de

responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

2.2. O Ministério Público na tutela dos direitos individuais homogêneos

Dispõe o art. 92 que se o MP não ajuizar a ação coletiva atuará sempre como *custus legis*.

O Ministério Público possui diversas fontes normativas quando se trata de legitimação para tutelar direitos individuais homogêneos, algumas são específicas como é caso art. 82, inc. I do CDC, e outras genéricas como ao art. 25, IV “a” da Lei n. 8.265/93, que confere legitimação ao MP para tutelar coletivamente “outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Contudo é importante frisar que esta legitimação genérica sofre limitações impostas pelo texto constitucional, como assevera Teori Albino Zavaski:

Há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CF), que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social.[24]

Desta forma deve-se analisar com cautela a legitimação do Ministério Público quando se tratar da defesa de interesses individuais homogêneos.

2.3. Da competência

No tocante à competência o art. 93 do CDC assim determina:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Trata-se de competência em razão do local, que segundo Gregório Assagra de Almeida deixa de ser relativa, pois seguindo a mesma orientação do art. 2º da LACP, é competência funcional, portanto absoluta[25].

Relativamente ao processo de execução, por força do art. 98 § 2º do CDC, será competente o juízo da sentença ou da ação condenatória, quando executada individualmente e o juízo da ação condenatória quando executada coletivamente.

2.4. Da publicação de edital para intervenção de interessados

Outro dispositivo interessante do CDC é a regra prevista no art. 94 que determina que após a propositura da ação, será publicado edital para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

A referida regra não traz a rigor uma espécie de litisconsórcio propriamente dito, mas sim uma assistência litisconsorcial, já que os consumidores lesados não podem alterar o pedido e a causa de pedir, segundo Hugro Nigro Mazilli. O autor também traz importante reflexão, quanto a possibilidade de o juiz limitar a quantidade de litisconsortes que desejem ingressar no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, posto que não se trata de litisconsórcio necessário e ainda que o litisconsórcio multitudinário poderia inviabilizar a prestação jurisdicional.[26]

2.5. Da sentença condenatória genérica

Segundo o magistério de Teori Albino Zavaski, a sentença genérica “é a que faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva própria”. [27]

Optou o CDC no artigo 95, pela adoção de sentenças genéricas quando forem procedentes os pedidos. E não poderia ser diferente já que os direitos individuais homogêneos são naturalmente divisíveis.

Outro ponto a ser esclarecido está no fato de que o CDC dá à sentença do art. 95 a natureza de sentença condenatória, fato que é criticado por alguns autores, já que nem na doutrina clássica do processo civil comum chegou-se ao consenso de que seria efetivamente a sentença condenatória.

2.6. Da liquidação da sentença pela habilitação das vítimas ou sucessores

Tendo em vista que a sentença nas ações coletivas que tutela direitos individuais homogêneos são genéricas, o art. 97 do CDC prevê a liquidação e a execução de sentença que poderá tanto ser realizada pelas vítimas e seus sucessores, quanto pelos legitimados para propor a ação.

A liquidação de sentença pela habilitação das vítimas ou sucessores, é considerada uma categoria especial de liquidação, e necessita para sua efetivação da comprovação de três circunstâncias, são elas: a) existência do dano; o nexo de causalidade; c) o *quantum debeatur* (montante do dano individualmente sofrido).

A liquidação da sentença poderá também ser promovida pelos legitimados do art. 82 do CDC. Sendo que neste caso esta legitimação somente se efetivará quando decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, por força do art. 100 do CDC. Prescreve ainda o referido artigo que o produto da indenização será revertido para um fundo criado pela Lei n. 7.347. Assim como se vê esta legitimidade é subsidiária e somente surge diante da falta de habilitação de interessados ou no caso dos interessados em número incompatível.

2.7. Preferência de créditos

Estabelece o art. 99 do CDC, que no caso de concurso de créditos decorrentes de condenações previstas na Lei da Ação Civil Pública e de indenizações por prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, a condenação cujo objeto sejam direitos individuais homogêneos tem preferência no pagamento.

O parágrafo único do art. 99 ainda estabelece que: “a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.”

2.8. Coisa Julgada

O CDC estabelece que a coisa julgada formada nas ações coletivas, quando decorrentes de sentença de procedência, beneficiará os consumidores pelos danos individualmente sofridos (art.103 §§ 1º e 4º).

Nos casos de improcedência do pedido formulados nas ações coletivas, a coisa julgada formada não tem o condão de criar óbice ao ajuizamento de demandas individuais para reparar o dano eventualmente sofrido, salvo se tratando de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos – pois a sentença de improcedência atingirá também os interessados que intervieram no processo como litisconsortes (§ 2º do art. 103).

O art. 104 – Traz a regra que estabelece que não existe litispendência entre as ações coletivas e individuais – logo , o ajuizamento de qualquer ação coletiva não pode impedir o ajuizamento de ação individual.

Diferentemente do regime do CPC, onde existe a disposição expressa no sentido de que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (1ª parte do art. 472).

O CDC adotou técnica destinada a atender a necessidade de efetividade dos direitos ou interesses massificados.

3. CONCLUSÃO

Muito embora a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos possa configurar uma importante arma na proteção de direitos de massa, na prática esta modalidade de ação coletiva revela-se ineficaz e até inadequada.

Os interesses individuais homogêneos são distintos dos direitos difusos e coletivos, pelo fato daqueles serem divisíveis e estes indivisíveis. Os interesses homogêneos são simplesmente direitos individuais que nascem de uma origem comum. Estes interesses “foram concebidos para que a segurança jurídica fosse preservada, atribuindo resultados idênticos a situações fáticas semelhantes (decorrentes da identidade da causa de pedir)”[28].

Ora se são direitos individuais, complexo demais será deduzir em juízo um pedido genérico para todos eles, não parece nem eficaz nem tampouco adequado. Se cada titular deduzisse seu pedido pela via processual individual do CPC, estaríamos diante de um pedido certo e apto à situação fática reclamada por cada um dos interessados.

Por certo, a criação da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, foi no sentido de viabilizar um processo adequado, prestigiando-se o devido processo legal, para que danos causadores de pequenos prejuízos a grupos de pessoas não ficassem impunes.

Assim, a fórmula idealizada da ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos ainda precisa ser melhorada, para que cumpra efetivamente sua missão.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 6 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvm, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. São Paulo: Forense, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 3 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção sinopses jurídicas; v. 26).

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. vol. 1. 20 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. “A ação popular e o microssistema da tutela coletiva”. In *Revista Forense*. vol. 394. São Paulo: Forense, 2008, p. 263-280.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”. In *Temas de Direito Processual*. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-122.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Ernani Fidelis. *Manual de direito processual civil: processo do conhecimento*. vol. 1. 12 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[1] ALMEIDA. *Manual de direito do consumidor*. 2006, p. 184.

[2] Gregorio Assagra de Almeida afirma que o processo coletivo se divide em: a) “processo coletivo comum” destinado à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo, através da “Ação Popular”, “Ação Civil Pública”, “Mandado de Segurança Coletivo”, “Mandado de Injunção”, “Dissídio Coletivo”, “Ação de Impugnação de Mandato Eletivo”, “Ação Direta Interventiva”; b) “processo coletivo especial” destinado à “tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo”, por meio dos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade, no Estado

brasileiro, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e que ambos são “instrumentos de fundamentais de proteção e efetivação material do Estado Democrático de Direito” (ALMEIDA. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. 2003, p. 137-141).

[3] Estes novos direitos trazem consigo a superação da dicotomia do Direito em público e privado, para trazer a baila uma nova *summa divisio* direito individual e direito coletivo. Sobre o tema consultar ALMEIDA. *Gregório Assagra. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Obra que nasce a partir da tese desenvolvida pelo autor para a obtenção do título de Doutor junto à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[4] ALMEIDA. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. 2003, p. 365.

[5] GIDI. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. 2008, p. 201.

[6] MAZZEI. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”. In *Revista Forense*. vol. 394. São Paulo: Forense. 2008, p. 264-267

[7] MAZZEI. *ibidem*, p. 266.

[8] ALMEIDA. *Codificação do direito coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. 2007, p. 80.

[9] MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2006, p. 25-58.

[10] GRECO FILHO. *Direito processual civil*. 2007, p. 81.

[11] Art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro – “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

[12] SANTOS. *Manual de direito processual civil: processo do conhecimento*. 2007, p. 52.

[13] DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 2008, p. 207.

[14] Constituição há pelo menos um ano e que incluem entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização da sua assembléia, nos termos do art. 82 inc. IV da Lei n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor Brasileiro).

[15] Por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, por força do art. 1º, § 1º da Lei n. 4.215/63.

[16] MOREIRA. “A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”. in *Temas de Direito Processual*. 1 série. 1977, p. 111.

[17] WATANABE. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In *A tutela dos Interesses Difusos*. 1984, p. 90-93.

[18] NERY JUNIOR. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2002, p. 1339.

[19] *Ob. cit.* 2003, p. 501.

[20] *Ob. cit.*, p. 1016.

[21] NUNES. *Curso de direito do consumidor*. 2005, p. 721.

[22] *Ob. cit.*, p. 1325-1326.

[23] ZAVASCKI. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2007, p. 159-161.

[24] *Ob. cit.*, p. 179.

[25] *Ob. cit.* 2003, p. 372.

[26] MAZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 2006. p. 305-307

[27] *Ob. cit.*, p. 169.

[28] VIGLIAR. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2008, p. 24.

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O CONSUMO SUSTENTÁVEL:
ANÁLISE JURÍDICA DA EXTENSÃO DA DURABILIDADE DOS PRODUTOS
E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA ***

**THE CONSUMER PROTECTION AND THE SUSTAINABLE
CONSUMPTION: LEGAL ANALYSIS OF THE EXTENSION OF THE
PRODUCT'S DURABILITY AND THE OBSERVING OF THE TRUST
PRINCIPLE**

**Andreza Cristina Baggio
Karin Cristina Borio Mancia**

RESUMO

Considerando o papel importante da indústria e do mercado na redução do impacto sobre o uso dos recursos e o meio ambiente por meio de processos de produção mais eficientes, estratégias preventivas, tecnologias e procedimentos mais limpos de produção ao longo do ciclo de vida do produto, a Organização das Nações Unidas - ONU, desde Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - a Eco-92 -, realizada no Rio de Janeiro (Agenda 21), orienta os países membros a fomentarem a concepção de produtos com durabilidade estendida, dentro do possível. Ampliado o ciclo de vida do produto, amplia-se a noção de sua qualidade, além de melhor responder às expectativas (legítimas) do consumidor, respeitando o equilíbrio contratual entre as partes, e valorizando o princípio da confiança. A análise jurídica da extensão da durabilidade importa em propor medidas para que se alcance o desenvolvimento sustentável e a proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVES: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – CONSUMO SUSTENTÁVEL – AGENDA 21 – DURABILIDADE DOS PRODUTOS – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

ABSTRACT

Considering the important role of the industry and the market, in the reduction of the impact over the environment and the resources' use, by means of more efficient production proceedings, preventive strategies, technologies and cleaner production proceedings over the life cycle of the product, the United Nations - UN, since the United Nations Conference on Environment and Development - the Earth Summit-, that happened in Rio de Janeiro (Agenda 21), directs the member States to encourage the conception of products with extended durability, within the feasible. Extending the life cycle of the product, its quality concept extends, besides the better response to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

consumer's expectations (legitimate), respecting the contractual balance between the parties, and valorizing the trust principle. The legal analysis of the durability extension results in proposing measures to reach the sustainable development and the consumer protection.

KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION - SUSTAINABLE CONSUMPTION - AGENDA 21 - PRODUCT'S DURABILITY - TRUST PRINCIPLE

1 - O consumo sustentável e a durabilidade dos produtos

O consumo total da economia humana tem excedido a capacidade de produção natural e a assimilação de dejetos da ecossfera, enquanto, paralelamente, faz-se uso das riquezas produzidas de forma socialmente desigual e economicamente injusta.[1]

Até a década de 70, por influência política das grandes nações industrializadas e de alguns grupos científicos, a questão da crise ambiental esteve atrelada ao crescimento demográfico, no sentido de que este estaria provocando uma grande pressão humana sobre os recursos naturais do planeta. A partir da década de 70, em especial, com a realização da Conferência de Estocolmo (1972), os países em desenvolvimento impulsionaram a compreensão de que a causa da crise ambiental estava localizada, de fato, nas nações industrializadas, onde o estilo de produção – capitalista ou socialista – requer grande quantidade de recursos e energia do planeta, causando grande parte da poluição e do impacto ambiental.[2]

Seqüenciando o discurso da necessidade de revisão dos fatores de produção, e a adoção de métodos mais eficientes de gestão ambiental, o Relatório *Nosso Futuro Comum*[3] (1987), da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), retoma as questões suscitadas em Estocolmo e enfatizando a pobreza, o crescimento populacional e a iniquidade como causas principais da degradação ambiental, lança o conceito de *desenvolvimento sustentável*, propondo a compatibilização do crescimento econômico das nações em desenvolvimento com o equilíbrio do meio ambiente, de maneira a garantir a satisfação das necessidades das gerações presentes e futuras.[4]

Retrata o relatório que: *“Muitas das necessidades humanas essenciais só podem ser atendidas por meio de bens e serviços que a indústria fornece. A produção de alimentos requer quantidades cada vez maiores de agroquímicos e maquinaria. Além disso, os produtos industrializados constituem a base material dos padrões de vida contemporâneos. Por isso todas as nações precisam de bases industriais eficientes para atender às novas necessidades, e conseguir tais bases é uma de suas justas aspirações. A indústria extrai matérias-primas da base de recursos naturais e introduz no meio ambiente humano não só produtos como também poluição. Ela pode melhorar o meio ambiente ou deteriorá-lo, e sempre faz uma coisa e outra”*. [5]

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - a Eco-92 -, realizada no Rio de Janeiro, e no Fórum paralelo das organizações não-governamentais, discutiu-se amplamente o tema do consumo sustentável. A Conferência da ONU propiciou um debate e mobilização da comunidade internacional em torno da necessidade de mudanças urgentes de comportamento visando à preservação da vida na

Terra.[6] Um dos resultados dessa conferência foi a aprovação da *Agenda 21*, um abrangente plano de ação a ser implementado pelos governos, agências de desenvolvimento, organizações das Nações Unidas e grupos setoriais independentes em cada área em que a atividade humana possa afetar o meio ambiente.

Passou-se a falar em *consumo sustentável*, que consiste num modo de consumir capaz de garantir não só a satisfação das necessidades das gerações atuais como também das futuras.

Dentre as propostas de ação, constam aspectos específicos sobre o *consumo sustentável* (Capítulo IV), condição inequívoca para a consecução do objetivo maior da *Agenda 21*, qual seja, o desenvolvimento sustentável.

Prevê a Agenda que “*a fim de que se atinjam os objetivos de qualidade ambiental e desenvolvimento sustentável será necessário eficiência na produção e mudanças nos padrões de consumo para dar prioridade ao uso ótimo dos recursos e à redução do desperdício ao mínimo. Em muitos casos, isso irá exigir uma reorientação dos atuais padrões de produção e consumo, desenvolvidos pelas sociedades industriais e por sua vez imitados em boa parte do mundo.*” (item 4.)

Paralelamente, no Capítulo 30, há orientação no sentido de que “*o comércio e a indústria, inclusive as empresas transnacionais, e suas organizações representativas devem participar plenamente da implementação e avaliação das atividades relacionadas com a Agenda 21*” (item 30.1), desempenhando “*um papel importante na redução do impacto sobre o uso dos recursos e o meio ambiente por meio de processos de produção mais eficientes, estratégias preventivas, tecnologias e procedimentos mais limpos de produção ao longo do ciclo de vida do produto, assim minimizando ou evitando os resíduos*” (item 30.2).

De fato, o ato de consumir se opõe, em tese, à idéia de preservar. É preciso, pois, repensar essa relação de forma realista. Ou seja, não se trata de oposição radical ao consumo, mas sim de se buscar uma alternativa viável, denominada consumo sustentável.[7]

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA traz a seguinte proposta conceitual para essa nova temática: “Consumo sustentável significa o fornecimento de serviços, e de produtos correlatos, que preencham as necessidades básicas e dêem uma melhor qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se diminui o uso de recursos naturais e de substâncias tóxicas, assim como as emissões de resíduos e de poluentes durante o ciclo de vida do serviço ou do produto, com a idéia de não ameaçar as necessidades das gerações futuras”.[8]

Nesse desiderato a *Agenda 21* estabelece dois amplos objetivos a serem perseguidos: a) a promoção de padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade; b) o desenvolvimento de uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis.[9]

Na tentativa de se contextualizar o consumo, ou seja, repensar a produção a partir dos efeitos que os produtos e o seu processo de produção causam ao meio ambiente

imprescindível a análise do ciclo de vida completo dos produtos, desde a matéria-prima, passando pela produção até o fechamento desse o ciclo, com o uso e seu descarte.[10]

Sem afastar a necessidade de mudanças nos próprios padrões de consumo afetos às sociedades mundiais, ganha corpo e dimensão a discussão sobre o *desenvolvimento ou concepção de produtos (dentro do possível) com maior durabilidade*.

O aumento da durabilidade dos produtos traz diversas conseqüências, especialmente, ambientais, sociais e econômicas.

Os efeitos ambientais seguem uma lógica matemática: quanto maior a durabilidade dos produtos, menor a premência de sua reposição ou manutenção.

Ou seja, prolongando-se o ciclo de vida dos bens produzidos, reduz-se, conseqüentemente, a quantidade de matéria-prima e também a sobrecarga de lixo que é jogada nos ecossistemas. Menor, portanto, a quantidade de resíduos pós-uso e a produção de produtos substitutos gerados.

Isto porque o processo industrial tradicionalmente gera, além do produto que se almeja produzir, inúmeras “saídas” de materiais em forma de resíduos, lixo sólido, emissões de gases e líquidos, que não são incorporados no produto final (tidos como efeitos normais do processo de fabricação). Contudo, muito deles são tóxicos ao ecossistema, à saúde animal e humana.

Além disso, o produto acabado, uma vez utilizado pelo consumidor, é jogado fora, descartado, e nem sempre o é em locais pré-determinados, como os aterros sanitários. Formam-se montanhas de ferro velho dos carros usados, pneus, aparelhos domésticos, garrafas plásticas, entre outras formas de descartes.

Muitos produtos, ademais, possuem composição físico-químicas complexa, de difícil absorção pelos organismos vivos e pela natureza como um todo, permanecendo milhares, ou até milhões de anos no ecossistema.

Surge disso tudo a questão da *qualidade ambiental*, que se agrava na medida em que cresce a industrialização no modelo atual de desenvolvimento da sociedade.

Não se perca de vista a ótica macroeconômica da durabilidade. O aumento da durabilidade dos produtos incrementa a competitividade entre as empresas, pois quanto maior a vida útil do produto, menor é custo do serviço que um produto presta por unidade de tempo. Menores também são os investimentos gerados na reposição de peças e estruturas danificadas pelo desgaste, importando em redução dos custos globais de manutenção.

O modo mais viável, assim sendo, para que a exploração das matérias-primas e outras fontes de recursos naturais (renováveis ou não) seja sustentável, implica em garantir – sempre que possível - a sua máxima duração, ou seja, o seu uso mais prolongado, através da produção de bens de consumo resistentes, duráveis, passíveis de consertos quando danificados, de recargas quando esgotadas as suas capacidades energéticas, portanto, em condições de uma ideal economia conservativa.

2 - O efetivo implemento da Agenda 21, a Durabilidade dos produtos *versus* a Obsolescência programada

Cabe indagar o que tem sido feito primordialmente pelos Estados e pelos fornecedores, especificamente no tocante extensão da durabilidade dos produtos, desde a formulação inicial da *Agenda 21*?

Um estudo realizado no ano de 2002 pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e o *Consumers Internation* – CI[11], trabalho intitulado “*Tracking Progress: Implementing Sustainable Consumption Policies*”, propôs-se a avaliar em mais de 150 países o nível de implementação das Diretrizes da ONU para a Defesa do Consumidor, segundo a ótica do consumo sustentável.[12]

Dos 150 países que haviam aprovado as orientações da ONU em 1999, apenas 52 responderam ao questionário enviado. Desses 52 países, 38% responderam que sequer tinham conhecimento da existência dessas orientações; 56% disseram que promoviam investigações sobre o consumo sustentável com a mesma percentagem de utilização de instrumentos econômicos, como “impostos verdes”; e 54% dos países avaliaram que mediam os progressos das suas nações mais em direção a padrões de consumo sustentáveis.

Analisando o questionário respondido pelos países, o estudo concedeu a cada um deles uma pontuação baseada no nível de andamento da execução das Diretrizes, variando de 0 (zero), se não tivesse havido início da aplicação, a 10 (dez) com o início da execução de todas as etapas das Diretrizes.

O Brasil recebeu nota 10 (dez) ao lado de países como a Austrália, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Hungria, México, Nicarágua, Sri Lanka, Suécia entre outros. [13]

A avaliação deve ser comemorada, mas vista com olhos críticos, e *com reservas*.

Com efeito, o efetivo implemento de todas as Diretrizes, contudo, está longe de ser alcançado.

Especificamente no tocante à extensão da durabilidade dos produtos, as recomendações feitas pela *Agenda 21* vêm de encontro a tudo o que se observa em matéria de produção de bens na atualidade.

O que as modernas "economias" procuram é produzir bens que se caracterizem pela menor durabilidade possível, “*seja pelo material utilizado, de rápido desgaste, seja pela renovação constante das "modas" e pelo lançamento de produtos de "nova geração", inovações impossíveis de serem adaptadas aos antigos modelos. Com isso, surgiu a grande revolução dos descartáveis, baseada no princípio do lucro máximo aliado à menor durabilidade possível. Esse paradoxo da descartabilidade, segundo o qual a maior virtude de um produto é ele poder ser jogado fora, é, evidentemente, contrário a qualquer tentativa de sustentabilidade*”. [14]

Muitas empresas, paralelamente, programam a durabilidade de seus produtos. É a chamada obsolescência programada, que significa, em síntese, o fato de alguns fornecedores optarem por produzir bens de consumo com vida útil mais curta do que tecnicamente teriam condições (ou *know-how*) de produzir, pelo menos em tese.

Em sua obra famosa “Estratégia do desperdício”, escrita na década de 60, Vance Packard já tecia duras críticas às estratégias utilizadas pelas empresas para estimular o desenfreado consumo entre os americanos:

Para que os americanos comprem e consumam tudo quanto a manufatura automatizada, a venda sob pressão e a publicidade total lançam sobre nós, cada um de nossos crescentes milhões precisaria ter ouvidos, olhos e outros sentidos adicionais – assim como renda adicional. Com efeito, o único meio seguro de satisfazer todas as exigências talvez seja criar uma raça inteiramente nova de superconsumidores.[15]

A obsolescência foi concebida na década de 60 e continua absolutamente atual. Agregue-se à obsolescência agendada uma forte estratégia de *marketing*, e o resultado é o incremento irresponsável pelos fabricantes dos produtos do impulso aquisitivo dos consumidores, que conduz à degradação precoce do meio ambiente.

A lógica que tende prevalecer modernamente é priorização do retorno do investimento pela venda do produto industrializado, sem a preocupação cabal com a matéria-prima utilizada e a redução de seu uso. Minimiza-se (ou negligencia-se), também, a preocupação com o próprio consumidor, na qualidade de cidadão, portador de direitos e legítimas expectativas, que passa a figurar como mero coadjuvante nesse complexo cenário de prioritários interesses financeiros.

A crítica sagaz do administrador Stephen Kanitz bem contextualiza o propósito da obsolescência programada e a implicação econômica ali presente:

Nossos desenvolvimentistas nunca lutaram pelo financiamento de casas usadas, que os mais pobres poderiam comprar, porque imóvel usado não entra no PIB pelo qual eles são avaliados. As geladeiras de nossos avós duravam vinte anos, até que inventaram a chamada "obsolescência programada", obrigando os consumidores a comprar uma nova geladeira a cada cinco anos, o que aumenta o PIB, mas reduz violentamente o patrimônio nacional.

Países ricos, local de origem dessas teorias, incentivam a obsolescência programada porque neles o consumidor já tem tudo. Eles precisam achar um jeito de o consumidor jogar fora o produto antigo, comprar um novo e assim aumentar o PIB. Pobre não quer nada disso; pobre quer durabilidade, qualidade e confiabilidade para não ter de comprar a mesma coisa duas ou mais vezes na vida. Ele quer uma geladeira que dure, que possa ser revendida como usada sem perder metade do valor e que tenha peças de reposição disponíveis por vinte anos.[16]

Esse parece ser o cenário atual.

Há um descompasso visível entre dois regimes de metabolismo: o natural e o industrial. Com isso, os ciclos de vida dos ecossistemas não fecham.

O *Relatório do Brasil à Rio-92* é claro quanto a acatar o desafio do desenvolvimento sustentável, e demonstrar que o país tem condições jurídico-institucionais para adotar um modelo de desenvolvimento sustentável; todavia, também demonstra que o país tem graves problemas sócio-econômicos que demandam solução imediata.

Nas entrelinhas, infelizmente, o *Relatório* brasileiro deixa a imagem de uma nação em crise de identidade, sem planos objetivos, menos ainda um projeto geopolítico e estratégico para o país.[17]

O esforço, contudo, deve ser de todos.

Cabe ao Poder Público, na qualidade de formalizador de políticas públicas, internalizar em suas ações medidas compatíveis com a idéia de consumo sustentável. Impende sejam idealizadas leis que incentivem e estimulem a fabricação de produtos adequados ao uso prolongado e a preservação do meio ambiente, fomentando a comercialização de produtos que atendam às necessidades e satisfação real da expectativa dos consumidores.

Por outro lado, vale a conscientização dos consumidores quanto a finitude dos recursos naturais, todas as implicações que acarretam a concepção de produtos, orientando os consumidores a valorizarem produtos que tenham ênfase na sua durabilidade. É o que se chama de *consumo responsável*.

A partir do momento em que o consumidor esclarecido e bem informado retira do produto o subsídio esperado para a satisfação de sua necessidade, sua expectativa é atendida, valorizando-se e atendendo-se a função social do contrato, sob a nova e mais ampla perspectiva de equilíbrio mínimo das relações contratuais, que requer o balanceamento total da relação (não só o econômico), importando, inclusive, no seu tratamento leal e digno.[18]

Ou seja, *a questão também deve ser vista sob o prisma do consumidor*.

A idéia, e o desafio, portanto, é compatibilizar a defesa dos consumidores com a preservação do meio ambiente.

Analisemos, pois, a problemática da durabilidade dos produtos sob a ótica específica da preservação dos direitos do consumidor.

3 - A Boa-fé, o Princípio da Confiança e a Durabilidade dos Produtos

Na atual sociedade de massas, consumir é um ato de cidadania[19] e inclusão social, sendo o direito ao consumo um direito fundamental do ser humano. Como observa Luiz Edson Fachin[20], a cidadania é que servirá de apoio ao exercício dos direitos fundamentais da pessoa, *“não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir à noção de objeto ou mercadoria”*, como à época do direito privado moderno, em que somente era sujeito de direitos aquele capaz de constituir patrimônio.

Não é possível viver em sociedade sem sujeitar-se ao ato de consumo, independentemente do que seja o seu objeto, desde um bem indispensável à subsistência, ao mais fútil e dispensável bem de consumo, já que nesta sociedade de consumo, estamos cercados por objetos, e somos levados a crer que qualidade de vida significa quantidade de coisas[21].

Os direitos do consumidor brasileiro estão protegidos pela Carta Magna, que no artigo 5º, inciso XXXII, os reconhece como direitos e garantias fundamentais, e no artigo 170, inciso V, quando eleva a defesa do consumidor a princípio geral da ordem econômica. E além da merecida tutela constitucional, as relações de consumo são reguladas pela Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, texto legal que conta com princípios específicos como o da transparência, informação e boa-fé.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, são consideradas de consumo todas as relações contratuais, ou ainda, as práticas comerciais, que liguem um consumidor a um profissional que forneça bens ou a prestação de serviços. Tais relações possuem a peculiaridade de englobar qualquer espécie de contrato civil ou mercantil, desde que em um dos pólos exista um consumidor e um provável desequilíbrio entre as partes, a influenciar no conteúdo do contrato.

É necessário esclarecer, que o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que proteger o consumidor, tem por fundamento o reconhecimento da importância das relações de consumo na sociedade pós-moderna, e visa, portanto, proteger tais relações, para que não resultem em efeitos sociais negativos. Neste sentido é o entendimento de Antônio Carlos Efigênia[22] que observa que

todas as questões que dizem respeito a relações de consumo (ou relações jurídicas equiparadas às relações de consumo) receberam, com a edição do CDC, tratamento inovador, justamente por seu objetivo ser o de regulamentar a relação de consumo, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um sujeito em detrimento do outro, assumindo o papel de equalizador da situação vulnerável dos consumidores em relação ao formatado poderio dos fornecedores.

Entende-se por relação de consumo, aquela relação jurídica que se estabelece entre um fornecedor e um consumidor, e que têm por objeto determinado produto ou serviço. Os conceitos de consumidor e fornecedor estão dispostos no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Em seu artigo 2º o Código de Defesa do Consumidor dispõe: *”Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.”* Inicialmente, portanto, de forma objetiva, o legislador esclarece quem serão os destinatários das normas especiais veiculadas pelo diploma consumerista. A única característica restritiva da norma inserta no artigo 2º do CDC é a necessidade de que os bens adquiridos através da relação sejam utilizados por um destinatário final.

Sobre a questão do destinatário final, ainda Antônio Carlos Efig[23] explica que em relação a expressão “destinação final” utilizada pelo *caput* do art. 2º remete-se àquela pessoa (física ou jurídica) que adquire, em princípio, o bem para si, e não com o intuito de aliená-lo. Pode, entretanto, mudar de idéia: adquire e aliena. Se alguém adquire o produto para doá-lo, o donatário, e não o adquirente, é que se inclui no rol dos destinatários finais. Já para a identificação deste, em se tratando de adquirente de serviços, é quem o usufrua. Se o serviço é repassado para outrem, este é o destinatário final, no momento em que o utilizar.

Assim, sempre que exista um consumidor como parte vulnerável na relação, uma parte para a qual não se tornou possível impor as suas condições contratuais, ou mesmo questionar dados técnicos do contrato, há que aplicar as regras específicas da legislação consumerista. Note-se que o Código de Defesa do Consumidor reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor em seu artigo 4º, I.

O conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, portanto, pode exceder aos contornos expostos no artigo 2º. Este diploma legal equipara a consumidor todas as pessoas que venham a intervir na relação de consumo, nos termos do parágrafo único do artigo 2º, bem como as vítimas dos acidentes de consumo, de acordo com o artigo 17[24], e por fim, todas as pessoas que, de alguma forma, estejam expostas às práticas comerciais e contratuais, nos termos do artigo 29.

Dispõe o artigo 29 do CDC: *“Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”*.

Como observa Antônio Herman Benjamin[25], o artigo 2º do CDC vê o consumidor concretamente, enquanto que através do artigo 29, o consumidor é visto abstratamente. Visa a lei evitar o dano *in abstracto* através da proteção a todas as pessoas que se encontrem expostas a ele. Aliás, a aplicabilidade deste artigo visa à proteção ampla à boa-fé, que atua como princípio geral no Código de Defesa do Consumidor, e à vulnerabilidade, como característica que identifica o consumidor.

Já o conceito de fornecedor para o CDC, veiculado em seu artigo 3º, é aquele em que, será fornecedor *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*. O conceito de fornecedor também é amplo. Note-se apenas que com relação ao fornecimento de produtos, exige-se que a atividade se desenvolva com habitualidade.

Assim, é correto afirmar que a proteção às relações entre consumidor e fornecedor tem suas bases no texto constitucional, e nele se justifica, a partir de disposições específicas

sobre as relações de consumo, mas também a partir dos princípios relativos aos direitos fundamentais do ser humano privilegiados pela Carta Magna.

O legislador do Código de Defesa do Consumidor, assim, diante dos interesses em jogos nas relações de consumo, através de seu art. 4º, ao traçar os princípios fundamentais da política nacional das relações de consumo, instituiu a boa-fé objetiva, bem como no artigo 51, ao dispor acerca de algumas manifestações de abusividade nas práticas de comércio, cominando a nulidade como sanção pelo seu desrespeito, estabelecendo expressamente no inciso IV deste artigo serem nulas as cláusulas que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*.

A opção pela tutela da boa-fé vai de encontro com a própria origem constitucional da legislação consumerista, pois como bem diz Teresa Negreiros[26] *“a fundamentação do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana”*, constante principalmente do artigo 1º e de vários incisos do artigo 5º do Texto Maior. Aliás, o próprio artigo 5º, inciso XIV[27], da Constituição Federal assegura a todos o direito à informação, que deve ser concebida em sentido amplo, atingindo também o plano do contrato. Nesse dispositivo reside, especificamente, ao nosso entender, o fundamento constitucional da boa-fé objetiva.

Portanto, muito mais do que um princípio necessário a informar a conduta das partes envolvidas na relação obrigacional, o princípio da boa-fé objetiva é resultado da releitura Constitucional do Direito Civil, e mais, das preocupações do Estado com a regulação econômica, com a proteção ao consumidor, e conseqüentemente, com a realização de uma justiça distributiva através do conteúdo, utilizando-se do contrato como instrumento para tal mister.

E como outra face da boa-fé objetiva, o princípio da confiança, de forma inafastável, é intrínseco às relações que nascem do tráfego jurídico, tendo a característica de constituir normas de conduta, entre os quais os de informação e os de proteção aos legítimos interesses do *alter*. No tocante às relações de consumo ganha importância já que estas se perfazem pela criação de expectativas legítimas no consumidor, e pela aparência de cumprimento destas expectativas por parte do fornecedor, já que o consumidor confia que o produto ou serviço que adquire irá prestar-ser à finalidade precípua de sua aquisição.

A teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações. A proteção da confiança se realiza de duas formas principalmente: por meio de disposições legais específicas, e por meio de institutos gerais. As primeiras correspondem ao resultado do reconhecimento, pelo Direito, de situações típicas nas quais uma pessoa que legitimamente acredita em certo estado de coisas receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria concedida.

Lembre-se, neste aspecto, dos dispositivos legais referentes à proteção dos efeitos jurídicos decorrentes de situações em que se aplica a teoria da aparência. Observa-se aqui claramente a atuação da lei como limitadora da autonomia privada, com o intuito de proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes[28].

Necessária breve exposição, neste ponto, a respeito da chamada teoria da aparência, a qual é tratada pela doutrina, por vezes sob a denominação de proteção da confiança, e tem por finalidade proteger uma dada situação fática, possibilitando que esta possa ser tutelada pelo direito e produzir efeitos no mundo jurídico,[29] justamente pelas expectativas que esta situação de fato cria naquele que acredita na sua existência. É neste sentido que Orlando Gomes[30] aponta que a simples crença na existência da determinada situação, deve torná-la apta a produzir efeitos jurídicos, daí porque se diz que esta teoria legitima a confiança depositada nos vínculos firmados com base na boa-fé.

Como bem afirma Cláudia Lima Marques[31], a proteção da confiança pretende tutelar as legítimas expectativas que determinados comportamentos podem ter gerado, independentemente de tais atos estarem em consonância com a vontade declarada em detrimento da vontade interna de quem a declarou. Ainda sobre a aparência de direito, Álvaro Malheiros[32] finaliza:

Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real manifesta um outro fenômeno – não existente materialmente nem imediatamente real e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto.

Assim, para que haja confiança na relação de consumo, é preciso que as partes contratantes ajam com lealdade recíproca, fornecendo as informações necessárias e evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conservações, etc.[33].

E mais, o princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, implica na harmonização e na adequação do sistema, como um todo, e, considerando o ideal de justiça, busca promover entre as partes uma relação equilibrada e eqüitativa. Assim, sendo o contrato uma união de interesses equilibrada, enquanto instrumento de cooperação leal e proba, é salutar a proteção da confiança mútua.

Portanto, assim como a boa-fé, a confiança é elemento indispensável para a manutenção do grupo social. Não há sociedade que se mantenha sem confiança. Em termos interpessoais, a confiança instalada aloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abrande as suas defesas, ficando vulnerável[34].

Para Niklas Luhmann[35], em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada crise de confiança, na efetividade do próprio direito. Significa dizer que o Direito está

legitimado exatamente na proteção das expectativas legítimas do ser humano e da confiança da vida em sociedade.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques[36], a confiança hoje “*é um princípio diretriz das relações contratuais, merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade.*” Importa dizer que as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados, em resumo, confiar é acreditar, é manter, com fé, a fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio.

A confiança está presente em toda a relação obrigacional, com caráter de intencionalidade, e com a vulnerabilidade acentuada de uma das partes, sendo imprescindível compreender o que esta confiança significa para promoção da tutela jurídica, com razoabilidade, sempre com olhos à tutela da segurança e proteção às legítimas expectativas das partes contratantes.

Assim, no que toca ao tema proposto neste trabalho, a confiança que permeia as relações obrigacionais de consumo liga-se umbilicalmente ao dilema da extensão, sempre que possível, da durabilidade dos produtos.

Dentro da lógica da obsolescência programada, incute-se no consumidor o desiderato de *sempre* buscar novos produtos, com mais desempenho, com mais atrativos, ou simplesmente porque a “nova geração” é mais atraente visualmente do que a antiga. Essa busca incessante - e sem fim - de novos produtos aflora no consumidor um sentimento de frustração, de insatisfação. É aqui que o princípio da confiança é desrespeitado.

Ou seja, quando o consumidor adquire um determinado produto, ele o faz acreditando que aquele produto lhe trará uma satisfação plena de sua necessidade respectiva. Satisfação plena liga-se também ao ideário de satisfação perene, dentro, é claro, dos limites físico-tecnológicos específicos de cada produto.

Se essa satisfação é encurtada por fatores exógenos, que intencionalmente diminuem a vida útil do produto, previamente arquitetados por seus idealizadores, o consumidor acaba sendo lesado em sua legítima expectativa.

Por isso, em primeiro lugar, para que se preserve o princípio da confiança, é absolutamente necessário que se resgate o consumidor como um agente da história social que o cerca, provendo e municiando-o com as informações (autênticas) pertinentes ao produto que lhe é oferecido, inclusive sobre a perspectiva de sua durabilidade, o grau de demanda natural implicada em sua produção, bem como as cargas ambientais geradas ao longo do ciclo de vida de tais produtos.[37]

É necessário também minimizar os efeitos da publicidade nos hábitos de consumo da população, como um “fator determinante de consumo desenfreado e nas opções de compra dos consumidores”.[38]

Como esclarece Daniela Corrêa Jacques[39] quanto à delicada relação do marketing com a confiança:

Através das ferramentas de marketing, como a publicidade, determinadas marcas de bens e serviços, assim como empresas que se destinam a determinadas linhas do mercado, despertam a confiabilidade do consumidor. A partir daí, a confiança passa a ser relacionada à expectativa de comportamento, partindo-se de uma credibilidade objetiva que orienta o comportamento e conduz as decisões dos indivíduos.

Por fim, impende sejam retomados processos produtivos que confirmem aos produtos, sempre que possível, uma maior durabilidade, minimizando a profusão e a importância conferida ao “fascínio do novo” em nossa sociedade, que em última análise, impede a adoção de políticas de re-uso e a comercialização de produtos semi-novos, especialmente em países do chamado “Primeiro Mundo”, onde o poder aquisitivo também propicia o descarte prematuro dos produtos.

O princípio da confiança, em última análise, liga-se à durabilidade dos produtos na mesma proporção que o esclarecimento e conscientização ligam o Poder Público e os fornecedores ao o consumidor e ao meio ambiente.

4 - Considerações finais

Repensar a atual sociedade, os padrões de consumo, e a dinâmica do ciclo de vida útil dos produtos não é mais um projeto para o futuro.

Sob a perspectiva do meio ambiente, o futuro já chegou.

Os atuais padrões de consumo não se sustentam mais, isso calculado em uma escala global que se incrementa, dia após dia, em progressão geométrica.

A Organização das Nações Unidas - ONU, desde Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - a Eco-92 -, realizada no Rio de Janeiro (Agenda 21), orienta os países membros a fomentarem a concepção de produtos com durabilidade estendida, dentro do possível. A diretriz objetiva instrumentalizar a promoção de padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e que atendam às necessidades dos seres humanos, dentro de padrões de consumo mais sustentáveis.

Há muito a ser feito no alcance desse intuito.

A dinâmica que ainda prevalece modernamente é a priorização do rápido retorno do investimento pela venda do produto industrializado, deixando-se num segundo plano a preocupação com o meio ambiente, e a finitude dos recursos naturais.

O valor continua sendo o lucro; não se questionam os processos extrativos e industriais.

A obsolescência precoce dos produtos virou uma febre mundial.

Negligencia-se, por outro lado, a proteção do próprio consumidor, lesado na confiança que deposita no produto, que não raro deixa de receber o adequado tratamento ou a correlata contraprestação do fornecedor, tendo para si um artefato que dura pouco, ou que logo vai precisar de reparos.

Contudo, cada vez mais se chega conclusão de que a questão do consumo e do meio ambiente não é uma mera questão de escolha individual, nem de um processo isolado de política pública.

Cada vez mais visível é a imprescindibilidade do diálogo entre as duas esferas na busca de uma efetiva sociedade sustentável.

A questão do consumo sustentável obriga a se pensar numa aliança entre a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor, de maneira equilibrada e harmônica.

A adoção de produtos, sempre que possível, com uma durabilidade estendida é uma hipótese, uma saída. Existem outras. Mas todas elas precisam ser contextualizadas com a sociedade brasileira, e com o que se deseja para as gerações futuras.

A discussão está longe de ser resolvida.

O que se sabe, é que não se pode pensar mais em consumo sem o meio ambiente, e vice-versa.

É bom que eles se entendam ... e rápido.

5 - Referências bibliográficas

ALMEIDA JR., José Maria G. de Almeida Jr. **Um novo paradigma de desenvolvimento sustentável.** Consultoria Legislativa - Câmara dos Deputados, set/2000. Disponível em <<<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/002463.pdf>>>, acesso em 20/02/2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor – estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. **Revista de Direito do Consumidor** n. 18, abr/jun 1996.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Lisboa: Edições 70, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Proteção do consumidor e consumo sustentável**. SaraivaJur, Portal Jurídico na *Internet*. Disponível <<<http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=775>>> , acesso em 21.02.2008.

Branco, Samuel Murgel. **O Empresário e os ovos de Ouro**. Revista Vencer, ed. nº. 39.

Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1991.

CORDEIRO, **Tratado de direito civil português**, - Parte geral, tomo I, 3 edição, Coimbra: Livraria almedina, 2005.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, Curitiba: Juruá, 2.ed., 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.45, janeiro-março de 2003.

KANITZ, Stephen. **O Patrimônio Líquido Nacional**. Revista Veja. São Paulo: Abril, ed. 1943, ano 39, nº 6, 15 de fevereiro de 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: Malheiros Editores, out/dez., nº 6, 1978

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, ed. 1999 e 2006.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor : (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Padrões de Consumo e Meio Ambiente**. Revista de Direito do Consumidor, nº. 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª edição. São Paulo: RT. 1980.

PACKARD, Vance. **Estratégia do desperdício**. São Paulo: IBRASA, 1965.

[1] PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 23.

[2] *Idem*, p. 25.

[3] Conhecido por Relatório *Brundtland*, em alusão à Primeira-Ministra da Noruega Gro Harlan Brudtland, que presidiu a referida Comissão.

- [4] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Proteção do consumidor e consumo sustentável.** SaraivaJur, Portal Jurídico na *Internet*, disponível em <<<http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=775>>>, acesso em 21.02.2008.
- [5] COMISSÃO BRUNDTLAND. Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1991. – grifo não consta do original.
- [6] A Conferência, conhecida como Cúpula da Terra (*Earth Summit*), contou com a presença de 172 países (apenas seis membros das Nações Unidas não estiveram presentes), representados por aproximadamente 10.000 participantes, incluindo 116 chefes de Estado.
- [7] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Padrões de Consumo e Meio Ambiente.** Revista de Direito do Consumidor, nº. 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.
- [8] *Consumers International*, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Consumo Sustentável.** Elementos para políticas em direção a um consumo sustentável. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, IDEC, 1998, p. 63.
- [9] Agenda 21, cap. 4, item 4.7.
- [10] SODRÉ, Marcelo Gomes. Ob. Cit., p. 30.
- [11] A *Consumers International* é uma entidade global não governamental, com *status* de órgão consultivo da ONU, e que reúne entidades de todo o mundo na defesa do consumidor.
- [12] As Diretrizes das Nações Unidas para a Defesa do Consumidor foram aprovadas pela Assembléia Geral da ONU, em 1985, e ampliada em 1999 para incluir um capítulo referente à Promoção do Consumo Sustentável (ONU Assembléia Decisão 54/449).
- [13] United Nations Environment Programme – UNEP, disponível em <<<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=253&ArticleID=3076&l=en>>>, acessado em 22.09.2008.
- [14] Branco, Samuel Murgel. **O Empresário e os ovos de Ouro.** Revista Vencer, ed. nº. 39.
- [15] PACKARD, Vance. **Estratégia do desperdício.** São Paulo: IBRASA, 1965, p. 10.
- [16] KANITZ, Stephen. **O Patrimônio Líquido Nacional.** Revista Veja. São Paulo: Abril, ed. 1943, ano 39, nº 6, 15 de fevereiro de 2006, p. 20.
- [17] ALMEIDA JR., José Maria G. de Almeida Jr. **Um novo paradigma de desenvolvimento sustentável.** Consultoria Legislativa - Câmara dos Deputados, set/2000, disponível em <<

<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/002463.pdf> >>, acesso em 20/02/2008.

[18] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 288/289.

[19] A proteção das relações de consumo, ou do consumidor “é um exercício de cidadania, da qualidade de todo ser humano como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas e colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados.” FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas, 8ª edição, p. 27.

[20] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 330.

[21] Sobre a sociedade de consumo, obra de indispensável leitura é a de BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

[22] EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**, Curitiba: Juruá, 2ª Edição, 2004.

[23] Op. Cit. P. 52.

[24] É o texto de citado artigo: Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

[25] BENJAMIN, Antônio Herman, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1992, p. 147.

[26] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 140.

[27] É o teor do mencionado artigo: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[28] MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor : (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

[29] JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.45, janeiro-março de 2003, p. 104.

[30] GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. 2ª edição. São Paulo: RT. 1980, p. 119.

- [31] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 119.
- [32] MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: Malheiros Editores, out/dez, 1978, nº 6, p. 4.
- [33] AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor – estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. **Revista de Direito do Consumidor** n. 18, abr/jun 1996, p. 25
- [34] CORDEIRO, **Tratado de direito civil português**, - Parte geral, tomo I, 3 edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p, 414.
- [35] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 27.
- [36] Op. cit. p. 31.
- [37] Sodré, Marcelo Gomes. Ob. cit., p. 32.
- [38] *Idem*, p. 33.
- [39] Ob.cit., p. 122.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR*

PUBLIC POLICIES OF PROTECTION OF CONSUMERS

Angélica Lucía Carlini

RESUMO

Este trabalho pretende realizar uma reflexão sobre a proteção ao consumidor de serviços públicos como forma de proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como fundamento jurídico a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. O direito do consumidor é por força da Constituição Federal um direito fundamental do cidadão brasileiro. Mais que um direito, o consumo de produtos e serviços que garantam a dignidade do cidadão como educação, saúde, moradia e transporte público é um elemento importante para a construção da identidade e, por isso devem ser fornecidos em quantidade suficiente, com qualidade adequada e no tempo certo. A construção de políticas públicas para garantia do acesso a serviços públicos de qualidade deve ser vista, portanto, como forma de proteção ao consumidor.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS – CHAVES – POLÍTICAS PÚBLICAS, CONSUMIDOR, DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This paper intends to hold a debate on the protection of consumers of public services as a means of protection of human dignity, and as a legal basis to the Brazilian Constitution and international human rights treaties to which Brazil is a signatory. The right of the consumer is under the Federal Constitution a fundamental right of the Brazilian citizen. More than a law, the consumption of products and services that ensure the dignity of the citizen as education, health, housing and public transport is an important element for the construction of identity and therefore must be supplied in sufficient quantity, quality and appropriate at the right time. The construction of public policies to guarantee access to quality public services should be seen therefore as a form of protection to consumers.

KEYWORDS: WORDS - KEY - PUBLIC POLICY, CONSUMER, HUMAN RIGHTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea se organiza tendo no consumo um elemento de importância fundamental. Nos grandes centros urbanos, em especial, o consumo é a única forma dos indivíduos terem acesso aos produtos e serviços que necessitam para sua sobrevivência no cotidiano.

Nos centros urbanos com menor condensação de pessoas ainda é possível encontrar aqueles que dispõem de horta, criação de animais para abate doméstico e até pomar. Mas essa realidade é cada vez mais rara e, mesmo quando existe não poupa o indivíduo de ter que adquirir medicamentos, roupas, eletricidade, telefonia, transporte, ou outros alimentos igualmente necessários para sua subsistência.

A necessidade de consumir quase tudo o que se utiliza no cotidiano tem como marco a industrialização que se torna altamente desenvolvida a partir da segunda metade do século XX. Desse marco histórico em diante, a necessidade de consumir só tem feito aumentar e, na atualidade, mesmo as comunidades urbanas menores já perderam por completo a iniciativa de produzirem alimentos, roupas ou alguns objetos do cotidiano, porque o tempo que seria utilizado para essa finalidade é empregado na atividade remunerada do trabalho.

O consumo na sociedade contemporânea é forma de classificação social e uma das possibilidades mais importantes de construção da identidade do indivíduo.

Por isso é que o consumidor precisa de proteção legal, porque o consumo é permanentemente praticado na sociedade contemporânea e, muitas vezes, independe da escolha do consumidor. Nem sempre se consome porque se deseja, mas por necessidade daquele produto ou serviço para garantia do bem-estar.

A proteção deriva ainda de outra característica importante de consumir: muitas vezes, o consumo de certos produtos ou serviços é vital para a manutenção da vida do consumidor. É o que ocorre com o consumo de medicamentos, de serviços de saúde e de alguns alimentos.

Também se encontram nesse rol o consumo de produtos e serviços que permitam ao consumidor construir uma vida digna, como acontece, por exemplo, com o consumo de linhas de crédito para aquisição de casa própria, de meios de transporte para poder se deslocar até o trabalho, telefonia, eletricidade, água e esgoto, entre outros.

Essas são formas de consumo que não estão vinculados apenas à vontade ou ao desejo individual, mas são decorrentes da necessidade de garantir qualidade de vida. Nesse prisma, merecem um tratamento legal diferenciado, porque não são fruto de uma irracionalidade ou de um impulso de prazer momentâneo, mas, ao contrário, de uma racionalidade identificada com a manutenção da vida.

Identificar a diferença entre essas duas formas de consumo, aquele que se faz como satisfação de um desejo pessoal e aquele que se faz por necessidade e fruto de racionalidade do sujeito, para garantia de sua dignidade como pessoa, é o primeiro passo para a análise dos instrumentos de proteção que os consumidores precisam ter à sua disposição.

Proteger efetivamente o consumidor de serviços públicos essenciais é, em última instância, reconhecer que o direito do consumidor quando se aplica a essa proteção, é uma dimensão de direitos humanos.

2. DIREITOS HUMANOS: PREVISÃO CONSTITUCIONAL E AMPLITUDE DO CONCEITO

A proteção aos direitos humanos esteve presente em todas as constituições brasileiras desde a Constituição do Império, de 1824, até a Constituição de 1988, recepcionada como marco inicial de um período de reconstrução das liberdades democráticas e do estado de direito no Brasil.

Mesmo as Constituições dos períodos históricos em que vigoraram regimes de exceção, continham dispositivos expressos de proteção aos direitos da pessoa humana, como a criação de tribunais especiais para o processo e julgamento de crimes contra a economia popular, prevista na Constituição de 37; ou, a determinação de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prevista no artigo 150 da Constituição de 67.

Essa constatação de que todas as constituições brasileiras contiveram dispositivos de proteção aos direitos humanos, nos propõe uma reflexão sobre aquilo que Nadal denominou de “a constituição como mito”.

Afirma o autor:

CONTEXTUALIZANDO AS FALAS DE LÉVI-STRAUSS, OBSERVAMOS QUE O “MITO CONSTITUIÇÃO”, VERTIDO NUMA LINGUAGEM (*LINGUAGEM COMPETENTE*) E COM A FINALIDADE DE IMPLEMENTAR UM *DISCURSO (IDEOLÓGICO/RETÓRICO)*, SE APRESENTA COMO UM ‘APARATO’ (*OBJETO ABSOLUTO*) PARA A CONSECUÇÃO DOS IDEAIS DE UMA SOCIEDADE (*CARÁTER ABSOLUTO/SIMBÓLICO*).

ENCAMINHANDO- NOS PARA O MUNDO FENOMÊNICO, NOTAMOS QUE SEMELHANTE CONCEPÇÃO ESTRUTURAL DO MITO- CONSTITUCIONAL É ADOTADA PELA QUASE TOTALIDADE DOS ESTADOS OCIDENTAIS, TANTO NA FORMA (ESCRITA) COMO EM CONTEÚDO (ORGANIZAÇÃO NACIONAL, REPRESENTAÇÃO POLÍTICA, SEPARAÇÃO DOS PODERES, DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS, ETC).

Destarte, a função simbólica do poder (integração), nos Estados modernos, se faz por meio da edição de constituições que contêm a mesma estrutura normativa. Trata-se de um mero discurso simbólico, porquanto cada Estado em que pese serem estruturalmente semelhantes, vivenciam realidades absolutamente distintas.

Os índices de desenvolvimento humano destes países, que possuem ‘constituições-mito’ estruturalmente semelhantes, demonstram/ reforçam esta assertiva.(2006, p. 89)

Nadal analisa a forma como as constituições de países como Portugal, Itália, Brasil, Rússia, México, Áustria, Suécia, e Venezuela tratam as questões fundamentais como proteção à saúde, educação e meio- ambiente para demonstrar que, em que pese os índices de desenvolvimento humano desses países serem bastante diferentes as previsões constitucionais para essas áreas são semelhantes.

Isso permite concluir que não basta a previsão constitucional se a implementação de políticas públicas que favoreçam o acesso à saúde e educação e, a preservação do meio-ambiente, por exemplo, não for efetivamente implementada pelo Estado.

Sobre isso, constata Nadal

A Constituição brasileira, à luz de seu preâmbulo, além de proceder a *'Invocatio Dei'* (invocação da *lex eterna?*), estabeleceu um discurso competente (ideológico) de garantias/implementação/preservação da democracia, do Estado Social, dos direitos individuais, da liberdade, da segurança, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, da sociedade fraterna, da sociedade pluralista, da sociedade sem preconceitos, da paz na ordem interna e internacional.

(...)

Estruturando um Estado Social, temos as normas inseridas na Constituição atinentes ao direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

A princípio notamos que a implementação real/efetiva do Estado Social (a realidade social demonstra o estágio evolutivo/realidade da educação, saúde, segurança em nosso país) e sua superação mostra-se distante da nossa realidade.(2006, p. 124 e 125).

O mito da Constituição Federal de 1988, resultado do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte eleita para criar as bases de um novo pacto social e que, ao ser entregue à população brasileira foi chamada de “Constituição Cidadã” por um de seus mais destacados artífices (Deputado Ulysses Guimarães), passados vinte anos desmorona diante de uma sociedade ainda marcada por violência, corrupção, desigualdade social e precário sistema de saúde, educação e moradia para parte significativa da população.

Em outras palavras, a Constituição brasileira de 1988 que no artigo 5º e seus incisos constrói toda a visão programática do Estado Social brasileiro, garantidor de direitos fundamentais da pessoa humana, não foi suficiente para instaurar uma nova ordem social e, principalmente, para fazer com que os governos federais, estaduais e municipais cumprissem a agenda de proteção aos direitos essenciais.

Se é correto afirmar que algumas garantias estão plenamente implementadas na sociedade brasileira, como o direito de livre manifestação do pensamento, a livre locomoção em todo o território nacional, a reunião pacífica, a criação de associações, a propriedade, a herança, entre outros, não é menos certo que algumas garantias são verdadeiros mitos, tal a distância em que se encontram de grande parte da população brasileira.

A saúde, a educação, a moradia, a segurança, o lazer, a proteção à infância e à maternidade e a assistência aos desamparados, principalmente, são direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal e que não têm sido efetivamente cumpridos.

Essa constatação sinaliza para a conclusão de que a Constituição Federal brasileira ainda não foi efetivamente implantada e precisa ser. A lição de Alexandre Moraes é oportuna, quando afirma

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. (2005, p. 3)

Uma das efetivas contribuições da Constituição Federal de 88 foi pontuar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, colocá-la ao lado da cidadania, outro fundamento abrigado pelo artigo 1º do texto constitucional.

Essa perspectiva, ou seja, a dignidade da pessoa humana ao lado da cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, permite concluir que o texto constitucional determinou que o cidadão brasileiro deve ter sua dignidade respeitada em todos os níveis atuais e futuros, que o respeito à dignidade exigirem.

Em outras palavras, a Constituição Federal brasileira reconheceu ao cidadão brasileiro o direito de ter direitos, muitos dos quais talvez não tenham sido expressamente contemplados no texto constitucional mas que, nem por isso, deixarão de ser objeto de proteção e de positivação por leis especiais no momento em que isso se mostrar necessário.

Nesse sentido, Celso Lafer ressalta:

O que Hanna Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece. (1988, p. 166)

No mesmo sentido, a contribuição de Flávia Piovesan

O texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

(...)

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo primeiro. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo preceito definidor de direito e garantia fundamental. Ta princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entender de Canotilho, o sentido fundamental da aplicabilidade direta está em reafirmar que ‘os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras das relações jurídico-materiais. (2006, p. 33-35)

O estudo de Flávia Piovesan aponta para dois aspectos fundamentais: o alargamento da dimensão dos direitos fundamentais e a possibilidade de imediata aplicabilidade do texto constitucional por parte dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

O alargamento da dimensão dos direitos fundamentais, ou do direito de ter direitos, encontra como exemplo emblemático o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor. A defesa do consumidor é novamente contemplada no artigo 170, inciso V, desta vez como princípio fundante da ordem econômica. E, finalmente, a Constituição Federal completa o disposto no artigo 5º, quando no artigo 48 das Disposições Finais e Transitórias determina que o Congresso Nacional terá cento e vinte dias de prazo para elaborar o código de defesa do consumidor.

A defesa do consumidor como direito e garantia fundamental do cidadão implica que o ato de consumo, ainda que realizado exclusivamente entre particulares, impõe condições legais que devem ser respeitadas por quem fornece produtos e serviços, sob pena de caracterizar-se uma agressão à dignidade daquele cidadão.

Por outro lado, a proteção constitucional do consumidor no artigo 5º, que tem no caput a previsão de todos são iguais perante a lei, permite concluir que todos os cidadãos brasileiros têm direito de ser consumidores.

Se nem todos terão condições econômicas de consumir de fornecedores de produtos e serviços privados é correto afirmar que todos devem ter a expectativa de consumir produtos e serviços públicos, viabilizados pelo Estado e necessários para atender às necessidades de respeito à dignidade da pessoa humana, sobretudo nas áreas essenciais para que essa dignidade se mantenha, ou seja, saúde, educação, acesso à moradia própria, ao transporte, entre outros.

Nesse sentido, ou seja, do acesso ao consumo de serviços públicos, a Constituição Federal adequou-se ao disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário e que em seu artigo XXI, 2, determina que “todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país”.

Por sua vez a compreensão do artigo XXI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem deve ser feita à luz do disposto no artigo XXV do mesmo texto que determina que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Há, portanto, perfeita sintonia entre o disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Federal brasileira, em especial no disposto nos artigos quinto e sexto, respectivamente direitos individuais e sociais.

Mas há, ainda, sintonia com o artigo 170 que regula a ordem econômica.

A Constituição Federal brasileira ao contemplar no artigo 170, caput, a livre iniciativa como pressuposto da ordem econômica e, a livre concorrência como princípio dessa mesma ordem, determinou que os agentes privados podem produzir e comercializar seus

produtos e serviços, utilizando os resultados em seu próprio benefício como é da essência do capitalismo, inclusive para acumulação se assim o desejarem.

Mas o mesmo artigo garantiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, determinando a iniciativa privada que ao produzir e disponibilizar produtos e serviços no mercado fique atenta para o pressuposto de que o consumidor é cidadão, tem direitos fundamentais e sociais a serem protegidos e isso interfere na atividade econômica nacional.

Esse aspecto é relevante porque o poder público tem concedido ao particular a possibilidade de desenvolver com fim lucrativo, algumas atividades que em momentos anteriores da história foram quase exclusivas do Estado, como prestação de serviços de saúde, de educação, de transporte, de eletricidade, de telefonia, entre outros.

No entanto, o Estado mantém com exclusividade e por força da Constituição em vigor, a obrigação de propiciar aos cidadãos acesso a esses produtos e serviços, assim como mantém a obrigação de fiscalizar a forma como as empresas privadas disponibilizam esses produtos e serviços aos consumidores, quando esta tarefa estiver a cargo delas.

Dupla é, portanto, a função do Estado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão: fornecer produtos e serviços essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana e, fiscalizar de que modo os produtos e serviços estão sendo fornecidos pelos particulares, de maneira que o cidadão-consumidor seja efetivamente protegido.

3. DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A noção preliminar de proteção ao consumidor, quase sempre, aponta para as relações privadas constituídas por um fornecedor de produtos ou serviços organizado na forma de empresa, com fim lucrativo e, de outro lado, um consumidor pessoa física, destinatário final do produto ou serviço que paga para a aquisição e utilização.

Essa noção, no entanto, não é a única tratada no Código de Defesa do Consumidor, porque este no artigo 22 também tratou do consumidor de serviços públicos, que deverão ser fornecidos diretamente pelos órgãos públicos ou por aqueles que forem autorizados para isso, de forma adequada, eficiente, segura e quanto aos definidos como essenciais, em caráter contínuo.

A Lei 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve), no artigo 10, determina que são serviços essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; e, compensação bancária.

Esses são serviços que além de fornecidos com eficiência, adequação e segurança, devem ser prestados de forma contínua, sem interrupção fundada em qualquer motivo, exatamente em razão de sua essencialidade.

Essencial aqui é adjetivo atrelado a idéia de proteção à dignidade da pessoa humana, porque não se compreende essa dignidade protegida sem que o ser humano tenha ininterrupto acesso a luz, água, serviços de esgoto e recolhimento de lixo, assistência médica-hospitalar e medicamentos, entre outros.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor contemplou o consumidor de serviços e produtos fornecidos pelo Estado com a mesma proteção destinada àqueles consumidores de produtos e serviços fornecidos por particulares e, especificou ainda que os serviços e produtos públicos devem ser adequados, eficientes e seguros, ou seja, o consumidor tem direito a uma garantia de qualidade em relação a esses serviços tanto quanto o tem em relação a produtos e serviços fornecidos pela iniciativa privada.

Com isso, a legislação de proteção ao consumidor reforçou a idéia de que alguns serviços e produtos são responsáveis pela garantia da dignidade da pessoa humana e, nesse viés, consumi-los no momento e no modo necessários contribui para que os direitos humanos sejam respeitados em sua maior amplitude.

Oscar Vilhena Vieira ressalta:

Quando associamos os termos ‘humanos’, ‘fundamentais’ ou a expressão ‘da pessoa humana’ à idéia de ‘direitos’, a presunção de superioridade inerente aos direitos em geral torna-se ainda mais peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, aqui, valoração moral à idéia de ‘direitos’ passando estes direitos a servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade.

Numa definição preliminar, os direitos da pessoa humana poderiam ser compreendidos como razões peremptórias, pois eticamente fundadas, para que outras pessoas ou

instituições sejam obrigadas, e, portanto, tenham deveres em relação àquelas pessoas que reivindicam a proteção ou realização de valores, interesses e necessidades essenciais à realização da dignidade, reconhecidos como direitos da pessoa humana. (2006, p.26-27)

Essa é uma outra perspectiva para a idéia de consumo, não mais associada ao supérfluo ou àquilo que se adquire sem racionalidade, mas voltada para uma faixa de produtos e serviços a que o consumidor precisa ter acesso como garantia da preservação de sua dignidade.

Mas há outro viés igualmente relevante e que precisa ser destacado quando se trata de serviços públicos. O consumo de alguns produtos, como medicamentos, por exemplo; e serviços como acesso à saúde e educação, são essenciais para que os cidadãos construam sua identidade como seres humanos.

A reflexão de Néstor Garcia Canclini é pertinente:

Não foram tanto as revoluções sociais, nem o estudo das culturas populares, nem a sensibilidade excepcional de alguns movimentos alternativos na política e na arte, quanto o crescimento vertiginoso das tecnologias audiovisuais de comunicação, o que tornou patente como vinha mudando desde o século passado o desenvolvimento do público e o exercício da cidadania. Mas estes meios eletrônicos que fizeram irromper as massas populares na esfera pública foram deslocando o desempenho da cidadania em direção às práticas de consumo. Foram estabelecidas outras maneiras de se informar, de entender as comunidades a que se pertence, de conceber e exercer os direitos. (2005, p. 38-39)

Consumir, na atualidade, não é apenas forma de aquisição de produtos ou serviços necessários para o bem-estar de uma pessoa é, uma forma de construção da identidade do sujeito e de sua cidadania.

O homem político do século XVIII para o qual a cidadania se caracterizava e se assentava no exercício do direito de voto, está amplificado no século XXI pela necessidade de exercer outras opções que são fundamentais para se sentir integrado na sociedade, para se sentir cidadão.

As opções de consumo adotadas por pessoas, por famílias, por grupos sociais neste século constituem uma escolha que é para a satisfação de necessidades, mas também, para construir ou reafirmar a identidade de sujeito social. Crianças, jovens e adultos consomem produtos e serviços que os identificam com seus grupos etários e sociais, que reafirmam sua identidade social e, muitas vezes, produzem também sensações de bem-estar individual.

Nestor Garcia Canclini expressa esse sentido quando afirma

(...) partimos da hipótese de que, quando selecionamos os bens e nos apropriamos deles, definimos o que consideramos publicamente valioso, bem como os modos de nos integrarmos e nos distinguirmos na sociedade, de combinarmos o pragmático e o aprazível. (2005, p. 35)

Nessa dimensão de reflexão nem a cidadania se esgota no exercício da escolha política, nem o consumo pode ser pensado sempre como resultado de um impulso sem racionalidade, para a satisfação de um desejo momentâneo.

Na construção de sua identidade de cidadão o homem contemporâneo consome como fruto de uma necessidade, de uma racionalidade e, não raro, para se sentir integrado na sociedade em que vive, para ter a sensação de pertencer a um grupo social determinado.

A proteção ao consumidor adquire contornos para além da proteção econômica. A defesa do consumidor é hoje uma forma de garantia da dignidade da pessoa humana e, de cumprimento do princípio constitucional de construção de uma sociedade mais solidária e mais justa.

Pesquisas realizadas em várias cidades do país demonstram que os cidadãos moradores das periferias dos grandes centros urbanos desejam que o poder público identifique as vielas das favelas e, coloque número nos barracos por mais precários que eles sejam. Isso permite a esses cidadãos possuir um endereço e, a partir disso fica facilitado o acesso a uma oportunidade de emprego, ou à obtenção de uma linha de crédito, ou ainda, ao recebimento de correspondências.

Da mesma maneira, dispor de eletricidade na moradia é elemento essencial para a construção de identidade, porque permite acesso a informações transmitidas por rádio e televisão. O acesso à água encanada dá nova dimensão a higiene pessoal e do próprio local em que se vive.

A energia elétrica nas vias públicas é essencial para diminuir os índices de violência e, em algumas regiões mais violentas das cidades brasileiras, a existência de ruas iluminadas é decisivo para que os pais decidam se seus filhos podem ir à escola ou não, em vista dos riscos que terão que enfrentar.

Em última forma, alguns cidadãos brasileiros podem estudar ou não dependendo não apenas da existência de vagas em escolas públicas, mas também de ruas iluminadas que lhes permita circular com maior segurança pessoal.

Todos esses aspectos nos dão a dimensão de que garantir ao cidadão brasileiro o acesso a serviços públicos é, ao mesmo tempo, garantir que seja respeitada sua dignidade humana e, que lhe sejam dadas as condições necessárias para a construção de sua identidade como cidadão.

A questão é ainda mais relevante quando os serviços públicos são a saúde e a educação, essenciais para a dignidade humana e que, invariavelmente vêm sendo prestados de forma precária em todo o país.

Se a Constituição Federal contempla como direito dos cidadãos a dignidade da pessoa humana, todos os instrumentos jurídicos disponíveis devem ser utilizados para que o cidadão possa ter acesso integral à esses direitos, inclusive o instrumentos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Entre as possibilidades de instrumentos colocados à disposição dos consumidores de serviços públicos estão a escolha, implementação e fiscalização de políticas públicas de proteção do consumidor desses serviços, calcadas não apenas em decisões políticas de governo mas também na efetiva participação do cidadão nessas escolhas, contemplando assim a democracia participativa igualmente protegida pela Constituição Federal de 1988.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.

No Brasil, o século XX foi palco de uma profunda mudança na concepção do direito e de sua aplicação. Do direito privatista que inaugura o século com o Código Civil de 1916 à proteção aos direitos difusos e coletivos que fecha o século com os estatutos da ação civil pública, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a proteção ao meio-ambiente, à infância e à juventude, o Estatuto do Idoso, entre outros.

O pensamento de uma conduta livre e individualizada como pressuposto do bem comum é substituído pela construção de mecanismos legais capazes de viabilizar a proteção ao coletivo, àqueles todos que muitas vezes apesar de sequer identificados, nem por isso têm menos direito a uma proteção ampla.

José Reinaldo de Lima Lopes

O Código Civil (...) era justo por excelência: dadas às regras claras de contratos, de propriedade e de família estaria assegurada a justiça social. O modelo pressupunha que cada um, atuando livremente no seu próprio interesse, levaria à felicidade geral: cada indivíduo era portador de vontade e razão, capaz de julgar o que fazer. A soma de tais

juízos levaria ao bem comum. O crescimento das desigualdades e a fraude generalizada e massificada da boa-fé, a incapacidade de conhecer todo o necessário ao julgamento correto e, principalmente, o fato de que cada indivíduo, um feixe de relações sociais que o precedem e constituem em grande parte, tornaram o modelo inaceitável e incapaz de promover o seu ideal. Daí a perda de legitimidade do regime privatista e civilista como fundamento da justiça social. (2006, p.123)

O ideal de proteção do bem comum, tão caro ao direito e à justiça, é redescoberto no Brasil com a introdução de um pensamento jurídico mais voltado para o coletivo, para a proteção de todos. A Constituição Federal de 88 é o principal impulsionador desse novo pensar, e se torna o fio condutor da hermenêutica de todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a discussão sobre políticas públicas para efetivação do bem comum, assume grande importância e ocupa o debate político e jurídico.

O debate sobre a escolha, implantação e fiscalização de políticas públicas em um Estado cuja reforma dos anos 90 tornou menor e, teoricamente, mais ágil para cumprir seu papel de fiscalizador, reinsere a discussão política no âmbito do direito, na busca por programas de ação que sejam cumpridos pelo Estado em benefício da sociedade e que possam ser fiscalizados pelos agentes sociais para garantir que sejam rigorosamente cumpridos e implementados, alcançando os objetivos.

Maria Paula Dallari Bucci afirma

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

(...)

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política. (2006, p. 241-242)

O ponto central das políticas públicas está localizado na escolha, planejamento, aplicação e fiscalização de medidas que implementem direitos sociais que garantam a proteção da dignidade da pessoa humana.

É por meio das políticas públicas que são feitas escolhas e que se constrói planejamento para implementar ações públicas, ou ações em parceria com a atividade privada, que

viabilizem direitos sociais de forma concreta levando a obtenção dos resultados esperados.

Políticas públicas são mecanismos que podem ser construídos para a proteção do consumidor de serviços públicos, sobretudo os essenciais, de modo a efetivar direitos oriundos da Constituição Federal e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e consagrados porque categoricamente explicitados no Código de Defesa do Consumidor.

Políticas públicas para a proteção do consumidor serão os programas de Estado ou de governo que viabilizem acesso a educação e saúde pública de boa qualidade, a meios de transporte coletivo em quantidade e qualidade satisfatórias, a serviços de água, luz, esgoto e, acesso a crédito popular que permita à população de baixa renda assumir compromissos financeiros que viabilizem a aquisição de moradia.

Ao mesmo tempo, políticas públicas de proteção do consumidor se consubstanciam em programas de educação para o consumo sustentável, não apenas no âmbito da proteção ao meio-ambiente e da conseqüente racionalização do consumo, como também no aspecto preventivo do superendividamento.

Tratar a proteção do consumidor em uma dimensão coletiva por meio de políticas públicas é uma estratégia que permite, igualmente, envolver atores fundamentais para a efetivação dos direitos, como o judiciário e o ministério público, que poderão ser chamados a fiscalizar e exigir o cumprimento dos programas traçados pelo Estado ou pelo governo.

Em suma, em um momento histórico de mudanças na concepção da aplicação do direito, voltado mais para a proteção dos interesses difusos e coletivos do que para os interesses particulares, a proteção do consumidor por meio de políticas públicas cumpre um significativo papel de efetivar direitos e prevenir transtornos de ordem social e privada.

4. CONCLUSÃO

Há um debate travado no mundo jurídico sobre a possibilidade de aplicação do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor para todos os serviços públicos, inclusive para aqueles fornecidos universalmente (*uti universi*). Parte dos estudiosos de direito do consumidor defende que a aplicação do artigo só cabe nos serviços prestados individualmente, e remunerados da mesma forma (*uti singuli*).

Enquanto o debate se constrói parcela expressiva da população dos grandes centros urbanos continua à míngua de acesso a educação e saúde pública de qualidade, e desprovida de condições de utilizar esses serviços na esfera privada, porque não dispõe de recursos financeiros para isso.

A judicialização do direito, fenômeno recente no país e que colocou o judiciário no centro de todas as discussões importantes para a sociedade brasileira contemporânea, é

caminho que tem sido utilizado de modo individual na obtenção de necessidades prementes de cidadãos que não vislumbram outra possibilidade. É o que ocorre de forma intensa com a busca por tratamento médico e por fornecimento de medicamentos, que avoluma o trabalho do judiciário, destrói o planejamento orçamentário de estados e municípios e produz uma regulação anômala que leva em conta os aspectos individualizados do caso que está sendo decidido.

O judiciário cumpre com dignidade seu papel de decidir em favor daqueles que necessitam de imediata proteção como cidadãos e consumidores de serviços públicos, mas não pode continuar sendo a única via de acesso para que a população efetive direitos.

Como ensina José Reinaldo Lima Lopes

A falta de meios, de conhecimento e de acesso à justiça (pela pobreza, por exemplo), pode significar que alguns provocarão no Judiciário uma jurisprudência construída a partir de pontos de vista determinados e limitados a grupos sociais que tiveram acesso à máquina judicial. Exemplo, do Sistema Financeiro da Habitação: compreendendo as relações individualizadamente, o juiz vê-se obrigado a julgar separadamente as relações entre financiadores e mutuários, e depois entre poupadores e instituições depositárias (que são as financiadoras). Não aparece no litígio o mecanismo de transferências de rendas e receitas nem a apropriação efetivada pelo sistema industrial-financeiro da construção civil. Tais questões são consideradas externas às relações contratuais e não podem ser levadas em consideração na controvérsia. (2006, p.136-137)

A institucionalização de políticas públicas para a área de proteção ao consumidor, conforme proposto nesta reflexão, teria o condão de colocar à disposição do consumidor cidadão todas as ferramentas previstas na legislação consumerista, que seriam aplicadas ao coletivo e não apenas no socorro a interesses individuais.

Ao mesmo tempo, a implantação de políticas públicas de proteção ao consumidor cumpriria o papel de socializar demandas e envolver novos atores no processo de escolha, efetivação e fiscalização. Conselhos municipais ou estaduais de consumidores de serviços públicos seriam criados como parte dessas políticas, contribuindo para efetivar a democracia participativa prevista na Constituição Federal, porém até hoje pouco realizada.

A discussão em torno da aplicação da proteção prevista no artigo 22 do CDC seria superada com a institucionalização de políticas públicas de proteção ao consumidor de serviços públicos, incluídos especificamente aqueles que são fundamentais para a construção da identidade de cidadão e de pessoa humana com direitos a serem protegidos e implementados em sua totalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS –

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas*. S.Paulo: Saraiva, 2006;
- CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e Cidadãos*. R. de Janeiro: UFRJ, 2005;
- GRINOVER, Ada Pellegrini. (et al) *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. R. de Janeiro: Forense Universitária, 2004;
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. S.Paulo: Método, 2006;
- MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Hermann. MIRAGEM Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. S. Paulo: Atlas, 2005;
- NADAL, Fabio. *A Constituição como Mito*. S.Paulo: Método, 2006;
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. S.Paulo: Saraiva, 2005;
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. S.Paulo: Saraiva, 2006;
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. S.Paulo: Malheiros, 2006.

POR UMA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL NA SOCIEDADE DE RISCO*

FOR AN APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW ON CONSUMER RIGHTS IN BRAZIL: A POSSIBLE DIALOGUE ON RISK SOCIETY

Antonia Espíndola Longoni Klee

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor. Analisa o direito internacional do meio ambiente e o direito do consumidor brasileiro na sociedade de risco, e a relação destes institutos com os princípios da precaução e da prevenção, apontando a importância de tais princípios. Aborda os riscos inerentes à sociedade de consumo, surgidos a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico. Examina os princípios da precaução e da prevenção, conceituando-os, apontando suas origens e relatando suas diferenças. Comenta a importância do princípio da precaução para a comunicação entre o direito ambiental e o direito do consumidor e a sua aplicação na teoria do risco de desenvolvimento. Expõe a responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo e as teorias que apontam o risco de desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade. Sustenta a utilização do princípio da precaução nas relações de consumo com o objetivo de proteger o consumidor dos riscos de desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO AMBIENTAL. SOCIEDADE DE RISCO. RISCO DE DESENVOLVIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO.

ABSTRACT

The present work proposes the application of the precautionary principle to consumer law. It emphasizes the importance of the precautionary principles and prevention as they relate to the seemingly irrelevant areas of international environmental law and Brazilian consumer law in a society of risk. Noting the inherent risks engendered by industrial and technological development to consumer society, this text examines the precautionary principle and prevention, conceptualizes them, underscores their origins, and relates their differences. The precautionary principle is notable because it can both

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

serve as a bridge of communication between environmental law and consumer law and apply to the theory on the risks of development. This work exhibits the civil responsibility of the supplier in consumer relations and the theories that discuss the risks of development as the cause of freedom from responsibility/failure to meet responsibility. It maintains that the utilization of the precautionary principle in consumer relations provides the consumer protection from the risks of development.

KEYWORDS: PRECAUTIONARY PRINCIPLE, CONSUMER LAW, ENVIRONMENTAL LAW, SOCIETY OF RISK, RISK OF DEVELOPMENT, CONSUMER RELATIONS

1 INTRODUÇÃO

Uma tarefa exigida de qualquer trabalho intelectual é a definição inicial do objeto de suas considerações. O presente estudo visa a analisar o princípio da precaução e a maneira como aproxima o estudo do direito ambiental internacional com o direito do consumidor brasileiro, na sociedade de risco. Para tanto, propõe-se a demonstrar que o princípio da precaução, originado no seio da disciplina de direito ambiental internacional também pode ser aplicado para a proteção da saúde e da segurança do consumidor, tendo em vista o bem maior da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição da República.

O direito atual é reprodução da cultura contemporânea, que Jayme denomina de pós-moderna, e a ligação entre direito e cultura é feita através dos quatro elementos da pós-modernidade: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos[1]. Uma das expressões da pós-modernidade é o desenvolvimento, em nível internacional e nacional, dos chamados novos direitos, entre eles as disciplinas de proteção e defesa do meio ambiente e do consumidor, que, à primeira vista, podem não se parecer, mas têm muitos aspectos comuns.

O meio ambiente é fenômeno global, próprio de um mundo sem fronteiras entre Estados[2], em que é preciso encontrar um caminho para se viver em sociedade, na qual os riscos se multiplicam e são generalizados, tais como o buraco na camada de ozônio, a poluição dos rios, o desmatamento das florestas, o derretimento das calotas polares, o plantio de sementes transgênicas, o crescimento desordenado da população, etc.

Para analisar tanto o direito do meio ambiente internacional, como o direito do consumidor brasileiro, é preciso entender o contexto histórico, social e cultural em que ambos surgiram com maior força, no cenário internacional e, posteriormente, no nosso país.

O contexto histórico, social e cultural originado pela Revolução Industrial do século XIX, pelas duas guerras mundiais e, principalmente, pelo segundo pós-guerra fez nascer o Estado Social, que “proporcionou grandes avanços em termos de proteção legislativa ao mais fraco”[3]. Assim foi com o direito do trabalho, por exemplo, e com o direito do meio ambiente e o direito do consumidor, campo de análise no presente momento.

Como resultado dos abusos cometidos a todos os direitos, inclusive fundamentais, até a primeira metade do Século XX[4], a comunidade global sentiu necessidade de se proteger contra essas violações, criando tratados internacionais e leis internas. A década de 1970 foi o despertar internacional da consciência ecológica[5], a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, em 1972. É certo que hoje não se vive em um mundo perfeito, longe de ameaças e de reais violações a direitos, mas a Ciência do Direito tem se desenvolvido no sentido de resguardar os direitos, tanto individuais, quanto coletivos.

As dificuldades de se definir o princípio da precaução podem ser comprovadas pelo fato de que, somente em 1972, quando da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, o seu conceito foi elaborado, enunciando-se seus atributos essenciais, nos termos do Princípio 15 da Declaração de Estocolmo:

Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental[6].

Outro marco do direito internacional do meio ambiente, no plano das relações intergovernamentais, foi a convocação da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a ECO/92, realizada no Rio de Janeiro, de 1º a 12 de junho de 1992, considerada a maior reunião internacional até hoje realizada pelas Nações Unidas.

No plano nacional, no que se refere ao direito do consumidor, a Constituição de 1988 aponta, em seu Preâmbulo, a igualdade e a justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, inclui a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso IV, da Constituição), o que demonstra ter sido todo o sistema jurídico voltado para a proteção da pessoa humana.

Nessa ordem de idéias, e fundado no princípio da igualdade, o legislador constituinte, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no seu art. 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A seguir, no art. 170, inciso V, da Constituição da República, o legislador incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da atividade econômica, ao lado da soberania nacional, da função social da propriedade e da livre concorrência. Ademais, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o Congresso Nacional, em cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Tais dispositivos revelam o objetivo do constituinte em implantar a Política Nacional de Consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme, destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores[7]. Por isso, pode-se afirmar que, “na

esteira da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor representa [...] um símbolo desta nova teoria dos contratos”[8].

Assim que, em março de 1991, entrou em vigor a Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que buscou inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes, como as leis gerais de Espanha, Portugal, México e Quebec, além do direito norte-americano, e que se revelou, desde a sua edição, um diploma moderno cujas normas e princípios são de ordem pública e de interesse social e, por isso, de aplicação imediata.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor decorre diretamente da Constituição da República de 1988, e tem o caráter de verdadeiro microsistema jurídico, inter e multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do Direito em que ocorrer uma relação de consumo.

O aplicador da lei, diante de duas fontes – no presente caso, as normas de direito ambiental internacional e as normas de direito do consumidor brasileiro – com valores diferentes, deve buscar coordená-las, fazendo um verdadeiro “diálogo das fontes”, segundo expressão utilizada por Jayme[9].

O presente trabalho faz um paralelo entre o direito internacional do meio ambiente e o direito do consumidor brasileiro, no que toca a seus princípios informadores, sem, no entanto, analisar os direitos do meio ambiente e do consumidor enquanto direitos difusos[10].

Benjamin afirma que, para “entender o conflito ambiental e de consumo, o acesso dos sujeitos tutelados à justiça, é de mister abandonar-se a clássica divisão entre direito público e direito privado”[11], porque “há uma crescente categoria de interesses e direitos intermediários e mistos, que, desafiando a *magna divisio*, não podem ser capitulados quer como exclusivamente públicos, quer como unicamente privados”[12].

No plano do direito ambiental, a fusão entre público e privado é mais ou menos clara, já que o Estado desempenha um papel de fundamental importância. Já no plano do direito do consumidor, a relação entre as partes é fundamentalmente negocial e privatista[13]. Mas esse ramo do direito procura publicizar certos elementos e requisitos[14], por meio da legislação constitucional e infraconstitucional.

Portanto, é certo afirmar que “a proteção do meio ambiente e do consumidor tem, nos dias de hoje, assento nas Constituições de filiação ao modelo do *Welfare State*, aparecendo como direitos verdadeiramente fundamentais ou sociais”[15]. Além disso, esses ramos do direito exigem a atuação do Estado, coibindo-lhe a omissão.

Também é correto afirmar que a globalização e a formação dos espaços econômicos integrados não podem mais ser desconsiderados[16], porque “a proteção efetiva e sem fronteiras do consumidor – e do meio ambiente – é um dos objetivos da integração econômica”[17].

Ademais, o desenvolvimento das sociedades industriais do Século XX são marcos que provocam profundas transformações não apenas na forma de organização das relações

econômicas e sociais, mas, sobretudo, sobre o desenvolvimento da ciência do direito para coibir abusos.

O desenvolvimento do direito internacional ambiental criou o princípio da precaução como instrumento para a proteção do meio ambiente, previsto em tratados internacionais que, depois de aprovados e retificados, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro. O presente trabalho defende a aplicação do princípio da precaução não apenas às relações que ocorrem no âmbito do direito internacional ambiental, mas também às relações travadas entre consumidores e fornecedores, visando a uma proteção mais efetiva do consumidor na sociedade de risco.

Posto isso, neste trabalho, pretende-se enquadrar o fenômeno da proteção internacional do meio ambiente pela aplicação do princípio da precaução e a relação que se estabelece, na sociedade de risco, com a proteção do consumidor. Para tanto, o texto foi dividido em duas partes, cada uma subdividida em duas. Na primeira parte do trabalho (ponto 2), analisa-se o direito internacional ambiental e o direito do consumidor brasileiro na sociedade de risco e a importância dos princípios da prevenção e da precaução, conceituando-os. Na segunda parte (ponto 3), examina-se a importância do princípio da precaução para o diálogo entre o direito ambiental internacional e o direito do consumidor brasileiro, sugerindo uma aplicação para o princípio da precaução na teoria do risco do desenvolvimento.

2 O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NA SOCIEDADE DE RISCO E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, para analisar tanto o direito ambiental, quanto o direito do consumidor, é preciso partir da Constituição da República, e daí examinar a legislação infraconstitucional.

O Preâmbulo da Constituição brasileira estabelece os princípios nos quais o aplicador e o intérprete da lei devem se basear, ao utilizar a Carta. As palavras empregadas pelo constituinte são: “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]”[18]. Note-se que direitos sociais e individuais, segurança, bem-estar e desenvolvimento são conceitos que não só apareceram em todo o contexto da Constituição brasileira, mas também na legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei n. 6.938/81 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – e a Lei n. 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, o artigo 1º., inciso III, da Constituição, determina que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a dignidade da pessoa humana[19], na qual se inclui o direito ao meio ambiente limpo e saudável e a proteção do consumidor.

O direito do consumidor é considerado fundamental, por constar do rol de direitos e garantias elencados no art. 5º., inciso XXXII, da Constituição da República.

Ademais, o art. 3º., inciso I, da Constituição, estabelece que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Para tanto, é preciso respeitar os direitos que os indivíduos e a coletividade têm a um meio ambiente saudável.

O art. 170 da Constituição brasileira dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais se encontram a defesa do consumidor (inciso V) e a defesa do meio ambiente (inciso VI). O legislador constituinte estabeleceu uma verdadeira compatibilidade entre a proteção do consumidor e a defesa do meio ambiente, ao mencionar as duas questões em um mesmo dispositivo legal. Veja-se que o art. 170 não está inserido no capítulo que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, mas nem por isso o direito ao meio ambiente é menos importante do que a defesa do consumidor, visto que também é necessário ao desenvolvimento econômico do país um ambiente saudável e protegido.

Diante disso, é certo afirmar que a “ordem econômica deve ter por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social”[20], considerando que a construção de uma sociedade justa também é objetivo fundamental da República Brasileira.

Por último, em termos constitucionais, o art. 225 da Carta inaugura o capítulo que trata especificamente sobre o meio ambiente, elevando a matéria ao nível constitucional, sem revogar a lei anterior, de 1981, que regulava a matéria.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º., determina que a “lei deve ser aplicada segundo o fim social a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Isso significa dizer que não só o intérprete e aplicador constitucional precisam estar atentos aos princípios estabelecidos na Carta Magna. O aplicador da legislação civil e infraconstitucional também deve estar vinculado a princípios, tais como fim social e bem comum.

O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu expressamente a criação de um Código de Defesa do Consumidor, e esse diploma legal, que entrou em vigor em 1991, “veicula normas jurídicas acolhedoras de princípios e valores da sociedade bem diferentes do individualismo que marca grandes códigos do país”[21], elaborados e aprovados numa época em que ainda vigiam os princípios do Século XIX, como o Código Comercial e o Código Civil de 1916.

É nessa esteira de interpretação que devem ser utilizadas e aplicadas as leis que estabelecem a proteção do meio ambiente e do consumidor, sempre atentando aos princípios gerais da ciência do direito, muitos deles previstos na Constituição da República e na Lei de Introdução ao Código Civil, realizando o verdadeiro “diálogo das fontes”, conforme mencionado acima.

2.1 A sociedade de risco e sua influência para o surgimento do direito internacional ambiental e do direito do consumidor brasileiro

No contexto social de emergência do capitalismo industrial, no qual o desenvolvimento tecnológico é um dos objetivos buscados, a sociedade fica exposta a uma crescente proliferação de ameaças decorrentes de diversas origens, mas, muitas vezes, de difícil estabelecimento das relações de causalidade, ou, mesmo, de difícil identificação[22].

O Século XXI já começou e com ele chegou uma época de avanço científico com o qual poucos haviam sonhado. Pairam no ar ameaças que decorrem dos novos recursos tecnológicos que deveriam ser empregados em benefício do ser humano. O desenvolvimento industrial e tecnológico torna os indivíduos não mais sujeitos, mas objetos dele. Dessa forma, são freqüentes as hipóteses de produtos colocados no mercado de consumo em relação aos quais se suspeita apresentarem elevado grau de periculosidade ou mesmo danosidade, sem se ter convicção absoluta de que não apresentam riscos à saúde e à segurança do consumidor.

Leite e Ayala assim já se manifestaram:

A proliferação de ameaças imprevisíveis, invisíveis, para as quais os instrumentos de controle falham e são incapazes de prevêê-las, é uma característica tipicamente associada a um novo modelo de organização social que se caracteriza por uma dinâmica de poder baseada nas relações estabelecidas com o fenômeno da inovação, e que encontra suas origens em uma fase do desenvolvimento da modernização, em que as transformações produzem conseqüências que expõem as instituições de controle e proteção das sociedades industriais à crítica[23].

E continuam eles:

[...] o risco é um conceito que tem sua origem na modernidade, dissociando-se de uma dimensão de justificação mítica e tradicional da realidade, relacionada com a verificação de contingências, eventos naturais e catástrofes, atribuídos a causas naturais e à intervenção divina, para se aproximar de uma dimensão que seleciona como objetos as conseqüências e os resultados de decisões humanas (justificadas, portanto, racionalmente), e que se encontram associadas ao processo civilizacional, à inovação tecnológica e ao desenvolvimento econômico gerados pela industrialização[24].

Os mesmos autores ensinam que “Os riscos na modernidade sempre pressupõem e dependem de decisões, sendo exatamente o resultado e o efeito dessas decisões nos

vários domínios em que a intervenção humana se dá sob contextos de imprevisibilidade e incalculabilidade”[25].

E complementam:

O conceito de risco é a expressão característica de sociedade que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. Reproduz essencialmente a pretensão moderna de tornar previsíveis e controláveis as conseqüências imprevisíveis das decisões, tentando submeter ao controle o que é incontrolável, propondo prever o imprevisível, e, principalmente, sujeitando os efeitos colaterais dessas decisões a arranjos institucionais adequados, compreendendo um conjunto de ações, programas e políticas institucionais compatíveis com o objetivo de gerar segurança em contextos de imprevisibilidade[26].

No âmbito do direito do consumidor, é possível afirmar que o risco é inerente à sociedade de consumo. Por isso, ao se elaborar o Código de Defesa do Consumidor, que tem caráter nitidamente preventivo[27], tratou-se de se adotar medidas para minimizar as ameaças a que estão submetidos os consumidores.

Uma dessas medidas é a garantia de segurança, imposta pelo CDC nos arts. 8º. a 17, que deve ser interpretada de acordo com o princípio geral do Código que é a proteção da confiança[28].

2.2 Por uma definição dos princípios da prevenção e da precaução

Passo, agora, a examinar os princípios da prevenção e da precaução no campo do direito ambiental, trazendo à colação as definições já elaboradas pela doutrina nacional e internacional sobre o tema.

É possível afirmar que os objetivos do direito ambiental são fundamentalmente preventivos, pois a repressão muitas vezes leva à prevenção[29]. Machado afirma que “prevenir a degradação do meio ambiente no plano nacional e internacional é concepção que passou a ser aceita no mundo jurídico especialmente nas últimas três décadas”[30].

A doutrina do direito ambiental internacional foi desenvolvida para evitar dano à vida e a dignidade da pessoa humana. Para tanto, elaborou princípios, normas e regras que têm por objetivo a proteção do meio ambiente[31]. A precaução é um desses princípios, e pode ser considerado um dos mais relevantes, ao lado do princípio da sustentabilidade[32].

É importante referir que o desenvolvimento sustentável, intimamente ligado ao princípio da precaução, abrange não somente a proteção sustentável dos recursos

ambientais, mas também a manutenção do desenvolvimento, em longo prazo, dos bens econômicos e sociais comuns[33].

Soares refere que os fatos ocorridos ao longo do Século XX motivaram a elaboração de um corpo de normas internacionais com o objetivo de estabelecer um equilíbrio no meio ambiente mundial, ameaçado pelas atividades do homem[34]. Algumas dessas normas internacionais, que fazem parte do direito internacional do meio ambiente, utilizam o princípio da precaução como uma maneira de prever a proteção antecipada do meio ambiente, procurando evitar que a ação do homem cause um dano irreparável.

No Brasil, desde 1981, conta-se com uma Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto. Um dos objetivos dessa política é a coordenação do desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente e o equilíbrio ecológico. Entre os princípios da lei está a prevenção, que passa a ter fundamento legal[35] a partir dessa legislação.

O país, além de contar com uma lei específica sobre a preservação do meio ambiente, inseriu o tema na Carta Constitucional, quando da promulgação da nova Constituição, em 1988. O art. 225 da Constituição da República brasileira define uma série de proposições que são chamadas de princípios pela doutrina, incluindo o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a prevenção e a precaução, o dever das autoridades públicas de defender o meio ambiente e preservá-lo para as futuras gerações, o dever de realizar o estudo de impacto ambiental, o dever do poluidor de reparar o dano ambiental e a precaução no gerenciamento de riscos[36].

O princípio da prevenção é aplicável quando se sabe que há riscos na ação do homem ao interferir na natureza, e eles são conhecidos. Ou seja, a prevenção está baseada no conhecimento dos riscos de dano à saúde, à segurança e ao meio ambiente.

De acordo com a Comunidade Européia, a melhor política de meio ambiente consiste em prevenir a criação de poluição na sua origem, do que subseqüentemente tentar remediar seus efeitos[37].

Ao lado de outros princípios do direito ambiental, o princípio da prevenção é tido como a própria essência do direito ambiental, para alguns autores[38]. Esse princípio atenta para que não se permita a ocorrência dos riscos que já se têm por certos. Por exemplo, aplica-se o princípio da prevenção ao se evitar a queimada de áreas florestais, porque é sabido que o fogo produz monóxido de carbono, que agride a camada de ozônio.

O princípio da prevenção traz para um grau elevado a necessidade de planificação das atividades, visando à garantia da qualidade de vida não apenas para o presente, mas abarcando a sociedade futura[39]. A prevenção pode ser considerada como um cuidado, uma preocupação capaz de conduzir a um repensar da própria necessidade de existência de determinadas atividades, envolvendo primeiramente a verificação da constitucionalidade das justificativas dos objetivos da realização de determinado empreendimento antes mesmo de se examinar a relação objetivo-risco como forma de analisar seu potencial poluidor[40].

A prevenção implica o estudo sobre os riscos, para impedir o dano, e ação baseada no conhecimento já existente. Entretanto, as conseqüências sobre decisões e ações não são

sempre totalmente sabidas de antemão; há um problema significativo quanto à ação, em face da incerteza sobre condições econômicas e científicas associadas com a proteção do meio ambiente[41].

Alguns doutrinadores utilizam precaução como sinônimo de prevenção[42]. Entretanto, filio-me à vertente que entende serem princípios com conceitos distintos e aplicações diferenciadas.

Machado afirma que, com base no princípio da precaução, os riscos podem ser minimizados, porque, “se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o ‘princípio da precaução’, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano”[43].

Aplica-se o princípio da precaução quando não se tem os riscos por certos; pode haver riscos cuja certeza não está cientificamente comprovada; nesse caso, precisa-se aplicar o princípio da precaução, porque, como diz o ditado, “*better safe than sorry*”.

Machado alerta:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. [...] tem um significado mais específico, querendo fornecer indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano científico[44].

Por isso que, durante a década de 1980, um “princípio da precaução” foi desenvolvido de maneira mais forte na política ambiental, para sugerir que certas medidas deveriam ser tomadas ou não deveriam ser tomadas nos momentos em que incertezas científicas existissem sobre a probabilidade de dano ou o grau de risco ao meio ambiente[45].

Percebe-se que a doutrina, muitas vezes, ao tentar definir o princípio da precaução, utiliza-se do verbo prevenir, causando uma enorme confusão conceitual entre os dois princípios[46]. Winter ensina que o princípio da precaução se originou na Alemanha e, posteriormente, foi adotado pela legislação da União Européia. Em nível internacional, é regra de direito costumeiro[47].

O princípio da precaução culmina por nos fornecer uma nova dimensão do bem ambiental, infundindo a idéia de que a irreparabilidade do dano deve servir de parâmetro para o planejamento de ações que dizem respeito ao meio ambiente[48].

O princípio da precaução vai além de simples ação preventiva, pois também

engloba ações positivas para prevenir danos a ecossistemas[49]. As finalidades da aplicação do princípio da precaução são evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente, quando houver incerteza científica diante da ameaça de redução ou de perda da diversidade biológica ou ameaça de danos causadores de mudança do clima[50].

Uma das primeiras referências à precaução e ao princípio da precaução ocorreu na Declaração de Londres, de 1987, elaborada pelos países do Mar do Norte no final da II Conferência sobre o Mar do Norte, em novembro de 1987[51]. Após, diversas outras convenções e tratados internacionais trouxeram previsões a respeito desse princípio.

Como se verifica, o princípio da precaução apareceu como *soft law* em numerosas convenções e leis que tratam sobre a forma como os governos compreendem tal princípio. Além disso, também foi considerado em diversos tratados internacionais, mesmo que, em tese, não tivesse vigência na prática[52].

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é a forma procedimental de como o princípio da precaução deve ser utilizado na prática[53], reconhecida desde a Declaração do Rio, de 1992. O não cumprimento do Estudo pode dar ensejo à responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente, porque é imprescindível, no caso da aplicação do princípio da precaução. Entretanto, o sucesso da implementação de EIAs requer o desenvolvimento maior de leis materiais[54].

Por isso, é possível afirmar que é preciso haver uma aplicação mais rigorosa do princípio da precaução, porque atribui ao agente o ônus da prova de que nenhum dano será causado ao meio ambiente[55]. Ou seja, da aplicação do princípio da precaução decorre a necessidade de ser inverter o ônus da prova, exigindo-se que o agente em potencial comprove, previamente, que sua ação não causará dano ao meio ambiente[56].

Também, o princípio da precaução significa que medidas de proteção ao meio ambiente devem ser tomadas antes de se saber sobre todo e qualquer dano[57]. O princípio está voltado para a prevenção de prejuízo ambiental sério ou irreversível nas situações de incerteza. Isto é:

[o princípio da precaução é aquele] segundo o qual a ausência de certeza, levando em conta os conhecimentos científicos e técnicos do momento, não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando a prevenir o risco de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente, a um custo economicamente aceitável[58].

O Princípio 15 da Declaração do Rio contém o “coração” do princípio da precaução, ao estabelecer: “Onde houver ameaça a dano sério ou irreversível, a falta de certeza científica, ou a certeza científica absoluta não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas para prevenir a degradação ambiental”.

O princípio da precaução, portanto, fornece uma base para se determinar a política, em face da incerteza sobre a necessidade de medidas preventivas. Propõe escolher a melhor estratégia com base na avaliação imparcial sobre fatos conhecidos, mediante presunções razoáveis que extrapolem o que já se sabe e, ainda, por meio de hipóteses que procuram prever o que não é conhecido, a partir de probabilidades derivadas do conhecimento que já se tem[59].

Kiss afirma que, levado ao extremo, o princípio da precaução pode acarretar a proibição de grande parte dos avanços econômicos, pois quase todos envolvem algum risco de dano ambiental. O problema em aplicar o princípio da precaução é balancear o risco ou a probabilidade do risco com os custos econômicos das medidas propostas e a probabilidade de serem efetivas essas medidas em evitar o dano; para justificar as medidas, seus custos devem ser menores do que o custo projetado do dano ambiental evitado[60].

Quanto maior o risco de irreversibilidade ou de sério dano ao meio ambiente, mais rigorosamente o princípio da precaução deve ser aplicado[61].

Outra maneira de compreender o princípio da precaução é afirmar ser ele instrumento de gestão de riscos que se utiliza de uma situação de incerteza científica que expressa uma exigência de atuar frente a um risco potencialmente grave[62]. Isso é, deve-se aplicar o princípio da precaução quando subsistem dúvidas científicas sobre a existência de riscos para a saúde humana ou sobre o alcance do risco.

São requisitos do princípio da precaução: (1) situação de incerteza do risco, risco potencial; a ausência de evidência do risco não significa ausência de risco; (2) incerteza científica; evolução, suspeitas científicas de que há riscos; (3) perspectiva de um dano grave ou irreversível, mesmo que em longo prazo; (4) proporcionalidade (as medidas a serem tomadas devem ser proporcionais ao risco e ao dano) e transparência (por parte do Governo, para não se converter em travas burocráticas e corrupção).

Winter assevera que “A precaução – entendida como o dever de tomar medidas mesmo em situações de incerteza, mas de plausibilidade de ocorrência de graves riscos – vem sendo discutida como a terceira via no Direito Internacional”[63]. E define:

Os Estados não podem depender de incerteza científica como justificativa para não-ação quando houver evidência suficiente para estabelecer a possibilidade de risco de um dano grave mesmo que ainda não haja prova do mesmo. Ao determinar como e com que profundidade devem ser aplicadas as medidas de precaução, os Estados devem levar em consideração suas capacidades, suas prioridades econômicas e sociais, o custo-eficiência de suas medidas preventivas e a natureza e o nível do risco ambiental[64].

O mesmo autor assegura, quanto à metodologia de aplicação do princípio da precaução:

Metodologicamente, o princípio dá indicadores para uma avaliação de risco. Estrategicamente, fornece exigências no caso de a decisão tender para intervenção. Em ambos os casos, o princípio incita cuidados: na avaliação de risco, incerteza científica não é justificativa para esclarecer totalmente a questão, devendo ser investigado o fato de haver pelo menos indicadores de risco, possibilidades de interpelação fornecidas por fatos conhecidos, etc. No mesmo sentido, quanto à decisão de agir, incerteza científica não deve justificar a abstenção na adoção de medidas de precaução[65].

Em outras palavras, pode-se dizer que precaução é a antítese da reparação[66]. Machado ensina que “a precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro. [...] Evita-se o dano ambiental, através da prevenção no tempo certo”[67]. E continua o estudioso de direito ambiental:

O princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. Não é fácil superar esses comportamentos, porque eles estão corroendo a sociedade contemporânea. [...] O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas se materializa na busca da segurança do meio ambiente e da continuidade da vida[68].

A partir do conceito do princípio da precaução, desenvolvido por estudiosos que pensam o direito ambiental internacional, é possível afirmar que ele pode ser aplicado no âmbito da proteção do consumidor, na medida em que ele alerta para que ações não sejam tomadas, quando não se tem a noção do risco que ensejam.

Para tanto, na segunda parte do trabalho (ponto 3), analisa-se a teoria do risco do desenvolvimento no âmbito do direito do consumidor brasileiro e defende-se a aplicação do princípio da precaução, quando ainda não se tem certeza de que o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço cause riscos irreversíveis ao consumidor.

3 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PARA O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO: A TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO

O contrato regido pela autonomia de vontade, tal como concebido pela teoria clássica, transformou-se em instrumento de coação dos mais fortes economicamente sobre os mais fracos; essa situação acentuou-se pelas relações de consumo em massa, mediante os contratos de adesão e as condições gerais contratuais. Também, as transformações

ocorridas nas relações obrigacionais, desde o Século XIX, refletiram nas relações de consumo, especialmente nos direitos de informação e de segurança que amparam o consumidor e nos deveres de assistência pós-venda que cabem ao fornecedor[69].

O direito reagiu a essa desigualdade, exigindo uma conduta ética dos contratantes, os quais devem agir de boa-fé durante todas as fases da celebração do contrato, inclusive as fases pré e pós-contratuais[70]. Wilhelmsson[71] analisa as alterações ocorridas no conceito de contrato, baseadas em princípios de proteção de determinados grupos de sujeitos jurídicos que devem receber tratamento diferenciado, como é o caso dos consumidores. Assim, o princípio da autonomia da vontade foi paulatinamente substituído pelo princípio da solidariedade, no campo da proteção dos consumidores.

Ao proteger o sujeito hipossuficiente (no caso em tela, o consumidor), o direito social rompe com o dogma da igualdade de todos perante a lei e passa a ser um direito das desigualdades, na medida em que forma um Direito com responsabilidades diferenciadas[72].

Os desafios do novo milênio exigem um direito do consumidor cada vez mais desenvolvido e atento[73], haja vista a evolução atual da ciência (por exemplo, os estudos sobre o genoma humano – genética – e os alimentos transgênicos, ou geneticamente modificados), que tende a fragilizar ainda mais o consumidor, em face da rápida globalização, do desenvolvimento das novas tecnologias e da grande circulação de informação, esta última possibilitada pela existência dos computadores e da Internet.

Poderiam ser consideradas duas hipóteses para fundamentar a responsabilidade extracontratual do fornecedor pelo fato do produto: a hipótese tradicional da teoria subjetiva da responsabilidade civil, baseada na culpa; e a hipótese das teorias objetivas, surgidas da necessidade de socialização dos danos e dos riscos da sociedade massificada de consumo[74].

Seguindo as teorias objetivas, poderíamos justificar a responsabilidade do fornecedor no risco puro de sua atividade e na idéia de divisão dos riscos e dos custos na sociedade industrializada[75]. O fundamento da responsabilidade seria o risco criado pela introdução no mercado de um produto destinado ao consumo. Entretanto, esta responsabilidade por risco é mais aceita para as atividades ditas perigosas e não para todas as atividades.

Por isso, a doutrina[76] desenvolveu-se no sentido de uma terceira hipótese de responsabilidade civil, fundamentada em deveres de proteção da integridade alheia, impondo um modo de agir que evite prejuízos ao parceiro na relação. A idéia chave é a da solidariedade que deve permear o contato social[77], toda vez que ele se intensifica, indo além da relação eventual. Então, a responsabilidade civil originar-se-ia da violação de um comportamento exigível na relação concreta. A fonte dessa responsabilidade civil seria uma terceira, autônoma em relação ao contrato e ao delito.

A atividade industrial é socialmente útil para o desenvolvimento econômico[78]; por isso, o fundamento da responsabilidade do fabricante está no defeito dos produtos colocados à disposição no mercado de consumo. Partindo-se do pressuposto de que é impossível uma produção isenta de defeitos, porque o ser humano é falível, o risco

assumido pelo produtor é a eventualidade do defeito, ainda que este independa de sua vontade.

Portanto, é possível dizer que a responsabilidade do fornecedor funda-se no risco da existência de um defeito, que constitui uma ameaça geral. O dano nem sempre se materializa; havendo defeito sem dano, o bem jurídico que se procura proteger é a segurança dos consumidores[79]. Assim, o produto deve ser retirado do mercado, como uma forma de prevenção. Se houver dano, e este for originado de um defeito, aquele deve ser indenizado. Esse é o caso da aplicação do princípio da prevenção ao direito do consumidor brasileiro. Agora, quando a ciência ainda não consegue valorar o risco, deve haver precaução.

Estamos diante da necessidade de estabelecer a correlação entre o princípio da precaução, desenvolvido no seio do direito internacional ambiental, e o direito do consumidor brasileiro, consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Já se afirmou que:

[...] o CDC tem o papel de, além de regular as relações de consumo – sofrendo influências constitucionais, legais e de outros princípios, fatos e valores sociais –, ser texto legal que orienta no adensamento de regras e princípios constitucionalmente previstos, bem como traz informação legítima dos novos princípios e anseios sociais[80].

Para se defender a aplicação do princípio da precaução ao direito do consumidor brasileiro, é necessário abordar a teoria do risco do desenvolvimento, que não foi explicitamente adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas que é conhecida pela doutrina, pela influência que o direito internacional possui sobre o direito brasileiro.

3.1 A teoria do risco do desenvolvimento

A Diretiva Européia n. 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985 – relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros da União Européia em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos – recebeu influência do sistema norte-americano, com relação à responsabilidade nas relações de consumo. O direito do consumidor brasileiro, por sua vez, foi influenciado pela Diretiva[81].

O Código de Defesa do Consumidor inovou na responsabilidade aplicada às relações de consumo, entre outros aspectos, estabelecendo a *responsabilidade não-culposa*, também chamada de *responsabilidade objetiva mitigada não-culposa*[82]. Isso é resultado da

influência da Diretiva no CDC, mas também da influência do sistema norte-americano na própria Diretiva e, indiretamente, no CDC[83]. O fundamento da introdução da responsabilidade objetiva no CDC é o mesmo fundamento do sistema da Diretiva Européia[84].

Além disso, o acréscimo das relações que envolvem em um dos pólos da relação contratual o consumidor aumentou a possibilidade de comportamentos lesivos, o que fez com que a responsabilidade, mais especificamente a decorrente de produtos defeituosos, alcançasse maior generalização[85]-[86].

No Brasil, atualmente, a proteção do consumidor é feita através de um conjunto de regras jurídicas[87] de ordem pública e interesse social[88], de acordo com o art. 1º. do CDC[89], que compõem um sistema interdisciplinar, positivado no Código de Defesa do Consumidor.

Sabe-se que, em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo Direito deve ser o efetivo e rápido ressarcimento das vítimas[90]. Primeiramente, poder-se-ia afirmar que, em se tratando de responsabilidade, a fonte não seria o contrato, mas o delito. Isso significa dizer que o fornecedor de um produto ou serviço responde pela adequação do produto ou do serviço a sua finalidade específica, devendo assegurar as suas qualidades[91] intrínsecas e preservar, em condições normais de uso, a integridade do consumidor[92].

O regime da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor fundamenta-se na existência do defeito no produto, que seria, de acordo com Marques, uma terceira via de responsabilidade, autônoma do contrato e do delito[93].

O direito do consumidor brasileiro sofreu forte influência do direito europeu, mais especificamente da Diretiva Européia n. 85/374/CEE, no que toca à responsabilidade pelo fato do produto, bem como dos precedentes julgados no direito norte-americano.

A Diretiva Européia contribuiu dando maior relevância à idéia de defeito do produto. De acordo com ela e, posteriormente, com o CDC, não basta colocar o produto no mercado, é necessária a existência do defeito[94], para o fornecedor ser responsabilizado. A Diretiva impõe o ônus da prova do defeito ao consumidor, enquanto o CDC, considerando a dificuldade da prova para o consumidor, inverte o ônus e impõe ao agente a prova de que o defeito não ocorreu – art. 12, §3º., combinado com o art. 6º., inciso VIII, ambos do CDC.

Para se entender por que o risco do desenvolvimento não acarreta a responsabilidade do fornecedor, sob toda e qualquer hipótese, é preciso entender o cerne da questão: se a inexistência do defeito exclui a responsabilidade, seu fundamento não pode ser somente o risco da atividade de colocar o produto no mercado[95].

Se, ao contrário, considerarmos que a colocação do produto no mercado por si só acarreta responsabilidade, na existência de um dano causado por um produto sem defeito, não é o dano indenizável. Para tanto, criou-se o instituto do *recall*[96] para que os fornecedores se exonerem da responsabilidade.

O *recall* vem sendo amplamente utilizado pelas empresas, em especial pelas do ramo automobilístico. A título ilustrativo citam-se aqui as ementas dos dois casos sobre *recall* julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS)[97]:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – RECALL DE VEÍCULO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MOMENTO – O dano moral não é devido apenas pela possibilidade legal de seu reconhecimento – inexistência de prova pertinente na espécie, mesmo em relação aos danos materiais – inversão do ônus da prova é questão a ser proposta e decidida antes de iniciar a fase probatória – indevida sua aplicação em grau recursal – negaram provimento ao apelo – unânime. Apelação Cível n. 70005283098, 10ª Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgada em 28/08/2003.

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONVOCAÇÃO PARA TROCA DE EQUIPAMENTOS ATRAVÉS DE RECALL. IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANO HIPOTÉTICO OU POTENCIAL. Não há que se falar em dano moral ou material em decorrência de convocação da autora para troca de equipamentos em seu veículo através de RECALL pela simples preocupação advinda com a ciência do defeito ou pelo não abatimento do valor do carro no momento da compra. Não existe reparação de dano hipotético ou potencial. Além do mais, não há que se falar em danos materiais se o preço de venda do veículo foi superior ao preço de compra. Não é qualquer dissabor, ou qualquer incômodo, que dá ensejo à indenização por abalo moral. É preciso se ter em conta, sempre, que não se pode estimular a proliferação da chamada “indústria do dano moral”. Apelo improvido. Apelação Cível n. 70004786117, 5ª Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Des. Mareska de Moura de Oliveira, julgada em 25/09/2003.

Segundo Marques[98], “o dever legal instituído pelo CDC seria, então, de só introduzir no mercado produtos livres de defeitos”. Assim, não basta a atividade de risco de introduzir o produto no mercado e lucrar com isto, é preciso haver uma falha no produto, uma falta de segurança que do produto se espera. A responsabilidade civil se funda no risco de que o produto tenha defeito e cause dano a alguém. É imputado ao fornecedor o risco, mas não em sentido integral e absoluto, pois deve haver um defeito[99].

O risco socialmente suportável é limitado ao que é inerente à utilização normal do produto, sendo alocado ao fabricante o perigo agregado por imperfeição do processo industrial[100].

A maior inovação trazida pela Diretiva foi a norma do artigo 4 - consagração da responsabilidade objetiva – que influenciou diretamente o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Considera-se que tal responsabilidade é o único meio de resolver de modo adequado o problema de uma justa atribuição dos riscos inerentes à

produção técnica moderna, característica dessa época de crescente tecnicidade, conforme o Considerando n. 2 da Diretiva[101].

Encontra-se presente, no artigo 6(1) da Diretiva, a definição de produto defeituoso: “quando ele não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar”. Essa definição é bastante semelhante à constante do art. 12 do CDC. Ademais, o art. 12, §1º., incisos I, II e III, do CDC, são muito semelhantes ao às alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 6 da Diretiva[102]. O artigo 6(2) foi reproduzido pelo art. 12, §2º. do CDC: “um produto não será considerado defeituoso pelo simples fato de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado”.

O rol de excludentes de responsabilidade, constante do art. 7 da Diretiva, é mais amplo que o do CDC, art. 12, §3º. A Diretiva considera não ser o produtor responsável se pode ponderar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente[103]. Ou seja, parece que, caso o defeito apareça (seja descoberto, devido aos avanços científico e tecnológico) posteriormente, o produtor não será responsável. Neste caso é que penso ser aplicável o princípio da precaução. Ou seja, o fornecedor não deve colocar em circulação um produto sobre o qual ele não tem certeza científica nem conhecimento técnico de todos os riscos que ele pode causar à saúde e à segurança do consumidor.

De acordo com o art. 7, “e” da Diretiva, o risco do desenvolvimento exclui a responsabilidade, se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitiu detectar a existência do defeito[104]. Agora, se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto no mercado deixa dúvidas quanto à existência de riscos à saúde e à segurança do consumidor, pela aplicação do princípio da precaução, o produto não deve ser fornecido.

É possível afirmar que o CDC é bastante parecido com a Diretiva Européia n. 85/374/CEE, porque: a) adota a responsabilidade objetiva; para tanto, positivou o princípio da boa-fé como norma de conduta e os seus deveres anexos (inclusive o de informação e o de confiança); e b) os custos referentes ao ressarcimento da vítima devem ser pagos por quem fabricou o produto, o mesmo que deve garantir a qualidade e a segurança do que produziu, e também o risco de produzir um produto defeituoso deve recair sobre o fornecedor, que para tanto inclui no preço do produto o valor do seguro[105].

Souza[106] considera que os riscos do desenvolvimento excluem a responsabilidade do fornecedor, mesmo que não previsto no art. 12, §3º., do CDC. Para ele, é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deva saber resultarem perigos, porque o grau de conhecimento à época da introdução do produto no mercado de consumo não permitia tal conhecimento. Nesse caso, aplicando-se o princípio da precaução, com vistas à integridade física do consumidor, o produto não seria posto em circulação; se fosse, responsabilizar-se-ia o fornecedor.

Marques também entende que no CDC não há responsabilidade do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento[107]. Isto significa afirmar que o fornecedor não é responsabilizado, se não tinha conhecimento do risco que ele poderia causar. Em outras palavras, o fornecedor não é responsabilizado, no caso de risco de desenvolvimento,

mesmo que a exclusão da responsabilidade do fornecedor não esteja prevista no art. 12, §3º. do CDC.

Casado[108] adotou posição contrária, dizendo que a teoria do risco do desenvolvimento não foi recepcionada pelo Brasil, fazendo uma interpretação sistemática do CDC em conjunto com a Constituição da República. Ou seja, para ele, há responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, com o que concordo, pois defendo a aplicação do princípio da precaução ao direito do consumidor brasileiro.

Para Rocha[109], o risco do desenvolvimento não pode ser aceito como causa de exclusão da responsabilidade, porque não está previsto no art. 12, §3º., CDC. De acordo com este autor, há responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento e o fornecedor é responsável pelo dano que ele causou, pois ele assumiu os riscos, uma vez que colocou o produto em circulação sem ter certeza de que o produto era absolutamente seguro.

Denari[110], do mesmo modo, entende que o CDC não adotou a teoria do risco do desenvolvimento. Segundo ele, não se pode colocar no mercado um produto, senão após exaustivos testes, devendo o fornecedor reparar os danos causados por seu produto. Sanseverino também adota o pensamento segundo o qual os riscos do desenvolvimento não são excludentes da responsabilidade do fornecedor pelo produto. Entretanto, reconhece que o CDC não é explícito quanto a esta posição, deixando margem para o entendimento contrário[111].

A Diretiva Européia n. 85/374/CEE culminou por expressamente contemplar os riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor. Essa excludente incide, se o fornecedor comprovar que o estado de conhecimento científico e técnico, no momento em que o produto foi colocado em circulação, não permitia, de nenhuma forma, a constatação da existência do defeito[112]. Ficou reservado a cada Estado-membro o direito de revogar essa eximente de responsabilidade.

3.2 A aplicabilidade do princípio da precaução no direito do consumidor brasileiro: primeiras reflexões

Conforme já afirmou Benjamin[113], a questão da proteção do consumidor nos países ricos e nos países em desenvolvimento é, ao mesmo tempo e paradoxalmente, semelhante e diferente. Os países em desenvolvimento sofrem, simultaneamente, de todos os males característicos das economias desenvolvidas, somados àqueles que lhes são específicos.

Isto faz com que problemas comuns – como a segurança dos produtos – sejam enfrentados por meio de diferentes modelos de proteção do consumidor. Com relação aos riscos de desenvolvimento, segurança dos produtos e responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, percebe-se que o Brasil, enquanto economia em desenvolvimento, sofreu uma grande influência do direito norte-americano, somada à influência exercida pela União Européia, conforme mencionado acima.

A proteção do consumidor, *antes um tema eminentemente paroquial*[114], atingiu uma dimensão internacional impressionante, devido ao fenômeno da globalização, ou mundialização[115].

A influência do ordenamento jurídico norte-americano se deu por meio dos precedentes, julgados pelas cortes do país e que ficaram conhecidos no mundo todo, dada a relevância e o impacto social que causaram, modificando não só o pensamento jurídico norte-americano sobre o assunto, mas também o pensamento da comunidade global.

Especialmente para as empresas transnacionais, o mundo se transformou numa grande e única “casa”[116]. As multinacionais não têm, como regra, interesse, tempo, incentivos ou recursos para planejarem suas estratégias de venda calcadas em bases locais. Então, consumidores, dos mais diferentes países e culturas, enfrentam os mesmos problemas. Por isso, a proteção desses sujeitos está presente, atualmente, sob as mais diversas formas, na grande maioria dos países, erigida em sistemas jurídicos distintos[117].

É preciso postular que no direito do consumidor, enquanto direito social, há algo comum a ser distribuído. Nesse ramo do direito, o que há de comum a ser distribuído são as conseqüências dos ônus e dos benefícios do consumo[118]. E o caso mais exemplar de todos está no âmbito da responsabilidade civil por acidente do consumo, conforme Lopes[119].

De acordo com Pasqualotto[120], “a responsabilidade civil do fabricante é tema de permanente atualidade e que ganha importância à medida que a evolução industrial cria novas tecnologias”, desafiando o Direito a criar soluções jurídicas, levando em consideração a mudança dos fatos.

O assunto da responsabilidade civil pelo fato do produto foi bastante estudado na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, tendo-se em vista os avanços históricos ocorridos nesses países[121]. Por isso, o assunto do risco do desenvolvimento foi estudado, primeiramente, pelos juristas desses países. Ao Brasil chegaram os resultados desses estudos, do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Nas últimas duas décadas, surgiram dois diplomas normativos que deram corpo aos avanços jurídicos no campo da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. São eles a Diretiva Européia n. 85/374/CEE e o Código de Proteção do Consumidor, inspirado na Diretiva no que toca ao assunto.

Também, é importante, com relação à responsabilidade do fornecedor, o dever de informar, advindo da expectativa de segurança gerada no consumidor, ao ser disponibilizado um produto no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 1991, em plena vigência do Código Civil Brasileiro de 1916. O CDC foi elaborado para incidir em todas as relações de consumo estabelecidas entre consumidores e fornecedores, conceitos estes trazidos pelo Código, em seus arts. 2º. e 3º. Por isso, o CDC é tido como lei específica, uma vez que abrange apenas um ramo do ordenamento jurídico, o direito do consumidor[122], como um todo em forma de código de inspiração constitucional[123].

Desde janeiro de 2003, o Brasil conta com um novo Código Civil, que tramitou no Congresso durante muitos anos. A partir de então, surgiu a dúvida sobre o que ocorreria com o CDC, lei anterior, após a entrada em vigor do novo Código Civil, lei posterior. A experiência, explicitada pela doutrina[124], mostrou que é necessário aplicar conjuntamente ambos os diplomas legislativos, sempre visando à proteção efetiva do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil Brasileiro possuem campos de aplicação diferenciados; enquanto o primeiro incide nas relações de consumo, o segundo regula as demais relações civis, que não envolvam consumidores. É possível coordenar[125] a aplicação desses dois ordenamentos jurídicos: um, enquanto microsistema; outro, enquanto macrosistema. Empregando a expressão utilizada por Jayme, Marques ensina que deve haver um verdadeiro “diálogo das fontes”, que permita a aplicação simultânea, conjunta, coerente e coordenada das diversas fontes legislativas convergentes, como de fato o são o CDC e o novo Código Civil.

O CDC é um código, um microsistema aplicável apenas para os sujeitos vulneráveis, definidos como tais os consumidores. O Código Civil é um código geral, um macrosistema que regula as relações estabelecidas entre iguais, sejam estes sujeitos civis ou empresários.

O CDC é lei anterior ao novo Código Civil, especial, de ordem pública e hierarquicamente constitucional, de acordo com o mandamento expresso contido no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ademais, a proteção do consumidor está incluída no rol dos direitos fundamentais, art. 5º., XXXII da Constituição da República.

Conforme Pasqualotto[126], o Código de Defesa do Consumidor é a lei especial das relações de consumo. O que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, em que um fator estrutural de desequilíbrio entre os contratantes exige proteção à parte mais fraca. O desequilíbrio estrutural decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização dos consumidores individuais, que procuram atender suas necessidades com os bens e serviços oferecidos na sociedade de consumo.

Assim como é possível o “diálogo das fontes” no âmbito do direito civil, é possível estabelecer esse diálogo, visando à maior proteção do consumidor, entre o direito do consumidor e o direito internacional ambiental, por meio da aplicação do princípio da precaução na proteção dos consumidores.

Para o direito ambiental internacional, tratar apenas da prevenção é pouco. É preciso atentar para a precaução, quando a ciência e a técnica não conseguem mais valorar o risco, deve haver precaução. Em face dessa incerteza científica, a relação de causalidade é presumida, com o objetivo de se evitar a concretização do dano. Por isso, Machado afirma que “uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor (do dano) potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao meio ambiente”[127]. Essa inversão do ônus da prova se dá em proveito da preservação do meio ambiente. Aqui se encontra mais um ponto de contato entre o direito ambiental internacional e o direito do consumidor brasileiro, porque, neste último, a inversão do ônus da prova se dá, também, em proveito do consumidor.

Assim como é aplicável o princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, também o é para a proteção do consumidor.

A questão dos organismos geneticamente modificados (OGMs) vem sendo tratada no campo do direito do consumidor, com base no princípio da segurança e no dever de informação do fornecedor com relação ao consumidor, segundo a teoria da responsabilidade civil clássica – se há dano, este deve ser indenizado. Entretanto, deve-se modificar a maneira de pensar os OGMs.

O desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e intelectual ainda não se desenvolveu o suficiente para comprovar todos os riscos que a ingestão de alimentos que se originaram de sementes geneticamente modificadas podem significar ao consumidor. Por isso, não basta proteger o consumidor dos OGMs apenas com base no dever de informar. É preciso, nesse caso, aplicar o princípio da precaução, pois ainda não se tem certeza dos riscos que os organismos geneticamente modificados representam para os consumidores[128]. E este princípio deve ser aplicado em conjunto com o princípio da transparência, e o dever de informação, consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, inciso III.

A possibilidade e a necessidade de aplicação do princípio da precaução ao direito do consumidor brasileiro não se esgota na questão dos organismos geneticamente modificados. É possível pensar-se em precaução com relação a outros produtos, como os inúmeros medicamentos introduzidos nos últimos tempos no mercado e que têm sido fontes de freqüentes preocupações para os consumidores, eis que se teme que as indústrias farmacêuticas estejam negligenciando os testes de controle prévios ao lançamento de produtos dessa natureza.

4 CONCLUSÃO

O direito atual é reprodução da cultura contemporânea, pós-moderna, e a ligação entre direito e cultura é feita através dos quatro elementos da pós-modernidade: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos. Uma das expressões da pós-modernidade é o desenvolvimento, em nível internacional e nacional, dos chamados novos direitos, entre eles as disciplinas de proteção e defesa do meio ambiente e do consumidor, que, à primeira vista, podem não se parecer, mas têm muitos aspectos comuns.

O meio ambiente é fenômeno global, próprio de um mundo sem fronteiras entre Estados, em que é preciso encontrar um caminho para se viver em sociedade, na qual os riscos se multiplicam e são generalizados.

O contexto histórico, social e cultural originado pela Revolução Industrial do século XIX, pelas duas guerras mundiais e, principalmente, pelo segundo pós-guerra fez nascer o Estado Social, que proporcionou grandes avanços em termos de proteção legislativa ao mais fraco.

O aplicador da lei, diante de duas fontes – no presente caso, as normas de direito ambiental internacional e as normas de direito do consumidor brasileiro – com valores diferentes, deve buscar coordená-las, fazendo um verdadeiro “diálogo das fontes”, através do princípio da precaução, que se originou no direito ambiental internacional e que pode ser utilizado para a proteção mais efetiva dos consumidores no caso, por exemplo, dos organismos geneticamente modificados.

O desenvolvimento do direito internacional ambiental criou o princípio da precaução como instrumento para a proteção do meio ambiente, previsto em tratados internacionais que, depois de aprovados e retificados, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro. O presente trabalho defende a aplicação do princípio da precaução não apenas às relações que ocorrem no âmbito do direito internacional ambiental, mas também às relações travadas entre consumidores e fornecedores, visando a uma proteção mais efetiva do consumidor na sociedade de risco.

Os desenvolvimentos científico, tecnológico, urbano e humano devem estar de acordo com a preservação ambiental, tendo-se em vista as futuras gerações. Nas palavras de Marchesan:

É inadmissível que a preocupação com a preservação do meio ambiente no espaço urbano seja vista como antagonista do planejamento urbano, pois esse só existe e só tem razão de ser quando voltado ao bem-estar das pessoas, para as quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício do direito à vida[129].

O Código de Defesa do Consumidor é pensado segundo o princípio da prevenção de danos ao consumidor, no que toca à sua saúde e segurança, mas é possível modificar o ponto de vista sob o qual se interpreta a proteção do consumidor no Brasil, trazendo a experiência do direito internacional ambiental com relação ao princípio da precaução. Se é possível almejar a defesa do meio ambiente com base na precaução, também é possível proteger o consumidor com base no mesmo princípio.

E concluo com o seguinte pensamento, que pode muito bem ser utilizado no contexto, que é o seguinte: “O importante é que se fixe e reafirme a possibilidade, ou melhor, a necessidade de tais princípios e conceitos estarem delineando normas jurídicas reguladoras de outros tipos de relações jurídicas[130]”.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-151.

_____. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 200-219, out./dez. 1993.

_____. et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALAIS-ALOY, Jean. Le risque de développement: une exonération contestable. *Mélanges Michel Cabrillac*. Paris: Dalloz-Litec, 1999. p. 81-90.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor: justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 157-188, jul./set. 2000.

D'AZEVEDO, Ana Rispoli; MARQUES, Claudia Lima. As campanhas de "recall" e a responsabilidade civil do fornecedor. *Livro de Resumos do XIV Salão de Iniciação Científica da UFRGS 2002*. Porto Alegre: UFRGS, 2002. p. 734.

DENARI, Zelmo. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 171-250.

FREESTONE, David. The precautionary principle. In: CHURCHILL, Robin; FREESTONE, David (Coord.). *International law and global climate changes*. London: Graham & Trotman; Dordrecht: M. Nijhoff, 1991. p. 21-39.

GARCIA, Wander. Código Brasileiro do Consumidor e sua influência além das relações de consumo. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 1693-1701, jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Visão geral do Código. In: _____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 6-11.

JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 213-257.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *A responsabilidade civil e a questão dos transgênicos: o princípio da precaução*. Palestra proferida na Escola Superior de Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 30 out. 2003.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

LECEY, Eládio; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima. A sociedade de serviços e a proteção do consumidor no mercado global. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 1, p. 7-10, mar. 1998. Edição especial.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 140-150, jan./mar. 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. [Resenha]. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 244-246, set./dez. 1992. Resenha da obra: WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257/2001. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 299-306, jan./mar. 2002.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. In: *CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL*, 27., 2000, Rio de Janeiro. *XXVII Curso de Derecho Internacional*. Washington: OEA, 2001. p. 657-779.

_____. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 277-294, jul./set. 1991.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

_____. Motivações para o Doutor Honoris Causa/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-28, mar. 2003.

_____. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial de acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 629, p. 72-92, mar. 1988.

_____. Qual o futuro do direito do consumidor? União Européia legisla em 1998 e projeta importantes mudanças para a proteção dos consumidores em 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 225-234, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil *versus* o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. In: ANDRADE, André (Org.). *A constitucionalização do direito: a Constituição como lócus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 73-94.

_____. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 34-60, abr./jun. 1993.

_____. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002.

_____. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 49-85, abr./jun. 2002.

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. A conexão entre princípios do direito ambiental e o CDC. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 7-19, maio 2005.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A técnica do “recall” e a responsabilidade do fornecedor. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 4, p. 83-78, 2. quinz. fev. 2001.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 35-49, jan./mar. 1993.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 130-163, jan./mar. 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHEIBE, Virgínia. O direito ambiental no MERCOSUL. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 745-785.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TINKER, Catherine. State responsibility and the precautionary principle. In: FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 53-71.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 155-178, abr./jun. 2003.

WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-150.

[1] JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 60-61, mar. 2003. Para uma detalhada explicação do que representam os quatro elementos da pós-modernidade, veja MARQUES, Claudia Lima. Motivações para o Doutor Honoris Causa/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-28, mar. 2003.

[2] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

[3] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 79.

[4] O exemplo mais significativo que se tem de violação dos direitos humanos na primeira metade do Século XX são os fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, na Europa.

[5] Soares afirma que “(...) seria inútil buscar em épocas anteriores à segunda metade do século XX qualquer manifestação do fenômeno da regulamentação internacional global do meio ambiente, dado o fato de que a deteriorização deste, no âmbito das relações internacionais, somente a partir de 1960, passou a constar das preocupações dos Estados, isoladamente, e, em momentos posteriores, reunidos em grandes

organizações intergovernamentais. Quanto a estas, pode-se verificar que a deteriorização do meio ambiente global e a necessidade de uma tomada de posição por parte da organização cimeira das relações internacionais na atualidade, a ONU, levaria à reunião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo, fato que selou o definitivo ‘nascimento do Direito Internacional do Meio Ambiente’”. SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24-25.

[6] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 591.

[7] OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil *versus* o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. In: ANDRADE, André (Org.). *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 297.

[8] MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 181.

[9] JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63, mar. 2003. Veja, também, PINTO, Bibiana Graeff Chagas. A conexão entre princípios do direito ambiental e o CDC. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito: PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 7-19, maio 2005, no qual o presente trabalho se inspirou. Veja, também, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 584 e seguintes. Além disso, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62-63.

[10] Essa análise já foi realizada por Benjamin em BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 97-100.

[11] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 104.

[12] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei*

n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 104.

[13] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 105.

[14] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 105.

[15] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 106.

[16] Por exemplo, hoje não se pode desconsiderar a existência da União Européia e o fato de que a ação de um país no campo do direito ambiental ou do direito do consumidor tem reflexos nos demais países da comunidade.

[17] LECEY, Eládio; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima. A sociedade de serviços e a proteção do consumidor no mercado global. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 1, p. 7, mar. 1998. Edição especial.

[18] Fragmento retirado do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988.

[19] Sobre o tema, veja MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 111, jul./set. 2002.

[20] GARCIA, Wander. Código Brasileiro do Consumidor e sua influência além das relações de consumo. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 1694, jun. 2002.

[21] GARCIA, Wander. Código Brasileiro do Consumidor e sua influência além das relações de consumo. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 1694, jun. 2002.

[22] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 11.

[23] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 11.

[24] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 12.

[25] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 14.

[26] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 14.

[27] SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 151, jan./mar. 2004.

[28] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1199.

[29] TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 156, abr./jun. 2003.

[30] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55.

[31] O presente trabalho não tem por objetivo abordar as diferenças entre princípio, norma e regra. Aqui, “princípio” é utilizado como fundamento do direito. O princípio da precaução, aqui tratado, tem apoio em declarações internacionais, e, portanto, pode ser considerado como fonte de direito internacional. Para um estudo aprofundado das diferenças conceituais e práticas entre princípio, norma e regra, veja ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Veja, também, WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-150.

[32] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120. O jurista assevera: “Com relação ao conteúdo conceitual, o princípio da sustentabilidade é mais dinâmico que o da prevenção de danos e o da precaução, pois permite a destruição de bens ambientais, se tal destruição for também compatível com a renovação a longo prazo dos recursos – isto é, se houver possibilidade de reflorestamento. Os princípios que evitam danos e o da precaução procuram, ao contrário, identificar as fronteiras estáticas exatas entre os processos técnicos e ‘ambientais’ e determinar com argúcia os limites de tolerância”. WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da

Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 146-147.

[33] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 148.

[34] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35.

[35] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55.

[36] Winter explica que, embora o princípio da precaução não esteja explícito no texto da Constituição brasileira, a jurisprudência assim o presume. WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123. Veja, também, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 68.

[37] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 39.

[38] TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 170, abr./jun. 2003.

[39] TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 171, abr./jun. 2003.

[40] TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 171, abr./jun. 2003.

[41] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 40.

[42] Ao mencionar o princípio da precaução, Soares declara que: “*Este Princípio é igualmente denominado ‘princípio da prevenção’: em inglês, precautionary principle. Há parte da doutrina que insiste em que haveria, na verdade, dois princípios distintos,*

da 'prevenção'(efeitos imprevisíveis e da 'precaução' (efeitos previsíveis). De parte deste autor, do ponto de vista jurídico, não se vêem razões para tais refinamentos conceituais!". SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 591. Scheibe é da mesma opinião de Soares. Veja SCHEIBE, Virgínia. O direito ambiental no MERCOSUL. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 758.

[43] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56.

[44] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56 e 59.

[45] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 40.

[46] Machado esclarece que "Precaução é 'cautela antecipada', do Latim precautiononis". MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 57.

[47] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

[48] TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 171, abr./jun. 2003.

[49] FREESTONE, David. The precautionary principle. In: CHURCHILL, Robin; FREESTONE, David (Coord.). *International law and global climate changes*. London: Graham & Trotman; Dordrecht: M. Nijhoff, 1991. p. 22.

[50] Essas informações são retiradas da análise feita de convenções internacionais, especificamente, a Convenção da Diversidade Biológica (assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto-Legislativo 2, de 3 de fevereiro de 1994, em vigor no Brasil desde 29 de maio de 1994) e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto-Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994, em vigor no Brasil desde 29 de maio de 1994). MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

[51] FREESTONE, David. The precautionary principle. In: CHURCHILL, Robin; FREESTONE, David (Coord.). *International law and global climate changes*. London: Graham & Trotman; Dordrecht: M. Nijhoff, 1991 p. 23.

[52] TINKER, Catherine. State Responsibility and the precautionary principle. In: FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 53.

[53] Machado afirma que “o *Estudo de Impacto Ambiental insere na metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticando o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o exame da oportunidade do emprego dos meios de prevenção*”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70 e 71-72.

[54] TINKER, Catherine. State responsibility and the precautionary principle. In: FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 71.

[55] FREESTONE, David. The precautionary principle. In: CHURCHILL, Robin; FREESTONE, David (Coord.). *International law and global climate changes*. London: Graham & Trotman; Dordrecht: M. Nijhoff, 1991. p. 25.

[56] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 40. Esse é o caso, por exemplo, do plantio das sementes de soja geneticamente modificadas no Brasil.

[57] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 40.

[58] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 62.

[59] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 42.

[60] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 42.

[61] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah; *Manual of European environmental law*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 42.

[62] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *A responsabilidade civil e a questão dos transgênicos: o princípio da precaução*. Palestra proferida na Escola Superior de Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 30 out. 2003.

[63] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 121.

[64] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 135.

[65] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 143-144.

[66] WINTER, Gerd. A natureza jurídica dos princípios ambientais em direito internacional, direito da Comunidade Européia e direito nacional. Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144.

[67] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

[68] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

[69] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 52, abr./jun. 1993.

[70] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 88. Assim, também, MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 278, jul./set. 1991. Veja, também, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 394. e PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 36, abr./jun. 1993.

[71] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. [Resenha]. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 245, set./dez. 1992. Resenha da obra: WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992.

[72] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. [Resenha]. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 245, set./dez. 1992. Resenha da obra:

WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992.

[73] MARQUES, Claudia Lima. Qual o futuro do direito do consumidor? União Européia legisla em 1998 e projeta importantes mudanças para a proteção dos consumidores em 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 226, 1999.

[74] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 278 e 285, jul./set. 1991.

[75] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 286, jul./set. 1991. Veja, também, LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 147, jan./mar. 2002.

[76] MARQUES, Claudia Lima. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial de acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 629, p. 72, mar. 1988.

[77] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 64-65, abr./jun. 2002.

[78] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 74, abr./jun. 2002.

[79] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 47 e 66.

[80] GARCIA, Wander. Código Brasileiro do Consumidor e sua influência além das relações de consumo. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 1699, jun. 2002.

[81] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 243.

[82] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1212.

[83] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 244.

[84] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1213.

[85] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 224.

[86] No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), em uma rápida pesquisa em seu *site* em janeiro de 2008, foi possível encontrar mais de cem acórdãos que versam sobre a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. Veja www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia, utilizando as palavras-chaves “responsabilidade”, “fornecedor”, “fato” e “produto”.

[87] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 51, abr./jun. 1993.

[88] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 279-280, jul./set. 1991.

[89] Art. 1º. do CDC: “*O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*”.

[90] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 278, jul./set. 1991. Veja, também, MARQUES, Claudia Lima. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial de acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 629, p. 72, mar. 1988.

[91] Para maiores detalhes sobre a Teoria da Qualidade, veja BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 45 e seg.

[92] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 45, abr./jun. 1993.

[93] MARQUES, Claudia Lima. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos: em especial de acidentes de trânsito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 629, p. 75, mar. 1988.

[94] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 291, jul./set. 1991.

[95] Veja posição contrária em CALAIS-ALOY, Jean. Le risque de développement: une exonération contestable. *Mélanges Michel Cabrillac*. Paris: Dalloz-Litec, 1999. p. 82.

[96] REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A técnica do “recall” e a responsabilidade do fornecedor. *Repertório IOB de Jurisprudência*: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 4, p. 83-78, 2. quin. fev. 2001. Veja, também, D’AZEVEDO, Ana Rispoli; MARQUES, Claudia Lima. As campanhas de “recall” e a responsabilidade civil do fornecedor. *Livro de Resumos do XIV Salão de Iniciação Científica da UFRGS 2002*. Porto Alegre: UFRGS, 2002. p. 734.

[97] Informações obtidas em janeiro de 2004, no site www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia.

[98] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 283 e 291, jul./set. 1991.

[99] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 70-71, abr./jun. 2002.

[100] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 70-71, abr./jun. 2002.

[101] Diretiva Européia n. 85/374/CEE, Considerando n. 2: “a responsabilidade não-culposa do produtor é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna”. <http://www.europa.eu.int>. Acesso em 27 jan. 2008.

[102] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 235.

[103] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 236-237.

[104] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 237.

[105] JAEGER JUNIOR, Augusto. A Diretiva n. 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. In: _____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 246.

[106] MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 128.

[107] MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 293, jul./set. 1991.

[108] CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor: justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 184, jul./set. 2000.

[109] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 38-39, jan./mar. 1993.

[110] DENARI, Zelmo. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 194-196.

[111] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 319-320.

[112] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

[113] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 204, out./dez. 1993.

[114] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 202, out./dez. 1993.

[115] MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. In: *CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL*, 27., 2000, Rio de Janeiro. *XXVII Curso de Derecho Internacional*. Washington: OEA, 2001. p. 696.

[116] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 204, out./dez. 1993.

[117] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, p. 207, out./dez. 1993.

[118] LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 147, jan./mar. 2002.

[119] LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 148, jan./mar. 2002.

[120] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 73.

[121] Para maiores detalhes do desenvolvimento histórico, veja PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 76 e seguintes.

[122] GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Visão geral do Código. In: _____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 9.

[123] Conforme o art. 5º., XXXII da Constituição da República: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (...)*”.

[124] MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 99, jan./mar. 2003.

[125] MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 76, jan./mar. 2003.

[126] PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 106, jul./set. 2002.

[127] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

[128] Sampaio explica: “Pairam sobre as nossas cabeças ameaças que decorrem exatamente dos novos recursos tecnológicos que deveriam ser empregados em benefício do ser humano. Ora, quaisquer tecnologias – e é o senso comum que aponta nesta direção – deveriam estar sempre a serviço do bem do homem. Não é isto, todavia, que ocorre inúmeras vezes”. SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 131, jan./mar. 2004.

[129] MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257/2001. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 305, jan./mar. 2002.

[130] GARCIA, Wander. Código Brasileiro do Consumidor e sua influência além das relações de consumo. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 13, p. 1701, jun. 2002.

LEI SECA E PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA À PROTEÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO* **

LEY SECA Y PUBLICIDAD DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS: LA NECESARIA ADECUACIÓN DE LA LIBRE EMPRESA A LA PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD DE CONSUMO

**Antônio Carlos Efig
Sandro Mansur Gibran
Leonel Vinicius Jaeger Betti Junior**

RESUMO

A Lei nº 11.705, de 19/06/2008, conhecida popularmente como Lei Seca, veio proibir que os condutores de veículos automotivos apresentem qualquer grau de concentração alcoólica em seu organismo. Tal proibição se deu de forma irrestrita e sem qualquer consideração de acordo com o nível de concentração etílica e a condição subjetiva de cada indivíduo. A intransigência da Lei foi justificada pelo imperativo de segurança e saúde pública, tendo em vista o grande número de acidentes provocados por condutores embriagados. Por outro lado, constata-se situação de permissividade oposta: a publicidade de tais produtos (bebidas alcoólicas) não sofre controle algum ou, quando muito, controle insuficiente. A publicidade de bebidas alcoólicas, como ocorre hoje no país, carece de fundamentos éticos, jurídicos e sociais, em nada colaborando para a educação do consumidor e para o consumo consciente e responsável. Cabe ao Poder Público elaborar e implementar políticas públicas que colaborem para que a atividade econômica se desenvolva de forma a garantir os legítimos interesses dos consumidores e a resguardar sua saúde e segurança. Todavia, tais políticas devem ser planejadas de forma integrada e coerente, aumentando sua eficácia na realização de tais finalidades, conforme os ditames da justiça social. No ponto específico, percebe-se que é incoerente e ineficaz que se proíba absolutamente o consumo de álcool (pelos condutores de veículos) e, ao mesmo tempo, permita-se que a publicidade de bebidas alcoólicas de consumo massificado (como a cerveja) ocorra de forma sistematicamente abusiva, infringindo os parâmetros postos pelo Código de Defesa do Consumidor. Sem adentrar a discussão acerca da constitucionalidade da chamada Lei Seca, o presente trabalho conclui que a razão de saúde pública que lhe serve de fundamento impõe que a publicidade de tais bebidas comporte maiores restrições e seja pautada pela ética da responsabilidade social. Assim, garante-se, com maior efetividade, a conscientização dos consumidores e a diminuição dos riscos à sua saúde e à sua segurança.

PALAVRAS-CHAVES: 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; DIREITO DO CONSUMIDOR; EDUCAÇÃO; LEI-SECA; BEBIDAS ALCOÓLICAS;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

PUBLICIDADE; LIVRE INICIATIVA; CIDADANIA; PRESERVAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE PÚBLICA.

RESUMEN

La Ley N ° 11.705, del 19/06/2008, más conocida como Ley Seca, ha prohibido que los conductores de vehículos automotores tengan cualquier nivel de concentración de alcohol en su organismo. Esta prohibición se dió de forma absoluta y sin ningún tipo de consideración acerca del nivel de concentración etílica y la condición subjetiva de cada individuo. La intransigencia de la Ley se justifica por el imperativo de la seguridad y la salud pública, en vista del gran número de accidentes causados por conductores ebrios. Además, se observa situación de opuesta permisividad: la publicidad de esos productos (alcohol) no és sometida a ningún control o, por lo mejor, a un control insuficiente. La publicidad de bebidas alcohólicas, como ocurre hoy en el país, carece de fundamentos éticos, jurídicos y sociales, de ninguna manera contribuyendo a la educación de los consumidores para el consumo consciente y responsable. Toca a el Público Poder concebir t llevar a cabo políticas públicas que contribuyan a que la actividad económica se desarrolle con el fin de garantizar los intereses legítimos de los consumidores y proteger su salud y seguridad. Sin embargo, tales políticas deben ser proyectadas de forma integrada y coherente, aumentando su eficacia en el cumplimiento de esos objetivos, de acuerdo con los preceptos de la justicia social. En el particular, se percibe que es incoherente e ineficaz prohibir absolutamente el consumo de alcohol (por los conductores de vehículos) y, al mismo tiempo, permitir que la publicidad de bebidas alcohólicas de consumo masivo (como la cerveza) sea hecha de manera sistemáticamente abusiva y en violación de los parámetros puestos por Código de Protección de los Consumidores. Sin adentrar en el debate sobre la constitucionalidad de la llamada Ley Seca, esta análisis concluye que la razón de salud pública que le sirve de base exige que la publicidad de bebidas alcohólicas sometase a un mayor control y que sea conducida por la ética y la responsabilidad social. De echo, se garantiza, con mayor eficacia, la concientización de los consumidores y la reducción de los riesgos para su salud y seguridad.

PALAVRAS-CLAVE: 20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE BRASIL; DERECHO DE LOS CONSUMIDORES; EDUCACIÓN; LEY SECA; BEBIDAS ALCOHÓLICAS; PUBLICIDAD; LIBRE EMPRESA; CIUDADANÍA; PRESERVACIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD PÚBLICA.

INTRODUÇÃO

As discussões acerca da denominada Lei Seca⁴ focam-se, comumente, em dois aspectos: por um lado, a eficácia da norma na redução de acidentes de trânsito e, por outro, se seria proporcional (necessária) a restrição de direitos por ela veiculada, em face das finalidades que se propõe.

O presente trabalho não pretende ater-se a essa temática. Para além da análise da legalidade ou constitucionalidade da medida, pretende-se expor a incongruência entre os objetivos de preservação da saúde pública por trás da Lei (na qual se escolheu restringir, indiscriminadamente, a liberdade de grande parte da população) e a falta de parâmetros

jurídicos claros à publicidade de bebidas alcoólicas (cuja adequação entre a liberdade empresarial ou a livre iniciativa de poucos e os imperativos gerais de segurança e de saúde pública não ocorrem).

1 - ATIVIDADE EMPRESARIAL, LIVRE INICIATIVA E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O contexto de transição da sociedade agrária do início do século XX, quando a família possuía papel fundamental para a realidade urbana, vinculada à industrialização e ao comércio, com a conseqüente mobilidade dos indivíduos à busca do emprego, bem-estar e consumo não deve ser considerado, tão somente, sob o aspecto da mudança dos hábitos e dos comportamentos ou pelos problemas sociais brasileiros advindos com o êxodo rural e a repentina superpopulação dos grandes centros.

É mister ter-se em conta que no modelo administrativo do Estado liberal de então a ordem jurídica era indiferente aos fins entendidos de competência dos particulares, reservando-se ao Poder Público o dever de proteger a sociedade política e promover a adequada gestão pública, realizando as obras e serviços necessários à coletividade que não eram, do ponto de vista econômico, interessantes à iniciativa privada.

É justamente no *laissez-faire laissez-passer*⁵, no crescente desenvolvimento industrial e comercial da urbe - sociedade de consumo - que se firmou, como base institucional ao capitalismo, a liberdade de iniciativa, compreendida como expressão do espírito democrático dominante, ainda inspirado pelos reflexos políticos da Revolução Francesa.

Ainda sob a égide desse modelo liberal é que, a partir dos anos 20 (vinte), o Estado brasileiro assumiu diretamente alguns papéis econômicos, com a finalidade de atenuar certas distorções já identificadas no mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico, por meio da concessão de proteção e benefícios especiais e temporários ao empresariado brasileiro de capital nacional, quando este realizava atividades estratégicas para a defesa ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país, coibindo o abuso do poder econômico⁶ demonstrado na finalidade de dominação de mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário dos lucros, e explorando-a diretamente quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.⁷

Apesar desta incipiente interferência já no início do século passado, pode-se afirmar, sem embargo, que foi apenas com o advento da Constituição de 1988 que o papel do Estado foi, de fato, remodelado⁸: a ordem econômica vem fundamentada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, cabendo à Administração, diferentemente do *laissez-faire* anterior, as funções de efetiva fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁹

Para solucionar o atraso econômico de meio século¹⁰, sobrevieram princípios e condições que denotam o interesse no desenvolvimento autocentrado, pois se consagra a liberdade de iniciativa privada, mas se condiciona o seu exercício à promoção da justiça

social¹¹, instituindo instrumentos e mecanismos populares compatíveis com o sistema capitalista, que se funda na apropriação privada da produção econômica.

É, também, garantida pela Constituição a promoção dos direitos coletivos e difusos¹²: retoma-se o período pós-liberal, interrompido ou desvirtuado durante a ditadura militar, agora com a revalorização dos ditames da função social da propriedade e da empresa e consolidando-se os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores.¹³

Em que pesem os 20 (vinte) anos de vigência da Constituição da República e este ostensivo processo de redirecionamento da Economia brasileira ao objetivo de justiça social e de existência digna ao ser humano, nota-se que a livre iniciativa¹⁴, símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, ainda tem sido frequentemente entendida de forma isolada, e, portanto, equivocada e abusiva.¹⁵

Esta constatação é ostensiva, dentre outras formas, na maciça publicidade para a aquisição de produtos e serviços, visto como o principal veículo a estimular a circulação de riquezas, condição amplamente defendida como imprescindível ao desenvolvimento nacional.

Com a polêmica edição da Lei nº 11.705, de 19/06/2008, dita Lei Seca, o consumo, qualquer que seja a dosagem, de bebida alcoólica pelo condutor de veículo automotor representará a ele severa punição, com repercussões de caráter administrativo e criminal.

Sem fazer qualquer alusão à constitucionalidade ou não da referida restrição, ousa-se afirmar que é válida a atuação pública que visa à segurança e à proteção no trânsito e aos transeuntes, vítimas muitas vezes, consoante sempre noticiado, de condutores alcoolizados.

Esta intolerância à ingestão de bebida alcoólica por parte do Estado, todavia, não alcançará os resultados almejados enquanto efetivas medidas sistêmicas de inibição e de educação não forem pensadas e aplicadas.

É de todos sabidos o poder que os meios publicitários exercem perante a população e a sua considerável influência nos usos, costumes e juízo de valores. Neste sentido, a indução ao consumo de cerveja, a título de exemplo, é um paradoxo: a mesma Administração que agora a proíbe ao condutor permite a sua divulgação publicitária indiscriminada.

2 - A PROTEÇÃO À SOCIEDADE DE CONSUMO E OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A defesa do consumidor foi elevada ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 1988, conforme o disposto no art. 5º, XXXII, essencial que é para a manutenção da ordem econômica¹⁶. No entanto, somente com a edição da Lei nº. 8078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor - estabeleceram-se instrumentos viáveis à garantia constitucional de efetiva proteção.

O Código de Defesa do Consumidor se destina à “proteção e defesa do consumidor”¹⁷, estabelece os conceitos dos sujeitos desta relação, bem como o que se entende por produto ou serviço, como devem ser oferecidos ou prestados e suas repercussões. Pelo disposto no art. 170 da Constituição, a defesa do consumidor é também fundamento jurídico da ordem econômica; em outras palavras, o consumidor, objeto desta proteção constitucional, é considerado agente econômico.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor trata da Política Nacional de Relações de Consumo que seria o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, à sua saúde e à sua segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo”. Segundo o entendimento de GRAU, transcrito por NERY JUNIOR (1992)¹⁸, seria o art. 4º uma “norma-objetivo”, isto é; um preceito a ser alcançado, de segurança jurídica e paz social, tal qual o art. 170 da Constituição.

Por meio do Código de Defesa do Consumidor é possível alcançar-se, portanto, o equilíbrio econômico, técnico e jurídico da relação de consumo. Como ensina NERY JUNIOR (1992)¹⁹, “o Código veio para regulamentar essa relação, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo”.

No caso específico em comento (publicidade, consumo de bebidas alcoólicas e trânsito), o respeito à segurança dos consumidores e a harmonia nas relações sociais somente se alcança com medidas que restrinjam a publicidade ou, no mínimo, direcionem-na aos objetivos de efetiva educação e conscientização do consumidor. O fornecedor pode ter interesse em vender seu produto e o consumidor pode ter interesse em bebê-lo (e, de fato, deve ter liberdade de fazê-lo) mas, dada a realidade do trânsito de veículos no país, o direito à divulgação daqueles produtos deve ser condicionado pelo imperativo de preservação da vida e da saúde pública. Toda a sociedade tem interesse em segurança e melhoria de qualidade de vida.

De fato, conjugar normas de ordem pública e interesse social a favor do consumidor representa uma evolução de conceitos jurídicos. Entre os direitos subjetivos a ele inerentes, prescreve a Lei que o órgão jurisdicional deverá apreciar de ofício o caso decorrente de relação de consumo, podendo até se valer da *reformatio in pejus* para garantir a boa proteção do consumidor.²⁰

A partir da Lei nº. 8078, valiosas garantias e princípios estão expressamente previstos ao consumidor: boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º), inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), proteção contratual de cláusulas abusivas (art. 51), segurança à saúde e reconhecimento da vulnerabilidade (art. 4º), dever de informar (art. 30), são todos princípios de especial relevo para salvaguardar a boa defesa do utente vulnerável.

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor nos “acidentes de consumo”²¹ é outra ferramenta jurídica aperfeiçoada à disposição do adquirente de produtos ou serviços.

Não se pode negar que uma economia de mercado sem mecanismos jurídicos adequados, incapazes de equilibrar os desníveis e desigualdades existentes nas relações de consumo – entre fornecedores de produtos e/ou serviços e consumidores –,

inviabiliza a ordem de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”²².

Consoante anteriormente escrito, GRAU (2003)²³ compreende que o art. 170 da Constituição (assim como o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor) é uma norma-objetivo e todos os princípios nele expressamente previstos – como a defesa do consumidor e a livre iniciativa - devem ser amplamente respeitados, como fundamento jurídico da atividade econômica.

Em assim sendo, o Estado não poderá, a título de exemplo, sacrificar o interesse do consumidor em defesa da livre concorrência, da propriedade privada, do meio ambiente ou da busca do pleno emprego; nem inversamente preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor, até porque estes mesmos princípios são também garantias e direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, conforme o disposto nos artigos 5º e 6º da Constituição. Como colocado, os princípios e garantias constitucionais não podem ser entendidos separadamente ou em oposição uns aos outros. Em verdade, conjugam-se de forma harmônica, definindo seus sentidos em um universo de influências recíprocas.

Já é de notório conhecimento que o fornecedor é responsabilizado pelo produto ou serviço que disponibiliza em mercado, se estes apresentarem defeito potencial ou real e causarem dano²⁴. A circulação de produto defeituoso, do qual decorra ato prejudicial, é o que caracteriza o dever de reparar. Frise-se que o ressarcimento não encontra apoio legal na singela conduta deficiente de quem fornece o produto ou serviço mas na imperfeição produzida capaz de gerar prejuízo.

A noção de defeito do Código de Defesa do Consumidor tem estreita ligação com a idéia de segurança do produto e do serviço.

É indiscutível que nestes 18 (dezoito) últimos anos de vigência da Lei nº 8.078/90, muitas já foram as conquistas em defesa da almejada proteção aos consumidores. Todavia, também ao longo deste tempo presenciaram-se significativas mudanças das relações de consumo por conta da facilidade de ingresso de produtos e serviços estrangeiros²⁵ e em decorrência do avanço das tecnologias de comunicação.

O dinamismo e a vanguarda de toda esta realidade precisam ser, por segurança, da melhor forma compreendidos pela sociedade de consumo. Justifica-se, deste modo, a especial preocupação do legislador com a imposição do dever de informar ao fornecedor, bem como o de ser transparente quando da oferta de seus produtos e serviços.²⁶ A publicidade que se espera, deste modo, não é aquela de mero convite ao consumo mas, principalmente, a que seja capaz de ensinar, de formar, de educar, de preparar o consumidor para o complexo convívio social, dando a ele meios para uma real opção de escolha de adquirir ou não aquilo que lhe seja mais adequado e não a compra por modismos, impulso ou auto-afirmação.

2.1 - O regramento legal da publicidade e seus fundamentos

A publicidade é o meio “por excelência” utilizado para apresentar os produtos e serviços aos consumidores, visando convencê-los a adquiri-los. Ilustrando a assertiva, em 2007 o Instituto AKATU realizou uma pesquisa sobre os hábitos de consumo do brasileiro e, dentre as constatações, colocou-se que, para 83% (oitenta e três por cento) dos entrevistados, “a publicidade feita pelas empresas é a principal forma pela qual a maioria dos consumidores toma conhecimentos dos produtos que poderia comprar.”²⁷

Em que pese a ocorrência de abusos e desvios, a finalidade jurídica da publicidade é permitir que o consumidor conheça as características dos produtos e serviços que lhe são disponibilizados, para exercer sua escolha de forma livre e qualificada. Por determinação constitucional, o fundamento ético que permeia a atividade publicitária é o princípio da verdade. Tal princípio conjugado com o imperativo de educação do consumidor insculpido no CDC, permite que a escolha de consumo seja qualificada, fruto da assimilação de informação e exercício de juízo crítico).²⁸

Depreende-se, todavia, que a publicidade, tal qual é divulgada, carece de fundamentos éticos, jurídicos e sociais. Especificamente aquelas que dizem respeito ao mercado das cervejas, da forma como são veiculadas, causam ou podem causar danos aos consumidores e são incompatíveis com a atual política pública de proteção e conscientização no trânsito, impulsionada pela Lei nº. 11.705, de 19/06/2008.

Pelo disposto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sabe-se que a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança é abusiva. Independentemente das atualíssimas restrições impostas pela Lei Seca, a divulgação de toda e qualquer bebida alcoólica precisa ajustar-se aos postulados da Lei nº. 8078/90, pois, do contrário, haverá de ser compreendida como abusiva por comprometer, real ou potencialmente, a integridade física dos consumidores. Assim, consagrasse o aspecto preventivo do ordenamento jurídico, diminuindo custos sociais e maximizando as possibilidades de bem-estar do cidadão brasileiro.

3 - A LIBERDADE DE INICIATIVA EMPRESARIAL E OS LIMITES DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Mediante análise perfunctória, poder-se-ia, equivocadamente, compreender que o princípio constitucional da função social da propriedade²⁹ significaria alguma restrição ao uso e gozo da coisa, uma limitação à disponibilidade do próprio bem.³⁰

Ao contrário desta suposição, a atividade empresarial só é viável – sobretudo em um Estado sob o regime Capitalista - se gerida para a obtenção de lucro.

Deste modo, a função social da propriedade deve ser entendida como o poder que o titular tem de dar ao bem determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social orienta a propriedade ao interesse transindividual³¹ e não àquele do próprio titular do bem: está-se diante de um poder-dever conformado segundo as finalidades postas pela Constituição. Esta reconhece o mercado como o ambiente mais apto à realização de seus objetivos mas, ao mesmo tempo, não ignora suas falhas inerentes e o abuso que pode advir do *laissez-faire* irrestrito.

A idéia de função social da propriedade passou a ser positivada com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919³², impondo-se deveres ao proprietário. Quando se trata de bens de produção, o poder-dever do fornecedor é entendido como aquela obrigação de dirigir a sua atividade para a realização dos interesses coletivos. Destaque-se, novamente, que poder de controle não se confunde com propriedade: não se trata de um direito real, incidindo sobre determinado bem, mas de poder de organização e direção, que envolve a *res* e o subjetivo, o humano.³³

A Lei nº. 6404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, estabelece em seu art. 116, parágrafo único, que:

o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Tal disposição significou, há mais de trinta anos, a positivação da idéia hodiernamente difundida de responsabilidade social da empresa e do necessário respeito aos legítimos interesses dos chamados *stakeholders* (terceiros não diretamente envolvidos na empresa, mas expostos às suas práticas).

Sem embargo, tanto a liberdade de iniciativa quanto a publicidade que a estimula e viabiliza os seus fins não podem ser concebidas sem limites, em prejuízo dos legítimos interesses econômicos da população. O art. 5º, XXXII da Constituição determina que o Estado promova a defesa dos consumidores e o art. 170, V, atribui a esta tutela nível de princípio da ordem econômica brasileira.

Assim, a liberdade de empresa e o lucro estão condicionados, portanto, à finalidade pública expressamente destacada no *caput* do art. 170 da Constituição, qual seja: a justiça social.

Para que este ditame seja assegurado, de modo a garantir a todos existência digna, a Constituição estabelece diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa, no exercício da atividade privada.³⁴

Neste sentido, MOREIRA NETO (1989) esclarece que:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e da solidariedade entre as categorias sociais de produção; e,

finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.³⁵

A atuação do Poder Público é, muitas vezes, fundamental para o desenvolvimento da economia e o respeito aos direitos individuais, coletivos e difusos³⁶. Este novo viés do Estado brasileiro, com a diminuição de sua participação direta, impôs a si, por outro lado, a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora, de maneira a efetivamente direcionar a atividade privada à realização das finalidades sociais postas pela Constituição Federal.

Assim a liberdade de iniciativa é definida no art. 170, *caput*, da Constituição de 1988 como fundamento da Ordem Econômica. A finalidade desta ordem é propiciar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios elencados em seus incisos. Em suma, *a liberdade de iniciativa econômica é instrumentalizada (por valores como a livre concorrência e a defesa do consumidor) com vistas a gerar condições de existência digna aos indivíduos.*

Neste contexto, ao se analisar o regramento legal atinente à publicidade “marketing” deve-se ter presente que a liberdade de iniciativa econômica não é apenas a liberdade do fornecedor/prestador em desenvolver e oferecer seus produtos e serviços, mas, em igual medida, *é a liberdade de o consumidor escolher os produtos e serviços mais adequados à satisfação de suas necessidades.* Neste contexto, faz-se necessário que os consumidores possam exercer juízo crítico sobre essas possibilidades, *qualificando* sua escolha.

Escolha não-racional, meramente *manipulada* não é escolha livre. Por tal razão, o sistema de proteção ao consumidor veicula normas voltadas à essa realidade, regulando as formas pelas quais os fornecedores divulgam e oferecem seus produtos e serviços aos potenciais consumidores. Tal regulação parte do pressuposto de vulnerabilidade do consumidor e consagra o princípio da boa-fé e da informação - *veraz e ostensiva* - evitando que, a atividade publicitária influencie os consumidores de forma *ilegítima*.

Por isso, a necessidade de uma política legislativa de saúde pública coerente, que coloque limites à liberdade dos anunciantes para a divulgação de produtos que, mesmo lícitos, possam levar o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde e à sua segurança (isso sem falar em colocar em risco à vida ou à saúde de terceiros).

Partindo de tais premissas, percebe-se que a publicidade de cervejas, como é feita atualmente, aproveita-se da condição subjetiva dos consumidores, explorando temas como a sensualidade e a auto-estima para lhes impingir um produto que, se ingerido demasiadamente ou em determinadas circunstâncias (como conjugado à condução de veículos), pode colocar em risco sua saúde e segurança.

Esta lamentável circunstância decorre menos de uma omissão legislativa e mais da omissão dos aplicadores do Direito posto. Isso porque, esta forma de publicidade encaixa-se, perfeitamente, no conceito insculpido no art. 37, parágrafo 2º do CDC³⁷: o de publicidade abusiva, o que acarreta sua vedação. Publicidade abusiva é aquela que desrespeita os valores sociais e, dentre outros fatores, é capaz de induzir o consumidor a

se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou à sua segurança. Por interpretação sistemática³⁸, também é abusiva a publicidade que se aproveita de alguma vulnerabilidade específica de um consumidor ou grupo de consumidores para lhes impingir produtos e serviços. Neste sentido, nota-se o potencial abusivo intrínseco à publicidade de bebidas alcoólicas, na medida em que se sabe que parcela da população é excessivamente suscetível ao abuso deste tipo de produto, sendo a circunstância até mesmo erigida à condição de patologia clínica.

4 - O CONSUMO E A PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

Ainda que se questione a real necessidade da superveniência da polêmica Lei nº. 11.705, de 19/06/2008 – a Lei Seca, vista por tantos como demasiadamente radical já que proíbe o consumo de bebida alcoólica, qualquer que seja a dosagem, ao condutor de veículo automotor, impondo-lhe pesadas sanções, os seus resultados efetivos são amplamente noticiados no tocante à sensível redução de acidentes de trânsito, da conseqüente redução do atendimento hospitalar de emergência, da possível redução dos custos de um contrato de seguro etc. Em outras palavras, os benefícios desta nova política pública de proteção à sociedade são notórios e parecem, ao menos em uma primeira análise, justificar tamanha restrição, sobretudo porque os bens jurídicos tutelados são a vida e a saúde do cidadão..

Contudo, esta segurança garantida à população não se perfaz, tão-somente, mediante a edição de normas, pois a sua efetividade implica, por óbvio, em vasta fiscalização, punição, responsabilização civil e criminal. A almejada ação do Estado haverá de ser compatível com o estabelecido no art. 170 da Constituição, observando que a livre iniciativa está diretamente associada à propriedade privada³⁹, à liberdade de empresa⁴⁰ e à busca do lucro.⁴¹ Saliente-se, novamente, que estes mesmos princípios são condicionados ao fim público expressamente destacado no *caput* do artigo supracitado, qual seja: a justiça social.

No intuito de que os ditames da justiça social sejam proporcionados, para garantir a todos existência digna, cumpre, então, ao Estado⁴² conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de planejamento com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, a saúde, a habitação, a educação, a alimentação, a urbanização e a solução para as questões fundiárias etc., também disciplinando, mediante o exercício do seu poder de polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibir-se abusos e ineficiências em face da pessoa humana.

Diante destas considerações, a publicidade de bebidas alcoólicas, da forma como é veiculada, sob uma equivocada compreensão da liberdade de empresa e de expressão, vai de encontro aos objetivos da política pública nacional de segurança no trânsito (da qual a Lei Seca é expressão), na medida em que apenas instigam o consumo sem nada informar acerca da postura que haverá de ser observada pelo condutor de veículo automotor.

Note-se que as diretrizes da legislação publicitária brasileira, especialmente capituladas na Lei nº. 4680, de 18/06/1965, e no Decreto nº. 57690, de 01/02/1966, recomendam

que os anúncios respeitem e conformem-se às leis do país, que são editadas em respeito a uma ordem econômica e social.

Em assim sendo, é necessário que as agências de publicidade pautem sua atuação pelos fundamentos éticos e jurídicos postos pela Constituição e pelo Código de Defesa do Consumidor. Tendo em vista a absoluta vulnerabilidade da população brasileira (notoriamente constituída por pessoas de baixíssimo nível de instrução), devem conduzir suas atividades profissionais de forma que, além de divulgar produtos e serviços, colaborem para educar e conscientizar os consumidores acerca dos riscos na utilização daqueles.

No caso das bebidas alcoólicas, dada a magnitude do problema, faz-se mister a veiculação de informações claras e suficientes acerca dos riscos de utilização geral (alcooolismo, efeitos deletérios à saúde em médio/longo prazo etc.) e em situações específicas (como no trânsito).

Atualmente, a legislação específica que trata da publicidade de bebidas alcoólicas é a Lei nº 9.294/1996. Esta dispõe, o Art. 4º, *caput*, que “*somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas.*” A restrição seria bastante adequada não fosse um porém: o art. 1º, parágrafo único da Lei estabelece que “*consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.*” Desta feita, as disposições da Lei não alcançam a cerveja, bebida alcoólica mais consumida no país (que possui gradação inferior à fixada).

Com a exceção legal, as cervejas e outras bebidas de baixo teor alcoólico têm sua divulgação publicitária regulada apenas pelo CONAR – Conselho de Auto-regulamentação Publicitária que, por seu caráter classista e não cogente, não tem sido suficiente para prevenir e sancionar os abusos. O Código de Auto-regulamentação Publicitária, em seu “anexo P - cervejas e vinhos”, prevê que os anúncios correlatos contenham uma dentre várias advertências possíveis. Estas, todavia, não vão além dos singelos “se beber, não dirija” ou “beba com moderação”. Neste sentido, tais anúncios abstêm-se de veicularem informações claras e precisas acerca do consumo do álcool, limitando-se a reproduzir advertências vagas, inócuas⁴³ e incapazes de prender a atenção do consumidor.

Por seu turno, a Lei Seca não faz qualquer distinção entre a ingestão de destilados ou fermentados (cerveja), entre o grau alcoólico da bebida ingerida ou o presente no organismo do condutor. *Aí reside a incongruência legislativa e a falta de critérios lógicos na diferenciação de categorias.*

É lógico que tanto as bebidas com teor alcoólico superior a 13 graus Gay Lussac quanto as com grau inferior *contém álcool* e, por isso, sua ingestão gera os mesmos efeitos sobre o organismo. Alega-se que a diferenciação entre as categorias para efeitos de tratamento publicitário justifica-se pelo diferente grau de concentração (percentual) de álcool presente em diferentes tipos de bebida. Todavia, a razoabilidade do critério é bastante questionável, na medida em que a experiência demonstra que as bebidas de baixo teor alcoólico são usualmente consumidas em maior quantidade do que as destiladas.⁴⁴ No mínimo, toda bebida alcoólica contém álcool e, por isso, possui o potencial de embriagar seus consumidores *indiscriminadamente.*

As opções legislativas e a proporcionalidade inerente a cada uma são incongruentes entre si, pois: a) no caso da publicidade admite-se um critério bastante questionável, em seus efeitos, para permitir ou não uma restrição à liberdade do anunciante; e b) no caso do trânsito, não se admite qualquer critério para diferenciar a situação de cada condutor⁴⁵.

Com efeito, é legítimo cogitar que a diferença de tratamento em um caso e em outro deve-se unicamente à diferença entre a capacidade de mobilização e lobby da indústria produtora de cerveja em contraponto à dos condutores apreciadores de um bom vinho, por exemplo.

Diga-se, aliás, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA – defende a necessidade de uma maior restrição à publicidade de bebidas alcoólicas, entre outros, pois o seu consumo indiscriminado é questão de risco à saúde pública.⁴⁶ Não seria demais afirmar, nesta lógica, que a atual restrição imposta pela Lei Seca, que obsta a ingestão de qualquer quantia, justifica, então, um controle bem superior.

Em face desta realidade e das necessidades de segurança e saúde pública, não seria desproporcional exigir que a publicidade de bebidas alcoólicas contivesse informações claras e precisas sobre o consumo destes produtos. É imprescindível destacar que não basta a advertência “beba com moderação”; faz-se mister que sejam expostas as conseqüências do abuso, por meio de mensagens análogas àquelas veiculadas na publicidade e embalagens de produtos fumíferos.

Neste sentido, o legislador poderia valer-se de diversos dados que demonstram os efeitos deletérios que o consumo excessivo do álcool traz a à saúde pública, desde as doenças decorrentes até, por exemplo, as fatalidades no trânsito (estima-se que até 81% dos acidentes fatais possuem alguma relação com o abuso de bebidas alcoólicas).⁴⁷

5 - CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 completou 20 de sua promulgação e cujos objetivos almejados, como o desenvolvimento equilibrado, a cidadania, a defesa do consumidor (e a ampla proteção à sua vida e à qualidade desta) só serão efetivamente conquistados na medida em que o Estado garanta instrumentos aptos (como a educação) a garantir ao cidadão brasileiro a possibilidade de ver seus direitos atendidos.

O Estado deve priorizar o atendimento à vida e à saúde do cidadão de forma coerente – não basta ser editada lei não permitindo o consumo de bebidas alcoólicas a motoristas – e, por outro lado, não haver controle na publicidade (meio eficaz dos fornecedores para incitar seu público alvo, muitas vezes, de forma desmedida, agressiva e apelativa).

Faz-se necessário, diante do exposto, afastar a incongruência plasmada no art. 1º, parágrafo único da Lei nº. 9.294/1996, no sentido de se estender a restrição de horário para a veiculação de bebidas de baixo teor alcoólico, como cervejas, por exemplo (que, pelo volume de consumo, possuem o mesmo potencial nocivo do que bebidas de maior concentração – que são menos consumidas).

Não se trata de coibir a liberdade de empresa (ou a sua livre iniciativa), mas adequá-la aos anseios da sociedade, à ordem econômica tal como explicitada no art. 170 da Constituição e este dever de fiscalização e orientação haverá de ser exercido pelo Poder Público, democraticamente outorgado, para tornar efetivo os objetivos da Lei nº. 11.705, de 19/06/2008.

Faz-se necessário, para tanto, o planejamento integrado de políticas públicas, principalmente no que diz respeito às realidades complexas decorrentes de relações sociais massificadas, como as que envolvem o consumo e a saúde pública.

Tal planejamento deve ocorrer no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e, se coerente, tende reforçar o caráter preventivo do sistema, com a conseqüente diminuição dos custos sociais envolvidos.

Assim, restam resguardados os legítimos interesses da sociedade de consumo, em busca da consecução de um modelo de consumo (e publicidade) que privilegie a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, *caput*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKATU, Instituto – para o consumo sustentável. **Descobrimo o consumidor consciente: Uma nova visão da realidade brasileira**. Disponível para download em www.ethos.org.br, acessado em 25/07/2008.

ALVIM, Arruda *et al.*. **Código do consumidor comentado**. 2ª ed.. São Paulo: RT, 1995.

AMATRUDO, Rosangela. **Publicidade abusiva**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 52, p. 163-221, out. 2004.

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). **Propaganda de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária**. Disponível em www.anvisa.gov.br/propaganda/index.htm. Acessado em 12/08/2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Crise econômica e direito constitucional**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 6, p. 32-63, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e *et al.* **O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BESSA, F. L. B. N. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 293 p.

BRASIL. **Código Civil**. 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código Comercial**. 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. 38ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder.. **Função social dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986.

EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do consumo 2**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2004.

EIZIRIK, Nelson. **Monopólio estatal da atividade econômica**. Revista de Direito Administrativo. Renovar, Rio de Janeiro, v. 194, p. 02-15, out/dez. 1993.

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

FADEL, Marcelo Costa. **Breves comentários ao código de auto-regulamentação publicitária do CONAR**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v. 50 , p. 153-170,, abr. 2004.

FARJAT, Gérard. **A noção de direito econômico**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 19, p. 25-67, jul/set. 1996.

FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.*. **O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Frente Parlamentar em Defesa do Trânsito Seguro. **Álcool e Direção: uma combinação fatal**. Disponível em http://frentetransitoseguro.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=131&Itemid=56. Acessado em 25/09/2008. GHERSI, Carlos Alberto. **Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v. 50, abril/2004. p. 225-238.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, nº 3, Set/Dez – 1992, p. 44-77.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

1 Advogado, Mestre em Direito Econômico e Social (PUCPR) e Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR); Professor do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba.

2 Advogado, Pós-graduado em Direito Empresarial (PUCPR) e Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR).

3 Advogado, Mestre em Direito (PUCSP), Doutor em Direito (PUCSP), professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Autor de diversos livros e artigos sobre o Direito das Relações de Consumo.

4 Lei nº 11.705, de 19/06/2008, que proibiu a direção de veículos automotores por indivíduos que apresentem qualquer grau de concentração etílica em seu organismo.

5 A expressão *laissez-faire* há de ser entendida como a eliminação do intervencionismo do Estado, permitindo ao indivíduo produzir e fazer o que lhe parece melhor, enquanto *laissez-passer* consiste na abertura das barreiras alfandegárias como estímulo ao comércio e à circulação de riquezas.

6 Lei nº. 3071, de 01/01/1916 - Código Civil, art. 160, I. Não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido, contudo, se praticado em exercício não regular de um direito, constitui-se abuso.

7 A partir da 1ª Grande Guerra a atuação de diversos Estados, influenciados pela Constituição alemã de Weimer (1919), passou a disciplinar e a intervir no domínio econômico a fim de suprir as faltas da iniciativa privada e a fornecer, diretamente, serviços que não eram suficientemente providos pelo sistema de livre mercado.

8 É verdade que a Constituição brasileira de 1934 já continha dispositivo relativo à ordem econômica, garantindo a liberdade de comércio se respeitadas os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (consoante o art. 115). Note-se, no entanto, que o modelo constitucional vigente aumentou as hipóteses de intervenção estatal nas áreas de regulação e fiscalização de determinadas atividades, tornando, por outro lado, mais limitada a atuação empresarial do Estado na economia.

9 Conforme *caput* do art. 174 da Constituição.

10 O período pós-liberal brasileiro, por sua vez, teria se iniciado com a Revolução de 1930, institucionalizando-se com a Constituição de 1934, que abriu o título para a Ordem Econômica e Social, e pervertido-se no golpe do Estado Novo, de 1937, tendo permanecido sem expressão durante o regime militar. Neste período, a atuação do Estado brasileiro voltou-se excessivamente às funções de empresário e de agente

regulador, relegando a atividade fundamental de promover o bem-estar social a um segundo plano, o que favoreceu uma concentração sem precedentes de poder político e econômico em mãos de um limitado número de pessoas. Em outras palavras, o Estado pautou sua intervenção na economia não por critérios de efetivo interesse de ordem econômica e social, mas com vistas ao favorecimento de setores empresariais e da própria tecnocracia governamental (*in* BARROSO, Luís Roberto. Crise econômica e direito constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**. Malheiros, São Paulo, v. 6, p. 32-63, 1994, p. 38).

11“Podemos encontrar exemplos de atuação do Estado como regulador de determinadas atividades econômicas: na disciplina dos investimentos do capital estrangeiro e de remessa de lucros (art. 172); na ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre (art. 178, I); na limitação da aquisição ou arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (art. 190); na autorização para o funcionamento e na disciplina das instituições financeiras (art. 192, I); na autorização e fiscalização do funcionamento de estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão ressegurador (art. 192, II), na participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras (art. 192, III); na disciplina do comércio exterior (art. 237); na disciplina da produção e comercialização de material bélico (art. 21, VI, etc.)” (EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. **Revista de Direito Administrativo**. Renovar, Rio de Janeiro, v. 194, p. 02-15, out/dez. 1993, p. 6/7).

12Consoante o princípios previstos no art. 170 da Constituição.

13Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político. *Parágrafo único*: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

14Trata-se de princípio fundamental conforme o art. 5º, XIII, da Constituição. Esclareça-se, ainda, ser a livre iniciativa também princípio geral da atividade econômica, nos termos do art. 170, da Constituição.

15Neste sentido, é cediço que os Direitos e garantidas postos pela Constituição não podem ser entendidos de forma isolada, devendo ser compreendidos em um âmbito de atuação normativa recíproca, no qual se influenciam e conformam mutuamente. Tal circunstância nada mais é do que expressão do clássico método de interpretação sistemático (SAVIGNY) ou do que BECKER denominou de o cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico. Na matéria, consagrou-se a construção de GRAU, que afirmou que “*a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços.*”

16Art. 170, V, da Constituição.

17Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor.

18Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 3, Set/Dez – 1992, p. 51.

19 *op. cit.* p. 46.

20 “[...] *O tribunal pode, inclusive, decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denominamos de ‘reformatio in pejus permitida’, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige a iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz a examine de ofício [...]*” (in NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, nº 3, Set/Dez – 1992, p. 51-52).

21 Expressão evidenciada in BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. **O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 44.

22 *Caput* do art. 170 da Constituição.

23 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

24 A denominada responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, tal como dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

25 Aliás, a concorrência estrangeira permitiu o desenvolvimento técnico do produto e/ou serviço nacional, como condição de permanência em mercado. Este aumento da concorrência significou uma melhoria na qualidade dos produtos e serviços e a diminuição das possibilidades de abuso de posição dominante e injustificável aumento de preços, com evidentes ganhos para os consumidores. Neste sentido, é possível referir à *proteção da liberdade do consumidor por meio da liberdade de concorrência*.

26 De acordo com os artigos 4º e 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

27 Instituto Akatu – para o consumo sustentável. Pesquisa nº 7 – **Sumário de conclusões: como e por que os brasileiros praticam o consumo sustentável**. 2007. p. 14.

28 Escolha não-racional, meramente *manipulada* não é escolha livre. Por tal razão, o sistema jurídico, partindo do pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, consagra o princípio da veracidade, adequação e suficiência da informação, evitando que o consumidor seja vítima de abusos que influenciem de forma deletéria seu processo de escolha.

29 Art. 170, III, da Constituição.

30 Neste sentido, dispõe o art. 1228 do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

31 Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

32O art. 153 da Constituição de Weimar foi mantido, *ipsis verbis*, pela Constituição da República Federal Alemã, de 1949, em seu art. 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”.

33A confusão entre poder de controle e propriedade é próprio do Capitalismo, pois o poder de controle empresarial funda-se na propriedade do capital ou dos títulos-valores representativos do capital da empresa (COMPARATO, Fábio Konder. Função social dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. RT, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986, p. 77).

34Consoante art. 173, § 4º, da Constituição.

35MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989, p. 28.

36Art. 174 da Constituição.

37§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

38A Seção IV, Das Práticas Abusivas” do Código, fornece, sistematicamente, importante subsídio para a interpretação do que seria abusivo para efeitos de publicidade, principalmente no que toca às práticas que se aproveitam de debilidades específicas dos consumidores. Preceitua o art. 39, IV, que é abusiva a prática comercial que se prevalece da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para lhe impingir produtos ou serviços.

39Art. 170, II, da Constituição.

40Art. 170, parágrafo único, da Constituição.

41Art. 170, IV, da Constituição.

42Por meio de seus 3 (três) Poderes.

43Não é exagero afirmar que boa parte dos ébrios contumazes acredita, piamente, que “bebem com moderação”.

44Para comprovar a assertiva, bastaria verificar o consumo anual *per capita* de cerveja do brasileiro em face de seu consumo de whiskey.

45E é bastante razoável o entendimento vigente até o advento da Lei nº 11.705/2008, no sentido de que cada organismo reage (metaboliza) a quantidades diferentes de álcool de forma diversa. Assim, certos percentuais (baixos) de concentração de álcool no organismo não seriam parâmetros para aferir se o condutor estaria ou não sob a influência do álcool (e, por isso, tendo prejudicados seus reflexos na direção).

46Conforme www.anvisa.gov.br/propaganda/index.htm (acesso em 12/08/2008)

47Segundo dados da Frente Parlamentar em Defesa do Trânsito Seguro, em Álcool e Direção: uma combinação fatal. Em http://frentetransitoseguro.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=131&Itemid=56. Acessado em 25/09/2008.

RELAÇÕES JURÍDICAS E O MUNDO VIRTUAL - DIREITOS DE 5ª GERAÇÃO*

RELAZIONI GIURIDICE E IL MONDO VIRTUALE - DIRITTO ELETTRONICO

**Edson Luciani de Oliveira
Cinthia Obladen de Almendra Freitas**

RESUMO

Hoje não é necessário ressaltar a importância da Tecnologia no âmbito social. Por meio deste artigo pretende-se destacar as relações jurídicas e o mundo virtual, com enfoque na utilização da Internet. É cediço que o Direito é o instrumento para pacificar os litígios sociais. Ocorre que várias são as relações jurídicas nascidas das relações humanas que têm como suporte a Tecnologia e a Internet. Constata-se, contudo, que o Direito não acompanha na mesma velocidade o movimento social gerado por tais relações jurídicas sejam de consumo, comerciais, criminais, administrativas, processuais, etc. Verifica-se que este é um grande desafio que se apresenta no momento: dispor do Direito para reger as relações sociais oriundas das atividades humanas, notadamente aquelas que possuem como suporte a Tecnologia e a Internet. Eis a delimitação deste trabalho. Inicialmente se enquadra o novo objeto de estudo no “novo” ramo do Direito que atualmente é denominado “Direito Eletrônico” ou “Direito Tecnológico”. Após, delimita-se a principal atividade gerada pelo “instrumento” Internet, que é o Comércio Eletrônico e o seu respectivo contrato. São abordados na seqüência os princípios jurídicos e limitações técnico-jurídicas referentes ao comércio eletrônico e seu reflexo nas relações de consumo, bem como a legislação pertinente. Ao final, expõe-se um breve panorama acerca das atividades que têm como suporte a Internet e que não digam respeito apenas aos contratos e ao comércio eletrônico, como por exemplo, trabalho e jogos, que hoje podem ser realizados na rede mundial e que também fazem nascer relações jurídicas. A persistente ingenuidade ainda permeia o conhecimento acerca da Internet. Alguns ainda a consideram como uma singela ferramenta para estabelecer a comunicação entre dois pontos. Outros, mais radicais e em menor número, a tratam com ar profético, com certo medo, caracterizando-a como um instrumento de vigilância e monitoramento. Este é novo mundo virtual que surge, o qual obriga o Direito a disciplinar suas relações jurídicas, principalmente aquelas atinentes ao comércio eletrônico e as obrigações de contratos.

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÕES JURÍDICAS, MUNDO VIRTUAL, INTERNET, COMÉRCIO ELETRÔNICO, DIREITO ELETRÔNICO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RIASSUNTO

Oggi non bisogna risaltare l'importanza della Tecnologia nell'ambito sociale. Per mezzo di questo articolo si pretende mettere in evidenza le relazioni e il mondo virtuale con fuoco nell'utilizzazione dell'Internet. È saputo che il Diritto è lo strumento per pacificare le discussioni sociali. Succede che vari sono le relazioni giuridiche nate dalle relazioni umane che hanno come supporto la Tecnologia e l'Internet. Si constata, tuttavia, che il Diritto non segue nella stessa velocità il movimento generato per queste relazioni giuridiche, siano di consumo, commerciale, criminale, amministrativi, processuale, ecc. Si osserva che questa è una grande sfida che si trova nel momento: impiegare il Diritto per disciplinare le relazioni sociali nate dell'attività umana, principalmente, quelle che hanno come supporto la Tecnologia e l'Internet. Questa è la delimitazione di questo articolo. Inizialmente, incorniciasi il nuovo oggetto del studio nel "nuovo" ramo del Diritto che attualmente è denominato Diritto Elettronico o Diritto Tecnologico. Dopo, delimitasi la principale attività generata per lo "strumento" Internet, che è il Commercio Elettronico e il suo rispettivo contratto. Sono trattati nella sequenza i principi giuridici e limitazioni tecno-giuridiche concernenti allo commercio elettronico e il suo riflesso nelle relazioni di consumo, anch'è, la legislazione concernente. Al finale, si fa un conciso panorama sull'attività che hanno come supporto l'Internet e che non dica rispetto solo ai contratti e al commercio elettronico, come per esempio, il lavoro e i giochi, che oggi possono essere fatti nella rete mondiale e che, anch'è, fanno nascere relazioni giuridiche. La persistente ingenuità ancora compenetra il conoscenza sull'Internet. Alcuni ancora la considerano come un semplice strumento per determinare la comunicazione tra due punti. Altri, più radicale e in minore numero, la trattano con aria profetica, con certa paura, la caratterizzando come uno strumento di vigilanza e monitoraggio. Questo è il mondo virtuale che sorge, il quale obbliga il Diritto a disciplinare le sue relazioni giuridiche, principalmente quelle concernenti allo commercio elettronico e l'obbligazioni di contratti.

PAROLE CHIAVE: RELAZIONI GIURIDICHE, MONDO VIRTUALE, INTERNET, COMMERCIO ELETTRONICO, DIRITTO ELETTRONICO.

1. INTRODUÇÃO

Para iniciar o presente artigo, considera-se seja oportuno destacar o último parágrafo da conclusão de Manuel Castells (2004, p. 325), em sua obra "A Galáxia Internet, Reflexos sobre Internet, Negócios e Sociedade" que destaca a dimensão e a influência da Internet em nossos dias:

Imagino que alguém poderia dizer: "Porque é que não me deixa em paz? Eu não quero saber nada da sua Internet, da sua civilização tecnológica, da sua sociedade em rede! A única coisa que quero é viver a minha vida!" Pois bem, se esse for o seu caso, tenho más notícias para si: mesmo que você não se relacione com as redes, as redes vão relacionar-se consigo, Enquanto quiser continuar a viver em sociedade, neste tempo e

nesse lugar, terá que lidar com a sociedade em rede. Porque vivemos na Galáxia Internet.

Quando se fala em mundo virtual, tem-se em conta, também, as relações entre ausentes como a telefonia e a teleinformática, por exemplo, pois pode-se comercializar, informar, dentre outras atividades. Este mundo, porém, é mais visível (embora “virtual”) pela Internet.

Em razão disso, hoje deve ser repetido: a Internet não mais pode ser considerada uma mera ferramenta de trocas de informações ou *e-mails*.

Como será mostrado, a Internet é palco para diversas atividades humanas. Não somente o comércio eletrônico. Atualmente se trabalha pela Internet, desenvolvendo-se projetos dos mais diversos tipos (engenharia, arquitetura), constroem-se jogos, realizam-se transações financeiras, monitoram-se operações médicas e cirúrgicas.

De qualquer modo, ao Direito incumbe a urgente tarefa em regrar as relações comerciais eletrônicas e seus contratos. Tem-se a consciência que outras áreas jurídicas reclamam tal disciplinamento. Mas, a atividade que mais demanda um tratamento jurídico é a do comércio eletrônico, dada a vulnerabilidade de todos os envolvidos no processo, nomeadamente o cidadão consumidor internauta.

Importantes são as palavras de Lorenzetti (2004, p. 45-46) acerca da ingênua felicidade:

A realidade mostra que assistimos um processo de regulação heterônoma das condutas, mediante a publicidade indutiva, a criação de modelos culturais, incentivo a determinadas condutas, o que vai criando regras comuns. Esta homogeneidade do indivíduo médio leva ao padrão de gostos e preferências, o que se desencadeia um processo lesivo das liberdades. Como descreveu Huxley, este mundo é “feliz” porquanto ninguém é consciente do controle social e os sujeitos tomam decisões induzidos pelos outros, mas crendo firmemente que são suas próprias decisões.

A vulnerabilidade do indivíduo é incrementada.

A capacidade de o usuário controlar, por si mesmo, fica muito limitada por algumas características da rede. Os processos de identificação do mundo real são diferentes dos que estamos acostumados a utilizar: se alguém entra numa loja, existem exigências municipais que regulam o seu funcionamento, marcas registradas, elementos físicos, o que transmite uma certa segurança. Na Internet o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco?; a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria. (grifou-se)

Mas, é forçoso enquadrar o presente estudo dentre os vários ramos do Direito. Norberto Bobbio em seu livro, *A Era dos Direitos* (2004, *passim*), considera que teríamos 3 gerações de Direitos:

- **1ª geração:** os direitos individuais, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança;
- **2ª geração:** ao emprego, à aposentadoria, à educação, à moradia;
- **3ª geração:** os transindividuais, difusos, meio ambiente sadio; à paz, ao desenvolvimento, à educação.

Depois, conforme ensina Paulo Bonavides¹ (2002, p. 525), verificam-se os Direitos de **4ª geração:** relativos aos efeitos da pesquisa biológica a ensejar a manipulação do patrimônio genético.

Tal doutrina ainda é incipiente, mas se pode mencionar autores, como por exemplo José Alcebíades de Oliveira Júnior (**Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000, p. 100) que já destacam os Direitos de **5ª geração**.

Dado esse breve panorama acerca das gerações ou dimensões, passa-se aos conceitos e delimitações acerca do objeto de estudo. Conforme observa Lorenzetti (2004, p. 72):

Sempre que surge uma nova tecnologia, mostra-se necessário também o agrupamento de sua problemática ao redor de um corpo cognoscitivo específico. Por exemplo, o direito dos transportes, das telecomunicações, da viação aérea, o direito marítimo, e outros, provocaram o surgimento de novas disciplinas.

Nesse sentido, é necessário efetuar um corte epistemológico² sobre os vários ramos do Direito, extraindo-se daí, um conceito de um (novo?) ramo que auxilie a focar o presente objeto de estudo: as relações jurídicas e o mundo virtual.

Considera-se que não se pode estabelecer tal análise sob à luz do “**Direito Informático**” (ou com mais rigor classificatório, da “**Informática Jurídica**”) que é a **aplicação da informática ao Direito**³.

O chamado contrato eletrônico (ou efetuado pela Internet e, aliás, não apenas de consumo que é o de maior ocorrência), pode ser enquadrado, atualmente, no chamado Direito Eletrônico ou Virtual, ou ainda, **Direito do Espaço Virtual** (*Cyberlaw* no direito inglês e norte-americano; Cibernético para o Direito Brasileiro). E para distinguir: “Direito do espaço virtual. Aqui, o propósito fundamental não é aplicar a computação ao Direito, mas sim o Direito à computação.” (LORENZETTI, 2004, p. 73).

Eis o **Direito de 5ª geração** que abarca o presente estudo: os ligados ao **Espaço Virtual ou Cibernético**⁴; relativos ao comércio eletrônico, contratos eletrônicos, propriedade intelectual pela web, jogos, comunidades virtuais, publicidade virtual, entre outros. Portanto, o presente artigo discute este direito, relacionando contratos e comércio eletrônico com o espaço virtual.

2. CONTRATO E COMÉRCIO ELETRÔNICO

A seguir são apresentados os conceitos iniciais de contrato e comércio eletrônico, discutindo como estes objetos vem sendo tratados e entendidos em um mundo virtual, no qual as contratações não mais ocorrem *face-to-face*.

2.1 Conceitos iniciais

Na realidade, nem a legislação, nem a doutrina brasileira definiram ou conceituaram esses vocábulos, e, não delimitaram com rigor suas abrangências.

Muitas vezes esses termos se confundem e, ao debate, ainda se acrescenta a expressão: relação jurídica eletrônica. Observe-se:

Podemos definir **comércio eletrônico de uma maneira estrita**, como sendo uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. **De maneira ampla**, podemos visualizar o **comércio eletrônico** como um novo método de fazer **negócios através** de sistemas e redes eletrônicas. *Lato sensu*, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação.

[...]

Destaque-se, com Ricardo Lorenzetti, que, se podemos qualificar como comércio eletrônico *latu sensu* todas as atividades que tenham por fim o intercâmbio, por meios eletrônicos, de bens físicos e de bens digitais ou imateriais, o resultado é que teremos **relações jurídicas** daí oriundas que podem ser: de Direito Público (negócios jurídicos eletrônicos entre comerciantes/comsumidores e o Estado, ou B2G *bussiness to government* e C2G *consumers to government*) ou de Direito Privado, seja de direito puramente civil (relações entre dois civis), de Direito Comercial (relações entre dois comerciantes, geralmente expressadas em inglês como *bussiness to bussiness*, ou B2B) e relações de consumo (relações mistas entre consumidor/civil e um fornecedor/comerciante, geralmente expressadas em inglês como *bussiness to consumers*, ou B2C). (grifou-se) (MARQUES, 2004, p. 38-39)

Em nota de rodapé na p. 39, ainda destaca Marques (2004, p. 38-39): “Borges, p. 31 menciona também as siglas B2A (*Bussiness to administration*) e A2C (*Administration to consumer*), A2A (*Administration to Administration*), para este uso comercial e negocial do meio eletrônico em Direito Público, e, em direito do trabalho, B2E (*Bussiness to Employee*)”.

A legislação brasileira⁵ não dá, como já foi dito, qualquer conceito. Mas, resumidamente, em face da doutrina, pode-se considerar o seguinte:

- **Relações jurídicas eletrônicas** (*e-business*): Qualquer relação jurídica que tenha como suporte tecnológico, o eletrônico, incluindo-se aí as relações públicas e privadas⁶;
- **Comércio eletrônico** (*e-commerce*): qualquer relação jurídica que possua, para se consubstanciar, um suporte eletrônico, contemplando basicamente as relações privadas;
- **Contratos eletrônicos** (*e-contract*): o contrato celebrado por meio eletrônico, o qual, por sua vez, dá suporte a uma relação jurídica estabelecida por este mesmo meio.

Com base nestes conceitos, pode-se então avançar na discussão sobre o tratamento jurídico e tecnológico dos contratos eletrônicos.

2.2 Contratos eletrônicos. Posição ontológica ou instrumental?

Lorenzetti (p. 68-81) pondera que, hoje, existem duas posições a adotar ao se estudar esse “novo” direito (comércio e contratos eletrônicos inseridos): a *ontológica* e a *instrumental*.

Os posicionamentos existentes podem ser divididos em dois grupos. Um que denominaremos “ontológico” sustenta que estamos diante de um mundo novo que demanda um Direito diferente, e outro “instrumental”, que simplesmente transplanta as regras já existentes mediante o emprego da analogia.

[...]

A posição ontológica nos parece excessiva no que toca à pretensão de consagrar um mundo novo paralelo ao real, uma nova dimensão imune ao sistema normativo.

Inversamente, a tese instrumental peca por ser insuficiente, vez que a transposição analógica omite a consideração dos elementos específicos da nova situação fática, e, por isso, não raramente é ineficaz. A analogia direta procede por meio do automatismo e semelhanças simplificadas. Em muitos casos, tomam-se títulos, como “o direito das obrigações do Mercosul”, “o direito de propriedade na era da globalização”, “a privacidade do genoma humano”, e faz-se, sem nenhuma adaptação, exposições sobre a matéria na qual o especialista é conhecedor.

E conclui o autor, propondo-se a estudar:

Os conflitos perduráveis e sua problemática específica no meio tecnológico. Ou seja, a exclusão social, as diferenças entre fortes e fracos, a discriminação, o monopólio e a concorrência, ou o tema que for, deve ser tratado a partir da análise das modificações que o meio técnico produz.

(LORENZETTI, 2004, p. 78-79)

3. A Tecnologia, a Sociedade de Consumo e os Contratos eletrônicos

Hoje é inafastável o relacionamento entre a tecnologia, a sociedade de Consumo e o Contrato dito eletrônico. Cabe frisar que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor - CDC, as concepções clássicas do contrato sofreram abalos.

Some-se a isso, agora, o surgimento da Internet com apoio na Informática e nos computadores, o que, segundo alguns autores, significaria vivermos em uma Quarta Época, Pós-modernidade (observe-se Klaus Adomeit, 2001, p. 13)⁷.

Quadra lembrar que a elaboração do CDC (1990)⁸ não fora contemporânea do uso comercial da Internet no Brasil que se iniciou em 1995, conforme Leal (2007, p. 13-14). Este descompasso, que aparentemente não parece ser muito tempo, 5 anos, representa uma grande diferença quando se pensa em cultura, em uso e aplicação da Internet para descoberta de novas maneiras de relacionamento, comunicação e, portanto, contratação e comércio eletrônico.

3.1 Princípios

Preliminarmente, podem ser destacados os seguintes princípios contratuais: **do protecionismo** (impõe ao Estado o dever de defesa do consumidor); **da transparência** (o contrato deve ser redigido de forma clara); **da boa-fé** - base de todo o ordenamento, “*princípio máximo orientador do CDC*” - (CLÁUDIA LIMA MARQUES), tendo como elementos a transparência, a equidade e a isonomia, visa estabelecer uma relação honesta e leal entre consumidor e fornecedor; **do equilíbrio contratual**; **da confiança** (objetiva proteger a confiança depositada pelo consumidor na relação contratual).

Ao lado dos citados, podem ser destacados outros princípios, conforme enfoque dado pelo prof. Antonio Carlos Efig (2005, p. 91-92), mirando-se basicamente os mesmos fundamentos:

- **da vulnerabilidade do consumidor:** presume-se que todo consumidor é vulnerável, cultural e materialmente, mas nem todos são considerados hipossuficientes, pois, para tanto, sempre é necessária a análise do caso concreto.
- **do dever governamental:** relaciona-se com o princípio do protecionismo estatal apontado acima. Ademais, impõe-se ao Estado a promoção, a racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- **da garantia de adequação:** diz respeito ao binômio segurança/adequação; significa dizer que os produtos e serviços devem ser seguros e adequados, correspondendo à legítima expectativa do consumidor;
- **da informação:** informação e educação para os consumidores acerca de seus direitos;
- **e do acesso à justiça:** estabelecimento dos meios para que o consumidor alcance seus direitos.

De extrema importância é o estudo da função social do contrato, uma vez que, hoje, na Atual sociedade de consumo, não mais se pode aceitar a prevalência do liberalismo econômico do século XIX (na concepção clássica do contrato) onde a vontade das partes sobrepujava o interesse social, desconsiderando-se o fato de que sempre houve desequilíbrio entre contratantes.

Interessantes as palavras do prof. Luiz Edson Fachin (2003, Tit. II. **Novos Paradigmas do Direito Civil Contemporâneo**, p. 212, nota de rodapé n.246) a respeito: “Quem contrata não avença tão-só com quem pactua. A funcionalização das titularidades compreende, também, a previsão de função social ínsita ao trânsito jurídico.”.

Ocorre, entretanto, que os já abalados fundamentos do estudo do Direito Civil (propriedade, família e contratos) publicizados e constitucionalizados, passam agora a ter influência das relações de consumo e, posteriormente, das relações jurídicas eletrônicas.

Mas, para responder a essas questões, ligadas às relações jurídicas eletrônicas, vários novos princípios estão se agregando, servindo de fundamento para prováveis respostas e que poderiam ser assim resumidos (observe-se Lawand, 2003, p. 39-54, também Leal, 2007, p. 89-93) como os princípios das relações jurídicas eletrônicas:

- **Da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais:** Preceito previsto na Lei da UNCITRAL (UNCITRAL/CNUDMI - *United Nations Commission on International Trade Law*/Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional) que visa impedir qualquer preconceito com relação ao que consta da Internet: obsta a invalidade do contrato efetuado por meio eletrônico, e impede a inviabilidade de se preverem condições diferentes daquelas impostas aos contratos em papel;
- **Da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico:** A lei deve ultrapassar os conceitos tecnológicos atuais em razão da dinâmica tecnológica. As normas disciplinadoras abarcarão não somente as tecnologias existentes no momento em que forem promulgadas, mas também as futuras sem necessidade de significativas mudanças desnecessárias. Exemplo 01: utilização da Internet por meio do aparelho celular, quando anteriormente se necessitava de um modem acoplado a um microcomputador. Exemplo 02: segurança por meio de criptografia. Hoje se pode ter uma lei prevendo tal processo. Caso seja inventado outro, a lei não precisaria ser reformulada. Note-se a polêmica discussão envolvendo a comparação entre assinatura manuscrita e digital. Sobre o assunto, Ricardo L. Lorenzetti, Presidente da Suprema Corte da Argentina, (2004, p. 114-115), dedicou as seguintes palavras:

Nas relações jurídicas veiculadas por meios eletrônicos surge uma questão: em que condições existe um documento e quando é atribuível ao seu autor? Para solucioná-la, elaboram-se conceitos, técnicas e, em função delas, regras de direito e não o inverso, como muitas vezes, pode parecer.

A primeira resposta a esse problema é estabelecer analogia direta com o já conhecido, ou seja, aplicar os conceitos, técnicas e regras da cultura escrita à eletrônica. Qual é o obstáculo? No mundo dos átomos e da escrita, é possível realizar uma comparação entre

o documento original e o falso para deduzir a autenticidade; é factível a prova empírica da assinatura aposta ao documento; pode-se pegar o papel, analisá-lo, submetê-lo a ditames, fazer perícias grafoscópicas sobre uma nova escrita comparativa do signatário.

No mundo digital não é possível a prova empírica comparativa.

O documento original pode ser igual ao falso porque não há bits falsos; um byte fará uma cópia exata de outro byte original. (grifou-se)

Com o devido respeito ao acima exposto, pode-se afirmar que sobre tal raciocínio cabem ressalvas e apontamentos técnicos, notadamente quando se afirma que: “No mundo digital não é possível a prova empírica comparativa.”. Do ponto de vista eletrônico, para se vincular um documento a uma assinatura digital, utiliza-se uma técnica, chamada de função *hash*. No momento da assinatura do documento original será gerada uma chave (*hash* – seqüência numérica) a qual representará as informações do documento propriamente dito e os dados do autor do mencionado documento. Grosso modo, sem maiores detalhamentos técnicos, a assinatura digital é um método de autenticação originada no processo de criptografia⁹. A função *hash* possui uma característica que determina um resultado exclusivo vinculando o texto original ao autor. **Portanto, é possível a comparação entre dois documentos eletrônicos distintos quando possuem assinaturas eletrônicas.** Nesse aspecto, importante que se diga que a assinatura será autêntica (ligando o assinante ao documento) quando for atestada pela função *hash* que vinculará o documento original ao seu autor. De fato, pode-se ter dois documentos idênticos, com *bytes* idênticos, tomando-se a linguagem do texto em destaque. Mas, para o exemplo apontado, existirão *hashs* distintos (chaves diferentes) gerados no momento das respectivas assinaturas;

- **Da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos:** É uma diretriz que estabelece que todo o conhecimento acerca de obrigações e contratos não deverá ser desprezado. O meio eletrônico é um novo ambiente, mas não deverá ser um novo regulador das obrigações e contratos.

E conforme Gambogi Carvalho (2001, p. 59-60):

A internet não cria um espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que quaisquer atos jurídicos. A celebração de contratos via Internet sujeita-se, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (CC). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do CDC.

Para dar suporte a todas transações eletrônicas, principalmente, comerciais, necessita-se de estruturas públicas que reconheçam como válidas as assinaturas e aplicações eletrônicas. Tem-se aí a garantia da validade, autenticidade e integridade de dados, além da irretatibilidade e irrevogabilidade das transações. Justamente neste quadro é inserida a **certificação digital**, pois a administração pública, reconhecendo os certificadores digitais, promove, desse modo, o comércio eletrônico.

“O Instituto de Tecnologia da Informação e o Comitê Gestor da ICP-Brasil têm o poder de direcionar as atividades dos fornecedores privados de chaves de assinatura e certificados digitais em rede digital aberta no Brasil”.” (GARCIA JUNIOR, 2007, p. 66). Segundo Leal (2007, p. 166):

A certificação digital tem por finalidade atestar a titularidade de uma chave pública e é realizada por uma entidade conhecida como Autoridade Certificadora, responsável pela emissão, renovação e revogação de certificados digitais.

[...]

Uma autoridade certificadora desempenha basicamente as funções de criação e emissão dos certificados, publicação dos certificados e das listas de revogação e a manutenção de arquivos contendo os dados dos certificados.

A certificação digital pode ser usada para várias finalidades, desde as operações mais simples, como identificar o grupo de amigos que se comunica em tempo real na Internet, até a identificação segura das partes de um contrato eletrônico cujo objeto envolva uma transação de milhões de reais.

A origem normativa que trata das certificações digitais e chaves públicas é a MP n. 2.220/2001 e conforme destaca Garcia Junior (2007, p. 69):

[...] a norma jurídica não proíbe qualquer organização ou empresa de criar sua própria ICP e, dependendo dos requisitos técnicos e legais de operabilidade, requerem registro junto à ICP-Brasil e integrarem sua infra-estrutura.

Uma autoridade certificadora credenciada na ICP-Brasil pode vender certificados que sirvam para verificar assinaturas eletrônicas em qualquer tipo de documento ou transação, com valor probante em todo o território nacional.

Para que os certificados emitidos por uma autoridade certificadora adquiram, em nosso país, validade jurídica e força probante contra terceiros, é preciso que a autoridade certificadora esteja incorporada à ICP-Brasil.

Desse modo, os princípios das relações jurídicas eletrônicas podem contar com mecanismos tecnológicos (certificação digital e assinatura digital) que garantem os aspectos jurídicos das transações realizadas em ambiente virtual.

3.2 Desafios

Marques (2004, p. 51-99), pondera que hoje existiriam desafios negativos referentes à contratação eletrônica¹⁰:

- **Despersonalização da relação jurídica e o “silêncio” no diálogo virtual**

O sujeito ofertante, agora, é um profissional automatizado e globalizado presente em uma cadeia sem fim de intermediários e, em contrapartida, o aceitante é um sujeito “mudo” na frente de um computador em qualquer tempo, língua, com qualquer idade, [talvez] identificado por uma senha ou número de máquina, ou, quando muito, por características biométricas.

A autora radicaliza seu raciocínio lembrando das posições de Gilmore em “A morte dos contratos” e de Natalino Irti destacando sua frase: “*scambi senza accordo*”. Os atores não teriam mais rosto, não mais aparecem física ou territorialmente. Daí a vulnerabilidade eletrônica ainda mais acentuada do consumidor.

Se o mundo já convive com os “*displaced persons, homeless, roofless, houseless, ou SDF, sans domicile fixe: sans abri, la rue t’appartient*”^{II}. Podem ser recebidos, também, os *senza facce*.

- **Desmaterialização do meio de contratação, do objeto e dos vícios**

Destaca que muitas vezes o próprio objeto do contrato é imaterial, assim como o vício do objeto é informacional.

Traz uma decisão que, por analogia, pode ser utilizada em nosso estudo (p. 78 e 79)

Apelação cível. Ação declaratória negativa. Direito do consumidor. Contrato de adesão. Condições gerais de contratação. Ônus da prova. Fornecedor. [...] Em se tratando de contrato de adesão, [...] por telefone, é do fornecedor a prova de que as cláusulas gerais de avença foram corretamente informadas ao consumidor. Exegese do art. 54, § 4º do CDC. Precedentes do STJ [...] Caso concreto em que a fornecedora de serviços de TV a cabo não provou que o contratante tinha conhecimento da cláusula que previa a devolução de equipamento em caso de rescisão contratual [...]. (TJRS, 9ª Câm. Cível, Apelação Cível 70006096853, Des. Adão Sérgio do Nascimento, j. 12.05.2004)

- **Desterritorialização, desregulamentação e atemporalidade**

Comenta que a maior tendência da Internet é a globalização pois, no meio eletrônico, desaparecem os limites estatais e territoriais, com a ocorrência, inclusive, da desnacionalização dos negócios jurídicos.

Se o meio eletrônico não conhece mais território, o consumidor se transforma em um *netcytizen* e as conexões clássicas no Direito Internacional Privado - domicílio ou residência habitual, nacionalidade, lugar físico dos atos (*locus regit actum*), lugar físico das coisas (*lex rei sitae*)-, sofrem um grande desafio.

Recorda a lição de Jean Calais-Auloy (Prefácio na obra de Bureau, *Le droit de la consommation transfrontière*, p. 1):

a abertura de fronteiras, a mundialização da economia, a multiplicação das viagens e o comércio eletrônico foram os principais fatores desta nova “banalização” da contratação

internacional de consumo, **desafiando um Direito do Consumidor que continua “estatal” e nacional.** (grifou-se)

- **Desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico**

Por todo o exposto, o consumidor possui extrema desconfiança no comércio eletrônico. Acrescente-se, ademais, a complexidade do meio, a linguagem estrangeira (tecnológica e virtual).

Em pesquisa apontada pelo PROCON-SP¹², mais de 71% dos consumidores responderam que a maior desvantagem no uso do comércio eletrônico está ligada à falta de segurança: desses, 35% apontam a confidencialidade de dados pessoais (senhas, nº de contas, nº de cartões) e 36% quanto ao processo de compra (garantia de entrega, emissão de nota fiscal, cumprimento da oferta, etc). Buscando diminuir tais desconfianças, o trabalho de Oliveira et al. (2008, p. 378-383) descreve um protocolo de autenticidade para as transações comerciais na Internet.

3.3 Temas dogmáticos

Em razão desse novo ambiente social, que pode ser chamado de comunidade ou sociedade virtual/tecnológica, outros temas começam a surgir e já estão sendo tratados como dogmáticos, conforme leciona Lorenzetti (2004, p. 285-330):

1. Oferta e aceitação dos contratos e o tempo na celebração dos contratos eletrônicos: entre presentes ou ausentes? Verifique-se, preliminarmente, o momento da conclusão (aceitação) de qualquer contrato (a partir de Diniz, 2002, v. 3, p. 63-66).
- Entre presentes: a policitação poderá estipular ou não o prazo para a aceitação. Se a proposta não contiver prazo para a aceitação, esta deverá ser manifestada imediatamente, senão a oferta deixará de ser vinculativa (art. 428, I, CC). Exemplo de contrato entre presentes é aquele efetuado por telefone, pois, o que importa é a forma de manifestação do consentimento e não a posição material dos contratantes. Conforme Diniz (2002, v 3, p. 58): “Denota-se que a lei pátria adotou a teoria de Gabba, que não dá a menor importância ao espaço que separa as pessoas, entendendo que o importante é o fato de os contratantes poderem comunicar-se diretamente, propondo e aceitando de imediato.”
 - Entre ausentes: existindo prazo, este deverá ser obedecido, mas se aceitação se atrasar, o proponente deverá dar ciência do fato ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos (CC, art. 430). Exemplo deste tipo de contrato: por carta.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 65-66), para os casos de contratos entre ausentes:

a teoria da agnição ou declaração, [...] parte do princípio de que o contrato se aperfeiçoa no instante em que o oblato manifesta sua aquiescência à proposta.[...] Subteoria da expedição, segundo a qual não basta a formulação da resposta pelo oblato, sendo necessário enviá-la ao proponente, postando-a ou transmitindo-a, presumindo-se, então, que o contratante fez tudo o que podia para externar a aceitação. Ter-se-á a conclusão do contrato com a expedição da resposta favorável.

Arremata a autora: “Tendo-se em vista os dispositivos do Código Civil que regulam o assunto, vislumbra-se que nosso estatuto civil aceitou a teoria da agnição ou da declaração [...], isto é, da expedição.” (DINIZ, 2002, p. 66).

Lembremos, ainda, do art. 49 do Código de defesa do consumidor:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, **sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial**, especialmente por telefone ou a domicílio.

Cabe voltar a atenção à classificação dos contratos eletrônicos em particular:

- Por *e-mail*: Envia-se uma proposta ao destinatário certo por uma correspondência eletrônica (*e-mail*). São semelhantes aos contratos celebrados mediante carta¹³, entre ausentes, portanto; sendo possível que a mensagem enviada não seja lida, ficando tal declaração depositada na caixa de correio eletrônico do eventual consumidor.
- Por clique: Tais contratos são conhecidos no direito comparado como *click-through agreements*. São assim designados porque seus termos são aceitos por meio da confirmação digital de um computador. Equiparam-se aos contratos entre presentes (como aqueles efetuados por telefone, p. ex.), bem como podem ser considerados contratos por adesão¹⁴. (art. 54, CDC).
- Leilões e pregões eletrônicos: Trata-se de venda pública eletrônica onde quem vier a oferecer um preço maior levará o bem disputado¹⁵. Supõe-se que aceitação pode ser efetuada tanto *por e-mail*, quanto por clique.

1. Local de celebração do contrato. A regra *locus regit actum* seria adequada? Sabe-se que no ordenamento brasileiro¹⁶, o art. 435 do Código Civil, e o art. 9º, § 2º da LICC estabelecem as regras conflituais relativas à formação dos contratos. O critério a ser utilizado na resolução de eventual conflito seria o da lei onde foi proposto o contrato.

Imagine-se aplicar estes dispositivos a uma transação internacional envolvendo um consumidor brasileiro de um produto japonês contratado pela Internet. Também deve ser considerada a posição do fornecedor, como o fez Mulholland (2006, p. 129):

No comércio internacional [DIPr], não seria prático nem razoável que um fornecedor devesse, ao realizar a sua oferta ao público, investigar os ordenamentos jurídicos de todos os seus potenciais consumidores e adequar a sua proposta a cada ordenamento diferente com o qual manteria relações comerciais.

Porém, a autora arremata:

Nosso entendimento é no sentido de que sempre que estivermos diante de contratos eletrônicos que perfazem relações de consumo, por terem os consumidores proteção especial das leis internas de cunho imperativo – como é o caso do Brasil -, deve-se aplicar a lei do domicílio do consumidor, atendendo-se os ditames constitucionais da tutela do consumidor e do acesso efetivo à justiça. (MULHOLLAND 2006, p. 130-131)

Assim também pensamos, com arrimo nos seguintes dispositivos do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

1. A eleição do foro e de lei aplicável: Uma empresa pode, por exemplo, não aceitar compras procedentes de certos países; dá-se o nome de *no doing business/ no-stream-of-commerce* para evitar responsabilidades. Alguns estudiosos consideram que, nesse caso, o consumidor poderá arcar com o ônus de discutir a demanda no foro do fornecedor (ver por exemplo: CARAVACA, A. L. C. & GONZÁLEZ, J. C. *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*. Madrid: Colex, 2001, 1ª ed.)¹⁷ Naturalmente, caso não existisse essa “cláusula” *no doing business/ no-stream-of-commerce*, o consumidor teria em seu país, o foro e a legislação para discussão.

Mais uma vez, tendo-se em conta o princípio da vulnerabilidade, somos pelo entendimento de que o consumidor brasileiro, mesmo informado desta cláusula, continuará sob o manto protetor constitucional das relações de consumo, contando com o foro e as leis brasileiras. Observe-se novamente o CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos

3.4 Legislação sobre o assunto

O comércio eletrônico brasileiro vem crescendo a uma média anual de 40% ao ano, e a previsão para 2008 não é diferente. O varejo online deve movimentar R\$ 8,8 bilhões, subindo 45% em relação a 2007, com um total de 12 milhões de consumidores¹⁸. Porém, a legislação brasileira ainda é bastante incipiente. Sobre comércio eletrônico:

- Projeto de lei n. 4.906, de 2001: Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico;
- Medida Provisória (Originária) n. 2.200, de 28 de junho de 2001: Tal norma instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, visando garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.
- Lei modelo da UNCITRAL: Em 5 de dezembro de 1997, Estados Unidos e União Européia firmaram uma declaração conjunta sobre Comércio Eletrônico, destacando o seguinte:

O comércio eletrônico global, promovido pelo desenvolvimento da Internet, será um motor importante para o crescimento da economia mundial do século XXI;

O comércio eletrônico oferece novas oportunidades para os negócios e aos cidadãos de todas as regiões do mundo. Especificamente, as pequenas companhias poderão conseguir um acesso sem precedentes aos mercados mundiais a baixo custo e os consumidores poderão escolher entre um amplo leque de produtos e serviços.

Em 1996, como resultado de reunião da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, foi dada a redação da Lei modelo da UNCITRAL.

A finalidade da lei modelo é a de oferecer aos legisladores nacionais um conjunto de regras aceitáveis no âmbito internacional (a partir de GARCIA JUNIOR, 2007, p. 310), mas sem excluir as normas internas de cada país. Por exemplo, o Direito do Consumidor Brasileiro, continuaria a ser adotado para consumidores nacionais, mesmo que o fornecedor ou provedor de acesso, nesse caso, sejam estrangeiros.

De qualquer modo, não se tem uma lei específica sobre comércio eletrônico, apenas uma Medida Provisória que trata de certificação digital. O ordenamento, para fins de consumo, é o CDC.

4. Casuística

Recente caso tratado pela jurisprudência envolve a inscrição indevida no SPC e SERASA pelo próprio Banco (réu) devido ao não pagamento em conta corrente do cliente. Segundo entendimento, houve invasão de *hackers* na transação¹⁹:

RECURSO DE APELAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL E DE DANO MORAL. FRAUDE NA UTILIZAÇÃO DE INTERNET EM CONTA CORRENTE. ATO PRATICADO POR TERCEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC E NO SERASA INCONTESTE. DEVER DE RESTITUIR O QUE COBRADO INDEVIDAMENTE E DE REPARAR O DANO MORAL. VALOR DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) FIXADO RAZOAVELMENTE PARA REPARAÇÃO DO DANO MORAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO ACORDAM os Magistrados integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, J. S. FAGUNDES CUNHA - Relator, Desembargadores GUIMARÃES DA COSTA e GIL FRANCISCO DE PAULA XAVIER F. GUERRA - Vogais, à unanimidade, em CONHECER o Recurso de Apelação e NEGAR PROVIMENTO, nos termos do Voto do Relator e de acordo com o que consta da Ata de Julgamento. Curitiba, 21 de fevereiro de 2008. J. S. FAGUNDES CUNHA - Relator (TJPR - 8ª C.Cível - AC 0455354-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Conv. José Sebastiao Fagundes Cunha - Unanime - J. 21.02.2008)

Trecho do Acórdão:

Ademais, fatos dessa natureza são decorrentes dos riscos da própria atividade comercial desenvolvida pela ré que, também por isso, deve reparar os danos daí ocorrentes.

Aliás, quem colhe o bônus deve também arcar com o ônus inerente à atividade. A parte Autora, no caso vertente, é consumidora por equiparação, podendo ser considerada vítima do evento, conforme dispõe o art. 17 do CDC.

A alegação de segurança do sistema na internet se queda diante de precedentes:
Assalto virtual

**Invasão de conta na internet dá direito a indenização
O Banco [...] terá de reparar por danos morais dois clientes que tiveram o dinheiro de sua conta corrente retirado indevidamente através da internet por hackers assaltantes.** (grifou-se)

5. Mundo Virtual (jogos)

Nota-se, contudo, que a Internet está deixando de ser, hoje, apenas um meio para se realizar contratos. Está se tornando um palco onde várias relações jurídicas estão se realizando. A seguir são analisados alguns exemplos:

a) Empresas vão contratar a partir do Second Life²⁰:

Empresas vão contratar a partir do Second Life. A agência interactiva TMP Worldwide, especializada em recrutamento, vai permitir que as empresas realizem feiras de emprego e entrevistem potenciais novos funcionários no

espaço da agência no mundo virtual do Second Life. O Second Life tem mais de três milhões de perfis de utilizadores registados, bem como sua própria economia e moeda. **Dezenas de empresas criaram aí representações, incluindo a Reuters, IBM e General Motors, na expectativa de se promoverem entre cibernautas.**

Mas a TMP é a primeira empresa a definir um serviço de recrutamento real no Second Life, disse, à agência Reuters, Louis Vong, vice-presidente de estratégia interactiva da empresa. Até agora, recrutamento no mundo virtual era limitado apenas a vagas de empregos também virtuais.

«Muitas empresas gastam dinheiro em feiras de empregos em centros de convenções ou em hotéis», disse Vong. «Estamos a dizer que podemos fazer tudo isso no Second Life.» A área da TMP dentro do mundo virtual permitirá que clientes façam eventos de recrutamento e construam réplicas virtuais dos seus escritórios.

O avatar de um recrutador real entrevistará avatares de candidatos usando a tecnologia de mensagens instantâneas. A TMP informou que vai fazer análises dos candidatos antes de marcar entrevistas para ter certeza de que as pessoas são quem elas dizem que são.

«Com esta estratégia, a empresa recebe currículos reais, bem como endereços de e-mail e a hipótese de promover a sua marca entre uma audiência sofisticada de cibernautas com idades entre os 18 e os 44 anos», informou a TMP. (grifou-se)

b) [Second Life – Virtual até que ponto?](#)²¹:

Muitos de vocês leitores devem conhecer o game Second Life, que como o próprio nome já diz, trata-se de um simulador da vida semelhante ao [The Sims](#), mas com uma pequena diferença. O jogo é multiplayer, atuando com pessoas reais em um mundo virtualmente conectado via internet.

O fato é que esta barreira entre o mundo virtual e a vida real está ficando cada vez mais tênue, gerando certas influencias do jogo no mundo real, e vice-versa. Por mais maluco

que se possa parecer, essa realidade virtual está se fundindo com a vida real de certas pessoas, de uma maneira positiva.

O Second Life foi criado em 2003 pela [Linden Lab](#), e nele você elabora seu personagem que atuará na vida digital, podendo ter aparência humana ou até de animais. Os cenários do game também são todos criados pelos próprios usuários, podendo seguir uma linha realística ou fantasiosa, de acordo com a preferência do criador.

Para os usuários participarem do game, existem 2 opções de conta: A primeira delas é a conta básica, que lhe possibilitará uma participação gratuita no game, onde você poderá participar de eventos e passear pelos diversos ambientes virtuais, como supermercados, boates, lojas, etc...

A segunda opção é a aquisição de uma conta premium, que dará o passaporte livre para o seu usuário criar casas, estabelecer uma área comercial, oferecer serviço às pessoas, enfim... mergulhar de cabeça no mundo Second Life. Para ter acesso à conta Premium é necessário pagar uma taxa de US\$ 9,95 por mês.

Empreendimento virtual com ganhos reais

C

Como o game oferece um mundo completo, por que não possuir uma moeda própria? E é exatamente assim que funciona a economia de Second Life. Toda movimentação financeira é realizada com uma moeda própria do jogo, o “Linden Dolar” (L\$). E o mais interessante de tudo isso é que esta moeda pode ser convertido para dinheiro de verdade!

Qualquer pessoa pode pintar um quadro, construir uma peça de roupa, um sapato, uma cadeira, ou qualquer outro objeto. Desta maneira, você pode optar por oferecer sua criação aos usuários do jogo, podendo futuramente migrar do artesanato para um empreendimento com maior número de funcionários. Por exemplo: você pode dar início a uma loja de móveis, onde você administrará seus Lindens (L\$) contratando funcionários, construindo cadeiras, mesas, banquinhos, e conseqüentemente terá um retorno financeiro para cada venda realizada. Se você conquistar uma boa quantia de Lindens durante sua atuação no jogo, você poderá trocá-los por uma boa quantia de dólares de verdade!

A revista Business Week publicou uma matéria sobre um usuário do jogo, chamado virtualmente de Anshe Chung, que chegou a faturar US\$ 250.000,00 de verdade com seu empreendimento virtual! Ele construiu uma ilha virtual, onde as pessoas pagam em Lindens para alugar ou comprar as residências construídas por

Chung. Para manter o crescimento da empresa, o usuário ergueu na vida real um escritório com 10 participantes para trabalharem juntos em seu empreendimento virtual.

Atualmente, o game conta com mais de 900.000 usuários cadastrados, registrando uma movimentação de cerca de US\$ 400.000,00 por dia.

Tendo como base esses dados, diversas empresas de renome mundial estão aderindo suas marcas às empresas pixeladas em um universo ainda não explorado, obtendo resultados bem interessantes, tanto em relação a Marketing-Share, como em questões financeiras. (grifou-se)

c) Um fato reforça a questão que algo virtual também pode ser considerado um ativo. Uma disputa de terra virtual no Second Life será resolvida na Corte federal.²²

d) Trabalhar jogando: Um [documentário](#) mostra a existência de fábricas de jogadores de games na China. O objetivo é obter “ativos” virtuais, como poções, terras, avatar²³, prêmios e outros, para venda por dinheiro real. Os [jogadores profissionais](#) são contratados para trabalharem 12 horas por dia.

Existe uma estimativa do [New York Times](#) de que esta indústria emprega mais de cem mil trabalhadores, que são remunerados a 0,25 dólares a hora²⁴. Frise-se. Nestes exemplos podem ser arroladas situações relativas aos tradicionais campos do Direito do Trabalho, Empresarial, Propriedade intelectual, com conseqüências na seara do Direito Público, Tributário, Administrativo, dentre outros.

Frente a essas situações de realidade virtual, verifica-se que o Brasil ainda não possui uma doutrina jurídica dedicada a este tema, muito embora não se observe um volume grande de situações judiciais envolvendo a matéria.

Contudo, não temos como nos esquivar dessa futura realidade judicial, provocada pela realidade virtual! Mas, de fato, não se pode ter uma falsa tranquilidade com base em um raciocínio ingênuo: tratar essas novas situações com base unicamente no Direito Positivo já existente. Não se pode negar que o atual ordenamento servirá de base para a doutrina e para a jurisprudência como elementos de reflexão. Mas, com certeza, será necessário carrear novos elementos advindos dessa seara eletrônica e tecnológica.

6. Considerações Finais

Hanna Arendt, em 1958, dada a corrida espacial da época, já manifestava seus temores e sob o prisma da condição humana (seu objeto de estudo) e da tecnologia, refletia:

Se realmente for comprovado esse divórcio definitivo entre o conhecimento (no sentido moderno do *know-how*) e o pensamento, então passaremos, sem dúvida, à condição de escravos indefesos, não tanto de nossas máquinas quanto de nosso *know-how*, criaturas desprovidas de raciocínio, à mercê de qualquer engenhoca tecnicamente possível, por mais mortífera que seja. (ARENDDT, 2001, p. 11)

De fato, a ingênua época da Internet e da Tecnologia acabou. Ontem, tinha-se uma noção romântica da realidade virtual, principalmente relativa ao comércio eletrônico. Hoje percebe-se que a realidade virtual está levando o Direito de roldão.

São tantas áreas ainda pertencentes ao não-direito, não regulamentadas, que hesita-se, agora, em aceitar a eventual e futura invasão tecnológica. E, note-se: aqui não se fala em crimes digitais.

Espera-se que haja harmonização entre a convivência humana e a realidade virtual. Que não haja uma desumanização nas relações eletrônicas, pois, por mais paradoxal que seja, nunca foram fechados tantos contratos sem se saber com quem se contrata, de onde se contrata, e, em última análise, sem se saber qual o objeto a se contratar.

É a gigantesca imagem do novo que lança o desafio de se estudar o Direito (Nacional e Internacional), verificando-se se o mesmo está preparado para esse fascinante mundo virtual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOMEIT, K. **Filosofia do Direito e do Estado. Volume II. Filósofos da Idade Moderna.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, 239 p.

ARENDDT, H. **A Condição Humana.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos.** 5 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, 214 p.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional,** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 792 p.

CASTELLS, M. **A Galáxia Internet. Reflexos sobre Internet, Negócios e Sociedade.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 325 p.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 18 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002. 772 p.

EFING, A. C., **Fundamento do Direito das Relações de Consumo.** 2 ed. Curitiba: Juruá. 2005, 320 p.

FACHIN, L. E. **Teoria Crítica do Direito Civil À Luz do novo Código Civil Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMBOGI CARVALHO, A. P. **Contratos via Internet.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 165 p.

GARCIA JUNIOR, A. A. **Contratos via Internet.** São Paulo: Aduaneiras Ltda, 2007, 568 p.

LEAL, S. R. C. S. **Contratos Eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet.** São Paulo: Atlas, 2007, 225 p.

LAWAND, J. J. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, 197 p.

LORENZETTI, R. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 510 p.

MARQUES, C. L.. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio exterior).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 544 p.

MULHOLLAND, C. **Internet e Contratação – Panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo.** Rio de Janeiro : Renovar, 2007, 204 p.

OLIVEIRA, J. F.; FREITAS, C. O. A.; SANTIN, A. **Protocol of Authenticity to Provide Legal Security in e-Contracts: A Prototype.** In: International Joint Conference on e-Business and Telecommunications, 2008, Porto. Proceedings of International Conference on e-Business (ICE-B). Lisbon-Portugal : IEEE and INSTICC, 2008. v. 1. p. 378-383.

OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, 154 p.

1 que prefere utilizar a expressão “dimensões de direito”

2 O presente estudo necessita visitar vários ramos do direito: do consumo; eventualmente o internacional privado; etc.

3 Lee Loevinger (*Jurimetrics, Minnesota Law Review*, 1949) chamou de “**jurimetria**” um nova ciência que teria por fim:

a) O armazenamento e a recuperação de dados jurídicos usando computadores eletrônicos. [*acrescentando*: atas notariais, degravações judiciais poderiam exemplificar tais casos];

b) A análise behaviorista, ou quantitativa, das decisões judiciais.;

c) O uso da lógica simbólica aplicada ao Direito.

A partir de: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=628>. Acesso em: 27.05.2008.

4 Seu estudo pode ser efetuado sob o prisma ainda mais abrangente de um Direito Tecnológico (direito aplicado à informática, telecomunicações, etc).

5 A lei colombiana. COLÔMBIA. Ley n. 527. Comercio Electrónico. (2000). Bogotá:

Artículo 2. Definiciones

[...]

Comércio eletrônico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier outro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financeiras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría, de ingeniería; de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;

6 Lembrando-se do art. 1º da Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico aprovada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL), ainda não adotada no país, o conceito de suporte eletrônico afastaria o suporte “papel”.

7 “Quando uma época caracteriza a si mesma de nova, não significa aqui que há pouca superestimação. Algumas épocas anteriores poderiam ter parecido novas aos antigos contemporâneos. Além disso a prática tripartição Antigüidade/Idade Média/Modernidade propicia aos séculos futuros, pouca chance a uma época, se vista como período próprio, de receber um nome apropriado. Uma ascensão a “novo” só existe na linguagem da publicidade. **Talvez já vivamos, sem saber, numa quarta época, ou seja, a do computador.**”

8 Interessante, como exemplo, é o **projeto de lei n. 979 de 2007 do Deputado Chico Alencar** que sugere o **acréscimo do art. 31-A ao CDC**, pelo qual se obrigaria os fornecedores a informarem seu endereço para fins de citação judicial, bem como o número de telefone e endereço eletrônico utilizáveis para atendimento de reclamações de consumidores.

JUSTIFICATIVA do Projeto de lei:

Quando da promulgação da Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990, a oferta e a comercialização de produtos e serviços pela internet era apenas uma hipótese; hoje é uma realidade incontestável.

Conseqüentemente, nosso Código de Defesa do Consumidor desconhece a rede mundial de computadores, que atualmente é responsável pela oferta e comercialização de um extraordinário volume de produtos e serviços. Limita-se a regulamentar, em seu art. 33, a oferta ou venda por telefone ou reembolso postal. Ocorre que um grande número de empresas que operam pela internet sonegam dados que são imprescindíveis à defesa dos direitos do consumidor, tais como, endereço para citação, telefone e endereço eletrônico para atendimento de reclamações. Desse modo, o consumidor fica impossibilitado, por exemplo, de recorrer a um juizado especial, efetuar uma queixa, ou mesmo solicitar uma informação. Ou seja, fica impossibilitado de exercer direitos que lhe são garantidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, diante do veloz e admirável crescimento da utilização da rede mundial de computadores como nova forma de ofertar e vender produtos e serviços, urge que modernizemos o texto da Lei nº 8.078/90, sob pena de, não o fazendo, excluirmos de seus benefícios os milhões de consumidores brasileiros que adquirem produtos e serviços pela internet.

9 Arte de escrever em códigos. Preserva-se a informação por meio de um texto incompreensível, denominado de texto cifrado.

10 Com as dificuldades expostas por Marques, ratifica-se a frase de Natalino Irti a qual foca a grande dificuldade em se estudar contratos eletrônicos: “**o Direito necessita do onde**”, citado por Maria Celina Bodin de Moraes, prefácio *in* Internet e contratação, Mulholland, 2006, p. 5: “*Il diritto ha bisogno del dove*”.

11 Do texto “O futuro do Direito e o direito ao futuro” do prof. Luiz Edson Fachin apresentado em aula na disciplina “Transformações Jurídicas das Relações Privadas no Estado Democrático de Direito” – Mestrado em Direito PUCPR – 1º semestre de 2008.

12 A partir de http://www.procon.sp.gov.br/pdf/comercio_eletronico.pdf. Acesso em 31.05.2008.

13 Cfe. Lawand (2003, p. 97)

14 Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

15 A partir de Lawand (2003, p. 98)

16 CC/2002: Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

LICC: Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

[...]

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

17 A partir de Mulholland (2006, p. 132).

18 Disponível: <http://www.itweb.com.br/noticias/index.asp?cod=46185>. Acesso em 03.05.08

19 Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=40&TotalAcordaos=424&Historico=1>. Acesso em 01.06.2008.

20 Disponível em: <http://exameinformatica.clix.pt/noticias/mercados/214715.html>. Acesso em: 01.06.2008.

21 Disponível em: <http://www.antenando.com.br/tecnologia/arquivo/second-life-virtual-ate-que-ponto>. Acesso em: 01.06.2008.

22 Disponível em: <http://arstechnica.com/news.ars/post/20070603-second-life-land-dispute-moves-offline-to-federal-courtroom.html>. Acesso em 01.06.2008.

23 Avatar é a representação gráfica de um usuário em um ambiente virtual. <http://secondlife.com/whatis/avatar.php>. em 24.09.08.

24 Disponível em: <http://www.nytimes.com/2005/12/09/technology/09gaming.html?ex=1291784400&en=a723d0f8592dff2e&ei=5090>. Acesso em 01.06.2008.

LIMITES DAS UNIVERSALIZAÇÃO: A QUESTÃO DA TARIFA DE TELEFONIA FIXA *

LIMITS OF UNIVERSALIZABILITY: THE FIXED TELEPHONE ISSUE

**Nadine Monteiro Borges
Daniel Ganem Misse**

RESUMO

A desestatização do setor de telecomunicações teve dois objetivos principais: a competição e a universalização. Entretanto, o aumento de tarifas e da assinatura básica na telefonia fixa são tidos como entrave à universalização em um ambiente em que não se conseguiu introduzir a competição. Os motivos para a manutenção da assinatura básica e dessas tarifas elevadas gerou importante celeuma que é apresentada em seus diversos extratos. A relação da ANATEL com o governo e os conflitos inerentes a essa relação, as posições de Carlos Ari Sunfeld (um dos idealizadores da Lei Geral de Telecomunicações), da Ouvidoria da ANATEL e da própria ANATEL, através de entrevistas, são ressaltados como modo de compreensão do problema em torno da tarifa de telefonia fixa e dos obstáculos à universalização desse serviço.

PALAVRAS-CHAVES: UNIVERSALIZAÇÃO; COMPETIÇÃO; ANATEL; TELEFONIA FIXA; DIREITO DO CONSUMIDOR; TARIFAS.

ABSTRACT

The privatization of the telecommunications sector had two main objectives: competition and universalizability. However, the raise of tariffs and monthly fees of fixed telephones are considered a hindrance to universalizability in a non-competitive environment. The motivation for the maintenance of the monthly fees and high tariffs raised an important argument which is presented in various extracts. The relationship of ANATEL with the government and the inherent conflicts in that relationship; Carlos Ari Sunfeld positions (one of the conceivers of Lei Geral de Telecomunicações); ANATEL's Hearing ; and the ANATEL position, obtained through interviews; These are ways of understanding the problems concerning the tariff of fixed telephones and the obstacles to the universalizability of that service.

KEYWORDS: UNIVERSALIZABILITY; COMPETITION; ANATEL; FIXED TELEPHONE; CONSUMER LAW; TARIFFS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução.

O Plano Nacional de Desestatização[1] foi instituído pela Lei nº 8.031, de 1990 (revogada pela Lei nº 9.491, de 1997) e regulado pelo Decreto nº 2.594, de 1998. A lei nº 9.491/97 se aplicava à venda de certos ativos e de empresas controladas pela União Federal, bem como à concessão, permissão ou autorização de serviços públicos a entidades privadas não vinculadas à Administração Pública.

No campo das telecomunicações, em discursos oficiais, o Ministério das Comunicações, que em vários documentos[2] propunha a reestruturação do sistema de telecomunicações brasileiro, alertava para a característica estratégica desta infraestrutura como elemento indutor da democratização da estrutura de poder do país, sendo vetor do aumento da competitividade da economia brasileira e do desenvolvimento social do país, proporcionando condições para a redução das desigualdades entre regiões e classes sociais.

Em entrevista[3] com o Conselheiro da ANATEL Antônio Domingos Teixeira Bedran, evidencia-se esse processo:

O processo de desestatização das empresas do sistema Telebrás foi precedido de um diagnóstico do setor. Vale dizer, o governo à época, e especialmente o Ministro Sérgio Motta, entendeu que deveria conhecer a realidade do setor de telecomunicações no Brasil e também do serviço postal e de radio-difusão. Mas a atuação ministerial foi centrada, num primeiro momento, em telecomunicações. Os investimentos do setor, a revitalização do próprio sistema telebrás para torná-lo atrativo aos investidores e foi feito um trabalho que teve o nome de PASTE [...].E esse PASTE então teve um diagnóstico. Com base nesse diagnóstico chegou-se à conclusão de que a gente teria que alterar primeiro o quadro constitucional, dando nova redação ao inciso XI do art.21 para permitir essa desestatização e que as empresas pudessem, mediante concessão, prestar esse serviço. E foi feita, então, uma Proposta de Emenda Constitucional que resultou na Emenda nº 8 de agosto de 95. Ao mesmo tempo já se começou a trabalhar no projeto de lei geral de telecomunicações. Para tanto, foi contratado o escritório Carlos Ari Sunfeld e diversas empresas para tentarem dar um formato ou um modelo, como seria esse modelo, que está aí, agora implantado há cerca de quase 10 anos, e como esse modelo poderia dar certo. Mas antes desse modelo e para mostrar ao país que o governo queria realmente desestatizar o setor, e a infraestrutura deveria estar nas mãos da iniciativa privada, foi feita uma lei para permitir a licitação do serviço móvel celular na banda B. Essa foi a lei 9.295 de 96. Ela permitiu e aconteceu a competição entre as empresas estatais e as empresas privadas [...].

Um dos grandes motivos[4] para a reforma da telefonia era a implementação das metas e políticas previstas no PASTE[5], tais como, principalmente, o PGMU (Plano Geral de Metas de Universalização da telefonia), posteriormente implementado pela ANATEL.

Tinha-se, antes da desestatização do Sistema Telebrás, consciência do imenso potencial que tinha o mercado brasileiro, além da grande demanda que, por falta de oferta de linhas telefônica pelas empresas estatais, fazia com que o cidadão fosse compelido a comprar no mercado paralelo com grande ágio.

Seguindo o PASTE, promoveu-se, por meio do Plano Geral de Outorgas – PGO (Decreto 2.534/98), uma reestruturação do Sistema Telebrás e suas filiais, havendo, no STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado)[6], o reagrupamento em 4 Regiões: Região I – seria composta pelas empresas estatais dos estados do sudeste (exceto São Paulo), nordeste e norte (exceto Acre e Rondônia); Região II – teria as empresas estatais dos estados do sul, centro-oeste, Acre e Rondônia; Região III – abarcaria somente a Telesp, a estatal do Estado de São Paulo e; Região IV – seria nacional e estaria sob o controle da Embratel.

Essas regiões se tornaram fixas, segundo o artigo 7º do PGO, sendo que

Após a desestatização de que trata o art. 187 da Lei nº 9.472, de 1997, e de acordo com o disposto no art. 209 da mesma Lei, só serão admitidas transferências de concessão ou de controle societário que contribuam para a compatibilização das áreas de atuação com as Regiões definidas neste Plano Geral de Outorgas e para a unificação do controle societário das concessionárias atuantes em cada Região. (Decreto nº 2.534/98, art. 7º).

No que concerne às companhias estatais de celular, estas foram separadas em 10 Áreas: Área 1 – São Paulo (capital); Área 2 – São Paulo (interior); Área 3 – RJ e ES; Área 4 – MG; Área 5 – PR, SC; Área 6 – RS; Área 7 – Centro-oeste, RO e AC; Área 8 – Norte (menos RO e AC) e MA; Área 9 – BA e SE e; Área 10 – AL, PE, PB, RN, CE e PI.

Quanto ao “órgão regulador”, primeiramente previsto pela Lei nº 9.295/96 como Comissão Nacional de Comunicações e, posteriormente, com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), mudando de nomenclatura para ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), apesar de ter sido a segunda agência reguladora a ser criada no país, foi a primeira agência a ser instalada, em 5 de novembro de 1997.

Concebida para viabilizar o atual modelo das telecomunicações brasileiras e para exercer as atribuições de outorgar, regulamentar e fiscalizar esse importante setor de infra-estrutura, coube à ANATEL preparar todos os regulamentos que balizaram a “privatização” das empresas estatais e desenvolver a regulação subsequente do setor.

Nesse sentido, temos a seguinte passagem da mesma entrevista com Conselheiro Antônio Domingos Teixeira Bedran, que acrescenta também os primeiros passos para a tentativa de criação de um ambiente concorrencial:

A ANATEL nasce em 5 de novembro de 1997 e o mínimo de regulação para permitir não só a desestatização, mas como também a disputa pelo mercado. Num primeiro momento somente o mercado de longa distância. E para criar condições de novos entrantes, nós tivemos a licitação para as empresas-espelho, a GVT, a Vésper São Paulo e a Vésper Rio, e ao mesmo tempo abrimos o STFC para as empresas menores sob o regime da autorização, as chamadas “espelinhos”.

Finalmente, em 29 de julho de 1998 foi realizado um dos maiores leilões[7] de privatização da história do capitalismo até então, onde, por mais de US\$ 22 bilhões, foram vendidas as empresas que compunham o Sistema Telebrás. Ao todo, as empresas estrangeiras ficaram com cerca de 32% do mercado de telefonia fixa e com 80% das linhas de celulares do país. O BNDES ficou com participação grande nessas empresas, sendo o maior acionista da TNL PCS S/A. (Telemar), com cerca de 25% das ações, mas não possuindo capital votante[8].

Em seguida, foram constituídas quatro empresas-espelho (autorizadas) para atuar nas áreas de telefonia fixa e na longa distância. Tais empresas não estavam sujeitas às metas de universalização (só aplicadas às concessionárias) e surgem de maneira precária, atuando nas áreas e regiões onde havia clientes que proporcionariam maior retorno, não podendo utilizar a rede das concessionárias (embora esteja previsto na LGT) até que surja regulamento específico para tal, não servindo, assim, como alternativa para o monopólio na telefonia fixa, agora privado.

As quatro operadoras regionais (Brasil Telecom no Sul e Centro-oeste, Telefônica em São Paulo, Telemar no resto do Brasil e Embratel na Longa Distância) passam controlar suas regiões de forma monopolista, tendo metas a serem cumpridas até o fim de 2003 e ganhando “incentivos” da ANATEL caso antecipem esse cumprimento, tais como: autorização para explorar serviços de longa distância, Serviço Móvel Pessoal (celular), planos alternativos, serviços de valor adicionado, etc.

Excetuando-se a Brasil Telecom, todas as operadoras, inclusive a Embratel, anteciparam suas metas ainda em 2002, pois poderiam, então, obter mais ganhos com outros serviços mais rentáveis que o STFC. Sendo assim, a Embratel ganhou autorização para prestar STFC na modalidade local, a Telemar pôde lançar seu serviço móvel pessoal, a OI, e as operadoras ganharam autorização para prestar serviço de longa distância, quebrando o monopólio da Embratel[9]. Emerge, então, a nova batalha na telefonia, a interconexão, ou seja, tarifa de utilização da rede alheia para realizar uma chamada por outra operadora que não a detentora da rede, onde reside, até hoje, a maior parte dos lucros das empresas – cobrança pela utilização de suas redes.

O modelo brasileiro de desestatização da telefonia, para atrair investimentos na expansão e na universalização, vendeu não somente as empresas de telecomunicações, mas também toda a estrutura física (redes). Inclusive centros de pesquisa tecnológicos de ponta foram fechados, por não haver mais interesse em pesquisas na área pelas empresas após a desestatização[10]. Isso fez que com as empresas detivessem não só o monopólio na prestação dos serviços, mas também o monopólio na exploração

econômica de suas redes, o que inviabilizou até hoje a introdução de outras empresas no mercado de telefonia fixa.

Nesse sentido, Miro Teixeira, em entrevista publicada em Caderno Especial “Telefonia, 5 anos depois” de “O Globo” em 26/07/2003, à época Ministro das Comunicações, apontou que a telefonia fixa é efetivamente um monopólio, tendo ocorrido um erro na modelagem da privatização brasileira, pois instituiu monopólios regionais, não dando espaço para as empresas-espelho (autorizadas) competirem, por não poderem utilizar a rede das concessionárias (*unbundling*[11]), ou seja, por terem que criar uma estrutura própria.

Os dois pilares do novo modelo gerencial implementado nas telecomunicações brasileiras foram: a universalização e a competição. Com a quebra da desestatização do setor, conseguiu-se nos primeiros anos uma ampliação impressionante do número de terminais instalados, porém no que concerne à competição, a telefonia fixa local continuou sendo um monopólio, porém desta vez privado.

As tarifas e serviços de telefonia fixa sofreram aumento significativamente acima da inflação registrada no período e, começaram a surgir contestações judiciais contra a tarifação e a instituição da assinatura básica.

Por causa desse aumento nas tarifas, começou-se a questionar o modelo brasileiro de agências reguladoras, tendo surgido grande celeuma seja na doutrina, no meio político ou até mesmo no órgão fiscalizador interno da ANATEL, a Ouvidoria, acerca da validade ou não do aumento de preços, bem como da cobrança de tarifas na telefonia e da assinatura básica.

2. A ANATEL.

Como vimos, a ANATEL é um ente regulador que faz parte da Administração Pública Indireta, sendo, portanto, vinculada indiretamente ao Governo Federal, como qualquer autarquia.

É entidade considerada “independente” e encarregada de regulamentar e fiscalizar a prestação de serviços de telecomunicações. Sua implementação foi objeto de acordo específico na Organização Mundial do Comércio (OMC) e com a União Internacional de Telecomunicações (UIT), como consequência do intenso desenvolvimento tecnológico recente, e em obediência à disposição das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, bem como à Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

É uma autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério das Telecomunicações, com ausência de subordinação hierárquica, criada pela LGT e regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97, sendo autoridade administrativa independente e de suas decisões não cabendo recurso hierárquico impróprio, somente recurso junto ao Poder Judiciário.

Representa o Poder Concedente e tem como atribuições regulamentar e fiscalizar os serviços de telecomunicações. Sua atuação é condicionada pelos princípios constitucionais que regem a administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), tendo iniciado sua atividade regulatória em 05/11/1997, com a posse dos membros de seu Conselho Diretor. Sua extinção somente poderia ocorrer por lei específica e alteração Constitucional, por força das modificações introduzidas pelas Emendas Constitucionais supracitadas.

A autonomia financeira das agências reguladoras é assegurada pelas taxas regulatórias. No caso da ANATEL, dá-se pela administração do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, cuja receita é composta de várias origens, inclusive por aquelas decorrentes do exercício do poder concedente. Já a autonomia orçamentária é assegurada através do envio de proposta de orçamento ao Ministério das Comunicações, ao qual está vinculada.

Criado pela Lei nº 5.070/66, o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) é definido como fundo de natureza contábil, destinado a prover recursos para cobrir as despesas na execução da fiscalização dos serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução. Os recursos do FISTEL são, conforme determina a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), administrados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

No campo da execução orçamentária, a agência não poderá sofrer limites na movimentação de seus valores e empenhos, o que é de suma importância para a execução do programa da autarquia, mas não impede os cortes gerais de verbas no exercício financeiro, desde que aprovados por lei.

O órgão superior da Agência é o Conselho Diretor, composto por cinco membros, todos com mandato de cinco anos, nomeados pelo Presidente da República em anos subsequentes, cada um, com aprovação prévia pelo Senado Federal (CF, art. 52, III, “f”). Junto a esse órgão e não subordinado a ele, estão o Conselho Consultivo e a Ouvidoria da ANATEL. Estudaremos melhor esses órgãos mais à frente quando tratarmos do Regimento Interno da agência.

Em entrevista realizada na ANATEL com o Gerente Organizacional Sr. Hélio Lima Leal [12], definiu a “missão” da agência:

A missão da ANATEL é regular as telecomunicações no Brasil. Ela nasceu com dois pilares importantes: a universalização e a competição. Em seguida, surgiu um terceiro que é a qualidade, garantir a qualidade. Então, a ANATEL tem como princípio garantir os serviços de telecomunicações à sociedade brasileira, de forma universal, principalmente para aqueles serviços públicos, e com preços justos. Essa é a grande finalidade.

3. A Questão Tarifária.

Como visto até aqui, a implementação do novo modelo de Estado gerencial tem como consequência a delegação de Poder Regulatório do Estado, de setores estratégicos da economia como o de telecomunicações, a entes da administração indireta que possam garantir a manutenção dos contratos de concessão.

No entanto, o que em um governo era praxe, em outro se tornou polêmica. Isso se deveu principalmente com relação à questão tarifária, que foi o primeiro ponto de tensão entre o atual governo (que se iniciou em 2003) e a ANATEL.

A seguir veremos como se deu essa relação com o governo e como se resolveu a tensão no que concerne às tarifas. Em seguida, estudaremos o ponto de vista da Ouvidoria da ANATEL com relação à questão tarifária. Por fim, analisaremos a posição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também acerca do tema.

3.1. A Relação com o Governo.

Inicialmente, surge um foco de confronto entre o Governo Federal e a ANATEL: o reajuste das tarifas de telefonia pelo IGP-DI, índice de preços que tem como um dos componentes o Dólar (que sofreu forte desvalorização à época) e normalmente apresenta índices superiores ao IPC-A, oficialmente adotado pelo governo, conforme percebemos na tabela abaixo.

Mês/Ano	IPC-A	IGP-DI
05/2002	1.858,220000000 0,210%	219,070000000 1,106%
06/2002	1.866,020000000 0,420%	222,872000000 1,736%
07/2002	1.888,230000000 1,190%	227,441000000 2,050%
08/2002	1.900,500000000 0,650%	232,818000000 2,364%
09/2002	1.914,180000000 0,720%	238,973000000 2,644%
10/2002	1.939,260000000 1,310%	249,042000000 4,213%
11/2002	1.997,830000000 3,020%	263,580000000 5,838%
12/2002	2.039,780000000 2,100%	270,692000000 2,698%
01/2003	2.085,680000000 2,250%	276,578000000 2,174%
02/2003	2.118,430000000 1,570%	280,984000000 1,593%
03/2003	2.144,490000000 1,230%	285,640000000 1,657%
04/2003	2.165,290000000 0,970%	286,815000000 0,411%

05/2003 2.178,500000000 0,610% 284,900000000 0,668%

Total Acumulado de 05/2002 a 05/2003 17,236%

30,05%

Quadro Comparativo IPC-A/IGP-DI acumulado de maio de 2002 a maio de 2003.

Na verdade, segundo muitos especialistas afirmavam à época, no confronto entre o Ministério das Comunicações (Governo) e a ANATEL estavam em jogo, além da abusividade das tarifas, questões fundamentais provocadas pela privatização e que afetariam a soberania nacional, como o controle das tarifas públicas.

Para o ministro Miro Teixeira[13], a ANATEL não respeitava cláusulas contratuais como a do equilíbrio econômico-financeiro e da modicidade das tarifas, tendo o respaldo de diversos economistas que não viam a substituição do IGP-DI como quebra de contrato, vez que o reajuste outorgado pela ANATEL poderia sim promover um desequilíbrio em benefício das operadoras, protegendo-as do risco cambial, em detrimento dos consumidores e das metas contratuais de universalização dos serviços – quanto mais dispendiosos, menos democratizados.

O Ministério das Comunicações lembrava a Cláusula 11 do Contrato, que previa reajuste anual menor ou igual ao IGP-DI. E sublinhava que as agências deviam guardar independência não apenas em relação ao governo, mas também em relação às empresas e, além disso, deviam acatar o direito dos consumidores.

Em 12 de setembro de 2003, liminar concedida pela Justiça Federal mantinha decisão anterior do STJ de limitar os reajustes à variação do IPC-A, como índice substituto do IGP-DI, previsto nos contratos, para reajuste das tarifas de telefonia. O juiz aceitava a tese da abusividade da aplicação do IGP para atualizar o valor das tarifas e justificava sua decisão com o fato de tratar-se do índice que apresentara maior variação percentual em 2001 e 2002, não atendendo, portanto, à norma que assegura a modicidade tarifária.

Esse processo de crise culminou, como é sabido, com a saída do Presidente do Conselho Diretor da ANATEL, ainda em 2003, Luiz Guilherme Schymura de Oliveira[14], com mandato até 2005, empossado pelo governo anterior em 2002 por indicação de Armínio Fraga, então presidente do Banco Central, ao Presidente Fernando Henrique.

Simultaneamente, com a saída de Schymura, era indicado para a presidência da ANATEL o secretário do Ministério das Comunicações, Pedro Jaime Ziller de Araújo[15], com mandato de cerca de um ano, que restara dos três anos de exercício.

Por sua vez, o Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, prometia enviar ao Congresso dois projetos que apontavam para a necessidade de mudança nas funções das agências reguladoras[16].

Quanto à substituição de Schymura, provocou grande alvoroço entre os defensores do formato adotado para as agências, que as consideram órgãos de Estado, e não de

governo, alegando que o governo teria quebrado a lista tríplice[17] e indicando alguém de fora da ANATEL para ser conselheiro e ocupar a presidência.

No entanto, a questão do reajuste das tarifas de telefonia não foi resolvida por Ziller, pois disse que seguiria o disposto no artigo 108 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), defendendo que os ganhos de produtividade das empresas sejam compartilhados com os usuários, tendo diminuído o índice de reajuste, porém mantendo o IGP-DI.

A solução só foi ocorrer em 2006 quando houve a renegociação dos contratos de concessão, havendo acordo entre a ANATEL e as prestadoras[18], em adotar um índice de inflação próprio para o setor, o Índice de Serviços de Telecomunicações – IST.

Entretanto, a solução pode ter vindo tarde demais, vez que segundo vários estudos, o Brasil possuiria já em 2007 a quarta maior tarifa de telefonia do mundo, estando no ranking dos que menos usa telefone (embora esteja entre os cinco maiores mercados de telefonia do mundo), na frente somente do Marrocos.[19]

Com a mudança na tarifação de pulsos para minutos pode haver uma redução ainda maior no consumo médio, vez que a franquia mínima inclusa na assinatura básica que continha cem pulsos (cerca de 400 minutos), foi reduzida para 200 minutos. Sendo que o valor do minuto de ligação é mais da metade do preço do pulso (que possuía 4 minutos).

A assinatura básica tem contribuído para a diminuição na inserção e utilização da telefonia no Brasil nos últimos anos. Muitas ações judiciais foram movidas questionando a sua legalidade[20], conforme veremos a seguir.

3.2. A visão de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[21].

A priori, faz um apanhado das normas setoriais referentes à cobrança de assinatura mensal do STFC: art. 175, parágrafo único, incisos I ao IV, da CF[22]; art.15 da Lei nº 8.987/95[23] (Lei de Concessões); Lei nº 9.472/97[24] (LGT), arts. 103, §§ 1º ao 4º, 104, §§ 1º e 2º, 106 e 107; e o Contrato de Concessão de STFC – Anexo 3[25] (cláusulas 2 e 3).

Observa, em consequência, que a concessão e a permissão fazem parte do novo modelo de intervenção do Estado na prestação de serviços de telecomunicações, validado pelo art. 175, parágrafo único, inciso III, CF, pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) e por lei específica, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

Desta forma, atendendo à determinação da LGT (art. 103, §§ 3º e 4º), as tarifas de serviços de telefonia foram fixadas nos próprios contratos de concessão. De acordo com o modelo previsto contratualmente, foram criados diversos itens (“cesta”) tarifários[26], que correspondem a diversos aspectos da prestação do serviço ao usuário.

Não obstante, surgiram diversas ações judiciais e críticas doutrinárias que alegavam que a cobrança de assinatura se tratava de prática abusiva ou de taxa ilegal.

A prática abusiva se daria por violação da Lei no 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seus arts. 6º, IV, 39, V, e 51, IV, como *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

No que concerne à alegação de que a cobrança da assinatura básica seria uma taxa ilegal, dá-se pelo fato de que essa tarifa teria caráter de tributo, se enquadrando como taxa, necessitando expressa previsão legal específica (princípio da estrita legalidade tributária) para que fosse feita sua cobrança. Como a lei não prevê especificamente os elementos constitutivos deste componente da conta telefônica (fato gerador, valor, etc.), seria esta a razão da suposta ilegalidade.

Entretanto, para Sundfeld, a cobrança de assinatura mensal dos usuários de telefonia fixa é válida, pois é efetuada em conformidade com cláusula expressa do contrato de concessão do STFC (item 2.2 do Anexo 3), fazendo, a assinatura, parte da estrutura tarifária instituída pela ANATEL, nos termos do art. 103, §§ 3º e 4º, da LGT.

A explicação que dá concernente à abusividade na cobrança da assinatura básica é que:

O conceito de abusividade previsto no Código de Defesa do Consumidor é um conceito indeterminado. Porém, é possível afirmar que ele se aplica para relações envolvendo fornecedores e consumidores que não apresentem justificativa econômica ou comercial razoáveis. E isso não se faz presente no modelo de cobrança da telefonia fixa. Deveras, a estipulação de valor mínimo pelo uso de um serviço ou consumo de um produto constitui prática comercial freqüente adotada no campo privado, sendo também muito adotada em relação a serviços de titularidade estatal. Além do mais, as peculiaridades do serviço justificam a cobrança de um valor fixo mensalmente, independentemente da originação de chamadas locais. A cobrança é necessária para amortizar os altos custos de manutenção das redes locais de telefonia fixa. Tudo isso leva à conclusão de que a fórmula adotada na regulamentação do STFC local não é abusiva. (SUNDFELD & CÂMARA, 2006, p. 635).

Por fim, no que se refere a essa tarifa ter caráter de tributo (taxa), explica que:

A Lei Geral de Telecomunicações é clara ao instituir o modelo tarifário como contraprestação a ser cobrada pelos serviços de telecomunicações prestados em regime público (categoria em que se insere a telefonia local). Seu caráter facultativo (a telefonia não é um serviço de fruição obrigatória) e o fato de ser prestado por uma empresa privada (concessionária) deixam evidente que não existe obstáculo jurídico à instituição de cobrança por meio de tarifa. Ademais, a assinatura é cobrada em função de efetiva prestação de serviço de telefonia fixa, que ocorre independentemente da originação de chamadas locais. Faz parte do serviço [...] a manutenção de toda a rede física de telefonia local [...]. Por fim, [...] não há que se falar em incidência do princípio da estrita legalidade tributária sobre a matéria. É perfeitamente válida a previsão desse item tarifário em cláusula do contrato de concessão, como determina a lei específica do setor (Lei nº 9.472/97, art. 103, §§ 3º e 4º). (SUNDFELD & CÂMARA, 2006, p. 636).

3.3. A posição da Ouvidoria da ANATEL[27].

Além das tarifas telefônicas serem reajustadas pelo IGP-DI (hoje substituído pelo IST), que, como vimos na tabela anterior, era, por muitas vezes, bem maior que o índice oficial de inflação (IPC-A), os Contratos de Concessão firmados em 1998 também permitiam que as concessionárias escolhessem, a seu arbítrio, itens da cesta telefônica, como assinatura básica, por exemplo, para reajustes até 9% acima do IGP-DI, através do dispositivo denominado “Fator de Excursão”[28].

Por força de tal dispositivo, nos primeiros anos após a privatização, o item da cesta telefônica sobre o qual incidiu o reajuste acima dos índices do IGP-DI foi, sistematicamente, a assinatura básica[29], por escolha das concessionárias. [...] Por

outro lado, para não ultrapassar a média do índice oficial, o item da cesta sobre o qual incidiu o reajuste inferior ao IGP-DI, foi, sistematicamente, a habilitação, por escolha dos empresários. Essa desigualdade, que foi aceita e homologada pela ANATEL, acabou por criar uma enorme distorção no valor da assinatura básica em relação aos demais itens. [...] Recorde-se que a assinatura básica da telefonia fixa em 1998 era da ordem de R\$ 13,00, hoje esta assinatura básica está na casa dos R\$ 40,00. Absorvendo um reajuste de cerca de 200%, enquanto a inflação do período foi, segundo o IPCA, de aproximadamente 83%. (Ouvidoria ANATEL - Relatório Analítico de dezembro de 2007, pp. 16-17).

Pode-se dizer que houve uma inversão do sistema de autofinanciamento e dos subsídios cruzados[30], fazendo com que a telefonia local encarecesse e a assinatura básica, se tornasse um impasse para aqueles que querem obter um telefone fixo, ou seja, para a sua universalização (democratização), devido ao Fator de Excursão.

Em 2006, após a revisão dos contratos de concessão, o Fator de Excursão teve o seu limite reduzido de 9% para 5% atenuando o problema, porém mantendo o modelo.

Apenas para efeito de raciocínio, [...] a assinatura básica [somente ela] de 40 milhões de acessos da telefonia fixa, ao custo mensal de 40 reais (com impostos), retira da sociedade brasileira algo em torno de 1,6 bilhões de reais todo mês e algo em torno de 20 bilhões de reais ao ano. [...] Cada uma das três grandes concessionárias detém o controle de, pelo menos, uma grande prestadora de telefonia móvel, que, por sua vez, replica a concentração de rendas, cada vez mais. (Ouvidoria ANATEL - Relatório Analítico de dezembro de 2007, p. 18).

Seria justo reivindicar a redução do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), porém, realizado isoladamente, “sem uma revisão da taxa de lucro, seria a repetição do desequilíbrio entre os interesses do Capital, do Estado e do Consumidor”.

A causa dessa distorção está nos contratos de concessão, não tendo a ANATEL competência para descumpri-lo. No entanto, zelar por tal contrato e elaborar relatórios que justificam as tarifas pela debilidade financeira[31] das empresas do setor sem buscar mecanismos de compensação ou pelo menos divulgação poderia configurar uma captura do regulador pelo regulado.

3.4. A posição de alguns entrevistados na ANATEL.

Em entrevistas realizadas por nós junto à sede da ANATEL, enfatizamos várias vezes a questão tarifária como um problema a ser combatido em prol da universalização dos serviços de telecomunicações.

Na posição do Conselheiro Bedran[32], por exemplo, os impostos seriam o grande problema que oneraria a assinatura básica, devendo-se mexer na estrutura tarifária:

O STFC é quase todo hoje pós-pago, enquanto que na plataforma do SMP 80% a 82% é representativo de pré-pago, é o cartão, e 18% ou 19% apenas do pós-pago, ao contrário do STFC. E essa assinatura fez parte, desde a lei 4.117 de 1962, o velho Código Brasileiro de Telecomunicações, e ela também tornou-se onerosa não só pelo seu valor, mas como também os tributos. Uma assinatura básica que hoje está 42 reais, sem os impostos cairia para 22 ou pra 27. E nós tentamos colocar o serviço do telefone social, mas não deu certo, e há um projeto de lei no Senado, de iniciativa do governo, tentando socializar o serviço telefônico de tal modo que ele pudesse chegar mais barato na casa do assinante. Hoje, segundo estatísticas do IBGE, 12% ou 13% dos domicílios do Brasil só têm celular. E realmente é cara a assinatura, mas teríamos que mexer na estrutura tarifária.

Também para o Assessor Parlamante da ANATEL, Sr. Edvaldo Miron da Silva[33], os tributos seriam a principal causa das altas tarifas telefônicas, pois “as Telecomunicações são tributadas assim como é tributado o cigarro, a bebida, carro de luxo. 43,5% do valor cobrado em qualquer conta telefônica são tributos”.

No entanto, quando perguntado por que proporcionalmente, incluindo tributos, a luz, que é um serviço público que exige muito mais investimento, é mais barata que o telefone, responde Silva que

“os custo que nós temos são bastante elevados e têm uma série de influências. Você descartando os tributos que são iguais para todos, tem-se também encargos trabalhistas, encargos sociais, etc. Tudo isso faz com que esse custo se eleve. Mas eu não tenho como analisar comparando com outro setor. Acho que a única coisa que vai fazer baixar preços é a concorrência. [...] Uma questão que explica o elevado custo das telecomunicações hoje em dia, também, se deve ao fato de que existe uma rede única. Há várias redes, mas acaba se fechando num única rede no final para o usuário. Se tivermos outras redes paralelas que possam prestar o serviço, como por exemplo a rede de TV por assinatura, ou a própria proposta do governo em se ter uma empresa somente para implantar a banda larga em todo o país – uma rede pública.

4. Conclusão.

A desestatização do setor de telefonia surge com objetivos claros de universalização e implementação de um ambiente concorrencial em um sistema marcado pela pouca disponibilidade de terminais telefônicos, ante a demanda existente, e a ausência de competição.

Nos primeiros anos após a reestruturação e desestatização do setor, percebemos uma ampliação sem precedentes no número de terminais telefônicos instalados, embora não se tenha conseguido implementar um ambiente concorrencial.

Entretanto, conforme podemos depreender de informações constantes do site da ANATEL[34], o número de acessos na telefonia fixa em serviço se estabilizou e começou até mesmo a se reduzir ao longo dos anos.

Dos fatores que mais pesaram para essa diminuição no número de acessos no STFC, temos como determinante o valor das tarifas telefônicas, incluindo a assinatura básica.

A universalização que em um primeiro momento pareceu estar sendo alcançada na telefonia fixa, findou sendo limitada pelos aumentos nas tarifas e na assinatura básica. A atuação da agência reguladora em permitir tais aumentos sem qualquer tipo de proposição de revisão e até mesmo defendendo as empresas, através do argumento da manutenção dos dispositivos dos contratos de concessão, reforçou por um longo período o aumento das tarifas pelo IGP-DI.

Entretanto, como vimos, ambos os entrevistados concordaram que outra principal causa para as altas tarifas na telefonia são os tributos. Não atribuindo à ANATEL, aos contratos de concessão ou ao modelo de privatização que instituiu monopólios naturais qualquer ligação com a questão tarifária, como o fez a Ouvidoria da ANATEL em seu relatório de 2007.

Desta forma, para que possamos conceber a possibilidade de universalização da telefonia fixa no Brasil, teremos sempre que avaliar os impactos das tarifas e da assinatura básica, buscando dispositivos que possam ajudar na inversão de tais impactos como a concorrência. Vemos como saída para a busca pela universalização, portanto, a abertura das redes privadas (torná-las públicas), ou criar uma rede pública nova (projeto que está sendo estudado pelo governo para levar banda-larga a todo o país), ou ainda estimular a competição através de financiamento para novos entrantes comprometidos no mercado.

5. Referências Bibliográficas.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. RJ: Forense, 2003.

Brasil. Ouvidoria ANATEL - **Relatório Analítico de dezembro de 2007**. Coordenação do Ouvidor Aristóteles dos Santos, Brasília, 2007.

_____. ANATEL. **Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações comentando-a**. Brasília, 2003.

_____. Decreto nº 2.534/98 – Plano Geral de Outorgas. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Lei 8.987/1995 - Lei de Concessões. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Lei 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

_____. Contrato de Concessão de STFC – Anexo 3. Disponível em: www.anatel.gov.br.

_____. Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle - Cadernos MARE da reforma do estado v. 1**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

_____. **Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública - Cadernos MARE da reforma do estado v. 3**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

COUTINHO, Diogo. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização do Serviço Público no Brasil. In FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. SP: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. **O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: o Caso da Assinatura do Serviço Telefônico**. In ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. RJ: Forense, 2006.

TAVARES, Paulo Henrique Gomes. **Políticas de Telecomunicações: as dimensões de exclusão-inclusão social entre os serviços de telecomunicações de interesse coletivo**. RJ: UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2001.

[1] O Plano Nacional de Desestatização previa a atuação de um Conselho Nacional de Desestatização (CND), composto por Ministros de Estado, subordinados diretamente ao Presidente da República, sendo o órgão superior responsável pela condução do processo de privatização de acordo com a lei nº 9.491/97. Em conformidade com esta lei, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) também tem papel ativo como Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fornecendo apoio administrativo e operacional ao CND, contratando consultorias e serviços especializados necessários à execução das “privatizações”.

[2] Dentre os quais o de maior relevância que resultou na Lei Geral de Telecomunicações: “Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações comentando-a”.

[3] Entrevista colhida em Brasília na data de 05/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 9º andar - Gabinete do Conselheiro.

[4] De acordo com o “Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações comentando-a”.

[5] O PASTE – Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal – detalha os projetos de investimento no setor no período 1995-1999 e estima sua extensão até 2003, financiados com recursos provenientes essencialmente da iniciativa privada, totalizando no período R\$75 Bilhões.

[6] Decreto nº 2.534/98 (PGO), “Art. 1º, § 1º: Serviço telefônico fixo comutado é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia”.

[7] Na maioria dos “processos de privatização”, a venda do controle acionário das empresas estatais foi feita através de leilão em bolsas de valores, nos moldes da Lei de Licitações - Lei n.º 8.666, de 1993.

[8] Informações obtidas no site da ANATEL: <http://www.anatel.gov.br/>

[9] No ano de 2004, a Embratel, adquirida no leilão de privatização pela MCI, gigante de telecomunicações dos E.U.A. que quebrou em 2001 e passando a ser controlada por várias empresas, foi posta à venda, tendo como principais interessados as Concessionárias de Telefonia Brasil Telecom, Telefônica e Telemar, que, segundo rumores, teriam combinado em dividi-la pelos três, o que geraria um monopólio em nível nacional. Após pressão governamental, a Embratel acabou por ser adquirida pela TELMEX (Empresa de Telefonia do México), gerando um impasse, pois como a TELMEX poderia se tornar acionista da MCI, o que foi proibido por autoridades concorrenciais norte-americanas. Inclusive, empresas brasileiras e dos E.U.A. começaram a questionar se teria havido favorecimento na venda da Embratel à TELMEX, para que esta pudesse se tornar acionista da MCI, prejudicando outros interessados e cerceando a concorrência. No entanto, a discussão acerca da validade ou não da venda da Embratel à TELMEX findou com o reconhecimento da aquisição pelas autoridades nacionais.

[10] Segundo o Relatório Analítico de dezembro de 2007 elaborado pela Ouvidoria da ANATEL, sob coordenação do Ouvidor Aristóteles dos Santos, referindo-se ao modelo de desestatização adotado pelo setor: “Na época, propúnhamos uma empresa nacional com controle privado, com real capacidade de realizar investimentos no Brasil e no exterior, com parcerias acadêmicas na ciência e na pesquisa, afinada com as potencialidades da nossa indústria, gerando mais empregos nacionais, competindo e prestando os serviços que a nossa sociedade necessita, a preços justos. [...]Chegamos a sugerir a constituição de uma empresa nacional que disponibilizaria apenas de infraestrutura, sem disputar serviços. Não fomos ouvidos. Hoje, os reguladores mais modernos do mundo apostam nesta fórmula, como a melhor forma de afastar o fantasma do monopólio e de assegurar a competição nos seus países. Acreditamos que, hoje, das pessoas que atuam no setor, ninguém mais tem dúvidas do equívoco cometido pelo governo da época ao retalhar o Sistema Telebrás, um sistema íntegro e compatível, para vendê-lo em fatias. Era um dos maiores sistemas de telecomunicações do mundo. Alertas não faltaram. Praticamente, ninguém no mundo fatiou as suas empresas, estatais ou não. [...]Quando o sistema estatal brasileiro de telecomunicações tinha apenas 12 milhões de terminais, o nosso parque industrial era constituído de mais de 200 empresas fornecendo produtos competitivos e atuando com tecnologia de ponta. O parque industrial do Brasil de hoje, mesmo com um mercado de mais de 150 milhões de acessos em operação, sequer dispõe de 30 indústrias operando”. (pp. 32-33). Para mais informações acerca das perdas industriais e no desenvolvimento tecnológico e de pesquisa no setor de telecomunicações, cf. TAVARES, Paulo Henrique Gomes. Políticas de Telecomunicações: as dimensões de exclusão-inclusão social entre os serviços de telecomunicações de interesse coletivo. RJ: UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2001.

[11] Obriga uma empresa a abrir suas facilidades de acesso local para que um concorrente possa utilizar sua rede física. Trata-se de medida destinada a forçar a

competição por redução da capacidade de domínio do mercado geralmente detida por provedores originalmente monopolistas.

[12] Entrevista colhida em Brasília na data de 06/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 6º andar.

[13] Em entrevista publicada em Caderno Especial “Telefonia, 5 anos depois” de “O Globo” em 26/07/2003.

[14] Período à frente da Presidência do Conselho Diretor: 02/05/2002 a 08/11/2003. Fonte: www.anatel.gov.br.

[15] Período à frente da Presidência do Conselho Diretor: 07/01/2004 a 06/11/2004. Em 2003, tomou posse no Ministério das Comunicações como secretário de Telecomunicações, permanecendo no cargo até 7 de dezembro, quando foi nomeado presidente e conselheiro da Anatel. Após um ano como presidente, continuou seu mandato como conselheiro da Agência. Fonte: www.anatel.gov.br.

[16] Por fim enviou somente um projeto de lei, trata-se do PL 3337/2004, que tem por objetivo estabelecer uma Lei Geral das Agências Reguladoras. Há também dois Projetos de Emenda Constitucional no Senado, a PEC 81/2004, que traça princípios básicos comuns às agências reguladoras, e a PEC 71/2007, que trata a possibilidade de um controle exercido pelo Senado sobre as agências.

[17] Era muito comum até então que a nomeação fosse indicada pela ANATEL ao Ministério das Comunicações por meio de uma lista tríplice de técnicos renomados de dentro da agência mesmo. O Governo Lula teria respeitado essa lista em alguns casos, como o da nomeação de Antônio Domingos Teixeira Bedran, nosso entrevistado. Entretanto, na vaga que falta ser preenchida no Conselho Diretor, hoje em dia, há rumores de que a indicação virá novamente de fora da lista tríplice apresentada pela agência. Fonte: Periódico Eletrônico “Telecom On Line”, de 11/06/08, acessado em 16/06/08. URL: <http://www.telecomonline.com.br/v01/noticias/costa-levara-a-lula-preocupacao-com-nomeacao-do-5o-conselheiro-da-anatel>

[18] O IST, que deve refletir as variações de despesas das prestadoras da melhor forma possível (A cada dois anos os pesos das despesas das concessionárias e das autorizadas serão atualizados e a cada três anos será verificada a relevância das despesas e dos índices de preços utilizados, os quais poderão ser mudados nas revisões do Índice), será composto de outros índices de preços existentes. Entre os seus principais formadores estão o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), com 44%, e o Índice de Preços por Atacado – Oferta Global/ Máquinas e Equipamentos Industriais (IPA-OG/Máquinas), com 32%. A seleção dos índices que compõem o IST foi realizada em um trabalho conjunto com o IBGE, por convênio firmado em 14 de outubro de 2005. Fonte: Assessoria de Imprensa – ANATEL, 23/11/2005; www.anatel.gov.br.

[19] Estudo feito pelo Banco Merrill Lynch, publicado no “Caderno de Economia” de “O Globo”, de 28/10/2007, que incluiu 50 países, segundo o qual o Brasil utilizaria, em média de minutos falados por mês, 79 minutos, ou seja, nove minutos menos que o Peru.

[20] A redução e a extinção da assinatura básica “tem sido tema recorrente no pleito da sociedade e dos órgãos de defesa dos direitos do consumidor. Subscrevem este pleito, as câmaras de vereadores, as assembleias legislativas, as entidades de classe, as associações de moradores e até mesmo uma respeitável parcela do Congresso Nacional, onde se discute uma série de emendas e projetos de lei contrários à manutenção da assinatura básica atual”. Fonte: Relatório Analítico de dezembro de 2007 elaborado pela Ouvidoria da ANATEL, sob coordenação do Ouvidor Aristóteles dos Santos – www.anatel.gov.br.

[21] SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. O Poder Normativo das Agências em Matéria Tarifária e a Legalidade: o Caso da Assinatura do Serviço Telefônico. In ARAGÃO, Alexandre Santos. (coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. RJ: Forense, 2006.

[22] Dispõe que compete ao Poder Público prestar serviços públicos diretamente ou por concessão ou permissão, sendo que a lei disporá sobre o regime da concessão ou permissão, os direitos do usuário, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

[23] O art. 15 trata dos critérios a serem considerados no julgamento da licitação: “I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas”.

[24] Lei nº 9.472/97: “Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários; § 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei; § 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação; § 4º Em caso de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela Agência e constarão do contrato de concessão.

Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o *caput*, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência; § 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 106. A concessionária poderá cobrar tarifa inferior à fixada desde que a redução se baseie em critério objetivo e favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico.

Art. 107. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição”.

[25] Contrato de Concessão de STFC – Anexo 3: “2. Acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. 2.1. Para o acesso ao Serviço Telefônico Fixo Comutado, a Prestadora local poderá cobrar Tarifa de Habilitação, cujo valor é limitado a R\$ 80,00 (oitenta reais), conforme definido na Portaria n.º 508, de 16.10.1997, do Ministro de Estado das Comunicações; 2.2. Para a manutenção do direito de uso as Prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura, segundo tabela abaixo, conforme Portarias n.ºs 217 e 226, ambas de 03.04.1997, do Ministro de Estado das Comunicações. [...] 2.2.1. A assinatura do STFC local inclui uma franquia de 90 pulsos. 2.3. A mudança de endereço de assinante habilitado poderá ser cobrada, sendo o valor limitado a R\$ 62,40 (sessenta e dois reais e quarenta centavos). 3. A utilização do STFC. 3.1. STFC local. [...] 3.1.2. O STFC local será tarifado: a) pelo método Karlsson Acrescido – KA – 240 (multimediação), onde a cobrança é feita pela aplicação de uma unidade de tarifação (pulso) por chamada estabelecida e de unidades adicionais a cada 240 segundos, sendo a primeira cobrança efetuada ao acaso em relação ao início da chamada; b) pelo Método de Medição Simples, onde a cobrança é feita pela aplicação de uma unidade de tarifação (pulso) por chamada atendida, independentemente de sua duração. [...] 3.1.3. A unidade de tarifação do STFC Local é o Pulso, cujo valor médio estabelecido pela Portaria no 226, de 03.04.1997, do Ministro de Estado das Comunicações, é de R\$ 0,058”.

[26] Integram a “cesta” tarifária do STFC destinado ao uso público em geral: tarifa de habilitação; tarifa de assinatura mensal; e o pulso.

[27] Quando tratamos da visão da Ouvidoria da ANATEL, nos referimos ao “Relatório Analítico de dezembro de 2007”, elaborado por esse órgão.

[28] Reajuste individual de item da cesta telefônica acima do índice apurado.

[29] Culminando com um valor de assinatura básica inviável socialmente para a maioria da população brasileira que, ao final e por intermédio desse valor, assegura cerca de 50% do faturamento das concessionárias.

[30] O autofinanciamento (aquisição de determinada quantidade de ações da operadora quando do ingresso do cidadão no serviço) e os subsídios cruzados (cobrança de tarifas altas em serviços de longa distância para subsidiar as ligações locais e as feitas de telefones públicos) faziam com que os preços da ligação local fossem subsidiados, ou seja, tivessem um valor baixo, assim como a tarifa básica residencial. Após a substituição desse modelo a tarifa local aumentou mais de 500% e a assinatura mais de 1.000%. Já a ligação de Longa Distância, que servia de subsídio cruzado com a local para baratear esta, teve seu preço bastante reduzido.

[31] Segundo esse mesmo relatório da Ouvidoria, a explicação dada para as altas tarifas de telefonia vindo da área técnica de serviços públicos da Agência é de que “tem realizado estudos e palestras segundo os quais, desde a privatização até o momento, os

resultados econômico-financeiros das concessionárias, frente aos investimentos realizados, têm se revelado deficitários. Somente a partir deste ano (2007) - atenua a área técnica - vislumbram-se alguns sinais de superávit. Por ocasião de tais afirmações, tanto a Ouvidoria, quanto o Ministério Público Federal têm reagido contrariamente a tais conclusões. Em que pese o respeito que temos perante àqueles que esposam a tese da área técnica, é nosso dever sugerir prudência na incorporação dessas conclusões, diante do risco delas acabarem se configurando como um dos contornos que nortearão a iminente revisão dos contratos de concessão. Principalmente porque aquela tese se reveste de uma grande contradição, quando a cotejamos com a realidade evidenciada através das contundentes demonstrações de expansão econômica destes grupos, de amplo conhecimento, tanto das autoridades como da própria sociedade. Além disso, é sabido que a Anatel não detém os dados relativos aos custos das concessionárias. Cabe lembrar que, após dez anos de existência, a Anatel ainda não tomou as medidas necessárias para efetivar o aguardado compromisso de implementar o Modelo de Custos". (Ouvidoria ANATEL - Relatório Analítico de dezembro de 2007, p. 19).

[32] Entrevista colhida em Brasília na data de 05/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 9º andar - Gabinete do Conselheiro.

[33] Entrevista colhida na Sede da ANATEL em Brasília na data de 07/12/2007 no SAS, Quadra 6 - Bloco H - 4º andar

[34] Trata-se de tabela com informações de instalação de telefones fixos e móveis na série histórica de 1990 a 2006, constante no site da ANATEL (www.anatel.gov.br) e que não pudemos transpor para este artigo por problemas de formatação no momento do envio.

TUTELA DO CONSUMIDOR: POR QUE OS JUIZADOS ESPECIAIS? *

PROTECTION OF CONSUMERS: WHY THE SMALL CLAIM COURTS?

**Delton Ricardo Soares Meirelles
Marcelo Pereira de Mello**

RESUMO

A proteção do consumidor e os juizados especiais demonstram ser dois dos mais importantes instrumentos de acesso ao direito na atualidade. Ambos são vistos associados, sendo os conflitos de consumo protagonistas dos processos nos juizados especiais. Neste artigo será questionada esta preferência, haja vista a possibilidade da utilização das agências reguladoras como instância alternativa, nos conflitos envolvendo empresas con-cessionárias de serviços públicos. Três perguntas orientarão este trabalho: a) Os juizados são mais confiáveis que as agências?; b) Os juizados são mais efetivos que as agências?; c) O Judiciário poderia deixar de conhecer destas causas, forçando o consumidor a buscar a composição administrativa prévia?

PALAVRAS-CHAVES: CONSUMIDOR – JUIZADOS ESPECIAIS – AGÊNCIAS REGULADORES

ABSTRACT

The protection of the consumer and the small claim courts seems to be two of the most important instruments of access to the Law in the present time. Both are seen associates, being the consumer's conflicts protagonists of the processes in the small claim courts. In this article this preference will be questioned, has seen the possibility of the use of the regulatory agencies as an alternative dispute resolution, in the conflicts involving concessionaires of public services. Three questions will guide this work:) The courts are more trustworthy than the agencies? ; b) The courts are more effective than the agencies? ; c) The Judiciary could leave to know of these causes, forcing the consumer to try an administrative solution?

KEYWORDS: CONSUMER – SMALL CLAIM COURTS– REGULATORY AGENCIES

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

A proteção do consumidor e os juizados especiais demonstram ser dois dos mais importantes instrumentos de acesso ao direito na atualidade. Ambos são vistos associados, sendo os conflitos de consumo protagonistas dos processos nos juizados especiais. Neste artigo será questionada esta preferência, haja vista a possibilidade da utilização das agências reguladoras como instância alternativa, nos conflitos envolvendo empresas concessionárias de serviços públicos.

Para tanto, será abordado como os juizados especiais incorporaram a judicialização das relações de consumo, analisados num contexto de redemocratização e reformas do Estado brasileiro. Em seguida, verificar-se-á se as agências reguladoras poderiam ser utilizadas como órgão extrajudicial para resolução dos conflitos envolvendo concessionárias de serviços públicos. Por fim, buscar-se-ão os motivos que induzem o consumidor a buscar imediatamente a tutela jurisdicional estatal.

A pesquisa, além de conter revisão literária necessária, inclui a análise de diversos julgados e dados estatísticos oficiais sobre o tema.

O JUIZADO ESPECIAL COMO EXPOENTE DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O Judiciário ocidental, reconhecendo as barreiras de acesso à Justiça, acaba por incorporar as reivindicações por uma reforma profunda de mentalidade, a fim de que o direito não mais encarado apenas do ponto de vista dos produtores (poder legislativo estatal), mas também sob a ótica dos “*consumidores do Direito e da Justiça*”. A consciência da existência dos direitos e, acima de tudo, um reclamo pela sua efetividade e cumprimento levaram a uma busca maior pela tutela jurisdicional, a qual passa a ser visto como um serviço público e não mais uma corte mítica.

A partir do final dos anos 1970's, os países ocidentais centrais passavam por um período de reestruturação estatal, devido à crise do *Welfare State* e a necessidade de maior legitimação político-social. Na América do Sul, posto também ter sentido os efeitos desta crise, não pode ser esquecido o peculiar processo de redemocratização, após longos períodos ditatoriais (Brasil – 1964/1984; Argentina – 1966/1973 e 1976/1983; Uruguai – 1973/1985 e Chile – 1973/1990, p. ex.). Traumatizados com tais períodos de repressão, houve um intenso processo de incorporação de valores democráticos e políticas sociais. Com isto, ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA afirma que o debate sobre o acesso à Justiça no Brasil não se deve apenas à “*crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde*” .

No Brasil, a reforma do Estado tornou-se prioritária nos anos 1980, a ponto de ser criado o *Ministério da Desburocratização*, com o objetivo de reestruturar a administração pública em geral. Entretanto, ao contrário do que ocorre em outros países, em que o Executivo assume as políticas públicas judiciárias (como a França), no Brasil o corporativismo judiciário consegue se articular a ponto de protagonizar as políticas de reformas.

Isto ficou muito claro na fundação dos juizados especiais. Apesar do Ministério da Desburocratização ter formulado projetos de simplificação da Justiça, a primeira

experiência concreta ocorreu no Rio Grande do Sul (1983), onde foi testado pela primeira vez um Conselho Informal de Conciliação. LUIZ WERNECK VIANNA e outros cientistas políticos defendem a tese de que a magistratura se apropriou da experiência gaúcha para represar uma iniciativa mais contundente do Executivo, como a criação de uma agência especializada ou uma política de estímulo a meios alternativos. LUCIANA GROSS CUNHA, por outro lado, aponta uma ferrenha crítica a esta composição de burocratas e juízes paulistas. Segundo a pesquisadora da FGV, havia uma oposição especialmente de advogados e associações de classe, *“que não tomaram parte da elaboração do anteprojeto e viam em seu texto uma ameaça ao exercício da profissão e até mesmo à justiça”*, já que o texto veio praticamente pronto do Ministério da Desburocratização, sem possibilitar maiores debates quanto à sua implementação.

De qualquer modo, os interesses dos poderes Executivo e Judiciário convergiram na regulamentação federal dos Juizados de Pequenas Causas (lei nº 7244/84), os quais seguem um procedimento diferenciado para demandas de pequeno valor. Como é da tradição jurídico-política brasileira, o acesso à Justiça acabou se tornando preliminar ao acesso ao direito material, quando o ideal seria o inverso.

A justificativa formal da criação dos juizados especiais, consoante se observa no discurso de um dos autores do anteprojeto, KAZUO WATANABE, seria a composição de conflitos que raramente chegavam ao Judiciário tradicional, em virtude da morosidade, custas, formalidades etc. Seria importante, portanto, a criação de órgãos específicos para resolver a *“litigiosidade contida”*, entendida como *“fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na ‘panela de pressão’ social, que já está demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência”*.

A TUTELA JURISDICIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

O processo de redemocratização, além de expor a demanda reprimida pelo regime de exceção pós-1964, incorpora legal e constitucionalmente uma série de reivindicações. Talvez um dos grandes expoentes seja a tutela das relações de consumo, objeto de consideração especial pelo legislador constituinte:

O direito do consumidor e instrumentos para sua proteção devem constar de forma explícita no texto constitucional.

O movimento de defesa do consumidor, no Brasil, iniciou-se em fins da década de 70 em decorrência da crescente conscientização da sociedade sobre práticas abusivas de produção e comercialização de bens e serviços, sob a complacência dos poderes públicos.

O número de propostas sobre o assunto encaminhadas a esta Subcomissão bem demonstra a necessidade de se estabelecer princípios constitucionais que venham a orientar a formulação de um Código do Consumidor.

(...) Os objetivos gerais do referido código voltam-se para assegurar aos cidadãos a defesa de seus interesses e, ao mesmo tempo, concorrer para o aprimoramento da atividade econômica como um todo.

Ressalte-se que este processo não foi exclusivo do Brasil, e sim se insere num cenário global de acesso à Justiça e novos direitos. Entretanto, é importante destacar como os juizados especiais e a defesa do consumidor foram constitucionalizados e regulamentados concomitantemente, não sendo raro associá-los como grandes representantes de um modelo jurídico democrático e cidadão, ainda que proporcionalmente pouco utilizados pela população.

Duas pesquisas de campo demonstram isto. No município de Niterói (RJ), 81,3% dos entrevistados identificaram os juizados como órgãos jurisdicionais (índice superior ao da Justiça do Trabalho – 78%; e do TRE – 58,2%), inferior apenas ao Tribunal de Justiça (90,2%) e ao Fórum (89,4%). Esta mesma pesquisa revela que a maior parte da população ainda não utilizou o Judiciário (61%), sendo que daqueles que já ingressaram com ação, 16% foram a um juizado especial (índice inferior apenas ao da Justiça do Trabalho – 23%). Outro dado relevante: os juizados especiais são utilizados principalmente pela classe média: 45,5% dos entrevistados tinham renda familiar superior a dez salários mínimos mensais, sendo que apenas 11,4% recebia menos que três salários mínimos.

Em outra pesquisa mais abrangente (incluindo nove capitais), organizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), em convênio com a Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), há um diagnóstico mais completo e comparativo sobre os juizados especiais. Um dos destaques é o protagonismo dos conflitos de consumo, beneficiada pela incompetência para apreciação de outras causas que também seriam populares (como trabalhistas, familiares e fazendárias locais), e motivada especialmente pela ascensão concomitante da regulamentação jurídica dos direitos do consumidor (lei 8078/90) e dos juizados (lei 9099/95).

Interessante destacar que o Rio de Janeiro detém uma realidade sensivelmente diferente dos demais judiciários estaduais. Enquanto na média das capitais os conflitos de consumo respondem por 37,2% dos processos, na capital fluminense sua presença é maciça: 79%.

No outro lado da baía de Guanabara, Niterói apresenta dados semelhantes em seus juizados especiais. Tomando por base o ano de 2004 (contemporâneo à pesquisa do Ministério da Justiça), os juizados especiais niteroienses julgaram 22.211 processos, dos quais 12.794 (58%) eram referentes a direito do consumidor.

Com relação ao Estado do Rio de Janeiro, seu Tribunal de Justiça apresenta estatística parcial de 2008 (atualizada até agosto), revelando que 30 empresas respondem por 86% dos processos nos juizados especiais, todas referentes direta ou indiretamente a relações de consumo. Dentre elas, destacam-se as empresas de telefonia (2º - Telemar/Oi – telefonia fixa; 5º - Vivo; 8º - TIM; 9º - Oi celular; 11º - Claro e 24º - Embratel/Livre/Vésper), energia elétrica (3º - Light e 4º - AMPLA) e água (14º - CEDAE). No caso de serviços de telecomunicações, dados do Ministério da Justiça mostram que mais de um terço (33,6%) dos processos nos juizados especiais envolvem litígios de consumo envolvendo empresas de telefonia (na média das capitais pesquisadas, o índice é menor: 22,8%).

A empresa Telemar/Oi, a propósito, tem o título nada honroso de empresa mais acionada desde o início do serviço estatístico no Rio de Janeiro. Uma das medidas para atenuar sua participação foi o acordo entre a concessionária e o Judiciário fluminense em 1999, instituindo-se o projeto “Expressinho”, como uma instância conciliatória prévia aos juizados. É interessante a observação de uma pesquisadora do projeto de diagnóstico dos juizados especiais brasileiros:

De qualquer sorte, nossa impressão pessoal é de que a TELEMAR tem uma atuação diferenciada no Rio de Janeiro: há maior volume de celebração de acordos (mesmo em se tratando de indenização por dano moral), há mutirões, nos quais a empresa desiste do recurso interposto e paga, de pronto, o valor determinado na sentença. Contudo, enquanto no restante do país todos os acordos são cumpridos, é bastante expressivo o percentual de acordos inobservados e, portanto, executados.

O número alto de ações, aliado à costumeira presença de empresas concessionárias de serviços públicos, demonstra que as lesões aos direitos dos consumidores são rotineiras. Ao mesmo tempo em que este fenômeno poderia ser lido como uma ampliação do acesso à Justiça, garantindo uma tutela jurisdicional antes inimaginável; a presença constante de tais empresas acaba congestionando os cartórios e, conseqüentemente, acarretando maiores custos operacionais (funcionários técnico-administrativos e adiamento de audiências).

Com isso, verifica-se que os juizados especiais vêm se transformando em um verdadeiro balcão de reclamações de consumidores, atendendo a um constante litígio de massa em prejuízo de decisões mais artesanais (como os conflitos de vizinhança). Com tamanho afluxo de casos semelhantes, talvez fosse o caso de se implementar juizados com competência específica para relações de consumo.

Diversamente do que se poderia supor, a absorção integral destes conflitos massificados e usuais pelos juizados especiais não significa garantia de pleno acesso à Justiça, conceito este mascarado pela realidade de um demagógico acesso aos órgãos judiciários, cujo resultado é, muitas vezes, uma prestação jurisdicional deficiente e de baixa qualidade. De fato, *“a alta litigiosidade não implica em acesso à Justiça amplo, mas no fato de poucas pessoas ou instituições utilizarem demais o Poder Judiciário, enquanto que a maior parte da população está afastada dos mecanismos formais de resolução de litígios”*. Sob uma perspectiva econômica, temos que

Um judiciário que leve a muitos litígios não está sendo eficiente por duas razões. Uma, porque consome muitos recursos, tanto da parte dos litigantes (advogados etc.) como do setor público (e.g. juízes e pessoal administrativo). Outra, porque litígios em excesso indicam que as leis e os direitos não se acham suficientemente bem definidos e/ou respeitados. Provavelmente também sinalizam que o sistema não está sendo eficiente em desencorajar casos que deveriam ser resolvidos no âmbito privado.

Curioso observar, a propósito, que o relatório sobre os juizados especiais, assinado por Kazuo Watanabe em nome do CEBEPEJ, defende a atribuição de competência absoluta

(como ocorre em âmbito federal, conforme o art. 3º, § 3º, da lei 10259/01), como forma de se pressionar melhores condições de funcionamento.

Daí vêm as questões: por que os juizados absorvem todos estes conflitos? Se há dados que comprovam a corriqueira violação de direitos pelas empresas concessionárias de serviços públicos, não seria o caso de intervenção estatal mais drástica? Por outro lado, não seria viável uma instância preliminar ao Judiciário, filtrando as causas que necessariamente demandassem a atuação jurisdicional?

Em nosso sistema jurídico, essas questões podem ser compreendidas a partir do papel que poderia desempenhado pelas agências reguladoras, tratadas a seguir.

COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras, tidas como entes que especificamente tratassem da regulação, controle e administração de setores estratégicos de nossa economia, tiveram uma preliminar previsão constitucional com o atual diploma de 1988 (art. 177, §2º, II). No entanto, a regulamentação destas entidades apenas veio no governo Fernando Henrique Cardoso, o qual incorpora as idéias de *Estado Gerencial* divulgadas pelo seu ministro Bresser Pereira. Com isso, foram criadas várias agências reguladoras: ANEEL (Agência Reguladora de Energia Elétrica) pela lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; ANP (Agência Nacional de Petróleo), lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997; e ANA (Agência Nacional de Águas), lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000; entre outras.

Tais agências têm natureza de pessoas jurídicas do Direito Público, vinculadas aos seus respectivos ministérios, integrando a Administração Pública Indireta e tidas como autarquias especiais, com as inerentes prerrogativas. Surgem, basicamente, em decorrência do processo de privatização de empresas de capital estatal, as quais detinham o monopólio dos serviços públicos essenciais. Assim, o Brasil passou a adotar um modelo intermediário entre a excessiva liberdade de mercado (como paradigma liberal novecentista), e o intervencionismo estatal próprio do *welfare state*, mediante a instituição de uma burocracia limitada à regulação e não mais condutora da economia. Destarte, o mercado deve obedecer a esta ação normativa estatal, a qual se justifica pela proteção de várias garantias constitucionais no campo do domínio econômico.

Uma das missões das agências reguladoras é a disciplina do mercado, a fim de estabelecer maior segurança ao investidor. Atualmente, sua atuação no cenário jurídico é impressionante, como demonstra JOAQUIM FALCÃO:

Em 2007, o Congresso aprovou 198 leis. Em compensação, apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções. A Agência Nacional de Energia Elétrica editou 635, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, 726, e a Agência Nacional de Águas, 604. Mesmo sem considerar resoluções das outras sete agências federais (ANVISA, ANS, ANCINE, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANAC), são quase dez vezes mais atos normativos. Nos estados, o cenário se repete. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a AGERGS produziu 580 resoluções enquanto a Assembléia Legislativa gaúcha elaborou apenas 188 leis estaduais. Existem agências em 19 estados e também no Distrito Federal. Em alguns, mais de uma, como São Paulo e Rio.

É bem verdade que Leis produzidas pelos Legislativos e resoluções editadas pelas agências reguladoras são normas diferentes. Estas nem sempre geram direitos e deveres para os regulados e consumidores, e obrigam apenas certos setores: energia elétrica; transportes terrestres; telecomunicações; saúde suplementar etc. Mas, devido à progressiva universalização dos serviços regulados, estas agências tendem a influenciar o orçamento e o cotidiano de todos os brasileiros.

Entretanto, outra função relevante que podem assumir é a composição administrativa de conflitos. Não apenas como parte interessada num processo administrativo, mas também atuando como mediadoras ou mesmo árbitras de litígios envolvendo empresas e consumidores.

Nos EUA, as *regulatory agencies* atuam como verdadeira instância judicante, em que os consumidores buscam a solução administrativa em vez da ação judicial, diversamente do modelo brasileiro. A jurisprudência norte-americana entende ser cabível o *judicial review* apenas nos casos de vícios formais do processo administrativo, já que o Judiciário não teria os mesmos conhecimentos técnicos dos especialistas das agências. Além disso, estas detêm grande legitimidade perante a população, tendo em vista sua manifesta autonomia e independência. Entretanto, tal modelo é visto por desconfiança por CAPPELLETTI & GARTH:

Outras soluções governamentais para o problema — de modo especial, a criação de certas agências públicas regulamentadoras altamente especializadas, para garantir certos direitos do público ou outros interesses difusos — são muito importantes, mas, também, limitadas. A história recente demonstra que, por uma série de razões, elas têm deficiências aparentemente inevitáveis. Os departamentos oficiais inclinam-se a atender mais facilmente a interesses organizados, com ênfase nos resultados das suas decisões, e esses interesses tendem a ser predominantemente os mesmos interesses das entidades que o órgão deveria controlar. Por outro lado, os interesses difusos, tais como os dos consumidores e preservacionistas, tendem, por motivos já mencionados, a não ser organizados em grupos de pressão capazes de influenciar essas agências.

De qualquer maneira, as agências reguladoras atuam como uma instância alternativa para resolução de conflitos, tema que se situa na atual agenda de políticas públicas de acesso à Justiça e reforma de Estado. As leis que regulamentam o regime de concessão exigem a inserção de cláusulas contratuais prevendo a resolução amigável e extrajudicial de controvérsias, como os se verifica nos seguintes dispositivos: art. 23, XV, da lei 8987/95 (reguladora do regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no artigo 175/CRFB); art. 93, XV, da lei 9472/97 (ANATEL); art. 43, X, da lei 9478/97 (ANP); art. 35, XVI, da lei 10233/01 (ANTT); art. 4º, § 5º, da lei 10848/04 (comercialização de Energia Elétrica) etc.

Todavia, estes métodos alternativos não devem se limitar às questões contratuais envolvendo a Administração e as empresas concessionárias. As agências podem intervir em conflitos envolvendo consumidores e empresas, como instância mediadora de conflitos (sem impedimento de heterocomposição arbitral, se assim desejarem as

partes). A ANATEL, p. ex., atua como intermediária (e, conseqüentemente, mediadora) quando o consumidor utiliza de seu portal eletrônico, central telefônica de atendimento ou *salas do cidadão*. Protocolada a reclamação, a empresa é comunicada para responder à reclamação e, caso não seja resolvido o problema, é possível impor-lhes sanções administrativas.

Com isso, resta a dúvida sobre as razões pelas quais os consumidores rejeitam esta via administrativa, e buscam o imediato acesso à Justiça. Neste trabalho, serão abordadas as seguintes questões: a) Os juizados são mais confiáveis que as agências?; b) Os juizados são mais efetivos que as agências?; c) O Judiciário poderia deixar de conhecer destas causas, forçando o consumidor a buscar a composição administrativa prévia?

OS JUIZADOS SÃO MAIS CONFIÁVEIS QUE AS AGÊNCIAS?

Estudos das ciências sociais desenvolveram os conceitos de “confiança” (ciência política) e “legitimidade” (sociologia), os quais permitiriam compreender o porquê das agências ainda não são totalmente aceitas pela comunidade como órgãos legítimos para a resolução de conflitos com as concessionárias privadas. Além de serem relativamente recentes, as agências sofrem com a desconfiança dos brasileiros para com a sua Administração, vista como excessivamente burocrática e viciada pela corrupção e clientelismo.

Este fenômeno é presente na composição dos conflitos. Ainda subsiste um déficit de confiança na idoneidade do Poder Público em tomar decisões, mesmo por meio de um processo administrativo devidamente regulamentado. Como lembram ADILSON ABREU DALLARI e SERGIO FERRAZ, “*a inexistência da disciplina do processo administrativo representou expressivo vetor de reforço da autoridade burocrática quando em face dos reclamos da coletividade*”. Conseqüentemente, “*a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu iter, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva etc.*” SEABRA FAGUNDES, comentando sobre a tentativa administrativa prévia como exigência da lei nº 1533/51, assim discorre

Tivemos sempre a restrição por menos plausível, pois que leva à procrastinação dentro da sua casuística, da solução jurisdicional do estado de contenciosidade resultante da inconformação do administrado com o ato da autoridade pública. Procrastinação tanto mais inconveniente quanto é sólido que, em nossa prática burocrática, o recurso hierárquico, pela demora de decisões e pela ratificação com que, via de regra, prestigia os atos recorridos, não conseguiu ainda afirmar-se como meio de correção de erros na aplicação da lei. Destarte, melhor fora deixar às partes a livre opção. Que a elas ficasse a escolha entre as esperanças da decisão administrativa favorável e as dificuldades de prova e custeio da via judiciária.

Destarte, uma das vantagens do processo jurisdicional sobre o administrativo seria seu caráter de *substitutividade* e/ou *desinteresse* do Estado-juiz. CHIOVENDA, p. ex., utiliza-se deste critério para afirmar que “*a própria administração julga, pois que não se age a não ser com apoio num juízo: mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a*

outrem”. Por este motivo, questiona-se a imparcialidade da Administração em conduzir o processo administrativo, especialmente em nosso país, cuja tradição patrimonialista abala a confiança na isenção de seu julgamento.

A imparcialidade, mais do que uma garantia decorrente do juízo natural, é fundamental ao processo liberal. Ainda que haja o reconhecimento jurídico desta garantia no processo administrativo (especialmente o federal), há o prejuízo decorrente do princípio hierárquico administrativo e da ausência de profissionalização de seus julgadores.

Todavia, no caso das agências reguladoras aqui analisadas, por atuarem como mediadoras de conflitos entre concessionárias e consumidores, não haveria, em tese, este problema de parcialidade. Seus órgãos julgadores não se confundem com as partes litigantes, e se mostrariam como terceiros desinteressados (seguindo-se a lição de CHIOVENDA). Além disso, possuem um conhecimento bem mais especializado do que o magistrado (muitas vezes limitado pelo procedimento e dependente do perito), o que garantiria um maior grau de confiabilidade técnica ao processo administrativo, como ressalta ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

Em relação ao Poder Judiciário, a independência dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais não pode, pelo menos em sistemas que, como o nosso (art. 5º, XXXV, C.F.), adotam a unidade de jurisdição, ser afirmada plenamente. Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.

A jurisprudência é extremamente cautelosa quanto ao *judicial review* nos conflitos envolvendo as agências reguladoras. Mais do que respeito à garantia de independência entre as funções estatais, o Judiciário reconhece sua limitação ao decidir sobre questões eminentemente técnicas. Neste sentido, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 872.584/RS (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20/11/2007) em que o consumidor ajuizara ação anulatória com pedido de restituição de indébito em face da BRASIL TELECOM S/A, referente à cobrança indevida de assinatura básica residencial, decidiu que

a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.

Da mesma forma, preservou-se a competência técnica da agência reguladora em ação civil pública em que se discutia a delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa.

Por outro lado, não é só a Administração que merece descrédito. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA cita ensaio assinado pelos economistas Pêrsio Arida, Edmar Lisboa Bacha e André Lara-Resende (*"Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil"*), para os quais *"uma das causas principais, senão a principal, do retraimento dos possíveis investidores de longo prazo reside na tendência, apontada como dominante entre nós, a favorecer o devedor em eventual conflito com o credor"*. Este mito do juiz *Robin Hood*, tomado como iniciativa individual e não como uma política estatal uniforme, apenas aumenta a desconfiança das empresas na isenção do juiz e, conseqüentemente, os riscos de decisões judiciais absurdas são repassados aos demais consumidores. O equilíbrio é fundamental para um sistema eficiente de justiça, como alerta CAPPELLETTI:

Por isso, uma sábia política de proteção dos consumidores, longe de ser instrumento de distorção do mercado, constitui, com a política tendente a assegurar a livre concorrência, instrumento hoje imprescindível para garantir a efetiva liberdade do mercado. Com efeito, uma sábia política de proteção dos consumidores tende a restabelecer o equilíbrio perdido, restituindo ao consumidor aquela efetiva capacidade de escolha que serve, precisamente, de guia e de estímulo para o produtor, assegurando assim, no interesse comum, a eficiência da economia.

Os juizados especiais se tornaram um campo propício a esta insegurança jurídica. De fato, há uma confusão corriqueira entre princípio da informalidade e casuísmo procedimental, permitindo ao juiz conduzir o processo arbitrariamente, muitas vezes em desrespeito à garantia do devido processo legal. Além disso, nos juizados especiais estaduais ainda não há um sistema claro de harmonização de seus julgados, em virtude da incompetência do Superior Tribunal de Justiça em conhecer de recursos especiais contra as decisões das turmas recursais.

Assim, quanto menos o Judiciário intervier, melhor será para a Economia. Não é de se estranhar que, diante da afirmação *"os empresários costumam dizer que 'é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça"*, 36,9% dos entrevistados concordaram totalmente e 51,3% concordaram parcialmente (total 88,2%).

Face ao exposto, tem-se que não há razões suficientes para se afirmar que uma decisão tomada em sede de juizado especial seja mais segura ou confiável que um julgamento administrativo pelas agências reguladoras. Muito pelo contrário, a especialização administrativa, aliada ao desinteresse das agências, permitiriam um julgamento mais previsível e técnico do que possibilitaria o juizado especial.

OS JUIZADOS ESPECIAIS SÃO MAIS EFETIVOS QUE AS AGÊNCIAS REGULADORAS?

Um parâmetro técnico-jurídico para a definição de efetividade pode ser encontrado na famosa definição de CHIOVENDA: “o processo deve dar quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Surgiria, portanto, a questão de se saber se a ação distribuída ao juizado especial traria resultados práticos melhores do que a composição do conflito pela agência reguladora.

Um argumento especulativo (diante da falta de dados mais precisos) seria que os consumidores buscariam nos juzados especiais mais que a solução técnica de seus problemas: dentro de um cálculo racionalista de vantagens, um dos propósitos seria a reparação patrimonial do dano sofrido.

No Rio de Janeiro, esta hipótese poderia ser amparada a partir da pesquisa nacional sobre juzados especiais. Ainda que não haja uma discriminação dos dados, temos que 50,4% das ações cumulam pedido de indenização por dano moral (maior índice dentre as capitais pesquisadas, sendo a média nacional de 20%). Como em 37,7% dos casos (média nacional de 39,3%) há sentença homologatória de acordo, e em 38,4% sentença de mérito, com procedência total em 30% e parcial em 47,1% (na média das capitais, respectivamente, 29,5%, 50,0% e 28,8%). Se transplantarmos estes percentuais para os conflitos consumeristas (mesmo admitindo diversas variáveis que prejudicariam a análise), haveria uma chance considerável de vitória para o autor da ação. Estes dados, aliados à gratuidade no procedimento em primeiro grau e ao discurso de acesso à Justiça, poderiam despertar no consumidor a esperança de que obterá alguma forma de compensação pecuniária nos juzados.

As agências, por seu turno, não foram criadas para a solução de pequenas causas, e sim como instância regulatória e preventiva de conflitos. Entretanto, na consulta pública ANATEL nº 641/05 (em que se propunha alteração do regulamento do serviço telefônico fixo comutado), havia a previsão de indenização ao assinante prejudicado por ato da operadora. E mesmo que não haja esta condenação, a agência reguladora poderia intermediar o conflito entre empresa e consumidor, no qual ambos cheguem a um acordo.

Outra das supostas limitações presentes na composição extrajudicial é que, caso o consumidor necessite de medidas sancionatórias mais incisivas, encontrará uma limitação de mecanismos coercitivos pelas agências reguladoras, especialmente poderes constritivos. No julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 1668/DF (Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/08/98), o Supremo Tribunal Federal interpretou como inconstitucional o art. 19, XV, da Lei nº 9472/97, que lhes dava poderes para “realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência”. Além da violação da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), tal dispositivo permitiria a autotutela executiva da Administração Pública, usurpando uma função tipicamente jurisdicional, conforme se observa no voto do relator, Min. Marco Aurélio,

A rigor, o que se tem, na espécie, é o exercício, pela Administração Pública, de maneira direta, a alcançar patrimônio privado, de direito inerente à atividade que exerce. Se de um lado à Agência cabe a fiscalização da prestação dos serviços, de outro não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros. A legitimidade diz respeito à provocação mediante o processo próprio, buscando-se

alcançar, no âmbito do Judiciário, a ordem para que ocorra o ato de constrição, que é o de apreensão de bens. O dispositivo acaba por criar, no campo da administração, figura que, em face das repercussões pertinentes, há de ser sopesado por órgão independente e, portanto, pelo Estado-juiz..

Assim, a agência reguladora deveria acionar o Judiciário, invocando tutela acautelatória, como no caso de busca e apreensão de equipamentos de estação de rádio clandestina.

Entretanto, a lei nº 11.292/06 altera o art. 3º, § único, da lei nº 10871/04, conferindo poderes dos dirigentes das agências reguladoras para, “*no exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia (...), promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções*”. Ainda que isto possa também ser interpretado como atentatório à garantia do devido processo legal, o STF ainda não foi provocado pela via adequada para o controle de constitucionalidade.

Aparentemente, os juizados especiais seriam mais efetivos pelos mecanismos satisfativos exclusivos da tutela jurisdicional (lei nº 9099/95, art. 52), sejam de tutela específica, seja de atos de penhora. Ocorre que tais vantagens são extensíveis ao acordo mediado pela agência reguladora, já que os juizados especiais também são competentes para a execução de “*títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo*” (lei nº 9099/95, art. 3º, § 1º, II, c/c art. 53), como a conciliação reduzida a termo e subscrita pelas partes (art. 585, II/CPC) e a decisão arbitral pela agência reguladora (art. 475-N/CPC). Em verdade, deve-se observar a singularidade da condenação estatal face às vias alternativas, e não no procedimento executivo.

A duração do processo judicial é um fator de extrema relevância. O volume excessivo de causas, a mentalidade cartorária do Judiciário e a cultura litigiosa contribuem para compreender a demora endêmica dos conflitos levados aos Juizados. Conforme se observa da pesquisa da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, mesmo com uma política agressiva de estímulo à conciliação, pouco mais de um terço dos processos é encerrado com acordo em audiência de conciliação. Ainda assim, esta composição leva em média 70 dias para ocorrer nos juizados especiais das capitais analisadas. Se houver instrução e recurso da sentença, o prazo se estende para cerca de seis meses e meio.

Ato processual	Percentual	Duração média
Acordo em audiência de conciliação	34,5%	070 dias
Acordo em AIJ	20,9%	189 dias
Sentença	33,4%	193 dias
Recurso	08,9%	199 dias
Execução	15,3%	300 dias

Ainda que sem maiores dados estatísticos sobre o tempo médio que se leva para ser processada a reclamação administrativa, não restam dúvidas que sua informalidade garantiria um prazo bem menos longo que a realidade dos juizados. Mesmo a conciliação administrativa ou um eventual procedimento arbitral, caso fossem utilizados, dificilmente demoraria mais que o processo jurisdicional.

Se não há diferenças substanciais entre a execução da sentença do juizado especial e do título extrajudicial composto em sede de agência reguladora, será que esta ofereceria alguma vantagem a mais para o consumidor?

Tendo em vista sua natureza regulatória, a agência reguladora pode disciplinar o mercado por meio de sanções administrativas. O art. 173 da lei nº 9472/97, p.ex., prevê advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade; respeitando-se sempre a prévia e ampla defesa (art. 175). Tais medidas, assim com as de execução indireta, podem se revelar mais efetivas do que a simples recomposição pecuniária do dano, p. ex. Afinal de contas, as concessionárias devem cumprir metas de qualidade perante a agência reguladora, e quanto mais os consumidores reclamam, maior será a fiscalização administrativa.

Lamentavelmente, ambas as instâncias (jurisdicional e administrativa) ainda não se mostraram completamente eficazes no controle das concessionárias de serviços públicos. De fato, estas empresas presentes na lista dos juizados especiais fluminenses também são freqüentes nas estatísticas das agências reguladoras, como vemos neste comparativo entre juizados especiais do Rio de Janeiro e ANATEL:

Empresa	Juizados Especiais (RJ)	Agência reguladora
Telemar/(fixo)	24.100 (02º lugar)	0,600/1.000 (5º lugar)
Vivo	13.751 (05º lugar)	0,218/1.000 (7º lugar)
TIM	7.185 (08º lugar)	0,402/1.000 (1º lugar)
OI	7.127 (09º lugar)	0,386/1.000 (3º lugar)
CLARO ATL	6.729 (11º lugar)	0,255/1.000 (4º lugar)

DEVE O JUDICIÁRIO CONHECER IMEDIATAMENTE DESTES CONFLITOS?

Assim como ocorre no sistema norte-americano, poder-se-ia limitar a tutela jurisdicional apenas nos casos de ofensa às garantias processuais, constituindo o esgotamento das vias administrativas um verdadeiro filtro para as demandas que chegariam ao Judiciário. Entretanto, os opositores da adoção deste sistema no Brasil invocam a garantia da inafastabilidade da jurisdição, protegida pelo art. 5º, XXVI, da constituição vigente (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”). Entre outros, há a opinião de NELSON NERY JR, para quem “*não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada jurisdição condicionada, ou instância administrativa de curso forçado*”.

Um dos argumentos para se rejeitar o controle interno administrativo seria a limitação autoritária da jurisdição. Com efeito, é recorrente a alegação de que tais restrições constituiriam arbitrariedade típicas de momentos de anormalidade democrática, em que regimes de exceção impediam expressamente a tutela jurisdicional contra o Estado, ou

condicionavam o exercício do direito de ação à tentativa prévia de solução administrativa.

Diante deste trauma pós-regime de exceção, a atual constituição apenas exige expressamente o exaurimento das vias administrativas nas “*ações relativas à disciplina e às competições desportivas*” (art. 217, § 1º). Com base nisto, autores como FREDIE DIDIER JR rejeitam a constitucionalidade de lei ordinária que, abstratamente, estabeleça tal condição:

(...)não se justifica, constitucionalmente, à luz do direito fundamental à inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF/88), qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto de demonstração do interesse de agir. Não se pode, *a priori*, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de abstração. Utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não podem ser examinadas em tese, independentemente das circunstâncias do caso concreto.

No entanto, mesmo o Supremo Tribunal Federal já admite que lei ordinária pode estabelecer condições para o exercício do direito de ação, como o faz o Código de Processo Civil. Como observa NELSON NERY JR, “*a característica que diferencia o direito de petição do direito de ação é a necessidade, neste último, de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional, porque se trata de direito pessoal. Em outras palavras, é preciso preencher a condição da ação interesse processual.*”

LEONARDO GRECO, analisando esta condição a partir das teorias da ação, ressalta que o interesse processual pode se confundir com o interesse substancial (para os concretistas), ou ser um interesse de segundo grau (conforme os abstratistas). GALENO LACERDA, p. ex., segue esta tendência, ao focar a necessidade de se diferenciar o *interesse jurídico* (amparo legal à pretensão do autor) e o *interesse puro e simples*, típica condição autônoma da ação.

De qualquer forma, o interesse processual legitima-se pela inafastabilidade jurisdicional gerada pela repressão estatal à autotutela. GALENO LACERDA já dizia que “*ninguém deverá bater às portas do pretório pelo simples gosto de bater, mas porque há um interesse fundamental que o impele. A existência deste é que importa como condição necessária à ação*”. De forma semelhante, assim disserta CASSIO SCARPINELLA BUENO

O interesse de agir, neste sentido, representa a *necessidade* de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de *vantagem* (...) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio “necessidade” e “utilidade”. *Necessidade* da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada *utilidade*.

Com isto, o sistema jurídico processual brasileiro não é claro quanto à necessidade de exaurimento das vias administrativas como requisito de admissibilidade da ação, como

nos casos de mandado de segurança, *habeas data*, acidentes de trabalho, militares e para tipificação dos crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária. Por outro lado, também é corrente a dispensa de prévio esgotamento em questões previdenciárias, repetição de indébito, indenização por adesão a plano de aposentadoria incentivada, vencimentos de servidor público e militares.

Pode-se supor que este discurso do acesso à Justiça como preliminar ao acesso ao direito seja conveniente para o judiciário. Ao absorver uma quantidade astronômica de demandas, fortalece-se sua legitimidade política e social, mostrando-se como um poder mais acessível que o executivo ou o legislativo. Por outro lado, ao assumir tamanho volume de trabalho, o judiciário acaba por garantir uma maior fatia orçamentária. De fato, sendo o procedimento gratuito dos juizados especiais em primeiro grau (lei nº 9099/95, art. 54), sua estrutura é custeada basicamente pelo orçamento estatal.

O Banco Mundial detectou que o Brasil gasta 3,66% de seu orçamento com a manutenção do sistema judicial, sendo o custo mais alto em comparação a outros 35 países analisados (média de 0,97% do orçamento público). Nos anos 1990's, ao analisar a situação econômica na América Latina, houve expressa recomendação de reforma do Judiciário (visto como ineficiente e dispendioso), mas o corporativismo da magistratura e outros setores sociais conseguiram frear alterações mais radicais em sua estrutura orgânica.

No caso aqui analisado, deve-se refletir se efetivamente há o interesse do consumidor em acionar a concessionária pelo juizado. Analisando-se sob uma perspectiva econômica, deve-se verificar quais seriam as vantagens para o consumidor propor a ação em vez da composição extrajudicial.

CONCLUSÃO

Pelo que se observou, a composição administrativa dos conflitos entre consumidores e concessionárias, mediada pelas agências reguladoras, seria mais benéfico para as partes envolvidas e para a economia. Informalidade, rapidez, conhecimento técnico e possibilidade de execução judicial posterior são apenas alguns dos argumentos que poderiam ser utilizados para se reconhecer a vantagem deste meio alternativo aos juizados especiais.

Pode-se especular, sem maiores dados empíricos, que um dos principais motivos para o pouco uso da via administrativa seja o desconhecimento deste papel das agências reguladoras (e a desconfiança por ser um órgão administrativo), em oposição à popularização dos juizados especiais. Outra razão seria o protagonismo político do Judiciário, visto como o grande defensor dos consumidores em seus litígios com as grandes empresas. Por fim, a patrimonialização destes conflitos, estimulada pela cultura reparatória e pela expectativa de indenização pecuniária, também merece destaque como explicação racional para a atitude dos consumidores.

De qualquer forma, vive-se numa realidade de soluções particulares e individualistas. De fato, as agências reguladoras em tese seriam uma forma mais pública de controle, tomando-se o conceito de público não-estatal de Bresser Pereira. No entanto, sem uma atuação mais incisiva, resta ao consumidor as soluções judicantes, que acaba sendo mais demorada (em virtude do excessivo número de processos nos cartórios) e pontual. E

como as decisões dos juizados não têm eficácia *erga omnes*, limitando-se a respostas isoladas e dependentes da provocação individual de cada lesado.

Como já alertava Cappelletti, é sinal de melhor acesso à Justiça um sistema de solução extrajudicial de conflitos, pela chamada justiça coexistencial e conciliatória. Este deveria ser o papel das agências reguladoras, por meio de processos administrativos eficazes e democráticos, e não se manterem omissas diante de sucessivos danos causados pelas empresas que deveriam ser fiscalizadas.

Assim, melhor que aplaudir os juizados como grandes reguladores dos abusos das concessionárias, seria nos orgulharmos de um sistema pleno de fiscalização administrativa, de natureza preventiva e extrajudicial, deixando ao Judiciário apenas o julgamento excepcional de vícios de processos administrativos ou questões de âmbito mais coletivo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006.

_____. *Judiciário e economia*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006.

_____. Assembléia Nacional Constituinte. *Relatório e Anteprojeto da subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias*. Disponível em <www.mj.gov.br>

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. “Inafastabilidade do controle jurisdicional” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia* [tradução por Hector Fix Zamudio]. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro “O problema de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas” in *O Processo Civil Contemporâneo*.

_____. “O acesso dos consumidores à Justiça” in *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____ & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais. cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução por J. Guimarães Menegale e notas por Enrico Tullio Liebman). São Paulo: ed. Saraiva, 1942

CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

FALCÃO, Joaquim. “Agências Reguladoras e o Poder Judiciário”, disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4054&Itemid=129>

FERRAZ, Leslie Shériida. “Relatório – pesquisa juizados especiais cíveis – Rio de Janeiro” in BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “O acesso ao direito e à Justiça”, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo” in *Revista Estudos Históricas*, n. 18, 1996, p. 01, disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>).

LACERDA, GALENO. *Despacho saneador*. 3ªed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

MEIRELLES, Delton R. S. “Juizes leigos comunitários: acesso à Justiça nas cidades” in *Ab Initio (Revista da faculdade de direito da Universidade Federal Fluminense)*, nº 01.

_____. “Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 01. Disponível em <http://www.revistaprocessual.com/REDP_1a_30dezembro2007_RJ.pdf>

MELLO, Marcelo Pereira de & MEIRELLES, Delton R. S. “A ‘Cultura Legal’ do Cidadão de Niterói”, in *Cadernos CEDES/IUPERJ*.

_____. “A reforma da Justiça do Trabalho e o embate Judiciário X Legislativo”, in *Revista de direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul*, nº 14, jan./jul. 2008.

_____. “Legitimidade judicial versus comunitária: efeitos da atuação dos juízes leigos nos conflitos de vizinhança”, in *Anais do 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*, 2008, Campinas.

MOISÉS, José Álvaro. “Cidadania, confiança e instituições democráticas”, in *Lua Nova* nº 65: 71-94, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Dois cientistas políticos, três economistas e a Justiça brasileira”, in *Temas de Direito Processual: 7ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Privatização do processo?”, in *Temas de Direito Processual: 7ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. “Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual”, in *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____. “O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro”, in *Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Sumaré, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Resende de, MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. RJ: Revan, 1999.

WATANABE, KAZUO. “Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas” in *Juizado Especial de Pequenas Causas* (Coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

Grupo de Trabalho “Direito do Consumidor”, no XVII Encontro Nacional do CONPEDI.

Vice-coordenador de graduação, professor assistente vinculado ao departamento de processualística e ao Grupo de Pesquisa “Sociedade, Direito e Justiça”, do Programa de

Pós-Graduação em Sociologia e Direito, todos da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutorando em direito (UERJ)

Coordenador do PPGSD/UFF. Professor adjunto da UFF, vinculado ao departamento de sociologia e ao Grupo de Pesquisa “Sociedade, Direito e Justiça”. Doutor em ciência política (IUPERJ)

CAPPELLETTI, Mauro. & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988

CAPPELLETTI, Mauro “O problema de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas” in *O Processo Civil Contemporâneo*, p. 16.

Complementando seu pensamento, afirma que ” *a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do welfare state e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas ‘minorias’ étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64*”.(JUNQUEIRA, Eliane Botelho.“Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo” in *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996, p. 01, disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>).

Sobre o poder corporativo dos magistrados brasileiros nas reformas judiciárias, ver MELLO, Marcelo Pereira de & MEIRELLES, Delton R. S. “A reforma da Justiça do Trabalho e o embate Judiciário X Legislativo”, in *Revista de direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul*, nº 14, jan./jul. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Resende de, MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. RJ: Revan, 1999, p. 167. Estes pesquisadores, mais a frente, afirmam que “*por motivações distintas, ambos os universos – o do associativismo dos magistrados gaúchos e o do Executivo Federal - convergiram na preocupação em reformar as práticas e as instituições do Poder Judiciário; no primeiro caso, atendendo às pressões sociais por direitos e visando criar um espaço institucional onde a litigiosidade presente na sociedade brasileira pudesse ser explicitada; no segundo caso, orientando-se por uma rationale tecnocrática, coerente com os objetivos de simplificação e de modernização do aparelho de Estado (...).Assim, embora informada por uma perspectiva quase oposta, a que talvez não fosse estranha a contribuição teórica de M. Cappelletti sobre a democratização do acesso à Justiça, a experiência reformadora ensaiada pelos juizes do Rio Grande do Sul acabaria tendo influência sobre a agenda de modernização institucional concebida pelo executivo*”. (op. cit., p. 170)

CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 31.

Como destaca LEONARDO GRECO, “*Sem dúvida o último pressuposto do acesso ao Direito é o acesso à Justiça, no sentido de acesso a um tribunal estatal imparcial, previamente instituído como competente, para a solução de qualquer litígio a respeito de interesse que se afirme juridicamente protegido ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial.*” (“O acesso ao direito e à Justiça”, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 205)

WATANABE, KAZUO. “Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas” in *Juizado Especial de Pequenas Causas* (Coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 02.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Relatório e Anteprojeto da subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias*. Disponível em < www.mj.gov.br>

“*Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores*” (CAPPELLETTI, Mauro. & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 10).

Os juizados especiais encontram-se previstos na Constituição (art. 95, I) e nas leis 9099/95 e 10259/01; ao passo que a tutela do consumo tornou-se garantia constitucional (art. 5º, XXXII) e merecedora de código próprio (lei nº 8078/90)

Pode-se incluir também a tutela coletiva do consumo, com a previsão expressa da lei nº 7347/85, a qual garante a proteção do consumidor (art. 1º, II) e conseqüente extensão da legitimidade extraordinária. Mais tarde, a lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) passa a regular especialmente a matéria a partir de seu art. 81.

MELLO, Marcelo Pereira de & MEIRELLES, Delton R. S. “A ‘Cultura Legal’ do Cidadão de Niterói”, in *Cadernos CEDES/IUPERJ*, nº 03.

Destaque-se o art. 6º, VII: “*São direitos básicos do consumidor: (...) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados*”.

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006. Merece nota o trabalho pioneiro de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, cuja pesquisa sobre acesso à Justiça no Rio de Janeiro aponta que “*em todos os juizados pesquisados, pelo menos 50% das causas têm por base relações de consumo*” (*Acesso à Justiça: juizados especiais. cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 144)

MELLO, Marcelo Pereira de & MEIRELLES, Delton R. S. “Legitimidade judicial versus comunitária: efeitos da atuação dos juízes leigos nos conflitos de vizinhança”, in *Anais do 6º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*, 2008, Campinas.

Dados disponíveis em <<http://www.tj.rj.gov.br/cgj/servicos/estatisticas/top30.html> >

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006

Se somarmos as causas envolvendo a TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI – telefonia fixa) e TNL PCS S.A. (OI - telefonia celular), esta empresa foi acionada em 170.359 (16% do total de 1.049.265 processos nos juizados especiais fluminenses entre janeiro/2005 e agosto/2008)

FERRAZ, Leslie Shériida. “Relatório – pesquisa juizados especiais cíveis – Rio de Janeiro” in BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, p. 80.

Considerados por CAPPELLETTI & GARTH como *litigantes habituais*, os quais gozam de diversas vantagens em relação aos consumidores, geralmente *litigantes eventuais* (*Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 24).

Estes litígios de massa poderiam ser compostos coletivamente pelos procedimentos próprios, como já defendiam CAPPELLETTI & GARTH. Vale aqui a observação de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, para quem “*existem várias situações comuns nas diversas ações nas quais figuram como réus as pessoas antes mencionadas que, em tese, poderiam configurar direitos individuais homogêneos, protegidos por ação civil pública, no juízo competente*” (*Acesso à Justiça: juizados especiais. cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 145). Frise-se que tais ações coletivas não poderiam ser conhecidas pelos juizados, conforme entendimento consolidado no enunciado nº 32 do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais).

Uma das soluções adotadas no Rio de Janeiro foi a implementação de juízes leigos, auxiliares do juiz togado. Entretanto, a burocratização e a ausência de legitimidade social e preparo técnico acarretaram a perda de credibilidade destes agentes. Esta curiosa passagem dá a dimensão deste problema:

“*Interessante notar a postura do Magistrado em relação ao juiz leigo. Ele é um pouco avesso à idéia, entendendo que a administração da pauta dos novos julgadores vai atrapalhar sua rotina. Ademais, disse que os juízes leigos querem desfrutar do mesmo prestígio que os togados. Segundo ele, numa festa da alta sociedade carioca, uma juíza leiga deu a entender que era Magistrada, e os demais magistrados ficaram perguntando em qual concurso ela havia sido admitida, até que, depois de muito apertá-la, ela revelou que era uma ‘mera juíza leiga’*” (FERRAZ, Leslie Shériida. “Relatório – pesquisa juizados especiais cíveis – Rio de Janeiro” in BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, pp. 82/83).

Sobre o tema, MEIRELLES, Delton R. S. “Juízes leigos comunitários: acesso à Justiça nas cidades” in *Ab Initio (Revista da faculdade de direito da Universidade Federal Fluminense)*, nº 01.

Há um importante depoimento coletado na pesquisa nacional sobre os juizados: “*Para o Dr. Marco, a mudança mais importante para os JECs cariocas seria a criação de*

Varas especializadas em Direito do Consumidor, apartando-as das demais demandas. Segundo o Magistrado, enquanto as ações dessa natureza têm um desfecho rápido, as brigas de vizinhos, ex-casais, familiares, etc. tomam um tempo enorme na pauta e nada solucionam, pois as partes buscam mesmo o litígio, não querem a pacificação.”(FERRAZ, Leslie Shériida. “Relatório – pesquisa Juizados especiais cíveis – Rio de Janeiro” in BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, p. 83.

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Judiciário e economia*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, p. 06.

PINHEIRO, Armando Castelar. “Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual”, in *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 26.

“Os Juizados estão sobrecarregados de serviços em razão do desmedido aumento de sua competência. E não se adotou, até o momento, o princípio do acesso obrigatório a esses Juizados, nos limites de sua competência (competência absoluta).

Muitas das causas que poderiam ser por eles julgadas estão sendo, atualmente, canalizadas para os juízos comuns, em virtude do princípio da facultatividade do acesso aos Juizados, o que significa que a sobrecarga de serviços poderá ser agravada a qualquer momento, pela simples alteração da preferência dos jurisdicionados, por alguma razão pessoal ou por decisão de seu advogado.

Esse dado constitui uma permanente ameaça à qualidade dos Juizados Especiais Cíveis, razão pela qual deve ser enfrentado definitivamente de alguma forma, seja adotando-se o princípio da obrigatoriedade do acesso o que exigirá uma prévia avaliação da repercussão dessa decisão nos Juizados de todo o país e reclamará certamente um importante investimento na sua melhoria, seja reduzindo-se a competência para níveis razoáveis “. BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, pp 12/13.

Iniciadas no governo Fernando Collor, mediante o chamado “Programa Nacional de Desestatização” (Lei nº 8.031/90, alterado pela Lei 9.491/91).

FALCÃO, Joaquim. “Agências Reguladoras e o Poder Judiciário”, disponível em http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4054&Itemid=129

Como no caso da ANATEL, em que a lei nº 9.472/97 prevê expressamente, em seu art. 19. XVII, que lhe compete “*compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações*”.

JOAQUIM FALCÃO também defende a utilização de meios alternativos, mas apenas estimuladas pelas agências reguladoras, e não conduzidas por estas, conforme se verifica nesta passagem: “*as agências poderiam propor que as concessionárias, além de tradicionais departamentos jurídicos, criassem departamentos de conciliação. Diques autônomos, contenedores de demandas, que evitem a cultura, ainda dominante,*

de tudo judicializar. Reduziria o conflito entre concessionárias e consumidores”. (“Agências Reguladoras e o Poder Judiciário”, disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4054&Itemid=129>)

CAPPELLETTI, Mauro. & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 52. Esta preocupação também se encontra presente em ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, quando diz que o risco de contaminação parcial das agências “*certamente não é específico das agências reguladoras, ocorrendo, em maior ou menor grau, em toda a administração pública, aqui e alhures. Todavia, quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.*” (*Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 366/367).

MEIRELLES, Delton R. S. “Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 01. Disponível em <http://www.revistaprocessual.com/REDP_1a_30dezembro2007_RJ.pdf>

Mesmo se tratando de sociedade de economia mista, não há empecilho para a utilização de arbitragem, conforme precedentes do STF (SE nº 5206 AgR/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI nº 52.191, Rel. Min. Bilac Pinto) e do STJ (AgRg no MS 11308 / DF, rel. Min. Luiz Fux)

MOISÉS, José Álvaro. “Cidadania, confiança e instituições democráticas”, in *Lua Nova* nº 65: 71-94, 2005.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 21.

Idem, *ibid*.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 282.

“*Justamente o que distingue a jurisdição da administração é esse desinteresse objetivo, essa indiferença do Estado-juiz em que o resultado da sua atividade seja este ou aquele, enquanto o administrador é sempre parte, agindo sempre no interesse do Estado ou da coisa pública*”. GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 231.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução por J. Guimarães Menegale e notas por Enrico Tullio Liebman). São Paulo: ed. Saraiva, 1942, p. 23

*"Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, ne cives ad arma veniant, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, nemo iudex in re propria" (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia* [traducción por Hector Fix Zamudio]. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 60).*

Como se desprende no art. 37/CRFB: (*"A administração pública [...] obedecerá aos princípios de [...] impessoalidade [...]"*); art. 38, lei 9472/97 (*"A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da [...] impessoalidade [...]"*). art. 2º, § único, III da lei 9784/99 (*"Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] objetividade no atendimento do interesse público [...]"*); e os casos de impedimento (art. 18) e suspeição (art. 20) regulados pela lei 9784/99.

O art. 11 da lei 9784/99, p. ex., autoriza a *delegação* (arts. 12 a 14) e *avocação* (art. 15) de competência.

Ainda que o art. 35 da lei 9099/95 admita a perícia (*"quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico"*), mesmo informal (enunciado nº 15 do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE), muitos juízes deixam de conhecer da ação por uma suposta complexidade da prova técnica. Isto se deve, no caso do Rio de Janeiro, a uma indevida interpretação do conceito de "causa cível de menor complexidade" (enumeradas *ex lege* pelo art. 3º, da lei 9099/95) e deste enunciado do TJ/RJ: *"Não é cabível perícia judicial tradicional em sede de Juizado Especial. A avaliação técnica a que se refere o Art. 35, da Lei nº 9.099/95, é feita por profissional da livre escolha do Juiz, facultado às partes inquiri-lo em audiência ou no caso de concordância das partes."*

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio, 2002, p. 30. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

Vale destacar que, neste caso, o STJ inclinou-se pela regulação administrativa em detrimento do direito do consumidor. Conforme o voto do rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *"no meu sentir, o ponto de saliência deste recurso é a opção do Superior Tribunal de Justiça entre manter o modelo regulatório das telecomunicações no Brasil, da forma como foi estruturado na Constituição de 1988, após a Emenda n.8/1995, ou abrir, em definitivo, o campo destinado à regulação aos influxos do processo de judicialização da vida.*

Ora, modelo regulatório, em todos os países que adotaram o modelo anglo-americano, é a fórmula síntese entre os extremos anteriormente experimentados nas sociedades

industriais: o absenteísmo estatal e o regime de monopólio-oligopólio do Estado nas atividades econômicas de infra-estrutura. [...] Há, neste Tribunal e em diversos juízos brasileiros, uma plethora de ações sobre o problema do tensionamento das regras de Direito do Consumidor e das regras de outras províncias jurídicas, como o Direito Administrativo ou o Direito Civil.

No campo da regulação de serviços de telecomunicações, a questão assume contornos ainda mais perturbadores. [...] Ora, se essa matéria fosse analisada com o rigorismo científico, não se chegaria ao absurdo de se confrontar as normas de Direito do Consumidor com as regras fundadas no Direito das Telecomunicações, como as ora debatidas neste recurso especial. A cobrança de assinatura básica é tema alheio às relações de consumo, quando se observa que seu fundamento é o regime tarifário advindo da delegação normativa à Anatel, por força da Constituição, e concretizado em regulamentos, editais de licitação e em contratos de concessão. A empresa operadora do STFC - Serviço de Telefonia Fixa Comutada não exige esses quantitativos com base em direito seu, mas, como decorrência da equação econômico-financeira que lastreia seu vínculo com a Administração Pública.

O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites científicos do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações”. (STJ. 2ª T. REsp 872584/RS, j. 20/11/07).

STJ. 2ª Turma. REsp 572070/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16/03/2004. Nos termos do voto do relator, “no caso presente, observo que a decisão hostilizada, embora reconhecendo que as chamadas “áreas locais” devam ser fixadas, nos termos da legislação de regência, com base em critérios de natureza predominantemente técnica, acabou por adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração dessas áreas, invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir o Poder Judiciário. Ao intervir na relação jurídica para alterar essas regras, estará o Judiciário, na melhor das hipóteses, criando embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços prestados pela concessionária. Além disso, não concebo como se possa interferir de forma tão radical em um setor de tamanha complexidade e sensibilidade como é o das comunicações com base em mera presunção de que prestadora de serviços dispõe, na área questionada, de uma adequada engenharia de rede de telecomunicações.”

A 8ª Turma do TRF/2ª Região também se posicionou neste sentido, no julgamento da Apelação Cível nº 397032 (rel. Des. Fed. Marcelo Pereira. j. 01/07/2008): “A atuação do Poder Judiciário interferindo na determinação das áreas que ensejam cobrança de tarifa local mostra-se indevida não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado as informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia.”

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Dois cientistas políticos, três economistas e a Justiça brasileira”, in *Temas de Direito Processual: 7ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p.

403. Após analisar este ensaio, o processualista faz uma dura crítica, afirmando que “(...)os três economistas não apresentaram provas da propensão da Justiça brasileira para favorecer os devedores; utilizaram, para repetir a fórmula já recordada, “argumento empírico sem apoio empírico”. Mas a verdade nua e crua é que, caso examinassem a legislação em vigor, encontrariam nela alguma base para sustentar que, em certa medida – insisto: em certa medida -, tal propensão é recomendada aos juízes. Quer dizer: conforme as circunstâncias, se eles estão mesmo favorecendo devedores, nem sempre fazem mais do que aplicar, como lhes cumpre, o direito vigente” (op. cit., p. 412).

“Um sistema de resolução de conflitos caracteriza-se como justo quando a probabilidade de vitória é próxima a um para o lado certo e a zero para o lado errado. A parcialidade é claramente ruim, e difere da imprevisibilidade porque distorce o sentido de justiça de uma forma intencional e determinista. Os tribunais podem ser tendenciosos devido à corrupção, por serem politizados (favorecendo a certas classes de litigantes como membros da elite, trabalhadores, devedores, residentes etc.), ou por não gozarem de independência em relação ao Estado, curvando-se à sua vontade quando o governo é parte na disputa”. PINHEIRO, Armando Castelar. “Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual”, in *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 29.

CAPPELLETTI, Mauro. “O acesso dos consumidores à Justiça” in *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309.

Como ressalta ALFREDO BUZAID, “o devido processo legal é um padrão pelo qual se pode aferir até onde vai a liberdade da administração na execução de suas atividades” (“Inafastabilidade do controle jurisdicional” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 316).

Súmula nº 203/STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos juizados especiais”.

PINHEIRO, Armando Castelar. “O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro”, in *Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Sumaré, 2000, p. 114.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil (trad. J. Guimarães Menegale). Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1943, § 12, p. 84

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006

Há uma variável importante, que causa distorção no sistema dos juizados. Se, de um lado, algumas empresas conscientemente violam direitos de consumidores (forçando-os a defender seus interesses administrativa ou judicialmente), por outro lado não são raros os casos de aventureiros ou litigantes profissionais. Como o art. 54 da lei nº 9099/95 dispensa o recolhimento de custas em primeiro grau de jurisdição, isto estimula o demandismo, que dificilmente é reprimido devido a ineficácia dos mecanismos de contenção de abusos processuais (como a litigância de má-fé do art. 55 desta lei).

Art. 30. “*Havendo interrupção do acesso ao STFC na modalidade local, a prestadora deve conceder crédito ao assinante prejudicado.*”

§ 1º *Não é devido crédito se a interrupção for causada pelo próprio assinante.*

§ 2º *O crédito deve ser proporcional ao valor da tarifa ou preço de assinatura considerando-se todo o período de interrupção.*

§ 3º *O crédito relativo à interrupção superior a 30 (trinta) minutos a cada período de 24 (vinte e quatro) horas deve corresponder, no mínimo, a 1/30 (um trinta avos) do valor da tarifa ou preço de assinatura.*

§ 4º *O crédito a assinante na forma de pagamento pós-pago deve ser efetuado no próximo documento de cobrança de prestação de serviço, que deve especificar os motivos de sua concessão e apresentar a fórmula de cálculo.*

§ 5º *O crédito a assinante de terminal a que está vinculado crédito pré-pago deve ser ativado e comunicado ao assinante em até 5 (cinco) dias, contados do restabelecimento do serviço.*

§ 6º *O recebimento do crédito, pelo assinante, não o impede de buscar o ressarcimento que ainda entenda devido, pelas vias próprias.*

§ 7º *A concessão do crédito não exime a prestadora das sanções previstas no PGMQ-STFC, no contrato de concessão ou de permissão, ou no termo de autorização.”*

Diante da divergência feita pelo Min. Nelson Jobim, para quem esta apreensão “*caracteriza tipicamente o exercício do poder de polícia, restrito ao seu mister, ou seja, aquele que tiver exercido ilegalmente a sua atividade terá os bens apreendidos. A discussão, depois, da ilegalidade ou não desse ato será no Poder Judiciário*”; o Min. Sepúlveda Pertence alega que “*com essa amplitude – eu diria quase ilimitada, dada a extensão do mundo das telecomunicações em que vivemos -, o dispositivo efetivamente traz, pelo menos, riscos seriíssimos de violação do princípio do devido processo legal*”

STJ. 1ª Turma. REsp 951892/CE, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16/08/2007; STJ. 1ª Turma. REsp 635884/CE, rel. Min. Denise Arruda, j. 04/04/2006; STJ. 1ª Turma. REsp 551525/CE, rel. Min. Denise Arruda, j. 23/08/2005; STJ. 2ª Turma. REsp 696135/CE, rel. Min. Franciulli Netto, j. 15/03/2005 STJ. 1ª Turma. REsp 628287/CE, rel. Min. Francisco Falcão, j. 18/11/2004; STJ. 1ª Turma. REsp 643357/CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/11/2004; STJ. 2ª Turma. REsp 626774/CE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17/06/2004.

STF. Pleno. Rcl 5310/MT, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/04/2008

Certamente que esta observação restringe-se ao desenvolvimento da hipótese, haja vista as constantes reformas da execução, desde a tutela específica do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, até as recentes leis 11232/05 e 11382/06.

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Diagnóstico dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006

Destacando-se o movimento *Conciliar é legal*, em que o Conselho Nacional de Justiça organiza a *Semana Nacional de Conciliação*, além de oferecer suporte operacional e outros estímulos às instituições judiciárias brasileiras.

Lei nº 9472/97, art. 179: “*A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida. § 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção*”.

Em monografia sobre o tema, MARCELO LIMA GUERRA diferencia as execuções direta (forçada) e indireta, afirmando que naquela *“as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação; embora induzido pela imposição de medidas coercitivas.”*(*Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28)

Destaque-se que as estatísticas levam em consideração a proporção número de usuários X número de reclamações, tomando por base o universo de 1.000 consumidores. Dados retirados de <http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/217453.pdf?numeroPublicacao=217453&assuntoPublicacao=Ranking%20SMP%20-%20Agosto%20de%202008&caminhoRel=Cidadao>.

Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

Como previam os artigos 94 da Constituição de 1937 (“é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”) e 11 do Ato Institucional nº 05/1968 (“*excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos*”), o qual foi acolhido pelo art. 182 da Emenda Constitucional nº 01/1969 (“*continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados*”) e reforçado pelo seu art. 181 (“*ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964*”).

Conforme estipulava o art. 153, 4º da EC nº 01/69, com a redação dada pela EC nº 07/77: “*O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido*”. Neste contexto insere-se, p. ex., o processo administrativo fiscal disciplinado pelo decreto nº 70235/72 (regulando o decreto-lei nº 822/69).

Ainda que seja possível identificar uma relação muito próxima entre política e regras processuais, torna-se importante destacar a observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, para quem “*constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o*

respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Privatização do processo?”, in *Temas de Direito Processual: 7ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp.88/89.)

Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 279.

Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 101/102.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34

LACERDA, GALENO. *Despacho saneador*. 3ªed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 89

LACERDA, GALENO. *Despacho saneador*. 3ªed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 91

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo:Saraiva, 2007, p. 358.

Lei nº 1533/51, art. 5º, I: “*Não se dará mandado de segurança quando se tratar (...) de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução*”, com a ressalva da súmula nº 429 do Supremo Tribunal Federal (“*a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade*”)

Lei nº 9507/97, art. 8º, parágrafo único: “*A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão*”.

Súmula 89 do Superior Tribunal de Justiça: “*a ação acidentária prescinde do esaurimento da via administrativa*”.

Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), art. 51, § 3º: “*O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado*”. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça havia incluído também os pedidos de reconsideração (MS 7.359/DF, rel. Min. Vicente Leal, j. 11/12/2002), mas tal entendimento foi modificado pela 6ª Turma, no julgamento do RMS 10603/AC (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. 03/05/2007)

Código Penal, art. 168-A (incluído pela lei nº 9.983/00): “*deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional*”. Para configurar sua consumação, é necessária a ocorrência de dano efetivo à previdência. Assim, o prévio esgotamento da via administrativa constitui

condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional. (STF. Pleno. Inq 2537/GO, rel. Min. Marco Aurélio; STJ. 5ª Turma. HC 96348/BA, j. 24/06/2008, rel. Min. Laurita Vaz). Da mesma forma, “*pendente o procedimento administrativo fiscal, não há crédito tributário exigível e, conseqüentemente, não pode ter início a persecução penal*” (STJ. 6ª Turma. REsp 771.667/SC, rel. Min. Paulo Medina, j. 15/03/2007. Idem em STF. Pleno, HC’s 81.611/DF, 83.353-5 e 86.120-2).

Súmula nº 213 do Tribunal Federal de Recursos: “*o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária*”; Súmula nº 44 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “*para a propositura de ações de natureza previdenciária é desnecessário o exaurimento das vias administrativas*”; Súmula nº 09 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “*em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação*”. STJ. 5ª Turma. REsp 270.518/RS, Min. Jorge Scartezini, j. 08/10/2002; STJ. 5ª Turma. REsp 664682/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18/10/2005; STJ. 5ª Turma. REsp 764560/PR, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07/03/2006

“*TRIBUTARIO. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. REPETIÇÃO DE INDEBITO. EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. INTERESSE DE AGIR. Cuidando-se de efetivo recolhimento do imposto, diante da exigência do fisco, não ha dizer sobre a falta de interesse de agir, por não ter o contribuinte exaurido as vias administrativas no pleito da repetição respectiva. É garantia constitucional do cidadão o livre acesso ao Poder Judiciário*”. (STJ. 2ª Turma. REsp 7595/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 14/09/1994)

STJ. 1ª Turma. REsp 841676 / PE, Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/08/2006

“*A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, com base no cânon constitucional que preconiza o livre acesso ao Poder Judiciário, é pacífica no sentido de que a exaustão da instância administrativa não é condição para o pleito judicial. Patente a existência do interesse em agir, de vez que desnecessário o prévio requerimento na via administrativa para ensejar o ingresso na via judiciária, mormente quando a vantagem pleiteada é imposta à administração por imperativo legal*”. (STJ. 6ª Turma. REsp 261.158/SP, Min. Vicente Leal, j. 22/08/2000)

“*A contestação da União demonstrando contrariedade ao mérito da demanda, não apenas alegando a necessidade de exaurimento da via administrativa, faz surgir o interesse processual. Mostra-se desnecessário, assim, percorrer a via administrativa antes do ingresso em juízo*”. (STJ. 5ª Turma. REsp 328.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 21/08/2001). Idem em STJ. 5ª T. REsp 764560/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07/03/2006

BRASIL (Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário). *Judiciário e economia*. Disponível em www.mj.gov.br, 2006, p. 10.

Sobre este tema, ver MELLO, Marcelo Pereira de & MEIRELLES, Delton R. S. “A reforma da Justiça do Trabalho e o embate Judiciário X Legislativo”, in *Revista de direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul*, nº 14, jan./jul. 2008.

“Para entender a decisão de se iniciar ou não um litígio, deve-se comparar o que se pode ganhar com o que se pode perder como consequência desta decisão. Uma conclusão natural é que se recorre ao judiciário quando a utilidade esperada dessa ação é maior do que a de agir de outra forma. Da mesma maneira, as partes em litígio buscam uma solução fora dos tribunais quando a utilidade de ambas é maior seguindo esta alternativa do que uma outra”. PINHEIRO, Armando Castelar. “Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual”, in *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 27.

PUBLICIDADE MÉDICA E PUBLICIDADE PARA MÉDICOS: QUESTÕES ÉTICAS E LEGAIS*

MEDICAL ADVERTISING AND ADVERTISING FOR PHYSICIANS: ETHICAL AND LEGAL ISSUES

José Carlos Loureiro da Silva

RESUMO

O presente estudo tem o escopo de abordar um dos principais símbolos do capitalismo, cuja presença se faz sentir em toda parte: a publicidade. Não possuindo ela feição somente informativa, mas indutora do consumidor na eleição do produto que adquire, necessário se faz a sua limitação pelo Direito Consumerista a fim de que os anunciantes não cometam excessos que venham a lesar os direitos dos consumidores. Após a análise das características gerais da publicidade, do seu enfoque constitucional, do sistema brasileiro de controle do instituto e dos princípios que o regem sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, passaremos a abordar a publicidade na área médica. Tem ela causado tantos problemas que o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) instituiu um fórum de caráter permanente e itinerante com o objetivo de orientar os profissionais na elaboração da sua publicidade. Analisaremos, por fim, a publicidade feita pela indústria farmacêutica especificamente voltada para os médicos, com fornecimento gratuito dos mais diversos tipos de brindes, que acarretam despesas que, ao final, são pagas pelos consumidores dos medicamentos. E também a requintada pesquisa close-up, utilizada pelos laboratórios farmacêuticos para direcionar sua publicidade, e as conseqüências que dela podem advir. Os aspectos éticos e legais desta espécie de publicidade serão por nós examinados. Esperamos que este trabalho possa contribuir para o enriquecimento dos debates envolvendo questão tão delicada como é a publicidade dos medicamentos, que afeta, direta e diariamente, a vida de milhões de consumidores.

PALAVRAS-CHAVES: PUBLICIDADE. PUBLICIDADE MÉDICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. MEDICAMENTOS. INDÚSTRIA FARMACÊUTICA. PESQUISA CLOSE-UP.

ABSTRACT

The present study has the objective of bringing up one of the main symbols of capitalism, which presence is felt everywhere: advertising. Not having only an informative trait, but inducing the consumer when choosing a product to acquire, it becomes necessary to be limited by the Consumer Rights in order not to allow the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

announcers exorbitance which may violate the right of the consumers.

After analyzing the general characteristics of advertising, of its constitutional approach, of the Brazilian system of the institute and of the principles which rule it under the view of 'Código de Defesa do Consumidor' (Federal Trade Commission), we will approach advertising in the medical field. It has been causing so many problems that "Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) established a forum, permanent and itinerant, with the objective of guiding professionals when creating their advertisements. We will analyze, at last, advertising made by the pharmaceutical industry specifically focused on doctors, with a free supply of a variety of tokens, which incur expenses that, in the end, are paid by the medicament consumers. And also the refined close-up survey, used by the pharmaceutical labs to aim their advertising, and the consequences created by them. The ethical and legal aspects of this kind of advertising will be examined by us. We hope this essay may contribute to the enrichment of debates involving such a delicate issue as the advertising of medicines, which affects, directly and daily, the life of millions of consumers.

KEYWORDS: ADVERTISING. MEDICAL ADVERTISING. CONSUMER RIGHTS. MEDICAMENTS. PHARMACEUTICAL INDUSTRY. CLOSE-UP SURVEY.

1. Introdução

A publicidade é um processo comunicacional utilizado pelo fornecedor com o fito de convencer o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço.

Trata-se de um dos símbolos do capitalismo e que jamais nos abandona, pois sempre que ligamos a televisão, ouvimos o rádio, lemos uma revista, um jornal, ou simplesmente olhamos para os cartazes afixados pelas ruas estamos diante de anúncios. Assim, não há como negar a sua enorme influência na formação da vontade do consumidor.

Constitui instituto de tamanha relevância que já motivou até manifestações da Igreja Católica, havendo o Papa Paulo VI revelado a sua preocupação com a publicidade na Instrução Pastoral denominada "*Communio et Progressio*". Daí decorre a necessidade da sua regulamentação pelo Direito, buscando-se a proteção do consumidor.

Apesar de haver se transformado em poderoso instrumento persuasivo, entendemos que a disciplina da publicidade não deve ter por objetivo a sua eliminação. Deve-se procurar contê-la, com o fito de se evitar lesões a valores fundamentais dos consumidores. Os estudiosos do Direito Consumerista se preocupam exatamente com a imposição de limites aos anunciantes, os quais, na grande maioria das vezes, estão somente preocupados com a obtenção de lucros, olvidando os valores sociais dos cidadãos.

2. Características gerais

As origens da publicidade remontam à mais remota antigüidade. No Velho Testamento bíblico há referência à necessidade de se publicar uma informação de forma que seja possível ser lida mesmo para uma pessoa que passe correndo. Existem relatos que foi encontrada na China uma casa do ano 3.000 a.C. com um anúncio indicando que naquele local trabalhava um alfaiate.[1] Há registros de mensagens comerciais e campanhas políticas nas ruínas da Arábia antiga. No Egito, os papiros eram usados para criar mensagens publicitárias, enquanto que o conhecido atualmente como volante (*flyer*) era encontrado em Roma e na Grécia antigas. Nesta também eram utilizados os pregões como forma publicitária. Os painéis de parede, denominados álbuns, serviam para anunciar jogos e combates.[2] Os anúncios publicitários começaram a surgir em jornais semanais ingleses no século XVII, utilizados para a promoção de livros e jornais, patrocinadores da imprensa. E também para divulgar certos medicamentos, muito procurados após as epidemias que devastaram a Europa. Entretanto, tornaram-se um problema as publicidades falsas dos denominados *quacks*, denominação à época de pessoas que afirmavam possuir habilidades profissionais, conhecimentos ou qualificações que, na realidade, não tinham, o que motivou a regulamentação dos conteúdos publicitários. No século XIX, a publicidade cresceu devido à expansão econômica, ocorrendo a popularização dos classificados, os quais ocupavam muitas páginas dos jornais. A primeira Agência de Publicidade e Propaganda foi criada em Boston, nos Estados Unidos, por Volney Palmer, em 1841. Em 1875 foi fundada em Filadélfia a N. W. Ayer & Son, a primeira agência publicitária que oferecia todos os serviços de publicidade, além de assumir a responsabilidade pelo conteúdo do material que divulgava.[3]

Os vocábulos publicidade e propaganda, apesar de serem utilizados indistintamente, tratam-se, na verdade, de institutos diversos. Isso porque a palavra publicidade deriva do latim *publicus*, que designa a qualidade do que é público ou daquilo que é feito em público.[4] Torna-se público um determinado fato, uma idéia. Para este instituto existem diversas definições: para o Comitê de Definições da American Association of Adverting Agencies (AAAA) “publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin menciona vários conceitos de publicidade: “toda informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade econômica”, de Carlos Ferreira de Almeida; “é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem de empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar econômico”, de Dorothy Cohen; “o conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade empresarial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente”, de Eugênio Malanga.[5]

O art. 8º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária apresenta a seguinte definição para publicidade comercial: “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

Já propaganda é vocábulo que deriva do latim *propagare*, oriundo de *pangere*, aquele significando reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, sepultar o rebento de uma

planta no solo, enquanto este quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Os estudiosos do tema sempre se reportam ao Papa Clemente VII, que, em 1.597 fundou a denominada *Congregatio Propaganda Fide*, ou Congregação para Propagação da Fé, um departamento da Igreja Católica incumbido da propagação da mensagem católica pelo mundo. Daí a conclusão de que propaganda se refere à divulgação de doutrinas religiosas.[6] Posteriormente houve ampliação do seu significado, recebendo conotação política, sendo o exemplo mais marcante a propaganda nazista do III Reich, que conseguiu incutir num povo extremamente culto diversas idéias totalmente absurdas, vindo a ocasionar a Segunda Guerra Mundial. O responsável por essa efficientíssima propaganda do nazismo foi o Ministro Joseph Goebbles, que criou uma imagem endeusada de Adolf Hitler e uma atmosfera de adoração a esse líder.[7]

Na propaganda inexistente a preocupação de atingir objetivos comerciais – o que a diferencia da publicidade -, mas sim fins religiosos ou políticos. Ademais, a publicidade é paga e identifica o seu patrocinador, fato que nem sempre acontece com a propaganda. Eugênio Malanga define propaganda como “o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”.[8]

O publicitário José Roberto Whitaker Penteadado Filho aponta que até mesmo as agências especializadas fazem enorme confusão com os termos, afirmando que:

“das dez maiores agências brasileiras, quatro têm ‘propaganda’ na razão social, cinco utilizam a palavra ‘publicidade’ e uma resolveu usar ‘comunicações’. A associação de classe é a Associação Brasileira de ‘Propaganda’. Mas os profissionais do ramo preferem ser chamados de ‘publicitários’ e não de propagandistas...”.[9]

Carlos Alberto Bittar entende que a propaganda compreende as atividades destinadas a influenciar ou alterar a opinião alheia acerca de determinada ideologia (religiosa, partidária, política etc), ao passo que a publicidade constitui a atividade cujo objetivo principal é convencer o consumidor para que adquira determinado produto ou serviço.[10]

Nilson Xavier de Souza apresenta um fato que ilustra bem a diferença entre os institutos: no ano de 2000, durante a campanha para as eleições municipais, César Maia, então candidato à Prefeitura do Rio de Janeiro, foi acusado de plágio perante o CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. Isso porque, àquela época, a Embratel fazia uma dispendiosa publicidade com a atriz Ana Paula Arósio, na qual esta recomendava para as ligações interurbanas: “*Faz um 21*”. Os responsáveis pela campanha de César Maia fizeram veicular mensagem idêntica, utilizando o número do candidato. Apesar do evidente plágio, o CONAR entendeu ser incompetente para solucionar a controvérsia, haja vista que a imitação se tratava de propaganda política, cuja fiscalização cabe à Justiça Eleitoral.[11]

Mas a confusão terminológica legislativa já começa na Lei da Propaganda – Lei nº 4680, de 1965, que, no seu art. 5º define propaganda como sendo “qualquer forma

remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços por parte de um anunciante identificado”. Antes disso, o Decreto-Lei 4112, de 1942, já falava em propaganda de médico, cirurgiões dentistas, parteiras etc, identificando-a com publicidade.

Rizzatto Nunes ressalta que a própria Constituição Federal não faz distinção entre publicidade e propaganda, já que ela fala em “*propaganda*” (art. 220, § 3º, II), “*propaganda comercial*” (art. 22, XXIX, e § 4º do art. 220), “*publicidade dos atos processuais*” (art. 5º, LX), e “*publicidade*” (art. 37, *caput*, e § 1º). Acrescenta, ainda, que quanto às normas infraconstitucionais, somente o uso dos dois vocábulos como sinônimos resolve a confusão.[12] E constatamos que o próprio Código de Defesa do Consumidor fala em publicidade enganosa e abusiva (art. 37) mas, quando trata de uma das formas de sanção para estes casos, prevê a figura da contrapropaganda (art. 56, XII) e não da contrapublicidade. Válido salientar que o referido Código tem por objeto somente a publicidade, não cuidando da propaganda.

3. Enfoque constitucional da publicidade

A publicidade constitui um dos princípios constitucionais de proteção do consumidor, norteando o publicitário quanto à sua utilização. A exploração de toda atividade tem fundamento na Constituição Federal, a qual impõe limites para harmonizá-la com as demais garantias fundamentais. E com a publicidade não é diferente. Defende Rizzatto Nunes que:

“A Constituição Federal cuidou da publicidade do serviço público no art. 37, que regula, entre outros, o princípio da moralidade (§ 1º desse art. 37). E tratou da publicidade de produtos, práticas e serviços no capítulo da comunicação social (inciso II do § 3º do art. 220), guardando regra especial para anúncios de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (§ 4º do art. 220). Pois bem. O inciso II do § 3º do art. 220 referido estabelece que se deve proteger a pessoa e a família contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente. A pessoa e a família, além de outras garantias, têm assegurado o respeito a valores éticos (inciso IV do art. 221). Assim, tanto no art. 37 quanto no capítulo da comunicação social a Carta Magna protege a ética. E para fins de publicidade o valor ético fundamental é o da verdade.”[13]

Não entendemos válido o argumento de que qualquer regramento da publicidade afronta o direito de livre manifestação e criação. Não é o direito em si que é regrado, é o seu excesso que se torna objeto de regulamentação. Ademais, temos que considerar que a publicidade é um momento da atividade econômica produtiva da empresa e, como tal, é expressamente disciplinada pela Constituição Federal pelo prisma da proteção do consumidor, já que o seu art. 170 dispõe:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor.”

Deve a publicidade, portanto, concretizar o princípio da informação com todos os seus contornos. Segundo Alexandre David Malfatti, ao lado da própria apresentação do produto e do contrato, configura ela um dos três momentos mais importantes para o processo de informação do fornecedor para o consumidor.[14]

4. O sistema brasileiro de controle da publicidade, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR)

O sistema brasileiro de controle da publicidade é o misto, aquele executado simultaneamente pelo Estado e pelos partícipes publicitários. Foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor.

Como estamos discorrendo sobre regulamentação de publicidade, cabe aqui falar sobre o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, bem como sobre o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

No final de década de 70, tempos ditatoriais, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia a todo tipo de publicidade. Caso fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem antes receber um carimbo “DE ACORDO” do órgão governamental. O retrocesso que isto acarretaria – contratação de milhares de funcionários pelo governo para avaliar cada anúncio, a morosidade na liberação de cada publicidade e, principalmente, a afronta que isso representaria à liberdade de expressão, fez com que alguns profissionais de renome ligados à área, entre os quais Mauro Salles e Caio Domingues, se articularassem para impedir que essa lei fosse promulgada. Ante a ameaça, deram uma resposta inspirada: a auto-regulamentação, sintetizada num Código, cuja função seria zelar pela liberdade de expressão, defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, aí incluído, é claro, o consumidor. Fizeram um paciente lobby em Brasília para que as autoridades federais conhecessem o Código, convencendo-as a engavetar o Projeto de Lei de censura prévia e a confiar que a publicidade brasileira pudesse se auto-regulamentar.[15]

Aqui, uma curiosidade: os que participaram desse trabalho afirmam que contribuiu decisivamente para o convencimento das autoridades o Parecer de um famoso jurista, que assim termina:

“Se algum grupo do povo quer lançar normas que resultaram da sua própria investigação dentro de si, tem-se que agradecer a auto-análise e ao auto-regulamento, que evitam erros e ingerências suscetíveis de levar a ofensas e sanções. Se o grupo é de publicitários, mais ressalta a necessidade de se agradecer e pender à auto-regulamentação. Este é o meu parecer. Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1979.”

Assinado: Pontes de Miranda. Este foi o último Parecer desse jurista, que morreu 3 dias depois.[16]

Com o sucesso da missão dos publicitários em Brasília, em pouco tempo anunciantes, agências e veículos subordinaram os seus interesses comerciais e criativos ao Código, que foi solenemente entronizado durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda, em 1978. Logo em seguida era fundado o CONAR, Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, uma ONG que fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil, encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Atende denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela sua própria diretoria. Nos seus julgamentos, procura ser rápido e sem formalismos, podendo a denúncia ser feita até mesmo via internet.

Feita a denúncia, o Conselho de Ética, órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código, se reúne e a julga, sempre garantindo o direito à ampla defesa do acusado. Se a denúncia for julgada procedente, o CONAR recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode, ainda, advertir o anunciante e a agência.

5. Princípios que regem a publicidade, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Quanto aos princípios que regem a publicidade, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin elencou alguns, sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor:

1 – Princípio da identificação da publicidade – Acolhido expressamente pelo CDC no seu art. 36, *caput*. Por este princípio a publicidade há de ser identificada pelo consumidor, não admitindo o legislador nem a publicidade clandestina, nem a subliminar. Como salienta Carlos Ferreira de Almeida:

“A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso das intenções comerciais dos textos e imagens”;^[17]

2 – Princípio da vinculação contratual da publicidade – Pelo qual o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária (art. 30 e 35);

3 – Princípio da veracidade da publicidade – O CDC consagrou este princípio ao proibir e definir a publicidade enganosa no seu art. 37, § 1º;

4 – Princípio da não abusividade da publicidade – Através do qual se procura evitar que a publicidade incite a violência, explore o medo, despreze valores ambientais e outros valores, conforme previsão do art. 37, § 2º, CDC;

5 – Princípio da inversão do ônus da prova – Pelo qual o ônus da prova da veracidade da publicidade incumbe a quem a patrocina, conforme previsão do art. 38 do CDC;

6 – Princípio da transparência da fundamentação da publicidade – Pelo qual os dados fáticos (técnicos e científicos) que embasam a publicidade devem ser mantidos em poder do fornecedor, conforme previsão do art. 36;

7 – Princípio da correção do desvio publicitário – Ocorrendo o desvio publicitário, ao lado da reparação civil, repressão administrativa e penal, impõe-se que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado. E isso é feito por intermédio da contrapropaganda, prevista no art. 56, II.^[18]

6. A publicidade médica

A publicidade é prerrogativa do fornecedor de produtos e serviços. Entretanto, em determinadas condições, ainda que queira, o fornecedor não poderá fazer publicidade ou terá restrições ao modo e alcance desta. É o que acontece, por exemplo, com os advogados, farmacêuticos, dentistas, hospitais e também com os médicos.

E a publicidade médica constitui tema de relevância mundial, tendo sido abordada no Código Internacional de Ética Médica, adotado em outubro de 1949, pela 3ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em Londres, no qual consta:

“Qualquer publicidade feita pelo médico deve respeitar as leis do país e as resoluções do Código de Ética Médica.

O médico deve:

- utilizar a máxima cautela ao divulgar descobertas e/ou novas técnicas e/ou tratamentos, por intermédio de canais não profissionais;

- guardar absoluto segredo de tudo que a ele se tem confiado, inclusive depois da morte do paciente.”

Para Edson de Oliveira Andrade, presidente do Conselho Federal de Medicina, são válidos aqui os seguintes princípios: primeiro, que a medicina não se trata de um comércio, mas sim de uma prestação de serviço diferenciada pelo seu próprio objeto, que é a saúde do ser humano. A publicidade médica nunca deverá restringir-se à busca do lucro e, sim, à correta divulgação do trabalho oferecido. Depois, que toda ação médica deve ter por finalidade o benefício do paciente. É a aplicação do princípio da beneficência, que, neste caso concreto, dá-se por meio de uma publicidade que leve o paciente a obter apenas o bem e o melhor que a Medicina possa lhe oferecer. Necessário se faz que a publicidade não interfira na autonomia do paciente de decidir o que lhe parece se mais conveniente. Este princípio constitui o aspecto mais sutil do problema, pois quanto mais apurada e criativa a técnica publicitária, maiores os riscos de escamotear e iludir.[19]

O Conselho Federal e os Conselhos Estaduais de Medicina têm se alarmado com o grande aumento de número de processos éticos contra médicos, gerados por publicidades abusivas e imoderadas, com promessas de resultados fictícios, feitas por esses profissionais. Tanto que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) está promovendo, já há alguns anos, o chamado Fórum de Publicidade Médica, no qual se procura orientar os profissionais da área na elaboração da sua publicidade. Tem caráter permanente e itinerante, sendo realizado em todo o Estado de São Paulo, com o escopo de debater e divulgar os principais aspectos éticos que devem reger a inserção do médico na mídia.[20]

É interessante constatar nesses Fóruns a presença de elevado número de advogados e de profissionais de marketing, os quais afirmam que ali se encontram procurando conhecer melhor o assunto. Porque, no caso dos advogados, são procurados por médicos que sofrem processos éticos e desconhecem a legislação pertinente para fazer a devida defesa do seu cliente. E os profissionais de marketing, que, na sua maioria, também desconhecem o tema, muitas vezes fazem algum tipo de publicidade para médicos ou instituições de saúde, que acabam por gerar processo ético pelo fato do anúncio estar em desacordo com a legislação vigente.

As normas freqüentemente violadas são as seguintes: Decreto-lei 4113, de 14 de fevereiro de 1942 (que regula a propaganda de médico, cirurgiões dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos); a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); a Resolução 1.701, de 25 de setembro de 2003, do Conselho Federal de Medicina; e o Código de Ética Médica, nos seus artigos 4º, 9º, 104, 131 a 140 e 142.

A cirurgia plástica constitui a especialidade médica que mais gera queixas ao CREMESP por infringência à legislação pertinente à publicidade médica (66%), principalmente pelo fato de expor a figura do paciente para divulgação de resultados de

tratamento. Apesar da constante vigilância dos Conselhos Regionais, é bastante comum se ver nas revistas, jornais etc, publicidade de cirurgiões plásticos com foto do paciente “antes” e o “depois” do tratamento, o que é expressamente vedado.

Ressalte-se, ademais, que alguns desses profissionais médicos chegam a utilizar seções de periódicos, nas quais são feitas publicidades eróticas, para divulgarem os seus serviços, e ainda utilizando palavreado chulo, afrontando os mais comezinhos princípios éticos.

7. A publicidade para o médico

O médico é um profissional muito assediado pela poderosa indústria farmacêutica, que tenta aliciá-lo das mais diversas maneiras para, através dele, conseguir vender os seus produtos. E alguns médicos concordam em agir conforme as condutas que lhe são propostas pelos representantes de laboratórios farmacêuticos e acabam praticando condutas anti-éticas.

Estes representantes costumam deixar com os médicos folhetos com publicidade de determinados medicamentos. Se o médico colocar o seu carimbo em alguns desses folhetos e fornece-los aos seus pacientes, estes poderão obter descontos no preço dos medicamentos ali divulgados quando forem adquiri-los. Há “promoções” nas quais o paciente receberá uma caixa gratuita do remédio a cada compra acima de uma unidade, como ocorre no caso dos folhetos distribuídos aos médicos pelos representantes do laboratório Cristália, com a publicidade dos remédios Roxetin e Denyl, utilizados no tratamento da depressão (exemplar do folheto em poder do autor). Apesar da aparente atitude simpática do médico, fornecendo esses folhetos para os seus pacientes, nesses casos ele se torna “garoto-propaganda” do laboratório farmacêutico produtor desses remédios, sendo obrigado, havendo ou não necessidade, a prescrever mais de uma caixa do medicamento para que o seu paciente obtenha gratuitamente a caixa extra. Como no folheto já escrito o nome e o endereço das farmácias onde a “promoção” é realizada, está feita também a publicidade dessas farmácias.

Se dois pacientes que se conhecem e usam esse mesmo remédio e somente o médico de um deles lhe forneceu este folheto, o outro paciente vai achar que o seu médico o está prejudicando. E, por se tratar de medicamento psicotrópico, fácil o doente a ele se acostumar e, na próxima consulta, quando solicitar ao médico o folheto, vai ficar sabendo que a promoção já acabou, pois o intuito dos laboratórios com essas promoções é induzir o profissional da medicina a prescrever e o paciente a fazer uso, pela primeira vez, de um novo fármaco, para que se acostume com ele. Conseguido o intento, acabou a promoção. E aí o preço invariavelmente aumenta e o paciente vai ter que pagar por isso.

Ora, o Código de Ética Médica dispõe: *"Art. 10º - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa."*

E também que:

"É vedado ao médico: Art. 98 - Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, laboratório farmacêutico, ótica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação ou comercialização de produto de prescrição médica de qualquer natureza, exceto quando se tratar de exercício da Medicina do Trabalho."

Fundado no disposto nesses artigos, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.595/2000, que assim dispõe:

Art. 1º - Proibir a vinculação da prescrição médica ao recebimento de vantagens materiais oferecidas por agentes econômicos interessados na produção ou comercialização de produtos farmacêuticos ou equipamentos de uso na área médica.

Portanto, as práticas acima mencionadas, tão comuns nos consultórios médicos, estão expressamente vedadas. Entretanto, muitos médicos carregam no bolso canetas com publicidade de laboratórios, chegando alguns até mesmo a ter os seus carimbos e receituários feitos por indústrias farmacêuticas, nas quais, é lógico, constam o nome das empresas e de algum produto por ela produzido.

A Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (Febrabarma) informou que, num período de 12 meses (de abril de 2003 a março de 2004) as vendas de medicamentos no Brasil alcançaram 17 bilhões de reais, sendo que desse montante, cerca de 30% são investidos em publicidade[21], o que acaba por gerar acirrada disputa comercial entre as empresas do setor. E os médicos são os principais alvos para fazer escoar toda essa produção. Por isso os laboratórios farmacêuticos se esforçam para treinar propagandistas com estratégias de abordagem e de vendas, para criar campanhas publicitárias e, o que é pior, investem altas somas no patrocínio de congressos, jornadas e simpósios, bem como na oferta de brindes, viagens etc, direcionados para aquele profissional.

E, nesse terreno, a indústria farmacêutica é competentíssima, chegando a monitorar preferências e hábitos dos médicos. Relata o Dr. Antonio Carlos Lopes, professor de clínica médica da Universidade Federal de São Paulo, que certa vez recebeu a visita do representante de um laboratório, pessoa esta que ele não conhecia. Ficou surpreso quando o dito representante afirmou que sabia que o professor era corintiano e forneceu-lhe ingressos para uma importante partida, com direito a tribuna de honra e comes-e-bebes. "Fiquei sem graça e peguei os ingressos. Mas resolvi não usa-los nem repassa-los a ninguém", afirma o médico.[22] E para que se tenha uma idéia dos gastos da indústria de medicamentos com publicidade, o farmacêutico Rogério Hoefler, baseado em Robert C. Noble, nos informa que, em 1998, a Schering-Plough dispendeu mais dinheiro com a divulgação do seu antialérgico Claritin (loratadina) do que a Coca-Cola gastou com os anúncios do seu principal produto.[23]

Com certeza a maioria dos médicos iria considerar um ultraje o fato de um magistrado, durante uma audiência, receber um brinde de uma das partes de uma ação judicial.

Entretanto, essa mesma maioria não aparenta qualquer constrangimento por receber “mimos” que vão de chaveiros a passagens aéreas, hospedagens em hotéis de luxo e jantares promovidos pela indústria farmacêutica. Impossível que os profissionais que recebem todos esses “presentes” não sofram qualquer tipo de influência para prescrever remédios deste ou daquele laboratório. Seria ingenuidade acreditar que a indústria farmacêutica, que chega a reverter 30% do seu faturamento em publicidade junto aos médicos, assim atue por generosidade desinteressada. Portanto, já passa da hora do consumidor saber que quase 1/3 do valor que ele paga pelos medicamentos que os médicos lhe prescrevem retorna para esses próprios médicos na forma de refeições, brindes, hospedagens etc.

Atualmente existem algumas vozes batalhando em prol de uma relação com maior transparência entre a indústria farmacêutica e os profissionais de saúde. Pena que atuação dos órgãos competentes ainda seja excessivamente tímida, revelada pelo seguinte fato: o Jornal do Cremesp[26] questionou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) se haveria preocupação desse órgão com a publicidade excessiva da indústria farmacêutica dirigida aos médicos. Através da sua assessoria de imprensa a agência afirmou que *“essa é uma questão que deve ser abordada pelos órgãos que representam o setor de publicidade, o Conar e os órgãos que representam a classe médica”*. No entanto, de acordo com o art. 19 da RDC/102/00 da própria Anvisa, *“é proibido outorgar, oferecer ou prometer prêmios, vantagens pecuniárias ou em espécie, aos profissionais de saúde habilitados a prescrever ou dispensar medicamentos, bem como àqueles que exerçam atividade de venda direta ao consumidor”*. E apesar da Resolução CFM nº 1.595/00 obrigar o médico que apresenta trabalho em eventos científicos a deixar claro se a sua pesquisa foi patrocinada ou não pela indústria farmacêutica, infelizmente ainda não existe qualquer espécie de fiscalização nesses locais.

O certo é que quando um médico recebe um brinde, de modesto valor ou não, forma-se o começo de uma relação psicológica de gratidão, que o levará, inevitavelmente, à prescrição dos medicamentos do laboratório que lhe presenteou. José Ruben de Alcântara Bonfim informa que o comparecimento dos médicos em conferências patrocinadas está associado ao aumento da prescrição do produto do patrocinador, sendo este aumento constatado nos seis meses posteriores ao evento. E, apoiado em pesquisas da Universidade de Toronto, relata que, ao aceitar um brinde, seja ele qual for, cria-se um conflito de interesse, porque, na verdade, mesmo que não pretenda, o profissional obrigatoriamente acaba por lembrar o laboratório ou brinde quando elabora a prescrição para o seu paciente.[27]

8. A pesquisa *close-up*

Atualmente se tem comentado sobre a existência de uma espécie de pesquisa utilizada pelos laboratórios farmacêuticos, com o escopo de melhor direcionarem a sua publicidade, denominada *close-up*. Através dela as farmácias e drogarias, mediante remuneração, repassariam cópias das receitas aviadas às indústrias farmacêuticas, a fim de que estas saibam quais médicos estão prescrevendo que tipo de medicamentos e para quais pacientes. E que, em determinadas farmácias, o grau de requinte é tal que a informação é coletada na boca do caixa, através de softwares que registram todos os dados contidos na receita e os repassam às indústrias interessadas.[28]

As indústrias farmacêuticas negam a sua prática, afirmando que somente compram as informações das empresas que realizam o procedimento.[29] Outros afirmam que o nome do paciente é poupado. E com isso o médico e o paciente ficam incertos quanto à privacidade que deve existir na relação entre ambos.

Ora, prevê o art. 154 do Código Penal: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: - Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”. Parece-nos, s.m.j., que o fato exposto se amolda perfeitamente ao previsto neste artigo. Se o farmacêutico – que tem dever profissional de manter sigilo sobre o que lhe é confiado – vende a informação contida no receituário médico, não estará agindo sob a excludente de antijuridicidade da “justa causa”, prevista no artigo. Quer seja diretamente efetuada pela indústria farmacêutica ou por qualquer outro tipo de empresa, entendemos que essa espécie de pesquisa viola frontalmente a intimidade do paciente. E se o segredo é revelado, mediante remuneração, à indústria farmacêutica, poderá também sê-lo para qualquer outro tipo de indústria. Uma grande empresa que esteja selecionando empregados pode comprar essa informação privilegiada para, por exemplo, não admitir aqueles candidatos que estão usando, ou já usaram, remédios psiquiátricos. Portanto, além da exposição vexatória da sua intimidade, a venda dessa informação tem potencial para causar graves danos econômicos aos pacientes-consumidores.

“É vedado: Oferecer, conceder ou prometer prêmios, dinheiro ou benefícios financeiros aos profissionais de saúde habilitados a prescrever ou dispensar medicamentos ou que efetuem venda direta ao consumidor;”.

E a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à Legislação Sanitária Federal, estabelece as sanções respectivas e dá outras providências, prevê o seguinte:

“Art. 10. São infrações sanitárias:

XXIX – transgredir outras normas legais e regulamentares destinadas à proteção da saúde:

Pena – advertência, apreensão, inutilização e/ou interdição do produto; suspensão de venda e/ou fabricação do produto, cancelamento do registro do produto; interdição parcial ou total do estabelecimento, cancelamento de autorização para funcionamento da

empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento, proibição de propaganda”.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ANDRADE, Edson Oliveira (coord.). **Conflitos da relação entre a medicina e laboratórios**, Ser Médico, ano VI, nº 24. São Paulo: CREMESP, jul./agos./set./2003.

BARROS, José Augusto C. A (des)informação sobre medicamentos: o duplo padrão de conduta das empresas farmacêuticas. **Caderno de Saúde Pública**, vol. 16, nº 2, Rio de Janeiro, abr./jun. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra publicitária**. São Paulo: RT, 1981.

BONFIM, José Ruben de Alcântara. Sem brindes de qualquer natureza. **Jornal do Cremesp**, nº 243, nov./dez. 2007.

CAMARIM, Lavínio Nilton; MACHADO, Maria Luiza; DAVID, Marcos (coords.). **Ética em publicidade médica**. 2ª ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina de São Paulo, 2006.

CORRÊA, Petrônio Cunha. Da auto-regulamentação publicitária: lineamentos de sua introdução no Brasil. In: CASTELO BRANCO, Renato (coord.). **História da propaganda no Brasil**. São Paulo: Ibraco: 1990.

DAL PIZZOL, Felipe; SILVA, Tatiane; SCHENKEL, Eloir Paulo. Análise da adequação das propagandas de medicamentos dirigidas à categoria médica distribuídas no sul do Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 14(1):85-91, jan-mar, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GOES, Tayla Maria Bezerra. **A publicidade enganosa e abusiva praticada contra os consumidores criança, adolescente e idoso, com o advento da lei 8.078/90**. 179 f. Dissertação de Mestrado, Santos: Universidade Metropolitana de Santos, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HOEFLER, Roberto. **Quem paga pelos brindes?**, p. 60. Disponível em: <www.cff.org.br/Cebrim/mednovos/Boletim032004.pdf>. Acesso em: 19.01.2008.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. São Paulo: Edima, 1987.

MALFATTI, Alexandre David. **O princípio da informação no código de defesa do consumidor**. 514 f. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

MÉDICO & INDÚSTRIA FARMACÊUTICA – QUAIS OS LIMITES ÉTICOS DESSA RELAÇÃO? **Jornal do Cremesp**, nº 241, São Paulo: CREMESP, setembro/2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. 3ª tir. rev. mod. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PENTEADO FILHO, José Roberto Whitaker. A associação de classe é a Associação Brasileira de Propaganda, mas os profissionais do ramo preferem ser chamados de publicitários e não de propagandistas. **Marketing**, nº 179, set. 1988.

ROBBES, Samuel Gatti. **História da publicidade**. Disponível em: <<http://www.unicep.com.br/cursos/publicidade/hist.asp>>. Acesso em: 12.09.2008.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda - teoria, técnica e prática**. 7ª ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

SEGATTO, Cristiane. **O brinde não é de graça. Porque alguns médicos estão evitando os propagandistas de laboratório**. Disponível em: <revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG80010-8055,00.html>. Acesso em: 120.08.2008.

SOUZA, Nilson Xavier de. **Uma análise dos julgamentos dos anúncios publicitários feitos pelo CONAR – conselho nacional de auto-regulamentação publicitária – à luz do código de defesa do consumidor**. 308 f. Dissertação de Mestrado. Santos: Universidade Metropolitana de Santos, 2001.

[1] Samuel Gatti Robbes, **História da publicidade**. Disponível em: <<http://www.unicep.com.br/cursos/publicidade/hist.asp>>. Acesso em: 12.09.2008.

[2] Teyla Maria Bezerra Góes, **A publicidade enganosa e abusiva praticada contra os consumidores criança, adolescente e idoso, com o advento da lei 8.078/90**, fl. 101.

- [3] Disponível em: <http://wikipedia.org/wiki/Publicidade_%28comunica%C3%A7%C3%A3o%29>, acesso em: 06.10.2007.
- [4] **Novo dicionário da língua portuguesa**, p. 1156.
- [5] **Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**, pp. 251 e 253-254.
- [6] Armando Sant’Anna, **Propaganda - teoria, técnica e prática**, p. 75.
- [7] Samuel Gatti Robbes, **História da publicidade**. Disponível em: <<http://www.unicep.com.br/cursos/publicidade/hist.asp>>. Acesso em: 12.09.2008.
- [8] **Publicidade: uma introdução**, p. 11.
- [9] **Revista Marketing**, nº 179, p. 58.
- [10] **Direito do autor na obra publicitária**, pp. 69-70.
- [11] Nilson Xavier da Silva, **Uma análise dos julgamentos dos anúncios publicitários feitos pelo Conar – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – à luz do Código de Defesa do Consumidor**, fls. 41-42.
- [12] **Curso de direito do consumidor**, pp. 61-62.
- [13] Op. cit., p. 423.
- [14] **O princípio da informação no código de defesa do consumidor**, f. 350.
- [15] Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>, acesso em: 05.10.2007.
- [16] Petrônio Cunha Corrêa, Da auto-regulamentação publicitária: lineamentos de sua introdução no Brasil. In: **História da propaganda no Brasil**, pp. 45-54.
- [17] **Os direitos dos consumidores**, p. 81.
- [18] **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, pp. 262-263.
- [19] Responsabilidade na publicidade médica. In: **Ética em publicidade médica**, p. 9.
- [20] **Ética em publicidade médica**, p. 16.
- [21] Disponível em: <<http://www.febrabarma.org.br/home.asp>>, acesso em: 10.05.2004.
- [22] Cristiane Segatto, **O brinde não é de graça. Porque alguns médicos estão evitando os propagandistas de laboratório**. Disponível em: <revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG80010-8055,00.html>, acesso em: 12.09.2008.

- [23] **Quem paga pelos brindes?**, p. 60. Disponível em: <www.cff.org.br/Cebrim/mednovos/Boletim032004.pdf>, acesso em: 19.01.2008.
- [24] Análise da adequação das propagandas de medicamentos dirigidas à categoria médica distribuídas no sul do Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, 1998, p. 85-91.
- [25] A (des)informação sobre medicamentos: o duplo padrão de conduta das empresas farmacêuticas. **Caderno de Saúde Pública**, 2000, pp. 421-427.
- [26] Médico & indústria farmacêutica – quais os limites éticos dessa relação? **Jornal do Cremesp**, nº 241, setembro/2007, p. 11.
- [27] Médico & indústria farmacêutica – quais os limites éticos dessa relação? **Jornal do Cremesp**, nº 241, setembro/2007, p. 11
- [28] Cristiane Segatto, O brinde não é de graça. Porque alguns médicos estão evitando os propagandistas de laboratório. Disponível em: <revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ED80010-8055,00.html>, acesso em: 12.09.2008.
- [29] Edson Oliveira Andrade (coord.), **Conflitos da relação entre a medicina e laboratórios**, Ser Médico, ano VI, nº 24, p. 21.

A ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR*

FUEL ADULTERATION AND THE PROTECTION OF RIGHTS OF CONSUMER

Karoline Lins Câmara Marinho

RESUMO

Cada vez mais se tem deixado de defender interesses individuais para se defender os interesses de um grupo determinado ou indeterminado de indivíduos. Assim, tendo em vista os meios de defesa dos interesses transindividuais em juízo, que passaram a se desenvolver com a interveniência da Lei n.º 7.347, de 1985 que disciplina a Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 1990, analisaremos minuciosamente como se dá a forma de defesa dos direitos do consumidor, especificamente, no que concerne à qualidade de combustíveis, desde o papel da Agência Nacional do Petróleo – ANP, nesse mister, até o papel do Ministério Público como defensor desses interesses difusos. A partir da edição da Lei n.º 9.847, de 1999, o abastecimento de combustíveis passou a representar mais do que um simples negócio privado, implicando dizer que quando se configura a adulteração dos combustíveis, justo é que sejam responsabilizados os agentes causadores dos danos ao consumidor e à sociedade. Ressalte-se, por fim, a relevância do tema em questão, tendo em vista que o petróleo tornou-se a mola propulsora do desenvolvimento. Necessário se faz, assim, medidas coercitivas primando pela defesa do consumidor, que é a peça chave para o crescimento da indústria, pois sem ele não há mercado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTROLE DE QUALIDADE DE COMBUSTÍVEIS. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

Each time more if has left to defend individual interests to defend the interests of a determinate or indeterminate group of individuals. Thus, in view of the ways of defense to them interest transindividuals in judgment, that have been developed with the intervenience of the Law 7,347/85 that disciplines the Public Civil Action and of the Code of Defense of the Consuming, Law 8,078/90, we intend to analyze at great lenght how Is the form of defense of the consuming interests, specifically, In what concerns to the quality of fuel, since the function of the National Agency of the Oil (ANP) until the function of the Public Attornation as defender of those diffuse interests. From the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

edition of Law 9,847/99, the fuel supplying started to represent more than one simple private business, therefore, when the adulteration of fuels is configured, fair it is that the agents who caused the damages to the consumer and to the society must respond. It is standed out, finally, the relevance of the subject in question, in view of that the oil became propeller spring of the development. Is necessary, by the way, coercitive ways in order to the defense of the consumer, who is the key part for the growth of the industry, therefore without it the market does not exist.

KEYWORDS: RIGHT OF THE CONSUMER. QUALITY CONTROL OF FUELS. FUEL ADULTERATION. CIVIL LIABILITY.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar, compreender e, ao final, rechaçar a utilização de práticas que se subsumem ao abuso de poder econômico no comércio varejista de combustíveis, por parte das grandes distribuidoras de petróleo, que sempre dominaram este mercado, por força de leis, atos administrativos e contratos que versam sobre a atividade.

Pela abrangência do tema faz-se necessário uma perfeita delimitação do assunto, considerando, portanto, apenas a instigante problemática da adulteração de combustíveis, haja vista que tem se tornado uma prática corriqueira nesse mercado, sendo de bom alvitre ressaltar a importância da defesa dos direitos consumeristas.

Abordar-se-á, portanto, o problema da adulteração de combustíveis, que assola o mercado petrolífero, e as formas de defesa dos destinatários dos produtos derivados de petróleo, identificando como pode se dar a tutela jurisdicional dos direitos do consumidor no âmbito da distribuição de combustíveis.

Haverá ainda uma análise dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, assim como as formas de reparação em virtude da má qualidade de combustíveis comercializada pelos postos revendedores.

Nesse contexto, o presente trabalho desenvolve-se sob o prisma da defesa do consumidor frente às práticas abusivas dos postos revendedores, que, para driblar a concorrência e auferir vultosos lucros e vantagens mercadológicas, passam a adulterar combustíveis. Essas práticas, no mesmo passo em que diminuem os custos dos fornecedores, aumentando a margem de lucro, provocam expressivos danos aos consumidores.

De tal forma, serão esmiuçadas as maneiras de defesa judicial dos direitos consumeristas no pertinente aos danos decorrentes da adulteração de combustíveis, demonstrando-se como se deve proceder nos casos em que tais adulterações se apresentam.

Em suma, a questão que ora se põe é de extrema relevância para o aprimoramento das relações comerciais petrolíferas, mormente no que concerne à estrita observância dos interesses dos consumidores, bem como a exposição do tema na seara acadêmica, tendo

em vista que é com a pesquisa científica que podemos ajudar a solucionar os problemas do nosso país.

Contudo, embora interessante, o tema é deveras extenso para o alcance deste trabalho, razão pela qual ressalta-se o seu caráter introdutório, apenas, objetivando iniciar uma discussão sobre o assunto.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR

Podemos dizer que a revolução industrial e a tecnológica ocorrida no pós 2ª Guerra Mundial foram de suma relevância ao desenvolvimento da defesa do consumidor, já que ficou patente o intenso desequilíbrio entre as partes negociantes. O novo mercado que se configurava, baseado no “capitalismo selvagem”, deixou o consumidor em situação desvantajosa frente aos grandes agentes econômicos, o que ensejou transformações nesse sistema, visando o relativo equilíbrio entre aqueles e esses.

Assim, diante da hipossuficiência do consumidor, passou o Estado a tutelar a proteção deste, fazendo nascer um novo ramo do Direito, que só veio a se consolidar, pelo menos em termos, no Brasil, com a Constituição de 1988 e com a Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Saliente-se, nesse desiderato, que é cláusula pétrea o dever absoluto para o Estado de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), além de se tratar de princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, V, CF).

2 ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

Cada produto que compõe o abastecimento nacional de petróleo tem sua composição química própria e diferenciada, determinante de sua identificação. Estes produtos, como gasolina, óleo diesel, álcool e gás natural, têm suas especificações determinadas pela ANP e são próprios da frota de veículos a que se destinam. Podem ser importados ou produzidos no Brasil.

A adulteração de combustíveis, fato bastante corriqueiro hoje em dia, mormente as constatações nos noticiários nacionais se dá como a mistura de substâncias diferentes ou acima das especificações permitidas, originando um produto de qualidade inferior. Exemplo: embora a água faça parte da mistura do álcool, em quantidade acima do permitido ele vira aguado (o chamado álcool molhado).

A gasolina pode ser adulterada de vários modos, e os mais comuns são a adição de álcool fora da quantidade especificada ou a colocação de vários tipos de solventes como o tolueno, metanol, benzeno, ou outros, acima dos valores máximos permitidos. O importante é saber que, mesmo fazendo parte da gasolina, componentes em excesso também constituem a adulteração prejudicial ao consumidor.

Os donos de postos, ou mesmo distribuidoras, podem "lucrar" acrescentando outros elementos ao combustível, de tal forma que a quantidade real do produto vendido pode ser menor do que a demonstrada na bomba. Isso faz com que o custo do combustível seja mais baixo para o revendedor. Além disso, as empresas produtoras de solventes ou outros elementos adicionados ao combustível também lucram, pois acabam vendendo mais esses produtos do que o mercado realmente necessita.

Tal problemática restou tão evidenciada que foi instalada na Câmara dos Deputados, no ano de 2003, a CPI dos combustíveis [1] que teve por fim a investigação das operações no setor de combustíveis com relação à sonegação fiscal e adulteração de combustíveis.

Qualquer elemento fora das especificações estabelecidas em lei pode causar diversos danos ao motor e a outros componentes do veículo, mesmo quando eles são percebidos apenas em longo prazo, quando já se torna impossível demonstrar quando e como o dano foi causado. O mais comum é o dano pela acumulação de combustível adulterado, verificado somente depois de muitos abastecimentos. A adulteração também pode causar: rendimento insatisfatório do veículo, perda de potência do motor, aumento do consumo, aumento da contaminação do meio ambiente devido à emissão de poluentes e danos à saúde dos trabalhadores dos postos que manuseiam esses produtos, dentre outros.

3 O PAPEL DA ANP NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A Constituição de 1988 trouxe em seu art. 5º a garantia de Defesa do Consumidor, o que ensejou a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Nessa perspectiva, insere-se o papel regulatório e fiscalizatório desempenhado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, conferido pela Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478, de 1997), seja de maneira direta ou por meio de convênios com órgãos da administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O foco de atuação da ANP, saliente-se, no que pertine a defesa do consumidor, não ocorre de maneira individual, eis que ao traçar as normas mestras com o fim de cristalizar o mercado, a agência leva em consideração a coletividade de consumidores, o que pode significar quase que toda população brasileira, vez que, em grande parte esta, em razão da relevância do produto para a economia mundial, é consumidora direta ou indireta, mesmo porque o transporte de mercadorias e passageiros utiliza combustíveis derivados de Petróleo.

Desta feita, a atuação da ANP não deve ser restrita à esfera dos consumidores atuais, mas também aos futuros, seja na garantia de suprimento posterior dos recursos petrolíferos existentes, seja na garantia de aproveitamento racional dos mesmos para a inclusão de novos consumidores ao mercado, no intuito de realçar o princípio do amplo acesso aos combustíveis tutelado pelo Estado brasileiro. Notemos assim, que a ANP age de maneira preventiva quando emite normas de regulação do mercado intentando traçar as condutas a serem seguidas pelos agentes econômicos em todos os setores da indústria petrolífera.

Quanto à fiscalização, que se dá como ação repressiva da ANP, pois que envolve a aplicação de sanções administrativas, destaque-se a Lei n.º 9.847/99, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis realizado diretamente pela ANP ou mediante convênios. Em suma, ao institucionalizar a fiscalização efetiva dos postos de revenda de combustíveis, busca proteção eficaz dos interesses difusos do consumidor, que é, nessa perspectiva o seu fim maior.

A agência ainda estabeleceu um Programa de Monitoramento da qualidade de combustíveis objetivando a avaliação da qualidade dos combustíveis comercializados no país e mapear os problemas de não-conformidade com as especificações dadas pela ANP, tendo como foco o consumidor final de combustíveis derivados de Petróleo e Gás Natural.

Em tal monitoramento, o conjunto de Postos Revendedores é dividido em regiões com um número parecido de postos, em cada Estado, sendo estes monitorados a partir de sorteios realizados pela instituição contratada. É coletada, assim, pelo menos uma amostra do combustível que, sendo coletado, será analisado nos laboratórios da instituição contratada que será considerada conforme quando atender a todas as especificações da ANP.

Destaque-se ainda a criação do Centro de Relações do Consumidor, com a Portaria n.º 111 de 2000, que possibilitou o contato direto entre o consumidor e a ANP. Esse centro possui como objetivos principais, segundo a portaria retro mencionada, o recebimento, audição e análise das demandas consumeristas, como reclamações, denúncias, críticas, sugestões, pedidos de informação, solicitações, elogios e agradecimentos; a orientação dos consumidores quanto a preços, qualidade e oferta dos produtos e serviços do setor de combustíveis; a identificação das tendências do mercado consumidor; a contribuição com a fiscalização da ANP; além do desenvolvimento de estudos e pesquisas concernentes à matéria ora em lume.

Desta forma, o CRC desempenha importante papel de defesa do consumidor junto à ANP, sendo indispensável para a efetiva atuação da agência na opressão de práticas abusivas mercadológicas que atentem para a adulteração de combustíveis, tamanhos são os prejuízos advindos desses atos ilícitos tanto ao consumidor levado em consideração individualmente quanto a coletividade desses.

Saliente-se, assim, que a atividade de fiscalização exercida pela ANP é de extrema relevância para a defesa dos interesses difusos dos consumidores de combustíveis. E os dados obtidos nesses procedimentos são imprescindíveis à averiguação das situações fáticas ensejadoras de sanção administrativa, e à fundamentação das medidas que se utilizará o Ministério Público, o que demonstra a grande importância dos convênios realizados entre Ministérios Públicos e Agência Nacional do Petróleo, que dinamizam a ação daqueles na defesa do consumidor.

4 RESPONSABILIDADE PELA ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

A Agência Nacional do Petróleo, ressaltando-se, editou diversas normas a fim de preservar a qualidade dos combustíveis comercializados, dentre as quais podemos destacar as portarias n.º 116/00, 202/99, 248/00, 309/01 dentre outras.

Tais portarias tratam de dispositivos que proíbem ou obrigam os exploradores do mercado de Petróleo e Gás Natural a zelar tanto pela qualidade do produto, quanto dos serviços, além das condições laborais do estabelecimento comercial.

Desta forma, vedado está ao revendedor a mistura de combustível, sendo-lhe obrigado garantir a qualidade dos combustíveis automotivos comercializados. Obriga-se ainda o revendedor a manter em perfeito estado os equipamentos medidores e tanques de armazenamento de sua propriedade, bem como zelar pela segurança das pessoas e de suas instalações, pela saúde de seus empregados e pela proteção ao meio ambiente, nos termos da portaria n.º 116/00.

Este é só um exemplo de obrigação dos agentes envolvidos na comercialização de combustíveis, e a responsabilização se dará no caso de prejuízo ao consumidor em virtude do descumprimento de alguma dessas normas.

Contudo, para a dúvida, sobre quem seria o real responsável pelos danos advindos da adulteração do combustível. A Lei n.º 9.847, de 1999, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, dispõe sobre a responsabilidade solidária entre fornecedores e transportadores, em seu artigo 18, afirmando que estes respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

No âmbito administrativo, a ANP se incumbiu do papel de zelar pela qualidade dos combustíveis. Assim, uma infração prevista na lei supra mencionada dá margem a autuação, inclusive com a possibilidade de interdição do estabelecimento, por medida cautelar, e a abertura de processo administrativo, que ao final pode ensejar a aplicação de multas. A lacração de depósitos e bombas pela presença de produtos com qualidade comprometida perdura enquanto persistirem os motivos que levaram à interdição. Mas, uma vez comprovada por fiscal a retirada do produto fora de especificação, o estabelecimento volta a funcionar normalmente até a conclusão do processo administrativo.

Este órgão não se atém unicamente aos limites do campo administrativo das infrações estabelecidas na Lei n.º 9.847, de 1999; como a fraude que está prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990) e, ao lado do estelionato, figura no Código Penal (Lei n.º 2.848, de 1940), sendo ainda alvo da Lei n.º 8.176, de 1991 – que define os crimes contra a ordem econômica – e, mais recentemente, de legislações municipais, uma autuação gerada pela fiscalização da ANP pode acarretar ao agente ou agentes envolvidos uma série de processos, que podem correr paralelos, tramitando em diferentes instâncias.

Outrossim, alguns vícios de qualidade – como os referentes a padrões de destilação e octanagem da gasolina, por exemplo, que podem ser decorrentes da adição de solventes – jamais poderão ser detectados no posto, mesmo com a execução dos

testes obrigatórios, dado que estes só conseguem indicar irregularidades relacionadas à cor e densidade dos produtos ao teor de álcool na gasolina. Tanto isso é verdade que a maior parte das autuações não é feita no momento da fiscalização. Diante disso, depreendemos que o revendedor pode ser excluído da responsabilização, quando a ação parte da iniciativa do órgão responsável pela fiscalização, como a ANP.

No que concerne ao direito do consumidor, a responsabilização será vista sob um prisma diferente, uma vez que o consumidor, não munido dos instrumentos necessários à averiguação dos reais responsáveis, acionará todos os agentes envolvidos na cadeia de fornecimento do combustível. Para com o consumidor, o revendedor, ou seja, o posto prestador do serviço é o maior responsável, pois, caso não tenha sido sua culpa direta pela adulteração, foi negligente a ponto de não prezar pela qualidade do serviço oferecido, o que gerou prejuízos a sua clientela. Nesse sentido, devemos ressaltar que o revendedor, mesmo não envolvido diretamente no ato de adulteração responde perante o consumidor, em face do disposto na legislação aplicável.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor nacional, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (Art. 12, CDC)

Nessa esteira, destaque-se o disposto no artigo 18 do mesmo diploma legal, os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (art. 18, CDC).

Segundo o próprio código fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados que estejam envolvidos no desenvolvimento das atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim sendo, sempre que o CDC está se referindo a fornecedor ele não distingue os participantes que desenvolvem atividades de produção, distribuição ou revenda. Isto é, ele não distingue as fases da cadeia produtiva. Desta feita, caso o consumidor seja lesado em virtude da adulteração de combustíveis, o mesmo poderá acionar todos os envolvidos na cadeia de distribuição do produto que ele adquiriu.

Em suma, podemos dizer que no âmbito administrativo, será averiguado o real responsável pela adulteração de combustíveis. A ANP poderá interpor ações judiciais contra os reais agentes causadores de tal dano, devendo o transportador ser responsabilizado pelos danos decorrentes de vício de qualidade, conforme o disposto na Lei n.º 9.847, de 1999. O distribuidor possui obrigações concernentes ao zelo pela

qualidade do produto que comercializa, assim como o transportador e o revendedor. Caso não observadas as normas atinentes a tais cuidados, mesmo não envolvidos no fato adulteração em si, os outros agentes da cadeia de fornecimento poderão ser acionados pelo simples dever de fazer algo que poderia evitar maiores transtornos.

No que concerne à defesa do consumidor, o mesmo pode, individualmente, proceder à responsabilização do posto revendedor prestador do serviço, assim como exigir a solidariedade entre todos os envolvidos na comercialização do mesmo, desde o produtor, passando pelo distribuidor e pelo transportador.

5 A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO QUANTO À ADULTERAÇÃO DOS COMBUSTÍVEIS

No setor do mercado de combustíveis é patente a extrema vulnerabilidade do consumidor no mercado de massa, até mesmo reconhecida pelo legislador, pois o mesmo não possui condições técnicas de aferir, em exemplo, a qualidade do produto que está consumindo, confiando na boa qualidade do produto ou serviço prestado pelo fornecedor.

Assim, é necessário que a ANP, como ente fiscalizatório e regulatório do mercado de combustíveis, intensifique as fiscalizações e imponha sanções de caráter administrativo para os infratores das suas normas. Contudo, somente tal punição não exime a responsabilidade penal ou civil do responsável pelos danos ocasionados aos direitos dos consumidores.

Nessa sorte de idéias, é de fundamental importância os convênios formados entre ANP e Ministérios Públicos Estaduais para ungi-los de informações necessárias quando das proposições de Ações Cíveis Públicas e Penais na defesa dos interesses consumeristas.

Como a função dos postos de revenda é promover o acesso do consumidor aos combustíveis, com vistas à garantia de fornecimento de petróleo em todo o território nacional (CF, art. 177, § 2º), o abastecimento nacional de combustíveis deve privilegiar a proteção consumerista e a livre concorrência, além do aproveitamento racional de combustíveis. Na competição naturalmente instalada, os distribuidores devem se enfrentar, propondo melhores preços, qualidade e oferta, isto é devem oferecer o máximo de comodidade aos consumidores.

5.1 O Consumidor de Combustíveis

Nos termos do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final, equiparando-se ao mesmo a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A partir de tal definição podemos traçar o que seja um consumidor de combustíveis. Ora, nos tempos hodiernos, raros são aqueles que não utilizam o posto de combustíveis como produto corriqueiro na economia familiar. Hoje em dia, a demanda

automobilística tem aumentado consideravelmente, e só tende a aumentar; por isso, o petróleo é o produto que mais interessa à economia global.

É sabido que o petróleo, hoje em dia, é a mola propulsora do mundo globalizado; portanto, poderíamos afirmar, com razoável firmeza, que o Mundo é consumidor de petróleo. No entanto, para fins de responsabilização de um determinado estabelecimento comercializador de combustíveis, não poderíamos considerar como sujeito ativo dos direitos sobre a qualidade destes o mundo inteiro. É certo que os consumidores de combustíveis não estariam organizados como uma categoria determinada, por isso, os direitos atinentes à qualidade de combustíveis dizem respeito a direitos difusos e não a direitos coletivos, tendo em vista que estes dizem respeito a uma categoria determinada de destinatários. Ou seja, os direitos difusos relacionam-se a uma coletividade indeterminada de indivíduos, que, ligados por uma relação factual compartilham dos mesmos interesses.[2]

Por isso, o desenvolver desse trabalho, e, principalmente, a sua conclusão, concerne, especialmente, aos interesses difusos do consumidor de combustíveis.

O próprio conceito do Código de Defesa do Consumidor tem em vista o alcance de todas as vítimas de danos causados por defeitos do produto ou relativos à prestação de serviços, além de todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais.

Nesse sentido, com base no exposto, podemos dizer que podem ser considerados consumidores do mercado de combustíveis, todas as pessoas que, mesmo não ligadas diretamente aos serviços prestados pelos postos que comercializam tal produto, são influenciadas pelas práticas comerciais afeitas a tal atividade.

Assim, mesmo uma pessoa que more distante do centro comercial de uma dada cidade, que não possua automóveis ou não more próximo a qualquer posto de combustíveis e que, teoricamente, não tenha contato algum com tal produto é considerada consumidora deste mercado, mesmo porque os produtos comercializados e, todo o país, alimentos e peças de vestuário, dentre outros, são transportados por veículos abastecidos com derivados de petróleo.

Para que melhor se compreenda tal raciocínio, tomemos por exemplo esta mesma pessoa que, ao atravessar uma avenida se depare com um automóvel abastecido com gasolina adulterada e o mesmo chegue a lhe atingir, causando-lhe danos, pois seu condutor não conseguiu frear o veículo ou realizar uma manobra para evitar o acidente. A situação é bastante hipotética, e seria até bem complicado de se comprovar que o dano se deu em virtude da adulteração do combustível, mas serve para que melhor se explique a abrangência da definição de consumidor de combustíveis, para que, assim definido, possa ser compensado pelos danos que, porventura venha a sofrer em razão da comercialização de combustíveis adulterados.

Assim, infere-se que, caso se verifique o nexo de causalidade entre o dano e a adulteração de combustíveis, será responsabilizada a empresa que comercializou o mesmo, utilizando-se na ação cabível para tal responsabilização as normas aplicáveis às relações consumeristas.

No pensar de Hugo Nigro Mazzilli, mesmo a coletividade dispersa também pode ser considerada consumidora, como no caso de grupos de consumidores que comunguem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Pela própria conceituação legal, consumidor não é apenas aquele que adquire o produto ou o serviço, mas também aquele que, mesmo não o tendo adquirido, dele faz uso, na qualidade de destinatário final.[3]

Não é difícil se observar, após analisar o mercado atual de consumo, que o consumidor se encontra em nítida posição de desvantagem perante o fornecedor de produtos e serviços, uma vez que, grande parte das vezes não dispõe do conhecimento técnico que lhe permita, com absoluta segurança, constatar se o produto adquirido é ou não dotado das características que lhe são atribuídas.

No caso do mercado de combustíveis, resta evidenciado que o consumidor dificilmente terá conhecimento sobre alguma das portarias da ANP acerca da manutenção da qualidade dos combustíveis, o que lhe deixa em desvantagem para com o revendedor do combustível.

Desta forma, não tendo o comprador os conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo, pode ser mais facilmente enganado quanto à sua utilidade e quanto às suas especificações. É muito difícil, como já foi dito, que o consumidor, ao se dirigir a um posto de combustíveis para abastecer seu automóvel se atenha às especificações da gasolina, até mesmo por confiar que o revendedor tomou todas as precauções devidas para comercializar o produto com atenção aos direitos básicos do consumidor.

Paulo Valério Dal Pai Moraes, discorrendo sobre o tema, aduz que ocorre tal vulnerabilidade técnica quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, o que o torna presa fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve acreditar na boa-fé com que o fornecedor ‘deve estar agindo’.[4]

Desta feita, quando adquire o produto, o consumidor se pauta na confiança nos serviços prestados pelo revendedor do combustível.

Por sua vez, o Estado deve promover a defesa do consumidor, por meio de seus órgãos incumbidos de tal mister, realizando também árdua fiscalização do que chega ao consumidor como produto final.

Ainda assim, ressalte-se, é dever do Estado a averiguação da adequação dos produtos às normas atinentes ao tema, mormente as normas de regulamentação editadas pela Agência Nacional do Petróleo. Não se olvide, nesse diapasão, da responsabilização do fornecedor que, comercializando combustíveis em desacordo com as especificações legais, cause danos aos seus consumidores.

No sentido de proteção ao consumidor, o Diploma Legal Consumerista resguardou o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo.

Nesse desiderato, vemos que os interesses dos consumidores foram garantidos pelo Código de Defesa do Consumidor, confrontando-os com o poder econômico dos

fornecedores, não significando um entrave à exploração da atividade petrolífera no âmbito da comercialização de combustíveis, especificamente, mas significa o balanceamento dos interesses em apreço, pois que a atividade comercial não deve ser delineada sob os auspícios dos interesses individuais, mas sim da responsabilidade social a que se destinam, como circuladora de bens e serviços para o bem maior, o da coletividade.

Em atenção aos princípios fundamentais defendidos pela Constituição da República, mais especificamente, ao direito inserido no inciso XXXII, do artigo 5º, qual seja, o direito do consumidor, devem ser levados tais princípios *prima facie* em consideração, quando conflitados os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor, ambos norteadores da atividade econômica, em vista do que já fora explanado.

Assim, no que concerne à relação consumidor-revendedor de combustíveis, mister que se reconheça a vulnerabilidade do consumidor, assim como a sua hipossuficiência técnica e nas mais das vezes financeira, tendo-se em mente a realização da justiça distributiva defendida por Aristóteles, em que se deve a cada desigual de acordo com suas desigualdades, no intuito de se buscar a equidade plena.

5.2 Meios de defesa dos Direitos do Consumidor de Combustíveis

Ao longo deste trabalho, foi visto que o consumidor de combustíveis, quando for lesado pelo fornecedor de tal produto, em relação à adulteração dos combustíveis que venha, porventura, danificar seu veículo, poderá ajuizar ação responsabilizando o revendedor-varejista pelos danos, visto que, perante o consumidor, o prestador de serviços imediato será este, mesmo que o mesmo não incorra em práticas comissivas de adulteração de combustíveis, podendo ainda acionar o restante da cadeia produtiva, vez que a responsabilidade é solidária e objetiva.

Assim, caso o revendedor de combustíveis comercialize junto aos seus destinatários finais, combustível adulterado, e por sua omissão quanto ao controle da qualidade do seu produto venham a ser causados danos aos consumidores, responderá o mesmo por tais danos, uma vez que tem o dever de zelar pela qualidade dos combustíveis, conforme as especificações das normas já mencionadas ao longo deste trabalho.

Portanto, tendo em vista que o consumidor individual, ao sofrer danos de ordem material ou moral em virtude da má-qualidade dos combustíveis adquiridos, terá a faculdade de defender seus direitos em juízo, conforme os ditames da lei processual em vigor, sendo o revendedor-varejista imediatamente responsável perante o consumidor, não impede que este acione toda a cadeia fornecedora solidariamente, como já dito, haja vista que o consumidor não está munido dos meios necessários, grande parte das vezes, para averiguar com precisão quem seria o real responsável pelo fato abusivo, sendo, portanto, objetiva a responsabilidade.

Assim, feitos tais esclarecimentos acerca da ação para defesa dos direitos individuais do consumidor, nos ateremos, a partir de então a efetiva defesa dos interesses difusos do consumidor, já que se propõe o presente trabalho a fazê-lo, abordando as formas adequadas para sua tutela.

5.2.1 Ação Civil Pública

Originando-se a partir do no *Bill of Peace* do século XVII, que evoluiu para a *class action*, do sistema norte-americano, a qual, por sua vez se baseia na *equity*, a ação coletiva pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença em juízo, de um único expoente da classe.[5]

Sem esquecer da realidade do nosso país, o legislador brasileiro trouxe para o nosso ordenamento os esquemas do direito norte-americano, adaptando as *class actions* a um sistema de civil law, criando, primeiramente as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, através da denominada lei da ação civil pública.[6]

No entanto, não se fazia possível a reparação dos danos pessoalmente sofridos, uma vez que a lei se destinava à proteção de bens coletivos, indivisivelmente considerados, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais reparatórias, através do procedimento civil regular.

A lei 7.913 de 07 de dezembro de 1989, pela primeira vez tratou da condenação que deveria reverter aos investidores no mercado de valores imobiliários lesados na proporção do seu prejuízo, bem como cuidou da habilitação dos beneficiários para receberem a parcela que lhes coube, nascendo aí a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro que foi consagrada definitivamente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Lei da Ação Civil Pública, nº 7.347/85, trata da defesa de certos interesses difusos, sendo assim considerados os de caráter meta-individual que se baseiam sobre dados de fato, mutáveis, genéricos, acidentais. No que concerne à natureza jurídica da citada lei em que seu preâmbulo lhe confere a disciplina da ação civil pública de responsabilidade por danos, é de bom alvitre ressaltar a peculiaridade de tal ação. É pública, a ação disciplinada de que tratamos, não apenas porque proposta perante o Poder Público, representado pelo Judiciário, tampouco, em razão da titularidade ativa do Ministério Público, vez que, outros entes, públicos e privados, têm a permissão legal para exercerem, concorrentemente, a titularidade ativa do seu exercício, nos termos do art.5º da mencionada lei.

Portanto, a ação é civil pública em virtude do objeto nela contido: a tutela de interesses difusos. Nesse sentido, ressalte-se a observação de Mancuso, para quem, os interesses versados na lei 7.347/85, não são, a rigor, *públicos*, e sim *difusos*, já que a contraposição verificada não se dá entre os co-legitimados, de um lado, e a *Autoridade*, do outro (embora esta última, mormente por omissão culposa, possa figurar no pólo passivo); e sim, entre os próprios “titulares” dos interesses em conflito (v.g., entidade ambientalista versus empresa de incorporação imobiliária que pretenda edificar em certa área de preservação ambiental), naquilo que a doutrina italiana vem chamando de *conflittualità massima*. [7]

Assim, a lei da Ação Civil Pública cuida dos instrumentos processuais de defesa dos interesses difusos, mormente os direitos consumeristas. Essa tutela também se efetiva por força dos efeitos da sentença e do seu trânsito em julgado, que operam *erga omnes*, extrapolando assim, os limites da circunscrição da coletividade antes delimitada.

Aqui, tratamos da defesa dos interesses dos consumidores de combustíveis, que, conforme dantes mencionado, encontram diversas dificuldades frente os fornecedores deste produto, por terem conhecimento técnico nessa área infinitamente inferior.

Assim, quando da responsabilização por danos causados aos consumidores lesado pela adulteração de combustíveis, a lei não propõe a proteção do consumidor, individualmente considerado, e sim, na medida em que a lesão atinja uma coletividade ou um número indeterminado de pessoas, reunidas por circunstâncias de fato.

5.2.2 Legitimação para ajuizar Ação Civil Pública

Da análise do elenco de sujeitos públicos e privados a quem a Lei n.º 7.347/85 confere legitimação ativa para propor ação civil pública[8], conforme o art. 5º, temos que essa legitimação é concorrente e autônoma, posto que disjuntiva.

A legitimação para agir foi ampliada não apenas para dar ensejo ao acesso às demandas essencialmente coletivas, mas também para permitir a tutela coletiva dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, ao ponto de permitir que entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, possam ter acesso à justiça.

Contudo, não se chegou a prestigiar a pessoa física a legitimação para interpor ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da “representatividade adequada”(…), talvez para se manter um ponto de distanciamento em relação à legitimação para a ação popular. [9]

Entretanto, destaque-se a função do Ministério Público no mister de defesa dos interesses do consumidor em sede de ação civil pública. O legislador considerou a indispensabilidade do Ministério Público nas ações civis públicas que, não sendo ele a parte ativa no processo, tornou obrigatória a sua intervenção como *custos legis*, segundo inteligência do §1º do art.5º da lei 7347/85.

O interesse individual do consumidor é defendido em juízo por meio de legitimação ordinária, segundo a qual cada lesado, ainda que representado, defende o seu próprio interesse. Já o Ministério Público possui legitimação concorrente com outros entes ou entidades, tendo como fim precípuo a propositura de ações civis públicas ou coletivas para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De fato, o interesse individual do consumidor deve ser defendido em juízo pelo próprio lesado, no entanto pode haver substitutos processuais, como Ministério Público, associações civis e outros legitimados à ação civil pública ou coletiva, que vão em busca dos interesses específicos do consumidor.

O sentido disso se dá no fato de que os interesses individuais homogêneos não deixam de ser espécie de interesses coletivos, *lato sensu*. Justifica-se, assim, sua defesa exercida em processo coletivo, como que para assegurar mais eficaz acesso à justiça, evitar decisões contraditórias, obter economia processual etc. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo fundamentou a Súmula n.º 7 nos seguintes termos: “A legitimação que o Código do Consumidor confere ao Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos há de ser vista dentro da destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo.”[10]

É patente que o Ministério Público, em função tanto de suas atribuições constitucionais, tanto pela independência funcional, quanto ainda pela natureza própria dos interesses em conflito, qual seja de direitos difusos, está em melhores condições de promover a ação civil pública, e assim o tem feito quanto a defesa de consumidores que são lesados em razão de adulteração de combustíveis.

A ação civil pública, de forma geral, representa o meio processual mais eficaz para a defesa dos interesses difusos, mormente as ações administrativas da ANP e as ações individuais impetradas pelos consumidores lesados pelos estabelecimentos de revenda de combustíveis.

Outrossim, a partir da apreciação do art. 6º do Diploma Processual Civil pátrio (Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973), acomodando-o à tutela dos interesses difusos, concluímos que a legitimação estabelecida no art. 5º da Lei 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública, é do tipo ordinário, porque daquela hermenêutica resulta que o Ministério Público, entes políticos, seus órgãos descentralizados e associações possuem poder de agir na justiça em nome próprio, com base no princípio da representatividade adequada[11], em que defendem interesses próprios fazendo-o num regime de colegitimação ficando subsumidos no portador judicial os interesses transindividuais defendidos judicialmente.

Compulsando a doutrina e a jurisprudência, constatamos que a pioneira ação civil pública na área do consumidor, baseada na lei n.º 7.347/85, deu-se na questão da adulteração de álcool, apurada pelo Ipem, tendo a Promotoria do Consumidor de Campinas ajuizado ação visando à imposição de obrigação de recolhimento das partidas de álcool adulterado, e de passar a obedecer aos índices metrologicamente fixados, sob pena de pagamento de multa por item apreendido fora das especificações; houve também casos de adulteração de gasolina em postos de serviços, mas com resolução no âmbito dos próprios inquéritos civis instaurados; de salientar-se que referidas fraudes deram-se exatamente ao ensejo do “plano cruzado”, em que era bastante comum o “batismo” de produtos para aumentar sua quantidade sem custos, ou sua “maquiagem” para justificar o aumento de preços.

5.2.3 Ônus da Prova

No âmbito da proteção consumerista, o Código de Defesa do Consumidor prevê que a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu

favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. (Art. 6º, VIII, CDC)

Assim, uma vez reconhecida a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, necessário se faz a inversão do ônus da prova.

Esse aspecto do ramo jurídico consumerista foi visto por críticos do código, como um agravamento da responsabilidade dos fornecedores em geral, contudo, esses não se deram conta que o código estava a adotar a responsabilidade objetiva, que consiste em regime ainda mais rigoroso do que o de mera inversão do ônus da prova. Como o consumidor não possui os meios necessários à averiguação do real responsável pelo fato da adulteração e, conseqüentemente, pelos danos ocorridos, justificável que, além de se inverter o ônus da prova, se estabelecesse a responsabilidade objetiva.

Na verdade, são previstas no dispositivo retro mencionado, duas situações distintas, quais sejam a verossimilhança da alegação do consumidor e a hipossuficiência do consumidor. Na primeira situação, o que ocorre, a bem verdade, não é a inversão do ônus da prova, mas sim a utilização pelo aplicador do direito de sua experiência jurídica, aliada ao bom senso, para considerar produzida a prova. Na segunda situação, poderá ocorrer uma verdadeira inversão do ônus da prova, por tratar-se da hipossuficiência do consumidor.

Não se trata de determinar a inversão do ônus da prova, saliente-se, no sentido de que o consumidor, ao não dispender a quantia necessária à produção daquela, esteja protegido. Isso não é suficiente para protegê-lo. A proteção diz respeito também à vulnerabilidade técnica a que se submete o consumidor.

Para ilustrar a explicação, tomemos por exemplo um conflito que diga respeito à adulteração de combustíveis. O consumidor, que teve o tanque de seu automóvel corroído por combustível adulterado, ao alegar que isso se deu em virtude da comercialização do combustível por dado estabelecimento, não teria conhecimento técnico para demonstrar como isso se deu. A só demonstração de que o veículo efetivamente apresenta corrosão no tanque de combustível poderá não ser suficiente para o estabelecimento do juízo da verossimilhança quanto à alegação do consumidor de que o dano se deu em razão do combustível adulterado.

Assim, caso o consumidor fosse dotado de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência mencionada obrigaria o mesmo a assumir o ônus da prova, e pelo exemplo que vimos acima, não está a hipossuficiência relacionada apenas ao poder aquisitivo do consumidor, mas sim ao seu conhecimento técnico.

Assim, patente que a situação do revendedor é de vantagem, pois ele tem pleno conhecimento das especificações técnicas necessárias à manutenção da qualidade do combustível, sendo que a posição do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica.

Desta forma, foi em função de situações como essa, enquadradas no conceito legal de hipossuficiência, que se estabeleceu o ônus da prova, para efetivar a defesa em juízo do consumidor.

No que concerne ao momento da aplicação dessa regra, Kazuo Watanabe entende pelo julgamento da causa, e amparado pela lição de Cecília Matos, aduz que “no instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não(...). A partir destes argumentos discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda durante a instrução, justificando esta posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor”. [12]

Nesse sentido, apenas em seguida à instrução do feito é que estaria o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet* [13], e se há necessidade de inversão do ônus da prova, uma vez que, o fazer antes disso seria o mesmo que prejudicar a causa, o que se configura inadmissível.

Continua o citado doutrinador a defender a sua posição, afirmando ser a melhor solução a inversão do ônus da prova no momento do julgamento, como mesmo se pronunciou a Col. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n.º 255.461-2/6, rel. des. Aldo Magalhães, j. 6.4.95. [14]

Desta feita, o entendimento esposado, como vimos, se dá no sentido de que o ônus da prova deve ser invertido no momento do julgamento pelo juiz, que é quando este está efetivamente munido com os elementos necessários a averiguação dos elementos suficientes ao seu convencimento. Só nesse momento, ele pode ponderar acerca da necessidade ou não da inversão do ônus da prova.

Todavia, não se olvide, há posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da defesa da inversão do ônus da prova entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do Réu. (TJSP, Agr. Instr. n.º 014.305-5/8, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 5.9.96).

Para Hugo Nigro Mazzilli, o momento de produção de prova é que é o adequado, e não o da prolação da sentença para a inversão do ônus da prova. Justifica o citado jurista, que se o juiz entender cabível a inversão do ônus da prova, deverá alertar o fornecedor, para que este tenha a oportunidade de desincumbir-se do ônus probatório que lhe vem a ser cometido, e que isto deve ser determinado antes ou no máximo durante a instrução, pois na prolação da sentença, as provas teoricamente já estarão feitas e as partes seriam surpreendidas com a inversão.

É certo que o CDC deixa a critério do juiz, quando verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, a inversão do ônus da prova. Contudo, não se trata de arbítrio ou discricção do juiz, e sim de decisão fruto de convencimento motivado.

Além disso, saliente-se, tomando por base o argumento levantado por Kazuo Watanabe, teríamos que é no momento do julgamento que o juiz verifica as condições acerca da hipossuficiência do consumidor para então proceder à inversão do ônus da prova. Ora, se temos como princípio basilar e direito reconhecido pelo Código do Consumidor a vulnerabilidade do consumidor, e conseqüentemente, sua hipossuficiência, isso não

serviria de argumento para justificar a inversão do ônus da prova a critério do juiz somente no momento da prolação da sentença, uma vez que ela já estaria invertida automaticamente em razão do princípio de que todo consumidor é hipossuficiente frente ao fornecedor.

Nesse pórtico, à guisa de conclusão, podemos inferir que o momento adequado para a inversão do ônus da prova é quando da instrução do feito, visto que aí é que as partes se empenharão no esforço de produzir provas para a consecução de seu objetivo, o ganho de causa, ficando assim certo que, sendo invertido o ônus da prova antes ou nessa ocasião não se poderá a parte ré, em demandas para defesa de interesses difusos de consumidores de combustíveis, alegar o cerceamento de defesa, em virtude do ônus de provar a sua não-responsabilidade pelos danos ao consumidor.

Assim, no que tange à defesa dos direitos consumeristas pelo Ministério Público, temos que, mesmo este não sendo o consumidor, na defesa dos seus interesses, assume o mesmo a titularidade desses direitos, uma vez que é esse órgão o *custos legis* da sociedade, o guardião da ordem jurídica que deve buscar o bem da coletividade.

Dessa forma, nas demandas atinentes a tutela de interesses difusos do consumidor, no que tange à adulteração de combustíveis, deverão os revendedores provar, exemplificadamente, para que não sejam responsabilizados pela adulteração, que o combustível adulterado não provém de suas instalações ou que efetuaram todas as medidas legais exigidas no sentido de manter o alto padrão de qualidade dos combustíveis que comercializa.

Fica assim demonstrado que, em matéria de defesa em juízo dos interesses difusos dos consumidores, o Ministério Público, na defesa dos direitos desses, assume a condição de titular dos direitos consumeristas, devendo ser invertido o ônus da prova para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor de combustíveis, que hoje em dia sofrem tanto com as práticas abusivas dos revendedores-varejistas.

5.2.4 Indenização pelo dano difuso

Restando evidenciada a adulteração de combustíveis, e tendo sido provocados danos aos consumidores ao vender gasolina comum fora das especificações determinadas na legislação em vigor, será ajuizada ação para a defesa desses direitos lesados.

Além de violar as regras especificadas pela ANP e princípios consumeristas, os postos revendedores de combustíveis que comercializam esses produtos sem atender às determinações legais acerca do tema, também desrespeitam totalmente o princípio da boa-fé contratual que deve reger todas as relações entre consumidores e agentes econômicos, vez que os destinatários finais de seus produtos procuram os postos para abastecer seus veículos, confiando na lisura e na alta qualidade do combustível.

Nesse sentido, demonstrada a lesão aos direitos difusos dos consumidores de combustíveis petrolíferos, e com a finalidade de coibir a continuidade de tal prática no mercado, faz-se necessária a adoção de medidas punitivas à empresa demandada.

Assim, levando-se em consideração o disposto na Lei 7.347/85, a reparação cabível será uma indenização pelos danos causados aos interesses difusos dos consumidores, vez que, segundo o diploma, a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Art. 3º).

Nessa linha de raciocínio, também o CDC comunga nesse sentido, aduzindo ser direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, consoante o artigo 6º, inciso VI.

Tal reparação pecuniária tem em vista, não a compensação dos consumidores individuais, mas a reparação pelo dano difuso, cuja repercussão é incontestável diante da impossibilidade de identificar todos os consumidores que foram lesados diante da prática de adulteração perpetrada pelo posto revendedor que tenha comercializado combustível fora das especificações legais.

Desta forma, a indenização paga em virtude da responsabilidade por práticas de adulteração de combustíveis não assume o caráter meramente ressarcitório, ou reparador, mas também o caráter preventivo, pois que, através da coerção de que há, efetivamente, a responsabilização pela adulteração, ocorre a inibição de tais práticas, além de impulsionar os revendedores-varejistas a se empenharem ao máximo na realização dos testes para controle de qualidade dos combustíveis no intuito de não terem que pagar a citada indenização caso se dê a prática da adulteração por outros agentes da cadeia envolvida na comercialização de tais produtos.

A lei nº 9.847/99, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, previsto na Lei 9.478/97, delinea os parâmetros para aferição do valor da indenização, *verbi gratia*, o art. 2º e 3º da lei.[15]

Nesse desiderato, a multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes, nos termos do art. 4º da mencionada lei. Entretanto, caso haja dificuldade em se estabelecer os requisitos norteadores da limitação do valor da multa, a indenização para o revendedor de combustíveis por desrespeito aos direitos difusos dos consumidores, independentemente das sanções administrativas ou penais cabíveis, pode ser a mesma cobrada, levando-se em conta, por analogia, os valores estabelecidos na Lei n.º 9.847/99.

Feitas tais considerações, importante, finalmente, ressaltar que o valor da indenização paga pelos infratores da legislação petrolífera será revertida para um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais dos quais participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados, nos termos do art. 13 da lei 7.347/85.[16]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual estágio econômico em que nos encontramos, podemos dizer que a economia mundial vem sofrendo importantes transformações decorrentes da mudança no paradigma técnico-econômico que rompe e revoluciona as antigas estruturas de produção e de consumo.

Nos dias de hoje, em que novas estratégias estão sendo incorporadas às políticas de competitividade a cada dia, adaptar-se às novas condições, na velocidade das mudanças, além de atender bem ao mercado consumidor que cada vez mais se torna atento e instruído acerca dos seus direitos, garante a manutenção o mercado de combustíveis, pelo menos enquanto sejam constantes tais atualizações.

Este trabalho permitiu reconhecer que muitas destas atualizações já estão sendo incorporadas e materializadas no setor de revenda de combustíveis do Brasil, embora ainda permaneçam aqueles que, utilizando-se da boa-fé e confiança depositada em si pelo mercado consumidor, tentam se apropriar, de forma indébita, das forças capitais a partir de práticas abusivas que causam danos aos seus destinatários finais.

O setor petrolífero brasileiro, no decorrer de mais de uma década de transformações, passou de uma condição de oligopólio, protegido pelo monopólio da Petrobras nas demais atividades de indústria do Petróleo, atravessou um momento de concorrência selvagem e se imiscuiu, a final, em novo ambiente, com competição crescente, mas saudável, onde as forças do mercado, delimitadas pela ação do Estado, tendem a conduzir a benefícios crescentes para os consumidores.

É verdade que muita coisa ainda deve ser feita para que tenhamos um setor de revenda de combustíveis maduro no Brasil. Contudo, com uma rápida olhada, através do nosso estudo, já podemos perceber as vantagens da concorrência e a disposição dos vários agentes em adotar políticas competitivas mais elaboradas e refinadas. Além disso, o esforço conjunto das forças estatais no sentido de proteger os consumidores tem contribuído para, coercitivamente, inculcar na mente dos empresários a necessidade de se adotar medidas legais, respeitando os princípios básicos consumeristas, para que possam, assim, desenvolver seus negócios no mercado petrolífero.

A partir da edição da Lei 9.847/99, o abastecimento de combustíveis passou a representar mais do que um simples negócio privado, o que exalta a sua função social, colocando-o à disposição dos interessados, enquanto considera a exploração econômica de produto de interesse nacional e necessário ao consumo do povo. Desta feita, foram colocados à disposição da sociedade diversos instrumentos capazes de dirimir os abusos realizados pelos envolvidos na cadeia de fornecimento de tal produto, primando pela qualidade de combustíveis, e, conseqüentemente, pela defesa do consumidor.

O consumidor que abastece seu veículo com o combustível adulterado é a "vítima" imediata do fato, no entanto, todos nós perdemos, na medida em que são emitidos poluentes prejudiciais a saúde humana, fica comprometida a preservação do meio ambiente, além de gerar um clima de desconfiança entre os consumidores em relação às empresas do setor, gerando prejuízo não só para o consumidor individual e imediato, mas para também toda a sociedade.

Desta forma, quando se configura a adulteração dos combustíveis, justo é que sejam responsabilizados os agentes causadores do dano, tanto ao consumidor,

individualmente considerado, quanto à sociedade. Nesse sentido, pudemos verificar que, por vezes o revendedor não agiu diretamente para que se desse a adulteração, tendo cumprido todas as obrigações legais, não sendo responsabilizado administrativamente, uma vez que no âmbito administrativo impera o princípio da legalidade. No caso de cumpridos todos os requisitos impostos pela legislação, se averiguará, no âmbito administrativo, os reais responsáveis, os reais causadores do dano.

Em contrapartida, no âmbito consumerista de defesa judicial, podemos dizer que não há possibilidade de o consumidor individual averiguar o real responsável pelo dano; e como o prestador do serviço imediato é o revendedor, mesmo que esse tenha cumprido todas as exigências normativas, responderá perante o consumidor, podendo ser solidariamente ou não.

Nesse sentido, a responsabilidade pela adulteração, seja quanto ao consumidor individual ou quanto aos interesses difusos do consumidor, será objetiva, podendo ser acionada toda a cadeia de agentes fornecedores do produto em questão, o que implica dizer que, além de objetiva, é solidária e mesmo que o revendedor, que é o prestador de serviços imediato ao consumidor não esteja envolvido com a adulteração, poderá ser acionado sozinho, visto que, a olhos nus, é ele o responsável perante o destinatário final do produto que comercializa, podendo o mesmo interpor ação regressiva em desfavor dos demais agentes da cadeia de fornecimento.

Assim, o Ministério Público, no exercício dos seus misteres, também é legitimado para realizar a defesa dos interesses do consumidor, no sentido de assegurar mais eficaz acesso à justiça, evitar decisões contraditórias ou obter economia processual.

O Ministério Público, que atingiu após a Constituição Federal papel de verdadeiro *ombudsman* do povo, tem tido papel determinante na defesa dos interesses difusos do consumidor que antes não eram levados à sério, especialmente pelos grandes grupos econômico-financeiros que dominam o mercado de consumo.

É necessário uma nova mentalidade, uma nova consciência de cidadania e de direitos que cada um tem e deve preservar. Com o amadurecimento dessa idéia e tendo em vista que nossa legislação já prevê instrumentos adequados, como a ação civil pública, para a sua defesa é que construiremos um país melhor, com igualdade de oportunidades, com respeito ao próximo e melhor qualidade de vida para todos.

In fine, ressalte-se a relevância do tema em questão, tendo em vista que o petróleo não é mais um mero produto de comercialização privada, mas hodiernamente, tornou-se a mola propulsora do desenvolvimento. Necessário se faz, assim, medidas coercitivas a fim de limitar a circulação de tal produto, primando pela defesa do consumidor, que é a peça chave para o crescimento da indústria, pois sem consumidor não há mercado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUSA, Severiano Alves de. *Evolução da Atividade Econômica do Comércio Varejista de Combustíveis no Direito Brasileiro*. Salvador, 1994.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Da Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Estudos de Direito do Consumidor. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRIMBERG, Rosana; MARQUES, Cláudia Lima. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo: Responsabilidade Civil/ Temas Atuais, Vários Autores*. Recife: Bagaço, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

KICH, Bruno Canísio. *Responsabilidade Civil*. Campinas: Agá Júris Editora, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 1995.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. MILARÉ, Edis. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor. O princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

ROSEMBERG, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, tradução de Ernesto Krotoschin, Gian.

WATANABE, Kazuo e outros. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1988.

* Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professora Substituta na UFRN.

[1] Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar operações no setor de combustíveis, relacionadas com a sonegação dos tributos, máfia, adulteração e suposta indústria de liminares. (CPI - COMBUSTÍVEIS). Conforme relatório final aprovado em 29 de outubro de 2003, disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados no endereço: <http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpicomb/relatoriofinal.pdf>

[2] Mister colacionar a análise de José Augusto Delgado que, com propriedade, assentou que “hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade aqueles interesses que envolvem os coletivos.” [2] *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. p.85.

[3] MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 149.

[4] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor. O princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999. P.44.

[5] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 854.

[6] GRINOVER, Op. Cit. p. 862.

[7] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 57.

[8] A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que :

I. esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II. inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético histórico, turístico e paisagístico.

[9] WATANABE, Kazuo e outros. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1988. p. 788.

[10] MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159.

[11] A representatividade adequada se dá, desta feita, quando um legitimado para agir, de acordo com regra expressa no ordenamento exerce seu direito de ação. Contudo, no Brasil essa regra não é contemplada expressamente no ordenamento, no que tange à interposição de ações civis públicas para defesa de direitos difusos, uma vez que se consideram legitimadas as associações regularmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam, em seus objetivos institucionais, a defesa dos bens e interesses cuja tutela jurisdicional se requer. WATANABE, Kazuo e outros. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1988. p. 788.

[12] WATANABE, Op. Cit. p. 796.

[13] Finda a instrução probatória e ainda que utilizados os poderes instrutórios do juiz e apreciada a prova segundo o sistema da persuasão racional, a certeza não poderá se firmar se o juiz permanecer em dúvida. Não poderá ele proclamar o *non liquet*, deixando de julgar com o argumento de que não formou sua convicção. Deve, então, socorrer-se das regras do ônus da prova, para determinar qual parte sofrerá a desvantagem por seu estado de dúvida, julgando procedente ou improcedente o pedido. ROSEMBERG, Leo, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, tradução de Ernesto Krotoschin, Gian, In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4986>. Consultado em 20 de fevereiro de 2006.

[14] preceito legal algum determina que o citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência.(...) se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada (Ap. Civ. nº 255.461-2/6, rel. des. Aldo Magalhães, j. 6.4.95). WATANABE, Op. Cit. p. 797.

[15] Art. 2º. Os infratores das disposições desta lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

I – multa. E prevendo a forma de cálculo da multa dispõe o artigo 3º da norma em comento:

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

(...)

XI – comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa – de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

[16] A título conclusivo, colacionamos jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata de ação civil pública em desfavor de posto revendedor que comercializou combustíveis adulterados, havendo sido condenado a pagar indenização em favor do fundo a que se refere o art. 13 da LACP, o que ilustra o estudo realizado neste trabalho, vejamos: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATÉRIA CONSUMERISTA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. CONDENAÇÃO EM FAVOR DO FUNDO CRIADO PELO ART. 13 DA LACP. Em sede de apelo, defesa de prova a imputar error in iudicando configura, in casu, inovação a exigir dilação probatória, tendo-se os fatos imputados no preâmbulo da ação, isto é, prática de adulteração de combustível e respectiva comercialização pelo demandado, tidos como verdadeiros com base na confissão ficta, decorrente da revelia. Também não se beneficia o recorrente, independentemente de não-provado, da alegação de ser mero repassador do combustível, atribuindo a responsabilidade da adulteração a terceiro, porquanto incidente na hipótese a regra do art. 18 do CDC. É o apelante, outrossim, ilegitimado para postular em nome da coletividade eventuais prejuízos que a mesma estaria sofrendo com a diminuição da competitividade no ramo, prevalecendo a interdição e fechamento do estabelecimento, o que se impõe inclusive no confronto entre possíveis interesses individuais e os interesses difusos e coletivos em jogo. Condenação de pagamento de valores correspondentes a prejuízo sofrido pela coletividade difusa a serem arrecadados em favor do Fundo criado pelo art. 13 da LACP reclama, a uma, especificação destes prejuízos, remetendo-se exclusivamente para liquidação sua quantificação, e, segundo, pelo menos indícios de que forma se daria o retorno à comunidade, em vantagens econômicas ou de outra natureza, porquanto o Fundo não é mero arrecadador de receitas. Mera argumentação de questão que se resolve no plano de condição específica da ação em espécie não sustenta a condenação.

RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível nº 70011645926. **TJ-RS**. 17º Câmara Cível. Fonte: site <http://www.mp.rs.gov.br/consumidor/jurisprudencia/id3116.htm>, consultado no dia 03 de abril de 2006).

INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR*

INAPLICABILIDADE DEL CÓDIGO DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR A LAS ENTIDADES CERRADAS DEL PROVIDENCE COMPLEMENTARIO

Mércia Lopes Leite

RESUMO

A Súmula 321 do STJ – Superior Tribunal de Justiça estabelece que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado aos litígios entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar. Esse dispositivo legal tem levantado controvérsias a respeito da existência de uma relação de consumo entre os participantes e estas entidades. As decisões judiciais em consonância com a súmula em referência despertaram a opinião de especialistas no assunto de previdência complementar, no sentido de argumentar a sua inaplicabilidade na resolução das demandas que envolvem matéria previdenciária. Neste sentido, buscar-se-á demonstrar que os litígios entre EFPC e seus participantes não podem ser solucionados à luz do Código de Defesa do Consumidor, tornando a Súmula 321 do STJ sem efeitos práticos.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. FUNDOS DE PENSÃO.

RESUMEN

Abreviación 321 del STJ - el Tribunal de Justicia superior establece que el código de la defensa del consumidor se debe aplicar a los pleitos entre los participantes y las entidades cerradas del providence complementario. Este dispositivo legal ha levantado controversias con respecto a la existencia de una relación de la consumición entre los participantes y estas entidades. Las oraciones de acuerdo con la abreviación en despertaram de la referencia la opinión de especialistas en el tema del providence complementario, en la dirección para discutir su inaplicabilidade en la resolución de las demandas que implican la sustancia del previdenciária. En esta dirección, una buscará para demostrar que los pleitos entre EFPC y sus participantes no se pueden solucionar a la luz del código de la defensa del consumidor, abreviación que se convierte 321 del STJ sin efecto práctico.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRA-LLAVE: CÓDIGO DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR. APLICABILIDAD. ENTIDADES CERRADAS DEL PROVIDENCE COMPLEMENTARIO. FONDO DE JUBILACIÓN.

INTRODUÇÃO

As entidades fechadas de previdência complementar representadas pelos Fundos de Pensão administram planos de benefícios previdenciários de grupos de trabalhadores de empresas filiadas a este sistema.

Os benefícios oferecidos possuem um caráter complementar da renda percebida durante a atividade laboral e alguns são voltados ao pagamento de proventos em momentos de infortúnios como morte, doença e invalidez.

Os Fundos de Pensão se caracterizam como formadores e acumuladores de poupança, oriunda das contribuições mensais depositadas por participantes ativos, assistidos e patrocinadores.

A relação jurídica entre tais entidades e seus participantes é civil e previdenciária e os conflitos existentes são resolvidos à luz do Código Civil, uma vez que o contrato estabelecido é de adesão.

Estudar-se-á a relação entre Fundos de Pensão e participantes com o objetivo de demonstrar a não adequação dos dispositivos constantes no Código de Defesa do Consumidor – CDC nos litígios entre estas entidades e seus filiados.

Serão respondidos alguns questionamentos, entre os quais se essas entidades podem ser caracterizadas como fornecedores de serviços mediante remuneração, conforme dispõe o CDC. As contribuições previdenciárias pagas pelos participantes como forma de manutenção do custeio dos planos de benefícios não podem ser enquadrados como preço ou remuneração, uma vez que a poupança acumulada será revertida em proveito dos próprios participantes e seus beneficiários.

A importância do tema em estudo deve-se ao surgimento da Súmula 321 do STJ – Superior Tribunal de Justiça que em seu conteúdo possui o seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.”[1]. Desta forma, cabe ressaltar que o presente dispositivo vai de encontro com a finalidade precípua dos Fundos de Pensão, que é a administração de planos de benefícios, que garantirão a manutenção da renda percebida durante a atividade laboral de trabalhadores.

1 OBJETIVOS DO TRABALHO

O presente trabalho pretende demonstrar a inaplicabilidade da Súmula 321 do STJ – Superior Tribunal de Justiça à relação entre entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes. Buscar-se-á ilustrar a não existência de uma relação de consumo entre as partes, que, se existente, justificaria a aplicação do CDC – Código de Defesa do Consumidor aos litígios.

2 METODOLOGIA

O tipo de estudo escolhido foi o exploratório e o descritivo, coletando-se os recursos bibliográficos e abordando-se os conceitos de consumidor e fornecedor dispostos do CDC – Código de Defesa do Consumidor. Para se chegar ao tema propriamente dito, definiu-se as entidades fechadas de previdência complementar e posteriormente assumiu-se o tema: Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

3 O CONCEITO DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Definem-se as Entidades Fechadas de Previdência Complementar Fechada – EFPC como pessoas jurídicas de direito privado, que oferecem planos de benefícios destinados a grupos fechados de pessoas, ligadas por vínculo empregatício ou associativo. Nesta perspectiva,

As entidades de Previdência Complementar Fechada possuem esta denominação por serem exclusivamente acessíveis a empregados ou associados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, sociedades, entidades de classes, fundações ou associações, as quais são denominadas de patrocinadoras ou instituidoras, eis que são por estas criadas.[2]

As EFPC ou Fundos de Pensão são organizados sob a forma de fundação ou sociedade civil e não possuem fins lucrativos. O objeto destas entidades é a administração de planos de benefícios de natureza previdenciária, não podendo prestar qualquer serviço diferente de sua finalidade.

Os Fundos de Pensão representam hoje uma importante fonte de aplicação de recursos de participantes, os quais serão revertidos futuramente em benefícios de aposentadoria que garantirão a manutenção do mesmo padrão de vida dos trabalhadores em atividade laboral. As contribuições previdenciárias devem ser geridas de forma transparente e em conformidade com a legislação legal que estabelece controles internos para essas entidades, quais sejam: Lei Complementar nº 109/2001, o Decreto nº. 4.942/2003 e a Resolução CGPC - Conselho de Gestão da Previdência Complementar nº 13/2004. Os dirigentes e demais pessoas ligadas à gestão respondem por atos que

possam colocar em risco os recursos acumulados, e que serão fonte de custeio para o pagamento de benefícios aos participantes e seus beneficiários.

Os recursos financeiros acumulados neste seguimento totalizam cerca de 480 bilhões de reais[3] e estão se expandindo em decorrência dos rendimentos obtidos com as aplicações das contribuições pagas por participantes, assistidos e patrocinadores.

Tais entidades são formadoras e acumuladoras de poupança, oriunda das contribuições depositadas por participantes ativos, assistidos e patrocinadores. Os seus ativos representam um sustentáculo no mercado imobiliário e de ações brasileiro, os quais alavancam outros segmentos, uma vez que oferecem financiamentos imobiliários, empréstimos pessoais e outras facilidades como benefícios aos seus filiados.

Em face da grandeza dos recursos financeiros administrados e levando-se em consideração a longevidade de tais entidades, verifica-se que os Fundos de Pensão representam um forte instrumento de amparo social aos participantes e assistidos ao oferecerem auxílio em momentos como doença, morte, incapacidade laborativa dentre outros, além de serem impulsionadores da poupança interna do país.

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar ou Fundos de Pensão possuem particularidades específicas em sua organização e algumas características podem ser relacionadas: [4]

1ª) a entidade fechada de previdência privada é uma espécie do gênero entidade de previdência complementar.

2ª) a iniciativa de instituir e manter uma entidade fechada de previdência privada pode ser do patrocinador, quando se trata de entidade que administra planos de benefícios dos empregados de uma empresa ou de grupos de empresas, ou plano de benefícios acessíveis aos servidores federais, estaduais ou municipais; ou do instituidor, quando se trata de entidade que administra planos de benefícios acessíveis a membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

3ª) a entidade fechada de previdência privada é sempre uma pessoa jurídica de direito privado, ainda que o patrocinador seja pessoa jurídica de direito público.

4ª) as entidades fechadas de previdência privada são, obrigatoriamente, constituídas sob a forma de fundação ou de sociedade civil sem fins lucrativos.

5ª) as entidades fechadas de previdência privada não podem ter fins lucrativos. A finalidade não lucrativa da entidade fechada é obrigatória por força do disposto no § 1º do art. 31 da Lei Complementar nº 109, de 2001.

6ª) o acesso aos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar é restrito a determinados grupos ou categorias de pessoas físicas, ou seja, empregados de uma empresa ou grupo de empresas, servidores públicos, membros de categorias profissionais, classistas ou setoriais.

7ª) o objeto institucional das entidades fechadas de previdência complementar é, única e exclusivamente, a instituição e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário.

Das características citadas podem ser destacadas a ausência de finalidade lucrativa dessas instituições por força legal e o acesso restrito aos planos de benefícios, os quais são oferecidos a determinadas categorias ou grupos de empregados de uma empresa.

A finalidade única e exclusiva de executar planos previdenciários exclui os Fundos de Pensão das regras de mercado dispostas no Código de Defesa do Consumidor, não cabendo enquadrá-los como fornecedores de serviços, uma vez que todas as contribuições arrecadadas pelos participantes e assistidos são revertidas em prol dos mesmos por meio da contraprestação de benefícios previdenciários.

4 A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL PREVIDENCIÁRIA

As relações jurídicas previdenciárias são regidas pelo Código Civil - CC, ou seja, as demandas judiciais surgidas em desfavor dos Fundos de Pensão são resolvidas no âmbito do Direito Civil tendo em vista tratar-se de um contrato de adesão, em que as cláusulas são estipuladas pelo regulamento e estatuto da entidade. As partes serão representadas de um lado pelo participante ou assistido e no outro pólo estará a entidade.

No contrato de adesão firmado entre os trabalhadores interessados em filiar-se a um plano de previdência complementar constarão cláusulas não negociáveis, as quais serão aceitas ou rejeitadas pelo contratante. Essa modalidade de contrato é definida no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 54:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.[5]

No contrato de adesão não há que se falar em relação bilateral de vontade entre os contratantes, as cláusulas serão aceitas ou não pelo interessado em contratar. Não estão presentes as características do *pacta sunt servanda*, uma vez que o mesmo não será debatido, discutido ou modificado.

Pode-se afirmar que a natureza jurídica das contribuições previdenciárias é de cunho privado, correspondendo a um prêmio de seguro ou reserva financeira. De acordo com Weintraub:

A natureza jurídica da Previdência Privada está centrada na supletividade facultativa da Previdência Social, dentro do âmbito de proteção social. Podemos dizer que a relação jurídica previdenciária privada se desenvolve por meio de um contrato de trato sucessivo, aleatório e de adesão, caracterizando, em princípio, um mútuo securitário de consumo.[6]

Desta forma, o vínculo existente entre as entidades, patrocinadores e participantes tem caráter civil-previdenciário.

5 A ABRANGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A SUA APLICABILIDADE ÀS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Em dezembro de 2005 foi editada a Súmula 321 do STJ – Superior Tribunal de Justiça que em seu conteúdo possui o seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.”[7]

O surgimento deste dispositivo teve como finalidade resolver as controvérsias entre as entidades de previdência complementar e seus participantes.

A defesa do consumidor está inserida no texto da Carta Magna como princípio da “Ordem Econômica”, no art. 170, V, do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira” e as entidades de previdência complementar são mencionadas no mesmo diploma no art. 202, do Título VIII – “Da Ordem Social” no âmbito da “Ordem Social”. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor – CDC veio tutelar as relações dos consumidores diante de fornecedores de produtos ou serviços, não alcançando desta forma, o Sistema Fechado de Previdência Complementar. Assim dispõe o art. 170, V e art. 202, *caput* da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.[8]

A relação entre entidades fechadas de previdência complementar e participantes não se enquadra como relação de consumo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor – CDC tem como objetivo tutelar as relações dos consumidores diante de fornecedores de produtos ou serviços.

Os participantes das EFPC não se incluem na definição de consumidor. O art. 2º do CDC assim define o consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.[9]

O sentido de consumidor, caracteriza-se em nível de igualdade a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. O participante que contrata um plano de previdência privada não está adquirindo um produto ou serviço como destinatário final, pelo contrário, as contribuições pagas ao longo de um determinado período serão revestidas em benefícios previdenciários futuros.

Os Fundos de Pensão não se enquadram na definição de consumidor mesmo sendo prestadores de serviços previdenciários, tendo em vista que as contribuições depositadas nessas entidades não caracterizam uma remuneração. Os valores depositados pelos participantes são revertidos em benefícios assistenciais a longo prazo, como o pagamento de aposentadorias, pensões, dentre outros. O CDC em seu art. 3º assim define fornecedor:

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.[10]

A definição de fornecedor abrange uma gama de fornecedores, quais sejam: as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, as sociedades, as fundações, sociedades de economia mista, as empresas públicas e autarquias.

Os dispositivos legais acima citados não estão de encontro com a finalidade, natureza jurídica e objetivos das EFPC, excluindo-as do tratamento dado pelo Código de Defesa do Consumidor.

As contribuições depositadas por participantes em favor das EFPC não se caracterizam como remuneração por serviços prestados, tendo-se em vista que os valores serão revertidos em benefícios previdenciários futuros.

O patrimônio acumulado dessas entidades é destinado tão só e exclusivamente para garantir o saldamento dos pagamentos dos benefícios futuros aos seus assistidos, não possuindo nenhuma finalidade de comercialização.

O art. 31 da Lei Complementar nº 109/2001 assim dispõe: “Art. 31. (...) § 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.”[11] Nesse contexto legal, verifica-se que a contribuição previdenciária possui somente o condão de se reverter em benefício previdenciário, não caracterizando qualquer forma de remuneração ou preço, com finalidade de comércio, conforme reza o art. 3º do CDC.

Corrobora o art. 19, *caput* do mesmo dispositivo legal: “As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.”[12] Portanto, serão revertidas em benefícios para os próprios participantes.

À luz do § 2º do art. 3º do CDC também não se verifica a aplicabilidade deste diploma legal às EFPC, uma vez que os planos de benefícios são destinados a grupos específicos de pessoas, e não a uma coletividade.

Os planos de benefícios não são disponibilizados ao mercado, mas tão e somente à parcela restrita de participantes relacionada por meio do vínculo empregatício com o patrocinador, não objetivando qualquer forma de lucro.

De acordo com João Paulo Rodrigues da Cunha:

O benefício previdenciário tem dimensão monetária – nuança fundamental no Direito Previdenciário. As mensalidades são valores pagos em dinheiro que, uma vez embolsado, é importância de propriedade do titular, podendo fazer o uso desejado. Sua concessão não resulta nem importa destruição imediata da sua própria substância, e sim a ser gasto, utilizado, como instrumento – meio – para aquisição de mercadoria ou produto. Nesse diapasão, verifica-se, grosso modo, a ação de direito processual onde esta é mero instrumento e não atributo ou qualificativo para a realização do direito material.[13]

Neste sentido, o benefício previdenciário não pode ser enquadrado como um produto uma vez que o participante não se caracteriza como destinatário final de uma relação de consumo. Os valores depositados ao longo do tempo serão revertidos em favor dos participantes ou seus dependentes.

Verifica-se, diante dos fatores que caracterizam uma relação de consumo, que a relação entre participantes e entidades fechadas de previdência complementar não se enquadra na proteção expressa pelo Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Tomando-se como base a definição de consumidor e fornecedor, expressa no CDC e levando-se em consideração as características das entidades fechadas de previdência complementar, a natureza jurídica e objetivos denota-se a inaplicabilidade desta norma legal. De acordo com o art. 2º do CDC, os participantes não podem ser enquadrados como consumidores por não serem destinatários finais de produtos ou serviços. Será considerado consumidor: “ toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. [14]

As normas que tutelam as relações de consumo não devem ser aplicadas na relação entre participantes e tais entidades. As EFPC possuem legislação própria que regula o seu funcionamento.

A ausência de lucratividade isenta a característica de comercialização de planos de benefícios no mercado de consumo, uma vez que os mesmos são oferecidos a um grupo restrito de pessoas, conforme normas regulamentares e estatutárias dessas entidades.

A finalidade do presente trabalho foi a de demonstrar o equívoco e inadequação da Súmula 321 do STJ, a qual reza que o Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado nos litígios decorrentes de relações previdenciárias privadas.

As recomendações da pesquisa é que o tema seja mais explorado por especialistas no assunto, com o objetivo de esclarecer aos julgadores que hoje utilizam a Súmula 321 do STJ como dispositivo não contestável, que a sua elaboração foi equivocada, não sendo condizente a natureza jurídica dos Fundos de Pensão.

REFERÊNCIAS

ASSPREVISITE. Revista Eletrônica Semanal. Resenha informativa de interesse para a gestão das EFPCs, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.assprevisite.com.br/revista.html>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 set. 2008.

BRASÍL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

BRASIL. Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp109.htm>>. Acesso em: 04 set. 2008.

CUNHA, João Paulo Rodrigues. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Disponível em: <<http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/iniplica.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2008.

DGI. Índice Fundamental do Direito. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm>. Acesso em: 05 set. 2008.

REIS, Maria Lúcia Américo; BORGES, José Cassiano. *Fundos de Pensão: Regime Jurídico Tributário da Poupança do Futuro*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. 252 p., pág. 20.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Previdência complementar privada e fechada. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, n. 114, p. 109-121, abr./jun. 2004, pág. 111.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Manual de Direito Previdenciário Privado*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004. 143 p., pág. 71.

[1] DGI. Índice Fundamental do Direito. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm>. Acesso em: 05 set. 2008.

[2] SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Previdência complementar privada e fechada. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, n. 114, p. 109-121, abr./jun. 2004, pág. 111.

[3] ASSPREVISITE. Revista Eletrônica Semanal. *Resenha informativa de interesse para a gestão das EFPCs*, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.assprevisite.com.br/revista.html>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

[4] REIS, Maria Lúcia Américo; BORGES, José Cassiano. *Fundos de Pensão: Regime Jurídico Tributário da Poupança do Futuro*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. 252 p., pág. 20.

[5] BRASÍL. *Lei 8.078*, de 11 de setembro de 1990, art. 54. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

[6] WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Manual de Direito Previdenciário Privado*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004. 143 p., pág. 71.

[7] DGI. Índice Fundamental do Direito. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm>. Acesso em: 05 set. 2008.

[8] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 170, V e 202, *caput*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 set. 2008.

[9] BRASÍL. *Lei 8.078*, de 11 de setembro de 1990, art. 2º. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

[10] *Ibid.*, art. 3º.

[11] BRASIL. *Lei Complementar n. 109*, de 29 de maio de 2001, art. 31. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 30 mai. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp109.htm>>. Acesso em: 04 set. 2008.

[12] Ibid., art. 19, *caput*.

[13] CUNHA, João Paulo Rodrigues. *Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às Entidades Fechadas de Previdência Complementar*. Disponível em: <<http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/iniplica.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2008.

[14] BRASÍL. *Lei 8.078*, de 11 de setembro de 1990, art. 2º. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 abr. 2008.

**A INFLUÊNCIA DOS PRECONCEITOS NA FORMAÇÃO DO DIREITO DAS
RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE SOB A VISÃO DOS FILÓSOFOS
FRANCIS BACON E HANS G. GADAMER***

**LA INFLUENCIA DE LAS PRECONCEPCIONES EN LA FORMACIÓN DE LA
DERECHA DE LAS RELACIONES DE LA CONSUMICIÓN: ANÁLISIS BAJO
VISIÓN DE LOS FILÓSOFOS FRANCIS BACON Y HANS G. GADAMER**

Nadialice Francischini de Souza

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade, sem a pretensão de exaurir a matéria, e como o próprio título já denuncia, fazer um estudo sobre as pré-concepções, sob o enfoque dos filósofos Francis Bacon e Hans G. Gadamer, e as interferências destas na formação e evolução da proteção das relações de consumo. A intenção não é analisar as relações de consumo de forma ampla, mas sim observar quais os principais preconceitos que tiveram, de forma decisiva, influências para a estruturação do Direito de Defesa do Consumidor no Brasil, dentro da Política Nacional de Defesa do Consumidor, e a tutela do consumidor como ente vulnerável e hipossuficiente econômica e tecnicamente.

PALAVRAS-CHAVES: PRECONCEITOS, PRÉ-NOÇÕES, PRÉ-CONCEPÇÕES, FRANCIS BACON, HANS G. GADAMER, RELAÇÃO DE CONSUMO, EVOLUÇÃO.

RESUMEN

El actual trabajo tiene como propósito, sin el pretension del exaurir la sustancia, y como el título apropiado denunci ya, de hacer un estudio en los pagar-conceptos diarios, bajo acercamiento de los filósofos Francis Bacon y Hans G. Gadamer, y las interferencias de éstos en la formación y la evolución de la protección de las relaciones de la consumición. La intención no es analizar las relaciones de la consumición de la forma amplia, pero observar sí cuál las preconcepciones principales que habían tenido, de forma decisiva, influencias para el estruturação de la derecha a los consejos del consumidor en el Brasil, dentro de la política nacional de la defensa del consumidor, y de la tutela del consumidor como ser e hipossuficiente vulnerables económicamente y técnico.

PALAVRAS-CLAVE: PREJUICIOS, PRE-NOCIÓN, PRE-CONCEPCIÓN, FRANCIS BACON, HANS G. GADAMER, RELACIÓN DE CONSUMO, EVOLUCIÓN.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano é influenciado pelas suas pré-noções, pelos conhecimentos prévios que tem sobre as coisas, sendo objeto de estudo de muitos filósofos, sendo objeto do presente trabalho o pensamento de Francis Bacon – para quem a metodologia deveria ser neutra de pré-concepções, e Hans G. Gadamer – para quem a metodologia é um processo e nele os preconceitos têm importância que não se deve descartar.

A influência das pré-concepções reflete-se no Direito do Consumidor. A formação da sociedade capitalismo de massa, bem como a falência do direito privatista para tutelar as novas relações, travadas entre os fornecedores de produtos e serviços e os consumidores, tornou necessária a criação de mecanismos próprios de proteção.

Diante deste quadro, o presente trabalho busca, sem o exaurimento da matéria, analisar, primeiramente o pensamento dos filósofos Francis Bacon e Hans G. Gadamer, no tocante aos preconceitos. Após a influência das pré-noções na formação do Direito de Defesa dos Consumidores.

2. O PENSAMENTO DE FRANCIS BACON E A METODOLOGIA DO PENSAMENTO NEUTRO

Francis Bacon, em sua obra *Novum Organum*, trabalha o conhecimento científico, na busca do pensamento da ciência neutra. O seu projeto almejava “reformular total do conhecimento humano”, “aperfeiçoar a ciência, depois aperfeiçoar a ordem social, e por último conferir a soberania aos homens da ciência”, na busca do “método científico que é um método de observação”.

A preocupação com o método científico justificava-se no fato de “a lógica (da ciência) tal como usada (à época) mais valia para consolidar e perpetuar erros, fundados em noções vulgares, que para a indagação da verdade, de sorte que é mais danosa que útil”. Desta forma, a ciência para Bacon consistia

no estabelecer os graus de certeza, determinar o alcance exato dos sentidos e rejeitar, na maior parte dos casos, o labor da mente, calcado muito de perto sobre aqueles, abrindo e promovendo, assim, a nova e certa via da mente, provém das próprias percepções sensíveis (...).

A base do pensamento de Bacon está

na separação entre a ciência e as humanidades (estas preocupadas com a justiça, com as pessoas, com a natureza, com o sagrado) e foi forte propulsor do empiricismo, difundindo a crença de que o ponto de partida de todo conhecimento deveria ser a observação, a descrição fiel da realidade, isenta de julgamentos e interpretações:

O objetivo e o pensamento de Bacon foram bem descritos por Reinaldo Furlan:

Cautela na observação, suspensão das idéias recebidas da educação, cautela e precisão no uso da linguagem, e o desenvolvimento de experiências criadas especificamente para atender aos fins da interrogação científica (o que, se não representava uma novidade estrito senso na época, marcaria cada vez mais a prática da ciência posterior), eram os ingredientes do receituário baconiano para a atitude científica. A partir dessas observações a ciência deveria inferir gradualmente os princípios mais gerais da natureza. Sendo assim, o conhecimento científico poderia ser certo e seguro, e por isso ele não admitia hipóteses na Ciência, sobretudo aquelas da metafísica que visavam às razões últimas das coisas, e que ultrapassavam as passíveis de experimentação.

Para alcançar o conhecimento científico, Bacon ensinava que o pesquisador deveria, na busca da utilização de um método perfeito, abdicar-se de todas as influências, de todas as concepções e conceitos pré-determinados. Ele “acreditava na possibilidade de uma experiência despida dessas interferências que distorciam seu verdadeiro sentido, a ser conquistado pela atitude científica”. Ele afirmava que somente “a cura da mente” possibilitaria a salvação da ciência.

As interferências no pensamento eram para Bacon obstáculos ao conhecimento científico, inclusive os oriundos da linguagem, pois

o silogismo costea de proposições, as proposições de palavras, as palavras são o signo das noções. Pelo que, se as próprias noções (que constituem a base dos fatos) são confusas e temerariamente abstraídas das coisas, nada que delas depende pode pretender solidez.

O que Bacon questionava nos métodos da lógica era as

constante tensão entre os pré-conceitos, os modelos consagrados que se transmitem ao longo das gerações sem o devido questionamento de sua validade ou de suas reais relações de causa e efeito, e o dinamismo e a espontaneidade que formulam a todo momento novas teorias e novos modelos explicativos.

As noções que fundamentavam a ciência dialética eram prejudiciais para a construção de um conhecimento científico, pois deixava “o intelecto a si mesmo, a mente sóbria, paciente e grave”. O intelecto humano ficava livre para antecipar as definições, para se concordar com o senso comum, impedindo que o pesquisador estudasse o objeto em todas as suas peculiaridades.

Às noções superficiais e falsas, “que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados”, Bacon denominou de ídolos, com raiz na “chamada a idolatria, ou culto a algo como se fora deus ou deusa”. Eles representam que

o intelecto humano não é luz pura, pois recebe influência da vontade e dos afetos, donde se pode gerar a ciência que se quer. Pois o homem se inclina a ter por verdade ou que prefere. Em vista disso, rejeita as dificuldades, levado pela impaciência da investigação; a sobriedade, porque sofreia a esperança; os princípios supremos da natureza, em favor da superstição; a luz da experiência, em favor da arrogância e do orgulho, evitando parecer se ocupar de coisas vis e efêmeras; paradoxos, por respeito à opinião de vulgo. Enfim, inúmeras são as fórmulas pelas quais o sentimento, quase sempre imperceptivelmente, se insinua e afeta o intelecto.

Bacon classificou os Ídolos que impedem a busca do conhecimento científico em quatro, a saber: Ídolos da Tribo, Ídolos da Caverna, Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro. Em uma visão geral

- os Ídolos da Tribo, o primeiro, estão ligados a natureza humana, “é falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas”, comparado por Bacon a um espelho.
- os Ídolos da Caverna têm relação do indivíduo enquanto ele mesmo, são resultado do homem voltado para si mesmo.
- os Ídolos do Foro são os “provenientes das associações recíprocas dos indivíduos do gênero humano entre si”, são os derivados do homem enquanto membro de uma sociedade, enquanto ser sociável.
- por fim, os Ídolos do Teatro tem ligação com “as filosofias adotadas ou inventadas, [...] as fábulas produzidas e representadas, que figuram mundos fictícios e teatrais”.

3. OS PRECONCEITOS COMO ELEMENTO DA COMPREENSÃO METODOLÓGICA NA VISÃO DE GADAMER

A despeito do pensamento de Francis Bacon, para quem o conhecimento científico somente era alcançado mediante uma “epistemologia baseada em evidências, que poderia construir um conhecimento claro e objetivo”; o novo paradigma do pensamento filosófico não mais admite que o pesquisador se isente totalmente das suas noções prévias. Isto porque estas são inerentes ao processo da pesquisa, sendo impossível falar de investigação neutro ou exclusivamente objetiva.

Dentre os filósofos que estudaram a influência das pré-concepções humanas na epistemologia, destaca-se Hans G. Gadamer, que “rejeita a idéia de métodos nas Ciências Sociais e de verdades absolutas e verificáveis que advenham desses métodos”.

Para Gadamer, toda interpretação que se queira válida deve proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas, volvendo-se os olhos para “as coisas elas mesmas”, isto é, atentar-se para a coisa através dos desvios de percepção a que está submetido o intérprete e, além, a despeito deles. Entretanto, isso não significa que o pesquisador deve abdicar das suas pré-concepções, posto que aquele que busca compreender algo está sujeito a opiniões prévias. O pensamento de Gadamer significa que se deve fazer “um uso metodológico e disciplinado da razão, suficiente para proteger de qualquer erro”, estes provenientes da precipitação.

Os ‘preconceito’, conforme trabalhado por Gadamer, influenciam e respalda a nova ciência do conhecimento não representa “aquilo que o senso comum considera como um juízo falso sobre alguma coisa que não se conhece bem, e sim o conjunto de juízos prévios à compreensão que o homem como ser-no-mundo adquire pela sua situação hermenêutica”. O próprio Gadamer, trabalhando o preconceito no processo de interpretação, afirma que

‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praeiudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente.

O interprete no interpretar não pode ignorar as influências de suas próprias pré-concepções, posto que a interpretação vem “depois da compreensão, e não ao contrário como proferia a tradição hermenêutica, que tenta dar conta dos preconceitos que existem no processo compreensivo, mas não na tentativa de superá-los, porém sim na de situá-los ante um olhar crítico”.

Verifica-se que conforme Gadamer, a interpretação não é mera reprodução de sentido, pois o interprete não pode apreender o conteúdo de sua pesquisa de um ponto de vista situado fora de sua existência, a exemplo da histórica, para o que concorrerão fortemente os elementos da pré-compreensão, que são elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto.

4. BREVE INTRODUÇÃO A FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Não sendo possível a análise do conteúdo estudado, segundo o pensamento de Gadamer, sem uma compreensão da existência do objeto, é importante, para o presente trabalho, um breve estudo histórico sobre a formação e evolução do Direito do Consumidor.

Com a Revolução Francesa e os seus ideais – liberdade, igualdade e fraternidade, o iluminismo, a reforma protestante e o jusnaturalismo racionalista, “o homem se reposicionou como o fim primeiro e último da organização social”. Isso significou que a vontade individual se firmou “como força única de toda obrigação jurídica”. Porque, “o enfoque das relações jurídicas na vontade do indivíduo, aliados aos ideais liberais, contribuíram sobremaneira para o enfoque absoluto no homem, em particular, fragilizando o espírito associativo e de cooperação social”.

Impulsionado pelos princípios da liberdade – todos são livres para agir desde que não proibido; e da igualdade – todos são iguais perante a lei; o dogma da autonomia da vontade difundiu-se, influenciando as relações jurídicas e, principalmente, o direito civil e a teoria dos contratos. Essa influência refletiu na “liberdade contratual, na força obrigatória do contrato e de seu efeito relativo”.

Entretanto, com o desenvolvimento industrial, a produção em massa dos produtos, que ocasionaram grande disparidade econômica e tecnológica entre as partes envolvidas nas relações jurídicas, a liberdade jurídica individual no modelo como idealizado no século XIX, não mais pode ser sustentado, como bem observa João Batista de Almeida:

Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida. O comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, intensificando a utilização da

publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários. A produção em massa e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, sofisticada e complexa.

Como era de se esperar, essa modificação das relações de consumo culminou por influir na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessita, portanto, de resposta legal protetiva.

Ada Pellegrini Grinover e os autores do ante-projeto do Código de Defesa do Consumidor afirmam que

o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

Diante dessa transformação social, e com o crescimento das relações de consumo, com o fortalecimento dos produtores e detentores dos meios de produção, em detrimento da fragilidade do consumidor e usuários dos produtos e serviços, houve a necessidade criar mecanismos que tutelassem estes diante da autonomia da vontade liberal. Isso porque, “o objetivo do fornecedor é escoar a produção e atingir o lucro, enquanto o interesse do consumidor numa relação jurídica desse porte é a satisfação de uma necessidade pessoal”, tendendo ao desequilíbrio jurídico.

Visando restabelecer a harmonia dos interesses dos participantes das relações consumeristas surgem políticas que, restringindo a liberdade de contratar, buscando a harmonia da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

As relações de consumo são estruturados de modo bilateral, entre o fornecedor – pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços –, e o consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

É clara a ligação do Direito dos Consumidores com a busca de garantias e direitos que protejam mais ‘fracos’ economicamente, equilibrando as relações jurídicas de consumo. Essa preocupação representa o pensamento de países isolados, mas de toda a sociedade mundial.

Na política do consumidor, tal como se enunciava nos seus atributos essenciais em documentos de importância internacional, “constitui uma resposta às condições nas quais se encontra o consumidor diante da crescente abundância e complexidade dos bens e serviços oferecidos num mercado em expansão”, cuja evolução favorece os produtores, os intermediários e os prestadores em detrimento dos que compram bens de consumo ou dos que usam os serviços oferecidos, e permitem que ditem as condições de mercado.

As primeiras manifestações consumeristas, que buscaram a harmonização das relações, “originaram nos Estados Unidos, em 1890 com a Lei Sherman, que é a lei antitruste americana”, que foi motivada pelo modelo capitalista que então já se formava.

A preocupação com a proteção das relações de consumo não é isolada, mas sim mundial. A Organização das Nações Unidas, “reconheceu que os consumidores enfrentam amiúde desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação”, tendo aprovado a Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, que prevê uma política de proteção ao consumidor, destinada aos estados filiados, tendo em conta os interesses e necessidades dos consumidores de todos os países.

O objetivo da tutela das relações de consumo é

de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

No Brasil, “o movimento consumerista se desenvolveu através, principalmente, da luta pelos bens e serviços básicos, o que demonstra a sua relação com os aspectos econômicos, sociais e políticos nacionais”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor foi arrolado dentre os princípios e direitos fundamentais, e elevado a categoria de cláusula pétria. Em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei n. 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. A legislação específica tem como principal diferencial das demais normas que existiam no país, “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como ferramenta para atingir a igualdade pretendida pelo legislador”. Definitivamente, foi reconhecido o consumidor como parte mais fraca, hipossuficiente tanto econômica como tecnicamente.

5. A INFLUÊNCIA DOS PRECONCEITOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A nova sistemática de metodologia hermenêutica não mais se sustenta na visão tradicionalista de Francis Bacon, para quem o pesquisador deveria ser neutro, despido de todos os seus preconceitos e influências, na busca do conhecimento puro, desvinculado da mediação humana, isso porque

as ciências que se pretendem neutras, livres de juízos de valor, de ideologias políticas e sociais procuram expressar dada objetividade científica, reforçando os métodos positivistas, as vertentes epistemológicas calcadas em modelos das ciências naturais e em concepções da realidade social ou política, desvinculada de interesses sociais.

Nas ciências jurídicas as pré-noções, acumuladas ao longo de toda uma evolução histórica, têm grande influência sobre a formação dos paradigmas basilares. As pré-noções aqui são usadas como sinônimo de preconceitos, pré-concepção, conhecimento prévio de algo, no sentido como aplicado por Gadamer , para quem os

preconceito não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativa [...] e no procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva.

Depreende-se, pois, da perspectiva gadameriana, que os preconceitos, pré-noções, juízos prévios ou ideologia não devem ser temidos, disfarçados ou ocultados, pois representam elementos essenciais do processo de compreensão.

No que atine ao Direito da Proteção das Relações de Consumo ou da Defesa do Consumidor a pré-concepção com maior influência é de que o Direito Privatista, em especial as normas do Direito Civil, fundado na autonomia da vontade, na liberdade das partes, e no princípio do *pacta sunt servana* – contrato é lei entre as partes, não mais tem o condão de tutelar as novas relações travadas na era do capitalismo de massa.

Rizzato Nunes analisando a aplicação das normas de Direito Civil nas relações de consumo afirma que elas não servem ao fim que se destinam, concentrando suas críticas principalmente o princípio do *pacta sunt servana* da teoria geral dos contratos, esclarecendo que

sabe-se que nas relações contratuais no direito civil, no direito privado, há um pressuposto de que aqueles que querem contratar sentam-se à mesa em igualdade de condições e transmitem o elemento subjetivo volitivo de dentro para fora, transformado

em dado objetivo num pedaço de papel. São proposições que, organizadas em forma de cláusula impressas num pedaço de papel, fazem surgir o contrato escrito. É a tentativa de delineamento objetivo de uma vontade, portanto elemento subjetivo. É a escrita – o tipo de contrato – que o direito civil tradicional pretende controlar.

[...] Esse esquema legal privatista para interpretar contratos de consumo é completamente equivocado, porque o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais. [...] O problema é que a aplicação da lei civil assim como a memória dos operadores do direito geram toda sorte de equívocos. Até a oferta, para ilustrarmos com mais um exemplo, é diferentes nos dois regimes: no direito privado é um convite à oferta; no direito do consumidor, é uma oferta que vincula o ofertante.

Reconhecido que as normas do direito privatista não são apropriadas para tutelar as relações de consumo, principalmente em relação à autonomia da vontade, o legislador, no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que as normas que tutelam a proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social. Isso significa que elas são inafastáveis, inderrogáveis pela vontade das partes.

O reconhecimento de que o consumidor é vulnerável diante da sociedade capitalistas de massa, decorrente de um distanciamento entre o produtor e o consumidor, decorrente do preconceito de que este é hipossuficiente econômica e técnica. Miriam de Almeida Souza (que sistematiza o pensamento da proteção do consumidor mediante normas específicas), justifica a defesa dos direitos de defesa do consumidor, com base em quatro pré-noções:

- (1) o consumidor, por ser uma unidade isolada, tende a agir mais desunido que o produtor, o que enfraquece a sua força;
- (2) o produtor, por ser mais organizado, pode interferir pelo *lobbying* no processo de formação da política e das leis, alterando-as, não raro, em seu benefício;
- (3) o poder de aglutinação dos consumidores não é muito forte, porque os seus interesses confluem implicitamente sem sentido de unidade e só por motivos de consumo (que podem, por exemplo, simplesmente ocorrer com mudança de marca), enquanto para os produtores essa aglutinação é uma questão crucial e constante de sobrevivência econômica; e
- (4) os produtores, com base nas patentes e leis, podem omitir a forma exata da preparação do produto, inclusive suas deficiências, lesando, assim, os consumidores, que, na boa-fé, ficam enfraquecidos ou totalmente indefesos.

Ainda analisando as pré-concepções trazidas por Miriam de Almeida Souza, não se pode deixar de observar que o seu pensamento está baseado em alguns aspectos ditos ‘chaves’ e que demonstram a necessidade da tutela da classe consumerista:

(1) o produtor parece agir, sem responsabilidade, como se não tivesse consciência de que cria um produto ou serviço que será consumido por um semelhante;

(2) é de admitir-se que um produto, ao produzir um bem, deva fazê-lo corretamente, de maneira que ofereça segurança e conforto ao usuário, e que não implique para este, debilitação ou prejuízo de qualquer natureza; e

(3) que ele (o consumidor) não tenha a obrigação de provar ao produtor ou até à Justiça que agiu de boa-fé quando adquiriu o produto, que desejava as características mencionadas, mas que não puderam ser verificadas no produto que adquiriu.

[...]

Disso pode-se, naturalmente, inferir que:

(1) o setor industrial fica mantido inoperante, sem maiores expansão significativas físicas ou tecnológicas;

(2) investimentos pesados em tecnologia e empresas de grande porte, especialmente na produção de bens de capital, permanecem sem qualquer estímulo, por mais atrativos que os incentivos oficiais tentem parecer à primeira vista;

(3) os recursos enviados ao exterior (por tais produtores) não são transformados em divisas para compra de novas importações e tecnologias de ponta, forçando o país a ficar num marcapasso;

(4) acresça-se o volume extraordinário de captação de recursos externos que procura o Brasil para se aproveitar do alto nível dos juros internos, provocando déficit público, redução das receitas e aumento das despesas do governo; e, o que é pior,

(5) a inflação permanece alimentada em altos níveis, sem as políticas renderem os efeitos desejados, ocasionando um ciclo de perpetuidade da ciranda financeira, degradação do meio ambiente e perda de qualidade de vida de todos, à exceção dos mais favorecidos.

Rizzato Nunes também se respalda em alguns preconceitos para provar a necessidade da defesa dos consumidores mediante normas de ordem pública e interesse social, ao analisar a fragilidade técnica e econômica:

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo reconhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviço que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da

decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

[...] O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

A pré-noção de que, na sociedade capitalista de produção e consumo de massa, o direito privatista não mais tem condições de tutelar as relações entre fornecedores e consumidores, é inegável que o consumidor foi reconhecido como vulnerável e hipossuficiente técnica e economicamente. Desta forma, passou-se a tutelar o consumidor como a “parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado”.

6. CONCLUSÃO

Os preconceitos são inerentes ao ser humano, eles são decorrentes da formação do homem. Francis Bacon, na busca de uma epistemologia pura, neutra, firmou entendimento de que o pesquisador deveria abdicar de todas as suas pré-concepções, pois estas o levariam para ‘lugares’ vulgares e o impediria de alcançar a verdade.

O interprete deveria ter cautela na observação do objeto estudado, despindo-se das noções recebidas da educação, da religião, e dos termos lingüísticos. Isto porque estes são obstáculos ao conhecimento científico, pois permitem que o intelecto antecipe as definições, para concordar com o senso comum, impedindo que o estudioso analise o objeto em todas as suas particularidades. A esses obstáculos ele denominou de Ídolos.

Criticando o pensamento da ciência neutra, Hans G. Gadamer defende que não é possível ao homem isentar-se das pré-noções, posto que esses são inerentes a compreensão prévia do objeto a ser estudado. Preconceito, aqui, significa juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. Ele diferencia preconceitos das intuições repentinas, da precipitação, estas últimas sim prejudiciais ao processo de interpretação, pois envolve o interprete e o desvia da percepção a que está.

Aceitando como tese plausível o ensinamento de Gadamer, posto que as pré-concepções são intrínsecas ao pesquisador, e desses não há como se despir, inexistindo ciência pura,

é de fácil percepção que as origens do Direito do Consumidor localiza-se no desenvolvimento industrial e na formação da sociedade capitalista de produção e consumo de massa.

Dentro desse contexto histórico desenvolveram-se os preconceitos que justificam a tutela do consumidor como vulnerável e hipossuficiente técnica e economicamente.

A principal pré-noção é de que, diante da sociedade de consumo em massa, e da deficiência econômica e técnica do consumidor face ao fornecedor, as normas do Direito privatista, fundada na autonomia da vontade, na liberdade das partes, e no princípio do *pacta sunt servanda*, não mais eram adequadas para regulamentar as relações jurídicas que estavam surgindo.

Outras pré-noções que merecem ser ressaltadas são:

- o fato de que o crescimento das relações de consumo, com o fortalecimento dos produtores e detentores dos meios de produção, fragilizaram o consumidor e usuários dos produtos e serviços;
- o consumidor, individualmente, não tem condições de negociar com o produtor, enfraquecendo-se;
- o fornecedor, organizado e detentor dos meios de produção, impõe a sua vontade ao consumidor, decidindo o que, quando e de que maneira produz.

Nesse diapasão surgiu as políticas e legislações, bem como o Direito do Consumidor, visando restabelecer a harmonia dos interesses dos participantes das relações consumeristas, buscando a harmonia da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, João Batista de . *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS*. Disponível em: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol11/04ObstaculosEpistemologicos.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

ANDRADE, José Aluysio Reis de. *Bacon – Vida e Obra*. In BACON, Francis. *Novum Organum* ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores. São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. *A ciência como forma de conhecimento*. Revista Eletrônica Ciências & Cognição. Disponível na internet em: <http://www.cienciasecognicao.org/artigos/v08/m32690.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida*. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores. São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997.

BRASIL, *Código do Consumidor*. In Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, *Constituição Federal da República*. In Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor*. Diário do Congresso Nacional (Seção II) do dia 03.maio.1898: Brasília, p. 1663.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete*. Disponível na internet no site: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adrualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>. Acesso em: 09.jan.2008.

CONSCIÊNCIA.ORG. *Francis Bacon – (1561-1626) nasceu no dia 22 de janeiro na York House, Londres, na casa de seu pai, Nicholas Bacon*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/bacon.shtml>. Acesso em: 02.jan.2008.

FONSECA, Dirce Mendes da. *Paradigmas Epistemológicos e Práticas Jurídico-Científicas: uma análise da Ideologia*. Disponível no site:

http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_dirce_da_fonseca.pdf. Acesso em: 15.jan.2008.

FURLAN, Reinaldo. *UMA REVISÃO /DISCUSSÃO SOBRE A FILOSOFIA DA CIÊNCIA*. Disponível na internet no site: <http://sites.ffclrp.usp.br/paideia/artigos/24/01.doc>. Acesso em: 02. jan.2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini – 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GOMES, Orlando. *A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor*, in _____. Ensaios de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 9ª ed. rev. atual e ampl.* Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl, incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais – 2. tir. Biblioteca de direito do consumidor, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A evolução dos direitos fundamentais: o direito do consumidor como um interesse difuso e a possibilidade de resgate da cooperação social*. 50 Rev. Humanidades, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2003. Disponível na internet em: http://sumarios.org/pdfs/459_2056.pdf. Acesso em 03.jan.2008.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. *A constituição da verdade em Hans G. Gadamer e Michel Foucault*. Revista Aulas. n. 3 – dez/2006-março/2007. Disponível na internet no site: <http://www.unicamp.br/~aulas/pdf3/04.pdf>. Acesso em 15.jan.2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais*. Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27.dez.2007.

SILVA, Fernando Borges da. *O Código de Defesa do Consumidor: um microssistema normativo eficiente?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. 2. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1996.

Advogada. Mestranda em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Bahia.

nadiafrancischini@yahoo.com.br

ANDRADE, José Aluysio Reis de. *Bacon – Vida e Obra*. In BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida*. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores. São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997, p. 10.

CONSCIÊNCIA.ORG. *Francis Bacon – (1561-1626) nasceu no dia 22 de janeiro na York House, Londres, na casa de seu pai, Nicholas Bacon*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/bacon.shtml>. Acesso em: 02.jan.2008.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. *A ciência como forma de conhecimento*. Revista Eletrônica Ciências & Cognição. Disponível na internet em: <http://www.cienciasecognicao.org/artigos/v08/m32690.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida*. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores. São Paulo, SP: Editora Nova Cultura, 1997, p. 35.

Ibidem, p. 27-28.

ARAÚJO. *Op. Cit.*

FURLAN, Reinaldo. *UMA REVISÃO /DISCUSSÃO SOBRE A FILOSOFIA DA CIÊNCIA*. Disponível na internet no site: <http://sites.ffclrp.usp.br/paideia/artigos/24/01.doc>. Acesso em: 02. jan.2008.

Ibidem.

BACON. *Op Cit.*, p. 28.

BACON, *Op Cit.*, p. 35.

ARAÚJO. *Op Cit.*.

BACON. *Op Cit.*. p. 36.

Ibidem, p. 39.

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. *OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS.*
Disponível em:
<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol11/04ObstaculosEpistemologicos.htm>. Acesso em: 02.jan.2008.

BACON. *Op Cit.*, p. 43.

Ibidem, p. 40.

Ibidem, p. 41.

Ibidem, p. 41.

CATÃO, Adualdo de Lima. *A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete.* Disponível na internet no site: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>. Acesso em: 09.jan.2008.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. *A constituição da verdade em Hans G. Gadamer e Michel Foucault.* Revista Aulas. n. 3 – dez/2006-março/2007. Disponível na internet no site: <http://www.unicamp.br/~aulas/pdf3/04.pdf>. Acesso em 15.jan.2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I.* Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini – 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 355-356.

Ibidem, p. 368.

CATÃO. *Op Cit.*

GADAMER, *Op. Cit.*, p. 360.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. *Op. Cit.*

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A evolução dos direitos fundamentais: o direito do consumidor como um interesse difuso e a possibilidade de resgate da cooperação social.* 50 Rev. Humanidades, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 50-67, jan./jun. 2003. Disponível na internet em: http://sumarios.org/pdfs/459_2056.pdf. Acesso em 03.jan.2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais*. Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27.dez.2007.

MENEZES. *Op. Cit.*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op Cit.*

ALMEIDA, João Batista de . *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini [*et. al.*]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 9ª ed. rev. atual e ampl.* Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2007, p. 6.

MENEZES. *Op. Cit.*

Artigo 4º, III, da Lei 8.078/1990, *in BRASIL, Código do Consumidor. In Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Artigo 3º da Lei 8.078/1990, *in BRASIL, Código do Consumidor. In Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Artigo 2º da Lei 8.078/1990, *in BRASIL, Código do Consumidor. In Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor*, *in* _____. Ensaio de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 110-120.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor*. Diário do Congresso Nacional (Seção II) do dia 03.mai.1898: Brasília, p. 1663.

ALMEIDA. *Op. Cit*, p. 16.

MENEZES. *Op. Cit.*

CF - Artigo 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

SILVA, Fernando Borges da. *O Código de Defesa do Consumidor: um microssistema normativo eficiente?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

FONSECA, Dirce Mendes da. *Paradigmas Epistemológicos e Práticas Jurídico-Científicas: uma análise da Ideologia*. Disponível no site: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_dirce_da_fonseca.pdf. Acesso em: 15.jan.2008.

GADAMER. *Op. Cit.*, p. 360.

Neste sentido Cláudia Lima Marques ensina: Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relação jurídica de direito privado, ante dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl, incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais – 2. tir. Biblioteca de direito do consumidor, v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 505)

NUNES. *Op. Cit.*, p. 5.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. 2. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1996, p. 25.

SOUZA. *Op. Cit.*, p. 37-39.

NUNES. *Op. Cit.*, p. 129-130.

GRINOVER. *Op. Cit.*, p. 69.

“PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO” E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR* **

“PRECAUTIONARY PRINCIPLE” AND CONSUMER PROTECTION

Roberto Grassi Neto

RESUMO

Ambientalistas e entidades de consumidores têm questionado veementemente o emprego de novas tecnologias, especialmente no âmbito da agricultura, com relação à formação de cultivares a partir do emprego de sementes modificadas geneticamente a fim de reduzir ou eliminar a utilização de agrotóxicos. Ambas as técnicas de produção das sementes transgênicas atualmente comercializadas prestam-se a controvérsias, quer sejam produzidas pelo sistema denominado Roundup Ready (RR), que propõe a substituição de toda uma gama de pesticidas por uma única substância, o glifosato, quer pela técnica “Bt”, que modifica geneticamente a semente mediante inserção de genes de uma bactéria de solo para que passem a produzir “toxinas” letais aos insetos que delas se alimentem. Teme-se que a modificação genética possa não apenas acarretar prejuízos à saúde humana, como contaminar outros organismos pela alteração de sua herança genética, ou mesmo ensejar o surgimento de espécimes daninhos cada vez mais resistentes ao glifosato. É em meio a essa preocupante conjuntura que vem ganhando força a idéia de “precaução”, concebida como princípio jurídico com incidência direta tanto na área ambiental como no concernente ao consumidor, segundo o qual se deve assegurar elevado nível de proteção preventiva quanto à qualidade de produtos, nos casos em que os dados científicos disponíveis ainda não permitam uma completa avaliação de risco à saúde ao qual esteja ele sujeito. Embora o “princípio da precaução” tenha fundamento na Constituição Federal que assegura tanto a proteção ao consumidor como a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, os órgãos governamentais o tem ignorado na prática, mediante a edição de complexo normativo que perigosamente reputa “suficientes” mecanismos revelados, na prática, pífios na proteção ao consumidor e ao meio ambiente. O pragmatismo irônico dos raciocínios nos altos escalões governamentais tem deixado margem a dúvidas quanto à sua sinceridade, eis que considerar “a priori” alimentos geneticamente modificados na qualidade de mero mal menor diante da crise de alimentos parece mais atender aos interesses das multinacionais do que aos dos consumidores. Caberá ao Judiciário estabelecer limites, não apenas por via de efetiva reparação a danos eventualmente constatados, como pela imposição de sanções mais enérgicas a ações ou omissões governamentais lesivas ou, ainda, com âmbito conseqüencial mais amplo, mediante o reconhecimento formal de que diversos dispositivos da legislação atentam contra princípios basilares constitucionalmente assegurados.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP)

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO CONSUMIDOR; DIREITO AMBIENTAL; CONSUMIDOR; MEIO AMBIENTE; PRINCÍPIOS DE DIREITO; PRINCÍPIO DE DIREITO DO CONSUMIDOR; PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO; RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR; ACIDENTE DE CONSUMO; ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

ABSTRACT

Environmentalists and consumer entities have questioned the use of new technologies vehemently, especially in agriculture, with regard to the formation of new cultivars as a result of the employment of genetically modified seeds to reduce or eliminate the use of pesticides. Both techniques of transgenic seed manipulation currently commercialized are controversial, whether produced according to the so-called Roundup Ready (RR) system that proposes the substitution of an entire array of pesticides for a single substance, glyphosate, or under the “Bt” technique that genetically modifies the seed upon the insertion of soil bacteria genes so that they start to produce “toxins” that are lethal to the insects that feed from them. The fear is that such genetic modification may not only result in damages to human health, but also contaminate other organisms due to its altered genetic inheritance, or even give rise to harmful specimens increasingly resistant to glyphosate. In this concerning scenario the legal “precautionary” idea has gained strength, since it was conceived as a principle with reflexes both in the environmental area and consumption relations, and whereby the highest level of preventive protection should be warranted to consumers regarding product quality in such situations where available scientific data do not yet allow for a complete assessment of the risks to which consumers’ health are subject. Although the precautionary principle is grounded on the Brazilian Federal Constitution that warrants protection to consumers as the right to an ecologically balanced environment, governmental agencies practically ignore it upon issuing complex rules that considers deceptively sufficient mechanisms that, in practice, are innocuous. The contemptible pragmatism in the reasoning of the high governmental ranks has given rise to doubts about their sincerity, since considering, a priori, genetically modified food as a minor evil before the global food crisis seems to address the interests of multinational companies rather than consumers. The Judiciary will be incumbent on setting forth limits, not only by the effective redress of damages contingently ascertained, but by the imposition of severe repression to harmful actions or inactions already perpetrated by the government or other entities, even jointly, or by the formal declaration that several legal provisions contradict bedrock principles warranted by the Constitution.

KEYWORDS: CONSUMER RIGHTS; ENVIRONMENTAL LAW; CONSUMER; ENVIRONMENT; LEGAL PRINCIPLE; PRINCIPLE OF CONSUMER RIGHTS; PRECAUTIONARY PRINCIPLE; SUPPLIER LIABILITY; CONSUMPTION ACCIDENT; GENETICALLY MODIFIED FOOD PRODUCTS

01) O problemático emprego da tecnologia transgênica: panacéia segura contra pragas das lavouras ou solução inconseqüente que expõe consumidor e meio ambiente a riscos desnecessários?

O surgimento de novas tecnologias, especialmente no âmbito da agricultura, tem ensejado acalorados debates, tanto por parte de ambientalistas como de entidades de consumidores, com relação à formação de cultivares[1] a partir do emprego de sementes que teriam sido geneticamente modificadas a fim de reduzir ou eliminar a utilização de agrotóxicos.

As sementes transgênicas atualmente comercializadas são produzidas em função de dois escopos diversos. O primeiro deles é permitir a substituição de toda uma gama de pesticidas por um único agrotóxico, o glifosato. Mencionada técnica interventiva é denominada *Roundup Ready* (RR), sendo adotada em cerca de 75% da produção mundial de transgênicos. A segunda modalidade operacional, denominada “*Bt*”, é empregada em 17% dos transgênicos produzidos, e pretende a redução do uso de agrotóxicos pela produção de “plantas inseticidas”. Os restantes 8% das plantas transgênicas empregam uma combinação dos dois sistemas.

A denominação decorre do fato das plantas, após o recebimento dos genes de uma bactéria do solo mediante emprego de engenharia genética, passarem a produzir toxinas que causam a morte por envenenamento dos insetos que delas se alimentem.

Mencionados benefícios são largamente contestados tanto por ambientalistas, como pelos próprios agricultores.

No âmbito do consumo alimentar há a preocupação de que os genes de bactérias introduzidos nos transgênicos possam ser prejudiciais à saúde humana[2].

Do ponto de vista ambiental, tem-se associado a necessidade de maior uso de herbicida ao surgimento de ervas daninhas tolerantes ao glifosato, fenômeno presente nos cultivos convencionais de soja e que é potencializado nas lavouras transgênicas. Igualmente preocupantes são a constatação da inveracidade das afirmações no sentido de que o glifosato seria biodegradável[3] e a possibilidade de ocorrência do chamado fluxo gênico, fenômeno pelo qual os genes introduzidos em transgênicos se espalham, contaminando outros organismos pela alteração de sua herança genética.

Sob o prisma dos agricultores que empregam sementes transgênicas, a maior crítica consiste no fato de ficarem à mercê de empresas detentoras da tecnologia empregada, como Monsanto e Syngenta[4]. Para os demais produtores, que utilizam sementes convencionais, os perigos são a contaminação e a possibilidade de serem obrigados ao pagamento de *royalties* quando a safra não é segregada ou quando há erros nos testes de transgenia[5].

Em meio à preocupante conjuntura acima descrita, vem ganhando força a noção de “precaução”, erigida a princípio jurídico cuja relevância é de tal ordem que tem sido objeto de estudos, especialmente no âmbito da preservação do meio ambiente e da proteção ao consumidor.

02) Noção de Princípios de Direito

A abordagem da noção e do alcance do denominado “princípio da precaução”, bem como de sua correlação com a produção de alimentos geneticamente modificados, não poderia ser efetuada a contento sem que, antes, fosse procedida à análise da problemática dos Princípios de Direito, magnificamente sintetizada por Norberto BOBBIO em torno de três questões, cujas respostas assumirão contornos completamente diversos, consoante a escola de pensamento a que se filie o intérprete da lei: 1^a- os princípios gerais são normas jurídicas? 2^a- originam-se dentro ou fora do sistema? 3^a- qual a autoridade de que são investidos diante das outras normas do sistema?[6]

Pela ótica Jusnaturalista, princípios de direito não são normas. Tendo sua origem no Direito Natural, estariam eles situados em um plano superior, fora do sistema normativo, sendo passíveis de aplicação meramente supletiva, na medida em que houvesse omissão legislativa[7].

A doutrina Positivista, por sua vez, assevera que princípios de direito são normas. Tendo sua origem no sistema, diferenciar-se-iam das demais normas – denominadas regras – pela sua natureza mais genérica e indefinida, bem como por seu caráter diretivo[8].

Consoante a Escola Pós-positivista, por fim, os princípios não são normas; embora integrem a estrutura do sistema normativo, conferindo-lhe coesão, os princípios não se confundiriam com as normas, dado o fato de sua natureza jurídica ser diversa, desempenhando, consoante a elegante terminologia de Larenz[9], a função de “pautas diretas de normação jurídica”.

No Brasil despontam sob o prisma pós-positivista conceitos de princípios como o proposto por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR, que afasta, de imediato, sua natureza normativa: “tratam-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais*, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão” [10].

Não menos precisa, a apurada proposição de CELSO A. BANDEIRA DE MELLO considera o *princípio de direito* como sendo o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” [11].

A diversidade dos enfoques de cada corrente é de tal ordem que, mesmo em análise meramente superficial, é possível constatar ter sido a previsão contida no art. 4º da LICC elaborada em obediência à concepção jusnaturalista de Direito — predominante em 1942, mas atualmente considerada ultrapassada —, segundo a qual os princípios de direito são concebidos enquanto fonte meramente supletiva ao legislador, a incidir tão

somente se o intérprete não encontrar a solução para determinada situação dentro do sistema.

A partir de meados do século XX, com efeito, passou a prevalecer de modo geral a visão positivista, segundo a qual os princípios são normas diretivas fundamentais de caráter cogente, genérico, indefinido e indireto, que desempenham papel de primazia sobre as demais. Atualmente mencionada concepção vem dando lugar ao pensamento dito pós-positivista, segundo o qual mais adequado seria dizer-se simplesmente que os princípios desempenham papel de primazia sobre as normas — e não sobre outras normas —, dada sua natureza não normativa, de elemento aglutinador que apenas formalmente integra o sistema.

03) Princípios de Direito do Consumidor

No Brasil, as relações de consumo vêm reguladas basicamente na Lei nº **8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado “Código de Defesa do Consumidor”, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.**

Considerado no mundo todo como verdadeiro paradigma em sua área, o C.D.C. brasileiro é diploma legal dos mais modernos, cujo texto – ao contrário do ocorrido com outros existentes na legislação comparada, como o *Code de la Consommation* francês, mera compilação de textos legais procedida por determinação da então Ministra do Consumo – decorre de vontade expressa manifestada pela Assembléia Nacional Constituinte no sentido de ser realizado efetivo trabalho de codificação dispondo de modo abrangente sobre a matéria.

A proteção ao consumidor é abordada sob enfoques diversos pela Constituição Federal Brasileira em três passagens distintas: na primeira delas, a proteção ao consumidor vem relacionada em meio a vasto rol de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da C.F. de 1988). É ela igualmente considerada como sendo um dos princípios gerais da atividade econômica, constantes do capítulo I, do Título VII, que trata da ordem econômica e financeira (art. 170, V, da Constituição Federal). O tema foi, por fim, objeto do artigo 48 das Disposições Transitórias, no qual ficou previsto que o Congresso, no prazo de cento e vinte dias contados da promulgação da Constituição, elaboraria um Código de Defesa do Consumidor.

É por tal razão que a melhor doutrina tem considerado a “defesa do consumidor” como sendo “Princípio Normativo Fundamental Expresso na Constituição”, ou simplesmente “Princípio Fundamental Expresso na Constituição”, se adotarmos a visão pós-positivista.

A proteção ao consumidor é princípio “fundamental” na medida em que, por um lado, não está lastreado em outros princípios ou normas de caráter axiológico que lhe sejam superiores; o adjetivo, por outro lado, decorre do fato de que se prestam, ao mesmo tempo, a direcionar, inspirar e servir de fundamento axiológico para as normas que integram o sistema[12].

Seu caráter “expresso”, por sua vez, advém da circunstância de vir formulado explicitamente em dispositivo constitucional, podendo ser obtido mediante emprego de simples hermenêutica[13]. Observe-se, outrossim, ser irrelevante o fato de vir ou não sob a rubrica formal de “Princípio de Direito” para ser como tal considerado, bastando, para tanto, que possa ser encontrado em dispositivo específico do corpo normativo.

Com fundamento em mencionado “Princípio Fundamental de Defesa do Consumidor”, inúmeros outros princípios são passíveis de serem extraídos do sistema normativo infraconstitucional. São os denominados “princípios decorrentes”, “princípios derivados” ou “princípios imanentes”, na medida em que se destinam à implementação de dito princípio constitucional e dele obter sua força normativa.

Mencionados princípios de Direito do Consumidor serão princípios decorrentes expressos se corresponderem a elementos aglutinadores do microssistema do Consumidor, de caráter genérico e diretivo, e forem estatuídos de modo explícito em sede infraconstitucional[14].

Terão, contudo, natureza implícita se, apesar de não virem formalmente explicitados no microssistema do Consumidor, mantiverem sua função de elementos de aglutinação, retirando sua força imperativa do fato de decorrerem de outros princípios expressos ou do próprio sistema positivo. Sendo basicamente construídos pelo intérprete[15], os princípios implícitos podem, pois, ser extraídos de elementos “fragmentados”, contidos em disposições diversas e elaborados indutivamente[16].

Os Princípios de Direito do Consumidor por nós qualificados como “decorrentes” podem ser organizados de modo sistemático em sete grupos, obedecendo, para tanto, a critério que mescla a afinidade dos temas entre si com parâmetros cronológicos no natural evoluir da relação de consumo[17].

Dentre os princípios jurídicos pertinentes à fase anterior à formação do contrato nas relações de consumo, tem ganhado destaque o que traduz a idéia de “precaução”, normalmente associada mais à proteção do meio ambiente do que às relações de consumo, que decorre do reconhecimento da necessidade em serem tutelados diversos direitos extrapatrimoniais do consumidor, dentre os quais sua segurança e sua saúde.

04) Hierarquia dos Princípios no Microssistema normativo do Consumidor

Uma vez tendo sido superadas as discussões versando a conceituação dos princípios, sua respectiva relevância e natureza jurídica, resta-nos abordar, ainda que de modo sucinto, o problema relativo à extensão de sua imperatividade no seio do sistema jurídico.

Independentemente de desempenharem a função de elemento aglutinador do sistema ou de serem considerados normas genéricas de caráter “diretivo”, fato é que os “Princípios de Direito” impõem-se imperativamente, não mais sendo aceitável a idéia de sua utilização com caráter meramente subsidiário, quando da ocorrência de “lacuna”.

Conquanto possa parecer paradoxal, o problema que ora se apresenta oferece particular relevância atual na realidade de países contemporâneos, nos quais a questão da eficácia dos princípios dentro do sistema normativo pode, por vezes, transbordar os limites dos campos da doutrina e da jurisprudência aplicada ao caso concreto, servindo antes como verdadeiro limite à atividade do legislador ordinário.

A questão é, de modo ilustrativo, suscitada por CLÁUDIA LIMA MARQUES que indaga, com propriedade — sem, porém, dar resposta peremptória —, se determinado princípio legal, por ser intrínseco ao sistema jurídico, seria passível de revogação por meio de simples norma ordinária: “podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tomando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5º, XXXII, CF/88)?” [18].

É lapidar a ponderação de MELLO a respeito do tema, no sentido de ser o desrespeito ao princípio “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, consoante o escalão do princípio atingido, exatamente por representar insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. [19]

É com base em mencionada interação existente entre normas constitucionais e preceitos da Lei de Defesa do Consumidor que sustentamos dever repugnar à consciência jurídica eventual pretensão legislativa ordinária que porventura restrinja direito do consumidor, ainda que sob o pretexto de relevante interesse público; tal repugnância será ainda maior se a providência vier *ex post facto* e por medida provisória, destinada a atender interesses específicos, nem sempre especificados [20].

Por tal razão, correta a tese sustentando que o legislador ordinário pode apenas ampliar direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Defesa do Consumidor e nunca restringi-los.

O tema pareceria óbvio não fosse o lamentável suceder de situações de flagrante desrespeito à proteção do consumidor nos mais diversos setores, muitas das quais mediante vulneração ao princípio da precaução: assim ocorre com a segurança no transporte aéreo de passageiros; com a permissão de uso de pesticidas altamente tóxicos já banidos em países mais adiantados [21] ou com a liberação do plantio e comercialização da soja e do milho geneticamente modificados [22].

05) Noção de precaução enquanto princípio jurídico

Em sua acepção vulgar, o vocábulo “precaução” [23] corresponde à providência antecipada que visa a prevenir um mal. Encontrada no direito alemão desde os anos 70 do século passado (*Vorsorgeprinzip*), a “precaução”, enquanto princípio jurídico, traduz a idéia, já àquela época magistralmente desenvolvida por juristas do porte de Eckard Rehbinder, da Universidade de Frankfurt, e de Gerd Winter, da Universidade de Bremen, de que não basta a proteção contra o perigo concreto, sendo imprescindível também a proteção contra o simples risco que, se não pode ser completamente excluído — por restar sempre a probabilidade lógica de um dano — deve ser minimizado[24].

Consoante ensinamento de TERESA ANCONA LOPEZ, “princípio da precaução” é “aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de prevenção de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de prevenir o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza”[25].

No estrito âmbito do Direito do Consumidor, o “princípio da precaução” pode ser conceituado como sendo a diretriz normativa assecuratória de elevado nível de proteção preventiva ao consumidor quanto à qualidade de produtos, nos casos em que os dados científicos disponíveis ainda não permitam uma completa avaliação de risco à sua integridade física e à sua saúde[26].

O “princípio da precaução”, ora enfocado, foi reconhecido em várias convenções internacionais e figura designadamente no Acordo relativo às disposições sanitárias e fitossanitárias (SPS) concluído no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O “princípio da precaução”, conquanto não definido pelo legislador comunitário, é mencionado ao menos uma vez no Tratado CE (artigo 174), no título destinado a disciplinar a proteção ao meio ambiente. É entendimento pacífico, todavia, ser seu âmbito de aplicação, *na prática*, muito mais vasto, especificamente quando uma avaliação científica objetiva preliminar indica que há motivos razoáveis para suspeitar que efeitos potencialmente perigosos para *o ambiente, a saúde das pessoas e dos animais ou à proteção vegetal* podem ser incompatíveis com o elevado nível de proteção escolhido para a Comunidade [27].

Na inexistência de definição legal, quer no Tratado CE, quer em outros textos comunitários, o Conselho da União Européia, por resolução de 13 de abril de 1999, solicitou à Comissão que elaborasse diretrizes claras e eficazes tendo em vista a sua aplicação. Como resposta, foi emitida a *Comunicação da Comissão*, de 02 de Fevereiro de 2000, que avalia respectivamente os fatores que desencadeiam o recurso ao princípio da precaução e as medidas que dele resultam.

Trata-se de documento cujo valor transcende os limites da União Européia, revestindo-se o conteúdo de seu texto de inegável relevância doutrinária, mesmo em países não-europeus, na medida em que a Comissão Européia procedeu a minuciosa análise na qual são identificados os fatores que desencadeiam o recurso ao princípio de precaução e são estabelecidas as medidas a serem tomadas, bem como as diretrizes que o norteiam.

Ao cuidar dos fatores que desencadeiam o recurso ao “princípio da precaução”, a Comissão Europeia entendeu que tal situação se inscreve no quadro geral de análise do risco; exigiu avaliação, gestão e comunicação do gravame possível, dando especial destaque à chamada “gestão do risco”, expressão eventualmente lastreadora da decisão a ser tomada.

Sublinhando que o “princípio da precaução” só pode ser aplicado na hipótese de razoável risco potencial, a Comissão, procurando evitar a eventual adoção de medidas arbitrárias, estipulou três condições a serem preenchidas: a) identificação dos efeitos potencialmente negativos, b) a avaliação dos dados científicos disponíveis, e c) a extensão da incerteza científica.

Relativamente às medidas resultantes do recurso ao princípio de precaução, a decisão de agir ou de não agir depende de opção política a ser adotada em função do nível de risco “aceitável” pela sociedade que tem que suportá-lo. Na hipótese da resposta adequada consistir em um agir sem esperar por mais informações científicas, poderão as autoridades competentes determinar a forma de ingerência estatal, dispondo, inclusive, sobre o financiamento de programa investigativo, sobre informação do público quanto aos efeitos negativos do produto, ou mesmo quanto a eventuais riscos inerentes ao procedimento do fornecedor.

A Comunicação da Comissão prevê, ainda, que três cautelas específicas deverão guiar o recurso ao princípio de precaução:

- a) deverá basear-se numa avaliação científica tão completa quanto possível, determinando em cada fase o grau de incerteza científica;
- b) a decisão de agir ou de não agir deverá ser precedida de avaliação do risco e das potenciais conseqüências da não ação;
- c) os interessados deverão ter a possibilidade de participar do estudo com a maior transparência possível, tão logo os resultados da avaliação científica e/ou da avaliação do risco estejam disponíveis.

Além dessas cautelas específicas, aplicam-se seis diretrizes normativas gerais inerentes a uma boa gestão dos riscos sempre que o princípio de precaução seja invocado[28]:

- a) proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado;
- b) isonomia, isto é, não-discriminação na aplicação das medidas (situações comparáveis não devem ser tratadas de forma diversa e situações diferentes não devem ser tratadas da mesma maneira);
- c) coerência das medidas com as já tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares;
- d) exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação ou da não ação;
- e) reexame, à luz de possível evolução científica, das orientações similares anteriormente consagradas;

f) capacidade para exigir que a introdução de produtos considerados perigosos no mercado dependa de autorização governamental, invertendo-se o ônus da prova, de modo a considerá-los *a priori* perigosos até que as empresas desenvolvam o trabalho científico necessário para demonstrar que são seguros.

A liberação intencional no ambiente de organismos geneticamente modificados[29] é atualmente regida, no âmbito europeu, pela Diretiva 2001/18/CE (revogada a Diretiva 90/220/CEE do Conselho), com a redação dada pela Diretiva 2008/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2008[30].

A Diretiva 2001/18/CE foi posteriormente complementada pela edição do Regulamento (CE) n° 178/2002, de 28 de Janeiro de 2002, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu. Mencionado Regulamento contém princípios e normas gerais da legislação alimentar, “para garantir um elevado nível de proteção da saúde humana e dos interesses dos consumidores em relação aos gêneros alimentícios” (art. 1°); estabelece procedimentos em matéria de segurança dos gêneros alimentícios e; prevê, ainda, a criação da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos. De acordo com o texto, esta última é objetivamente responsável por danos causados por si ou por seus agentes, sendo competente para dirimir eventual litígio o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [31].

06) O princípio da precaução na legislação brasileira

No plano constitucional, apesar de não vir inscrito de modo expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988, o “princípio da precaução” decorre tanto do Direito à Saúde como dos princípios de proteção ao consumidor e de proteção ao meio ambiente.

O direito à saúde vem expressamente previsto no artigo 6° da Constituição Federal Brasileira de 1988 que traz o rol dos denominados direitos sociais, decorrendo a proteção ao consumidor, como vimos anteriormente, do quanto disposto no seu art. 5°, XXXII.

A preocupação com a proteção ambiental contida na Constituição pátria, contudo, é meramente genérica. Reza o art. 225 da CF[32] que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, na medida em que se trata de bem de uso comum do povo, essencial à saúde e à qualidade de vida[33].

Em plana infraconstitucional, a disciplina do princípio da precaução é incompleta, embora venha expressamente mencionado pela nova lei de biossegurança (Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005), que regula a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente [34].

Consoante o novo texto legal, a elaboração de normas de segurança e a concepção de mecanismos de fiscalização concernente ao descarte de organismos geneticamente modificados deverão ter como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de

biossegurança e biotecnologia; a proteção à vida e à saúde do homem, dos animais e das plantas; bem como o princípio da precaução, no que concerne à proteção do meio ambiente[35].

A Lei nº 11.105/2005 proíbe a destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados que estejam em desacordo com as normas nela estabelecidas, com aquelas editadas pela CTNBio ou com as emanadas dos órgãos e entidades de registro e fiscalização competentes[36]. No âmbito de atividades de pesquisa, a liberação no meio ambiente de OGM, ou de seus derivados, fica na dependência de decisão técnica favorável da CTNBio; nos casos de liberação comercial, de parecer técnico favorável da CTNBio; na hipótese da CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, de prévio licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável; em tendo havido avocação do respectivo processo, de prévia aprovação pelo Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS [37].

É prevista como infração administrativa toda ação ou omissão que importe na inobservância aos preceitos em tal diploma estabelecidos [38], constituindo, por sua vez, crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização [39].

Não há dúvida de que, mesmo à época da vigência da antiga lei de biossegurança, a “precaução”, como princípio, já havia ingressado em nosso sistema normativo, com força de lei federal, uma vez que Convenções internacionais concernentes à tutela do meio ambiente, subscritas e ratificadas pelo Brasil, a adotavam expressamente.

Nesse sentido, temos a “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, a “Convenção da Diversidade Biológica” e a “Convenção Quadro sobre a mudança do Clima“. O texto da primeira — “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” — estipula que “com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades”. Acrescenta, ainda, que, quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza jurídica absoluta não deverá ser argüida como razão para postergar a adoção de medidas eficazes a impedir a degradação do meio ambiente[40].

No campo dos direitos do consumidor, todavia, diversamente do que ocorre no âmbito do direito ambiental, o acolhimento do “princípio da precaução” pelo legislador teria se dado de modo meramente implícito.

As relações de consumo foram certamente objeto de abordagem tanto pela lei de biossegurança de 1995, como pela de 2005. Em ambos os diplomas legais, contudo, a associação do conceito de “precaução” à idéia de proteção ao consumidor dá-se sempre de modo meramente indireto. Nesse aspecto, a nova lei de biossegurança é inclusive mais abrangente do que a legislação revogada, mas o novo texto está ainda longe de poder ser considerado satisfatório. Ampliou-se, por exemplo, seu âmbito de incidência, fazendo-se constar do art. 1º que as normas ali estabelecidas têm como propósito, dentre outros, disciplinar a **segurança** e os **mecanismos de fiscalização** sobre o **consumo** não apenas de **organismos geneticamente modificados – OGM**, como também de **seus derivados**. Leitura mais desavisada do mesmo dispositivo, contudo, pode prestar-se a equívocos extremamente graves. Com efeito, a menção expressa ao “princípio da

precaução”, introduzida pelo legislador de 2005, deu-se de modo infeliz, para dizer o mínimo, pois empregou redação que pode dar margem à falsa idéia de que se cuida de princípio cuja aplicação estaria limitada tão somente ao âmbito da preservação do meio ambiente.

A preocupação ambiental é certamente o foco central adotado pela lei de biossegurança, mas o “princípio da precaução” não deixa de corresponder igualmente a noção sempre subjacente à proteção do consumidor, uma vez que visa a resguardá-lo preventivamente contra a exposição de sua vida ou de sua saúde a riscos desnecessários, nos casos em que os estudos científicos existentes não sejam ainda conclusivos a respeito da segurança dos produtos a ele ofertados[41].

Não se pode, ainda, olvidar que o próprio Código de Defesa do Consumidor, mesmo não referindo expressamente o “princípio da precaução”, traz uma série de dispositivos que a ele são evidentemente relacionados ao focar a saúde e a segurança do consumidor. Reza o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor serem-lhe, dentre outros, direitos básicos: a proteção da **vida, saúde e segurança contra os riscos** provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Do artigo 8º do CDC, consta que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo “**não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores**”, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. Em qualquer hipótese, devem, porém, os fornecedores explicitar as **informações necessárias e adequadas** a respeito, em especial se tais produtos e serviços forem potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança (artigo 9º).

É possível, ainda, entender que o acolhimento do “princípio da precaução” ter-se-ia dado no bojo do artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor que veda ao fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço que “**sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança**”. É, ainda, instituído o dever de cautela ao fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento de periculosidade que apresentem, devendo ele comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários (artigo 10, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Não obstante a óbvia presença da idéia de cautela, entendemos não corresponder tal previsão ao acolhimento, em toda sua extensão, da “precaução” enquanto princípio expresso, ou diretriz a ser adotada pela política dos consumidores.

A precaução nas relações de consumo tem um âmbito muito mais amplo do que aquele que redundaria da simples aplicação dos preceitos supra enunciados. Decorre necessariamente do sistema como um todo, razão pela qual, no Direito do Consumidor brasileiro, acaba atingindo considerável área principiológica implícita.

07) O princípio da precaução e a produção de alimentos transgênicos

Em que pese seja evidente, como acima demonstrado, o reconhecimento da existência do “princípio da precaução” em nosso direito, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) — entidade vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, criada após a entrada em vigor da Lei 8.974/95 e mantida no texto de 2005 — o tem simplesmente ignorado na edição de seus pareceres.

Como primeira ilustração, podemos destacar o fato de que todos os pedidos formulados a partir de 1996 por empresas de biotecnologia, solicitando autorização para liberação no meio ambiente de espécies transgênicas, em caráter experimental, foram aprovados pela Comissão sem qualquer avaliação efetiva dos riscos potenciais ao meio ambiente ou à saúde dos consumidores.

Em 15 de junho de 1998, as empresas Monsanto do Brasil e Monsay Ltda. apresentaram à CTNBio o primeiro pedido de autorização para “o livre registro, uso, ensaios, testes, plantio, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, importação, liberação e descarte” de um organismo geneticamente modificado (OGM), a soja *Roundup Ready*.

As associações de defesa do consumidor de todo o país reagiram imediatamente e, em seu Encontro Nacional, lançaram “campanha pela qualidade dos alimentos”, na qual alertavam para os riscos dos transgênicos.

Em 15 de setembro de 1998, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) intentou ação cautelar, tendo obtido liminar contra a liberação da soja *Roundup Ready*[42]. A CTNBio, não obstante a decisão, convocou reunião extraordinária para 29 de setembro e emitiu parecer conclusivo favorável ao pedido, desde que as empresas Monsanto do Brasil e Monsay Ltda. realizassem acompanhamento e monitoração dos resultados [43]. Com a revogação da liminar, em 26 de novembro de 1998, a proibição do plantio deixou de existir [44], tendo a Monsanto recebido autorização para realizar o cultivo em escala comercial, em 14 de maio do mesmo ano[45].

Em outra ação que tramitou pela 6^a. Vara do Distrito Federal, a comercialização e o cultivo da soja transgênica no país foram novamente sobrestados em 18 de junho de 1999, por força de decisão liminar, posteriormente confirmada por sentença de 10 de agosto de 1999, até se procedesse à devida regulamentação da matéria e ao prévio Estudo de Impacto Ambiental. Em 26 de março de 2003, o governo federal editou Medida Provisória, posteriormente convertida na Lei n. 10.688/03, liberando a comercialização da soja transgênica do Rio Grande do Sul. No dia 08 de setembro de 2003, foi dado provimento a agravo regimental contra decisão que inicialmente atribuía efeito suspensivo a apelação interposta, mas no julgamento final, em 28 de junho de 2004, o TRF da 1^a. Região deu provimento à apelação, por entender que a edição dos Decretos 3.871/2001 e 4.680/2003, estabelecendo a rotulagem, e impondo a correta informação ao consumidor, teria atendido as exigências estabelecidas pela decisão de primeiro grau, no sentido de serem elaboradas normas relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo de alimentos transgênicos[46]. A 14 de outubro de 2004, o governo federal deflagrou, ainda, nova crise com ambientalistas e entidades de proteção ao consumidor, ao enviar outra Medida Provisória ao Congresso Nacional (MP 223/2004, que posteriormente seria convertida na Lei n° 11.092, de 2005) liberando a comercialização da soja transgênica da safra de 2005.

A polêmica foi renovada com o advento da nova lei de biossegurança, Lei nº 11.105/2005, tendo o Procurador Geral da República, acolhendo representação do IDEC, proposto, em 20 de junho de 2005, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, em que se questionou a constitucionalidade de diversos dispositivos pelos quais atribuiu-se à CTNBio poder discricionário para deliberar se o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

A alegação é de que a Lei nº 11.105 inverteria, de forma absurda, a lógica edificada a partir do princípio da precaução (art. 225, *caput*, §1º, III, da Constituição), dispensando, “por decisão unilateral, mas considerada *última e definitiva* da CTNBio, a apresentação de EIA/RIMA para cultivo de sementes transgênicas no País”.

A discussão a respeito da aplicação do “princípio da precaução” ao plantio e comercialização de produtos transgênicos, contudo, não se limita à soja, atingindo igualmente outros OGMs de expressão econômica no agronegócio, como o milho[47], cuja liberação comercial, vedada em países da Europa (como França - 2008, Áustria - 2007 e Hungria - 2006), foi aprovada pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), e confirmada, em fevereiro de 2008, pelo Conselho Nacional de Biossegurança, que não acolheu os recursos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

08) O princípio da precaução e a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e ao consumidor

O “princípio da precaução” não pode, certamente, prestar-se a abusos ou ser utilizado como pretexto para ações protecionistas. Sua incidência deve, antes, dar-se apenas nas hipóteses em que a adoção de medidas efetivas seja considerada necessária, ainda que para vir a dirimir dúvidas quanto à agressividade potencial do produto ou do serviço.

A reiteração de ações ou omissões lesivas perpetradas já pelo governo, já por outras entidades, todavia, faz que seja necessária a adoção de medidas concretas, mediante a imposição de limites efetivos, materializados não apenas pela efetiva reparação a danos eventualmente constatados, como pela imposição de severa repressão, sob pena da noção de precaução acabar se resumindo a estéril abstração teórica.

Cuida-se, na prática, de princípio que encontra aplicação, sobretudo, em casos de saúde pública, nos quais freqüentemente torna-se imperativo impedir a distribuição ou mesmo impor a retirada do mercado de produtos potencialmente perigosos para a saúde.

A Comissão Européia, ao elaborar a já mencionada *Comunicação* de 02 de fevereiro de 2000, efetuou importante contribuição de natureza processual no âmbito da responsabilidade civil, ao prever dentre as diretrizes normativas gerais inerentes a uma boa gestão dos riscos, que determinada ação desenvolvida sob a égide do *princípio da precaução* pode, em situações específicas, analisadas caso a caso, atribuir o ônus da prova ao produtor, ao fabricante ou ao importador.

No Brasil, uma das inovações mais festejadas trazidas pelo legislador do CC de 2002 foi a introdução da “cláusula geral de responsabilidade civil fundada no risco”, prevista em seu art. 927, parágrafo único[48].

Considerada por muitos como sendo a solução ideal para a hipótese dos danos decorrerem de atividade normalmente desenvolvida pelo seu autor, o dispositivo é vivamente criticado por doutrinadores de escol, como TERESA ANCONA LOPEZ[49] e JOSÉ AGUIAR DIAS[50], em virtude de seu caráter demasiadamente aberto. A regra seria fruto de desvirtuamento provocado por emenda parlamentar à redação originalmente elaborada por AGOSTINHO ALVIM para o Projeto, segundo a qual, a exemplo do que é previsto nas legislações italiana e portuguesa, estabelecia-se mera presunção de culpa, passível de ser afastada mediante produção de prova em sentido contrário.

Em análise detalhada sobre a matéria, a professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo propôs a revisão do mencionado dispositivo, mediante reinserção da parte final do texto original de referido Anteprojeto, extirpada ao longo do processo legislativo, de modo a limitar mencionada “cláusula geral de responsabilidade civil fundada no risco”, temperando-a com a possibilidade de exclusão de culpa mediante inversão do ônus probatório. Ademais, seria de melhor técnica que a regra não viesse prevista em mero parágrafo, dispositivo necessariamente vinculado ao conteúdo de seu “caput”, pois isso poderia induzir o intérprete a concluir erroneamente que se trata de exceção à regra ali contida. Emenda, ainda, com propriedade, inferir-se do texto que mencionada cláusula geral incidiria tão somente na inexistência de texto legal dispendo sobre a situação do caso que estiver sendo julgado, não sendo aplicável, por exemplo, às relações de consumo, que são disciplinadas em legislação especial[51].

A discussão perde relevância, todavia, ao ser constatado que as agressões ao meio ambiente e seus reflexos sobre o consumidor vem disciplinadas no artigo 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81[52]), segundo o qual responde objetivamente aquele que causar danos tanto ao meio ambiente como a terceiros afetados por sua atividade, ficando obrigado a indenizá-los ou repará-los. No CDC, por sua vez, impera igualmente a responsabilidade objetiva enquanto regra.

O teor do dispositivo indica tratar-se de outra “cláusula geral de responsabilidade civil”, não tendo o legislador dado azo à possibilidade de isenção de culpa mediante inversão do ônus probatório.

Na medida em que se estabelece que todo agente causador de danos ao meio ambiente ou a terceiros deva arcar com as conseqüências de sua conduta, mediante pagamento de montantes indenizatórios, dá-se margem a que seja atribuída responsabilidade tanto ao proprietário do imóvel, como a eventuais parceiro-outorgado e arrendatário.

À matéria aplica-se, ainda, a determinação contida no art. 13, III, da Lei nº 4.947, de 06 de abril de 1964, no sentido de deverem os contratos agrários obedecer, dentre outros preceitos de Direito Agrário, a obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis visando à conservação de recursos naturais. Cuida-se, contudo, de preceito extremamente genérico e insuficiente para assegurar, quer a preservação ambiental, quer a proteção à saúde do consumidor, na hipótese da exploração da terra ser procedida por arrendatário ou parceiro-outorgado.

No âmbito da responsabilidade civil, a regra geral sempre foi no sentido de que a obrigação de responder por eventuais danos que tenham ocorrido deva ser atribuída àquele que os causa. Assim sendo, parece-nos lógico caber tal ônus a quem explore a terra, direta ou indiretamente, que serão respectivamente o proprietário, ou o arrendatário, ou, ainda, o parceiro-outorgado.

A exemplo do que ocorre com relação ao mau uso dos agrotóxicos, sustentamos, todavia, que, mesmo na vigência de contrato de arrendamento ou de parceria, o proprietário do imóvel também poderá ser excepcionalmente responsabilizado por danos porventura infligidos a terceiro ou ao meio ambiente, que sejam decorrentes da produção ou da comercialização de OGM, ainda que seu autor tenha sido o arrendatário ou o parceiro-outorgado.

Na hipótese do arrendatário ou do parceiro-outorgado, todavia, incorrerem em eventual insolvência, parece-nos que a responsabilidade civil por danos poderá ser perfeitamente estendida ao outro contratante, no caso o proprietário, sob o argumento de culpa *in eligendo* ou mesmo *in vigilando*, não cabendo aplicação subsidiária da previsão de solidariedade contida no CC (art. 942). Ademais, o vínculo de solidariedade não pode ser presumido, devendo sempre vir previsto em lei[53].

Observe-se que o proprietário da terra, pois, tem igualmente legítimo interesse à resilição do contrato de parceria ou de arrendamento se o produtor agropecuário que com ele contratou expuser os consumidores a riscos desnecessários ou causar danos ao meio ambiente, ao neste liberar organismos geneticamente modificados.

09) Conclusões

O desrespeito à proteção do consumidor, lamenta-se, tem se repetido de modo relativamente constante nos mais diversos setores, como, nas autorizações concedidas para a comercialização de safras de soja geneticamente modificada, em franca violação ao princípio da precaução. Assim ocorreu, por exemplo, com a já mencionada Lei nº 11.092/2005 (originada da conversão de Medida Provisória) que, alterando a Lei nº 10.814/2003, permitiu a liberação da safra de 2005, como se fosse suficiente à defesa do consumidor a existência de previsão legal (art. 5º) instituindo responsabilidade objetiva, integral e solidária dos produtores de soja geneticamente modificada por danos eventualmente causados ao meio ambiente e a terceiros, inclusive quando decorrentes de contaminação por cruzamento. Assim continua ocorrendo, por exemplo, com a liberação para cultivo em solo pátrio inclusive de espécimes cujo plantio está proibido em outros países, como é o caso de diversas sementes de milho transgênico.

Conquanto simplista, não se tem obtido sucesso no questionamento *a priori* do pragmatismo irônico dos raciocínios dos altos escalões governamentais, no sentido de que os riscos envolvidos na produção de alimentos geneticamente modificados correspondem a um mal menor diante da crise de alimentos, devendo ser suportados em nome da segurança alimentar.

Isso não significa, porém, que tais questionamentos não devam ser renovados, inclusive perante nossos Tribunais, nem que seja para que prevaleça ao menos o direito à reparação dos danos, tanto em termos de reintegrar interesses vulnerados como de sancionar ações ou omissões lesivas perpetradas pelo governo, ao qual não há como legítima ou moralmente reconhecer-se unilateral auto-concessão de verdadeiro *bill* de indenidade.

Ilustrativa intervenção do Judiciário, assegurando a proteção ao consumidor, ocorreu na recente crise no setor aéreo, deflagrada a partir do advento de sucessivos acidentes de grandes proporções, na qual a ineficiência dos órgãos governamentais, aparentemente subservientes à cupidez das empresas aéreas, encontrou freios apenas em decisão monocrática do TRF da Terceira Região.

Proferida segundo os ditames do “princípio da precaução”, a liminar concedida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, estabeleceu restrições à utilização da pista do aeródromo de Congonhas-SP, visando a garantir minimamente a integridade e a saúde do usuário de transportes aéreos.

Também no âmbito da produção de alimentos transgênicos, tem-se destacado a atuação do Poder Judiciário no estabelecimento de limites, não apenas pela efetiva reparação a danos eventualmente constatados, como pela sanção a ações ou omissões lesivas perpetradas pelos órgãos governamentais, ou, ainda, pelo reconhecimento de que diversos dispositivos da legislação atentam contra princípios basilares constitucionalmente assegurados.

Em apertada síntese, o *princípio da precaução* existe em nossa sistemática jurídica desde sua introdução pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e, mais recentemente, pela nova Lei de Biossegurança. Entidades de natureza governamental — e não governamental — a quem incumbiria implementá-lo concreta e especificamente, todavia, não têm primado por respeitá-lo de modo efetivo, procurando, antes, normatizar a matéria lançando mão de textos que estabelecem critérios insatisfatórios de segurança e atribuindo poderes de fiscalização a entidades de duvidosa credibilidade, que são, no mais das vezes, facciosas, por compromissadas com agentes econômicos detentores do poder de fato.

Parece-nos efetivamente que tanto o meio ambiente como os consumidores encontram na conjugação dos esforços das entidades não-governamentais, com as atuações do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, e do Judiciário, enquanto seu aplicador, o último bastião face aos ataques cúpidos contra eles lançados, que lamentavelmente ganham força diante das condutas omissivas — ou mesmo comissivas, em determinadas situações quase criminosas — dos órgãos governamentais.

10) Bibliografia

ALPA, G. Principi generali. In: **DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile**. Torino: UTET, v. XIV, p. 355-69, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

BOBBIO, N. Principi Generali di Diritto. In: **NOVISSIMO Digesto Italiano**, Torino: UTET, v. 13, p. 888-96, 1968.

DIAS, J. de A. **Da responsabilidade Civil**, 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEL VECCHIO, G. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

EUROPA. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução Bruxelas**, 2.2.2000 COM(2000) 1 final. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PDF>>. Acesso em 26 de setembro de 2008.

FARES, Nagui H., EL-SAYED, Adel K. **Fine Structural Changes in the Ileum of Mice Fed on -Endotoxin-Treated Potatoes and Transgenic Potatoes. Natural Toxins**. v. 6, Novembro/Dezembro de 1998.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

GRASSI NETO, R. **Princípios de Direito do Consumidor - Elementos para uma Teoria Geral**. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007.

GUASTINI, R. Principi di Diritto. In: **DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile**, Torino: UTET, v. XIV, p. 355-69, 1980.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil**. Tese (Titularidade em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MONBIOT, Georges. Des contrats qui mettent les exploitants sous servage, in **Courrier International**, n° 381, 25 de fevereiro de 1998.

[1] Denomina-se “cultivar” qualquer variedade de planta que tenha sido produzida mediante o emprego de técnicas de ingerência humana em sua estrutura básica, alterando a que lhe seria naturalmente congênita. Consoante o artigo 2.2 do Código Internacional de Nomenclatura de Plantas Cultivadas (ICNCP), “cultivar” é o “conjunto de plantas que foi seleccionado tendo em vista um atributo particular, ou combinação de atributos, e que é claramente distinto, uniforme e estável nas suas características e que, quando propagado pelos métodos apropriados, retém essas características”. Sob o ponto de vista jurídico, considera-se “cultivar” (art. 3º, IV, da Lei nº 9.456/97 “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos”).

[2] Estudos procedidos em camundongos alimentados com batatas transgênicas, às quais foi acrescentado o gene do *Bacillus thuringiensis*, apontaram a possibilidade de dano às células intestinais de mamíferos (FARES, Nagui H., EL-SAYED, Adel K. **Fine Structural Changes in the Ileum of Mice Fed on -Endotoxin-Treated Potatoes and Transgenic Potatoes. Natural Toxins.** v. 6, Novembro/Dezembro de 1998, p. 219-233).

[3] Em junho de 1997, com base no § 63(15) da *Executive Law*, o representante do Ministério Público de Nova York obrigou a Monsanto a retirar campanhas publicitárias que afirmavam que o *Roundup* era biodegradável e que respeitava o meio ambiente. Segundo o Departamento de Saúde Pública da Universidade da Califórnia, o glifosato seria a terceira causa de doenças ligadas aos pesticidas entre os agricultores (MONBIOT, Georges. Des contrats qui mettent les exploitants sous servage, in **Courrier International**, nº 381, 25 de fevereiro de 1998, p. 8).

[4] Durante os primeiros anos de comercialização da soja *Roundup Ready* (RR) nos EUA, a Monsanto chegou inclusive a impor aos produtores que assinassem contrato pelo qual se comprometiam a não guardar sementes de um ano para outro. Mencionado contrato previa igualmente a imposição de limite de produção por hectare, de acordo com o cultivo e a região do produtor. A partir do ano de 2000, apesar de ter sido mantida a proibição quanto à venda, à guarda ou ao plantio das sementes colhidas no ano anterior, a idéia de vinculação contratual deu lugar a sistema de pagamento de *royalties* diretamente na compra do produto pelo agricultor, que acaba tendo que comprar sementes novas para cada safra, para não infringir a lei. No Brasil, embora a Lei de Cultivares (Lei nº 9.456/97) assegure ao produtor o direito de reproduzir sementes e guardá-las de um ano para outro, o direito de cobrar *royalties* pelo uso da tecnologia é garantido à empresa pela Lei de Propriedade Industrial.

[5] A existência de lavoura transgênica certamente deixa o agricultor que emprega sementes convencionais sujeito à contaminação involuntária de seu produto, que pode ocorrer tanto nas máquinas de cultivar, plantar e colher, nos caminhões empregados no transporte, como nos silos de armazenamento. Trata-se de possibilidade concreta que, associada à hipótese de erro nos testes de transgenia, submete o produtor que emprega sementes não transgênicas aos riscos indevidos de ver-se compelido a arcar com o pagamento de *royalties* às empresas detentoras das patentes, ou de ficar impossibilitado

de vender sua produção convencional para as cooperativas, que pagam preços melhores pelo produto não transgênico. Caso deseje evitar a contaminação, o produtor convencional terá, ainda que suportar o custo extra com a limpeza do maquinário e com a separação entre sementes transgênicas e não-transgênicas para a comercialização da safra.

[6] BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*. In: **NOVISSIMO Digesto Italiano**, v. 13.

[7] Um dos maiores expoentes do jusnaturalismo, Giorgio DEL VECCHIO (DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**, p. 380), conceitua os princípios gerais do Direito como sendo “as próprias exigências naturais do Direito que, introduzidas pela reflexão filosófica consoante uma tradição ininterrupta, tendem cada vez mais à busca de esclarecimento. Tais exigências formam um subsídio e um guia para sua compreensão e representam a fonte a que se deve recorrer quando de casos não contemplados de fato pelo legislador”. Dentre as legislações de inspiração jusnaturalista, podemos apontar o Código Civil austríaco (1811, que em seu art. 7º os denomina “princípios de Direito natural”); o Código Civil Albertino (1837, que em seu art. 15 emprega a seguinte fórmula: “princípios de Direito concernentes a todas às circunstâncias do caso”); o Código Civil Italiano (1865, que emprega em seu art. 3º, § 2º a expressão “*principi generali di diritto*”); pelo Código Civil Argentino (1869); pelo Código Civil Uruguaio (1914); e pelo direito brasileiro, na antiga Introdução ao Código Civil (1916), que adotou a denominação “princípios geraes de direito”, mantida na atual Lei de Introdução ao Código Civil (1942).

[8] NORBERTO BOBBIO (*op. cit.*, p. 890-1), um dos maiores representantes da escola positivista, conceitua princípios de Direito como sendo “normas fundamentais do sistema (sem aqueles, este não se sustentaria em uma sociedade), mais genéricas, de caráter diretivo (indicam um ideário ético-político ao qual o sistema aspira) indefinidas (comportam uma série também indefinida de aplicações) e indiretas (determinam o conteúdo de outras normas)”.

[9] LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 674.

[10] FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 223-4.

[11] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 408-9.

[12] “*Si dicono fondamentali quelle norme che danno fondamento assiologico ad altre norme, senza essere a loro volta fondate su norme assiologicamente superiori*”. (GUASTINI, Riccardo. Norma giuridica (tipi e classificazioni). In **DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile**, v. XII, p. 161).

[13] “*Sono principi espressi quelli che sono esplicitamente formulati in una apposita disposizioni costituzionale o legislativa, dalla quale possono essere ricavati (come qualsiasi altra norma) mediante interpretazioni*”. (GUASTINI, Riccardo. Principi di Diritto. In **DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile**, v. XIV, p. 367).

[14] Cumpre ressaltar que, embora tais princípios expressem (a exemplo daqueles contidos na Constituição) diretrizes jurídicas com notável carga política, e venham imbuídos de marcante opção ideológica, não entendemos possam eles receber o mesmo denominativo de “fundamentais” na medida em que são meros desdobramentos daqueles inscritos no texto constitucional, sobre eles fundando-se. Por essa razão cremos perigosa a importação, pelo direito material, de alguns conceitos adotados pelos estudiosos do direito processual, ciência que ganhou sua autonomia em grande parte dada a noção do processo como ramo da ciência dotado de princípios próprios. Os processualistas ao encamparem a célebre classificação de Mancini que contrapõe “princípios fundamentais” aos ditos “princípios informativos”, obviamente não emprestaram ao atributo “fundamental” a mesma conotação por nós acima empregada e tampouco se valeram da denominação “instrumental” como oposição a “programático” (GRASSI NETO, Roberto. **Princípios de Direito do Consumidor: elementos para uma Teoria Geral**, p. 78-9).

[15] Segundo GUASTINI - que observa ser a expressão “*privi di disposizione*” de Crisafulli (*Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La corte costituzionale*, 1984) – “*principi inespressi*” são aqueles “*non esplicitamente formulati in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, ma elaborati o 'costruiti' dagli interpreti*”. (Riccardo GUASTINI. *Principi ...*, p. 367).

[16] GUIDO ALPA, *Principi generali*, in **DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile**, v. XIV, p. 362. Observe-se que mencionado autor os denomina princípios “reconstruídos”, empregando, com todo respeito, uma prótese verbal inadequada. Se o princípio é implícito, a ele se chega mediante um processo lógico de elaboração, de “construção”. Para falarmos em “reconstrução”, teríamos que partir da ficção de que o legislador elaborou um princípio expresso para, em seguida, dispersá-lo, implicitamente, numa multiplicidade fragmentária.

[17] Análise minudenciada foi por nós procedida em estudo específico sobre o tema (GRASSI NETO, Roberto. **Princípios de Direito do Consumidor: elementos para uma Teoria Geral**). Para não fugir à sua natureza, limitamo-nos no presente trabalho a esboçar a proposta de classificação: 1) Princípios Gerais pertinentes à fase anterior à formação do contrato nas relações de consumo: tutela aos direitos extrapatrimoniais do consumidor; precaução; harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo; compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico; adequação dos serviços às necessidades de seus destinatários; 2) Princípio da adequação dos serviços públicos e respectivos sub-princípios específicos pertinentes à fase anterior à formação do contrato de prestação de serviços públicos: universalização, eficiência, segurança, continuidade, atualidade (melhoria) e cortesia; 3) Princípios gerais pertinentes à fase de formalização do vínculo contratual nas relações de consumo: vulnerabilidade do consumidor; tutela à vulnerabilidade qualificada pela hipossuficiência; igualdade real nos contratos; relatividade da autonomia da vontade; boa-fé objetiva; transparência; vinculação contratual; proibição de estipulação de cláusulas abusivas; proibição da adoção de práticas abusivas; 4) Princípios referentes à publicidade nas relações de consumo: duplo controle da publicidade (administrativo e judicial); identificação de sua natureza; veracidade; vedação à publicidade abusiva; vinculação contratual pela publicidade; correção ao desvio publicitário; 5) Princípios gerais pertinentes ao adimplemento das relações de consumo: boa-fé objetiva; interpretação das cláusulas contratuais no sentido

mais favorável ao consumidor; conservação do contrato; retratabilidade nos contratos; reparação integral pelo dano causado; responsabilidade objetiva, de regra, como norma de ordem pública nas relações de consumo; solidariedade legal entre os causadores de dano ao consumidor; responsabilidade subjetiva em casos específicos de relações de consumo; desconsideração da personalidade jurídica; 6) Princípios de direito processual nas relações de consumo: A) facilitação, ao consumidor, na defesa de seus direitos mediante: a) acesso simplificado à justiça e aos órgãos de administração; b) inversão incondicionada dos ônus da prova, quanto à correção e à veracidade em matéria publicitária; c) inversão condicionada dos ônus da prova, presentes conjunturas de verossimilhança ou hipossuficiência; B) coexistência das tutelas individual e coletiva do consumidor; 7) Princípios relativos à aplicação da lei nas relações de consumo: cogência; incidência intertemporal; subsidiariedade do direito comum em relação ao microsistema normativo do consumidor.

[18] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 637-8.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 408-9.

[20] GRASSI NETO, Roberto. **Princípios de Direito do Consumidor: Elementos para uma Teoria Geral**, p. 220.

[21] O problema faz-se presente mesmo no âmbito da União Européia: a 11 de Agosto de 2008, a organização não governamental holandesa *Natuur en Milieu* e a rede *PAN Europe (Pesticide Action Network)* apresentaram uma queixa junto ao Tribunal Europeu de Justiça contra a nova legislação (Regulamento 149, de março de 2008) que visa a harmonizar os níveis de segurança alimentar na União Européia. A Comissão Européia teria não apenas estabelecido limite legal muito acima do desejável, como deixado de avaliar os efeitos cumulativos dos pesticidas na saúde humana.

[22] Em diversas ocasiões, a violação, apesar de igualmente grave, não se relaciona com riscos à saúde ou à integridade física do consumidor, concernindo a direitos outros, não contemplados no princípio da precaução. Ilustra tal situação decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que deixou de reconhecer, em essência, gravíssimas lesões aos direitos dos consumidores brasileiros, em sua condição de usuários da energia elétrica, ao respaldar o teor de Medida Provisória do Executivo Federal – ainda em vigor por força da EMC 32, de 11/09/2001 – prevendo a possibilidade de cortes de energia, quando da crise no respectivo setor, ocorrida nos anos de 2001 e 2002.

[23] Consta que o vocábulo “precaução”, derivado do latim *praecautioem*, teria sido empregado pela primeira vez em língua portuguesa na 5^a. parte da coleção *Monarquia Lusitana*, de autoria de Francisco Brandão em 1650 (HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**).

[24] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 619.

[25] LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil**. Tese (Titularidade em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 90.

[26] GRASSI NETO, Roberto. **Princípios de Direito do Consumidor: elementos para uma teoria geral**. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007, p. 88.

[27]EUROPA. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução** Bruxelas, 2.2.2000 COM(2000) 1 final. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PDF> >. Acesso em 26 de setembro de 2008, p. 03.

[28] EUROPA. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução Bruxelas**, 2.2.2000 COM(2000) 1 final. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PDF> >. Acesso em 26 de setembro de 2008, p. 04.

[29] **Art. 2º, nº 3, da Diretiva 2001/18/CE**: “Libertação deliberada, qualquer introdução intencional no ambiente de um OGM ou de uma combinação de OGM sem que se recorra a medidas específicas de confinamento, com o objectivo de limitar o seu contacto com a população em geral e com o ambiente e de proporcionar a ambos um elevado nível de segurança”.

[30] Consoante consta de seu considerando nº 16, a legislação comunitária neste domínio deverá ser complementada por normas que abranjam a responsabilidade por diferentes tipos de danos ambientais em todas as zonas da União Européia. Para o efeito, a Comissão comprometeu-se a apresentar uma proposta legislativa sobre a responsabilidade ambiental até ao final de 2001, proposta que cobrirá também os danos decorrentes de OGM.

[31] **Art. 47, nº 2, do Regulamento (CE) nº 178/2002**: “Em matéria de responsabilidade extracontratual, a Autoridade deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros, os danos causados por si ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias é competente em qualquer litígio relativo à reparação desses danos”.

[32] Seus incisos, tampouco, contêm qualquer menção expressa ao “princípio da precaução”, ali apenas subentendido.

[33] O “princípio da precaução”, conquanto não encontre guarida expressa na Constituição brasileira, pode ser subentendido dos incisos do dispositivo mencionado. O texto, com efeito, indica os valores a serem tutelados, prevendo o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético; dispõe, ainda, sobre o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que importem em risco para a vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

[34] Embora a antiga Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995 não o mencionasse expressamente, o princípio da precaução podia ser deduzido de seu texto, na medida em que as normas de segurança e os mecanismos de fiscalização para liberação e

descarte de organismo geneticamente modificado (OGM) deveriam ser estabelecidos sempre visando à proteção ao meio ambiente.

[35] **Art. 1º da Lei nº 11.105/2005:** “Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

[36] Nos termos do art. 16 da Lei nº 11.105/2005, são os órgãos e entidades de registro e fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República.

[37] O legislador brasileiro de 1995 estabelecia ser vedada até mesmo a introdução no Brasil de organismos geneticamente modificados (OGMs), ou de produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, sem parecer prévio conclusivo da CTNBio e sem a autorização do órgão de fiscalização competente. Nesse tocante, ainda que mais flexível que a anterior, a atual legislação brasileira é muito mais avançada e rigorosa do que a européia. Excetuando-se alguns produtos — tais como os medicamentos, os pesticidas ou os aditivos alimentares — a legislação comunitária européia não prevê um sistema de autorização prévia à colocação dos produtos no mercado. Na maioria dos casos, compete, pois, ao consumidor, ou às associações de consumidores, demonstrar o perigo associado a um procedimento ou a um produto após este ter sido colocado no mercado.

[38] Eventuais infrações administrativas são passíveis de punição com as seguintes sanções: advertência; multa; apreensão de OGM e seus derivados; suspensão da venda de OGM e seus derivados; embargo da atividade; interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento; suspensão de registro, licença ou autorização; cancelamento de registro, licença ou autorização; perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo; perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito; intervenção no estabelecimento, e; proibição de contratar com a administração pública, por período de até 5 (cinco) anos (art. 21 da Lei nº 11.105/2005).

[39] Órgãos e entidades de registro e fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República ficaram incumbidos, assim, de, observado o necessário e prévio parecer técnico conclusivo da CTNBio e as deliberações do CNBS: (a) exercer a fiscalização das atividades de pesquisa de OGM e seus derivados; (b) proceder ao registro e fiscalizar a liberação comercial de OGM e seus derivados; (c) emitir autorização para a importação de OGM e seus derivados para uso comercial; (d) manter atualizado no SIB o cadastro das instituições e responsáveis técnicos que realizam atividades e projetos relacionados a OGM e seus derivados; (e) tornar públicos, inclusive no SIB, os registros e autorizações concedidas; (f) aplicar as penalidades de que trata esta Lei; (g) subsidiar a CTNBio na

definição de quesitos de avaliação de biossegurança de OGM e seus derivados (art. 16 da Lei nº 11.105/2005).

[40] PRINCIPIO 15, Declaração do Rio sobre Meio ambiente e Desenvolvimento: “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*”

[41] Outra remissão ao consumidor pelo legislador de 2005 é, ainda, estabelecida no art. 21, § 4º, da nova lei, segundo o qual, na hipótese de eventual violação constituir crime ou contravenção e importar em lesão à Fazenda Pública ou ao consumidor, incumbirá à autoridade fiscalizadora promover a necessária representação junto ao órgão competente para apuração das responsabilidades administrativa e penal.

[42] A liminar contra a liberação da *Roundup Ready* pela juíza Raquel Fernandez Perrini, da 11ª Vara Federal de São Paulo, foi concedida na véspera da data marcada para o anúncio da liberação da *Roundup Ready* pela CTNBio. Na decisão, entendeu a Magistrada existirem indícios suficientes de que a Comissão pretendia liberar a soja da Monsanto sem normas que garantissem a segurança alimentar e a rotulagem do produto, além de não ter solicitado o estudo de impacto ambiental, requisitos obrigatórios por lei.

[43] O parecer da CTNBio, emitido sem qualquer base legal, foi no sentido de ser autorizada a liberação provisória para plantio e comercialização de produto potencialmente nocivo enquanto são realizadas pesquisas para avaliar os riscos apresentados. O absurdo é patente, pois se mencionados riscos estão presentes — e no caso em tela a determinação de monitoramento posterior é demonstração inequívoca de razoabilidade de sua existência —, não podiam as autoridades permitir que o consumidor, como que transmutado em cobaia de experimento científico, expusesse a risco sua vida e saúde. Antes deviam as autoridades, com base no princípio da precaução, vedar preventivamente não apenas sua comercialização, mas também o seu plantio. A questão foi amplamente debatida nos painéis referentes às “Teses independentes” do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (Painéis D, F, G, H), tendo sido aprovado por unanimidade como conclusão de nº 1 o entendimento no sentido de que o “parecer favorável à liberação comercial de Alimentos Geneticamente Modificados no Brasil, elaborado pela CTNBio, fere direitos básicos dos consumidores”. A respeito do tema, foram aprovados ainda os seguintes enunciados: 2- “O direito à informação sobre a característica transgênica do alimento não se restringe aos produtos pré-embalados, atingindo, inclusive, os elaborados em restaurantes e os alimentos *in natura* não embalados. (*aprovada por unanimidade*)”; 3 - “A informação sobre a origem do alimento, além de direito básico do consumidor, é importante instrumento para rastreabilidade do dano, tornando-se imprescindível quando tratar-se de Alimento Geneticamente Modificado. (*aprovada por unanimidade*)”; por derradeiro: “A normalização prevista no item 1.1 da Portaria do Ministério da Justiça é imprescindível para a comercialização de Alimentos Geneticamente Modificados no Brasil” (*aprovada por unanimidade*).

[44] O juiz Antônio Oswaldo Scarpa, da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, para a qual o processo fora redistribuído, revogou a liminar concedida ao Instituto Brasileiro de

Defesa do Consumidor no que diz respeito à suspensão do cultivo da soja, mas exigiu sua segregação e rotulagem, bem como determinou à Monsanto que informasse à Justiça quem viesse a comprar essa soja. No mês subsequente, o Greenpeace e a Monsanto ingressaram na ação como partes interessadas, o primeiro, ao lado do IDEC; e a segunda, ao lado da União (CTNbio).

[45] Mesmo com a revogação da liminar, a Monsanto havia optado por retirar, em março de 1999, o pedido de registro da soja *Roundup Ready*, admitindo falta de informações técnicas. Em que pese não houvesse estudo de impacto ambiental, o então ministro interino da Agricultura, Benedito Rosa do Espírito Santo, de modo preocupante, antecipou-se e declarou na ocasião que, assim que a empresa Monsanto reapresentasse o pedido, receberia autorização para o cultivo em escala comercial, o que efetivamente ocorreu, mediante ato do Serviço Nacional de Registro de Cultivares (SNRC) do Ministério da Agricultura, em 14 de maio do mesmo ano.

[46] Apelação Cível 1998.34.00.027682-0/DF. Os desembargadores Selene Maria de Almeida e Antônio Ezequiel votaram pela liberação dos transgênicos sem o EIA/RIMA, enquanto o desembargador João Batista Moreira votou contra.

[47] A liberação abrange as variedades de milho *Liberty Link* e *MON 810*, produzidas pela Bayer e pela Monsanto, respectivamente.

[48] **Art. 927 do CC:** “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

[49] LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil.** Tese (Titularidade em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 147-8.

[50] DIAS, J. de A. **Da responsabilidade Civil**, 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 635

[51] LOPEZ, Teresa Ancona. *op. cit.*, p. 152.

[52] **Artigo 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81):** “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

[53] O CC de 2002 prevê responderem objetiva e solidariamente pela prática de ato ilícito apenas as pessoas relacionadas no art. 932, nas quais não se encaixam a figura do arrendador ou do parceiro-outorgante. Entendemos, ainda, não ser automaticamente aplicável à espécie a regra do art. 942, segundo a qual, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Isso porque, estando a terra

arrendada, por vezes não estará ao alcance de seu proprietário impedir a conduta danosa do arrendatário. Por tal razão, acreditamos ser descabido considerá-lo automaticamente como “co-autor” do dano, ressalvada evidentemente a hipótese de sua conduta concorrendo para o evento danoso ter natureza comissiva. A responsabilização do proprietário por comportamento meramente omissivo diante de proceder lesivo do arrendatário, certamente poderá ocorrer, mas não será solidária, ficando, antes, condicionada à demonstração efetiva de ter obrado com culpa.

DIREITO E LITERATURA

A ARTE EM KING LEAR: O DESPERTAR PARA UMA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS UNIVERSAIS DO HOMEM*

ART IN KING LEAR: AWAKENING TO THE STATEMENT OF UNIVERSAL HUMAN RIGHTS

**Ângela Barbosa Franco
Maria Cristina Pimentel Campos
Gabriela Mascarenhas Lasmar**

RESUMO

A história da civilização registra uma constante preocupação com o bem-estar do homem. Embora a legitimação de um documento de âmbito internacional só tenha sido promulgada no século XX, a literatura retrata, em seus mais diversos gêneros, uma busca por respeito à dignidade do homem em oposição ao desrespeito e à violência. Shakespeare, ao compor suas tragédias, apresenta, inevitavelmente, como resultado do próprio gênero, um palco predominantemente violento e chocante para o leitor/espectador que, inconscientemente, aspira por harmonia e vida. Envoltos em um cenário sangrento, a peça teatral King Lear descortina facetas diversas de discórdias nas quais os direitos fundamentais do ser humano são violados. A personagem de Lear, por exemplo, é violentada em seus três papéis de rei, pai e homem. A peça desvela em sua narrativa diferenças sociais, discriminações e exclusões, as quais também afetam e vitimam outras personagens. As agressões físicas e psicológicas, presentes no texto de Shakespeare e projetadas no palco, funcionam como convites e protótipos ao desenvolvimento de estudos reflexivos sobre os seres humanos e seus direitos capitais. Nesse sentido, através de uma abordagem interdisciplinar entre literatura e direito, torna-se possível identificar, nos diversos níveis de violência no contexto fictício do século XVI – época em que os direitos humanos ainda eram incipientes – semelhanças ou reflexos da realidade sombria do homem do século XXI, cujo comportamento marginalizado e grotesco deflagra um ambiente social repleto de distorções. O descaso das lutas passadas para legitimar o respeito em relação aos direitos humanos, ou a incapacidade de reconhecer a condição universal e atemporal do homem como ser humano, ou a negligência a esse respeito é dramática, tanto como uma peça encenada no palco ou como uma realidade teatral. Vale ressaltar a despretenção do presente estudo, em minudenciar ou em demonstrar sistematicamente o surgimento de todas as instituições jurídicas em defesa do princípio absoluto da dignidade humana, mas sim destacar uma das mais significativas vitórias jurídicas da história intitulada como “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

PALAVRAS-CHAVES: HISTÓRIA, DIREITOS HUMANOS, KING LEAR

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The history of human civilization registers a constant concern with man's welfare. Though the legitimization of a universal official document was only promulgated in the twentieth century, Literature portrays, through its different genres, a search for respect towards man's dignity in opposition to disrespect and violence and also reveals that there were rules to protect man against abuses. Shakespeare, in his tragedies, presents, inevitably, as a result of the proper genre, a predominantly violent and shocking stage to an audience that, unconsciously, seeks for harmony and life. Surrounded by a quite bloody scenario, the play *King Lear* unveils various facets of discord in which man's fundamental rights are violated. The character of Lear, for example, is violated in the three roles he performs; that of the king, the father, and the man. The play reveals in its narrative social differences, discriminations, and exclusions which also affect and victimize other characters. The physical and psychological aggressions presented in Shakespeare's texts and projected on the stage function as invitations and prototypes to the development of reflective studies about human beings and their capital rights. Thus, through an interdisciplinary approach between Law and Literature, it is possible to identify, in the different levels of violence present in the fictitious context of the XVI century – a time when the human rights were still incipient – resemblances of the XXI century shadowy reality of man, whose marginalized and grotesque behavior depicts a social environment full of distortions. The unawareness of past struggles to legitimize respect towards human rights or the incapacity to recognize the universal and atemporal condition of man as a human being or the neglect towards it is dramatic, either as a play performed on the stage or as a stage-like reality. It is worth mentioning that it does not constitute an objective of this study to scrutinize or to demonstrate systematically the upheaval of the judicial institutions in defense of the absolute principle of human dignity, but to highlight one of the most outstanding historical moments translated in the victory achieved with the Declaration of the Human Rights.

KEYWORDS: HISTORY, HUMAN RIGHTS, KING LEAR

1. INTRODUÇÃO

A tragédia *King Lear*, se investigada reflexivamente, pode levar o leitor a melhor enfrentar uma dimensão do humano que por vezes resta perdida nos diversos contextos de aplicação do Direito. O fenômeno jurídico, como fenômeno marcadamente social, pode ter negada sua dimensão mais humana, quando, tratado como mero aparato técnico, passa a permitir o esquecimento das dimensões históricas com as quais se deve fazer indelevelmente atrelado.

A obra de arte não tem tempo nem lugar. Hermeneuticamente falando, situa-se numa zona de incompletude e perene necessidade de complementação. Como ensinam os lingüistas, a escrita e a linguagem, que se libertam de sua fonte, trazendo de maneira muito especial o que Gadamer (2005) chama de “fusão de horizontes”, marcam e acentuam as especificidades de todo o processo interpretativo. Assim, as artes são caminhos vívidos e marcantes para que o homem tenha condições e meios de melhor aceitar e compreender as vicissitudes, assim como, as virtudes de institutos jurídicos através dos quais a absorção histórica, por vezes, lastreada em profundos e

revolucionários momentos de transformação, conduz ao esquecimento da dimensão da conquista. Passa-se, assim, a tratá-los com uma quase naturalidade quando na verdade são frutos de ardorosas lutas, as quais, na maioria das vezes, precisam ser continuamente reconquistadas, continuadas, redescobertas, sob pena de se perder o que elas têm de mais valioso e importante: a perene afirmação do humano.

Sob essa perspectiva, a peça teatral *King Lear* atravessa os tempos com a força dramática das poderosas personagens, na medida em que se torna possível, através de uma re-leitura do passado, identificar violações a valores fundamentais do ser humano que, no contexto da dramaturgia do século XVI, já eram considerados desprezíveis pelo autor, mas utilizados com intuito de chocar a platéia. Essa afirmação parte da idéia que Shakespeare, apesar de instalar um cenário de caos e destruição, preocupa-se em dar um desfecho para a trama resgatando o bem. Ao final da obra, tem-se a criação de mártires e a outorga do reino da Inglaterra, germe de todo o conflito da trama, a uma personagem idônea. Interessante destacar que quando o dramaturgo desenvolve sua narrativa, não existem diplomas de âmbito internacional protetivo aos direitos do homem. Naquela época, os direitos do homem eram considerados naturais e a única defesa possível contra sua violação era um direito igualmente natural, ou seja, o direito de resistência.

Hoje o mundo se resguarda de diplomas positivados nos quais a afirmação de direitos é universal, ou seja, seus princípios não mais beneficiam os cidadãos desse ou daquele Estado, mas a todos os homens. Em contrapartida, apesar de esses direitos serem proclamados e reconhecidos, não têm sido efetivados. As conquistas do homem alcançadas no decorrer de sua história, em busca da afirmação dos valores fundamentais, encontram-se perdidas nos relatos doutrinários.

Em vista disso, ao se fazer uma analogia da obra *King Lear* com a vida real, verifica-se que na sociedade contemporânea imperam-se as mesmas formas de violência desveladas na ficção shakespeariana, identificadas não apenas pela agressão à materialidade do corpo, mas também pelo desrespeito à liberdade e à honra, tais como a corrupção, a desigualdade social, a discriminação, a exploração, a miséria, enfim, todo e qualquer fenômeno capaz de violar os direitos essenciais inerentes à existência do ser como pessoa.

Paradoxalmente, a violência hoje coabita o mesmo cenário em que se deveria dar eficácia a diplomas normativos fruto de lutas históricas. Nesse sentido, falar de uma peça escrita no século XVI, onde a noção de direitos humanos era ainda incipiente, é buscar, sobretudo, a dimensão clara e dinâmica com que se deve tratar este tema, a fim de que, confrontando historicamente as conseqüências de sua inexistência, possa-se despertar para a importância de sua presença e de sua consolidação entre os homens.

2. A PEÇA *KING LEAR*

A saga do rei Lear inicia com a criação de uma situação polêmica, caracterizada pela partilha dos bens do reino da Inglaterra entre as três herdeiras: Goneril, Regan e Cordelia. Antes de anunciar a doação do patrimônio real, o monarca estrategicamente resguarda a melhor parte para a filha, Cordelia, declarada como sua favorita. A natureza complexa de tal evento é responsável pelo desenrolar de um ambiente hostil, no qual a violência impera, evidenciando-se o rompimento de laços familiares, sociais e políticos.

O rei Lear, nesta cerimônia de partilha, expõe suas filhas ao ridículo, ao demandar-lhes que testemunhem, publicamente, como uma competição, a forma de amor que sentem por ele. O vaidoso monarca, na verdade, pretende apenas se desobrigar das tarefas burocráticas que o cargo o impõe, mas não do seu poder. O ato de abdicação da coroa, na inocência de Lear, não lhe retiraria as prerrogativas de amplos poderes de mando e de gestão. Então, durante a formalização de seu intento, instala-se um duelo de lisonjeios. Goneril e Regan, cinicamente, satisfazem a vaidade do rei, proferindo palavras falaciosas, vez que o amor pelo genitor inexistente, mas apenas o intuito de garantir o dote. Diante dessa situação, processa-se, na humilhação deferida pelo rei/pai às filhas, uma forma de agressão psicológica, já que Goneril e Regan sentem-se discriminadas da notória predileção do pai pela irmã mais jovem. Em contrapartida, Cordelia ilustra a essência da moral e da ética. Ama o pai, mas se abstém de palavras adulatórias e contraria as expectativas do rei. Apenas declara ao pai que seu amor está no coração e não nas palavras, que “ama como o dever a impõe, nem mais nem menos”.^[1] Suas palavras aduzem o sentido do dever, na relação filial e humana. Todavia, a vaidade de Lear bloqueia sua capacidade para enxergar a situação familiar vexatória por ele criada. Usa seu poder de forma cega e arbitrária. Deserta Cordelia, expulsa-a do reino, do seu coração e a fere em sua honra. No mesmo ato da trama, Kent, nobre devoto ao rei, sofre as conseqüências de sua sinceridade, ao tentar tomar partido de Cordelia. Sua retidão de caráter também acarreta sua expulsão. É nesse momento que o protagonista dá início ao seu calvário.

Logo nas próximas cenas, ao tentar usufruir de seus poderes reais Lear descobre que as herdeiras, Goneril e Regan, uniram-se contra ele.^[2] Assim, ao refletir que as palavras de Cordelia nada mais eram do que as palavras sensatas da razão, o rei reconhece seu erro. Todavia, Lear desperta de sua insensatez tarde demais, Goneril e Regan já haviam lhe retirado o império. O ex-monarca torna-se um miserável nu, louco e exposto à tormenta.

Diante de um cenário de discriminação do genitor para com as filhas mais velhas e menosprezo dos deveres morais dos filhos para com o pai idoso, a narrativa de Shakespeare demonstra a quebra de valores responsáveis pelo equilíbrio na convivência familiar. A partir disso, o dramaturgo descortina no decorrer da trama diferentes níveis de violência, desde aquela que se insinua silenciosamente por meio de mecanismos sutis até aquela que se faz explícita e culmina com a morte. Uma constitui-se em agressão psicológica, ao passo que a outra é física.

Paralelamente ao enredo principal, Shakespeare apresenta uma subtrama, cuja analogia temática ratifica a violência com a conseqüente violação de direitos humanos. Gloucester, nobre fiel amigo do rei, possui dois filhos; um legítimo, Edgar, e o outro, Edmund, “filho da folia”, nas palavras do próprio pai.^[3] O primeiro honrado e digno, sendo o segundo diabólico. Este, pautado em valores vis, articula plano para incriminar o irmão. Forja declarações em uma carta com a letra de Edgar, propondo-lhe a morte do

pai e o compartilhamento da metade dos bens da família. O conde Gloucester, ao ler a carta, não percebe a leviandade do ato de Edmund e passa a odiar o filho Edgar. Edmund também trama para que o irmão seja induzido a erro e caia como vítima em sua rede de intrigas. Como parte de sua arquitetura manipuladora, o filho bastardo, diante do argumento que o genitor encontrava-se demasiadamente ressentido com Edgar, convence o irmão a se afastar do pai até que passasse sua cólera. Após isso, o filho passa a viver ao relento disfarçado como mendigo. Edmund associa-se a Goneril e a Regan contra o rei Lear e seu próprio pai. O desenlace é funesto. Gloucester é agredido de forma brutal por Cornwall, marido de Regan, com a anuência do cruento bastardo Edmund. Aquele lhe arranca os olhos, ao descobrir que foi à procura de Lear a fim de lhe informar sobre a chegada da armada francesa, comandada pelo rei da França junto à esposa Cordelia, para prestar ajuda ao ex-monarca. Após perder a visão, Gloucester é expulso dos territórios domésticos.

A analogia entre a trama principal e secundária enfatiza a incapacidade de percepção de Lear e Gloucester, que são igualmente inconscientes sobre a natureza do caráter dos filhos. Edgar, assim como Cordelia, é vítima da falta da percepção acurada do pai. Todavia, ele e Cordelia, embora injustiçados, são os filhos que propiciam amparo aos pais na tormenta. Segundo Lings (2004, p. 199), “é função de Edgar desfazer a ilusão de que o homem é independente e auto-suficiente, e mostrar que sua alma é em larga medida um campo de batalha para as forças do céu e do inferno”.

O restabelecimento da dignidade das personagens, de seus direitos inalienáveis de liberdade, de justiça e de paz, apenas é alcançado no desfecho da peça. Para isso, Shakespeare instaura uma guerra entre as tropas da França, liderada pelo marido de Cordelia, e o reino inglês governado por Goneril e Regan. Tal combate é responsável por restaurar a ordem ao fim da narrativa, apesar de ser fruto do desenrolar de uma substanciosa tragédia, apontada pelos críticos como uma das mais sangrentas do autor.

3. A LUTA COMO PRESSUPOSTO DA CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Muitas conquistas da humanidade são conseqüências de batalhas travadas entre o homem. Para Ihering (2000), se o ser racional aspira à paz, o combate é o meio para alcançá-la. Assim, para se alcançar a convivência harmônica de uma sociedade faz-se necessário lutar por ela.

Nessa linha de pensamento, Boson (1996) faz uma reflexão sobre a questão do pacto. Para o jurista, não há paz sem pacto, constituindo o acordo a primeira manifestação normativa da idéia de Direito, na qual coexiste o reconhecimento recíproco. “A paz se realiza, pois, pelo acordo, em cuja realização se acham implicados os valores fundamentais da sociedade estabelecida” (BOSON, 1996, p. 165). Sob uma perspectiva de interdependência, o autor projeta o entrelaçamento que se processa entre paz, ordem e justiça, quando afirma que sem paz não há ordem, sem ordem não há segurança

jurídica, e, conseqüentemente, não existe justiça eficaz. Boson (1996, p.165) ainda ressalta que “sem pacto poderia haver o hipotético estado de Guerra generalizado a que se refere Hobbes (*bellum omnia in omnes*)”. Nesse sentido, observa-se na obra a existência de um pacto implícito quando da divisão do reinado. Lear deseja transferir a responsabilidade do governo às filhas, mas não o poder; deseja continuar a ser venerado, respeitado e amado pelas filhas e súditos. Todavia, a posse dos bens do reino somente pelas duas herdeiras faz com que se vejam detentoras também do poder, exacerbando-lhes a ambição. Temerosas de que o pai possa, com os cem soldados que deseja manter sob sua autoridade, avocar o poder e fazer a elas o mesmo que fizera a Cordelia, as duas irmãs herdeiras renegam o pai, arquitetando sua saída compulsória e definitiva do reino. Visto que não há pacto explícito em *King Lear* e o acordo implícito, sugestivo de dever, respeito, harmonia e amor, é ignorado, estabelece-se o estado de Guerra, referido por Hobbes. Sem paz, os valores a ela interdependentes tornam-se vulneráveis, desencadeando a desordem, a insegurança e a injustiça. Nessa conjuntura, as forças impulsivas prevalecem sem serem reguladas, comprometendo os direitos elementares de cada um.

O pacto implícito, num ambiente harmonioso, é aquele que se estabelece em relação ao respeito aos direitos humanos e à liberdade normativa, que se refere à moral e à dignidade. É aquele que alude ao Direito natural, cujos princípios jurídicos são gerais, universais e ecumênicos. Para Boson (1996), a inexistência ou a ausência de tais princípios impossibilita a sociedade. O respeito ao pacto implícito reflete o caráter do ser. No relacionamento pais e filhos é inerente à condição de respeito, amor, harmonia, proteção e dever. Cumpre ressaltar que, em *King Lear*, o pacto implícito extrapola os limites da moral, uma vez que a atitude do protagonista não é pura e não está isenta de arbitrariedades.

Analogamente ao enredo imaginário da literatura, é possível perceber que a violência sempre se fez presente na vida do homem. Ironicamente, apresenta-se como elemento instigador e viabilizador de grandes conquistas no decorrer da história. Exemplo notório encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, diploma normativo reconhecedor dos valores supremos da liberdade, igualdade, justiça e paz, que surge no âmbito jurídico sob influência das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial.[4] O ser humano, ante as conseqüências aterrorizantes da guerra, percebe a necessidade de se criar condições para o alcance da paz universal e institui o diploma a fim de se buscar uma vida digna a todos.

4. A ORIGEM DOS VALORES UNIVERSAIS DA LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA SOB UM PRISMA FILOSÓFICO, HISTÓRICO E ÉTICO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 desvela-se para o mundo como instrumento de inspiração e orientação no processo de crescimento da sociedade. Em seu bojo, encontra-se de forma explícita no artigo I o postulado de que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Apesar da legitimação normativa dos valores citados serem ainda incipientes na época elisabetana, é possível identificar a intenção de Shakespeare em demonstrá-los violentados para incitar sua platéia. A narrativa sempre causa indignação no público, conforme apontam críticos do dramaturgo, sendo inclusive abrandada em algumas traduções e representações no decorrer dos séculos. O reconhecimento da liberdade, da igualdade e da dignidade como valores fundamentais para a convivência harmônica em sociedade, assim como instrumentos para alcance da justiça, estão explícitos no enredo. Basta verificar a preocupação do autor ao final da trama em dar a vitória da batalha aos justos, apesar da morte de Cordelia. Esta observação corrobora a tese de que tais axiomas perduram no tempo, assim como eram objeto de aspiração do homem no século XVI. Por isso, a maestria de Shakespeare tem o condão de atingir a todos os seus apreciadores, em qualquer época.

Os valores da liberdade, igualdade e dignidade humana apresentam-se de forma complexa em *King Lear*. Inicialmente, não há como se sentir simpatia por Lear, que se apresenta como um tolo, nos seus três papéis de rei, pai e homem. Ao dispor de forma desproporcional a divisão de suas terras, como conseqüência da intenção de favoritismo a uma das filhas em detrimento das outras, cria uma situação de desigualdade descabida no relacionamento entre o pai e as herdeiras. As primeiras cenas são bastante ilustrativas. Frye (1986) argumenta que as afrontas de Lear às filhas diminuem gradativamente a sua dignidade, deixando a elas as honras dramáticas. O autor faz distinção entre simpatia dramática e moral, sugerindo que em Lear pode-se sentir simpatia dramática, mas não a moral. Além disso, o comportamento do rei é uma afronta direta à liberdade de expressão das filhas, as quais se vêem obrigadas a discorrer sobre sentimentos, algo de foro íntimo, em público. Somente Cordelia não se sujeita a se prostituir aos desejos do pai, às ordens do rei e aos desmandos do homem. Os comportamentos de certas personagens impedem os leitores de qualquer sentimento de simpatia moral, embora ocorram mudanças e conseqüente desenvolvimento no caráter de algumas personagens. E assim, em um enredo narrado no século XVI, é fácil perceber a intenção do autor em destacar uma relação de dominação e discriminação contrária aos valores da ética e da justiça que dão dignidade ao ser. O dramaturgo também deixa explícita a noção de que a solidariedade humana faz-se necessária para se dar dignidade ao próximo e instalar a paz.

Os valores de liberdade, igualdade e dignidade humana também são muito complexos no cenário da vida real. Representam uma lenta e contínua conquista da criatura humana, pois, conforme preceitua Bobbio (1992, p. 29) “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor, não são um ser, mas um dever ser”. A importância desses axiomas está atrelada ao processo de desenvolvimento da sociedade. Apesar da institucionalização de uma Declaração de âmbito universal em 1948, os valores ali consagrados hodiernamente são transgredidos da mesma forma como retratados na literatura. Para compreender como surgiram faz-se necessário sair do microcosmo jurídico para se analisá-los no campo filosófico, histórico e ético.

Em um contexto filosófico, os valores nascem a partir da afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, pois os filósofos fazem do homem um objeto de reflexão. A idéia de que o homem tem direitos irrenunciáveis e que ninguém, nem mesmo o Estado pode-lhe subtrair, é um valor concebido pelo jusnaturalismo. Segundo Locke (*apud* BOBBIO, 1992, p. 29), “o verdadeiro estado do homem não é o estado

civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais”. Os princípios do jusnaturalismo são universais, pois traçam comandos imutáveis e atemporais como o da justiça comutativa e distributiva, o da equidade, o de dar a cada ser o que lhe é devido, o de não fazer ao outro o que não quer que lhe faça. Ao dissertar sobre direito natural, Ribeiro (2004, p. 80) preleciona ser o “justo igual em qualquer lugar, havendo unicamente variações acidentais”. Sob essa perspectiva, o doutrinador esclarece estar se referindo “ao que é substancialmente justo, ao que a razão humana assim analisa e reconhece, independentemente das inevitáveis e riquíssimas variações de culturas”. [5]

Sob um prisma histórico, Comparato (2007, p. 08) aponta os séculos VIII a II a.C. como eixo consolidador da história da humanidade e, por isso, nomeados como período Axial. É a partir de tal período que o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e de razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. A partir do século V a.C., surge essa filosofia na Ásia e na Grécia, fazendo prevalecer o saber lógico da razão, ou melhor, a crítica racional da realidade, em detrimento do saber mitológico da tradição. Neste mesmo período, tem-se em Atenas a efetiva participação do povo nas funções do governo. Como em um regime democrático, o poder dos governantes gregos limitava-se às leis, que eram fruto da intervenção ativa do povo.

Note-se que apesar de o período Axial despertar a idéia de igualdade essencial entre os homens, foram necessários inúmeros séculos para a primeira organização internacional englobar a quase totalidade dos povos da terra e proclamar, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. O consenso geral da validade da Declaração é a prova de que os valores essenciais do ser humano são universalmente reconhecidos. Segundo Bobbio (1992, p. 27), “a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. Assim, o consenso apresenta-se como um dos fundamentos do Direito. O acolhido diploma é a inspiração e a orientação de um processo de crescimento de toda a comunidade internacional com indivíduos livres e iguais.

Mas, antes da lei escrita, a sociedade conviveu e ainda convive com a lei não escrita, vislumbrada nos costumes, ou seja, regras de conduta observadas uniformemente, inicialmente de cunho religioso, com características gerais e absolutas. Segundo Aristóteles (*apud* COMPARATO, 2007), as leis não escritas são leis universais. E, de acordo com essa aceção os romanos adotaram a noção grega de leis não escritas, com a expressão *ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos. Acontece que, no evoluir das gerações, o caráter, essencialmente religioso, deixa de ser satisfatório para explicar a vigência das leis universais. Para os gregos, por exemplo, o axioma igualdade, essencial ao homem, desvelava-se nas funções ou atividades por eles exercidas na vida social.

Na idade média, segundo Comparato (2007), o homem passa a ser considerado um composto de substância espiritual e corporal. É na concepção medieval de pessoa que se inicia a elaboração do princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. A igualdade

essencial da pessoa é o núcleo do conceito universal de direitos humanos. Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica. Graciano, o pai do direito canônico, afirmou que “as normas positivas, tanto eclesiásticas quanto seculares, uma vez demonstradas a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas” (COMPARATO, 2007, p. 21). A *lex naturalis* representa o postulado de que o conteúdo do direito é estabelecido pela natureza e, portanto, é válido em qualquer lugar e pressuposto para que o direito positivo seja reconhecido. Segundo Nader (1996), o direito natural ultrapassa as fronteiras do direito escrito e desvela-se na aspiração de um direito justo, fundamentado na natureza humana, em que nenhuma sociedade pode viver sem. Ribeiro (2004, p. 79) preceitua o direito natural como “a razão das coisas que sentimos existir no mundo. Basta contemplar a organização do Universo para sentirmos a força das leis imutáveis que o dirigem”. Nesse sentido, o autor ressalta que a elaboração das leis deve estar adstrita às noções atemporais de justiça. Essas noções estão no coração do homem e são capazes de protegê-lo sem estabelecer desigualdades, privilégios ou preferências. Na escritura shakespeariana, o diálogo de Cordelia (Ato IV, cena VII) a Lear expressa, de forma inequívoca, a crença no Direito Natural e sua superioridade em relação ao Direito temporal:

Mesmo que pai não fosse delas duas, estes cabelos brancos lhe teriam forçado à compaixão. Uma cabeça como esta poderia ser exposta à fúria das rajadas? Defrontar-se com o trovão pavoroso e o mais terrível ziguezaguear de temerosos raios? Ficar de guarda – pobre sentinela! – com este elmo tão fino? O próprio cão do meu inimigo, embora me tivesse mordido, houvera, numa noite dessas, permanecido junto ao meu fogo. E tu, meu pobre pai, foste obrigado a abrigar-te com porcos e mendigos numa pouca de palha embolorada! Ai, que dor. Maravilha é não haveres a um só tempo perdido a vida e o espírito. Vai acordar; falai-lhe.[6]

Vale enfatizar as palavras de Cordelia, cuja visão racional de solidariedade supera os sentimentos instintivos do homem de revide, e transcende o patamar ideológico do perdão, com a exemplificação de acolhimento ao cão inimigo. Para a filha devota, o comportamento das irmãs é desprezível, pois a elas caberia a condição natural de assistir o pai idoso na tormenta. A atitude de Cordelia demonstra que há sentimento em seu coração como algo natural e inerente ao ser, ao contrário das irmãs que nem os laços familiares observam. O Direito natural não é criado pela sociedade, nem emanado pelo Estado, origina-se da própria natureza humana e da razão. Seus comandos norteadores possuem caráter universal, eterno, imutável.

A elaboração teórica do conceito de pessoa está diretamente adstrita ao valor de dignidade. A pessoa como sujeito de direitos universais tem origens na filosofia kantiana. O primeiro postulado ético de Kant (*apud* COMPARATO, 2007) é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontades. O princípio primeiro de toda ética é o de que o “ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao

seu talante” (KANT *apud* COMPARATO, 2007, p. 21). Para Kant, os entes irracionais são coisas, dependem da natureza, possuem valor relativo. Já os entes racionais são pessoas, são a própria natureza, como fins em si mesmos e com livre arbítrio. Todo ser humano, considerado em sua individualidade, é infungível, não tem equivalente, não pode ser substituído como coisa. Na realidade, a dignidade da pessoa transcende as idéias do filósofo, pois o homem não se caracteriza apenas por sua racionalidade e fim em si, mas também por ser capaz de guiar-se pelas suas próprias leis.

A concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, tais como foram relegados à miséria o rei Lear e o conde Gloucester. A história narrada por Shakespeare demonstra tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Lear não é somente privado de seu trono, mas esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, ele perde a condição de ser racional, suas energias passam a se concentrar na luta contra a fome, a dor e a exaustão, estados estes que ele, na condição de rei, desconhecia. Gloucester também experimenta condições semelhantes as de Lear na trajetória da cegueira comportamental à física.

No primeiro ato da peça, o dramaturgo já oferece elementos elucidativos da lei natural, presentes nas palavras de Cordelia em resposta a inquirição do pai. Ela declara ao pai que seu amor está no coração e não nas palavras, que “ama como o dever a impõe, nem mais nem menos”.^[7] O vocábulo “dever” sugere observância da protagonista do seu papel de filha, acrescido de significância das palavras “nem mais nem menos”, sugestivas de justiça, de medida certa, em que os dois pratos da balança se encontram em equilíbrio perfeito. Desde o início da trama, Shakespeare delineia Cordelia com personalidade forte, cujos traços denotam clareza de princípios morais, que são observados pela jovem com simplicidade natural, característica que lhe é peculiar. Cordelia representa amor, fidelidade e justiça, todos advindos do dever filial de assistir e amar o progenitor incondicionalmente. Ironicamente, Lear, na sua vaidade, arrogância e cegueira moral, é incapaz de decodificar o sentido das palavras da filha. Desconhecedor dos princípios da lei natural, ele usa da prerrogativa do poder e expulsa a filha do reino. Sua violação à lei natural é observada por Shakespeare, conhecedor da alma humana, uma vez que a atitude do rei marca não só o seu declínio moral, mas também o físico e psicológico.

O preço da (des)medida de Lear encontra resposta na dor, sofrimento e perdas por que passa. Este constitui o percurso catártico de depuração dos erros cometidos que culmina com a cena na qual ele tem nos braços senis o corpo da filha renegada e amada. O quadro sugestivo do maior dos sacrifícios representado pelo amor incondicional de Cristo aos homens é revisitado na peça que, simbolicamente, faz de Cordelia o sacrifício para a humanização e redenção do rei, do pai e do homem; papéis esses que são indissociáveis na representatividade do homem em perfeito equilíbrio de seus deveres humanos, sociais e civis. Simboliza, ainda, a trilogia vocativa das instituições da igreja, do governo e da sociedade, na qual o homem de bem deve se situar no centro. As palavras finais de Lear são reveladoras da conscientização de seus equívocos do reconhecimento de que bens maiores devem ser cultivados. Percebe-se na escritura diegética e simbólica de *King Lear*, pela retratação do relacionamento pai e filha, uma interação dialógica do texto shakespeariano com os textos dos filósofos e teóricos ora citados, no que se refere às noções de lei natural e do dever ser. Shakespeare, com sua perspicaz capacidade de perceber o ser humano em suas peculiaridades

comportamentais deixa registrado, no século XVI, um legado de exemplificações de como o viver em sociedade pressupõe uma série de condições normativas direcionadas ao bem-estar da humanidade.

Com sabedoria Kant também ressalta que, “se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém” (*apud* COMPARATO, 2007, p. 23). Para o filósofo, além do dever negativo, ou seja, não prejudicar, cabe à humanidade o dever positivo de criar mecanismos para favorecer o fim de outrem. O dever positivo consiste na busca da felicidade alheia para se encontrar a própria felicidade. É esse favorecimento da felicidade do próximo que vai impulsionar a conquista pelo homem de seus direitos e liberdades tais como enunciados nos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A afirmação supra citada de Kant sobre o valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, prenuncia uma etapa histórica na elaboração do conceito de pessoa. O homem é o único ser, no mundo, capaz de agir livremente segundo suas preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que a submete voluntariamente a essas normas valorativas. Sob essa ótica, os direitos humanos são identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades pereceria, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

A dignidade da pessoa humana caracteriza-se por ser uma qualidade essencial do ser racional, que busca assegurá-la através de um conjunto de normas garantidoras de uma convivência pacífica, com a imposição de limites à ação de cada indivíduo. A partir daí, explica-se a importância do Direito. Conforme preceitua Reale (2006, p. 2), “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem o mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. Em vista disso, torna-se impossível dissociar a sociedade do Direito, ou os fatos sociais das estruturas normativas, assim como o Direito do combate travado pelos oponentes. Nesse sentido, Ihering (2000, p. 1) preleciona que “por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça - e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo - nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta”. Essa ótica pessimista de Ihering sobre a condição do mundo é ilustrada por Shakespeare e se reflete na contemporaneidade, na retratação da eterna luta entre o bem e o mal. Embora a dramaticidade dos conflitos trágicos assale igualmente os extremos da bipolaridade maniqueísta, o autor preocupa-se em restaurar a paz e a harmonia do universo caótico.

5. BREVE RELATO SOBRE A CONSOLIDAÇÃO E A SISTEMATIZAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA

Ao se fazer uma análise cronológica da inserção dos valores universais na vida do homem, partindo-se do século XVI, verifica-se que o primeiro direito reivindicado é a liberdade religiosa, no período da Reforma e da Contra-Reforma.

Mais tarde, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, a ascensão da burguesia como classe social passa a reclamar a igualdade de todos perante a lei, e a exigir direitos civis e políticos (direito de sufrágio, liberdade de reunião, associação, de expressão etc.). Embora o ideal seja o liberalismo de caráter individualista, o seu fundamento encontra-se em certos direitos individuais, como a liberdade e a proteção da propriedade privada (CAMPOS et al., 2002).

Tais valores também são manifestados na América com a Declaração da independência norte-americana, em 1776. No entanto, no que cerne à consagração do respeito à dignidade da pessoa humana apenas desponta-se a partir da Declaração de Direitos da Virgínia, precedente da Constituição americana de 1787 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, resultado da Revolução Francesa.

Em meados do século XIX a luta a favor dos direitos humanos se inicia por uma nova classe social, o proletariado, que começa a reivindicar direitos econômicos, sociais e culturais. Essa nova maneira de pensar é expressa na Revolução de outubro de 1917 e se concretiza com a Declaração russa dos direitos do povo trabalhador e explorado, de 4 de janeiro de 1918 (CAMPOS et al., 2002).

As Declarações de 1789 e 1918 são decisivas para a constitucionalização dos direitos humanos conquistados. Ressalta-se, também, que embora houvesse constituições que consagassem os direitos humanos no plano internacional, esse reconhecimento só vem ocorrer mais tarde. Em 1920, surge OIT (Organização Internacional do Trabalho) e o direito relativo ao labor e liberdade sindical passam a ser protegidos. Alguns direitos foram amparados internacionalmente desde o século XIX como, por exemplo, a proibição da escravatura. Mas, apenas após a segunda guerra mundial, como forma de reação frente às violações massivas dos direitos humanos praticados pelos regimes totalitários é que nasce o verdadeiro reconhecimento internacional dos direitos do homem, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 10 de dezembro de 1948. Segundo Almeida (2002, p. 40), a Declaração engloba uma vasta gama de direitos fundamentais, dentre os quais os direitos humanos pertencentes à primeira geração (direitos civis e políticos que asseguram ao indivíduo liberdades públicas), como os pertencentes à segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais que asseguram a consecução de ações governamentais a fim de garantir tais direitos). O objetivo da Declaração é estender a proteção dos direitos humanos para os seus titulares, ou seja, a todos os seres humanos.

Desde então, a afirmação dos direitos humanos é reconhecida em outros textos como na Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio, aprovada em 9 de dezembro de 1958. Este diploma atribui ao indivíduo o direito à vida, à segurança pessoal, a não ser escravizado ou tratado de maneira cruel, desumana ou degradante (BOBBIO, 1992). Outros exemplos que se podem citar são a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972; a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992; destacando-se, também, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000. Sob esse prisma, evidencia-se o caráter influente das normas internacionais sobre outros comandos legais, dado que a consagração de novos direitos fundamentais constitui uma resposta aos valores sociais e jurídicos que a comunidade internacional vem assumindo progressivamente.

Comparato (2007) esclarece que no século XX, abre-se a evolução do conceito de pessoa, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista. Contesta-se a crescente despersonalização do homem no mundo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade. A reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentua o caráter único e, por isso mesmo, inegalável e irreprodutível da personalidade individual.

Confirmando a visão da filosofia estoíca, reconhece-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada um exerce na vida. A pessoa não é personagem. A qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer (COMPARATO, 2007).

A partir de então, a dignidade da pessoa humana, passa a ser entendida como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável. O amparo legal em âmbito internacional é necessário à humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos. Tal reconhecimento tem o condão de dar mais segurança às relações sociais e exerce uma função pedagógica por enaltecer os valores éticos muitas vezes esquecidos pela sociedade.

Sinônimo de valor moral, pautada nas condutas benévolas da consciência coletiva, a dignidade da pessoa humana é princípio universal, irrenunciável e imperativo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera o reconhecimento da dignidade como sendo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Prescreve o artigo V que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Sob essa ótica, o desrespeito à dignidade da pessoa humana em *King Lear* assombra. Há em Lear a alienação do ser, como se observa com o ocorrido a Kent e a Edgar, que, ao serem banidos do reino, perdem suas identidades. Sob disfarces, ambos vivem tipos de alienação, quando suas verdadeiras identidades têm que ser veladas. As palavras de Edgar ilustram o sentimento de vazio, de niilismo, de indignidade frente à situação: “eu nada sou” (*I nothing am*). Similarmente, Lear perde sua identidade de rei, ao passar a responsabilidade do reinado às duas filhas, embora não intencionasse se abdicar do poder. Perde, também, a identidade de pai. Engana-se lamentavelmente sobre o caráter das filhas. Expulsa Cordelia e é expulso pelas outras duas filhas, Goneril e Regan, que querem se proteger e garantir o poder em suas mãos. Perde, ainda, a identidade de homem, na falta do domínio de sua mente. A privação da identidade está ligada à violação da dignidade humana.

Frye (1986) argumenta que a ausência da identidade perturba o velho rei. Lear repetidamente questiona: “quem sou eu” (*Who am I*). Vale ressaltar, todavia, que Lear perde essas três referências de identidade para, em processo catártico, ganhar novas, nos seus três papéis de rei, pai e homem. Ao perceber e reconhecer o sofrimento humano, Lear torna-se homem e pai dignos de verdadeira realeza. A reconstrução da dignidade processa-se tanto em Lear quanto em Gloucester. Espiritualmente e moralmente, Lear se humaniza. Assim, o leitor passa, após a transformação de Lear, a nutrir simpatia moral pelo rei. Cegos em suas maneiras de ver o mundo e de agir, tornam-se capazes de enxergá-lo através dos olhos da alma. Frye (1986) sugere que neste mundo caótico, em

que a escuridão predomina, todos são espiritualmente cegos, em analogia à cegueira física de Gloucester.

No microcosmo de *King Lear*, as personagens caracterizam a relação antagônica entre o bem e o mal. O sofrimento, pelo qual algumas personagens padecem, denuncia a tendência da natureza humana pelo mal, quando a violência dos maus espelha-se na dor dos bons. Kermode (2000) argumenta que a tendência ao mal pode reduzir a humanidade à condição bestial. A justiça é freqüentemente procurada e acreditada como sendo prerrogativa dos inocentes; porém, ninguém escapa. No final, acrescenta o crítico, a punição ou o alívio pela morte surge de forma indiscriminada. Os poucos sobreviventes, Kent e Edgar, são obrigados a encarar uma cena apocalíptica. Considerando que a dignidade é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; e que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade, o problema da ética, em *King Lear*, como afirma Kermode (2000), pode ser reduzido a uma questão legal ou de equidade e pode ser discutida sob a ótica forense.

A atrocidade ocorrida na trama revela um paralelo que pode ser feito com a Declaração dos Direitos Humanos em que há um interesse internacional de promover e respeitar os direitos do homem de caráter *erga omnes*. Dado que todos possuem um interesse jurídico na proteção dos direitos humanos, os Estados têm o dever de respeitar a comunidade internacional como um todo. Assim, os direitos humanos não oferecem somente uma dimensão subjetiva, como por exemplo, os direitos dos indivíduos e dos grupos frente aos poderes estatais, mas também uma dimensão objetiva que assegura a ordem e a paz social na comunidade internacional (CAMPOS, 2002). Ao final do enredo, em *King Lear*, a personagem Albany dirige-se para Edgar e Kent e pede para que decretem um luto oficial e ao mesmo tempo governem o reino. A situação é de tal forma caótica que se torna necessário o retorno da paz para que a vida possa continuar a ser como era antes de toda a tragédia. Há nesse contexto uma visão objetiva do Estado que para voltar a ser governado necessita manter a ordem social e garantir aos indivíduos os seus direitos mínimos de dignidade. Essa situação pode ser vislumbrada no contexto da Constituição Federal brasileira de 1988 que, após anos de um Estado Ditatorial, inova em relação às Cartas anteriores, referindo-se aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Para Mazzuoli (2005), o movimento de agregação de instrumentos internacionais, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, também reforça e engrandece o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta de 1988 como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil deve se reger em suas relações internacionais (CR/1988, art. 4º, inc. II). Conseqüentemente, modifica-se a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito interno, no que tange à proteção dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. Conforme aponta Mazzuoli (2005), basta mencionar que a inserção dos Estados em um sistema supra-estatal de proteção de direitos, com seus organismos de controle internacional, fortalece a tendência constitucional em limitar o Estado e seu poder em prol da salvaguarda dos direitos humanos universalmente reconhecidos.

Sob essa perspectiva ressalta-se ainda que, no ano de 2004, a emenda constitucional 45 acrescenta à Constituição da República de 1988 o parágrafo terceiro, no seu artigo quinto, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais quando o quórum de

aprovação for o mesmo do que é necessário para a aprovação de uma emenda. Essa modificação representa uma maior maleabilidade e aceitação do direito interno em relação ao direito internacional. É importante mencionar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CR/1988), ou seja, passam a incorporar automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, a quase totalidade dos países do mundo adere aos instrumentos de caráter global de proteção aos direitos humanos inserindo-os não somente em suas constituições, mas também em disposições infraconstitucionais. Trindade (2002, p. 194) aduz que “isso poderia ser um retrato em cores do melhor dos mundos, se o direito positivo fosse o retrato fiel do mundo”. Infelizmente, a solução normativa concebida não corresponde à sua efetividade social. A sociedade permite que muitos dos direitos conquistados no decorrer da história da civilização tenham apenas um caráter programático e, por isso, apresentem uma ilusão social. A tolerância às diversas formas de violência que hoje assolam a humanidade demonstra que o homem permanece individualista, e ao mesmo tempo alienado no mundo. Ele ainda precisa despertar para a necessidade de sair de seu microcosmo egoísta e lutar para proteger toda coletividade. O gozo de seus valores fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade humana, apenas será plenamente alcançado quando também estiverem resguardados os valores fundamentais de seu próximo.

6. CONCLUSÃO

O homem surge no mundo de forma inacabada. Seus valores são moldados através do contato com o universo que o circunda. Assim, ele se torna um produto do meio social em que vive, influenciado pelo seu passado cercado de valores, crenças e preconceitos.

Ao mesmo tempo, seus valores não são permanentes e imutáveis. Em vista disso pode-se afirmar que os direitos humanos são fruto da evolução humana, cerceados pelos valores de justiça inerentes a cada época. Importante também compreender que alguns desses valores nascem com o homem e passam por uma re-leitura, ou seja, por um processo de transformação e adequação para a vida moderna e, por isso, considerados, ao mesmo tempo, universais e atemporais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, condensa toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares reconhecido como pessoa, mas nem por isso os problemas ético-jurídicos deixam de existir.

A história humana tem sido palco de inúmeras e diversas batalhas, não faltando mesmo aqueles que a vejam essencialmente como uma luta por reconhecimento. Uma luta por afirmação de identidades não é senão, em última instância, uma luta por afirmação da dignidade humana, valor candente e fundamental, e cujo reconhecimento apenas tardiamente sobreveio na história.

Neste prisma, usar de uma peça escrita no século XVI, onde, conforme já ressaltado, a noção de direitos humanos estava ainda tão incipiente, é despertar a dimensão vívida e dinâmica sobre a importância do tema. Ao confrontar historicamente as consequências da inexistência do reconhecimento dos direitos humanos em âmbito internacional, pode-se ratificar a necessidade premente de sua presença e consolidação na sociedade. Por isso, o homem tem que se preocupar em dar efetividade aos valores elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e se conscientizar que o alcance de sua felicidade implica em criar meios para proporcionar a felicidade do próximo. Não basta a proteção individual dos direitos elencados, mas sim uma proteção global. O egoísmo leva o homem a cair na cilada histórica vivida por Lear, ao dar ouvidos apenas ao que mais de perto e mais imediatamente lhe interessa.

O apelo do pragmatismo, se confortável e sedutor, traz o risco, sempre presente, de olvidar aquilo que verdadeiramente importa. Em um tempo em que o mundo vê-se confrontado por violências e conturbações, a sedução de um direito forte e de um Estado opressor pode acalantar alguns ouvidos, e as palavras de Shakespeare podem ajudar a despertar o homem de perigoso torpor.

A imagem do grande rei cego é clara o suficiente para se refletir sobre um aspecto humano importante: não se é cego, fica-se cego. Lear é a prova cabal de uma cegueira que se implanta crescentemente até atingir o âmago de seu próprio ser. O monarca reconhece a dimensão de seus erros, quando percebe a cegueira de sua consciência. O homem cego perde sua dignidade, pois perde sua autonomia. Corre o risco de ser guiado por outros cegos ou mesmo por loucos, quando então se tem a verdadeira devassidão do mundo. Uma das dimensões da cegueira é a da negação da história. Ou de não assumi-la em suas consequências mais verdadeiras. Ao lidar com o Direito, é preciso tomar todos os dias as cautelas para não se fazer cego para o primordial. Ou seja, o tempo e o espaço cobram as respostas que constituem a melhor composição desta instigante trama, a que a humanidade tem dedicado importantes páginas de sua história.

Portanto, independente da época ou evolução histórica, a dignidade e a liberdade são valores supremos e indispensáveis à existência do ser, fundamentais na interação homem/sociedade. As agressões físicas ou psicológicas vislumbradas pela sociedade contemporânea são ambas destrutivas e registram a violação dos direitos humanos. Nesse sentido, os diversos níveis de violência do microcosmo do contexto shakespeariano desvelam a realidade sombria da pessoa humana, cujas atitudes marginais e grotescas deflagram um ambiente social repleto de distorções e injustiças. Lamentavelmente, tais distorções comportamentais são expressões vivas da inobservância das conquistas do homem no decorrer de sua história.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; Moisés, Cláudia Perrone-. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPOS, Julio D. González; RODRÍGUEZ, Luis I. Sánchez; MARIA, Paz Andrés Sáenz de Santa. *Curso de Derecho Internacional Público*. 7ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRYE, Northrop. *On Shakespeare*. Ed. SANDLER, Robert. London: Yale University Press, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KERMODE, Frank. *Shakespeare's language*. London: Penguin Books, 2000.

LINGS, Martin. *A arte sagrada de Shakespeare: o mistério do homem e da obra*. São Paulo: Polar, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público; parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Fernando José Armando. *Conflitos no estado constitucional democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SHAKESPEARE, William. *The Riverside Shakespeare*. G. Blakemore Evans (Ed.). Boston: Houghton Mifflin Company, 1974.

_____. *Rei Lear*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. Título original: *King Lear*.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002.

[1] *Cordelia – Unhappy that I am, I cannot heave/ My heart into my mouth. I love your Majesty/ According to my bond, no more nor less.* (SHAKESPEARE, 1978, p. 1256, I. I. 91-93)

[2] Primeiramente, o rei Lear se decepciona com Goneril:

Lear – I prithee, daughter, do not make me mad. I will not trouble thee, my child; farewell: / We'll no more meet, no more see one another. / But yet thou art my flesh, my blood, my daughter – / Or rather a disease that's in my flesh, / Which I must needs call mine. Thou art a bile, / A plague-sore, or embossed carbuncle, / In my corrupted blood. But I'll not chide thee, Let shame come when it will, I do not call it. / I do not bid the thunder-bearer shoot, / Nor tell tales of thee to high-judging Jove. / Mend when thou canst, be better at thy leisure, / I can be patient, I can stay with Regan, / I and my hundred knights. (SHAKESPEARE, 1978, p. 1272, II. IV. 218-231)

Logo em seguida, descobre que também não poderá ser amparado por Regan:

Lear – O, reason not the need! Our basest beggars / Are in the poorest thing superfluous. / Allow not nature more than nature needs, / Man's life is cheap as beast's. Thou art a lady; / If only to go warm were gorgeous, / Why nature needs not what thou gorgeous wear'st, / Which scarcely keeps thee warm. But for true need – / You heavens, give me that patient, patient I need! / You see me here, you gods, a poor old man, / As full of grief as age, wretched in both. / If it be you that stirs these daughters' hearts / Against their father, fool me not so much / To bear it tamely; touch me with noble anger, / And let not women's weapons, water-drops, / Stain my man's cheeks! / No, you unnatural hags, / I will have such revenges on you both / That all the world shall – I will do such things – / What they are yet I know not, but they shall be / The terrors of the earth! You think I'll weep: / No, I'll not weep. / I have full cause of weeping, but this heart. (SHAKESPEARE, 1978, p. 1273, II. IV. 264-284)

[3] *Kent – Is not this your son, my lord?*

Gloucester – His breeding, sir, hath been at my charge./ I have so often blush'd to acknowledge him, that now/ I am braz'd to't.

Kent – I cannot conceive you.

Gloucester – Sir, this young fellow's mother could;/ whereupon she grew round-womb'd, and had indeed,/ sir, a son for her cradle ere she had a husband for her/ bed. Do you smell a fault?

Kent – I cannot wish the fault undone, the issue of it/ being so proper.

Gloucester – But I have a son, sir, by order of law, some/ year elder than this, who yet is no dearer in my/ account. Though this knave came something saucily/ to the world before he was sent for, yet was his/ mother fair, there was good sport at his making, and/ the whoreson must be acknowledg'd. (SHAKESPEARE, 1978, p. 1255, I.I, 8-25)

[4] No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 encontra-se a seguinte afirmação: “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade(…)”

[5] Nossos sinceros agradecimentos ao professor Dr. Fernando José Armando Ribeiro pelas sugestões e complementações no trabalho.

[6] *Cordelia – Had you not been their father, these white flakes / Did challenge pity of them. Was this a face / To be oppos'd against the [warring] winds? / [To stand against the deep dread-bolted thunder? / In the most terrible and nimble stroke / Of quick cross lightning? to watch – poor perdu! – With this thin helm?] Mine enemy's dog, / Though he had bit me, should have stood that night / Against my fire, and wast thou fain, poor father, / To hovel thee with swine and rogues forlorn / In short and musty straw? Alack, alack, / 'tis wonder that thy life and wits at once / Had not concluded all. He wakes, speak to him. (SHAKEPEARE, 1978, p. 1289, IV.VII. 24-41)*

[7] *Cordelia – Unhappy that I am, I cannot heave/ My heart into my mouth. I love your Majesty/ According to my bond, no more nor less. (SHAKESPEARE, 1978, p. 1256, I. I. 91-93)*

LEI E LEGITIMIDADE: CONFLITOS DA FORMA DE SER E CONFLITOS DA EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM ANTÍGONA DE SOFOCLES*

LAW AND LEGITIMATE POWER: CONFLICTS OF THE FORM OF BEING AND CONFLICTS OF THE EXISTENCE OF PRINCIPLES OF ANTIGONE SOPHOCLES

**Ivan Dias da Motta
Cássio Marcelo Mochi**

RESUMO

A investigação da literatura grega clássica nos apresenta um horizonte amplo de análise, principalmente quanto à essência da condição humana e todas as suas precariedades. A obra Antígona escrita por Sófocles nos apresenta não apenas uma tragédia, mas antes de tudo a construção de situações existenciais que se engendram como uma espiral ascendente, e que no momento final se abre ao infinito. Entre Antígona, a protagonista principal da obra, e Creonte o lado da nova racionalidade e do Estado que se apresenta, existe os Deuses, os dramas das ações humanas, e os sentimentos das demais pessoas que sofrem e se exaltam com as ações que nem sempre representam as suas vontades e desejos. São reféns da sua própria existência. O drama maior não é a morte de Antígona e demais personagens, mas a coragem e a nobreza das ações da personagem. A questão que a personagem principal se coloca é o de qual mundo desejamos pertencer: aquele que originariamente nos liga ao sagrado, ao intangível, mas que se situa dentro da objetividade, ou então, ao novo mundo que se apresenta na figura de Creonte, onde a racionalidade está no que é determinado pelas leis dos homens.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; JUSTIÇA; INDIVÍDUO; CIDADÃO E LEIS.

ABSTRACT

The inquiry of literature classic Greek in them presents an ample horizon of analysis, mainly how much to the essence of the condition human being and all its precariousnesses. The Antigone workmanship written for Sófocles in them presents a tragedy not only, but before everything the construction of existentialism situations that if produce as an ascending spiral, and that at the final moment if it opens to the infinite. Between Antigone, the main protagonist of the workmanship, and Creonte the side of the new rationality and the State that if presents, exists the Gods, the dramas of the actions human beings, and the feelings of the too much people who suffer and if exalted

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

with the actions that nor always represent its wills and desires. They are hostages of its proper existence. The drama biggest is not the death of Antigone and too much personages, but the courage and the nobility of the actions of the personage. The question that the main personage if places is of which world desires to belong: that one that originarily in the league to the sacred one, to the intangible one, but that if it points out inside of the objetividade, or then, to the new world that if presents in the figure of Creonte, where the rationality is in what it is determined by the laws of the men.

KEYWORDS: RIGHT; JUSTICE; INDIVIDUAL; CITIZEN AND LAWS.

1. INTRODUÇÃO

A presente comunicação decorre do trabalho do diretório de pesquisa em Direito Educacional, Epistemologia e Ensino Jurídico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá. Investiga-se a contribuição da literatura à compreensão da formação histórica dos conceitos jurídicos. A contextualização promovida pela literatura permite ao estudante do direito contemporâneo restaurar a historicidade, a contradição e a lógica como categorias que dão significado e alcance à racionalidade jurídica.

O texto de Medina (2006) resgata a literatura e a ética como parâmetros do fazer docente e como instrumentos de transformação da massificação do ensino jurídico brasileiro no momento presente. O texto de Medina (2006, p. 15-25), por exemplo, traz o Outro acadêmico que também se irritava no início do século XX, com a “sebenta”, apostila dos Doutores de Coimbra. Hoje, dada a expansão, qualquer inocente é útil para ingressar em sala de aula e recitar os manuais para concurso[1]. A comparação só assusta, porque lá um Eça de Queirós satirizou na arte literária os objetivos educacionais de seu tempo, aqui decorar a “Sebenta” nutre o sonho pasteurizado de conquistar um cargo público.

Neste texto, enfatizamos o papel da literatura na construção da historicidade do direito, utilizando o tema do critério de Justiça, no mundo grego, como experiência pedagógica para apropriação dos conceitos de lei e de legitimidade em momentos de transição social (crises) na dimensão ontológica do homem.

Optou-se, dada a aproximação, de uma análise e uma linguagem também literária da obra ANTIGONA de Sófocles, com o objetivo de trazer o drama do personagem ao ponto de envolver o leitor no conflito. Talvez esta seja a contribuição mais importante da aproximação teórica entre direito e arte, porque permite a identidade e o estranhamento, categorias fundamentais para se tomar consciência do mundo das leis para além das aparências.

Antígona não é a personagem que exige apresentação com as formalidades literárias da descrição de qualquer outro personagem, ela mesma se expõe e impõe pela sua forma de ser. É a que traz ao mundo do diálogo vivo a narrativa da grande desgraça que se abate sobre a sua família. Filha de Édipo (Rei) e de Jocasta é a que sofre e vive a dor da fúria

dos deuses, mas sem deixar resignação. Enfrenta a situação como se lhes é apresentada. Ela não foge e prefere morrer pela sua própria razão. Ismene (ou Ismênia, como prefere algumas traduções) é a sua irmã, mas que na expressão máxima da dor encontrou o conforto da inalterabilidade, da dor que vem imensa, mas se conforta diante das benesses que a vida material pode oferecer aos nobres. Etéocles e Polinices são os outros dois filhos do casamento de Édipo e Jocasta. Ambos, soldados valentes e diante da tragédia arquitetada pelos Deuses, mais do que matar um ao outro, irão concretizar o fim da desgraça que se abateu sobre a família deles, além de produzir como um diapasão, dor e lágrimas naqueles que cercam o legado de Laio, Édipo e Jocasta. Creonte é o irmão de Jocasta, homem de confiança tanto do Rei Laio quanto de Édipo. É o que surge como instrumento do literato para construir ao redor de suas ações, o desenlace de todo o drama. Creonte é o Rei que herda muito mais por falta de opções, do que por construção arquitetada pela sua própria política, mas que assume plenamente o poder.

Etéocles se apresenta como um personagem que aceitando a desgraça da artimanha dos Deuses contenta-se em ser general do exército de Creonte, mas cujo reinado por natureza seria diretamente de sua família. Polinices é o outro irmão, resultado de uma paixão verdadeira de Jocasta e Édipo, mas que inconformado com o fato de Creonte ainda continuar a assumir o reinado que era de seu pai, e, portanto, por ordem natural, deveria pertencer a sua família, luta para obter os seus direitos.

Tirésias é o adivinho. Aquele que prediz o futuro não como algo mágico, inesperado, mas sim como um tempo que há de chegar, tendo como resultado as nossas ações do passado com a nossa construção do presente. É sabedoria resultado da vivência reflexiva. É o que veio para dizer tanto para Édipo, quanto para Creonte, que nem sempre as ações humanas podem ser realizadas pelos impulsos. Que às vezes mais do que autoridade é preciso ter sensibilidade para dizer que o amor fraternal, pode e deve, ao menos em alguns casos, sobrepor-se às leis dos homens.

E sobre a arquitetura desses personagens que Sófocles constrói toda a sua tragédia. Mais do que uma tragédia do mundo grego, ela se apresenta como uma tragédia da própria existência humana, com seus conflitos internos.

2. SER UM CIDADÃO SEGUNDO AS LEIS DIVINAS OU AS LEIS DOS HOMENS?

A tragédia no mundo grego assume muito mais do que uma simples dimensão da forma de expressão desta cultura ímpar. Ela extrapola a dimensão de sua própria finalidade para se entranhar no âmago da angústia da própria miserabilidade humana, ou ainda, na

forma heróica e honrosa que algumas pessoas podem assumir diante da inexorabilidade de seus destinos.

A obra *Antígona*, a última da chamada Trilogia Tebeana escrita por Sófocles parece-nos tão atual, quanto antiga, pois nela se apresenta o velho que parece se transformar em novo, e o novo que se apresenta como que edificado do velho. Não se apresenta como passado, nem como futuro, mas como um presente que está num *continuum* existir.

Antígona é a representação de um amor que já nasce maldito, mas sem perder o seu sentido singelo e fraternal. Filha de Jocasta e Édipo, este filho de Jocasta e esposo daquela que, por ironia e capricho do destino dos homens que insistem em confrontar e estabelecer limite para a ação dos Deuses se apresenta como o que poderíamos chamar de “duplo amor” ontológico. É o fim retornando ao seu início, sem ter consciência plena de nenhum dos momentos. É uma demonstração clara de que nem sempre a razão pode buscar amparo na sua própria contingência, pois algo sempre foge de seu controle. Há algo mais além da razão. Em *Antígona* isso é evidente, o problema é: o que fazer quando este se apresenta? Onde buscar subsídios para tal compreensão?

É na estrutura interior dessa obra que buscaremos subsídios para a compreensão de uma teoria do direito, a partir da construção da própria existência humana na mais ampla dimensão possível e ontológica do ser. Na compreensão do conflito normativo e o existencial, e não pela exclusão de um, o que produziria uma simplificação do problema, esperamos encontrar respostas que ainda angustiam o pesquisador do direito, ainda que estas não sejam conclusivas e nem definitivas, mas que ao menos apresentem outra perspectiva de análise do direito.

Inicialmente podemos nos posicionar diante de quatro personagens e elementos chaves para a construção de uma linha de raciocínio acerca do conteúdo da presente obra. Em Creonte temos os primórdios de uma nova forma de ser de um “estado” que aos poucos se desvincula da relação intrínseca entre homem-religião-pólis, é a suposta racionalidade justificando a criação normativa como aquela que necessariamente resolverá todos os conflitos. Na pessoa de *Antígona* temos não o oposto propriamente dito à Creonte, mas aquele elemento que surge para questionar quais seriam esses limites, ao mesmo tempo em que lhe mostra valores que extrapolam a própria condição de “comandar”, pois esta não garante necessariamente a supremacia de toda a verdade. *Antígona* nasceu para sofrer, mas não pelos seus desejos pessoais e sim para com sua noção de dever fraternal. *Ismene*, a irmã de *Antígona* apresenta-se como aquela que, não encontrando meios que possam suplantar a racionalidade de uma nova forma de ser do “estado”, cede à necessidade imperativa (para usar um termo kantiano) e se resigna reconhecendo a sua impotência diante de um impedimento normativo. *Tirésias*, é aquele que surge para lembrar a Creonte que a razão tem os seus limites, e estes podem ser influenciados e reduzidos, principalmente quando razão e paixão se confunde e nesse conflito nasce a possibilidade de se caminhar pelos extremos, região de mar revolto e incerto, onde as ondas se debatem violentamente sem direção definida. E finalmente *Hêmon*, filho de Creonte de todos os envolvidos, a vítima menos esperada, mas o que sofre simplesmente por encontrar-se no meio de dois amores que constituem a vida de qualquer mortal. O do filho para com o pai, e o do homem para aquela que escolhera para terminar a sua existência neste mundo contingente, contudo não se limita apenas a este papel, mas aponta para Creonte como aquele que transgredir um princípio importante para quem comanda, e que apresentaremos no decorrer de nosso trabalho.

A tragédia se inicia com Antígona reconhecendo a autoridade de Creonte (irmão de Jocasta e, portanto, seu tio), questionando a Ismene: “que dizes desse decreto que, segundo dizem, Creonte acaba de promulgar para toda a cidade? Tens conhecimento dele? Ouviste alguma coisa a respeito?” (Sófocles, p. 18). Se existe um soberano, alguém que comanda, supõe-se que as suas deliberações sejam comandos normativos, ou seja, regras que determinam comportamentos, que explicitam deveres ou direitos, ou ainda que prescrevam deveres, e o decreto de Creonte tem essa finalidade. As ordens estabelecidas por Creonte são extensivas a “toda a cidade” e é desta forma que Antígona interpreta este decreto. Ela tem ciência desta particularidade, mas embora a sua racionalidade aponte este fato, existe algo que extrapola esta singularidade que integra os homens é a possibilidade de estabelecer relações entre o que seria o ideal e o real, o possível, o contingente.

Antígona não é aquela que se revolta sem causa, e tão pouco perante aquele que lhe é inferior. A sua origem é nobre, de nascença e de ações, encarna o espírito do nobre grego, não é sem causa menor que ao se dirigir à sua irmã deixa bem claro o que espera da mesma, ou seja, “em breve irás mostrar se és filha bem-nascida ou filha indigna de nobres pais” (Sófocles, p. 15). A ação nobre não é, e nem pode ser exceção no mundo grego, mas sim o que se espera de todo grego que carrega junto de si a heroicidade expressa nas obras de Homero. Esta ação leve junto de si um direito a ser resgatado, mas que na ação nobre transforma-se em dever, não para consigo mesmo, mas por outros que esperam deste a prática da virtude que compõe a sua firmeza de caráter. Sepultar o cadáver de seu irmão Polinices, preterido por Creonte, através de um decreto, de uma norma no sentido restritivo, de um “dever ser”, não centrado na moralidade natural, mas sim na nova forma de ser que o “Estado” se lhes apresenta: normas foram feitas para serem seguidas, obedecidas, pois emanam de quem tem a competência para comandar.

Ao comandar uma ordem, ou seja, o Decreto que dá a Etéocles as honras fúnebres próprias de qualquer cidadão que dedica a sua vida pela defesa da *pólis*, e negando os mesmos direitos à Polinices, Creonte age de acordo com uma nova racionalidade necessária aos interesses do “Estado”, no sentido de mostrar a sua força coativa contra aqueles que ameaçam a ordem estabelecida por quem domina. Ismene, a irmã de Antígona, é aquela que usando os conceitos produzidos por essa razão, questiona: “pretende sepultá-lo, mesmo contra a proibição de Creonte?” (Sófocles, p. 15). É a imperatividade estanque da norma. A aceitação de que toda norma, desde que emanada por quem tem competência para tal, seja em toda a sua essência, em todos os momentos, a representação dos interesses que mantêm a sociedade na sua suposta harmonia coletiva. Não é a vontade interior, livre de arbítrios externos, que deve manter as intenções harmônicas da vida em coletividade, mas sim o valor da força normativa, e as coações resultantes do seu não cumprimento.

Mas Antígona nos apresenta um caráter constituído de uma força interior, que se não é capaz de extrapolar as contingências que a realidade lhes apresenta, ao menos pode fazer com a sua consciência, a sua interioridade, cumpra com o que o *ethos*[2] lhes ensinou, pois ao se dirigir a Ismene afirma que “ainda que não queiras, sepultarei o meu e o teu estremecido irmão. Ninguém poderá acusar-me de o haver traído e covardemente abandonado” (Sófocles, p. 16). Embora a sua irmã, dominada pela racionalidade que lhe é imposta pela autoridade de Creonte alerte-a sobre as conseqüências, ainda que no diálogo estas estejam implícitas, é Antígona quem mantém a sua decisão, pois “Creonte

não tem o direito de me separar dos meus parentes” (Sófocles, p. 16). Há um direito que é anterior e maior àquele que Creonte acredita ser o mais justo e correto de todos, é este direito que Antígona se faz descortinar, embora não fossem desconhecidos dos gregos, os homens quando possuídos de poder restringem às suas reflexões acerca do que lhes interessa, esquecendo-se na maioria das vezes, quais são as origens que constituem o seu poder.

Ismene apresenta-se de forma pragmática e dogmática, trazendo para o nosso contexto, podemos dizer que de certa forma, um tanto kelsiana, pois ao argumentar e estranhar a atitude de Antígona deixa muito bem claro de onde procedem as suas fundamentações, pela sua recusa inicial, ou seja, “eu, portanto, pedirei aos mortos que me perdoem, pois é sob coação que me omito, e obedecerei forçada, aos governantes” (Sófocles, p. 16-17). A ligação com os mortos, com os que construíram a história não mais se faz por princípios, pois a sua supressão pode-se dar pelo “perdão”, aos que se foram nada mais devemos ou podemos fazer, contudo, o novo se nos apresenta com certo, definitivo e com dimensão capaz de nos impossibilitar o enfrentamento. Antígona é que sabe as limitações, mas assim mesmo procura suplantá-las com o pouco que lhe resta. A sua dignidade não está em continuar viva, servindo ao Rei, à *pólis* e ser submissa, mas sim em buscar fazer o seu próprio destino, em ser senhor de sua vida e de sua morte. Se a morte é uma das poucas certezas de que temos na vida, e diante de tal aspecto incorruptível da natureza, do cosmos, resta ao homem apenas duas possibilidades: antecipar ou postergar a sua morte. O problema não situa-se na sua superação, pois isso iria contra o próprio conceito de *physis*[3] do mundo grego, mas sim na forma virtuosa e honrosa de enfrentá-lo. Tanto Antígona, quanto Ismene têm em suas mãos estas duas possibilidades, mas a primeira prefere ter conhecimento de que as suas ações conduzirão inevitavelmente à antecipação de sua morte, que diante de tantas desgraças apresentadas em sua vida, seria mais um prêmio do que um castigo, e agir de acordo com o seu *ethos*, do que se transformar num ser passivo, amorfo, submetido às vontades de quem não representa os seus verdadeiros interesses.

Em Ismene encontramos uma resignação, um conformar-se com as normas que se fazem presente, mesmo que no âmago de seu ser, ela saiba que existe algo mais, pois “eu não desprezo as leis dos deuses, mas sinto-me impotente para agir contra a prepotência dos homens” (Sófocles, p. 17). Se dos Deuses podemos esperar misericórdia, pois ainda são nutridos de compaixão e sendo assim, nos oferecem a possibilidade de em determinados momentos contrariar suas determinações, o mesmo não acontece com os homens, pois estes parecem nutridos de uma certa vontade de poder, de supremacia, de estabelecer uma ordem onde necessariamente, deve sempre existir uma relação entre comando e comandado. De autoridade e submissão. As relações entre os homens parecem-nos serem sempre marcadas por antagonismo e oposição de forças. Se os Deuses nos castigam é porque sabem agir com justiça, conforme nos apresenta Hesíodo na obra *Os Trabalhos e os Dias*, quando chama a atenção de seu irmão, por comprar juízes e reis que tomem deliberações por subornados, e deposita às suas esperanças na justiça de Zeus. Os homens castigam e impõem sofrimento, os Deuses apenas restabelecem a ordem, e o cosmos continua com sua existência harmoniosa.

No mundo grego a heroicidade, um dos elementos que distinguem os homens não é caracterizado pela sordidez da surpresa inesperada. O herói revela as suas intenções de forma clara, pois a honra consiste em enfrentar o mais forte, o mais bem preparado, no

entanto, não se revelam as estratégias para realizar as suas ações. Em Homero, uma das revoltas de Heitor para com seu irmão, quando rapta a sua amada, é justamente o ato sórdido da traição velada. Mas tanto Agamenon, quanto Aquiles, antes da invasão de Tróia, deixa bem claro as suas intenções, sem, contudo revelar a forma como o farão. Ao oponente se dá a oportunidade do preparo para a verdadeira batalha. É nesse sentido que Antígona profere a sua irmã que o segredo não lhe preocupa, e afirma que “nada de silêncio! Anuncia abertamente o meu plano. Se o calares, se não o apregoares a todos, meu ódio por ti será maior ainda” (Sófocles, p. 18), mas em Ismene tal atitude desperta pavor e medo, enquanto que em Antígona sentimentos mais nobres são avivados, pois afirma que agindo assim, agrada “aos que mais o merecem” (Sófocles, p. 18). Os merecedores desta ação nobre não mais se encontram neste mundo, mas o *éthos* que forma o caráter de Antígona ainda vive como uma chama vibrante e que precisa queimar para realizar a sua ação, a sua essência.

Para Ismene, que contempla a racionalidade e uma prudência própria daqueles que aceitam o que se lhes apresenta, o que se evidencia como impossível não deve ser realizado, uma submissão quase que kelsiana ao cumprimento da norma, mas também um sentimento de se autopreservar diante do que se parece impossível de ser enfrentado. Ela quer continuar a pertencer ao que já está realizado, concretizado. Não chega a ser prudência, mas também não pode ser compreendido como uma resignação estática. É o reconhecimento do limite de suas forças, e das possibilidades que a situação lhes apresenta.

No entanto, para Antígona a sua vida, com a morte da mãe e de seu pai, resume-se a cumprir o mínimo que lhe resta: os sentimentos fraternais para com os poucos que ainda existem e frutos do mesmo ventre e de dar por término à efetiva heroização de seu pai, o Rei Édipo. A ação da filha honrada longe de ser uma obstinação insana, é a realização da luta de Édipo para demonstrar aos homens que, ao contrário do que o senso comum poderia se apresentar, ele não era culpado por todos os incidentes que culminara com a desgraça de uma família nobre, mas sim uma vítima da ira dos Deuses, pois o causador de todo o conflito, fora as ações de Laio (seu pai) quando contrariou os Deuses. Édipo será apenas o elemento propulsor de todo esse movimento, conforme nos afirma Pereira[4]. É mais uma vítima que deve pagar com o sofrimento de toda a sua família, por uma desobediência da qual não pactuou e nem teve conhecimento. Ele sofre uma sanção por uma ação que ele não cometera, mas sim da qual foi o castigo imposto pelos Deuses pela ousadia de seu pai em enfrentar a quem tudo pode. Enquanto Ismene sente-se satisfeita em continuar a pertencer à nova ordem que se apresenta diante de sua existência, Antígona quer resgatar um pertencimento que já existia quando, os seus pais ainda não tinham tomado ciência da trama armada pelos deuses.

Mas Creonte, destarte a sua ambição em assumir definitivamente o reinado, imprime uma característica mais acentuada em sua decisão, é a nova forma de ser de um Estado que se manifesta pela supremacia das ordens emanadas por quem o dirige. Selada pelo destino a morte de Polinices e de Etéocles, e da impossibilidade de que as duas outras filhas assumam o reinado, é Creonte quem invoca aquilo que supostamente lhe cabe como direito, quando expõe aos tebanos proferindo as seguintes palavras: “cabe-me a mim todo o poder e também o trono, conforme o direito que me assiste como parente próximo dos extintos” (Sófocles, p. 29). Deixa muito bem claro que a sua autoridade consiste tanto no poder, quanto no simbolismo representado pelo trono, e invoca, ainda que de forma velada, não o seu desejo mas o direito que lhe cabe. Sendo assim,

estabelece dois princípios que nortearão a existência dessa nova forma de ser do Estado, ou seja, Creonte invoca a legitimidade para assumir a condição de Rei e soberano de Tebas, pois sempre exerceu as suas funções de acordo com os interesses de Tebas, sendo zeloso e dedicado desde os tempos de Laio, e jamais questionou a autoridade concedida a Édipo, mantendo as suas ações de acordo com os interesses dos governantes e do povo. O povo jamais questionou a autoridade de Creonte, sendo assim, manifestou ainda que forma passiva, a sua vontade de ser governado por ele. Sendo assim, a questão da sua legitimidade fora estabelecida e aceita. No aspecto da juridicidade que lhe concede o direito, praticamente nada há para contestar, pois é o descendente mais próximo e indireto de Laio e Édipo, e então solicita que lhe seja mantido um direito que é seu. Sendo assim, tanto no campo da legitimidade, quanto da legalidade Creonte atende as exigências, embora no campo da ética seja necessário refletir sobre as eventuais condições estabelecidas e impostas, quando do combate entre Etéocles e Polinices. Embora possa ser um apontamento interessante, não será este o objeto de nossa análise, no entanto, como característica de muitas obras clássicas, Sófocles nos deixa essa possibilidade de reflexão.

O novo Rei expõe de forma qual será o seu conceito de justiça, pois “no que depender de mim, jamais os maus serão melhor tratados que os bons. Somente aquele que amar esta cidade será honrado por mim, tanto em vida como depois da morte” (Sófocles, p. 30). Mas qual o seu conceito de “mau” e de “bom”, e como se constitui a ética para Creonte? Eis uma mudança da nova forma de ser do Estado, pois o “mau” doravante não será apenas aquele que transgride o *ethos*, mas também os que ousam desobedecer às leis impostas pelos governantes, é a positividade de uma construção cultural e histórica, mas conforme nos diz o coro (figura simbólica e importante na tragédia grega), ainda que de forma implícita e com certa dose de ironia, dirigindo-se a Creonte lhe diz: “de certo modo, tens todo o poder de impor as leis do teu real agrado, atinentes aos mortos como aos vivos” (Sófocles, p. 31), mas somente de “certo modo” e não necessariamente dentro do que seria justo. O coro, ainda que de forma implícita, nas suas entrelinhas, na sua subjetividade carregada da miserabilidade da raça humana, alerta Creonte em vários momentos de sua trajetória, e para Jaeger “não é sem razão que o coro das tragédias de Sófocles repete constantemente que a fonte de todo o mal é a ausência de medidas” (2001, p. 325).

Antígona executa o que havia proferido a Ismene, e dá ao seu irmão Polinices um enterro digno dentro do que estabelecia os Deuses e o *ethos* do mundo grego de sua época. Descoberta e levada à presença de Creonte descortinam-se uma seqüência de ações características das grandes tragédias gregas, mas que em Sófocles assume outra dimensão. No primeiro momento temos o Rei, o soberano revestido de sua autoridade legal, a interrogar aquela que transgrediu uma norma, e como é próprio destes momentos, a proposição é direta e dirige-se a Antígona dizendo: “responde sem rodeios e em poucas palavras: sabias que eu publiquei um aviso proibindo o que acabas de fazer?” (Sófocles, p. 46). Eis o critério da publicidade da norma e da declaração da sanção. É o novo Estado dizendo a um cidadão que doravante as suas relações terão como fanal estes dois critérios. Com a publicidade se tem o início da vigência. A norma está pronta para ser aplicada ao caso concreto que se lhes apresentar. A sanção ou a previsão de que ao transgredir a norma ser-lhes-a imposto um castigo, é a característica estrutural da norma jurídica. O Rei para manter a autoridade emanada de qualquer norma, e acima de tudo para fazer-se reconhecer como aquele que detêm a autoridade, precisa mostrar que as normas só produzem os efeitos para os quais foram elaboradas,

quando tiverem eficácia, em outras palavras, verificada a sua transgressão faça cumprir as conseqüências pelo desvio da mesma. É a imposição do castigo. Do sofrimento. Da subjugação daquele que impotente para reagir, aceita o que lhe é imposto. Ou ainda, mesmo tendo condições de reagir, não o faz pela necessidade de continuar pertencendo à “pólis”, pois segundo Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco*, quem não vive na “pólis é uma besta ou um Deus”. Não querendo ser uma besta e tão pouco a possibilidade de ser Deus, o melhor é aceitar a punição, ainda que isso signifique perder a própria vida, pois para o grego, perder a vida se realizava na “pólis”.

Mas Antígona, dentro da racionalidade e da objetividade de seus atos, sem deixa contudo que outros valores afluam nas suas ações, e dirigindo-se a Creonte, o Rei todo poderoso de Tebas se pronuncia: “Sabia. Por que não? A ordem era clara” (Sófocles, p. 46), demonstrando assim, ter ciência das normas editadas por aquele que teria a função de determinar as ações necessárias para o bem de Tebas. No entanto, quando Creonte espera encontrar alguém coagido pela simples existência de uma norma, e aqui, ainda que de forma primária, uma norma jurídica, pois tem todas as características para tal, ainda que esteja ausente as questões referentes às formalidades legislativas, que não existiam naquela época, agiganta-se a figura de Antígona, assumindo de forma descomunal, o que é uma das características da obra de Sófocles, mais do que um simples cidadão, mas a humanidade na sua ontologia.

No entanto, o que pode parecer despercebido aos olhos do leitor menos atento, nos é desvelado por Jaeger, quando afirma que “é especialmente significativo que seja a primeira vez que a mulher aparece como representante do humano, ao lado do homem, com idêntica dignidade” (2001, p. 328). E Antígona usa dessa altivez de quem representa a raça humana como um todo, e quando Creonte lhe questiona como ousou transgredir a lei por ele criada, ela responde que “não foram, decerto, Zeus, nem aquela que tem seu assento entre as divindades protetoras dos mortos, a justiça, os que promulgaram e prescreveram tais leis aos homens. Eu não creio que teus decretos, escritos pela mão de um mortal, possam ser superiores às leis não escritas e imutáveis dos deuses”. (Sófocles, p. 46-47)

Sendo assim, Antígona coloca diante do mundo dos homens dois conflitos que cuja existência ainda nos perturba, ou seja, as chamadas Leis Divinas, ou aqueles que sempre existiram, mas nunca foram escritas por nenhum homem, e as Leis Positivadas, criadas pelos homens de acordo com circunstâncias diversas, e escritas nas suas mais diversas formas. O problema que ela coloca diante de Creonte é: quem deve receber o maior grau de imperatividade? Não estariam ainda, os homens subordinados às Leis Divinas? Ou diante da mudança que se apresenta dessa nova forma de ser do Estado, na figura do governante, é a lei que deve receber maior consideração e peso? Ela luta para preservar o antigo, e Creonte por criar o novo. Ela representa nas suas ações um ato de nobreza, pois quer dar aquele que já se foi, que abandonou esse mundo contingente, um último momento de dignidade. Ele precisa fazer ver e prevalecer a força que essa nova forma de governo precisa demonstrar ao povo: lei foi feita para ser obedecida, pois aquele que a criou, o fez em nome do bem coletivo, ainda que estas relações entre o coletivo e o privado não possam ser separadas e nem esclarecidas. Para Chauí, “a tragédia, além de narrar a diferença entre o passado e o presente, também narra os conflitos entre as leis não escritas do costume (o passado familiar, legislado pelos deuses) e as leis escritas da cidade (o presente democrático, legislado pelos homens). Numa linguagem

contemporânea, diríamos a tragédia expõe a contradição entre o público e o privado” (2002, p. 139).

Na presença do soberano que rege as vidas de Tebas, diante das palavras invocadas por Creonte por causa da afronta às suas Leis, e justamente pela sua sobrinha, filha de sua irmã Jocasta, ainda que descenda de Édipo, o Rei assim mesmo precisa fazer cumprir as suas determinações, e quando lhe é dada a oportunidade, Antígona demonstra a força de seu caráter e demonstrar ter consciência de sua missão, e diz ao seu soberano: “queres fazer alguma coisa pior do que prender-me e matar-me?” (Sófocles, p. 48). A fala não se dá em tom de compaixão e nem esperançosa de ter o seu destino alterado, aliás, ela é muito mais livre do que Creonte e os demais componentes dessa tragédia, porque ela própria traçou o seu destino, pois “Antígona está determinada para a dor, pela sua própria natureza; poderíamos até dizer que foi eleita para ela, visto que a sua dor consciente converte-se numa forma nova de nobreza” (Jaeger, 2001, p. 329). Ela reconhece a força que lhe contém, mas não permite que a exterioridade interfira na sua forma de ser, ao passo que Creonte precisa dizer que a sua força consiste na representação exterior, e neste caso, a morte de Antígona sacramenta essa força.

Mas a nobreza de Antígona e a sensibilidade da percepção do mundo não podem deixar de escapar a condição política da autoridade de Creonte, se os demais cidadãos, mesmo não concordando com a lei do Rei não se sentem em condições e nem vontade própria para manifestar, o mesmo não acontece com a nossa heroína dessa tragédia, pois segundo ela, a força da lei de Creonte consiste na sua forma de governo, pois “a tirania desfruta, entre muitas outras vantagens, a de fazer e dizer o que lhe apraz” (Sófocles, p. 49). Essa é a personalidade do grande herói grego, claro em suas posições pois almeja sempre a boa luta, não lhe interessando o combate com os mais fracos, pois os méritos que garantem a vida imortal advêm das ações diferentes dos homens comuns, sem contudo, ter na sua essência a virtude e a honra resultante de suas ações. Se os demais agem de forma aparente a concordar com Creonte, o fazem por medo e não fundamentados na verdade e na razão. Reconhecem o poder coercitivo deste Estado que começa a assumir uma nova forma de ser, mas não podem, ou não querem levantar forças contra as ações novas que se afrontam como injustiças, se tomadas como parâmetros os valores antigos. É o embate entre o antigo e o novo, entre o que fora instituído e o que está sendo instituído.

Os argumentos de Creonte fundamentam-se sempre na força que originariamente ele detém, no cumprimento inflexível da lei, conforme nos aponta Barbara Cassin[5], quando expõe nos argumentos fundamentados em Antífote, de que o “importante não é respeitar a lei, mas não ter que se haver com ela” (1993, p. 115). O respeito pode implicar numa relação subjetiva de eminência, pois respeito enquanto ele existe como tal, enquanto que o “não ter que se haver” se determina como um imperativo categórico, para utilizarmos a via kantiana da força prescritiva da norma. A parte dos argumentos levantados por Creonte no sentido de que Polinices morreu tentando ir contra a sua *pólis* e de que Etéocles não pactuou da posição de seu irmão e sendo assim, estabeleceram um combate necessário, Antígona invoca uma divisão de classes muito bem definida no mundo grego, pois afirma que “ele não morreu como escravo, mas como irmão de Etéocles” (Sófocles, p. 50).

Mas qual seria a razão de tal invocação, se o ato em si é o mesmo, ou seja, a morte de um homem? Para o mundo grego uma das características principais é que o escravo não era dono de seu destino, mas nem por isso tinha uma presença social importante, Naquet e Vernant (1989, p. 88), citando as obras de M. I. Finley nos diz que “o miserável por excelência não é o escravo: é o trabalhador agrícola que só dispõe de seus braços, não tendo qualquer ligação permanente com o domínio, o *oikos*”, sendo assim a relação entre propriamente ser livre para decidir o seu destino, ou submeter a sua vida aos desejos do outro. Os escravos embora possuíssem os seus direitos, não eram considerados gregos e sendo assim, no seu *ethos* não tinha referência ao tratamento que seria dado aos escravos. Tanto Etéocles, quanto Polinices eram homens livres e mais do que isso, pertenciam à aristocracia grega e Antígona mais uma vez recorre ao passado para relembrar Creonte de que, mesmo tendo morrido em combate, um supostamente defendendo os interesses da *pólis*, e o outro tentando desestabilizar esse poder, “Hades, contudo, exige leis iguais para todos” (Sófocles, p. 50). Em outras palavras, mesmo o Deus dos Infernos exigia os mesmos direitos a todos os mortos, caracterizando assim, uma igualdade de direito a todos, independente de sua morte, até porque, a honra estava não apenas naquele que morria pela *pólis*, a este estava reservado os louros e as glórias, mas também pertencia aquele que, dando a melhor virtude guerreira de si, se fazia presente no campo de batalha.

O diálogo a seguir é constituído, por parte de Antígona, de proposições curtas mas densas o suficiente para deixar transparecer a força de seu caráter, não condena a sua irmã Ismene, por não desejar participar de sua honrosa ação, mas deixa bem claro que o seu *ethos* é constituído de ação, pois ela diz que não gosta “de amigas que só amam com palavras” (Sófocles, p. 53), sendo assim, ela vive de sua ação, sem por isso agir de forma intempestiva, pois se reconhece no diálogo a forma estruturada da construção lógica de suas palavras. Ela é movida não apenas de princípios, mas também de ações que concretizam esses, e expõe de forma real o seu posicionamento ético e legal.

A tragédia grega como um todo, e em especial as de Sófocles, que é nosso objeto de análise, ao mesmo tempo em que expõe a miserabilidade e glória dos homens, se constitui de uma estrutura refinadamente complexa, e muitas vezes, a simples posição de um elemento componente da mesma, pode nos conduzir por outros caminhos da difícil arte de interpretar e procurar compreender que, apesar do tempo decorrido os assuntos tratados apresentam-se de forma atual, como se estivessem sendo construído no exato momento em que a dinâmica da história conduz a humanidade, ou ainda, é conduzida por ela. Para Pereira (1993, p. 390), na tragédia grega podemos observar “os grandes problemas das relações dos homens com os deuses e dos homens com os homens, ou seja, da piedade, da insolência para com a divindade e da justiça”, sendo que todos esses problemas são expostos e colocados de forma reflexiva para os milhares de gregos que compareciam em suas apresentações, em especial num período anual chamado de Grandes Dionísias. É mais do que uma simples produção literária a ser digerida de forma semelhante ao que a mídia nas suas mais diversas formas, nos impõe nos dias atuais. Não era a satisfação do sucesso, mas a possibilidade de expor ao povo grego os problemas que, se ainda não afligiam a eles, ao menos se encontrava dentro do campo hipotético de um acontecimento futuro, ou ainda, expunha as mazelas e glórias de um presente que se passa aos olhos da sociedade, mas que não podia ser vista, senão por aqueles que realmente tivessem sensibilidade para tal.

Creonte, dominado pela necessidade de realizar a imperatividade de seu decreto, procura deixar bem claro ao seu filho Hêmon, qual a característica dessa nova forma de ser e governar o Estado, pois “os cidadãos devem acatar as ordens de quem escolheram para ser o seu rei, nas coisas pequenas como nas grandes, nas justas e nas que lhes são opostas” (Sófocles, p. 64). Deixa bem claro que o seu poder não carece de legitimidade, pois o povo o escolheu após o exílio de Édipo e a morte de Jocasta, mas também explicita que a concessão de tal poder, traz consigo uma série de prerrogativas das quais ele não pode abrir mão. O seu decreto não representaria somente a sua vontade pessoal, mas antes de tudo a vontade de todos, pois o seu poder é resultado de uma concessão voluntária do povo, gerado pela necessidade imperiosa de que a sociedade precisa ser governada por um alguém que a lidere, não sendo objetivo de nossa análise, as formas que essa liderança possa assumir.

Creonte age como governante, como aquele que deve fazer imperar as suas leis, mas será Hêmon, seu filho e provável sucessor quem alertará que às vezes o poder, e a vontade ferrenha de seu exercício, extrapolam os limites de toda racionalidade, pois “os deuses acenderam na alma humana a razão, que é o maior de todos os bens” (Sófocles, p. 65), no entanto, o poder parece transformar a racionalidade em desejos pessoais e colocar nas mãos de quem o tem, uma aparente legitimidade e legalidade para o seu uso, pois centra-se toda essa aparência no momento da concessão do poder, e não na forma racional e equilibrada de seu uso. Hêmon vê atitude de nobreza onde Creonte enxerga uma atitude de afronta de sua autoridade, ele sabe e expressa os desejos do povo para quem as Leis Divinas ainda se lhes apresenta de forma marcante e de constitutivo do seu *Ethos*, pois Antígona em razão de “nobilíssima ação vai perecer ignominiosamente, tal qual a mais vil de todas as mulheres; ela, que não permitiu que seu irmão, morto em duelo, ficasse insepulto para pasto de cães ferozes e das aves de rapina” (Sófocles, p. 65).

Sendo assim, temos em Hêmon, o amante que é filho e nutre amor fraternal pelo seu pai, mas também é fiel servidor do Rei, expressando o conflito da existência humana e ao mesmo tempo as diversas formas de amar, nas palavras de Jaeger “para Sófocles, toda a ação dramática é apenas o desenvolvimento essencial do homem sofredor. É assim que ele cumpre o seu destino e realiza a si próprio” (2001, p. 332). Com Hêmon a tragédia se expande, pois agora atinge também diretamente a Creonte, quando tem de ouvir de seu próprio filho, sangue de seu sangue, que o pai extrapola os limites de sua própria racionalidade e também de seu poder, quando se dirigindo ao pai e Rei diz: “guarda-te, pois, de te apegares a um só modo de pensar, crendo que o que dizes, e por seres tu que o dizes, exclui qualquer outra possibilidade de ver e sentir as coisas” (Sófocles, p. 65). O alerta de Hêmon é para que as palavras de Creonte, mesmo sendo aquele que representa o Estado não podem ser dadas como a expressão máxima da verdade absoluta, mas antes disso, estar aberta também a ouvir os outros, pois “aquele que pensa que só ele é sensato e que julga possuir o monopólio das palavras e das idéias justas, quando exposto à luz, aparece vazio” (Sófocles, p. 65).

Mas Creonte parece irresoluto, pois deposita na força de seu poder e não na racionalidade a fundamentação de sua decisão, como se a legitimidade e a legalidade de sua posição como governante, tivesse transferido para a sua pessoa toda a verdade contingente, deixando os demais desprovidos de tal instrumento. Expressa essa força quando Hêmon lhe diz que o povo de Tebas contesta as suas ações referentes à condenação de Antígona, e então afirma: “acaso é o povo que deve dizer-me como devo

governar?” (Sófocles, p. 67). Para Nagel (2006, p. 112), as falas de Creonte, principalmente as mais incisivas com relação à sua posição de governante, expressam a nova forma de ser do poder do Estado assim como a “aceitação de uma (nova) autoridade externa”, em outras palavras, o que antes pertencia ao campo do sagrado, agora transfere-se para a alçada do poder civil submetendo-se as Leis Divinas à suposta racionalidade daqueles que tem o poder para governar, num pressuposto de que os homens são dotados e fazem uso da razão em todos os momentos de suas vidas, como se as paixões, os desejos, a satisfação da realização individual não tivessem os seus próprios “demônios” que nos atormentam para procedermos de outra forma.

Se a vontade de poder nos impele à necessidade de sacrifícios para a sua obtenção, e o homem expressa a proposição de que o fazes em benefício do coletivo, a sua real conquista parece transformar o seu caráter e o que antes era, ao menos em tese a vontade do coletivo, transforma-se rapidamente nos desejos de um particular, pois segundo Creonte, “é em benefício dos outros ou em meu próprio benefício que devo reger esta terra?” (Sófocles, p. 67). Mas Hêmon alerta de que se o seu poder pode lhe conferir o suposto direito de confundir em seus atos o público com o privado, não o poderia ser assim, pois “esta cidade não é de um homem só” (Sófocles, p. 67) numa tentativa de resgatar o sentido público da cidade, ou em outras palavras, a *pólis* no seu sentido mais grego possível.

No entanto, não é este o pensamento de Creonte, mas antes de tudo o de deixar bem claro que o poder desse novo Estado oscila entre os ideais de um ente coletivo e as ambições de um governo que se deixa levar pelas paixões, pois “porventura não é costume considerar que a cidade é dos que a governam?” (Antígona, p. 67). Se o governante deveria agir em nome do coletivo, o poder também lhe confere algumas prerrogativas que, em determinados momentos, confunde a pessoa do privado com o público, e nesse caso prevalece a vontade do privado, porque conforme nos afirma Creonte (Sófocles, p.68) em nada as suas ações vão em sentido contrário à justiça, porque o que ele exige é que apenas seja respeitada a sua autoridade. É a redução do conceito de justiça a eficácia da norma, ou seja, realiza-se justiça quando se respeita os imperativos determinados pela autoridade, que fora constituída de forma legítima e legal, e sendo assim, os seus atos normativos refletem o único interesse que seus súditos possam ter.

Fazendo cumprir o imperativo de seu decreto, Creonte leva Antígona para o local onde deixará de pertencer ao mundo dos homens, para ir de encontro ao mundo daqueles a quem ele resolveu obedecer, ou seja, à vontade das leis divinas. Mais uma vez Creonte coloca em dúvida a necessidade de honrar o que transcende a todos os homens, pois afirma que no local do cumprimento de sua sentença, que é uma caverna[6] onde ela “haverá de aprender a não morrer ou, pelo menos, reconhecerá que honrar os habitantes de Hades é coisa supérflua e inútil” (Sófocles, p. 71). Conforme já expusera a Hêmon em momento anterior de seu diálogo, Creonte reafirma o poder e a justiça emanada de sua autoridade como governante de Tebas e que desta forma, não mais poderia estar sujeito às vontades e lei divinas.

Para Chauí (2002, p. 137) a tragédia do mundo grego poderia ser compreendida como uma *instituição social*, porque eram representadas nas festas cívicas de Atenas e o coro “é formado por um colégio de cidadãos”, ou seja, de dignos representantes da classe grega, e na obra Antígona, o coro assume desde o início da tragédia, como aquele que

alerta Creonte sem contudo afrontá-lo, intercede mais como um poder consultivo, do que imperativo e executivo, e quando Antígona é apresentada para ir cumprir a sua derradeira sentença, é o coro que diz: “chegaste a extremos de audácia, filha, arrojando-te contra o excelso trono em que se assenta a impávida justiça” (Sófocles, p. 77), reafirmando-se assim, ainda que possamos considerar que nesta obra em diversos momentos o coro interpela Creonte com uma ironia refinada, essa passagem relembra Antígona de que deste momento em diante, as ações dos governantes terão outros referenciais, e a sua vontade será a justiça e não mais os determinantes objetivos dos Deuses. O coro reconhece o valor nobre das ações de Antígona, e também a sua fundamentação no *ethos* do mundo grego, pois “honrar os mortos, sem sombra de dúvida, é um louvável ato de piedade, mas o poder jamais permitirá que se transgridam suas decisões. Tua audácia levou-te à perdição” (Sófocles, p. 78). As ações não mais devem ser fundamentadas exclusivamente na honra, mas antes nos determinante imperativos emanados pelo poder, pois esse novo Estado se caracteriza pela força que esse tem legalidade de exercê-la, embora possamos colocar em dúvida a sua legitimidade, conforme o fez Hêmon em outro momento da tragédia.

No mundo grego mesmo o herói temia a morte, ainda que lhe enfrentasse de frente, pois a liberdade consistia em poder decidir o seu próprio destino, e Antígona demonstra esse espanto quando a morte se descortina em sua frente, pois erguendo os olhos aos céus dirá: “que lei divina tenho transgredido? Que adiante a uma mísera como eu erguer ainda os olhos para os deuses? Que amigos chamarei em meu auxílio, se, por ter feito um ato de piedade, me lançam em rosto a tacha de impiedade?” (Sófocles, p. 80-81). O que aos olhos dos Deuses tinha sido até o momento um ato nobre e de piedade, com a nova forma de ser do Estado, transformou-se num ato de transgressão às leis, um rompimento com o novo conceito de justiça instituído pelo poder do Estado, uma impiedade, pois enfrentou e desacatou uma determinante, um imperativo constituído por uma teoria do direito que doravante nos dirá que a produção normativa é exclusiva desse Estado, e antes de acatar qualquer tipo de lei, deve primeiro o homem ater-se em verificar se está não se defronta com nenhuma outra lei do Estado, pois se assim o fizer, deverá prevalecer necessariamente àquela resultante desse poder.

Encaminhada para cumprir a sua sentença, selando assim, ao mesmo tempo, uma decisão das leis dos homens e dar fim ao seu destino, como já ocorrera com seus entes queridos, Antígona expressa o momento final de sua existência, com a demonstração de um tríplice amor, em outras palavras, a *pólis*, a família e a inexorável vontade dos deuses e da qual nenhum mortal escapa, assim ela se despede deste mundo cercado pela tragédia de sua existência: “Adeus, Tebas, cidade de meus pais! Meu solo, minha pátria estremecida, e vós, deuses de meus antepassados, já me levam, a morte é inevitável” (Sófocles, p. 82). O sofrimento para ela não é motivo de escárnio e nem de revolta, senão resultante de um ato de nobreza, de coragem, de firmeza de caráter e de princípios.

Como em outros momentos da tragédia de Sófocles, o coro assume novamente um papel de destaque, como já o fizera no início da obra, e que nas palavras de Jaeger (2001, p. 330), este nos mostra que o homem assume um novo papel na construção de sua própria história, como agente “criador de todas as artes, dominador das poderosas forças da natureza por meio da força do espírito, e que chegou à concepção da força do direito, fundamento da estrutura do Estado, como o maior de todos os bens”. No entanto, se mostra essa nova estrutura do Estado, também alerta para alto preço quando

se entrega a justiça nas mãos de quem a sua racionalidade e seu conceito, encontra-se na mera aplicação técnica de suas normas, e Creonte é o sujeito passivo dessa relação, a quem caberá uma parte do ônus provocado junto aos Deuses, pois se a morte de Antígona encerra a existência dos descendentes de Édipo com nobreza e dignidade, de acordo com os moldes sociais do mundo grego antigo, o Rei Creonte deverá sofrer pela morte dos entes queridos que o cercam, e o destino solapa a sua amada esposa, assim como seu filho Hêmon.

Mas o Rei Creonte, aquele que reforça a necessária existência de sua autoridade, e do cumprimento de suas determinações, quando o destino lhe cobra o alto preço pelo excesso do rigor de seu decreto, procura livrar-se totalmente desta responsabilidade, pois ao saber da morte de seu filho e de sua esposa, declara: “Mísero que sou! Agora estou vendo que foi algum deus que naquela hora me golpeou a cabeça e me empurrou para cruéis caminhos, deitando ao chão e conculcando a minha ventura” (Sófocles, p. 109). É a força da tragédia expressando ao mesmo tempo na figura de Antígona, a superação do homem diante de impositivos criados pelos próprios homens, ao mesmo tempo em que demonstra ser a dor o maço que esculpe e mostra nos homens a miserabilidade de sua existência, quando se defronta com forças que, a partir de um momento começa a rejeitar, mas sempre insiste em demonstrar que, independente de sua vontade, elas sempre estarão presentes, e para Jaeger (2001, p. 331), “com o seu sofrimento, o homem trágico torna-se o instrumento mais maravilhoso e mais delicado, ao qual as mãos do poeta arrancam todos os tons do *ailinos* trágico”.

Demonstrando a importância do coro na tragédia, e o singular papel que lhe dá Sófocles, assim o drama de Antígona se encerra com o pronunciamento do coro com as seguintes palavras: “o fundamento da felicidade sempre foi e será a sensatez. Jamais se deve ser irreverente com os deuses” (Sófocles, p. 112). Os homens relutam em ser autônomos, mas a desgraça e a dor causada pela morte, sempre lhes coloca no seu devido lugar pois as forças dos homens se mostram ativas somente dentro de sua finitude, ao passo que as forças da natureza regida pelos Deuses são inevitáveis pois expressam a grandeza e a harmonia do cosmos como um todo, e para o qual o tempo é insignificante.

3. CONCLUSÃO

Em Antígona a tragédia grega nos expõe um problema, que doravante será evidente na complexa relação entre o homem e o novo mundo que se vislumbra. Até então, temos no mundo grego a idéia de um indivíduo que criado pelos Deuses, submete-se aos obstáculos e outros colocados em seu caminho. Procura-se vencê-los, mas reconhecendo nos atos divinos a grandeza de sua própria existência. Os Deuses não colocam os obstáculos para subjugar os homens como seres simplesmente inferiores, mas mostrar as suas fraquezas e também expor a possibilidade de suas grandezas. Não se quer vencer aos Deuses, mas tão somente superar os obstáculos com a ousadia e a prudência necessária à ação humana. Não existe uma medição de forças, mas tão somente da concretização do que é possível aos homens fazerem.

Na figura de Ismene, e na cobrança de Creonte para que o seu decreto seja cumprido, temos agora um novo indivíduo que se apresenta, não apenas como resultado da criação dos Deuses, mas também como aquele que precisa se posicionar, pertencer a algo, não apenas ser parte integrante, mas viver com e para algo, é a figura do indivíduo cidadão. Aquele que reconhecendo a miserabilidade de sua condição de mortal, de ser passageiro, quer agora se perpetuar pela sua vida na sociedade. É o novo que se lhes apresenta, mas tendo como referencial um parâmetro: a obediência às leis do novo estado.

A figura isolada de Antígona na realidade agrega diante de suas ações, a esperança que alguns homens têm de não perder os vínculos objetivos que mantêm com os Deuses, ainda que a vida no mundo contingente lhes imponham novas regras. É a busca da coalizão entre o antigo e o novo, buscando um ponto de equilíbrio na razão. Não na razão transformada em elemento técnico, mas naquela fundamentada na consciência de que existe algo além da condição de hominidade, e que esta somente se justifica quando realizada dentro da harmonia cósmica.

Antígona expressa no seu diálogo a possibilidade da coexistência harmoniosa entre as leis divinas e as leis dos homens, desde que os homens não esqueçam as suas origens e nem submetam a sua dignidade à vontade resultante da necessidade imperiosa, não do exercício do poder legitimamente conquistado, mas pelo poder que se impõe, como necessário à demonstração da força bruta garantido pelo mesmo. Ela demonstra a sua força peça construção de sua ação. Frágil enquanto mulher, ainda que ilha da nobreza, mas forte o suficiente para vencer os obstáculos que a impedem de realizar um dever que extrapola a condição humana, ainda que após o final de sua realização, seja coagida a executar uma determinação das leis dos homens. Dever cumprido para com os Deuses resta agora cumprir o que determina as leis dos homens. Demonstra o diálogo que em momento algum Antígona esboça a menor vontade ou intenção de fugir. O ato nobre não se manifesta somente pela realização da ação em si, mas também por assumir as conseqüências do que há de vir.

A morte de Antígona não significa apenas o fim da racionalidade de sua existência, e nem a impossibilidade de lutar contra o novo, mas antes uma recusa de pertencer a este novo que não se abre ao diálogo, a possibilidade do encontro da prudência com a necessidade de mudança.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CASSIN, Barbara & **LORAUX**, Nicole & **PESCHANSKI**, Catherine. *Gregos, Bárbaros, Estrangeiros – A cidade e seus outros*. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Edição 34, 1993.

CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. Trad. Artur M. Parreira. 4 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Ensino Jurídico, Literatura e Ética*. Brasília: OAB Editora, 2006.

NAGEL, Lizia Helena. *Dançando com os Textos Gregos – A Intimidade da Literatura com a Educação*. Maringá, PR: Editora Eduem, 2006.

NAQUET, Pierre-Vidal e **VERNANT**, Jean-Pierre. *Trabalho e escravidão na Grécia antiga*. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1989.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de História da Cultura Clássica*. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

[1] CUNHA, Ana Maria de Oliveira. Et all. Dormi aluno (a)... acordei professor (a): interfaces da formação para o exercício do ensino superior. Disponível em www.anped.org.br/reunioes/29ra/trabalhos/trabalho/trabalho_gt11.htm.

[2] A palavra *ethos* aqui deve ser compreendida de acordo com o que nos ensina Aristóteles, “pois na Ética aristotélica não apenas ocorre o termo *éthos* (com *e* longo) que significa *propriedade do caráter*, mas também o termo *éthos* (com *e* curto) que significa costumes [...]” (Tugendhat, 1997. p. 36). Antígona estaria nesse caso cumprindo os dois significados do termo, pois afirma a sua disposição em cumprir as determinações dos costumes entre os gregos, que era o de enterrar com cerimônias próprias os seus cidadãos, principalmente em se tratando de um nobre, ou seja, filho de Édipo e Jocasta, ainda que os Deuses tenham lhes imprimido um destino trágico a sua nobreza não lhes fora destituída. Mas também Antígona demonstra que o aço com que fora temperado o seu caráter não lhe permite negar a possibilidade de sepultar seu próprio irmão. Os agentes externos não irão lhe impedir, ao menos até onde as contingências permitir, que a sua vontade interior, e que ao se transformar em ação

converte-se na ética, execute não somente as exigências do costume de seu povo, mas também a sua forma de ser.

[3] Segundo Chauí (2002, p. 509), a “*Phýsis* é a força originária de todos os seres, responsável pelo surgimento, transformação e perecimento deles. A *Phýsis* é o fundo inesgotável de onde vem o *kósmos*; e é o fundo perene para onde regressam todas as coisas, a realidade primeira e última de todas as coisas.”

[4] PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Estudos de História da Cultura Clássica. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 421.

[6] Segundo notas do tradutor, Domingos Paschoal Cegalla, e opinião também compartilhada por outros estudiosos da tragédia grega, “o decreto de Creonte previa a pena de lapidação para aquele que ousa-se sepultar Polinices. Tal pena implicava derramamento de sangue e constituía um ato ímpio, um sacrilégio, se aplicada a mulher virgem. Esse o principal motivo que levou Creonte a matar Antígona de fome” (N.T. p. 71), ao que nos parece existir uma contradição entre as duas ações distintas de Creonte, pois sacrilégio também o era, o fato de não dar a um grego as honras fúnebres constante das leis divinas, perpetua pelo seu *ethos*.

UMA LEITURA DOS DIREITOS SOCIAIS EM CAPITÃES DE AREIA*

A DISCUSSION OF SOCIAL RIGHTS IN CAPITÃES DE AREIA

**Lusia Ribeiro Pereira
Débora Elisa Marinho de Oliveira**

RESUMO

A produção do conhecimento no Direito não pode se restringir à regulação social, a um ato de reprodução do conhecimento. É necessário que o aluno do curso de Direito deixe de ser espectador do seu processo de construção de conhecimento e se torne sujeito, no sentido de transformar e redefinir o Direito na sociedade. Nesta perspectiva, a aproximação entre Direito e Literatura é apontada por muitos como possibilidade de qualificar a visão dos acadêmicos de Direito. A literatura é produto cultural de seu tempo e, portanto, instrumento de interpretação e reflexão do mundo, que possibilita recriar a visão do homem sobre ele mesmo e pode oferecer algo além do senso comum sobre a realidade. A relação entre Direito e literatura pode ser representada de três modos: Direito da Literatura, Direito como Literatura e Direito na Literatura. O artigo se propõe a uma leitura do direito social na obra “Capitães de areia”, de Jorge Amado. O romance contrasta a sensibilidade e humanidade das crianças com a desonestidade das classes dominantes, representada pela burguesia, pela Igreja e o próprio Estado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA. JORGE AMADO. CAPITÃES DE AREIA. DIREITO SOCIAL

ABSTRACT

The production of knowledge in law can not restrict the social regulation, an act of reproduction of knowledge. It is necessary that the student's course of law ceases to be a spectator of his process of constructing knowledge and become subject, to transform and reshape the law in society. From this perspective, the rapprochement between law and literature is identified by many as able to qualify the view of scholars of law. The literature is cultural product of its time and therefore tool of interpretation and reflection of the world, which enables recreate the vision of man about himself and can offer something beyond common sense about reality. The relationship between law and literature can be represented in three ways: Right of Literature, Law and Literature and Law in Literature. The article aims to a reading of the law in social work "Captains of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

sand" by Jorge Amado. The novel contrasts the sensitivity and humanity of children with the dishonesty of the dominant classes, represented by the bourgeoisie, the Church and the state itself.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE. JORGE AMADO. CAPITÃES DE AREIA. SOCIAL LAW

Direito e Literatura: a construção de um diálogo

Conhecer é o ato pelo qual um sujeito apreende um objeto de acordo com sua realidade, esta entendida como o tempo social onde os sujeitos estão inseridos, e a partir da qual são feitas as indagações que impulsionam a busca de novos conhecimentos e o significado destes, portanto, o ponto de partida da produção do conhecimento é a ação reflexiva sobre a realidade, utilizando de informações teóricas já produzidas, mas questionando-as e desdogmatizando-as.

Compreender essa dimensão do sujeito humano talvez seja o maior desafio do mundo contemporâneo. Produzir um conhecimento através da leitura e análise de outros sinais e símbolos; de outros gestos e olhares; de outras histórias contadas e recontadas; de outros pontos de vistas; de outros lugares do conhecimento; do dito e interdito; do permitido e proibido. De outros arquivos que possam ser desvelado a partir de outras perguntas, de uma outra maneira de reordenar as perguntas relativizando o campo da objetividade do que se sabe e se conhece com a subjetividade do que se quer conhecer e de quem se propõe a conhecer. A singularidade e a multiplicidade do objeto a ser conhecido e do sujeito cognoscente.

A produção do conhecimento no Direito não pode se restringir à regulação social, a um ato de reprodução do conhecimento. Deve ser antes a construção de novas formas críticas de pensar o ordenamento jurídico, as relações de cidadania, os princípios ético-jurídicos, num determinado tempo e espaço.

É necessário que o aluno do curso de Direito deixe de ser espectador do seu processo de construção de conhecimento e se torne sujeito, no sentido de transformar e redefinir o Direito na sociedade.

Nesta perspectiva, a aproximação entre Direito e Literatura é apontada por muitos como possibilidade de qualificar a visão dos acadêmicos de Direito, já que a literatura é produto cultural de seu tempo e, portanto, instrumento de interpretação do mundo, que possibilita recriar a visão do homem sobre ele mesmo e pode oferecer algo além do senso comum sobre a realidade. Um curso de Direito que se pretenda contemporâneo não poderá ignorar esta nova face da interdisciplinaridade.

Além do apego aos dogmas, o Direito também tem um caráter dinâmico, que permite que as significações sócio-históricas sejam reconstituídas. Enquanto algumas percepções do social se tornam obsoletas, novas interpretações da lei são criadas. É o imaginário social agindo diretamente no direito instituído.

A literatura é uma forma de apreensão da realidade social. A partir da estrutura de construção do texto literário que trabalha com a subjetividade do real, pode-se apreender a produção de sentido colocado pelo autor, sujeito social de um determinado tempo e lugar, e a trama de seus personagens também sujeitos sociais, geográfica e temporalmente constituídos. Assim, na narrativa literária é possível depreender relações político-sociais, representações jurídicas que vão para além do imediato proposto e observável de forma objetiva. A narrativa literária trabalha com a dimensão subjetiva do sujeito. É certamente nesse aspecto que a mesma pode ser usada pelo Direito no sentido de expandir a compreensão do que seja ético, valorativo, do que seja justo ou injusto.

A relação entre Direito e literatura pode ser representada de três modos: Direito da Literatura - estuda como a lei e a jurisprudência trata os fatos da escrita literária; Direito na Literatura - objetiva analisar e teorizar questões relativas à justiça, à lei e ao poder nas obras literárias; e Direito como Literatura - aborda conceitos da teoria literária, como autor, narrador, descrição, narração e tempo ficcional e verifica-se em que medida esses conceitos correspondem e contribuem na compreensão dos conceitos jurídicos. (GALUPPO, 2008).

Uma das possibilidades de análise do Direito na Literatura está no tratamento que o Direito e o Estado dispensam às minorias ou grupos oprimidos, como a mulher, imigrantes, raças, religião. (SCHWARTZ). É nessa perspectiva que o ensaio sobre a obra "Capitães de areia" de Jorge Amado procura aprender a relação entre o texto literário e a ordem estabelecida e o princípio da liberdade social.

A obra e o autor

Quando em 1931 Jorge Amado publicou a sua primeira obra "O país do carnaval", o Brasil vivia tempos revolucionários. O Golpe de Estado de Getúlio Vargas (1937) inaugurava um novo cenário político: a República Nova que veio substituir o poder oligárquico, que defendia o interesse dos cafeicultores. Dessa transição, nada pacífica nasce um governo autoritário: Getúlio Vargas, que concede, a si mesmo, maiores poderes, nomeia interventores para os estados e cria a censura prévia.

Essas modificações no plano social e econômico refletem também na produção literária. Surgiu na década de 30 uma tendência literária que retratava as condições miseráveis da classe trabalhadora e a distância das classes sociais. Uma geração de escritores (Graciliano Ramos, José Lins do Rego, Rachel de Queiroz, Érico Veríssimo) comprometidos com um novo realismo que mostra o ser humano, não só integrado ao espaço em que vive, mas por ele aprisionado:

A literatura brasileira vê surgir a arte de denúncia, o "romance proletário", a "poesia social". Por seu caráter contestador e, mais que isto, por denunciar o conservadorismo da literatura que idealizava as relações de classe no país, tais textos logo experimentam

a face truculenta do poder. É lapidar nesse sentido a frase de Graciliano Ramos em Memórias do cárcere: "começamos oprimidos pela gramática e terminamos às voltas com a Delegacia de Ordem Política e Social". A partir da experiência da Aliança Nacional Libertadora, em 1935, escritores, artistas, editores, jornalistas e intelectuais de oposição passam a alvo prioritário dos órgãos de segurança.

Nunca em nossa história os intelectuais haviam se defrontado com o poder de forma tão cabal. É sintomática a colocação de Walter Benjamin, em texto desta época, referindo-se a uma situação que não era só européia: "a serviço de quem ficará o intelectual?" Banida a neutralidade, restava-lhe o aconchego do poder ou o coro dos contrários. (DUARTE).

No caso específico de Jorge Amado, a primeira fase da produção literária de 1931, ano de lançamento de "O país do carnaval", até "Os subterrâneos da liberdade" (1954), temos o esquerdista, criador do romance de "formação" proletária, de uma ficção tida como subversiva. Jorge Amado se propunha a escrever para o leitor humilde, estudante ou trabalhador. As obras retratam as mazelas da sociedade baiana: os desmandos dos coronéis, as relações arcaicas de trabalho, o drama dos operários e o mundo das greves. Os heróis são oriundos das camadas populares, que adquirem consciência da opressão que os vitimam e através da ação política sonham com uma sociedade mais justa. Os opressores, por sua vez, são representados pelos latifundiários e burgueses.

A repressão a Amado não era gratuita. Desde o começo da década, o autor vinha se notabilizando pela contestação em livros como Cacau, Suor, Jubiabá e Capitães da areia, em 1937. Os dois primeiros, referências explícitas ao mundo do trabalho; os dois últimos, à marginalidade social urbana. Em todos eles temos o avesso da literatura "sorriso da sociedade" - expressão utilizada para definir a produção do tipo "água com açúcar" que pontificara entre nós no período da *Belle Époque*. O romance amadiano volta-se para a base do edifício social e joga luz sobre suas margens e desvãos, para ali descobrir/construir o humano. O centro das narrativas é a representação do outro, seja de uma perspectiva de classe, de gênero ou de etnia. O que nelas se vê tencionado é o drama de seres a princípio incompletos, irrealizados enquanto cidadãos, mas que saem - ousam sair - para enfrentar a adversidade provinda de uma estrutura econômica, política e ideológica herdada do passado colonial. Mais que isto: seres que realizam nesse enfrentamento a sua formação como agentes sociais. Indivíduos como o Sergipano de Cacau, a Linda, de Suor, ou o Balduino de Jubiabá: personagens cujos gestos e falas não apenas se inserem nas lutas históricas de seu tempo, mas que pretendem, mais que isto, propor uma pedagogia da indignação e do confronto, na linha do "herói positivo" da literatura socialista da época. (DUARTE).

É preso, perseguido e exilado. É do presídio que assiste à publicação de “Mar morto” (1936). Detido novamente em 6 de novembro de 1937, é informado na prisão da queima pública de seus livros, entre os quais “Capitães da areia”, apesar do sucesso de público e de crítica, a obra foi proibida de circular e recolhida em escolas, bibliotecas e livrarias.

Na segunda fase Jorge Amado passa a escrever o que Gomes (1996) chama de “crônica de costumes”: “Gabriela cravo e canela”, (1958); “Dona Flor e seus dois maridos” (1967) dentre outras. Retira o foco das lutas pela posse de terras, de classes e passa a registrar humoristicamente os hábitos e costumes do povo baiano.

Jorge Amado foi o romancista mais lido da história brasileira, assim como um dos mais admirados e criticados:

Ele foi o primeiro grande escritor a fazer a opção preferencial pelo leitor, não pela crítica; pelo povo, não pela elite. Nunca chegou a ser totalmente perdoado por isso. Sempre houve quem torcesse o nariz para um certo cheiro que emanava de seus romances: de mistura de raças, de miscigenação e sincretismo. (VENTURA).

Jorge Amado temperou seus romances com advogados corruptos, desenhando uma justiça melindrosa, comprada pelos “caxixes”, termo que identifica o suborno na obra Terras do sem fim (1943).

Em “Capitães de areia” o escritor retrata as diferenças de classes, a má distribuição de renda e denuncia um sistema perverso que marginaliza e discrimina crianças e adolescente na década de 30, no entanto, transcorridos 71 anos de sua primeira edição, a repressão a qual os menores foram submetidos não conseguiu interromper o caminho dessa história de marginais. Os meninos passaram de "dominados" a "excluídos”. (DUARTE).

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que garantem às crianças e adolescentes direitos fundamentais como saúde, alimentação, educação, dignidade, lazer dentre outros, a situação do menor de rua ganhou nos últimos anos uma dimensão ainda mais grave, como por exemplo, o envolvimento com o uso e tráfico de drogas e a prostituição infantil. Assim como, ainda hoje é freqüente denúncias de abusos e maus-tratos nas casas da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor.

Os problemas sociais persistem em função de ainda não se ter conseguido minimizar as desigualdades econômicas, dificultando o cumprimento das garantias previstas na Constituição, e um efetivo Estado Democrático de Direito.

Os donos da cidade...

“Capitães de areia” narra o cotidiano de crianças pobres que vivem num velho trapiche na cidade de Salvador. Os heróis são meninos de rua liderados por Pedro Bala (filho de mãe desconhecida e pai morto em movimento grevista), pequenos bandidos que na verdade são vítimas de uma sociedade que os oprime: “Havia, é verdade, a grande liberdade das ruas. Mas havia também o abandono de qualquer carinho, a falta de todas as palavras boas [...]. A alegria daquela liberdade era pouca para a desgraça daquela vida.”. (AMADO, 1979, p. 34).

O romance contrasta a sensibilidade e humanidade das crianças com a desonestidade das classes dominantes, representada pela burguesia, pela Igreja e o próprio Estado.

Apesar do retrato cruel de uma realidade que leva ao crime e à marginalização, há uma utopia na obra: os personagens a princípio incompletos, irrealizados enquanto cidadãos ousam sair da condição de humilhados e desfavorecidos para enfrentar a adversidade provinda de uma estrutura econômica, política e ideológica:

Que adianta a vida da gente? Só pancada da polícia quando pegam a gente. Todo mundo diz que um dia pode mudar [...] Agora vou mudar minha [...] Vou estudar com um pintor no Rio. [...] Um dia vou mostrar como é a vida da gente...Faço o retrato de todo mundo...[...]. (AMADO, 1978, p.200).

João José o “Professor” tornou-se um pintor famoso, sua arte representava a realidade da sua infância. Através da superação reescreveu a sua história. Assim como Pedro Bala: de líder de meninos de rua à líder sindical. Nega às classes dominantes, as desigualdades e os abusos do Estado, e a partir dessa negação se constrói como sujeito de seu tempo.

Do trapiche às mansões: o confronto das classes sociais

Os confrontos das classes sociais é pano de fundo da narrativa em “Capitães de areia”. De um lado, os meninos de rua: “Vestidos de farrapos, sujos, semi-esfomeados, agressivos, soltando palavrões e fumando pontas de cigarro,”. (AMADO, 1978, p.27). Do outro, os burgueses aprisionados em suas mansões. Donos do dinheiro, de bens materiais e das forças policiais.

A miséria das crianças é representada pela pobreza do trapiche que “Durante anos foi povoado exclusivamente pelos ratos [...] que o habitava como senhores exclusivos.”. (AMADO, 1978, p.20), por ser um espaço aberto e receptivo, é símbolo de liberdade, enquanto as mansões, geralmente cercadas por grades, são espaços desumanos que confinam seus moradores.

Segundo Álvaro Cardoso Gomes, Jorge Amado altera o sentido de propriedade:

São os pobres, os deserdados da sorte que possuem a cidade mágica na Bahia, porque só eles é que são capazes de admirar sua beleza secreta, seus mistérios e responder à sua voz, ao passo que, para as classes elevadas, a cidade não passa de um espaço físico, frio e desumanizado, onde exercem seu falso domínio. (GOMES, 1998, p.87).

Neste conflito de classe, a ideologia burguesa era legitimada pelos representantes do Poder Judiciário, apoiada pelo clero e propagada pela mídia:

A polícia tem o papel de cão-de-guarda das classes dominantes e, por isso mesmo, ostensivamente se presta a expurgar do sistema social todos aqueles que possam representar ameaça à manutenção da ordem. Esse comportamento repressivo da polícia pode ser visto na visão crítica que o narrador tem dela e, mais especificamente, em certas cenas em que se mostra o autoritarismo, como a da prisão forjada de Pedro Bala e a do reformatório. (GOMES, 1998, p.78).

A Igreja está a serviço dos poderosos, e por eles é mantida, despreza as classes humildes, à exceção do padre José Pedro: “Era mesmo um dos mais humildes entre aquela legião de padres da Bahia. Em verdade fora cinco anos operário numa fábrica de tecidos, antes de entrar para o seminário.[...]” (AMADO, 1978, p.645). Padre José era nobre por ter sido operário, por ser “homem do povo”, vive para defender o povo.

A imprensa, por sua vez, tendenciosa e maniqueísta exige ações contra os “pequenos criminosos”, que tiram o sossego do cidadão honesto:

Já por várias vezes o nosso jornal, que é sem dúvida o órgão das mais legítimas aspirações da população baiana, tem trazido notícias sobre a atividade criminosa dos "Capitães da Areia", nome pelo qual é conhecido o grupo de meninos assaltantes e ladrões que infestam a nossa urbe. Essas crianças que tão cedo se dedicaram à tenebrosa

carreira do crime não têm moradia certa ou pelo menos a sua moradia ainda não foi localizada. Como também ainda não foi localizado o local onde escondem o produto dos seus assaltos, que se tornam diários, fazendo Jus a uma imediata providência do Juiz de Menores e do Dr. Chefe de Polícia. (AMADO, 1979, p.10).

O “Jornal da Tarde” convoca ações enérgicas do chefe da polícia e do Juizado de Menores para extinguir os que se dedicavam “à tenebrosa carreira do crime”. Aponta a causa dessa vida de criminalidade: “naturalmente devido ao desprezo dado à sua educação por pais pouco servidos de sentimentos cristãos”. (AMADO, 1978, p.10). Assim como a solução: “o que se faz necessário é uma urgente providência da polícia e do Juizado de Menores no sentido da extinção desse bando, e para que recolham esses precoces criminosos [...], aos institutos de reforma de crianças ou às prisões.”. (AMADO, 1978, p.10).

“Cartas à redação” continua com a compilação de cinco cartas em resposta à repercussão da matéria. Nas cartas do chefe de polícia (em resposta redigida pelo secretário) e do Juiz de menores, há uma discussão quanto a quem caberia a responsabilidade da iniciativa com relação ao “bando de crianças delinquentes”. (AMADO, 1978, p.14). Mas as diferentes opiniões em grande parte são atenuadas com os tributos feitos pelo juiz àquele que o mencionara; dessa forma, a saudação ao “patrício” Dr. Chefe de Polícia do Estado, igualmente empregada ao “patrício” Sr. Diretor do Jornal da Tarde, enfatiza o reconhecimento entre os que se aproximam não por serem conterrâneos, e sim por sobressaírem como senhores distintos e cordiais, ao menos aparentemente, entre si. (NAKAGAWA, 2005).

O “Jornal da Tarde” não poupa elogios a estes ilustres cidadãos. Por outro lado, são transcritas as cartas “de uma mãe, costureira” (AMADO, 1978, p.17) e do padre José Pedro (AMADO, 1978, p.18), além de apenas ocuparem os espaços internos do caderno jornalístico, sem direito aos “clichês” ou comentários comuns nas páginas principais, ambos têm suas denúncias aos maus tratos no reformatório questionadas. No texto da “mãe costureira”, ao manter as incorreções na escrita da denunciante, o jornal reduz a sua credibilidade, além de frisar a sua diferença social. (NAKAGAWA, 2005). Por contrariar o ponto de vista do jornal sobre as possíveis causas da delinquência infantil, a carta do padre José Pedro recebeu um título pejorativo: “Será verdade?”.

A última carta decorre das críticas ao Reformatório Baiano de Menores Delinquentes e Abandonados. O diretor dirige-se ao “Exmo. Sr. Diretor”, retornando a conversa entre os pares de um grupo, com o emprego de honrarias exageradas aos colegas como “rútila inteligência” e pejorativas para os demais “mulherzinha do povo”, “padre do demônio”. (NAKAGAWA, 2005). Nega as acusações e faz um convite à redação do Jornal para uma visita “previamente agendada” ao reformatório.

O capítulo termina com uma reportagem elogiosa à instituição, destacando a improcedência da acusação: “o reformatório baiano é uma grande família – onde deviam estar os Capitães de areia”. (AMADO, 1978, p.21).

Vítimas ou pequenos criminosos?

A violência que os “Capitães de areia”, praticam é inscrita no texto quase sempre como justa e, mesmo, necessária - uma resposta à violência econômica sofrida e transformada em agressão quando praticada pelo aparelho repressivo (Estado), violência que lhes priva de experimentar a cidadania plena.

A concepção estatal de formar cidadão é sinônimo de reformar:

Certa vez, uma reportagem nossa desfez um círculo de calúnias jogadas contra aquele estabelecimento de educação e seu diretor. Hoje, ele se achava na polícia esperando poder levar consigo o menor Pedro Bala. A uma pergunta nossa, respondeu: -Ele se regenerará. Veja o título da casa que dirijo; “Reformatório”. Ele se reformará. (AMADO, 1978, p.173).

O Reformatório representa o próprio Estado. Pedro Bala durante a breve passagem nessa instituição experimentou a grandeza dos métodos “educativos”: “Agora davam-lhe de todos os lados. Chibatadas, socos e pontapés. O diretor do Reformatório levantou-se, sentou-lhe o pé, Pedro Bala caiu do outro lado da sala”. (AMADO, 1978, p.174).

O capítulo “Reformatório” é um retrato fiel e crítico da atuação dos Reformatórios criados na década de 30-40. Com objetivo de proteção e assistência ao “menor” pretendiam, respaldadas nas leis que as legitimaram, como o Código de Menores, de 1926, “recuperar os menores”. Sobre o real papel destas instituições descreve Irene Rizzini citada por Cabral e Souza:

O que ocorria na prática era nada mais que o recolhimento de crianças nas ruas por meio de um aparato policial repressivo e punitivo e o encaminhamento delas às inúmeras instituições criadas nas décadas de 1930 e 1940. Em 1941, numa tentativa de centralizar a assistência ao “menor”, o Governo Vargas criou o Serviço de Assistência ao Menor – SAM –, que, rodeado por princípios e propostas modernas como educação e formação profissional para atuar no “combate à criminalidade e na recuperação de delinqüente”, na realidade revelou-se uma instituição na qual se praticavam abusos e corrupção tais que lhe renderam a fama de “escola do crime”, “sucursal do inferno”, “sem amor ao menor” entre outras denominações .

No discurso de proteção à infância, no entanto, estava embutida a proposta de defesa da sociedade: “defesa contra a proliferação de vagabundos e criminosos [...] que não correspondiam ao avanço das relações capitalistas em curso” (RIZZINI *apud* CABRAL;SOUZA, 2004, p. 81).

O Decreto n. 17.943-A de 1927 consolidava as leis de assistência e proteção aos menores, buscando sistematizar a ação de tutela e coerção, que o Estado passou a adotar, o que consolidou, na esfera legal, o olhar específico para o problema social emergente da infância e da adolescência: os “menores” passaram a ser definidos, assim, como “delinqüentes” (efeito do problema social) e “abandonados” (causa do problema social). A uma nítida criminalização, da infância pobre, caracterizada como “abandonada” e “delinqüente”. (CABRAL; SOUZA, 2004, p.80). Verifica-se ser o mesmo conceito de infância pobre explicitado na reportagem “Crianças ladronas” do Jornal da Tarde, em “Capitães de areia” citado no tópico anterior deste trabalho.

Jorge Amado encarna essa concepção do “menor infrator” na explicação do comportamento criminoso de Pedro Bala pelo diretor do reformatório ao bedel,

É o chefe dos tais Capitães de areia. Veja... o tipo do criminoso nato. É verdade que você não leu Lombroso... mas se lesse conheceria. Traz todos os estigmas do crime na face. Com esta idade já tem uma cicatriz. Espie os olhos... Não pode ser tratado como qualquer... vamos lhe dar honras especiais... (AMADO, 1978, p.175).

O Diretor apela à doutrina do criminologista italiano Cesare Lombroso[1] para explicar a índole criminosa de Pedro Bala. O destino do chefe dos “Capitães de Areia” está traçado desde sempre, e ao Estado resta usar o seu direito de coerção (moral e física) para garantir a paz dos cidadãos de bem.

“Canção da Bahia, canção da liberdade” é a última parte do romance, e um de seus capítulos, “Notícias de jornal”, traz o destino de quatro ex-integrantes do mais temido grupo de menores baianos: Professor, Gato, Boa-Vida e Volta Sêca.

Professor tornou-se pintor famoso no Rio de Janeiro. Gato ‘O vigarista’ e Boa-Vida ‘o malandro’ acabam se envolvendo com a polícia, “[...] como se Jorge Amado quisesse com isso acentuar a marginalização final de algumas personagens, que jamais conseguem se adaptar à vida em sociedade devido à falta de consciência. (GOMES, 1998, p.92).

No entanto, é o destino de Volta Seca que ganha destaque. Ele se uniu a um grupo cangaceiro liderado por Lampião. As crueldades do ‘jovem cangaceiro’ são narradas em

detalhes. A notícia de sua prisão esgotou a edição do “Jornal da Tarde” que descrevia seu semblante como “rosto de criminoso nato”. (AMADO, 1979, p.276). No julgamento, o promotor reforça a idéia de criminoso nato e desumano. Jorge Amado se utiliza de superlativos típicos do discurso jurídico, para ironizar a fala do promotor e quando se refere às lágrimas dos jurados e do juiz.

[...] belíssimo, vibrantíssimo e apaixonadíssimo [...], que fizera is jurados chorar, e até o próprio juiz tinha limpado as lágrimas, ao descrever o Dr. Promotor com sublime força oratória, o sofrimento das vítimas do feroz cangaceiro menino. O público ficou indignado porque Volta Sêca não chorou durante o júri. Seu rosto sombrio estava cheio de estranha calma. (AMADO, 1979, p.277).

Mas, a literatura de Jorge Amado não é uma distopia, muito pelo contrário, ele acreditava no poder de superação do sujeito a partir de sua consciência como cidadão e de seu papel na história. No entanto, como sair da condição de marginalizado à cidadão?

Uma questão de cidadania

Jorge Amado acreditava que para haver cidadãos conscientes nas camadas subalternas, era necessário, em primeiro lugar, haver leitores. “O passo seguinte consiste em fazer do texto um paradigma de inconformismo, uma espécie de escola de cidadania.”. (DUARTE). É nessa perspectiva que se pode apreender o personagem João José, ele figura como síntese da utopia amadiana da leitura na construção de um mundo novo a partir do gesto de ler e narrar:

João José, o Professor, desde o dia em que furtara um livro de histórias numa estante de uma casa da barra, se tornara perito nesses furtos. Nunca, porém, vendia os livros, que ia empilhando no fundo do trapiche, sob tijolos, para que os ratos não os roessem. Lia-os todos numa ânsia que era quase febre. Gostava de saber coisas e era ele quem, muitas noites, contava aos outros histórias de aventureiros, de homens do mar, de personagens heróicos e lendários. Era o único que lia corretamente entre eles e, no entanto, só estivera na escola um ano e meio. Mas o treino diário da leitura despertara completamente sua imaginação e talvez fosse ele o único que tivesse uma certa consciência do heróico de suas vidas. (AMADO, 1978, p.29).

Com ele, ler e narrar tornam-se atitudes políticas: “os volumes roubados e empilhados entre tijolos metaforizam a construção da consciência e do edifício da cidadania entre os pobres”. (DUARTE).

Mas é em Pedro Bala que Jorge Amado revela a sua crença na força do homem de construir um mundo mais justo e humano, através da luta e da ação. O jovem ladrão transforma-se um ativo líder proletário. O sofrimento, a vida em desamparado são condições básicas para a formação do caráter do jovem herói que, no final do romance, já conscientizado, se põe a contestar as estruturas do sistema social.

Anos depois os jornais de classe, pequenos jornais, dos quais vários não tinham existência legal e se imprimiam em tipografias clandestinas, jornais que circulavam nas fábricas, passados de mão em mão, e que eram lidos à luz de fífós, publicavam sempre notícias sobre um militante proletário, o camarada Pedro Bala, que estava perseguido pela polícia de cinco estados como organizador de greves, como dirigente de partidos ilegais, como perigoso inimigo da ordem estabelecida.

No ano em que todas as bocas foram impedidas de falar, no ano que foi todo ele uma noite de terror, esses jornais (únicas bocas que ainda falavam) clamavam pela liberdade de Pedro Bala, líder da sua classe, que se encontrava preso numa colônia.

E, no dia em que ele fugiu, em inúmeros lares, na hora pobre do jantar, rostos se iluminaram ao saber da notícia. E, apesar de que fora era o terror, qualquer daqueles lares era um lar que se abria para Pedro Bala, fugitivo da polícia. Porque a revolução é uma pátria e uma família. (AMADO, 1978, p.235).

Também podemos dizer que a bandeira do líder dos Capitães de areia é a síntese da obra: uma luta contra a injustiça social e a opressão, que permita o pleno exercício dos direitos individuais e sociais.

REFERÊNCIAS

ABDLA JÚNIOR Benjamin. **Movimentos e estilos literários**. São Paulo: Scipione, 1995.

AMADO, Jorge. **Capitães de areia**. 44.ed. Rio de Janeiro: Record, 1978.

AMADO, Jorge. **Terras do sem fim**: romance. São Paulo: Martins, [19-]. 215p.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CABRAL, Suzie Hayashida; Sousa, Sonia Margarida Gomes. O histórico processo de exclusão/inclusão dos adolescentes autores de ato infracional no Brasil

Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 71-90, jun. 2004.

CALHAU, Lélío Braga. Cesare Lombroso: criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **A hora de brilhar**: direitos fundamentais na trilha da literatura. 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p.515-530.

GOMES, Álvaro Cardoso; AMADO, Jorge. **Roteiro de leitura**: Capitães da Areia de Jorge Amado. 2. ed São Paulo: Ática, 1998. 128p.

DUARTE, Eduardo de Assis. **Leitura e cidadania**. Disponível em: <http://www.unicamp.br/iel/memoria/Ensaios/leitura%20e%20cidadania.htm>. Acesso em: 22 jun.2008.

NAKAGAWA, Sônia Yoshie. Os Capitães de Areia e as notícias de jornal. **Falla dos Pinhaes**, Espírito Santo de Pinhal, v.2, n.2, jan./dez. 2005 Disponível em: <<http://64.233.169.104/search?q=cache:bDxnPGwQhVsJ:www.unipinhal.edu.br/ojs/falladospinhaes/include/getdoc.php%3Fid%3D61%26article%3D19%26mode%3Dpdf+NAKAGAWA,+S%C3%B4nia+Yoshie+cartas&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=>>. Acesso em: 20 jun.2008.

MOUTINHO, Laura . Entre o realismo e o ficcional: representações sobre "raça", sexualidade e classe em dois romances paradigmáticos de Jorge Amado. **Physis**, Rio de Janeiro , v.14, n.2, jul./dez.2004.

OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. 461p.

SCHWARTZ Germano. **Direito e literatura**: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. Disponível em: <http://64.233.169.104/search?q=cache:U>. Acesso em: 26 jun.2008.

VENTURA, Zueni. **Não se deve amar sem ler Amado**. O Globo, Rio de Janeiro, ago.2001. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/al150820017.htm> Acesso em: 20 jun.2008.

[1] Adepto da Escola Positiva de Direito Penal, que relacionava certas características físicas, tais como o tamanho da mandíbula à psicopatologia criminal, ou a tendência inata de indivíduos sociopatas.

ENTRE A LEI E O JUIZ: JUSTIÇA, CIÊNCIA JURÍDICA E "O PROCESSO MAURIZIUS"* **

BETWEEN LAW AND JUDGE: JUSTICE, LEGAL SCIENCE AND "THE MAURIZIUS CASE"

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

RESUMO

O século XX protagonizou grandes avanços na construção de teorias sobre a interpretação jurídica, mas pela exacerbação do antipositivismo acabou perdido na dicotomia artificial que coloca a lei de um lado e o juiz do outro. A obra “O processo Maurizius”, de Jakob Wassermann, naquilo que reflete e dialoga com a realidade de seu país e de sua época, é pródiga de pistas sobre os motivos que levaram o pandectismo alemão à ruína e que lapidaram seus radicais antagonistas. A mimesis dessa realidade é estabelecida na relação entretida pelos principais personagens: o barão Andergast, o pai, e Etzel Andergast, o filho, ocupam pólos distintos na trama de Wassermann, e representam respectivamente o culto à pirâmide erigida pela “jurisprudência dos conceitos” e a ruína da identificação entre lei e direito que a “jurisprudência dos interesses” já passava a denunciar. Para que se compreenda a gênese dessa dicotomia será necessário (i) surpreender os dados históricos e literários em que mergulhada a obra, (ii) analisar a carga de tradição que amarra o barão Andergast e (iii) verificar em Etzel Andergast o subjetivismo que reinaria nas décadas seguintes. Extraído dessa evolução “três modelos de juiz”, ver-se-á como se reconciliam as notas de justiça e segurança quando dissolvida a falsa contraposição entre texto e aplicador, a revelar a necessidade de objetivação e controle do labor judicial, e de redescobrir a doutrina enquanto imprescindível ao momento de resolução judicial dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: SEGURANÇA JURÍDICA; JUSTIÇA; LEI; INTERPRETAÇÃO; JAKOB WASSERMANN.

ABSTRACT

The twentieth century has presented great breakthroughs in the construction of theories about legal interpretation, but the exacerbation of antipositivism was lost in the artificial dichotomy that puts the law in on one side and the judge on the other. The work “The Maurizius Case”, by Jakob Wassermann, in what reflects and dialogues with the reality

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

of its country and time, is unsparing of clues about the motives that lead the German pandectism to the ruin and that erected its radical antagonists. The mimesis of this reality is fixed in the relation established between the main characters: the baron Andergast, the father, and Etzel Andergast, the son, occupy different sides in Wassermann's plot, and represent respectively the cult of the pyramid built by the "jurisprudence of concepts" and the ruin of the identity between legislation and Law that the "jurisprudence of interests" had started to denounce. In order to understand the genesis of this dichotomy it will be necessary (i) to surprise the literary and historic data that plunged into the work, (ii) to analyze the burden of tradition that ties the baron Andergast and (iii) to verify in Etzel Andergast the subjectivism that would reign in the following decades. After extracting of this evolution "three models of judge", this work will show how the notes of justice and security reconcile when the false opposition between text and interpreter is dissolved, highlighting the need for objectification and control of judicial work, and for the rediscovery of doctrine as essential to the moment of conflict resolution.

KEYWORDS: JURIDICAL SECURITY; JUSTICE; LAW; INTERPRETATION; JAKOB WASSERMANN.

I. INTRODUÇÃO.

Na segunda fase de suas reflexões, Ludwig Wittgenstein comparou as palavras a pedões de um jogo de xadrez[2], e assim o fez para demonstrar mais adiante que "seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são *hábitos* (usos, instituições)"[3]. A metáfora esclarece que para a compreensão do significado de uma palavra faz-se necessário surpreender seu uso[4]: este vem envolto por linhas de subjetividade e objetividade, que, tecidas pela história humana, traduzem-se na teia contextual que oscila entre o arbitrário e o tradicional. "A linguagem possui um nicho individual e um nicho social, e não se pode conceber um sem o outro", ensina Ferdinand de Saussure[5]. As figuras do xadrez não podem ser movimentadas livremente, pois seus vínculos estão pré-determinados pelos costumes do jogo. Mas há a jogada e sobretudo o jogador, e daí se entende que, em sua relativa liberdade, os pedões podem ser movidos para qualquer direção: o xeque-mate só depende de quem os move.

Se prosseguirmos raciocinando em termos lúdicos, podemos dizer que a palavra 'justiça' é o peão mais importante do tabuleiro de Jakob Wassermann. Os significados que ela assume para cada um dos personagens de "O processo Maurizius" ("Der Fall Maurizius") são os pontos nodais da linha tramada pelo autor: eles revelam a psique de quem os enuncia e traduzem nos indivíduos os dados de sua época histórica e de sua colocação social. O barão Andergast, procurador responsável pela incorreta condenação de Leonardo Maurizius, acredita ter feito justiça ao seguir estritamente as "tábuas sagradas das pandectas". Etzel Andergast, seu filho, irresigna-se com pai e vê a justiça como valor supremo, um "direito primordial nascido no coração" do homem "ao mesmo tempo que ele"[6]. Do idealismo de Etzel não compartilha Gregor Waremme (ou Georg Warschauer), o alemão-judeu que despreza a bondade humana e acredita que exigir justiça dos homens "é o mesmo que pretender iniciar um bebê nos mistérios do cálculo

integral e descuidar de lhe dar o leite que precisa”[7]. A palavra ‘justiça’ na obra de Jakob Wassermann, como se vê, está mais para a significação que lhe dá o guarda Klakusch, ao conversar com o presidiário Leonardo Maurizius: “É uma palavra que parece um peixe; escapa-nos quando a seguramos”[8].

O problema da justiça e sua definição fugidia é temática corrente nas obras de Jakob Wassermann, e muito especialmente naquelas que, com “O processo Maurizius”, constituem uma trilogia: “Etsel Andergast” e “A terceira existência de Joseph Kerkhoven”. Na evolução dessas três narrativas nota-se com bastante clareza que a justiça assume significados correlatos ao tempo e ao espaço em que situado o autor. Ao passo que em “O processo Maurizius” (de 1928) é possível verificar as angústias e as expectativas de um período de transição – o presente é escorregadio: o passado é dissonante e o futuro parece conter boas e más expectativas –, em “Etsel Andergast” (de 1931) o protagonista já se desiludiu com os ideais de sua infância e transformou-se justamente naquilo que o escritor Melchior Ghisels previra: aqueles que elevam a bandeira da justiça aos mais altos cumes são justamente os que, adiante, a arrastam para a lama[9]. Etsel tem um caso com a esposa de seu mestre e destrói a sua família, insensibiliza-se com seus semelhantes e acaba escolhendo o anonimato, refugiando-se definitivamente no isolamento das montanhas. No terceiro romance (de 1934, publicado postumamente), enfim, a justiça assume ares metafísicos e traz consigo idéias típicas de um escritor já moribundo: o vocábulo se identifica com a fé, e a prática religiosa do personagem Joseph Kerkhoven é a única que leva a Deus e que o prepara, dessa maneira, para sua própria morte[10].

De todas essas variações que a justiça assume pelas mãos hábeis de Jakob Wassermann a mais curiosa para o direito é a que se apresenta no primeiro dos três romances, pois revela paradigmaticamente, no antagonismo entre Wolf e Etsel, pai e filho, adulto e adolescente, a falência das construções lapidadas no século XIX pelos juristas alemães: a de identificar direito e lógica, e acreditar que um sistema perfeitamente erigido – quase que sacralizado pela enormidade do edifício – só poderia produzir resultados justos. Etsel é como aquele personagem do grande escritor peruano Julio Ramón Ribeyro que herda de seu bisavô uma famosa e enorme biblioteca, recheada de livros do século XIX, mas que a descobre, quando abre sua porta, reduzida a poeira: “o que numa época tinha sido fonte de luz e prazer era agora excremento, caducidade”[11].

Vê-se bem que o barão Andergast concentra em seu personagem todas as crenças da Alemanha pandectista: o direito equivalia a um sistema fechado, com previsões exaustivas, em que a justiça só poderia brotar da segurança das antecipações abstratas. Por outro lado, em Etsel Andergast repousa a crítica ferrenha ao juiz enquanto máquina de silogismos: na prática dos tribunais, essa visão acaba se mostrando pernicioso e incapaz de produzir decisões justas; Leonardo Maurizius está confinado por um crime que não cometeu. Mas é também em Andergast-filho que se tem o adiantamento mais significativo dos tempos vindouros, em que a atenção se centraria bem mais no sujeito (no intérprete) e em que a segurança, por ainda se identificar com o totalitarismo científico e legal, ficaria relegada a uma importância bastante secundária.

Ressalta aqui, dessa maneira, que as conexões entre direito e obra literária parecem se estabelecer na perspectiva contextual: da mesma maneira que não se compreendem os sentidos das palavras senão quando surpreendendo seu uso, os textos literários, por sua

natureza mimética[12], não podem ser desvinculados de seu contexto, dos dados de tempo e de espaço em que situados autor e obra. Essa é a chamada “dimensão histórica” da literatura, conforme aponta Carlos Reis: “vivendo num tempo e num espaço concretos, dialogando de diversas formas com a cultura e com o imaginário em que se acha inserido, o escritor representa uma cosmovisão que de certa forma traduz essa relação com o seu tempo e espaço históricos”[13]. Trata-se de resgatar a noção de obra literária enquanto “cronótopo”, introduzida por Mikhaïl Bakhtine, e que firma a interação do texto com a realidade através dos vínculos de tempo (*krónos*) e de espaço (*topos*)[14] – resguardada, é claro, a “mensagem transhistórica” das obras literárias quando no trato dos grandes temas[15].

Partindo do pressuposto que o direito é um fenômeno cultural, que se estrutura na história e através da história, e que, por se desenvolver no tempo axiológico, “está necessariamente relacionado aos valores prevalentemente significantes de cada tempo cultural e, por isto, em cada um deles, prevalentemente significativos”[16], conclui-se que é da “dimensão histórica” da literatura que se extrai a melhor seiva para o direito. A obra literária enquanto “cronótopo” tem muito a contribuir para o conhecimento do fenômeno jurídico no tempo e no lugar em que redigida: daí que se possa estabelecer, antes de tudo, um caráter *retrospectivo* do vínculo, no sentido de surpreender dados úteis à compreensão do direito de outros tempos. Mas, por outro lado, “não somos tocados por um sopro de ar que foi respirado antes? Não existem, nas vozes que escutamos, ecos de vozes que emudeceram?”. De fato, existe um encontro “marcado entre as gerações precedentes e a nossa”, conforme metaforiza Walter Benjamin[17], e tanto por isso, pelos liames da tradição, é possível surpreender igualmente um caráter *prospectivo* das relações entre direito e obra literária: há diálogo com o presente na medida que “a experiência conserva a memória do passado como coisa viva”[18].

Diante dessas considerações, a análise de “O processo Maurizius” no que tem de mais contributivo para o estudo jurídico deve partir necessariamente de sua contextualização[19]: há que se extrair da obra a mensagem do autor, escapando-se do pernicioso risco de inserir em sua voz ecos que não são seus e que não possuem conexão com os sons produzidos por sua realidade. Daí o motivo pelo qual a primeira parte deste trabalho pretenderá averiguar o diálogo que Jakob Wassermann estabelece com o direito de sua época, ainda que indireta e inconscientemente. Essa é condição essencial para o passo seguinte: identificar as prospecções da obra literária, tanto no que ela se lança como previsão do direito futuro quanto no que ela dialoga, dessa maneira, com o direito de nossa época. Afinal, como aponta o próprio Jakob Wassermann, “o tempo que, na sua bondade, oculta os fatos ou, cruel, os revela, é todo-poderoso para revelar em toda a sua mesquinhez o valor exato e as proporções reais daquilo que parece primeiramente, ao olhar humano, encadeamento inextricável e impenetrável mistério”[20].

II. O DIÁLOGO DE JAKOB WASSERMANN COM O DIREITO DE SUA ÉPOCA.

A retrospectiva exige, antes de tudo, situar historicamente o autor e sua obra – não apenas descobrindo a realidade alemã que foi forjada na intensa transição do século XIX para o século XX, mas também localizando em que correntes literárias se coloca Jakob Wassermann (ponto A). A abordagem revelará as linhas gerais de “O processo Maurizius”, e oportunizará, daí para frente, que se ajuste o foco naquilo que realmente interessa para os vínculos do texto literário com o direito: o antagonismo que se estabelece entre o Wolf e Etzel Andergast, temperado pelas valiosas denúncias de Leonardo Maurizius. A peça de xadrez, então, estará nas mãos do barão: é de suas convicções que tratará o ponto B deste capítulo.

A-) Texto e contexto: a obra e a realidade histórica.

Eric Hobsbawm bem adverte que não se pode compreender o curto século XX senão sob as chamas das guerras que o incendiaram[21]. Esse foi um dos séculos mais bélicos da história da humanidade, sobretudo porque os conflitos, já tonificados pela massificação das sociedades e pelos pródromos da globalização, assumiram proporções multinacionais e intercontinentais. A guerra marcou profundamente os cem últimos anos, e principalmente na pele daqueles que sofreram mais diretamente todos os seus prenúncios e efeitos. Jakob Wassermann[22], por ser alemão e descendente de judeus, habitante da Alemanha do entre-guerras e participante ativo das letras nacionais, talvez tenha sido um ícone desse torvelinho: ele parece ter absorvido com agudeza – e disso não poderia escapar – as aflições de sua realidade ambígua. Foi um fervoroso alemão, mas não deixou de insurgir-se marcadamente contra o anti-semitismo quando ele redundou em perseguições e homicídios[23].

Nesse sentido, cabe destacar a atuação de Jakob Wassermann enquanto cronista de diversos jornais alemães: publicou ensaios em que, dentre outros temas, tratava com assombro da cientificização desse anti-semitismo (1925), comparava as perseguições à “caça às bruxas” dos séculos XVI e XVII (1925 e 1932), e clamava por justiça, censurando duramente o preconceito contra judeus (1933)[24]. Segundo Rudolf Koester, esse último ensaio gerou a Wassermann sua expulsão da Academia de Letras de uma Alemanha já contaminada pelo nazismo. Suas obras, a partir de então, entraram para a “lista negra” do partido (“Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel”), e muitas delas foram queimadas em piras públicas[25]. Ardia com elas o mote principal da vida de Wassermann e de sua rotina de escritor: a luta pela justiça. Talvez não seja uma mera coincidência que um ano depois de Adolf Hitler ascender ao poder, Jakob Wassermann, no triste exílio de Viena, tenha sucumbido definitivamente: “tendo dedicado toda uma vida à sua luta”, à luta pela justiça – segundo aponta Koester –, “ele perdera definitivamente sua *raison d’être*”[26].

A ambigüidade de sua época, o medo de uma nova hecatombe bélica e o anti-semitismo foram presenças constantes na obra de Jakob Wassermann, e muito

especialmente em “O processo Maurizius”, escrito no entremeio das guerras e no rodaminho de fatos que preparavam a ascensão dos nazistas ao poder. As passagens mais significativas sobre esses temas estão relacionadas ao barão Andergast, a Warschauer-Waremme e a Melchior Ghisels, que compõem na obra uma tríade interessantíssima: o primeiro como o típico produto do século XIX, o segundo conscientemente exaltando os valores bélicos e nazistas, e o terceiro ponderando com temor o futuro que assomava no horizonte alemão. É claro que a contraposição mais relevante se dá entre os dois últimos, haja vista que ocupam lugares antagônicos: enquanto que Warschauer-Waremme exalta a superioridade germânica, Ghisels teme as conseqüências desses pensamentos[27].

Na encarnação alemã de Warschauer-Waremme (ou seja, enquanto Gregor Waremme) é possível identificar o protótipo mais acabado de um nazista. Das folhas do processo, o barão Andergast o percebe como “um aliado do diabo”, espírito ativo e admirador de Hegel e do passado alemão, defensor de uma “missão mundial da Alemanha” e da ampliação de seu “espaço vital”. “Apoiando-se sobre a tradição histórica, interrompida ao fim de uma Idade Média próspera pela irrupção da onda latino-celta, erige mentalmente um *imperium* romano-germânico que se estende da Sicília até a Livônia e de Roterdã ao Bósforo. Faz com que tudo entre nessa construção: a arte, a poesia, o gótico e o barroco, a renascença e a Antigüidade, Cristo e os Padres da Igreja”[28]. É bem provável que Wassermann, nessa época, já tivesse lido a terrível “Minha luta”, de Adolf Hitler[29], já que até mesmo a pregação de um “espaço vital” (*Lebensraum*) para a Alemanha transparece nas palavras de Waremme.

Nas seara das idéias, seu antagonista é o escritor Melchior Ghisels, de alma elevada e saber indiscutível. Talvez seja um dos personagens mais apreciados pelo próprio autor (não por acaso, Ghisels é escritor), justamente por incorporar os temores que tanto atormentaram Jakob Wassermann em sua vida de lutas contra o anti-semitismo. As antecipações de Wassermann pela boca de Ghisels são impressionantes: “Um profundo e mórbido desejo de destruição se manifesta nas fileiras daqueles que vibram diante dos grandes problemas. Se não se puder remediá-lo (e tenho receio que já seja muito tarde), é forçoso esperar daqui a cinquenta anos um cataclismo pavoroso que ultrapassará em horror todas as guerras e todas as revoluções que vimos até hoje. É estranho que a destruição emane freqüentemente desses mesmos que se crêem os guardiões dos valores considerados os mais sagrados”[30]. Não demorariam dez anos para que essas previsões se concretizassem.

A colocação social e ideológica dos personagens está intrinsecamente ligada à visão de justiça que cada um deles assume no desenrolar da trama. O barão Andergast, crente nas instituições que o forjaram, não admite a produção de resultados injustos por um edifício científico e legal tão bem arquitetado e construído. Warschauer-Waremme, para sustentar o argumento bélico e expansionista, não acredita na justiça e na capacidade de se atingi-la: bem ao contrário, tenta convencer Etzel em diversos diálogos que todas as conquistas e todos os avanços dos seres humanos estão manchados pelo sangue de inocentes e por guerras de conquista, e só foram possíveis, portanto, por terem-se praticado injustiças. Melchior Ghisels, enfim, do alto de sua sabedoria, representa justamente aqueles que, com o advento de Hitler, ou morreram por seus ideais, ou procuraram abrigo no exílio.

Mas não é apenas o enquadramento na sociedade de sua época que define o escritor e que produz uma compreensão mais completa da obra em exame. Há que se averiguar quais as correntes literárias que influenciaram Jakob Wassermann, e aqui, paradoxalmente, é importante frisar que o autor fez parte de um dos mais fulgurantes movimentos da literatura alemã: o Simbolismo, que deita raízes na fortíssima virada filosófica de Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900) e que é fruto da prosperidade alemã anterior à Primeira Guerra Mundial[31]. Como indica Otto Maria Carpeaux, a nova literatura, derivada dos tempos prósperos, exigia uma nova língua, “e essa língua foi Nietzsche quem a deu aos alemães”[32], contra o passadismo, contra o liberalismo e contra o racionalismo[33]. A primeira grande guerra – diga-se de passagem – não foi capaz de quebrar com essas tendências, mas, bem ao contrário, revigorou ainda mais o pessimismo que provinha de Arthur Schopenhauer (1788-1860) e que era a base de boa parte da filosofia nietzschiana.

Não obstante entremear caracteres do Romantismo e do Realismo, Wassermann foi um simbolista: “O processo Maurizius” está imantado daquilo que Anatol Rosenfeld chama de “radicalização extrema do monólogo interior”[34]. Em termos de foco literário, a história não é contada por um narrador onisciente, mas pelos próprios personagens do livro, que, numa torrente de impressões pessoais e sentimentos, vão revelando paulatinamente os fatos ocorridos. O livro, vez ou outra, chega a pesar pela maneira desenfreada e carregada com que dá espaço às manifestações interiores de seus protagonistas. O psicologismo que daí surge encontra contornos exemplares no conflito constante e central da trama: o antagonismo entre o barão Andergast e seu filho, Etsel Andergast, que representa – não obstante estar presente a mensagem transhistórica da antítese entre pai e filho, que aparece até mesmo em Hesíodo, no longínquo mito teogônico de Cronos e Zeus – a decomposição dos ideais talhados no século XIX *versus* a incerteza das idéias que poderiam advir em sua substituição. É isso que a obra de Jakob Wassermann parece ter de mais valioso para o direito.

B) Barão Andergast e o direito aprisionado.

“O processo Maurizius” conta a história de uma condenação injusta; não se trata, contudo, de uma injustiça que deriva dos desvarios de um juiz: na história de Wassermann, é o próprio sistema que a produz. Toda a “instituição poeirenta das pandectas”[35] se atira contra o réu e outorga pleno valor – porque é assim que o sistema fixa – a uma testemunha juramentada. É Gregor Waremme, do alto de sua respeitada posição social e do desejo de vingança, que determina a condenação de Leonardo Maurizius: ele o viu com a arma na mão logo depois morta a vítima. A toda e qualquer dúvida o juramento se opõe; “o juramento de Waremme libera os outros de qualquer responsabilidade”, conforma-se o pai do condenado. “Semelhante juramento é uma fortaleza”[36], ainda que não haja qualquer outra prova no mesmo sentido. Tanto é assim que ao longo do texto de “O processo Maurizius” não se tem nenhuma alusão ao juiz da causa, mas tão-somente ao procurador, o barão Andergast, que fez uso do depoimento de Waremme para colocar Maurizius atrás das grades. Não foi o juiz que o

condenou; não há motivos para fazer-lhe menção. Foram todas essas instituições anciãs que dão cego valor ao juramento, satisfeitas com sua própria perfeição.

O juramento é o símbolo mais paradigmático da caducidade do aparelho com que trabalha o barão Andergast: trata-se da supervivência de elementos afeitos ao sistema da prova legal do processo germânico medieval, em que, por sua taxatividade, levava-se precipuamente em conta as condições sociais (quer-se dizer, estamentais) de quem o proferia, atribuindo ao depoimento graus e valores até mesmo religiosos[37]. Acreditar que uma prova testemunhal juramentada, por si só, possa engendrar uma justa condenação é depositar cega confiança nas instituições jurídicas da época. E, como adverte Marc Bloch, “não há pior desperdício do que o da erudição, quando gira no vazio, nem soberba mais deslocada do que o orgulho do instrumento que se toma por um fim em si mesmo”[38]. É isso o que está por detrás da cegueira do procurador Andergast.

Nas linhas de tensão da obra, o barão assume-se como um defensor das instituições periclitantes do século XIX: ele é rígido, frio e impessoal. Em sua casa impõe obediência “esmagadora e grandiosa como uma montanha”[39]; no labor, sua fama de inflexível, implacável e severo gerou-lhe o apelido de “o sanguinário”[40]. Nutre uma crença quase religiosa no direito que pratica, e não raro se refere a ele como algo sagrado: “O direito não é um compromisso arbitrariamente estabelecido entre as partes, mas uma instituição sagrada e eterna, verdadeira e de valor inatingível desde que existem juízes que condenam os culpados e códigos que classificamos delitos por artigos”[41]. Sofia, sua ex-esposa, numa das discussões finais do livro, afirma que aos olhos do barão, “o direito e a lei são instituições contra as quais a crítica humana não prevalece”[42]. Eles são intocáveis; um edifício faraônico construído ao longo dos séculos e que atingiu a suprema e perfeita lógica: *da mihi factum dabo tibi ius*, diria a pirâmide – e não a esfinge – para quem a conclama.

Não surpreenderia se o barão Andergast pertencesse, por exemplo, à família de Puchta, ao círculo de amigos do jovem Jhering ou à escola de Windscheid. Esses, afinal, são os autores alemães mais paradigmáticos quando se fala em “jurisprudência dos conceitos” (*Begriffsjurisprudenz*); pensavam o direito sob a forma sistemática e equivaliam o sistema a critérios matemáticos de racionalidade. Em suas obras, sedimentaram a vocação da Escola Histórica savignyana para “ciência das pandectas”, ou “pandectística” (denominação retirada dos títulos de seus manuais e tratados), representativa do que mais tarde passou a ser identificado como “positivismo científico”. O direito, sob essas luzes, era deduzido exclusivamente do sistema, dos conceitos e dos princípios reconhecidos por sua ciência[43]. Para quem era apaixonado pela matemática, como o barão Andergast[44], as noções pandectísticas de logicidade interna e do papel silogístico do juiz apresentavam absoluta naturalidade: elas dizem com as influências racionalistas do século XVIII absorvidas sobretudo por Georg Friedrich Puchta quando na construção lógico-dedutiva de sua pirâmide de conceitos[45]. A “jurisprudência dos conceitos”, como bem resume Giacomo Gavazzi, depositava importância no caráter lógico e racional da construção dogmática: “il diritto è logica”[46].

Essa identificação do direito com a lógica leva o barão Andergast a exaltar, por exemplo, a concatenação interna do próprio processo, que nas mãos de um juiz consciente de sua atuação estritamente silogística refletiria a perfeição do direito

piramidal: “Os detalhes se combinam com perfeita lógica, para formar um conjunto que encontrará no veredicto o arremate final. Ali estão verdadeiras pérolas da arte jurídica; somente agora, a distância no tempo permite que se veja globalmente o edifício imponente, a solidez dos alicerces, o sutil mecanismo das engrenagens internas; o profissional sente nisso um prazer estético”[47]. Ao juiz só incumbiria subsumir o fato – depois de conhecido – à norma abstrata, que em sua perfeição e completude emitira a natural e unívoca solução do caso[48]. O peso da ciência jurídica construída ao longo de todo o século XIX não permitiria admitir que ela contivesse incompletudes.

Mas o que jaz por detrás da confiança nesse edifício piramidal e faraônico que, pelas vagas do tempo, já começava a apresentar fissuras? Se o início de “O processo Maurizius” traz um procurador firme em suas crenças, o desenrolar da trama o faz titubear: revela-lhe que o direito que pratica, cego às coisas e às pessoas, atirou um inocente a anos de uma injusta prisão. A crença de que o direito das pandectas, rico em conceitos e conexões, pudesse produzir naturalmente resultados justos, equivalendo segurança e previsão, se esvaece paulatinamente perante os olhos do barão quando, num exercício de estranhamento, relê os autos do “caso Maurizius” e atenta muito mais aos fatos do que às previsões abstratas. “Se uma verdade pela qual outrora se testemunhara perante Deus e perante os homens podia transformar-se, ao fim de um certo tempo, numa caricatura, o que era então, de fato, a verdade em geral? Ou seria somente nele próprio que havia alguma coisa de carcomido, o mecanismo do seu eu teria falhas?”[49].

A atitude do procurador não é muito distinta da assumida por Rudolph von Jhering, jurista alemão que, depois de decepcionar-se com a “jurisprudência dos conceitos”, forjou as bases do que Phillip Heck chamaria de “jurisprudência dos interesses” (*Interessenjurisprudenz*). Numa primeira fase, estreitamente ligado à doutrina de Puchta, Jhering desenvolve para a ciência jurídica um “método histórico-natural”. Comparado à química, teria a incumbência de desmontar os institutos jurídicos e suas proposições em elementos lógicos, e destes últimos destilar a sua pureza e extrair-lhe normas velhas e novas[50]. Já na segunda fase de sua carreira, tal qual o barão Andergast, Jhering sente as insuficiências da pandectística e se insurge contra a “jurisprudência dos conceitos”, chegando às raias de ironizar os escritos que ele mesmo produzira quando jovem. No quarto volume de seu “Espírito do direito romano” (“Geist des römischen Rechts”, t. IV, publicado em 1864), por exemplo, o autor critica o culto à “auréola da lógica”, adjetivando-a de “superficial” e “ilusória”, nada mais sendo do que “uma miragem” que nos desvia das “verdadeiras fontes”[51]. O autor alemão, então, passa a pregar uma jurisprudência absolutamente pragmática, sobretudo depois da obra “O fim no direito” (“Der Zweck im Recht”, publicada em dois volumes nos anos de 1877 e 1883)[52], e não reconhece hierarquização dos interesses (fins) da sociedade historicamente dada: nega, assim, o valor específico do direito, vendo-o como “o brinquedo dos interesses que em cada caso são dominantes na sociedade”[53].

“Se não é o paradigma do sistema fechado”, ensina Judith Martins-Costa, “Jhering é, por certo, o paradigma de um *momento de mutação* – na sociedade, na ciência, na cultura, na economia, nos costumes – que ainda não se revela, em sua plenitude”[54]. A mesma desilusão que fez Jhering reduzir o direito a um “jogo de interesses” leva o barão Andergast, no fim de “O processo Maurizius”, à total descrença no sistema que antes sacralizava. É na discussão com Etzel Andergast, quando alvejado pela ira de um filho oprimido e sufocado pela indiferença de seu pai, que o barão quase

se desculpa pelo erro judiciário: por ter sido forjado nos fornos do século XIX, ele não poderia ter agido de outra maneira; ele também é um produto de sua época. A descrença de Jhering se apodera de sua fala: “Renuncie à idéia de que a verdadeira justiça e a dos tribunais são e devem ser uma só e a mesma coisa. É impossível, isso ultrapassa as possibilidades humanas e terrestres. Existe entre elas a mesma relação existente entre os símbolos da fé e as práticas da religião. Um símbolo não pode fazer você viver”[55].

Era tarde demais, porém, para que a ciência do século anterior se arrependesse do radicalismo que assumira: os danos não mais poderiam ser evitados. A exacerbação do romantismo se deturparia em idéias bélicas e pan-germânicas, ao feito do pensamento nazista de Warschauer-Waremme, da mesma maneira que a sacralização da doutrina jurídica seria sua própria prisão: primeiro condenada ao subjugo da lei, foi logo secundarizada diante do poderio hercúleo do juiz. É significativo que o barão Andergast, de sua postura radicalmente fria, tirânica e tradicional, tenha feito brotar em seu filho “o antagonista do seu espírito”, como afirma Sofia. “É admirável ver com que lógica sua educação o preparou para isso”[56]. No pêndulo secular da história humana, as reações contrárias são geralmente equivalentes – ou superiores – aos radicalismos.

Do arrependimento tardio de Wolf von Andergast, porém, podem-se extrair mais do que simples e desgastadas críticas ao sistema da “jurisprudência dos conceitos”. O barão não é o vilão de “O processo Maurizius”. Bem ao contrário, no fim do livro é possível até mesmo compadecer-se de sua figura: é um indivíduo que dá-se conta de sua falência enquanto pai e operador do direito, e por isso perde o filho, enlouquece e acaba abandonado num hospício. Como o barão Andergast, o direito que ruía também era resultado de seu tempo. O que foge do lugar-comum, portanto, é verificar essa formatação com compreensão e contextualização, enquanto produção e necessidade histórica do direito do século XIX. Não há texto sem contexto, e dessa maneira vê-se bem que o direito também é “cronótopo”. Em certa passagem do livro, Leonardo Maurizius, em pensamento, repugna as afirmações do barão da seguinte maneira: “seu interlocutor defendia uma instituição que não possuía mais senão um simulacro de existência. Saída das pandectas empoeiradas, efetivamente só sobrevivia na cabeça de alguns homens que tiraram de fórmulas artificiais os conceitos com os quais contraíram uma simbiose de fantasmas”[57]. A resposta “cronotópica”, como se vê, está nos fantasmas e na poeira, nas pandectas e na Escola Histórica.

A vitória de Friedrich Carl von Savigny no embate doutrinário que manteve com Friedrich Justus von Thibaut representou muito para a Alemanha: sua unidade jurídica seria *construída*, e não mais importada do país vizinho[58]. Como se sabe, a resolução teve efeitos imediatos, pois iniciaram-se os intensos trabalhos de redescoberta e pesquisa histórica das fontes jurídicas alemãs (com proeminência para o direito romano[59]), e estabeleceu-se paulatinamente uma espécie de “aristocracia professoral” pela qual se pretendia conscientemente centralizar nas mãos dos juristas toda e qualquer criação jurídica. É o que desvela, para este último aspecto, James Q. Whitman, ao explicar o conhecido repúdio à liberdade judicial não pelo simples argumento iluminista do juiz como *bouche de la loi* – e menos ainda num país que não havia recepcionado a idéia montesquiana de separação dos poderes –, mas sobretudo pela força intencional da fundação de um *Juristenrecht* (“direito dos juristas”) ou *Professorenrecht* (“direito dos professores”)[60]. Daí a verdadeira razão pela qual reinava um disseminado repúdio ao precedente judicial, o que inclusive serviu de apanágio às equivocadas interpretações do

processo civil romano que incutiram no *iudex* dos tempos formulários uma atitude silogística absurdamente anacrônica[61].

O sonho de um *Professorenrecht* – levado às últimas instâncias muito mais pelos seguidores de Savigny do que pelo principal fundador da Escola Histórica[62] – foi o que gerou a derrocada da construção alemã: as limitações impostas aos juízes no plano teórico facilmente conjugaram-se, com o passar do tempo, aos ideais iluministas de racionalidade, e o direito, enclausurado no fantástico corpo doutrinário construído por centenas e centenas de obras jurídicas, começou a erigir-se na pirâmide lógica da “jurisprudência dos conceitos”. Daí se compreende como um Puchta e um jovem Jhering tenham focado excessivamente na idéia savignyana de um “sistema científico” construído a partir de conceitos jurídicos, cuja lógica interna era sua característica mais sagrada; daí se entende como um homem culto e de boa procedência como o barão Andergast tenha estado tão hipnotizado pela beleza estética dessa construção ao ponto de cegar-se para as pessoas e para as coisas. São como os “Imortais” do conto de Borges: erigiram uma fulgurante cidade com as suas relíquias e depois, acreditando vã toda nova empresa, “determinaron vivir en el pensamiento, en la pura especulación”[63]. A transformação dos sistemas e dos manuais pandectísticos em código foi apenas um passo adiante de sua consagração, motivado pela *paideia* histórica do *Corpus Iuris* e da Glosa de Acúrsio, e especialmente pela obra de Bernhard Windscheid, que exaltava a lei como sabedoria dos séculos precedentes. Nascia o “positivismo legalista” e daí, então, as linhas que passaram a identificar legislação e direito.

Mas o que seduzia o barão Andergast não era a lei, e sim a perfeição do corpo doutrinário construído ao longo do século XIX e sistematizado em seu último terço. Não é por acaso que Leonardo Maurizius insurge-se justamente contra as “pandectas empoeiradas”: eram elas que constituíam o material com que trabalhavam os juízes alemães[64]. Esse todo acabado e sistemático, que primava pela ampla previsão de hipóteses subsuntivas, contudo, se mostrou incapaz de produzir justiça: Leonardo Maurizius foi condenado pelo sistema. Distanciado dos fatos e iludido pela pretensa perfeição de sua lógica interna, o direito do barão é “ressecamento”, como caracteriza Etzel: “É um tradição morta, uma lei sem alma”[65]. Se a ciência jurídica foi viva e fulgurante no século XIX, por outro lado gerou sua própria morte: sistematizada matematicamente, ficou aprisionada aos tratados e manuais, que se transmutaram em códigos e leis. A partir de então, todo o problema da criação jurídica se deslocou para a dicotomia “legislador *versus* juiz”, e o *Juristenrecht* ficou abandonado às traças, como se fosse “pó de um saber” sepultado pela virada do século. “Um chapéu de Napoleão, num museu, o chapéu guardado numa urna, está mais morto do que o próprio dono”[66].

Vê-se em Etzel Andergast e Leonardo Maurizius o prenúncio da temática que inspiraria boa parte dos estudos jurídicos do século XX: o foco passa a ser o aplicador do direito, o intérprete; enfim, o sujeito. Nesse sentido, é significativa a passagem de “O processo Maurizius” em que Etzel abandona sua casa – e tudo o que ela representa – para desvendar, a partir do contato direto com as coisas e com as pessoas, a verdade do julgamento de Maurizius, e deixa um bilhete para o seu pai com os seguintes dizeres: “Dizem que as idéias engendram idéias, mas a verdade permanece fora desse ciclo, e é preciso criá-la, como qualquer obra, creio eu, através dum laborioso esforço”[67]. A verdade passa a depender do sujeito e, dessa maneira, se relativiza.

III. O DIÁLOGO DE JAKOB WASSERMANN COM O DIREITO DE NOSSA ÉPOCA.

A prospecção de “O processo Maurizius” é bastante rica quando nela se enxerga o reflexo de um momento de transição da sociedade alemã. Sob as luzes de uma República de Weimar natimorta, sacrificada pela derrota na Primeira Guerra Mundial e prestes a naufragar na crise econômica mundial de 1929, a obra de Jakob Wassermann apresenta igualmente um direito cujos pilares estão corroídos. É Etzel Andergast e Leonardo Maurizius que, encarnando as críticas da época, adiantam de certa maneira as tendências que guiariam o desenvolvimento do direito no século XX. No ponto A deste capítulo, o peão de xadrez estará em suas mãos: a justiça não é mais um produto silogístico, algo brotado da perfeição sistemática das pandectas; ela depende do sujeito, e tanto por isso a atenção há de se centrar muito especialmente no intérprete. É Melchior Ghisels quem nos inspira: parece partir dele a reconciliação das notas contraditórias, das visões do barão e de Etzel Andergast. No ponto B, de maneira exemplificativa, serão brevemente analisadas algumas linhas que propõem complementações ao modelo do “juiz Hermes”, e que parecem preocupadas, de um modo geral, em recuperar a segurança jurídica que restou parcialmente abandonada depois dos ataques desferidos contra o juspositivismo.

A-) O futuro de Etzel Andergast e os “modelos de juiz”.

Jakob Wassermann constrói em Etzel Andergast um personagem marcante da literatura alemã: ele é o prenúncio da juventude que, da apatia de seus lares, buscou no regime nazista a figura paterna e protetora, de esperança no resgate de uma Alemanha histórica, unificada e vitoriosa[68]. A derrocada do personagem em “Etzel Andergast” – o segundo romance da trilogia – é representativa; é a derrocada de toda uma geração: a “geração perdida” de Ernest Hemingway e de Gertrude Stein. Por outro lado, no antagonismo com seu pai, Etzel também experimenta uma profunda decepção com o idealismo de sua justiça, e não à toa, nas últimas páginas do livro, sucumbe à ira, rompe com o barão e destrói seu quarto. Aqui se dá a morte do jovem Etzel e a transição para o personagem sombrio do segundo livro – e daí por diante uma certa identificação com Warschauer-Waremme.

Mas o que interessa, evidentemente, é a atitude assumida por Etzel ao longo de todo “O processo Maurizius”, antípoda à de seu pai e assemelhada, na crítica, às

opiniões de Leonardo Maurizius. Desde o início da narrativa, o jovem filho se contrapõe ao barão com incredulidade, duvidando da “instituição sagrada e eterna” que seu antagonista defende com tanto ardor. “A lei instituída, eterna! Ei-lo que se agita na cadeira e morde o dedo com embaraço”, descreve Wassermann. “Não punha em dúvida o valor do direito como idéia, apenas a equidade de uma sentença recente, pura questão de pensamento e raciocínio, da qual ficava excluído o coração”[69]. Nos olhos de seu filho, é o próprio pai quem reconhece o fulgor de toda uma nova fase: “O barão Andergast talvez compreenda a linguagem silenciosa de que se faz intérprete aquele rapaz de dezesseis anos, porta-voz do espírito negativista e incrédulo de sua geração, espírito contaminado pela doença e anarquia da época”[70]. A atenção voltava-se para o sujeito, o que resta escancarado quando, no bilhete de partida, Etzel conceitua a verdade como uma “construção individual”.

No campo jurídico, a manifestação dessa visão resultou no soerguimento da “jurisprudência dos interesses” de Rudolph von Jhering e de Philipp Heck, mais atenta ao trabalho desenvolvido pelos juízes. Como bem resume Karl Larenz, citando Heck, “enquanto “a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos”, limita o juiz “à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos” – e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim “o primado da lógica” no trabalho juscientífico –, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para “o primado da indagação da vida e da valoração da vida”[71]. Os objetivos teóricos são secundarizados, e pretende-se, com prioridade, facilitar o trabalho do juiz para que este possa produzir uma decisão objetivamente adequada. Ressalta na “jurisprudência dos interesses” o importante desenvolvimento da noção de “juízo de valor”, fundamental para que os estudos posteriores pudessem pregar a liberdade criadora do juiz quando na interpretação das lacunas legais[72].

Etzel Andergast, o barão desiludido e a “jurisprudência dos interesses” anunciam torrentes de pensamento irracionalista que navegariam num sentido absolutamente oposto ao da “jurisprudência dos conceitos”, como, por exemplo, o “decisionismo” de Hermann Isay, a “jurisprudência de sentimentos” de Dahn, o “direito livre” de Hermann Kantorowicz e o “direito intuitivo” de Georges Gurvitch, mas também entendimentos que procurariam um meio-termo depois da Segunda Guerra Mundial a partir de reflexões baseadas na linguagem e na argumentação[73]. São exemplos clássicos dessas últimas manifestações a “tópica” de Theodor Viehweg, a “retórica” de Chaïm Perelman e a “hermenêutica filosófica” de Hans-Georg Gadamer, que procuraram reabilitar a filosofia prática de tez aristotélica – ainda que por vezes infieis ao verdadeiro arranjo de matérias do filósofo grego – e que possuíram supremo valor no desmantelamento da identificação absoluta entre direito e lógica.

O que se nota ao longo do século XX, portanto, é uma crise generalizada da legislação e de suas pretensões de completude – e isso não apenas contra os preceitos da “jurisprudência dos conceitos”, mas sobretudo em face da exegese francesa –, inserta num *Zeitgeist* geral da cultura humana em que o relativismo passa a ser a tônica[74]. Uberto Scarpelli exemplifica as mudanças pelo viés linguagem, mencionando uma passagem de “Alice no país dos espelhos” (“Alice through the looking glass”, de Lewis Carroll) e demonstrando que a “mensagem”, antes unívoca, passa a ser dúbia e multiplamente interpretável: “é preciso observar quem a comanda”, já dizia Humpty-Dumpty[75]. Como resume Jakob Wassermann, fazendo o barão tremer em suas

convicções, “aquela construção, cuja solidez desafiara todos os ataques, apresenta agora, à agudez do olhar, fendas e falhas por toda a parte”[76].

A ausência de identificação entre direito e lógica passou a significar, num primeiro momento, o aumento desenfreado e excessivo da importância outorgada ao juiz, mas também – e numa outra visão – a adequação entre o labor do legislador e do aplicador do direito. Não se tem mais o direito jupiteriano em que acreditava o barão Andergast; o procurador não é o Trismegisto (ou Hermes, para os gregos) em que confiava Etzel, e que trazia dos céus a mensagem abstrata do Olimpo para ordenar a vida dos mortais. Tem-se, antes disso, um juiz hercúleo, ou um Hermes diferente – na ambigüidade que lhe é típica e que a mitologia ressalta tão bem –, que conjuga teias de significados e constrói, na multiplicidade da vida humana, a solução mais adequada para cada conflito. A relação do aplicador com os deuses gregos permite que se adotem “os três modelos de juiz” resumidos por François Ost[77] e que, sendo os modelos básicos com que o século XX trabalhou, se adaptam perfeitamente à realidade dos personagens de “O processo Maurizius”.

Antes de todos, é claro, tem-se o “juiz Júpiter”, ou o “direito de Zeus” (se ficarmos com as figuras mitológicas da Grécia Antiga). Aqui o paradigma é o direito codificado, sob a forma piramidal[78], e que apresenta, segundo Ost, quatro corolários: o monismo jurídico (direito = leis e códigos), o monismo político (que se esboça na centralização administrativa e, portanto, na soberania estatal), a racionalidade dedutiva e linear (as soluções particulares são deduzidas de regras gerais hierarquizadas, derivadas de princípios ainda mais gerais) e a concepção do tempo orientado a um futuro controlado (a lei antecipa e constrói um futuro melhor). Eis o modelo do barão Andergast: um direito jupiteriano, sagrado, e que tem por estigma a identificação entre segurança jurídica e previsão exaustiva das hipóteses fático-jurídicas. A justiça é uma mera consequência da subsunção (silogismo judicial). Como aponta Natalino Irti, aqui o método purifica as normas e as coloca na sua dignidade lógica[79].

O “juiz Hércules”, por sua vez, é a quem se atribuem atuações hercúleas: é livre julgador, presta assistência e é engenheiro social. Exacerbação do modelo anti-legislativo, tem como máxima representação o realismo norte-americano de Oliver Wendell Holmes Jr., que via a regra enquanto derivada unicamente da decisão judicial. Dissolvido na vontade, o direito hercúleo apresentaria também quatro corolários, na mesma linha de Júpiter: a proliferação de decisões particulares (“Funes, el memorioso” de Borges, dentro dessa idéia, talvez fosse um ótimo magistrado[80]), a dispersão sem sentido das autoridades encarregadas de aplicar o direito, a juridicidade esgotada na decisão particular (indução, em contraposição à racionalidade dedutiva e linear do juiz Júpiter), e a temporalidade descontínua (feita de irrupções jurídicas descartáveis depois que usadas). Em seu particularismo não mais acredita que a previsão das hipóteses fático-jurídicas fará brotar uma justa decisão; a segurança jurídica passa a ser miragem. Aqui ressalta o niilismo do método: ele nega todo o critério de unidade e deixa tudo à disposição da vontade humana[81].

Júpiter e Hércules, conforme lições de François Ost, “no son más que dos imágenes del Derecho, dos modelos, dos tipos ideales bastante alejados de la realidad jurídica”[82]. O antagonismo da mitologia entre Júpiter-pai e Hércules-filho também se reflete em “O processo Maurizius”: o barão Andergast encarna a sacralidade jupiteriana e enlouquece; Etzel acha-se hercúleo e, no particularismo radical, violenta-se ao ponto

do quase-suicídio. Wassermann dá indicativos claros de que nenhuma das duas soluções – nem a do barão e nem a de Etzel – é aceitável. Não à toa, a evolução do direito jupiteriano o fará descer do Olimpo e escutar o pulsar da sociedade, ao passo que Hércules ascende à racionalidade e passa a levar a sério os direitos fundamentais. A pausa obscura entre essas duas notas parece ter gerado um outro modelo: o juiz Hermes.

Entre racionalismo e irracionalismo, o juiz Hermes nasce do resgate argumentativo que as doutrinas posteriores à Segunda Guerra Mundial empreenderam, com destaque especial para a tópica, a retórica e a hermenêutica filosófica. Delas derivam respectivamente a noção de incompletude sistemática e constante preenchimento do sistema (o direito como algo eternamente inacabado), a dimensão dialética e argumentativa de sua aplicação, e a relatividade e contextualização do intérprete. Hermes não é nem a convenção do barão jupiteriano e nem a invenção do exacerbado e hercúleo Etzel Andergast, mas a reflexão do juízo jurídico que não se presta nem à subsunção silogística de regras superiores e nem à desenfreada invenção judicial. Talvez por ser a deidade mais amiga dos seres humanos, Hermes é ciente de sua falibilidade: as pretensões de totalidade da lei e de onisciência do juiz são incompatíveis com a condição natural dos homens.

No contrabalanço entre lei e juiz, reforçam-se as noções de uma legislação não totalitária, mas “com janelas, pontes e avenidas desobstruídas para a mobilidade da vida”[83]; e o aplicador, por sua vez, assume um papel criador quando diante de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios gerais, admitindo-se até mesmo que, por vezes, ele atue contrariamente ao próprio legislador[84]. Não por acaso, Nicola Picardi vê em nosso tempo uma “vocazione per la giurisdizione” (imagem invertida da obra de Savigny), e isso como resultado não apenas do desenvolvimento jusfilosófico da tópica, da retórica e da hermenêutica, mas principalmente por conta da inflação legislativa e da conseqüente desvalorização das leis[85], o que acabou frustrando também a identificação entre previsão legal e segurança jurídica.

A percepção de um ordenamento jurídico mais atento aos fatos da vida está no barão Andergast quando, em momentos de humildade, reaprecia o “caso Maurizius” e surpreende-se com dados que noutros tempos não notara. “Sempre defendera a idéia de que uma representação viva demais perturba o julgamento objetivo. Julgava desprezível qualquer espécie de participação da imaginação, e quando observava nos outros a mais ligeira tendência nesse sentido, logo sua desconfiança despertava. Nunca lhe acontecera, desde que exerceu a profissão, “ver” as coisas e as pessoas. (...) Em todo caso, era bastante interessante acompanhar o curso dos acontecimentos de modo tão diferente do usual. Enquanto fitava, imóvel, o teto do quarto de dormir, os acontecimentos passavam diante de seus olhos como em um filme”[86]. Somente uma legislação esponjosa, com espaços a preencher, é capaz de proporcionar que o fluir dos fatos e da evolução social a encharquem e a modifiquem constantemente. “Interpretar”, nessa esteira, ganha o sentido de “inserir o texto normativo na realidade e na vida”, e opera a mediação entre o caráter geral da proposição e a sua aplicação particular[87]. Na multiplicidade de atores apontada por François Ost[88], ressalta o denominado “caráter alográfico” do direito: o texto normativo é completado pelo intérprete, e daí se concebe que os trabalhos do juiz e do legislador são absolutamente complementares[89].

B-) Subjetividade, objetividade e justiça: o “intervalo entre duas notas”.

Etzel Andergast inconforma-se: “e... o que é que eu devo fazer?... De que utilidade me serão, nesse caso, as minhas relações comigo mesmo? Não posso então exigir uma coisa: o direito, a justiça. Devo deixá-lo apodrecer na prisão? Devo esquecê-lo? Devo dizer: o que tenho a ver com isso? Que fazer? O que é a justiça, se não conseguir fazê-la triunfar, eu, eu, Etzel Andergast”[90]. Ao que redargui o sábio escritor Melchior Ghisels: “Não tenho nada mais a responder senão o seguinte: perdoe-me, sou apenas um homem, frágil caniço”[91]. Ressalta aqui o reconhecimento de que a natureza humana é imperfeita, e que, não podendo ser Júpiter ou Hércules, não conseguindo prever ou inventar sempre e com perfeição a solução mais adequada para os conflitos que exsurtem, há de se contentar com sua própria falibilidade. É por isso que Hermes em toda sua ligação com os homens é o grande modelo e a síntese entre objetividade e subjetividade, o “intervalo entre duas notas” que as afina e as faz vibrar em acordes tonais.

Hermes é o deus que, na “Ilíada”, indica a Príamo os caminhos que levam a Aquiles; é aquele que adverte Ulisses, de pernas errantes, contra as trapaças de Circe, e que em “Édipo em Colono” conduz o rei cego para sua jornada ao Invisível. É o deus-guia, o senhor das vias e o protetor dos viajantes. Mas na ambigüidade que o aproxima dos seres humanos, Hermes é também a divindade dos embustes e dos ladrões, “é o espírito de uma forma de existência recorrente sob certas condições, que junto com o ganho conhece a perda, a malícia junto com a bondade”[92]. Canta-o Goethe, em “Fausto II”[93]:

“É assim também que ele, o mais esperto

Para ladrões e malandros

E todos os aproveitadores

É o gênio sempre propício

E comprova-o desde logo

Por suas artes refinadíssimas”.

O juiz-intérprete é seu próprio lobo: liberdade e arbitrariedade caminham de mãos unidas, e se Hermes conduz por caminhos seguros, pode também escolher atalhos tortuosos e levar o aplicador ao precipício da injustiça. É por isso que findo o “século do sujeito”, a doutrina tem procurado resgatar, nos últimos tempos, notas de objetividade e segurança jurídica. Isso não significa, porém, retomar o antiquado positivismo científico

ou legalista. Como refere Friedrich Müller, “precisamos não do *antipositivismo*, mas de uma teoria *póspositivista* do direito”, e isso importa reconhecer que, apesar de sua importância, os discursos que se insurgiram contra o juspositivismo (tais como a escola do direito livre, o sociologismo, a análise econômica do direito, a hermenêutica de Gadamer e as tendências neofrankfurtianas) não superaram o paradigma criticado. “Eles são para o positivismo mais ou menos o que as suposições cada vez mais complicadas sobre os “epiciclos” foram para o sistema tardo-ptolomaico da explicação astronômica: um “deslocamento degenerativo do problema” (no sentido da teoria da ciência de Imre Lakatos)”[94]. O movimento em prol de um “novo paradigma”, atento a notas de objetividade e segurança jurídica, possui desdobramentos de índole jusfilosófica, dogmática e prática, que merecem ser brevemente abordados ainda que de maneira exemplificativa, resumida e zetética.

No plano da filosofia do direito parece digna de menção a reformulação do conceito de objetividade intentada por Herbert Hart – autor que, apesar de se colocar na corrente positivista, adota pressupostos e conclusões bastante díspares dos estudiosos que o precederam. Entre o projeto moderno e o projeto empirista, a proposta de Hart pretende ser uma “terceira via”, pois deixa de lado a identificação entre verdade e certeza – que foi o paradigma de ambas as correntes antagônicas – e funda sua refutação no seguinte questionamento: faz algum sentido pedir sempre uma certeza que nós, seres humanos, não podemos conceber? Daí, então, conclui que se algo pode ser chamado de um “fundamento de um sistema jurídico”, esse algo nada mais é do que uma simples situação social. O mundo deve ser concebido, então, desde nossa perspectiva, e assim se pode concluir que expressões que afirmam a existência de direitos subjetivos ou a validade de regras são descrições objetivas. Como resume Cláudio Fortunato Michelin Júnior, “a contribuição de Hart para a dissolução dessa controvérsia entre racionalismo e empirismo reside em apontar o mal-entendido que deu origem a ela, nomeadamente, o ideal de uma concepção absoluta de mundo, que torna possível conciliar o reconhecimento da normatividade do direito (que é o traço comum às doutrinas do direito natural clássico e da teoria pura do Direito) com o reconhecimento do caráter empírico (a que se apegava o realismo jurídico)”[95].

É importante mencionar que a doutrina de Hart foi levada às últimas conseqüências por seu discípulo, John M. Finnis, que, voltando-se contra diversos postulados de seu preceptor, desenvolveu o “mínimo de direito natural” (conjunto de princípios que ordena a vida e a comunidade humana) a partir da noção aristotélica da razoabilidade prática[96]. A aceitação de sua doutrina, obviamente, implicaria uma revisão e uma reformulação das chamadas “invariantes axiológicas”[97], que não mais descansariam apenas na historicidade, mas também na invariabilidade dos caracteres intrínsecos à própria natureza do ser humano.

Já os vínculos que limitam a atuação prática do juiz são variados, e podem ser divididos de acordo com sua própria atuação: a análise fática (referente à fase instrutória do processo) e a formação da decisão (momento de interpretação/aplicação da norma e de solução do conflito). De certa maneira, eles servem para evitar e limitar os condicionamentos internos dos juízes – ocasionados pela confiança excessiva no subjetivismo –, criticados com ódio por Leonardo Maurizius do fundo de sua cela solitária: “Se pensamos que todas essas pessoas – e não somente elas, pois isso vai muito alto; é melhor não dizer a que grau de hierarquia o mal atinge – se pensamos que essas pessoas se vingam sobre nós daquilo que lhes azeda o coração, de todas as suas

ambições fracassadas, de suas desgraças domésticas, da insuficiência do seu salário, às vezes do fracasso de toda uma existência, quando refletimos que esses funcionários subalternos são quase todas pessoas para quem é um gozo atormentar e fazer sofrer – nada podem contra isso, a autoridade que possuem e que os embriaga, consola-os, pois suas vidas são tão sombrias quanto os cubículos que eles guardam ou como os destinos os quais presidem – quando pensamos nisso, não podemos deixar de perguntar se os homens foram feitos para condenar, para punir outros homens”[98].

No que tange aos juízos de fato, exige-se do magistrado o máximo de congruência, de maneira que nos dias atuais intenta-se fixar *standards* ou “modelos de constatação” para objetivar a valoração da prova[99]. Não se pretende, com isso, retornar a modelos de tarifação, mas concluir que a livre convicção do juiz – herança de um passado recente em que a atividade cognoscitiva do juiz se reduzia à sua pura consciência – não é propriamente livre: “a liberdade de que se cuida é uma liberdade objetiva”, e tanto por isso tem-se como impositivo que “a decisão defina, como questão jurídica prévia, por qual modelo de constatação estará orientada, para que disso saibam as partes”[100]. Essa “intenção de objetivização” ressalta igualmente na aplicação das máximas de experiência[101].

Já para a decisão final – e aqui se adentra no momento interpretativo-aplicativo do juiz –, Michele Taruffo aponta três requisitos que, de certa forma, visam a assegurar certa objetividade: coerência interna (correspondência entre a *fattispecie* concreta e a *fattispecie* abstrata), universalidade (não à aplicação particularista; sentença com pretensões de aplicabilidade a outros casos) e congruência sistemática (respeito às normas e aos precedentes)[102]. Este último pressuposto repousa, antes de tudo, no respeito à Constituição, aos princípios e aos valores, e na observância da lei enquanto expressão da democracia representativa, o que determina contrariá-la tão-somente quando diante de um absurdo legislativo – aspectos que só podem ser verificados exigindo-se do juiz a observância da publicidade e da motivação. Bem se vê que nesse âmbito – o da interpretação judicial – tem-se uma paulatina recuperação da idéia de direito como “saber prudencial-retórico”: a prudência em suas dimensões cognitiva (conhecer as diferentes possibilidades; “deliberação”) e prescritiva (optar e indicar a melhor conduta; “juízo de escolha”), e a retórica centrada na persuasão do destinatário (no que incorpora as lições trazidas por Chaïm Perelman[103]). São dois momentos de uma mesma atividade, que recuperam a noção de interpretação enquanto obra da razão prática e que, contentando-se com o “saber provável” e com sua inarredável carga axiológica[104], resultam no que Eros Roberto Grau chama de “caráter alográfico do direito”, *id est* a noção de que legislador e juiz desenvolvem atividades complementares[105]. Aqui a lógica clássica (e seus postulados básicos) volta a atuar não como senhora absoluta, mas enquanto instrumento do ofício judicial, de maneira a resgatar que o direito se por um lado não é sinônimo de lógica, por outro não é aleatório[106].

Enfim, na mediação efetuada pelo magistrado entre hipótese abstrata e caso concreto, tem-se propugnado com muito vigor pela revalorização da ciência jurídica enquanto fonte do direito. Isso porque, conforme aponta Alessandro Baratta depois de invocar as lições de Niklas Luhmann, “a concreção pontual da norma abstrata na ausência de um corpo dogmático poderia comprometer a própria função do direito, a saber, a institucionalização da estabilização das expectativas no sistema social”[107]. A intenção é atribuir aos personagens os papéis que de fato lhes incumbem: ao juiz, a decisão; ao

corpo dogmático, a homogeneização (abstração) do direito enquanto experiência cultural[108]. De certa maneira, trata-se de resgatar o que de melhor a Escola Histórica legou ao direito hodierno, sem que se caia no dogmatismo exacerbado que ocasionou sua petrificação em “jurisprudência dos conceitos”, e de certa maneira colher os evidentes méritos que o *Juristenrecht* teve para com a construção de um riquíssimo corpo jurídico-dogmático. A experiência histórica demonstra ser pelo trabalho dos juristas que se atingem graus de objetividade, segurança e justiça mais elevados e equilibrados, já que, como aponta Jacques Ghestin, é pela doutrina que se conhece e se faz conhecer o direito; é ela que esclarece as regras novas e reinventa as já existentes (os denominados “dados positivos do direito”). Se não há direito sem jurisprudência, não há jurisprudência – no melhor sentido da palavra – sem doutrina[109].

Enquanto *paideia*, o direito romano é sempre o exemplo mais paradigmático: sua perenidade é fruto da obra consciente de centenas de juristas, que desde os idos da República trabalhavam nos *consilia* dos pretores para a elaboração das hipóteses abstratas fixadas nas fórmulas e assim outorgavam a elas a *auctoritas* de que necessitavam[110]. Na fase processual que se desenvolvia perante o juiz, a situação era bastante assemelhada: para alcançar um convencimento suficientemente seguro, o *iudex* não se municiava apenas das alegações e das provas, mas também do auxílio de um *consilium* de jurisperitos e de seus próprios conhecimentos técnicos que, com o passar dos séculos, iam se aprimorando[111]. O próprio *Digesto*, a bem dizer – ainda que seja produto de uma época em que Roma, conquistada pelos bárbaros, já fazia parte do passado –, não é uma compilação de decisões ou de leis, mas de opiniões dos mais prestigiados juristas do período clássico de Roma.

A experiência histórica talvez indique que a dicotomia entre legislador e juiz, forjada no século XX pelo embate entre positivismo e antipositivismo, merece superação pelo viés doutrinário. Hoje já não se pode falar em legislador jupiteriano ou em juiz hercúleo; talvez Hermes, por sua abertura à falibilidade do ser humano, incorpore melhor a necessidade de que os magistrados se abeberem nas construções da ciência jurídica para conjugar justiça e segurança. Já é pacífico que ao legislador incumbe forjar sua obra com aberturas para a natural evolução da cultura humana, mas o juiz segue vagando nas correntes do subjetivismo: fala-se que a ele incumbe a criação do direito[112], ao passo que, em verdade, sabe-se que seu ofício precípua dirige-se apenas e tão-somente à resolução concreta dos conflitos. A abertura da legislação evoca não a livre criação do juiz, mas o complemento doutrinário, a ser efetivado caso a caso por meio da atividade julgadora[113]. Jurisprudência sem doutrina é como a concha descrita pelo barão Andergast, ao vagar pelos corredores vazios do tribunal: “A concha parece, na verdade, conter o oceano quando se a encosta no ouvido, mas o seu eterno concerto de órgão é uma ilusão; só murmura porque é oca”[114].

IV. CONCLUSÃO.

A justiça é a temática transhistórica de “O processo Maurizius”: ela aparece imiscuída nas reflexões dos personagens consoante suas vivências fáticas e psíquicas, mas é vista – salvo a exceção doentia de Warschauer-Waremme – sempre e invariavelmente como um valor a ser preservado. Não se pode negar que as discordâncias do barão e de seu filho se processam com relação aos *meios* de sua realização: ao passo que Wolf acredita na justiça enquanto produto natural do silogismo judicial, Etzel a descobre asfixiada pela poeira das pandectas, e adianta que a solução talvez repouse na visão de um juiz que olhe para as coisas e para as pessoas com maior atenção. Não há, portanto, desavença quanto ao fim-justiça; com sua consecução concordam os antagonistas da trama. Mas também a segurança jurídica – ainda que de maneira mais tímida – se apresenta como figura de xadrez nas mãos dos personagens: antes em simbiose com a previsão totalitária das situações fático-jurídicas – e isso determinou tanto a sua exaltação pelo barão Andergast quanto o seu repúdio por Etzel –, hoje ressuscita nos controles que a aplicação do direito demanda sejam fixados.

São duas notas que vibram na obscura pausa entre lei e juiz: a da justiça e a da segurança, que parecem se afinar na percepção de que o ser humano é falível. O repúdio ao totalitarismo legal – legislador que não é Júpiter – há tempos vem ensejando legislações abertas ao pulsar da vida e da história; e as recentes barreiras que se tem tentado impor à atividade judicial – juiz que não é Hércules – explicitam que uma decisão só é capaz de alcançar a justiça se guiada por critérios objetivos. Em verdade, trata-se de redescobrir e reafirmar a função de cada um desses personagens sem dotá-los de poderes que extrapolem os fins de suas atividades. A atitude esfacela a dicotomia engendrada no início do século XX, que posicionou o legislador-Júpiter ao lado do positivismo legalista e o juiz-Hércules como símbolo das correntes antispotivistas, e resgata a doutrina como via necessária à harmonização de notas de justiça e segurança.

Estas são, portanto, palavras que se afastam e se reconciliam na história do direito: elas “saltam, se beijam, se dissolvem”[115]. São peões nas mãos humanas, ou “conchas de marisco” que, abandonadas, se preenchem dos significados que os dados de tempo e de espaço as presenteiam[116]. Na teia de conexões entre palavras e conceitos em que Hermes perscruta; na vida globalizada – “geo-diritto”, como denomina Natalino Irti[117] – e composta por tons de objetividade e subjetividade, em que a justiça e a segurança, por vezes, parecem com o peixe de Klakusch: “escapam-nos quando as seguramos”[118]; em tempos que não se pode pretender nem a onipotência do legislador e nem a onisciência do julgador, o direito se dissolve e se recompõe no intervalo dos antagonismos: ele não é nem o barão Andergast e nem Etzel, nem Warschauer-Waremme e nem Leonardo Maurizius. É o direito do ser humano, “pobre caniço”; o direito do escritor Melchior Ghisels, e que parece ter, na composição com a literatura, a melhor representação de sua humanidade[119].

[1] Este texto resulta de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa “Direito Privado: um espaço de mentalidades” coordenado pela Professora Dra. Judith Martins-Costa no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. As idéias aqui expostas foram discutidas preliminarmente nos seminários “Direito e Literatura” integrantes da disciplina “Fundamentos Culturais do Direito Privado” (UFRGS, 2008/1).

[2] “Falamos do fenômeno espacial e do fenômeno temporal da linguagem; não de um disparate a-espacial e a-temporal. [*Nota à margem.* Só que se pode interessar por um fenômeno de modo diferente.] Mas falamos dela, assim como falamos das figuras do jogo de xadrez, ao indicarmos regras de jogo para elas e não ao descrevermos suas características físicas. A pergunta ‘O que é, propriamente, uma palavra?’ é análoga à pergunta ‘O que é uma figura de xadrez?’”(WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações filosóficas” (trad. Marcos G. Montagnoli). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 70-71).

[3] WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações filosóficas” (trad. Marcos G. Montagnoli). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 113.

[4] É o que esclarece Mirko Skarica, antes de apontar outras duas vantagens da metáfora elaborada por Wittgenstein (SKARICA, Mirko. *Signos, convención y verdad*. “Anuario filosófico”. Navarra: Universidad de Navarra, 1984, v. 17, n. 2, p. 69).

[5] SAUSSURE, Ferdinand de. “Cours de linguistique générale”. 2. Ed. Paris: Payot & Cie., 1992, p. 24.

[6] WASSERMANN, Jakob. “O processo Maurizius” (trad. Octavio de Faria e Adonias Filho). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963, p. 415. Ao longo deste trabalho, a obra de Jakob Wassermann será citada abreviadamente por “PM”.

[7] PM, p. 375.

[8] PM, p. 357. É digno de menção que para Stephen H. Garrin – um estudioso de Wassermann – é o guarda Klakusch quem encarna de maneira mais significativa a idéia do autor sobre a justiça, pois nas obras de Wassermann é corriqueira a multivocidade de significados atribuídos ao vocábulo (GARRIN, Stephen H. “The concept of justice in Jakob Wassermann’s trilogy”. Berna: Peter Lang, 1979, p. 50).

[9] PM, p. 284. Mergulhado num mundo de desespero e desesperança, típico da Alemanha pós-crise de 1929, Etzel Andergast parece representar toda uma geração – a denominada “Geração Perdida”, expressão de Gertrude Stein popularizada por Ernest Hemingway na epígrafe de “O sol também se levanta” (no original, “The sun also rises”, de 1926) para representar os nascidos depois da I Guerra Mundial – que, nos anos sucessivos, encontrariam no nazismo e na liderança de Adolf Hitler o falso acalanto de verdade e esperança. Conforme aponta Stephen H. Garrin, “without a definite goal in life, the young man, like so many of his contemporaries in Weimar Germany, seeks out a father figure, a person in whom he can place his trust and hope for the future. It is not without significance that Wassermann tends to fill his works with so many “Halbkinder” and children from broken homes. Rather it is metaphorically intended to mirror the leaderless epoch” (GARRIN, Stephen H. “The concept of justice in Jakob Wassermann’s trilogy”. Berna: Peter Lang, 1979, p. 59).

[10] GARRIN, Stephen H. “The concept of justice in Jakob Wassermann’s trilogy”. Berna: Peter Lang, 1979, p. 75.

[11] RIBEYRO, Julio Ramón. O pó do saber. In: “Só para fumantes: contos” (trad. Laura Janina Hosiasson). São Paulo: Cosac Naify, 2004, pp. 185-192.

[12] “A realidade é o material da criação literária”, afirma Käte Hamburger; é seu objeto de *mimesis*, mas mimetismo no sentido aristotélico de *poiesis*, de criação (HAMBURGER, Käte. “A lógica da criação literária” (trad. Margot P. Malnic). São Paulo: Perspectiva, 1975, pp. 2-4). Interessante, outrossim, é a obra de Erich Auerbach, em que o autor investiga, desde a Antigüidade até o século XX, as mais variadas maneiras pelas quais os autores representaram e dialogaram com a sua realidade (AUERBACH, Erich. “Mimesis: a representação da realidade na literatura ocidental” (trad. [s.n.]). 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004).

[13] REIS, Carlos. “O conhecimento da literatura: introdução aos estudos literários”. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82. O investigador português aponta, ainda, outras duas dimensões da literatura: uma “dimensão sociocultural” (aqui denotando um caráter ativo: a literatura enquanto instrumento de intervenção social) e uma “dimensão estética” (a literatura como fenômeno de linguagem, *id est* como linguagem literária), umas complementando as outras. Para resumo das dimensões, veja-se REIS, Carlos. “O conhecimento da literatura: introdução aos estudos literários”. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 24.

[14] BAKHTINE, Mikhail. “Esthétique et théorie du roman” (trad. Daria Olivier). Paris: Gallimard, 2006, p. 237.

[15] REIS, Carlos. “O conhecimento da literatura: introdução aos estudos literários”. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 91.

[16] São palavras de Judith Martins-Costa, destrinchando as lições de Miguel Reale (MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. “Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 173). Dessa maneira, é possível dizer que não perderam validade algumas das lições de Savigny, tais como a seguinte: “El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho” (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 46).

[17] BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: “Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura” (trad. Sérgio Paulo Rouanet). 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, v.1, p. 223.

[18] CAPOGRASSI, Giuseppe. “Il problema della scienza del diritto”. Milano: Giuffrè, 1962, p. 223. Como afirma Luiz Carlos de Azevedo, “se o direito constitui uma expressão inseparável de qualquer meio social civilizado; e se este direito não se conserva estático, mas se dinamiza e se transforma na medida em que as condições sociais assim exigem; não há como desvinculá-lo da realidade histórica, pois é preciso saber como este direito foi, até ontem, para entendê-lo, hoje, e melhorá-lo, amanhã” (AZEVEDO, Luiz Carlos de. “Introdução à história do direito”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22).

[19] Parece não haver incompatibilidade absoluta deste exame com o que centraliza as relações entre direito e literatura na linguagem, sob uma dimensão que pode ser chamada de “estética” (para um exame dessas correntes, veja-se MINDA, Gary.

“Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century’s end”. New York: New York University Press, 1995, pp. 149-166). Neste trabalho, no entanto, está-se priorizando – conforme já afirmado – sua “dimensão histórica”.

[20] PM, p. 399.

[21] “Mankind survived. Nevertheless, the great edifice of nineteenth-century civilization crumpled in the flames of world war, as its pillars collapsed. There is no understanding the Short Twentieth Century without it. It was marked by war. It lived and thought in terms of world war, even when the guns were silent and the bombs were not exploding” (HOBSBAWM, Eric. “The age of extremes: a history of the world, 1914-1991”. New York: Vintage Books, 1996, p. 22).

[22] Jakob Wassermann nasceu na cidade de Fürth, na Alemanha, em 1873, e faleceu em Viena, no seu exílio austríaco, em 1934. É dono de uma vasta produção literária (estudos históricos e biográficos, além das crônicas semanais publicadas em periódicos alemães), e destacadamente – ao ponto de ter recebido a alcunha de “Balzac alemão” – de diversos romances: “Meu caminho como alemão e como judeu” (autobiografia, de 1921), “A história da jovem Renata Fuchs” (1900), “O Moloc” (1902), “Alexandre em Babilônia” (1904), “Kaspar Hauser” (1908), “As máscaras de Erwin Reiner” (1910), “O homem de 40 anos” (1913), “O homem dos gansos” (1915), “Christian Wahnschaffe” (1919), “O Trópico” (em quatro volumes, de 1920 a 1924), “O advogado Laudin” (1925) e a trilogia composta por “O processo Maurizius” (1928), “Etsel Andergast” (1931) e “A terceira existência de Joseph Kerkhoven” (1934), dentre outros livros.

[23] As indicações de Luis S. Krausz, ainda que relacionadas a outra obra de Jakob Wassermann (“Kaspar Hauser”), demonstram bastante bem o conflito interno do autor entre sua ascendência judaica e sua cidadania alemã, que também transparece em “O processo Maurizius” no personagem Warschauer-Waremme: “Se ele afirma, de maneira categórica, não se sentir identificado nem inteiramente à vontade quer entre os alemães, quer entre os judeus que permanecem mergulhados nas tradições de seus ancestrais, ele também observa com distanciamento, com apurado senso crítico e não sem certa ironia os judeus alemães, seus contemporâneos, que parecem estar vivendo num incômodo limbo, entre dois mundos, sem pertencer realmente a nenhum deles. Ao descrevê-los Wassermann se coloca no vértice de um triângulo, equidistante de dois pólos – o judaico e o alemão – e a partir deste vértice ele observa, com igual estranhamento, todos os pontos da reta que leva de um a outro desses pólos, isto é, o longo *iter* que separa o judeu do gueto, com suas formas de vida cristalizadas pelos séculos, dos vários graus de assimilação judaica na Alemanha, que à época de sua juventude atingia o auge na concepção do *Deutscher Bürger mosaischen Glaubens (cidadão alemão de fé mosaica)*” (KRAUSZ, Luis S. Jakob Wassermann e Kaspar Hauser, 100 anos depois. “Revista Contingentia”. [s.l.]: [s.n.], 2007, v. 2, pp. 11-12, disponível em <http://www.revistacontingentia.com>, acesso em 02 de agosto de 2008).

[24] KOESTER, Rudolf. Jakob Wassermann, anti-Semitism and German Politics. “Orbis Litterarum”. [s.l.]: Munksgaard, 1998, v. 53, pp. 185-186.

[25] KOESTER, Rudolf. Jakob Wassermann, anti-Semitism and German Politics. “Orbis Litterarum”. [s.l.]: Munksgaard, 1998, v. 53, p. 187. A atitude da Academia de Letras foi perniciosa para o escritor: decretou sua morte em vida. Narra Rudolf Koester

que “while this measure did not yet constitute an official ban, it nevertheless stigmatized Wassermann and instilled fear in the ranks of German publishers and book dealers. Publishing and marketing the writings of a blacklisted author became risky business, both politically and commercially” (p. 187).

[26] KOESTER, Rudolf. Jakob Wassermann, anti-Semitism and German Politics. “Orbis Litterarum”. [s.l.]: Munksgaard, 1998, v. 53, p. 188.

[27] O barão Andergast não parece militar num ou noutro sentido, mas simplesmente incorporar a exaltação germânica como algo natural (representativa de uma população que, embriagada por seus sonhos patrióticos, não teria forças para se insurgir contra o regime sucessivo). É o que pode ser lido do seguinte trecho, com fina ironia do autor: “Por momentos, tinha-se a impressão de que ele se estava ouvindo com complacência mas, na verdade, não tinha essas fatuidades: apenas, a consciência de sua superioridade, consciência que lhe entrara no sangue e que se manifestava em suas relações com os seres sob a forma de um seco pedantismo ou de uma objetividade puramente lógica. Neste particular, era extraordinariamente alemão – no sentido mais moderno da palavra” (PM, p. 30).

[28] PM, p. 127.

[29] “Mein Kampf”, escrito por Adolf Hitler em 1924 durante sua prisão e publicado em dois volumes: o “Die Nationalsozialistische Bewegung” em 1925 e o “Viereinhalb Jahre des Kampfes gegen Lüge, Dummheit und Feigheit” em 1926. A luta por esse “espaço vital” transparece, é claro, na intenção de uma expansão bélica e de um pan-germanismo europeu, presente noutra passagem de “O processo Maurizius” em que, já como Georg Warschauer, o personagem fala a Etzel Andergast: “Então, aparecia a finalidade: a política revolucionária e criadora à qual me sentia destinado. A idéia de uma Europa transformada, de uma unidade continental sob a hegemonia da Alemanha, uma hegemonia germano-romana, entusiasmava-me. Oh! que sonhos! Sonhos loucos!” (PM, p. 243).

[30] PM, p. 284. Ao contrário de Warschauer-Waremme, Ghisels nutre profundo pessimismo com o futuro dos alemães, e nele entrevê uma certa inevitabilidade: “Não temos ainda o povo, o povo que constitua o corpo da nação e, por consequência, o que chamamos de democracia se reduz a uma coletividade amorfa que não se pode organizar nem se elevar e que asfixia todo e qualquer idealismo. Talvez fosse necessário um César. Mas, de onde viria ele? É preciso temer o caos que, só ele, o fará surgir. Então, o que os melhores poderão fazer de melhor será comentar o terremoto” (PM, pp. 284-285). Como se percebe, as antecipações históricas são impressionantes, fruto de uma mente privilegiada e de um escritor que efetivamente vivenciou e sentiu na epiderme as preparações da hecatombe nazista.

[31] O Simbolismo foi corrente de grandes autores alemães: dos poetas Hugo von Hofmannsthal, Stefan George e Rainer Maria Rilke, e dos romancistas Heinrich Mann e Thomas Mann, que, como Stendhal, talharam na prosa a introspecção psicológica (CARPEAUX, Otto Maria. “A literatura alemã”. São Paulo: Cultrix, 1963, p. 188).

[32] CARPEAUX, Otto Maria. “A literatura alemã”. São Paulo: Cultrix, 1963, p. 170. Carpeaux, aludindo às principais obras de Nietzsche, ainda complementa: “Nesses

livros criou Nietzsche uma nova língua alemã, para a prosa e para a poesia. Duas vezes, a língua alemã tinha sido revolucionada e reformada: a primeira vez, por Lutero; e a segunda vez, por Goethe e pela tradução de Shakespeare, de August Wilhelm Schlegel. A terceira revolução é a de Nietzsche. E foi tão profunda que, de qualquer poesia, romance, novela, drama ou até obra científica alemã dos séculos XIX e XX, o conhecedor da língua pode logo diagnosticar depois de ter lido poucas linhas: foi escrita antes de Nietzsche, ou então, foi escrita depois de Nietzsche. Foi uma revolução lingüística total, à qual ninguém escapou nem quis escapar” (p. 173).

[33] Anatol Rosenfeld, falando sobre Nietzsche, afirma que “o radicalismo da sua crítica cultural, o pessimismo niilista relativo à civilização européia (ligada ao “otimismo heróico” do super-homem), a transvalorização dos valores, exerceram enorme impacto sobre os movimentos em foco”, *id est* sobre o Impressionismo e o Simbolismo literários (ROSENFELD, Anatol. “História da literatura e do teatro alemães”. São Paulo: Perspectiva, 1993, p. 118).

[34] ROSENFELD, Anatol. Reflexões sobre o romance moderno. In: “Texto / Contexto I”. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 83. Para Rosenfeld, o *Zeitgeist* do romance moderno é justamente esse: a relativização do tempo e do espaço, que se traduz ou no foco à psicologia dos personagens (Marcel Proust, behaviorismo de Ernest Hemingway) ou, então, num estilo seco, impessoal e desindividualizado (Albert Camus, Franz Kafka). É, ao fim e ao cabo, a dissolução da perspectiva: “tanto se desfaz nos romances em que o narrador submerge, por inteiro, na vida psíquica da sua personagem, como naqueles em que se lança no rodopiar do mundo. Quer o mundo se dissolva na consciência, quer a consciência no mundo, tragada pela vaga da realidade coletiva, em ambos os casos o narrador se confessa incapaz ou desautorizado a manter-se na posição distanciada e superior ao narrador “realista” que projeta um mundo de ilusão a partir da sua posição privilegiada” (p. 96). Como já se viu, Jakob Wassermann parece dissolver o mundo na consciência de seus personagens: cada qual o vê de sua posição e de acordo com suas motivações contextuais.

[35] Essa é a definição dada mentalmente por Leonardo Maurizius, ironizando a defesa que o barão Andergast acabara de fazer do sistema vigente (PM, p. 207).

[36] PM, p. 67.

[37] É o que relata ENGELMANN, Arthur *et alii*. “A history of continental civil procedure” (trad. Robert Wyness Millar). New York: Rothman/Augustus M. Kelley, 1969, pp. 152-158. Também nesse sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. “Istituzioni di diritto processuale civile”. 3. ed. Napoli: Jovene, 1947, v. 1, p. 32, e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Do formalismo no processo civil”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 156-157.

[38] BLOCH, Marc. “Apologie pour l’histoire, ou, métier d’historien” (Cahiers des Annales). 2. ed. Paris: Armand Colin, 1952, p. 39.

[39] PM, p. 14.

[40] PM, p. 28.

[41] PM, p. 30.

[42] E prossegue em mesmo trecho: “Sonhei uma noite que imensa multidão se jogava a seus pés, suplicando para você voltar atrás em um julgamento; e você permanecia imóvel, como uma pirâmide de pedra. Imaginar-se infalível, um juiz infalível, que terrível aberração!” (PM, p, 332).

[43] Essas são palavras de WIEACKER, Franz. “História do direito privado moderno” (trad. A. M. Botelho Hespanha). 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 494. Conforme ressalta esse mesmo autor, não se pode confundir o “positivismo científico” com outras espécies de positivismo: nem com o “positivismo legalista”, que identifica no legislador o criador do direito, e nem com o “positivismo científico em geral”, pertencente à filosofia de Comte (p. 493). De tez ainda mais distinta são as elaborações de Hans Kelsen e Herbert Hart, que já por serem de outra época não encontram semelhanças efetivamente contundentes com as que lhes precederam.

[44] “São elas, as matemáticas (...) que nos dão uma visão viva das leis naturais e que, do mesmo modo como a coroa de uma cúpula junta e reúne tudo o que aparentemente se exclui e se repele, podem conciliar as faculdades humanas as mais elevadas e as mais contraditórias” (PM, p. 27).

[45] Afirma Karl Larenz que em Puchta é significativa a presença das concepções talhadas séculos antes por Christian Wolff (LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamago). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 27). Como bem resume Uberto Scarpelli, depois de analisar as obras de Thomas Hobbes, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau e Cesare Beccaria, “nell’orizzonte illuministico il sillogismo giudiziario è indispensabile ai valori politici della libertà e dell’egualianza: l’accettazione dello schema sillogistico non è il frutto di una riflessione a posteriori sul ragionamento applicativo della legge, bensì la postulazione di una condizione necessaria perché la legge venga applicata senza spazio dell’arbitrio dell’operatore” (SCARPELLI, Uberto. Dalla legge al codice, dal codice ai principi. “Rivista di filosofia”. Bologna: Il Mulino, 1987, v. 78, p. 5).

[46] GAVAZZI, Giacomo. Logica giuridica. “Novissimo Digesto Italiano”. 3. ed. Torino: Editrice Torinese, 1957, v. 9, p. 1.062.

[47] PM, p. 114.

[48] A relação necessária que há entre sistema fechado e interpretação silogística para a “jurisprudência dos conceitos” é descrita exemplarmente por Franz Wieacker na seguinte passagem: “Uma dada ordem jurídica constitui um sistema fechado (i.e. autônomo e coerente) de instituições e normas e, por isso, independente da realidade social das relações da vida reguladas por essas instituições e normas. Admitido isto, é em princípio possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de carácter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)” (WIEACKER, Franz. “História do direito privado moderno” (trad. A. M. Botelho Hespanha). 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 494).

[49] PM, p. 214.

[50] LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamego). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 31. Conforme lições de Franz Wieacker, “hoje, a condenação do método “histórico-natural” impôs-se, por um lado, pela crítica da jurisprudência dos interesses; por outro lado, pelos esforços do neo-kantismo no sentido de uma separação pura entre a construção conceitual das ciências da natureza e das ciências do espírito” (WIEACKER, Franz. “História do direito privado moderno” (trad. A. M. Botelho Hespanha). 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 496, nota 14).

[51] JHERING, Rudolph von. “L’Esprit du droit romain” (trad. O. de Meulenaere). 3. ed. Paris: [s.n.], 1886-1888, t. 4, pp. 308-309. Noutro trecho, o jurista assim se pronuncia sobre a “jurisprudência dos conceitos”: “On semble avoir fait du droit une arène à tous les fanatiques de la subutilité scolastique. L’éclat de la logique illumine tout le droit romain, et éblouit quiconque s’en approche. L’œil se trouble, et perd sa puissance de perception, si l’on n’a soin de le reposer sur le spectacle rassérénant de la vie. Au lieu de voir le monde réel, où règnent les puissances réelles de la vie, l’on ne distingue plus que la *fata morgana* d’un monde soumis au sceptre de l’idée abstraite. Le principe est le démiurge de ce monde: il a créé le monde du droit, il y règne souverainement. Plus de forces réelles, vivantes, qui se meuvent dans le sein du droit; la dialectique du principe s’est mise à leur place” (p. 209).

[52] JHERING, Rudolf von. “Law as means to an end” (trad. Isaac Husik). Boston: The Boston Book Company, 1913, e em especial a p. LIV de seu prefácio, onde há uma descrição geral da idéia da obra.

[53] LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamego). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 62.

[54] MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 223, nota 179.

[55] PM, p. 414.

[56] PM, p. 331.

[57] PM, p. 207.

[58] Savigny escreveu, no principal trabalho da polêmica, que “solo cuando, merced a un severo estudio, hayamos adquirido un más completo conocimiento y una mayor y más aguda perspicacia histórica y política, será posible un juicio recto sobre los materiales transmitidos hasta nosotros” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. “La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho” (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 132). Savigny não esclarece, porém, se é contrário à codificação enquanto projeto ou se apenas e tão-somente a crê inapropriada para a sua época. Autores como Norberto Bobbio acreditam que Savigny tinha uma “oposição de princípio” à feitura de um código, pois a necessidade da legislação equivaleria a tempos de decadência da sociedade (BOBBIO, Norberto. “O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito” (trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006, pp. 61-62).

[59] A prioridade outorgada ao direito romano advém das idéias medievais de *translatio imperii* e do direito romano enquanto “direito da paz” – dentro outras –, presentes sobretudo na obra de Phillip Melanchton (1497-1560), mas a ela precedentes (WHITMAN, James Q. “The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change”. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 4). Foi, porém, na época de Melanchton que elas ganharam efetiva força, e nisso a criação do *Reichskammergericht* (1495) parece possuir fundamental importância: na Suprema Corte devia-se aplicar o direito romano sempre que inexistente o direito local (WOLFF, Hans Julius. “Roman Law: an historical introduction”. Norman: University of Oklahoma Press, [s.d.], p. 200).

[60] “In promoting the lawmaking claims of learned jurists, Savigny and his followers were obliged to oppose more than just the claims of the Germanist-sponsored Volk. They were also obliged to oppose claims of another class of lawyers: judges who might be inclined to claim legal authority for precedent. It was very important for Savigny and Puchta that the principal source of law not be prior court decisions but rather learned essays and treatises. Thus they were fundamentally hostile to the judicial exercise of power through the making of binding precedent. (...) Indeed, the Historical School’s *Juristenrecht* was emphatically intended as a rule of scholars, not judges” (WHITMAN, James Q. “The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change”. Princeton: Princeton University Press, 1990, pp. 129-130). O *Juristenrecht*, segundo Alessandro Baratta, ganha seu lugar no sistema das fontes “al mismo nivel que el derecho legislativo y consuetudinario, idea que desde entonces permanecerá en el pensamiento jurídico alemán” (BARATTA, Alessandro. *La jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho*. In: “Las fuentes del derecho: primeros jornadas jurídicas de Lleda (13 y 14 de mayo de 1983)”. Barcelona: Ediciones de la Universitat de Barcelona, 1983, p. 48).

[61] METZGER, Ernest. Roman judges, case law, and principles of procedure. “Law and history review” (separata), 2004, n. 22/2, pp. 17-18, e WHITMAN, James Q. “The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change”. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 130. Felizmente, as descobertas arqueológicas posteriores desvelaram que também os romanos tinham por prática o uso do precedente, mas longe, é claro, de que isso tenha o significado de um *case law* (METZGER, Ernest. Roman judges, case law, and principles of procedure. “Law and history review” (separata), 2004, n. 22/2, p. 11).

[62] Nesse sentido, afirma Karl Larenz que a “jurisprudência dos conceitos” talvez jamais surgisse se os seguidores de Savigny tivessem levado a sério sua doutrina sobre a interpretação, que previa uma constante superação, por via da ciência jurídica, do desajuste havido entre intuição e forma abstrata (conceito) de cada regra (LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamego). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 14).

[63] BORGES, Jorge Luis. *El inmortal*. In: “El Aleph”. Buenos Aires: Emecé, 2005, p. 21.

[64] Especialmente sobre as *Pandekten* de Windscheid, Franz Wieacker ensina: “Elas tornaram-se em curto espaço de tempo a mais importante autoridade prática jurídica. Esta influência fora de série baseia-se no facto de, na falta de uma codificação, o

manual científico constituir a última instância decisória da prática do direito comum” (WIEACKER, Franz. “História do direito privado moderno” (trad. A. M. Botelho Hespanha). 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 510).

[65] PM, p. 282. Segundo Stephen H. Garrin, o direito do barão é rígido e mecânico tal qual se apresenta em “O processo” (“Der Prozess”), de Franz Kafka (GARRIN, Stephen H. “The concept of justice in Jakob Wassermann’s trilogy”. Berna: Peter Lang, 1979, p. 32). A diferença que se pode notar, contudo, é que enquanto Wassermann foca sua crítica na inaptidão teórica do sistema pandectístico, Kafka parece expor as entranhas apodrecidas do sistema judiciário de sua época.

[66] RIBEYRO, Julio Ramón. O pó do saber. In: “Só para fumantes: contos” (trad. Laura Janina Hosiasson). São Paulo: Cosac Naify, 2004, p. 192.

[67] PM, p. 94.

[68] A analogia com a figura paterna é desenvolvida por Stephen H. Garrin (GARRIN, Stephen H. “The concept of justice in Jakob Wassermann’s trilogy”. Berna: Peter Lang, 1979, p. 59), a partir de um ensaio escrito por Henry Miller em que Etzel Andergast é caracterizado como um “Hitler embrionário”: “There is something monstrous about Etzel Andergast: he is fascinatingly attractive and repellent at the same time. He stands for the new type of youth which made possible the advent and sway of an Adolf Hitler. He might even be regarded as an embryonic Hitler. He is “the murderer of the soul”, to use the language of his victims” (MILLER, Henry. “Maurizius forever”. Waco: Motive, 1946, p. 11).

[69] PM, pp. 30-31.

[70] PM, p. 31.

[71] LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamego). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

[72] São palavras de Karl Larenz: “Ao exortar o juiz a aplicar juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. (...) E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas na “fidelidade da lei”, mas de harmonia com as exigências da vida” (LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito” (trad. José Lamego). 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 69-70).

[73] É como resume VIGO, Rodolfo Luis. “Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas” (trad. Susana Elena Dalle Mura; rev. Alfredo de J. Flores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

[74] Anatol Rosenfeld, por exemplo, ressalta as modificações operadas no âmbito da pintura por conta do fenômeno da “desrealização”, isto é, a pintura deixou de ser mimética e passou a recusar a função de reproduzir ou copiar a realidade empírica. Isso

ocasionou o desaparecimento do retrato e da perspectiva, e expressou-se na abstração de diversos movimentos, como *e.g.* o cubismo, o expressionismo e o não-figurativismo. Essas modificações se refletiram no teatro e no romance moderno, em que se dissolveram as estruturas de tempo e de espaço tipicamente ordenadas, e passou-se a valorizar ao extremo o monólogo interior dos personagens (ROSENFELD, Anatol. Reflexões sobre o romance moderno. In: “Texto / Contexto I”. São Paulo: Perspectiva, 2006, pp. 75-86).

[75] “L’ingenua fede illuministica nel linguaggio sincero e semplice se ha abbandonato, ma ci sta abbandonando anche la fede codicistica nel linguaggio aristotelicamente articolato. Fra i due immortali personaggi di Lewis Carroll, Alice e Humpty-Dumpty, il tempo sembra aver dato ragione a Humpy-Dumpty. Le parole esprimono ciò che, parlanti o interpreti, volta a volta vogliamo: “bisogna vedere”, osserva Humpty-Dumpty, “chi è che comanda... è tutto qua”” (SCARPELLI, Uberto. Dalla legge al codice, dal codice ai principî. “Rivista di filosofia”. Bologna: Il Mulino, 1987, v. 78, p. 8).

[76] PM, p. 137.

[77] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez (trad. Isabel Lifante Vidal). “DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho”. Disponível no site: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 01 de junho de 2008.

[78] Citando Hans Kelsen e Adolf J. Merkl, François Ost assim descreve o modelo piramidal: “si se trata de apreciar el fundamento de validez de las normas, se ascenderá de la norma inferior a la norma superior para llegar a la norma fundamental que habilita a la autoridad suprema a crear Derecho válido; si se trata, en cambio, de prever la creación de una nueva norma jurídica, se tomará el camino inverso, partiendo de esta primera habilitación para recorrer seguidamente a los siguientes escalones de la jerarquía normativa” (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez (trad. Isabel Lifante Vidal). “DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho”. Disponível no site: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 01 de junho de 2008, p. 173).

[79] “Il metodo vi è immaginato come un docile attrezzo, adoperato dal giurista nello studio delle norme. Un utensile, con il quale il soggetto “tratta” l’oggetto, cioè lo afferra manipola classifica. Estraneo al soggetto ed all’oggetto, ma pur così decisivo che l’uso di esso fa del soggetto un giurista e dell’oggetto una norma del sistema. Il metodo giunge al passato, ci precede, costruito della tradizione e dall’autorità delle scuole, e noi, dinanzi a qualsiasi norma, lo prendiamo ed applichiamo: e qualsiasi norma, sottoposta al trattamento del metodo, si purifica ed entra nella dignità logica del diritto. Come un detersivo chimico, che lavi tutte le macchie, il metodo sarebbe capace di pulire le norme, di renderle nette e decorose, e infine di raccoglierle in qualche superiore unità” (IRTI, Natalino. Nichilismo e metodo giuridico. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2002, v. 56, pp. 1.159-1.260).

[80] BORGES, Jorge Luis. Funes, el memorioso. In: “Ficciones”. Buenos Aires: Emecé, 2005, pp. 151-165. No clássico conto de Borges, Funes é o personagem incapaz de efetuar abstrações: cada coisa, cada pessoa e cada lugar eram, para ele, únicos e incomparáveis. “Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es

olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos” (p. 165).

[81] IRTI, Natalino. Nichilismo e metodo giuridico. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2002, v. 56, p. 1.161.

[82] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez (trad. Isabel Lifante Vidal). “DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho”. Disponível no site: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 01 de junho de 2008, p. 180. Ainda aponta Ost para “la incapacidad de los dos paradigmas para articular, de manera satisfactoria, el hecho y el Derecho y, por otra parte – y esto no es ajeno a aquello –, de una forma de obliteración de la vida jurídica real; el Derecho se disuelve, en última instancia, en los lugares imaginarios de los que se considera procedente: vértice de la pirámide o extremidade del embudo” (p. 178).

[83] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. “Revista de Informação Legislativa”. Brasília: [s.n.], 1998, n. 35, p. 6 (disponível em: <http://www.senado.gov.br>; acesso em 1.º de julho de 2008). Essas margens de abertura que o tecido legislativo deve apresentar estão dirigidas “allo scopo di rendere la disposizione adattabile alle situazioni concrete e/o mantenerla attuale nonostante il passare del tempo ed i mutamenti sociali”, e se transfiguram na adoção, por parte do legislador, de técnicas legislativas “elastiche, flessibili e sfumate”, como *e.g.* os conceitos-válvulas (*Ventillbegriffe*), os *standards* legais, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), os conceitos de discricionariedade (*Ermessenbegriffe*) e os conceitos jurídicos indeterminados (*ubestimmten Rechtsbegriffe*), conforme aponta Nicola Picardi (PICARDÌ, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2004, n. 1, p. 46). O uso da técnica das cláusulas gerais – é importante ressaltar – apresenta aspectos negativos, como bem aponta Franz Wieacker (a partir da experiência alemã com o BGB), e que se constitui na tentativa de “fuga para as cláusulas gerais”. Segundo o autor, “em épocas de domínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político”, além do que, em condições sociais normais, oportunizam ao juiz “fazer valer a parcialidade, as avaliações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica”, e ao juiz acabam atribuindo, por vezes, “uma responsabilidade social que não é a do seu ofício” (WIEACKER, Franz. “História do direito privado moderno” (trad. A. M. Botelho Hespânia). 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 546-547). O desafio, portanto, é conjugar abertura sistemática e controle do juiz, de maneira a oxigenar o ordenamento com desejáveis cargas de segurança jurídica.

[84] É o que admite, por exemplo, Sergio Chiarloni, pregando uma renovação evolutiva da legislação pela via judicial apenas depois de bem firmada uma “consuetudine giudiziaria”, *id est* a passagem de um certo lapso de tempo conjugada à consolidação de uma massa crítica de decisões analogamente orientadas (CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2002, n. 1, pp. 3-5).

[85] Como a atividade legislativa acaba sendo vista como uma *ars combinatoria*, “l’aumento del numero delle regole comporta, quindi, uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di antinomie, di contraddizioni interne dell’ordinamento” (PICARDÌ, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2004, n. 1, pp. 44-45).

[86] PM, p. 117.

[87] GRAU, Eros Roberto. “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

[88] OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez (trad. Isabel Lifante Vidal). “DOXA – Cuadernos de filosofía del derecho”. Disponível no site: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 01 de junho de 2008, p. 183.

[89] GRAU, Eros Roberto. “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 26-27. Eros Roberto Grau, citando Tullio Ascarelli, escreveu que o intérprete autêntico (o juiz) “completa o trabalho do autor do texto normativo; a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto. (...) Tem de ser assim: porque a interpretação é transformada de uma expressão (o texto) em outra (a norma), sustento que o juiz “produz” o direito” (pp. 60-61). Vê-se, portanto, que o juiz está necessariamente vinculado ao texto legal: o legislador fornece o esboço de solução e o juiz, sopesando fatos e demais vínculos jurídicos (como, por exemplo, a consideração séria e comprometida do trabalho doutrinário), finaliza a obra de arte jurisdicional.

[90] PM, p. 285.

[91] PM, p. 286.

[92] OTTO, Walter Friedrich. “Os deuses da Grécia: a imagem do divino na visão do espírito grego” (trad. Ordep Serra). São Paulo: Odysseus, 2005, p. 110.

[93] Apud OTTO, Walter Friedrich. “Os deuses da Grécia: a imagem do divino na visão do espírito grego” (trad. Ordep Serra). São Paulo: Odysseus, 2005, pp. 96-97.

[94] MÜLLER, Friedrich. Introdução: o novo paradigma do direito. In: “O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito” (trad. Peter Naumann et alii). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 10-11.

[95] MICHELON JR., Cláudio Fortunato. “Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 171.

[96] FINNIS, John. “Natural law and natural rights”. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 18, em que o autor adianta, num breve resumo, os pilares em que uma teoria do direito natural deve se apoiar.

[97] Essa é a expressão adotada por Miguel Reale, que, diferentemente da visão jusnaturalista e com influências explícitas de Kant e Husserl, enxerga o problema dos valores enquanto imerso na história e concentrado no sujeito: “o homem é o valor-fonte de todos os valores porque somente ele é originariamente um ente capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de uma iluminação súbita de ordem intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens” (REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. In: “Paradigmas da cultura contemporânea”. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 107). A questão axiológica é digna de menção por assumir papel inarredável no processo interpretativo/aplicativo do juiz.

[98] PM, p. 220.

[99] Na seara pátria são exemplares as elaborações de Danilo Knijnik, baseadas na prática do direito comparado e em especial dos modelos norte-americanos (KNIJNIK, Danilo. “A prova nos juízos cível, penal e tributário”. Rio de Janeiro: Forense, 2007; KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. “Revista Forense”. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 303).

[100] KNIJNIK, Danilo. “A prova nos juízos cível, penal e tributário”. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19. Como afirma o autor, “essa “objetivização” está dirigida à razão prática, à lógica do discurso e à teoria da argumentação”, de maneira a transferir para a avaliação da prova critérios de racionalidade e controle na valoração das provas (p. 17).

[101] Recomenda-se a ampla utilização da ciência no afastamento das máximas de experiências, e quando impossível, deve-se observar o contraditório e adiantar às partes as máximas de que o juiz se servirá – “controle de validade intersubjetiva” (TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2001, n. 3, p.686).

[102] TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2001, n. 1, pp. 20-29.

[103] Chaïm Perelman procura resgatar as idéias da “retórica aristotélica”, que se configura na “arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis. Prolongando e desenvolvendo a definição de Aristóteles, diremos que seu objeto é o estudo das técnicas que visam a *provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*” (PERELMAN, Chaïm. “Lógica jurídica: nova retórica” (trad. Vergínia K. Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 141). Há que se colher de Perelman o que tem de proveitoso, haja vista que seu reducionismo (de todo o processo lógico à argumentação) é criticável. Essa sequer era a intenção de Aristóteles, que tinha na dialética tão-somente a primeira fase da formulação da lógica (representada pelo livro “Retórica”), seguida da organização sistemática das regras argumentativas (“Tópicos”) e, por fim, da teoria do raciocínio formal em geral (“Interpretação” e “Analíticos”). A dialética, para o filósofo estagirita, só prepara a lógica: “faltam-lhe, no entanto, ainda duas coisas que a distinguem da lógica. Primeiro e sobretudo, o seu saber lógico continua, em larga medida, em estado implícito. É uma arte, uma técnica. Dá regras, mas sem chegar a estabelecer e a formular sistematicamente as leis que as justificam. Além disso, o seu caráter agonístico tem

como efeito, não apenas impedir-lhe o acesso à independência científica, mas concentrar o seu interesse na argumentação de carácter erístico ou refutativo” (BLANCHÉ, Robert; DUBUCS, Jacques. “História da lógica” (trad. António Pinto Ribeiro e Pedro Elói Duarte). Lisboa: Edições 70, 2001, pp. 19-21).

[104] VIGO, Rodolfo Luis. “Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas” (trad. Susana Elena Dalle Mura; rev. Alfredo de J. Flores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 102-122.

[105] GRAU, Eros Roberto. “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 26-27.

[106] Como ensina Giacomo Gavazzi, só se poderia dizer que o direito é ilógico – admitindo-se a existência de uma ciência jurídica – se concebido como decisionismo (GAVAZZI, Giacomo. *Logica giuridica*. “Novissimo Digesto Italiano”. 3. ed. Torino: Editrice Torinese, 1957, v. 9, p. 1.063) – e isso, como já visto, não condiz com o momento atual das teorias gerais do direito. Bem refere Michele Taruffo que mesmo tendo sido abandonada a figura do juiz como máquina de silogismos, sobreviveu para os tempos hodiernos o valor da racionalidade da decisão judicial enquanto garantia de justiça (TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2001, n. 1, p. 20).

[107] BARATTA, Alessandro. *La jurisprudencia y la Ciencia Jurídica como fuente del Derecho*. In: “Las fuentes del derecho: primeras jornadas jurídicas de Lleda (13 y 14 de mayo de 1983)”. Barcelona: Ediciones de la Universitat de Barcelona, 1983, p. 51.

[108] Como afirma Giuseppe Capograssi, “la scienza è la storia continuamente presente e viva in ogni momento dell’esperienza giuridica: è storia non in quanto scritta, esteriore all’esperienza, ma la storia in quanto vita, presente alla vita, la storia appunto come tradizione che sorregge spiega dà un significato unitario alle continue forme nuove nelle quali la vita del diritto si va realizzando” (CAPOGRASSI, Giuseppe. “Il problema della scienza del diritto”. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 222-223).

[109] GHESTIN, Jacques. *Les données positives du droit*. “Revue trimestrielle de droit civil”. Paris: Dalloz, 2002, jan./mar., pp. 22-23.

[110] O ofício do pretor estava embasado no *imperium* conferido pelo *Populus* (já que eleito por assembleia popular) e na *auctoritas* partilhada pelos jurisconsultos. Conforme resume Henri Levy-Bruhl, tratando da participação dos juristas na elaboração da fórmula, “rien ne permet de supposer que le Préteur, conscient de son infériorité technique, n’ait suivi docilement les conseils du Prudent consulté” (LEVY-BRUHL, Henri. *Prudent et préteur*. “Revue historique du droit français et étranger”. Paris: Recueil Sirey, 1926, ano 5, p. 36).

[111] É o que confirma Aulo-Gélio em trecho das *Noctes Atticae* (XIV, 2).

[112] Há até mesmo um precedente jurisprudencial que pretende afirmar a “unidade científica” do Superior Tribunal de Justiça em rejeição à opinião da doutrina (STJ, 1.^a Seção, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º

279.889-AL, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 14 de agosto de 2002). Afirma o Ministro Humberto Gomes de Barros: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual para que este Tribunal seja respeitado. (...) Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressar o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”.

[113] Clóvis do Couto e Silva bem resume esse entendimento na seara pátria quando analisa a idéia de “Código central” e indica claramente que o “juiz-legislador do caso concreto” só atua por via dos complementos indicados pela doutrina: “O pensamento que norteou a comissão que elaborou o Projeto do CC brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto” (COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil em perspectiva histórica e visão de futuro. “Ajuris”. Porto Alegre: Ajuris, 1987, jul., pp. 148-149). Conforme indica Pontes de Miranda, a tradição de recorrer subsidiariamente à opinião dos juristas é prática que remonta às Ordenações, e que só foi afastada com o advento da “Lei da Boa Razão” (18 de agosto de 1769) – e que sofreu, diga-se *en passant*, duras críticas de juristas da época, como e.g. José Homem Correa Telles (PONTES DE MIRANDA, F. C. “Fontes e evolução do direito civil brasileiro”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 39-46).

[114] PM, p. 164.

[115] DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Consideração do poema. In: “A rosa do povo”. São Paulo: Record, 1999, p. 9.

[116] A metáfora da “concha do marisco abandonada” é criação de Walther Rathenau, reafirmada para o direito por Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: NICOLAU JÚNIOR, Mario (org.). “Novos direitos”. Curitiba: Juruá, 2007, p. 193).

[117] IRTI, Natalino. Nichilismo e metodo giuridico. “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”. Milano: Giuffrè, 2002, v. 56, p. 1.162.

[118] PM, p. 357.

[119] Como afirma Gary Minda, todas as linhas de estudo que procuram conexões entre direito e literatura parecem ter um arcabouço comum: a recuperação do elemento humano para o direito. São suas palavras: “The politics of this movement seems to be aimed at bringing out the human element missing in law” (MINDA, Gary. “Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century’s end”. New York: New York University Press, 1995, p. 158).

TEORIA POLÍTICA EM MACHADO DE ASSIS: O PARADIGMA MODERNO DE SIMÃO BACAMARTE*

MACHADO DE ASSIS'S POLITICAL THEORY: THE MODERN PARADIGM OF SIMÃO BACAMARTE

Gustavo Antunes Sengès

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar um paralelo entre a obra do escritor brasileiro Machado de Assis, *O alienista*, e um dos clássicos autores da Teoria Política, crítico do paradigma moderno, Jean Jacques Rousseau. O racionalismo presente em toda a era moderna, o qual exclui qualquer forma de sentimento proveniente das paixões ou da intuição produz para o homem o seu próprio aprisionamento. Neste sentido, a análise apurada do filósofo contemporâneo Michel Foucault, também, servirá como pano de fundo para uma crítica deste paradigma. Apesar do centenário da morte do autor brasileiro seu olhar mantém-se vivo e muito atual.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA BRASILEIRA, TEORIA POLÍTICA, RACIONALISMO, PARADIGMA MODERNO.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to compare the book “*O alienista*”, from the brazilian writer Machado de Assis and one of the classical political theoretical, Jean Jacques Rousseau. The racionalism presented during the modern age rejects any kind of feeling, such as passion or intuition, and builds for the human being his own jail. At this sense, the sensible analyses of the contemporanean philosopher, Michel Foucault, will support this critical view of this paradigm. In spite of the century of the brazilian author’s death, his view remains lively and updated.

KEYWORDS: LAW AND BRAZILIAN LITERATURE, POLITICAL THEORY, RACIONALISM, MODERN PARADIGM.

I. Apresentação

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

No ano do centenário da morte de um dos mais importantes autores da literatura brasileira, Machado de Assis, suas obras mantêm a mesma atualidade e vitalidade. No conto, *O alienista*[1], elaborado há mais de um século, Machado tece uma crítica contundente ao cientificismo e ao racionalismo predominantes à época. Além das manifestações artísticas, sempre na vanguarda de seu tempo, a teoria geral da relatividade apresentada por Einstein[2] e o pensamento freudiano[3] do início do século XX contribuíram para a corrosão do imaginário moderno.

São, também, fontes inspiradoras deste trabalho, as comemorações pelos Movimentos de Maio de 68[4], considerados por muitos, uma autêntica Revolução, por se tratar de uma tentativa - ainda em curso - de ruptura com o pensamento paradigmático moderno. Talvez, nestes eventos mencionados até então, estejam presentes a convergência de motivos pensada por Boaventura de Souza Santos, capaz de destruir os alicerces seculares de um paradigma. Segundo, o sociólogo português, isto se dá quando as ciências e os saberes construídos acima deste paradigma passam a questioná-lo, demonstrando, assim, a sua total inviabilidade diante de uma nova sociedade que se descortina. Sobre estas bases, este trabalho foi pensado e concebido.

II. Introdução

O objetivo deste trabalho é traçar os paralelos existentes entre o conto *O alienista* de Machado de Assis e uma das principais obras de Teoria Política fundadoras do paradigma moderno, qual seja, o *Leviatã* de Thomas Hobbes. A ciência política será examinada aqui, não em seu aspecto macro, o Estado, mas sim, em seu micro universo, circunscrito à cidade fluminense de Itaguaí, local onde transcorre a narrativa machadiana. Esse recorte tem seus pilares sustentados pelo pensamento do filósofo Michel Foucault, arguto observador das esferas da política e do poder no âmbito produtivo e molecular, sobretudo em seus estudos para compreender as instituições familiares, prisionais e hospitalares.

A preocupação concernente ao papel da ciência na política faz-se presente tanto em alguns capítulos do *Leviatã*, quanto na primeira obra[5] que catapultou Jean Jacques Rousseau ao *pantheon* dos gigantes da Teoria Política Moderna. Não é por acaso que ambos os autores, mesmo em posições dissonantes, reservaram significativo espaço em seus pensamentos e escritos para discorrer a respeito da estreita relação entre ciência e poder. Na obra de Machado, assim como nos clássicos de Teoria Política, poder e saber se legitimam mutuamente e não podem ser pensados separadamente.

Cabe ressaltar que a modesta pretensão deste trabalho não é fazer uma crítica literária da obra machadiana, mas tão somente examinar os caminhos da ciência e da razão ao longo dos últimos séculos sob a ótica do personagem Simão Bacamarte de *O alienista* consonante com a teoria dominante do tributo à ciência, presente no clássico de Thomas Hobbes. O imaginário moderno foi profundamente marcado por esta forma de olhar.

III. A construção da Casa Verde

Simão Bacamarte, ilustre doutor formado nas melhores universidades européias, ao regressar ao Brasil, escolhe a ciência como sua soberana e Itaguaí como seu universo. Nos primeiros anos na cidade, em meio aos estudos científicos, casa-se com Dona Evarista, cuja escolha tem como critério o processo de seleção natural visando ter “filhos robustos, são e inteligentes”. [6]

Os primeiros indícios de supressão da afetividade são esboçados, quando o casal após frustradas tentativas, desiste da paternidade e Simão passa a dedicar-se integralmente ao estudo da ciência, mais especificamente, de seu “recanto psíquico”. Em associação com a política local, o médico reúne fundos para construir a Casa Verde, nome dado ao asilo psiquiátrico onde Simão estudaria a loucura com profundidade.

“O principal nesta minha obra da Casa Verde é estudar profundamente a loucura, os seus diversos graus, classificar-lhes os casos, descobrir enfim a causa do fenômeno e o remédio universal. Este é o mistério do meu coração. Creio que com isso presto um bom serviço à humanidade”. [7]

O médico passa a construir a própria verdade e o “amontoamento hospitalar” surge “como produtor da realidade da doença”, [8] como afirmara Michel Foucault. Cabe ressaltar, ainda, segundo o filósofo francês, que a loucura não era passível de internação antes do século XVIII. A própria natureza funcionava como espaço terapêutico apto a dissipar o erro e fazer sumir as quimeras. As prescrições médicas da época faziam menções à viagens, passeios, retiros etc.

A função da “Casa Verde” como processo de internação ganha corpo no final do século XVIII. Neste momento a obsessão por modelos classificatórios, constituídos a partir dos

“privilégios do conhecimento” passam a legitimar as decisões do médico. Segundo Foucault, “todas as técnicas ou procedimentos efetuados no asilo do século XIX – (...) – tudo isto tinha por função fazer do personagem do médico o mestre da loucura”. [9]

Impulsionado pela certeza na delimitação perfeita da doença e da razão, Dr. Bacamarte põe em funcionamento sua máquina de internação de todos os “loucos” da cidade. Esse processo dá-se de forma gradual e, inicialmente, sob o aval do povo.

Em uma brilhante passagem do conto, Simão Bacamarte, após internar uma figura querida e “aparentemente normal” da cidade, recebe algumas pessoas que vieram intervir pelo interno. Não se deixando levar pela compaixão, o ilustre doutor reafirma a sua cega convicção ao ponderar que a “Ciência era a Ciência”.

O doente internado passa a ser um cidadão sem direitos, destituído das garantias fundamentais, “abandonado à arbitrariedade dos médicos e enfermeiros, os quais podem fazer dele o que bem entendem”. [10] Neste sentido, a associação com os cidadãos excluídos socialmente na macro esfera do universo estatal é inevitável.

No decorrer da narrativa, no entanto, o alienista “exorbita de seu poder” e passa a internar cada vez mais itaguaienses, despertando a fúria de seus concidadãos inconformados e amedrontados. Em uma dessas rebeliões lideradas por um personagem do conto, uma multidão revoltosa dirige-se à residência de Simão Bacamarte, com o intuito de repelir as suas práticas e destruir a Casa Verde, denominada pelos insurgentes de “Bastilha da razão humana”. [11] Em meio a essa balbúrdia, o líder do movimento acaba se aproveitando da situação para dar um golpe e proclamar-se o Poder Supremo do município.

O interessante episódio destila uma crítica irônica de Machado de Assis à tomada de poder por aquele que havia se comprometido com o “povo” em destruir o reinado de Simão Bacamarte e de sua Casa Verde. No entanto, travestido no poder, ele acaba sucumbindo ao discurso do alienista e desiste daquela tarefa ao reafirmar “que o governo reconhece que a ciência é puramente científica”. [12] O episódio retrata práticas corriqueiras da política, quando alternam-se os personagens, porém o modelo permanece o mesmo. Além de evidenciar a emblemática separação presente em todo o imaginário moderno entre o “eu” e o “outro”, a mente e o corpo, o ser e o objeto (de estudo). O racionalismo que imperava na época seria incapaz de desconfiar da neutralidade científica? Ou seria, em verdade, o poder consciente alimentando-se da ciência para legitimar-se? Ou mais ainda, deslumbrando-se com a elegância da expressão “Bastilha da razão humana”, como observou Raymundo Faoro? [13]

Na continuidade ocorrem, ainda, mais algumas alternâncias de poder, nas quais, os novos governantes nunca ousaram questionar o papel da razão e da ciência, materializados pela Casa Verde. Simão Bacamarte prossegue em seu processo de produção da realidade e da doença, a ponto de encarcerar a sua própria esposa, D. Evarista e todos aqueles que apresentavam os subjetivos requisitos construídos por ele. Nem o padre é poupado das investidas de Simão Bacamarte, simbolizando a preponderância da ciência sobre a teologia. O racionalismo científico esmaga o que ainda restara do paradigma teológico. Segundo, Faoro,

“A ciência, ao minar as bases do conhecimento tradicional, só reconhece a razão e, com base na razão, o progresso indefinido contra os obstáculos religiosos – obstáculos que são obstáculos quando aliciam a tradição na resistência à luz científica”. [14]

O alienista, no papel de “cientista – perito”, detentor da verdade científica, sustenta, durante toda a obra de Machado de Assis, “o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro”. [15] Este foi, portanto, o papel relegado ao racionalismo científico narrado no conto.

IV. A razão e a ciência

“Em qualquer assunto em que o homem não tenha uma ciência infalível pela qual se guiar, é sinal de loucura”. [16]

A ciência como única forma de pensar o real marca a epistemologia moderna. O projeto iluminista descreve a história com base na ciência e na razão, excluindo todas as formas de saber oriundas da intuição ou da afetividade. Hobbes busca na racionalização o pressuposto da modernidade, e para isso, a ciência e a razão exercem um papel central neste processo legitimador.

Na primeira parte da obra *Leviatã*, Hobbes dedica-se a entender o homem. Já em suas páginas iniciais, ele adverte: “aquele que vai governar uma nação deve ler não este ou aquele indivíduo em particular, mas o gênero humano”. [17] Na introdução, o autor inglês deixa transparecer sua visão antropocêntrica e universalista da natureza humana, pouca afeita à construção historicista.

O método aritmético ou geométrico é mencionado por Hobbes para justificar a teoria política e para descobrir os deveres do homem. “Em resumo, seja em que matéria for que houver lugar para adição e para subtração, há também lugar para a razão”. Desta forma, prossegue o filósofo inglês, “razão, nesse sentido, nada mais é do que cálculo, isto é, adição e subtração, das conseqüências de nomes gerais estabelecidos para marcar e significar nossos pensamentos”. [18]

Os cientistas políticos passam a lidar com realidades imutáveis como se seus objetos de estudo existissem independentes de ideologias. A ciência é vista como a única verdadeira forma de conhecimento. Pesquisador e objeto não se confundem e não há a influência de um sobre o outro, segundo a lógica consensual vigente, reforçada pela criação artificial da razão humana. Para Hobbes, “os homens todos, por natureza raciocinam de forma semelhante, e bem quando têm bons princípios”. [19]

Os homens preocupados em buscar e encontrar a verdade quando não possuem aptidões para encontrá-la em si mesmos são obrigados a confiar na opinião alheia e com isso legitima-se o processo de dominação através da razão. Assim como na obra de Machado de Assis, ninguém se atrevia a questionar o saber do Dr. Bacamarte, “cujo altíssimo gênio, elevando as asas muito acima do sol, deixou abaixo de si todos os demais espíritos da terra”. [20]

Para o personagem machadiano, a ciência “é coisa séria” e aos excluídos, nunca, se deve dar razão.

“Poderia convidar alguns de vós em comissão dos outros a vir ver comigo os loucos reclusos; mas não o faço, porque seria dar-vos razão do meu sistema, o que não farei a leigos nem a rebeldes”. [21]

Essa forma de dominação também é legitimada na obra de Thomas Hobbes, como na passagem transcrita a seguir:

“A ausência de ciência, em outras palavras, a ignorância das causas, predispõe, ou melhor, obriga os homens a confiar na opinião e autoridade alheia.” [22]

Conforme, alertado na introdução deste trabalho, embora as obras em questão operem em dimensões totalmente distintas (micro e macro), é neste ponto que elas

convergem; através da supremacia da razão. Publicadas em um *interregno* superior a dois séculos [23], ambas traçam análises semelhantes sobre o papel legitimador do saber e seu intuito de assegurar o exercício de um poder. É neste sentido que a análise meticulosa de Michel Foucault busca explicar tais relações de poder com base na produção dos saberes.

V. O poder e o saber

“Sabemos sobre a sua doença e sua **singularidade** coisas suficientes, das quais você nem sequer desconfia, para reconhecer que se trata de uma doença; mas desta doença conhecemos o bastante para saber que você não pode exercer sobre ela e em relação a ela **nenhum direito**. (...) Este jogo de uma relação de poder que dá origem a um conhecimento que, por sua vez, funda os direitos deste poder, caracteriza a psiquiatria clássica”. [24] (G.N.)

Conforme, preceitua Foucault a produção da verdade como núcleo do pensamento científico foi pouco a pouco se impondo de forma universal. Embora não exista para ele, uma teoria única e global de poder há uma prática perpetuada ao longo dos últimos séculos, construída historicamente. Esta relação entre sujeito e objeto, uma relação de dominação, foi marcada pelo racionalismo vigente à época. A construção teórica deste modelo de poder e saber buscava separar o homem corpo de seu psiquismo e a medicina moderna, não raro, sofreu fortes conseqüências deste conhecimento excessivamente especializado.

No cientificismo retratado no conto, o paradigma moderno individualista pode ser percebido na dicotomia mente e corpo, indivíduo e sociedade, e, principalmente, no dualismo sujeito e objeto. O dualismo e a compulsão por classificações e estratificações ficam evidentes nesta passagem do método aplicado pelo alienista.

“Uma vez desonerado da administração, o alienista procedeu a uma vasta classificação dos seus enfermos. Dividiu-os primeiramente em duas classes principais: os furiosos e os mansos; daí passou às subclasses, monomanias, delírios, alucinações diversas . “[25]

A relação de poder que se desnudava no trato do médico com seus doentes só pode ser consentida mediante a veracidade irrefutável internalizada pelo saber científico. Apenas este saber, assim como as ciências exatas, possui a legitimidade da verdade. Hobbes ao explicar a razão humana com base nas quatro operações aritméticas formula em sua teoria, a formação do próprio Estado, o Leviatã. Nele, os súditos não podem se insurgir contra as instituições soberanas, cuja “atribuição é sempre permanente e incondicional”. [26] No determinismo hobbesiano, existia uma ordem racional pré-concebida, constituída de princípios inabaláveis.

Feita esta digressão ao macroambiente da Teoria Política, deve-se retornar ao universo minimalista das instâncias horizontais de poder. Neste recorte, surge um importante aspecto na contribuição teórica de Foucault ao examinar o papel dos saberes. Segundo, o pensador francês, o poder que perpassa todo o corpo social possui, não somente um caráter negativo (disciplinador), mas principalmente, uma instância positiva. O poder enquanto sistema disciplinador e repressivo seria insuficiente para manter o *status quo* necessário ao consenso social. Assim, acrescenta Foucault:

“Pois se o poder só tivesse a função de reprimir, se agisse apenas por meio da censura, da exclusão, do impedimento, do recalçamento, à maneira de uma grande super-ego, se apenas se exercesse de um modo negativo, ele seria muito frágil. Se ele é forte, é porque produz efeitos positivos em nível do desejo – como se começa a conhecer – e também em nível do saber. O poder, longe de impedir o saber, o produz”. [27]

Essa idéia de poder produtor de um homem alijado de seu próprio eu, se coaduna com o modelo de exclusão e isolamento, materializados pela Casa Verde. Na introdução de *Microfísica do Poder*, Roberto Machado conclui:

"É o hospício que produz o louco como doente mental, personagem individualizado a partir das relações disciplinares de poder. (...) Em suma, o poder disciplinar não destrói o indivíduo, ao contrário, ele o fabrica." [28]

O poder não almejava, tão somente, a punição do homem através de sua exclusão da vida social (força repressiva – negativa), mas sim gerir por intermédio de uma força produtiva, indivíduos “dóceis socialmente”. Neste mesmo sentido, Rousseau denuncia o papel das ciências e das artes, cujo intuito seria o de submeter os povos a uma disciplina social semelhante à escravidão. O estudo da ciência, para o pensador em questão, “afrouxa a coragem”, [29] prejudica as qualidades guerreiras e mina a virilidade do homem. Sob este véu encontram-se encobertos os verdadeiros sentimentos humanos, e o homem é comparado a um “rebanho chamado sociedade.”

As técnicas empregadas pelo alienista formaram o amálgama, cada uma à sua maneira, das mais variadas instituições modernas. Todas corroboraram, do ponto de vista político, para o triunfo deste modelo. Foucault assevera:

"É assim que o hospital (assim como o hospício psiquiátrico) não é apenas local de cura, máquina de curar, mas também instrumento de produção, acúmulo e transmissão do saber. e, em contrapartida, todo saber assegura o exercício de um poder. Cada vez mais se impõe a necessidade do poder se tornar competente. Vivemos cada vez mais sob o domínio do perito". [30]

A posituação de um poder rígido e denso constituiu o *modus operandi* dos regimes disciplinares modernos, quer sejam nas prisões, nas escolas, nos hospícios ou nas famílias. O aparelho produtivo empregado por Simão Bacamarte tinha como função instalar esse rígido processo de construção da loucura. A formulação de um totalitarismo que não tolera diferenças. Esta foi a marca da inserção do indivíduo no corpo social na vigência do paradigma moderno, sob o véu da artificialidade que insiste em ver o homem descolado de seu contexto social.

VI. Considerações Finais

Machado de Assis conclui sua obra de modo genial e condizente com a crítica sustentada ao longo do texto. Após libertar todos os internos, Simão Bacamarte, impregnado por sua própria visão, e ocultando qualquer resquício emocional ou afetivo, recolhe-se à Casa Verde, “com os olhos acesos da convicção científica, trancou os ouvidos à saudade da mulher, e brandamente a repeliu”. [31] Sua cega convicção na ciência fez dele prisioneiro de si mesmo.

O aparelho punitivo empregado por Simão Bacamarte tinha como função instalar esse rígido processo de delimitação da normalidade e da anormalidade. Nesse mosaico construído pelo racionalismo e legitimado pelo poder (ou vice versa), o vigiado passa a identificar-se e aceitar a visão de quem o vigia. Não há espaço para a construção da subjetividade e para a apreensão das experiências de forma espontânea e gradual.

Tudo poderia justificar-se pela ciência e sua reta razão. O sujeito passa a se constituir de fora para dentro, de sua casca para o seu cerne, negando a sua própria subjetividade, alijando seus afetos, paixões ou intuição. O paradigma moderno é excludente e somente opera sob uma lógica disjuntiva, ao apartar o ser humano da natureza, a mente do corpo, o “eu” do “outro”.

A diferença e a singularidade passam a identificar-se como sinônimos de loucura e antônimos do consenso. Aquilo que existe no plano social e histórico não pode ser dissociado do plano das relações humanas e simbólicas. Relegar o homem à uma esfera exclusivamente racional é transformar a sociedade em uma imensa Casa Verde. É olhar e nada ver.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Machado de. *O Alienista*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. São Paulo: Globo, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

WEFFORT, Francisco C. (org). *Os Clássicos da Política. Vol 1.* São Paulo: Ática, 2006.

PLASTINO, Carlos Alberto. *A cidadania como pertencimento: uma reflexão a partir da psicanálise*, in Trabalho, Educação e Saúde, Vol 4, Número 2, Setembro de 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre as Ciências e as Artes*, in Os Pensadores, Vol XXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez, 2005.

STAROBINSKI, Jean. *Jean Jacques Rousseau: a transparência e o obstáculo.* São Paulo: Cia das Letras, 1991.

[1] O alienista foi publicado em 1882.

[2] A Teoria Geral da Relatividade de Einstein fora apresentada em 1915.

[3] Algumas de suas principais obras, dentre elas “A Interpretação dos Sonhos” (1899), “Três ensaios sobre a Sexualidade” (1905) e “O ego e o id” (1923) foram escritas neste período.

[4] O próprio Michel Foucault reconhece a relevância da abertura política defendida nos movimentos de 68 para que certos temas fossem postos em pauta para ser debatidos “nas malhas mais finas da rede de poder”. FOUCAULT, 1979, p. 6.

[5] A obra à qual nos referimos é *O Discurso sobre as Ciências e as Artes*, apresentada à Academia de Dijon no ano de 1749, em resposta à seguinte indagação proposta pela academia: “Se o progresso das ciências e das artes contribuiu para corromper ou apurar os costumes”. De modo surpreendente, Rousseau ao responder à questão, faz uma crítica às ciências e às artes, atribuindo-lhes a responsabilidade pelo entorpecimento e decadência do homem. Ele enxerga a ciência, ao contrário do que se verificava na época, como eivada de vícios e interesses. Seu texto foi premiado e publicado no ano de 1750. Rousseau fora considerado uma figura a frente de seu tempo e um precursor do

Romantismo, movimento artístico e filosófico marcado pela subjetividade e pelo primado da afetividade.

[6] ASSIS, 2007, p. 12.

[7] ASSIS, 2007, p. 20.

[8] FOUCAULT, 1979, p. 120.

[9] FOUCAULT, 1979, p. 122.

[10] FOUCAULT, 1979, p. 126.

[11] Neste ponto, Machado de Assis faz uma clara alusão ao acontecimento símbolo e inaugural da política moderna, a Revolução Francesa, ao comparar a Casa Verde à Bastilha.

[12] ASSIS, 2007, p. 53.

[13] Raymundo Faoro afirma, “um dos vereadores, ouvindo agora a denominação dada à Casa Verde – Bastilha da Razão Humana - achou-a tão elegante que mudou seu parecer”. (p 195) FAORO, 2001.

[14] FAORO, 2001, p. 478.

[15] FOUCAULT, 1979, p. 12.

[16] HOBBS, 2008, p. 45.

[17] HOBBS, 2008, p. 17.

[18] HOBBS, 2008, p. 39.

[19] HOBBS, 2008, p. 43.

[20] ASSIS, 2007, p. 66.

[21] ASSIS, 2007, p. 45.

[22] HOBBS, 2008, p. 81

[23] O *Leviatã* fora publicado no ano de 1651 e *O alienista* em 1882.

[24] FOUCAULT, 1979, p. 127.

[25] ASSIS, 2007, p. 20

[26] COMPARATO, 2006, p. 202.

[27] FOUCAULT, 1979, p. 148.

[28] FOUCAULT, 1979, p. XIX.

[29] ROUSSEAU, 1973, p. 354.

[30] FOUCAULT, 1979, p. XXII.

[31] ASSIS, 2007, p. 76.

A ARTE DE SEGUIR UMA REGRA SEGUNDO PEDRO MALAZARTE*

THE ART OF FOLLOWING RULES WITH PEDRO MALAZARTE

Júlio Aguiar de Oliveira

RESUMO

Este artigo objetiva buscar no folclore brasileiro exemplos capazes de ilustrar a crítica ao fundacionalismo intelectualista no contexto da interpretação/aplicação de regras. O artigo parte das narrativas das aventuras de Pedro Malazarte, conforme registradas por Luís da Câmara Cascudo em *Contos Tradicionais do Brasil* e, em seguida, investiga as reflexões de Wittgenstein sobre regras e as de Kelsen sobre aplicação de normas, nas quais esses autores desenvolvem suas críticas ao fundacionalismo intelectualista no contexto da interpretação/aplicação de regras (ou normas). Na conclusão, é apresentada uma comparação entre a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e as críticas ao fundacionalismo intelectualista presentes em Malazarte, Wittgenstein e Kelsen.

PALAVRAS-CHAVES: REGRAS; FUNDACIONALISMO INTELLECTUALISTA; MALAZARTE; WITTGENSTEIN, KELSEN; HIATO FRONÉTICO; DIREITO E LITERATURA.

ABSTRACT

This paper goes to brazilian folk lore in order to bring examples to illustrate a criticism to intellectual foundationalism applied to rules. The paper begins with Pedro Malazarte's traditional tales, as registered by Luís da Câmara Cascudo, in *Contos Tradicionais do Brasil*, then it investigates the thoughts of Wittgenstein about rules and the thoughts of Kelsen about the application of norms, in which those philosophers develop their criticisms to intellectualist foundationalism within the context of interpretatio/application of rules (or norms). At the conclusion, it places a comparison between the dworkian criticisms to legal positivism and the criticism to intellectualist foundationalism by Malazarte Wittgenstein and Kelsen.

KEYWORDS: RULES, INTELLECTUALIST FOUNDATIONALISM; MALAZARTE; WITTGENSTEIN; KELSEN; PHRONETIC GAP; LAW AND LITERATURE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

Norberto Bobbio, em *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, registra um momento significativo de entusiasmo juspositivista. No contexto Iluminista do século XVIII, a fim de justificar a codificação, Siéyès sustenta que, no dia em que ela vigesse, o procedimento judiciário passaria a consistir apenas em um juízo de fato, uma vez que a *quaestio iuris* deixaria de apresentar qualquer dificuldade (1995: 67).

É esse o sonho do positivismo jurídico: a elaboração de um direito, entendido como sistema de normas postas pelo Estado, que pudesse ser aplicado de forma direta, isto é, dispensando a necessidade da interpretação. Um sistema de normas que, além de regular as condutas dos cidadãos, também fosse capaz de regular a sua própria aplicação.

No entanto, pouco mais de dois séculos depois, o sonho da construção de um sistema de regras, no espírito do código desejado por Siéyès, já não tem mais como ocultar sua verdadeira natureza. Esse sistema pode ser um sonho ou um pesadelo, mas não pode ser real. A chave para torná-lo real, o passo da eliminação da interpretação para a aplicação das regras, não pode ser dado. Para Siéyès, Beccaria e outros Iluministas, parecia até um passo fácil de ser executado. As regras apenas deveriam ser claras. Ora, onde há clareza, dispensa-se a interpretação. Mas o que eles não foram capazes de perceber, é que não há clareza antes da interpretação. Não há aplicação de normas sem interpretação, dirá, mais tarde, Hans Kelsen.

A tese da impossibilidade de um fundacionalismo intelectualista no contexto da interpretação/aplicação de uma regra, defendida por Wittgenstein e por Kelsen, é ilustrada, neste trabalho, pelas aventuras de Pedro Malazarte. O recurso à literatura ajuda a perceber a validade dessa tese e, conseqüentemente, ajuda a perceber onde se encontra a raiz do fracasso do positivismo jurídico enquanto paradigma para a compreensão e realização do Direito. O positivismo jurídico fracassa por que um sistema de regras (ou normas) capaz de controlar a sua própria interpretação/aplicação é impossível. Se esse sistema é impossível, é claro que não há nenhuma necessidade de se buscar completá-lo com princípios, como pretende Dworkin em sua crítica ao positivismo.

O problema fundamental da argumentação de Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério*, é que a noção de princípios surge a partir de um contraste entre o desconhecido com uma ilusão. Para Dworkin, os princípios existem porque as regras não dão conta do

recado. Ora, a questão, porém, é que o que não existem são as regras conforme concebidas por Dworkin. E é óbvio que, não existindo, não podem dar conta do recado.

Além de não possibilitar uma compreensão adequada dos princípios, a distinção entre regras e princípios, conectada à tese da presença dos princípios no contexto do ordenamento normativo, em *Levando os Direitos a Sério*, não conduz a uma crítica radical do positivismo jurídico. Não possibilita, de qualquer forma, uma crítica de impacto semelhante à crítica do positivismo derivada da tese do fracasso do fundacionalismo intelectualista no processo de aplicação/interpretação das normas, crítica que pode ser derivada das *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, como, também, das aventuras de Pedro Malazarte.

2. Seguindo regras com Pedro Malazarte

À primeira vista, seguir uma regra não parece ser algo especialmente complicado. Que dificuldade pode haver em seguir uma regra simples? Se, por exemplo, uma placa diz PARE, eu paro. Mas quando é que eu posso voltar a andar? Alguém então me diz:

- É só dar uma paradinha, olhar para ver se vem algum outro carro e, caso não venha, pode seguir.

- Mas eu estou vendo um veículo vindo lá no começo da rua. Ele vem devagar, vai demorar até chegar aqui. Eu tenho de esperar? E se, no lugar de um carro, estiver vindo uma bicicleta?

- Olha, quer saber de uma coisa. Deixe isso para lá. É só você me seguir que eu vou te mostrar como é que se faz.

Talvez seguir uma regra simples não seja assim tão simples.

Em *Contos Tradicionais do Brasil*, Luís da Câmara Cascudo reúne seis aventuras de Pedro Malazarte. Em algumas dessas aventuras, Pedro Malazarte apresenta sua arte de seguir uma regra. Para Malazarte, uma arte de luta, baseada naquilo que, com Wittgenstein e Kelsen, pode-se entender como a crítica ao fundacionalismo intelectualista de uma regra. Isto é, a arte de seguir uma regra de Malazarte é construída a partir da compreensão básica de que uma regra, ainda que simples, não pode e nem tem como poder controlar sua própria interpretação/aplicação.

Na abertura do ciclo de aventuras de Malazarte, Câmara Cascudo registra a descrição do contexto no qual se situam as narrativas:

Um casal de velhos possuía dois filhos homens, João e Pedro, este tão astucioso e vadio que o chamavam Pedro Malazartes. Como era gente pobre, o filho mais velho saiu para ganhar a vida e empregou-se numa fazenda onde o proprietário era rico e cheio de velhacarias, não pagando aos empregados porque fazia contratos impossíveis de cumprimento. João trabalhou quase um ano e voltou quase morto. O patrão tirara-lhe uma tira de couro desde o pescoço até o fim das costas e nada mais lhe dera. Pedro ficou furioso e saiu para vingar o irmão. (CASCUDO, 2004: 174)

Há uma situação de injustiça bem definida. João é pobre e precisa trabalhar para ganhar a vida. O fazendeiro é rico, precisa de trabalhadores, e contrata os serviços de João. Porém, em vez de pagar o salário devido, o fazendeiro, lançando mão de contratos impossíveis, e de uma interpretação própria desses contratos, escusa-se do pagamento dos salários e ainda arranca uma tira de couro das costas de João. Pedro Malazarte, então, sai em busca de vingança para o irmão. Ele procura o mesmo fazendeiro, que aceita lhe dar trabalho sob duas condições: a) não enjeitar serviços; b) do primeiro que se zangasse, o outro fica autorizado a tirar uma tira de couro. Malazarte aceita os termos do contrato e começa a trabalhar.

No primeiro dia foi trabalhar numa plantação de milho. O patrão mandou que uma cachorrinha o acompanhasse. Só podia voltar quando a cachorra voltasse para casa. Pedro meteu o braço no serviço até meio-dia. A cachorrinha deitada na sombra nem se mexia. Vendo que era combinação, Malazartes largou uma paulada na cachorra que saiu ganindo e correndo até o alpendre da casa. O rapaz voltou e almoçou. Pela tarde, nem precisou bater na cachorra. Fez o gesto e o bicho voou no caminho.

Nesse primeiro dia, Malazarte – mantendo-se perfeitamente dentro da órbita das regras recebidas e do contrato ajustado – é capaz de escapar da armadilha do fazendeiro. Ele só poderia voltar quando a cachorra voltasse, mas não havia menção alguma em relação ao tipo de tratamento que deveria ser dispensado à cachorra.

No outro dia o fazendeiro escolheu outra tarefa. Mandou-o limpar a roça de mandioca. Pedro arrancou toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo. Quando foi dizer ao patrão o que fizera este ficou feio.

- Zangou-se, meu amo?

- Não, senhor – respondeu o patrão. (CASCUDO, 2004: 174)

O que significa “limpar a roça de mandioca”? É claro que arrancar toda a plantação, deixando o terreno completamente limpo não é o significado pretendido pelo fazendeiro. No entanto, é uma interpretação possível, na medida em que se sustenta na polissemia do verbo “limpar”. Algo com que o próprio fazendeiro, como se vê na seqüência do conto, tem de concordar.

Na continuação da narrativa, o fazendeiro dá ainda mais algumas tarefas a Pedro. Registro, aqui, apenas mais duas. A de que Malazarte trouxesse o carro de bois carregado de pau sem nós, da qual ele se desincumbe cortando quase todo o bananal da fazenda, uma vez que bananeira é pau sem nó. E a de levar o carro de bois, com a junta de bois, para dentro de uma sala numa casinha, sem passar pela porta, que o fazendeiro ainda tranca e esconde a chave. Pedro dá conta da tarefa picando, com um machado, o carro de bois e os bois e jogando, pela janela, os pedaços para dentro do quarto.

A estratégia adotada por Pedro para vencer o fazendeiro, em todos esses casos, é a mesma. A de se manter “dentro” das regras dadas, subvertendo-as pela interpretação. Roberto DaMatta, em *Carnavais, Malandros e Heróis*, reflete sobre essa estratégia:

O que Pedro realiza é sua parte integral no contrato, obedecendo até às últimas conseqüências as ordens do patrão. Assim fazendo, Pedro Malasartes pode tirar partido do “outro lado” do contrato, conseguindo transformar a desvantagem em vantagem. Se ele e o fazendeiro estavam presos por um contrato impessoal, e se o fazendeiro era velhaco e não respeitava a humanidade de seus empregados, é nesse ponto que Pedro se agarra para realizar sua vingança. Desse modo, Pedro apenas segue todas as ordens, mas segue tudo ao pé da letra, derrotando sistematicamente o fazendeiro. Um empregado respeitador e orientado para o código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração jamais iria pensar em destruir os sagrados bens de produção do seu empregador, e assim seria liquidado por ele. (DaMATTA, 1997: 293)

É claro que, embora DaMatta interprete as ações de Pedro Malazarte como ações de seguir a regra ao “pé da letra”, o próprio DaMatta nos revela, no desenvolvimento da sua argumentação, o verdadeiro sentido delas. Não existe em si mesmo um “pé da letra” da regra, bem como não existe uma correta compreensão do contrato que possa ser extraída do contrato mesmo, uma vez que a maneira correta de se seguir uma regra não pode ser extraída da regra mesma. O que existe são interpretações que se sustentam sobre panos de fundo, às vezes inarticulados, mas sempre presentes. Pedro Malazarte é capaz de vencer o fazendeiro explorador porque é capaz de interpretar as regras sob um pano de fundo que não o pano de fundo compartilhado por fazendeiros e empregados respeitadores daquilo que DaMatta chama de “código dos favores, da patronagem positiva e das relações pessoais vincadas pela consideração”.

3. Seguindo regras com Wittgenstein?

A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico parte da distinção entre regras e princípios (2002). No entanto, a estratégia, adotada por Dworkin, de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras, não é esclarecedora. Dizer o que os distinguem das regras traz consigo o problema de tomar como evidente a possibilidade de perfeita compreensão do sentido das regras, o que, de maneira alguma, é evidente. A perfeita compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra, que Dworkin considera possível ao menos em teoria é, de fato, impossível. Taylor, com base em Wittgenstein, observa:

Compreender parece implicar conhecimento ou consciência, mas Wittgenstein demonstra que o sujeito não só não tem como não pode ter consciência de toda uma gama de questões que, não obstante, têm influência direta sobre a correta aplicação de uma regra. (TAYLOR, 2000: 181)

Não ter e nem poder ter consciência de toda a gama de questões envolvidas na correta aplicação de uma regra não significa que o sujeito não possa aplicar regras corretamente. O que Wittgenstein demonstra é que a aplicação correta de uma regra não pode depender de um seu perfeito conhecimento *a priori*. As regras não trazem em si mesmas e, portanto, não dão de si mesmas um conhecimento perfeito garantidor de uma perfeita aplicação. Seguir uma regra deixa sempre um espaço para o engano decorrente de uma compreensão incorreta. Em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein dá uma série de exemplos nesse sentido (2005).

O que Wittgenstein pretende com sua argumentação em torno das regras e o que Malazarte nos ajuda a entender, é a falência de um fundacionalismo intelectualista. É justamente esse fundamento que não existe, nem em face da mais simples das regras. Taylor observa:

Por que pode alguém sempre entender erroneamente? E por que não temos de resolver todas essas questões potenciais antes de podermos nos compreender a nós mesmos? A resposta a essas duas questões é a mesma. Compreendemos sempre contra um pano de fundo daquilo que é tido por certo, em que simplesmente nos apoiamos. Sempre pode aparecer alguém que não disponha desse pano de fundo, razão por que a mais simples coisa pode ser entendida erroneamente, em particular se deixarmos a imaginação à solta e imaginarmos pessoas que nunca ouviram falar de setas. No entanto, ao mesmo tempo, o pano de fundo, na qualidade daquilo em que simplesmente nos apoiamos, não é o *locus* das questões resolvidas. Quando a compreensão errônea advém de uma diferença de pano de fundo, o que precisa ser dito para esclarecer a questão articula parte do pano de fundo do explicador que pode nunca ter sido articulada antes. (TAYLOR, 2000: 183)

Taylor registra que o pano de fundo das nossas compreensões é um pano de fundo de natureza inarticulada e, em alguns pontos, inarticulável (2000: 183). É essa natureza que Wittgenstein percebe quando escreve:

“Como posso seguir uma regra” – se esta não é uma pergunta pelas causas, então é uma pergunta para justificar *minha maneira* de agir de acordo com a regra.

Se esgotei as justificativas, cheguei então à rocha dura, minha pá se entorta. Estou inclinado a dizer então: “É assim mesmo que ajo”. (2004: 118)

Neste ponto, é importante salientar que para Taylor, em oposição à tese de Kripke, a “rocha dura” na qual se apóiam nossas compreensões é, ela mesma, uma modalidade de compreensões, e não vínculos de fato ou conexões brutas. O pano de fundo, dessa forma, incorpora a compreensão, e é nessa qualidade que ele confere sentido às coisas e que confere, no caso das regras, a possibilidade de seu correto cumprimento (TAYLOR, 2000: 184).

No lugar de uma consciência monológica, de um indivíduo tomado como fonte de representações, cuja compreensão é situada em suas representações ou em seus pensamentos. Taylor, seguindo o caminho aberto por Wittgenstein, defende a necessidade de enxergarmos o agente “não primariamente como o *locus* de

representações, mas como agente engajado em práticas, como um ser que age num mundo e sobre o mundo” (2000: 185). A diferença dessa concepção frente ao individualismo metodológico tipicamente moderno não está na simples percepção do agir humano, mas no fato de situar a compreensão do agente primariamente nas práticas. Isso significa tomar a compreensão como implícita à atividade e indo necessariamente além das representações que os sujeitos são capazes de produzir. Segundo Taylor:

Essa compreensão é mais fundamental de duas maneiras: (1) ela está sempre presente, embora às vezes moldemos representações e outras vezes não; e (2) as representações que de fato fazemos só são compreensíveis contra o pano de fundo oferecido por essa compreensão inarticulada. Ela proporciona o contexto no qual, e só no qual, essas representações têm o sentido que têm. Em vez do *locus* primário da compreensão, as representações são ilhas no mar de nossa apreensão prática não formulada do mundo. (2000: 186)

Perceber que o lugar próprio da compreensão são as práticas implica na valorização do pano de fundo. Por outro lado, de uma perspectiva intelectualista, seguir uma regra acaba sempre ou numa procura pela cadeia de pensamentos e representações que, explicitada na sua completude (o que não deixa de ser uma impossibilidade pelo fato de Dworkin acreditar nela), deveria possibilitar o agir correto de acordo com a regra ou, por outro lado, na empobrecida concepção do pano de fundo como conexões brutas (à maneira da interpretação de Kripke).

Além disso, o que uma concepção intelectualista da “regra-como-representada” deixa de lado, o que esta concepção não consegue perceber, é a existência insuperável de um obstáculo ontológico entre a regra e sua aplicação, entre o universal e o particular. Taylor chama esse obstáculo ontológico de “hiato fronético” (*phronetic gap*), em referência direta à sua matriz aristotélica. Aristóteles, como Aubenque observa (2003: 75) não tem a expectativa platônica de poder deduzir o particular do universal. Aristóteles não culpa a ignorância dos homens por essa incapacidade, não se trata, para Aristóteles, de uma fraqueza psicológica, algo que, portanto, pudesse ser superado pelo Rei-Filósofo de Platão ou pelo Juiz Hércules de Dworkin. A impossibilidade de deduzir o particular do universal decorre da própria realidade e, nesse sentido, não pode ser superada por uma ciência. A aplicação das regras é, antes de tudo, uma questão de prudência (*phronesis*).

Bem vistas as coisas, a concepção intelectualista da “regra-como-representada” é, acima de tudo, um concepção imprudente. Imprudência que tem bem a cara de uma modernidade que aposta tudo na sua capacidade de produzir regras e se esquece de que essas regras não se aplicam por si mesmas. Essa imprudência é semelhante àquela de alguém que, tendo contratado os melhores arquitetos para a elaboração do projeto de sua

casa, entrega a execução do projeto a trabalhadores desqualificados. Bons projetos não se transformam em boas casas se não forem executados por um bom mestre de obra e bons pedreiros, da mesma maneira como boas leis não se transformam em decisões justas se não forem interpretadas e aplicadas por intérpretes prudentes no contexto de um processo prudente de interpretação e aplicação do direito.

4. Seguindo regras com Kelsen

O ataque geral de Dworkin ao positivismo parte da revelação da presença dos princípios num sistema pensado como um sistema exclusivamente de regras. A defesa do positivismo na *Teoria Pura do Direito* chega ao fim com a revelação da presença de uma incontornável indeterminação no ato de aplicação das normas. Kelsen, como Wittgenstein, percebe a impossibilidade de se encontrar um fundamento intelectualista para o ato de seguir uma regra. E é justamente isso que Kelsen deixa claro no capítulo oitavo da edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito*.

A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. (KELSEN, 2000: 392-393)

A interpretação, enquanto operação de investigação do significado da norma, isto é, enquanto ato de conhecimento, tem um alcance limitado. Tomada como ato de conhecimento, o resultado da interpretação de uma norma só pode ser a fixação da moldura do direito, isto é, a explicitação das várias possibilidades de aplicação da norma jurídica (2000: 390). Para Kelsen, não há método algum, dentre os que possam ser classificados como de direito positivo, capaz de apontar, no conjunto das várias possibilidades de aplicação de uma norma, a que seja correta (2000: 391).

Para deixar as coisas ainda mais difíceis, Kelsen percebe que mesmo uma completa explicitação *a priori* das várias possibilidades de aplicação de uma norma, isto é, a fixação definitiva da moldura, é algo que vai além dos limites da interpretação enquanto ato de conhecimento. A interpretação autêntica, isto é, a interpretação do direito realizada por uma autoridade competente para a aplicação/criação do direito, não se

deixa necessariamente conter nos limites estabelecidos pela interpretação enquanto ato cognitivo.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas também pra todos os casos iguais, ou seja, quanto o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, mas também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (2000: 394)

De acordo com Kelsen, a interpretação autêntica cria direito. Não há aplicação do direito sem interpretação autêntica. Portanto, não há aplicação do direito que não seja criação do direito. Mas quais os limites dessa criação? Até onde pode ir o intérprete autêntico? Essas são questões fundamentais, porém, para a *Teoria Pura do Direito*, essas são questões que podem ser respondidas apenas de forma negativa: se existem limites para o intérprete autêntico, esses limites não estão na norma jurídica e nem na ciência do direito que descreve essa norma jurídica. Além disso, a *Teoria Pura do Direito* não só não apresenta um método de interpretação/aplicação do direito como também interdita de uma vez por todas o caminho da busca pelo método no contexto do positivismo. O que significa isso?

O significado dessa tese fundamental da *Teoria Pura do Direito* talvez possa ser mais bem compreendido pela reflexão sobre um extraordinário parágrafo escrito por Kelsen. Esse parágrafo aparece citado por Losano, em seu prefácio de *O Problema da Justiça*. Kelsen escreve:

O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder. (1998: XX)

O que é especialmente impressionante nesse parágrafo é que o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo não é um problema do direito natural apenas. É um problema da teoria do direito. É um problema da *Teoria Pura do Direito* e o próprio Kelsen, quando reflete sobre a interpretação, não oculta o fato de ter se deparado com o olhar da Górgona do poder. O ato de vontade, a definir o sentido específico da interpretação autêntica, é a expressão desse olhar. E, em certo sentido, a *Teoria Pura do Direito* é um esforço, fadado ao fracasso, pela anulação da força desse olhar petrificante. Mas, ao fim de seu trabalho, o que resta é uma moldura que não se fecha. O que resta é um direito que não se aplica senão por meio de uma vontade que nem o direito e nem a ciência são capazes de controlar. O que resta é uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que é uma maneira kelseniana de dizer que o que resta é incerteza, é o poder, é o olhar esbugalhado da Górgona.

Mas há algo mais. Ao sepultar as esperanças de construção de um método científico de aplicação do direito, Kelsen elabora a mais poderosa crítica ao positivismo jurídico. É bem possível que não tenha sido essa a sua intenção, mas isso pouco importa. Também pouco importa que o próprio Kelsen tenha, talvez, deixado de perceber o tamanho do estrago produzido no positivismo pela sua obra. O último parágrafo da *Teoria Pura do Direito* parece sustentar essa leitura. Nele, Kelsen menciona a necessidade, da parte da autoridade legisladora, de formular normas o mais possível inequívocas, normas cuja formulação reduza a um mínimo a inevitável pluralidade de significados e que possam oferecer segurança jurídica no maior grau possível (2000: 397). No entanto, não há como deixar de perceber que, no que se refere à questão da segurança jurídica, o efeito prático dessa concepção nem chega perto, ao contrário do que pensa Kelsen, de superar a vantagem política da ficção do sentido único.

Após a *Teoria Pura do Direito* o problema da segurança jurídica é um problema sem solução dentro dos marcos do positivismo. Uma conclusão sem dúvida paradoxal, se pensarmos ter sido a segurança o valor máximo do positivismo. Se, por um lado, Boaventura de Sousa Santos (2000) parece estar certo quando compreende, no curso da Modernidade, o desenrolar de uma tensão entre regulação e emancipação, no qual a emancipação vai sendo absorvida pela regulação, parece-me, por outro lado, que, deixada sozinha, a regulação volta sua força devoradora contra si mesma. A Modernidade, que abandona o projeto de uma boa ordem em troca de qualquer ordem, acaba por descobrir que o sistema normativo, visto de uma perspectiva estritamente moderna, não garante, por si mesmo, ordem nenhuma.

5. Conclusão

Malazarte, ao apresentar sua arte de seguir uma regra, elabora uma poderosa crítica ao positivismo jurídico. Uma crítica mais radical do que aquela elaborada por Dworkin. A estratégia adotada por Dworkin de buscar a compreensão dos princípios por meio da explicitação das especificidades que os distinguem das regras não é esclarecedora. Dizer o que os princípios são em virtude daquilo que os distinguem das regras traz, ainda, o problema de tomar como evidente a compreensão do sentido das regras, o que, de maneira alguma, é evidente. A compreensão da regra, entendida como pressuposto necessário para a aplicação dessa mesma regra, o que implica a compreensão de todas as questões envolvidas na correta aplicação de uma regra, é impossível.

É impossível, segundo Wittgenstein, que o sujeito tenha consciência de toda uma infinidade de questões relacionadas com a correta aplicação de uma regra. É interessante notar que essa impossibilidade, que Taylor (2000) desenvolve a partir do Wittgenstein das *Investigações Filosóficas*, também aparece em Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*. Para Kelsen, a correta explicitação do significado da norma jurídica não pode ser entendida como um pré-requisito para a sua aplicação. No plano do conhecimento, a compreensão de uma norma jurídica encontra seu limite na constituição da moldura (2000: 39).

Tanto para Wittgenstein como para Kelsen, a compreensão de uma norma não tem como determinar com precisão o sentido do agir segundo a norma, isto é, a compreensão de uma norma não tem como determinar a sua aplicação. Ainda que, para Kelsen, se possa pensar, ao menos no contexto de uma interpretação não autêntica, numa “fixação da moldura”, isto é, numa catalogação exaustiva dos possíveis significados da norma, ao passo que, para Wittgenstein, esta seria uma tarefa impossível, na medida em que o número das questões envolvidas na aplicação de uma norma é um número infinito; em ambos chega-se a um mesmo ponto: o ponto da falência do fundacionalismo intelectualista.

Não importa se são apenas duas ou infinitas as possibilidades de compreensão de uma norma, o resultado é que a interpretação como ato de conhecimento encontra seu limite e, no limite, tem de ser aliviada do peso da aplicação da norma. Para Kelsen, este é o momento da vontade, do elemento volitivo da interpretação. Para Wittgenstein, este é o momento em que esgotei minhas justificativas, o momento em que “cheguei à rocha dura, e minha pá se entorta” (2004: 118), momento em que, segundo a interpretação de Taylor, as práticas se apresentam como fundamentais para a compreensão das regras.

Dworkin, por outro lado, acredita na possibilidade de uma completa explicitação das possíveis exceções de uma regra, o que daria à regra um poder de aplicação imediata (2002: 40). É justamente com base nessa possibilidade, relativa às regras, de uma perfeita compreensão propiciadora de uma aplicação imediata (isto é, de uma aplicação lastreada numa lógica dedutiva), que Dworkin encontra a base para a distinção entre

regras e princípios. Ao contrário das regras, os princípios não propiciam uma plena compreensão de si mesmos, necessária para a realização de uma aplicação automática.

Embora a distinção entre regras e princípios na obra de Dworkin seja uma distinção orientada para a crítica do positivismo jurídico, o que Dworkin não percebe é que princípios e regras não se deixam distinguir por um critério qualitativo, na medida mesmo em que as regras não são aquilo que Dworkin acredita, com base numa tese positivista, que elas sejam. Em razão disso, a crítica ao positivismo jurídico que se extrai das teses de Wittgenstein e de Kelsen é consideravelmente mais poderosa. Isso porque destrói a própria possibilidade de existência das regras numa perspectiva sustentada pelo fundacionalismo intelectualista. Como Pedro Malazarte, Wittgenstein e Kelsen não deixam muita coisa para trás quando resolvem limpar um terreno. Um trabalho hercúleo, sem dúvidas, mas que não precisou esperar por Hércules para ser feito.

Referências

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Tradução Marisa Lopes, São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Compilação Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DaMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed., Rio de Janeiro: Rocco: 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando dos direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito)

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASCUDO, Luís da Câmara. **Contos tradicionais do Brasil**, 13 ed., São Paulo: Global, 2004

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3 ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino superior)

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução Udail Ubirajara Sobral, São Paulo: Loyola, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3 ed. Tradução Marcos G. Montagnolli, Revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004. (Coleção pensamento humano)

A RELAÇÃO SEMÂNTICA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E A SOCIEDADE CIVIL * **

LA RELAZIONE SEMANTICA TRA IL DIRITTO BRASILIANO E LA SOCIETÀ CIVILE

Luciana Cristina de Souza

RESUMO

A democracia contemporânea tem sido melhor vivenciada no Brasil a partir da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, agora vintenária. Após um sofrido processo de redemocratização ainda presente na memória coletiva nacional, o Direito brasileiro avançou significativamente para a formação do Estado Democrático, conquanto ainda sejamos todos aprendizes desse novo modo de vida social mais participativo e, ainda que não perfeitamente, mais igualitário. A releitura do cenário jurídico atual é uma reflexão necessária neste momento histórico. A Sociedade civil anterior ao período de ditadura militar, bem como aquela engajada nas lutas pró-democracia formaram a base de articulação popular hoje existente, mas seu discurso já não é mais o mesmo. A relação entre o Direito e a Sociedade se transformou por completo com o advento da Carta Constitucional ora vigente, garantista e inclusiva, cujos preceitos fundamentais continuam a demandar instrumentos idôneos e hábeis para alcançarem sua eficácia social plena. Isto exige do jurista dos nossos dias uma perspicácia ainda maior para a aplicação da lei e uma sensibilidade apurada diante dos graves problemas estruturais que se interpõem à concretização do texto constitucional. Considerando esses fenômenos, o presente artigo se dispõe a analisar o desenvolvimento da democracia brasileira recente, nas relações entre o ordenamento jurídico e a realidade social, tendo por escopo a ressemantização do próprio termo democracia para os brasileiros. São teorias norteadoras dessa análise a exposição seminal de Livia Barbosa e Roberto DaMatta sobre o modo de navegação social comum entre os indivíduos no Brasil, o jeitinho, servindo de mecanismo extra-oficial para assegurar o acesso aos bens sociais e de critério de legitimação dos sistemas normativos plurais, como será aprofundado a partir da concepção dos juristas Ana Lúcia Sabadell e José Geraldo de Souza Jr.; bem como as proposições de Pierre Bourdieu sobre a pré-enunciação do discurso pelos órgãos políticos, dificultando a participação efetiva da Sociedade civil nas questões sociais relevantes, momento em que se faz uma pequena incursão pela Semiologia Jurídica pelo recurso às ponderações de Luiz Alberto Warat e Lênio Luiz Streck sobre o tema, considerando-se quanto a este último suas análises sobre as obras de Saussure, Pierce e Oppenheimer. Por fim, analisa-se as obras “Flicts”,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas)

do escritor brasileiro Ziraldo, e “O senhor de Mompenezo”, do português Alberto Oliveira Pinto.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; LITERATURA; SEMIOLOGIA;
DEMOCRACIA; SOCIEDADE CIVIL

RIASSUNTO

La democrazia contemporanea è stata migliore vissuta in Brasile da Costituzione della Repubblica, di ottobre 05, 1988, ora ventennia. Dopo un lungo processo di ristrutturazione ancora presenti nella memoria collettiva nazionale, la legislazione brasiliana ha progredito in maniera significativa alla formazione di democrazia, anche se siamo tutti d'apprendimento di questo nuovo modo di vivere più partecipativo, sebbene non in modo perfectio, ma più egualitario. La rilettura della situazione giuridica attuale è necessaria come riflessione in questo momento storico. La società civile prima che il periodo di dittatura militare, e che impegnati in pro-democrazia lotte costituito la base esistente di articolazione popolare oggi, ma il suo discorso non è più lo stesso. Il rapporto tra il Diritto e la Società è diventato completamente con l'avvento della Carta Costituzionale attualmente in vigore, garantista e inclusiva, i cui precetti fondamentali continuano a citare gli strumenti idonei e in grado di raggiungere la loro piena efficacia sociale. Ciò richiede l'avvocato di oggi ancor più una visione per l'applicazione della legge e una sensibilità trovato di fronte alla gravi problemi strutturali che stanno per realizzare il testo costituzionale. Tenuto conto di tali fenomeni, questo articolo è disponibile a esaminare il recente sviluppo della democrazia brasiliana, le relazioni tra il ordinamento giuridico e la realtà sociale, messa a fuoco la ressemantizzazione dello proprio vocabolo democrazia per i brasiliani. Queste analisi sono guidate per le seminale esposizione di Livia Barbosa e Roberto DaMatta sulle modalità di navigazione sociale comune tra gli individui in Brasile, il jeitinho, che serve come un non-ufficiale meccanismo per garantire l'accesso ai beni sociali e come criterio di legittimità dei sistemi normativi plurale, il modo in cui sarà approfondito dalla progettazione degli avvocati Ana Lucia Sabadell e Jose Geraldo de Souza Jr.; per le proposte di Pierre Bourdieu sulla pre-enunciazione del discorso da organi politici, che ostacolano l'effettiva partecipazione della società civile nella rilevanza sociale, in cui il tempo è una piccola incursione mediante l'uso di semiologia giuridica attraverso delle ponderazioni di Luiz Alberto Warat e Lênio Luiz Streck sulla questione, ritenendo quest'ultimo la sua analisi sulle opere di Saussure, Pierce e Oppenheimer. Infine, si procederà ad una revisione delle opere "Flicts", dello scrittore brasiliano Ziraldo, e "Il Signore del Mompenezo", del portoghese Alberto Oliveira Pinto.

PAROLE CHIAVE: DIRITTO; LETTERATURA; SEMIOLOGIA; DEMOCRACIA;
SOCIETÀ CIVILE

INTRODUÇÃO

Sob as luzes do séc. XIX, o direito adquiriu sua forma atual fundada em categorias imprescindíveis às sociedades modernas como cidadania, igualdade, liberdade e democracia. Estas passaram a integrar o conjunto de valores defendidos pela racionalidade oitocentista, contribuindo para a formação daquilo que se convencionou chamar de *ordem jurídica*, visto que o modelo hodiernamente utilizado herdou consideráveis institutos do direito liberal. Para que se compreenda a profundidade do que esse saber teórico incorporou à Ciência Jurídica é mister refletir acerca do significado dessas categorias à época e nos dias de hoje; seu processo histórico de mutação; e, ainda, como cada novo contexto lhes atribuiu características que alteraram as relações entre o Estado e a Sociedade civil. As contribuições norte-americana e francesa à formulação do conceito de cidadania na Modernidade propiciaram o resgate dos valores gregos, mais corretamente, atenienses quanto à vida político-social. Nos Estados Unidos, sua origem como colônia da Inglaterra, notadamente para aquelas mais ao norte, não possuía a natureza exploratória que em outros lugares se verificou, como nas Antilhas, no Brasil e na Ásia. Devido ao controle menos rígido exercido por sua metrópole durante longos anos, mesmo quanto ao comércio e às incipientes indústrias locais, erigiram uma estrutura social propícia à ascensão das idéias liberais, sobretudo a tríade propriedade privada, liberdade e igualdade. A Declaração de Direitos de 1776 asseverava esses valores e constituiu a base da democracia representativa norte-americana, cujo paradigma, nas palavras de Tocqueville, deveria ser seguido por todo o resto do mundo:

É, portanto, principalmente nos tempos democráticos em que nos encontramos, que os verdadeiros amigos da liberdade e da grandeza humana devem, sem cessar, manter-se de pé e prontos para impedir que o poder social sacrifique levemente os direitos privados de alguns indivíduos à execução geral de seus desígnios.

(TOCQUEVILLE, 1979. p. 314)

Já a França setecentista era terreno de grande eclosão social. O poder econômico estava inegavelmente nas mãos da burguesia, contrastando com as formas de acesso ao comando político que ainda ofereciam obstáculos a este estamento no tocante à sua participação mais direta em questões de Estado e à ocupação de postos importantes no governo. A plebe empobrecida e faminta consistia exatamente aquilo que Robert Michels denomina de *massa desorganizada*, portanto, sujeita facilmente a manipulações, *in casu*, existentes e perpetradas por uma elite ilustrada liberal, devido à dificuldade de articulação e reflexão das propostas em grandes grupos (1988, p. 17). Neste cenário, a cidadania ressurgiu como corolário da liberdade individual burguesa, tanto que os primeiros direitos assegurados visavam proteger essa situação social juridicamente.

Ser cidadão significava naquele momento ser um indivíduo e ter asseguradas as prerrogativas mínimas necessárias para proteger a sua esfera privada das possíveis intervenções do poder público, o Estado. Para obter essa proteção, todavia, cumpria pagar os impostos e, em várias sociedades ocidentais, exercer o sufrágio universal com o intuito de democraticamente, eleger um representante de seus interesses. Esta,

segundo Robert Dahl , é uma das graves falhas desse sistema. Consoante sua crítica à democracia moderna, a representatividade instaurada não oferecia, e ainda não oferece no caso brasileiro convém afirmar, efetivas oportunidades de participação política (DAHL, 2005. p. 25). Nem todos possuem voz ou poder para influenciar a tomada de decisões políticas. Há aqueles excluídos pelas *redes invisíveis e objetivas* de desqualificação dos indivíduos existentes na estrutura social, cuja existência permanece à margem da cidadania normativa, tornando-se o que Jessé de Souza denomina de *subcidadãos* (2003, p. 177). A respeito disso há de se recordar o caráter excludente da dimensão eleitoral, considerando-se as normas que foram vigentes em muitos Estados durante longos anos: ausência de participação feminina, escravidão, voto censitário, voto qualificado, entre outros. Embora pareça absurdo sob a perspectiva de agora, democracias tradicionais demoraram a distribuir alguns direitos políticos. Na Suíça, v.g., a mulher não votava até o ano de 1971 e no Canadá, os indígenas participaram do pleito eleitoral pela primeira vez em 1960, sendo que os demais cidadãos canadenses votavam desde 1921. Por outro lado, na Nova Zelândia o sufrágio universal data de 1893.

A igualdade, fundamento do sistema liberal político e econômico, refletia o distanciamento entre o direito e a realidade social. Em um ordenamento jurídico sem contemplação de políticas públicas para os menos favorecidos, tal princípio restringia-se ao texto da lei e aos limites positivistas contidos nos códigos, essencialmente aqueles elaborados para a proteção da vida privada, como os estatutos jurídicos civil e comercial. O Estado, nesse período, assumiu um papel legiferante e burocrático, sendo que a imposição de sanções foi adotada como instrumento disciplinar para assegurar o cumprimento dessa lei única, estatal e que, em tese, garantiria a igualdade. O positivismo oitocentista que se estendeu até o início do séc. XX – como leciona Hobsbawn (1995) – subsumiu todas as questões sociais, na maioria das vezes as criminalizando, como as lutas dos operários e a atuação de movimentos sociais. Uniformizou também a atuação do Estado na condução da vida social tanto por meios burocráticos incorporados pela administração pública, quanto pela monopolização dos instrumentos de coerção. E, ainda, aqueles desprovidos de boa renda permaneciam à margem *por força da lei*, uma vez que qualquer interferência pública, ainda que de natureza social, seria tomada como ofensa à autonomia privada. Portanto, os pobres eram socorridos por entidades pias e religiosas como asilos, hospitais, orfanatos e outras instituições caritativas.

A POLIFONIA DE DISCURSOS

A ressignificação do conceito de igualdade ocorreu durante o último século com o desenvolvimento de teorias críticas ao capitalismo, a exemplo da Escola de Frankfurt, formada por autores como Adorno, Marcuse, Horkheimer e Habermas, que dedicaram esforços para “*sustentar o momento díspar do pensamento dialético, o caráter negativo da reflexão, de modo a manter acesa a chama da crítica social, mesmo que sob condições históricas extremamente adversas*” (DOMINGUES, 2001. p. 80). Foram igualmente significativos: a organização mais complexa dos movimentos populares que demandavam por direitos sociais conseguindo, por esta forma, manifestar politicamente

sua vontade perante a elite no poder (SOUZA JR., 2002. p. 256; MICHELS, 1988. p. 15); e, no Brasil especificamente, o reconhecimento do que Livia Barbosa alcunha como a *polissemia ou polifonia de discursos*, fruto da heterogeneidade das personagens que compõem a sociedade nacional e interagem dentro de um processo cotidiano de negociação de sua sobrevivência social (2000, p. 49-50). É a partir deste ponto que se pretende discorrer sobre a construção da democracia no contexto jurídico brasileiro recente.

Barbosa observou que a passagem da sociedade brasileira pela modernidade ocorreu em moldes distintos do padrão europeu. Humanamente, não houve *atraso evolutivo* ou *falta de civilização*, mas tão somente foi erigido um outro contexto de valores, no qual as relações interpessoais tiveram um peso significativo nas tomadas de decisões, aqui menos técnicas e rígidas do que na Inglaterra ou na Alemanha, por exemplo. No Brasil teria havido a *ressemantização* do fenômeno da Modernidade, ainda que tardia, apesar das similitudes com a Europa e os Estados Unidos quanto ao individualismo, à urbanização decorrente da industrialização e à racionalidade científica (GOMES, 2000. p. 47-48). O brasileiro aprendeu a estabelecer seus laços sociais por meio de conhecimento pessoal em primeiro lugar, muitas vezes por meio de mecanismos informais, como outrora já haviam mencionado Sérgio Buarque de Hollanda e Roberto DaMatta em seus estudos sobre a formação da identidade brasileira. O grupo ganha força à medida que seus integrantes se reconhecem mutuamente e atribuem poder às suas ações coletivas, legitimando-as internamente. O indivíduo, nesse contexto, depende diretamente da sua capacidade de articulação social. E, como quanto menor a sua *rede* de contatos, menores as suas possibilidades de intervenção no meio em que vive, cria-se uma sociedade em que *uns acabam sendo mais iguais do que outros*, já que muitos favores são prestados conforme o grau de proximidade entre os sujeitos envolvidos, e não em conseqüência do caráter meritório, por exemplo, o que aponta para um dos desafios da construção ética do Brasil, menos nepotista e mais equânime na distribuição dos benefícios sociais e na ampliação dos espaços de participação política.

Tal proposta contrariaria todo o paradigma racional liberal de impessoalidade e objetividade. Deve-se recordar que antes da fase *pós-moderna* em que esta análise sobre democracia está inserida, o padrão moderno europeu e norte-americano, por sua natureza extremamente científica e burocrática, não admitiria um sistema de relações sociais informais organizado dessa maneira. Esse é um fenômeno atualmente característico da sociedade tecnológica e globalizada em que se vive, na qual seu *networking* – campo de contatos com outros indivíduos – é fundamental para o exercício de qualquer poder, na vida pública ou privada. Por isso Barbosa menciona ser uma diferença por contraste, por processos históricos de formação, e não por inferioridade/superioridade. No Brasil, esse modo de navegação fulcrado nas relações interpessoais remonta ao período colonial. Em razão disso, não ofende ao padrão cultural brasileiro a coexistência de outros sistemas normativos – *outros direitos* – Já nessa época se elaboravam normas para resolver os problemas locais bem distintas daquelas impostas pela metrópole portuguesa em diversas situações.

A realidade nacional não tem sido de inclusão de todas as classes de nossa estratificação social. Ser brasileiro, em razão disso, é *saber se virar, dar um jeitinho*. Esta tem sido a resposta brasileira ao dilema de Kafka sobre o que fazer ante as portas da justiça, jurisdicional, e também social diga-se, que se fecham para os cidadãos. No caso específico do Brasil, há muitas *sociedades* dentro de uma só, formadas pela pluralidade

de grupos sociais que se articulam para sobreviver e conquistar direitos, sendo que cada uma delas interage com o espaço formal representado pelo Estado e pelo ordenamento jurídico conforme suas próprias forças e estratégias na luta pelas garantias humanas fundamentais. Segundo Damatta (1983), é o modo personalizado e individual de se contornar os problemas. No entanto, o esperado a partir da promulgação da nova ordem constitucional em 1988 era que cada brasileiro se visse inserido no texto magno e, por este reconhecimento, se sentisse movido a cumpri-lo cotidianamente, legitimando dessa maneira o ordenamento jurídico democrático ali instaurado. Mas pode-se asseverar que o direito nacional constituído a partir do cenário composto pela luta democrática, cujo resultado foi a Constituição de 1988, se ampliou o nível de democracia até então conhecido pelo brasileiro em sua vivência prática, por outro lado distancia-se ainda dos resultados efetivamente desejados para a plena inclusão social. Parafraseando Guimarães Rosa, *cidadãos ou cidadães é que questão de opiniões*. Perseveram os nepotismos, as dificuldades de acesso à proteção jurisdicional, os empecilhos tecnoburocráticos à participação da população nos debates políticos, o *sabe com quem está falando*. No caso do Direito, tais deficiências também são acarretadas pela utilização de um jargão inacessível à compreensão popular, um discurso intelectual cuja semântica é pouco coincidente com aquela que permeia o discurso da Sociedade civil, mormente dos mais simples. Seja por falta de compreensão, seja pela ausência de identidade entre tais *falas sociais*, posto que as normas jurídicas são sempre expressas em uma linguagem e limitam-se pelas regras desta na sua expressividade, fato é que a construção dialética da democracia brasileira perpassa pela consonância destes dois discursos.

Segundo Pierre Bourdieu, citando como exemplo de estudo de caso as pesquisas de opinião pública no campo político, existe um condicionamento no modo de produzir os enunciados que serão utilizados no processo de comunicação social e que afetam a relação entre Estado – e o direito positivo é estatal – e a sociedade. O discurso do primeiro, enquanto emissor, já traria um enunciado pronto, definido pelo *ethos* que representa e, dessa forma, invalidando o processo de enunciação interativo. Assim, há um pensamento dominante que exerce praticamente sem inter-relação o trabalho de enunciação e, portanto, efetuando uma tentativa clara de garantir a prevalência da significação que o enunciador propõe, mesmo não sendo explícito esse processo. O ouvinte – a sociedade – apreenderia esse sentido por familiarização e de modo pré-reflexivo, à medida que adquirisse os *habitus* sociais e os reproduzisse, formando um universo simbólico a partir desses elementos. Para Bourdieu, o controle dos meios de produção do discurso atribui poder àquele que os detém e pode, conseqüentemente, impor seu logocentrismo. Com o fito de consolidar esse poder, mantém-se a *vigilância contínua*, cujo papel é o de evitar *todos os temas quentes* e sustentar um *consenso provisório*, sempre fixado nos *lugares-comuns* (BOURDIEU, 1985. p. 161). O discurso é um símbolo do poder.

Considerando a inegável existência da *polifonia* é que Bourdieu leciona sobre a ineficácia da pretendida universalidade científica de um discurso oficial, nem sempre contendo o conhecimento efetivo da realidade. Não se pode uniformizar em totalidades a vida social nem reduzir todas as dinâmicas nela presentes a um objeto comum. Embora ele tenha falecido antes do *boom* de tantas inovações tecnológicas hoje utilizáveis, sua tese se aplica para explicar o quanto a multiplicidade de contextos que hoje formam as sociedades urbanas, mormente após o fenômeno da globalização, irá exigir uma abertura constante no modo de analisar o comportamento social e, relacionado diretamente a ele, a relação jurídica que envolve os sujeitos políticos de

uma democracia, Estado e Sociedade civil. Exemplo disso é a *rede cívica* Iperbole, em Bolonha, na Itália. Por meio de tecnologia da informação são ofertadas informações abundantes e bem organizadas aos cidadãos, como também estes podem interagir com a administração da municipalidade, inclusive no processo de tomada de decisões. Essa *democracia eletrônica* possibilitou aos munícipes participarem das atividades político-administrativas através do sistema de assinaturas digitais e mecanismos de acessibilidade ao meio digital criados para propiciar a integração dos cidadãos com esta *cidade virtual* (EISENBERG, 2002. p. 170-171).

Outra novel ciência que tem sido útil à percepção da multiplicidade da vida social hodierna é a Semiologia Jurídica, cujo objeto de análise consiste em compreender-se “as condições de apreensão e da produção do sentido, quaisquer que sejam os lugares e as formas de sua manifestação... tanto nos discursos como em nossas práticas”, como aqueles relativos ao direito por nós construído (LANDOWSKI, 1992. p. 58). A significação do Direito dentro de uma sociedade, conquanto seja evidente a necessidade de um padrão unificador, como na aplicação das penas por exemplo, não pode entretanto servir à massificação das relações sócio-normativas, com o risco de se diminuir os caminhos para o diálogo democrático. Tal postura restritiva desconsideraria os *componentes extralingüísticos* do discurso que afetam o ramo jurídico, inclusive, consoante ensina Luiz Alberto Warat (1995, p.83). Segundo este doutrinador, seria concedida uma situação privilegiada ao *sujeito da fala*, em detrimento do contexto social em que este discurso se insere, exatamente nos moldes do que anteriormente havia sido dito por Bourdieu quanto à pré-enunciação. Warat ressalta, ainda, que o discurso jurídico da norma serve ao enunciador, extraíndo do Direito sua autenticidade, que é advinda da prática social e não de uma metalinguagem, cuja origem científica tem sido ao longo dos últimos séculos o critério de validação da norma e do discurso jurídicos (WARAT, 1995. p. 39-45).

É impossível, portanto, tentar-se suprimir os produtos simbólicos construídos por meio das diferentes formas de interação social, as quais não se restringem ao direito positivo e, tendo-se em vista as dificuldades concretas da instauração da democracia no Brasil mesmo após a Carta Constitucional de 1988, nem sempre harmonizam-se com ele. Não obstante a questão da segurança jurídica, necessária à paz social, e a força do princípio da legalidade, ao qual se submete o discurso normativo, se não de modo fixo, ao menos mais rigidamente, o desafio que se vislumbra é, então, como implementar uma comunicação eficaz entre o discurso do Direito e os diferentes discursos socialmente produzidos para os dias de hoje. Como assevera Streck (2007, p. 184), se consideramos as análises que há tempos já vinham sendo realizados nesse campo por Saussure, Pierce e Oppenheim, podemos concluir que a Semiologia Jurídica é: “Um ciência empírica do direito, que vai estudar as relações entre os enunciados jurídicos e os seres humanos que os criam, interpretam-nos e os aplicam”. Assim, cabe a ela contribuir para que esta relação semântica entre o Direito e a Sociedade civil contribua efetivamente para a existência de um diálogo democrático, hábil a perpetuar o modelo de cidadania verdadeiramente buscado pelos indivíduos que se sujeitam ao ordenamento jurídico brasileiro.

O CONFLITO ENTRE O “ESTATAL” E O “SOCIAL”

O caminho apontado por Bourdieu muito nos auxilia no direito, em especial por meio da Semiologia Jurídica, na qual se tem eficaz instrumento para promover a análise crítica da linguagem utilizada nos enunciados das normas. O direito positivo, v.g., reflete esses interesses públicos e privados manifestados no discurso dominante, notadamente do Estado, no qual não raro está presente o problema da manipulação do sentido com o intuito de se conduzir a Sociedade civil a um rumo pré-definido. A cidadania, nesse contexto, perde sua característica emancipatória do indivíduo ficando condicionada aos vícios da retórica política. Nesse sentido outrora fora desenvolvida profunda reflexão por Rousseau e por Nietzsche. Para ambos o discurso técnico moderno havia corrompido a linguagem em razão das pretensões políticas dos governantes. O uso de uma *retórica do convencimento* teria tomado o lugar das formas de oratória utilizadas pelos antigos gregos e provocando a decadência das virtudes na sociedade. Rousseau atribui tal ocorrência às astúcias da linguagem, ao uso que dela fazem os governos para fundamentar as decisões políticas. Em Nietzsche, representa uma metáfora das coisas, segundo uma convenção estabelecida e que se deseja manter para submeter o *rebanho* (FONSECA, 1995. p. 98).

A linguagem escrita, então, bem como a retórica clássica do helenismo perderam sua grandeza artística e sua verdade de conteúdo no momento em que a força política do Estado exerceu seu domínio mais solidamente, em especial, após firmada a crença no contrato social. A consolidação dos governos alterou o caráter figurativo da linguagem a partir do monopólio da violência pelo Estado (DE MAN, 1996. p. 172). Segundo Paolo Grossi (2006, p. 4), mesmo o Estado Democrático de Direito teria sucumbido a isto, sendo hoje necessário uma alteração na maneira como este se relaciona com a sociedade, mormente por meio do Direito, para que distinga-se das organizações autoritárias. A participação dos indivíduos nas decisões políticas, caráter eminentemente democrático e cidadão, depende da inibição de todo recurso que sirva de aparato aos que governam com o intuito de manter distante de poder o *homem comum*. Recordamos Grossi que esta é uma das misérias do direito positivo: ser um instrumento elaborado pelo Estado e subjugador do verdadeiro direito (GROSSI, 2006. p. 76). Em consonância com essa perspectiva, podemos brevemente recordar a análise do cientista político inglês Roland Bleiker: “Language is one of the most fundamental aspects of human life. It is omnipresent... we cannot think without language... But languages are never neutral” (2000, p. 215) [1].

Assim, quando se perquire sobre a participação da Sociedade civil junto ao Estado e por meio do Direito temos que reconhecer a existência de um discurso alicerçar as relações de poder, cujo conteúdo é condicionado a uma retórica dominante e cujos enunciados, infelizmente, nem sempre possuem a mesma significação para estes dois sujeitos políticos. Historicamente, há o predomínio de uma linguagem oficial, não obstante se tenha buscado nos últimos anos ampliar o aspecto democrático do sistema político. Como assevera Bourdieu, o indivíduo aprende a viver em sociedade, inicialmente, reproduzindo *habitus* pré-fixados, “um discurso em forma, quer dizer, defensivo e fechado em si mesmo” (1989, p. 17). A possibilidade de uma interação social mais paritária depende, em suma, da proteção dos direitos fundamentais, que impõem limites ao Estado frente às prerrogativas dos seus cidadãos. Mas para tal resultado, *cidadania* e *democracia*, v.g, precisam representar um conjunto de significados partilhados entre o Direito e a Sociedade civil. Sem esta correspondência

muito pouco há de esperar quanto à sua efetividade. Há uma linguagem considerada válida; há um discurso convencionado como autorizado; e disto depende o direito positivo para que seus próprios enunciados possam ser expressos enquanto normas e serem identificados pelos seus destinatários. Contudo, de acordo com Anthony Giddens:

Os códigos formais de conduta, como, por exemplo, os encerrados em lei (nas sociedades contemporâneas, pelo menos), exprimem usualmente alguma espécie de simetria alegadas entre direitos e obrigações, sendo uns a justificação de outras. Mas tal simetria não existe necessariamente na prática... (GIDDENS, 1989. p. 20; 24)

Bourdieu conclui sua análise afirmando que as classes populares teriam, em suma, um *discurso emprestado*. Sem dúvida, tal afirmação contrasta com a proposta brasileira de Estado Democrático, conceitualmente acessível a todos, participativo e substancialmente igualitário. J.S. Martins, sociólogo e professor da USP, também questiona a autonomia, em tese existente, que esses grupos possuiriam para articularem políticas públicas conjuntas. Segundo este professor, a “história do Brasil independente tem sido uma história de tutela do Estado sobre a sociedade” e não de autonomia concreta desta, mesmo após a redemocratização (MARTINS, 2000. p. 268). E o aparente *ganho de espaço social* da Sociedade civil nestes últimos anos – pode-se dizer após a Carta Constitucional brasileira de 1988 – ocorre, na verdade, em razão do surgimento de áreas de desregulamentação que surgiram com a substituição da atuação estatal em diversas áreas, efeito do neoliberalismo no mundo e também sobre o Brasil. Não foi fruto de uma coalizão entre o discurso democrático jurídico e o discurso social dos cidadãos. como dito, pela agência dos cidadãos. A descentralização de atividades do poder público, que foram transferidas à Sociedade civil em maior ou menor parte conforme o segmento, trouxeram como consequência imediata, então, a desregulamentação da vida social e política naqueles espaços desocupados pelo Estado, aumentando a distância semântica entre o Direito – oficial, positivo, estatal – e os indivíduos.

Outro ponto relevante abordado por Martins é a distância semiótica entre o *vocabulário da vida* e o *vocabulário de quem dirige a luta social*. O discurso de que se servem os líderes de muitos movimentos sociais recentes é permeado de um jargão típico da classe média urbana e de seus valores. Não se percebe a correspondência entre o que esta fala prega e a vida cotidiana das pessoas efetivamente imersas nas situações sociais. A esse *descolamento* entre tais vocabulários, que acirra a distância relacional entre liderados e líderes, Martins denomina como processo de anomia dos movimentos sociais brasileiros da atualidade, e ele contribui para que o Direito continue a servir como instrumento de pré-enunciação, de *fala pronta*. (MARTINS, 2000. p. 270). Há, consoante este autor, uma inversão da dinâmica social dos movimentos populares, visto que o discurso apregoado não é sempre ascendente, mas inúmeras vezes ensinado de cima para baixo. Nas palavras de Norbert Elias: “Toda a maneira como o indivíduo se vê e se conduz em suas relações com os outros depende da estrutura da associação ou associações a respeito das quais ele aprende a dizer 'nós'.” (ELIAS, 1994. p. 39). Assim se constrói democracia. Este é o caminho para a cidadania emancipada e exercida por meio da harmonização semântica entre a lei, *lato sensu*, e a prática social. Sem esse patamar

mínimo de igualdade não há diálogo. No campo jurídico-político, as deficiências de comunicação entre o estatal e o social restringem as possibilidades de exercício pleno da cidadania e, em decorrência, da prática da democracia.

FLICTS

Essa necessidade de evitar-se a exclusão – função primordial do direito atual, de cunho democrático – pode ser simbolicamente exemplificada pela estória de *Flicts*, escrita por Ziraldo. Considerada uma cor que diferia da *ordem natural das coisas* – discurso pré-enunciado –, ela era discriminada pois “não tinha a força do vermelho, não tinha a imensa luz do amarelo, não tinha a paz do azul” [2]. Se lembrarmos de Humberto Eco em seu livro *O signo de três*, perceberemos melhor na estória de *Flicts* quais os valores que são negados ou afirmados para justificar a rejeição ao elemento estranho ao sistema de cores padrão pela repetição da fala das personagens. A força dessas idéias é expressa pela sua triplicação, no texto: “Não existe no mundo nada que seja Flicts (...) Não. Não existe no mundo nada que seja Flicts. Nada que seja Flicts. (...) Nada no mundo é Flicts ou pelo menos quer ser”; “Não há vagas: falou o azul... Não há vagas: sussurrou o branco... Não há vagas: berrou o vermelho”; e também por três vezes: “Flicts era frágil, feio e aflito”.

De um dos trechos do livro, no qual as cores brincam de roda fechando-se em um círculo que exclui *Flicts*, extraem-se duas idéias básicas. A primeira é a respeito do círculo fechado formado pelas outras cores, cercando-se de seus próprios costumes, valores e regras, das quais *Flicts* não fazia parte, pois poderia romper-se a unidade fundamental. O sistema social das cores se estabelece de acordo com o que Warat, como citado acima, denominou de metalinguagem. A segunda, mais grave talvez, é a cegueira da roda, girando sobre si mesma e, assim, negando a existência de algo além de seu parâmetro de referência, as referências extralingüísticas. Ziraldo encerra sua narrativa figurada com uma ironia fina e sagaz sobre a sociedade das cores ao dizer que, na verdade, somente os astronautas sabem que de perto a lua é *Flicts*. O uso da linguagem simbólica dessa fábula, sempre atual, serve para despertar a atenção sobre diversos tópicos imprescindíveis para a construção da democracia brasileira: a multidão de excluídos vivendo como *população de rua*, em contraste com os *cidadãos*; a marginalidade de inúmeros movimentos sociais, como os sindicatos de profissionais do sexo, em relação às quais o direito positivo do Brasil é dúbio, pois não regulamente a profissão e tampouco a criminalizou; a pouca voz que tantas associações de moradores conseguem exprimir no meio urbano nacional, uma vez que as políticas públicas tendem a ser verticalizadas, ainda que considerados os esforços de iniciativas como o orçamento participativo; ou os moradores da *terra de ninguém*, ruas esquecidas por se localizarem nas zonas fronteiriças entre dois ou mais municípios das regiões metropolitanas brasileiras, não sendo cuidadas por nenhuma das Prefeituras vizinhas e em relação às quais ocorre, muitas vezes, em um verdadeiro *jogo de empurra*, não obstante cheguem a receber guias de impostos e cobranças de mais de uma delas.

Há inúmeras pessoas postas à margem na sociedade, para as quais não raro se prefere “fechar a roda”. Trabalhadores nordestinos ainda em um processo de migração para o

sul do país, desempregados que se tornam *camelôs* ou *toureiros*, menores à semelhança dos *Capitães de Areia* descritos por Jorge Amado, etc. E todos construindo uma história particular a cada dia, trazendo consigo memórias e conceitos. E nessa *cultura da rua* eles elaboram a sua linguagem, o seu discurso e, porque não reconhecer, o *seu direito*. Organizam-se, estabelecem regras, hierarquia e formas de convivência entre uns e outros. Os menores de rua definem a alocação do espaço territorial local. Os moradores de favelas e vilas desassistidas criam estatutos específicos de convivência social, com direitos e deveres mutuamente reconhecidos. Outros grupos também se estruturam, dividem tarefas, estabelecem a liderança e o seu direito que aqui poderia ser designado de *extra-estatal*. A coletividade, o grupo, consiste em fator primordial de sobrevivência para aqueles que foram marginalizados. E neste *outro mundo* reescrevem seus valores, seu lugar como *cidadãos* enquanto esperam sua inclusão junto ao Direito que o Estado Democrático compromete-se a fazer cumprir. Fatos tais explicam porque as organizações não governamentais e o associativismo civil tem crescido tanto nos últimos vinte anos, em especial depois da gama de direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este fenômeno é comum também a outros países, como os Estados Unidos:

The “civil society movement,” having gained new prominence in the 1990s, has been embraced by scholars and activists from all sides of the political spectrum. In turn, the role of public interest lawyering is to support the flourishing of this third sphere of life, imagined “outside the market and the state.” When contemporary extralegal advocates reject legal strategies as transformative paths for social change and suggest activism in the realm of civil society as an alternative path, they are echoing this purist conception of separate spheres of life. [3]

(LOBEL, p. 963)

Sem dúvida, o caminho *extralegal* tem sido a opção de diversos grupos para tentar obter o suprimento de suas demandas no cenário neoliberal e, no Brasil, esse *associativismo extralegal* – organização social desvinculada da tutela estatal e regida por regras próprias, distintas do direito positivo – desenvolveu-se nesse mesmo período histórico por meio do incremento dos modos de articulação da Sociedade civil para empreender mudanças sociais no contexto vigente. Sob essa perspectiva, há duas Sociedades civis semanticamente: uma formulada dentro da configuração sócio-legal do Estado, que está inserida e adaptada ao discurso pré-enunciado pelos órgãos políticos. Esta é formal e goza da cidadania constitucional quase plenamente. A outra, informal, desregulamentada, com um que lhe é peculiar e não raro distante das formas normativas enunciadas pelas leis estatais. Sob o primeiro enfoque, a Sociedade civil não é um ser próprio, mas uma definição legal. Sob o segundo, é uma configuração social e real, nem sempre em comunicação com o direito e o Estado. Para muitos dessa segunda modalidade, a cidadania é *flicts*. Estão alijados do processo democrático proposto pela Constituição da República brasileira 1988. Nela atuam diversos movimentos sociais não amparados pelo paradigma estatal de legalidade, não obstante sejam considerados legítimos por seus pares.

Dessa forma particular e extra-estatal de organização de normas de conduta advém o que hodiernamente se conhece como *pluralismo normativo*, que segundo estudos feitos por Boaventura de Sousa Santos (1977), caracteriza a sociedade urbana brasileira nitidamente. Esse fenômeno consiste na coexistência de dois ou mais sistemas sociais produtores de normas de conduta expressas por um discurso específico ao grupo e cuja legitimidade é concedida pelos indivíduos que os integram. Por vezes, pode o Estado se aproximar de tais grupos e reconhecê-los por meio do Direito oficial. Na narrativa de Ziraldo, tem-se o caso extremo, na sociologia denominado de *anomia*: Flicts parte para a lua, rompendo definitivamente com a sociedade das cores e seus sistema de normas.

O SENHOR DE MOMPENEDO

Já na saga de Mompenedo, contam-se as lutas dos animais por uma vida melhor, mas onde tais desejos não se realizam devido às tiranias que vez ou outra se erguem por meio da política, o que compromete a igualdade, os valores e o direito que rege a todos na sociedade. Neste livro específico, Pinto narra sobre a democracia e sua construção ilusória com o intuito de assegurar o poder desses *senhores*. Utilizando o realismo fantástico, o autor retrata um modelo totalitarista que, em vias de ruir, opta por realizar eleições e, assim, confundir o povo. Recorde-se que os estudos de Bourdieu que analisaram a pré-enunciação se basearam em pesquisas de opinião pública em processo eleitoral. Mompenedo reúne as terras de Sintra, Safanha, o litoral e Colares, onde as eleições se realizarão. Esta é também a terra de Augusto da Pontinha, personagem central que, após ajudar o atual senhor do lugar, o Macaco Tiquim, a restaurar o equilíbrio político rompido na região é traído e preso no calabouço do palácio. Pinto também faz da narrativa um julgamento de nossa própria postura diante dos acontecimentos políticos e da perda de direitos. A grande batalha final pela *democracia* mompenediana é televisionada por um grupo de babuínos. Os fatos da vida desses animais se misturam às notícias do jornal dos humanos e aos comerciais. Em toda obra nada é verdadeiramente; como na televisão, a aparência convence mais do que a realidade e as pessoas (e os animais) se deixam conduzir pelos que manipulam esse roteiro que seguimos muitas vezes sem o notar. Pinto segue o caminho já antes trilhado por outros escritores que, por meio da literatura, contam como o direito e a sociedade em que vivem podem ser corrompidos.

Shakespeare era ator, Kafka era jurista, Schiller foi médico e depois professor de história, Musil era engenheiro e Kleist, oficial de carreira. No passaporte de Goethe para sua viagem à Itália constava como profissão, “comerciante”... É possível, portanto, para toda a história da literatura, e não apenas para a alemã, traçar uma sociologia dos literatos segundo a categoria de suas profissões, e ao fazermos isso computamos que os juristas são preponderantes... a literatura, por mais estranho que isso possa parecer, tem a ver com a justiça. (...) O mundo real está incrustado de comércio, sangue, guerra... Provavelmente, a justiça não é de modo algum uma instituição do mundo real, ao que parece é uma utopia. Chegamos assim à literatura. (...) O escritor que cria um mundo aparente inevitavelmente ordena esse mundo, mesmo que seja apenas a ordem da

cronologia. A ordem, porém, pressupõe a lei. O escritor, portanto, sempre é um legislador dos mundos que surgem de sua pena. (...) O jurista deve... atentar para a palavra, pois, no sentido kantiano, a palavra é a representação do direito... De qualquer modo, porém, o relacionamento com a língua e sua reflexão sutil une o jurista ao escritor... (ROSENDORFER, 2001. p. 335-338)

Seguindo o exemplo de tais escritores, Antônio Oliveira Pinto também imerge no mundo literário para descrever a realidade vivida pelo povo na difícil aprendizagem sobre a vida regida por um Estado de Direito, supostamente democrático. Como advogado e escritor, utiliza desta parábola acerca dos direitos perdidos pelo povo de Mompenedo para apresentar ao leitor, ainda ingênuo nas questões políticas que cercam, as duras lições aprendidas na observação das ações que os *senhores* da história real praticam no transcurso de seu tempo no exercício do poder. Por meio de jogos, ameaças, e falcatruas arquitetam planos de conservação do *status* de senhor, sempre escondendo suas verdadeiras intenções por trás de discursos inflamados e da suposta justiça de suas leis. Muitos líderes políticos poderiam ter sua estratégia de manutenção no poder analisada sob a perspectiva dessa narrativa. E podemos afirmar que Pinto aparece em seus contos para ser ele mesmo quem nos despertará para tais infâmias. Nesta obra aqui analisada, seu alter-ego é a personagem Augusto da Pontinha – o Gugu –, o melro negro, cantor e representante das artes, que faz descobrir ao povo as manipulações e malícias dos governantes através das letras de suas músicas sendo, portanto, considerado um subversivo. Roland Bleiker (2000, p. 244-245), professor do Programa de Estudos sobre Paz e Conflitos da Universidade de Cambridge na Inglaterra, acima citado, comenta sobre esse caráter benéfico do emprego da linguagem poética para refletirmos a respeito dos fatos sociais que nos cercam, notadamente os de cunho político, considerando-a um recurso inestimável. Em um dos capítulos de seu livro infracitado analisa a queda do Muro de Berlim sob esta perspectiva interativa com a literatura.

Para falarmos sobre as terras de Mompenedo, que abrangem Colares, Safanha, Sintra e o litoral, bem como para compreendermos a *alma* dessas personagens e o que cada uma significa, é necessária o recurso à linguagem poética, como afirma Bleiker, a qual, com suas transgressões – no sentido grego, desmedidas – permite-nos ver a teia política enredando o direito e a vida dos animais da estória. Enquanto O Macaco Tiquim, segundo ele próprio o legítimo Senhor de Mompenedo, recorre a aparência de legalidade e de autoridade do seu domínio, as canções de Gugu seguem o caminho inverso, revelando a todos a realidade através das metáforas contidas em suas letras. É a verdade que se oculta e a mentira que se apresenta em seu lugar; todavia, se pela linguagem formal o que é verdadeiro não consegue mostrar-se, na transgressão da poesia a mentira é derrotada e exibida em toda sua crueza. Gugu é a voz do poeta engajado, como diria Bleiker, que vê o mundo com olhos mais argutos do que o leitor comum e, por isso, é o cicerone da estória, embora também sempre oculto, preso no calabouço, já que a verdade não deve aparecer ao povo nem a linguagem ser usada para formá-lo. Bleiker cita, a esse respeito, um comentário do poeta dissidente Stefan Dörig: “People are formed by language – if one has devoured the language, then one has eaten the order as well.” (2000, p. 250).

Enquanto Gugu é a presença do autor nos bastidores da estória, o cisne branco – personagem que por toda a narrativa não será tratado por nome algum – é o anônimo leitor que observa a realidade de Mompenedo e, a todo tempo, pergunta às demais personagens sobre a estória. Mas o faz como um descobridor, alguém que junta as peças de um quebra-cabeça cujas partes advêm do passado de cada um dos protagonistas, distantes ao longo da narrativa e reunidos todos ao final para que a saga se complete. As estórias dentro da estória estão sempre entrelaçadas. Por meio dos olhos e dos ouvidos do cisne branco – tanto o leitor como também representante da figura do povo ingênuo politicamente – conhecemos a trajetória dos animais de Mompenedo. Desse modo, Pinto inclui o leitor na narrativa, torna-o cúmplice dos animais de Sintra, Safanha e Colares. Não se contenta com a mera oitiva do seu leitor. O quer parte da estória. Antônio Oliveira Pinto é Gugu e é na pele dessa personagem que lê para nós a saga. Inclui, porém, uma outra voz que complete a sua e a qual, vinda de um “estrangeiro” em todas aquelas terras, poderá talvez revelar a verdade. A mensagem central da obra é a assunção da liberdade por cada um de nós, sem corrompermos nossas vozes. Segundo Manguel, “em cada caso é o leitor que lê o sentido; é o leitor que confere a um objeto, lugar ou acontecimento uma certa legibilidade possível” (1997, p. 19).

Assim, lentamente, sem uma cronologia clara, o cisne conhece cada um dos envolvidos até vê-los a disputar o poder no que virá a ser a grande batalha final da narrativa. Antes que esta ocorra, no entanto, a ele são revelados fatos mais corriqueiros que, advindos do passado, moldaram um futuro em que as pequenas e despreocupadas decisões de outrora adquirem relevância. Exemplo disso é o caso da elefanta Djalma, que privada de seu pequeno punhal recebido em herança vai a Mompenedo em busca da macaca Kali Djali que o furtara. Lá, sem nada saber do que se passa a seu redor, vem a ser a personagem decisiva para que o Macaco Tiquim obtenha a vitória no derradeiro instante e se perpetue no poder. Após recuperar o que fora roubado, retorna ao Zoológico de Lisboa e esquece Mompenedo e suas mazelas. Toda sua força animal é usada exclusivamente para atingir seu objetivo pessoal. Este fato é umas das brincadeiras do autor com a relação entre política e memória. A elefante não se esquece do punhal, que na verdade não possui nenhum valor real, mas nem se dá conta dos fatos concretos que assolam a terra que visita e em cuja estória vem a interferir.

Esta obra constrói-se, assim, sobre três pilares. A memória, continuamente resgatada através das estórias paralelas ouvidas pelo cisne e contadas pelos outros animais e que nunca está presente nas leis do Macaco Tiquim, que faz questão, assim que assume o trono, de apagar toda lembrança e refazer as estruturas deixadas pelos senhores do passado. Novo soberano, nova lei conforme seus interesses. O segundo pilar, o entrelaçamento das diferentes narrativas que conduzem, ao final, a uma só estória de Mompenedo. Por exemplo, na trupe que tenta salvar Gugu, à exceção sempre do cisne branco, de um modo ou outro estão todos ligados à Mompenedo: a espeleóloga que se perde na caverna que Tiquim havia transformado no seu palácio e ajuda parte dos seus prisioneiros a fugirem, quando criança havia sido dona, portanto carcereira, deste macaquinho trazido por seu pai de uma viagem, curiosamente, ao Brasil.

O terceiro pilar é a ilusão da verdade. Ao longo da trajetória do cisne-leitor, os fatos aparentam ser verdadeiros. Contudo, assim como ele outrora aparentava ser pato e se revelou cisne, nada vida é o que parecer ser. Às vezes a mentira se mostra como verdade e, em especial no caso do Macaco Tiquim, tal fantasia tem as características de um sistema legal que transvestem o senhor daquelas terras de autoridade sobre os seus

súditos. Sela esta aparência de verdade através dos acordos que faz com seus aliados uma vez que nada parece ser o que é – o punhal com que a macaca Kali Djali presenteia o Macaco Tiquim para tornar-se soberana de Mompenedo não é realmente de pedras preciosas nem mesmo perigoso e o anel com que Simão-o-pêga compra sua liberdade deste mesmo soberano também é uma jóia falsa. Os títulos honoríficos, as posições socialmente conquistadas, . Os bens que compõem o palácio do Macaco Tiquim, em especial, são resultado dos furtos de seus vassalos às casas da cidade e são feitos de material inferior àquele anunciado com toda pompa. Não há *o verdadeiro* na narrativa. Há imagens construídas sobre o que cada qual desejaria ser. Não apenas Tiquim mente sobre seu senhorio legítimo, mas o gato que ajuda o cisne a encontrar Gugu também encobre a verdade sobre si, alcunhando-se de Visconde de Moserrate e Marques de Carabás. O cão que os auxilia é um arremedo de Rintintim; tanto que, chamado Patatrás, em tempos idos havia sido astro de TV participando exatamente de um seriado de comédia sobre um atrapalhado cão salvador. É a imagem que aparenta os desejos dos protagonistas e mesmo os *mocinhos*, nem sempre o são de verdade.

— Mas há de vir o dia em que o vencedor será o meu irmão mais novo, Bartolomeu. E até que este dia chegue, ele será oposição. Em democracia a oposição também conta.(...)

— Não te iludas, melro negro. É em nome de nossa velha amizade que te vou contar: o teu irmão Bartolomeu da Pontinha está comprado pelo Senhor de Mompenedo. Lembras-te do meu anel de solitário?... Não tens idéia do que tem sido o teu irmão nos últimos tempos a ostentar o cachucho nas patas, enfatuado e vaidoso de ser o líder da oposição reconhecido pelo Senhor de Mompenedo.

(PINTO, 1992. Cap. 35 – A liberdade, p. 179)

O direito serve, então, a esse modelo tirânico, não cumprindo o seu papel como norma jurídica que preserve a igualdade entre todos, mas no sentido metalingüístico discernido por Warat e pré-enunciado, consoante Bourdieu. Existe, sim, enquanto ilusão a ser apresentada aos súditos para sustentar a sua crença no poder do soberano, como as eleições em que participaram da disputa os dois irmãos de Gugu, sendo ambos, por meios diversos, também corrompidos por Tiquim. A lealdade dos aliados de Tiquim é sempre comprada ou trocada por favores, como a aliança com a matilha dos cães do líder Sómazelas, que fazem os serviços sujos para o seu senhor. As regras de conduta e as punições são modificadas conforme a necessidade estratégica de continuidade política. Após ser condenado à morte, Gugu é poupado para que sirva de “moeda de troca” na barganha entre Tiquim e Aguinaldo da Pontinha, tão somente para acalmar o povo em vias de revolução. As falsas eleições servem também para esse fim.

A narrativa revela nesse momento novos fatos que mostram a dureza da realidade. Primeiramente, a traição do irmão de Gugu por interesses políticos, personagem que representa o povo a trair a si mesmo na luta por democracia, não conseguindo manter-se uma coalizão da Sociedade civil que resista às tentações oferecidas pelos governantes para obtenção de benefícios próprios. Simão-o-pêga é outro exemplo dessa barganha comum nas terras de Mompenedo. No final da estória, o autor deixa-nos vislumbrar que

este mesmo será o preço de outro dos acordos de Tiquim feito com um dos asseclas de Simão. Em segundo lugar, Tiquim preocupa-se em racionalizar a gestão do poder para assegurar a maior eficácia de suas decisões e permitir a expansão de seus domínios, inclusive tecnologicamente. Por meio de furtos, adquire aviões de aeromodelismo, espadas e armamentos para Mompeneo, inclusive bombas. Reestrutura as funções executadas por seus servidores de modo a ter serviços mais ágeis em caso de combate e promove-lhes o treinamento. Todavia, este não poderia ser considerado um exemplo adequado do que Max Weber denominaria de dominação legítima, pois Tiquim corrompe e manipula os que estão ao seu redor para chegar a esses fins (BOBBIO, 2000. p. 137-138). Ele faz *a sua lei*. Moral da estória: que a lição de Mompeneo nos sirva como exemplo de que a democracia pode ser uma ilusão que esconde a falta da liberdade e que os acordos realizados entre os que detém o poder ainda não permitem, nem mesmo ao direito, estabelecer a igualdade entre todos.

Pinto/Gugu guarda consigo, no entanto, um *derradeiro alento de esperança* (p. 180), muito embora, como nas narrativas kafkianas, escreva sobre um mundo em que o direito pareça ter alcançado o seu fim (OST, 2005), derrotado pelos jogos do Macaco Tiquim para sustentar-se no poder em Mompeneo.

— Então fujamos — disse arrebatadamente o cisne.

— Foge tu, cisne branco. Parte enquanto é tempo.

— Mas... E vocês?

— Nós vamos ficar. Não é verdade, Valderios?

O sapo assentiu com a cabeçorra.

— Não podemos voar até muito longe. Tu sim, a ti as gaivotas não alcançarão. Além disso, estamos na nossa terra e é aqui que vamos lutar pela liberdade. Mas não percas tempo. Parte. (...) O lago que tu procuras há tanto tempo é tu próprio que o vais encontrar. (...) E se não o encontrares — acrescentou ainda o melro —, não desespere. Nunca desespere. O mais importante é a liberdade.

(PINTO, 1992. Cap. 35 – A liberdade, p. 176-177)

Aqui, o leitor-cisne se despede com a missão de buscar a liberdade na narrativa de sua vida e estar mais atento ao que fazem tais senhores para manterem seu poder. Deixa à terra de Sintra aqueles que lutarão por ela, como Gugu, e segue à procura do lago em que ele próprio irá ser um protagonista. Considerando o contexto social brasileiro pós-1988, muitos *cisnes* voam ao longe aguardando também para si um espaço na prometida cidadania do Estado Democrático de Direito, cansados de um discurso jurídico-político formalizador das mesmas categorias de poder de outrora. A cidadania esperada há de ser vivenciada em um patamar de integração dessas falas das personagens sociais: Estado, juristas, legisladores, políticos, povo. Sobretudo com a inclusão da semântica própria do

discurso do povo, entendido este como a Sociedade civil. Os problemas acarretados pelo distanciamento entre teoria discursiva jurídica e a prática social, ainda que nunca sejam completamente superados no âmbito da dialética social, prejudicam a aplicação do Direito por demonstrarem claramente a inexatidão da norma em tese diante do fato concreto, por si só insuficiente para gerar democracia, tampouco para assegurar a cidadania. A primeira se faz no cotidiano, pela participação livre e igualitária de indivíduos não manipulados; a segunda se faz vivendo, usufruindo.

Los derechos orientados a la libertad, es decir, a la voluntad, son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que están llamados a proteger. La idea de los derechos continuamente en acción está estrechamente ligada a la del **progreso individual y social**, una idea que encierra en sí la ausencia de una conclusión, de un final... El tiempo de estos derechos no tiene fin.

(ZAGREBELSKY, 2005. p. 86 – grifo nosso)

Referências

BLEIKER, Roland. Political boundaries, poetic transgressions. In: *Popular dissent, human agency and global politics*. Inglaterra: Cambridge University Press, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2ed. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. Os doxósofos. In: THIOLENT, Michel. *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária*. 4ed. São Paulo: Polis, 1985. Coleção Teoria e História, n. 6, Parte II, Texto 2, p. 153-167.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CÉSAR DE SOUZA, Artur. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Eder Dion de Paula. Povo e cidadania no Estado Democrático de Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 38, 2003. p. 101-121.

DAHL, Robert A. *Poliarquia e Oposição*. São Paulo: USP, 2005.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

DE MAN, Paul. *Alegorias da leitura: linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DOMINGUES, José Maurício. *Teorias sociológicas no século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

EISENBERG, José; CEPIK, Marco (org.). *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ESLTER, Jon. Normas sociais. In: *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 137-148.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONSECA, Thelma Lessa da. Nietzsche: crítica à linguagem como crítica à moral. In: *Revista Discurso*, n. 25, 1995, p. 97-119.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes: 1989.

GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMONND, José Augusto (org.). *O Brasil não é para principiantes: Carnavais, malandros e heróis 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Trad. Carolina Andradr. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998.

GUSTIN, M. B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: *A inclusão do outro*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 269-284.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. 2ed. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida: ensaios de sociosemiótica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: EDUC: Pontes, 1992.

LOBEL, Orly. The paradox of extralegal activism: critical legal consciousness and transformativa politics. *Harvard Law Review*, v. 120, 2007, p. 937-988.

MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. 2ed. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MARTINS, J. S. As mudanças nas relações entre a sociedade e o Estado e a tendência à anomia nos movimentos sociais e nas organizações populares. *Rev. Estudos Avançados*, v. 14, n. 38, p. 268-278, 2000.

MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. In: *Law & Society Review*, v. 22, n. 5, 1988. p. 869-901.

MICHELS, Robert. *Sociologia dos partidos políticos*. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: UnB, 1988.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2005.

PEREIRA, William César Castilho. *As trilhas do trabalho comunitário e social: teoria, método e prática*. Petrópolis: Vozes, 2001.

PICCOLO, F. D. A gramática nativa: reflexões sobre as categorias morro, rua, comunidade e favela. In: FRÚGOLI JR., H.; ANDRADE, L. T.; PEIXOTO, F. A. . *As cidades e seus agentes: práticas e representações*. São Paulo: EDUSP, 2006. p. 330-352.

PINTO, Alberto Oliveira. *O Senhor de Mompeneo*. Porto: Afrontamento, 1992.

ROSENDORFER, H. Sobre justiça e literatura. In: KÖHLER, P.; SCHAEFER, T. *O direito pelo avesso: uma antologia jurídica alternativa*. Trad. Glória Paschoal de Camargo. Rev. trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Epílogo, p. 335-345.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* (1762); *Ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SABADELL, Ana Lúcia Sabadell. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. In: *Law & Society Review*, n. 12, Outono de 1977. p. 5 - 126.

SILVA, Soeli Maria Schreiber (Org.). *Sentidos do povo*. São Carlos: Claraluz, 2006.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma Sociologia Política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SOUZA JR., José Geraldo. Movimentos sociais – Emergência de novos sujeitos: O sujeito coletivo de Direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito*. São paulo: Pioneira Thompson, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América*. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Coleção “Os pensadores”.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris

Editor, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZIRALDO. *Flicts*. 46ªed. São Paulo: Melhoramentos, 2003.

[1] “A linguagem é um dos aspectos mais fundamentais da vida humana. Ela é onipresente... nós não conseguimos pensar sem linguagem... Mas linguagens nunca são neutras.” (tradução nossa)

[2] As páginas desse livro não são numeradas, por isso aqui não se encontra essa referência.

[3] “O *movimento da Sociedade civil*, tendo ganho proeminência na década de 1990, tem sido abraçado por acadêmicos e ativistas de todas os lados do espectro político. Por outro lado, o papel de advogar pelo interesse público é o suporte do florescimento do terceiro setor da vida, visualizado *fora do mercado e do estado*. Quando defensores contemporâneos da extralegalidade rejeitam estratégias legais como caminhos de transformação para mudanças sociais e sugerem o ativismo no setor da Sociedade civil como um caminho alternativo, eles estão repetindo a concepção purista de separação das esferas da vida.” (tradução nossa)

**A DEMOCRACIA EM JOSÉ SARAMAGO: CEGUEIRA, SOMBRAS E
LUCIDEZ NUMA DEMOCRACIA POSSÍVEL ***

**DEMOCRACY IN JOSE SARAMAGO: BLINDNESS, SHADOWS AND SEEING
IN A POSSIBLE DEMOCRACY**

Maressa da Silva Miranda

RESUMO

Este breve ensaio pretende recolher alguns elementos da obra de José Saramago que nos permita estabelecer o diálogo entre direito e literatura, notadamente no que diz respeito à teoria da democracia. Transitando entre cegueira, sombras e lucidez, Saramago cria situações extremas, aparentemente absurdas, para chamar a atenção do leitor aos problemas recorrentes de um mundo dominado pelas desigualdades do capitalismo e por uma democracia representativa de fachada. Os livros de Saramago são ótimos exemplos de como tanto a literatura quanto o direito transitam entre o imaginário instituinte e a realidade instituída, e criam expectativas, esperanças e frustrações quanto às mudanças necessárias para se alcançar uma democracia ideal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E LITERATURA; DEMOCRACIA; DISTOPIA

ABSTRACT

This brief essay intends to collect some elements of José Saramago's work in order to help the establishment of a dialogue between Law and literature, especially in what concerns the democracy theory. Through the discussion of the concepts of blindness, shadows and seeing, Saramago creates extreme and absurd situations, to call the reader's attention to the problems of a capitalist world dominated by inequality and by a fake representative democracy. Saramago's books are great examples of how literature and Law involve the constitutive imaginary and the institutive reality, as well as create expectations, hope and frustrations concerning the changes needed to reach an ideal democracy.

KEYWORDS: LAW AND LITERATURE; DEMOCRACY; DYSTOPIA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

Neste ano, a Constituição brasileira de 1988 completa 20 anos. Em meio a aplausos e vaias, vai-se consolidando, no Estado brasileiro, um regime democrático que, se não é perfeito (nenhum Estado o é), acumula conquistas e desafios indispensáveis para o aperfeiçoamento da própria democracia.

Diferentemente das outras constituições brasileiras, que concebiam uma república de regime representativo, e começavam sempre com a organização dos poderes do Estado, a Constituição de 1988 é a primeira a estabelecer um Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo, diretamente ou por meio dos seus representantes. É a primeira, também, a trazer logo no início a explicitação dos fundamentos do Estado e dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

Mais do que uma diferença de redação, a escolha pelo estado democrático de direito, pelo exercício direto do poder e pela primazia dos direitos fundamentais reflete a insatisfação do povo brasileiro em ficar, como nas outras constituições, a mercê apenas de interesses e desmandos de representantes eleitos.

A Constituição de 1988 é democrática não só porque assim está escrito no artigo 1º, nem porque garante o direito de votar e ser votado em eleições periódicas e a prevalência da vontade da maioria (noção de democracia dominante nas constituições anteriores, típica do paradigma do Estado liberal). Ela é democrática porque garante a participação ampla e irrestrita dos indivíduos a ela submetidos na sua criação, modificação e fiscalização (v.g. controle de constitucionalidade difuso, de legitimação irrestrita, e concentrado com legitimação de representantes da sociedade civil organizada). Ademais, ela também garante a participação direta dos titulares do poder nas funções administrativa (v.g. ação popular, liberdade de associação e organização da sociedade civil para gestão da coisa pública, ação civil pública), legislativa (v.g. iniciativa popular de projeto de lei, plebiscito, referendo, ação de impugnação de mandato eletivo) e jurisdicional (v.g. acesso irrestrito à jurisdição, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, duplo grau de jurisdição)[1].

Nota-se, pois, que o mote do constitucionalismo contemporâneo, não só o brasileiro, mas em todo o mundo, é a democracia. E o que é democracia, como se exerce, o que significa um Estado democrático, são questões de constante estudo e debate entre juristas, cientistas políticos, filósofos, e demais representantes de outros setores da sociedade.

2. A DEMOCRACIA A PARTIR DA LITERATURA DE JOSÉ SARAMAGO

A literatura, assim como toda obra de arte, é “uma contra-criação: um desafio ao mundo herdado, à natureza circundante, à herança cultural” (OST, 2004, p. 32), e, como não poderia deixar de ser, também se ocupou do tema da democracia. Tomemos como exemplo o romance *Ensaio sobre a lucidez*, do escritor português José Saramago, publicada no ano de 2004.

José Saramago, o maior autor português ainda vivo, não é apenas um escritor ficcional, como também um ativista político. Não que ele tenha se envolvido diretamente com a política, mas desde jovem identifica-se com a ideologia marxista, é afiliado ao partido comunista português e corriqueiramente afirma-se contrário ao sistema capitalista e sua lógica excludente e individualista. Suas obras, mais do que simples romances de entretenimento, são denúncias e protestos contra situações de desigualdade e intolerância criadas pelo sistema político, econômico e religioso, o que se observa nos romances *Jangada de Pedra* (1986), *O Evangelho segundo Jesus Cristo* (1991), *Ensaio sobre a cegueira* (1995), *Todos os nomes* (1997), *A Caverna* (2000) e *Ensaio sobre a Lucidez* (2004).

Mas, nesta última obra, *Ensaio sobre a Lucidez*, as críticas de Saramago vão muito além de metáforas e insinuações. Neste romance, o escritor português faz uma censura aberta ao sistema capitalista e aos governos contemporâneos que, em nome de uma tão aclamada democracia, cometem atos arbitrários, ilegítimos e anti-democráticos.

Este livro, como bem esposado na edição brasileira da editora Companhia das Letras (2004), mostra que, “numa manhã de votação que parecia como todas as outras, na capital de um país imaginário, os funcionários de uma das seções eleitorais se deparam com uma situação insólita, que mais tarde, durante as apurações, se confirmaria de maneira espantosa. Aquele não seria um pleito como tantos outros, com a tradicional divisão dos votos entre os partidos “da direita”, “do centro” e “da esquerda”; o que se verifica é uma opção radical pelo voto em branco. Usando o símbolo máximo da democracia – o voto –, os eleitores parecem questionar profundamente o sistema de sucessão governamental em seu país”.

A não-escolha por determinado representante ou partido, ou melhor, a escolha por não ter nenhum governo, é, como se esperava, mal recebida pelo atual governo do país que, inconformado com a opção do eleitorado, toma várias medidas para descobrir os líderes de um movimento conspirador, única explicação para tão insólita situação. Agentes de polícia foram infiltrados na sociedade para ouvir e registrar qualquer conversa suspeita, prisões e interrogatórios de duvidosa legalidade foram realizados, até mesmo um estado de exceção, e posteriormente de sítio, foi decretado na capital, sem, porém, nenhum resultado positivo. Por fim, o governo toma a medida drástica de se retirar da cidade, juntamente com a polícia, com o intuito de que, quando os cidadãos se vissem sem governo e sem polícia, sem alguém que colocasse ordem na cidade, esta viraria um caos, e a população rogaria pelo retorno dos seus representantes políticos.

Qual não é a decepção dos governantes retirados quando percebem que, após dias, não só o caos não se instala na capital, como os cidadãos dão visíveis sinais de estarem felizes e bem organizados sem precisar de qualquer governo.

O principal objetivo de Saramago no *Ensaio sobre a lucidez* foi questionar a democracia, tema que, para ele, parece intangível no mundo atual, como declarou para

vários jornais na época do lançamento de seu livro: “no mundo tudo se discute, tudo é objeto de debate, mas a democracia surge como pura, inatingível, intocável”, disse o escritor, destacando que “é o poder econômico que realmente governa, usando a democracia a seu favor” (SARAMAGO, 2004) [2].

Ao contrário do que possa parecer, Saramago não pretende fazer apologia ao voto em branco, nem uma campanha contra a democracia. Seu objetivo é mostrar que o simples direito de voto, ou a mudança periódica de governantes, por si só, não representa a democracia. O discurso democrático pregado pelos Estados ocidentais serve apenas de fachada para esconder o real poder que prevalece nestas sociedades: o poder econômico.

Não estaríamos vivendo em democracia mesmo que não se verificasse um só atentado. Evitemos confundir as coisas. Poderíamos gozar de uma democracia plena, isto é, política, econômica e cultural, e ainda assim sermos alvo de atentados com origem precisamente nos inimigos da democracia. Quem tem a culpa pelo fato de a democracia não ser o que deveria ser são os que fizeram dela uma mera fachada, um artifício em que ao cidadão apenas está permitido substituir um governo por outro, deixando intacto o sistema. (Saramago, 2004)[3]

Ensaio sobre a lucidez seria, pois, um grito (ou uivo: *Uivemos, disse o cão*[4]) contra uma situação de mudança aparente que é, no fundo, a continuidade de um sistema capitalista consumista, excludente e desigual. O romance mostra-se, inicialmente, como uma utopia na qual, mais do que renunciar a uma democracia de fachada, os cidadãos se mostram maduros o suficiente para exercerem uma democracia direta, para viverem em comunidade sem precisar do mando ou comando de alguns poucos, ou da força e do medo impostos pela polícia.

Mas por que lucidez? Seria o romance realmente uma utopia? Seria o *Ensaio sobre a lucidez* apenas uma crítica à democracia de fachada? Para respondermos a estas perguntas é necessário resgatar duas outras obras do escritor português: *Ensaio sobre a cegueira* (1995) e *A Caverna* (2000).

2.1. A cegueira e a desconstrução da caverna

O livro *Ensaio sobre a lucidez* remete-se, não só no título, mas também na trama, à célebre obra *Ensaio sobre a cegueira*, de 1995, que rendeu ao escritor português o único Prêmio Nobel de Literatura a um autor de língua portuguesa.

Neste romance, Saramago coloca toda a população de um país imaginário (o mesmo do romance de 2004) acometida de uma cegueira branca, com exceção de uma única mulher, a esposa do médico oftalmologista que examinou em seu consultório o

primeiro homem a cegar. A mulher do médico - como a personagem é conhecida, já que, assim como os outros personagens e a cidade em que as histórias se passam, não receberam nomes próprios - é a única testemunha ocular dos horrores de uma sociedade tomada pelo caos, sem ordem ou regra, sem governo, que retrocede a um modo de vida tribal.

A cegueira que Saramago quer mostrar no romance vai muito além da patologia física: a cegueira branca é uma metáfora para representar o estupor vivido pelo indivíduo do fim do século XX, acomodado, passivo, consumista, manipulável. Alienado, enfim. O próprio Saramago explica, no documentário *Janela da Alma* (2002), que

[...] de repente, eu pensei: e se nós fossemos todos cegos? E depois, praticamente no segundo seguinte, eu estava a responder, eu respondia a esta pergunta que tinha feito, mas nós estamos realmente todos cegos! Cegos da razão, cegos da sensibilidade, cegos, enfim, de tudo aquilo que faz de nós não um ser razoavelmente funcional no sentido da relação humana, mas, pelo contrário, um ser agressivo, um ser egoísta, um ser violento, enfim, isso é o que nós somos. E o espetáculo que o mundo nos oferece é precisamente este. Um mundo de desigualdade, um mundo de sofrimento, sem justificação. Com explicação. Podemos explicar o que se passa, mas não tem justificação. (SARAMAGO, 2002)

No *Ensaio sobre a cegueira*, Saramago inicia uma interlocução com o mito da Caverna, presente no Livro VIII da *República*, de Platão. Já no final do livro, quando as pessoas começam a recuperar a visão, temos um diálogo entre a protagonista, mulher do médico, e seu marido:

Por que foi que cegamos, Não sei, talvez uma dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem. (SARAMAGO, 1995, p. 310)

A alienação que a cegueira representa é, na verdade, o mundo das aparências em que vivemos, acentuado no final do século XX. É como se vivêssemos na caverna, vendo as sombras que se projetam ao fundo, mas não vendo a realidade. Vemos sem ver.

O que eu acho é que nós nunca vivemos tanto na caverna de Platão como hoje. Hoje é que nós estamos a viver de fato na caverna de Platão. Porque as próprias imagens que nos mostram da realidade de alguma maneira substituem a realidade. Nós estamos, estamos num mundo que chamamos o mundo audiovisual. Nós estamos efetivamente a

repetir a situação das pessoas aprisionadas ou atadas na caverna de Platão olhando em frente, vendo sombras, e acreditando que estas sombras são realidade. Foi preciso passarem todos estes séculos para que a caverna de Platão aparecesse finalmente num momento da história da humanidade, que é hoje. E vai ser, e vai ser cada vez mais. (SARAMAGO, 2002)

A situação caótica criada em *Ensaio sobre a cegueira* seria, como dito antes, um apelo para não só olharmos, mas repararmos, como encontramos na epígrafe do livro: “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara” (SARAMAGO, 1995).

Em um trabalho no qual pretende resgatar a essência humana nos Ensaio de Saramago, SILVA (2006) mostra que a cegueira branca é, na verdade, um resgate da lucidez do homem. Ao cegar todas as pessoas, Saramago teria alcançado a igualdade entre os indivíduos, já que bens de consumo, aparências e status social não têm mais lugar numa sociedade em que se vive de forma tribal, sem as comodidades proporcionadas pela modernidade.

Mas o caos vivido pela cegueira obriga um recomeço. Um recomeço igualitário, onde valores como solidariedade e consciência coletiva superam o egoísmo e o individualismo, e a necessidade de sobrevivência supera a idéia de posse. Para SILVA (2006) tal epidemia seria, pois, essencial para a recuperação de uma lucidez indispensável para que uma sociedade justa e igualitária seja possível.

Contrariamente às expectativas, no romance de 2000, *A Caverna*, Saramago parece sepultar a esperança da tomada de consciência dos indivíduos sobre a alienação em que vivem. Nele, o escritor português retoma, agora explicitamente, a alegoria da Caverna de Platão.

Nesta história encontramos um homem, Cipriano Algor, de sessenta e quatro anos, oleiro por profissão, que vive de fabricar e vender louças de argila. Um dia, o Centro Comercial para o qual vendia sua produção informa-o que não se interessa mais por tais produtos. Sem ter como se sustentar, Cipriano muda-se para o próprio Centro, para ir viver com a filha e o genro, já que este trabalhava como vigia do Centro Comercial. Já no fim do livro, durante a escavação nas obras do Centro para a construção de novos depósitos frigoríficos, é achada uma gruta e, dentro dela, seis esqueletos humanos, sentados, com o rosto virado para a parede do fundo.

É claro que a referência à caverna não se dá simplesmente em decorrência da gruta encontrada nas escavações. A caverna, neste livro, é o próprio Centro Comercial, local de consumismo exacerbado, onde os indivíduos encontram atrações que reproduzem locais, sensações e impressões da vida real, tudo isso sem precisarem sair do *shopping*. A própria descoberta da “caverna” torna-se, ao fim, uma fonte de lucro para o Centro Comercial, que faz dela mais uma atração que promete alta lucratividade, como diz no cartaz colocado na fachada: “BREVEMENTE, ABERTURA AO PÚBLICO DA CAVERNA DE PLATÃO, ATRACÇÃO EXCLUSIVA, ÚNICA NO MUNDO, COMPRE JÁ A SUA ENTRADA” (SARAMAGO, 2000, p. 350).

2.2. A lucidez: reconstrução da caverna?

Quatro anos depois, Saramago reacende as esperanças em *Ensaio sobre a Lucidez*. Como dito acima, o romance de 2004 é um grito contra a cegueira-sombra-alienação vivida no mundo capitalista.

A ação de votar em branco representa a saída do estupor e inércia dos indivíduos frente ao sistema, e uma tomada de posição lúcida pela mudança. Nas palavras de SILVA

nos “ensaios” de Saramago, este percurso da tomada de consciência (*Ensaio sobre a cegueira*) à ação lúcida (*Ensaio sobre a lucidez*), como vimos, ocorre também devido à total falta de horizontes, a uma total privação vivenciada pelos personagens, que passam, então, à organização de um movimento extremamente lúcido pelo voto em branco [...] (SILVA, 2006, p. 73)

A lucidez adquirida pelos indivíduos no romance aparece em vários momentos. Primeiro, é claro, com o voto em branco. Depois, com a demonstração, por parte dos moradores da cidade, de consciência, solidariedade, perdão e apego à verdade[5]. Após a desconstrução do mundo capitalista em *Ensaio sobre a cegueira*, Saramago constrói o que seria uma sociedade idealizada por Marx, baseada na igualdade e no auto-governo do povo.

E o contraste entre os dois sistemas é uma constante no livro, já que os governantes retirados, cegos à escolha do povo, continuam a agir de forma a sustentar o discurso capitalista de liberdade e democracia, contraditoriamente invocados em meio a ações totalitárias, como é ilustrado nas seguintes passagens:

Já os do p.d.m., como oposição que eram, e estando embora de acordo quanto ao fundamental, isto é, a necessidade urgente de apurar responsabilidades e punir os faltosos, ou conspiradores, achavam desproporcionada a instauração do estado de exceção, (...) e que, em última análise, **era totalmente desprovido de sentido suspender direitos a quem não havia cometido outro crime que exercer precisamente um deles.** (p. 37) (grifo nosso)

Peço licença para recordar ao nosso caro colega e ao conselho, disse o ministro da justiça, que os cidadãos que decidiram votar em branco não fizeram mais que exercer um direito que a lei explicitamente lhe reconhece (...) Os direitos não são abstrações, respondeu o ministro da defesa secamente, **os direitos merecem-se ou não se merecem, e eles não o mereceram, o resto é conversa fiada.** (p. 62) (grifo nosso).

Quero dizer que, tendo em conta a gravidade da situação, a ninguém causaria surpresa se eu decidisse assumir as pastas da defesa e do interior, dessa maneira a situação de emergência nacional teria o seu reflexo nas estruturas e no funcionamento do governo, isto é, **para uma coordenação total, uma centralização total** (...) se eu conseguir triunfar de uma acção subversiva que não teve paralelo em nenhum lugar, **uma acção subversiva que veio atingir o órgão mais sensível do sistema, o da representação parlamentar, então a história dar-me-ia um lugar inapagável, um lugar para sempre único, como salvador da democracia.** (p. 152) (grifo nosso).

Interessante notar como Saramago deixa claro em *Ensaio sobre a lucidez* o seu repúdio pela democracia representativa e pela importância que os sistemas capitalistas dão ao parlamento, que, no fim das contas, não só não representa o povo, como ignora cegamente as suas aspirações.

Mas apesar do clima de otimismo presente durante quase toda a obra, o ceticismo de Saramago triunfa sobre a esperança de um mundo ideal, mesmo que apenas na ficção[6].

Até meados do livro *Ensaio sobre a lucidez*, a alusão ao Ensaio anterior parece se resumir apenas no título. Porém, durante uma reunião do conselho de ministros do governo retirado, em meio a uma discussão entre o presidente e o primeiro ministro, que não conseguem achar uma solução para o problema vivenciado, o presidente lamenta-se, “Entretanto, andaremos para aqui às apalpadelas, às cegas”, no que é completado pelo ministro da cultura, “Tal como há quatro anos”. (SARAMAGO, 2004, p. 170). Neste momento Saramago completa a ligação entre os romances, e o leitor pode compreender que o país em questão é o mesmo onde ocorreu a epidemia de cegueira, assim como reencontra os personagens centrais do romance anterior, como o primeiro cego, o médico oftalmologista, a mulher do médico e o cão das lágrimas.

A partir daí, a história toma um rumo diferente. Toda a construção de uma crítica à sociedade capitalista, a tomada de consciência por parte dos indivíduos da desnecessidade de um governo, a realização da utopia de uma sociedade justa e igualitária, mesmo que apenas no campo ficcional, começa a ruir, dando lugar à prevalência, mais uma vez, do sistema anterior, da caverna. A morte dos heróis de ambos os romances, o comissário de polícia e a mulher do médico, assim como do cão das lágrimas, assassinados a mando do governo, parecem dizer que, não importa o quanto se lute contra o sistema, ele sempre elimina os elementos subversivos para se manter. E a última cena do livro *Ensaio sobre a lucidez* é emblemática para ilustrar a iminência do retorno à cegueira:

Então um cego perguntou, Ouviste alguma coisa, Três tiros, respondeu outro, Mas havia também um cão aos uivos, Já se calou, deve ter sido o terceiro tiro, Ainda bem, detesto ouvir cães a uivar. (SARAMAGO, 2004, p. 325)

SILVA (2006), que interpreta que o *Ensaio sobre a lucidez* é, na verdade, um retorno à cegueira, comenta que os dois cegos não só sabem perfeitamente que o que ouviram foram tiros e que os dois primeiros foram possivelmente dirigidos à pessoas, restando o terceiro ao cão, como não se sensibilizam com o acontecido, mas sim demonstram uma completa indiferença ou alheamento.

Podemos também interpretar os cegos como o próprio governo (ou o próprio sistema), que se manteve todo o tempo cego, e finalmente dá um basta às manifestações (uivos) dos indivíduos (cães) da cidade.

Diante disto, e concebendo os romances *Ensaio sobre a cegueira*, *A Caverna* e *Ensaio sobre a lucidez* como três momentos complementares de uma mesma obra, podemos afirmar que José Saramago cria uma distopia[7]. Certamente não tão explícita quanto *1984*, de Georg Orwell, ou *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, mas mais sutil, mais requintada, mas na qual o sistema prevalece, apesar de tudo.

3. DIALÉTICA ENTRE DIREITO E LITERATURA

Apesar das diferenças marcantes entre as duas áreas do conhecimento, direito e literatura têm mais em comum do que uma análise superficial faz parecer. François Ost (2004) fala com propriedade sobre as diferenças e similitudes entre direito e literatura, enumerando 4 principais diferenças: 1) o direito codifica a realidade e institui uma rede de convenções, enquanto que a literatura “libera os possíveis”, desordena convenções e certezas (papel crítico); 2) o direito, para manter esse real convencionado, é preso no cumprimento das escolhas que faz (segurança jurídica), enquanto a literatura é livre para o imaginativo e para a surpresa; 3) o direito produz pessoas com traços normativos determinados, convencionados, enquanto a literatura produz personagens ambivalentes, ambíguos, contraditórios; 4) o direito pretende a generalidade e abstração, enquanto a literatura cria personagens e histórias específicas, particulares.

Mas, na verdade, o direito também exerce funções instituintes, deixa margem para a flexibilidade da ação dos atores, e gera práticas e discursos diferentes dos modelos oficiais do direito instituído. Assim como a literatura também obedece formas instituídas (da própria escrita), conta histórias não só individuais mas também de alcance universal, e é uma forma usual de fixar no público o vocabulário das instituições jurídicas. Ou seja, ao invés de uma relação de simples animosidade, direito e literatura têm uma relação de “empréstimos recíprocos e trocas implícitas” (OST, 2004, p. 23).

Esse campo de concordância entre direito e literatura é chamado por Ost de retorno dialético. E na literatura de José Saramago observamos vários elementos que realizam essa convergência.

Saramago, em seus Ensaio, cria personagens individualizados, porém sem nomes próprios, assim como o desenrolar das histórias se dá em um país e uma cidade sem nomes. Tal ausência pode significar a intenção do escritor em universalizar aquela

situação particularizada nos romances, de forma a mostrar que a cegueira ou lucidez ilustradas não são comportamentos de determinados personagens, de um país específico, mas são universais, observáveis em distintos e múltiplos lugares e pessoas. Como lembra Ost, a imersão da literatura no particular pode ser o caminho mais rápido para se alcançar o universal.

Ademais, a caracterização dos personagens por posição social, grau de parentesco ou profissão, reforçam a idéia de que os fatos narrados não se tratam apenas de ficção, mas podem ocorrer, e de fato ocorrem, na vida real.

O burlesco ficcional nos impõe uma análise da realidade, e acabamos descobrindo que ou a realidade é tão caricatural quanto a ficção, ou esta não se afasta tanto daquela. Afinal, num país onde os cidadãos são saturados com informações de políticos corruptos e escândalos de “mensalões”, esquemas das ambulâncias, cartões corporativos, e não obstante continuam a votar e eleger os mesmo políticos envolvidos em tais práticas ilícitas (que continuam ignorando os interesses dos seus eleitores), só podem estar, todos, cegos.

Estas provocações fazem com que o direito, que se pretende ser coordenador e transformador da realidade, interrogue-se sobre tal situação, aqui particularmente sobre a crise da democracia representativa e da sociedade capitalista. Reforçar a democracia direta e institucionalizar o poder comunicativo observado na esfera pública, de forma que ele determine o poder administrativo[8], são medidas indispensáveis para a realização de uma sociedade igualitária, sem que para isso voltemos à era tribal.

4. CONCLUSÃO

Certamente, uma análise superficial sobre a rotina do Estado brasileiro, sobretudo o que nos mostra a mídia, pode nos conduzir à conclusão simplista de que estamos todos cegos, aprisionados na caverna, vivendo de sombras.

Mas, se procurarmos bem em fontes outras que não o do frágil senso comum, podemos perceber que uma outra realidade está sendo construída. Uma outra democracia, direta e participativa, força os limites do instituído e tenta se firmar. A sociedade civil está cada vez mais organizada, segmentada, e sob a forma de associações, organizações e outros tipos de grupos os indivíduos utilizam as armas que a Constituição democrática lhes dá para se apropriar do poder que lhes é próprio e construir uma sociedade que seja realmente democrática.

Talvez a democracia “real”, plena e direta, e uma ordem jurídica libertária, igualitária e solidária, sejam ainda utopias. Mas é preciso continuar a olhar e uivar, para que possamos um dia ver e reparar.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição Federal:** atualizada até a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CONRADO, Íris Selene. **O ser humano e a sociedade em Saramago:** um estudo sócio-cultural das obras *Ensaio sobre a cegueira* e *Ensaio sobre a lucidez*. 2006. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Letras. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp001285.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2008.

FIGUEIREDO, Olívia Maria. A reconceptualização da metáfora em *Ensaio sobre a lucidez* de José Saramago. **SCRIPTA**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 2º sem. 2006. p. 215-227.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia.** Entre facticidade e validade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JARDIM, João; CARVALHO, Walter. **Janela da alma.** Rio de Janeiro: Copacabana filmes, 2002. 1 DVD (73 minutos)

MACHADO, Cassiano Elek. Saramago combate “cegueira” com votos em branco. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 de março de 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq2203200410.htm>. Acesso em: 7 jun 2008.

OST, François. **Contar a lei:** as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PINZANI, Alessandro. Republicanismo(s), democracia, poder. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1. Mar. 2007. p. 5-14.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARAMAGO, José. **Folhas políticas**: 1976-1998. Lisboa: Editorial Caminho, 1999. Disponível em: <http://groups.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 15 jun. 2008.

SARAMAGO, José. **Todos os nomes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SARAMAGO, José. Saramago questiona mídia e governo em novo livro. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 20 de março de 2004. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/arquivo/arteelazer/2004/not20040320p4494.htm>. Acesso em 7 jun 2008.

SILVA, Flávia Belo Rodrigues da. **Entre a cegueira e a lucidez**: a tentativa de resgate da essência humana nos “Ensaio” de José Saramago. 2006. 131f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Letras. Disponível em: <http://www.lettras.ufrj.br/posverna/mestrado/SilvaFBR.pdf>. Acesso em 17 abr. 2008.

[1] São vários os artigos da Constituição brasileira de 1988 que fundamentam a participação direta do povo, seja no papel de constituintes (artigos 102, III, “b”, 103, VII, VIII, IX), de administradores (artigos 5º, LXXIII, XVII, XVIII, 37, *caput* e §3º, 129, III), de legisladores (artigos 14, 61, *caput* e §2º) e de jurisdicionados (artigos 5º, XXXV, LV, 133), além de vasta legislação infraconstitucional.

[2] Entrevista dada à agência Lusa, de Lisboa, e publicada no Jornal Folha de São Paulo Online dia 24/03/2004. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u42705.shtml>.

[3] Entrevista dada ao Jornal O Estado de São Paulo, e publicado em seu *site* em 20/03/2004. Disponível em <http://www.estadao.com.br/arquivo/arteelazer/2004/not20040320p4494.htm>

[4] Epígrafe de *Ensaio sobre a lucidez*.

[5] Várias passagens do texto indicam tais sentimentos e/ou atitudes: quando os moradores saem para limpar as ruas da cidade, em decorrência da greve dos lixeiros forçada pelo governo; quando ajudam os eleitores do partido da direita a se estabelecerem em suas casas, após uma tentativa frustrada de sair da cidade sitiada; na negação do inspetor de polícia em acusar sem provas a mulher do médico pelo movimento conspirador, entre outros.

[6] Não só na ficção, como também na realidade. Saramago, apesar de não abandonar a ideologia e o partido comunista, já declarou várias vezes que nenhum governo ou partido de esquerda, em nenhum lugar do mundo, tem um plano de ação satisfatório para contornar o capitalismo e todos os valores que ele representa, e se entregam, no fim, ao sistema.

[7] De acordo com François Ost (2004), o termo distopia opõe-se ao termo utopia, significando o desencantamento do mundo conduzido pela modernidade. Nas distopias, são mostradas situações de desregramentos do espaço, do tempo, do direito, e de mundos “pouco habitáveis pelos homens” (p. 374).

[8] Aqui nos baseamos na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas (2003) que, por sua vez, traz para sua teoria a idéia de poder comunicativo de Hannah Arendt. O poder comunicativo é o resultado de “uma vontade comum formada numa comunidade não coagida (...), que nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles.” (p. 187). Por sua vez, “se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte de justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará.” (p. 186).

**A CRIAÇÃO DO DIREITO: TEXTO SOBRE TEXTO DE DERRIDA SOBRE
TEXTO DE BENJAMIN***

**THE CREATION OF LAW: TEXT ON TEXT OF DERRIDA ON TEXT OF
BENJAMIN**

Victor Emendörfer Neto

RESUMO

O tema da criação do direito pode ser visto, em tese, sob dois aspectos: a criação de um direito num contexto de diversos outros ‘direitos’ – um fenômeno histórico com limites temporais e espaciais; e a criação do direito, do próprio fenômeno jurídico em si, da realização humana da idéia de ordem. O presente texto situa-se no interior desta dualidade. Cogita, a princípio, a existência do direito em si, questionando o ‘meio’ através do qual ela é apreendida: a linguagem. Depois, trata do direito como realidade histórica e, nesta medida, como um dado contingente: aqui, é possível assimilar o direito às diversas ordens soberanas, sendo a história o palco desta pluralidade. Finalmente, debruçando-se sobre o texto de Derrida, faz o caminho inverso: toma o direito desde sua manifestação concreta e plural, até sua assimilação abstrata à idéia de ordem. Nesta última, a idéia de direito é confrontada à de justiça – e esta é enfim posta como seu absolutamente outro, como algo intangível, inalcançável e sobretudo alheio aos limites da linguagem. A criação do direito, como evento correspondente à realização da justiça, é questionada: e então a linguagem, incapaz de verificar esta correspondência, assinala seus próprios limites. Diante destes limites, resta a poesia: diante do absolutamente outro, do insondável, de deus – reste talvez ao homem a beleza deste encontro, e a tristeza de jamais compreendê-lo totalmente.

**PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CRIAÇÃO LINGUAGEM JUSTIÇA DERRIDA
BENJAMIN**

ABSTRACT

The subject in respect of the creation of law can be viewed, in theory, since two perspectives: the creation of ‘a law’ in a context of many others ‘laws’ – a historical phenomenon with spatial and temporal limits; and the creation of ‘the law’, of the phenomenon in itself, of the realization of human ideal of order. The present paper stands in the middle of this duality. It looks at, initially, the existence of law in itself, approaching the medium by the which it is assimilated: the language. After, it talks about

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

law as a historical reality and, in this sense, as a contingent event: then it could be assimilated to the several sovereign orders, whose plurality stands on the historical stage. Finally, bending on the Derrida's text, it goes by the inverse way: it takes the law in its concrete manifestation and then describes it as the abstract manifestation of the idea of order. In this late sense, the law's idea is confronted with the justice's – and this late is then took as the first's absolutely other, as something intangible, out of the language limits. The creation of law, as a event correspondent to the realization of justice, is put in check: then the language in itself, not being able to verify this correspondence, gets this own limits out. Before this limits, rests the poetry: before the absolutely other, the unfathomable, the god – maybe rests to man the beauty of this instant, and the gloom for never take it totally.

KEYWORDS: LAW CREATION LANGUAGE JUSTICE DERRIDA BENJAMIN

Introdução.

Para que haja 'criação do direito' é preciso haver 'um direito'. Mais: este 'direito' deve ser 'um' entre 'vários'; pois se tudo o que chamamos 'direito' fosse apenas 'um', sua criação seria incogitável – e portanto seria difícil explicar por que investigá-la. Se há 'vários direitos', esta pluralidade só pode se dar na realidade, que é *onde* toda a pluralidade existe. Mas se esta 'realidade' é una, única, ilimitada, então teremos que investigar se os 'direitos' que estão aí não são mesmo apenas um só: afinal, todos os eventos a que se atribui tanto sua criação quanto sua supressão são expressões daquela só realidade. Mas 'criação' supõe 'criador' – o princípio, a causa, o outro. O que traz duas questões: este 'direito' que abrange 'todos os direitos' e que é, portanto, toda a sua história, quem – ou o quê – o criou? E quem – ou o quê – pode superá-lo?

Direito e existência. Linguagem. Erro.

O direito existe – e esta é a premissa de que partimos. Dizê-lo implica que todas suas manifestações podem ser relacionadas, na linguagem, àquele termo – ou seja, nomeadas por ele –, e também que elas têm, todas, um traço que justifica esta 'nomeação'. A linguagem permite que um substantivo – 'direito', por exemplo – substitua a descrição individualizada de cada manifestação a ele assimilada; entretanto, não pode explicar o que exatamente, nestas manifestações todas, justifica tal designação; e, ainda assim, pressupõe tal explicação como uma necessidade lógica. Talvez não se possa apontar qualquer traço incontestável nos fenômenos a que se designa, em conjunto, como 'direito', algo presente em todas suas manifestações, algo necessário e distintivo. Ao contrário, é tentador afirmar que o consenso quanto isto é impossível: ninguém poderá *dizer* tudo o que é o direito, ou ninguém terá um critério que nos permita distingui-lo sempre e indiscutivelmente. Neste caso, seria necessário admitir algo quanto à linguagem: que ela é sempre assombrada pela hipótese do erro – e pela conseqüente dúvida em todo julgamento sobre o certo e o errado. Pois se há o erro, se estamos errados, ou inexatos, é sempre possibilidade em nossos julgamentos, então há uma

dúvida insuperável, que sempre sucede a todo julgamento – e afasta a possibilidade de um julgamento definitivo. O assombro da linguagem decorre da possibilidade insuprimível de ser errado o que julgamos certo, ainda que pensemos com toda nossa potência sobre isso, e ainda que a lógica nos leve longe em nossa tentativa.

Mas por que falar de julgamentos? E sobretudo: por que falar de erros? Talvez uma resposta seria: porque nos referimos à linguagem, porque a linguagem é ‘meio’ e porque ‘meios’ são *julgados* segundo atendam ou não a seus fins. Se o fim, por exemplo, é compreender o que seja direito, e se esta compreensão só pode ocorrer mediante a linguagem, pois só assim pode ser ‘anunciada’, a impossibilidade de que esta compreensão seja segura induz a concluir que o meio, a linguagem, sempre falha; já que não poderíamos admitir que o fim é em si inatingível, sob pena de termos que reconhecer que perseveramos numa tentativa impossível. Perseguir o inalcançável, eis algo ilógico, irracional – em suma, indigno do ‘intelecto humano’. Logo, o fim a que nos propomos – compreender o direito – deve necessariamente ser possível; impossível é realizá-lo com o meio que temos (e qual é a diferença entre ‘não ter meios para compreender’ e simplesmente ‘não compreender’?). A linguagem, neste sentido, carregaria toda a culpa de nossa incompreensão. E esta, enfim, é a premissa de que talvez devamos partir.

E se partíssemos? Bem, então teríamos que superar este impasse primordial, pois afinal o que fazemos é recorrer à linguagem: para compreender o direito, e que talvez seja impossível fazê-lo clara e totalmente, e que a consciência desta incompreensão pode ser um dado indispensável à tentativa de compreendê-lo. Mas por que compreendê-lo? Resposta necessária: porque ele existe – e nos comprometemos a partir desta premissa. Mas se a oração “o direito existe” é irrefutável, ao menos no contexto deste texto, então aquela ‘hipótese’ que ‘assombra a linguagem’ é confirmada, não apenas porque o direito não pode ser linguisticamente definido, mas sobretudo porque sabemos-lo existente apesar disto.

E por que sabemos que ‘existe’? Tudo não é senão a realidade irresistível? Por que reunir uma multiplicidade de eventos sob o substantivo ‘direito’ e infundir a luz inexplicável desta substantivação sobre todos eles? Esses substantivos – direito, política, arte, filosofia – não são apenas formas de recortar a realidade inteira, única, indivisível? Esta substantivação, focando um aspecto parcial da realidade, não desvia nosso conhecer de sua ‘meta’? Não – responderíamos – a linguagem nos relaciona à realidade infinita, contornando nossa incapacidade de compreendê-la; e talvez nos proteja desta ‘compreensão total’ insuportável. Portanto diríamos: o direito existe; e ainda que não possamos compreender o que é direito, e menos ainda o que é existir, temos aí um sujeito e um predicado, uma oração portanto – e um começo.

Assumimos então que o direito existe. Do que depreendemos que é possível um conhecimento do direito. Pois o que existe pode ser conhecido, ainda que ‘conhecer’ seja sempre, enquanto linguagem, uma hipótese problemática. Se o homem se volta sobre algo que supõe existir, conhece-o, especula-la, reflete-o em sua mente. Mas há mais: o homem traduz sua reflexão em linguagem (ou a linguagem é também condição para a reflexão?), e pode escrevê-la, e outros podem compartilhá-la, e tudo isto, escrita e leitura, forma o contexto no qual é possível dizer: o direito existe. No entanto, consideramos antes a seguinte hipótese: nada permite distinguir todas as manifestações concretas que se possam designar por ‘direito’; e mesmo esta outra, de certo modo

similar: nenhuma manifestação concreta pode ser necessariamente, sem qualquer oposição logicamente admissível, ser posta sob tal designação; e então concluímos que não é possível definir os limites deste ‘universo’ a que se reputa direito, nem tampouco identificar qualquer manifestação concreta que se submeta a tal designação de modo incontroverso. Se supomos tais premissas, repita-se, o erro é uma possibilidade constante na linguagem: se é impossível identificar as manifestações a que corresponde certo substantivo, então a própria substantivação é um recurso precário, grosseiro, aproximativo. E então se disséssemos: “o direito existe” – isto significaria que estaríamos mais ou menos concordes quanto a algo mais ou menos compreensível e que podemos mais ou menos descrever.

Mas o direito existe. E tal existência nós a sentimos como algo ‘real’. A linguagem, portanto, não suporta o ‘peso da existência’: o direito existe, nós o sabemos, e ainda assim é impossível chegarmos a uma conclusão definitiva sobre a questão primordial: e o que é direito? Nesta resposta só nos resta a linguagem e, diria Wittgenstein, em vão nossas mãos rudes tentam “reconstruir teias de aranha”.

Direito e criação. Totalidade. Consciência. História.

Convenhamos: o direito pode até existir, mas não é tudo o que existe. E o que é ‘tudo o que existe’? A filosofia tenta dar a resposta; e, diz Hegel, já vão longe as tentativas: “a proposição de Tales de que a água é o absoluto ou, como diziam os antigos, o princípio, é filosófica; com ela, a Filosofia começa, porque através dela chega à consciência de que o um é a essência, o verdadeiro, o único que é em si e para si”. Quando retornamos da visão do ‘um’ e focamos o direito, e aí vemos que é só um corte da realidade e, pior, algo insujeito a uma definição exata e ainda assim só uma definição, então pensamos no direito como algo ‘criado’; pois tudo tem um princípio, uma origem, uma causa – exceto o próprio infinito, que não pode ter uma ‘causa’ porque não pode haver nada fora dele. Se o direito não é tudo, tem um princípio, uma causa; então é ‘criado’, porque algo determina sua existência. Algo possivelmente humano, de nossa responsabilidade, semelhante a nós, um ‘filho’; mas sobretudo isto: algo que supõe a ‘criação’. Talvez devêssemos reconhecer logo que o criador somos nós; ou não: considerar a nós mesmos como mera contingência do caos ou da ordem; pois talvez seja mesmo pretensioso afirmar que tudo é consciência. Mas, afinal, o que mais nos resta? Como supor o que não vem à consciência? O direito é humano por que só o homem pode compreendê-lo? Ou a compreensão que nos propicia a condição humana não é toda a ‘possível’? Então o que nos cabe não é somente um ‘corte da realidade total’, algumas visões e idéias, e umas poucas certezas que se devem menos à nossa capacidade que aos nossos limites? Convenhamos: vamos evitar eleger respostas.

O direito não é tudo. ‘Tudo’ é a infinita multiplicidade em si mesma, como unidade. Mas de que vale uma palavra que designe algo e seu oposto? De que vale dizermos que ‘tudo’ é unidade e multiplicidade? Não podemos compreender tudo: por que, então, considerar o incompreensível? Por que supor o que não podemos compreender? Por que, enfim, o pensamento se submete a esta reflexão sinistra, jogando-se aos pés do ‘outro’ absolutamente distinto e imperscrutável? Porque, diríamos numa tentativa de resposta, nem tudo o que ‘existe’ é compreensível. Mas ainda assim consideramos aquilo que não compreendemos, e então o compreendemos sob certa forma, em certa

função lógica, moral ou teológica – e assim o próprio ‘compreender’ assume um sentido mais amplo: não apenas conhecer, mas também ‘vigiar’ (retornaremos ainda a este verbo) o que não pode ser conhecido. Tudo, portanto, é o que compreendemos; o que não, é o nada; e o nada não é. Só o que compreendemos é. (Sintaxe estranha, com o verbo ‘ser’ regendo predicado nenhum, ou regendo elipticamente todos eles, muito empregada em textos de, ou sobre, Parmênides.)

Mas dizíamos: o direito não é tudo. É uma palavra – antes de tudo isto, uma palavra – que designa um certo ‘aspecto’ da realidade, e que só faz sentido, no plano da linguagem, se este aspecto for peculiarmente distinto. Do contrário, a própria designação seria inútil: se não houvesse cores, não haveria a palavra ‘amarelo’. Só há o direito, só há este substantivo, justamente por força desta presumida ‘peculiaridade’ do conjunto de manifestações concretas por ele designadas. Se o direito fosse tudo, seria idêntico ao próprio pensamento em reflexo – seria a própria consciência. Na consciência está tudo que nos cabe saber e o direito é apenas um ponto desta totalidade: é assim um objeto do pensamento, e neste sentido um corte, um ângulo, uma face da realidade, como tudo que não seja o pensamento em si mesmo (sem desconsiderar que mesmo o pensamento, diante do todo, possa ser também apenas um corte, um ângulo, um ponto; sem desconsiderar, enfim, esta ‘solidão’ da consciência diante do mundo, como exprimia, tão dramaticamente, aquele famoso verso de Noel Rosa: “o orvalho vem caindo/vai molhar o meu chapéu...”). Por isto é ‘criado’: só há direito na perspectiva humana, só ao pensamento ele é dado. Mas, afinal, o que isso importa? O que é dado ao pensamento não é precisamente tudo (ao menos tudo o que se possa considerar)? Se ‘criado’ é o mesmo que ‘dado ao pensamento’, então tudo é criado. Portanto, a ‘criação do direito’, de que nos ocupamos aqui, deve ser mais concreta, deve estar no tempo e no espaço – deve ser *histórica*. O fato de relacionarmos direito e homem, por si só, não basta: tudo está relacionado ao homem. É preciso fincar o direito no chão da história. O direito existe: mas ‘existir’ significa, aqui, ter realidade histórica. O próprio sentido de ‘realidade’, sob este aspecto, é necessariamente histórico. A pura abstração nos conduz sempre e diretamente ao tudo, à coisa em si, ao um; mas há sempre a volta: e então o espaço e o tempo se abrem na infinita multiplicidade, o ser eterno dá lugar ao vir a ser contínuo – e aí, neste infinito pontuado pela existência humana, só aí o direito existe.

Então é de contingências que se trata? Mas se as contingências são a própria manifestação concreta do todo, o que, além do pensamento que reflete esta multiplicidade e contém sua idéia como unidade, não é contingência?

Direito e Realidade. Ordem. Soberania. Povo. Pluralidade de Direitos.

Mas enfim se abrem os olhos: o pensamento abstrato dá lugar à visão do vasto mundo, em que o tempo e o espaço contêm a multiplicidade infinita. Descemos à rua e, aliviados pelo fim da reclusão em nossa própria consciência, estamos novamente em contato com a ‘realidade’. E então notamos: aí existe o direito; nas ruas, nas cidades, no mundo existe o direito; aí, entre essas “milhões de pessoas que têm necessidade de se conhecer”, como disse Rimbaud, existe o direito. O convívio humano é a condição para a existência do direito; e é também a prova irrefutável dessa existência. A existência humana é transpassada por uma ordem segundo a qual as condutas são moldadas e as coisas dispostas. O direito está aí: o direito é esta ordem e a própria possibilidade de

vincular os homens a algo como tal. Não importa qual seja esta ordem, não importa o signo sob o qual ela é exercida, não importa nem mesmo que esta ordem seja sempre algo que só pode ser descrito e apreendido de forma aproximada e que existe tanto como idéia, racional e abstrata, quanto como espontaneidade, concreta e contingente – bem na linha, aliás, do que disse Hauriou. Há sempre uma ordem, ainda que a representemos como algo tão pouco ordenado que se aproxime menos de um esquema lógico do que do caos absoluto.

E, se consideramos o tempo e o espaço, poderemos notar a *pluralidade* de ordens jurídicas – que se sucedem no tempo e se colocam no espaço. O que põe duas questões. Primeira: como é possível identificar um direito determinado, uma ‘unidade (no sentido de ‘mônada’) jurídica’? E a segunda: por que considerar tal pluralidade, se a humanidade existe sempre sob determinada ordem, ainda que esta não seja senão o arranjo – sempre precário – das diversas ‘ordens’ que, dizíamos, podem-se identificar como unidades jurídicas? Em suma: se a humanidade é incindível, já que nenhum homem ou grupo pode viver absolutamente alheio aos demais homens, e portanto cada homem é necessariamente relacionado a todos os outros, não há apenas uma ordem a regê-los? Não estamos falando, como Kant, de uma ‘ordem universal’ a ser construída em busca da paz; nem mesmo, como Kelsen, de um monismo internacionalista segundo o qual cada direito nacional está, por assim dizer, fundado na ordem internacional que abriga a existência dos estados; estamos dizendo simplesmente que a humanidade supõe necessariamente uma ordem, pois, como dizíamos, é simplesmente impossível o convívio humano em bases puramente caóticas, erráticas, inconstantes; e se é inevitável que consideremos a humanidade como um grupo – a mais abrangente, talvez, noção de ‘grupo’ –, então existe, ainda que não inteiramente racional ou lógica, uma ‘ordem universal’, ou melhor, simplesmente ‘humana’.

Claro, há que se considerar aqui algo fundamental: o chamado ‘poder soberano’. Uma ordem jurídica é a manifestação de um poder insubmisso; portanto, fundado em si mesmo, pois do contrário seria submisso àquilo que lhe serve de fundamento; e portanto também uma unidade, já que a própria noção de ‘poder’ – como força que atua sobre a realidade – sugere algo irreduzível, que existe solitário diante de todo resto e que não contém nada senão ele mesmo. O poder soberano, em sua acepção mais usual, tem um fundamento absoluto na medida em que cada estado, erguido sobre ele, é em si uma *unidade jurídica fundamental*. A noção de unidade, aqui, ergue-se – ou equivale – à de soberania. Só há tal unidade, uma ordem jurídica determinada, porque tal unidade é a própria expressão de um poder absoluto, seja por ser insubmisso a qualquer outro, seja por ser contido, nos limites de sua atuação, apenas por si mesmo[1].

Esta noção de unidade é sem dúvida o âmago da questão. Sim, da questão: pois temos falado aqui de criação do direito, e de um direito que é criado no tempo e no espaço, e portanto de algo a que podemos antepor o artigo indeterminado ‘um’: *um direito* é criado, *um direito* existe entre vários outros, *um direito* sucumbe diante daquele que o sucede. Se ‘direito’ pode ser uma unidade dentro de um contexto de ‘vários direitos’, então supomos que é criado, que coexiste com os demais e que, afinal, cede diante de outros que o superam. Mas resta o problema, o ‘âmago da questão’: como pode haver tal ‘unidade jurídica’? O que permite que haja um ‘Brasil’, uma ‘Alemanha’, um ‘Panamá’? O que nos assegura que não exista um ‘Curdistão’, um ‘País Basco’, uma ‘Palestina’. O que é, afinal, uma ordem jurídica? E sobretudo: faz sentido pensar nestes termos, se todos somos, a humanidade, um só grupo?

Grupo: eis aí, talvez, a chave para tais respostas. Talvez não possamos ser um grupo, mas sim, e sempre, vários grupos: formamo-los, defendemo-los, isolamo-nos neles. No início – poderíamos dizer com aquela soberba de quem se permite conclusões quanto a eventos fundamentais da história humana – os homens formaram grupos, e eventualmente tais grupos ligaram-se a determinados territórios, e todo o resto não é senão a história das migrações e das guerras. Não parece haver como fugir desta palavra: ‘grupos’. Parece mesmo impossível contestar a permanência desta realidade em que a espécie humana divide o espaço – o mundo – em retalhos, como se uma catástrofe atávica tivesse despedaçado esta hipótese diamantina – a humanidade como um só corpo social, político e jurídico – e desde então não tivessem restado senão os cacos. Grupos: a união de alguns contra o resto, a aproximação dos homens para protegerem-se dos homens. Grupos: a descendência, a raça, o credo. Grupos, enfim: um número limitado de ‘nacionais’ aos quais é dado transitar livremente no respectivo território. O tempo cuidou de extrair de tais formações frutos incontestáveis: chamamo-los a todos eles de ‘culturas’, mas poderíamos descrevê-los como língua, arte, costumes. E talvez seja tudo que nos resta: a riqueza da diversidade, mas a distância – eternamente problemática, porque intransponível – da diferença.

É então nestes grupos – em quê mais? – que estaria o fundamento do que reputávamos antes de ‘unidade jurídica’, ou de uma ‘ordem jurídica determinada’? Não, absolutamente. Não há qualquer meio absolutamente inequívoco de eleger, dentre os homens, aqueles necessariamente vinculados – ou não vinculados – a um grupo. A individualidade pode sempre resistir, indômita ou altivamente, a tais ‘determinações’ (parece haver boas razões para usar tal palavra). O agrupamento, em si, impõe-se à força de eventos aleatórios, muitas vezes incompreensíveis e nunca inteiramente ligados a padrões lógico-rationais. Finalmente, o pensamento moderno e ocidental corroeu as bases mais radicais (no sentido mesmo de ‘raiz’) a justificarem os agrupamentos, que sem qualquer constrangimento se baseavam em critérios de raça e de religião, mas que também remontavam a contextos políticos e sociais mais remotos, a partir dos quais certos segmentos (e esta palavra parece adequada na medida em que denota apenas ‘fração’) foram se sedimentando nas reentrâncias do que depois passou a se chamar grupo – ou, para irmos logo ao ponto, *povo*.

A teoria jurídica, sobretudo constitucionalista, na voz de tantos de seus expoentes remete aquele ‘poder soberano’ – no qual se assenta determinada ‘ordem jurídica’ e que, afinal, permite considerá-la como unidade – ao que chama de ‘povo’. Mas que povo? Os nacionais? Os crentes? Os descentes? “Não, não” – respondem os juristas sempre atentos às duras lições daquele meio século de duas guerras mundiais – “povo é uma noção aberta, dinâmica, inextrincavelmente ligada aos princípios democráticos”; segundo Canotilho, “afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum”. “Certo, certo”, replicamos, “mas, afinal, quem é o povo?”. Seres humanos são indivíduos: também os homens, sobretudo estes, são cada qual um ser único, irredutível – enfim, uma unidade. Um ‘povo’, portanto, é sempre um certo número de indivíduos. Como definir ‘quem’ ou ‘o quê’ é o ‘povo’? E principalmente: por que defini-lo?

Não responderemos tais questões, mesmo porque dificilmente seríamos capazes disto. Mais ainda: tais respostas nos desviariam da rota que pretendíamos seguir, e que nos leva – ou tenta – ao seguinte objetivo: compreender o que permite discernir uma determinada ordem jurídica dentre todas as demais; ou, para dizê-lo de outra forma,

esclarecer o que nos leva a considerar uma ordem jurídica como uma unidade. E para tanto basta retornar àquele suporte sobre que, no início, assentamos este texto: a consideração da realidade histórica como a representação humana (para usar um termo caro a Schopenhauer) dos eventos no tempo e no espaço. Se há um determinado ‘direito’, se esta ‘ordem jurídica’ é em si uma unidade, então ela é delimitada no tempo e no espaço: a oeste do Rio Paraná, está o Paraguai; antes de sete de setembro de 1822, isto aqui era um ‘imenso Portugal’. Simples assim? Definitivamente não.

A idéia de criação do direito remete à noção de um direito novo, que passa a ocupar – ou submeter – um espaço e que se protraí no tempo. Se nos permitimos a idéia de um ‘direito novo’, discernimo-lo claramente daquele anterior e consideramo-los, o novo e o anterior, como únicos em si mesmos. A idéia de novidade supõe a de unidade. Só pode haver um ‘novo’ se este é único; do contrário, este se confunde com o anterior e, desta forma, não há senão um direito contínuo. A idéia de continuidade se opõe à de ruptura: esta, um limite, um marco; aquela, um fluxo sob o qual esse limite esvaece. O problema é este: existe tal limite? E mesmo se admitíssemos, como dificilmente poderíamos evitar, que tal ‘ruptura’ é apenas uma designação que responde a uma certa ‘gradação’ dos eventos capazes de engendrar mudanças jurídicas – ou seja, uma ‘mudança maior’, mais impactante, mais abrangente –, ainda assim não teríamos que reconhecer que esta gradação é necessariamente inexata, de forma que jamais poderíamos chegar a um critério seguro que apontasse o que é ou não uma ruptura? A idéia de limite do direito, sobretudo limite temporal, é questionável sob diversos aspectos. Não conseguimos nem mesmo imaginar a hipótese, em um dado espaço ou em relação a determinados indivíduos, de uma ordem jurídica inteiramente nova: ainda que uma revolução varra este território, ainda que forças exógenas submetam todo um ‘povo’, ainda assim a ordem jurídica que sucederá não será inteiramente diversa – até porque seríamos obrigados, se afirmássemos o contrário, a precisar o ‘conceito’ de ‘ordem jurídica’, e está claro que nos abstermos de fazê-lo.

E enfim nos aproximamos de onde queríamos chegar: à conclusão de que é profundamente problemática a idéia de ‘criação do direito’. A criação supõe a possibilidade de um direito novo, distinto, único dentre os demais. Supõe, portanto, a ‘pluralidade’ – e com isso os limites de cada um dos plúrimos direitos. Como se transformação e permanência não fossem forças sempre atuantes; como se tais forças, que só têm sentido no contexto de seu confronto recíproco, não fossem um só processo; como se existissem rupturas na inabalável continuidade. Toda a realidade é uma só realidade. Tudo está aí: o direito e a possibilidade de sua superação; a força que conserva e a que perturba; o estado e a revolução. Todos vivemos este ‘destino único’ de que fala Benjamim, e que tanto chamou a atenção de Derrida. A ‘criação do direito’, neste sentido, seria apenas os ‘marcos’ da sucessão histórica de modelos, de ideais e de interesses que refletiriam as marchas e contramarchas de uma humanidade errante e irremediavelmente inconciliável. A realidade é o palco destes movimentos; nada nesta realidade nos permite superar este “círculo mágico” de formas imperfeitas, cuja suposta superioridade – e as ‘formas’ criadas sempre se arrogam ‘superiores’ – é sempre questionável. A ‘criação do direito’, se esta expressão tem algum sentido rigoroso, deve ser a possibilidade de uma verdadeira ruptura. Resta-nos, neste último passo, cogitar tal possibilidade.

Direito e o Outro. Justiça. Linguagem. Deus.

Derrida, estranhamente, parte de uma premissa clara: direito supõe força, força é algo essencial ao ‘conceito de direito’. Aponta o rigor semântico no uso que o direito anglo-americano dá ao verbo ‘enforce’. Evoca Kant, em primeiro lugar, e então Pascal e Montaigne. E de repente, ao buscar o fundamento desta autoridade, depara-se com o ‘místico’: “O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o *místico*” (p. 25). A estranheza de que falávamos deve-se à facilidade com que Derrida assume aquela premissa inicial; e como daí nos conduz a uma conclusão obscura, insubmissa ao nosso ímpeto questionador, fincada no solo em que jamais pisaremos: “Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem” (idem). Derrida nos leva a um fim vazio e impenetrável, a uma janela aberta ao escuro, ao abismo onde a linguagem guarda seu mistério. Mas então, petrificados com a visão deste mistério, voltamo-nos sobre esta ‘força’ e percorremos toda a extensão de seu aparecer, de seu dar-se a nós, de sua expressão performativa; é quando notamos que talvez sejamos todos crentes nesta força, em seu discurso e em sua performance. Um quadro desolador, talvez: todos imersos numa crença na autoridade do direito, todos louvando o direito num “ato de fé”. “E ainda resta pensar”, diz Derrida, “no que significa crer” (p. 21).

O mais estranho é que Derrida supõe a criação do direito: o início, o princípio, o “momento aterrador”, o “instante revolucionário inapreensível”, a “decisão excepcional que não pertence a nenhum *continuum* histórico e temporal, mas no qual, apesar disso, a fundação de um novo direito *joga*, por assim dizer, com algo de um direito anterior que ela estende, radicaliza, deforma, metaforiza e metonimiza...” (p. 94). O direito torna-se algo determinado. Derrida reconhece a *identidade* de uma ‘ordem jurídica’: o seu aparecer, o seu permanecer, o seu perecer. Algo determinado e único, uma manifestação distinta na multiplicidade. Se há múltiplos direitos, então é possível identificar cada um como distinto dos demais. Mas o que os separa? Por que o direito, como fenômeno histórico e humano, não é senão um único, tão constante e extenso quanto a própria humanidade? Derrida diz haver um começo e, portanto, supõe que direitos sucedam outros direitos. Tenta, talvez, figurar a descrição deste momento com a dramaticidade de um evento histórico; mas também reconhece-o como impenetrável, indeterminável, incompreensível: “esses momentos, supondo-se que possam ser isolados, são momentos aterradores. Por causa dos sofrimentos, dos crimes, das torturas que raramente deixam de os acompanhar, sem dúvida, mas também porque eles são neles mesmos, e em sua própria violência, ininterpretáveis ou indecifráveis. É o que chamo de místico” (p. 84). Entretanto, como nos lembra a velha objeção eleata, só há a multiplicidade do *ser* porque há o *não-ser*; este momento que antecede o direito, e em que perece o direito anterior, *não* é também direito. Este ‘limite’ não tem existência: é a própria rachadura, o espaço vago, a *lacuna*: “esse momento de suspense, essa *epokhé*, esse momento fundador ou revolucionário do direito é, no direito, uma instância de não-direito. Mas é também toda a história do direito” (p. 84). O limite do direito só pode ser o não-direito, tanto quanto o limite de cada uma das múltiplas aparições do ser só pode ser o não-ser: do contrário, haveria um só direito e um só ser, ilimitados. Se há a multiplicidade, há então a possibilidade segura de distinguir cada uma de suas múltiplas manifestações; se esta multiplicidade, em conjunto, é o próprio ser, então só o não-ser pode determiná-la: só pode haver *um rio* sobre *um único leito*; se há dois rios, há algo que os separa e que pode ser tudo, menos um rio. Se o ser distingue-se em aparições múltiplas, então o que

as distingue não é este ser. O vir-a-ser das coisas, a própria transitoriedade de tudo o que for determinável e distinguível, tudo isto supõe o não-ser, a negação, o nada – como a flor, segundo viu Mallarmé, supõe o “lúcido contorno, lacuna que dos jardins a separa”.

O direito, portanto, visto como uma manifestação histórica determinada, supõe a supressão de um direito anterior e a necessária possibilidade de ser suprimido. É justamente esta possibilidade que distingue o direito: o que o caracteriza é justamente a forma com que trata a ameaça à sua existência. A conservação do direito impõe a luta contra a violência fundadora capaz de suprimi-lo: “o Estado teme a violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar (*begründen*) ou de transformar as relações de direito (*Rechtsverhältnisse*), e portanto de se apresentar como tendo um direito ao direito” (p. 81-82). Derrida, portanto, antepõe ao direito seu ‘absolutamente outro’: o ‘outro direito’, o ‘novo direito’, o fim, o começo e então a ruptura do ‘*continuum* histórico’. E este confronto forma e deforma o direito, que se torna apenas a expressão do ‘interesse’ de conservar-se: “há um interesse do direito na monopolização da violência” (*Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt*). Esse monopólio não tende a proteger determinados fins justos e legais (*Rechtsw Zweck*), mas o próprio direito” (p. 78). A visão de um ‘direito’ que se agarra à necessidade de sua conservação remete, talvez, ao que Hauriou apontava como a característica fundamental de toda instituição: a permanência. O direito tem por finalidade conservar-se no tempo, lutando contra sua própria transitoriedade: “é próprio da estrutura da violência fundadora solicitar sua própria repetição e fundar o que deve ser conservado, conservável, destinado à herança e à tradição, à partilha” (p. 89). Sob o signo do confronto com seu ‘absolutamente outro’ o direito erige sua ‘identidade’ como instituição, como realidade histórica, como ‘algo que existe’. A distinção entre o ‘um’ e o ‘outro’, entre o que é e o que não é mais (ou não é ainda), entre o ser e o não-ser, tudo isto trespassa o texto de Derrida. O direito, o ‘um’, é; mas é conforme o ‘outro’, o antigo e o futuro direito, a cuja existência, ou não-existência, aquele se amolda. A ontologia do direito proposta por Derrida se depara com esta *dualidade*; e, como ocorre desde Anaximandro, a oposição entre ser e não-ser explica a multiplicidade do vir a ser, do tempo e do espaço – mas também conduz, finalmente, à absoluta impossibilidade de determinação do todo, do ilimitado, do um.

Esta ‘dualidade’, entretanto, não restringe Derrida. Ela a supera por trazer o um e o outro, o ser e sua negação, o direito e sua ameaça ao interior de uma mesma ‘ordem’: “o que existe, o que tem consistência (*das Bestehende*) e o que ameaça, ao mesmo tempo, o que existe (*das Drohende*) pertencem ‘inviolavelmente’ (*unverbrüchlich*) à mesma *ordem*, e essa ordem é inviolável porque é única. Só pode ser violada nela mesma” (p. 96). Realmente, parece óbvia a necessidade de superação daquela ‘dualidade’: o direito e seu ‘outro’ são necessariamente aspectos de uma mesma realidade, de uma mesma história, de uma mesma ‘ordem’: “essa ordem é tal que existe um único destino, um destino ou uma história únicas” (p. 96). Portanto, os dois elementos daquela oposição (o direito e sua ameaça) são aspectos de um mesmo ‘ser’. Isto, por um lado, obscureceria a própria possibilidade de identificação de ‘um direito’: se tudo é apenas a sucessão das contingências, os eventos relacionados à ‘criação do direito’ são simples “marcos históricos” – ou seja, seriam simplesmente símbolos recorrentemente invocados para legitimação e mesmo o recrudescimento dos valores vigentes ou, para usar um termo caro a Derrida, ‘rastros’ de um processo histórico ininterrupto. Por outro lado, se o direito e sua ameaça, e se a constante instabilidade representada pela possibilidade ininterrupta da criação de um direito novo, se tudo isso enfim remonta à mesma

realidade, então talvez se tenha que buscar o ‘absolutamente outro’ do direito não no interior do processo histórico, mas fora dele; e assim opor o direito contingente, com sua terrível sucessão de direitos criados e suprimidos, ao ‘direito eterno’ que, neste sentido, corresponderia à idéia de Justiça. Derrida acompanha Benjamin nesta última – e definitiva – estocada.

A oposição entre direito e justiça é então vista. Derrida descobre no texto de Benjamin uma premissa: direito e justiça não são termos de uma ‘relação de finalidade’ – nem aquele é puramente meio, nem esta puramente fim. De forma análoga à linguagem, que “não é um meio visando a um fim (uma coisa ou um conteúdo significado, ou um destinatário), ao qual ela deveria adequar-se corretamente” (p. 118), o direito tampouco é meio para a realização da justiça. Esta pode se dar como uma autoridade direta, uma violência pura que não tenha função mediata, mas seja um fim em si mesma. O direito, neste sentido, é a constante e sempre imperfeita tentativa de universalizar preceitos; e a justiça, a própria negação desta universalização, inconciliável com “singularidade irreduzível de cada situação”: “o pensamento audacioso, tão necessário quanto perigoso, daquilo que chamaríamos aqui de uma justiça sem direito, um justiça para além do direito (esta não é uma expressão de Benjamin), vale tanto para a unicidade do indivíduo quanto para o povo e a língua; em uma só palavra, para a história”. A história é, ao mesmo tempo, o palco intangível da realidade e o objeto da crítica filosófica; enquanto ‘palco’, algo em que se está e que simplesmente nos submete como realidade contingente; enquanto ‘objeto de crítica’, algo sobre o que se pode escolher (*krinein*), decidir e tomar posições. O direito não é mais que um aspecto da realidade no palco da história, ao passo que a justiça, a própria possibilidade de decidir sobre a história, de revê-la, de questioná-la. Neste questionamento incansável e rigoroso Derrida relaciona *justiça* e *desconstrução*: “nunca ceder a este respeito, manter sempre vivo um questionamento sobre a origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça é, do ponto de vista da desconstrução rigorosa, tudo salvo uma neutralização do interesse pela justiça, uma insensibilidade à justiça. Pelo contrário, é um aumento hiperbólico na exigência de justiça, a sensibilidade a uma espécie de desproporção essencial que deve inscrever, nela, o excesso e a inadequação. Isso leva a denunciar não apenas limites teóricos mas também injustiças concretas, com efeitos mais sensíveis, na boa consciência que se detém dogmaticamente em tal ou qual determinação herdada da justiça” (p. 37-38).

Derrida descreve como Benjamin relaciona a criação do direito à violência do mito grego, assim como a idéia de justiça à violência do deus judaico. A violência mítica, sedenta de sangue e de expiação, atenta contra a vida; a violência divina, zelando pela alma do vivo, sacraliza a vida. No mito grego as contingências são assimiladas a desígnios divinos, cujo conjunto torna-se, então, caótico; a criação do direito é expressão deste mito, que se renova em sua força opressiva e inexplicada, e que simplesmente submete. O deus judaico de Benjamin é a justiça, o contra-ponto à expressão demoníaca do mito, a possibilidade e a potencialidade de o homem ser justo. Portanto, o direito não é meio de realização da justiça, mas a expressão da violência que só quer aparecer para si mesma, que só quer reafirmar-se como força e poder: “há algo de podre no âmago do direito (*etwas Morsches im Recht*)”, frase de Benjamin que Derrida não esqueceu de ressaltar (p. 90). Benjamin cogita a possibilidade de uma justiça não mediada, direta e divina: uma justiça que, em si, seja violência pura, meio e fim, insígnia e selo do poder divino. Uma justiça, portanto, que determine a própria supressão do direito – e que traga uma “nova era histórica” (p. 127).

E então chegamos ao doloroso impasse: “mas não é, para os homens, nem igualmente possível nem igualmente urgente decidir quando uma violência pura foi efetiva num caso determinado” (citação do próprio Benjamim, p. 129). A justiça é uma possibilidade, uma potencialidade, uma hipótese que encanta e atordoa os homens – mas que, ao mesmo tempo, é inatingível, impenetrável, incompreensível: “isso se deve à essência da violência divina, ao seu poder e à sua justiça. A violência divina é a mais justa, a mais efetiva, a mais histórica, a mais revolucionária, a mais decidível e a mais decisória. Mas, como tal, ela não se presta a nenhuma determinação humana, a nenhum conhecimento ou ‘certeza’ decidível de nossa parte. Nunca a conhecemos nela mesma, ‘como tal’, mas somente em seus ‘efeitos’. Seus efeitos são ‘incomparáveis’. Eles não se prestam a nenhuma generalidade conceitual, a nenhum juízo determinante. Só há certeza (*Gewissheit*) ou conhecimento determinante no domínio da violência mítica, isto é, do direito, isto é, da indecidibilidade histórica. ‘Só a violência mítica, e não a violência divina – diz Benjamim – , se deixa conhecer como tal, com certeza, a menos que não seja em seus efeitos incomparáveis” (p. 129-130).

Derrida segue Benjamim até aquele fim, escuro e abismal, de que falávamos. Fomos no encaço e voltamos com as mãos vazias e o rosto pálido. Além da realidade – presente, sensível, incontestável – do direito enquanto força, violência e poder, está uma justiça inalcançável, que alimenta o ímpeto do homem mas que sempre lhe escapa. A ‘criação do direito’, de que fala Derrida e de que falara Benjamim, é também força, violência e poder – só que abastardados (*bastardierte*), impuros. Entretanto, só há sentido num discurso sobre a ‘criação do direito’ se houver algo que explique – melhor seria dizer, talvez, ‘legítimo’ – tal criação. Se esta criação é mera violência contingente, expressão do mito sanguinário e opressor, então restaria dizer: todo o direito não é senão a realidade de sua manifestação concreta, e nada senão esta realidade indômita e irascível o determina. Neste caso, talvez só nos restasse o empirismo estrito dos positivistas. Se cogitamos da ‘criação do direito’, entrevemos no imenso emaranhado destas contingências algo que o justifique: algo justo, pelo qual se deve lutar; ou algo injusto, que se deve combater. O tema da ‘criação do direito’ é, visto sob este aspecto, o próprio núcleo de toda a crítica jurídica. E toda a crítica – ou antes, toda a ‘desconstrução’ do direito – remonta à idéia de justiça: “a justiça nela mesma, se algo como tal existe, fora ou para além do direito, não é desconstruível. Assim como a desconstrução ela mesma, se algo como tal existe. A desconstrução é a justiça” (p. 27)

Mas então, naquele ‘doloroso impasse’ que já citamos, concluiremos: a justiça é indeterminável. Não tem propriedades, não tem aspecto, não é compreensível. Neste caso, voltamos à desilusão de Anaximandro: o eterno é indeterminável e o vir-a-ser, voraz e interminável, o grande castigo. Ou à correspondente conclusão de Benjamim: justiça é deus. Sim: a justiça, o indeterminável, deus. O inalcançável. O que está precisamente além de toda a consciência, de tudo que é conhecido ou cognoscível. A justiça, enfim: o *outro*, o *absolutamente outro*, aquilo que jamais teremos. Derrida, após transcrever as frases conclusivas – e “enérgicas” – de Benjamim, observa que ele assina o texto, como convém a quem fala de modo “avaliador e prescritivo”. Mas observa, também, que ele nomeia a própria assinatura, o próprio nome, como a remeter a uma assinatura anterior. E pergunta:

“Mas quem assina? É Deus, o Absolutamente Outro, como sempre. A violência divina terá precedido mas, também, *dado* todos os prenomes. Deus é o nome dessa violência

pura – e justa por essência: não há outra, não há nenhuma antes dela e diante da qual ela tenha de se justificar. Autoridade, justiça, poder e violência nele se unem.

O outro sempre assina, eis o que assina, talvez, esse ensaio. Ensaio de assinatura que se arrebatada em sua verdade, a saber, que o outro sempre assina, o absolutamente outro, e todo outro é absolutamente outro. É o que chamamos de Deus, não, o que se chama Deus quando, necessariamente, ele assina em meu lugar, mesmo quando acredito nomeá-lo. Deus é o nome dessa metonímia absoluta, o que ela nomeia deslocando os nomes, a substituição e o que é substituído nessa substituição. Antes mesmo do nome, desde o pré-nome: ‘A violência divina, que é insígnia e selo, nunca meio de execução sagrada, pode ser chamada de soberana’” (p. 133-134).

Derrida conclui relacionando justiça, linguagem e deus. Deus: a metonímia absoluta, o que dá todos os prenomes, o que nomeia os homens. Pois Derrida notaria, em “O Animal que logo sou”, que o homem, antes mesmo da mulher e portanto do pecado, nomeara os animais – mas que o fizera sob a *vigilância* de deus. Deus permite ao homem tal façanha apenas “para ver o que este lhes apregoará”; trata-se portanto “de um Deus que paga para ver sem ver o que está para vir, de um Deus que dirá *eu sou quem sou* sem saber o que vai ver quando um poeta entra em cena dando seu nome aos viventes”. Deus nomeia os homens; e estes, livres mas vigiados, nomeiam os animais. Derrida questionará Benjamin por se filiar a uma tradição que reconhece uma “profunda tristeza” na “animalidade”, por ser “muda”, por não ter linguagem: “a tristeza, o luto, a melancolia (*Traurigkeit*) da natureza ou da animalidade nasceriam assim, segundo Benjamin, desse mutismo, é certo, mas também, por isso mesmo, deste ferimento sem nome: ter recebido o nome. Ao se encontrar privado de linguagem, perde-se o poder de nomear, de se nomear, em verdade de *responder* em seu nome. (Como se o homem não recebesse também seu nome e seus nomes!)”. Deus nomeia quem nomeia. Entretanto, é ele também um “nome”, como “justiça”, como “linguagem”: e esse “nome”, “insígnia e selo”, é o que nos liga ao “outro, absolutamente outro”. Este “outro”, porque incompreensível, é triste; Kierkegaard já o notara: “contudo, este amor é fundamentalmente infeliz, pois eles são tão diferentes um do outro! E aquilo que parece tão fácil, que o deus tenha de ser capaz de fazer-se compreender, não é tão fácil assim, uma vez que ele não deve anular a diferença”. Mas há um consolo: este outro é ‘nomeado’ e portanto, de alguma forma, “vigiado”.

Derrida consegue esta proeza: ele toca a “face do outro”. O texto questiona a linguagem através da linguagem e mostra seu limite justamente por estar neste limite: o discurso é desconstruído, mas é ainda assim um discurso. Como disse Barthes sobre Flaubert, o discurso torna-se “sutil, quase insustentável”: “a narratividade é desconstruída e a história permanece no entanto legível: nunca as duas margens da fenda foram mais nítidas e mais tênues”. O outro é a margem distante, diante da qual se abre a ruptura, o vazio, o abismo – mas uma margem “vigiada”. Este parece ser o último limite da literatura, a possibilidade extrema de um texto: suspender-se sobre o abismo – e não desabar.

Conclusão.

Este texto nasceu de uma observação de Bercovici: “O problema político essencial de Hobbes, seguindo a interpretação de Zarka, é o da fundação originária e a-histórica do Estado”.

A intenção, a princípio, era seguir o próprio Bercovici até sua conclusão, algumas páginas adiante: “Com Hobbes, percebe-se que a sociedade deve ser criada, que ela necessita se constituir, abrindo espaço ao momento constituinte”.

Em algum ponto, entretanto, houve um desvio na rota programada. Provavelmente naquela primeira frase: “o direito existe”. Parece ter sido um mau começo, é verdade; mas como evitá-lo?

A partir daí, o texto se perdeu completamente. Nada de Hobbes, de ‘estado’ ou de ‘momento constituinte’. Somente aquelas considerações, provavelmente canhestras e certamente cansativas, que teriam experimentado destino diverso – a lixeira – não fosse a leitura de Derrida.

Sim, ali estava o norte. Involuntariamente, aquelas considerações haviam introduzido o tema de que Derrida – e, através dele, Benjamin – iriam tratar. Restava então segui-los.

Mas triste sina a de segui-los. Triste fim o que anunciam lá do alto: o abismo, a escuridão, o incompreensível. Não é um ‘fim’, é verdade. É um limite. Além dele, está o que não podemos alcançar – e que todavia buscamos, precisamos buscar.

Kierkegaard disse que “este sofrimento, infinitamente mais profundo, pertence essencialmente ao homem superior, porque apenas ele compreende ao mesmo tempo a incompreensão”. Pode ser: ele decerto era um ‘homem superior’ e sabia do que falava. Mas nós, aqui, inferiores, permanecemos somente atônitos.

O discurso nos leva ao limite do compreensível – e lá conclui: só nos resta buscar o incompreensível, correr em direção da luz que nos cega, acreditar no que jamais teremos. O mesmo Kierkegaard já dissera: não basta a razão, é preciso a fé.

E se não houver fé? Então o incompreensível será a ‘margem distante’ – e esta distância, a tristeza, a angústia, o espanto. Como naquela quadra de Mallarmé:

“...Et non comme pleure la rive

Quand son jeu monotone ment

A vouloir que l’ampleur arrive

Parmi mon jeune étonnement...”.

Mallarmé também era um ‘homem superior’. Como Derrida e Benjamin. Mas esta superioridade definitivamente parece tão triste. É nesta tristeza, então, que se encontram os ‘homens superiores’?

Quanto a nós, permanecemos atônitos.

Bibliografia.

Textos resenhados:

“Do Direito à Justiça” (1989) e “O Prenome de Benjamin”(1990), de Jacques Derrida. Publicados em edição intitulada “Força de Lei: o fundamento místico da autoridade”, trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 (tópicos).

O ensaio de Walter Benjamin, sobre o qual Derrida escreve, intitula-se *Zur Kritik der Gewalt* (1921). Eis a ‘referência’ do próprio Derrida: “Publicado primeiramente em *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1921, retomado em *Gesammelte Schriften*, 11.1 t. IV, Suhrkamp, 1977, trad. fr. De M. de Gandillac, ‘Pour une critique de la violence’, in Walter Benjamin, Denoël, 1971, retomado em *L’Homme, le langage et la culture*, Bibliothèque Médiations, Denoël Gonthier, 1974. Referimo-nos a esta última edição para a tradução (às vezes com ligeiras modificações, e apenas em razão de nosso propósito)” (p. 70, n. 2).

Citações (pela ordem do texto):

Ludwig Wittgenstein. “Investigações filosóficas”. In: Wittgenstein – Vida e Obra. Coleção ‘Os pensadores’. São Paulo: Nova Cultural, 1998 (§ 106).

G. W. F Hegel. “Preleções sobre a História da Filosofia”. In: ‘Pré-socráticos – Vida e Obra’. Coleção ‘Os pensadores’. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (p. 42).

Arthur Rimbaud. Poema “*Ville*”. In: Iluminuras – Gravuras Coloridas. 2ª ed. revista. São Paulo: Editora Iluminuras, 1996 (p. 44).

Maurice Hauriou. *La teoria de la institucion y de la fundacion: ensayo de vitalismo social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (p. 33-34).

Immanuel Kant. “A paz perpetua”. In: A paz perpetua e outros opusculos. Lisboa: Ed. 70, 1995.

Hans Kelsen. “A teoria Pura do Direito”. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1974 (p. p. 437-457).

J.J. Gomes Canotilho. “Direito constitucional e teoria da constituição”. Coimbra: Almedina, 7ª ed. 2003 (p. 75).

Arthur Schopenhauer. “O mundo como vontade e representação”. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

Stephane Mallarmé. Poema “*Prose*”. In: “Stephane Mallarmé – Poemas lidos por Fernando Pessoa. Lisboa: Assírio & Alvim, 1998 (p. 37-40; as duas citações, no texto, são extraídas deste poema).

Jacques Derrida. “O animal que logo sou”. São Paulo: Editora Unesp, 2004 (p. 39; 41).

Roland Barthes. “O Prazer do Texto”. 1ª reim. da 4ª ed. São Paulo Perspectiva, 2006 (p. 15).

Sören Kierkegaard. “Migalhas Filosóficas – ou um bocadinho de filosofia de João Clímacus”. Petrópolis: Vozes, 1995 (p.47; 48).

Gilberto Bercovici. “Soberania e Constituição”. São Paulo, 2005 (p. 85; 88).

[1] E aqui temos um problema: explicar como o poder, como força atuante, pode ser também a força oposta a si mesmo

DIREITO E SUSTENTABILIDADE

O ESPÍRITO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E DE FALÊNCIA *

THE SPIRIT OF LAW ENTERPRISE BANKRUPTCY

Adalberto Simão Filho

RESUMO

Resumo: Com o advento da Lei 11.101/05 a crise econômico-financeira da empresa passa a ser vista a partir de uma proposta recuperadora e que bem demonstre a sua função social. O artigo procura detectar os principais elementos que possam formar a estrutura do processo recuperacional contemporâneo e o falimentar, sempre a demonstrar como pode a lei contribuir para o fomento da atividade mercantil e desenvolvimento. Demonstra-se como a lei pretende proporcionar ao devedor a possibilidade de apresentação de um plano de recuperação judicial para a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e interesses dos credores, preservando-se a empresa. Uma abordagem de caráter didático procura demonstrar o novo tratamento legal para a questão da falência da empresa, partindo-se da premissa de proteção da fonte de produção através dos mecanismos da continuação do negócio após a decretação da falência e da alienação da empresa a quem possa preservá-la. Avalia-se também a questão relacionada ao princípio da universalidade do juízo falimentar como forma de demonstrar o sistema de atração dos credores concorrentes ao procedimento de execução concursal.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: EMPRESA- CRISE ECONOMICA – FUNÇÃO SOCIAL- DESENVOLVIMENTO- SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO- DIREITO RECUPERACIONAL- FALÊNCIA- RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS- CREDITORES-

ABSTRACT

Riassunto: Con l'avvento della Legge 11.101/05 la crise economico-finanziaria dell'azienda inizia ad essere vista a partire da una proposta di ricuperazione e che ben dimostri la sua funzione sociale. L'articolo cerca di individuare i principali elementi che possano formare la struttura del processo di ripresa contemporaneo e o fallimentare, sempre per dimostrare come la legge é in grado di contribuire all'incentivo dell'attività mercantile ed allo sviluppo. Si dimostra come la legge pretenda dare al debitore la possibilità di presentare un piano di ricuperazione giudiziaria affinché siano mantenuti la fonte produttrice, i posti di lavoro e gli interessi dei creditori, preservandosi l'azienda. Un approccio di carattere didattico cerca di mostrare il nuovo trattamento legale dato alla questione del fallimento dell'azienda, partendosi dalla premessa della protezione

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

della fonte di produzione tramite i meccanismi della continuazione dell'attività produttiva dopo la decretazione del fallimento e della vendita dell'azienda a chi possa preservarla. Si valuta anche la questione riguardante il principio dell'universalità del giudizio fallimentare come modo di dimostrare il sistema di attrazione dei creditori concorrenti al procedimento di esecuzione concorsuale.

KEYWORDS: PAROLE CHIAVI: AZIENDA- CRISI ECONOMICA - FUNZIONE SOCIALE-DESENVOLVIMENTO = SVILUPPO- SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE -DIRITTO DI RICUPERAZIONE FALLIMENTO- RICUPERAZIONE DI AZIENDE- CREDITORI

1. Introdução

As reflexões apresentadas referem-se à disciplina criadora do direito recuperacional e falimentar nos moldes estatuídos pela Lei n. 11.101/05, observando-se o alcance da norma jurídica e a competência jurisdicional para a verificação da matéria em comento.

Optamos por trazer alguma intelecção sobre os principais institutos desta legislação que modificam, sobremaneira, a lei falimentar prevista, anteriormente, no Decreto n. 7.661/45, sofisticando as hipóteses de se coibir ou prevenir a crise econômico-financeira da empresa.

Apresentaremos o que entendemos ser a essência e o espírito desta legislação e não a sua roupagem completa e específica. Se não formos felizes nos enfoques abordados, esperamos que o breve estudo possa ser completado pela doutrina contribuindo-se para a formulação da base teórica do que chamamos de direito recuperacional.

2. Noção histórico-evolutiva

O direito, nesta fase pós-moderna, inserido no contexto da sociedade da informação[1], distancia-se sobremaneira do passado histórico, no qual a penalização corporal; o domínio do ser por escravidão e os ataques morais eram a tônica das legislações destinadas àquele que não podia cumprir a sua obrigação financeira.

Associando a origem da falência com os primórdios do Direito Romano, Waldemar Ferreira[2] mencionava que respondia o devedor insolvente com a sua liberdade, sua

honra, sua vida e seu corpo: *mercê de execução privada, mas de caráter penal, que sofria, ferido de infâmia, escravizado, vendido e, até, pelo menos simbolicamente, esquarterado e partilhado entre os seus credores*. Na realidade, havia um sistema legal conhecido como *tertii mundinis partis secanto*, previsto na lei das XII Tábuas (*legis actio per manus injectionem*), que foi realmente utilizado por um período, consoante notícia a doutrina.

A partir da edição da *Lex Poetelia- Papiria*, de 428 a.C, a violência da pena foi mitigada, abolindo-se aos poucos a faculdade de se matar o devedor, vendê-lo como escravo, encarcerá-lo pelo fato da falência, passando-se à fase, na qual a garantia para o fato dos resultados da falência ou do inadimplemento da obrigação seria o patrimônio e não a vida do devedor.

Sobreveio o processo de *missio in possessionem e bonorum venditio*, na última fase do Direito Romano onde os credores eram autorizados pelo pretor a tomar posse dos bens do devedor passando-os ao *curator bonorum* que era incumbido de guardá-los a título de penhor em benefício dos credores. Os bens eram vendidos e o comprador assumia a obrigação de pagamento proporcional aos credores.

Teve na *Lex Julia* de 737 A.C. o desenvolvimento de certos princípios aceitos até hoje como o direito dos credores de disporem do patrimônio do devedor na forma da lei e a “*par conductio creditorum*” como condição de igualdade dos credores.

A falência no direito brasileiro pode ser dividida como menciona Ricardo Negrão[3] em cinco fases que sintetizamos em períodos com a contribuição do Jurista da seguinte forma:

i) **Período Português:** Preponderavam as Ordenações Afonsinas, que vigoraram até 1.521, com o ingresso das Ordenações Manuelinas até 1.792. Admitia-se a prisão por dívida até que a mesma fosse paga e havia um rudimento da caracterização da impontualidade como fator de quebra (denominação alternativa da falência). As ordenações Filipinas que foram decretadas em 1.603 e vigoraram longamente no País até 1.916 com o advento do Código Civil, possuíam várias previsões de natureza falencial, dentre as quais se destaca penas de degredo, disposições arrecadatórias de bens, penas para quebra da condição de igualdade de credores.

ii) **Período Imperial:** Inicia-se com a promulgação do Código Comercial de 1850 e segue até a proclamação da República. Há no Código um título sobre “quebras” regulado pelo Decreto n. 697/50. A cessação do pagamento era a causa da falência e não a impontualidade no cumprimento das obrigações.

iii) **Período Republicano:** Inicia-se com o Decreto n. 917/1.890, que introduz meios preventivos da quebra como a concordata preventiva, a moratória, a cessão de bens e o acordo extrajudicial. Neste período, passou-se por várias reformas legislativas como a Lei n. 859/1.902 que criava a função de síndicos nomeados pelas Juntas comerciais, o que foi visto historicamente como um equívoco. Decreto n. 4.855/1.903; Lei n. 2.024/1.908 que introduziu a figura do Ministério Público como Curador de

Massas Falidas e fixou critérios de impontualidade além das duas concordatas (preventiva e concordata na falência); o Decreto n. 5.746/1.929.

iv) **Período moderno:** Inicia-se com a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661/45, cuja crítica maior se referia ao fato de a mesma não contemplar o fenômeno da empresa em toda a sua extensão; abranger nas hipóteses de recuperação pela via da concordata, somente credores quirografários; não conhecer médias e grandes empresas e agrupamentos empresariais como *holdings company* e, principalmente, por não permitir uma fórmula própria que realmente possibilitasse a recuperação, a não ser o alongamento do perfil de dívidas e deságio, que poderia ser de até 50% sobre o valor do crédito quirografário, desde que pago em concordata preventiva remissória à vista. Outro problema referia-se a sua natureza processualística por excelência que acabava por gerar o alongamento em demasia de procedimentos de natureza falimentar em fase de suas infinitas fases legais. A lei agonizou com a edição da lei n. 11.101/05 vigente a partir de junho de 2.005.

v) **Período Pós Moderno:** Inicia-se com a introdução no cenário jurídico nacional do livro do Direito de Empresa no Código Civil e com o advento da Lei n. 11.101/05. Trata-se da criação de um direito recuperacional voltado para a preservação da empresa como instituição e fonte produtora dos mais diversos interesses como se verificará de oportuno.

A seguir vamos verificar as principais características do direito recuperacional e falimentar.

3. Alcance da disciplina jurídica recuperacional e falimentar

Preconiza o artigo 1º da Lei n. 11.101/05, que disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário individual e da sociedade empresária, doravante, referidos como devedores.

Por primeiro, há que se verificar quem efetivamente são os destinatários da normativa e como bem entendê-los.

Por ora, é importante mencionar que, muito embora quem possa ter a falência decretada seja a sociedade empresária, e não o seu sócio, o art. 81 da lei menciona que a decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. A outro lado, preceitua o art. 190 que todas as vezes que

a lei se refere a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis.

O fato quer dizer que somente se equiparam a falidos os sócios ilimitadamente responsáveis e que, por isso, ficam sujeitos aos efeitos totais da falência, inclusive os relativos ao sistema arrecadatório de bens. Os sócios de responsabilidade limitada não são falidos e nem equiparados a estes. Todavia, em certas situações sujeitam-se a certos efeitos disciplinados em lei.

Há, atualmente, no direito brasileiro, dois grandes gêneros sociais: as sociedades empresárias e as sociedades simples que serão verificadas[4] de forma sintética no que tange às suas características.

4. A caracterização da sociedade empresária como destinatária das normas de recuperação

A sociedade empresária é espécie do gênero sociedade. O Art. 966 do Código Civil, ao contrário do que pregava a teoria dos atos de comércio onde se considerava comerciante aquele que praticava atos de comércio com habitualidade, que era um tanto imprecisa no que tange a classificação da composição dos atos de comércio, enfatiza traços próprios da teoria da empresa, não mais fazendo a distinção entre atividade de natureza civil ou comercial.

O Art. 966 do Código Civil menciona: *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*. Por outro lado, o parágrafo único apresenta as exceções e contra-exceções à regra nos seguintes termos: *Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*.

Assim, exercitando-se uma atividade econômica organizada que vise a produção ou a circulação de bens ou serviços a pessoa física ou jurídica, (sociedade empresária- vide Art.982 do Código Civil[5]) é considerada como tal, exceto os casos de exceções legais.

Dentre estas, a exceção formulada no parágrafo único[6] do art. 966 do Código Civil merece ser melhor apreciada, pois ao se afastar do conceito de empresário o exercício de certas profissões autônomas de caráter intelectual e/ou de natureza científica, literária ou artística, mesmo que este tenha auxiliares ou colaboradores, cria-se uma conotação subjetiva que tornará a classificação de uma pessoa física ou jurídica ou de uma atividade como empresária, um exercício tão árido como àquele de se estabelecer o que se compreende por ato de comércio.

E isto porque, o conceito da exclusão prevista no citado parágrafo é bastante abrangente, se apresentado à prática, haja vista que são inúmeras as profissões que

podem ser vistas como intelectuais ou que tenham a natureza assemelhada, fato que contribuirá para, num primeiro momento da aplicação da lei, gerar conflitos interpretativos àqueles que exercem tais profissões no que tange ao enquadramento adequado ao regime jurídico que lhe é apropriado.

Portanto, para o efetivo enquadramento, quando se trate de questões que envolvam o exercício de certas profissões, haverá que se investigar a natureza jurídica específica da atividade, nos moldes como ela se exerce e para que se tenha em mente se não há presente o “*elemento de empresa*” pois complementa o artigo a ressalva feita no sentido de que se a profissão constituir *elemento de empresa*, considerar-se-á empresário aquele que a exerce com estas características.

Parece-nos assim que o campo da subjetividade nesta nova disposição legal, reside no que se entenderá por *elemento de empresa* quando aplicado a uma atividade qualquer.

Para efeitos de nosso raciocínio, abstraímos do conceito de empresário estabelecido pelo Código Civil a propositura do que entendemos ser as principais características da sociedade empresária e de seus elementos de empresa:

- i) organização;
- ii) profissionalidade;
- iii) exercício de atividade económica organizada;
- iv) produção ou circulação de bens ou serviços;
- v) Elemento de empresa em espécie.

Na intelecção da expressão “elementos de empresa em espécie” propomos que, além de se considerar a idéia de organização empresarial, da profissionalidade, do exercício de atividade económica organizada para a produção ou circulação de bens, também sejam verificados os elementos próprios da atividade empresarial que compõem ou formam atributo de estabelecimento empresarial.

As sociedades empresárias regulares estão registradas no órgão de Registro Comercial, através das Juntas comerciais, e podem ser de diversos tipos como Sociedade Limitada, Sociedade em comandita simples ou por ações, sociedade por ações, sociedade em nome coletivo.

As sociedades empresárias irregulares ou de fato, muito embora não possam gozar dos benefícios da recuperação judicial, sujeitam-se à falência.

5. A caracterização da sociedade simples e o seu envolvimento com o direito falimentar

A sociedade simples é espécie do gênero sociedade e sua personificação ocorre com o registro de seus atos constitutivos no Cartório de Registro de pessoas jurídicas. Muito embora desconhecida, até então, no direito brasileiro, de muito é prevista em algumas legislações. Parece-nos que as primeiras autoridades doutrinárias brasileiras a tratar do tema foram Rubens Requião, que no seu Curso de Direito Comercial[7] já apresentava um pequeno tópico sobre a sociedade simples, e Nelson Abrão, que nos idos de 1.975 publicou a obra com o intrigante título “ Sociedade Simples; novo tipo societário?[8]

Segundo Nelson Abrão[9] a Sociedade Simples já era observada no Código das Obrigações Suíço, desde o século XIV, e a revisão de l. 911 aproximou a estrutura da sociedade simples Suíça à sociedade civil germânica, ou seja, a sociedade simples era sucedânea da sociedade civil de origem romana.

Esta falta de vocação foi rigidamente criticada por Rubens Requião como se observa:

Condenamos, conforme já tivemos oportunidade de expressar em outro estudo, a introdução da sociedade simples no direito brasileiro, sem raízes na tradição jurídica de nosso País. Seria mais conveniente que o Anteprojeto de Código Civil estabelecesse, como no regime atual, os princípios gerais que presidem as sociedades. A França, em 1.966, modernizando o seu direito societário, prescindiu da inovação alienígena, efetuando corajosa reforma, tendo em vista os seus interesses nacionais, sem fugir às linhas mestras de sua tradição jurídica.[10]

E, avaliando-se as razões para a inclusão da sociedade simples no Código Civil, se poderá aperceber que a inspiração da mesma para o direito brasileiro foi, efetivamente, o Código das Obrigações Suíço, bem como o Código Civil Italiano, sem se efetuar a necessária adequação do instituto à realidade brasileira de até então. Não definiu o Código o que seja uma sociedade simples.

Nota-se, que as sociedades simples também visam atividades econômicas e resultados como as sociedades empresárias, não sendo estes os elementos que – a nosso ver, efetivamente autorizam a distinguir um gênero do outro.

A sociedade simples pode se constituir em conformidade com apenas alguns destes tipos e, não o fazendo, subordinam-se às normas que lhe são próprias.

Partindo-se das premissas apresentadas e do texto legal, poder-se-ia especificar que sujeitam-se ao regime de sociedades simples:

- i) as cooperativas (por previsão legal do parágrafo único do Art. 982 do Código Civil) ou qualquer outra sociedade que a lei submete a este tipo de regime.
- ii) a sociedade rural quando não faça opção por funcionar como sociedade empresária à luz da faculdade que lhe é concedida pelo disposto no art. 971 do Código Civil.

iii) As sociedades fundadas para o exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística (conforme o art. 966, parágrafo único, do Código Civil).

iv) As sociedades fundadas com determinados objetos sociais para o exercício de atividade econômica que não se enquadrem nas características de sociedades empresárias quer seja pela falta do caráter organizativo para a produção de bens ou serviços ou da profissionalidade e, ainda, pela falta do elemento de empresa cujo contexto será melhor aprofundado oportunamente;

Finalmente, é de se observar que nas sociedades voltadas para as profissões intelectual de natureza científica artística ou literária, em razão da possibilidade de também serem consideradas empresárias se possuírem elementos de empresa na atividade, poderia-se no contrato esclarecer a respeito de sua real vocação, confeccionando-se cláusula contratual específica acerca de sua opção de enquadramento como sociedade simples.

Atividades econômicas de expressão financeira podem ser desenvolvidas através da sociedade simples quando não prepondera elementos de empresa e nem o aspecto organizativo. A rigidez das regras de controle e a impossibilidade de substituição de administradores eleitos em contrato, a não ser pela via judicial podem ser elementos de destaque para a opção deste gênero de sociedade.

A sociedade simples em qualquer de seus tipos sociais escolhido pelos sócios para o exercício da atividade e em especial a sociedade limitada, não se sujeita à falência e nem, tampouco, pode gozar dos benefícios de recuperação judicial pois as disposições legais referentes a atividades mercantis, comerciantes e sociedades comerciais somente se aplicam aos empresários e as sociedades empresárias como previsto no Art. 2037 do Código Civil e no Art. 1º da Lei 11.101/05.

Portanto, sendo a Lei de Recuperação e Falências um diploma legal voltado para empresários e sociedades empresárias no exercício de suas atividades mercantis, fica o mesmo desprovido de aplicabilidade para as sociedades simples que, em casos de crise poderia se socorrer do instituto da insolvência civil ou de acordos entre seus credores, organizados na forma da lei civil, com efeitos restritos àqueles que efetivamente subscreveram.

Contudo, se caracterizar-se que, na realidade, a sociedade simples está apenas revestida deste gênero societário para encobrir uma atividade nitidamente empresarial que é desenvolvida nos termos do art.966 do Código Civil, poderá ocorrer que, na avaliação da sua natureza jurídica, a mesma seja classificada como sociedade empresária e, portanto, sujeitar-se-á a falência, caso do exercício de suas atividades empresariais desenvolvidas resulte impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa. (Art.94º da lei de Recuperação e Falencias).

6. Das exceções legais ao enquadramento da sociedade empresária

O Art. 2º da lei apresenta como exceção de aplicação do diploma a certas sociedades reconhecidamente empresárias justamente porque possuem regime jurídico diferenciado ou porque possuem legislação específica que lhe favoreça. São as seguintes exceções:

- i) **Empresa pública;**
- ii) **Sociedade de Economia Mista;**
- iii) **Instituições Financeiras públicas ou privadas;**
- iv) **Cooperativas de crédito;**
- v) **Consórcio;**
- vi) **Entidade de previdência complementar;**
- vii) **Sociedade operadora de plano de assistência à saúde;**
- viii) **Sociedade seguradora;**
- ix) **Sociedade de Capitalização;**
- x) **Entidades equiparadas às anteriores;**

Assim, sintetizamos este tópico mencionando que a lei atinge, para fins falimentares, os empresários individuais e as sociedades empresárias regulares de forma plena, salvo as exceções capituladas e, de forma específica empresários e sociedades empresárias irregulares ou de fato e, ainda, sociedades simples que tenham se desviado de sua natureza própria de seu gênero e restado impontual em razão do exercício de atividade de mercancia.

7. Da teoria do principal estabelecimento como elemento condutor de jurisdição

A lei n. 11.101/05 efetua previsão, no art. 3º, de que *é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil*. Esta norma praticamente repete o disposto no art. 7º do Decreto-Lei n. 7.661/45[11].

A intelecção do que se entende por principal estabelecimento do devedor não leva qualquer problema se tratar-se de uma empresa que possua um único estabelecimento. As dificuldades que – diga-se, não são pequenas - passam a ocorrer quando a empresa, que pretende se recuperar pela via judicial ou que sofrerá auto-falência ou falência,

possua nas mais diversas localidades e comarcas do País, sede, filiais, escritórios, unidades produtivas, centros de distribuição, agências, sites industriais, etc.

Trajano de Miranda Valverde[12], partindo de uma visão histórica das legislações que professam a doutrina da unidade do domicílio, menciona que:

(...) se o comerciante, pessoa natural, ou jurídica, tiver vários estabelecimento em jurisdições diferentes, o seu domicílio, para efeitos da lei de Falências, é o lugar onde estiver a sede administrativa dos negócios. Pouco importa, quanto às pessoas jurídicas, que os estatutos, contrato, ou ato constitutivo, hajam fixado em outro lugar um domicílio chamado especial. No domicílio real, (...), vale dizer, na sede da administração, perante o juízo, em cuja jurisdição ela se localiza, é que se abrirá a falência do devedor.

A mesma hipótese é desenvolvida por Waldemar Ferreira[13] quando esclarece que:

Sendo o comerciante pessoa jurídica, seu domicílio será o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial, nos seus estatutos ou atos constitutivos. Não é de agora que se sustenta a existência de dois domicílios, algumas vezes coincidentes, para as pessoas jurídicas de direito privado, notadamente as sociedades mercantis.

Esta visão teórica do principal estabelecimento, foi seguida por autores clássicos como Rubens Requião e, hodiernamente, é prestigiada por autores contemporâneos como Fábio Ulhoa Coelho[14], que esclarece:

Quando a sociedade empresária é pequena e tem apenas um só estabelecimento, a questão de se delimitar o conceito legal que circunscreve a competência no direito falimentar, por evidente, não se põe. Quando, porém, possui mais de um estabelecimento, situados em localidades abrangidas por diferentes jurisdições territoriais, é necessário discutir os contornos do conceito, para se encontrar o juízo competente. Por principal estabelecimento entende-se não a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, a quem vem mencionada no respectivo ato constitutivo, nem o estabelecimento maior física ou administrativamente falando (cf. Requião, 1975, 1:81). Principal estabelecimento, para fins de definição de competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa: é o mais importante do ponto de vista econômico.

Assim, pode-se entender por principal estabelecimento àquele onde se situa o centro de gestão e administração da empresa e de onde se emanam todas as decisões, ordens e principais negócios empresariais, local este que pode não se confundir com a sede da empresa.

A jurisprudência brasileira não discrepou desta visão como se pode observar do seguinte julgador de lavra do Superior Tribunal de Justiça:

Foro do estabelecimento principal do devedor.

I_ A competência para o processo e julgamento do pedido de falência é do Juízo onde o devedor tem o seu principal estabelecimento, e este “ é o local onde a atividade se mantém centralizada”, não sendo, de outra parte “ aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor.(Ccomp 21.896-MG,Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

II- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de direito da 8ª Vara Cível de São Paulo-SP, sucitado (Ccomp.27835-DF- Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro- DJ de 09.04.2001, p. 328- RSTJ 143/206).

Por outro lado, quando a empresa tenha sede fora do Brasil, será competente para a matéria recuperacional o Juízo da filial da empresa que tenha sede no Brasil. Caso a mesma tenha diversas filiais e estabelecimentos, poderá ser adotado o critério do principal estabelecimento para verificação do Juízo competente para a apreciação da matéria.

Há ainda um último fato que precisa ser observado acerca da questão do principal estabelecimento. A letra “d” inciso III do art. 94 da lei dá como causa de falência a prática do seguinte ato, salvo se o mesmo estiver previsto em plano de recuperação judicial: *simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credores.*

Nota-se que se a teoria do principal estabelecimento professa a idéia de confirmação de competência, tanto para o direito recuperacional, como para a formação do juízo universal falimentar; uma transferência efetuada dos elementos que possam impor esta condição de estabelecimento principal de forma a burlar a legislação e prejudicar credores, não pode ser admitida como conduta razoável, quer porque seria uma forma de se tentar burlar a criação do juízo universal, quer porque seria uma forma de afastar procedimentos desta natureza do alcance da comunidade de seus credores. Por estes motivos, entre outros, a conduta é geradora da possibilidade de quebra.

8. Do espírito da recuperação judicial

Parece-nos que o dispositivo da Lei 11.101/05, que bem explica este novo direito, é o art. 47, que traduz o espírito recuperacional, ao mencionar que:

(...) a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise-econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A nosso ver a dissociação da idéia da empresa como exercício de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, do conceito de sociedade empresária, é a tônica da recuperação e a forma de se entender acerca da importância de se manter a fonte produtora, com vistas à preservação da empresa e de sua função social. Para facilitar a interpretação do art. 47 do diploma retro referido, tomamos a liberdade de elaborar singelo desenho que demos o nome de “triângulos justapostos” da seguinte forma:

Função social

1

PRESERVAÇÃO

Fonte

Produtora

Interesse dos

Credores

Emprego dos

Trabalhadores

Empresa

Atividade

Econômica

(fomento)

MANUTENÇÃO

Estes triângulos, que denominamos de manutenção e de preservação, possuem todas as características da lei e podem ser lidos de qualquer forma, posto que interligados, lembrando-se que:

- i) **Fonte Produtora:** Complexo organizativo formado para o exercício da atividade econômica empresarial onde se inclui o estabelecimento empresarial e seus atributos.
- ii) **Interesse dos Trabalhadores:** refere-se ao interesse social ao emprego e sua manutenção, bem como ao recebimento do crédito por parte dos trabalhadores
- iii) **Interesse dos Credores:** Classificamos como interesses imediatos a busca pelos recebíveis por parte dos credores e como interesses mediatos a perenização do fornecimento de produtos, mercadorias ou serviços de qualquer natureza e a contribuição para a recuperação da empresa.
- iv) **Função Social:** Em reconhecimento de que toda empresa possui uma função social a ser preservada, a lei atesta que este é um dos ícones de sua busca.
- v) **Atividade Econômica:** Aqui refere-se a preservação do exercício da atividade econômica com vistas ao fomento e a multiplicação das possibilidades decorrentes da preservação da empresa.
- vi) **Empresa:** Aqui vista não como a sociedade, mas como a fonte produtiva ou bem preservável. Atividade organizada em movimento.

A lei propõe dois tipos de procedimentos recuperacionais, sendo um para microempresas e empresas de pequeno porte, previsto nos arts. 70 a 72 e outro mais sofisticado para as demais empresas.

No que tange ao plano de recuperação judicial para microempresas[15] e empresas de pequeno porte o mesmo se faz a partir da concessão de carência de até seis meses para o pagamento de dívidas quirografárias e parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis meses) em parcelas iguais e sucessivas corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% ao ano.

A crítica que se estabelece ao modelo diz respeito ao seu campo de abrangência, pois não é certo que uma empresa de pequeno porte ou micro empresa possa ter como forte um endividamento somente na classe de quirografários. Uma segunda questão refere-se à impossibilidade legal de utilização por parte destas empresas de meios mais sofisticados de recuperação, como aqueles previstos no art. 50. Todavia, a lei não impediu que a empresa se desenquadre do seu regime anterior para que possa se beneficiar de uma recuperação advinda de um sistema mais específico.

Os elementos facilitadores da alienação judicial de unidades produtivas sem a sucessão tributária ou de qualquer natureza também são importantes para o desiderato.

A existência de órgãos de recuperação (Juiz como superintendente, Ministério Público como fiscal da lei, Administrador Judicial como administrador e fiscal, Comitê de credores como órgão facultativo de auxílio na fiscalização e Assembléia de Credores como órgão de deliberação e fiscalização) que contribuirão para a fiscalização

procedimental num certo lapso de tempo é importante para que o Plano de Recuperação Judicial possa ter o sucesso almejado.

A Recuperação Judicial pode ser eficiente por abranger as mais diversas categorias de credores como trabalhistas, acidentários, credores com garantia real, credores privilegiados (especial e geral) credores quirografários e subordinados. Os credores tributários muito embora não participantes, podem deferir parcelamentos ao devedor na forma do Art. 68 e das legislações inerentes. As exceções ao alcance do plano com relação aos credores encontram-se estabelecidas no art. 49 e referem-se, entre outros, a credores decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio, credores fiduciários, credores de arrendamento, credores com reserva de domínio etc.

Resumindo-se. Uma empresa poderá ter aprovado o seu plano de recuperação através dos seguintes sistemas:

i) **Sistema de aprovação tácita.** Ocorre quando já em processamento de recuperação determinado pelo Juiz, os credores, após intimados para apresentarem objeção ao Plano de Recuperação Judicial, não o fazem no prazo de 30 Dias. (Art. 55).

ii) **Sistema de aprovação ordinária (Por Assembléia).** Ocorre quando há objeção ao Plano de Recuperação apresentado pelo devedor. Neste caso o Juiz convoca a Assembléia Geral de Credores para que estes possam deliberar sobre o plano no âmbito do quórum estabelecido pelo art. 45 da lei. (Art. 56). Nesta oportunidade, caso haja rejeição ao Plano de recuperação (e não falta de aprovação por não se atingir o quórum estabelecido em lei) o juiz decretará a falência à luz do art. 56, parágrafo 4º.

iii) **Sistema de aprovação extraordinária (Pelo Juiz - “cram down”[16]).** Esta possibilidade é estabelecida pelo juiz no parágrafo 1º do Art. 58 da lei, desde que na mesma assembléia tenha se cumulado o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independente de classes; a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45; na classe que houve rejeição, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores computados na forma dos parágrafos 1º e 2º do Art. 45.

É possível que em casos de não aprovação da Assembléia do Plano de Recuperação e, ainda, não obtenção de quórum necessário para se estabelecer o sistema de aprovação extraordinário por parte do Juiz, submeta o devedor à aprovação um pedido de desistência da recuperação judicial fundamentado no parágrafo 4º do art. 52 como forma de se evitar a falência que, sem dúvidas, sobrevirá e a ninguém aproveitará. Para a aprovação da proposta de desistência da recuperação judicial, deve haver a aprovação de mais da metade do valor total dos créditos presentes em assembléia-geral, independente da classe.

9. Do espírito da falência

No âmbito do direito falimentar[17], parece-nos que o art. 75 da lei afasta por completo o antigo modelo lento e de características nitidamente liquidatórias, trazendo o seguinte enunciado: *A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa.* E menciona o parágrafo único que o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

Como bem assevera Newton De Lucca[18], o diploma anterior restou ultrapassado e inviável por não refletir as condições socioeconômicas pós-guerra; por dirigir-se a pequenas estruturas comerciais, não concebendo com exatidão o advento das novas estruturas empresariais e sua importância enquanto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços; não distinguindo o empresário da empresa acabou por estabelecer repressão em relação ao primeiro com consequências desastrosas para a segunda enquanto instituição social; processualista que era o diploma em questão, voltou-se para regular situação obrigacional entre devedores e credores com *formalismos estéreis e inconseqüentes que culminaram por obnubilar quase que inteiramente a realidade econômica, de sorte que o próprio fim da lei- realização do direito dos credores – não logrou ser atingido;* a lei possui nítida visão liquidatória-solutória e excessivos privilégios estabelecidos em favor do fisco.

Constatada a crise das empresas e a insuficiência dos sistemas legislativos falimentares, por não refletirem a realidade empresarial e nem darem guarida à necessidade de solução dos quadros sócio-econômicos que levavam à insolvência em face de sua inadequação e da falta de agilidade do processo específico, ingressa-se no período pós-moderno do direito falimentar [19], no qual preponderam inovações nos procedimentos concursais, bem como a instituição empresa é vista com toda a sua importância sócio econômica e as legislações caminham não para a sua liquidação, mas sim para a sua reorganização como uma unidade produtiva de interesse social.

Nesta ótica, segundo assevera Nelson Abrão[20] a liquidação teria papel meramente residual a julgar pelo fato de que as leis concursais modernas devem prestigiar o saneamento e a recuperação da empresa, sendo aplicável tão só quando esgotadas ou inviáveis as tentativas de recuperação validamente tomadas.

A lei prevê agilidade no procedimento ao criar na fase falencial dispositivos de realce, que bem instrumentalizados pelo administrador judicial, podem contribuir para a maximização de resultados e eficiência na preservação da massa falida.

Por primeiro, quer-se registrar que ao juiz cabe, no momento da declaração da falência, pronunciar-se a respeito da continuação provisória dos negócios como forma de se evitar a paralisação das atividades empresariais, desta feita em mãos do administrador judicial nomeado.

Por sua vez, caberá ao administrador judicial, dentre outras funções, arrecadar e determinar a imediata avaliação dos bens da massa falida para alienação que ocorre num lapso curto de tempo.

Nesta alienação dos bens da massa falida observar-se-á a ordem de preferências estatuída no art. 140, onde a prioridade é pela alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco, seguida pela alienação da empresa com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente. Após, segue a alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor e, finalmente, como última opção, a alienação dos bens individualmente considerados.

Com estas previsões, procura-se manter a empresa, a fonte produtora e as unidades produtivas sempre que possível.

A ausência de sucessão de qualquer natureza, inclusive tributária e trabalhista em certos casos como os de alienação judicial de bens ou de formação de sociedade de propósito específico para a exploração da empresa, contribuirá sobremaneira para que a empresa possa ter um valor justo de mercado e, com isso, melhorar a oportunidade de recebimento por parte dos credores.

Enfim, o novo espírito da legislação falimentar, aliado ao fato de se manter previsões penais mais eficazes para coibir abusos de conduta, demonstra que a mesma está longe de seu aspecto preponderantemente liquidatório e moroso do passado que a ninguém aproveitava e tanto prejuízo trazia à comunidade.

10. Das obrigações inexigíveis

Para que melhor se lastreie o escopo do que prevê o legislador acerca da inexigibilidade de certas obrigações em procedimentos recuperacionais e falimentares, há que se verificar a disposição legal correlata no Decreto-Lei n. 7.661/45.

O parágrafo único do art. 23 daquele diploma previa que não poderiam ser reclamadas na falência: i) as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias; ii) as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais em litígio com a massa e iii) as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.

Pois bem, por agora o art. 5º da lei n. 11.101/05 dispõe:

Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

- i) *as obrigações a título gratuito;*

ii) *as despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.*

Observa-se que, ao contrário do diploma legislativo passado que limitou o campo da inexigibilidade à falência, por agora o princípio se aplica também aos procedimentos de recuperação judicial.

A inclusão das prestações alimentícias - A partir da edição da lei, pode-se exigir tanto nos procedimentos recuperacionais, como falimentares, as prestações alimentícias. No que tange aos alimentos, é certo que uma obrigação desta natureza somente se verificará se tratar-se de empresa individual em regime de recuperação judicial ou falência ou de empresa submetida ao mesmo regime, cujo tipo social possua a responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais para a totalidade ou alguns de seus sócios como é o caso da sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações e da sociedade em nome coletivo. Também poderá gerar a obrigação de prestação de alimentos caso a empresa de qualquer tipo social, tenha sido condenada por ato ilícito, como preconizam os arts. 948, inciso II e 950, do Código Civil.

A inclusão dos créditos decorrentes de penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas - Por agora, a lei de falências passou a incluir no rol de credores concorrentes tanto no procedimento recuperacional, como no falimentar, os créditos decorrentes das penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas. No sistema classificatório idealizado pelo legislador no art. 83, os créditos desta natureza se situam em penúltima posição de recebimento, acima tão só dos credores subordinados e abaixo dos credores quirografários. (Art.83- VIII).

Da inexigibilidade das obrigações a título gratuito - O exemplo clássico das obrigações desta natureza pode-se encontrar no art. 538 do Código Civil que dispõe: *Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.* Não se justifica que empresas em situação de crise econômico-financeira, independente de seu grau, passe a proceder com os seus ativos de forma temerária, sempre com o fim reduzir ou inibir as garantias dos credores. Entende-se, assim, a razão da inexigibilidade das obrigações a título gratuito frente aos procedimentos de natureza concursal como é o caso da falência e de natureza recuperacional. Os credores das obrigações desta natureza não podem participar dos lineamentos do plano de recuperação judicial, nem, tampouco, votar em assembleias gerais de credores e, ainda, não podem habilitar crédito em falência. A depender das características do negócio jurídico de liberalidade empreendido, poderá o mesmo ser revocável, retornando o bem para a massa falida.

Da inexigibilidade das despesas incorridas - O universo de despesas e custas efetuadas pelos credores para a participação no procedimento de recuperação ou na falência não será exigível nestes procedimentos. Desta forma, tanto as despesas diretas como àquelas advindas do próprio processo, às relativas aos serviços jurídicos, custos com cópias de documentos, registros, protestos etc. como as indiretas decorrentes dos custos de deslocamento do credor, despesas prévias de natureza contábil, remessa de notificações e interpelações prévias, etc. não podem ser exigíveis. A lei excepciona tão só as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor. Estas são exigíveis tanto na

falência, como no procedimento de recuperação judicial e, via de regra, são resultantes da condenação nas verbas de sucumbência tanto nos procedimentos anteriores à recuperação ou falência, como nos que se fizerem de forma concomitante.

11. Princípio da universalidade do juízo falimentar

No diploma legislativo anterior, a regra que demonstrava a força atrativa do juízo falimentar estava estampada no art. 7º que menciona ser competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tivesse o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil. E preconizava, o parágrafo 2º, que o juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta Lei.

Do Juízo Universal da Falência - o art. 76 da lei n. 11.101/05 dispõe: *O juízo de falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.*

E este juízo universal, competente para um universo de demandas, salvo exceções legais, se forma a partir da regra já mencionada contida no art. 3º da lei, no sentido de que é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Muito embora, o Juízo recuperacional, bem como o falimentar, se forme de maneira idêntica, através da teoria já vista do principal estabelecimento, é certo que somente haverá força atrativa ao juízo falimentar em razão do princípio da indivisibilidade previsto no art. 76.

Da prevenção de jurisdição – Contudo, há que se verificar que o parágrafo 8º do art. 6º menciona que a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor. Esta regra deve ser vista com base nos princípios gerais de natureza processual, pois preconiza o art. 3º da lei 11.101/05, acerca da competência específica para as ações de natureza recuperacional ou falimentar, construída a partir da teoria do principal estabelecimento empresarial, esta teoria deve ser observada na distribuição do pedido de falências ou de recuperação judicial (e extrajudicial, muito embora não previsto no parágrafo 8º do art. 6º em razão da própria disposição contida no art. 3º) de maneira que, caso tenha havido erro ou equívoco na distribuição do procedimento, se possa excepcionar o juízo para encaminhamento ao juiz competente que, ai sim, terá a jurisdição preventiva para qualquer outro pedido.

Da suspensão da prescrição e das ações - Segundo a regra do art. 6º da lei n. 11.101/05, tanto a decretação da falência como a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, suspendem o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face da devedora. Nesta regra incluem-se as ações e execuções promovidas em face dos credores particulares dos sócios solidários em razão do tipo social empreendido (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples ou por ações, sociedade em conta de participação – para o caso de falência e com relação ao sócio ostensivo e antiga sociedade de capital e indústria que não foi recepcionada pelo código civil.)

i) **Aspectos da suspensão da prescrição em matéria falimentar** - Uma vez violado um direito, segundo o art. 189 do Código Civil, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos previstos em lei. O art. 6º da lei n. 11.101/05 está a prever um sistema de suspensão da prescrição e não um sistema de interrupção de prescrição como previsto no art. 202 do Código Civil. Suspenso o prazo prescricional. .

Aspectos da suspensão das ações e execuções - O elemento gerador da suspensão das ações e das execuções à luz do art. 6º da lei é a sentença declaratória da falência ou a decisão que determina o processamento da recuperação judicial. A suspensão de ações e de execuções não é absoluta levando à crença de que relativo é o princípio da universalidade do juízo falimentar. As regras são as seguintes:

i) **Quantia ilíquida:** Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. Neste caso, se tratar-se de falência, a massa falida será representada pelo administrador. Uma vez liquidada a obrigação e não sendo esta de natureza fiscal, o credor procederá a habilitação de seu crédito no Juízo Universal. Poderá o credor da quantia ilíquida, enquanto a mesma não seja apurada, solicitar ao Juízo competente que determine ao Juízo Universal a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência. Uma vez reconhecido como líquido o direito, o crédito será incluído na classe própria.

ii) **Execuções Fiscais:** os débitos de natureza tributária não se sujeitam nem ao concurso de credores falimentar e nem aos procedimentos recuperacionais, apesar de o art. 57 da lei atribuir ao devedor a obrigação de apresentar as certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da lei 5.171/66, como exigência prévia para a concessão da recuperação judicial. O deferimento da recuperação judicial não suspende as execuções de natureza fiscal. Todavia, um parcelamento levado a efeito junto aos poderes públicos, na forma preconizada pelo Código Tributário Nacional ou por legislação ordinária específica, suspende a exigibilidade destes tributos vencidos.

iii) **Ações trabalhistas.** As ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações geradas por força do art. 8º da lei, se processam frente à justiça especializada do trabalho até a apuração e liquidação do crédito. O valor determinado em sentença trabalhista será inscrito no quadro geral de credores elaborado no Juízo Universal e/ou no Juízo recuperacional. A lei permite, todavia, ao interessado, pleitear perante o administrador judicial, tanto a habilitação do crédito como a exclusão ou modificação da classificação de créditos derivados da relação de trabalho. Aos credores trabalhistas também assiste o direito de requererem ao Juízo competente que este proceda junto ao Juízo Universal ou recuperacional, ao pedido de reserva da importância que estimam devida na recuperação judicial ou na falência. Reconhecido

líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria. No que tange aos créditos trabalhistas, o período de suspensão de ações de 180 (cento e oitenta dias) iniciado a partir do processamento da recuperação judicial, também se aplica aos processos trabalhistas pendentes. Após o final deste prazo de suspensão as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no quadro geral de credores.

iv) Ações futuras. A lei estabeleceu um critério de verificação, controle e acompanhamento das ações individuais existentes em face da empresa devedora. Desta forma, as ações que foram propostas contra o devedor devem ser comunicadas ao Juízo universal da falência ou ao juízo da recuperação judicial, pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial e pelo devedor, imediatamente após a citação. Com este tipo de controle se possibilita formar um melhor juízo acerca dos negócios jurídicos existentes com a empresa e das eventuais contingências, possibilitando a pronta intervenção do administrador judicial – se caso for e na forma da lei (art.22, inciso III, alínea c) e o acompanhamento externo por parte dos demais órgãos da falência e/ou da recuperação.

v) Situação dos credores excluídos, durante o período de suspensão. São incluídos na recuperação judicial todos os credores existentes na data do pedido (Art.49), ainda que por crédito não vencido. Todavia, a própria lei apresenta as suas excludentes no Art.49. parágrafos 3º e 4º

vi) Proibições: No período de suspensão previsto no parágrafo 4º do Art. 6º da lei, prevê o parágrafo 3º do art. 49 que não será permitida a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

12. Conclusão

Ainda que a legislação em comento seja repleta de remissões e contenha alguma imperfeição corrigível com o tempo e com a interpretação eficaz dos tribunais, é certo que o diploma é sofisticado e se sintoniza com o direito empresarial contemporâneo na medida em que se pode detectar do seu espírito a vontade recuperatória e um sistema apropriado para o desiderato.

O campo de abrangência de exclusão da lei não é desconhecido no direito e as sociedades empresárias e empresários individuais poderão se utilizar das normas legais como forma de vencerem a crise econômico-financeira.

Faz parte da boa execução dos ditames legais, uma presença mais acirrada do credor nos assuntos relacionados à empresa em crise, pois as Assembléias de credores são conclave de relevo não só para o aprimoramento de Planos Econômicos recuperacionais, como também de defesa de interesses diversos de credores em razão da natureza.

Nesta fase pós-moderna do direito recuperacional e falimentar, a interação; a boa interlocução; as qualidades da formulação técnica dos planos recuperacionais e a negociação pontual e eficaz onde se convergem questões de natureza jurídica, econômica, contábil, social e administrativa, é primordial que os lidadores do direito possam se aprimorar e se adaptar, gerando competências específicas e julgamentos de realce que redundarão na boa interpretação do diploma.

13. Bibliografia.

ABRÃO, Nelson. **O Novo Direito Falimentar**. São Paulo: RT, 1985.

_____. **Sociedade simples: novo tipo societário?** São Paulo: Leud, 1975.

ALVARES, Walter T. **Direito Falimentar**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE LUCCA, Newton. A Reforma do direito falimentar no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região**, n.40- outubro/dezembro, 1999.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. Vol.14º. São Paulo: Saraiva, 1965.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Fase Falencial e Pós-Falencial – Uma Visão Generalista. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (org.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p.. 517- 560.

_____. Comentário à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). São Paulo: Quartier Latin. 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1948 e 1999.

_____. **A Falência no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[1] Trata-se a expressão “Sociedade da Informação” de um objetivo a ser atingido pelos povos, onde todas as pessoas e negócios jurídicos devem se interrelacionar para facilitar a melhoria da qualidade de vida, inclusão social e o desenvolvimento sustentável nas mais diversas matizes. O Brasil possui o Livro Verde da Sociedade da Informação onde expõe as suas políticas públicas neste sentido, inclusive no campo empresarial. Há movimento assemelhado nas mais diversas partes do mundo como Europa, América, Ásia e etc.

[2] **Tratado de Direito Comercial**. Vol.14. São Paulo: Saraiva, 1965, p.05.

[3] **Manual de direito comercial e de empresa**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 09.

[4] SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. São Paulo: Manole, 2004, p.20

[5] *Art. 982: Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967) e, simples, as demais.*

[6] **Parágrafo único**. *Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

[7] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva. 20ª Ed.. 1991, p. 300. Observa-se que já na edição de 1.974 havia a previsão sobre a sociedade simples na obra do citado Autor.

[8] ABRÃO, Nelson. **Sociedade simples: novo tipo societário?** São Paulo: Leud, 1975,p.15

[9] Idem, pág.16.

[10] Idem, p. 301

[11] *Art. 7: É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.*

[12] **Comentários à lei de Falência**. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 84.

[13] **Tratado de Direito Comercial**. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 178.

[14] **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243.

[15] Segundo a Lei 9.841/1999 que criou o estatuto da Microempresa, a microempresa é a pessoa jurídica e a firma individual que tenha receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 e a empresa de pequeno porte é a pessoa jurídica ou firma individual que não se enquadra como microempresa e tenha receita bruta anual superior a R\$ 1.200.000,00. –

[16] Sistema previsto no direito norte americano onde o juiz tem competência para impor o Plano de Recuperação não aprovado em assembléia, desde que tenha ocorrido certa condição de votação.

[17] Estas idéias que se seguem no texto acima são melhores desenvolvidas por SIMÃO FILHO, Adalberto, no artigo intitulado: Fase Falencial e Pós - falencial – Uma Visão Generalista, publicado em Obra coletiva , organizada por Luiz Fernando Valente de Paiva, denominada Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005 p. 517 – 560.

[18] In **A Reforma do Direito Falimentar no Brasil. São Paulo: Quartier Latin**, pág.33.

[19] Inicia-se em outros países após a Segunda Guerra Mundial e no Brasil com o advento do direito de empresa no Código Civil e com a edição da lei n. 11.101/05, como mencionado.

[20] Op. Cit. O Novo direito.... pág.38.

**RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL ACADÊMICA E A PROPOSTA
DE REVISÃO DA NORMA ABNT NBR 14724***

**ACADEMIC SOCIOENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY AND THE
REVIEW OF ABNT NBR 14724**

**Fabiane Bueno Netto Bessa
Ana Cecilia Parodi**

RESUMO

O compromisso do direito brasileiro com a sustentabilidade está expresso na Constituição da República e se espalha pelo ordenamento infraconstitucional, notadamente no diálogo entre a regulação jurídica, a Ordem Econômica e a Teoria do Abuso de Direito, e na confluência entre a sustentabilidade, a responsabilidade socioambiental e a função social do direito e da empresa. Nessa perspectiva, este artigo discute o impacto ambiental do uso de papel na elaboração de trabalhos acadêmicos, a responsabilidade socioambiental das instituições de ensino superior e, a partir de pesquisa de campo, discute a revisão de norma ABNT NBR 14724 (a fim de que autorize a impressão em frente e verso e o uso de papel reciclado) e analisa a importância da convergência entre normas de caráter auto-regulatório e normas jurídicas para que atuem como catalisadoras de mudanças socioculturais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO E SUSTENTABILIDADE, IMPACTO AMBIENTAL ACADÊMICO, REVISÃO DA NORMA ABNT NBR 14724.

ABSTRACT

The commitment of Brazilian Law with sustainability is expressed in the Constitution of Brazil and can be identified all over the legal system, particularly in the dialogue among regulation, the Economics Order and Law's Abuse Theory, and in the interaction of sustainability, the legal and company social function and socioenvironmental responsibility. In such perspective, this paper discusses the impact of the use of paper in academic articles, the academic socioenvironmental responsibility, and the review of ABNT NBR 14724 (in order to admit printing academic articles in both sides of paper and the use of recycled paper) analyses the positive linkage of regulatory norms and legal statutes to promote social and cultural change.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: LAW AND SUSTAINABILITY, ACADEMIC ENVIRONMENTAL IMPACT, ABNT NBR 14724 AUTO-REGULATORY NORM REVIEW.

Introdução

Esse artigo associa pesquisa teórica e de campo, enfatizando uma preocupação com resultados práticos. Afinal, não basta falar em sustentabilidade no Direito, é preciso agir.

O compromisso do direito brasileiro com a sustentabilidade está expresso na Constituição da República e se espalha pelo ordenamento infraconstitucional, notadamente no diálogo entre a regulação geral da Ordem Econômica e da Teoria do Abuso de Direito, e na confluência entre a sustentabilidade, a responsabilidade socioambiental e a função social do direito e da empresa.

Conquanto o dever de promoção do bem comum seja associado tanto às pessoas coletivas públicas como privadas, em verdade, toda pluralidade é composta de indivíduos igualmente responsáveis, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico.

Para que a lei se torne efetiva, é preciso que seu operador transcenda o espírito normativo e o traduza em ações concretas, cumprindo, pessoalmente, com sua parcela de dever pela promoção de uma sociedade harmônica e solidária e, portanto, responsável e sustentável.

Neste sentido, e no propósito de pesquisar possibilidades de melhor sintonizar mecanismos de auto-regulação com os princípios e diretrizes constitucionais, e com isso potencializar sua atuação conjunta rumo à sustentabilidade, examina tal possibilidade como forma de mudança sociocultural, e propõe a revisão da norma ABNT NBR 14724.

Afinal, que pessoa jurídica ou letra composta há que possam ser responsabilizadas exclusivamente, sem que se pense nos indivíduos representantes da coletividade ou compositores da norma? Seres humanos são responsáveis. E, ao identificar os focos caóticos, de pouca valia será o debate se esvaziado de uma investida pró-ativa.

A responsabilidade jurídica socioambiental e, notadamente, do operador do Direito, não se resume somente a pugnar pela reforma das normas, mas também consistem no esforço de exercício de cidadania, afastando da agenda da transformação os estritos questionamentos sobre culpa[1]. Importa, no crítico contexto ambiental que se apresenta, não questionar, mas afirmar: a culpa pode até ser de outrem, mas a responsabilidade pela mudança certamente também é minha[2].

Este é um dos maiores desafios impostos pela Constituição da República na contemporaneidade. O fim da terceirização da culpa e dos problemas, passando a uma era de reconstrução social através da assunção da correlata parcela de responsabilidade, repartida pelo constituinte, para cada pessoa – privada ou pública, individual ou coletiva.

1. Direito, Sustentabilidade e responsabilidade socioambiental – discurso jurídico e funcionalização.

1.1 FUNÇÃO SOCIAL DAS FIGURAS JURÍDICAS

Fixando marco teórico, Norberto Bobbio[3], em sua obra *Da Estrutura à Função*, ensina que, por função se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.

A função social das figuras jurídicas propõe um novo paradigma hermenêutico para a leitura e aplicação dos institutos, promovendo uma travessia dos significados modernos para os significantes contemporâneos, ancorando no solidarismo ético.

Nesta perspectiva, vai ao encontro da Constitucionalização do Direito Privado, e exige que não se adote uma perspectiva reducionista, circunscrita à perspectiva da dogmática clássica formalista e dita patrimonializada, para antes se operar o Direito de acordo com sua função, definida pelo espírito constitucionalista, denominado solidarismo ético, o qual consiste em um parâmetro axiológico das condutas. O solidarismo é um espírito, um princípio de justiça, e não um simples regramento. Generalismo consistente, que permite, inclusive, a tutela em relação às questões genéticas.

Na verdade, a Constitucionalização do Direito Civil vai muito além da simples consagração de normas típicas da esfera pública em diplomas privados. Trata-se da interpretação dos dispositivos eminentemente privados, pela ótica da Carta Magna, almejando uma concretização do ideário da solidariedade constitucional a cada ato jurídico.

A esse respeito, afirmou Paulo Nalin[4], que Pós-Modernidade jurídica significa a conversão dos seus paradigmas fundantes, especialmente em razão da desatualização axiológica do Código Civil de 1916. Serve a Carta Constitucional como o novo patamar teórico das relações privadas, pois em seu bojo é que se podem encontrar os novos valores que embalam o sistema jurídico. E acerca da dicotomia entre as esferas, ensina que o pressuposto teórico do pensamento que encontra na Constituição, a saber, o novo paradigma do contrato, está na ressystematização do Direito, na dignidade da pessoa, e na eleição da solidariedade como fio condutor que refunde o contrato.

1.2 direito e sustentabilidade.

O compromisso do Direito para com a sustentabilidade está expressado na Lei Maior, passa pelas normas cogentes e sociais, e causa especial impacto na função do Estado, de acordo com a profissão ideológica contida no preâmbulo constitucional, que institui “um Estado Democrático, destinado a assegurar o ... desenvolvimento”.

No mesmo sentido, impacta o exercício da livre iniciativa, ao inserir a prospecção do universo sustentável no cerne fundante da ordem econômica, que propõe o equilíbrio entre economia, meio ambiente e desenvolvimento social.

Mister salientar que, para a elaboração deste pensamento, partiu-se da premissa da colaboração dos vocábulos desenvolvimento e sustentável, em que pese haver autores que questionem essa interação, como se a sustentabilidade excluísse ao desenvolvimento[5]. Mesmo porque, tal premissa é inafastável da perspectiva jurídica, considerando que no mesmo pacto social, a Carta Magna professa elementos da sustentabilidade, bem como expressamente valoriza o desenvolvimento, como princípio de atuação do Estado Democrático e do próprio solidarismo ético.

Segundo Brügger[6], na expressão “desenvolvimento sustentável”, a palavra “sustentável” costuma adquirir um sentido mais específico, remontando aos conceitos da ecologia, referindo-se, de modo geral, à natureza homeostática dos ecossistemas naturais e à sua autoperpetuação. ‘Sustentável’, nesse contexto, englobaria ainda a idéia de capacidade de suporte, a qual se refere ao binômio recursos-população.

No campo dos negócios, sustentabilidade é associada à capacidade das empresas de aliar sucesso financeiro com equilíbrio ambiental e atuação social[7].

Sustentabilidade associa-se, assim, a qualidade de vida – o que não significa, necessariamente, que toda a população disponha de abundância exagerada de recursos, mas que possuam o mínimo vital – como propõem os valores preambulares da Carta, sintetizados nas garantias fundamentais e sociais.

O compromisso com o desenvolvimento sustentável também se revela na regulação da ordem econômica. A Emenda Constitucional 19, ínsita no inciso II, § 1º, artigo 173, CF, tutelou a função social da empresa pública, a ser definida por lei, mas vinculada, a sua existência, ao relevante interesse coletivo. E fixa critérios de atuação compromissados com a sustentabilidade social e econômica, ao determinar, em seus parágrafos 2º e 4º, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, bem como devendo ser reprimido por lei o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O comando dos fundamentos republicanos também modifica aos limites de atuação da livre iniciativa, cuja expressão da função social da empresa privada começa a ser delimitada desde o *caput* do artigo 170, CF, com o asseguramento a todos da existência digna, novamente em valorização do binômio recursos-população. Vale dizer, a geração de lucros divorciada da correlata distribuição de riquezas produz insustentável injustiça social, para cujo evitamento se funcionaliza, inclusive, a propriedade privada. Assim, a ordem econômica há de ser exercida na observância de variados princípios, todos eles em sintonia com o ideal do desenvolvimento sustentável.

Como consequência, o mandamento republicano influencia a conduta individual, posto que é o homem quem a exerce, seja em sua unipessoalidade, seja sob a garantia jurídica da pessoa coletiva.

Notadamente, para fins da presente investigação, importa registrar que a função social da empresa é exercida na observância de variados princípios, merecendo menção específica os incisos V – defesa do consumidor e VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, cuja redação advém da Emenda 42.

Visto, acima, que sustentabilidade é qualificador que condiciona relações negociais à necessidade de caráter ambiental, é possível afirmar que a norma jurídica também pode ser desta forma qualificada, considerando-se, dentre outros elementos de sua sustentabilidade, a sua efetividade e eficácia no plano fático, sem o qual, cairá em ostracismo, se não revogada, extinguindo-se de fato ou direito.

Ainda mais crítica é a questão, quando relevante tutela se extingue de fato, posto que furta às gerações futuras sua proteção, expondo a perigo as relações que deveriam estar protegidas.

No campo da auto-regulação, a ABNT NBR 14724 destoa do compromisso com a sustentabilidade – o qual é afirmado inclusive pela própria ABNT, na exposição de sua missão e visão[8].

Desse regramento, realizado em circunstâncias sociopolíticas de pouca sensibilidade às questões ambientais, se extrai uma inadequada obrigatoriedade de confecção dos trabalhos científicos em papel branco, com utilização tão somente de seu anverso, ao desprezo das gravíssimas conseqüências climáticas causadas pelo desmatamento, fazendo da ABNT NBR 14724 um exemplo de norma insustentável, do ponto de vista ambiental.

Tendo em vista que muitas instituições e profissionais ainda permanecem alheios ao consumo consciente e à responsabilidade que a cada um compete pela sustentabilidade, certamente é mais favorável que não se aguarde pelo recaimento em desuso desta norma administrativa, posto que muitas academias e docentes tendem a manter a exigibilidade do cumprimento de suas exigências, não importando o tamanho do impacto ambiental causado por sua conduta. A este tema, se voltará a seguir, especialmente ao se tratar da pesquisa de campo.

Portanto, toda norma em espécie, boa ou má, é potencialmente um recurso passível de esgotamento, se não coadunar com o compromisso constitucional e com as demandas sociais.

1.3 direito e responsabilidade social.

Responsabilidade Social, no mundo empresarial, é expressão também utilizada para definir a Cidadania Corporativa, sendo que outras vertentes a confundem com Filantropia Empresarial.

Dada a confusão ainda presente pela indevida identificação entre responsabilidade socioambiental das empresas e filantropia empresarial, e considerando que não há uma

definição jurídica para a primeira, citam-se, respectivamente, as definições apresentadas por duas organizações não governamentais que são referência no tema - o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS)[9], e o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social[10] :

Responsabilidade Social Corporativa representa o compromisso contínuo da empresa com seu comportamento ético e com o desenvolvimento econômico, promovendo ao mesmo tempo a melhoria da qualidade de vida de sua força de trabalho e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo.

Responsabilidade Social Corporativa é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

Em breves linhas, é lícito afirmar que se trata do complexo de obrigações que a empresa possui para com a comunidade[11], balizadas pelos Direitos Humanos, pela dignidade da pessoa humana e o cuidado com o meio ambiente – sem que tal promoção se confunda com algum dever de doação de valores financeiros ou com o exercício da filantropia.

A responsabilidade social possui discurso jurídico consonante com o da função social, ainda que nesta não se encerre, posto que é mais abrangente.

A importância da identificação jurídica da responsabilidade social consiste, notadamente, no problema da efetividade. Se, por inteligência do artigo 5º, inciso II, CF, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, como punir judicialmente, sem uma expressão teórico-normativa, a sua violação?

Vários são os empreendimentos doutrinários, para responder à mencionada prospecção, optando, o presente trabalho, pela teoria do Abuso de Direito, inovação codificada em 2002, no bojo do artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Na perspectiva do direito, responsabilizar^[12] é imputar a alguém, por meio legal ou judicial, o dever de reparar ou indenizar alguma espécie de prejuízo^[13].

O Livro I, Título IX, da Parte Especial do Novo Código trata, respectivamente, do Direito das Obrigações e da Obrigação de Indenizar. Tem início o tratamento material através do art. 927, que fixa a regra geral do parâmetro indenizatório, basicamente excepcionando a responsabilidade civil objetiva e delineando a teoria do risco da atividade, dispondo

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A obrigação de reparar está vinculada aos danos decorrentes do cometimento de ato ilícito, cujo conceito se viu inicialmente, vinculando-se inclusive à civil ilicitude por abuso de direito.

Referida inovação do art. 187 coaduna com o ideal solidário, ao cominar o dever reparatório vinculado a prejuízos havidos em razão da violação exatamente dos limites impostos pelos objetivos constitucionais.

Não se trata de anular qualquer prerrogativa de que o sujeito seja titular, ou mesmo de inviabilizar a sua disposição; mas, de impor limites aos seus atos, manifestando a todos os entes a intenção do legislador em privilegiar a ordem pública pela regularização das fronteiras da esfera comportamental do livre exercício da autonomia da vontade, consubstanciada na prática das permitidas ou não proibidas atividades jurídicas.

E não há que se falar em abuso de poder legiferante, vez que não houve uma delimitação métrica do campo de atuação destinado aos sujeitos de direito. Pelo contrário, impõe as barreiras para delimitar o excesso, com base em princípios gerais de conduta, consagrados pela humanidade e pelos operadores do Direito, contemplados na Carta Magna e em todo o espírito do ordenamento jurídico brasileiro, buscando, de forma reversa e através de boa política pública, verdadeiramente responsabilizar socialmente aos entes individuais ou coletivos e torná-los – pelo exercício de suas ações positivas – parceiros do Estado na concretização da justiça em sentido amplo.

Percebe-se, justamente, a preocupação do codificador em estabelecer uma **responsabilidade jurídica civil-social**, ao vincular o tom afinado da conduta à limitação imposta pela **finalidade econômica ou socioambiental do ato**. Ao contrário do que um olhar desavisado poderia identificar, o legislador pretende, efetivamente, afirmar que há finalidade social também nas relações econômicas, demonstrando que haverá abuso de direito se, no exercício da livre iniciativa e buscando o lucro legítimo, haja violação de interesse social da comunidade.

Logo se desume que o abuso de direito não é teoria destinada tão somente aos atos das pessoas humanas, mas também das pluralidades juridicamente personificadas, as quais, em combinação teleológica entre, notadamente, as tutelas do artigo 170, CF e do artigo 187, NCC, encontram a expressão de sua responsabilidade social.

Para fins da presente investigação, já se registrou, a função social da empresa é exercida na observância de variados princípios, merecendo menção específica do artigo 170, CF, incisos V – defesa do consumidor e VI – **defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação**.

A confluência e a interação entre o compromisso jurídico com o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade socioambiental engloba, também, o setor acadêmico.

Neste sentido, desenvolveu-se a pesquisa acerca do impacto ambiental causado pelo uso de papel, nas produções de trabalhos de conclusão de curso do ensino superior e de pós-graduação, notadamente tendo em vista que a adoção do processo de impressão exclusivamente em anversos dos trabalhos científicos decorre de norma auto-regulatória, cujos termos se acham divorciados do melhor procedimento sustentável.

A discussão se estende, também, à responsabilidade socioambiental dos integrantes do meio acadêmico, na perspectiva de que não adotem a postura passiva de esperar que suas instituições se adaptem aos novos processos, mas assumam sua própria responsabilidade pela indução da mudança de comportamentos.

Por fim, mister aduzir à enorme responsabilidade que pesa sobre os órgãos legislativos e normalizadores, tendo em vista que possuem o compromisso social de emanarem diretrizes de modelo de conduta para toda a sociedade. Daí a necessidade de que se portem dentro dos limites que apregoam e que trabalhem para que haja harmonia nos compêndios normativos. Harmonia socialmente responsável, em prol da sustentabilidade.

2. Pesquisa de Campo

Apregoadas a responsabilidade do operador para com a concretude da norma, adotou-se a premissa de que esta pesquisa haveria de expandir-se do plano estritamente teórico para uma análise prática do inciso VI, do artigo 170, notadamente em decorrência da adoção das normas regulatórias da realização de trabalhos acadêmicos.

Por meio da observação das práticas ligadas à atividade cotidiana, variados focos de desperdício de energia e insustentabilidade no consumo de recursos restaram identificadas. Elegendo-se uma, em especial, para ser alvo da mensuração estatística e investigação de campo: o uso de papel destinado à confecção das dissertações e teses, nos programas de mestrado e doutorado.

Com o andamento, a pesquisa se expandiu para todo o ensino superior, passando a englobar os trabalhos de conclusão de curso e de pós-graduação *lato sensu*. Notadamente porque a maioria esmagadora dos programas exige a confecção dos trabalhos em papel branco e impresso apenas no anverso, fulcradas na orientação das normas ABNT.

A questão de pesquisa aqui formulada baseou-se na mensuração do consumo – ainda que estimativa –, em diálogo com a fonte normativa que compelia à metodologia, ancorando em uma perspectiva de redução imediata do impacto, pela reformulação da norma ou o abandono, devidamente justificado, de sua adoção. E pode ser assim traduzida: qual é a média de papel consumida pelo ensino superior, desde a graduação até a pós-graduação *stricto sensu*, em período apurável, para a confecção dos trabalhos de colação de grau, e por que razão formal se utiliza apenas o anverso das folhas?

2.1 INFORMAÇÕES METODOLÓGICAS

Para responder ao problema formulado, inicialmente se buscou identificar o número de produções técnicas arquivadas no país. Entretanto, oficialmente só há, no Brasil levantamento estatístico de artigos publicados em periódicos.

Foi necessário, então, alterar a metodologia para a identificação do número de concluintes de curso superior e pós-graduação, de onde, logicamente, se extrairiam os correlatos trabalhos.

Por ausência de fatores precisos, algumas premissas precisaram ser adotadas consensualmente, citando-se dois exemplos: todas as áreas do conhecimento foram consideradas, posto que mesmo nos cursos técnicos há necessidade de elaboração de projeto submetido a banca examinadora, ainda que em formato diverso da tradicional monografia.

Ademais, todo o período apurável foi computado. Não se desprezam as alterações legislativas e de políticas públicas ocorridas no setor jurídico-acadêmico ao longo dos anos, o que poderia impender na verificação da desnecessidade, em determinados tempos, do trabalho final vinculado à colação de grau.

Porém, o consumo de papel sempre foi uma realidade constante da atividade acadêmica, desde o surgimento da primeira instituição formal, no século XIII. A evolução tecnológica deu suporte ao ensino, mas, até o aparecimento dos computadores – e consistente inclusão e/ou acesso digital dos discentes ao recurso eletrônico – muito maior era o gasto inaproveitável de recursos, posto que o papel usado para a datilografia ou manuscritos restava sujeito à eficiência e inexistência de erros, para submissão ao corpo docente. Justificada, portanto, a inclusão dos números do ensino, referentes à década de 1980.

Retomando a descrição metodológica, foi desenvolvida uma expressão matemática específica para a quantificação dos valores anuais, partindo do número de concluintes e relacionando-o com os fatores ambientais que se pretendia estimar, a saber:

- - Expressão 1: $\{[(nAC \times 100) \times nV] / 500\} / 20 = nA$
- - Expressão 2: $nA / 1700 = nH$

Tem-se:

-

- Etapa 1: Multiplicação do número de alunos concluintes (Nac) pela média de 100 folhas.
-
- Etapa 2: Multiplicação, in casu, do número de folhas pelo número de vias (nV) para Banca Examinadora e/ou Biblioteca. Quando considerada apenas a via do discente, tem-se $n = 1$.
-
- Etapa 3: Divisão do número total de folhas por 500, para identificação do número de resmas.
-
- Etapa 4: Divisão do número total de resmas por 20, para identificação do número de árvores (nA).
-
- Etapa 5: Divisão do número total de árvores por 1700, para identificação da quantidade de hectares (nH).

Fatores fixos foram adotados:

- - Número de concluintes
 - 100 folhas por trabalho científico
 - 1 via por discente
 - 500 folhas por resma
 - 20 resmas por árvore
 - 1700 árvores por hectare

Importa ressaltar que as relações folhas / resma, resmas / árvore e árvores / hectare correspondem a médias adotadas do senso comum científico, posto que a comunidade técnica respectiva diverge quanto à sua exatidão. Por exemplo, duas árvores aparentemente idênticas podem produzir diferentes quantidades de resma, tendo em vista variáveis decorrentes do processo produtivo. Da mesma forma, um hectare pode comportar diferente número de árvores, conforme a espécie. No caso, considerou-se o eucalipto, árvore da preferência da maioria das madeireiras especializadas, cujo tempo de muda a corte é de 7 anos.

Em matéria de fatores relativos, destacam-se o número de vias por discente e o período de apuração do número de concluintes.

A exemplo do número de folhas por trabalho, também o número de vias foi prospectado a partir dos usos e costumes acadêmicos. Nas graduações presenciais e nas pós *stricto sensu* foram computadas 1 via por discente, mais 3 vias para os membros da banca examinadora. Tendo em vista que a via destinada ao arquivamento da biblioteca é condicionada a nota mínima, em sede gradual, contudo vinculada à mesma nota obrigatória para a titulação de mestrados e doutorados, eis a grade referencial:

- - Graduação Presencial = 4 vias
 - Graduação à Distância = 1 via
 - Pós *lato*, presencial e à Distância = 1 via
 - Pós *stricto* = 5 vias

No tocante aos períodos apurados, primeiramente, o número de concluintes foi extraído de várias fontes, todas ligadas ao Ministério da Educação, especialmente ao SESU[14] e MEC em Números[15]. Houve variações nos mestrados e doutorados, crê-se, dada a divergência dos anos computados pelo MEC em números e Portal de Periódicos da CAPES[16]. Quanto às especializações – pós *lato sensu* – há somente um ano recenseado, a saber, 2004. Desta forma, optaram as pesquisadoras por multiplicar a base de dado por 7 anos, para os cursos presenciais, e por 4 anos, para os cursos ministrados na modalidade EAD – à distância – considerando a participação no mercado, de ambos.

- § Graduação Presencial = 1980 a 2006
- § Graduação à Distância = 2001 a 2006
- § Pós *lato* Presencial = 2000 a 2007 (2004 x 7)
- § Pós *lato* à Distância = 2003 a 2007(2004 x 4)
- § Pós *stricto* = 1999 a 2005 (MEC em números)
- § Pós *stricto* = 1987 a 2006 (Portal de Periódicos CAPES)

2.2 CONCLUSÕES ESTATÍSTICAS

Com base nos dados identificados, foi possível computar o impacto acadêmico ano por ano e por cada nível de ensino.

Diante da limitação espacial do presente trabalho, apresentam-se, abaixo, as principais conclusões numéricas, considerando-se a totalização completa dos dados, em primeiro plano, com base nos titulados *stricto sensu* fornecidos pelo MEC em números.

- § Número de concluintes: 10.015.014 alunos (10 milhões etc)
- § Quantidade média de Papel consumida: 4.577.122.300 folhas (4 bilhões etc)
- § Número de Resmas: 9.154.244, 60 resmas (9 milhões etc)
- § Número de Árvores: 457.712, 23 árvores
- § Quantidade de Hectares: 269, 24 hectares

Em seguida, a totalização baseada em números do Portal de Periódicos da CAPES.

- § Número de concluintes: 10.165.412 alunos (10 milhões etc)
- § Quantidade média de Papel consumida: 4.470.503.300 folhas (4 bilhões etc)
- § Número de Resmas: 8.941.006, 60 resmas (8 milhões etc)
- § Número de Árvores: 447.050, 33 árvores
- § Quantidade de Hectares: 262, 97 hectares

Os cálculos foram procedidos com base em fatores otimistas, dado que não foram computadas fotocópias, *papers* bimestrais ou mesmo as vias defeituosas descartadas ao longo da produção científica.

Contudo, se consideradas mais 100 folhas por ano de estudo, o impacto facilmente atinge 1 milhão de árvores.

Números alarmantes, mas que poderiam ser reduzidos pela metade, com a adoção de uma singela medida – a utilização de verso e anverso das folhas de papel, preferencialmente recicladas.

3. a propositura da revisão da norma ABNT NBR 14724

É fato notório que a biocapacidade da Terra se esgotou no ano de 1984, equivalendo a dizer que o planeta não consegue mais se regenerar. Estima-se que, se todos os habitantes consumissem como os americanos, seriam necessários 3 a 5 outros planetas

iguais, para dar suporte ao ritmo de consumo atual[17]. Mas, nenhuma diferença faria serem 3 ou 10 mundos, dado que o único que se possui é a própria Terra. A única solução é o refreamento e a redução do impacto.

Embora já houvesse, subjacente à pesquisa, a intenção de buscar a divulgação dos resultados numéricos prospectados, nos meios acadêmicos, trabalhando pela conscientização dos atores discentes e docentes, o impacto revelou-se tão significativo, que se optou por uma ação de maior abrangência.

A análise das razões para a conduta insustentável apontou a adoção consensual das normas da ABNT, que define os parâmetros para a apresentação dos trabalhos técnicos e que determinam a impressão ou datilografia tão somente em anverso de folhas, obrigatoriamente em papel branco – letra de norma que se revela absolutamente divorciada do compromisso sustentável.

Aquilo que se propõe aos destinatários das normas deve igualmente servir como orientação aos órgãos reguladores e regulamentadores, que, por coerência, devem imbuir-se da mesma responsabilidade e compromisso com a sustentabilidade.

A conscientização individual ou de pequenos grupos é necessária, mas, sem dúvida é tarefa árdua e lenta, como todo processo de mudança de comportamentos. E aqui se apresenta o potencial da mudança da norma: além de lhe conferir **escala** – uma vez que implica na adoção por **toda a comunidade acadêmica**, ainda atua como **catalizador**, acelerando e tornando imediata uma mudança que poderia levar anos ou décadas, se dependesse da conscientização e proatividade dos seus heterogêneos destinatários.

Em outras palavras, a simples mudança da norma que baliza a elaboração de trabalhos acadêmicos, no sentido de determinar a impressão em frente e verso, teria o condão de reduzir à **metade e em curtíssimo período** o impacto ambiental do uso de papel.

A ABNT é o veículo ideal para firmar o compromisso em nome de todos, e para a todos comunicar essa aliança com a sustentabilidade, unificando os procedimentos e despertando as mentes, via de consequência e ainda que por meio silencioso, para o desencadeamento de novas ações locais, provocando uma reação a favor do desenvolvimento sustentável.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas é a entidade que representa a ISO no Brasil e principal responsável pela produção de regras normalizadoras do país.

Assume declarado compromisso com a sustentabilidade – que expressamente consta em sua missão e visão –, notadamente por ser a estipuladora dos indicadores técnicos para certificação de regularidade das empresas, seja em matéria de gestão da qualidade, ambiental ou de responsabilidade social.

Desta forma, e por toda a tese teórica exposta na parte prima, é certo que a ABNT, na condição de agente regulamentador, presta um serviço de interesse público e, assim, possui dever constitucional e pessoal para com a sustentabilidade, sendo-lhe diminuída a autoridade social se não mantiver sintonia ética nos regramentos que impõe.

Mesmo porque, a norma em exame tende à extinção diante de sua obsolescência em relação aos parâmetros de sustentabilidade, posto que a comunidade acadêmica e a sociedade em geral estão progressivamente mais conscientes, o que tende a se traduzir na não observação da norma, tanto mais que sua adoção não tem força cogente.

Ou a regra é adequada à realidade ambiental, ou caminhará para o ostracismo em razão do desuso.

3.1 CONTEÚDO DA REFORMA PROPOSTA

Compulsando o compêndio regulatório, identificou-se que a ABNT NBR 14724-2002 é a norma responsável pela uniformização dos princípios gerais para a elaboração de trabalhos acadêmicos científicos ou de conclusão de grau (TCCs, TCCPs, dissertações e teses), visando, sua apresentação, à instituição (banca, comissão examinadora de professores, especialistas designados e/ou outros).

Referida normalização sofreu nova edição, em 30.12.2005, com validade a partir de 30.01.2006.

Percebe-se, por suas alterações, que resta reformulada a redação – contudo, tendo sido mantido o escopo dispositivo – dos itens “5 Regras Gerais de Formatação”, especialmente em seu tópico “5.1 Formato”, que prescreve a obrigatoriedade de digitação ou datilografia unicamente no anverso das folhas – à exceção da folha de rosto –, sempre em papel branco, como se lê.

ABNT NBR 14724-2002[18]: Os textos devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21 cm x 29,7 cm), digitados ou datilografados na cor preta, com exceção das ilustrações, no anverso das folhas, exceto a folha de rosto (ver 4.1.3) (g.n.).

ABNT NBR 14724-2005[19]: Os textos devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21 cm x 29,7 cm), digitados ou datilografados no anverso das folhas, com exceção da folha de rosto que deve conter a ficha catalográfica, impressos em cor preta, podendo utilizar outras cores somente para as ilustrações. (g.n.).

Tendo em vista a visão e o compromisso de sustentabilidade e responsabilidade socioambiental manifestada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, importando, inclusive, na produção de regras de normalização de conformidade ambiental, de qualidade e de responsabilidade social, entende-se necessária uma revisão para a NBR 14.724, cuja proposta de revisão foi encaminhada com a seguinte exposição de motivos:

Quatro motivos levaram a esta manifestação: 1) a preocupação com as questões ambientais que se mostram cada vez mais urgentes e relevantes; 2) a necessidade de identificar formas de mudar o modelo atual de produção e consumo que levam à crise ambiental; 3) a necessidade das instituições de ensino superior provocarem a reflexão e a busca de soluções para os problemas e necessidades sociais; e 4) o papel fundamental da ABNT na promoção de mudanças e indução de comportamentos socioambientalmente responsáveis.

E propondo a seguinte alteração de conteúdo:

Alteração da redação e dispositivo do item 5, tópico 5.1 – Regras gerais de apresentação e Formato, respectivamente –, **normalizando como regular a digitação ou datilografia, do corpo do texto, sempre em anverso e verso das folhas**, reduzindo-se, assim, preliminarmente e em um único ato, para a metade o impacto ambiental decorrente da espécie de produção acadêmica em tela.

No tocante aos elementos pré-textuais, sugere-se que **Dedicatória(s), Agradecimento(s) e Epígrafe** passem a **ocupar a mesma folha**, por medida de economia e eficiência.

Quanto aos elementos pós-textuais, sugere-se que as **Referências** sejam digitadas ou **datilografadas em anverso e verso**. O mesmo se aplica aos **textos e/ou imagens que corporifiquem os anexos**.

Por fim, que tais itens **deixem de obrigar à utilização de papel branco, permitindo o uso de papéis reciclados** apropriados à produção acadêmica. (grifos do original)

Obras literárias e periódicos já são impressos em frente e verso, dispondo dos recursos com maior eficiência sustentabilidade e sem acarretar prejuízo ao manuseio das informações neles contidas.

3.2 RESULTADOS PARCIAIS JÁ ALÇADOS

A adoção de referida proposta implicará na imposição de um parâmetro de sustentabilidade acadêmica, em um único ato reduzindo para a metade o impacto ambiental provocado pelo uso de papel nos trabalhos científicos e provocando positiva e desejável reação em cadeia, pelo despertar dos ainda adormecidos e incentivo aos indivíduos e academias engajados.

No âmbito acadêmico, sem que se tenha realizado pesquisa mais detida sobre o tema, há cursos e instituições de ensino superior que já adotam ou incentivam a impressão em frente e verso, o uso de papel reciclado, ou ambos[20].

Especialmente, relata-se que, apresentada a Proposta de Revisão da ABNT NBR 14724, à r. Associação, o documento foi recebido com simpatia pelo órgão específico, contudo, a princípio arquivada sem data prevista para sua submissão aos trâmites reformadores.

Em segundo momento, a convite da própria ABNT, este estudo foi apresentado ao grupo de trabalho responsável em setembro/2008. O grupo mostrou-se bastante entusiasmado com a iniciativa, declarou que a ABNT tem por princípio atuar em consonância com o contexto e as demandas sociais e comprometeu-se a definir a inclusão em pauta desta proposta de revisão.

De outra parte, os integrantes mencionaram que mudanças nas normas são recebidas com antipatia pelos destinatários, que tendem a encará-las como uma maneira de forçar a nova compra das normas atualizadas.

Diante disto, assumiu-se junto ao grupo de trabalho, tão logo seja definida data para discussão das propostas de reformulação pela ABNT, o compromisso de dar ampla divulgação no meio acadêmico, da relevância da redução dos impactos socioambientais que advirão da revisão da norma, de modo a reforçar o caráter educativo e socioambientalmente eficiente da mudança, sensibilizando a comunidade acadêmica para a efetiva relevância e necessidade da mudança.

Conclusão.

O atual modelo econômico de produção é dependente de muitos fatores. Dentre eles, a regulação operada pelo ordenamento jurídico.

É inegável que a Constituição da República, assim como o Código Civil, possui compromisso expresso com o desenvolvimento sustentável e implícitos com a responsabilidade socioambiental, o que permite ao operador do Direito questionar, judicialmente, atos que importem em violação dessa diretriz de conduta.

Responsabilidade socioambiental é obrigação ética a ser cumprida não apenas pelas corporações, como também pelos indivíduos e pelos órgãos legisladores ou normalizadores.

Estes últimos, especialmente, pela carga ética e moral atraída por suas atribuições precípuas, devem servir como exemplo para toda a sociedade.

Os cidadãos, por sua vez, compartilham o dever de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, havendo de valer-se de todos os meios democráticos a estes disponíveis, a fim de operacionalizar mudanças comportamentais, em prol da sustentabilidade e da cidadania.

Referências

ABNT. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=951 Acesso em 25/09/2008.

ABNT. **ABNT 2BR 14724-2002.** Disponível em:<http://leandrosalvador.com.br/ls/html/textos/academicos/abnt/ABNT_NBR_14724_20020929_Trabalhos_Academicos_NORMA_ANTIGA.pdf> Acesso em 28/09/2008.

ABNT. **ABNT 2BR 14724-2005.** Disponível em:<Http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/pos_metodologia1_Apresentacao.pdf> Acesso em 28/09/2008.

bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas - práticas sociais e regulação jurídica.** Rio de Janeiro : Lúmen Iuris. 2006

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função,** São Paulo: Manole, 2007.

BRÜGGER, Paula. **Educação ou adestramento ambiental?** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1994.

CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável: dimensões e desafios.** Campinas : Papyrus, 2003.

CAPES. **Portal de Periódicos.** Disponível em:<<Http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp>> Acesso em 28/09/2008.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: <www.cebds.org.br/cebds/resp-introducao.asp?bc=2&bsc1=responsabilidade+social+corporativa> Acesso em 08/09/2008.

HERZOG, Ana Luiza. É politicamente correto e dá mais dinheiro. **Guia Exame de Boa Cidadania Corporativa 2004,** São Paulo, p. 14, 2004.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. Disponível em <<http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3344&Alias=Ethos&Lang=pt-BR>> Acesso em 20/08/2006.

MINISTÉRIO DE EDUCAÇÃO. **SESU.** Disponível em:<<Http://portal.mec.gov.br/sesu/>> Acesso em 28/09/2008.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Mec em números.** Disponível em: <<Http://portal.mec.gov.br/mapas/>> Acesso em 28/09/2008.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato: conceito pós-moderno.** Curitiba : Juruá, 2001.

WWF. **Pegada ecológica.** Disponível em: < <http://www.wwf.org.br/>> Acesso em 25/09/2008.

[1] Sem desprezar a importância da identificação da conduta culposa para a efetiva responsabilização pessoal dos agentes lesionadores, em sentido a englobar a responsabilidade administrativa, fiscal e ambiental, inclusive.

[2] Responsabilidade, inclusive, pela investigação e condenação dos culpados, para que se extirpe da sociedade a sensação de impunidade.

[3] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**, Manole, São Paulo: 2007. p. 83-113.

[4] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba : Juruá, 2001.

[5] CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável: dimensões e desafios**. Campinas : Papirus, 2003. p. 83-87.

[6] BRÜGGER, Paula. **Educação ou adestramento ambiental?** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1994.

[7] HERZOG, Ana Luiza. É politicamente correto e dá mais dinheiro. **Guia Exame de Boa Cidadania Corporativa 2004**, São Paulo, p. 14, 2004.

[8] Informadas no sítio da ABNT: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=951.

[9] Criado em 1997, como resultado de uma coalizão de empresas unidas pelo compromisso comum em torno de um modelo de desenvolvimento capaz de aliar crescimento econômico, equilíbrio ecológico e progresso social.

[10] ONG criada em 1998 cujo objeto e liderança em temas ligados à responsabilidade social das empresas são reconhecidos em âmbito nacional (www.ethos.org.br).

[11] Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade social das empresas. Práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro : Lúmen Iuris. 2006, p.157.

[12] No direito romano, indagava-se sobre a existência de alguém, disposto a assumir o dever do garante: *dare mihi spondere* – darás resposta ao fato [responderás pelo fato]? A cujo apelo anuía o interessado, mediante a afirmativa: *spondeo*; ou seja – [eu] respondo!

[13] Em que pese o caráter lógico, a ilação é relativamente nova no contexto jurídico mundial, vindo a aparecer no final do século XVIII, integrando aos dispositivos frutos da Revolução Francesa. Notícias mais arcaicas remetem ao romanismo e à famosa Lei de Talião – retribuição do mal –, que figurou, igualmente, na Lei Mosaica. As civilizações antigas eram regidas por uma vingança, não conectada necessariamente com a maldade intrínseca, mas com a reparação do dano, almejada pelo mecanismo da aflição, em idênticas proporções, do agente lesionador, em caráter punitivo.

[14] [Http://portal.mec.gov.br/sesu/](http://portal.mec.gov.br/sesu/)

[15] [Http://portal.mec.gov.br/mapas/](http://portal.mec.gov.br/mapas/)

[16] [Http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp](http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp)

[17] Disponível em: <http://www.wwf.org.br/>.

[18] Para facilitar o acesso do leitor, informa-se o texto disponibilizado na internet:
[Http://leandrosalvador.com.br/ls/html/textos/academicos/abnt/ABNT_NBR_14724_20020929_Trabalhos_Academicos_NORMA_ANTIGA.pdf](http://leandrosalvador.com.br/ls/html/textos/academicos/abnt/ABNT_NBR_14724_20020929_Trabalhos_Academicos_NORMA_ANTIGA.pdf)

[19] Para facilitar o acesso do leitor, informa-se o texto disponibilizado na internet:
[Http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/pos_metodologia1_Apresentacao.pdf](http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/pos_metodologia1_Apresentacao.pdf)

[20] A exemplo do Curso de Medicina Veterinária da USP, do Centro Universitário Curitiba, e da Escola Superior de Propaganda e Marketing – ESPM.

CONSIDERAÇÕES SOBRE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE PARA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO PROTOCOLO DE KYOTO*

CONSIDERATIONS ON ECONOMICAL INSTRUMENTS FOR ENVIRONMENT PROTECTION AS GUARANTEE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: REVIEW FROM THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND THE KYOTO PROTOCOL

**Ana Paula Myszczyk
Clarissa Bueno Wandscheer**

RESUMO

O artigo objetiva realizar algumas considerações acerca de instrumentos econômicos de defesa do meio ambiente. Para realizar tal intento, verifica os dispositivos da Constituição Federal de 1988, centrando-se no capítulo referente à Proteção do Meio Ambiente. Assim, discute a questão da preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies de ecossistemas. Verifica os mecanismos existentes para a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e os modos de fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Analisa os modos de se controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e meio ambiente. Ainda, discorre sobre alguns modos de se proteger a fauna e a flora, que concretizem a proibição legal de se efetivarem práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. A partir disto, discute a questão dos mecanismos tradicionais de regulação utilizados pelo estado e mecanismos do mercado para proteção do meio ambiente, principalmente a teoria das externalidades e internalização. Por fim, verifica os instrumentos de proteção ao meio ambiente presentes no Protocolo de Kyoto.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE – PROTOCOLO DE KYOTO – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The article aims to achieve some considerations about economic instruments of environmental protection. To achieve this purpose, verifies some devices of the Federal Constitution of 1988, focusing on the section on the Protection of the Environment. Thus, discusses the issue of preservation and restoration of essential ecological processes and promotion of environmental management of ecosystem's species. Verifies some mechanisms that exist to realize the preservation of diversity and integrity of the genetic heritage of the country and some ways of supervision the entities dedicated to research and manipulation of genetic material. It examines the ways to control the production, marketing and use of techniques, methods and substances which include risk to life, the quality of life and environment. In addition, talks about some ways that achieves the protection of the flora and fauna and the legal ban of practices that put at risk its ecological function, resulting in the extinction of species or subjecting the animals to cruelty. From this, discusses the issue of traditional mechanisms of regulation used by the State and the market mechanism to protect the environment, particularly the internalization of externalities theory. Finally, check the instruments for protection of the environment in the Kyoto Protocol.

KEYWORDS: ENVIRONMENT - THE KYOTO PROTOCOL - SUSTAINABLE DEVELOPMENT

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

No decorrer do século XIX e XX o mundo passou pelo que se costumou chamar de uma “revolução” industrial e biotecnológica. Do nascimento das fábricas, passando pelo desenvolvimento das técnicas de transplantes e o desvendamento do genoma humano, as engenharia e as ciências biomédicas trouxeram para o dia a dia, toda uma nova realidade. Temos conhecimento para mudar o homem e o meio ambiente. Ao mesmo tempo, vive-se em uma época em que a degradação do meio ambiente nunca foi tão extremada. Também temos conhecimento e práticas que podem nos levar, num menor tempo que se possa aceitar, ao esgotamento de nossos recursos naturais e exterminar com nossas próprias condições de sobrevivência.

Neste contexto, o Direito chegou ao século XXI e colocou o jurista frente ao desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes da degradação do meio ambiente e de sua transformação pelo homem. Ainda, toda esta questão esbarra na contraposição entre o direito ao desenvolvimento econômico e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, na prerrogativa que o ser humano tem de gozar da natureza original ou artificial de forma que seja plenamente possibilitada existência, proteção e desenvolvimento da pessoa humana e dos demais organismos vivos existentes, em suas presentes e futuras gerações.

Instrumento guia para tentar solucionar tal embate, a Constituição Federal de 1988 dedica seu capítulo VI para tutelar o meio ambiente. O artigo 225 da Constituição Federal determina que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado, impondo o princípio do desenvolvimento sustentável, ou seja, de que se estabeleça um quadro orientador da tutela com o objetivo de evitarem atentados contra o meio ambiente. Quer dizer, as atuações devem ser consideradas de maneira antecipada e dar-se prioridade àquelas que evitem, reduzam, corrijam ou eliminem a possibilidade de

causarem alterações na qualidade do meio ambiente. Assim, desenvolvimento sustentável consiste-se na busca e conquista de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais, com vista a um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. Em outras palavras, aquele que atenda as necessidades das gerações presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às próprias necessidades.

Como visto, o Direito encontra o desafio de trazer instrumentos que, ao mesmo tempo, possam garantir o desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente. Em se tendo em vista estas questões, as abordagens tradicionais do Direito, como o princípio do poluidor-pagador e da instituição de impostos e multas pesadas, muitas vezes acabam por não ser totalmente eficazes na tarefa da proteção do meio ambiente. Desta maneira, analisar-se-ão alguns instrumentos econômicos de defesa do meio ambiente, com base no mercado e na ótica do Direito Econômico.

2. A CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal deixa claro que a preservação e a conservação ambientais devem ser implementadas pela sociedade brasileira. Isto confere responsabilidades ao Poder Público e também a coletividade.

Neste sentido, a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado está pautada pelo princípio do desenvolvimento sustentável. Esse princípio aparece originariamente após o encontro de Estocolmo, que estabeleceu a organização de uma comissão para analisar as relações entre o meio ambiente e o desenvolvimento.

Essa comissão intitulada Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento definiu desenvolvimento sustentável como: “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades[1].” E, também, pode ser compreendido como “melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas[2].”

No contexto destas discussões, indicou-se no próprio artigo 225 da Constituição Federal, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Levou em conta, principalmente a constatação de que os recursos naturais não são infinitos e, atualmente, vem mostrando seus limites de exploração, com o esgotamento de poços d’ água, petróleo, minas de metais etc.

Para o desenvolvimento harmônico do homem com o meio ambiente se faz cada vez mais necessário o desenvolvimento de tecnologias que propiciem a utilização racional, controlada e equilibrada dos recursos naturais. Nas palavras de Fiorillo: “Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.[3]”

Esse princípio influencia uma nova noção que se apresenta de desenvolvimento na sociedade brasileira, lembrando que o Estado Nacional se formou baseado em uma

teoria liberal. Portanto, “a proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental.[4]”

O que se busca é o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a manutenção e a qualidade do meio ambiente. Por isso, o relacionamento inevitável do artigo 225 com o artigo 170 da Constituição Federal. Este por tratar a ordem econômica e estabelecer entre os seus princípios a defesa do meio ambiente (inciso V).

Note-se que o referido princípio da ordem econômica não pretende impedir o desenvolvimento econômico, porém estabelece limites de atuação.

“(…) o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível.[5]”

Corroborando com a idéia acima, traz-se o pensamento de Araújo e Nunes Junior:

“É fundamental, antes de mais, observar que o escopo básico da Constituição Federal é a proteção do meio ambiente enquanto espaço de vida humana. Em outras palavras, o objeto da tutela é o homem na sua relação com o meio.

Nesse sentido, indicando a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica reforça esse aspecto. Logo, imperativa a conclusão de que a proteção do meio ambiente deve estar aliada ao progresso econômico, e vice-versa, constituindo, por esse caminho, a noção do chamado desenvolvimento sustentável.[6]”

Portanto, se observa que economia e desenvolvimento são inseparáveis do conceito de produção de bens, serviços e consumo dos mesmos. Milaré expõe que a “a ratio da produção é o consumo. Da mesma forma, se a produção deve ser sustentável, também o consumo o deve ser. Não se pode produzir o que não se consome (não produzir desperdício nem criar necessidades artificiais de consumo), não se pode consumir o que não se produz (acrescentaríamos: adequadamente ou sustentavelmente).[7]”. Por isso, estabelece a necessidade de se criarem formas de controle sobre as atividades que possam vir a causar dano ambiental e a responsabilidade de todos para a preservação e conservação do meio ambiente. Assim como, mecanismos de incentivo para redução da poluição e degradação ambientais.

3. PRESERVAR E RESTAURAR PROCESSOS ECOLÓGICOS ESSENCIAIS E PROVER O MANEJO ECOLÓGICO DAS ESPÉCIES DE ECOSISTEMAS

Para que o § 1º, I, do artigo 225 da Constituição seja efetivado tem-se, por exemplo, a lei n.º 9.985/2000 que implementou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Essa lei estabelece unidades de proteção integral e de proteção de uso sustentável.

Na primeira modalidade, o foco é a preservação dos espaços naturais, sem a interferência humana e somente em algumas situações será permitida a intervenção, principalmente para a recuperação, em casos de degradação ambiental e/ou para a pesquisa científica autorizada pelo Poder Público.

Essa modalidade é composta pelas seguintes categorias de unidades de conservação: estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural e refúgio da vida silvestre. Cada uma dessas categorias possui uma finalidade específica. Segundo a própria lei do SNUC, a Estação Ecológica tem como objetivo principal a preservação da natureza e a realização de pesquisa científica (art. 9.º caput), a Estação Ecológica de Guaraqueçaba, por exemplo.

A Reserva Biológica tem como finalidade a preservação integral da biota[8] e dos demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou de modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais (art. 10 caput), toma-se como exemplo a Reserva biológica de Ibirapuitã, no Rio Grande do Sul, destinada à proteção do bugio preto.

O Parque Nacional possui como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação ambiental e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 11 caput). São exemplos disto, o Parque Nacional do Iguaçu e o Parque Estadual de Vila Velha.

O Monumento Natural tem por finalidade básica preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica (art. 12 caput).

Por fim, há o Refúgio da Vida Silvestre, que apresenta como sua meta proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora ou da fauna residente ou migratória (art. 13 caput). O Refúgio da vida selvagem do Banhado dos Pachecos, para a preservação do cervo do pantanal, exemplifica este caso.

No segundo tipo de unidades de conservação de uso sustentável se permite a presença humana dentro das áreas destinadas para a conservação do meio ambiente. As unidades podem ser as seguintes: área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna, reserva de

desenvolvimento sustentável e reserva particular do patrimônio natural. A lei do SNUC também indica as finalidades principais de cada uma dessas áreas.

A área de Proteção Ambiental (APA) é, em geral, extensa e com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais, especialmente importantes para a qualidade de vida e para o bem-estar das populações humanas. Tem como finalidade básica proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (art. 15 caput), como a APA de Guaraqueçaba.

A Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE) possui geralmente pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional. Tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza (art. 16 caput); as Ilhas do Pinheiro e Pinheirinho são exemplos dessas áreas.

A Floresta Nacional (FLONA) constitui-se de uma área de cobertura florestal de espécies predominantemente nativas. Tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas (art. 17 caput), como a FLONA de Açungui, no município de Campo Largo.

A Reserva Extrativista (RESEX) é constituída de uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte. Tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade (art. 18 caput). Por exemplo: a RESEX de Curralinho, com atividades de borracha e pesca, em Rondônia.

A Reserva de Fauna é uma área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos (art. 19 caput); como a Reserva de Fauna do Atol das Rocas, no Rio Grande do Norte.

Já a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS) é constituída por uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenha um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica (art. 20 caput). Por exemplo: a RDS de Mamirauá, no Estado do Amazonas, desenvolve a pesca, a agricultura de subsistência, o artesanato, o manejo florestal e o ecoturismo. Constata-se que a principal diferença entre a RESEX e a Reserva de Desenvolvimento sustentável é que nessa última há uma variedade maior de alternativas econômicas.

E, por fim, temos a Reserva Particular do Patrimônio Natural, uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

O destaque desta legislação é o estímulo para a criação de áreas de desenvolvimento sustentável, onde a proteção ambiental está em harmonia com o desenvolvimento das atividades humanas.

Ademais estabelece, também, que o empreendedor de atividades de significativo impacto ambiental, identificados no licenciamento, deverá apoiar a implementação e a manutenção de unidades de conservação de proteção integral. E os órgãos e empresas públicas responsáveis pelo abastecimento de água ou pela geração de energia, que se beneficiam da proteção proporcionada por uma unidade de conservação deverão contribuir financeiramente para a sua proteção e implementação.

Desse modo, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação apresenta mecanismo de incentivo para a sustentabilidade, assim como, instrumentos econômicos para o controle de atividades de significativo impacto ambiental.

4. PRESERVAR A DIVERSIDADE E A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO DO PAÍS E FISCALIZAR AS ENTIDADES DEDICADAS À PESQUISA E MANIPULAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO

A lei do SNUC acima referida também contribui para a proteção do patrimônio genético e da diversidade biológica, conforme preceitua o § 1º, II, do artigo 225 da Constituição Federal. Corroborando com essa proteção há, também, a lei n.º 11.105, de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados.

Essa legislação criou o Conselho Nacional de Biossegurança, reestruturando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e dispondo sobre as Políticas Nacionais de Biossegurança, o que reforçou a preocupação sobre proteção do patrimônio genético e da diversidade biológica.

A referida normatização também colaborou para a revogação da lei n.º 8.974 de 1995, que estabelecia normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, gerando a Medida Provisória n.º 2.191/2001 e a Medida Provisória 2.186 de 2001, que define o acesso e a remessa de material genético.

Na seara internacional, a Convenção da Diversidade Biológica possui grande representatividade na defesa da utilização racional dos recursos da biodiversidade e na repartição de benefícios entre países provedores de material genético e sobre os países que pretendem acessar esses materiais.

A questão sobre genética e biodiversidade torna-se importante, tendo em vista a grande diversidade de espécies que possui um país como o Brasil. Isso é corroborado já que “a ciência não conhece nem 10% da biodiversidade do Planeta e grande parte desse verdadeiro tesouro já se perdeu[9]”.

Portanto, é essencial que se estabeleçam regras para a utilização do meio ambiente de forma equilibrada. Decorre desta constatação a necessidade fundamental de um bom

gestor ambiental, capaz de elaborar planos de ação com o intuito de garantir a manutenção da diversidade biológica e social.

Casos citados por Varela e outros exemplificam claramente os resultados danosos que podem ocorrer no meio ambiente com a alteração de espécies de um ecossistema. É o que mostra o seguinte caso:

Exemplo da fragilidade de ecossistemas mais simples ao efeito da predação na extinção de espécies foi à introdução do mangusto nas ilhas do Arquipélago Havaino no intuito de controlar as populações de ratos nas lavouras, experimento que resultou na extinção de diversas espécies de aves que nidificam no solo. Similarmente, a introdução de uma serpente em Guam causou a extinção de diversas espécies de pássaros da floresta tropical. Mesmo em ambientes mais estáveis, como no estado do Texas, ao sul dos Estados Unidos, a introdução de formigas “lava-pé”, *Solenopsis invicta* Buren, afetou a comunidade local de formigas, produzindo a extinção de 70% das espécies de formigas existentes e reduzindo a riqueza total de espécies de artrópodes, inclusive de formigas, em 40% nas áreas infestadas[10].

Com isso, destaca-se a importância da proteção da biodiversidade para a garantia da sustentabilidade das atividades desenvolvidas, sejam de pesquisa ou sejam econômicas.

5. CONTROLAR A PRODUÇÃO, A COMERCIALIZAÇÃO E O EMPREGO DE TÉCNICAS, MÉTODOS E SUBSTÂNCIAS QUE COMPORTEM RISCO PARA A VIDA, A QUALIDADE DE VIDA E MEIO AMBIENTE.

A preocupação com a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos ou substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e para o meio ambiente vem, também, como preocupação ambiental no § 1º, V, do artigo 225 da Constituição Federal. Esse aspecto retoma a lei de biossegurança e também a lei de agrotóxicos[11], lei n.º 7.802/89, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem; o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial; a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens; o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Esta lei é acompanhada do seu decreto regulamentador n.º 4.074/2002.

O controle de substâncias nocivas à saúde e ao meio ambiente é de tamanha responsabilidade; que “controlar adequadamente e permanentemente não pode ser uma efêmera plataforma política de uma Administração Federal ou Estadual e nem é assunto que possa ser deixado à livre negociação entre produtores e consumidores. O Poder Público, Federal e Estadual, se auto-obrigou constitucionalmente a estar presente nessa árdua atividade de controle[12]”. Para dessa forma garantir que o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A participação da sociedade nesse processo de controle evidencia-se na possibilidade prevista de requerer o cancelamento ou a impugnação de registro de agrotóxicos e afins, fundamentando o pedido nos prejuízos ao meio ambiente, à saúde humana e dos animais. São considerados legítimos para fazer este pedido determinados grupos sociais, tais como: entidades de classe, representativas de profissões ligadas ao setor; partidos políticos, com representantes no Congresso Nacional; e entidades legalmente constituídas para a defesa dos interesses difusos relacionados à proteção do consumidor, do meio ambiente e dos recursos naturais.

O controle dos agrotóxicos pelo Poder Público também atende aos requisitos do Código de Defesa do Consumidor que prevê, dentro da Política Nacional de Relações de Consumo, a necessidade do atendimento aos consumidores, com respeito a sua dignidade, saúde e segurança, garantindo a melhoria da qualidade de vida. Para Fiorillo essa determinação “passa a exigir a preservação do meio ambiente como forma de garantir a qualidade de vida do homem inserido no mercado de consumo[13]”. Esse mercado de consumo envolve produtos originados pelas atividades que utilizam materiais possivelmente nocivos à saúde humana e por isso controlados pelos órgãos competentes.

Lembrando que a exigência do consumidor, por produtos que utilizam métodos de produção sustentáveis, é um dos mecanismos econômicos mais eficientes para o controle das atividades que possam degradar o meio ambiente e prejudicar a sua disponibilidade para as presentes e futuras gerações.

6. PROTEGER A FAUNA E A FLORA, VEDADAS, NA FORMA DA LEI, AS PRÁTICAS QUE COLOQUEM EM RISCO SUA FUNÇÃO ECOLÓGICA, PROVOQUEM A EXTINÇÃO DE ESPÉCIES OU SUBMETAM OS ANIMAIS À CRUELDADE

A respeito da fauna e da flora há um rol de dispositivos legais, que procuram efetivar a garantia constitucional prevista no § 1º, VII, do artigo 225. Por isso passa-se a comentados algumas delas a seguir.

O Código de Caça, lei n.º 5.197/1967, dispõe sobre a proteção da fauna. Estabelece o ato regulador do Poder Público, permitindo o exercício da caça. Animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento, vivendo naturalmente fora do cativeiro, constituem a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, são propriedades do Estado. Por isso, há a proibição de sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. O Código de Pesca, Decreto-lei n.º 221/1967, dispõe sobre a proteção e o estímulo à pesca.

O Código Florestal, lei n.º 4.771/1965, estabelece no artigo 1.º que as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, permitindo o exercício do direito de propriedade nos limites que a legislação determina .

Os principais institutos criados pelo Código Florestal foram as reservas legais e áreas de preservação permanentes[14]. Estas servem de proteção para a simples característica ambiental que o legislador considerou de maior fragilidade ecológica e de importância primordial para o equilíbrio ambiental; as margens de rios, por exemplo. Para Fiorillo é “importante verificar que a proteção encartada em algumas alíneas não tem por objetivo imediato tutelar a vegetação, mas sim outros recursos naturais, como o solo e a água[15]”.

As reservas legais são áreas responsáveis pelo equilíbrio ambiental quanto à utilização produtiva da propriedade. Portanto, a área de reserva legal será determinada com base no que determina o código florestal, respeitando as características de cada propriedade. Para Machado a “área reservada tem relação com cada propriedade imóvel e assim, se uma mesma pessoa, física ou jurídica, for proprietária de propriedades diferentes, ainda que contíguas, a área a ser objeto de reserva legal será medida em cada propriedade[16]”.

A Constituição Federal de 1988 determina que a propriedade rural cumpre a sua função social quando atende simultaneamente aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186).

A Lei de Crimes Ambientais n.º 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Essa lei configura uma “fundamental evolução no sentido de trazer utilidade aos cidadãos por meio de proteção da vida com a utilização das sanções penais ambientais”[17]. Reconhece a possibilidade de penalizar tanto pessoas físicas como jurídicas pelas práticas dos crimes nela descritos. Isso se deve ao fato de reconhecer a enorme capacidade de degradação ambiental das empresas e não somente das atividades individuais. Essa constatação também é evidenciada por Machado, que esclarece: “nas últimas décadas, a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória não são mais praticados só em pequena escala. O crime ambiental é principalmente corporativo[18]”

7. MECANISMOS TRADICIONAIS DE REGULAÇÃO UTILIZADOS PELO ESTADO

Do exposto acima, nota-se que o objetivo principal da Constituição Federal é evitar a ocorrência de poluição e de degradação ambientais. Poluição é qualquer alteração prejudicial do meio ambiente por interferência humana, o que não se confundem os conceitos de degradação ambiental com o de poluição. A degradação ambiental significa qualquer alteração adversa das características naturais do meio ambiente, independente do homem. A partir do conceito de poluição, deduz-se que poluidor é a pessoa física ou jurídica que de forma direta ou indireta, pratica uma atividade que causa danos ao meio ambiente. Dano significa a lesão a um bem jurídico, no caso do dano ambiental é a lesão a um bem essencial à qualidade de vida.

Tradicionalmente, os instrumentos regulatórios formulados pelo Estado têm sido utilizados como controle de mecanismos primários de tradução de políticas ambientais de benefício e resultados, como visto na exposição anterior. Com isto se impõem padrões com relação à emissão e descarte de produtos e processos característicos por meio do licenciamento e monitoramento estabelecidos em lei. É o que se estabelece, por exemplo, com o Princípio do Poluidor-Pagador, o qual não tem a intenção de conceder um benefício às pessoas físicas ou jurídicas, tutelando o direito de poluir, no sentido de que o agente pode “pagar para poluir” ou “poluir mediante pagamento”. O que se estabelece é um meio de desencorajar condutas que lesem o meio ambiente, mediante a configuração do dever de reparação. Quer dizer, o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente[19].

Assim, todos os poluidores são forçados a carregarem partes idênticas do fardo de controle desta poluição, sem considerar os custos relativos a isso, o que é economicamente ineficiente. Deste modo, em algumas situações, as abordagens regulatórias tradicionais são insuficientes para tratar do tema da redução da poluição.

Podemos utilizar como exemplo a questão dos gastos necessários para cumprimento das leis ambientais, cada vez mais severas, que estão se tornando os principais gastos de produção. Da instalação de filtros a obrigatoriedade de uso de materiais menos poluente ou imposição de multas pelo descumprimento da legislação ambiental, tudo isto acaba por ser repassado ao consumidor, ao invés de ser custeados pelas empresas poluidoras. Ou seja, não há uma efetiva internalização dos custos ambientais.

Assim, quem efetivamente paga pelos custos da produção do bem e a conseqüente degradação do meio ambiente não é o poluidor, mas o consumidor. O produto encarece, o meio ambiente se degrada e o degradador enriquece e as coisas caminham para um estado quase que irreversível de completa alteração das condições ambientais, o que poderá levar a morte do planeta, ou pelo menos deste como conhecemos: com a espécie humana.

Mas é possível encontrar insuficiências neste sistema regulatório “comando-e-controle”:

“1. Custos de impostos relativamente altos à sociedade. Critérios tecnológicos ou de desempenho podem forçar algumas empresas a usarem imprópriamente meios caros de controle de poluição....

2. Desencoraja inovações tecnológicas: a abordagem regulatória tende a trabalhar contra o desenvolvimento de tecnologias que poderiam promover maiores níveis de controle. Pouco ou nenhum incentivo financeiro existe para quem ultrapassa o alvo do controle de emissão de poluentes... Uma empresa não será entusiasta em desenvolver novas tecnologias de controle de poluentes, que poderiam tornar-se um novo critério encontrado, sem que possa beneficiar-se desta inovação.”[20]

Isto pode fazer com que surjam estratégias de controle da degradação do meio ambiente orientadas pelo mercado, quer dizer, instrumentos do mercado que possam auxiliar na efetiva alocação dos custos da degradação ambiental para os poluidores e não para a sociedade. Destaque-se que estes instrumentos podem, muitas vezes, trazer maior eficácia de custos de produção, um incentivo contínuo para o desenvolvimento de novas tecnologias e processos de controle de emissão de poluentes, menores custos administrativos para o Estado e permitir o desenvolvimento econômico.

8. MERCADO E MEIO AMBIENTE: EXTERNALIDADES E INTERNALIZAÇÃO

Como uma nova forma de estratégia para a preservação e conservação do meio ambiente é necessário discutir sobre a necessidade da internalização das externalidades, ou seja, a internalização dos prejuízos ambientais por parte dos agentes poluidores.

Por isso, deve se implementar mecanismos capazes de fazer com que os custos econômicos e sociais destes danos, “externalidades”, sejam efetivamente impostos aos poluidores e não a sociedade como um todo. No dizer de Ferraz[21], “internalizar custos ambientais que estavam externos a atividades”. O que se deve buscar é exatamente a “internalização” dos custos da degradação do meio ambiente, para servir de desincentivo para o comportamento ambiental prejudicial e encorajar atitudes para reduzir a poluição até níveis aceitáveis.

Esta concepção tem sua fundamentação no pensamento de Ronald Harry Coase[22], professor da escola de direito da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1991. Coase parte do pressuposto que as ações de um indivíduo podem ter efeitos positivos ou negativos em outros indivíduos. A isto dá o nome de “externalidades”.

De acordo com Rodrigues[23]:

“A externalidade é, como o nome mesmo já diz, algo que está fora. Esse fenômeno econômico pode ser classificado em positiva ou negativa, quando no preço do bem colocado no mercado não estão incluídos os ganhos e as perdas sociais resultantes de sua produção ou consumo, respectivamente. Isso mesmo, a externalidade designa uma falha de mercado, no sentido de que o produto posto no mercado não possui um preço que contenha em si todos os ganhos ou perdas resultantes da sua produção. Basta pensar na seguinte hipótese: quando uma empresa de recipientes plásticos coloca o seu produto no mercado, será que o preço final que foi dado ao seu produto levou em consideração o custo social da sua eliminação? Enfim, considerando que o referido produto será um resíduo sólido de difícil reaproveitamento (pelas desvantagens técnicas e econômicas) e que, portanto, será um fator de degradação ambiental, é de se questionar se o valor do bem colocado no mercado tem em si o valor do denominado custo social. Basta pensar nas garrafas PET. Quando assistimos na televisão uma cena de poluição nos rios, a primeira coisa que vemos é o quê? Garrafas PET verdes e transparentes. Aí você se pergunta:

_ Pôxa vida, mas estava desenhado na garrafa que o produto era reciclável?

Diríamos que você não foi enganado, mas apenas lhe omitiram que o fato de ser reciclável não garante que será reciclado, pois o custo de se fazer uma nova garrafa é menor do que reciclar uma antiga. Diante desse fenômeno, pergunta-se de novo: Será que no preço de um refrigerante está incluído o custo que a sociedade tem que suportar com a poluição que tal produto causa? Acho que não. Pois é, tem-se aí uma externalidade negativa, que no caso, agride o meio ambiente. Isso mesmo, privatiza-se o lucro não embutindo no preço a externalidade negativa ambiental, e socializa-se o prejuízo com a destruição do ambiente”.

Coase pergunta: se A prejudica B o que acontece? O autor analisa que em uma abordagem tradicional há que se decidir sobre como se irá reprimir A, para que não cause danos em B. Já, de acordo com sua linha de pensamento, entende que se deve perguntar se para evitar o prejuízo de B, devemos impor um prejuízo sobre A? Deve-se permitir que A prejudique B ou B prejudique A? Não há como se saber qual destes resultados sejam necessariamente preferíveis, antes de se computar os ganhos e as perdas em cada caso - custo de oportunidade[24]. Balbinotto Neto[25] analisa que “o Teorema descreve que o verdadeiro problema econômico a ser enfrentado consistiria em decidir, à luz dos objetivos de maximização da eficiência, qual seria o prejuízo mais grave a ser evitado pela sociedade”.

Coase, argumenta que as externalidades são um problema quando existem altos custos para definir, fazer cumprir e transacionar os direitos sobre propriedade privada[26]. A definição destes direitos funciona como uma maneira de forçar os indivíduos a internalizar os seus efeitos sobre os outros que não participam da troca. De acordo com o entendimento de Ferraz[27], “na atividade econômica, as decisões são orientadas pelo binômio custo/benefício e assim, ainda que não seja critério exclusivo, o custo é critério de extrema relevância nas decisões diárias, não apenas do empresário mas de todos. Ora, se os custos da degradação ambiental não forem refletidos nos preços, as decisões econômicas nunca serão ecologicamente corretas”.

Banbinotto Neto[28] comenta que:

“Se os custos de transação forem nulos ou irrisórios, a alocação inicial de direitos efetuada pelo ordenamento jurídico não influirá sobre o resultado da disputa em torno das externalidades, pois os agentes afetados acabarão por encontrar uma solução e acabarão por resolvê-la, através de um processo de autocomposição, no sentido de distribuição mais eficiente dos recursos existentes na economia.

Quando as partes podem negociar sem custos e com possibilidade de obter benefícios mútuos, o resultado das transações será eficiente, independentemente de como estejam especificados os direitos de propriedade.

O insight de Ronald Coase foi de que a maioria dos problemas de externalidades são devidos a uma inadequada especificação dos direitos de propriedade e,

consequentemente, a uma ausência de mercados nos quais se possa negociar ou internalizar os custos ou benéficos internos”

Então, estabelecer direito de propriedade funciona como uma forma de obrigar os indivíduos, cujas ações prejudicam os demais, a internalizar o seu efeito sobre os outros, que obriga o proprietário a considerar não apenas o seu custo de oportunidade, mas também a pagar pelo seu efeito prejudicial sobre os outros.

Sobre a questão específica da poluição, Coase destaca que as externalidades são recíprocas por natureza e podem ser internalizadas, desde que os custos de transacionar os direitos de propriedade adquiridos sejam suficientemente baixos. Em virtude da natureza recíproca das externalidades, o tratamento adequado do problema da poluição deve levar em conta que, a fim de obter algo que se quer, deve-se tolerar algo que não se quer. A poluição é sempre o subproduto da produção de algum bem. Fechando fábricas poluidoras está-se escapando do que não se quer, renunciando ao que se quer. Com os custos de transação nulos, a quantidade ótima de poluição não é zero, mas sim aquele montante remanescente quando o benefício marginal da redução da poluição é igual ao custo marginal da redução do produto da fábrica.

Pode-se afirmar que, recentemente, o custo da poluição ultrapassou o benefício que as pessoas subjetivamente atribuíam aos produtos que a geravam. Quer dizer, na última década do século XX e início do século XXI verifica-se uma inversão nos direitos de propriedade. O mercado está passando a valorizar mais a propriedade de um meio ambiente que possibilite a continuidade da existência do ser humano, que o consumo de produtos que levam a degradação ambiental devastadora e podem determinar a própria extinção da vida humana no planeta. Com isso, a opinião pública resolveu *transferir a responsabilidade* desta “externalidade negativa ambiental” para os produtores de bens com efeitos colaterais poluidores.

As denúncias sobre o desequilíbrio ambiental funcionaram como uma atribuição do direito de propriedade do meio ambiente às outras pessoas que não os produtores de bens com efeitos externos prejudiciais. O próprio mercado se encarregou de realizar uma transferência desse direito de propriedade. Como consequência, os produtores internalizaram cada vez mais os efeitos poluidores externos das suas ações produtivas. Em suma, houve alterações na produção que aumentaram os custos das empresas. Se os produtores tiveram que incorrer nesses custos é porque o valor do equilíbrio do meio ambiente, para as pessoas, superou o valor dos bens que vinham acompanhados da poluição.

Portanto, os custos de transacionar o direito de propriedade do ar puro podem ser reduzidos pelo próprio mercado, através de instituições criadas por ele, que delimitam este direito e torna possível a internalização das externalidades da poluição, sem que seja inevitável a interferência governamental. O mercado define e redefine esse direito e a parte responsabilizada é obrigada a arcar com os custos. Instituições como a opinião pública, por exemplo, difundem informações sobre o problema da poluição, ajudando a reduzir significativamente os custos de transacionar o direito de propriedade do equilíbrio ambiental.

Um dos principais exemplos da influência do mercado na regulação e da internalização dos custos da produção de bens que causam degradação ao meio ambiente é o Protocolo de Kyoto.

9. PROTOCOLO DE KYOTO

Na década de 1960[29] é que se pode dizer que se iniciou a chamada “era ecológica”. Porém, é somente na década de 1970 que pela primeira vez se confeccionou um documento internacional relativo à proteção ambiental, a Declaração de Estocolmo. O item seis desta declaração proclama:

“Atingiu-se um ponto da História em que devemos moldar nossas ações no mundo inteiro com a maior prudência, em atenção às suas conseqüências ambientais. Pela ignorância ou indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao ambiente terrestre de que dependem nossa vida e nosso bem-estar. Com mais conhecimento e ponderação nas ações, poderemos conseguir para nós e para a posteridade uma vida melhor em ambiente mais adequado às necessidades e esperanças do homem. São amplas as perspectivas para a melhoria da qualidade ambiental e das condições de vida. O que precisamos é de entusiasmo, acompanhado de calma mental, e de trabalho intenso, mas ordenado. Para chegar à liberdade no mundo da Natureza, o homem deve usar seu conhecimento para, com ela colaborando, criar um mundo melhor. Tornou-se imperativo para a humanidade defender e melhorar o meio ambiente, tanto para as gerações atuais como para as futuras, objetivo que se deve procurar atingir em harmonia com os fins estabelecidos e fundamentais da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo.”

Eram lançadas as bases do que seria o princípio do desenvolvimento sustentável, conceito consolidado por meio da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, em 1987[30], onde é concebido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Na década de 1990 teve lugar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a RIO 92. Desta conferência resultou a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança de Clima, que estabeleceu regime jurídico internacional para alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, em níveis que impeçam a interferência antrópica perigosa no sistema climático.

O texto da convenção, em seu preâmbulo, buscar “internalizar” os custos sociais e ambientais das emissões de gases, reconhecendo quem são os principais poluidores e atribuindo-lhes maiores responsabilidades no combate ao efeito estufa e sua responsabilidade sobre as conseqüências desta mudança em outros países:

“**Observando** que a maior parcela das emissões globais, históricas e atuais, de gases de efeito estufa é originária dos países desenvolvidos, que as emissões *per capita* dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas e que a parcela de emissões globais originárias dos países em desenvolvimento crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e de desenvolvimento,...

Reconhecendo também a necessidade de os países desenvolvidos adotarem medidas imediatas, de maneira flexível, com base em prioridades bem definidas, como primeiro passo visando a estratégias de resposta abrangentes em níveis global, nacional e, caso assim concordado, regional que levem em conta todos os gases de efeito estufa, com devida consideração a suas contribuições relativas para o aumento do efeito estufa,

...

Afirmando que as medidas para enfrentar a mudança do clima devem ser coordenadas, de forma integrada, com o desenvolvimento social e econômico, de maneira a evitar efeitos negativos neste último, levando plenamente em conta as legítimas necessidades prioritárias dos países em desenvolvimento para alcançar um crescimento econômico sustentável e erradicar a pobreza...”

Embora o preâmbulo da declaração faça tais proposições, seu texto é bastante vago, apresentando apenas linhas normativas gerais e obrigações que dependiam de posterior regulamentação.

Rodrigues[31] destaca sobre o tema:

“Tal convenção foi criada tendo por objetivo “a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”. A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, nada mais é do que um Tratado, mas um pouco diferente dos modelos que estudávamos nos bancos da faculdade, nas aulas de direito internacional. É que tal espécie de Tratado (Quadro) caracteriza-se por um objetivo bem sedimentado – verdadeiro norte a ser cumprido -, mas o modo de implementá-lo é amorfo, isto é, como se fosse uma ameba, a convenção quadro caminha em direção ao seu objetivo, mas assumindo um perfil variável, que constantemente pode ser alterado em prol do objetivo, que continua petrificado. Essa alteração e mutação de perfil é o reconhecimento de que ao longo do tempo os caminhos eleitos para se alcançar o objetivo podem se mostrar inadequados ou obsoletos, de forma que mantê-los poderia por em risco o alcance do indestrutível objetivo...”

Por isso, a implementação e concretização da Convenção Quadro é feita mediante a realização periódica de Convenções subseqüentes (conferências partes – COP), onde, por intermédio de tratados específicos, se criam, desenvolvem e implementam técnicas para alcance do objetivo esculpido na Conferência Quadro. É como se disse.... A

Conferência Quadro é a mãe, onde se fixa e petrifica o objetivo, e, a partir daí, realizam-se outras convenções, Convenções “filhas”, cuja finalidade é encontrar e implementar meios de se alcançar aqueles objetivos previstos na Convenção “Mãe”.”

Para colocar em prática seus objetivos a convenção estabeleceu um princípio de responsabilidades comuns entre os Estados signatários, mas diferenciadas, dividindo-se os países em três grupos. As Partes Anexo I, as Partes Anexo II (compostas pelos países relativamente ricos e que em 1992 faziam parte da Organização e Cooperação para Desenvolvimento Econômico) e as parte não-Anexo I (demais países, principalmente os em desenvolvimento).

Todos os países, independentemente de qual grupo façam parte, são responsáveis por: a. efetivar em seus territórios a gestão sustentável de reservatórios (biomassa, florestas, oceanos e outros ecossistemas) e sumidouros (qualquer processo, atividade ou mecanismo que remova da atmosfera gases de efeito estufa); b. Elaboração, atualização periódica e publicação de inventários nacionais de emissões antrópicas por fontes e inventários nacionais de remoção por sumidouros de gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal[32]; c. Elaboração de relatório sobre as comunicações nacionais à Conferência das Partes; d. Formular, implementar, publicar e atualizar regularmente programas nacionais e regionais de medidas para mitigar a mudança do clima e permitir a adaptação adequada à mudança do clima.

Assim, a todos é dada a responsabilidade de gerir a sua própria ação danosa ao meio ambiente, criando mecanismos de prevenção da degradação do meio ambiente e de recuperação dos danos causados. Busca-se evitar as “externalidades negativas”, ou seja, que a ação danosa de um agente acabe por gerar conseqüências para toda a sociedade.

As Partes Anexo II assumiram o compromisso de auxiliar financeiramente as Partes não-Anexo I no tratamento das questões referentes a mudança do clima; facilitar a transferência de tecnologia e auxiliar os países particularmente vulneráveis as mudanças climáticas na cobrirem os custos de adaptação às mudanças no clima.

Além disto, as Partes Anexo I, países industrializados e que mais contribuíram para a mudança no clima, se comprometem a tomar a liderança na tomada de atitudes para modificar a tendência de alteração do clima do planeta. Ainda, assumiram o compromisso de, até 2000, reduzir as emissões de gases de efeito estufa aos níveis da década de 1990.

Esta meta não foi atingida e iniciaram-se as discussões entre Estados-Partes. Da análise destas questões teve origem o Protocolo de Kyoto, estabelecido na 3ª Conferência das Partes (COP 3), em dezembro de 1997 e que passou a vigorar a partir de 16/02/2005. Neste documento, novamente, se busca a não produção de “externalidades negativas ambientais”, mantendo-se a responsabilização dos agentes poluidores e acirrando-se os compromissos com a preservação do meio ambiente.

Neste protocolo foi estabelecido compromisso comum entre todas as Partes o estabelecimento de programas adequados e eficazes para a preparação e atualização periódicas de seus inventários e comunicações nacionais; formalização, implementação,

publicação e atualização regular de programas nacionais e/ou regionais que contenham medidas para mitigar a mudança do clima e facilitar a adaptação adequada ao clima; cooperação no financiamento e transferência de tecnologia; cooperação nas pesquisas científicas; promoção de programas internacionais de educação e treinamento, conscientização pública e acesso público às informações sobre mudança do clima. No que se refere às Partes Anexo I, assumiram o compromisso de reduzir os níveis de emissão de gases de efeito estufa, sendo que os percentuais variam de acordo com aquilo que não conseguiram até o momento cumprir. A média é uma meta de redução de 5,2% a ser alcançada no primeiro período do compromisso, entre 2008 a 2012. Destaque-se que no primeiro período do compromisso somente foram estabelecidas metas foram às Partes Anexo I.

Destaque-se que neste documento restou estabelecido um sistema de soft responsibility, isto é, utiliza técnicas não-conflituosas de cumprimento, divididas em duas frentes: facilitadora e coercitiva. Enquanto meio facilitador volta-se ao assessoramento, financiamento e assistência técnica dos Estados-Partes. Como meio coercitivo estabelece que em caso de não cumprimento das obrigações pode ocorrer: suspensão da elegibilidade da parte inadimplente; suspensão de transferências no comércio de emissões; acréscimo das emissões excedentes mais 30% na meta a ser atingida no próximo período; penalidades financeiras destinadas a um Fundo de Cumprimento que financiará atividades que reduzam as emissões ou removam gases de efeito estufa da atmosfera; emissão de relatórios públicos de descumprimento; suspensão de privilégios e sanções comerciais.

Além de estabelecer medidas facilitadoras e coercitivas a convenção abre a possibilidade às Partes Anexo I, para reduzir as emissões e/ou para o aumento da remoção de CO₂, obter crédito em outros locais, por meio do Comércio de Emissões ou do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, que é o único que permite a participação das Partes não-Anexo I.

Vidigal[33] afirma que o MDL “é um mecanismo de flexibilização previsto no artigo 12[34] do Protocolo de Kyoto, cuja proposta consiste em que cada tonelada de CO₂ equivalente deixada de ser emitida ou retirada da atmosfera por um país em desenvolvimento poderá ser negociada no mercado mundial, criando um novo atrativo para a redução das emissões globais”.

O mecanismo de compra e venda de crédito de carbono ilustra muito bem o processo de internalização dos custos ambientais da produção. Vidigal[35] nos explica que são as agências de proteção ambiental reguladoras que emitem certificados autorizando emissões de toneladas de dióxido de enxofre, monóxido de carbono e outros gases poluentes. Para tanto, selecionam-se indústrias que mais poluem num determinado país membro do anexo I e são estabelecidas metas para a redução de suas emissões. As empresas recebem bônus negociáveis na proporção de suas responsabilidades, sendo que cada bônus equivale a uma tonelada de poluentes. Quem não cumpre as metas de redução progressiva estabelecidas por lei, tem de comprar certificados das empresas mais bem sucedidas.

Vidigal[36] destaca:

“O mercado de créditos de carbono ou mercado de carbono é o termo popular utilizado para denominar os sistemas de negociação de unidades de redução de emissões de gases de efeito estufa (GEEs). No âmbito do Protocolo de Kyoto há dois tipos de mercado de carbono, sendo que um deles é o mercado de créditos gerados por projetos de redução de emissões (projetos de MDL). Este mercado, apesar de ainda dar os seus primeiros passos, tem pela frente uma perspectiva de enorme crescimento e o perfil dos negociantes já está bem definido. Os compradores são os países com economia desenvolvida e os vendedores são países que ainda estão em desenvolvimento. A tendência é, portanto, que haja uma forte demanda por países industrializados e uma expectativa futura de que esse mercado venha a se tornar uma grande fonte de investimentos, do ponto de vista estritamente financeira. A troca de créditos de cotas entre países desenvolvidos, que estabelecem limites ao “direito de poluir”, pode ser transformada em títulos comercializáveis em mercados de balcão (contratos de gaveta) ou em mercados organizados (Bolsas, Interbancários, Intergovernamentais etc.)... Por sua vez, o mercado de Certificado de Emissão Reduzida (CER) é o mercado gerado pelas transações de compra e venda de CER, que é uma unidade emitida pelo Conselho Executivo do MDL (ONU), em decorrência da atividade de um projeto de MDL. Assim, as empresas poluidoras compram em bolsa ou diretamente das empresas empreendedoras as toneladas de carbono sequestradas ou não emitidas através do bônus Certificado de Redução de Emissões”.

Podemos citar como exemplo, que em agosto de 2006 cada tonelada de carbono era cotada entre 15 e 18 euros e a previsão é de que entre os anos de 2008 e 2012, o valor da tonelada de carbono passe a custar entre 30 ou 40 euros.

O interesse por esse setor da atividade vem crescendo, pois segundo o relatório elaborado pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia[37], para que um projeto possa adquirir o certificado de emissões reduzidas é preciso que preencha todas as etapas do ciclo do projeto. São sete etapas: elaboração de documento de concepção do projeto; validação, ou seja, a regularidade com o protocolo de Quioto; aprovação pela autoridade nacional designada, ou seja, a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima - CIMGC -, submissão ao Conselho Executivo para registro; monitoramento; verificação; e emissão de unidades segundo o projeto.

Essa atividade deve se destacar mais nos próximos anos, com a readequação das metas do protocolo. De acordo com o Ministério da Ciência e da Tecnologia, até 30 de agosto de 2008, existiam 3828 projetos em algumas das sete fases do procedimento. Desde total, 1102 projetos já estavam registrados pelo Conselho Executivo. A participação brasileira no total mundial de atividades de projetos de MDL é significativa, visto que o país ocupa a 3ª posição, com 8% dos projetos propostos (310). Está atrás, somente, da China, com 35% dos projetos (1343) e da Índia, com 28% dos projetos (1082).

No Brasil é predominante a presença do setor energético para a obtenção de certificados de reduções, ou seja, 49% dos projetos estão associados à energia renovável; 16% à suinocultural; 13% referentes à troca de combustível fóssil.

No país o Estado que mais possui projetos é de São Paulo com 21%, seguido de Minas Gerais com 14% e Rio Grande do Sul com 9%. O Estado do Paraná aparece em sexto lugar com 7% dos projetos.

Mas nem todos concordam o estabelecimento do MDL e Rodrigues critica esse sistema porque[38]:

“O funcionamento do MDL dá-se através da seguinte forma. Os países do anexo I, que juntos, são responsáveis por 96% dos GEE, devem fazer o financiamento de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo (Projetos de MDL) nos países do Anexo II (países em desenvolvimento) com a finalidade de se obter, em concreto, e à longo prazo, uma redução do GEE nos níveis exigidos pelo Protocolo de Kyoto. Fosse só isso, realmente o MDL teria uma função altruísta e serviria, ainda que de modo secundário, como forma de compensação dos reveses ambientais causados pelos países ricos, que às custas do ambiente socializaram o prejuízo e privatizaram seus lucros, num capitalismo selvagem e opressor. Mas, é aqui que entra a engenhosidade criada pelos países do Anexo I, e, que só por isso, o MDL passou a ser um “negócio interessante”. É que, uma vez financiado o Projeto de MDL nos países em desenvolvimento, e caso realmente o projeto tenha logrado êxito (redução concreta do GEE ou inibição de sua liberação), essa redução ou vantagem resultante da implementação de Projetos de MDL resultarão na geração de créditos (títulos negociáveis), denominados Certificados de Emissões Reduzidas (CER), que servirão para compensar (quitar) as obrigações de redução assumidas no Protocolo de Kyoto (aos níveis de 1990)”.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante décadas apenas consumimos o meio ambiente, sem nos preocupar em preservar ou pensar nas conseqüências desta devastação. Apesar dessa insaciável destruição da natureza, iniciativas positivas tomaram corpo a partir da década de 70, permitindo o desenvolvimento da idéia de sustentabilidade.

Inspirada nesta idéia, a Constituição brasileira traz inúmeros dispositivos pró-meio ambiente, ou seja, em defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. E, baseada nesta idéia de sustentabilidade e proteção ambiental, uma série de outras normas foram sendo criadas para a proteção e a garantia do meio ambiente.

Mesmo com tanto esforço normativo, a degradação ambiental avançou e a humanidade está em um caminho sem volta para as mudanças no clima e, conseqüentemente, na forma como viveremos neste planeta. Tanto é assim, que o próprio mercado já busca formas de evitar o “mal maior”, entre a produção e preservação, que a agora passou a ser a degradação ambiental. Da preocupação chegou a “internalização” dos custos econômicos e ambientais da produção desenfreada.

Jenkins e Lamech[39] entendem que, teoricamente, os instrumentos baseados no mercado são superiores às ferramentas de regulamentação. Porém, estes ainda não foram utilizados de forma extensiva e seus detalhes ainda não foram totalmente

trabalhados. O principal inconveniente para sua implementação é a habilidade dos mercados ou do governo em estabelecer preço para os recursos ambientais. Na prática é muito difícil estimar a extensão total de um dano ambiental porque este está difundido ou diluído, não é facilmente qualificado e leva um longo período para se acumular. Para a implementação de um sistema que se ajuste às necessidades do meio ambiente, pode-se passar por dois estágios:

técnicos descrevem as conseqüências de variados níveis de qualidade do meio-ambiente.

uma meta de qualidade do meio ambiente é escolhida e uma cobrança por emissão é estabelecida num nível necessário para alcançar a meta.

Para que estes incentivos possam ser efetivos, o problema da medição tem de ser trabalhado, o que conduz a introdução de instrumentos fiscais para proteção ambiental. Isto pode ser realizado usando-se incentivos e imposto para afetar os níveis de emissão de poluentes e se alcançar objetivos de redução de poluição.

Mas ainda falta contabilizar os custos sociais que levaram a todo este estado de coisas. Conforme conclui Rodrigues, não podemos ser ingênuos e inocentes, pois o MDL:

“...pode se tornar apenas mais uma marca do imperialismo econômico, que, agora elegeu o meio ambiente como mecanismo ideológico de manter o colonialismo econômico. Por intermédio do MDL e do CER fica estabelecida a seguinte equação: nós do anexo II cuidamos do planeta, sem direito ao desenvolvimento, sendo submetido à cultura imperialista dos países do anexo I, que realizam ao “ingrato” papel de produzir os bens que teremos que adquirir. É a escravidão econômica. Já foi assim em todos os períodos da história. Existem os comandantes e os comandados. Os que servem e os que pedem. Os que mandam e os que obedecem. Infelizmente, agora por via do meio ambiente, estão nos impondo (mantendo) o papel de escravos. Cuidaremos do meio ambiente, que é responsabilidade de todos, para que uns poucos possam dele se beneficiar economicamente.

Assim, Concluimos com a opinião de Ferraz:

“... ao estabelecer a necessidade de retorno aos níveis de emissão de dióxido de carbono do passado, não se restringiu à simples proibição e sanção das práticas divergentes dessa meta. Fixou o sistema de negociação de quotas excedentes de redução. Assim, não limitou o interesse dos agentes econômicos em reduzir suas emissões ao nível exigido pela lei (o que ocorreria caso apenas fosse proibida a emissão superior a certo limite). Pelo contrário ao possibilitar a venda de excessos de redução (com relação aos níveis pretendidos pela lei) incentivou o agente econômico a buscar o melhor de seus talentos em favor do meio ambiente. Assim, aquele que não alcançar a redução pretendida pode comprar redução excedente, de terceiros, dando uma configuração tipicamente de

mercado à atividade de proteção ao meio ambiente. Alguns objetariam, e com razão, que o sistema tem não apenas as virtudes do mercado, que são muitas e importantes, mas também os seus defeitos, que não são poucos nem desimportantes. É verdade, porém, que uma vez identificadas as falhas, muito mais certas serão as proibições que o Direito oporá contra elas, aí sim, colocando no campo do ilícito a prática nociva ao meio ambiente (por meio dos tradicionais Direito Penal ou Administrativo)”.

É preciso que o meio ambiente deixe de ser visto como um bem de mercado, e passe a fazer parte dos elementos essenciais para a qualidade e condições de vida no planeta. Visto que o mecanismos tradicionais e econômicos para o controle das atividades nocivas ao meio ambiente têm se mostrado insuficientes, em face do aumento crescente da degradação. Por isso é, também, preciso vencer o obstáculo da mercantilização do meio ambiente, a partir daí a humanidade poderá aumentar suas chances de um futuro ambientalmente saudável.

11. BIBLIOGRAFIA:

ARAÚJO, L. A.D.; NUNES JR, V.S. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALBINOTTO NETO, Giácomo. Externalidades, direitos de propriedade e Teorema de Coase. Slides de aula do Curso de Especialização em Direito, Economia e Democracia Constitucional, 2006. in: www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/externalidades.pdf

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE AMBIENTE HUMANO

CONVENÇÃO QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A MUDANÇA DE CLIMA

FERRAZ, Roberto Catalano. Instrumentos econômicos de proteção ao meio ambiente.

_____. A macrológica do mercado.

_____. Tributação ambientalmente orientada e espécies tributárias no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. Tributação ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p.

FIORILLO, C.A.P. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

GLENN, Jenkins. LAMECH. Ranjit. Green taxes and incentive policies. capítulo I.

MACHADO, P. A. L. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, E. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2004.

MTC. Status atual das atividades de projetos no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo no Brasil e no Mundo. Acessado em: 12 de set. 2008. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/30318.html>>

PROTOCOLO DE KYOTO

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Portocolo de Kyoto e mecanismos de desenvolvimento limpo – uma análise jurídico ambiental*. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Público. São Paulo: 07.11.2003. Disponível em: <www.aprodab.org.br/biblioteca/mar01.doc>

SILVA, Sergio da. Ronald Harry Coase. In: www.angelfire.com/id/sergiodaSilva/coase.html

VARELLA, D. M.; FONTES, E.; ROCHA, F. G. *Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIDIGAL. Flávio Augusto Marinho. O protocolo de kyoto, o mecanismo de desenvolvimento limpo e as formas de circulação dos créditos de carbono. Disponível em: http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/tema14/2007_2054.pdf>

[1]MILARÉ, E. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: RT, 2004. p. 149.

[2]Idem. p. 149.

[3]FIORILLO, C.A.P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

[4]Idem. p. 25.

[5]Ibiden. p. 27.

[6] ARAÚJO, L. A.D.; NUNES JR, V.S. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.427.

[7] MILARÉ, E. *Op Cit*. p. 150.

[8]Biota – conjunto de seres vivos que habitam um determinado ambiente ecológico, em estreita correspondência com as características físicas, químicas e biológicas desse

ambiente. Ou conjunto dos componentes vivos (bióticos) de um ecossistema. In: MILARÉ, E. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 968.

[9] MILARÉ, E. Op Cit. p. 311.

[10] VARELLA, D. M.; FONTES, E.; ROCHA, F. G. *Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 34-35.

[11] Agrotóxicos e afins: produtos e agentes de processos físicos, químicos e biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos, bem como as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento. (art. 1, IV, Decreto n.º 4.074, de 04 de Janeiro de 2002).

[12] MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.558.

[13] FIORILLO. Op Cit. p. 169.

[14] Código Florestal, art. 2.º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo de rios ou de qualquer curso d'água desde que seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja: 1) de 30 metros para os cursos d'água de menos de 10 metros de largura; 2) de 50 metros para os cursos d'água que tenham de 10 a 50 metros de largura; 3) de 100 metros para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura; 4) de 200 metros para os cursos d'água que tenham de 200 a 600 metros de largura; 5) de 500 metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros; b) ao redor da lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou parte destas, com declividade superior a 45 °, equivalente a 100% na linha de maior declividade; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1800 metros, qualquer que seja a vegetação. Parágrafo único. (...).

[15] FIORILLO. Op Cit. p.88.

[16] MACHADO, P. A. L. Op cit. p.719.

[17] FIORILLO. Op Cit. p.376.

[18] MACHADO, P. A. L. Op cit. p.663.

[19] JENKINS, Glenn. RANJIT, Lamech. **Green taxes and incentive policies**. Capítulo I.

[20] Idem. Capítulo I.

[21] FERRAZ, Roberto. **Tributação ambientalmente orientada e espécies tributárias no Brasil**. In: TORRES, Heleno Taveira. **Tributação ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

[22] Os seus principais textos são: a natureza da firma (1937); O problema do custo social (1960) e O farol na Economia (1974).

[23] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Protocolo de Kyoto e mecanismos de desenvolvimento limpo – uma análise jurídico-ambiental**. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Público. São Paulo: 07.11.2003.

[24] Cf. SILVA, Sergio da. **Ronald Harry Coase**. In: www.angelfire.com/id/sergiodaSilva/coase.html

[25] BALBINOTTO NETO, Giácomo. **Externalidades, Direitos de Propriedade e Teorema de Coase**. Slides de aula do Curso de Especialização em Direito, Economia e Democracia Constitucional, 2006.

[26] Cf. Balbinotto Neto, “o direito de propriedade é um conjunto de leis que descreve o que as pessoas e as empresas podem fazer com suas respectivas propriedades. A teoria econômica dos direitos de propriedade se ocupa do estudo e da influência dos direitos de propriedade nas escolhas econômicas dos agentes e afirma que os mesmos constituem-se em instituições decisivas na formação de incentivos para investir, poupar, trabalhar e inovar. O principal postulado da economia dos direito da propriedade é que a natureza e a forma da propriedade têm efeitos fundamentais sobre a alocação de recursos e a distribuição de renda na economia“.

[27] Op. Cit.

[28] Op. Cit.

[29] Duas catástrofes ambientais marcam o início das preocupações com a questão ambiental: o caso Torrey, navio que despejou 320 mil toneladas de óleo na costa da Grã-Bretanha e o caso dos rios Reno e Danúbio que levam poluição fluvial e eólica de um país para outro.

[30] Documento que ficou conhecido como Relatório Brundtland.

[31] Op. Cit.

[32] Tratam-se dos gases que destroem a camada de ozônio.

[33] VIDIGAL, Flávio Augusto Marinho. **O protocolo de kyoto, o mecanismo de desenvolvimento limpo e as formas de circulação dos créditos de carbono**. In:

[34] Artigo 12

1. Fica definido um mecanismo de desenvolvimento limpo.
2. O objetivo do mecanismo de desenvolvimento limpo deve ser assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3.
3. Sob o mecanismo de desenvolvimento limpo:
 - (a) As Partes não incluídas no Anexo I beneficiar-se-ão de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões; e
 - (b) As partes incluídas no Anexo I podem utilizar as reduções certificadas de emissões, resultantes de tais atividades de projetos, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3, como determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo.
4. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve sujeitar-se à autoridade e orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo e à supervisão de um conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.
5. As reduções de emissões resultantes de cada atividade de projeto devem ser certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo, com base em:
 - (a) Participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida;
 - (b) Benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima; e
 - (c) Reduções de emissões que sejam adicionais as que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.
6. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve prestar assistência quanto à obtenção de fundos para atividades certificadas de projetos quando necessário.
7. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve, em sua primeira sessão, elaborar modalidades e procedimentos com o objetivo de assegurar transparência, eficiência e prestação de contas das atividades de projetos por meio de auditorias e verificações independentes.
8. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas

seja utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos custos de adaptação.

9. A participação no mecanismo de desenvolvimento limpo, incluindo nas atividades mencionadas no parágrafo 3(a) acima e na aquisição de reduções certificadas de emissão, pode envolver entidades privadas e/ou públicas e deve sujeitar-se a qualquer orientação que possa ser dada pelo conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.

10. Reduções certificadas de emissões obtidas durante o período do ano 2000 até o início do primeiro período de compromisso podem ser utilizadas para auxiliar no cumprimento das responsabilidades relativas ao primeiro período de compromisso.

[35] Op. Cit.

[36] Op. Cit.

[37]MTC. **Status atual das atividades de projetos no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo no Brasil e no Mundo**. Acessado em: 12 de set. 2008. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/30318.html>> p. 1,3,4,7e 11.

[38] Op. Cit.

[39] Op. Cit.

A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO À LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE*

A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO À LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO GARANTIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

**Carla Liguori
Edson Ricardo Saleme**

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar a patrimonialização do direito de construir, analisando-se assim as principais vertentes do instituto e sua correlação com o direito de propriedade. Por meio do estudo dos conceitos da limitação administrativa de construir e das leis atinentes ao assunto se estabelece um raciocínio lógico e sistemático para melhor entender a questão da patrimonialização do mesmo e a possibilidade de eventual indenização devida pela Administração ao particular. Aqui se enfoca o direito de propriedade submetido ao da Função Social da Propriedade como objetos norteadores do pensamento traçado e as novas diretrizes estabelecidas constitucionalmente e pelo Estatuto da Cidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE CONSTRUIR, LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA, DIREITO DE PROPRIEDADE, DIREITO URBANÍSTICO.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto la crítica de la patrimonialización del derecho de construir, teniendo en cuenta las principales características del instituto y su correlación con el derecho de propiedad. A través del estudio de los conceptos de limitación administrativa y las leyes relativas a la materia se establece una idea lógica y sistemática para comprender mejor el problema de la patrimonialización y la posibilidad de la indemnización que corresponda a la Administración en favor de los particulares. Aquí hay un enfoque relacionado a los derechos de propiedad sujetos a la función social de la propiedad como medio principal de atender a los propósitos del instituto objeto de la análisis, de acuerdo con las nuevas políticas constitucionalmente establecidas por el Estatuto de la Ciudad (Ley n.10257/2001).

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO DE CONSTRUIR, LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS, DERECHOS DE PROPRIEDAD, DERECHO URBANISTICO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 - INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, paulatinamente, perdeu suas características mais marcantes, próprias do estado liberal. As primeiras restrições surgiram já com o código de Napoleão, de 1804, que determinava a submissão do uso da propriedade às regras impostas pelo estado. Essa foi a primeira vez que propriedade privada curvou-se diante do interesse coletivo; este poderia utilizá-la, desde que esse uso não fosse de encontro à às leis e regulamentos. Criou-se, portanto, espaço para as restrições necessárias à proteção do interesse coletivo. Além das restrições em prol do interesse coletivo, o urbanismo ganhou cada vez maior destaque entre as cidades européias.

No Brasil, pioneiramente, a Constituição Federal de 1934 teve iniciativas intervencionistas objetivando a transformação de valores, deixando a propriedade de ter sua função simplesmente individual transformando-se de forma a ampliar a intervenção estatal. Antes dela o código civil prescrevia a figura do abandono, em seu art. 520.

O Artigo 113 da constituição de 1937 estabelecia que o direito de propriedade era garantido; porém não poderia ser exercido contra o interesse social. Primeira vez que um texto constitucional veio a retirar o caráter absoluto da propriedade, limitando o direito de uso e gozo. Norma de inspiração predominantemente socialista, introduzida, sobretudo por influência da Constituição russa de 1917 e a de Weimar de 1919.

E é nesta vertente de alteração de valores sociais que se observa o nascimento do princípio da função social da propriedade, por meio do qual é levado em consideração, para o uso do direito privado da propriedade, o interesse público diretamente ligado a este.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o uso e gozo do bem são noções cuja substância está indissolúvelmente ligada à idéia de funcionalidade. [...]. Entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. É isto que o direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade”³.

Nota-se, pois, que as limitações insertas ao direito de uso particular da propriedade privada trazem como cerne, o interesse da sociedade e, como tal, são de caráter público. Assim, tais ingerências ao direito outrora absoluto emanam do estado, enquadrando-se neste patamar as chamadas limitação administrativa e servidão administrativa, espécie do gênero limitações ao direito de propriedade.

O direito de construir, como limitação administrativa, merece especial atenção quando praticado dentro dos limites legais e gerador de potencial indenização ao particular. É nesse contexto da patrimonialização do direito de construir como garantia do direito de propriedade que o presente trabalho se desenvolve.

2 – A LIMITAÇÃO E SERVIDÃO ADMINISTRATIVAS

A limitação administrativa e a servidão administrativa apresentam muitas semelhanças se observadas como instrumentos do direito administrativo, tais como, são limitações ao direito de propriedade, impostas pela vontade da administração pública, não acarretam a transferência da propriedade e, a priori, não geram indenização. Contudo, a razão da existência destes dois institutos está nas diferenças, essencialmente no que tange ao sujeito que arcará com o encargo determinado pelo ato, restando definir que, enquanto na primeira não há determinação da propriedade que suportará o ônus, servindo a ordem genérica ao proprietário do bem, na segunda tal característica é essencial. Isto porque nas limitações administrativas obriga-se a um não fazer em consonância a um interesse social, por sua vez, na servidão administrativa se impõe o uso e o gozo de determinada propriedade privada para a elaboração de serviços e obras imprescindíveis ao interesse público.⁴

De acordo com as lições de Hely Lopes Meirelles⁵ a limitação administrativa provém do poder de ingerência do estado nas atividades dos particulares com base na imposição do bem estar social, acreditando-se, pois, que o interesse público sempre deve prevalecer ao privado.

Por este raciocínio, importante ressaltar que as limitações administrativas decorrem do poder de polícia da administração, o qual está amplamente ligado à proteção do interesse público, não cabendo ao ente administrativo agir fora dos ditames legais, sob pena de prejuízo e dever de ressarcimento ao particular. Ou seja, à polícia administrativa é permitida a restrição das atividades do particular em prol da coletividade, entretanto, sem qualquer abuso ou excesso ou ainda distância da finalidade da lei. Em contrapartida, valeria também dizer que cabe ao particular o enquadramento de sua pretensão à satisfação do bem estar comum para que o ato, em si, seja considerado legítimo e permitido pela administração, restando nos direitos fundamentais elencados pela constituição federal os limites para atuação desta.

Em verdade, o princípio da função social da propriedade está intimamente ligado ao conceito acima demonstrado, uma vez que se garantindo o bem estar coletivo se pretende a preservação do bem estar individual. E, como o poder de polícia se revela por meio da concessão de licenças ou autorizações obtidas por alvarás é indubitável a inclusão do direito de construir no relacionado assunto.

Salienta-se que o estado democrático de direito amparado pela Constituição Federal, especialmente no preâmbulo e nos artigos 1º, inciso III e 3º, incisos I, II, III e IV apresenta como fundamento da república federativa do Brasil a constituição de uma sociedade justa, por meio do desenvolvimento nacional e através do bem estar de todos, garantindo-se assim o crescimento social e a dignidade humana de cada um.

Observa-se, nesse diapasão, que os direitos e garantias fundamentais do homem andam de mãos dadas com o desenvolvimento social, este de interesse público, reforçando a concepção de esforço comum à satisfação de metas sociais para o bem do povo⁶.

Como característica reguladora do mencionado estado de direito, tem-se o direito de propriedade, uma garantia fundamental e particular, instituída no artigo 5º, incisos XXII, XXIV, XXV e XXVI, da Constituição Federal, porém de aplicação pública,

ou seja, nos ditames do interesse social, como definido no inciso XXIII do mesmo artigo. É o que se verifica, inclusive, da leitura do art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal.

Foi buscando o desenvolvimento nacional para uma sociedade mais justa e digna que o constituinte estabeleceu critérios para o cumprimento da política urbana, seja pelas normas de competências, seja pela definição de matérias de ordem pública, as quais não podem ser suprimidas com a adoção da aludida política.

Vive-se hoje numa desigualdade social crescente, na qual poucos representam o muito e muitos se apresentam com poucos, isso em decorrência de inúmeros fatores que podem ser apontados como causas geradoras das desigualdades sociais.

O direito de propriedade é consubstanciado como direito fundamental, sem o qual não há falar-se em dignidade, justiça e desenvolvimento social. Entretanto, deve ser exercido dentro de um contexto de bem estar coletivo a propiciar que a sociedade atinja o mínimo necessário ao bem estar de cada cidadão, inserindo-se nesta linha a capacidade de produção do bem ou mesmo o cumprimento de obrigações gerais, tal como o direito de construir.

Não é possível esquecer, ademais, que a propriedade privada efetivamente reconhecida como direito particular, no entanto exercida em prol da coletividade, revela-se como instrumento de conservação de um ambiente essencial à satisfação das necessidades humanas, sem que, com tal fruição, se esgotem os recursos às futuras gerações. A preocupação com o meio ambiente equilibrado e sustentável é inserida na Constituição Federal de 1988, como se observa do artigo 225, e o efeito do uso da propriedade como socialmente correto aparece como uma das metas a serem alcançadas.

Oportuno lembrar as palavras de Cristiane Derani quanto às liberdades fundamentais ao ressaltar que “[...]. Uma perspectiva concreta das liberdades impõe uma real adequação do novo direito positivo às necessidades sociais e, neste caso, o mandamento extraído do direito fundamental social é necessariamente uma ordem procedimental ao estado e a todos os integrantes da sociedade na sua atividade social. Os direitos fundamentais sociais impõem que as atividades sociais devem ser pautadas na conquista das liberdades – aqui se incluem as atividades estatais e privadas”⁷.

Como meio de regulação ambiental está a função social da propriedade como princípio de direito, no desenvolvimento da política urbana constitucionalmente garantida através do art. 182, §2º, da Constituição Federal. Isto porque, conforme relatado, há na verdade necessidade de um elemento norteador da subordinação da propriedade privada ao planejamento público, o qual detém suas vertentes inspiradas no movimento positivista desencadeado com as idéias de evolução tecnológica advinda da revolução industrial.

A destinação da propriedade é o que realmente interessa à aplicação da política pública por meio do direito urbanístico, isto porque o direito privado sobre o bem estaria vinculado à destinação dada ao mesmo.

Nas palavras de duguit⁸, “o indivíduo não é um fim, mas um meio; o indivíduo não é mais que uma roda de uma vasta máquina que constitui o corpo social; cada um de nós não tem razão de ser no mundo mais que pelo trabalho que realiza na obra social”. E complementa dizendo que: “a propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem subjetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social”.

Em face desses elementos, o prisma a ser considerada a propriedade privada necessariamente adota o interesse comum como vértice. Reconhece-se, pois, que o direito particular sobre a propriedade é reconhecido pelo estado mais como uma função social, com vista ao desenvolvimento econômico e nacional, e tida, em verdade, como um poder-dever de fruição.

O direito de propriedade, como norma constitucional, inserido no título dos direitos e garantias fundamentais e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos têm aplicação imediata, não se cogitando, a priori, da possibilidade de se retirar do particular tal benefício. Todavia, apesar do reconhecimento ser inevitável, o seu uso pode sim ser limitado pelo poder de polícia da administração com vista ao interesse comum.

A doutrina se mostra adepta a uma mescla da teoria positivista e da teoria absoluta do direito de propriedade, remetendo, assim, a um equilíbrio quando da aplicação das restrições ao uso desta.

Como ressaltado, ao passo que ao particular não é dado o uso indiscriminado da propriedade, também ao poder público não é permitido mitigar o direito em si. A administração pode agir no interesse da coletividade sem contudo privar o particular do próprio direito, tal como orientação do artigo 174 da constituição federal.

O aludido artigo corrobora o fato da insurgência da administração no uso da propriedade particular, essencialmente com a elaboração de normas gerais à aplicação da função social da propriedade, tal qual ocorre com a política urbana, não obstante garantindo o reconhecimento prévio do direito.

Adentrando-se nos instrumentos de aplicação da política urbana, com o desenvolvimento do planejamento urbanístico, encontra-se a lei n.º 10.257, de julho de 2001, conhecida como o estatuto da cidade.

Segundo Toshio Mukai, os pontos mais relevantes da referida lei são “[...] A efetiva concretização do plano diretor nos municípios, tornando eficaz a obrigatoriedade constitucional de sua existência em cidades com mais de vinte mil habitantes; a fixação das diretrizes gerais previstas no art. 182, da c.f., para que o município possa executar sua política de desenvolvimento urbano; a criação de novos institutos jurídicos, ao lado da regulamentação do §4º, do art. 182, da c.f., (parcelamento e edificações compulsórios, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos); a fixação de sanções para o prefeito e agentes públicos que não tomarem providências de sua alçada, inclusive, para o prefeito, a sanção de improbidade administrativa; a instituição de gestão democrática e participativa, da cidade, e, finalmente, as alterações na lei de ação

civil pública para possibilitar que o judiciário torne concretas as obrigações de ordem urbanística, determinadas pela lei, inclusive em relação à elaboração e aprovação do plano diretor⁹”.

A lei n.º 10.257 de 2001 expressa a separação existente entre o direito de propriedade e o direito de construir, inovando, inclusive, na matéria. Em verdade, o estatuto da cidade acabou por definir aquilo que já se via na prática. Ao trazer os institutos da outorga onerosa do direito de construir, da operação urbana consorciada e o da transferência do direito de construir a aludida lei sepulcrou a separação dos dois direitos.

A maioria da doutrina brasileira define o direito de construir como sendo a faculdade dada ao particular detentor do direito de propriedade, cujo exercício pode ser definido pelo poder público, com fundamento nas restrições do poder de polícia. E, como base para tal definição, defendem nossos tradicionais estudiosos a existência de uma teoria que preserva um valor mínimo da propriedade, a denominada teoria do conteúdo mínimo.

A teoria do conteúdo mínimo da propriedade¹⁰, como o próprio nome já relata, é aquela que protege a edificabilidade mínima e peremptória do bem pertencente ao particular, limitando-se as limitações impostas pelo poder público no interesse comum e, como consequência, preservando o direito de propriedade como um direito fundamental e não mera relação econômica. Assevera-se que, se permitindo uma valoração mínima do imóvel, garantir-se-á ao proprietário o próprio direito de propriedade sobre aquele bem.

A edificabilidade¹¹, assim sendo, pode ser conceituada como o conteúdo mínimo decorrente da utilidade do bem, a qual só é definida com um planejamento urbano prévio.

Esta mínima valoração econômica nasce do enquadramento das normas de planejamento urbano advindas do poder de polícia da administração, uma vez que, são os planos diretores que previamente definem o conteúdo mínimo da propriedade, de forma geral, abstrata e gratuita para que não incida o dever de indenizar.

Ainda que as normas contidas no plano diretor tenham ligação direta com as restrições advindas do poder de polícia da administração, conforme há pouco comentado, não significa que o poder público possa suprimir o direito de construir, sob pena de incidir na chamada desapropriação indireta e ocasionar o desaparecimento do direito fundamental de propriedade.

O direito de construir está completamente desvencilhado do direito de propriedade, tratando-se de uma decorrência do próprio poder de polícia municipal no estabelecimento de restrições ao uso da propriedade. Com o advento da lei n.º 10.257 de 2001 restou estabelecido, ainda que implicitamente, a separação destes dois direitos, extinguindo-se qualquer dúvida a respeito, mesmo porque, se analisada a possibilidade de transferência do direito de construir, outra conclusão não se pode chegar que a de se tratar de um direito principal e não acessório.

A outorga onerosa do direito de construir pode ser utilizada como fonte do raciocínio traçado. Ao particular que exercita seu direito de construir acima dos limites básicos de aproveitamento é assegurado o reconhecimento de um acúmulo patrimonial próprio daí decorrente. Vale dizer que o direito de construir, quando exercido além do coeficiente de aproveitamento básico da propriedade, gera uma valorização ao patrimônio do particular, a qual pode, independentemente de estar atrelada a qualquer outro direito, ser objeto de alienação.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, “[...] Esse ativo, caracterizado num bem intangível autônomo, admite alienação ou pelo poder público (mediante a outorga onerosa aqui tratada) ou mesmo pelos particulares que tiveram seu direito de construir até o limite do coeficiente básico interditado por outras medidas de sacrifício ou condicionamento urbanístico”¹².

Por sua vez, a transferência do direito de construir que consiste na faculdade repassada ao particular, proprietário de um bem, exercer o uso de sua propriedade, através da compensação do potencial construtivo, em outro imóvel que lhe pertença, pode também ser elencada como outra fonte da tese da separação dos institutos. A lei possibilita ao proprietário mitigado no seu direito de construir e portanto, limitado no exercício do seu direito de propriedade, a transferência do potencial construtivo, na mesma medida em que foi suprimido, para o devido exercício em outro bem.

Reveste-se tal hipótese de fundamento à comprovação da mencionada separação dos direitos de propriedade e de construir. Somente aquilo que é considerado por si só, ao menos juridicamente, pode ser objeto de transferência.

Além disso, a cisão do direito de construir e do direito de propriedade é consequência lógica e natural do princípio da função social. Ao reconhecer a edificabilidade mínima do bem o poder público salvaguarda o direito de propriedade. Ademais, ao se permitir as alterações sobre o primeiro, concordando-se com a desvinculação entre ambos, está se direcionando a finalidade do bem ao interesse coletivo, fundamento este do princípio mencionado.

Note-se que a separação dos dois direitos é prática. Se analisada a questão de maneira mais profunda o direito de construir só pode ser exercido se e quando incorporado a um bem, no caso um terreno urbano e, assim, a um direito de propriedade. Por isso se diz que aquele é, em verdade, decorrência deste.

Vale ainda ressaltar que a inter-relação destes dois institutos não enseja, necessariamente, dependência do ponto de vista jurídico. A autonomia do direito de construir existe, não só ante os princípios confirmadores do estatuto da cidade, como deve ser protegida, uma vez que se apresenta como meio de se assegurar o direito constitucional de propriedade.

O direito de construir deve ser considerado um direito autônomo, mas seu exercício, com base no próprio princípio da função social da propriedade, está vinculado às limitações administrativas decorrentes do poder de polícia. Além disso, cabe asseverar que o mesmo advém da proteção de um direito maior, ao qual acaba por proteger e garantir, o direito fundamental de propriedade, não havendo o que se falar em conflito de importância entre ambos.

Neste caminho, a regulação do direito de construir é feita pelos planos urbanísticos, os quais definem os chamados potenciais construtivos utilizando-se de índices mínimos de urbanização, palpáveis economicamente e que invadem a esfera patrimonial do particular com a realização de uma contrapartida ou ônus.

O cumprimento de um comportamento mínimo do particular exigido pela lei faz com que os mencionados potenciais construtivos se transformem em direito de construir e se agreguem definitivamente ao direito privado, o que, ressalte-se, pode ser traduzido como um fenômeno de patrimonialização.

Esse dever urbanístico repassado ao particular proprietário de um bem surge com o planejamento urbanístico, podendo ser exigido quando da edificação. Tal ônus ou contrapartida provém da expectativa de financiamento, pelo particular, dos anseios da coletividade na busca do bem comum e, do emprego do bem com observância da devida função social, na almejada justiça social.

Parte-se da idéia de que àquele que se beneficia com o aumento do índice urbanístico e conseqüentemente do direito de construir e do valor da propriedade cabe custear, em contrapartida, uma melhoria de interesse público. Essa troca, em verdade impositiva enquanto ato administrativo, pode ser inserida e regulada pelos instrumentos de direito urbanístico já mencionados, quais sejam, a outorga onerosa de direito de construir, a transferência do direito de construir e a operação urbana consorciada, recepcionados pelo Estatuto da Cidade, bem como a contribuição de melhoria e o loteamento.

Os índices urbanísticos do direito de construir, por serem determinados por lei previamente à urbanização visando exatamente o cumprimento desta podem sofrer restrições emanadas do Poder Público. Entretanto, o reconhecimento ao direito de construir do particular por parte da Administração caracteriza-se como ato vinculado ao preenchimento dos requisitos legais.

Assim como acontece com os demais atos administrativos, a decisão da Administração quanto à licença de se construir oriunda do pedido de um particular que cumpre todos os requisitos necessários não pode ser denegada, sob pena de conter arbitrariedade, valer-se excesso ou ainda resvalar-se em abuso de poder. A faculdade do exercício do direito de construir deve ser garantida ao proprietário, salvo nos casos em que a função social do imóvel não venha sendo cumprida, oportunidade em que pode e deve o Poder Público adotar as medidas cabíveis.

Como anteriormente levantado, o direito de construir pode ser considerado uma limitação administrativa¹³ à edificação livre e desenfreada do particular que, por inúmeras vezes, deve ser norteada com os olhos firmes da Administração à satisfação do bem estar de todos. O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, que caracteriza o direito de propriedade como um poder-dever de uso conforme o bem comum apresenta uma forma análoga e de fundamentação para o exposto. Cabe todavia apontar como fica a situação do particular que cumpre o ônus urbanístico determinado pela política pública e conquista a majoração do direito de construir, o que vale dizer, a patrimonialização do direito de construir.

Imperioso destacar novamente que o direito de construir é uma faculdade¹⁴ oriunda do direito de propriedade que sofre as limitações decorrentes dos atos da Administração, em busca do interesse público e que, por assim dizer, também pode ser definido como espécie deste gênero. Nada impede, contudo, que o direito de construir seja visto de forma autônoma ao direito de propriedade; fundamenta-se na garantia do direito constitucional de propriedade particular e na aplicação do Princípio da Função Social condicionador do uso da propriedade privada, nos instrumentos de regulação urbanística recepcionados pela legislação específica existente e na finalidade da lei, especialmente o artigo 2º do Estatuto da Cidade.

Somente quando analisada a separação e a autonomia do direito de construir é que se vislumbra a patrimonialização do mesmo.

O fenômeno da patrimonialização do direito de construir está intimamente ligado ao coeficiente de aproveitamento básico da propriedade, conforme estipulado no art. 28 do Estatuto da Cidade.

O potencial construtivo é definido por índice urbanístico e ao ser ampliado diante do cumprimento de um ônus pelo particular acaba se transformando em direito de construir. O dever de cumprimento do ônus urbanístico para a geração do direito de construir, ou seja, a realização de um comportamento necessário à aquisição ou conservação de um direito, respeitando-se a função social da propriedade e a utilidade pública, influenciando assim na infra-estrutura urbana, é condição *sine qua non* para que o proprietário de um bem adquira e conserve o direito de construir.

Vale ressaltar, entretanto, que o direito de construir que se insere no patrimônio do particular é aquele que corresponde diretamente ao coeficiente de aproveitamento básico trazido como índice urbanístico pelo Plano Diretor da cidade. Isto porque esse coeficiente sugere a inexistência de qualquer contrapartida do particular na obtenção da valorização do direito de construir e, permitir tal acontecimento seria propagar a injustiça social e gerar gasto à Administração de forma gratuita.

As melhorias urbanas devem ser assumidas por aqueles que certamente terão ganhos com a realização das mesmas. Por outro lado, deixar de oferecer ao particular que realiza o ônus uma contrapartida do Poder Público também implicaria num dissenso, o que certamente explica a necessidade de indenização quando prejudicado o exercício do direito de construir já inserto no patrimônio do proprietário.

Como se demonstra, o direito de construir nasce da legitimidade da Administração intervir nos atos particulares no anseio do interesse comum, apresentando-se, portanto, como limitação administrativa. E, como tal, pode ser aplicada por aquela dentro dos limites legais, ainda que a variação dos índices urbanísticos confirmadores do potencial construtivo decorram de certa discricionariedade.

Assim, por se tratar de ato legítimo e estritamente legal, a indenização do particular que for prejudicado por ato limitativo da Administração após a patrimonialização do direito de construir, ou seja, após a própria Administração reconhecer-lhe o direito, uma vez

que realizado o ônus urbanístico esperado e alcançada a valorização do coeficiente de aproveitamento básico, deve ser aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indenização pela redução do direito de construir patrimonializado é levantada com base na reparação do direito administrativo e não naquela atinente aos efeitos dos institutos trazidos pelo direito civil; isso porque toma como base as características de verdadeira limitação administrativa.

Apesar de ir ao encontro de algumas doutrinas, importante salientar que o potencial construtivo, quando inserido na esfera de direito do particular, não gera qualquer ônus à administração, garantindo a reparação por si mesma. Isto porque o ato advindo do poder público de caráter limitativo é plenamente amparado pela lei e, como tal, não gera o dever de indenizar. Entretanto, também por este raciocínio, por se apresentar como limitação e portanto imposta, garante ao particular, após o preenchimento dos requisitos da patrimonialização e diante do desvio da finalidade da norma praticado pela administração, o direito à reparação.

Além disso, frise-se que o direito de construir só pode ser exercido e contemplado na sua integralidade quando incorporado ao direito de propriedade, o que já sugere a idéia de limitação administrativa.

Outro ponto a embasar tal afirmativa é o fato da edificabilidade se revelar como uma qualificação legal e decorrente da mitigação das limitações administrativas emanadas do poder público, voltada à preservação do direito de propriedade. Alude-se, assim, que sendo a edificabilidade a forma de exteriorização e quantificação do direito de construir, outra conclusão não resta senão considerá-lo também uma limitação.

Localizado o direito de construir dentro da ciência jurídica imperiosa a comparação do instituto com o direito de propriedade, mais precisamente quanto a autonomia destes dois direitos, para se alcançar o caminho lógico da possibilidade de patrimonialização indenizável.

O direito de construir é um direito autônomo, mas seu exercício, com base no próprio princípio da função social da propriedade, está vinculado às limitações administrativas decorrentes do poder de polícia. Cabe asseverar que o mesmo advém da proteção de um direito maior, ao qual acaba por proteger e garantir, o direito fundamental de propriedade, não havendo o que se falar em conflito de importância entre ambos.

Aliás, a ingerência estatal representada pela limitação administrativa e a garantia do direito de propriedade do particular devem ser utilizadas de forma harmônica e sistêmica. O fundamental direito de propriedade deve ser protegido, porém seu exercício precisa observar as necessidades comuns. De nada adiantaria a garantia de um direito particular se este não subsistir no mundo contemporâneo.

Nessa linha, a indenização do direito de construir patrimonializado pode ser considerada como instrumento capaz de fortalecer a existência do próprio direito de propriedade. A necessidade de intervenção da administração, tal como ocorre com o planejamento urbano, serve de ferramenta à estruturação do tão almejado estado democrático de direito. Mas se de um lado privilegia o interesse coletivo, de outro não pode simplesmente ignorar o privado.

Somente com o equilíbrio na atuação destas duas esferas, a pública e a privada, é que a finalidade da norma é alcançada, possibilitando-se a manifestação da administração na busca do bem estar coletivo e também se reafirmando os direitos constitucionalmente garantidos.

E é exatamente nessa vertente que surge o dever de indenização do direito de construir patrimonializado ora tratada. A confirmação do direito de propriedade por meio do mencionado ressarcimento do potencial construtivo já incorporado ao patrimônio do particular advém das garantias constitucionais e da finalidade das demais normas atinentes ao tema. Assegurando a indenização, estar-se-ia confirmando a justiça social e privilegiando a segurança jurídica, além de proteger o direito de propriedade e, via de consequência, o próprio estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*, v.19, São Paulo: Saraiva, 2001.

LARANJEIRA, Raymundo (Coord). *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Diritto urbanistico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

1 Mestranda pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS, especialista pela Escola Paulista de Direito – EPD, Advogada.

2 Doutor em Direito do Estado pela USP, Professor do Curso de Mestrado da UNISANTOS e da UEA.

3 MELLO apud PINTO, VICTOR CARVALHO. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 280.

4 Limitações administrativas “são limitações impostas por ato administrativo genérico, não destinado a propriedades determinadas, visando atender ao interesse público por meio da obrigação de não fazer (se a obrigação for de fazer tem-se a imposição de servidão)”. ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*, v.19, São Paulo: Saraiva, 2001, p.139

5 “Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar-social”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 544.

6 “(...) o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 49.

7 DERANI, Cristiane. “Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In *Temas de direito ambiental e urbanístico*. Guilherme José Purvin de Figueiredo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

8 PINTO, op. cit., p. 182.

9 MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 203.

10 “Do ponto de vista econômico, ela resguarda apenas um valor diminuto, representado pela proibição de supressão total do direito de construir. Admite-se, por outro lado, que os índices urbanísticos sejam reduzidos até este limite sem qualquer indenização. Da mesma forma, aceita-se com normalidade que os proprietários se beneficiem de ampliações de índices urbanísticos sem qualquer contrapartida. (...). As restrições não podem eliminar o próprio direito, a pretexto de regulamenta-lo”. PINTO, op. cit., p. 274/275.

11 *“Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a faculdade não existe”*. SILVA, apud, ibidem, p. 281.

12 NETO, Floriano de Azevedo Marques. *“Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)”*. In: *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. Adilson Abreu Dallari; Sérgio Ferraz. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 233.

13 *“Os tratadistas distinguem, nas limitações administrativas, as que advêm do poder de polícia geral daquelas que se originam do poder de polícia, e é nesta última classe que se encontra a polícia das construções, (...)”*. MUKAI, op. cit., p. 67.

14 *“O direito de construir tem sido considerado uma faculdade do direito de propriedade, que pode ser limitada pela legislação, mas que não se constitui em objeto de direito autônomo”*. PINTO, op.cit, p. 296/297.

**A NATUREZA JURIDICA E CONTRATUAL DOS CREDITOS DE CARBONO
E A APLICABILIDADE DO DIREITO TRIBUTÁRIO PÁTRIO:
INCERTEZAS E INDEFINIÇÕES***

**CONTRACTUAL AND JURIDICAL NATURE OF CARBON CREDITS AND
THE APLOCABILITY OF TRIBUTARY LAW: UNCERTAINS AND
INDEFINITIONS**

**Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza
Nivaldo dos Santos
Ludmilla Evelin Farias**

RESUMO

O objeto deste artigo é a análise sob as perspectivas jurídica e contratual dos créditos de carbono sua aplicabilidade e hipóteses de incidência no Direito Tributário Pátrio. A urgência em se definir a natureza jurídica das operações de RCE's é devido ao caráter legal tributário em que devem incidir as transações negociadas. A comercialização dos créditos de carbono pressupõe vontade entre particulares não apresentando como incidência qualquer atividade Estatal. Em contrapartida tais títulos estão sendo comercializados por instituições multilaterais, empresas privadas e governos como compradores. Por existir muitas divergências com relação ao tema será de suma importância definir os parâmetros legais principalmente no que concerne aos aspectos tributários, conferindo um maior grau de segurança aos negócios realizados, vez que existem muitas incertezas também sobre os rumos do Protocolo depois do primeiro período de compromissos entre as nações, 2008-2012.

PALAVRAS-CHAVES: MERCADO DE CARBONO, NATUREZA JURÍDICA, TRATAMENTO TRIBUTÁRIO, INSTITUIÇÕES MULTILATERAIS, MUDANÇAS CLIMÁTICAS.

ABSTRACT

The aim of this article is to examine, under contractual and juridical nature of carbon credits perspectives, its applicability and hypotheses relating to the Tributary National Law. The need of establishing juridical nature of RCE's operation is due to the tributary legal specificities in which the transactions must be inserted. The commercialization of carbon credits requires voluntariness between the involved parties; it does not allow any state intervention. However, such credits has been commercializing by multilateral institutions, private and state companies. Because of so many differences about this issue, it becomes essential defining legal parameters, specially about tributary aspects,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

giving a higher security to this trade, once there are many uncertain about Kyoto Protocol future and the first period of commitments between the participant nations – 2008/2012.

KEYWORDS: CARBON MARKET; JURIDICAL NATURE; TRIBUTARY TREATMENT; MULTILATERAL INSTITUTIONS; GLOBAL CLIMATE CHANGE.

INTRODUÇÃO

O aquecimento global é uma realidade no mundo contemporâneo, fazendo do ser humano o protagonista chave diante de suas ações antrópicas que contribuem para os impactos climáticos, considerados catastróficos devido ao aumento dos gases de efeito estufa na atmosfera.

Vários estudiosos atribuem a estes impactos nocivos para o meio ambiente ao período da era industrial sob alegação que a partir desta fase houve consideráveis alterações no clima, principalmente por ações predatórias da sociedade capitalista em desenvolver as indústrias somente no contexto econômico sem aliar o suporte do desenvolvimento sustentável.

Entretanto, há opiniões discordantes como Martin Keely *apud* Marcovitch (2006, p.19) que enfatiza contrário a tese de que o desequilíbrio tem fatores antrópicos salientando que não há provas conclusivas de que a poluição humana foi a causadora das mudanças climáticas e justificando que a questão verdadeira não é se a alteração do clima vem acontecendo ou se é bom ou ruim, vez que estão ocorrendo há bilhões de anos.

Os gases de efeito estufa-GEE vêm sendo pesquisados há tempos, como apregoa Miller (2002) ao se referir às pesquisas conferidas no século XIX que demonstraram em tese os crescentes volumes de CO² emitidos pelas fábricas no período industrial alterando a composição da atmosfera de forma nociva.

Salientamos que esta maneira simplista de conferir a um evento histórico que foi a porta de entrada para era das grandes possibilidades tecnológicas e o desenvolvimento econômico como sendo responsável pelos desequilíbrios ambientais não é uma verdade absoluta. Outros fatores contribuíram sobremaneira para o caos ambiental sendo o industrialismo apenas mais um gravame de uma situação pré-existente.

No entanto a comunidade internacional passou a se conscientizar do problema no final da década de 70, transformando o foco de prioridades que na época girava em torno de estratégias militares para a preocupação com os riscos das ações antrópicas no meio ambiente.

A importância com os aspectos das mudanças climáticas globais surgiram com a criação do IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas), devido aos seus relatórios periódicos sobre a situação do clima. Avaliados de forma clara e objetiva com bases científicas, técnicas e sócio-econômicas no que diz respeito aos riscos das mudanças climáticas induzidas irresponsavelmente pelo homem, seus impactos potenciais e as possíveis soluções para a mitigação do problema ambiental.

Todavia, os esforços científicos do IPCC para projetar as tendências relativas às mudanças climáticas[1] em longo prazo, resultam em cenários ilustrativos condicionantes baseados em probabilidades. A justificativa para tal assertiva se refere ao caráter de incertezas quando o assunto são as mudanças climáticas e seus impactos no futuro da humanidade, tanto no âmbito físico como no social e econômico, capazes de gerar dificuldades no requisito avaliação, desde as projeções das concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa a projeções da trajetória das emissões.

Alegamos também como dificuldade para avaliação o fato de que o IPCC não produz ciência e sim, utiliza dados, compila publicações científicas, não realizando pesquisa no avanço do conhecimento, apenas refletindo o estado do conhecimento e verificando quais são as tendências dominantes.

Entre fevereiro e abril de 2007, o IPCC divulgou o seu 4º Relatório, atentando para as mudanças do clima na terra e a influência das ações antrópicas provocadas pelo homem no meio ambiente.

As diferenças ente os relatórios publicados pelo IPCC em 1990 e os relatórios de 2007 foram à análise de uma probabilidade maior do que 90% sobre as mudanças regionais recentes na temperatura com impactos diretos em vários sistemas físicos e biológicos evidenciando mudanças sobre os sistemas naturais, sistemas costeiros, recursos hídricos, saúde e alimentos.

Mesmo com várias incertezas nos âmbitos científicos, econômicos e sociais as comunidades internacionais iniciaram negociações no que se referem à composição de um tratado mundial a fim de mitigar os impactos ambientais e reverter o pensamento retrogrado dos setores empresariais a respeito das regras de desenvolvimento econômico aliado à devastação ambiental.

Na oportunidade da Conferência Rio-92 os países reconheceram que o uso continuado dos recursos naturais, sem medidas preventivas e educativas, elevaria o índice de poluição ambiental, gerando um declínio na qualidade de vida do planeta.

A Conferência-Rio 92 embora tratasse de questões do meio ambiente não caracterizava por esta finalidade em comparação com a Convenção de Estocolmo[2]. Aquela, o objeto de discussão foi em torno de questões sobre a economia mundial e seus efeitos no meio ambiente, provendo uma visão ampla nas relações entre desenvolvimento econômico e ambiental e os interesses distintos dos países dos hemisférios Norte/Sul.

Com a finalidade de se adotar medidas saneadoras quanto ao problema do clima, em 1997 com a COP-3, os países criaram o Protocolo de Kyoto comprometendo a atingir metas quantitativas de redução de GEE's através de três mecanismos de flexibilidade (Mecanismos de Desenvolvimento Limpo, Implementação Conjunta e Comércio de Emissões) criados no intuito de cumprir os compromissos de redução de emissões com o menor custo possível.

Com todas as inquietações e constatações alarmantes sobre o problema do aquecimento global e com o advento do Protocolo de Kyoto, surge à possibilidade de um novo mercado global – o mercado de créditos de carbono voluntários bem como o mercado não Kyoto.

No primeiro os créditos são comercializados com a finalidade de auxiliar a mitigação das emissões e GEE's e, no segundo, a negociação esta relacionada ao comercio de redução fora do protocolo, entre empresas ou entre empresas e governos locais, mas com a mesma finalidade.

Neste contexto, é de suma importância valorizar e criar um ambiente seguro para a implementação do MDL porque a comercialização dos créditos de carbono baseia-se na intenção de emissão de créditos, isto é, na expectativa de direitos sobre créditos futuros, sobretudo nos mercados não Kyoto que não há regras pré-estabelecidas e as transações ficam a mercê na confiabilidade dos acordos celebrados na forma de contrato entre as partes.

O presente artigo terá como finalidade analisar as polêmicas sobre a questão da natureza jurídica dos referidos créditos de carbono que geram inseguranças para o investidor interessado na negociação dos mesmos, bem como as celeumas existentes em torno da matéria legal tributária e as possíveis hipóteses de incidência dos tributos no que tange ao comercio, vez que não há embasamento no ordenamento jurídico pátrio por sua indefinição quanto à natureza jurídica para o enquadramento tributário competente.

1. A IMPORTÂNCIA DOS ASPECTOS LEGAIS CONTRATUAIS DOS PROJETOS DE MDL

Inquestionavelmente os fatores legais dos projetos de MDL são de suma importância para o mundo jurídico e entre as partes contratantes, vez que devem obedecer aos critérios do artigo 12 do Protocolo de Kyoto, o Acordo de Marraqueche (decisão 17/COP-7) bem como as etapas do ciclo de projetos de MDL.

Os projetos de MDL devido as suas especificidades deverão em longo prazo, demonstrar os efetivos e reais resultados positivos de forma comprovada, atendendo também ao critério da adicionalidade[3] e as eventuais fugas[4] (*leakage*) no decorrer do período acordado entre as partes.

Baseado nos critérios obrigatórios do Protocolo de Kyoto no tocante aos projetos de MDL, o Brasil adicionou alguns critérios para projetos desenvolvidos no país, especialmente visando o principio do desenvolvimento sustentável, assim:

- Contribuição para a sustentabilidade local;
- Desenvolvimento da condição de trabalho, geração de empregos via projetos de MDL;
- Capacidade para o desenvolvimento tecnológico;
- Integração regional com articulação com outros setores, visando à diminuição de assimetrias regionais do país, bem como adequar ao novo modelo empresarial as denominadas governanças corporativas.

Vislumbra a partir deste mecanismo de flexibilização um mercado em potencial para o Brasil, tornando este, pró-ativo no que concerne à cooperação tecnológica entre países, cooperação técnica e capacitação para projetos ambientais.

Entre os projetos que podem ser implementados destacam-se:

- O incentivo à utilização de combustíveis renováveis, como álcool e biodiesel;
- A substituição de práticas agrícolas inaceitáveis, como a queimada de florestas para cobertura de pastos, ou a queima de cana-de-açúcar para facilitar a colheita;
- Desenvolvimento de projetos de geração de energia eólica e solar;
- Desenvolvimento de normas que promovam a utilização de combustíveis mais limpos e a eficiência energética;
- Melhora de infra-estrutura de transportes;
- Programas nacionais de reflorestamento;
- Auto-regulação industrial.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito aos contratos de projetos de MDL, denominados *Emission Reduction Purchase Agreements* – ERPA, vez que em nosso país não há consenso até o presente, sobre as questões relativas à natureza jurídica dos créditos de carbono, dificultando por vezes, a regulação destas transações.

Mesmo sendo os referidos créditos comercializados no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a legislação, precisa de algumas regulamentações no que concerne as negociações públicas e seus participantes (art. 8º, III – Lei 6.385/76), fiscalização das Companhias responsáveis pela emissão dos CER's (Certificados de Emissão Reduzidas) e Registro prévio para a emissão dos títulos de CER's (art. 19).

Como não se bastasse às ausências de regulamentações e a infundável indefinição sobre o tema dos mercados de carbono no que concernem à natureza jurídica e a incidência tributária, surge de encontro aos interesses nacionais, a Circular BACEN 3.291/05 que confere aos créditos de carbono a natureza jurídica de “serviços” onerando os custos de transações pela implicação tributária e, talvez implicando em impactos negativos para a comercialização dos referidos créditos.

Em se tratando dos aspectos contratuais deste comércio de créditos de carbono, atentamos que por serem considerados contratos de compra e venda (questionável a terminologia), ficam estes comércios sujeito às regras do Protocolo de Kyoto das decisões das COP's e do Acordo de Marraqueche COP-7.

Estes acordos pressupõem entrega futura de CER's, isto é, só serão emitidos após aprovação do Relatório de Certificação pelo Conselho Executivo do MDL, enfim são contratos de risco, portanto deverão estar especificadas as responsabilidades das partes contratantes, as garantias e sua executibilidade.

Deverão ser inseridas nos contratos às regras tributárias, relações trabalhistas, normas sucessórias e questões quanto à insolvência eventual das empresas envolvidas na execução dos projetos de MDL, bem como a definição dos objetivos do contrato especificando a quantidade de créditos futuros da transação comercial, as safras, anos e datas pré-determinadas no cronograma do projeto.

Outra cláusula essencial do contrato, diz respeito ao valor da transação, detalhando em toneladas equivalentes ao preço unitário e venda de cada RCE's, forma de pagamento dos certificados (antecipado, safras, contra-prestação, períodos determinados) convencionados pelas partes.

E por fim, a inserção de cláusulas especiais para caso de inadimplência na entrega dos RCE's e a *performance bond*, garantia contratual por meio de uma seguradora por ocasião do registro do projeto no tocante a vendas com vencimento em período futuro.

Nas operações do mercado de carbono é possível observar a existência dos elementos essenciais da “condição”: futuridade e incerteza, enquanto não concretizada a condição de implementação do projeto de MDL e obtenção das RCE's os investimentos não podem ser exigidos.

Enfim, o Brasil deverá encontrar um melhor caminho para resolver as situações tanto jurídicas quanto tributárias, para que possamos estar inseridos dentro do comércio internacional com mais capacidade de concorrência com relação aos países estrangeiros.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS CREDITOS DE CARBONO: QUESTIONAMENTOS E CONTROVÉRSIAS

Os créditos de carbono são negociados atualmente através de contratos de compra e venda ou ERPA – (*Emission Reduction Purchase Agreement*) consolidando direitos e deveres para países do Norte/Sul através de um negócio jurídico internacional bilateral.

Mas muito embora estes venham a se caracterizar a *priori* como contratos de “compra e venda” é correto afirmar que se inserem nesta modalidade contratual?

Há muitas controvérsias no que diz respeito à natureza jurídica dos RCE's, surgindo celeumas entre profissionais nas diversas áreas do conhecimento e por derradeiro sem um consenso específico sobre o tema.

Desta forma, varias especulações se fazem presentes, gerando um certo grau de inseguranças sobre os aspectos tributários e suas incidências, inseridos na oportunidade dos respectivos contratos. Atentamos que a regulamentação da legislação tributária no âmbito do comércio dos RCE's será bem vinda desde que traga incentivos as partes contratantes, senão será um contra senso para o desenvolvimento e o crescimento empresarial.

Assim, ao analisarmos a classificação de bens em nosso ordenamento jurídico pátrio – Código Civil, não vislumbra respaldo no que concerne à definição de bens incorpóreos e corpóreos para eventual encaixe jurídico dos créditos quanto à natureza jurídica.

Não obstante ao silêncio legislativo quanto à definição de bens corpóreos e incorpóreos, a doutrina os caracteriza:

Bens corpóreos são aqueles que nos nossos sentidos podem perceber: um automóvel, um animal, um livro. Os bens incorpóreos não têm existência tangível. São direitos das pessoas sobre as coisas, sobre os produtos de seus intelectos, ou em relação à outra pessoa, com valor econômico, direitos autorais, créditos e invenções.

As coisas corpóreas podem ser objeto de compra e venda, enquanto as incorpóreas prestam-se à cessão. As coisas incorpóreas não podem ser objeto de usucapião nem de transferência pela tradição, a qual requer a entrega material da coisa (...) os bens incorpóreos são entendidos como abstração do Direito, não tem existência material, mas existência jurídica. As relações jurídicas podem ter como objeto tanto os bens materiais quanto os imateriais. (VENOSA *apud* DIAS, 2007, p. 36-37).

Tomando por base o Direito Privado no que se refere à classificação de bens, o conceito de RCE's em tese, pode abranger coisas corpóreas e incorpóreas, materiais e imateriais, partindo da premissa de que os bens incorpóreos são aqueles que, apesar de não existirem materialmente, fisicamente apresentam um valor econômico passível de negociação, portanto, presentes no mundo jurídico.

Todavia, vários autores entre eles Venosa *apud* Dias (2007, p.329) preleciona que “é necessário obviamente, que a coisa objeto de contrato de compra e venda esteja no comércio, isto é, suscetível de alienação”. A idéia sustenta a tese de coisas corpóreas.

Em contrapartida as coisas incorpóreas também podem ser objeto de comércio embora assumindo a figura de “cessão”.

Para esta corrente, os RCE's são objetos de cessão de direito e não de compra e venda, por se tratarem de bens incorpóreos, imateriais.

Nos valendo do Direito Privado, particularmente do Direito das Coisas e utilizando a usual analogia para situar a natureza jurídica dos créditos de carbono, podemos dizer que são bens incorpóreos, intangíveis, tendo em vista que estes não possuem existência física, mas são validados pelo Protocolo de Kyoto, portanto, reconhecidos na ordem jurídica como tendo valor econômico passível de negociação.

Entretanto, para alguns, os créditos de carbono se apresentam como ativos financeiros ou derivativos.

Derivativos segundo Hull (2003, p.01) “são instrumentos financeiros cujo preço de mercado (*market price*) deriva do valor de um ativo real (*commodities*) ou outro instrumento financeiro (taxa de cambio, juros)”.

Assim pelo exposto acima, os derivativos são ativos financeiros ou valores mobiliários que derivam de ativo que lhes serve de referência, servindo do comportamento futuro de outros mercados.

Sabemos que a importância dos derivativos é inegável, mas ao que nos parece face aos conceitos acima e a par das discussões existentes sobre a natureza destes créditos, estes não derivam de qualquer outro ativo ao qual estejam vinculados, representando em última análise o direito a um benefício bem peculiar instituído no Protocolo de *Kyoto*: o direito dos países desenvolvidos de “poluir” em um total desrespeito ao princípio do poluidor pagador.

Em contrapartida com a implementação e consecução dos referidos créditos estarem sendo negociados na Bolsa de Valores e na Bolsa de Mercadorias e Futuros, como *commodities*, para esta corrente, a sua natureza seria como verdadeiros derivativos, vez que a formação de seu preço passaria a derivar dos preços do mercado à vista.

E quanto aos créditos de carbono ser considerado *commodities*? Ou mesmo *commodities* ambientais?

Ao analisar o termo semântico de *commodities*, ter-se-á como significado literal a palavra “mercadoria” com a definição de ser individualizada pelo seu gênero e espécie que possam ser substituídas por outras da mesma natureza.

Partindo deste conceito, reconhece-se o caráter fungível e corpóreo do bem, e sem dúvida nenhuma repudiamos tal assertiva para a natureza jurídica dos créditos de carbono, vez que as RCE's são direitos sem existência material, passíveis de negociação, com a sua natureza intangível.

Quanto as *commodities* ambientais, estas são mercadorias originárias de recursos naturais produzidas e extraídas em condições sustentáveis.

Visam estas espécies unificar o sistema financeiro e o meio ambiente, bem como o desenvolvimento limpo para um novo mercado sustentável tanto no âmbito financeiro quanto no ambiental.

Como exemplo do potencial de negociação das *commodities* ambientais, Guedes e De Carli (2002), ressaltam que mecanismos como seqüestro de carbono ou redução de emissão de poluentes podem se tornar fontes adicionais de recursos para o setor agropecuário, desde que adequadamente implementados.

Enfim, para aqueles que defendem a possibilidade de inserir os créditos de carbono como *commodities* ou *commodities* ambientais, mister recordar que não estão presentes nestes institutos os requisitos de infungibilidade e intangibilidade.

Primeiro, destacamos que qualquer situação quando se trata de *commodities* se deve reconhecer o objeto fungível e corpóreo, sujeito à mercancia.

Segundo, os créditos de carbono mantêm total dependência com os projetos de MDL, portanto caracterizando-os como bens de natureza infungível.

A doutrina cogita que os RCE's devem ser inseridos na categoria de títulos mobiliários ou valores mobiliários procurando um enquadramento na seara tributária para incidir determinados tributos que passaremos a analisar mais detalhadamente no item seguinte.

3- A INDEFINIÇÃO DOS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NO MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO.

As polêmicas sobre a tributação do comércio de créditos de carbono não se limitam à questão ambiental tão somente, mas como também aos aspectos econômico e financeiro, vez que este comércio deverá movimentar algo em torno de US\$ 10 bilhões até o ano de 2012, de acordo com a fonte *Point Carbon apud* Marcovitch (2006).

Além dos entraves da falta de unificação do mercado latino, seus trâmites complicados, lentos, a América Latina, está perdendo espaço no mercado de créditos de carbono, sendo a China o principal vendedor seguido pela Índia.

Outra questão de grande relevância é a respeito da tributação deste comércio de carbono, isto é, não há uma legislação específica para o caso, a fim de internalizar recursos decorrentes da venda de Certificados de Emissões Reduzidas (RCEs).

Além da falta de uma legislação específica, ainda encontramos a dificuldade de conceituar a natureza jurídica e econômica dos referidos créditos: Seriam eles, ativos, derivativos, valores mobiliários, *commodities*? Grande celeuma.

Neste diapasão, é a natureza jurídica do instituto que irá determinar que tipo de tributação sobre eles deva incidir.

Vários pesquisadores no assunto caracterizam o comércio de créditos de carbono, como instituto de “compra e venda”.

O doutrinador Venosa (2005, p.329) preleciona que:

É necessário, obviamente, que a coisa objeto do contrato de compra e venda esteja no comércio, isto é, seja suscetível de alienação. A idéia leva originariamente em conta as coisas corpóreas; todavia os bens incorpóreos também podem ser objeto de comércio, embora assumindo o caráter de “cessão”. Logo, pelo exposto, os créditos de carbono são objetos de cessão de direitos e não de compra e venda por se tratar de bens incorpóreos, logo inexistente a possibilidade de incidência do ICMS para este tipo de operação.

3.1. Questionamentos sobre as Hipóteses de Incidência do ICMS no Mercado de Créditos de Carbono

O ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação é de competência dos Estados da Federação e do Distrito Federal, previsto no art. 155, inc II da Carta Magna. Para a configuração de um ato que incida o ICMS é necessário que seja regido pelo Direito Comercial, tenha finalidade de lucro e seu objeto seja uma mercadoria.

Mercadoria, segundo Melo (2006, p.16):

É um bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente.

Os projetos de MDL são meras certificações respeitantes ao cumprimento de normas e reduções de emissões de GEE's ou seqüestro de carbono, não atendendo, portanto nenhum dos requisitos mencionados acima.

Por outro lado, importante salientar que os negócios jurídicos com RCE's são em tese, considerados modalidade de “cessão” de bens intangíveis e não mercadorias resultantes de operações de “compra e venda”, não restando nenhuma hipótese de enquadramento destes negócios à incidência do ICMS previsto na Constituição Pátria, vez que a essência dos referidos créditos é completamente distinta às mercadorias, não havendo conexão entre as duas figuras.

3.2 Do PIS/PASEP e COFINS

No tocante a contribuição do PIS/PASEP e a COFINS esclarecemos que a Carta Magna através de seu artigo 149, alínea 2º, I, concedeu imunidade do PIS e da COFINS em relação a receitas decorrentes de exportação e, como a transação de créditos de carbono se faz entre uma empresa nacional (cedente) e uma empresa estrangeira (cessionária) não será gravada pela contribuição dos mesmos, além de que pelo Projeto de Lei 4.425/04, se aprovado, as receitas decorrentes da cessão de RCE's passarão a gozar de isenção respeitantes a estes tributos.

3.3 O IOF – Crédito/Câmbio/Seguro e Títulos e o Mercado de Créditos de Carbono

Seguindo a linha de raciocínio sobre a incidência ou não dos impostos no comércio de créditos de carbono, temos o IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) de competência da União (art. 153, inc. V, CF) que incide sobre operações de créditos de valores mobiliários como negócio jurídico bilateral, “havendo manifestação de vontades inequívoca das partes” (MOSQUEIRA, 1999, p.117).

O IOF caracteriza-se por quatro impostos distintos e autônomos: 1- Imposto sobre Operações de Crédito (IOF/Crédito), 2- Imposto sobre Operações de Câmbio (IOF/Câmbio), 3- Imposto sobre Operações de Seguro (IOF/Seguro) e 4- Imposto sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF/Títulos).

O Código Tributário Nacional concernente ao IOF/Crédito apregoa no artigo 63, I como fato gerador “ a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado”.

Operações de crédito segundo Machado (2005, p.340) seriam concernentes ao objeto do negócio que embasa em prestação futura, ficando o operador adstrito a confiabilidade da solvência do devedor, isto é, a permuta de seus bens presentes por bens futuros.

Nestas considerações salientamos que o IOF/Crédito gera negócio jurídico entre as partes, ocorrendo uma prestação presente em troca de contraprestação futura.

Relativo aos créditos de carbono, não há como ser abarcado pela incidência do IOF/Crédito porque o mercado destes créditos trata de mera antecipação do valor a ser pago por estes instrumentos.

Na mesma linha e efeito ocorrerá nas hipóteses do não enquadramento das IOF/Câmbio/Seguro no que tange aos mercados de créditos de carbono.

Entretanto, poderia as RCE's ser enquadradas para efeito de incidência no IOF/Títulos ou como valores mobiliários?

Em um primeiro momento as RCE's não representam modalidade de investimento ofertado ao público mediante aplicação em dinheiro, bens ou serviços, vez que ficam na dependência do reconhecimento das autoridades competentes (Conselho Executivo do MDL) para a análise comprobatória dos projetos e a caracterização efetiva de reduções dos GEE's.

Segundo, as RCE's são emitidas pelo Conselho Executivo do MDL o que os tornam incompatíveis na incidência se analisado na perspectiva da Comissão de Valores Mobiliários mais propriamente no artigo 1º da Instrução CVM n. 270/98 que declara “poderão emitir títulos ou contratos de investimento coletivo para distribuição pública as sociedades constituídas sob forma de sociedade anônima”.

Entretanto tanto os Projetos de Lei 3.552/04 que dispõe sobre a organização e regulação do mercado de carbono na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro através de geração de RCE's em projetos de MDL vislumbram a possibilidade de tais instrumentos virem a ser legalmente definidos, como também o PL 4.425/04 que dispõe sobre incentivos fiscais e fundos de investimentos no âmbito do MDL, com caráter essencialmente tributário-financeiro sendo que a natureza jurídica dos créditos será para efeito destes, considerados – valores mobiliários. Caso aprovado, o IOF/Títulos será sobre o valor da cessão, incidindo à alíquota de 1.5% ao dia, e deverá ser cobrado e recolhido na data da liquidação financeira da operação.

3.4 Do Imposto sobre Serviços – ISS

No que tange a incidência do ISS (Imposto sobre Serviços) para a comercialização dos créditos (bens incorpóreos), vários estudiosos na área econômica, equiparam a cessão de bens intangíveis à prestação de serviços.

Juridicamente a definição de prestação de serviços significa qualquer esforço humano realizado em favor de terceiro. Logo, pela teoria das obrigações há uma diferença entre compra e venda (obrigações de fazer) e obrigações de dar, esta última incluída a cessão de créditos de carbono.

De acordo com Barreto (2005, p. 294/295) ao analisar o significado de prestação de serviços este apregoa que:

Prestar serviço indica na técnica jurídica, atividade em proveito alheio. É que a prestação de atividade em benefício próprio não exterioriza riqueza, nem capacidade contributiva. E, como visto, a Constituição só arrolou arquétipos evidenciadores de riqueza. É incompatível com a estrutura sistêmica constitucional a tributação dessas categorias de eventos. Juridicamente, não há prestação de serviços em proveito próprio. Só é reconhecida como tal à prestação que tenha conteúdo econômico mensurável, o que pode dar quando o esforço seja produzido para outrem. Não há serviço para si mesmo: isto seria inaceitável *contradictio in terminis*.

(...) em resumo, o aspecto material da hipótese de incidência do ISS é a conduta humana (prestação de serviço) consistente em desenvolver um esforço visando a adimplir uma obrigação de fazer.

Com relação às obrigações de dar e de fazer, espécies basilares do Código Civil, corrobora o entendimento da nossa pesquisa, Melo (2005, p.36) ao definir que:

Essa espécie de obrigação (fazer) não possui definição e características próprias, configurando-se de modo negativo à outra espécie de obrigação (dar) que consiste na

entrega de uma coisa móvel ou imóvel, para a constituição de um direito real (venda, locação...) a concessão de uso (empréstimo, locação) ou a restituição ao dono. Já as de fazer, conquanto se definam em geral de modo negativo, são todas as prestações que não se compreendem entre as de dar, têm, na verdade, por objeto um ou mais atos ou fatos do devedor, como trabalhos materiais ou intelectuais.

Na verdade a Constituição Federal em seu artigo 156, inc. III apregoa que cabe a lei complementar (Lei n. 116/03) delimitar os serviços que incidem o ISS, bem como o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que somente os serviços descritos em lei complementar taxativamente poderiam ser onerados com a incidência deste imposto, mas sempre na observância da Carta Maior.

Portanto, na cessão de créditos de carbono não há esforço humano em favor de terceiro, não há obrigação de fazer em favor de quem adquire os créditos, não há incidência do ISS.

3.5 Da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF

Em que pese o CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e Créditos e Direitos de Natureza Financeira), surgiu com a Emenda Constitucional n. 12/96 introduzindo o art 74 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e por derradeiro a Lei n. 9.311/96, conferindo a União à competência para instituir o referido imposto.

Este imposto para fins de elucidação seria destinado a princípio para o Fundo Nacional de Saúde, como forma de financiar as ações e serviços nesta área.

Como não se bastasse o desvio da finalidade precípua deste tributo, tornando-se fictício seus recursos para o objetivo acima mencionado, foram editadas 05 emendas sendo que as duas últimas Emendas Constitucionais n.37 e n.42 prorrogam o prazo até 31 de dezembro próximo.

Segundo o artigo 2º da referida Lei, o CPMF incidirá somente sobre determinadas formas de movimentação e transmissão de valores, créditos ou direitos de qualquer natureza, prevendo seis hipóteses de incidência – a circulação escritural ou física de moeda; efetivada mediante liquidação de operação ou realização de lançamento por intermédio de instituição financeira, bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

No tocante ao mercado de RCE's a circulação escritural ou física de moeda somente concretizará no momento em que o país titular do projeto de MDL, cede e recebe a contraprestação do país do anexo I.

Mas mesmo havendo a circulação de moedas representativas de divisas no âmbito do território nacional não abarcará a CPMF, vez que os fatos originaram no exterior.

A incidência do imposto analisado só será considerada valido se a circulação ocorrer ou originar dentro do território nacional, nascendo uma relação obrigacional entre os contratantes.

No entanto, com a derrota governamental sobre a prorrogação da CPMF, em dezembro de 2007, o imposto deixará de ser cobrado a partir de janeiro de 2008, vislumbrando possibilidades para discussão da reforma tributária.

O efeito desta decisão em não prorrogar a CPMF poderá gerar várias conseqüências.

Primeiro, o governo deverá reduzir suas despesas e rever suas receitas refazendo todo o orçamento, vez que deixará de arrecadar 40 bilhões em 2008 bem como reduzir o *superávit* primário.

Segundo haverá aumento da alíquota do IOF e do IPI com grandes chances da CSSL (Contribuição Social sobre o lucro líquido) fazer parte do rol dos impostos com possíveis aumentos, onerando todo setor empresarial.

E por fim, o surgimento de um novo imposto com a falácia de que este será revertido em prol do Sistema de Saúde que se encontra doente, a beira da morte súbita pelo descaso, pela ausência de comprometimento e ineficácia na gestão da máquina pública.

3.6 Do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

A Constituição Federal em seu artigo 153, inciso IV regula o IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados conferindo natureza de imposto seletivo, isto é, de acordo com a essencialidade do produto sujeito à incidência.

As hipóteses de incidência deste tributo configuram-se sob três formas – através do desembaraço aduaneiro de produto de origem estrangeira; a saída de produtos de determinados estabelecimentos e com a arrematação, em leilão de produtos apreendidos ou abandonados.

Mas qual seria o conceito de “produtos industrializados?”.

Marçal Filho *apud* Melo, (2003) afirma que o sentido da palavra “industrializar” ocorre quando há alteração de um bem material padronizado e massificado na prestação de serviços modificando a sua natureza.

Deste conceito, verifica-se que “produtos industrializados” pressupõem a bens de natureza corpórea, viabilizando a incidência do IPI, não sendo o caso para os referidos RCE’s, vez que em tese possuem natureza jurídica de bens intangíveis ou

incorpóreos, não logrando sua incidência no comércio de créditos de carbono, seja nas operações de emissão de RCE's a titulares de projetos de MDL no território nacional, seja por cessão por estes aos países estrangeiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Protocolo de Kyoto ao ser criado na oportunidade da COP-3, lançou no mundo jurídico um ordenamento inovador entre as partes signatárias, principalmente por instituir três mecanismos de flexibilização, dentre eles o MDL que se baseia na voluntariedade entre os países e na confiabilidade do comércio de créditos de carbono transacionados a partir dos projetos de MDL.

Muito embora, regras de cunho internacional por vezes se apresentarem inconsistentes e insuficientes para a solução dos problemas climáticos, vislumbra-se a possibilidade através dos projetos de MDL oferecer alternativas viáveis para incrementar a eficiência energética fomentando novas tecnologias limpas, a inserção em novos mercados com geração de empregos e rendas bem como induzir a redução dos GEE's na atmosfera pelos mercados de créditos de carbono.

A concepção de mercado de carbono tem como finalidade a negociação de RCE's e, para tanto é necessário criar um ambiente seguro para que a referida comercialização seja realizada com regras pré-estabelecidas, com o devido suporte jurídico entre os contratantes, baseados na confiabilidade e transparência.

Entretanto ainda há questões que necessitam de regulamentação e mudanças de paradigmas para acelerar o crescimento econômico aliado ao desenvolvimento sustentável como meio factível de gerar cooperação entre os países buscando conciliar interesses antagônicos das nações partes.

Uma das questões precípuas a ser superada diz respeito às conseqüências ambientais advindas pelo processo de industrialização aliado ao consumo crescente e vertiginoso dos combustíveis fósseis que intensifica a emissão de gases poluentes na atmosfera.

Embora seja aventado que os países industrializados sejam os grandes responsáveis pela emissão destes gases, salientamos que os países em desenvolvimento muito contribuem para o problema ambiental.

Mesmo que o Protocolo de *Kyoto* permita a voluntariedade e as responsabilidades comuns, mas diferenciadas entre países, o Brasil precisa reconhecer e aceitar o estabelecimento de compromissos adicionais além das medidas voluntárias, sob pena de se tornar um entrave para as negociações multilaterais.

Na ocasião da COP-13, realizada em dezembro de 2007, o Brasil se posicionou pelas responsabilidades comuns, mas diferenciadas, sob alegação de que os países

desenvolvidos exercem maior responsabilidade em poluir, vez que iniciaram a industrialização mais cedo, logo que assumam um maior comprometimento quanto à mitigação dos GEE's. No entanto, há controvérsias sobre este posicionamento, demonstrando fielmente que a mentalidade brasileira ainda prima pelo desenvolvimento econômico aliado a devastação ambiental. Esta mentalidade não é um bom sinal, vez que muito embora o Brasil disponha de um acervo científico e tecnológico considerável para a implementação dos projetos de MDL a economia esta diretamente vinculada aos recursos naturais dependentes do clima.

A pergunta mais importante é se o sistema de limites e créditos na indústria é o suficiente para diminuir os gases de efeito estufa.

Segundo Poppe (2005), o Brasil no que se refere a uma maior adaptação aos efeitos climáticos se mostra carecedor de competências nacionais nesta área, capazes de avaliar e compreender a importância que este assunto merece.

Outra questão que deverá ser desenvolvida e implementada é ao que se refere a instrumentos eficazes de promoção de melhores políticas públicas como também mudanças no padrão de consumo da sociedade para tentarmos equilibrar desenvolvimento com sustentabilidade.

No entanto há necessidade de melhor conscientização por parte da sociedade e da classe empresarial no sentido de que as ações mitigadoras ou neutralizadoras dos gases de efeito estufa não são tendências ou modismos de mercado e sim, tendências voluntárias de comprometimento com o meio ambiente.

Além dos problemas mencionados acima, existem aqueles atinentes a questões contratuais sobre o comércio de créditos de carbono por ausência de regulamentações concretas para o respaldo e segurança jurídica, vez que os elementos condicionantes das operações deste mercado são a incerteza e a futuridade, bem como a interminável discussão sobre a natureza jurídica e as hipóteses de incidências tributárias.

Mas em que pese todas as celeumas existentes sobre a matéria e nos valendo de vários estudos realizados para a presente pesquisa, nos filiamos a corrente que apregoa a definição dos créditos de carbono como sendo bens de naturezas incorpóreas, intangíveis, passíveis de negociações, através dos mercados competentes.

Quanto as possíveis hipóteses de incidências dos tributos analisados, sensato será considerar o aspecto tributário como meio de incentivo a este mercado, observando os incentivos fiscais para os agentes que implementarem os projetos visando às reduções de GEE's, para não constituir a regulamentação tributária um empecilho ao desenvolvimento da nação.

Portanto só será bem vinda esta regulamentação se não onerar os que querem realmente contribuir para o desenvolvimento do país, sem olvidar os recursos naturais e a preservação do meio ambiente – desenvolver com sustentabilidade, este é o lema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2005.

BRASIL. Projeto de Lei n.497/07. Dispõe sobre a organização e regulação do mercado de carbono na bolsa de valores do Rio de Janeiro através da geração de redução certificada de emissão – RCE em MDL.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.552/04. Dispõe sobre a organização e regulação do mercado de carbono na bolsa de valores do Rio de Janeiro através da geração de redução certificada de emissão – RCE em projetos de MDL.

BRASIL. Projeto de Lei N. 4.425/04. Dispõe sobre os incentivos fiscais a serem concedidos às pessoas físicas e jurídicas que invistam em projetos de MDL – que gerem reduções certificadas de emissões - RCE's, autoriza a constituição de fundos de investimento em projetos de MDL e dá outras providências.

CORNU, Pierre. *Courrier de la planète - Cahiers de Global Changes*. Paris, 2004.

DIAS, Reinaldo. *Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade*. São Paulo: Atlas, 2007.

GUEDES, Luciano, DE CARLI João Carlos Filho. *Commodities ambiental pode gerar divisas para a agropecuária*. Revista Gleba. Jan/fev, 2002.

HULL, John C. *Options, Futures, & other Derivatives*. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *About IPCC*. Disponível em <<http://www.ipcc.ch/about/about.htm>>. Acesso em: 12/11/2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCOVITCH, Jacques. *Para mudar o Futuro: Mudanças Climáticas, Políticas Públicas e Estratégias Empresariais*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 2006.

MELLO, José Eduardo Soares de. *ICMS: Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 2006.

MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *État des Traités Multilatéraux Déposés Après du Secrétaire Général – Convencion-cadre des Nations Unies sur les Changements Climatique. Environnement*. Disponível em : <<http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/frenchinternetbible/part/chapterXXVII/Treaty31.asp>>. Acesso em : 12/11/2007.

_____ *État des Traités Multilatéraux Déposés Après du Secrétaire Général – Protocolode Kyoto á la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques. Environnemen* Disponível em : <http://untreaty.un.org?FRENCH/bible/frenchinternetbible/part/chapterXXVII/treaty32.asp>>. Acesso em: 12/11/2007.

POPPE, Marcelo Kaled & La Rovere. *Mudanças do clima. Cadernos NAE: Mudanças do clima*. Brasília, 2005.

PORTUGAL, Raul Neto. *Commodities Ambientais: um paradigma do pensamento ecológico*. Disponível em:< <http://www.arvore.com.br>>. Acesso em: 12/11/2007.

[1] O termo “mudanças climáticas” utilizadas pelo IPCC refere-se a qualquer mudança no clima ocorrida ao longo do tempo, quer se deva à variabilidade natural, ou seja, decorrente da atividade humana. Esse uso difere da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, em que o termo mudança do clima, se refere àquela que seja atribuída direta ou indiretamente à atividade humana, alterando a composição da atmosfera global, e seja adicional à variabilidade natural do clima observada ao longo de períodos comparáveis de tempo.

[2] Realizada em 1972 em Estocolmo com a finalidade de discutir as questões atinentes ao meio ambiente e desenvolvimento. A Conferência foi marcada por muitas polêmicas, principalmente no que se referem aos antagonismos de pensamento entre países industrializados que apregoavam “desenvolvimento zero” e os países não industrializados “desenvolvimento a qualquer custo”.

[3] A adicionalidade é determinada a partir da definição da linha de base do projeto, na qual se estabelecem os cenários anterior e posterior à implementação do projeto, (ABREU e BAPTISTA *apud* DIAS, 2007, p.24).

[4] Fuga significa o aumento mensurável de emissões de GEE que ocorre fora dos limites de uma atividade de um projeto e que será deduzido da quantidade total de redução de emissões obtida pela atividade de projeto de MDL.

DECISÕES ECO-JURÍDICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA*

ECOLOGICAL JURIDICAL DECISIONS: AN OVERVIEW FROM THE THEORY OF SOCIAL SYSTEMS

Cristian Ricardo Wittmann

RESUMO

Este ensaio apresenta a perspectiva de decisões jurídicas ecológicas a partir do ponto de vista da Teoria dos Sistemas Sociais. O objetivo é apresentar não somente o desenvolvimento da teoria, que surge da biologia e é adaptada aos sistemas sociais, mas também um conceito de ordem a partir da iritação, que, acredita-se permitir uma perspectiva diferente de decisões jurídicas em respeito aos desenvolvimentos de um conceito de Estado Ambiental. Em um primeiro momento o artigo introduz o assunto da “autopoiese” e sua evolução, abordando as possibilidades de uso na biologia, psicologia e sociologia. Posteriormente é analisado o foco da pesquisa, a autopoiese nos sistemas sociais, que baseados na comunicação, permitem observar o sistema legal e sua possibilidade de decisões ecológicas. Em um último momento, o conceito de desenvolvimento sustentável é utilizado juntamente com o conceito de ordem a partir da iritação para permitir a idéia de decisões juridicamente ecológicas.

PALAVRAS-CHAVES: DECISÕES ECOLÓGICAS; TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS; DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

ABSTRACT

This essay shows the perspective of ecologic juridical decisions from the point of view of the Theory of Social Systems. The goal is to show not just the development of the theory, which comes from the biology and it is adapted to the social systems, but also the concept of order from noise, which, believes that may permit a different perspective of juridical decisions regarding the perspective of an “environmental concept of State”. In a first moment the article introduce the subject of “autopoiesis” and its evolution, from biological, psych and social systems possibilities of use. Then it is analyzed the focus of the research, the social systems autopiesis, which is based on communication, to be able to observe the legal system and its possibility of ecological decisions. In a last moment, the concept of sustainable development is used with the concept of “order from noise” to permit the idea of ecologic juridical decisions.

KEYWORDS: ECOLOGICAL DECISIONS; THEORY OF SOCIAL SYSTEMS, SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

Esta pesquisa não tem a pretensão de abordar as três diferentes matrizes de decisão jurídica, a saber: a *filosofia analítica*[1] como aquela alicerçada em uma linguagem rigorosa e normativa que descrevem sistematicamente o objeto Direito; a *hermenêutica*[2] com a tese de que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; e por fim a matriz *pragmático-sistêmica*[3] que traz em si uma revolução epistemológica na teoria jurídica, trazendo novos refinamentos para a decisão jurídica, tais como paradoxos e riscos.

Propõe-se sim esta pesquisa a abordar a última matriz citada, ou seja, a pragmático-sistêmica, tendo em vista seu refinamento teórico capaz de levar em conta diferentes características e reflexões ao observar/decidir, de forma a ser a mais apta a abordar o tema do desenvolvimento sustentável dentro da comunicação jurídica em meio a já abordada sociedade de risco.

Abordar-se-á em um primeiro momento o histórico e as bases dessa matriz, também conhecida como autopoietica tendo em vista sua origem baseada na teoria sobre a vida criada pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela na década de 1960. Posteriormente em um segundo momento discorrer sobre a chamada *autopoiese psicológica*, tendo em vista a característica peculiar que também possibilita a existência do que defende-se por *autopoiese jurídica*, ou seja, a estrutura da matriz pragmático-sistêmica com base na auto-reprodução paradoxal do Direito por ele mesmo.

Dentro dessa abordagem jurídica diferenciada serão abordados temas como a construção jurídica de seu próprio conhecimento, bem como as questões de auto-irritação presentes em toda comunicação jurídica, bem como fazer a devida diferenciação entre as categorias que nos conduzem a observar um Direito baseado em diferente estrutura daquelas tidas como verticais, horizontalizando assim a forma de estrutura de tal sistema, de forma a não trabalhar com a hierarquia, mas sim com a diferenciação entre centro e periferia.

Dessa forma, traça-se o objetivo de descrever a trajetória da teoria da autopoiese, fazendo uma abordagem a partir do seu desenvolvimento na biologia, que tem por elemento constitutivo e base reprodutiva a vida, fazendo assim a transposição, dentro das categorias possíveis, para os sistemas psíquicos e posteriormente à teoria social, mais conhecida como Teoria dos Sistemas ou Teoria Sistêmica delineada por Niklas

Luhmann, a qual, por sua vez, tem como elemento constitutivo e base reprodutiva a comunicação.

Nesse contexto busca-se a vinculação do conceito de desenvolvimento sustentável, como forma de acoplamento estrutural entre Direito, Política e Economia, dentro da comunicação jurídica através da generalização da expectativa de uma nova forma de observar a relação entre homem e meio ambiente.

2. Autopoiese: um conceito biológico

A partir da década de 60, com base na simples pergunta “o que define a vida e o ser vivo?” os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela começaram a construir seus trabalhos intelectuais que revelam o conceito de *autopoiesis*, ou seja, auto-produção/auto-criação de si mesmo. Para eles:

[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...].[4]

Nota-se com esta explicação que o ser vivo não pode ser associado a uma máquina simples, mas sim associado a uma máquina complexa, na qual, a partir de sua rede fechada operacionalmente e de sua dinâmica de trocas, ou melhor, em “um interjogo de interações e relações”, as células produzem as mesmas classes de moléculas que as constituem, onde cada operação serve para a sua auto-organização e auto-reprodução, juntamente com a delimitação de seus limites e extensão.

Para a autopoiese biológica torna-se interessante a manutenção da vida, isto é, a manutenção de todo esse interjogo de interações e relações com o fim de manter a classe de um sistema. Para isso se utiliza os conceitos de organização e estrutura autopoética. Por organização entende-se o que define a identidade de classe de um sistema e, por sua vez, a Estrutura de tal sistema significa os componentes e relações que configuram sua organização[5]. Conclui-se que “é a organização o que define a identidade de classe de um sistema, e é a estrutura o que a realiza como um caso particular da classe que sua organização define”. Nesse sentido podemos compreender que “os sistemas existem somente na dinâmica de realização de sua organização em uma estrutura.”[6].

Portanto, o processo de produção da identidade celular é circular, ou seja, a partir de uma rede de produções metabólicas que, entre inúmeras coisas, produzem uma membrana que torna possível a existência da própria rede. Ou seja, uma rede de produções metabólicas produz uma membrana que por sua vez é condição de possibilidade para produção metabólica. Essa circularidade é fundamental para a autopoiese. Porém toda interação de identidade autopoética acontece também enquanto unidade organizada, ou seja, “em referência a sua identidade autoproduzida”[7].

Além de se utilizarem dos aspectos de autonomia organizacional das células para explicarem sua teoria, os chilenos também fazem uso da idéia de máquina[8], fazendo a distinção entre máquinas autopoéticas e máquinas alopoiéticas:

Uma máquina autopoética é uma máquina organizada como um sistema de processos de produção de componentes concatenados de tal maneira que produzem componentes que: I) geram os processos (relações) de produção que os produzem através de suas contínuas interações e transformações, e II) constituem à máquina como uma unidade no espaço físico.[9]

Por sua vez, as máquinas alopoiéticas são as que ao invés de produzirem a si mesmas trazem ao final do processo algo diferente delas mesmas, como no caso do automóvel, carecendo assim de um caráter autônomo.[10]

Estas máquinas não são autônomas, já que as mudanças que experimentam estão necessariamente subordinadas à produção de um produto diferente delas. [...] Possuem uma identidade que depende do observador e que não é determinada em seu operar porque o produto deste é diferente de sua organização. [...] (Seus) limites são fixados pelo observador, que determina o que é pertinente a seu funcionamento.[11]

Um aspecto importante nessa lógica organizacional é a questão de que duas ou mais unidades autopoieticas podem estabelecer interações. Ou seja, se tivermos uma célula A e outra célula B temos que para cada uma delas, a outra é uma fonte de mais interações, porém, devido à clausura operativa, cada interação será percebida segundo a própria estrutura interna da célula observadora. Significa então que duas ou mais unidades autopoieticas podem estar *acopladas estruturalmente*. Concluem os biólogos que

nessas interações, a estrutura do meio apenas desencadeia as modificações estruturais das unidades autopoieticas (não as determina nem as informa). A recíproca é verdadeira em relação ao meio. O resultado será uma história de mudanças estruturais mútuas e concordantes, até que a unidade e o meio se desintegrem: haverá *acoplamento estrutural*. [12]

Resume-se a teoria biológica a partir da idéia de sistemas dotados de uma estrutura que é a incorporação física desse padrão de organização, e um processo vital (uma continuidade) que é a atividade envolvida na incorporação contínua do padrão de organização do sistema. Significa dizer que um sistema vivo tem seus elementos renovados continuamente e cada célula sintetiza e dissolve estruturas continuamente, nas quais os tecidos e órgãos substituem suas células em ciclos contínuos que promovem o crescimento, o desenvolvimento e sua evolução. Esse conjunto integrado e fechado ao mesmo tempo (organização, estrutura e processo) identifica, em linhas gerais, um sistema biológico vivo. [13]

2.1 Os sistemas psíquicos

Com base nos pressupostos desenvolvidos a partir da teoria da autopoiese, nos estudos sobre os sistemas vivos, observamos como Niklas Luhmann desenvolve a idéia de sistema psíquico enquanto um sistema autopoietico. Para uma melhor compreensão, recomenda-se abstrair da idéia trazida pela biologia descrita acima, ou seja, não tratar o ser vivo com seu cérebro para então considerar somente as operações neuronais que se consubstanciam no cérebro. Esses estudos sobre o cérebro humano, por sua vez, trazem uma nova abordagem sobre a percepção humana.

Na teoria luhmanniana as operações de consciência são os pensamentos que se reproduzem recursivamente em um sistema fechado sem contato com o meio que o circunda. Logo não existe nenhuma possibilidade de entrar ou influenciar diretamente no fluxo de pensamentos de uma consciência, mas sim compreender que a consciência é

livre (autônoma) para pensar da maneira que quiser, reconhecendo-se assim que somente pode-se oferecer estímulos a ela para que ela própria elabore a sua complexidade segundo suas próprias estruturas:

La conciencia em cuanto sistema cerrado es inaccesible aun para otros sistemas autopoieticos: ni el cuerpo ni la comunicación son capaces de determinar el flujo de los pensamientos, sino solo son capaces de ofrecer algunos estímulos que la conciencia es libre para elaborar en las propias formas y según las propias estructuras [...]. La sociedad pertenece al entorno del sistema psíquico, y las relaciones entre los dos niveles de autopoiesis toma la forma de interpenetración. La socialización de las conciencias no se realiza a través de una intervención desde el exterior, sino exclusivamente como “autosocialización”: el sistema psíquico utiliza algunos estímulos que provienen del ambiente para reespecificar las propias estructuras conforme al próprio modo de operar. La sociedad, por su parte, puede referirse a los sistemas psíquicos, pero debe hacerlo com base em estructuras específicamente comunicativas: se construyen para este fin las unidades de las personas [...].[14]

Contudo, é através da comunicação que alguém externa o que está pensando, visto a impossibilidade de penetrar na consciência de uma pessoa, já que todas as atividades são autoreferenciais a si mesmas, no entanto, os acoplamentos estruturais entre os sistemas psíquicos (consciência) e os sistemas sociais (comunicação) dizem respeito à sociedade como um todo, de forma que, sem comunicação e sem a participação da consciência na comunicação nada pode ocorrer.

Um ponto a ressaltar é o de que a autopoiese dos sistemas psíquicos está intimamente ligado ao fato dos pensamentos se reproduzirem internamente na consciência de maneira cega, ou seja, na forma de simples sucessão, onde o princípio organizador é o sentido, isto é, pensa-se sempre tendo como referência um pensamento anterior. Com isso tem-se que o princípio ordenador é o sentido, e o elemento é o pensamento. Niklas Luhmann traz que o cérebro:

utiliza uma linguagem operativa de base elétrica, para a qual não existe equivalente no ambiente. Ele é, como se diz, codificado de modo indiferente, ou seja: utiliza o mesmo tipo de operação para ver, ouvir, sentir e cheirar. As respectivas diferenças qualitativas são produzidas primeiramente no cérebro. Além disso, a capacidade do cérebro baseia-se numa enorme diferença quantitativa, que é ainda aumentada no ser humano. A cada ponto de contato com o ambiente correspondem cem mil pontos de contato para operações internas. Finalmente, também o mundo peculiar do trabalho do cérebro é independente do tempo dos processos do ambiente, o que significa que o cérebro às vezes não é rápido o suficiente e por isso precisa concentrar-se numa percepção preferencial de mudança. Sabe-se também que os movimentos do ambiente na

linguagem são representados não por variação, mas por expressões constantes, por exemplo, a palavra “movimento”[15]

Pode-se inferir, com base na teoria luhmanniana, que os sistemas que possuem abertura cognitiva operam como “sistemas reais no mundo real”. No entanto, suas observações e logo suas percepções fundamentam-se justamente no fato de estarem desligadas desse mundo real, isto é, pela sua característica de clausura operativa inevitavelmente o sistema psíquico trabalha auto-referencialmente a partir de si mesmo. O próprio Luhmann conclui que:

nós conhecemos o mundo externo apenas porque o acesso a ele é bloqueado. O conhecimento não é um tipo de imagem do ambiente no sistema, mas formação de construções próprias, de complexidade própria que não pode ser estruturada e menos ainda determinada, mas apenas irritada pelo ambiente.[16]

No sistema jurídico esse processo de construção de uma realidade própria do Direito, é descrito por Gunther Teubner ao trabalhar as alienações do Direito, onde menciona que:

o direito não pode desenvolver bastante empatia para entender os conflitos sociais ‘do exterior’. Ele pode, apenas, os transformar em questões jurídicas técnicas. Mas ele os reconstrói de maneira que eles possam ser o objeto de uma decisão jurídica em qualquer caso.[17]

De forma sucinta, entende-se os sistemas psíquicos como autopoieticos, pois as suas operações se fundamentam de forma auto-referencial, onde um pensamento liga-se ao anterior e ao posterior, estando o sistema acoplado estruturalmente ao sistema biológico e ao social, concluído na sua característica de clausura operacional. No entanto existe a necessidade de se perceber que para cada clausura acontece ao mesmo tempo a abertura cognitiva. Eventos esses paradoxais e inseparáveis na tentativa de explicar de que forma estando acoplados estruturalmente, os sistemas podem conviver na multiplicidade e continuar mantendo-se como unidade. Dessa forma, “ser aberto fundamenta-se em ser fechado”[18].

3. Sistemas sociais: uma questão de comunicação

Ao iniciar-se uma abordagem relativa aos sistemas sociais ou ao grande sistema da sociedade, convém mencionar, algumas informações sobre o homem que primeiramente se coloca como ambiente dessa comunicação, na qual se apóia uma grande construção intelectual contemporânea, incluindo este trabalho e a sugestão contida nele de uma observação diferenciada, em face das informações aqui contidas e da sociedade como um todo.

Registre-se a importância que tem para a construção do conhecimento moderno, as contribuições de Niklas Luhmann, que nasceu na Alemanha em 1927 e deu início à trajetória jurídica em 1946 quando começou a estudar Direito em Freiburg, passando assim a trabalhar na Administração Pública em Lüneburg. Em 1960 foi por um ano para a Universidade de Harvard, onde trabalhou ao lado de Talcott Parsons e teve uma aproximação com a teoria dos sistemas. Com o incentivo de Helmunt Schelzky, renomado sociólogo alemão, em 1965 Luhmann segue a carreira universitária.

Luhmann numa primeira fase de sua produção desenvolve alguns aspectos da teoria de Parsons, formulando uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente, definindo tal diferença com base em mecanismos de seleção de equivalentes funcionais que servem por sua vez para reduzir a complexidade social. Em um segundo momento, rompendo com o funcionalismo Parsoniano, sua produção voltar-se a uma perspectiva autopoietica da teoria sistêmica, tendo como influência os trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela.

Essa mudança, ocorrida na década de oitenta, significou a observação dos sistemas sociais como auto-reprodutores de suas condições de possibilidades de ser, a partir da observação e operacionalização autopoietica. Essa contribuição de Niklas Luhmann proporciona ao pensamento autopoietico uma nova dimensão, na medida em que é transposto da biologia ao domínio dos fenômenos sociais, deixando de ser considerado apenas uma teoria explicativa dos processos elementares da vida e do conhecimento para ser compreendida como um modelo teórico aplicável a todos os sistemas, tanto biológico, psíquico como social.[19]

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoietico aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.[20] Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, enquanto sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do sistema não são os

sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos[21].

Luhmann dedica-se a estudar o sistema social, aquele que aparece desde o momento em que um acontecimento enlaça os indivíduos através de seus sentidos compartilhados e possui, com isso, o caráter de comunicação. As comunicações são, para Luhmann, os elementos componentes do sistema social global ou sociedade. Daí resulta que, enquanto sistema, a sociedade é explicada como um tipo de sistema particular que compreende todas as comunicações sociais servindo de ambiente para o desenvolvimento de outros diversos sistemas, que estarão todos inter-relacionados em permanente contato.

Ao contrário do que observam os biólogos, Luhmann estabelece a sociedade como comunicação, concebendo a comunicação como elemento. Como bem observa Dalmir Lopes Junior:

a crítica que se aponta à argumentação de Maturana é que ele pressupõe a organização social como autopoietica pelo simples fato da sociedade ser composta por seres, cujos sistemas perceptivos são autopoieticos. Essa transposição é o erro de Maturana. [...] A maestria de Luhmann foi ter enxergado que os sistemas sociais possuíam a mesma funcionalidade que os sistemas físicos e psíquicos, mas naqueles, ao contrário destes, a relação entre os elementos é que fornece a qualidade autopoietica, e não pelo simples fato de os elementos serem autopoieticos.[22]

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoietico, um sistema auto-referencial[23], em que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma seqüência interna de interação circular e fechada[24]. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoieticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir fora dela. Essa rede de comunicação se auto-reproduz em uma produção de pensamentos e significados que se sucedem dando origem a outras comunicações, constituindo assim, um contexto comum de significado, continuamente sustentado por novas comunicações.[25]

Luhmann ultrapassa a discussão entre partes e o todo trazendo um conceito complexo. Neste o sistema social seria um todo distinto de seu ambiente, capaz de produzir a si mesmo seus próprios elementos e processos, ou seja, a comunicação, produzindo assim suas próprias estruturas, que por sua vez tem por objetivo manter a

sua auto-reprodução e auto-organização, porque precisa se manter no tempo, visto que as comunicações são eventos que não tem duração, porque desaparecem enquanto surgem.

Tendo como ponto de partida para sua análise a sociedade moderna, Luhmann obteve como características marcantes a diferenciação funcional e a sua complexidade, onde cada vez aumentam-se as alternativas de mundo e os subsistemas funcionais que tendem a reduzir a complexidade social.

Ao adotar o conceito de sistema, Luhmann recorre à lógica das formas de George Spencer Brown para dar suporte a diferenciação entre sistemas e ambiente. Esse raciocínio tem ligação ao fato de que só se pode observar algo enquanto diferenciado, admitindo-se que o ato de diferenciação leva à observação simultânea de uma forma que tem dois lados, ou seja, o que está sendo designado e aquilo do qual essa designação se diferencia, ultrapassando assim o esquema parte/todo.

La teoría de sistema utiliza la distinción entre sistema y entorno como forma de sus observaciones y descripciones; pero para poder hacerlo debe ser capaz de distinguir esta distinción respecto a otras distinciones, por ejemplo, respecto de la teoría de la acción y, em general, para poder operar de este modo, debe formar um sistema: es decir, que em este caso, debe ser ciência. Em su aplicación a la teoría de sistemas, la concepción que hemos presentado satisface el requisito que buscábamos: el requisito de la autoimplicación de la teoría. La comprensión que la teoría tiene Del objeto la apremia a sacar conclusiones sobre si misma[26].

Importante esclarecer um paradoxo que se constitui básico para o entendimento de uma observação: a operação de observação, qualquer que seja, não consegue observar sua própria observação:

observar significa simplemente [...] distinguir e indicar. Con el concepto de observar se atrae la atención sobre el hecho de que distinguir e indicar es una operación única; y efectivamente, no se puede indicar nada que, haciendo esto, no sea también distinto, así como distinguir realiza su sentido solo por el hecho de que sirve para indicar una o otra parte (pero necesariamente no las dos partes). Formulada en terminología de la lógica tradicional, en relación con las partes que distingue, la distinción es el tercero excluido. De la misma manera también el observador, mientras efectúa la observación, es el tercero excluido. Por último, si se considera que observar es siempre una operación que debe ser efectuada por um sistema autopoietico y que indica este sistema em esta función como observador, esto lleva a afirmar que el observador es el tercero excluido de su observación. **Al observar no puede verse a si mismo.** [...] La distinción que el

observador, respectivamente, utiliza para indicar una o otra parte, sirve como condición invisible del ver, como punto ciego. Y esto vale para cada observación, independientemente del hecho de que la operación sea psíquica o social, que se realice como proceso actual de la conciencia o como comunicación.[27]

O sistema social aparece desde o momento em que um acontecimento enlaça os indivíduos através de seus sentidos compartilhados e possui o caráter de comunicação. As comunicações são, para Luhmann, os elementos componentes do sistema social global ou sociedade. Daí resulta que, enquanto sistema, a sociedade consta de comunicações, somente de comunicações e de todas as comunicações. O que não é comunicação (a matéria, os organismos biológicos, a consciência dos indivíduos...) não constitui o sistema social, quando muito o seu ambiente.

No estágio da teoria, fez-se necessário recorrer a três conceitos chave: a tríade “autopoiese”, “fechamento operacional” e “acoplamento estrutural” de sistemas autorreferenciais[28]. Tais conceitos já eram de certa forma trabalhados pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.

Ao analisar o conceito de autopoiese, tem-se que o sistema é constituído por elementos autoproduzidos, e nada mais, isto é, tudo que opera no sistema como unidade, mesmo os processos de reprodução, devem ser produzidos por ele mesmo através da rede de tais elementos. [29]

No que tange a tese do fechamento operacional, chega-se à conclusão de que o ambiente não pode determinar nenhuma operação de reprodução do sistema, da mesma forma que o sistema também não pode operar no seu ambiente, isto é, todas as operações do sistema são operações exclusivamente internas. Todas as informações processadas são seleções produzidas internamente, a partir de um campo de diferenciação de possibilidades, delineado única e exclusivamente no interior. Com isso, chega-se a conclusão que o ambiente não influencia o sistema e sim somente consegue irritá-lo, já que depende de um estado anterior do sistema encarar uma informação como irritação, ou seja, toda irritação externa é sempre uma auto-irritação.[30]

Quanto ao acoplamento estrutural pode-se dizer que ele serve para indicar como as inter-relações e interdependências ocorrem em relação ao seu ambiente, de forma compatível com a autopoiese e o fechamento operacional”[31]. Nesse sentido:

fala-se de ‘acoplamento estrutural’ para designar que, e como, dependências em relação ao ambiente são compatíveis com auto-reprodução autopoietica. O ambiente justamente, não contribui para nenhuma operação do sistema (uma vez que neste caso as realizações correspondentes não seriam as do ambiente, mas aquelas do próprio sistema), mas pode prejudicar, irritar ou, como diz Maturana, perturbar as operações do sistema quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal. Nem todos os acontecimentos do ambiente, na verdade apenas pouquíssimos deles, podem atuar sobre o sistema neste sentido através do acoplamento estrutural. Mas quando são estabelecidos acoplamentos estruturais específicos, e isso acontece no processo de diferenciação dos sistemas autopoieticos como uma de suas precondições, o efeito do ambiente sobre o sistema, tal como por exemplo, o da consciência sobre o transcurso de comunicações, pode ser intensificado graças a uma delimitação rigorosa. Mesmo sem poder contribuir para qualquer operação de reprodução ou de constituição da estrutura do sistema, o ambiente influencia, como um observador pode posteriormente constatar, o *structural drift* (novamente Maturana) do sistema.[32]

Vale ressaltar um outro conceito também importante, o conceito da contingência, ou melhor, da dupla contingência. Contingência é algo que não é necessário nem impossível, mas algo que é (era ou será) assim como é, mas também poderia ser diferente. Transposto essa problematização para os sistemas psíquicos e sociais, o problema da dupla contingência se transforma no dilema que *Ego* não sabe como *Alter* reagirá em resposta a uma dada atuação de *Ego*:

Alter e *Ego* dispõem de várias alternativas de atuação. Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas. A existência e o relacionamento das contingências dos diversos sistemas ao seu redor constitui para o sistema focal a complexidade do seu meio. Para poder enfrentar essa complexidade no seu meio, o sistema é obrigado a corresponder com a elaboração de estruturas complexas, que por sua vez, podem aumentar a contingência do sistema e assim iniciar um processo evolutivo.[33]

Por sua vez, os sistemas sociais, para Luhmann, são autopoieticos, ou seja, produzem a si mesmos a partir deles mesmos. Por mais que seu princípio organizador seja o sentido da mesma forma que os sistemas psíquicos, suas operações reprodutivas não são pensamentos, e sim as comunicações.

Dessa forma, entende-se que a comunicação é a transposição correta, já que uma comunicação produz nova comunicação de forma recursiva, ou seja, de forma que uma comunicação se dá sempre gerando uma expectativa em relação a um resultado ulterior. Percebe-se com isso que a comunicação está intimamente ligada ao comunicado anteriormente e ao que será comunicado posteriormente, limitando-se as possibilidades de comunicações e ampliando o leque de possibilidades paradoxalmente, não somente como mera repetição.

Portanto, “a comunicação é a recursividade própria da sociedade, e os pensamentos são a recursividade própria dos sistemas psíquicos, ambos são meios um do outro”[34], ou seja, há uma interdependência causal (acoplamento estrutural), onde a consciência, embora não consiga comunicação com outra consciência através de sua unidade reprodutiva (pensamento) consistem em um necessário ambiente para a comunicação.

4. Autopoiese jurídica: por uma nova forma de decidir

O sistema autopoietico constitui um sistema auto-referencial na medida que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, devido a uma interação circular e fechada (operacionalmente). Sendo assim, a auto-referencia é responsável pela geração da ordem sistêmica, ou seja, da sua estrutura e das próprias unidades sistêmicas básicas, que são seus elementos. Para Luhmann os sistemas sociais constituem uma autopoiese própria e autônoma dos sistemas biológicos. Cumpre ressaltar que os sistemas sociais têm como característica fundamental serem processos noéticos, cuja base reprodutiva é a comunicação, ou seja, seu elemento basilar de acoplamento estrutural entre os sistemas psíquicos e o sistema social é a linguagem (comunicação).[35]

O sistema social a partir de sua organização auto-reprodutiva e circular de atos comunicativos que dão origem a outros atos de comunicação, possibilita o desenvolvimento de novos circuitos comunicativos específicos. Estes circuitos, atingindo um determinado grau de complexidade e perfeição em sua própria organização comunicativa, desenvolvem um código binário específico, que se diferencia e adquire autonomia no sistema social, originando-se como um sistema social autopoietico de segundo grau. Dessa forma, por exemplo, o sistema jurídico, tornou-se um subsistema social autopoietico de segundo grau, diferenciado devido ao desenvolvimento de um código binário próprio, legal/ilegal ou direito/não-direito. É esse código que irá assegurar a auto-reprodução recursiva dos seus elementos básicos e

sua autonomia em relação aos demais sistemas. O Direito adquiriu este *status* de sistema autopoietico de segundo grau, devido à constituição auto-referencial de seus componentes sistêmicos.

Vindo a complementar a teoria de Luhmann, Gunther Teubner destaca a possibilidade de se pensar em uma específica autopoiese do jurídico, onde a concepção de Direito ganha uma nova roupagem sistêmica:

O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.[36]

Neste sentido, o Direito pode ser compreendido como um subsistema social autopoietico de comunicação, que emergiu do sistema social na medida em que desenvolveu um tipo de comunicação auto-referencial específica capaz de constituir um código próprio e, a partir de então, desenvolver também processos de auto-organização e auto-reprodução recursiva como processo circular de comunicações especificamente jurídicas.

A sociedade observada enquanto um sistema social autopoietico, serve de ambiente para outros sistemas que se diferenciaram funcionalmente, entre eles o sistema jurídico. Logo, o Direito enquanto um sistema social autopoietico de segundo grau, que se operacionaliza através de atos comunicativos, coexiste igualmente com outros sistemas autopoieticos, onde todos estão constantemente em contato. Nesse sentido, as normas ou informações que se encontram fora do sistema jurídico, de cunho social, só adquirem validade jurídica após sua leitura através do código próprio do sistema jurídico.

Um dos motivos da crise do Direito moderno reside na acentuação do seu fechamento operacional (clausura operativa), com forte resistência em equacionar a este aspecto a sua abertura cognitiva, observando esses dois lados. A solução denota ser a recorrência ao Direito reflexivo estabelecendo as relações intersistêmicas de observação, interferência e comunicação.

Sendo que essas relações devem resultar a um mesmo dimensionamento comunicativo, constituindo-se parte do processo de alienação do Direito. Aqui se entende o processo de alienação de duas formas, uma inevitável e outra como possibilidade frente ao senso comum dos operadores jurídicos baseados no normativismo puro. Devido ao processo de fechamento operacional pode acontecer uma completa alienação do Direito, entendido aqui como uma separação completa do sistema ao seu ambiente, não reconhecendo assim as relações que o sistema possui com o exterior. No entanto, entende-se o conceito de alienação como o “pecado original do Direito”, ou seja, sua própria “virtude”:

na realidade, se o direito reconstrói um conflito social sob as circunstâncias de um procedimento e com uma linguagem expressamente artificial, o conflito original será desviado, desapossado, deslocado, disseminado, bem desgastado e falsificado. Visto assim, observar o décimo segundo camelo então significa, primeiro, posicionar-se dentro da competência da lei. Em princípio, o direito não pode desenvolver bastante empatia para entender os conflitos sociais “do exterior”. Ele pode, apenas, os transformar em questões jurídicas técnicas. Mas ele os reconstrói de maneira que eles possam ser o objeto de uma decisão jurídica em qualquer caso. Quer dizer, ao mesmo tempo que a *quaestio juris* tem pouco ou nada a fazer com o conflito social original. [...] Os casos jurídicos não podem e não devem ser o retrato exato dos conflitos sociais.[37]

Embora cada sistema social possua seu código e autopoiese própria, eles emergiram do ambiente social, o que nos permite compreender que eles preservam em si uma identidade social, o que possibilita que participem na comunicação social geral, embora isto seja algo improvável. Significa dizer que é possível haver articulações recíprocas entre sistemas que utilizam matéria-prima semelhante nos atos comunicativos. Contudo a comunicação dependerá também do resultado da interação com o outro sistema, ou seja, dependerá de ter havido informação, elocução (ato de informar) e compreensão.

Leonel Severo Rocha, ao observar o Direito na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, notadamente em relação ao sistema jurídico, nos chama a atenção sobre a importância atual de uma maior reflexão em relação às metáforas da complexidade, do paradoxo, do risco, novos direitos e do tempo. Ou seja, é preciso uma postura reflexiva sobre a complexidade enquanto um excesso de perspectivas em nosso horizonte temático, ao observarmos o Direito, assim como buscarmos a superação da tendência dos juristas de afastar a questão da contradição, defendendo assim o princípio da não-contradição. Para ele “hoje em dia, para se descrever o Direito é preciso pensar-se no contrário, nos paradoxos. Isto é, numa oposição positiva em que a existência, sem cair-se numa dialética simplista, de contradições, é condição para a observação.”[38]

Nesse sentido, ganha importância a idéia do “risco”, no sentido em que “não se pode mais falar em teoria do Estado, teoria geral do Estado, crise do Estado de bem-estar,

sem prescrutar-se a dificuldade contingencial das conseqüências das decisões políticas (e jurídicas).”[39] Juntamente com isso aparecem direitos que não se enquadram na programação condicional do normativismo, revelando uma grande defasagem temporal, que por sua vez, pressupõe a defasagem social e prática. Rocha faz emergir a temática do Tempo enquanto instituição social e nesse sentido depende do Direito”[40]. Tempo e Direito estão intimamente relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história”. E nessa instituição imaginária, na qual o Tempo constrói e é construído, institui e é instituído, o Direito é uma instituição temporal”[41], um mecanismo de controle do Tempo.

Nesse sentido pode-se dizer que a teoria autopoietica superou a tradicional oposição entre sistema aberto ou fechado, provocando uma mudança do paradigma que concebia, equivocadamente, que a manutenção da identidade de um sistema social, que operasse segundo uma lógica de *inputs* e *outputs*, necessitava de uma regulação externa. Esta concepção foi afastada pelo paradoxo autopoietico da clausura auto-reprodutiva. Trata-se de um paradoxo, porque um sistema será mais aberto e adaptável ao seu meio envolvente, na medida em que preservar intacta sua auto-referencialidade, ou seja, o fechamento operativo do sistema é o que assegura a abertura sistêmica ao meio envolvente. Significa dizer que a clausura do sistema jurídico autopoietico é o que proporciona a condição para sua abertura em relação aos eventos produzidos no meio. Embora os eventos extra-sistêmicos não sirvam de fonte de informação direta para o sistema de referência, ele estimula os processos internos que operam através de um critério determinado pela autopoiese específica do próprio sistema, pelo seu fechamento operacional. Segundo Luhmann, este é o paradoxo do direito moderno e da sua autonomia: “o sistema jurídico é aberto porque é fechado e fechado porque é aberto.”[42]

É nesse contexto do paradoxo da constituição do Direito é que propomos a relação para com a incorporação dos anseios de um movimento ambientalista através da utilização do conceito de desenvolvimento sustentável como forma de, reconhecendo o acoplamento estrutural existente entre Direito, Política e Economia, decidir juridicamente através do que Teubner classifica como “*order from noise*”, ou seja, a aplicação dos conceitos de perturbação, acoplamento estrutural, deriva estrutural para alcançar a chamada coevolução.[43]

4.1 Possibilidades jurídicas de decisões sustentáveis: *order from noise*

A principal hipótese para o estabelecimento do que se denomina aqui como *possibilidade jurídica de decisões sustentáveis* está baseada na idéia de que a comunicação é extremamente improvável, e enquanto improvável ela não se baseia em entradas e saídas (*inputs* e *outputs*) transportadas entre sistemas, mas sim que a

comunicação existe enquanto reconstrução da comunicação internamente por cada sistema através das perturbações e acoplamento estruturais.

Essa referida hipótese apresentada agora já tem como base de comprovação o construído nos capítulos e subcapítulos anteriores, de forma que podemos indicar caminhos para sua verificação nas palavras de Teubner, para o qual,

[...] um sistema operacionalmente fechado está estruturalmente conectado ao seu nicho quando usa acontecimentos do ambiente, como perturbações, a fim de construir ou mudar as suas estruturas internas.[44]

Dessa forma corrobora-se a hipótese, reconhecendo que através dessas inúmeras perturbações inter-sistêmicas acontece ao mesmo tempo inúmeras microssincronizações entre o sistema e seu ambiente, lembrando que do observar interno do sistema esse ambiente é constituído por tudo que é externo a ele, incluindo os outros sistemas. O que se conclui parcialmente é que tais microssincronizações acabam por levar a um caminho comum de decisões, resguardadas as suas particularidades internas, entre os sistemas, chegando a “[...] uma deriva estrutural do sistema com o nicho e a uma coevolução de diversos sistemas estruturalmente acoplados.”[45]

É principalmente nesse ponto que se justifica a forma como foi estruturado o resultado dessa pesquisa, abordando-se primeiramente os anseios sociais em prol de um mundo não-humano, que se enquadra no conceito de meio ambiente, e posteriormente a construção do conceito de desenvolvimento sustentável. O que se pode extrair dessa construção teórica é que o próprio conceito de desenvolvimento sustentável não pertence a nenhum sistema mas é paradoxalmente presente em todos, já que aqui afirma-se que sua construção se deu através das inúmeras microssincronizações possibilitadas pelos processos de irritação que Teubner aborda.

O que se provou aqui é que o conceito de desenvolvimento sustentável não foi uma novidade imposta pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente através do Relatório Brundtland, mas sim uma construção recíproca entre o sistema político, econômico e jurídico pelas inúmeras observações e decisões pelos seus códigos binários e processos de auto-irritação que cada um sofreu, atingindo hoje a deriva estrutural e a coevolução dos diferentes sistemas.

Dessa forma, o que é um *sucesso parcial* para todas as reivindicações ambientalistas como uma decisão em prol de toda coletividade, ou uma nova forma de

decidir economicamente levando em conta novas características, o desenvolvimento sustentável está presente também no sistema jurídico como forma vinculante de decidir, seja ele internacional pelas Declarações e Convenções firmadas quanto nas Constituições Estatais, a exemplo do elencado como Direito Fundamental no artigo 225 da Constituição Federal brasileira de 1988.

Aprimorando essas observações, Teubner propõe uma qualificação do conceito de acoplamento estrutural através dos conceitos de *mal-entendidos produtivos*, as chamadas *instituições de ligação* e por sua vez a *responsividade* como forma de trazer refinamentos no decidir social.

O que o autor propõe como *mal-entendidos produtivos* é consequência de sua opinião de que o conceito de perturbação não é suficiente para o entendimento do paradoxo de abertura/fechamento dos sistemas e subsistemas sociais. Dessa forma ele entende que o “discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de auto-reprodução da sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-los como *fontes* de produção de normas.”[46]

Quanto ao seu apontamento sobre *instituições de ligação*, o mesmo traz a idéia de que

o acoplamento estrutural depende de determinadas instituições de ligação, que irão dar forma à sua duração, qualidade e intensidade. Enquanto no ‘antigo’ pluralismo jurídico a conexão entre o direito e o campo social era a recepção de normas sociais difusas pelo direito, o ‘novo’ pluralismo jurídico caracteriza-se pela existência de instituições específicas, que conectam o direito a uma *multitude* de sistemas funcionais e organizações formais.[47]

Já no terceiro aspecto observa-se um contraponto entre coevolução e responsividade, onde o primeiro, segundo o autor, levaria a uma “mera sobrevivência” de construções internas do direito enquanto que a responsividade social “nasce quando as instituições de ligação associam o direito mais estreitamente aos demais discursos sociais autônomos”, complementando o autor com a idéia de que o Direito assim estaria mais voltado à sociedade, porém “não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos.”[48]

Toda essa idéia coaduna-se com a reformulação da forma de observar a estrutura do sistema jurídico com base na sua distinção característica entre legal/ilegal, direito/não direito, como forma de comprovar que o sistema jurídico não está ligado exclusivamente ao Estado de forma hierárquica, mas sim de forma horizontal entre centro e periferia como indicado anteriormente. Concorde-se aqui com Teubner que complementa dizendo que “a concepção aqui escolhida nega categoricamente ao direito oficial estatal qualquer posição hierárquica superior, orientando-se, antes, pela imagem de diversos discursos jurídicos encontrados em níveis iguais”[49], mas salienta-se que em posições diferentes de observação, corroborando com a idéia de centro e periferia do sistema.

Apresentando de forma mais didática, o que quer explicar aqui é que o sistema jurídico opera/decide com base na distinção paradoxal entre direito/não direito, e que essa distinção entre o que é legal e ilegal juridicamente não é exclusiva das instituições estatais, por mais que seja preservado seus pontos de observação. Tendo em vista a função do Direito ser a de estabelecer expectativas confiáveis, que são contingentes, onde houver a convergência de expectativas com base no código legal/ilegal está se trabalhando dentro do sistema jurídico, porém em posições diferentes, ressalvada assim a posição *central*, e não superior, dos Tribunais, enquanto instituições, na decisão jurídica tendo em vista o seu grau de generalização quando do decidir jurídico de suas expectativas.

Salienta-se que essa estrutura jurídica apresentada pode ser transposta para os mais diversos sistemas quando da utilização dos seus códigos binários nos mais diferentes pontos de observação/decisão, de forma que corrobora a idéia de negação de uma hierarquia. Ou seja, tanto o sistema político e o sistema econômico são identificáveis pelos seus códigos binários, e não pelas estruturas hierárquicas, onde quando for utilizado respectivo código, estar-se-á operando a partir das prerrogativas comunicacionais de tais sistemas referenciados.

Nesse contexto é que se coloca novamente o discurso do desenvolvimento sustentável, que através dos diversos mal-entendidos produtivos que o sistema jurídico, econômico e político acabaram sofrendo e colaborando, houve uma convergência estrutural para uma responsabilidade social, de forma que encontram-se acoplados estruturalmente o Direito, a Economia e a Política no que tange suas decisões em prol de uma nova forma de observar a relação entre homem e meio ambiente.

É assim que se pretende qualificar o conceito de desenvolvimento sustentável, presente paradoxalmente nos mais diversos sistemas e pontos de vista de observação, como conceito-chave para a decisão jurídica no que tange sua responsabilidade, levando em conta assim os mais diversos refinamentos diferentes na sua decisão, ou seja,

contingência, paradoxo, risco, tempo como forma de melhor contemplar sua responsividade na decisão/observação.

5. Considerações finais

A racionalidade e a perspectiva política de atuação, como demonstrado, estão presentes mais intrinsecamente no novo ambientalismo, que por sua vez, através dessa angústia por mudar a forma do homem observar a própria observação acabou por corroborar o fortalecimento dessa nova corrente sociológica, o pensamento sistêmico, como forma racionalmente apropriada para abordar a contemporaneidade, tendo em vista a complexidade com a qual ela se apresenta.

Nesse mesmo sentido, a mudança ocorrida no seio da sociedade também pode ser percebida no decorrer das observações em volta do conceito de desenvolvimento, que de critérios de observação baseados no reducionismo analítico de abordar somente um viés, ou seja, o do crescimento objetivo nos menores prazos possíveis para hoje abordar tal conceito com critérios mais refinados. Percebe-se então a contínua mudança no sistema econômico quanto sua percepção na decisão e da própria forma de observação, hoje tendo vinculado uma perspectiva sustentável e de longo prazo nas suas decisões e ainda uma nova forma de medir esse desenvolvimento.

Quanto a esse processo de mudança contínua que perpassa economia e política, percebe-se que os dois sistemas durante todo processo descrito mantiveram suas diferenças sistêmicas no seu processo de auto-reprodução contínuo, característica necessária para a confirmação da hipótese no que tange uma nova forma de observação. Salienta-se aqui a visível auto-irritação de cada no processo de potencializar os *maus entendidos produtivos* na convergência de decisões visando uma coevolução e responsividade pelo acoplamento estrutural que se gerou em volta do conceito de desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, como possibilidade jurídica para decisões em prol de uma nova forma de observar a relação homem e meio ambiente, utilizou-se do conceito de desenvolvimento sustentável como vinculado a um acoplamento estrutural, não somente relacionando os sistemas político e econômico, mas também o jurídico, potencializando os *maus entendidos produtivos* e a responsividade social do sistema jurídico ao decidir com o viés sustentável.

Salienta-se que a hipótese estipulada como caminho a ser verificado no decorrer da pesquisa foi confirmada, tendo em vista os conceitos abordados, como sendo a observação autopoietica do sistema jurídico como a adequada a abordar decisões ecológicas, nos mais diferentes pontos de observação, na busca de uma adequação com os acoplamentos estruturais firmados e a potencialização da deriva estrutural e responsividade existente entre Direito, Economia e Política.

Dessa forma complementa-se que o conceito de desenvolvimento sustentável apresenta-se de forma paradoxal em todos os sistemas e em nenhum ao mesmo tempo, pois devido a essa convergência na gestão dos maus entendidos produtivos as suas características são construídas de forma contínua e não ocasional, onde através da paradoxal abertura/fechamento de cada sistema se constitui e se constrói tal conceito.

Conclui-se também, finalizando o presente trabalho, pela constatação de que esse processo de *aprendizagem* intersistêmica não encontra-se acabado, mas sim constitui-se enquanto deriva estrutural. Motivo pelo qual esta pesquisa nunca poderá vir a ter uma conclusão definitiva, mas sim aproximações quanto ao devir das decisões sociais, das quais só a sociedade definirá.

6. Referências

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 49-59.

_____, Niklas. O enfoque sociológico da Teoria e Prática do Direito. *Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 28, p. 15-29, junho/94.

_____, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48.

_____, Niklas. *Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 60-74.

_____, Niklas; De GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Universidade de Guadalajara, 1993.

MATHIS, Armin. *O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.rebea.org.br/rebea/arquivos/niklas.pdf>>. Acesso em 27 de Setembro de 2004.

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

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

ROCHA Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 309-320, p. 310-311.

TEUBNER, Gunther. *As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs). Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 109-144.

_____, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 89.

_____, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

[1] ROCHA Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 95.

[2] ROCHA Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 98.

[3] ROCHA Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 100.

[4] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

[5] Cf. MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas para a compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 50

[6] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 20.

[7] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 47.

[8] Porém não foram os primeiros. Conforme Luhmann, Heinz Von Foerster já trabalhava as questões de máquina triviais e não triviais. Cf. LUHMANN, Niklas. *Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 60-74, p. 64.

[9] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 71.

[10] A autonomia aqui é entendida como a forma que designa uma unidade viva na multiplicidade (*unitas multiplex*). Ao estabelecer o conceito de autonomia com dependência percebe-se uma evolução frente as teorias que utilizam conceitos de partes/todo, juntamente com a evolução na discussão sobre sistemas fechados ou abertos. Um sistema autopoietico é aberto porque é fechado e fechado porque é aberto, percebendo-se então que a abertura e o fechamento não são fases ou etapas, mas sim ocorrem simultaneamente.

[11] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 71.

[12] MATURANA, Humberto; VARELA Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas para a compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 87.

[13] Cf. CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, p. 136-146.

[14] CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996, p. 151.

[15] LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 49-59, p. 51-52.

[16] LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 49-59, p. 52, griffo nosso.

[17] TEUBNER, Gunther. *As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs). Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 109-144, p. 111.

[18] LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 49-59, p. 52.

[19] TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 59.

[20] Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: “Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser “vivos” em diversos graus”. CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

[21] TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 63-64.

[22] LOPES JUNIOR, Dalmir. *Introdução*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 109-144, p. 8.

[23] TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.32, et seq.

[24] Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um círculo vicioso, mas a um círculo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

- [25] CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94-95.
- [26] LUHMANN, Niklas; De GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Universidade de Guadalajara, 1993, p. 34-35.
- [27] LUHMANN, Niklas; De GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Universidad Iberoamericana. Guadalajara, México: Universidade de Guadalajara, 1993, p. 42, grifo nosso.
- [28] Cf. LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48, p. 40-41.
- [29] Cf. LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48, p. 41.
- [30] Cf. LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48, p. 41.
- [31] LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48, p. 41.
- [32] LUHMANN, Niklas. *Por que uma “teoria dos sistemas”?*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs). Porto Alegre: UFRGS/Goethe-Institut, 1997, p. 37-48, p. 42.
- [33] MATHIS, Armin. *O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.rebea.org.br/rebea/arquivos/niklas.pdf>>. Acesso em 27 de Setembro de 2004.
- [34] LOPES JUNIOR, Dalmir. *Introdução*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 109-144, p. 8.
- [35] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.61. “Sistemas sociais, por sua vez, teriam como elementos comunicações, que produzem outras comunicações, que, porém, não existem no ambiente, mas sim apenas na sociedade, enquanto sistema comunicativo global, onde sistemas parciais, também ditos” sistemas funcionais “, aparecem como ambiente uns para os outros”.
- [36] TEUBNER Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.53.

- [37] TEUBNER, Gunther. *As Múltiplas Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Orgs). Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Luhmen Júris, 2004, p. 109-144, p. 111.
- [38] ROCHA, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 309-320, p. 310-311.
- [39] ROCHA, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 309-320, p. 310-311, p. 311.
- [40] ROCHA, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 309-320, p. 310-311, p. 312.
- [41] ROCHA, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 2003. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 309-320, p. 310-311, p. 314.
- [42] LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da Teoria e Prática do Direito. *Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 28, p. 15-29, junho/94, p. 21. Cf. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- [43] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 83.
- [44] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 84.
- [45] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 84.
- [46] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 86.
- [47] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 86.
- [48] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 86.
- [49] TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP: 2005, p. 89.

DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL*

RIGHT TO THE SUSTAINABLE CITY

Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire

RESUMO

O presente artigo pretende tratar do Direito às Cidades Sustentáveis, germinado a partir do capítulo de Política Urbana da Constituição de 1988, um dos capítulos com maior participação da sociedade civil. O ponto principal do trabalho é investigar a cidade e o direito à cidade como locus que precede a concretização de vários direitos fundamentais, tais como a moradia, o lazer, o trabalho, o direito de ir e vir (acessibilidade), a igualdade, o meio ambiente, entre outros. O trabalho visa descortinar os instrumentos de direito urbano que viabilizam a sustentabilidade das cidades brasileiras, conforme os paradigmas de planejamento urbano contemporâneos, que incluem a gestão participativa como ponto focal, e as inovações inseridas pelas novas tecnologias da informação, onde se discute o conceito da cibercidade.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADE, SUSTENTÁVEL, PARTICIPAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS, CIBERCIDADE

ABSTRACT

The present article intends to deal with the Right to the Sustainable Cities, germinated from the chapter of Urban Politics of the Constitution of 1988, one of the chapters with greater involvement of civil society. The main point of work is to investigate the city and the right to the city as a locus preceding the implementation of various fundamental rights, such as housing, leisure, work, the right to come and go (accessibility), equality, the environment, among others. The work aims to identify the instruments of law that enable the urban sustainability of Brazilian cities, according to the paradigms of contemporary urban planning, which include participatory management as a focal point, and innovations included by new information technologies, where he discusses the concept of cybercidade.

KEYWORDS: CITY, SUSTAINABLE, PARTICIPATION, FUNDAMENTAL RIGHTS, CYBERCIDADE

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

A Constituição de 1988 é um marco na política de sustentabilidade ao incluir um capítulo inteiro, no Título da Ordem Econômica, sobre a Política Urbana. Este capítulo foi resultante de um amplo processo de participação, uma Emenda popular com mais de 130 mil assinaturas. Além de forjar uma política urbana sustentável, tem como fundamento a função sócio-ambiental da propriedade urbana e credita ao Poder Público o exercício do urbanismo como função pública. A partir da análise dos principais problemas urbanos da atualidade, como a falta de moradia, lazer, acessibilidade, trabalho, e do conceito de sustentabilidade serão abordados os instrumentos que viabilizam um direito a cidade e uma gestão democrática da cidade. De acordo com a Constituição e com o Estatuto da Cidade, o urbanismo deve ser exercido em favor de todos os habitantes, segundo o princípio da justa distribuição dos benefícios da urbanização, tornando-se uma questão intrínseca ao planejamento da cidade e à sua sustentabilidade.

O direito à cidade é um dos pressupostos para a efetivação dos direitos à moradia, ao trabalho, ao lazer, viabilizados por um sistema de acessibilidade urbana (circulação), conforme as recomendações da Carta de Atenas (Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, 1931). Sem a cidade estruturada para todos não há como falar na promessa da modernidade, do Estado Social e da efetivação dos direitos fundamentais no meio urbano. Na periferia das cidades brasileiras, observam-se as precárias condições de salubridade, de moradia, de lazer, de transportes, ou ainda de segregação espacial, contribuindo para a estigmatização de sua população ferindo o princípio da dignidade humana, pilar da Constituição Federal. Tal cenário das cidades brasileiras, fere os princípios sócio-ambientais contidos na Constituição Federal.

A sociedade contemporânea escolheu viver em cidades, sendo a cidade o *locus* de maior pressão nos recursos naturais e palco do espetáculo da exclusão. A maioria das cidades brasileiras tem ordenamentos urbanos caóticos. Cidades-condomínios-fechados se forjam em detrimento da vida comunitária, e avançam sobre espaços verdes, mananciais, áreas necessárias à chamada sustentabilidade urbano-ambiental.

A gestão de cidades, no mundo contemporâneo, é um desafio dada à sua complexidade e interdisciplinaridade. A gestão local descentralizada estabelecida pela Constituição Federal e os desafios da sustentabilidade albergados pelo moderno constitucionalismo são necessariamente abordados de forma interdisciplinar, visto que o tema chama à análise de conceitos de várias ciências. A gestão urbana-ambiental traduzida em políticas públicas que se mostrem eficazes na consolidação da cidade sustentável é um desafio da contemporaneidade, principalmente no Brasil que assistiu a um processo de urbanização relâmpago, onde 80% da população nacional, segundo IBGE, habita cidades sem planejamento, sem condições mínimas de dignidade humana e que contribuem substancialmente para o esgotamento dos recursos naturais e agravamento dos problemas globais. O problema ambiental global tem início no local. A

descentralização político-administrativa e reconhecimento do município brasileiro como parte integrante da federação e espaço privilegiado da gestão pública significa um avanço político participativo, porém a ausência de correspondente capacidade de gestão frente à complexidade das questões urbanas-ambientais são constatações trágicas que alarmam os municípios brasileiros.

1. Sustentabilidade Urbana

A compreensão do conceito de sustentabilidade de forma ampla e imbricada à qualidade de vida, à participação, cultura e economia, é pressuposto para a conceituação de cidade sustentável no direito brasileiro. Nesse sentido, desenvolvimento sustentável deve responder a cinco abrangentes exigências: integração da conservação e desenvolvimento; satisfação das necessidades humanas básicas; garantia de liberdade social; provisão da diversidade cultural e manutenção da integridade ecológica.

Segundo MATTOS (1999, p.14):

(...) existem várias definições para desenvolvimento sustentável, estabelecidas com propósitos diferentes, motivo pelo qual os conceitos e aplicação têm também alcances distintos e, por conseguinte os indicadores necessários para seu seguimento variam de acordo com os interesses do grupo social que se apropria do discurso. De qualquer modo, porém, estão sendo construídos consensos em torno da idéia de que democracia política, equidade social, eficiência econômica, conservação ambiental e diversidade cultural são os alicerces e indicadores da sustentabilidade para as gerações futuras.

A Agenda 21 Brasileira consolidou um capítulo para Cidades Sustentáveis, que usa como definição de sustentabilidade as dimensões traçadas por Roberto Guimarães (1997), quais sejam:

Sustentabilidade ecológica: base física do processo de crescimento e tem como objetivo a conservação e o uso racional do estoque de recursos naturais incorporados às atividades produtivas.

Sustentabilidade ambiental: relacionada à capacidade de suporte dos ecossistemas associados de absorver ou se recuperar das agressões derivadas da ação humana, implicando um equilíbrio entre as taxas de emissão e/ou produção de resíduos e as taxas de absorção e/ou regeneração da base natural de recursos.

Sustentabilidade cultural – necessidade de manter a diversidade de culturas e valores, práticas existentes no planeta, no país e/ou região e que integram ao longo do tempo as identidades dos povos.

Sustentabilidade social – objetiva promover a melhoria da qualidade de vida e a reduzir os níveis de exclusão social por meio de políticas públicas de justiça redistributiva.

Sustentabilidade política – relacionada a construção da cidadania plena dos indivíduos por meio do fortalecimento dos mecanismos democráticos de formulação e de implementação das políticas públicas em escala global, diz respeito ainda ao governo e à governabilidade nas escalas local, nacional e global;

Sustentabilidade institucional – necessidade de criar e fortalecer engenharias institucionais e/ou institucionais cujo desenho e aparato já levem em conta critérios de sustentabilidade. (1997, p.48)

Compreender a sustentabilidade nas diversas dimensões (Moradia, Lazer, Trabalho, Circulação), que se traduzem também em Direitos Fundamentais, conforme afirma de Daniella Di Sarno (2004) é fundamental para este artigo. M. Castells (1975, p 188), no clássico *Problemas de Sociologia Urbana*, comentou o assunto:

Os urbanistas explicaram freqüentemente a cidade como um conjunto de funções (trabalho, habitação, tempos livres e circulação – Carta de Atenas), mas é necessário substituir esta aproximação excessivamente descritiva pela noção de sistema funcional ou ecológico, estabelecimento da relação existente entre os elementos que asseguram a persistência de uma coletividade territorial enquanto unidade autônoma de produção e de consumo.

Para problematizar a sustentabilidade nesses quatro aspectos, moradia, lazer, trabalho e transportes, confrontando com os direitos fundamentais analisa-se a seguir a realidade local:

1.1. Moradia

Moradia é um direito fundamental, definido por emenda constitucional no artigo 6 da Constituição Federal, mas compreender a sua sustentabilidade envolve questões que retomam ao planejamento urbano e desenho urbano. A moradia destinada à população de baixa renda não respeita o mínimo conforto ambiental e segurança. As relações de vizinhança, tão importantes para forjar o cidadão, as amizades, identidade com sua história e lugar, têm sido desfavorecidas pelo planejamento urbano. A legislação urbana quando incide sobre áreas de baixa renda permite calçadas mais estreitas sem possibilidades de arborização, inviabilizando o convívio no espaço. As relações de vizinhança foram suprimidas na cidade que trata a moradia como um direito desconectado da cidade, dos espaços públicos, do passeio (calçadas) e da natureza. A localização de moradias, também distantes dos centros de emprego, obrigam o uso

cotidiano do transporte público, comprometendo o orçamento familiar, devido ao custo das tarifas de ônibus. De outro lado, a construção de condomínios fechados também distantes dos centros, em áreas aprazíveis, leva ao espraiamento das cidades causando a perda de áreas naturais e o uso do transporte motorizado, principalmente o automóvel, contribuindo para o aquecimento global.

1.2. Lazer

O lazer também se configura como direito constitucional (art. 6, caput; 217, §3). Mas a cidade moderna tem suprimido suas áreas de lazer e espaços públicos. Além disso, tem sido construída em contraposição à natureza, virando as costas para seus recursos naturais, perdendo tanto a qualidade (despejo de esgotos e lixo nos rios, por exemplo) como as paisagens.

Da análise de mapas da cidade de Fortaleza se depreende que apesar de rico em áreas de preservação ambiental, dotados de amplo potencial para o lazer da população (esportes náuticos, trilhas, natação, barquinhos, pesca etc.) a cidade tem sido construída de forma a perder até a visibilidade desses recursos. Os aterramentos e ocupações são freqüentes, com conseqüências irreversíveis ao sistema de drenagem da cidade, à qualidade das águas, à manutenção de áreas verdes naturais, ao equilíbrio climático, à perda de biodiversidade e, principalmente às áreas de lazer e de contemplação. O lazer na cidade deve atender às diferentes faixas etárias, no entanto, a distribuição espacial das áreas de lazer favorecem apenas aos jovens e aos fisicamente habilitados, exigem grandes deslocamentos, e não são desenhados para o convívio de idosos e crianças, principalmente pela falta de acesso (rampas, passeios adequados) e segurança (proximidade de avenidas, áreas que não privilegiam o pedestre), para citar alguns dos problemas.

1.3. Trabalho

O direito ao trabalho também assegurado constitucionalmente (art 6, 7 CF), encontra no desenho da cidade barreiras muitas vezes intransponíveis, quanto ao acesso. A moradia localizada longe do trabalho, as altas tarifas dos transportes públicos, a precariedade dos meios de transportes, a ausência de horários definidos nas linhas de coletivos, o tempo a ser dispendido nos deslocamentos, entre outros problemas, findam por afastar o cidadão do acesso ao trabalho digno. Além desses problemas, os assentamentos de baixa renda, inseridos nas áreas ditas “urbanizadas”, são projetados com uma conectividade baixa com relação ao resto da malha urbana contribuindo para uma segregação espacial e social. Inviabilizando, assim, que profissionais qualificados (bombeiros, costureiras, mecânicos etc.) possam oferecer seus serviços à população. Apenas para exemplificar a distância que os princípios de igualdade, dignidade humana e redução das desigualdades sociais guardam da elaboração das leis.

Os atropelamentos tornam-se freqüentes, e a cidade alija o cidadão do conforto mínimo a sua dignidade. Em contradição às recomendações do Estatuto da Cidade, que ampliou o leque de políticas e parâmetros necessários para uma cidade sustentável. Porém, é

verdade que pouco se tem escrito sobre a interpretação desta Lei das Cidades e poucos princípios construídos visando à interpretação mais ampla de qualidade de vida urbana. Os princípios urbanísticos, como se aduz a seguir, se restringem a preocupações mais economicistas, e até simplistas, o que não revela a riqueza de interpretações possíveis das leis ambientais-urbanas e princípios constitucionais.

1.4. Acessibilidade (locomoção)

A acessibilidade está assegurada constitucionalmente no direito de ir e vir e locomoção (art. 5). Mas esse é outro entrave que as cidades modernas não resolvem pelo seu desenho distante das necessidades dos pedestres, ciclistas, deficientes, idosos e crianças, pela ausência de políticas públicas que consolidem os direitos proclamados pela Constituição. A cidade é construída para o automóvel, perdendo vastas áreas para os estacionamentos e vias. A poluição dos combustíveis fósseis é hoje o grande desafio global, devido ao aquecimento global e todas as conseqüências nefastas que se avizinham.

Segundo Eduardo Giraque (2007) afirmou:

Em, 2007, pela primeira vez na história da humanidade, a população global estará fixada mais na cidade do que no campo. O desafio maior estará em regiões como a América Latina e a África, onde as cidades (que hoje ocupam apenas 0,4% da superfície do planeta), vão crescer ainda mais do que no restante do mundo. No geral, por consumirem 75% de todo o combustível fóssil usado na Terra, as cidades são consideradas hoje as grandes vilãs do aumento do efeito estufa. Mas também são suas maiores vítimas: das 33 metrópoles que devem ter mais de 8 milhões de pessoas em 2015, 21 delas estão na perigosa zona ameaçada pelo nível do mar. (Folha de São Paulo de 14 de janeiro de 2007)

No entanto, as políticas públicas que busquem a redução do uso do carro parecem, ainda, uma distante realidade para o Brasil. Um dos princípios definidos pelas cidades sustentáveis publicados a partir da elaboração de Agendas 21 locais, e analisados na publicação *Sustainable Settlements*, publicada pela *University of the West of England e Local Government Management Board* defende o “*Desenvolvimento da estrutura de redes de circulação energeticamente sustentáveis*”.

Em dissertação de mestrado em Transportes na Universidade Federal do Ceará, Mônica Gondim (2001, p 34) analisando esse princípio, resumido por *HUGH BARTON in Urban Design Quarterly*, afirma:

O princípio trata da estrutura do desenvolvimento das redes de circulação quanto à eficiência energética. Ressaltando que enquanto os planos de desenvolvimento urbano priorizam a rede rodoviária como elemento estrutural, o planejamento sustentável tem como ponto de partida a circulação de pedestres e ciclistas, e o transporte público. Mas para se dar ênfase nos modos não-motorizados é preciso antes garantir um modelo de uso do solo compatível, tendo como objetivo a redução do uso do automóvel em troca

de um aumento dos níveis de segurança e das oportunidades de escolha dos meios de transporte.

Richard Burdett curador da Bienal de Veneza de 2006, arquiteto inglês, considerado um dos maiores especialistas no mundo sobre urbanismo e grandes cidades, diretor do curso *Cities Program da London School of Economics*, criou a série de conferências *Urban Age*, que reúne prefeitos e arquitetos de todo mundo para discutir o futuro das megalópoles, em entrevista à Folha de São Paulo em 23 de outubro de 2006 levantou alguns alertas sobre as possíveis soluções na área de transportes:

(...) Mas há exemplos bem-sucedidos. A Cidade do México fez 200 quilômetros de metrô. Bogotá criou uma rede de corredores de ônibus que é um sucesso, além de mais de 300 quilômetros de ciclovias. Lazer, trabalho e pequenos percursos só são feitos de bicicleta. É uma cidade de terceiro mundo, de 8 milhões de habitantes, com menos dinheiro que São Paulo e que fez uma transformação radical com três prefeitos talentosos. Pouco dinheiro, mas se reinventaram. E ainda criariam uma rede de bibliotecas invejável. Dá uma enorme esperança e São Paulo pode aprender com isso.

Pensar esses princípios e inseri-los em propostas de Políticas Públicas concretas abrange uma concepção que vai além do acesso a terra urbana e moradia (principais norteadores do Estatuto da Cidade), mas pressupõe uma moradia integrada na malha urbana, com acesso aos bens e serviços, concretização real dos diversos princípios constitucionais que tratam da erradicação da pobreza, da igualdade, da liberdade e dignidade da pessoa humana. Enfim, uma cidade que tenha parâmetros de sustentabilidade mais amplos e uma visão mais complexa na suas soluções. A cidade construída para uma elite é o fator maior de exclusão social, que ao delimitar os espaços onde o acesso aos direitos são possíveis exclui toda uma maioria sem-cidade, que não tendo o transporte público de qualidade vive na margem dos acontecimentos, acessos a serviços públicos e trabalho. Na definição de Marcelo Neves (*apud* STRECK, 2003) é criado o cidadão subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso.

Não é possível abordar a crise ambiental atual desvinculada do processo de urbanização e das inovações da nova “revolução industrial”, a *Era da Informação* por isso se propõe a análise do pensamento de Castells e do moderno constitucionalismo como marcos referenciais teóricos que embasarão a pesquisa.

A urbanização intensiva foi o fenômeno socioeconômico mais complexo e importante do século XX. Além de ter promovido globalmente a transição de uma sociedade rural para uma sociedade urbana, tal processo também provocou mudanças irreversíveis nos padrões de produção e consumo e na maneira como as pessoas interagem com a natureza (Ferreira, 2004)

Destaca-se a interface da sustentabilidade política, como um fator que será abordado no item gestão participativa das cidades, fortalecida e elaborada de forma minuciosa com o advento do Plano Diretor Participativo, instrumento obrigatório e que encerra a participação como elemento estrutural na sua elaboração.

2. **Cidades: da Polis grega às cidades orgânicas pós-industriais: a cibercidades**

A vida nas cidades tem evoluído junto com o próprio caminhar do homem na Terra. A cidade caracteriza um determinado momento de organização social, por volta de 5.000 anos atrás, com a transformação das primeiras aldeias no Oriente Médio em espaços mais complexos de divisão e especialização do trabalho, tendo como característica o aparecimento da escrita. Das Necrópoles, baseadas nos encontros ritualísticos e religiosos até hoje, a cidade reúne e reflete a organização da sociedade, diante de diversos aspectos, sociais, econômicos, políticos, religiosos e técnicos. (HAROUEL, 1998, p.30)

A Polis grega, cidade política, berço da democracia como idéia, também era marcada pela morada dos Deuses, reverenciando seus respectivos espaços: A Ágora, espaço de debates e decisão sobre os desígnios dos cidadãos surge na polis, bem como a idéia de cidadania, associado a habitante da Polis; e a Acrópole espaço divino. As cidades medievais, cercadas por muralhas mantinham fora os inimigos e os maus espíritos, seus marcos edilícios eram as Igrejas, mosteiros e castelos, em contraste com a civilização romana que valorizava o lazer: o circo, as casas de banho, o anfiteatro, o estádio. A cidade cósmica é o primeiro modelo de cidade, onde se buscava o traçado de acordo com crenças e rituais, principalmente na Índia, China e Roma. Roma construiu suas cidades sob fortes crenças, buscando a ordem cósmica, e contribuiu com os banhos públicos como lugar de culto ao corpo e encontro. A cidade renascentista e barroca, marcada pelo poder do rei, deu lugar à civilização urbana, marcada agora pelo trabalho diário, pelas leis e pela razão. A cidade deixa de desempenhar o papel da representação religiosa do cosmos (natureza), passando a ser a sede do direito, da razão e da equidade. (LEAL, 2003, p. 10.)

As cidades após 1400, com o advento do Mercantilismo, seguido pela Revolução Burguesa, intensificaram o uso da terra, e perderam sua característica de instituição pública, para a primazia da propriedade privada. A cidade perdeu a forma. A cidadania que antes significava o vínculo com a cidade, passa a constituir o vínculo com o Estado. A metáfora da máquina contamina o pensamento dominante, e a cidade passa a ser concebida como uma máquina de morar, de trabalhar e de comerciar. (CARTAXO, p. 80, 2004) A cidade perde seu equilíbrio e relação simbiótica com a natureza.

A cidade do século XIX vai buscar outro referencial incluindo os diagnósticos, planos e a higienização nos processos de pensar a cidade. A cidade como ser vivo (MUNFORD, 1974) que se reproduz e precisa ser tratada. Paris, Londres e Amsterdã retratam a cidade como um corpo, indivisível. A cidade moderna, construída para automóveis, com seus fluxos e sistemas, centro e periferia, um sistema de redes de comunicação e informação.

Lefebvre em sua obra clássica, *Direito à Cidade*, ainda na década de 70, reflete sobre a cidade a estrutura social e ambiental, de certa forma antecipa o conceito de redes e informações que tem nas cidades seu ponto focal, e afirma:

No nível ecológico, o habitar torna-se essencial. A cidade envolve o habitar, ela é forma, envelope desse local de vida “privada”, ponto de partida e de chegada das redes que permitem as informações e que transmitem ordens. (2001, p61)

É Castells (1972) que rompe como pensamento da Escola de Chicago, que previa um modelo único de crescimento urbano baseado em centralidades, para destacar “que os problemas urbanos não eram de integração e sim de gestão do sistema social e, portanto, do conjunto urbano” (MARCONDES, 1999, p. 26)

As cidades industriais, no séc. XIX, se caracterizam pela rápida urbanização, com crescentes migrações para cidade, culminando num processo de aglomeração nas cidades nunca visto. O impacto ambiental e cultural da urbanização crescente é um fenômeno que tem polarizado os principais pensadores da atualidade, dada a sua complexidade e rapidez. A cidade pós-industrial acena para a virtualidade, e construção de espaços cibernéticos. As cidades virtuais, em que o acelerado processo de fluxos de informação desconhecem distâncias e o tempo tomam outra dimensão nos processos de fazer, comprar, divertir, encontrar e trabalhar. A cidade virtual implica em cada vez menos pessoas usando a cidade, e a mudança da referência dos centros urbanos, a centralidade espacial como referência simbólica perde sentido. Sobre cibercidades, Andre Lemos define e comenta sua crescente importância no mundo contemporâneo:

As cibercidades atendem assim, ao crescimento da insegurança social, a instalação de não-lugares e ao fluxo comunicativo crescente, transformando-se em uma espécie de salvação das cidades reais, onde predomina o espaço de lugares (LEMOS, 2001, p.19.)

As cidades são artefatos que se desenvolvem sempre em relação às redes técnicas e sociais. Hoje, dentro desta perspectiva, temos a nossa disposição uma nova rede técnica (o ciberespaço) e uma nova rede social (as diversas formas de sociabilidade on line), configurando as cibercidades contemporâneas. Vários exemplos dessa nova cidade estão a nossa volta: home banking, celulares, pages, palms, votação eletrônica, imposto de renda on-line, shopping on-line, governo eletrônico, telecentros e as diversas redes satélites. (LEMOS , 2004, p.1)

A velocidade marca as cidades contemporâneas, e esta velocidade se articula e move inclusive o capital, que circula mais rápido do que qualquer Estado (territorial) possa acompanhar.

Na década de 60 despertou-se a consciência dos limites do crescimento e da insustentabilidade das práticas de uso do meio ambiente. Transformações nas relações sociedade natureza têm se tornado mais veementes e urgentes. O Clube de Roma iniciou os estudos que demonstraram a finitude dos recursos naturais e apontaram para a necessidade de uma gestão ambiental sustentável. O termo sustentabilidade foi cunhado

e difundido no mundo inteiro, apregoando uma forma de viver que tenha responsabilidade com o futuro e ordene o uso do meio ambiente de forma a não exauri-lo. Não só na esfera ecológica se refere a sustentabilidade, mas também a cultural, social, econômica e urbana. Desde então só se expande a crise ambiental no planeta, com ameaças cada dia mais globais e preocupantes, as taxas de extinção de espécies, a perda de biodiversidade, o aquecimento global, a diminuição da qualidade de vida, o aumento de doenças ligadas ao estresse urbano são alguns dos exemplos mais lembrados.

A I Conferência da Organização das Nações Unidas para o Meio ambiente e Desenvolvimento (Estocolmo, Suécia) foi um marco histórico nesse processo de despertar para o meio ambiente. Inaugurou-se um novo ramo do Direito com preocupações transindividuais, transgeracionais e transfronteiriças.

Nestes últimos quarenta anos o Direito Ambiental firmou-se, com princípios, instrumentos, sanções, novos conceitos e procedimentos que alentam para uma mudança sócio-ambiental em busca da sustentabilidade. O desafio é urgente. A crise ambiental reflete fundamentalmente uma crise ética, paradigmática, de valores, que privilegiam uma sociedade de consumo e excludente, em detrimento de uma sociedade sustentável e incluyente. No ápice desse processo pode ser destacar a Rio 92 , II Conferência para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que reuniu o maior número de líderes mundiais jamais visto (178 governos e presença de 100 chefes de Estado ou Governo), onde três documentos fundamentais foram assinados: Agenda 21, Convenção de Mudanças Climáticas e Convenção da Biodiversidade. (SOARES, 2001, p. 76)

Apesar dos problemas ambientais aparentemente nos remeterem à natureza, éna cidade que está o desafio da gestão dos recursos naturais, visto que são as cidades que concentram o maior consumo de energia, matérias primas e emissão de poluentes. Sobre isso versará a próxima parte deste trabalho, sobre a gestão participativa e sustentável das cidades.

2.1 Direito à Cidade e gestão urbana- ambiental participativa

A cidade como direito de todos surge na Constituição de 1988, com a inserção do capítulo da política urbana, em que prevê a cidades sustentáveis e planejadas, com obrigação da elaboração de planos diretores participativos para a consolidação desse direito.

A garantia processual do direito à cidade foi alcançada com o inciso inserido na Lei da Ação Civil Pública, consolidando-o como direito difuso¹ (modificação efetuada pelo Estatuto da Cidade). No entanto, não encontra ainda sua necessária consolidação, principalmente porque o direito à cidade frequentemente se choca com os interesses dos direitos civis (ditos reais), como a própria expressão cunhada pelos civilistas, de valor mais afirmativo no imaginário dos juristas. Como afirma Streck (2005, p. 54):

(...) É este o dilema do brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque o judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do novo modelo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; por outro lado em face da democracia delegativa em que vivemos, de cunho hobbesiano, no interior do qual o legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos garantido o acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição.

A Ação Civil Pública, ainda pouco utilizada no Brasil, é um dos instrumentos que permite ao Judiciário apreciar o cumprimento dos direitos sociais (coletivos e difusos), podendo interferir diretamente nas políticas públicas, como afirma Streck (2005, p. 55):

Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado democrático de Direito. O estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que procedimentos legislativos e administrativos.

A ordem urbanística passou a ser um direito difuso, portanto transindividual, a ser defendido pela Ação Civil Pública (Estatuto da Cidade, art. 53). Sobre o surgimento e a importância dos direitos difusos, comenta Ada Grinover (2000, 13)

O estudo dos interesses coletivos e difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundametais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

A ordem urbanística, segundo Paulo Afonso, é a institucionalização do justo na cidade, sendo a ordem urbanística o conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem estar dos cidadãos. Na definição de Paulo Afonso vislumbramos que a especulação imobiliária tem sido a principal motivadora da desordem urbana, das cidades espalhadas e disformes em prol do lucro fácil dos vazios urbanos.

Cidades européias são notadamente destacadas por sua gestão urbana-ambiental que privilegia o ser humano, a história, patrimônio, o pedestre, enfim, é possível identificar cidades-patrimônio (Paris, Granada), cidades-turísticas-portuárias (Barcelona, Rotterdam), Cidades-pedestre-ciclistas ou que visam a acessibilidade (Amsterdã), para citar algumas que apresentam características de sustentabilidade.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), aprovado em 2001, é o marco regulatório destas novas relações com a cidade e com o meio ambiente, buscando resgatar a cidade como espaço de convivência multifacetada e diminuir o fosso social que se expandiu no país. O Estatuto da Cidade (EC) é fruto de uma forte mobilização social que teve a Constituição Federal de 1988 como ápice.

É importante transcrever aqui o pilar do Estatuto da Cidade, seu artigo segundo, que define o Direito à Cidade:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Porém, não se tem vislumbrado a conseqüente resurgência de cidades sustentáveis no país que confirmem essa proposta forjada pelo Estatuto da Cidade. A falta de uma doutrina jurídica sobre o assunto e pouca discussão das cidades dentro das Faculdades de Direito brasileiras faz-se notar. A ausência de um limite claro entre o Direito Urbanístico, Administrativo e Ambiental é notória em várias obras, tendo alguns autores optado por incluir o Direito Urbanístico como ramo do Direito Ambiental, outros como ramo do Direito Administrativo e muito poucos como um ramo autônomo.

As Conferências da ONU sobre assentamentos humanos (Habitat – Vancouver, 1976; Istambul 1996 e Istambul +5) instituíram um programa especial que discute e amplia as experiências exitosas nas cidades reforçando o paradigma da sustentabilidade. A Carta **Mundial pelo Direito à Cidade** afirma em seu artigo primeiro:

Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural. (FORUM MUNDIAL SOCIAL, 2005).

Algumas questões se apresentam ao Direito e precisam de reflexões mais claras e precisas, que coadunem os valores e princípios constitucionais numa interpretação a partir da realidade, para que o jurídico possa servir de ferramenta eficaz às

transformações necessárias. A primeira questão que se coloca é a concepção de cidade como espaço ambiental, meio ambiente construído (Fiorillo, 2004, p.48). O Direito Ambiental e seus princípios e instrumentos são capazes de suprir e responder aos urgentes clamores por uma cidade sustentável? Ou cidade é um espaço ambiente-cultura que deve ser informado por princípios mais específicos do Direito Urbanístico que garantam a sustentabilidade urbana? Esse é o primeiro aspecto discutido pela presente pesquisa. Alguns juristas já iniciaram essa discussão:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (SILVA, 1994, p.2)

Compreende, portanto, os seguintes aspectos:

- meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído;
- meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico;
- meio ambiente natural, constituído pelo solo, água, ar, flora, fauna, enfim pela interação dos seres vivos e seu meio. (SILVA, 1994, p. 3).

Neste sentido, a dicotomia cidade *versus* meio ambiente, perde sentido, assim como meio ambiente *versus* economia, pois não existe sustentabilidade possível se as políticas urbanas e ambientais não forem tratadas de forma integrada para a construção de uma sociedade justa e ambientalmente equilibrada. Como afirma Di Sarno (2004) é preciso superar o antropocentrismo na aplicação do Direito:

Entender o ser humano como integrante da natureza é reconhecer uma necessidade de respeito mútuo para que se consiga atingir um equilíbrio. (DI SARNO, 2004, p. 88.)

Celso Fiorillo afirma nesse sentido:

As cidades disciplinadas pelos planos urbanísticos e providas de serviços públicos, as ruas, os parques etc., dizem respeito somente a uma parte da população; outra parte não está em condições de se servir deles, e se organiza por sua própria conta em outros estabelecimentos irregulares (...) (FIORILLO, 2004, p.275)

Celso Fiorillo conceitua a cidade como bem ambiental. Diante da crise que se encontra a vida na cidade atualmente, marcada pela exclusão social, virtualização das relações e fortes impactos na qualidade de vida, é preciso a unificação das agendas ambientalistas e urbanistas em prol de cidade sustentável.

Celso Fiorillo analisa o processo de exclusão das moradias espontâneas no Brasil, que utilizou os mecanismos do Direito Administrativo e do Direito Civil na consolidação de uma cidade para uma classe social, e afirma: “a idéia que sempre vigorou foi a de oferecer moradias caras para a maioria da população, em quantidade absolutamente insuficiente à necessidade”, ressalta, “a Constituição Federal reconhece a necessidade

de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais (art 3, III).” Rogério Leal também comenta esta dicotomia da vida urbana:

O mais grave é que não existe uma consciência coletiva urbanística ou ambientalista que se preocupe com a desordem da ocupação, que gera a deterioração da qualidade de vida e o caos social. (LEAL, 2003, p.79)

Nesse sentido, compreendendo a cidade como espaço de realização dos direitos, mas enfocando o Direito Administrativo Joyceanne Bezerra (2004) afirma:

Na vida moderna, a indústria e a tecnologia são supedâneos da dignidade humana, de sorte que a prestação de serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício de direitos sociais, incluindo nestes as telecomunicações, o fornecimento de energia elétrica, de água e os transportes. Estes serviços participam em grande medida como instrumentos de coesão social, funcionando como direitos sociais, razão porque devem ser prestados com qualidade e a preços acessíveis

Na Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de concretizar materialmente as liberdades constitucionais. É obrigação do Estado a garantia de um *status* mínimo de satisfação dos indivíduos. O fornecimento de água, energia elétrica, telecomunicações são itens incorporados à vida diária do cidadão moderno como quesitos dotados, para muitos, de uma certa obviedade. A vida digna numa sociedade atual não se completa sem o acesso a estes bens que integram a pauta das necessidades coletivas gerais.

O segundo aspecto a ser problematizado é a gestão urbana e políticas públicas para sustentabilidade e qualidade de vida. É possível estabelecer políticas urbanas sustentáveis com base na legislação vigente? Os princípios do Direito Urbanístico que a doutrina tem elencado tem se restringido às questões sociais, de moradia, e planejamento, mas pouco se estende nas questões voltadas à sustentabilidade, como se conclui pela análise de Daniela Di Sarno que escreve sobre os princípios urbanísticos e valoroso ensaio sobre o Direito da Cidade.

2. Gestão Urbana participativa

A Constituição de 1988 fortalece os municípios, sendo a constituição mais municipalista já publicada, segundo o aclamado Dr. Paulo Bonavides, mas instrumentos jurídico-políticos que democratizem e confirmem uma gestão participativa e voltada para a realidade espacial urbana ainda são uma raridade no país. O que se tem forjado é uma sociedade que se alheia de seu espaço, de sua história e identidade, transformando cidades em espaços sem vida, amorfos e com grandes manchas de degradação urbano-ambiental. A perda de espaços de referência é uma triste realidade.

A Constituição afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Todos autônomos. A divisão de competências caracteriza como concorrente a atribuição de legislar sobre meio ambiente e urbanismo, o que torna a questão mais complexo no que tange a gestão e os conflitos de competências daí advindos. A fidelidade federal é um princípio que deve respeitar a autonomia, nas palavras de Paulo Afonso Leme Machado “A União, portanto, deve existir e subsistir através da felicidade dos entes dela fazem parte”. E nada mais necessário à felicidade que o equilíbrio ambiental, a sustentabilidade que dá suporte à dignidade da pessoa humana. Polêmicas questões se encerram no processo de descentralização administrativa , como afirma Davidovich (apud MACHADO, p. 373, 2006):

[...] denunciam-se as colocações que identificam a política de descentralização com uma prática democrática, partindo da premissa de que encerra, na realidade, um conteúdo fragmentário, o que contraria a concepção de um projeto global para o país. Entende-se com isto que diretrizes políticas, que têm acenado para possibilidades de estruturação do poder local, escudado em propostas de autonomia decisória, estariam atendendo , na verdade, a interesses hegemônicos da sociedade.

No município os instrumentos de democracia participativa são canais para implementação da diversidade de vozes das pessoas, ONGs, movimentos sociais, nos procedimentos de tomada de decisão, principalmente no que concerne a qualidade de vida e a gestão urbano-ambiental. Como afirma Machado (2006, p. 376):

A defesa de interesses mesquinhos na microscopia geopolítica pode ser acirrada ou até exacerbada e, por isso, precisamos socorrer- nos da possibilidade de exercer o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular para as questões ambientais, como enseja o artigo 14, I ,II e III da Constituição Federal.

Para além dos instrumentos participativos elencados pelo artigo 14 da Constituição Federal, hoje se alastram os movimentos encenados no ciberespaço, a cidadania interativa, como afirma Castells (2003,p. 114). Os movimentos sociais do século XXI, ações coletivas deliberadas que visam a transformação de valores e instituições da sociedade, manifestam-se na e pela Internet, assim como os ambientalistas, feministas, movimentos de direitos humanos (...) uma lista infindável de projetos sociais e causas políticas. Castells questiona se o uso da Internet é puramente instrumental ou se de fato o ciberespaço leva a uma transformação das regras do jogo político-social que acaba por afetar o próprio jogo.

Os movimentos sociais na sociedade em rede têm como característica serem mobilizados em torno de valores culturais e preenchem o vazio deixado pela crise das organizações herdadas da Era Industrial (sindicatos, partidos etc.). Os movimentos em rede trabalham com opinião pública, perseguem o poder sobre a mente e não poder sobre o Estado. Dentre os três principais movimentos em rede identificados por Castells está o dos governos municipais para fortalecimento de sua legitimidade e criação de novos canais de comunicação e participação do cidadão(exemplo a Cidade Digital de Amsterdã de 1994, que elegeu até uma prefeita digital), os outros são o movimento hacker, e movimentos locais de elevação de consciência (CASTELLS, p.119). O uso de

novas tecnologias é o descortinar de uma pletora de formas de ampliar a participação no fazer político e aprofundar a democracia, sendo as cidades, o poder local, um espaço ainda mais privilegiado para este desenrolar: a ciberdemocracia.

A democracia participativa encontra, assim, novos canais de materialização de seus fins, na cibercidade, e consolida esse direito de quarta dimensão, como afirma Roberto Amaral (2001, p 49):

A democracia do Terceiro Milênio, sobre ser participativa. Será universal, pois dela todos participarão; ignorando distinções econômicas ou sociais, ou raciais, ou de gênero, ou de origem ou de naturalidade; a igualdade política abolirá a delegação, e todos poderão participar ativa e diretamente, pois todos terão assento na nova Agora, que construída eletronicamente, comportará toda a população.

Paulo Bonavides (2001, p.36) afirma:

Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete; mas do intérprete legitimado democraticamente enquanto juiz eletivo que há de compor os quadros dos tribunais constitucionais.

Um dos mais profícuos teóricos da cibercultura Pierre Levy (*apud* MARQUES, 2003, p. 192) elabora essa definição de democracia eletrônica:

A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças as possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos. [...] Colocar a inteligência coletiva no posto de comando é escolher de novo a democracia, reatualizá-la por meio da exploração das potencialidades mais positivas dos novos sistemas de comunicação (LEVY, 1999)

Levy repercute de forma bem entusiástica a democracia eletrônica, incluindo no conceito desde a auto-organização, até a transparência do governo e a deliberação via internet. Suas posições inspiram atualmente a maioria dos teóricos que creditam ao progresso tecnológico e à internet uma forma redentora de construção da liberdade, da inteligência coletiva e, portanto, da democracia.

Dentre os autores otimistas, encontra-se Ruediguer(2002), que propõe uma governança eletrônica capaz de superar a concepção liberal de Estado e integradora de um Espaço Público ou como o mesmo denomina arena cívica:

O governo eletrônico é, atualmente, um experimento em construção, e sua dimensão política mais avançada – a governança eletrônica – não pode ser considerada um mero produto ofertado ao cliente em formato acabado, mas, considerando-se sua natureza eminentemente política, e, portanto, pública, pode ser percebido como um bem público, passível de acesso e desenvolvido por processos também sociais, o que o leva a constantes transformações. Justamente essa dimensão faz com que a noção de governança eletrônica, refira-se ao estado, em sua concepção republicana, e em teoria, não se limite apenas a uma experiência de gestão por serviços *ad hoc*, reificada pelo mercado, mas antes, possa servir de arena cívica, em contraponto a privatização da esfera pública (RUEDIGUER, 2002, p 1).

Sobre a autonomia do Direito Urbanístico Carlos Ari Sunfeld (2003, p.49) afirma.

O direito urbanístico veio a ser tratado como disciplina jurídica pelo artigo 24, que conferiu expressamente à União a competência legislativa para editar normas gerais (...) Só que o mero *status* constitucional, embora importante, não contribui muito para resolver o dilema existencial de todo ramo jurídico – o de seu caráter diferenciador. Decidir se um tema, instrumento ou norma deve ser enquadrado no direito urbanístico, civil ou no local pode ser um desafio insuperável, tendo como reflexo a indefinição quanto ao titular da competência legislativa. Desse modo, continua sendo útil debater a respeito da identidade – e portanto, autonomia – do direito urbanístico, pois disso depende a solução, quando menos, de muitas dúvidas relativas à competência.

Junte-se essa falta de identidade a interpretação jurídica calcada ainda num modelo liberal-individualista-normativista de produção do Direito (STRECK, 2003, p. 35) o que dificulta sobremaneira a efetivação do Direito à Cidade, mormente quando esse se choca com os consagrados direitos privados, especulativos, ou ainda quando se choca com o formalismo racional das escolhas políticas que engendram decisões administrativas e obras excludentes. A abordagem da cidade como espaço de acesso aos direitos e de realização da vida e a importância de sua organização espacial para a efetivação dos direitos, também é rara na leitura jurídica, que mais se apega a retórica e pouco se aproxima da realidade na interpretação do Direito.

Vislumbra-se claramente uma miríade de possibilidades de gestão e de políticas urbanas-ambientais para fazer cumprir o que chamamos de Agenda 21, ou sociedade sustentável. Porém, a complexidade do assunto e sua intedisciplinariedade são obstáculos e desafios a sua consolidação. Nas palavras de Bonavides (2001, p. 220):

(...) nos afigura a grande metamorfose do constitucionalismo do século XX: a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade, ou o trancurso de um constitucionalismo sem hermenêutica para o constitucionalismo interpretativo normativo ou, em poucas palavras, de um

constitucionalismo programático a um constitucionalismo positivo. Em suma, a trajetória do constitucionalismo político ao constitucionalismo jurídico nem por isso – advirta-se –, de necessidade – faz se perder a substância ou a natureza política que em última análise lhe é ínsita.

Daniela Di Sarno que escreve sobre os princípios urbanísticos, em valioso ensaio sobre o Direito da Cidade, a análise breve destes princípios auxilia na consolidação da cidade como lócus principal da realização dos direitos fundamentais e mesmo direito que precede a efetivação destes direitos de forma plena.

2.2.1 Princípio da função social da propriedade e da cidade (Estatuto da Cidade art. 2º)

A Constituição Federal tem como princípio a função social da propriedade (art 5º, XXIII). O capítulo da Política Urbana (Art. 182, §2º) prevê que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais expressas no plano diretor. O plano é instrumento básico da política de desenvolvimento urbano. Este princípio é confirmado ainda pelo artigo 170 da CF que afirma ser a função social um dos princípios da atividade econômica.

Função social da cidade síntese do Direito Urbanístico, resume as finalidades do Direito Urbanístico, a cidade deve existir e servir a seus habitantes. É reconhecida a dívida social que o País acumulou, ao não reconhecer as necessidades da maioria da população nas suas formulações.

2.2.2 Princípio da justa distribuição dos benefícios e encargos decorrentes da atividade urbanística (Estatuto da Cidade, art 2º, IX)

A atividade urbanística deve impedir a desigual distribuição dos ônus e encargos entre os proprietários afetados e determinar a justa distribuição dos benefícios, impedindo a destinação de infra-estrutura apenas aos bairros e locais onde se encontram a população com poder aquisitivo maior.

2.2.3 Princípio da afetação das plusvalias ao custo da urbanificação (Estatuto da Cidade art. 2º, XI)

Os proprietários beneficiados com obras públicas devem realizar gastos da urbanificação, como compensação da mais-valia decorrente da transformação do solo. O maior exemplo é a controversa contribuição de melhoria, que busca consolidar este princípio, com várias críticas na sua implantação.

2.2.4 Princípio do urbanismo como função pública

As decisões básicas sobre o urbanismo devem caber à Administração, isso não implica em dizer que a sociedade não deva participar das decisões. Mas garante que o Poder Público e não os interesses privados, catalisem as decisões sobre o futuro e gestão da cidade.

2.2.5 Princípio da remissão ao plano ou planejamento

A Constituição Federal no art 182 atribui ao Plano Diretor Municipal a condição básica da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana e vincula a função social da propriedade às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Esta remissão implica não só nas abstenções no exercício do direito da propriedade, mas também em obrigações positivas ou ativas.

2.2.6 Princípio da coesão dinâmica

Refere-se ao dinamismo da atividade urbanística. A realidade é constantemente transformada e o urbanismo deve se adequar ao contexto, a história, a cultura e as novas relações surgidas devido seus próprios atos. No planejamento é fundamental a revisão e atualização constante de seu conteúdo, visto que planejamento é processo, não se esgota em si.

Santos (2004, p. 209) define a cidadania interativa, modo surgido na sociedade em rede , segundo afirma:

No mundo contemporâneo, a cidadania parece estar sendo caracterizada também pelo acesso aos meios que garantem a interatividade tanto entre os cidadãos quanto entre os distintos atores na sociedade, tanto públicos quanto privados. Nesse sentido, parecem ser relevantes não apenas os recursos materiais, dados pela condição econômica, mas em especial os recursos simbólicos controlados pelos indivíduos para o exercício do que estamos denominando a cidadania interativa.

2.3 Plano Diretor: instrumento de participação na construção de uma cidade sustentável

A Constituição Federal tornou obrigatória a elaboração de planos diretores para cidades com mais de vinte mil habitantes, impondo ao Poder Público o dever de planejar com fins de atingir a sustentabilidade. Mas para além de planejar, esse planejamento urbano proposto pela Lei pressupõe a participação da comunidade, não mais se viabiliza um plano meramente tecnocrático, burocrático e fechado nas salas da administração pública.

O Estatuto da Cidade inseriu um capítulo sobre a gestão democrática das Cidades, impondo em todas as fases do planejamento a participação por meio de audiências públicas em que a sociedade civil organizada, e suas associações sejam chamadas a opinar, sugerir e formular políticas públicas urbanas. É portanto, uma das leis que mais espaço propicia para uma gestão participativa e sustentável. Enquanto, a Lei de Unidades de Conservação prevê a participação da comunidade na criação de espaços protegidos, sem determinar qual o meio, tendo sido freqüente o uso simplificado de consultas via internet (sem muitas divulgações), o Estatuto da Cidade faz o contrário. O Estatuto das Cidades explicita o procedimento participativo e foi regulamentado pelas resoluções 25 e 34 do Conselho das Cidades define de forma pormenorizada a metodologia de participação em do o processo de elaboração do planejamento, incluindo audiências em todos os setores geográficos, econômicos e sociais da cidade, além de um processo de acompanhamento da implementação do plano de forma participativa. A gestão da cidades é concebida como uma ferramenta de participação e controle social. A participação é garantida com procedimentos de publicização de todas as informações, com prazos de no mínimo 15 dias para a convocação de audiências e conferências amplas, somente após a disponibilização e divulgação de todas as informações e decisões tomadas.

O artigo 7 da Resolução 34 do Conselho das Cidades afirma *in verbis*:

Art.7º. O Plano Diretor deverá definir os instrumentos de gestão democrática do

Sistema de Acompanhamento e Controle Social, sua finalidade, requisitos e

procedimentos adotados para aplicação, tais como:

I - o conselho da cidade ou similar, com representação do governo, sociedade

civil e das diversas regiões do município, conforme estabelecido na resolução 13 do Conselho das Cidades;

II - conferências municipais;

III - audiências públicas, das diversas regiões do município, conforme

parâmetros estabelecidos na Resolução nº 25 do Conselho das Cidades ;

IV- consultas públicas;

V - iniciativa popular;

VI - plebiscito;

VII -referendo.

A resolução 25 do Conselho das cidades, no seu artigo 3, especifica os requisitos para o processo participativo de forma detalhada e objetiva:

I – ampla comunicação pública, em linguagem acessível, através dos meios de comunicação social de massa

disponíveis;

II- ciência do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano

diretor com antecedência de no mínimo 15 dias;

III- publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do

processo;

Fica claro o compromisso com uma gestão realmente democrática, que em muito seria enriquecida como uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) e conciliando a internet com a democratização da informação, do acesso ao debate e a instrumentos eficazes de tomada de opinião e até deliberação.

Considerações Finais

A cidade sustentável vem se configurando como um novo direito de terceira dimensão após a promulgação da Constituição de 1988. A cidade é o espaço que a sustentabilidade é mais exigida, o consumo em larga escala de energia, recursos naturais e a manutenção da qualidade de vida são desafios crescentes para o desenvolvimento sustentável;

A sustentabilidade abrange aspectos não apenas naturais e econômicos, mas culturais, participativos (políticos) e ambientais, amplia-se a concepção de sustentabilidade e exige-se novos padrões de vida urbana para que a sustentabilidade se já concretizada, para tanto o direito instituiu instrumentos poderosos como o planejamento urbano (Plano Diretor) e a gestão participativa;

O direito à cidade foi constitucionalizado. E mais que isso, foram traçados mecanismos de garantia desse direito, como a Ação Civil Pública e diversos instrumentos de participação que asseguram uma gestão democrática e descentralizada das cidades. A autonomia dos municípios preconizada pela Constituição Federal foi só o início, e hoje se depara com possibilidades ilimitadas de democratização da decisão pública por meio do uso das novas tecnologias e a construção da cibercidade e ciberdemocracia..

A gestão e o estudo das cidades são, portanto, um dos maiores desafios para a concretização da sustentabilidade como instrumento de qualidade de vida para todos, principalmente porque direitos fundamentais como a moradia digna, o lazer, a acessibilidade, o trabalho estão imbricados a consolidação de cidades sustentáveis de democráticas.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Roberto, Democracia Representativa/ Democracia Participativa, **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEZERRA, Joyceane. **Reforma administrativa de 1995 e participação democrática** [manuscrito]: o papel das agências reguladoras do serviço público na defesa do usuário / 2004.

CARTAXO, Geovana. Direito à Cidade. **Revista Jurídica da FIC**, 2004.N3.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet – reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **Problemas de investigação em Sociologia Urbana**. Livraria Martins Fontes. Rio de Janeiro. 1975

DALLARI , FERRAZ , Edison e Sergio (org.). **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Di SARNO, Daniela. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

Disponível em www1.folha.uol.com.br, acessado em 14 de janeiro de 2007.

FERREIRA, Heline; LEITE, José Rubens (Org), **Estado de direito ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso, *Direito as cidades sustentáveis no âmbito da tutela constitucional do meio ambiente artificial*, In FERREIRA H. (Org) *Estado de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GONDIM, Mônica e CARTAXO, Geovana. *Lakes, Rivers ans cities. In Sustainable City – urban regeneration and sustainability. FIRST INTERNATIONAL CONFERENCE ON URBAN REGENERATION AND SUSTAINABILITY. WithPRESS, Southampton, Boston. CEPUERJ. 2000*

GONDIM, MONICA FIUZA. **Transporte Não Motorizado na Legislação Urbana no Brasil** [Rio de Janeiro] 2001 (COPPE/UFRJ, M.Sc., Engenharia de Transportes,

2001)Tese - Universidade Federal do Rio de Janeiro, COPPEO dimensionamento técnico da infra-estrutura para o transporte não motorizado na legislação urbana.I. COPPE/UFRJ II. Título (série)

GRINOVER, Ada. A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. In **Revista de Direitos Difusos**, Ano I, Vol. 2. Editora Esplanada- Instituto Brasileiro de Advocacia Pública,2000.

HAROUEL, Jean-Louis. **História do urbanismo**, Papirus editora: São Paulo.1998

GUIMARAES, Roberto. **Do desenvolvimento insustentável à sociedade sustentável**. In Rio 92 – 5 anos depois. Fase 1997.

LEAL, Rogério, **Direto urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEFEBVRE, Henry, **Direito à Cidade**. São Paulo:Centauro, 2001

LEMOS, A. **janelas do ciberespaço**. Porto Alegre. Sulina, 2001.

LEMOS, A. (org). Cibercidade – **As cidades na cibercultura**. Rio de Janeiro: e-papers , 2004.

LYLE, J.T., Apud. MOORE, J.A., JOHNSON, J.M., Transportation, Land Use and Sustainability, Florida Center for Community Design+Research, 1994.

MACHADO, Paulo Afonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo:Malheiros, 2006.

MARQUES, Jamil. Da conversação pública em terrenos digitais: Horizontes e provocações sobre a validade de uma esfera pública virtual.Em: **Olhares sobre a Cibercultura** (org) , LEMOS e CUNHA.Porto Alegre: Editora Sulina, 2003.

MATTOS, F., Democracia e Eco-Sustentabilidade, In: revista CREA-RJ, pp 13-15, 1999.

MENHEM, Rachel. Som e ruído: a poluição sonora nas cidades, In:

MUNFORD, Lewis. **A cidade na história**. Belo Horizonte: Itatiaias, 1974

ROCCO, Rogério; COUTINHO, Ronaldo (Org). **O Direito ambiental das cidades**. Rio de Janeiro: DP & A editora, 2004. (Coleção Dedo Verde).

RUEDIGER, Marco. **Governança democrática na era da informação**. , *Revista de Administração Pública*, 37 (6), pp. 1257-1280.Em:http://www.ebape.fgv.br/academico/asp/dsp_professor.asp?cd_pro=894. Acessado em 10 de abril de 2008.

SANTOS, Hermílio. Ciberidades e o exercício da cidadania interativa, In:

SERRES, Michel. **O Contrato Natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente – emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

STRECK, Luis Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

**A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO, DA INICIATIVA PRIVADA E DO
CIDADÃO NA PROMOÇÃO DO CONSUMO SOCIOAMBIENTAL
SUSTENTÁVEL***

**LE ROLE DES POUVOIRS PUBLICS, DE L'INITIATIVE PRIVÉE ET DU
CITOYEN DANS LA PROMOTION DE LA CONSOMMATION
SOCIOAMBIENTAL SOUTENABLE**

**Jailson de Souza Araújo
Isabelle Calliari Monteiro de Lima
Giseli Valezi Raymundo**

RESUMO

A relação entre consumo e meio ambiente é intrínseca, pois tudo o que consumimos, de uma forma ou outra, provém de recursos naturais ou por meio da utilização dos mesmos. O ato de consumir é inerente à natureza humana; consumir é fazer parte da cadeia trófica e conseqüentemente significa depender da natureza. Neste sentido, a proliferação de novas tecnologias gera novas formas de trabalho e em conseqüência novas formas de consumo. Esta cadeia, por sua vez, produz mudanças na sociedade, no consumo e na natureza, transformando, por fim, os objetos em bens de consumo e, paralelamente, a criação de novos problemas ambientais. Assim, os problemas ambientais causados pelo homem decorreram, sobretudo, do modo como as sociedades se apropriaram, usaram, destinaram e transformaram os recursos naturais. Talvez a mais eficiente solução para reversão deste cenário seja a educação ambiental do cidadão para o exercício do consumo consciente, enquanto agente socialmente responsável em defesa do desenvolvimento e do crescimento sustentável. Neste processo, faz-se necessária a atuação do Poder Público no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas que possibilitem aos cidadãos exercer sua opção consciente de consumo. Assim, também é objeto de estudo neste artigo o contexto em que a atuação estatal deve ocorrer e possíveis exemplos de políticas públicas compatíveis com a idéia de consumo consciente e sustentável. O tema merece especial atenção porque devem ser considerados todos os aspectos relacionados ao potencial consumo que não cause danos à natureza, a fim de que se possam desenvolver cada vez mais alternativas que evitem a degradação ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO AMBIENTAL; DIREITO À INFORMAÇÃO; CONSUMO CONSCIENTE; SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUME

La relation entre la consommation et l'environnement est intrinsèque, vu que tout ce qu'on consomme, d'une manière ou d'autre, provient de ressources naturelles à travers leur utilisation. L'acte de consommer est inhérent à la nature humaine; consommer est faire partie de la chaîne trophique et signifie, ainsi, dépendre de la nature. Dans ce sens, la prolifération de nouvelles technologies génère des nouvelles manières de travail et par conséquent des nouvelles manières de consommation. De son côté, cette chaîne produit des changements dans la société, dans la consommation et dans la nature, en transformant finalement les objets en biens de consommation et parallèlement la création de nouveaux problèmes environnementaux. Ainsi, les problèmes environnementaux produits par l'homme ont leur origine, principalement, à partir de la manière comme les sociétés se sont appropriées et ont utilisé, destiné et transformé les ressources naturelles. Il est possible que la solution la plus efficace pour la réversion de ce scénario soit l'éducation de l'environnement du consommateur pour l'exercice de la consommation consciente, socialement responsable en faveur de la défense du développement et de la croissance durables. Dans le processus, il est nécessaire de la performance des pouvoirs publics en ce qui concerne l'élaboration de politiques qui permettent aux citoyens d'exercer leur option consciente de la consommation. Ainsi, il est également l'objet de l'étude dans cet article le contexte dans lequel l'action de l'État devrait se produire et, éventuellement, des exemples de politiques publiques cohérentes avec l'idée de la consommation consciente et durable. La question mérite une attention particulière car elle doit être examinée dans tous les aspects par rapport à la consommation potentielle pour qu'elles ne causent pas de dommages à la nature et pour qu'ils puissent développer d'autres alternatives afin de prévenir la dégradation de l'environnement.

MOT-CLES: EDUCATION DE L'ENVIRONNEMENT; DROIT À L'INFORMATION ; CONSOMMATION CONSCIENTE ; ENVIRONNEMENT DURABLE.

INTRODUÇÃO

Após a segunda guerra mundial, os Estados Unidos contavam com capacidade industrial excedente, mão de obra disponível e uma economia estagnada. Na Europa, a crise era generalizada. A solução planejada diante da crise no contexto macro econômico mundial foi a produção em larga escala de bens de consumo, de forma a reaquecer a economia e gerar emprego e renda.

Neste processo, iniciou-se a utilização de recursos naturais sem estabelecer, enquanto prioridade, uma preocupação com o impacto ambiental gerado ou mesmo analisar o ciclo de vida completo dos produtos e serviços disponibilizados para consumo e suas consequências para o meio ambiente. Neste contexto, recursos naturais foram maciçamente utilizados como se fossem inesgotáveis. A justificativa era a necessidade do restabelecimento da economia e a promoção do bem estar da população.

A permanente preocupação com as conseqüências maléficas das ações humanas para com o planeta torna muito conhecidos temas relacionados ao aquecimento global e ao perfil de consumo na sociedade atual.

Não se contesta mais a necessidade de se ter muita atenção quanto à forma de produção e de consumo, sob pena, dentro de alguns anos, de restar inviabilizada por completo a perpetuação da vida humana.

Especificamente sobre o perfil de consumo, há constante menção à expressão: “consumidor consciente”, não raras vezes vinculada ao fato do consumidor ter informações sobre o impacto de suas atitudes, bem como à sua capacidade de dar valor a entidades que desenvolvam políticas que valorizem a preservação do meio ambiente.

Ocorre que pensar apenas na informação, considerando a complexidade da sociedade atual, não é suficiente.

Acreditar que por meio da educação ambiental apropriada propiciada a todos o consumo e a ação conscientes e responsáveis se tornem regra ainda não é compatível com a realidade social existente, por exemplo, no Brasil.

Outra questão a ser pensada quando se trata do exercício de uma opção consciente diz respeito à existência de meios que possibilitem a opção, a escolha em si.

Isto é, situações em que a informação existe, a condição financeira permite, mas não há como exercer de modo digno a opção porque os próprios e precários meios de seu exercício impossibilitam sua concretização.

A mudança desse cenário depende de um novo modelo de desenvolvimento a ser adotado pelo Estado, pelos fornecedores e pelos consumidores. E considerando a gravidade do problema a ser enfrentado, não é razoável esperar que o Estado sozinho seja capaz de resolver o problema e ofertar a solução ideal.

Sem dúvida, é dever do Estado implementar políticas públicas que assegurem a efetividade do cumprimento da defesa do meio-ambiente, bem estar social e da defesa dos direitos difusos, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Políticas Públicas que criem a opção, bem como que possibilitem seu exercício merecem atenção, a fim de que a reflexão sobre o tema em debate possa ser ainda mais produtiva para a identificação de atitudes que efetivamente contribuam com o desenvolvimento na sua forma sustentável.

A identificação dos obstáculos, dos caminhos a serem percorridos tanto para fazer existir a opção como para permitir que seja exercida, serão objeto de análise dos tópicos seguintes, os quais terão por base a realidade social brasileira.

Esclareça-se, por fim, que não se utiliza apenas da expressão “consumo consciente”, mas também “ações conscientes” para que se consiga abranger atitudes que não dizem respeito ao consumo no sentido estritamente técnico-jurídico que lhe é empregado pela teoria pertinente ao Direito do Consumidor.

Assim, ainda que exista informação e consciência sobre os benefícios da utilização de recursos que contribuam para o desenvolvimento sem agressões drásticas ao meio ambiente, se a escolha por esta postura implicar custos maiores que outra alternativa que alcance o mesmo objetivo para o consumidor, aquela facilmente será abandonada.

Diante disso, é possível que o estudioso que se propõe a pensar sobre o tema chegue à conclusão de que a alternativa viável para solucionar a questão é a atuação do Estado por meio, por exemplo, de subsídios de alguma espécie. Por si só ou utilizando-se de parcerias com a iniciativa privada.

Isso porque é também dever da iniciativa privada, por meio de uma nova postura dos fornecedores, que devem adotar políticas empresariais de responsabilidade sócio ambiental, e principalmente dever do cidadão-consumidor, que, por intermédio da educação ambiental desde os primeiros anos de vida (idade em que o ser humano está mais suscetível a absorver informação e moldar seu comportamento) deverá criar uma nova mentalidade, despertando consciência para a necessidade do consumo consciente, sempre em respeito à preservação ambiental, adotando uma postura responsável, consumindo de forma a causar o menor impacto possível ao meio ambiente e que o ciclo de vida do produto ou serviço adquirido respeite, acima de tudo, a sustentabilidade ambiental.

O consumidor-cidadão é uma peça chave na solução do problema que ora se apresenta, mas para que seu papel possa ser exercido de forma consciente e plena, faz-se necessária a existência de duas premissas: a educação e consciência ambiental e o acesso à informação ambientalmente qualificada, de maneira que tal informação lhe permita exercer de forma plena seu direito de escolha, optando por consumir produtos e serviços cuja origem seja de fornecedores socioambientalmente responsáveis.

O IMPERATIVO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL, EM DEFESA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E COMO FATOR DE ESTÍMULO AO CONSUMO CONSCIENTE

Em 1992, os olhos do mundo voltaram-se ao Brasil para discutir o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada entre 3 e 14 de junho de 1992 no Rio de Janeiro, contando com representantes de 178 países.

Na oportunidade, discutiu-se a respeito da poluição do ar, da água, do solo, da pobreza, desigualdade social, superpopulação nas periferias dos grandes centros urbanos, enfim dos graves problemas ambientais enfrentados pela população mundial.

Durante a conferência, elaborou-se um documento intitulado “Agenda 21”, que é um programa de ação que viabiliza um novo modelo de desenvolvimento ambientalmente racional, conciliando métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

Para Liliana Angel Vargas[1], em relação à educação ambiental, no capítulo 36 da “Agenda 21”, intitulado Promoção do ensino, da conscientização pública e do treinamento, ressalta-se a importância da reorientação do ensino, tanto formal como informal, para que sirva como apoio aos pressupostos e objetivos do desenvolvimento sustentável.

Em tal contexto, o consumo deve ser consciente, solidário e sustentável, não devendo ser pautado em necessidades artificiais de consumo promovidas pela mídia e pelo marketing. Neste sentido, são oportunas as palavras de Milton Santos:

Uma das grandes diferenças entre o mundo de há cinquenta anos e o mundo de agora é esse papel de comando atribuído aos objetos. E são objetos carregando uma ideologia que lhes é entregue pelos homens do marketing e do design a serviço do mercado.[2]

O papel do Estado para se atingir este ideal de consumo passa pelo âmbito educacional tanto escolar, que depois reflete no repasse da informação ao núcleo familiar, como na conscientização dos próprios funcionários e colaboradores por meio de campanhas socioeducativas locais, outras campanhas educacionais utilizando a mídia como uma ferramenta de grande abrangência a seu favor.

A escolha consciente demanda um preparo intelectual do consumidor cidadão. Tal preparo deve se iniciar com a educação ambiental de base, havendo nova abordagem no estudo das disciplinas tradicionais, ao invés de simplesmente inserir no currículo escolar uma disciplina estanque intitulada “educação ambiental”.

Ou seja, uma educação ambiental em que se contextualize o estudo do meio ambiente e o impacto causado pelo ser humano nas mais diversas áreas do conhecimento, sendo o respeito pelo meio ambiente e a promoção de práticas sustentáveis um vetor a ser debatido diuturnamente no ensino fundamental, médio e superior, inclusive como forma de preparar a futura geração de formadores de opinião e líderes.

Neste sentido, dentre as iniciativas tomadas pelo Poder Público, destacamos a criação do Departamento de Educação Ambiental em 1999, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – MMA, com propósito de desenvolver ações a partir das diretrizes definidas pela Lei nº 9.795/99, que estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental.

A regulamentação da Lei nº 9.795/99 define que a coordenação da Política Nacional de Educação ficará a cargo de um Órgão Gestor dirigido pelos Ministros de Estado do Meio Ambiente e da Educação. Segundo o com o Ministério do Meio Ambiente[3], a missão do Departamento é “estimular a ampliação e o aprofundamento da educação ambiental em todos os municípios e setores do país, contribuindo para a construção de territórios sustentáveis e pessoas atuantes e felizes”.

De acordo com Art. 1º da Lei no 9.795, de abril de 1999: "Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade."

Complementando a educação de base, inclusive para atingir a parcela da sociedade que não mais frequenta os bancos escolares e acadêmicos, é salutar que o Estado incentive iniciativas privadas que visem à educação ambiental fora do âmbito escolar, por meio de medidas informais de educação ambiental através de ações pontuais e com abordagens e métodos flexíveis, de forma a atingir públicos variados, inclusive em locais públicos. Podemos citar como exemplo as campanhas promovidas por empresas privadas e pelo Terceiro Setor (utilização de sacolas reutilizáveis, economia de energia e água, reciclagem, escolha de produtos com certificação ambiental, dentre outras iniciativas).

Não há dúvida que a educação é a melhor ferramenta para a preservação do meio ambiente, é premissa obrigatória para o despertar da consciência para a necessidade e importância da sua preservação.

Acredita-se que outra forma fundamental para direcionarmos o nosso estudo é se é possível ao Estado contratar somente com empresas que tenham posturas e projetos socioambientais, pois entendemos que isto aumentaria o grau de preocupação ambiental das empresas, acirrando a concorrência.

Se houvesse a criação de um selo público com a inscrição, a título de exemplo, “Empresa Amiga do Meio Ambiente”, a partir de uma série de critérios transparentes e pré-estabelecidos, já seria o indicativo do engajamento socioambiental desta empresa, devendo o Poder Público priorizar a contratação com empresas que tenham este compromisso valorizando aquelas que desenvolvem ações positivas com os cidadãos e que têm responsabilidade social.

Estatisticamente, o aumento do interesse do cidadão em consumir de forma consciente e sustentável pode se perceber inclusive através de estudos específicos, como o realizado pelo Instituto Akatu – pelo consumo consciente -, intitulado “descobrimo o consumidor consciente[4]”, que evidenciou que 94% da população ouvida na pesquisa declarou que “as empresas deveriam se preocupar mais com o meio ambiente”; 91% das pessoas ouvidas afirmaram que “as empresas devem ir além do exigido pela lei para ajudar a construir uma sociedade melhor”; 72% das pessoas que responderam o estudo afirmaram que pagariam mais por um produto ou serviço desde que a empresa realizasse projetos em favor do meio ambiente e 70% pagaria mais pelo produto desde que o mesmo fosse inofensivo ao meio ambiente.

Dizemos, assim, que o meio ambiente não pode ser tutelado somente quando houver o dano efetivo, existe a necessidade de se pensar em meios prioritariamente preventivos, para evitar que o dano ambiental ocorra, porque as conseqüências de certas catástrofes ambientais muitas vezes são irreparáveis. Mesmo havendo multas e punição legal o dano às futuras gerações e à qualidade de vida da geração atual já foi comprometido.

A disseminação da informação e o uso da comunicação são de vital importância para a conscientização da população dos posicionamentos nacionais junto às políticas e tratados internacionais de cooperação com o meio ambiente e um alerta também para a importância da sustentabilidade para o meio ambiente a médio e longo prazo.

Assim, o consumidor-cidadão, ainda que peça chave na solução do problema, dado sua vulnerabilidade nas relações de consumo, necessita de informação ambientalmente qualificada para poder exercer de forma plena seu papel de consumidor com consciência e responsabilidade ambiental.

O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTALMENTE QUALIFICADA E O PAPEL DAS EMPRESAS EM DEFESA DA SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

De acordo com o Instituto Akatu, em 14 de fevereiro de 2008, o Governo Federal, via do Ministério do Meio Ambiente, criou o Comitê Gestor de Produção e Consumo Sustentável (CGPCS) com a missão de inserir na pauta a discussão sobre as atividades do varejo e do consumo sustentável.

Segundo o Diretor do Departamento de Economia e Meio Ambiente do Ministério do Meio Ambiente, responsável pelo CGPCS, Luiz Fernando Krieger Merico “O objetivo é transformar nossa economia em uma nova, mais circular e sustentável com menores impactos ambientais. É preciso compatibilizar os processos produtivos (humanos) com a capacidade produtiva da natureza. E isso não é uma escolha. (...) O consumidor pode influenciar o setor produtivo com suas escolhas, induzindo mudanças, embora no Brasil esse poder ainda seja pouco difundido”.

Perceba-se que, na edição do Código de Defesa do Consumidor, a preocupação primordial do projeto era de preservar a vida, a saúde, a segurança e a dignidade do consumidor, inclusive através da oferta de informação clara e transparente.

Hoje, não há dúvida que tal dever de informar deve ser lido com uma percepção mais ampla, inclusive nos fatores que transcendem o produto ou serviço em si, principalmente no que se refere às informações ambientais pertinentes ao processo produtivo, hipótese que não foi prevista na edição do Código de Defesa do Consumidor, mas que no atual cenário ambiental, a ampliação de sua leitura faz-se necessária.

Portanto, o consumidor, ao ter acesso a informações ambientais dos produtos e serviços que consome, poderá questionar seus fornecedores, exigindo, enquanto consumidor-cidadão, a adoção de práticas ambientalmente seguras e sustentáveis.

A nova postura e efetiva cobrança do mercado consumidor, que outrora apenas exigia segurança no consumo, mas hoje exige uma postura que vai além das qualidades intrínsecas ao produto ou serviço, faz com que seus fornecedores adotem práticas permanentes de responsabilidade socioambiental, não apenas não poluindo, mas agindo de forma pró-ativa, inclusive despoluindo, utilizando matéria prima reciclada, além de promover a solidariedade e o bem estar sócio ambiental enquanto missão corporativa.

O mercado de consumo, ao receber a informação ambientalmente qualificada, certamente será estimulado a adaptar suas práticas e métodos, sob pena de ver seu produto ou serviço ser preterido no mercado em favor de fornecedores ambientalmente e socialmente mais responsáveis.

Mesmo nos dias de hoje, em que se procura difundir cada vez mais as preocupações com o meio ambiente, muitos governos ainda resistem em adotar medidas para melhorar a qualidade do meio ambiente e da água, bem como incentivar o transporte a partir de fontes de energias alternativas mais limpas e renováveis.

Cabe ao consumidor responsável preservar o meio ambiente e exigir que os governos tenham projetos e políticas públicas para tratamento de esgoto, preservação dos mananciais e especialmente consumindo produtos elaborados por empresas com responsabilidade socioambiental e que tenham o mínimo de impacto ambiental.

A preocupação com o direito ambiental não pode ser apenas disciplina dos bancos acadêmicos ou teses inacessíveis, pois é uma discussão que diz respeito a todas as pessoas e as suas gerações vindouras.

No que diz respeito à iniciativa privada, o papel preponderante das empresas sempre foi o de obtenção de lucros. A idéia inicial da formação de um comércio de produtos e serviços sempre girou em torno das formas pelas quais a lucratividade pode ocorrer.

Com o intuito de sustentar tal política os lucros são contabilizados de forma privada, ou seja, internamente à empresa, enquanto os prejuízos e danos acabam por ser socializados, assim pode-se dizer sobre a ocorrência da privatização de lucros e socialização de perdas.

Não é diferente com o meio ambiente, já que ao longo de vários anos o ato de empreender depende necessariamente da utilização de recursos naturais (bem de uso comum do povo), implicando na livre disposição de recursos “humanos” (pessoas) e produz, junto com os bens e serviços de consumo geral, resultados materiais sob a forma de gases, dejetos, compostos químicos etc.

Assim, as conseqüências do livre agir da pessoa jurídica esbarram no livre agir, na propriedade e nos direitos alheios, não só vistos individualmente, mas muitas vezes, alcançando dimensões supra-individuais.[5]

A responsabilidade social empresarial incorpora a gestão e abrange toda a cadeia de relacionamentos: funcionários, clientes, fornecedores, investidores, governo, concorrentes, acionistas, meio ambiente e sociedade em geral, devendo acompanhar as expectativas dos consumidores e do próprio mercado.

Respeitar a responsabilidade social diz respeito a agir em conformidade com o direito, com a função social da empresa e com os princípios de direito privado, sempre orientados pelo princípio da boa-fé.[6]

Pode-se dizer que a questão ambiental é incluída nesta idéia de responsabilidade social, através de suas múltiplas e variadas relações que inspiram e fundamentam preceitos morais e normas jurídicas.[7]

No mundo atual, cada dia maior o número de empresas que se propõem a proceder a implementação de programas de responsabilidade social. Igualmente crescente é o número daquelas que divulgam e documentam os resultados da gestão socialmente responsável em seus balanços, buscando dar maior visibilidade a suas boas práticas.

Nesse sentido, o mercado vislumbra formas de efetivação desta responsabilidade social por meio de boas alternativas que atendam ao clamor do consumo consciente. Práticas empresariais que possibilitaram um diferencial mercadológico e que principalmente agregam valores antes desconhecidos da economia.

Assim, ao estabelecer a gestão da responsabilidade social como estratégia nos negócios, as empresas estarão atendendo às expectativas de uma parcela significativa de seus consumidores, adiantando-se ao que tende a ser uma preocupação cada vez mais ampla no conjunto da sociedade.

O cidadão com consciência socioambiental procurará empresas que possibilitam este comércio “sem culpa ambiental” ao mesmo tempo que possibilitará a fidelização de um nicho de mercado sem precedentes.

Portanto, pode-se dizer que através de preceitos éticos e de responsabilidade social as relações de consumo daqui em diante sofreram mudanças drásticas e que passam pela melhor qualidade de informações aos consumidores, bem como pela idéia das certificações ambientais.

Deverá existir uma política de informações aos produtores e consumidores dos reais custos ambientais dos produtos que consumimos (consumo de energia, de matérias-primas, de recursos naturais, geração e descarte de resíduos).[8]

Assim surgiria o consumidor sustentável. Aquele que devidamente informado e preocupado com a sustentabilidade do planeta, consegue discernir realmente quais produtos são favoráveis ao meio ambiente e quais apenas alegam sê-lo.

Quando o consumidor possui acesso a informação de qualidade e transparência sobre o processo produtivo das mercadorias, ele avalia seu custo/benefício com mais consciência. Entretanto, a busca pela informação de qualidade esbarra em nomenclaturas e procedimentos desconhecidos da grande maioria dos consumidores.

Com esta preocupação e com o intuito de fomentar a população com informações claras é que a partir da década de 1990 começou-se a discutir no Brasil a possibilidade de certificação ambiental de produtos.

Busca-se assim, rótulos ecológicos com a intenção de indicar ao consumidor a melhor opção, quanto ao impacto ambiental, de um produto em relação a outros com a mesma função.

Ocorre que no Brasil a certificação ambiental de produtos surgiu por necessidade de proceder a exportação de produtos. Em razão disso, não houve qualquer iniciativa governamental no sentido de proceder a certificação e fiscalização, ocorrendo que são entidades privadas que realmente realizam a certificação. Assim, deve-se atentar o consumidor ao verificar a apresentação de um selo em um produto, se a certificação é autodeclaratória ou se é realizada por terceiros.

É claro que a certificação realizada por terceiros recebe um maior prestígio, tendo em vista que a responsabilidade pelas declarações é compartilhada entre níveis de ação. A existência de um organismo independente possibilita a formulação de critérios e normas que devem ser respeitadas para que só após sejam concedidas as certificações.

No Brasil, a melhor forma de certificação ocorre por meio da normalização da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, credenciada pelo Inmetro e membro do *International Organization for Standardization* – ISO. Dessa forma é a ABNT quem controla e certifica as certificadoras da série ISO 14000 que trata sobre questões ambientais.

Este selo atesta que foram implantados mecanismos de redução de impactos ambientais e principalmente monitoramento constante da análise do ciclo de vida de produtos e serviços. A finalidade do selo não é, meramente, transferir impactos de um estágio do ciclo de vida para outro, mas representar um verdadeiro ganho ambiental.

Os rótulos ecológicos devem ser regulados pela ISO 14024 – Rotulagem Ambiental que preceitua um guia de certificação com base em análise multicriterial sobre a avaliação do ciclo de vida do produto, análise de observância da legislação ambiental nacional, proteção da vida silvestre, conservação dos recursos hídricos, conservação do solo, observância de legislações trabalhistas entre outros.

Além da certificação ambiental cabe ressaltar a existência de outras iniciativas interessantes, como a formação de catálogos de bens sustentáveis, como já vem realizando o Centro de Estudos em Sustentabilidade da Escola de administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas no qual armazena informações sobre produtos e serviços avaliados a partir de critérios de sustentabilidade.

Neste catálogo encontram-se informações sobre as características técnicas, aspectos de sustentabilidade, certificações e fornecedores de produtos e serviços[9].

ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO, A FALTA DE OPÇÃO DOS INDIVÍDUOS COM REDUZIDO PODER ECONÔMICO DE CONSUMO E FOMENTO AO EXERCÍCIO DAS ATUAIS E DAS NOVAS OPÇÕES DE AÇÕES CONSCIENTES

Há indivíduos que, apesar de informados sobre o conteúdo, forma de fabricação de determinado produto, ou mesmo terem consciência, num dos exemplos fornecidos, dos benefícios da utilização de energia limpa (solar), deparam-se na hora de consumir com a impossibilidade de dispêndio financeiro para tanto.

Ou seja, sem viabilidade econômica, apesar da existência de informação, não há opção. Sem opção, de nada adianta haver conscientização.

Diante disso, arrisca-se a dizer que o consumidor simplesmente não vai valorizar e divulgar empresas que primam por serem socialmente responsáveis, não lhe vai ser “útil” se preocupar com o impacto do consumo desregrado.

Também não estará preocupado em mobilizar outros consumidores a adotarem posturas que ele mesmo não pode adotar.

Pode ser este um dos motivos pelos quais a informação nem sempre se transforme em atitude e pelos quais a pesquisa realizada pelo instituto Akatu[10] sobre o consumo consciente no Brasil[11] apresentou dentre suas conclusões:

Esta pesquisa concluiu, também, que a classe social e a região do país são fatores que influenciam, consideravelmente, no grau de **adesão** ao consumo consciente. Consumidores de classes sociais mais baixas - D/E – exibem uma probabilidade três vezes menor de adesão ao consumo consciente. Ao contrário, nas classes altas - A/B – triplicam as chances do consumo consciente. O mesmo é observado com relação às regiões do país: aquelas com maior desenvolvimento econômico abrigam consumidores mais conscientes, enquanto nas economicamente mais precárias vê-se uma tendência para menor grau de consumo consciente. Já com o nível de escolaridade não é possível fazer a mesma afirmação, não sendo determinante de maior ou menor presença do consumo consciente. Cumpre, porém, ressaltar que em todos os segmentos foi encontrada presença significativa de todos estes diferentes grupos, mostrando que o consumo consciente não é – nem de longe – exclusivo ou restrito aos mais ricos, aos mais instruídos e aos moradores de regiões mais desenvolvidas, como por vezes o senso comum faz crer. (grifos).

Observe-se no trecho há pouco transcrito o emprego do termo **adesão**, do que se depreende que a condição financeira do consumidor em si é efetivamente decisiva quando se trata deste **aderir**, isto é, tomar a atitude, de agir concretamente em prol da prática do consumo consciente.

Esta interpretação está em conformidade com os demais dados da pesquisa: o consumo consciente não é exclusivo das classes mais ricas e também não está mais presente quanto maior o grau de escolaridade.

Ou seja, a informação sobre como consumir de forma consciente pode atingir todas as classes sociais e pode ser assimilada independentemente do grau de escolaridade.

Contudo, a adesão à prática consciente, tendo em vista a conclusão da pesquisa do Instituto Akatu no sentido de que a classe social e a região do país são fatores que influenciam, consideravelmente, no grau de **adesão** ao consumo consciente, dependerá essencialmente, da existência de condições financeiras para tanto

Assim, ações cotidianas de qualquer indivíduo podem contribuir para a preservação da natureza sem que este deixe de desenvolver suas atividades corriqueiras.

Não é sem razão serem incentivados comportamentos de quaisquer pessoas destinados ao consumo do que lhes seja estritamente necessário.

Os exemplos vão desde reduzir o número objetos de uso pessoal e utensílios domésticos de todo o gênero sem uso, até não deixar a torneira aberta enquanto se escova os dentes, tomar banho no tempo estritamente necessário, não desperdiçar alimentos[12].

Também já existem iniciativas, dentre tantas outras, no sentido de otimizar o uso de elevadores, não deixar ligados sem uso por tempo excessivo computadores, luzes, ar condicionados e outros equipamentos elétricos, pintar paredes dos locais de trabalho usando cores claras para favorecer a menor utilização da iluminação elétrica.

Os exemplos há pouco mencionados denotam que há possibilidade de que cada pessoa, em suas atitudes diárias, contribua para com a preservação do meio ambiente.

Os entes da administração pública devem ter um papel mais efetivo no controle do uso e descarte de materiais de almoxarifado para que o uso seja racional e que haja compra somente quando necessária, e priorizando as empresas “amigas do meio ambiente” já previamente certificadas, como, por exemplo, somente comprar material de escritório como lápis e papel se forem manufaturados a partir de madeira de reflorestamento.

Diante disso, o sensato seria que o poder público fomentasse maior qualidade no transporte coletivo, bem como o uso das ciclovias, aumentando a segurança ao redor delas, das ruas e demais praças da cidade, o que poderia trazer pelo menos maior sensação de segurança, tendo em vista o aumento do número de pessoas transitando pelas ruas.

Acredita-se que a forma mais eficiente de propiciar a existência da opção dá-se pela atuação estatal, ao desenvolver políticas públicas que sejam efetivamente uma ponte entre a vontade do indivíduo de exercer a prática consciente e a possibilidade de exercer sua opção.

Especialmente no Brasil, deve-se ter em mente que a potencialidade dos indivíduos para agirem em conformidade com as noções do consumo e atitudes conscientes sofre limitações que devem ser analisadas, já que nem sempre os meios para tanto podem ser viáveis financeiramente, bem como o exercício da opção pode não ser possível de fato, apesar da condição financeira permitir.

O destaque e a conclusão pela importância da atuação estatal para que se concretizem tanto o consumo quanto a atitude conscientes decorre de duas constatações: a) o tema analisado diz respeito a posturas que têm como finalidade a manutenção do bem-estar não apenas de um indivíduo, mas de uma imensa coletividade; b) apenas a política estatal é capaz de atingir um maior número de pessoas, estimulando e, por consequência, despertando a consciência e criando o hábito da observância da conduta ambientalmente correta.

Entretanto, deve-se ressaltar que não se pretende com a exposição feita afastar dos entes privados a responsabilidade social pela contribuição e observância de ações compatíveis com a proteção ambiental. Não se pode deixar de enfatizar o quão positivas são as iniciativas dos referidos entes para viabilizar o consumo e as ações conscientes.

Portanto, não se trata de transferência de responsabilidade, mas uma verdadeira co-responsabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido demonstra que o consumidor percebe a necessidade da mudança de seus hábitos de consumo e, no exercício de sua cidadania, demonstra estar disposto a aceitar novos padrões de comportamento, inclusive nas suas decisões de compra e relações com empresas fornecedoras de produtos e serviços, em prol da defesa do meio ambiente, das futuras gerações e de bem desempenhar seu papel, enquanto indivíduo consciente, em benefício da coletividade.

Nesse sentido, vigorosa arma que deve ser utilizada como pré-requisito à prática do consumo consciente é a educação ambiental, que tem por premissa o desenvolvimento sustentável. Inerente a esta educação ambiental, encontra-se a prestação de informações claras, corretas, transparentes e ambientalmente qualificadas ao consumidor. Deve-se melhor elaborar os rótulos dos produtos, bem como buscar produtos que sejam certificados por instituições responsáveis socioambientalmente.

Sendo os recursos naturais cada vez mais escassos, é imperativo que as ações públicas e privadas sejam uníssonas no sentido de integrar os setores educacionais e veículos de informação para conscientização de um cidadão que se envolve com causas sociais e tendo consciência dos seus direitos e de seus deveres transforma-se também em um agente disseminador de informações e de políticas de caráter universal.

Medidas urgentes se fazem necessárias, primeiramente, paralisando a cadeia destrutiva atual, viabilizando novas técnicas de reciclagem, de recuperação ambiental e coibindo o dano ambiental por meio da aplicabilidade da legislação ambiental.

Observa-se, também, que a população tem informações precárias quanto ao consumo sustentável ou atitudes pessoais que podem ser adotadas para diminuir a degradação ambiental, como por exemplo: reciclagem de lixo, diminuição do consumo de água e luz através da diminuição do tempo de banho, fechamento da torneira durante a

escovação dental, dentre outros. E essa consciência só vai surgir quando houver investimento em educação ambiental.

Por outro lado, o Estado também tem o dever de garantir a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a disseminação de informações, campanhas educativas de reciclagem e contra o desperdício, contratação preferencialmente com entes que tenham responsabilidade ambiental e principalmente dando condições destas medidas serem aplicadas.

Não se esquecendo do seu papel fundamental de tutor dos interesses difusos, disponibilizando recursos financeiros e de pessoal para colocarem em prática as sanções penais previstas em lei quando esta não for respeitada, implementando também políticas públicas de fiscalização e prevenção.

Pelo exposto, a resposta às questões levantadas ao longo deste estudo deve ser buscada com a contínua implementação de políticas públicas, inclusive de educação ambiental, concomitantemente da iniciativa privada, por meio da adoção de princípios fundamentados no desenvolvimento sócio ambiental sustentável e finalmente, o consumidor com papel importante no exercício do consumo consciente, privilegiando empresas ambientalmente responsáveis, que serão identificadas a partir da oferta de informação ambientalmente qualificada (selos, certificações, catálogos).

REFERÊNCIAS

A nutrição e o consumo consciente. São Paulo: Instituto Akatu, 2003. 111 p. (Caderno temático) (broch.).

AKATU, Instituto. **Descobrimo o consumidor consciente: Uma nova visão da realidade brasileira.** Disponível em:

http://www.uniethos.org.br/_Uniethos/Documents/consumidor_2002.pdf. Acessado em 17 de junho de 2008.

BERTOTTI, João Natal, *et.al.* **Ritmo de homicídios dobra em Curitiba - Em 67 dias, capital já registrou um terço do total de assassinatos ocorridos em 2007.** Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/parana/conteudo.phtml?id=747468>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas – Práticas Sociais e Regulação Jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

BOREGGIO NETO, Ângelo. **A educação para o consumo como instrumento da educação ambiental.** In Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. V.8, n.º.2, p.45-56 – junho/2006. Cuiabá: Editora Edunic, 2006. 216p.

BRASIL, Curitiba. Lei Municipal n.º 11.686, de 6 de abril de 2006. **Dispõe sobre a colocação de recipientes especiais de lixo nos terminais de ônibus e em locais públicos, para o recolhimento de pilhas e baterias e dá outras providências.** Disponível em: <http://domino.cmc.pr.gov.br/contlei.nsf/735cd5bfb1a32f34052568fc004f61b8/8ef3ba6f6e91ee570325714e0061b506?OpenDocument> >. Acesso em: 22 jul, 2008.

CORDEIRO, JOÃO L. **Projeto de Lei Ordinária n.º 05.00336.2007. Altera o art. 1º da Lei n.º 11686, de 6 de abril de 2006.** Disponível em: <<http://domino.cmc.pr.gov.br/web/prop2005.nsf/f5c86130b5d1098e03256e8a0060f323/04fa987ae92266ae0325737d006d794a?OpenDocument>> Acesso em: 22 jul. 2008.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Direito do Consumo.** 5 ed. Curitiba: Juruá, 2006. 311 p.

FARIAS, Paulo José Leite. Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade. 2005. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.42, n.º 168, p. 167-183, out./dez. de 2005.

FONSECA, Edson. **Mantido veto a ampliação da coleta de lixo – vereadores mantiveram decisão do prefeito de não instalar novos pontos de coleta.** Disponível em: < http://jornale.com.br/glitenl/feed/index.php?option=com_content&task=view&id=10687&Itemid=52> . Acesso em: 21 jul 2008.

FREITAS, V. P (coord.). **Direito Ambiental em Evolução – n.º 3.** Curitiba: Juruá, 2002.

GALVÃO, Flávia Nobre. Desenvolvimento sustentável & capitalismo: possibilidades e utopias. **Revista IOB de direito administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 12, p.106-119, dez. 2006.

GRINOVER, A. P. ... [et. al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HOGAN, Daniel. **Dilemas Socioambientais e desenvolvimento sustentável**. 2 ed. São Paulo: UNICAMP, 1995. 234 p.

Instituto Akatu - Pesquisa nº. 7 – 2006. **Como e por que os brasileiros praticam o consumo consciente?**. Textos de Belinky, Aron; Echegaray, Fabián; Mattar, Helio; Rodrigues, Geisa; Velho, Christina. São Paulo: Instituto Akatu, 2007. 80 p.: color 1ª edição. Disponível em: <http://www.akatu.org.br/akatu_acao/publicacoes/perfil-do-consumidor>. Acesso em 21 jul. 2008.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 248 p.

MAGALDI, Gustavo. **Alta voltagem – caminhões híbridos são a bola da vez nos Estados Unidos**. Disponível em: [http:// planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_279253.shtml](http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_279253.shtml)>. Acesso em: 22 jul. 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário**. São Paulo: RT, 2007.

**MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE CENTRA ESFORÇOS NO CONSUMO SUSTENTÁVEL. DISPONÍVEL EM:
HTTP://WWW.AKATU.COM.BR/CENTRAL/NOTICIAS/2008/MINISTERI
O-DO-MEIO-AMBIENTA-CENTRA-ESFORCOS-NO-CONSUMO-
SUSTENTAVEL ACESSO EM: 14 DE JUNHO DE 2008.**

PRIMI, LÍlian. **Energia solar será obrigatória em 180 dias - Prefeitura regulamenta lei que obriga o uso de energia alternativa**. Disponível em: <http://www.estado.com.br/suplementos/cons/2008/01/27/cons1.93.22.20080127.1.1x ml> Acesso em: 15 mar.2008.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Consumers Internacional. **Consumo Sustentável**. 2. ed. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente: IDEC, 1998.

QUINTELLA, Marcus. Transporte em crise. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 03 out. 2005. Outras Opiniões, p.A11.

Responsabilidade Social das empresas. Percepção do consumidor brasileiro. Instituto Ethos. Obtido em:

http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/Conclusoes_Akatu.pdf. Acesso em: 19 de junho de 2008.

ROCHA, Délcio. **A velha e a nova bioeconomia: desafios para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em www.ambienteemfoco.com.br, acessado em 05/11/2007.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 14 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

174 p.

São Paulo (Estado); Consumers International. **Consumo sustentável**. 2. ed. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 1998. 128 p.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SPINDOLA, Ana Luiza S. Consumo Sustentável, o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental** n. 24. p. 210.

VARGAS, Líliliana Angel. **Revista eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental. ISSN 1517-1256, Volume 15, julho a dezembro de 2005.**

VOITCH, Guilherme. **Curitiba é a capital com maior número de crimes contra a vida**. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/parana/conteudo.phtml?id=600843>. Acesso em: 22 jul. 2008.

[1] VARGAS, Liliana Angel. **Revista eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental. Volume 15, julho a dezembro de 2005.**

[2] (SANTOS, 2007, p. 51)

[3] Disponível em:
<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=20>. Acesso em 17 de junho de 2008.

[4] Disponível em:
http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/Conclusoes_Akatu.pdf Acesso em 15 de junho de 2008

[5] NETTO BESSA, Fabiane Lopes Bueno. **Responsabilidade Social das Empresas – Práticas Sociais e Regulação Jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 127.

[6] NETTO BESSA, Fabiane Lopes Bueno. Op. cit. p. 141.

[7] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário.** São Paulo: RT, 2007. p. 122.

[8] SPINDOLA. Ana Luiza S. Consumo Sustentável, o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental** n. 24. p. 210.

[9] www.catalogosustentavel.com.br

[10]O Instituto Akatu, organização não governamental sem fins lucrativos, desenvolve trabalhos relacionados à prática do consumo consciente e do desenvolvimento sustentável. Sua criação deu-se: “A entidade nasceu de outra ONG sem fins lucrativos, de reputação internacional, o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. (...) o Instituto Akatu foi criado em 15 de março de 2001, Dia Mundial do Consumidor. *Akatu* vem do tupi e pode ser traduzido como ‘semente boa’ ou ‘mundo melhor’. A nutrição e o consumo consciente. São Paulo: Instituto Akatu, 2003. 111 p. (Caderno temático) ISBN 85-89827-01-1 (broch.). p 9.

[11]Instituto Akatu - Pesquisa nº. 7 - 2006: como e por que os brasileiros praticam o consumo consciente?.Textos de Belinky, Aron; Echegaray, Fabián; Mattar, Helio; Rodrigues, Geisa; Velho, Christina. São Paulo: Instituto Akatu, 2007. 80 p.: color 1ª edição.p70. Disponível em:
<http://www.akatu.org.br/akatu_acao/publicacoes/perfil-do-consumidor>. Acesso em 21 jul. 2008.

[12] “(...) uma família de quatro pessoas desperdiçando 100 gramas de alimentos a cada refeição. Imaginando que elas vivem até os 70 anos, somente essa família terá jogado fora 31 toneladas de comida durante esse tempo. Essa quantidade seria suficiente para alimentar 17 (dezessete) crianças por dez anos. (...) Digamos que um cidadão escove os

dentes com a torneira aberta. Assim, em vez de gastar apenas 2 litros de água, vai usar 14 litros, enquanto 12 litros de água limpa e tratada entram literalmente pelo cano. Se 4 milhões de cidadãos que fazem a mesma coisa resolvessem escovar os dentes com a torneira fechada, a água economizada em um dia seria suficiente para abastecer, nesse dia, uma cidade como Goiânia, em Goiás, com 1 milhão de habitantes.” GALVÃO, Flávia Nobre. Desenvolvimento sustentável & capitalismo: possibilidades e utopias. Revista IOB de direito administrativo, São Paulo, v. 1, n. 12, p.106-119, dez. 2006. p. 117.

CONSUMO E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS PARA UMA NOVA ATITUDE ECOLÓGICA *

CONSUMPTION AND SUPPORT: CHALLENGES FOR A NEW ECOLOGICAL ATTITUDE

**Siomara Cador Eddine
Karlo Messa Vettorazzi
Vladimir Passos de Freitas**

RESUMO

A atual sociedade de consumo vive momentos de discussão e reflexão. É preciso repensar os atuais padrões de consumo e sua interferência no meio ambiente. O consumidor deve ter consciência da sua importância nas transformações econômicas, sociais e políticas. Suas opções e atos de consumo têm papel relevante na sociedade contemporânea. Pois, quaisquer que sejam as opções de consumo, elas têm sempre impacto no meio ambiente. Adquirir, utilizar e descartar produtos e serviços com respeito ao meio ambiente e à dignidade humana traduz o que significa consumo sustentável. Para que o consumo seja consciente e responsável é preciso informação clara e de qualidade, e também educação ambiental universalizada. O consumidor deve usar seu poder de escolha para favorecer produtos e serviços ecologicamente corretos e com isso promover a sustentabilidade social e ambiental. A responsabilidade pelo descarte de produtos e destinação final de resíduos, também conhecida como “responsabilidade pós-consumo”, deve ser compartilhada entre todos os elos da cadeia produtiva. Uma nova consciência ecológica pressupõe mudanças urgentes nos comportamentos e hábitos de consumo. O resultado dessa mudança de atitude é um consumo consciente de seu impacto na natureza e voltado à sustentabilidade. Harmonizar a relação entre consumo e meio ambiente é o novo desafio que se instaura. Desse entrosamento resultará uma nova ética: a do consumo sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DE CONSUMO – MEIO AMBIENTE – DIREITO - CONSUMO – SUSTENTABILIDADE – INFORMAÇÃO DE QUALIDADE – DIREITO DE ESCOLHA – RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO – ÉTICA.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The current society of consumption lives moments of quarrel and reflection. It's necessary to rethink the current standards of consumption and its interference in the environment. The consumer must be aware of its importance in the economic, social and political transformations. Its options and acts of consumption have a relevant role in the contemporary society. Therefore, whatever consumption options, they always have environmental impact. To acquire, to use and to discard products and services respecting environment and the human dignity is what means sustainable consumption. For the consumption to be conscious and responsible it is necessary clear and qualitative information, and also an environmental universal education. The consumer must use its power of choice to favor ecologically correct products and services and, by doing this, to promote social and environmental support. The responsibility for the discarding products and final destination of residues, also known as "post consumption responsibility", must be shared among all links of the productive chain. A new ecological conscience invokes urgent changes in behavior and consumption habits. The outcome from this change of attitude is a conscious consumption, aware of its impact in nature and aiming sustainability. To harmonize the relation among consumption and environment is the new challenge at hand. And from this relation new ethics will result: one of sustainable consumption.

KEYWORDS: CONSUMPTION SOCIETY - ENVIRONMENT – RIGHT - CONSUMPTION - SUPPORT - INFORMATION OF QUALITY - RIGHT OF CHOICE – POST CONSUMPTION RESPONSIBILITY - ETHICAL.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, conclamada "constituição cidadã", ao assegurar o exercício dos direitos sociais e primar por um Estado de bem-estar fundado numa sociedade fraterna e pluralista, defende primordialmente a liberdade. Suas idéias preambulares, preceituadas nos incisos do artigo 1º da Carta Magna, serão efetivadas ao congregar-se a proteção de conceitos como dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e meio ambiente em um só Estado social e democrático.

Ao longo dos 20 anos da Constituição, muito se evoluiu na tentativa de proteção destes preceitos basilares, contudo, congregar ao mesmo tempo a livre iniciativa da ordem econômica (art. 170) e a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem coletivo (art. 225) é trabalho árduo e que ainda não está próximo de chegar ao fim. Para tanto, é necessário buscar um equilíbrio entre o uso e a proteção dos recursos naturais, exigindo-se uma racionalidade que respeite os limites impostos pela natureza. Por isso, os fundamentos constitucionais indicam uma utilização baseada na sustentabilidade.

Por isso, certo é que o artigo 225 deve ser lido em consonância com os princípios fundamentais inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, que fazem da tutela ao meio ambiente um instrumento de realização da cidadania e da dignidade da pessoa humana. O presente ensaio tem o objetivo de levantar questões referentes à relação entre consumo e proteção ao meio ambiente emergidas ao longo da existência da Carta Constitucional.

De início, cumpre afirmar que a situação degradante por que passa nosso meio ambiente está intimamente relacionada ao modelo de desenvolvimento capitalista adotado. O estímulo permanente ao consumo é a base desse sistema, que tem a natureza como fonte inesgotável de energia e matéria-prima e como abrigo de dejetos produzidos por suas cidades e indústrias.[1]

Nosso modelo de desenvolvimento está baseado no consumo. Pois, quanto mais consumo, mais produção e, conseqüentemente, mais lucro. Os valores sociais estão esquecidos, de modo a se fazer afirmar que o sucesso do ser humano é medido por aquilo que ele consome. Como ficam os demais valores sociais, como a ética, a moral, o bem-estar coletivo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado?

A resposta não é fácil, já que é o mercado que dita as regras. Para Ana Luiza SPÍNOLA,

“O modelo de progresso difundido atualmente, que estimula um consumo exagerado e que mercantiliza os recursos naturais é insustentável e precisa ser revisto. Esse modelo de desenvolvimento excessivamente consumista é altamente impactante tanto do ponto de vista social como ambiental. É por isso que a grande questão que se coloca hoje em dia é a busca de um novo modelo de desenvolvimento e de consumo que não cause tantos impactos no meio ambiente, que seja ecologicamente sustentável e que promova uma melhor distribuição da riqueza no mundo. Para adotar a ética da vida sustentável, os consumidores deverão reexaminar seus valores e alterar seu comportamento. A sociedade deverá estimular os valores que apóiem esta ética e desencorajar aqueles incompatíveis com um modo de vida sustentável.” [2]

Durante muito tempo afirmou-se que a degradação ambiental era resultado do malfadado processo produtivo. A partir da década de 90, intensificou-se a percepção de que os problemas ambientais estariam relacionados aos atuais padrões de consumo, o que possibilitou a emergência de um novo discurso dentro do ambientalismo internacional. A problemática ambiental começa, então, a ser redefinida, passando a ser identificada principalmente com o estilo de vida e os padrões de consumo das sociedades afluentes. Fátima PORTILHO entende que esta redefinição teria se dado a partir de dois deslocamentos discursivos da definição da questão ambiental: do aumento populacional (principalmente no hemisfério sul) para o modelo de produção das sociedades afluentes (especialmente no hemisfério norte); e, mais tarde, da preocupação com os problemas ambientais relacionados à produção para uma preocupação com os problemas ambientais relacionados ao consumo e aos estilos de vida propriamente ditos.[3]

A Agenda XXI, ao abordar o tema “Mudança de Padrões de Consumo”, admite que as principais causas da deterioração do meio ambiente estão nos padrões insustentáveis de produção e consumo e nos impactos produzidos pela pobreza nos países em desenvolvimento. Reconhece que, em determinadas partes do mundo, os padrões de consumo são muito altos e que existe um amplo segmento da sociedade que não é atendido em suas necessidades básicas. A mudança nos padrões de consumo “*exigirá uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades*

básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção.” A Agenda XXI propõe uma mudança comportamental na forma de consumir e produzir. Propõe que os governos devem estimular grupos de consumidores, indivíduos e famílias através da “(...) oferta de informações sobre as conseqüências das opções e comportamentos de consumo, de modo a estimular a demanda e o uso de produtos ambientalmente saudáveis.”[4]

O documento recomenda, ainda, um esforço conjunto entre governo, indústria e sociedade em geral, para reduzir a geração de resíduos e de produtos descartados. Estimula as seguintes ações: a) reciclagem nos processos industriais e do produto consumido; b) redução do desperdício na embalagem dos produtos; c) introdução de novos produtos ambientalmente saudáveis.

É com a Agenda XXI que se instaura o segundo deslocamento discursivo, retratado por PORTILHO: dos problemas ambientais causados pela produção para os problemas ambientais causados pelo consumo.[5] A autora observa:

“Apontado pelo ambientalismo original desde a década de 60 e motivo de críticas há vários séculos, o lado perverso do consumismo ocidental moderno chega finalmente aos discursos hegemônicos, fazendo ressurgir o tema da escassez e dos limites ecológicos no final do século XX. Com isso, a degradação ambiental e as formas de poluição produzidas na esfera industrial perdem importância para as formas de poluição produzidas nas atividades cotidianas de consumo, pelas pessoas comuns. Com este deslocamento, houve também uma desvinculação entre os processos de produção e consumo, com a ênfase sobre o segundo. No entanto, embora o impacto ambiental do consumo dos países do Norte tenha sido assumido por estes, pode-se observar uma clara tentativa de contrabalançar esse argumento, indicando que o problema do consumo está nos desejos e esforços dos países em desenvolvimento para atingir o mesmo padrão de vida das nações afluentes. Ganhou força a idéia de que para que os países do Sul atingissem o mesmo nível de consumo médio de um habitante do Norte, seria necessário mais dois planetas Terra.” [6]

Há uma grande dificuldade em se ajustar os atuais padrões de consumo para um estilo mais consciente e responsável, justamente porque o estilo de vida americanizado é não só apreciado, mas muito desejado pela maioria da população do planeta. Afinal, estamos tão adstritos à sua lógica, que acaba sendo difícil pensar numa outra forma de vida social que não seja organizada a partir do consumo de mercadorias produzidas em massa. Mas, a grande dificuldade de se adotar uma atitude preventiva no sentido de estabilizar o nível de consumo de recursos naturais está em que essa neutralização pressupõe uma mudança de atitude que contraria a lógica do processo de acumulação de capital.

De outro lado, acreditar que o desenvolvimento sustentável é construído com base nos limites da economia de mercado, implica numa falsa interpretação da sustentabilidade. Aceitar que o mercado é capaz de dar soluções satisfatórias à crise ambiental, é outra falácia. Não se pode admitir que a substituição da natureza pelo capital seja algo

sustentável. Não há como separar a produção e o consumo da conservação da natureza. A verdadeira sustentabilidade vai exigir que o mercado e o processo de produção e consumo sejam reformulados.

PORTILHO afirma que movimentos sociais, como as chamadas Organizações de Defesa dos Consumidores (ODC), tradicionalmente preocupadas apenas com a proteção dos direitos do consumidor no mercado e o aumento da disponibilidade das suas opções de escolha começam a esboçar propostas de compatibilizar a defesa dos consumidores com a defesa do meio ambiente, lançando e participando de campanhas por um consumo menos predatório, somando esforços e se aproximando dos movimentos ambientalistas *strictu sensu*. [7]

O problema é que a grande maioria dos debates sobre a relação entre consumo e meio ambiente enfatiza que a necessária melhoria na qualidade ambiental deveria ser atingida através mais da substituição de bens e serviços por outros mais eficientes e menos poluentes, do que através da redução do volume de bens e serviços consumidos, o que acaba por resultar em discursos retóricos.

A busca por um desenvolvimento que seja realmente sustentável requer processos de produção e consumo mais coerentes e racionais. O sucesso dessa busca depende de uma reorientação das práticas de consumo. Essa nova lógica é resultado de um conjunto de fatores preponderantes, dentre eles: informações, consciência, atitude, responsabilidades, valores.

2. SOCIEDADE DE CONSUMO

A sociedade moderna é constantemente incentivada pela mídia e pelo próprio modo de vida urbano a um consumo desenfreado, com a aquisição de produtos muitas vezes supérfluos e descartáveis. O status da pessoa é medido pelo que ela consome e não pelo que possa ser necessário e útil a sua vida.

Vive-se a era da "obsolescência programada", a qual visa a induzir o consumidor ao descarte do produto do modelo anterior em prazo exíguo para comprar o do modelo novo que se, de um lado, fomenta, os fluxos econômicos, de outro, importa no acréscimo na geração de resíduos.

A sociedade de consumo se caracteriza pela produção padronizada e em grande escala de bens para serem consumidos por pessoas que tiveram suas prioridades conduzidas por um processo de *marketing* voltado ao aumento da demanda, ainda que não tivessem necessidade real de adquirir tais produtos. [8]

Na atual sociedade de consumo, o objetivo maior do homem é consumir tudo aquilo que lhe é permitido com o fruto de seu trabalho. Quanto mais conforto as pessoas têm, mais elas esperam ter. Trata-se de sociedade voltada à produção e aquisição crescentes de bens de consumo cada vez mais diversificados. A sobrevivência dessa sociedade depende da criação de necessidades por novos produtos, pois, logo que um produto é lançado no mercado, ele deve ser consumido intensamente e em seguida substituído por outro. Quando a necessidade de adquirir esse produto não existe, é preciso criá-la,

embuti-la na consciência do consumidor. Não é a tecnologia que atende às nossas necessidades, como os meios de comunicação de massa geralmente nos fazem crer, e sim as necessidades é que são criadas para atender à crescente produção e à elaboração cada vez mais diversificada dos bens de consumo.

Segundo Fátima PORTILHO,

“A abundância dos bens de consumo continuamente produzidos pelo sistema industrial é considerada, freqüentemente, um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas. No entanto, esta abundância passou a receber uma conotação negativa sendo objeto de críticas que consideram o consumismo um dos principais problemas das sociedades industriais modernas. A partir da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental, a crítica ao consumismo passou a ser vista como uma contribuição para a construção de uma sociedade sustentável.”[9]

Entretanto, com informação adequada e consciência de que certos atos de consumo influem de maneira direta no meio ambiente, o consumidor pode fazer a diferença, mudando seus padrões de consumo, o que determinará mudanças em toda a cadeia produtiva. E, como diz SODRÉ, *“somando qualidade ambiental à qualidade do produto”*[10].

3. O DIREITO E A NOVA SOCIEDADE DE CONSUMO

O desenvolvimento tecnológico e científico promoveu profundas transformações na atual sociedade. Aliado a esses fatores, os avanços da economia e das telecomunicações permitiram a formação de uma sociedade complexa, a qual exige respostas e soluções rápidas. Segundo Gregori, *“o Direito, através das leis, deve encontrar respostas adequadas a essas inovações, bem como levar em conta que diante de uma realidade globalizada, é necessária uma interpretação afinada com esta. Nesse mundo pós-moderno, não há mais fronteiras geográficas e, portanto, também as fronteiras jurídicas devem ser menos rígidas. Resultam daí novos direitos – ambiental, do consumidor, econômico – destinados a satisfazer as novas necessidades de todos os envolvidos.”*[11]

Para Efig,

“O aperfeiçoamento e a sofisticação das relações de consumo, ora em um mercado mundial de livre-comércio, livre circulação de bens e serviços, impulsionados pela evolução tecnológica da comunicação e informática, modificaram sensivelmente a vida em sociedade, que então por demais dinâmica, impõe a revisão de muitos conceitos clássicos do Direito.”[12]

O Direito do Consumidor surge para equilibrar as desigualdades decorrentes dessa nova realidade, isto é, para adequar as novas realidades impostas pelo desenvolvimento econômico, tecnológico e científico.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que a proteção do consumidor adquiriu *status* de garantia constitucional. O direito do consumidor está previsto em vários dispositivos, mas, destaca-se sua previsão no rol dos direitos individuais e coletivos, quando determina o art. 5º, XXXII: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*”

Posteriormente, com a edição do Código de Defesa do Consumidor e a entrada em vigor de suas normas, restaram esclarecidos e consolidados os direitos dos consumidores, através da criação do microsistema das relações de consumo[13] e da inserção de novas normas e princípios jurídicos para a tutela dos consumidores.[14]

Fala-se em “nova sociedade de consumo” para caracterizar a sociedade que se busca e se requer atualmente. Sociedade esta, que exige mudanças radicais nos padrões de comportamento atual. Mas, para isso, é necessário que as regras sociais, jurídicas e culturais se coadunem com a nova realidade.

EFING afirma que a atual legislação consumerista brasileira não pode mais ser concebida como de características privadas, pois a proteção e defesa da sociedade de consumo, assume cada vez mais o caráter difuso e coletivo. Para o autor, as relações de consumo são a marca do cotidiano dos cidadãos, vez que suas relações mais simples, até as mais complexas, estão permeadas por esse Direito.[15]

A sustentabilidade vista de maneira ampla leva-nos, também, à aspectos sociais e econômicos e não puramente ambientais. O primeiro dos direitos dos consumidores, o acesso ao consumo, deve ser também considerado, o que nos remete à questão do resgate da cidadania, pois, antes de serem consumidores, os indivíduos devem ser cidadãos com seus direitos e responsabilidades.[16]

Nesse sentido, a compatibilização entre Direito e Sustentabilidade é fundamental. Pois, regras são necessárias para se concretizar a proteção socioambiental. Nessa relação, a função do Direito é sistematizar e regular as questões que envolvem consumo e meio ambiente, utilizando-se de instrumentos jurídicos de prevenção, reparação, informação, monitoramento e participação.[17] Dessa forma, é possível vislumbrar uma aproximação do Direito com a Sustentabilidade, buscando um equilíbrio nas relações do homem com o meio ambiente.

4. CONSUMO E MEIO AMBIENTE: UM NOVO PARADIGMA?

Por causa do excessivo uso dos recursos naturais e da enorme produção de lixo e poluição, a sociedade global desperta para a necessidade de se harmonizar consumo e meio ambiente, minimizando os efeitos da produção desenfreada de bens supérfluos e buscando alternativas para o descarte de produtos e embalagens pós-consumo.

Surgem, então, manifestações em várias partes do globo em torno da questão pró-ambiente. A consciência ecológica e a busca pela sustentabilidade começam a fazer parte dos debates e discussões na área das relações de consumo. Como condição intrínseca à natureza humana, o consumo em si não é o problema, mas seus atuais padrões e efeitos refletem diretamente no meio ambiente e na esfera social. Segundo FELDMANN,

“O consumo é essencial para a vida humana, visto que cada um de nós é consumidor. O problema não é o consumo em si mesmo, mas os seus padrões e efeitos, no que se refere à conciliação de suas pressões sobre o meio ambiente e o atendimento das necessidades básicas da Humanidade. Para tanto, é necessário desenvolver melhor compreensão do papel do consumo na vida cotidiana das pessoas. De um lado, o consumo abre enormes oportunidades para o atendimento de necessidades individuais de alimentação, habitação, saneamento, instrução, energia, enfim, de bem-estar material, objetivando que as pessoas possam gozar de dignidade, auto-estima, respeito e outros valores fundamentais. Nesse sentido, o consumo contribui claramente para o desenvolvimento humano, quando aumenta suas capacidades, sem afetar adversamente o bem-estar coletivo, quando é tão favorável para as gerações futuras como para as presentes, quando respeita a capacidade de suporte do planeta e quando encoraja a emergência de comunidades dinâmicas e criativas. O consumo na vida contemporânea, entretanto, traz novas dinâmicas e a sua compreensão está longe de ser alcançada.”
[18]

O Princípio 8 da Declaração das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Rio-92, dispõe: *“para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas”*.

Para Édis MILARÉ, *“muitas das soluções que levam ao desenvolvimento sustentável (objetivo da cidadania ambiental) também permitem chegar ao consumo sustentável (objetivo da cidadania do consumo).”*[19] Para o autor, o uso inadequado ou desnecessário e o abuso por parte do consumidor não podem ser relevados. Da mesma forma, sua participação pessoal no coro das exigências ambientais (reclamações, boicotes e outras formas) decorre do exercício de sua cidadania ambiental.[20]

Na análise da sociedade atual, são importantes as reflexões sobre o que significa consumo; as técnicas que o incentivam; a análise do ciclo de vida dos produtos; a educação ambiental aos consumidores e a publicidade ecologicamente correta como aliados na preservação do meio ambiente.

Para ORTIGOZA,

Despertar um consumo ecologicamente consciente é a grande meta para se atingir o consumo sustentável; para tanto, é necessário desenvolver hábitos de consumo mais

responsáveis e que apresentem um menor volume de desperdício. Esse processo, que é extremamente assentado em uma educação ambiental, almeja primeiramente a redução, afinal nem tudo o que consumimos é realmente necessidade. Posteriormente, mas não menos importante, é educar para a reutilização, pois muitos dos produtos que consumimos podem servir para novos usos. A introdução dessa prática em nossas vidas também minimiza o impacto dos descartáveis. E atrelada a esses objetivos está a necessidade de reciclar os produtos já utilizados, ou seja, introduzi-los novamente no sistema produtivo de forma que se transformem em novos produtos. [21]

Segundo a Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU, “consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que respondam às necessidades básicas de toda população e trazem a melhoria na qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.” (CDS/ONU – 1995). Neste sentido, a *Consumers International*[22] alerta para o fato de que “a solução de alguns problemas ambientais pode não exigir produtos ‘mais verdes’, mas a redução do consumo, ou a adaptação a uma vida sem determinados produtos”.

Marcelo Gomes SODRÉ pondera: “as agressões ao meio ambiente constituem uma constante e os consumidores em geral acabam por perceber a natureza como uma série de objetos a serem consumidos, ou seja, destruídos, não relacionando seu ato de consumo com as conseqüências que o mesmo causa ao meio ambiente. O consumidor não percebe a finitude da natureza, tampouco conhece a força que possui para que ocorram mudanças nos processos produtivos.”[23]

O certo é que a questão ambiental impõe uma mudança paradigmática da Sociedade de Consumo. As propostas de consumo sustentável priorizam ações coletivas e mudanças políticas, econômicas e comportamentais. O comprometimento com uma mudança responsável de hábitos e costumes é o primeiro passo. O segundo requer vontade política para implementar políticas públicas de regulamentação, tanto da produção como do consumo.

Segundo PORTILHO, “uma política de sustentabilidade pressupõe uma transformação de estruturas e padrões que definem a produção e o consumo, avaliando sua capacidade de sustentação. Meio Ambiente deixou de ser relacionado apenas a uma questão de como usamos os recursos (os padrões), para incluir também uma preocupação com o quanto usamos (os níveis), tornando-se uma questão de acesso, distribuição e justiça.”[24]

5. A QUALIDADE DAS INFORMAÇÕES DOS PRODUTOS E SERVIÇOS COMO PARÂMETRO AO DIREITO DE ESCOLHA

A informação ao consumidor é absolutamente necessária. A Constituição Federal prevê o direito à informação como garantia individual e como um dos direitos da personalidade, baseado no princípio da dignidade humana (artigos 1º, III e 5º, XIV). É

preciso que a informação seja compatível com a possibilidade do consumidor exercer livremente o seu direito de escolha.

O direito do consumidor à informação qualificada possui como um dos seus pilares o princípio da liberdade. Esta consiste na capacidade de poder escolher. Mas, para ter a capacidade de opção é necessário o conhecimento sobre o que irá eleger como melhor alternativa.

O Código de Defesa do Consumidor traz expressamente a obrigação do fornecedor de bem informar o consumidor sobre o produto ou serviço que está adquirindo[25]. Sendo assim, para cumprir o que determina o CDC, a informação prestada ao consumidor deve ser esclarecedora, segura e precisa de modo a influenciar a vontade do cidadão no seu processo decisório de consumir determinados produtos. Uma população bem informada torna-se mais exigente, racional e mais consciente de seu papel com a qualidade de vida e com o bem-estar social.

O que se espera da sociedade é justamente uma tomada de posição, ativa, altruísta, ética e participativa diante dos bens e valores ambientais, ou seja, se esta sociedade pode usar o seu poder de escolha em prol da sustentabilidade, ela deve assim agir.[26] Para Flávia LOURES,

“o acesso à informação ambiental interliga direito e cidadania e prepara os caminhos que serão trilhados pela sociedade civil organizada e consciente de suas prerrogativas e obrigações. Isto porque a população ignorante e passiva permite que o direito seja utilizado como instrumento de dominação, quando deveria refletir as relações e os conflitos estabelecidos no seio da sociedade e as necessidades daqueles que são, ao mesmo tempo, criadores e destinatários do ordenamento jurídico.” [27]

MILARÉ examina a importância do direito à informação:

“Surge como significativa conquista da cidadania para a participação ativa na defesa de nosso rico patrimônio ambiental. Aliás, o direito à informação é um dos postulados básicos do regime democrático, essencial ao processo de participação da comunidade no debate e nas deliberações de assuntos de seu interesse direto. (...) De fato, o cidadão bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do Poder. Isto porque, ao se deparar com a informação e compreender o real significado da questão ambiental, o ser humano é resgatado de sua condição de alienação e passividade. E, assim, conquista sua cidadania, tornando-se apto para envolver-se ativamente na condução de processos decisórios que hão de decidir o futuro da humanidade sobre a Terra”.[28]

Prevalece em nossa sociedade a massificação da informação direcionada ao consumo, mais voltada para o lucro do que para a preservação ambiental, deixando em segundo plano, questões essenciais como a qualidade de vida, a saúde e o bem-estar geral. Consumir primeiro para depois cuidar da natureza tornou-se uma regra despercebidamente aceita e seguida no mundo moderno.[29] Nesse sentido, CORTEZ e ORTIGOZA fazem uma reflexão:

“Geralmente, os consumidores são mal informados sobre as conseqüências, para o meio ambiente, de suas escolhas de consumo e de estilos de vida. Entretanto, a fim de alcançar o consumo sustentável, também denominado ‘consumo responsável’, os consumidores precisarão mais do que informações. Será preciso, igualmente, uma mudança nas atitudes sociais e culturais, de modo que a liberdade pessoal de desfrutar de benefícios materiais aqui e agora seja contrabalançada por um sentimento de responsabilidade compartilhado, a fim de promover o bem-estar de toda a humanidade, incluindo o das gerações futuras.” [30]

A informação é o fundamento para uma decisão livre. Aquele que dispõe de boa informação e de conhecimento tem melhores condições de avaliar a real necessidade de adquirir determinado produto e de perceber os efeitos ambientais que seu ato pode causar.

Nesse sentido, as questões ambientais demandam respostas rápidas e requerem o acesso a uma gama de informações socioambientais e ferramentas adequadas para a análise e visualização de modelos e cenários de impacto socioambiental, mas a apropriação isolada dessas informações é insuficiente, tornando-se meros dados. O agente social precisa situar a informação em seu contexto para que adquira sentido e possa transformá-la em conhecimento com a finalidade de construir uma relação mais compreensiva da realidade.[31]

Segundo BARROS, *“de maneira breve, pode-se dizer que informação socioambiental é toda informação capaz de provocar no cidadão receptor uma mudança de comportamento em relação às questões que afetam o seu ambiente. Mais informado ele se dará conta dos problemas ambientais em curso e tomará, a sua escolha, uma posição.”[32]*

Para Heloisa CARPENA, o direito de escolha do consumidor é sagrado. Mas, para tanto ele necessita de informações:

“A informação clara, objetiva, verdadeira, cognoscível permite que o consumidor instrua seu processo de decisão de compra do produto ou serviço, realizando-o de forma consciente, e assim, minimizando os riscos de danos e de frustração de expectativas. O direito de informação é garantido de forma ampla pela lei, não como fim em si mesmo, mas como condicionante do direito de escolha do consumidor.”[33]

A liberdade de escolha está referida expressamente no Código de Defesa do Consumidor como direito básico do consumidor. O exercício da escolha importa de forma mais direta para satisfação de seus próprios desejos, mas interessa à sociedade como um todo, pois, ao escolher, o consumidor indica com a sua decisão quais são os melhores e mais seguros produtos e serviços. Sua participação consciente pode contribuir de maneira satisfatória para a consecução do consumo sustentável.

Os defensores do consumo verde afirmam que,

“A proposta de consumo verde é dominada por análises que consideram que se os consumidores obtiverem conhecimento suficiente eles vão obter a necessária “consciência ambiental”, traduzindo-a em atitudes e comportamentos ambientalmente benignos. Esta perspectiva é facilmente encontrada na maneira como a educação ambiental é, muitas vezes, encarada, objetivando simplesmente traduzir as informações dos especialistas para que as pessoas comuns tomem as decisões corretas. Existe uma crença implícita de que a informação desencadeia comportamentos pró-meio ambiente e que, portanto, a carência de informações impede estes comportamentos e responsabilidades. Nesse sentido, os proponentes do consumo verde apontam a falta de informações adequadas para que os consumidores possam realizar suas escolhas ecologicamente corretas.” [34]

Programas informativos e estratégias de eco-rotulagem são apontados hoje como alternativas reais para incentivar o consumo sustentável. Mas, é necessário esclarecer os consumidores sobre alguns pontos:

“a questão da rotulagem ambiental é outro aspecto importante com relação à informação das pessoas; é algo que deveria ser amplamente debatido para não iludir os consumidores e, assim, obter mais credibilidade. Os símbolos utilizados nas embalagens dos produtos apenas indicam que os materiais são potencialmente recicláveis e não necessariamente que serão reciclados, mesmo porque pode não haver mercado para eles. As indústrias deveriam ser mais claras em seus sistemas de codificação e alertar o consumidor de que a presença do símbolo de reciclável não é uma garantia implícita de que qualquer recipiente é próprio para ser transformado em outro produto. Os símbolos só poderiam ser usados caso existissem formas adequadas de coleta e destinação disponíveis para o público, a quem esses símbolos se dirigem, a exemplo do que ocorre na Holanda.”[35]

A consciência dos atuais problemas ambientais e a certeza de que o consumidor é detentor de um grande poder de transformar a realidade e influir no seu destino, são consideradas estratégias para provocar as mudanças necessárias em direção à

sustentabilidade. As ações individuais passam a ser vistas como essenciais e o consumidor como responsável, através de suas demandas e escolhas cotidianas, por gerar mudanças substanciais nos processos de produção e de consumo.

Para SODRÉ, valorizar a rotulagem ambiental dos produtos (inclusive com a regulamentação e obrigatoriedade do chamado selo verde, como um canal de informações a respeito dos produtos, processos e impactos ambientais positivos ou negativos) e a certificação ambiental (como instrumento de orientação aos consumidores) é uma proposta válida para se atingir a tão sonhada sustentabilidade.[36]

Mas, para que a sustentabilidade seja atingida, faz-se necessária a divulgação de informações claras, verídicas e eficientes. Se a informação for séria e relatar de forma inequívoca como se processou todo o ciclo de vida do produto, o consumidor terá em suas mãos um verdadeiro instrumento de poder: a liberdade de escolha.

Por fim, apresenta-se interessante observação feita por Aron BELINKY, da ONG Akatu: *“a idéia central não é dizer às pessoas o que elas devem ou não fazer, o que devem ou não consumir. Mas, fornecer elementos para que pensem e reflitam. O objetivo é aprender a escolher com consciência. Oferecer a informação para as próprias pessoas decidirem é mais desafiador. (...) O consumidor tem poder. Ele parte da forma básica do cidadão consumidor para se tornar um consumidor cidadão.”*[37]

6. RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO: DE QUEM É?

É inegável que o comportamento humano e o estilo de vida atual da população têm grande influência no equilíbrio ambiental do planeta. A escassez dos recursos naturais e o consumo desenfreado desses recursos têm propiciado o agravamento da crise ambiental mundial. Mas, como escolher com acerto o produto ou processo ambientalmente mais seguro? Para fazer uma análise correta, é necessário remontar à retirada da matéria-prima, ao processo de produção, ao transporte, à embalagem do produto, a seu uso e, principalmente, a sua destinação final.

A geração de resíduos oriundos desse consumo desenfreado de bens e produtos constitui-se num dos maiores problemas da atualidade. É nesse âmbito, que se discute a chamada “responsabilidade pós-consumo”, que propõe a responsabilização do empreendedor pelos resíduos decorrentes do consumo dos produtos que ele mesmo coloca no mercado.[38] Pois, o progresso e o avanço tecnológicos fazem com que, a cada dia sejam lançados novos produtos ao mercado, ensejando a obsolescência de milhares de outros produtos, aumentando o descarte desses bens.

Nesta perspectiva, NICHOLAS adverte: *“é necessário tomar cuidado para não atribuir toda a culpa pela degradação ambiental ao mercado produtivo, uma vez que este mercado é pautado pela lei da oferta e da procura, sendo certo que somente produz o que o consumidor quer.”*[39]

Dessa forma, seria coerente que se atribuísse aos parceiros da cadeia produtiva (produtor, fornecedor, empreendedor, distribuidor, comerciante, consumidor etc.) a responsabilidade pelo recolhimento desses resíduos. Ou, melhor dizendo, todo o ciclo

de vida do produto – desde a retirada da matéria-prima da natureza até a destinação final dos resíduos decorrentes do consumo – deve estar sob a responsabilidade daqueles que lucram com a atividade econômica.

Mas, a despeito dessa atribuição, é importante destacar o papel fundamental do consumidor. Não se pode dizer, em termos atuais, que o consumidor está isento de responsabilidade. Para que o consumo sustentável seja atingido, o compartilhamento de responsabilidades deve ser buscado. Não significa obrigar o consumidor a arcar com as despesas da destinação final dos resíduos, ao contrário, é com sua atitude preventiva, no sentido de escolher um produto ambientalmente adequado e optando por uma empresa ou marca que se preocupe com o meio ambiente, que o consumidor cumprirá seu papel e contribuirá para a melhoria da qualidade de vida na Terra. LOUBET afirma que, *“se o consumidor não se importar com a forma como foi produzido o que está sendo comprado, certamente a tendência será alimentar cada vez mais a existência de empresas que não tenham compromisso com o meio ambiente e com a sociedade que lhe circunda.”*[40].

Para Antônio Pinto MONTEIRO, *“o consumidor contribui diretamente para a degradação do meio ambiente, desde logo pelos produtos que consome em prejuízo desse bem; e também indiretamente, na medida em que é ele o destinatário e, afinal a razão de ser da produção desenfreada e, quantas vezes, nefasta ao meio ambiente. Urge, por isso, sensibilizar o consumidor, motivá-lo a adquirir os bens e, de um modo geral, a assumir o comportamento e optar pela solução mais amigável do ambiente.”*[41]

Não se trata, insista-se, de transferir ao consumidor a responsabilidade pela degradação ambiental. MAINET observa:

“A responsabilidade principal recai sobre os responsáveis pela política governamental e sobre os produtores que têm de desenvolver e implementar uma política ambiental passível de prevenir danos futuros ao meio ambiente no campo do consumo de bens e serviços. Tal política obviamente envolve informação e educação do consumidor ao invés de apelos promocionais, assim como medidas reguladoras sobre o processo produtivo (...).” [42]

Como bem afirma LOUBET, em regra, quando um produto é colocado no mercado e consumido, a responsabilidade pelo tratamento dos resíduos produzidos fica a cargo do Poder Público. Em outras palavras, recai sobre toda a sociedade, que acaba por custear o tratamento e a destinação adequada do resíduo oriundo de uma relação de consumo em que o fornecedor obteve o lucro e o consumidor, as vantagens com a aquisição do mesmo.[43]

Para Silvia CAPPELLI, a responsabilidade pós-consumo *“consiste no dever dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de coletar, transportar e dar destino final adequado aos resíduos sólidos gerados pelos produtos ou por suas embalagens.”*[44] Portanto, cabe àqueles que se beneficiam do lucro da atividade, a responsabilidade de recolher e dar destinação final adequada aos resíduos decorrentes.

O que se busca com essa cadeia de responsabilidades é evitar que os aterros sanitários fiquem abarrotados de materiais e produtos descartáveis, que ainda possuem uma vida útil e que poderiam ser reutilizados ou reciclados. Isso permitiria que tais aterros tivessem uma sobrevida maior, recebendo apenas os resíduos que não pudessem ser reciclados.

Sobre a questão das embalagens, precisamente de garrafas PET, Saint-Clair Honorato SANTOS faz a seguinte observação:

“Aquele que lucra com a atividade deve arcar com as conseqüências do seu negócio, por isso entendemos que as embalagens devem ser devolvidas aos fabricantes, como sempre ocorreu com os vasilhames de vidro. Assim os postos de compra seriam os postos de recebimento, com a mesma simplicidade do que sempre se praticou. O que está acontecendo é que não se está atribuindo esta responsabilidade às empresas para que recebam suas embalagens.” [45]

MACEDO e REGO sustentam que as empresas que utilizam ou distribuem produtos com embalagem PET deveriam, obrigatoriamente, apresentar um plano de coleta e destinação adequada para as referidas embalagens.[46] Trata-se de uma alternativa plausível e que poderia ser implantada para todos os tipos de descarte de produtos.

Uma opção viável seria, por exemplo, se esse plano de coleta e destinação fosse exigido como requisito para a concessão de alvará de funcionamento de estabelecimento comercial (venda de produtos) ou quando da licença de funcionamento da atividade econômica (produtores, empreendedores, etc.), juntamente com os demais requisitos legais.

Exemplo interessante é aplicado em São Paulo, noticiado por CORTEZ:

“O município de São Paulo aprovou a Lei 13.264, em vigor desde 2002, que prevê a obrigação dos estabelecimentos comerciais que vendem produtos armazenados em embalagens descartáveis, a instalar em suas lojas, recipientes para coletá-las, os chamados Pontos de Entrega Voluntária (PEV). O Plano Diretor de Resíduos Sólidos especifica as ações para implementação das diretrizes da Política Municipal de Resíduos Sólidos. O projeto cria responsabilidade coletiva, mas diferenciada, em relação à disposição final dos resíduos para cada segmento da cadeia produtiva, da indústria ao consumidor final.” [47]

Sobre o tema ora em análise, na Justiça Federal de primeira instância, Subseção Judiciária de Marília, SP, foi proferida decisão de grande relevância.[48] O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública requerendo que o Ministério da Agricultura condicionasse o registro da cerveja embalada em *polietileno tereftalato* (PET) à licenciamento ambiental junto ao IBAMA e que este condicionasse a emissão da licença à adoção de medidas eficazes estabelecidas em Estudo de Impacto Ambiental.

Argumentou-se na inicial que o dano ambiental seria irreparável caso fosse concedida às companhias de cerveja, o direito de embalar o líquido em garrafas PET, já que o Brasil é o 4º consumidor de cerveja do mundo, com 8.45 bilhões de litros por ano e como as garrafas PET não se dissolvem na natureza, causariam um dano ambiental incalculável. O Juiz Federal concedeu a liminar e impôs multa de R\$ 100.000,00 por registro ou licença ambiental expedidos, em caso de descumprimento. Como consequência, o processo de registro da embalagem PET foi suspenso.

Dessa maneira, as melhores opções continuam sendo a reestruturação das empresas – com a utilização de tecnologias mais “limpas” e produtos mais “saudáveis” à natureza – e a redução de consumo – reutilizando produtos e embalagens -, evitando-se o desperdício e a geração de lixo. Uma mudança ampla no sistema de embalagens descartáveis, com a volta e ampliação do mercado de retornáveis, seria uma medida muito mais ecológica e efetiva do que as que estão atualmente em prática.

Mas, a despeito da máxima “quem lucra com a atividade deve responder pelos riscos que causa”, a corrente ora predominante aponta para a divisão de responsabilidades. Fornecedores, Poder Público e consumidores têm sua parcela de contribuição. Os primeiros devem partir da análise do ciclo de vida do produto, ou seja, analisar todo o trajeto que perfaz o produto desde a retirada da matéria-prima da natureza até a disposição final dos resíduos pós-consumo. O segundo deve implementar políticas públicas de educação voltadas ao consumo consciente e ecologicamente sustentável, assim como regulamentar o comportamento de empresas e comerciantes, determinando ações e programas socioambientais a serem cumpridos.

Já os consumidores, pela posição vulnerável que ocupam na relação jurídica consumerista, têm no seu poder de escolha um verdadeiro instrumento de exercício de cidadania. A liberdade que tem o consumidor de optar por produtos que ambientalmente corretos, é a grande mola propulsora para o consumo sustentável. Mas, para isso o consumidor deve ser alvo de programas educacionais e de conscientização que lhe repassem informações claras, precisas e suficientes a ponto de influir em sua decisão de consumo.

A pressão dos consumidores é importante no sentido de estimular as empresas a realizarem investimentos ambientais. A demanda da sociedade por produtos e processos de produção menos agressivos ao meio ambiente faz com que algumas empresas gerem inovações ambientais e outras as adotem, ocorrendo a difusão da inovação.

Da mesma forma, poder-se-ia incluir nesse rol de responsáveis socioambientais, as empresas publicitárias encarregadas de produzir o *marketing* de produtos e serviços de seus clientes. Na divisão de tarefas, elas teriam a incumbência de inspirar, induzir, inferir no consumidor a consciência do seu papel transformador na sociedade. Ou seja, despertar no consumidor uma ética ecológica, para que este exerça boas práticas de consumo e faça sua parte com relação à coleta seletiva de resíduos domésticos e descarte adequado de embalagens. Para CORTEZ e ORTIGOZA,

“não basta que as empresas adotem apenas o marketing voltado para o consumidor e o marketing da qualidade; é preciso destacar com grande eficiência o marketing

ambiental. O marketing ambiental tem como objetivos-chave: desenvolver produtos que equilibrem necessidade de consumidores e preço viável, além de exercerem um impacto mínimo sobre o ambiente; projetem uma imagem de alta qualidade, incluindo a preocupação ambiental, quanto aos atributos do produto e quanto à trajetória de seu fabricante no que diz respeito ao meio ambiente.” [49]

Por isso, os empreendedores e suas agências publicitárias têm importante papel na luta para reverter a atual situação, através de uma publicidade que promova o consumo ecologicamente correto, responsável e consciente.

Finalmente, merece registro decisão pioneira do Eg. Tribunal de Justiça do Paraná, a respeito da responsabilidade pós-consumo, cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – LIXO RESULTANTE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS TIPO “PET” (POLIETILENO TEREFALATO) – Empresa engarrafadora de refrigerantes – responsabilidade objetiva pela poluição do meio ambiente – acolhimento do pedido – obrigação de fazer – condenação da requerida sob pena de multa – inteligência do art. 225 da Constituição Federal, Lei nº 7.347/85, artigos 1º e 4º, da Lei estadual nº 12.943/99, arts. 3º e 14, § 1º, da Lei 6.938/81.[50]

7. POR UMA NOVA ÉTICA DO CONSUMO

Partindo-se da premissa de que o planeta está com sua capacidade de suporte comprometida e que o homem é, ao mesmo tempo, responsável pela degradação, mas detentor da capacidade de mudar essa situação é hora de resgatar os valores sociais que foram deixados de lado.

O desafio é sensibilizar as consciências, fazer com que todos sejam alertados sobre as conseqüências de seus atos. Pois, somente sujeitos conscientes das conseqüências dos seus atos é que fazem a diferença na sociedade e no ambiente.

Todos têm um papel a cumprir, seja o Estado, empresa ou consumidor. Em nível global, a consciência da gravidade dos problemas ambientais está universalizando comportamentos mais éticos e condizentes com as necessidades do meio ambiente. Os empreendedores e as municipalidades devem recorrer a métodos de destinação final que cumpram com uma série de requisitos e sejam condizentes com os requerimentos ambientais, com as imposições sociais, as restrições econômicas e as disposições legais.

Cabe ao consumidor exigir produtos mais sustentáveis, boicotar as marcas que não se ajustarem aos novos padrões, conhecer melhor as empresas socioambientalmente responsáveis e disseminar uma cultura de não desperdício. Isso é um exercício de cidadania. Como bem ensina NALINI, “*uma ética ambiental dispensa notáveis*

conhecimentos da matéria, ou aprofundamento científico ecológico. Apenas requer vontade, alimentada por uma consciência sensível.”[51]

Para MILARÉ, a preocupação do momento é,

“acentuar a necessidade de o consumidor, para além dos seus direitos, pensar também na sua contrapartida de deveres para com o meio ambiente – esta consiste, em síntese, na busca da sustentabilidade ambiental em todas as demandas que exerce sobre bens e serviços a fim de satisfazer às suas necessidades reais, condicionadas à disponibilidade da mesma forma real dos recursos ambientais. Se assim não for, a sua própria sobrevivência e o destino dos seus descendentes estão gravemente comprometidos. Vale lembrar que, além dos preceitos jurídicos, entram em cena também os requisitos da ética em todas as suas dimensões: individual, social e planetária.” [52]

Ao falar da atual crise ambiental, NALINI chama o cidadão à cumprir com seu papel:

“A crise contemporânea é uma crise de paradigma. Faliu a convicção de que a todos os seis bilhões de seres humanos se poderá garantir um nível de vida idêntico ao imposto pelo padrão consumista norte-americano. Haveria necessidade de seis outros planetas iguais a Terra, dos quais se pudessem extrair os recursos necessários à consecução dessa utopia. Uma atuação pró-ativa eficiente e que pressupõe uma sensível consciência ética ambiental (...). Se Kleist tem razão ao dizer ‘o saber não nos torna melhores nem mais felizes’, ao menos o saber nos torna mais responsáveis. Reveja seu estilo de vida. Pense num padrão condizente com o mundo sustentável. Não seja consumista. Seja coerente.” [53]

Para o autor, *“a crise não é do ambiente. A crise é de valores. É uma crise ética. A crise ecológica também é uma crise dos valores humanos, da ética em todas as dimensões, e traz à tona novos pensamentos, novos conflitos, novas possibilidades, novas soluções e novos comportamentos diante do planeta. (...) Formar uma consciência ambiental ética, contudo, mostra-se única alternativa para viabilizar a vida num planeta sujeito a tantas degradações. Uma ética ambiental que inverta a pretensiosa concepção de que a natureza é apenas meio e os objetivos do homem o único fim. Mostra-se urgente a revitalização de valores éticos quais a bondade e solidariedade, com incidência também sobre a natureza.”[54]*

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a atual sociedade de consumo está degradando o planeta, quer pelo abuso que se faz dos recursos naturais, quer pela produção excessiva de resíduos. Se o simples ato de consumir gera impacto no meio ambiente, resta ao cidadão optar pelo “melhor” consumo, ou seja, aquele que cause o menor impacto na natureza.

Para isso, expressões como “consumo sustentável”, “consumo consciente”, “consumo responsável”, “consumo solidário”, dentre outros compatíveis, devem ser difundidos. Mas, não podem ser apenas tratados na teoria, devem ser aprimorados e colocados à população, no sentido de informação, educação, conhecimento. A aplicação desses conceitos no cotidiano das pessoas tem o poder de transformar comportamentos e atitudes. Uma sociedade esclarecida e conhecedora dos reais impactos ambientais tem o discernimento para escolher um produto que seja ecologicamente correto e uma empresa que seja social e ambientalmente responsável.

O consumidor tem o poder de barganha nas mãos. Tem o direito de escolha, mas só fará a escolha correta, se estiver bem informado. Um caminho para que os consumidores se tornem cada vez mais responsáveis com o meio ambiente, é fornecer informações sobre as conexões entre suas atitudes, as opções como consumidores e a degradação ambiental. O que acaba por resultar numa relação de equivalência entre os conceitos de consumidor e cidadão.

Atitudes simples, como perguntarmos a nós mesmos, na hora de consumir, se determinado produto é realmente algo de que precisamos, pode ser o início de um processo de mudança maior. A proposta de um novo estilo de vida exige a libertação do consumidor das necessidades impostas pela sociedade de consumo, o que requer um processo de aprendizado, uma conscientização, e a contribuição da educação nesse processo vai ser fundamental. A Educação Ambiental insere-se neste contexto, como estrutura fundamental devido a seus princípios críticos de questionamento dos paradigmas vigentes na sociedade industrial de consumo.[55]

Será necessário desenvolver novos valores culturais e éticos, transformar estruturas econômicas e reorientar novos estilos de vida. Ações individuais conscientes, bem informadas e preocupadas com questões ambientais aparecem como uma nova estratégia de mudanças em direção à sociedade sustentável. Por isso, é importante falar em co-responsabilidade, abrangendo os diversos atores: tanto coletivos quanto individuais.

Considerando o exposto até agora, é possível afirmar que as relações entre meio ambiente e desenvolvimento estão diretamente relacionadas aos padrões de produção e consumo de uma determinada sociedade. Mas ao contrário de transferir a responsabilidade exclusivamente para os consumidores individuais, ou se limitar a ajustes econômicos e mudanças tecnológicas de produtos e serviços, o debate sobre os padrões de consumo precisa ser ampliado para incluir o processo de formulação e implementação de políticas públicas.

As políticas de consumo sustentável devem incluir instrumentos para encorajar mudanças, tais como: o design dos produtos (mais eficientes e mais “limpos”) e informação nos rótulos (eco-rotulagem). Mas, para realmente reestruturar as práticas de consumo integrando a preocupação ambiental, uma abordagem mais ampla se faz necessária. Essa abordagem deve envolver mudanças no debate público sobre a relação

entre consumo e qualidade de vida, encorajando a integração das preocupações ambientais nas práticas de consumo, além disso, ações regulatórias na esfera da mídia e dos mecanismos de marketing devem ser enfrentadas com ampla participação dos diferentes setores envolvidos.[56]

O tratamento que se dá ao consumo sustentável tem um sentido preventivo, ou seja, é preciso que o consumo seja garantido, mas que seus padrões se modifiquem a fim de minimizar os impactos ambientais do descarte e do uso exagerado dos recursos naturais. Por meio de programas educacionais direcionados, o consumo pode voltar a cumprir sua função de satisfazer nossas necessidades, sem se transformar no consumismo exacerbado com o qual estamos habituados hoje. Ao observarmos que todo o processo produtivo tem como meta final o consumo, percebemos que criar um consumidor responsável é um projeto altamente preventivo.[57]

A mudança nos hábitos de consumo não é uma meta fácil de ser alcançada a curto e médio prazo; o processo é gradual e os seus resultados serão sentidos ao longo do tempo. A educação ambiental e a informação transparente são fundamentais nesse processo.

Dessa maneira, as campanhas com objetivos de conscientizar a população sobre o grande descarte de materiais e a importância da reciclagem devem ser muito bem planejadas, com informações inequívocas sobre toda a questão: desde a engenharia do produto, processo de produção, sua comercialização, consumo e descarte. Deve haver um processo de educação ambiental sobre a relevância da reutilização dos materiais e redução dos descartes de embalagens e objetos que ainda não tiveram sua vida útil esgotada. Enfim, deve haver mais discussões sobre a questão do consumo sustentável que tem por objetivo, em primeiro lugar, evitar o desperdício em todas as fases da vida de um determinado produto.[58]

O desafio impõe-se a todos: consumir de forma sustentável implica poupar recursos naturais, conter o desperdício, diminuir a geração de resíduos, reutilizar e reciclar a maior quantidade possível de produtos e embalagens. Só assim conseguiremos harmonizar nossa relação com o planeta e não comprometer sua capacidade de atender as necessidades das futuras gerações.

Com base nessas diretrizes é que se apresenta o legado deixado pela Carta Magna de 1988. Ou seja, a necessidade de se conciliar uma sociedade de consumo exacerbada, ancorada na livre iniciativa econômica - gerando produtos novos a cada momento, e que rapidamente se tornam obsoletos, ocasionando o aumento na geração de resíduos e dejetos - com a necessidade de proteção ao meio ambiente. Somente com a coalização desses princípios é que alcançaremos a sustentabilidade social e ambiental. Essa visão de coalização deve ser cada vez mais estreita, para possibilitar uma congregação perfeita entre os temas aqui abordados: consumo e meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Direito à Informação Socioambiental e Desenvolvimento Sustentável**. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 45, janeiro-março, 2007.

CARPENA, Heloisa. **O Direito de Escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, julho-setembro, 2004.

CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Consumo Sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício**. São Paulo: Unesp, 2007.

EFING, Antonio Carlos. **Direito do Consumo 2**. Curitiba: Juruá, 2005.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Proteção das Florestas Sul-Americanas e Mudança dos Padrões Globais de Consumo**. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 16, outubro-dezembro, 1999.

GREGORI, Maria Stella. **A responsabilidade das empresas nas relações de consumo**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 62, abril-junho, 2007.

INSTITUTO AKATU. **Por um consumo consciente**. Disponível em: <www.akatu.org.br>. Acesso em: 13 ago. 2008.

LOUBET, Luciano Furtado. **Contornos Jurídicos da Responsabilidade Pós-Consumo**. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito Ambiental em Evolução 5**. Curitiba: Juruá, 2007.

LOURES, Flávia Tavares Rocha. **A implementação do Direito à Informação Ambiental.** *In:* Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 34, abril-junho, 2004.

MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar; RÊGO, Patrícia de Amorim. **Embalagens Pet: dificuldade para o recolhimento, guarda e reciclagem. Coleta seletiva de lixo.** *In:* Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, julho-setembro, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco - doutrina, jurisprudência, glossário.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NALINI, José Renato. **A cidadania e o Protagonismo Ambiental.** *In:* Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, julho-setembro, 2004.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental.** Campinas: Millenium, 2001.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania.** São Paulo: Cortez, 2005.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Consumo Sustentável/ Consumers International.** Tradução de Admond Ben Meir. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente: IDEC: CI, 1998.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Padrões de Consumo e Meio Ambiente.** *In:* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, julho-setembro, 1999.

SPÍNOLA, Ana Luíza S. **Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos**. *In*: Revista de Direito Ambiental: Revista dos Tribunais, nº 24, outubro-dezembro, 2001.

ZACARIAS, Rachel. **Consumo, Lixo e Educação Ambiental: uma abordagem crítica**. Juiz de Fora: FEME, 2000.

[1] SPÍNOLA, Ana Luíza S. **Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 24, outubro-dezembro, 2001. p. 210-211.

[2] SPÍNOLA, Ana Luíza S. **Op. cit.**, p. 213.

[3] PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 39.

[4] Agenda XXI, capítulo 4.

[5] PORTILHO, Fátima. **Op. cit.**, p. 51.

[6] **Idem**, p. 52-53.

[7] PORTILHO, Fátima. **Op. cit.**, p. 109.

[8] LOUBET, Luciano Furtado. **Contornos Jurídicos da Responsabilidade Pós-Consumo**. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Direito Ambiental em Evolução 5. Curitiba: Juruá, 2007. p. 246.

[9] PORTILHO, Fátima. **Op. cit.**, p. 67.

[10] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Padrões de Consumo e Meio Ambiente**. *In*: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, julho-setembro, 1999. p. 32.

[11] GREGORI, Maria Stella. **A responsabilidade das empresas nas relações de consumo**. *In*: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 62, abril-junho, 2007. p. 164.

[12] EFING, Antonio Carlos. **Direito do Consumo 2**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 85.

[13] Por relação jurídica de consumo entende-se a relação entre dois sujeitos: de um lado o consumidor e, de outro o fornecedor, tendo por objeto a aquisição ou venda de um produto ou o fornecimento ou utilização de um serviço.

[14] EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 23-24.

[15] **Idem**, p. 13.

[16] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Consumo Sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício**. São Paulo: Unesp, 2007. p. 14.

[17] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 127.

[18] FELDMANN, Fábio **Apud** MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco - doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78.

[19] MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco - doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

[20] **Idem**, p. 84.

[21] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Consumo Sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício**. São Paulo: Unesp, 2007. p. 61-62.

[22] Federação Mundial de entidades de defesa do consumidor.

[23] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Op. cit**, p. 29.

[24] PORTILHO, Fátima. **Op. cit**, p. 119 e 133.

[25] Arts. 6º, III e 8º do CDC.

[26] LOURES, Flávia Tavares Rocha. **A Implementação do Direito à Informação Ambiental**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 34, abril-junho, 2004. p. 193.

[27] **Idem**, p. 193-194.

[28] MILARÉ, Edis. **Op. cit.**, p. 342-343.

[29] BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Direito à Informação Socioambiental e Desenvolvimento Sustentável**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 45, janeiro-março, 2007. p. 168.

[30] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Op. cit**, p. 12.

- [31] BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Op. cit**, p. 170.
- [32] **Idem**, p. 170.
- [33] CARPENA, Heloisa. **O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado**. *In*: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, julho-setembro, 2004. p. 163.
- [34] PORTILHO, Fátima. **Op. cit**, p. 126.
- [35] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Op. cit**, p. 46.
- [36] SODRÉ, Marcelo Gomes. **Op. cit**, p. 32.
- [37] INSTITUTO AKATU. **Por um consumo consciente**. Disponível em: <www.akatu.org.br>. Acesso em: 13 ago. 2008.
- [38] LOUBET, Luciano Furtado. **Op. cit**, p. 245.
- [39] NICHOLAS **Apud** LOUBET, Luciano Furtado. **Op. cit**, p. 246.
- [40] LOUBET, Luciano Furtado. **Op. cit**, p. 247.
- [41] MONTEIRO, Antônio Pinto. **O papel dos consumidores na política ambiental**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, p. 71-72.
- [42] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Proteção das Florestas Sul-Americanas e Mudança nos Padrões Globais de Consumo**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 16, outubro-dezembro, 1999. p. 25
- [43] LOUBET, Luciano Furtado. **Op. cit**, p. 254-255.
- [44] CAPPELLI, Silvia. **A responsabilidade pós-consumo**. Jornal da ABRAMPA. nº 4. Belo Horizonte: ABRAMPA, 2004. p. 09.
- [45] SANTOS, Saint-Clair Honorato. **Disposição dos Resíduos Sólidos Urbanos**. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Direito Ambiental em Evolução 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 349.
- [46] MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar; REGO, Patrícia de Amorin. **Embalagens PET: dificuldade para o recolhimento, guarda e reciclagem. Coleta seletiva de lixo**. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, julho-setembro, 2003. p. 250.
- [47] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Op. cit**, p. 38.
- [48] BRASIL, Justiça Federal, Subseção Judiciária de Marília, SP, Proc. 20-02.61.11.001467-2, com decisão em 31.1.2003, Juiz Alexandre Sormani.

- [49] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Op. cit**, p. 31.
- [50] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 18652100, 8ª. Turma, Rel. Des. Ivan Bortoleto, j. 5.8.2002.
- [51] NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millenium, 2001. p. 208.
- [52] MILARÉ, Edis. **Op. cit**, p. 87.
- [53] NALINI, José Renato. **A Cidadania e o Protagonismo Ambiental**. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, julho-setembro, 2004. p. 61-63.
- [54] NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millenium, 2001. p. XXIII-XXV.
- [55] ZACHARIAS, Rachel. **Consumo, Lixo e Educação Ambiental: uma abordagem crítica**. Juiz de Fora: FEME, 2000. p. 26.
- [56] PORTILHO, Fátima. **Op. cit**, p. 158.
- [57] CORTEZ, Ana Tereza Cáceres; ORTIGOZA, Sílvia Aparecida Guarnieri (Orgs). **Op. cit**, p. 13.
- [58] **Idem**, p. 34.

O CAMINHO DA COOPERAÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS IMPOSTOS PELA (IN)SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL*

O CAMINHO DA COOPERAÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS IMPOSTOS PELA (IN)SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Lívia Gaigher Campello

RESUMO

Este estudo partiu da percepção de que há, na atualidade, uma perspectiva integrativa, fundamentada no princípio do desenvolvimento sustentável, que requer como seu pressuposto a realização de valores éticos e solidários. Assim, esta noção tem refletido nos parâmetros da busca pelo crescimento econômico, que deve ocorrer em consonância com a preservação dos direitos das presentes e futuras gerações. Nesse sentido, buscou-se desvendar os fundamentos e finalidades do Direito Ambiental no âmbito do “Estado Constitucional Cooperativo”, em que o foco da preocupação com o desenvolvimento sustentável é visto como responsabilidade ética e solidária dos Estados e de todos os seres humanos. Portanto, as reflexões sobre o meio ambiente expostas neste estudo têm como pano de fundo o direito ao desenvolvimento dos cidadãos e simultaneamente o propósito do direito do desenvolvimento humanista dos Estados.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AMBIENTAL; ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO; DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL; ÉTICA; SOLIDARIEDADE.

ABSTRACT

This study focused in the perception that there is, nowadays, an integrative perspective, based on the sustainable development principle, which requires as a pre-requisite ethics and solidarity values. This way, this notion has reflected the parameters of the search for economic growth, that should take place in harmony with the protection of the rights of the present and future generations. In this context, there was a search to explain the basis and objectives of the Environmental Law within the “Constitutional Cooperative State”, where the main axis centered with the awareness of sustainable development is seen as ethic and solidarity responsibilities of the Nations and all human beings. This article, analyses the environment having as a background the right for economic development and simultaneously the right of human development of the Nations.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL LAW; “CONSTITUTIONAL COOPERATIVE STATE”; SUSTAINABLE DEVELOPMENT; ETHIC; SOLIDARITY.

Introdução

A preocupação ambiental tornou-se sensível a partir da década de setenta do século XX, quando volumosos acidentes ambientais e a acentuada e contínua degradação da qualidade de vida nos grandes centros urbanos impuseram uma mudança vertiginosa de paradigma da forma como os seres humanos se relacionavam com o meio ambiente. Despertava-se, assim, a atenção da sociedade civil e do Poder Público para a dimensão ambiental do desenvolvimento econômico.

Existe, na atualidade, uma perspectiva integrativa, fundamentada no princípio do desenvolvimento sustentável, que por sua vez requer como seu pressuposto a realização do valor ético e da solidariedade. Assim, isto esta perspectiva tem repercutido nos parâmetros da busca pelo crescimento econômico, que deve ocorrer em consonância com a preservação dos direitos das presentes e futuras gerações.

Por outro lado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser apontado como uma das grandes expressões dos Direitos Humanos normatizados interna e internacionalmente. Ao analisar as convenções internacionais tornou-se fácil identificar a conexão direta entre o meio ambiente e os princípios basilares consagradores dos Direitos Humanos. Tais elementos, que encerram valores supremos, foram sendo incorporados ao direito interno brasileiro de modo que no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 é expressa a preocupação com a existência do direito de todos os seres humanos, inclusive aqueles ainda por nascer, “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Todavia, se constata na seara do Direito Ambiental que a aplicação das leis reguladoras dos recursos ambientais ainda é uma questão emblemática no país, sendo possível perquirir se os verdadeiros problemas surgem em vista do seu conteúdo valorativo (abstrato) não alcançado no momento de sua execução por parte da sociedade e do Poder Público. Assim, importa distinguir as premissas axiológicas das leis ambientais e sobre as hipóteses de “crise da legalidade” ou de inobservância da legislação ambiental pelos seus destinatários.

Nesse contexto, este estudo busca entender os fundamentos e finalidades do Direito Ambiental no âmbito do “Estado Constitucional Cooperativo”, em que o foco da preocupação com o desenvolvimento sustentável é visto como responsabilidade dos Estados e de todos os seres humanos, em uma perspectiva intergeracional, portanto, ética e solidária. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que a proteção do meio ambiente, no novo paradigma solidário de cooperação, exige o cumprimento de alguns requisitos, tais como: (i) a elaboração de normas claras e precisas que manifestem o sentimento coletivo; (ii) a superação da noção de igualdade formal entre os Estados e; (iii) a redução da importância da soberania vestefaliana em face da premente

cooperação transfronteiriça. Deste modo, far-se-á neste estudo reflexões sobre o meio ambiente, objeto do direito ao desenvolvimento dos cidadãos e simultaneamente propósito do direito do desenvolvimento humanista dos Estados Cooperativos.

1. A emergência da “crise ambiental” e a proteção do meio ambiente no plano jurídico internacional e interno

Decerto, o declínio da qualidade de vida nas cidades avultou-se com as crescentes taxas de urbanização provocadas, mormente, pela Revolução Industrial. Em 1845, Friedrich Engels, na obra “A situação da classe trabalhadora na Inglaterra”, registrou que em bairros operários da época já se constatava o barulho contínuo e insuportável, a água contaminada, os cortiços insalubres como fatores de degradação do meio ambiente. Diante disto, ressalta Ronaldo Coutinho² que “como o proletariado foi durante muito tempo a exclusiva vítima da degradação ambiental, essa questão foi acobertada pelo silêncio histórico”.

Entretanto, é fato incontestável que a chamada “crise ambiental” veio adquirindo proporções exponenciais e dimensão planetária nas três últimas décadas do século passado, quando a situação ecológica se impôs intensamente preocupante³. Assim, a questão ambiental definitivamente avulta a partir dos relatórios de preparação para a Conferência de Estocolmo, em 1972, e pela valorização política do meio ambiente em nível internacional.⁴

A realização da I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), trouxe o reconhecimento mundial para a importância da discussão e da mobilização, visando à preservação ambiental e o equilíbrio ecológico global. Os principais resultados desse encontro foram a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Declaração de Estocolmo, que contém 26 princípios referentes a comportamentos e responsabilidades destinados a nortear as questões ambientais. Dentre os princípios enumerados na referida Declaração, destaque-se: “4 - O Homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres”.

Esse princípio dispõe sobre a responsabilidade de todos na preservação e equilíbrio do meio ambiente, além de reforçar a premissa de que se deve encontrar acoplado aos planos de crescimento econômico a indispensável consciência de proteção dos bens ambientais⁵. Nesse sentido, verificado o descumprimento da obrigação, surge, conseqüentemente, a responsabilidade nas modalidades e efeitos que lhe são inerentes.

No plano jurídico nacional, considera-se a Lei federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, como o primeiro diploma

legal que tratou do meio ambiente de maneira específica e autônoma⁶. Antes disso, a situação jurídica da proteção do meio ambiente no país era realizada de modo indireto, reflexo e mediato, ao passo que ocorria somente quando outros direitos eram tutelados pelo ordenamento. Constata-se que o surgimento do Direito Ambiental, tendo como premissa o tratamento jurídico global e sistematizado da matéria, é recente no Brasil, e possui como base o estabelecimento de princípios e diretrizes gerais advindos tão-só com a referida lei.

Regulamentada pelo Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, a Política Nacional do Meio Ambiente tem os seus objetivos estabelecidos pelo art. 2º da supracitada lei, que determina que: “[...] a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao País, condições de desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...]”.

A institucionalização da questão ambiental adquire novos contornos com a elaboração e divulgação, em 1987, do “Nosso futuro comum”, como é mais conhecido o relatório da comissão especial criada pela Assembléia Geral da ONU, sob a presidência da então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland, o qual, em termos gerais, propõe estratégias ambientais de longo prazo para alcançar o desenvolvimento sustentável. Pela primeira vez foi usado o conceito de “desenvolvimento sustentável” que, segundo a comissão, era definido como o “desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas”.

Desse modo, o Relatório Brundtland reafirmou uma visão crítica do modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento incompatíveis com a dimensão ambiental emergente. Maristela Bernardo⁷ anota que “a Constituição brasileira, por exemplo, nos seus dispositivos ambientais, filia-se diretamente ao Relatório Brundtland e foi seu produto normativo mais imediato e bem-sucedido, servindo de modelo para outros países”.

Nesse diapasão, o advento da Constituição Federal de 1988, à guisa do movimento constitucionalista moderno e de proposições dos documentos internacionais, tratou o tema do meio ambiente de maneira inédita e significativa ao dedicar o capítulo VI do Título VII, sobre a “Ordem Social”, considerado o fulcro normativo da questão ambiental. Contudo, convém analisar este comando constitucional em conjunto com os demais dispositivos constitucionais, explícitos e implícitos, pertinentes para um exame holístico da matéria.

Assim, a compreensão sistemática das normas atinentes à proteção ambiental decorre, sobretudo, do atual *status* constitucional da matéria que complementou e recepcionou a Lei 6.938/1981, a qual constitui norma geral ambiental, segundo o art. 24, inciso VI, e § 1º da CRFB/1988. Nessa linha de procurar sistematizar o Direito Ambiental devem-se envidar esforços no sentido de equacionar as demandas ambientais com a devida interpretação da legislação, tendo em vista que o tratamento jurídico esparsa e heterogêneo e a não-observância de dispositivos constitucionais podem gerar diversas dificuldades na correta aplicação das normas protetivas do meio ambiente.

Sem dúvida, o cerne do tratamento ambiental constitucional se encontra no artigo 225, que determina a todos um: “[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Esse importante ditame constitucional evoca a atuação conjunta e coordenada de todas as esferas estatais, ao incumbir ao Poder Público, enquanto expressão genérica designativa de todos os entes territoriais públicos, o dever de proteger e defender o meio ambiente conjuntamente com a sociedade civil. Esta, por conseguinte, não deve se eximir de seu importante papel dentro da atual ótica de promoção da cidadania ambiental.

Em junho de 1992, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, tendo os participantes subscritos a Declaração do Rio de Janeiro, na qual se destaca o Princípio n. 13: “Os Estados devem elaborar uma legislação nacional concernente à responsabilidade por danos causados pela poluição e com a finalidade de indenizar as vítimas”. Nesse sentido, pontua-se que desempenham os Estados papéis de relevância significativa na elaboração de textos normativos que assegurem maiores responsabilidades aos agentes degradadores do patrimônio ambiental pertencentes a todos os indivíduos, além de adotarem e implementarem políticas públicas sérias e eficientes no controle do uso dos bens ambientais.

Assim, diante do exposto constata-se que com a promulgação da CRFB/1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à categoria de direito fundamental, indispensável à fruição da sadia qualidade de vida, notadamente tão almejada pelos cidadãos dos grandes centros urbanos brasileiros. Ademais, alçou formalmente ao rol de interesses difusos, na qualidade de bem de uso comum, que por iniciativa da coletividade e, primordialmente, por ações governamentais, deve ser preservada em defesa das gerações presentes e futuras.

Claro que a responsabilidade comum e solidária da coletividade e do Poder Público, prevista pelo art. 225, caput da CRFB/1988, ajusta-se aos seus respectivos papéis e áreas de atuação, considerados, assim, a especificidade de cada ator social dentro do âmbito da proteção difusa do meio ambiente.

2. Os desafios da (in)efetividade jurídica das normas ambientais brasileiras

Como dito acima, surgiu com a “crise ambiental” uma infinidade de normas jurídicas que disciplinam a proteção dos recursos naturais. Este produto legislativo correspondente à resposta do Direito na imbricada situação ecológica de degradação, demonstrando o processo de adaptação sofrido pelo ordenamento, no intuito de se ajustar às novas condições do meio social. Por outro lado, cria-se a necessidade de a sociedade se adaptar aos novos preceitos normativos que devem, sem dúvida, expressar a vontade social. Nesse sentido, reflete Paulo Nader⁸ que “se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão”. Em complemento a

esta idéia, elucidada Pontes de Miranda⁹ que “o Direito não é outra coisa que processo de adaptação”.

Assim, torna-se imperioso notar que a partir de uma dimensão sociológica e axiológica concebe-se que da sociedade emana a criação do Direito, que invariavelmente e ao mesmo tempo submete seus criadores aos seus efeitos. Nesta perspectiva, saliente-se que sempre que surgir uma nova demanda social, e, por conseguinte, uma nova regulamentação dessa situação, ocorrerá o ingresso no mundo jurídico. Na verdade, está a se comprovar a complexa relação entre a sociedade e o Direito.

Com efeito, o Brasil possui uma legislação ambiental moderna, sendo considerável o número de normas sobre a proteção do meio ambiente, o que propicia um arcabouço jurídico significativo na custódia do meio ambiente. E, sobretudo, insta ressaltar que nos três níveis da federação se observa essa preocupação com a normatização ambiental, sendo que mesmo os municípios brasileiros já contam com leis específicas e Códigos locais de defesa ambiental.¹⁰

Todavia, se constata na seara do Direito Ambiental que a aplicação das leis reguladoras dos recursos ambientais ainda é uma questão emblemática no país, sendo possível perquirir se os verdadeiros problemas surgem em vista do seu conteúdo valorativo (abstrato) não alcançado no momento de sua execução por parte da sociedade e do Poder Público. Assim, importa distinguir as premissas axiológicas das leis ambientais, sobre as hipóteses de inobservância da legislação ambiental nacional pelos seus destinatários e ainda quanto à deficiência na aplicação das leis pelos órgãos públicos.

Vale lembrar que a lei, após seu apogeu no início do século XX com a franca expansão do positivismo jurídico, vive um momento de profundos questionamentos. Com efeito, observa-se que a “crise ambiental” avulta no momento em que a “crise da legalidade” adquire contornos mais nítidos. Na verdade, a descrença reside na ilusão de que somente a promulgação de leis é capaz de resolver as demandas sociais e ambientais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹ atenta, ainda, para o desvirtuamento que a lei sofreu, nos últimos tempos, da máxima defendida por Rousseau, a qual não admite como lei senão a que vise ao interesse geral e seja a expressão da justiça, do Direito.

Destarte, o autor infere que a edição de leis atualmente no Brasil é mero reflexo de interesses políticos e denomina esse fenômeno como “politização da lei”, pois, segundo ele “desaparece, no fundo, a vinculação da lei ao interesse geral, ao bem comum, mesmo à concepção do justo que prevaleça na comunidade”¹², e, conclui que “esta politização da lei é fonte de seu (relativo) desprestígio”¹³.

No entanto, a despeito dos aspectos negativos que envolvem a lei, o princípio da legalidade ainda subsiste nos sistemas jurídicos de orientação liberal, como é o caso do ordenamento brasileiro, alicerçando toda edificação do Direito. Assim, mesmo que em movimentos pendulares de aceitação social, é a lei que proporciona o exato contorno jurídico dos direitos individuais. Resta a garantia aos indivíduos de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme enuncia o artigo 5º, inciso II, da Constituição em vigor.

Isidoro de Sevilha¹⁴ discrimina as virtudes que devem se encontrar presentes na lei, assim, “a lei há de ser honesta, justa, possível, adequada à natureza e aos costumes,

conveniente no tempo, necessária, proveitosa e clara, sem obscuridade que ocasione dúvida, e estatuída para utilidade comum dos cidadãos e não para benefício do particular”. Desta forma, a elaboração de normas precisas e claras em matéria de defesa do ambiente são instrumentos extremamente importantes para se atingir um grau razoável de certeza jurídica nessas questões.

De outro modo, sublinhe-se que, em regra, há graves falhas na aplicação das leis no Brasil, que repousam em diversas razões, podendo configurar a chamada *desuetude* e, assim, restar a lei à mácula da sua não efetividade. A sociedade requer que as normas jurídicas desempenhem papel compatível com a finalidade com a qual foram criadas, supostamente em sintonia com as suas expectativas. Assim, caso se constate que essas regras são observadas tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito, ampara dizer que o atributo da efetividade se encontra presente. Nesse caminho, conforme Luís Roberto Barroso¹⁵, a efetividade “[...] simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”. Desse modo, o não cumprimento das normas no mínimo deve ser considerado a exceção dentro do sistema jurídico, tendo em vista que estas correspondem à incorporação de recentes valores sociais captados pelo ordenamento e transformados em leis.

Neste sentido, questiona-se se restaria configurado o fenômeno da *desuetude* no meio social, que está entrelaçado ao problema da validade das normas em desuso, especialmente no âmbito das leis ambientais nacionais quando se nota que a realidade social difere enormemente dos postulados normativos? Hans Kelsen¹⁶ alude que “de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *desuetude*”.

A inobservância de preceitos normativos pelos administrados e a inexecução de comandos legais impostos à Administração Pública conduzem à percepção de impotência do Poder Público para solucionar os problemas que a sociedade enfrenta. Assim, pode-se apreender que a falta de efetividade das normas afetas à preservação ambiental adquire dimensões preocupantes, na medida em que coloca em xeque a capacidade dos entes públicos de equacionar a conjugação basilar entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente. Sobretudo, sob a ótica proeminente que o Estado naturalmente assume uma obrigação para a promulgação de regras que controlam o uso de recursos ambientais, para a implementação de políticas públicas urbano-ambientais e no desempenho de seu exclusivo poder de polícia em matéria ambiental.

Note-se como Paulo Nader¹⁷ que “as leis em desuso geram, no espírito de seus destinatários, a incerteza da obrigatoriedade, quando não conduzem à crença de que deixaram de produzir efeitos”. Assim, a insegurança provocada pelo desuso das leis ambientais é um dos pontos cruciais a serem focados, pois é característico do Direito prover certezas e definições. A segurança jurídica constitui teor fundamental do Estado Democrático de Direito, e, por isso, devem-se extirpar todos os fatores de incerteza que possam comprometer o sistema vigente.

Em matéria ambiental, já foi dito acima que a elaboração de normas precisas e claras são instrumentos altamente importantes na obtenção de um grau razoável de certeza jurídica, pois, sem que haja estabilidade e certeza torna-se extremamente difícil implementar comportamentos e coibir práticas ambientalmente nocivas, o que

implicaria o que foi denominado por Paulo de Bessa Antunes¹⁸ de “anarquia ambiental”, a qual para ele, “se expressa na inexistência de normas, estudos e projetos, fazendo com que o meio ambiente fique refém do administrador de plantão, que passa a definir critérios de proteção ambiental baseando-se unicamente em suas percepções da realidade que, quase sempre, não encontram amparo em estudos científicos ou em normas legais”.

Assim, atente-se para as causas do desuso que se encontram centralizadas em certos defeitos que se localizam na própria lei, além, e esta talvez seja a mais perniciosa, dos casos que derivam de reiterada negligência dos órgãos responsáveis por sua aplicação. Aliás, percorre-se que a marca do desuso brota quando ainda da sua elaboração, pois se tornou de praxe no país a edição de leis insuficientemente planejadas, revelando-se, na prática, sem condições de aplicabilidade por parte da administração pública. Por sua vez, Paulo Nader¹⁹, em função dos defeitos que apresentam, denomina tais normas de “leis defectivas”²⁰ e adita ao expor que “são leis que não fornecem todos os recursos técnicos para a sua aplicação, exigindo uma complementação do órgão que as editou”.

Quando o defeito do desuso não nasce do próprio texto legal observe-se que decorre, muitas vezes, de interesses exclusivamente políticos a favor da não colocação em prática dos postulados normativos. Há em relação a estas opções uma profunda imbricação com a falta de organização administrativa enfrentada pelos órgãos de proteção ambiental, notadamente no setor de fiscalização.

Ademais, Andréas Joachin Krell²¹ alerta para outro fato preocupante com relação à execução da legislação ambiental pelos órgãos ambientais ligados a diferentes níveis de governo que “costumam desenvolver suas atividades e programas ‘um do lado do outro’ e não são integrados num sistema de cooperação recíproca”. Sobre a enorme dificuldade de aplicação das normas afetas à questão ambiental, o referido autor entende que, a rigor, as leis de proteção do meio ambiente servem para legitimar o sistema político, que por intermédio do ato de legislar finge a capacidade e vontade de solucionar os problemas. Desse modo, cria-se o que se denomina de “função simbólica” ou “álibi”, do que para serem ações realmente executadas, isto é, exercer de fato sua “função normativa”²².

Ainda sobre o assunto, Marcelo Neves²³ destaca que “como a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.

Como se não bastassem as barreiras criadas pelas forças políticas, seja no momento de elaboração das leis ou de sua aplicação pelos órgãos de proteção ambiental, a deficiente implementação de políticas ambientais ainda encontra obstáculos na limitada “eficácia de comportamento” das respectivas leis, em decorrência da ausência de consenso social sobre as mesmas. Isto força o Estado a impulsionar sua máquina burocrática de controle para atingir certo grau de “eficácia de sanção”²⁴.

Sublinhe-se, assim, que a efetividade e aplicabilidade da legislação ambiental integram o fenômeno jurídico, e, portanto, devem ocupar um lugar de destaque dentre as preocupações do Direito Ambiental. Cumpre lembrar sempre que somente se adquirem

sentido autêntico e desejável socialmente as leis que de fato e de direito alcançam seus fins almejados. Por outro prisma, deve prevalecer hodiernamente que a compreensão do Direito Ambiental pátrio não circunde apenas o seu labor no estudo abstrato de seus diplomas legais, figura-se, assim, indispensável que a lei promulgada adquira efetividade, isto é, que os comandos por ela estabelecidos sejam vividos pela sociedade e aplicados pelos diferentes níveis de governo.

3. Meio ambiente e valor humano

A elaboração de normas jurídicas que fixam limites à liberdade do homem, mediante imposição de condutas, denota o acatamento do intrínseco processo de adaptação natural, o qual deve se projetar tanto sobre o sistema jurídico quanto aos seus destinatários. Como processo de adaptação social, o Direito deve sempre estar se refazendo, em face da mobilidade social. Nesse sentido, ensina Paulo Nader que: “apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da ‘natureza humana’, o Direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais”²⁵.

Assim, haja vista os novos valores incorporados ao meio social o Direito deve renovar-se, moldando-se a tais anseios. No mesmo sentido, como leciona mais profundamente Vladimir Silveira²⁶ “os direitos nascem e se modificam obedecendo a um núcleo formado pelo sentimento axiológico da sociedade, o qual a partir de um dado fato se adere a um determinado valor, que, por sua vez, passa a ser normatizado tanto internacional como nacionalmente pelos Estados, com indispensável fundamento na idéia de dignidade da pessoa humana”.

Traçando um paralelo com o estudo dos elementos que compõem os Direitos Humanos podemos citar o aspecto da historicidade, pela qual se verifica sua cadeia evolutiva. Todavia, *ab initio*, em congruência com as explicações de Vladimir Silveira²⁷, é importante ressaltar que a evolução histórica dos Direitos Humanos se dá por intermédio da “dinamogênese”, isto é, “a comunidade social reconhece como valioso um valor que fundamenta o direito humano”. E, assim, continua o autor elucidando que “este valor concebe uma nova gradação à dignidade da pessoa humana, que supõe uma nova orientação e um novo conteúdo, como consequência da conexão deste com o parâmetro solidário atual”.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano de 3ª geração e/ou dimensão, cujo valor que se pretende tutelar é a solidariedade. Importa aqui ressaltar que o direito ao meio ambiente nasce como produto da evolução histórica dos Direitos Humanos. Assim sendo, alguns autores costumeiramente falam de gerações de direitos fundamentais, entretanto, é preferível chamá-las, como Willis Santiago Guerra²⁸, de dimensões de direitos fundamentais.

Vale lembrar que historicamente os direitos civis e políticos foram codificados na Declaração Universal e na Carta das Nações Unidas no imediato pós-guerra e no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e

culturais, já pronunciados na referida declaração, foram definitivamente consagrados no seu respectivo pacto, também de 1966, e em outros instrumentos internacionais. Com efeito, após a Primeira Guerra, quando se refere aos direitos fundamentais dos seres humanos, não se fala mais apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas também em direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa, a partir desse momento, a compor um novo todo indivisível dos Direitos Humanos, na segunda metade do século XX, principalmente, após o Pacto Econômico, Social e Cultural de 1966.

No que tange à proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, cumpre lembrar que, nos termos colocados pelo Pacto, está condicionada à atuação do Estado^{29 30}. No dizer de Flávia Piovesan³¹, tais direitos apresentam “realização progressiva”, demandando do Estado prestações positivas e negativas. Ainda com base no Pacto, acresce-se ao dever do Estado em adotar medidas por esforço próprio, sem dizer na importância da cooperação internacional.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa no reconhecimento dos direitos fundamentais a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Para Canotilho³², os cidadãos devem ter possibilidades de “desenvolvimento integral”, “liberdade de participação crítica no processo político” e “condições de igualdade econômica, social e política”. Dentro da concepção econômica e social, o papel do Estado é de realizador de direitos, que dele requerem prestações positivas, isto é, medidas intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade³³.

Destacam-se, por sua vez, os Direitos Humanos de terceira dimensão, os quais estão direcionados para a tutela da solidariedade (fraternidade). Nessa perspectiva, não mais se permite fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoas, ou seja, vinculada a este ou àquele Estado, mas sim como um gênero, que possui anseios e necessidades comuns. São reconhecidos nesta dimensão os direitos globalmente difusos, como o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

À evidência, o crescente espaço aberto nos meios de comunicação, na academia, e a própria opinião pública, que geram inclusive o surgimento de literatura especializada e organizações diversificadas, configuram a incontestável prova de que a sistematização do Direito Ambiental é fruto do querer coletivo por uma melhor qualidade ambiental que atravessa gerações humanas. Em outros termos, a proteção ambiental se erige com fundamento axiológico no parâmetro solidário socialmente exigido e na dignidade da pessoa humana do presente e do futuro.

Ocorre que, atualmente, como assevera Vladimir Silveira³⁴, quando reflete sobre a questão da efetividade dos Direitos Humanos, que engloba a demanda ambiental, “o problema enfrentado não mais se localiza no plano abstrato, que cuida da sua fundamentação, e sim no plano fático, haja vista que a concretização deste feixe de normas encontra grandes barreiras políticas”. O referido autor também lembra que Norberto Bobbio³⁵, ao analisar o problema da efetivação dos Direitos Humanos, mostra sua opção por um debate aprofundado acerca da necessidade de se procurar elementos direcionados ao desenvolvimento conjunto da civilização humana, independentemente da nacionalidade, credo e outras concepções meramente individualistas. Com efeito, é enfático ao dizer que: “É um problema cuja solução depende de um certo

desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.

É de se notar na Agenda 21, de 1992, um documento sem precedentes no âmbito internacional e que indubitavelmente influenciou diversos ordenamentos jurídicos internos pelo mundo, a lista de prioridades que deverão servir de base para a cooperação bilateral ou multilateral entre países ou órgãos intergovernamentais, quanto às políticas de desenvolvimento. Trata-se de um documento com compromissos que encerram valores, cujo fim precípua é preservar a dignidade humana, por exemplo, quando visa atingir um crescimento sustentável, fortalecer um mundo de equidade pelo combate à pobreza, tornar o mundo habitável, encorajar um eficiente uso dos recursos naturais, entre outras diretrizes.

A despeito de se afirmarem constantemente que este documento não possui a efetividade de um tratado internacional, pois o atribuem a qualidade de *soft law*, na atual conjuntura do meio ambiente no plano mundial, não houve apenas acordo de meras intenções políticas. A Agenda 21 global deve ser encarada, do ponto de vista do desenvolvimento da sociedade e dos Estados, como uma forma típica do século XX, com a predominância dos valores e ênfase à cooperação, sendo totalmente suscetível de adoção pelos Estados nos moldes de uma obrigação natural.

4. O meio ambiente no “Estado Constitucional Cooperativo”

Com a crescente interdependência entre os povos, acelerada pelo fenômeno da globalização econômica³⁶, as questões latentes no mundo atual se tornaram globais, pois já não se limitam a pontos identificáveis no globo terrestre. O que se observa na atualidade como característica comum é o fato de não haver limites territoriais para as demandas sociais, principalmente de caráter difuso, ou seja, os problemas atuais, não somente são observados dentro de um território, mas se comunicam com outros territórios, ultrapassando as fronteiras e repercutindo para fora dos seus limites. Desta forma, afirma-se que o planeta hoje requer meio e a união de esforços para combater os chamados “problemas transfronteiriços”, como é o caso do desenvolvimento que abarca a proteção do meio ambiente, entre outros temas considerados globalmente difusos.

A idéia que se apreende tem por base os Direitos Humanos de terceira dimensão³⁷, os quais, como já ressaltado, estão direcionados para a tutela da solidariedade (fraternidade), valor que pode ser mensurado pelos desejos da sociedade na busca de soluções para os problemas globais ou transfronteiriços. Nas palavras de Vladimir Silveira³⁸, citando Willis Santiago Guerra Filho, tem-se que “na terceira geração são concebidos direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento”.

A propósito pode-se inferir que a terceira dimensão, que surge com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), inaugura uma

perspectiva de cooperação internacional, na qual, segundo Peter Häberle³⁹, o Estado se transforma no “Estado Constitucional Cooperativo”.

A importância crescente desta dimensão tem reflexos para as relações internas e externas dos países ensejando inúmeras práticas de cooperação interestatal e internacional. Na verdade, a cooperação transfronteiriça é um tema que estimula a capacidade criativa e inovadora dos estudiosos de Direito Constitucional e Direito Internacional Público, servindo para dar impulso a estes ramos do direito.

Do ponto de vista do meio ambiente internacional tem-se que revelar que o conceito de soberania sofreu mudanças extraordinárias, pois o Estado passou a ser responsável não simplesmente pela poluição gerada em seu território e que por suas características produzissem efeitos nos territórios de outros Estados, mas ele se compromete perante a comunidade internacional pela poluição sem efeitos transfronteiriços. Note-se a questão do controle de emissão de gases e seus reflexos no aquecimento global, em que a regulamentação não interessa tão somente ao Estado em seu território. Por outro lado, não é por outra razão que as Organizações Internacionais que nasceram no fim do século XIX e se consolidaram na primeira metade do século XX, foram reconhecidas no final deste século como sujeito de Direito Internacional Público. Com efeito, elas passam também a atribuir direitos, especialmente Direitos Humanos.

Ainda nesse diapasão, afasta-se a noção de igualdade formal entre os Estados para serem reconhecidas as diferenças entre os Estados desenvolvidos, em vias de desenvolvimento e menos desenvolvidos. Depreende-se pela lógica, que o tratamento diferenciado enseja responsabilidades também desiguais, ou seja, obrigações comuns, porém diferenciadas. É de se notar esta retórica em particular no princípio 7 da Declaração do Rio (1992), nos seguintes termos: “Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam”.

É de se verificar que a União Européia já anunciou que irá exigir o cumprimento de compromissos ambientais em seus acordos, como afirma Peter Mandelson⁴⁰, comissário de comércio da União Européia, “o mercado não é moldado apenas por interesses comerciais brutos. Os Estados podem regular o uso de recursos naturais e os cortes de emissões de CO²”. Sendo assim, há reflexos diretos desse posicionamento para o Brasil, pois segundo o comissário, “na área da madeira, estamos já trabalhando em uma legislação que vai criar obrigações para os exportadores a fim de monitorar de onde veio a madeira”. Isso visa a garantir que ela venha de fontes certificadas e legais e que as áreas sejam gerenciadas de forma responsável ambientalmente.

No Brasil, o artigo 4º da Constituição de 1988, estabelece, ao lado do primado pelos Direitos Humanos, entre outros, a norma da cooperação dos povos para o progresso da humanidade, como princípio orientador das relações internacionais. É claro que documentos internacionais tiveram um efeito sobre a Constituição brasileira. Além disto, observe-se que, no Brasil, assim como internamente em outros países, há uma

forte tendência motivada pela cooperação mútua dos seus entes federativos, associando esforços para atingir objetivos comuns por meio do “consórcio público” ou “consórcio administrativo”⁴¹, o que é bastante positivo para a defesa dos interesses difusos.

Indo mais além, ao encontro da democracia participativa na gestão da coisa pública, se pode aferir que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 caracteriza-se por estar imbuída de uma ideologia participacionista e cooperativista, reflexo de um amplo movimento democrático-popular que se articulou nas principais capitais brasileiras na época da Assembleia Nacional Constituinte. Por exemplo, a Constituição brasileira determina que o planejamento nos municípios, em que obviamente será contemplada a variável ambiental local, seja realizado com a cooperação das associações representativas da sociedade civil.

Portanto, pode-se resumir, quanto à aplicabilidade interna pelo Brasil do novo conceito de Estado Cooperativo, que especificamente há a opção constitucional pela cooperação entre os entes da federação⁴², União, estados-membros e Municípios, e da sociedade civil organizada, tendo em mira o desenvolvimento e o bem-estar da nação e do cidadão. Além disto, vale enfatizar que os consórcios públicos⁴³, desde 2005, apresentam-se como um importante instrumento de descentralização e cooperação vislumbrando uma perspectiva regional de desenvolvimento.

Já no plano internacional, o consórcio também é uma realidade para Estados que almejam otimizar resultados, como, por exemplo, em sede ambiental, no combate à desertificação, com a criação do *International Arid Lands Consortium*, desde 1979⁴⁴. Este consórcio internacional é formado por países que possuem grandes áreas desérticas em seus territórios e promovem uma ação conjunta, compartilhando experiências e realizando programas comuns.

Ainda na prática internacional surgiram alguns acordos de cooperação, como exemplo, entre Brasil e Portugal vigora, desde 2001, o “Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta”, em que se estabelece como um dos objetivos o desenvolvimento econômico, social e cultural de ambos os países em suas relações. O meio ambiente foi contemplado neste acordo da seguinte maneira: “As Partes Contratantes comprometem-se a cooperar no tratamento adequado dos problemas relacionados com a defesa do meio ambiente, no quadro do desenvolvimento sustentável de ambos os países, designadamente quanto ao planejamento ou planeamento e gestão de reservas e parques nacionais, bem como quanto à formação em matéria ambiental”.

Enfim, a exigência pela união de forças é humanitária e já se faz urgente. O humanismo como vetor cosmopolita é possível e pressupõe que o Direito Internacional do Meio Ambiente ou o Direito Internacional dos Direitos Humanos se concretizem através da cultura nacional. Dentro deste novo olhar, supera-se a exclusividade da tutela estatal, isto é, não se permite mais fragmentar o ser humano nesta ou naquela categoria de pessoas, ou ainda, vinculada a este ou àquele Estado, mas sim como um gênero, que possui anseios e necessidades comuns.

Vale repisar que na análise dos contornos teóricos do Estado Constitucional Cooperativo, em conjunto com os objetivos de paz no mundo e cultura universal ambiental, não se pode desprezar a problemática interna da prestação dos direitos fundamentais, nem tampouco a perspectiva externa de “solidariedade estatal de

cooperação” ou “cooperação para além das fronteiras”. O desenvolvimento dos Estados e a proteção do meio ambiente estão na dependência de que a assistência mútua seja encarada como co-responsabilidade, ao lado do foco na observância das normas universais de Direitos Humanos.

Por outro lado, desenvolvimento sustentável é uma noção ética e solidária⁴⁵, sendo certo que os ideais de desenvolvimento e preservação não são incompatíveis. Pode-se conciliar perfeitamente a tutela do meio ambiente com a premente necessidade de progredir. Essa é a tese do desenvolvimento sustentável, que se ocupa dos excessos na produção de riquezas, destrutiva da própria base dessa produção, diante da observação de ineficácia do sistema e necessidade de um novo paradigma que pressupõe a reconstrução valorativa da sociedade.

Nesse sentido, explica Karl Erik Eriksson⁴⁶ que “se os carentes são forçados a usar seus poucos recursos ineficazmente, já que não têm condições para investir em tecnologia e equipamento que poderiam ajudá-los a economizar estes recursos [...], os ricos provocam um impacto maior na sociedade global; porém tanto o luxo quanto a pobreza são destrutivos para a comunidade global”.

No “Estado Constitucional Cooperativo”, a postura eticamente comprometida e solidária pode ensejar cada vez mais a almejada consolidação de valores na sociedade, que uma vez se serviu da natureza como um bem gratuito à sua disposição, e após verificar que os bens naturais são finitos tende a deixar de agir de modo irresponsável e frear o consumo irracional. A constatação de que os recursos ambientais são finitos implicou uma reversão no rumo do desenvolvimento do indivíduo, vez que ao invés do consumo exagerado, orienta-se para que prepondere o consumo moderado⁴⁷, responsável e solidário. Também, por outro lado, teve reflexos no conceito de soberania e no caminho do desenvolvimento do Estado, que a partir do século XX, tende a incorporar valores humanistas nos seus contornos e a se obrigar pelos problemas ambientais de natureza global e não apenas territorial.

Conclusão

1. É fato incontestável que a chamada “crise ambiental” veio adquirindo proporções exponenciais e dimensão planetária nas três últimas décadas do século passado, quando a situação ecológica se impôs intensamente preocupante. Assim, a questão ambiental permeia diversos documentos internacionais que sem dúvida influenciaram a Constituição brasileira de 1988.

2. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano de 3ª geração e/ou dimensão, cujo valor que se pretende tutelar é a solidariedade. Importa aqui ressaltar que o direito ao meio ambiente nasce como produto da evolução histórica dos Direitos Humanos. A propósito pode-se inferir que a terceira dimensão, que surge com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), inaugura uma perspectiva de cooperação internacional, na qual, segundo Peter Häberle, o Estado se transforma no “Estado Constitucional Cooperativo”.

3. A importância crescente desta dimensão tem reflexos para as relações internas e externas dos países ensejando inúmeras práticas de cooperação interestatal e internacional com foco na redução dos problemas difusos, especialmente os ambientais. Na verdade, a cooperação transfronteiriça é um tema que estimula a capacidade criativa e inovadora dos estudiosos de Direito Constitucional e Direito Internacional Público, servindo para dar impulso a estes ramos do direito.

4. O que se coloca como resultado é a necessidade de uma visão ética e solidária para toda a humanidade. Nos últimos anos, restou claro que o mundo necessita não de uma ideologia única, mas de normas que contêm valores extraídos da sociedade mundial e que por isso possam ser reconhecidas como válidas interna e internacionalmente.

5. A busca por padrões éticos e solidários globais é uma das tarefas assumidas pela Organização das Nações Unidas – ONU, ao instituir o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente desde 1972, com vistas a alcançar uma cooperação internacional e nacional no contexto do desenvolvimento sustentável.

6. Do ponto de vista da sustentabilidade, uma reação ética e solidária não significa tomar posição contra o progresso, mas sim cooperar para não atingi-lo a qualquer custo. O desenvolvimento sustentável exige que se promova o bem-estar dos seres humanos (progresso econômico), mas com responsabilidade sobre a inevitável pressão na natureza que não pode ser sobrecarregada de modo a exaurir suas funções de suprimento e/ou fonte de recursos essenciais para a sociedade.

7. Para concluir os objetivos globais é preciso rever a noção de igualdade formal entre os Estados e reconhecer as diferenças entre os Estados desenvolvidos, em vias de desenvolvimento e menos desenvolvidos. Depreende-se pela lógica, que o tratamento diferenciado enseja responsabilidades também diferentes. Considerando a análise dos contornos teóricos do “Estado Constitucional Cooperativo”, em conjunto com os objetivos de paz no mundo e cultura universal ambiental, não se pode desprezar a perspectiva externa de “solidariedade estatal de cooperação” ou “cooperação para além das fronteiras”. O desenvolvimento dos Estados e a proteção do meio ambiente estão na dependência de que a assistência mútua seja encarada como co-responsabilidade, ao lado do foco na observância das normas universais de Direitos Humanos.

8. Finalmente, com a verificação da finitude dos bens naturais que confronta a prática consumista, surgiu mais um grande desafio da pregação ambientalista. Nesse conflito, as escolhas feitas pelo Estado e sociedade devem ser pautadas pela ética e solidariedade, em um ambiente de cooperação, pois no Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo não há como insistir em um modelo de desenvolvimento insustentável individual, cujas bases admitem a perda irreversível da natureza e comprometem a capacidade das próximas gerações de satisfazerem suas necessidades vitais. O paradigma ético e solidário enseja a realização efetiva da cooperação estatal interna e externa e a sensibilidade humana em relação ao futuro das gerações que estão por vir.

Referências

AMBIENTE. *UE terá cláusula ambiental em seus acordos de comércio*. Europeus também confirmam exigência de madeira importada certificada. O ESTADO DE SÃO PAULO, 19 de setembro de 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa Antunes. *Direito Ambiental*. 9. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Reflexões sobre ética ambiental*. Anais do 1º Congresso de Direito e Engenharia Ambiental. Vitória-ES, 07 a 10 de novembro de 2007. Disponível em: [Http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/extra3.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/extra3.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2008.

BERNARDO, Maristela. Impasses sociais e políticos em torno do meio ambiente. In: *Sociedade e Estado*, Brasília, n. 1, jan./jun., 1996.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTINHO, Ronaldo do Livramento. Direito Ambiental das Cidades: Questões teórico-metodológicas. In: COUTINHO, Ronaldo do Livramento; ROCCO, Rogério (orgs.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ERIKSSON, Karl Erik. Ciência para o Desenvolvimento Sustentável. In CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas*. São Paulo: Cortez, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. 9. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do original em alemão por Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachin. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Ed. Unicamp/Boitempo, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 1. ed., tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MOUCHET, Carlos; BECU, Zorraquin. *Introducción al Derecho*. 7. ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967, *apud*, NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NALINI, Renato. *Ética ambiental*. 2. ed., São Paulo: Millennium, 2003. p. 147.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais - do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral*. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

SILVEIRA, Vladmir. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

1 Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos (FDC) e doutoranda em Direito e Estado: internacionalização e regulação pela Universidade Gama Filho (UGF).

2 COUTINHO, Ronaldo do Livramento. *Direito Ambiental das Cidades: Questões teórico-metodológicas*. In: COUTINHO, Ronaldo do Livramento; ROCCO, Rogério (orgs.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 21.

3 Em 26 de janeiro de 1971, na conferência *The Necessity of Social Control*, István Mészáros afirmou: “Há dez anos a ecologia podia ser tranquilamente ignorada ou desqualificada como totalmente irrelevante. [...] As pessoas deveriam esquecer tudo sobre as cifras astronômicas despendidas em armamentos e aceitar cortes consideráveis em seu padrão de vida, de modo a viabilizar os ‘custos de recuperação do meio ambiente’: isto é, em palavras simples, os custos necessários à manutenção do atual

sistema de expansão da produção de supérfluos”. MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Ed. Unicamp/Boitempo, 2002.

4 COUTINHO, Ronaldo do Livramento. *Op. cit.*, p. 21.

5 Em 1974, na cidade de Cocoyoc, no México, aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, que produziu um documento, a Declaração de Cocoyoc, que, por sua vez, trouxe uma nova percepção da relação entre sociedade e natureza, incorporando à discussão a idéia de que existiam limites ambientais e sociais para o desenvolvimento econômico.

6 No ano seguinte à realização da Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, foi editada a primeira norma de cunho exclusivamente ambiental, o Decreto n. 73.030, de 30 de outubro de 1973, que criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA. Na verdade, as posições defendidas pelo governo brasileiro na Conferência de Estocolmo sofreram muitas críticas da comunidade internacional, desse modo, em virtude das pressões externas, o Governo brasileiro imediatamente respondeu à incompreensão de suas equivocadas teses de prioridade ao desenvolvimento econômico com a instituição da SEMA, que foi criada no âmbito do Ministério do Interior, como órgão autônomo e diretamente subordinado ao Ministro de Estado. A partir desse momento, surgiram várias normas voltadas para o combate à poluição e para a proteção ambiental, culminando na criação da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, em 1981.

7 BERNARDO, Maristela. Impasses sociais e políticos em torno do meio ambiente. In: *Sociedade e Estado*, Brasília, n. 1, jan./jun., 1996, p. 161.

8 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

9 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 1. ed., tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 31.

10 KRELL, Andreas Joachin. *Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 89.

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. 9. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 2-3.

12 *Id. Ibid.*, p. 109.

13 *Id. Ibid.*, p. 109.

14 MOUCHET, Carlos; BECU, Zorraquin. *Introducción al Derecho*. 7. ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967, p. 192., *apud*, NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 142.

15 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

16 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

17 NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 157.

18 ANTUNES, Paulo de Bessa Antunes. *Direito Ambiental*. 9. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 119.

19 NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 159.

20 O autor Paulo Nader classifica, em função dos defeitos causadores do desuso, as leis da seguinte forma: 1) leis anacrônicas; 2) leis artificiais; 3) leis injustas; e 4) leis defectivas. Importa ressaltar no presente trabalho o caso das leis defectivas, por isso, para um estudo mais profundo da matéria ver NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 159 e/ou Revista Lemi – Legislação Mineira, n. 49, dez., 1971, onde esta classificação foi elaborada originalmente.

21 KRELL, Andreas Joachin. *Op. Cit.*, p. 91.

22 *Id. Ibid.*, p. 90.

23 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 32.

24 RAISER, Thomas. *Rechtssoziologie*, 1987, p. 254, *apud*, KRELL, Andreas Joachin. *Op. Cit.*, p. 91.

25 NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 17.

26 SILVEIRA, Vladimir. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

27 SILVEIRA, Vladimir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador - BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

28 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.

29 Neste sentido, encontramos as palavras de Jairo Schäfer: “Natural, portanto, que as primeiras concepções formais de direitos tivessem por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado absolutista (Leviatã, na concepção clássica de Hobbes), pois a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais. O reconhecimento da existência de direitos irrenunciáveis quando do contrato social fez nascer uma nova relação entre sociedade civil e o Poder Público, estabelecendo uma clara separação entre estas duas importantes estruturas sociais. Essencialmente, preservaram-se situações nas quais não se mostraria lícita a intromissão do Estado nas relações privadas, submetendo-se o soberano ao império da lei: o Estado somente pode intervir nos direitos dos cidadãos mediante prévia autorização da lei, a qual, fruto do

parlamento, representa autorização do conjunto dos cidadãos, a partir dos primados da democracia representativa”. SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais - do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 19.

30 Nesta esteira, ensina Celso Bastos que: “[...] a definição de direitos e garantias individuais constitui-se na delimitação do Poder Estatal, na inibição de sua atividade, na criação de uma zona de incompetência dos poderes públicos para nela atuarem. Esta região traduz-se numa área de proteção jurídica ao indivíduo, dentro da qual o Estado não pode ingressar, sob pena de inconstitucionalidade”.(BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 223).

31 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 282.

33 A perspectiva histórica dos Direitos Humanos de segunda geração é apresentada pelos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes, da seguinte maneira: “Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade”. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 115-116.

34 SILVEIRA, Vladimir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. *Direitos Humanos Econômicos na perspectiva da Solidariedade: desenvolvimento integral*. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador - BA. *Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2008.

35 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 45.

36 Em “A Era dos Extremos”, o historiador Eric Hobsbawn mostra que “[...] entre 1970 e 1991 dá-se o ‘desmoronamento’ final, em que caem por terra os sistemas institucionais que previnem e limitam o barbarismo contemporâneo, dando lugar à brutalização da política e à irresponsabilidade teórica da ortodoxa econômica”. (HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 62.)

37 Neste sentido, adotaremos uma perspectiva histórica baseada na doutrina de Willis Santiago Guerra Filho. Para este autor “[...] ao invés de gerações é de se falar em dimensões de direitos fundamentais, nesse contexto não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para

entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual da propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005, p.4 -47

38 SILVEIRA, Vladimir. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.

39 HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do original em alemão por Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

40 AMBIENTE. *UE terá cláusula ambiental em seus acordos de comércio*. Europeus também confirmam exigência de madeira importada certificada. O ESTADO DE SÃO PAULO, 19 de setembro de 2008.

41 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata do assunto no artigo 241, com nova redação imprimida pela EC 19/1998.

42 Cf. artigo 23, p. único da CRFB/88.

43 O consórcio público foi criado em 6 de abril de 2005, sancionado pela Lei Federal 11.107, regulamentada pelo Decreto 6.017, de 17 de janeiro de 2007

44 Informações sobre a IALC em: <http://ialcworld.org/>. Acesso em 12 de setembro de 2008.

45 CAMPELLO, L.G.B. *Reflexões sobre ética ambiental*. Anais do 1º Congresso de Direito e Engenharia Ambiental. Vitória-ES, 07 a 10 de novembro de 2007. Disponível em: Http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/extra3.pdf. Acesso em 13 de setembro de 2008.

46 ERIKSSON, Karl Erik. Ciência para o Desenvolvimento Sustentável. In CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas*. São Paulo: Cortez, 1999. p. 97.

47 Na reflexão de Renato Nalini: “Já não cabe estimular o *greed* (a incomensurável vontade de querer-ter-mais) do padrão norte-americano. O modelo, para Estados periféricos ainda detentores de recursos naturais, não pode ser o *get rich, borrow, spend and joy*. [...] O momento é de frear o consumo e de simplificar a existência. NALINI, Renato. *Ética ambiental*. 2. ed., São Paulo: Millennium, 2003. p. 147.

REGULAÇÃO DO SISTEMA PRODUTIVO E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO*

REGULAZIONE DELLO SISTEMA PRODUTTIVO ED SVILUPPAMENTO SOCIOECONÔMICO

Mateus Marcos

RESUMO

A pesquisa pretende discutir a participação dos instrumentos jurídicos na dinâmica do sistema de mercado. O mercado se constitui no sistema econômico adotado por grande quantidade de sociedades, em razão de fornecer condições mais eficientes de satisfação das necessidades humanas. Entretanto, o funcionamento do sistema de mercado apresenta falhas, que dificultam a produção socialmente ótima, com reflexos sobre o bem-estar coletivo. Diante da existência de falhas de mercado, o exercício da atividade econômica passa a ser organizado no interior de empresas, que coordenam os fatores produtivos, no intuito de restabelecer a eficiência das relações negociais. A organização do processo de produção ocorre com a utilização de instrumentos jurídicos, que podem colaborar tanto para reparar as falhas de mercado, quanto para agravá-las, de acordo com os efeitos da articulação de normas e institutos sobre a eficiência econômica. O alicerce teórico de Direito e Economia (Law and Economics), abordando o ordenamento jurídico como um conjunto de incentivos ao funcionamento do sistema de mercado, permite avaliar as ingerências dos institutos jurídicos na eficiência das relações mercadológicas. A análise do sistema produtivo, sob a perspectiva da regulação da economia, permite concluir que os instrumentos jurídicos podem ser utilizados de forma a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico, reparando falhas de mercado e promovendo bem-estar social.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO E ECONOMIA; REGULAÇÃO DO MERCADO; RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL; DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.

RIASSUNTO

La ricerca prètende discùtere la partecipazione dei strumenti giuridici nella dinamica dello sistema di mercato. Il mercato si constitui nello sistema economico adattato, per grande quantità di società, in ragione di fornire condizioni più efficienti di soddisfazione delle necessita umana. Intanto, il funzionamento dello sistema del mercato presenta

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

falle, che dificultano la produzione socialmente ottima, con riflessi sotto il benessere collettivo. Davante la existencia della falle del mercato, o esercizio dell'attività economica passa a essere organizzato nell'interno d'impreses, che coordinano i fattori produttivi, nell'intuito di restabilire l'efficienza delle relazioni negoziali. L'organizzazione del processo di produzione ocorre con la utilizzazione dello strumenti giuridici che possono collaborare tanto per riparare le falle del mercato quanto per aggravarli, d'accordo con i effetti dell'articolazione della norme ed istituti sotto la efficienza economica. Il fondamento teorico del Diritto e Economia (*Law and Economics*), abordando il ordinamento giuridico come un congiunto dicentivi al funzionamento dello sistema del mercato, permette valutare le ingerenze degli istituti giuridici nella efficienza delle relazioni mercadologiche. L'analisi dello sistema produttivo, sotto la prospettiva da regolazione della economia, permette conchiudere che gli strumenti giuridici possono essere utilizzato di forma che va contribuire per lo sviluppo socioeconómico, riparando falle di mercato ed promuovendo benessere sociale.

PAROLE CHIAVE: PAROLE CHIAVE: DIRITTO ED ECONOMIA; REGULAZIONE DEL MERCATO; RESPONSABILITÀ D'IMPRESA; SVILUPPAMENTO SOCIOECONÓMICO.

INTRODUÇÃO

A incorporação da atividade econômica ao ordenamento jurídico reflete o reconhecimento da eficiência do sistema de mercado em ampliar a riqueza e alocar recursos, mas também dos prejudiciais efeitos de suas falhas sobre os valores constitutivos da sociedade. O ordenamento jurídico exerce papel relevante no desenvolvimento do processo de produção, uma vez que a aptidão das normas, em coibir as falhas de mercado, e a dos contratos, em facilitar a coordenação empresarial dos fatores produtivos, interferem na eficiência da atividade econômica. Os incentivos econômicos estabelecidos pela atividade reguladora podem resultar em comportamentos prejudiciais ou benéficos ao bem-estar coletivo, contrariando ou ratificando os próprios princípios do ordenamento jurídico.

As construções teóricas de Direito e Economia (*Law and Economics*) possibilitam tratar o ordenamento jurídico como um conjunto de incentivos aos agentes econômicos, que reagem ao aparelho regulatório de acordo com a interferência das normas na eficiência da atividade negocial. Neste sentido, as normas jurídicas são avaliadas em razão de seus efeitos sobre oferta e demanda, orientando as decisões no mercado, pois acarretam ônus ou benefícios aos agentes econômicos. Todavia, os institutos jurídicos não são discutidos somente sob o critério de eficiência econômica, acrescentando-se a hermenêutica constitucional para verificar a adequação aos valores da coletividade.

1 Regulação do mercado: direito de propriedade e contratos

A Teoria Neoclássica, ao realizar a abordagem econômica da atividade produtiva, estabelece que compete exclusivamente ao sistema de preços o papel de equilibrar as forças de oferta e demanda no mercado, coordenando as decisões de consumo e produção dos agentes e induzindo a alocação de recursos. A performance ótima do sistema econômico, para esta teoria, assume a forma do modelo de concorrência perfeita, em que os preços de equilíbrio, determinados num mercado atomizado, de livre trânsito de agentes, compatibilizam maximização de utilidades dos consumidores com maximização dos lucros das empresas. Todavia, a análise neoclássica divorcia-se da realidade concreta por não considerar as características institucionais do processo de trocas, desprezando as diferentes estruturas de custos envolvidas numa transação no mercado, principalmente as decorrentes do ambiente normativo no qual os agentes econômicos atuam.

As atividades desenvolvidas pelos agentes econômicos no mercado, embora resultem de escolhas individuais auto-interessadas, ocorrem sob padrões de comportamento e entendimento impostos pela sociedade, para coordenar os esforços no provimento das necessidades humanas. As interações de oferta e demanda não podem ser equiparadas à exatidão matemática de forças físicas, uma vez que aquelas se organizam por intermédio de instituições, no interior de uma estrutura social. A estipulação dos preços não advém de um mecanismo impessoal e objetivo, mas da institucionalidade inerente ao funcionamento do mercado, compreendendo-se como instituição o conjunto formado por regras escritas, códigos de conduta, organizações e hábitos utilizado para ordenar o processo produtivo (KERSTENETZKY, 1995, p. 8-29).

As conjunturas política e regulatória da sociedade devem ser convenientemente consideradas na compreensão do intercâmbio mercantil, pois condicionam oferta e demanda de insumos e produtos, afetando a circulação da renda entre os agentes econômicos. As falhas de mercado evidenciam também a existência de falhas institucionais, representadas pela interferência das instituições formais e informais sobre a atividade produtiva, que dificultam a concretização das condições para se alcançar os resultados da concorrência perfeita. As regras de conduta estipuladas para modelar as relações intersubjetivas na sociedade geram impactos econômicos sobre a distribuição e a alocação dos recursos, atuando como um mecanismo de incentivos para as decisões dos agentes no mercado, que influencia significativamente o processo de produção.

O encontro de parceiros no mercado para a realização das trocas econômicas, a condução das negociações até a confecção de um contrato e o monitoramento de seu cumprimento não ocorrem sem custos, contrariando os neoclássicos, o que desperta a atenção para a adequada manipulação do instrumental jurídico na formação dos preços de bens e serviços. A ingerência do Direito sobre o ambiente institucional pode ser observada através da atuação do aparato legislativo, em especial dos direitos contratuais e de propriedade, na redução dos custos incorridos para a realização das transações no mercado, evitando-se a elevação dos preços de bens de consumo e de capital. A análise do Direito enquanto mecanismo que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico passou a figurar como preocupação central de uma corrente acadêmica de juristas e economistas interessados na aproximação de seus estudos, culminando com a criação da teoria denominada *Law and Economics* (Direito e Economia)[1].

Os alicerces teóricos de Direito e Economia, caracterizados pela interface entre as duas áreas do conhecimento na compreensão dos comportamentos em sociedade, residem no emprego de métodos econômicos para a resolução de questões legais, bem como na observação dos impactos do ordenamento jurídico sobre o desenvolvimento da atividade econômica. A análise econômica positiva aplicada ao Direito prediz a reação dos agentes econômicos diante de alterações nas leis e na sua aplicação; já a análise econômica normativa propõe recomendações de políticas e de regras legais considerando suas conseqüências econômicas. A eficiência emerge como o principal critério econômico, empregado por esta teoria, para avaliar o funcionamento do sistema jurídico, orientando a aplicação de regras de forma a melhorar as condições de um indivíduo sem prejudicar os demais (*eficiência de Pareto*), ou a aumentar o excedente total de benefícios, possibilitando a transferência de parte dele aos prejudicados pela regulação (*eficiência de Kaldor-Hicks*) (PINHEIRO; SADDI, 2005, p.83-89).

O estudo do Direito sob a perspectiva da Economia parte do fundamento de que os agentes econômicos agem de maneira racional, buscando maximizar sua utilidade, reagindo aos incentivos recebidos do ambiente onde vivem, sendo estes moldados pelas regras legais, que acabam influenciando as decisões de troca, produção, consumo e investimento. A maximização racional de utilidade implica dizer que os agentes econômicos violarão a lei ou os contratos, com o objetivo de aumentar sua satisfação líquida, quando perceberem benefícios superiores aos custos resultantes das multas contratuais, da perda de liberdade, ou do ostracismo social. Neste sentido, a eficiência se torna um critério básico para analisar a qualidade das normas legais e da sua aplicação, uma vez que estas, ao estabelecerem preços (recompensas e sanções pecuniárias) através de benefícios, multas ou privação da liberdade, são responsáveis pelo incentivo de condutas favoráveis ao progresso da sociedade ou pela contenção dos comportamentos nocivos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p.89-91).

A avaliação econômica na formulação de normas jurídicas adota o método da escolha racional, que consiste em abordá-las como um sistema de prêmios e punições, indutor do agir humano, tão mais eficiente quanto mais incentive as pessoas a se comportarem da melhor maneira para se atender aos interesses sociais. A noção de racionalidade, utilizada pelos economistas, que pressupõe a estabilidade das preferências individuais durante certo período, não é estranha ao Direito, permeando o ordenamento jurídico através das disciplinas da capacidade e da imputação. O comportamento segundo o homem médio, o bom pai de família, demonstra a opção racional pelos padrões sociais ou institucionais aprovados, temendo as punições impostas pelas normas legais ou socialmente aceitas, o que reforça a possibilidade de associar Direito e Economia, mesmo no plano metodológico:

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos (SZTAJN, 2005, p. 81).

As valiosas contribuições à compreensão do sistema de mercado, oriundas da reciprocidade de influências entre Direito e Economia, enfatizam o papel das leis na alocação eficiente dos direitos de propriedade, minimizando os custos das trocas mercantis, e a função dos contratos na organização da produção, distribuindo riscos entre os agentes econômicos. A propriedade se configura como o direito de usar, gozar e dispor de bens, dentro de certos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico no interesse da sociedade, caracterizado pelo poder de excluir terceiros da apropriação ou da posse indevidas. A transferência da propriedade ocorre através da celebração de um contrato, conceituado, modernamente, como “[...] uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes [...]”, sempre apresentando uma função econômica relacionada à circulação da riqueza (GOMES, 2000, p. 15).

Os *direitos de propriedade* sobre bens, indispensáveis para a realização das trocas mercantis, muitas vezes não se encontram perfeitamente definidos, exigindo gastos consideráveis com sua obtenção e defesa, o que desestimula os investimentos dos agentes, afetando a performance econômica e o desenvolvimento de mercados. A alocação dos recursos escassos ao uso que promova mais bem-estar depende, diretamente, da segurança e da boa definição dos direitos de propriedade, incluindo os direitos de venda e de transferência, pois evita a dissipação de rendas decorrente da competição entre os agentes econômicos pela sua apropriação. A regulação da propriedade estabelece no sistema jurídico uma estrutura de mercado para a alocação de recursos, na medida em que os mecanismos de garantia ao exercício dos direitos e de sanção à sua violação interferem na determinação do valor de troca dos bens: o desrespeito aos direitos de propriedade, somado às incertezas causadas por decisões judiciais sobre eles, eleva os custos de protegê-los, reduz seu valor econômico e afeta a previsibilidade exigida para o eficiente desempenho do mercado (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p. 84-101).

As relações de troca entre os agentes se desenvolvem, no sistema econômico, através da celebração de *contratos*, instrumentos utilizados na redução dos custos associados aos riscos futuros de ruptura das promessas, estabelecendo padrões de comportamento voltados à coordenação das ações individuais para a realização de ganhos coletivos, o que permite planejamento de longo prazo e esforços conjuntos de produção. As limitações cognitivas das pessoas, a assimetria das informações e os gastos com o recurso ao Judiciário ressaltam que o desenho dos contratos, com a finalidade de evitar o descumprimento das promessas nele contidas, mas diante da impossibilidade de prever todas as adversidades durante sua execução, corresponde a um dos principais fundamentos do custo das interações humanas, interferindo no desenvolvimento econômico e no desempenho das empresas. A inadimplência acaba sendo vista como uma alternativa de se incorrer em perdas menores, em face do cumprimento do contrato, competindo às regras legais, à capacidade de coerção dos tribunais e aos mecanismos privados de salvaguardas o estabelecimento das penalidades adequadas ao respeito do acordado, na forma de imposição de multas e lucros cessantes, que agem como preços no incentivo da cooperação eficiente entre os contratantes (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 102-136).

O ordenamento jurídico atua sobre a atividade produtiva, por intermédio da política econômica, protegendo os direitos de propriedade privados, estabelecendo as regras

para a negociação desses direitos através dos contratos, definindo as regras de circulação dos agentes pelos mercados, promovendo a competição e regulando a conduta das empresas. A considerável influência das leis e das decisões judiciais sobre a efetivação da política econômica pode ser observada nos estímulos pecuniários por elas gerados, em especial com os custos de proteção dos direitos de propriedade e de cumprimento dos contratos, o que explica a utilização do critério de eficiência para avaliar o funcionamento do aparelho regulatório na coordenação do processo produtivo rumo à maximização do bem-estar social. Entretanto, deve-se ponderar que a teoria de Direito e Economia, ao abordar o sistema jurídico sob a perspectiva da eficiência econômica, não defende ser este o único, ou mesmo o principal, critério a ser empregado, embora auxilie na compreensão dos custos de se adotar outro critério.

A pesquisa econômica sobre as normas jurídicas, pressupondo que os agentes autônomos articulam socialmente seus interesses individuais através do mercado, avalia os impactos por elas exercidos na alocação de recursos, sendo benéficas ao induzirem formas de comportamento conducentes à eficiência de Pareto. Alguns estudos econômicos, utilizando apenas o ponto de vista da geração de riquezas, abordam a norma como interferência num equilíbrio de mercado eficiente, enquanto outros examinam situações nas quais ela seja capaz de corrigir as falhas de mercado, restabelecendo a eficiência. Todavia, como os ajustes do sistema de preços não são instantâneos, choques temporários expressos em flutuações abruptas no valor da riqueza e da renda promovem tensões sociais traumáticas, legitimando a intervenção do legislador no processo natural que levaria o mercado ao equilíbrio de longo prazo: neste caso, o pensamento econômico não se encontra preparado para enfrentar a produção normativa, pois sua emergência é intrinsecamente valorativa, suscitada por imperativos que revelam o fundamento moral da sociedade, pertencendo ao campo da pesquisa em Direito, capaz de esclarecer os determinantes de normas não compreendidos pela racionalidade econômica (ARIDA, 2005, p. 60-70).

O estudo do ordenamento jurídico, desenvolvido pela pesquisa em Direito, parte da observação básica de que toda regra visa a um valor, estabelecido através da reunião dos indivíduos em sociedade para conjugar esforços e distribuir tarefas em busca de melhores condições de sobrevivência. O Direito se origina no interior da sociedade e dela recebe a incumbência de resguardar os valores conducentes à comunhão de seus membros, como a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana, principalmente no exercício da atividade econômica, por meio da qual a coletividade provê sua subsistência. Sendo assim, a manutenção da coesão social ocorre com a implementação de um conjunto de regras que, antes de gerar os estímulos pecuniários adequados ao eficiente funcionamento do mercado, possui o objetivo de assegurar uma convivência harmônica e promover a justa distribuição dos resultados do processo produtivo.

A edificação de um aparato legislativo, exclusivamente, sobre a eficiência econômica, desprovida de preocupações com os anseios coletivos de justiça e de fraternidade, se apresenta insuficiente para impedir a formação de monopólios e a presença de externalidades, o que possibilita, conseqüentemente, distorções nos preços e deformações dos mercados. O reconhecimento jurídico da liberdade contratual, da autonomia da vontade, do direito de propriedade e da limitação da ação econômica estatal não evita a ocorrência de falhas de mercado que, por sua vez, promovem a concentração da renda e geram níveis de produção distantes dos socialmente desejáveis. A análise dos instrumentos normativos não pode se ater apenas aos custos econômicos

por eles gerados, devendo considerar, fundamentalmente, sua adequação à finalidade de resguardar os nexos de pertinência e solidariedade, necessários à manutenção da ordem democrática e ao próprio funcionamento do processo de produção, impedindo a ruptura do acordo moral básico, constitutivo da sociedade, ameaçado pelos desvios praticados através do mercado.

O Direito deve se apropriar do mercado, gerando estabilidade e previsibilidade das operações econômicas, fundamentais para a expansão da atividade mercantil, com o propósito de empregar seus benefícios em favor do desenvolvimento da sociedade. A consolidação do mercado como um instituto jurídico, inserido no ordenamento estatal, ressalta seu dever de colaborar com a promoção do bem comum, almejado pela união social, através da coordenação da atividade econômica. Entretanto, a adoção do mercado como mecanismo alocativo dominante advém de uma escolha consciente, de uma decisão política do Estado e, em razão disto, seus contornos são delimitados em conformidade com os interesses dominantes, em determinados contextos históricos:

Esta consciência incita, então, a configurar o mercado como *locus artificialis*, que a lei constrói e governa, orienta e controla. Não há mercado fora da decisão política e da escolha legislativa; também o abandono dos negócios ao puro jogo dos interesses individuais é uma decisão e uma escolha. Revela-se, assim, a intrínseca *politicidade* do mercado, que a lei pode modelar e definir segundo princípios diversos: ora prezando a discricção, ora a absoluta e geral visibilidade; ora exaltando a autonomia e a responsabilidade dos negócios, ora, ao contrário, tutelando os incautos e os imprudentes. Estes, e outros princípios, que se poderia indicar, determinam a fisionomia do mercado, de modo que *tantos são os modelos ou tipos de mercado quantas as concebíveis leis reguladoras* (IRTI, 1997, p. 186, tradução nossa, grifo do autor).

O processo de confecção das leis se constitui no debate político em que os afetados pela norma discutem sua elaboração, impondo a aplicação de regras emanadas do consenso expresso pela vontade geral da sociedade. A criação da estrutura convencional de interação humana, concebida como mercado, resulta de opção legislativa, que reconhece na eficiência econômica dele esperada, um importante auxílio na melhoria da qualidade de vida das pessoas. O mercado pode ser compreendido, então, como uma instituição definida mediante um conjunto de regras modeladas de acordo com os interesses dos membros da sociedade, seja como participantes do mesmo, ou na qualidade de cidadãos de uma comunidade política que o elegeu como forma principal de decisão e interação econômica:

[...] as regras de muitos mercados (ou a ausência delas) permitem situações moralmente repugnantes, como o espetáculo de crianças trabalhando até o esgotamento em troca de um salário miserável; ou politicamente recusáveis, como o sacrifício de milhões de pessoas no altar dos índices macroeconômicos. Estas coisas acontecem enquanto nos mercados bursáteis as <<normas de conduta>> e os controles administrativos se multiplicam para permitir um jogo limpo que permita iguais oportunidades para todos. Os mercados são, como se vê, o que queremos fazer deles: um instrumento para o bem-estar e a liberdade, ou um meio refinado para a imoralidade e o sofrimento. [...] (GÓMEZ, 1999, p. 431, tradução nossa, destaque do autor).

A regulação do mercado pautada na prevalência dos critérios de eficiência e produtividade, sobrepostos aos princípios éticos fundadores da idéia de comunidade, resulta de perigosa decisão política, pois leva à monetarização das relações intersubjetivas, convertendo os vínculos sociais em alternativas de otimização de resultados econômicos. A opção pela observância do ordenamento jurídico, na condução do comportamento humano, passa a refletir, neste caso, não mais o sentimento de civilidade, mas a estratégia de redução de custos que maior satisfação individual possa trazer, independentemente dos prejuízos ocasionados à sociedade, com a decisão de violar direitos. Diante disto, evidencia-se a necessidade de cautela na utilização de critérios econômicos, para orientar condutas, competindo ao ordenamento jurídico, na organização da produção das sociedades capitalistas, implementar o sistema de mercado e contribuir para ele alcançar a eficiência econômica, sem, contudo, permitir que, em nome dela, os vínculos sociais sejam alvejados por falhas, tais como externalidades, poder de mercado e concentração da riqueza:

Neste contexto o Direito é utilizado como um instrumento destinado a impor imperativos sociais e políticos sobre a economia (privada). Assume uma função “substantiva”, finalística. Torna-se voltado a metas, de forma a viabilizar a democracia também na economia, para uma melhor alocação dos recursos, para uma distribuição de renda mais justa, e por uma proteção dos socialmente fracos e discriminados [...] (REICH, 1990, p. 265, destaque do autor).

A realização da eficiência econômica pelo mercado, gerando o máximo nível de produtividade e, portanto, de satisfação de necessidades, depende da coesão dos vínculos sociais assegurada pela proteção legal dos valores comunitários. As distorções causadas pela decisão política de se adotar a eficiência econômica, como único objetivo a ser perseguido pela atividade produtiva, incitam comportamentos oportunistas que, baseados no individualismo possessivo, redundam em falhas de mercado. A tutela jurídica de valores sociais, como solidariedade e dignidade, se apresenta, então, indispensável para a eficiência econômica do mercado, uma vez que, desestimula condutas prejudiciais aos resultados da concorrência perfeita, combate a distribuição desigual da renda, evita tensões coletivas e, conseqüentemente, impede a fragmentação da sociedade, no interior da qual a atividade produtiva se desenvolve.

2 Reconhecimento jurídico da empresa

O desenvolvimento evolutivo das comunidades sempre esteve associado à criação de instituições sociais, incumbidas de organizar os indivíduos sob um conjunto de regras, que coordenassem suas atividades econômicas, para otimizar a satisfação de necessidades humanas e a geração de riquezas. A implementação de um aparelho

regulatório, adequado ao controle das tensões oriundas do convívio social, acompanha as exigências do regime produtivo vigente, refletindo as necessidades de cooperação entre os membros do grupo e de redução dos riscos de articular os fatores de produção. A regulação da atividade produtiva, através do *reconhecimento jurídico da empresa*, representa o estágio atual de ordenação das interações econômicas, seguindo o progresso histórico do próprio Direito Comercial.

A conjugação de esforços produtivos e a divisão do trabalho proporcionaram o crescimento das comunidades, aproximando-as, o que possibilitou o surgimento das primeiras relações pacíficas, entre partícipes de diferentes grupos sociais, abrangendo o escambo de produtos excedentes. A atividade comercial, desempenhada em épocas remotas, se encontrava regida pelos costumes dos negociantes, compreendidos como a reiteração de determinados comportamentos, que se sedimentavam em razão de promoverem a dinamicidade e a segurança do intercâmbio de mercadorias. Esta fase primitiva do Direito Comercial perdurou até a queda do Império Romano, onde preponderava a regulação costumeira do comércio terrestre, em decorrência do menosprezo da aristocracia romana pelas trocas econômicas, geralmente, exercidas por estrangeiros ou bárbaros, embora houvesse a *lex rhodia* para disciplinar o comércio marítimo no Mediterrâneo.

A Idade Média se inicia com importantes transformações econômicas e sociais, determinadas pelo esfacelamento do poder central de Roma e pela conseqüente atomização do domínio político, distribuído entre diversos centros dispersos, que se originavam sob a proteção militar dos castelos de senhores feudais ou do respeito religioso aos mosteiros. O comércio terrestre medieval se desenvolvia com a organização das feiras, pois os senhores feudais garantiam a segurança das relações econômicas nelas realizadas, atraindo caravanas que, periodicamente, se deslocavam para ofertar seus produtos; o comércio marítimo continuava a ser intensamente praticado nos entrepostos do Mediterrâneo e do Mar do Norte. A diversidade de regras aplicáveis aos mesmos negócios, resultante da multiplicidade de jurisdições sob as quais cada feira se subordinava, representava significativo entrave à expansão do comércio, incentivando os mercadores a se reunirem em corporações, para estabelecerem um conjunto de normas costumeiras, uniformizando a regulação do intercâmbio.

O enfraquecimento da autoridade política feudal, fragmentada entre os senhores dos castelos e dos mosteiros, favoreceu o nascimento de cidades livres, onde os mercadores organizavam suas corporações de ofício, que disciplinavam as atividades mercantis. A regulação da atividade econômica, proclamada pelos estatutos das corporações, ao recolher usos e costumes, e ao criar tribunais de comércio, passou a se submeter a normas especiais, que originaram o Direito Comercial como ramo autônomo, em contraposição ao Direito Romano-Canônico, excessivamente formalista e solene. A origem remota dos mercados reside nas feiras medievais, ressaltando a indispensável presença de um conjunto de regras na constituição das estruturas econômicas, assim como das normas consuetudinárias dos mercadores, padronizando condutas para proteger os negócios e ordenar a concorrência, emergiram institutos e procedimentos, ainda subsistentes na sociedade moderna, que resultaram no surgimento do Direito Comercial.

O controle exercido pelas corporações de ofício, dificultando a atuação de artífices ou artesãos não vinculados a algum mestre do regime corporativo, consistia na imposição

de barreiras à entrada, restringindo a liberdade de ofertar mercadorias, que configurava reserva de mercado. Na segunda metade do século XVIII, as práticas inspiradas no regime das corporações sucumbiram diante do ideário liberal burguês, que propugnava o princípio da igualdade formal perante a lei, combatendo a existência de um direito especial aplicado, exclusivamente, a uma classe de pessoas. O advento da Revolução Francesa, em 1789, marcou uma mudança de concepção no Direito Comercial, que deixou de ser um sistema jurídico dos comerciantes, convertendo-se na disciplina especial de certos atos, caracterizados pela comercialidade, atendendo ao interesse do Estado em intervir nas relações privadas.

O Código Comercial francês de 1807 pretendeu estender a todos os cidadãos, indistintamente, a disciplina dos *atos de comércio*, buscando assegurar a plena liberdade no exercício da atividade econômica, com a extinção da reserva de mercado e de demais privilégios estabelecidos pelas corporações de ofício em benefício de seus membros. A qualificação de determinados atos jurídicos como atos de comércio deriva de disposição legal, fazendo incidir regras especiais sobre qualquer pessoa que os pratique, independentemente, do exercício, de forma profissional, da intermediação na troca de mercadorias e serviços. Entretanto, embora o legislador francês de 1807 tenha conceituado comerciante, como sendo aquele que exerce atos de comércio e deles faz sua profissão habitual, não apresentou uma definição para esta categoria de atos, limitando-se a enumerá-los, para fins de atribuição da competência dos tribunais de comércio.

A Lei 556, de 25 de junho de 1850, que promulgou o Código Comercial brasileiro, através de seu complemento, o Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro do mesmo ano, seguiu a influência do Código Napoleônico, adotando a técnica enumerativa dos atos de comércio. Estes dois últimos diplomas arrolaram, dentre as diversas manifestações de atividades econômicas pertencentes ao elenco legal dos atos de comércio, as empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias e de espetáculos públicos (artigo 632, do Código Comercial francês de 1807; artigo 19, § 3º, do Regulamento nº 737 de 1850). Sendo assim, a primeira manifestação da empresa no direito positivo ocorreu como um simples ato de comércio, inadequado para abranger o complexo de operações contínuas, que constitui a organização empresarial dos fatores de produção.

A empresa emergiu, na realidade social, como um instrumento de implementação dos processos econômicos originados pela Revolução Industrial do século XIX, que representou um conjunto de transformações oriundas da exploração de novas fontes de energia, com marco inicial na invenção da máquina a vapor e de seu emprego em grande escala. A industrialização acarretou profundas alterações no exercício da atividade econômica, ao substituir as concepções artesanais vigorantes, desenvolvidas através da fabricação manual e personalíssima, pela estruturação da produção em massa, com larga utilização de máquinas, conferindo impessoalidade e padronização ao processo produtivo. O desenvolvimento do mercado, proporcionado pelas liberdades de iniciativa e de concorrência, asseguradas com a eliminação das corporações de ofício, ampliou os riscos da atividade produtiva, exigindo eficiência econômica na confecção de bens e serviços, obtida com a racionalização da organização empresarial (JUSTEN FILHO, 1998, p. 110).

A produção industrial se desdobra em diversas atividades, demandando volume crescente de capital fixo, para contratar fatores produtivos e realizar empreendimentos, o que enseja a realização de investimentos sempre maiores e de mais longa maturação, como condição de constituição da empresa. O desempenho massivo da atividade econômica profissional, com a elaboração de produtos homogêneos, em larga escala, reflete na geração de atos jurídicos em grande quantidade, reclamando o ajustamento do corpo legislativo à coordenação da produção empresarial. Todavia, a disciplina jurídica permaneceu inalterada, sendo mantidas as instituições reguladoras, que eram aplicadas ao comerciante medieval, recolhidas pelas Ordenações de Colbert sobre o Comércio de Terra e sobre o Comércio de Mar e, adotadas, no sistema dos atos de comércio, pelo Código Napoleônico (LAMY FILHO, 2003, p. 12).

A impropriedade do regime estabelecido pelo legislador francês de 1807, que influenciou a codificação de diversos Estados, consistiu em sujeitar a atividade empresarial, configurada como a repetição seriada de negócios do mesmo gênero, de modo estável e continuado, à disciplina do ato de comércio, fundada na idéia de ação única, individuada e completa. A atividade se constitui em um conjunto de atos, seqüencialmente, articulados e unificados pela unicidade do escopo, que obedece a regime jurídico especial e autônomo, pois a nulidade de alguns deles não interfere nos efeitos jurídicos dela decorrentes. A regulação da produção em série, desenvolvida em economias industriais, para o atendimento do consumo em massa, reclama a aplicação de normas à empresa, que apresentem como suporte fático o exercício de atividade econômica organizada, abandonando o sistema fundado no ato de comércio (SZTAJN, 2004, p. 81-107).

A coordenação em escala dos fatores produtivos, padronizando a produção e a distribuição de bens e serviços, para ampliar as margens de lucratividade, advém da prática reiterada de atos funcionalmente ligados, na busca de finalidade unitária e permanente, o que corresponde ao exercício profissional de atividade econômica, estruturada na organização empresarial. Este processo de articulação das interações econômicas que, surgido a partir do capitalismo industrial, apresenta a empresa como a principal unidade produtiva do sistema de mercado, foi incorporado ao ordenamento jurídico, através do Código Civil italiano de 1942. O regime implementado pelo legislador italiano, não se olvidando de sua vinculação à ideologia fascista, buscou adequar os preceitos normativos à massificação do processo produtivo, promovida pela empresa, ao regular o exercício profissional de atividade econômica organizada, rompendo com a disciplina dos atos de comércio, até então presente no Código Comercial de 1882.

O sistema baseado na categoria jurídica do ato, desenvolvido para abarcar a fabricação manual e personalíssima do comerciante medieval, não se coadunava com a produção seriada de bens e serviços, determinada pela industrialização, exigindo uma disciplina da atividade, manifestada economicamente na empresa. O desencontro entre os institutos jurídicos tradicionais e as necessidades de uma economia massificada conduziu o legislador brasileiro a reformar o regime legal da atividade produtiva, substituindo o sistema dos atos de comércio, presente no Código Comercial de 1850, pela regulação da empresa, internalizada no Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10 de janeiro), a exemplo do modelo implantado na Itália em 1942. Entretanto, assim como uma definição legal do ato de comércio não foi concebida, também a empresa não recebeu uma conceituação jurídica unitária, aplicável uniformemente a todos os ramos

do Direito, acarretando na ausência de uma disciplina autônoma das atividades econômicas, nos diplomas italiano e brasileiro.

A noção de empresa, esboçada no Código Civil italiano de 1942, deriva do conceito de empresário, presente no artigo 2.082, como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; assim também no artigo 966, do Código Civil brasileiro de 2002. A centralidade conferida à empresa, pelos legisladores italiano e brasileiro, contrasta com a inexistência de um regime próprio para a atividade econômica organizada, ocasionando esforços doutrinários focados no enquadramento da produção em larga escala aos institutos jurídicos tradicionais. Neste sentido, destacou-se a abordagem dos perfis da empresa, proposta por Alberto Asquini em 1943, que buscou decompor analiticamente o fenômeno empresarial, retratando suas diferentes dimensões através das categorias jurídicas já existentes nos ordenamentos romano-germânicos.

A compreensão da empresa como um fenômeno econômico poliédrico, que se manifesta juridicamente sob diferentes aspectos, de acordo com o peculiar elemento encarado pelo ordenamento, foi desenvolvida por Alberto Asquini (1996), na análise de quatro perfis distintos: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. O *perfil subjetivo* da empresa emerge da noção jurídica de *empresário*, como o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, privada ou pública) que exerce, profissionalmente (não ocasionalmente), em nome próprio (titulariza), uma atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O *perfil funcional* da empresa corresponde à *atividade profissional do empresário*, composta por uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, resultando na organização de trabalho e de capital, com o objetivo de produzir ou distribuir bens e serviços no mercado. O *perfil objetivo* da empresa abarca o *estabelecimento*, entendido tanto na acepção de *patrimônio aziendale*, como o complexo de relações jurídicas heterogêneas (reais, obrigacionais, ativas ou passivas) desempenhadas pelo empresário, quanto na de *azienda res*, como o complexo de bens (materiais e imateriais, móveis e imóveis) utilizados para instrumentalizar o exercício da atividade empresarial. Finalmente, o *perfil corporativo* da empresa se projeta na idéia de *instituição*, no núcleo social organizado constituído pelas relações hierárquicas entre empresário e empregados, disciplinadas por um ordenamento interno, em função de um fim econômico comum, alcançado mediante cooperação.

Os regimes jurídicos que seguiram o modelo italiano de 1942 e, conseqüentemente, a doutrina de Alberto Asquini, tendem a se aproveitar das disciplinas consolidadas nos ordenamentos sucedidos, como as relativas aos atos, aos sujeitos de direito e aos bens, perdendo a oportunidade de inovar na regulação da empresa, deixando de recepcioná-la como categoria normativa. O esquema dos diversos perfis da empresa, elaborado no intuito de inseri-la em um quadro normativo clássico, recolhendo do direito positivo o suporte jurídico para o fato econômico, precisa ser confrontado com as modernas discussões dos economistas sobre os motivos pelos quais se origina a organização empresarial, evoluindo-se na proposição de uma disciplina mais consentânea às exigências do tráfico negocial. Diante disto, importante contribuição dos estudos econômicos, em especial os de Ronald Coase, ao tratamento jurídico da atividade produtiva, consiste na análise da empresa como um instrumento, constituído por relações contratuais, criado para solucionar problemas impostos pelos mercados.

Os mercados se configuram como instituições socioeconômicas incumbidas de regular o intercâmbio, tornando eficiente a circulação da riqueza, entre os agentes, a partir de uma prévia atribuição de direitos de propriedade, resultante das normas jurídicas. Todavia, o equilíbrio de mercado sofre abalos constantes, muitos deles provocados por monopólios, oligopólios, concorrência monopolista, externalidades e assimetria informacional, o que afeta a eficiência das trocas econômicas, bem como a estabilidade na oferta de produtos e de fatores produtivos. As distorções nos preços e a incerteza quanto à disponibilidade de recursos da produção, causadas por operações especulativas e imperfeições do intercâmbio mercantil, elevam os custos das interações econômicas, conduzindo os agentes a estruturarem suas atividades em organizações, com a finalidade de evitar a dependência dos mercados.

A predisposição de bens e serviços, visando satisfazer a demanda da sociedade, requer o desenvolvimento perene e estável da atividade econômica, que não pode ser alcançado nas cambiantes condições de mercado, mas mediante a criação de empresas, para concatenar os fatores produtivos. Os recursos utilizados na produção permanecem na posse e no uso das empresas através de contratos de longa duração e execução continuada que, estimulando a cooperação entre os agentes, preservam as operações econômicas e reduzem a vulnerabilidade dos produtores, oriunda das instabilidades dos mercados. A organização de empresas se justifica, portanto, na necessidade de dominar os recursos da produção, com o objetivo de manter a oferta continuada e reduzir custos de transação, em face de imperfeições ou falhas de mercado, que acarretam riscos não administráveis pelos particulares[2].

A substituição do intercâmbio mercantil, pela realização da operação no interior da empresa, resulta da comparação entre os custos de atuar no mercado, procurando parceiros, barganhando, garantindo o adimplemento das obrigações, e os de internalizar a transação, para protegê-la de choques e instabilidades do ambiente econômico, através dos complexos de contratos, que determinam uma imputação e centralizam o comando da atividade produtiva na organização empresarial. O exercício da atividade econômica, coordenado na hierarquia das empresas, se aperfeiçoa na celebração de contratos, como os de trabalho ou prestação de serviços, de fornecimento de insumos, de financiamento, de venda ao consumidor ou distribuidor, assegurando a oferta estável de bens e serviços em mercados. Os feixes de contratos, funcionalmente articulados para o exercício da atividade econômica, reunindo os fatores produtivos e organizando as relações intra e interempresariais, com o objetivo de reduzir os riscos de mercado e minimizar custos de transação, constituem, na visão de Ronald Coase, o núcleo da empresa[3].

O confronto entre as teorias de Alberto Asquini e de Ronald Coase permitiria, segundo Rachel Sztajn (2004), uma nova formulação para a noção de empresa, que fornecesse um suporte jurídico mais adequado ao tratamento da atividade econômica. A produção seriada de bens e serviços, destinada ao consumo em massa, decorre do exercício da atividade econômica que, em regimes capitalistas, se organiza na hierarquia das empresas; desta forma, o perfil funcional da empresa prevaleceria na qualificação do instituto, merecendo disciplina autônoma, sendo os demais meros acessórios, necessários à concretização da atividade produtiva, podendo ser reunidos numa única manifestação. A organização das relações de produção, necessária ao desenvolvimento da atividade econômica e, conseqüentemente, da empresa, ocorre com a utilização de contratos, que viabilizam a apreensão das matérias-primas e a especialização do trabalho; sem os feixes de contratos que organizam a atividade econômica para

mercados, elaborados no intuito de promover a economia nos custos de produção e a defesa contra inadimplementos, não se constitui a empresa.

Esta construção doutrinária que define a empresa como os feixes de contratos, coordenados para organizar o exercício da atividade econômica em mercados, objetivando a estabilidade da produção e da distribuição de bens e de serviços, não recebeu guarida no ordenamento jurídico brasileiro, embora pareça mais pertinente à regulação do tráfico negocial. O legislador optou pela edição de normas especiais, disciplinadoras de particulares setores da economia, como financeiro, transportes, securitário, embora estivessem centrados no mesmo instituto nuclear, a atividade, ao invés de utilizá-la na implementação de uma moldura geral e uniforme para regular as múltiplas manifestações da empresa. Sendo assim, cada ramo do Direito, de acordo com seus fins ordenadores, fornece seu conceito de empresa, sintetizando os momentos ou aspectos do mesmo fenômeno, que cobram relevo jurídico desde seus particulares ângulos valorativos (GONDRA, 1998, p. 499).

Os efeitos da atividade econômica, exercida através da empresa, incidem em todas as esferas de interesses, tanto privados como gerais ou coletivos, adquirindo qualificação jurídica em conformidade com os diferentes objetivos perseguidos pelas normas. A pluralidade de diplomas legais, destinados à regulação das diversas manifestações da atividade econômica, culmina com a constituição de um *microsistema da empresa*, que apresenta seus próprios princípios, normas, fontes de criação, doutrina e jurisprudência (LORENZETTI, 1998, p. 46-47). A disciplina jurídica da empresa se configura, portanto, como um distinto *universo legislativo*, refratário à unidade sistemática dos códigos, exibindo sua própria filosofia, além de particulares critérios, influxos e métodos, permeados pela racionalidade econômica (GOMES, 1984, p. 166-167).

O ordenamento jurídico brasileiro, baseado nos potenciais benefícios sociais, que podem ser gerados pelo exercício profissional da atividade econômica, assegura a livre iniciativa na organização de empresas e fornece os instrumentos para seu regular desenvolvimento, como a propriedade privada e os contratos. Entretanto, a existência de falhas de mercado, causadoras de ineficiência econômica e concentração de renda, enseja a estipulação de dispositivos legais, que limitem a liberdade de iniciativa empresarial, condicionando-a à observação de determinados princípios, como função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e redução das desigualdades regionais e sociais. O reconhecimento jurídico da empresa representa, então, a necessidade de regular o exercício da atividade econômica, corrigindo distorções no sistema de mercado, para que se harmonizem a eficiência na alocação de recursos produtivos e a promoção de valores comunitários, atribuindo-se responsabilidades à organização empresarial, na busca do desenvolvimento socioeconômico.

3 Desenvolvimento socioeconômico e responsabilidade empresarial

Os indivíduos se reúnem em sociedade, para conjugar esforços e distribuir tarefas, visando otimizar a satisfação de suas necessidades e ampliar suas condições de sobrevivência, frente à escassez de recursos produtivos. As comunidades organizam o processo de produção, convencionando a criação de sistemas econômicos, através dos quais procuram assegurar o bem-estar material de seus membros. A coesão dos vínculos sociais, que permite a cooperação entre as pessoas, exige a implementação de um conjunto de regras, destinado a estimular o crescimento econômico e a partilha eqüitativa dos resultados da atividade produtiva, coibindo comportamentos contrários aos valores coletivamente estabelecidos.

O crescimento econômico, um dos mais relevantes objetivos da política econômica nas sociedades capitalistas, se configura como a elevação da capacidade produtiva de um país, ou seja, corresponde à ampliação quantitativa da produção, um aumento no número de bens produzidos que atendam às necessidades humanas. Este acréscimo na capacidade de produção depende da ampliação da quantidade e da qualidade dos fatores produtivos e da eficiência com que são combinados, sendo fortemente influenciado pelo desenvolvimento educacional e profissional, pelo aumento do investimento líquido e pela introdução de novas tecnologias. A expansão da quantidade de bens produzidos permite a elevação dos níveis de consumo, gerando maior possibilidade de as pessoas satisfazerem suas necessidades e, conseqüentemente, de melhorar a qualidade de vida no país (STANLAKE, 1993, p. 707-716; GREMAUD; VASCONCELLOS; TONETO JR., 2004, p. 76-79).

A incessante busca pelo crescimento econômico, exclusivamente alicerçado no critério de eficiência, tem originado, no entanto, distorções no sistema de mercado, acarretando significativos custos sociais, que resultam de práticas prejudiciais ao meio ambiente, às relações de trabalho e à distribuição da renda. A propagação da cultura consumista, no intuito de promover a eficiência alocativa, impõe elevados padrões de consumo, inconsistentes com a disponibilidade de recursos no ecossistema, comprometendo a sustentabilidade do meio ambiente. A redução nos custos do processo de produção, para que seja alcançada a eficiência produtiva, tem provocado a informalização e a precarização das relações de trabalho, além da utilização predatória dos recursos ambientais, causadora de externalidades, como a poluição. A existência de poder de mercado impede uma distribuição mais igualitária da renda, que acaba se concentrando nas mãos de monopolistas e oligopolistas, excluindo boa parte da população do acesso aos bens sociais, desviando a eficiência distributiva do ideal de concorrência perfeita.

O mercado se orienta de modo especificamente objetivo, somente pelo interesse nos bens de troca, o que acaba caracterizando-o como a relação vital prática mais impessoal existente entre os homens. O abandono do mercado à sua legalidade intrínseca, ausente uma disciplina reparadora de suas falhas, “leva apenas em consideração a coisa, não a pessoa, inexistindo para ele deveres de fraternidade e devoção ou qualquer das relações humanas originárias sustentadas pelas comunidades pessoais” (WEBER, 2000, v. 1, p. 420). A impessoalidade das relações mercadológicas fragiliza os vínculos comunitários, favorecendo a proliferação de comportamentos oportunistas, que se voltam à acumulação de riquezas, desvinculada de preocupações com o meio ambiente, com as relações de trabalho e de consumo, com a concorrência e com a dignidade humana.

O sistema de mercado e o crescimento econômico, por ele objetivado, devem ser condicionados por normas éticas, estabelecidas para resguardar os valores constitutivos

da sociedade, fortemente afetados pelas imperfeições do processo de produção capitalista. A correção das ineficiências geradas por falhas de mercado exige a estipulação de um conjunto de regras, sustentado pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado, orientadas a limitar a liberdade de ação ou de escolha dos agentes econômicos. A regulação da atividade produtiva deve criar incentivos para que as unidades familiares, as empresas e o setor público, ao buscarem a realização de seus interesses particulares, tomem decisões que maximizem o bem-estar social.

A ocorrência de falhas de mercado, estimulada pelo caráter meramente quantitativo do crescimento econômico, exige uma evolução qualitativa do processo produtivo, em que o aumento da produtividade, promovido através de técnicas ecologicamente sustentáveis, seja partilhado de forma mais equânime entre os membros da sociedade. A magnitude da expansão da produção, apesar de representar um importante indicador na avaliação do desempenho econômico de um país, não é suficiente para determinar as condições de vida da população, sendo necessário analisar a natureza e a qualidade desse crescimento. Neste sentido, deveria emergir como o principal objetivo das políticas econômicas contemporâneas, o *desenvolvimento socioeconômico*, que engloba o crescimento econômico, acompanhado de uma distribuição menos desigual da renda, mensurada pela elevação da expectativa de vida da população e pelo maior acesso à educação (GREMAUD; VASCONCELLOS; TONETO JR., 2004, p. 76-86).

A diretriz do desenvolvimento socioeconômico, que deveria orientar a atividade econômica dos agentes no regime de produção capitalista, se coaduna com os princípios básicos do Estado de Direito, admitidos e consentidos, pela comunidade política, como convenientes à convivência social. A persecução do crescimento econômico, para melhor satisfazer as necessidades de um número maior de pessoas, gerando empregos e reduzindo as desigualdades sociais, através de um processo produtivo ambientalmente não predatório e alicerçado no respeito à livre concorrência e ao consumidor, está inserida nos Princípios Gerais da Atividade Econômica, insculpidos no artigo 170, da Constituição Federal de 1988. Diante disto, como a atividade econômica, que impulsiona o crescimento, elevando a produção de bens e serviços, é exercida, de forma profissional e organizada, pelas empresas, o ordenamento jurídico a elas atribui grande responsabilidade na promoção do desenvolvimento socioeconômico.

A Constituição Federal de 1988 consagra os princípios essenciais do capitalismo, indispensáveis ao regime de produção empresarial, consistentes no reconhecimento da propriedade privada (artigos 5º, XXII e 170, II), na reserva da atividade econômica para os particulares (artigo 173, *caput*), nos postulados da livre iniciativa (artigos 1º, IV e 170, *caput*) e da livre concorrência (artigo 170, IV). Todavia, a ordem econômica constitucional se configura como um instrumento de realização de certos valores fundamentais, atribuindo à atividade empresarial o compromisso de contribuir com o desenvolvimento nacional, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, da Constituição Federal de 1988). Sendo assim, a empresa somente se legitima na medida em que seja a via de afirmação de valores que transcendem seu titular, devendo dar-se, a realização do lucro, simultânea e conjuntamente com o resguardo da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de satisfação do bem de todos (JUSTEN FILHO, 1998, p. 116-130).

A disciplina constitucional da atividade econômica impõe, à empresa, a observância de uma função social (artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988), que consiste em exigir de quem exerce o direito subjetivo de livre iniciativa o cumprimento de deveres jurídicos para com a sociedade. O conceito de função social pode ser compreendido como o dever jurídico de atender ao interesse público, proporcionando vantagens positivas e concretas para a sociedade, no exercício de um direito subjetivo. A função social da empresa somente deve ser exigida, então, no exercício de atividade econômica organizada, produtora de bens e serviços, que constitua o objeto social definido pelo empresário ou pela sociedade empresária; não se pode exigir da empresa, com fundamento na função social, o cumprimento de deveres não relacionados ao seu direito subjetivo, ou seja, dissociados da atividade econômica por ela exercida (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 33-42).

O parâmetro dos deveres jurídicos que devem ser atendidos, no exercício do direito subjetivo de explorar a atividade econômica, para que a empresa cumpra sua função social, encontra-se na principiologia do artigo 170, da Constituição Federal de 1988. A liberdade de iniciativa na confecção de bens e serviços, através da qual a empresa abastece o mercado, contribuindo para o crescimento econômico e obtendo lucro, subordina-se à valorização do trabalho humano, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O regime de produção deve ser desenvolvido, não apenas de maneira que a empresa se abstenha de práticas lesivas aos Princípios Gerais da Atividade Econômica (deveres negativos), mas também que ela adote concretamente comportamentos para promovê-los (deveres positivos).

O princípio da livre concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal de 1988), coíbe o poder de mercado, combatendo toda concentração da atividade empresarial, da qual resulte exercício abusivo de posição dominante, desestimulando investimentos tecnológicos e aumentando arbitrariamente os lucros. O princípio da defesa do consumidor (artigo 170, V, da Constituição Federal de 1988) sujeita a empresa à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, decorrentes de defeitos relativos ao produto ou à prestação do serviço, bem como de informações inadequadas sobre eles. O princípio da defesa do meio ambiente (artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988) exige da empresa um desempenho verde, verificado na instalação de filtros, na reciclagem de material, no tratamento de resíduos lançados em rios e mares, no uso racional de recursos não-renováveis, dentre outras práticas. A composição do corpo de empregados da empresa deve auxiliar as políticas governamentais de busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da Constituição Federal de 1988), incentivar a qualificação da mão-de-obra e viabilizar o reingresso de desempregados aos postos de trabalho, contribuindo, por sua vez, com a redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 170, VII, da Constituição Federal de 1988)[4].

A liberdade de iniciativa não encontra limites somente nos deveres jurídicos que lhe são impostos pela ordem econômica constitucional, sendo também cobrada das empresas uma postura mais ativa no tratamento de questões sociais, surgidas nas comunidades em que atuam. A *responsabilidade social das empresas* emerge como uma nova forma de gestão, que consiste na integração voluntária, ao relacionamento com os diversos atores, de preocupações sociais e ambientais, não relacionadas aos fins consubstanciados no objeto social, no intuito de colaborar com o Estado na promoção do bem-estar coletivo. As empresas passam a responder, perante a coletividade, pela inação estatal de

proporcionar aos cidadãos uma existência digna, devido ao poder econômico que acumulam, através da exploração da atividade produtiva no interior da sociedade[5].

A diminuição do interesse e da capacidade estatal de regulação da economia, acompanhada da redução de políticas públicas voltadas para a promoção das garantias dos direitos sociais, reclama o avanço das empresas sobre o tecido das relações comunitárias, mobilizando recursos para atender à demanda da população carente por bens públicos. A prestação de serviços sociais, assumida pelas empresas, influencia comportamentos de fidelidade dos consumidores, permitindo a construção de uma boa imagem para a marca, que retorna ao espaço da rentabilidade mercantil, agregando valor aos produtos. Os programas sociais, conduzidos pelo ativismo empresarial, demonstram a possível compatibilidade entre escopo lucrativo e amenização de conflitos distributivos, mas alertam para o risco de se legitimar a ampliação do poder do capital:

[...] a filantropia dirigida a grupos carentes da sociedade também faz um grande bem à própria empresa, reforçando sua imagem institucional e melhorando seus negócios. Isso não teria tanta importância assim se fosse considerada a tentadora hipótese da instituição de um novo caminho para algo como um “capitalismo civilizado” no Brasil (como é, às vezes, interpretada esta ação) não fosse o fato de que a ação social empresarial também parece fazer parte não só das operações de lucro, mas também da afirmação de poder social sobre as comunidades em que atua, sobre as relações de trabalho que contrata e sobre as causas que abraça. Se assim for, esse movimento desloca, pouco a pouco, parcelas e territórios sociais para o campo de seus interesses, um movimento silenciado pela intenção e pelo ato original de fundação de uma nova consciência empresarial cidadã, solidária e responsável, intenção que ampara sua reivindicação de reconhecimento como parcela da sociedade civil (PAOLI, 2003, p. 394).

A existência de empresas lucrativas constitui fator indispensável ao desenvolvimento socioeconômico, tanto quanto a diminuição das desigualdades sociais e da degradação ambiental, sendo objetivos inter-relacionados, não encerrando contradição harmonizá-los em ações sociais empresariais. O predomínio dos procedimentos de gestão mercantil e o objetivo de criar um diferencial de competitividade, observados na realização de projetos sociais, demonstram, contudo, que a racionalidade econômica dos interesses privados supera o compromisso ético com a sociedade, no controle da responsabilidade empresarial. Diante disto, embora não se condene o escopo lucrativo do ativismo empresarial, nunca se pode admitir a utilização de projetos de responsabilidade social para legitimar poder de mercado e poder social das empresas.

As propostas de investimento privado em ações sociais não devem obscurecer a realidade concreta da atividade econômica, que apresenta o lucro, e não a solidariedade, como a diretriz da lógica empresarial. As posturas que demonstram função social ou responsabilidade social serão observáveis, na prática empresarial, não por refletirem princípios constitucionais norteadores da atividade produtiva, mas por representarem uma fonte de valorização no mercado, gerando benefícios econômicos. Sendo assim, como o comportamento dos agentes econômicos, nas atuais sociedades, se apresenta

sensível aos estímulos pecuniários e estes, por sua vez, são oriundos da atividade produtiva delimitada pela regulação social, o Direito emerge como um importante instrumento para a condução do desenvolvimento socioeconômico.

O aumento da capacidade produtiva da sociedade depende de investimento empresarial que, na maioria das vezes, não pode ser concretizado apenas com fontes internas, exigindo uma adequada alocação de recursos de terceiros. O ordenamento jurídico exerce papel relevante na constituição e na manutenção da infra-estrutura financeira, organizando mercados e fornecendo instrumentos para facilitar a canalização da poupança, destinando-a aos empreendimentos empresariais. A regulação do sistema financeiro deve articular o processo poupança-investimento como um mecanismo de incentivo ao desenvolvimento socioeconômico, transferindo a poupança para as empresas que, além de demonstrarem eficiência econômica, sejam socialmente responsáveis.

Conclusão

O mercado se configura como o sistema econômico dominante nas sociedades atuais, que orienta as decisões de produção, devido à eficiência em alocar recursos escassos e destiná-los ao uso que proporcione maior satisfação de necessidades humanas. Os agentes econômicos interagem no sistema de mercado, disponibilizando fatores produtivos e adquirindo bens e serviços, segundo a influência das forças de oferta e demanda sobre os preços. As relações dos agentes econômicos, na maioria das vezes, não ocorrem de forma eficiente, devido à existência de falhas de mercado, prejudicando a obtenção de resultados produtivos socialmente desejáveis. A ocorrência de falhas de mercado enseja a interferência do ordenamento jurídico no exercício da atividade econômica, uma vez que podem afetar o bem-estar social. No entanto, dependendo da forma como o instituto jurídico for aplicado, ao invés de combater as falhas de mercado, pode contribuir para agravá-las.

A ocorrência de falhas conduz os agentes a retirarem a transação do mercado, organizando-a na hierarquia de empresas. A organização dos fatores produtivos sob direção unitária, no interior de uma empresa, reduz os custos de transação, se comparada com a alternativa de recorrer ao mercado para contratá-los. O desenvolvimento da produção empresarial enseja a reunião de recursos, muitas vezes oriundos de terceiros, captados nos mercados financeiros, para a montagem da infra-estrutura e manutenção da confecção de bens e serviços. A abordagem jurídica da empresa abrange a regulação do exercício profissional da atividade econômica organizada, que coordena os fatores produtivos, dentre eles o capital, através da utilização de contratos.

A atividade produtiva desenvolvida pelas empresas, organizada num feixe de contratos, promove o crescimento econômico, ampliando a quantidade de bens e serviços que podem ser destinados à satisfação das necessidades humanas. O aumento quantitativo

da produção deve ser acompanhado por uma elevação qualitativa, resultando no desenvolvimento socioeconômico, que permite a melhora na qualidade de vida das pessoas. A promoção do desenvolvimento socioeconômico se coaduna com as diretrizes da ordem econômica constitucional impostas às empresas. Sendo assim, no exercício do direito subjetivo de explorar a atividade econômica definida no objeto social, a empresa possui o dever jurídico de respeitar o interesse público proclamado nos Princípios Gerais da Atividade Econômica. A coletividade também passa a exigir da empresa maior comprometimento na provisão de bens públicos, originando práticas de responsabilidade social, que agregam valor à marca.

Referências

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005. cap. 3, p. 60-73.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Teodoro Júnior. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMÉZ, Pedro Francés. Derecho y las reglas del mercado. **Doxa**, Madrid, n. 22, p. 413-431, 1999. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_20.pdf>. Acesso em: 10 out. 2005.

GONDRA, José María. La estructura jurídica de la empresa: el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del derecho. **Revista de Derecho Mercantil**, Madrid, n. 228, p. 493-592, abr./jun. 1998.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 185-191, mar./apr. 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998.

KERSTENETZKY, Jaques. **Firmas e mercados**: uma abordagem histórico-institucional ao problema da coordenação. 1995. 178f. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia Industrial, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1995.

LAMY FILHO, Alfredo. A empresa – formação e evolução – responsabilidade social. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1-18.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap. 8, p. 373-418.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005.

REICH, Norbert. Intervenção do estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). Tradução Fernando Herren Aguillar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 94, p. 265-282, abr./jun. 1990.

STANLAKE, George Frederik. **Introdução à economia**. Tradução Paula Maria Ribeiro de Seixas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005. cap. 4, p. 74-83.

_____; ZYLBERSZTAJN, Decio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005. cap. 5, p. 84-101.

_____; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005. cap. 6, p. 102-136.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 810, p. 33-50, abr. 2003.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2000. v. 1.

[1] O diálogo entre Direito e Economia já era observado no século XVIII, com os estudos de Adam Smith e Jeremy Bentham, demonstrando a importância da análise multidisciplinar dos fatos sociais. Entretanto, somente a partir de 1960 que começa a se desenvolver a área de *Law and Economics*, em virtude dos trabalhos de Ronald H. Coase (*The Problem of Social Cost*), Richard Posner (*Economic Analysis of Law*), Guido Calabresi (*The Cost of Accidents*), além das contribuições de Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros (SZTAJN, 2005, p. 74).

[2] Rachel Sztajn (2004, p. 189), recorrendo à idéia de Ronald Coase, de que as empresas são feixes de contratos mediante os quais se organizam a produção e a distribuição de bens e serviços, esclarece a necessidade de criá-las para diminuir custos de contratação, advindos de imperfeições ou falhas de mercado: “[...] se para produzir fosse necessário contratar pontual e reiteradamente nos mercados, seria preciso encontrar, a cada um desses momentos, fornecedor que oferecesse o menor preço e tivesse o insumo para pronta entrega; que o prestador de serviços, além de habilitado a executar a tarefa, estivesse disponível e, também ele, cobrasse o menor valor; que o comprador, pronto para receber o bem, estivesse disposto a pagar o maior preço; e que, em toda essa cadeia, as diversas etapas se seguissem, umas às outras, com segurança.”

[3] Novamente baseada na abordagem da empresa como os feixes de contratos que asseguram a estabilidade da produção, afirma Rachel Sztajn (2004, p. 222): “E a organização da atividade econômica no feixe de contratos descrito por Ronald Coase é o mecanismo, até o presente, que melhor atende à busca de soluções para reduzir custos derivados dessas falhas de mercados. Sem empresas a produção em massa de bens e serviços para atender às necessidades das pessoas ficaria insegura, aumentando custos sociais gerados com a incerteza da existência de bens ofertados de forma contínua. Mercados, embora necessários para tornar eficiente a troca econômica, não garantem a constância da oferta, razão pela qual o agente que pretenda manter presença continuada e sem sobressaltos em algum setor da economia, oferecer bens de consumo ou bens duráveis, até mesmo bens de produção, de forma reiterada, não pode depender das contratações pontuais. A estabilidade da oferta na relação de troca econômica, que parece ao leigo real, depende sim da organização empresa.”

[4] As diretrizes esboçadas nos Princípios Gerais da Atividade Econômica, sinteticamente exemplificadas na construção acima, subordinam o processo legislativo, impondo a elaboração de uma legislação infraconstitucional que lhes assegure efetividade. Esta orientação principiológica, que exige da empresa o cumprimento de deveres jurídicos relacionados ao interesse público, no exercício do direito subjetivo de explorar a atividade econômica, deve ser seguida por todos os diplomas legais que abordam aspectos do processo produtivo; dentre eles, destacam-se os seguintes: Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (lei de repressão ao abuso de poder econômico); Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (lei de crimes ambientais).

[5] Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 48-49) esclarece a distinção entre os conceitos de função social e de responsabilidade social da empresa: “Assim, deve ficar claro que não se deve utilizar o termo função social como o papel social de um instituto jurídico, porque se trata da característica do mesmo e não da sua destinação econômica. A função social refere-se apenas às atividades econômicas que a empresa exerce,

consubstanciadas no seu objeto social e exigíveis pela imposição de deveres jurídicos ao titular desse direito. E a responsabilidade, que não está relacionada ao objeto social da empresa, consiste no cumprimento de deveres que, tradicionalmente, competem ao Estado, mas que, por inúmeras razões, são exigidos das empresas, por terem poder econômico na sociedade.”

**PROTEÇÃO LOCAL DOS SABERES TRADICIONAIS: AS ESTRATÉGIAS
DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU DO ARAGUAIA-
TOCANTINS***

**LOCAL PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE: THE
STRATEGIES OF BREAKING COCONUT BABASSU LADIES FROM
ARAGUAIA-TOCANTINS**

Nirson Medeiros da Silva Neto

RESUMO

O presente artigo apresenta os resultados de uma investigação empírica junto às quebradeiras de coco babaçu da região do Araguaia-Tocantins, que objetivou compreender as estratégias de referidas trabalhadoras rurais no tocante à proteção de seus saberes tradicionais. A análise pressupõe a necessidade de se considerar a existência da vida econômica, embora muito peculiar, dos grupos tradicionais, assim como a possibilidade de o contato com o sistema de mundo capitalista reafirmar os pontos de vista tradicionais e, por conseguinte, produzir desenvolvimento da cultura local. O caso das quebradeiras de coco babaçu do Araguaia-Tocantins é sobremaneira ilustrativo de que os conhecimentos nativos são representados pelos seus detentores como apresentando tanto valor-de-uso quanto valor-de-troca, conquanto as trocas não sejam necessariamente sempre capitalistas. As trabalhadoras pesquisadas, através do movimento das quebradeiras de coco babaçu, não somente produzem objetivando a comercialização como inclusive tem buscado intervir no mercado a fim de garantir condições mais competitivas aos produtos manufaturados tradicionalmente por suas famílias de pequenos produtores rurais. Veremos, por fim, que as quebradeiras representam a proteção de seus saberes como incluindo uma vasta pauta de reivindicações associadas à garantia das condições de produção e reprodução de seu modo de vida e trabalho e de seus elementos culturais, que vão desde uma melhor inserção de seus produtos no mercado até a valorização da mulher no campo, a preservação dos palmeirais e o reconhecimento de uma forma de juridicidade, por elas desenvolvida e praticada, que lhes garante o livre acesso e uso comum dos babaçuais.

PALAVRAS-CHAVES: QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU; PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS; DESENVOLVIMENTO.

ABSTRACT

This article presents the results of an empirical inquiry about breaking coconut babassu ladies from Araguaia-Tocantins region, that objectified to understand the strategies of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

related agricultural workers in regards to the protection of their traditional knowledge. The analysis presupposes the necessity to consider the existence of the economic life, though so peculiar, of the traditional groups, as well as the possibility of the contact with the capitalist world system to reaffirm traditional points-of-view and, therefore, to produce the local culture development. The case of breaking coconut babassu ladies from Araguaia-Tocantins region is excessively illustrative that the native knowledge are represented by its detainers, presenting as much value of use as value of exchange, while the exchanges are not necessarily always capitalist. The interviewed workers, through the movement of the breaking coconut babassu ladies, do not produce objectifying the commercialization as also they have look to interact in the market in order to guarantee more competitive conditions to the products manufactured traditionally for their families of small agricultural producers. We will see that the breaking coconut babassu ladies represent the protection of their own knowledge as including a vast guideline of claims associate to the guarantee of the production conditions and reproduction of their products in the market until the woman's valuation in the field, the preservation of palms and the acknowledgment of a legality from, for them developed and practiced, which guarantee the free access and use of the babassu palms.

KEYWORDS: BREAKING COCONUT BABASSU LADIES; PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE; DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

Ao celebrarmos os 20 anos da Constituição Federal Brasileira de 1988, um dos temas oportunos de serem discutidos são os desafios enfrentados pelas populações tradicionais, ao longo das últimas duas décadas, no sentido de garantir as condições materiais e simbólicas de produção e reprodução de suas culturas, formas de vida e trabalho, consideradas fundamentais à construção da vida ecologicamente equilibrada visada por nossa Carta Magna. A fim de debater este tema, apresento abaixo parte dos resultados obtidos com uma etnografia que redundou na dissertação “Quebradeiras de coco babaçu do Araguaia-Tocantins: pluralismo jurídico e proteção dos conhecimentos tradicionais” apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. No presente artigo ater-me-ei, particularmente, à descrição e análise das estratégias desenvolvidas pelas quebradeiras de coco babaçu da região tocantina (sudoeste do Maranhão, norte do Tocantins e sudeste do Pará) relativas à conservação de seu sistema simbólico e modo de produção diante do processo de “modernização predatória” que sucede na Amazônia, estratégias desenvolvidas localmente como resposta à carência de efetividade dos preceitos legais que asseguram os direitos das populações tradicionais.

Tais estratégias estão associadas, como assevera Lúcia Simonian, não só à garantia da produção, mas igualmente à demanda por melhores condições de vida, por um mais amplo acesso à terra em áreas onde os grandes latifúndios têm avançado, por melhorias do óleo de babaçu para enfrentar as baixas dos preços nos mercados local, nacional e internacional, pela proteção legal das palmeiras de babaçu e, até mesmo, pelo enfrentamento de alguns tabus quanto a questões de gênero[1]. Estas ações locais têm reivindicado e tentado edificar um modelo de desenvolvimento que beneficie as

quebradeiras e que bem poderia ser chamado, segundo Marshall Sahlins, de “neo-tradicional” ou “*develop-man*”, pois visa reforçar, ao invés de descaracterizar, os projetos e pontos de vista nativos, ainda que sem deixar, para tanto, de relacionar-se com os interesses dos setores dominantes do capitalismo[2]. Mais ainda: são formas, alternativas e repletas de dilemas estruturais, de assegurar a sobrevivência de uma cultura e modo de viver e trabalhar tradicionais praticadas não raramente à revelia da ordem jurídica estabelecida e motivadas pela precária efetividade dos direitos dos grupos sociais nativos.

1. TRABALHO, SOFRIMENTO E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

As quebradeiras de coco babaçu constituem um conjunto de mulheres identificadas por uma forma de trabalho comum (coleta e quebra de coco babaçu e atividades correlatas de beneficiamento do fruto) e cuja identidade é objetivada em movimento social, sendo integrantes de famílias de trabalhadores rurais nativos do Maranhão ou migrantes do Nordeste que vivenciaram um processo histórico de ocupação da zona ecológica do babaçu. Segundo Alfredo Wagner Berno de Almeida, poderiam ser classificadas, conforme os meios de produção que detêm, da seguinte forma:

Há “quebradeiras sem terra”, ou seja, sem acesso direto à terra para moradia, cultivo e extração, residindo nas chamadas pontas de rua e na beira das rodovias com atividades acessórias de assalariamento eventual (empregadas domésticas e de prestação de serviços de lavadeira, doceiras, confeitadeiras). Há também trabalhadoras extrativistas com acesso garantido. Localizam-se em terras desapropriadas, adquiridas e decretadas (Reserva extrativista) por órgãos governamentais ou com posses consolidadas. Há ainda *quebradeiras* em terras de herança tituladas ou não, com ou sem [documentação] formal de partilha; bem como as que se localizam em terras de terceiros, pagando aforamento ou ocupando-as centenariamente com ou sem consentimento de terceiros (Caso “terras dos índios” de Viana)[3].

Antes do processo de organização das quebradeiras não era raro ditas trabalhadoras rurais serem representadas através de imagens folclóricas ou pictóricas que as confundiam com a própria natureza, quer dizer, com a paisagem dos cocais, o exotismo da floresta, as matas onde havia incidência de babaçu, afirma Almeida[4]. A estruturação da identidade coletiva foi um fator decisivo para desfazer esta “imobilidade iconográfica”, inserindo as trabalhadoras, de modo organizado, “nas estruturas do campo do poder e nos circuitos do mercado”, desnaturalizando-as e dando-lhes uma nova condição. O universo das quebradeiras passa então a ser política e economicamente (re)construído, não mais se confundindo, “necessariamente, com as áreas de ocorrência de babaçuais”. A elaboração de uma identidade coletiva, destarte, confere “significado político a uma categoria historicamente de uso cotidiano”[5], resignificando, por seguimento, não somente a vida das quebradeiras, mas igualmente suas ações sociais especialmente nos mundos da política e da economia, embora também, e de forma bastante acentuada, no âmbito doméstico e de seus pares, os demais trabalhadores rurais. Concomitantemente, e no sentido diametralmente oposto, a organização das quebradeiras em movimento social autônomo politiza a natureza, elas

separando-se dos babaçuais e construindo-se como sujeitos sociais, pois a defesa e conservação dos recursos naturais são, no dizer de Almeida, atos políticos que estabelecem novas formas de solidariedade[6].

Esta re-significação da vida das quebradeiras de coco e de suas relações com os demais agentes sociais, sem embargo, não descaracteriza – ao contrário, até mesmo reforça – certos aspectos da condição original do modo de viver de tais mulheres trabalhadoras. Na zona ecológica do babaçu, desde há muito, a ligação do fruto com as práticas agrícolas é sobremaneira notável, estando intimamente relacionada com a divisão do trabalho familiar ao longo do calendário agrícola. Geralmente entre os meses de agosto a novembro, a mão-de-obra masculina está ocupada no preparo da terra, realizando limpeza, queima e capina. E este é exatamente o período em que os cocos de babaçu alcançam o auge de sua maturação, sendo então abundantemente encontrados nos pés das palmeiras – as quebradeiras costumam coletar tão-somente os frutos maduros caídos, ao invés de derrubar os cachos verdes, prática esta (a derrubada dos cachos) que representam como predatória, visto que a única utilidade que o coco imaturo apresenta é a feitura de carvão.

O trabalho feminino e infantil na preparação da terra, durante tal período, faz-se prescindível, sendo, no entanto, essencial na coleta e quebra dos cocos, de sorte a extrair as amêndoas oleaginosas e vendê-las *in natura* ou beneficiá-las, obtendo assim um complemento de renda. As atividades de quebra e principalmente de coleta do coco, em alguns núcleos familiares, apresentam também a participação de homens nesta época do ano, especialmente naqueles casos em que o babaçu é a única fonte de renda em tal período. A feitura de carvão e a colheita da palha não raro são igualmente práticas partilhadas entre homens e mulheres. Já no período de final de dezembro a fevereiro, quando intensificam-se as chuvas, um maior número de membros da família, incluindo mulheres e crianças, é comumente alocada para as atividades de plantio e capina, transformando as atinentes ao babaçu em secundárias. Todavia, no período entre a capina e a colheita, a extração do babaçu volta a se intensificar, só sendo novamente reduzida quando é chegado o tempo de se colher o que foi plantado no início do ciclo agrícola[7].

O *trabalho no coco* – como as quebradeiras denominam seu ofício –, entretanto, não é absolutamente cessado em nenhum período do ano, especialmente porque, além de um complemento de renda, certa quantidade de produtos que possuem tanto valor-de-uso doméstico quanto valor-de-troca (e aqui leia-se efetivamente troca e venda) é manufaturada pelas quebradeiras. Entre tais produtos destacam-se: o azeite e o leite de coco, produzidos a partir das amêndoas e que são utilizados no preparo de alimentos, substituindo o óleo de cozinha convencional e funcionando como condimento; o sabão de coco, também produzido do óleo da amêndoa, só que em um estágio mais bruto; a massa ou farinha de babaçu, confeccionada através do uso do mesocarpo do fruto, que, entre outras utilidades, é usada para fazer mingaus e bolos, constituindo uma alternativa ao amido de milho e ao trigo; o carvão, feito, depois de retiradas as amêndoas, das cascas ou dos frutos apodrecidos, sendo a principal fonte de combustível de que as quebradeiras se valem para o cozimento de alimentos, pois apresenta um custo consideravelmente menor em relação ao gás de cozinha; o artesanato, como bolsas, cestos, abanadores, pingentes, etc., produzidos a partir da palha das palmeiras e do endocarpo dos cocos; entre outros produtos menos usuais. Estes são apenas alguns exemplos de produtos que integram, atualmente, o cotidiano das famílias das

quebradeiras e a economia do babaçu. Dentre eles, os produtos oriundos do mesocarpo e o artesanato, hoje amplamente difundidos entre as quebradeiras e que são tomados por estas como tradicionais, já são resultado da ação do MIQCB que, com relativa frequência, promove cursos a fim de ampliar a capacidade produtiva dos camponeses e diversificar os produtos, gerando assim maior renda para as unidades familiares. Os demais produtos, entretanto, constituem práticas tradicionais transmitidas de geração para geração, e sempre com valor-de-uso e de troca.

Outra face dos dilemas vivenciados pelas quebradeiras de coco é sua condição de mulher trabalhadora em um meio, o rural, de heranças patriarcais e, com efeito, de histórica predominância da dominação masculina. O patriarcalismo, neste caso, relaciona-se de uma maneira muito próxima à dicotomia entre a “casa” e a “rua”, isto é, o espaço doméstico, onde existe maior controle das relações sociais, ambiente de afeto, intimidade, calma, harmonia e descanso, sendo também o local das preocupações com a família, regido e formado pelo parentesco, e de uma normalizada, e por isso muito comum, dominação masculina e dos mais velhos; e o espaço da “rua”, ao contrário, universo do castigo, do perigo, da luta e do trabalho, assim como das coisas públicas, tal qual a atividade política, onde existe alguma incerteza nas relações, hierarquias não pautadas no parentesco ou idade e, por fim, aproximações não “naturais” entre pessoas, mas sim eletivas[8]. O dilema das quebradeiras, no relativo a estes espaços, consiste no fato de que, mesmo antes da organização em movimento social (que potencializou ainda mais tal dilema ao inserir as mulheres no cenário político, como veremos mais adiante), a divisão do trabalho agroextrativista não elimina de todo a separação entre os universos de “casa” e da “rua”, todavia não a realiza igualmente de todo, existindo uma dialética casa/rua na forma de organização social e do trabalho nas áreas onde se observa a presença de babaçuais explorados por camponeses. Esta dialética se, por um lado, minora a hegemonia do masculino nas atividades extra-domésticas, sobrecarrega, por outro, o feminino de funções laborais externas e domésticas, inserindo-o no âmbito da “rua”, mas não o aliviando do da “casa”.

As trabalhadoras rurais, ao tempo que dividem com os homens as atividades produtivas características da “rua”, não deixam de estar incumbidas das atividades da “casa”, como o preparo e transporte de alimentos para os maridos e filhos que trabalham na roça, quando não estamos tratando de quebradeiras com maridos adoentados, separadas ou viúvas, o que, conforme observei na pesquisa de campo, é uma condição corriqueira entre as mulheres entrevistadas, fato que amplia ainda mais seus dilemas ao exigir-lhes a concentração das atividades da roça e da coleta e quebra de coco; oferecimento dos suportes material (alimentação, saúde), simbólico (educação, cultura) e afetivo necessários aos filhos menores, muitos, no caso das quebradeiras mais jovens, em tenra idade; transmissão do ofício de quebrar coco e das tradições correlatas; e, por fim, as dificuldades inerentes à reprodução biológica, como gestação, pós-parto, amamentação, acompanhamento de filhos pequenos, entre outras. Sobre esta questão, é interessante anotar que foi deveras comum as mulheres pesquisadas relatarem que criaram todos os seus filhos, 05 a 08 filhos em média, ou às vezes até mais, *trabalhando no coco*, e retirando desta atividade a renda mínima necessária ao sustento de sua família.

A condição de mulher trabalhadora, ainda que partilhe as atividades laborais e a geração de renda com os trabalhadores homens, dispõe as quebradeiras em estruturas ainda mais complexas de desapareço à e exclusão da posição feminina dentro de uma sociedade herdeira de *habitus* do patriarcado rural de séculos anteriores. A divisão do trabalho da

“rua” não é suficiente para retirar do estado oculto a violência simbólica, que às vezes se converte em física, que coloca o gênero feminino e seus respectivos interesses em degraus inferiores na hierarquia social. A dominação masculina aparece então naturalizada, como se fizesse parte da “ordem das coisas”, ensina Pierre Bourdieu: “a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la”[9]. Isto explica porque, a despeito de sua importância econômica, muitas quebradeiras afirmaram que, antes da organização em movimento social, a atividade de coleta e quebra de coco babaçu era percebida como depreciativa, e, na realidade, ainda é assim vista por muitas pessoas da região tocantina, incluindo algumas quebradeiras e seus maridos, mas principalmente as jovens filhas de quebradeiras que não desejam seguir a profissão de suas mães por entender que se trata de uma atividade indigna. Esta visão androcêntrica da atividade de coleta e quebra do babaçu, em uma outra dimensão, a dos fazendeiros e seus empregados, toma ainda proporções sobremaneira mais violentas e perversas, certamente em razão dos antagonismos de classe – que funcionam, no caso, como fatores de maximização da discriminação de gênero –, havendo sido registradas na pesquisa diversos relatos sobre violências sexuais por parte de jagunços dos proprietários de terra.

Além destes estruturais reforçadores negativos da prática extrativa por mulheres, o medo das cobras (muito frequentes no *mato* onde se coleta o babaçu), o baixo preço dos produtos, a necessidade de entrar em terras alheias (prática que, quando não autorizada pelo fazendeiro, mesmo existindo uma lei municipal que a legaliza, chegou a ser depreciativamente chamada de “roubo” por uma quebradeira, o que explicita como a atividade é vista por muitas pessoas da região tocantina) – passando por debaixo dos arames farpados, enfrentando o gado e às vezes cachorros ou mesmo empregados da fazenda –, o duro trabalho de carregar cestos de cocos ou de amêndoas, a baixa escolaridade da maioria das quebradeiras e a vida eminentemente rural – apesar de, não raro, desenvolvida em locais próximos de centros urbanos como as cidades de Imperatriz (MA), Marabá (PA) e Araguaetins (TO) –, todos estes fatores parecem contribuir ainda mais para a desvalorização do trabalho das camponesas estudadas, embora tais fatores, que também são comuns aos homens, não costumem ser chamados para avaliar de forma degradante o trabalho masculino.

2. MOBILIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO “NEO-TRADICIONAL”: AS ESTRATÉGIAS DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU

Diante destas dificuldades e dilemas enfrentados pelas quebradeiras de coco, acrescidos da ampliação quase desgovernada de diversas atividades econômicas de alto impacto ambiental, especialmente a pecuária extensiva, gerando um processo de devastação dos babaçuais, e do cerceamento das práticas tradicionais de acesso livre às palmeiras de babaçu e uso comum da terra, algumas lideranças locais – que já integravam os movimentos sociais de trabalhadores rurais do Araguaia-Tocantins – começaram a promover a organização da categoria em movimento social autônomo, afirmando a identidade das quebradeiras e suas reivindicações de classe e gênero. O primeiro grande evento que marca esta história foi o I Encontro Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu, ocorrido em 1991, a partir do qual emergiu o MIQCB. Entretanto, desde a década de 1980 já havia se iniciado um processo de fundação de cooperativas e associações representativas das mulheres trabalhadoras rurais, bem como a busca por

avanços tecnológicos no beneficiamento do babaçu, montando-se prensas (denominadas de *forageiras* pelos camponeses) e adotando-se técnicas mais aprimoradas de processamento[10]. Um caso exemplar disso foi a ASMUBIP (Associação Regional das Mulheres Trabalhadoras Rurais do Bico do Papagaio), fundada em 1992. Segundo Raimunda Nonata Nunes Rogrigues[11], atual presidente da associação, esta teve sua origem dentro do próprio Sindicato dos Trabalhadores Rurais do município de São Miguel (TO), a partir de discussões sobre “coisa de mulher, da saúde da mulher, da reprodução, como ela poderia estar fazendo um exame, porque na época morria muita gente de doenças que poderiam ser curadas, como um câncer do colo do útero”, as mulheres sendo “muito massacradas pela sociedade em geral, não só pelos maridos, também pela questão da perda da propriedade”.

Acontece que dentro do próprio sindicato, um universo até então dominado pela masculinidade, o espaço das mulheres era bastante reduzido, e na divisão interna do trabalho só restava ao feminino uma função muito aproximada às do domínio da “casa”, embora se estivesse no da “rua”, no espaço público e de atividade política: o serviço de secretária “que ficava lá o tempo todinho servindo, o trabalho lá dentro do escritório”, diz Raimunda Nonata. E nas pautas de discussão política quase não havia momento para debater *coisas de mulher*. Então as trabalhadoras rurais começaram a estruturar uma associação que cuidasse mais detidamente de seus interesses e peculiaridades. De conformidade com Raimunda Gomes da Silva[12], uma das fundadoras da ASMUBIP e do MIQCB (Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu), as discussões em torno do babaçu foram antes de tudo estratégias para debater a questão da mulher trabalhadora rural: “Não era também só a questão do babaçu, era também a questão da mulher ter discernimento da vida dela, na questão da saúde, da vivência da família que estava muito difícil”, posto que “era difícil os maridos deixar as suas mulher estar discutindo suas vidas, e a gente começou pelo babaçu”. A ASMUBIP, no entanto, não foi criada como uma associação de quebradeiras de coco, o que justifica-se, segundo a entrevistada, por suas fundadoras entenderem que o trabalho extrativista do babaçu, realizado quase totalmente por mulheres, não pode ser compreendido de forma desarticulada da agricultura, parcialmente também praticada por pessoas do gênero feminino.

Porém, além das questões inerentes à condição feminina no meio rural, havia indiscutivelmente a necessidade de oferecer-se respostas a outros problemas estruturais correlacionados com os da mulher no campo, como a desvalorização social do babaçu e, por conseguinte, do trabalho das quebradeiras, a baixa nos preços dos produtos, a proibição de acesso aos babaçuais e a destruição ostensiva destes, que apresentavam efeitos diretos na vida de tais mulheres, problemas estruturais estes que estavam muito proximamente associados à expansão da pecuária e de monoculturas como a soja e o eucalipto na Amazônia, acrescidos do acirramento dos conflitos sociais entre fazendeiros e grileiros e os trabalhadores rurais na segunda metade da década de 1980.

A fim de reverter este quadro de parca valorização do trabalho extrativista de babaçu, a ASMUBIP desenvolveu três estratégias principais: 1) a instalação de núcleos que, aliás, foram implantados antes mesmo da formalização da associação, objetivando discutir os problemas associados às mulheres, entre eles a violência, o preço das amêndoas e a preservação do meio ambiente, obtendo-se através destas discussões uma ligação mais intensa das lutas de gênero com as ações de conscientização ambiental e política; 2) a implantação de cantinas nos povoados mais afastados das sedes localizadas na área

urbana dos municípios, visando suprir as necessidades básicas das sócias da associação, sendo então vendidas ou trocadas por amêndoas de babaçu mercadorias como café, açúcar, querosene, esponja de aço, lápis, creme dental, etc., incluindo o próprio babaçu; e 3) após o surgimento de mercadinhos nos referidos povoados, as cantinas foram gradativamente substituídas por postos de compra, onde a associação compra as amêndoas sem, no entanto, oferecer a alternativa de troca por mercadorias. Atualmente, apenas as estratégias 1 e 3 continuam sendo utilizadas. Estas estratégias estimularam as quebradeiras, que estavam abandonando o *trabalho no coco* enquanto uma forma de geração de renda (o babaçu enquanto valor-de-troca, pois jamais deixou de ter valor-de-uso), a retomar e expandir a atividade extrativista, contribuindo, além disso, para a elevação no preço dos produtos derivados do babaçu e até mesmo para uma mudança no modo como o extrativismo do coco era socialmente percebido, conferindo maior visibilidade à, por assim dizer, *causa* das quebradeiras.

O MIQCB surgiu, temporalmente, em paralelo à ASMUBIP, embora espacialmente abrangendo quatro Estados: Maranhão, Piauí, Tocantins e Pará. Apesar disso, as relações entre ambas as instituições são deveras muito próximas, algumas quebradeiras de coco entrevistadas chegando a considerar que ambas constituem um único movimento social: “as pessoas que criaram o Movimento Interestadual eram as mesmas pessoas que estavam no movimento aqui”, “as quebradeiras de coco, onde tem o núcleo da ASMUBIP, são as mesmas pessoas que estão sendo trabalhadas no Movimento Interestadual, então é uma coisa só, né? É só o nome que muda”. A institucionalização do Movimento conferiu maior força material e simbólica às iniciativas das associações de trabalhadoras rurais que lhes antecederam, reforçando não somente as reivindicações comuns aos demais trabalhadores rurais – como as lutas por acesso e uso da terra –, mas principalmente algumas particularidades do modo de vida das quebradeiras de coco que lhes faziam defrontar com questões próprias, isto é, peculiaridades que diferenciavam as quebradeiras dos outros trabalhadores rurais e geravam uma identificação (identidade coletiva) entre aquelas, como as questões da preservação dos babaçuais, do livre acesso às palmeiras de babaçu e do uso comum dos frutos. Na pauta das lutas e reivindicações do MIQCB, segundo consta em um abaixo-assinado constituído no II Encontro Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu, estavam e ainda estão, por exemplo:

1. Desapropriação de todas as áreas de conflito na região dos babaçuais.
2. O coco liberto: acesso às palmeiras de babaçu para as mulheres e crianças extrativistas, mesmo nas propriedades privadas que não cumpram sua função social.
3. Fim da derrubada das palmeiras de babaçu.
4. Fim da violência contra trabalhadores rurais nas áreas dos babaçuais.
5. Recursos para o desenvolvimento de cooperativas. [...].
6. Imediata implementação das ações de assentamento nas áreas já desapropriadas e das reservas extrativistas.
7. Cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente na zona rural.
8. Medidas que assegurem o cumprimento do Decreto de Reservas Extrativistas[13].

O Movimento Interestadual, do mesmo modo que a ASMUBIP, tem adotado um conjunto de estratégias a fim melhorar as condições de vida e trabalho das quebradeiras, retirando-as da invisibilidade que só tende a reproduzir as violências físicas e simbólicas que historicamente vêm sofrendo e conferindo uma nova dignidade às suas atividades agroextrativistas: “essas mulheres tinham até vergonha de dizer que eram quebradeiras, tinham vergonha de estar colocando sua identidade como quebradeira, mas depois desse trabalho que a gente vem fazendo melhorou muito, desde a apresentação da mulher, a auto-estima e também a questão da renda familiar”[14]. Uma das principais estratégias é a implantação de prensas, denominadas localmente de *forageiras*, nos povoados que, apesar de poderem apresentar – se não utilizados equipamentos de proteção (que, de fato, conforme as observações de campo, não costumam ser usados) – prejuízos à saúde das quebradeiras em razão do volume de barulho e poeira produzido pela máquina[15], contribuem sobremaneira para o melhoramento das condições de trabalho, agilização do beneficiamento do babaçu (manufatura de produtos como o azeite, o sabão e a massa ou farinha de babaçu) e, conseqüentemente, inserção dos produtos no mercado e aumento dos preços, não deixando o controle destes somente a cargo de comerciantes-atravesadores, o que têm inclusive estimulado que um número maior de trabalhadoras rurais da região dedique-se à atividade extrativista, tudo isto ocorrendo pelo fato de que o uso da *forageira* substitui o trabalho artesanal de moer as amêndoas, após torradas, estritamente com o uso de *pilão*, uma atividade demorada e extremamente desgastante, segundo afirmam as quebradeiras.

Outra das principais estratégias utilizadas pelo MIQCB é a diversificação dos produtos e o estudo da cadeia produtiva do babaçu. Tal estratégia vem sendo desenvolvida mediante o oferecimento de cursos, oficinas e debates públicos cuja finalidade é empreender um levantamento dos diversos usos domésticos e comerciais possíveis tendo o babaçu como matéria-prima, assim como através de estudos técnicos acerca da economia do babaçu e seus entraves sócio-econômicos, como os trabalhos “Economia do babaçu: levantamento preliminar de dados” e “Guerra ecológica nos babaçuais: o processo de devastação dos palmeirais, a elevação do preço de *commodities* e o aquecimento do mercado de terras na Amazônia”. A diversificação dos produtos é um efeito mais imediato e visível desta estratégia sobre a vida das quebradeiras, passando-se a desenvolver derivações do babaçu como a farinha ou massa do mesocarpo, uma das mais bem sucedidas e promissoras iniciativas, que vem sendo produzida, embalada e vendida pelas quebradeiras, tendo uma boa aceitação no mercado local – por exemplo, as trabalhadoras do povoado de Petrolina estão vendendo sua produção para escolas da rede municipal localizadas na zona rural do município de Imperatriz (MA), para ser usada como merenda escolar de alunos do ensino fundamental, o produto também sendo encontrado nas prateleiras de farmácias de manipulação da região; a abertura de mercados como estes incentivou tais camponesas a buscar financiamento junto ao Banco do Brasil para a construção da Casa e da Fábrica do Mesocarpo, a fim de empreender um armazenamento e produção da massa ou farinha em maior escala[16]. O artesanato, embora em estágio bem mais incipiente que os produtos do mesocarpo – fato que se dá ao menos entre as quebradeiras entrevistadas –, é uma outra alternativa promissora à geração de renda para as famílias agroextrativistas da região pesquisada, mas que carece ainda de um desenvolvimento maior para apresentar efeitos mais significativos na vida e na renda das quebradeiras de coco babaçu.

Uma terceira entre as estratégias primaciais do MIQCB é a tentativa de afirmação reiterada do direito de acesso livre das quebradeiras aos babaçuais, flexibilizando o direito de propriedade privada e ainda, o que é uma consequência direta da realização plena do direito de acesso, exigindo dos proprietários a conservação de uma certa quantidade de palmeiras por hectare de terra. Esta estratégia recorre inicialmente à formação histórica de um direito tradicional, não-oficial e, portanto, não-escrito, de usufruto comum das palmeiras e de acesso livre aos babaçuais preexistente ao processo de apropriação privada das terras da zona ecológica do babaçu e, com efeito, paralelo em relação à ordem jurídica estatal. Não se trata, pois, de um recurso tão-somente a costumes, isto é, a comportamentos regulares e irrefletidos, repetidos apenas por serem habituais. Trata-se, mais do que isto, de uma juridicidade informal, de uma “lei” do coco livre praticada há várias gerações pelos trabalhadores agroextrativista da zona do babaçu e que é representada por estes como constituindo uma “legalidade” que então deve ser respeitada pelos proprietários de terra e garantida pelo Estado, até mesmo porque, antes da intensificação dos conflitos sociais na região nos anos 1980, os fazendeiros locais não costumavam se opor à referida prática, fazendo ela parte da cultura nativa.

Dita estratégia desdobra-se na reivindicação, perante o Poder Legislativo dos municípios onde há incidência de babaçuais e atuação do MIQCB, da aprovação de leis municipais do babaçu livre, garantindo o acesso aos palmeirais pelas famílias das quebradeiras e proibindo a derrubada não racionalizada das palmeiras, sendo autorizado somente o desbaste ou raleamento, mantendo-se no mínimo 40 a 80 (o que varia de conformidade com cada lei municipal) palmeiras adultas e novas (chamadas de *pindovas* ou *pindobas*) por hectare. Diante das pressões sociais e políticas, diversos municípios dos Estados do Maranhão, Piauí, Tocantins e Pará aprovaram as chamadas “Leis do Babaçu Livre”, legalizando e, assim, formalizando o direito que as quebradeiras repetidamente alegam como tradicional. Esta estratégia funcionou, e funciona até hoje – apesar das dificuldades, observadas durante a incursão empírica em todos os povoados pesquisados, de efetividade principalmente no tocante à preservação das palmeiras –, como um instrumento de valorização das práticas de usufruto comum dos babaçuais ao retirá-las do estado de ilegalidade perante a ordem jurídica oficial, servindo como um mecanismo de defesa, e mesmo de prevenção, diante das arbitrariedades de alguns proprietários.

A luta pela implementação de Reservas Extrativistas (RESEXs) de babaçu é também uma forma estratégica que, localmente, as quebradeiras e suas famílias, respaldadas pelo Movimento Interestadual, têm utilizado para reproduzir suas práticas e representações tradicionais. Conforme um diagnóstico sócio-econômico realizado pelo MIQCB, a criação das RESEXs de babaçu, quais sejam, a do Ciriaco, a da Mata Grande e a do Extremo Norte, todas localizadas na região do Araguaia-Tocantins, não foi resultante de um processo de reivindicação das trabalhadoras rurais, as quais, à época, concentravam suas disputas no sentido da garantia do acesso e uso da terra. Por esta razão, o critério utilizado para a seleção de que áreas seriam convertidas em Reserva foi o de maior densidade de babaçu em terrenos contínuos[17]. Tais áreas, de consonância com Shiraishi Neto *et al.*, porém, não possuíam vasta presença de camponeses que trabalhavam com o agroextrativismo, visto que estes trabalhadores costumam exercer a atividade em terrenos que não lhes pertencem, estando sujeitos ou não a contratos de arrendamento ou aforamento[18].

Este fato, somado à inação do Estado no tocante à desapropriação das fazendas afetadas e às demais providências legais necessárias à implementação efetiva das RESEXs, ocasionou que, até os dias de hoje, as Reservas de babaçu ainda não fossem totalmente implementadas. Atualmente, no entanto, as quebradeiras entendem que ditas Reservas constituem uma forma alternativa de reforma agrária, algo assemelhado aos PAs mas com peculiaridades, como expressa bem Euvaldo[19], funcionário do IBAMA que há mais de dez anos acompanha as lutas das quebradeiras: “eu aprendi desde cedo que a Reserva Extrativista é uma forma também de reforma agrária, porém mais voltada para a preservação ambiental”. Por força disso, as trabalhadoras agorextrativistas vêm lutando para garantir a efetividade das RESEXs, que desde 1992 estão por ser plenamente viabilizadas. Não obstante, as quebradeiras insistem em quanto as RESEXs são importantes para a reafirmação das tradições de coleta e quebra de coco babaçu e para a geração de renda familiar.

Para além do Movimento Interestadual, as quebradeiras de coco babaçu desenvolvem histórica e localmente outras ações com o intuito de garantir a reprodução material e simbólica de suas práticas e representações tradicionais. Uma destas ações é a cooperação para a coleta e quebra do babaçu, ainda que tenha sido bastante comum, nas observações de campo, perceber quebradeiras realizando suas atividades isoladamente, no *mato* ou nos quintais de suas casas. Conforme relata Almeida, principalmente quando existe a probabilidade de confrontos diretos com fazendeiros e seus empregados, as “mulheres dirigem-se em grupo para os babaçuais e, não obstante ser individual o ato da quebra, elas o fazem próximas umas das outras, conversando” e, comumente, cantando, suas “posições, entremeadas com os montes de coco respectivos”, descrevendo “a figura aproximada de um círculo”[20].

Em alguns povoados, como o de Juverlândia, no município de Sítio Novo (TO), é possível se observar a prática de uma outra forma de cooperação que não se dá no interior das fazendas, mas sim no âmbito doméstico ou na pequena propriedade de uma quebradeira. Trata-se do que as mulheres pesquisadas chamam de *quebra de meia*, prática que consiste na coleta individual dos cocos e na quebra destes em cooperação com outras quebradeiras, sendo que parte da produção é então compartilhada com a camponesa que coletou os cocos. Habitualmente a *quebra de meia* é realizada na residência ou na propriedade da quebradeira coletora do babaçu. Em alguns casos, as trabalhadoras rurais realizam uma espécie de revezamento entre casas ou terrenos e, naturalmente, pessoas coletoras. Entretanto, foi percebido na pesquisa de campo que a concentração da atividade de coleta na pessoa de uma única quebradeira também ocorre em alguns povoados, tal fato não raro suscitando entre as camponesas um certo desconforto dada a proximidade desta relação com a de sujeição – o pagamento ao fazendeiro de parte do babaçu extraído em suas terras é chamado pelas quebradeiras de *pagar meia* –, embora ela poupe as trabalhadoras que *quebram de meia* do duro trabalho de catar e transportar os cocos para suas casas. A *quebra de meia* é ainda uma alternativa estratégica à escassez de babaçu causada pela devastação e pelo cerceamento do acesso aos palmeirais – não raramente violento, física e simbolicamente – por parte dos proprietários de terras.

Outra estratégia controvertida – porque estabelece uma forma de sujeição das trabalhadoras rurais a um conglomerado empresarial –, embora bastante eficaz para a reafirmação material e simbólica das tradições associadas à coleta e quebra de coco babaçu, é a adotada pelas quebradeiras de coco do povoado de Petrolina, em Imperatriz

(MA). Referido povoado está localizado em uma área circundada de plantações de eucalipto destinadas à produção de papel e celulose pertencente a um megaconsórcio formado, segundo Helciane de Fátima Abreu Araújo, pela associação das empresas Votorantim e Ripasa (com 55% do capital), Companhia Vale do Rio Doce (30%) e Nissho Iwai Corporation (15%)[21]. Este projeto, no entanto, pertencia originalmente a CELMAR (Papéis e Celulose do Maranhão S/A). À época que o projeto era conduzido pela empresa maranhense, e isto foi transmitido para o consórcio de empresas que hoje o conduz, as quebradeiras de Petrolina – todas camponesas sem terra, residentes em um pequeno vilarejo –, pressionadas pela expansão de carvoarias e pela queima do coco inteiro que ameaçavam sua subsistência, assim como pela devastação ambiental e pelo cerceamento do acesso aos babaçuais por parte de fazendeiros, firmaram, em 1998, um contrato de comodato com a CELMAR a fim de garantir o acesso aos palmeirais existentes na Reserva Legal do projeto, local, portanto, de preservação ambiental obrigatória, a quatro quilômetros do povoado.

É importante anotar que este contrato foi acordado muito antes da promulgação da “Lei do Babaçu Livre” do município (que se dera em 2003), consistindo, portanto, em um caminho alternativo inédito e controvertido, mas sobremaneira eficiente do ponto de vista nativo, de garantir o “livre” acesso aos babaçuais, sob, evidentemente, condições impostas pela empresa e atendendo também a interesses desta, como o de demonstrar, a partir disso, sua “responsabilidade” sócio-ambiental (ainda que esteja desenvolvendo um projeto de alto impacto social e ao meio ambiente e a relação com as quebradeiras tenha iniciado, segundo informações obtidas nas entrevistas, por iniciativa destas, que procuraram a empresa por sentirem-se ameaçadas). A partir da garantia de matéria-prima que o contrato proporcionou, as quebradeiras puderam desenvolver projetos como a construção da Casa e Fábrica do Mesocarpo, que já têm, incipientemente, colaborado para o aumento da renda familiar, o que funciona como um estímulo à atividade extrativista no povoado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estratégias descritas e analisadas acima – e os casos das mulheres de Juverlândia e Petrolina são dos mais exemplares justamente por não serem “bem vistos” por parcela das camponesas integrantes do MIQCB – demonstram que as quebradeiras de coco babaçu constituem uma população que, como as estudadas por Marshall Sahlins[22], tem produzido sua própria história, ainda que estabeleça relações muito próximas com o colonizador sistema capitalista – o movimento social das quebradeiras, conforme percebido, sempre buscou relacionar-se com a economia de mercado, o babaçu jamais deixando de possuir para as trabalhadoras pesquisadas valor-de-uso e valor-de-troca, ainda que esta interação nem sempre lhes favoreça –, visando, no entanto, através destas relações entre sistemas de mundo bastante diferentes, garantir uma forma de desenvolvimento do ponto de vista local, isto é, das quebradeiras, o que Sahlins chamara de “*develop-man*” (no presente caso, um verdadeiro “*develop-woman*”) ou desenvolvimento “neo-tradicional”, reafirmando assim os projetos nativos de garantir a reprodução material e simbólica das práticas e representações das quebradeiras por intermédio de uma melhor inserção no mercado, ou seja, em condições competitivas mais favoráveis ou menos desfavoráveis, dos produtos oriundos do babaçu manufaturados localmente.

Sem embargo, a institucionalização do movimento das quebradeiras de coco babaçu, a partir do MIQCB e das associações de trabalhadoras rurais, foi um evento de sobeja importância para estabelecer rupturas significativas com uma história reificada de sujeição das trabalhadoras rurais aos pecuaristas herdeiros do antigo sistema do patriarcado rural e suas respectivas relações de patronagem. Trata-se de um evento importante também para transformar as relações entre as quebradeiras e os interesses masculinos predominantes nas lides dos trabalhadores rurais do Araguaia-Tocantins, re-significando o papel, outrora passivo e agora pró-ativo, da mulher no meio rural e nas disputas de natureza político-econômica, além de re-significar igualmente as relações domésticas de dominação, conferindo uma relevância cada vez maior ao trabalho feminino tanto dentro quanto fora, mas principalmente fora, do âmbito da “casa”. Isto, porém, não elimina outros problemas estruturais que as quebradeiras de coco babaçu têm enfrentado atualmente, com o surgimento de novos agentes econômicos na Amazônia e, por conseguinte, novos conflitos sociais, que vêm transformando a paisagem e as formas de trabalho na região do Araguaia-Tocantins e afetando sensivelmente a vida das quebradeiras. Todavia, elucida que, quando celebramos os 20 anos de nossa Constituição, muito temos ainda a compreender sobre as populações tradicionais e suas estratégias locais referentes a como realizar uma forma de desenvolvimento compatível com a sobrevivência das culturas e modos de viver e trabalhar nativos, pois sem isto o desenvolvimento sustentável não é possível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Identidades, territórios e movimentos sociais na Pan-Amazônia. In: ACEVEDO MARIN, Rosa Elizabeth e ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (orgs.). *Questões de terra na Pan-Amazônia*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 2006b.

_____. *Quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB, 1995.

ARAÚJO, Helciane de Fátima Abreu. As diferentes estratégias de organização para a produção assumidas por mulheres, quebradeiras de coco, na denominada microrregião de Imperatriz. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, SHIRAISHI NETO, Joaquim e MESQUITA, Benjamin Alvino de (orgs.). *Economia do babaçu: levantamento preliminar de dados*. São Luís: MIQCB; Balaios Typografia, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MAY, Peter. *Palmeiras em chamas: transformação agrária e justiça social na zona do babaçu*. Trad. Linda Maria de Pontes Gondim. São Luís: EMAPA; FINEP; Fundação Ford, 1990.

SAHLINS, Marshall. *Cosmologias do capitalismo: o setor transpacífico do sistema mundial*. Conferência apresentada à Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Campinas, SP, de 27 a 30 de mar. de 1988.

SIMONIAN, Lígia. *Mulheres da Amazônia brasileira: entre o trabalho e a cultura*. Belém: UFPA/NAEA, 2001.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim *et al.* *Diagnóstico da situação socioeconômica das áreas das Reservas Extrativistas de Mata Grande, Ciriaco (MA) e Extremo Norte (TO)*. São Luís: MIQCB, 2003.

[1] SIMONIAN, Lígia. *Mulheres da Amazônia brasileira: entre o trabalho e a cultura*. Belém: UFPA/NAEA, 2001.

[2] SAHLINS, Marshall. *Cosmologias do capitalismo: o setor transpacífico do sistema mundial*. Conferência apresentada à Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Campinas, SP, de 27 a 30 de mar. de 1988.

[3] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB, 1995. p. 39.

[4] Idem, *ibidem*.

[5] Idem, *ibidem*. p. 19.

[6] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Identidades, territórios e movimentos sociais na Pan-Amazônia. In: ACEVEDO MARIN, Rosa Elizabeth e ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (orgs.). *Questões de terra na Pan-Amazônia*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 2006b.

- [7] MAY, Peter. *Palmeiras em chamas: transformação agrária e justiça social na zona do babaçu*. Trad. Linda Maria de Pontes Gondim. São Luís: EMAPA; FINEP; Fundação Ford, 1990.
- [8] DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- [9] BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 18.
- [10] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB, 1995.
- [11] Entrevista realizada em 14.08.2007, na sede da ASMUBIP, em São Miguel (TO).
- [12] Entrevista realizada em 14.08.2007, na casa da entrevistada, em São Miguel (TO).
- [13] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB, 1995. p. 40.
- [14] Palavras de Emília Alves da Silva Rodrigues, em entrevista realizada no dia 02.08.2007.
- [15] De acordo com Denise, do Centro de Educação do Trabalhador Rural (CENTRU), em entrevista realizada no dia 01.08.2007.
- [16] Informações obtidas em entrevista coletiva realizada no dia 15.08.2007.
- [17] SHIRAISHI NETO, Joaquim *et al.* *Diagnóstico da situação socioeconômica das áreas das Reservas Extrativistas de Mata Grande, Ciriaco (MA) e Extremo Norte (TO)*. São Luís: MIQCB, 2003.
- [18] Idem, *ibidem*.
- [19] Em entrevista realizada no dia 16.08.2007, no Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Imperatriz (MA).
- [20] ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB, 1995. p. 38.
- [21] ARAÚJO, Helciane de Fátima Abreu. As diferentes estratégias de organização para a produção assumidas por mulheres, quebradeiras de coco, na denominada microrregião de Imperatriz. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, SHIRAISHI NETO, Joaquim e MESQUITA, Benjamin Alvino de (orgs.). *Economia do babaçu: levantamento preliminar de dados*. São Luís: MIQCB; Balaios Typhografia, 2000.
- [22] SAHLINS, Marshall. *Cosmologias do capitalismo: o setor transpacífico do sistema mundial*. Conferência apresentada à Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Campinas, SP, de 27 a 30 de mar. de 1988.

FUNDOS ESTADUAIS DE RECURSOS HÍDRICOS: A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA DO SISTEMA DESCENTRALIZADO DE GESTÃO*

WATER RESOURCES STATE FUNDS: ECONOMICS SUSTAINABILITY OF THE MANAGEMENT DESCENTRALIZATION SYSTEM

**Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcus De Alencar Xavier
Rafael Diogo Diógenes Lemos**

RESUMO

O presente trabalho analisa a necessidade da implantação dos fundos estaduais de recursos hídricos no atual sistema de gestão de recursos hídricos. A partir da Lei 9.433/97, que inaugurou o sistema descentralizado de gestão, prezando, ainda, como fundamento a participação da sociedade, faz-se mister efetivar a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos, possibilitando que os Estados realizem tais cobranças e possam investir diretamente nas respectivas bacias hidrográficas. Analisou-se, desta forma, a existência dos fundos estaduais de recursos hídricos nos Estados brasileiros, sua situação de implementação bem como sua compatibilidade com o ordenamento federal, mantendo, assim, uma compatibilidade na direção dos recursos hídricos. Por derradeiro, criticou-se o atual sistema descentralizado, apontando a falta de democratização em seu seio, citando possibilidades para uma maior participação popular na tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVES: RECURSOS HÍDRICOS – FUNDOS ESTADUAIS - DESCENTRALIZAÇÃO

ABSTRACT

This work analyses the need to introduce the state water resources state funds. From the Law n. 9.433/97, that inaugurated the descentralized administration system, valuing the society participation as one of it's fundament, we have to effective the concession of rights of use of the water resouces, making possible that the states make that collections and can invest directly at their own basins. This work studied the existence of the water resources state funds at the brazilian states as well as their compatibility with the federal laws, keeping an unicity in the state funds direction. Finally, the state funds water resources was criticized, pointing it's lack of democratization, as well as pointing possibilities to enlarge the popular participation when decisions are been made.

KEYWORDS: WATER RESOURCES – STATE FUNDS - DESCENTRALIZATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

A partir da Lei 9.433/97, institucionalizou-se uma nova mentalidade no gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil, passando o Estado a conscientizar-se da importância da água para o desenvolvimento sócio-econômico, ademais de solidificar preceito constitucionalmente garantido no art. 225 da Constituição Federal, que garante o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.

Desta feita, a lei que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos, baseada no sistema francês de gestão dos recursos hídricos, estabeleceu como fundamento do PNRH a descentralização da gestão, contando com a participação não apenas do Poder Público bem como dos usuários e da comunidade interessada.

A mudança de mentalidade a que nos referimos, sendo a água agora tratada como um recurso natural limitado, e não ilimitado, como outrora ocorrera possibilita a sustentabilidade econômica do SNRH que, por sua vez, deve investir os recursos obtidos para salvaguarda de mananciais, programas de despoluição de rios, financiamento de estudos, dentre outros elencados no art. 22 da Lei 9.433/97.

Os Fundos Estaduais de Recursos Hídricos emergem, portanto, como importante instituição do SNRH, possibilitando a viabilidade econômica e a possibilidade de uma efetiva descentralização do sistema de gestão de recursos hídricos.

O presente estudo visa a analisar a situação dos Fundos Estaduais de Recursos Hídricos, sua implantação em cada Estado, bem como compatibilidade com as leis federais pertinentes, bem como estudar a proveniência dos recursos e sua aplicação nas bacias correspondentes.

1. Os Fundos Estaduais de Recursos Hídricos

Os fundos estaduais de recursos hídricos, enquanto entes do Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos, constituem elemento fundamental do ponto de vista da sistematização das arrecadações com a cobrança pelo uso da água e o custeio do próprio sistema de gestão. Seu papel, no entanto, pode ser estendido a um objetivo mais amplo

de proteção do recurso natural água mediante ações que fomentem investimentos e projetos de proteção dos usos dos recursos hídricos e recuperação de ecossistemas, mediante destinações financeiras oriundas daquela cobrança.

Para tal, assemelham-se na sua natureza aos denominados fundos socioambientais, que são mecanismos legais que existem para captar recursos e financiar as políticas públicas do setor ambiental. Estes fundos apóiam projetos de instituições que atuam na área de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável por meio do repasse de recursos financeiros. Tais recursos são destinados ao financiamento de projetos nas áreas de meio ambiente, recursos hídricos e proteção dos direitos difusos, ou seja, dirigidos a um universo determinável de pessoas. Os fundos ambientais são conhecidos no Brasil desde o início da década de 1980, ou seja, em momento anterior à implantação da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) pela lei federal nº 6.938/81 (TATAGIBA e LEME, 2007).

Já os fundos de recursos hídricos, enquanto fundos financeiros atrelados a uma política pública específica para a gestão da água, possuem implantação mais recente, posterior à lei nº 9.433/97 e têm como função possibilitar o retorno de recursos financeiros arrecadados e geridos pela esfera governamental para as bacias hidrográficas nos quais foram gerados, idealizados principalmente para financiar soluções para problemas má gestão do sistema, passível de correção mediante obras e ações de preservação ambiental.

A Constituição Federal de 1988, que conta com um artigo específico para o Meio Ambiente (Art. 225) não menciona instrumentos econômicos de suporte à gestão ambiental no país, nem tampouco fundos específicos de recursos financeiros destinados à gestão da água. Sua base legal, portanto, está na lei nº 9.433/97 e respectivas leis estaduais de gestão dos recursos hídricos.

Especificamente no tocante à Política Estadual de Recursos Hídricos (PNRH), diversas leis estaduais fazem referência a fundos específicos para fomento às políticas de gestão, como forma de fornecer suporte financeiro e operacional nas atividades de cobrança pelo uso da água bruta e cumprimento dos objetivos da mesma, devendo prioritariamente ter como unidade de gestão e aplicação dos recursos financeiros arrecadados, a bacia hidrográfica na qual estes recursos são gerados. O contexto no qual estão inseridos os fundos de recursos hídricos impõe que possuam características inerentes aos princípios da gestão participativa e multiusuária da água, em especial, com a atuação de conselhos e órgãos colegiados que dêem suporte às decisões sobre aplicações e usos dos montantes geridos.

A origem dos fundos de recursos hídricos também pode ser creditada ao sistema francês de gestão de águas doces, no qual a estrutura e o funcionamento dos organismos de bacia são fundamentados na arrecadação de recursos para o financiamento de obras e ações de recuperação ambiental elencados nos Planos quinquenais de Intervenção de cada Comitê e Agência de Bacia (MMA, 2001). A efetividade deste sistema tem relação direta com a atuação de uma rede de financiamento e distribuição dos recursos arrecadados com a cobrança, mediante financiamento de obras e intervenções subsidiadas através dos Comitês de Bacias, à similaridade das propostas e objetivos preconizados pelos fundos de recursos hídricos no Brasil. A sustentabilidade do modelo fica evidenciada, uma vez que

Nos domínios de atuação das agências, a problemática relacionada às águas melhorou incontestavelmente ou, pelo menos, o processo de degradação permanece estacionário. As áreas onde as agências não intervêm encontram-se em relativa penúria, notadamente quanto ao controle de enchentes, à poluição difusa de nitratos e pesticidas de origem agrícola, à poluição por águas pluviais, à destinação final do lodo das ETE e a outros problemas de menor importância. (MMA, 2001: 38)

Em geral os países europeus utilizam recursos financeiros provenientes de fundos específicos para investimentos em infra-estrutura de otimização dos recursos hídricos ou financiamento de redução de níveis de poluição hídrica, variando-se os formatos adotados (Tabela 1). Apenas na Inglaterra e País de Gales os investimentos são totalmente cobertos pelos serviços de cobrança. No extremo oposto está Portugal, onde os investimentos são integralmente provenientes dos fundos estatais (ZABEL, REES e ANDREWS, 2000: 248).

TABELA 1 – Fundos de investimentos nos serviços de água dos países europeus

País	Recursos próprios %	Fundos externos %
França	60-80	20-40
Alemanha	50-60	40-50
Holanda	70-100	0-30
Portugal	0	100
Inglaterra e País de Gales	100	0

FONTE: (Buckland na Zabel, 1998) . Citado por ZABEL, REES e ANDREWS, 2000: 248)

Mediante a análise de fontes primárias, constantes dos regulamentos relativos aos fundos de recursos hídricos no Brasil, elaborou-se uma síntese comparativa da realidade experimentada em termos de fundos estaduais de recursos hídricos em alguns dos estados da federação, considerando-se ou a legislação estadual genérica aplicável aos recursos hídricos, ou, quando disponíveis, regulamentos específicos dos fundos estatais de recursos hídricos (Tabela 2).

Em todos os estados analisados, verificou-se que apenas em alguns os fundos estaduais de recursos hídricos são regulamentados por normas específicas. A situação mais comum ocorre com descrições genéricas nas leis estaduais de recursos hídricos, o que pode denotar o estado incipiente de implementação deste ente auxiliar do sistema de gestão, geralmente coincidente com a implantação da cobrança pelo uso da água bruta.

Na maioria deles, existe a previsão de atuação de um agente financeiro especializado para o manejo de suas funções típicas junto ao fundo.

Os regulamentos observados, em sua maioria, guardam integração aos princípios que determinam a gestão participativa preconizada pela lei 9.433/97, em especial com a participação de órgãos colegiados nos processos decisórios.

Tabela 2 – Síntese da legislação estadual referente aos Fundos estaduais de Recursos hídricos.

Estado	Lei específica para os Fundos/Lei genérica RH	Situação de Implantação	Gestão por Instituição Financeira	Discussão sobre dominialidade de cobrança	Recursos da Exploração de mineral	Texto legal (lei ou decreto)	Integração com a Lei Federal 9.433/97
PE	N	N	S	N	S	20.269/97	S
RN	N	N	S	N	S	6.908/96	S
RS	S	S	N	N	N	8.850/89	S
MG	S	S	S	N	N	13.194/99	N
PI	N	N	S	N	S	5.165/00	S
SP	S	S	S	N	N	7.663/91	S
PB	S	N	S	N	S	18.823/97	N
SC	S	N	S	N	S	2.648/98	S
RJ	N	S	N	N	N	3.239/99	N

CE	S	S	S	N	N	23.047/9 4	N
TO	S	N	N	N	N	1.307/02	S
PR	S	S	S	N	N	12.726/9 9	S
AL	S	S	S	N	S	5.965/97	N

Legenda: S - O item se aplica. N - O item não se aplica.

Em nenhuma das regulamentações observadas ficou elidida a questão relativa à dominialidade das águas envolvida na cobrança, prevista no sistema de gestão na divisão entre rios de domínio dos Estados e da União, o que freqüentemente tem gerado problemas no tocante à arrecadação e destinação dos recursos do sistema (FGV, 2003). As questões de dominialidade, assim colocadas, certamente afetarão as competências dos fundos, com possíveis sobreposições de espaços de atuação.

Apesar da aparente impertinência das questões afetas aos recursos minerais, a maioria dos regulamentos prevê o repasse aos fundos de recursos hídricos dos valores provenientes da exploração dos recursos daquela natureza, em especial do petróleo e gás natural, que sabidamente, encerram a utilização de água bruta nos seus processos produtivos de extração e beneficiamento.

O estado de São Paulo, no qual a cobrança está institucionalizada há mais tempo, é dos mais avançados em relação à operacionalização do fundo estadual de recursos hídricos.

O Fundo Estadual de Recursos Hídricos naquele estado (FEHIDRO) está regulamentado pela lei estadual nº 7663/91 que estabelece a Política Estadual de Recursos Hídricos, e iniciou suas operações em 1995, como um projeto estratégico do governo do Estado de São Paulo. Tem como instâncias principais o Conselho Estadual de Recursos Hídricos e os Comitês de Bacia Hidrográfica, apresentando adequação à PNRH. Neste estado, portanto, o FEHIDRO “está mergulhado nessas tendências dos últimos 10 anos de surgimento dos conselhos para acompanhar a implantação de políticas públicas” (NEDER, 2001). O FEHIDRO possui como órgão consultivo/deliberativo o Conselho de Orientação do Fundo Estadual de Recursos Hídricos (COFEHIDRO) que delibera anualmente sobre o montante de recursos disponíveis para custeio que serão distribuídos entre os destinatários mediante critérios de rateio aprovados pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos.

Segundo dados relativos à operacionalização do FEHIDRO, durante o período compreendido entre 1995 e 2004, este fundo possibilitou a expressiva marca de 2.392 contratações, com média anual de 338 contratos e valor médio de contrato de R\$ 100 mil. No mesmo período, as principais ações do FEHIDRO foram relativas à despoluição, combate à erosão, recuperação e preservação de mananciais, obras contra inundações, educação ambiental e o planejamento e gerenciamento de recursos hídricos. (PENA, 2005).

É importante salientar que a execução financeira dos recursos para custeio do FEHIDRO é realizada mediante o uso da estrutura administrativa das entidades públicas às quais se vinculam funcionalmente os Secretários Executivos dos Órgãos Destinatários: o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE); a Secretaria de Recursos Hídricos, Saneamento e Obras (SRHSO); a Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (CETESB); e a Secretaria do Meio Ambiente (SMA). Isto decorre do fato de que os Órgãos Destinatários dos recursos do FEHIDRO, dentre eles os Comitês de Bacias são organizados estruturalmente como Colegiados, não possuindo personalidade jurídica própria e, portanto, registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Receita Federal (CNPJ), que os possibilitem executar seus orçamentos. Esta realidade é creditada também à ausência das agências de bacia, entes financeiros destinados para este fim. Desta forma, as entidades públicas acima mencionadas atuam desde a abertura da conta bancária até a execução do orçamento dos destinatários, até que se criem as agências de bacias previstas em lei. (SÃO PAULO, 2008)

Os fundos oferecem às pessoas jurídicas de direito privado, usuárias de recursos hídricos, a possibilidade de habilitar-se à obtenção de recursos do mesmo, por intermédio de financiamentos reembolsáveis. São possíveis beneficiários das aplicações, podendo habilitar-se à obtenção de recursos do mesmo Fundo: as pessoas jurídicas de direito público, da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios do Estado de São Paulo; concessionárias e permissionárias de serviços públicos, com atuação nos campos do saneamento, no meio ambiente ou no aproveitamento múltiplo de recursos hídricos; consórcios intermunicipais regularmente constituídos; entidades privadas sem finalidades lucrativas, usuárias ou não de recursos hídricos, mediante realização de estudos, projetos, serviços, ações e obras enquadradas nos Planos das Bacias Hidrográficas e no Plano Estadual de Recursos Hídricos (PERH), mediante o preenchimento de alguns requisitos específicos.

As bacias hidrográficas do rio Paraíba do Sul (SP, RJ e MG) e dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (SP e MG) foram as primeiras no cenário nacional a aprovarem a implementação do instrumento de cobrança pelo uso da água, incidindo sobre rios de domínio da União, como determinado pela Lei 9.433/97. Em janeiro de 2004 iniciou-se a cobrança em rios de domínio do Estado do Rio de Janeiro na Bacia do PBS e em janeiro de 2007, a cobrança em rios de domínio do Estado de São Paulo nas Bacias PCJ e do Paraíba do Sul. Os recursos financeiros arrecadados em rios de domínio da União das Bacias PCJ pela ANA são repassados integralmente ao Consórcio Intermunicipal das Bacias Hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, entidade delegatária das funções de Agência de Água, escolhida pelos Comitês PCJ e aprovada pelo CNRH para um período de dois anos (ANA, 2007).

No estado de Minas Gerais, a utilização dos recursos destinados ao FEHIDRO são desta forma previstos: “Art. 5º - Os recursos do FEHIDRO serão utilizados para

financiamento de elaboração e execução de projetos, realização de investimentos fixos e aquisição de equipamentos, desde que necessários ao atendimento dos objetivos definidos no art. 1º desta Lei, e em programas e projetos de proteção e melhoria dos recursos hídricos de comprovada viabilidade técnica, econômica e financeira (...)” (MINAS GERAIS, 1999). A legislação específica neste estado é bastante ampla, não denotando contudo, afinidade com os princípios da gestão participativa, pela ausência de menção aos comitês ou planos de bacias.

No estado de Santa Catarina, a legislação específica apresenta-se como uma das mais abrangentes. O Fundo Estadual de Recursos Hídricos naquele estado possui prerrogativas e finalidades, discriminadas a seguir:

- Dotações constantes, anualmente, do orçamento geral do Estado;
- Recursos financeiros da União e dos municípios, a ele destinados;
- Compensação financeira que o Estado receber com relação aos aproveitamentos hidroenergéticos em seu território e compensações similares recebida por municípios e repassadas ao Fundo mediante convênio;
- Parte da compensação financeira que o Estado receber pela exploração de petróleo, gás natural e recursos minerais em seu território, para aplicação exclusiva em levantamentos, estudos e programas de interesse para o gerenciamento dos recursos hídricos subterrâneos;
- O resultado da cobrança pela utilização de recursos hídricos;
- Empréstimos nacionais e internacionais, e recursos provenientes da ajuda e cooperação internacional e de acordos intergovernamentais;
- Retorno das operações de crédito contratadas com instituições da Administração Direta e Indireta do Estado e dos municípios, consórcios intermunicipais, concessionárias de serviços públicos e empresas privadas;
- Rendas provenientes da aplicação de seus recursos;
- Contribuições de melhoria, tarifas e taxas cobradas de beneficiados por obras e serviços de aproveitamento e controle dos recursos hídricos, inclusive as decorrentes do rateio de custos referentes a obras de usos múltiplos dos recursos hídricos, ou de interesse comum ou coletivo;
- Doações de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras e outros recursos que lhe forem destinados.

Os recursos financeiros do FEHIDRO, observadas às disposições contidas no decreto que o regulamenta serão aplicados especificamente em:

- No apoio financeiro a instituições públicas e sob a modalidade de empréstimo a pessoa jurídica de direito privado, usuárias de recursos hídricos, para a realização de serviços e

obras com vistas a utilidade pública, ao desenvolvimento, conservação, uso racional, controle e proteção dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos;

- No fomento a projetos, municipais e intermunicipais de conservação, uso racional, controle e proteção dos recursos hídricos;
- Na realização de programas conjuntos entre o Estado e os municípios, relativos a aproveitamento múltiplo, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos, e defesa contra eventos críticos que ofereçam perigo a saúde e segurança públicas e prejuízos econômicos e sociais;
- Na execução de obras de saneamento básico, referentes ao tratamento de esgotos urbanos, contempladas no Plano Estadual de Recursos Hídricos, compatibilizadas com os planos de saneamento básico;
- Nos programas de estudos e pesquisas, desenvolvimento tecnológico e capacitação de recursos humanos de interesse do gerenciamento de recursos hídricos.

A destinação dos recursos do FEHIDRO no estado de Santa Catarina atende às seguintes condições:

- Os valores resultantes das tarifas pelo uso dos recursos hídricos serão aplicados, prioritariamente, na bacia hidrográfica em que forem arrecadados, somente deduzidas as taxas devidas ao agente financeiro e despesas de custeio;
- Até 50% (cinquenta por cento) da arrecadação a que se refere o inciso anterior poderão ser aplicados em outras bacias hidrográficas, desde que em atividades que beneficiem a bacia geradora do recurso, com prévia aprovação pelo Comitê da bacia hidrográfica respectiva;
- As aplicações dos recursos financeiros do FEHIDRO deverão ser orientadas pelo Plano Estadual de Recursos Hídricos, compatibilizadas com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, com o Plano Plurianual de Investimento e com o Orçamento do Estado. Poderão ser despendidos até 10% (dez por cento) dos recursos do FEHIDRO com despesas de custeio e pessoal, técnico administrativo e jurídico, destinando-se o restante, obrigatoriamente, para a efetiva elaboração de projetos e execução de obras e serviços do Plano Estadual de Recursos Hídricos.

No estado do Ceará, no qual a gestão dos recursos hídricos se notabiliza pelas particularidades adotadas, anteriores à lei 9.433/97, os recursos da cobrança são geridos pela COGERH com a participação do FUNORH.

Art. 2o. O Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FUNORH tem como objetivos:
I - financiar projetos voltados para a Política Estadual de Recursos Hídricos, para que sejam asseguradas as condições de desenvolvimento de Recursos Hídricos, e melhoria da qualidade de vida da população do Estado em equilíbrio com o meio ambiente;
II - aplicar os recursos de investimentos oriundos da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, repassados pela Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos - COGERH, cabendo a COGERH a aplicação dos recursos necessários para custear as atividades de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, envolvendo os serviços de operação e

manutenção dos dispositivos e da infra-estrutura hidráulica e dos sistemas operacionais de cobrança junto aos diversos usos e usuários dos recursos hídricos." (CEARÁ, 1996)

Chama atenção no decreto que regulamenta este fundo, a natureza vinculada a demais planos de ação estatal do governo do estado, em especial com vinculações distintas da cobrança pelo uso da água bruta, saber:

Art. 2º. O aporte inicial de recursos do Fundo, destinados ao Projeto de Desenvolvimento Urbano do Estado do Ceará - PROURB-CE será efetuado em um prazo máximo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo Único. Os recursos orçamentários do Tesouro do Estado, que inicialmente formarão o Fundo, deverão ser aportados de forma concomitante com os recursos oriundos de empréstimo junto ao Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD (Banco Mundial). (CEARÁ, 1994)

O fundo estadual de recursos hídricos, portanto, naquele estado, é anterior à lei 9.433/97 e não estava exclusivamente ligado à cobrança pelo uso da água bruta e demais aspectos correlacionados ao Sistema Nacional de Gestão dos Recursos Hídricos.

Há ainda cenários de conjugação entre fundos sócio-ambientais e fundos de recursos hídricos, como no estado do Tocantins, no qual foi criado um Fundo Estadual do Meio Ambiente (Lei nº. 261/1991) com o objetivo de dar sustentabilidade econômica à implementação da política ambiental e posteriormente, foi criado o Fundo Estadual de Recursos Hídricos (Lei nº. 1.307/2002). Havia então dois fundos criados por leis estaduais sendo que os recursos eram dirigidos para o fundo único do estado. Por esse motivo, esses fundos estão passando por um processo de unificação iniciado em 2005 com o objetivo de simplificar a sua implantação e efetivar sua operação, formando assim o Fundo Estadual do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (FEMARH-TO) (TATAGIBA e LEME, 2007: 57).

No estado da Paraíba o Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FERH – PB) foi criado pela Lei Estadual nº 6.308/96, que estabelece a Política Estadual de Recursos Hídricos. O art. 22 cria o Fundo dando-lhe a finalidade de oferecer suporte financeiro à execução desta política. O art. 23, alterado pela Lei Estadual nº 8.446/07, estabelece que o Fundo será gerido pela Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba (AESAs) e supervisionado pelo CERH, devendo ser regulamentado por decreto do Poder Executivo, com recursos financeiros provenientes de diversas fontes, detalhadas no Art. 24 da Lei Estadual nº 6.308/96. Não há menção específica aos planos de bacia ou Comitês, o que pode em princípio descaracterizar a afinidade com os termos gestão participativa da lei nº 9433/97.

Da necessária participação da sociedade na gestão descentralizada dos recursos hídricos

A gestão descentralizada dos recursos hídricos, adotada no Brasil com a Lei 9.433/97 segue – conforme já anteriormente afirmado – o modelo francês que, devido à ampla e efetiva participação dos cidadãos na gestão, recebeu o pseudônimo de “Parlamento da Água”. O art. 1º, da Lei 9.433/97 estabeleceu a descentralização e a participação popular como *fundamento* da PNRH.

Mediante uma análise sistemática da Lei 9.433/97, vemos que a descentralização, que deveria permear todo o SNRH não ocorre de fato e, quando há sua previsão, esta é realizada de maneira tímida e velada.

Os órgãos que compõem o SNRH – com exceção das Agências de Água – são todos órgãos públicos, sendo ínfima a participação popular, restrita às OSCIP’s e algumas organizações civis que atuam com recursos hídricos.

Há, entretanto, uma *desconcentração* da gestão dos recursos hídricos. A distinção entre a descentralização e a desconcentração é que, nesta há uma distribuição interna de competências decisórias, seja em razão de território, seja em razão de especialização; na descentralização, a atividade será exercida não somente pelo Estado quanto por pessoas distintas deste. Na desconcentração, o Estado atua apenas indiretamente, por intermédio de pessoas distintas, enquanto que na desconcentração, há, tão somente, uma *delegação* de funções. (MELLO, 2008) A desconcentração, ademais de diminuir os custos de transação envolvidos, tem um grande papel de democratização, visto que a sociedade local terá mais poder decisório.

Não obstante, vemos que, apesar da desconcentração existente, há uma tendência de unificação, unificando as principais decisões na Agência Nacional de Águas ou no Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Os Comitês de Bacia Hidrográfica deveriam exercer relevante papel nas respectivas bacias, mas, segundo o ordenamento hídrico vigente, realiza um papel meramente consultivo ou executivo de ordens superiores. Christian Guy Caubet, comentando o art. 37 parágrafo único da Lei 9.433, lembra que “Os Comitês de Bacia tomam *decisões colaborativas ou consultivas* ao ‘nível mais baixo’, segundo o documento da SRH, e desde que de acordo com a política das autoridades superiores.” (CAUBET, 2006: 113)

Assim, a implementação e o fortalecimento dos Fundos Estaduais de Recursos Hídricos pode efetivar uma real descentralização na gestão de recursos hídricos, desvinculando os Comitês Estaduais do Comitê Nacional. Uma cooperação entre as esferas municipais, estaduais e federal não só é indispensável como positivado pela Lei 9.433/97; esta cooperação, entretanto, deve observar os graus de independência dos comitês locais, não suplantando estes em nome da esfera Federal. Os fundos estaduais de recursos hídricos possibilitam um investimento mais sólido e focado nos problemas específicos da bacia, permitindo, ainda, uma maior ingerência da sociedade civil em assuntos relevo e de seu máximo interesse.

CONCLUSÕES

A descentralização da gestão dos recursos hídricos no Brasil fora implantada, com a Lei 9.433/97, para permitir uma maior democratização do sistema, bem como permitir que a população fiscalize, com mais proximidade e efetividade, os recursos hídricos. Mantê-los, todavia, demanda custos que serão cobertos pela outorga das águas – dentre outras possibilidades de financiamento, como repasse dos fundos minerais, v.g.

A administração e cobrança destes recursos deverá, também, ser descentralizada, deixando a cargo dos Estados que, de maneira concatenada com o PNRH, utilizará da melhor maneira possível os recursos financeiros obtidos, especialmente nas bacias específicas.

Desta forma, fora levantada a existência de leis específicas para os Fundos Estaduais de Recursos Hídricos nos estados brasileiros, bem como sua integração com a legislação própria federal, analisando se há um foco na aplicação dos recursos destinados aos recursos hídricos ou se, ao revés, os estados estão agindo de maneira divergente.

Fora constatado que, a maioria dos Estados que possuem legislação própria para os fundos mantém uma certa convergência com os preceitos estatuídos pela Lei 9.433/97.

Entretanto, a conscientização acerca da importância da água ainda não atingiu grau satisfatório, como podemos ver, e.g., a inexistência da discussão acerca da dominialidade da cobrança em todas as legislações analisadas.

A descentralização do sistema descentralizado de gestão de recursos hídricos constitui-se não apenas de fundamento positivado na Lei 9.433/97 bem como necessidade intrínseca para uma efetiva administração destes recursos, especialmente em um país de dimensões continentais como o Brasil. A descentralização não será concretizada se não o forem, também, os Fundos Estaduais de Recursos Hídricos que constituem o sustentáculo econômico do sistema descentralizado.

REFERÊNCIAS

ANA (2007) *Relatório 2007: Cobrança pelo uso de recursos hídricos: bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí*. Brasília: SAG, 2007.

BRANCO, Mônica de Andrade G. (2002) *O Financiamento da Gestão Participativa da Água: O caso FEHIDRO*. Brasília. Centro de Desenvolvimento Sustentável – CDS, UNB – Universidade de Brasília. (Dissertação de Mestrado).

CAUBET, Christian Guy. *A Água, a Lei, a Política...e o Meio Ambiente?* Curitiba: Juruá, 2006.

CEARÁ (1994) Decreto nº 23.047, de 03 de fevereiro de 1994. Regulamenta o Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FUNORH.

CEARÁ. (1996) Lei nº 12.664, de 30 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo Estadual dos Recursos Hídricos – FUNORH.

FGV (2003) *Ultrapassando barreiras na gestão de recursos hídricos. Estudos de apoio à implantação de agências e de cobrança pelo uso da água aplicados à bacia do Rio Paraíba do Sul*. São Paulo. Centro Internacional de Desenvolvimento Sustentável.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NEDER, Ricardo Toledo. (2001) *Bloqueios ao funcionamento de um fundo estadual de recursos hídricos no Brasil*. Obtido em <<http://www.anppas.org.br>> Acesso em 14 fevereiro. 2008.

MMA/PROAGUA (2001) *Cobrança pelo uso da água bruta: experiências européias e propostas brasileiras*. Brasília.

MINAS GERAIS. (1999) Lei 13.194, de 29 de janeiro de 1999. Cria o Fundo de Recuperação, Proteção e Desenvolvimento Sustentável das Bacias Hidrográficas do Estado de Minas Gerais – FHIDRO.

PENA, Dilma Seli. (2005) *FEHIDRO: 10 anos de contratações. Novas Soluções para o Desafio da Excelência*. São Paulo. Secretaria de economia e planejamento.

SÃO PAULO. FEHIDRO. Manual de custeio. Obtido em <www.sigrh.sp.gov.br>. Acesso em 15 de fevereiro. 2008.

TATAGIBA, Fernando C. P. LEME, Taciana Neto (org.) (2007) *O fortalecimento de fundos socioambientais: experiências e perspectivas*. Brasília: MMA/Fundo Nacional do Meio Ambiente.

ZABEL, Thomas. REES, Yvonne. ANDREWS, Kevin. (2000) Economic and financial aspects of water policies in selected European countries. In: *Water resources management. Brazilian and European trends and approaches*. Porto Alegre. ABRH/IWRA. p. 241-251.

Decreto nº 48.896, de 26 de agosto de 2004. Regulamenta o Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FEHIDRO, criado pela Lei nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991, alterada pela Lei nº 10.843, de 5 de julho de 2001.

A Deliberação Conjunta dos Comitês PCJ nº 038, de 05 de maio de 2006 - hierarquiza e indica empreendimentos para financiamento com recursos oriundos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO e da cobrança pelo uso dos recursos hídricos em rios de domínio da União localizados nas bacias PCJ, referentes a cada exercício.

Regulamentado pelo Decreto nº 2.648 de 16 de fevereiro de 1.998

CEARÁ. Lei nº 12.245/93(Dispõe sobre o FUNORH e altera dispositivos da Lei nº 11.996/92); Lei nº 12.664/96(Dispõe sobre o FUNORH e altera dispositivos da Lei nº 12.245/93); Decreto nº 23.047/94 (Regulamenta o FUNORH).

**OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO E O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO
DA GOVERNANÇA AMBIENTAL: A BUSCA DA
OPERACIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO
DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO***

**THE CONSEQUENCES OF THE GLOBALIZATION AND THE PROCESS OF
CONSTRUCTION OF THE AMBIENT GOVERNANÇA: THE SEARCH OF
THE OPERACIONALIZAÇÃO OF THE BEGINNING OF THE
PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN ENVIROMENTAL LAW**

Robinson Nicacio de Miranda

RESUMO

O artigo a seguir apresentado tem como finalidade estabelecer uma breve exposição acerca do processo de construção da governança ambiental global como reflexo da mudança do perfil do Estado ao longo do século XX. Procurou-se correlacionar a questão da governança ambiental ao princípio da participação esculpido em diversos documentos internacionais e principalmente na atual Constituição vigente que chega aos vinte anos em 2008, repleta de desafios. Foi neste sentido que procurou-se estabelecer um ponto de contato entre a operacionalização da norma constitucional que trata da participação no direito ambiental e alguns instrumentais disponíveis no ordenamento jurídico capazes de afirmar o processo democrático de construção da governança ambiental na tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO; GOVERNANÇA; PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

ABSTRACT

The article to follow presented has as purpose to establish one brief exposition concerning the process of construction of global the ambient governança as reflected of the change of the profile of the State throughout century XX. It was looked to mainly correlate the question of the ambient governança the beginning of the participation sculptured in diverse international documents and in the current effective Constitution that arrives at the twenty years in 2008, repleta of challenges. It was in this direction that was looked to establish a contact point enters the operacionalização of the constitutional rules that deals with the participation in the enviromental law and some

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

available instruments in the legal system capable to affirm the democratic process of construction of the ambient governança in the taking of decisions.

KEYWORDS: STATE; GOVERNANCE; PARTICIPATION OF PRINCIPLE

1. Considerações iniciais.

O modelo tradicional de Estado, fundado nas bases do século XVIII, não mais corresponde às expectativas sociais e aos novos desafios que são colocados frente a uma atual sociedade cada vez mais complexa.

Os novos modelos de atuação estatal reclamam uma solução não só inovadora, mas precisa e eficiente em relação aos conflitos o que implica na concepção de uma estrutura estatal diferenciada.

Estes novos paradigmas começam a se destacar e se desenvolver a partir do que se convencionou denominar de globalização.

A globalização por outro lado, afirma Octavio Ianni, “não apaga nem as desigualdades nem as contradições que constituem uma parte importante do tecido da vida social nacional e mundial. Ao contrário, desenvolve umas e outras, recriando-se em outros níveis, com novos ingredientes. As mesmas condições que alimentam a interdependência e a integração alimentam as desigualdades e contradições, em âmbito tribal, regional, nacional, continental e global”. [1]

Alexandre Ratner Rochman [2] também destaca que:

“Nota-se, desta maneira, que a discussão cultural da globalização está impregnada de relações dialéticas. O indivíduo e a sociedade são agora colocados frente a um novo plano de relacionamento, o global. Da mesma maneira que os dois primeiros apresentam elementos que se projetam no nível internacional, também as movimentações internacionais afetam o desenvolvimento cultural das comunidades e a imagem que o indivíduo possui – e mantém – de si e sua forma de atuação com base nisso (se promove a mudança, se rejeita ou se processa uma adaptação relativa quanto as suas percepções e valores)”.

Deste modo, no mundo globalizado o espaço geográfico e a percepção da política ganham novos contornos.

Não se pode a limitar tão somente ao aspecto econômico, pois dela decorre um processo dialético, produto das mudanças políticas, tecnológicas e culturais [3].

Justamente em razão disso no mesmo passo do processo de mundialização da economia, emergem novos conflitos decorrentes de aspectos diferenciados, como é o caso ambiental.

Neste sentido, como fica o efeito deste processo global quando colocado em pauta o conceito clássico de soberania?[4]

Aponta Sahid Maluf que “os efeitos da globalização sobre o conceito de soberania têm sido objeto dos mais variados e polêmicos posicionamentos dos doutrinadores, destacando-se por um lado os que enfatizam o aspecto econômico e prevêem a extinção da soberania, e por outro lado os que enfatizam o aspecto político, defendendo a sobrevivência da soberania de forma absoluta, como conceito inerente ao Estado”. [5]

Notadamente, cumpre observar que a perspectiva bodiniana que “desempenhou importante papel na afirmação dos princípios da territorialidade da obrigação política, da impessoalidade do comando público e da descentralização do poder, não apenas em seu aspecto funcional e organizacional, mas principalmente no que se refere à sua concentração numa instância unitária e exclusiva”[6], comporta nos dias de hoje uma certa flexibilização, pois não existe Estado absolutamente independente e alheio à integração.

Neste sentido, são as palavras de Solange Gonçalves Dias e Laurindo Dias Minhoto ao sustentar que globalização acaba implicando a transferência do “lôcus de produção das decisões econômicas fundamentais do interior do Estado para as grandes corporações, instituições financeiras, conglomerados empresariais e outras organizações transacionais”. [7]

Globalizar, todavia, não significa abdicar da própria identidade.

Sua conseqüência, destaca Alcindo Gonçalves, é a mudança do papel do Estado, “não sua extinção, mas certamente uma reconfiguração”. [8]

O que ocorre é uma rearticulação do papel dos Estados uma vez que também é notável com esse processo a ascensão da chamada sociedade global.

Trata-se de um novo cenário de preocupações com o compartilhamento de interesses o que é tarefa complexa, pois implica na criação de mecanismos mais abrangentes e participativos que respondam eficazmente às demandas sociais.

Neste contexto, o conceito de governança “como a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns.”[9]

Avalia-se então a capacidade governativa “não apenas pelos resultados das políticas governamentais, mas também por meio da forma pela qual o governo exerce seu poder”[10].

Não se trata em defini-la como um aspecto gerencial do Estado no que diz respeito ao funcionamento de seu aparelho administrativo. Sua percepção vai mais além, na medida em que comporta articulação em diversos setores que se arranjam e agregam interesses tendo em vista o compartilhamento de interesses de natureza comum.

Em se tratando do processo de construção da governança em um mundo globalizado a partir da dinâmica participativa, aponta o Princípio 10 da Declaração do Rio abre o

espaço para a construção da participação, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, o que acaba se traduzindo em um significativo instrumento de democracia[11].

Exige, portanto, uma reflexão acerca das relações entre autoridade e poder, abrange uma análise mais aprofundada sobre o papel de afirmação da democracia a fim de se examinar o papel dos novos atores, estatais e não estatais, aptos a provocar transformações na realidade concreta.

No mais, como este processo implica a adoção de negociação e confiança mútua, a fim de que se obtenha uma parceria estável, ponto chave para discutir a afirmação da governança como meio democrático de consecução de finalidades comuns é a questão acerca do reconhecimento da legitimidade dos atores que participam deste processo.

2. O meio ambiente como direito fundamental.

A preocupação com manutenção dos recursos ambientais é uma clara opção de continuidade de vida.

O meio ambiente como bem a ser juridicamente protegido se enquadra na categoria daqueles que ultrapassam a esfera puramente individual na medida em que os efeitos da degradação ambiental têm reflexo coletivo.

O patrimônio ambiental há de ser necessariamente protegido tendo em vista seu uso coletivo. Disto resultará o objetivo da norma ambiental cujo propósito será o de assegurar a vida sadia produto de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso a dinâmica da construção do direito ambiental se perfaz em múltiplos ramos do conhecimento que se inter-relacionam.

É por essa razão, aponta José Afonso da Silva, que o meio ambiente torna-se “um patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento.”[12]

As questões ambientais passaram a ser tema de grande importância a ponto de serem inseridas nas Constituições mais recentes.

A alocação da questão ambiental como um direito fundamental de cunho intergeracional, pressupõe seu reconhecimento como um interesse de natureza transindividual bem como a adoção de um novo perfil de regramento constitucional àqueles assim denominados como direitos de terceira geração.

Especialmente em decorrência da Declaração de Estocolmo (1972)[13], a temática ambiental apontou como um dos assuntos mais destacados e preocupantes da agenda global contemporânea.

Em razão disso, a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado a proteção de tais interesses no título correspondente à Ordem Social.

Impende destacar neste contexto, conforme as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a apresentação de uma “adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais”[14] como mecanismo de reconhecimento e afirmação da dignidade humana.

A locução “todos têm direito”, estabelecida no *caput* do artigo 225 da Constituição completa Paulo Affonso Leme Machado, cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é complementado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental[15], nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição.

Disso resulta o enquadramento do meio ambiente como direito fundamental em que se vislumbra o reconhecimento do ambiente sadio como essencial ao ser humano na medida em que o mesmo visa proporcionar o bem-estar para as presentes e futuras gerações.

Encontra-se neste contexto a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo esforço conceitual do espectro deste fundamento constitucional não se dirige a um indivíduo, mas se projeta a todos os seres humanos. A consequência desta percepção leva o Poder Público a obrigar-se na manutenção das bases da igualdade entre os indivíduos (igualdade perante a lei e igualdade na lei) como forma de efetivação deste princípio.

Assim, o legislador descreveu o meio ambiente como um bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, caracterizações que irão impor ao Poder Público e a coletividade o dever de defesa e preservação.

Logo, a atribuição de cuidar do meio ambiente é uma das tarefas destinadas ao Poder Público.

Atuando como meio para o delineamento do conteúdo e limites à ordem jurídica, a Constituição, portanto, erigiu o meio ambiente como “uma categoria de um daqueles valores ideais da ordem social, dedicando-lhe, a par de uma constelação de regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo”.[16]

Sua importância inovadora, reforça Cristiane Derani, se fez na medida em que o texto constitucional vigente estabeleceu uma “justiça distributiva entre as gerações”[17]

Considerado patrimônio comum, reclama proteção integral tendo em vista seu reflexo nas gerações futuras o que suscita uma atuação integrada dos Poderes Públicos que compõem a federação brasileira no sentido de efetivarem de fato suas atribuições delimitadas no texto constitucional.

Com propriedade ressalta José Afonso da Silva que é percebida a questão ambiental como uma temática que permeia toda a Constituição. Seu núcleo essencial, de fato, encontra-se no Capítulo V, do Título VIII, “cuja compreensão, contudo, será deficiente se não se levar em conta outros dispositivos que a ela se referem explícita ou implicitamente”. [18]

3. O princípio da participação como mecanismo de construção da governança ambiental.

Princípio, na precisa concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce.” [19]

Os princípios servem como vetores para a interpretação normativa. Têm, portanto, uma função construtiva para a Ciência do Direito.

Neste sentido, vem à colação a orientação de Cristiane Derani ao mencionar que “Os denominados princípios de direito ambiental são construções teóricas que visam a melhor orientar a formação do direito ambiental, procurando denotar-lhe uma certa lógica de desenvolvimento, uma base comum presente nos instrumentos normativos”. [20]

O ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana acolhido por nosso sistema constitucional em razão do Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, de 1972 [21] decorre da noção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade intergeracional.

Com a necessidade de atuação do Poder Público em favor do interesse ambiental, por se tratar de bem de uso comum, o Princípio 17 da Declaração de Estocolmo estabelece que devem ser confiadas às instituições nacionais competentes as tarefas de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.

A novidade aponta Paulo Affonso Leme Machado [22], está na função gestora do Poder Público, posto que “sua intervenção não se faz em razão do Estado ser o proprietário dos recursos ambientais, mas sim gestor, ou seja, aquele que administra bens que não lhe pertencem e justamente por essa razão deve prestar contas sobre a utilização dos bens de uso comum do povo”.

Este papel, no entanto, não é desempenhado isoladamente por cada Estado. Na dinâmica do mundo globalizado, a cooperação entre os povos é premissa para os desafios ambientais que se colocam em debate.

A cooperação [23] em matéria ambiental vai de encontro ao intercâmbio de informações e procedimentos que sirvam para o levantamento de propostas solucionadoras dos problemas ambientais contemporâneos com características globalizantes.

A título exemplificativo, no campo da legislação infraconstitucional, a Lei n. 9.605/98 reserva seu sétimo capítulo para dispor sobre a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente.

Para que haja esta reciprocidade deve ser mantido um sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com os órgãos de outros países (art. 78 da Lei n. 9.605/98).

Na esteira da cooperação, aparecem também as ONGs (Organizações Não-Governamentais) que desempenham importante papel na construção do Direito Ambiental Internacional e Nacional.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano foi um bom exemplo do aumento desta participação, pois contou com a participação de 250 organizações não-governamentais[24].

Atuando conjuntamente com os Estados como fontes de construção do consenso em função de sua *expertise* fortalecem as normas internacionais acerca da matéria, ou seja, fortalecem o processo democrático na medida em que podem complementar a atuação estatal.

Disso resulta a participação no direito ambiental como um dos seus princípios de destaque o que implica num processo de construção dos mecanismos de governança.

A participação no direito ambiental é um dos mais significativos instrumentos de proteção ao meio ambiente. Também apontado por alguns autores como o princípio da cooperação, orienta a atuação conjunta entre Estado e sociedade na escolha de prioridades e processos decisórios[25].

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação[26] e a Constituição vigente já a havia consagrado no artigo 225, quando impôs sua condição como meio de defesa e proteção do meio ambiente ressaltando ser uma incumbência não só do Estado, mas também destinada a toda a coletividade.

A título exemplificativo, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) aponta, dentre os diversos instrumentos de intervenção urbanística, no artigo 43 um mecanismo de participação, qual seja, a gestão democrática da cidade que dentre outros possui os seguintes instrumentos: órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal, assim como a iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

A razão de ser da norma, destaca Maria Paula Dallari Bucci[27], “é garantir, não apenas como princípio, mas como diretriz de operação da nova ordem jurídico-urbanística, a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade”.

E continua, reforçando a idéia de gestão democrática, ao aduzir que esta “remete a um novo pacto territorial, em que o Direito não se distancie da Justiça, mas garanta que a

cidade seja espaço de convivência de todos os seus habitantes, onde cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades”.[28]

Outra forma de participação pode ser encontrada no contexto da atividade empresarial por meio dos processos de gestão ambiental.

Como partes do processo de gestão ambiental, atuação preventiva da atividade privada impõe, no atual contexto das preocupações ambientais, a realização das chamadas auditorias ambientais.

As auditorias ambientais, na acepção de Paulo Affonso Leme Machado, constituem-se num “procedimento de exame e avaliação periódica ou ocasional do comportamento de uma empresa em relação ao meio ambiente.”[29]

Com cada vez maior destaque no cenário ambiental, a auditoria, como instrumento de gestão[30], tornou-se um mecanismo em evidência na medida em que ganham importância as normas relacionadas aos modelos de qualidade.

O despertar da atividade empresarial para as questões ambientais impulsiona a criação de novos modelos de gestão cujos reflexos podem ser levantados até na formulação das políticas públicas.[31]

Neste sentido, analisando as políticas ambientais no âmbito das empresas, as auditorias têm como finalidade “permitir, assim como definir, os termos da participação voluntária das empresas num sistema comunitário de ecogestão.”[32]

Com a finalidade de promover o crescimento sustentável, a auditoria ambiental também reflete uma melhoria na competitividade no mercado uma vez que atrai o consumidor aos produtos e serviços que atendem um padrão de sustentabilidade.

Neste processo de auditorias ambientais e com a finalidade de se obter respaldo em um mercado cada vez mais competitivo, o empresariado vê-se compelido na obtenção das certificações ambientais como forma de demonstração de eficiência não só produtiva, mas também de eficiência em termos de conscientização para o meio ambiente.

4. Desenvolvimento sustentável.

Na verdade, dentro desta dinâmica de uma nova atuação dos atores estatais e não estatais na formação de mecanismos de governança ambiental, o que se procura estabelecer é um denominador comum entre a dinâmica do mercado e a utilização dos recursos naturais.

O objetivo é assegurar as necessidades das presentes gerações sem comprometer as futuras.

A idéia de desenvolvimento sustentável veio à tona com o Relatório da Comissão Brundtland - *Nosso futuro comum* -, que o conceituou como a retomada do crescimento e melhor distribuição de seus benefícios pela racionalização do uso da energia e o atendimento das necessidades fundamentais das populações pela estabilização dos níveis demográficos, além de conservação da base dos recursos por meio da reorientação dos critérios ambientais na tomada de decisões[33].

Em sentido mais amplo, destaca Maria Paula Dallari Bucci[34] que a busca pelo desenvolvimento sustentável requer: a) um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório; b) um sistema econômico capaz de gerar excedentes e *know how* técnico em bases confiáveis e constantes; c) um sistema social que possa resolver as tensões causadas por um desenvolvimento não-equilibrado; d) um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento; e) um sistema tecnológico que busque constantemente novas soluções; f) um sistema internacional que estimule padrões sustentáveis de comércio e financiamento e, g) um sistema administrativo flexível e capaz de autocorrigir-se.”

Esta harmonização, do desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente, foi debatida até que se chegasse a uma assunção de um compromisso político: a Agenda 21 que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), no Rio de Janeiro, em 1992.

A Agenda 21 é um plano de ação a ser adotado no âmbito global, nacional e local. Implementado pelos governos e sociedade civil, trata-se de um marco para a construção das bases sólidas do desenvolvimento sustentável e pode ser compreendida como uma forma de construção da governança por meio do consenso entre os diversos participantes.

Outro instrumento internacional de destaque resultou da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima.

As evidências sobre a possibilidade das mudanças climáticas levaram à criação do Intergovernamental Panel on Climate Change (IPCC).

Da terceira Conferência das Partes (COP-3) realizada no Japão em 1997, resultou o Protocolo de Quioto cujo escopo foi o de fixar um compromisso entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento a reduzirem suas emissões totais de seis gases potencializadores do efeito estufa (CO₂; CH₄; N₂O; HFC; PFC; SF₆) pelo menos 5% (cinco por cento) dos níveis de emissão de 1990.

Com isso, aponta Édís Milaré[35], o Protocolo estimula a cooperação entre os países em duas linhas de ação:

a) a reforma dos setores de energia e transportes; promoção do uso de energias renováveis (com a finalidade de eliminação ou redução da utilização de combustíveis fósseis); eliminação dos mecanismos financeiros e de mercado impróprios aos fins da Convenção e, a limitação das emissões de metano no gerenciamento de resíduos e dos sistemas energéticos e,

b) a proteção das florestas e o resgate das emissões de carbono (seqüestro de carbono) por meio de florestamento ou reflorestamento.

Ainda é possível falar em sustentabilidade no âmbito das cidades e como a governança pode sobre ela incidir.

A política urbana, por exemplo, a ser executada pelo Poder Público Municipal, firma-se na determinante constitucional que indica a necessidade de ordenação dos espaços habitáveis, com o propósito de fomentar o desenvolvimento das funções sociais da cidade mediante diretrizes gerais que proporcionem o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer[36]. E isso, bem é possível de ser feito pela via da denominada gestão democrática seja por meio da população diretamente interessada, seja por meio de associações representativas dos vários segmentos comunitários para a formulação, discussão e acompanhamento da execução dos planos governamentais que envolvam projetos de interesse comum.

Como o planejamento urbano pode ser compreendido como um instrumento de transformação da realidade social, este deve ser moldado a partir de uma concepção em que sejam reafirmados processos de governança.

Neste passo, Solange Teles da Silva afirma que “ a gestão do meio ambiente urbano representa um desafio complexo para as sociedades contemporâneas. Não se trata apenas de considerar a preservação dos recursos ambientais, mas também de assegurar condições de vida digna à população, propiciando que parcelas da sociedade não sejam excluídas do processo de desenvolvimento das cidades”. [37]

Outro exemplo típico acerca da formação de mecanismos de governança no contexto da formação da consciência ambiental pode ser reforçado quando se trata da aplicação do princípio da prevenção quando da elaboração de estudos de impacto ambiental aos quais se submetem os empreendedores de grandes obras ou atividades que afetem ou possam vir a afetar desfavoravelmente o ambiente (CF, artigo 225, §1º, inc.IV e Resolução CONAMA n. 01/86).

A função do estudo é a de influenciar na tomada de decisões administrativas de modo a fornecer suporte necessário à Administração Pública para que esta possa sopesar adequadamente os interesses em jogo com vistas nem a interromper uma atividade econômica, nem a desproteger o meio ambiente.

5. Síntese conclusiva.

A participação no processo decisório no que toca os novos desafios ambientais é urgente.

O engajamento de setores da sociedade que juntamente com os Poderes Públicos possam construir modelos de sustentabilidade, torna-se imperioso na medida em que são lançados novos desafios que tocam a agenda global.

Afirma-se um novo modelo de regulação em que o Estado não tem mais o papel de protagonista, isso em decorrência do processo de reformulação da base de concepção do Estado não mais fundado no modelo clássico.

Em linhas gerais, é possível considerar que a base normativa de proteção ao meio ambiente presente no direito brasileiro de fato reforça uma esperança candente no que se refere a efetividade de suas normas no plano concreto.

Entretanto, há ainda muito que fazer, especialmente quando se refere a operacionalização dos princípios constitucionais ambientais decorrentes da análise do caput do artigo 225 do Texto Maior, e dentre eles o princípio da participação.

Notadamente, nos dias de hoje o consumismo exacerbado leva o ser humano a compreender o mundo sob uma óptica individualista, afastando-o de um valor maior de solidariedade.

O problema da construção e afirmação definitiva do direito ambiental na consciência humana decorre da concepção, compreensão e certeza de que o ser humano faz parte do meio, e não é alheio a ele, pois somente desta forma é possível redobrar os esforços na busca equilibrada dos múltiplos fatores que envolvem a sobrevivência humana a ponto de alcançar o tão almejado desenvolvimento sustentável que por certo pressupõe larga participação na elaboração das políticas e na sua implementação em todos os níveis.

Bibliografia

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BARROS, Alberto Ribeiro de. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: UniMarco, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos*. In: Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001.

_____. Gestão democrática da cidade. In: Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

Comissão sobre Governança Global. Nossa Comunidade Global – Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Solange Gonçalves; MINHOTO, Laurindo Dias. Globalização e Estado Nacional. In: Revista Integração: ensino, pesquisa, extensão. Ano XII, n. 44, jan/fev/mar 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. XIV Encontro do Conpedi, 2005.

IANNI, Octavio. A sociedade global. 6 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PHILLIPPI JR., Arlindo; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e. Auditoria ambiental. In: Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental. Barueri, SP: Manole, 2005.

PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance.

ROCHMAN, Alexandre Ratner. Globalização: uma introdução. São Paulo: Desatino, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 5 ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

TELES DA SILVA, Solange. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. In: Hiléia, Revista de Direito Ambiental da Amazônia, n. 1, ago-dez, 2003.

[1] A sociedade global, p. 125.

[2] Globalização: uma introdução, p. 62.

[3] Roland Pierik. Globalization and Global Governance, p. 454.

[4] “**Poder absoluto, exclusivo e perpétuo de uma República**”. Construção conceitual feita por Jean Bodin apontada pela primeira vez no *Método para a fácil compreensão da História* (1566) e firmada em 1576 nos *Seis Livros da República*.

[5] Teoria Geral do Estado, p. 40.

[6] Alberto Ribeiro de Barros. A teoria da soberania de Jean Bodin, p. 23.

[7] Solange Gonçalves Dias e Laurindo Dias Minhoto. Globalização e Estado Nacional., p. 36.

[8] O conceito de governança. XIV Encontro do Conpedi, 2005.

[9] *Um novo mundo*. Comissão sobre Governança Global. Nossa Comunidade Global – Relatório da Comissão sobre Governança Global.

[10] Alcindo Gonçalves. O conceito de governança.

[11] O conceito de democracia não se confunde com o conceito de governança. Todavia, possuem aspectos que não se dissociam.

[12] Direito ambiental constitucional., p. 24

[13] Descreve seu primeiro princípio: “O Homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação e proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. A esse respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas.”

[14] A eficácia dos direitos fundamentais, p. 38.

[15] Direito ambiental brasileiro. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

[16] Edis Milaré. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, p. 142.

[17] Direito ambiental econômico.

[18] Direito ambiental constitucional, p. 47.

[19] Elementos de direito administrativo, p. 230.

[20] Direito ambiental econômico, p.140.

[21] “O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequados em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.”

- [22] Direito ambiental brasileiro, p. 105.
- [23] Aliás, a Constituição de 1988 a exalta como um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, em seu artigo 4º.
- [24] Edis Milaré. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, p. 1126.
- [25] Cristiane Derani. Direito ambiental econômico, p. 142.
- [26] Princípio 10 da Declaração do Rio, 1992. Declaração do Rio – Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992: Princípio 10 – “A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.”
- [27] Gestão democrática da cidade, p. 336.
- [28] Maria Paula Dallari Bucci. Gestão democrática da cidade, p. 338.
- [29] Direito ambiental brasileiro, p. 298.
- [30] Regulamento n. 1.836 do Conselho das Comunidades Europeias, artigo 2º, f: “instrumento de gestão que inclui a avaliação sistemática, documentada, periódica e objetiva do funcionamento da organização, do sistema de gestão e dos processos de proteção do ambiente”.
- [31] Arlindo Phillippi Jr. e Alexandre de Oliveira e Aguiar. Auditoria ambiental. In: Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental, p. 877.
- [32] Celso Antônio Pacheco Fiorillo. Curso de direito ambiental brasileiro, p. 338.
- [33] Aliás um dos pontos de destaque apontados por Maria Paula Dallari Bucci acerca dos trabalhos da Comissão Brundtland, foi justamente “a importância da democracia e da participação popular como garantias das decisões políticas mais afinadas com os interesses globais da humanidade”. A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. P. 59. In: Direito ambiental internacional.
- [34] A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos, p. 61.
- [35] Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, p. 1160.
- [36] Artigo 2º, inciso I, da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

[37] Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. In: *Hiléia, Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, n. 1, ago-dez, 2003.

MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE – UM BREVE DEBATE SOBRE O SABER AMBIENTAL E A GESTÃO AMBIENTAL*

ENVIRONMENTAL AND SUSTENTABILITY - A BRIEF DISCUSSION ON THE ENVIRONMENTAL AND ENVIRONMENTAL MANAGEMENT KNOW

**Marta Tonin
Tais Martins**

RESUMO

O trabalho aqui apresentado transita entre existência e a efetividade do direito ambiental. A proteção no que concerne ao ambiente empresarial aponta para um caminho da educação ambiental e para o equilíbrio da cidadania. A observação do indivíduo e dos seus direitos fundamentais tangencia a proteção ambiental no vértice pessoal e profissional que ultrapassa a proteção ao consumidor. Para além do consumo, o que se vislumbra é uma proteção ao cidadão. O desenvolvimento humano deverá ser debatido no ambiente corporativo no que diz respeito a sua aplicabilidade, é preciso modificar os paradigmas para que a sociedade e a empresa não estejam restritas a uma sociedade de risco. Modernamente, a empresa não pode mais ser vista apenas como um empreendimento voltado ao lucro do empresário ou do acionista, mas, sim, dotada de uma função social relevante como elemento de geração e circulação de riquezas e de criação de empregos, além de promover o desenvolvimento social e econômico da região onde opera.

PALAVRAS-CHAVES: EMPRESA; MEIO AMBIENTE; SUSTENTABILIDADE; GLOBALIZAÇÃO; SOCIEDADE DE RISCO.

ABSTRACT

The bias of this work remains between the existence and the effectiveness of an environmental law. The protection for what concern the business environment points towards a way of environmental education and balance of citizenship. The observation of the individual and their fundamental rights refers to the environmental protection in the personal and professional vertex that surpasses the consumer protection. Beyond the consumption, what can be observed is a protection to the citizen. The human development should be discussed in the business environment in what concerns its applicability, paradigms must be changed so the society and the company won't be restricted to a risk society. Modernly, the company cannot be seen only as an enterprise, that aims only at the profit of the businessman or stockholder, but should instead, be

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

seen as something which has a relevant social function, as an element of generation and circulation of goods and of job creation, besides promoting social and economic development of the region where it runs.

KEYWORDS: COMPANY; ENVIRONMENTAL; SUSTAINABILITY; GLOBALIZATION; RISK SOCIETY.

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que evolui permanentemente e seu compromisso está calcado nos parâmetros da realidade jurídica em uma aplicação que consegue trazer a efetividade dos discursos de proteção ambiental para uma tela diametralmente ligada à aplicação dos princípios constitucionais. O constante confronto entre os princípios apresenta uma necessidade ainda maior de produzir uma proteção ambiental eficiente diante dos impactos econômicos e da poluição ambiental, cada vez mais notáveis.

A cidadania e a dignidade humana teceram um fino substrato da valorização humana em detrimento do patrimônio e esta diretriz teórica do direito civil apresenta-se como uma máxima tangenciadora que se estende à proteção ambiental, eis que o meio ambiente é permeado por outros direitos como os de personalidade, propriedade, saúde e antrópico.[1]

A empresa se constitui em um elo de ligação no binômio necessidade/ possibilidade, pois transita entre o econômico e o ambiental, exigindo do gestor um esforço hercúleo para manter a coerência da proteção ambiental frente à dilapidação do patrimônio ambiental. A complexidade e a diversidade guiam o estudo do meio ambiente. O processo de construção da dignidade humana avança para o campo da sustentabilidade uma vez que, mais do que objeto de estudo, a questão ambiental tem ingerência direta na vida humana. A abordagem crítica e valorativa é indispensável para criar um plano bidimensional simplificado com um elo de ligação entre a dimensão social e a dimensão ambiental.

As questões abordadas trazem em seu bojo uma contribuição para o complexo e contraditório universo da gestão empresarial, eis que os riscos ambientais e a responsabilidade socioambiental caminham paralelamente com as inovações tecnológicas. O papel da liberdade e da fecundidade econômica deve ser contextualizado, visto que o reducionismo impulsiona debates irresolúveis e permeados pelo pessimismo. Economia e meio ambiente não são antônimos. As relações estabelecidas entre eles não se restringem ao consumismo. Apesar de contraditório, o universo da gestão empresarial moderna deve estar voltado para um estágio superior de responsabilidade socioambiental no qual inovações tecnológicas e riscos socioambientais caminham paralelamente. A alimentação e a energia traçam o paradoxo com as novas tecnologias, os riscos ambientais globais carecem de um planejamento adequado e com soluções racionais. O uso do meio ambiente pela empresa transita entre a utilização e a exploração e o revés de tecnologia e meio ambiente e do homem e meio ambiente abarca novas variáveis culturais, sociais e institucionais. O desgaste da

natureza e o avanço da industrialização não ameaçam somente a fauna e a flora. O paradoxo no bem-estar advindo da natureza, agora, recai sobre um comprometimento do futuro comum do próprio homem e, conseqüentemente, da natureza.

O “*mise en scène*” da proteção ambiental encontra o parâmetro recalcitrante da eficiência econômica ante as gestões descomprometidas com a conservação ambiental e aí encontra fôlego o debate que ora se inicia.

1. SABER AMBIENTAL E GESTÃO AMBIENTAL

As questões referentes ao meio ambiente estão relacionadas com o risco e são resultado da expansão da ciência e da tecnologia. O ordenamento jurídico, em muitos casos, não baliza todos os possíveis regramentos e punições na esfera prática. A mutabilidade valorativa e a profusão das vontades impossibilita que o direito seja sempre atual. O estudo do meio ambiente e sua gestão constituem um imenso desafio ao setor jurídico.

A empresa preparada para um saber ambiental competente é aquela que destaca fatores como a construção de um modelo de gestão que privilegia uma relação com a sociedade baseada na circulação de informações, na co-responsabilidade e no controle social das ações do governo e das corporações.

Para Leff, o saber ambiental precisa passar por uma reflexão:

O saber ambiental é uma reflexão sobre a densidade histórica do pensamento ecológico e as teorias de sistemas que desde a vontade de totalidade forjam um mundo tendente à globalização e generalização de suas leis unitárias, com seus impactos na natureza e na sociedade. Ante o predomínio da racionalidade instrumental da ciência moderna sobre o caráter revolucionário do racionalismo crítico, o ecologismo aparece como um pensamento emancipador, capaz de restaurar e inclusive transcender o estado libertador das ciências e filosofias tradicionais [2].

O saber ambiental constrói-se além da racionalidade econômica onde a natureza converte-se num meio de produção utilizado pelas corporações para satisfazer as necessidades humanas e desenvolver as economias. O desenvolvimento social e regional depende dessas medidas e a gestão ambiental recebe um destaque ainda mais notório no que concerne as dados objetivos e subjetivos da eficiência administrativa[3].

O investimento é fundamental para que os países em desenvolvimento tenham condições de atingir o crescimento econômico necessário a uma melhora do bem estar de suas populações e ao atendimento de suas necessidades básicas de maneira sustentável, sem deteriorar ou prejudicar a base de recursos que escora o desenvolvimento.

Para Boaventura Sousa Santos:

[...] A ecologia dos saberes centra-se nas relações entre saberes, nas hierarquias e poderes que se geram entre eles. O objectivo de criar relações horizontais entre saberes não é incompatível com a existência de hierarquias concretas e fixas no contexto de práticas de saber concretas. Aliás, nenhuma prática concreta seria possível sem tais hierarquias. O que a ecologia de saberes combate são as hierarquias e poderes universais e abstractos, naturalizados pela história e por epistemologias reducionistas. Ao contrário das epistemologias modernas, a ecologia de saberes não só admite a exigência de muitas formas de conhecimento, como parte da dignidade e validade epistemológica de todos eles e propõe que as desigualdades e hierarquias entre eles resultem dos resultados que se pretendem atingir com uma dada prática de saber [...] A objectividade que se preside ao momento cognitivo não colide com a não neutralidade que preside ao momento ético-político[4].

O “saber” e o “ignorar” dividem o mesmo espaço social. O que parece inintelectível é a aceitação de uma realidade ambiental imutável. As pesquisas ambientais apontam para a degradação e depreciação do bem ambiental e a iminência do agravamento das condições de risco para todos os seres vivos. A desconsideração das informações qualificadas sobre a depreciação do bem ambiental é conflituosa quanto ao proveito do momento cognitivo. Neste sentido sem a prática de saberes disponíveis em benefício da vida na Terra o futuro comum poderá ter um comprometimento irreversível.

A égide dessa afirmação promove uma interrelação entre o saber e o compreender os fenômenos de emergência e necessidade humana. Os conhecimentos múltiplos derivam de informações políticas, éticas, cognitivas e sociais. A reunião dessas ciências se presta ao papel da precaução através da diversidade de conhecimentos[5].

O desenvolvimento sustentável exige um reforço dos investimentos e isso exige recursos financeiros de ordem nacional e internacional no que diz respeito ao futuro humanitário comum como indica a globalização.

A mobilização de recursos internos e a alocação e utilização eficazes dos recursos mobilizados tornam-se importantes no fomento ao desenvolvimento sustentável e ao desenvolvimento humano regional.

O atual contexto de ameaça ao planeta coloca em xeque o saber adquirido e o saber aproveitado, pois a ignorância não é um imperativo categórico dos administradores.

Leff indica que o saber leva à emergência:

A emergência do saber ambiental questiona as bases éticas e epistemológicas da racionalidade científica e econômica que fundam e mantêm o projeto da modernidade que desembocou na crise ecológica. Mas o que poderia a psicanálise trazer a esta iniciativa? A pulsão epistemofílica reata a aventura do conhecimento a partir da

perspectiva aberta pelo saber ambiental, como aquela falta de conhecimento que impulsiona um processo interminável de produção de conhecimento [6].

A degradação e depreciação do bem ambiental trazem em seu bojo uma perspectiva de busca da verdade frente ao conhecimento real.

A condição de risco não é percebida ou entendida pela coletividade. Esse paradoxo arrebanha para a empresa uma tarefa famigerada no que concerne à estrutura, difusão e ao planejamento do conhecimento nos setores produtivos e criativos da corporação.

O chocante desperdício ambiental traz consigo a afetação do mandamento constitucional. Ressalta-se aqui que, muito mais do que o aspecto regulatório, é preciso redimensionar o comportamento ético, para que os princípios constitucionais possam capitanear o ideal de civilização e de solidarização humana promover a difusão e a compreensão da verdade.

Leff é pontual em sua afirmação sobre verdade:

Em sua crítica ao projeto epistemológico positivista que busca a verdade como adequação entre o conceito de realidade, a hermenêutica abre uma multiplicidade de sentidos na interpretação do real. Não é o abandono da verdade, mas um deslocamento de seu sentido: da verdade como adequação do conceito real preexistente, se abre a construção do mundo mobilizado pela verdade como causa (Lacan), do desejo que abre o ser para o infinito, o inédito, o que ainda não é. De uma verdade que será forjada na pulsão por ser dita e feita, na necessidade de dizer o indizível, que transitará pelo pensamento, o saber e a ação, e à qual sempre faltará a palavra para dizer sua verdade final, definitiva e total. O sentido verdadeiro do mundo se constrói discursivamente sobre interesses sociais diferenciados. No entanto, essa erradicação de verdades não é uma dispersão de certezas subjetivas, de saberes pessoais [7].

Patrick Ayala traz à tona uma análise capaz de conjugar o saber ambiental e a sua interferência na gestão ambiental:

O direito ambiental congrega um mosaico de vários ramos do direito e é uma área jurídica que penetra horizontalmente vários ramos de disciplinas tradicionais. Atento à conceituação de meio ambiente, em sua concepção antropocêntrica, alargada, pode-se constatar que, no que diz respeito à natureza jurídica, o bem ambiental tem sua maior intensidade na proteção de um direito difuso e qualificado: a qualidade de vida. [...] Nos termos dos ditames constitucionais, a preservação ambiental necessária tendo-se em vista as gerações presentes e futuras. Trata-se de uma integridade intergeracional e

completamente diferenciada da regra tradicional do direito, pois protegem-se os *seres vivos futuros* (humanos ou não) e alcança-se a proteção de um direito bio-difuso de caráter futuro. [...] Tem-se assim, um modelo ético que, especialmente relacionado a proteção do ambiente e da natureza, revela a emergência de dois importantes valores: o respeito/ solidariedade e a dignidade[8].

A tendência à globalização do espaço econômico e do espaço político é acompanhada por outras tendências observadas através da desregulamentação dos mercados e, conseqüentemente, na descentralização administrativa e nas gestões holísticas.

É necessário estabelecer uma ética ecológica, à luz das condições específicas de cada país, por meio de políticas econômicas e sociais saudáveis, capazes de fomentar a atividade empresarial.

As reformas das políticas econômicas têm o dever de promover um planejamento social eficiente, que otimize a utilização eficiente dos recursos para o desenvolvimento sustentável, convergindo para a eliminação das distorções sociais que propiciam uma avassaladora contaminação e deterioração dos bens ambientais. Esse aparente paradoxo se explica porque existe uma associação entre as determinantes econômicas e os sistemas centralizados, de um lado, e uma associação entre as determinantes políticas e ideológicas e os sistemas descentralizados, de outro.

Para Cristiane Derani, é preciso repensar as práticas sociais e econômicas por meio do tangenciamento estatal:

Não se pode exigir que o mercado tenha uma visão social, pois a sua visão é preponderantemente de vantagem individual própria (lucro). Sem este *anima* não há mercado. Porém, não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardem e promovam uma atitude social. E o direito econômico deve, como uma norma social, que é a norma jurídica, garantir tais interesses. A natureza pública das suas normas e os poderes privados a que se dirigem forma os dois pólos do direito econômico [9].

Destarte, um modelo criativo se concentra na profusão de oportunidades para empresas de pequeno porte, tanto agrícolas como de outros tipos. O desenvolvimento das comunidades locais é uma conquista relevante para o desenvolvimento sustentável.

No que concerne às Atividades de Gerenciamento, a Agenda 21 traz o seguinte reforço:

Mais especificamente, todos os países devem desenvolver políticas que aumentem a eficiência na alocação de recursos e aproveitem plenamente as oportunidades oferecidas pelas mudanças no ambiente econômico mundial. Em especial, sempre que adequado e levando em conta as estratégias e objetivos nacionais, os países devem: a) Eliminar as barreiras ao progresso decorrentes de ineficiências burocráticas, os freios

administrativos, os controles desnecessários e o descuido das condições de mercado; b) Promover a transparência na administração e na tomada de decisões; c) Estimular o setor privado e fomentar a atividade empresarial eliminando os obstáculos institucionais à criação de empresas e à entrada no mercado. O objetivo essencial seria simplificar ou eliminar as restrições, regulamentações e formalidades que tornam mais complicado, oneroso e lento criar empresas e colocá-las em funcionamento em vários países em desenvolvimento; d) Promover e apoiar os investimentos e a infra-estrutura necessários ao crescimento econômico e à diversificação sustentáveis sobre uma base ambientalmente saudável e sustentável; e) Abrir espaço para a atuação de instrumentos econômicos adequados, inclusive mecanismos de mercado, em conformidade com os objetivos do desenvolvimento sustentável e da satisfação das necessidades básicas; f) Promover o funcionamento de sistemas fiscais e setores financeiros eficazes; g) Criar oportunidades para que as empresas de pequeno porte, tanto agrícolas como de outros tipos, bem como as populações indígenas e as comunidades locais, possam contribuir plenamente para a conquista do desenvolvimento sustentável; h) Eliminar as atitudes contrárias às exportações e favoráveis à substituição ineficiente de importações e estabelecer políticas que permitam um pleno aproveitamento dos fluxos de investimento externo, no quadro dos objetivos nacionais sociais, econômicos e do desenvolvimento; i) Promover a criação de um ambiente econômico interno favorável a um equilíbrio ótimo entre a produção para o mercado interno e a produção para a exportação.

O modelo racional de justificação das soluções públicas e privadas não pode descartar os riscos. O que vem ocorrendo é uma convergência de tendências que apontam, simultaneamente, para a ampliação dos processos de integração econômica e globalização da economia e, conseqüentemente, para o fortalecimento de iniciativas sociais e de políticas públicas que confluem para uma descentralização de medidas que convergem para o fim comum do funcionamento de uma eco-socio-economia.

2. DESAFIOS DO PROCESSO SOCIOAMBIENTAL

O desafio do processo socioambiental transita no paralelo entre o lucro e a manutenção da natureza. Os custos do processo produtivo aumentam na medida da administração incompetente, particular ou estatal. Os ganhos ambientais do desenvolvimento perdem terreno para a aceleração da economia com fulcro nos custos. É preciso esclarecer que a administração empresarial não é comandada exclusivamente por parâmetros de exigibilidade direta da assunção das responsabilidades sociais.

Para Francisco Cardozo Oliveira:

As políticas econômicas desenvolvidas pelo Estado, para além de viabilizarem a atividade empresarial, buscam combater os efeitos sociais nocivos do processo de expansão e de acumulação de capital, entre eles o do aumento do desemprego e da

pobreza, e do esgotamento de recursos naturais, quase sempre mediante inversão de recursos públicos em infra-estrutura, necessária para a renovação do processo de produção de riqueza[10].

O objetivo da atuação direta sobre os preços *versus* os parâmetros ambientais ganha contorno na internalização dos custos ecológicos e nos custos que os agentes econômicos coadunam entre a perspectiva de investimento e lucratividade imediata, garantindo um desenvolvimento econômico sem recair nas possíveis restrições constitucionais. O crescimento econômico não é irrestrito e, por fim, derradeiro. O tópico que segue trata dos novos paradigmas diante da sustentabilidade, convergindo para a responsabilidade social da empresa.

Para Maria da Glória Garcia:

A sustentabilidade ambiental envolve a interrogação sobre a conexão entre o desenvolvimento econômico e conseqüentes custos marginais, nunca integralmente absorvidos pela geração que consome os produtos que lhes dão origem, e a preservação da qualidade ambiental, aferida pelos ciclos de vida que sustenta e pelos recursos de que a Terra dispõe nomeadamente energéticos. A sustentabilidade ambiental reside aqui, na resposta que se der a essa indagação. É uma questão aberta, que se renova com o acréscimo de conhecimentos sobre o comportamento ambiental e se renova, ainda, com o esgotamento e escassez dos bens que o compõe, nomeadamente a perda da biodiversidade[11].

E conclui, mencionando a perspectiva mercadológica:

E se de um lado, a tendência para a resolução da questão nos encaminha para uma gestão dos bens ambientais escassos e já degradados, economicamente mais eficiente, particularmente os não renováveis e mais próximos do esgotamento, de outro a mesma tendência encaminha-nos para procura de sucedâneos dos bens escassos, desde logo os que ao novo estágio de evolução dos conhecimentos que compreenda os novos recursos utilizados como escassos, induzindo uma poluição inaceitável ou externalidades negativas insusceptíveis de integrarem um qualquer mercado.

Para Enrique Leff, o futuro comum pode conjugar a idéia de eco-comunidades. Partindo de uma nova racionalidade ambiental:

A partir da hermenêutica do ser, a complexidade ambiental questiona a busca da verdade como a identidade entre o saber holístico com a realidade total. A vontade que anima o ideal de unidade e totalidade do conhecimento encantou e acorrentou os seres humanos a um mundo homogêneo e instrumental, reprimindo a produtividade do heterogêneo, o sentido da diferença, a vitalidade do conhecimento, a diversidade da cultura e a fecundidade do desejo. [...] Se a sociedade deve organizar-se internalizando as condições ecológicas de sustentabilidade como um sistema de eco-comunidades descentralizadas, haverá que pensar criticamente a transição para uma nova ordem social. Enquanto a política do consenso trata de concertar os interesses de diferentes atores sociais e orientá-los para um “futuro comum” dentro da ordem econômica insustentável dominante, a análise do discurso e das lutas ambientalistas revela a oposição de forças e interesses na apropriação social da natureza[12].

A manutenção dos bens, as garantias proprietárias receberam, após 1988, com o advento da Constituição Federal, uma nova roupagem. A norma jurídica apresenta uma evolução permanente e o compromisso do direito está calcado nos parâmetros da realidade jurídica. O que foi dito acima desafia a interdisciplinariedade e a efetividade da proteção constitucional. O elenco de direitos e deveres não constitui uma onipresença do direito, ou seja, para além da disposição normativa é preciso propiciar um processo de educação coletiva que possa transformar os saberes complexos das normas em saberes compreensíveis para a comunidade[13]. A inquietude propiciada pela modernidade indica que as soluções para o deslinde da questão ambiental possui uma perspectiva disciplinar e setorial. E a fragmentação dos conhecimentos não se constitui na saída efetiva para os problemas ecológicos já existentes.

Na perspectiva lançada por Zygmunt Bauman:

Se o consumo é a medida de uma vida bem-sucedida, da felicidade e mesmo da decência humana, então foi retirada a tampa dos desejos humanos; nenhuma quantidade de aquisições e sensações emocionantes tem qualquer probabilidade de trazer satisfação da medida como ‘manter-se ao nível dos padrões’ outrora prometeu: não há padrões a cujo o nível de se manter – a linha de chegada avança junto com o corredor, e as metas permanecem continuamente distantes, enquanto se tenta alcançá-las. Muito adiante, recordes continuam a ser quebrados. Deslumbradas e desconcertadas, as pessoas ficam sabendo que, nas companhias recém – privatizadas, e assim ‘liberadas’, de que se lembram como instituições públicas que eram austeras e conseqüentemente famintas de dinheiro, os atuais diretores recebem salários calculados em milhões, enquanto os que perdem os cargos de diretores são indenizados, mas uma vez em milhões de libras, por seu trabalho desleixado e malfeito. De todos os lugares, por intermédio de todos os meios de comunicação, a mensagem surge forte e clara: não existem modelos, exceto os de *apodera-se de mais*, e não existem normas, exceto o imperativo de “saber aproveitar bem as cartas de que dispõe[14].

Uma das justificativas para o alto grau de insatisfação da sociedade atual parte da constatação de que os moldes tradicionais utilizados para a busca de soluções, quer se situem o campo de observação na ciência, na educação, no direito ou na política, não mais se mostram completos para garantir a satisfação das necessidades sociais.

A inquietude desta época, porém, não deve ser confundida com imobilidade, como ensina Boaventura de Sousa Santos:

Vivemos, pois, numa sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática. Esta condição e os desafios que ela nos coloca fazem apelo a uma racionalidade activa, tolerante, porque desinstalada de certezas paradigmáticas, inquieta, porque movida pelo desassossego que deve, ela própria, potenciar[15].

Os indivíduos conjugados em sociedade recebem a nota da convivência futura com a escassez. Essa máxima provoca uma descrença, um descontentamento na medida da ‘ignorância coletiva’ sobre a realidade planetária. Faz-se *mister* uma comparação crítica entre os aqueles sujeitos sociais detentores da informação e os despossuídos de conhecimento para a imensa maioria de pessoas a complexidade de saberes ambientais não faz sentido e tampouco merece atenção diante da sua ‘crença’ na inesgotabilidade dos bens ambientais.

3. SUSTENTABILIDADE E OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO EMPRESARIAL – RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Incumbe-se ao Estado proteger e conservar o meio ambiente, resguardando a aplicação eficaz desse direito e o racional aproveitamento dos recursos naturais, observando a capacidade de regeneração e estabilidade ecológica, apoiando-se na solidariedade coletiva. Nesse sentido, o planejamento, os projetos e a gestão estatal devem propiciar o manejo do meio ambiente e o desenvolvimento humano por meio da gestão de risco.

A comercialização, a mercantilização, o uso das tecnologias salvaguardam ou comprometem a qualidade de vida, pois a diferença tênue tem cerne na quantidade que diferencia veneno de remédio.

A regulação jurídica não é suficiente. A criação de projetos e iniciativas privadas indicam um desenvolvimento sustentável efetivo e consciente. Parafrazeando Derani não há empresa que não vise o lucro, pois esse é o fim econômico de sua existência, mas as atitudes de conservação, leia-se, não as preservacionistas extremas, garantem uma boa economia, uma economia social que aos poucos conquistam mercados e proliferam a sua marca nos mercados interno e externo através de medidas sustentável

econômica e ecologicamente. Os selos verdes são um exemplo de investimento ambiental positivo.

Para Demajorovic:

Um dos grandes desafios para grande parte dos setores industriais é mostrar que as empresas estão efetivamente no seu dia-a-dia, diminuindo seus impactos ambientais e sociais. Não se trata de uma tarefa simples, pois persiste na sociedade, em países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma grande confiança quanto as informações divulgadas por empresas, especialmente em campos complexos como o social e o ambiental. Diversas organizações empresariais, não governamentais, públicas e acadêmicas têm se dedicado a aprimorar um quadro de indicadores que permitam avaliar melhor o desempenho das organizações no campo socioambiental e ao mesmo tempo respaldar (ou não) o discursos das empresas sobre esse tema. [...] Performance social corporativa é um conceito multifacetado que sofre a influência de uma série de variáveis organizacionais, entre as quais destacam-se a performance financeira, a performance ambiental, os impactos sociais e as políticas e programas sociais[16].

Os indicadores apresentam várias ordens, entre elas os trabalhos acadêmicos, que têm contribuído para o desenvolvimento das pesquisas e criação de novos indicadores de desgaste ambiental. Os estudos governamentais, as ISO's e os selos ambientais contribuem para as análises de produção, que não se restringem ao vislumbamento de produtividade ou da quantificação do PIB. Outros índices como o aquecimento, a emissão de CO₂ e o uso exacerbado de energia constituem um destaque de problemas que precisam ser resolvidos, visto que o seu elenco já é há muito conhecido.

Os impactos ambientais e as escalas das cadeias produtivas devem ser confrontados, sejam positivos ou negativos. As soluções nascem da iniciativa pública ou privada e até mesmo da criação de indicadores mais eficientes, quiçá, com poderes de punição quando há descumprimento de suas diretrizes.

A universalização da economia aumenta a probabilidade dos riscos e a afetação da ecologia. A instabilidade precisa ser equacionada e a matiz resolutiva desse problema encontra respaldo na união entre os gestores públicos e privados na coerência administrativa para a resolução de celeumas comuns aos setores e comprometedores do equilíbrio social, garantindo a sustentabilidade para além dos discursos românticos e utópicos.

O elencar de um problema acarreta o levantamento de possíveis soluções. Nesse sentido, torna-se necessária uma breve análise dos indicadores de desempenho socioambiental.

A colaboração dos agentes sociais indica a positividade dos projetos corporativos. Os projetos empresariais levam em conta um desenvolvimento coletivo, seja ele direto ou indireto, e nesse aspecto a dignidade humana ganha o seu reforço no desempenho socioambiental e no destaque dos impactos ambientais que a afetam. Há

que se considerar, ainda, que o desenvolvimento humano tem seu lastro no entendimento do bem comum e do direito socioambiental: em síntese, essa abordagem dos direitos humanos e do meio ambiente tem escopo na reflexão ética. Acesso e oportunidade são palavras desafiadoras para o direito e, diante da globalização, há poucas garantias de equilíbrio permanente e imutável das relações. A estabilidade social exige esforços no sentido da igualdade, os desafios da economia apresentam um panorama que desafia a racionalidade ética. Os riscos presentes em alguns setores podem sofrer minimização, nem sempre exclusão.

Os recursos tecnológicos, na mesma medida em que propiciam uma inclusão do indivíduo, dada a restrição de seus conhecimentos e de sua formação cultural, ainda ficam alheios aos acontecimentos sociais, mesmo entendendo-se globalizados. A ilusão da participação não é efetiva para todos os indivíduos da sociedade. Quando se desloca essa discussão para uma sociedade do conhecimento, altera-se o aspecto técnico para o ético. O acesso indiscriminado à informação não traz em seu bojo a capacidade para filtragem.

O desafio essencial da complexidade ambiental a ser vencido foi indicado por Demajorovic:

A necessidade de uma crescente internalização da questão ambiental, um saber ainda em construção, demanda um esforço de fortalecer visões integradoras que, centradas no desenvolvimento, estimulem uma reflexão em torno da diversidade e da construção de sentidos em torno das relações indivíduo-natureza, dos riscos ambientais globais e locais e das relações ambiente-desenvolvimento[17].

A globalização propiciou uma abertura de mercado incomensurável. As vontades surgem dissociadas das necessidades. As empresas de pequeno, médio e grande porte apresentam um compromisso cada vez mais notório de desenvolvimento calcados em uma estratégia de decisões éticas. A criação de ouvidorias, prêmios de qualidade, regulamentos que levam em conta o cumprimento das perspectivas tracejada na missão, visão e valores apontam para um sucesso organizacional que dimensiona os ganhos empresariais para além da quantificação e maximização de lucros. Essas medidas apontam para uma missão social articulada com a comunidade na qual a empresa está inserida e na sociedade local e global que partilha de suas relações pecuniárias e sociais de maneira direta e indireta[18].

Demajorovic aborda a ética empresarial através da análise de negócios:

[...] A missão, os valores, os princípios e as políticas são os alicerces da responsabilidade social, entretanto, a formalização da incorporação da RSE na missão, nos princípios e códigos de conduta não significa que ela faça parte da cultura organizacional, não é suficiente para criar um clima moral desejado. Os códigos de conduta não se mostram totalmente eficientes, uma vez que em muitos casos as regras não são facilmente compreensíveis, verificáveis por outros e em muitos casos aplicáveis. É mais fácil ter o consenso sobre os princípios e políticas do que sobre as

práticas, a gestão da responsabilidade social é um processo constante de monitoramento do ambiente e das relações com os agentes envolvidos nas operações das empresas, e não uma missão fixa em relação a grupos específicos com uma determinada prioridade que permanece estática[19].

Nesse sentido o comprometimento ético e pessoal propicia uma viragem paradigmática de análise entre o passado e o futuro. As ferramentas de análise são incontáveis, mas o processo histórico-sociológico assegura que a gestão de responsabilidade social que não é estática, pois dinâmica é a sociedade e as necessidades humanas mutáveis ao sabor das ofertas mercadológicas influenciadas pela globalização.

A relação entre passado e futuro leva a análise de Hannah Arendt:

[...] A primeira coisa a ser observada é que não apenas o futuro – ‘a onda do futuro’ – , mas também o passado é visto como uma força, e não como em praticamente todas as nossas metáforas, como um fardo com que o homem tem que arcar e de cujo peso morto os vivos podem ou mesmo devem se desfazer em sua marcha para o futuro. Nas palavras de Faulkner: ‘o passado nunca está morto, ele nem mesmo é passado’. Do ponto de vista do homem, que vive sempre no intervalo entre o passado e o futuro, o tempo não é um contínuo, um fluxo de ininterrupta sucessão; é partido ao meio, no ponto onde ‘ele’ está, e a disposição ‘dele’ não é o presente, na sua acepção usual, mas antes, uma lacuna no tempo, cuja existência é conservada graças a ‘sua’ luta constante, à ‘sua’ tomada de posição contra o passado e o futuro[20].

A empresa adquiriu um novo destino. O risco que permeia as atividades corporativas e a necessidade da conservação em todos os seus meandros exige técnicos cada vez mais especializados no diálogo intersticial entre a informação e a prática.

Na lição de Hannah Arendt o destino humano demanda uma ação que determinará a existência de futuro, e a permanência da vida nesse futuro. A atividade empresarial está imbricada com a manutenção social. A concretização econômica é partícipe das capacidades funcionais ecológicas[21].

A defesa do meio ambiente equilibrado no indica Cristiane Derani e Francisco Cardozo Oliveira se perfaz na garantia da função do princípio da defesa do meio ambiente e na responsabilidade do administrador no seu compromisso ético e social.

Segundo Cristiane Derani:

A realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe a obediência ao princípio da defesa do meio ambiente nas atividades econômicas. Sendo um direito fundamental a ser construído na atividade social, somente a atividade social –

por conseguinte a atividade econômica – que contemple o princípio da defesa do meio ambiente poderá concretizá-lo. Assim, será conforme o direito aquela atividade que no seu desenvolvimento orienta-se na defesa do meio ambiente e, deste modo, contribui na concretização do direito fundamental social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[22].

Indicativa complementada por Francisco Cardozo Oliveira:

O administrador empresarial precisa considerar seriamente os aspectos da responsabilidade social da empresa, que não se reduzem a meras intervenções sociais pontuais, de cunho publicitário, mas que devem ter compromisso definido ao longo do tempo com a redução de desigualdades e com a inclusão de pessoas na vida social digna. Trata-se, assim de um modelo administrativo empresarial voltado a qualidade de produtos que opera restritivamente no âmbito da empresa. [...] Existe, portanto, um compromisso ético-social da empresa com a comunidade que precisa ser mensurado pela contabilidade e traduzido nas taxas de lucros esperados pelos investidores. Este compromisso ético-social na linha dos interesses não-proprietários envolve, diretamente, consumidores e trabalhadores e, de forma mais ampla, os membros da comunidade em geral [23].

A empresa moderna compõe uma diretriz inquestionável calcada na dignidade humana. A crise ambiental e o discurso da sustentabilidade lança um olhar sobre a economia ecológica.

A tendência à globalização do espaço econômico e do espaço político é acompanhada por outras tendências observadas através da desregulamentação dos mercados e, conseqüentemente, na descentralização administrativa e nas gestões holísticas.

É necessário estabelecer uma ética ecológica, à luz das condições específicas de cada país, por meio de políticas econômicas e sociais saudáveis, capazes de fomentar a atividade empresarial.

As reformas das políticas econômicas têm o dever de promover um planejamento social eficiente, que otimize a utilização eficiente dos recursos para o desenvolvimento sustentável, convergindo para a eliminação das distorções sociais que propiciam uma avassaladora contaminação e deterioração dos bens ambientais. Esse aparente paradoxo se explica porque existe uma associação entre as determinantes econômicas e os sistemas centralizados, de um lado, e uma associação entre as determinantes políticas e ideológicas e os sistemas descentralizados, de outro.

Para Enrique Leff, essas mudanças devem gerar uma nova ética, ou seja, uma racionalidade ambiental:

Desse modo, a racionalidade ambiental se funda numa nova ética que se manifesta em comportamentos humanos em harmonia com a natureza; em princípios de uma vida democrática e em valores culturais que dão sentido à existência humana. Estes se traduzem num conjunto de práticas sociais que transformam as estruturas do poder associadas à ordem econômica estabelecida, mobilizando um potencial ambiental para a construção de uma racionalidade social alternativa[24].

A responsabilidade social possui o contorno de várias idéias que podem ter como escopo a ética, a sustentabilidade as contribuições sociais voluntárias, enfim uma gama de definições que carece de consenso[25]. Esse dilema não foi e não será rapidamente solucionado, uma vez que a consciência ambiental não é coletiva e não é imposta de cidadão para indivíduo.

Para Toshio Mukai, é preciso individualizar três aspectos relevantes para o meio ambiente no que concerne ao plano jurídico:

O ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos – equilíbrio ecológico, que retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular a saúde e ao bem-estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e dos direitos respeitante a repressão e a prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano próprio ao homem; o ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função de seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica, isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito à cultura; o ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços, isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito urbanístico respeitantes do território como espaço, no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social[26].

A perspectiva epistemológica do conhecimento não é separatista, no mesmo sentido em que não é dotada de uma utopia incontestada. A empresa tem o fito da lucratividade, mas a destruição do meio ambiente leva à sua extinção ou à sua exclusão do mercado consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vértice de incidência do artigo não obtém destaque na análise legislativa, mas sim sociológica e administrativa do meio ambiente bem como das introspecções em torno da temática sobre crescimento e desenvolvimento através de uma gestão empresarial competente e dinâmica. A interdisciplinariedade do tema jurídico-administrativo se apresentam indissociáveis no que concerne a manutenção ambiental. Os meios de gestão e a aplicação legislativa não podem e não devem estar divorciadas de uma proposição prática da proteção ambiental.

A proposição ganhou contorno em uma divisão tripartite: 1. Saber ambiental e gestão ambiental; 2. Desafios do processo socioambiental; 3. Sustentabilidade e os novos paradigmas do direito empresarial – responsabilidade social da empresa na promoção da cidadania. No desvendar das temáticas elencadas foi proposto o debate contínuo sobre o que vem a ser a responsabilidade social, e qual o seu impacto no meio ambiente e na construção da cidadania. A tarefa empresarial é complexa. A incidência fiscalizadora do Estado e a interferência da comunidade das cercanias apontam para uma preocupação multidisciplinar que atenta para uma proteção ambiental que vai além dos parâmetros constitucionais, com a tônica primicial no desenvolvimento eco-socioeconômico-cultural, que tem como ponto de partida o meio local, mas um foco futurista no cerne global.

A empresa contemporânea deverá participar do novo tangenciamento protetivo e coibir os excessos da atividade econômica. Além disso, e acima de tudo, é preciso abordar, ainda que de passagem, a ênfase dada pelos dispositivos legais que se restringem a uma simples questão de reparação do dano, sem apresentar uma atuação preventiva, na expectativa de balizar os direitos e garantias inerentes ao meio ambiente e aos direitos da personalidade, como forma de assegurar-se a sua inclusão no conceito de cidadania. O meio ambiente sadio e equilibrado depende da responsabilidade social para que seja possível assegurar a dignidade humana. As ações comunitárias também colaboram com a preservação ambiental.

A empresa por sua vez ao educar o trabalhador propicia a ele e a sociedade na qual ele está inserido um efetivo exercício da cidadania. A cidadania se constitui em uma condição essencial para o bem-estar. A longo prazo ela terá interferência direta numa nova cultura que se apresenta como um desafio do Estado no cumprimento da norma constitucional. A cidadania e a dignidade humana não podem ser fragmentadas do conceito de proteção e equilíbrio ambiental. O direito à vida digna é certamente o bem maior a ser protegido pelo ordenamento jurídico. A economia, a natureza, o homem em face de um futuro comum necessitam de uma tutela efetiva para usufruir dos recursos naturais na proporção da redução dos impactos provocados pela exploração desmedida.

A abordagem dissonante entre a exploração e a sustentabilidade longe está de ser superada. O propósito da resolução entre a lógica de capital e a dinâmica dos processos ecossistêmicos não se restringe a medidas indenizatórias e quantitativas. O colapso ecológico é iminente, e a crise ambiental, o sintoma mais próximo no que tange a (in)sustentabilidade dos modelos econômicos, empresariais, exploratórios e educativos. A crise valorativa coloca a empresa em xeque, pois o crescimento econômico não está dissociado da idéia de futuro sustentável.

As formas ecologizadas, as experiências sustentáveis, os valores éticos do ambientalismo, dos ecossistemas, passam por uma revitalização da economia num

processo vagaroso e repleto de paradigmas retrógrados que dependem de uma autogestão produtiva das empresas superando o discurso histórico. É emergencial o transcender da racionalidade econômica dominante para uma ecologia política a partir dos saberes ambientais. A refuncionalização das empresas é indispensável.

A racionalidade econômica precisa respeitar os parâmetros da sustentabilidade no que concerne à degradação dos processos ecológicos, pois esses processos podem confluír para uma falência empresarial. O conjunto de saberes dinamiza o estudo e a proteção ambiental a cada dia. A proteção do ecossistema torna-se uma proteção à vida e à dignidade humana. O desenvolvimento social e industrial trouxe consigo uma plêiade de riscos e, mais do que os enumerar, é preciso controlar e criar soluções para os seus efeitos sob pena de um perecimento humano comum, pois o estudo ambiental converge para a noção de que as comunidade partilham do mesmo destino, para além da globalização.

É preciso combater os defensores de um progresso econômico agressivo, no qual as tragédias e o comprometimento do ambiente são vistos como fatalidades e acidentes de percurso naturais e necessários para o desenvolvimento industrial. Uma gestão descomprometida com as questões ecológicas não viabiliza a manutenção dos bens naturais e privilegia um desenvolvimento econômico predatório. Essa degradação paulatina e sem limites fere os princípios constitucionais e compromete a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARENDT, Hannah. **Entre passado e futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2007.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Senac, 2003.

DEMAJOROVIC, Jacques; VILELA JÚNIOR, Alcir. **Modelos e ferramentas de gestão ambiental**: desafios e perspectivas para as organizações. São Paulo: Senac, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na proteção do meio ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Aventuras da epistemologia ambiental**. Da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. **A complexidade ambiental**. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **Saber ambiental**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006

_____. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2008.

TONIN, Marta Marília. GEVAERD, Jair (coord). **Direito empresarial & cidadania.** Questões Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006.

[1] Antrópico: relativo à ação humana. Cfr. Resolução da CONAMA 12/94, art. 1º.

[2] LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental.** p. 31.

[3] LEFF, Enrique. **Saber ambiental.** p. 66.

[4] SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** p. 201.

[5] SANTOS, Boaventura Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* p. 201.

[6] LEFF, Enrique. *Saber ambiental.* Op cit. p. 189.

[7] LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental.** p. 51.

[8] AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental na sociedade de risco.** p. 62.

[9] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** p. 44-45.

[10] OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Uma nova realidade administrativa empresarial.** p. 116.

[11]. GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do meio ambiente.* p. 130-172.

[12] LEFF, Enrique. **Complexidade ambiental.** p. 32-33.

[13] LEFF, Enrique. **Saber ambiental.** p. 228 e 229.

[14] BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade.** p. 56.

- [15] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** p. 41.
- [16] DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:** perspectivas para a educação corporativa. p 179.
- [17] DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:** perspectivas para a educação corporativa. p. 13.
- [18] BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade Corporativa: a dimensão ética, social e ambiental na gestão das organizações.** In: DEMAJOROVIC, Jacques; JÚNIOR; Alcir Vilela (org). Modelos e ferramentas de Gestão ambiental. p. 30 e 31.
- [19] BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade Corporativa: a dimensão ética, social e ambiental na gestão das organizações.** In: DEMAJOROVIC, Jacques; JÚNIOR; Alcir Vilela (org). Gestão ambiental. p. 30 e 31.
- [20] ARENDT, Hannah. **Entre passado e futuro.** p. 36 e 37. (grifos do orinal).
- [21] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito na proteção do meio ambiente.** p. 61.
- [22] DERANI, Cristiane. **Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica.** In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). Temas de direito ambiental e urbanístico. p. 32. (grifos do autor)
- [23] OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Uma nova realidade administrativa empresarial.** p. 121-122.
- [24] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. p. 42.
- [25] BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade Corporativa:** a dimensão ética, social e ambiental na gestão das organizações. DEMAJOROVIC, Jacques; JÚNIOR, Alcir Vilela. Modelos e ferramentas de gestão ambiental. p. 14.
- [26] MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.** p. 4.

**DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO
E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

**A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA INTERNACIONAL EM
CONFORMIDADE COM SEU CONTEXTO: UMA PROPOSTA PARA A
APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS***

**THE INTERPRETATION OF INTERNATIONAL RULES ACCORDING TO
THEIR CONTEXT: A PROPOSAL FOR THE APPLICATION OF
INTERNATIONAL LAW BY BRAZILIAN COURTS**

**André Lipp Pinto Basto Lupi
Luiz Magno Pinto Bastos Júnior**

RESUMO

O objetivo deste artigo consiste na formulação de uma teoria normativa para interpretação do Direito Internacional pelos tribunais brasileiros. Segundo esta tese, as normas de Direito Internacional, mesmo quando aplicadas por tribunais nacionais, devem ser interpretadas em conformidade com o seu contexto de criação e os desenvolvimentos posteriores neste âmbito. Para tanto, defende-se que o recurso ao contexto consiste em um *topos* argumentativo que deve concorrer, no plano da argumentação jurídica, com outros *topoi* consagrados no Direito nacional. A partir da análise de algumas decisões do STF e do STJ, pretende-se evidenciar algumas razões que militam em favor da adoção da tese formulada e assinalar situações em que sua aplicação foi ou poderia ter sido levada a efeito pelos tribunais superiores.

PALAVRAS-CHAVES: INTERPRETAÇÃO CONFORME O CONTEXTO;
INTERPRETAÇÃO DA NORMA INTERNACIONAL; JURISPRUDÊNCIA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

ABSTRACT

This article formulates a normative theory for the interpretation of International Law by Brazilian Courts. Our main argument is that International Law rules, even when applied by national courts, must take the context of its creation and the successive developments in this domain into consideration. We sustain here that recourse to contextual interpretation is an argumentative "*topos*" that must be weighted against other "*topoi*" that are familiar to Municipal Law. To make a better proof, decisions of the highest Brazilian Courts are analyzed to show how the interpretation defended here could

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

determine the results of those processes and to shed some light on the reasons that endorse its adoption by courts.

KEYWORDS: CONTEXTUAL INTERPRETATION; INTERNATIONAL LAW INTERPRETATION; DECISIONS OF HIGHER COURTS OF JUSTICE.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do Direito Internacional pelas cortes brasileiras tem se intensificado nos últimos anos. A expansão *ratione materiae* das normas de Direito Internacional e o aprofundamento dos compromissos trazidos em tratados recentes provocam a crescente inclusão de temas de Direito Internacional no cotidiano dos tribunais.

Considerando a importância das manifestações judiciais de um Estado para a representação de sua posição oficial relativa aos temas enfrentados, assim como as implicações possíveis decorrentes da também crescente participação brasileira em foros internacionais, justifica-se a rediscussão das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

No Brasil, os debates doutrinários sobre a matéria permaneceram no âmbito dos critérios para solução de antinomias, discutindo-se questões de hierarquia, posterioridade e especialidade, para preferir as normas de um tratado ou as da legislação interna, quando conflitantes. Do ponto de vista teórico, abandonou-se, com maior ou menor hesitação, o debate sobre monismo e dualismo, buscando uma abordagem mais pragmática. Estabeleceu-se, mais pela atividade jurisprudencial do que legislativa, - nunca é demais ressaltar o papel das cortes na definição da posição brasileira na matéria -, que os tratados obedecem no Brasil a uma hierarquia móvel, variável segundo o conteúdo. Assim, tratados sobre direitos humanos podem alcançar o *status* de Emendas Constitucionais (artigo 5º, §3º da CFRB), tratados sobre matéria tributária sobrevivem a legislação contrária posterior (artigo 98 do CTN) e tratados de extradição aplicam-se com primazia sobre a legislação, por conta do princípio da especialidade. Nos demais casos, os tratados estão em posição de igualdade hierárquica com a legislação ordinária interna, aplicando-se a norma mais recente.

Sem desmerecer a investigação mencionada, é preciso avançar na temática, introduzindo outros problemas de interpretação do Direito Internacional, não limitados ao conflito entre normas convencionais e normas internas. Um destes problemas de extrema relevância refere-se à interpretação das normas internacionais pelas cortes brasileiras. A hipótese aqui levantada é a de que inexistente um procedimento argumentativo definido para esta interpretação, o que normalmente implica a desconsideração do contexto de criação daquelas normas.

Neste artigo pretende-se apresentar uma teoria normativa para interpretação do Direito Internacional pelos tribunais brasileiros. Esta teoria foi elaborada a partir de uma análise jurisprudencial que corrobora a hipótese apresentada e aponta suas consequências indesejáveis. *A tese principal aqui sustentada consiste na afirmação de que as normas*

de Direito Internacional, mesmo quando aplicadas por tribunais nacionais, devem ser interpretadas em conformidade com o seu contexto de criação e os desenvolvimentos posteriores neste âmbito.

Para tanto, o artigo inicia com uma breve explicação da forma pela qual esta regra de interpretação é enunciada no Direito Internacional. Em seguida, serão analisadas algumas decisões do STF e do STJ que aplicam normas internacionais. Este exame não se faz para criticá-las em razão dos resultados das decisões, mas para suscitar, a partir de casos concretos, as possibilidades interpretativas que se abririam se a regra de interpretação aqui formulada fosse levada em conta.

Ao final, pretende-se evidenciar algumas razões que militam em favor da adoção da tese formulada no que tange às obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, bem como assinalar situações em que esta preocupação foi exitosamente levada a efeito pelo próprio STF.

Antes de adentrar nas discussões aqui propostas, impõe-se fazer uma ressalva preliminar muito importante: a tese proposta não depende da aceitação do monismo como explicação preferencial das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, justamente porque, como será visto, a questão principal não é a de hierarquização da norma internacional. Não se discute *se* ela deve ser aplicada; quer-se apenas defender que, *quando* os tribunais decidem que uma norma internacional é aplicável, devem interpretá-la em conformidade com seu contexto de criação.

2 A MÁXIMA DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS EM CONFORMIDADE COM SEU CONTEXTO

De origem consuetudinária, as normas sobre tratados foram codificadas pela Comissão de Direito Internacional (CDI), que abordou essa temática praticamente desde a sua instalação, dada sua importância. Depois de quase duas décadas de debates, a Conferência de Viena adotou em 1969 a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), cujo texto compreende normas sobre conclusão, validade, aplicação e extinção de tratados.

No que tange à interpretação dos tratados, a CVDT estabelece, em seus artigos 31 e 32: “Artigo 31. Regra geral de interpretação. 1º Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade. 2º Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, inclusive seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo concernente ao tratado e que foi ajustado entre todas as partes a respeito da conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3º Será levado em conta, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior ajustado entre as partes concernente à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática posterior na aplicação do tratado pela qual fique estabelecido o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) qualquer regra pertinente de Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes. 4º Será atribuído um sentido especial a um termo se fica estabelecido que essa era a intenção

das partes. Artigo 32. Meios suplementares de interpretação. Pode-se recorrer aos meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido quando a interpretação de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) leva a uma consequência que é manifestamente absurda ou desarrazoada.”

Tais dispositivos servem como evidência de que há no Direito Internacional uma regra que é também aplicável no Direito interno, qual seja, a de que uma norma deva ser interpretada de acordo com o seu contexto. Eles também indicam que o contexto de uma norma internacional é o conjunto de normas internacionais e práticas relevantes dos Estados concernentes à matéria por ela tratada (em especial, no artigo 31.2, *caput*, e no artigo 31.3.a e b). Neste conjunto, por força do artigo 31.3.c, incluem-se a jurisprudência e a doutrina internacionais, como fontes auxiliares do Direito Internacional Público, com função de determinação das regras constantes das fontes principais (tratados, costume e princípios gerais de Direito), tudo conforme o artigo 38 do Estatuto da CIJ, apresentado como um dos dispositivos mais citados no Direito Internacional.

Apesar de ainda não ter sido a CVDT ratificada pelo Brasil, suas normas devem ser consideradas aplicáveis no direito interno.

A obrigatoriedade dos artigos concernentes à interpretação deflui do caráter costumeiro das regras ali codificadas, condição reconhecida em diversas manifestações de autoridades brasileiras, bem como por tribunais internacionais. A título de exemplo, pode-se mencionar a própria Mensagem que fez chegar o Projeto submetido ao Poder Legislativo para aprovação da CVDT, na qual o Ministro Celso Lafer refere-se ao documento como “o repositório mais completo e orgânico das normas geralmente consagradas nesta matéria, e ponto de referência natural no tratamento do assunto, *mesmo para os Estados que dela não são partes*”; outra evidência da aceitação destas regras pelo Brasil é a invocação das mesmas em litígios internacionais. A lista de decisões internacionais que aplicam as normas citadas como revelações do costume internacional é infundável, pelo que devem bastar os exemplos do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC), da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e do sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

Apesar da possibilidade de afirmação da obrigatoriedade no direito nacional das regras de interpretação constantes na CVDT, defende-se aqui que, não obstante sua utilidade, este argumento não se afigura *essencial* à sustentação da tese postulada. Ou seja, é possível fundar o dever de interpretar as normas de Direito Internacional em conformidade com o seu contexto de criação e os desenvolvimentos posteriores neste âmbito, com base nas seguintes assertivas:

(a) a interpretação contextual da norma afigura-se como uma máxima de interpretação consagrada pela Teoria Geral do Direito e, aplicá-la às normas de Direito Internacional, nada mais significa do que transplantar para este plano os modelos de interpretação do Direito;

(b) a proposição de uma regra de interpretação, não obstante o caráter normativo da teoria, pertence ao gênero dos conselhos, não ao dos comandos; o recurso a elementos contextuais da norma internacional consiste em um *topos* argumentativo que deve

concorrer, no plano da argumentação jurídica, com outros *topói* consagrados no Direito nacional.

(c) a preocupação com a interpretação dada à norma internacional no DIP, não somente pode enriquecer o entrecruzamento de idéias no processo de determinação concreta do sentido da norma, como pode também evitar a tomada de decisões internas contestadas em instâncias e foros internacionais.

A fim de demonstrar a aplicabilidade desta tese a partir da análise da experiência brasileira, serão considerados alguns julgados que envolvem a aplicabilidade de normas internacionais a fim de evidenciar de que maneira o processo de argumentação empreendido pelas cortes poderia ser enriquecido se esta preocupação metódica fosse observada.

3 INTERPRETAÇÃO DE NORMA INTERNACIONAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.1 OS CASOS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES

3.1.1 A definição de crime grave para aplicação da inviolabilidade pessoal do cônsul

Como é consabido, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC), do mesmo modo que a CVDT, é fruto do trabalho de codificação da CDI. Ratificada e promulgada pelo Brasil, rege o exercício das funções dos cônsules estrangeiros no País, bem como limites para a interferência das autoridades brasileiras sobre essas funções e os funcionários consulares estrangeiros.

Em caso recente (HC n. 81.158-2), o STF teve de deparar-se com a difícil situação de Arie Scher, cônsul de Israel envolvido com o crime do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A questão principal levada ao Supremo era a interpretação do artigo 41.2 da Convenção, cujo dispositivo impede o exercício da jurisdição penal sobre um cônsul e a decretação de sua prisão provisória, salvo em caso de crime grave. A exceção concernente à gravidade do crime dividiu os Ministros.

O Relator, Min. Ilmar Galvão, considerava que o crime do artigo 241 do ECA não era grave, pois admitia a transação penal na forma da Lei dos Juizados Especiais Criminais (artigo 89, da Lei 9.099/95). Do lado oposto, a Min. Ellen Gracie, para quem o crime era grave, pois feria interesses de uma criança, pessoa tutelada com os maiores cuidados pela legislação brasileira e por tratados internacionais, principalmente a Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 9º repudia qualquer forma de exploração de menores. A Ministra ainda encontra apoio à sua tese no agravante do artigo 61, II, h (crime contra criança) do Código Penal e no artigo 227 da Constituição Federal. Outros critérios de qualificação foram levantados nos autos. A Procuradoria Geral da República enquadrou o crime como grave, porquanto apenado com a reclusão. O Ministério Público concluiu da mesma forma, mas com base na restrição da imunidade às funções consulares.

A decisão final do STF foi a de indeferimento do pedido de habeas corpus, acolhendo a tese de que o crime do artigo 241 deveria ser entendido como “crime grave”, para os efeitos do artigo 41 da CVRC.

O acórdão levanta questões importantes sobre o tema deste trabalho. Onde deveria o tribunal brasileiro ter buscado a referência para enquadrar um crime determinado como “crime grave” para efeito de aplicação de uma Convenção Internacional? De um modo geral, as opiniões veiculadas fundaram-se em critérios oriundos do Direito interno brasileiro: a Lei dos Juizados Especiais, o Código Penal, uma interpretação extensiva da Constituição Federal, dentre outros.

Todavia, outros recursos interpretativos estavam disponíveis, mormente a análise da prática dos demais Estados signatários da Convenção e o contexto da própria Convenção, seus trabalhos preparatórios e sua aplicação por órgãos internacionais. As vantagens desses recursos serão exploradas mais adiante. Por ora, basta considerar que seu uso poderia introduzir novas variáveis para a interpretação feita pelo STF no caso.

O recurso aos trabalhos preparatórios da Convenção poderia ser útil ao Tribunal brasileiro. Esta é uma técnica de interpretação autorizada pelo artigo 32 da CVDT. A CDI mantém o registro de todas as suas reuniões e debates, assim como geralmente há registros das Conferências de Estados que aprovam as Convenções elaboradas pela Comissão. Na leitura das primeiras propostas do texto da Convenção, vê-se que a expressão não era “crime grave”, mas “crime contra a vida ou a liberdade pessoal”. A substituição dos termos ocorreu depois de numerosas contribuições dos Estados para o trabalho da Comissão. As locuções preferidas eram “ofensa grave” ou “crime grave”, porém vários membros da CDI preocuparam-se com a falta de precisão da expressão. Para remediá-la, sugeriram parâmetros como a punição com pena de prisão maior do que cinco anos, o que corresponderia à prática dos Estados na matéria. A variedade dos sistemas penais, que inclusive poderiam conter punições mais severas do que a prisão, tal como o trabalho forçado, fizeram a CDI manter a expressão “crime grave” sem qualificação. Assim, os trabalhos preparatórios poderiam justificar a remissão aos sistemas nacionais para qualificação do crime grave, além de indicar parâmetros admissíveis no sistema penal brasileiro para preencher o conteúdo da norma internacional, dentre os quais o bem protegido (vida ou liberdade pessoal) e a severidade da punição (pena máxima superior a cinco anos de prisão).

Outra possibilidade, coerente também com os trabalhos preparatórios da Convenção, além de consistente com o contexto de aplicação da norma em questão, seria recorrer ao Direito Comparado. Sua utilidade aqui não se restringe à importação de conceitos, já que a Convenção aplica-se também no Brasil. O fundamento da análise da legislação estrangeira é a reciprocidade, a ver que tratamento seria dispensado a brasileiros em situação semelhante. A lógica da reciprocidade sempre foi a regente da matéria das imunidades. A título ilustrativo, pode-se dizer que um cônsul brasileiro no Canadá, tendo cometido crime com a mesma pena, manteria sua imunidade de jurisdição. A legislação canadense considera grave, para o efeito do artigo 41 da CVRC o crime apenado com cinco anos ou mais de reclusão. O mesmo não aconteceria nos EUA. A legislação estadunidense contém na Seção 4304b do United States Code, a definição do que se considera crimes graves para efeitos de infrações cometidas por diplomatas (incluindo cônsules). Ela inclui “*felonies*”, crimes violentos (especificados no artigo 16 da Seção 18 do USC), crimes cuja sanção seja pena de reclusão maior do que um ano e

crimes de trânsito (dirigir embriagado ou sob o efeito de drogas, intoxicado ou de forma imprudente).

3.1.2 O direito de proteção consular

Em outro caso de aplicação da mesma Convenção, o STF deparou-se com o instigante tema do direito de proteção consular, amparado pelo artigo 36 daquele tratado. Este direito consiste na possibilidade que tem um Estado estrangeiro de, por meio de suas repartições consulares, oferecer assistência a um nacional seu que tenha sido detido.

A situação conhecida pelo STJ (RO 4582-5/RJ) e depois pelo STF (HC 74333-RJ) relativa a essa matéria surgiu no caso do cidadão alemão Olaf Henrik Unkel, que foi preso em flagrante e condenado a cinco anos de reclusão e 89 dias-multa pela infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, na cidade do Rio de Janeiro. Mantida a prisão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, recorreu ao STJ, alegando ser cidadão estrangeiro e não ter tido intérprete, nem direito de comunicação com o consulado durante o inquérito. No auto de flagrante, constava que o cidadão falava português e dispensava a comunicação com os familiares e com o consulado, fatos por ele contestados no recurso.

Várias questões de fato envolvidas no processo são controversas, entre elas o conhecimento ou não da língua portuguesa por parte do detido, que teve nomeado intérprete apenas durante o inquérito judicial. Ao Tribunal, alegou-se que a falta da assistência consular e de tradutor prejudicou a defesa do estrangeiro, requerendo, por conseguinte, a anulação do feito desde o auto de flagrante. O STJ ateve-se a questões factuais, que evidenciam a autoria e sugerem haver pouca credibilidade nas alegações do réu, porque ele já viveria no Brasil há quatro anos, seria casado com uma brasileira e tinha filho brasileiro, além de ter sido encontrado pela polícia sozinho, de madrugada, em um bar, fatos que indicariam que ele deveria ter conhecimento do idioma nacional. Por estes motivos, o STJ considera que a falta de intérprete não deve ter prejudicado a defesa do réu e julga contrariamente à sua pretensão.

Já no STF, a lista de preliminares levantadas pela defesa do cidadão alemão é maior. O Tribunal nega-as, uma a uma. Porém, em certa passagem do relatório, lê-se “ademais, depondo em Juízo, alguns policiais afirmaram haver sido o fato comunicado ao Consulado Alemão, o que foi negado pela referida repartição consular (fls. 69/70)”. O acórdão chama a atenção por referir-se expressamente à falta de notificação ao consulado da prisão do réu e deste fato não tirar nenhuma consequência, não obstante ele indicar uma clara violação ao artigo 36 da CVRC. Este artigo determina que as autoridades policiais, ao deterem um cidadão estrangeiro, têm o dever de lhe informar sobre o direito de proteção consular e notificar o consulado da ocorrência, se assim solicitar o estrangeiro.

Em favor da decisão tomada, poder-se-ia alegar que: 1) o artigo 36 não cria direitos individuais, posto estar contido numa Convenção que regula as ações dos Estados entre si; 2) não há prazo certo assinalado para a notificação, motivo pelo qual não há nulidade do processo, posto que a notificação ainda poderia ser feita; 3) a assistência consular não tem efeito prático sobre o processo judicial, limitando-se ao direito de o cônsul visitar o preso, e então não teria havido prejuízo à defesa do réu, motivo pelo qual não

haveria a nulidade, em conformidade com a súmula n. 523 do STF. Contudo, é de se indagar se as justificativas arroladas são conformes ao Direito Internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na sua Opinião Consultiva n. 16/99, considerou que a CVRC criou um direito individual do cidadão estrangeiro à assistência do consulado do seu país de origem, e mais, que este direito enquadra-se no rol dos direitos humanos protegidos pela Corte. A CIJ, mais cautelosa, esquivou-se de afirmar o caráter de direito fundamental ou de direito humano do direito à proteção consular, mas sustentou a existência de um direito individual decorrente do artigo 36, que havia sido violado no caso LaGrand. O recurso aos trabalhos da CDI pode corroborar a posição da CIDH. Ao menos dois membros da CDI alegaram tratar-se de um “direito humano fundamental”, sem contestação ou reparo dos demais.

Perante a CIDH, o México ressaltou a finalidade do direito de proteção consular e a importância de sua garantia pelos Estados. Segundo a exposição mexicana, “sua experiência nesta matéria lhe permite afirmar que os primeiros momentos da detenção marcam de maneira determinante a sorte do réu; nada pode suprir uma oportuna intervenção consular nestes momentos, porque é quando o réu requer maior assistência e orientação, em razão de que em muitas ocasiões não conhece o idioma do país em que se encontra, ignora seus direitos constitucionais no Estado receptor, não sabe se tem a possibilidade de obter assistência judiciária gratuita e não conhece o devido processo legal”.

Observa-se no trecho acima transcrito que a assistência compreende as visitas ao detido, auxílio para obtenção de assistência jurídica, intérprete e eventuais intervenções relativas à saúde, além da comunicação do detido com seus familiares no Estado de origem. Interpretação semelhante foi dada pela CIJ, numa passagem de *Avena*: “No que respeita o objeto e a finalidade da Convenção, a Corte observa que o artigo 36 atribui aos funcionários consulares a liberdade de comunicar-se com os nacionais do Estado que os envia, de ter acesso a eles, de visitá-los, de falar com eles e providenciar-lhes assistência jurídica.” Esta interpretação abrangente é consistente com a concepção da CDI ao propor o artigo em questão.

É preciso salientar, por respeito aos fatos do caso brasileiro sob comento, que a defesa solicitou novo interrogatório, ante a falta de intérprete, o que lhe foi deferido. Segundo consta do relatório, porém, a defesa desistiu do novo interrogatório, confirmando as declarações anteriores.

No conflito suscitado pelo México contra os EUA (caso *Avena*), reclamava o demandante que a notificação não fora realizada certas vezes e, quando feita, não seguira o preceito do art. 36, que requer que a notificação seja feita “sem demora”. Neste particular, o México apresenta os casos de Esquivel e Juárez, dois nacionais seus presos nos EUA. A notificação ao consulado mexicano no primeiro caso levou dezoito meses e, no segundo, quarenta horas. O México sustenta que em ambos os casos houve violação, porque “*sem demora*” significa que a autoridade tem o dever de notificar imediatamente o consulado. Os EUA contestaram questões de fato, levantando também o problema de detidos com dupla nacionalidade. A CIJ decidiu que o prazo deve ser computado a partir do momento em que se sabe da nacionalidade estrangeira do detido. Quanto à extensão do prazo, a CIJ recorreu aos trabalhos preparatórios e afastou qualquer conexão entre os interrogatórios e a notificação. Assim, o pleito mexicano de

nulidade dos interrogatórios anteriores à notificação consular foi rejeitado. Porém, mesmo no caso de Juárez, a CIJ encontrou violação do artigo 36, posto que sua nacionalidade mexicana já era conhecida no momento de sua prisão.

É possível verificar, a partir dos argumentos acima expostos, que a decisão do STF poderia levar em conta a norma internacional que concede o direito de proteção consular e interpretá-la de acordo com seu contexto. A ênfase da análise aqui empreendida não é, repita-se, no resultado final da decisão, se deve ou não ser anulado o processo criminal movido contra o cidadão alemão que pode não ter tido o direito de se comunicar com seu consulado, ou se deve o cônsul de Israel ter deferido seu *habeas corpus*, mas no caminho argumentativo das razões da decisão.

3.2 A TÉCNICA E A FORMA SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL – O TEMA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Sabe-se que o Direito Internacional é um conjunto normativo aplicável, sobretudo, às relações entre Estados soberanos. A soberania é um atributo ou elemento do Estado, tido geralmente como essencial para afirmação de sua personalidade jurídica. Dessa característica da ordem internacional decorre o princípio da igualdade jurídica dos Estados, reconhecido pela Carta da ONU, artigo 2.1. Um de seus corolários é o princípio *par in parem non habet imperium*. Em outras palavras, como o Estado é soberano e esta soberania lhe confere igualdade perante as demais entidades dotadas desse mesmo atributo, não pode ser submetido contra sua vontade aos poderes dessas outras entidades. Esta lógica confere ao Estado imunidade absoluta de jurisdição perante os tribunais dos outros Estados.

O princípio da imunidade de jurisdição tem caráter costumeiro. Não se tem conhecimento de que tenha sido inserido expressamente na legislação brasileira. Embora a CDI tenha concluído um projeto sobre a matéria, a Convenção que regula o assunto ainda não entrou em vigor. Aqui cabe, pois, uma breve nota sobre o costume como fonte do Direito Internacional.

Apesar do intenso trabalho de codificação do costume e sua transformação em *lex scripta* decorrente da adoção dos tratados e convenções frutos do trabalho de codificação, e muito embora os tratados tenham se tornado o veículo preferencial dos Estados para a externalização das normas do Direito Internacional, o costume permanece importante, pois é fonte de Direito Internacional Geral, ao contrário dos tratados, cujos efeitos são, via de regra, *inter pars*.

Fonte característica do Direito Internacional e pouco utilizada nos países da tradição romano-germânica, o costume se identifica contemporaneamente por uma técnica específica, consistente na busca de precedentes que indiquem haver uma “prática geral” acompanhada pela “convicção de sua obrigatoriedade”. Os atos indicativos da prática dos Estados são buscados nos atos oficiais da diplomacia, mas também em seus atos internos, executivos, legislativos e judiciários. Atos das Organizações Internacionais também contam. Reunidos esses atos, deve-se averiguar se o conjunto revela uma prática constante, uniforme e dispersa (geral).

Esta nota sobre o costume é útil para o caso que se analisará em seguida, porque sua importância para o presente trabalho relaciona-se ao emprego das técnicas próprias do Direito Internacional, de modo a identificar “corretamente”, segundo padrões próprios do Direito Internacional, o conteúdo de suas normas.

A imunidade de jurisdição é um tema relativamente recorrente nos tribunais pátrios. Um importante paradigma para análise da jurisprudência brasileira encontra-se no caso *Síria vs. Egito*, em que o primeiro Estado reivindicava a posse de um imóvel no Rio de Janeiro. Processo interessante do ponto de vista jurídico, envolvia a sucessão de Estados ocorrida entre os dois litigantes, que haviam criado a República Árabe Unida em 1958 e a desfizeram em 1961. Depois da dissolução, o imóvel havia ficado na posse do então Embaixador da RAU, que era egípcio, que nele fixou a Embaixada do Egito, não obstante o imóvel pertencer à Síria antes da união dos dois Estados. A análise desta difícil questão levantada perante a Justiça brasileira foi preterida por uma preliminar, pois, quando citado, o Egito sustentou, por via diplomática, sua imunidade à jurisdição brasileira. A questão dividiu o Tribunal, mas a posição majoritária reconheceu o princípio costumeiro da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro.

A norma componente da *ratio decidendi* daquele acórdão vinha sofrendo alterações na prática dos Estados. Perturbados pelo exercício de atividades empresariais e outras pouco afeitas àquilo que os Estados ocidentais capitalistas consideravam caracteristicamente estatal, estes criaram leis internas restringindo a imunidade conferida a Estados estrangeiros, afastando-a em certas hipóteses, dentre as quais os contratos comerciais, questões imobiliárias e aspectos trabalhistas, quando envolvido pessoal local.

Estas mudanças foram incorporadas à jurisprudência do STF no caso *Genny de Oliveira vs. República Democrática Alemã*, quando, pela primeira vez, a Corte Suprema afastou a imunidade de um Estado estrangeiro. Os votos revelam motivos distintos para a decisão. O Relator do processo, Min. Sydney Sanches, baseava-se na interpretação literal do artigo 114 da CFRB. Dizia que a redação dada ao artigo eliminara expressamente a imunidade de jurisdição em matéria trabalhista, ao atribuir competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar: “I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo (...)”. O Min. Rezek concordou quanto à decisão de dar prosseguimento ao feito, porém por motivo distinto. Com cuidado, diferenciou as imunidades pessoais conferidas pelas convenções sobre relações diplomáticas e consulares daquelas do próprio Estado estrangeiro, mencionou a jurisprudência anterior do STF que reconhecia na imunidade absoluta uma “antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes”, distinguiu a noção de competência, - que é, a seu ver, a matéria tratada pelo artigo 114 da CFRB -, da noção de jurisdição e partiu para a análise das mudanças na referida regra costumeira. Segundo o voto, a regra modificara-se para admitir a exclusão da imunidade quando os atos em questão eram atos de gestão, e não atos de império, característicos das entidades estatais. Para comprovar a mudança no costume, trouxe à baila precedentes da prática dos Estados, notadamente a Convenção Européia de 1972, a lei estadunidense de 1976 e a inglesa de 1978, nos quais aponta a assunção da relativização da imunidade, especialmente para contratos de trabalho firmados com o pessoal local.

Assumida a relativização da imunidade pelo STF, em tudo consistente com o contexto internacional da norma aplicada e com a técnica própria de identificação das normas

costumeiras, os tribunais pátrios começaram a aplicá-la. O precedente de Genny de Oliveira esclareceu a questão em matéria trabalhista. Os tribunais nacionais seguem-no firmemente. O STJ, por exemplo, decidiu que a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança litígios de ordem trabalhista decorrentes de relação laboral prestada em território nacional e tendo por reclamante cidadã nacional.

A distinção entre atos de gestão e de império torna-se, ela própria, absoluta. Assim, os tribunais passaram excluir outros atos do alcance da imunidade. Em primeiro lugar, são os atos comerciais. Disto é exemplo o seguinte trecho de uma decisão do STJ: “Crédito correspondente ao fornecimento de materiais (vidros) para a construção da Chancelaria daquele país em Brasília. Assunto marcadamente rotineiro e de natureza comercial, que não isenta a recorrente de ser demandada, quanto ao ponto, perante a Justiça brasileira”.

Da exclusão em matéria trabalhista e comercial, alonga-se a regra para excluir a imunidade em matéria tributária, porque, segundo o Tribunal, qualquer pessoa pode adquirir um débito tributário. Assim, não há *jus imperii* e por isso se pode promover a ação.

Na mesma esteira: “O Estado pratica ato "jure gestionis" quando adquire bens imóveis ou móveis. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, mudando de entendimento, passou a sustentar a imunidade relativa. Também o Colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a imunidade absoluta, adotando a imunidade relativa do Estado Estrangeiro. Não se pode alegar imunidade absoluta de soberania para não pagar impostos e taxas cobrados em decorrência de serviços específicos prestados ao Estado Estrangeiro.”

A conclusão transcrita deu-se no âmbito de uma execução fiscal movida pelo Município do Rio de Janeiro contra o Consulado do Japão, para cobrança de IPTU e taxas de coleta de lixo, iluminação pública e limpeza pública. Na justificativa da decisão, repara-se o esforço para apresentar a doutrina nacional e estrangeira que aceita a distinção entre atos de império e de gestão, para afirmar que a imunidade só alcança os primeiros. Inclusive os atos internacionais referidos no voto do Min. Rezek em Genny de Oliveira são mencionados pelo Ministro Relator e o próprio voto é parcialmente transcrito. Ele cita então alguns precedentes do STJ que corroboram a idéia de imunidade relativa e, por conclusão, aplica-a ao caso *sub judice*.

Embora a decisão seja discutível sob vários pontos de vista, para os fins deste trabalho, o que cumpre notar nessa progressão rumo à corrosão da imunidade do Estado estrangeiro é a perda do referencial original, a forma e a técnica próprias do Direito Internacional para identificação da norma costumeira e seu contexto. Com efeito, quando examinada a prática dos Estados, vê-se que os dois primeiros casos de exclusão são aceitos por leis internas e Convenções internacionais. A CDI recentemente terminou seu projeto de artigos sobre a matéria e Conferência auspiciada pela ONU aprovou-o em 2005. Os dispositivos da Convenção expressamente admitem a relativização da imunidade e sua exclusão em matéria trabalhista e comercial. Projetos da Organização dos Estados Americanos e da *International Law Association* contêm disposições no mesmo sentido. As leis inglesa, canadense e estadunidense são exemplos de leis internas que admitem essas relativizações. Em todos os casos, há certas condições, derivadas do exame da nacionalidade do reclamante, de seu domicílio e do lugar de execução do contrato.

A exclusão em matéria tributária, porém, já requer maior cuidado. O Tribunal não a justificou na decisão antes citada, que se apóia exclusivamente na sua interpretação da distinção entre atos de império e de gestão. O acórdão não segue a trilha das decisões que o inspiraram e não analisa os precedentes da prática dos Estados, onde encontraria referências importantes para sua fundamentação. O projeto de Convenção Interamericana ressalva a possibilidade de submeter um Estado estrangeiro à jurisdição nacional por questões tributárias se os tributos incidirem sobre a propriedade estrangeira usada para fins comerciais (artigos 5 e 6, d). A lei inglesa permite o exercício da jurisdição sobre o Estado estrangeiro em matéria de tributos sobre valor agregado, aduaneiros e sobre atividade agrícola, assim como tributos decorrentes do exercício de atividade comercial (artigo 11).

4 ANÁLISE CONCLUSIVA

Segundo a proposta deste artigo, todas as decisões acima discutidas seriam (e algumas efetivamente foram) beneficiadas pela regra de interpretação aqui formulada, pela qual uma norma internacional deve ser interpretada de acordo com seu contexto, incluindo: outros textos normativos com os quais se relaciona; a evolução da interpretação da norma no âmbito internacional, sobretudo pela jurisprudência das cortes internacionais e pela prática dos Estados; e a técnica específica de sua identificação, notadamente no caso de normas costumeiras.

No primeiro caso, a definição de crime grave, para o efeito de aplicar ou não a regra da inviolabilidade pessoal do cônsul, seria mais segura se entre as referências discutidas houvessem figurado os parâmetros levantados nos trabalhos preparatórios da Convenção e na prática dos demais Estados. Trata-se de um enriquecimento favorecido pelos artigos 31 e 32 da CVDT.

No segundo caso, o direito de proteção consular teria sido valorizado, exigindo a consideração de sua violação pelas autoridades policiais. O recurso à jurisprudência internacional permite verificar que a interpretação dada pela Corte brasileira, à época, não corresponde à interpretação majoritária de acordo com o Direito Internacional. Embora essa jurisprudência seja posterior ao julgamento brasileiro, ela confirma as interpretações e comentários da CDI, dotados de autoridade por força do artigo 32 da CVDT, aos quais o Tribunal brasileiro poderia ter recorrido.

No tema da imunidade de jurisdição, o recurso adequado à técnica do Direito Internacional para identificação das normas costumeiras permitiu ao Judiciário brasileiro afirmar e depois rever a norma da imunidade absoluta do Estado estrangeiro. Contudo, em julgado posterior, o desprezo a essa mesma técnica levou a uma decisão discutível (a restrição da imunidade de jurisdição em matéria tributária), sem apoio na prática dos Estados.

A interpretação em conformidade com o Direito Internacional tem como benefícios a maior uniformidade de interpretação (eis que mantém o mesmo referente), a compatibilização com a interpretação que deve ser dada por outros tribunais de outros países em caso de interesse do Brasil (o que garante a reciprocidade das obrigações) e a consistência da conduta brasileira frente às obrigações assumidas no plano internacional.

Em primeiro lugar, a homogeneização da interpretação de um tratado contribui para ampliar a segurança jurídica das relações por ele amparadas, o que é conseqüente com os objetivos dos Estados ao firmar tais convenções. Assim, interpretar a norma internacional levando em conta o seu contexto, na forma aqui exposta, permitirá às várias cortes nacionais encarregadas de aplicá-la valer-se de uma linguagem comum, em acordo com o objeto e a finalidade do tratado.

Na medida em que uma interpretação mais consistente com o contexto da norma internacional seja desenvolvida, há, pois, uma tendência maior de não se distanciar da interpretação feita por outros tribunais nacionais; os tribunais brasileiros, japoneses e israelenses, por exemplo, poderiam chegar a conclusões menos díspares sobre as obrigações internacionais de seus respectivos Estados. Como resultado, promove-se um incremento da reciprocidade de tratamento dos outros Estados e de seus nacionais, algo coerente com a lógica regente de largas áreas das relações internacionais.

Por outro lado, a interpretação em conformidade com o Direito Internacional evita situações indesejadas nas relações exteriores do País, pois a interpretação pelas cortes nacionais de normas internacionais é considerada, pelo Direito Internacional, como manifestação do Estado. Disto decorrem algumas conseqüências dentre as quais se destacam: a constituição da prática do Estado para efeitos da formação do costume internacional e a possibilidade de responsabilização internacional do Estado em casos de descompasso com as obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Assim, as interpretações dadas pelos tribunais brasileiros, quando desconformes ao Direito Internacional, ensejam o risco de formação de uma prática e de uma *opinio juris* divergente daquela defendida pelo Brasil nas suas relações internacionais. Trata-se de um prejuízo político e jurídico, pois o Direito Internacional, pelos princípios da aquiescência e do *estoppel*, valoriza a coerência das ações dos Estados, no que respeita à sua legitimidade para invocar certas regras a seu favor. Em outras palavras, isso quer dizer que a conduta de um Estado pode ser usada contra si por mostrar que ele tolerou certas atitudes (aquiescência) que noutro momento gostaria de ver condenadas, ou por indicar que ele não fora coerente com a aplicação da regra que quer ver afirmada (*estoppel*).

Outro risco decorrente da interpretação sem atenção ao contexto é o de ser prolatada decisão jurisdicional contrária ao País que o responsabilize por um ato considerado ilícito à luz do Direito Internacional. Para permanecer no âmbito das temáticas já abordadas no texto, basta mencionar a responsabilização dos EUA nos casos *Breard*, *LaGrand* e *Avena*, frente à CIJ, por conta das interpretações do artigo 36 da CVRC feitas pelo Judiciário estadunidense que, segundo a CIJ, não deram plena aplicação aos direitos ali previstos (mesmo que o Poder Executivo estadunidense tenha seguidamente envidado esforços para dar-lhes maior eficácia).

Em duas decisões recentes, o próprio STF valeu-se exemplarmente do recurso à regra hermenêutica aqui defendida: o pedido de *Extradição formulado pela Itália contra Marcel Vand den Berg* (Ext. 954 – Itália, decisão monocrática) e o caso *Ellwanger* (HC 82424-RS).

O primeiro caso refere-se a pedido de extradição formulado pela Itália contra cidadão belga que, à época, já se encontrava preso no Brasil por crime cometido em território nacional. Em decisão monocrática, o Min. Joaquim Barbosa manifestou-se sobre a

aplicabilidade, no curso de processo de extradição, do direito de assistência consular ao extraditando, quando se tratar de extraditando de nacionalidade diferente daquela do Estado demandante. Na decisão, com a finalidade de definir a finalidade e o alcance da proteção consular, recorreu à jurisprudência internacional e às lições do Direito Internacional, para estender a referida garantia à hipótese de prisão decorrente de pedido de extradição e para definir o alcance dos benefícios alcançados pela referida norma internacional.

O segundo caso, dotado de maior notoriedade e marcado por posicionamentos polêmicos, refere-se ao julgamento do habeas corpus impetrado em favor de Siegfried Ellwanger Castan contra decisão do STJ que manteve sua condenação pelo crime de racismo, por ter publicado e editado obras literárias que veiculavam conteúdo anti-semita. A discussão no caso gravitou em torno de duas questões centrais: (a) a prática de conduta de teor anti-semita enseja a tipificação do crime de racismo (inclusive com o gravame de imprescritibilidade)?; (b) a publicação de livros associados à propaganda anti-semita encontra-se protegida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão artística e científica? O caso em questão não se refere, diretamente, à discussão acerca da aplicabilidade de uma norma de Direito Internacional, mas trata sobre a definição do conteúdo e da extensão de direitos fundamentais e de deveres expressamente consagrados no texto constitucional brasileiro (liberdade de expressão artística e científica e a cláusula de imprescritibilidade do crime de racismo).

Ocorre que, em se tratando de normas definidoras de direitos humanos, as normas de Direito Internacional e as normas de direito interno articulam-se e se inter-relacionam, de acordo com os mecanismos próprios definidos no ordenamento jurídico de cada país, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias por elas consagrados. Em diferentes trechos do julgamento, os magistrados referem-se tanto a diplomas internacionais (Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965) quanto à experiência de outros países que reconheceram como crime de racismo a adoção de condutas anti-semitas, impondo, inclusive, restrições ao exercício da liberdade de expressão.

Esta decisão, para os fins desta pesquisa, é muito reveladora sobre a utilidade da regra de interpretação apregoada. E mais, evidencia a preocupação do STF de levar em conta os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ao menos em matéria de direitos humanos, como ressaltou Celso Lafer, que emitiu importante parecer no caso em tela: “na interpretação, em matéria de direitos humanos, do Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interagem com vistas a reforçar a imperatividade do Direito Constitucionalmente garantido.”

Neste sentido, colhe-se do voto do Min. Celso de Melo: “ser necessário levar em conta o compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, cabendo ao intérprete extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, sobretudo na proteção aos direitos fundamentais”. Concluindo, adiante, que “em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica deve considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional.”

A abertura dos tribunais nacionais à interpretação conforme o contexto internacional evoca, por certo, uma dimensão axiológica. O cosmopolitismo subjacente à proposta

favorece o diálogo com o externo e contém uma inerente perspectiva de alteridade, características afinadas à defesa da paz e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, princípios inseridos no artigo 4º da Constituição Federal, cuja promoção é encargo de todos os brasileiros.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREGÚ, Martín ; COURTIS, Christian. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004.

ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do CEJ. Brasília, n. 29, p. 64-69. abril/junho 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS JR, Luiz Magno. [Limits and possibilities of the use of foreign materials by courts, in constitutional adjudication: Redefining the role of comparativism in theories of constitutional interpretation](#). In : VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, 2007. Atenas, Grécia. Disponível em : <http://www.enelsyn.gr/>

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. v. 1

CARVALHO, Evandro Menezes de. Organização Mundial do Comércio: cultura jurídica, tradução e interpretação. Curitiba: Juruá, 2006.

FAUCHILLE, Paulo. Traité de Droit International Public. Paris: Arthur Rousseau, 1926.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LUPI, André L. P. B. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional n. 45. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 847, p. 11-24, 2006.

_____. A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos em Direito Internacional. Tese de doutorado. Orientador: Celso Lafer. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Soberania, OMC e Mercosul. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 178-196.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. Direito e Relações Internacionais. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. Rev. téc. Alysson Leandro Mascaro. Prefácio de Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2003.

SALIBA, Aziz Tuffi. Legislação de Direito Internacional. São Paulo: Rideel, 2006.

_____. A imunidade absoluta de jurisdição de Estados: "sólida regra costumeira" ou mito? Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 23-33, jan./mar. 2005.

SOARES, Guido. Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

O STF expressamente refugou a importância da discussão doutrinária entre monistas e dualistas como um norte para a solução de antinomias entre o Direito Internacional e o Direito interno brasileiro. STF. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno Relator Min. Celso de Mello. Julgamento de 04 de setembro de 1997. DJ, 18.05.2001, p. 429. No corpo do acórdão, consta a seguinte afirmação: “É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.”

Este é o texto do dispositivo: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Sua inserção no âmbito da EC 45/04 deve-se à acesa controvérsia suscitada, sobretudo, pelos casos de prisão civil do depositário infiel, deferida com fulcro Decreto-Lei n. 911/69 ou no artigo 652 do Código Civil e respaldada pelo artigo 5º, inciso LXVII, da CFRB, porém contrária aos textos do Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, e do Pacto dos Direitos Políticos e Civis, art. 11. Os tribunais chegaram a posições diferentes. O STF entendeu majoritariamente ser lícita a prisão, enquanto o STJ considerou-a ilícita, por motivos distintos da *ratio decidendi* do STF. Sobre o tema, ver: LUPI, André L. P. B. O problema do depositário infiel persiste: reflexões acerca da interpretação do art. 5º, par. 3º da Constituição Federal. In: Lier Pires Ferreira Júnior; Paulo Borges. (Org.). *Direitos Humanos & Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 377-389. STF. *Habeas Corpus n. 72.131-RJ*. Relator para o acórdão Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, 01.08.2003, STJ. Corte Especial. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 149.518-GO*. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. 05.05.1999. DJ, 28.02.2000.

“Artigo 98. Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha.” Nesse sentido, a súmula 71 do STJ (“O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM”) e outras decisões do STJ, v.g.: *Agravo Regimental no Recurso Especial 109210-RJ*. Segunda Turma. Relatora Min. Laurita Vaz. DJ, 14.04.2003. p. 207.

STF. *Habeas Corpus n. 58.727-DF*. Relator Min. SOARES MUNOZ. Tribunal Pleno. DJ, 03.04.1981. p. 2854. A ementa do acórdão registra o entendimento prevalecente na

matéria: “Extradição. Prazo da prisão. Conflito entre a lei e o tratado. Na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas.”

Cf. LUPI, André L. P. B. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional n. 45. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 11-24, 2006.

A Comissão de Direito Internacional é composta atualmente por 34 juristas e tem sede em Genebra. Foi criada pela Resolução 174 (II) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 21.11.1947, com a função de contribuir para o desenvolvimento progressivo e a codificação do Direito Internacional, de acordo com o artigo 13.1 da Carta da ONU.

CONVENÇÃO DE VIENA sobre Direito dos Tratados de 1969. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 808-829.

A afirmação contém um tom de obviedade para os juristas. Mesmo assim, pode-se citar, v.g., Alf Ross, para quem “o significado preciso de uma palavra numa situação específica é sempre em função da unidade total ou entidade: a *expressão como tal*, o *contexto* e a *situação*.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2003. p. 164 (cf., tb., p. 139-151). Para uma discussão profunda e atualizada da matéria no Direito Internacional, vide CARVALHO, Evandro Menezes de. *Organização Mundial do Comércio: cultura jurídica, tradução e interpretação*. Curitiba: Juruá, 2006. Na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da Corte Internacional de Justiça, o realce ao contexto como recurso de interpretação de um tratado encontra-se marcado em COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*. Avis Consultatif No. 2, du 12 août, 1922. Série B, n. 2, 1922.

Este é o texto do artigo 38 do Estatuto: “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe sejam submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.”

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mensagem n. 116/1992*. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Diário da Câmara, 8. 12.1995. p. 8401-8402. (Sem grifo no original).

WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*. Report of the Appellate Body. WT/DS269/AB/R.

12.09.2005. Vide, tb. LUPI, André L. P. B. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 178-196.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. Appellation Body Report. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996. p. 18-20. O Órgão de Apelação cita casos de outras Cortes Internacionais e doutrina do *Recueil des Cours* para confirmar sua afirmação de que o artigo 31 da Convenção de Viena atingiu o *status* de costume internacional.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Kasikili/Sedudu Island*. Reports 1999, p. 1.045, §49.

MERCOSUL. *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc* constituído para decidir sobre a reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina, sobre a “Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (Res. 861/99) do Ministério de Economia e Obras e Serviços Públicos”. Colônia, 10 de março de 2000. p. 13.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares está em vigor no Brasil desde 19.03.1967, por força do Decreto 61.078, de 26.06.1967. Para uma exposição mais detalhada do assunto das imunidades, vide SOARES, Guido. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: Formas da Diplomacia e as Imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 81.158-2*, do Rio de Janeiro. Primeira Turma. Relatora para o acórdão Min. Ellen Gracie. Julgamento de 14 de maio de 2002. DJ, 19.12.2002. p. 91.

Dispõe o artigo 241: “Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 16/07/1990, p. 13563. O dispositivo foi alterado pela Lei 10.764/2003, para aumentar a pena, que passou a ser: “reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

“Artigo 41. Inviolabilidade pessoal dos funcionários consulares. 1. Os funcionários consulares não poderão ser detidos ou presos preventivamente, exceto em caso de crime grave e em decorrência de decisão de autoridade judiciária competente. 2. Exceto no caso previsto no parágrafo 1 do presente artigo, os funcionários consulares não podem ser presos nem submetidos a qualquer outra forma de limitação de sua liberdade pessoal, senão em decorrência de sentença judiciária definitiva.”

BRASIL. *Decreto n. 99.710*, de 22 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Este raciocínio de exclusão da imunidade pela restrição às funções é de uso frequente na prática dos tribunais. Vide, p. ex., TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1^A REGIÃO. *Apelação Criminal n. 91.01.04099-5*. Bahia. Relator Juiz Adhemar Macie. 20.05.1991. Publicado no DJ em 17.06.1991.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Consular Intercourse and Immunities. Provisional draft articles submitted by Jaroslav Zourek, Special Rapporteur. Doc. A/CN.4/L/86. *Yearbook of the ILC*, 1960, v. II, p. 32-42. [Doravante somente YILC].

Esta foi a proposta da Iugoslávia, por exemplo. YILC, 1961, v. II, p. 68.

Na sessão seguinte, o projeto da Comissão já usava a expressão “crime grave”. ILC. Draft articles on Consular Relations, with commentaries. YILC, 1961, v. II, p. 115. Para os debates sobre o artigo vide, no mesmo volume, p. 111-118 e 246.

Para uma análise geral sobre o uso de elementos do direito comparado pela jurisdição constitucional, cf. BASTOS JR, Luiz Magno. [Limits and possibilities of the use of foreign materials by courts, in constitutional adjudication: Redefining the role of comparativism in theories of constitutional interpretation](#). In : VII *World Congress of the International Association of Constitutional Law*, 2007. Atenas, Grécia. Disponível em : <http://www.enelsyn.gr/>.

A regra de reciprocidade é basilar nas relações diplomáticas e consulares. Cf. FAUCHILLE, Paulo. *Traité de Droit International Public*. Paris: Arthur Rousseau, 1926, vol. 1, §753 a 755, p. 125-127. Vide, ainda, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 49.183. Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, 27.10.1971. Negou-se o Supremo Tribunal a exercer a jurisdição em razão dos artigos 58.1 (inviolabilidade da correspondência oficial) e 58.2 (imunidade de jurisdição) da CVRC. A qualificação do documento em exame como “correspondência oficial” foi o problema ali enfrentado. No voto do Relator, Min. Osvaldo Trigueiro, encontra-se a preocupação referida: “Em condições idênticas, certamente não desejaria o Governo brasileiro que uma querela desse gênero, entre seus funcionários, fôsse objeto de apreciação pela Justiça da Rússia, do Japão ou do Paraguai, em evidente detrimento do bom nome do nosso país.” (fls. 691-692)

Disponível na internet. <http://faluncanada.net/legal/constitutional_rights_feb05.doc>.

Disponível na internet. <www.dca.state.ga.us/research/law/Chap8-5.html>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso ordinário n. 4582-5 (95.023670-2)*, do Rio de Janeiro. Sexta turma. Relator Min. Adhemar Maciel. Julgamento de 19 de setembro de 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 74.333*, do Rio de Janeiro. Segunda Turma. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento de 26 de novembro de 1996. fls. 3. DJ, 21.02.1997, p. 2826.

Este é o teor do artigo 36: “Comunicação com os nacionais do Estado que envia. 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou

detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. 2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.”

Súmula 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. p. 50, §§ 85-87.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *LaGrand Case* (Germany vs. USA). Judgement of 27 June 2001, § 77-78. O caso envolve o exercício de proteção diplomática pela Alemanha endossando o pleito de dois nacionais presos por um assalto a banco com morte de um funcionário. Ambos foram condenados à morte sem ter havido notificação ao consulado de seu país de origem.

YILC, 1961, v. I, p. 245. Foi o estadunidense Edmonds que utilizou a expressão “*very fundamental human right*”. O mexicano Padilla Nervo referiu-se ao direito de proteção consular como um “*fundamental right*”.

CIDH, OC 16/99, doc. cit., p. 26. (tradução nossa). Vide, tb., ARAÚJO, Nádía de. A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do CEJ*. Brasília, n. 29, p. 64-69. abril/junho 2005. p. 67.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Avena and other Mexican Nationals* (Mexico vs. USA). Judgement of . §85, p. 48. No original: “*As for the object and purpose of the Convention, the Court observes that Article 36 provides for consular officers to be free to communicate with nationals of the sending State, to have access to them, to visit and to speak with them and to arrange for their legal representation.*”

ILC. Draft articles on Consular Relations, with commentaries. *In*: YILC, 1961, v. II, p. 112. Vide também os debates, YILC, 1961, v. I, p. 35.

Doc. cit., fls. 541. A falta de intérprete foi considerada preclusa pelo TJRJ, em decorrência do Habeas Corpus antes julgado. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Criminal n. 1995.050.00539*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa. Julgamento de 16 de dezembro de 1997. Da mesma Corte, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Habeas Corpus n. 026/95* (1995.059.00026). Segunda Câmara Criminal. Rel. Des. Oscar Silveiras. Julgamento de 7 de fevereiro de 1995. fls. 7035. A afirmação de preclusão foi repetida pelo STF. Doc. cit., fls. 543.

Sobre os trabalhos da CDI, vide YILC, 1961, v. I, p. 34, onde se discute a proposta da Holanda de fixar um prazo máximo de um mês. A fixação de um prazo foi rechaçada porque poderia permitir uma extensão indevida em todos os casos, quando na verdade trata-se de questão urgente. A CIJ também discute as posições dos delegados na Conferência que adotou a CVRC. A Opinião da CIDH é mais severa neste ponto. Ela considera que a finalidade do artigo 36 é garantir a efetividade da defesa e, por conseguinte, “*la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculgado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad*”. Doc. cit., p. 54, § 106.

ICJ, *Avena*, doc. cit., p. 42-40, §§ 58-89.

UNITED NATIONS Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. In: UNITED NATIONS, General Assembly. *Resolution n. 58/508*. 16 December 2004. Disponível em: <www.un.org>. A Convenção, que teve 28 signatários, recebeu quatro ratificações até o momento. Outras vinte e seis são necessárias para sua entrada em vigor, segundo o art. 30. *Idem, ibidem*.

Os termos constam do artigo 38.1.b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Para uma descrição detalhada e uma análise crítica das teorias sobre o costume no Direito Internacional, vide LUPI, André L. P. B. *A indeterminação da prática no costume: uma crítica dos métodos em Direito Internacional*. Tese de doutorado. Orientador: Celso Lafer. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

STF. *Ação Cível Originária n. 298*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Min. Soares Munoz. Julgamento de 14 de abril de 1982. DJ, 17.12.1982. p. 13201. Uma crítica da decisão está em MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 150-172.

STF. *Apelação Cível n. 9696*. de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990. p. 11045.

STJ. *Recurso Ordinário n. 2002/0096286-5*. RO 23/PA. Quarta Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. Julgamento de 28 de outubro de 2003. DJ, 19.12.2003, p. 464. I. No mesmo sentido: STJ. *Recurso Ordinário n. 2003/0235440-6*. RO 33/RJ. Terceira Turma. Julgamento de 02 de junho de 2005. Relatora Min. Nancy Andrighi.

STJ. *Agravo de Instrumento n. 1989/0010770-4*. Ag 757/DF. Quarta Turma. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento de 21 de agosto de 1990. DJ, 01.10.1990, p. 10448.

STJ. *Recurso Ordinário n. 1998/0001667-8*. RO 7/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Francisco Peçanha Martins. Julgamento de 01 de junho de 1999. DJ, 06.12.1999, p. 73.

STJ. *Recurso Ordinário n. 1997/0088768-5*. RO 6/RJ. Primeira turma. Relator Ministro Garcia Vieira. Julgamento de 23 de março de 1999. DJ, 10.05.1999, p. 103.

A distinção entre atos de gestão e atos de império é, desde muito, tema recorrente nos tratados de Direito Administrativo e remonta ao movimento desencadeado pelos tribunais administrativos franceses de suplantação da tese da irresponsabilidade absoluta do Estado pelos atos por seus agentes praticados. Segundo esta doutrina, somente os danos decorrentes de condutas administrativas reconhecidas como atos de gestão seriam indenizáveis. Para os fins do presente trabalho, frise-se dois aspectos: (a) a necessidade de distinção entre atos de gestão e atos de império, para fins de caracterização da responsabilidade civil do Estado, deu lugar à teoria da responsabilidade objetiva do Estado, apresentando-se hoje pouco útil tendo em vista as radicais transformações por que passam os institutos do Direito Administrativo; (b) esta distinção foi concebida para ampliar a responsabilização do Estado, portanto, é dotada de uma intrínseca *vis expansiva* que parece entrar em rota de colisão com a lógica de relativização (de caráter restritivo) da imunidade de jurisdição. Para uma breve ilustração da distinção entre atos de gestão e atos de império, no direito administrativo, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Uma das questões importantes refere-se à destinação do imóvel, pois sendo repartição consular, seu tratamento fiscal dependeria da CVRC, cujo artigo 32 determina: “1. Os locais consulares e a residência do chefe da repartição consular de carreira de que fôr proprietário o Estado que envia ou pessoa que atue em seu nome estarão isentos de quaisquer impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados.” Num exame preliminar, tem-se a impressão de que a ação poderia prosseguir quanto às taxas cobradas pelo Município, excluindo-se apenas a cobrança do IPTU. O serviço de informações processuais da Justiça Federal registra a composição administrativa do débito e a conseqüente sentença de extinção do processo (Disponível em: <www.jfrj.gov.br>). O Japão não veio a Juízo responder pelo processo, sequer para alegar sua imunidade.

Um dos traços distintivos entre as tradições civilistas e do *common law* consiste na forma como os juristas e magistrados identificam a força vinculante dos precedentes na práxis judicial (*stare decisis*). Entre nós, busca-se identificar a parte dispositiva das decisões que, nos tribunais superiores, é cristalizada na forma de Súmulas e Ementas; identificar a força vinculante do precedente consiste em extrair destes documentos as regras aplicáveis aos demais casos (busca-se nas decisões anteriores a mesma estrutura normativa dos códigos). Por seu turno, nos países de tradição do *common law*, não obstante a parte dispositiva da decisão apresentar os elementos *dispositivos* (*holdings*), o que vincula as instâncias inferiores é a *ratio decidendi* utilizada pela corte para que aquele resultado fosse alcançado. Nas decisões narradas nesta seção, pôde-se constatar que a identificação do “ato de gestão” como critério para a relativização da imunidade

de jurisdição, desconectou-se do contexto em que foi originariamente aplicada e passou a constituir uma nova norma replicada nas hipóteses subseqüentes.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-american Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States. *International Legal Materials*, v. 22, p. 292-297, 1983; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Draft Articles for a Convention on State Immunity. *International Legal Materials*, v. 22, p. 287-291, 1983.

CANADA. Act to Provide for Immunity in Canadian Courts. *International Legal Materials*, v. 21, p. 798-801, 1982; UNITED STATES OF AMERICA. Foreign Immunities Act. *International Legal Materials*, v. 15, p. 1388-1392, 1976; UNITED KINGDOM. State Immunity Act. *International Legal Materials*, v. 17, p. 1123-1129, 1978.

Ambos os documentos estão referidos nas notas anteriores.

O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados afirma, no artigo 4º, que todo ato do Estado, seja executivo, legislativo ou judiciário, pode ensejar a responsabilidade do Estado. O artigo 12 dispõe que há uma violação internacional quando um ato de Estado não está em conformidade com o que é requerido pelas obrigações internacionais deste Estado, não importando sua origem ou sua natureza. Em repetição ao que já determina o artigo 27 da CVDT, o artigo 32 exclui o Direito interno do Estado como justificativa para o descumprimento de suas obrigações internacionais. ILC. *Responsibility of States for International Wrongful Acts*. In: UNITED NATIONS, General Assembly. *Resolution 56/83*. 12 December 2001. Disponível em: <www.un.org>.

STF. *Extradição n. 954*, da Itália. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 07 de junho de 2006. DJ, 19.06.2006. p. 9.

Trata-se, na espécie, de habeas corpus impetrado em favor de condenado como incurso no art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (com as alterações dadas pela Lei n.º 8.081/90), tendo em vista a prática do delito de discriminação contra os judeus, por ter, na qualidade de escritor e sócio de editora, publicado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas, delito este ao qual foi atribuída a imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da CF.

Há autores que defendem a hipótese de que as normas de direitos humanos configuram um caso especial de normas de Direito Internacional. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. v. 1.

Para uma abordagem sobre os diferentes aspectos da aplicação de tratados de direitos humanos pelos tribunais locais no contexto latino-americano, cf. ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Orgs.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 82. Para o exame dessa questão no parecer mencionado, vide, no mesmo volume, p. 59-72.

Doc. cit., fls. 620.

Idem, fls. 634.

A lista não inclui os documentos e decisões judiciais, citados ao longo do texto em forma completa.

**O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL:
POSSIBILIDADES E DESAFIOS***

**DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN MERCOSUR: CHALLENGES AND
OPPORTUNITIES**

**Andréa Freire de Lucena
Eusébio Basso e Loro**

RESUMO

O objetivo neste trabalho é verificar não apenas a possibilidade de o Mercosul ser regido por um Direito de Integração, comumente chamado na União Europeia de Direito Comunitário, como também a viabilidade da criação do Tribunal de Justiça no Mercosul. Este estudo, além do mais, pretende demonstrar o papel essencial que um tribunal supranacional pode ter na garantia do avanço do processo de integração. Inicialmente, abordaremos, de forma sucinta, aspectos históricos, bem como a importância de um Direito Comunitário no Mercosul. Em seguida, verificaremos as tentativas integracionistas na América Latina desde a década de 1950 até a criação do Mercosul.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS, MERCOSUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO MERCOSUL.

ABSTRACT

The objective of this study is to determine not only the possibility of Mercosur be governed by a law of integration, commonly called the Union of European Community Law, but also the feasibility of the creation of the Court in Mercosur. The study, moreover, aims to demonstrate the essential role that a supranational court may have in ensuring the progress of the integration process. Initially, discuss, in summary form, historical aspects and the importance of a law in Mercosur. Then check the integrationist efforts in Latin America since the 1950 until the creation of Mercosur.

KEYWORDS: DISPUTES SETTLEMENT SYSTEM, MERCOSUR, COURT OF JUSTICE IN MERCOSUR.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

Criado pelo Tratado de Assunção em 1991, o sistema jurídico e institucional do Mercosul foi posteriormente complementado e desenvolvido por diversos protocolos, que desde seus primórdios deu lugar a severas críticas a uma alegada insuficiência institucional. A questão fundamental refere-se à ausência, no quadro das suas instituições, de um verdadeiro organismo judicial encarregado de controlar e regular o respeito pelo direito comum da organização e supervisionar as ações quer das restantes instituições quer dos Estados que fazem parte do Mercosul.

Enquanto a preocupação central presente no Mercosul forem questões econômicas, como o livre comércio e a união aduaneira, não haverá necessidade de grandes inovações jurídicas. No entanto, com a efetiva implantação do Mercado Comum far-se-á necessária, entre outras coisas, a organização de um Direito Comunitário, além da Criação de um Tribunal de Justiça conforme prevê o Anexo III.3 do Tratado de Assunção.

O objetivo deste trabalho é verificar a possibilidade de o Mercosul ser regido por um Direito de Integração, comumente chamado na União Européia de Direito Comunitário, e também realizar algumas reflexões sobre a viabilidade da criação do Tribunal de Justiça no Mercosul. Desta forma, neste estudo a pretensão é a de demonstrar o papel essencial que um Tribunal supranacional pode ter na garantia do avanço do processo de integração. Inicialmente, abordaremos de forma sucinta aspectos históricos, bem como a importância de um Direito Comunitário no Mercosul, a exemplo da União Européia – U.E. Em seguida, verificaremos as tentativas integracionistas na América Latina desde a década de 1950 até a criação do Mercosul, para tanto realizaremos uma discussão sobre os meios de solução de conflitos nesse processo e sobre a necessidade da criação de uma Corte Permanente de Justiça.

2. BREVE HISTÓRICO DO MERCOSUL

O recente processo integracionista iniciou-se, principalmente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e ganhou destaque no final dos anos 80 com a queda do Muro de Berlim e a desintegração da URSS. O processo democrático na América Latina teve papel fundamental na revisão estratégica das condições que haviam influenciado na marginalização do subcontinente no comércio mundial. Como exemplo do que ocorrera em outros continentes, os países da América Latina buscaram a formação de blocos para uma melhor inserção no quadro de transformações econômicas e políticas mundiais. Assim sendo, foram desenvolvidas diversas experiências de integração econômica, dentre elas o Mercosul.

O Mercado Comum do Sul, sistematicamente conhecido como Mercosul, começou a existir de fato em 1995, porém, sua efetivação é um processo que veio superando etapas. Primeiramente, nasceu da aproximação geopolítica de Brasil e Argentina e de

acordos bilaterais de integração econômica assinados entre os dois países. Cabe ressaltar que a condição necessária para a cooperação política e econômica foi o fim dos regimes militares em ambos os países na década de 1980, além da retomada dos regimes civis baseados na democracia e nas eleições livres.

O ponto de partida para a formação do Mercosul foi o programa de Integração e Cooperação Econômica – PICE – assinado entre Brasil e Argentina no dia 29 de julho de 1986, pelos respectivos presidentes José Sarney e Raúl Alfonsín. Naquela ocasião, ficou determinado um tratamento preferencial aos dois signatários em relação a outros países no âmbito do comércio internacional, bem como ficou determinada a necessidade de proteção a um equilíbrio comercial e produtivo entre os dois países. Essa cooperação deu-se em diversas áreas, tais como a comercial, a tecnológica e a de infra-estrutura (transportes, energia, comunicação, cultural, científica e outras).

Dois anos depois, no dia 29 de novembro de 1988, o programa ganhou nova dimensão quando foi firmado o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. No dia 6 de junho de 1990, o então presidente do Brasil, Fernando Collor de Mello, e o da Argentina, Carlos Menem, assinaram um tratado que visava estabelecer o Estatuto das empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas. A evolução natural desses acordos bilaterais possibilitou a origem formal ao Tratado de Assunção que instituiu o Mercosul, criando um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai.

O Tratado foi firmado no dia 26 de março de 1991 e teve como negociadores o então presidente da Argentina Carlos Menem, o embaixador Guido Di Tella, o ministro das Relações Exteriores da Argentina, o então presidente do Brasil Fernando Collor de Mello, Francisco Resek, ministro das Relações Exteriores, o presidente do Paraguai Andrés Rodríguez, o ministro das Relações Exteriores, Aléxis Freitas Vaisken e o presidente uruguaio Luís Alberto Lacalle e o ministro das Relações Exteriores Héctor Gros Espiell.

Para o Professor Alcides Costa Vaz, a incorporação formal e plena do Uruguai em setembro de 1990, a pronta aceitação, pelo governo paraguaio, do convite para incorporar-se ao processo de integração e a opção chilena de não se vincular, naquele momento, às iniciativas brasileiro-argentinas, sobretudo em razão de diferenças na estrutura tarifária e do grau de abertura já praticado por aquele país, bem como de sua atração por uma associação individual ao Nafta, terminaram por definir a composição quadripartite com a qual surgiria, em seguida, o Mercosul (VAZ, 2002, p.131).

3 – O DIREITO COMUNITÁRIO, O DIREITO CONSTITUCIONAL E O MERCOSUL

O Direito Comunitário aparece como um novo ordenamento jurídico, com características próprias e com mecanismos que asseguram as obrigações contraídas pelos Estados nos tratados constitutivos. Parece-nos oportuno nesse momento apontar a distinção entre Direito Comunitário e Direito de Integração, conforme destaca Roberto Ruiz Diaz Labrano:

En cuanto a la distinción entre derecho comunitário y derecho de la integración, la doctrina reserva la primera denominación a la sistematización de las normas que, emanadas de órganos supranacionales, tiene aplicación inmediata, direta y prevalente dentro del território de los Estados Parte. En tanto que el derecho de la integración comprende o abarca al derecho comunitário, pero se ocupa además de las normas que quieren de un acto posterior para su inserció, incorporación y aplicación dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte y emanan de órganos intergubernamentales (LABRANO, 1998, p.68).

O autor acima citado acrescenta ainda que os elementos do direito comunitário, devidamente analisados, auxiliam na resolução dos conflitos que podem produzir o confronto entre o direito comunitário e o direito nacional. Algumas das características são as seguintes: a aplicação imediata do direito comunitário no território dos Estados-parte; a prevalência ou primazia do direito comunitário na área de sua competência sobre o direito nacional; e o efeito direto do direito comunitário ou invocabilidade direta por parte dos cidadãos.

Partindo da constatação que, no Mercosul, estamos frente a um sistema de normas de caráter puramente internacional, somos compelidos a analisar qual a situação do relacionamento entre essa série de disposições e o ordenamento jurídico dos Estados-membros. Os países sul-americanos, em sua maioria, obedecem a uma tradição dualista em matéria de Direito Internacional.

As constituições dos quatro países membros contêm dispositivos similares, o que representa a manifestação da vontade dos Estados em obrigar-se internacionalmente. Em algumas constituições, há algumas referências expressas à soberania estatal e à participação do Estado em processos de cooperação ou integração. Todas elas consagram o controle constitucional das leis e a possibilidade de um exame das normas de integração por parte dos tribunais nacionais, que eventualmente podem declarar-se inaplicáveis ao âmbito interno.

A Constituição brasileira prevê o controle constitucional dos tratados a cargo do Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, contudo está previsto também o controle difuso. Nesse caso, qualquer jurisdição pode declarar a incompatibilidade entre uma norma internacional e a constituição federal.

A Constituição do Paraguai faz uma referência expressa à soberania Nacional em seu art.2º, todavia não apresenta alusão à delegação de poderes soberanos a entidades supra-estatais. No art.141º, reconhece como parte da ordem jurídica interna os Tratados Internacionais celebrados, aprovados e ratificados. O art. 137º determina sua hierarquia. Essa norma consagra a supremacia da Constituição Paraguaia, mas também declara a preeminência dos Tratados Internacionais sobre as Leis. A Corte Suprema de Justiça tem faculdade para declarar a inconstitucionalidade das normas jurídicas e das resoluções judiciais na forma e com os alcances estabelecidos nessa Constituição e na Lei (art.132º).

A Constituição da Argentina de 1994, em seu art. 75º, reflete uma orientação totalmente favorável às novas tendências do Direito Internacional. Fica consagrada uma distinção entre o Direito Internacional e o Direito de Integração, sobre suas normas fica conferida, de maneira autônoma, a primazia ante a legislação nacional.

A Constituição do Uruguai de 1968 passou por algumas modificações. A integração regional encontra-se expressa no art. 6º nos seguintes termos: Nos Tratados Internacionais que celebra, a República proporá a cláusula de que todas as diferenças que surjam entre as partes contratantes serão decididas pelo árbitro ou outros meios específicos. A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Como a Constituição do Brasil, a Carta do Uruguai não tem uma previsão expressa sobre a hierarquia das normas.

Pela análise sucinta feita das Constituições dos Estados-membros parece estar longe de ser alcançada uma concepção do Direito Comunitário como um ordenamento jurídico novo o que implica características próprias que o diferenciam do Direito Internacional Clássico e do Direito Interno dos Estados-Membros. A consciência de que a integração depende fundamentalmente da vontade política dos Estados – e que por tal razão a adoção de certos princípios era essencial para garantir a independência das instituições comunitárias e a autoridade vinculante de suas decisões – está na base de toda a dogmática comunitária.

A implantação de um mercado comum no Cone Sul entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai é uma realidade irreversível apesar dos erros e dos acertos que acontecem nesse processo. Assim como aconteceu na U.E., o Mercosul terá que superar e que transpor muitos obstáculos até alcançar um processo integracionista pleno. Para isso, um grande passo dado entre os Estados-Membros seria a efetiva concretização da noção de supranacionalidade como reconhecimento de valores comuns aos Estados, o estabelecimento de regras de direito que deverão ser respeitadas, a emissão de decisões de justiça que fixem esse direito e a autonomia desses poderes em relação ao poder dos Estados-membros.

Ao analisar as normas do Tratado de Assunção é possível constatar a ausência de alguns desses elementos essenciais. Poderes efetivos não aparecem, sobretudo no que se refere a autonomia de um novo centro decisório.

4 – TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO MERCOSUL: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

As tentativas integracionistas são históricas e vêm acontecendo desde um passado longínquo até os nossos dias em um ritmo dinâmico, pois, a cada dia que passa, o processo toma novos rumos em razão de ser determinado por fatores e por interesses econômicos, políticos e até culturais. A integração, contudo, foi, aos poucos, se concretizando. Inicialmente, ela esteve envolvida em uma tentativa de se desvencilhar dos laços coloniais, inaugurando uma fase de tempos livres, de interesses nacionais e de identidade cultural. Em meados do século XX, iniciaram-se as tentativas integracionistas mais significativas. A CEPAL – Comissão Econômica para a América

Latina, é um órgão técnico-econômico das Nações Unidas, destinado a fomentar estudos e projetos para o desenvolvimento das nações da América Latina. Criada no início da década de 50, a CEPAL congregou intelectuais e economistas como o argentino Raul Prébish e o brasileiro Celso Furtado.

Afirmava-se, naquele momento, a necessidade de criar um mercado comum latino-americano, com funções de ampliar os estreitos mercados nacionais. Além de incentivar o surgimento de economias de escala, deveria também promover o desenvolvimento industrial. Fora instituída e fomentada a tese da substituição de importação como meio para produzir localmente o que antes era importado.

No final da década de 1950, começou a ser amadurecida a idéia de promover uma integração regional, com o intuito de incentivar o comércio entre os países latino-americanos. A primeira tentativa de integração se deu, no ano de 1960, com a criação de um mercado comum latino-americano por meio da ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio. Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru, Uruguai, posteriormente Colômbia, Venezuela e Equador foram seus integrantes. O objetivo da ALALC era criar um mercado comum a partir de uma zona de livre comércio em um prazo de 12 anos e, para isso, os Estados-membros teriam que ampliar os mercados, retirar medidas protecionistas e reduzir tarifas. A pretensão era a liberalização do comércio ou, pelo menos, o fomento ao crescimento nas áreas mais carentes.

A ALALC não cumpriu seu principal objetivo que era a criação de uma zona de livre comércio e, na XIX Conferência Extraordinária de Acapulco, foi definitivamente substituída pela ALADI – Associação Latino-Americana de Integração. A ALADI foi instituída com perspectivas mais modestas. Seu principal objetivo era a realização, setorial e paulatina, de um trabalho de preparação que contivesse ajustes progressivos, dessa forma e gradativamente, seriam alcançados os objetivos da ALALC.

Enquanto países membros da ALADI estavam: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Pode-se considerá-la uma continuação da política da CEPAL e, conforme os objetivos da ALALC, ela também pretendia um mercado comum, destacando o desenvolvimento social e econômico dos países-membros e promovendo o comércio intra-regional. A ALADI recomendava um trabalho de preparação e ajustes progressivos para que, ao seu tempo, sem datas predeterminadas e, dentro de condições e realidades históricas, pudesse ocorrer uma integração da região. Teve como base o bilateralismo, diferentemente de sua antecessora que se fundava no multilateralismo.

4.1 – SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA: ALALC, ALADI E PACTO ANDINO

A ALALC apresentou-se carente no planejamento de investimentos entre os países, não buscou a harmonização de suas políticas fiscal, monetária e cambial e, além do mais, não possuía um órgão jurisdicional supranacional ou intergovernamental. O órgão que assume o poder de mediador para a solução de conflitos era o Comitê Executivo, este,

em caráter de instituição permanente, buscava uma solução consensual entre as partes em conflito.

O sistema de solução de controvérsias estruturou-se a partir de várias resoluções que passaram a converter-se em um sistema para a solução de conflitos, é desta forma que: A Resolução 165 do Conselho de Ministros, de 08 de dezembro de 1966, aprovou o projeto para a solução de todas as controvérsias; A Resolução 118 criou uma comissão técnica, integrada por quatro personalidades nacionais dos Estados-partes, com função de assessoramento, que outorga certo caráter supranacional; A Resolução 126, de 11 de julho de 1967, regulamentou a Resolução 165/66; e a Resolução 198, de 02 de setembro de 1967, aprovou uma lista de matérias sujeitas ao protocolo.

A negociação entre os Estados-Partes acontecia via Comitê Executivo Permanente que, por maioria de seus membros, interpretava o Tratado e as suas normas derivadas, sendo, portanto, uma mediação, já que não resolvia a questão. As partes podiam recorrer diretamente à arbitragem no todo ou em parte da controvérsia ou podiam esperar os resultados das negociações diretas ou da mediação por meio do Comitê.

A ALADI não tinha exigências uniformizadoras e, da mesma forma que na ALALC, não havia um poder unificador. Na verdade, como não havia uma política comum para os países que a compunham, as decisões finais permaneciam nas mãos de políticas internas. Ao contrário do que se esperava de uma prática integracionista, os parceiros se articulavam entre eles, debilitando assim a possibilidade de compartilhar o poder e de transferi-lo ao coletivo. A ALADI não tinha órgãos de base supranacional, apenas intergovernamental. A estrutura da organização estabelece órgãos políticos e técnicos: os primeiros são compostos pelo Conselho de Ministros de Relações Exteriores, a Conferência e o Comitê de Representantes; já os segundos são constituídos pelo Órgão Técnico e a Secretaria Geral.

A solução de controvérsias está a cargo da Resolução 114, de 22 de março de 1990, do Comitê de Representantes, que trata dos procedimentos destinados a preservar o cumprimento dos compromissos e acordos assinados pelos países-membros. Esse mecanismo está fundado no art. 35º, letra “m”, do Tratado de Montevideu que data de 1980, em que estabelece como atribuição e obrigação do Comitê de Representantes a proposição de fórmulas para resolver as questões apresentadas pelos países-membros, quando for alegada a inobservância de alguma das normas ou princípios do Tratado.

O Tribunal de Justiça do Pacto Andino, a que também é chamado Tribunal Andino, foi criado por um tratado independente assinado em Cartagena das Índias em 1979, e acabou por adicionar duas novas instituições às já existentes no sistema – o tribunal supranacional e o Parlamento Andino. Com sede em Quito, no Equador, é composto por cinco magistrados, sendo um de cada país-membro. Suas normas possuem aplicação imediata e proeminência sobre as legislações nacionais.

O Tribunal criado assume três classes de ações ou de competências: a competência para decidir demandas por não cumprimento contra os países-membros; a ação de nulidade, para tratar de assegurar aos governos dos Estados-membros e aos seus habitantes que os inusitados poderes atribuídos aos organismos comunitários serão usados corretamente e, finalmente; a competência judicial comunitária, de maior importância não somente por se tratar de pronunciamentos doutrinários com repercussão direta e imediata nos processos

submetidos aos juizes nacionais, como também porque, com esta ação, há a tentativa de cumprir na prática os mesmos objetivos buscados por meio das ações de incumprimento e de nulidade – o recurso prejudicial. O Tribunal Andino tem todas as características de supranacionalidade, posto que suas normas podem ser aplicadas de forma imediata sobre as legislações nacionais. Verifica-se ainda, no sistema andino, a utilização da arbitragem, inclusive para os contratos particulares embasados em normas comunitárias.

O Pacto Andino é hoje visto como uma experiência frustrada, não apenas por causa da ausência de um claro e decisivo avanço para estágios mais completos do processo de integração regional e de uma definição definitiva dos seus objetivos, mas também devido à avaliação negativa de sua estrutura institucional, da qual a sua parca atividade constitui uma importante evidência. Esses ensaios e trabalhos preliminares abriram caminhos para discussões mais efetivas e promissoras que chegaram ao Tratado de Assunção em escala mais segura.

4.2 – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Basicamente, a solução de conflitos internacionais apresenta-se dividida em dois sistemas, o diplomático ou extrajudicial e o jurisdicional, cuja principal característica é a força vinculante ou obrigatória entre as partes. No que se refere à natureza jurídica do Mercosul, ensina o professor Luiz Olavo Baptista que o Mercosul é uma organização internacional de molde clássico, em que não existe efeito de supranacionalidade. A soberania, entendida no sentido tradicional pós – Westphaliano, clássico, é o fundamento do sistema. Nele, cada um dos Estados-Membros, aceita a criação de normas mediante as quais exerce junto com os demais, de forma coordenada, sua soberania, que, todavia, é preservada. Não há renúncia nem redução da mesma. Mas, todos assumem uma obrigação de ação conjunta e coordenada como forma de exercício da soberania. Mas isto somente para as finalidades do acordo. Isto é, os estados que integram o Mercosul, não poderão exercer a sua soberania de modo independente no que tange os objetivos da organização que foram estabelecidos pelo tratado fundacional. Desta forma, devem exercê-las juntos atuando de maneira a confirmar a máxima: “um por todos e todos por um”.

O Anexo III do Tratado de Assunção que trata sobre a Solução de Controvérsias no MERCOSUL diz que os conflitos serão resolvidos mediante negociações diretas e da intervenção do GMC – Grupo Mercado Comum, predominando, neste caso, o mecanismo diplomático. Assim, dentro de 120 dias, a partir da entrada em vigor do tratado, o GMC leva aos governos dos Estados-Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que funcionaria durante o período de transição.

A criação de um sistema provisório, que se deu por meio do Protocolo de Brasília, manteve a via diplomática nas soluções dos conflitos do MERCOSUL. O Protocolo de Ouro Preto acrescentou a possibilidade de se apresentar reclamações à CCM – Comissão de Comércio do Mercosul, quando tratarem de assuntos de competência dessa comissão.

O ponto 3 do Anexo III do Tratado de Assunção estabelece que os Estados-Partes deveriam adotar um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias até 31 de dezembro 1994. O Protocolo de Ouro Preto confirmou os meios previstos no Protocolo de Brasília, estipulando que ao culminar o processo de convergência da Tarifa Externa Comum, o atual sistema seria revisto no sentido de adotar um sistema permanente.

Assim sendo, o Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL fundamenta-se no Anexo III do Tratado de Assunção e, principalmente, no Protocolo de Brasília, que em seu art. 2º diz que os Estados-Partes, em uma controvérsia, procurarão resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas. Tem-se, com isso, o estímulo à via diplomática.

A fase diplomática tem início por negociações diretas, devendo as partes informar ao GMC, por intermédio da Secretaria Administrativa, sobre o andamento das negociações e de seu resultado. O prazo previsto para essas negociações é de até 15 dias, podendo ser prorrogado por acordo das partes. Não se obtendo um acordo nessa fase, ou se o acordo for parcial, qualquer dos Estados pode submetê-la à consideração do GMC. Este grupo ouvirá as partes, recorrendo, se for o caso, a especialistas escolhidos na forma do art. 30º do Protocolo de Brasília: O grupo de especialistas a que faz referência o Artigo 29º deve ser composto de três (3) membros designados pelo Grupo Mercado Comum. Ou, na falta de acordo sobre um ou mais especialistas, deverão ser eleitos dentre os integrantes de uma lista de vinte e quatro (24) especialistas, por votação que os Estados-Partes realizarão. A Secretaria Administrativa comunicará ao Grupo Mercado Comum o nome do especialista ou dos especialistas que tiverem recebido maior número de votos. Neste último caso, e salvo se o Grupo Mercado Comum decidir de outra maneira, um dos especialistas designados não poderá ser nacional do Estado no qual o particular formalizou sua reclamação, conforme previsto no art. 26º.

O procedimento arbitral tem seu início com a comunicação de qualquer Estado-parte à Secretaria Administrativa do GMC. A Secretaria Administrativa comunica a outra, ou outras, parte da divergência ao GMC e passa a se ocupar da tramitação do procedimento. Os Estados-partes declaram que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal que, em cada caso, se constitua para conhecer e para resolver todas as controvérsias a que se refere o presente protocolo.

A composição do tribunal *ad hoc* obedecerá ao que está disposto nos arts 9º a 14º. O procedimento arbitral tramitará ante um Tribunal *ad hoc* composto de três (3) árbitros pertencentes à lista referida no artigo 10º: Cada Estado-parte designará dez (10) árbitros que integrarão uma lista registrada na Secretaria Administrativa. A lista, bem como suas sucessivas modificações, será comunicada aos Estados-membros.

Segundo o art. 15º, o Tribunal Arbitral tem poderes para fixar sua sede em um dos Estados-partes, objetivando adotar as regras de procedimento, garantindo a manifestação das partes e assegurando a rapidez do procedimento. O art. 16º prevê que os Estados-Partes na controvérsia informarão o Tribunal Arbitral sobre as instâncias cumpridas anteriormente ao procedimento arbitral e farão uma breve exposição dos fundamentos de fato ou de direito de suas respectivas posições. O art. 17º prevê que os Estados-Partes na controvérsia designarão seus representantes ante o Tribunal Arbitral e poderão ainda designar assessores para a defesa de seus direitos.

O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do CMC, nas Resoluções do GMC, bem como nos princípios e nas disposições de direito internacional aplicáveis à matéria (art. 19º). O prazo para a decisão do Tribunal Arbitral é de sessenta (60) dias contados a partir da designação de seu Presidente, prorrogáveis por mais trinta (30) dias, e por uma única vez (art. 20º). As decisões não comportam voto vencido, sendo confidencial o voto de cada árbitro. Os laudos são inapeláveis devendo ser cumpridos pelos Estados-Partes em prazo de quinze (15) dias, a não ser que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo.

Caso um dos Estados-Partes não cumpria o laudo do Tribunal Arbitral, no prazo de trinta (30) dias, os outros Estados-Partes envolvidos na controvérsia poderão adotar medidas compensatórias. Dentre as medidas que podem ser adotadas, destacamos a suspensão de concessões ou outras equivalentes, visando obter seu cumprimento (art.23º). Cada Estado-Parte na controvérsia custeará as despesas do Presidente do Tribunal. As demais despesas do Tribunal Arbitral serão custeadas em montantes iguais pelos Estados-Partes envolvidos na controvérsia, a menos que o Tribunal Arbitral estipule de modo diferente.

O Protocolo de Ouro Preto, firmado em 17 de dezembro de 1994, deveria ser o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercosul. No entanto, ratificou o Protocolo de Brasília, acrescentando poucas diretrizes. Determinou que antes que seja consolidada a União Aduaneira, os Estados-Partes deveriam revisar o sistema de Solução de Controvérsias de forma a adotar um sistema permanente. Sobre a estrutura institucional do Mercosul, o art.1º estabelece os seguintes órgãos: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio Comum, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul.

A grande novidade foi o reconhecimento da personalidade jurídica de Direito Internacional do Mercosul (art. 34º). O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências (art.35º). Houve a adoção da Tarifa Externa Comum (TEC), a vigorar a partir de 01 de janeiro de 1995. Estabelece o art.19º, II, que dentre as funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul, considera e pronuncia sobre as solicitações apresentadas pelos Estados-Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum.

Em 18 de fevereiro de 2002, o Protocolo de Olivos foi assinado, entrando em vigor em janeiro de 2004. Trata-se de uma reformulação do sistema anterior enfocando o novo Sistema de Controvérsias e as inovações por ele incorporadas. Fica a partir daí revogado o Protocolo de Brasília (art.55º, § 1º), porém, continua em vigência o Protocolo de Ouro Preto. O Protocolo de Olivos cria um novo grau de jurisdição regional com a designação de “Tribunal Permanente de Recursos”.

Ainda que a solução negociada seja valorizada (art. 4º do Protocolo de Olivos), pois “os Estados-partes numa controvérsia procurarão resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas”, o artigo 6º, § 1º, autoriza que, frustradas as negociações diretas

entre as Partes, estas recorram à instância judicial. Se mediante as negociações diretas não se alcançar um acordo ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados-Partes na controvérsia poderá iniciar diretamente o procedimento arbitral previsto no capítulo 6º. Assim, após a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, as controvérsias podem continuar a ingressar na CCM, mas se uma solução não for encontrada aí, não há mais a necessidade de elevá-la ao GMC. Dessa forma, é possível partir diretamente para a decisão arbitral.

Todas as controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes sobre interpretação, aplicação e não cumprimento do Tratado de Assunção e do conjunto normativo do Bloco ser-lhe-ão submetidas. Para aquelas iniciadas antes de sua entrada em vigor, o Protocolo de Brasília continuará sendo aplicado. Em essência, o Protocolo de Olivos cria uma instância arbitral permanente de revisão, qual seja a principal alteração operada com o novo Protocolo é atribuir caráter facultativo ao recurso para o GMC. Com efeito, sem abandonar a preferência pela solução negociada (art. 4º), o art. 6º, § 1º, autoriza que, frustradas as negociações diretas entre as partes, é possível passar diretamente para a instância judicial.

Frustrada a solução no CCM, não há necessidade de submetê-la ao GMC, de forma que o recurso às instâncias judiciais já é possível. A possibilidade de abreviar o procedimento ao ser dispensado o trâmite pelo GMC – órgão cujas decisões são “menos técnicas” do que aquelas da CCM e dos tribunais do bloco – é um sinal de avanço na institucionalização da solução de controvérsias no Mercosul. Quanto menor a “distância institucional” entre o foco da controvérsia e um órgão judicial, maior a legalização do processo. Com o novo Protocolo, as controvérsias nascidas de queixas próprias dos sócios enfrentam apenas a necessidade de negociações diretas. A inovação, aqui, é desprezar a necessidade de rediscussão no quadro do GMC.

O Professor Luiz Olavo Baptista resume as fases das disputas explicando que há uma fase diplomática, portanto, política de negociações, é sucedida pelas recomendações de terceiros, a que se segue uma convocação de um painel arbitral que decide a questão do ponto de vista jurídico. Há que notar que nesse sistema o grau de jurisdicização da solução da controvérsia é crescente, na razão inversa do decréscimo do conteúdo político da fórmula adotada.

Dentre as principais inovações trazidas pelo Protocolo de Olivos, destaca-se a institucionalização de um Tribunal Permanente de Recursos, que visa garantir de forma unificada, segura e responsável a solução de controvérsias que surgirem entre os membros do Mercosul. Outro fator importante a ser considerado é a relativa diminuição do peso político nas decisões. A existência de instituições permanentes e de um próprio Tribunal Permanente pode garantir o sucesso de um bloco econômico, notadamente devido à diminuição da interferência política nas decisões que passam a ser mais “institucionalizadas”. Destaque-se a existência de um procedimento próprio a ser seguido, o que garante maior juridicidade e, conseqüentemente, maior segurança na construção do processo de integração.

A institucionalização e a juridicidade criam uma maior segurança jurídica na construção do processo de integração. O que acontece na medida em que dota o Mercosul de um órgão jurisdicional de caráter permanente, permitindo a construção de um Direito Comunitário. Com isso, haverá uma confiabilidade não só dos membros do Bloco, mas

da sociedade internacional no que tange à solidificação do mesmo nas relações econômico-comerciais entre os blocos regionais.

O regionalismo econômico representa um importante elemento que é definidor do sistema internacional contemporâneo. Os temas relacionados aos processos de integração despertam interesses nas áreas governamental, social e acadêmica. O Mercosul foi a mais importante iniciativa de integração empreendida no Cone Sul. O Protocolo de Olivos demonstra o interesse de seus membros em fortalecer um processo de integração pela busca da harmonização de seus objetivos.

Essas conquistas analisadas pelo viés do institucionalismo liberal colocam em perspectiva a capacidade das instituições internacionais de gerar incentivos para a cooperação internacional. Desta forma é possível corrigir falhas de mercado, reduzindo problemas de ação coletiva e gerando normas e regras orientadoras do comportamento dos Estados, com o que elevam os custos de ações unilaterais que possam fragilizar interesses coletivos, tornando assim mais estável e previsível o sistema que eles interagem (VAZ, 2002, pp.19-20).

4.3. POR UMA CORTE DE JUSTIÇA PERMANENTE

O Protocolo de Olivos cria uma instância permanente de revisão, este um passo importante para a estrutura institucional do Bloco. Além do mais, apresenta inovações institucionais de juridicidade necessárias à estabilidade do processo de integração regional. A adoção de uma solução intermediária entre a implantação de um Tribunal de Justiça Permanente e o mecanismo *ad hoc*, qual seja, a figura do Tribunal Arbitral Permanente de Revisão, foi sem dúvida a grande inovação institucional. Não chegamos, no entanto, ao Sistema Permanente a que se refere o Tratado de Assunção. A arbitragem, como forma de solução de conflitos, é mantida.

Fica evidente a relação existente entre as modificações trazidas pelo Protocolo de Olivos e as expectativas do Professor Luiz Olavo Baptista:

A transição natural entre um sistema arbitral *ad hoc* e uma Corte de Justiça passa pela existência de uma Corte Permanente de Arbitragem. A Corte Permanente será constituída por especialistas do Direito Internacional e constituirá a sua própria jurisprudência, que servirá de orientação no futuro. As suas decisões, por decorrerem de compromisso assumido pelos países em tratado internacional, têm força de obrigatoriedade no âmbito do Direito Internacional. Somente na medida em que a Corte Arbitral começasse a ter um volume de serviço que superasse aquele desejável, poderíamos transformá-la numa Corte de Justiça (BAPTISTA, 1995, p.110).

A respeito da criação de um marco jurídico parecido ao Tratado de Roma, porém sem imitar simplesmente o modelo europeu, escreve o ilustre professor acima citado, que, não podemos assumir, por puro espírito de imitação, um papel semelhante ao da Corte Européia. Esta demorou a surgir e, ao contrário do Mercosul, ela é o resultado natural de uma evolução. Na medida em que sobre as Cortes Supremas dos quatro países se

erguerá uma outra Corte que contém o poder de revogar as decisões das outras Cortes. Imediatamente veremos o corporativismo judicial pôr-se em ação e reagir ante a ameaça de um poder mais alto.

Para o Professor Adherbal Meira Mattos, no entanto, os Laudos Arbitrais denotam a urgência do estabelecimento de um Órgão de Solução de Controvérsias de natureza judicial e de caráter permanente. Fator que se dá pela variedade dos temas tratados, pela estrutura da Entidade, por sua constante evolução interna, participação externa e por sua contribuição à formação de um autêntico Direito Comunitário.

Para a doutrina integracionista, tanto européia como latino-americana, o elemento essencial que diferencia um processo integracionista da simples cooperação entre os Estados é a supranacionalidade. No entanto, ao analisar as normas do Tratado de Assunção, constata-se a ausência de alguns desses elementos essenciais. Há o reconhecimento de valores comuns, porém, não aparecem os poderes efetivos a seu serviço e, também e, sobretudo, a autonomia de um novo centro de decisão.

Mesmo que seja essencial a criação de um órgão supranacional no processo de integração, a Constituição brasileira não o consagrou explicitamente em seu texto do art. 4º: “A República Federativa do Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

O Uruguai, em sua Constituição de 02 de fevereiro de 1967, com as reformas de 1989 e 1994, da mesma forma não previu a supranacionalidade, mas apenas acrescentou, na reforma de 1994, um novo inciso ao art. 6º que expressa: A República procurará a integração social e econômica dos estados Latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Assim mesmo preponderará à efetiva complementação de seus serviços públicos.

Estamos diante do primeiro, e principal, obstáculo do Mercosul. Cabe ressaltar, no entanto, que, diferentemente do art. 4º da Constituição Brasileira e do art. 6º da Constituição Uruguaia, os outros dois membros já contemplaram o instituto da supranacionalidade. A Constituição do Paraguai, por exemplo, em seu art. 145, afirma que a República do Paraguai, em condição de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.

Por outro lado, a Argentina trata do mesmo tema no art. 75, § 24 que prevê: Aprovar tratados de integração que deleguem competência e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.

O Tratado de Assunção, de fato, prevê a criação de instituições permanentes, mas a própria evolução do Mercosul é que se encarregará de efetivá-las. Para que isso ocorra, muito deve ser feito dentro do sistema jurídico interno, bem como dentro das possibilidades financeiras e econômicas de cada Estado-membro. O pressuposto é que esse procedimento será oneroso ante uma conjuntura atual mais propensa a ajustes e reformas fiscais.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de integração do Mercosul se consolidará por meio da implantação de estruturas definitivas. Pela própria dinamicidade da proposta integracionista, é de grande importância a criação de um Tribunal de Justiça que tenha como competências e atribuições, assegurar o estabelecimento do mercado comum dentro do respeito do direito. Isto no que se refere à interpretação e aplicação do Tratado Constitutivo, bem como de todos os atos normativos que derivam dele.

Por mais eficiente que se tenha mostrado o Sistema de Controvérsias, agora mais recentemente com a criação do Protocolo de Olivos, fica evidente a maturidade política dos parceiros. Essa maturidade pode ser observada ao avançarem no processo de integração, contudo é importante considerar que somente um Tribunal de Justiça terá condições de estabelecer uma corrente jurisprudencial firme e específica para os membros do Bloco bem como para a sociedade internacional. A função de um Tribunal não se esgota no julgamento de questões entre Estados-Partes e particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas. A missão do Tribunal é mais ampla, pois cabe a ele uniformizar a interpretação e a aplicação do direito comunitário, do Tratado de Assunção, dos protocolos e atos emanados das instituições com poder decisório, das decisões do CMC e das diretrizes da CCM.

O processo de integração requer conquistas de forma plena e não somente em parte. Nesse contexto, os órgãos supranacionais deverão integrar e determinar o bloco, haja vista que as decisões devem partir do interesse do grupo em benefício das partes integrantes. Somente assim o processo de integração não será comprometido. Importante enfatizar que os contratemplos e as tentativas de acertos na construção do Mercosul são naturais. A busca deve ser por aprendizado com os percalços que inevitavelmente aparecem nessa trajetória. Finalmente, vale destacar que qualquer mudança no curso da história dependerá acima de tudo da vontade política dos seus membros e do nível de integração os países envolvidos pretendem obter.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto. *Mercosul e União Européia: Estrutura Jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Mercosul no Contexto Regional e Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ARAÚJO, Nádia, MARQUES Frederico V. Magalhães e REIS, Márcio Monteiro. *Código do Mercosul: tratados e legislação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BANDEIRA, L.A. Moniz. “As relações regionais no Cone Sul: iniciativas de integração”. In: CERVO, Amado Luiz e RAPOPORT, Mário (org). *História do Cone Sul*. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. Porto Alegre: LTr, 1992.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. *O Processo de Integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados*. Brasília: Senado Federal, 1997.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito Comunitário*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1993.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Solução de Controvérsias no Mercosul* - Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes e CHIARELLI, Matteo Rota Chiarelli. *Integração: direito e dever*. São Paulo: LTr, 1992

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Introducción al derecho comunitário latinoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

FERREIRA, Aldo Leão. *Mercosul: Comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos e solução de controvérsias*. Curitiba: Juruá, 2006.

HEREDIA, Edmundo A. “O Cone Sul e a América latina: interações”. In: CERVO, Amado Luiz e RAPOPORT, Mário (org). *História do Cone Sul*. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

JO, Hee Moon (Coord.). *Sistema de solução de controvérsias na integração econômica na Américas*. Curitiba: Juruá, 2007.

LABRANO, Roberto Ruiz Diaz. *Mercosur Integración y derecho*. Ciudad Argentina: intercontinental editora, 1998.

LIPOVETZKI, Jaime César. *MERCOSUL: estratégia para a integração: mercado comum ou zona de livre comércio: análise e perspectivas do tratado de assunção*. São Paulo: LTr, 1992.

LOBO, Maria Teresa Carcomo. *Ordenamento jurídico comunitário: União Europeia-Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MATTOS, Adherbal Meira. *Reflexões sobre Direito Internacional e Relações Internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELLO, Eduardo Pereira de. “A hierarquia normativa dos tratados no ordenamento jurídico nacional”. In: FERRARI, Regina M.M.Nery (org). *O Mercosul e as ordens jurídicas de seus estados-membros*. Curitiba: Juruá, 1999.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso elementar*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1995

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VAZ, Alcides Costa. *Cooperação, integração e processo negociador: a construção do Mercosul*. Brasília: IBRI, 2002.

**A TROCA DE INFORMAÇÕES NO ÂMBITO DE TRATADOS
INTERNACIONAIS SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA***

**INFORMATION EXCHANGE CONCERNING INTERNATIONAL TAX
TREATIES**

**Antônio de Moura Borges
Laila José Antônio Khoury**

RESUMO

O objeto do presente trabalho consiste na análise dos métodos existentes no direito internacional público para disciplinar a cooperação em matéria tributária entre os Estados, tendo em vista que a globalização proporcionou a todas as pessoas a possibilidade de escolher o lugar onde as suas atividades serão desenvolvidas, executadas e tributadas. Com isso, o planejamento tributário viabilizou ao contribuinte a criação de mecanismos voltados à redução das despesas tributárias, os quais afetam diretamente a receita dos Estados. Nesse contexto, a evasão e a elisão fiscal internacional tornaram-se motivo de preocupação para os Estados.

A fim de controlar as condutas dos contribuintes que se utilizam abusivamente dos efeitos da internacionalização das relações, bem como do planejamento tributário internacional, os Estados verificaram a importância de incrementar mecanismos capazes de operacionalizar a assistência administrativa. Este objetivo será alcançado com a implementação das modalidades de assistência administrativa, especialmente a troca de informação.

O presente estudo analisou a troca de informações entre as autoridades administrativas fiscais dos Estados. O intercâmbio de informações, que prima pelo caráter preventivo dos atos de controle da administração fiscal sobre os seus contribuintes, revela-se como importante e eficaz instrumento de combate aos ilícitos tributários internacionais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. EVASÃO FISCAL. ELISÃO FISCAL. ASSISTÊNCIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL. TROCA DE INFORMAÇÕES.

ABSTRACT

This paper's objective is to analyze existing methods under public international law to forge stronger tax cooperation among states, in light of the fact that globalization has

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

provided all persons with the choice of where to operate and have their activities taxed. Aggressive tax planning has allowed taxpayers to take advantage of mechanisms to reduce their tax burden, directly affecting states' tax receipts. In this context, international tax evasion and avoidance have become major causes for concern among states.

In order to rein in the conduct of taxpayers who take unfair advantage of the globalization of economic activity and of international tax planning, states have needed to enhance administrative assistance mechanisms. To this end, they seek to implement various methods of administrative assistance comprising : exchange of information. This paper analyzes exchange of information among states' tax authorities. Exchange of information—which emphasizes preventive approaches by tax authorities to track and control taxpayer activity—is manifestly an important and effective tool for combating international tax offenses.

KEYWORDS: KEY WORDS: TAX PLANNING. TAX AVOIDANCE. TAX EVASION. ADMINISTRATIVE ASSISTANCE. EXCHANGE OF INFORMATION

1. Considerações Iniciais

A assistência administrativa viabiliza a cooperação internacional, pois resulta da convergência de vontades dos Estados para celebrar o tratado destinado a combater a elisão e a evasão fiscal internacional. O tratado é, então, o instrumento que disciplina os procedimentos específicos destinados a viabilizar a assistência administrativa.

Com efeito, a segurança para o Estado acerca do controle dos negócios dos contribuintes decorre da implementação da assistência administrativa em nível internacional. O manejo dessa assistência tende a gerar melhores resultados, especialmente porque com a troca de informações o Estado requerente terá condições de aferir a veracidade da operação tributária realizada em relação às normas que regem a matéria.

É mister a manifestação de vontade dos Estados para que a cooperação possa desenvolver-se. Neste campo, o direito internacional público é o reflexo do elemento volitivo dos sujeitos internacionais. Como afirma Hermes Marcelo Huck, “há um restrito arsenal de normas de direito internacional público, negociadas pelos Estados soberanos, destinadas a reprimir a evasão internacional através de um sistema de intercâmbio de informações entre autoridades administrativas dos Estados nacionais distintos[1].

O esforço voluntário dos Estados traduz-se no conjunto de operações previamente acertadas entre as Administrações Tributárias de dois ou mais Estados com vistas a permitir a correta aplicação das disposições que regem o recolhimento, o controle e a recuperação do tributo dos Estados signatários. Isto é, os Estados que pretendem valer-se da assistência administrativa se sujeitam ao ordenamento do Estado requerido para cooperar, sem que tal colaboração contrarie os limites soberanos que constituem e delimitam o território nacional, bem como sua competência^[2].

A cooperação internacional no plano multilateral tem como marcos históricos o Grupo dos Quatro e o Conselho Europeu. Este adotou uma resolução, de 10 de fevereiro de 1975, por meio da qual propôs dez diretivas, *ex vi*, adoção de troca mútua sobre todas as informações necessárias para a correta determinação do montante de tributo a ser pago; necessidade de proceder à harmonização dos meios jurídicos e administrativos dos sistemas tributários para facilitar a troca de informações; possibilidade de funcionários de uma Administração Tributária participarem de ações de controle em outro Estado^[3].

O nível mais estreito de cooperação internacional foi instaurado no âmbito do Grupo dos Quatro, criado em 1970 e formado pelos Estados Unidos, França, Alemanha Ocidental e Reino Unido. Esses Estados reuniram-se e decidiram adotar alguns procedimentos pautados na ajuda recíproca para controlar, de forma coordenada, a legalidade dos negócios operados pelos contribuintes.

Foi então divulgada, em 15 de março de 1979, a experiência vivida por esses Estados, que se uniram na tentativa multilateral de conter a elevação das condutas evasivas — na medida em que a evasão fiscal é responsável pela perda imediata de arrecadação para os Estados. Assim, foram propostas medidas suscetíveis de serem tomadas internamente para conter a evasão fiscal internacional e para a discussão das autoridades sobre a troca de informações, entre outros estudos^[4].

Uma das ações exitosas dessa iniciativa de cooperação recíproca foi o melhoramento da troca de informações, que se revelou instrumento eficaz na luta contra a evasão fiscal. Em face de sua relevância, pode-se dizer que a troca de informações representou o primeiro passo rumo à criação do fisco internacional, tal como afirma Plagnet:

Essas medidas aumentaram, incontestavelmente, a eficácia na luta contra a elisão e a evasão fiscal internacionais. Essa iniciativa pode ser o primeiro passo sobre a criação de um “Inter-fisc”, que se assemelharia à “Interpol”, a organização internacional destinada a lutar contra a criminalidade.[5]

A preocupação com a perda de receitas tributárias foi igualmente manifestada pela OCDE e pela ONU, pois o cometimento de ilícitos tributários compromete a função social do tributo, o custeio do Estado, a concorrência leal e a igualdade entre os contribuintes. O reflexo positivo dessa preocupação foi a inserção do artigo 26 nos modelos de tratados^[6] contra a dupla tributação das mencionadas organizações. O dispositivo trata especificamente da troca de informações como demonstração efetiva da importância da assistência administrativa fiscal.

Percebe-se a ênfase e a atenção dadas à troca de informações para prevenir o cometimento de ilícitos tributários. Esse dispositivo retrata o caráter geral e amplo dessa modalidade de assistência, para ser efetivamente praticada pelos Estados contratantes. Nas palavras de Maria Amparo Ruiz, “ não obstante tal constatação, a assistência foi considerada como instrumento acessório para eliminar e para verificar que as regras do tratado não estavam sendo usadas para camuflar a elisão fiscal.”^[7]

Tal afirmação enfatiza a necessidade de discutir e disciplinar a assistência administrativa a fim de aprimorar o intercâmbio de informações, pois o regramento

dessa modalidade no bojo do tratado contra a dupla tributação não é suficiente para prevenir e reprimir a evasão e a elisão fiscal internacional. De fato, a multiplicidade de artifícios criados pelos contribuintes para furtarem-se ao cumprimento da obrigação tributária não sofrerá o impacto adequado com a previsão da troca de informações num único dispositivo de um tratado contra a dupla tributação.

Ademais, o dispositivo não estabelece a sistematização do procedimento para a troca de informações, uma vez que a Administração Tributária não sabe “como, a quem e o que perguntar a outra administração tributária”^[8]. Logo, a inexistência de procedimentos padrão ou homogêneo dificulta o intercâmbio.

Nesse contexto, o Conselho da Europa e a OCDE, em 25 de janeiro de 1988, celebraram a Convenção multilateral sobre assistência mútua em matéria tributária, a fim de disciplinar detalhadamente o procedimento das modalidades de assistência, sobretudo quanto à troca de informações, uma vez que

as relações econômicas revestiram-se de tal grau de intensidade e diversidade que se sentiu a necessidade de elaborar um novo instrumento, simultaneamente de caráter geral, isto é, abrangendo as diferentes modalidades de assistência possíveis, e cobrindo um vasto leque de impostos – e multilateral, ou seja, permitindo uma mais eficaz cooperação internacional entre grande número de Estados, graças à aplicação e à interpretação uniformes das respectivas disposições^[9].

A evolução do tratamento da assistência administrativa foi nitidamente vislumbrada com a celebração desse tratado, que estabeleceu o âmbito de sua aplicação quanto às pessoas e aos impostos visados, as formas de assistência, suas restrições e os procedimentos comuns e específicos de cada uma das modalidades. Com a finalidade precípua de fomentar a cooperação internacional, o tratado destina-se a reprimir e reduzir a evasão e a elisão fiscal internacional.

A modalidade mais usual de assistência administrativa é a troca de informações, em face de seu perfil histórico e por ter sido a primeira assistência administrativa a ser implementada. Como consequência, a “cooperação interadministrativa se encontra mais desenvolvida no âmbito do intercâmbio de informações”, tal como pondera Prats^[10].

A experiência revelada com o intercâmbio de informações ensejou, em 2002, a elaboração, pela OCDE, de um modelo de tratado específico sobre a troca de informações em matéria tributária^[11], com o intuito de incrementá-la. Tamanha era a preocupação manifestada pela OCDE na prevenção e repressão à elisão e à evasão fiscal internacional, que foi desenvolvido um modelo mais preciso e detalhado sobre a troca de informações numa versão bilateral e multilateral. Viabilizou-se, assim, a sistematização em nível internacional de cooperação^[12].

No entanto, as ponderações feitas no modelo da OCDE sobre a troca de informações guardam correspondência com o modelo de tratado multilateral da OCDE sobre assistência mútua, uma vez que o princípio da reciprocidade, a garantia ao contribuinte

do caráter confidencial da informação e o respeito ao ordenamento interno permanecem praticamente inalterados.

2. O Conceito e os Requisitos da Troca de Informações entre as Administrações Tributárias

A experiência internacional revela que a troca de dados e de informações em matéria fiscal e a colaboração entre as autoridades administrativas se inserem num contexto que demonstra a ação dos Estados contra a evasão e a elisão fiscal internacional^[13].

Necessário, então, que os Estados se comprometam a intensificar o intercâmbio de informações fiscais sobre os contribuintes, para reprimir a perda de receitas decorrente dos atos evasivos e elisivos. Estabelece-se, dessa maneira, a troca de informações entre os Estados como meio hábil a viabilizar a assistência administrativa em matéria tributária com o escopo específico de agir preventiva e repressivamente contra o cometimento de ilícitos tributários.

As trocas de informações são definidas por Fábio Pugliesi como os “meios de que se servem os Estados para facilitar o gerenciamento e controle das atividades dos contribuintes que produzam rendas transnacionais”^[14].

Segundo preceitua Asif Qureshi, a troca de informações resulta da “abertura dos canais de comunicação entre autoridades tributárias”^[15]. Decorre, então, do referido intercâmbio a facilitação dos atos de controle e executivos destinados à cobrança do tributo bem como à prevenção da elisão e da evasão fiscal internacional.

Assumida a obrigação internacional de cooperação recíproca mediante a celebração de tratado sobre a assistência administrativa ou especificamente sobre a troca de informações, os Estados têm o dever de intercambiar as informações, a fim de assegurar o cumprimento do tratado e de sua legislação interna^[16]. Nesse contexto, Alberto Xavier conceitua a troca de informações sem desvinculá-la da assistência administrativa, porque esta obedece aos objetivos de colaboração internacional. Para o autor, os Estados “se comprometem a um auxílio recíproco na percepção efetiva dos tributos que lhe competem, fornecendo informações, reconhecendo e executando atos administrativos estrangeiros”^[17].

Pode-se, então, definir a troca de informações como o instrumento pelo qual as autoridades administrativas dos Estados contratantes se obrigam a fornecer informações e dados referentes às operações fiscais de determinado contribuinte a fim de aferir se o ato praticado observou as normas que o regem, respeitados os limites previstos no tratado e na ordem interna dos Estados.

Assim, o fundamento da troca de informações reside nas condições e nos termos dispostos no tratado que a regulamenta e na observância da legislação interna de cada Estado contratante. Dessa forma, a soberania do ente estatal e o direito dos contribuintes haverão de ser efetivamente tutelados^[18].

A disposição e o interesse dos Estados em intercambiar informações revela que os objetivos das Administrações Tributárias consistem na verificação da veracidade, legalidade e licitude dos negócios do contribuinte que envolvam matéria tributária. O êxito da ação administrativa nesse campo supõe a possibilidade de receber informações concretas e completas sobre a situação do contribuinte. Assim, as informações obtidas poderão, futuramente, embasar a cobrança dos tributos na esfera administrativa e judicial por meio da assistência administrativa ou judicial.

De fato, essa modalidade de assistência administrativa possui alvo preciso e eficaz, qual seja, evitar que os contribuintes se subtraíam de suas obrigações tributárias, quer beneficiando-se da existência de lacunas na legislação interna e, principalmente, nos próprios tratados que regulam o tema, quer utilizando-se de algum mecanismo evasivo ou elisivo.

A troca de informações entre as Administrações Tributárias permite aos Estados conhecer e controlar as escolhas do contribuinte incrementadas com a globalização. A relevância desse mecanismo é reconhecida por Antônio Borges, que entende que a troca de informações representa um “importante mecanismo de prevenção ou eliminação da evasão tributária internacional. Tal forma de cooperação internacional tem se tornado a cada dia mais necessária, considerando o número crescente de contribuintes que obtêm rendas e dispõem de capitais no exterior”[19].

A troca de informações condiciona-se a aprimoramentos, uma vez que um instrumento dessa relevância necessita ser lapidado para fazer jus à multiplicidade de artifícios explorados e utilizados pelos contribuintes. A existência de cinco métodos de intercâmbio reforça essa assertiva, conforme será demonstrado a seguir.

3. Os Métodos da Troca de Informações entre os Estados

A troca de informações constitui, de fato, a modalidade mais utilizada de assistência administrativa internacional, uma vez que tem campo amplo de aplicação e se revela método eficaz para prevenir e reprimir a evasão e a elisão fiscal internacional.

Os tratados específicos sobre a troca de informações apresentam-se, contudo, em pequeno número. Normalmente, a troca de informações é prevista nos tratados contra a dupla tributação no artigo 26, de acordo com o modelo da OCDE^[20]. Todos os tratados celebrados, por exemplo, pelo Brasil^[21] e pela Espanha^[22] reproduzem o procedimento disposto no referido dispositivo.

Os métodos para viabilizar a troca de informações preconizados pela OCDE são cinco. De acordo com esse modelo, o intercâmbio de informações pode ser feito de forma (a) provocada ou a pedido, (b) automática, (c) espontânea, (d) com verificação fiscal simultânea e (e) com verificações fiscais no estrangeiro entre os Estados^[23].

Os métodos preconizados no modelo do tratado multilateral sobre assistência mútua da OCDE não se revestem de rigidez, visto que os Estados são livres para disciplinar o processamento, o procedimento e as circunstâncias em que as informações serão trocadas. A utilização de outras técnicas e sua efetiva implementação deve refletir a

crecente internacionalização dos negócios econômicos, políticos, sociais, culturais. Necessário, então, constante aperfeiçoamento ou atualização dos referidos métodos, como consequência do estreitamento da cooperação internacional entre os Estados.

Oportuno destacar, antes de analisar especificamente cada um dos métodos de troca de informações mencionados, que Alberto Xavier aponta a existência de cinco características fundamentais da troca de informações^[24]. O autor ressalta que a troca de informações é (i) obrigatória, isto é, o Estado contratante está obrigado a prestar a informação solicitada, em razão do tratado celebrado; (ii) supletiva, na medida em que o Estado requerente deve exaurir, internamente, todas as possibilidades de buscar as informações exitosas acerca do contribuinte, antes de formular o pedido de assistência ao outro Estado; (iii) em regra, provocada, pois as informações apenas serão fornecidas quando houver solicitação do Estado requerente; (iv) secreta, porque impõe que a comunicação seja fornecida apenas às autoridades competentes responsáveis pelo lançamento e cobrança de impostos objetos do tratado; e, por fim, (v) específica, já que as informações se limitam a um caso específico e não a uma generalidade de situações ou de casos conexos envolvendo o mesmo contribuinte, de modo que as informações a serem apuradas restrinjam-se, obrigatoriamente, a determinada situação.

Embora da análise dos métodos empregados seja possível aferir a presença das características acima expostas na troca de informações, a obrigatoriedade de prestar informações é mitigada, por exemplo, quando o pedido implicar violação da ordem pública do Estado requerido. Por outro lado, como se verá a seguir, a troca de informações pode ser espontânea, o que atenua a característica da necessidade de provocação do Estado interessado. No entanto, essas constatações não comprometem a validade e a pertinência das características referentes aos métodos da troca de informações a seguir estudados.

3.1. A Troca de Informações a Pedido

O primeiro método elencado no modelo de tratado da OCDE é a troca de informações a pedido^[25]. Esse é o método “menos elaborado de troca de informações e consiste no pedido informações referentes a um contribuinte determinado e para um caso específico”^[26]. O Estado requerente solicita que o Estado requerido forneça determinada informação referente a operação específica de certo contribuinte, nos termos do artigo 5º do modelo de tratado^[27].

O método demonstra a necessidade de buscar informações mais precisas e completas sobre os negócios e as operações do contribuinte, na medida em que a Administração Tributária suspeita que este esteja praticando atos contrários à legislação tributária, quando há, por exemplo, desencontro entre as receitas e o patrimônio do contribuinte e as declarações por ele prestadas ao fisco.

Assim, para complementar as informações de que já dispõe e para certificar-se da procedência ou improcedência do indício de fraude ou ilegalidade, a autoridade tributária competente pede à autoridade do Estado requerido o fornecimento de informações relativas ao contribuinte ou a determinada operação, para instruir adequadamente o processo administrativo.

O Estado requerente deve formular o pedido de fornecimento de informações de forma detalhada, a fim de permitir ao Estado requerido reconhecer adequadamente a obrigação que lhe cabe. Este haverá de praticar os atos administrativos autorizados por sua legislação interna indispensáveis ao atendimento da solicitação. Se houver inadequação na formação e instrução do pedido, o Estado requerente pode validamente recusá-lo.

Observa-se que se trata de método importante para que a Administração Tributária obtenha os dados corretos e completos do contribuinte. De posse das informações, a autoridade competente pode verificar que as suspeitas acerca da ilegalidade das ações do contribuinte procedem e adotar, em seguida, as medidas legais internas pertinentes. Assim, a constituição do crédito tributário enseja a cobrança do tributo pela Administração Tributária. Na hipótese de o contribuinte residir no Estado requerido, este haverá de colaborar para que a cobrança do crédito seja concretizada mediante a assistência à cobrança solicitada pelo Estado requerente, que, como vimos, é modalidade de assistência administrativa prevista na Convenção multilateral sobre assistência mútua.

3.2. A Troca Automática de Informações

O segundo método de troca de informações refere-se à troca automática de informações^[28], prevista no artigo 6º do modelo do tratado^[29]. Seu objeto cinge-se a um conjunto de informações específicas da mesma natureza relativas aos rendimentos ou ao capital de um contribuinte, a serem transmitidas pelo Estado requerido de forma sistemática e regular. Em regra, as informações referem-se aos pagamentos provenientes do Estado fornecedor da informação e aos impostos por este retidos na fonte^[30]. Para Plagnet, as informações automáticas estabelecem que “os Estados contratantes transmitem, sem pedido prévio e de maneira periódica, as informações referentes a uma ou a diversas categorias de rendimentos (p. ex., juros, *royalties*, honorários, comissões...) cuja fonte se encontra num Estado e recebidas por residente do outro Estado”^[31].

Permite-se, assim, verificar a transparência dos atos tributários do contribuinte, uma vez que a Administração Tributária terá esse controle para detectar inclusive o indício ou a existência de ilícito tributário. Contudo, o sucesso desse método depende da atuação das Administrações Tributárias envolvidas para fins de estabelecer, previamente, o procedimento que regulamentará a sistematização do fornecimento das informações.

A experiência decorrente desse método revela que as informações são transmitidas por meio de formulários padronizados, com a adoção de códigos numéricos comuns aos Estados contratantes para designar os mesmos elementos de rendimento e de capital. Há, assim, condições de processar a velocidade das informações a serem transmitidas, as quais são repassadas e utilizadas pelos responsáveis encarregados do controle.

Reduz-se, assim, o trabalho das Administrações Tributárias, otimizando-se o tempo e o custo do procedimento, conforme disposto nas Recomendações^[32] da OCDE datadas de 23 de julho de 1992 e de 13 de março de 1997, sobretudo para inibir o cometimento de evasão e de elisão fiscal em nível internacional, conforme disposto no artigo 4º do anexo do referido memorando^[33].

A conseqüência dessa iniciativa, que resulta na intensificação do intercâmbio de informações entre as Administrações Tributárias, revela a necessidade de aprimoramento constante para que a cooperação internacional seja cada vez mais eficaz^[34]. Assim, as informações serão trocadas pelo menos uma vez por ano^[35] entre os Estados signatários.

Ademais, as autoridades tributárias competentes comprometem-se a intercambiar de forma sistemática as informações do contribuinte concernentes a mudança de residência, receitas imobiliárias, dividendos, juros, *royalties*, ganhos de capital, entre outros, conforme disposto no artigo 2º do anexo do memorando.

A troca automática de informações pode ser pouco eficaz e produtiva na hipótese de o Estado requerido não dispor de mecanismo eficaz para controlar os atos do contribuinte. As relações econômicas e políticas entre os Estados contratantes devem ser estreitas, pois os obstáculos políticos e econômicos tendem a frustrar a finalidade deste método. E, ainda, os custos operacionais das informações automáticas não devem constituir despesas elevadas para as Administrações Tributárias, pois os encargos econômico-financeiros podem configurar óbice por demais maléfico ao escopo proposto.

De fato, este método é bem mais elaborado do que a troca de informações a pedido^[36], pois a regularidade na transmissão das informações permite um controle maior e mais intenso da Administração Tributária. Isso porque a periodicidade das informações recebidas tende a instruir adequada e tempestivamente o processo administrativo para a cobrança do tributo, no caso de ser confirmada a ilegalidade ou ilicitude da conduta do contribuinte.

3.3. A Troca de Informações Espontânea^[37]

A troca de informações espontânea dispensa a formulação de pedido prévio, conforme disposto no artigo 7º do modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua^[38]. Decorre da percepção de um Estado, em razão do trabalho desenvolvido pela Administração Tributária no uso de suas atribuições de controle e fiscalização, da possibilidade de prática de ilícito fiscal por certo contribuinte.

Em outras palavras, um Estado obtém determinada informação que pode ser útil a outro Estado. Essa informação será transmitida ao Estado a quem os dados possam interessar, a fim de que este tome as providências internas necessárias para a satisfação de eventual crédito tributário. A transmissão da informação deve ser instruída com os documentos pertinentes que a embasam, para atribuir maior eficácia ao método.

Assim, o Estado, ao tomar conhecimento de informações que presumam a redução ou a isenção de determinado imposto ou, em ambas as situações, que possam ocasionar o aumento de imposto a ser arrecado pelo outro Estado; ou ao obter dados referentes a transações comerciais do contribuinte que envolvam mais de um país, podendo resultar em diminuição do imposto; ou, ainda, ao perceber a diminuição da carga tributária decorrente de transferências fictícias entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, por exemplo, deve espontaneamente informar ao Estado interessado no recolhimento e na eventual cobrança do imposto, conforme hipóteses previstas nas

alíneas^[39] do artigo 7º do modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua, acima mencionado.

Observe-se que o esforço empreendido pelo Estado responsável pela transmissão dessas informações denota conduta que transcende o princípio da reciprocidade, revelando o caráter mútuo da cooperação internacional referente à assistência administrativa. Esse método de fornecimento da informação, que dispensa a formulação de pedido antecedente, tende a se desenvolver^[40], dada sua relevância. Assim, essas informações podem implicar aumento de receita e exigem, por consequência, maior atenção e monitoramento dos atos de determinado contribuinte por parte do Estado que estava até então alheio à prática de atos evasivos ou elisivos a ele prejudiciais^[41].

3.4. As Verificações Fiscais Simultâneas

O quarto método para o intercâmbio de informações consiste nas verificações fiscais simultâneas^[42]. Nesse método, dois ou mais Estados signatários acordam em proceder simultaneamente à verificação da situação tributária de determinado contribuinte em razão da convergência de interesses das Administrações Tributárias sobre um ou mais atos por ele praticados. Cada Estado, dentro do respectivo território, verificará a suspeita que recai sobre o contribuinte, a fim de transmitir e receber, reciprocamente, as informações obtidas, conforme disposto no artigo 8º, § 2º, do modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua ^[43].

Há, na verdade, trata-se de ação coordenada que envolve mais de duas autoridades tributárias para fins de controle simultâneo sobre as transações tributárias efetuadas por pessoa física ou jurídica ou por pessoas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Assim, as pessoas visadas são as que residem num Estado e exercem atividade em outros países, bem como as que têm pluralidade de domicílios em dois ou mais Estados.

Contudo, a ação coordenada das Administrações inicia-se quando um Estado se certifica de que o caso comporta verificação simultânea e encaminha ao Estado potencialmente interessado suas razões. O Estado receptor do comunicado analisará se se trata ou não de controle simultâneo e, ainda, se tem interesse na prática do ato^[44].

É pacífica a possibilidade de rejeição do Estado em proceder à verificação simultânea. No entanto, eventual recusa é indesejável, uma vez que a investigação e o controle de determinado ato praticado por certo contribuinte pode revestir-se de grande interesse para o Estado requerente^[45]. Esse é o motivo pelo qual se entende que a recusa implica negativa de cooperação internacional e, conseqüentemente, compromete o exercício legítimo e necessário da assistência administrativa internacional na modalidade troca de informações.

Oportuno salientar que a verificação simultânea pode, igualmente, beneficiar o contribuinte. Ao analisarem as obrigações tributárias em dois ou mais territórios, as Administrações Tributárias podem concluir pela existência de dupla tributação, que pode ser eliminada, a fim de favorecer o desenvolvimento das relações econômicas e atenuar a carga tributária suportada pelo contribuinte.

3.5. As Verificações Fiscais no Exterior[46]

Por fim, o quinto e último método exposto no modelo de tratado refere-se às verificações fiscais no exterior. Nesse caso, o Estado requerente solicita ao requerido autorização para presenciar a verificação fiscal que será ou está sendo feita no território deste, conforme disposto no artigo 9º do modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua [47].

Esse pedido pode suscitar problemas referentes à soberania, transparência e eficiência da Administração Tributária do outro Estado e criar impasses de natureza política. Assim, aconselha-se a aplicação desse método apenas quando o Estado requerente estiver realmente convencido de que a verificação solicitada irá contribuir em larga escala para a resolução de questão tributária interna. Na hipótese de violação de sua soberania mediante a contrariedade, por exemplo, da sua política interna e do procedimento administrativo adotado, o Estado requerido estará autorizado a recusar o pedido de colaboração fiscal.

A existência de cinco métodos disciplinadores da troca de informações não exaure os procedimentos a serem adotados pelos Estados contratantes. Eles podem definir previamente a forma e os mecanismos por que as informações serão processadas. Assim, os Estados não ficam impedidos de explorar quaisquer outras técnicas para requerer e transmitir as informações. Na hipótese de ser necessária a obtenção de determinada informação em caráter de urgência, pode-se, por exemplo, dispensar a forma escrita, comumente utilizada.

De fato, a OCDE e a ONU reconhecem a necessidade de aperfeiçoar a assistência administrativa internacional e, paralelamente, externam a preocupação com os direitos e garantias vitais do Estado e do contribuinte. Assim, o exercício da troca de informações não é absoluto, pois a existência de limitações é consequência natural à própria convivência e cooperação entre os Estados, nos termos a seguir expostos.

4. As Limitações quanto ao Pedido, ao Fornecimento e à Utilização das Informações pelas Administrações Tributárias

O reconhecimento internacional de que a dupla tributação e a evasão fiscal se agravam com a globalização[48] justifica a criação de mecanismos de prevenção importantes para conter o cometimento de atos evasivos e elisivos. No entanto, os atos e ações concertadas entre os Estados com tal escopo sofrem limitações de ordem política, tais como a proteção dos interesses dos Estados e dos contribuintes. A limitação também pode ser de ordem técnica, que enseja a observância do princípio da reciprocidade e prima pelo caráter secreto das informações, conforme afirma Jarvenic[49].

As limitações analisadas serão as previstas no tratado e as que repercutem diretamente no pedido, no exame e na resposta da informação solicitada em face das peculiaridades do ordenamento de cada ente estatal.

A celebração de tratado não autoriza os Estados a obterem e transmitirem incondicionalmente informações fiscais sobre os contribuintes nacionais ou estrangeiros, bem como a informarem sobre a natureza das operações por estes realizadas envolvendo um ou mais de um Estado. Isso porque os direitos e as garantias individuais do contribuinte devem ser respeitados[50]. Esses direitos representam instrumento de comedimento a eventual arbitrariedade do Estado no exercício de seus atos e na adoção de procedimentos administrativos.

A tutela desses direitos conferida ao contribuinte, independentemente da nacionalidade deste, observa o princípio da não-discriminação insculpido no artigo 24 dos modelos de tratado contra a dupla tributação da ONU e da OCDE[51]. De fato, esse dispositivo contempla a proteção do contribuinte, seja ele nacional ou estrangeiro. Tal proteção foi igualmente prevista no modelo de tratado da OCDE[52] sobre assistência mútua. Neste ponto, constata-se a imposição de mais um limite à troca de informações: se houver discriminação entre o contribuinte nacional e o estrangeiro que estejam em situação idêntica.

O modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua em caráter multilateral enfatiza a necessidade de limitar a troca de informações, seja para proteger o contribuinte, seja para tutelar os interesses do Estado na arrecadação dos tributos ou para preservar a ordem pública. Assim, a cooperação internacional condiciona-se ao respeito e à observância da soberania de cada ente estatal, para que a convivência internacional seja pacífica e possível.

A troca de informações é, dessa forma, alvo de limitações que conduzem à proteção do contribuinte e à observância da ordem pública dos Estados contratantes. Inicialmente, as organizações internacionais recomendaram que a assistência administrativa apenas determinasse as situações justificadoras da aplicação do tratado. No entanto, a crescente internacionalização das relações econômicas externou a vontade e o interesse dos Estados de que a troca de informações sobre determinado ato ou fato jurídico fosse ampliada, mesmo que não existisse disposição expressa no tratado[53].

Logo, a troca de informações não está limitada aos impostos abrangidos pelo tratado; pode, desta feita, estender-se a outros impostos mediante a interpretação extensiva do artigo 26 do modelo de tratado da OCDE contra a dupla tributação[54]. A troca de informações abarca, ainda, os impostos não contrários ao tratado[55]. Esse entendimento coaduna-se com a finalidade da assistência administrativa na modalidade troca de informações, pois concede aos Estados rol mais amplo de ações para controlar as atividades dos contribuintes[56].

A troca de informações calca-se no princípio da reciprocidade que orienta os Estados requerente e requerido. Assim, o requerente não deve solicitar informação ao requerido que não lhe seja lícito e moral obter com base em sua própria legislação. De fato, a assistência não se destina a ampliar os poderes e os direitos do Estado requerente quando estes não estão contemplados em seu próprio ordenamento jurídico, conforme disposto no artigo 21, § 2º, alínea c[57], do modelo de tratado sobre assistência mútua.

Verifica-se, portanto, a proteção concedida ao contribuinte, já que o fato de residir em outro Estado não implica aumento das prerrogativas da Administração Tributária em seu desfavor, uma vez que o Estado requerente não dispõe dessas faculdades em seu próprio território. O requerimento para que esse tipo de informação seja transmitida é fato que justifica a recusa legítima do Estado requerido no pedido de assistência administrativa. Evita-se, assim, que o requerente disponha de poderes mais amplos que aqueles a ele concedidos por seu próprio ordenamento jurídico.

Da mesma forma que o Estado requerido não está obrigado a fornecer informações cuja obtenção não seja possível no Estado requerente, aquele ente está autorizado a recusar o pedido de assistência se ficar demonstrado que sua legislação interna não consente no fornecimento da informação solicitada, nos termos da alínea *a* do artigo 21 do tratado multilateral sobre assistência mútua[58]. Logo, o Estado requerido está desobrigado de tomar todas as medidas e de praticar todos os atos administrativos internos quando seu ordenamento jurídico proibir a transmissão da informação[59]. Essa vedação persiste mesmo se a legislação do Estado requerente for mais completa que a do requerido.

Por conseguinte, o princípio da reciprocidade é elemento essencial para caracterizar o aspecto mais amplo ou restritivo da troca de informações. O exercício dos direitos e dos deveres dos Estados contratantes decorre de sua manifestação de vontade e cinge-se aos exatos termos da avença pactuada. Caracteriza-se, assim, a reciprocidade como uma dupla limitação da eficácia da assistência que provém dos Estados requerente e requerido[60].

Inserir-se nesse contexto a possibilidade legítima de o Estado recusar-se a transmitir a informação requerida quando ela for contrária à ordem pública ou a seus interesses vitais[61]. Os atos de império devem ater-se ao território do Estado, uma vez que a soberania dos Estados precisa ser respeitada, sob pena de desvirtuar a finalidade e a concepção originária da assistência administrativa internacional.

No entanto, a previsão dessa limitação no tratado pode implicar postura danosa e contrária à finalidade da assistência administrativa, se o Estado requerido utilizá-la de maneira abusiva ou arbitrária. Nesse caso, o Estado requerido estará dispensado de fundamentar a recusa. A observação feita por Tixier aponta tal risco, pois, “na realidade, a cláusula da ordem pública parece ser, com efeito, um meio cômodo permitido ao Estado requerido de se recusar a transmitir a informação sem ter de justificar-se”[62].

Outra limitação reside no fato de o Estado requerido não ter a obrigação de fornecer informações que sejam reveladoras de segredo comercial, industrial, profissional ou de processo comercial[63]. Existem, pois, certas informações com caráter confidencial para fins de proteger os direitos e as garantias do contribuinte. Assim, a autoridade fiscal do Estado requerido tem discricionariedade para recusar o fornecimento da informação se entender que ela pode trazer prejuízos ao contribuinte e afetar seus interesses.

Essa limitação, contudo, é mitigada pelo disposto no modelo de tratado sobre troca de informações, em seu artigo 5º, § 4º[64]. Assim, as autoridades competentes têm capacidade jurídica e competência para obter todas e quaisquer informações constantes das instituições financeiras e demais pessoas que tenham como objeto o investimento de capitais.

O sigilo bancário não é espécie do sigilo comercial ou profissional. Logo, não é fundamento válido para justificar a recusa do Estado requerido no fornecimento da informação, nos termos do artigo 7º[65] do tratado sobre troca de informações. Verifica-se, então, que se buscou atribuir maior efetividade à troca de informações, tal como afirma Sérgio de Souza, visto que esse

novo modelo *extermína* o sigilo bancário, quando considerado como manto jurídico de opacidade que se opõe às atividades das autoridades que buscam os caminhos do dinheiro e a proteção daqueles que utilizam de forma legítima a confidencialidade do sistema financeiro[66].

Em observância à transposição da barreira tributária que implicava grave prejuízo ao desenvolvimento do comércio internacional, a solicitação de informação que contrariar as cláusulas do tratado contra a dupla tributação autoriza o Estado requerido a recusar-se a transmiti-la[67]. Na hipótese de haver dupla tributação, tendo em vista que os tratados não eliminam todas as hipóteses de incidência, a informação deve ser prestada, desde que não seja contrária ao tratado[68].

A mesma postura será tomada pelo ente se a informação caracterizar violação dos princípios tributários incorporados no ordenamento jurídico, tendo em vista que sua aplicação se restringe aos fatos ocorridos no território em decorrência do poder de tributar[69]. O caráter confiscatório do tributo, por exemplo, permite ao Estado requerido recusar a assistência[70].

Por fim, o modelo de tratado sobre assistência mútua estabelece, no artigo 22[71], o sigilo das informações trocadas. Essa limitação, imposta a ambos os Estados, é corolário do poder tributário do Estado e da proteção aos direitos do contribuinte. Caracteriza-se, então, como uma garantia de que as Administrações Tributárias envolvidas na cooperação manterão o sigilo acerca da informação solicitada e transmitida nos termos da legislação de cada Estado[72].

O caráter secreto das informações garante o êxito da investigação da Administração Tributária para que seu resultado não seja comprometido por ação do próprio investigando. Do mesmo modo, protege o contribuinte na medida em que não o expõe publicamente com base tão-somente num pedido de informações[73].

O mencionado artigo 22 assegura, ainda, que as informações serão transmitidas às autoridades administrativas e judiciais competentes para o lançamento, a cobrança e a execução do tributo. Frise-se que apenas essas autoridades poderão usar a informação, com o cuidado de fazê-lo apenas para o fim específico que justificou a solicitação. O uso desmedido da informação requerida, bem como a desvinculação do fato que a fundamentou, pode representar desestímulo à assistência administrativa e, conseqüentemente, comprometer a vontade política dos Estados na luta contra a evasão e a elisão fiscal internacional. Assim, estes podem, se assim desejarem, primar pela prevalência dos interesses de seus contribuintes ou de seus nacionais[74], em detrimento da cooperação internacional.

Importante salientar que, se a autoridade administrativa competente quiser utilizar a informação recebida para fim diverso do inicialmente indicado, terá de pedir autorização ao Estado requerido, bem como ao próprio contribuinte a que se refere a informação. Essa limitação tende a frustrar o escopo da troca de informações em razão do necessário consentimento das pessoas envolvidas para a utilização da informação de forma diversa da inicialmente estabelecida.

No entanto, os comentários ao modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa[75] declaram não ser desejável que a autorização prévia do Estado obstaculize a troca de informações, motivo por que as informações que não implicarem violação do segredo profissional ou comercial devem ser comumente prestadas e utilizadas, atribuindo-se, desta feita, caráter mais liberal à divulgação e utilização das informações. Os Estados podem, contudo, dispensar o requisito da autorização prévia, nos termos do § 2º do artigo 22 do modelo[76].

O sigilo da informação prevista no tratado possibilita ao Estado requerido a proteção de seus contribuintes bem como da arrecadação tributária decorrente da concorrência entre as empresas e o fortalecimento de sua economia. Evita-se, ainda, a concorrência estrangeira capaz de produzir efeitos negativos no desenvolvimento da economia interna, tal como a diferença de preços entre os produtos nacionais e os importados, conforme salienta Tixier:

A presença da cláusula secreta oponível pelo Estado requerido se explica pela preocupação de cada Estado de proteger seus nacionais contra todo o risco de indiscrição, e, notadamente, de não desarmar a economia nacional face à concorrência estrangeira. É possível ver uma outra preocupação dos Estados de salvaguardar a ordem pública.[77]

A regra geral estabelece que as informações transmitidas às autoridades competentes devem ser usadas unicamente para a finalidade proposta, salvo se houver autorização do Estado requerido nos termos da legislação interna aplicável, conforme mencionado. No entanto, essa limitação, se exercida em caráter pleno, tende a frustrar a eficácia da troca de informação. Para evitar o comprometimento da assistência administrativa, os Estados pactuantes podem utilizar as informações para outros fins, desde que seja mantida a finalidade do motivo que justificou o pedido de colaboração consubstanciada no propósito de controlar os atos do contribuinte e evitar perda de receitas tributárias. A autoridade administrativa deve, ainda, autorizar o uso da mencionada informação para outro fim[78] de acordo com as normas vigentes no ordenamento jurídico do Estado que transmite a informação[79].

Pelo exposto, conclui-se que a existência de limitações ao exercício da assistência administrativa internacional, na modalidade troca de informação, visa a garantir a integralidade do ordenamento jurídico dos Estados em razão da preservação das normas de ordem pública. As limitações estendem-se, também, ao contribuinte, na medida em que as informações são sigilosas e devem ser, em regra, utilizadas para o fim proposto,

desde que a transmissão não implique violação dos direitos e garantias previstos na legislação interna.

Não obstante tais considerações, no plano internacional verifica-se a ascendência da troca de informações. Internamente, os Estados “também se mostram interessados na obtenção de maior grau de transparência possível nas rendas, operações, inversões de gastos efetuados transnacionalmente”[80]. Trata-se de constatações que ensejam o crescimento e a efetividade da troca de informações no combate à elisão e à evasão fiscal internacional.

Conclusão

O sucesso da assistência administrativa internacional decorre do esforço conjunto e da vontade política dos Estados, pois as obrigações eventualmente assumidas para reduzir e/ou eliminar a elisão e a evasão tributária internacional, em regra, derivam da celebração de tratados com seus termos e suas condições que regulamentam a ajuda recíproca.

A celebração do tratado multilateral entre os países membros da OCDE e a Comunidade Européia sobre a assistência mútua internacional em matéria tributária, no ano de 1988, representou um avanço na tentativa de reprimir os ilícitos fiscais internacionais. Isto porque foram disciplinados três importantes mecanismos para estreitar as relações entre os Estados com objetivos de conter o ímpeto desmedido do contribuinte de eliminar ou diminuir o pagamento de tributos. Das três modalidades de assistência administrativa previstas nesse tratado, a troca de informações é a mais comum e freqüente. É possível que o propósito do Estado de controlar a arrecadação tributária seja viabilizado com o desenvolvimento do intercâmbio de informações porque permite acompanhar os atos do contribuinte e prevenir a prática de eventual ilícito fiscal. Acrescente-se, ainda, que a elaboração do modelo de tratado específico sobre a troca de informações entre as Administrações Tributárias competentes tem permitido o controle das operações internacionais do contribuinte, nacional ou estrangeiro, ou, ainda, onde quer que este resida ou aufera renda. De fato, o monitoramento tributário dessas operações viabilizou o controle, a fiscalização e a atuação das Administrações Tributárias de forma eficiente quanto à licitude do planejamento tributário interno e internacional, a fim de que a elisão e a evasão tributária, decorrente do planejamento agressivo, não prevaleçam sobre os interesses dos Estados cooperadores e dos seus indivíduos. Assim, evita-se a perda na arrecadação das receitas tributárias e permite-se o incremento das atividades estatais destinadas à satisfação do interesse público.

Desse modo, com base na análise empreendida, constata-se que o escopo comum dos Estados consiste em impedir que a evasão e a elisão tributária internacional afetem o recolhimento de tributos pelos contribuintes, com o objetivo final de que as atividades estatais, pessoais e mercadológicas não sejam comprometidas. Para tanto, a troca de informações revela-se, atualmente, o instrumento mais eficaz à disposição dos Estados para implementação dessas políticas comuns de repressão a ilícitos tributários.

Nesse sentido, o estreitamento das relações entre os entes estatais é condição para o desenvolvimento e para o aprimoramento do controle das atividades fiscais, na luta real

e eficaz contra a elisão e a evasão tributária internacional. Sem dúvida, essa postura representa importante passo na efetivação da integração entre os Estados, que transcende o alcance da cooperação.

REFERÊNCIAS

BORGES, Antônio de Moura. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, v. 2, n. 12, p. 53-70, nov./dez. 2004.

_____. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. **Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT**, Belo Horizonte, v. 3, n. 13, p. 27-40, jan./fev. 2005.

_____. O fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras, com base na cláusula da troca de informações, prevista em tratados internacionais sobre matéria tributária. **Direito em Ação**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 21-42, dez. 2000.

_____. Considerações sobre a dupla tributação internacional. **Direito em Ação**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 45-67, set. 2001.

_____. **Convenções sobre dupla tributação internacional**. Teresina: EDUFPI; [São Paulo]: IBDT, 1992.

BROWN, Karen. **Allowing tax laws to cross borders to defeat international tax avoidance: the convention on mutual administrative assistance in tax matters**. Brooklyn Journal of International Law, v. 15, 1989, p. 59-108. (43 Int'l J. 106 1987-1988).

CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional tributário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1995.

FERNÁNDEZ, Nestor Carmona. No Discriminación, Procedimiento Amistoso e Intercambio de Información. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **Fiscalidad internacional**. Madri: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 579-590.

GRIZIOTTI, Benvenuto. Draft convention on mutual administrative assistance in tax matters. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, Milano, n. 1, p. 339-399, Mar. 1987.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997.

JARNEVIC, Jean–Pierre. **Droit fiscal international**. Paris: Economica, 1985.

OWENS, Jeffrey. **Towards world tax co-operation**. OECD Observer, out. 2000. Disponível em

http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/271/Towards_world_tax_co-operation.html. Acesso em: 12. ago.2006.

PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986.

PUGLIESI, Fábio. A recepção dos tratados de troca de informações e assistência administrativa no direito tributário brasileiro e o comércio internacional. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (Coord.). **Temas atuais de direito do comércio internacional**. Florianópolis: OAB/SC, p. 317-347.

PRATS, Francisco Alfredo Garcia. La asistencia mutua internacional en materia de recaudación tributaria. In: EZQUERRO, Teodoro Cordón (Dir.) **Manual de fiscalidad internacional**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 993-1050.

QURESHI, Asif Hasan. **The public international law of taxation**. London/Boston: Graham & Trotman Ltd, 1994.

RELATÓRIO EXPLICATIVO RELATIVO À CONVENÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA MÚTUA ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA FISCAL. Conselho da Europa/OCDE. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1992.

RUIZ, Maria Amparo Grau. **Mutual assistance for the recovery of tax claims**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2002.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 96, p. 89-103, set. 2003.

THURONYI, Victor. **Comparative tax law**. The Hague (The Netherlands). Kluwer Law International, 2003.

TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[1] HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 241.

[2] PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 317.

[3] JARNEVIC, Jean-Pierre. **Droit fiscal international**. Paris: Economica, 1985, p. 245.

[4] PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 331

[5] No original: “*Ces mesures ont accru, incontestablement, l’efficacité de la lutte contre la fraude et l’évasion fiscales internationales. Il s’agit, peut-être, du premier pas vers la création d’un “Inter-fisc” qui ressemblerait à “Interpol”, l’organisation internationale destinée à lutter contre la criminalité!*”. PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 331.

[6] Art. 26 – Troca de Informações 1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar as disposições da Convenção ou da legislação interna dos Estados contratantes relativa aos impostos abrangidos pela Convenção, na medida em que a tributação nela prevista não seja contrária à Convenção, particularmente em relação à prevenção da fraude ou sonegação desses impostos. Todas as informações recebidas por um Estado Contratante serão consideradas secretas da mesma forma que as informações obtidas em virtude da legislação interna desse Estado. Entretanto, se as informações forem consideradas originariamente secretas no Estado que as transmitir, só serão comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo os tribunais e órgãos administrativos, encarregados do lançamento ou cobrança, da execução ou instauração de processos, ou da decisão de recursos em relação aos impostos visados pela Convenção). Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações exclusivamente para esses fins, mas poderão revelá-las em audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais. As autoridades competentes, mediante consultas, determinarão as condições, métodos e técnicas apropriados em relação aos assuntos sobre os quais tal troca de informações será feita, inclusive, quando procedente, a troca de informações sobre a evasão fiscal. 2. O disposto no nº 1 não poderá em caso algum ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação: a) de tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do Estado Contratante; b) de fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou das do outro Estado Contratante; c) de transmitir informações reveladoras de segredos ou processo comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública

[7] No original: “*Nonetheless, it was still treated as na accessory to the elimination of double taxation in that it served to verify that the rules for its prevention were not being used to camouflage tax avoidance*”. RUIZ, Maria Amparo Grau. **Mutual assistance for the recovery of tax claims**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2002, p. 104.

[8] SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 96, p. 89-103, set. 2003, p. 92.

[9] RELATÓRIO EXPLICATIVO RELATIVO À CONVENÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA MÚTUA ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA FISCAL. Conselho da Europa/OCDE. **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1992, p. 11.

[10] PRATS, Francisco Alfredo Garcia. La asistencia mutua internacional en materia de recaudación tributaria. In: EZQUERRO, Teodoro Cordón (Dir.) **Manual de fiscalidad internacional**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 993-1050, p. 996. No original: “*la cooperación inter-administrativa se encuentra más desarrollada en el ámbito del intercambio de información.*”.

[11] Na língua inglesa tem-se *Agreement on Exchange of Information on Tax Matter*.

[12] SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 96, p. 89-103, set. 2003, p. 93.

[13] FERNÁNDEZ, Nestor Carmona. No Discriminación, Procedimiento Amistoso e Intercambio de Información. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **Fiscalidad internacional**. Madri: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 579-590, p. 588.

[14] PUGLIESI, Fábio. A recepção dos tratados de troca de informações e assistência administrativa no direito tributário brasileiro e o comércio internacional. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (Coord.). **Temas atuais de direito do comércio internacional**. Florianópolis: OAB/SC, p. 317-347, p. 337.

[15] QURESHI, Asif Hasan. **The public international law of taxation**. London/Boston: Graham & Trotman Ltd, 1994, p. 348.

[16] SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 96, p. 89-103, set. 2003, p. 91-92.

[17] XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 841.

[18] A respeito, oportuno salientar que Bernard Plagnet assevera que, na França, a troca de informações tem duplo fundamento, isto é, o tratado em matéria tributária e as diretivas europeias, cujas disposições foram introduzidas no direito interno. PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 318.

[19] BORGES, Antônio de Moura. O fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras, com base na cláusula da troca de informações, prevista em tratados internacionais sobre matéria tributária. **Direito em Ação**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 21-42, dez. 2000, p. 21.

[20] Essa constatação reitera a afirmação anteriormente feita de que a assistência administrativa ainda não recebeu dos Estados a atenção que merece, continuando a dupla tributação a ter tratamento nitidamente prioritário. É evidente o caráter acessório ou secundário da assistência administrativa em matéria tributária.

[21] XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 842.

[22] FERNÁNDEZ, Nestor Carmona. No Discriminación, Procedimiento Amistoso e Intercambio de Información. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **Fiscalidad internacional**. Madri: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 579-590, p. 588-589. A exceção, conforme salienta o referido autor, refere-se ao tratado contra dupla tributação que a Espanha celebrou com a Suíça.

[23] As nomenclaturas utilizadas por Fábio Pugliesi para os últimos dois métodos da troca de informações são controle fiscal simultâneo e controle fiscal no estrangeiro, respectivamente. PUGLIESI, Fábio. A recepção dos tratados de troca de informações e assistência administrativa no direito tributário brasileiro e o comércio internacional. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (Coord.). **Temas atuais de direito do comércio internacional**. Florianópolis: OAB/SC, p. 317-347, p.339.

[24] XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p 842-843.

[25] Em inglês, a expressão é *exchange on request* e em francês, *échange sur demande*.

[26] TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 439. No original: “*la moins élaborée consiste à demander des renseignements sur un contribuable déterminé et pour un cas précis*”.

[27] No original, o artigo 5º assim preceitua: “*1. At the request of the applicant State, the requested States shall provide the applicant State with any information referred to in Article 4 which concerns particular persons or transactions. 2. If the information available in the tax files of the requested State is not sufficient to enable it to comply with the request for information, that State shall take all relevant measures to provide the applicant State with the information requested*”.

[28] Em inglês, a expressão é *automatic exchange* e em francês, *échange d’office*.

[29] No original, o artigo 6º estabelece o seguinte: “*With respect to categories of cases in accordance with procedures which they shall determine by mutual agreement, two or more Contracting States shall automatically Exchange the information referred to in Article 4*”.

[30] GRIZIOTTI, Benvenuto. Draft convention on mutual administrative assistance in tax matters. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, Milano, n. 1, p. 339-399, Mar. 1987, p. 351.

[31] PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 319. No original: “*Les États contractants se transmettent, sans demande préalable et d’une manière périodique, des informations relatives à une ou plusieurs catégories de revenus (ex. intérêts, redevances, honoraires, commissions...) ayant leur source dans un État et perçus par un résident de l’autre État*”.

[32] Oportuno destacar que essas Recomendações feitas pela OCDE abrangem todos os métodos de troca de informações, embora a ênfase tenha sido dada à troca automática de informações.

[33] Confirma o inteiro teor do artigo 4º: “*Les renseignements visés à l’article 2 du présent Mémoire sont fournis, autant que possible, sous format magnétique ou électronique en suivant la Recommandation du Conseil de l’OCDE sur l’utilisation d’un format magnétique normalisé ou toute mise à jour ultérieure de ce format recommandée par le Conseil. Ces renseignements incluront, autant que possible, le numéro d’identification fiscale dans le pays de résidence et dans le pays de la source pour les bénéficiaires non-résidents de revenus suivant la Recommandation de l’OCDE sur l’utilisation des numéros d’identification fiscale dans un contexte international*”.

[34] *Projet de Recommandation du Conseil sur l’utilisation du modèle de memorandum d’accord l’OCDE sur l’échange automatique des renseignements à des fins fiscales*. Cf. www.oecd.org.

[35] O artigo 6º refere-se ao ano civil. Confirma: “*Les renseignements sont fournis périodiquement au moins une fois par année civile, (...)*”.

[36] No mesmo sentido é o entendimento de TIXIER e GEST. TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 439.

[37] As expressões nas línguas inglesa e francesa são, respectivamente, *spontaneous exchange* e *échange spontané*.

[38] No original, consta o seguinte: “*1. A Contracting States shall, without prior request, forward to another Contracting State information of which it has knowledge in the following circumstances:*”

[39] As alíneas *a* a *e* do artigo 7º assim estabelecem: “*a) the first-mentioned Contracting State has grounds for supposing that there may be a loss of tax in the other Contracting State; b) a person liable to tax obtains a reduction in or an exemption from tax in the first-mentioned Contracting State which would give rise to an increase in tax or to liability to tax in the other Contracting State; c) business dealings between a person liable to tax in Contracting State are conducted through one or more countries in such a way that a saving in tax may result in one or the other Contracting State or in both; d) a Contracting State has grounds for supposing that a saving of tax may result from artificial transfers of profits within groups of enterprises; e) information forwarded to the first-mentioned Contracting State by the other Contracting State has enabled information to be obtained which may be relevant in assessing liability to tax in the latter Contracting State*”.

[40] No mesmo sentido é o entendimento de TIXIER e GEST. TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 440.

[41] Em todos os tratados sobre matéria tributária celebrados pela França constam a troca de informações espontânea. Esse método pode ser considerado uma substituição à troca de informações a pedido na hipótese de o tratado não haver sido concluído ou ainda como um complemento para a troca de informações pontuais não abrangidas pela troca de informações a pedido. PLAGNET, Bernard. **Droit fiscal international**. Paris: Litec, 1986, p. 319.

[42] A expressão em inglês é *simultaneous tax examinations*.

[43] “*Artigo 8. Simultaneous tax examinations. 2. For the purposes of this Convention, a simultaneous tax examination means an arrangement between two or more Contracting States to examine simultaneously, each in its own territory, the tax affairs of a person or persons in which they have a common or related interest, with a view to exchanging any relevant information which they so obtain*”.

[44] Nesse sentido, é o disposto no § 1º, do art. 8º: “*1. At the request of one of them, two or more Contracting States shall consult together for the purposes of determining cases and procedures for simultaneous tax examinations. Each State involved shall decide whether or not it wishes to participate in a particular simultaneous tax examination*”.

[45] GRIZIOTTI, Benvenuto. Draft convention on mutual administrative assistance in tax matters. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, Milano, n. 1, p. 339-399, Mar. 1987, p. 355.

[46] Na língua inglesa, a expressão é *tax examination abroad*.

[47] No original, consta o seguinte: “*Article 9: Tax examinations abroad - 1. At the request of the competent authority of the applicant State, the competent authority of the requested State may allow representatives of the competent authority of the applicant State to be present at the appropriate part of a tax examination in the requested State. 2. If the request is acceded to, the competent authority of the requested State shall, as soon as possible, notify the competent authority of the applicant State about the time and place of the examination, the authority or official designated to carry out the examination and the procedures and conditions required by the requested State for the conduct of the examination. All decisions with respect to the conduct of the tax examination shall be made by the requested State. 3. A Party may inform one of the Depositaries of its intention not to accept, as a general rule, such requests as are referred to in paragraph 1. Such a declaration may be made or withdrawn at any time*”.

[48] BORGES, Antônio de Moura. O fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras, com base na cláusula da troca de informações, prevista em tratados internacionais sobre matéria tributária. **Direito em Ação**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 21-42, dez. 2000, p. 22.

[49] JARNEVIC, Jean-Pierre. **Droit fiscal international**. Paris: Economica, 1985, p. 239-240 e 243.

[50] No original, confira-se a íntegra do artigo 21 do Modelo sobre Assistência Mútua da OCDE: “*Article 21: Protection of persons and limits to the obligation to provide assistance 1. Nothing in this Convention shall affect the rights and safeguards secured to persons by the laws or administrative practice of the requested State. 2. Except in the case of Article 14, the provisions of this Convention shall not be construed so as to impose on the requested State the obligation: a) to carry out measures at variance with its own laws or administrative practice or the laws or administrative practice of the applicant State; b) to carry out measures which it considers contrary to public policy (ordre public) or to its essential interests; c) to supply information which is not obtainable under its own laws or its administrative practice or under the laws of the*

applicant State or its administrative practice; d) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret, or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public) or to its essential interests; e) to provide administrative assistance if and insofar as it considers the taxation in the applicant State to be contrary to generally accepted taxation principles or to the provisions of a convention for the avoidance of double taxation, or of any other convention which the requested State has concluded with the applicant State; f) to provide assistance if the application of this Convention would lead to discrimination between a national of the requested State and nationals of the applicant State in the same circumstances”.

[51] No original, o artigo 24 do modelo de tratado da OCDE contra a dupla tributação está assim redigido: “1. *Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.* 2. *Stateless persons who are residents of a Contracting State shall not be subjected in either Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of the State concerned in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected.* 3. *The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities. This provision shall not be construed as obliging a Contracting State to grant to residents of the other Contracting State any personal allowances, reliefs and reductions for taxation”.*

[52] Confirma a conteúdo da alínea *f* do artigo 21: “*f) to provide assistance if the application of this Convention would lead to discrimination between a national of the requested State and nationals of the applicant State in the same circumstances”.*

[53] TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 441.

[54] Nesse ponto específico, os Estados Unidos da América são favoráveis a uma interpretação extensiva do mencionado artigo 26, tal como informam TIXIER e GEST. TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 441.

[55] QURESHI, Asif Hasan. **The public international law of taxation**. London/Boston: Graham & Trotman Ltd, 1994, p. 347.

[56] Em sentido contrário posiciona-se Nestor Carmona Fernández. Para esse autor, as informações a serem prestadas limitam-se aos impostos contemplados no tratado, não podendo, em princípio, estender-se a outras modalidades de tributo. FERNÁNDEZ, Nestor Carmona. No Discriminación, Procedimiento Amistoso e Intercambio de

Información. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **Fiscalidad internacional**. Madri: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 579-590, p. 588.

[57] O artigo 21, *c* do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa determina: “*c) to supply information which is not obtainable under its own laws or its administrative practice or under the laws of the applicant State or its administrative practice;*”

[58] O artigo 21, *a* do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa dispõe: “*a) to carry out measures at variance with its own laws or administrative practice or the laws or administrative practice of the applicant State;*”

[59] Na hipótese de não haver impedimento para o fornecimento da informação, o Estado requerido deve colocar à disposição do outro Estado todos os meios de investigação, fiscalização e controle de que dispõe para assegurar o controle dos atos do contribuinte sobre os seus impostos. Deve, portanto, praticar todos os atos necessários para prestar a informação como se esta direta e exclusivamente lhe interessasse.

[60] JARNEVIC, Jean–Pierre. **Droit fiscal international**. Paris: Economica, 1985, p 240.

[61] Eis o teor do artigo 21, *b* do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “*b) to carry out measures which it considers contrary to public policy (ordre public) or to its essential interests;*”

[62] No original: “*Dans la réalité, la clause de l’ordre public semble être, en fait, un moyen commode permettant à l’Etat requis d’opposer un refus à une demande d’information sans avoir à en justifier*”. TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 446.

[63] Nesse sentido, é o disposto na alínea *d* do artigo 21 do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “*d) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret, or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public) or to its essential interests;*”

[64] O artigo 5, § 4º, do modelo de tratado da OCDE sobre a troca de informações está assim redigido: “*4. Each Contracting Party shall ensure that its competent authorities for the purposes specified in Article 1 of the Agreement, have the authority to obtain and provide upon request: a) information held by banks, other financial institutions, and any person acting in an agency or fiduciary capacity including nominees and trustees; b) information regarding the ownership of companies, partnerships, trusts, foundations, “Anstalten” and other persons, including, within the constraints of Article 2, ownership information on all such persons in an ownership chain; in the case of trusts, information on settlors, trustees and beneficiaries; and in the case of foundations, information on founders, members of the foundation council and beneficiaries. Further, this Agreement does not create an obligation on the Contracting Parties to obtain or provide ownership information with respect to publicly traded companies or public collective investment funds or schemes unless such information can be obtained without giving rise to disproportionate difficulties*”.

[65] O artigo 7 do modelo de tratado da OCDE sobre a troca de informações determina: “*Article 7 Possibility of Declining a Request 1. The requested Party shall not be required to obtain or provide information that the applicant Party would not be able to obtain under its own laws for purposes of the administration or enforcement of its own tax laws. The competent authority of the requested Party may decline to assist where the request is not made in conformity with this Agreement. 2. The provisions of this Agreement shall not impose on a Contracting Party the obligation to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process. Notwithstanding the foregoing, information of the type referred to in Article 5, paragraph 4 shall not be treated as such a secret or trade process merely because it meets the criteria in that paragraph. 3. The provisions of this Agreement shall not impose on a Contracting Party the obligation to obtain or provide information, which would reveal confidential communications between a client and an attorney, solicitor or other admitted legal representative where such communications are: (a) produced for the purposes of seeking or providing legal advice or (b) produced for the purposes of use in existing or contemplated legal proceedings. 4. The requested Party may decline a request for information if the disclosure of the information would be contrary to public policy (ordre public). 5. A request for information shall not be refused on the ground that the tax claim giving rise to the request is disputed. 6. The requested Party may decline a request for information if the information is requested by the applicant Party to administer or enforce a provision of the tax law of the applicant Party, or any requirement connected therewith, which discriminates against a national of the requested Party as compared with a national of the applicant Party in the same circumstances*”.

[66] SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. Intercâmbio de informações tributárias entre administrações estrangeiras: avanços atuais, conexões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 96, p. 89-103, set. 2003, p. 95.

[67] Conforme disposto na alínea *e* do artigo 21 do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “*e) to provide administrative assistance if and insofar as it considers the taxation in the applicant State to be contrary to generally accepted taxation principles or to the provisions of a convention for the avoidance of double taxation, or of any other convention which the requested State has concluded with the applicant State;*”

[68] GRIZIOTTI, Benvenuto. Draft convention on mutual administrative assistance in tax matters. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, Milano, n. 1, p. 339-399, Mar. 1987, p. 377.

[69] BORGES, Antônio de Moura. O fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras, com base na cláusula da troca de informações, prevista em tratados internacionais sobre matéria tributária. **Direito em Ação**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 21-42, dez. 2000, p. 22.

[70] No Brasil, o artigo 150, IV, da CF, proíbe expressamente a instituição de tributo que tenha caráter confiscatório. Confira: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV – utilizar o tributo com efeito de confisco”.

[71] Nesse sentido, é o disposto no artigo 22 do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “1. *Any information obtained by a Party under this Convention shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that Party, or under the conditions of secrecy applying in the supplying Party if such conditions are more restrictive*”.

[72] Eventual descumprimento por um dos Estados do sigilo das informações acarretará a aplicação de sanções previstas na legislação do ente infrator.

[73] No mesmo sentido, é o disposto no artigo 26, parágrafo 1, do modelo de tratado da OCDE contra a dupla tributação.

[74] JARNEVIC, Jean-Pierre. **Droit fiscal international**. Paris: Economica, 1985, p. 243.

[75] GRIZIOTTI, Benvenuto. Draft convention on mutual administrative assistance in tax matters. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, Milano, n. 1, p. 339-399, Mar. 1987, p. 380.

[76] Cf. a íntegra do parágrafo 2, do artigo 22 do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “2. *Such information shall in any case be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative or supervisory bodies) involved in the assessment, collection or recovery of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, taxes of that Party. Only the persons or authorities mentioned above may use the information and then only for such purposes. They may, notwithstanding the provisions of paragraph 1, disclose it in public court proceedings or in judicial decisions relating to such taxes, subject to prior authorisation by the competent authority of the supplying Party. However, any two or more Parties may mutually agree to waive the condition of prior authorisation*”.

[77] No original: “*La présence de la clause du secret opposable par l’Etat requis s’explique par le souci qu’a chaque Etat de protéger ses ressortissants contre tout risque d’indiscrétion, et par là même, notamment, de ne pas désarmer l’économie nationale face à la concurrence étrangère. Il est donc possible d’y voir la manifestation d’une autre préoccupation des gouvernements, celle de sauvegarder l’ordre public*”. TIXIER, Gilbert; GEST, Guy. **Droit fiscal international**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 444.

[78] Neste sentido, é o disposto no parágrafo 4, do artigo 22 do modelo de tratado da OCDE sobre assistência administrativa: “4. *Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3, information received by a Party may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of the supplying Party and the competent authority of that Party authorises such use. Information provided by a Party to another Party may be transmitted by the latter to a third Party, subject to prior authorisation by the competent authority of the first-mentioned Party*”.

[79] Acrescente-se que a informação requerida pode ser transmitida a um outro Estado, desde que a autoridade que forneceu a informação autorize, conforme disposto no mencionado parágrafo do artigo 22.

[80] FERNÁNDEZ, Nestor Carmona. No Discriminación, Procedimiento Amistoso e Intercambio de Información. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **Fiscalidad internacional**. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 579-590, p. 590.

**BASES CONCEITUAIS DE UMA POLÍTICA EXTERNA NACIONAL: UMA
CONTRIBUIÇÃO PARA A DEFINIÇÃO DE UMA AGENDA DIPLOMÁTICA
CONDIZENTE COM O PRINCÍPIO DO INTERESSE NACIONAL * ****

CONCEPTUAL BASES OF A NATIONAL FOREIGN POLICY

**Paulo Roberto de Almeida
Antonio Poli Navega**

RESUMO

Texto de natureza analítica abstrata (isto é, sem referir a um país em particular) sobre como deveria ser uma política externa voltada para o interesse nacional. Ademais de questões de método (intenções claras, interação entre a ação diplomática e a base econômica, avaliação dos meios disponíveis e abertura às inovações), são abordadas questões substantivas (definição do interesse nacional, prioridades e objetivos da ação diplomática, parcerias estratégicas, os blocos de integração e alianças regionais de caráter restrito, segurança e estabilidade internacional, a representação dos interesses sociais e os instrumentos da ação diplomática), que podem fundamentar uma diplomacia concreta. O estudo fornece uma base conceitual para a análise de uma diplomacia nacional concreta.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICA EXTERNA, INTERESSE NACIONAL, METODOLOGIA, QUESTÕES SUBSTANTIVAS.

ABSTRACT

Analytical essay of an abstract character (that is, without referring to a specific country) about a hypothetical external policy focused on the national interest. After touching on methodological questions (that is: clear intentions; interaction between the diplomatic action and the economic basis of the society; assessment of available means; and opening to innovation), the analysis goes to substantive questions (definition of the national interest, priorities and objectives of the foreign policy, strategic partnerships, alliances and regional integration groups, international security and stability, social interests, and diplomatic tools), which could be the basis for an analysis of a concrete diplomacy. This study gives a conceptual basis for a concrete analysis of a national Foreign policy.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília

KEYWORDS: FOREIGN POLICY, NATIONAL INTEREST, METHODOLOGICAL AND SUBSTANTIVE ISSUES.

1. Introdução: natureza do exercício

Este ensaio se situa num plano essencialmente argumentativo e apresenta um caráter analítico geral. Trata-se de uma discussão *in abstracto*, não de um debate voltado para alguma política externa nacional que possa ser imaginada como representando, de fato, a de algum governo concreto. A intenção é a de permanecer num plano puramente conceitual, tal como evidenciado expressamente no título. A expressão “bases conceituais” refere-se, assim, aos fundamentos de “qualquer” política externa, considerada genericamente, podendo, portanto, ser aplicada a diversos contextos e situações empíricas.

Neste ensaio são abordadas questões relevantes de qualquer política externa, tais como: a noção de interesse nacional; as prioridades nas relações exteriores; a questão das chamadas “parcerias estratégicas”; a organização da ordem econômica internacional e o papel dos blocos de integração (com referência aos diversos tipos de integração ou de liberalização comercial); os problemas da segurança internacional e nacional; a questão da representação dos interesses no exercício de uma política externa nacional e os instrumentos de ação da política externa nacional. Não se pode, a rigor, eliminar a hipótese de que alguns desses problemas e situações guardem conexão com questões e temas atinentes às relações exteriores do Brasil, mas não há intenção de discutir neste ensaio a agenda diplomática corrente do País.

Sua elaboração consolida um processo de pesquisa – sob a forma de leituras, debates e elaboração de ensaios parciais sob aspectos particulares dessa temática – que se desenvolveu ao longo dos últimos anos de atividades docentes e de coordenação de um grupo de pesquisas centradas em questões de economia política internacional, com ênfase especial no caso do Brasil e sua inserção econômica internacional, no quadro do programa de mestrado em direito do Uniceub. O ensaio pode ser considerado a primeira etapa de uma pesquisa mais ampla sobre os fundamentos teóricos e práticos da política externa brasileira, tal como exercida concretamente nas duas últimas décadas, e que deve prosseguir sob a forma de estudos setoriais sobre as diferentes frentes de trabalho da diplomacia brasileira, no contexto da agenda política e econômica internacional.

Depois de uma primeira seção voltada para questões de procedimento, ou seja, temas de natureza instrumental ou puramente formal, o núcleo central do trabalho se dedica a uma discussão das finalidades, ou objetivos, de uma política externa centrada sobre o princípio do interesse nacional. Teoricamente, alguns desses temas poderiam ser aproximados das ações diplomáticas brasileiras, mas a análise se situa num plano de generalidades e abstrações que transcende situações concretas ou iniciativas identificadas com uma agenda específica.

Todo o exercício se apóia num conjunto de leituras e de compilações a partir de elementos factuais vinculados a diversas diplomacias práticas, das quais se extraíram

ensinamentos tomados em alto grau de abstração quanto a uma situação concreta. As referências bibliográficas, *in fine*, representam uma amostra das fontes e da literatura utilizadas ao longo do processo de pesquisa e de leituras anotadas, sem que se deva imputar a estrutura ou os argumentos substantivos adotados neste trabalho a algum autor em particular.

2. Quanto aos métodos

Antes de iniciar a discussão, contudo, seria útil revisar algumas noções genéricas que têm mais a ver com métodos e procedimentos da diplomacia do que, propriamente, com a substância da política externa. Existem, pelo menos, quatro elementos do “jogo diplomático” que devem ser considerados em qualquer política externa que se pretenda responsável:

- 2.1. Clareza de intenções;
- 2.2. Interação entre a diplomacia e a economia;
- 2.3. Aferição precisa quanto aos meios disponíveis;
- 2.4. Flexibilidade e abertura às inovações.

Empreendemos a seguir uma rápida discussão de cada um desses elementos metodológicos com base em seus elementos constitutivos.

2.1. Clareza quanto às intenções.

Representa dispor de objetivos expressamente definidos para a diplomacia nacional e, como tal, claramente descritos, não de modo vago e genérico, mas de maneira objetiva, tocando nos pontos relevantes do que se pretende fazer. Todo e qualquer governo precisa ter uma idéia clara de como o país se insere no chamado “cenário internacional”, quais são os limites impostos à ação internacional do país e quais são os seus objetivos de política externa. Conhecer os limites da ação diplomática permite quantificar os meios a serem mobilizados, o que, por sua vez, ajuda no processo de definição de um conjunto de objetivos nacionais estrategicamente viáveis.

A política externa costuma ser considerada como a expressão de sua política interna, continuada por outros meios, num sentido figurativamente “clauswitziano”; mas esse tipo de correlação “causal”, quase mecânico em sua formulação, não é necessariamente válido, pois a política externa pode estar claramente dissociada de seus fundamentos internos: um governo democrático pode perfeitamente projetar-se externamente de modo imperialista – como foi o caso, por exemplo, do sistema colonial britânico, o mais extenso territorialmente no decorrer da era moderna –, assim como uma autocracia pode

conduzir uma política externa sensata, moderada e respeitadora do direito internacional – como pode ser, teoricamente, o caso da China.

Usualmente, em regimes democráticos, os objetivos diplomáticos de um determinado governo são expressos ao início de um mandato governamental e são, direta ou indiretamente, enunciados no discurso inaugural do mandatário ou em sua mensagem ao parlamento. Trata-se de um equivalente a um “manifesto ao mundo”, no qual os responsáveis pela política externa – o chefe do executivo ou o encarregado da diplomacia – expõem de modo claro o que o país (ou o seu governo) pretende fazer no plano internacional, quais são as suas prioridades no campo das relações exteriores e como eles pretendem alcançar tais objetivos (embora este aspecto, relativo a procedimentos, nem sempre é claramente expresso).

Uma determinada política externa pode ser considerada “ativista” quando o país tenta coordenar esforços políticos, econômicos, sociais e culturais (eventualmente militares, também) para, em coordenação com outros países ou isoladamente, influenciar a composição da agenda internacional e tenta moldar, pelo menos em parte, a tomada de decisões no âmbito global. Uma política mais passiva seria refletida em esforços algo similares para apenas e tão somente preservar o *status quo*. Nos exemplos conhecidos de “mensagens sobre o estado da União” – como ocorre anualmente no caso dos EUA, e mesmo do Brasil, por mensagem anual ao Congresso – figura sempre um capítulo importante tratando das relações exteriores do país em questão e suas prioridades diplomáticas correntes; esse capítulo pode, ou não, refletir uma atitude mais ativista ou relativamente conformista em relação aos problemas mundiais e aos desafios para o próprio país.

Poucos governos não dispõem de um “manifesto” desse tipo, embora a clareza desses objetivos e sua adequação ao chamado interesse nacional possam variar em situações concretas, dependendo, basicamente, da qualidade cognitiva dos dirigentes, de sua percepção correta quanto ao interesse nacional percebido e, em última instância, da capacidade de fixar metas de política externa que correspondam, em grande medida, aos objetivos tidos como consensuais pela maioria dos cidadãos ou, pelo menos, por parte significativa dos tomadores de decisão. Determinados objetivos da agenda diplomática podem não ser exatamente consensuais, ou podem representar ruptura com tradições ou posições longamente mantidas pela diplomacia profissional, mas sua implementação pode ser alcançada se exposta claramente aos responsáveis pelo processo burocrático e por sua condução no plano externo, desde que guardando alguma correspondência com a capacidade real do país.

Em alguns casos, objetivos particularistas, definidos partidariamente – isto é, por uma parte, tão somente, da opinião pública nacional –, podem obscurecer a noção exata do que sejam os objetivos nacionais e, através deles, metas precisas para a política externa. Pode ocorrer também, embora seja mais raro, que os objetivos de política externa estejam em claro descompasso com as capacidades materiais e políticas do país em questão: alguns líderes de tendências caudilhistas, por exemplo, vivem de bravatas em política externa, sem condições de implementar o que prometem. Neste caso, pode ocorrer uma falta de sincronia entre o ambiente interno e o externo, o que invalida ou restringe a consecução dos objetivos nacionais no plano externo. O mais importante, porém, na construção de confiança, tanto no entorno regional como no plano do sistema internacional, é a transparência que o país consegue demonstrar por meio desses

“manifestos” de intenção: ele ganha em credibilidade e reputação quando estabelece claramente objetivos e prioridades de política externa. Como parece óbvio, as ações subseqüentes precisam guardar claramente relação com os objetivos declarados, sob risco de perda de credibilidade ou de prestígio no ambiente externo.

2.2. Noção exata das *relações entre diplomacia e economia*.

Na concepção tradicional da diplomacia, isto é, nas considerações clássicas de política externa, essa relação dual se colocava entre a política externa e os instrumentos militares, ou seja, o poderio estratégico de um determinado país e sua projeção externa. Nas condições atuais, sobretudo para os países emergentes – mas também, no jogo diplomático das grandes potências – essa relação deve ser vista como envolvendo basicamente o mundo econômico (indústria, comércio, investimentos, finanças, tecnologia, recursos humanos, enfim, os grandes determinantes da produtividade e da competitividade contemporânea). A despeito do argumento de “última instância” – que é a capacidade militar – permanecer o fundamento essencial de toda afirmação nacional, hoje em dia é o poder econômico, e não mais o poder militar em sua expressão pura, que converte ganhos táticos no terreno da diplomacia em claras vitórias no terreno da política internacional. Ou seja, a diplomacia precisa ter uma sólida base nas condições elementares do país, de seu poder econômico, para poder se exercer de modo claro e direto. Trata-se, presumivelmente, de uma diplomacia que converte uma dada condição econômica em ganhos efetivos no plano internacional.

Há uma tendência, em certos países ou em determinadas forças políticas, de isolar o Estado do restante da sociedade e fazê-lo atuar segundo a vontade dos dirigentes de plantão. Mais precisamente, existe a vontade de tornar o Estado uma força auto-suficiente, destacada das forças econômicas reais que o sustentam. Ele então passa a atuar de forma independente delas, apenas extraíndo recursos de forma autônoma – e muitas vezes de um modo pouco condizente com os princípios do Estado moderno, ou seja, um orçamento votado e aplicado de forma democrática e transparente – e pode conduzir, eventualmente, uma política externa sem correspondência com as condições concretas do país ou com a sua dinâmica econômica.

Esta é, paradoxalmente, uma tendência que costuma ser inerente à própria corporação diplomática, na medida em que ela tende a se considerar a própria encarnação do Estado. Ela também pode estar identificada a forças políticas momentaneamente no controle do Estado e que mantêm uma espécie de culto a esse mesmo Estado e o consideram “o” instrumento, por excelência, de seus objetivos particularistas. Corporação diplomática e forças políticas de base eleitoral possuem lógicas distintas de atuação, estabelecendo objetivos de longo ou de curto prazo, segundo o tipo de “produto” a que almejam (cada qual com a sua relação insumo-produto particular). Os ganhos de eficiência em cada caso são tão distintos quanto o caráter das políticas mobilizadas para tal efeito: internas, e portanto mais vinculadas ao governo; externas, relativas a uma certa concepção do Estado (típica de soldados e diplomatas).

A diplomacia não precisa ser a exata expressão da chamada “capabilidade” nacional, pois ela pode compensar, por meio de sua eficiência intrínseca, certas fragilidades inerentes a um Estado apoiado em uma economia ainda pouco desenvolvida. O

descolamento entre a diplomacia e a economia, porém, pode ser um fator negativo na implementação dos objetivos principais da política externa nacional, na medida em que certas iniciativas muito ambiciosas podem não encontrar respaldo na disponibilidade de meios adequados quando for o momento de sua implementação.

2.3. Uma *visão clara quanto aos meios para se alcançarem determinados objetivos, o que se traduz em flexibilidade de métodos na busca dos objetivos definidos.*

No plano das relações internacionais e do jogo diplomático, não existem nem podem existir aliados permanentes nem, obviamente, parceiros privilegiados, que o sejam *a priori*, incondicionalmente e sem qualquer critério de utilidade. A noção de que “aliados estratégicos” o sejam por simples declaração de intenções, de modo vago e sem clareza quanto aos objetivos, é ingênua e principista, sem atender a um claro critério de racionalidade quanto aos meios e fins. Um país não pode estabelecer *a priori* como pretende moldar o cenário internacional, sob risco de ver derrotadas suas intenções maiores, uma vez que – salvo no caso de uma hiperpotência – ele não pode determinar sozinho as variáveis que influenciam o jogo internacional. Ele deve, sim, preservar certa flexibilidade de meios, para poder adaptar suas táticas diplomáticas – e até, eventualmente, sua estratégia de ação – à consecução de seus objetivos pretendidos, em função dos meios disponíveis. Esta compatibilidade entre meios e fins faz parte do que se poderia chamar de “planejamento estratégico” em diplomacia.

Os meios mobilizados pela agência diplomática, por sua vez, devem ser, em princípio, comensuráveis aos recursos efetivamente disponíveis, sob risco de o país anunciar metas mais ambiciosas em política externa do que as realizações que ele efetivamente possa alcançar. Por outro lado, metas – que de certa forma são equiparáveis a objetivos táticos – podem sempre ser revistas e adaptadas aos meios disponíveis a cada momento, preservando de forma mais ampla possível os objetivos estratégicos do país no cenário regional ou mundial.

Como dispor dessa visão clara quanto aos meios e fins? A resposta pode estar na abertura da agência diplomática ao maior volume possível de insumos externos, o que pode estar representado por estudos e trabalhos de consultoria especializada, ademais da interação freqüente com peritos em determinados temas que escapam à competência técnica da agência. A burocracia diplomática nem sempre é a mais habilitada para conduzir trabalhos analíticos que envolvem uma definição precisa dos objetivos nacionais, vistos seja a partir de dentro da própria administração pública, seja com base em trabalhos acadêmicos de grande sofisticação intelectual.

A consecução de um determinado objetivo externo nem sempre pode ser alcançada pelos meios tradicionais de informação e ação diplomática – normalmente dependentes da capacitação individual ou relacional de um diplomata individualmente tomado – mas pode ser realçada com exercícios e trabalhos de maior refinamento analítico, por meio da mobilização de competências específicas. Da mesma forma, a concretização desse objetivo não necessariamente precisa ser realizada pelos meios diplomáticos usuais, normalmente limitados aos contatos entre chancelarias e mediante a atuação nos meios institucionais disponíveis (multilaterais ou regionais). Daí a utilidade de se dispor de meios suficientemente flexíveis para a implementação de objetivos que podem fugir ao

escopo da diplomacia tradicional, como aliás parecem ser os cenários negociadores bastante complexos da economia globalizada.

2.4. Abertura de espírito aos novos talentos e às inovações conceituais.

Da mesma forma como se diz – freqüentemente sem razão, mas talvez com algumas boas razões aparentes – que a guerra é muito importante para ser deixada apenas aos generais, talvez a diplomacia também seja muito importante para ser deixada apenas aos diplomatas. Isto deve ser entendido no sentido em que qualquer serviço público estabelecido – seja ele o exército nacional, o corpo diplomático, ou a burocracia das finanças públicas – tende a considerar suas atribuições normais e suas próximas tarefas como derivando da tradição anterior, fundadas na memória dos fatos passados. Tal tipo de atitude pode resultar, algumas vezes, em paralisação burocrática, em rigidez de métodos e adesão às posições estabelecidas, com claros prejuízos para uma diplomacia de resultados. Inovação e competição entre idéias e propostas sempre são desejáveis, aliás em qualquer domínio ou atividade.

O mais importante numa diplomacia tida por ágil é a sua capacidade de perceber as novas condições existentes no cenário internacional, visualizar desenvolvimentos futuros com base em novos atores intervenientes e formular novas formas de ação adequadas ao futuro previsível, formas não necessariamente respeitadoras do passado conhecido. Este quarto elemento é o que poderia ser chamado de *human factor*, algo contingente e imponderável, que não necessariamente emerge naturalmente das condições existentes do serviço diplomático “normal”, mas que depende de estadistas inteligentes, de formuladores dotados dessa “abertura de espírito” e de servidores diplomáticos inovadores.

O fator humano, sobretudo em sua capacidade de encontrar novas respostas e soluções para velhos problemas, deve ser devidamente aproveitado em uma diplomacia que pretenda ganhos para o país. Ele aparentemente o é, posto que as agências diplomáticas tendem a investir e gastar parte apreciável de seus recursos disponíveis com formação e capacitação de recursos humanos. Mas, normas hierárquicas rígidas e uma disciplina excessiva no respeito dessa mesma hierarquia podem comprometer a livre expressão de agentes inovadores, que costumam ser “dissidentes” ou *refuzniks* das verdades oficiais.

3. Quanto aos propósitos

Feitas algumas considerações iniciais sobre “métodos diplomáticos”, vejamos algumas questões de natureza substantiva, relevantes para o estabelecimento de uma política externa nacional. Não se pretende, aqui, por razões de espaço, efetuar uma discussão aprofundada sobre os problemas selecionados; mas, sim, fazer a apresentação de algumas “teses”, quase axiomáticas em sua formulação, que podem guiar uma futura análise mais detalhada sobre cada uma delas. Os argumentos desenvolvidos são, tanto quanto possível, de ordem geral, ou seja, de caráter não nominativo e não direcionado a

qualquer política externa em particular, muito embora não se possa evitar alguma correlação temática, mesmo indireta, com problemas e situações que possam envolver o Brasil e suas relações internacionais, no sentido amplo do conceito.

3.1. A questão do interesse nacional

Tão difícil de ser definido, quanto são diversas as visões dos grupos que disputam o poder político, possuindo múltiplas facetas e suscetível de ser apropriado por interesses particularistas, o interesse nacional costuma ser identificado com os chamados objetivos nacionais permanentes. Estes, para fins deste ensaio, podem ser representados resumidamente pelos seguintes elementos: defesa da independência nacional; soberania na tomada de decisões estratégicas; garantia de aprovisionamentos essenciais à economia nacional (entre eles energia, bens primários e segurança alimentar); preservação do território em face de intrusões estrangeiras; cooperação com os demais membros da comunidade internacional na manutenção de um ambiente de paz, da segurança e da estabilidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e social; preservação dos direitos humanos e manutenção do sistema democrático no contexto regional e mundial (embora este último objetivo não seja ainda consensual, isto é, ele é passível de controvérsia quanto à relevância de sua aceitação no plano internacional).

Trata-se, portanto, de uma definição ampla, que incorpora um elemento relativamente novo nesse tipo de discussão, qual seja, o do ambiente externo politicamente democrático e economicamente aberto como constituindo um componente importante do interesse nacional. Não se trata de um requisito essencial, posto que o sistema internacional comporta os mais variados tipos de regimes políticos e as mais diversas formas de “legitimidade” institucional, mas este elemento pode representar uma evolução positiva no plano do direito internacional.

De fato, a incorporação dessa nova dimensão – que amplia a antiga noção, estreitamente doméstica, desse interesse – pode não ser aceita pelos defensores da noção tradicional do interesse nacional, que colocava o regime político e o sistema econômico na esfera estrita das escolhas nacionais, em nome de argumentos soberanistas. Em todo caso, essa ampliação parece coadunar-se inteiramente com o novo ambiente internacional colocado sob o signo da interdependência de valores e de sistemas nacionais. Trata-se de uma nova fronteira do direito internacional que levará algum tempo para receber acolhimento no plano multilateral, mas que poderá ser implementada progressivamente.

Menos de três gerações atrás, isto é, na primeira metade do século XX, esse ambiente aberto e democrático foi ameaçado e desafiado – de fato, violentamente contestado – por regimes ditatoriais, expansionistas e imperialistas, que tentaram construir sistemas fechados ao diálogo democrático, claramente contrários aos direitos humanos e baseados na submissão de outros povos e nações aos seus desígnios totalitários. Os fascismos italiano e alemão e o militarismo japonês, junto com o comunismo de tipo soviético, chegaram a “oferecer” modelos de gestão econômica fortemente baseados no dirigismo estatal, no protecionismo e, sobretudo, na submissão pela força de nações independentes, colocando, portanto, em risco, o interesse nacional de diversos Estados. A derrota dos três primeiros regimes totalitários, a um imenso custo para os regimes democráticos, conduziu à reorganização da ordem política mundial, formalmente

consubstanciada na ONU (e suas agências especializadas). O totalitarismo de tipo soviético desapareceu nas dobras da história, vítima de auto-implosão – por força de suas próprias “contradições internas”, diriam os marxistas – mas resquícios dele permanecem aqui e ali, sobretudo em algumas mentes emboloradas. O fato é que regimes ditatoriais continuam, no entanto, existindo ainda hoje e, como tal, representam sempre uma ameaça de instabilidade e de ruptura da paz internacional.

O elemento relevante a ser destacado aqui, em relação a essa noção ampliada do interesse nacional, é que este é suscetível de ser ameaçado por um ambiente internacional hostil, criado por Estados que se colocam à margem do direito internacional, mas que teoricamente se refugiam no princípio da soberania absoluta, tal como consagrado na Carta da ONU. O interesse nacional comandaria, portanto, uma evolução do direito internacional na direção do requisito democrático e do respeito aos direitos humanos como critérios de inclusão e de legitimidade no sistema internacional. Trata-se de uma área de fronteira que caberia explorar numa definição de interesse nacional que integre uma política externa avançada, progressista e humanitária.

No caso dos demais elementos do interesse nacional que podem ser caracterizados como propriamente internos – quais sejam, a defesa da independência nacional, a soberania na tomada de decisões estratégicas e a garantia de aprovisionamentos essenciais à economia nacional (entre eles energia, bens primários e segurança alimentar) – trata-se, obviamente, de objetivos que devem ser cuidadosamente avaliados em função das novas realidades criadas pela interdependência econômica global, cuja principal característica é precisamente a integração dos mercados. Quando das primeiras formulações do interesse nacional, no período do imediato pós-Segunda Guerra, as mentalidades e concepções em torno das questões acima ainda estavam poderosamente influenciadas pelo ambiente econômico geral, pelos comportamentos individuais e pelas políticas públicas pensadas e implementadas nos anos 1930 e no contexto da própria guerra, quando a segurança nacional era definida em termos estreitamente nacionais, reduzindo-se ao mínimo qualquer dependência estrangeira. Não se deve tampouco descurar o fato de que, na seqüência da Primeira Guerra, das difíceis tentativas de restauração do padrão monetário anterior ao grande conflito e do fenômeno da intervenção generalizada dos governos nos mecanismos econômicos essenciais, a reputação do capitalismo e dos mercados livres enquanto criadores de emprego e riqueza encontrava-se singularmente diminuída, dando espaço às alternativas dirigistas no plano interno e ao retorno do mercantilismo no plano externo. Mesmo sem aderir ao padrão coletivista de organização econômica – tanto em sua modalidade fascista quanto soviética – a maior parte dos governos ocidentais aderiu a mecanismos de “mão visível” do Estado que se inspiraram, ou não, nas recomendações de Keynes. Outra não foi a orientação da principal vertente keynesiana na América Latina, o cepalianismo ou prebischianismo, dominante ideologicamente na região durante largas décadas no pós-guerra e influente na determinação de políticas públicas, macroeconômicas ou setoriais.

Esses três objetivos possuem, em todo caso, estatutos bem diferentes, segundo que a abordagem seja feita com base em elementos objetivos, relativamente à percepção de alguma ameaça à independência nacional, ou de alguma diminuição potencial de soberania na tomada de decisões estratégicas no plano nacional, ou segundo um entendimento subjetivo da matéria, feito com base em possibilidades teóricas dificilmente realizáveis na prática. Ameaças e fragilidades devem ser avaliados objetivamente, com base numa análise realista do ambiente externo e sua evolução

prospectiva. Ainda que os dispositivos militares representem uma espécie de seguro preventivo – por vezes muito custoso – na garantia da independência e na preservação da soberania, avaliações equivocadas podem representar sobre-investimento indevido em determinados fatores dissuasórios ou acumulação de ferramentas inadequadas ao seu emprego mais provável.

Quanto à garantia de aprovisionamentos essenciais à economia nacional – segurança alimentar, energética e em insumos propriamente estratégicos, ou seja, relevantes para a indústria de defesa –, pode-se argumentar que o mundo mudou bastante desde as disputas por fontes de matérias-primas, ainda visível no entre guerras. Por outro lado, tampouco existe, no mundo atual, insegurança alimentar, apenas protecionismo indecoroso travestido de interesse nacional. Com a possível exceção de determinados componentes militares – que mesmo assim podem encontrar substitutos em outros mercados –, a maior parte dos bens anteriormente considerados “estratégicos” pode ser objeto de transações comerciais a qualquer momento em mercados abertos ou sob contratos com fornecedores ou cartéis de produtores. A escassez relativa não se explica mais por restrições de caráter político, mas por problemas temporários de distribuição ou devido a fatores extemporâneos de natureza não política. Daí que uma das melhores garantias de aprovisionamento adequado na maior parte dos bens e serviços que movimentam uma economia moderna seja a manutenção de um ambiente aberto e propenso à intensificação das trocas comerciais no mais alto nível permitido pelo equilíbrio de fatores, ou seja pela administração sustentável da balança de transações correntes. Países com alto volume de trocas, nos dois sentidos, também costumam ser os menos dependentes de todos, justamente com base na interdependência complexa de uma economia globalizada.

3.2. O problema das prioridades nas relações exteriores

Prioridades, normalmente, estão no topo da atuação diplomática dos Estados que possuem uma visão clara de seus objetivos nacionais, com respeito aos benefícios que se espera retirar de uma determinada relação bilateral ou de um empreendimento qualquer no plano regional ou multilateral. Uma velha regra de senso comum pretende que quando existem muitas prioridades, não existe nenhuma prioridade bem estabelecida. Isso justifica a conveniência de que a lista de prioridades seja relativamente reduzida, de forma a se atribuir a importância devida ao que é realmente importante, não multiplicar as frentes de trabalho ao sabor das viagens diplomáticas de alto nível.

É da natureza humana, ou da ordem natural das coisas que pessoas e sociedades desejem sempre retirar bem mais de uma relação do que o investimento realizado em contrapartida. Por isso mesmo, o que se busca, normalmente, é elevar ao máximo a qualidade da interação, de maneira a ter uma alta taxa de retorno. Em outros termos, e de modo bem direto, quanto mais assimétrica for a relação, melhor para a parte supostamente “atrasada”, uma vez que a transferência direta e indireta terá um grau máximo de aproveitamento, nas duas direções, aliás, já que sempre haverá “compensações” comensuráveis que a parte reconhecidamente avançada pode retirar de seu parceiro “inferior”, mesmo que seja o menor custo de bens, serviços e mão-de-obra. Inversamente, uma prioridade colocada numa relação pretensamente “simétrica” pode

redundar em ganhos marginais para ambas as partes, já que o potencial de transferências será necessariamente menor.

Mesmo numa situação “multilateral”, sem a possibilidade da barganha direta que ocorre no relacionamento dito “assimétrico”, as apostas devem sempre ser colocadas no plano de maior desafio no desempenho comportamental, uma vez que todo país, desejoso de elevar-se na escala do desenvolvimento econômico-tecnológico, deve sempre visar mais alto do que o seu *benchmark* aferido. O critério de escolha das prioridades nacionais, necessariamente seletivas e restritas, deve, portanto, obedecer aos princípios da maior eficiência e do maior retorno, o que recomenda um número limitado de “apostas”, uma vez que estas demandarão concentração de recursos que são, por definição, escassos.

Por isso, “simpatias” em virtude de afinidades – de quaisquer tipos – não são, via de regra, as melhores escolhas a serem feitas. Em conclusão, as prioridades, em número limitado, são mais o resultado de um estudo detalhado das complementaridades recíprocas que podem ser estabelecidas com algum parceiro verdadeiramente estratégico – e este sempre será, por definição, mais capaz do que o próprio país no terreno visado para a cooperação – do que o resultado de algum impulso subjetivo com base em suposta afinidade de interesses. Esses interesses não precisam ser absolutamente simétricos para que o caráter estratégico da relação possa ser concretizado – ao contrário: eles podem ser relativamente assimétricos – desde que o objetivo principal visado pelo propositor da relação estratégica esteja contemplado na gama reduzida de prioridades nacionais realmente “prioritárias” e que o foco da relação se situe mais no atingimento de fins do que na definição de meios. Com efeito, pode-se eventualmente extrair mais de uma relação construída com base nas diferenças do que nas semelhanças, já que complementaridades e vantagens comparativas têm esse exato suporte na realidade.

3.3. As “parcerias estratégicas”: possibilidades e limites

Há uma tendência, em certos países, a multiplicar o número de “parcerias estratégicas”, o que reflete o mesmo cálculo equivocado já visto na questão das prioridades: havendo muitas, não se percebe como separar as que são efetivamente importantes daquelas que a retórica diplomática coloca na lista dos “relacionamentos indispensáveis”. Mas pior do que colecionar um volume não administrável de parcerias estratégicas é o procedimento que consiste em defini-las *a priori*; ou seja, a partir da suposição do relacionamento estratégico com base em afinidades estabelecidas *prima facie*, não com base num cuidadoso exame técnico de identidade de agendas em bases relacionais, não de maneira unilateral.

A começar pelo caráter supostamente “estratégico” da relação, tais parcerias costumam inflacionar o mercado diplomático com um hiper-ativismo multidirecional, levando à dispersão de recursos escassos e focando em objetivos secundários, posto que os “parceiros” definidos de maneira leviana precisam encontrar um mínimo denominador comum (e ele é realmente mínimo). Se existisse um “imposto vocabular” cada vez que diplomatas e outros tomadores de decisão empregassem indevidamente a noção de “parceria estratégica”, seu uso seria provavelmente mais restrito, reservado apenas aos casos efetivamente relevantes e prioritários. O exagero terminológico constitui,

provavelmente, um dos mais notórios pecados da linguagem diplomática através dos tempos.

Uma parceria efetivamente estratégica é aquela que permite uma inflexão de agendas, tanto bilaterais, quanto regionais ou multilateral, ou seja, uma mudança na relação de forças do xadrez internacional. Mas essa possibilidade tem de ser examinada com extremo cuidado, uma vez que o consenso em torno de objetivos mutuamente acordados precisa ser claro e explícito. Proclamações retóricas por ocasião de visitas de cúpula não são a melhor ocasião para se definir uma nova parceria estratégica, uma vez que o entusiasmo de governantes temporários costuma obscurecer sua capacidade de julgamento quanto aos interesses de médio e de longo prazo do país, o que só um estudo ponderado, tecnicamente embasado e empiricamente apoiado, tem condições de recomendar. Em resumo, parcerias estratégicas devem ser o resultado final de uma análise abrangente pelo *policy planning staff*, antes de serem sequer cogitadas no terreno prático.

3.4. A ordem econômica internacional e o papel dos blocos de integração

Países mais abertos são geralmente mais prósperos, seus agentes econômicos dispõem de mais renda pessoal e estão sempre acompanhando o estado da arte mundial em matéria de ciência e tecnologia. Uma simples correlação entre coeficientes de abertura externa e renda per capita permite confirmar, com poucas exceções nacionais, essa evidência das relações internacionais contemporâneas (ou de todas as épocas). Normalmente, a decisão pela abertura internacional – isto é, a maior interação nos fluxos de comércio e maior predisposição para acolher investimentos diretos estrangeiros – tende a ser unilateral, uma vez que a economia nacional é que está em causa e não a mundial, e que as restrições existentes prejudicam mais o agente econômico nacional do que os externos. Ainda assim, negociadores nacionais têm o hábito – irracional economicamente, mas compreensível politicamente – de “conceder” abertura aos mercados do país apenas depois de intensa barganha negociadora, confirmando que o velho mercantilismo possui vida efetivamente longa.

Havendo, contudo, disposição para a abertura – seja ela unilateral ou negociada –, o que se espera é que ela seja a mais ampla possível, uma vez que a inexistência prática de barreiras à competição tende a provocar ganhos de produtividade induzidos pela disputa de mercados em bases amplas. Blocos comerciais e outros agrupamentos “minilateralistas” são aceitos na medida em que contribuem para, ou antecipam a abertura multilateral, sem práticas discriminatórias ou outras reservas de mercado. Essas uniões restritas emergem naturalmente a partir da contigüidade geográfica e da intensidade de comércio que tende a ser praticada por parceiros já normalmente expostos à competição nos mesmos ramos industriais; o problema das normas e do protecionismo setorial aplicados aos grupos de maior poder político podem, contudo, obstar a essa tendência, que seria desejável, de fazer os blocos evoluir rapidamente para a abertura multilateral.

Na medida em que políticas ativamente integracionistas façam parte dos exercícios de diplomacia comercial praticados por um país em particular, seria desejável que elas se integrem ao conjunto de ações de política externa desse país num sentido

tendencialmente aberturista, isto é, de cunho multilateral. Disso resulta que os esquemas de integração mais facilmente ampliáveis no sentido multilateral sejam os acordos de livre-comércio; mais do que outros esquemas – como os de união aduaneira ou de mercado comum – que requerem normas e administração de cunho mais burocrático (sendo, portanto, de natureza mais rígida). No plano da política externa, isto significa que os blocos de integração devem ser vistos mais como *meios* para a consecução de outros objetivos desejáveis – progresso tecnológico, desenvolvimento econômico, avanços sociais etc. – do que como fins em si mesmos, sobretudo quando esses fins possuem objetivos políticos de escassa racionalidade econômica.

3.5. Problemas da segurança internacional, regional e nacional

Segurança, justiça, defesa, ou até mesmo infra-estrutura e educação, fazem parte daquilo que os economistas chamam de “externalidades”, ou seja, “produtos” ou serviços cujo “valor de mercado” não é normalmente definido pelas leis da oferta e da procura, mas que podem esperar uma oferta pública em bases não discriminatórias e praticamente sem barreiras para sua mobilização efetiva pelos demandantes. No plano nacional essa oferta é usualmente feita pelos Estados, que para isso mobilizam recursos dos agentes privados segundo os princípios tradicionais da tributação, ou seja: equidade, progressividade, neutralidade e simplicidade (mas nem sempre os países alcançam esse modelo ideal, escusado dizer). Esses bens públicos conhecem, portanto, falhas de mercado e são obrigados a conviver com mercados incompletos, a existência de monopólios naturais, além da falta de informação.

Não é preciso dizer que tais condições inexistem no plano internacional, e sequer estão perto de existir, onde é freqüente o benefício do *free lunch* que países pouco cooperativos recolhem do investimento em segurança e estabilidade feito por parceiros mais poderosos. O problema tampouco está perto de ser resolvido pela existência do Conselho de Segurança das Nações Unidas, uma vez que as potências militarmente dominantes tendem a agir em função de seus critérios nacionais com respeito à segurança e à estabilidade internacionais, sem nenhuma disposição aparente para implementar os dispositivos da Carta das Nações Unidas relativos à comissão militar e à constituição de forças armadas a serviço da organização. Não existe perspectiva de que essa situação venha a mudar no futuro previsível.

Os esquemas regionais de segurança representam um substituto parcial a esse problema institucional, podendo ser mais efetivos nas circunstâncias de maior identidade política e de comunidade de valores entre os seus membros. Em todo caso, na ausência dessa comunidade de valores, a agregação de interesses pode ser alcançada com base na disposição de um membro mais poderoso de “socializar” os benefícios de seu escudo militar, cujos custos ele assumiu exclusivamente. Em todo caso, todos eles – tanto o *hegemon*, como seus “sócios” – precisam ter um foco preciso quanto aos principais vetores de segurança – e, claro, das ameaças percebidas e reais – nos quais passariam a atuar, sem o que as alianças perdem eficácia e, sobretudo, condições mínimas para um consenso operacional entre seus membros. Por mais desigual ou assimétrica que seja esse tipo de aliança, seria preciso haver noção clara de qual é a fonte potencial ou real de ameaça, para que os instrumentos de defesa sejam comensuráveis e adequados a esse foco possível de instabilidade e de desequilíbrio.

Países desejosos de maior projeção internacional – e, portanto, dispostos a assumir os custos implícitos a essa opção de política externa – necessitam, em primeiro lugar, determinar os focos possíveis de ameaça ou resistência aos seus objetivos nacionais que possuam clara interface internacional, supondo-se que esses objetivos sejam inteiramente compatíveis com os valores e as normas existentes no âmbito da comunidade internacional. A autonomia de ação é o pressuposto básico de mobilização da ferramenta militar, mas a coordenação com outros parceiros no plano externo pode se revelar indispensável nas atuais condições do cenário internacional, quando as manifestações explícitas de imperialismo arrogante já se encontram formalmente banidas (mas não desaparecidas de todo).

Em todo caso, a passagem de uma concepção e uma doutrina puramente nacionais de defesa e de segurança em direção à constituição de cenários de conflitos e hipóteses de emprego da força militar situados no contexto externo – regional ou internacional – implica uma profunda revisão dos fundamentos estratégicos dessa “externalidade” – que pode ser positiva ou negativa, em função dos casos concretos –, bem como dos instrumentos que passam a ser mobilizados em caso de engajamento efetivo desses recursos de última instância do jogo diplomático-estratégico. Nem todos os países estão dispostos a desviar recursos de necessidades internas para fins de atuação “solidária” no plano internacional. Mas o que assim decidirem necessitam dispor dos meios suficientes e necessários para levar a termo a missão formalmente assumida.

3.6. A representação dos interesses no exercício de uma política externa nacional

A política externa já foi definida de muitas maneiras, inclusive como sendo a tradução de necessidades internas em possibilidades externas. Talvez pudesse ser definida, também, como a incorporação de oportunidades e capacidades externas para fins de desenvolvimento interno. Mas esse aspecto formal importa menos do que uma avaliação exata das condições sob as quais pode atuar o corpo funcional-burocrático voltado para a implementação da política externa, no contexto democrático e crescentemente transparente das políticas públicas na atualidade.

Diferentes atores passam a interferir no, e a disputar parcelas do processo decisório em matéria de política externa na moderna configuração democrática. Esse tipo de “intromissão” não só parece inevitável, como, em determinadas circunstâncias, pode até ser desejável para, por exemplo, respaldar a ação do Estado na defesa do interesse nacional, na suposição de que a mobilização de atores privados esteja sendo feita para capturar ganhos significativos para agentes econômicos que atuam como canais de distribuição interna. Não se trata da “captura” do aparelho burocrático do Estado por interesses privados, mas de interação com os verdadeiros produtores de riqueza nacional na tarefa de “extrair” recursos e renda do resto da comunidade internacional, o que é perfeitamente legítimo no plano da ação externa do Estado.

A capacidade da política externa se apresentar como efetivamente nacional, enquanto política pública, tem a ver com a sua interação com os setores relevantes da vida econômica do país, pois são eles, em última instância, que produzem os recursos sem os

quais a ação do Estado torna-se impossível ou dificilmente viável, e é para eles que se destinam, em grande medida, as iniciativas e ações de política externa mobilizadas pela diplomacia profissional. Os dois princípios sobre os quais vai se fundamentar uma política externa nacional são, portanto, o da transparência democrática e o da representação dos interesses mais relevantes no plano econômico nacional, sem que isto signifique, contudo, a captura do processo decisório no plano estatal por grupos de interesse especial ou setorial.

Transparência e representação democrática não devem significar, no entanto, excesso de abertura em processos negociais, como reclamado muitas vezes por grupos de atuação específica, pois isto poderia comprometer o caráter confidencial e a necessária discrição das posições negociadoras que caberia respeitar. Da mesma forma, falsos democratismos – como a incorporação irrefletida de posições emanadas de sindicatos, de partidos, de ONGs etc. – tampouco deveriam guiar a ação externa do Estado, posto que suas posições tendem a redundar em impasses negociais (até mesmo *ex ante*) devido à própria natureza contraditória dos interesses em causa.

3.7. Instrumentos de ação de uma política externa nacional

São muitas as ferramentas à disposição do Estado para o exercício de sua política externa, sendo o mais importante, obviamente, o corpo burocrático encarregado de operar a diplomacia profissional. Os dirigentes costumam, igualmente, se cercar de assessores diretos, que podem ou não ser diplomatas, mas que dispõem, supostamente, de um saber especializado nos temas afetos às relações exteriores do país. Outras instâncias podem interferir no processo decisório da política externa, mormente em regime parlamentar. Mas o básico, ou até essencial, é que exista unidade efetiva de comando, uniformidade do processo decisório e conformidade no processo de implementação das decisões.

Uma política externa formada a partir de vários centros decisórios começa por não ter objetivos homogêneos e tende a apresentar metas fragmentadas, ou até mesmo contraditórias, que respondem aos diversos “insumos” e pressões recebidos ao longo do processo de formulação e de composição, mesmo se a concepção inicial partir de um único centro. A divisão pode assumir um caráter de bicefalia, com pelo menos uma instância independente da diplomacia profissional envolvida na preparação e implementação da agenda externa; pode não ser tão grave se o trabalho envolvido for apenas de assessoria, mas se ele envolver igualmente representação e defesa pública existe um risco real de discursos contraditórios ou não coincidentes. A “divisão do trabalho” deve ter um único centro “divisor”, não ser uma espécie de “cooperativa diplomática” atuando em bases voluntarísticas.

As estratégias e táticas mobilizadas pela diplomacia podem e devem ser diversificadas, com a adequação de cada instrumento de ação ao tipo de foro aplicável em cada caso – bilateral, regional ou multilateral –, ou ainda em função das coalizões possíveis segundo a natureza do problema em causa (político, comercial, tecnológico, de segurança etc.). Caberia, no entanto, ficar atento para a “gradação” progressiva das iniciativas diplomáticas eventualmente lançadas, de maneira a evitar-se a exposição direta do responsável último pela diplomacia – que é o próprio chefe de Estado – em propostas

meramente exploratórias ou de duvidosa aceitação por parceiros não consultados previamente.

Para ser mais preciso, poucos países apreciam aderir a iniciativas prontas e a soluções “acabadas”, sentindo-se obviamente mais confortáveis a partir de consultas preparatórias e mediante o acolhimento de suas sugestões. Da mesma forma, a situação de liderança, se ela não é dada naturalmente pelo diferencial de poder econômico, político e militar, com todos os cuidados associados ao *self-restraint*, pode causar suspeitas ou desconforto em parceiros regionais, incomodados em ver surgir um “mais igual” em seu próprio meio. A liderança não pode jamais ser auto-proclamada, mas sim o resultado de um consenso que deve emergir naturalmente a partir de fontes reais de poder, não de proclamações unilaterais: trata-se antes de uma aceitação do que de uma imposição, ainda que gentil.

4. Conclusões: os fundamentos empíricos de uma diplomacia concreta

Expostas as bases conceituais de uma hipotética política externa nacional, com uma discussão genérica e abstrata dos métodos e propósitos de uma diplomacia indefinida, caberia, talvez, explorar os fundamentos empíricos de uma diplomacia concreta, preferencialmente em perspectiva histórica e numa visão comparada. Tal tipo de análise serviria, inclusive, para testar algumas das “teses” axiomáticas que foram aqui expostas, sem maior cuidado com a sua conexão efetiva a uma determinada realidade.

Esse tipo de exercício deve partir de uma descrição detalhada da atuação diplomática do serviço exterior escolhido, com base nos critérios metodológicos e substantivos aqui propostos – ou outros determinados no curso da análise – e avaliar em que medida as ações e as iniciativas diplomáticas do país em questão – que deve estar claramente identificado – produziram resultados concretos a partir da proclamação de objetivos pelos responsáveis da diplomacia em causa. Trata-se de algo factível, com base em uma transcrição das intenções iniciais, seguida de uma exposição a mais completa possível dos eventos registrado e dos processos que puderam ser efetivamente realizados, finalizando por um balanço honesto dos ganhos alcançados. Por razões de espaço, mas também devido ao caráter preliminar (não testado) da abordagem aqui sugerida, este tipo de exercício será empreendido em ocasião futura.

Referências bibliográficas:

ABREU, Marcelo de Paiva. Parcerias Estratégicas. *O Estado de S. Paulo*, 24.03.2008. Disponível em: <<http://estado.com.br/editorias/2008/03/24/eco-1.93.4.2008324.4.1.xml>> Acesso em: 23.09.2008.

ALMEIDA, Paulo Roberto. *O Estudo das Relações Internacionais do Brasil*. Brasília: LGE Editora, 2006.

_____. Relações Internacionais e Interesse Nacional: As Relações Econômicas do Brasil e a Ordem Constitucional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, Anos XXXIX a XLI, 1987/1989, n°s 69/71, p. 164-183.

BEARD, Charles A. *The idea of national interest; an analytical study in American foreign policy*. Chicago: Quadrangle Books, 1966.

BLANCHARD, Jean-Marc F.; MANSFIELD, Edward D.; RIPSAN, Norrin M. (eds.). *Power and the purse: economic statecraft, interdependence, and national security*. Portland, OR: F. Cass, 2000.

BRASIL, Ministério da Defesa. Política de Defesa nacional. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/pdn/index.php?page=home>> Acesso em: 26.09.2008.

CERVO, Amado Luiz. Relações Internacionais do Brasil: Um balanço da Era Cardoso. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, Vol. 45, n. 1, 2002.

COICAUD, Jean-Marc. *Beyond the national interest: the future of UN peacekeeping and multilateralism in an era of U.S. primacy*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2007.

FEROLLA, Sergio Xavier. *Conceito de Soberania e Interesse Nacional*. Disponível em: <www.esg.br/cee/ARTIGOS/ferolla1.pdf> Acesso em: 23.09.2008.

FIORI, José Luís. *A Governabilidade Democrática na Nova Ordem Econômica*. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos> Acesso em: 22.09.2008.

FRANCK, Thomas M. e WEISBAND, Edward: *Foreign Policy by Congress*. New York: Oxford University Press, 1979.

FRANKEL, Benjamin (ed.). *In the national interest: a National interest reader*. Washington, D.C.: National Interest; Lanham, MD: University Press of America, 1990.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *500 Anos de Periferia*. Porto Alegre: Contraponto e UFRGS, 2002.

HAYES, Margaret Daly. *Latin America and the U.S. national interest: a basis for U.S. foreign policy*. Boulder, Col.: Westview Press, 1984.

HENKIN, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution*. Mineola, N.Y.: The Foundation Press, 1972.

_____. Foreign Affairs and the Constitution. *Foreign Affairs*. Nova York, Vol. 66, 2, Winter 1987-1988, p. 285-310.

KENNEDY, Paul. *The Parliament of Man: the past, present, and future of the United Nations*. New York: Random House, 2006.

KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. 2nd. ed.; Glenview, Ill.: Scott, Foresman, 1989.

KRASNER, Stephen D. *Power, the state and sovereignty : essays on international relations*. New York, NY: Routledge, 2008.

MILNER, Helen V. e MORAVCSIK, Andrew (eds.). *Power, interdependence, and nonstate actors in world politics*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2008.

MORGENTHAU, Hans J. *Politics among nations; the struggle for power and peace*. 4th. ed.; New York, NY: Knopf, 1967.

NYE, Joseph. *O Paradoxo do Poder Americano*. São Paulo: Editora da UNESP, 2002.

POOLE, C. Dewitt: *The Conduct of Foreign Relations under Modern Democratic Conditions*. New Haven: Yale University Press, 1924.

PORTUGAL, CEDN: Bases do Conceito Estratégico de Defesa Nacional. Revisão de 1994. Governo da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/>> Acesso em: 24.09.2008.

PURVIS, Hoyt e BAKER, Steven J.(eds): *Legislating Foreign Policy*. Boulder, Co.: Westview Press, 1984.

RIBEIRO, Renato Janine. Sobre o Conceito de Interesse Nacional. *Interesse Nacional*. São Paulo, Ano I, n. 2, julho-setembro 2008, p. 76-87.

RODRIGUES, José Honório. *Interesse Nacional e Política Externa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

TRUBOWITZ, Peter. *Defining the national interest : conflict and change in American foreign policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E O
CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA
NACIONAL***

**THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE JUDICIARY POWER
AND THE NATIONAL JURISPRUDENCY CONVENTIONALITY**

**Erika Maeoka
Tânia Lobo Muniz**

RESUMO

A proposta do presente trabalho visa avaliar a responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos humanos decorrentes da atuação do poder judiciário. Para tanto, enfatiza o papel da justiça internacional na proteção dos direitos humanos por intermédio do controle da convencionalidade da jurisprudência nacional, que decorre do exercício da função supletiva em relação à jurisdição doméstica, que dá ensejo ao princípio da complementariedade ou subsidiariedade da jurisdição internacional. Constata os obstáculos à efetividade da atuação das Cortes Internacionais no controle da convencionalidade que decorre da dificuldade em implementar as sentenças internacionais que reconhecem a violação de direitos humanos pelos julgados nacionais em razão da objeção de garantia da coisa julgada nacional alegadas pelos Estados para se eximirem da responsabilidade internacional. Pontua que tal objeção não procede, visto que é incompatível com os princípios de direito internacional que impedem a alegação de ordem interna perante os compromissos internacionais. Por fim, aponta as propostas de sistematização para resolver o impasse entre a eficácia das decisões internacionais decorrentes do controle da convencionalidade e a objeção de coisa julgada e enfatiza a necessidade do efetivo diálogo entre a jurisdição nacional e internacional de modo a permitir a conjugação entre a eficácia das decisões internacionais e os limites da coisa julgada nacional.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO; PODER JUDICIÁRIO; CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE.

ABSTRACT

This paper aims at evaluating the international State responsibility for the human rights violation due to the judiciary acting power. Therefore, it highlights the international

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

justice role considering the protection of human rights through the national jurisprudence conventionality control resulting from the practice of the suppletive function regarding the domestic jurisdiction which gives an opportunity to the principle of complementarity or to the subsidiarity of the international jurisdiction. It shows up the obstacles to the effectiveness of the international courts acting in the conventionality control resulting from the difficulty in implementing the international sentences which recognize the human rights by the national sentences because of the objection of the guarantee of the national judged thing plead by the States to exempt from the international responsibility. It punctuates that such objection does not proceed, once it is incompatible to the International Law principles which prevent the internal order allegation before the international commitment. At last, it points at the systematization proposals to solve the impasse between the international decision efficacy resulting from the conventionality control and the judged thing objection and emphasizes the necessity of the effective dialogue between the national and international jurisdiction so it allows the conjugation between the international decisions efficiency and the national judged thing limits.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; STATE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY; JUDICIARY POWER; CONVENTIONALITY CONTROL.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, o sistema jurisdicional não se limita à circunscrição de um Estado. É preciso lembrar que há, além dessa esfera, o sistema jurisdicional internacional e dentro dessa estrutura está disposta uma ramificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos que postula a proteção internacional dos direitos humanos, por intermédio de uma jurisdição internacional atribuída às Cortes Internacionais.

A violação de direitos humanos pode decorrer de uma decisão judicial interna contrária às Convenções Internacionais. Essa situação pode ser corrigida pela intervenção das Instâncias internacionais que se dá por intermédio do controle da convencionalidade das decisões internas e uma vez reconhecida a incompatibilidade nasce para o Estado a responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos em razão da atuação contrária do Poder Judiciário aos parâmetros estabelecidas pelos Tratados Internacionais.

O reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado e a conseqüente potencialidade da litigância internacional como instrumento de proteção complementar dos direitos humanos dependem da efetividade da atuação das Cortes Internacionais em impor as suas decisões. O que se verifica é que nem sempre os Estados condenados submetem-se de boa-fé às determinações dos Tribunais Internacionais e cumprem espontaneamente as respectivas sentenças.

No ponto específico do controle da convencionalidade da jurisprudência nacional o óbice está insito no momento em que os Estados deixam de acatar as

decisões internacionais em razão da objeção da garantia da coisa julgada nacional para se eximirem da responsabilidade internacional, que constituem um dos graves entraves que comprometem a efetividade da atuação das Cortes Internacionais.

Levando-se em consideração as circunstâncias apontadas, efetua-se a análise da responsabilidade internacional dos Estados por violação de Direitos Humanos oriunda da atuação do poder judiciário nacional e destaca-se o respectivo obstáculo de natureza interna que impede a exigibilidade das decisões internacionais, decorrente da falta do necessário entendimento dos princípios de Direito Internacional.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE OU SUBSIDIARIEDADE DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a entender que a proteção dos Direitos Humanos deve transcender os limites jurisdicionais dos Estados. Nesse sentido, Piovesan[1] assinala que a proteção dos direitos humanos “não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional”.

A nova ordem global foi introduzida pela elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e foi estruturada pela Organização das Nações Unidas. No âmbito das Américas, a Organização dos Estados da América desenvolveu um sistema de proteção dos direitos humanos composto por dois órgãos de fiscalização: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[2] A jurisdição internacional de proteção dos Direitos Humanos é exercida pela Corte Interamericana, que tem a sua competência delimitada para julgar a responsabilidade internacional dos Estados que aceitaram a sua jurisdição.

Portanto, a partir desse período histórico, a questão da proteção dos direitos humanos passou a ser de interesse de toda a Sociedade Internacional, que constitui umas das grandes conquistas na proteção dos direitos humanos. A transcendência dos direitos humanos para a esfera internacional permitiu ao indivíduo adquirir a capacidade internacional e a soberania dos Estados sofreu uma relativização, da qual decorre uma importante mudança, que subordina os Estados a respeitar os parâmetros mínimos de proteção do ser humano estipulados nos Tratados Internacionais, sob pena de responsabilização internacional estatal pela violação de direitos humanos.

A apreciação dos casos levados às Cortes Internacionais depende da observância do princípio da subsidiariedade ou complementariedade que, conforme Ramos[3], “significa apenas que o próprio Estado, primeiramente por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos”. Explica Ramos[4] que somente “após, no fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais” que remete ao requisito do prévio esgotamento das vias judiciais internas para a interposição das demandas internacionais. Como elucida Piovesan[5] “a

sistemática internacional só pode ser invocada quando o Estado se mostrar omissivo ou falho na tarefa de proteger os direitos fundamentais.”

Conforme pontua Ayala Corao,[6] em razão do caráter complementar da jurisdição internacional seria impensável, em circunstâncias normais, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos substitua, por exemplo, os tribunais nacionais no seu papel de proteger os habitantes de um Estado contra a violação de direitos humanos. Portanto, exclusivamente nos casos em que existam restrições perante a jurisdição doméstica torna-se possível a interposição das ações internacionais.

É válido observar que esses obstáculos são as limitações ao princípio do acesso à justiça que são corrigidos por intermédio da atuação das Cortes Internacionais, que atua de modo complementar diante da insuficiência da ordem jurídica interna na promoção dos Direitos Humanos. Por conseguinte, denota-se o papel relevante da justiça internacional na proteção dos Direitos Humanos que permite suplementar a ordem jurídica interna quando esta se mostra deficitária diante de casos de violação de Direitos Humanos.

3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO E O CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A violação dos Estados aos compromissos internacionais de proteção aos Direitos Humanos implica na responsabilidade internacional e as respectivas punições são determinadas por intermédio das condenações exaradas pelas Cortes Internacionais.

A atribuição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, conforme Galli e Dulitzky[7] esclarecem, “é fazer valer a responsabilidade internacional dos Estados de respeitar e garantir o exercício dos direitos humanos”.

Com efeito, o fundamento para apresentação de denúncias de casos individuais perante a Comissão Interamericana deriva do princípio que impõe a responsabilidade dos Estados em razão dos compromissos internacionais decorrentes da ratificação dos instrumentos internacionais.[8] Nesse contexto, o Estado fica subordinado ao dever de prestar contas à comunidade internacional sempre que solicitado por órgão de supervisão internacional quando ocorrem violações de direitos humanos em seu território.[9] Feita a análise da defesa apresentada pelo Estado, incumbe aos organismos internacionais proferir a decisão sobre responsabilidade ou não pela violação de direitos humanos pelo Estado demandado, que resulta da ação direta de seus agentes ou da omissão do dever de garantia.[10]

A responsabilidade internacional do Estado em razão da atuação do Poder Judiciário decorre da atuação do referido órgão em dissonância com os compromissos internacionais. O exemplo da situação apontada é o questionamento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal [11] que, considerada contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado

Brasileiro.[12] Portanto, as Cortes Internacionais atuam no controle da convencionalidade da jurisprudência nacional.

Os obstáculos à exigibilidade das decisões internacionais surgem no momento em que os Estados alegam o respeito à coisa julgada para se eximir da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, nos casos em que a condenação se dá em razão de decisão injusta ou contrária aos direitos humanos.[13]

Pelo prisma do Direito Internacional, o ato judicial é considerado um fato como qualquer outro a ser analisado.[14] A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos decorrentes de ato judicial pode ocorrer em duas circunstâncias a primeira “quando a decisão judicial é *tardia ou inexistente* (caso da ausência de remédio judicial) e a segunda “quando a decisão judicial é tida, no seu *mérito*, como violadora de direito protegido”. [15]

A responsabilização pelo segundo caso acaba gerando controvérsias em razão da coisa julgada nacional, visto que neste caso, “a violação de obrigação internacional por ato judicial ocorre quando a decisão judicial, em seu mérito, é *injusta* diante dos fatos apresentados no processo, levando à violação de alguma obrigação internacional primária”. [16] Vale lembrar que “no caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a decisão interna, no seu mérito, viola direito internacionalmente protegido”. Portanto, “essa segunda hipótese abre espaço para uma valoração internacional do litígio diferente da valoração interna”. [17]

Os limites da atuação das Cortes Internacionais no controle dos julgados nacionais estão na mitigação da eficácia da sentença que reconhece a inconveniência dos julgados nacionais em razão de objeções de âmbito interno. Nesse sentido, García [18] pontua que:

[1/4] desde cierta óptica, la eficacia interna de las sentencias regionales estimatorias y, en último término, el goce efectivo de los derechos convencionales se ve obstaculizado, principalmente, por las figuras procesales tendentes a garantizar la estabilidad en el tiempo de las normas concretadas en las vías jurisdiccionales internas.

Por conseguinte, a efetividade das decisões internacionais que reconhece a violação de direitos humanos em razão de sentenças contrárias às Convenções Internacionais encontra os seus limites na garantia da estabilidade das decisões internas.

4. A REGRA DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS E A COISA JULGADA NACIONAL COMO OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS

Incumbe esclarecer a inter-relação entre a regra do prévio esgotamento dos recursos internos e a coisa julgada nacional, que permite destacar o paradoxo que se forma entre a aparente colisão entre a eficácia das decisões internacionais e a coisa julgada nacional. Conforme assevera Ramos[19] “a implementação interna da decisão internacional, superando todo óbice de direito interno, é o fecho final do ciclo da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”. Todavia, em razão da alegação de respeito à coisa julgada interna, a efetividade da jurisdição internacional torna-se inócua.

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos implica em uma obrigação paralela aos Estados, enquanto supõe a existência de um aparelho judicial que funcione e que contemple recursos apropriados para a proteção dos indivíduos no exercício dos direitos humanos, pois é a inexistência de recursos internos efetivos que justifica a proteção internacional em razão de permitir o estado de vulnerabilidade das vítimas. [20]

O Sistema Internacional de Proteção atua somente após o uso dos recursos jurisdicionais locais, sem ter obtido um remédio para a violação que se alega, pois o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é subsidiário, uma vez que deve permitir, em primeiro lugar, que o próprio Estado possa adotar as medidas de ajustes necessárias.[21] Portanto, o acesso à justiça internacional pressupõe o prévio esgotamento dos recursos internos.

Assim sendo, como assinala Trindade[22]:

[1/4] a regra do prévio esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção; os recursos internos formam parte integral da própria proteção internacional dos direitos humanos, recaindo a ênfase na capacidade de tais recursos de remediar a situação impugnada e reparar os danos causados, e não no processo mecânico de esgotamento.

Essa responsabilidade internacional, segundo González[23], advém da obrigação dos Estados-parte da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos que têm a obrigação de tornar efetiva a proteção dos direitos humanos. Entretanto, essa proteção não se restringe à simples culminação de um processo judicial conforme o direito interno dos Estados-parte, nem se extingue com a coisa julgada nacional, porque o compromisso de respeitar os direitos humanos assumido pelos Estados implica não só no trânsito em julgado de um processo judicial interno, mas na verificação por parte da jurisdição interamericana dos direitos humanos, se a atuação dos poderes públicos do Estados-parte está compatível com os limites de proteção dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção.

Verifica-se que os atributos da dignidade da pessoa humana são superiores ao exercício do poder do Estado; por isso existe uma diferença entre os casos que envolvem a violação de direitos humanos e as demais atividades judiciais internas, visto que os processos em matéria de direitos humanos não se esgotam com a coisa julgada nacional, pois nestas matérias os Estados-parte da Convenção têm excepcionado a soberania do Estado nacional para permitir que, em razão do direito internacional que deriva da Convenção Americana, o organismo jurisdicional interamericano criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, que é a Corte Interamericana dos Direitos Humanos revise a atuação dos poderes públicos nacionais na tutela dos direitos humanos, desde que se tenham esgotado todos os recursos internos.[24]

Como infere González[25], a aprovação da Convenção pelo sistema estabelecida no direito interno dos Estados partes determina, implicitamente, entre outras conseqüências que os Estados acendam a que uma pessoa ou grupo de pessoas elevem ante a Comissão Interamericana denúncias de violação aos direitos consagrados na Convenção. Contudo, nota-se que o acesso à jurisdição internacional exige como condição prévia que o(s) denunciante(s) tenha(m) esgotado, previamente, o recurso interno. Dito de outro modo, a admissão da denúncia pela Comissão está condicionada ao fato de que o caso denunciando tenha o caráter da coisa julgada nacional.[26]

Interposta o caso perante as instâncias internacionais, é verificado se a sentença interna violou ou não os Direitos Humanos, de modo que, uma vez reconhecida a violação, a decisão internacional determina a correção e no momento de implementar essa correção imposta, a sentença internacional depara-se com a garantia da coisa julgada nacional.

Assim sendo, da garantia da coisa julgada, que pressupõe a imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito, decorre a aparente colisão, pois as Cortes Internacionais efetuam um verdadeiro controle da convencionalidade da jurisprudência nacional, ou seja, analisa se as decisões internas coadunam ou não com os propósitos elencados nas Convenções internacionais. Uma vez constatado que as sentenças internas ofendem os parâmetros estabelecidos nas Convenções, a Corte reconhece a responsabilidade internacional do Estado pela atuação do poder judiciário contrário aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados, de modo que, nas sentenças emitidas nesses casos, a Corte determinará a correção dos atos que contrariam os Tratados Internacionais.

Para León, o atributo jurisdicional da coisa julgada[27] “está definido por la facultad exclusiva y excluyente para determinar el derecho mediante una declaración de certeza, en un caso concreto, de modo válido y definitivo”. Portanto, segundo o autor “es precisamente esta definitividad la que le otorga el atributo de la cosa juzgada como autoridad y eficacia de la sentencia judicial cuando no existan medios que permitan modificarla”. As três principais características da coisa julgada estão definidas pela sua inimpugnabilidade, imutabilidade e coercibilidade. Pelo primeiro atributo “se entiede la firmeza de un fallo judicial que impida su revisión”, pelo segundo “la imposibilidad de ulterior modificación” e pelo terceiro “la posibilidad de cumplimiento, exigencia y ejecución”.[28]

Da garantia da coisa julgada derivam outras conseqüências como a exigibilidade das sentenças nacionais, que colide aparentemente com a efetividade das sentenças internacionais. O atributo que dá possibilidade cumprimento, exigibilidade e

executoriedade, enseja a aparente contradição entre a jurisdição nacional e a internacional. Nesse sentido, García[29] esclarece que “a nivel nacional, es común el reconocimiento académico y jurisprudencial de un derecho a la ejecución de sentencias, entendido, en algún caso, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Todavía, constata-se que esse direito à execução diante das decisões internacionais tem se apresentado como empecilho à eficácia desses julgados, visto que existe uma colisão entre a necessidade de executar as sentenças nacionais transitada em julgado e a eficácia das sentenças regionais. Relata García[30] que:

[1/4] ese tipo de problemática suele acentuarse en materia civil y administrativa, cuando existe un individuo interesado en la ejecución de una sentencia nacional y otro particular (contraparte) interesado en dar efectos al pronunciamiento regional que ha declarado inconvencional dicha decisión interna”.

O aparente conflito entre o direito internacional e o nacional é esclarecido por García[31]ao expor que:

[1/4] de un lado, la eficacia de la jurisdicción regional sobre derechos humanos puede encontrarse en conflicto con la necesidad de ejecutar las sentencias nacionales firmes; de otro, que el derecho constitucional a la ejecución de sentencias nacionales es casi ilimitado, por lo cual es atendible y común que la denegación de la implementación de una resolución judicial no pueda ser arbitraria, irrazonable, ni basarse en una interpretación restrictiva de dicho derecho constitucional.

Com efeito, a sentença internacional, salvo as exceções à exigência do prévio esgotamento[32], depara-se com a coisa julgada nacional, que se impõe como impedimento à eficácia doméstica das decisões internacionais, devido às normas internas que garantem a proteção à coisa julgada e exigibilidade das sentenças nacionais.

Nota-se que ao considerar a regra do esgotamento prévio da jurisdição nacional como requisito necessário para a interposição da ação perante as Cortes Internacionais, ocorre um paradoxo. Pois, a coisa julgada nacional que deu ensejo à propositura da demanda internacional, em razão de contrariar os propósitos das Convenções Internacionais, impõe-se como limitação à eficácia das sentenças internacionais que, justamente, foi proferida para desconstituir os efeitos da sentença nacional contrárias às Convenções Internacionais.

5. A EFICÁCIA DA SENTENÇA INTERNACIONAL E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL

O reconhecimento da violação dos Direitos Humanos e a conseqüente punição dos Estados manifestam-se por intermédio das sentenças proferidas pelas Cortes Internacionais. Logo, a eficácia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está diretamente vinculada ao êxito da exigibilidade dessas decisões, que permitem sancionar os Estados pelas suas respectivas falhas.

Dentre os desafios enfrentados para alcançar o fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Insulza[33] aponta a falta de cumprimento das sentenças internacionais ao realçar que “el déficit fundamental del incumplimiento se da en la obligación de hacer justicia, es decir, investigar, juzgar y castigar a los culpables.” Comenta que “en muchos casos, los gobiernos declaran su voluntad de acatar la sentencia y de hecho sólo cumplen partes de ellas, especialmente en materia de reparación a las víctimas, pero no ocurre lo mismo con la obligación de hacer justicia”. Portanto, observa-se a dificuldade na eficácia das obrigações não-pecuniárias e dentre os obstáculos enfrentados, Insulza[34] assinala que “las razones de ello van desde las dificultades creadas por el principio de ‘cosa juzgada’ por parte de los Tribunales nacionales, a las dificultades políticas y prácticas de iniciar procesos”. Assim sendo, verifica-se que a coisa julgada interna constitui um dos obstáculos que impede a efetividade das decisões internacionais.

Diante dos empecilhos de ordem interna, é preciso lembrar que a leitura dos efeitos da sentença internacional e a sua exigibilidade têm que ser feita levando-se em consideração os princípios que regerem o Direito Internacional, visto que frente às obrigações internacionais não se pode argüir impedimentos de âmbito interno.

O artigo 27 da Convenção de Viena que regulamente o direito dos Tratados é claro em prever que as normas internas não podem ser alegadas como motivo de impedimento para o cumprimento dos acordos internacionais. Nesse sentido, em comentários ao referido dispositivo León[35] infere que o Estado não pode invocar suas normas de direito interno para sustentar o não-cumprimento das estipulações de um Tratado qualquer, ainda mais quando o mesmo tem como conteúdo a proteção dos direitos humanos. Caso contrário, o Estado pode incorrer em responsabilidade internacional, conforme os termos estabelecidos no Tratado subscrito.

Esclarece Ramos[36] que “assim, em face do ordenamento jurídico brasileiro, as eventuais sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos prescindem da rescisão ou mesmo declaração de nulidade de sentença judicial interna”. Pois, entende o autor que “no plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno”, visto que não existe “hierarquia funcional entre os tribunais, internos e internacional”.

Os efeitos das sentenças internacionais sob as decisões internas é a suspensão de sua eficácia. Nesse sentido, elucida Ramos[37] que “a sentença internacional, ao ser

implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato brasileiro de adesão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

Vale ressaltar que, o olhar dos efeitos da sentença internacional sob a lente do Direito Interno é que permite impor os obstáculos da coisa julgada como fator de limitação à exigibilidade das decisões internacionais. Por conseguinte, torna-se necessário lembrar que “as decisões judiciais internas, as normas constitucionais e todas as demais normas e atos internos são apreendidos pelo juiz internacional como meros fatos praticados pelo Estado, não importando qual foi o órgão interno realizador do mesmo”. [38] Assim, o ponto de partida para alcançar o necessário aperfeiçoamento dos instrumentos internos de implementação exige a utilização dos princípios de Direito Internacional para interpretar os fundamentos que implicam na desconstituição da coisa julgada nacional pelas sentenças internacionais.

As deficiências no momento de interpretar o diálogo entre o Direito Internacional e o Direito interno decorre do prisma adotado. Conforme assevera Ramos [39], “a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é, costumeiramente, abordada pelos juristas pelo prisma único de ‘como o Direito interno vê o Direito Internacional’, sendo pouco abordado o outro lado da moeda, ou seja, de ‘como o *Direito Internacional* vê o Direito Interno”.

Em razão das contrariedades entre o direito internacional e o direito interno, Ramírez [40] destaca a necessidade da interação entre os ordenamentos ao assinalar que:

[1/4] si la revisión de las relaciones entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional pudo parecer, hace tiempo – mucho tiempo, por cierto -, sacrílego o inútil, hoy es necesario y urgente. Constituye una de las cuestiones más relevantes a resolver en el Derechos constitucional de los Estados y en el *jus gentium*, todo ello con fines prácticos que se traducen, cotidianamente, en la sumisión de caso ante la Corte y en la ejecución de las resoluciones de ésta, además de la atención a las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Para buscar uma interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, a interpretação sobre os parâmetros de exigibilidade das decisões internacionais deve ser feita pela perspectiva de como o “Direito Internacional vê o Direito Interno”, ou seja, de como a sentença internacional vê a coisa julgada nacional. [41] Por conseguinte, basta a leitura da eficácia da sentença internacional em relação à coisa julgada nacional para compreender que tal objeção não coaduna com os princípios que regem o Direito Internacional.

6. PROPOSTAS DE SISTEMATIZAÇÃO

6.1 A Previsão Expressa da Eficácia da Sentença Internacional Frente à Coisa Julgada Nacional

As dificuldades decorrentes da alegação de coisa julgada nacional e a necessidade de impor efetividade às sentenças internacionais levaram a doutrina a apontar soluções para o dilema.

García[42] sugere que as propostas de regulamentação sejam no âmbito internacional, constitucional e legal. Para tanto, o autor enumera a possibilidade de um novo protocolo no âmbito internacional. A elaboração de uma norma regional dessa natureza seria suscetível de reforçar a obrigatoriedade das sentenças regionais e, conseqüentemente, poderia servir de base para desautorizar, consideravelmente, as posições que têm considerado destituídos de efeitos internos as sentenças dessa natureza.

A segunda proposta apresentada por García[43] é a previsão Constitucional expressa da eficácia direta das sentenças internacionais, visto que “as disposições constitucionais que reconhecem a obrigatoriedade e a necessidade de cumprir com as sentenças regionais sobre direitos humanos tem por efeito outorgar maiores bases normativas para resolver os conflitos jurídicos que nos ocupa.

As vantagens dessa previsão são que nos Estados em que assim sucederem dificilmente as normas constitucionais sobre coisa julgada e ou direito à execução das sentenças nacionais poderiam servir de fundamento para excluir, de modo absoluto e em qualquer caso, a eficácia interna das sentenças regionais, tanto que esta se encontra prevista como necessidade constitucional, de modo complementar a sua obrigatoriedade prevista internacionalmente.

A nível legal García[44], assinala também a possibilidade da previsão expressa dos efeitos diretos das sentenças internacionais. Entende que o respaldo do legislador democrático à obrigatoriedade em relação à necessidade de implementar a nível interno as sentenças regionais sobre direitos humanos constituem uma complementação normativa importante em relação aos problemas em estudo.

Além disso, vale destacar que só a reiteração da obrigatoriedade das sentenças regionais sobre direitos humanos para os Estados, mediante uma norma legal, poderá suprimir as interpretações similares a que tem operado para obstaculizar sua eficácia interna, com base no entendimento de que certas normas e instituições constitucionais estão em jogo (coisa julgada e direito à execução das sentenças nacionais). Contudo, o reconhecimento expresso do legislador democrático, nesse sentido, constitui uma base jurídica complementar para facilitar a implementação interna dessa espécie de sentença.

Como anteriormente mencionado, a sentença internacional não prescinde da regulamentação a nível doméstico para adquirir eficácia, todavia em decorrência da resistência dos Estados em acatar as decisões das Cortes Internacionais, a previsão expressa, seja a nível Convencional, Constitucional ou legal, poderia facilitar a exigibilidade dessas sentenças.

6.2 A Previsão de Mecanismos Internos de Desconstituição da Coisa Julgada Nacional Frente às Sentenças Internacionais

Os obstáculos à efetividade das sentenças internacionais impõem propostas de resolução. Assim, surge na Europa preocupações no tocante ao modo como implementar as decisões internacionais conflitantes com as decisões judiciais internas que têm levantado estudos sobre a viabilidade de recorrer a instrumentos semelhantes à ação rescisória.[45] Com efeito, a ação rescisória possibilitaria a revisão de decisões judiciais internas conflitantes com decisões em sede de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Ruiz Miguel[46], diante do conflito entre as decisões judiciais internacionais e internas, propõe “a adoção de um recurso de nulidade da sentença interna ou a ampliação dos fundamentos de decisão da mesma”.

Com a inclusão da existência de decisão internacional (por exemplo, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos) como nova hipótese de cabimento da ação rescisória, superar-se-ia a possível impossibilidade de fazer cumprir decisão internacional em face do princípio do respeito à coisa julgada.[47]

García[48] sugere a previsão de normas de reabertura de processos concluídos. Esclarece o autor que dessa certa perspectiva, poderia pensar que o legislador e os juízes nacionais podem reconhecer a existência de um impacto processual da jurisdição regional de direitos humanos, por intermédio da criação e adequação dos mecanismos de reabertura de processo nacionais concluídos por causa das sentenças regionais estimatórias. Observa ainda que nos distintos sistemas jurídicos nacionais, não é estranho encontrar mais de um mecanismo que possibilita a rescisão da sentença transitada em julgado. Lembra que tem sido comum entender que a rescisão de sentença transitada em julgado obedece a uma última concessão que é a exigência do ideal de justiça frente à segurança jurídica.

Contudo, há entendimentos sobre a desnecessidade das propostas de sistematização pela via da ação rescisória ou ação anulatória. Para tanto, assinala Ramos[49] que “apesar de ser possível tal via, consideramos não ser necessária a modificação legislativa dos dispositivos que regem a ação rescisória ou no caso penal, a revisão criminal”. Visto que para o autor “não cabe alegar coisa julgada como justificativa para a não-implementação de decisão internacional, já que a decisão internacional é simplesmente a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, devendo o Estado, por mandamento constitucional e legal interno implementar a citada sentença”.[50]

Cabe esclarecer ainda que a previsão de mecanismo de reabertura do processo não coaduna com os princípios de direito internacional que atribui eficácia à sentença internacional, visto que nem sempre as ações rescisórias ou anulatórias são julgadas procedentes. Assim, condicionar a eficácia da sentença internacional ao julgamento dos

mecanismos de reabertura dos processos seria o mesmo que subordinar a eficácia da sentença internacional à procedência da ação rescisória ou anulatória.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça internacional exerce um papel importante na promoção da proteção dos direitos humanos em razão da função complementar à justiça doméstica, de modo a estender a garantia do acesso à justiça quando esta é negada no âmbito interno. Portanto, verifica-se que essa atuação das Cortes Internacionais no controle da convencionalidade das decisões internas e a conseqüente responsabilização por violação de direitos humanos vêm corrigindo as injustiças cometidas pelos Estados, que poderiam passar impunes se não fosse a atuação da Jurisdição Internacional.

A colisão entre o direito interno e o internacional é apenas aparente, ao considerar a questão pela ótica do direito internacional. Todavia, nem sempre os princípios de direito internacional têm a devida ressonância na esfera interna, existindo assim uma forte resistência que impede a efetividade das sentenças internacionais.

Portanto, embora a questão, pela perspectiva do Direito Internacional, não necessite de uma previsão expressa de nulidade ou rescindibilidade, em razão da resistência dos Estados em alegar questões de ordem interna, a previsão expressa, por intermédio de um Protocolo Facultativo, na Constituição ou na legislação ordinária regulamentando a eficácia da sentença internacional frente à alegação da garantia da coisa julgada nacional poderia ser útil, pois facilitaria a exigibilidade das decisões internacionais frente às objeções da coisa julgada nacional.

Os conflitos entre o Direito Internacional dos Direitos e a Constituição significam a mitigação da proteção dos Direitos Humanos e, conseqüente, limitação do alcance dos propósitos tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos como do Direito Constitucional considerando que o objetivo de primar pela dignidade da pessoa humana é um projeto comum elencando tanto na Constituição dos Estados-parte como nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Resta o desafio para as Cortes Internacionais em imprimir eficácia às suas decisões e aos Estados-parte em honrar os seus respectivos compromissos internacionais de boa-fé, de modo a permitir o alcance dos propósitos elencados nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos por intermédio de um efetivo diálogo entre a esfera nacional e a internacional de proteção dos direitos humanos.

8. REFERÊNCIAS

AYALA CORAO, Carlos M. **Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional.** Disponível em: < <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53-80.

GARCIA, Fernando Silva. **Derechos Humanos:** efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007.

GONZÁLEZ, Boris Barrios. La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estado Parte. In: **Estudios Constitucionales.** Año 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 127-201.

INSULZA, José Miguel. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro. In: **Anuario de Derechos Humanos.** Chile: Universidad de Chile, 2006, p. 119-126.

LÉON, Aníbal Quiroga. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales nacionales. In: **Estudios Constitucionales.** Año 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p. 393-413.

LESDEMA, Hector Faúndez. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: **XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.** IIDH, San José, Costa Rica 9 al 20 de julio de 2007.

MAEOKA, Erika. O acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a coisa julgada nacional como obstáculo à eficácia das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner. (Coord.). **Estudos de Direito Internacional.** vol. XII, Curitiba: Juruá, 2008, p. 348-356.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Princípio da complementariedade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

RAMÍREZ, Sergio García. **La jurisdicción internacional**. Derechos humanos y la justicia penal. México: Porrúa, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

RUIZ MIGUEL, Carlos. **La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 158, *apud* RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**. Vol., I. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 15-43.

[1] PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF.

[2] O Estado Brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998.

[3] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-119.

[4] RAMOS, loc. cit.

[5] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006, p. 282.

[6] AYALA CORAO, Carlos M. **Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional**. Disponível em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

[7] GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

[8] GALLI; DULITZKY, loc. cit.

[9] GALLI; DULITZKY, loc. cit.

[10] GALLI; DULITZKY, loc. cit.

[11] Nesse sentido, lembra Ramos que: “Aliás, ao que tudo indica, a Corte, atualmente, poderia considerar que o discutível, com a devida vênia, entendimento do Supremo sobre a *prisão do depositário infiel* é violatório da Convenção”. In: RAMOS, RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 505.

[12] RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 505.

[13] RAMOS, op. cit. p. 506.

[14] RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 175.

[15] RAMOS, op. cit. p. 175-176.

[16] RAMOS, op. cit. p. 178.

[17] RAMOS, loc. cit.

[18] GARCIA, Fernando Silva. **Derechos Humanos**: efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007, p. 130.

[19] RAMOS, André de Carvalho. **Proceso Internacional de derechos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 346.

[20] LESDEMA, Hector Faúndez. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: **XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos**, IIDH, San José, Costa Rica 9 ao 20 de julho de 2007, p. 1.

[21] LESDEMA, loc. cit.

[22] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**. Vol., I. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p.19.

[23] GONZÁLEZ, Boris Barrios. La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por el Estado Parte. In: **Estudios Constitucionales**. Ano 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 366.

[24] GONZÁLEZ, op. cit. p. 366-367.

[25] GONZÁLEZ, op. cit. p. 367.

[26] GONZÁLEZ, loc. cit.

[27] LÉON, Aníbal Quiroga. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales nacionales. In: **Estudios Constitucionales**. Ano 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006, p.410.

[28] LÉON, loc. cit.

[29] GARCÍA, Fernando Silva. **Derechos Humanos**: efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007, p. 149-151.

[30] GARCÍA, loc. cit.

[31] GARCÍA, op. cit. p. 152.

[32] As exceções estão previstas no art. 37.2 do Regulamento da CIDH, que dispõe: “1º Cuando no exista em la legislación interna del Estado el debido proceso legal, para la protección del derecho que se alega violado”; “2º Cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos”; ó “3º Cuando haja retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

[33] INSULZA, José Miguel. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro. In: **Anuario de Derechos Humanos**. Chile: Universidade do Chile, 2006, p. 123-124

[34] INSULZA, loc. cit.

[35] LÉON, Aníbal Quiroga. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales nacionales. In: **Estudios Constitucionales**. Ano 4, n. 2. Chile: Universidad de Talca, 2006,, p. 399.

[36] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 359.

[37] RAMOS, loc. cit.

[38] RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis**. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 136.

[39] RAMOS, op. cit. p. 116-117.

[40] RAMÍREZ, Sergio García. **La jurisdicción internacional**. Derechos humanos y la justicia penal. México: Porrúa, 2003, p. 541-542.

[41] MAEOKA, Erika. O acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a coisa julgada nacional como obstáculo à eficácia das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner. (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**. Vol. XII, Curitiba: Juruá, 2008, p. 355.

[42] GARCÍA, op. cit. p. 157.

[43] GARCÍA, op. cit. p. 158.

[44] GARCÍA, op. cit. p. 159.

[45] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 358.

[46] RUIZ MIGUEL, Carlos. **La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 158 *apud* RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 358.

[47] RAMOS, op. cit. p. 358.

[48] GARCÍA, op. cit. p. 159-160.

[49] RAMOS, op. cit. p. 358-359.

[50] RAMOS, loc. cit.

DAS RECLAMAÇÕES DE PARTICULARES NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL *

THE CLAIM OF INDIVIDUALS IN DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM OF MERCOSUR

Eufrosina Saraiva Silva

RESUMO

Os particulares, nos processos de integração existentes, costumam buscar soluções para os seus problemas cotidianos e as ações governamentais, em regra geral, devem propiciar oportunidades de negócios a industriais, produtores, empresários e profissionais liberais, dentre outros, que são os verdadeiros impulsionadores dessas integrações. O artigo objetiva apresentar uma análise do sistema de solução de controvérsias relativo a particulares – pessoas físicas e jurídicas - no MERCOSUL, desde a forma incipiente apresentada no Anexo III do Protocolo de Ouro Preto, passando pelo Protocolo de Brasília, até a sistemática trazida pelo Protocolo de Olivos que representa um avanço significativo em relação à sistemática anterior.

PALAVRAS-CHAVES: MERCOSUL, SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS, RECLAMAÇÃO DE PARTICULARES.

ABSTRACT

Individuals, in the processes of integration, often seek solutions to their problems and governmental action, as a general rule, should provide business opportunities for producers, entrepreneurs and professionals, among others, who are the real drivers of these integration. The article wants to present an analysis of the system of settlement of disputes relating to individuals - individuals and companies - in MERCOSUR, since the nascent form shown in Annex III of the Protocol of Ouro Preto, going up by the Protocol of Brasilia until to systematic brought by the Protocol of Olivos that represents a significant advance in relation to the previous system.

KEYWORDS: MERCOSUR, DISPUTE SETTLEMENT, COMPLAINT OF INDIVIDUALS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar o sistema de solução de controvérsias relativo a reclamações de particulares no MERCOSUL. Para tanto são consideradas as inovações trazidas pelo Protocolo de Olivos, consubstanciadas na DEC CMC N° 25/00, e destacados também, o Anexo III do Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. Chamamos a atenção para a sistemática procedimental e eficácia das decisões tomadas a partir desses protocolos. Para propiciar uma contextualização neste artigo, fez-se necessária uma incursão histórica pelas origens do MERCOSUL, bem como pelas teorias que o desencadearam.

A escolha do tema deu-se em razão da existência de controvérsias de origem privada – pessoas físicas e jurídicas, nos organismos de integração regional e da forma tangencial com que têm sido tratadas essas questões no Cone Sul. Essa realidade confere importância ao tema escolhido, haja vista que o MERCOSUL ambiciona erigir-se em mercado comum, sendo, portanto, necessário aprimorar seu Mecanismo de Solução de Controvérsias relativo a particulares.

A possibilidade de particulares buscarem solução para os problemas do dia-a-dia é uma constante em processos de integração. Sobretudo ao considerarmos que as ações governamentais, em regra, buscam propiciar oportunidades de negócios a industriais, produtores, empresários e profissionais liberais, dentre outros. Estes que são os verdadeiros impulsionadores dessas integrações.

Conseqüentemente, a possibilidade de surgirem problemas isoladamente pequenos, embora grandes, em seu conjunto, fica bastante aumentada ao atentarmos para o volume de atividades intra e inter blocos na atualidade. Esta é uma experiência aprendida junto à União Européia (U.E.) e que merece nossa atenção.

2. TEORIA E BREVE HISTÓRICO DA INTEGRAÇÃO

Embora a origem do ideal integracionista possa ser atribuída a filósofos como Immanuel Kant e sua esperança de encontrar a “paz perpétua” por meio de uma federação de Estados livres regulada pelo Direito das Gentes e pelo Direito Cosmopolita¹. E, ainda que se considere que personagens históricos, como Simón Bolívar, que defendia a “associação” dos recém independentes Estados latino-americanos como forma de evitar um retrocesso colonizador por parte das potências européias². Certamente, o fenômeno somente adquiriu expressão no século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial. Por isso, o desenvolvimento de processos de integração é considerado fato relativamente recente no cenário internacional.

Como nos lembra Edward H. Carr, a eclosão da Segunda Guerra Mundial encerrou o curto período em que prevaleceu uma visão idealista das Relações Internacionais³. Além do mais, demonstrou que o sonho da paz negociada, por meio da Liga das Nações⁴, não

seria facilmente conquistado. O realismo político⁵ retomou forças nesse momento⁶, e os Estados ingressaram em uma longa corrida armamentista.⁷

O avanço do realismo político foi acompanhado pelo receio de que novos conflitos de grandes proporções pudessem colocar novamente em risco a segurança e a paz mundiais. A Europa, como região mais envolvida nas duas Guerras Mundiais, empreendeu enormes esforços no sentido de firmar planos regionais de cooperação nas áreas de defesa, economia e política⁸. Os tratados celebrados e os órgãos criados nessa fase de cooperação permitiram a incursão por estágios de verdadeira integração, com o surgimento das Comunidades Européias. Esse esforço foi amplamente aceito pelo mundo todo e transformando-se no que hoje chamamos de regionalização ou integração regional.

3. O MERCOSUL – antecedentes remotos e recentes

O MERCOSUL não representa uma iniciativa isolada na política externa dos países do Cone Sul. Pelo contrário, a formação desse bloco de integração resulta da consolidação de diversas manobras políticas anteriores, tendentes a aproximar os países da região. Os antecedentes do MERCOSUL podem ser classificados como remotos e recentes⁹.

Os antecedentes remotos de que se fala compreendem todas as experiências de integração na América Latina, anteriores à Declaração de Iguazu. Nesse grupo estão incluídos desde os estudos da Cepal (Comissão Econômica para América Latina e Caribe) e os primeiros acordos entre Argentina e Brasil, até as experiências da ALALC (Acordo Latino Americano de Livre comércio) e da ALADI (Associação Latino-Americana de Integração).

Os estudos econômicos da Cepal indicavam que a chave para a superação do subdesenvolvimento regional estaria na integração e na formação de um mercado comum latino-americano. A vertente sociológica da Cepal defendia a unidade regional, baseada no maior comprometimento da elite com os interesses locais, como forma de superar a dependência externa em relação à política e à cultura dos países centrais.

O primeiro Tratado de Livre-Comércio entre Argentina e Brasil foi firmado em 21 de novembro de 1941 e tinha como objetivo constituir uma união aduaneira entre os dois países¹⁰. A seguir foram firmados o “Pacto ABC”, entre Argentina, Brasil e Chile (1950-1953), e a “Operação Americana”, entre Argentina e Brasil (1958-1959)¹¹.

A ALALC foi a primeira experiência concreta de integração envolvendo vários países da América Latina e pode ser mencionada como um dos antecedentes remotos do MERCOSUL. Dificuldades de enfrentar problemas de ordem prática levaram-na ao fracasso, mas permitiram que os países da região estivessem mais bem preparados para conduzir as próximas tentativas de integração.

A ALADI substituiu a ALALC no início dos anos oitenta, trazendo em si, além da experiência obtida com a ALALC, o que permitiu a adaptação da nova estrutura à realidade latino-americana, inovações como a possibilidade de realização de acordos bilaterais e sub-regionais. Em que se pese a lenta evolução da ALADI, ou até sua relativa estagnação, o Tratado de Montevidéu de 1980 alterou aspectos do modelo de integração, de forma a permitir a aproximação dos Estados da região.

Embora a ALADI não tenha atingido plenamente seus objetivos, ela permitiu a realização dos primeiros acordos bilaterais entre Argentina e Brasil que posteriormente serviram de base para a criação do mais importante bloco de integração da América Latina, qual seja, o MERCOSUL.¹²

O processo de redemocratização de muitos países da América Latina na década de oitenta, em especial daqueles localizados no Cone Sul, também desempenhou papel fundamental na política de integração da região. A Declaração de Iguazu, de 1985, foi o primeiro documento firmado pelos Presidentes Raúl Alfonsín da Argentina e José Sarney do Brasil, tendente a unir os dois países em um bloco regional.

Após a Declaração de Iguazu, foram firmados outros documentos importantes para a integração dos países da região: a Ata para a Integração Argentino-Brasileira (1986), Ata de Amizade Argentina-Brasil (1986), Tratado de Integração e Cooperação Argentina-Brasil (1988), Ata de Buenos Aires (1990) e o Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica nº. 14 (1990). Todos esses documentos, desde a Declaração de Iguazu, representam antecedentes recentes do MERCOSUL.

4. O TRATADO DE ASSUNÇÃO E A ESTRUTURA EVOLUTIVA DO MERCOSUL

A Ata de Buenos Aires e o AAP.CE (Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica) nº. 14, formalizaram a intenção da Argentina e do Brasil de compor um mercado comum na região. Não há dúvida de que esses dois países são as maiores potências regionais da América do Sul, sob o enfoque de variáveis como: população, território, poder econômico e influência internacional¹³.

Paraguai e Uruguai, por outro lado, são países de menor desenvolvimento econômico relativo, além de serem bastante dependentes do comércio com Argentina e Brasil. Além dos fatores econômicos mencionados, os quatro países contam com história, cultura e povos com laços de amizade muito próximos. Em razão desses fatores, Paraguai e Uruguai foram convidados a participar do processo de integração argentino-brasileiro e ambos aceitaram o desafio. Dessa forma, ficou formalizada a integração quadrilateral que ocorreu com a assinatura, em 26 de março de 1991, do Tratado de Assunção¹⁴. Instituído estava o Mercado Comum do Sul - o MERCOSUL.

O Tratado de Assunção concretizou uma estrutura orgânica provisória para administrar e executar o próprio Tratado, os acordos específicos e as decisões a serem adotadas no quadro jurídico do MERCOSUL durante o período de transição. Essa estrutura provisória contava com apenas dois órgãos: O Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior do MERCOSUL, responsável, nos termos do art. 10º do Tratado de Assunção “pela condução política do mesmo e pela tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercado Comum”; e o Grupo do Mercado Comum (GMC), com o poder de iniciativa e cujas funções se encontram no art. 13º do Tratado.

Essa estrutura institucional não foi objeto de profundas modificações com o Protocolo de Ouro Preto. A estrutura de tipo intergovernamental foi mantida, sem qualquer menção a órgãos supranacionais. Como o processo de integração não havia avançado além da zona de livre-comércio e da união aduaneira, ambas as etapas imperfeitas, ainda não havia necessidade de criar órgãos dotados de maior delegação de poderes. Ainda assim, a estrutura institucional passa a ser composta por seis órgãos principais, que poderiam dispor de órgãos auxiliares para consecução de seus fins.

Os órgãos com capacidade decisória são: o Conselho do Mercado Comum (CMC), Grupo Mercado Comum (GMC) e Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM). Os órgãos consultivos são: a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) e Foro Consultivo Econômico-Social (FCES). O órgão administrativo é a Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM). De todos esses órgãos, apenas a SAM é órgão individual e permanente, os demais são órgãos colegiados e de funcionamento periódico¹⁵.

A clássica separação tripartida de poderes estatais que é atribuída a Montesquieu não se reflete na estrutura institucional do MERCOSUL¹⁶. Nesse bloco, o CMC, o GMC e a CCM detêm as funções legislativas, pois produzem decisões obrigatórias para os Estados-Partes. A CPC dispõe de papel meramente consultivo. O CMC e o GMC possuem funções executivas. A função jurisdicional do MERCOSUL está confiada a um órgão com limitada delegação de poderes e estrutura bastante rudimentar na forma de um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, portanto, sem composição permanente. Com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, porém, o MERCOSUL passou a contar com um Tribunal Permanente de Revisão.

5. DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS - EVOLUÇÃO

A garantia da plena eficácia das normas criadas em processos de integração só ocorre com a constituição de órgãos jurisdicionais específicos. Os tratados constitutivos das Comunidades Europeias já previam desde o início a possibilidade de recurso ao Tribunal de Justiça Comunitário, com competência para interpretar as normas da integração europeia¹⁷.

No continente americano, o Grupo Andino (Comunidade Andina) criou seu Tribunal de Justiça somente após alguns anos de vigência do Acordo de Cartagena¹⁸. Mais recentemente, o Sistema da integração Centro-Americana¹⁹ e a Comunidade do Caribe²⁰ também constituíram seus órgãos jurisdicionais nos moldes do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

No MERCOSUL, o Tratado de Assunção constituiu, em seu Anexo III, um sistema para vigorar nos primeiros meses do processo de integração. A seguir foi criado o sistema provisório que deveria funcionar durante o período de transição. Ao final do período de transição, o sistema provisório que deveria ter sido substituído pelo sistema permanente, foi alterado apenas em alguns detalhes. O Protocolo de Olivos modificou novamente o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, mas não estabeleceu o sistema permanente. O MERCOSUL, portanto, conta desde o início apenas com um sistema provisório de solução de controvérsias²¹.

Na sistemática do Protocolo de Brasília estavam previstas três fases: a) Negociações diretas entre as partes na controvérsia (15 dias); b) Intervenção do GMC (30 dias); e c) Tribunal Arbitral Ad Hoc (60 a 90 dias).

Conforme o art. 21º daquele Protocolo, os laudos arbitrais eram “inapeláveis e obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir da respectiva notificação e tinham, relativamente a eles, força de coisa julgada”. Deviam ser cumpridos em 15 dias, exceto se outro prazo fosse fixado pelo Tribunal.²² Até março de 2005, o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL foi acionado diversas vezes. Nove laudos arbitrais foram elaborados sob sua vigência e todas as decisões proferidas foram rigorosamente cumpridas²³.

A sistemática de solução de controvérsias prevista no Protocolo de Brasília possibilitava aos Estados-Partes do MERCOSUL submeterem seus litígios ao sistema arbitral do MERCOSUL e/ou solicitarem a instalação de um painel na OMC²⁴. Existia, portanto, a possibilidade de que um litígio fosse julgado por diferentes sistemas de controvérsias, sendo que a opção, geralmente, era feita pela parte demandante. Destarte, ocorria o chamado *forum shopping*, ou seja, a possibilidade de escolha, por parte do demandante, de submeter o litígio à jurisdição que lhe fosse mais conveniente.⁹

Como exemplo, temos a reclamação feita pelo Brasil em face da Argentina sobre a aplicação de medidas *antidumping* contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil (Res. 574/2000 do Ministério de Economia da República Argentina). A Reclamação foi considerada improcedente pelo quarto tribunal arbitral do MERCOSUL.

O Brasil, inconformado com a decisão, levou o caso à OMC que decidiu, em 2003, que a Argentina deveria modificar sua legislação de acordo com o disposto no Painel e normas da OMC, consagrando com isto a duplicidade de foro, visto que o mesmo litígio foi submetido ao sistema arbitral (IV Laudo Arbitral) do MERCOSUL e também ao órgão de solução de controvérsias (OSC) da OMC, sendo proferidas, portanto, duas decisões sobre a temática.

O Protocolo de Olivos, em seu art. 4º estabelece que, em uma controvérsia, os Estados-Partes devem procurar resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas. Estas não poderão ultrapassar o prazo de quinze (15) dias, a partir da data em que uma delas

comunicou à outra a decisão de iniciar a controvérsia, salvo acordo entre as partes. Os contendores informarão ao Grupo Mercado Comum, por meio da Secretaria Administrativa do MERCOSUL, as gestões que se realizarem durante as negociações e os resultados das mesmas. Se, mediante negociações diretas, não se alcançar um acordo, ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados-Partes na controvérsia poderá iniciar diretamente o procedimento arbitral.²⁵

A sistemática de solução de controvérsias trazida pelo Protocolo de Olivos apresenta avanços significativos em relação à sistemática anterior, dentre os quais se destacam: a) Criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR); b) Implementação de mecanismos de regulamentação das Medidas compensatórias; c) Criação de normas procedimentais inspiradas no modelo da OMC, como as que determinam que o objeto da controvérsia seja limitado na reclamação e resposta apresentadas ao Tribunal *Ad hoc*; Intervenção opcional do GMC; Possibilidade de eleição de foro; e Possibilidade de Reclamação dos Particulares.

6. DAS RECLAMAÇÕES DE PARTICULARES

No **Anexo III do Protocolo de Ouro Preto**, a participação de particulares no sistema de solução de controvérsias não está prevista diretamente. O particular podia utilizar-se do procedimento previsto para solução de litígios entre os Estados-parte, desde que apresentasse seu reclamo à Seção Nacional da Comissão de Comércio do MERCOSUL, que levaria a questão à apreciação da presidência *pro tempore* da Comissão de Comércio do MERCOSUL, para que fosse incluída em pauta na reunião subsequente da CCM.

Observe-se que o particular poderia utilizar-se do procedimento previsto para os Estados-Partes. Entretanto, na hipótese de não haver consenso em relação à solução do reclamo, o particular não teria acesso direto ao procedimento arbitral, à vista de ser ele facultado somente aos Estados-partes.

No **protocolo de Brasília**, permitiu-se julgar alegações de não cumprimento das normas do MERCOSUL²⁶ feitas por um Governo contra outro Governo, ou por um agente privado por intermédio de um Governo que encaminhava o caso ao Governo do país objeto da reclamação, caso fosse esta considerada pertinente²⁷. Tal Reclamação dependia de endosso da Seção Nacional para seguir adiante.

Previsto procedimento específico para reclamações de particulares, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, para os casos de sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal, em violação da normativa do MERCOSUL, os particulares teriam proteção no Protocolo de Brasília.

Veja bem que eles não eram partes no sistema de solução de controvérsias, mas podiam formalizar reclamações na Seção Nacional do GMC do Estado-Parte onde tivessem sua residência habitual ou a sede seus negócios, para que este Estado representasse seus interesses. Não se exigia, portanto, que o particular fosse nacional do Estado-Parte perante o qual recorresse.

O procedimento previsto no Protocolo de Brasília, cuja aplicação era competência do GMC, foi dividido em duas fases: uma, diplomática, iniciada com negociações diretas entre as partes e continuada com a mediação do GMC; outra, arbitral, por meio da constituição do tribunal arbitral, o que somente ocorreria se as partes não lograssem êxito na primeira fase.

O sistema estabelecido tinha como finalidade solucionar unicamente as controvérsias econômico-comerciais previstas nos tratados institutivos do MERCOSUL. Desta forma, não havia nenhum mecanismo que, de forma direta, garantisse aos particulares o acesso à via arbitral, limitando-se o processo e seus efeitos aos Estados-partes. Nessa hipótese, normalmente, as divergências entre particulares, ou entre estes e determinado Estado, são resolvidas na própria jurisdição nacional ou pela via arbitral indireta, principalmente, nos casos de divergências decorrentes do comércio internacional. Dificilmente, os particulares se “utilizam” do Protocolo de Brasília.

Uma vez que não são sujeitos, diretamente, dos direitos e obrigações decorrentes da assinatura de um tratado internacional, e, portanto, não são considerados sujeitos de Direito Internacional Público, os particulares, nesse contexto, só podem ter acesso à jurisdição internacional por vias indiretas, como é o caso previsto no art. 25º e seguintes do Protocolo de Brasília. O procedimento se aplica aos reclamos dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, em decorrência de “sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal. Em infração do Tratado de Assunção, dos Acordos celebrados no âmbito do mesmo, ou das decisões que emanem do Conselho do Mercado Comum”.

O procedimento de reclamação dos particulares era o seguinte:

- a) o particular formalizará uma reclamação, com base no art. 25º do Protocolo de Brasília, à Seção Nacional do Grupo do Mercado Comum, onde tenha sua residência habitual ou a sede de seus negócios, fornecendo os elementos comprobatórios de sua reclamação;
- b) recebida a reclamação, a Seção Nacional do GMC poderá estabelecer negociações diretas com a Seção Nacional do GMC do Estado-parte demandado, visando uma solução imediata da questão, ou levá-la ao GMC para sua decisão. A questão também será levada à apreciação do GMC caso a Seção Nacional, no prazo de quinze dias, não lhe dê solução;
- c) levada para a apreciação do GMC, este, na primeira reunião subsequente, avaliará a reclamação do particular, podendo negar-lhe seguimento ou aceitá-la. Na segunda hipótese, convocará peritos para auxiliá-lo na solução da controvérsia e emitirá sua decisão no prazo de trinta dias;

d) se o reclamo do particular for considerado procedente pelo GMC, o Estado-parte reclamado poderá optar por acatar voluntariamente o parecer, oportunidade em que deverá tomar as medidas corretivas ou anular as medidas questionadas;

e) ou poderá rejeitar o parecer, hipótese em que qualquer dos Estados-partes poderá acionar a via arbitral do Protocolo de Brasília.

Observe-se que, em verdade, ao particular somente é possível apresentar um reclamo em âmbito administrativo e na Seção Nacional do GMC de sua residência ou da sede habitual de seus negócios. Todavia, sem efetiva participação nos procedimentos subseqüentes, pois a questão é levada à apreciação dos órgãos do MERCOSUL e dos próprios Estados envolvidos.

Também ao procedimento arbitral lhe é vedado acesso direto, visto que, no caso de o Estado infrator se recusar a acatar o parecer do GMC, seu reclamo somente poderá ser apreciado pelo Tribunal Arbitral do MERCOSUL.

O sistema de acesso dos particulares previsto no Protocolo de Brasília não garante de forma efetiva a tutela dos seus direitos no âmbito do MERCOSUL e repete os mecanismos já previstos para solução de litígios internacionais, que facultam o acesso à jurisdição dos tribunais internacionais somente aos sujeitos de Direito Internacional Público.

No âmbito do acesso aos particulares, é importante destacar o Tribunal Administrativo Trabalhista, instância do MERCOSUL, com finalidade de dirimir os conflitos entre os funcionários ou prestadores de serviços que tenham laborado para órgãos do MERCOSUL. Instituído por força da Resolução GMC 54/03, esse Tribunal serve para dirimir possíveis controvérsias de natureza administrativo-trabalhista, surgidas entre os funcionários da Secretaria do MERCOSUL e outras pessoas contratadas como prestadoras de serviços no respectivo órgão ou em outros que integrem a estrutura institucional do bloco econômico.

Trata-se da única instância, em caráter jurisdicional, com sede em Montevideu, para conhecer dessas questões, uma vez esgotadas as vias administrativas correspondentes. Desta maneira, o acesso ao Tribunal está condicionado à realização de todas as gestões relativas à reclamação diante do superior imediato da Secretaria do MERCOSUL, do respectivo Diretor ou diante do funcionário encarregado do órgão correspondente.

O Tribunal é composto por quatro membros titulares, sendo um de cada país, designados pelo Grupo Mercado Comum, para um mandato de dois anos e se reúne sempre que alguma das pessoas possuidoras de legitimidade ativa para intentar alguma demanda, apresente uma reclamação perante o Diretor da Secretaria do MERCOSUL, o qual deverá convocar os respectivos membros. Incumbe ao recorrente apresentar a sua reclamação por escrito, contendo a sua qualificação, cargo desempenhado, fatos e fundamentos do pedido.

Apresentado o reclamo, o Tribunal, em um prazo de 20 dias, pronunciar-se-á sobre o processamento, ou não, do pedido e, em caso positivo, a Secretaria do MERCOSUL terá um prazo de 20 dias para apresentar a contestação. Após, serão abertos os trabalhos relativos à instrução processual, que terá uma duração de 30 dias, podendo convocar o

recorrente, funcionários e o próprio Diretor da Secretaria do MERCOSUL para apresentar prova oral.

Expirado o prazo, as partes têm o prazo de 10 dias para apresentar as suas alegações, e a decisão, irrecorrível, deverá ser prolatada em um prazo de 15 dias. As deliberações são adotadas por maioria de votos, e, em caso de empate, o Presidente proferirá o voto final. Após a decisão, a Secretaria dará conhecimento da mesma ao GMC, visando o seu cumprimento. Proferida a decisão, a Secretaria do MERCOSUL dará conhecimento ao GMC. O prazo prescricional é de dois anos, a contar do dia seguinte àquele que deu origem à reclamação.

Os gastos decorrentes da interposição de alguma demanda serão suportados pela Secretaria do MERCOSUL que poderá impor o pagamento das custas à parte que venha a litigar de má-fé.

Verifica-se que a sistemática adotada não confere ao particular o acesso direto ao sistema de solução de controvérsias, ficando a critério do Tribunal o processamento do reclamo. Outrossim, a decisão não é passível de revisão, o que, muitas vezes, impossibilita a correção de eventuais equívocos proferidos nos julgamentos.

Incumbe indagar se as competências estabelecidas, pelo Tribunal Administrativo Trabalhista, não poderiam ser conferidas ao Tribunal Permanente de Revisão, instituído pelo recém-criado Protocolo de Olivos, que, aliás, possui sede em Assunção. Não obstante as ponderações acima, a instituição do referido Tribunal trata de um avanço ao processo de integração, que cada vez mais passa a se preocupar com a solução das controvérsias surgidas no MERCOSUL.

A edição do Protocolo de Olivos, em 18 de fevereiro de 2002, evidencia a vontade política de os Estados-Partes em aprofundarem o processo de integração; eventuais controvérsias iniciadas no procedimento anterior deverão ser concluídas sob o sistema de solução de controvérsias anterior.

A inovação mais esperada veio e se consubstancia na previsão das reclamações de particulares, há muito demandadas pelos agentes privados, também legítimos atores no processo integracionista²⁸ e está consubstanciada nos art. 39º a 41º do referido Protocolo.

O procedimento de reclamações efetuadas por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, será aplicável em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tribunal Arbitral, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da CCM.

O trâmite inicia-se com a formalização das reclamações perante a Seção Nacional do GMC do Estado-Parte em que tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios.²⁹ As reclamações, de acordo com os artigos 40º e 46º da DEC CMC n. 37/03, devem ser, obrigatoriamente, apresentadas por escrito perante a respectiva Seção Nacional do GMC, em termos claros e precisos, incluindo, em especial: a) A identificação do particular reclamante, seja pessoa física ou jurídica, e seu domicílio; b)

A indicação das medidas legais ou administrativas que configurariam a violação alegada aos tratados e às normas do MERCOSUL; c) A determinação da existência ou da ameaça de prejuízo; d) Relação causal entre a medida questionada e a existência ou ameaça de prejuízo; Os fundamentos jurídicos em que se baseiam; e A indicação dos elementos de prova apresentados.

Para que a reclamação seja admitida pela Seção Nacional e avaliada pelo GMC e pelo grupo de especialistas (se convocado), os particulares afetados deverão fornecer elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo. Admitida a reclamação dos particulares pela Seção Nacional do GMC, e frustradas as negociações diretas entre as partes, o GMC convocará o grupo de especialistas do MERCOSUL para a emissão de parecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprir observar que o sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo Protocolo de Olivos, é uma reformulação do sistema anterior e não se trata do sistema definitivo, que deverá ser adotado quando da culminação do processo de convergência da tarifa externa comum, a TEC.

Confirma a evolução do sistema, mas continua seguindo o modelo arbitral, apesar das discussões e opiniões que asseveram a necessidade da adoção de um sistema judicial de solução de conflitos consubstanciado em uma ordem jurídica supranacional, assim como ocorreu na União Européia, que assegura uniformidade de interpretação e aplicação. Mantém-se edificado sobre os princípios do realismo e gradualismo. É flexível, favorece a solução negociada, mas ainda não possibilita a segurança jurídica necessária e desejável para avanços significativos no processo de integração.

Pelo estabelecido no Protocolo de Olivos, surgida uma controvérsia, quer decorrente de violação das normas do bloco econômico, ou da OMC, poderão os Estados eleger a via procedimental a ser adotada. Talvez não tenha sido oportuna, para o desenvolvimento da integração, a inserção, dessa possibilidade, posto que as divergências advindas no bloco devem ser resolvidas pelo sistema nele estabelecido sem deixar transparecer as divergências para as demais economias extra bloco.

Outra grande inovação foi a institucionalização do procedimento, com a criação de regras mais claras, inclusive estabelecendo um Tribunal Permanente de Recursos, composto por 5 (cinco) membros, com mandato de 2 (dois) anos, todos com disponibilidade permanente para o desempenho de suas funções.

Como na sistemática anterior, uma vez identificada a controvérsia, devem os Estados litigantes buscar solucionar o litígio através de negociações diretas no prazo de 15 (quinze) dias. Não havendo êxito, é facultada a intervenção do GMC, que, dentro de 30 (trinta) dias, deverá emitir o seu pronunciamento. Independentemente da intervenção do

GMC, caso não haja a solução do litígio, qualquer Estado poderá solicitar a instauração do procedimento arbitral *Ad Hoc*.

Os procedimentos, basicamente, não diferem do estabelecido no Protocolo de Brasília. As novidades são: 1) a possibilidade de unificação da representação, na hipótese de que dois ou mais Estados venham a sustentar a mesma posição na controvérsia, quando poderão designar um mesmo árbitro e, 2) na impossibilidade, uma vez definido o objeto da controvérsia, de o mesmo ser alterado durante o procedimento. Também foi estabelecida, de forma mais clara, a possibilidade da adoção de medidas provisórias, tendo o Tribunal competência para, a qualquer momento, definir as medidas a serem adotadas para prevenir eventuais danos, bem como sustar as medidas. Emitido o laudo, que é obrigatório, o mesmo poderá ser objeto de revisão pelo Tribunal Permanente de Revisão, devendo a parte que se julgar prejudicada interpor o recurso no prazo de 15 (quinze) dias.

O Tribunal será composto por 5 (cinco) árbitros, sendo que cada Estado indicará um membro e seu suplente para um mandato de 2 (dois) anos, renovável por dois períodos consecutivos. O quinto será indicado, de comum acordo entre os Estados, para um mandato de 3 (três) anos, não renovável. Na hipótese de não haver unanimidade na designação do quinto árbitro, este será designado por sorteio a ser realizado pela Secretaria do MERCOSUL por meio de uma lista de árbitros fornecida pelos Estados-partes.

Caso o litígio envolva dois Estados, o Tribunal será composto por 3 (três) árbitros e, na hipótese de envolver mais de dois Estados, será composto por 5 (cinco) árbitros. Em qualquer hipótese, o presidente não poderá ter a nacionalidade dos Estados envolvidos na controvérsia. O Protocolo de Olivos faculta às partes a possibilidade do acesso direto ao Tribunal de Revisão, nessa hipótese os laudos emitidos serão obrigatórios e sem a possibilidade de recurso.

São estabelecidas, de forma clara, as garantias do cumprimento do laudo arbitral, como, por exemplo, a possibilidade de a parte inadimplente ser obrigada a cumprir medidas compensatórias, que não a eximem das determinações estabelecidas no laudo arbitral. Neste sentido, o Tribunal poderá intervir, desde que instado, em qualquer fase, com vistas a determinar a aplicação de medidas compensatórias, bem como suspendê-las. Dentre as competências do Tribunal Permanente de Recursos e do Tribunal *Ad Hoc* está a possibilidade de conhecer do Recurso de Esclarecimento, que deverá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, a contar de sua manifestação.

O Protocolo de Olivos não trouxe novidades em relação ao acesso dos particulares ao sistema de solução de controvérsias, pois, como no procedimento anterior, não podem ter acesso direto, eis que não são sujeitos de direito internacional. Com o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias espera-se um maior desenvolvimento da integração. Sem dúvida o estabelecimento de procedimentos e regras mais claras contribuirá para o sucesso do sistema e na convergência dos interesses dos Estados-partes. A adoção do Protocolo de Olivos, ainda que provisório, mostra a vontade dos parceiros do bloco em continuar com o processo de integração e os seus objetivos.

Finalmente, há que se destacar não contarmos, ainda, no âmbito do MERCOSUL, com um verdadeiro tribunal de natureza permanente, mas, com um mero tribunal permanente de revisão. Este que poderá ser acionado somente pelos Estados, nas hipóteses de revisão dos laudos arbitrais proferidos pelos tribunais *Ad Hoc*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O MERCOSUL no Contexto Regional e Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993. Pp.167-168.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. Pp.261-273.

BARRAL, Welber Oliveira. *O Novo Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul*. Revista da OAB, Rio de Janeiro: v. 31, n. 73, Pp.53-65, jul-dez. 2001.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “Solução de divergências no Mercosul”. In: BASSO, Maristela. (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Mercosur y Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. Pp.568-571.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário: o ordenamento jurídico comunitário*. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v.2, 1994.

CANISIO, Márcia Jabôr. *A Dupla Dialética das Relações Internacionais: elementos para a elaboração de uma visão do Sul*. Revista Brasileira de Política Internacional, n. 39, 1996. Pp.76-77.

CARR, Edward H. *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 1981. Pp.35-49.

CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do MERCOSUL*. Brasília: Senado Federal, 1997. Pp.25-27.

COSTA, Lígia Maura. “Tribunais Supranacionais e Aplicação do Direito Comunitário: aspectos positivos e negativos”. In: Ventura, Deisy de Freitas Lima. (org.) *Direito comunitário do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FARIA, José Ângelo Estrella. *O MERCOSUL: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: MRE/SGIE/NAT, 1993. Pp. xv-xvi.

FURLAN, Fernando de Magalhães. *O tribunal do Mercosul*. Foro Empresarial, Evento IV Plenária do MEBF em Brasília: 02 de setembro de 2004.

GARCIA, Eugênio Vargas. *Cronologia das Relações Internacionais do Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 2000, p. 116.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

KLOR, Adriana S. Dreyzin de. *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavaglia, 1997.

LOUREIRO, PATRÍCIA. DUPLICIDADE DE FORO NO DIREITO INTERNACIONAL: A OMC E O MERCOSUL. FLORIANÓPOLIS: INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS, 2003. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.IRIBR.COM](http://www.iribr.com), INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS - UFSC/BR. ACESSO EM: JULHO DE 2008.

MACHADO, João Bosco M.; MARKW ALD, Ricardo A. *Informe Mercosur*. Buenos Aires:

INTAL, n. 7, 2001.

MANTILLA, Galo Pico. *Derecho Andino*. 2ª ed., Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1992. Pp. 31-32.

MORGENTHAU, Hans J. *Política entre las Naciones: la lucha por el poder y la paz*. 6. ed., Buenos Aires: Latinoamericano, 1986. Pp.12-26.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Defesa da concorrência e defesa comercial no Mercosul*. São Paulo: 2005. Tese (Doutorado em Integração da América Latina) - Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, 2005.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC*. Revista de Direito Internacional Econômico, v. 2, n. 5, Pp. 61-70, 2003.

REYES, Jorge Enrique Fernández. *Evaluación de los mecanismos de solución de controvérsias en el Mercosur*. Revista de Direito Internacional e Mercosul, Buenos Aires: n. 4, Pp.159-169, ago. 2000.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *MERCOSUL e Arbitragem Internacional Comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Pp.19-28.

SHAW, Malcom Nathan. *International Law*. 3ª ed., Cambridge: Grotius, 1991.

1 KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

2 SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *MERCOSUL e arbitragem internacional comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Pp. 19-28.

3 CARR, Edward H. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 1981. Pp. 35-49. O idealismo nas Relações Internacionais teve seu apogeu no período entre as Guerras Mundiais (1919-1939). Durante quase vinte anos, líderes, como Woodrow Wilson, acreditaram que tratados e opinião pública poderiam controlar a voracidade de governantes por novos domínios e mais poder e, assim, evitar conflitos mundiais. O colapso da visão idealista ocorreu com o avanço do nacional-socialismo alemão e do fascismo italiano, que levou à Segunda Guerra Mundial. Edward Carr responsabilizou

principalmente a ingenuidade de Woodrow Wilson em transplantar idéias de épocas distintas, sem levar em consideração as peculiaridades de cada período, pelo fracasso da Sociedade das Nações. Segundo esse autor, da mesma forma que Jeremy Bentham adaptou as teorias racionalistas do século XVIII ao século XIX, Woodrow Wilson apenas transplantou as idéias liberais do século XIX para o período entre as Guerras.

4 *Idem*, p.39. “[a] mais importante dentre todas as instituições afetadas por este intelectualismo míope [idealismo] da política internacional foi a Liga das Nações”.

5 MORGENTHAU, Hans J. *Política entre las naciones: la lucha por el poder y la paz*. 1986. Pp. 12-26. O realismo político tem sua origem nos escritos de Tucídides, Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, Hugo Grócio e Carl von Clausewitz. (VIOTTI, Paul R.; KAUPPI, Mark V. *International relations theory*. 3ª. ed. Boston: Allyn and Bacon, 1999. Pp. 55-64). No século XX, dentre os maiores defensores do realismo nas Relações Internacionais estão Edward Carr, Hans Morgenthau e Raymond Aron.

6 CANISIO, Márcia Jabôr. *A dupla dialética das Relações Internacionais: elementos para a elaboração de uma visão do Sul*. Revista Brasileira de Política Internacional, n. 39, 1996. Pp. 76-77. A diplomata brasileira Márcia Jabôr Canísio apresenta seis pontos básicos para onde convergem as diferentes correntes da teoria realista: “(i) o Estado possui papel central no cenário internacional; (ii) há uma situação de anarquia internacional fundada na ausência de autoridade supranacional; (iii) os Estados procuram aumentar o seu poder-segurança; (iv) os Estados comportam-se racionalmente; (v) a ação estatal tem em vista o poder-força comparativo frente a outros Estados; (vi) a distribuição as simétrica do poder-força determina o comportamento dos Estados”.

7 O realismo envolve políticas de poder e análise da força para influenciar e dominar outros Estados. Conforme Malcom Shaw, “after the Second World War a growing trend appeared intent upon the analysis of power politics and the comprehension of international relations in terms of the capacity to influence and dominate. The approach was a little more sophisticated than might appear at first glance for it involved a consideration of social and economic as well as political data that had a bearing upon a state's ability to withstand as well as direct pressures. Nevertheless, it was a pessimistic interpretation because of its centring upon power and its uses as the motive force of inter-state activity”. SHAW, Malcom Nathan. *International Law*. 3ª ed., Cambridge: Grotius, 1991. p. 50.

8 CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário: o ordenamento jurídico comunitário*. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 2,1994. Pp. 51.

9 FARIA, José Ângelo Estrella. *O MERCOSUL: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. 1993. Pp. xv-xvi.

10 GARCIA, Eugênio Vargas. *Cronologia das Relações Internacionais do Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2000. Pp. 116.

11 ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O MERCOSUL no Contexto Regional e Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993. Pp. 167-168.

12 KLOR, Adriana S. Dreyzin de. *El Mercosur: generador de uma nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavaglia, 1997. p. 39.

13 Considerando-se as variáveis “território”, “população” e “PIB”, o Brasil, isoladamente, apresenta números equivalentes e, em alguns casos, superiores à somatória dos respectivos números de todos demais membros do MERCOSUL (A: Argentina, Paraguai e Uruguai), inclusive associados (B: Bolívia e Chile) e dos outros membros da CAN (C: Colômbia, Equador, Peru e Venezuela). 1) Território - Brasil: 8.547 mil km²; A+B+C: 8.840 mil km². População - Brasil: 165,9 milhões; A+B+C: 168,3 milhões. PIB - Brasil: US\$ 767,6 bilhões; A+B+C: US\$ 663,1 bilhões, a Argentina conta com o segundo maior território da região (2.780 milhões de km²); a terceira maior população da região, após Brasil e Colômbia (36,1 milhões de habitantes); e o segundo maior PIB da região (US\$ 290,3 bilhões), superior, inclusive, à somatória do PIB de todos os membros da CAN (US\$ 269,7 bilhões). Portanto, não há dúvida de que um bloco incluindo Argentina e Brasil forma o maior centro de poder da América do Sul. MACHADO, João Bosco M.; MARKW ALD, Ricardo A. *Informe Mercosur*. Buenos Aires: INTAL, n. 7, 2001. p. 2.

14 O Tratado d Assunção foi firmado pelos Presidentes e Ministros das Relações Exteriores dos quatro Estados-partes: República Argentina – Carlos Saul Menem e Guido di Tella; República Federativa do Brasil – Fernando Collor de Mello e Francisco Rezek; República do Paraguai – Andrés Rodriguez e Alexis Frutos Vaesken; República Oriental do Uruguai – Luiz Alberto Lacalle Herrera e Hector Gros Espiell.

15 BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Mercosur y Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. Pp. 568-571.

16 CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do MERCOSUL*. Brasília: Senado Federal, 1997. Pp. 25-27.

17 Tratado de Paris, art. 31º; DE - Tratado de Roma (CE), art. 220º (ex-art. 164).

18 MANTILLA, Galo Pico. *Derecho Andino*. 2ª ed., Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1992. Pp. 31-32. O Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina foi firmado em 28 de maio de 1979, mas o referido Tratado só entrou em vigor em 19 de maio de 1983.

19 “O Protocolo de Tegucigalpa à Carta da Organização dos Estados Centro - Americanos”, firmado em 13 de dezembro de 1991, criou a Corte Centro-Americana de Justiça. SICA - Protocolo de Tegucigalpa, art. 12º, § 3º.

20 Acordo Estabelecendo a Corte de Justiça Caribenha (*Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice*) foi firmado no dia 14 de fevereiro de 2001.

21 MERCOSUL – Protocolo de Olivos, art. 17º-24º.

22 Diretriz CCM N 17/99, que embora não constitua uma fase do sistema de solução de controvérsias, constitui um importante instrumento de troca de informações e formação de opinião. As consultas são apresentadas em cada reunião da CCM (de regularidade

mensal) e podem ser oriundas dos Estados ou de particulares que fazem chegar suas preocupações à Seção Nacional da CCM.

23 Os Laudos Arbitrais estão disponíveis em: <<http://www.mercosur.org.uy>>.

24 [...] caracterizava duplicidade de foro, visto que poderiam ser solucionadas tanto no âmbito regional quanto no multilateral. LOUREIRO, Patrícia. *Duplicidade de foro no direito internacional: a OMC e o Mercosul*. Florianópolis: Instituto de Relações Internacionais, 2003. Pp. 261-273.

25 Protocolo de Olivos, art. 4º e ss c/c art. 14º da Dec. CMC n.37/03.

26 Refere-se às controvérsias que surjam entre os Estados-Partes sobre a interpretação, aplicação ou não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, assim como: Decisões CMC, Resoluções GMC, Diretrizes CCM.

27 As Reclamações de Particulares a respeito de medidas legais ou administrativas dos Estados Partes que violem a normativa MERCOSUL se encontram no Capítulo V do Protocolo de Brasília.

28 FURLAN, Fernando de Magalhães. *O Tribunal do MERCOSUL. Foro Empresarial*. Evento IV Plenária do MEBF em Brasília, 02 de setembro de 2004. p.2.

29 No Brasil, é coordenada pelo Subsecretário-Geral da América do Sul, do Ministério das Relações Exteriores.

RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA PELA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. *

RELATIVIZACIÓN DE LA SOBERANÍA POR INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Evander Dias

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a efetividade dos direitos humanos na esfera internacional. O conceito tradicional de soberania, caracterizado como poder absoluto e incontestável, marcado pela figura do soberano, vem sofrendo uma relativização com a evolução histórica, haja vista, os acontecimentos sociais provenientes do desvirtuamento deste poder do soberano, tal como a experiência do totalitarismo. O resultado deste mau uso do poder mostrou a relevância da cidadania como base para o direito a ter direito, surgindo neste contexto à idéia dos direitos humanos. Necessário se fez o fortalecimento do sistema internacional de direitos humanos para funcionar como um limitador ao conceito de soberania, servindo como resposta ao vazio ético vislumbrado pelo nazismo e todos os seus malefícios. A grande preocupação com o instituto da soberania recai sobre a possibilidade do surgimento de um novo Estado Totalitário, sendo a internacionalização dos direitos humanos o mecanismo mais eficaz para evitar esta ameaça. Assim sendo, o conceito de soberania está passando por uma relativização face os direitos humanos e sua internacionalização, devendo ser reformulado para adaptação a realidade global da atualidade.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVE: SOBERANIA; ESTADO SOBERANO; DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAL; GLOBALIZAÇÃO.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto la eficacia de los derechos humanos en el ámbito internacional. El concepto tradicional de soberanía, que se caracteriza como un poder absoluto y incontestable, marcado por la figura del soberano, ha sufrido una relativización de la evolución histórica, hay un punto de vista, los eventos sociales de la distorsión de la facultad del soberano, como la experiencia del totalitarismo. El resultado de este abuso de poder puso de manifiesto la importancia de la ciudadanía como base para el derecho a tener derecho, en este contexto surge la idea de los derechos humanos. Era necesario fortalecer el sistema internacional de los derechos

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

humanos a funcionar como un limitador para el concepto de soberanía, que actúa como una respuesta al vacío ético previsto por el nazismo y de todos sus males. La gran preocupación con la Oficina de la soberanía reside en la posibilidad de la aparición de un nuevo Estado totalitario, y la internacionalización de los derechos humanos el mecanismo más eficaz para prevenir esta amenaza. Así, el concepto de soberanía está experimentando una relativización de los derechos humanos se enfrentan y su internacionalización, y debe ser reformada para adaptarse a la actual realidad mundial.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS CLAVE: SOBERANÍA; ESTADO SOBERANO; INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS; GLOBALIZACIÓN.

INTRODUÇÃO

O cenário da paz mundial sempre foi o anseio da população que habita este planeta, um mundo sem guerras e com respeito mútuo entre os Estados pode parecer um sonho distante, mas acreditar na sua concretização é primordial para busca de soluções aos percalços encontrados.

Um dos caminhos para efetivação deste intento é a relativização do conceito de soberania, limitando as suas características de poder absoluto e perpétuo, face os direitos do homem.

O poder do soberano quando desvirtuado pode trazer maléficis tanto para os seus súditos como para outra nação, isto se comprova na experiência empírica do totalitarismo, onde as atrocidades cometidas por Hitler demonstraram a irracionalidade do homem e seu poder de autodestruição.

Como reação as barbarias do totalitarismo surgiu à idéia dos direitos humanos, o direito do homem a ter direitos, e após as marcas deixadas pela segunda guerra mundial cresceu a necessidade de reconstrução e universalização dos direitos humanos.

Em tempos fortaleceu-se a necessidade da criação de um sistema de proteção dos direitos humanos não se reduzindo exclusivamente ao domínio reservado do Estado, isto porque o tema revela legítimo interesse da comunidade internacional.

A globalização dos direitos humanos iniciou-se efetivamente com a Carta das Nações Unidas, surgindo a partir daí diversos instrumentos de proteção a esses direitos, nascendo à preocupação mundial em desenvolver um sistema para garantia dos direitos fundamentais.

A internacionalização dos direitos humanos acabou funcionando como um limitador a concepção tradicional de soberania, caracterizando a relativização desta, e sua reformulação em face da globalização vislumbrada nos tempos atuais.

O medo ainda perturba a sociedade moderna já que na prática os direitos humanos estão bastante fragilizados, isto se deve ao fato da influência do poderio econômico de alguns Estados, preocupados exclusivamente com os seus interesses econômicos. Ressoa com temor o alerta de Arent: “As soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda

dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sem que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem”.[1]

A concretização de um sistema de proteção internacional dos direitos do homem evidencia como possibilidade de evitar a repetição da tragédia, perquirindo assim a efetivação da limitação dos poderes do Estado soberano na órbita mundial.

1. SOBERANIA E ESTADO

Para que os direitos humanos se internacionalizassem foi preciso redefinir o tradicional conceito de soberania estatal, emergindo a necessidade de compreender, mesmo que seja sucintamente, o processo histórico da conceituação de soberania e a conseqüente criação do Estado.

O conceito de soberania surgiu no século XVI, com a obra teórica “Les Six Livres de la Republique”, de Jean Bodin, afirmado este que soberania é um poder absoluto e perpétuo, recaindo a figura do soberano sobre o rei, não admitindo limitações.[2]

Já o Estado soberano surgiu em 1648, com a Paz de Vestfália, sendo o marco de uma série de acordos entre protestantes e católicos, colocando fim ao império da religião como orientador da diplomacia medieval. A partir daí se estabeleceu um conceito de Estado baseado na igualdade soberana e na independência entre seus pares. Com os Tratados de Vestfália, o Estado laico emerge como a última instância das decisões políticas internas e externas, libertando-se do aprisionamento religioso e ganhando liberdade para alcançar seus interesses, mais precisamente, selar acordos de paz e anunciar declarações de guerra, estabelecer rotas comerciais e conquistar novas colônias. A este fenômeno político atribuiu-se o nome de soberania, ou seja, o poder insubordinável e incontestável.[3]

Nos últimos séculos, a soberania vem sofrendo uma relativização em seu conceito, ganhando contornos mais limitados, isto se comprova através da evolução histórica.

A partir do absolutismo hobbesiano é possível detectar que o poder soberano encontra sempre um limite, que é a sua própria razão de ser. Para os seguidores do jusnaturalismo, os indivíduos só deixam a situação de natureza e concebem o Estado, como ente soberano, se este for capaz de promover uma situação mais confortável que a anterior. Retornando a Hobbes, salienta-se que este conforto limita-se à garantia da paz social, especificamente da vida, não sendo o Estado capaz disto poderá ser destituído. Em Locke e nos demais fundadores do constitucionalismo moderno, a presença do poder soberano jamais é negada. A soberania, contudo, diferentemente do pensamento de Maquiável, só será justificada se for capaz de assegurar os direitos e liberdades fundamentais.[4]

O ápice do conceito de soberania se vislumbrou na obra de Jean-Jacques Rousseau, “O Contrato Social”, neste a soberania reside no povo confundindo-se com a vontade geral, os indivíduos pactuam consigo mesmo, sendo soberanos e súditos de si mesmos, formando-se cidadãos. O soberano não poderá contrariar os interesses do povo, já que a

soberania nada mais é do que a vontade geral dos indivíduos. Se não cumprir esta vontade deixa de ser soberano. “Digo, portanto, que, não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se, e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder, não a vontade”.[5]

Com o surgimento do Estado Moderno, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, conforme salienta o pensador Emanuel Joseph Sieyès[6], um dos precursores da teoria do Poder Constituinte: “em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação”.

Esta concepção racional fez surgir o princípio da soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Moderno. A proclamação da Soberania como independência ante qualquer poder externo tornou-se uma manifestação característica e essencial do Estado Moderno desde seu início. A consolidação do princípio democrático supôs a reafirmação da soberania com relação ao exterior, passando a ser proibida qualquer interferência nas decisões internas da comunidade, adotadas livremente por esta.[7]

Salienta Lafer:

A teoria tradicional de soberania foi construída tendo como princípio, de um lado, a concepção de um poder originário, que não resulta de nenhum outro do qual teria obtido seu título, e de outro a concepção de um poder supremo, que não teria outro poder igual ou concorrente. A teoria tradicional da soberania, portanto, significa o caráter supremo do poder estatal que se traduz externamente pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento, expresso em tratado, e internamente pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer outros grupos ou indivíduos dentro do âmbito do seu território. Em síntese, portanto, um poder incondicionado (dimensão positiva), que não se subordina a nenhum outro (dimensão negativa).[8]

A soberania, portanto, é um poder absoluto e incontestável, não reconhecendo nenhum outro poder acima de si, todavia, a limitação se faz presente face os direitos humanos e no plano internacional pelos imperativos da coexistência de Estados soberanos.

Os Direitos Humanos globalizados e sem fronteiras operam também efeitos na concepção tradicional de soberania do Estado, caracterizando a relativização e flexibilização desta, em favor da universalização dos direitos humanos.[9]

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus súditos era um problema apenas doméstico, decorrente de sua soberania, emerge a idéia de que o indivíduo não é apenas objeto, mas um sujeito de direito internacional. A necessidade de uma ação mais eficaz para proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, que por sua vez, pressupõe uma delimitação a

soberania do Estado, passado a ser uma resposta na busca de reconstrução de um novo paradigma, ante as atrocidades cometidas no Holocausto.[10]

A idéia dos direitos humanos surgiu como uma reação aos sinais de irracionalidade do homem e sua potencialidade de autodestruição, tal como a experiência do Totalitarismo, trazendo a triste lembrança do holocausto e do trabalho forçado nos campos soviéticos.

Ressalta Arent:

O que as ideologias totalitárias visam, portanto, não é a transformação do mundo exterior ou a transmutação revolucionária da sociedade, mas a transformação da própria natureza humana. Os campos de concentração constituem os laboratórios onde as mudanças da natureza humana são testadas, e, portanto a infâmia não atinge apenas os presos e aqueles que os administram segundo critérios estritamente “científicos”; atinge a todos os homens [...] O perigo das fábricas de cadáveres e dos poços de esquecimento é que hoje, com o aumento universal das populações e dos desterrados, grandes massas de pessoas constantemente se tornam supérfluas se continuamos a pensar em nosso mundo em termos utilitários [...] Os nazistas e bolchevistas podem estar certos de que as suas fábricas de extermínio, que demonstram a solução rápida do problema do excesso de população, das massas economicamente supérfluas e socialmente sem raízes, são ao mesmo tempo uma atração e uma advertência. As soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sem que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem.[11]

Conclui Lafer que “é por essa razão que Hannah Arent realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos”. [12]

A experiência totalitária é prova no plano empírico da relevância da cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para um indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, evitando assim, o surgimento de um novo “estado totalitário de natureza” (LAFER, 1988).[13]

O fortalecimento do sistema internacional de direitos humanos se fez necessário para funcionar como um limitador ao conceito de soberania como poder incontrastável tanto internamente como externamente, sendo que esta sistematização serviu de resposta ao vazio ético vislumbrado pelo nazismo e todos os seus malefícios.

Muito se discute sobre a conceituação dos direitos humanos, contudo “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. [14]

Fortalece-se assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência interna ou à jurisdição nacional exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional.[15]

Após a segunda guerra mundial cresce a necessidade de reconstrução e universalização dos direitos humanos, sendo indispensável à criação de um sistema normativo de âmbito internacional com o intento principal de proteger esses direitos, fato concretizado na Carta das Nações Unidas de 1945, figurando esta como o primado do reconhecimento internacional inerente aos direitos do homem.

Firmado o marco inicial, começam a ser elaboradas declarações com a finalidade do reconhecimento e anuência dos direitos humanos como regra a todos os países membros, merecendo destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. O intento proliferou, formando um sistema normativo global de proteção, tais como, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de dezembro de 1966; o Pacto Contra a Tortura; Contra a Discriminação Racial; Contra Discriminação da Mulher, e de tratados que vinculavam a conduta dos Estados.

Nos últimos anos houve bastante progresso, a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993 ensejou consensos, as seletividades da razão de estado foram contidas e houve espaço para uma razão abrangente da humanidade. Participaram desta conferência delegações de 171 países, destacando o comparecimento de 813 organizações não-governamentais como observadoras acreditadas, produziram a afirmação da universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento de todas as gerações de direitos, Viena afirmou ser a democracia a forma de governo mais favorável para a proteção dos direitos humanos e registrou que sua observância contribui para as relações amistosas e pacíficas entre os Estados (LAFER, 2006).[16]

Vieira e Luz Filho destacam o caráter progressista salientando

Entre estes, a criação de um Alto Comissariado para Direitos Humanos, que tem por função articular as ações da ONU nesta esfera, além do Tribunal Internacional Criminal, a partir das experiências dos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia. Desta forma, o sistema global, que até 1998 não contava senão com parâmetros normativos e agências fiscalizadoras (comitês e comissões), passou a contar com uma instância jurisdicional, ainda que em moldes bastante distintos daqueles existentes nos sistemas regionais de direitos humanos. Ao menos para o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os de guerra, o sistema das Nações Unidas se fortaleceu neste último ano.[17]

Dentro da sistemática internacional de garantia adicional de proteção, se institui mecanismos de responsabilização e controle, devendo ser acionados quando alguma Nação se mostra falha ou omissa na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ao fazer parte do sistema global de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado ao anuir passa a admitir o controle e fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direito fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou inexistente. Ressalta-se que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos.[18]

A emergente preocupação com as garantias fundamentais do homem funciona como mola propulsora da internacionalização dos direitos humanos, a preservação do indivíduo transcende a esfera estatal e atingindo a órbita mundial.

3. SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

A universalização dos direitos humanos produziu efeito na tradicional conceituação de soberania (poder absoluto e incontestável) funcionando como limitador ao Estado soberano.

Atualmente, em virtude do sistema global de proteção, os direitos humanos constituem o melhor exemplo do processo de constitucionalização da ordem internacional. Isto não significa que as relações internacionais deixaram de ser regidas prevalentemente pela real política e hoje se submetam aos parâmetros da lei dos direitos humanos. Porém, cada vez mais as normas e princípios têm desempenhado um papel significativo na relação entre os Países e, sobretudo, no controle internacional da ação dos Estados em relação aos seus nacionais. Neste sentido, o conceito de soberania absoluta vê-se limitado por regras ético-jurídicas, da mesma forma que este vem sendo domesticado pelo constitucionalismo na esfera interna dos Estados.[19]

O conceito de soberania deve sofrer ainda uma flexibilização para viabilizar o movimento integracionista atual, tais como a União Européia e o Mercosul, vislumbrando que as definições clássicas não prevalecem no Estado da nova ordem mundial. O Estado está passando por uma mudança, é o que coaduna Martins, ou seja:

[...] o Estado Moderno está, em sua formulação clássica de soberania absoluta, falido, devendo ceder campo a um Estado diferente no futuro. [...] a União Européia, o Direito comunitário prevalece sobre o Direito local e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os poderes locais. Embora no exercício da soberania, as nações aderiram a tal espaço plurinacional, mas, ao fazê-lo, abriram mão de sua soberania ampla para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade. Perderam, de rigor, sua soberania para manter uma autonomia maior do que nas Federações clássicas, criando uma autêntica Federação de países. [...] a universalização do Estado, em nível de poderes decisórios, seria compatível com a autonomia dos Estados locais, aceitando-se a Federação Universal de países e eliminando-se a Federação de cada país, que cria um poder intermediário que, muitas vezes, se torna pesado e inútil.[20]

Nesta seara preleciona Ferreira Filho:

[...] evidentemente, não no plano do Direito mas sim no das realidade, tal soberania pressupõe uma superioridade de força. Ou, ao menos, uma força suficiente para dissuadir as pretensões estrangeiras, pra impor-se a qualquer grupo interno rival. Ora, se esta supremacia interna é conservada pelos Estados-nação – embora muitos sejam ameaçados por grupos revolucionários, como as guerrilhas marxistas ou religiosas – no plano externo ela desapareceu, salvo quiçá para os Estados Unidos. Assim, o imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores, mais fortes, inclusive para assegurarem a própria sobrevivência. De novo são exemplo

disto os Estados-nação europeus. Por tudo isto, parece previsível a superação dos Estados-nação. Não desaparecerão, mas virão a associar-se (ou integrar-se) formando ente novo.[21]

Com o surgimento da comunidade internacional, necessariamente o Estado moderno terá que se amoldar aos supremos interesses da humanidade, devendo modificar sua legislação interna para primazia da paz e do bem comum internacional. Aduz ainda que o Estado ante as mutações não poderá negar sua qualidade de participante da atual comunidade de Estados, ressaltando que a comunidade internacional deverá respeitar os direitos dos Estados componentes. A figura destes blocos econômicos na verdade funciona com um limitador a soberania, ou seja, o Direito Internacional deve tornar, de certo modo, a soberania do Estado ainda mais relativa.

Porém, a grande barreira apresentada hoje na esfera dos direitos humanos diz respeito à superação do discurso construído pelos parâmetros normativos e sua real efetivação, sendo o maior desafio estabelecer uma autêntica judicialidade dos direitos humanos no âmbito internacional.

Isto porque, na prática, o que podemos observar é que a soberania tem graus diferenciados, que variam de acordo com o interesse econômico de cada País, ou seja, a soberania muda conforme as formas de organização do poder, aludindo que nos dias de hoje, tem o poder aquele que tem o poderio econômico. Tem-se, então, uma dicotomia entre o conceito e a realidade, divergência essa que tende a aumentar, caso o conceito de soberania não seja revisto.[22]

Salienta Perini:

Os Estados Unidos são um caso que merece destaque. Eles são a prova viva de que "uns países são mais soberanos do que outros". Os Estados Unidos não precisam de outros países, ou, melhor dizendo, os outros países precisam infinitamente mais dos Estados Unidos do que o contrário. Assim, os EUA sofrem muito menos limitações à sua soberania do que qualquer outro país do planeta: eles não assinam acordos relacionados ao meio ambiente, não respeitam os direitos de prisioneiros de guerra, declaram abertamente que torturam presos suspeitos de terrorismo e invadem países contra a vontade do mundo inteiro, mas pressionam, quase obrigam, outros países a fazer o que eles (EUA) querem com relação aos seus (dos outros países) bens ambientais, e assim por diante.[23]

O desafio coaduna-se na reformulação do conceito de soberania ante a sua relativização, devendo adaptar-se à realidade globalizada, estabelecendo uma autêntica judicialidade dos direitos humanos no âmbito internacional, enfatizando o pluralismo jurídico, sob a qual todos dos países deveriam respeitar, não admitindo exceções conforme o exemplo transcrito.

Menciona Wolkmer:

Na verdade, o novo pluralismo jurídico, como referencial cultural de ordenação compartilhada, constrói-se por meio de condições “materiais” e “formais” que englobam a legitimidade de novos sujeitos coletivos, a implementação de um sistema justo de satisfação das necessidades, a democratização e descentralização de um espaço público participativo, o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade e a consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.[24]

Em virtude da preocupação com a existência dos direitos na ordem mundial é que se discute sua efetivação universal, muito embora barreiras econômicas os dificultem, esta não pode servir de pretexto para que os direitos humanos sejam reconhecidos, não apenas no campo teórico, mas também no prático, utopia ou não, este é único caminho para evitar a guerra e a fome no mundo atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aquele velho conceito de soberania surgido no século XVI onde o poder era absoluto e incontestável, não havendo qualquer outro poder acima do seu, sofreu e está sofrendo a influência de fatores sociais que contribuem para a sua reformulação, sendo evidente a necessidade de uma nova conceituação.

O abuso do poder pelo soberano resultou em experiências inesquecíveis a humanidade, principalmente no totalitarismo, prova empírica das atrocidades que podem ser realizadas pelos líderes na esfera interna e externa de um Estado. O holocausto e o trabalho forçado nos campos soviéticos desencadearam a necessidade de encontrar um limitador para essas atitudes impensadas, evitando assim, o surgimento de um novo estado totalitário. Esses acontecimentos mostraram a relevância da cidadania como base para o direito a ter direito, surgindo neste contexto à idéia dos direitos humanos.

Necessário se fez o fortalecimento do sistema internacional de direitos humanos para funcionar como um limitador ao conceito tradicional de soberania, servindo como resposta ao vazio ético vislumbrado pelo nazismo e todos os seus malefícios. Os direitos humanos globalizado favoreceu a relativização e flexibilização da soberania.

A barreira encontrada na reformulação está no estabelecimento de uma autêntica judicidade dos direitos humanos no âmbito internacional, pois na prática temos vários exemplos da inércia desta legislação quando estamos diante do fato concreto, tais como a não assinatura dos Estados Unidos do Protocolo de Kyoto, o desrespeito de Hugo Chaves ao direito de imprensa em seu país, ou seja, a um entrelaçamento entre soberania e poder econômico.

Os Estados Unidos não adere a qualquer tratado que lhe prejudicará economicamente, todavia, não sofre qualquer sanção, demonstrando assim a fragilidade da judicidade dos direitos humanos no cenário atual, vislumbrando que o conceito de soberania está estritamente correlacionado com o poderio econômico.

Mas a crença na modificação deste panorama não parece distante, atualmente surgiu uma nova figura, os chamados blocos econômicos (União Européia, Mercosul), fortalecendo sobremaneira os direitos humanos internacional e relativizando o conceito de soberania, já que a legislação interna dos países inclusos nestes se submetem aos interesses do bloco.

Utópico ou não, os direitos humanos deveriam ser impostos e obrigatórios, não apenas para os Estados, mas para os organismos internacionais e os grupos que detém o poder econômico, construindo uma nova ética a partir do fortalecimento da cultura universal.

Mesmo diante dos percalços apresentados, não há como negar que felizmente o conceito de soberania está passando por uma relativização face os direitos humanos e sua internacionalização, sendo necessária a reformulação do tradicional conceito no intuito de adaptá-lo a realidade global da atualidade.

A grande preocupação que paira sobre o instituto da soberania até os dias de hoje é a utilização de maneira errônea do poder auferido ao soberano, persiste o receio da repetição das barbarias do Nazismo, e a possibilidade do surgimento de um novo Estado Totalitário, pois os anos se passaram, mas o ser humano continua o mesmo ser egoísta e ambicioso de séculos atrás, valendo a pena ressaltar o alerta de Arent: “As soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sem que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem”. [25]

Neste triste contexto tenebroso a esperança que nos resta é a conscientização do seres humanos no respeito aos seus direitos e também o do seu próximo, sendo o primeiro passo para busca da igualdade universal a internacionalização dos direitos humanos, mecanismo salutar pra efetivação de um mundo melhor, sem guerras e com a sonhada paz.

REFERÊNCIAS

ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradutor: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, estado, globalização e crise**. 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=672>. Acesso em 04 ago. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: MATINS, Ives Gandra (Coord.), **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 102-113.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

_____. **A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos**. Filosofia e direitos humanos/Odílio Alves Aguiar, Celso de Moraes Pinheiro e Karen Franklin (Orgs.). et al. Fortaleza: Editora UFC, 2006, p. 13-32.

_____. **Os dilemas da soberania**. Digesto Econômico. 259 ed. São Paulo: - , 1978, p. 153-161.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.

PERINI, Raquel Fratantonio. **A soberania e o mundo globalizado**. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325&p=2>. Acesso em 04 ago. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 1997.

_____. **Direitos Humanos e Globalização**. In: Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira. (Org.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 195-208.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradutor: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

VIEIRA, Oscar Vilhena; LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Soberania e direitos humanos. **Revista Teoria e Debate, Fundação Perseu Abramo**, n. 41, mai./jun./jul. 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Omega, 2001.

[1] ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradutor: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 511.

[2] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995; MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[3] VIEIRA, Oscar Vilhena; LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Soberania e direitos humanos. **Revista Teoria e Debate, Fundação Perseu Abramo**, n. 41, mai./jun./jul. 1999.

[4] VIEIRA, Oscar Vilhena; LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Soberania e direitos humanos. **Revista Teoria e Debate, Fundação Perseu Abramo**, n. 41, mai./jun./jul. 1999.

[5] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradutor: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36.

[6] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113.

[7] CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, estado, globalização e crise**. 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=672>. Acesso em 04 ago. 2007.

[8] LAFER, Celso. **Os dilemas da soberania**. Digesto Econômico. 259 ed. São Paulo, 1978, p. 161.

[9] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Globalização**. In: Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira. (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

- [10] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 1997.
- [11] ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradutor: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 510-511.
- [12] LAFER, Celso. Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988, p. 153-154.
- [13] LAFER, Celso. Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.
- [14] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradutor: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.
- [15] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Globalização**. In: Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira. (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- [16] LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos**. Filosofia e direitos humanos/Odílio Alves Aguiar, Celso de Moraes Pinheiro e Karen Franklin (Orgs.). et al. Fortaleza: Editora UFC, 2006.
- [17] VIEIRA, Oscar Vilhena; LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Soberania e direitos humanos. **Revista Teoria e Debate, Fundação Perseu Abramo**, n. 41, mai./jun./jul. 1999, p. 04.
- [18] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Globalização**. In: Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira. (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- [19] VIEIRA, Oscar Vilhena; LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Soberania e direitos humanos. **Revista Teoria e Debate, Fundação Perseu Abramo**, n. 41, mai./jun./jul. 1999.
- [20] MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 13 e 28.
- [21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.), **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 102.
- [22] PERINI, Raquel Fratantonio. **A soberania e o mundo globalizado**. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325&p=2>. Acesso em 04 ago. 2007.
- [23] PERINI, Raquel Fratantonio. **A soberania e o mundo globalizado**. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325&p=2>. Acesso em 04 ago. 2007, p. 02.
- [24] WOLKMER. Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Omega, 2001, p. XX - XXI.

[25] ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradutor: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 511.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS E A FORMAÇÃO DO MERCADO ÚNICO EUROPEU*

THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES AND THE EVALUATION OF THE EUROPEAN SINGLE MARKET

**Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer**

RESUMO

Em período histórico recente, somente aos Estados era incumbida a missão de traçar uma estratégia comercial, mas, sob o fenômeno da globalização, o comércio exterior sofreu várias mudanças. A União Europeia (UE) não é federação, nem é mera organização de cooperação entre governos. Possui, de fato, caráter único. Os países que pertencem à UE (os seus Estados-membros) congregaram as suas soberanias em algumas áreas para ganharem força e influência no mundo, que não poderiam obter isoladamente. Congregação de soberanias significa, na prática, que os Estados membros delegam alguns dos seus poderes para instituições (como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), de modo a assegurar que os assuntos de interesse comum possam ser decididos democraticamente em estágio europeu. Na União Europeia, a integração econômica fez emergir uma política comercial comum, caracterizada por princípios uniformes e gestão exclusiva. Entre os instrumentos comerciais, destaca-se não somente uma legislação comum para os Estados-membros, mas uma jurisprudência criativa (jurisprudência Dassonville, Cassis de Dijon e Cinéthèque). O método utilizado foi o indutivo e quanto aos fins, tratou-se de análise exploratória e explicativa, pois em que pese a novidade do tema, buscou-se avaliar de forma crítica a formação do mercado único na União Europeia.

PALAVRAS-CHAVES: UNIÃO EUROPEIA; POLÍTICA COMERCIAL COMUM;
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS

ABSTRACT

In recent historical period, only to states was assigned the mission of tracing a commercial strategy, but under the phenomenon of the globalisation the external trade suffered several changes. The European Union (EU) is not a federation. Nor is it simply

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

an organisation for co-operation between governments. It is, in fact, unique. The countries that make up the EU (its ‘member states’) remain independent sovereign nations but they pool their sovereignty in order to gain a strength and world influence none of them could have on their own. Pooling sovereignty means, in practice, that the member states delegate some of their decision-making powers to shared institutions they have created (like the Court of Justice of the European Communities), so that decisions on specific matters of joint interest can be made democratically at European level. In the European Union, with the economical integration emerged a Common Commercial Politics, characterized by uniform beginnings and exclusive administration. Among the commercial instruments, it stands out not only a unique legislation for the states-members but a “creative case law”. (case-law *Dassonville*, *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*). The method used was the inductive one, and regarding its ultimate purposes, it is an exploratory and explanatory analysis, since despite the recentness of the theme, it seeks to offer a critical evaluation of the European Union single market.

KEYWORDS: EUROPEAN UNION; COMMON COMMERCIAL POLITICS; COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo avaliar o desenvolvimento da livre circulação de mercadorias no processo formador do mercado único da União Européia. Nesse contexto, cumpre levar em conta a atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias através de sua peculiar jurisprudência, em especial os acórdãos *Dassonville*, *Cassis de Dijon* e *Cinéthèque*. Inicialmente, interessa perceber a importância que a liberdade referente ao trânsito de bens representa no âmbito de uma integração econômica. Na seqüência, cumpre verificar algumas destacadas decisões judiciais que contribuíram nesse aspecto para, finalmente, avaliar – em perspectiva jurisprudencial – o enredo no qual se desenvolveu o mercado único europeu.

Após o segundo conflito mundial, à luz das transformações tecnológicas, econômicas, de comunicação, de informática, entre outros, que marcaram o período pós-guerra, emergiu também o paradigma europeu de integração econômica. Por intermédio de inusitado ordenamento jurídico, que decifrava a Teoria da Integração Econômica, viabilizava-se a reconstrução e o desenvolvimento do Velho Continente. Sob tal dinâmica, a Europa foi capaz de sedimentar o anseio de paz na origem do fenômeno comunitário, além de eliminar as fronteiras internas, tornando-se um dos maiores mercados mundiais. Trata-se de intrincado processo político-jurídico sob vestes inéditas, verdadeiro paradigma na formação de blocos econômicos.

O livre trânsito de bens representa a mais importante das quatro liberdades de integração (bens, serviços, pessoas e capitais), pois forma o chamado núcleo duro de um bloco de Estados reunidos. A partir da consagração de irrestrito trânsito de mercadorias, podem ser erguidas outras conquistas com mais facilidade. Desde o surgimento da Comunidade Européia (1957), havia forte propósito nesse sentido e, mesmo antes, com

o Tratado da Comunidade Européia do Carvão do Aço (1951), a liberdade (setorial) de mercadorias representava forte anseio.

A irrestrita circulação de produtos traduz-se em eixo fundamental da construção de um mercado único, verdadeiro epicentro da integração e pressuposto primário para a construção de um bloco econômico. Sob análise indutiva e servindo-se de fontes bibliográficas e documentais, o estudo traçou o panorama de consolidação do grande mercado europeu.

1 A LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS NA UNIÃO EUROPÉIA: UMA ESTRATÉGIA ALÉM DA TEORIA DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

O mercado único europeu [1] aparece como um grande espaço integrado, comum aos Estados-membros participantes do processo de integração, no qual as pessoas e os agentes econômicos devem atuar livremente, gozando do direito de compra e venda sem qualquer espécie de restrição. Tradicionalmente, as barreiras levantadas para impedir a entrada de produtos classificam-se em tarifárias e não-tarifárias ou, sob melhor terminologia, aduaneiras e não-aduaneiras.

Na Europa comunitária havia sido estabelecido um calendário progressivo de doze anos (divididos em três fases de quatro anos cada uma) para a eliminação interna dos direitos aduaneiros (prazo final para 31 de dezembro de 1969). Em 1. de julho de 1968, ou seja, dezoito meses antes do previsto, a pauta comum era aplicada em todas as fronteiras internas da Comunidade. Desde então, os direitos aduaneiros deixaram de representar um obstáculo às trocas intracomunitárias. Na prática, porém, a Europa verificou uma série de imposições lançadas pelos Estados-membros que, de alguma forma, buscavam proteger os mercados nacionais.

Dessa forma, o êxito obtido em relação às medidas aduaneiras não representou o imediato afastamento das barreiras não-aduaneiras. Pelo contrário, impedidos de impor objeções de cunho fiscal sobre as mercadorias importadas, os Estados-membros tornaram ainda mais elaborados os obstáculos técnicos. Restava afastada, portanto, a concepção calcada na idéia de que o alcance da união aduaneira pudesse desencadear um mecanismo automático rumo a uma etapa mais evoluída de integração. Embora objetivos audaciosos continuassem a ser acalentados, emergia a consciência sobre a necessidade de novas iniciativas que pudessem levar a proposta integracionista adiante. Sob tal ímpeto, nas instituições comunitárias também emergia uma crescente responsabilidade rumo à realização de um mercado único.

Sob tal espírito, envolveu-se o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. A co-responsabilidade em propiciar o desejado avanço comercial da União Européia mobilizou a Corte em um intenso ativismo. As lides submetidas à apreciação judicial não eram compreendidas como mero objeto de solução, mas possuíam os contornos de uma lição de direito comunitário. Entre os acórdãos que marcaram o intenso labor do Tribunal e consagraram a livre circulação de mercadorias no interior comunitário merecem destaque as decisões *Dassonville*, *Cassis de Dijon* e *Cinéthèque*.

1.1 Da Previsão Normativa à Formação do Mercado Único

A circulação de mercadorias desempenha relevante papel na história do crescimento econômico mundial. A aproximação dos países em blocos de integração regional e as inusitadas construções jurídicas através de Tratados, almejavam equalizar questões de cunho econômico, político e jurídico, no intuito de reforçar o trânsito de riquezas em um grande mercado.

O processo de integração europeu resulta da convergência de iniciativas públicas e privadas, mas, principalmente, a partir de estratégias impulsionadas inicialmente pelo Conselho e pela Comissão e, na seqüência, pela atividade decisiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

1.2 O Conselho e a Comissão: a primeira impulsão do bloco

A integração europeia inaugurou seu projeto de integração desde o término da Segunda Grande Guerra, coincidindo a proposta econômica também com desejo de paz, sob o espírito do fenômeno global. O Tratado da Comunidade Europeia refletia um Tratado-quadro[2], fixando objetivos e indicando a trilha que algumas políticas deveriam seguir.

As metas delineadas pela integração, sob o escopo da implantação de um mercado europeu, consistiam, essencialmente, em criar uma união aduaneira com a efetivação das quatro liberdades fundamentais[3] e, ato contínuo, a conversão de diversas políticas nacionais em políticas comunitárias. Inicialmente, cumpria vencer as dificuldades atinentes à retirada dos direitos aduaneiros, o que se alcançou com relativa facilidade. Na esfera das medidas não-tarifárias, percebeu-se que a eliminação consistiria em difícil tarefa.

No processo de regionalização, às instituições[4] internas coube a responsabilidade pelo avanço do processo de integração. Na construção europeia, a estrutura institucional caracterizava-se pelo “difícil compromisso entre a necessidade de atribuir um poder efetivo de decisão a órgãos de caráter supranacional e a salvaguarda dos interesses dos seus Estados-membros.”[5] Afinal, quando os blocos de integração concebem suas instituições para cumprirem determinadas tarefas, o que está em discussão não é simplesmente a repartição de novos poderes, “mas ‘relações de soberania’. O direito da integração descansa em uma premissa estranha ao direito internacional clássico: a da divisibilidade da soberania.”[6] A intrincada questão da supranacionalidade, configurando uma inédita estrutura essencialmente política e jurídica, decorre de uma reordenação de valores dos Estados.[7]

A criação de uma união aduaneira[8] consistia em passo inicial da construção europeia, visando à eliminação das restrições tarifárias internas que dificultassem o comércio intracomunitário. De forma insistente, o bloco criava medidas destinadas a estabelecer o mercado comum. Dusan Sidjansky ao analisar retrospectivamente os projetos de união,

constata a persistência de certas idéias-força: o conceito de mercado comum conheceu “uma trajetória sem precedentes que, [...] por sua vez, revela um elo na cadeia da ‘criação contínua’.”[9]

Na formação do mercado único, após o ato fundacional do Tratado da Comunidade Européia (1957), três importantes momentos históricos podem ser identificados: o Tratado do Ato Único Europeu[10], o Livro Branco de 1985[11] e o Relatório Cecchini.[12] O chamado Ato Único consistiu em iniciativa necessária aos dilemas econômicos internos, tendo sido elaborado pelo Conselho, o primeiro que se realizou após Jacques Delors ter assumido a presidência da Comissão Européia. Por ocasião do Ato Único, estruturou-se o projeto Europa Sem Fronteiras planejado para 1993. A idéia passara pelo Grupo Crocodilo[13], do Parlamento Europeu, então presidido pelo eurodeputado Altiero Spinelli. Tais propostas consolidaram um Livro Branco[14], que Lord Cockfield, vice-presidente da Comissão, formalizou em 300 medidas legislativas que deveriam ser adotadas progressivamente e que evidenciava a realidade européia, pouco adaptada ao chamado Espaço Sem Fronteiras.

Na formação do Mercado Único, buscava-se verificar os custos adicionais acarretados aos bens que não podiam circular com absoluta liberdade, ocasião na qual se reconheceram três tipos de barreiras: a) físicas, concernentes aos diferentes tipos de controle na fronteira, envolvendo pessoas e mercadorias; b) técnicas, relativas às normas nacionais divergentes; e, c) fiscais, provenientes das diferenças em matéria de impostos indiretos ou impostos especiais.

Ainda, em 1986, o programa de investigação da Comissão encomendou um estudo que estimasse a chamada Não Europa em termos de custo e de ganhos, conhecido por Relatório Cecchini. Jacques Delors, ao escrever o Prefácio do Relatório, revelava sua preocupação com todo o processo ao asseverar que a “construção européia não é uma panacéia, não devemos esperar uma receita-milagre, mas sabemos que, fora desta, não existe qualquer saída realista para assegurar aos nossos ‘velhos países’ – em troca de um esforço coletivo e da união das suas forças – um futuro de prosperidade material [...]”[15]

Em 1996, na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho intitulado Impacto e Eficácia do Mercado Único[16], foi feito um balanço das medidas de liberalização, objetivando identificar e avaliar os efeitos econômicos decorrentes da adoção do Livro Branco. Segundo a Comissão, dispondo de “dados precisos”[17], o processo de integração foi considerado positivo e reconheceu que a legislação comunitária havia motivado condições de eficácia econômica.

2 A JURISPRUDÊNCIA COMO FATOR JURÍDICO-ESTRATÉGICO PARA REALIZAÇÃO DO MERCADO ÚNICO

Em que pese a articulação do Conselho e da Comissão, decisiva para a formação do mercado único foi a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, que pode ser considerado o impulsionador efetivo do processo comunitário comercial.

O processo de livre circulação de mercadorias da União Europeia foi muito além da tradicional formação jurídica do direito internacional público clássico, pois entre as sutilezas que caracterizam o processo comunitário, destacam-se também as decisões dessa Corte, na qualidade de fonte direta e imediata de direito no seio comunitário.

Como pressuposto para análise jurisprudencial comunitária, é preciso frisar que os acórdãos não refletem somente respostas às lides, como tradicionalmente se conhece. A jurisprudência comunitária caracteriza-se pela criação jurídica dos magistrados, inclusive de caráter principiológico (a exemplo do princípio do reconhecimento mútuo).

Entre os princípios que relatam a história da construção comunitária, destaque-se o princípio da primazia, decorrente do processo *Costa/Enel*[18]. Nessa demanda, a Corte entendeu o direito comunitário como “ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais.”[19] O princípio da primazia possui natureza exclusivamente pretoriana, uma vez que em nenhuma parte do Tratado encontra-se disposição semelhante.[20] Cumpre frisar que o TJCE e seus procedimentos não devem ser confundidos com os Tribunais ocidentais, as “decisões comunitárias possuem função estratégica, à medida que articulam diversos segmentos de natureza política, jurídica e econômica, sob o rumo da integração.”[21]

As razões que levaram a Comunidade Europeia a um complexo processo de juridificação são complexas. Segundo Yves Dezalay e David Trubek, “a mais importante, talvez, é que foi provado ser mais fácil criar a Comunidade, através do direito, que da política.”[22] O TJCE empenhou-se decisivamente na realização dos grandes objetivos da integração, especialmente para promover a livre circulação de mercadorias. Disso decorreu uma interpretação impregnada pela teleologia, pelo efeito útil dos Tratados e pelo caráter sistemático da avaliação das lides. Assim, do funcionamento jurisdicional, dos instrumentos processuais utilizados, da competência conferida à Corte e da interpretação utilizada pelos magistrados[23] decorreram os auspiciosos resultados que consagraram o mercado único.

A estrutura judicial comunitária teve que repensar a lógica jurídica entre países soberanos, pois era preciso fornecer resposta aos desafios que o direito internacional público jamais tinha respondido. O funcionamento da Corte tinha que estar relacionado ao modelo de integração proposto pela Europa e poderia utilizar, exclusivamente, o poder do direito. Aos juízes, atribuía-se a tarefa de interpretar e aplicar a legislação comum, assegurando o respeito às disposições comunitárias e aos sujeitos envolvidos, sem enveredar para o autoritarismo.

Uma avaliação das conquistas jurisprudenciais, especialmente no âmbito da livre circulação de mercadorias, precisa levar em conta as peculiaridades do ativismo do Tribunal, pois, também pela primeira vez, no âmbito de um grupo de Estados, o “juiz foi colocado em condição para desempenhar seu papel jurisdicional, na qual pudesse superar não somente as limitações decorrentes do direito material ou processual, mas também os fatores políticos que colocassem em jogo os interesses nacionais”.[24] Em virtude da atividade jurisdicional arrojada, especialmente através dos usos dos precedentes, e orientada à efetivação do direito comunitário, a Corte pode ser tida como um dos principais fatores que contribuíram para a integração. “Na verdade, é possível

afirmar, sem temor de cometer uma falta, que o direito comunitário é, em grande parte, um produto jurisprudencial.”[25]

No intuito de lançar luz sobre essa atípica estrutura judicial, é preciso lembrar que o desenvolvimento da Corte ocorreu a partir de padrões existentes tanto na escola romano-germânica quanto na vertente do direito inglês. Dessa maneira, a produção judicial não se limita à aplicação do direito comunitário consubstanciado nas diversas regulamentações existentes. Antes, serve-se de um sistema baseado em precedentes, servindo os acórdãos proferidos como lições de direito. Cotidianamente, a ordem normativa comunitária é complementada com novas decisões, muitas vezes revendo questões já emitidas.[26] Em que medida houve uma invasão de competências da Corte permanece uma questão em aberto, mas “foi evidente o destaque conquistado pelo TJCE, a ponto de a unificação europeia chegar a ser designada, por alguns autores, como um caso de ‘governo dos juizes’.”[27]

Aspectos como o método finalista de interpretação, a doutrina do efeito direto e a uniformidade, no seu conjunto, revelaram-se fundamentais para levar adiante o princípio da livre circulação de mercadorias. Desconhecer o papel da jurisprudência nesse intento pode comprometer qualquer iniciativa na avaliação dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Na ótica de Francisco Lucas Pires, o direito comunitário “tem, de resto, algo de ‘pós-moderno’. Além de combinar elementos dos sistemas concorrentes de ‘*common law*’ e ‘romano germânico’, através de técnicas de harmonização e reconhecimento mútuo, pode, pois, considerar-se intrinsecamente pluralista”.[28] Em virtude da concatenação entre normas e fatos, no qual o direito é fator e critério da integração econômica, tendo a jurisprudência como elemento mutante frente à dinamicidade do cotidiano, emerge a afirmação de Augusto Rogério Leitão, que se trata, antes de tudo, de “política-jurisprudencial”.[29]

Sob tais aspectos, não se pode esquecer que “o TJCE cumpre uma função essencial no seio da Comunidade: cimenta a ordem jurídica comunitária e constrói, provocando algumas indignações, com uma jurisprudência por vezes audaciosa, tendente para o objetivo da supranacionalidade.”[30] As conseqüências que decorreram dessa reformulação político-jurídica fizeram com que a Corte afastasse uma série de barreiras ao comércio, além de consolidar princípios responsáveis pela livre circulação de mercadorias.

A base jurídica fundadora a propiciar um irrestrito trânsito de bens concentrava-se no texto do Tratado da Comunidade Europeia, especialmente nos artigos 12 a 30, TCE. Do ponto de vista político, a delimitação de competências resultava dos artigos 2º e 3º, TCE, concernentes aos objetivos e aos meios que o bloco busca almejar. A partir dessas grandes diretrizes, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) iniciou uma intensa atividade de política jurisprudencial, não somente buscando resolver as lides que lhe eram submetidas, porém, criando um corpo de regras capaz de dismantelar as fronteiras internas e favorecer a conquista de um mercado único.

2.1 Os direitos aduaneiros e as medidas de efeito equivalente

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias caracterizou-se, historicamente, por sustentar um entendimento que afastava qualquer espécie de barreira ao comércio, fosse aduaneira ou não-aduaneira. Em relação à proibição de direitos aduaneiros e de encargos de efeito equivalente, desde cedo, a Corte entendia que “qualquer taxa exigida por ocasião ou devido a uma importação e que, incidindo especificamente sobre o produto importado e não sobre o produto de origem nacional, tem, sobre a livre circulação de mercadorias, a mesma incidência restritiva que um direito aduaneiro”[31] e, portanto, restava proibida. Progressivamente, a jurisprudência consolidava a negativa absoluta das barreiras aduaneiras ou com efeitos equivalentes.

Apesar de entendimentos favoráveis à integração, a continuidade do processo não se desencadearia automaticamente ou isenta de incertezas e dificuldades. Com efeito, uma vez superada a eliminação das barreiras aduaneiras, era a vez de dismantelar, definitivamente, as chamadas barreiras não-aduaneiras (consideradas as mais difíceis).

2.2 AS RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS E AS MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE

A terminologia dos Tratados europeus não se servia da expressão barreiras não-aduaneiras, utilizando, como termo sinônimo, a proibição das restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente. Nesse sentido, era a previsão do artigo 30, TCE e seguintes, que, além de coibir a existência de tais obstáculos, também vedava a inserção de novas barreiras. A referência dizia respeito às típicas obrigações de *standstill*, ou seja, a obrigação por parte dos Estados de não introduzirem novas restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente, de modo a deixar fluir através de suas fronteiras toda sorte de produtos.

A história da livre circulação de mercadorias na formação do mercado único, em especial no que tange às medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas, inicia-se com o acórdão *Dassonville*[32], podendo ser considerada a decisão inaugural de uma sucessão de entendimentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Por cerca de duas décadas, à luz do acórdão *Dassonville*, a Comunidade esvaziou as competências residuais dos Estados-membros, afirmando o recrudescimento da matéria nas mãos do bloco.

De acordo com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, “qualquer regulamentação comercial dos Estados-membros, suscetível de prejudicar direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, o comércio intracomunitário, deve ser considerada como uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas.”[33] A repercussão de tal preceito permitiu o dismantelamento protecionista que insistia em competir com a instalação de um mercado único, desfazendo, quase absolutamente, com as medidas de efeito equivalente que se apresentavam sob a forma de barreiras não-aduaneiras. Com efeito, qualquer tipo de medida nacional hábil a disciplinar a fabricação ou a comercialização de produtos afastava os Estados da possibilidade de proteger o próprio comércio.

Entre os acórdãos que marcaram o intenso labor do Tribunal e consagraram a livre circulação de mercadorias no interior comunitário, outro destaque deve ser feito à decisão conhecida por *Cassis de Dijon*. No período histórico dos anos setenta, a Comissão encontrava dificuldade para harmonizar as múltiplas legislações dos Estados-membros através de Diretivas. Afinal, coexistiam distintas regulamentações sobre o mesmo território comunitário que, não raras vezes, desempenhavam papel protecionista dos mercados nacionais. Havia necessidade, portanto, de erigir uma estratégia político-jurídica que fosse capaz de desfazer as barreiras nacionais.

Nesse ambiente caracterizado pela imposição de obstáculos e pela diversidade normativa dos Estados-membros emergiu o princípio do reconhecimento mútuo. Em síntese, entendia o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que, na ausência de uma regulamentação comum, “os obstáculos à circulação intracomunitária decorrentes da disparidade entre legislações nacionais relativas à comercialização de um produto devem ser aceitos na medida em que tais medidas [*sic*] possam ser consideradas necessárias para a satisfação de exigências imperativas (...)”[34]

Com a jurisprudência *Cassis de Dijon*, o artigo 30, TCE, funcionaria, paulatinamente, como uma espécie de norma harmonizadora das legislações nacionais, através do princípio do reconhecimento mútuo. A Corte não somente havia desmantelado inúmeras barreiras comerciais que surgiam a cada passo, como auxiliou a uniformização da legislação comunitária. Dessa forma, qualquer situação que pudesse afetar (mesmo minimamente) o trânsito de bens foi afastada. Paralelamente, a Comissão viria alterar sua estratégia legislativa, passando a combinar os métodos de harmonização com o do reconhecimento mútuo, limitando o primeiro às questões essenciais, enquanto ao segundo caberia o restante das situações.

Assim, mais que se abster de tomar alguma medida (obrigação de não fazer), exigia-se do Estado que acatasse a legislação dos outros Estados-membros (obrigação de fazer). Tal inversão na leitura do artigo 30, TCE, feita pelo Tribunal, somente foi possível através de uma interpretação teleológica do dispositivo, no intuito de assegurar a livre circulação de mercadoria na qualidade de princípio fundamental da Comunidade, legitimando toda e qualquer iniciativa com esse viés.

Finalmente, um terceiro momento de extrema importância para a consolidação da livre circulação de mercadorias na formação do mercado único foi a emergência da decisão *Cinéthèque*[35]. Nessa ocasião, percebeu-se marginalização dos Estados-membros ainda mais acentuada, pois medidas de baixo caráter protecionista restaram catalogadas como medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas proibidas pelo Tratado da Comunidade Europeia. Desde o acórdão *Cinéthèque*, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias começou a comparar mercados e, se dessa comparação resultasse que uma determinada regulamentação comercial restringisse o comércio mais que outro mercado, tal circunstância poderia ser entendida na qualidade de discriminatória ou protecionista. O período compreendido entre a decisão *Cinéthèque* e a implementação do mercado único (1985 a 1993), denunciou a face mais pragmática, polêmica, funcionalista e complexa da integração europeia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A União Européia, na qualidade de processo paradigmático, reflete aspectos que já não podem ser negligenciados nas análises de integração econômica. No âmbito das chamadas ‘quatro liberdades’, verificou-se que foi a livre circulação de mercadorias a mola propulsora da estrutura articulada internamente, verdadeira sinergia formada no núcleo do sistema comercial-econômico. Contudo, embora seja considerada liberdade primária, a efetivação não resultou singela. O irrestrito trânsito de bens vinculou-se a uma série de interesses públicos e privados dos Estados-membros, que precisou ser desarmada pelas autoridades do bloco, sob risco de romper o avanço progressivo de especialização do mercado. Com isso, reforçaram-se os aspectos político-jurídicos supranacionais que passaram a comandar a lógica de funcionamento da integração.

A existência de uma Corte que respondesse de forma definitiva às lides cotidianas emergia imprescindível. Estabelecidas as metas da organização, era natural a rearticulação de interesses e vantagens comparativas especialmente entre as empresas, afligindo, de forma imediata, também os Estados-membros. O poder estatal, nesse ponto, confrontou-se com a autoridade do bloco e, do embate, surgiram inevitáveis danos à imagem soberana. No caso europeu, a dissolução das amarras estatais pelo bloco pode ser classificada sob duas vertentes. Sob um aspecto, foram implementados programas de natureza administrativa, mutuamente avençadas entre os Estados-membros para fazer avançar o processo de integração e superar crises relativas a objetivos não alcançados (Comissão e Conselho). Decorrente de tais iniciativas vieram o Ato Único Europeu, o Livro Branco de 1985 e o Relatório Cecchini, caracterizando o compromisso interno em efetivar o Mercado Único.

Sob outro ângulo, foi necessário o viés pretoriano para resolver definitivamente as lides. A política jurisprudencial do TJCE assegurou respostas à dimensão do desafio econômico que espreitava a realização de um único e grande mercado. Por intermédio da riqueza cotidiana revelada pela construção jurisprudencial, moldou-se o conceito de medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas, franqueando-se às mercadorias irrestrito trânsito. Nesse sentido, destacaram-se três fortes momentos: as jurisprudências *Dassonville* (1974), *Cassis de Dijon* (1978), *Cinéthèque* (1985). Com a jurisprudência *Dassonville*, houve uma primeira e ampla interpretação a respeito das medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas. Através da decisão *Cassis de Dijon* instituiu-se o reconhecimento mútuo entre as legislações domésticas. Desde o acórdão *Cinéthèque*, iniciou-se uma fase de comparação entre os mercados dos Estados-membros, buscando-se homogeneidade entre eles, independentemente de uma certa medida estatal constituir ou não uma barreira de proteção.

A história da Europa comunitária trouxe a lume as dificuldades que muitas iniciativas de integração devem superar. Aos dirigentes dos jovens processos de integração compete ponderar não somente sobre um ordenamento com características supranacionais, mas também sobre a necessária articulação com um Tribunal forte e ativista. A velocidade dos desafios econômicos já não cabe nas vetustas codificações e, tampouco, se acomoda em processos judiciais marcados pela inoperância. A realidade jurídica comunitária, portanto, não pode ser vista na qualidade de ordenamento estanque e fechado, pois o sucesso da livre circulação de mercadorias, pela própria natureza de sua mobilidade, exigiu critérios abertos e flexibilizados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. **Do estado soberano ao estado das autonomias**. Porto: Afrontamento, 2005.

CASELLA, Paulo Borba. **União Européia: instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2002.

CECCHINI, Paolo. **A grande aposta para a Europa: o desafio de 1992**. Tradução de Serviços da Comunidade Européia. Lisboa: Perspectivas & Realidades, 2000.

Código da União Européia. Coimbra: Almedina, 2007.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Livro Branco**. Bruxelas: Documentação interna, 1985 (jun.). COM (85) 310 final.

COMISSÃO EUROPÉIA. **A Europa de A a Z**. Luxemburgo: Serviço das publicações das Comunidades Européias, 1997.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do mercado único**. Bruxelas: Documentação interna, 30.10.1996. COM (96) 520 final.

COMUNIDADES EUROPÉIAS: GABINETE EM PORTUGAL DO PARLAMENTO EUROPEU. **50 anos de Europa: os grandes textos da construção européia**. Lisboa: Daltran, 1998. 1 CD-ROM, doc. no 70

FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Estudos económicos e jurídicos**. Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, a. 35. p. 163-170.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 143, a. 36. p. 269-275.

PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración**: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Tradução de Inés Carmen Matarese. Buenos Aires: INTAL, 1973.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2002.

SANDE, Paulo. União Européia: deriva intergovernamental. **Europa – Novas Fronteiras**, Lisboa, n. 7, jun. 2000.

SIDJANSKY, Dusan. **O futuro federalista da Europa**. Lisboa: Gradiva, 2006.

SILVA, Miguel Moura. **O princípio do equilíbrio institucional na Comunidade Européia**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

STELZER, Joana. O Princípio do Reconhecimento Mútuo como Estratégia de Inserção Internacional dos Estados-membros da União Européia. *In*: XVII Congresso da Sociedade Latino Americana de Estratégia (SLADE). **Anais Eletrônicos**. Itapema (S.C.), 2004. 1 CD ROM.

_____. **União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial**. Curitiba: Juruá, 2004.

TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, *Flaminio Costa/ENEL*, Coletânea 1964, p. 564.

TJCE. Ac. 10.10.1973, Processo nº 34/73, *Variola/Administração das Finanças Italiana*, Coletânea 1973, p. 365.

TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, *Procureur Du Roi/Dassonville*, Coletânea 1974, p. 423

TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]*, Coletânea 1979, p. 332

TJCE. Ac. 11.07.1985, Processos Apensos nº 60/84 e 61/84, *Cinéthèque*, Coletânea 1985, p. 909

TJCE. Ac. 24.11.1993, Processos Apensos nº C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, Coletânea 1993, p. I-6097.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Nota informativa sobre a citação dos artigos dos Tratados nos textos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância**. JOCE C, no 246, de 28/08/1999.

VALLÉE, Charles. **O direito das Comunidades Européias**. Tradução de Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Notícias, *s.d.*

[1] As principais fases jurisprudenciais que caracterizam a abertura interna do mercado único podem ser, assim, classificadas: 1ª fase - *Dassonville* (TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, *Procureur Du Roi/Dassonville*, Coletânea 1974, p. 423); 2ª fase - *Cassis de Dijon* (TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]*, Coletânea 1979, p. 332); e, 3ª fase - *Cinéthèque* (TJCE. Ac. 11.07.1985, Processos Apensos nº 60/84 e 61/84, *Cinéthèque*, Coletânea 1985, p. 909). Sobre as diversas fases de abertura do comércio interno europeu, ver: STELZER, Joana. **Mercado Europeu: direito e análise jurisprudencial**. Curitiba: Juruá, 2004.

[2] O Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço e o Tratado da Comunidade Européia de Energia Atômica eram considerados Tratados-leis, ou seja, tratados específicos, detalhados e rígidos, fornecendo toda sorte de informações com vista aos anseios consignados nos textos. Esse já não era o caso do Tratado da Comunidade Européia (tido por Tratado-marco). Os Tratados comunitários podem ser encontrados em: Código da União Européia. Coimbra: Almedina, 2007.

[3] Vale dizer, a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.

[4] As instituições comunitárias vinham alinhadas no artigo 5º, TCE: “1. A realização das tarefas confiadas à Comunidade é assegurada por: um Parlamento Europeu; um Conselho, uma Comissão; um Tribunal de Justiça; um Tribunal de Contas. Cada instituição atua nos limites das atribuições e competências que lhe são conferidas pelo presente Tratado.”

[5] SILVA, Miguel Moura. **O princípio do equilíbrio institucional na Comunidade Européia**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 15. Paulo Borba Casella corrobora com este pensamento: “Percebe-se que a estrutura institucional comunitária, longe de obedecer a plano preestabelecido, resultou do próprio processo negocial e da necessidade de adaptação às necessidades que a vivência dessas mesmas instituições foi evidenciando (...)” CASELLA, Paulo Borba. **União Européia: instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2002, p. 110.

[6] PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales**. Tradução de Inés Carmen Matarese. Buenos Aires: INTAL, 1973, p. 26. “Na Europa Ocidental, o regionalismo apresenta-se como resposta à crise do modelo moderno do Estado, como mecanismo de correção da sua sobre-extensão e como instrumento de restauro das suas legitimidades, credibilidade e adequação. (...) A regionalização é um processo através do qual o Estado cria no seu seio entidades novas, cujas fronteiras, orgânica interna, e competências são por ele definidas, para, através delas, melhor exercer a sua ação sobre a sociedade.” AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. **Do estado soberano ao estado das autonomias**. Porto: Afrontamento, 2005, p. 125 e 128.

[7] Dentro dessa concepção, a supranacionalidade “expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a

regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas.” STELZER, Joana. **União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2006, p. 119.

[8] Não se percebe, no desenvolvimento da União Européia, obediência estrita às formulações da Teoria da Integração Econômica de Bela Balassa ou Jacob Viner, pressupondo, por exemplo, uma fase de Zona de Livre Comércio. Antes, a União Européia fez o que era possível, às vezes retrocedendo, outras vezes avançando nas iniciativas de integração.

[9] SIDJANSKY, Dusan. **O futuro federalista da Europa.** Lisboa: Gradiva, 2006, p. 124.

[10] COMUNIDADES EUROPÉIAS: GABINETE EM PORTUGAL DO PARLAMENTO EUROPEU. **50 anos de Europa: os grandes textos da construção européia.** Lisboa: Daltran, 1998. 1 CD-ROM, doc. nº 70

[11] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Livro Branco.** Bruxelas: Documentação interna, 1985 (jun.). COM (85) 310 final, p. 5-40.

[12] CECCHINI, Paolo. **A grande aposta para a Europa: o desafio de 1992.** Tradução de Serviços da Comunidade Européia. Lisboa: Perspectivas & Realidades, 2000, p. 21-166.

[13] O nome deve-se ao fato de os integrantes reunirem-se em um restaurante conhecido por este nome.

[14] “Um ‘Livro Branco’ é um conjunto oficial de propostas numa área específica. Um ‘Livro Verde’, em contrapartida, apenas apresenta uma variedade de idéias destinadas a servirem de base para debates antes da tomada de decisão.” COMISSÃO EUROPÉIA. **A Europa de A a Z.** Luxemburgo: Serviço das publicações das Comunidades Européias, 1997, p. 258.

[15] CECCHINI, Paolo. **A grande aposta para a Europa: o desafio de 1992,** p. 9 e 16.

[16] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do mercado único.** Bruxelas: Documentação interna, 30.10.1996. COM (96) 520 final, p. 3-35.

[17] A referência diz respeito aos trabalhos realizados ao longo de dois anos. Para tanto, a Comunicação enumera alguns documentos sobre os quais teria firmado seu posicionamento, entre outros: trinta e oito estudos, uma pesquisa junto às empresas e um documento de trabalho dos serviços da Comissão que resume as principais conclusões dessas análises. Os resultados alcançados sugeriam a criação entre trezentos mil e novecentos mil novos postos de trabalho, um aumento de 1,1% a 1,5% do rendimento na União entre 1987 e 1993 e taxas de inflação 1% a 1,5% mais baixas, no período. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do Mercado Único,** p. 3.

[18] A lide girava, em síntese, sobre o seguinte: a Itália tinha nacionalizado a produção e a industrialização de energia elétrica, em 1962, transferindo o patrimônio das empresas do setor para a sociedade dita Enel. Na qualidade de acionista de empresa atingida (a Edison Volta) por tal medida do governo italiano, o Sr. Flaminio Costa, advogado, viu-se privado dos dividendos a que tinha direito e recusou-se a pagar uma fatura de eletricidade, no valor de 1925 liras. “Interpôs recurso para o juiz de paz, competente em primeira instância, em razão do valor do pedido, alegando que a lei de 6 de dezembro de 1962 relativa à nacionalização da indústria elétrica na Itália era contrária a um determinado número de disposições do Tratado de Roma e inconstitucional. Para este fim, solicitou – e obteve – o reenvio do processo, a título prejudicial, por um lado, para o Tribunal Constitucional da República Italiana, e, por outro, para este Tribunal, ao abrigo do artigo 177, do Tratado.” TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, *Flaminio Costa/ENEL*, Coletânea 1964, p. 564.

[19] TJCE. Ac. 15.07.1964, Processo nº 6/64, *Flaminio Costa/ENEL*, Coletânea 1964, p. 550.

[20] Veja-se que, em relação ao direito derivado, apesar de o Tratado ter consignado que o regulamento era obrigatório (e diretamente aplicável), o Tribunal conformou a precisão necessária.

[21] STELZER, Joana. O Princípio do Reconhecimento Mútuo como Estratégia de Inserção Internacional dos Estados-membros da União Européia. *In: XVII Congresso da Sociedade Latino Americana de Estratégia (SLADE). Anais Eletrônicos*. Itapema (S.C.), 2004. 1 CD ROM, p. 6.

[22] DEZALAY, Yves e TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. *In: FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50.

[23] “Não há como negar, de fato, a substancial natureza pretoriana da construção do direito comunitário, cujos princípios basilares vêm sendo deduzidos a partir da jurisprudência luxemburguesa, proferida por quinze juízes que, formal e materialmente, não representam seus Estados, senão o compromisso apátrida da consolidação e do aprofundamento comunitários.” FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140, a. 35. p. 164.

[24] PESCATORE, Pierre. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Tradução de Inés Carmen Matarese. Buenos Aires: INTAL, 1973, p. 73.

[25] FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 143, a. 36, p. 270.

[26] Foi o que ocorreu no âmbito da livre circulação de mercadorias com o acórdão *Keck e Mithouard*. Veja-se: TJCE. Ac. 24.11.1993, Processos Apensos nº C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, Coletânea 1993, p. I-6097.

[27] “Foi, pois, o TJCE um dos principais obreiros da profunda mutação do método comunitário de governo, através do tríptico constituído pelo efeito direto das decisões comunitárias, pelo primado do direito comunitário e pelo controle judicial das obrigações nacionais, em especial através do meio conhecido como recurso prejudicial, previsto no artigo 177, TCE. Nas décadas de 70 e 80, esta nova natureza do método caracterizou-se por uma acentuada transferência de competências (previamente) nacionais para a esfera comunitária, transferência essa feita invariavelmente a título definitivo. SANDE, Paulo. União Européia: deriva intergovernamental. **Europa – Novas Fronteiras**, Lisboa, n. 7, jun. 2000, p. 48.

[28] PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 82.

[29] LEITÃO, Augusto Rogério. O Tribunal das Comunidades Europeias e a livre circulação das mercadorias no espaço comunitário. *In*: FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Estudos económicos e jurídicos**. Coimbra: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000, p. 229.

[30] VALLÉE, Charles. **O direito das Comunidades Europeias**. Tradução de Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Notícias, *s.d.*, p. 34. Sobre supranacionalidade, ver: STELZER, Joana. **União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

[31] TJCE. Ac. 10.10.1973, Processo nº 34/73, *Variola/Administração das Finanças Italiana*, Coletânea 1973, p. 365.

[32] TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, *Procureur Du Roi/Dassonville*, Coletânea 1974, p. 423.

[33] TJCE. Ac. 11.07.1974, Processo nº 8/74, *Procureur Du Roi/Dassonville*, Coletânea 1974, p. 423.

[34] TJCE. Ac. 20.02.1979, Processo nº 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]*, Coletânea 1979, p. 339.

[35] TJCE. Ac. 11.07.1985, Processos Apensos nº 60/84 e 61/84, *Cinéthèque*, Coletânea 1985, p. 909.

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E A
INCOMENSURABILIDADE DE VALORES: SUA PROPOSTA COMO
REFLEXO DE UMA TRADIÇÃO***

**THE INTERNATIONALIZATION OF RIGHTS AND THE
INCOMMENSURABILITY OF VALUES: IT'S PROPOSAL AS A
REFLECTION OF A TRADITION**

Gabriela Garcia Batista Lima

RESUMO

Analisa a internacionalização dos direitos e a sua relação com o pluralismo jurídico, no sentido geral do termo, ou seja, um pluralismo de valores, culturas e tradições, na influência do direito internacional no direito interno. Para tanto, primeiro caracteriza-se a consolidação do direito internacional em face das principais mudanças contemporâneas, sendo a internacionalização dos direitos, fruto desse novo contexto, além de se vislumbrar também como este mecanismo funciona. Posteriormente, verifica-se a internacionalização dos direitos como oriunda de uma tradição, que busca legitimar determinada prática, e com isso, pode vir a suprir peculiaridades locais, ainda que vise respeitar ao máximo tais diferenças. Em seguida, analisa a questão da incomensurabilidade de valores como uma proposta adequada para a não supressão de cultura na relação entre culturas e direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS. PLURALISMO. VALORES. TRADIÇÃO. INCOMENSURABILIDADE.

ABSTRACT

Examines the internationalization of rights and its relationship with the legal pluralism, in the general sense of the term, that is, in the sense of a pluralism of values, cultures and traditions, in the influence of international law in domestic law. First, it analyses the consolidation of international law in the context of contemporary's major changes, having the internationalization of rights as an adequate system for these changes. It also study how this mechanism works. Subsequently, it analyses the internationalization of rights theory as a reflection of one tradition, seeking legitimacy for determinates practices, which can result on supplying local peculiarities, even though it aims to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

respect these differences. And then, it analyses the issue of incommensurability of values as a suitable proposal in this relation between traditions and norms.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW. INTERNATIONALIZATION OF RIGHTS. PLURALISM. VALUES. TRADITION. INCOMMENSURABILITY.

Introdução: O Direito Internacional, a internacionalização dos direitos e a pluralidade de valores.

O Direito Internacional rege os interesses entre os Estados e outros sujeitos, como um dos instrumentos de organização das relações internacionais. Atualmente, é incontroversa a influência do Direito Internacional para a regulamentação de assuntos no âmbito nacional, e da mesma forma, o reflexo dos assuntos que antes eram meramente regionais ou nacionais no campo internacional.

A internacionalização dos direitos, em termos gerais, consiste na influência do direito internacional no direito interno e vice-versa. Seguindo os fundamentos de Mireille Delmas-Marty, corresponde a um sistema de unificação, uniformização e harmonização na dinâmica do direito internacional, de uma ideologia liberal, na busca de um direito comum, que, portanto, se pressupõe universalista.

O contexto da internacionalização dos direitos se caracteriza pela pluralidade de atores, pela descentralização das fontes do direito internacional, pelo aumento nas formas de normas internacionais, pela existência de verdadeiros regimes autônomos, multiplicando também os mecanismos de se consolidar tais normas, além dos assuntos por elas tratados, que antes eram apenas locais ou nacionais, agora devem adaptar-se à repercussão internacional. Compreende a expansão do direito internacional, em tempos de globalização.

A pluralidade de valores parece controversa com a teoria da internacionalização dos direitos, diante da perspectiva de que o Direito Internacional, com sua proposta universalizadora, exterioriza, não os princípios e regras comuns a todos, mas sim aqueles de uma ideologia que aparece como dominante. É dizer que se tem o direito internacional construído com base em uma tradição específica, se legitimando e expandindo em face de outras tradições e culturas. A noção de pluralismo jurídico consiste, basicamente, no reconhecimento de que existem outras ordens normativas para além da oficial do Estado. Norteando a análise para o direito, admite-se, por este conceito, a coexistência de uma pluralidade de ordens, de sistemas jurídicos distintos.

Pretende-se trabalhar com a noção geral de pluralismo jurídico, ligada à relação entre ordens distintas, com tradições diferenciadas, visando uma coexistência entre direitos, na medida em que a análise focaliza a relação do direito internacional no direito interno. Entretanto, ainda que não consista propriamente o objeto da presente análise, vale destacar, existem duas grandes principais definições de pluralismo jurídico, quando

estudado no âmbito da relação entre o direito nacional e uma ordem distinta de uma comunidade: pluralismo jurídico oficial unitário, na qual o Estado não impõe um limite de decisão no domínio em que a ordem jurídica local e distinta abrange, como, por exemplo, uma ordem indígena, atuando em igualdade com a ordem jurídica estatal; e o pluralismo jurídico oficial igualitário, que dispõe que a característica multiétnica já é constitucionalmente reconhecida, com as leis, decretos e políticas específicas já promulgadas, e que os administradores são obrigados a permitir a expressão de um direito próprio da comunidade local.[1] Entretanto, vale repetir, não é esta a esfera do estudo em questão, mas sim a relação do pluralismo jurídico e o direito internacional no fenômeno da internacionalização dos direitos.

Assim, a presente análise visa uma reflexão acerca da internacionalização dos direitos sob a perspectiva crítica da pluralidade de valores, em que o foco principal é a influência do direito internacional no âmbito normativo interno, e não o contrário. E também, esclarece-se, o estudo se limita ao campo do direito público, estudando no âmbito das normas internacionais públicas, principalmente. Isso por que é possível se estudar a internacionalização dos direitos pela esfera do direito privado, o que não é o objeto da presente reflexão.

Nessa perspectiva, pensar no pluralismo jurídico, em termos gerais, implica racionalizar um problema central na internacionalização dos direitos: como aproximar ou fazer interagir conceitos, noções, valores de ordens jurídicas distintas, muitas vezes incomensuráveis ou incompatíveis, que se orientam para objetivos diferentes, interagir ou se relacionar?

Para tanto, primeiro se estuda a internacionalização dos Direitos em uma análise da consolidação do direito internacional em face das mudanças contemporâneas em tempos de globalização. Posteriormente, busca-se compreender como funciona esse mecanismo da internacionalização dos direitos no campo das normas internacionais públicas, com base, principalmente, na concepção de Mireille Delmas-Marty.

Em seguida, estrutura-se a composição da pluralidade de valores e a internacionalização dos direitos, em uma ponderação voltada para a afirmação do direito internacional como instrumento de legitimação de uma ordem emanada de uma tradição específica, de cunho liberal, no sistema capitalista de produção, com fulcro na vertente de Bourdieu e Hannah Arendt, mas que, todavia, é possível, por meio do direito internacional, lidar com a incomensurabilidade das culturas, justamente ao se compreender como lidar com o pluralismo jurídico, e nesse sentido, a reflexão desenvolve com um estudo que se aproxima das obras de Bernstein, John Gray e Boaventura de Sousa Santos. A internacionalização dos direitos é um sistema fundado no direito internacional ocidental cuja proposta, mesmo que possa suprimir valores por não serem comuns a todos, é uma forma que visa à maximização do respeito a essa pluralidade.

1. A consolidação do Direito Internacional: um contraste entre o modelo clássico e as principais modificações contemporâneas.

A internacionalização dos direitos é um fenômeno que se verifica dada algumas mudanças contemporâneas relevantes na dinâmica das relações internacionais, no âmbito normativo, em tempos de globalização. Para tal compreensão, estrutura-se aqui, primeiro, os elementos centrais que permanecem no modelo clássico do direito internacional, e em seguida, as mudanças essenciais que montam este cenário de atuação da internacionalização dos direitos, destacando-se a pluralidade de sujeitos, aumento do rol de objetos normatizados internacionalmente e a atuação dos regimes internacionais.

1.1 Os elementos centrais do modelo clássico do direito internacional

O direito internacional é um conjunto de regras que ligam Estados e os outros agentes da política mundial em suas relações recíprocas. [2] O estudo das bases do Direito Internacional, necessariamente remonta para a teoria das relações internacionais, pois é influenciado pela dinâmica que esta segue, por constituir um de seus elementos, responsável pela regulamentação da ordem, por meio de um consenso sobre determinada questão.

Na sistemática internacional tradicional, as relações internacionais remetem para o entendimento de enquanto os Estados permanecem em paz, precisam viver em conjunto, e em vez de recorrer à violência procuram então se convencerem mutuamente; e quando entram em guerra, buscam se impor uns aos outros. [3] Nesse panorama, se contextualiza a característica da interdependência entre os Estados.

Outro elemento importante é a política. Essencial na manutenção da ordem internacional é um instrumento de união e de conciliação de interesses da administração interna de cada país com os interesses da humanidade. Importante ressaltar a diferença entre política interna e a política externa: a primeira tende a reservar o monopólio da violência aos detentores da autoridade legítima, a segunda admite a pluralidade dos centros de poder armado. Toda política internacional importa num choque constante de vontades, por estar constituída por relações entre Estados soberanos, que pretendem determinar livremente a sua conduta.[4] Na ausência de um ente superior habilitado para a coordenação da ordem internacional, cada Estado está em uma posição em que é prioridade a proteção seus interesses.

No sistema tradicional da política do poder, considera-se que o principal dever de cada governo seja o de preservar os interesses do povo que governa e representa face aos interesses rivais de outros povos. A potência de um Estado depende do cenário da sua ação e da sua capacidade de empregar os recursos materiais e humanos de que dispõe. [5] A ordem internacional, em suma, reflete a um padrão de atividades que sustenta os objetivos correntes no campo internacional[6] Observa-se uma postura sempre estrategista, que irá se incorporar por parte de todos os sujeitos atuantes no cenário internacional, que então rege as relações internacionais, na construção da ordem mundial, e conseqüentemente, do Direito Internacional.

E nesse sentido, manifesta-se preponderante na resolução de conflitos, o equilíbrio de poder, como parte da mediação estratégica militar e diplomática, elaboração de normas para reger interesses divergentes e interesses comuns. Ilustra-se assim, a dinâmica do equilíbrio do poder no campo internacional, de forma que o poder é a capacidade que tem uma unidade política de impor sua vontade às demais, tanto na diplomacia, diante da capacidade maior ou menor de influir na escolha dos demais sujeitos, quanto em termos de estratégia, pela demonstração da capacidade de força militar. Tais influências são fatores decisivos na tomada de decisões e construção das normas internacionais. [7]

Tal como formulado, a partir dos Séculos XVI e XVII, o modelo de ordem internacional, juntamente com a noção de soberania enfatizam um processo de reconhecimento mútuo, por meio do qual os Estados garantiram-se uns aos outros o direito de jurisdição sobre seus respectivos territórios. Mesmo diante das transformações da contemporaneidade, no decorrer do Século XX, este modelo ainda mantém suas características básicas.[8]

A soberania nacional vê a sua dinâmica tradicional se diferenciar, com o seu domínio de aplicação atual mais limitado em comparação com o modelo tradicional, na medida em que os assuntos tratados anteriormente pelo direito nacional estão resolvidos pelo direito internacional e são criadas novas fontes de direito e novos órgãos de execução e de controle. Nesse sentido, o Estado perde a exclusividade na sua atuação em determinados assuntos, na medida em que o Direito Internacional avança, e o faz de acordo com os jogos de forças e de interesses entre os Estados e os outros atores não-estatais.

Entretanto, não há qualquer perda de soberania, pois é elemento base do direito internacional e das relações entre os Estados. Outros atores que recebem poderes específicos não são soberanos propriamente ditos, ainda que sejam dotados de alguma autonomia ou até de capacidades análogas a poderes soberanos, mas não há transferência de soberania, porque transferir implica perder uma parte do que se está transferindo, tratando-se apenas de uma atribuição de capacidade. [9] Dessa forma, entidades não estatais somente são legítimas para emanar normas internacionais e demandar sobre determinado objeto por que o Estado lhe conferiu tal atribuição. Essa atividade é, portanto, reflexo, ainda que implícito ou indireto, da atuação estatal.

As relações internacionais sempre foram práticas sobre equilíbrio, reunindo vários elementos explicativos da convivência em comum, através dos subsídios da tecnologia, economia e reflexos sóciopolíticos da atividade dos Estados, como forma de coexistência. [10] Nesse sentido, se explica a interdependência dos Estados, que se projeta como liame indispensável da globalização. Assim, do direito internacional tradicional, se reconhece que é permanece essa construção de uma ordem para os diversos assuntos de interesse comum e das relações entre os Estados em geral, com a junção de novos atores e influências oriundas das relações internacionais.

1.2 O Direito Internacional com as principais mudanças contemporâneas

A globalização, com sua velocidade para a constituição de relações jurídicas, desconsiderando tempo e espaço, leva no campo jurídico, para a rápida interação de uma série de fatores, e enfatiza-se assim, para os seus efeitos normativos, que pode então ser entendida como o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o globo. Essa ênfase normativa no processo de globalização é trazida, em uma análise junto com os estudos de Boaventura de Sousa Santos, e é interessante apontar para as formas de globalização que o autor destaca, entre outras ponderações interessante apontar para as duas globalizou com sucesso. m vias para a nao ma relativizacao para que nao : localismo globalizado, em que determinado fenômeno local é globalizado com sucesso; e globalismo localizado, em que se tem o impacto de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais. Boaventura destaca como exemplos de localismo globalizado, a atividade mundial das multinacionais, a adoção mundial das leis de propriedade intelectual e etc. O globalismo localizado pode ser ilustrado pelo comércio livre ou zonas francas, destruição dos recursos naturais para pagamento da dívida externa, uso turístico de tesouros históricos ou indígenas, entre outros.[11] E nessa visão, é complexo definir pontualmente e exclusivamente em que quadro estaria a internacionalização dos direitos, senão no âmbito jurídico que se inserem essas duas formas de globalização.

Entretanto, conforme se verificará ao longo dessa reflexão, a internacionalização dos direitos pode ser visualizada principalmente na direção do localismo globalizado, na medida em que o direito internacional se impõe aos direitos locais, ou seja, um aspecto de uma tradição local que se globalizou com sucesso. No entanto, ressalva-se, é possível estudos acerca da internacionalização pelo norte do globalismo localizado, se, em termos gerais, é um fenômeno de interação entre o direito internacional e o direito interno. Boaventura trabalha também com a concepção de cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade, que serão explicados neste artigo, no âmbito do tratamento da incomensurabilidade de valores.

Ressaltando-se para o efeito normativo da globalização, verifica-se, na ceara de elaboração de normas e da ordem internacional, que a sua dinâmica passa a ser permeada por uma série de fatores que acarretam na descentralização da produção normativa estatal e na transformação subjetiva que passa a tratar o indivíduo como sujeito de direito internacional. A descentralização das fontes e a pluralidade de atores participando no direito internacional se explicam pela atribuição progressiva de competências e de capacidades dos Estados às organizações internacionais e supranacionais, na elaboração e controle das normas internacionais. [12] Incorporam a este fenômeno da internacionalização dos direitos, na medida em que aumenta o rol de produção de normas internacionais que estão tratando, cada vez mais, todos os tipos de assuntos, que antes eram meramente regionais ou locais.

A multiplicidade de atores na atuação da exploração de setores sociais, em que as expectativas ampliaram-se para alcançar, além dos aspectos econômicos da vida humana, outras necessidades e modo de organização os mais variados, provocaram o surgimento de regimes normativos autônomos dissociados do Estado, e do limite territorial que este representa na regulamentação internacional. [13]

Os regimes internacionais são os princípios, normas, regras e decisões reflexos da convergência de interesses de seus atores. Os princípios são o conjunto coerente de estabelecimentos teóricos, as normas especificam formas gerais de comportamento, e as

regras e decisões se referem às prescrições específicas de comportamento em áreas definidas.[14] Representam a própria dinâmica do Direito Internacional, na medida em comportam o próprio resultado da interação entre os seus diversos atores, que não se limitam mais somente aos Estados, além das várias formas que estes regimes podem adquirir na elaboração das normas.

Ademais, não se deve esquecer o contexto em que os regimes surgiram, por ser uma questão de política internacional que interfere na internacionalização dos direitos, dado o grau de influência da questão do equilíbrio de poderes nas relações internacionais. Tal ressalva remete para a divisão doutrinária Norte-Sul, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, cujo relacionamento é o de conflito de interesses, o que reflete claramente na tomada de decisões no plano internacional, e na criação das normas pertinentes.^[15] O grau de influência na criação da norma é reflexo dos efeitos da globalização nesse sistema, e isso contribui para a reconstrução dos regimes internacionais e a determinação de uma lógica própria para cada regime.

Foram se criando regimes próprios e distintos daqueles propostos pelos países do Norte, na medida em que os países do Sul não podiam influenciar no campo internacional por meio de ações unilaterais. Sua fraqueza é resultado do subdesenvolvimento das políticas e sistemas sociais, que não são fortes suficientemente para prover ajustamentos que poderiam suportar os choques externos, e no âmbito externo, o seu poder de capacidade é limitado, pois a economia nacional e as fontes militares não eram capazes de influenciar nas decisões dos países desenvolvidos.^[16]

Todavia, em muito, os países do Sul tiveram de se submeter ao rumo que os países do Norte colocavam para as relações internacionais, e para a constituição do Direito e da ordem internacional. No entanto, na medida em que foram se fortalecendo e participando no cenário internacional, com essa postura contestadora da ordem vigente, os países em desenvolvimento acabaram por demonstrar sua atuação, buscando alterar o sistema e produção de normas internacionais, e então emergem os mais diversos regimes nos mais diversos campos internacionais.

Os regimes são específicos no que se refere à matéria e ao modo de tratar essa matéria, adquirindo uma verdadeira autonomia na regulamentação daquela questão, e por isso se verifica uma mudança na perspectiva da efetividade do Direito Internacional, pois esta é avaliada dentro de cada regime em específico, com sua estrutura de eficácia própria. São determinantes para a internacionalização dos direitos, na medida em que fazem parte do processo de elaboração de normas internacionais, na uniformização, unificação e harmonização de interesses e regras.

Nesse sentido, na vertente de Ha-Joon Chang, interessante ressaltar para a pressão que os países em desenvolvimento vêm sofrendo, por parte dos países desenvolvidos, para seguir as políticas internacionais de desenvolvimento, por estes apontadas. A discussão ensejada indaga se essas políticas recomendadas são meramente convenientes para aqueles que sugeriram, visando dificultar o caminho para o desenvolvimento em si, pois não foram exatamente aquelas aplicadas quando os países desenvolvidos ainda estavam em processo de desenvolvimento.[17] A análise de Chang ilustra a complexidade da tensão nas relações internacionais, entre os sujeitos desenvolvidos e os em desenvolvimento, não obstante os aspectos ambientais, penais e de direitos humanos, entre outros, que chamam a atenção internacional para a sua

regulamentação, e para a necessidade de cooperação para sua efetivação, o que parece ser difícil, à primeira vista, em um ambiente que se demonstra competitivo.

A internacionalização dos direitos, tendo como pressuposto a velocidade com que as relações são concretizadas, bem como a questão da interdependência no cenário internacional, apresenta-se como um mecanismo pelo qual interesses de cada Estado são permeados pelos valores então impostos pelo direito internacional. A crítica que se constrói, em geral, é justamente que esses valores ditos comuns são colocados de forma que não há muito espaço para uma escolha diversa daquela, justamente diante da interdependência nas relações internacionais.

É dizer que torna complexo, embora não anula o papel do Estado na defesa dos seus interesses. Por outro lado, importa também na própria construção de uma ordem, é uma proposta de sistematização das relações internacionais, adaptadas aos elementos que vão surgindo e dinamizando o cenário, e é, portanto, incomensurável com uma análise em que os Estados defendem somente os seus interesses, existe, pois, toda uma interferência entre o contexto internacional e o interno.

A peculiaridade da internacionalização dos direitos consiste no resultado dessa interação desses elementos que emergem com a globalização, com a rápida velocidade nas negociações internacionais, elaborações de normas, que compõem a um sistema próprio, com diversos assuntos transfronteiriços e pelos mais variados atores nas relações internacionais, em que se verifica essa interferência do direito internacional no direito interno e vice-versa.

2. Os mecanismos da internacionalização dos Direitos

A construção do sistema da internacionalização dos direitos comporta as técnicas de unificação, uniformização e harmonização, segundo Delmas-Marty. A unificação é raramente espontânea, e é pelo direito internacional que se realiza normalmente, pelas convenções que substituem as regras nacionais diferentes. A uniformização é um processo diferente que consiste em adaptar os direitos nacionais às regras definidas pelas convenções internacionais, sendo que cada ordenamento mantém sua identidade, suas técnicas, que então veiculam a aplicação de uma regra internacional comum. [18]

Tanto a unificação como a uniformização, se baseia em um princípio de identidade das práticas nacionais reguladas por uma norma em comum, e conduzem a uma única decisão. A harmonização, entretanto, é ordenada diante da impossibilidade de identidade ou de proximidade entre os sistemas, diante de diferenças que são julgadas incompatíveis, como, por exemplo, entre vários conceitos de dignidade que resultam em consequências totalmente diversas. A harmonização é politicamente mais aceitável, e favorece uma concepção tolerante e pluralista do direito, pois sustenta as técnicas de argumentação e interpretação em que as partes definem os critérios de avaliação para uma comparação entre os sistemas, mecanismo em que é necessário objetividade, transparência e rigor, para se definir uma concepção comum de quais critérios de comparação, argumento e interpretação.[19]

Vale ressaltar a importância da democracia para a viabilização da internacionalização dos direitos, por permitir a participação política. Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty coloca o método da unificação, uniformização e harmonização como pluralista que “*vive da tolerância, mas também é resistente ao intolerável*”. [20] Todavia, a pluralidade de valores pode não ser respeitada como se pretende, dada essa dinamização de imposição de uma ordem específica de cada ceara normativa, com suas próprias exigências nem sempre comum a todas as tradições, mas que, diante desse mecanismo, as tradições diversas tem que se adaptar.

Empiricamente, a influência do direito internacional pode ser ilustrada na esfera do direito penal, pelo Tribunal de *Nuremberg*, criado para julgar os acusados de colaboração para o regime nazista, e posteriormente, de outros dois tribunais, com caráter temporário, criados para julgar as crueldades ocorridas na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Tais tribunais demonstram a evolução do processo de internacionalização dos Direitos que então se mostra concretizado no Tribunal Penal Internacional, regulado pelo Estatuto de Roma, desde 1998, se destacando por sua natureza permanente.[21]

A própria transposição de uma natureza transitória para permanente em um Tribunal Internacional cujo Tratado é composto por uma série de regras que impõe a unificação dos conceitos e do tratamento dos objetos dos preceitos normativos, ilustra, no âmbito da constituição das normas, a necessidade de os direitos internos dos Estados estarem em conformidade com o Direito Internacional.

O Brasil entrou para o regime que adota tal Estatuto, em 2000, posteriormente aprovado pelo Parlamento Brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 112/2002, com o depósito da carta de ratificação emitida no mesmo ano, integrando do Direito Brasileiro com status de norma constitucional, não podendo quaisquer dos direitos e garantias nele constantes serem abolidos por qualquer meio, inclusive por emenda constitucional.

Importante denotar que é vedada qualquer possibilidade de reservas neste Tratado, por parte dos Estados membros, para evitar eventuais conflitos de interpretação, ou escusa no cumprimento das obrigações. Ressalta-se que a jurisdição do Tribunal não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar qualquer Estado membro da Organização das Nações Unidas (ONU); e também não se confunde com a jurisdição universal, sendo necessário um regime de cooperação entre os membros para a sua viabilização. Denota-se também que a jurisdição do Tribunal incide apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penais e processuais internas. A competência para julgamento de tais crimes só vigora em relação àquelas violações praticadas depois da entrada em vigor do Estatuto no Estado. [22]

Nesse exemplo em específico, um tratado trouxe definido o caminho a ser traçado para a adequação do direito interno ao direito internacional, com uma definição clara dos limites da norma internacional. O Tribunal Penal Internacional delimita importante avanço no âmbito da defesa dos direitos humanos. Entretanto, vale explicar, a crítica da reflexão da internacionalização dos direitos com base na pluralidade de valores, de tradições, de ordens normativas distintas se remete ao aspecto de que: o que se conceitua como válido para todos na norma internacional, nem sempre é possível de ser

adaptado à tradição do direito interno, mas este se adapta, em vista da política internacional de se manter uma ordem, que não teria poder para questionar.

No aspecto constitucional, a internacionalização do Poder Constituinte pode ser entendida como a influência direta do Direito Internacional na produção de normas constitucionais, ou seja, se verifica que as normas internacionais, em razão do seu objeto, podem ganhar o status de norma constitucional no direito interno dos países. [23] Os cidadãos sofrem efeitos de uma escolha política que se realizou no exterior das fronteiras estatais.

Tal fenômeno pode ser verificado também na atuação de operadores do direito nas missões de reconstrução do Estado, quando estes fracassam nas suas funções básicas e buscam apoio em organismos internacionais, entidades supra-estatais ou extra-estatais, para garantir a ordem e a segurança. Esse contexto pode ser ilustrado pelas operações de paz da ONU que, para além da assistência e observação do processo eleitoral, intervêm no sentido da reconstrução do Estado e de suas instituições jurídicas. [24]

Outro exemplo é a relação do direito internacional e do direito nacional nas comunidades indígenas[25], em específico para a presente análise, na questão do aproveitamento do conhecimento tradicional. Ainda que não caiba neste trabalho um desenvolvimento mais completo, é importante ressaltar a seguinte questão: um dos aspectos que emerge dessa questão de se incentivar pesquisas junto com as comunidades indígenas, consiste na compensação pela utilização do seu conhecimento tradicional. Ou seja, saber conduzir a relação dos direitos de propriedade intelectual e de gestão do sistema de patentes – que são instituições jurídicas não indígenas por natureza – com a participação das populações indígenas nessas pesquisas.

Nesse aspecto, a capacitação de técnicos em torno de outras formas de ordem jurídicas, próprias e distintas, como no caso de cada comunidade indígena, de se fazer ciência constitui importante elemento na relação entre direitos: uma estrutura de diálogo em que se confrontam sistemas de conhecimentos distintos, na qual se leva em conta a tradição local e elementos da sociedade emergente, formando tecnologias híbridas a favor dos interesses que levantaram tais pesquisas.

Existe uma importante repercussão na internacionalização dos direitos, acerca de como se proteger o conhecimento tradicional contra a exploração injusta pelas populações não indígenas. Em termos gerais, tal discussão gira em torno da dificuldade de se proteger o conhecimento tradicional somente com as regras de direito de propriedade intelectual, e se volta para a tentativa buscar elementos para a construção de uma espécie de sistema próprio para essa natureza de conhecimento. [26]

Um sistema que comporte outros institutos além daqueles de propriedade industrial e de direito de patentes, e que seja capaz de se amoldar à peculiaridade de se tratar de um conhecimento tradicional que deve ser preservado, além de ser possibilitar também, a compensação da população indígena, de alguma forma, pelo uso desse conhecimento tradicional. Tal tentativa é justamente a busca pela normatização entre ordens incompatíveis por natureza, questão central na internacionalização dos direitos.

A aplicação do Direito às populações indígenas constitui sensível exemplo de aproximação entre culturas que, se mal articulada, irá acarretar em violência e supressão

de uma tradição em face da outra. Levar tal perspectiva pluralista para o âmbito jurídico, político e administrativo, significa levar à discussão o reconhecimento de que os povos indígenas precisam ter o poder de decisão sobre sua cultura, economia, terras e sociedade, que, no contexto brasileiro, significa lutar contra toda uma construção histórica de supressão e domínio.

Nesse cenário, se verifica a intensificação do tratamento jurídico internacional de certos problemas e conflitos dada a sua repercussão transfronteiriça, ainda a causa tenha ocorrido apenas em um panorama regional ou local. Nesse sentido, os objetos de normas internacionais permeiam assuntos que antes eram desta ceara local ou regional, como, por exemplo, a conservação ambiental, com a necessidade de implementação do desenvolvimento sustentável, a proteção do homem contra tratamentos como a tortura e o racismo e a promoção do desenvolvimento humano com os objetivos de erradicação da fome e da pobreza e etc.

Nesse sentido, não é um processo único e com limites nítidos, e forma bem definida. Pelo contrário, a medida interação entre os direitos nacionais e internacionais acaba por depender do grau da mobilização daquele assunto na ceara internacional e do discurso da necessidade de imposição de uma ordem internacional, em cada área em específico, com o fundamento de que tal harmonização se mostra a única forma de se regulamentar aquela demanda de repercussão transfronteiriça.

O direito comparado, com sua argumentação e interpretação é também uma forma de internacionalização dos direitos. Explica Delmas-Marty que após as contradições aparentes, a comparação entre os sistemas pode esclarecer as escolhas por um uso diferenciado das convergências e divergências, sendo que as convergências conduzem a uma unificação do direito e as divergências necessitam da construção de um sistema mais difícil. [27]

Em que pese o papel do direito comparado, o contexto mais forte deste fenômeno está no Direito Internacional, pela atuação de suas fontes principais. A internacionalização tem seu âmbito mais forte no contexto da implementação das Convenções, Tratados e Declarações, além da jurisprudência internacional, influenciando o Direito interno.

Nesse sentido, questiona-se até que ponto o Direito Internacional vem a “invadir” a esfera nacional? A internacionalização dos direitos demanda em diversos campos, a necessidade da harmonização, unificação ou uniformização de suas normas, mas e os valores de cada tradição? Se a internacionalização dos direitos se pretende um mecanismo de interlocução entre direitos para a construção de um direito em comum, o seu sistema consegue lidar com a incomensurabilidade?

Enquanto um sistema que propõe a construção de um direito comum e universal, a resposta parece ser não, justamente por não materializar esse caráter de universalidade enquanto respeito à incomensurabilidade. Entretanto, outras perspectivas podem ser traçadas ao se reconhecer tal sistema apenas como reflexo de uma tradição, entre outras tradições, e que propõe uma forma de relacionar diferentes direitos e ordens, ainda que talvez não seja a melhor forma possível.

3. A internacionalização dos direitos como mecanismo de legitimação de uma ordem individualista e uma proposta para a questão da incomensurabilidade de valores

Superado o entendimento da internacionalização dos direitos, traça-se uma reflexão acerca da afirmação deste sistema como um mecanismo de legitimação de uma ordem individualista na dinâmica capitalista que rege as relações internacionais. E, posteriormente, denota-se para a questão de como se tratar a incomensurabilidade de valores, que demonstra ser, então, o cerne da relação entre a internacionalização dos direitos e a pluralidade de valores, ordens, tradições.

3.1 A internacionalização dos direitos como legitimadora de valores de uma tradição individualista

Com relação à legitimação, se vislumbram dois aspectos principais: essa internacionalização pode funcionar como legitimadora de uma outra ordem, que não a local, por ser também um sistema de concretização da ordem internacional no modelo capitalista de produção. O segundo aspecto de reflexão, de cunho jurídico normativo, é que a internalização da norma internacional, ainda que formalmente válida, pode suprimir valores locais, afetando na própria efetividade jurídica.

No que tange ao primeiro aspecto, o Direito Internacional atua diante da predominância do sistema capitalista de produção nas relações internacionais, e por isso, pode-se realçá-lo como um modelo de imposição. Isso por que a velocidade na concretização das relações jurídicas se tornou essencial para a efetividade da ordem internacional, que, por sua vez, é veículo de concretização das relações internacionais no contexto do sistema capitalista. Essa é perspectiva de Hannah Arendt, que, enquadra a velocidade como elementar na concepção moderna de produção, e que a economia capitalista atua orientada para o acúmulo de riquezas e para a possibilidade de serem transformadas em capital pelo trabalho, em um contexto em que a distância enquanto barreira permanece suprimida diante do que hoje pode ser entendido como a globalização. [28]

Hannah Arendt explica ainda que o processo de acúmulo de riqueza e produção de capital, estimulando a própria vida humana é possível somente se o mundo e a própria característica mundana do homem forem sacrificados. É o que coloca como um reflexo da alienação ao mundo, das coisas que acontecem no mundo. [29] E é essa alienação às coisas mundanas o enfoque para se corroborar o Direito Internacional como uma imposição de valores, imposição que, influenciada por tal alienação, não se preocupa com o que está acontecendo com o mundo, o que importa é fazer o sistema funcionar, e em uma velocidade cada vez maior.

É a legitimação de uma ordem, na perspectiva de Bourdieu, aplicando-se ao contexto da influência do direito internacional no direito interno segue a lógica jurídica de se justificar uma determinada prática. Segundo Bourdieu, as práticas e os discursos jurídicos são o produto do funcionamento de um campo cuja lógica segue, por um lado, pelas relações de forças específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço das possíveis soluções jurídicas. O campo

jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. [30]

Utiliza-se, aqui, os estudos sobre o poder simbólico para ilustrar essa representação de uma tradição que se impõe perante outras, sem, contudo, se pretender que esta imposição seja certa ou errada, consiste apenas em um esclarecimento do funcionamento da internacionalização dos direitos como um sistema de ordem nas relações internacionais. Consiste em afirmar a internacionalização dos direitos como uma forma de legitimação de uma ordem que se pretende ser imposta a todos, de uma ordem oriunda e implementadora de elementos de uma tradição ocidental liberal, e cuja consequência é a imposição de regras de uma tradição, e não de um direito comum a todos, como pretende a sua proposta.

Outro ponto a ser levantado é, seguindo-se a perspectiva de Louis Dumont, a influência do individualismo no modo de pensar e agir no desenvolvimento das comunidades, na formatação de quem se enquadra no poder, no desenvolvimento dos princípios e mesmo o Direito. O indivíduo pode ser colocado como elemento chave para o entendimento do comportamento humano, em seus diversos âmbitos: político, social, jurídico e até mesmo individual.[31] A internacionalização dos direitos, embora reconheça a complexidade de lidar com as diversas culturas e sistemas de direito, não apresenta uma proposta de não supressão dos valores, a não ser pelo próprio sistema, ou seja, não se reconhece os outros sistemas, apenas que eles, adaptados, fazem parte deste que se legítima.

No que se refere à reflexão no campo jurídico normativo de atuação do sistema da internacionalização dos direitos, a análise gira em torno da efetividade jurídica. Tem-se que os tratados passam a integrar a legislação interna, exigindo-se toda uma adaptação normativa, e, portanto, existe uma integração com as técnicas peculiares de cada ordenamento nacional. Por outro lado, entretanto, tal internacionalização resulta também na inclusão também de novos sistemas de regras no meio nacional, e isso pode vir a acarretar na supressão da tradição local, se esta se encontra incompatível com as práticas exigidas na internacionalização dos direitos.

Quando inseridas e adaptadas ao ordenamento jurídico interno dos países, as regras passam a ter um caráter de obrigatoriedade para a população, restando institucionalizadas pelo órgão nacional responsável para tanto. A internacionalização dos Direitos coloca os cidadãos em um estado em que não estão mais cumprindo as ordens de sua tradição local, mas também aquelas que são resultado de todo um jogo político de interesses da ceara internacional. Nesse sentido, não somente a ordem nacional, mas os valores e a tradição devem estar em harmonia com a ordem internacional.

Além disso, tanto as normas oriundas de tratados, quanto aquelas oriunda de instrumentos não convencionais remontam para a necessidade de adaptação do ambiente interno para a possibilidade de aplicação, para possibilitar a sua efetividade,

propriamente dita. O plano da efetividade é o grau de incidência de obediência à norma jurídica. É o passo para além do mundo jurídico e diferencia-se, portanto, da eficácia, que se traduz para a qualidade de produzir os seus efeitos típicos, a efetividade da norma reflete na sua incidência.[32] É a regra jurídica enquanto momento da conduta humana.

Analisar o cumprimento de uma norma interna é analisar a sua efetividade jurídica. A aptidão para a produção de efeitos jurídicos incorpora a sua correspondência com o mundo dos fatos, tanto em elementos valorativos e de adequação. A capacidade de produção de efeitos de uma norma está diretamente relacionada com a sua correspondência com os valores daquela sociedade. Nesse sentido, a internacionalização dos direitos, além de ser um sistema que acaba impondo-se em face da tradição local, pode também encontrar entraves na sua efetividade, tendo em vista justamente este aspecto de que os valores que carregam podem não corresponder com os mesmos valores daquela localidade, ao ponto de não se conseguir até uma harmonização.

Delmas-Marty reconhece que a imagem de um direito que é a síntese de todas as famílias jurídicas é realmente impensável[33], entretanto, coloca a internacionalização dos direitos um sistema habilitado para harmonizar os diferentes sistemas jurídicos. Todavia, restou claro que há uma influência nos valores, estes que não são inicialmente comuns a todos, acabam sendo suprimidos em favor de outros, então legitimados pelo sistema propostos.

Todavia, até na internacionalização dos direitos, enquanto mecanismo de intermediação entre direitos distintos, as instituições estatais são indispensáveis para conter alguma possível injustiça, assim também enfatiza a democracia como elemento integrador desta proteção, e este é o fundamento liberal da equidade e do progresso em que o sistema da internacionalização visa operar, buscando uma harmonização em um contexto essencialmente pluralista. Nessa perspectiva, os institutos da sociedade civil se demonstram elementos chaves para essa relação entre internacionalização dos direitos e as tradições locais, na questão da incomensurabilidade.

3.2 Uma proposta de como se tratar a incomensurabilidade de valores

Ressaltados os aspectos de contemporaneidade em que trabalha a internacionalização dos direitos, bem como a ação normativa deste mecanismo e a afirmação de que consiste uma proposta de uma tradição específica, de cunho liberal, no curso dos atores que detém maior influência na formulação do direito internacional, com vias a manter funcionando o sistema capitalista de produção, insere-se na reflexão, o aspecto de como lidar com a incomensurabilidade de valores, de tradições e culturas distintas. E, nesse sentido, esclarece-se que, primeiro traça-se os principais aspectos desse conceito, o de incomensurabilidade, para depois enfatizar a relevância da sociedade civil e atuação das ONGs, e a relação com a noção de cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade, sempre com vias à capacitação da habilidade de lidar normativamente com sistemas de direitos distintos.

Presentes nos estudos pós-modernos, a concepção de incomensurabilidade, na perspectiva de Richard Bernstein, pode se manifestar como um método adequado a uma relação que vise a não supressão, mas a interação de ordens distintas. Um sistema nesse sentido precisa se constituir com elementos que viabilizem uma relativização entre as ordens a serem relacionadas, na medida em que não se visa suprir uma em face da outra. A incomensurabilidade não é oposta à comparação, é o que permite fazer que a comparação dos paradigmas tenha uma maior precisão. [34]

Importante esclarecer que a crítica que Bernstein remete é para a estrutura da ciência ser pendular entre o objetivismo e o relativismo e a resposta que o autor emprega a sua pesquisa é, em suma, o reconhecimento da hermenêutica como principal instrumento capaz de resguardar a incomensurabilidade a ser utilizada em um espaço para o diálogo. Tenta enquadrar um modelo que respeite e pondere a incomensurabilidade e, aplicando-se isso à afirmação de que a internacionalização dos direitos é um sistema que propõe uma forma de diálogo de modo a tentar harmonizar essa incomensurabilidade de tradições.

Condiz, pois, com o pressuposto de que os objetos que são tidos como de comparação, são incomparáveis, na medida em que se constroem sob culturas diferentes, fundamentos distintos. Outro doutrinador nesse sentido é John Gray, que demonstra a concepção de pluralismo objetivista. Tal proposta reconhece que há valores últimos conhecidos, conflitantes e incombináveis. Essa variedade de pluralismos pode permear uma a outra, especialmente quando culturas e formas de vida tem que interagir uns com os outros, ainda que seus valores não sejam necessariamente harmônicos, o pluralismo é uma variação da imperfeição da vida humana. O que o pluralismo objetivista coloca é que destrói a idéia de vida humana perfeita e se reconhece a incomensurabilidade entre as culturas e formas de vida.[35]

Esclarece-se que John Gray estrutura a sua análise em uma crítica ao liberalismo, e se colocando em uma ceara pós-liberalista. Coloca que o liberalismo enquanto uma doutrina política, cujos pressupostos são o individualismo, o universalismo, a equidade e o progresso, que não sobrevive à pluralidade de valores, justamente por sua incomensurabilidade de formas de vida.

John Gray explica que o individualismo, em que o indivíduo está à frente do coletivo, é apenas mais uma forma de organização e que existem diversas outras, como o holismo, em que se enfatiza o coletivo; o universalismo, que consiste na demanda não relativista que impõe direitos e deveres a todos os seres humanos, desconsiderando circunstâncias históricas e peculiaridades culturais. Também coloca como superada a equidade, na medida em que existem formas de organizações e ideologias em que a equidade simplesmente não é aplicada. [36] E demonstra uma perspectiva pós-liberal, propondo, não uma legitimação do liberalismo e suas bases, mas a retirada do melhor modelo possível, dentro da tradição liberal, no estudo empírico, de um sistema habilitado a respeitar a incomensurabilidade de formas de vida, e sugere ser a sociedade civil, a melhor forma de se englobar culturas distintas, justamente por sua tolerância e institutos que buscam uma maior harmonização de interesses.

Se existe uma diversidade de formas de vida, organizações, englobadas em modos de vida que somente alguns deles podem ser acomodados com um regime liberal, então a ordem liberal não tem superioridade sobre aquelas não liberais. O valor pluralismo dita

um pluralismo também nos regimes políticos, e é a sociedade civil, com a sua garantia de liberdade e seus limites no governo, que implicam que permanece viva e emerge em vários lugares do mundo, e não o liberalismo enquanto doutrina. [37]

A sociedade civil parece a proposta mais adequada para o pluralismo de valores, tendo em vista ser uma forma de sociedade na qual a prosperidade de valores da uma civilização moderna pode ser reproduzida, em que concepções incomensuráveis podem coexistir em paz, por ser tolerante na diversidade de perspectivas, religiosas e políticas, na qual o Estado não procura impor uma teoria compreensiva, e onde o governo está restrito à lei. A Sociedade Civil e um governo ilimitado são incompatíveis.

Assim John Gray propõe, na perspectiva do pós-liberalismo, a estruturação de um diálogo entre culturas sob o prisma da sociedade civil e em uma filosofia de tolerância, o que pode ser levado à compreensão da constituição do Direito Internacional, visando uma perspectiva de não supressão de valores. E Bernstein aponta para a ênfase à hermenêutica como instrumento capaz de lidar com a incomensurabilidade, em um espaço em que se é estruturado uma ação para o diálogo.

E não somente a atuação da sociedade civil propriamente dita, mas a atuação das ONGs é também fundamental. O centro da questão é aprender a lidar com o pluralismo jurídico, e nesse papel, a gestão participativa é fundamental. As ONGs assumem a intercessão entre leis nacionais e internacionais no nível local, bem como na relação entre as tradições locais nos fóruns nacionais e internacionais, exercendo papel de mobilização e tradução das necessidades locais na elaboração de políticas que ali se aplicarão. [38] Com o trabalho das ONGs, é possível se diagnosticar a situação sócio-econômica, a infra-estrutura, as necessidades e potencialidades das comunidades locais, permitindo a identificação de quais elementos uma política normativa específica deve trabalhar para aquela determinada comunidade.

O tratamento da incomensurabilidade, na perspectiva de Boaventura, remete para as outras duas questões de globalização apenas mencionadas no início. Boaventura esclarece como visualiza a globalização, pelo localismo globalizado e pelo globalismo localizado, conforme se explicou anteriormente. Entretanto, ressalta para outros dois aspectos que não se adequariam a nenhum dos dois, mas que são de igual ênfase: o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade. Com relação ao patrimônio comum da humanidade, destaca o direito internacional como importante veículo de proteção, dada a emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta: a sustentabilidade da vida humana, ou temas ambientais de conservação da biodiversidade, gerência de recursos comuns e etc.[39]

Quanto ao cosmopolitismo, vale enfatizar na atuação de entidades, dos instrumentos viabilizados pelo direito internacional para a defesa de seus interesses, que buscam, não a supressão, mas a interação de ordens, e quanto ao patrimônio comum, são as repercussões de caráter mundial de fato, como a necessidade de conservação ambiental, e que por isso, denota como importante se recorrer ao direito internacional. As atividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores, filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, as ONGs, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e

científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc. [40]

Saber intermediar esse mecanismo da internacionalização dos direitos para que não suprima culturas locais é uma atuação conjunta dos atores interessados, eis a importância das instituições da sociedade civil: levantar e fazer repercutir quais as necessidades que precisam ser vistas para que não se imponha uma norma internacional em detrimento da tradição local. É uma questão também de política pública, incentivo e investimento em projetos de gestão de participação da população com as empresas interessadas nos seus assuntos específicos.

Conclusão

A internacionalização dos direitos reflete a relação entre o direito internacional e as principais mudanças nas relações internacionais. Visa uma ordem baseada no direito internacional liberal, com sua característica universalista, pretende a construção de um direito comum. Sua sistemática tenta adequar essa pluralidade de valores e tradições, em um contexto em que a interferência do direito internacional no direito nacional é inevitável.

As peculiaridades da contemporaneidade das relações internacionais são de difícil ou quase impossível síntese, entretanto é possível delinear pelo âmbito jurídico normativo, os principais aspectos de repercussão, como se vislumbra da presente reflexão. Isso por que não há como afirmar a internacionalização dos direitos como um aspecto totalmente negativo, ou totalmente positivo, no que se refere na questão da interferência nos direitos internos.

O que se pode definir é que uma internalização normativa inadequada pode vir a ter os efeitos negativos de eliminação de culturas e inviabilizar o diálogo entre tradições. Eis a perspectiva do pluralismo de valores no estudo da internacionalização dos direitos. E que, não é somente no momento da internalização que se pode ter essa inadequação, mas na própria normatização, se não se vislumbra a incomensurabilidade dos conceitos, formas de vida e tradições no cerne da regra jurídica.

Ademais, enfatiza-se o direito internacional como instrumento capaz de nortear a defesa de questões dentro da concepção de patrimônio comum da humanidade. Questões que remetem para a própria sobrevivência do planeta, e do ser humano. Esfera em que outras entidades, além do Estado, são importantes na construção de uma ordem que não resulte na supressão de ordens locais.

Entretanto, mister reconhecer que não há nada propriamente universalista, no sentido de se vislumbrar ordens distintas, um mecanismo fundamentado para visar à construção de um direito comum. Tal afirmação corresponde a uma argumentação que pretende a legitimação de uma prática jurídica, construída com todas as peculiaridades do equilíbrio de poderes nas relações internacionais, que remete

também a imposição de uma forma de organização em detrimento de outras, suprimindo tradições locais, no caso da incompatibilidade de valores.

A harmonização como forma de internacionalização é a técnica visada justamente quando há uma incomensurabilidade de valores, com pressupostos de tolerância e equidade. O que ocorre é, em vista da diversidade de outras formas de vida, este sistema pode não ser o mais adequado, e mesmo neste caso, ainda assim é utilizado, e por isso a afirmação de que a internacionalização ainda pode se manifestar como uma legitimação de uma ordem em desfavor de outras.

Permanece de grande importância à promoção também dos institutos da sociedade civil, das ONGs e projetos e políticas voltadas para a implementação de gestão participativa. Não se pretende aqui, outra imposição de um outro tipo de mecanismo de legitimação da ordem individualista liberal, ainda que, no caso específico da sociedade civil esta seja também reflexo de uma tradição liberal. O que se visa enfatizar é capacidade desses institutos, em lidar com a incomensurabilidade de valores, de formas de vida, de ordens distintas, tendo em vista suas instituições serem construídas para que consigam lidar com possíveis injustiças, submetendo os governos à lei, e propondo um sistema de tolerância as diferentes culturas e de diálogo entre elas.

De um lado, há a necessidade de um mecanismo jurídico mínimo, mecanismo regulador do sistema econômico entre os sujeitos das relações internacionais, e de outro, a consideração para a incomensurabilidade do mundo em que ele vai se aplicar. O direito internacional como é proposto é apenas mais uma forma de organização, na medida em que é construído por determinada tradição, a liberal.

E sob esse aspecto, tratar a incomensurabilidade na internacionalização dos direitos é também uma questão de efetividade. Assim, tendo em vista ser um reflexo das transformações contemporâneas, a formalização das normas diante da internacionalização dos direitos, acaba por ensejar que a construção normativa precisa de todo um processo de cooperação para que de fato seja efetiva, e, portanto, consiga lidar com ordens incomensuráveis, e seus destinatários a sigam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. Editora Saraiva, 2003.

BERNSTEIN, Richard J. *Beyond Objectivism and relativism: science, hermeneutics, and práxis*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *O pode simbólico*. Rio de Janeiro, Editora Bertand Brasil S. A., 1989.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução: Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998.

DUMONT, Louis. *O individualismo*. Uma perspectiva antropológica da Ideologia Moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

GERVAIS, Daniel J. The Internationalization Of Intellectual Property: New Challenges From The Very Old And The Very New. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*; Spring 2002.

GRAY, John. *Post-liberalism: studies in political thought*. London and New York: Routledge.

KRASNER, Stephen D. *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London.

MACHADO, Maria Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34/ Edesp, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, p. 157-178, out/dez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Edição Civilização Brasileira, 2003

STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr Editora LTDA, 1998.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria LACED, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

- [1] FILOCHE, Geoffroy. *Ethnodéveloppement, Développement durable et droit en Amazonie*. (tradução livre) op. cit., p. 501-502.
- [2] BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 147.
- [3] ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 73.
- [4] ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 100.
- [5] WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 85.
- [6] BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 13.
- [7] ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. 99.
- [8] MACHADO, Maria Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34/ Edesp, 2004, p. 16.
- [9] VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.
- [10] STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr Editora LTDA, 1998, p. 27.
- [11] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Edição Civilização Brasileira, 2003, p. 433.
- [12] VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.
- [13] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006, p. 65.
- [14] KRASNER, Stephen D. *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London, p. 04.

- [15] KRASNER, Stephen D. *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London, p. 03.
- [16] KRASNER, Stephen D. *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*. University of California Press/ Berkeley, Los Angeles, London, p. 04.
- [17] CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução: Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 12.
- [18] DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 118.
- [19] DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 197.
- [20] DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 122.
- [21] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, p. 157-178, out/dez, 2004.
- [22] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, p. 157-178, out/dez, 2004.
- [23] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006, p. 155.
- [24] CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006, p. 77.
- [25] Tratar da relação entre direito e comunidades indígenas remete para a questão do etnodesenvolvimento. Sobre esse assunto, ver: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs). *Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria LACED, 2002.
- [26] Interessante exposição a respeito da complexidade de tal desafio é desenvolvida no artigo: GERVAIS, Daniel J. The Internationalization Of Intellectual Property: New Challenges From The Very Old And The Very New. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*; Spring 2002.
- [27] DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, pp. 117-118.

- [28] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 267.
- [29] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 267.
- [30] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro, Editora Bertand Brasil S. A., 1989, p. 211-212.
- [31] DUMONT, Louis. *O individualismo*. Uma perspectiva antropológica da Ideologia Moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 73.
- [32] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. Editora Saraiva, 2003, p. 247.
- [33] DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Tradução Livre. Paris, Éditions du Seuil, novembre 1998, p. 106.
- [34] BERNSTEIN, Richard J. *Beyond Objectivism and relativism: science, hermeneutics, and práxis*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983, p. 82.
- [35] GRAY, John. *Post-liberalism: studies in political thought*. London and New York: Routledge, p. 292.
- [36] GRAY, John. *Post-liberalism: studies in political thought*. London and New York: Routledge, p. 285.
- [37] GRAY, John. *Post-liberalism: studies in political thought*. London and New York: Routledge, p. 314.
- [38] Uma excelente pesquisa a respeito da importância da atuação das ONGs para o pluralismo jurídico é o estudo: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Edição Civilização Brasileira, 2003**. Constitui uma série de pesquisas que demonstram os vários aspectos do desafio de como se possibilita uma política para o reconhecimento e não para a supressão de tradições de populações vulnerável em face da ordem dos detentores do poder.
- [39] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Edição Civilização Brasileira, 2003**, p. 435.
- [40] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural. Edição Civilização Brasileira, 2003**, p. 436.

COMÉRCIO INTERNACIONAL DE SERVIÇOS JURÍDICOS*

INTERNATIONAL TRADE OF LEGAL SERVICES

**Janaína Rigo Santin
Luiz Fernando Araújo Pereira Jr.**

RESUMO

Apesar de já não se poder dizer que a globalização é novidade no mundo, a princípio a tendência é que se pense na globalização como o cada vez mais desenfreado intercâmbio de mercadorias entre países distintos. Todavia, o fenômeno compreende também o intercâmbio cultural, de informações, econômico, de pessoas e de serviços. Dentre estes temas recentes, importante a temática do Comércio Internacional de Serviços Jurídicos. Com a crescente demanda pelo assunto (provocada pela própria globalização), e considerando-se ainda a falta de consenso sobre o mesmo, fica clara a necessidade de preencher as suas lacunas, como parte essencial do longo caminho em direção a uma efetiva integração entre países.

PALAVRAS-CHAVES: ADVOGADO; GLOBALIZAÇÃO; SERVIÇOS JURÍDICOS.

ABSTRACT

Although it is no longer possible to say that globalization is a recent phenomenon, in principle, there is the tendency to think of globalization as being the interchange of goods among different countries. However, the phenomenon also comprises interchange in the cultural, information, economic, humanitarian and services fields. Among these recent subjects, the international trade of legal services is an important topic. Because of its increasing demand (due to the globalization), and also considering the lack of consensus about the issue, the necessity of filling certain gaps clearly appears, as part of the long road towards the effective integration among the countries.

KEYWORDS: LAWYER; GLOBALIZATION; LEGAL SERVICES

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução:

Diante da inexorabilidade do fenômeno da globalização, não resta dúvida de que o melhor caminho a seguir é aquele que permita conduzir tal processo de maneira a beneficiar o maior número de partes possível (de preferência, todas), evitando, ao mesmo tempo, o aumento do desequilíbrio econômico e social que hoje se fazem tão presentes ao redor do mundo. Para isso, é preciso conhecer profundamente o assunto e seus desdobramentos, bem como as realidades inerentes a cada qual destes tópicos.

A globalização é termo genérico que implica em várias facetas passíveis de análise. Nesse contexto, uma dentre estas várias facetas da globalização a merecer destaque e apurados estudos diz respeito ao Comércio Internacional de Serviços Jurídicos. Como ficará demonstrado no decorrer deste trabalho, o aumento do volume do comércio mundial acarreta também o aumento da demanda por serviços jurídicos, os quais, por sua vez (e com raras exceções), parecem permanecer adstritos às fronteiras de seus países de origem.

A relevância profissional do tema encontra-se resumidamente evidenciada pelo fato de que o Comércio Internacional de Serviços Jurídicos passará indubitavelmente a ocupar um espaço cada vez maior no mercado mundial, seguindo o rastro de outros setores de comércio já “globalizados”. Entretanto, mesmo que assim não o fosse, a atual conjuntura já representa demanda suficiente para justificar maior dedicação ao tema, e com isso buscar melhores soluções para os problemas dele decorrentes. Além disso, o antigo conflito sobre se os serviços jurídicos devem ou não ser internacionalmente comercializados não recebeu, até hoje, uma resposta satisfatória.

Outrossim, a almejada integração econômica entre os países não poderá deixar à margem tão relevante assunto. Tanto no próprio processo de integração (leis, regulamentos e etc) quanto nas operações dele decorrentes, torna-se imprescindível a figura do operador do direito – bem qualificado, diga-se de passagem – prestando os serviços jurídicos necessários a tal intento, no mínimo devido ao fato de que não se concebe uma operação comercial internacional sem o devido assessoramento legal, o qual, por sua vez, deve ser obtido junto a profissionais especializados da área jurídica.

A inserção econômica prescinde também de um ordenamento jurídico adequado e que lhe forneça condições de plena operacionalidade, fator este que implica (ou deveria implicar) em profissionais e técnicos habilitados a tratar do assunto com a seriedade que se espera. Nesse campo entram também os “positivadores” das intenções dos legisladores, dos quais se requer alto nível de capacitação para que se evitem as infelizmente comuns lacunas e distorções no nosso ordenamento jurídico.

Elencadas aqui algumas das carências a serem supridas por advogados, é de se considerar, agora, o pequeno destaque conferido ao Brasil no mercado mundial, fruto, em grande parte, das nossas mencionadas lacunas e distorções legais. Em comparação com os países desenvolvidos (ou mesmo com alguns em desenvolvimento), o Brasil apresenta inúmeras desvantagens estruturais que prejudicam seu desempenho no

comércio internacional, mesmo considerando-se o seu potencial produtivo e mercados já estabelecidos.

Uma das conseqüências de tal conjuntura reside no fato de que, por falta de demanda, o Brasil não possui grande número de advogados envolvidos diretamente com Direito Internacional. Ademais, existem também aqueles profissionais que, mesmo sem o devido conhecimento e experiência, atuam na área de forma inadequada, acabando, às vezes, por prejudicar seus clientes em operações de comércio exterior nas quais os mesmos, freqüentemente, também não possuem suficiente noção a respeito do assunto.

Nesse sentido, é de suma importância a inserção internacional do advogado brasileiro, no intuito de obter-se o *know-how* necessário para assegurar juridicamente um ambiente no qual nosso país possa ter mais chances na grande competição que se concretiza no mercado global.

Como conseqüência do raciocínio acima exposto, fica claro que os países desenvolvidos não conquistaram à toa suas posições no mercado. Todos eles, via de regra, usufruem do devido assessoramento em suas operações comerciais, e dentre os profissionais que auxiliam nessa tarefa, fazem-se presentes, sem sombra de dúvida, os advogados. Estes, tanto pela demanda quanto pela experiência adquirida pelo volume de trabalho, são exemplos a serem seguidos, posto que possuem, potencialmente, muito conhecimento passível de intercâmbio.

Desenvolvimento:

2. A Busca de um Conceito e a Ambientalização da Idéia de Globalização num Contexto Histórico

Muitos autores buscam conceituar o que é globalização; entretanto não existe um consenso. A dificuldade se estabelece porque globalização abrange uma série de fenômenos em nível mundial que produzem profundas alterações nas estruturas sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais, num processo ainda inacabado. Constitui uma tendência dominante, mas que apresenta impactos diferenciados: não é uniforme, não atinge igualmente a todos os países nem a todos que vivem no mesmo país. Segundo o entendimento de Giddens, a

globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada com o surgimento de um 'sistema mundial'. A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como ação a distância, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa. (...) Não diz respeito apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também à transformação de contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social. Nossas atividades cotidianas são cada vez mais influenciadas por eventos que acontecem do outro lado do mundo. De modo oposto, hábitos dos estilos de vida locais tornaram-se globalmente determinantes. (...) Não é um processo único, mas uma mistura complexa de processos, que

freqüentemente atua de maneira contraditória, produzindo conflitos, disjunções e novas formas de estratificação.[1]

Freitas Júnior aponta que é preciso separar a globalização geral, da econômica e da jurídico-política, ao considerar que a “pedra angular da globalização, quando vista como fenômeno jurídico-político, é a circunstância de ter sido provocada diretamente pela globalização econômica.”[2] Apresenta a seguinte diferenciação:

Globalização Geral *fenômeno social, consistente na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de imaginários culturais e de práticas políticas, decorrente da globalização econômica.*

Globalização Econômica *internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, induzida pela redução de tarifas de exportação, de obstáculos aduaneiros, e pela padronização das operações mercantis, resultando na fragmentação e na dispersão internacional das etapas do processo produtivo.*

Globalização Jurídico-Política *deslocamento da capacidade de formulação, de definição e de execução de políticas públicas, antes radicada no Estado-Nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrente da globalização econômica e de seus efeitos sobre o alcance do poder soberano.*

[3]

Desta forma, visualizar a globalização não é tarefa fácil, pois ela se apresenta multifacetada e irregular. Caracterizações maniqueístas não são capazes de descrevê-la, já que não se submete a conceitos fechados nem a posições absolutas. Cumpre ressaltar que tal fenômeno, tal como se apresenta, é recente. É verdade que o capitalismo, por si, sempre foi um processo que buscou globalizar-se, através das grandes navegações, colonialismos e imperialismos. Mas, é a partir da Segunda Guerra Mundial e, principalmente, com o fim da Guerra Fria (na década de 80) que se operam as mudanças mais significativas na economia mundial, com a implementação de um processo de internacionalização do capital, da produção, da informação e da tecnologia. Ortiz descreve o fenômeno da globalização como um processo emergente, ainda em

construção. Difere globalização da internacionalização, tendo em vista que esta trata apenas da ampliação geográfica das atividades econômicas através dos Estados nacionais; já aquela se mostra uma forma mais avançada e complexa da internacionalização, integrando funcionalmente atividades econômicas dispersas. Dessa forma, “o conceito se aplica, portanto, à produção, distribuição e consumo de bens e de serviços, organizados a partir de uma estratégia mundial, e voltada para um mercado mundial. Ele corresponde a um nível e uma complexidade da história econômica, no qual as partes, antes inter-nacionais se fundem agora numa mesma síntese: o mercado mundial.”[4]

3. Definição de Comércio Internacional de Serviços Jurídicos

Para que se atinja um conceito mais preciso sobre o que venham a ser os serviços jurídicos, torna-se recomendável ter como primeira referência o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual fala genericamente sobre o assunto e ao mesmo tempo impõe restrições (as quais, por sua vez, devem ser estritamente observadas). Em seu artigo 1º, o referido texto legal (Lei nº 8.906/1994) apregoa que são as seguintes as atividades privativas de advocacia:

Art. 1. (...)

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º - Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de ‘habeas corpus’ em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º - Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º - É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Desdobrando-se essa terminologia legal, bem como a interpretando de acordo com o senso comum, podemos extrair de tal texto que somente os advogados legalmente inscritos na OAB podem praticar a advocacia, sob pena de exercício ilegal da profissão. Todavia, as hipóteses previstas em tal artigo não se constituem em enumeração exaustiva (*numerus clausus*), e, assim, não ficam excluídos outros tipos de atividades que por sua natureza enquadrem-se como sendo de advocacia, quanto mais se considerada a constante evolução das necessidades jurídicas e sociais[5].

Dentre as atividades previstas no Estatuto da OAB, temos que a postulação implica em requerer ou exigir a prestação jurisdicional do Estado em nome do cliente, nesta que é historicamente a mais tradicional função conferida à advocacia, além de diretamente ligada à administração da justiça (segundo a própria Constituição Federal Brasileira). Essa atividade é também denominada como “advocacia curativa”.

Em seguida, a análise recai sobre consultoria, assessoria e direção jurídicas, que caracterizam a chamada “advocacia preventiva”. Nesta, os advogados somente emitem argumentos *ad necessitatem*, ao passo que na advocacia curativa a base são os argumentos *ad probandum*. Sua finalidade genérica é a de evitar as situações que potencialmente venham a gerar conflitos judiciais, orientando e aconselhando clientes (sejam pessoas físicas ou jurídicas) na tomada de decisões onde estejam envolvidos assuntos juridicamente apreciáveis.

Outrossim, devido ao constante aumento da complexidade dos atos jurídicos com os quais as pessoas se envolvem na vida prática, torna-se cada vez mais imprescindível a função do advogado no sentido de orientá-las, mesmo nos casos onde a lei não preveja tal atuação como obrigatória.

Percebe-se, portanto, que, por mais que as funções básicas de um advogado possam genericamente ser enumeradas em poucas linhas, essas funções (ou, esses serviços), encontram-se em constante evolução e renovação, devido à necessidade de acompanhar e dar solução às demandas decorrentes do mundo moderno e globalizado.

Dito isto, há que se fazer a mencionada fusão dos conceitos, buscando-se chegar, então, à definição de comércio internacional de serviços jurídicos. Considerando as modalidades e os tipos de serviços que podem ser internacionalmente comercializados, dentre eles incluem-se expressamente os serviços jurídicos (até porque presentes nas negociações do GATS).

Desse modo, mesmo levando-se em conta todas as restrições impostas pelas legislações domésticas dos países membros da OMC, o comércio internacional de serviços jurídicos trata-se de modalidade de prestação na qual uma das partes não é oriunda do país onde o serviço é contratado e/ou realizado. Isso compreende, no mínimo, tanto a hipótese de um escritório nacional prestar serviço em país que não o seu, como nesse país serem prestados serviços por escritório estrangeiro.

Como tal definição é um tanto quanto genérica, há que se buscar outros elementos caracterizadores, no intuito de refinar ao máximo a definição proposta, para, assim, otimizar a análise do contexto que envolve o assunto. Dentre estes elementos, encontra-se a classificação do que seriam os tipos de serviços jurídicos intecambiáveis internacionalmente, como uma das formas de delimitar o tema.

Nesse aspecto, é relevante considerar o texto do GATS, que visa regulamentar e pautar as discussões acerca do assunto. Em seu artigo I.2, o texto do Acordo, enumera os quatro modos de prestação de serviços jurídicos, que vêm a ser os seguintes[6]: a) quando advogados estrangeiros elaboram pareceres ou prestam informações de natureza legal, enviando-os ao exterior. Trata-se de atividade mais comum de prestação de serviços jurídicos, visto que os escritórios nacionais acabam por contratar diretamente serviços estrangeiros para lhes dar assessoria a fim de que possam melhor prestar

serviços a seus clientes nacionais; b) quando indivíduo ou empresa nacional utiliza serviços de advogados estrangeiros, envolvendo assim o consumo no exterior, como por exemplo as áreas de investimento estrangeiro, relativas a direito sucessório ou de família referentes a fatos ocorridos no exterior; c) aqui há a presença comercial de escritórios de advocacias estrangeiros no país, de regra representados por filiais. É neste ponto que se encontram as maiores barreiras de acesso ao mercado internacional de serviços jurídicos; d) quando um advogado estrangeiro passa a prestar serviços jurídicos em outro país. Ao contrário do item a, referente ao produto, ao resultado do serviço, este modo é inerente aos próprios prestadores de serviço.

Cabe salientar que, no caso brasileiro, a Ordem dos Advogados do Brasil emitiu o Provimento 91/00, com vistas a disciplinar o exercício da atividade de consultores e sociedades de consultores em direito estrangeiro no Brasil, bem como o provimento 92/00, o qual regula o registro das sociedades de advogados em direito estrangeiro na seccional da OAB. Possibilita-se, mediante a autorização da seccional da OAB do estado em que pretendam atuar, que estrangeiros profissionais em direito prestem consultoria em direito estrangeiro a respeito do ordenamento jurídico de seu país de origem. Porém, o provimento veda de maneira expressa atividades judiciais ou de consultoria ou assessoria em direito brasileiro, exercidas por sociedades estrangeiras, mesmo com o concurso de advogados regularmente inscritos na OAB (art. 1.). Salienta-se ainda que este provimento requer, por parte do profissional estrangeiro, a prova de reciprocidade de seu país de origem, o qual deve possibilitar o mesmo direito aos advogados brasileiros que lá atuem.

Diante de tal cenário, conclui-se que é eivada de grande complexidade e desdobramentos a definição do que venha a ser Comércio Internacional de Serviços Jurídicos. Novamente, deve-se recorrer ao contexto, no qual se inserem a definição de comércio de serviços, a de sua modalidade internacional, a de serviços jurídicos, e ainda as normas do GATS e propostas dos países Membros. Desta forma, é possível, no mínimo, delimitar com maior precisão o tema, o qual, todavia (e por ser polêmico), permanecerá indefinidamente aberto a antigas, presentes e futuras discussões.

4. Paralelo entre o Comércio de Serviços Jurídicos no Brasil e no Mundo

Por diversas razões, sendo a principal delas as peculiaridades que caracterizam os serviços jurídicos, o comércio nessa área é relativamente restrito no mundo todo, principalmente em comparação com outras modalidades de comércio internacional de serviços. O fato de cada país possuir legislação distinta causa grande empecilho ao comércio irrestrito de serviços jurídicos. Como se não bastasse, via de regra, os mercados internos são bastante fechados ao ingresso de concorrência estrangeira (fato que, aliás, contraria abertamente os princípios da OMC).

Citando um exemplo simples, pode-se dizer que a medicina ou a engenharia (entre outras) são ciências “universais”: teoricamente, um médico ou engenheiro o poderiam sê-lo em qualquer lugar do mundo. Bastaria apenas superar algumas barreiras, que normalmente são burocráticas, pois o conhecimento que se adquire num país ou noutro

é bastante similar. Entretanto, isso já não ocorre quando se fala em termos de cursos de Direito. No caso dos advogados, não bastaria um diploma de bacharel no país de origem, posto que ele teria que praticamente refazer todo o curso para estar devidamente habilitado a trabalhar no país estrangeiro onde pretenda fazê-lo.

Em outras palavras, quando se tenta particularizar os serviços jurídicos em relação aos demais, conclui-se que o elemento que os distingue é a presença do que se denomina “expertise legal”, fator este que implica no conhecimento das especificidades normativas de cada ordenamento jurídico. Enquanto outros serviços profissionais possuem maior padronização na formação técnica (possibilitando maior facilidade para importar ou exportar), “as expertises dos serviços jurídicos são completamente heterogêneas entre si, variando conforme o sistema jurídico adotado (*common law*, *civil law*, sistema islâmico, oriental etc.) e a complexidade das leis em vigor” [7]. Deste modo, é bastante peculiar a forma como os serviços jurídicos podem ser exportados ou importados, devendo o mercado e as negociações levar em conta tal conjuntura.[8]

No Brasil, os grandes escritórios de advocacia (que alguns reputam como verdadeiras “corporações jurídicas”) representam exceção. Somente são comuns em países anglo-saxões adeptos do *Common Law*, tais como Reino Unido, Canadá, Estados Unidos e Austrália. Em tais países, de fato, os grandes escritórios têm suplantado os menores, e seus serviços estão cada vez mais inseridos no mercado externo, normalmente com grande eficiência e produtividade. Mesmo considerando todos os possíveis problemas de tal “fenômeno”, é relevante tirar disso algumas lições, ou procurar algum exemplo a ser seguido.

Na Inglaterra, particularmente, a visão dos escritórios é bastante voltada para o mercado e as demandas da União Européia. Seus escritórios estendem os tentáculos sobre qualquer jurisdição onde percebam oportunidade e possibilidade de bons proventos. Além disso, assim como ocorre nos demais países integrantes do referido bloco econômico, o direito comercial, tomado em seu sentido mais genérico, encontra-se na sua essência intimamente ligado com o direito da União Européia e com o Direito Internacional. Assim, é justamente neste contexto que a exportação britânica ocorre, posto que seus advogados foram bem sucedidos em vislumbrar o crescimento da demanda envolvendo Direito Comercial em virtude da globalização.

No caso do Brasil, é fato notório que o mercado de advocacia trata-se de nicho extremamente fechado. Tanto isso é verdade, que é relativa a liberdade até mesmo para advogar em Estado diverso daquele onde foi emitido o respectivo registro na OAB. No contexto do Mercosul (que, ao menos em tese, poderia causar efeito semelhante ao que se verifica na União Européia), também não se verifica mudança relevante na atuação dos escritórios de advocacia, seja no Brasil ou em quaisquer outros países integrantes do bloco.

Por mais que o mercado advocatício tenha por característica ser fechado e restrito mesmo em âmbito interno, pelos motivos acima expostos, o próprio exemplo europeu demonstra ser possível relativizar tal conceito. Mesmo considerando as especificidades de cada país, existem muitos campos do Direito onde se torna possível o intercâmbio de serviços sem entraves. Portanto, desde que bem conduzidas as negociações do GATS na OMC, não há porque se temer a abertura de tal mercado, que certamente está por vir.

5. Conclusão:

Como dito no princípio deste trabalho, a globalização é algo inexorável, um processo sem volta, e que cada vez mais permeia as transações comerciais e a política econômica ao redor do mundo. Contudo, enquanto algumas dessas facetas já apresentam consenso e boas soluções, servindo bem aos seus propósitos no mercado mundial, outras, por diversas razões, não se encontram nesse mesmo patamar. Dentre estas últimas, certamente (conforme o estudo aqui realizado) pode-se incluir o Comércio Internacional de Serviços Jurídicos e a questão da sua liberalização ou restrição.

Muitos países sustentam firmemente suas posições no sentido de restringir a advocacia ao mercado interno, não a reputando como serviço importável ou exportável. De outro lado, existem os que defendem a liberalização do mercado de serviços jurídicos no mercado mundial, alegando que isso seria uma importante complementação para outros setores do comércio globalizado. Além disso, existem ainda algumas lacunas a serem preenchidas no tocante ao tipo de serviço jurídico a ser inserido no âmbito do comércio internacional, fato que também se convola em grande polêmica e dissenso, e requer solução para que fique possibilitado o avanço nas negociações.

É fato que atualmente os grandes exportadores de serviços jurídicos são países desenvolvidos, e, por isso, teme-se que venham novamente dominar o mercado, como, aliás, já acontece em vários outros setores de comércio de bens e serviços. Todavia, deve-se considerar novamente as peculiaridades da profissão jurídica: ao contrário de outras áreas, que demandam grandes investimentos e tecnologia para a formação de profissionais competitivos, o ensino de Direito não requer tantos esforços nesses setores. Requer, sim, bons professores e cursos bem estruturados, mas, de qualquer forma, isso custa bem menos do que manter boas faculdades de Engenharia ou Medicina, por exemplo. Se custar bem menos, tal benefício pode-se estender tanto aos estudantes, em cursos particulares, quanto aos governos, nas faculdades públicas, dependendo do caso.

No caso específico do Brasil, são velhos conhecidos os problemas de qualidade no ensino jurídico. Todavia, esta conjuntura acaba por ser a principal razão do maior nível de exigência nos Exames da OAB, numa tentativa de possibilitar a inserção no mercado apenas àqueles bacharéis com um nível minimamente satisfatório de conhecimentos. Sob este prisma, vê-se que não causaria tantos estragos a liberalização do mercado.

Entretanto, teme-se também que, devido à maior experiência na área, os advogados estrangeiros (oriundos dos países exportadores e desenvolvidos) do mesmo modo acabariam por suplantar os locais, a despeito da aparente similitude no conhecimento de ambos. Neste diapasão, cabe aqui invocar um argumento usado pela própria OAB, segundo o qual os advogados “importados” não teriam conhecimento sobre o Direito pátrio. Como a advocacia tem ínsito um alto grau de confiança do cliente no advogado, tal temor também resta mitigado, ainda mais se considerado o grande número de causas patrocinadas para pessoas físicas, mercado este que dificilmente seria englobado pelos advogados estrangeiros.

Se, por um lado, a liberalização total poderia, de fato, ser prejudicial a muitos países, é de se pensar também que a restrição total não tem razão para prosperar, posto que o mundo globalizado impõe a necessidade de serviços jurídicos multijurisdicionais. Não é difícil imaginar que, da mesma forma como uma multinacional gostaria de ter aqui seus advogados, a empresa brasileira que venha ingressar no mercado exportador (e não são poucas, felizmente) também deseje ter a assistência um advogado nacional, ainda que de forma temporária e associada a escritório no país de destino.

Outro ponto a se considerar seria a hipótese de os escritórios estrangeiros associarem-se com os nacionais. Não olvidando o risco de “dominação” do mercado, é de soberba importância a experiência a ser adquirida pelos advogados nacionais trabalhando com os estrangeiros, além da possibilidade de melhores salários, o que, no futuro, pode propiciar mais chances de inserção internacional do advogado brasileiro.

Mesmo com todas as restrições até o momento existentes, muitos escritórios estrangeiros têm adotado soluções criativas para “driblar” as legislações internas e de alguma forma se estabelecerem em países estrangeiros, e até mesmo escritórios brasileiros ostentam com orgulho em seus timbres as eventuais parcerias com escritórios de fora. De tal contexto, retira-se, no mínimo, mais uma evidência de que nesse campo também não se poderá correr à margem da globalização.

Além disso, não se pode esquecer também de outro campo do direito potencialmente intercambiável (e que até agora não foi mencionado nas negociações): o do ensino jurídico. Com o aumento da interdependência entre os países, não soa distante da realidade o aumento da demanda por professores estrangeiros ministrando noções sobre seus respectivos ordenamentos jurídicos, ainda que no mínimo de maneira ligada ao Direito Internacional. Ainda na mesma linha de raciocínio, deve-se considerar também o considerável número de advogados que procuram experiências no exterior (quanto mais no contexto da União Européia), justamente porque o contato com outras jurisdições lhes fornece conhecimento e experiência que, ao menos no Brasil, dificilmente se obteria de outra forma.

Sendo este o cenário apresentado e analisado, fica no ar, então, a perspectiva de que as partes responsáveis façam bom uso do conhecimento e progresso até aqui atingidos para, chegada a hora, encontrarem uma solução de acordo com média das realidades e necessidades de cada país Membro da OMC. Feito isso, ter-se-á atingido mais um passo no sentido de tornar a globalização em algo benéfico à humanidade, e não como muitos, às vezes com razão, temem: uma nova forma de colonização.

6. Referências Bibliográficas:

CELLI Jr., Umberto (Coordenador). Comércio de Serviços na OMC. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005;

GIDDENS, Antony. **Para Além da Esquerda e da Direita**. São Paulo: Unesp, 1996.
[1] FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Globalização & Integração Regional:

Horizontes para o Reencantamento do Direito do Trabalho num Quadro de Crise do Estado-Nação. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n. 2, fev. 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. Serviços Jurídicos e os GATS. In: CELLI JÚNIOR, Umberto. (Coord.) **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 259-271.

[1] GIDDENS, Antony. **Para Além da Esquerda e da Direita**. São Paulo: Unesp, 1996. p. 12-13.

[2] FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Globalização & Integração Regional: Horizontes para o Reencantamento do Direito do Trabalho num Quadro de Crise do Estado-Nação. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n. 2, fev. 1997. p. 206.

[3] FREITAS JÚNIOR, op.cit. p. 206.

[4] ORTIZ, Renato. **Mundialização e Cultura**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 15-16.

[5] LOBO, Luiz Paulo Neto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[6] TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. Serviços Jurídicos e os GATS. In: CELLI JÚNIOR, Umberto. (Coord.) **Comércio de Serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 264 e ss.

[7] TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. *op. cit.* p. 261.

[8] TANG, Yi Shin; PUPO, Rodrigo Luís. *op. cit.* p. 261.

A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969 E O PORQUÊ DE SUA NÃO RATIFICAÇÃO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL? *

VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: WHY BRAZIL HAS NOT RATIFIED IT? - A CONSTITUTIONAL ISSUE?

**Luciano Monti Favaro
Marcos Aurélio Pereira Valadão**

RESUMO

Esse artigo tem por objetivo estudar a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, verificando seus aspectos relevantes para se analisar as causas pelas quais até o presente momento, a mesma não ter sido ratificada pela República Federativa do Brasil. Para isto, serão verificadas as cinco partes iniciais que compõem a Convenção de 1969. Após, são verificados os motivos pelos quais o Brasil não ratificou a mencionada Convenção, utilizando como principal documento de análise os debates legislativos ocorridos no Congresso Nacional, quando dos debates sobre a referida Convenção para a aprovação do decreto legislativo, o que ainda não ocorreu. Ao final, é oferecida uma proposta de solução do impasse.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969. NÃO RATIFICAÇÃO. CELEBRAÇÃO DE TRATADOS. CONSTITUIÇÃO. SOLUÇÃO POSSÍVEL.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and the reason why it has not been ratified by Federative Republic of Brazil until at this present moment,. Firstly, the article studies the five initial parts of the 1969 Convention. Then, this paper analyzes the reasons for which Brazil has not yet ratified the Convention. The primary document to be analyzed is the documentation of the debates when the Congress discussed the Convention in order to approve the congressional decree, which has not yet happened. Finally, the article makes a proposal to resolve this stalemate.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW. 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES. NON RATIFICATION. TREATY-MAKING POWER. 1988 BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION. POSSIBLE SOLUTION.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo verificar a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (doravante denominada Convenção) e o porquê de sua não ratificação, até o momento, pela República Federativa do Brasil.

Essa Convenção, que resultou dos estudos realizados pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, em 1949, com base na Convenção de Havana de 1929 e na consulta aos governos dos Estados, compõe-se de oito partes e um anexo, sendo que dessas oito, as cinco primeiras serão analisadas: introdução; conclusão e entrada em vigor; observância, interpretação e aplicação dos tratados; emenda e modificação de tratados; nulidade, extinção e suspensão da execução dos tratados. As outras três partes não serão analisadas porque não são relevantes para o questionamento das causas de sua não ratificação.

Dessas cinco partes, sem dúvida, a mais minuciosa e a mais importante para este estudo é a última, haja vista a introdução, pela Convenção, da norma imperativa de direito internacional geral, o *jus cogens*, e do processo relativo à nulidade, extinção, retirada ou suspensão da execução de um tratado.

Por fim, será analisado, com base no relatório da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, o porquê de a Convenção, apesar de ter sido adotada pelo Brasil desde 1969, não foi até agora ratificada.

Essa não ratificação, conforme será demonstrado, refere-se a dois dispositivos da Convenção: o que trata da aplicação provisória dos tratados e o que dispõe sobre o processo de solução judicial perante a Corte Internacional de Justiça, permeando o reconhecimento do *jus cogens*.

Assim, pretende-se abordar a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e os motivos que levam a não ratificação, pelo nosso país, desse importante tratado.

2. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

É assente que os tratados compreendem fonte formal do Direito Internacional, e correspondem à principal fonte do Direito Internacional contemporâneo,[1] porém faz-se necessária uma norma sobre os tratados, de forma a harmonizar sua elaboração e aplicação, é este o papel deste tipo de acordo (uma espécie de *lex legum* dos tratados).

2.1. ASPECTO HISTÓRICO ACERCA DAS CONVENÇÕES REFERENTES À ELABORAÇÃO DOS TRATADOS

A primeira Convenção internacional a versar o modo de celebração dos Tratados foi a de Havana. Essa Convenção, que até hoje encontra-se vigente entre oito países,[2] dentre os quais o Brasil, foi concluída na cidade de Havana, Cuba, em 20 de fevereiro de 1928, por ocasião da 6ª Conferência Internacional Americana.

A Convenção de Havana foi incorporada ao ordenamento legislativo brasileiro mediante o Decreto nº 18.956 de 22 de outubro de 1929.

Trata-se de uma Convenção que apresenta texto sumário sobre a celebração de tratados. Apesar disso, ela foi a mola propulsora para que em 1949, a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas iniciasse os estudos acerca do tema. Mediante esses estudos e a consulta aos Governos dos Estados, a Comissão elaborou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada em 23 de maio de 1969, na cidade de Viena, Áustria, ao final de uma conferência diplomática internacional convocada pela ONU. Sua negociação envolveu cerca de cento e dez países. No entanto, ao final da conferência apenas trinta e dois países assinaram-na, incluindo entre eles o Brasil.

A Convenção de Viena só entrou em vigor internacionalmente em 27 de janeiro de 1980, quando o trigésimo país depositou o instrumento de ratificação. Apesar de ter sido assinada pelo Brasil, até o momento ela não foi ratificada, encontrando-se em processo de tramitação pela Câmara dos Deputados. Os possíveis motivos de sua não ratificação pelo Brasil serão verificados nesse artigo.

Pode-se dizer que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 é um importante tratado multilateral que teve por objetivo consolidar antigos costumes entre os povos e antigas regras esparsas acerca da celebração de tratados.[3] Essa Convenção de 1969 refere-se unicamente à celebração de tratados entre Estados soberanos. Em 1986, outra Convenção de igual teor foi celebrada em Viena. Essa, no entanto, tratando da celebração de tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou somente entre as Organizações Internacionais.[4] A seguir far-se-á a verificação das partes da Convenção que pertinem ao presente estudo.[5]

2.2. PARTE I DA CONVENÇÃO – INTRODUÇÃO

A primeira parte da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 denominada de introdução possui cinco artigos.

O artigo 1 menciona que a Convenção aplica-se aos tratados celebrados entre Estados. Excluem-se, portanto, da presente convenção os acordos celebrados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre duas Organizações Internacionais.

O artigo 2 trata de algumas expressões utilizadas pela Convenção. Dentre essas expressões destacam-se aquelas que definem: Estado negociador, Estado contratante e terceiro Estado.

Estado negociador é aquele que participou na elaboração e na adoção do texto de um tratado. É o caso, por exemplo, do Brasil em relação à própria Convenção de Viena de 1969.

Estado contratante é aquele que consente, posteriormente a elaboração e adoção do texto de um tratado, em obrigar-se pelo tratado, tenha ou não entrado em vigor.

Terceiro Estado é aquele que não faz parte do tratado, mas que foi mencionado, por determinado motivo, em seu texto.

Acerca das organizações internacionais, o artigo 2 define-as apenas como uma organização intergovernamental.

O artigo 3 dispõe que o fato da Convenção de Viena não se aplicar a acordos internacionais firmados entre Estados e outros sujeitos do Direito Internacional ou ainda acordos internacionais que não sejam concluídos por escrito, não haverá prejuízo da eficácia jurídica desses acordos. Isso decorre de a Convenção possuir regras inerentes a todos os sujeitos de Direito Internacional, tendo em vista o direito consuetudinário.

O artigo 4 trata da irretroatividade da Convenção de 1969. Menciona que ela somente será aplicada após a entrada em vigor. Como ela entrou em vigor internacionalmente no dia 27 de janeiro de 1980, somente a partir dessa data os Estados ratificantes estariam obrigados a celebrar tratados observando as regras da Convenção.

Por fim, o artigo 5 dispõe que a Convenção aplica-se a todos os tratados que forem instrumento constitutivos de Organizações Internacionais, bem como a todo tratado adotado no âmbito dessas, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização.

2.3. PARTE II DA CONVENÇÃO – CONCLUSÃO E ENTRADA EM VIGOR

Essa parte trata da competência negocial para celebrar tratados, desde a proposta de negociações dos tratados até a sua publicação e entrada em vigor no ordenamento internacional.

2.3.1. Competência negocial

De plano, o artigo 6º frisa que todo o Estado possui capacidade para celebrar tratados, sendo que a competência negocial vem disposta no artigo 7º.

A competência negocial para a adoção do texto de um tratado pode ser mediante representatividade originária ou representatividade derivada.[6]

Será originária quando a adoção for realizada por chefes de Estado ou chefes de governo. E será derivada quando realizada pelas demais pessoas mencionadas no artigo 7º, dentre os quais, o ministro das Relações Exteriores, os Chefes de missões

diplomáticas, outros ministros ou particulares recrutados pelo governo para o encargo negocial.

Antes de iniciar as negociações exige-se, com exceção do ministro das Relações Exteriores, dos Chefes de missões diplomáticas e, obviamente, do chefe de Estado ou chefe de Governo, uma carta de plenos poderes a fim de habilitar a pessoa encarregada das negociações.

A expedição da carta de plenos poderes é competência única do chefe de Estado, não apenas nas repúblicas presidencialistas, mas também nos sistemas parlamentares de governo.[7]

A definição da carta de plenos poderes vem disposta na própria Convenção, segundo a qual:

Plenos poderes significam um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado.[8]

Vale ressaltar que o conceito é bem amplo e engloba não apenas a negociação do tratado em si, mas qualquer outro ato relativo ao tratado.

2.3.2. Propostas de negociações e procedimento de conclusão dos tratados

Nos tratados multilaterais, as propostas de negociações advêm do convite de um Estado a outros Estados. Esses, mediante decisão unilateral, se estiverem de acordo com o convite daquele Estado, poderão formalizar o tratado. Se, no entanto, esse tratado multilateral for ser elaborado no âmbito de uma organização, a proposta de negociação será efetuada por um ou vários Estados participantes da organização, cabendo depois ao órgão colegiado a decisão por votação em plenário.[9]

Já, se tratar-se de um tratado bilateral, as propostas serão realizadas mediante contato entre a missão diplomática de um país e a chancelaria do outro. Sendo que essas se reunirão ora no território de um país, ora no do outro.[10]

2.3.3. Procedimento de conclusão dos tratados

Após a proposta de negociação segue-se para o procedimento de conclusão dos tratados, que pode ser dividido em quatro partes: adoção de texto e autenticação; consentimento em obrigar-se por um tratado e notificação dessa decisão; entrada em vigor do tratado; e registro e publicação do tratado.[11]

2.3.3.1. Adoção de texto e autenticação

A adoção, que também é sinônimo de assinatura, conclusão ou firma, significa o momento em que o tratado tem seu texto concluído, não mais permitindo modificações.

Segundo o artigo 9 da Convenção, a adoção do texto do tratado é realizada pelo consentimento de todos os Estados participantes na feitura do tratado.

No entanto, se tratar-se da adoção do texto de um tratado no âmbito de uma conferência internacional não será necessário o consentimento de todos Estados, haja vista a dificuldade de consenso entre todos os Estados. Nesse caso necessita-se apenas de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados decidirem, também por dois terços, pela aplicação de outra regra.

A assinatura dos tratados quer bilaterais ou multilaterais não indicam necessariamente obrigações para os Estados signatários. O efeito da assinatura é, unicamente, a imutabilidade do texto do tratado, com exceção dos Acordos Executivo. Após a adoção do texto do tratado pelos Estados participantes da negociação, o texto seguirá para o processo de autenticação.

Para que o texto de um tratado seja considerado definitivo necessita-se sua autenticação. A autenticação do texto de um tratado significa a adoção definitiva do texto do tratado. No entanto, ainda não produz direitos e obrigações aos Estados adotantes.[12] Apesar dessa isenção de obrigações, o artigo 18 dispõe que os Estados que autenticaram o texto de um tratado deverão abster-se da prática de atos que levam a frustração do objeto e da finalidade do tratado.

2.3.3.2. Consentimento em obrigar-se por um tratado e a notificação dessa decisão

Basicamente são quatro as hipóteses: assinatura – já mencionada no item anterior; troca dos instrumentos constitutivos do tratado; ratificação, aceitação ou aprovação; e a adesão. Além dessas hipóteses, o artigo 11 menciona que quaisquer outros meios poderão ser utilizados desde que as partes assim concordem.

Via de regra, o meio pelo qual haverá o consentimento vem expresso no tratado. Se não vier expresso caberá às próprias partes definirem tendo em vista a posição neutra adotada pela Convenção.[13]

a) consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela assinatura.

Essa hipótese vem descrita no artigo 12 da Convenção e é utilizada quando se trata de acordos em forma simplificada – *executive agreements*. [14] Esses acordos são aqueles em que obrigam o Estado pela simples assinatura do seu representante, prescindindo, assim, de ratificação.

b) consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela troca dos seus instrumentos constitutivos.

A segunda hipótese vem mencionada no artigo 13 da Convenção e consiste simplesmente na troca dos instrumentos constitutivos entre os Estados.

Para que essa hipótese fique caracterizada é necessário que os próprios instrumentos constitutivos estabeleçam que a troca produzirá o efeito da obrigação.

c) consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela ratificação, aceitação ou aprovação. Trata-se da hipótese mais utilizada entre os Estados. Os termos ratificação, aceitação ou aprovação são sinônimos e significam atos unilaterais pelos quais os Estados reafirmam perante os demais a intenção de obrigarem-se pelo tratado.

No caso do Brasil, essa ratificação só poderá ser realizada após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional. Existem países que prescindem essa aprovação pelo Poder Legislativo, enquanto há outros que requerem a aprovação apenas de parte do Legislativo, como, por exemplo, os Estados Unidos da América onde a aprovação fica a cargo apenas do Senado.[15]

Acerca da aprovação pelo Poder Legislativo, enfatiza Soares:

A ratificação, em particular, não significa prova ou presunção de que o Poder Executivo do Estado tenha feito aprovar, pelo respectivo Poder Legislativo interno, o texto do tratado. A regra, na atualidade, é de que quem se obriga no Direito Internacional Público é o Estado, uma pessoa jurídica por ele reconhecida, independentemente de ter o mesmo uma configuração democrática e contar, assim, com um Poder Legislativo operante.[16]

d) consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela adesão.

A adesão – também denominada acessão – é um ato unilateral por meio do qual um Estado adere a um tratado já concluído. A diferença entre a adoção e a adesão consiste que nesta o Estado aderente não participou das negociações que originou o tratado. Na verdade, o Estado foi convidado, pelos Estados negociadores, a aderir o tratado, estando esse já concluído.[17]

A adesão contém implícitos os termos assinatura e ratificação. Portanto, no caso do Brasil, para que se adira a um tratado necessita-se, antes, da aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional. A doutrina brasileira entende que “na prática brasileira, tanto a ratificação de tratados internacionais, que o País assinou, quanto a adesão a tratados internacionais já em vigor, necessitam de aprovação referendaria do Congresso Nacional”. [18]

2.3.3.3. Entrada em vigor, registro e publicação do tratado

O tratado entra em vigor na forma e data nele previsto ou na data que ficar acordado entre as partes. Na ausência de manifestação expressa das partes, o tratado entra em vigor quando o consentimento em obrigar-se pelo tratado for manifestado por todos os Estados negociadores.

Nos casos de convenções multilaterais em que há muitos Estados negociadores, utiliza-se a prática de dispor que a convenção entrará em vigor quando tiver sido ratificada por uma quantidade de Estados – geralmente um terço.[19] Faz-se necessário a utilização dessa prática a fim de que o tratado entre em vigor o mais rápido possível. Se não a utilizassem muitos tratados retardariam a entrar em vigor internacionalmente haja vista

a demora na ratificação por alguns Estados, ou até mesmo a não ratificação. Obviamente que o tratado que entrar em vigor por essa prática somente terá efeitos entre os Estados ratificantes. Para os demais entrará em vigor à medida que forem ratificando.[20]

Um tratado pode, ainda, ser aplicado provisoriamente.[21] A aplicação provisória de um tratado é medida que pode ser adotada entre a assinatura e a entrada em vigor do tratado. Na prática, ela é utilizada quando o tratado dispõe de um assunto urgente.[22]

Os requisitos para a utilização dessa medida são que o tratado ainda não tenha entrado em vigor e desde que o próprio tratado permita a sua utilização. Os efeitos desse método podem, no entanto, serem rescindidos por um Estado que assim desejar, desde que notifique aos demais Estados negociadores sua intenção de não tornar parte do tratado.

Após a entrada em vigor do tratado, esse deverá ser remetido ao Secretariado das Nações Unidas para ser registrado ou classificado e catalogado, conforme o caso, bem como para ser publicado.

2.3.3.4. Reservas

O Estado, ao aceitar um tratado internacional, não necessariamente precisa concordar com todas as disposições nele resultante. Caso o Estado tenha óbice contra algum dispositivo constante no tratado poderá efetuar reservas.

Trata-se, portanto, de um ato unilateral do Estado da qual prescinde a concordância dos demais Estados partes no tratado.[23] De acordo com a convenção, a reserva efetuada por um país, somente a ele aplicará. Além disso, para que uma reserva possa ser formulada é necessário que o tratado não a proíba ou que ela não seja incompatível com o objeto e finalidade dele.

No entanto, a reserva necessitará da concordância de todas as partes caso se infira que pelo número limitado dos Estados negociadores, bem como pelo objeto e pela finalidade do tratado, esse deva ser aplicado na íntegra.

Via de regra, as reservas só são aplicadas aos tratados multilaterais, vez que se aplicada aos tratados bilaterais resultaria na necessidade de modificação do tratado.

2.4. PARTE III DA CONVENÇÃO – OBSERVÂNCIA, APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS

2.4.1. Observância de tratados

São dois os princípios que direcionam a aplicação dos tratados: o *pacta sunt servanda* e a boa-fé.[24]

Assim, após a efetiva constituição de um tratado, as partes deverão respeitá-lo e cumpri-lo com boa-fé. O descumprimento das obrigações constante nos tratados constitui uma

ilegalidade no Direito Internacional, gerando, inclusive, responsabilidade internacional ao Estado que a descumprir.[25]

No entanto, há hipóteses nas quais se permite o descumprimento e, conseqüentemente, a isenção de responsabilidades internacionais, como, por exemplo, a força maior e a legítima defesa.[26]

A força maior é um impedimento que impossibilita a execução da obrigação pelo Estado devido a um fato externo imprevisto e que não foi gerado por sua culpa.

Já a legítima defesa refere-se a: “um ato agressivo contra ato ilegal de outra parte, a fim de proteger seu interesse ou de terceiro, na situação urgente de esperar a intervenção do órgão legítimo”. [27] Nessas hipóteses, portanto, o Estado poderá ficar isento das responsabilidades internacionais caso descumpra as obrigações de um tratado em que é parte. O Estado, no entanto, não poderá invocar o direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

2.4.2. Aplicação de tratados

A Convenção dispõe sobre a aplicação temporal e espacial.

A aplicação temporal sobre os tratados rege-se pelo princípio da irretroatividade. Isso quer dizer que, em regra, o efeito do tratado não retroage e só poderá ser aplicado a fatos ou atos ocorrentes depois de sua entrada em vigor.

A aplicação espacial sobre os tratados rege-se pelo princípio da territorialidade. Significa dizer que, via de regra, o tratado será aplicado em todo o território dos Estados pactuantes.

2.4.3. Interpretação de tratados

Cabe aos próprios Estados-partes interpretarem os tratados. A interpretação deverá ser de boa-fé e à luz de seu objetivo e finalidade. Apesar de os Estados possuírem esse direito de interpretação, eles podem se socorrer a uma corte internacional, como, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça.[28]

Para interpretação do tratado, além de seu texto, poderá ser considerado o preâmbulo e os anexos, bem como a acordos posteriores, firmados entre as partes, relativos à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições.[29]

A Convenção de 1969 permite ainda que se recorra a meios suplementares de interpretação, como, por exemplo, aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão. Só pode, no entanto, recorrer a esses meios suplementares, caso o sentido resultante da interpretação realizada pelos Estados seja: ambíguo ou obscuro; ou conduza a um resultado que é manifestamente absurdo e desarrazoado.[30]

Os tratados autenticados em dois ou mais idiomas são considerados idênticos e fazem igualmente fé em cada uma delas. Apesar disso, caso o tratado preveja ou as partes concordem, poderá, em se tratando de divergência, prevalecer um determinado texto.[31]

Apesar dessas regras de interpretação exaradas na Convenção, muitos tratados, atualmente, a fim de evitar divergências, já trazem regras de interpretação. Outros definem, inclusive, os principais termos empregados, como ocorre, por exemplo, com as Convenções de Viena de 1969 e 1986.

Um tratado não cria, via de regra, obrigações nem direitos a um terceiro Estado sem o seu consentimento – princípio da relatividade. Esse princípio, no entanto, é excepcionado se a regra prevista no tratado for de natureza consuetudinária. Nesse caso, o terceiro Estado pode sim vir a ter direitos, vez que o direito costumeiro constitui fonte do direito internacional. A não ser que o Estado tenha expressamente fixado seu entendimento em sentido contrário (que não reconhece o costume)

2.5. PARTE IV DA CONVENÇÃO – EMENDA E MODIFICAÇÃO DE TRATADOS

A regra geral é que todo tratado pode ser emendado desde que haja acordo entre as partes. Diferenciam-se os termos emenda e modificação.

Emendas são alterações no texto do tratado com validade, a princípio, para todos os Estados. Já as modificações referem-se às alterações concluídas entre alguns Estados-partes e válidas apenas entre eles.[32] Assim, a emenda pode constar em tratados multilaterais ou bilaterais, enquanto que as modificações apenas nos multilaterais.[33]

As emendas propostas a um tratado deverão ser obrigatoriamente notificadas a todos os Estados contratantes. Cabe, portanto, a estes a participação na decisão quanto à ação a ser tomada sobre a proposta de emenda, bem como a participação na negociação e conclusão de quaisquer acordos para emendar o tratado.[34]

Caso um Estado se torne parte de um tratado posteriormente a entrada em vigor da emenda, será ele considerado, a não ser que manifeste intenção contrária, como aderente a essa emenda.[35]

Por fim, o artigo 41 que trata da modificação dos tratados multilaterais. As modificações poderão ser aceitas desde que: o tratado preveja a possibilidade de modificação; não sejam defesas pelo tratado; não prejudiquem às outras partes os direitos provenientes do tratado, bem como o cumprimento de suas obrigações; não se refiram a uma disposição cuja derrogação torne-se incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.[36]

2.6. PARTE V DA CONVENÇÃO – NULIDADE, EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE TRATADOS

2.6.1. Validade dos tratados

O artigo 42 da Convenção dispõe que: “a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”.

O objetivo desse dispositivo é expor que nenhum Estado poderá se eximir de cumprir as obrigações de um tratado baseando-se em questões infundadas ou pormenores. Assim, a doutrina considera que para a validade de um tratado, este deverá possuir três elementos: a capacidade das partes, o acordo de vontade sem defeito e objeto lícito, possível e não conflitante com *jus cogens*.^[37]

De acordo com o artigo 53 da Convenção, o *jus cogens* é:

Uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional da mesma natureza.

Apesar da conceituação, a Convenção não definiu e tampouco expôs como identificar uma norma imperativa de direito internacional. Por isso, torna-se difícil saber qual norma conflitante com um tratado que o tornará nulo.

A doutrina entende que, tendo em vista o silêncio da Convenção acerca do *jus cogens* e a preocupação única de dar solução a um conflito entre fontes do direito internacional, caberá a Corte Internacional de Justiça – CIJ – identificar as normas imperativas mediante o processo de solução de conflitos internacionais.^[38]

Malcolm Shaw expôs o problema nos seguintes termos:

The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of fundamental and superior values within the system and in some respects is akin to the notion of public order or public policy in domestic legal orders. It also reflects the influence of Natural Law thinking. Various examples of the content of *jus cogens* have been provided, particularly during the discussions on the topic in the International Law Commission, such as an unlawful use of force, genocide, slave trading and piracy. However no clear agreement has been manifested regarding other areas, and even the examples given are by no means uncontroverted. More important, perhaps, is the identification of the mechanisms by which rules of *jus cogens* may be created, since once created no derogation is permitted.^[39] (Itálicos no original).

Esta imprecisão conceitual é a fonte de desavenças e suspeições sobre a aplicação da Convenção, pois delega aos formadores da *jus cogens*, ou aqueles que a reconhecem, que são, em geral, as potências militares e econômicas, o poder acordado em um tratado de impor suas vontades aos outros Estados.

Neste sentido sustenta José Francisco REZEK:

A teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil à idéia do consentimento como base necessária do direito

internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas – geradas por voto majoritário ou consenso de assembleias, ou deduzidas em cenário ainda menos representativo do interesse geral – frustrem a liberdade convencional dos países não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade de seus interesses, de arriscar parte expressiva de dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação.[40]

2.6.2. Nulidade

2.6.2.1. Nulidade relativa e absoluta

Na teoria tradicional do Direito Internacional não havia distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, haja vista a regência do princípio da efetividade. Assim, havia apenas a nulidade relativa vez que as situações ilegais iriam se consertando à medida que decorresse o tempo. No entanto, após a segunda Guerra Mundial introduziu-se no Direito Internacional o conceito de ordem pública a fim de demonstrar que alguns atos ilegais contra a sociedade internacional são nulos – nulidade absoluta – e outros são anuláveis – nulidade relativa. Com o advento da CVDT de 1969, isso ficou mais evidente vez que ela adotou tanto a nulidade absoluta quanto a relativa. As nulidades relativas são aquelas que apresentam vícios sanáveis. Alguns autores consideram como uma infração leve em relação à ordem internacional.[41] Os vícios que apresentam nulidades relativas são: o vício formal, o erro, o dolo e a corrupção.

Já as nulidades absolutas são aquelas que apresentam vícios insanáveis. Um tratado com nulidade absoluta não poderá ser mantido na sociedade internacional. Os vícios que apresentam nulidades absolutas mencionados expressamente pela Convenção são: a coação – quer do representante do Estado, quanto do próprio Estado – e o tratado com objeto conflitante com o *jus cogens*.

Acerca do *jus cogens*, dispõe o artigo 64: “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

2.6.2.2. Efeitos da nulidade de um tratado

Um tratado que for declarado nulo não possuirá qualquer eficácia jurídica.[42] Se, no entanto, tiverem sido praticados atos em virtude do tratado nulo, a Convenção permite que cada parte exija da outra o estabelecimento de relações mútuas, da situação que teria existido se esses atos não fossem praticados.[43] Já os atos que foram praticados de boa-fé, antes da nulidade ser invocada, não são considerados ilegais pelo simples fato do tratado ser declarado nulo.[44]

Esses efeitos citados referem-se às hipóteses de vício formal ou substancial. No entanto, caso se trate de nulidade de tratado em virtude de conflito com *jus cogens*, os efeitos são: eliminação, na medida do possível, de quaisquer atos praticados em contrariedade a norma imperativa de Direito Internacional e adaptação, nas relações mútuas das partes, a essa norma imperativa.[45]

2.6.3. Extinção

2.6.3.1. Causas de extinção

Juntamente com as causas de nulidade do tratado, a Convenção dispõe sobre as causas de extinção dos tratados. Extinção do tratado significa dizer que ele não imporá mais direitos e obrigações às partes pactuantes.

São causas que, segundo a convenção, determinam a extinção do tratado:

a) as previstas pelo próprio tratado ou quando as próprias partes, unanimemente, e após a consulta com os outros Estados contratantes, assim convencionarem;[46]

b) término do prazo de vigência do tratado – para aqueles tratados que possuem prazo de vigência determinado;[47]

c) redução do número das partes num tratado multilateral.[48] No entanto, o artigo 55 dispõe que não haverá a extinção do tratado pelo simples fato de o número de partes ficar aquém do número necessário quando da entrada em vigor, a não ser que haja disposição diversa no próprio tratado.

d) a denúncia ou retirada.[49] Denúncia ou retirada é ato unilateral do Estado consistente na vontade de deixar de ser parte de um tratado internacional.

e) tratado posterior que regula o mesmo assunto de tratado anterior – com ele incompatível – e que possua as mesmas partes. De acordo com o artigo 59, 1, “a”, essa revogação poderá ser expressa – se resultar do tratado posterior – ou tácita – ficar estabelecido, por outra forma, que a intenção das partes foi regular o assunto por este tratado.

f) a violação substancial do tratado.[50] Trata-se da faculdade de um Estado lesionado em extinguir o tratado que foi violado por uma das partes contratantes.

g) a impossibilidade superveniente de cumprimento do tratado internacional[51]. Ocorre quando um fato posterior à execução do tratado torna-o inexecutável, resultando assim na impossibilidade da execução vez que o objeto indispensável foi destruído ou desapareceu.

h) a mudança fundamental de circunstâncias. O tratado pode se extinguir quando ocorrem circunstâncias não previstas pelas partes quando da conclusão do tratado. Alguns doutrinadores entendem tratar-se da aplicação doutrinária do *rebus sic stantibus* – “assim as coisas ficadas permanentes” –, ou seja, o tratado estaria em vigor entre as partes desde que não houvesse alterações nas circunstâncias que levaram a sua conclusão.[52]

i) a ruptura de relações diplomáticas ou consulares[53] entre as partes contratantes, desde que a aplicação do tratado seja indispensável à existência de relações diplomáticas ou consulares.[54] É importante ressaltar aqui o artigo 74 da Convenção: “o rompimento ou a ausência de relações diplomáticas ou consulares entre dois ou mais Estados não obsta à conclusão de tratados entre os referidos Estados”. Assim, mesmo

que haja rompimento das relações diplomáticas entre Estados, poderá haver celebração de tratados entre eles.

j) a superveniência de uma norma de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Obviamente que o tratado conflitante com *jus cogens* além de tornar-se nulo, será extinto.[55]

2.6.3.2. Efeitos da extinção de um tratado

Os efeitos da extinção do tratado são: a liberação das partes de cumprirem o tratado; e o não prejuízo a direitos, obrigações ou a qualquer situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção.[56]

Se for o tratado extinto for o conflito com *jus cogens*, além dos dois efeitos mencionados acima, a Convenção acrescenta que os direitos, as obrigações e demais situações jurídicas só poderão ser mantidas se também não conflitarem com uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral.[57]

2.6.4. Processo judicial de Judicial, de Arbitragem e de Conciliação

O art. 66 dispõe sobre o processo judicial de Judicial, de Arbitragem e de Conciliação e tem a seguinte redação:

Artigo 66 - Processo de Solução Judicial, de Arbitragem e de Conciliação

Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução foi alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado:

a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem;

b) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação de qualquer um dos outros artigos da Parte V da presente Convenção poderá iniciar o processo previsto no Anexo à Convenção, mediante pedido nesse sentido ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Veja-se que este dispositivo remete diretamente aos arts. 53[58] e 64[59] da Convenção, que vinculam os signatários ao *jus cogens*.

3. O PORQUÊ DA NÃO RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS DE 1969

Conforme exposto no tópico 2.1, a Convenção de Viena sobre Direito dos tratados de 1969 foi assinada pelo Brasil, mas não foi ratificada. O Presidente da República, mediante a mensagem 116 publicada no Diário Oficial da União em 23 de abril de 1992,

enviou ao Congresso Nacional o texto da Convenção de Viena de 1969 para apreciação.[60] O projeto de Decreto Legislativo 214-C/92 referente a essa Convenção foi aprovado pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, sendo que desde 28 de outubro de 1995 o projeto está pronto para a Ordem do Dia. Completará, portanto, doze anos que o texto da Convenção tramita pela Câmara dos Deputados sem a apreciação.[61]

A doutrina procura identificar quais os argumentos que levaram a não ratificação dessa Convenção. Obviamente que ela não poderá ser ratificada enquanto não aprovada pelo Congresso Nacional. Fica então a pergunta, qual é o motivo real para a não ratificação dessa Convenção?

Basicamente são dois os motivos encontrados para a sua não ratificação. Esses motivos são mencionados inclusive pelo voto do relator da Comissão de Relações Exteriores, deputado Antônio Carlos Mendes Thame. O primeiro refere-se ao artigo 25 que trata da aplicação provisória de tratados.

Entende-se que a aplicação provisória de um tratado poderia ferir o texto constitucional, haja vista o já mencionado artigo 49, I, da Constituição Federal que trata da competência do Congresso Nacional acerca da resolução definitiva dos tratados.

Assim dispõe o voto do deputado relator: “segundo nossa convicção, este dispositivo não poderá ser aceito pelo Estado brasileiro, haja vista a sua incompatibilidade com o texto constitucional vigente”. [62] E complementa dizendo:

Salvo raríssimas exceções, em virtude das disposições constitucionais vigentes, o direito brasileiro não admite a aplicação provisória de um tratado, pois, para que o Brasil se obrigue internacionalmente será imprescindível o assentimento prévio do Congresso Nacional (artigo 49, I, da Constituição Federal).[63]

As raríssimas exceções mencionadas pelo relator referem-se aos “acordos executivos”. O relator ainda sugere a reserva do artigo 25, fazendo referência a esse posicionamento adotado pelas Repúblicas da Colômbia, de Costa Rica e de Guatemala.

O segundo óbice a não ratificação da Convenção é o artigo 66 que dispõe acerca do processo de solução judicial, de arbitragem e de conciliação.

De acordo com esse dispositivo, caso não haja solução ao processo relativo à nulidade, extinção, retirada ou suspensão da execução de um tratado, qualquer das partes litigantes poderá, mediante pedido escrito, submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça.

Essa submissão, no entanto, só será possível caso o conflito verse sobre o artigo 53 – tratado conflitante com *jus cogens* – ou o artigo 64 – superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral *jus cogens*.

Acerca desses dois artigos menciona Rezek:

Esses dispositivos contribuíram para que diversos países – entre eles o Brasil e a França – tenham de início evitado ratificar a Convenção de Viena, embora subordinados à maior parte de quanto nela se estampa, a título costumeiro.[64]

O óbice consiste, assim, na submissão da decisão à Corte Internacional de Justiça quando não for possível uma solução pacífica entre as partes no que tange ao processo de nulidade, extinção ou suspensão da execução de um tratado.

Nesses casos, por conseguinte, o Brasil poderia ver-se obrigado a submeter-se a uma decisão da Corte Internacional. Estaria assim, eventualmente, obrigado a cumprir uma decisão internacional apesar de não concordar sequer com a submissão à Corte.

O argumento para a não aceitação do artigo 66 é no sentido de que o Brasil não se vinculou à “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória” consagrada no artigo 36[65] do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A não vinculação a essa cláusula permite que o Brasil só se submeta a um julgamento internacional caso consinta com esse julgamento. Diverge, portanto, do constante no artigo 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Nesse sentido argumenta o relator da Comissão de Relações Exteriores da Câmara:

Esta conduta, até hoje não modificada, de somente se submeter a julgamento internacional quando expressamente assentir, se justifica pelo fato de ainda não se confiar plenamente na isenção dos julgadores previamente escalados. Pesa ainda negativamente sobre a Corte Internacional de Justiça, a impossibilidade dela obrigar os Estados que tenham poder de veto no Conselho de Segurança das Nações Unidas a cumprir seus julgados.[66]

Conclui o relator pela reserva do artigo 66 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: “assim, a fim de evitar futuras frustrações e de manter a coerência em sua posição, entendemos que o Brasil deverá opor reservas ao artigo 66, in totum”. [67] O que enfraqueceria a aplicação dos artigos 53 e 64 da Convenção que impõem a aceitação do *jus cogens*.

O voto do relator foi aprovado unanimemente pela Comissão de Relações Exteriores no dia 2 de dezembro de 1992.

Os argumentos expostos têm razoável fundamento. No entanto, esses argumentos não poderiam ser óbice a não aprovação e, conseqüentemente, a não ratificação da Convenção, haja vista, conforme mencionado pelo próprio relator, ser possível estabelecer reservas de dispositivos da Convenção.

É relevante ressaltar ainda, no tangente à aplicação provisória, que o Brasil já a utilizou em alguns tratados, como, por exemplo, no acordo bilateral entre Brasil e Canadá que versava sobre extradição.[68]

Portanto, a solução para a ratificação da Convenção seria, após aprovação pelo Congresso Nacional, a realização de duas reservas, uma referente ao artigo 25 –

aplicação provisória – e outra referente ao artigo 66, que dispõe sobre o processo de solução judicial.

4. A APRESENTAÇÃO DE RESERVAS[69] NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO: UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL

Como bem observa José Francisco Rezek, a própria Convenção não prevê que se façam reservas ao seu texto, mas traz dispositivo no sentido de que quando isto acontece (a não previsão das reservas no próprio tratado), a solução é que são possíveis as reservas desde que se cumpra o disposto no art. 19, “c” da Convenção, isto é, a reserva deve ser compatível com o objeto e finalidade do tratado.[70] Portanto, entende-se que é possível a apresentação de reservas ao texto da Convenção como condição para ratificá-la.[71]

Outro ponto controverso é se o Congresso poderia interferir no texto do tratado submetido à sua aprovação, i.e., se o Congresso só poderia rejeitá-lo ou aprová-lo *in totum*. [72] Ora, o Congresso pode em certos casos, condicionar a aprovação do tratado se determinadas reservas forem feitas. Diga-se de passagem, esta solução é muito melhor, do que rejeitar por completo o tratado. De reverso, o Congresso pode também sugerir que determinada reserva já negociada pelo Executivo deva ser retirada. O que o Congresso não pode é alterar o texto do tratado, pois o texto do tratado é negociado entre as partes pessoas de Direito Internacional e se alterado teria que voltar à negociação, o que é na prática inviável, seja em relação a tratados bilaterais ou multilaterais. Porém, a aceitação ou não e imposição de reservas soluciona impasses e mantém o equilíbrio dos poderes, no caso dos tratados multilaterais. No dizer de José Francisco Rezek:

Atento aos limites acaso estabelecidos no tratado em que examina, tem o Congresso Nacional o poder de aprová-lo com *restrições* – que o governo à hora de ratificar, traduzirá em *reservas* -, como ainda o de aprová-lo como declaração de desabono às reservas caso feitas na assinatura – e que não poderão ser confirmadas, desse modo na ratificação. [73] (Itálicos no original).

Na verdade a apresentação ou não de reservas pelo Congresso Nacional é um problema de Direito Constitucional, no sentido de preservar o princípio estabelecido no art. 2º da Constituição Federal (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entres si, O Legislativo, o Executivo e o Judiciário”). A atuação harmônica dos poderes Executivo e Legislativo na negociação, aprovação e ratificação dos tratados, aponta no sentido do amadurecimento e estabilização das relações institucionais, dando também, segurança às práticas das relações internacionais pelo Estado brasileiro.

5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES

Há, no ordenamento internacional, três Convenções referentes à elaboração do tratados: a de Havana, de 1929; as de Viena, de 1969 e 1986. Todas são importantes fontes do Direito Internacional. No entanto, a de 1969 acaba se sobressaindo, haja vista dispor sobre a celebração de tratados entre Estados soberanos. Essa Convenção procurou diminuir ao máximo as possibilidades de divergência na sua interpretação ao conceituar diversos termos.

Demonstrou-se que para a validade de um tratado é necessária: a capacidade das partes; o acordo de vontade sem defeito; e o objeto lícito, possível e não conflitante com *jus cogens*, sob pena de nulidade. De todos esses requisitos o que mais chama a atenção é o não conflitante com *jus cogens*.

Essa expressão que foi inserida pela própria Convenção e definida no artigo 64 ainda traz muita divergência doutrinária. É de salientar que uma das causas de não ratificação dessa Convenção, até o momento, reside justamente na possibilidade de submissão do litígio à Corte Internacional de Justiça quando houver conflito versando sobre a superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral, o *jus cogens*.

A outra causa de não ratificação é o dispositivo 25 que trata da aplicação provisória de um tratado. Mas, como ficou demonstrado, não deveria constituir óbice a não ratificação, haja vista o Brasil já ter feito uso, em alguns casos, utilização da aplicação provisória.

Ambas as justificativas pela não ratificação são plausíveis, no entanto, pela grandeza e importância da Convenção perante o cenário internacional, bastaria que o Brasil fizesse reserva aos dispositivos objetos de discordância.

Não haveria, portanto, razões que justificariam a não ratificação com reserva desses pontos controversos, vez que, por se tratar de uma Convenção que consolidou costumes esparsos, o Brasil já se subordina a ela na prática.

6. REFERÊNCIAS

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2000.

BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 6ª ed. New York: Oxford Univ. Press, 2003.

DALLARI, Pedro. B.A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª ed. rev. ampl. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional; cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio e Janeiro: Forense, 2004

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1991, p. 43.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e Hildebrando Accioly. **Manual de direito internacional público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Soft Law: Um aspecto (quase) inovador do Direito Internacional Contemporâneo*. **Prática Jurídica**, Brasília, v. n. 49, p. 14-21, 2006.

Site da Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br, acessado em 15 de julho de 2008

<http://www.mj.gov.br/noticias/2003/agosto/RLS120803-extradicao.htm>, acessado em: 22 de agosto de 2007.

[1] Sobre fontes do Direito Internacional veja-se: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª ed. rev. ampl. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 195-320; REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 10. ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9-140; SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2003, p. 65-119; BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 6ª ed. New York: Oxford Univ. Press, 2003, p. 3-9; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Soft Law: Um aspecto (quase) inovador do Direito Internacional Contemporâneo*. **Prática Jurídica**, Brasília, v. n. 49, p. 14-21, 2006.

[2] São eles: Brasil, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana.

[3] SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 58.; REZEK, José Francisco, op. cit. p. 124.

[4] Também não ratificada pelo Brasil.

[5] Para uma análise detalhada da Convenção e de sua aplicação ver AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2000.

[6] REZEK, J. Francisco, op. cit., p. 35.

[7] Idem, p. 36.

[8] Art. 2, “c”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

[9] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 66.

[10] Ibidem.

[11] JO, Hee Moon, op.cit., p.89.

[12] JO, Hee Moon, op.cit., p.90.

[13] Idem, p.92.

[14] JO, Hee Moon, op.cit., p.91.

[15] JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p.92.

[16] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 70.

[17] JO, Hee Moon, op.cit., p.93.

[18] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 70.

[19] JO, Hee Moon, op.cit., p.94.

[20] Idem, p.95.

[21] Diz o art. 25 da Convenção:

Artigo 25

Aplicação Provisória

1. Um tratado ou uma parte do tratado aplica-se provisoriamente enquanto não entra em vigor, se:

a) o próprio tratado assim dispuser; ou

b) os Estados negociadores assim acordarem por outra forma.

2. A não ser que o tratado disponha ou os Estados negociadores acordem de outra forma, a aplicação provisória de um tratado ou parte de um tratado, em relação a um

Estado, termina se esse Estado notificar aos outros Estados, entre os quais o tratado é aplicado provisoriamente, sua intenção de não se tornar parte no tratado.

[22] JO, Hee Moon, op.cit., p.95. O Brasil tem adotado a prática da chamada “vigência administrativa” de tratados, especialmente nos acordos de complementação econômica em que há necessidade imperiosa de que tenha eficácia interna imediata, embora nesses casos, por tratar-se de complementação de um tratado já acordado não necessite de tramitar pelo Congresso Nacional, mas estaria a depender de decreto presidencial.

[23] Art. 20 da Convenção.

[24] JO, Hee Moon, op.cit., p.102.

[25] Idem, p. 103.

[26] Ibidem.

[27] Ibidem.

[28] JO, Hee Moon, op.cit., p.105.

[29] Arts. 31, 2, “a”, e 3 “a” da Convenção.

[30] Art. 32 da Convenção.

[31] Art. 33 da Convenção.

[32] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 72.

[33] Ibidem.

[34] Art. 40, 2 da Convenção.

[35] Art. 40, 5 da Convenção.

[36] Art. 41, 1 da Convenção.

[37] JO, Hee Moon, op.cit., p.108.

[38] Idem, p.112.

[39] SHAW, Malcom, op. cit, p. 117-118.

[40] REZEK, José Francisco, op. cit., p. 116-117.

[41] Ibidem.

[42] Art. 69, 1 da Convenção.

- [43] Art. 69, 2, “a” da Convenção.
- [44] Art. 69, 2, “b” da Convenção.
- [45] Art. 71, 1 da Convenção.
- [46] Art. 54 da Convenção.
- [47] JO, Hee Moon, op.cit., p.118.
- [48] Idem, p.118.
- [49] Art. 56 da Convenção.
- [50] Art. 60 da Convenção.
- [51] Art. 61 da Convenção.
- [52] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 77.
- [53] Art. 63 da Convenção.
- [54] SOARES, Guido Fernando Silva, op.cit., p. 77.
- [55] Art. 64 da Convenção.
- [56] Art. 70 da Convenção.
- [57] Art. 71, 2 da Convenção.
- [58] Estabelece o art. 53 da Convenção:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

- [59] Estabelece o art. 64 da Convenção:

Artigo 64

Superveniência de uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiverem conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

[60] A questão da aprovação interna dos tratados não é homogênea. As diversas nações utilizam diferentes modelos para fazê-lo. No Brasil após a negociação o tratado deve ser submetido ao Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal), e após sua aprovação mediante edição de decreto legislativo poderá ser ratificado, a partir deste momento o Brasil se obriga internacionalmente; a vigência interna é estabelecida após a promulgação e publicação de decreto presidencial, dando publicidade interna ao mesmo. Ver José Francisco REZEK, *op. cit.* p. 78-79. Em relação às diversas modalidades ver, e.g., DALLARI, Pedro. B.A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-44; e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional; cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 137-153.

[61] Informações disponíveis no site da CD em www.camara.gov.br, acessado em 15 julho de 2008.

[62] *Idem*.

[63] *Idem*.

[64] REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 116.

[65] Art. 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça

[66] Disponível em: www.camara.gov.br, acessado em 15 de julho de 2008.

[67] *Idem*.

[68] Ainda tramita no Congresso Nacional o projeto de tratado de extradição com o Canadá. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/noticias/2003/agosto/RLS120803-extradicao.htm>, acessado em: 22 de agosto de 2007.

[69] O tema das reservas é um tema de grande complexidade, em todos os seus aspectos. Anthony Aust ao tratar do assunto sustenta que as palavras de Hersch Lauterpach (1953) e O'Connell (1970) de que "The subject of reservation to multilateral treaties is one of unusual blaffing – complexity" e "a matter of considerable obscurity in the realm of juristic speculatuion.", respectivamente são mais verdadeiras atualmente. AUST, Anthony, *op. cit.*, p. 100.

[70] REZEK, José Francisco, *op. cit.*, p. 68.

[71] Veja-se que, conforme Celso D. De Albuquerque de Mello, o controle de reservas pelo Legislativo pode variar dependendo do país. O autor, também, expressa o entendimento que "norma de 'jus cojens' não está sujeita a reserva.", *op. cit.*, p. 243. Ocorre que a reserva proposta à Convenção não é a nenhuma norma de DI que se caracteriza como *jus cojens*, mas a normas da Convenção que disciplinam a aplicação do *jus cogens*, o que não vai de encontro ao pensamento do ilustrado internacionalista.

[72] Esse ponto específico foi alvo de debates acirrados quando do início da tramitação do Decreto Legislativo 214-C/92, constando dos anais da Câmara as posições de diversos tratadistas de Direito Internacional. Por exemplo, cita-se Celso D. De Albuquerque, que se manifesta a favor de que as reservas estejam sujeitas ao controle do legislativo, porém sustenta que este controle é “quase que inexecutável”. MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit.*, p. 244.

[73] *Ibidem*.

**DO EXAME DA COISA JULGADA INTERNA POR TRIBUNAIS
INTERNACIONAIS COMO FORMA DE GARANTIR A TUTELA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE***

**EXAMINATION OF INTERNAL RES JUDICATA BY INTERNATIONAL
COURTS AS A MEANS OF ENSURING PROTECTION OF RIGHTS OF
PERSONALITY**

**Valéria Silva Galdino Cardin
Maíra de Paula Barreto**

RESUMO

O presente trabalho destina-se a avaliar as linhas gerais do instituto jurídico da coisa julgada. Questiona-se a possibilidade de recurso à instâncias internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos), para revisão de sentenças acobertadas pelo manto da coisa julgada, em casos de indeferimento, pelo Poder Judiciário brasileiro, de pedidos fundados na tutela de direitos da personalidade dos requerentes. O conhecimento da identidade genética e a atribuição (ou não) do estado de filiação são exemplos que poderiam ser objeto de reexame. A revisão da coisa julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos integra a esfera jurídica nacional, ainda que de forma subsidiária (como são os recursos a instâncias internacionais), desde que o Brasil aceitou a jurisdição da CIDH, em 1998.

PALAVRAS-CHAVES: COISA JULGADA INTERNACIONAL. CORTE INTERAMERICANA.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the outlines of the institute's legal res judicata. Questioned the possibility of recourse to international bodies (Inter-American Court of Human Rights), for review of sentences covered up the mantle of res judicata, in cases of dismissal, the Brazilian Judiciary, requests based on protection of rights of personality of applicants. Knowledge of the genetic identity and the assignment (or not) the status of membership are examples that could be subject to review. The review of the res judicata by the Inter-American Court of Human Rights includes the national legal sphere, even in a subsidiary (as are the resources to international bodies), provided that Brazil has accepted the jurisdiction of the IACHR in 1998.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: INTERNATIONAL RES JUDICATA. CUTTING INTER.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da coisa julgada encontra-se previsto no § 3º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso.

A coisa julgada pode ser formal ou material.

Segundo José Frederico Marques, a coisa julgada formal resulta da impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais: (i) porque a decisão foi proferida por órgão do mais alto grau de jurisdição; (ii) por haver transcorrido o prazo para recorrer sem que o vencido interpusse recurso; (iii) porque houve desistência do recurso ou a ele se renunciou.[1]

Já a coisa julgada material é definida pelo art. 467 do Código de Processo Civil como a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, imodificável por meio de recurso ordinário ou extraordinário.

Esse instituto apresenta-se no ordenamento jurídico pátrio como pressuposto processual negativo, ou seja, para que se possa propor uma ação, é necessário que não haja decisão transitada em julgado em processo judicial anterior, em torno da mesma questão.

É o que se infere do inciso VI, art. 301, do Código de Processo Civil, que enumera esse instituto como matéria a ser alegada, em preliminar, na contestação.

Proferida a sentença, que tenha efetivamente julgado o mérito, de que já não caiba mais recurso, ocorre a coisa julgada material. Destarte, não pode a lide já julgada ser novamente submetida ao exame do Poder Judiciário (arts. 467 e 471 do Código de Processo Civil). Cabe ao réu alegar a preliminar de coisa julgada que, se acolhida, acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil).

Segundo Eduardo Talamini, estão alheios à coisa julgada material os atos judiciais não-decisórios, as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças que encerram o processo executivo e as sentenças de cognição sumária.[2]

A Constituição Federal de 1988 protegeu de modo incisivo a coisa julgada, ao dispor, no inciso XXXVI do art. 5º, que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

Em que pese o entendimento esposado acima, os doutrinadores têm discutido a relativização da coisa julgada material, visto que, embora enumerada

constitucionalmente como direito fundamental, não pode ter caráter absoluto quando em confronto com outros princípios também protegidos pelo nosso sistema jurídico, tais como o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), a proporcionalidade, a legalidade, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana etc., que devem ser sopesados conjuntamente com esse instituto para que as decisões sejam justas.

Há, sem dúvida, necessidade de se buscar uma adequação do instituto da coisa julgada à realidade do restante do sistema jurídico, lançando mão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Logo, afastar-se-ia a imunização de decisões que ofendessem a moralidade administrativa, a legalidade e a dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o rigor excessivo que se tem apregoado a esse instituto pode conduzir a situações injustas; por exemplo, quando se refere à incompatibilidade de seus efeitos com os conceitos básicos de direito ou a solução de problemas surgidos em decorrência dos avanços tecnológicos oriundos da informática ou da biomedicina.

Aqueles que defendem a relativização do instituto da coisa julgada entendem que devem ser impostos limites à imutabilidade dos efeitos do julgado, buscando sempre a verdade real e não a do trânsito em julgado de uma sentença, que jamais teria sido proferida nos moldes em que o foi, caso existissem outros meios probatórios, como, por exemplo, os científicos.

O rigor formal justificado pela segurança deve primar pela justiça, enquanto pacificadora de conflitos de interesses.

Parece paradoxal defender-se a tese de que a decisão abusiva não mais poderia ser revista, só pelo fato de ter sido acobertada pela coisa julgada, sabido que em algumas situações se estaria mantendo o conflito de interesses que gerou o exercício do direito de ação.[3]

De acordo com Leonardo Nemer Caldeira Brant, a noção de autoridade ligada à coisa julgada é mais recorrente nos sistemas de direito interno continental, “porque as sentenças dos tribunais nacionais são proferidas em nome de um Estado soberano, que assegura o respeito à sentença, e, desse ponto de vista, confia a autoridade necessária, seja ao próprio juiz, seja à autoridade administrativa”. [4]

Já a autoridade da coisa julgada, em nível internacional, advém da supraestatalidade do ato.

Assim, faz-se necessário que a coisa julgada material proferida por determinado Estado tenha seus efeitos relativizados por decisão de Tribunal Superior Internacional, quando se tratar de ações que envolvam direitos da personalidade, para que se realize um processo justo, já que, em uma sociedade onde se preza a liberdade, a justiça deve estar acima da segurança jurídica.

2 DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em casos de indeferimento, pelo Poder Judiciário brasileiro, de pedidos fundados na tutela de direitos da personalidade, tais como o conhecimento da identidade genética e a atribuição (ou não) do estado de filiação, cogita-se da hipótese de recurso a instâncias internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Seria esse o último recurso para obter a tutela negada internamente.

Leonardo Nemer Caldeira Brant, acerca da autoridade da coisa julgada internacional, afirma que

(...) a fonte original do respeito ao conteúdo normativo da sentença internacional reside na condição jurisdicional do órgão que a pronunciou e no fato de este representar a vontade da comunidade internacional em preservar a estabilidade jurídica e a paz social como interesses vitais.[5]

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, ao lado do Sistema Global, foi criado pelos Estados justamente com esse intuito de preservar a paz social e a estabilidade jurídica globais. Para os cidadãos, tais sistemas são uma alternativa, a fim de que não fiquem sem resposta adequada (por parte dos Estados) as violações contínuas de seus direitos fundamentais.[6]

Ressalte-se que a Corte supracitada faz parte, juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Sistema Interamericano, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A Corte Interamericana prola sentenças tal como os tribunais nacionais, e os Estados que aceitaram sua jurisdição estão obrigados a cumprir suas sentenças. Não é o caso da Comissão Interamericana, que somente emite recomendações e relatórios.

O Brasil encontra-se submetido à jurisdição da Corte Interamericana a partir do Decreto Legislativo nº 89, de 03.12.1998, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos”. [7] Ainda que os instrumentos de execução das sentenças internacionais sejam frágeis, é do interesse dos próprios Estados que a ordem internacional seja respeitada.

Nesse sentido, Leonardo Nemer Caldeira Brant assevera que a autoridade da coisa julgada internacional

(...) encontra ainda seu fundamento formal de obrigação no consentimento voluntário do Estado, e se expressa no caráter interpartes da decisão, no seu sentido material, de facto,

a comunidade internacional exerce uma influência importante sobre a autoridade da sentença. E isso porque, primeiramente, o conjunto dos Estados que a compõem tem interesse em que a ordem internacional seja respeitada; em seguida, porque os Estados têm igualmente um interesse considerável em conservar a confiança e o crédito nas suas relações internacionais. É por esta razão que a comunidade internacional, apesar da fragilidade de seus instrumentos de execução, constitui uma força psicológica. Sua autoridade reside menos no exercício da força que na capacidade de persuasão tácita.[8]

Destaca-se que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tem a característica da subsidiariedade. Isso significa que só é possível acessá-lo após esgotados todos os recursos internos para obter a tutela do direito violado. Assim, quando no âmbito nacional o Estado não concede a tutela necessária ou a tutela é ineficaz, ainda resta uma chance para o cidadão: acessar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.[9]

Além de se ocupar com casos em que haja violações de direitos humanos previstos na Convenção Americana, tanto a Corte como a Comissão “têm faculdades para supervisionar obrigações internacionais decorrentes de outros tratados e convenções regionais e globais (da Organização das Nações Unidas - ONU), que tenham entrado em vigor posteriormente à Convenção Americana”.[10] Portanto, os casos de violações a direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança, por exemplo, também são objeto de apreciação pelo Sistema Interamericano.

O esgotamento dos recursos internos é um requisito de admissibilidade perante a Comissão e a Corte. Porém haverá dispensa de tal requisito quando:

(i) a ordem jurídica interna ressentir-se de devido processo legal para a proteção do direito supostamente violado; (ii) o suposto prejudicado houver sido impedido de ter acesso ou esgotar os recursos internos; ou (iii) houver demora injustificada na decisão de tais recursos (Conv., art. 46, n. 2).[11]

Diferentemente do que ocorre no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, no Sistema Interamericano o indivíduo não pode demandar diretamente junto à Corte Interamericana. Fica obrigado a, primeiramente, acessar a Comissão Interamericana[12], a qual, após um processo inicial, apreciará se o caso é passível de ser submetido à Corte ou não – decisão essa discricionária. Se o caso não for encaminhado à Corte, a Comissão elaborará um relatório com os encaminhamentos que julgar convenientes ao Estado. Tal relatório, obviamente, não é sentença e não pode mitigar ou invalidar sentença interna acobertada pela coisa julgada.

Se o caso for encaminhado à Corte pela Comissão, esta então prolatará uma sentença. Saliente-se que tal mecanismo faz parte do direito processual interno, visto que foi incorporado por meio de aceitação da jurisdição dessa Corte Internacional. É um

mecanismo apto, inclusive, a “repercutir sobre comandos já acobertados pela coisa julgada”. [13] Nas palavras de Eduardo Talamini:

(...) o processo interamericano consiste em via de controle dos atos estatais internos reconhecida pelo ordenamento brasileiro, sem que desse reconhecimento se excluam as decisões judiciais. (...) Os mecanismos ora descritos estão integrados com a ordem jurídica interna. Constituem (...) mais uma via típica de revisão da coisa julgada. [14]

Esse autor enfatiza que o mecanismo em questão pode acarretar a eliminação ou mitigação da coisa julgada nacional.

Conforme o art. 67 da Convenção Americana, a sentença da Corte é definitiva e inapelável. Pode, apenas, ser objeto de posterior esclarecimento. E no art. 68 a Convenção determina o comprometimento dos Estados em se conformarem com as sentenças. [15]

Acrescente-se que não será necessário um mecanismo interno de invalidação de sentença (quando o objeto de litígio for um comando acobertado pela coisa julgada interna), pois tal invalidação é automática. [16] Não há que se falar nem mesmo em homologação da sentença da Corte Interamericana. A sentença interamericana não é sentença estrangeira, e sim internacional. [17] Por isso não é objeto de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. [18]

No Sistema Europeu, já é pacífico que, “quando o ato atacado se tratar de sentença interna transitada em julgado, não há dúvida de que o pronunciamento supranacional impositivo da reparação equitativa já constitui, em si mesmo, uma parcial mitigação da coisa julgada”. [19]

Portanto, assim como a ação rescisória é apta a desconstituir a coisa julgada, da mesma forma o é a sentença da Corte Interamericana. O recurso à Corte é um mecanismo que faz parte do ordenamento jurídico nacional, pelo fato de o Brasil ter reconhecido a jurisdição da mesma.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PERTINENTES AO TEMA

A coisa julgada, ou *res judicata*, é um princípio na ordem internacional.

Segundo Leonardo Nemer Caldeira Brant, “precisa-se reconhecer que a *res judicata* é, antes de tudo, um princípio geral de direito, derivado da teoria geral do direito, constituindo, portanto, uma realidade incontestável no contencioso internacional”. [20]

No âmbito interno, o princípio ao qual a coisa julgada encontra-se mais atrelado é, sem dúvida, o da segurança jurídica. Esta é essencial, inclusive, para a própria existência do direito.

Recaséns Siches, citado por Eduardo Talamini, ao discorrer sobre a essencialidade da segurança jurídica, assevera que, apesar de esta ser um “valor fundamental”, existem outros valores, até mais importantes; no entanto, sem a segurança jurídica e a certeza de sua impositividade, não há direito.[21]

Na esfera internacional, poder-se-ia cogitar do princípio da coisa julgada como subprincípio inerente à própria ordem jurídica internacional. [22] Conforme Leonardo Brant, “a necessidade de segurança jurídica reflete uma *opinio juris* internacional”[23], ou seja, é um consenso da comunidade internacional.

No direito interno, buscam-se a estabilidade e a previsibilidade do sistema. Nesse ponto, os princípios da legalidade e do devido processo legal também apresentam-se atrelados ao instituto da coisa julgada.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “Não se trata de proteção ao instituto da coisa julgada, (em tese) de molde a torná-lo inatingível, mas de resguardo de situações em que se operou a coisa julgada, da aplicabilidade de lei superveniente”. [24]

Porém muitas vezes poderá haver conflito entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Quando houver colisão de princípios fundamentais, a melhor solução será recorrer à ponderação dos bens jurídicos em jogo[25], por meio do princípio da proporcionalidade, o qual “permite vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado”. [26]

Como preceitua a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 1º, toda pessoa nasce livre e igual em dignidade e direitos. E tal dignidade é inerente à pessoa e não comporta nenhuma limitação.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer acerca da dignidade da pessoa humana, entende esta como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[27]

A dignidade tem caráter normativo, justamente pelo fato de ter sido elevada a princípio fundamental, tanto limitador quanto protetor[28], além de informador de todo o ordenamento jurídico.[29]

Conforme Pérez Luño, a dignidade da pessoa humana “constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.[30]

Portanto, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia, inclusive, a aplicação dos demais princípios de direito, como o da segurança jurídica.

Outro princípio que conduz à aplicação dos demais princípios de direito é o do melhor interesse da criança/adolescente. O Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, inclui em diversos artigos a expressão “maior interesse da criança”. Entre eles, pode-se citar:

Artigo 18

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. (grifou-se)

A dignidade da pessoa humana assegura o pleno desenvolvimento da personalidade, para o qual a família contribui significativamente. É bem verdade que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança depende do caso concreto. Porém existe um norte a seguir, um mínimo que deve ser respeitado na relativização desse princípio: os direitos fundamentais da criança.

Nesse sentido, escreve Rodrigo da Cunha Pereira:

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos a que os adultos fazem jus –, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores.[31]

Destaca-se que o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, informa não somente o direito de

família, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro (e internacional, visto que esse é um princípio reconhecido pelo direito internacional público).

É o que também aponta Rodrigo da Cunha Pereira, ao afirmar que tais dispositivos são informadores de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem norteadores da atividade legislativa, que os tem como fonte hermenêutica.[32]

Assim, o princípio do melhor interesse da criança/adolescente determina a prevalência ou não do princípio da segurança jurídica, quando se cogita da mitigação da coisa julgada.

Também o princípio da afetividade é pertinente ao tema, na medida em que foi erigido a direito da personalidade. Nesse sentido, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a danos morais por abandono afetivo. E ainda: tal julgado considerou que ocorreu uma violação aos direitos da personalidade do filho. Portanto, elevou-se a afetividade a direito da personalidade.[33]

Por último, pode-se mencionar o princípio da isonomia, o qual “se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não podem aplicar a lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico”. [34] Verifica-se que há um descumprimento de tal princípio por parte dos tribunais, os quais decidem, por vezes, a favor da mitigação da coisa julgada e, outras vezes, contra.

4 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INTERNA

A questão da “relativização” da coisa julgada interna é polêmica, visto que esse instituto, além de estar previsto como garantia constitucional no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, está atrelado ao princípio da segurança jurídica, princípio esse essencial para a própria existência do direito, como visto anteriormente.

Há, porém, situações em que ocorre um conflito entre o princípio da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana ou do melhor interesse da criança/adolescente e, como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”. [35] Portanto, é pela utilização do princípio da proporcionalidade que se resolverá o conflito, no caso concreto.

Quando o caso concreto indica que não deve prevalecer o princípio da segurança jurídica e a coisa julgada deve ser desconstituída, a ação rescisória é a ação prevista para tal fim, em nível nacional, conforme o art. 485 do Código de Processo Civil. Não é recurso; é uma ação autônoma, constitutiva-negativa (ou desconstitutiva) e faz-se necessária uma decisão de mérito.

O art. 485 do CPC dispõe sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória [36] e, quanto ao momento de sua propositura perante a Comissão/Corte Interamericana, seria cabível antes de iniciar o processo na Comissão Interamericana, já que a rescisória faria parte do requisito do esgotamento dos recursos internos. Após a sentença da Corte Interamericana, torna-se sem sentido a propositura de uma ação rescisória, visto que a própria sentença da Corte já invalida o comando interno revestido de coisa julgada.[37]

É o art. 485 do CPC que “estabelece de modo mais preciso o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua desconstituição a via restrita e excepcional da ação rescisória: 'sentença de mérito transitada em julgado’”. [38]

A dificuldade na aplicação das hipóteses enumeradas pelo art. 485 do CPC ocorre quando surgem situações não previstas (ao menos literalmente) nesse rol. O exemplo clássico é o da investigação de paternidade quando não foi realizado exame de DNA e houve uma sentença declarando (ou não) a paternidade, fazendo coisa julgada.

Parte da doutrina defende que, dentro das hipóteses enumeradas no art. 485 do CPC, é possível incluir a questão da rescisão da coisa julgada em casos de investigação de paternidade. Outra parte da doutrina defende que deveria haver uma reforma nesse artigo, para que fossem incluídas as novas hipóteses não abarcadas pelo mesmo, mantendo-se a coerência do sistema.

É possível a inclusão do caso da investigação de paternidade no rol do art. 485 do CPC com fundamento no inciso V, o qual dispõe sobre violação a literal disposição de lei, interpretando que os princípios também estariam incluídos nesse item, já que também são considerados normas.

Essa opinião é ratificada por Sérgio Porto, segundo o qual

(...) o que pretende a *mens legis*, conforme anteriormente registrado, é evitar ofensa à ordem jurídica institucionalizada. Nesta medida, se é sabido que a ordem jurídica não se resume apenas a textos legais, mas também é composta por princípios vetores, nada mais adequado do que envolver no conceito de violação de literal disposição de lei, para efeitos de rescisória, a compreensão de que a violação de princípios integrantes da estrutura jurídica, exatamente por comporem a ordem jurídica, ensejam também rescisão do julgado.[39]

Também Eduardo Talamini consigna que “os princípios têm força normativa, e vinculam tanto quanto as simples regras. Mais ainda: a ofensa ao princípio tende a revelar-se ainda mais grave do que à regra, por abalar as próprias bases do sistema constitucional”. [40] Para esse autor, nos casos em que na época da sentença não se utilizava o exame de DNA, “a violação é (...) uma repercussão, um reflexo da sentença. O resultado advindo da sentença que indevidamente afirma (ou nega) uma relação de paternidade tende a ser incompatível com o princípio da dignidade humana”. [41]

Em tal situação, é evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sobrepor-se ao princípio da segurança jurídica, materializado pelo instituto da coisa julgada. Nos casos em que, já havendo o exame de DNA, não tenha sido produzida tal prova, pode ter ocorrido violação às regras do próprio devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.[42]

Nesses casos, não é hipótese de rescisória fundada em prova falsa (inciso VI), nem de erro de fato (inciso IX), e nem sempre de documento novo (inciso VII), pois:

Convém diferenciar os casos em que depois da sentença já se produziu o exame de DNA e se apresenta com a inicial da ação rescisória o respectivo laudo dos casos em que, na ação rescisória, se pretende que o exame venha a ser feito. Na primeira hipótese, o laudo pericial apresenta-se, ele mesmo, como prova documental. Na segunda, não há um documento novo, mas um pedido de prova nova.[43]

Em suma: se existe o exame de DNA em sentido contrário ao que concluiu a sentença, cabe rescisória com fundamento no art. 485, VII, a despeito de o exame e o respectivo laudo serem posteriores à sentença. A distinção entre as duas hipóteses – uma, quando já há o exame; outra, quando se pretende sua realização no processo rescisório – e o reconhecimento de que a primeira delas se enquadra na noção de “documento novo” para fins rescisórios contam com respaldo de autorizada doutrina. Nos tribunais, também já se admitiu o laudo do exame do DNA como “documento novo”. [44]

Na segunda hipótese, quando não há o exame de DNA, a rigor não caberia rescisória, pois pedido de prova nova não faria parte do rol do art. 485 do CPC. Essa hipótese, obviamente, é a do processo que tramitou em época em que já era possível se fazer o exame de DNA. Quando é caso de processo que tenha tramitado integralmente em época em que não existia ou não era possível ser realizado o exame, caberia rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, por violar o princípio da dignidade humana, como anteriormente mencionado.

Note-se que, mesmo que o processo de investigação estivesse em segundo grau de jurisdição quando o exame tivesse passado a ser viável, haveria de se realizar tal exame, pois na pendência dos recursos ordinários cabe instrução probatória, inclusive *ex officio*. Portanto, e no máximo, restariam casos em que, quando o exame se tornara conhecido, o processo já estava em fase de recurso extraordinário ou especial.[45]

Há, ainda, os casos de recusa da parte em se submeter à coleta de material para a realização do exame de DNA. Em 1996, o STF, em decisão polêmica e por apertada maioria, posicionou-se a favor do investigado, no sentido de ser o seu direito à integridade física, em não se submeter forçosamente a nenhum tipo de exame, maior do que o direito ao conhecimento da identidade genética e ao reconhecimento do estado de filiação, não violando disposição normativa a sentença que, em face da recusa de submissão à perícia, julga com base em presunções.[46]

5 CONFLITOS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

A pessoa, pelo simples fato de existir, é titular de direitos da personalidade e estes não são enumerados de forma taxativa em decorrência de sua universalidade.

Ressalte-se, em relação à universalidade dos direitos humanos (a qual se aplica também aos direitos da personalidade), a intervenção da delegação portuguesa durante a Conferência Mundial dos Direitos do Homem que se realizou em Viena:

(...) qualquer que seja o contexto geográfico, étnico, histórico ou econômico-social em que cada um de nós se insere, a cada homem assiste um conjunto inderrogável de direitos fundamentais. Não podemos admitir que, consoante o nascimento, o sexo, a raça, a religião, se estabeleçam diferenças em termos de dignidade dos cidadãos. Foi isto que vieram consagrar a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos e acordos que lhe seguiram (...).[47]

No tópico anterior, suscitou-se a questão da recusa da parte em se submeter ao exame de DNA com base na tutela de seu direito à integridade física, contrapondo-se ao direito da outra parte ao conhecimento da origem genética e do estado de filiação.

Há diferença entre o estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem genética. O estado de filiação teria natureza de direito de família, e o direito ao conhecimento da origem genética seria um direito da personalidade. Explica Paulo Luiz Netto Lôbo, sobre este último:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. (...) Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. [48]

Porém o estado de filiação também é um direito, quando a pessoa não tenha aquele. Assim, por exemplo, a pessoa que foi concebida por inseminação heteróloga e é titular de estado de filiação não-biológico (o pai não é seu pai biológico) não pode utilizar o conhecimento da sua origem genética para desconstituir um estado de filiação já existente.

A Convenção Americana de Direitos Humanos dedica o art. 17 à proteção da família e deixa claro o princípio do melhor interesse dos filhos e o *status* de igualdade entre os nascidos dentro e fora do casamento. O art. 18 trata do direito inalienável ao nome e ao prenome. Abaixo, transcreve-se o conteúdo de tais artigos:

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18. Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Também a Convenção sobre os direitos da criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 1990, dispõe, em seu artigo 7º, sobre o direito ao nome:

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

E o artigo 3º, nº 1, estabelece o princípio do melhor interesse da criança:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Fundamentando-se em tais dispositivos, seria possível justificar a abertura de um processo junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quando internamente tiver sido negado ao filho o direito ao conhecimento de sua origem e seu direito ao nome e à filiação, em casos com sentenças posteriores a 1998, ano em que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana (para o caso de posterior encaminhamento do caso à Corte pela Comissão).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seria cabível, portanto, o pedido à Comissão Interamericana, se num processo de investigação de paternidade, em que não tenha sido realizado o exame de DNA, tiver sido negada (ou atribuída) a paternidade, e se a rescisória da sentença houver sido negada (ou se não tiver sido proposta, caso o prazo de 2 anos tenha sido insuficiente para o convencimento da outra parte para a realização do exame). Ousar-se-ia dizer que até mesmo no caso de recusa da parte haveria a possibilidade de se buscar a tutela do direito perante a Comissão.

É importante enfatizar que a decisão da Comissão não é sentença e, portanto, não tem força para invalidar a sentença interna acobertada pela coisa julgada. Somente haverá a invalidação do comando nacional revestido de coisa julgada se a Comissão decidir enviar o caso para a Corte, e esta, por sua vez, decidir que a sentença nacional viola direito fundamental previsto na Convenção Americana ou em outro instrumento posterior.

Os casos em que a Corte Interamericana tem atuado envolvem, na sua maioria, conflitos da área penal e não cível. Mas, com a intensificação da atuação da Corte, é bem possível que os direitos tutelados pela esfera cível passem a ser, também, objeto de casos submetidos a ela.[49]

O recurso ao Sistema Interamericano para invalidar ou mitigar uma sentença nacional revestida pela coisa julgada faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de o Brasil ter aceitado a jurisdição da Corte Interamericana. Assim, é mais uma possibilidade – embora ainda pouco utilizada - para o cidadão brasileiro buscar a tutela dos seus direitos da personalidade, quando internamente isso lhe tiver sido negado.

7 REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. In ARRUDA ALVIM e THEREZA ARRUDA ALVIM (coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**, parte geral, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em:
http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf, Acesso em: 13/06/2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). **Revista Autônoma de Processo**. Curitiba: Juruá, n. 2, jan./mar. 2007.

GALLI, Maria Beatriz e DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GALLI, Maria Beatriz, DULITZKY, Ariel E. e KRSTICEVIC, Viviana. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os sete pecados capitais do novo direito de família. In **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 833, março de 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1>, acesso em: 13/06/2007.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 93, v. 830, dezembro de 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 833, março de 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 93, v. 821, março de 2004.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

[1] PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

[2] TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

[3] MONTENEGRO, Misael Filho. **Curso de Direito Processual Civil**, Atlas, 2005, p. 600 e 601.

[4] BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

[5] Ibid, p. 9.

[6] GALLI, Maria Beatriz e DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 54.

[7] TALAMINI, op. cit., p. 545.

[8] BRANT, op. cit., p. 312.

[9] Também existe, como mencionado acima, o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, decorrente do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Porém tal Sistema dispõe de um Comitê e não de uma Corte, para apurar e julgar as denúncias. Assim, não há sentenças em tal sistema. Além disso, o Brasil não ratificou o Protocolo Adicional ao Pacto, pelo qual se reconhece a competência do Comitê.

[10] GALLI apud GOMES, op. cit., p. 64.

[11] TALAMINI, op. cit., p. 546.

[12] “Todo Estado signatário da Convenção submete-se necessariamente à cláusula que permite a qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não-governamental apresentar à Comissão denúncias de violação de direitos consagrados no Sistema Interamericano (Conv. Americana, art. 44)”. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 544.

[13] TALAMINI, op. cit., p. 535.

[14] Ibid, p. 550 et seq.

[15] “A Convenção Americana relativa aos Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) prevê, no seu artigo 67, que 'a sentença da Corte é definitiva e sem recurso. Em caso de contestação sobre o sentido e o alcance da sentença, a Corte se pronunciará sob petição de uma das partes, introduzida num prazo de oitenta dias a contar da data do pronunciamento da sentença'. O artigo 68 (1)

acrescenta, ainda, que 'os Estados partes na presente Convenção se comprometem a conformar com as decisões pronunciadas pela Corte em todo litígio no qual eles estão em causa". BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Op. cit., p. 46.

[16] TALAMINI, op. cit., p. 552.

[17] Ibid, p. 558 e cf. palestra proferida no dia 15.08.2007, em Brasília-DF, no IESB do professor e ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade.

[18] Desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e não mais ao Supremo Tribunal Federal.

[19] TALAMINI, op. cit., p. 541.

[20] BRANT, op. cit., p. 13.

[21] TALAMINI, op. cit., p. 66.

[22] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, p. 265.

[23] BRANT, op. cit., p. 40.

[24] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

[25] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35.

[26] PORTO, op. cit., p. 126.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 73 e 74.

[29] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988**. In Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 833, março de 2005, p. 49.

[30] PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995. *Apud* SARLET, op. cit., p. 108.

[31] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 129.

[32] Ibid, p. 131.

[33] Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.550-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva, v.u. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1134265357>>. Acesso em 10 de agosto de 2008.

[34] WAMBIER, op. cit., p. 59.

[35] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em:

http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf, Acesso em: 13/06/2007, p. 4.

[36] Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

[37] TALAMINI, op. cit., p. 555.

[38] Ibid, p. 31.

[39] PORTO, op. cit., p. 154.

[40] TALAMINI, op. cit., p. 413.

[41] Ibid, p. 414.

[42] Ibid. Violação a disposição normativa – cabe rescisória fundada no art. 485, V: “(1º) casos em que ninguém pediu o exame e o juiz não determinou *ex officio*, bem como os casos em que houve pleito, mas foi indeferido (porque o juiz reputou desnecessária a prova; porque a parte não pôde pagá-la e o juiz não fez com que concretamente incidisse a garantia da assistência jurídica etc.). Nesses casos, estará configurada ofensa às normas constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) (...)”, p. 627.

[43] Ibid, p. 623.

[44] TALAMINI, op. cit., p. 625 et seq.

[45] Ibid.

[46] HC 71373-4-RS, Publicado no DJ em 22.11.96: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

[47] U. N., Conferência Mundial dos Direitos do Homem. Intervenção de S. E. o Ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal, Dr. José Manuel Durão Barroso, Viena, 16 jun. 1993, p. 24 (mimeografado, circulação interna), *apud* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, v. 1, 1997, p. 218.

[48] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=1>, acesso em: 13/06/2007.

[49] Cf. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 558.

A CONTROVÉRSIA NA FRONTEIRA DO RIO URUGUAI: A VIOLAÇÃO DO TRATADO DE ASSUNÇÃO E A SOLUÇÃO PELO PROTOCOLO DE OLIVOS*

THE CONFLICT ON THE BORDER OF URUGUAY RIVER: THE ASSUNÇÃO TREATY VIOLATION AND THE SOLUTION BY THE OLIVOS' PROTOCOL

Patricia Grazziotin Noschang

RESUMO

Um dos objetivos do Mercosul é avançar na integração regional. A instalação de duas empresas de celulose nas margens do Rio Uruguai do lado uruguaio, fronteira com a Argentina gerou uma controvérsia de proporção sem tamanho. Essa controvérsia, conhecida como o caso das papeleras, violou um dos princípios mais importantes da integração regional, o da livre circulação ocasionando sérios prejuízos ao Uruguai e países vizinhos com o trancamento das pontes que dão acesso ao território argentino e uruguaio. Esse trabalho aborda o caso das papeleras no âmbito do Mercosul levando em consideração a decisão do Laudo Arbitral, segundo o Protocolo de Olivos.

PALAVRAS-CHAVES: : DIREITO DA INTEGRAÇÃO. MERCOSUL. PAPELERAS. PRINCÍPIO DA LIVRE CIRCULAÇÃO. PROTOCOLO DE OLIVOS.

ABSTRACT

One of the Mercosul objectives is to improve the regional integration. Two pulp mills built by the edge of Uruguay River, on the Uruguay side, which borders Argentina, caused a huge conflict. That controversy is called the Pulp Mills Case and violated one of the most important principles of the regional integration: the free trade principle. That act had caused considerable harms to Uruguay and other countries, because the bridges which border Argentina and Uruguay were blocked. This article observes the problems arose by the Pulp Mills Case on the Mercosul jurisdiction and the arbitral decision by the Olivos' Protocol.

KEYWORDS: LAW OF INTEGRATION. MERCOSUL. OLIVOS' PROTOCOL. .PRINCIPLE OF FREE CIRCULATION. PULP MILLS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 INTRODUÇÃO

Em outubro de 2003 o governo uruguaio, sob a Presidência de Jorge Battle, autorizou a instalação de uma fábrica de pasta de celulose espanhola, a ENCE, em Fray Bentos. Em fevereiro de 2005, a autorização foi para outra empresa também de celulose, desta vez para a finlandesa Oy Mtsä-Botnia, ambas às margens do Rio Uruguai. Esses dois fatos tiveram conotação diversa tanto interna como externa. Ocorre que os problemas uruguaio começaram inicialmente quando a população de Fray Bentos, que era contra a instalação das plantas de celulose, começou a protestar negativamente pelas características da região. Pois essa é uma localidade que retira seus recursos da exploração do turismo ecológico pelas atrações do balneário. Os problemas externos começaram com a indignação da população do outro lado da margem do rio, a cidade de Gualeguaychu, província de Entre Rios, Argentina.

No início de 2005 o panorama mudou com as eleições presidenciais para o governo uruguaio, saindo vencedor o Sr. Tabaré Vasquez com grande maioria dos votos. O novo presidente confirmou o apoio à instalação das plantas e conseguiu convencer a população de Fray Bentos dos benefícios que esse grande empreendimento traria para a região, juntamente com o desenvolvimento econômico. Os uruguaio passaram dessa forma a deixar de lado os protestos e a concordar com os argumentos trazidos pelo presidente eleito. A população argentina do outro lado do rio, instigada por seus governantes, começou a protestar trancando as pontes de acesso entre os dois Estados. A Argentina reclama a violação do tratado, Estatuto do Rio Uruguai, pelo governo uruguaio, pois o mesmo não cumpriu com o dever de comunicar a instalação das empresas previsto no compromisso firmado entre as partes que prevê a gestão conjunta desse curso d'água.

2 A VIOLAÇÃO AO TRATADO DE ASSUNÇÃO

O início da controvérsia do caso das papeleras no Mercosul se deu pela obstrução das pontes que dão acesso aos territórios argentinos e uruguaio por protestos praticados pelos argentinos no seu território.

Esses protestos, que eram esporádicos entre as duas fronteiras, tomaram proporções maiores. As pontes permaneceram trancadas pelos manifestantes durante dias, e os protestos ocorreram justamente no período de novembro de 2005 a março de 2006, nas pontes de Gral. San Martín e Gral. Artigas que ligam ao litoral uruguaio o qual sobrevive do turismo sazonal.

As manifestações iniciaram no começo do ano de 2005. Os protestos foram planejados por organizações não governamentais, ambientalistas e pela população da província argentina de Entre Rios e, principalmente, pelo município de Gualeguaychú. Para

coordenar os protestos e a oposição contra a instalação das indústrias de celulose foi criada uma nova entidade: a Assembléia Ambiental de Gualaguaychú formada por movimentos ambientalistas e autoridades de Gualaguaychú. A entidade referida comandou o segundo grande trancamento das pontes que ocorreu em 30 de abril de 2005 (RIANI, 2005).

Essas manifestações ocorreram durante todo o ano de 2005, de forma “ocasional”, principalmente na ponte de Gral. San Martín que liga o município uruguaio de Fray Bentos a Gualaguaychú na Argentina. Em 16 de agosto do mesmo ano outro grande protesto aconteceu na mesma ponte. Longas filas se formaram prejudicando principalmente os próprios argentinos que retornavam do litoral uruguaio. Os manifestantes então ameaçaram organizar cortes programados e suspensivos das três pontes que ligam a província de Entre Rios com o Uruguai caso não suspendessem a construção das plantas de celulose em Fray Bentos (GALAK, 2005).

As obras para a construção no Uruguai não pararam. Os dois Estados não entraram em acordo e os manifestantes daquele protesto de agosto de 2005 cumpriram suas promessas. As rotas de acesso entre as pontes que ligam o Uruguai e a província de Entre Rios foram bloqueadas totalmente nos meses de janeiro e fevereiro de 2006. Os bloqueios aconteceram justamente no período de alta temporada do turismo nos balneários uruguaios prejudicando a economia da região. A situação de trancamento das pontes prejudicou a todos. O comércio internacional que usa as rotas 136 e 137 parou. O Ministro de Relações Exteriores do Uruguai, o Chanceler Reinaldo Gargano afirmou em entrevista concedida a imprensa, em janeiro de 2006, que o Chile enviou nota diplomática aos argentinos para que liberassem seus caminhões que estavam trancados na rota em Colón.

Segundo Gargano circulam pela ponte de Fray Bentos - Puerto Unzué, 900 mil toneladas de mercadoria por ano que têm como destino a Argentina, o Uruguai, o Chile, o Paraguai, a Bolívia e o Peru. O Ministro uruguaio também afirmou que, se os cortes não cessassem, o meio para resolver o conflito seria o regional levando em consideração a violação do Artigo 1 do Tratado de Assunção. A demanda seria proposta pelo sistema de Olivos. Porém, na fala do Ministro havia uma esperança de que a Argentina tomaria medidas adequadas para contornar a situação (URUGUAI, 2006c).

O governo argentino em contrapartida recebeu os organizadores dos protestos e declarou seu apoio à luta dos mesmos.

Os cortes continuaram e, em 13 de fevereiro 2006, o Presidente do Uruguai enviou nota diplomática ao governo argentino solicitando que intervisse nos cortes para garantir a livre circulação entre os dois Estados respeitando as normas do Mercosul e de direito internacional. Não houve resposta da Argentina e os cortes se mantiveram (URUGUAI, 2006a).

Segundo o Ministério de Relações Exteriores do Uruguai os prejuízos são incalculáveis tendo em vista que,

En el circuito de rutas que comunican ambos márgenes del río Uruguay circulan 900.000 toneladas anuales de mercadería, que tienen como destino [...] República Argentina y Uruguay, [...] Bolivia, Paraguay y Chile [...].

El 70% de la flota uruguaya circula por esos puntos fronterizos, viéndose paralizada un 90% de la misma por los cortes de ruta. [...].

Entre otras consecuencias económicas irreversibles, es notorio el perjuicio para el Departamento de Río Negro, ya que los ingresos por recaudación en materia de transacciones provenientes de Argentina se redujeron en un 50 % en comparación con el mismo período (diciembre – febrero) en el año 2004. Ello va en detrimento, no sólo de la recaudación impositiva del Gobierno sino en todo el conjunto de la economía, ya que el impacto real se multiplica por 30 o 40.

Llegaron a existir hasta 300 camiones parados en la frontera con productos perecederos (principalmente pescado). Las importaciones de productos químicos chilenos para las curtiembres locales también se han visto seriamente afectadas. [...] El 90% de los camiones que transportaban cargas quedaron atrapados por el bloqueo, y debieron derivar los camiones hacia Salto. Se estima que las medidas generaron pérdidas por USD 6 millones. A esto se suma, el incremento de los costos fijos para el conjunto de las empresas de transporte (carga y pasajeros). [...]

Del mismo modo, los cortes de ruta afectan directamente el empleo y la actividad comercial en las localidades fronterizas, ya que varios establecimientos comerciales de diferentes rubros han debido enviar a su personal a seguro de paro, e incluso cerrar sus puertas (Duty Free Shop de Fray Bentos, tele centros de Antel, restaurantes, etc). [...]

Estas medidas atentan directamente contra la soberanía nacional ya que restringen el derecho al acceso al país y generan consecuencias desde otros ámbitos. Con relación al Turismo, la corriente de ciudadanos argentinos a nuestro país se ha reducido en un 50%, y este es sólo el elemento de mayor visibilidad, ya que al considerarse su influencia en actividades conexas (transporte de pasajeros que vendió 25% menos pasajes que el año anterior, hotelería, industria gastronómica, etc), su impacto es aún mayor . [...] (URUGUAI, 2006c).

O Presidente do Uruguai tentou cessar os bloqueios por todas as vias possíveis – Corte Internacional de Justiça, nota diplomática em negociações diretas, Mercosul invocando o GMC – em 22 de fevereiro enviou carta ao Secretário-Geral da OEA comunicando os cortes nas pontes e clamou por uma ajuda ou solução da organização internacional. Os fundamentos utilizados foram os artigos 22 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – livre circulação e o artigo V do GATT – liberdade de trânsito (URUGUAI, 2006b).

Na mesma data a Ministra Interina de Relações Exteriores uruguia enviou nota diplomática comunicando ao Ministro Argentino, Jorge Taiana que, o Uruguai tinha decidido invocar a controvérsia no âmbito do Mercosul, decorrente da violação da normativa do bloco e requerer o início das negociações diretas segundo o Protocolo de

Olivos. Seguindo essas mesmas regras, propôs uma reunião em 06 de março de 2006 em Montevidéu (URUGUAI, 2006c).

A Argentina, como estava no primeiro semestre de 2006 no exercício da Presidência Pró-Tempore do Conselho do Mercado Comum do bloco, tentou esquivar-se, por todos os meios, em não levar a questão dos bloqueios das rotas para a pauta das reuniões do Mercosul.

A Presidência Pró-Tempore do Conselho do Mercado Comum, conforme o Protocolo de Ouro Preto é exercida pelos Estados Partes de forma rotativa e por ordem alfabética. Ressalta-se que uma das atribuições do Estado que está no exercício da presidência rotativa do bloco é definir os assuntos das reuniões.

Elizabeth Accioly Pinto de Almeida, ressalta que o Conselho do Mercosul

[...] es un órgano de extrema importancia, ya que es el conductor, el direccionador y el impulsor político de esta integración, colocando en primer lugar el interés de la Comunidad, y velando por el cumplimiento de los objetivos del Tratado y promoviendo las acciones necesarias para la conformación del mercado común (1998. p.104).

Entre as atribuições do Conselho presentes no Protocolo de Ouro Preto, está previsto no artigo 3º a de “[...] assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum”. Poder-se-ia pensar que o Conselho deu de ombros para o problema das papeleras levando em consideração que: o acesso entre Uruguai e Argentina foi bloqueado impedindo a livre circulação de mercadorias e pessoas – princípio da livre circulação do bloco; a Argentina não tomou nenhuma medida para impedir ou cessar os bloqueios; o Conselho não tomou conhecimento do trancamento das rotas; as tentativas de negociações diretas do Uruguai com a Argentina não tiveram sucesso tendo em vista que a Argentina ignorou as mesmas.

Deisy Ventura lembra que a Argentina poderia utilizar-se do sistema regional contra o Uruguai sendo parte autora contra o mesmo pela violação do Acordo Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul que prevê como forma de solução de controvérsias o Protocolo de Olivos (2006, p. 17).

No entanto, o Tribunal Arbitral do Mercosul, ao julgar o caso dos pneumáticos, também discutido em outra jurisdição a Organização Mundial do Comércio, poderia ter abordado a questão ambiental no contexto econômico. A lide foi julgada pelo sistema do Protocolo de Brasília, mas já era possível ter uma luz ambiental para ser aplicado no conflito das papeleras. Fabio Morosini ao analisar o conflito nas duas jurisdições comentou a preocupação de o Tribunal não ter abordado o direito ambiental, pois a preservação ao meio ambiente no Mercosul é matéria de ordem pública:

A decisão do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul é preocupante em termos de suas conseqüências para o meio ambiente, o que justifica sua análise a partir da exceção ao comércio internacional irrestrito contida no Artigo 2 do Anexo I ao Tratado de Assunção (a que faz referência ao Artigo 50, letra (d) do Tratado de Montevideu de 1980). Assim como a exceção contida na alínea (b) do Artigo XX do GATT 1994, o Artigo 50 do Tratado de Montevideu dispõe que tal Acordo não pode ser interpretado de forma a impedir a adoção e o cumprimento de medidas destinadas à “proteção a vida e a saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais (MOROSINI, 2005, p.13-14).

Além do fato de a Argentina ter violado o Tratado de Assunção, já que os protestos impediram durante meses a livre circulação entre os dois Estados, surge também a questão da responsabilidade internacional do Estado argentino.

O ato praticado por particulares pertencentes ao Estado argentino poderia ser classificado como um ato ilícito. Esse ato causou dano tanto ao Estado uruguaio quanto aos seus nacionais. O Uruguai quantificou esse dano em torno de seis milhões de dólares no setor de transportes, ao menos 13 milhões de dólares na importação de produtos argentinos e 50% de perda no setor de turismo (VENTURA, 2006, p. 16).

A Argentina foi omissa no trancamento das pontes, pois não tomou nenhuma medida para prevenir ou punir os atos praticados por seus nacionais. A prevenção era perfeitamente possível porque os protestos eram comunicados com antecedência inclusive convocando a população de Gualaguaychú para juntarem-se aos bloqueios, apoiados tanto pela prefeitura da cidade quanto pelo governador da província de Entre Rios. Ato praticado pelos particulares com o consentimento dos representantes do Poder Executivo.

Fica a dúvida se a Argentina é sujeito ativo, por omissão, de responsabilidade internacional no caso da papeleras, e, ainda, a possibilidade de a questão da responsabilidade internacional pela violação do Tratado de Assunção ser analisada no sistema Olivos.

Percebe-se que a violação do Tratado de Assunção é clara e indiscutível. No próximo ítem a controvérsia instaurada no caso das papeleras pelo sistema Olivos e como foi solucionada será abordada.

3 O LAUDO ARBITRAL PELO SISTEMA DO PROTOCOLO DE OLIVOS

O Uruguai após sofrer diversos prejuízos e danos na temporada de verão, tendo em vista que a região de Fray Bentos sobrevive do turismo sazonal, decidiu recorrer ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Desta forma, requereu a instauração de um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, apoiado na violação do Tratado de Assunção por parte do Estado argentino.

Enquanto a disputa entre Argentina e Uruguai em Haia, na Corte Internacional de Justiça, refere-se ao direito ambiental internacional, no Mercosul a discussão versa sobre a violação do princípio da livre circulação que é inerente à formação do bloco previsto no Tratado de Assunção.

O Laudo N°2/2006 do Tribunal *Ad Hoc* que julgou o caso em tela tem a seguinte denominação:

Laudo arbitral do Mercosul 02/2006: Laudo do Tribunal Arbitral “Ad Hoc” do MERCOSUL, constituído para entender a Controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre **“Omissão do Estado Argentino em Adotar Medidas Apropriadas para Prevenir e/ou Fazer Parar os Impedimentos Impostos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino de Vias de Acesso às Pontes Internacionais Gal San Martin e Gal Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai”**. – Protocolo de Olivos (MERCOSUL, 2006, p. 1).

A controvérsia aborda o trancamento das pontes internacionais de Gral. San Martin e Gral. Artigas que ligam a República da Argentina com a República Oriental do Uruguai. O trancamento ocorreu no lado argentino por particulares que protestavam contra a instalação das plantas de celulose nas margens do Rio Uruguai, em território uruguaio. Os protestos impediram a livre circulação de pessoas e mercadorias em ambos os lados, conforme já relatado anteriormente.

O Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” do Mercosul foi constituído em 21 de junho de 2006, determinando os árbitros e a sede do Tribunal em Montevideu, de acordo com as regras do Protocolo de Olivos.

No dia 29 de julho a Argentina apresentou reclamação ao Tribunal Permanente de Revisão contra a Ata de Sessão n. 1, que designou o Sr. Luis Marti Mingarro como árbitro Presidente do Tribunal. Alegou que o mesmo não reunia os requisitos legais suficientes para o caso. O Tribunal de Revisão negou o pedido argentino tendo como base o art. 17 do Protocolo de Olivos. De acordo com o Protocolo a reclamação para recurso de revisão deve ter como fundamento um laudo proferido pelo Tribunal *Ad Hoc* e não uma resolução, como no caso em tela. A decisão do Tribunal Permanente de Revisão deu origem ao Laudo 2/2006 de 06 de julho de 2006.

Tal negativa causou a renúncia do árbitro argentino Dr. Héctor Masnatta, assumindo em seu lugar o árbitro suplente Dr. Enrique Carlos Barreira. O Tribunal foi composto pelos seguintes árbitros: Dr. Luis Martí Mingarro – Presidente; Dr. Enrique Carlos Barreira (co-Árbitro), Dr. José Maria Gamio (co-Árbitro).

Quanto ao convite de participação a Terceiros Estados o Tribunal decidiu, em conformidade com os argumentos argentinos e uruguaiois, que se tratava de uma demanda bilateral e que não seria procedente convidar terceiros.

Os argumentos uruguaiois versaram sobre os cortes que ocorreram na Rota 136 – Ponte de Gral. San Martin, de 19 de dezembro de 2005 a 02 de maio de 2006, e na Rota 135 – Ponte de Gral Artigas, de 30 de dezembro de 2005 a 18 de abril de 2006.

O Uruguai afirmou que a Argentina, tanto por seu governo federal como pelo regional (da província), se omitiu em tomar as medidas necessárias para cessarem os bloqueios. Esses cortes trouxeram graves prejuízos e danos à economia uruguaia, principalmente quanto às exportações, importações, turismo e transporte terrestre de passageiros e mercadorias.

O embasamento legal do Uruguai está no Tratado de Assunção que objetiva eliminação de restrições alfandegárias e de circulação de mercadorias (art. 1 e 5), artigos 1º, 2º e 10 parágrafo 2º do Anexo I do referido tratado, nos artigos II, III e IV do Protocolo de Montevideu que elimina as medidas que afetem o comércio entre os Estados-membros e nos princípios de Direito Internacional aplicáveis à matéria. Conforme argumentação uruguaia:

*32) Así que, según la Reclamante, el incumplimiento continuado de Argentina por omisión frente a los cortes de ruta – dispuestos y luego levantados por voluntad de los particulares- **hace suponer** que de reiterase los mismos en el futuro, dicho Estado observará la misma conducta generando, así, un permanente estado de duda e inseguridad. (grifo nosso) (MERCOSUL, 2006, p. 7).*

O Uruguai solicitou que o Tribunal reconhecesse a violação argentina dos dispositivos acima referidos e requereu que a Argentina adotasse medidas apropriadas para “prevenir y/o hacer cesar tales impedimentos y garantizar la libre circulación con Uruguay” (MERCOSUL, 2006, p. 7).

Primeiramente a Argentina alegou que o Uruguai ampliou e inovou o objeto da demanda e que esse é diverso do solicitado no início das negociações diretas entre as partes.

Nas negociações diretas o objeto da controvérsia era o impedimento à livre circulação. Nesse tribunal discute-se a omissão do Estado argentino que não adotou medidas necessárias para prevenir ou fazer cessar os impedimentos à livre circulação.

A Argentina argumentou que a reclamação não tem fundamento no pedido, porque na época da propositura da demanda os bloqueios das rotas já haviam terminado e não ocorreram novamente. Alegou que a reclamação era obscura, sem especificação e abstrata, pois o Uruguai solicitava ao Estado argentino que prevenisse tais manifestações no futuro, mas não determinava como seria essa prevenção. Argumentou que o Uruguai não podia reclamar de prejuízos, levando em consideração que os cortes eram comunicados com antecedência e assim possibilitavam que as pessoas trocassem de rota. Requereu também que as circunstâncias apontavam uma contraposição entre a livre circulação de bens (normas de integração regional) e a livre expressão de pensamento e de reunião (direitos humanos).

A respeito do processo de integração e à livre circulação de serviços, a Argentina afirmou que tanto o Tratado de Assunção quanto o Protocolo de Montevideú “[...] solo establece compromisos de abstenerse de adoptar medidas gubernamentales que la afecten[...]” (MERCOSUL, 2006, p. 9, parágrafo 47). Afirmou que os direitos humanos podem justificar uma restrição ao livre comércio e mencionou um precedente das Comunidades Europeias como escusa. Nesse sentido o respeito ao direito de livre expressão de pensamento e de reunião se justificariam sempre.

A Argentina afirmou que as manifestações não foram violentas e por isso não necessitou de intervenção além do que o Estado argentino somente seria responsável por atos de pessoas que estivessem atuando em nome do Estado, o que não era o caso. Declarou que não houve omissão por parte do Estado, pois a livre circulação de bens e pessoas sempre contou com outros caminhos alternativos de acesso entre os dois Estados.

A prova testemunhal foi colhida e logo em seguida foram apresentadas as alegações finais do Uruguai que reiterou a violação da Argentina dos dispositivos citados anteriormente.

No prazo de alegações finais, as partes reiteraram os seus pedidos iniciais: o Uruguai argüindo que a Argentina violou os compromissos firmados no Mercosul (Tratado de Assunção e o Anexo I e o Protocolo de Montevideú); a Argentina afirmando que a controvérsia apresentada carecia de objeto e que os protestos foram demonstrações do direito de liberdade de expressão dos cidadãos argentinos. Além disto, esses direitos estão presentes em todos os tratados de direitos humanos dos quais esse Estado é signatário. Merece transcrição a seguinte alegação argentina:

[...]

e) que el Gobierno argentino no ha adoptado medida alguna que constituya una violación de los principios de libre circulación de bienes y servicios[...];

f) que el Gobierno argentino ha actuado, a nivel nacional, provincial y municipal, con el objetivo de disuadir a sus ciudadanos de utilizar la manifestaciones en rutas como forma de expresión de su protesta u ha arbitrado los medio necesarios para facilitar la libre circulación de bienes y servicios durante la etapa de vigencia de las mismas; [...] (MERCOSUL, 2006, p.12-13).

Em 18 de julho de 2006 o Tribunal determinou a prorrogação da decisão do Laudo para 07 de setembro do mesmo ano, sem considerar a alegação argentina quanto à troca de objeto na demanda, referindo que apenas ocorreu uma mudança de terminologia ou denominação. Atendeu que a Argentina violou o art. 1º do Tratado de Assunção no que diz respeito à livre circulação no processo de integração, e que o Estado argentino é responsável segundo as normas de direito internacional por ter se omitido ou não ter prevenido as manifestações de bloqueios nas rotas dos dois Estados praticadas por seus

particulares. Dessa forma, a Argentina é responsável por não ter tomado medidas apropriadas para cessar a obstrução das pontes.

Quanto à alegação da Argentina referente aos direitos humanos o Tribunal considerou que, primeiramente, segundo a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, nenhum Estado pode invocar o seu direito interno para escusar o descumprimento de um compromisso internacional. Embora os direitos humanos tenham primazia quanto às demais normas internas argentinas eles não revogam os demais compromissos em vigor. Além de tudo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê o direito de livre expressão de protestar. No entanto, esse direito deve ser limitado quando afeta o direito dos demais particulares (MERCOSUL, 2006, p.12-13).

Pelo acima exposto o Tribunal acolheu parcialmente a reclamação uruguaia e assim decidiu:

PRIMERO: *Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.*

SEGUNDO: *Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay y que han sido reseñados en los parágrafos 90, 91 y 92 de los considerandos de este laudo, no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.*

TERCERO: *Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal “Ad Hoc” adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada.*

CUARTO: *Conforme a lo establecido en el párrafo 193 de los fundamentos de este laudo, no se hace salvedad alguna en cuanto a la imposición de costas, por lo que se estará a este respecto a cuanto prescribe el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría del MERCOSUR dentro del plazo improrrogable de treinta (30) días contados desde la notificación.*

QUINTO: *Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (MERCOSUL, 2006, p. 39).*

Analisando os argumentos e a decisão do Tribunal Arbitral, a primeira observação que se deve referir é sobre o recurso impetrado pela Argentina ao Tribunal Permanente de Revisão. O Protocolo de Olivos é claro ao dizer que somente caberá recurso quando a

controvérsia decorrer de dois Estados Partes e tiver como natureza a revisão de um laudo arbitral afinal, essa é a finalidade para a qual ele foi instituído e não para decidir sobre decisões interlocutórias no decorrer do processo. Nesse caso o requerimento argentino não tinha a menor admissibilidade, conforme concluiu o 2º Laudo do Tribunal Permanente de Revisão: “Concretamente, a teor das considerações feitas anteriormente, este TPR determina que não é admissível, sob nenhum ponto de vista, a questão suscitada pela parte Argentina no recurso de revisão interposto”(ARAÚJO, 2006, p. 150).

Nádia de Araújo ao comentar o referido laudo afirma que se o TPR permitisse a revisão sobre uma decisão interlocutória nesse caso, mais adiante outras viriam, o que distorceria o procedimento célere e direto para que o TPR foi criado (2006, p. 157). A autora assim conclui que

O laudo analisado demonstra que o TPR interpretou o Protocolo de Olivos dentro do espírito de sua criação, como a preservação do instituto da arbitragem dentro dos parâmetros internacionais. A proliferação de recursos de caráter interlocutório não previstos na normativa do Mercosul seria contrária ao espírito de solução de controvérsias escolhido pelo bloco (ARAÚJO, 2006, p. 158).

A segunda consideração que merece ser referida é quando ambas as partes decidem que a demanda é apenas bilateral, no seguinte ponto: “I-(E) La invitación de presencia en el proceso de los Estados Terceros”(MERCOSUL, 2006, p.4).

O que surpreende é a omissão do Brasil nesse conflito. Não que ele devesse entrar na controvérsia como terceiro interessado, mas poderia ter atuado como mediador do conflito nas negociações diretas intrabloco evitando que a Argentina fosse à Corte Internacional de Justiça. Num olhar brasileiro sob o âmbito ambiental o Rio Uruguai também é fronteiro com o Brasil, o dano ambiental ao Rio Uruguai provavelmente não atingiria somente os ribeirinhos de Fray Bentos e Gualaguaychu. Por outro lado, se pensarmos pelo lado econômico, será que nenhum brasileiro ou empresa brasileira sofreu prejuízos econômicos nas exportações com o trancamento das duas pontes?

As controvérsias que surgem entre os Estados Partes deveriam ser resolvidas com o auxílio dos demais participantes do bloco já que estamos falando em direito de integração.

Na opinião de Deisy Ventura que analisa o próprio caso em tela,

O esvaziamento do Mercosul, foro natural para deslinde do conflito, tanto no âmbito político como jurídico, responde a uma estratégia argentina, acobertada pelo Brasil. Somente em meados de abril, o Brasil passou a dialogar com os envolvidos no conflito, com o esclarecimento, porém, de que se trata de um problema bilateral. É bem verdade que a belicosidade Argentina encontra amparo somente na bilateralidade. Confrontados

no seio das instituições regionais, os contendores teriam que admitir seus respectivos erros e enfrentar a tarefa que aterroriza os nossos governantes: construir, finalmente, um futuro comum, por meio de políticas regionais sólidas, entre elas as de atração de investimentos e proteção ambiental (VENTURA, 2006, p.17).

Outra ressalva a ser feita é quanto à possibilidade de escolha do foro permitida pelo Artigo 1 do Protocolo de Ouro Preto. O dispositivo se refere apenas à escolha de foros no âmbito comercial, sendo que o Estado Parte pode escolher a Organização Mundial do Comércio ou “[...] outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte[...]”.

Considerando a questão da pluralidade de jurisdição, na qual o caso das papeleras se insere, deve-se ter em mente que nas duas jurisdições o objeto da demanda proposta pelo Uruguai é a responsabilidade internacional do Estado argentino por omissão. No entanto, no âmbito regional, o pedido uruguaio não foi devidamente fundamentado.

O Uruguai alegou o descumprimento pela Argentina do Tratado de Assunção e do Protocolo de Montevideú, além da responsabilidade internacional do Estado argentino por omissão ou falta de prevenção dos atos praticados por particulares. A Argentina, por outro lado, insistiu que a demanda não tinha objeto e que o governo argentino não podia interferir no direito de livre expressão de seus nacionais, tendo em vista as normas de direitos humanos que os protegem.

O Tribunal concordou que houve violação por parte do Estado argentino do Tratado de Assunção quando os protestos impediram a livre circulação de pessoas e bens entre os dois Estados. Por mais que os atos tenham sido praticados por particulares e em uma determinada localidade, o Estado argentino assumiu o compromisso, pelo Tratado de Assunção, de não tomar qualquer atitude que impedisse a livre circulação entre os Estados-membros do Mercosul.

Entende-se também que, nesse caso, o Estado argentino é autor do dano causado ao Estado uruguaio por atos praticados por seus particulares, pois o governo argentino tinha o dever de prevenir os acontecimentos que causaram o mesmo. Nesse linear, o Estado argentino é sujeito autor de responsabilidade internacional por omissão, considerando-se que não tomou nenhuma atitude para prevenir ou reprimir as manifestações de seus particulares que se perpetuaram por um longo tempo (BROWLIE, 1997, p.458-481). Fica claro que o Estado argentino foi conivente com os atos praticados por seus particulares que causaram danos e prejuízos a outrem tendo em vista o tempo e a falta de repressão ao trancamento das pontes.

Ocorre que a responsabilidade internacional é matéria de direito internacional clássico. Isso significa que se há um ato ilícito praticado, imputado a um Estado, esse deverá ser reparado (MELLO, 2004, p.523-544).

O Tribunal reconheceu a responsabilidade argentina pela violação do Tratado de Assunção e os danos sofridos pelo Estado uruguaio. No entanto, o Estado prejudicado não quantificou o montante causado tanto ao turismo regional quanto ao bloqueio (rotas alternativas que encareceram o preço dos produtos, transtornos de trânsito, etc.) das pontes, nem pediu reparação na sua reclamação.

Nas palavras do Laudo, “[...] *la Parte Reclamante no cuestiona la existencia de una ‘norma’, actual o potencialmente lesiva de los compromisos existentes, sino que cuestiona la conducta omisiva del Gobierno de la Parte Reclamada [...]*” (MERCOSUL, 2006, p.14-15). O Laudo do Mercosul reconhece nos seus considerandos a responsabilidade da Argentina por omissão inclusive invocando as considerações sobre o tema da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas.

O Laudo do Mercosul no parágrafo 189, concluiu que “*La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho.*” E afirma que a parte que descumprir uma norma do bloco deverá reparar o dano causado ilicitamente (MERCOSUL, 2006, p. 38).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Laudo do Mercosul não poderia ter tomado decisão diversa ao analisar o pedido uruguaio, pois os requerimentos foram vazios. A dúvida que fica é como um Tribunal poderá decidir sobre condutas futuras que um Estado possa vir a praticar, como também definir a questão da competência para julgar e condenar o Estado autor de um ato ilícito que causou dano a outro.

O processo de integração requer sacrifício, diplomacia, e bom relacionamento entre os que formam o bloco econômico. Sem sintonia e norte entre os Estados Partes o processo de integração fica travado, sem evolução.

Com essas considerações percebe-se que o Mercosul ainda tem muito a avançar nas questões normativas, políticas, relações de vizinhança e em outros tantos aspectos. Tornar-se um Mercado Comum exige dedicação, cooperação, integração. Se os Estados Partes realmente quiserem seguir os passos da União Européia muito ainda há que ser feito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosur & Unión Europea: estructura jurídico-institucional**. Curitiba: Juruá, 1998.

ARAÚJO, Nádía de. O 2º Laudo do Tribunal Permanente de Revisão: Questões Processuais na Consolidação do Sistema de Revisão. **Revista Brasileira de Arbitragem**.V.3, N.12. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem e IOB Thomson, 2006. p.148-158.

BROWLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Trad. de Maria Manuela Farrajota (et all.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

GALAK, Oliver. Fuerte protesta contra las papeleras uruguayas. *La Nación*, Buenos Aires, 16 de ago. 2005. Publicado em: <http://www.lanacion.com.ar/Archivo/nota.asp?nota_id=730460>. Acesso em: 30 jan. 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERCOSUL. **Laudo N°2/2006**. Publicado em <<http://www.mercosur.int/msweb/principal/contenido.asp>>. Acesso em: 23 Jun. 2008.

MOROSINI, Fabio. O Caso dos Pneumáticos: Preferências Regionais e Questões Ambientais. **Pontes**, São Paulo, Vol.1, n. 4, out-dez. 2005. Publicado em <<http://www.ictsd.org/monthly/pontes>>. Acesso em: 30 Dez. 2007. p.12-14

RIANI, Jorge. **Marcha de la comunidad de Gualeguaychu en repudio a las plantas de celulosas**. Cronista Digital, Entre Rios, 10 Abr. 2005. Publicado em <http://www.cronistadigital.com.ar/articulo.asp?art_date=2005410&art_index=151413236&x_ref=crondig&resaltar=papeleras>. Acesso em: 20 Jan. 2008.

URUGUAI. Ministério das Relações Exteriores. **Nota Diplomática de 13 de Fev. 2006** a. Publicada em <http://www.mrree.gub.uy/mrree/Asuntos_Politicos/Plantascelu.htm>. Acesso em: 27 Mar. 2007.

URUGUAI. Ministério das Relações Exteriores. **Cortes de Ruta en los Pontes del Rio Uruguay**. Montevideu, 23 de Fev. 2006 b. Publicado em

<http://www.mrree.gub.uy/mrree/Asuntos_Policos/Planta%20Celu/cortes%20de%20ruta%20y%20da%F1os.htm>. Acesso em: 16 Jun. 2008.

URUGUAI. Presidência da República. **Entrevista com o Ministro Reinaldo Gargano.** Montevideu, 26 de Jan. 2006 c. Publicada em <http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/01/2006012601.htm>. Acesso em: 02 Abr. 2008.

VENTURA, Deisy. O caso da papeleras e o “papelão” do Mercosul. **Pontes**, São Paulo, Vol.2, n. 2, mar-abr. 2006. Disponível em <<http://www.ictsd.org/monthly/pontes.vol.2>>. Publicado em: 30 Dez. 2006. p.16-18

**O DIREITO INTERNACIONAL E A FIGURA DO REFUGIADO AMBIENTAL:
REFLEXÕES A PARTIR DA ILHA DE TUVALU***

**INTERNATIONAL LAW AND THE ENVIRONMENTAL REFUGEE: THE
CASE OF TUVALU**

**Sidney Guerra
Pedro Cuvello Saavedra Avzaradel**

RESUMO

O presente trabalho faz uma avaliação da figura do refugiado ambiental diante do Direito Internacional, analisando-a no caso específico da Ilha da Tuvalu como exemplo de como problemas relacionados à natureza podem forçar movimentos migratórios no planeta. A pesquisa traz noções preliminares sobre a questão dos refugiados no mundo de uma forma geral. O refugiado tutelado hoje pelo Direito Internacional é aquele que é obrigado a procurar um lar em outro país em razão de perseguições políticas. No entanto, hodiernamente impõe-se a esse ramo a função de proteger pessoas que são refugiados ambientais, deslocados por desastres e riscos ambientais que inviabilizam a continuidade da vida num determinado lugar, seja por um processo de desertificação, de inundação decorrente da elevação do nível dos mares ou de qualquer outro problema ambiental de larga escala.

PALAVRAS-CHAVES: REFUGIADO AMBIENTAL – DIREITO INTERNACIONAL – ILHA DE TUVALU

ABSTRACT

The present work brings to light an evaluation of the figure of the environmental refugee before de International Law, using the case of Tuvalu Island as an example of how problems related to nature can force migration around the world. The study shows preliminary notions about the issue of refugees in a broader sense. The refugee protected by the International Law is the one who is forced to move out of its own country for political reasons. However, the present time urges this field of law to protect the environmental refugee, displaced by environmental hazards and risks such as desertification, the rise of sea level and others among environmental large-scale problems.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL REFUGEE – INTERNATIONAL LAW – TUVALU ISLAND

I. Introdução

O deslocamento para outros lugares em busca de melhores condições de vida e mesmo a fuga de um lugar marcado por algum tipo de hostilidade ou adversidade não são algo que se possa chamar de inédito. Ao contrário, desde os primórdios, o homem primitivo, ao constatar o exaurimento da terra que lhe dava os meios necessários para o sustento próprio, procurava em outras regiões novos campos de abastecimento. Ainda hoje existem povos nômades, que vivem pequenos períodos de tempo em cada lugar em que se assentam.

Hodiernamente, evidencia-se que esse movimento migratório se manifesta de forma intensa, sempre importando na busca de melhores condições de vida, na identificação de um local que possa ser desenvolvida, na sua plenitude, uma vida digna. A eficácia do instituto do refúgio constitui um arremate da realidade de um Estado de Direito uma vez que visa dar proteção ao indivíduo, salvando vidas e restituindo segurança às pessoas ameaçadas em períodos de perturbação e perseguição.

Registra-se também que esse movimento migratório tem acontecido de maneira mais acentuada em algumas regiões do planeta em razão de guerras civis, problemas que envolvem etnias e grupos religiosos, conflitos armados e em decorrência de situações relacionadas ao meio ambiente.

Assim sendo, o presente artigo pretende estabelecer preliminarmente considerações sobre questões ambientais globais ligadas a movimentos migratórios, para depois assinalar alguns aspectos do instituto do refugiado e enfrentar o novel tema do refugiado ambiental. Ao final, far-se-á um estudo de caso sobre a situação da Ilha de Tuvalu, que, em razão de problemas climáticos, já enfrenta problemas migratórios e observa de maneira concreta a figura do refugiado ambiental.

II. Problemas Ambientais Globais

Muito se fala hodiernamente acerca da sociedade de risco. Esse conceito, desenvolvido no seio da Sociologia Ambiental ganhou destaque a partir dos trabalhos desenvolvidos por dois sociólogos: Anthony Giddens e Ulrich Beck. Esse argumento é desenvolvido no mapeamento da produção sobre riscos nas ciências sociais feito por Julia S. Guivant[1]:

“a forma pela qual esses dois sociólogos passaram a considerar os riscos é tão original quanto polêmica. Nos seus trabalhos encontram-se escassas referências aos trabalhos existentes sobre o tema nas ciências sociais – que, como já foi aqui analisado- criticam os limites das abordagens técnicas e probabilísticas dos riscos de uma forma equivalente à que eles passaram a desenvolver. Mas, se neste plano há certas confluências não explicadas, estas diluem-se na própria caracterização dos riscos. Beck e Giddens, em

lugar de manter a análise no plano das percepções, apontam para as especificidades dos riscos contemporâneos, algo que (Mary) Douglas e seus colegas, por exemplo, não discutem. Ainda que reconheçam que sempre houve riscos, Beck e Giddens consideram que os atuais são objetivamente diferentes”[2].

Mas se o risco é uma categoria tão importante para a modernidade, qual viria a ser o conceito de Risco? Para Beck, *Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento(institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo*^[3]. Já Yvette Veyret traz conceito mais extenso em obra específica sobre o tema. De acordo com a geógrafa francesa:

“O risco, objeto social, define-se como a percepção do perigo da catástrofe possível. Ele existe apenas em relação a um indivíduo e a um grupo social ou profissional, uma comunidade, uma sociedade que o aprende por meio de representações mentais e com ele convive por meio de práticas específicas. Não há risco sem uma população ou indivíduo que o perceba e que poderia sofrer seus efeitos. Correm-se riscos, que são assumidos, recusados, estimados, avaliados, calculados (...). O risco é uma construção social. A percepção que os atores tem de algo que representa um perigo para eles próprios, para os outros e seus bens contribui para construir o risco que não depende unicamente de fatos ou processos objetivos. Nada espantoso, ainda, que o risco, tal como acabamos de defini-lo, não exista em todas as culturas”[4].

A despeito das várias áreas em que podem ser identificados os riscos, o fato é que o “aspecto ameaçador” da modernidade está intimamente ligado aos problemas e circunstâncias que vivemos hoje na sociedade de risco e, em especial, em relação ao ambiente.

Isso porque existe uma possibilidade real da eclosão de uma guerra nuclear, de ocorrer uma calamidade ecológica, de termos uma explosão incontrolável da população, além da possibilidade de ocorrerem vários outros problemas que serão listados oportunamente, o que produz várias conseqüências na seara jurídica criando, inclusive, a figura do refugiado ambiental. Esses riscos cada vez mais rompem com barreiras do espaço e do tempo e afetam um número cada vez maior e crescente de pessoas em todo o mundo.

O crescimento desordenado da população mundial é fator de preocupação, principalmente pela utilização irracional dos recursos ambientais que são finitos e já se apresentam de maneira escassa. De acordo com dados de 2006 do Fundo das Nações Unidas para População, nos próximos 43 anos a população irá crescer em 2.5 bilhões de pessoas, quantia igual à população mundial em 1950, e atingir 9.2 bilhões em 2050. Esse crescimento tende a se concentrar em regiões pobres do mundo, especialmente nas áreas urbanas de países em desenvolvimento[5].

A situação se agrava ainda mais pelo próprio comportamento adotado por uma parcela dessa sociedade competitiva, egoísta e desigual. Essa parcela desfruta de bens, serviços e confortos insustentáveis, não se preocupando com o amanhã ou com as futuras gerações, importando-se apenas em viver intensamente o dia de hoje.

De outro lado, centenas de milhares de pessoas vivem abaixo da linha da miséria, sobretudo no continente africano. Um fato preocupante é que em certa medida esses padrões insustentáveis de consumo estão se expandindo para novas coletividades, agravando decisivamente problemas ambientais mundiais, conforme se pode constatar a partir das mudanças de modo de vida da classe média chinesa e os últimos relatórios que apontam o país como segundo maior poluidor da atmosfera no presente, em vias de se tornar o primeiro, posto atualmente ocupado pelos Estados Unidos da América, país com população infinitamente menos que a chinesa mas com um “*way of life*” totalmente insustentável.

O fato é que em razão desse traço marcante da mudança e da ousadia, o mundo tem experimentado transformações significativas no meio ambiente. Além de tufões, tornados, furacões, avanço do volume das águas dos oceanos, podem ser sentidos outros efeitos extremamente negativos, tanto como os já indicados, como por exemplo, o contínuo desaparecimento de espécies da fauna e da flora; a perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação; o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas; a diminuição da camada de ozônio; a chuva ácida; o acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais; o colapso na quantidade e na qualidade da água etc. Alguns desses fatores já estimulam milhões de pessoas a se retirarem de seus locais de origem criando, portanto, a figura do refugiado ambiental.

O relatório do clima produzido recentemente pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) demonstra bem esses efeitos antrópicos desastrosos e apresenta dados preocupantes sobre as mudanças climáticas no planeta. Segundo o relatório, o cenário mundial vem sendo alterado pelas mudanças climáticas e a população mundial terá dificuldades para se adaptar a ele.

O IPCC, em seu quarto relatório, de 2007, concluiu que “*o aquecimento do sistema climático é inequívoco, como está agora evidente nas observações dos aumentos das temperaturas médias globais do ar e do oceano, do derretimento generalizado da neve e do gelo e da elevação do nível global médio do mar*”[6].

As mudanças incluem não só o aumento do clima em si, mas também fenômenos como precipitação e sazonalidade, importantes no que tange a capacidade de adaptação das diferentes espécies, inclusive o ser humano. Água, Ecossistemas/Agricultura, Sociedade/Economia e Saúde estão entre os setores analisados pelo IPCC, indicando quais impactos os mesmos vem sofrendo e a que resultados poderão ser vistos muito em breve[7].

Entre as previsões, o IPCC afirma que cerca de 30% de costa litorânea poderão ser perdidos em função do aumento do nível da água, o que afetará não só a oferta de produtos (por exemplo peixes) como a própria sobrevivência das populações humanas que habitam tais áreas. Esses novos riscos exigem ações não apenas de mitigação das emissões dos gases responsáveis pelo aquecimento da terra, mas também outras de adaptação aos efeitos inevitáveis das mudanças do clima.

Outro dado preocupante é a mudança da distribuição geográfica de vetores. Ou seja, insetos transmissores de doenças endêmicas (malária, dengue, febre-amarela) poderão

se alastrar em regiões onde não são encontrados atualmente, como na Europa e na América do Norte, já que tais regiões tendem a ficar mais quentes ao longo dos anos[8]. Essas alterações climáticas impactam também a produção agrícola. O IPCC prevê uma queda na produtividade de cereais em baixas altitudes e um crescimento em médias e altas altitudes[9].

A curto e médio prazo, os africanos é quem mais sofrerão com as conseqüências desastrosas relacionadas ao acesso à água. Entre 75 e 250 milhões de pessoas, até 2020, terão dificuldades para acessar água potável e água destinada à irrigação para agricultura. Na Ásia, o derretimento do Himália provocará um aumento de enchentes, deslizamento de encostas e dificuldade de acesso aos recursos hídricos nas próximas duas ou três décadas[10].

Na Austrália (Oceania), a Grande Barreira de Corais sofrerá uma grande perda de diversidade. E, apesar do avanço da tecnologia da Austrália e Nova Zelândia, segundo o IPCC, os sistemas naturais têm limites quanto à sua adaptabilidade e o conhecimento tecnológico não será suficiente para reverter os danos. Na América Latina, vários ecossistemas tendem a desaparecer, ou serem drasticamente reduzidos. No Brasil especialmente, a própria Amazônia, segundo os cientistas, poderá ser substituída por uma vegetação característica de cerrados (savana brasileira). Recifes de coral (estes importantíssimos para a reprodução de várias espécies marinhas) também tendem a desaparecer, já que consistem em colônias que suportam baixíssima variação climática[11].

Caso a demanda por recursos naturais e os índices de degradação ambiental permaneçam nas taxas atuais, é possível que, em poucos anos, os dados do relatório sejam considerados extremamente "amenos"... Aliás, isso aconteceu já na sua apresentação, quando cientistas foram acusados de suavizar os reais impactos das mudanças climáticas previstos para os próximos 50 anos[12].

Infelizmente, falar em crise num mundo que há muito tempo perdeu a capacidade de causar alarme é complicado; os problemas relacionados ao ambiente listados acima, devidamente comprovados por cientistas, parecem não despertar maiores interesses para que medidas efetivas sejam realmente tomadas para reverter o quadro negativo acima indicado. A matéria não pode fazer parte de uma agenda despreziosa e que esteja presente apenas em discursos políticos vazios de muitos. Ao contrário, a questão que se põe hodiernamente corresponde a algo muito maior: a própria existência humana.

Na mesma direção, impende assinalar o magistério de Giddens[13] que acentua que as questões ecológicas dizem respeito ao "ambiente" e que poderiam parecer que estariam compreendidas em termos da necessidade de "proteger" a terra, mas na verdade, tornou-se visível que as questões ecológicas marcam muitos outros problemas com que nos defrontamos.

Em um primeiro momento, é claro, há a questão básica da sobrevivência ou segurança global. Os "males" que nos afligem, como riscos de grandes conseqüências, têm de ser limitados ao máximo. A industrialização e o desenvolvimento tecnológico desenvolveram-se sob a égide das sociedades ocidentais. Por que as sociedades menos desenvolvidas deveriam agora embarcar em processos de industrialização em grande escala que limitam seu crescimento econômico, para ajudar a resolver problemas

criados pelos ricos? A expansão da pobreza global e a demanda urgente por justiça global estão vinculadas a dilemas ecológicos. As questões ecológicas têm de ser compreendidas em termos de “fim da natureza” e da destradicionalização, prossegue o autor[14].

Com efeito, nos estudos formulados por Beck e Giddens há um claro entendimento que vários aspectos de nossas vidas serão afetados e que trarão sérias conseqüências, não só para o indivíduo, mas também, para a sociedade como um todo. O que poderia ser feito diante de um quadro tão adverso, sombrio e até sem maiores esperanças? Os seres humanos estariam condenados à morte, junto com o planeta terra? Ou ainda pode(ria) ser coordenada uma resposta diante de circunstâncias tão desanimadoras?

Além disso não se pode olvidar que a partir das mudanças ambientais várias pessoas estão sendo diretamente afetadas, ao serem “destituídas” de suas respectivas habitações, fazendo com que seja criada uma grande massa de “refugiados”.

Sem embargo, a partir desta nova realidade, isto é, da existência de uma sociedade de risco com vários desdobramentos no plano ambiental, como não houve a tomada de consciência da humanidade (de modo geral) sobre os problemas apresentados acima, é que devem ser estabelecidas as regulamentações devidas no âmbito global.

III. A situação do refugiado ambiental

O conceito de refugiado pode ser descrito como todo o indivíduo que em decorrência de fundados temores de perseguição, seja relacionado à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo.

Segundo dados fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, entre os anos de 1975 e 1997 o número de refugiados no mundo cresceu dez vezes, chegando ao total de 27 milhões. Estas pessoas fugiram de guerras, perseguições etc. sendo que a proporção é de um refugiado entre 115 pessoas da população mundial. Mais da metade dessa cifra são crianças, adolescentes e mulheres que em alguns casos, como Ruanda e Bósnia, representam até 75% da população afetada. [15]

O número de deslocados internos, isto é, daqueles que tiveram que fugir de seus lares com a roupa do corpo para salvar suas vidas e, no entanto, não chegaram a cruzar uma fronteira internacional, também disparou: quase 30 milhões de pessoas, das quais 5.400.000 estão sob a proteção do ACNUR.

Os dados fornecidos são espantosos: o continente com maior número de refugiados é a África, com 9.145.000 pessoas. A Europa, que em 1990, acolhia no seu território apenas 5,3% dos refugiados do mundo, agora possui de 7.689.000 pessoas refugiadas. A Ásia, com 7.668.000 pessoas refugiadas, a América do Norte com 1.335.400 refugiados, a

América Latina com 211.900 refugiados e mais de um milhão de deslocados internos e Oceania com 53.600 pessoas acolhem o restante dos que tiveram que fugir dos seus países para salvar suas vidas e estão sob a proteção e assistência do ACNUR.

Nos últimos anos, 23 países têm gerado refugiados: o Afeganistão, com um máximo de 6.300.000, tem o primeiro lugar, seguido de Ruanda, com 2.200.000, e o Iraque, com 1.780.000. Os conflitos que produziram o maior número de refugiados e que ocupam os primeiros lugares são a guerra de Hutus e Tutsis em Ruanda e Burundi, desatada em abril de 1994, que obrigou 2.200.000 pessoas a fugirem de seus países e o conflito étnico que arrasou a antiga Iugoslávia, que entre deslocados e refugiados afetou a mais de 3.700.000 pessoas.[16]

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados está, de certo modo, incumbido de assegurar que os refugiados sejam protegidos pelo seu país de acolhimento e, tanto quanto possível, apóia o Governo em causa. Deve-se enfatizar que o Alto Comissariado não é uma organização de natureza supranacional e não substitui as competências e responsabilidades do Estado no que se refere à proteção da pessoa humana.

Portanto, os Estados não devem repatriar ou forçar o regresso de refugiados para territórios onde possam enfrentar situações de perigo; não devem fazer discriminação entre grupos de refugiados; devem assegurar que os refugiados se beneficiem, pelo menos, de direitos econômicos e sociais semelhantes aos dos outros estrangeiros residentes no país de acolhimento e devem cooperar com o ACNUR. [17] A Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 define refugiado como qualquer pessoa que:

a) foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da *Constituição da Organização Internacional dos Refugiados*;

b) as decisões de inabilitação tomadas pela *Organização Internacional dos Refugiados* durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no "§2 da presente seção";

c) em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele;

d) no caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão "do país de sua nacionalidade" se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da

proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

Como pode ser observado, a referida Convenção não previu situações que possam fazer com que pessoas sejam deslocadas em decorrência de calamidades naturais e, portanto, que envolvam o meio ambiente, isto é, além dos casos que estão devidamente arrolados no documento internacional que regula a matéria, não se pode olvidar que hoje existe uma nova categoria de refugiados que se manifestam em razão dos mais diversos problemas pertinentes aos fenômenos da natureza: o refugiado ambiental.

A expressão “refugiado ambiental” começa a ganhar notoriedade a partir da publicação, no ano de 1985, de um artigo elaborado pelo professor do Egyptian National Research Centre, no Cairo, Essam El Hinnawi[18]. Essa expressão é abertamente rejeitada por estudos da geografia que diziam ser ela reducionista ao ofuscar os aspectos sociais e políticos que motivam a decisão que uma pessoa toma de migrar para outro país. Para os contrários ao conceito, raramente o deslocamento forçado se dá única e exclusivamente por uma causa sozinha, mas sim por uma pluralidade de fatores[19].

No entanto, o conceito de refugiado ambiental não despreza os fatores sócio-econômicos e nem mesmo os políticos. Um exemplo dessa visão pode ser encontrada no relatório sobre refugiados climáticos elaborado recentemente pela ONG Amigos da Terra, quando diz que para determinar as nações mais suscetíveis de observar o deslocamento forçado de seus cidadãos deve ser feito um estudo que englobe vulnerabilidades geográficas às mudanças climáticas, bem como das estruturas econômicas e políticas[20].

No caso do refugiado ambiental, verifica-se que as motivações que levam uma pessoa a se retirar de sua casa, de seu país, são parecidas com os casos já consagrados na Convenção de 1951, sendo certo afirmar que essas pessoas que saíram de seus respectivos lugares de origem, o fizeram em decorrência das mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis.

Etienne Piguet, elenca cinco grupos de fatores relacionados com a questão ambiental capazes de motivar de maneira determinante, ou seja, forçar o deslocamento de uma pessoa para outro país: (i) desastres naturais; (ii) projetos de desenvolvimento que alterem o meio ambiente; (iii) mudança progressiva do meio ambiente; (iv) acidentes industriais; (v) conseqüências ambientais decorrentes de conflitos[21]. Podem-se citar respectivamente como exemplos a erupção de um vulcão; o deslocamento de pessoas cujas casas localiza-se em área destinada a ser alagada para o funcionamento de uma usina hidroelétrica[22]; a costa que progressivamente perde espaço para o mar ou o local que progressivamente sofre desertificação em razão das mudanças climáticas; acidentes com reatores de usinas nucleares; locais destruídos por conflitos armados.

Diante desse quadro, também é possível que as pessoas façam um deslocamento interno, ou seja, no âmbito doméstico do Estado ou deslocamentos externos, onde evidencia a mudança de um país e, por conseqüência, a busca de um refúgio.

A questão dos refugiados ambientais voltou novamente à baila a partir das trágicas conseqüências produzidas pela “grande tsunami” em 2005[23]. De fato, esse ficou marcado na história como sendo o ano da fúria do planeta Terra, no qual centenas de milhares de pessoas foram deslocadas em razão do furacão Katrina, nos Estados Unidos da América e mais de um milhão de pessoas foram expulsas de suas casas nas áreas atingidas pela “grande tsunami”.

A situação de destruição, a miséria, o sofrimento e a dor de milhões de pessoas puderam ser acompanhados em todo o planeta, em tempo real, em decorrência do avanço da tecnologia e da própria realidade que se apresenta no mundo globalizado[24].

Como assinalado neste estudo, o conceito de refugiado está associado a problemas de natureza social, política e econômica e não contempla a saída do país em razão de problemas ambientais irreversíveis.

Do mesmo modo, não é dado o tratamento necessário quando esses deslocamentos ocorrem no âmbito interno do Estado, isto é, a formulação de um conceito de refugiado para ser aplicado no trânsito de pessoas dentro do mesmo país, como por exemplo em países continentais como o Brasil, que já apresenta uma forte concentração urbana em suas principais metrópoles devido, dentre outros fatores, ao êxodo rural, especialmente nos períodos prolongados de seca no semi-árido da região nordeste do país.

Esse grande movimento de pessoas que vem aumentando com o passar dos anos, em decorrência da problemática ambiental, ou seja, a manifestação do “refugiado ambiental” tem como causas fundamentais a degradação da terra agriculturável e o processo de desertificação; a eclosão de desastres ambientais; destruição do meio ambiente produzidos por atos de guerra; a realização de deslocamentos involuntários processados pela forma de assentamentos e o grave problema que vem ocorrendo no planeta: o aquecimento global e as mudanças climáticas.

A problemática ambiental tem produzido um volume extremamente absurdo de refugiados ambientais. A Cruz Vermelha estima que hoje já existam mais de 20 milhões de pessoas nessa situação, que no ano de 2010 esse número terá ultrapassado os 50 milhões e no ano de 2050 estima-se 150 milhões de pessoas[25]. Com efeito, as pessoas que se encontram nessa triste situação de refugiados ambientais não estão amparadas pelas normas internacionais que regulam a matéria e, portanto, urge que haja uma grande mobilização dos vários atores internacionais para que sejam criados os mecanismos necessários para que recebam proteção adequada.

Definitivamente é chegado o momento para que o refugiado ambiental seja reconhecido e protegido à luz do direito internacional, onde deve receber tratamento diferenciado em razão dos múltiplos problemas ambientais que acometem a humanidade nesse século XXI.

IV. O caso da Ilha da Tuvalu

A ilha de Tuvalu está localizada na região da Oceania e a uma altitude consideravelmente baixa. Segundo o relatório da ONG Amigos da Terra, o ponto mais

alto do pequeno arquipélago está a cerca de quatro metros e meio acima do nível do mar e mais da metade dos cerca de 12.000 cidadãos vivem a cerca de três metros do nível do mar[26].

Por estar situada pouco acima do nível do mar, possui um território extremamente vulnerável ao aumento do nível dos oceanos, que, segundo conceituados relatórios científicos, já ocorre em função do aquecimento global. Essa vulnerabilidade foi inclusive reconhecida internacionalmente quando da edição da Convenção Quadro das Nações Unidas de Nova York sobre Mudanças Climáticas (CQMC). O tratado reconhece em seu preâmbulo:

que países de baixa altitude e outros pequenos países insulares, os países com zonas costeiras de baixa altitude, regiões áridas e semi-áridas ou regiões sujeitas a inundações, seca e desertificação, bem como os países em desenvolvimento com ecossistemas montanhosos frágeis são particularmente vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima,

A CQMC estabelece no seu artigo 4º, item n. 4, que os países desenvolvidos devem ajudar os países particularmente vulneráveis no custeio de sua adaptação aos efeitos negativos das mudanças climáticas. O Protocolo de Quito prevê, por sua vez em seu artigo 12, item 8, que parte dos recursos adquiridos com projetos de mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) sejam destinados para essa finalidade. Aliás, foi durante a Reunião em Quioto, na qual se editou o Protocolo, em 1997, que o então primeiro ministro da Ilha da Tuvalu, Bikenibeu Paeniu, fez um apelo às Nações Unidas e aos países ali reunidos, em especial à Austrália e à Nova Zelândia, para que ações fossem tomadas no sentido de receber as pessoas deslocadas pelos extremos climáticos e pela elevação do nível dos oceanos[27].

Um recente artigo publicado na revista do Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, ao abordar a questão dos refugiados ambientais, considerou Tuvalu entre as pequenas ilhas mais vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas e que podem submergir com a elevação do mar, deixando muitos refugiados. As marés já estão destruindo casas, jardins e fontes de água potável nas ilhas Carteret de Papa Nova, podendo a última submergir já em 2015. A evacuação dos dois mil moradores já começou[28]. No que se refere especificamente à Ilha de Tuvalu, cerca de 4 mil moradores já se mudaram para a Nova Zelândia, chamando a atenção das Nações Unidas[29].

O Relatório *Citizen's Guide for Climate Change Refugees*, produzido pela ONG *Amigos da Terra Australia* explica mais detalhadamente o caso de Tuvalu. No ano de 2000, o aludido arquipélago pediu que os Estados da Austrália e da Nova Zelândia acolhessem os desabrigados pelo aumento do nível das marés. Um acordo entre os três países - *Pacific Access Category* – foi firmado em 2007. Esse acordo estabelece o número de pessoas que podem passar a residir na Nova Zelândia por ano, que é atualmente de 75 pessoas. Essas pessoas devem cumprir com uma série de requisitos exigidos pelo acordo, como ter fluência básica na língua inglesa. O relatório conclui que pessoas com idade avançada e/ou poucos recursos deverão ter dificuldades para conseguir se enquadrar nos parâmetros do acordo^[30].

Já a Austrália negou o 'asilo' aos refugiados climáticos[31]. Fica clara a necessidade de uma ação coordenada pelas Nações Unidas e que envolva os países signatários da CQMC e do Protocolo de Quioto.

VI. Considerações finais

O século XXI apresenta vários desafios para a humanidade e é indubitável afirmar que hodiernamente vivemos numa sociedade de risco com sérios desdobramentos na questão ambiental.

Com efeito, há várias situações que demonstram claramente o afirmado acima com um rol alargado de sintomas que apresentam essa realidade: o contínuo desaparecimento de espécies da fauna e da flora; a perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação; o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas[32]; a diminuição da camada de ozônio; a chuva ácida; o acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais; o colapso na quantidade e na qualidade da água; o efeito estufa e o aquecimento global.

Situações como essas devem despertar posições diferenciadas por parte dos vários atores internacionais: Estados, OIs, ONGs, da sociedade civil, com grandes reflexos para a comunidade jurídica.

Nesse sentido, é que não se pode deixar de ressaltar a imperiosa necessidade de reconhecer formalmente a situação jurídica do refugiado ambiental, por não estar prevista nos documentos internacionais e nem tampouco nas legislações dos Estados que regulam a matéria, apesar da realidade fática do conceito demonstrada acima.

Além dos casos demonstrados ao longo do artigo (Furacão Katrina e Tsunami), não se pode olvidar que com o aquecimento global e o conseqüente aumento do volume das águas, estão sendo criadas grandes e reais expectativas de que alguns países sejam “condenados à morte”, tais como: Ilhas Maldivas, Tuvalu, etc.

E os milhões de refugiados ambientais que serão produzidos a partir desses fatos? Diante desse quadro calamitoso que se desenha já no início desse século, a sociedade internacional deve assistir inerte a tudo isso? Obviamente que não.

Deve haver o reconhecimento por parte da sociedade internacional do termo e da condição jurídica do “refugiado ambiental”, bem como a devida formalização de seu conceito em tratados internacionais e a conseqüente proteção para àqueles que foram, são ou serão retirados de seus lares por fenômenos impressionantes que estão sendo produzidos pela mãe natureza.

VI. Referências bibliográficas

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Princípios do Direito Ambiental e Mudanças Climáticas: uma abordagem a partir da teoria da sociedade de risco. In: Anais do II Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco. Florianópolis: 2007, p. 696-709.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madri: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *La Sociedad de Riesgo Global*. Madrid: Siglo Ed., 2000.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. United Nations Environmental Program, Nairobi, 1985.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, 126-127.

_____. Giddens, Anthony. A vida em uma Sociedade Pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar. Vol. III*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

GUERRA, Sidney. *Tratados e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

GUERRA, Sidney. A sociedade de risco e o refugiado ambiental. In: Accioly, Elizabeth (Coord.). *Direito no Século XXI*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUIVANT, Julia. A trajetória das Análises de Risco: da periferia ao centro da Teoria Social. In: *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n. 46. Rio de Janeiro: Dumará/ANPOCS, segundo semestre, 1998, p. 3-37.

LEITE, Jose Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araujo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PIGUET, Etienne. Climate change and forced migration. In: NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH. UNHCR, 2008.

VEYRET, Ivette (Org.). Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente. São Paulo: Contexto Ed., 2007.

[1] A trajetória das Análises de Risco: da periferia ao centro da Teoria Social. In: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n. 46. Rio de Janeiro: Dumará/ANPOCS, 1998, p. 3-35.

[2] Idem, p. 17.

[3] *La Sociedad de Riesgo Global*. Madrid: Siglo Ed., 2000, p. 5.

[4] VEYRET, Ivette (Org.). Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente. São Paulo: Contexto Ed., 2007, p. 11; 23.

[5] Vide <<http://www.unfpa.org/pds/trends.htm>>. Acesso em 13/11/2007.

[6] Mudança do Clima 2007: A Base das Ciências Físicas Contribuição do Grupo de Trabalho I ao Quarto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima. Genebra, 2007.

[7] Idem.

[8] Vide Adaptação e Vulnerabilidade. Contribuição do Grupo de Trabalho II ao Quarto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima. Sumário para políticos. Genebra. 2007.

[9] Idem.

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

[12] o relatório está disponível em <www.ciranda.net>. Acesso em 30/08/2008.

[13] GIDDENS, Anthony, op. cit., p. 224

[14] Sobre o uso da expressão “destraditionalização” Giddens, op. cit., p. 225, demonstra o rompimento de tradições preexistentes, e afirma que “ sempre que algo usualmente determinado pela natureza, seja ela o ambiente ou a tradição, torna-se uma questão de tomada de decisão, novos espaços éticos ao abertos e novas perplexidades políticas são criadas.” Sobre o fim da natureza, Giddens esclarece que está não existe mais enquanto algo externo ao homem, mas, ao contrário, está plenamente socializada.

O sociólogo cita com exemplo a questão climática na medida em que “o clima da terra não segue mais uma ordem natural” (Giddens, Anthony. A vida em uma Sociedade Pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 96 a 98).

[15] Capturado no endereço www.unb/fd/nep/historicoacnurnep.htm

[16] Idem

[17] Disponível em www.cidadevirtual.pt/acnur

[18] EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. United Nations Environmental Program, Nairobi, 1985.

[19] PIGUET, Etienne. Climate change and forced migration. In: NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH. UNHCR, 2008, p. 3.

[20] *Citizen's Guide for Climate Change Refugees*. Disponível em www.foe.org.au, p.6. Acesso em 12/08/2007.

[21] Ob. Cit., p. 4.

[22] Nesse assunto específico, o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) tem denunciado o fato de que o Estado brasileiro não tem assistido devidamente as populações de baixa renda desalojadas em razão do alagamento de áreas para a operação de usinas hidrelétricas. No Estado do Paraíba, o Ministério Público Federal ajuizou ação com o objetivo de obrigar a União Federal e o Estado da Paraíba a assistir financeiramente as famílias deslocadas pela barragem de Acua. Segundo matéria disponível no portal do MAB, “A Barragem de Acauã foi concluída em 2002 e está localizada no Rio Paraíba, entre os municípios de Aroeiras, Itatuba e Natuba. Ela ocupa uma área de 1.725 hectares e causou o deslocamento de 4,5 mil pessoas, ou cerca de 800 famílias, que tiravam seu sustento do rio. Os povoados foram completamente inundados”. Disponível em <www.mabnacional.org.br>. Acesso em 02/09/2008.

[23] No dia 20 de dezembro de 2005, em caderno especial, o Jornal O Globo publicou a matéria “A fúria da Terra”: “Numa manhã de sol de fim de dezembro, a Humanidade aprendeu que os paraísos não estão livres do apocalipse. A Terra rugiu, se contorceu e refez sua face. Quase 300 mil pessoas morreram e milhões tiveram a vida transformada. Um terremoto no fundo do mar de 9,3 graus na escala Richter gerou as mais devastadoras tsunamis ocorridas desde que a espécie humana moderna surgiu, há cerca de 200 mil anos. Muito mais do que um evento que só se vê uma vez a cada geração, a Grande Tsunami do Índico foi uma catástrofe épica, do tipo que não se conta em anos, mas em eras. (...) A Grande Tsunami marcou o início de 12 meses que entraram para a História como o ano da fúria da Terra. Furacões de violência extrema varreram outros paraísos; terremotos despedaçaram ilhas e tiraram muitos milhares de vidas. O ano das catástrofes provou que, como nossos ancestrais, o homem do século XXI permanece

incapaz de fazer frente à natureza” (JORNAL O Globo, caderno especial, 20 de dezembro de 2005, p. 7).

[24] Sobre o avanço da tecnologia no mundo globalizado, vide GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

[25] Jornal O Globo de 20 de dezembro de 2005, p. 7 (caderno especial).

[26] *Citizen's Guide for Climate Change Refugees*. Disponível em www.foe.org.au, p. 8.

[27] Pode-se destacar dentre vários o seguinte trecho do discurso, sobre os efeitos das mudanças climáticas na ilha de Tuvalu: “*It is almost unbearable. Not only were houses and whole villages damaged, but also vegetation and food crops were completely destroyed. In one recent incident an entire island community was left homeless and its vegetation damaged so much so that the island is uninhabitable right now*”. Disponível em <www.tuvaluislands.com>. Acesso em 03.04.08.

[28] *Refugees Megazazine*, n. 147, Issue 3. Geneva: UNHCR, 2007. Disponível em <www.unhcr.org>. Acesso em 17/06/2008.

[29] Jornal O Globo. Ciência. Domingo, 15 de julho de 2007, p. 39.

[30] *Citizen's Guide for Climate Change Refugees*. Disponível em www.foe.org.au, p.8. Acesso em 12/08/2007.

[31] *Idem*, p. 9.

[32] Sobre a questão das mudanças climáticas, vale trazer conclusão em estudo anterior. Ao que tudo indica, vivemos hoje num planeta já em processo de mudança no clima. Diante da incerteza científica acerca das conseqüências exatas das mudanças climáticas, mas ante um consenso em instancias científicas chaves de sua ocorrência, faz-se mister aplicar o princípio da precaução de maneira consistente. Para tanto os Estados devem adotar políticas públicas que por meio de instrumentos normativos, econômicos e de mercados nacionais de emissões façam com que os poluidores da atmosfera internalizem os custos desta precaução e da adaptação aos efeitos das mudanças climáticas (AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Princípios do Direito Ambiental e Mudanças Climáticas: uma abordagem a partir da teoria da sociedade de risco. In: Anais do II Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco. Florianópolis: 2007, p. 708).

**A SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA E SEUS IMPACTOS
SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE***

**THE INTERNATIONAL SOCIETY CONTEMPORARY AND ITS IMPACTS
ON THE RIGHTS OF THE PERSONALITY**

**Wagner Menezes
Vanessa Iacomini**

RESUMO

A preocupação com a proteção dos direitos individuais especialmente com enfoque sobre os direitos da personalidade não é tema novo, mas remonta, ao longo da história, os trabalhos teóricos, o pensamento filosófico e os movimentos políticos em diversos contextos. A internacionalização dos Direitos Humanos a partir do discurso das Nações Unidas no plano internacional, e a atuação coordenada de organismos internacionais, aliada a um conjunto de documentos protetivos, a adoção de políticas públicas e normativas voltadas para a proteção dos direitos individuais levam num primeiro momento a adoção de uma releitura constitucional pelos Estados e, por conseguinte, de todo corpo normativo que compõe o sistema. Os direitos da personalidade surgem a partir de uma concepção eminentemente privatista que se redefine e se redescobre a partir do fim da segunda Grande Guerra Mundial, sofrendo forte influência do Direito Internacional, dos direitos Humanos e do Direito constitucional. Nesse esteio é que, não só no plano local, mas principalmente no contexto de uma sociedade global que permeia a concepção de um cenário contemporâneo pós-moderno é que se fragmentam os conceitos, valores, e princípios dificultando assim, a determinação do conceito da personalidade nesse processo e exige um amplo enfoque multidisciplinar. Além de que, a sociedade humana, agora mais universal, volta-se para um contexto em que os pluralismos normativos e filosóficos expõem novos campos de abordagem, novas perspectivas, e novos elementos a impulsionar e a rediscutir os conceitos até então absolutos e que agora são mutáveis, ajustáveis e passíveis de redefinição e realocação doutrinária nesse cenário.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITOS HUMANOS. DIREITO INTERNACIONAL. DIREITO CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The concern with the protection of individual rights with particular focus on the rights of the personality is not new issue, but dates back over the history, theoretical work, the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

philosophy and political movements in various contexts. The international human rights discourse from the United Nations in the international plan, and coordinated action from international agencies, combined with a set of protective documents, the adoption of public policies and regulations directed towards the protection of individual rights leads to a first time adoption of a constitutional rereading the States and therefore the entire legislative body that makes up the system. Thus, the rights of personality emerge from an eminent private design which resets and is rediscovered from the end of the Second World War suffering strong influence of International Law, human rights and constitutional law. In this bond is that, not only locally but mainly in the context of a global society that permeates the design of a contemporary post-modern scenario is that if the fragment concepts, values, and principles making it hard, the determination of the concept of personality in this process and requires a comprehensive and multidisciplinary approach. Beyond that, human society, more universal, is back for a context in which the normative pluralism and philosophical approach expose new fields, new perspectives and new elements to push the concepts and rediscuss concepts so far absolute and which are now mutable, adjustable and capable of redefining and doctrine relocation in that scenario.

KEYWORDS: KEYWORDS: RIGHTS OF THE PERSONALITY. HUMAN RIGHTS. INTERNATIONAL LAW. CONSTITUTIONAL LAW.

1. Introdução

A preocupação com a proteção dos direitos individuais especialmente com enfoque sobre os direitos da personalidade não é tema novo, mas remonta, ao longo da história, os trabalhos teóricos, o pensamento filosófico e os movimentos políticos em diversos contextos.

No que tange ao campo normativo, o tema toma uma amplitude maior no século XX com o desencadeamento de um processo de rediscussão da proteção da pessoa humana e a extensão de seus direitos, causando com isso, profundos impactos na concepção doutrinária que repercutem na construção normativa sobre a matéria contemporaneamente.

A internacionalização dos Direitos Humanos a partir do discurso das Nações Unidas no plano internacional, e a atuação coordenada de organismos internacionais, aliada a um conjunto de documentos protetivos, a adoção de políticas públicas e normativas voltadas para a proteção dos direitos individuais levam num primeiro momento a adoção de uma releitura constitucional pelos Estados e, por conseguinte, de todo corpo normativo que compõe o sistema.

Além disso, nos últimos anos, como resultado de avanços científicos e tecnológicos e também face aos novos desafios da humanidade, vários temas passaram a incorporar o debate da sociedade internacional e local, substancialmente no campo dos direitos de solidariedade que ultrapassam aquela dimensão da personalidade limitada, para abarcar outras perspectivas, e com a reflexão sobre os novos conceitos indicados na agenda mundial, dentre os quais se destacam: o indivíduo, a pessoa e a família,[3] a solidariedade e a participação, a ética da espécie,[4] a integração e a universalidade, as virtudes cosmopolíticas,[5] tais como citados por André Ramos Tavares[6] ao definir este momento como o constitucionalismo do por vir e por que não de uma realidade onde a personalidade ganha uma nova roupagem e novos mecanismos para sua afirmação jurídica.

Assim o presente trabalho tem por objetivo descrever o panorama do desenvolvimento e afirmação dos direitos da personalidade, e especialmente, contextualizar debate acerca de novas perspectivas conceituais do instituto na teoria normativa contemporânea, segundo os elementos apontados aqui, buscando suas fontes e repercussões nos diversos sistemas normativos a partir das transformações operadas pelo Direito Internacional.

O método empregado para tal análise é o dialético a partir do diálogo interdisciplinar teórico entre o Direito Internacional, Constitucional, Direito Civil e Biodireito, campos que convergem em certo momento no tratamento sobre a matéria e possuem a mesma matriz e também sofrem suas influências, além de que, nesse ambiente, exsurtem novos institutos e conceitos.

Cabe esclarecer que não se pretende defender uma nova tese sobre a concepção dos direitos de personalidade, mas fazer uma análise objetiva dos elementos e idéias que estão a induzir a uma transformação amplificada do conceito e de sua concepção doutrinária, a partir de um movimento global e universalizado da defesa dos Direitos Fundamentais, calcado na Dignidade da pessoa humana e com isso fomentar o debate acadêmico sobre o tema.

2. Personalidade Civil do ser Humano: conceito e evolução

A concepção do direito de Personalidade envolve um conjunto de direitos inatos ao indivíduo enquanto principal destinatário e sujeito da ordem jurídica estatal, que ao nascer se vincula a ela, e recebe do poder estatal, nessa relação simbiótica, uma série de prerrogativas normativas nos mais variados graus seja no plano constitucional como a nacionalidade ou mesmo no direito civil pela capacidade de exercer e reclamar esses direitos pelo fato do vínculo normativo que lhe é atribuído. Note-se que, à medida que se amadurece o debate sobre o lugar do indivíduo no sistema normativo e os valores que norteiam sua positivação é que os direitos da personalidade vão sendo ampliados.

A propósito, e como exemplo, o artigo 1º do Código Civil Brasileiro dispõe que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, referido preceito representa o pórtico da legislação civil dos povos modernos. Mas será que sempre foi assim? Evidentemente que não. Basta fazer uma busca histórica para visualizar no passado que nem todos os homens eram classificados como titulares de direitos. Havia grande distância em ser escravo ou homem livre. O certo é que a idéia de liberdade civil, que contemporaneamente é tão clara e natural, possuía valor secundário, e era resultado de uma situação política. Só os cidadãos de Roma ou de Atenas eram livres, mas não por serem homens, e sim por serem cidadãos. Somente aquele que tinha poderes para deliberar em Assembléia, votando e resolvendo problemas em nome da *polis* é que podia exercer direitos na ordem privada. O *status libertatis* era uma decorrência do *status civitatis*. Na família romana, esta representava uma entidade política na qual quem tinha poder era, tão-somente, o *pater familias*. Somente ele podia livremente adquirir bens e deles dispor.

Foi por meio de longa evolução histórica que os homens foram, aos poucos, se emancipando dos grupos a que pertenciam, em verdadeira integração social. Esse processo provocou, por sua vez, a ocorrência de dois fenômenos complementares: “a atribuição progressiva de poderes autônomos e iguais aos indivíduos como tais; e a constituição de uma estrutura jurídica superior capaz de garantir essa autonomia”. [7]

Somente depois que se atinge certo grau de evolução é que se pode dar a luz a dispositivos legais que fazem expressa referência a esses conceitos. Ressalte-se que, mesmo assim, restrições são impostas, tanto no que se refere à ordem civil, quanto no que se refere aos direitos políticos. Parece-nos, nos dias atuais, absurda e aberrante uma situação como estas, mas o certo é que na Idade Média isto acontecia com freqüência. [8]

Uma vez entendido quem é sujeito de direitos, há que se acrescentar que, à exceção de entidades a que se atribui personalidade processual (massa falida, herança jacente, sociedade de fato, etc., todo sujeito de direito é também uma pessoa. É a ela que são reconhecidas as faculdades ou poderes de ação nas atividades jurídicas resultantes do convívio social.

A palavra pessoa vem do latim *persona*, de *personare*, que significa ressoar. *Persona* era máscara de que se serviram os antigos atores e cuja boca, munida de lâminas metálicas, era disposta de modo a aumentar a voz, para que melhor ressoasse nos vastos anfiteatros em que se representavam os dramas na antiga Roma.[9] Assim, somente mais tarde é que o termo pessoa passou a representar o significado técnico de homem dotado de capacidade jurídica. A personalidade do homem situa-se como ser autônomo conferindo-lhe a dimensão de natureza moral. A personalidade, no plano jurídico, é o conjunto de faculdades e de direitos em estado de potencialidade, que dá ao ser humano a aptidão para ter direitos e obrigações.

3. A Teoria Jurídica da Personalidade e sua Divisão

A elaboração da teoria jurídica da personalidade é atribuída, péla doutrina tradicional, ao povo romano. Àquela época, a expressão “personalidade” dizia respeito apenas aos indivíduos que reunissem três status, quais sejam: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Eram esses os requisitos da capacidade. Deveria a pessoa, para possuí-la, aglutinar esses atributos. Precisava ser livre, e não escrava; ser cidadã romana e ser, ainda, patriarca da família, o *pater familias*.

Salve-se, ainda, que, àquela época eram desconhecidas as formas protetivas da personalidade individual. Aliás, a maioria dos autores afirma que no direito romano não se cuidava da proteção aos direitos da personalidade. A sua tutela se dava através de manifestações isoladas.

Para a proteção contra a *iniuria*, delito que diz respeito a lesões pessoais físicas, tendo sofrido, posteriormente, inúmeras ampliações conceituais, o remédio processual era a *actio iniuriarum*. Posteriormente, surgiu a *Lex Cornelia*, promulgada em 81 aC, que tinha como escopo a proteção do domicílio. A *Lex Aquilia* apareceu viabilizando a ação à tutela da integridade física e a *Lex Fabia* afigurava-se como meio processual para a defesa de direitos inerentes à personalidade.

Destarte, a personalidade individual já possuía diversas manifestações tutelares. Prescindia-se, àquela época, do foco individualista sob o qual é hoje encarada a pessoa humana.

O regime nazista, a segunda guerra mundial e os regimes totalitários do pós-guerra tinham uma característica comum: o desprezo pela vida humana e pela personalidade. A vida nessas condições despertou o povo alemão para uma nova realidade, no sentido de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade.

A teoria contemporânea dos direitos da personalidade volta-se justamente contra essa realidade e se explica pela reação da concepção do reconhecimento dos direitos fundamentais no plano internacional e, por ser dever reconhecido do estado nesses foros, a sua proteção através das regras constitucionais.

Reflexivamente, surgiu a partir da Lei Fundamental alemã, com a introdução pelo Tribunal Federal, também na prática alemã, o Direito Geral de Personalidade. A Lei Fundamental, em seu artigo 1º, declara a intangibilidade da dignidade do homem e o artigo 2º, por sua vez, reconhece o livre desdobramento da personalidade. Esses são direitos subjetivos, a respeito de todas as pessoas.

A teoria em tela, também denominada monista, tem campo vasto, não se traduzindo como simples proteção do indivíduo contra o Estado, concepção esta defendida pela doutrina tradicional, seguida por professores de direito público na década de cinquenta. Afigura-se da mesma forma um preceito legítimo nas relações entre os particulares.

A dicotomia defendida pela doutrina tradicional, entre direitos de personalidade públicos e privados encontra-se superada, ao fundamento de que a noção de Estado Social não comporta esse tipo de divisão. Depreende-se, daí, que as normas emanadas da Constituição e ainda aquelas declinadas nas Constituições Internacionais, as quais, diga-se de passagem, representam fonte do direito alemão, são regras que interessam ao Estado, no que lhe diz respeito e também nas suas relações com os particulares, mas, de igual modo, aos particulares, nas suas relações entre si.

A teoria pluralista por sua vez, também chamada tipificadora, defende a existência de vários direitos de personalidade, de forma que cada um corresponda a uma necessidade ou exigência específica. Diverge, portanto, da teoria monista, ao argumentar que, em que pese ser a pessoa uma unidade, suas necessidades são distintas, fazendo-se necessária a positivação de cada uma delas.

Gustavo Tepedino[10], propõe a separação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e econômicos que presidem o ordenamento, além da harmonização das fontes nacionais e supranacionais para a proteção efetiva dos direitos personalíssimos, considerando que às teorias monista e pluralista, ambas tentam enquadrar os direitos da personalidade na mesma moldura tradicional dos direitos subjetivos de caráter patrimonial.

4. A internacionalização dos Direitos Humanos e seu impacto sobre a perspectiva doutrinária dos Direitos da personalidade

Acima foi realizada uma análise de como se desenvolve o conceito de Direitos da personalidade a partir de uma concepção eminentemente privatista e que passa a se internacionalizar, a receber comandos propositivos internacionais, e ser reproduzida e incorporada em textos constitucionais, com a rediscussão após o fim da segunda Grande Guerra Mundial dos Direitos Humanos.

A estruturação de uma nova ordem jurídica internacional na comunidade internacional contemporânea tendo como corolário ideológico os direitos fundamentais possui desdobramentos e repercussão de grande tonalidade no sistema jurídico contemporâneo, especialmente no direito interno dos Estados.

A consubstanciação no plano internacional dos Direitos Humanos é resultado de uma longa e lenta evolução da concepção do pensamento teleológico do próprio Direito que, ao longo de séculos de evolução de idéias, acabou por conceber como núcleo das relações jurídicas os direitos fundamentais[11], como direitos universais afetos a toda humanidade, o que ocorreu a partir de sua inserção no plano internacional.[12]

Os direitos humanos foram surgindo no seio de civilizações como um direito superior, não estabelecido pelos homens, mas ligados às divindades e mesmo às crenças religiosas[13], e vão aos poucos sendo incorporados em textos filosóficos e influenciando o pensamento de *jus filósofos* na concepção da construção de um direito natural inerente ao homem, à sua natureza e ao estado das coisas.

Com o movimento de positivação do direito, várias dessas concepções foram incorporando os textos jurídicos firmados localmente, principalmente, no sentido de reconhecimento de que certos direitos individuais fossem respeitados, desenvolvendo e ampliando o seu espaço normativo.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos não ocorreu ao acaso da história, mas por necessidade da redefinição de princípios que moldassem e fossem a premissa ideológica da sociedade internacional após a Segunda Grande Guerra Mundial. Neste contexto, os Estados vencedores renunciaram ao modelo de sociedade internacional até então existente e procuraram redefinir os princípios que seriam os ideais, que a partir dali regeriam as relações estatais e do Estado com o indivíduo.[14]

Existia o sentimento generalizado entre os países vencedores, de que a valorização excessiva do Estado em detrimento do ser humano havia possibilitado que todas as atrocidades cometidas por Hitler e os seus aliados causassem a morte de 11 milhões de pessoas, com traços de crueldade e menosprezo pela vida humana. Naquele momento era preciso então renunciar àquele modelo de sociedade, desenhado, sobretudo, pelo pensamento clássico do Direito, que privilegiava excessivamente o Estado nacional e dava um valor menor aos direitos do homem e a sua individualidade. O Estado nacional deveria deixar de ser o centro absoluto das preocupações jurídicas, ao mesmo tempo em que deveria ser reconhecida, ao homem, uma esfera de direitos inatingíveis pela ordem jurídica estatal, ao mesmo tempo em que o Estado deveria garantir sua efetividade e inviolabilidade, colocando assim, o homem como centro maior da criação do direito redimensionando os direitos de personalidade.

É neste contexto que Flávia PIOVESAN assevera:

“[...] se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução”.[15]

Neste sentido, o primeiro movimento que enseja uma internacionalização dos Direitos Humanos é reconhecido com a criação da ONU, em 1945, na Carta das Nações Unidas, que já em seu preâmbulo deixa claro a decisão dos Estados em “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres.” Os Direitos Humanos aparecem no artigo 1º, 3, como propósito da ONU. Tal propósito é reforçado no artigo 55, que estabelece a cooperação internacional econômica e social. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, as Nações Unidas se comprometem também a promover o

respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Além disso, aparece por várias vezes nos demais dispositivos, menção direta ou indireta ao compromisso com o respeito aos Direitos Humanos.

A concretização do propósito preconizado pelas Nações Unidas vem logo a seguir, com a edição em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que representa o marco maior do processo de redimensionamento dos Direitos Humanos como um princípio universal. A Declaração sintetiza e é expressão de todo o processo de construção histórica da esfera individual de direitos fundamentais inerentes ao homem, caracterizando de forma universal e indivisível a concepção contemporânea dos Direitos da personalidade.

*

Assim, os Estados, conscientes de que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros praticados na segunda guerra, e considerando os Direitos Humanos como essências à própria convivência da sociedade internacional, decidem protegê-los sob o império da lei, como um ideal comum a ser atingido por todos os povos, através de medidas progressivas de caráter nacional e internacional.[16]

Outro importante impacto causado pela internacionalização dos Direitos Humanos, especialmente no campo do Direito privado, é que começa a existir na sociedade internacional um processo de produção de normas em foros internacionais e sua derivação para os foros internos, sem aqueles mecanismos de recepção do Direito Internacional Clássico, muitos absorvidos pela constituição outros pela legislação ordinária pertinente.

Flávia PIOVESAN observa com exatidão a repercussão da Declaração Universal dos Direitos do Homem no cenário internacional:

“Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os

direitos nela previstos têm sido incorporados por constituições nacionais. Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas”.[17] (Grifo nosso)

A respeito desse impacto das normas de Direitos Humanos, sobre as ordens jurídicas nacionais, à medida que foram sendo incorporados pelos ordenamentos constitucionais acabaram gerando um novo paradigma no sistema jurídico-político internacional, conforme descreve José Joaquim Gomes CANOTILHO:

“[...] os traços caracterizadores desse novo paradigma emergente são os seguintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional, não apenas no clássico paradigma das relações horizontais ente estados (paradigma hobbesiano/westfalliano, na tradição ocidental), mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um jus cogens internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”.[18]

O mais interessante é que, fugindo à prática convencional de recepção formal de normas internacionais, mesmo se tratando de uma resolução, os Estados não as incorporam formalmente, mas reproduzem literalmente dispositivos da Declaração em seus ordenamentos legais constitucionais. E ainda mais, as normas foram inseridas como dispositivos fundamentais dos Estados e, sendo assim, no vértice dos ordenamentos jurídicos legais dos Estados, produzindo desdobramentos normativos em todo o sistema jurídico estatal. Observe-se ainda a elevação dos direitos da personalidade que passaram a ter um tratamento diferenciado e constitucional, como uma garantia fundamental do Estado.

As décadas seguintes foram marcadas pela releitura constitucional, no âmbito dos Estados ocidentais, no sentido de incluírem dentre o rol de direitos consagrados nacionalmente o maior número possível de direitos humanos. No plano internacional, organizações internacionais, aos moldes das Nações Unidas, fomentaram a multiplicação de tratados internacionais protetivos, sempre com o intuito de assegurar ao indivíduo, onde quer que esteja, o mínimo de direitos e garantias, consideradas universais, para a segurança mundial, a paz e o desenvolvimento da humanidade em decorrência disso no plano interno, e por ser uma obrigação moral dos Estados, são absorvidas regras constitucionais e que passam a iluminar todo o sistema normativo e principiológico da concepção dos direitos da personalidade pelos Estados.

5. Biodireito e ética da espécie: Um passo adiante na redefinição dos Direitos de Personalidade

O processo de transformação ocorrido no plano internacional e que produziu impactos nos sistemas constitucionais, especificamente na tutela dos direitos de personalidade, influenciou também o Direito Civil, que frente às transformações da sociedade, superou o modelo do liberalismo clássico, mas conservou como objetivo básico, a tutela de uma esfera de autonomia reconhecida ao particular, como expressão de seu valor como pessoa.

Por outro lado, a partir de então, tal processo se somou a um conjunto de novos temas decorrente dos avanços científicos com a manipulação dos genes humanos. Assim, não é possível olvidar que, diante das mudanças sofridas no estudo do Direito Civil e dos direitos de personalidade, através da ampliação do conceito dos direitos individuais, um passo adiante nessa panacéia foi o surgimento do Biodireito como novo objeto de estudo do tema e que produz repercussão sobre sua concepção doutrinária.

O ser humano vive em um tempo em que o progresso acelerado da tecnologia e da ciência o coloca quase diariamente diante de novas descobertas. E Isso vem acontecendo em graus tão acentuados, a ponto de o indivíduo não mais manifestar grande espanto ou admiração diante delas. Algumas novidades são de tal forma marcantes, que não há quem lhes possa ser indiferente, e representam um alento e esperança em face da descoberta da cura de alguma doença até então considerada incurável, ou dos novos métodos cirúrgicos de transplante de órgãos humanos e da iminente clonagem de seres humanos.

Especialmente em relação às experiências genéticas, os genes da vida, os seres humanos vêm sendo expostos a todo tipo de experiência chegando até mesmo a comercialização do corpo e de partes dele, levando agora ao questionamento sobre os limites do respeito dos direitos individuais, especificamente a dignidade humana e aos direitos da personalidade no contexto das variadas experiências que atentem contra a identidade e aos direitos elementares da personalidade.

Francis Bacon, em sua obra “A grande renovação”, escreve que:

“Uma advertência geral eu dirijo a todos: que considerem quais os verdadeiros fins da ciência, e que não a busquem para o prazer do espírito ou para a discussão ou para a superioridade sobre os outros, mas sim para vantagem e proveito da vida; e que a aperfeiçoem e a administrem no amor ao próximo... Podem surgir auxílio para o ser humano e uma descendência de invenções, que de alguma forma podem superar as necessidades e misérias da humanidade... Pois a tarefa à nossa frente não é a mera felicidade da especulação, mas sim o verdadeiro negócio e bem do gênero humano e todo o poder da ação... E assim aqueles fins geminados, ciência humana e poder humano, na realidade resultam em uma coisa só” [19]

A idéia que deve permanecer diante do estudo dos direitos de personalidade e o surgimento do Biodireito é o de uma ética comum, voltada para a preservação da espécie humana e o resguardo de seus direitos elementares, como bem ressalta Elio Sgreccia:

“A ética não pode ser vivida apenas na rede das relações interpessoais, deve sê-lo também nos fatos estruturais e nos mecanismos socioeconômicos. Ela não pode permanecer num livro de sonhos ou numa contínua divisão entre exigências das pessoas e mecanismos perversos”[20].

A ética de espécie que desponta do referido debate envolve a órbita dos direitos da personalidade e guarda com ele relação estreita, pois o que se coloca em jogo é a própria identidade do ser humano enquanto ser humano. Assim, o Biodireito é o ramo do Direito que se refere aos fatos e eventos que surgem a partir das pesquisas das ciências da vida, que surgem do “aumento do poder do homem sobre o próprio homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permitir novos remédios para as suas indigências.”[21]

O Biodireito atua junto com os direitos fundamentais, tendo em vista sua visível conexão aos direitos à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, “representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamados por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores.” [22]

Cabe aqui ressaltar a grande necessidade da efetividade do direito junto às questões das biotecnologias, considerando-se que são novos valores a merecer tutela jurídica,

tentando-se evitar violações de direitos, eis que é possível visualizar tal preocupação. O professor Francisco Amaral afirma tratar-se de,

“...nada mais do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas herdadas do século XIX. A resposta a esses desafios exige dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea”.[23]

O Biodireito pode ser visto como conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida.

Os avanços na interpretação das regras de Direitos humanos ainda não foi capaz de desenvolver nos indivíduos um sentido ético e coletivo de consciência quanto a sua responsabilidade universal em relação às transformações científicas e o estabelecimento de um marco ético que posso estabelecer limites para os experimentos com o corpo humano, com o material genético, sua exploração econômica e com a própria perspectiva de experiências brutais que criem seres híbridos, como já vem sendo feito com as plantas, ou mesmo a uma eugenia liberal.

Já existem casos relatados e documentados nas mais variadas partes do planeta sobre a comercialização de material genético para fins de experimentos científicos, e experiências em embriões humanos já vem sendo feitas há algum tempo. Toda essa discussão, os avanços científicos e a discussão sobre o papel a responsabilidade de cada um com o todo no sentido de proteger os direitos individuais, vem gerando um debate que nos leva a uma reflexão universalista enquanto a observação da ética no âmbito dos direitos de personalidade frente aos avanços científicos.

A propósito o mapeamento genético humano traz consigo importantes elementos para autocompreensão da identidade humana e para os direitos da personalidade: primeiro somos absolutamente todos iguais, de uma única espécie humana, negros, árabes, judeus católicos muçulmanos, aqueles que vivem nos Alpes ou os que moram em barracos de barro na África ou em Inglus no pólo norte; segundo, comportamos características presentes em gens que nos fazem seres diversos na cor do cabelo, no comportamento, na melanina na pele, etc., que são determinados pela nossa herança genética e pelo meio

social e é essa diversidade e essa mescla de diversidade que mantém a riqueza da vida dos seres humanos por todos esses milhares de anos.

O que está em jogo não é simplesmente o futuro da humanidade, os conflitos entre os diferentes povos, e sim, no cenário que se desenha, é a própria manutenção da espécie humana. A sua identidade genética de espécie.

O homem ainda não se autocompreendeu, pois o dogmatismo religioso, o capitalismo sufocante e obnubilaram sua visão, não permitindo mais que nos identificássemos como pessoa, não nos deixando enxergar enquanto seres da espécie, do homem enquanto universalidade antropológica de ser único e o mesmo em toda a parte do planeta.

Relatando um conjunto de casos científicos já em curso HABERMAS chama atenção para a autocompreensão humana de uma ética da espécie, quando se está diante de um conjunto de transformações que colocam o homem diante da liberdade de se dispor livremente da vida humana para fins de seleção, ao estabelecer tal discussão ele enxerga que se está cada vez mais sujeito à tecnicização da natureza humana, o que deve naturalmente gerar a uma moralização da sua natureza que apresenta-se como um sinal da rigidez dos mundos da vida quase totalmente modernizados, que perderam o apoio das garantidas metassociais e não podem mais reagir a uma nova ameaça da sua consistência sociomoral com outros impulsos de secularização e sobretudo, com uma cognição moral e cognitiva do dogmatismo religioso.[24]

Esse mecanismo de identificação de uma ética de espécie vem inserta na idéia de uma autocompreensão que não permite mais que dela se deduzam argumentos que suplantem as pretensões de uma moral universal a ser validada para todos os povos, mas, uma primazia do justo em relação ao bom, sem perder de vista o fato de que a moral abstrata da razão, pertencente ao discurso dos direitos humanos, apóia-se por sua vez numa autocompreensão de ética de espécie compartilhada por todas as pessoas morais.[25]

Agora no cenário contemporâneo, o desenvolvimento da tecnologia e do mapeamento genético mostram outras dimensões de nós mesmos, dimensões não conhecidas de imagens construídas no espelho ao longo de nosso processo de amadurecimento civilizacional, ao longo da evolução humana e que nos coloca mais perto de nós, de nosso semelhantes, para um caminho de compreensão de um universalismo que compartilha as identidades individuais, os direitos elementares da personalidade e que se agregam a ela e a sua teoria normativa e doutrinária.

6. A contemporaneidade como ambiente para ampliação do conceito de personalidade

A sociedade contemporânea se caracteriza pela ampla inter-relação dos vários atores internacionais, que se traduz na intensificação das interações transnacionais, supranacionais ou cosmopolitas, através de práticas interestatais, de caráter público ou privado, nas práticas capitalistas globais, ou interações sociais e culturais entre os povos.

A partir da Segunda Guerra Mundial ocorre uma ruptura com o sistema anterior e uma readequação do Estado na sociedade internacional, que vai buscar, em foros conjuntos de discussão, respostas para seus problemas, bem como se estabelecem novos princípios basilares que passam a nortear, a partir dali, as relações internacionais. Todos esses fatores acima descritos foram potencializados com o desencadeamento do processo de globalização, que representou a conjunção amplificada desses elementos com outros de ordem política, tecnológica, científica, cultural e econômica, em uma coincidência histórica que constitui, neste panorama, a sociedade internacional contemporânea.

A propósito destas transformações, Octávio IANNI consegue consubstanciar com clareza esta nova realidade ao enfatizar que:

“As transformações que estão ocorrendo no mundo na Segunda metade do século XX, anunciando o XXI, podem ser encaradas como manifestações de uma ruptura histórica mais ou menos drástica e geral, com implicações práticas e teóricas fundamentais. São transformações repentinas e lentas, parciais e totais, visíveis e invisíveis, surpreendendo uns e outros em todos os lugares, continentes, ilhas e arquipélagos. Ocorrem em nível local, nacional, regional e mundial, envolvendo as condições sociais, econômicas, políticas e culturais de indivíduos, famílias, grupos sociais, classes sociais, coletividades, povos, nações e nacionalidades. A geografia e a história parecem entradas em novo ciclo, adquirindo movimentos inesperados e dimensões surpreendentes. Realidades geográficas e históricas que pareciam estáveis ou ultrapassadas ressurgem de repente, ao mesmo tempo que se desenham novos mapas do mundo. São cartografias desesperadas destinadas a redesenhar os espaços e os tempos fugidos dos seus lugares inesperados. Também ideais e projetos individuais e coletivos são abalados, ou envelhecem repentinamente, quando ressurgem antigas nostalgias e criam-se novas utopias. Tudo parece continuar no mesmo lugar, inabalado, mesmo ou evidente, quando tudo se abala, se transforma, desmorona ou recria de tal maneira que o mundo adquire outros movimentos, diferentes configurações. Abalam-se os quadros sociais e mentais de referência gerando impasses e aflições, ou crises e conflitos, tanto quanto perspectivas e horizontes. Sob muitos

aspectos, as transformações que estão ocorrendo no mundo no fim do século XX, sugerindo os primeiros lineamentos do XXI, são manifestações de uma ruptura de amplas proporções, por suas implicações práticas e teóricas. Inicia-se outro ciclo da história, talvez mais universal que os outros, cenário espetacular de outras forças e outras lutas sociais.[26]

O Estado, como era concebido naquele tempo, torna-se um instrumento cada vez mais inadequado em nosso tempo, desenquadrado do mundo, *démodé*, que não possui mais a centralidade do controle de certas prerrogativas que até então eram inalienáveis da esfera de sua competência, ao mesmo tempo se fortalece a partir da concepção dos Direitos Humanos a proteção aos direitos individuais, paradoxalmente derivados das cartas constitucionais desses mesmos Estados que se autolimitam e se colocam como um instrumento para proteção desses direitos.

Neste sentido, Boaventura de SOUZA SANTOS comenta:

“O Estado-nação parece ter perdido a sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política. A intensificação de interações que atravessam as fronteiras e as práticas transnacionais corroem a capacidade do Estado-nação para conduzir ou controlar fluxos de pessoas, bens, capital ou idéias, como o fez no passado”.[27]

De qualquer forma, este enfraquecimento não significa o fim do Estado, que deve continuar existindo por muito tempo e sendo o detentor do comando normativo aos seus jurisdicionados através de textos constitucionais. Também não significa o sepultamento da soberania, que continua a ter sua importância como instrumento de organização da sociedade, representando limites geográficos entre os povos e determinando, em certo grau, as normas de seus jurisdicionados, contudo, não mais como poder absoluto que antes detinha, conforme concebido pelo sistema westfaliano. Agora, abrem-se fissuras, poros, por onde a transnacionalidade social, normativa, cultura e econômica, opera e se fortalece em razão disso a proteção aos direitos individuais, especialmente a esfera da personalidade humana.

André-Jean ARNAUD comenta esta alteração, lembrando a importância da reformulação nos mecanismos jurídicos como forma de regular a sociedade contemporânea:

“Em suma, os Estados-nações continuam indispensáveis para desempenhar o papel de guardas, de ‘gendarmes’ de uma ordem internacional que não pode mais ser objeto de uma regulação pelo direito internacional clássico sem todavia, questionar a natureza consensual do direito internacional em si. Ainda se diz. “a fraqueza do sistema jurídico internacional, hoje, é largamente um reflexo da fraqueza do sistema internacional no seu conjunto. “enquanto se espera uma reforma em profundidade da regulação internacional, são os Estados que continuam a ser os produtores de direito e também os encarregados de sua aplicação.”[28]

O fator determinante que deve ser observado para o estabelecimento de novos paradigmas jurídicos do Direito Internacional está, na realidade que se avista, nas transformações que o cenário internacional contemporâneo tem sofrido, e seu impacto sobre o direito dos Estados e de seus jurisdicionados e as respostas que está a reclamar do direito como instrumento de regulação social.

Este vasto universo de fatos e de atos internacionais, ampliados pelo surgimento de novos sujeitos e canais de inter-relação no cenário internacional, exigem uma remodelação do próprio direito, especificamente no caso dos Direitos Humanos que amplia seu alcance e se utiliza das Cartas constitucionais nesse sentido.

Há, por assim dizer, no atual cenário contemporâneo, um pluralismo jurídico[29], sobretudo pela interpenetração dos direitos. Tal pluralismo, segundo esclarece André-Jean ARNAUD[30] *“é oriundo da fragmentação das soberanias”*; tanto pelos modos de regulação do direito, como das fontes desta regulação, absorvendo mecanismos de regulação alternativa não estatal; dando origem a um pluralismo de racionalidades, e que produz, no campo do direito, *lógicas estilhaçadas*, pela flexibilização e diversificação de produção normativa que se multiplicam a todo o tempo.

Os direitos internos vão sendo produzidos de acordo com a adequação de regras produzidas no plano internacional e isso, sem dúvida, leva a uma internacionalização dos direitos, não só como regra material, mas também porque influencia o próprio sistema central e ideológico do Direito do Estado.[31] O Direito interno dos Estados, com o processo de internacionalização, tende a adquirir características de uniformidade ainda maior, desenvolvendo-se inclusive consenso quanto aos dogmas que se espalham pelos vários universos jurídicos. O Direito nacional, cada vez mais influenciado pelo que ocorre no plano internacional, vai se amoldando a ele. Aliás, Hans KELSEN já havia enunciado que *“não existe nenhuma fronteira absoluta entre o direito nacional e o direito internacional, prova disso é a influência dos Direitos Humanos sobre a concepção contemporânea dos direitos de personalidade.”*[32]

Assiste-se assim, a standartização de direitos elementares que são absorvidos pelos Estados. Surgem a partir de discussões dos Estados em Organismos internacionais e também por instrumentos jurídicos de transposição normativa e acabam sendo absorvidos pelos ordenamentos jurídicos internos como um direito estatal, uma norma nacional inserta nos mais variados ramos do direito.

Não se pode deixar de mencionar aqui, como forma de aprofundar a discussão, a observação feita por Guido Fernando Silva SOARES, que chama a atenção para o mesmo fenômeno ao comentar:

[...] existe um outro fenômeno digno de nota: no momento em que um ramo do direito interno torna-se internacional, perdem relevância suas fontes internas, ganha ele métodos de hermenêutica diferentes dos vigentes no ordenamento interno, e as regras de sua vigência no espaço e no tempo são distintas daquelas das normas domésticas.[33]

No contexto de um processo de internacionalização de normas internas, faz-se necessário que o operador do direito tenha um amplo conhecimento do Direito Internacional, inclusive das fontes normativas que influenciaram na produção dessas regras reproduzidas a partir de foros internacionais, para que possa, efetivamente, debater e argumentar sobre a natureza e finalidades desta regra perante os tribunais de seu Estado, buscando o verdadeiro sentido teleológico-normativo daquele direito, não se pode portando deixar de lado essa premissa ao se deparar com os direitos de personalidade.

Nas palavras de Jungen HABERMAS, reinaugurando, assim, um novo cosmopolitismo com “um sistema de leis para um conjunto de povos”[34].

Existe hoje, portanto, “um processo de internacionalização de toda a vida jurídica”[35], estabelecendo novos paradigmas para o pensamento do próprio direito interno, que não mais pode ser ignorado pelos Estados e indivíduos, a influência crescente no exercício da ordem internacional na produção normativa, sob pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos, seja pela possibilidade de não exercício deles.

7. Conclusão

Os direitos da personalidade surgem a partir de uma concepção eminente privatista que se redefine e se redescobre a partir do fim da segunda Grande Guerra Mundial, sofrendo forte influência do Direito Internacional, dos direitos Humanos e do Direito constitucional.

É no plano internacional que os debates de multiplicação dessas concepções estatais tomam corpo e se reproduzem com os canais de diálogos abertos no âmbito das Nações Unidas e da definição de uma agenda global que prioriza a proteção dos Direitos Humanos.

Por sua vez, são os Direitos Humanos que fortalecem e ampliam o conceito dos direitos individuais, a partir de uma perspectiva de retomada do pensamento humanista em detrimento de uma visão imitada dada pelo sistema privado, redimensionando assim seu objeto e conceito.

Como os Estados se comprometeram com o discurso sobre os Direitos Humanos em foros internacionais no âmbito da manifestação de sua vontade e soberania, a introdução dessas regras nos sistemas jurídicos internos se dá através da absorção pela norma constitucional, iluminando todo o sistema normativo dentro de certos paradigmas normativos.

Aliada a isso, a revolução tecnológica trouxe novos elementos e novos objetos de disciplinamento normativo, e um novo olhar sobre estes direitos, ampliando a leitura do conceito de direito fundamental para abraçar a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio genético e cultural, à democracia e aos novos direitos especialmente no campo das biotecnologias o biodireito.

Nesse esteio é que, não só no plano local, mas principalmente no contexto de uma sociedade global que permeia a concepção de um cenário contemporâneo pós-moderno[36] é que se fragmentam os conceitos, valores, e princípios dificultando assim, a determinação do conceito da personalidade nesse processo e exige um amplo enfoque multidisciplinar. Além de que, a sociedade humana, agora mais universal, volta-se para um contexto em que os pluralismos normativos e filosóficos expõem novos campos de abordagem, novas perspectivas, e novos elementos a impulsionar e a rediscutir os conceitos até então absolutos e que agora são mutáveis, ajustáveis e passíveis de redefinição e realocação doutrinária nesse cenário.

9. Bibliografia

AMARAL, Francisco. Apud Regina Luvia Fiuza Sauwen, in “Da Persona ao Clone - a Visão do Biodireito -prelo dos anais do Encontro Regional do Conpendi - e I Simpósio de Bioética e Biodireito - realizados em Londrina/PR de 25 a 27 de maio de 1997.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Tradução Patrice Charles Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Repensar um direito para a época pós-moderna. In:_____. *O direito traído pela filosofia*. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano OLIVEIRA. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal Estar da Pós-modernidade**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECK, Ulrich. Sobre a incompreendida falta de experiências da genética humana e as conseqüências sociais do não-saber relativo. Trad. Peter Naumann. In: *ética e genética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996.

_____. *A sociedade global*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Principios de Derecho Internacional Público*. Tradução Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.

_____. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Tradução Florência Acosta. México: Fondo de cultura económica, 1996.

LIMA, João Franzen. Curso de direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LORA Alarcón, Pietro de Jesús. Patrimônio Genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Método, 2004.

LUHMANN, Nickolas. *La differenziazione del Diritto*. Tradução Raféale De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1995.

MEIRELLES, Jussara. Estudos de biodireito. Curitiba: Genesis, 2004.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. rev. e.aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. Artigo apresentado na obra organizada Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais, Alexandre Sturion de Paula (coordenado).

RAFFUL, Ana Cristina. A reprodução artificial e os direitos da Personalidade. São Paulo: Themis, 2000.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. “Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01. 2. ed. Ver. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002. 1 v.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. (Org.) *A globalização e as ciências sociais. Os processos da Globalização*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética - Fundamentos e ética Biomédica*. Edições Loyola.: São Paulo, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[1] Professor Doutor (USP) com pós-doutorado na Universidade de Pádova- Italia. wmenezes4@hotmail.com

[2] Professora Mestre (PUCPR) vane_iacomini@hotmail.com

[3] John Rawls. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[4] Jürgen Habermas. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[5] Otfried Hoffe. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[6] André Ramos Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

[7] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 225.

[8] Nesse sentido a primeira premissa que podemos extrair é a de que somente o ser humano é capaz de direitos e obrigações. Foi-se o tempo em que se processava um animal, ou se apurava a responsabilidade das coisas.

[9] LIMA, João Franzen. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 140.

[10] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.47.

[11] Norberto BOBBIO ensina que: “a afirmação dos direitos humanos é ao mesmo tempo universal e positiva. Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens e positiva no sentido de que põe em movimentos um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.” BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 30.

[12] ALVES. José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos, p. 323.

[13] É impossível deixar de reconhecer que em muitas passagens da doutrina cristã existem elementos dos direitos humanos.

[14] “A importância dos direitos do homem é tal que se pode verdadeiramente afirmar que, com eles, com o reconhecimento e o início da sua realização, a sociedade humana deu um salto qualitativo em frente. Em todo o caso, os direitos do homem representam um elemento novo no desenvolvimento da humanidade, na vida da sociedade humana que marca o fim de um período e o princípio de uma nova era nas relações internacionais.” SZABP, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, p. 55.

[15] PIOVESAN, Flavia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos, p. 57.

[16] Declaração Universal dos Direitos do Homem.

[17] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p. 152.

[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1276.

[19] Do prefácio da “The Great Instauration”, As frases citadas encontram-se em Bacon nesta ordem, mas em distâncias maiores. Para dar uma idéia da crítica direta de Bacon à teoria clássica, acrescenta-se mais esta citação: “No tocante ao seu valor e utilidade, deve-se dizer que aquela sabedoria que nós recebemos sobretudo dos gregos representa apenas a meninice do conhecimento e possui a propriedade típica do mesmo: pode falar, mas não testemunhar, pois é fecunda em disputas mas árida em obras”.

[20] SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética - Fundamentos e ética Biomédica. Edições Loyola.: São Paulo, 1998.

[21] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições sobre filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

[22] BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.410.

[23] AMARAL, Francisco. Apud Regina Luvia Fiuza Sauwen, in “Da Persona ao Clone - a Visão do Biodireito -prelo dos anais do Encontro Regional do Conpendi - e I Simpósio de Bioética e Biodireito - realizados em Londrina/PR de 25 a 27 de maio de 1997, fls 12.

[24] HABERMAS, Jurgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?; tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de souza_ São Paulo: Martins Fontes, 2004.

[25] idem

[26] IANNI Octávio. A Era do globalismo, p. 17-18.

[27] SOUZA SANTOS, Boaventura de. A globalização e as ciências sociais, p. 36.

[28] ARNAUD, André-Jean. O Direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado, p. 179.

[29] MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público, p. 114.

[30] ARNAUD, André-Jean. O Direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado, p. 214-215.

[31] NICKLAS LUHMANN observa inclusive uma internacionalidade de métodos de pesquisa aplicáveis aos diversos ordenamentos jurídicos. LUHMANN, Nicklas. La differenziazione del Diritto. p. 59.

[32] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado e do Direito, p. 463 e Teoria Pura do Direito, p. 437.

[33] SOARES, Guido Fernando Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades, p. 33.

[34] HABERMAS, Jungen. Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso, p. 28.

[35] MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público, p. 113.

[36] Zygmunt Bauman. **O Mal Estar da Pós-modernidade**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

A NACIONALIDADE DAS CORPORAÇÕES: ESTUDO DO VÍNCULO ENTRE OS ESTADOS E OS ENTES ECONÔMICOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS. *

THE NATIONALITY OF THE CORPORATIONS: A STUDY ON THE LINK BETWEEN STATES AND ECONOMIC ENTITIES IN THE CONTEXT OF THE FOREIGN RELATIONSHIPS

Victor Emendörfer Neto

RESUMO

O presente trabalho examina o tema – a nacionalidade das corporações – desde uma perspectiva geral, tomando-o como um dado relevante no contexto das relações entre estados e entidades econômicas. Em primeiro lugar, busca esclarecer o sentido de seus termos elementares – nacionalidade e corporações – e estabelecer as bases teóricas para a sua abordagem. Depois, volta-se à sua manifestação jurídica, considerando o universo de preceitos e repercussões ligados à idéia de nacionalidade e especialmente concernentes às corporações; neste estágio, discerne esses preceitos entre critérios e regras de reforço, concentrando-se nas peculiaridades de cada espécie e nas formas como atingem a existência das corporações. Finalmente, considera o contexto em que se insere o objeto da investigação e em que este assume toda sua relevância: o universo das relações econômicas internacionais; então, descreve este contexto segundo uma representação abstrata da polaridade entre nações e corporações, diante da qual a idéia de nacionalidade assume todo seu sentido – ainda que aí, paradoxalmente, este se torne mais problemático.

PALAVRAS-CHAVES: NACIONALIDADE; CORPORAÇÕES; SOCIEDADES COMERCIAIS; INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS; CRITÉRIOS; REGRAS DE REFORÇO.

ABSTRACT

This work examines its subject – nationality of corporations – since a general approach, as a relevant event in the context of relationship between states and economic entities. First, it intends to enlighten the meaning of its elementary terms – nationality and corporations – and set the theoretical ground to approach them. After, it directs its attention toward the subject's legal manifestation, considering the universe of precepts and effects bound to the idea of nationality, especially those concerning to corporations;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

in this stage, it distinguishes these precepts between criteria and reinforcing rules, pointing out each type peculiarities and the forms how they touch corporations existence. Finally, it looks at the context in which the subject is to be considered and in which it assumes all its relevance: the universe of international economic relations; then, it depicts this context in light of a schematic representation of the polarity between nations and corporations, before which the idea of nationality gets its full significance – although at this locus it turns, paradoxically, problematic.

KEYWORDS: NATIONALITY; CORPORATIONS; ECONOMIC ENTITIES; FOREIGN INVESTMENTS; CRITERIA; REINFORCING RULES.

Introdução.

No contexto atual, em que os capitais e as informações fluem de modo possivelmente inédito, a nacionalidade de entes não humanos pode soar como uma noção ultrapassada, artificial, mesmo inútil. Tal impressão recrudescer ao considerar especificamente os entes de atuação econômica. Parece óbvio que companhias de bandeira nacional podem servir a interesses estrangeiros. Os capitais fluem livremente pelo globo e podem aportar em qualquer parte, sob qualquer forma jurídica. Além disso, as empresas cada vez mais podem ser comandadas desde lugares distantes, tal a facilidade de comunicação e deslocamento. A possibilidade de relacionar a existência de uma empresa a determinado povo ou território parece um anacronismo, uma frivolidade, uma hipótese sem sentido no cenário econômico deste início de século XXI.

Tudo isto parece indiscutível. Mas é justamente neste cenário, paradoxalmente, que o tema assume a mais alta importância. Exatamente porque os entes econômicos podem assumir as mais diversas formas e responder às mais insondáveis instâncias de poder, é tão importante cogitar sua ligação aos diversos estados sob cujas leis sua atuação se dá.

Algumas questões práticas podem ilustrar esta premissa. E se grupos ligados a “nações inimigas” – nestes tempos de poderosíssimos “sovereign funds”[1] – adquirissem o comando acionário das grandes companhias fornecedoras de armamentos ao governo americano? E se fundos chineses ou indianos adquirissem o comando acionário de empresas de alta tecnologia dos EUA, do Japão ou da Europa, detentoras de concorridíssimos “segredos”? E se grandes companhias do “norte” adquirissem o capital de sociedades brasileiras – ou mesmo as criassem – para comprar e explorar amplas extensões de terras da Amazônia?

A segurança militar, os altos segredos tecnológicos, a propriedade de extensões territoriais estratégicas – exemplos de questões que afetam interesses nacionais. Em todos estes exemplos, ressalta a atuação dos entes econômicos. Os estados nacionais, obviamente, não são indiferentes a esta atuação; ao contrário, dispensam-lhe uma atenção constante, profunda, obsessiva. Para além das diversas formas jurídicas que ele possa assumir, os estados consideram o ente econômico como um dado da realidade. Toda atuação econômica é sempre remetida a um sujeito, a uma individualidade, a um *ente que atua* e cuja expressão mais rigorosa sejam talvez palavras – Gazprom, China

Investment Corporation, Monsanto. É óbvio que este ente nem sempre corresponde a uma só pessoa jurídica; é óbvio que as ordens jurídicas estatais consideram sua existência; e óbvio que, pressupondo ou rejeitando seu vínculo com a nação, elas impõem decisivos condicionamentos à sua atuação.

Neste contexto, precisamente, insere-se o tema deste artigo: a nacionalidade das corporações. Aqui, este termo – corporações – designa justamente o ente econômico de que se falava. Ao se desenvolver sobre estas bases, o tema torna-se duplamente problemático: primeiro, porque é preciso considerar o que é, ou em que hipótese existe, uma corporação; segundo, porque é preciso esclarecer quais aspectos de sua existência devem ser considerados, a fim de cogitar sua ligação a determinado estado nacional.

Mas – supõe-se – é assim que o tema deve ser encarado. Sob tal perspectiva, vem à tona a relação entre o poder político e o econômico – entre os estados e as corporações – e as formas pelas quais uns e outros podem ou não se vincular. Sob tal perspectiva, a noção de nacionalidade torna-se mais substancial, mais relevante e mais útil – ainda que certamente mais complexa. Sob tal perspectiva, enfim, o tema torna-se crucial no contexto das relações econômicas internacionais.

A nacionalidade dos entes não humanos: a pessoa e o ente.

A noção de nacionalidade evoca dois termos básicos: a nação e o ente. O primeiro, pela própria correspondência etimológica; o segundo, por designar a individualidade – coisa, homem, pessoa – à qual faz sentido atribuir o predicativo ‘nacional’. Ambos representam dois momentos de uma mesma relação abstrata: a pura objetividade da ordem vinculante; e a pura subjetividade do ente vinculado, sem cuja consideração aquela ordem não faz sentido. Pode-se dizer que um homem tenha a nacionalidade basca, guarani ou tibetana – muito embora se possa dizer, ao mesmo tempo, que um homem basco, guarani ou tibetano tenha, respectivamente, a nacionalidade espanhola, brasileira, ou chinesa. Por outro lado, pode-se dizer que não apenas um homem tenha tal nacionalidade, mas um animal, um navio, ou uma empresa. Ambos os termos básicos daquela noção abrangem inúmeros sentidos possíveis; logo, sua relação pode assumir, correspondentemente, inúmeros aspectos.

A teoria jurídica tradicional não contempla toda esta complexidade da noção. No lugar de ‘nação’ e ‘ente’, evoca outros termos básicos – estado e pessoa – cujo sentido é menos equívoco. O primeiro costuma ser assimilado a uma ordem jurídica soberana sobre determinados povo e território. O segundo corresponde ao que cada uma destas ordens jurídicas considera como ‘sujeito de direito’. Tem-se em suma: estados nacionais, de um lado; pessoas físicas e jurídicas, de outro; e a nacionalidade como o vínculo a relacionar uns e outros[2].

O presente artigo aborda o tema de forma diversa. Tal como a teoria tradicional, toma a nacionalidade como noção referível aos estados nacionais; todavia, ao contrário daquela teoria, não remete esta noção apenas às pessoas – no sentido estritamente jurídico deste termo. Ao tratar da nacionalidade do ente econômico, este artigo não necessariamente a

considera um atributo da personalidade. Aquele ente pode corresponder a uma pessoa jurídica, é verdade; mas também pode corresponder a várias delas, tanto quanto a nenhuma. Aquele ente é o sujeito da realidade econômica, cuja atuação – em suas inúmeras formas – remonta um núcleo irreduzível que permite considerá-lo uma individualidade, uma unidade, um sujeito – ainda que este ‘sujeito’ não corresponda a um ‘sujeito de direito’. Aquele ente, enfim, é o que aqui se chama de corporação[3].

Diante da existência da corporação, pode-se cogitar que ela, como tal, seja vinculada a determinado estado. Este vínculo pode ser ostensivo – caso em que a nacionalidade será um atributo da personalidade que ostentar. Mas pode ser também implícito – caso em que repercussões jurídicas de fundo nacionalista se projetarão sobre o ente, a despeito da nacionalidade atribuída à(s) pessoa(s) jurídica(s) a que eventualmente ele corresponda.

Portanto, a nacionalidade não é, aqui, apenas um atributo da personalidade jurídica; é também o vínculo efetivo que cada estado, ao supor a existência da corporação, estabelece com esta última – vínculo do qual faz decorrer vastas repercussões jurídicas. Este artigo parte da premissa de que é preciso considerar todas estas repercussões como expressão de um mesmo fenômeno – e, portanto, como um mesmo objeto de investigação. Por duas razões. Primeiro, o fato de que a nacionalidade da pessoa jurídica é, sobretudo no âmbito econômico, um tema de pouco interesse: não só porque os entes econômicos podem facilmente assumir a forma de uma pessoa jurídica com qualquer nacionalidade, mas também porque as repercussões ligadas a este dado são restritíssimas se comparadas àquelas de que se cogitará. Segundo, porque a mais importante faceta do tema é justamente o estudo dos condicionamentos que os estados impõem aos entes econômicos, a despeito da “bandeira” ligada à(s) personalidade(s) jurídica(s) que ostentem: companhias nacionais podem ser “menos nacionais” do que outras, ou “insuficientemente nacionais” para certos propósitos. Nestes casos, os estados visualizam a corporação por trás da personalidade, estabelecendo repercussões jurídicas que implicitamente pressupõem o vínculo deste ente – ou sua ausência – com a nação.

A idéia de nacionalidade.

Se a nacionalidade expressa, aqui, o vínculo entre o estado e o ente, seu traço característico é a discriminação: o só fato de que este vínculo necessariamente distinga os nacionais dos estrangeiros, e de que a isto ligue repercussões, é em si discriminatório. Todavia, esta discriminação, especialmente quando se tratar de homens, é a princípio intolerável – pela simples razão de que implica seu tratamento desigual. Disto decorre que este vínculo funda-se em determinados valores – que podem até ser questionáveis mas que, ao mesmo tempo, são relevantes o suficiente para confrontar o princípio básico de que todos são iguais perante a lei. Destes ‘valores’ decorrem diversos preceitos jurídicos, das mais variadas espécies, mas sempre com este efeito básico: a discriminação entre o ente nacional e o estrangeiro. Este vínculo, assim, pode assumir as mais variadas formas, justamente porque tal discriminação se dá em função dos mais variados aspectos. Do conjunto destas hipóteses, como que a sintetizá-las, extrai-se a noção de ‘idéia de nacionalidade’.

No que tange especialmente aos entes não humanos, a ‘nacionalidade’ tanto pode ser um atributo da personalidade jurídica, a que devem estar ligadas importantes repercussões, quanto uma ‘condição pressuposta’ de determinado ente em determinadas circunstâncias – condição a que se ligam outras repercussões, ainda mais numerosas e relevantes. A Monsanto, p. ex., pode ter uma subsidiária no Brasil, que por sua vez corresponda a uma companhia regularmente constituída neste país – e portanto, diante das leis locais, brasileira. Entretanto, o governo brasileiro pode realizar investimentos no desenvolvimento de tecnologias agrícolas e, neste caso, prever regras que os restrinjam a companhias controladas por cidadãos nacionais. Em suma, a partir da idéia de nacionalidade engendram-se distintas espécies de vínculos: para fins tributários, p. ex., essa hipotética companhia pode ser considerada brasileira; para fins de investimento público, não. Um mesmo estado, uma mesma corporação – e vínculos distintos.

Todas essas repercussões jurídicas se impõem, como visto, diante dos valores que justificam e impõem a discriminação. Entretanto, a idéia de nacionalidade não é apenas a expressão destes valores. Ela representa sua necessária referibilidade aos sujeitos em quem afinal se projetam. Esta idéia não pretende indicar, metonimicamente, a vasta manifestação destes valores – algo que talvez o faça a expressão “interesses nacionais”. Sua função discursiva é acentuar o fato de que tais valores se projetem sobre indivíduos, entes, sujeitos – e que assim alcancem uma expressão puramente subjetiva. A objetividade daqueles valores, assim, transmuda-se num atributo individual e, neste sentido, em pura subjetividade. Cabe à idéia de nacionalidade mediar esta relação dialética ou, antes, ser a expressão abstrata desta relação. O propósito deste estudo, em suma, não é investigar todos os condicionamentos impostos, em razão dos interesses nacionais, às corporações; seu propósito é verificar as formas pelas quais estes valores ‘subjetivam-se’, de modo a não apenas confrontar o sujeito, mas a discriminá-lo.

Diante desta noção – a idéia de nacionalidade – é possível delimitar o objeto da investigação, justamente porque ela permite compreender o conteúdo do vínculo que se cogita ao tratar da nacionalidade das corporações. Este vínculo se expressa em preceitos jurídicos, cuja incidência determinam repercussões que atingem a existência daqueles entes. A partir da ‘idéia de nacionalidade’, pode-se delimitar o universo de preceitos e repercussões que se propõe investigar, pois todos estes expressam precisamente isto: de um lado, os valores que estão à base da noção de nacionalidade; de outros, os entes em quem tais valores se projetam para distingui-los. Porque os estados visualizam a corporação como um ‘ente’, e porque supõem que é possível cogitar sua nacionalidade, estabelecem todos os preceitos e repercussões jurídicas cuja abordagem aqui se propõe.

A teoria tradicional limita-se, como dito, à investigação da nacionalidade das sociedades comerciais; neste sentido, este objeto não passa de um rótulo, uma bandeira, uma insígnia que se apõe sobre a máscara da personalidade jurídica. Obviamente, a este ‘rótulo’ estão ligadas várias repercussões. Mas tais repercussões têm a mesma natureza de outras não ligadas a isto – estas, bem mais relevantes. Uma e outras discriminam em razão de fatores ligados à nacionalidade – seja a da pessoa jurídica, seja a do ente econômico cuja existência ela mascara. Este artigo trata de tais repercussões como um só fenômeno; porque o são, de fato: entre uma ordem jurídica e a realidade, há somente as criações dessa mesma ordem jurídica – entre as quais as pessoas jurídicas. Portanto, esta ordem como um todo, e particularmente ao submeter entes não humanos a condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade, só pode referir-se à realidade – a nada mais. Tudo isto que existe entre a existência da corporação e a ordem jurídica

(inclusive a própria expressão jurídica da corporação), e que esteja ligado à idéia de nacionalidade, perfaz um só objeto de investigação.

Os preceitos ligados à idéia de nacionalidade.

Há apenas uma razão a indicar a relevância do estudo da nacionalidade como fenômeno relacionado à existência das corporações: o fato de que aquele fenômeno tem inegáveis repercussões sobre a existência destes entes. Estas repercussões – ao menos as que aqui se cogitará – são jurídicas. Portanto, decorrem daquele fenômeno jurídico básico e constante: a incidência do preceito abstrato sobre o fato concreto, e a conseqüente produção de efeitos.

Se os preceitos aqui considerados são aqueles cuja incidência determina repercussões à existência da corporação, e se estas repercussões são ligadas à nacionalidade, resta saber: que aspectos determinam esta nacionalidade?

Tais aspectos são vários, provavelmente inumeráveis. Entretanto, pode-se dividi-los em dois grupos: uns, concernentes à pessoa jurídica; outros, à realidade que subjaz à personalidade. Os primeiros são invariavelmente antropomórficos: projetam atributos humanos nos entes não humanos – o local do nascimento corresponde ao da constituição, o domicílio corresponde à sede. Os segundos, sendo aspectos da existência subjacente à personalidade, denotam a ligação da corporação a determinadas pessoas ou a determinado lugar.

Todos os preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’ repousam sobre estas bases: a existência da corporação – como pessoa, como fenômeno, ou como instrumento. No primeiro caso, cogita-se sua origem e domicílio. No segundo, o lugar a que tal fenômeno pode ser relacionado. No terceiro, os homens a cujos interesses ela atende.

Crítérios e regras de reforço.

Os preceitos ligados à idéia de nacionalidade são normas jurídicas cuja incidência determina, portanto, repercussões – positivas ou negativas, mas sempre discriminatórias. No que se referem às corporações, tais ‘preceitos’ não se restringem aos chamados ‘critérios’ de definição da ‘nacionalidade das empresas’; são também todas as demais regras que, ligadas à idéia de nacionalidade, determinam aquelas repercussões. Ou seja: os ‘preceitos’ abarcam tanto as regras cuja incidência determina a ‘bandeira’ de uma dada sociedade comercial, quanto aquelas que, pressupondo o ente por trás da pessoa jurídica, engendram sobre esta repercussões ligadas à idéia de nacionalidade.

Este artigo chama de ‘regras de reforço’ a esta última classe de ‘preceitos’. Esta última expressão justifica-se em função da finalidade destas regras: reforçar a ‘idéia de nacionalidade’, diante da pretensa “maior relevância” dos interesses nacionais tutelados por tais preceitos. Por outro lado, este ‘reforço’ sempre assume um mesmo aspecto: ele sempre se refere à realidade por trás da personalidade jurídica – focalizando os homens a que a atuação da corporação se volta, ou o lugar onde tal atuação se dá.

De todo modo, será abordada inicialmente aquela primeira classe desses ‘preceitos’ – os critérios de atribuição da nacionalidade das sociedades comerciais. Em seguida, passa-se ao exame das chamadas regras de reforço.

Crítérios de atribuição da nacionalidade.

Como já dito, o termo critério designa, neste artigo, uma das espécies de ‘preceitos’ ligados à idéia de nacionalidade. Constitui-se no que se chamou de ‘regra geral’, pois serve como uma norma aplicável à generalidade dos casos, sempre que outra mais específica não os regular; e tem sempre um efeito básico, a que se ligam todos os outros: determina a nacionalidade da sociedade comercial, figurando-a como um atributo de sua personalidade. Note-se bem: determina a nacionalidade *da pessoa jurídica*, e não da corporação que ela mascara – ainda que, por lha atribuir, engendre sobre esta consideráveis repercussões.

Os critérios, em geral, remontam a aspectos concernentes à personalidade jurídica. Apegam-se, neste sentido, a duas formas básicas de vincular a existência de entes não humanos a determinada ordem jurídica. Tais formas são ‘antropomórficas’, pois projetam nestes entes atributos humanos. Este antropomorfismo é sintomático, na medida em que se supõe a personalidade dos entes não humanos como idêntica, no plano jurídico, à das pessoas naturais: se empresas são ‘pessoas’, então elas “nascem” e se “fixam” em algum lugar. Em função disso, os critérios de atribuição da nacionalidade a estas ‘pessoas’ focalizam sua origem e domicílio – que, no caso das sociedades, correspondem respectivamente à constituição e à sede – justamente porque estes dados determinam a nacionalidade dos homens.

A sociedade comercial origina-se ao constituir-se, adquirindo personalidade jurídica com o registro público. Por outro lado, o local de sua sede, tanto quanto o de sua administração, é previsto nos estatutos respectivos. A nacionalidade das sociedades comerciais, portanto, atende a elementos puramente formais: o conteúdo dos atos constitutivos e o respectivo registro.

Donde a conclusão: estes dois critérios para a atribuição de nacionalidade às sociedades comerciais, ao pretenderem dirigir-se a atributos da própria sociedade (e não da corporação cuja existência ela representa), são extremamente artificiais e, portanto, pouco efetivos no que se poderia chamar de constatação substancial de sua nacionalidade. Ao lhe atribuírem a nacionalidade do estado em que foi registrada, simplesmente impõem que se constitua conforme as leis deste estado, já que nesta hipótese o registro se impõe. Se isto basta à aquisição da nacionalidade, então as

sociedades nacionais são todas aquelas que resultam da incidência destas leis sobre os atos constitutivos. Neste caso, esta distinção jurídica – ser ‘nacional’ a companhia – serve apenas para discerni-la daquelas cuja existência o direito do estado não reconhece senão indiretamente – ou seja, reconhece porque já reconhecida pelo direito de outro estado. Por outro lado, ao lhe atribuírem a nacionalidade do país em que for sediada, estes critérios têm ainda menos substancialidade – justamente porque a definição do que seja a sede da empresa é tanto mais obscura quanto mais substancial pretender-se. Não é sem certo constrangimento que se vê a intenção do legislador de emprestar ares de substancialidade ao critério da sede, ao acrescentar ao termo o adjunto “da administração”. Em vão: o local da administração é aquele que indicam os estatutos; e se, inconformados com esta conclusão, insistíssemos em investigar o local desde onde a empresa é comandada, então enfrentaríamos todas as dificuldades relacionadas não apenas à identificação deste comando, mas sobretudo à possibilidade de referi-lo a determinado lugar.

Note-se, enfim, o que é fundamental: estes critérios são “artificiais” porque, restringindo-se à personalidade das sociedades, e portanto sem pressupor a existência que lhe subjaz, dirigem-se a um suporte puramente artificial. A corporação tem realidade. Atua como agente econômico. E toda esta realidade, toda esta atuação, pode remontar a um ou vários sujeitos de direito. A este sujeito liga-se um atributo – a nacionalidade – que se expressa, metaforicamente, como sua ‘bandeira’. A questão é: o que determina este atributo? A esta pergunta, os critérios tradicionais limitam-se a responder: o local onde ela se organiza, ou aquele onde está sediada. Ao lado destes, é verdade, pode-se cogitar a adoção de critérios mais “substanciais”, que levem em conta os fatos em que se manifesta sua atuação, ou as pessoas que a determinam[4]. Entretanto, sua utilização é restritíssima e cada vez menos adotada; e talvez, considerando-se que os critérios são regras gerais que incidem em todas as hipóteses em que nacionalidade da sociedade comercial for considerada, tal utilização seja mesmo inviável.

Diante destas considerações, a conclusão sobre qual seja o melhor critério é rigorosamente inalcançável. Justamente porque não há, provavelmente, uma resposta que deva se aplicar a todos os casos. Sim, talvez a resposta mais rigorosa seja exatamente esta: o critério a ser eleito depende do contexto em que a nacionalidade da companhia é cogitada. Se a nacionalidade da companhia, p. ex., é fator condicionante de sua atuação em setor considerado “estratégico”, talvez o critério mais adequado seja aquele que considera seus controladores; se, por outro lado, sua nacionalidade é mero requisito para a sua atuação em um setor aberto à mais ampla concorrência, seria possivelmente mais correto atribuí-la em função do fato de que tenha sido organizada sob as leis de uma dada nação.

Esta resposta, entretanto, depara-se com uma dificuldade lógica: se o critério é o preceito que determina a nacionalidade da sociedade comercial, e se sua nacionalidade (na acepção ora considerada) é um atributo de sua personalidade, como pode a sociedade ter nacionalidades diversas dependendo do contexto de sua atuação? A esta dificuldade lógica as ordens jurídicas, a brasileira inclusive, tendem a reagir da seguinte forma: estabelecem como critérios de atribuição da nacionalidade aqueles relacionados à localização da sede e sobretudo ao estado em que a companhia tenha se organizado[5]; e prevêm, como ‘regras de reforço’, preceitos condicionantes da atuação das sociedades comerciais em hipóteses especiais, em que a existência das corporações é

levada em conta. No Brasil, especificamente, não existem mais *critérios*[6] baseados na nacionalidade das pessoas a cujos interesses as companhias se voltam[7]. A Emenda Constitucional nº 6, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal, parece ratificar esta conclusão. Contudo, há numerosas regras que condicionam a atuação das sociedades em função daqueles mesmos ‘dados’. São as regras de reforço. Disto se tratará a seguir.

Regras de reforço.

Regras de reforço são espécies de preceitos ligados à ‘idéia de nacionalidade’. Distinguem-se, conforme a designação aqui adotada, dos chamados critérios. Estes definem *a nacionalidade do sujeito de direito* – entendido o termo nacionalidade, portanto, como atributo da personalidade jurídica. Aquelas impõem restrições à existência e à atuação das corporações, independentemente da bandeira que ostentem os diversos entes jurídicos sob os quais sua existência se projeta, mas sempre em função da ‘idéia de nacionalidade’.

Como dito antes, não poderia se restringir esta investigação àqueles critérios. Neste caso, seria relegado o estudo do que talvez seja o mais importante aspecto do tema: os condicionamentos impostos à existência e à atuação das corporações que, embora não relacionados à sua ‘bandeira’, são ligados à idéia de nacionalidade – e, em última análise, aos ‘interesses nacionais’.

No caso específico do Brasil, e não apenas neste, esta é uma expressão-chave: interesses nacionais. Ela povoa a legislação brasileira nas inumeráveis formas pelas quais esta aborda, regula e limita as atividades econômicas. Esta expressão, tanto quanto a própria “idéia de nacionalidade”, são noções ligadas a um fenômeno complexo, geral e vastíssimo que sói chamar-se nacionalismo.

A abordagem jurídica do nacionalismo não se restringe, no que concerne à existência e à atuação das corporações, à investigação dos critérios que determinam sua bandeira. Pelo contrário, estes critérios, como visto, dizem muito pouco – quase nada. A corporação é expressão do capital cada vez mais insubmisso aos limites – territoriais e jurídicos – do estado. O capital “brota” onde quiser, com a forma que lhe convier – com nome, com personalidade, com capacidade jurídica. Para resumir, como um “ser” juridicamente distinto.

Diante do capital, o estado – a nação – reage. E tal reação pode se dar em dois sentidos: para o “bem”, com a liberação das amarras ao seu livre fluxo e, sobretudo, à variada expressão disto; e para “mal”, com o recrudescimento dos obstáculos a este fluxo e com os condicionamentos a que este capital desponte, livre e soberbo, na forma de sujeitos da cena econômica.

Este é o contexto – que não é novo, mas que permanece atual e absolutamente determinante sobre a realidade – em que se insere esta investigação. De um lado, a incrível facilidade com que o capital, fluindo como uma seiva furiosa por todo o globo,

“brota” em qualquer parte – ou quase – na forma de relevantes atores econômicos; de outro, as formas com que os estados nacionais reagem a isto.

O alvo das regras de reforço.

Como dito, as regras de reforço – como todos os preceitos ligados à nacionalidade – têm como suporte a existência das corporações. Todavia, diferentemente do que ocorre com os critérios, as regras de reforço não atribuem uma dada nacionalidade a determinado ente jurídico. Ao contrário, aquelas regras engendram repercussões a despeito da ‘bandeira’ da sociedade comercial sobre que incidem; e, ainda assim, estão ligadas à idéia de nacionalidade. Nisto precisamente estas regras diferem dos critérios: aquelas têm aplicação específica, na medida em que não pressupõem nem determinam a nacionalidade (bandeira) do ente jurídico e, assim, não engendram todas as repercussões ligadas a este ‘fator’; estes têm caráter de regra geral não só porque se aplicam, a princípio, à generalidade das companhias sujeitas à ordem jurídica a que pertencem, mas sobretudo porque a nacionalidade destes entes desencadeia, automaticamente, todas as repercussões ligadas a tal atributo.

É muito natural, diante disso, que os diversos ordenamentos não limitem os condicionamentos ligados à idéia de nacionalidade àqueles critérios; assim como é natural que tais critérios tendam a ser formais, superficiais, pouco efetivos: aplicando-se à generalidade dos casos, eles devem ser simples, objetivos, diretos. Por isto, como se disse, a nacionalidade das pessoas por trás da sociedade comercial cada vez menos é suporte para estes critérios, e é cada vez mais suporte para as regras de reforço. Aqueles critérios, baseados em dados ostensivos da existência da companhia, dirigem-se apenas à superfície, à máscara, à ‘persona’ – e não contemplam toda a realidade por trás e em torno disto. Esta ‘realidade’, todavia, é inegável: todos sabem que corporações que ostentam uma determinada nacionalidade podem estar sob o controle, a administração ou a propriedade estrangeira. Os ordenamentos jurídicos não ignoram este fato. Mais ainda: todos sabem que sua existência determina resultados concretos – lucros, mercados, poder – que sempre remontam a esta realidade subjacente, de que a personalidade jurídica é simples máscara. Mas todos sabem que todas estas considerações nem sempre são relevantes – ou melhor: podem ser relevantes somente em determinados contextos, ditos ‘estratégicos’.

Portanto, é muito natural que nos diversos ordenamentos jurídicos os preceitos ligados à idéia de nacionalidade não se restrinjam àqueles critérios (regras gerais), mas abarquem também regras que imponham condicionamentos à existência e à atuação das companhias. Tais regras têm o seguinte alvo: a realidade subjacente à existência formal deste ente jurídico; e apenas o seguinte efeito: condicionar sua atuação no preciso contexto que motivou a existência da regra.

O que fundamenta todas as chamadas regras de reforço é a suposição de que esta realidade subjacente, em si mesma, possa ser examinada e distinguida à luz da idéia de nacionalidade. Diz-se ‘realidade subjacente’ porque, ao menos até este ponto, não se definiu o que, efetivamente, está ‘por trás’ – ou ‘na essência’ – de uma corporação. De

todo modo, esta ‘realidade’ ou corresponde aos fatos que determinam a ‘atuação’ da corporação, ou aos interesses a que esta se volta. Ou seja: ou considera sua existência factual, ou sua existência instrumental. No primeiro caso, cogita-se do ‘lugar’ daquela atuação – e, então, do vínculo entre a corporação e determinado território; no segundo, cogita-se das pessoas a cujos interesses a corporação se presta – e, então, do vínculo desta ao estado de que aquelas são nacionais.

O alvo das regras de reforço, portanto, é a realidade subjacente das corporações que se projeta na forma de duas abstrações: o poder sobre as corporações e o espaço onde existem – abstrações que refletem as duas realidades sobre as quais atua o poder soberano: a população e o território. Ou estas regras se dirigem às pessoas, ou ao lugar a que a existência das corporações remonta. Voltadas a estes alvos, estas regras prevêm seus suportes – que tanto podem ser as mais diversas manifestações concretas daquele poder, quanto as múltiplas formas pelas quais a existência de uma corporação pode ser referida a um território. Tais suportes, portanto, são numerosos e ilimitáveis. Já aqueles alvos, repete-se, são apenas dois: o lugar onde a corporação existe; e os homens que estão por trás dela.

Os suportes das regras de reforço.

Como visto, as regras de reforço têm por alvo a realidade subjacente à existência formal da corporação. Esta “realidade subjacente”, que determina a existência e a atuação da corporação, encerra uma noção complexa, dificilmente traduzível em preceitos abstratos. Na verdade, como visto, é até mesmo discutível que se possa estabelecer tal noção, na medida em que aquela “realidade” remonta a uma instância que pode ser irremissível à vontade consciente, tanto quanto a um lugar determinado. Em todo caso, é indiscutível que as regras de reforço apontam para esta realidade atrás da “máscara” que representa a existência formal da corporação; e, visando a este alvo, estabelecem como suporte de sua incidência dados que, em tese, manifestam aquela ‘realidade’.

Estes suportes, se considerados diante do alvo de incidência dessas regras, são tanto mais ostensivos quanto menos rigorosos ao traduzir o alvo visado. Como dito, o que justifica as regras de reforço é a “necessidade” de o estado confrontar, com base nos valores e interesses nacionais, a extrema mobilidade do capital e suas repercussões econômicas e sociais. Por isto, ele deve identificar não só a origem deste capital, mas sua suscetibilidade de refletir aqueles interesses; todavia, este é um dado vago, muitas vezes fugaz e instável, quase sempre difícil de verificar. Donde a necessidade de buscar elementos mais concretos, mais claros e mais estáveis a manifestar aquela sujeição econômica.

Estes elementos – concretos ou não – são os suportes das regras de reforço. Em tese, tais suportes podem ser divididos em dois grupos.

Primeiramente, há os suportes ostensivos, cuja verificação remonta à conformação institucional que a corporação eventualmente ostentar. São ostensivos porque se baseiam em elementos caracterizadores da existência formal das sociedades, ainda que

se prestem a retratar os interesses que determinam sua atuação. Baseiam-se, em geral, na propriedade das sociedades comerciais. Na verdade, a maioria das regras de reforço tem por suporte, pura e simplesmente, a divisão do capital social. Tais regras incidem quando estrangeiros detêm determinada participação acionária, caso em que impõem condicionamentos à companhia. Os exemplos pululam. Cita-se a legislação regulando a navegação de cabotagem[8], os serviços de tv a cabo[9], os serviços de transportes rodoviários de carga[10], a aviação civil[11] e as atividades, em faixa de fronteira, de radiodifusão de sons e imagens, de mineração e de colonização[12]. Além disso, lembra-se das normas que impõem, em relação aos grupos de sociedades, que a sociedade controladora seja brasileira[13] – o que impede, em tese, que grupos controlados por estrangeiros possam atuar no país[14]; que a sociedade controladora seja efetivamente controlada por “pessoas residentes ou domiciliadas no país”, reforçando a noção de que o controle seja exercido desde o território brasileiro; e que, no caso da sociedade subsidiária, a proprietária seja necessariamente sociedade brasileira[15]. No direito alienígena, regras com suportes desta espécie são também freqüentes (UNCTAD, 2006). Os mais diversos setores econômicos são sujeitos a regulações restritivas, que impõem condicionamentos baseados nas relações ostensivas entre as empresas nacionais e estrangeiras. Tais condicionamentos costumam ocorrer, inclusive, em legislações especificamente voltadas à regulação dos investimentos estrangeiros diretos (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2007). Os exemplos são freqüentes e constantes, tanto nos países mais pobres, quanto naqueles mais desenvolvidos[16]. Finalmente, ainda considerando as regras de reforço com suportes ostensivos, vale ressaltar que estes últimos podem não estar ligados à propriedade do capital, mas ao ‘vínculo’ entre os fatores que supostamente determinam a atuação da companhia e o espaço territorial da nação; neste caso, é a própria expressão espacial destes fatores o dado a ser considerado. As regras podem supor, assim, a residência ou domicílio dos administradores, controladores, empregados; ou a localização dos centros de direção e comando indicados nos atos constitutivos; ou mesmo a posição dos principais ativos ou estabelecimentos (MABRY, 1999). Obviamente, todos estes dados podem ou não ser ostensivos, na medida em que se possa ou não constatar-los a partir da mera observação dos atos jurídicos que conformam a existência formal da corporação.

Em segundo lugar, há os suportes conceituais, baseados não em dados concretos, mas em noções jurídicas que podem corresponder a uma variedade indeterminável de situações. Tais noções geralmente apontam para aquelas categorias já descritas – controle, poder, comando – e assentam-se na própria projeção semântica destes termos. Regras com este tipo de suporte, portanto, são mais afetadas à imensa complexidade do fenômeno que encerra o exercício do poder nas corporações e sua vinculação efetiva com determinado território. Contudo, por terem sentido mais amplo e substancial, apresentam dois problemas recorrentes: o primeiro, relacionado à maior dificuldade de precisar as hipóteses de sua incidência; o segundo, o maior arbítrio dado ao aplicador da regra. No caso das regras de reforço, cuja aplicação é em muitos casos atribuída a agentes administrativos, tais considerações são de toda a relevância.

Ainda assim, pode-se afirmar que, considerando a finalidade destas regras, a previsão de suportes conceituais é cada vez mais necessária. Não só porque, como dito, aqueles dados ostensivos – sobretudo os relacionados à propriedade das ações – são cada vez menos aptos a retratar as relações de poder na companhia[17]; mas também porque a própria verificação desses dados ostensivos tornou-se problemática, na medida em que se acentua a quantidade e complexidade das formas de domínio indireto do capital

social[18]. Muitos países – Dinamarca e Estados Unidos, por exemplo – desenvolveram instrumentos legais baseados no ‘conceito’ “ultimate beneficial owner” (UBO)[19], tentando contornar tais dificuldades. Outros ‘conceitos’ como “effective voice in management”[20], ou “controle de fato” (“control in fact”[21]) foram também utilizados com tal finalidade. Diante destes conceitos, uma multiplicidade de fatos pode caracterizá-los[22].

Em geral, as regras de reforço tendem a utilizar suportes ostensivos e conceituais de forma complementar. Estes últimos são os desdobramentos mais incisivos da idéia de nacionalidade que, na forma de regras de conteúdo aberto, visam a abranger toda a sutileza e complexidade da realidade a que se voltam. Tendo suporte em tais ‘conceitos’, estas regras se valem de ‘elasticidade’ dos respectivos sentidos e, então, dão ao aplicador as ferramentas mais efetivas para submeter a realidade às finalidades da lei.

O espaço das regras de reforço.

Consideradas as hipóteses em que as regras de reforço costumam incidir, resta investigar se há limites à sua produção. E então enfrentar as seguintes questões: por que existiriam tais limites? Não pode o estado soberano produzi-las sempre que lhe convier?

A hipótese de que haja tais limites está ligada a uma premissa básica: regras de reforço são, por definição, discriminatórias; logo, diante do princípio da igualdade de todos perante a lei, a discriminação só pode ser admitida excepcionalmente. Logo, cumpre definir os limites desta ‘exceção’ – ou seja, o espaço em que há sentido cogitá-la.

No ‘ambiente regulatório’ de cada estado, estes produzem inumeráveis regras de reforço, nas mais diversas áreas e com os mais variados alcances. Note-se o caso brasileiro. A ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (CF, art. 170); mas observa o princípio da “soberania nacional” (idem, inciso I). Além disso, o art. 172 da CF dispõe: “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos em capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Lembra-se ainda que a “soberania”, a par dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, são “fundamentos” da República (CF, art. 1º, I e IV); e que, entre os objetivos fundamentais desta mesma República, está o de “garantir o desenvolvimento nacional”. Estes são os princípios básicos e gerais que balizam o ‘ambiente regulatório’ brasileiro; no marco destes princípios, estão todas as regras de reforço.

A própria Constituição do Brasil contém diversas regras deste tipo[23], delegando ao legislador ordinário a produção das demais. Neste contexto, tais regras referem-se a áreas específicas do universo econômico, nas quais se supõe haver razões estratégicas a impor a regulação. Abre-se, aí, um leque variadíssimo de ‘áreas’ sujeitas a este tipo de regramento: extração de recursos naturais não renováveis[24], telecomunicações[25], radiodifusão[26], jornalismo[27], saúde[28], educação[29] sistema financeiro[30], transportes[31], serviços de segurança privada[32], indústria audiovisual[33], empresas públicas privatizadas[34], etc.

Entretanto, é errado – ou insuficiente – compreender o espaço das regras de reforço tão-só como correspondente a ‘áreas’ específicas do contexto econômico. Tais regras aplicam-se transversalmente sobre os diversos setores da economia, tomando sempre em consideração aspectos relacionados à nacionalidade. Vejam-se, por exemplo, as restrições à aquisição de terras por empresas de capital estrangeiro[35]. Igualmente, as proibições da legislação empresarial de que administradores e controladores das empresas sejam residentes ou domiciliados no exterior[36]. Ainda: os condicionamentos impostos a atividades desenvolvidas em faixa de fronteira[37]. Mais: o tratamento dispensado a empresas nas contratações públicas[38]. Finalmente, sem qualquer pretensão de esgotar o rol das hipóteses cogitadas, o tratamento dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte[39]. Neste contexto, ainda, deve-se dar especial atenção para a questão da ‘autorização’ – figura a que, não por acaso, foi reservado todo um capítulo do Código Civil[40]. A autorização, em linhas gerais, é a chancela do poder executivo federal para que a empresa possa validamente se constituir – chancela que é necessária sempre que o legislador, no marco do ambiente regulatório, assim impuser. Esta autorização está relacionada a requisitos específicos, peculiares a cada um dos contextos em que sua necessidade é apontada; todavia, como regra geral à concessão desta autorização, está o atendimento aos interesses nacionais[41], tornando-a um virtual instrumento de restrição às iniciativas estrangeiras.

Todo este contexto, sem dúvida, não é exclusividade do Brasil[42] – ainda que, como é óbvio, haja sempre peculiaridades destacáveis. As restrições ao capital estrangeiro em setores extrativistas (sobretudo em se tratando de recursos não renováveis) é tema que vem despertando a atenção dos estudiosos e, sem dúvida, apresenta-se como um fenômeno geral[43]. As restrições de fundo nacionalista aos investimentos em setores como transportes[44], telecomunicações[45], sistema financeiro[46], mercado cultural e audiovisual[47] e a extração de recursos naturais não renováveis (UNCTAD, 2007) são fartas e gerais. Além disso, ainda sob esta perspectiva (que descreve o espaço das regras de reforço a partir da enumeração de setores econômicos específicos), não se pode deixar de considerar – como talvez um dos pontos de mais relevância no cenário atual – as restrições ao investimento estrangeiro em área de intensa pesquisa e produção tecnológica (MABRY, 1999; CANTWELL, 1999). Este é um dado de destaque sobretudo para os países ricos. Os avanços tecnológicos são vistos não apenas como um fator a determinar vantagens comparativas[48] – constituindo-se, portanto, num elemento fundamental no planejamento (GALBRAITH, 1984) das grandes corporações – mas também como um pressuposto ao desenvolvimento de poderio militar (MABRY, 1999; VERNON, 1992).

As regras de alcance transversal tampouco são peculiaridade brasileira. As restrições à aquisição de terras por estrangeiros é um problema de especial relevo; tal relevância está relacionada não apenas à atuação das grandes corporações transnacionais nos setores extrativista e agroindustrial, mas também, e justamente por isto, às preocupações relativas ao choque de oferta na produção de alimentos e sobretudo aos problemas ambientais relacionados (MORISSET; NESO, 2002). Além disso, as regras relacionadas ao comando e à administração das companhias têm, em geral, fundo nacionalista[49] (ou supranacionalista, se se consideram, p. ex., as normas da União Européia[50]), assim como aquelas voltadas à regulação das relações de trabalho[51] e às aquisições, transferência de controle, fusões e incorporações[52].

Enfim, os mais diversos temas são objeto das regras de reforço. Donde a questão: o que os distingue, senão o fato de serem regulados por estas regras? Este artigo não será capaz de dar tal resposta; mais ainda: provavelmente esta resposta nem exista. Se determinados “setores” são “estratégicos”, isto se deve às peculiaridades de cada contexto, em que se devem considerar fatores sociais, naturais, culturais e econômicos, tanto quanto as inclinações e idiosincrasias dos homens que sucessivamente vão ocupando posições no aparato estatal e, gradativamente, vão “criando” o extenso conjunto dessas regras. Além disso, estas regras não se restringem a incidir sobre ‘setores econômicos determinados’; há aquelas de alcance geral, que não se justificam senão por uma pretensa precaução quanto a uma possível “dominação econômica estrangeira”. O que se pode afirmar, de modo seguro, é que todas estas regras convergem para os “interesses nacionais” – e são ligadas, para usar a terminologia adotada neste artigo, à idéia de nacionalidade. Nada mais: a natureza e a intensidade daqueles interesses, e a correspondente abrangência das regras de reforço, tudo isto só pode ser objeto de um exame que se volte sobre a realidade concreta de cada estado; e cada uma destas diversas ‘realidades’ tem um aspecto peculiar.

Este artigo não pretende esclarecer os aspectos do ambiente regulatório do Brasil ou de qualquer país, ainda que vários destes aspectos sejam aqui cogitados. Seu objetivo é compreender o problema ‘em abstrato’, como um traço característico dos estados-nações ocidentais e sobretudo como um fator relevante à existências das corporações. Sob tal perspectiva, esta é a conclusão que se alcança: não se pode definir ‘em abstrato’ os limites às regras de reforço – o espaço em que sua existência é necessária, ou desejável, ou possível. Sem dúvida tais limites podem existir – e em regra existem – em cada uma das ordens jurídicas consideradas. Todavia, seria arbitrário estabelecer limites gerais, algo como ‘princípios fundamentais’ cuja observância não apenas fosse imposta pelo direito internacional, mas também estivesse assentada em motivações morais que, por si só, justificassem restrições ao exercício do poder estatal soberano.

Este é o ponto-chave quando se aborda o ‘espaço’ reservado a estas regras. A livre iniciativa e a liberdade de associação são princípios que, aliados à livre circulação de mercadorias e capitais, pode sugerir que tais limites existam ‘em abstrato’ – como regras cogentes e vinculantes que pairam sobre a existência dos estados. Neste sentido, tais regras poderiam não apenas autorizar sanções; mas, pior ainda, poderiam justificar formas extremas de represália – e os exemplos destas ‘represálias’, ainda que não ligados a estas razões, pululam no contexto internacional. Entretanto, a existência destes limites ‘em abstrato’ não pode ser reconhecida: não só porque, como visto, a percepção de que haja tais limites colide logicamente com a noção de poder soberano; mas também porque o contexto internacional não assinala, em absoluto, tal tendência[53].

Ao contrário: as intervenções estatais na economia – e é neste contexto, repita-se, que se inserem as regras de reforço – são freqüentes, gerais e maciças. Desde a estatização de empresas e as formas monopolísticas sob as quais os estados gerem setores de suas economias (em geral, aqueles relacionados aos bens naturais não renováveis), até as intervenções pontuais ou as formas de investimento estatal, tudo isto perfaz um contexto de importância central no universo das relações econômicas internacionais. Neste contexto, os dois elementos centrais desta investigação confrontam-se como forças polares e gigantescas: de um lado as corporações e seu poder econômico; de outro os estados e seus instrumentos – às vezes obsoletos, às vezes drásticos, sempre relevantes – para reagir àquele outro poder. Em suma: trata-se do confronto entre o poder privado,

cuja capacidade de concentração e de atuação é provavelmente inédita, e o poder público, disperso no mosaico assimétrico do conjunto de estados-nações.

No exato espaço deste confronto está o que se chama de “ambiente regulatório”. Ou melhor: a própria atuação estatal diante do “oponente” que o caracteriza. Os limites desta atuação, como visto, são peculiares a cada estado; ainda que, exatamente porque enfrentem idênticos ou similares desafios, haja uma relativa homogeneidade nesta atividade regulatória[54]. Compreender as regras de reforço sob tal perspectiva é descortinar seu fundo teleológico: tendo como traço peculiar seu comprometimento com a idéia de nacionalidade, a finalidade dessas regras é o fortalecimento da nação. Mas o que é isto – “o fortalecimento da nação”? Dificilmente se poderia descrevê-lo. Pode-se, quando muito, tentar uma representação puramente esquemática: é uma espécie de ação de sentido vetorial centrípeto, convergente para um núcleo comum a que remontam todos os que se vinculem a esta nação. Tal descrição é excessivamente formal e vazia, é verdade; mas talvez seja impossível – ou arbitrário – recorrer a uma diversa.

Conclusão: as nações, as corporações e a economia global.

A corporação supõe a consciência humana, sem a qual não é possível compreendê-la como ‘ente’. Ao contrário do homem, que tem existência corporal e nesta, portanto, a base inevitável de sua ligação à ordem jurídica, a existência das corporações não se remete a qualquer ‘base’ análoga. Assim, sua existência é problemática, no sentido de que não pode ser remetida a qualquer dado “a priori”. Este artigo, ao considerar a corporação como o ‘ente’ a que se deve referir a noção de nacionalidade, rompe a delgada membrana de personalidade formal e desce ao cerne de sua existência: aí, então, vislumbra a polaridade entre as visões que acentuam seu caráter instrumental, voltado a interesses alheios, e sistêmico, que insere estes interesses em sua arquitetura própria, fazendo-os convergir para os fins dela mesma.

Diante de todas hipóteses que se compreendem no amplo espectro assim balizado, explica-se a multiplicidade de formas pelas quais se manifesta o vínculo que liga as corporações aos estados. Claro: nem sempre pode ser suficiente considerar a personalidade jurídica. Ainda que ostente a bandeira do estado em questão, esta ‘pessoa’ pode ser assimilada, em situações específicas, a uma estrangeira – justamente porque mascara uma corporação estrangeira. Seria ingênuo crer que os estados, ao estabelecerem – ou rejeitarem – vínculos com as corporações, considerassem apenas sua existência formal – e, neste sentido, o local da constituição ou da sede da pessoa a que correspondem. Não: consideram sua existência por completo, buscando em toda a extensão deste fenômeno elementos diante dos quais possam estabelecer formas mais reais e efetivas deste vínculo. Por outro lado, seria ainda mais ingênuo crer que estes estados pretendessem estabelecer estes vínculos sempre sob estas ‘formas mais reais e efetivas’: ao contrário, eles estabelecem, como regra geral, vínculos tênues ligados a elementos formais da corporação; e reservam aquelas ‘formas’ para situações especiais, em que ‘interesses estratégicos’ as imponham. Em suma: os estados tendem a considerar, como nacionais, as sociedades comerciais devidamente constituídas em seu território e segundo suas leis – e assim a abrir ao investimento estrangeiro todas as

possibilidades de empreender atividades econômicas; e ao mesmo tempo, em situações ditas “estratégicas”, os estados tendem a restringir a atuação de sociedades ligadas a interesses estrangeiros – considerando-as, por assim dizer, “insuficientemente nacionais”. No primeiro caso, o estado terá estabelecido critérios de atribuição de nacionalidade; no segundo, haverá o que se chama, aqui, de regras de reforço.

Em tudo isto, a mesma ‘idéia’: o estado, como realidade objetiva, remonta à subjetividade das corporações, vinculando-as ou não a si; a existência deste ente, e seu eventual vínculo à nação, é o pressuposto implícito desde o qual os estados apanham toda a sua existência, nas diversas formas que assume. Tudo isto, toda esta atuação estatal, não é senão a idéia de nacionalidade projetando-se num vasto conjunto de preceitos e repercussões jurídicas.

Este é o objeto do presente estudo: os preceitos e repercussões jurídicas ligados à idéia de nacionalidade. Estabelecidas suas bases e devidamente classificadas suas manifestações, resta um último passo: compreender o contexto em que este objeto se insere – descortinar, portanto, aquilo que o contém e que, a partir desta relação de continência, revela seu sentido pleno. Este contexto abrange o universo das atividades econômicas, em que as corporações atuam. Além disso, perfaz uma realidade de projeção internacional – ou melhor: uma realidade rigorosamente global. As corporações são entes cuja atuação não se restringe aos limites do estado; e esta atuação, que perfaz o contexto das atividades econômicas, desafia o estado, justamente porque este não pode regular senão alguns de seus aspectos. Este é o dado decisivo: a corporação, em si mesma, corresponde a um fenômeno que não pode ser inteiramente sujeito à ação estatal, pois supera os limites de sua atuação soberana; ao estado resta a possibilidade de regular os aspectos daquele fenômeno que se projetam nos limites desta soberania; em todo caso, estes aspectos remontam à existência total e unitária daquela corporação, que se ergue diante da existência fragmentária dos estados[55]. O contexto descrito, enfim, jamais se submete inteiramente aos estados; e a expressão jurídica deste contexto – o direito que “emerge” desta realidade global e que, recorrendo-se a expressão consagrada, chama-se de direito internacional econômico – não pode ser inteiramente assimilada à soberania estatal.

Neste contexto, em suma, o estado é apenas um dos elementos a serem considerados, um ator de uma cena que necessariamente não se restringe à sua atuação. Neste contexto, o estado existe diante de sua alteridade – e ambos, portanto, perfazem uma relação que necessariamente supõe uma realidade mais ampla que a contenha. Aqui, então, a corporação não é simplesmente um dado da realidade submetido à ordem jurídica estatal; aqui, estado e corporação são, ambos, elementos de uma realidade os abrange e os relaciona. O estado, enfim, não é mais ‘a ordem jurídica’, a pura objetividade; é ator de uma realidade que o contém e que necessariamente engendra uma ordem jurídica diversa – diante da qual é um ‘sujeito’, tanto como portador do poder ingerir na sua conformação, quanto como destinatário de seus comandos.

É a volta do pêndulo: o estado como ordem jurídica remonta, em sua pura objetividade, ao sujeito – à corporação; mas diante do contexto que contém tal ligação, também o estado é sujeito e, neste sentido, referível a uma ordem que o supera e que é expressão jurídica daquele ‘contexto’ – enfim, um segundo momento da pura objetividade[56]. Este segundo momento, esta abstração lógica, não é senão a totalidade do fenômeno jurídico correspondente à realidade considerada; e este fenômeno – seja ele restrito

apenas à sua expressão formal, seja ele correspondente a toda e qualquer forma de ordem imperativa – remonta não só à poder estatal, mas também ao poder das corporações.

Neste contexto, pode-se presumir, a nacionalidade das corporações torna-se uma noção não apenas complexa, mas questionável. Não apenas porque ambos – estados e corporações – ocupam um mesmo ‘plano’, em que não faz sentido supor a submissão destas àqueles. Mas também porque, segundo uma hipótese que não se pode ignorar, tampouco há elementos diante dos quais se possa cogitar do vínculo das corporações aos estados. Segundo esta hipótese, as corporações não buscam senão os interesses delas mesmas, perfazendo um sistema em cuja arquitetura os múltiplos interesses convergem para garantir a elas, corporações, poder. Ainda segundo esta mesma hipótese, a existência das corporações não se remete a qualquer espaço específico: sua atuação pode se dar em qualquer lugar, e em vários lugares ao mesmo tempo, atendendo sempre às conveniências do sistema que ela encerra. Portanto, não há sentido em cogitar daquelas formas de vínculo baseadas ou na nacionalidade dos homens por trás da corporação, ou no lugar a que remonta sua atuação: aqueles homens são, também eles, peças de um sistema que os supera e que assim não se restringe à mera expressão de seus interesses pessoais; e este sistema, por sua vez, é algo sem dimensão espacial, uma idéia abstrata irremissível a qualquer lugar. Nesta hipótese, enfim, a nacionalidade da corporação perde sentido: se sua existência não pode necessariamente remontar a homens ou lugares, então não se pode ligá-la aos nacionais ou ao território de algum estado.

Negada a possibilidade de vincular a corporação a qualquer estado, ela se ergue como um ente insubmisso à sua soberania, como o titular de um poder que confronta o estatal, como o seu ‘outro’. Real ou não, esta hipótese está ligada a um dado indubitável, ainda que de contornos obscuros: o poder das corporações. Este poder, como dito, não se contém nos limites dos estados, mas projeta-se transversalmente sobre as respectivas soberanias – e disto tampouco há dúvida. E é neste contexto, em que o poder econômico das corporações afronta o poder soberano dos estados, que a idéia de nacionalidade deve ser considerada.

Neste contexto, esta noção torna-se complexa. Mas aqui, paradoxalmente, ela assume toda sua relevância. Pois assim se revela toda a profundidade da questão: ao se considerar a ligação entre estados e entes econômicos, contemplam-se não só os inúmeros aspectos que a determinam, mas também a impossibilidade lógica de supô-la. Esta hipótese espreita esta investigação – ainda que a realidade demonstre, como visto, que aquela ligação é um dado da mais alta relevância. Esta, talvez, é a faceta mais intrigante do tema: o fato de que nacionalidade das corporações seja, em concreto, um dado tão relevante e, em abstrato, tão problemático. Esta dualidade torna o tema complexo – justamente porque, diante dela, as questões suscitadas não podem ser inteiramente resolvidas. Nem conviria, aliás, tal pretensão. Não há como resolver as questões que se põem a partir daquele ‘confronto’ entre estados e corporações. Há, isto sim, que compreender este contexto em toda a sua profundidade – e aí situar a investigação, para que seja tão útil e rigorosa quanto possível.

Referências.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural. 1987.

BOYER, Robert; DRACHE, Daniel. *Introduction*. In: _____ (Edit.). *States Against Markets*. New York: Routledge. 2007.

BUCK, Tobias; KIRCHGAESSNER, Stephanie; TUCKER, Sundeep. *Bidders feel chill wind of proteccion*. Financial Times, Londres, 28 de dezembro de 2006.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1985.

CANTWELL, Jonh. *From the early internationalization of corporate technology to global technology sourcing*. *Transnational Corporations*, vol. 8, n. 02. Agosto 1999. Genebra: United Nations Publication.

CAROS AMIGOS. *Entrevista: Jairo Jorge*. Seção “República”. Edição nº 106. Janeiro de 2006. Disponível em: <http://carosamigos.terra.com.br/da_revista/edicoes/ed106/republica_entrevista.asp#topo>. Acesso em: 12.03.2008.

CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*. Santiago: Publicaciones de las Naciones Unidas. 2006.

CHANG, Y. C.; WILLIAMS G. *Changing the rules: amending the nationality clauses in air service agreements*. *Journal of Air Transport Management*, v. 7. 2001. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/content/els/09696997/2001/00000007/00000004/art00007>>. Acesso em: 14.05.2008.

CIOFFI, Jonh W. *Corporate Governance Reform, Regulatory Politics, and the Foundations of Finance Capitalism in the United States and Germany*. *German Law Journal*. vol. 07, nº 06. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORSI, Jerome R. *Foreign ownership of U.S. airlines?* WORLD NET DAILY. Publicado em 18.07.2006. Disponível em: <http://www.worldnetdaily.com/news/article.asp?ARTICLE_ID=51113>. Acesso em: 12.05.2008.

DICKIE, Mure. *China woos foreign media investors but keeps its hand on tiller*. Financial Times, Londres, 24 de novembro de 2004.

DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPES DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. *The regulation of entry*. 2002. Disponível em:

<<http://elsa.berkeley.edu/~yqian/econ260b/Djankov%20Regulation%20of%20Entry.pdf>>. Acesso em: 14.05.2008.

DRACHE, Daniel. From Keynes to K-Mart: Competitiveness in a Corporate Age. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (Edit.). *States Against Markets*. New York: Routledge. 2007.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (THE). *World Investment Prospects to 2011*. 2007. Disponível em: <http://a330.g.akamai.net/7/330/25828/20070829185216/graphics.eiu.com/upload/WIP_2007_WEB.pdf>. Acesso em: 29.04.2008.

ERRAMILI, M. Krishna. *Nationality and subsidiary ownership patterns in multinational corporations*. 1996. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5000396656>>. Acesso em: 15.05.2008.

GALBRAITH, Jonh Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo: Pioneira. 1983.

GYORY, Michel. *Making And Distributing Films in Europe: The Problem of Nationality*. (In cooperation with and commissioned by The European Audiovisual Observatory). 2000. Disponível em: <http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/natfilm.html>. Acesso em: 12.04.2008.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HADARI, Yitzhak. *The choice of national law applicable to the multinational enterprise and the nationality of such enterprises*. *Duke Law Journal*, n. 1. 1974. Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/duk1r1974&collection=duklrcf&id=23&print=58&ext=.pdf>>. Acesso em: 23.04.2008.

HASSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. Janeiro 2000. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 02.02.2008.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1976.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Foreign Direct Investment in Emerging Market Countries*. Report of the Working Group of the Capital Markets Consultative Group. 2003. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/cm/cg/2003/eng/091803.pdf>>. Acesso em: 22.03.2008.

KANTAI, Parselelo. *The film industry: A documentation of the African experience*. Financial Times, Londres, 23 de junho de 2008.

MABRY, Linda A. *Multinational corporations and U.S. technology policy: Rethinking the concept of corporate nationality*. Georgetown Law Journal. Washington, DC: Georgetown University Law Center, Fevereiro de 1999. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_199902/ai_n8835397>. Acesso em: 20.04.2008.

MALBERGIER, Sérgio. *A terra paga o preço*. Folha “on line”. Publicado em 29.05.2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/sergiomalbergier/ult10011u406515.shtml>>. Acesso em: 02.06.2008.

MANÓVIL, Rafael Mariano. *Sociedades Extrajetas en la Argentina: algunas cuestiones*. In: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Jon Kleinheisterkamp e Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.). Max Planck Institute, p. 325-339. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1ª ed. 2002.

NAKAMOTO, Michiyo. *One-way street? As its companies expand abroad, Japan erects new barriers at home*. Financial Times, Londres, 2 de março de 2008.

PATTERSON, Neil; MONTANJEES, Marie; MOTALA, Jonh; CARDILLO, Collen. *Foreign Direct Investment – Trends, Data, Availability, Concepts, and Recording Practices*. Washington: INTERNACIONAL MONETARY FUND Publication Services. 2004.

RECAVARREN, Isabel. *O Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI*. In: DAL RI JR., Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). Direito Internacional Econômico em Expansão – Desafios e Dilemas. Ijuí: Ed. Unijuí. 2003.

RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das Sociedades Comerciais*. Curitiba: Juruá, 2002.

RISE OF STATE CAPITALISM (THE). The Economist, Londres, 18 de setembro de 2008.

SANTO (Jr.), Respicio Antônio do Espírito; CORREIA, Fábio Cardoso. *O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras*. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-16.pdf>. Acesso em: 22.04.2008.

SONG, Inwon. *Foreign Bank Supervision and Challenges to Emerging Market Supervisors*. IMF Working Paper. Monetary and Financial Systems Department. 2004. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp0482.pdf>>. Acesso em: 13.03.2008.

STÉDILE, João Pedro. *A quem interessa o modelo agrícola do agronegócio*. Revista Caros Amigos, ed. 87, junho de 2004. Disponível em: <http://carosamigos.terra.com.br/da_revista/edicoes/ed87/jp_stedile.asp>. Acesso em: 21.04.2008.

UNCTAD. *World Investment Report. FDI from Developing Countries and Transition Economies: Implications for Development*. Genebra: United Nations Publication. 2006.

_____. _____. *Transnational Corporations, Extractive Industries and development*. Genebra: United Nations Publication. 2007.

_____. *Audiovisual Services: Improving Participation of Developing Countries*. Genebra: United Nations Publication. 2002.

_____. *Host Countries Operational Measures*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 2001.

_____. *Most-Favoured-Nation Treatment*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 1999a.

_____. *National Treatment*. Unctad Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva: United Nations. 1999b.

UNITED STATES OF TELEVISION (THE). Financial Times, Londres, FT.com site, 21 de julho de 2003.

USA. DEFENSE SECURITY SERVICE. 2008. Disponível em: <https://www.dss.mil/GW/ShowBinary/DSS/isp/foci/foci_faqs.html#9>. Acesso em: 21.05.2008.

VEJA. *O Grande Salto pra Trás*. Portal “Veja on-line” na internet. Publicado em 26.01.2005. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/260105/p_048.html>. Acesso em: 30.04.2008.

VERNON, Raymond. *Transnational corporations: where are they coming from, where are they headed?* Transnational Corporations, vol. 1, n. 02. Genebra: United Nations Publication. 1992.

WALLACE, Judith. *Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources*. 2005. Disponível em: <<http://www.allbusiness.com/legal/contracts-agreements-incorporation/887365-1.html>>. Acesso em: 04.05.2008.

WATERMAN, David; JAYAKAR, Krishna. *The competitive balance of the Italian and American film industries*. European Journal of Communication, n. 15. 2000.

WILLIAN, John. *Break point? Why British tolerance of foreign ownership is in question*. Financial Times, Londres, 24 de janeiro de 2007.

[1] Não apenas a referência a estes “fundos soberanos”, mas também a citação de outros exemplos a ilustrar esta introdução, foram inspirados em recente matéria publicada na revista The Economist (THE RISE OF STATE CAPITALISM, 2008).

[2] Excelente panorama do que aqui se chamou ‘teoria tradicional’ encontra-se na obra de Leonardo M. Régnier (2002).

[3] Assim como o termo ‘pessoa’ expressa o momento da mais alta subjetivação da idéia de direito, o termo corporação, analogamente, designa o sujeito das atividades econômicas – sujeito que pode assumir um aspecto monstruoso, como as chamadas corporações transnacionais, tanto quanto o aspecto singelo de uma pequena empresa. A palavra ‘corporação’ tem aqui, portanto, sentido próximo ao de ‘empresa’ – precisamente no contexto da chamada ‘teoria da empresa’ que, já em fins do século XIX, revoluciona o direito comercial (BULGARELLI, 1985, p. 3); próximo, mas não idêntico, já que a palavra ‘empresa’ tem sentido ainda mais amplo, na medida em que não se restringe a designar os atores comerciais, abarcando a própria atividade em si, sem pressupor sua subjetivação (BULGARELLI, 1985, p. 19). O termo ‘corporação’, portanto, assume aqui (como, aliás, já se notou) o sentido de sujeito econômico: é a própria expressão da subjetividade no contexto das atividades econômicas.

[4] Sobre o critério baseado na identificação dos “controladores”, veja-se Comparato (1983, p. 275). Sobre a adoção do “control test” no direito comparado, Hadari (1974), Erramilli (1996), Wallace (2005) e Manóvil (2002). Quanto à crítica à adoção deste critério, Mabry (1999).

[5] Hadari (1974, p. 7-10) diz que os países da common law tendem a adotar o critério que considera o local da constituição da sociedade comercial (incorporation test), enquanto os países da civil law tendem a adotar o que considera o local da sede (sieve test).

[6] O grifo ressalta que o termo é usado estritamente na acepção proposta neste trabalho.

[7] A menos que tal critério seja estabelecido por construção jurisprudencial, à vista dos princípios que tutelam os interesses nacionais – o que, segundo as pesquisas realizadas, não parece provável.

[8] Decreto-lei nº 2784/40, art. 2º: cinquenta por cento do capital social mais uma quota ou ação, no mínimo, deverão pertencer a brasileiros.

[9] Lei nº 8977/95, art. 7º: cinquenta e um por cento do seu capital votante deverá pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

[10] Lei nº 6813/80, art. 1º: pelo menos quatro quintos do capital social, com direito a voto, deverão pertencer a brasileiros e a direção e administração caberá exclusivamente a brasileiros.

[11] Lei nº 7565/86, art. 181: a concessão será dada à pessoa jurídica brasileira com pelo menos quatro quintos do capital com direito a voto, pertencentes a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social.

[12] Lei nº 6634/79, art 3º e Decreto nº 85064, arts. 10, 15, 17 e 18: em faixa de fronteira, o capital de empresas de radiodifusão pertencerá somente a pessoas físicas brasileiras, e pelo menos cinquenta e um por cento do capital das empresas mineradoras e de colonização pertencerá a brasileiros.

[13] LSA, art. 265, § 1º.

[14] Lembra-se que o grupo estará regularmente constituído após o registro da ‘convenção’ na Junta Comercial (art. 271 da LSA); e tal registro só é possível se observada a regra relativa à nacionalidade do controlador.

[15] LSA, art. 251.

[16] “En algunos países de Asia, en un contexto de políticas más activas e integradas de atracción de inversiones, se han impuesto condiciones que buscan asegurar mayores encadenamientos entre la IED y las empresas locales. En Europa y Estados Unidos, las trabas a algunas de las principales adquisiciones transfronterizas se han asociado a la sensibilidad política com relación a la compra de ‘campeones nacinales’, a cuestiones de seguridad nacional, al temor de perder empleos o a las preocupaciones respecto de los estándares de responsabilidad social e corporativa y protección social” (CEPAL, 2006).

[17] Conforme as clássicas obras de Comparato (1983) e sobretudo de Berle & Means (1987).

[18] PATTERSON et al., 2004, p. 13.

[19] Conforme Patterson et al. (2004, p. 25).

[20] Conforme UNCTAD (2006).

[21] Conforme Mabry (1999).

[22] Em relação, p. ex., ao sistema regulatório norte-americano, Cioffi (2006): “Subjects such as investment, marketing, product design, production plans, and financial strategies are considered within the ‘core of entrepreneurial control’”.

[23] Neste sentido, artigos 174, §§ 3º e 4º; 175, § 1º; 178; 192, III, *a*; 199, § 3º; 222 – entre outros.

[24] A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, conforme art. 176, § 1º da CF. Especificamente quanto à exploração e aproveitamento econômico de petróleo, gás natural, minérios e minerais nucleares, há monopólio da União (CF, art. 177).

[25] CF, artigos 12, § 1o, 21, XI e XII, e 222. Quanto às telecomunicações em geral, dispõe o artigo 5º da Lei citada que sua “disciplina” observará, entre outros, o “princípio da soberania nacional”. Observe-se que grande parte dos serviços de telecomunicações – e, de longe os mais relevantes – são prestados em regime público (artigos 79-125),

cuja exploração exige ato de delegação governamental, que por sua vez atende ao citado princípio. Além disso, como já dito, nestes serviços há fortes restrições à participação de estrangeiros (neste sentido, o art. 222 da CF).

[26] CF, art. 222. No plano ordinário, a Lei 10.610/2002; em relação aos serviços de radiodifusão comunitários, Lei 9612/98, art. 7º.

[27] Lei 5250/67, art. 3º.

[28] Lei no 8.080/90, art. 23 e parágrafos.

[29] O tema sobre o controle de investimentos estrangeiros nas instituições educacionais brasileiras é tormentoso. Consta proposta limitadora (leia-se: regra de reforço) no projeto de lei que prevê a tão comentada reforma universitária. Confira-se a cobertura jornalística do debate em VEJA (2005) e CAROS AMIGOS (2006).

[30] CF, art. 192, III, a. Vale ressaltar, também, o artigo 22 da Lei 4728/65.

[31] CF, art. 178. Quanto ao transporte rodoviário e de cargas, Lei 6.813/80, art. 1º, I a III, §§ 1º e 2º. Quanto à navegação de cabotagem, Decreto-lei 2.784/40, artigos 1º e 2º; ainda quanto à navegação comercial, note-se que a Lei 7.652/88, dispendo “sobre o Registro da Propriedade Marítima”, exigia que a empresa proprietária tenha bandeira brasileira e pelo menos 60% do capital detido por nacionais; tal exigência foi revogada pela Lei 9432/97. Quanto à aviação civil, Lei no 7.565/86, art. 181, I a III; ainda sobre o tema: Santo; Correia, 2006.

[32] Lei 7102/83, art. 11.

[33] Medida Provisória nº 2228-1/01, art. 1º, §1º.

[34] Quanto ao tema, especial atenção para as chamadas ações de classe especial (Lei 9492/97, art. 8º).

[35] Há grande controvérsia quanto à questão. A Lei 5709/71, art. 1º, impede que “pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior” adquiram “imóvel rural”. Entretanto, a Advocacia Geral da União, no Parecer CG-181 da Advocacia Geral da União (Diário Oficial da União de 22/01/1999, p. 7-10) supôs a inconstitucionalidade do referido dispositivo. A questão, insiste-se, é delicadíssima. Tem sido central, p. ex., no debate sobre a ocupação da floresta amazônica (QUADROS, 2008). Também no que se refere à participação estrangeira no setor agrícola – neste sentido, em posição favorável à liberalização, Malbergier (2008); em posição contrária, Stédile (2004).

[36] LSA, art. 146. Quanto ao controlador, configura “exercício abusivo de poder orientar a companhia para fim (...) lesivo ao interesse nacional” (art.117, § 1º, a). Quanto ao grupo de sociedades, lembra-se que a sociedade controladora deverá ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, ou por pessoa jurídica de direito público interno (artigos 265, § 1º e 269, par. ún.).

[37] Lei 6634/79, art. 3º.

[38] As restrições, nesta matéria, são pontuais. Exemplo: Lei 8248/91, art. 3º ([na redação dada pela Lei 10176/01](#)).

[39] Lei Complementar 123/06, art. 3º, § 4º, II.

[40] Capítulo XI do Título II do Livro II, artigos 1123 a 1141.

[41] CC, art. 1135.

[42] Para uma visão geral quanto às restrições: UNCTAD, 2006; UNCTAD, 2007; Patterson et al, 2004; Furtado, 1994.

[43] UNCTAD, 2007; para América Latina, CEPAL, 2006, p. 43.

[44] O tema da aviação civil é especialmente relevante. Saliente-se haver, neste setor, um ambiente de restrições generalizadas ao investimento estrangeiro (CHANG; WILLIAMS, 2001). Neste contexto, têm enorme importância os acordos internacionais (“open skies agreements”) que excetam as restrições aos contratantes (CORSI, 2006).

[45] É preciso assinalar, porém, a tendência geral para diminuir as restrições neste setor: “In particular, while globalization has led to higher FDI flows to a number of EMCs, the benefits of FDI and the opportunity of receiving a greater share of global FDI flows has, among other things, motivated a number of countries to undertake further liberalization. For example, investment in certain sectors, such as telecommunications and transportation, that were long closed to foreign participation in many EMCs are now open to foreign investment. At the same time, other impediments to FDI, including restrictions on the forms of investment and the level of foreign ownership, have been gradually eased. Furthermore, a number of countries have undertaken reforms to address administrative, regulatory, legal, and institutional barriers to investment, with the overarching objective of improving the climate for investment and private sector activity” (IMF, 2003).

[46] Neste sentido, Buck et al. (2006). Também neste setor estaria havendo uma ‘onda liberalizante’ (SONG, 2004). Para América Latina, CEPAL (2006, p. 41).

[47] Sobre o tema, no contexto europeu, Gyory (2000); no contexto norte-americano, Waterman & Jayakar (2000); quanto à regulação do setor nos “mercados emergentes”, UNCTAD (2001); no contexto africano, Kantai (2008); na China, Dickie (2004). Por fim, para um interessante paralelo entre o ambiente regulatório do setor na Inglaterra e nos EUA, “The United States of Television” (2003)

[48] Neste sentido, o consagrado artigo de Raymond Vernon (1992), abordando sobre estratégias das TNCs quanto à obtenção de tecnologias. Sugere o autor que as TNCs tendem a investir em países estrangeiros com vistas, entre outras, a tais finalidades.

[49] Referindo-se a este tipo de regras nos EUA, Mabry (1999); no Japão, Nakamoto (2008). Para interessante exame sobre a regulação britânica da matéria, em comparação com países como EUA e França, confira-se Willian (2007).

[50] Conforme Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001.

[51] UNCTAD, 2007, p. 184.

[52] Nos Estados Unidos, ressalta a questão relativa ao “FOCI” (“foreign ownership control interest”). Segundo o site do “DEFENSE SECURITY SERVICE” (USA, 2008), “[a] US company is considered to be under FOCI when a foreign interest has the power, direct or indirect, whether or not exercised, to direct or decide matters affecting the management or operations of the company in a manner which may result in unauthorized access to classified information or may affect adversely the performance of classified contracts. (NISPOM, paragraph 2-300a)” Tal exame cabe ao CFIUS, “an interagency committee chaired by the Secretary of the Treasury to conduct reviews of proposed mergers, acquisitions or takeovers of US persons by foreign interests under section 721 of the Defense Production Act” (USA, 2008).

[53] Vale ressaltar, neste sentido, um fato especialmente relevante: no âmbito da OECD, houve a tentativa de fixar regras proibitivas às medidas estatais dirigidas à restrição de investimentos estrangeiros. Entretanto, tal tentativa malogrou. O chamado “multilateral agreement on investment”, que fixava regras desta natureza, jamais foi firmado, tendo sido o projeto definitivamente abandonado em 1998 (UNCTAD, 2001, p. 34). Sobre o tema, ainda, o interessante artigo de Recavarren (2003, p. 555-620).

[54] Esta “relativa homogeneidade” se denota das referências feitas anteriormente, quando foi salientado que diversos estados tendem a regular mesmos setores – especialmente os serviços de educação, transportes, telecomunicações, segurança, saúde, etc – e, de forma geral, tendem a lançar mão de instrumentos similares ao reagir ao afluxo de investimentos externos nas respectivas economias (UNCTAD, 2001). Mas não só disso: regulando a atuação das corporações, o próprio fato de que estas tendam a apresentar aspecto jurídico similar em qualquer parte do mundo (HASMANN; KRAAKMAN, 2000), faz com que as formas desta regulação, nos diversos estados, sejam também similares. Por outro lado, é necessário acentuar também certas diferenças, sobretudo ao considerar as nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Aquelas tendem a regular com extremo rigor, p. ex., a produção tecnológica – até porque este setor é invariavelmente fomentado por investimentos estatais (CANTWELL, 1999). Estes, a seu turno, tendem a regular a extração de recursos naturais, a utilização da terra, etc (UNCTAD, 2006).

[55] Habermas (2001, p. 79), em famoso ensaio, já observara que “[a]s markets drive out politics, the nation-state increasingly loses its capacities to raise taxes and stimulate growth, and with the ability to secure the essential foundations of its own legitimacy”; depois acrescenta (2001, p. 81): “the foregoing analysis suggests the transnational task of bringing economic networks under politic control, as an alternative to futile adaptations to the imperatives of locational competition”.

[56] Lembra-se, aqui, de uma conhecida advertência de Hegel (1976, p. 43): “Introduzimos aqui estas definições lógicas da objectividade e da subjectividade para que se note, ao considerá-las (e dado que serão muitas vezes empregadas), que com elas acontece o que acontece com as opostas diferenças e definições da reflexão: transformarem-se no que lhes é oposto por causa de seu carácter finito e da natureza dialética que dele lhes advém”.

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS SOB O ENFOQUE DO GARANTISMO JURÍDICO*

PUBLIC POLITICS IN CRIMINAL LAW: THE POSSIBILITY OF JUDICIAL CONTROL OF CRIMINAL POLITICS UNDER THE APPROACH OF THE LEGAL GARANTISME

Alice Quintela Lopes Oliveira

RESUMO

O presente artigo almeja analisar a possibilidade do controle judicial razoável sobre as políticas públicas em matéria de Direito Penal. Tendo como pano de fundo o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, este estudo volta-se à análise de políticas criminais e seu controle de constitucionalidade por parte dos juízes e tribunais. Passando pelo Abolicionismo Penal e pelo Movimento da Lei e da Ordem, chega-se a uma política criminal minimalista, fulcrada no Garantismo Jurídico. A partir desta perspectiva, perscruta-se se o juiz pode se imiscuir em uma política pública de forma a conformá-la à Constituição e aos postulados de um Direito Penal Mínimo.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL; CONTROLE JUDICIAL; GARANTISMO JURÍDICO; DIREITO PENAL MÍNIMO

ABSTRACT

The present article intends to analyze the reasonable possibility of the judicial control on the public politics in Criminal law. Based on Legal Garantism of Luigi Ferrajoli, this study focus, above everything, on criminal politics and its constitutionality control by judges and courts. It also studies the judicial control in other parts besides criminal law. Observing, above all, the Criminal Abolitionism and the Movement of the Law and the Order, it is achieved one minimaliste criminal politics, based on Garantisme. From this perspective, this paper demands if the judge can go through public politics to make it conformed by the Constitution and the postulates of a Minimum Criminal law.

KEYWORDS: PUBLIC POLITICS IN CRIMINAL LAW; JUDICIAL CONTROL; LEGAL GARANTISME; MINIMUM CRIMINAL LAW

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

O edifício jurídico é obra inacabada, cujo esforço de construção deve ser permanente. A cada instante, no turbilhão de transformações sociais e de crescente radicalização ideológica, novos valores emergem, produzindo rápidas modificações culturais, que acabam gerando uma explosão de litigiosidade a clamar por tutela jurídica.

A velocidade com que se transmudam os cenários social, político e econômico, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, tem demandado por uma remodelação do papel do Direito e das instituições jurídicas. O modelo jurídico de cunho marcadamente liberal vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de Direito Constitucional, que assume os direitos fundamentais e a dignidade humana como valores maiores do ordenamento.

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma *ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade*. É ordem fundamental eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.[2]

A partir da constitucionalização dos direitos humanos, o Judiciário necessitou assumir a posição de verdadeiro guardião dos valores constitucionais, cabendo-lhe garantir sua aplicabilidade e respeitabilidade pelos demais poderes, pelas entidades privadas e pelos particulares.

A presente exposição voltará seu olhar para a (im)possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, máxime aquelas relacionadas com o direito penal. O pano de fundo da discussão será a teoria do garantismo jurídico de Ferrajoli, sobre a qual serão feitas as observações necessárias à compreensão da função do juiz no controle de políticas criminais.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS

O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno iniciado no Estado social. Tanto que justifica um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais, baseada na supremacia do Poder Legislativo e no papel secundário do Poder Executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.[3]

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição do "governo por leis" pelo "governo por políticas". O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implementação dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva, ativa do Poder Público.[4] [5]

Impende asseverar que a política de Estado não se compõe unicamente por uma norma ou um ato jurídico. As normas e os atos jurídicos compõem a política do Estado, entendida esta como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando.[6] As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio.

Deste modo, as políticas públicas representam o conjunto de planos e programas de ação governamental destinados a intervir no domínio social, por meio das quais são traçadas diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

No Estado Democrático de Direito, pautado pelas teses do neoconstitucionalismo, o desiderato dos poderes públicos consiste na concretização dos direitos fundamentais, não violando os direitos de liberdade e realizando os direitos a prestações através de políticas públicas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

(...) o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isto que o legislativo legisla, é para isto que o Ministério Público atua, é para isto que o Judiciário judica, é para isto que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.[7]

Controvérsia da maior importância repousa na análise acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas; problema que será estudado a seguir.

2.1. Judicialização das políticas públicas

Com as idéias do neoconstitucionalismo, a normatividade e a vinculatividade das disposições constitucionais, mormente dos direitos fundamentais, encontram-se plenamente sedimentadas, assentadas. Diante disso, é compromisso do Estado de Direito a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Entretanto, de nenhuma valia será uma Constituição que enumera direitos fundamentais, atribuindo competências para os poderes públicos no sentido de torná-los efetivos, se não houver um órgão capaz de garantir a efetividade destas normas, punindo e responsabilizando aqueles que agirem em seu desrespeito.[8]

Não se pode, por certo, afastar a judicialização das políticas públicas sob o argumento de que consubstanciam questões exclusivamente políticas. As políticas públicas têm inegáveis contornos jurídicos, havendo um verdadeiro poder-dever do Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade.[9]

Do ponto de vista doutrinário, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes contrapostas que se digladiam, a corrente procedimentalista, ancorada principalmente nas idéias de Habermas, e a corrente substancialista, que busca sustentação no pensamento jurídico e político de Dworkin.

2.1.1. Procedimentalismo

A partir da distinção entre política e direito, através da teoria do discurso, Habermas critica a politização do Judiciário. Alçado à posição de centro do sistema jurídico, o Judiciário diferencia-se do Legislativo na medida em que age segundo o discurso de aplicação das leis, ao passo que o discurso político de justificação das leis ficaria ao encargo do Legislativo.[10]

Habermas defende um juiz integrado em uma comunidade de homens livres, que aplica o direito a partir do agir comunicativo, observando as pretensões de justiça da comunidade. A interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático e a separação dos poderes, é assaz criticada pelo filósofo alemão.[11]

Caberia ao juiz, tão somente, realizar um acompanhamento procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do direito, através da pré-existência das condições necessárias ao exercício da democracia.

De fato, será possível considerar a Constituição de modo unicamente procedimental, como uma garantia de igual participação no discurso travado pela comunidade, em que se discutem os valores e as condutas a serem adotadas? Esta posição de alicerce formal da democracia é capaz de garantir justiça? E quando o Executivo não cumpre as diretrizes normativas fixadas pelo Legislativo, ou seja, pela comunidade livre de cidadãos, deixando de observar valores democraticamente eleitos como preponderantes naquele momento histórico, a quem recorrer se a perspectiva procedimentalista prevê tão somente o autocontrole dos poderes constituídos?[12]

Isto posto, analisemos a corrente substancialista.

2.1.2. Substancialismo

A Constituição de 1988 encontra-se repleta de normas com pungente conteúdo material, axiológico, demonstrando opções políticas adotadas constituinte ordinário. Muitas delas não estão relacionadas à garantia do processo democrático, mas fixam, até autoritariamente, determinados valores a serem observados por toda a comunidade.

A judicialização das políticas públicas funda-se na supremacia da Constituição, de cunho fundamental e superior a todos os poderes do Estado. Ao realizar um juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja garantir a prevalência da Constituição, criando o direito num caso concreto.

De fato, o juiz moderno, seja porque inserido num Estado Constitucional de Direito, que o obriga a aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, seja porque se depara freqüentemente com conceitos jurídicos indeterminados (tanto na Constituição como nas leis ordinárias), tornou-se integrante do centro de produção normativa. Ele também “cria” o direito. Sendo a política a arte de governar a cidade, a função jurisdicional, na medida em que dá a moldura fina do que é válido juridicamente falando, é inegavelmente política. Mas política no sentido grego da palavra, não se confundindo com política partidária.[13]

O Estado constitucional impõe uma redefinição do papel e das funções do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial.[14]

A jurisdicionalização de políticas públicas, ao contrário do que vem sendo afirmado na jurisprudência, não representa afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Na verdade, torna-o efetivo, já que por meio do controle jurisdicional se busca garantir a concretização dos direitos fundamentais, máxime aqueles de conteúdo positivo. A legitimidade do Poder Judiciário para examinar violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático; ressay, expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal.

Como obstáculo ao controle jurisdicional das políticas públicas, argumenta-se a limitação orçamentária, bem como a reserva do possível, porquanto a implementação de direitos fundamentais positivos exige disponibilidade orçamentária.

O orçamento vincula-se à implementação das disposições constitucionais, expressa o planejamento das políticas públicas a serem levadas a cabo pela Administração Pública. Contém destinação das verbas, estimativa das receitas, fixação de despesas num dado exercício financeiro. Trata-se de um conjunto de atos normativos pelos quais são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais, em todos os planos de atuação do Poder Público.[15]

É bem verdade que a escassez de recursos públicos, sobretudo em Estados periféricos como o brasileiro, revela o problema da escolha acerca de quais políticas públicas devem ser implementadas e quais devem ser olvidadas, uma vez que a parca disponibilidade financeira não comportaria o cumprimento dos direitos sociais na sua integralidade.

Uma possível solução é encontrada no postulado da ponderação ou da proporcionalidade, devendo-se privilegiar os valores fundamentais básicos trazidos pela Constituição. De fato, em um Estado onde o déficit de políticas públicas para o implemento de direitos sociais alcança níveis absurdos, sobremaneira espinhosa se mostra a discussão sobre a justiciabilidade de políticas públicas.

A Constituição é a baliza mestra da atuação do Poder Público. Vincula toda a ação do Estado e exige que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições. O Estado se coloca perante a Constituição como instrumento de realização dos ditames constitucionais. Este é o verdadeiro fundamento de sua existência, sua fonte de legitimidade.[16]

Inaceitável, desarte, o preterimento da Constituição em nome da fidelidade a uma norma de nível infraconstitucional ou a uma conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição tem força normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento.[17]

Os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, só se tornarão efetivos se houver uma prática jurisdicional que determine sua observância – seja na elaboração das leis, seja na adoção de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: Sistemas penais

Conforme visto no tópico acima, é através das políticas públicas que o Estado organiza suas metas e estabelece sua estratégia de governo, priorizando valores de acordo com seus ideais, desde que se observe os imperativos constitucionais.

Neste sentido, o Estado organiza, seleciona e estabelece determinadas políticas voltadas à criminalidade. Como combater o crime, como preveni-lo, como melhor ressocializar o condenado, como reinseri-lo no meio social, são preocupações não apenas jurídicas, mas também políticas, que se adaptam às tendências do governo, tendo sempre como paradigma as normas constitucionais.

A política criminal representa, destarte, o conjunto de plano e programas destinados ao eficaz combate aos delitos que, como qualquer outra política pública, requer a alocação de recursos em todo o aparato do sistema penal, bem como no reforço aos mecanismos informais de controle do delito, como nas escolas, comunidades, centros recreativos, dentre outros.

A depender do momento histórico, e de tantos outros fatores, as políticas criminais podem ser apresentar mais ou menos autoritárias, mais ou menos garantistas. Tendências que serão analisadas a seguir.

3.1. Abolicionismo penal

O abolicionismo, como o próprio nome já denota, representa um movimento cuja principal característica reside na abolição do direito penal e do sistema penal enquanto método de controle social e de solução dos conflitos oriundos do fenômeno da criminalidade.

Nascido após a Segunda Grande Guerra com Filippo Gramatica, o abolicionismo recusa validade e legitimidade a todos os princípios sobre os quais se assenta tradicionalmente a teoria do delito, propondo não apenas a extinção da pena ou do direito penal, mas a abolição de todo o sistema de justiça penal.

Negando qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre o comportamento desviado, o movimento assume determinadas particularidades diretamente relacionadas com o autor abolicionista a ser trabalhado.

Numa perspectiva radical, Max Stiner propõe a deslegitimação incondicional de qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Considerado como detentor de uma posição anárquico-individualista, Stiner propugna pela desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas, inclusive, morais. *Transgressão e rebelião como livres e autênticas manifestações do egoísmo a-moral do ego.*[18]

As doutrinas mais difundidas, por outro lado, de viés jusnaturalista, não sustentam a supressão de toda e qualquer forma de controle social, apenas da pena criminal enquanto medida jurídica afluente e coercitiva. Seus principais defensores são: Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman, sobre os quais não discorreremos por fugir aos propósitos do presente estudo.

A grande contribuição das teorias abolicionistas repousa não exatamente na proposta apresentada (abolição do sistema penal) senão na crítica inflexível destinada ao sistema penal como um todo, que se tornou argumento fundante da criminologia crítica. Segundo seus autores, o sistema penal não é capaz de resolver eficazmente os conflitos sociais, subtraindo da vítima a possibilidade de uma solução que não implique castigo. De fato, o sistema penal valoriza expedientes que infligem a degradação aos processados e privilegiam soluções violentas e estigmatizantes, reproduzindo estereótipos e cindindo a sociedade de forma maniqueísta e seletiva.[19]

Genericamente, o ponto convergente dos abolicionistas reside na tentativa de satisfazer diversas expectativas sociais durante a solução do problema criminal, tais como a conciliação entre os envolvidos, reparação do dano à vítima e à sociedade e, precipuamente, a pacificação das relações sociais.[20]

Ferrajoli identifica no abolicionismo o perigo de se transformar em uma proposta antigarantista, vez que, com a extinção das regras penais, os demais sistemas jurídicos as absorverão inevitavelmente, com o diferencial de que não apresentarão direitos e garantias materiais e processuais ao acusado, subvertendo, pois, o ideal da abolição.

Ademais, acrescente-se, com Zaffaroni, que a transição para o abolicionismo pressupõe a transformação da sociedade em algo mais fraterno, justo e solidário, o que,

de fato, não aconteceu.[21] Até lá, os autores se “contentam” com o postulado do minimalismo penal.

3.2. Movimento da Lei e da Ordem

O movimento da Lei e Ordem representa uma política criminal expansionista que encontra terreno em muitos países de todo o mundo, especialmente nos Estados Unidos da América.

Para os defensores deste movimento, o direito penal é vislumbrado como imprescindível à estratégia de combate à criminalidade e de controle social.

A fim de atingir tal desiderato, o direito penal deve passar por um radical processo de revisão de suas bases e de seus dogmas estruturais, em busca de uma nova estratégia intervencionista, caracterizada pela proteção a novos bens jurídicos, pelo afrouxamento dos princípios penais garantistas tradicionais, pela antecipação da tutela penal através de crimes de perigo abstrato e delitos por acumulação, além da responsabilização penal das entidades coletivas e da redução da maioria penal.

Para os adeptos da Lei e Ordem a missão do direito penal não consiste na proteção subsidiária e fragmentária a bens jurídicos, como tradicionalmente idealizado, mas a manutenção da ordem vigente, reprimindo de maneira severa os comportamentos que possam afetar o *status quo*.

Stratenwerth, nesta ordem de idéias, reivindica como função precípua do direito penal, o “asseguramento do futuro”. Neste ponto, é seguido por Schünemann que defende que o direito penal deve atuar na segurança das futuras gerações, aludindo que a teoria clássica do bem jurídico e do delito são responsáveis por uma perversa inversão de valores, dado que habilita o direito penal para a proteção de valores individuais egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a comunidade.[22]

Seguindo o movimento político-criminal da Lei e Ordem, Jakobs desenvolveu o chamado direito penal do inimigo, conferindo uma nova finalidade à pena criminal, não mais como instrumento de tutela de bens jurídicos fundamentais, mas meio de reforço da confiança social na norma jurídico-penal. Ancorada em singular noção de prevenção geral (e neste ponto se destaca do movimento da Lei e Ordem que se apresenta retribucionista), sustenta que a violação da norma penal compromete a estabilidade social. O delito, para Jakobs, é a frustração das expectativas sociais de boa convivência coletiva. A pena aplicada enseja a reafirmação da vigência dos padrões sociais, funcionando como resposta à segurança cognitiva da vigência da norma.[23]

Nessa ordem de raciocínio, o comportamento desviado das expectativas sociais afeta a confiança na norma e o infrator penal tem o seu status de pessoa ameaçado. Quem se conduz na vida social constantemente como “satã”, não faz jus, ao menos neste ponto, ao tratamento condigno de pessoa humana.

O direito penal do inimigo trata, portanto, o acusado como “não-pessoa”, como uma fonte de perigo e, como tal, deve ser punido antecipadamente e de forma mais rápida e rígida. Aquele que se comporta como inimigo – ou “não-pessoa”, como prefere Jakobs – merece ser tratado como um verdadeiro inimigo pelo Estado. Segundo o autor, um indivíduo que não vive num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa[24].

Em consonância com esta nova tendência, vem-se construindo uma legislação “de luta”[25] contra a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações penais de especial gravidade.[26] Elimina-se aquele que não ostenta condições mínimas de ser tratado como pessoa, já que assim não se comporta perante a sociedade, legitimando um tratamento segregatório e ríspido, uma vez que outro comportamento dele não se espera, devendo ser enxergado, antes de tudo, como fonte de perigo.[27]

4. GARANTISMO JURÍDICO

4.1. Prelúdio

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, volta-se à construção das colunas mestras do Estado de Direito, cujo fundamento consiste na tutela do indivíduo em face das variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente o direito penal.

Inspirado no ideal ilustrado e liberal (ilustrado em filosofia e liberal em política), o garantismo, na verdade, representa um modelo ideal, “utópico” de Estado de Direito, que os Estados “reais” podem mais ou menos se aproximar. Não se cuida de um Estado de Direito com viés unicamente liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas, principalmente, de um Estado social, conclamado a tutelar também os direitos sociais.

A partir da constatação de uma crise nos sistemas penais hodiernos, Ferrajoli cria a teoria do garantismo penal como resposta à vasta diferença entre normatividade e efetividade.[28] Posteriormente, observando cuidar-se de uma crise estrutural, Ferrajoli propõe uma teoria geral do garantismo, com potencial de aplicabilidade a todos os ramos jurídicos, uma vez que vincula o poder público à perseguição da efetivação dos direitos fundamentais.

Deste modo, a teoria geral do garantismo abrange os aspectos filosóficos, jurídicos e políticos, podendo ser conceituada de três formas: como um modelo de direito, como teoria do direito e como filosofia política. Trataremos destas três conceituações nos tópicos que se seguem.

4.2. Modelo de direito: o Estado de Direito garantista

Um modelo de direito garantista relaciona-se diretamente com a existência de um Estado de Direito. Não pode haver sistema garantista, máxime um sistema penal garantista, onde não houver um Estado de Direito. Cuida-se de noções correlatas, quase idênticas.

Para haver um Estado de Direito, é mister que o governo seja *sub leges e per leges*, ou seja, o Estado deve ser submetido às leis e governado mediante leis gerais e abstratas.[29] O poder deve ser conferido pela lei e exercitado na exata forma que esta estabelece, formal e materialmente.

O Estado de Direito, sob a perspectiva formal, subordina-se ao princípio da legalidade (mera legalidade), posto que o poder público, ao exercer sua missão constitucional, encontra-se submetido ao disciplinamento dos enunciados prescritivos, vale dizer, o exercício de suas atividades encontra limites e delineamentos nas leis gerais e abstratas de sua própria autoria.[30] Por outro lado, substancialmente, o Estado de Direito vincula-se à salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo-lhe vedado lesar os direitos individuais (direitos de liberdade) e obrigado concretizar os direitos sociais.[31]

A fonte de legitimação de um Estado de Direito garantista depende da conjugação destes dois fatores: vinculação à lei (mera legalidade) e aos direitos fundamentais (estrita legalidade). Trata-se da fonte de legitimação formal e substancial, respectivamente, em que a lei é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionada a determinados conteúdos substanciais.

Buscando a conformação de um Estado de Direito garantista, arremata o autor que deve haver regras pré-estabelecidas sobre “quem” pode e “como” se deve decidir, bem como sobre “o que” se deve e “o que não” se deve decidir. As regras sobre quem decide e como decide revelam o caráter político do Estado que, segundo o autor, deve ser democrático. As demais denotam o aspecto jurídico, estabelecendo limites aos poderes decisórios.

4.2.1. Evolução político-ideológica do Estado

a) Estado de Direito

Antes de ser um Estado Democrático, o Estado Moderno nasceu como Estado de Direito, vale dizer, com regras limitadoras de seu exercício. Resultado da oposição histórica travada pelos burgueses contra os domínios da monarquia absolutista, autoritária e neutralizadora das manifestações individuais, a primeira faceta do Estado de Direito trazia em seu bojo o liberalismo como modelo econômico, propagando a limitação do poder do Estado à garantia da soberania e da inviolável majestade do indivíduo, o que implicava liberdade absoluta e separação dos poderes.

Enquanto o Estado de Direito se contrapôs ao Estado Absoluto, o Estado mínimo se contrapôs ao Estado máximo, em outras palavras, o Estado Liberal se afirmou na luta contra o Estado Absoluto em defesa do Estado de Direito e contra o

Estado máximo em defesa do Estado mínimo, conquanto nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e politicamente.

Neste cenário exsurtem os direitos fundamentais de primeira dimensão, essencialmente individuais, civis e políticos. Identificam-se como direitos de liberdade, de dimensão negativa, de resistência ou oposição ao Estado (direitos de), impondo-lhe uma abstenção, obstando quaisquer ingerências na esfera privada dos cidadãos.

Todavia, não obstante o avanço alcançado no sentido da consecução das liberdades públicas, a sociedade tornou-se vítima de suas próprias estruturas e a pobreza e a marginalização tomaram conta do cenário europeu. O excesso de liberdade, portanto, acabou por gerar graves desigualdades sociais.

Neste passo, nova revolução aconteceu, desta feita, tendo como mola propulsora a idéia de igualdade material, com a criação do Estado Social de Direito.

b) Estado Social de Direito

No domínio econômico, o Estado Liberal expunha os fracos à sanha dos poderosos. Desde a sua primeira fase, a revolução industrial evidencia a desumana espoliação do trabalho humano, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar. [32]

A igualdade em que se arrima o Liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, um mundo de desigualdades de fato, no qual o homem explora o próprio homem, cuja liberdade consiste, unicamente, em submeter-se a seu alvedrio.

O surgimento do conteúdo social do Estado parte, pois, da constatação de que a não intervenção estatal nas relações individuais acarreta graves distorções sociais e que a função fomentadora da liberdade e da propriedade privada merece revisão profunda.

Percebendo o crescimento dos movimentos sociais que requestavam um maior comprometimento do Estado com a justiça social, o capitalismo transmudou-se, conferindo aos cidadãos direitos de índole positiva – ações, concernentes a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.[33]

O Estado incorpora, por conseguinte, um caráter positivo, em detrimento da mera abstenção própria do modelo liberal. Enquanto no Estado Liberal protege-se a sociedade do Estado, através da idéia de inibição, no Estado Social protege-se a sociedade por meio do Estado, através da idéia de ação em forma de prestações sociais. O foco de atenção desloca-se, portanto, do indivíduo para o grupo social.

Neste contexto ganham relevo os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos – direitos a), principalmente durante o período do segundo pós-guerra mundial, quando adquiriram foros constitucionais. Revelam a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, compatibilizando o capitalismo como

forma de produção e a consecução do bem-estar social, elemento típico do chamado *welfare state*.

Deste período datam as primeiras noções de ordem econômica e social, quando as constituições passaram a discipliná-las de forma sistemática, despontando como marco inaugural a Constituição Mexicana de 1917.[34]

Os direitos sociais nasceram atrelados à idéia de igualdade material e consistem em atuações positivas estatais no sentido de possibilitar uma melhor condição de vida aos menos abastados e que por décadas foram objeto de exploração por seus pares.

Os direitos econômicos, por outro lado, dispõem de uma dimensão institucional, voltados à realização de uma determinada política econômica. Consistem no pressuposto de existência dos direitos sociais, uma vez que sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime social-democrático de conteúdo tutelar e paternalista.

Malgrado a nova concepção de direitos humanos originada pelo Estado de Bem-Estar Social, instituída através de uma ótica distributiva de direitos, com o desiderato de lograr-se uma sociedade mais humana e justa, o Estado Social, de *per si*, não foi capaz de concretizar as tão sonhadas igualdade e justiça social, nem a autêntica participação do povo no processo político, o que deu ensejo ao desabrochar do chamado Estado Democrático de Direito na segunda metade do século XX.

c) Estado Democrático de Direito

A configuração do Estado Democrático de Direito não se cinge à mera aposição das características do Estado Democrático ao Estado de Direito. Representa muito mais. Pressupõe conceitos novos, agregando conteúdos dos Estados Liberal e Social às conquistas democráticas, o que permite identificá-lo como Estado transformador do *status quo*.

Seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna por intermédio do Estado, tal qual perseguido pelo Estado Social, e passa a agir como fomentador da participação efetiva e operante do povo na perseguição desta dignidade.

No Estado Democrático de Direito a solidariedade é apensada à questão da igualdade, que assume caráter comunitário, de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos. Se nos regimes totalitários o Estado é tudo e, no Liberalismo, representa quase nada, na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca pelo bem comum.[35]

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser por ele exercido, direta ou indiretamente. Há de ser um processo de liberação

das formas de opressão, que não depende do reconhecimento formal de certos direitos, mas de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Despertam, nesta realidade, os direitos fundamentais de terceira dimensão, concernentes a direitos de fraternidade e de solidariedade, que trazem como nota distintiva o fato de se desvincularem do homem considerado individualmente, destinando-se à proteção de toda a sociedade, e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Trata-se de direitos que exprimem novas necessidades do homem, geradas, precipuamente, pelo avanço tecnológico experimentado no século passado, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente livre, sadio e equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, dentre outros.

Não há que se olvidar, outrossim, que é da essência do Estado Democrático de Direito a sujeição à Constituição e à legalidade democrática, vale dizer, compromete-se o Estado a elaborar e cumprir leis que efetivamente realizem o princípio da igualdade material e da justiça social, perscrutando sempre as finalidades sociais das normas e cotejando-as com os princípios fundamentais.

Tal como a vertente do Estado de Direito não pode, hodiernamente, ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de Direito. Assim como só existe um Estado de Direito Democrático, também só existe Estado Democrático de Direito, isto é, segundo regras jurídicas.[36]

Segundo Ferrajoli, para que um Estado de Direito seja verdadeiramente democrático, é mister a coexistência de um aspecto formal, no sentido de um Estado político representativo, baseado no princípio da maioria, e um viés substancial, vinculado à existência de efetivas garantias, liberais e sociais (Estado Liberal mínimo e Estado Social máximo), que limitam a atividade política, já que *nem sobre tudo se pode decidir, nem a maioria*.[37]

Conformado o Estado “Garantista” (Estado Democrático, substancialmente, de Direito) com um rol de direitos e garantias fundamentais bem definidos, o autor italiano constata a existência de uma questão aporética: quanto mais se incorpora num ordenamento direitos e garantias como deveres públicos, maior é diversidade entre normatividade e efetividade.[38]

À medida que são formuladas ambiciosas promessas nos níveis normativos superiores, mais difícil se apresenta sua concretização nos níveis inferiores. É bem verdade que, mesmo nos ordenamentos jurídicos “mais perfeitos”, há sempre uma margem de inaplicabilidade dos direitos fundamentais (o que impulsiona a pessoa lesionada a procurar as instâncias judiciais, a fim de ver concretizado seu direito); problema desponta quando essa falta de aplicabilidade se mostra em níveis patológicos, dado que acarreta a ilegitimidade jurídica do Estado de Direito. [39]

4.3. Teoria do Direito: (i)legitimidade interna

Tendo em vista a aporia irreduzível do Estado de Direito, concernente à disparidade entre normatividade e efetividade, faz-se imperiosa uma análise dogmática do direito e de seus institutos, precipuamente da vigência, validade e eficácia, a fim de se perscrutar sua (i)legitimidade.

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio de sua positivação no Estado de Direito, tal não é concebível fora do positivismo jurídico.[40]

Foi com o fenômeno do positivismo jurídico, quando, na Idade Moderna, o Estado passou a ter monopólio da produção jurídica, que se possibilitou o estudo dos institutos jurídicos sob o ponto de vista dogmático, do dever-ser.

A grande novidade do Direito Moderno não está nos conteúdos, mas na forma legal, convencional, artificial, positiva do direito vigente, permitindo-se, assim, uma real distinção entre direito como sistema de normas (direito positivo) e ciência do direito.[41]

Subtraindo-se a análise filosófica e histórica do processo de positivação do direito, por não constituir objetivo do presente trabalho, o positivismo jurídico conferiu garantias aos cidadãos contra os arbítrios do Estado, máxime quando se trata da segurança jurídica ofertada pelo princípio da legalidade.

Juspositivismo dogmático, assim denominado por Ferrajoli, propugna por uma abordagem normativa do direito válido, o “dever-ser”, sem pretensões de observar sua efetividade. O realismo jurídico, por outro lado, pugna pelo “ser”, pelo direito como fato, faltando-lhe uma análise acerca da validade das normas. Por isso, tais modelos são criticados por Ferrajoli, taxando-os de modelos unidimensionais.[42]

Numa perspectiva garantista, um ordenamento deve voltar-se igualmente ao direito válido e efetivo, distinguindo vigor, validade e efetividade e realizando, sempre que possível, uma crítica interna, jurídica para que seja legítimo. Dita abordagem é chamada pelo autor de juspositivismo crítico.

A legitimidade interna do ordenamento, em Pontes de Miranda[43], observa a passagem por três planos: a existência, a validade e a eficácia. A norma existe quando se encontra integrada no ordenamento jurídico, cumprindo-se todo o processo de produção normativa. Existir é simplesmente estar no mundo jurídico. É uma situação fática do mundo, independente de ser vigente, válida ou eficaz.

A validade, para o autor alagoano, constitui uma qualidade da norma jurídica existente, vista exclusivamente do ponto de vista dogmático, da perfeição da norma jurídica, da sua compatibilidade com a Constituição.[44] Por sua vez, a eficácia consiste na possibilidade de produção concreta de efeitos porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância, espontânea ou imposta – efetividade ou eficácia social – ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação – eficácia técnica ou jurídica.[45]

Para Ferrajoli, diferentemente do alvitrado por Pontes de Miranda, para que uma norma seja considerada vigente é imprescindível que satisfaça as condições de validade formal, ou seja, que seja produzida em consonância com o estabelecido. O juízo sobre a validade das normas, d'outra banda, vincula-se ao aspecto substancial, resguardando o conteúdo que se revele em conformidade com as normas de nível superior.[46]

Analisando, por fim, o postulado clássico de que ao juiz cabe fidelidade às leis, Ferrajoli propõe uma releitura. Caberá ao juiz interpretar e aplicar uma lei ao caso concreto sempre que esta se apresentar *pari passu* com a Constituição. Do contrário, deverá o juiz dar aplicabilidade à Constituição, e aos direitos fundamentais, declarando a invalidade da norma inferior.[47]

Neste processo de “expansão” da Constituição sobre os demais ramos do direito, mormente do direito penal, reside a (i)legitimidade do direito. Quanto mais aproximado dos preceitos constitucionais mais legítima será a norma inferior. Inversamente, se a norma se afastar do prescrito pela norma superior, será eivada de invalidade e expurgada do sistema.

4.4. Filosofia política: (i)legitimidade externa

Questiona o autor, nesta terceira conceituação de garantismo, qual seria a justificação externa ou política do Direito. Com supedâneo em Luhmann, Ferrajoli pondera que há fontes de legitimação que “vêm de cima”, autopoieticas, e aquelas que “vêm de baixo”, heteropoieticas, e segue explicando.

Para um sistema político autopoietico, o Estado é um fim em si mesmo e encarna valores ético-políticos de característica supra-social ou supra-individual, cuja conservação deve ser buscada a qualquer preço, funcionalizando-se, inclusive, os direitos fundamentais. Para as doutrina heteropoieticas, ao reverso, o Estado se desvela como um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.[48]

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoietica do direito, separado da moral. Nega um valor intrínseco de direito somente porque vigente, demonstrando uma visão utilitarista e instrumental do Estado, voltado à satisfação das expectativas de concretização dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que os escopos e valores de justificação externa do Estado e do direito nunca são plenamente realizados, a legitimação política do poder, mais ainda que sua legitimação jurídica, apresenta-se inexoravelmente imperfeita.

Nos regimes absolutos, onde a legitimação provem “do alto”, a legitimidade do poder é absoluta, perfeita, já que incondicionada. Por outro lado, no Estado de Direito a legitimação relativiza-se, mensurando-se em graus. Garantismo e democracia consistem modelos normativos imperfeitos, irrealizáveis por completo. Por isso alude Bobbio: *O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos nos aproximar.*

Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente.[49]

4.5. Garantismo penal: o garantismo jurídico aplicado ao sistema penal e a política criminal minimalista

Exposta a linha condutora do pensamento garantista, impende analisá-lo como técnica de política criminal, vale dizer, como uma forma de “fazer” direito penal alternativamente aos modelos estudados nos tópicos acima. Modelo este que, a nosso ver, é o que mais se compatibiliza com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

O direito penal garantista representa a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Sem olvidar os direitos da vítima ou da sociedade, um modelo garantista deve primar pela efetiva proteção das garantias materiais e processuais do réu.

Nos moldes do direito penal clássico, adotado tradicionalmente pelo nosso ordenamento, possui como postulado basilar o princípio da intervenção mínima, que impõe ao legislador uma rígida predeterminação durante o processo de qualificação do delito, autorizando-o a criminalizar comportamentos apenas quando houver graves ofensas aos bens jurídicos mais importantes e, igualmente, quando os outros ramos jurídicos não se mostrarem eficientes a tal desiderato.[50]

A intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade social como forma de legitimação de atuação, fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal.[51]

Figueiredo Dias entende que se deve açoiar a evolução do paradigma penal que ponha em xeque a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos e o pluralismo ideológico e axiológico. Por isso, alude o autor que cumpre manter-se a recusa de qualquer concepção penal estribada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual.[52]

Vale dizer, qualquer movimento irracionalmente expansionista do direito penal que venha a olvidar o princípio da intervenção mínima deve ser taxado de ilegítimo, sob o rígido marco de um Estado de Direito Democrático, fundado na dignidade humana como axioma-mor.

Mais do que nunca se defende que o direito penal deve recusar guarida a movimentos inovadores que, sob o falsa aparência de promover a segurança social, destinam-se, na verdade, à flexibilização de seus conceitos estruturais garantísticos, sob o pálio de um sistema penal punitivista, incompatível com seu papel de protetor subsidiário de bens jurídicos e com os ideais democráticos a que presta serviço.

O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico criminal, em situação de afronta à coletividade. Impõe-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.

A conduta violadora deve comportar, inegavelmente, um juízo de danosidade material, capaz de abalar o sistema econômico-social. No entanto, a danosidade não se revela ainda suficiente para justificar a intervenção penal, impondo verificar se outro ramo jurídico poderá alcançar os objetivos pretendidos. Labora nesse sentido o conceito de carência de sanção penal que se manifesta através do princípio da subsidiariedade.

Sob a égide da política criminal minimalista (de intervenção mínima), o direito penal deve ser utilizado quando presentes condutas violadoras de um bem jurídico alçado ao patamar de dignidade penal (constitucional), sempre que se revelar impossível sua eficaz proteção por outros meios de controle social, formal ou informal. Atua, desarte, a dogmática penal de forma subsidiária, como *ultima ratio*, apenas quando esgotados todos os instrumentos de menor lesividade que aqueles proporcionados pelo direito penal.

Constatada a dignidade penal do bem jurídico que se almeja tutelar, bem como a ineficácia dos demais meios de controle social – carência de tutela penal, resta perscrutar se a utilização do aparato penal será apta ao atendimento da finalidade para a qual foi instituída, denotando adequação da tutela penal.

A legitimidade da proteção somente se perfaz quando se conclui pela sua eficácia ou aptidão para cumprir a finalidade que dela se espera. Exige-se, assim, uma escolha racional e justificada do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão.

Expostos os requisitos para a ostentação do epíteto ilícito penal, impõe-se, segundo Palazzo, a realização de um processo de descriminalização de condutas atentatórias à ordem econômica que não contem com suficiente mérito para ostentar a categoria de ilícito penal, vale dizer, para aquelas condutas que não sejam merecedoras de tutela penal ou não apresentem necessidade de pena impõe-se a descriminalização.[53]

Resumidamente, essas seriam as bases para um direito penal garantista, protetor dos direitos e garantias fundamentais, que serviria de base para uma política criminal garantista. Vale dizer, respeitando os postulados alvitados, o Estado encontra-se “livre” para adotar medidas de combate à criminalidade.

Nas palavras de Franz Von Liszt: *o direito penal consiste na barreira infranqueável da política criminal.*[54]

5. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS POLÍTICAS PENAIIS

Estabelecidos os delineamentos de um direito penal garantista e das políticas criminais admissíveis num Estado Democrático de Direito, resta a questão: pode o Poder Judiciário intervir na política criminal adotada?[55]

Seguindo a linha de pensamento adotada no decorrer deste trabalho, no sentido de que pode e deve o juiz intervir em políticas públicas para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, como muito mais razão a intervenção judicial nas políticas penais, desde que voltada à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

No campo penal, e dentro do âmbito de um processo penal, é que o “ativismo”[56] judicial se desvela premente e inexorável, uma vez que se trata do ramo jurídico que impõe a consequência mais gravosa ao cidadão, qual seja, a privação da liberdade.

Neste sentido, não pode o juiz ficar “amarrado” à opção política adotada quando esta escolha contrarie e viole os direitos fundamentais do acusado, porquanto seu comprometimento maior é com o Estado Democrático de Direito e com a Constituição que adota, ainda que implicitamente, um modelo de direito penal e processual garantista.[57]

Sempre que, com objetivos oportunistas e eleitoreiros, o legislador expandir o direito penal para áreas que não lhe compete atuar, o juiz, realizando um juízo de constitucionalidade, deverá dar guarida à Carta Maior e recusar aplicabilidade à norma maculada, posto que, como diz Ferrajoli:

O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser portanto aplicada mediante providencias válidas relativamente a ela. Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz a considere inválida. Em tal caso, dever-se-ia mesmo dizer que estes *devem* não aplicá-la, (...) [58]

Nunca é demais mencionar que a Constituição representa não apenas um paradigma de interpretação, mas, precipuamente, limite da atuação do Poder Público. Vincula a ação do Estado em todos os sentidos e impõe que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições, ou seja, dos direitos fundamentais. O Estado deve se pôr como instrumento de concretização destes direitos.

Deste modo, sempre que o legislador, em seu mister constitucional, violar a Constituição restringindo indevidamente direitos dos acusado, deverá o Poder Judiciário fazer prevalecer a supremacia da Constituição.

6. CONCLUSÃO

A temática do presente trabalho se desenvolve no entorno de uma teoria da Constituição capaz de se sobrepôr a situações político-econômicas, e de confirmar uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado como instrumento de efetivação das normas constitucionais.

Neste contexto, mostra-se crucial o papel do Poder Judiciário, enquanto protetor dos direitos e garantias fundamentais, conformando, se necessário, a própria atuação administrativa e legislativa dos poderes constituídos. O Estado Democrático de Direito impõe a existência de um Poder Judiciário imbuído de vontade de Constituição, consciente de seu importante desiderato na efetivação das normas constitucionais, que não se furte em decidir acerca da adequação das ações governamentais para o implemento dos direitos fundamentais.

Este ativismo judicial também é esperado no campo penal, devendo o magistrado conformar o direito e as políticas criminais aos postulados constitucionais, vale dizer, não pode descuidar que a dignidade penal e a carência de pena criminal representam o elemento nuclear de legitimação da intervenção penal.

Fundadas no desvalor da ação, do resultado e no elevado grau de lesividade do bem jurídico tutelado, a dignidade penal e a necessidade de sanção, revelam a concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal que consolidam a existência de Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana, ideais estes defendidos pelo Garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**. N. 13. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: RT, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional . In www.jus.com.br. Acesso em 20 de julho de 2008.

DELLA VÍA, Alberto. Los jueces frente a la política. In **Doxa**.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, jan./mar. de 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ & BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 32, out./dez. de 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____ & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais**. Recife: O Autor, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista do direito do Estado**. Renavan, ano 2, 2007.

MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. In www.ufba.br/direito/artigos/385. Acesso em 20 de março de 2008 às 23:38.

MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: A autor: 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado.* Tomo I. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1999.

REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal No Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Advogada. Bolsista pela FAPEAL.

[2] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2006. p. 280.

[3] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional . In www.jus.com.br. Acesso em 20 de julho de 2008 às 20:43.

[4] BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público.** N. 13. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 135.

[5] Neste trabalho não será estudada a questão, mui atual, acerca dos custos dos direitos, tendo em vista refugir ao proposto.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** São Paulo: RT, 1997. p. 18.

[7] CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 388.

[8] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. p. 294.

[9] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 05.

[10] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 155.

[11] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 278 e ss;

[12] OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 294.

[13] GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

[14] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 08.

- [15] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 10.
- [16] Idem, ibidem. p. 10.
- [17] MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista do direito do Estado**. Renavan, ano 2, 2007. p. 245.
- [18] Apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 201.
- [19] MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81.
- [20] MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. In www.ufba.br/direito/artigos/385. Acesso em 20 de março de 2008 às 23:38. p. 02.
- [21] **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 58.
- [22] Apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 180-181.
- [23] Apud GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 32, p. 143, out./dez. de 2000.
- [24] JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 10.
- [25] Veja-se, no Brasil, a Lei dos Crimes Hediondos – 8,072/90, a Lei de Combate ao Crime Organizado – 10.217/07 e 11.343/06, dentre outras.
- [26] JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.
- [27] Idem, Ibidem. p. 21
- [28] Op. cit. p. 683.
- [29] Conceituação sugerida por Bobbio e seguida por Ferrajoli. Op. cit. p. 687.
- [30] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 687.
- [31] Idem, ibidem. p. 687.
- [32] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 45.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 285.

[35] SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal No Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

[36] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 231.

[37] Op. cit. p. 694.

[38] Op. cit. p. 695.

[39] Aduz Ferrajoli cuidar-se de uma aporia irreduzível nos Estados de Direito, já que nunca haverá aplicabilidade integral dos direitos fundamentais. Esta situação não se apresenta nos Estados Absolutistas, posto que, nestes, não há promessas a ser concretizadas. Op. cit. p. 696.

[40] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 696.

[41] Idem, ibidem, p. 697.

[42] Op. cit. p. 699.

[43] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1999. p.58

[44] Kelsen, por outro lado, não identifica o plano da existência, aludindo que a validade representa a criação da norma segundo o preceituado. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1995.

[45] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

[46] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 699.

[47] Idem, ibidem, p. 700-701.

[48] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 706.

[49] No prefácio da obra. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 09.

[50] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais**. Recife: O Autor, 2006. p.122.

[51] REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30. p. 14.

[52] DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, p. 52, jan./mar. de 2001.

[53] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002. p. 66.

[54] Apud HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

[55] No âmbito penal as políticas públicas assumem a particularidade de serem expressas, em regras, através de lei em sentido estrito, em face do princípio constitucional da legalidade.

[56] DELLA VÍA, Alberto. Los jueces frente a la política. In **Doxa**. P. 22.

[57] Muitas dessas violações podem ser encontradas no direito brasileiro, tais como a redação original da Lei 8.072/90, 10.217/07, 11.343/06, dentre outras.

[58] Op. cit. p. 700.

AS SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SUA APLICAÇÃO: O CASO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO*

THE DISCIPLINARY SANCTIONS IN THE LAW OF CRIMINAL EXECUTIONS AND THE DISCRETION OF PUBLIC ADMINISTRATION ON ITS APPLICATION: THE CASE OF DISCIPLINARY DIFFERENTIAL SCHEME

Carla Caldas Fontenele Brizzi

RESUMO

Discute-se, no âmbito da Administração Pública, sobre a discricionariedade dos atos administrativos, havendo divergências doutrinárias relativas à vinculação ou discricionariedade dos atos do agente público, no que se refere à aplicação das penalidades decorrentes do processo administrativo disciplinar. Após o exame dos princípios que regem a Administração Pública e o processo administrativo disciplinar em geral, far-se-á uma análise da problemática acima exposta e, em seguida, das especificidades relativas às sanções e ao processo disciplinar previsto pela Lei de Execuções Penais - LEP, dando ênfase ao regime disciplinar diferenciado. Por meio do conhecimento da origem do supracitado regime, que é considerado pela lei mera sanção disciplinar, pode-se travar discussão sobre a sua real natureza jurídica, questionando-se a sua forma de aplicação, tal como prevista pela LEP.

PALAVRAS-CHAVES: LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISCRICIONARIEDADE. PROCESSO DISCIPLINAR. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

ABSTRACT

It discusses, in the context of Public Administration, about the discretion of the administrative acts, having doctrinal differences concerning to the linkage or discretion of the public servant acts, as it regards to the application of penalties arising from administrative disciplinary process. After an examination of the principles governing the Public Administration and administrative disciplinary proceedings in general, will be an analysis of the problems described above, and later, the specifics of penalties and disciplinary proceedings predicted by the Criminal Execution Law - LEP, emphasizing the differently disciplinary scheme. Through the knowledge of the origin of the scheme

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

above, which is considered by the law as a disciplinary action, can be made a discussion about its actual legal nature, questioning about their way of implementation, as it's wrote by the LEP.

KEYWORDS: CRIMINAL EXECUTION LAW. PUBLIC ADMINISTRATION. DISCRETION. DISCIPLINARY PROCESS. DIFFERETLY DISCIPLINARY SCHEME.

1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O ordenamento jurídico de um Estado é composto de normas – princípios e regras – que formam um todo harmônico, baseado na Constituição, responsável pela unidade, fundamento, legitimidade e validade de todas as normas do sistema jurídico do Estado. Dentre as normas materialmente constitucionais, portanto, de mais alto grau, encontram-se os princípios fundamentais.

Paulo Bonavides, citando Luís-Diez Picazo, ensina que a idéia de princípio vem da geometria, “onde designa as verdades primeiras” e, em razão disso, são assim chamados, “porque estão ao princípio”. [1]

Trata-se de um termo equívoco, conforme leciona José Afonso da Silva, pois aparece com vários sentidos distintos. Deve-se ressaltar, no entanto, que quando a Constituição Federal de 1988 se refere aos princípios fundamentais, exprime claramente a idéia de “mandamento nuclear de um sistema.” [2]

Os princípios são, portanto, diretrizes que constituem a base fundamental do ordenamento jurídico estatal; não são normas necessariamente escritas, ou seja, podem decorrer do sistema, como o princípio da proporcionalidade, sem que estejam previstas expressamente. São, dessa forma, as colunas de sustentação do sistema jurídico de um Estado.

Para Robert Alexy, os princípios são “determinações de otimização” [3], que se cumprem no caso concreto, de acordo com as circunstâncias de fato presentes em cada situação.

As regras, de outra ponta, cuidam de descrever um fato ou uma série de fatos; já os princípios, possuem alto grau de generalidade e abstratividade, conforme entendimento do Professor Willis Santiago Guerra Filho: “as regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.” [4]

Destarte, os princípios, estando expressos ou não, são responsáveis pela unidade, coerência e sustentação do ordenamento jurídico estatal, interligando todas as normas existentes no referido sistema.

Paulo Bonavides, no esteio do pensamento de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, afirma que “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.” [5]

Nesse sentido, o entendimento do jurista Jorge Miranda:

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-proposições.[6]

Existem, no entanto, os chamados princípios abertos, que funcionam como *ratio legis*, indicando as idéias jurídicas que norteiam o ordenamento, e os princípios normativos, que, uma vez expressos, constituem regras jurídicas de aplicação imediata.

Nesse azo, Grabitz, citado por Bonavides, aduz que o princípio normativo “deixa de ser, assim, tão-somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo”. [7]

Não é outro o entendimento de Crisafulli, jurista que contribuiu, indiscutivelmente, para a consolidação da doutrina da normatividade dos princípios.

Entende, referido jurista, que os princípios possuem dupla eficácia: a imediata e a mediata (programática), demonstrando, outrossim, que “um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”. [8]

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico de um Estado é composto de normas – princípios e regras – sendo que os primeiros podem estar implícitos no sistema, ou expressos em forma de regras, tendo, desta sorte, aplicação imediata.

Dessa forma, conclui Angela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes:

Assim, tem-se que os princípios são sustentáculos do sistema jurídico, são normas fundamentais, com poder de aplicação direta; havendo, pois, o reconhecimento da sua superioridade, hegemonia e supremacia (não somente formal, mas sobretudo material) sobre as demais regras do ordenamento e sendo considerados normas supremas ou normas das normas. [9]

Assim, a importância dos princípios tornou-se incontestável no período pós-positivista, passando de meros complementos das normas à forma de expressão das mesmas.

A Administração Pública é regida por uma série de princípios constitucionais, legais, e outros meramente doutrinários.

Diante da constitucionalização dos princípios, passa-se a ter, portanto, no âmbito da Administração Pública, a idéia de juridicidade em substituição à noção de mera legalidade, que deixa, então, de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal.

O princípio da legalidade passa a ser visto como parte do princípio da juridicidade, indiscutivelmente mais amplo, conforme lição de Germana de Oliveira Moraes:

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da *legalidade* dos atos administrativos – de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle de *juridicidade* – a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste de caráter de controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental.[10]

É de fundamental importância o estudo dos princípios que regem a Administração Pública, tanto os explícitos como os implícitos, bem como a análise dos princípios específicos que regem o processo administrativo disciplinar, conforme se verá adiante.

1.1 Princípios gerais da Administração Pública

Os princípios constitucionais que regem a Administração Pública são cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo sido esse último acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98.

Além dos previstos na Constituição Federal, existem outros igualmente importantes, como a supremacia do interesse público, autotutela, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros.

Os doutrinadores de maior renome citam diferentes princípios, de forma que não será possível, nesse artigo, comentar todos eles, mas somente aqueles mais importantes e que guardarem relação com o tema proposto.

O princípio da legalidade surge juntamente com o Estado de Direito e se constitui em uma das principais garantias aos direitos individuais. É considerado o princípio basilar

do regime jurídico-administrativo, “já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele”. [11]

Dessa forma, a Administração Pública encontra-se adstrita à lei, ou seja, só pode fazer o que a esta lhe permite. *A contrario sensu*, regendo as relações entre os particulares, tem-se o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que não está proibido pela lei.

É importante frisar que, atualmente, a Administração Pública não deve observar somente a lei, mas também os princípios que a regem. Fala-se, portanto, de juridicidade, como sendo a necessidade de adequação dos atos administrativos aos preceitos principiológicos norteadores da atividade administrativa.

Nesse azo, cabe ao Judiciário fazer o controle tanto da legalidade, como da juridicidade dos atos administrativos, conforme ensinamento de Germana Moraes:

A lei fornece os parâmetros de aferição judicial da *legalidade* dos elementos predominantemente vinculados dos atos administrativos, enquanto a Constituição enuncia os princípios da Administração Pública que consubstanciam os parâmetros de aferição pelo Poder Judiciário da *juridicidade* dos elementos predominantemente discricionários dos atos administrativos. [12]

O princípio da impessoalidade, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro [13], deve ser entendido em duas acepções: num primeiro momento, relaciona-se referido princípio aos administrados, ou seja, uma vez que a Administração deve visar sempre o interesse público, não poderia atuar de forma a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas. Nesse ponto, a impessoalidade encontra-se intimamente ligada à idéia de finalidade pública, ou seja, os atos da Administração devem se voltar à consecução do interesse público.

Analisando-se de outro ângulo o referido princípio, tem-se que não são imputados os atos administrativos ao funcionário que os pratica, e sim ao órgão da Administração ao qual está vinculado. Assim, é vedada a utilização de “nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos” [14], conforme § 1º, do artigo 37, da Constituição Federal.

A moralidade administrativa, também prevista no art. 37, da Lei Fundamental, deve reger tanto as relações entre Administração e administrados, como as relações entre a Administração Pública e seus agentes.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, referido princípio:

[...] impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.[15]

O princípio da publicidade, que proclama a necessidade da publicidade de todos os atos praticados pela Administração, salvo nos casos de sigilo, está presente em diversos artigos da Constituição, concedendo ao particular o direito à informação, que, se não for observado, será passível de *habeas data*.

Incluído no *caput* do art. 37, pela Emenda Constitucional n.º 19/98, o princípio da eficiência acaba por refletir um sentimento geral de insatisfação no que pertine à qualidade do serviço prestado pela Administração Pública.

Deve a Administração, através de seus agentes, ser eficiente, sob pena de responsabilização daqueles que violarem o preceito constitucional. José dos Santos Carvalho Filho entende que “[...] de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários [...]”. [16]

A Administração Pública é regida, portanto, pelos cinco princípios acima mencionados, expressamente previstos na Constituição Federal. Além destes, existem alguns outros não explícitos, mas igualmente importantes no que diz respeito à orientação das atividades da Administração Pública.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”. [17]

Apesar de não estar expresso no texto constitucional, pode-se verificar sua essência em diversos dispositivos, como o que trata da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V, VI).

De acordo com referido princípio, portanto, a Administração Pública, por visar ao interesse público, tem a possibilidade de impor obrigações a terceiros mediante atos unilaterais, revogar seus próprios atos, caso sejam inconvenientes ou inoportunos, ou anulá-los, quando inválidos.

Nesse azo, decorre do princípio da supremacia do interesse público, o princípio da autotutela dos atos administrativos.

O princípio da motivação consagra a necessidade de a Administração Pública fundamentar as suas decisões e atos, indicando as razões de fato e de direito que lhe levaram a agir como agiu.

O princípio da razoabilidade tem sido aplicado ao direito Administrativo como uma forma de limitar a discricionariedade do administrador. Definindo razoabilidade, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para os outros. Mas, mesmo que não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standarts* de aceitabilidade. [18]

Apesar de servir referido princípio para impor limites à discricionariedade do administrador, não é cabível que o juiz faça um controle das decisões apontando o que seria razoável, visto que esse juízo de valor pertence ao administrador público. É o que afirma o supracitado autor:

Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu *razoável*. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos.[19]

Não se deve confundir o princípio da razoabilidade com o da proporcionalidade, pois esse último está ligado à idéia de excesso de poder e tem como objetivo refrear os atos dos agentes públicos que venham a ultrapassar os limites traçados pela lei.

Ao contrário do princípio da razoabilidade, que tem origem anglo-saxônica, a proporcionalidade encontra as suas raízes na Alemanha e na Suíça. A doutrina Alemã prega que a proporcionalidade deve obedecer à análise de três sub-princípios, quais sejam: adequação (examina-se se o meio empregado é apto a alcançar os fins almejados pela Administração), exigibilidade (deve-se utilizar o meio necessário, ou seja, o menos gravoso, a fim de se alcançar o fim público) e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens a serem conquistadas devem superar as desvantagens).

1.2 Princípios norteadores do processo administrativo disciplinar

O processo administrativo disciplinar está adstrito a todos os princípios que regem a Administração Pública, e também a princípios específicos, próprios desse tipo de processo.

São eles: publicidade, oficialidade, gratuidade, atipicidade e obediência à forma dos procedimentos.

O princípio da publicidade, já comentado, aplica-se também ao processo administrativo, pois a atividade da Administração e os processos desenvolvidos no seu âmbito devem estar disponibilizados para todos os interessados. A publicidade dos atos está diretamente ligada à moralidade e à eficácia, e a sua observância é extremamente relevante para que o processo cumpra a sua função, qual seja, a de garantir os direitos dos indivíduos, principalmente aqueles relativos à ampla defesa e ao contraditório.

O princípio da oficialidade permite à Administração agir de ofício, proporcionando a ela condições de investigar e praticar determinados atos essenciais ao processo administrativo.

Dessa forma, está autorizada a Administração Pública a: “requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público”. [20]

Em razão de ser a Administração uma das partes no processo, tem-se o princípio da gratuidade como um dos norteadores do processo administrativo, com expressa previsão no art. 2º, parágrafo único, XI, da Lei n.º 9.784/99, que proíbe: “cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei”.

Caso as despesas sejam decorrentes de interesse do particular, caberá a este arcar com os custos. Não serão admitidos pagamento de custas nem a cobrança de honorários advocatícios decorrentes do ônus da sucumbência. Isso para que se perfaça a regra constitucional relativa à igualdade, a fim de que possa o administrado participar do processo administrativo, sem que lhe seja imposto nenhum obstáculo pela Administração Pública.

Outro princípio norteador da Administração na condução do processo administrativo é o da atipicidade. Diferentemente do que ocorre no âmbito do Direito Penal, no Direito Administrativo as infrações administrativas não estão todas previstas em lei, ficando a maior parte delas sujeita à discricionariedade administrativa no caso concreto.

Por fim, tem-se o princípio da obediência à forma dos procedimentos. No Direito Administrativo esse princípio encontra-se mitigado, chegando-se a falar em princípio do informalismo, visto que o processo administrativo não está adstrito a formas rígidas, como está o processo judicial.

1.3 Princípio da pena específica

O princípio da pena específica corresponde à necessidade de prévia definição em lei da infração funcional e da sanção cabível. É adotado no âmbito do Direito Penal, em que só existe crime e pena, caso haja anterior previsão e cominação pela lei.

Afirma a doutrina, no entanto, que no Direito Administrativo tal princípio não é aplicável, pois o administrador, que se acha investido de poder disciplinar, age com discricionariedade, não estando vinculado ao princípio da pena específica.

Pode-se dizer, dessa forma, que possui o administrador uma relativa liberdade para, tipificada uma determinada conduta, especificar, dentre as penas previstas, aquela aplicável ao caso examinado, não estando, para tanto, submetido a regras procedimentais rígidas.

Esse posicionamento não é uníssono. Márcia Albuquerque Sampaio Farias, ao fazer minuciosa análise da Lei n.º 8.112/90, conclui que:

Vê-se que, no tocante à escolha da pena a ser aplicada a um servidor público civil que cometeu uma falta funcional, o poder disciplinar, em regra, é vinculado, contudo, em determinadas hipóteses, é discricionário. Isto posto, conclui-se que a asserção doutrinária de que no Direito Administrativo não vigora o princípio da pena específica, logo o poder disciplinar é discricionário no tocante à escolha da pena é, no mínimo, imprecisa.[21]

Entende, referida autora, que, o poder disciplinar, no que se refere à escolha da pena, é vinculado com determinada dose de discricionariedade. Isso porque a Lei n.º 8.112/90 prevê as condutas correspondentes às sanções, havendo discricionariedade no que tange ao dimensionamento de expressões como “incontinência pública”, “conduta escandalosa” e “insubordinação grave”.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Por mais que seja a Administração Pública regida pelo princípio da legalidade e, em sentido mais amplo, pelo princípio da juridicidade, não é possível ao legislador prever todas as condutas dos agentes administrativos.

Alguns atos devem ser praticados mediante a avaliação de sua conveniência e oportunidade, situando-se, nesse âmbito, o poder discricionário.

Na definição de José dos Santos Carvalho, o poder discricionário “é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. [22]

O conceito supracitado reflete a visão da maioria dos administrativistas acerca da discricionariedade. No entanto, em razão da superação do positivismo e, baseando-se na idéia trazida pelo princípio da juridicidade, marcado pelo constitucionalismo da era pós-positivista, é possível redefinir a discricionariedade, conforme sugestão de Germana de Oliveira Moraes:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.

Vê-se, portanto, que o conceito de discricionariedade administrativa toma, na atualidade, uma feição bem mais ampla, permitindo ao administrador complementar o ato, decidir sobre a sua conveniência e oportunidade, escolher o seu conteúdo, quando presente mais de uma opção e, por fim, atribuir-lhe efeitos que não são completamente previstos pela norma.

Percebe-se, dessa forma, uma maior preocupação em definir os limites de atuação do administrador, vinculando a discricionariedade aos preceitos constitucionais e demais princípios relativos à Administração Pública.

2.1 Discricionariedade e Tipicidade

No Direito Penal tem-se a necessidade de adequar a conduta do agente à previsão normativa, a fim de que haja responsabilização penal. A isso, dá-se o nome de tipicidade.

Reza o art. 1º do Código Penal que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”[23], consagrando o princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal, que afirma ser fato atípico aquele que não tem correspondente previsão legal.

Só há crime, portanto, se a lei descrever a conduta como tal. A tipicidade é, dessa forma, observada de forma extremamente rígida nesse ramo do Direito.

Como se pode perceber, guarda a análise do princípio da tipicidade estreita relação com o princípio da pena específica, mencionado anteriormente.

No que diz respeito ao processo administrativo disciplinar, no entanto, prevalece, segundo parte da doutrina, o princípio da atipicidade.

Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária.[24]

Segundo esse posicionamento, caberá ao administrador enquadrar a conduta do agente público infrator, a fim de aplicar-lhe uma penalidade, agindo, portanto, com uma larga margem de discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao elencar os princípios norteadores do processo administrativo disciplinar, menciona o princípio da tipicidade, defendendo ser necessária a configuração das infrações administrativas de forma “suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável”[25], a fim de que os indivíduos saibam previamente qual conduta devem adotar, de modo que não cometam infrações administrativas.

Temos que, embora entendendo o exercício do poder disciplinar como “vinculado, com determinada dose de discricionariedade”[26], há um indiscutível espaço para atuação discricionária do administrador no que tange à aplicação das sanções disciplinares.

2.2 Discricionariedade no processo administrativo disciplinar em geral

O processo administrativo disciplinar abrange a sindicância e o processo administrativo disciplinar *stricto sensu*.

A sindicância, segundo definição de José Cretella Júnior, constitui:

o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável.[27]

Seria, portanto, a sindicância, uma fase anterior ao processo administrativo, mas possuidora de inequívoca função punitiva, visto que, ao seu final, podem ser aplicadas penalidades de advertência ou de suspensão até 30 dias.

O processo disciplinar administrativo possui as seguintes fases: instauração, inquérito administrativo e julgamento, sendo possível a instauração de sindicância, caso não haja elementos suficientes para o início do processo disciplinar propriamente dito.

As sanções aplicáveis, previstas pela Lei n.º 8112/90, são: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada.

A discussão acerca da discricionariedade no âmbito do processo administrativo disciplinar diz respeito às questões anteriormente mencionadas, relativas ao princípio da pena específica e princípio da atipicidade.

Deve-se colacionar o posicionamento de Cretella Junior[28], que entende que, em razão de ser a falta atípica, diversamente do que ocorre no âmbito do D. Penal, em que vigora o princípio da tipicidade, isso torna a sanção elástica, ficando na dependência do poder discricionário da Administração, entendendo Caio Tácito que tal possibilidade permite ação arbitrária e injurídica por parte da Administração.

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella di Pietro[29] e Hely Lopes Meireles[30] entendem que o princípio da pena específica não se aplica no âmbito da Administração, ficando a maior parte das infrações sujeitas à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto.

Márcia Albuquerque Sampaio Farias[31] a *contrario sensu*, afirma que não há discricionariedade no tocante a possibilidade de punir ou não punir, pois uma vez verificada a falta, nasce para a Administração o poder-dever de punir.

A doutrina afirma que o poder discricionário reside na escolha da pena, afirmação da qual discorda a supramencionada autora, pois a Lei n.º 8.112/90 vincula à infração o tipo de pena a ser aplicada, de forma que o poder disciplinar é, em regra, vinculado, sendo, em determinadas hipóteses, discricionário.

3 DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS – LEP

3.1 Sanções e procedimento disciplinar previstos na Lei de Execuções Penais – LEP

A LEP prevê no art. 53 as seguintes sanções disciplinares, aplicáveis ao preso que vier a cometer faltas: advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento; inclusão em regime disciplinar diferenciado.

As três primeiras podem ser aplicadas pelo diretor do estabelecimento e a quarta, pelo conselho disciplinar do presídio (art. 54, LEP). De acordo com o art. 58, da LEP, tanto a restrição de direitos quanto o isolamento não podem ultrapassar trinta dias e devem ser comunicados ao juiz da execução.

Para se proceder à apuração da falta e à imposição da respectiva sanção, é necessária a instauração de processo disciplinar, assegurada a ampla defesa ao condenado (art. 59, LEP), devendo a decisão final ser motivada (art. 59, parágrafo único, da LEP).

O processo disciplinar previsto na LEP é rígido, indiscutivelmente, pelo princípio da tipicidade, não pairando, nesse âmbito, a discussão existente na doutrina acerca da aplicação do referido princípio, no que pertine ao processo disciplinar geral.

É o que preceitua a LEP, no seu art. 45: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

A discricionariedade do administrador, nesses casos, é mais restrita, em face do princípio da tipicidade e da necessidade de motivação da decisão que impõe sanção disciplinar, que é “supervisionada” pelo juiz da execução e plenamente passível de controle judicial.

A quinta sanção prevista pelo art. 53, da LEP, consiste na colocação do preso em regime disciplinar diferenciado, incluída pela Lei nº 10.792/03, após um momento de grave crise vivenciado pelo sistema penitenciário nacional.

Por ser uma espécie de sanção *sui generis*, com procedimento de aplicação diferenciado, havendo, inclusive, divergência doutrinária no que diz respeito à sua natureza jurídica, optamos por comentá-la em um tópico à parte.

3.2 O caso do Regime Disciplinar Diferenciado

3.2.1 Breve Histórico

No início do ano de 2001 ocorreu a maior rebelião em presídios já vista no Brasil: 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria Pública do Estado de São Paulo uniram-se em uma “megarebelião”, que não tinha como interesse primordial denunciar as péssimas condições em que se encontram as carceragens brasileiras. Diferentemente dos demais conflitos carcerários ocorridos até aquela data, a rebelião em massa tinha como finalidade pressionar o governo, que havia decidido transferir membros do Primeiro Comando da Capital (PCC) para penitenciárias distantes da capital do Estado.

As reivindicações concentraram-se nos pedidos de retorno para a Casa de Detenção de São Paulo de alguns líderes da facção que haviam sido deslocados para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, que, além de ser distante da capital, o que dificultava o gerenciamento das ações do grupo por parte de seus líderes, ainda tinha rigorosas regras disciplinares, submetendo os detentos à permanência em isolamento por 23 horas diárias, com direito a apenas 1 hora de banho de sol, dentre outras medidas de segurança máxima.

Diante de tamanho caos, medidas emergenciais foram tomadas, “no calor dos fatos”, como sempre ocorre no Brasil. A Secretaria de Administração Penitenciária do Estado São Paulo editou duas resoluções (SAP/SP). A primeira, editada em maio de 2001 (SAP/SP nº 26), introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, restringindo-o, inicialmente, a 5 unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré.

Em abril de 2002, foi inaugurado o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, criado exclusivamente para aplicação do RDD, de forma que as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o regime.

A Resolução nº 26 trazia as regras de cumprimento da pena em RDD, estabelecendo o tempo máximo de permanência no regime em 180 dias, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período (art. 4º). O procedimento de colocação do preso em regime disciplinar diferenciado era inteiramente administrativo, cabendo a feitura do pedido ao Diretor Técnico das Unidades, que o dirigia ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Caso este manifestasse sua concordância, a solicitação seria enviada ao Secretário de Administração Penitenciária, a quem cabia a decisão final (art. 2º).

Em julho de 2002, entra em vigor a Resolução nº 46, tendo por objetivo impor restrições ao direito de visitas e à entrevista dos presos com seus advogados. O art 2º de referido diploma normativo estabelecia o número de visitantes por dia e, o art. 5º, dispunha-se a regulamentar as entrevistas dos presos com seus advogados, que deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento oral ou escrito à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos 10 dias subseqüentes.

Em agosto do mesmo ano, a Resolução SAP/SP nº 59 é editada, instituindo o RDD no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). A medida mais gravosa passa a ser aplicada não só aos presos condenados, mas também aos provisórios, desde que tivessem praticado crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional. Referida resolução trazia, no seu art. 2º, o rol de condutas que ensejariam a imposição do regime, cujo tempo máximo de permanência foi estipulado em 360 dias: incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; tentativa de fuga; participação em facções criminosas; posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; e prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

No Rio de Janeiro ocorreu experiência semelhante, porém menos intensa da vivenciada no Estado de São Paulo.

A rebelião ocorrida no Presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar, foi o marco que determinou a implementação do Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). Após a contenção do movimento, os líderes foram isolados e o restante dos participantes foram submetidos ao regime supra mencionado.

Em julho de 2003, a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro resolveu estender a hipótese de cumprimento de pena em Regime Disciplinar Especial de Segurança a outras penitenciárias do Estado.

Diante das medidas administrativas tomadas nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, aliadas à pressão feita pela sociedade e, principalmente pela imprensa, o Parlamento resolveu dar uma resposta à população, mostrando seu interesse em resolver o problema da crescente onda de violência no país, através da edição da Lei nº 10.792 de 02 de dezembro de 2003, que modificava a LEP e o Código de Processo Penal.

Antes, porém, que referida norma ingressasse no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu um movimento contra o terrorismo estatal: o movimento antiterror (MAT), liderado pelo Professor René Ariel Dotti.

A carta de princípios assinalava, como principal objetivo do movimento:

Sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico.[32]

Apesar de todos os protestos da comunidade jurídica, o Regime Disciplinar Diferenciado foi, então, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da lei nº 10.792/03, com previsão nos arts. 52 e 53, V, da Lei de Execuções Penais (LEP).

3.2.2 Conceito, natureza jurídica e aplicação

Por estar previsto no art. 53, V, da Lei de Execuções Penais (LEP) e regulado na subseção denominada “Das Faltas Disciplinares”, o RDD constitui, a princípio, a mais nova e grave modalidade de sanção disciplinar, caracterizada pelo recolhimento em cela individual, pela duração máxima de trezentos e sessenta dias, por restrições nas visitas semanais e no banho de sol.

Apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador, não se trata propriamente, segundo parte da doutrina, de um regime de cumprimento de pena, tal como os regimes fechado, aberto e semi-aberto.

Não se trata, também, de nova modalidade de prisão provisória, constituindo, segundo Mirabete:

um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como **sanção disciplinar** ou como **medida de caráter cautelar**, tanto ao condenado como ao preso provisória, nas hipóteses previstas em lei.[33] (grifos nossos).

A lei prevê três hipóteses de colocação do preso em RDD: quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina do presídio onde se encontre; quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando que haja fundada suspeita.

Terá caráter de sanção disciplinar, segundo Mirabete, a imposição do RDD quando o preso pratica fato descrito como crime doloso. As duas outras hipóteses supracitadas, previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, são motivos para inclusão em RDD, ainda que o preso não tenha cometido falta grave, bastando que ele represente *alto risco* à ordem e segurança do estabelecimento penal, ou haja *fundada de suspeita* de envolvimento do detento em organizações criminosas.

Ao comentar o assunto, Rejane Alves de Arruda alega:

(...) Muito além do que a LEP diz no art. 53, o RDD não consiste apenas em uma sanção de natureza disciplinar (e que, por tal motivo, deve estar atrelada ao cometimento de falta grave), **mas em uma forma, realmente diferenciada, de cumprimento de pena** para presos que são líderes e integrantes de facções criminosas e que, mesmo em regime fechado, não têm sua prática delituosa coibida ou alijada pelas restrições impostas no sistema penitenciário.[34] (grifo nosso).

Referida autora entende, portanto, que sob a máscara de punição disciplinar, o legislador instituiu as hipóteses dos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, mas que, na verdade, uma vez não previstas condutas tipificadas como faltas graves, a aplicação do instituto nesses casos é ilegítima.

E arremata: “portanto, ao optar por um RDD que tem natureza de sanção disciplinar, caberia ao legislador definir o rol de faltas aptas a ensejar o tratamento diferenciado que, diga-se de passagem, é extremamente gravoso.”[35]

No mesmo sentido, Christiane Russomano Freire:

Do ponto de vista dos efeitos concretos produzidos na execução da pena privativa de liberdade, vale ressaltar que, se a Lei dos Crimes Hediondos significou o golpe inicial na perspectiva reabilitadora, a criação do RDD aparece como golpe de misericórdia. **O isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena** – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da constituição que são os direitos e garantias fundamentais.[36] (grifo nosso).

Existe a possibilidade de imposição do RDD como medida cautelar, justamente nas hipóteses supramencionadas, previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, conforme ensinamento de Mirabete:

A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado pode ocorrer também como medida cautelar, nas hipóteses de recaírem sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou de representar ele alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP). Em ambas as hipóteses, não se exige a prática de crime doloso ou cometimento de outra falta grave, porque o fundamento para sua imposição não tem caráter punitivo próprio da sanção disciplinar. A inclusão no regime disciplinar diferenciado com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal **constitui medida preventiva de natureza cautelar**, que tem por fim garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontre ou no sistema prisional, ou, então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa.[37] (grifo nosso).

Ousando discordar de tão renomado autor, entendemos que a colocação do preso em RDD nessas hipóteses constitui punição, e não mera medida preventiva, e punição antecipada, pois o preso será colocado em RDD no caso de representar alto risco para a sociedade ou quando houver suspeitas fundadas de envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando, ainda que não tenha cometido falta grave, apurada em procedimento administrativo e depois homologada pelo juiz, ou esteja sendo processado ou punido por crime de quadrilha ou bando.

Parte da doutrina classifica o RDD, portanto, ora como sanção disciplinar, ora como medida preventiva de natureza cautelar, dependendo da hipótese que fundamente a sua imposição.

A inclusão do preso no RDD se dá mediante despacho prévio e fundamentado do juiz competente, sendo que a autorização de transferência para RDD dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa; a decisão judicial será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de 15 dias.

A autoridade administrativa age discricionariamente no que diz respeito à imposição de isolamento provisório por um prazo de 10 dias.

Além disso, o art. 54, § 1º, da LEP, diz que a autorização para inclusão em RDD *dependerá* de requerimento da autoridade administrativa. O administrador é que deve

verificar as hipóteses previstas no art. 52, LEP, a fim de requerer a inclusão do preso em RDD.

Apesar de ser imprescindível a decisão judicial, percebe-se que o administrador exerce importante papel, no que tange à verificação da existência das hipóteses previstas no art. 52, da LEP, a fim de requerer ao juiz a transferência do preso para o RDD.

Não se pode deixar de mencionar, no entanto, que o preso pode ser transferido para o RDD quando representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e quando estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, *bastando que haja fundada suspeita*.

Observe que para a aplicação das demais sanções disciplinares, menos gravosas, é necessária a instauração de processo disciplinar para se apurar as faltas cometidas pelo preso.

Já no caso da aplicação do RDD, a sanção é imposta, sendo suficiente a fundada suspeita de envolvimento em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Diante disso questiona-se a legitimidade do RDD, que pune indivíduos em razão de meras suspeitas, sem que seja oportunizado a estes provarem, através do devido processo legal, a sua inocência.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Angela Maria Rocha Gonçalves de. O Princípio da Solidariedade e o Direito Econômico. **Prima Facie – Revista da Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB**, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006. Disponível em <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n4/oprincipiodasolidariedade.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

ARRUDA, Rejane Alves. Regime Disciplinar Diferenciado: três hipóteses e uma sanção. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 35-38, ago/set 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Salo de. FREIRE; Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. **Sanções Disciplinares aos servidores públicos: Discricionariedade e Controle Judicial na Aplicação**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[1] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 255.

[2] SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

[3] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985, p. 75 e s. apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 56.

[4] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 56.

[5] BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 271.

[6] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed., tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, pp. 75 e ss. apud GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.10.

[7] GRABITZ, Eberhard apud BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 272.

[8] CRISAFULLI, V. *La Costituzione e le sue Disposizione di Principio*, Milão, 1952 apud BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 273.

[9] ABRANTES, Angela Maria Rocha Gonçalves de. O Princípio da Solidariedade e o Direito Econômico. **Prima Facie – Revista da Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB**, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006. Disponível em <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n4/oprincipiodasolidariedade.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

[10] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 16.

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

[12] MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 17.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62.

[14] BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

[15] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 17-18.

[16] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Op. cit.*, p. 22.

[17] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 87.

[18] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Op. cit.*, p. 28.

[19] Idem.

[20] FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. **Sanções Disciplinares aos servidores públicos: Discricionariedade e Controle Judicial na Aplicação**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004, p. 52.

[21] FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. *Op. cit.*, p. 70.

[22] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Op. cit.*, p. 40.

[23] BRASIL. **Código Penal**. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 587.

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 748.

[26] FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. *Op. cit.*, p. 70.

[27] CRETELLA JÚNIOR, José apud DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 593.

[28] CRETELLA JÚNIOR, José apud FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. *Op. cit.*, p. 64.

[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit., passim.*

[30] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

[31] FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. *Op. cit., passim.*

[32] *Apud* CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: **Notáveis do Direito Penal**: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex, 2006, 502 p.

[33] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 149 p.

[34] ARRUDA, Rejane Alves. Regime Disciplinar Diferenciado: três hipóteses e uma sanção. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 35-38, ago/set 2005.

[35] ARRUDA, Rejane Alves. *Op. cit.* 37 p.

[36] CARVALHO, Salo de. FREIRE; Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 509.

[37] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* 151 p.

O MÉTODO APAC E A SITUAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA: REALIDADE E UTOPIA *

THE APAC METHOD AND THE BRAZILIAN PRISONAL SITUATION: REALITY AND UTOPIA

**Marcio Eduardo Da Silva Pedrosa Moraes
Carolina Senra Nogueira da Silva**

RESUMO

Objetiva-se, por intermédio do presente trabalho, discorrer sobre a realidade prisional brasileira, especificamente sobre o Método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, método esse surgido no Brasil, tendo como base a dignidade e o respeito efetivo ao recuperando. O Método APAC possui índices muito superiores se comparados aos do sistema prisional comum, o qual é nos dizeres de Néelson Hungria, “a faculdade do crime”. A prisão (historicamente, num primeiro momento, local onde os condenados ficavam esperando o dia de sua execução, e num segundo momento, não mais esse lugar para se aguardar o derradeiro dia, mas sim para se refletir sobre o crime, penitenciando-se e também tendo por base um critério retributivo) é uma instituição, fracassada, deplorável e ineficaz, haja vista o exemplo brasileiro. A mesma é cada dia mais criticada e discutida, chegando-se ao ponto de alguns penalistas proporem o seu fim, devido à sua ineficácia. Nesta realidade surge uma nova esperança para o nosso famigerado sistema prisional: o Método APAC, objeto deste trabalho, o qual discorrer-se-á nas linhas seguintes.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTICE. PUNIÇÃO. SISTEMA PENITENCIÁRIO. BRASIL.

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss about the prison reality in Brazil, in particular about APAC Method, this method appeared in Brazil with the purpose of the prisoners' dignity and respect. The indicators of the APAC Method are superior to those compared with the common prison, which according to Nelson Hungria, “the crime college.” The prison (historically, in a first moment, the place where the convict people waited the day of their execution, and in a second moment, a place, not to wait the final day but with the objective of making the prisoners think about what they have done, regretting and having a rewarding criterion) is a failed, lamentable and ineffective institution, which

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

can be seen in Brazil. This institution is each day more and more criticized and discussed, reaching a point that some penalists proposed its end, because of its ineffectiveness. In this reality there is still hope in our notorious prisional system: the APAC Method, the aim of this paper, which will deal with it in the following line.

KEYWORDS: JUSTICE. PUNISHMENT. PENITENTIARY SYSTEM. BRAZIL.

1 INTRODUÇÃO

Desde eras remotas o homem tem convivido com a dualidade da lei da Física que reflete em suas relações sociais: a uma ação sempre corresponderá uma reação. Assim também se dá na esfera jurídica, presumidamente, ao se cometer um ilícito penal o homem sofrerá uma sanção, seja através de sua vida, seja através do cerceamento de sua liberdade. Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá afirmam que “todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal”: (JAKOBS, MELIÁ, 2003, p.26, tradução nossa).[1]

Em matéria penal sempre haverá o debate entre os defensores do Direito Penal como instrumento do valor *justiça*, outros defendendo o Direito Penal como instrumento a favor do valor *utilidade*. Nestes moldes afirma Enrique Bacigalupo:

O enfrentamento radical destes pontos de vista deu lugar a partir do último quarto do século passado, à chamada "luta de escolas", que não é em verdade outra coisa que uma disputa em torno dos princípios legitimadores do Direito Penal. Enquanto a chamada Escola Clássica manteve o critério legitimador da justiça através das teorias absolutas da pena, a Escola Positiva propunha como único critério o da utilidade, expressando-o por intermédio das teorias relativas modernas da pena. (BACIGALUPO, 1996, p.11 e 12, tradução nossa).[2]

A pena é instituto jurídico dos mais importantes, a qual tem o condão de limitar a liberdade do ser humano: um dos seus direitos naturais por excelência. Deste modo, para sua real efetividade, retribuição e prevenção, é necessário um estudo crítico e aprofundado, sob pena de não o ocorrendo, termos total desequilíbrio social. A criminalidade assola a sociedade, o homem vive atemorizado. Assim, um sistema prisional que realmente ressocialize o delinqüente e retribua o mal por ele feito é necessário, com vista à própria garantia do Estado Democrático de Direito.

A prisão como utilização de pena somente surge no século dezoito, antes disso temos a prisão como local para o condenado esperar seu derradeiro dia, quando então seria morto. Os primeiros sistemas penitenciários surgem nos Estados Unidos e podem, via de regra, ser divididos em três espécies: o sistema penitenciário pensilvânico (ou da Filadélfia), o sistema penitenciário auburniano e o sistema penitenciário progressivo. Apesar de esses primeiros sistemas penitenciários terem surgido nos Estados Unidos, não podemos, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt, afirmar que a prisão tenha surgido nesse país:

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, embora não se possa afirmar, como faz Norval Morris, “que a prisão constitui um invento norte-americano”. Esses sistemas penitenciários tiveram, além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, já referidas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. (BITENCOURT, 2008, p.125).

Nos tempos coloniais norte-americanos, o crime era visto como pecado e o simples confinamento era previsto para miseráveis, órfãos, loucos. Esses eram indiscriminadamente recolhidos às “jaulas”. Cesare Beccaria é um dos responsáveis pelo movimento que mudou essa visão sobre a prisão, defendendo critérios justos para o confinamento, e não seu uso abusivo, pois do contrário, a sociedade poderia ser desestruturada, pois não se previa níveis de desregramento para sua aplicação, o que acabaria gerando mais crimes e também reincidência, um dos mais graves problemas ao se tratar de punição.

Importante também para a reforma penitenciária é o pensamento de John Howard, apresentado em sua obra “*The State of the Prisons in England and Wales*”, datada de 1777, na qual Howard propõe uma reformulação das prisões, embasada nos princípios da humanidade, equidade e utilidade. A obra de Howard é fruto da pesquisa feita pelo mesmo em suas visitas pela maioria dos cárceres britânicos e por inúmeros cárceres na Europa, visitas essas ocorridas entre os anos de 1773 e 1790.

O caráter humanizador da obra de Howard prevê condições de higiene e hábitos alimentícios que respeitem a saúde do preso, ele também advoga o isolamento celular como modo de reflexão acerca da conduta do criminoso e de suas conseqüências. Deste modo, o mesmo poderá refletir e se arrependerá do seu ato, o qual infringiu a lei.

Temos propostas magníficas de reformulação, essas apresentadas já no passado. Porém, a reincidência demonstra que as mesmas não estão cumprindo o objetivo para o qual surgiram, qual o problema, qual a falha? Em relação a essa reincidência, sabe-se que a mesma é uma constante em todas as prisões, não só no Brasil, mas mundialmente, conforme afirma Piotr Kropotkin:

Quando um homem passa por uma prisão uma vez, volta. É inevitável, as estatísticas o demonstram. Os informativos anuais da administração de justiça penal da França mostram que a metade daqueles comparecem ante os jurados e duas quintas partes dos que comparecem anualmente ante os órgãos menores por faltas recebem sua educação nos cárceres. Quase a metade dos julgados por assassinato e três quartos dos julgados por roubo são reincidentes. Em relação aos cárceres-modelo, mais de um terço dos presos que saem destas instituições supostamente corretivas voltam a ser encarcerados em um prazo de doze meses depois de sua liberdade. (KROPOTKIN, 1877, *site*, tradução nossa).[3]

Este estudo de Kropotkin, apesar de ser do século dezenove, não traz dados diferentes do nosso século atual, ao contrário, o nosso século, especialmente no Brasil, há, além do problema da reincidência, este em grande escala, o problema da superlotação, da saúde entre os recuperando, dentre outros não menos graves, como o desrespeito com que são tratados aqueles que ali estão cumprindo uma pena, ou esperando seu julgamento.

Erving Goffman em seu trabalho “*Manicômios, prisões e conventos*” (1961), nos mostra o desrespeito com que são tratados os presos nas cadeias, seja pelos próprios colegas, seja pelos membros da equipe dirigente e mantenedora:

[...] pessoas da equipe dirigente ou outros internados dão ao indivíduo nomes obscenos, podem xingá-lo, indicar suas qualidades negativas, “gozá-lo”, ou falar a seu respeito com outros internados como se não estivesse presente. (GOFFMAN, 2005, p.30-31).

Goffman enquadra a prisão entre as chamadas instituições totais, ou seja, “um local de residência onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada” (GOFFMAN, 2005, p.11). Nas chamadas instituições totais o indivíduo tem a perda de parte de sua identidade, agindo de acordo com as regras da instituição. Deste modo, ao retornar ao convívio fora das grades o mesmo não consegue mais viver como pessoa livre, pois a cultura da instituição está a lhe “marcar” profundamente.

Nessa relação há diversos problemas como a dificuldade de se retornar ao convívio social de maneira harmônica, a reincidência, por intermédio da qual aquele autor do crime estará a praticar, muitas vezes, o ato criminoso por dificuldade de se despir da carga de desumanidade e de deformação sofrida na instituição total. Ainda em relação à questão da reincidência, o penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni nos traz a seguinte afirmação:

É certo que estes dados põem em crise muito mais que o conceito de reincidência e indicam a urgência de compatibilizar o discurso jurídico-penal com dados elementares

das ciências sociais, mas particularmente neste âmbito da reincidência resultam demolidores de várias teses jurídicas, cujo conteúdo, desde a perspectiva das ciências sociais resulta tragicamente ingênuo. (ZAFFARONI, 1992, tradução nossa).[4]

A reincidência é a mais manifesta comprovação da ineficiência da prisão em recuperar o criminoso, sendo, atualmente e principalmente no caso brasileiro, uma instituição falida, que demonstra o descaso do Poder Público com a recuperação do ser humano. Uma segunda falha desse Poder: após não conseguir garantir uma vida digna, na qual o homem possa se desenvolver como pessoa, trabalhar em prol do desenvolvimento comunitário, ele também falha ao não conseguir ressocializá-lo, ou criticamente, tentar ressocializar aquele que nunca foi socializado. E nesse aspecto, ressocialização, o Estado, principalmente o brasileiro, é notadamente falho. Não consegue cumpri-lo de maneira eficaz, dando-se azo à proliferação de movimentos de presos dentro dos presídios, como exemplos, para não apresentar muitos outros, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, os quais têm em seus quadros um número considerável de detentos, estendendo sua atuação para fora dos muros dos presídios. Essas organizações criminosas ocupam um vazio institucional deixado pelo Estado, devido à ausência de políticas adequadas. Nesse sentido, o Padre Valdir João, coordenador da Pastoral Carcerária da CNBB no Estado de São Paulo nos traz:

Os grupos e facções do crime surgiram pela lacuna do Estado. Num primeiro momento, para se protegerem contra a violência e a tortura com que o Estado agia. Depois, para criar uma ordem entre os presos, pois havia extorsão, exploração e violência sexual de preso para com preso, então o crime se estruturou para impedir essa desordem toda. (VALDIR JOÃO, 2007, p.210).

Ou seja, fica claro o descaso do Governo com a situação carcerária, o que gera a legitimidade do líder criminoso em relação, não só, aos colegas, mas também aos parentes dos mesmos, os quais são beneficiados por seus favores. Haja vista serem seus familiares, via de regras, pessoas de baixo poder aquisitivo, não tendo muitas vezes, sequer, um vale-transporte para ir visitá-lo no presídio, o que é fornecido por esse líder criminoso, dentre muitos outros favores e produtos prestados ao preso e aos seus familiares. Deste modo, o Estado cada vez se distancia mais do homem, deixando essa brecha para o crime organizado. Ou seja, apresentando novamente as palavras do Padre Valdir João: “o Estado abandonou o presídio”. (VALDIR JOÃO, 2007, p.210).

Assim, diversos problemas macros surgem: o Poder Judiciário que devia fiscalizar os presídios não o faz; o Poder Legislativo não cria leis para o sistema carcerário; os servidores que deveriam trabalhar para a ressocialização do preso não o fazem, pior, muitas vezes ele é até inibido, devido à sua origem demográfica e social, aquele servidor vive no mesmo bairro dos familiares de muitos presos, ou seja, a origem social, geográfica, do preso e do servidor encarregado do trabalho no presídio é a mesma.

Jeremy Bentham nos faz um questionamento interessante no “*Panopticum*”, acerca do verdadeiro objetivo da prisão, nos seguintes termos:

O que deve ser uma prisão? A permanência em um lugar onde se priva de liberdade indivíduos que abusaram da mesma, para prevenir novos crimes de sua parte e para dissuadir os outros mediante o terror do exemplo. É, ademais, uma casa de correção onde há que se propor a reforma dos hábitos dos indivíduos detidos, com o fim de que o seu retorno à liberdade não seja uma desgraça, nem para a sociedade, nem para eles mesmos. (BENTHAM, 1791, pp.2-3, tradução nossa).[5]

E continua expondo que as prisões são lugares infectos, escolas do crime, amontoados de todas as mazelas humanas e misérias, onde só se pode visitar com terror. (BENTHAM, 1791, p.3). É de se salientar que Bentham está escrevendo ainda no século dezoito, ou seja, o problema da desumanidade das prisões não é apenas atual, mas também de outrora.

Assim, resta ao Direito no século vinte e um o encargo de alterar o “*status quo*”, para que a prisão seja um local no qual o recuperando reflita sobre seus atos, transforme-se num homem novo, homem melhor e volte ao convívio social renovado. Deste modo, a beneficiária dos frutos colhidos pela recuperação será toda a sociedade no qual este indivíduo está inserido, que terá um meliante a menos e um homem a mais.

2 A REALIDADE CARCERÁRIA NO BRASIL: CRÍTICA E DESILUSÃO

Loïc Wacquant inicia sua obra “*As prisões da miséria*” com uma frase impactante que nos apresenta a verdadeira faceta de nosso sistema penitenciário, nos seguintes termos:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. (WACQUANT, 2001, p.4).

Uma afirmação pertinente à questão da pena, principalmente em relação ao caso brasileiro, que demonstra a fragilidade de nosso ordenamento político, seja em relação

ao legislativo, ao administrativo ou ao judiciário, em tratar da questão do crime e do criminoso, fazendo com que os indicadores do crime aumentem a cada ano, e de maneira assustadora. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, havia no ano de 2007 um total de 422.590 presos no Brasil (INFOPEN, 2007, *site*), valor bem superior em relação ao ano anterior de 2006, quando havia 401.236 presos no sistema penitenciário (INFOPEN, 2006, *site*), o que demonstra um aumento de aproximadamente cinco por cento nos índices.

Isso demonstra claramente, conforme afirmação de Wacquant, que há uma alternativa do Estado em se dedicar ao tratamento penal e não ao tratamento social da miséria, o que faz com que o Estado regrida em relação à escalada da criminalidade (WACQUANT, 2001, p.4). E somado a isso, há o desrespeito aos direitos humanos no Brasil, ou seja, além de se punir uma classe social desprestigiada, há uma segunda punição, quando estes já dentro de um sistema excludente, são vítimas de maus-tratos por parte do Estado. Um texto interessante da Anistia Internacional, intitulado “*Las Cárceles del Terror*”, traz uma passagem impressionante, e que ao mesmo tempo faz com que sintamos vergonha de nossa realidade:

Em 10 de dezembro de 1998, dia do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 400 reclusos da cadeia municipal de Osasco, em São Paulo, foram arrastados para fora de suas celas pela polícia e obrigados a correr entre duas filas de policiais que, à medida em que passavam, lhes aplicavam golpes e chutes, observados pelo juiz que autorizou a “operação. (AMNISTÍA INTERNACIONAL, *site*, tradução nossa).[6]

A passagem lembra os tempos de barbárie vividos no holocausto nazista, ou o período militar no Brasil, onde espancamentos eram comuns, e a tortura era empregada como “meio eficaz” de se investigar crimes e descobrir autores, como se o corpo humano fosse imune a todo o tipo de humilhação e não resistisse à dor, ou seja, uma confissão sob tortura era natural e capaz de se demonstrar o verdadeiro criminoso. Coisas que deveriam ter sido apagadas de nossa memória e que teriam que ficar apenas gravadas em páginas de livros de História, o que de fato não acontece. No Brasil há um paradoxo interessante, este se referindo à situação de que:

[...] a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das forças da ordem. O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da “pimentinha” e do “pau-de-arara” para fazer os suspeitos “confessarem”), as execuções sumárias e os “desaparecimentos” inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. (WACQUANT, 2001, p.5).

É uma situação visível, inclusive para pesquisadores estrangeiros, como é o caso de Wacquant. Ou seja, a violência perpetrada pela polícia brasileira não é conhecida apenas aqui, é algo que extrapola nossas fronteiras, sendo alvo de críticas de toda a comunidade internacional. Wacquant continua discorrendo e nos mostra dados assustadores: “durante o ano de 1992, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis – contra 24 mortos pela polícia de Nova York e 25 pela de Los Angeles -, o que representa um quarto das vítimas de morte violenta da metrópole naquele ano.” (WACQUANT, 2001, p.5).

Deste modo, é comum a privatização da segurança pública, a classe abastada se defende como pode, contratando seguranças particulares, com cercas eletrificadas. Mas os locais mais suscetíveis à violência sempre estão desprotegidos, como exemplo os subúrbios e as favelas. A situação brasileira é de iminente guerra civil!

A *Human Rights Watch*, organização internacional de direitos humanos, divulgou no ano de 1998 um estudo intitulado “*O Brasil atrás das grades*”, estudo este fruto de uma pesquisa levada a cabo de setembro de 1997 a abril de 1998, quando então foram visitados cerca de quarenta presídios, delegacias, cadeias, sendo entrevistados presos, juízes, advogados, promotores, membros da Pastoral Carcerária. Já no prefácio da obra há a seguinte afirmativa:

Os problemas nas prisões do Brasil representam uma consequência lógica de duas décadas de elevadas taxas de criminalidade, aumento da pressão pública em favor do ‘endurecimento’ contra o crime e a contínua negligência dos políticos. (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 1998, prefácio).

Todavia, há que se afirmar que não é objetivo principal do presente trabalho discorrer sobre a realidade prisional no Brasil, sob pena de se o atrevermos, elaborarmos um tratado sobre o tema, mas temos que deixar algumas pinceladas sobre a realidade prisional brasileira, preocupante e decepcionante, estando o Brasil entre os piores índices em relação aos direitos humanos em relatórios anuais apresentados pela *Human Rights Watch*.

Entre os problemas mais graves apontados pela organização no Brasil, destacam-se a superlotação, execução sumária de presos, condições horríveis de detenção. Com o fim do regime militar ditatorial, esperava-se que o país saísse da fase de desrespeito aos direitos humanos, principalmente em relação aos presos e condenados, mas o que tem sido percebido é uma violência institucionalizada no Brasil, sem-terra, negros, pobres, todos são vítimas de um sistema prisional excludente e elitista. Ainda no prefácio do relatório, há alguns dados comparativos que demonstram a escalada do crime no Brasil:

No estado do Rio de Janeiro, onde a onda de crimes no Brasil é mais visível, o número de homicídios triplicou durante os anos de recessão e estagnação econômica, subindo de 2.826 homicídios em 1980 para 8.408 homicídios em 1994. De forma paralela, o índice

de homicídios no estado de São Paulo subiu de 14,62 por 100.000 habitantes em 1981 para 44,89 por 100.000 habitantes em 1995. (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 1998, prefácio).

Interessante notar que o relatório comenta abusos cometidos em cadeias, delegacias em diversos Estados do Brasil, em Minas Gerais há relatos de violência cometidos na Penitenciária Nelson Hungria e no Departamento de Investigações. Um preso do Departamento de Investigações relata:

Quando teve uma tentativa de fuga aqui em outubro a Polícia Civil entrou. A cela número sete estava cavando um túnel. Tinha uns trinta de nós em uma cela. A polícia levou a gente para o pátio completamente nus. Havia uns quinze policiais com uma mangueira. Eles armaram um corredor polonês e a gente teve que correr através dele. Eles batiam na gente com paus tipo bastões de beisebol. Todos os policiais participaram. A gente teve que passar por isto, um por um. (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 1998).

Um jovem preso da penitenciária Nelson Hungria na cidade de Contagem também relata:

Eu estava no pátio com os outros presos quando aconteceu. Eles me levaram para minha cela e fizeram eu tirar minhas roupas. Havia três deles, Juscelino, que é o chefe da segurança, Milton e um outro rapaz, e eles começaram a bater em mim e a me chutar. Eles também me deram um "telefone". Meus ouvidos ainda estão doendo daquilo. Então eles me levaram para o prédio da administração para falar com o diretor. Foi então que a minha irmã me viu, porque ela estava lá tentando me visitar e saber onde eu estava. Eles não me deixaram ver minha irmã. (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 1998).

Esses são apenas alguns relatos sobre a realidade prisional no país: violência física, violência moral, péssimas condições de higiene, contágio de doenças, superlotação, falta de ocupação, ausência de terapia laboral, dentre outros, são os principais problemas apontados pelo relatório, e que são também apenas o retrato de uma situação que piora a cada dia. Salientamos ainda que, não irá se discutir aqui o Massacre do Carandiru e outros não menos impactantes que ocorreram nos últimos anos em nosso país, pois do contrário, todo um tratado surgiria!

3 O SISTEMA DA PENSILVÂNIA OU DA FILADÉLFIA

O Sistema da Pensilvânia, ou da Filadélfia, também chamado de celular ou de isolamento solitário, em inglês (*solitary confinement*), foi adotado pela primeira vez no ano de 1776 em *Walnut Street Jail*, prisão essa construída pelos *quacres*, inspirados pelas idéias de Beccaria e de Howard. No ano de 1787 foi fundada a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*. É de se ressaltar o caráter filantrópico de sua instituição, estando insculpido no ato constitutivo da sociedade:

Quando nós consideramos que – afirma-se no prefácio – que os deveres de caridade que se fundam nos preceitos e nos exemplos do Fundador da Cristandade não podem ser apagados pelos pecados e pelos delitos dos nossos irmãos criminosos (...) tudo isso nos induz a estender a nossa compaixão àquela parte da humanidade que é escrava dessas misérias. Mas com humanidade o seu injusto sofrimento deve ser prevenido (...) (MELOSSI e PAVARINI, 2006, p.187).

Este sistema previa o isolamento do recuperando durante todo o dia, não havia trabalho, ficando o mesmo em total ociosidade, permanecendo confinado em cela individual, sendo também proibido o uso de bebidas alcoólicas. Visitas eram proibidas, a não ser a do capelão, dos membros da *Pennsylvania Prison Society*, entidade que administrava o presídio, ou do diretor do estabelecimento. Assim, o recuperando ficava em oração durante grande parte do dia, com leitura constante da Bíblia Sagrada, com o objetivo de que o recuperando refletisse sobre o seu crime, para isso, o silêncio era fundamental. Nesses moldes, César Barros Leal nos traz:

O regime, que alguns qualificavam como “morte em vida”, foi usado pela primeira vez na *Walnut Street Jail*, erguida em 1776, e depois na *Eastern Penitentiary*, edificada em 1829, sendo adotado em outras prisões dos Estados Unidos e especialmente na Europa. (BARROS LEAL, 2001, p.13).

O mesmo César Barros Leal continua, afirmando que tal sistema existia em alguns países até início do século vinte e um, (BARROS LEAL, 2001, p.13). Ou seja, um sistema tão severo e improdutivo, no qual não havia trabalho, sendo efetivado em alguns países, ferindo assim, a dignidade da pessoa humana, que mesmo estando privada de seus direitos políticos, tem o direito de poder exercer atividade laboral, não somente para sua auto-estima, como também para seu desenvolvimento humano, gerando efeitos benéficos a toda o país, que terá mais um cidadão consciente e

“recuperado”, e não mais um formando da “faculdade do crime”, na expressão de Nelson Hungria. Já Cezar Robert Bitencourt citando Marco del Pont, afirma que:

Entre as pessoas que mais influenciaram podem-se citar Benjamin Franklin e William Bradford. Benjamin Franklin difundiu as idéias de Howard, especialmente no que se refere ao isolamento do preso, que será uma das características fundamentais do sistema celular pensilvânico. (BITENCOURT, 2008, p.125).

O isolamento em celas individuais foi previsto apenas para os presos de maior periculosidade, os outros foram mantidos em celas comuns, onde então oravam e trabalhavam durante o dia, com o intuito de se “salvar tantas criaturas infelizes”. (MELOSSI e PAVARINI, 2006, p.168).

A experiência em *Walnut Street* com o passar do tempo, foi fracassando, a causa principal, de acordo com BITENCOURT, foi o aumento excessivo da população penal que lá se encontrava recolhida. (BITENCOURT, 2008, p.126).

Com a pressão ocasionada por esse fracasso, foram construídos mais dois estabelecimentos prisionais, nos quais os prisioneiros seriam encarcerados separadamente: a *Western Penitentiary*, situada em Pittsburg, terminada em 1818, e a *Eastern Penitentiary*, esta terminada em 1829. Na *Western Penitentiary* (prisão ocidental), o isolamento era absoluto, não era admitido o trabalho, já na *Eastern Penitentiary*, o trabalho era permitido, o que não aliviava a questão do isolamento, visto serem os trabalhos insossos.

MELOSSI e PAVARINI, citados por BITENCOURT, afirmam que o sistema pensilvânico, pelo fato do isolamento e silêncio absolutos, satisfaz as exigências de instituições que requeiram a presença de pessoas sob uma vigilância única, o que se aplica também a fábricas, hospitais, escolas. Tal sistema não tem o desiderato de recuperar o preso, mas sim de mantê-los como eficiente meio de dominação. (BITENCOURT, 2008, p.127). Há, notadamente, um caráter místico e religioso nesse sistema, tendo caráter punitivo e retributivo, não se preocupando com a recuperação do homem.

4 O SISTEMA AUBURNIANO

O sistema auburniano, ou “*silent system*”, tem como características o trabalho em comum durante o dia, esse no mais absoluto silêncio e o recolhimento isolado no

período da noite. Os detentos não podem conversar entre si, apenas com os carcereiros e com a direção do estabelecimento. Michel Foucault vê nesse sistema uma relação de poder, no qual poucos podem controlar muitos, não percebendo nenhum caráter pedagógico no mesmo. (FOUCAULT, 1995).

BITENCOURT registra, historicamente, o ambiente americano antes da construção da prisão de *Auburn* nos seguintes termos:

Em 1796 o governador Jhon Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular. Nesse mesmo ano ocorreram mudanças importantes nas sanções penais, substituindo-se a pena de morte e os castigos corporais pela pena de prisão, conseqüência direta das informações colhidas pela comissão anteriormente referida. Em 1797 foi inaugurada a prisão de *Newgate*. Como referido estabelecimento era muito pequeno, foi impossível desenvolver o sistema de confinamento solitário. E, diante dos resultados insatisfatórios, em 1809 foi proposta a construção de outra prisão no interior do Estado para absorver o número crescente de delinqüentes. (BITENCOURT, 2008, p.127).

Newgate, a primeira prisão nova-iorquina, não é lembrada nos dias atuais, não tendo gerado frutos para o sistema correccional do futuro, além de não ter durado por muito tempo, tendo sido fechada trinta e um anos depois de construída. Essa foi construída como esperança para o crime, e em pouco tempo demonstrou suas mazelas, já estando fadada ao fracasso.

Como *Newgate* não conseguiu absorver todos os delinqüentes, estes em número crescente nos Estados Unidos de então, foi autorizada, no ano de 1816, a construção da prisão de *Auburn*, a qual havia sido solicitada ainda no ano de 1809. Parte do edifício era destinada ao isolamento, Bitencourt nos conta que: “De acordo com uma ordem em 1821, os prisioneiros de *Auburn* foram divididos em três categorias [...]”. (BITENCOURT, 2008, p.127). A primeira das categorias era a dos delinqüentes contumazes, os quais ficariam em celas individuais continuamente; a segunda era a dos menos contumazes, os quais ficariam isolados por três dias e teriam autorização para o trabalho; e a terceira era a daqueles presos que tinham um comportamento razoável, os quais poderiam ser integrados à sociedade de maneira mais fácil, esses últimos ficavam isolados apenas no período noturno, podendo trabalhar em conjunto durante o dia. Mas, diante de um sistema tão severo e brutal, percebe-se o fracasso do mesmo, Bitencourt nos traz:

Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. (BITENCOURT, 2008, p.128).

Após a investigação do problema por uma comissão, o sistema de confinamento foi abolido no ano de 1824. Mas foram mantidos o trabalho em comum durante o dia, sob o mais absoluto silêncio e o recolhimento solitário à noite.

O sistema auburniano surge como tentativa de se corrigir as mazelas e erros peculiares ao sistema da Pensilvânia, o qual como exposto, não tinha o objetivo primário de recuperar o preso, mas somente manter a ordem sob vigilância única. O homem não era o fim, o sujeito do sistema, mas sim seu objeto. *Auburn* ganhou notoriedade internacional, sendo denominada pela influente *Boston Prison Discipline Society* como “provavelmente a melhor prisão no mundo... um modelo valioso para ser copiado”. O sistema auburniano foi estudado por autores do quilate de Alexis de Tocqueville e Gustave de Beaumont, os quais iriam levar o modelo para a França.

É de se salientar que o trabalho no sistema auburniano, posteriormente, em decorrência dos movimentos sindicais contrários aos trabalhos nas cadeias, entra em estágio de falência. O trabalho em presídios não é bem visto pelo fato de o mesmo prejudicar os empresários asseclas do trabalho livre, pois o trabalho do preso é mais barato do que o trabalho na iniciativa livre, o que faz com que o mesmo perca espaço de comércio para o trabalho gerado pelos encarcerados. Esse é inclusive um dos fatores da própria crise do sistema auburniano, somada à característica eminentemente militar do sistema, o que fazia com que castigos desumanos e desnecessários fossem corriqueiramente praticados, não gerando nenhum resultado benéfico, apenas sendo fator demonstrador do ódio humano, e o desejo de estabelecer uma relação de poder egoísta, trazendo novamente a filosofia de Foucault. (FOUCAULT, 1995).

Pode-se afirmar, de acordo com Bitencourt, traçando um paralelo entre os sistemas celular e auburniano, que o sistema pensilvânico (ou celular) tem inspiração mística e religiosa, enquanto que o sistema auburniano visa atender interesses econômicos. Todavia, ambos têm em comum o aspecto de se instituir um conceito punitivo e retributivo de pena, não se preocupando com a reinserção social do apenado. (BITENCOURT, 2008, p.129). E vai além ao explicar esse caráter punitivo dos dois sistemas:

As concepções variam de propósitos de acordo com o desenvolvimento histórico-social. Para os homens do século XIX, o castigo dentro de certas condições era considerado como um meio apropriado para a correção do delinqüente. Não negavam a necessidade do castigo e consideravam que este podia conseguir a reforma e o arrependimento do delinqüente. Essa concepção nasce a partir do momento em que a pena privativa de liberdade converteu-se em sanção penal propriamente dita. (BITENCOURT, 2008, p.129).

A finalidade ressocializadora se dava através do isolamento, a prática cristã, orações, trabalho. Há de se salientar que a Europa preferiu adotar o sistema pensilvânico, pois não precisava, à época, de trabalho prisional, havendo bastantes forças produtivas, estando interessada em um sistema que primasse pelo caráter punitivo. De outro lado, os Estados Unidos aderiram ao sistema auburniano. Há de se salientar que o sistema

auburniano, o qual é uma das bases do sistema progressivo, traz mais vantagens ao Estado em comparação com o sistema pensilvânico.

5 O SISTEMA PROGRESSIVO

Antes de apresentar a definição de sistema progressivo, deve-se salientar que na verdade não há somente um sistema progressivo, mas sim sistemas progressivos, ou seja, sendo todos espécies do gênero sistema progressivo. O sistema progressivo é decorrência do período de humanização do Direito Penal ocorrido no século dezoito, abandonando-se a pena de morte e sendo consolidada a pena privativa de liberdade, por intermédio da qual o recuperando poderá progredir de regime. Busca-se novamente os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. (BITENCOURT, 2008, p.130).

É de curial importância salientar que, por intermédio do sistema progressivo, o recuperando poderá retornar ao convívio social antes mesmo do término da sua pena, o que traz ao mesmo um sentimento de valorização, ao contrário do que ocorre em sistemas desumanos, nos quais o recuperando perde a esperança de um dia poder voltar ao convívio em sociedade, não sobrando a ele nada mais que viver o momento atual de sua expiação, com essa valorização humana, o recuperando sentirá tentado a ter boa conduta carcerária e assim poder esperar o grande dia, o dia de sua volta ao convívio social fora dos muros, quando então toda sua família estará por ele esperando, e ele se imagina saindo da penitenciária levando de volta para casa sua sacola com os pertences e olhando para trás e despedindo dos companheiros de cadeia. São espécies do sistema progressivo: o sistema progressivo inglês ou “*mark system*”, o sistema progressivo irlandês e o sistema de Montesinos, ambos importantes para a solidificação do modelo progressivo. Dentre um sistema progressivo atual destacamos o Método APAC, à frente estudado.

5.1 O SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS – “MARK SYSTEM”

O sistema progressivo inglês, ou também chamado de “*mark system*”, foi instituído no ano de 1840 pelo capitão Alexander Maconochie na Ilha Norfolk na Austrália, colônia inglesa à época de sua criação. A Austrália foi durante muito tempo local de encaminhamento dos condenados ingleses, antes disso, o destino de muitos era os Estados Unidos da América. Porém, com a Independência Norte-Americana no século dezoito, o destino passou a ser a Austrália.

O primeiro desembarque de apenados se deu no ano de 1788, quando então foram fundadas duas colônias, uma no local posteriormente conhecido como Sidney e outra na Ilha de Norfolk, conforme afirma Beatriz Tébar Vilches em sua tese de doutoramento pela Universidade Autônoma de Barçela: “*El modelo de libertad condicional español*”. (VILCHES, 2004, p. 27). É de se ressaltar que outras colônias penais são instituídas posteriormente em outras localidades da Austrália, mas é na Ilha de Norfolk onde Maconochie institui seu sistema progressivo. De acordo com Vilches

Maconochie ocupa seu primeiro posto na administração penitenciária em Van Diemen’s Land, colônia fundada no ano de 1803, à qual Maconochie chega no ano de 1837. A partir de sua observação sobre o funcionamento desta colônia penitenciária, Maconochie começa a refletir sobre a organização, disciplina, cuidado dos presos, elaborando um sistema penitenciário que divulga em diversos escritos. Em 1839, o governo britânico oferece a Maconochie a oportunidade de colocar em prática o seu sistema em Norfolk. Em 6 de março de 1840, Maconochie chega a Norfolk como governador da referida colônia penitenciária. Inicialmente, se encarrega de aplicar seu sistema unicamente aos novos deportados não reincidentes, mas finalmente Maconochie aplica suas idéias em toda a colônia penitenciária. (VILCHES, 2004, pp.32-33, tradução nossa).[7]

O sistema de Maconochie dividia-se em três períodos: o primeiro o isolamento celular diurno e noturno, durante o qual o apenado iria refletir sobre o seu crime, chamado período de provas. Durante esse período o apenado podia ser submetido a trabalho obrigatório e receber comida escassa; após essa primeira fase, o apenado era recolhido às *public workhouses*, onde havia o trabalho comum em silêncio absoluto e o recolhimento durante o período noturno de modo isolado. Essa fase era dividida em “marcas”, daí o nome *mark system*, o condenado ia recebendo marcas, após receber a terceira marca, ele então era encaminhado à terceira fase do sistema, a liberdade condicional, quando então o condenado era agraciado com uma liberdade condicional, respeitando as condições, ele após certo tempo, recebia a liberdade definitiva.

5.2 O SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS

O sistema progressivo inglês de Maconochie alcançou relativo sucesso. Porém, mais do que isso, é necessário preparar o recluso para a vida após a liberdade. Esse foi o grande mérito de Walter Crofton, o diretor das prisões na Irlanda, de acordo com Bitencourt “tido por alguns como o verdadeiro criador do sistema progressivo.” (BITENCOURT, 2008, p.132). Crofton aperfeiçoou o sistema de Maconochie, criando o estabelecimento das “prisões intermediárias”, as quais são um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, como meio de prova de aptidão do recluso para retornar à vida livre. O sistema de Crofton se divide em quatro fases: na primeira fase havia a reclusão celular diurna e noturna, ficando os reclusos incomunicáveis, recebendo alimentação reduzida; na segunda fase com a reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, assim como no sistema auburniano, havendo a obrigação do silêncio absoluto. Nesta fase há a divisão dos reclusos em classes e a progressão através de marcas. Após superar essa fase, o recluso evoluía para uma fase mais liberal, de acordo com Bitencourt:

A passagem de uma classe para outra, aqui como no sistema inglês, significava uma evolução do isolamento celular absoluto para um estágio mais liberal, propiciando a aquisição gradual de privilégios e recompensas materiais, maior confiança e liberdade. (BITENCOURT, 2008, p.133).

A terceira fase consistia no período intermediário, a novidade de Crofton, sendo o intermédio entre a prisão comum fechada e a liberdade condicional. A pena aqui era cumprida em prisões especiais, exercendo o recluso trabalho ao ar livre, fora do estabelecimento, preferencialmente trabalho agrícola. O trabalho era cumprido “em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão”. (NEUMAN *apud* BITENCOURT, 2008, p.133). Os reclusos dormiam em barracas desmontáveis, como verdadeiros trabalhadores itinerantes.

Após cumprida essa fase, o condenado entrava na fase da liberdade condicional, aqui nos mesmos moldes do sistema inglês, tendo inicialmente algumas restrições, sendo as mesmas diminuídas progressivamente, até que o condenado receba a liberdade plena. É de se ressaltar, de acordo com Bitencourt, que o sistema obteve grande sucesso, sendo adotado em diversos países. (BITENCOURT, 2008, p.133). Porém, o sistema progressivo começou a ser questionado no século vinte:

Apesar da difusão e do predomínio que o sistema progressivo alcançou, nas últimas décadas (especialmente a partir do Congresso de Berlim em 1933), sua efetividade tem sido questionada e sofreu modificações substanciais. Por exemplo, na ordenança alemã de 22 de julho de 1940, prescindiu-se desse regime de execução penal. Também na

Suécia foi abandonado, especialmente a partir da Lei de Execução Penal, de 21 de dezembro de 1945, embora sem suprimir o conceito de progressividade no tratamento dos reclusos. Também na Dinamarca, a partir de 1947, o regime progressivo foi simplificado e recebeu maior flexibilidade. (BITENCOURT, 2008, p.133).

O sistema irlandês alcançou sucesso considerável, tal sucesso foi ocasionado pela inteligência de Walter Crofton e pelas freqüentes melhorias introduzidas por ele na prática do sistema inglês. (RIBOT *apud* BITENCOURT, 2008, p.133), tendo sido marcante em sua época, mas com algumas falhas, incompletudes, como por exemplo, a omissão em relação à educação dos condenados. Não há como mudar um homem sem prepará-lo educacionalmente e culturalmente, aqui um dos trunfos do Método APAC, o qual será estudado no próximo capítulo.

5.3 O SISTEMA DE MONTESINOS

A experiência do coronel Manoel Montesinos y Molina data de 1835 a 1850 como diretor do presídio de Sán Agustín de Valencia na Espanha. Seu sistema impõe como última fase a liberação dos detentos que tenham dado mostras de trabalho e boa conduta, sendo seu trabalho precursor de vários dos princípios penitenciários contemporâneos. O sistema de Montesinos tem como postulados básicos os seguintes: em primeiro lugar, o objetivo principal da pena deve ser a reforma, ressocialização do condenado, sendo este o sustentáculo de seu sistema. Montesinos também admite como objetivo da pena a prevenção geral negativa. Em segundo lugar, o trabalho deve ser ponto chave no processo de ressocialização do preso, não um trabalho qualquer, mas um trabalho que o mesmo possa exercer ao deixar o presídio; por último, o respeito à dignidade do preso e o tratamento igualitário ao mesmo. O preso voltará à convivência social, afirma Montesinos, por isso não deve ser inculcado no mesmo, raiva e ódio, gerando no mesmo sentimento de vingança, o qual será manifestado quando o mesmo sair, prejudicando mais a ordem social. Conforme afirma Beatriz Tébar Vilches em sua tese de doutoramento pela Universidade Autônoma de Barcela: *El modelo de libertad condicional español*:

Com o tratamento digno e igualitário aos condenados Montesinos pretende três finalidades. Por uma parte ser conseqüente com o fim reformador da pena e facilita-lo. Por outra, legitimar-se ante os condenados, pois esses vêem que são tratados como pessoas e que não existem favoritismos, o qual gera sua confiança ante o sistema. Finalmente esta confiança ajuda a manter a disciplina no centro penitenciário. (VILCHES, 2004, p. 27).

Montesinos não teve nenhuma experiência penitenciária antes de trabalhar como diretor do presídio de San Agustín de Valencia, como ele mesmo escreve em suas memórias:

Sem modelo algum na Espanha para imitar, e também sem antecedentes onde me instruir de um ramo da administração desconhecido entre nós, qualquer um compreenderá os obstáculos que vão rodear meu empenho de aprender a teoria pela prática, e de inventar (por assim dizer) um sistema, que sem ser o mais acertado, foi ao menos conveniente para que o governo o aceitasse como tolerável. (MONTESINOS, 1846, p. 250, tradução nossa).[8]

Montesinos estuda o livro “*Descripción de los más célebres establecimientos de Europa y Estados Unidos*” de autoria de Marcial Antonio López, por intermédio da mesma, Montesinos toma conhecimento da realidade carcerária da Europa e dos Estados Unidos, seus acertos e fracassos. A obra serve como referencial para que o mesmo formule o seu sistema penitenciário.

O sistema de Montesinos se divide em três fases: a fase dos ferros, a fase do trabalho e a fase da liberdade intermediária. Durante a primeira fase, o preso deve carregar grilhões de ferro, esses de acordo com o tempo de condenação. Com o seu desenvolvimento, o peso dos ferros vão sendo diminuídos, tudo em decorrência do trabalho. O trabalho desempenhado pelos condenados será de acordo com suas aptidões e talentos, os mesmos desempenharão ofícios pertinentes à sua vida profissional, ou dentro daquilo que mais lhes atraem. É importante que o sistema de Montesinos fez com que os índices de reincidência fossem diminuídos em todos os países onde o mesmo foi adotado.

Bitencourt afirma que “entre suas qualidades mais marcantes encontram-se a poderosa força de vontade e sua capacidade para influir eficazmente no espírito dos reclusos.” (BITENCOURT, 2008, p.133). Montesinos conseguiu o respeito dos encarcerados não pelo castigo, o que é comum nos dias atuais, mas sim pelo seu valor moral, sendo um líder autêntico entre os mesmos.

As relações entre os reclusos se davam pelo respeito e confiança mútuos, criando sentimentos de cordialidade entre os recuperandos, os quais então percebiam que todos estavam com um mesmo objetivo, a ressocialização.

6 O MÉTODO APAC

O método apaqueano, tradicionalmente conhecido por Método APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – genuinamente brasileiro, nasceu na cidade paulista de São José dos Campos, no ano de 1972, tendo como fundador o advogado Mário Ottoboni. É “um método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, logrando, dessa forma, o propósito de proteger a sociedade e promover a justiça”. (OTTOBONI, 2004, p. 23). Quando surgiu, o objetivo se restringia ao trabalho com os recuperandos da cadeia pública de São José dos Campos, não tendo a pretensão de ser difundido mundialmente, como hoje o é verdade, conforme afirma o próprio Ottoboni.

Naquela oportunidade, pensamos em desenvolver um trabalho com a população prisional da única cadeia existente na mencionada cidade, com o objetivo único de amenizar as aflições de uma população sempre sobressaltada com as constantes rebeliões e atos de inconformismo dos presos que viviam amontoados no estabelecimento situado na região central da cidade. (OTTOBONI, 2004 p.23).

O Método APAC com o passar do tempo, ganhando dimensão e legitimidade devido a seus empolgantes índices, começou a se expandir para outros Estados da federação e até para o exterior, sempre tendo a experiência do próprio recuperando como exemplo principal do trabalho, o qual busca através do respeito ao mesmo seu retorno paulatino, sua volta ao convívio social. Inicialmente a sigla APAC tinha outro significado: “*Amando o Próximo, Amarás a Cristo*”, demonstrando o caráter religioso do método, o qual tem como bases a fé cristã e o conhecimento pelo homem do amor de Deus.

É de se ressaltar que o Método APAC tem uma característica bastante semelhante aos postulados defendidos por Alessandro Baratta, que, dentre outros, defende a abolição da prisão, sugerindo novas formas de autogestão social em relação à delinquência. Conforme leciona Bitencourt:

A abolição da prisão supõe o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade no campo de controle da delinquência. Tais *formas autogestionárias* de controle da delinquência exigiriam a colaboração das entidades locais e das *associações obreiras*, a fim de evitar o isolamento social que sofre o infrator quando é recolhido a uma instituição penitenciária. Essa transformação implicaria a abolição da instituição penitenciária fechada e a utilização da prisão aberta. (BITENCOURT, 2008, p.119).

Bitencourt não acredita que essa possibilidade seja alcançada num futuro próximo, mas sim num futuro distante, arrolando empecilhos à sua rápida efetivação, dentre os quais o mesmo cita: em primeiro lugar, a prisão não pode ser suprimida, deve haver a sua reforma, mas como meio de controle social é imprescindível à sociedade; em segundo lugar, os obreiros e as associações comuns não estariam dispostos a assumir o controle da delinquência; por último, afirma que a pena privativa de liberdade não pode ter sua

execução aberta, haja vista existirem presos com índole mais perigosa que outros. Deste modo, não há como dar tratamento igual a todos os tipos de atos criminosos.

Em relação ao segundo argumento de Bitencourt, é de se concordar com o mesmo. Realmente e, infelizmente, a APAC não é bem recebida por algumas camadas da sociedade. Em localidades onde a APAC está instalada, muitas pessoas afirmam que a mesma serve para defender criminosos, e os voluntários são vistos pela comunidade de maneira negativa, a qual não entende a filosofia do método.

A APAC defende a participação da sociedade no cuidado com seus recuperandos, gerando assim a possibilidade efetiva de ressocialização dos mesmos, os quais perceberão o zelo e interesse social pelo seu retorno ao convívio social. E considera a apatia e o distanciamento da população em relações às questões prisionais como elemento perturbador de tal ressocialização, principalmente, nos dias atuais em que a população se encontra aterrorizada com os altíssimos índices de violência, mormente no Brasil, muitas vezes defendendo a efetivação da pena de morte e o uso da tortura como condicionantes da paz social, da diminuição da criminalidade. Obviamente que de maneira ingênua e até mesmo como modo de retirar de si a parcela, mesmo que seja mínima, de responsabilidade com os problemas sociais.

Dentre os nomes do método apaqueano está o do advogado Franz de Castro Holzwarth, morto metralhado pela polícia em 1981, quando era refém de presos rebeldes. Existindo, inclusive, proposta de canonização do mesmo, tornando-se patrono dos presos e condenados da justiça, conforme entrevista com a participação de Mário Ottoboni, Mário Celso Candelária Bernardes Ottoboni, e Padre Dimas de Paula Inácio e da Irmã Célia Cardorin da Congregação Irmãzinhas da Imaculada Conceição, realizada na capital paulista no dia 5 de maio de 2008, conforme noticiado na Gazeta Apaqueana de junho de 2008.

Estruturalmente, o Método APAC se baseia no sistema progressivo, com o intuito de devolver o recuperando realmente recuperado à sociedade. Tendo como elementos principais a participação da comunidade, aqui a semelhança mais uma vez com a teoria de Baratta, a comunidade deve despertar para o fato de que o Estado não conseguiu tomar conta da função essencial da pena. Dentro do método, os voluntários (pessoas da comunidade, familiares dos recuperandos, médicos, psicólogos, advogados, pedreiros) têm função primordial, auxiliando na manutenção estrutural do estabelecimento prisional.

O método prima também pelo lado espiritual. Nesses moldes, há diversos retiros espirituais, com a participação dos recuperandos e de suas famílias, as famílias participam ativamente do processo de recuperação, inexistindo aquela angústia de outros estabelecimentos prisionais, nos quais há distância efetiva entre os presos e seus familiares, fazendo aumentar os índices de fuga e reincidência, gerando nos presos o sentimento de vingança. Um segundo item importante é o fato de o próprio recuperando ajudar ao outro, os mais saudáveis ajudam os doentes, assim como os mais novos os mais velhos. Nos dizeres de Ottoboni:

É fundamental ensinar o recuperando a viver em comunidade, a acudir o irmão que está doente, a ajudar os mais idosos e, quando for o caso, a prestar atendimento no corredor do presídio, na copa, na cantina, na farmácia, na secretaria etc. (OTTOBONI, 2004, P.67).

Ao se entrar num estabelecimento com o método implantado, já de início será notada a administração desse pelos próprios recuperandos, com um recuperando responsável pela portaria. Não há polícia, mas sim a vigilância pelos próprios recuperandos. A cozinha é de responsabilidade dos mesmos, assim como o auxílio em assuntos burocráticos e administrativos.

Para efetivar esse quesito, foram criados diversos alguns órgãos internos, dentre os quais a Representação de Cela que tem o objetivo de manter a harmonia entre os recuperandos, manter a higiene das celas, treinando líderes, havendo o rompimento dos tradicionais “códigos de honra”.

Há também o Conselho de Sinceridade e Solidariedade, órgão opinativo, cujo representante é escolhido pela diretoria da APAC por prazo indeterminado. O Conselho tem como funções principais opinar sobre a disciplina, segurança, distribuição de tarefas, realização de reformas, promoção de festas, celebrações, etc. Outro item fundamental do método é o trabalho. Mas, nos dizeres de Ottoboni, ele não é o único elemento recuperador do ser humano.

Existem muitas pessoas que pensam, de forma equivocada, que tão-somente o trabalho recupera o ser humano. Mas isso não é verdade. Se o fosse, muitos países do primeiro mundo, sobretudo aqueles que instituíram as prisões privadas, teriam encontrado a solução para o problema. (OTTOBONI, 2004, p.69).

O trabalho deve começar no regime fechado, sendo recomendados os trabalhos laborterápicos (artesanais) para esse regime. Deste modo, existe uma oficina laborterápica dentro do estabelecimento. No regime semi-aberto haverá o trabalho através de oficinas, aqui já inicializando a fase da especialização. É de se ressaltar que é frutífero o trabalho dentre do Método que diversas entidades industriais possuem convênio dentro dos estabelecimentos, inclusive ministrando cursos profissionalizantes. Já no regime aberto, os recuperandos, já preparados para o mercado de trabalho, exercem diversas tarefas em estabelecimentos dentro da própria sociedade.

A assistência jurídica é outro trunfo do método. Nele todos os recuperandos cumprem seu prazo de maneira correta, chegando o dia do término de sua condenação, estão livres, inexistindo a possibilidade de já tendo cumprido suas penas, continuarem presos, como é comum no sistema comum. No método, o departamento jurídico acompanha de perto, um por um, o cumprimento da pena. Sabemos que quase a totalidade da população carcerária não possui condições financeiras para contratar um advogado, isso faz com que a situação acima narrada continue ocorrendo.

Além da assistência jurídica, é prestado aos recuperandos assistência médica, odontológica e psicológica dentro do próprio estabelecimento, todos esses serviços são prestados voluntariamente pelos voluntários, os quais passam por um curso dentro da própria APAC.

O ponto alto da metodologia é a Jornada de Libertação com Cristo, a qual se compõe de três dias de reflexão entre os recuperandos, familiares, voluntários. Durante a jornada são apresentados testemunhos, palestras, músicas, mensagens, tais atos têm por objetivo apresentar e repensar o verdadeiro sentido da vida, sendo de extrema importância para a recuperação daqueles que transgrediram as regras da sociedade. Ottoboni explica o procedimento da Jornada:

A Jornada se divide em duas etapas: a primeira preocupa-se em revelar Jesus Cristo aos jornadairos. Sua bondade, autoridade, misericórdia, humildade, senso de justiça e igualdade. Para Deus todos são iguais e titulares dos mesmos direitos. A parábola do filho pródigo é o fio condutor da Jornada, culminando com o retorno ao seio da família, num encontro emocionante do jornadairo com seus parentes. (OTTOBONI, 2004, p.69).

Deste modo, percebe-se a preocupação do método com a dignidade do recuperando, o que reflete nos altos índices de recuperação, muito superiores aos do sistema comum, atingindo os motivantes índices de noventa e dois por cento na APAC da cidade mineira de Itaúna, uma das APAC's modelo em todo o mundo, ensejando assim a implantação do método em várias outras comarcas do Brasil e até mesmo em outros países. O que anima toda a sociedade a trabalhar e acreditar que há solução, basta matar o criminoso e fazer nascer o homem que existe dentro de cada um!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as passagens anteriores, explorando os sistemas penitenciários, dos clássicos ao método brasileiro APAC, viu-se, de maneira sucinta, a realidade carcerária ao longo da história. Com uma reflexão, a qual não necessariamente tem que ser profunda, dá-se para concluir pela falência da prisão, a qual não ressocializa e, nos dias atuais, não previne os crimes, visto ser de praxe frases como: “prisão é para pobre!” e “não tenho medo de cometer crime, pois sei que não serei preso!”. Infelizmente, temos que aceitar que o senso comum *in casu* não é inverídico em muitos casos.

Seguindo a inteligência de John Howard, as prisões não devem servir para destruir as vidas das pessoas, mas como local de reeducação e preparo para o retorno à sociedade, e

em caso de ainda não haver sentença condenatória, como um local para se esperar até o julgamento definitivo. Mas, o que se tem visto através da história das prisões é o contrário, a prisão tem servido como um local sujo, desumano, diabólico, onde o recluso será submetido a todos os tipos de desrespeitos, seja aos direitos humanos, seja em sua dignidade. E depois, de maneira hipócrita e sensacionalista, espera-se que ele saia da mesma como um “homem novo”, mas um homem pior, amargurado e que quer se vingar do sistema que o colocou naquele local, de onde todas as suas lembranças são negativas.

Uma reforma há de ser feita, principalmente no Brasil, onde todos os tipos de barbaridades são cometidos contra a população carcerária. Sendo inclusive comum, mulheres serem encarceradas juntos com os homens, tudo com a conivência e a omissão, em alguns casos, dos altos escalões do poder, incluindo polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, o que foi, há pouco tempo, manchete de jornal em âmbito nacional.

Conforme o ensinamento apaqueano, matar o criminoso e ressucitar o homem, deve-se trabalhar em prol de um sistema penitenciário humano e ressocializador, de onde os encarcerados possam sair e produzir frutos benéficos a toda sociedade, trabalhando em prol da melhoria e desenvolvimento social. Enquanto os encarcerados forem preparados para serem “animais humanos”, verdadeiras feras, e que um dia irão sair das jaulas e voltar para as ruas, a criminalidade continuará a crescer ainda mais.

Dos diversos tipos de sistemas penitenciários tira-se uma lição: do sistema pensilvânico, conclui-se que o homem não nasceu para viver em solidão e muito menos permanecer sem trabalho, improdutivo. O trabalho dignifica o homem, conforme nos ensina o dito popular. Ademais, pode-se ressaltar que a relação entre desemprego, desocupação, ócio, e crime é nítida. Ensina-nos outro dito popular que: “mente vazia é oficina do diabo”! Assim, o sistema pensilvânico peca por manter o preso em total isolamento e por não dar a ele a oportunidade de exercer um trabalho, do qual o mesmo poderá tirar o sustento para sua subsistência.

Do sistema auburniano conclui-se que há muito mais forças por detrás da tentativa de ressocializar, trazer o preso de volta para a sociedade, do que podemos imaginar. O sistema foi, aos poucos, sendo combatido pelo fato de fazer com que os produtos produzidos pelos encarcerados ganhassem o mercado com preços menores, devido à mão-de-obra mais barata, o que desagradou os empresários. Assim, as molas do capitalismo são movidas, o ser humano perde espaço às regras do sistema capitalista, capitalismo perverso e excludente.

O sistema progressivo, em tese, é uma solução bastante razoável para a tentativa de ressocialização do condenado, usando as palavras de Ferri, afirmamos também que “é menos pior que os outros”, apesar de também esse sistema hoje encontrar em crise. Em relação à APAC, podemos nos orgulhar. Além de ser modelo brasileiro, é um modelo que tem apresentado bons resultados, apesar das também inúmeras críticas que lhe são endereçadas. Hoje, com o modelo apaqueano tem se preocupado com a vida do recuperando não só intra-muros, mas também extra-muros, após a sua saída. É valorizada a atividade laboral, os talentos podem ser trabalhados, para aqueles que tiveram a oportunidade de conhecer muitos trabalhos artesanais feitos por vários recuperandos, é impressionante e motivante.

Todavia, fica provado que se não houver vontade efetiva por parte do poder público, tudo não passa de utopia. Continuar-se a tratar o encarcerado como uma fera, fera que deve ser afastada do convívio social, pois são criminosos, desrespeitaram a lei, lei dos homens ou a lei divina, muitas das vezes ambas, outras, somente a lei dos homens.

E a sociedade tem que ter em mente que tratar desumanamente um condenado é maléfico à mesma. Pois quando este condenado ganhar a liberdade, voltará a cometer outros crimes, ficando desestabilizada a paz social, aumentando os já altíssimos índices da criminalidade, mormente no Brasil. Nenhum ser humano quer ser anulado, mas sim tratado com o devido respeito. E há condenados que podem trabalhar em prol da sociedade, basta dar uma chance ao homem que há dentro de cada um. Esta é verdadeira missão do sistema penitenciário!

REFERÊNCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las cárceles del terror*. [19--]. Disponível em:<<http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B89F930F4-456A-48A8-BB7A-2>>. Acesso: 11 mar. 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996.

BARROS LEAL, Cesar. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

BENTHAM, Jeremy. *El Panopticum*. Madrid: Thomson, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1995.

GAZETA APAQUEANA. Itaúna: APAC, n.32, jun.2008, 4p.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso: 19 fev. 2008.

O BRASIL ATRÁS DAS GRADES. Nova Iorque: Human Rights Watch, 1998.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson, 2003.

KROPOTKIN, Piotr. **Las cárceles y su influencia moral sobre los presos**. 1877. Disponível em: <<http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/17/las-carceles-y-su-influencia-moral-sobre-los-presos-p-kropotkin-2/>>. Acesso: 15 jul. 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

REVISTA DE ESTUDOS AVANÇADOS. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, vol 21, n. 61 set. dez. 2007.

VILCHES, Beatriz Tébar. *El modelo de libertad condicional español*. 2004. 290f. Tese (Doutorado) – Universidad Autónoma de Barcelona.

WACQUANT, Loïc. *Prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

[1] Todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal.

[2] El enfrentamiento radical de estos puntos de vista, dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada "lucha de escuelas", que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las "teorías" absolutas de la pena, la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las "teorías" relativas modernas de la pena.

[3] Cuando un hombre ha estado en la cárcel una vez, vuelve. Es inevitable, las estadísticas lo demuestran. Los informes anuales de la administración de justicia penal de Francia muestran que la mitad de los que comparecen ante los jurados y dos quintas partes de los que anualmente comparecen ante los órganos menores por faltas reciben su educación en las cárceles. Casi la mitad de los juzgados por asesinato, y tres cuartas partes de los juzgados por robo con allanamiento son reincidentes. En cuanto a las cárceles modelo, más de un tercio de los presos que salen de estas instituciones supuestamente correctivas vuelven a ser encarcelados en un plazo de doce meses después de su liberación.

[4] Es cierto que estos datos ponen en crisis mucho más que el concepto de reincidencia e indican la urgencia de compatibilizar el discurso jurídico-penal con datos elementales de las ciencias sociales, pero particularmente en este ámbito de la reincidencia resultan demoledores de varias tesis jurídicas, cuyo contenido, desde la perspectiva de las ciencias sociales, resulta trágicamente ingenuo.

[5] ¿Qué debe ser una prisión? La permanencia en un sitio donde se priva de la libertad a individuos que han abusado de ella, para prevenir nuevos crímenes de su parte y para disuadir a otros mediante el terror del ejemplo. Es, además, una casa de corrección en donde hay que proponerse reformar las costumbres de los individuos detenidos, a fin de que su regreso a la libertad no sea una desgracia, ni para la sociedad ni para ellos mismos.

[6] El 10 de diciembre de 1998, día del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 400 reclusos de la cárcel municipal de Osasco, en São Paulo, fueron arrastrados fuera de sus celdas por la policía y obligados a correr entre dos filas de policías que, a medida que pasaban, les propinaban golpes y patadas, observados por el juez que autorizó la "operación".

[7] Maconochie ocupa su primer puesto en la administración penitenciaria en Van Diemen's Land, colonia fundada en el año de 1803, a la que Maconochie llega en 1837. A partir de su observación del funcionamiento de esta colonia penitenciaria, Maconochie empieza a reflexionar sobre la organización, disciplina y cuidado de los presos, elaborando un sistema penitenciaria que divulga en diversos escritos. En 1839 el gobierno británico ofrece a Maconochie la oportunidad de poner en práctica su sistema en Norfolk. El 6 de marzo de 1840 Maconochie llega a Norfolk como gobernador de dicha colonia penitenciaria. En principio se le encarga que aplique su sistema

únicamente a los nuevos deportados no reincidentes, pero finalmente Maconochie aplica sus ideas en toda la colonia penitenciaria.

[8] Sin modelo alguno en España que imitar, y sin antecedentes tampoco, donde instrirme de un ramo de administración, desconocido entre nosotros, cualquiera comprenderá los obstáculos que iban á rodear mi empeño de aprender la teoría por la práctica, y de inventar (por decirlo así) un sistema, que sino el más acertado, fuera al menos bastante conveniente, para que lo aceptase el gobierno como tolerable.

JUSTIÇA RESTAURATIVA, SISTEMA PENAL, DIREITO E DEMOCRACIA – INTERCESSÕES ÉTICO-DISCURSIVAS*

RESTORATIVE JUSTICE, PENAL SYSTEM, LAW AND DEMOCRACY - RELATIONS TO THE DISCOURSE ETHICS

**Eliezer Gomes da Silva
Marcelo Gonçalves Saliba**

RESUMO

O artigo explora os princípios fundamentais e implicações práticas da “justiça restaurativa” para o universo do sistema penal, tendo por postulado teórico de fundo a inserção do novel paradigma nos contemporâneos postulados ético-discursivos do Estado Democrático de Direito. Os autores procuram demonstrar que, embora os esquemas de mediação e conciliação (e a maior atenção às necessidades da vítima) sejam elementos sempre mencionados quando se trata da justiça restaurativa, não se tem dado a devida atenção ao fato de que a maior abertura e flexibilidade do sistema de justiça aos inputs da comunidade e dos próprios envolvidos, bem como a preocupação não apenas na imposição de sanções, mas na superação de um conflito (em sentido amplo), resgatando a dimensão comunicacional do direito, representam o que há de mais arrojado em termos de uma concepção de direito e democracia compatível com as exigências e complexidades da modernidade tardia. Um mundo em sua essência antidogmático, em que a legitimidade das intervenções jurídico-políticas há de necessariamente pressupor um elemento dialógico comum, que tenha um núcleo mínimo de aceitação e consenso. Nesse sentido, os autores começam por realçar os elementos comuns entre o pensamento de Nils CHRISTIE, em seu antológico artigo, e a moldura teórica de HABERMAS (sobretudo a partir de sua obra Direito e Democracia) e passam a demonstrar ao longo do artigo que um diálogo entre o Direito e a democracia, mediado por uma ética discursiva, que se ampare na persistente crença na prevalência da condição humana, revela-se o aspecto mais distintivo e inspirador dos postulados e princípios da justiça restaurativa, com reais perspectivas de resgate da eficácia e legitimidade da justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA RESTAURATIVA; DIREITO; DEMOCRACIA; ÉTICA; DISCURSO; SISTEMA PENAL; JUSTIÇA CRIMINAL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The article focuses on the main principles and practical implications of the “restorative justice” in the context of the criminal justice system. The authors use, as a theoretical framework, the association of the “restorative justice” model with the ethical and discursive foundations of the contemporary democratic rule of law. As the authors show, while the mediation and conciliation schemes (as well as the need to help victims) have been frequently mentioned in analyses of the restorative justice, it has not been given due attention to the fact that the openness and flexibility of the judicial system to the inputs of the community and the parties involved in the conflict (one of the claims of the RJ approach), tend to represent the utmost conception of law and democracy, truly compatible with the demands and complexities of late modernity. A world that is averse to dogmas, a world in which the legitimacy of legal and political interventions requires a dialogical interface, some consent and eventually censures, not only sanctions or impositions. Thus, the authors start highlighting the compatibility between Nils CHRISTIE’s ideas in his anthological article (*Conflict as property*) and HABERMAS’ theory (mainly after the publication of *Between facts and norms*) in order to demonstrate, throughout the article, that a connection between law and democracy, mediated by a discourse ethics (that is rooted in the persistent belief in the human condition), is the most distinctive and inspiring aspect of the principles of restorative justice, because it signals with real perspectives to recover efficiency and legitimacy to the criminal justice system.

KEYWORDS: RESTORATIVE JUSTICE; LAW; DEMOCRACY; ETHICS; DISCOURSE; PENAL SYSTEM; CRIMINAL JUSTICE.

1. Introdução

Já se vão mais de trinta anos desde que Nils CHRISTIE, em antológico artigo publicado no *British Journal of Criminology* (“*Conflict as property*”)[1] indagava sobre até que ponto os sistemas judiciais, ao chamarem a si a tarefa exclusiva de resolver os conflitos, não os despersonalizam, retirando-os da substancial “titularidade” das partes envolvidas. Anos mais tarde, numa entrevista publicada na *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, CHRISTIE voltou ao tema:

Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito.[2]

Esse despertar de consciência de que o monopólio do poder coercitivo pelo Estado não deveria alhear, de forma tão extrema, os próprios envolvidos no conflito, a ponto de impedi-los de também colaborar para a solução do impasse, está na essência dos desenvolvimentos posteriores de um novel paradigma, que se convencionou chamar de “justiça restaurativa”, de interesse cada vez mais crescente, na seara acadêmica e na prática jurídica de muitos países, com rico e fecundo debate para o aperfeiçoamento de seus princípios e procedimentos. O manual da ONU sobre programas de justiça restaurativa, publicado em 2006,[3] a coletânea de SULLIVAN & TIFFT[4] bem como

o site www.restorativejustice.org dão bem a tônica do grau de desenvolvimento a que chegou essa forma diferenciada de enfrentamento do conflito criminal, sem a obrigatória utilização do tradicional aparato punitivo ou o necessário afastamento dos próprios envolvidos e da comunidade circundante. Igualmente significativo que o conceito, os princípios e as implicações práticas da “justiça restaurativa” (mormente em suas vinculações com a justiça criminal) venham despertar avaliações críticas as mais diversas, como bem demonstram os ensaios constantes do volume editado por HIRSCH e outros.[5]

Portanto, sem ignorar as controvérsias, de múltiplas perspectivas, em torno da “justiça restaurativa”, o presente artigo pretende expor seus princípios fundamentais e implicações práticas, tendo por consideração recorrente a inserção da justiça restaurativa nos postulados contemporâneos do Estado Democrático de Direito. É que embora os esquemas de mediação e conciliação e a maior atenção às necessidades da vítima sejam elementos sempre mencionados quando se trata da justiça restaurativa, não se tem dado a devida atenção, muitas vezes a uma importante questão: o fato de que a maior abertura e flexibilidade do sistema de justiça aos *inputs* da comunidade e dos próprios envolvidos, bem como a preocupação não apenas com o aspecto punitivo, mas com a superação de uma situação conflituosa (em sentido amplo), representam o que há de mais arrojado em termos de uma concepção de direito e democracia compatível com as exigências e complexidades do mundo contemporâneo. Um mundo em sua essência antidogmático, em que a legitimidade das intervenções jurídico-políticas há de necessariamente pressupor um elemento dialogal comum, que tenha um núcleo mínimo de aceitação e consenso. Essa é, a propósito, a essência da teorização de HABERMAS, sobretudo a partir de sua obra *Direito e Democracia*[6], conseqüência do lento e paulatino aperfeiçoamento de seu conceito de ação comunicativa. Um diálogo entre o direito e a democracia, mediado por uma ética discursiva que se ampara na persistente crença na prevalência da condição humana, nos parece o aspecto mais distintivo e inspirador dos postulados e princípios da justiça restaurativa, notadamente em sua inserção no contexto da justiça criminal.

2. Justiça restaurativa na modernidade tardia – questão de Direito, questão de Democracia, questão ético-discursiva

Passando ao largo do niilismo pós-modernista e dos impasses funcionalistas da teoria sistêmica de LUHMANN, HABERMAS ofereceu ao mundo acadêmico uma teoria, sobre direito e democracia, que se pretende compatível com a hipercomplexidade da modernidade tardia. Como bem realçado por HUDSON,[7] a contribuição de HABERMAS apresenta-se como particularmente iluminadora para a reconstrução normativa do sistema penal, com o resgate de sua aspiração a um ideal de justiça. E embora objeto de intenso debate, sob a inadequada acusação de “romanticamente” almejar o consenso, num mundo extremamente conflituoso e dividido, e por se referir a uma legitimação procedimental (que se quer moralmente fundamentada, mas que abre mão, em nome da pluralidade, de um alicerce substantivo), a sólida fundamentação da teoria habermasiana possui elementos operacionais suficientes para que sejam, na razão prática, supridas essas pretensas inconsistências. Um deles é o conceito de esfera pública, como *locus* privilegiado de fundamentação dialética de um razão que *aspira* à universalidade, sem no entanto partir de fundamentos morais apriorísticos, o que bem sinaliza para uma intrínseca correlação entre direito e democracia, absolutamente necessária no mundo contemporâneo.

A dinâmica das relações sociais, com a fragmentação e contestação crescentes de valores e princípios éticos, requer sejam trazidos a debate público, em todas as esferas, com diferentes atores e instrumentos, os fundamentos de materialização do Direito. A legitimidade do Direito há de renascer entre os horizontes da moral e da política, a partir dos mais amplos debates na esfera pública. E resta evidente, na teoria de HABERMAS que, à símile da realidade discursiva, necessário sejam asseguradas aos “interlocutores” do processo democrático mínimas condições igualitárias, *conditions of possibility*.

Em sua alentada reflexão teórica, NEVES utilizou metaforicamente as figuras de Têmis e Leviatã com o objetivo de explorar o grande desafio do Estado Democrático de Direito, qual seja o de conciliar poder eficiente com direito legitimador, “uma tentativa de que a justiça deveria perder sua dimensão transcendente e o poder não mais ser considerado mera facticidade”.^[8] Na referida obra, NEVES procura superar alguns excessivos resquícios kantianos em HABERMAS e uma certa obsessão funcionalista de LUHMANN, por estar convicto de que o Estado Democrático de Direito constitui-se em inafastável invenção da modernidade.

Também importante mencionar que Philippe PÉTTIT, festejado pensador contemporâneo, autor de *Republicanism: a theory of freedom and government*^[9] e John BRAITHWAITE, criminólogo australiano, um dos principais entusiastas, em todo o mundo, da justiça restaurativa,^[10] autor do seminal *Crime, Shame and Reintegration*^[11], já se associaram para a formulação de um paradigma “republicano” de justiça criminal,^[12] superando o velho debate entre utilitarismo e retributivismo, entre as teorias absolutas e as teorias relativas acerca dos fins da pena e do Direito Penal. Portanto, se bem entendido, pesquisado e analisado, também a hoje badalada Filosofia Política do “republicanismo” está no cerne da fundamentação juspolítica do que hoje se chama de “justiça restaurativa”. BRAITHWAITE, inclusive, já escreveu artigo realçando esse diálogo transdisciplinar.^[13]

É possível, portanto, vislumbrar as intercessões necessárias entre “justiça restaurativa”, “teoria constitucional”, “filosofia política” e “criminologia crítica”. A reivindicação de um modelo de justiça criminal menos autoritário, mais inclusivo, mais participativo, menos traumático, mais legítimo e eficaz (que a justiça restaurativa propugna) não pode, portanto, ser considerada como simples modismo ingênuo, romântico ou passageiro. As promessas não cumpridas, os ideais do Iluminismo ainda não alcançados permanecem relevantes e oportunos, como irrefragável conquista civilizatória. O diferencial é que a complexidade do mundo moderno não mais se permite fundar em razões “dogmáticas”, puramente acadêmicas, de “cima para baixo”. A ética do discurso (que se apropria de uma reflexão sobre a linguagem, a comunicação, para bem sinalizar a indispensável exigência de uma mínima aceitação de valores, princípios, como premissa fundamental nas relações sociais e de poder) reivindica uma racionalidade compartilhada, dialogada, participativa, como única forma viável de se promover o primado do bem comum, num mundo de valores em constante mutação. E a “justiça restauradora”, em perspectiva dialógica, resgata, restaura o valioso poder simbólico, comunicacional, das esperadas censuras (e por vezes inevitáveis sanções) aplicadas pelo sistema penal. Esse é um aspecto semântico-pragmático-político-democrático-jurídico que, à luz de CHRISTIE ou de HABERMAS, a “justiça restaurativa” tem o condão de aproveitar, com máxima e concreta eficácia, superando a “diálogo entre surdos” que o tradicional paradigma punitivo, sem sucesso, insiste em perpetuar, nas suas relações com o autor da infração penal.

Quando entrevistado por BORRADORI, logo após o 11 de setembro, na antológica obra *Filosofia em Tempo de Terror*, assim se manifestou HABERMAS sobre a pertinência de um modelo dialógico, discursivo, argumentativo num mundo que se tornou tão extraordinariamente violento e perigoso:

Desde 11 de setembro muitas vezes me foi perguntado se, à luz desse fenômeno violento, toda a concepção da “ação comunicativa” que desenvolvi em minha teoria foi ou não colocada em xeque. Nós, no Ocidente, vivemos em sociedades pacíficas e prósperas; e, no entanto, elas comportam uma violência estrutural à qual, até certo ponto, nós nos acostumamos, isto é, a desigualdade social desproporcionada, a discriminação degradante, o empobrecimento e a marginalização. Precisamente porque nossas relações sociais são permeadas de violência, ação estratégica e manipulação, existem dois outros fatos que não deveríamos ignorar. Por um lado, a práxis de nossa vida cotidiana conjunta repousa sobre uma sólida base de convicções fundamentais comuns, verdades culturais auto-evidentes e expectativas recíprocas. Aqui, a coordenação da ação passa pelos jogos de linguagem comuns, por meio de reivindicações de validade pelo menos implicitamente reconhecidas no espaço público de razões mais ou menos boas. Por outro lado, e por isso, os conflitos surgem da distorção na comunicação, do mal-entendido e da incompreensão, da insinceridade e da impostura. Quando as conseqüências desses conflitos tornam-se dolorosos o bastante, elas vão parar em um tribunal ou no consultório de um terapeuta. A espiral de violência começa como uma espiral de comunicação distorcida que leva, por meio da incontrolável espiral de desconfiança recíproca, à ruptura da comunicação. Se a violência começa, assim, com uma distorção na comunicação, depois que ela entrou em erupção é possível saber o que não deu certo e o que deve ser consertado.[14]

Ora, uma das características principais do processo restaurativo é a inter-subjetividade, como um método de discussão e integração social em busca de um consenso. Consenso que nos permitimos rotular de “operacional”, para sinalizar uma aceitabilidade mínima, entre os participantes, da legitimidade do programa restaurativo. Afinal, a busca de um consenso absoluto, ontológico, sobre Estado, Direito e Democracia, constituiria um óbice intransponível aos próprios fundamentos desses institutos. A justiça restaurativa (e daí porque nos parece válida sua associação com o modelo teórico de HABERMAS) contenta-se com um indispensável grau de adesão e legitimidade que necessariamente não de ter, por exemplo, os falantes de uma mesma língua, sob pena de não serem mutuamente compreendidos. E se o Direito, o sistema judicial não conseguir resgatar essa necessária dimensão simbólica, comunicativa, longe estarão de resgatar sua própria legitimidade ética e democrática, fundamento primeiro para a eficácia de seus princípios e normas.

Nem se diga que a justiça restaurativa teria aplicação apenas a casos criminais “suaves”, de menor ou médio potencial ofensivo, para os quais já exista previsão para processamento com meios alternativos ao sistema tradicional. As diretrizes da ONU (cláusula n. 6 da resolução 12/02 do Conselho Econômico e Social) realçam que os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer fase do sistema de justiça criminal. A propósito, cabe aqui mencionar alguns programas de reabilitação de infratores de crimes graves, citados por HENRY e MILOVANOVIC, [15] que se utilizam de metodologias comprometidas com a “cultura da paz” e com a “terapia narrativa”, tão caras à justiça restaurativa”, que pretende oferecer respostas até para casos “difíceis”, como abuso sexual infantil[16] e graves violações de direitos

humanos,[17] embora longe de representar um movimento expansivo incontroverso, em termos de justiça restaurativa.[18]

Por aí se vê que não há exagero em afirmar que a justiça restaurativa, por mais controvertida ou incipiente que se apresente, e ainda que suas ousadas investidas para alcançar crimes especialmente graves já contabilize fracassos,[19] traz em si um inspirador e original componente em tese capaz de promover verdadeira revolução paradigmática: as hábeis e persuasivas ferramentas da ética discursiva, participativa. Quiçá uma ética, um direito, uma justiça verdadeiramente pós-moderna, o que pode talvez explicar a resistência conservadora de alguns em relação à justiça restaurativa.

3. Princípios da justiça restaurativa em matéria criminal

A discussão, por meio de um procedimento dialogado, entre vítima, infrator e comunidade, visa promover maior acessibilidade às decisões de interesse social, a “co-responsabilidade” decisória, de que nos fala BITTAR, pela utilização dos “instrumentos facilitadores de acesso ao conhecimento das informações (transparência) que motivam as decisões”. [20] A diferença em relação ao paradigma retributivo torna-se, assim, estrutural, já que por meio do diálogo e da participação com responsabilidade no processo decisório é possível construir um modelo verdadeiramente novo de justiça. [21] Deste modo, a justiça restaurativa funda-se num consenso operacional, em que a “vítima e o infrator (e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime), como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente da construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime” [22]. A ética da solidariedade tem de ser elevada e destacada, na medida em que a aproximação das partes nada mais é que o reconhecimento da autonomia e dignidade do ser humano. Como se expressa GIDDENS, os “seres humanos já são os criadores de sua vida social, agentes conhecedores, cuja capacidade de entender a conduta dos outros constitui elemento integrante da existência da sociedade como tal” [23].

Na tradicional justiça penal, as manifestações do acusado normalmente estão limitadas a um breve “interrogatório” sobre os termos da denúncia. Notadamente quando o aparato judicial não dispõe de meios para gravação audiovisual, a versão do acusado (sobre fato tão relevante em sua vida e na vida de outras pessoas) acaba sendo reduzida a algumas dezenas de linhas de uma folha de papel. E os atos ritualísticos (com a habitual redução do discurso do réu, da vítima, das testemunhas, ao que os operadores consideram relevante— como já observara CHRISTIE [24]), obstaculizam a integral compreensão do procedimento judicial. [25] Isso acaba por desobrigar o acusado de uma mais sincera percepção acerca de sua própria conduta, provocando um distanciamento que não o compromete, psicologicamente, eticamente, com a natureza e as finalidades do procedimento judicial de que participa.

Com efeito, o alheamento do acusado das conseqüências de seus atos, no modelo tradicional, tem favorecido a construção de estratégias psicológicas defensivas, em que a admissão do erro (primeiro passo para a sua superação) se transmuta em vitimização do próprio acusado, que prefere responsabilizar a vítima, o sistema jurídico, seu advogado, as condições sociais, familiares, econômicas, etc. RAMÍREZ, citando SHARPE, ao discorrer sobre a abordagem do acusado no âmbito da justiça restaurativa, explica que se deve buscar uma responsabilização completa e deve ele “reconocer lo

que hizo mal, pero además, debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación”[26].

Em 28/07/99, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas baixou a resolução 1999/26, com o título *Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*”, na qual referido Conselho convocava a Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal a analisar a conveniência de formular padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Por ocasião do 10º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Infratores (e com participação decisiva do Canadá e da Itália), a ONU aprovou em 27/07/00 a resolução 2000/14, estabelecendo os *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, recomendando ao Secretário Geral que consultasse os países membros da ONU, bem como as relevantes organizações governamentais e não-governamentais, para que se manifestassem sobre os termos da resolução e a conveniência de serem estabelecidos princípios comuns acerca dos programas de justiça restaurativa em questões criminais. Com um número de respondentes superior a 30 países, foi instituída reunião de especialistas em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de Novembro de 2001, que reviu os termos da resolução de 2000, acarretando a aprovação, em 24/07, por ocasião da 11ª Reunião da Comissão da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, da resolução 2002/12. [27] Essa resolução elenca 23 princípios para a justiça restaurativa, agrupados em 5 seções.

No Brasil, os princípios e valores da justiça restaurativa foram enunciados na cidade de Araçatuba, interior do Estado de São Paulo, quando da realização do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, no mês de abril de 2005, mediante um documento intitulado *Carta de Araçatuba*, posteriormente ratificado na Conferência Internacional *Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*, realizada em Brasília, no documento intitulado *Carta de Brasília*, verdadeiro marco para o sistema restaurativo brasileiro e que, conquanto mais sintética, coaduna-se, em termos gerais, com as diretrizes da ONU:

1. Plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes.
2. Autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases.
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Co-responsabilidade ativa dos participantes.
5. Atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades.
6. Envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação.
7. Interdisciplinaridade da intervenção.

8. Atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade.
9. Garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes.
10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas.
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito.
12. Facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos.
13. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo.
14. Integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação.
15. Desenvolvimento de políticas públicas integradas.
16. Interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
17. Promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas.
18. Monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos. [28]

Essencial, portanto, na justiça restaurativa, o encontro da vítima com o infrator e a comunidade, para discutirem o crime e suas conseqüências, por meio de reuniões monitoradas por mediadores, com a possibilidade de participação de familiares e terceiros. O resultado desejado é a reparação e a reintegração social. Reparação dos eventuais danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, e reintegração da vítima e delinqüente à comunidade, sem estigma ou marginalização. O objetivo é que os participantes se tornem mais conscientes de seus atos e de suas repercussões sociais. Opera-se uma mudança sensível e radical em relação ao tratamento dispensado pela justiça penal tradicional, em que a conscientização do infrator se tenta impor com a dor, a participação da vítima se limita ao fornecimento de declarações e a comunidade não participa.

Os princípios e as características apresentados diferenciam a justiça restaurativa da justiça penal meramente retributiva. Na justiça restaurativa há participação, discussão, conscientização, compreensão, solução dos problemas passados, análise dos problemas presentes e preparação para os problemas futuros, enquanto na justiça penal tradicional há imposição (e não discussão), retribuição pelo fato passado, esbulho da vontade e interesse das partes, afastamento da comunidade. No tradicional modelo, inexistente composição de conflitos, mas quase exclusivamente repressão, o que lhes dá, muitas vezes, um caráter mais grave que seu próprio contexto originário, criando novos conflitos dentro e fora do contexto fático original levado a juízo[29].

Os valores fundamentais do modelo restaurativo, conforme MARSHALL, BOYACK e BOWEN são a participação, o respeito, a honestidade, a humildade, a interconexão, a responsabilidade, o empoderamento e a esperança. Participação dos afetados pelo crime, que passam a adotar uma postura ativa e decisória. Respeito pelos valores do ser humano, independente de sua origem cultural, racial, social, religiosa etc. Honestidade no falar e agir, sem ocultar sentimentos pessoais de honra ou desonra, raiva ou alegria, provocados pelo fato criminoso. Humildade no reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade do ser humano. Interconexão dos laços sociais e reconhecimento de todos os envolvidos no conflito como membros de uma rede de relacionamento, num processo comunitário. Responsabilidade das partes por suas condutas e reflexão sobre as conseqüências delas decorrentes, em especial daquele que executou o ato criminoso. Empoderamento das partes para livre manifestação de sua vontade e seus interesses. Esperança de “cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade”[30].

Visando unificar a maioria dos princípios e valores anteriormente elencados, rascunhamos quatro princípios que congregam os ideais norteadores da justiça restaurativa: 1) princípio do processo comunicacional; 2) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; 3) princípio do consenso; 4) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

O princípio do processo comunicacional assenta-se na idéia de justiça social pela soberania e democracia participativa e diálogo das partes. É a ética da solidariedade, do discurso. Qualquer novo modelo de justiça que se proponha não encontrará legitimação sem uma efetiva e direta relação com as comunidades e a sociedade que lhe dá vida. A lide penal afeta diretamente as partes envolvidas no crime e indiretamente produz danos aos familiares e membros da comunidade da qual autor e ofendido fazem parte, sendo indispensável que deles se aproxime a justiça penal. O diálogo rompe barreiras e aproxima pessoas, trabalhando para uma solução imediata, duradoura e futura sobre a lide penal.

Dentro desse princípio se encontram alguns daqueles valores relacionados na Carta de Brasília, quais sejam: respeito mútuo entre os participantes do conflito; coresponsabilidade ativa dos participantes; envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; interdisciplinaridade da intervenção; promoção de relações equânimes e não hierárquicas; facilitação empreendida por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos; integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação; desenvolvimento de políticas públicas integradas; interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária; promoção da transformação de padrões culturais e inserção social das pessoas envolvidas; monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos; expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito. Esses valores estão ligados ao princípio do processo comunicacional e refletem seu ideal.

O princípio do consenso exige, primeiro, respeito entre as partes e pelas partes, novamente com observância da ética da solidariedade. O rompimento com o distanciamento social a que todos parecem estar condenados na pós-modernidade só se faz com o diálogo e, dentro da justiça penal, é apresentado como valor irrenunciável para a pacificação do conflito social. O respeito pelo multiculturalismo, sem imposições

ou exclusões, constitui-se em barreira intransponível, e um valor a ser difundido pela justiça restaurativa; a aproximação de pessoas que compõe comunidades diversas e possuem culturas diferentes não é tarefa fácil e talvez seja até utópica, mas a proposição de estabelecer o respeito e a convivência pacífica é uma proposta desejável, que somente se mostra possível pelo consenso. Também está relacionado aos seguintes valores da Carta de Brasília: plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes; autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases; respeito mútuo entre os participantes do encontro; co-responsabilidade ativa dos participantes; atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade; promoção de relações equânimes e não hierárquicas; expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito.

O princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos tem por fim apresentar alternativas de resposta ao Direito Penal na tutela do interesse jurídico e na restauração das partes para, a partir daí, promover a efetividade das decisões. O processo comunicacional a que se dispõe esse novo modelo exige a alternatividade de censuras, que sejam adequadas ao caso concreto e às partes. A resolução, que decorre do diálogo e acordo das partes, admite múltiplas formas de resposta, inclusive a abdicção da mesma pelo interesse das partes, em busca da melhor solução que o caso requer.

A efetividade tem sido apontada como um dos maiores problemas enfrentados pela justiça brasileira no início desse século, o que determinou reformas nos diplomas processuais vigentes. A falta de efetividade das decisões na tutela penal não é diferente desse contexto geral e decorre de variados fatores, sendo um dos mais importantes a ausência de comprometimento das partes com a decisão jurisdicional. A justiça restaurativa possibilita o envolvimento das partes e a alternatividade das respostas tem por fim tornar efetiva a decisão tomada no processo restaurativo, dando-lhe cumprimento e comprometendo as partes com a decisão, na medida em que se assegurou a participação de todos para sua escolha. A conscientização de que os interesses próprios não podem suplantar os interesses alheios, pelo simples fato de serem próprios e não dos outros, decorre da solidariedade humana. Em relação à Carta de Brasília, destacam-se os seguintes valores: atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades; expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária.

O princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana dá o contorno final a todos os demais princípios, cuidando-se de guia para a atuação da justiça restaurativa. O respeito absoluto é afirmado como princípio com o objetivo de garantir a observância dos mesmos, sem qualquer redundância, já que a idéia central é de fortalecimento e estabilização dos Direitos e garantias, e não reconhecimento de novos valores. Numa época em que falar de direitos humanos e dignidade da pessoa humana para pessoas envolvidas em delitos causa desconforto, afigura-se da máxima importância seu reconhecimento como princípio absoluto, irrenunciável e intransponível. A inclusão social por meio da justiça restaurativa somente depende da observância irrestrita desses princípios. Correlaciona-se com a Carta de Brasília nos seguintes aspectos: observância irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade da pessoa humana; promoção de relações equânimes e não hierárquicas; expressão

participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo; promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas.

Os princípios e as características da justiça restaurativa podem ser resumidos como um ideal de justiça social, com efetiva participação das partes e comunidade, com autonomia de vontades, respeito ao ser humano e seus valores fundamentais, proteção aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

A presença do delinqüente e da vítima (imprescindível para o processo restaurativo) não há de se realizar, contudo, de forma coercitiva. O consenso se inicia com a discussão livre entre as partes e, por esse motivo, na ausência de interesse de qualquer dos envolvidos, o processo restaurativo não se instaura ou se desenvolve, sendo ainda permitido, a qualquer momento, seja afastado. O primeiro consenso buscado é para a formação e instauração do diálogo, pois a conciliação não se estabelece com coerção. VITTO aponta que “a prática é marcada pela voluntariedade, no tocante a participação da vítima e ofensor” e “deve haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator”[31].

O consenso em relação à existência ou à autoria do crime para o início do processo pode até não estar em total sintonia entre as partes. Não se pode esquecer que o processo restaurativo é, antes de tudo, um processo de conscientização e esta somente se alcança conversando, discutindo e atribuindo responsabilidades. As partes devem estar conscientes da possibilidade de abandono do processo restaurativo, a qualquer momento, e devem ser informadas sobre o direito à confidencialidade dos assuntos tratados. Agora, com a evolução do diálogo, as responsabilidades assumidas deverão ser cumpridas, pois a informalidade do processo não pode se confundir com ausência de seriedade ou efetividade de suas decisões coletivamente construídas e aceitas. A propósito, WALGRAVE, num artigo em que debate o equilíbrio entre a voluntariedade do processo restaurativo e a busca por sua efetividade, assevera que “tendo por certo a superioridade do processo voluntário, a opção maximalista repercute em como a intervenção coercitiva, se necessária, pode ser maximamente orientada à restauração”. E conclui:

O ideal comunitário deve estar inserido num modelo de Estado. Se não existisse Estado, não existiriam direitos, e todos dependeriam da boa vontade dos outros ou no próprio poder de disputar com os outros e oprimir os outros. Se apenas existissem os Estados, não haveria confiança, e o outro seria sempre considerado como rival, uma ameaça para o território de alguém. Esse Estado, ao fim e ao cabo, resultaria em anarquia ou tirania.[32]

A importância do consenso para a pacificação social é apontada por KARAN, que vê nos meios alternativos de conciliação a possibilidade de discussão profunda da lide para sua efetiva resolução, como fonte de “maior eficácia no restabelecimento da chamada paz social”, permitindo uma “participação mais livre e mais ativa das partes diretamente envolvidas, com a intermediação de pessoas que, integrando a comunidade, lhes sejam psicologicamente mais próximas, as vias alternativas de conciliação podem permitir um exame das causas mais profundas do conflito enfrentado”[33]. Esse processo dialogado

entre vítima e infrator, com ou sem participação de terceiros, é decorrência de uma atividade social produtora de um modelo de justiça inclusiva.

O dano material suportado não é o enfoque principal ou único do processo restaurativo, sendo seus fins muito mais amplos, já que buscam discutir os motivos e as conseqüências do crime para vítima, ofensor e comunidade. A palavra da vítima passa a ter importância e ocupar uma posição de destaque. Tanto que o diálogo não se limita ao *quantum* devido, podendo-se dizer que para a reconciliação das partes e pacificação social não há limitação nos assuntos a serem tratados. A reparação dos danos não é dispensada. Contudo, não se lhe dá o valor de bem ou interesse primordial e decisivo ao processo.

SCARANCE FERNANDES e MARQUES, ao discorrerem sobre o novo papel da vítima no processo penal, destacam que a satisfação jurídica não se encontra na imposição da sanção penal, exigindo-se a reparação à vítima pelos danos suportados[34], o que não significa unicamente lesão patrimonial. Embora não se possa deixar de considerar, entretanto, que a conciliação civil dos danos patrimoniais facilita a composição das partes, em situações diversas a mesma se apresenta impossível, ante a miserabilidade das partes, fato comum nos países denominados “emergentes”. Em situações como essas, a justiça restaurativa, por meio do diálogo, pode apresentar alternativas múltiplas e variadas, já que somente as partes envolvidas no conflito podem dosar e expressar suas necessidades e expectativas.

Ao autor do fato criminoso a justiça restaurativa apresenta oportunidade de conscientização de sua conduta, pois discute as razões que o levaram à prática do delito e suas conseqüências. A abertura do diálogo não se limita à exposição dos fatos, vez que a conscientização e restauração das partes é a meta, permitindo ao infrator ser mais bem compreendido, avaliado e encaminhado, visando-se evitar novas práticas ilícitas e promover a reinserção social. É também uma oportunidade para o infrator buscar a compreensão (não sinônimo de aceitação) de sua conduta, mostrando-se arrependido ou não, consciente ou não dos seus atos.

O último pilar do processo é a comunidade, formando, por derradeiro, o tripé do diálogo restaurativo. Há discussão quanto à efetiva participação da comunidade em todos os processos, pregando alguns a participação somente nos casos em que o interesse sobressaia ao do infrator e da vítima. As diretrizes da ONU, acima transcritas, têm o cuidado de ressaltar a análise da conveniência e oportunidade de integração comunitária para o processo restaurativo, porque ciente de que, em alguns casos, essa normalmente bem-vinda participação comunitária, pode se revelar desastrosa. Mas essa exclusão, evidentemente, há de ser excepcional, não a regra.

YOUNG destaca a importância do consenso social ao dizer que “a sociedade inclusiva é uma sociedade de consenso alto e dificuldade baixa. O consenso é mantido diligentemente, ao mesmo tempo que a diferença é negada sistematicamente”[35]. Somente com a participação efetiva da comunidade o consenso poderá existir e as diferenças serem superadas, pois o estigma causado pela justiça penal retributiva afasta o consenso e acentua a diferença, a ponto de a comunidade não enxergar a pessoa mais por seus atributos pessoais e sim pelos atributos da etiqueta que lhe foram impostos socialmente. Com efeito, toda a justiça penal tradicional se calca pela diferença, num contra-senso com o princípio da igualdade, uma vez que há no deflagrar dos aparelhos

de imposição da ordem a criminalização e seletividade dos grupos sociais identificados, e não uma ação generalizada.

A inexistência ou impossibilidade de uma comunidade única, sedimentada, com espaço e respeito às liberdades, multiculturalismo e diferenças, fica cada dia mais clara dentro da sociedade pós-moderna. CALDEIRA, por exemplo, descreve a construção da comunidade paulistana como um processo de extrema alienação social, com profundo distanciamento entre as camadas sociais[36]. O diálogo, então, dentro dessa visão, não se apresenta como uma simples relação fática, já que exige o derrubar de muros discriminatórios. Por outro lado, a justiça restaurativa trabalha e reconhece as diferentes comunidades, dentro do desequilíbrio social existente, e suas propostas estão amparadas num empoderamento das partes, o que significa estabelecer um processo restaurativo adequado para essas situações, com participação de pessoas capacitadas para respeitar e superar essa heterogeneidade cultural.

Outro ponto de apoio a equiparar e estabelecer o diálogo, sem permitir privilégios ou diferenças na discussão, está na manutenção do Poder Judiciário, Ministério Público e advogados ou defensores públicos à disposição das partes. Todavia, quando se menciona a necessária e oportuna participação daqueles entes ou órgãos no processo restaurativo tem-se em mente um operador do Direito que se “alinha com perspectivas de uma linguagem jurídica incentivadora, ou motivadora de reflexos prospectivos no âmbito das condutas individuais, enfim, coloca-se mais na tendência do crescente direito premial (Bobbio), do direito responsivo, do direito que funciona como agente de transformação social” [37]. Esse tema será abordado no tópico seguinte.

4. Necessária abertura democrática da justiça criminal para a recepção da justiça restaurativa

A solução do conflito pelas partes envolvidas é a oportunidade de discussão sem o posicionamento da instância judicial como detentora e provedora da verdade. A restauração tem de substituir a arrogante busca da verdade, contentando-se com a sua relatividade e contingência. A decisão proferida pelo órgão que dita o Direito, mantendo as partes afastadas e distantes, sem comunicação com ou entre elas, sem necessidade de uma das partes (seja ela vítima ou infrator) considerar os argumentos da outra, afasta qualquer possibilidade de consenso. No processo restaurativo, as razões e contra-razões não de ser consideradas, discutidas, analisadas e novamente consideradas, retirando a passividade que o Direito positivo entendeu sinônimo de ordem.

Dentro da nova perspectiva da discussão do problema e apresentação da resposta para cada caso, observando-se as especificidades de cada caso, Edson PASSETTI indica a necessidade de se “redesenhar” a atuação dos juízes, promotores e advogados ou defensores públicos, sem qualquer relação de poder com as partes envolvidas, para que se forme “uma mesa de conversações e de sensibilidades atentas para o fato de que a maioria das situações-problema decorrem da sociabilidade autoritária e dos efeitos da miséria”[38]. Destacando a importância dessa efetiva participação, AZEVEDO diz que a justiça restaurativa

ênfatica a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando

as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível, proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos.[39]

Uma representação gráfica da justiça restaurativa, em contraponto ao triângulo tradicional que indica a relação processual, pode ser apresentada na seguinte forma:

Dentro dessa representação, o círculo maior indica o espaço público político (“esfera pública”), no qual os trabalhos se desenvolvem. Os princípios anteriormente elencados norteiam todo o espaço público, que determina uma relação de diálogo entre todos os participantes (princípio do processo comunicacional). O consenso e a restauração são valores a serem estabelecidos entre todos (princípio do consenso). O processo restaurativo está no centro do espaço e nele a proposta de resposta adequada ao caso em discussão será apresentada (princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos). Por derradeiro, a inclusão social dos envolvidos na justiça restaurativa é o fim a ser almejado, em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, que giza os contornos desse modelo de Justiça social (princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana).

Não há um procedimento fixo ou um modelo ideal para todo um país, ainda mais para o Brasil, com dimensões continentais, altos níveis de desigualdade sócio-econômica e ampla diversidade cultural em suas regiões. Há valores e princípios comuns que identificam a justiça restaurativa, mas o procedimento deve ser individualizado com as comunidades, preservada a necessária informalidade. Nesse sentido, RAMÍREZ expõe que “la elección de la técnica a utilizar debe hacerse en función de las circunstancias del caso particular, el tiempo disponible, las preferencias de las partes, los recursos comunitarios o estatales”[40].

Essa ausência de formalismo ritualístico está dentro das perspectivas de ação de um Direito pós-moderno[41], reivindicador de justiça social, a desprezar a forma, quando dispensável, e que prima pela flexibilidade frente aos complexos fenômenos sociais, em busca da efetividade das respostas ao caso concreto. Essa ausência de formalidades não representa ausência de garantias e desrespeito às prerrogativas mínimas para proteção dos fins almeçados pela justiça restaurativa, sob pena de violar os princípios da justiça restaurativa. Ao contrário, o objetivo da informalização dos procedimentos é o cumprimento dos princípios propostos pela justiça restaurativa, embora no marco do Estado Democrático de Direito, que se quer menos sacralizado, ritualístico, formal, distante, frio.

O procedimento apresentado por GOMES PINTO é claro, simples e segue os valores e princípios da justiça restaurativa:

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser

utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.”[42]

A informalidade é também a tônica dos procedimentos adotados naqueles países onde mais se avança no processo restaurativo (Canadá,[43] Austrália[44] e Nova Zelândia[45]), particularmente a idéia de “conferências”[46] e “círculos”[47] decisórios. A propósito, a “arquitetura” tradicional dos fóruns é semelhante à das instituições totais, com estrutura e poder simbólico de dominação, autoritarismo, exclusão. Por essa razão, urge novos projetos arquitetônicos, novas acomodações e composições de forma democratizar tais *loci* como instâncias da “esfera pública” (no sentido habermasiano), o que não impede sejam adotadas precauções para a preservação do sigilo e da confidencialidade das discussões, no interesse das partes, como recomendado pelas diretrizes da ONU. Afinal, a informalização ou democratização dos espaços em que as soluções restaurativas são discutidas e alcançadas não significa, necessariamente, exposição pública constrangedora ou desnecessária. Ao contrário, é a persistência de uma ritualística formal que torna até mais perversa a interação das partes em casos que demandam discrição ou confidencialidade.

Os tradicionais representantes do Estado (Juiz, Promotores, Defensores Públicos), num primeiro momento, podem ser substituídos por conciliadores ou mediadores, especialmente treinados e encarregados do processo restaurativo. Pessoas selecionadas da comunidade, com conhecimento suficiente para intermediar e dirigir os trabalhos, não se exigindo graduação em curso superior, mas formação humanística, experiência ou maturidade para entender os problemas sociais locais e os limites do seu trabalho[48]. Não há impedimento para que os conciliadores ou mediadores recebam apoio de outras pessoas com formação acadêmica, nem mesmo que mantenham contato com operadores do Direito, a fim de melhor dirigir os trabalhos. A regra, todavia, é a liberdade na mediação e ausência de influência de agentes externos.

Os mediadores ou conciliadores devem ser preparados e informados da necessidade de “respetar la dignidad de las partes y actuar con respeto a ambas, proporcionar un entorno agradable y actuar de forma eficiente respetando los tiempos necesarios para las partes”[49]. E Ramírez igualmente destaca a importância do trabalho no processo restaurativo, por pessoas capacidades e preparadas:

Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no sólo en los grandes objetivos. Cualquiera sea el modelo que se instrumente, debe haber colaboración entre tribunales, servicios sociales, entes locales (municipales, regionales), comunidades de acogida, organizaciones no gubernamentales, etc. También debería haber mucha comunicación entre los distintos programas de JR, para transmitirse experiencia.[50]

A resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da ONU, particularmente em seu item 13, recomenda que as partes recebam assistência jurídica acerca do processo restaurativo, devendo ser amplamente informadas de seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências de suas decisões. Prevê ainda a adoção de salvaguardas procedimentais, que garantam equidade ao infrator e à vítima, quer quando

sujeitas aos programas de justiça restaurativa, quer quando da implementação dos resultados restaurativos. A resolução também prevê a participação de terceiros como facilitadores da discussão podendo se incluir, nesse rol, familiares e outras pessoas relacionadas com a vítima, o infrator ou com o fato criminoso.

A avaliação prévia da viabilidade do encontro coletivo deverá ser aferida pelos conciliadores, em reuniões separadas, inclusive com possibilidade de veto quanto à participação de estranhos à relação fática original. A respeito da participação dos familiares e outros acompanhantes, DE VITTO ensina que a prática deve reunir a vítima, o ofensor e os técnicos, incluindo, eventualmente, familiares ou pessoas próximas, num local neutro, em duas etapas: “uma na qual são ouvidas as partes acerca dos fatos ocorridos, suas causas e conseqüências, e outra na qual as partes devem apresentar, discutir e acordar um plano de restauração”. Destaca o referido autor a importância de se assegurar a informação do processo às partes e a garantia de “segurança física e emocional”, mostrando-se a importância dos facilitadores, “os quais devem ser tão discretos quanto possível, no sentido de não dominarem as ações do evento, mas conduzirem as partes no caminho de lograr, por seus próprios meios, o encontro da solução mais adequada ao caso”[51]. Aceita a participação de outras pessoas, cabe ao conciliador, mediador ou facilitador, instruir a todos do procedimento, dando-lhes ciência de sua finalidade e limites existentes.

Todo o processo caminha para o acordo restaurativo, que uma vez alcançado deve ser encaminhado ao Poder Judiciário para manifestação, obrigatória e indispensável, do Ministério Público e advogado ou Defensor Público. Após, o Juiz de Direito deverá homologar o acordo restaurador e, havendo dúvidas, poderá convocar as partes, o mediador ou conciliador para esclarecimentos em audiência, mantida a informalidade, com participação do promotor de justiça e advogado ou defensor público. A eliminação do Poder Judiciário como órgão fiscalizador, ante a regra constitucional da inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça de lesão de Direito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal, não é possível nem oportuna, por estar a justiça restaurativa atuando dentro do poder punitivo estatal, e não à sua margem. A propósito, BRAITHWAITE, ao enumerar princípios essenciais da justiça restaurativa, inclui o que ele próprio considera como a mais radical de suas prescrições:

Os participantes de qualquer processo judicial restaurativo relacionado a algum assunto jurídico significativo (não apenas questões criminais) devem ter o direito de recorrer das decisões restaurativas perante um órgão judicial e o direito de resolver a questão num órgão judicial, em preferência à conferência/círculo decisório.[52]

A atividade fiscalizadora deverá ser exercida como forma de limitação e preservação de direitos e garantias, para fazer respeitar os princípios e regras da própria justiça restaurativa. Ademais, há que se considerar que o envolvimento das partes na resolução dos conflitos pode ensejar atos de totalitarismo e controle, razão pela qual o Judiciário se apresenta como indispensável. Nesse sentido, Ramírez ressalta que a justiça restaurativa não significa substituir o sistema estatal de justiça por um controle exclusivo[53].

A justiça restaurativa não foi projetada para eliminar a função estatal ou, tampouco para substituí-la. A inafastabilidade da atividade jurisdicional é princípio fundamental num Estado Democrático de Direito e somente com sua coexistência as garantias contra o

poder punitivo serão mantidas. Justiça restaurativa não há de significar uma “alternativa ao Direito”, mas uma forma alternativa do Direito realizar justiça. Com efeito, significativa produção teórica tem se desenvolvido no sentido de compatibilizar os princípios e ideais da justiça restaurativa com as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (aí incluídos os de natureza especificamente penal e processual penal, como a proporcionalidade, imparcialidade dos operadores do direito, caráter público dos procedimentos, controle legal e judicial da discricionariedade, inafastabilidade do acesso ao judiciário, recorribilidade etc). Vide, a propósito, os esforços de HIRSCH, ASHWORTH e SHEARING.[54]

5. Considerações finais

O processo restaurativo não “versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible”[55], o que exige respostas diversas à vítima, ao infrator e à comunidade e o envolvimento consciente e participativo deles. Há uma ênfase da tutela ao caso concreto e a justiça volta-se para essa situação, com o fim de superar a passividade e estabelecer a “vontade transformadora guiada pela atividade engajada, intersocial de produção responsável de projetos de justiça social inclusiva”[56].

O diálogo entre as partes não se estabelece para atribuir culpa e mensurar danos, mas para expor as razões que levaram cada participante ao processo e compreender o significado individual de cada ser humano que ali se encontra; uma exposição da vida, das dificuldades, das problemáticas e da forma como se enfrenta; uma oportunidade de falar sobre o crime e como ele afetou o cotidiano da vítima, com sua sensação de dano e insegurança; o arrependimento e a conscientização da ofensa. Esse processo dialogado de administração de conflitos individuais possibilita uma abordagem mais bem elaborada e preparada para conflitos coletivos.

É imprescindível se estabelecer uma conscientização ética solidária, espelhada nas seguintes palavras de Peter Singer: “admitir que meus interesses não podem contar mais que os interesses alheios, pelo simples fato de serem meus interesses”[57]. A satisfação da vítima e do infrator é o ponto de equilíbrio da balança, não podendo uma das partes obter vantagens em relação à outra, pois a lide se manteria. Logo, o processo de conscientização deve ser bem encaminhado e exige-se a assunção de responsabilidades, sendo a satisfação das partes um procedimento, reconhecidamente, difícil, mas realizável, e Larrauri, a respeito da satisfação da vítima, explica que “debe realizarse la importancia de que la víctima se sienta reparada, por las disculpas o efectividad del acuerdo reparador, pues un objetivo de la justicia restauradora, a diferencia del sistema penal tradicional, es precisamente conseguir la satisfacción de las víctimas”[58]. A reconciliação, segundo Augusto de Sá, “não é um simples gesto de dar as mãos como se nada tivesse acontecido e se quisesse negar o conflito” [59], já que este não deve ser reprimido, negado ou desconsiderado, mas ser resolvido. A reconciliação das partes significa a reaproximação do agressor e sua vítima e a sociedade.

Em que pese sua crescente aceitação, prestígio e incentivo (até mesmo por instrumentos internacionais), em meio à crônica a crise do sistema penal, a justiça restaurativa encontra resistências teóricas na ciência penal e criminológica[60] [61]e importantes restrições quanto a sua operacionalidade,[62] as quais não devem ser desconsideradas. No entanto, o que nos parece importante realçar (e essa a foi a principal preocupação do

artigo) é que seu componente democrático, fortemente construído numa ética do discurso, da alteridade, com a persistente crença na condição humana, não se constitui apenas num romântico ou utópico modelo de justiça criminal. Representa as sementes de uma autêntica revolução paradigmática, cuja eficácia merece ser avaliada e testada, diante de tantos séculos de fracasso do tradicional paradigma meramente retributivo da justiça penal. Como diz HUDSON:

Deve ter ficado claro, a essa altura, que o que eu considero mais sedutor na justiça restaurativa é sua abertura para as narrativas e a exploração das possibilidades de respostas criativas e construtivas aos ilícitos penais. Prefiro a justiça discursiva à justiça processual. Eu vislumbro maiores possibilidades de resultados justos a partir da reflexão empática em torno dos eventos do que a aplicação de regras de direito para casos padronizados (Ferrara, 1999).[63]

O modelo penal tradicionalmente imposto tem de ser revisto, e a justiça restaurativa se propõe a fazê-lo, sem eliminá-lo. A necessidade de revisão dos aparatos normativos, visando uma constante reconstrução dos Direitos e garantias, é um dos aspectos democráticos de um Estado, que assim pretenda ser[64]. Isso deve coadunar-se não só a critérios científicos, mas, também e principalmente, com os problemas que afetam a sociedade e a Justiça penal e seu aperfeiçoamento faz parte do Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, em que é oportuna uma forte, sincera e erudita verve crítica ao sistema penal, não devemos nos levar por um absoluto pessimismo. Muito pelo contrário. Para além das tão freqüentes (quanto verdadeiras) críticas da perda de legitimidade do sistema penal, que ecoam no mundo acadêmico, no universo profissional e no senso comum da sociedade civil, necessário construirmos uma trincheira estratégica inteligente de superação de um impasse.

Destarte, ao mesmo tempo em que se faz necessário endossar e expandir (em favor da própria relevância da justiça restaurativa) os argumentos sociais, políticos, econômicos, históricos de sistemática e funcional perda de legitimidade do sistema de justiça criminal, essencial que se acredite em seu aperfeiçoamento. Afinal, se de um lado todo o niilismo, todo o desconstrutivismo meramente retórico, hipotético, não deixa de incorporar, no fundo, uma postura conservadora e, de outro lado, se todo o idealismo se constitui em grande marca de alienação, necessário o engajamento em uma factível “política de redução de danos”, que se proponha a minimamente resgatar a dignidade e a legitimidade da justiça penal. Lamentar profundamente a ineficácia, a crueldade, a desumanidade, as barbaridades do sistema penal, no Brasil e no mundo, sem se deixar convencer quanto a sua estrutural inutilidade, seu completo esvaziamento simbólico, sua evisceração como componente imprescindível de um processo civilizatório, é acreditar ainda na razão, na humanidade, na justiça, na democracia, como insubstituíveis elementos operacionais estruturantes da sociedade moderna.

Lembre-se que o verbo “restaurar”, em algumas de suas acepções, significa “recuperar”, “consertar”, “restabelecer”, “reanimar”. Uma restauração envolve, portanto, uma atitude realista (de tomada de consciência de uma indesejável situação de um objeto, de uma pessoa, ou de uma instituição) e ao mesmo tempo otimista (de sincera crença de que o esforço da restauração “vale a pena”). Quando nos deparamos com a expressão “justiça restaurativa”, notadamente na seara da justiça criminal, essa dupla postura (de reconhecimento de que algo precisa ser “consertado”, “restabelecido”, “recuperado”, “reanimado”) acaba sendo potencializada pelo fato de a pretendida “restauração” não ter

por objetivo tão-somente restabelecer um pretense equilíbrio perdido com a própria realização de um ato ilícito, mas o próprio equilíbrio da operacionalidade do sistema de justiça criminal no estado democrático de direito.

6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, out./dez. 1987.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOTTOMS, Anthony. Some sociological reflections on restorative justice. In: In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 79-113.

BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip. **Not just deserts: a republican theory of criminal justice**. Oxford e Nova York: Oxford University Press, 1993.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice In: HIRCH, Andrew von; ROBERTS, Julian et alii (ed.) **Restorative Justice & Criminal Justice – Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 3-20.

BRAITHWAITE, John. Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts. **Crime and Justice: a review of research**, 1999, p. 1-127.

CHRISTIE, Nils (entrevistado); OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de (entrevistadora); FONSECA, André Isola (entrevistador). Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 21, jan/mar 1998.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, 17(1), p. 1-26, 1977.

DALY, Kathleen. Mind the gap: restorative justice in theory and practice. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 219-236.

DALY, Kathleen. The limits of restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 134-145.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justitia**, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 156, out./dez. 1991.

GIDDENS, Anthony. **Em defesa da sociologia**. Ensaios, interpretações e réplicas. Tradução de Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Unesp, 2001.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

HABERMAS, Jürgen (entrevistado); BORRADORI, Giovanna (entrevistadora). **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. [Publ. orig. EUA, 2003].

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Volumes I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 2003 [Pub. orig. Alemanha 1992].

HENRY, Stuart/MILOVANOVICH, Dragan. **Constitutive criminology – beyond postmodernism**. London: Sage, 1997.

HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

HIRSCH, Andrews; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Specifying aims and limits for restorative justice.: a “making amends” model? HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 21-41.

HUDSON, Barbara. **Justice in the risk society**. Londres e Nova York: Sage, 2003.

HUDSON, Barbara. Victims and offenders. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 177-194.

KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**, n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov./dez. 2004.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática – uma abordagem baseada em valores. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 271-2.

MAWELL, Gabrielle; MORRIS, Allison; HAYES, Hennessey. Conferencing and restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 91-107.

McCOLL, Paul. The recent history of restorative justice: mediation, circles and conferencing. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 23-51.

MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative justice in New Zealand. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 257-271.

NESS, Daniel W. Van. Proposed basic principles on the use of restorative justice: recognising the aims and limits of restorative justice. In: WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain. In: HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH e SCHIFF. **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 157-176.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. [Pub. orig. na Alemanha, em 2000].

PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 111. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PETTIT, Philipe. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford e Nova York: Oxford University Press, 2000.

RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, abr./jun. 2005.

ROBERTS, Julian V.; ROACH, Kent. Restorative justice in Canada: from sentencing circles to sentencing principles. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice &**

criminal justice – competing or reconcilable paradigms? Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 237-256.

SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 83, out. 1999.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008.

UNITED NATIONS. **Handbook on restorative justice programmes**. Nova York: United Nations, 2006.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain. In: HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH e SCHIFF. **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 61-78.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

[1] CHRISTIE, Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, 17(1), p. 1-26, 1977.

[2] CHRISTIE, Nils (entrevistado); OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de (entrevistadora); FONSECA, André Isola (entrevistador). Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 21, p. 14, jan/mar 1998.

[3] UNITED NATIONS. **Handbook on restorative justice programmes**. Nova York: United Nations, 2006.

[4] SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008.

[5] HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.). **Restorative justice & criminal justice – competing or reconcilable paradigms?** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

[6] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Volumes I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 2003 (Pub. orig. 1992).

- [7] HUDSON, Barbara. **Justice in the risk society**. Londres e Nova York: Sage, 2003.
- [8] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19. [Publ. orig. na Alemanha, em 2000].
- [9] PETTIT, Philipe. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford e Nova York: Oxford University Press, 2000.
- [10] BRAITHWAITE, John. Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts. **Crime and Justice: a review of research**, 1999, p. 1-127.
- [11] BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- [12] BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip. **Not just deserts: a republican theory of criminal justice**. Oxford e Nova York: Oxford University Press, 1993.
- [13] BRAITHWAITE, John; PARKER, C. Restorative justice is republican justice. In: WALGRAVE, L.; BAZEMORE, G. (eds.). **Restoring Juvenile Justice: an exploration of the restorative justice paradigm for reforming juvenile justice**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1999.
- [14] HABERMAS, Jürgen (entrevistado); BORRADORI, Giovanna (entrevistadora). **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. [Publ. orig. nos EUA, em 2003].
- [15] “Um recente experimento de estilo conciliatório teve início na prisão de segurança máxima do Centro Correcional de Augusto em Virgínia (Deans, 1994). O programa, “Estudos da paz/alternativas à violência”, foi implantado em 1992 e inicialmente envolvia uma dúzia de presos violentos. O programa tem três fases. Na fase inicial os prisioneiros, que não têm qualquer crédito no tocante à liberdade condicional, participam de um programa de doze semanas (aulas três vezes por semana) onde lhe são apresentados pensadores e ativistas pacifistas como Gandhi, Martin Luther King Jr., Tolstoy e Merton, com o intuito de capacitá-los a reavaliar o uso que fazem da violência. A segunda fase consiste em aulas adicionais, workshops com vítimas e infratores e outros projetos de aprimoramento pessoal. Isso inclui participação em vários grupos educacionais para pessoas livres. A terceira fase inclui preparação para o trabalho.” In: HENRY, Stuart/MILOVANOVICH, Dragan. **Constitutive criminology – beyond postmodernism**. London: Sage, 1997, p. 227.
- [16] McALINDEN, Anne-Marie. Are there limits to restorative justice? The case of child sexual abuse. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 299-310.
- [17] CUNNEEN, Chris. Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights, and restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 355-368.

[18] BOTTOMS, Anthony. Some sociological reflections on restorative justice. In: HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH e SCHIFF, op. cit., p. 79-113.

[19] WALDORF, Lars. Rwanda's failing experiment in restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 422-434.

[20] BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

[21] Cf. MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.60.

[22] GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20.

[23] GIDDENS, Anthony. **Em defesa da sociologia**. Ensaios, interpretações e réplicas. Tradução de Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Unesp, 2001, p. 226.

[24] CHRISTIE, Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, 17(1), p. 1-26, 1977,.

[25] Todos aqueles que atuam perante a justiça penal tradicional já devem ter notado que quase de forma unânime ao encerrar uma audiência ou ato procedimental o delinqüente não demonstra qualquer compreensão do acontecido, não sabendo sequer dizer se foi absolvido ou condenado. A preocupação aumenta quando nos deparamos com alunos de curso de graduação que ao término do ato procedimental não compreenderam nada do que ocorreu ou compreenderam apenas parcialmente os atos. A conclusão, então, é que o *conhecimento* ou o *saber*, baseados na razão instrumental, tornaram-se instrumentos de dominação, poder e exploração.

[26] RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 204, abr./jun. 2005.

[27] Para um detalhado relato da gênese da resolução, ver (além dos consideranda da própria resolução) o seguinte artigo: NESS, Daniel W. Van. Proposed basic principles on the use of restorative justice: recognising the aims and limits of restorative justice. In: HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH e SCHIFF, op. cit., p. 157-176.

[28] **Carta de Brasília** [Conf. Int. Acesso à Justiça por meios alternativos]. Disponível em <<http://www.carceraria.org.br/?system=news&action=read&id=433&eid=68>>. Acesso em 10 de setembro de 2008.

[29] BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 625, out./dez. 1987.

[30] MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática – uma abordagem baseada em valores. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 271-2.

[31] DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 44.

[32] WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain. In: HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH e SCHIFF, op. cit., p. 74.

[33] KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 150, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

[34] FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justitia**, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 156, p. 32, out./dez. 1991.

[35] YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102.

[36] Em outra passagem, Caldeira aponta como uma das condições necessárias para a democracia a de “que pessoas reconheçam aqueles de grupos sociais diferentes como concidadãos, com direitos equivalentes apesar de suas diferenças”. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 340.**

[37] BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

[38] PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 111, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

[39] AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 140.

[40] Sérgio García. Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, abr./jun. 2005, p. 253.

[41] BITTAR, op. cit.

[42] GOMES PINTO, op. cit., p. 20.

[43] ROBERTS, Julian V.; ROACH, Kent. Restorative justice in Canada: from sentencing circles to sentencing principles. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit., p. 237-256.

[44] DALY, Kathleen. Mind the gap: restorative justice in theory and practice. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit, p 219-236.

[45] MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabrielle. Restorative justice in New Zealand. In: HIRSCH, Andres von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit., p. 257-271.

[46] MAWELL, Gabrielle; MORRIS, Allison; HAYES, Hennessey. Conferencing and restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 91-107.

[47] McCOLD, Paul. The recent history of restorative justice: mediation, circles and conferencing. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 23-51.

[48] RAMÍREZ destaca a necessidade de colocação de pessoas competentes, bem treinadas e com tipo adequado para a justiça restaurativa: “Si esa persona no tiene apropiados ideales de justicia, no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés público, la mejor estructura institucional puede fracasar. Sin embargo, es mejor poner a la mejor gente en la mejor estructura posible.” RAMÍREZ, op. cit., p. 254.

[49] LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 85, nov./dez. 2004.

[50] RAMÍREZ, op. cit., p. 251.

[51] DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. . In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 45.

[52] BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit., p. 10.

[53] RAMÍREZ, op. cit., p. 244.

[54] HIRSCH, Andrews; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Specifying aims and limits for restorative justice: a “making amends” model? HIRSCH, Andrew

von; ASHWORTH, Andrew. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit., p. 21-41.

[55] RAMÍREZ, op. cit., p. 199.

[56] BITTAR, op. cit.

[57] SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21.

[58] LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 80, nov./dez. 2004.

[59] SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 83, p. 3, out. 1999.

[60] HIRSCH; ASHWORTH; SHEARING, Clifford, op. cit.

[61] BOTTOMS, Anthony, op. cit.

[62] DALY, Kathleen. The limits of restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis & TIFFT, Larry (ed.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 134-145.

[63] HUDSON, Barbara. Victims and offenders. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (ed.), op. cit. p. 192.

[64] SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. **Em busca dos Direitos perdidos**. Uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto de hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 1 p. 35, 2003.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO*

EL ACOSO MORAL EN LAS RELACIONES LABORALES: UNA PROPUESTA DE CRIMINALIZACIÓN

**Gisele Mendes de Carvalho
Érika Mendes de Carvalho**

RESUMO

O assédio moral no ambiente laboral é, sem dúvida, um dos mais graves problemas enfrentados pela sociedade atual, pois consiste na criação de um constante clima de terror psicológico que gera na vítima assediada moralmente um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e mental, criando uma predisposição para o desenvolvimento de doenças crônicas que lhe acompanharão por toda a vida. O ponto de partida do artigo reside na constatação da completa falta de uma normativa a respeito desse fenômeno no Direito Penal brasileiro, em que pese a frequência com que essa forma de assédio acontece no cotidiano das relações de trabalho e a gravidade dos danos físicos e psicológicos que ele costuma deixar em suas vítimas. Assim, embora do ponto de vista do Direito do Trabalho seja possível encontrar alguns dispositivos legais que protejam o trabalhador do assédio moral, consideramos que essa forma de proteção é insuficiente, pois na prática resultará na impunidade do autor do assédio, que foi quem provocou a despedida do sujeito assediado, além do fato de obrigar a que a própria vítima abandone seu posto de trabalho, rescindindo o contrato laboral.

A previsão da legislação trabalhista, além do mais, não abarca as diferentes modalidades de assédio moral, que podem ocorrer não só quando é o superior hierárquico quem assedia o empregado (assédio moral descendente), com o objetivo de provocar sua demissão, mas também quando são os próprios subordinados quem empreendem ataques repetitivos ao chefe, visando demonstrar sua incapacidade para ocupar o posto (assédio moral ascendente), ou ainda o assédio que acontece entre companheiros de trabalho, em virtude da competição laboral (assédio moral horizontal). Também deixa de fora aquelas formas de assédio moral que acontecem nas relações de trabalho não regidas pela CLT (p. ex., no âmbito do funcionalismo público). No Brasil, existem alguns projetos de lei com o fim de regular a questão, mas nenhum deles concede o tratamento devido a esse fenômeno. Daí porque o artigo propõe a criação de uma figura penal específica que contemple todas as formas de assédio moral nas relações trabalhistas e que conceda a devida proteção aos bens jurídicos lesados ou postos em perigo por essa forma de assédio: a integridade moral do trabalhador assediado e sua estabilidade laboral. A criminalização do assédio moral nas relações de trabalho revela-se, portanto, como a forma mais adequada de repressão e prevenção desse

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

comportamento, pois garante muito mais do que a mera indenização do assediado e possibilita a efetiva incriminação do assediador, que deixará de ficar impune.

PALAVRAS-CHAVES: 1. RELAÇÕES DE TRABALHO; 2. ASSÉDIO MORAL; 3. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE MORAL DO TRABALHADOR; 4. PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO.

RESUMEN

El acoso moral en el ámbito laboral es, sin duda, uno de los problemas más graves afrontados por la sociedad actual, pues consiste en la creación de un clima constante de terror psicológico que produce en la víctima acosada moralmente un sufrimiento capaz de acometer directamente su salud física y mental, originando una predisposición para el desarrollo de enfermedades crónicas que le acompañarán por toda la vida. El punto de partida de este artículo reside en la constatación de la completa falta de una legislación respecto de este fenómeno en el Derecho penal brasileño, pese a la frecuencia con que esa forma de acoso sucede en el cotidiano de las relaciones laborales y la gravedad de los daños físicos y psicológicos que el mismo suele dejar en sus víctimas. Así, aunque desde el punto de vista del Derecho laboral sea posible encontrar algunas normas que protejan al trabajador frente al acoso moral, estimamos que esa forma de protección resulta insuficiente, pues en la práctica resultará en la impunidad del autor del acoso, que fue quien provocó el despido del sujeto acosado, además de obligarle a la propia víctima a que abandone su puesto de trabajo, rescindiendo el contrato laboral. La previsión de la legislación laboralista, además, no abarca las distintas modalidades del acoso moral, que pueden suceder no sólo cuando sea el superior jerárquico quien acose al trabajador (acoso moral descendente), con la finalidad de provocar su despido, sino también cuando sean los mismos subordinados quienes ataquen continuamente al jefe, con el fin de demostrar su incapacidad para ocupar el puesto (acoso moral ascendente), o cuando el acoso suceda entre compañeros de trabajo, en virtud de la competencia laboral (acoso moral horizontal). Tampoco abarca aquellas formas de acoso moral que suceden en las relaciones laborales no regidas por la CLT (p. ej., en el ámbito de la función pública). En Brasil, existen algunos proyectos de ley con el fin de regular esa cuestión, pero ninguno de ellos otorga el tratamiento adecuado a este fenómeno. De ahí que se proponga aquí la creación de un tipo penal específico que contemple todas las formas de acoso moral en las relaciones laborales y que otorgue la protección debida a los bienes jurídicos lesionados o amenazados de lesión por esa forma de acoso: la integridad moral de los trabajadores y su seguridad en el empleo. La criminalización del acoso moral en las relaciones laborales es la forma más adecuada de prevención y represión de estos comportamientos, pues garantiza mucho más que una mera indemnización al acosado y hace posible el castigo efectivo del acosador, que de esta forma ya no quedará impune.

PALAVRAS-CLAVE: 1. RELACIONES LABORALES; 2. ACOSO MORAL; 3. PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD MORAL DEL TRABAJADOR; 4. PROPUESTA DE CRIMINALIZACIÓN.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, vista pelo prisma econômico, é crescente a tendência a atribuir maior valor à produção e ao lucro do que ao próprio ser humano. É daí que surge a preocupação com a degradação de valores fundamentais consagrados pela Constituição Federal brasileira, tais como a dignidade humana (art.1º, III, CF/88) e a valorização do trabalho humano (art.170, CF/88), que passam a ceder lugar a valores econômicos, impulsionados pela globalização. Tais aspectos acabam por impor condições de trabalho hostis, subempregos, mercado de trabalho informal e precário, marcando a realidade social com sucessivas crises econômicas e com o temido desemprego[1].

Tendo em vista essa realidade, e partindo de constatações científicas, pesquisadores não só da área jurídica como também da Psicologia e médicos do trabalho começaram a preocupar-se com os reflexos que um ambiente hostil poderia gerar sobre a saúde dos trabalhadores, evidenciando-se assim o fenômeno do assédio moral nas relações de trabalho.

De acordo com Hirigoyen, o assédio laboral, também conhecido como *mobbing*[2], consiste em uma situação de hostilidade psicológica pela qual uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psíquica extrema, de forma sistemática, durante um período de tempo mais ou menos prolongado contra outra pessoa no local de trabalho[3].

Do ponto de vista subjetivo, são dois os protagonistas desse fenômeno: o *assediador* (ou *assediadores*), que com seu comportamento busca de forma deliberada a degradação das condições de trabalho, e o *assediado*, vítima da perseguição no âmbito das relações de trabalho. Entre as principais formas de manifestação desse comportamento, encontram-se as ações contra a dignidade da pessoa e sua reputação (p. ex., as desqualificações, zombarias, insultos e ridicularizações da pessoa da vítima), as condutas de ataque ao seu desempenho no trabalho (p. ex., impondo-lhe à vítima funções para além ou aquém de sua capacidade) e as situações de discriminação do espaço físico (através do isolamento dos companheiros ou da imposição de condições de trabalho precárias).

O assédio moral consiste geralmente em uma atitude do superior hierárquico com o fim de provocar a despedida do funcionário a ele subordinado (*mobbing* vertical descendente), mas não é incomum que essa forma de violência psicológica tenha lugar também entre trabalhadores ou funcionários da mesma categoria, geralmente motivados pela competitividade no ambiente laboral (*mobbing* horizontal)[4], podendo inclusive manifestar-se como uma espécie de “represália” de um grupo de funcionários contra seu superior, com a finalidade de desmoralizá-lo ante os demais e de provar sua incompetência para dirigir os trabalhos (*mobbing* vertical ascendente)[5].

Nos últimos anos, o assédio moral nas relações de trabalho transformou-se em fenômeno altamente noticiado e comentado pelos meios de comunicação. Todavia, não se trata de uma novidade nas relações humanas, pois existe desde tempos imemoriais. O problema é que só recentemente os pesquisadores começaram a perceber os malefícios que esse processo causa nas vítimas e passaram a estudá-lo com mais atenção. Por isso é que existe tão escassa literatura sobre o tema, que ainda não possui sequer uma disciplina legal no Brasil. Mesmo em outros países, a iniciativa de regulamentação é

bastante recente, existindo apenas alguns ordenamentos que tratam expressamente a questão (França, Bélgica, Noruega e Suíça).

Trata-se de um comportamento que põe em risco um direito fundamental do ser humano: sua integridade moral, tutelada pela Constituição Federal através da expressa proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (art.5º, III, CF/88). Este bem jurídico resulta lesionado sempre que a vítima seja obrigada a suportar continuamente sentimentos de humilhação e degradação no ambiente de trabalho, contrários à sua vontade e com o objetivo de provocar a sua desestabilização e conseqüente despedida (finalidade principal do assédio). Outra importante característica do *mobbing* é seu componente temporal: o assédio moral nas relações de trabalho é comportamento que se repete de forma habitual e permanente, através do exercício reiterado e contínuo da violência psicológica. Aliás, é justamente essa reiteração o que acarreta lesões muito mais graves e definitivas à integridade moral da vítima, legitimando a intervenção punitiva[6].

A partir da ciência desses dados, é possível traçar uma política de prevenção e repressão do assédio moral nas relações de trabalho, verificando quais as alternativas propostas pela legislação em vigor e quais alterações poderiam ser sugeridas com o fim de promover uma tutela mais efetiva dos direitos do trabalhador assediado moralmente. Esse é o propósito do presente artigo: primeiramente, conhecer melhor o fenômeno do assédio moral, para só depois propor medidas resolutivas e elaborar uma verdadeira proposta de alteração da legislação vigente. Um dos principais meios jurídicos de que se dispõe, no momento, é o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregado por descumprimento de deveres legais e contratuais por parte do empregador (art.483, “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho), rigor excessivo ou exigência de serviços além das forças do trabalhador (art.483, “a” e “b”, CLT). Contudo, estima-se que essa regulação seja precária e insuficiente, já que não oferece resposta para todas as formas de assédio moral (limita-se ao assédio vertical descendente), além de obrigar o trabalhador assediado a abandonar seu posto de trabalho, ficando o assediador totalmente impune.

É inconcebível que o Direito, em particular o Direito Penal, permita a existência de condições de trabalho desumanas e degradantes, nas quais não se respeita a dignidade e a integridade moral do trabalhador, violando princípios elementares do Estado de Direito democrático e social consagrado na Constituição. Por isso, acredita-se necessária e urgente a discussão do tema apresentado para que sejam pensadas com urgências medidas jurídicas eficazes que coibam a prática do assédio moral no ambiente laboral.

2. ESTRATÉGIAS DO ASSEDIADOR

Do ponto de vista objetivo, o exercício da violência psicológica consistente no *mobbing* pode consubstanciar-se em diferentes comportamentos, entre os quais podem-se citar[7]:

a) ações que atentam contra a dignidade da pessoa ou sua reputação: são injúrias, desqualificações, ridicularizações do aspecto físico, gestos, burlas de sua crença religiosa ou pensamento ideológico, insultos, calúnias, difusão de falsos rumores e assédio sexual (*violência espiritual e violência psicológica*);

b) condutas contra o desempenho no trabalho: atribui-se ao assediado tarefas que não correspondem à sua qualificação profissional, seja por excesso (tarefas extremamente complexas) ou por omissão (tarefas simples, repetitivas ou rotineiras). Também costuma-se dificultar à vítima a realização do que lhe foi atribuído, ocultando-lhe informações relevantes, dando-lhe ordens contraditórias ou simplesmente não especificando adequadamente suas funções (*violência laboral ou violência intelectual*).

c) rupturas do princípio da igualdade, propiciando a criação de situações em que as regras da competição saudável entre os trabalhadores são violadas. Criam-se situações de discriminação, com o tratamento favorável a determinados empregados, nos âmbitos econômico, de representação, profissional ou de reconhecimento institucional (*violência econômica ou violência estrutural*).

d) situações de discriminação no espaço físico do trabalhador, em que ele é transferido a escritórios de nível inferior ao comum em sua categoria, isolando-o do resto do grupo[8] e dificultando suas relações sociais e de comunicação, impondo-lhe relações de trabalho precárias (*violência espacial*).

e) sabotagens premeditadas contra o trabalho do assediado, defraudando seu direito de propriedade intelectual através do furto de suas idéias, projetos e sugestões, causando-lhe danos informativos em seus documentos, violando sua intimidade para tomar conhecimento de dados exclusivos seus (*violência informática e contra a propriedade intelectual*).

Do anterior, se deduz que o assédio moral nas relações de trabalho viola uma série de direitos fundamentais do indivíduo e importantes bens jurídicos do trabalhador assediado, como o princípio da igualdade, o direito à intimidade, o direito à honra, à inviolabilidade das correspondências e ao sigilo das comunicações, o direito à saúde psíquica e à integridade moral, entre outros.

De acordo com Leymann, o assédio moral laboral se dá em quatro fases, que operam de modo crescente[9]:

a) fase de conflito: instala-se entre o assediado e seus assediadores e cronifica-se, de modo irresolúvel.

b) fase de estigmatização: é a chamada fase do *mobbing*. O que em princípio surgiu como um conflito entre pessoas torna-se um verdadeiro “linchamento moral”, intensificando-se a perseguição dos assediadores. Essa fase costuma durar de um a três anos.

c) fase de intervenção da empresa: ela intervém para solucionar o conflito, embora nem sempre funciona de modo favorável ao assediado, pois se ele é objeto de rechaço coletivo, por parte de todos, sua proteção pode sacrificar o andamento de todo o pessoal

e a empresa pode preferir desvencilhar-se do trabalhador assediado, já que é bem mais fácil prescindir de um só do que de vários.

d) fase de marginalização ou exclusão da vida laboral: constitui-se de vários períodos de licença do trabalhador assediado, que pode culminar com a despedida sem justa causa e com a posterior dificuldade de encontrar nova ocupação[10].

Recorde-se, porém, que em todos os casos é imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que não se considere assédio moral qualquer descontrole comportamental e isolado de terceiros para com o trabalhador, pois os seres humanos são passíveis de erros e destemperos ocasionais. Assim, apenas as condutas efetivamente degradantes e desestabilizantes poderão configurar o assédio moral cuja prática se deve coibir[11].

3. CONCEITO SOCIAL E JURÍDICO DE *MOBBING*

A partir dos elementos antes citados, relativos ao comportamento do assediador e das sucessivas fases em que o mesmo se opera, é possível traçar um conceito sociológico de *mobbing*, com base no qual pode-se alcançar a delimitação desse conceito do ponto de vista jurídico. Do ponto de vista sociológico, o assédio moral no trabalho compõe-se de três elementos principais[12]:

a) um *elemento material*, consistente no exercício de condutas de violência psicológica extrema, como ameaças, críticas, perseguições, que infundem na vítima assediada sentimentos de terror, desânimo e insegurança;

b) um *elemento temporal*, que implica a repetição habitual e permanente do comportamento de assédio, com o exercício reiterado e continuado das antes referidas condutas de violência psicológica[13];

c) um *elemento teleológico*, representado pela finalidade perseguida pelo assediador, qual seja: forçar a despedida e a saída do trabalhador assediado da empresa onde desempenha suas funções.

Com base nos elementos anteriores, chega-se a um conceito jurídico de *mobbing*, que incorpora dois requisitos essenciais: por um lado, o objeto jurídico diretamente lesionado através do assédio reiterado e constante -a dignidade humana e a integridade moral do trabalhador- e, por outro, a finalidade específica de humilhar, desprezar e aviltar a vítima assediada[14]. A concretização de tais características revela-se essencial para a delimitação dos elementos componentes do tipo de injusto de um futuro delito de assédio moral no ordenamento brasileiro. Antes disso, porém, faz-se necessário analisar os bens jurídicos lesionados ou postos em perigo por esses comportamentos e se os mesmos já não se encontram suficientemente tutelados através da legislação atualmente em vigor.

4. BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS. A INSUFICIÊNCIA LEGISLATIVA E A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Uma breve análise do ordenamento vigente demonstra que a legislação trabalhista não oferece a devida proteção ao empregado que é vítima de assédio laboral, já que, conforme assinalado anteriormente, o trabalhador assediado conta apenas com a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregado, em virtude de abuso de poder (art.483 da Consolidação das Leis do Trabalho). Contudo, essa forma de proteção revela-se insuficiente, pois na prática resultará na total impunidade do autor do assédio, que foi quem provocou a despedida do assediado, além de obrigar a que seja a própria vítima quem abandone seu posto de trabalho, rescindindo o contrato laboral.

A legislação trabalhista em vigor não conta, portanto, com o instrumental necessário para a efetiva repressão do assédio moral no ambiente laboral, pois não é possível inserir o *mobbing* no rol de doenças profissionais e das produzidas em virtude das condições especiais de trabalho (art.169, CLT), a não ser que esse comportamento redunde em uma efetiva alteração da saúde psicofísica do trabalhador, coisa que nem sempre ocorrerá.

Tendo em vista a imperiosa necessidade de criminalização do assédio moral no ambiente laboral, alguns setores da doutrina buscam inserir o assédio entre as figuras penais já existentes, como por exemplo os delitos de lesões corporais (art.129, Código Penal), difamação (art.139, CP), injúria (art.140, CP), constrangimento ilegal (art.146, CP), ameaça (art.147, CP) e assédio sexual (art.216-A, CP). Esquecem-se, porém, da especificidade do assédio moral nas reações de trabalho, que consiste precisamente na criação de um clima de humilhação e degradação do empregado com a finalidade precípua de provocar sua despedida, praticada através de comportamentos reiterados e habituais. A prática de um só ato de humilhação, por si só, não tem entidade suficiente para configurar o assédio moral, podendo configurar algum dos delitos antes citados.

Na busca pelo bem jurídico protegido através da criminalização do assédio moral, que poderia fazer com que esse comportamento se inserisse em alguns dos comportamentos delitivos antes citados, um setor da doutrina entende que o bem jurídico lesionado pelo *mobbing* seria a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88). Contudo, não se pode olvidar que a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais[15] e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art.5º, III, CF/88) não só dos trabalhadores, como de todos os indivíduos.

Recordemos que são duas as características principais do conceito jurídico de *mobbing*: em primeiro lugar, o tratamento degradante, reiterado e sistemático, através de comportamentos de índole muito variada, que provocam a lesão da integridade moral do trabalhador acossado e, em segundo lugar, o âmbito laboral no qual essa prática é

exercitada (o contexto das relações de trabalho), que é o que determina, em última instância, o propósito ou finalidade de fazer com que a vítima procure a extinção prematura e antecipada do contrato de trabalho, prejudicando de forma definitiva seus interesses de estabilidade laboral.

Verifica-se, assim, a existência de um duplo bem jurídico lesionado: tanto a integridade biopsíquica do trabalhador, como sua segurança e estabilidade laborais. No que diz respeito especificamente à proteção da integridade moral, faz-se mister destacar que não se confunde com a integridade física, objeto de proteção do delito de lesões corporais (art.129, CP), e que por sua vez abarca tanto a integridade física como a psíquica, entendida esta última como saúde mental. Os conceitos de integridade moral e psíquica não se identificam em absoluto, já que não é difícil imaginar lesões à integridade moral que não impliquem necessariamente uma violação da saúde mental do indivíduo, especialmente em relação àqueles sujeitos inimputáveis ou portadores de alguma enfermidade psíquica, ou ainda a quem possua uma extraordinária capacidade de resistência psicológica. A proteção à integridade moral, portanto, encontra-se relacionada mais com a proibição de degradar e humilhar constante do art.5º, III, da Constituição (“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”), do que com a tutela da integridade psíquica propriamente dita.

Contudo, a doutrina salienta acertadamente que a proteção da integridade moral do indivíduo, e particularmente do trabalhador, deve constituir-se a partir de uma perspectiva mais ampla do que o mero conteúdo negativo do citado art.5º, III, CF/88. Tal afirmação supõe a construção de um conceito positivo de integridade moral, que se estrutura com base na tutela da incolumidade do ser humano, como fim em si mesmo, e nunca como instrumento ou meio para a consecução de objetivos que lhe sejam alheios, e na proibição de que lhe sejam infligidos comportamentos degradantes e humilhantes, contrários à sua vontade, e que impliquem graves sofrimentos físicos e mentais, como a insegurança no emprego, provocando sua despedida voluntária ou sem justa causa[16]. Do ponto de vista laboral, esse conceito positivo é afirmado pela Constituição Federal a partir da tutela dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre os fundamentos da República (art.1º, IV, CF/88) e da proteção da existência digna do trabalhador, conforme os ditames da justiça social (art.170, entre os Princípios Gerais da Atividade Econômica, no Capítulo relativo à Ordem Econômica e Financeira).

No atual Código Penal, no Título IV, relativo aos “Crimes contra a Organização do Trabalho”, alguns delitos poderiam assemelhar-se, embora de forma não específica, ao conteúdo do *mobbing*. O primeiro deles é o constante do art.197, I, CP, que tipifica o crime de *atentado contra a liberdade de trabalho* (“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias. Pena – detenção, de um mês a um ano e multa, além da pena correspondente à violência”). Tal delito, porém, apresenta algumas dificuldades para adequar-se à figura do assédio moral laboral. Entre elas, pode-se citar, em primeiro lugar, o fato de que o bem jurídico protegido nesse caso não seja a integridade moral do trabalhador, mas tão somente sua liberdade de trabalho, com particular ênfase à sua liberdade de escolher a profissão que quer exercer[17], que tem mais a ver com sua liberdade de autodeterminação da vontade do que propriamente com a tutela de sua integridade moral, que seria o verdadeiro bem jurídico protegido através da criminalização do assédio moral. No delito em exame, o constrangimento ou a violência são empregados pelo sujeito ativo com o fim de evitar

que o sujeito passivo tenha plena liberdade de escolher trabalhar na arte, ofício, profissão ou indústria que desejar, ou nos dias estabelecidos (p. ex., obrigando-lhe a ir apenas às segundas e terças-feiras de cada semana), mas insta salientar que tal coisa nem sempre ocorre no assédio moral, pois o empregado pode continuar exercendo perfeitamente o trabalho que elegeu nos dias determinados, fazendo-o, porém, em condições degradantes e humilhantes que tornam insuportáveis suas condições de sobrevivência na empresa.

Outro delito constante do mesmo Título IV é o do art.203 do Código Penal (*Frustração de direito assegurado por lei trabalhista*), que sanciona com pena de detenção de um a dois anos e multa, além das penas correspondentes à violência, quem “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”. Tampouco parece ser este o lugar adequado para a criminalização do assédio moral, pois a doutrina e a jurisprudência reconhecem de forma unânime que esse delito assume uma conotação mais relacionada com a proteção da materialidade do trabalho e com a tutela econômica do trabalhador, como parte mais frágil e menos favorecida da relação de emprego, do que com a proteção de sua integridade moral. Trata-se, portanto, de um tipo penal que protege os direitos concretos do trabalhador assegurados pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas, tais como o salário mínimo, o recolhimento do FGTS, o 13º salário, a jornada de trabalho de 8 horas, o descanso semanal remunerado, as férias, a licença à gestante, etc. Some-se a isso ainda o fato de se tratar de uma norma penal em branco, que obriga o intérprete a uma remissão à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), às leis trabalhistas complementares e à Constituição, para que se certifique do conteúdo dos direitos assegurados ao trabalhador[18]. O §1º, II, do mesmo art.203 pune com idênticas penas às do *caput* quem “impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais”. Embora não deixe de consistir em uma forma de assédio laboral, o comportamento descrito nesse tipo penal fica muito aquém da amplitude que uma figura dedicada à punição desse delito deveria ter; além disso, nunca é demais recordar que no assédio moral no ambiente de trabalho o objetivo dos assediadores é justamente forçar a demissão do empregado assediado (*elemento teleológico*), e não impedir que o mesmo abandone seu posto, pois isto é exatamente o que eles desejam que aconteça.

Tudo quanto foi dito anteriormente põe em evidência a necessidade de criação de um tipo penal específico e novo no âmbito dos “Crimes contra a Organização do Trabalho” (Título IV do Código Penal), através do qual fosse criminalizada uma conduta com as características do assédio moral nas relações de trabalho. Já vimos como os atuais tipos penais resultam insuficientes para a repressão do assédio psicológico no ambiente laboral. Só através da criação dessa nova figura delitiva, será possível fazer com que os assediadores conheçam a conduta proibida pela norma e sua punição, e os assediados saibam a partir de que momento o assédio ultrapassa os limites do permitido e é possível contar com a proteção da legislação penal. Também seria conveniente que essa proposta de criminalização viesse acompanhada pela devida reforma da legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho), da qual deveria constar expressamente a proibição do assédio moral e o direito dos trabalhadores a não sofrê-lo, além da específica sanção para o empregado ou empregador que desrespeitasse tal normativa.

Além disso, tendo em conta que esse comportamento pode aparecer em outros lugares diferentes da empresa privada, como, por exemplo, no contexto da função pública[19],

seria conveniente ampliar o âmbito de aplicação do futuro delito de assédio moral nas relações de trabalho a toda e qualquer prestação de serviços executada de forma contínua ou habitual. Seria um delito comum, cujas penas poderiam ser especialmente agravadas naqueles casos em que o assediador se prevalecesse de sua condição de superior hierárquico para a comissão do delito, praticando-o com abuso de poder, ou quando o fizesse com violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão.

5. POSTURA CRÍTICA E PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO *MOBBING*

Conforme destacado anteriormente, o tratamento atual do assédio moral nas relações de trabalho no ordenamento brasileiro resulta extremamente insatisfatório, já que o máximo de proteção que pode obter o trabalhador assediado, no âmbito do Direito Laboral, é a rescisão unilateral do contrato de trabalho, o que acarreta a necessidade de que seja ele quem abandone o seu posto de trabalho e, o que é pior, muitas vezes permite que o assediador ou assediadores fiquem completamente impunes. Por outro lado, não parece ser que os tipos penais dos delitos já existentes na legislação brasileira (lesões corporais, injúria, difamação, assédio sexual, constrangimento ilegal, ameaça, etc.) possam encerrar com precisão todo o conteúdo do injusto específico do assédio moral no ambiente de trabalho.

Do ponto de vista jurídico-penal, o tipo de injusto, composto pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, constitui a reunião de todos os elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura de delito. Isso significa que deve corresponder a uma descrição terminante das partes que caracterizam a própria conduta delitiva[20]. Todavia, na atualidade, não existe no Código Penal brasileiro nenhum tipo penal, isto é, nenhuma figura delitiva que seja completamente adequada aos comportamentos que caracterizam a conduta do assediador moral no ambiente laboral. Como já demonstrado, o assédio moral no trabalho contém uma série de elementos básicos muito específicos, que não aparecem nas tradicionais figuras dos delitos de lesões, ameaça, constrangimento ilegal e assédio sexual constantes do Código Penal: a prática de atos que geram um clima de humilhação e degradação do assediado em seu ambiente de trabalho e a reiteração desses atos com o fim de provocar a dispensa do trabalhador. Tais atos, aliás, devem ser analisados sempre *conjuntamente*, já que isoladamente não têm o condão de assumir a entidade do assédio moral digno de sanção criminal[21]. Dito de outro modo, a mera prática de um ato isolado de ameaça, constrangimento ou difamação do trabalhador não seria abarcada pelo tipo do novo delito de assédio moral, pois os bens jurídicos afetados nesses casos (a liberdade física e psíquica do trabalhador, sua honra, etc.) já dispõem de tutela suficiente através das figuras delitivas existentes na legislação penal brasileira.

Para estruturar o tipo do delito de assédio moral nas relações de trabalho, impõe recordar as principais características do *mobbing*: o exercício de condutas de violência psicológica extrema contra o trabalhador no ambiente laboral (*elemento material*); a repetição habitual desses comportamentos (*elemento temporal*); a finalidade específica de humilhar e degradar as condições de trabalho da vítima, com o propósito de provocar sua saída (*elemento teleológico*) e a violação da dignidade humana e, mais

especificamente, da integridade moral do trabalhador assediado, mediante a provocação de um sentimento de insegurança, e de falta de comodidade e estabilidade da vítima em seu emprego (*bens jurídicos protegidos*). A existência deste último bem jurídico (a segurança, a comodidade e a estabilidade no emprego) é por si só razão bastante para que se possa criar um novo delito que albergue o *mobbing*, à parte das figuras delitivas já existentes na legislação penal brasileira, pois como já se disse, não parece existir em nosso ordenamento nenhum tipo penal que proteja de forma adequada e suficiente esse importante objeto jurídico.

Quanto ao sujeito ativo, conforme já salientado, o assédio moral no ambiente de trabalho deveria ser um delito comum, suscetível de ser praticado por qualquer pessoa[22]. O *mobbing* não deveria, portanto, assumir a condição de delito especial próprio (isto é, que só pode ser cometido por sujeitos determinados previstos no tipo penal) porque, como se procurou demonstrar, o assédio moral pode ser perpetrado não só pelo empresário ou superior hierárquico do empregado (*assédio moral vertical descendente*), como também pelos demais trabalhadores, companheiros de trabalho da vítima (*assédio moral horizontal*), e mesmo pelos empregados subordinados contra o patrão, com o fim de demonstrar sua incapacidade para exercer o posto de chefia (*assédio moral vertical ascendente*). Por outra parte, o *mobbing* pode ser praticado tanto por ação quanto por omissão, já que também são puníveis aqueles sujeitos que, cientes da situação de degradação moral do trabalhador assediado, não tomam providência alguma com o fim de fazer cessar o assédio[23]. Tais sujeitos, porém, não têm que ser necessariamente garantes do bem jurídico em questão, já que, neste particular aspecto, este seria apenas um delito omissivo próprio[24], passível de ser praticado por qualquer pessoa próxima do trabalhador que testemunhasse seu sofrimento e não se dispusesse a interromper o ciclo de humilhações e desestabilização a que o mesmo se encontra submetido.

Assim, de acordo com a interpretação do fenômeno do assédio moral nas relações laborais que aqui se fez, propõe-se *de lege ferenda* a criação de um tipo penal específico dentro do Título IV do Código Penal brasileiro (“Crimes contra a Organização do Trabalho”), logo após o delito de *frustração de direito assegurado por lei trabalhista* (art.203), com a seguinte redação[25]:

Assédio moral nas relações de trabalho

“Art.203-A. Degradar ou consentir que se degradem as condições de trabalho de outrem mediante a prática reiterada de assédio moral ou psicológico, ou não cessar ou adotar medidas que evitem esses comportamentos, com o fim de provocar sua demissão:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um terço até a metade, se o sujeito se prevalece de sua condição de superior hierárquico para a comissão do delito, praticando-o com abuso de poder, ou com violação de dever inerente a cargo, ofício ou profissão”.

Na figura em questão, visualizam-se sem maiores dificuldades o elemento material (“*Degradar ou consentir que se degradem as condições de trabalho de outrem*”), o elemento temporal (“*mediante a prática reiterada de assédio moral ou psicológico*”), a forma omissiva (“*não cessar ou adotar medidas que evitem esses comportamentos*”) e o elemento teleológico (“*com o fim de provocar sua demissão*”). As “relações de trabalho” aqui deverão ser interpretadas em sentido amplo, de modo a abarcar também a proteção da integridade moral dos funcionários públicos vítimas de assédio. Importante salientar que o tipo não exige que a demissão do trabalhador se efetive na prática, já que basta a criação de um clima de instabilidade laboral para que o delito se consuma. O fim de provocar a saída do trabalhador nada mais é do que um elemento subjetivo especial do tipo, paralelo ao dolo, mas que não se confunde com ele. A presença desse elemento, típico dos chamados “delitos de intenção”, assinala a tendência interna do autor do crime, que busca um resultado compreendido no tipo, mas que o agente não precisa necessariamente alcançar para que o delito se considere consumado[26].

Também é importante recordar que no caso de existir lesão a outros bens jurídicos diferentes daqueles protegidos pela nova figura típica (p. ex., integridade física, liberdade sexual, honra), far-se-ia necessária a remissão aos tipos específicos do Código Penal (lesões corporais, assédio sexual, injúria, etc.), cujas penas seriam aplicadas em concurso com as do novo delito do art.203-A. Por outro lado, caso não se verificasse na prática a reiteração ou habitualidade dos comportamentos a que se refere o assédio moral (p. ex, se a humilhação no ambiente de trabalho acontecesse apenas uma vez, de forma pontual), nada impediria que, observada a estrita legalidade penal, fosse aplicado algum dos delitos contra a liberdade individual, como o constrangimento ilegal (art.146, CP) e a ameaça (art.147, CP), já que a subsidiariedade desses delitos impede que comportamentos de inegável gravidade, como o *mobbing*, fiquem impunes quando praticados de forma isolada.

Em síntese, é possível concluir que a criação de um tipo penal específico teria a enorme vantagem de dar cumprimento ao princípio da legalidade penal (art.5º, XXXIX, CF/88), permitindo, por um lado, que os assediadores conheçam o conteúdo do comportamento proibido e a concreta penalidade a que estão sujeitos, e, por outro lado, fazendo com que os assediados possam saber a partir de que momento sua integridade moral e estabilidade no emprego passariam a ser protegidas pela lei penal. Seria também de grande utilidade a criação de normas complementares, de cunho trabalhista (p. ex., CLT e leis esparsas), que reconhecessem e definissem a figura do *mobbing*, com o fim de prever o direito do trabalhador a não ser vítima de assédio, e de proclamar seus efeitos e consequências jurídicas no caso de sua prática no âmbito da empresa (e, igualmente, da função pública, razão pela qual, como já destacado, também os Estatutos dos funcionários públicos das diversas esferas dos Poderes Públicos deveriam prever normas e medidas de idêntico teor)[27].

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRETO, M. A. *Assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A. El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, 2004.
- CADENA SERRANO, F. Las lesiones psíquicas y el *mobbing*. Breve referencia al *bullying*. In: BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. El Derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15, CE: su tutela penal. *La Ley*, nº 4196, 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Los delitos de lesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- FERREIRA, H. D. B. *Assédio Moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russell, 2004.
- FIORELLI, J. O.; FIORELLI, M. R.; MALHADAS JR., M. J. O. *Assédio moral: uma visão multidisciplinar*. São Paulo: LTr, 2007.
- Fragoso, H. C. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, vol.1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.398.
- GARCÍA ARÁN, M. La protección penal de la integridad moral. In: *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- GONZÁLEZ DE RIVERA, J. L. *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*. Madrid: Espasa, 2002.
- GUEDES, M. N. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- HIRIGOYEN, M. F. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- ___ *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Trad. Maria Helena Kühner. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- JAKUTIS, P. *Manual de estudo da discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- LEYMANN, H. *Mobbing. La persecution au travail*. Paris: Ed. Du Seuil, 1996.
- MOLINA NAVARRETE, C. *Mobbing o acoso moral en el lugar de trabajo. Relaciones Laborales*, tomo I, 2002.
- PARREIRA, A. *Assédio moral: um manual de sobrevivência*. Campinas: Russell, 2007.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004.

Prado, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral. 8 ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, vol.2. 7 ed. São Paulo: RT, 2008

RODRÍGUEZ MESA, M. J. El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos. *Revista del Poder Judicial*, nº 62, 2001.

RUFINO, R. C. P. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J. Consideraciones sobre el delito de lesiones psíquicas. *La Ley Penal*, nº 11, 2004.

Valle Muñiz, J. M.; González González, M. Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal. *Poder Judicial*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, nº 26, p.109-144, 1992.

[1] Vide Ferreira, H. D. B. *Assédio moral nas relações de trabalho*, p.10.

[2] Nos anos 80, o psicólogo alemão Heinz Leymann introduziu o conceito de *mobbing* para descrever as formas mais severas de assédio moral dentro das organizações.

[3] Vide Hirigoyen, M. F. *Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral*, p.30.

[4] Segundo Guedes, os fatores responsáveis por esse tipo de assédio são a competição, a preferência pessoal do chefe por algum dos empregados, a inveja, o racismo, a xenofobia e os motivos políticos, entre outros (vide *Terror psicológico no trabalho*, p.37).

[5] Vide González de Rivera, J. L. *El maltrato psicológico. Como defenderse del 'mobbing' y otras formas de acoso*, p.28, 33 e 34. De acordo com Hirigoyen, em um levantamento de 186 casos de assédio moral no trabalho, em 58% dos casos, o assédio vem da hierarquia; em 29% dos casos, o assédio vem de pessoas diversas, incluindo simultaneamente chefia e colegas; em 12% dos casos, o assédio vem de colegas e em 1% dos casos, o assédio vem de um subordinado (op. cit., p.111).

[6] Vide Rufino, R. C. P. *Assédio moral no âmbito da empresa*, p.74.

[7] Vide Cadena Serrano, F. A. Las lesiones psíquicas y el *mobbing*. In: Boldova Pasamar, M. A.; Rueda Martín, M. A. (Coords.). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, p.188 e 189.

[8] Vide Hirigoyen, M. F. *Assédio moral. A violência perversa no cotidiano*, p.175, que destaca que essa situação de isolamento muitas vezes se vê agravada ainda mais pela atitude de complacência das vítimas, que duvidam de sua própria percepção, pois não estão certas de não estarem exagerando. Estão sempre prontas a defender seu agressor, julgando as reações das testemunhas como algo injusto e excessivo, com o fim de não aumentar ainda mais o conflito instaurado.

- [9] Vide Leymann, H. *Mobbing. La persecution au travail*, p.43 e ss.
- [10] Vide Hirigoyen, M. F. *Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral*, p.118-119.
- [11] Vide Rufino, R. C. P., op. cit., p.44.
- [12] Vide Cadena Serrano, F. A., op. cit., p.190.
- [13] Segundo Hirigoyen, o termo “assédio moral” não é o ideal para qualificar uma atitude agressiva pontual do empregador, mesmo que a agressão tenha provocado conseqüências especialmente graves para a vítima (vide *Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral*, p.30). A autora lembra que “pode acontecer, entretanto, que uma agressão aparentemente solitária, mas particularmente humilhante, como é o caso de certas demissões desumanas (sala trancada, pertences pessoais no corredor, atitudes de evitação), possa ser considerada assédio moral”, mas destaca que “às vezes, analisando detalhadamente essas situações, percebemos que pequenos indícios de rejeição ou hostilidade não admitidas pela vítima haviam precedido a dispensa” (op. cit., p.31).
- [14] Vide Pérez Machío, A. I. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, p.30.
- [15] Vide Cadena Serrano, F. A., op. cit., p.191-192. Nesse sentido, assinala-se com absoluta propriedade que “qualquer delito que lesione um interesse da pessoa (v.g., vida, integridade, honra, intimidade, etc.) de alguma maneira afeta também a sua dignidade, e nem por isso se pode afirmar que esta é o bem jurídico dos delitos de homicídio, lesões, injúria e calúnia” (Valle Muñiz, J. M.; González González, M. Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal. *Poder Judicial*, nº 26, 1992, p.127).
- [16] Vide Cadena Serrano, F. A., op. cit., p.193-194.
- [17] Vide Prado, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, vol.2, p.553.
- [18] Como recorda Frago, H. C. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, vol.1, p.398.
- [19] De acordo com Hirigoyen, o assédio moral no setor público é ainda mais freqüente e tende a durar mais do que no setor privado, pois no setor público os assediadores são protegidos e não podem ser demitidos facilmente, o que leva a resultados ainda mais dramáticos sobre a saúde das vítimas (op. cit., p.124). Some-se a isso o fato de que os critérios de indicação de cargos de maior autoridade (chefias), além do mérito profissional, incluem como importante variável a proximidade com os detentores de cargos eletivos, os quais privilegiam, para essas posições, elementos de sua confiança. As chefias sabem-se transitórias, enquanto que os colaboradores percebem-se permanentes, o que só agrava as possibilidades de conflito (vide Fiorelli, J. M.; Fiorelli, M. R.; Malhadas Jr., M. J. O. *Assédio moral: uma visão interdisciplinar*, p.134)
- [20] Vide Prado, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p.313.
- [21] Conforme salienta Cadena Serrano, F. A., op. cit., p.197.

[22] O que não exclui, como já sugerido, a possibilidade de especial agravação da pena naqueles casos em que o assediador se prevalecesse de sua condição de superior hierárquico para a prática do delito.

[23] A estes, denomina Hirigoyen “os que seguem a perversidade do grupo”, sem capacidade de agir para interromper o ciclo de vexações (op. cit., p.270-271).

[24] Semelhante à estrutura do delito de *omissão de socorro* (art.135, CP) que, no entanto, abarca tão-somente a tutela da integridade física, vida e saúde da vítima, razão pela qual não poderia estender-se àquelas hipóteses em que o sujeito ativo estivesse em presença de lesões à integridade moral ou à estabilidade laboral do sujeito passivo e nada fizesse para impedir o comportamento delitivo de outrem.

[25] Assevere-se que já apareceram pelo menos dois projetos de lei federal com o fim de criminalizar o assédio moral no trabalho. O primeiro, o Projeto de Lei nº 4.742/2001, de autoria do deputado Marcos de Jesus (PL-PE), propõe a inserção do art.146-A no Código Penal, com a seguinte redação: “*Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral: Pena – detenção, de 3 (três) meses a um ano e multa*”. O projeto foi considerado demasiado impreciso pela Comissão de Constituição e Justiça, e por isso não foi votado. Já o Projeto de Lei nº 5.971/2001, elaborado por uma equipe de deputados liderados por Inácio Arruda, propõe a seguinte redação para o art.203-A: “*Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica: Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa*”. Tanto este projeto como o anterior padecem do mesmo defeito, qual seja: só prevêm a punição do assédio moral vertical descendente, mas ignoram as demais formas de *mobbing* (assédio moral horizontal e assédio moral vertical ascendente) (vide Ferreira, H. D. B., op. cit., p.109-112).

[26] Vide Prado, L. R., op. cit., p.326.

[27] Nesse sentido, é oportuno salientar que encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Federal nº 5.970/2001, que tem por finalidade alterar o art.483 da CLT, inserindo nele a alínea “h”, relativa à coação moral, como mais uma hipótese de rescisão do contrato de trabalho pelo empregado com justa causa. Assim, a rescisão seria possível por parte do empregado sempre que “*praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele, coação moral, através de atos ou expressões que tenham por objetivo ou efeito atingir sua dignidade e/ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções*”. O Projeto prevê ainda a criação do art.484-A, que teria a seguinte redação: “*Se a rescisão do contrato de trabalho for motivada pela prática de coação moral do empregador ou de seus prepostos contra o trabalhador, o juiz aumentará, pelo dobro, a indenização devida em caso de culpa exclusiva do empregador*”. A doutrina critica, porém, o fato de os artigos terem redação incompleta, já que não são previstas as hipóteses de assédio moral horizontal nem de assédio moral vertical ascendente (vide Ferreira, H. D. B., op. cit., p.107).

**MEDO DA MISTIÇAGEM OU DA CIDADANIA? CRIMINALIDADE E RAÇA
NA OBRA DE NINA RODRIGUES. ***

**CRIMINOLOGY IN BRAZIL IN THE LAST QUARTER OF THE
NINETEENTH CENTURY**

Evandro Charles Piza Duarte

RESUMO

O texto trata da construção da Criminologia no Brasil na década de 1870. Apresenta as relações entre essa ciência e as Teorias Raciais, a partir da análise da obra “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal” de Nina Rodrigues. Sugere que a ciência brasileira constrói o conceito de mestiço como forma de controle sobre as populações negras e indígenas, e estratégia para impedir o surgimento da categoria de indivíduo abstrato, sujeito de direitos. Portanto, a obra de Nina Rodrigues não seria a manifestação de um preconceito contra os mestiços, mas racionalização da construção de uma categoria racista e anti-republicana, o mestiço.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINOLOGIA, SISTEMA PENAL NO BRASIL, RACISMO, NINA RODRIGUES, SELETIVIDADE, CIDADANIA E DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

ABSTRACT

The article deals with the construction of Criminology in Brazil in the last quarter of the nineteenth century. It shows that the relations between science and racial theories, especially from the analysis of the work "The Human Race and the Criminal Liability" of Nina Rodrigues. It suggests that the Brazilian science builds the concept of mestizo as a form of control over the black and indigenous populations, also as a strategy to prevent the emergence of abstract category of individual, who is entitled of personal rights. So the work of Nina Rodrigues would not be the manifestation of a prejudice against mixed, but the rationalization of the construction of a racist and anti-republican category, the mestizo.

KEYWORDS: CRIMINOLOGY, RACIAL THEORIES, PERSONAL RIGHT, NINA RODRIGUES, ANTI-REPUBLICAN, PREJUDICE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

O nascimento da Criminologia Positivista no Brasil é um fragmento decisivo para se compreender as práticas de nosso sistema penal e as concepções sobre as raças humanas defendidas na ciência brasileira.[1] Nos anos de 1880, havia os partidários tropicais de Lombroso, Ferri e Garófalo nas Academias de Medicina e Direito.[2] Todavia, foi Nina Rodrigues, precursor da Criminologia e da Antropologia brasileiras, em sua obra “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal” que se constitui em objeto privilegiado de análise das tensões de nossa Modernidade.

Ao corroborar o racismo das teorias criminológicas européias e das práticas locais, ele desenvolve a hipótese causal explicativa da criminalidade no Brasil como resultante da inferioridade racial de índios e negros.[3] A raça como fator criminógeno, ou seja, como causa da criminalidade e da desordem social, é defendida justamente no período em que as formas de controle social fundadas na divisão entre negros-escravos e brancos-livres, características do sistema escravista, estavam em crise, quer pela necessidade de fundar o mercado de mão-de-obra livre quer pelos atos de insurreição escrava. Ao mesmo tempo, estavam em ampla difusão duas novas categorias sociais: a de negro-escravo-urbano e a de negro-liberto. Em síntese, Nina Rodrigues desenvolve suas teses quando os negros passam a habitar e a redefinir a ocupação do espaço urbano, da *polys*, e, no plano político, quando se estava a definir os contornos da *civitas*, ou seja, os direitos atribuídos aos cidadãos, em especial, os negros, ex-escravos. Espaço (geografia urbana, institucional e nacional), direitos fundamentais e raça são categorias que passam a ser permutadas.

A oposição entre um controle social baseado no controle de indivíduos e outro que tivesse como alvo grupos humanos (raciais) é fio condutor de sua obra. Nela encontra-se uma pergunta central para a época: Quem deve ser controlado – os indivíduos abstratamente ou as “raças inferiores” e seus descendentes? A resposta de Nina Rodrigues foi o desenvolvimento, a partir do conflito de civilizações, de uma teoria da mestiçagem e da criminalidade. O seu significado e suas implicações é objeto do presente texto.

Sugere-se uma série de quadros sucessivos, e cada vez mais particularizantes, sobre o debate científico do período. Pretende-se: a) descrever as Teorias Raciais criadas na Europa, enfatizando a noção de tipo racial; b) demonstrar as relações entre a formação das Teorias Raciais e a constituição da Criminologia Positivista, sobretudo na Escola Positiva Italiana; c) explorar os dilemas da construção de uma teoria da criminalidade nacional e de uma proposta para a organização do controle social que partia da assunção do racismo; d) demonstrar a importância dessa noção para as concepções de cidadania.

Eis as questões levantadas: De que modo, o debate sobre as teorias racistas sobre a criminalidade vincula-se à formação de uma ideologia da nacionalidade que propõe uma teoria das relações raciais no país e concepções determinadas de cidadania? De que modo o debate em torno da hipótese (absurda) de que os negros são criminosos está

vinculado aos argumentos de que somos um país de “mestiços” e uma “democracia racial”?

I - Teorias da Raça no século XIX: Teorias do Tipo Racial e Darwinismo Social.

A Criminologia foi influenciada pelas teorias raciais? De que modo, elas conceberam as relações entre igualdade e raça?

A construção do conceito de raça no âmbito da ciência foi um processo longo. BANTON definiu-o como um “processo de racialização do ocidente e do mundo”, ou seja, um processo social: “pelo qual se desenvolveu um modo de categorização, aplicado com hesitação nos trabalhos históricos europeus, e depois, mais confiadamente, às populações do mundo no qual um novo uso da palavra raça fazia dela uma categoria física” negligenciando-se como o termo era anteriormente utilizado”.(1977, p. 29) [4]

No século XVIII, a palavra “raça” era principalmente usada para a descendência comum de um conjunto de pessoas; as suas características distintivas eram tidas por assentes e usava-se a categoria “raça” para explicar como a conseguiram. Logo, o termo era utilizado no sentido de “*linhagem*”. As diferenças entre raças derivariam das circunstâncias da sua história e, embora se mantivessem através de gerações, não eram fixas. Entretanto, no século XIX, “*raça torna-se um meio de classificar as pessoas por essas características*”, passando a significar “*uma qualidade física inerente*”.

Desde logo, a teoria dos tipos permanentes, formulada no início dos 1800, concebeu a humanidade dividida em “raças”. (BANTON, 1977, p. 29) A categoria “raça”, pressuposto quase inquestionável na história da ciência, passa servir à compreensão da diversidade humana e, principalmente, para demarcar a “inferioridade das populações não-européias”. Assiste-se ao nascimento de um paradigma científico, pois a construção da categoria raça implicava um conjunto de “*problemas*” a serem “*resolvidos*” pelos intelectuais da época (KUHN, 1996; p. 218-220): “*Como se explicar a razão destas diferenças raciais. Seriam umas raças superiores a outras? Ou suceder-se-iam as raças na liderança da humanidade? Ou teria cada raça uma contribuição peculiar a dar a humanidade? Em qualquer caso, tratava-se sempre de descobrir a natureza da raça.*” (BANTON, 1977, p.22) GOBINEAU resumiu da seguinte forma: “*Há, entre as raças humanas, diferenças de valor intrínseco, efetivamente importantes, que possam ser apreciadas?* (1967, p. 58)

A solução recorria à própria idéia de uma desigualdade entre as raças e ao argumento de que os povos negros e os nativos das américas seriam inferiores.. [5] O desenvolvimento desse paradigma, porém, comportou rupturas internas. Três fases marcam o desenvolvimento das teorias raciais: a da tipologia racial, do darwinismo social e dos estudos proto-sociológicos. (BANTON, 1977, p. 22) As duas primeiras emergiram de descobertas no reino biológico, estando associadas à noção negativa em que o termo raça foi inicialmente empregado e ao surgimento de sua forma derivada, o racismo. Ambas negaram a cisão entre corpo e alma tão cara ao pensamento religioso,

assim como apresentaram o antagonismo inter-racial como um fato implantado na natureza das raças.

A terceira, surgida da tentativa dos investigadores americanos de formularem explicações sociológicas para aquilo que acreditavam constituir problemas sociais, está associada à desconstrução mesmo da ideologia da desigualdade-inferioridade presente nas teorias anteriores e aos movimentos de emancipação dos grupos sociais racialmente rotulados como inferiores. Esta última representou contemporaneamente uma viragem no âmbito daquele paradigma, pois passou a propor o estudo do racismo, ao invés do estudo da raça.

Portanto, no interior do debate sobre as raças humanas presenciamos o surgimento de teorias da raça e teorias sobre o racismo. As teorias sobre o racismo representaram uma verdadeira revolução de paradigmas. Porém, o nascimento da Criminologia foi contemporâneo ao desenvolvimento da Teoria dos Tipos e do Darwinismo Social. Elas constituíram seus conceitos centrais e suas hipóteses explicativas. As imbricações entre teorias da raça e teorias sobre o criminoso e a criminalidade são tão decisivas que se pode sugerir que há apenas uma diferença de especialização, ao invés de autonomia científica.

A construção do termo raça e o conceito de tipo tiveram origem nos trabalhos de Cuvier, porém as quatro principais características da doutrina da tipologia racial foram sistematizadas nos trabalhos de Knox:

“A primeira é de que as variações na constituição e no comportamento dos indivíduos devem ser explicadas como a expressão diferentes tipos biológicos subjacentes de natureza relativamente permanente; a segunda afirma que as diferenças entre estes tipos explicam as variações nas culturas das populações humanas; a terceira diz que a natureza distinta dos tipos explica a superioridade dos europeus em geral e dos arianos em particular; a quarta explica que a fricção entre as nações e os indivíduos de diferente tipo tem a sua origem em caracteres inatos.” (BANTON, 1977, p. 60)

A noção de tipo, segundo BANTON, trazia uma contradição fundamental desde seu surgimento. Apesar de se inscrever na tradição científica do “*academicismo do século XIX*”, tendente à elaboração de diversas tipologias classificatórias no reino animal e vegetal, de forma conveniente, a noção não estava ligada a qualquer nível classificatório peculiar na Zoologia. Desse modo, tornava-se fácil a referência a *físicos característicos de determinadas nações, tipos de conformação craniana* ou dizer que um crânio *se aproximava do tipo Negro* sem ter de estabelecer em que consistia exatamente esse tipo. Em geral, os tipologistas usaram o tipo racial como um sinônimo de espécie, enquanto os zoólogos mais modernos, ao utilizarem o conceito de raça, o aplicam à subespécie. A diferença, neste caso, se funda na comprovação de que há uma origem comum a todos os humanos. (BANTON, 1977, p. 40, 60)

Tal paradoxo “aparente” na elaboração da noção de tipo denunciava os seus futuros usos, pois, permitiu a coincidência e construção de um “senso comum” europeu sobre raça. Não se tratava apenas de evidenciar diferenças com base no conhecimento científico de uma época, mas de construir diferenças e de fazê-las coincidir com características das populações não-européias. A problemática já podia ser percebida à época e somente o apelo ao “senso comum”, pressuposto distante da ciência

experimental nascente, permitiu a sua sobrevivência. O paradoxo “real” da noção de tipo foi a circularidade de sua argumentação, onde a diferença é o pressuposto do qual se parte e a conclusão que se pretende afirmar. [6]

Em outras palavras, o paradoxo do conceito de raça é inerente a sua constituição. A descoberta da raça representou um encobrimento da sua irracionalidade. De fato, ela era conhecida desde o início e nunca foi um mero erro de cientistas marcados por suas boas intenções para com a compreensão da condição humana. Desde o seu surgimento, a raça foi um conceito político.

Não obstante, a concepção dos tipos raciais tem sido mais central para o debate sobre a raça do que a tentativa de classificar as pessoas de diversas regiões e, embora contrastasse com o aparelho conceptual elaborado por DARWIN, foi reelaborada no seio da perspectiva evolucionista. (BANTON, 1977, p. 40)

O paradoxo do conceito de raça impede, portanto, que se fale de um desenvolvimento científico interno de sua estrutura conceitual. De fato, as mudanças referem-se ou à inserção em concepções científicas ou filosóficas mais amplas por parte dos cientistas, as suas idiossincrasias e, sobretudo, às tensões políticas relacionadas aos povos que foram racializados. Isso não significa que a constituição de um universo conceitual científico sobre as “raças humanas” não tenha sido relevante. Ao contrário, ele foi decisivo para a produção de novos e específicos efeitos políticos.

A teoria dos tipos, na sua forma pura, defendia a existência de um número limitado de tipos permanentes de diferentes origens (hipótese poligenista) e, em sua posição radical, que os híbridos seriam, ao final, estéreis. Todavia, a sua frágil posição diante da diversidade das formas humanas, fez com que seus expoentes admitissem algumas possibilidades de mudança. A miscigenação, por exemplo, implicava em dizer neste contexto de mediação, que houve em tempos idos raças puras e que os cruzamentos provocavam a degeneração. (BANTON, 1977, p.104) Ela era um “fato” bem conhecido em relação aos europeus e não europeus desde, no mínimo, o século XIV, pois, desde então, e, no contexto europeu, as migrações nunca cessaram. No século XIX, o neocolonialismo impunha a necessidade de convivência direta entre minorias européias e maiorias subjugadas. Neste contexto, a necessidade de pensar um novo status aos denominados híbridos tornava-se mais evidente, eles eram incorporados à teoria, na medida em que também eram incorporados aos arranjos nas relações de poder entre metrópole e colônias.

Não obstante, num primeiro momento, o darwinismo social iria provocar conflitos com a teoria dos tipos, sobretudo quanto à hipótese sobre a origem do homem. No século XIX, os cientistas dividiam-se entre monogenistas e poligenistas. Os primeiros defendiam uma origem comum dos diversos grupos humanos e os segundos advogavam a existência de origens diferenciadas para as raças humanas. [7] Os integrantes da Teoria dos Tipos foram essencialmente defensores da poligenia. Os novos adeptos do Darwinismo defenderam a monogenia. Não obstante, “*a essência do pensamento poligenista é preservada numa moldura darwinista*”. Nesta fase, as teorias racistas adquiriam uma “*nova respeitabilidade conceitual*”, isso porque o arcabouço conceitual elaborado por Darwin era marcado pelo uso do método científico. Porém, essa passagem tornou possível continuar a citar toda a “evidência” da anatomia comparada, frenologia, fisiologia, e etnografia histórica. (SKIDMORE, 1976, p. 68-69). A principal

diferença estava em que o darwinismo descreveu as relações entre as raças como um fato biologicamente determinado, mas de um modo menos mecânico, e fez nascer um saber que poderia ser utilizado para “resolver” “o problema racial”. Para os darwinistas, a seleção natural criaria raças puras a partir da diversidade. Ao mesmo tempo, a mudança biológica estaria ao lado do progresso humano, desde que se adotassem medidas de eugenia (BANTON, 1977, p. 101)

CATTETON-HILL, um dos defensores do darwinismo social, expõe os seus conceitos básicos:

“Primeiro, variabilidade: não há dois seres vivos iguais. As espécies modificaram-se ao longo do tempo, de modo que não existem tipos permanentes. Segundo, hereditariedade: as características individuais não são adquiridas por adaptação, mas sim herdadas dos antepassados. Este princípio era olhado como limitando o poder do indivíduo para realizar determinados fins e como enfraquecedor do significado das causas morais nos assuntos humanos. Terceiro, fecundidade excessiva: a demonstração de que eram gerados muitíssimos mais organismos que os necessários para a manutenção e até expansão da espécie destruiu as noções mais antigas da existência de uma economia divina da natureza. Quarto, a seleção: a tese de que certos indivíduos, por causa de variações acidentais, se veriam favorecidos pelo processo selectivo parecia basear a evolução na sorte em vez de nos desígnios supranaturais, e revelava-se perturbadora para os que pensavam em termos antigos. A adequação biológica não se julgava em termos de mérito, mas simplesmente em termos de sucesso em deixar uma progénie mais numerosa.”(1907, p. 03 citado por BANTON; 1977, p. 105)

As concepções de Darwin acerca da hereditariedade forneceram um dos pressupostos centrais da eugenia da época, influenciando a denominada “ideologia do branqueamento” e o “senso comum” sobre a mistura de raças predominante entre os brasileiros. Darwin, diferentemente de Mendel que explicitou a importância dos gens nas características da descendência, subscrevia uma teoria da hereditariedade do tipo “mistura”, na qual um caráter herdado aparece como uma combinação dos atributos dos pais. Assim, se uma pessoa inteligente se casasse com outra estúpida, as qualidades da primeira perder-se-iam totalmente na geração seguinte. Para que os efeitos “benéficos” de novas variações não se perdessem rapidamente, a seleção teria de ser drástica, para ser eficaz. Desta forma, a sua má apresentação talvez tenha dado uma enorme urgência e uma boa recomendação ao darwinismo social. (BANTON, 1977, p. 117)

Os fundadores da Criminologia foram influenciados pela Teoria dos Tipos em vários aspectos: a) a transposição do conceito de tipo racial para o de tipo criminoso e a conseqüente aproximação entre inferioridade racial e inferioridade dos criminosos; b) a utilização da hipótese da recaptulação embrionária para explicar, não apenas a inferioridade das raças, mas a inferioridade do homem criminoso; c) uma utilização arbitrária de fatores que tratavam da degeneração humana, com preponderância das causas biológicas, embora fossem admitidas as causas sociais; d) a preocupação com uma administração das populações em seus aspectos físicos e morais; e) uma proximidade de estilo, pois ambas combinaram, por exemplo, literatura e ciência.

Por sua vez, o Darwinismo Social foi decisivo para a Criminologia, nos seguintes aspectos: a) a ênfase na competição e na seleção (a primeira justificava a hierarquia pelos graus de capacidade e a segunda recomendava a eliminação dos menos capazes);

b) a hipótese explicativa acentuava o caráter instrumental do saber científico, permitindo falar, em nome da ciência, em profilaxia social, das raças e da criminalidade; c) de igual modo, o perecimento das raças inferiores era um problema social para a garantia da evolução e uma conseqüência inquestionável dessa mesma evolução; d) logo, era possível propor intervenções estatais, marcadas pelo intento de fazer perecer as raças inferiores, como se tais políticas não fossem uma opção política, mas mera conseqüência das características da natureza reconhecidas pela ciência.

II O Uso das Teorias Raciais na Escola Positiva Italiana

A Criminologia, em sua origem, compreende as teorias desenvolvidas no âmbito do positivismo naturalista, entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, em particular, a Escola Sociológica francesa (Gabriel Tarde), a Escola Social na Alemanha (Franz von Listz) e, especialmente, a Escola Positiva na Itália (Césare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo). A novidade da nova disciplina estava na forma de abordar o problema da criminalidade, pois pretendia individualizar os “sinais antropológicos da criminalidade no indivíduo encarcerado”. (BARATTA, 1991, p. 24)

Césare Lombroso, foi quem mais levou a sério a identificação entre tipo racial e criminoso. A pergunta central de seu trabalho era: Por que são criminosos “os criminosos”? Ou: Por que “os encarcerados” são homens criminosos? A resposta foi dada com análise empírica nas prisões italianas. Na época, a antropologia física já pregava a divisão da espécie humana em raças inferiores e superiores. Logo, o autor italiano supôs descobrir uma semelhança física entre o homem criminoso e o homem primitivo/selvagem. Daí sua pretensão de ter criado uma nova ciência, a Antropologia Criminal. Ela corresponderia, guardadas as diferenciações quanto ao objeto, à Antropologia Física, preocupada com investigação das diferenças entre as raças. Sua originalidade está em adiantar uma hipótese explicativa da delinqüência, o atavismo. Ela indicava o reaparecimento acidental de caracteres ancestrais desaparecidos no curso da espécie humana, manifestando-se tanto nos aspectos craniais quanto em outros anatômicos, fisiológicos e mentais. (MIRAILLES, 1983, p. 55) O Criminoso era o selvagem por atavismo, aquele que, em meio à civilização, comportava-se como um elemento exógeno próprio do passado ou de outras civilizações “atrasadas”.

O estudo antropológico tomava como ponto de partida os caracteres “anatômicos” para, em seguida, analisar os seus aspectos “biológicos e psicológicos”. Todavia, as cifras obtidas não teriam valor se elas não fossem comparadas com as dos normais da mesma região, com as dos selvagens e distinguidas por crime e sexo. O modelo explicativo, de base biológica, inicia na análise da simplicidade das formas de vida, animal e vegetal, até alcançar a complexidade da vida humana, onde reconhece diferentes graus de evolução entre raças superiores e inferiores. Entre as formas de vida, haveria uma espécie de hierarquia de capacidades orgânicas, porém, os organismos superiores, durante seu desenvolvimento embrionário, reproduziriam essas diferentes fases evolutivas (recaptulação embrionária). (LOMBROSO, 1886, p. 109, 127, 191)

A primeira obra do mestre, cujo título indica a inserção da Criminologia, “L’uomo Bianco e L’uomo di Colore” (1859), conteria a sua convicção originária de que o belo, digno de ser humano, somente poderia ser branco. [8] Lombroso aproxima-se do modelo proposto por Cuvier, da hierarquia dos tipos raciais, e por seu discípulo Smith, da recapitulação embrionária. Está mais próximo de Gobineau do que de Darwin e Spencer (ZAFFARONI, 1988, p.167). O tipo criminal, apresentado com recurso à casuística e à estatística, equivale ao tipo racial. Após afirmar que a capacidade craniana é menor no indivíduo criminoso, pondera que as raças humanas primitivas, segundo Darwin, apresentariam estruturas que as aproximam aos animais mais do que as modernas. A capacidade craniana, por sua vez, seria geralmente inferior “no selvagem ou no homem de cor”. O estudo das “anomalias” demonstraria a proximidade maior do delinqüente do selvagem do que em relação ao louco. O autor pretendia ter encontrado a assim chamada “prova anatômica da estratificação da delinqüência, isto é, a tendência nos culpados em herdar as formas, não somente do homem selvagem, pré-histórico, mas também do homem antigo, histórico.”(1886, p. 124,130,131,133).

A tese do atavismo como origem da delinqüência da Antropologia Criminal foi subtraída da hipótese sobre a recapitulação embrionária da Antropologia Física. Sem comprovação empírica nos estudos anatômicos, mesmo assim, ela foi vitoriosa, pois os “chavões” reproduziam o senso comum europeu sobre a inferioridade dos povos do resto do mundo. Nesse contexto, não deixa de ser relevante a simplificação dos grupos raciais empreendida pelo jovem Lombroso, a humanidade estava dividida entre a raça branca e a de cor. Eis aí, em seus traços fundamentais, a distinção colonial.

Ao se valer da Teoria do Tipo Racial para a compreensão etiológica do delito, constrói uma escala de explicações segundo o modelo positivista de complexidade proposto pela Zoologia, a partir da qual ele aproxima diversos esteriótipos de seu tempo. O resultado é a própria representação do poder implantado na sociedade capitalista ou a representação da hierarquia das diferenças que ela instaura e intenta reproduzir. As analogias lombrosianas aproximam os encarcerados (criminalizados ou reclusos psiquiátricos) que estavam submetidos à degradação do sistema penal, em primeiro lugar, às classes pobres dos países centrais submetidas à degradação do sistema capitalista; em segundo lugar, aos selvagens, ou seja, aos povos submetidos ao processo de incorporação compulsória e constantemente negados em sua diversidade; em terceiro lugar, às crianças que eram submetidas dentro e fora da família às novas formas de disciplina da sociedade industrial. Suas analogias também associam a criminalidade à prostituição, à homossexualidade, às populações ciganas, aos intelectuais revolucionários, aos deficientes físicos, etc. (LOMBROSO, 1886)

Rafael Garófalo (1852-1934), autor de “Criminologia”, deu nome à nascente ciência. Apoiado em Darwin e Spencer, ele construirá uma ideologia idealista, mal disfarçada de ciência, que é a melhor síntese escrita das racionalizações para todas as violações de direitos humanos ao largo da história e, quiçá, parcialmente superada apenas por alguns autores nacional-socialistas. (ZAFFARONI, 1988, p. 168) O conceito central de sua obra foi o de delito natural, cuja finalidade era refutar a objeção de que o objeto de análise da nova ciência (o crime/ o criminoso) era variável no tempo e no espaço, e, como tal, historicamente construído. O obstáculo impedia que fosse conferido à Criminologia o estatuto epistemológico de ciência natural e precisa, nos moldes do positivismo. A resposta do autor foi propor que dois sentimentos fundamentais (piedade e probidade), supostamente inerentes à condição humana, eram atacados em qualquer crime,

independentemente da época ou da sociedade. A variação na definição concreta dos comportamentos considerados criminosos decorreria apenas do grau de evolução ou de degeneração de cada grupo racial em relação a esses sentimentos.

Segundo Garófalo o hábito mental seria legado hereditariamente às gerações. Logo, raça e civilização não poderiam ser dissociadas, pois as conquistas da civilização seriam traduzidas em melhorias transmitidas hereditariamente. As raças possuiriam “uma certa soma de instintos morais inatos, não devidos ao raciocínio individual, mas, ao tipo físico, patrimônio hereditário comum.” O senso moral seria “orgânico”, “hereditário e congênito”, criado na espécie por “evolução hereditária”. Ele poderia ser deficiente nos “indivíduos de entendimento fraco”, perder-se por “doença” ou faltar inteiramente por “monstruosidade de organismo”. Constituiria o patrimônio da parte civilizada da espécie humana, vale dizer, da raça branca européia, o que será justificado pelo autor com a hipótese da degeneração, pois “a razão” não era “um atributo primitivo e originário da natureza humana, mas um produto da evolução” e que se não estenderia às “raças bárbaras e selvagens”. (1925, p. 32-35)

Enfim, seu discurso converge para a justificação da Conquista. Defende o extermínio dos povos não europeus, sob o fundamento de que eles eram desiguais e que, portanto, nesses casos, a piedade européia não poderia se manifestar. Com a noção racista de “anomalia moral” conseguia “esclarecer”, muito mais do que Lombroso, quem participava no consenso sobre os valores (“as raças superiores”), a quem pertenciam tais valores (“às raças superiores”) e quem eram aqueles que “naturalmente” os violavam (“as raças inferiores”). No mesmo passo, Garófalo dedicou-se a formular soluções práticas para a construção de um sistema penal autoritário preocupado com a “eugenia social”.

Enrico Ferri (1856-1929) propôs uma nova tipologia criminal em substituição à tese de Lombroso e um ambicioso programa de político-criminal, baseado nos substitutivos penais. Ele advogava a distinção entre fatores antropológicos ou individuais (constituição orgânica, sua constituição psíquica, características pessoais como raça, idade, sexo, estado civil etc.), fatores físicos ou telúricos (clima, estações, temperatura etc.) e fatores sociais (densidade da população, opinião pública, família, moral, religião, educação, alcoolismo etc.) (ANDRADE, 1994, p. 135-137; MOLINA, 1992, p. 121). Dispôs os criminosos em cinco classes: nato, habitual, de ocasião e por paixão. A seguir, relacionou os fatores da criminalidade com as diferentes classes de criminosos: os fatores físicos agiriam de forma idêntica sobre todas as categorias; os antropológicos prevaleceriam na atividade criminosa dos delinqüentes natos, loucos e por ímpeto de paixão; os fatores sociais predominariam na dos delinqüentes de ocasião e por hábito adquirido. (SODRÉ, 1963, p.143, 210-214)

A passagem da Antropologia para a Sociologia Criminal (e do tipo criminal único para a pluralidade de tipos criminais) estava relacionada a condições históricas mais gerais. A teorização lombrosiana possuía o inconveniente de estar próxima de Gobineau, distante do evolucionismo, e, portanto, insuficientemente adaptada à dinâmica social burguesa. (ZAFFARONI, 1993, p.167) [9] Lombroso, ao aproximar o tipo criminoso ao tipo racial, fazia com que seu discurso correspondesse a um modelo de sociedade não apenas estático, mas também fundado numa eterna repetição de fases anteriores. Entretanto, as ideologias biológicas fixas não se adequavam às mutantes necessidades do mercado, como também ao colonialismo em sua etapa anti-escravista. Eram

incompatíveis com o sentimento de otimismo quanto à vitória do progresso que as ideologias capitalistas tentavam impor, e insuficientes para tratarem dos novos problemas na ordem do controle social que o desenvolvimento da sociedade capitalista urbano-industrial trazia. (ZAFFARONI, 1993, p. 167)

Nesse contexto, o debate sobre a teoria do “criminoso nato” e as causas da criminalidade não representou uma ruptura com o modelo etiológico, tampouco uma contestação da legitimidade dos estudos empíricos baseados na população institucionalizada, mas apenas a incorporação de elementos spencerianos. (ZAFFARONI, 1993, p.167) A defesa do multifatorialismo proporcionou uma maior “plasticidade” para o discurso criminológico. Nesse modelo multifatorial, a explicação causal “raça-criminalidade” e a identificação “criminoso-selvagem” são aparentemente contestadas. [10] Todavia, a ruptura foi de superfície, pois manteve o modelo etiológico de Criminologia. Logo, permaneceram como fundamentos do discurso a distinção entre o Bem (a sociedade) e o Mal (os criminosos), a perspectiva acrítica em face à reação social e às pesquisas elaboradas a partir da população institucionalizada.

O discurso racial não foi atacado em seus fundamentos, embora tenha sido deslocado em sua importância. O criminoso continuava ser um “anormal” (ANDRADE, 1994, p.135-139; ZAFFARONI, 1993, p. 168)[11] e o crime: “a expressão genuína da sua personalidade”. (FERRI, 1931, p.197-205) Dessa forma, o modelo multifatorial representou, ao invés da possibilidade de uma explicação mais completa do fenômeno delitivo, a renúncia definitiva a qualquer explicação coerente. Em Lombroso sobreviveria, junto com a ideologia burguesa, o desejo de produzir uma ciência marcada pela coerência, conforme os parâmetros do positivismo. A hipótese de Ferri, abandona, na prática, tal pretensão. Se as causas são múltiplas e indefinidas as relações entre elas, tudo é causa e coisa alguma merece esse nome. A este propósito o saudoso LYRA FILHO já havia afirmado que: “Hoje, restam os fragmentos desossados da teoria primitiva, sempre refratários à unificação. Em si, já constituem imagens distorcidas, enquanto pretensamente explicativas do homem e da sociedade ou, mesmo, incorretamente descritivas desses mesmos aspectos da realidade, quando, em desespero de causa, renunciam à explicação.” (1972, p.47)

A passagem da hipótese monocausal para o multifatorialismo com a criação de inúmeros tipos criminais dependeu do abandono da Teoria dos Tipos Permanentes em favor do Darwinismo Social. Entretanto, não houve uma ruptura com o discurso racista, mas uma adequação importante, pois o indivíduo, não o grupo, passou a ser o foco das investigações. Eis a mudança central. A sociologia criminal de Ferri radicalizou a proposta de estudo do caso e da especificação das soluções que eram dadas a cada “tipo” de criminoso e de criminalidade. Acompanhou a tendência de individualização. O homem criminoso era a versão da ciência burguesa para a noção burguesa e humanitária de indivíduo. [12]A repercussão das causas gerais na análise de indivíduos permitia conciliar a necessidade de tomar o indivíduo como ponto de partida e, ao mesmo tempo, considerá-lo como pertencente a um grupo de prováveis infratores. A necessidade crescente de racionalização do controle exercido sobre as massas urbanas foi decisiva para essa transformação.

O ponto comum entre individualização e apreensão do comportamento de grupos sociais foi a recuperação e a laicização do conceito de suspeição. Tal conceito emergiu no início da Modernidade nas práticas da Inquisição e vinculava-se à inquisição geral. A

inquirição geral consistia no uso da delação e da identificação de comportamentos dos prováveis hereges e precedia as práticas de investigação sobre indivíduos determinados. O segredo do conhecimento e dos procedimentos religiosos de investigação foi substituído pelo fechamento do discurso científico. Há correspondência e continuidade entre o saber do sensor e o do especialista Criminólogo, sobretudo quando se observa seu mecanismo cumulativo, seu juízo de prognose e sua legitimidade decorrente de sua circulação restrita.

O conceito de suspeição inquisitorial foi transformado no de periculosidade. Inicialmente, GARÓFALO propôs o uso do termo temibilidade para indicar o temor que sentimos diante do comportamento de indivíduos criminosos. FERRI, por sua vez, insistiu que o temor social revelava apenas um aspecto subjetivo do problema, quando se deveria considerar a periculosidade, ou seja, a potencialidade, auferida objetivamente pela nova ciência, de um indivíduo vir a praticar crimes. Medo e juízo de prognose foram os dois elementos centrais desse novo conceito. Eles representaram a tensão não resolvida entre espetáculo e disciplina. O que se pretendia era a possibilidade de contenção do medo pela administração do risco, porém essa racionalização reenviava aos esteriótipos irracionais e realimentava o medo. Entretanto, havia novidades nesse conceito: a) a unidade imaginada entre os membros de uma sociedade boa não dependia da utilização de conceitos transcendentais, a ordem era uma ordem humana; b) neste caso, os criminólogos insistiam em apreendê-la como uma ordem natural, ao invés de uma ordem jurídica cuja legitimidade pudesse decorrer do procedimento legislativo democrático; c) o discurso do medo era institucionalizado nas estruturas do Estado, não se tratava do medo das forças da natureza, mas do medo do outro (já presente no discurso hobbesiano), mas, sobretudo, da massa, do irracional que poderia ameaçar a ordem constituída ou pressuposta;

Na obra de Ferri, o discurso sobre o homem criminoso converge para a defesa de uma intervenção crescente do Estado sobre o social. A política criminal transforma-se num capítulo da política social. Logo em seguida, toda a política social é concebida como uma política criminal. Ou seja, o foco da justificativa para as intervenções deixa de ser o homem como portador de direitos para ser as necessidades da própria ordem. No lugar da universalidade do homem, a Criminologia coloca a universalidade do medo e o potencial redentor da ciência. Foram tais características que levaram Ferri a ser conhecido com um socialista. De fato, a memória histórica do período foi a de um defensor, por exemplo, da educação, numa época em que o perecimento simples e “natural” dos inferiores era uma recomendação do pensamento dominante, a exemplo do que pregava Spencer. Entretanto, Ferri não pensou a educação como um direito, mas como método capaz de impedir a manifestação do perigo. Ela era um direito do outro (cidadão ordeiro) que se defendia da agressividade potencial dos criminosos.

Enfim, na intersecção entre Teorias da Raça e Teorias da Criminalidade cinco argumentos foram decisivos: a) O caráter artificial do conceito científico de tipo racial diante dos parâmetros de cientificidade à época de seu surgimento. Logo, a idéia de raça recebeu sua força da capacidade de agregar percepções do senso comum; b) A explicação da hierarquia entre as raças a partir de uma teoria do desenvolvimento embrionário das espécies, segundo a qual uma raça “inferior” corresponderia a uma fase anterior do desenvolvimento de uma raça mais “evoluída”; c) A incompreensão de grande parte dos teóricos raciais dos mecanismos de transmissão hereditária, embora ele já fosse conhecido na época. Logo, a hereditariedade ora significava “herança” que

poderia ser determinada pela raça “superior” ora “maldição” da presença de caracteres da raça “inferior”. Foi descrita como um produto da mistura de sangue e não da combinação de genética. d) O caráter instrumental que adquiriam as Teorias da Raça, recomendando ações de profilaxia social e a indiferença para com o perecimento “dos inferiores”. e) A redução dos direitos do homem e das políticas públicas sociais às políticas de prevenção da criminalidade.

III Novas dimensões para pensar a Luta entre as Escolas: O Tipo Criminal, o Tipo Racial e o Individualismo Burguês.

O modelo proposto por Ferri representará uma novidade diante da perspectiva de relacionar indivíduo e raça no controle social. [13] A mudança pode ser percebida no modo pelo qual o individualismo burguês marcou o surgimento das formas de controle social. A Escola Clássica havia construído o Direito Penal do fato. Partiu da concepção filosófica sobre a igualdade do gênero humano, fundamentou a responsabilidade penal na liberdade e encontrou na elaboração da teoria do crime a sua tarefa principal. Estava preocupada em descrever as condições segundo as quais um indivíduo poderia ser responsabilizado por um ato tido como criminoso. A Escola Positiva, ao contrário, centraria a sua atenção no autor do crime. Ou seja, ocupava-se em compreender o homem criminoso, modulando, conforme sua “personalidade”, a pena e todas as medidas tomadas no combate à criminalidade. Se o indivíduo foi para a primeira o limite do poder, para a segunda será o ponto de partida para organizar o poder de modo mais eficaz. (onde eficácia equivaleria à submissão à ordem capitalista).

O individualismo, marca do direito burguês, deveria ser o caminho que o Direito Penal do autor iria trilhar.[14] Porém, o discurso sobre o tipo criminal, defendido por Lombroso e Garófalo, apontava, como afirmou TARDE (1956, p.66 a 72), para o grupo social (a casta), pois o primeiro vinculou o tipo criminal ao tipo antropológico e o segundo defendeu a equivalência entre o Direito Penal e os tipos humanos (a cada fase da evolução humana corresponderia a um Direito Penal adequado). Dessa forma, a desigualdade era “vivenciada” no discurso, tal qual nas formações sociais precedentes, organizadas por castas, ordens ou estamentos, onde o Direito era “explicitamente não-universal e desigual” (GORENDER, 1990, p. 30). Logo, a desigualdade diferia da desigualdade atual, garantida pelo funcionamento real do sistema penal, mediante a operacionalização de esteriótipos que não estão inscritos na lei, mas nas “teorias de todos os dias” dos agentes do sistema, em especial, das agências policiais. Na teoria jurídica e na lei, restam os conceitos que permitem operacionalizar tais formas de sujeição, como o conceito de suspeição. Assim, as novas representações substituem o medo das raças inferiores pelo conceito laico e “impessoal” de periculosidade. [15]

Vivenciar a desigualdade no discurso significava, antes de tudo, revelá-la, expô-la e, portanto, assumir o conflito social, ainda que de forma limitada, porque era sobre a base da superioridade/inferioridade racial que o conflito era colocado.

De outra parte, a idéia de tipo criminal, assim como a de tipo racial, não pode ser separada de determinadas práticas sociais modernas. A construção do criminoso “tipo

criminal” somente foi possível com a exposição absoluta dos encarcerados ao “olhar dos especialistas”, ou seja, a partir de uma relação concreta de poder que se estabelecia nas prisões, transformadas em jaulas destinadas à observação de “novas espécies”. Na medida em que a prática do sistema provocava efeitos semelhantes sobre os indivíduos, poder-se-ia falar em características semelhantes. O mesmo efeito era conseguido com a tendência a perseguir condutas e a capturar indivíduos de determinados extratos. Por sua vez, as estatísticas populacionais complementavam o quadro para apreensão do que seria o comportamento do tipo médio entre determinadas categorias sociais. .

A exposição presente nas penitenciárias era semelhante àquela que permitiu o surgimento do tipo racial. A “colônia”, fundada na relação de poder existente entre colonizado e colonizador, assemelhou-se a uma instituição de seqüestro. O monopólio da palavra pelo colonizador demonstra a presença de um poder de nomeação do Outro, muito semelhante à rotulação criminal. De igual modo, a desaculturação e a criação de uma sub-cultura decorrente da institucionalização são fenômenos semelhantes aos encontrados nas colônias. Desse modo, a Criminologia racista, ao aproximar o criminoso e o “selvagem”, adquire novos contornos. Ela foi uma ideologia que confundirá a agressividade e a alienação do homem sujeito ao processo de colonização com sua intrínseca maldade, classificando como modo de ser criminal todas as formas de sobrevivência à realidade colonial, as adaptações aos modelos impostos e à violência classificatória sofrida, mas, sobretudo, toda a diversidade humana biológica distinta dos padrões europeus e todas as formas de expressão cultural capazes de possibilitar respostas, ainda que simbólicas, à perda da identidade diante do processo colonizador.[16]

O tipo criminal não foi uma mera categorização de indivíduos, mas a construção discursiva que delimitava, transformava e atuava sobre conflitos sociais. Da mesma forma, o tipo racial não foi apenas um rótulo arbitrário, mas um modo de representar e intervir sobre conflitos sociais. De outra parte, a transposição e a equivalência entre tipo criminal e racial não significou uma identidade absoluta. Tampouco o racismo do discurso criminológico pode ser considerado apenas como uma das inúmeras facetas do racismo. Não pode haver uma simples identidade entre ambos os discursos, pois os termos de comparação não são absolutamente não-contraditórios. Tanto o discurso racial quanto o discurso criminológico foram construídos com base numa “insensatez intrínseca”, e sua perpetuação não se deve a coerência argumentativa que puderam transmitir. O discurso criminológico, assim como o racial, reproduziam, com maior ou menor intensidade, a exclusão e a vontade de disciplinamento dos que não se conformavam aos padrões estéticos e sexuais e, ainda, das mulheres, das crianças e dos alienados.[17] Reproduziram, portanto, um senso comum e prático, portanto, sempre contextual e mutante. Num momento, por exemplo, se falava da degeneração pela falta de educação, noutra pela presença da embriaguez ocorrida nos “sambas”.

A conseqüência essencial da transposição operada com o nascimento da Criminologia foi o fato de que as teorias raciais científicas encontraram, no seio da Criminologia positivista, na sua aliança entre ciência e técnica, a possibilidade de deslocar a problemática das diferenças raciais e da superioridade da “raça branca européia”, desde um problema de justificação da ordem atual para a implementação de uma política de controle social efetivo. O que o racismo ganhou, ao se transformar, em ciência da criminalidade, foi sua dimensão instrumental. De igual modo, a possibilidade de convivência com discursos sobre a neutralidade de aplicação da lei.

No seio das sociedades centrais, o racismo obteve sucesso quando permitiu a implantação de práticas de domínio burocrático. O surgimento da burocracia européia, porém, não pode ser completamente dissociado do aprendizado acumulado nos processos mais gerais de controle das populações não-europeias. O domínio sobre os corpos e a vida (bios) de vastos conjuntos populacionais dependeu de um aprendizado e de um retorno a um estado de natureza no qual a cultura local não fosse uma barreira às novas práticas de controle. Aqui, mais do que na Europa, os europeus puderam aprender a administração do domínio da vida (biopolítica). Em certa medida, a Criminologia foi um dos primeiros frutos desse ciclo de poder mundial que permitiu a construção dos Estados Nacionais e dos Impérios Coloniais.

Subsistiam, contudo, inúmeras contradições, no âmbito do discurso criminológico que tentava estabelecer a relação entre criminalidade e raça. Uma delas nos parece essencial, pois constituirá o dilema enfrentado pelos teóricos “periféricos”, como Nina Rodrigues, que “importaram” essa matriz. Tratava-se de uma contradição semelhante à experimentada na conciliação do modelo de controle social do Estado liberal e o modelo de controle do Estado intervencionista. Ela pode ser sintetizada da seguinte forma: No moderno controle do delito (surgido com o Estado liberal) a criminalidade é enfrentada, sobretudo, a nível individual, porém a explicação criminológica que partia dos indivíduos tende, ao sustentar a explicação racial, a substituir o indivíduo pelo grupo. Por sua vez, o discurso criminológico, ao se referir a uma minoria inconformista nos países centrais aproximando-a das populações “racialmente” distintas dos países periféricos, acabava por colocar para o criminólogos desses países uma relação invertida entre maioria inconformista e elite conformista. Portanto, a matriz criminológica, ao propor uma “administração racional” do controle social dos “potencialmente criminosos”, propunha também uma grande utopia segregacionista racial.

Da mesma forma que a tensão e a solução do conflito entre os postulados da Escola Clássica e da Escola Positivista não podem ser encontrados somente nos limites de uma disputa de idéias, a solução para a tensão entre indivíduo/criminoso e raça/criminosa, e, possíveis modelos diferenciados deve ser buscada também nas condições materiais e nas relações de poder existentes nas sociedades periféricas. A perspectiva multifatorial ofereceu um meio caminho entre o indivíduo e a raça do ponto de vista da coerência entre a forma de controle individual e as explicações sobre as causas da delinquência. A partir da fórmula de Ferri, poder-se-ia continuar a defender a raça como fator criminógeno, valendo-se do alibi de que ela era apenas um entre tantos outros fatores, ou defender como causa o que era tido como o comportamento de determinados grupos raciais, sem se ter, porém, de fazer referência explícita à condição racial. Ao mesmo tempo, se “enfrentava” a criminalidade, tomando por base o indivíduo. Ou seja, da mesma forma como a matriz criminológica ofereceria um problema aos teóricos periféricos, oferecia uma solução.

Todavia, o dilema enfrentado por esses teóricos não representava mera questão teórica, mas sim problema prático. A preocupação com a ciência criminológica já é uma indicação disso, visto que muito mais do que um saber ornamental, apresentava, desde seu início, a característica de um saber que pretendia intervir na realidade. O interesse dos brasileiros pelas teorias das causas da criminalidade entre as raças é revelador, pois elas não eram o único produto oferecido no mercado acadêmico do racismo. De forma genérica, ele revela que a preocupação principal era a mudança associada à modernização e a manutenção da diferença escravo/senhor.

De outra parte, a matriz criminológica, na sua forma de caracterização das populações negras, não representava um “estrangeirismo”, na medida em que era composta de imagens produzidas na relação colonial. Parece haver uma constante identificação, ao largo da história brasileira, entre o “negro” e o “criminoso”. No Brasil, o racismo, não em sua dimensão de mera rotulação científica, mas, em sua dimensão prática, das relações de poder entre as raças, jamais foi um estrangeirismo. De fato, o estrangeirismo do “projeto criminológico” deve ser buscado em outro nível, o das condições materiais de implementação. Dentre essas, estava a impossibilidade de uma política científica de controle social organizada pelos fazedores de ciência em um país em que a ciência não estava institucionalizada e poderia haver um confronto entre novas técnicas de controle e saberes secularmente utilizados contra as populações negras e indígenas. O estrangeirismo não era da ideologia, mas do que ela representava em termos práticos diante das condições materiais que limitavam a institucionalização da ciência e da modernização das práticas de repressão empreendidas pelo Estado e por grupos sociais.

Resta considerar como Nina Rodrigues, teórico que advogava uma visão hierarquizada e a correspondência entre tipo criminal e tipo racial, enfrentaria o fato de viver em um país periférico, onde a maioria marginalizada “correspondia” às descrições da ciência racista europeia. Como ele respondeu ao fato de que esta ciência, apesar de recorrer às divisões raciais, se voltava para a construção de um controle social centrado no indivíduo e não no grupo racial? De igual modo, como ele retratou as novas funções conferidas à ciência numa sociedade com instituições acadêmicas recém criadas e em que as práticas de controle estavam bem distantes das mãos dos especialistas, dos patólogos do crime?

Nossa hipótese é de que o debate sobre a mestiçagem será o ponto de inflexão dessa contradição presente nos pares indivíduo versus grupo racial e controle científico da criminalidade versus condições reais de modernização do controle social. Na obra de Nina Rodrigues, o grupo racial, potencialmente criminoso, é substituído provisoriamente pelo “indivíduo-mestiço”, potencialmente negro ou selvagem, criminosos por sua natureza, conforme o modelo racista adotado. A mestiçagem não era o “dado” oferecido ao olhar científico, o problema a ser resolvido. Ao invés disso, propomos que ela foi um investimento capaz de oferecer uma solução conservadora e racista ao domínio sobre as raças. Não foi a pluralidade da cor que se ofereceu aos olhos dos cientistas, mas os olhos e o discurso que investiram na descoberta das cores.

Esse investimento do olhar, sob o crivo de Criminólogos como Nina Rodrigues, foi decisivo para as versões posteriores que retrataram o país, como um país de mestiços. Logo, Nina Rodrigues e seus adeptos, não estão, como se sugere comumente, numa mera relação de oposição às vertentes da democracia racial, do país mestiço. Ao contrário, a leitura do Brasil como um “país de mestiços, sem cidadãos” somente foi possível com o empenho desses teóricos. Eles nos fizeram mestiços.

IV O paradigma “Nina-lombrosiano”

Nina Rodrigues construiu e deu legitimidade a uma visão das raças no Brasil.[18] Da análise do problema do controle social, feita em *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal*, passa para criação de uma obra de estudos antropológicos das populações negras, *Os Africanos no Brasil*. Pioneiro em dois campos científicos, o da “etnologia afro-brasileira” e da “Medicina legal”, foi, dentre os brasileiros de seu tempo, o que mais reconstruiu a intersecção entre teorias criminológicas e raciais.

Suas abordagens guardam importância diversa. Em primeiro lugar, sugerem uma reflexão “brasileira” da criminalidade nativa. [19] Esse paradigma não pode ser rotulado como “nina-lombrosiano”, pois, se Nina procura a identificação entre o tipo racial e criminal, apela, em contrapartida, para a construção de tipos raciais secundários. Ademais, aproxima-se da retórica de Garófalo sobre cultura e criminalidade, deixa de lado os estudos anatômicos e direciona-se pragmaticamente para construção do controle social das populações não-brancas como problema teórico.

Embora não tivesse dúvidas, assim como seus contemporâneos, do fundamento “científico” da supremacia branca, RODRIGUES volta-se contra o otimismo no projeto, contra a forma de se descrever a presença dos grupos não-brancos no país, contra a crença racista da herança “genética” diferencial, e, por fim, contra a possibilidade de se garantir facilmente o poderio da elite branca. Ele não acreditava na “unidade étnica, presente ou futura, da população brasileira”; considerava ser pouco provável que a raça branca conseguisse fazer predominar o seu tipo, em toda a população brasileira. Somente para a região Sudeste a descrição de Romero lhe parecia estar correta, nas demais faltava a condição de imigração européia. (1957, p.90) O “Brasil antropológico e étnico” do autor estava dividido em graus de pureza racial, segundo uma divisão histórica e geográfica, em que se combinam as características das raças e a possibilidade de civilização segundo os climas. Daí outra objeção “científica” à perspectiva de Romero: o “fato” de a raça branca não tender a se estabelecer nas regiões mais quentes do país. A divisão racial do país baseava-se, portanto:

“1º na desigualdade com que, nos tempos coloniais, a população branca foi distribuída pelo extenso território, em pequenos núcleos afastados e independentes uns dos outros; 2º em que, tendo com a independência cessado quase completamente a imigração portuguesa, ao encetar-se de novo, já agora com os italianos e alemães, procurou ela de preferência certas regiões do país, com exclusão de outras; 3º Em que não só foi desigual a distribuição pelo país do negro importado com o tráfico, como também de um modo desigual foi o índio repellido ou destruído pelos invasores.” (RODRIGUES, 1957, p. 86-87)

A distribuição da população brasileira permitia a reconstrução de um quadro geopolítico dos conflitos raciais, o que era determinante para se pensar modelos de controle social mais adequados à finalidade por ele colimada. Assim, seu capítulo *O Brasil antropológico e étnico*, cuja composição se processou a partir das características das raças e de sua adaptabilidade ao clima e, mais genericamente, de uma visão “sociológica” e “histórica” da formação étnica do Brasil, foi dividido em quatro grandes seções regionais com composição étnica distintas, marcadas pela diferença numérica da raça branca em comparação às demais raças e pela sua adaptabilidade ou não ao clima da região em causa. Tais regiões estariam, segundo o autor, em oposição umas às outras com a futura e crescente radicalização de seus traços principais, pois somente na região Sudeste a supremacia branca estaria garantida.

Por sua vez, a posição de RODRIGUES quanto à mestiçagem não pode ser reduzida ao rótulo de uma “visão negativa” do processo de mestiçamento ou do mestiço que supostamente seria o “produto nacional”, ou ainda, a um “horror ao contato íntimo entre as raças”. O mestiçamento para o autor era um fato, dizia: “No ponto de vista histórico e social, penso com o Dr. Sílvio Romero: todo brasileiro é mestiço, senão no sangue, pelo menos nas idéias. Mas, do ponto de vista do direito penal, que ora nos ocupa, faz-se preciso considerar, no povo brasileiro, todos os elementos antropológicos distintos, como ele atualmente se compõe.” (1957, p. 83-87)

As diferentes raças não se extinguem no mestiço para em seguida dar lugar ao branco depurado; ao contrário, converte-se nos mestiços em diferentes graus ou subtipos, coexistindo ao lado de tipos puros. [20] O problema dos diferentes graus de mestiçagem permitia representar sua preocupação com o legado “negro” e “selvagem”, presente e transformado na nova ordem:

“Basta refletir um instante em que só os africanos e os índios conservam, mais ou menos alterados, do novo meio social, os seus usos e costumes, como ainda em que fazem deles com os novos um amálgama indissolúvel, para se prever que nas suas ações não de influir poderosamente as reminiscências, conscientes ou inconscientes da vida selvagem de ontem, muito mal contrabalançadas ainda pelas novas aquisições emocionais da civilização que lhes foi imposta.” (1957, p 122)

Os mestiços continuavam, na associação entre biologia e cultura, mais um capítulo da “luta de civilizações” travada na sociedade brasileira. A representação do mestiço era a outra face do mesmo problema: continuava o perfil do negro e do selvagem, não se constituindo numa terceira categoria social, desprezada por suas qualidades intrínsecas. Contra as perspectivas tradicionais de interpretação da sua obra, anota o autor: [21]

“O conflito - que se estabelece no seio do organismo social pela tendência a fazer, à força, iguais perante a lei e seus efeitos, raças realmente tão distantes e desiguais -, tem o seu símile e se deve realizar no seio do organismo individual, nos casos de mestiçamento em um mesmo indivíduo qualidades físicas, fisiológicas e psíquicas, não só distintas, mas ainda de valor muito diferente no ponto de vista do conceito evolutivo do aperfeiçoamento humano.” (1957, p.126)

“Feita assim a parte de todos os fatores, discutamos como a incapacidade das raças inferiores influi no caráter da população mestiça, transformando ou combinando em sínteses variáveis os predicados transmitidos pela herança. A escala vai aqui do produto inteiramente inaproveitável e degenerado ao produto válido e capaz de superior manifestação de atividade mental. A mesma escala deverá percorrer a responsabilidade moral e penal, desde a sua negação em um extremo, até a afirmação plena no extremo oposto.”(1957, p. 134)

Tais observações indicam que RODRIGUES não estava seguro, como as elites da época, de que havia uma herança diferencial favorável ao branco, a suposta “raça superior”; ou seja, ele não manipulava, um conceito de mestiçagem do tipo darwiniano, no linguajar popular racista; não havia “o sangue bom” (branco) que diluía o “sangue ruim” (negro), mas sangue que se combinavam em diferentes graus. Opunha-se aos autores da época que, esquecendo os ensinamentos de Mendel, assim como fazem alguns de nossos contemporâneos, acreditam numa pseudo-ciência sobre a transmissão

de caracteres hereditários e, portanto, na diluição dos caracteres genéticos pela transmissão hereditária. Dessa ignorância decorre a linguagem sobre cores, misturas de cores, tal como se as heranças genéticas fossem tintas adicionadas num processo onde as melhores deveriam preponderar. Daí falarem em aquarela e Brasil multicolorido, numa solução biológica para a raça que pressupõe uma superada teoria objetivista da percepção dos caracteres físicos humanos. Portanto, afirmar que Nina era racista contra a mestiçagem é fazer uma leitura às avessas. Mesmo radicalizando os modelos racistas, como fizeram os seus contemporâneos, ele não acreditava que o futuro pertenceria ao branco ou ao mestiço que se transformaria em branco, mas, também, ao “negro” e “ao selvagem” que sobreviveriam no mestiço. Assim, pode-se perceber que seu “pessimismo” é, de fato, a consciência de que há um país africano no futuro brasileiro. Futuro africano e indígena para o Brasil. “Futuro negativo”, pois esse era o retrato do africano e do índio feito não apenas pelo autor, mas por seus contemporâneos.

Por outro lado, há que se considerar o fato de que, no seio do discurso racial de RODRIGUES, a classificação e a uniformidade dos subtipos humanos resultantes do cruzamento adquirem sempre larga margem de imprecisão: além dos três grandes tipos raciais principais e outros tipos secundários, surgem inúmeras outras denominações, como por exemplo, “os índios selvagens” e “os negros tomados às hordas”, ou seja, estava-se diante de uma pluralidade designativa. Esta forma de construir simbolicamente a questão racial, como as idéias racistas de RODRIGUES demonstram, não indica nenhuma “plasticidade” ou “amenidade” nas relações raciais. Para além da falácia relativa ao conceito da mestiçagem como algo próprio dos relacionamentos inter-raciais no Brasil (o que ocultamente pressupõe considerar “as raças” como um dado de natureza biológica e “os seus cruzamentos”, como a palavra indica, explicados por uma teoria das relações entre as raças e de sua psicologia), no autor fica evidente que a pluralidade designativa (*negro, selvagem, mestiço, mulato, cabra, índio etc*) em seu caráter provisório era um meio de se abordar o problema geral: a herança das características das três grandes raças, sua permanência, os conflitos decorrentes, e o lugar a ser ocupado por cada uma delas na estrutura social.

Deixar de construir uma taxonomia uniforme dos tipos humanos a qual objetivasse a compreensão das relações inter-raciais e para a fundamentação de práticas racistas não implicava, portanto, em não ter concepções racistas ou em não defender práticas racistas. Ao contrário, em primeiro lugar, a pluralidade era a garantia da desagregação simbólica daqueles que eram submetidos a tais práticas. Em segundo lugar, esta forma de descrever os grupos raciais permitia, no caso de Nina Rodrigues, expor um problema teórico aparente (*Quais os tipos raciais existentes no Brasil?*), que era resolvido sempre de forma provisória, mas que de fato pressupunha um problema teórico-prático de fundo (*Como garantir o domínio ou o controle de determinada parcela da população?*) que era elaborado a partir das distinções dos grupos raciais principais (brancos, negros e índios).

Isso não obstante, impossível desconsiderar que o autor também parece colocar a mestiçagem como problema aparentemente autônomo, particularizando a “instabilidade” dos tipos cruzados, com argumentos tomados tanto de Spencer quanto de Agassiz. Assim afirma RODRIGUES:

“Destes dois princípios fundamentais – a herança pela larga transmissão dos caracteres das raças inferiores a que dá lugar, e o mestiçamento, pelo desequilíbrio ou antes pelo

equilíbrio mental instável que acarreta - , decorre, me parece, a explicação fácil e natural da nossa psicologia de povo mestiço. Por sua vez dão eles também a explicação mais razoável de certas formas da criminalidade crioula. “ (RODRIGUES, 1957, p. 148)

Todavia, não se pode supervalorizar este argumento para rotular o pensamento do autor como “criminologia anti-mulata”, pois a instabilidade, no plano teórico do autor, é sintoma da presença de caracteres raciais distintos, da possibilidade sempre presente de um “retorno” aos caracteres das “raças inferiores”, assim como era do conflito que se estabelecia na psicologia dessas quando metamorfoseadas pelo “verniz” da civilização”. Portanto, a instabilidade não era um “atributo” racista dirigido particularmente ao mestiço. O argumento da instabilidade é, neste plano, sobretudo, uma mediação e não um problema teórico autônomo. (RODRIGUES, 1957, 118)

Em seu conjunto, a posição complexa do autor quanto à mestiçagem reconstruía a tensão entre o modelo segregacionista, próprio do regime escravista, fundado no reconhecimento de grupos raciais, e o moderno controle do delito importado dos centros europeus, que partia da consideração das individualidades e da ocultação da seletividade.

Segundo RODRIGUES, o problema da responsabilidade penal não poderia ser resolvido em “termos gerais de raça” e exigia, ao contrário, que se descesse “ao exame das individualidades”, pois, neste caso, haveria as “exceções”, ainda que “pouco numerosas”, dentre as “raças inferiores” (1957, p. 118) Logo, o argumento da mestiçagem representava o momento em que a teoria justificava a intervenção do médico especialista para a determinação do quanto havia de “herança criminoso” (“negra” ou “selvagem”) e como ela se encontrava disposta no indivíduo. A instabilidade da mestiçagem reforçava a legitimidade do espaço concedido ao médico especialista pelos teóricos centrais. Eis como RODRIGUES aborda a questão:

“O verniz de civilização, já de si tão frágil, que nas raças superiores cobre e domina a organização automática e instintiva, fica reduzido a nada nos mestiços, se além do seu desequilíbrio de organização sempre possível, deve o médico atender à possibilidade destas transmissões atávicas transitórias. E como desprezá-las? Se no exame psicológico de um alienado é de regra submeter a rigoroso inventário as qualidades e taras dos seus maiores, no intuito de descobrir em longínquos antepassados o veio da deterioração mental, por que havemos de desconhecer e desprezar as leis da hereditariedade, quando temos à mão na psicologia dos ascendentes a explicação natural do estado dos mestiços?” (1957, p. 157)

Ao se retomar a relação raça-indivíduo pode-se perceber qual foi o percurso seguido por RODRIGUES. Ele inicia com a identificação radical entre o tipo criminoso e o tipo racial, sem propor, para sua relativização, a assunção de um modelo multifatorialista, como o fizera Ferri. Ao contrário, somente a inferioridade das raças, que tinha causas múltiplas, explicava a criminalidade brasileira. A plasticidade do modelo de Ferri é encontrada de outra forma (!). O exame das causas da criminalidade no indivíduo resumia-se em descobrir até que ponto ele se aproximava do tipo racial criminoso, negro-selvagem, conforme o grau de pureza racial. Os graus de mestiçagem permitiam a consideração sobre a passagem entre tipos puros raciais e criminosos e tipos relativa e potencialmente criminosos, sendo aqui o indivíduo considerado em sua pertinência potencial ao grupo “inferior” criminoso. Daí concluir, que:

“[...] de duas ordens distintas são os direitos a uma responsabilidade atenuada que a maioria da população brasileira pode disputar. Uma, de natureza mórbida, ou anormal, conexas com a influência degenerativa que sobre frações dela puderam exercer causas múltiplas, à frente da qual coloquei o cruzamento entre raças muito dessemelhantes. [...] Outra, de ordem natural, dependente da desigualdade bio-sociológica das raças que a compõem. Aqui melhor fora dizer que antes existe uma responsabilidade moral diversa daquela que se exige dessas raças, do que, que existam em rigor causas de verdadeira irresponsabilidade penal. Os índios e os negros são os representantes desta categoria”.(1957, p. 158)

Na paisagem local, o racismo criminológico não falava de fato em indivíduos, o que poderia trazer à baila a igualdade do gênero humano e a atribuição indistinta de direitos a todos (o que era incompatível com uma sociedade marcada pelas desigualdades); tampouco falava abertamente em grupos distintos, o que poderia provocar a reconsideração sobre a falsidade do projeto modernizador e da aberta violação da retórica igualitária. Ao contrário, descobria o indivíduo-mestiço, ou melhor, o exame das individualidades que permitiria redescobrir, caso a caso, no modelo racista, o selvagem e o negro criminosos.

Em definitivo, a contribuição de RODRIGUES para a formação de um pensamento causal explicativo racista no pensamento criminológico brasileiro não está em sua originalidade, mas na capacidade de ter esboçado uma ideologia, que era complementar e não oposta à ideologia do embranquecimento das elites brasileiras. Assim enquanto as elites brasileiras se referiam à emigração branca como capaz de transformar os “caracteres negativos” da sociedade brasileira, Nina Rodrigues “empretecia” a criminalidade para alertar sobre o constante perigo do “negro” que sobrevivia no “mestiço”, sobre o perigo do retorno e da instabilidade. Era necessário, portanto, repensar as ideologias e as estruturas repressivas em implantação.

V Em Defesa da Tradição: A solução brasileira para a demanda por igualdade formal: Mestiços sim, indivíduos não, provavelmente, criminosos.

Além desse deslocamento da explicação causal da criminalidade, dois outros pontos foram importantes na construção do discurso de Nina Rodrigues: o binômio ciência/tradição e a defesa de um modelo autoritário de controle social. Juntos eles fecham um quadro teórico que faz dos potencialmente negros e indígenas as vítimas preferenciais da violência estatal ou estatalmente tolerada.

Dispostas sem muita organização na obra de Nina RODRIGUES, as perspectivas práticas para solucionar o “conflito de civilizações” são apresentadas em alguns exemplos. Em primeiro lugar, RODRIGUES defendia a impossibilidade de o “índio domesticado” e de o “negro submetido à escravidão” serem passíveis de civilização, e por isso, fazia uma recomendação genérica do uso puro da violência. Pois, nas palavras contraditórias do autor, um índio “aprisionado e domesticado” e um negro africano “reduzido à escravidão” não teriam pelo “simples fato da convivência” mudado de

natureza. Assim eles poderiam ser contidos “pelo temor do castigo e receio da violência”, mas não teriam absolutamente a consciência de que seus atos pudessem implicar a violação de um dever ou o exercício de um direito e dever. (1957, p.108) Neste caso, a conclusão inarredável era a de que o olhar dos especialistas atentos à pertinência racial determinaria também que a violência seria empregada de forma mais intensa para aqueles que se aproximassem dos tipos puros.

Em segundo lugar, RODRIGUES, com base no testemunho de um colega de Faculdade, “descrevia” a repressão aos crimes na Bahia. Ali, enquanto os “índios domesticados”, “ditos civilizados”, respondiam por seus crimes perante os tribunais do país, para os “selvagens” existia uma “justiça sumária”, que consistia “em caçá-los como as bestas-feras, vingando-se em verdadeiras hecatombes de aldeias inteiras, assaltos ou crimes cometidos contra os povoados mais próximos.” Conforme o magistério de Garófalo, isso “em nada afeta o sentimento de piedade daquela população rústica que não se pode conformar com a idéia de que os selvagens tenham direitos e deveres iguais aos seus, ainda quando esse direito seja o direito à vida.” (1957, p.74)

Logo, RODRIGUES admitia a existência de uma justiça paralela; tal convicção lhe servia para justificar controles diferenciados segundo as raças, mas também para atribuir a irracionalidade dessa justiça paralela ao caráter da “população rústica”. Ao inverter-se a afirmativa do autor, pode-se pensar que a problemática da regionalização dos conflitos étnicos e da especialização territorial do controle social era a mesma constante neste controle penal paralelo. A especialização territorial era uma necessidade teórica, mas também um fato decorrente das necessidades locais. No processo de expansão e transformação do capitalismo à época, encontravam-se certas regiões que, por constituírem áreas a serem ocupadas ou por serem áreas abandonadas, por assim dizer, dos centros locais de modernização, possuíam uma justiça paralela, tolerada e defendida. Isso porque ela garantia a “limpeza da área” que precedia a ocupação ou porque era o último recurso de uma estrutura social decadente que deveria apoiar-se na violência direta. O exercício dessa violência, não era um dado da natureza da competição entre as raças, mas a forma pela qual se conseguia administrar a favor de um grupo específico a carência de necessidades a que diversos grupos estavam submetidos no processo modernizador.

O conhecimento criminológico europeu propunha uma administração racional do controle social baseado na distinção racial. Nesse sentido, ele não era incompatível com o discurso racista já praticado, mas com a depressão funcional das estruturas repressivas, com a variabilidade dos diversos espaços a serem controlados (o espaço urbano, o espaço rural, o espaço de conquista e ocupação no interior do país) e, se pensarmos na utopia segregacionista que acompanha o discurso de Nina, com a articulação real da quantidade de indivíduos não-brancos no país.

RODRIGUES, em terceiro lugar, corroborava a opinião de Couto de Magalhães e defendia que a não ser pelo aldeamento, já condenado naquele tempo, era impossível impor a civilização e cultura ao “brasílio-guarani”. Somente os cruzamentos seriam capazes, não de civilizar, mas de tornar úteis essas “raças selvagens”. A outra opção seria esquecê-los nas solidões das florestas em que viviam. O cruzamento era, na situação dada, a condição para que o índio, já quase extinto, pudesse se incorporar à nossa civilização (1957, p. 110-111) Concebia, portanto, três formas de se “lidar” com os indígenas: deixá-los fora do território realmente ocupado; tê-los no território, mas

subjugados em um regime especial de treinamento; submetê-los ao cruzamento com brancos. Nenhum dos três processos era excludente, pois todos tendiam a afastar a presença indígena ou desestruturá-la para fazer de seus descendentes membros de segunda classe da sociedade brasileira ou, diante da existência de um controle paralelo nas áreas de expansão, para simplesmente eliminá-los. A novidade estava em que RODRIGUES, apropriando-se do discurso criminológico, asseverava, de forma expressa, o que não significava originalidade, dentre as formas possíveis de se resolver o problema da submissão das populações nativas “o cruzamento das raças”. Concebia esse processo como uma forma do controle social. A mestiçagem é concebida como método de dominação das raças inferiores.

Por força da retórica, a melhor solução seria ou confiná-los ou “esquecê-los” no interior; na prática, a solução era exterminá-los ou deixar que se exercesse o “caráter da população rústica”; mas a fórmula mais adequada, segundo RODRIGUES, dada a não adaptação da raça branca à região amazônica ou ao seu fraco contingente numérico, era eliminar os “selvagens” enquanto grupo racial.

O recurso à mestiçagem era mais uma fórmula pragmática que procurava desarticular o “índio” e o “negro”, afastando-os enquanto grupo diferenciado, para integrá-los à sociedade brasileira novamente de forma tutelada. Eles estariam impossibilitados de assumir uma identidade “negra” ou “indígena”, pois as identidades estariam sendo dissecadas pelos “patólogos do crime”. O tema da mestiçagem retomava em sentido peculiar a possibilidade de controlar as populações negras e indígenas, seqüestrando-as não mais fisicamente, mas de sua identidade.

Porém, o espaço onde se sugeria a intervenção do olhar do especialista não era mais o interior da estrutura de um sistema diferenciado de controle social. O olhar do especialista, assim como a perspectiva teórica do autor, partiria para considerar a sociedade brasileira em seu conjunto, uma região e as relações entre as diversas regiões. Ou seja, o discurso propunha e indicava que o controle das raças se passava num espaço social indiferenciado, difuso, a própria sociedade brasileira. O discurso científico do especialista transformava-se em um discurso político.

Nesse sentido, pode-se repensar a utopia segregacionista que dizíamos constar no discurso criminológico de RODRIGUES. Como se sabe, o termo segregação racial está em geral associado à idéia de restrição declarada e institucionalizada de direitos políticos a um determinado grupo, mas também, de forma específica, dentre esses direitos, o direito de ir e vir, dando-se destaque à submissão a um regime de confinamento ou semiconfinamento. O regime escravista é, por excelência, um modelo segregacionista em que diversos espaços são repartidos conforme a pertinência a um grupo racial. Sob esse prisma, a abolição da escravatura no país representava uma espécie de abolicionismo penal, considerando-se o fato de que os regimes de clausura de então, como a senzala na fazenda, foram parcialmente extintos. A posição de RODRIGUES é elucidativa da relatividade dessa estratégia abolicionista no que se refere à compreensão dos argumentos raciais, pois a segregação, em sentido lato, podia assumir diversas formas, uma das quais era proposta pela “sua” estratégia de controle racional dos conflitos raciais; esta constituía, de certo modo, descrição de uma prática defendida pelas elites brasileiras, com o mestiçamento e o regime de tutela que acompanhavam a retórica da incapacidade das raças inferiores para a compreensão das regras de direito.

Em definitivo, o projeto de “Defesa Social no Brasil” representava nova forma de autoritarismo, velho conhecido da sociedade escravista, que tentava expurgar qualquer intervenção das populações dominadas. Ao mesmo tempo, ela recorria às imagens dos dominados para justificar o absurdo da violência institucional ou institucionalmente tolerada e racialmente definida, marca comum nos diversos espaços dessa sociedade. No seu discurso, RODRIGUES oscilava entre uma crítica à barbárie, em nome da ciência civilizadora, e uma defesa da barbárie, como condição de sobrevivência das elites, atribuindo a condição de atraso aos bárbaros. O seu efeito prático era a preservação das velhas práticas, que como roupas velhas ainda serviam, mas não poderiam ser expostos na vitrine da civilização européia para que não fossem as elites locais tomadas como bárbaras e “confundidas” com a massa da população.

Em resumo, aqui a ciência confirmava a barbárie da violência institucional. De igual modo, a impossibilidade de fazer uma reforma geral das instituições era compensada, segundo RODRIGUES, pelo fato de que tais instituições já atuavam de forma racista. Se já matávamos negros e índios, tudo já estava resolvido. Diria Nina, para horror de seus contemporâneos, ainda bem que o discurso liberal da igualdade era aqui apenas um verniz.

VI Democracia versus Democracia das Raças

Em nosso país, a ideologia dominante sobre a raça ainda é a da “democracia racial”. Ela condiciona toda a nossa percepção das questões políticas sobre a discriminação, mas não condiciona nossa percepção das raças. Tal hegemonia resulta da ação do Estado brasileiro nos momentos de modernização conservadora, não sendo o resultado de particularidades da natureza das raças no Brasil ou dos diferentes modos de percepção racial. Como ideologia, ela expressa uma problemática ainda mais complexa, pois pretende negar a existência de formas desiguais de distribuição das desvantagens simbólicas e materiais entre os diversos grupos humanos. Porém, faz isso a partir do reconhecimento da raça como fenômeno natural ou do surgimento das categorias raciais como um processo desagregado das estruturas sociais (o que dá no mesmo). Em seu conteúdo ela trouxe para o primeiro plano da interpretação da realidade as categorias de mulato e, depois dela, a exaltação da do mestiço, racialmente indefinido. Ao mesmo tempo, mostrou-se condescendente com a miséria dos pretos e pardos, e, ao contrário, raivosa para com as denúncias de que essa miséria possa resultar de práticas discriminatórias.

A crítica a essa ideologia é uma chave para compreender os dilemas raciais vividos no presente. Não deixa de ser instigante pensar que num país com práticas sociais e estatais tão autoritárias a democracia tenha que ser definida pelo adjetivo racial; ou que a idéia do convívio harmônico entre as raças ou da ausência de antagonismos raciais tenha sido defendida ardorosamente em períodos de repressão estatal e de exclusão social. Não deixa de ser curioso que desde o nascimento da Antropologia brasileira tenha havido tanto empenho em divulgar o hibridismo como uma forma de ser, própria de relações culturais que passam a ser naturalizadas como aptidões das raças.

Num país em que uma grande parcela de indivíduos não tem qualquer valor para as instituições jurídico políticas, o indivíduo (sobretudo aquele anônimo e estrangeiro do poder) é antes de tudo um mestiço, segundo a ciência e o discurso oficiais. Há um incomodo quando esse “inominado” pretende se reconhecer como “indivíduo abstrato”, sujeito de direitos, e um tabu que o impede de reivindicar uma “identidade racial”, rotulada nos últimos tempos de radicalismo essencialista, racismo ou racismo. Segundo os moldes da ciência oficial que vai de Gilberto Freyre até os pós-modernos, o brasileiro somente pode ser nominado em sua diversidade, mas não pode reivindicar para si qualquer particularidade no presente. Qualquer tentativa de mudar essa percepção de que o Brasil é um caixa de lápis de 36 cores é vista como uma violação desse tabu. O direito de nominar permanece, desde a descoberta do mestiço pela ciência, um direito dos cientistas, em especial dos Antropólogos de vanguarda. O discurso competente paira sobre os conflitos sociais, buscando harmoniza-los numa lógica que garanta a um só tempo o espaço de poder da ciência e a não politização da raça. Esse é o principal legado de Nina Rodrigues.

Isso não significa que a raça não seja uma categoria social, mas que ela não pode ser debatida fora do âmbito do discurso dos especialistas. A raça é a categoria identitária mais relevante da literatura brasileira, das políticas culturais estatais nacionais, das relações econômicas, da política etc., mas é a única categoria social cujo poder de nomeação é monopolizado (até as duas últimas décadas) de forma absoluta por grupos sociais que não se vêem como racializados, mas como categorias universais.

O verbo pertence desde sempre ao colonizador. As estratégias dos especialistas foram diferenciadas, no decorrer do tempo, mas o resultado é sempre o mesmo. Num primeiro momento, a raça é um dilema biológico, administrado pelos especialistas; num segundo, a raça é um problema biológico/ cultural, cuja solução é dada na esfera da vida privada; num terceiro momento, a raça se converte numa forma de categorização irreconhecível, para além de seus atributos simbólicos intrínsecos, mas apreendida em sua dinâmica contraditória pelo mesmo registro científico. No final, a ciência paira sobre e além das raças (ou das categorias raciais ou identitárias).

Apenas muito recentemente, tem se aceitado o debate sobre o referente material das ideologias raciais, as desvantagens socialmente construídas. Ainda assim, o modelo dominante é do estudo da raça, dos especialistas em negros e, agora por gosto da moda científica, dos especialistas do jogo identitário. Enfim, supor que a democracia racial (ou suas novas versões pós-modernas) seja um modo de ser das raças oculta um fato essencial: que a crítica da raça somente pode ser realizada como crítica da ideologia e da ciência.

Por que lembrar de Nina Rodrigues nesse contexto? Porque a obra de Nina Rodrigues foi execrada das interpretações oficiais de nossa formação nacional. Por que os cientistas defensores da ideologia da democracia racial e os que hoje negam a politização da categoria raça repudiam com tanta veemência nosso maior e mais explícito teórico racista? A resposta mais simples é porque ele acreditava na inferioridade dos mestiços. Todavia, o que pretendemos demonstrar foi que essa resposta simples não é a mais adequada. Nina apresentou a fábula da mestiçagem como uma proposta aberta para reduzir a cidadania (descobrir no homem o mestiço era aproximar-lhe do não-cidadão negro) e, ao mesmo tempo, denunciou a falácia de uma suposta importação de instituições republicanas do Constitucionalismo Francês que

estiveram associadas à criação do individualismo burguês. Usou da “ciência” para falar do direito e, sobretudo, de como deveria ser construída a relação entre grupos raciais e cidadania. Negava a proposta de universalização dos direitos para os não-brancos, afirmando que esta negativa já era prática institucional corrente. Não dizia: vamos tratar dos negros como inferiores, mas que aqui tínhamos a vantagem de “já” tratarmos os negros como inferiores. A não-cidadania para os negros já estaria estabelecida, mesmo naquelas instituições que se diziam cegas à cor e seguidoras da lei. Em outras palavras, Rodrigues não buscava institucionalizar o racismo com o uso da ciência e da lei, mas racionalizar o racismo já existente nas instituições jurídicas e políticas de sua época.

Portanto, nossa hipótese é que a “denúncia” de práticas sociais e institucionais racializadas está na origem da irritação dos partidários da democracia racial e não nas convicções de Nina Rodrigues sobre a desigualdade das raças. Não se trata, porém, de fazer o velho raciocínio de que o racismo explícito e desumano de Rodrigues seja melhor para a reação anti-racista ou para a insurgência daqueles que foram por perseguidos. A bondade extrema e a maldade absoluta são apenas valorações questionáveis de estratégias nos jogos de poder. O que faz de Nina Rodrigues hoje um marginal nas fileiras daqueles que pretendem manter as relações de poder com vantagens para o grupo branco são três de suas argumentações centrais: a) a raça é e tem sido um problema do Estado brasileiro. Ele se ocupou e se ocupa dela nas suas políticas amplas e nas práticas cotidianas. No Brasil, a consideração da raça foi argumento central das opções políticas estatais. b) sob o manto abstrato da lei, as diferenciações raciais sempre estiveram presentes. A lei era feita para todos, mas, ao mesmo tempo, assumia os efeitos de diferenciação estabelecidos na prática. c) a miscigenação é uma estratégia de domínio entre as raças.

Enfim, Nina Rodrigues desvela a retórica racista do universalismo europeu e do hibridismo nacional. O autoritarismo e o racismo aberto das falas do médico baiano expõem a face perversa do academicismo brasileiro e sua vinculação direta com a negação de direitos para determinados grupos sociais em nosso país. Fato que é insuportável para as narrativas que pretendem afirmar que o racismo aqui nunca existiu. Rodrigues não é nem nunca será nosso primeiro intelectual anti-racista, mas foi um crítico paradoxal do falso discurso da universalização de direitos num país que se valia das categorias raciais.

A política científica inaugurada por Nina Rodrigues nunca se ateu ao mero reconhecimento da diversidade de nosso “povo”, mas direcionou-se para a administração e sujeição dessa diversidade. O primeiro direito que a ciência brasileira conferiu à intelectualidade e à branquitude brasileiras foi o direito ao espaço público, nele incluído o espaço do discurso jurídico.

[1] Para uma síntese dos modelos críticos na história do Direito veja-se: WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, ano 28, n. 28, p. 55-67, 1994-1995.

[2] Entre as principais autores que se constituíram em objeto de disputa estão: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriere Guimarães. São

Paulo: Hemus, 1995. BENTHAM, Jeremy. Panóptico - Memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 199-229, mar. / ago. 1987. FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Prefácio de Beleza dos Santos. São Paulo: Acadêmica, 1931. GARÓFALO, Rafael. *Criminologia: Estudo sobre o delito e a repressão penal*. 4. ed. Tradução e prefácio de Júlio de Manos. Apêndice sobre "os termos do problema penal" por L. Carellí. Lisboa: Clássica, 1925. LOMBROSO, Césare. *O homem criminoso*. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1887. TARDE, Gabriel. *A criminalidade comparada*. Tradução de Ludy Veloso. Prefácio de Roberto Lyra. Rio de Janeiro : Editora Nacional de Direito, 1957.

[3] RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Salvador : Progresso, 1957.

[4] Ainda que o citado autor a ele se refira, não sem contradições, enquanto processos autônomos, sugerimos que tal autonomia é mais aparente que substancial. Na base da articulação dos diversos discursos e na validade social que passam a adquirir é inegável, no nosso entender, que está a experiência da conquista europeia no século XV. No entanto, feita essa ressalva, para fins de exposição a distinção pode ser aceita.

[5] GOBINEAU, Arthur. *Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris: Éditions Pierre Belfond, 1967, p. 58-59.

[6] O paradoxo aparente já podia ser percebido à época, como no caso de W. F. Edwards que escreve em 1829, citado por BANTON (1977, 40): “Na identificação de uma combinação de caracteres bem definidos como um tipo - palavra que tem o mesmo sentido no discurso vulgar e na história natural - , evito todas as discussões sobre a posição que um grupo assim caracterizado ocuparia numa classificação geral, dado que corresponde igualmente bem às distinções entre variedade, raça, família, espécie, gênero e outras categorias ainda mais gerais.” (1829; 125)

[7] SCHWARTZ, Lilian Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

[8] Eis as conclusões do jovem Lombroso: “Tutto ciò può indurci nel non trovare assurda l'ipotesi che un animale appartenente al tipo pitecoide siasi trasformato, sotto speciali circostanze, mano mano, in un uomo negro, giallo, semitico, bianco, a quel modo che sotto ai nostri occhi il Bianco si cangiava in Yanckee, il Semita in Europeo, a quel modo che il cignale divenne porco, il lupo divenne cane, o come l'ape solitaria, fabricatrice della informe cella, si trasformò in quella meravigliosa architetta che è l'ape domestica. / Così la storia dell'umanità rientra nell'immenso cerchio della creazione, da cui una sciocca vanità la vorrebbe divelta. / Se non che noi non possiamo ancora asserire queste origini pitecoidi e queste metamorfosi progressive, se non come un'ipotesi, appunto perchè l'antropologia vuol essere una scienza esatta, e non può concludere, a mo' degli antichi filosofi, su poche analogie e sui trampoli di pochi fatti e di arguti od imbrogliati sillogismi. / Quando avremo trovato, fossile o vivo, l'animale intermediario tra alcune specie di scimie e l'uomo, quando più numerosi documenti ci avranno fissati i caratteri delle razze preistoriche, in ispecie dell'epoca miocenica e pliocenica, che ora tanto scarseggiano, allora soltanto la ipotesi cederà il posto

all'assioma. / Ma noi ci abbiamo messo innanzi un altro problema, da questo ben differente: se, cioè, la razza umana sia identica dappertutto a sè stessa, o se presenti delle ineguaglianze profonde. / Ora se al primo quesito la risposta deve farsi esitando dinanzi alle misure e alle riserve dell'antropologia, nessun dubbio vi ha per il secondo. Potrà discutersi se il cane derivi dal lupo, o il cavallo e l'asino dalla zebra; ma nessun naturalista può dubitare che il cane ed il lupo, la tigre e il leone offrano fra loro profonde disuguaglianze, chiaminsi poi queste generi o specie. / Sia che le varietà umane esistessero fino dalla origine, o che mano mano, come noi tentammo dimostrare, si ottenessero perchè le negroidi, le più imperfette, si trasformavano nelle più perfette, le bianche, - lasciando nello spazio, monumento eterno della loro origine, bozzolo vivente, il loro tipo antico, - esse si presentano a noi con profonde, evidenti disuguaglianze. / Anatomicamente parlando, noi dobbiamo distinguere l'uomo dal cranio doligocefalo, a muso sporgente, a capello ricciuto, lanoso, a cute scura, a braccia lunghe, - il Negro, - dall'uomo prognato ed eurignato, dai capelli lanosi, raccolti a fascetti, e con frequente steatopigia, - l'Ottentotto, - dall'uomo a cute gialla, a muso largo, a pelo scarso, a cranio rotondo o piramidale e ad occhi obliqui, - il Giallo, - dall'uomo infine della cute rosea o bianca, dal cranio a diametri poco esagerati, dalle forme tutte del corpo simmetriche, dalla fronte ampia ed eretta. / Se stiamo alle lingue, abbiamo le razze a lingue chiocchianti, polisintetiche, monosillabiche, agglutinative, a flessione. / Se stiamo alle arti, abbiamo le razze a strumenti di pietra e a strumenti di bronzo e di ferro, e le razze domatrici di animali, e le razze costruttrici di machine. / Se stiamo all'estetica abbiamo, nella pittura, le razze artistiche, quelle artistiche senza prospettiva, e le affatto inartistiche: e, nella musica, le razze co'l la per nota fondamentale, e le razze co'l fa e senza mezzo tono, e le razze con tre toni soltanto. / Se stiamo alla scrittura, abbiamo le razze a scrittura pittorica, ideografica, fono-ideografica ed alfabetica. / Se stiamo alle religioni, abbiamo le razze a religione feticia, sciamana, politeista, monoteista e le razze con poca o niuna credenza, le scettiche. / Se stiamo alta politica, abbiamo le razze a famiglie sparse, a tribù, a impero dispotico e a impero più o meno elettivo o temperato dal voto popolare. / Che se con una sola frase noi vogliamo riassumere quasi tutti questi caratteri, noi dobbiamo dire che vi sono due grandi razze: la Bianca e la Colorata. / Noi soli Bianchi abbiamo toccato la più perfetta simmetria nelle forme del corpo. Noi soli, con la scrittura alfabetica e con le lingue a flessioni, fornendo il pensiero di una più ampia e commoda veste, potemmo difenderlo ed eternarlo nei monumenti, nei libri e nella stampa. Noi soli possediamo una vera arte musicale. Noi soli abbiamo, per bocca di Cristo e di Budda, proclamata la libertà dello schiavo, il diritto dell'uomo alla vita, il rispetto al vecchio, alla donna ed al debole, il perdono del nemico. Noi soli abbiamo, con Wasinghton, con Franklin, con Mirabeau, proclamato ed attuato il concetto vero della nazionalità. Noi soli, infine, con Lutero e Galileo, Epicuro e Spinoza, Lucrezio e Voltaire, abbiamo procacciata la libertà del pensiero, di cui voi, gentili uditrici, offrite un esempio, assistendo, senza ribrezzo, allo svolgersi di temi sì poco ortodossi.” Lombroso, Cesare. L’Uomo Bianco e L’Uomo di Colore. Firenze: Fratelli Bocca, 1892. 2^a ed.

[9] LYRA parece discordar desta posição, embora afirme que “a escola (positiva) sofreu a inspiração de HAECKEL, SPENCER e, sobretudo, DARWIN“. Em sua opinião, Lombroso teria sofrido mais a influência de DARWIN.(1956, p.07) A confusão em se pensar neste ou naquele autor como influência já estava na constituição da noção de tipo racial, num primeiro momento com as teorias da tipologia racial e, num segundo, quando ela se transforma com a noção de evolução. No entanto, parece-

nos que Lombroso está mais próximo do primeiro momento, como afirma ZAFFARONI (1993, p.167).

[10] A referência a Ferri, como tendo construído o modelo multifatorial, não implica afirmar que Lombroso não tenha levado em consideração outros fatores (psicológicos e sociais) além do atavismo. Veja-se a esse respeito LYRA (1992, p. 42); BARRATTA (1991, p.32).

[11] Segundo LYRA FILHO: “Aquela atitude intelectual (determinismo) era tão difundida que a ela não escaparam, sequer, os que se atribuíam o rótulo de socialista. É o caso de Ferri preparando um cocktail de DARWIN, SPENCER e MARX, como se fossem complementares, e extraindo dessa mistura uma espécie de progressismo idílico.” (1972, p.16)

[12] Veja-se a esse respeito: ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

[13] Restaria para os teóricos periféricos, como Nina Rodrigues, a partir da premissa concreta de suas sociedades marcadas pela diversidade racial e não apenas pela formulação teórica genérica, formular uma proposta de controle social baseada nos agrupamentos raciais e não no indivíduo.

[14] Segundo MONREAL, com a Revolução Francesa implantam-se, juridicamente, todos os mecanismos para fazer perdurar o individualismo e todo o sistema legal dos grandes códigos que estavam a serviço de uma concepção político-social bem determinada: a liberal-individualista.(1988, p.131-132) Sobre o individualismo no direito burguês veja-se: MOREIRA (1979, p. 73-87); WOLKMER (1994, p.21-58).

[15] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

[16] Sobre o processo de despersonalização, dessocialização, dessexualização e descivilização do escravo, veja-se MEILLASSOUX (1995, p. 78, 91).

[17] Nas obras dos criminólogos positivistas encontra-se farta referência a estes temas.

[18] As teorias raciais recepcionadas pelos criminólogos brasileiros encontram-se associadas àqueles dois primeiros momentos das Teorias das Raças.

[19] Veja-se RIBEIRO (1994, p.130-146)

[20] “*A prima facie*, pode-se distinguir na população brasileira atual, uma grande maioria de mestiços em graus variados de cruzamento e uma minoria de elementos antropológicos puros (Nota: o termo puro tem sempre um valor relativo e se opõe tão somente ao mestiçamento que assistimos) não cruzados.” (RODRIGUES, 1957, p. 57)

[21] Isso também era comprovado em sua obra com a sintomática distribuição dos capítulos. Primeiro, no capítulo V, “A população Brasileira no Ponto de Vista da

Psicologia Criminal – Índios e Negros”, o autor traça o perfil criminológico do negro e do selvagem; no capítulo subsequente, trata da “População Brasileira no Ponto de Vista da Psicologia Criminal Os mestiços”.

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA NA EXECUÇÃO PENAL *

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ACTES DISCRÉTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE DANS L'EXÉCUTION CRIMINELLE

**José Armando Ponte Dias Junior
Fernanda Maria Diogenes de Menezes Oliveira**

RESUMO

A Lei de Execuções Penais atribuiu à autoridade administrativa responsável pela direção do estabelecimento penitenciário a prática de diversos atos administrativos essenciais ao desenvolvimento da execução penal, muitos dos quais de cunho decisório em relação a direitos dos apenados. Tais atos apresentam nítidos traços de discricionariedade, e, precisamente por isso, mais forte se faz sentir a necessidade de que sejam corretamente motivados, possibilitando o controle dos mesmos pela autoridade judiciária competente para as execuções penais. Tal controle, por seu turno, sofre limitações e muitas vezes será exercido de modo mais restrito, especialmente quando a colmatação do ato administrativo envolver a análise de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados, caso em que o posicionamento da autoridade administrativa deverá prevalecer, sempre que não se mostre desproporcional.

PALAVRAS-CHAVES: EXECUÇÃO PENAL; ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA; CONTROLE.

ABSTRACT

La Loi d'Exécutions Criminelles a attribué à l'autorité administrative responsable pour la direction d'établissement pénitentiaire la pratique de divers actes administratifs essentiels au développement de l'exécution criminelle, beaucoup desquels de nature décisoire concernant aux droits des prisonniers. Tels actes sont clairement discrétionnaires, et, précisément donc, plus fort il se fait sentir la nécessité dont ils soient correctement motivés, en rendant possible le contrôle des mêmes par l'autorité judiciaire compétente pour les exécutions criminelles. Ce contrôle, à son tour, souffre des limitations et beaucoup de fois sera exercé de manière plus restreinte, spécialement quand la pratique de l'acte administratif impliquer l'analyse de concepts juridiques vraiment indéterminés, cas où le positionnement de l'autorité administrative devra prévaloir, chaque fois qu'il ne se montre pas disproportionné.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: EXÉCUTION CRIMINELLE; ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE; CONTRÔLE.

INTRODUÇÃO

Na delicada abordagem da execução penal no Brasil, pouco se tem discutido acerca do papel do Diretor do estabelecimento penitenciário.

Com efeito, comumente não se dá a atenção devida e o destaque merecido à atividade administrativa exercida pelo Diretor de estabelecimento prisional durante a execução da pena privativa de liberdade, o que acaba por desmerecer a importante função da autoridade administrativa carcerária enquanto agente responsável pela concretização de diversas normas de textura aberta previstas na Lei de Execuções Penais.

O Diretor do estabelecimento penal, como autoridade administrativa que é, desempenha relevantes funções no processo de densificação de normas, sendo ele, em última análise, o responsável por tornar concretos diversos preceitos abstratamente previstos na legislação.

Tem-se aqui, portanto, como objetivo principal, o estudo do campo de atuação da autoridade administrativa penitenciária no curso da execução penal, mediante análise da natureza dos atos cuja prática a ela é atribuída por lei, atos estes que, amiúde, guardam traços de discricionariedade.

Tal discricionariedade apenas reforça a necessidade de que tais atos, muitos deles efetivamente de cunho decisório em relação a direitos dos presos, sejam sempre motivados, possibilitando sua sindicabilidade por parte do Juízo das Execuções Penais.

Busca-se aqui, ademais, estabelecer os moldes e os parâmetros pelos quais o Judiciário poderá exercer o controle da atividade da Administração Penitenciária, velando pelo cumprimento de regras e princípios, legais e constitucionais, sem, contudo, exercer indevida ingerência em campos nos quais a apreciação administrativa deverá prevalecer.

1 PANORAMA DA NATUREZA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Uma vez condenado o criminoso, cabe ao Estado acompanhar e fiscalizar o cumprimento da pena a ele imposta, a fim de garantir que a reprimenda aplicada cumpra com as três finalidades que comumente dela se espera, quais sejam, a retribuição em face da prática do delito praticado, a prevenção, desestimulando a prática de novos delitos, e a ressocialização, tornando o apenado apto para o sadio retorno o convívio social[1].

Nesse contexto exsurge a necessidade de se definir a natureza da atividade realizada no âmbito da execução penal, se administrativa ou se jurisdicional, derivando dessa distinção, por óbvio, significativas conseqüências.

Doutrinariamente, encontram-se basicamente duas posições acerca da natureza da atividade desenvolvida quando da execução penal, apontando a primeira para o caráter jurisdicional da execução penal, desenvolvendo-se a mesma por meio de um verdadeiro processo, enquanto que a segunda posição aponta para a natureza predominantemente administrativa da execução penal, posição essa que costuma ver no condenado o objeto da execução penal, uma vez que a mesma se desenvolve sem o concurso de sua vontade.

No Brasil, a execução penal, a teor do que dispõe a Lei n. 7.210/84, que a regulamenta, realiza-se por meio de um processo de execução, a ser conduzido por autoridade judicial, processo este no qual o apenado aparece não como objeto da atividade estatal, mas como titular de todos os demais direitos não atingidos pela sentença condenatória.

Deve-se reconhecer, contudo, que, talvez por vícios práticos, talvez por equívocos teóricos, o processo de execução penal não é um processo judicial como outro qualquer, uma vez que a prática judiciária mostra que, amiúde, o processo caminha impulsionado pela própria autoridade judicial, que, agindo muitas vezes de ofício, dá início à execução com a expedição da Guia de Recolhimento, progride o regime prisional do apenado e instaura incidentes.

Outrossim, é processo anômalo na medida em que nele, muitas vezes, se observa a precariedade de defesa técnica, a capacidade postulatória do próprio apenado e a intervenção de diversos Órgãos da Execução Penal em muitas de suas fases[2].

No mais, embora jurisdicionalizada, a execução penal desenvolve-se também mediante intensa prática de atos tipicamente administrativos de responsabilidade da direção do estabelecimento penitenciário, o que contribui para o caráter *sui generis* do processo de execução penal.

Tais atos administrativos, porém, no contexto jurisdicionalizado da execução penal, devem ser acompanhados e fiscalizados de modo permanente e intenso pelo Poder Judiciário, com a cautela necessária para não esvaziar a responsabilidade das autoridades administrativas e para não transformar a autoridade judiciária em órgão revisor da atividade da Direção do estabelecimento prisional, anulando ou modificando de ofício atos praticados no âmbito da Administração Carcerária, fato ainda bastante corriqueiro no cotidiano forense.

Em síntese, pode-se dizer que a atividade de execução penal no Brasil é concretizada jurisdicionalmente, por meio de um processo em que se deve garantir ao apenado o exercício de direitos não atingidos pela sentença condenatória, possibilitando-lhe contraditório e defesa, atividade esta que se desenvolve mediante a prática de atos jurisdicionais e administrativos, sendo estes de responsabilidade da Direção do estabelecimento penitenciário onde o apenado cumpre pena.

2 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NA EXECUÇÃO DA PENA

Como visto anteriormente, o processo de execução penal se desenvolve mediante a conjugação de atos jurisdicionais e administrativos, sendo aqueles da responsabilidade do Juízo das Execuções Penais, e alguns destes da responsabilidade da autoridade administrativa responsável pela Direção do estabelecimento prisional.

Com efeito, de acordo com a Lei n. 7.210/84, conhecida por Lei de Execuções Penais, acha-se na atividade de execução da pena atribuições especificamente direcionadas à autoridade judiciária e outras especificamente voltadas para a autoridade administrativa, sem que se possa dizer que umas ou outras sejam as mais importantes, de maneira que o satisfatório cumprimento das finalidades da pena depende do correto desempenho de todas essas atribuições.

No que se refere à atividade administrativa, importa ressaltar que não há distinção entre os atos administrativos da execução penal e os demais atos administrativos em geral, de maneira que toda a atividade da Administração Penitenciária se deve submeter integralmente não apenas às regras legais, mas aos princípios constitucionais da

Administração Pública, vale dizer, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e a todos os demais princípios constitucionais, mormente àqueles que reconhecem direitos fundamentais ao preso, garantindo-se a sua dignidade como pessoa.

Isso porque não apenas a restrita legalidade está submetida a Administração Pública em geral, e a Administração Penitenciária em particular, mas sim, em uma visão mais contemporânea, à juridicidade, o que necessariamente refletirá na sistemática do controle jurisdicional da atividade administrativa penitenciária, como se verá:

Aduz-se ao controle da legalidade, a que antes era circunscrito o Poder Judiciário, o controle da constitucionalidade das leis, e por via oblíqua ou reflexa, da constitucionalidade dos atos administrativos. Permite-se ao Juiz, ademais, para além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame da sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, além da legalidade[3].

Com efeito, no cenário jurídico pós-positivista da atualidade, operou-se a importante modificação do direito por regras pelo direito por princípios, os quais vêm sendo reconhecidos como padrão normativo diverso das regras, de maneira que deixaram os princípios de ser apenas vetores de orientação ou interpretação para as regras, sendo, eles próprios, normas jurídicas, vinculantes, portanto.

De fato, segundo Ronald Dworkin, princípios são normas que enunciam razões que inclinam argumento e decisão em uma certa direção, embora de uma maneira não conclusiva[4].

Deve a atividade administrativa penitenciária, portanto, obediência às normas jurídicas estabelecidas não apenas pelas regras da Lei de Execuções Penais, mas também às normas jurídicas decorrentes dos princípios constitucionais, cabendo ao Juízo das Execuções Penais, desde que provocado pelo apenado ou por seu defensor, ou ainda pelo Ministério Público ou por qualquer dos Órgãos da Execução Penal, exercer o controle dos atos da Direção do estabelecimento penal à luz de todos esses parâmetros, o que deixa evidente a importância da motivação dos atos por parte da autoridade administrativa penitenciária.

3 MOTIVAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS DA DIREÇÃO DE ESTABELECIMENTO PENAL

Afigura-se especialmente difícil ao Poder Judiciário, senão inteiramente impossível, exercer o controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos quando tais atos não se apresentam devidamente motivados.

No âmbito da execução penal, aliás, a falta de motivação pela Direção do estabelecimento penitenciário dos atos administrativos praticados é um dos vícios mais freqüentes a macular tais atos, dificultando sobremaneira o correto acompanhamento do cumprimento da pena pelos demais Órgãos da Execução Penal.

Ora, como atos administrativos que são, e devendo a Administração Pública obediência às normas jurídicas (princípio da juridicidade) estabelecidas por regras ou princípios, os atos praticados durante a execução da pena pela autoridade administrativa penitenciária deverão ser todos motivados, motivação essa que deverá compreender, simultaneamente, “a enunciação dos motivos de fato e de direito do ato administrativo, vale dizer, dos fatos e dos fundamentos jurídicos em que se apóia o ato, bem como a justificação do processo de tomada da decisão”[5].

É importante aqui frisar que a motivação dos atos administrativos reveste-se de um importante caráter instrumental, viabilizando o controle pela autoridade judiciária, quando a tanto provocada, da juridicidade de tais atos administrativos.

Dessa forma, é fácil perceber que tanto melhor se exercerá o controle da atividade administrativa quanto mais completa for a motivação dos atos administrativos praticados, razão pela qual essa motivação, como salienta Germana Moraes, há de ser explícita, clara, congruente e tempestiva[6].

Sucedo que, no âmbito da execução penal, dentre as atribuições especificamente direcionadas à autoridade administrativa penitenciária pela Lei de Execuções Penais, muitas delas referem-se ao preenchimento, pela autoridade diretora do estabelecimento penal, do conteúdo de algumas normas de textura aberta previstas na própria lei, como, por exemplo, a norma extraída do art. 41, parágrafo único, da Lei 7210/84, a qual permite ao diretor do estabelecimento penal suspender ou restringir, motivadamente, direitos do preso, como, por exemplo, o de receber visitas.

Essa atividade de preenchimento de conteúdo de normas de textura aberta insere-se no importante procedimento de concretização atribuído à autoridade administrativa, o qual

também não está imune ao controle jurisdicional, e que, portanto, deve também ser devidamente motivado.

A esse procedimento Canotilho denomina de “densificação de normas”[7], sendo a autoridade administrativa um “sujeito concretizador”[8], a quem cabe, numa derradeira fase, a tarefa de preencher, complementar e precisar, em nível executivo, o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução dos problemas concretos.

Precisamente por não estarem imunes à apreciação judicial é que mesmo em tais atos de concretização de normas de textura aberta, atos em que o administrador tem uma certa margem de liberdade para completar o sentido da lei, a motivação é obrigatória.

Deve, portanto, a autoridade administrativa motivar não apenas os atos tidos por vinculados, mas, sobretudo, os atos discricionários[9], mesmo porque “a discricionariedade é sempre e inevitavelmente relativa”[10], pois sempre estará o administrador cingido às regras legais e aos princípios constitucionais:

Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelo princípios constitucionais da administração pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito[11].

Todos os atos administrativos da direção de estabelecimento penitenciário, portanto, são sindicáveis pelo Poder Judiciário, sejam eles tidos por discricionários ou por vinculados, haja vista que todos devem submissão à juridicidade emanada de regras e princípios.

E, especificamente no que se refere aos atos administrativos discricionários, o principal parâmetro de controle de que há de se servir o Judiciário é a máxima da proporcionalidade, a qual abrange as noções de adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito, coincidindo esta última com a exigência de sopesamento entre os bens jurídicos envolvidos na solução do caso concreto[12].

Com efeito, é a proporcionalidade que buscará impedir, no caso concreto, restrições desarrazoadas a direitos fundamentais dos apenados sob custódia estatal, sendo evidente o arbítrio ensejado pela falta de necessidade ou de adequação da medida restritiva e o excesso resultante da falta de racionalidade[13], arbítrio e excesso esses que devem ser coibidos pela autoridade judicial das Execuções Penais quando realiza o controle dos atos administrativos discricionários praticados pelo Diretor do estabelecimento penal, velando para que sejam assegurados ao preso, na maior medida possível, todos os seus direitos fundamentais não atingidos pela sentença condenatória, garantindo o efetivo e rigoroso acompanhamento do cumprimento da pena sem macular de maneira desproporcional a essência dos direitos fundamentais do apenado, e, em última instância, a sua própria dignidade.

4 ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

A Lei das Execuções Penais, como já visto, confere competência à autoridade penitenciária para a prática de diversos atos tidos por discricionários durante o percurso da execução da pena, realçando assim a importância do Diretor do estabelecimento penitenciário para uma satisfatória execução da pena dentro da sistemática jurisdicional da execução penal adotada no Brasil.

É, pois, a autoridade penitenciária, agente concretizador das normas jurídicas pertinentes à execução penal, juntamente com a autoridade judiciária, tendo, cada qual de tais autoridades, diferente campo de atuação na execução da pena, não cabendo a uma a prática de atos atribuída pela legislação à outra autoridade, ressalvadas as hipóteses de exercício de controle judicial da atividade administrativa, controle esse que deverá ser sempre exercido mediante provocação, a fim de que se garanta a dialética processual e a imparcialidade da autoridade judicial.[14]

4.1 A Autorização para o Exercício de Trabalho Externo ao Preso do Regime Semi-aberto ou Aberto

Importante atribuição que a Lei das Execuções Penais confere à autoridade administrativa penitenciária é a possibilidade de decidir quanto ao exercício de trabalho externo do apenado que está a cumprir pena no regime semi-aberto ou aberto.

Com efeito, cabe ao Diretor do estabelecimento penal sob cuja custódia se encontra o apenado decidir acerca do trabalho externo, bem como acerca do local em que será prestado, e não à autoridade judicial, conforme estabelece o art. 37 da Lei n. 7.210/84:

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena.

É de suma importância para que a pena possa alcançar sua finalidade de ressocialização que o apenado trabalhe, uma vez que o trabalho, além de conferir dignidade ao preso, livra-o do ócio e contribui para a sua formação profissional:

É fundamental o trabalho nas unidades fechadas, pois a ociosidade, como já foi acentuado, alimenta os problemas existenciais e desestimula os encarcerados, aumentando a hostilidade e o preconceito da sociedade, tornando cada vez mais difícil a reintegração ao mundo livre[15].

Acrescente-se que, mais que um direito do preso, o trabalho do preso definitivo é uma obrigação, a teor do que dispõe o art. 31, *caput*, da Lei de Execuções Penais[16].

De início, portanto, é válido insistir que a concessão de trabalho externo ao preso do regime semi-aberto ou aberto é atribuição privativa do Diretor do estabelecimento penal, constituindo-se em verdadeiro ato discricionário, o qual, contudo, não está imune ao controle Juízo das Execuções Penais.

Com efeito, conforme já exposto alhures, mesmo os atos administrativos discricionários estão sujeitos ao controle judicial, haja vista que também eles devem obediência aos princípios constitucionais, já que não pode a autoridade administrativa concretizar normas de textura aberta da maneira que lhe aprouver, desviando-se dos princípios constitucionais a que está sujeita a atividade administrativa.

Assim, por exemplo, não pode a autoridade administrativa conceder ou deixar de conceder trabalho externo ao preso de acordo com critérios que ofendam o princípio constitucional da impessoalidade da Administração Pública, concedendo-o como um

favor ou o negando enquanto direito por meio de práticas que importem em favoritismos ou revanchismos pessoais, condutas estas que devem ser prontamente coibidas pelo Juízo das Execuções Penais, desde que, insista-se, a tanto provocado pelo Ministério Público ou por qualquer dos demais Órgãos da Execução Penal.

Para que tais atos possam ser objeto de apreciação judicial, contudo, faz-se imprescindível que sejam motivados pela autoridade administrativa assim a concessão, de ofício ou mediante postulação do apenado ou de seu defensor, como a não concessão do trabalho externo.

E tal motivação há de ficar adstrita aos contornos fático-jurídicos, aos pressupostos normativos autorizadores do trabalho externo, não podendo, portanto, a autoridade administrativa agir com excesso ou arbítrio.

São dois os pressupostos legais para a autorização do trabalho externo ao preso do regime semi-aberto ou aberto, a teor do estabelecido pelo art. 37 da Lei das Execuções Penais, já transcrito alhures, quais sejam, o cumprimento mínimo de um sexto da pena e a análise da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado.

Quanto ao cumprimento mínimo de um sexto da pena, trata-se de pressuposto que retrata conceito jurídico determinado, objetivo e sobre o qual não pairam dúvidas, o que não ocorre com o outro pressuposto.

Com efeito, a “aptidão, disciplina e responsabilidade” do apenado são conceitos jurídicos fluidos, vagos, imprecisos ou indeterminados, e, como tais, embora sindicáveis pelo Judiciário, haja vista que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser suprimida da apreciação judicial[17], são submetidos a um controle judicial mais restrito, o qual se limitará à análise do processo de tomada de decisão e ao controle de eventuais restrições a direitos fundamentais.

Isso significa dizer que, se a análise feita pelo Diretor do estabelecimento penal quanto à aptidão, à disciplina e à responsabilidade do apenado obedeceu aos trâmites procedimentais próprios e não apresentou ofensa desproporcional a qualquer direito fundamental do preso, não poderá o Judiciário invalidar a decisão administrativa ou substituir os critérios do administrador pelos seus próprios critérios, sob pena de indevida e inconstitucional ingerência do Judiciário na Administração Pública.

Conceitos como esses se enquadram no que Germana Moraes denomina de conceitos indeterminados de prognose, ou conceitos verdadeiramente indeterminados, onde se verifica uma maior margem de liberdade ao administrador[18]. Nos conceitos indeterminados de prognose, “em que existe a necessidade de avaliação de qualidades de pessoas ou coisas ou de uma estimativa sobre a evolução futura do estado das coisas, perigos, pessoas e processos sociais”[19], a imprecisão resulta do contexto de incidência da norma, e não da linguagem de que o enunciado normativo se utiliza, hipóteses em que o controle judicial seria pleno.

Na seara dos conceitos jurídicos indeterminados, costuma-se ainda distinguir uma zona de certeza positiva, onde evidentemente os fatos se enquadram na expressão do tipo legal, uma zona de certeza negativa, onde os fatos evidentemente não se enquadram na hipótese da norma e uma zona intermediária cinzenta, e uma zona de penumbra[20], sendo que nas duas zonas de certeza o conceito é determinável e, portanto, plenamente sindicável pelo Judiciário, enquanto que na zona cinzenta ou de penumbra o conceito é verdadeiramente indeterminado, admitindo um controle judicial apenas parcial, uma vez que prevalece o juízo administrativo, o qual somente deverá ceder ante a um controle pelo Judiciário quando ameaçar direitos fundamentais ou atentar contra princípios constitucionais, ou quando a inteligência administrativa não se mostrar razoável perante o caso concreto ou quando conferir “uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo”[21], casos em que o Judiciário, na maioria das vezes, limitar-se-á a invalidar o ato, sem substituí-lo por outro[22].

Na análise dos requisitos da aptidão, disciplina e responsabilidade do preso do regime aberto ou semi-aberto para fins de concessão de trabalho externo, portanto, deverão prevalecer as conclusões do Diretor do estabelecimento penal, e não as do Juiz das Execuções Penais, sempre que o Judiciário, quando a tanto provocado, não logre êxito na tentativa de reconduzir o caso concreto a uma zona de certeza negativa ou positiva quanto aos conceitos jurídicos, *a priori*, indeterminados, conceitos esses que, em tais hipóteses, passarão a ser conceitos verdadeiramente indeterminados, sujeitos, pois, a restrito controle judicial, nos limites já expostos acima.

Dessa maneira, o Juízo das Execuções Penais pode invalidar a concessão de trabalho externo autorizada pela Administração Penitenciária, mas somente quando a avaliação administrativa dos pressupostos legais traduzidos em conceitos indeterminados escapar às noções de razoabilidade e de proporcionalidade, ferindo princípios constitucionais como, por exemplo, o da impessoalidade da Administração Pública, podendo ainda o Judiciário conceder o direito de trabalho externo ao preso, substituindo-se à Administração, o que é mais raro, desde que a valoração administrativa dos conceitos indeterminados previstos na lei esteja fulminando de maneira desproporcional o direito do apenado ao trabalho e à ressocialização.

4.2 A Suspensão ou Restrição do Direito do Preso a Recreio, a Visitas e a Correspondência com o Mundo Exterior

Outra importante atribuição que a Lei de Execuções Penais confere à autoridade administrativa responsável pela direção do estabelecimento carcerário é o poder de restringir ou suspender, motivadamente, os direitos que a própria lei concede aos presos no tocante a tempo de recreio, ao recebimento de visitas e à correspondência com o mundo exterior, consoante o disposto no art. 41 da Lei 7.210/84:

Art. 41. Constituem direitos do preso: [...] V- proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; [...] X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...] XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes [...]. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

De logo se observa que não compete à autoridade judiciária a restrição ou suspensão de tais direitos dos presos, sendo esta uma atribuição especificamente dirigida ao Diretor do estabelecimento penal, o que certamente se dá pela maior proximidade desta autoridade para com o preso, sendo ela, pois, melhor que qualquer outra, a pessoa indicada para saber em que circunstâncias o preso deve ter suspenso ou restringido seus direitos a recreio, a visitas e a correspondência.

Importa também destacar aqui que tal previsão normativa se constitui em mais uma norma de textura aberta, carente, portanto, de concretização quando de sua aplicação ao caso concreto, uma vez que a lei que regula as execuções penais, propositalmente, omite-se quanto ao elenco de causas que poderiam dar ensejo às restrições ou suspensões administrativas de direitos dos presos, decerto por entender que somente a autoridade administrativa penitenciária, vivenciando o cotidiano do cárcere, pode aquilatar e dimensionar os casos de restrição, juízo este, todavia, que não se pode mostrar desproporcional, o que o tornaria eivado do vício da inconstitucionalidade na medida em que restrinja de maneira exagerada e desnecessária direitos do preso.

Sendo o Diretor do estabelecimento penal o sujeito concretizador de tal norma de textura aberta, evidente emerge que o ato de suspensão ou restrição dos direitos do preso a visita, a recreio e a correspondência é discricionário, o que, como visto alhures, não implica em que não deva ser devidamente motivado, aliás, como expressamente e de maneira dispensável diz o enunciado normativo acima transcrito.

Em tal caso, é bom que se diga, a motivação ainda se faz mais necessária, pois se tratam de atos tendentes a diminuir, no caso concreto, a possibilidade do exercício, pelos presos, de direitos expressamente reconhecidos pela lei.

No mais, a motivação permitirá que o Juízo das Execuções Penais, desde que a tanto provocado, possa exercer efetivo controle da atividade administrativa, mesmo porque também os atos discricionários são sindicáveis pelo Judiciário, em face da juridicidade a que estão sujeitos, como já se mostrou.

Tal controle será feito com o auxílio do procedimento da proporcionalidade, que aqui tem importância fundamental, uma vez que é imprescindível que a restrição ou a suspensão de tais direitos seja adequada e necessária aos fins de interesse público que se pretenda com elas alcançar, buscando-se que, no caso concreto, o benefício resultante da restrição imposta ao direito do preso seja mais importante que o direito do preso que se está restringindo.

No exercício do controle em tais casos, a atitude do Juízo das Execuções Penais limitar-se-á à invalidação dos atos de restrição ou suspensão que estiverem viciados, sendo inteiramente descabido que a autoridade judiciária suspenda ou restrinja, ela mesma, ainda que mediante provocação, os direitos de recreio, de visita ou de correspondência dos presos, por ser a autoridade administrativa, no caso o Diretor do estabelecimento penitenciário, a única autoridade a que a lei conferiu competência para a prática de tais atos de restrição ou suspensão.

Deve-se, no mais, reconhecer que é ainda corriqueiro no âmbito da Administração Penitenciária o vício consistente na falta de motivação de tais restrições, embora esse dever de motivação esteja expresso no próprio dispositivo legal que as autoriza, sendo, por outro lado, difícil ao Judiciário ter por convalidada qualquer dessas restrições quando as mesmas tiverem sido aplicadas com ausência de motivação, mesmo porque, muito provavelmente, não disporia o magistrado de elementos seguros para convalidar restrições imotivadas, porquanto lhe falta uma relação de intimidade mais acentuada, nos moldes da que deve ter o administrador penitenciário, com os meandros e as minúcias nem sempre facilmente perceptíveis da realidade carcerária de determinado estabelecimento.

Quanto à suspensão ou restrição do direito do preso de se corresponder por escrito com o mundo exterior, vale enfatizar, como adendo derradeiro a este tópico, o fato de que tais medidas não autorizam a Administração Penitenciária a devassar o conteúdo da

correspondência do preso por parte da Administração Penitenciária, por ser o sigilo de correspondência direito fundamental expressamente reconhecido pela Constituição brasileira[23], corolário que é dos direitos à intimidade e à privacidade, relacionando-se diretamente com a própria dignidade humana.

4.3 Aplicação de Sanções Disciplinares aos Apenados

Momento em que a discricionariedade administrativa mostra-se bastante realçada no âmbito da atividade penitenciária ocorre quando da aplicação de sanções disciplinares aos apenados.

Aqui, uma vez mais, cabe enfatizar que se trata de ato privativo do Diretor do estabelecimento penal, e não de ato da autoridade judiciária da execução penal[24], nos termos do que estabelece o art. 54 da Lei das Execuções Penais:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 [advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela] serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento [...].

Como se percebe, pois, a aplicação ao preso das sanções disciplinares de advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela é ato privativo da autoridade administrativa, não podendo o Juízo das Execuções Penais aplicar tais sanções disciplinares ao preso.

A aplicação de tais sanções, ademais, à maneira do que ocorre com as sanções disciplinares aplicadas a servidores públicos, é ato discricionário na medida em que se insere na margem de liberdade da Administração a escolha da sanção mais adequada, estipulando a Lei de Execuções Penais, todavia, que nas faltas graves a autoridade administrativa deverá aplicar ou a sanção de restrição ou suspensão de direitos ou o isolamento na própria cela (art. 57), as quais não poderão exceder o prazo de 30 dias (art. 58).

Todavia, como deixa bem claro o texto da regra acima transcrita, a aplicação de sanções disciplinares ao preso, embora sendo ato discricionário, deverá acontecer por meio de ato motivado da autoridade administrativa, a fim de que o Judiciário possa controlar o ato à luz das regras e princípios constitucionais.

E, novamente aqui, a proporcionalidade se destaca como parâmetro por excelência de controle, cabendo ao Judiciário, se a medida disciplinar aplicada for desproporcional, anular o ato administrativo que a aplicou, devendo a Administração proferir nova decisão.

Vícios freqüentemente observados no tocante à aplicação de sanções disciplinares são os que se referem à falta de motivação e à motivação obscura, ocorrendo este, segundo Germana de Oliveira Moraes, “quando não são inteligíveis os fatos narrados nem os fundamentos jurídicos indicados nos quais a decisão de apóia ou, ainda, quando não é possível compreender a justificação do processo decisório”[25].

Ora, ocorrendo tais tipos de vício, dificilmente poderá o Judiciário convalidar o ato administrativo, não lhe restando alternativa a não ser anulá-lo, para que o Diretor do estabelecimento penal profira nova decisão, pois, no dizer de Vieira de Andrade[26]:

A anulação deveria ter lugar, sim, se a falta ou a insuficiência da fundamentação expressa impedissem a avaliação pelo tribunal da conformidade do acto com os preceitos de direito substantivo, em especial nos casos de utilização do poder discricionário, quando o juiz não pudesse concluir com segurança pela legitimidade da medida adoptada em função do fim legal.

Já de acordo com Germana de Oliveira Moraes[27]:

Se o juiz dispuser de elementos para formar a convicção de que a Administração Pública seria obrigada a repetir o ato, desta feita sem vício, com idêntico conteúdo ao anterior, por ser aquela decisão imposta pelo Direito, no caso concreto, há de reconhecer, em nome do princípio da eficiência, o aproveitamento do ato, não obstante o vício de motivação, e abster-se de invalidá-lo.

Todavia, há de se convir que em casos de motivação obscura ou mesmo de falta de motivação na aplicação de sanções disciplinares dificilmente o Juiz das Execuções Penais disporá de elementos para convalidar tais atos.

Com efeito, falta ao juiz das execuções penais a intimidade com o cárcere exigível do administrador do estabelecimento prisional, não se podendo, por outro lado, exigir do magistrado esse profundo conhecimento da realidade interna de cada um dos estabelecimentos prisionais sob sua jurisdição, pois, ante outras tantas atribuições concernentes ao desenvolvimento processual, não lida o magistrado diariamente com a complexa rotina carcerária, e a tanto sequer é obrigado por lei, uma vez que legalmente somente lhe é exigida visita mensal de inspeção ao estabelecimento penitenciário, a teor do disposto no art. 66, VII, da Lei n. 7.210/84.

Para efeitos de aplicação de sanções disciplinares, faltas graves são apenas aquelas expressamente elencadas nos artigos 50 e 51 da Lei de Execuções Penais, e, na análise de tais condutas, observam-se alguns conceitos jurídicos indeterminados, aos quais deverão se aplicar as noções já detalhadas em momento anterior. São conceitos indeterminados, no tocante à falta grave, por exemplo, “respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”, “provocar acidente de trabalho”, “participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”.

4.4 Certificação do Comportamento Carcerário para Fins de Progressão de Regime Prisional

A certificação do comportamento carcerário para efeitos de progressão de regime diferencia-se dos demais atos administrativos penitenciários até aqui analisados em face da ausência de caráter decisório, o que não diminui a sua importância nem retira sua natureza de ato administrativo discricionário.

A realização de tal certificação de comportamento carcerário encontra esteio normativo no texto do art. 112 da Lei de Execuções Penais, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento [...].

Dessarte, embora a progressão de regime prisional seja determinada pelo Juiz das Execuções Penais, a lei confere à autoridade administrativa penitenciária a

responsabilidade pela expedição do que se convencionou chamar na prática forense de *Atestado de Conduta Carcerária*.

A expedição do Atestado de Conduta Carcerária, até mesmo por sua relevância, não pode padecer do vício de falta de motivação, não sendo procedimento aceitável que a autoridade penitenciária limite-se a classificar o comportamento do apenado, por exemplo, como *excepcional*, *ótimo*, *bom*, *regular* ou *insatisfatório*, sem qualquer referência às razões de fato que deram ensejo àquela classificação:

O vício da falta de motivação consiste na ausência de exteriorização dos motivos de fato e de direito do ato administrativo, bem como do discurso justificativo do processo de tomada de decisão[28].

Para o juiz, contudo, também aqui é difícil convalidar tal tipo de vício, mesmo porque o juiz, amiúde, não dispõe de elementos fáticos seguros para analisar a questão e aquilatar acerca do comportamento carcerário do apenado, de maneira que, na maioria das vezes, o máximo que o juiz poderá fazer quando se deparar com tal tipo de vício é determinar à autoridade administrativa que exponha as razões da classificação atribuída ao comportamento carcerário do apenado, o que acaba atrasando o processo, e, muitas vezes, prejudicando direitos do apenado.

Observe-se, contudo, que, episodicamente, é possível que o magistrado, em face de elementos contidos nos autos, disponha de dados fáticos seguros acerca do comportamento carcerário do apenado, e, nesse caso, poderá, quando da decisão acerca da progressão de regime, confrontar, fundamentadamente, os dados que são de seu conhecimento, os quais devem ser extraídos dos autos do processo de execução, com aqueles outros que lhe foram fornecidos pela Direção do estabelecimento carcerário.

Ainda quanto ao complexo tema, merece destaque o fato de que o *bom* comportamento carcerário, de acordo com o que já se demonstrou em momento anterior, retrata um conceito jurídico indeterminado, justificando o controle do Judiciário apenas quando a conceituação do comportamento do preso como *bom*, feita pela Administração, estiver indubitavelmente inserida naquela zona de certeza negativa (aquilo que com certeza não corresponde ao conceito) a que se referem Krell[29] e Mello[30], devendo a autoridade judiciária, no mais, e não logrando êxito em transportar o fato da zona de penumbra para a zona de certeza negativa, respeitar a classificação feita pela autoridade administrativa, desde que satisfatoriamente fundamentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que aqui se expôs, resta evidente que a responsabilidade por uma execução penal que se submeta ao primado da juridicidade há de ser compartilhada entre o Juízo das Execuções Penais, o Ministério Público e o Diretor do estabelecimento penitenciário, com a contribuição de todos os demais Órgãos da Execução Penal, onde a cada qual dessas autoridades é confiada por lei a prática de determinados atos.

Muitos desses atos, portanto, são atos decisórios confiados à discricionariedade da autoridade administrativa penitenciária, a qual deve atentar para a necessidade de os motivar de maneira explícita, clara, congruente e tempestiva, possibilitando o controle da atividade administrativa penitenciária pelo Juízo das Execuções Penais, controle esse que se valerá da proporcionalidade como parâmetro maior.

Outrossim, constata-se, do exposto, que, conforme o caso, o controle pelo Judiciário dos atos administrativos penitenciários será menos ou mais amplo, porém, em hipótese alguma, há que se falar em ato da Administração Penitenciária inteiramente imune ao controle jurisdicional, mesmo sob o argumento de que se tratam de atos discricionários.

Compete, portanto, ao administrador penitenciário, tomando consciência da importância das atribuições que lhe são conferidas por lei, observar o dever de motivar corretamente seus atos e velar para que se submetam aos princípios constitucionais, em especial àqueles que norteiam a Administração Pública.

Ao Juízo das Execuções Penais, por seu turno, compete coibir abusos e excessos quando verificados, ciente, contudo, de que mesmo o controle da atividade administrativa da Direção do estabelecimento carcerário sofre limitações, e nem sempre pode ser exercido de modo pleno, máxime quando a matéria envolver apreciação pela Administração Penitenciária de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados ou de prognose, havendo, pois, hipóteses em que o juízo de valor ou de conveniência do Diretor do estabelecimento prisional quando da colmatação do ato deverá prevalecer, mesmo porque a Lei de Execuções Penais reconhece, também na figura do Diretor do estabelecimento penal, um importante agente concretizador de várias normas de textura aberta a serem aplicadas no plano da execução da pena.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. O Ministério Público da execução penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 9, v. 1, p. 75-89, jan./jun. 1997.

ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. **Revista Cidadania e Justiça**. Ano 4, n. 8, p. 121-133, jan./jun. 2000

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Reflexões críticas e propostas para a execução penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 10, v. 1, p. 15-24, jul./dez. 1997.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, n. 8, p. 177-224, 2004.

LEAL, César Barros. A prisão: o crepúsculo de uma era. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 8, v. 1, p. 33-39, jul./dez. 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV – direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: São Paulo, 1999.

_____. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000.

[1] Muito se tem debatido acerca das finalidades da pena. Durkheim, por exemplo, não concebendo o crime como uma doença social, mas sim como um fenômeno social normal, assevera que “se o crime não tem nada de mórbido, a pena não pode ter como objetivo curá-lo, e a sua verdadeira função deve ser procurada noutro lugar” (DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 88). Por outro lado, no tocante ao efeito de prevenção geral, César Barros Leal pondera que “quanto à intimidação, remanesce o convencimento de que é prejudicada pela impunidade, incomodamente freqüente (no Brasil, a existência de milhares de mandados de prisão por cumprir é emblemática), como também pela constatação de que a pena privativa de liberdade não desencoraja, não intimida um vasto contingente populacional, em particular aqueles que já transitaram pelas vias sinuosas da criminalidade” (LEAL, César Barros. A prisão: o crepúsculo de uma era. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 8, v. 1, p. 33-39, jul./dez. 1996, p. 37).

[2] Em uma visão garantista e dialética da execução penal, deveria haver no processo de execução penal uma mais nítida separação de atividades, sendo imprescindível uma maior atuação do Ministério Público no pólo ativo da relação processual, retirando do juiz a responsabilidade pela iniciativa da instauração de incidentes, o que muitas vezes acaba por comprometer sua necessária imparcialidade.

[3] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: São Paulo, 1999, p. 23.

[4] DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 57.

[5] MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 44.

[6] MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 44.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1201.

[8] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1222.

[9] Em verdade, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, não é propriamente o ato que é vinculado ou discricionário, mas “a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006, p. 1. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007).

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006, p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007.

[11] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: São Paulo, 1999, p. 42.

[12] ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-120.

[13] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV – direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207.

[14] Embora seja aconselhável que a autoridade judiciária competente para as execuções penais aja sempre mediante provocação, não apenas no que se refere ao controle dos atos administrativos praticados pelo Diretor da Penitenciária, mas também no que diz respeito a progressões de regime e instaurações de incidentes de regressão, por exemplo, não é isso o que se vem observando no cotidiano forense da execução penal, onde se verifica que a execução penal é movida principalmente por impulso da própria autoridade judiciária, talvez por força da interpretação comumente dada ao inciso VI do art. 66 da Lei das Execuções Penais (“compete ao juiz da execução zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”), o que aproxima a execução penal do sistema inquisitivo, fato este que decorre de diversos fatores que vão desde a inibição do Ministério Público na atuação perante a execução penal até a

capacidade postulatória do preso, que acaba por enfraquecer sua própria defesa técnica. Quanto à atuação do Ministério Público na execução penal, Jason Albergaria adverte que “o MP terá que se conscientizar de sua eminente função de órgão da execução penal”, esclarecendo que “o MP, como órgão da execução penal, não se limita ao bojo do processo ou ao estreito espaço de seu gabinete” (ALBERGARIA, Jason. O Ministério Público da execução penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 9, v. 1, p. 75-89, jan./jun. 1997, p. 81-87). No mais, enquanto por força do art. 66 da Lei de Execuções Penais compete ao juiz das execuções *decidir* sobre unificação de penas, progressões e regressões, incidentes da execução, por força do art. 68 da mesma lei compete ao Ministério Público *requerer* a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução, *requerer* progressões e regressões de regimes prisionais, o que corrobora o entendimento aqui esboçado de que não é conveniente para o processo que o juiz da execução penal instaure incidentes, progrida regimes ou unifique penas sem que a tanto seja provocado pelo Ministério Público ou pela defesa, pessoal ou técnica, do apenado.

[15] COSTA, Álvaro Mayrink da. Reflexões críticas e propostas para a execução penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Ministério da Justiça, Brasília, n. 10, v. 1, p. 15-24, jul./dez. 1997, p. 22.

[16] Assim prescreve o art. 31, *caput*, da Lei n. 7.210/84: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”.

[17] A impossibilidade de limitação de acesso ao Judiciário é direito fundamental, consoante o enunciado normativo do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[18] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: São Paulo, 1999.

[19] KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª. Região**. Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, n. 8, p. 177-224, 2004, p. 211.

[20] KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª. Região**. Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, n. 8, p. 177-224, 2004.

[21] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007, p. 6.

[22] Há, contudo, respeitáveis opiniões que defendem que essa zona de penumbra, de dúvida, somente existirá em abstrato, cabendo ao juiz dissipá-la ante um caso concreto. Nesse sentido, observa García de Enterría (apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em

<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007, p. 5) que, “no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”, uma vez que “al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos ala calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto: o hay buena fé o no lo hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado”.

[23] Cf. art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

[24] Em verdade, a única sanção disciplinar ao apenado cuja competência para aplicação é exclusiva do Juízo das Execuções Penais é a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, a teor do estabelecido pelos artigos 53, V e 54, *caput*, ambos da Lei n. 7.210/84.

[25] MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 48.

[26] Apud MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 51.

[27] MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 52.

[28] MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 44-52, out./dez. 2000, p. 47.

[29] KRELL, Andréas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, n. 8, p. 177-224, 2004.

[30] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade da competência discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 27 set. 2007.

A PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO PARADIGMÁTICA DA SOCIEDADE DE CONTROLE*

PRISON AS PARADIGMATIC INSTITUTION OF CONTROL SOCIETY

João Carlos Carvalho Silva

RESUMO

O contexto político e jurídico peculiar ao ancien regime, observável principalmente durante a Idade Moderna, permitia o exercício de uma prática punitiva amplamente assentada no emprego de suplícios e penas de morte. Tais punições se davam de maneira cruel e despótica, prescindindo de quaisquer vínculos e fundamentações. Tal contexto, por si só, exigiu mudanças racionalizadoras no âmbito penal, tarefa para a qual se empenharam diversos pensadores. Durante o século dezoito elaborou-se, pois, um aparato teórico limitador do poder estatal com vistas a nortear o exercício da punição pelo Estado. Porém, a esse período racionalista seguiu-se uma sensível alteração nos padrões morais e políticos da sociedade do século dezenove, responsável pela marginalização do projeto setecentista em benefício de um novo paradigma penal. A prisão-pena exurgiu no centro deste novo modelo de sistema punitivo, carregando em si os valores da época, dentre os quais aqueles intimamente ligados à mentalidade burguesa.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE SOCIAL. PRISÃO. CAPITALISMO

ABSTRACT

The political and legal context of ancien regime, observable particularly during Middle Ages, used to allow punishment based on torture and death penalty. These punishments were applied by cruel and despotic ways, devoid of any reasons. This context, by itself, required rational changes about criminal law, task for which many philosophers were committed. During the eighteenth century, it was created a theoretical apparatus which limited the state power aiming to guide the punishment of the State. However, after this period of time, in the nineteenth century, there was a significant change in society's moral and political standards, responsible for the marginalization of enlightenment project, in favor of a new penal paradigm. Prison came at the core of this new model of punitive system, bringing in it values of that time, among them those related to the bourgeois mentality.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEYWORDS: SOCIAL CONTROL. PRISON. CAPITALISM.

INTRODUÇÃO

O debate acerca da questão punitiva é algo recorrente na doutrina moderna e, embora velho de séculos, certamente continua a despertar acesas discussões nos círculos acadêmicos.

O resultado prático-teórico de tais celeumas ganha amplitude quando transposto para o cenário de países periféricos, marcados pela discrepância sócio-econômica de seus cidadãos, bem como pela constante violação de direitos humanos.

O presente trabalho busca traçar laços concretos que envolvam numa mesma rede aspectos relativos ao sistema punitivo, a pena de prisão e o capitalismo, tudo como exigência de melhor conhecer a realidade circundante na busca de possibilidades emancipatórias, resgatando-se, assim, teorias críticas do direito penal já ultrapassadas.

Assim, partindo-se de idéias foucaultianas, pretende-se analisar a relação de interdependência que abarca o estabelecimento da prisão enquanto pena e o desenvolvimento da sociedade capitalista, ambos inseridos no contexto social do século dezanove.

Para tanto, após expor brevemente a conjuntura jurídico-penal dos séculos precedentes, ressalta a guinada teórica ocorrida durante o século dezoito no sentido de racionalizar o direito penal, bem como a sistemática punitiva então exercida.

Aborda-se, posteriormente, uma mudança de paradigmas sociais ocorrida na passagem para o século dezanove, oportunidade em que a prisão ganhou assento privilegiado no modelo punitivo vigente.

Por fim, há que se traçar a íntima relação entre o surgimento e desenvolvimento do capitalismo e o nascimento da sociedade de controle, que tem na pena de prisão seu exemplo máximo.

1. PUNIÇÃO NA IDADE MODERNA

O quadro político europeu do século dezesseis é marcado pelo advento da monarquia absoluta. A união entre os primeiros comerciantes da Idade Média e os reis indolentes propiciou a retomada do poder por parte destes, dando origem ao despotismo característico da Idade Moderna.

O Estado, neste novo cenário, passou a ser livremente comandado pela figura do monarca, detentor absoluto do poder político. Tal poder desconhecia quaisquer vínculos e limites e se caracterizava por impor uma barbárie repressiva, que assolava súditos carentes de direitos e garantias em níveis mínimos.

A punição exercida pelo Estado não observava limitação de qualquer tipo, uma vez que assentada na onipotência do poder real, que propriamente concretizava a idéia de Estado (*L'Etat c'est moi*). É possível falar em uma utilização irracional do poder político, que

se fazia presente na sociedade através de um exercício indiscriminado e cruel da punição.

Não havia sequer necessidade de se justificar a aspereza das punições bem como as condutas puníveis. Fazê-lo seria o mesmo que questionar a própria soberania do rei. Identificando-se o monarca como soberano máximo, num contexto de ânimos submissos oriundos do feudalismo, era inimaginável qualquer crítica ao modo de agir da realeza enquanto liderança política e religiosa.

Os suplícios aos criminosos se davam, nesta época, de maneiras muito diversas. De forma geral, é possível aduzir que a punição era voltada ao corpo do condenado, de modo a infligir-lhe dor, sofrimento e humilhação.

A prisão como pena autônoma, por sua vez, era desconhecida nesse período, servindo tão-somente para preservar o corpo do condenado até a aplicação do castigo.

Não obstante afirmar-se ter surgido já na Idade Média o que alguns consideram o embrião da pena de prisão[1], ainda assim, essa não era a utilização principal da prisão, que continuava servindo de custódia do réu, até a aplicação de suplícios.

Já no fim do século XVII, a obra do monge beneditino Mabillon exerceu grande influência no contexto das punições. Insurgia-se o monge contra o modo que as penitências eram infligidas ao condenado, propondo reformas quanto ao trabalho, à higiene etc. (DOTTI, 1998, p. 08). Seu pensamento girava em torno da correção moral do condenado e sua reabilitação, por meio de severa disciplina e sanções rígidas, isolamento e instrução religiosa.

O exemplo de Mabillon é ilustrativo de uma conjuntura histórica ansiosa por mudanças no âmbito da aplicação das penas. Fruto desse anseio, o iluminismo trouxe em seu bojo ideais humanizantes acerca das punições, ao abandonar a fundamentação teológica da pena para conferir-lhe um fim utilitário. Buscava-se, assim, pensar racionalmente a questão punitiva.

2. RACIONALIZAR DA PENA

É neste momento histórico de fins do século dezessete e início do século dezoito que floresce um pensamento filosófico voltado para a reflexão acerca dos fins e fundamentos da pena, ensejando mudanças profundas nos sistemas penais da Europa.

Os iluministas passaram a ter no Homem o centro das atenções, valendo-se do jusnaturalismo para pregar direitos preexistentes e superiores ao Estado, reconhecidos a todos os homens por serem válidos universalmente (CARDOSO, 2004, p. 36).

Admitindo-se a existência de tais direitos, tornou-se possível impor limites ao poder estatal, uma vez que, frente aos direitos naturais, este já não tinha mais caráter de absoluto.

Empreenderam-se na tarefa de racionalização do direito penal jusfilósofos como Beccaria, Bentham e Brissot[2], através da reformulação teórica da lei penal, sendo que

uma das principais reformas produzidas foi a idéia de que o crime não devia guardar relação com a infração moral (FOUCAULT, 2002, p. 80).

Com a distinção entre crime e infração moral, permitiu-se retirar do âmbito de intervenção do Estado absolutista um grande número de condutas que eram punidas tão-somente por constituírem faltas morais.

Assim, só podia ser punida a conduta expressamente vedada pelo poder político por meio de uma lei. Tal conduta haveria de ser socialmente danosa para ser definida como crime, não bastando sua reprovabilidade moral.

Assim, como consequência, tem-se que “somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos; e esta autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 2002, p. 40)

Com a distinção mais clara entre infração moral e penal, passou também a existir uma nova definição de criminoso, respaldada na idéia de dano social. O criminoso era tido como um inimigo da sociedade, à medida que lhe causava danos com a sua conduta. Ao infringir os valores da sociedade, o infrator dela se excluía, rompendo com o pacto social (FOUCAULT, 2002, p. 81).

Interpretando o fenômeno criminal como um dano social, os juristas/filósofos da época passaram a ver a lei penal como um instrumento de retribuição/reparação desse dano, bem como um meio impedir que novos danos ocorressem. A justificativa da pena passa a ser norteadas, então, pela idéia de defesa social, centrada na necessidade de preservação da ordem e reparação de danos.

Nota-se que o pensamento da época estava impregnado pela idéia de contrato social. Diversas são as matizes relacionadas ao contratualismo mas, de forma geral, pode-se dizer que, segundo tal pensamento, cada membro da sociedade teria conferido idealmente uma parte mínima da sua liberdade ao soberano para que este, imbuído de poder sobre cada indivíduo, pudesse fazer prevalecer a paz entre os homens. Em caso de violação das regras, o infrator estaria desrespeitando o pacto, razão pela qual se lhe aplicaria uma sanção.

3. O PROJETO PENAL REFORMADOR

Através do desenvolvimento da teoria do crime foi possível avançar também na construção da teoria da pena. Definindo-se mais acuradamente quais condutas seriam classificadas por crimes e quais critérios seriam utilizados pra tal definição, foi possível também repensar que tipos de punições seriam adequados aos diversos tipos de crimes.

Conforme FOUCAULT (2002, p. 82-83), pautados na noção de defesa da ordem, reparação de dano, contrato social etc, bem como diante da necessidade de limitar o poder punitivo do Estado, procuraram os jusfilósofos desenvolver parâmetros para a punição.

Dentre os diversos tipos de penas imaginadas, é possível mencionar:

a) *banimento*. Se um criminoso viola o pacto social e com isso nega os valores aceitos por sua sociedade, ele mesmo se exclui do sistema social, devendo, portanto, ser banido. É o que se vê no capítulo XVII do *Dos delitos e das penas*: “quem perturba a tranqüilidade pública, quem não obedece às leis, isto é, às condições com as quais os homens se suportam reciprocamente e se defendem, deve ser excluído da sociedade, ou seja, deve ser banido dela”.

b) *penas infamantes*. Trata-se da marginalização do indivíduo, em nível moral e psicológico, sem bani-lo da comunidade em que vive, ocasionada pela humilhação imposta a ele através da pena. “As penas corporais e dolorosas não devem ser cominadas àqueles delitos que, fundamentados no orgulho, tiram glória e alimento da própria dor, aos quais convém o ridículo e a desonra” (BECCARIA, 2002, p. 85). E, mais adiante, “as injúrias pessoais contrárias à honra, isto é, a justa porção de respeito que um cidadão tem o direito de exigir dos outros, devem ser punidos com a desonra (BECCARIA, 2002, p. 106).

c) *trabalho forçado*. Tendo presente a idéia de reparação, obriga-se o criminoso ao trabalho como modo de compensar o dano por ele causado. Seria, por exemplo, as hipóteses da prática dos delitos de furto. Nesses casos, geralmente o infrator é pessoa pobre e desprovida de bens, incapaz de ressarcir danos pecuniários. O ideal seria, pois, que através do próprio trabalho se compensassem as perdas advindas do delito

Observa-se um princípio taliônico nestas penas, haja vista guardarem uma relação reciprocidade com o delito. É o que se depreendo do texto de Beccaria acerca da punição relativa ao delito de furto:

a pena mais oportuna será aquela única espécie de escravidão que se possa considerar justa, isto é, a escravidão, por algum tempo, das obras e das pessoas à sociedade comum, para ressarcir-la com a própria e perfeita dependência do injusto despotismo exercido indevidamente sobre a convenção social (BECCARIA, 2002, p. 84).

Como premissas da aplicação das penas, permeavam as idéias de prevenção e proporcionalidade, segundo as quais era necessário impedir que o dano fosse novamente efetivado, aplicando-se, para tanto, penas correspondentes aos delitos.

A esse respeito, afirma o marquês acerca da função da pena:

o fim, pois, não é outro senão impedir o réu de causar novos danos a seus concidadãos e de demovê-los de praticar outros iguais. As penas, portanto, e o método de infligi-las devem ser escolhidos de modo que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e mais duradoura nos homens, e a menos penosa no corpo de réu (BECCARIA, 2002, p. 72).

Mello Freire (1738-1798), profundamente influenciado pelas idéias de Beccaria, bem como fundamentado no contratualismo, traçava um panorama a respeito da aplicação racional da pena, nos seguintes termos:

a pena deve ser, tanto quanto possível, proporcional ao delito, e deve ser estabelecida segundo a sua natureza e índole. Assim, aqueles que violam a religião, deverão ser castigados com coisas que nasçam do mesmo culto, aqueles que depreciam os bons

costumes e a honestidade de vida serão depreciados pelos outros e reprimidos por sua desonra e sinalizados pela infâmia; os perturbadores da ordem pública serão desterrados da cidade ou se lhes quitará a liberdade; aos que ofendem a segurança dos cidadãos, ou que causem dano em seu corpo, na sua felicidade ou na sua fama, será apenado no seu corpo, será multado em dinheiro ou sofrerão dano na sua boa fama (*apud* ZAFFARONI;PIERANGELI, 2004. p. 261).

O novo paradigma proposto encontrou eco nos legisladores franceses do século dezoito (pós-revolução francesa), os quais foram responsáveis por positivar tais ideais nos primeiros códigos penais da época.

A título de exemplo, *Lepelletier de Saint-Fargeau* e *Brissot* apresentaram projetos norteados por princípios semelhantes, que foram utilizados na confecção do I Código Penal Revolucionário (FOUCAULT, 2002, p. 83).

As idéias racionalistas do século dezoito foram adotadas também por monarcas, tais como o Grão Duque da Toscana, Pedro Leopoldo, bem como a Imperatriz Catarina II, da Rússia, no que constituiu o despotismo ilustrado. Várias foram as tentativas de mudanças, embora algumas não tenham conseguido nenhum efeito prático (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 201).

Tem-se, assim, um aparato doutrinário-legislativo (teórico-prático) montado em torno da teoria do crime, pronto a nortear os rumos do exercício punitivo, inaugurando-se o iluminismo em âmbito jurídico-penal e buscando racionalizar os poderes soberanos.

4. O SURGIMENTO DA PRISÃO-PENA E A MUDANÇA DE PARADIGMAS

Em que pese a criação deste aparato racional, o sistema de penalidades que se seguiu foi outro. A prática penal exercida por volta de 1820, no seio de uma incipiente sociedade industrial, desviou-se sensivelmente daquele projeto apresentado pelos teóricos iluministas.

De fato, as penalidades imaginadas na época pelos jusfilósofos foram rapidamente descartadas, isso quando não passaram apenas de uma punição simbólica, como foi o caso do trabalho forçado.

A pena de prisão, subutilizada à época, não figurava privilegiadamente no projeto original desenvolvido pelos jusfilósofos do século dezoito, tendo sido apenas mencionada por Beccaria e Brissot, conforme aponta Foucault (2002, p. 84).

No entanto, esta forma de punição passa a ter lugar certo na prática penal em meados do século XIX, alterando sensivelmente os planos iluministas quanto às formas de punição.

Desgarrando-se da tendência racionalista/iluminista, a prisão transforma-se, pouco a pouco, no principal instrumento punitivo do Estado, ainda que desvinculada de qualquer justificação/fundamentação teórica.

Esse desvio ocorrido no planejamento teórico iluminista é representativo de uma mudança ocorrida na Europa durante o século dezenove. Essa mudança se fez pelo

interesse cada vez maior no indivíduo criminoso em detrimento do dano por ele causado ao bem socialmente útil:

podemos citar como exemplo as grandes reformas da legislação penal na França e demais países europeus entre 1825 e 1850/60, que consistem na organização do que chamamos circunstâncias atenuantes: o fato da aplicação rigorosa da lei, tal como se acha no código, poder ser modificada por determinação do juiz ou do júri e em função do indivíduo em julgamento. O princípio de uma lei universal representando unicamente os interesses sociais é consideravelmente falseado pela utilização das circunstâncias atenuantes que vão assumindo importância cada vez maior (FOUCAULT, 2002, p. 84).

Parece ocorrer, durante o século dezenove, uma reaproximação do direito com a moral, uma vez que a punição passa a ser exercida como uma forma de controle do indivíduo, e não como meio de defesa da sociedade contra os fatos por ele praticados.

Nas palavras de Foucault (2002, p. 88),

tem-se, portanto, em oposição ao grande saber de inquérito, organizado no meio da Idade Média através da confiscação estatal da justiça, que consistia em obter os instrumentos de reatualização de fatos através do testemunho, um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência.

Desse modo, ingressa-se no século XIX com uma nova perspectiva de justiça criminal, voltada cada vez mais ao controle moral do indivíduo, superando-se ou interrompendo-se a tentativa iluminista de limitar o poder estatal e conferir racionalidade à punição.

Para tanto, foi preciso que o controle sobre o indivíduo se deslocasse do âmbito do poder judiciário – o qual personificava a idéia de justiça – para figurar em instituições administrativas dele independentes. A polícia – para vigiar – e as instituições pedagógicas, psicológicas e médicas – para corrigir – formarão um aparato de apoio a um poder judiciário responsável pelo controle do indivíduo (FOUCAULT, 2002, p. 86).

A análise de Foucault, mais descritiva do que valorativa, pode deixar transparecer a idéia de certo “dirigismo”, como se estas mudanças se dessem planejadamente. Não há que se pensar dessa forma, entretanto.

Todas estas mudanças convergiram para a mesma direção (sociedade de controle) em virtude de partirem de paradigmas comuns, arvorados na defesa social, fomentados pela crença na existência de “criminosos natos”, no maniqueísmo – idéias estas que surgiram no século XIX saídas de círculos acadêmicos restritos.

Ao mesmo tempo, particularidades históricas deram o contorno para o modelo de controle social. O advento do capitalismo, por exemplo, foi um dos principais fatores que influenciaram na construção desse modo de se exercer o poder e a repressão penal.

Também essa nova forma de justiça se justificará pela necessidade de alcançar a paz social e a segurança. Todavia, há nela uma sensível mitigação dos princípios iluministas

da legalidade e utilidade, em virtude da valorização da análise de periculosidade e personalidade do indivíduo.

Essa tendência se fez presente também no Brasil, notadamente na Constituição de 1891 e no Código Penal de 1890. Ela permitiu que comportamentos de grupos sociais contrários ao governo da República fossem criminalizados e perseguidos. Puniam-se, principalmente, a vadiagem, as sociedades “secretas”, as reuniões “ilícitas” e as conspirações, nitidamente como um meio de exercer o controle através da repressão[3].

Aqueles considerados vadios, após serem condenados eram encaminhados a colônias correcionais e forçados a exercer diferentes ofícios. Impunha-se uma rotina disciplinar assentada no trabalho com o fim de inserir o apenado no sistema produtivo e garantir sua “regeneração” (ALVES, 1997, p. 27).

Nesse novo contexto social, permeado pela idéia de controle[4], a prisão representará um modelo ideal, ilustrado principalmente pela idéia do *panoptikon*.

É possível, pois, traçar paralelos entre a prisão e as diversas instituições presentes na sociedade à época. Fábricas, quartéis, hospitais e escolas assumem a forma de *panoptikon*, seguindo todas, como reflexo dessa nova sociedade de controle, um padrão comum assentado no modelo de prisão.

Difícil dizer o porquê desta mudança de paradigmas. A visão estruturalista de Michel Foucault, porém, permite notar que não foi a prisão que surgiu como meio de punição peculiar ao século XIX, influenciando as demais instituições. Diferentemente, é possível, a título de perquirição, inferir que a prisão responde a novos ideais presentes no século dezanove do mesmo modo que estas demais instituições respondem.

5. RELACIONANDO CAPITALISMO, PUNIÇÃO E PRISÃO – DUAS HIPÓTESES FOUCAULTIANAS

Como dito, questão intrincada é saber por que e como se deu a passagem de um modelo teórico construído sobre *atos* para uma prática de *controle*. E mais, como esse modelo adotou a prisão como meio de punição por excelência.

Foucault reporta-se à existência, na Inglaterra, de grupos sociais de natureza paramilitar criados para sua autodefesa quando das grandes mudanças ocorridas no cenário político e econômico do fim do século dezoito e início do século dezanove.

Cita, como exemplos destas associações de origem burguesa/aristocrática, a *Infantaria Militar de Londres* e a *Companhia de Artilharia*, as quais se formaram espontaneamente no seio de grupos sociais abastados para garantirem a ordem nos bairros e cidades (FOUCAULT, 2002, p. 91).

Na sociedade mais economicamente desenvolvida do século dezanove, houve movimento semelhante ao das associações paramilitares, perpetrado, desta feita, por grupos econômicos – e não sociais – através de uma polícia privada, constituída para a defesa de seu “patrimônio, seu estoque, suas mercadorias, os barcos ancorados no porto

de Londres, contra os amotinadores, o banditismo, a pilhagem cotidiana, os pequenos ladrões”:

essas sociedades respondiam a uma necessidade demográfica ou social, à urbanização, ao grande deslocamento de populações do campo para as cidades; respondiam também [...] a uma transformação econômica importante, a uma nova forma de acumulação da riqueza, na medida em que, quando a riqueza começa a se acumular em forma de estoque, de mercadoria armazenada, de máquinas, torna-se necessário guardar, vigiar e garantir sua segurança (FOUCAULT, 2002, p. 91-92).

Uma vez observando-se essa demanda por vigilância em nome da proteção do novo capital, há que se indagar como foi possível ao Estado moderno de matriz burguesa dar origem a uma sociedade baseada no controle e vigilância moral de seus membros.

5. 1. Sociedade de controle

Houve, de fato, por parte do Estado, o que se pode chamar de uma tendência à apropriação dos mecanismos sociais de controle. De certa maneira, é através desta apropriação que o Estado passa a exercer sobre o indivíduo um controle de suas ações, empenhando-se na sua correção.

Esse movimento, que ocorreu em vários países do mundo, é objeto de análise por Foucault tanto na Inglaterra quanto na França.

5.1.1. O caso inglês

No início do século dezoito havia diversos grupos sociais originados da pequena burguesia espalhados pela Inglaterra. Tais grupos, com forte apelo religioso, tinham por objetivo garantir a ordem em seu interior, através da supressão dos vícios, bem como dos hábitos contrários à moral. Exercia-se, pois, um forte controle difuso dos indivíduos, no seu aspecto moral, nas esferas populares da sociedade.

Foucault salienta, porém, que a manutenção da ordem moral empregada no interior destes pequenos grupos nada mais era do que a tentativa de escapar à sanha punitiva do Estado que, à época, contava com mais de 300 casos (infrações) que previam como punição a pena de morte.

Assim, vê-se “que era muito fácil para o poder, para a aristocracia, para os que detinham o controle sobre o aparelho judiciário exercer pressões terríveis sobre as camadas populares”:

para escapar desse poder judiciário os indivíduos se organizavam em sociedades de reforma moral, proibiam a embriaguez, a prostituição, o roubo, etc, todo o que permitisse ao poder atacar o grupo, destruí-lo... Trata-se, portanto, mais de grupos de autodefesa contra o direito do que de grupos de vigilância efetiva (FOUCAULT, 2002, p. 93).

Ocorre que, no decorrer do século XVIII, esse controle difuso e popularesco passou a ser suscitado, cada vez mais, pelas classes mais ricas da sociedade inglesa – aristocracia, clero, nobreza – e o que era um instrumento para a autodefesa contra o controle penal do Estado passou a ser um aliado do poder político para o controle social (FOUCAULT, 2002, p. 93).

Não é difícil imaginar o interesse que teriam os detentores do poder no controle moral dos membros da sociedade. Exercendo este tipo de controle, naturalmente preventivo, evitar-se-ia a ocorrência de delitos, o que era mais vantajoso do que simplesmente remediá-los, sancionando o autor de um dano já consumado e, certamente, irreparável.

O passo seguinte a esse deslocamento vertical do controle foi conferir a ele - o controle moral - o *status* de controle penal, através da criação de uma legislação específica[5], permitindo, assim, a expansão da repressão penal do Estado em ambientes de cunho moral.

Observa-se, assim, a passagem do controle exercido através de grupos e comunidades, marcadamente religiosas, desloca-se através das classes sociais, hierárquica e verticalmente estabelecidas, de modo a chegar ao ápice do Poder Político.

5.1.2. *O caso francês*

Na França ocorreu um processo diferente, haja vista o aparelhamento estatal mais robusto imposto pela monarquia absoluta francesa.

O país já possuía, pelo século XVIII, um instrumento para-judiciário - a polícia -, bem como grandes prisões, cujo exemplo clássico é a *Bastilha*. Não obstante, havia também uma forma de controle espontâneo exercido horizontalmente pelos súditos através de um instrumento monárquico. Tal era a *lettre-de-cachet*[6].

A *lettre-de-cachet* era utilizada principalmente pelo poder real, como um temível instrumento de punição. Contudo, permitia-se também ao indivíduo comum solicitar uma *lettre-de-cachet*, fazendo valer, em um fato cotidiano, uma punição real[7]:

a *lettre-de-cachet* consistia, portanto, em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social, uma maneira do grupo ou dos grupos – familiares, religiosos, paroquiais, regionais, locais, etc. – assegurarem seu próprio policiamento e sua própria ordem (FOUCAULT, 2002, p. 97).

Porém, durante a greve de relojoeiros ocorrida em 1724, foram patrões que solicitaram uma *lettre-de-cachet* que ocasionou a prisão dos revoltosos. O ministro do rei, porém, recuando de sua decisão, pretendeu cancelar a ordem expedida. A corporação dos relojoeiros, então, tomou a frente na querela trabalhista e solicitou ao rei a manutenção da ordem.

Esse é um exemplo de como um instrumento de controle moral passou a ser utilizado para fins econômicos sobre a população operária incipiente.

Foucault observa que a prisão, enquanto instrumento de punição, surgiu exatamente das *lettres-de-cachet*. Isso porque quando uma *lettre-de-cachet* era enviada contra alguém,

“esse alguém não era enforcado, nem marcado, nem tinha de pagar uma multa. Era colocado na prisão e nela devia permanecer por um tempo não fixado previamente” (FOUCAULT, 2002, p. 98).

Interessante notar que a prisão se estendia até que o solicitante da *lettre-de-cachet* afirmasse que o preso tinha se corrigido. Surge aí, então, a idéia de aprisionar para corrigir que, nas palavras do autor francês, é uma “idéia paradoxal, bizarra, sem fundamento ou justificação alguma ao nível do comportamento humano” (FOUCAULT, 2002, p. 98).

Observa-se que, por uma via distinta, a França chegou a um modelo de controle semelhante ao inglês, onde a resposta punitiva do Estado está mais relacionada ao comportamento do indivíduo do que ao fato por ele praticado.

Em ambos os casos, esta forma de punição, modelo contemporâneo hegemônico de punição do Estado Democrático de Direito, não é fruto do projeto jurídico elaborado pelos primeiros jusfilósofos. Distancia-se desta formulação teórica para privilegiar os mecanismos de controle social.

5.2. O capitalismo

Foucault põe na base destes acontecimentos políticos a rápida implementação do capitalismo durante o século dezoito, o qual investe num modo de riqueza não mais estritamente monetário, como nos séculos precedentes, mas que valoriza os bens de produção, os estoques, as matérias-primas etc, produtos palpáveis e quase sempre expostos às vistas dos trabalhadores.

Isso porque a forma de produção feudal, em que o servo se ligava à terra e ao Senhor Feudal, passou a ser realizada com base na lei de oferta e procura. Nessa transição, a produção deixa de ser eminentemente agrícola e passa a ser manufatureira, deslocando-se a riqueza para as mãos dos donos dos meios de produção (ZAFFARONI, 2004, p. 248).

Assinala ZAFFARONI (2004, p. 249) que

durante esse processo, a população concentrada nas cidades se tornava perigosa; como não tinha trabalho e tinha fome, desprende-se dos controles sociais feudais, nada tinha a perder e estava geograficamente no mesmo lugar em que se concentravam as riquezas. A riqueza e a miséria concentravam-se nas cidades. Os crimes aumentavam. Era necessário apelar a um controle social exemplar, de contenção.

Tornara-se imperioso o controle dos indivíduos, uma vez que estes estavam agora diretamente ligados às riquezas das classes dominantes. Isto posto, não bastava defender a idéia de que a pena deveria reparar o dano, já que as classes desfavorecidas seriam incapazes de restituir à nobreza valores econômicos. Era necessária uma constante e efetiva vigilância dos potenciais criminosos.

Na Inglaterra, particularmente, a pilhagem dos estoques contidos nos armazéns e navios tornou-se freqüente no fim do século XVIII, fato que passou a exigir providências no sentido de impedir a ocorrência deste dano[8].

No caso da França, de outro lado, após a Revolução Francesa, ocorreu uma divisão das grandes propriedades rurais onde trabalhavam os camponeses, fragmentando-as em pequenas propriedades e inviabilizando o modo de subsistência dos trabalhadores rurais, concentrado na produção agrícola.

O aumento do grupo camponês desempregado e necessitado passou a requerer a atenção dos donos das propriedades, exigindo métodos para sua proteção. Mas as dificuldades exigiram que esses camponeses desempregados procurassem na cidade novos meios de subsistência. Assim, a propriedade a ser protegida, que no início era a rural, com o tempo passou a ser a industrial.

Deste modo, o controle da população miserável era uma necessidade. Era imperioso discipliná-la, adaptando-a ao novo modo de vida da cidade. Assim, através dos asilos foi possível albergar os pobres que não apresentavam riscos à população e através do cárcere foi possível segurar aqueles tidos por perigosos (ZAFFARONI, 2004, p. 264).

Percebeu-se que era mais vantajoso exercer uma repressão velada e difusa do que prosseguir com os espetáculos de suplícios, pautados em toda exemplaridade que podia irradiar de um bode expiatório posto no centro do teatro punitivo.

Observa-se, assim, que o desenvolvimento do capitalismo propiciou o surgimento de determinados meios de vigilância e controle do indivíduo, explicando, igualmente, a tomada dos meios de controle social difusos por parte do poder oficial.

Nota-se que o capitalismo, desenvolvido em um lento processo histórico, consistiu em mola propulsora para a criação de instrumentos destinados ao controle e repressão, ante a necessidade de proteção do capital.

5.3. A prisão

O século XIX assistiu ao desenvolvimento paulatino da prisão e ao expansionismo do modo de produção capitalista.

Nesse contexto, a prisão-pena concretizava o método adequado para se exercer o controle do indivíduo, ao passo que o capitalismo era uma das instâncias que reclamava esse controle.

Vê-se, nesse sentido, que não somente a prisão, mas a fábrica e demais instituições (escola, quartéis militares, hospitais) seguiam o modelo de controle, exercido tanto em nível moral como pedagógico, psiquiátrico, etc. A prisão nada mais era do que a instituição ideal para esse novo modelo. O supra-sumo da idéia do *panoptikon*.

Contextualizando, pois, a prisão, observa-se que ela possuía natureza semelhante às demais instituições sociais, diferenciando-se delas à medida em que atuava,

particularmente, no indivíduo tido por criminoso. Seu mister circunscrevia-se a combater a criminalidade, segregando os agentes infratores de modo impedi-los de delinquir.

Enquanto fruto de uma sociedade classificada por Foucault como sociedade de controle, a prisão tinha seus pressupostos assentados nos ideais presentes à época.

Releva ressaltar que tais pressupostos se baseavam, cada vez mais, no modelo econômico oriundo do capitalismo, inspirado na idéia de proteção dos bens de produção e impulsionado pela tensão decorrente dos conflitos entre classes.

Aceitando-se como plausível a idéia de conflitos entre classes, remetida, aqui, à idéia de conflito de interesses, nota-se que começa a se configurar, no cenário capitalista, a imagem do sujeito que vai representar a idéia da ameaça social. Começa a se desenvolver a figura do delinqüente que *deve ser vigiado*.

Tal sujeito, certamente, identificar-se-á, de alguma forma, com aqueles que não tomaram parte privilegiadamente no novo modelo de produção econômica.

Aí é possível observar o viés político da prisão, já que ela realiza um projeto de punição nascido no bojo da sociedade contratualista/burguesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve um momento em que o anseio punitivista do Estado Absolutista pós-feudal precisou ser limitado.

Atendendo a reclamos do Iluminismo houve a racionalização do poder punitivo por meio da reformulação teórica do direito penal, num contexto em que a pena só poderia ser aplicada a crimes previstos expressamente na legislação e que atingissem algum bem social relevante.

Houve, porém, seguindo-se a essa mudança penal, o abandono de seus princípios norteadores, com a simultânea valorização da prisão como forma de punição.

Ao mesmo tempo, houve uma tendência do poder não mais em punir os fatos praticados pelos criminosos, mas em controlar e corrigir quem se desviasse da norma. O instrumental para isso foi tomado dos próprios mecanismos de controle existentes nas camadas sociais populares.

Desse modo, o século XIX é marcado pela existência de um constante controle social e moral dos indivíduos. Um sem-número de instituições nascia modelado por este novo paradigma, do qual a prisão é o melhor exemplo.

Assim, para o fim do controle social exigido pela nova sociedade capitalista do século XIX, a prisão exsurge como eixo principal do esquema de punições dos modernos sistemas penais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. *A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921*. São Paulo: editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

BECCARIA, Cesare, *marchese di. Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOSO, Franciele Silva. *Penas e medidas alternativas: análise da efetividade de sua aplicação*. São Paulo: Método, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

[1] Era a prisão eclesiástica, que excetuava a regra da prisão-custódia. Tratava-se do enclausuramento de sacerdotes infratores e hereges em mosteiros para que refletissem sobre seus erros. Nestes casos, a prisão, em si, era a punição dada aos infratores e, por isso, pode-se considerá-la antecedente da moderna pena privativa de liberdade (SCHECAIRA, 2002, p. 33-34).

[2] Mencionem-se, também, Lardizábal, Romagnosi, Carmignani e Carrara, entre outros, pensadores contratualistas que de maneiras diversas buscaram a fundamentação e justificação da pena.

[3] Art. 399 do Código Penal: Deixar de exercer profissão, ofício ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistência e domicílio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei e manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes: Pena de prisão celular por quinze a trinta dias (ALVES, 1997, p. 25).

[4] Não mais o controle arbitrário peculiar às monarquias absolutistas, mas um exercício o mais veladamente possível, justificado cientificamente e até, certo ponto, limitado por garantias legais.

[5] Texto de 1804 escrito pelo Bispo Watson: “As leis são boas, mas infelizmente, são burladas pelas classes mais baixas. As classes mais altas, certamente, não as levam muito em consideração. Mas esse fato não teria importância se as classes mais altas não servissem de exemplo para as mais baixas”. “Peço-lhes que sigam essas leis que não são feitas para vocês, pois assim ao menos haverá a possibilidade de controle e de vigilância das classes mais pobres” (FOUCAULT, 1999, p. 94).

[6] Ordem do rei dirigida diretamente a uma pessoa, obrigando-a a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

[7] Por exemplo: “maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém, uma comuna descontente com seu cura” (FOUCAULT, 1999, p. 96).

[8] O criador da polícia na Inglaterra, Colquhoun, era alguém que a princípio foi comerciante, sendo depois encarregado por uma companhia de navegação de organizar um sistema para vigiar as mercadorias armazenadas nas docas de Londres (FOUCAULT, 1999, p. 101).

A TECNOCIÊNCIA E O CONTROLE SOCIAL TECNOLÓGICO*
TECHNOSCIENCE AND THE TECHNOLOGIC SOCIAL CONTROL

João Ricardo Hauck Valle Machado

RESUMO

O texto aborda o avanço da tecnociência e suas conseqüentes patologias sociais, sobretudo a intensa vigilância (im)posta pelas modernas tecnologias. A intenção é demonstrar que a atual realidade científica, que guia os fenômenos do mundo contemporâneo, não condiz com o arcaico sistema da justiça penal. Ao final, tecem-se alguns comentários sobre o monitoramento eletrônico de infratores uma vez que esta tecnologia tem sido vislumbrada como uma ferramenta hábil a contribuir para a “queda dos muros” que dividem os apenados e a sociedade

PALAVRAS-CHAVES: TECNOCIÊNCIA – VIGILÂNCIA – MONITORAMENTO ELETRÔNICO

ABSTRACT

This text approaches the advance of technoscience and the social pathologies which happen as a result of its use. The objective is to demonstrate that the actual scientific reality, which guides the phenomenon of contemporary world, is not at the pace of the archaic system of penal justice. At the end, some comments are made about the electronic monitoring of offenders, once such technology has been considered as a useful tool to promote the “fall of the walls” which separate convicts and society.

KEYWORDS: TECHNOSCIENCE – SURVEILLANCE – ELECTRONIC MONITORING

I – BREVES CONSIDERAÇÕES À GUIA DE INTRODUÇÃO

A alta proporção da violência instiga a produção demagógica de medidas paliativas que simplesmente retratam uma fúria persecutória do Estado. Não refletem uma política

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

criminal, mas sim uma hipocrisia criminal, uma visão deturpada e restrita a uma leitura reducionista do problema da criminalidade e da segurança pública. Isso representa a negligência legislativa frente à responsabilidade social atribuída ao sistema normativo, no intuito de uma atuação condicionada sempre em prol da sociedade. Neste viés, é pertinente a observação de Ruth Gauer no sentido de que o objetivo de coibir a violência não tem sido alcançado pela legislação moderna, já que a “língua geral da lei parece não ecoar na violência da sociedade contemporânea”. [1]

Efetivamente, o direito penal deixa de ser usado como *ultima ratio* e transforma-se em um instrumento estatal para impor o medo da transgressão na sociedade. O Estado com toda a violência que lhe é inerente (ab)usa do “monopólio da *violência física legítima*” [2] como forma de acalmar os clamores sociais gerados pela forte sensação de insegurança. “Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o Estado se serve, mas é realmente o seu meio específico”. [3] Neste pórtico, percebe-se que o exercício da violência estatal não é apenas privilégio das agências de controle, mas tem origem na própria legiferação através da institucionalização de uma espécie de terror legislativo. A idéia de que o criminoso sente algum temor advindo do texto legal – seja ele na forma de tipo ou de *quantum* da pena – produz um contexto social de neocriminalização em que se assentam dois fenotípicos fenômenos expansivos: o chamado “direito penal simbólico” [4] e o “ressurgir do punitivismo”.

Löic Wacquant [5] aponta para a “implementação de uma política de criminalização da miséria”. [6] Assim, o Estado ao encarcerar os miseráveis não reage à violência com políticas criminais, mas com uma medida que visa auxiliar na estabilização de problemas sociais. Lembra Bauman que “Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’”. [7]

Ocorre que a evolução paradigmática causada pelo avanço da tecnociência rompeu com algumas estruturas impostas pelo sistema penal e, como consequência do progresso tecnológico, está a ensejar a necessária revisão do sistema sob o enfoque destas rupturas. Ao abstrair-se o delito do enfoque dogmático da ciência penal projetando-o no campo da transdisciplinaridade, torna-se facilmente perceptível que o Estado-Repressor não é a ferramenta mais adequada, tampouco a mais eficaz, no combate a toda e qualquer delinqüência, mas que políticas de inclusão social seriam bem mais úteis e eficientes nessa função.

Sob esta perspectiva, (re)pensar a (re)estruturação de políticas de segurança pública e justiça criminal deve necessariamente (se quisermos ter eficácia) passar por uma (re)atualização das “fórmulas” de contenção da violência. Essa “nuestra moderna tendencia a pensar en la ‘imposición de la ley’ como sinónimo del ‘control del delito’ revela hasta que punto nos hemos acostumbrado a pensar en el Estado como el mecanismo fundamental para enfrentar el delito”. [8] A análise do avanço tecnológico disponibiliza um novo enfoque que poderá contribuir para a desmistificação desta premissa e a consequente ruptura com este paradigma. Apropriando-se das palavras de Boaventura: “Tal como Descartes (...) exerceu a dúvida em vez de a sofrer, nós (...) devemos exercer a insegurança em vez de a sofrer”. [9]

O aumento da criminalidade e a política criminal dos pacotes de medidas emergenciais, aliados a uma série de outros fatores, propiciam a generalização de um populismo punitivo que ressuscita o caráter aflitivo da pena, identificando-a somente com o cárcere e desprezando qualquer outra modalidade de punição que venha a ser implantada no sistema penal. Com o avanço da tecnociência e a tecnologização do direito penal, a penalização deve ser estudada sob um novo prisma – o advento do monitoramento eletrônico de infratores permite o reexame da matéria, pelo qual poderão lograr-se novas respostas para antigas perguntas.

Destarte, faz-se fundamental às ciências jurídicas enxergar os fenômenos do mundo contemporâneo sob as lentes da atual concepção científica e, sobretudo, estar atenta às constantes transmutações advindas da tecnologia. Ademais, é essencial desatrelar a visão jurídica dos antigos paradigmas da ciência – rompidos e superados pela tecnologia contemporânea.

Diante do enorme salto científico e do avanço tecnológico dos últimos tempos, o mundo transformou-se radicalmente, a vida já não é a mesma de outrora e o binômio tempo/velocidade ganhou importância inimaginável. Paul Virilio chama a atenção para o fato de que “não há mais ‘revolução industrial’ e sim ‘revolução dromocrática’, não há mais democracia e sim dromocracia, não há mais estratégia, e sim dromologia[10]”. [11] Ao discorrer sobre novas estratégias advindas da violência da velocidade – “*Velocidade e Política*”, 1977 –, Virilio traz à baila uma citação do general Fuller: “Quando os combatentes se lançavam dardos, a velocidade inicial dessa arma era tal que se podia perceber sua trajetória e evitar seus efeitos com a ajuda do escudo, mas quando o dardo foi substituído pela bala, a velocidade era tão grande que aparar o golpe tornou-se impossível”... (prosegue Virilio); “impossível pela esquiva do corpo mas possível pelo recuo para além do alcance da arma, possível também graças ao abrigo de terra além daquele proporcionado pelo escudo, isto é, possível pelo espaço e pela matéria”. [12] Todavia nos resta indagar, face à atual e indiscutível proeminência tecnológica, se hoje há espaço ou matéria capaz de proteger-nos das modernas tecnologias de vigilância? Se ainda é factível um “porto seguro” para além do alcance tecnológico?

Cada vez mais o crescente índice de violência demanda mais proteção e a tecnologia disponibiliza novos mecanismos de segurança: câmeras de vigilância, escutas ambientais, grampos telefônicos, identificadores de vozes, leitores faciais, leitores de impressões papilares, leitores da íris, detectores de metais etc. Na esfera da investigação criminal sobressaem as perícias técnicas de som e imagem, os exames químicos e, sobretudo, o exame de DNA. No âmbito da segurança e do sistema penal, desmoronam antigas estruturas e vêm à tona novos paradigmas de segurança, no entanto a legislação penal não assimila tamanha velocidade e o direito penal parece estagnado frente ao progresso tecnológico.

Porém é incontestável que, embora as ciências jurídicas não tenham acompanhado o avanço científico, as modernas tecnologias são usadas na política criminal de contenção à violência. Surge, portanto, a conspícua necessidade de manter-se um direito penal coeso à atual racionalidade tecnocientífica e aos seus fenômenos sociais contemporâneos.

II – O AVANÇO CIENTÍFICO E A (IM)POSTA VIGILÂNCIA

As últimas décadas se caracterizaram por um incrível avanço tecnológico que redundou no fim das certezas científicas e no inevitável esfacelamento dos paradigmas (im)postos pela ciência moderna. Paul Virilio refere que graças a Albert Einstein os conceitos genéricos e absolutos – tempo e espaço – são substituídos por dois novos termos: velocidade e luz. Posteriormente, as “ondas-corpúsculos” (Louis de Broglie) e o princípio da indeterminação[13] (Werner Heisenberg) revelaram o paradoxo que nos impede de conhecer, simultaneamente, a velocidade e a posição de uma mesma partícula.[14]

O exponencial crescimento da tecnociência[15] tem transformado o ficcionalismo científico dos Jetsons[16] numa possível realidade. A robótica móvel que outrora foi ícone do avanço tecnológico, agora não passa de sucata obsoleta, se comparada aos modernos “robôs sapiens” da engenharia mecatrônica. As quiméricas máquinas teleguiadas hoje são equipamentos banalizados, integrados ao cotidiano de adultos e crianças.[17] As viagens interplanetárias que há anos habitam o imaginário humano e inspiram a produção hollywoodiana dos filmes de ficção efetivamente estão próximas de se tornarem realidade; basta lembrar que o turismo espacial – com propósitos não científicos, mas de puro lazer – foi inaugurado em 1990, quando a Agência Espacial Russa levou Toyohiro Akiyama para permanecer sete dias na estação espacial soviética Mir.

O clone humano, antes fictício, também deixou de ser utopia,[18] quando, em 1996, o escocês Ian Wilmut registrou um marco na história da genética ao anunciar a clonagem de Dolly, uma ovelha da raça Finn Dorset.

Mas tudo isso é apenas um ínfimo exemplário diante da multiplicidade e da constância dos avanços científicos. Ainda haveria muito que falar, a exemplo: a engenharia nuclear e a bomba atômica, a engenharia genética e o projeto genoma humano, a engenharia molecular e a nanotecnologia, e, em especial, a cibernética e os seus projetos ciborgs.[19]

Além disso, as novas descobertas científicas chegaram ao ponto de transcender a materialidade estabelecendo um novo referencial: a energia. Doravante, a noção de energia substitui a de distância revelando perspectivas de uma transmutabilidade homogeneizadora.[20] Assim, a sociedade contemporânea – sociedade das máquinas –, é conduzida à simultaneidade, à instantaneidade, à imediaticidade do mundo virtual.[21]

Na obra “*A Pele da Cultura*”, Derrick de Kerckhove descreve a nova arquitetura que estrutura e operacionaliza o Estado e a economia: uma rede de comunicação que não está limitada ao âmbito dos computadores; feita de cabos, fibras ópticas, ondas hertzianas e satélites. Sistemas tributários de uma única tecnologia: a eletricidade. A eletricidade expressa a universalidade de uma nova linguagem.[22] A sociedade passa a interagir por meio da videoconferência, do videotexto, do videofax etc. O homem passa a dispor de máquinas contemporâneas que, como bem assinala Lyotard, possuem capacidade para operações que qualificávamos de mentais: apreender e armazenar dados

(memorizar); regular os acessos à informação (recordar); calcular possíveis efeitos considerando as variáveis e as opções (estratégia).[23]

O novo paradigma (paradigma virtual) estrutura-se num contexto de inteligência coletiva – inteligência artificial, inteligência tecnológica, ou ainda inteligência energética –, irrompendo as barreiras da territorialidade e da materialidade. A tecnociência desenvolve um ambiente social que permite ao homem desconsiderar o espaço físico, o denominado *cyber-espaço*[24] caracteriza-se pela desmaterialização, nele os *bits* e *chips* transcendem a matéria. Kerckhove lembra que até mesmo o dinheiro desmaterializa-se e, ao migrar para a era digital – através das transações financeiras eletrônicas –, transforma-se em energia à velocidade da luz.[25] O progresso tecnológico eleva a sociedade a “um patamar de desenvolvimento onde o espaço não é mais fundamental, nem mesmo o corpo, pois é possível estar presente em vários locais ao mesmo tempo (telepresença)”.[26]

Graças à “incorporeidade ciberespacial”, o homem contemporâneo adquire as condições necessárias para desconfigurar os seus limites e atingir a etérea ubiquidade, ademais a perfectibilidade tecnocientífica reaviva o utopístico sonho de eternizar a felicidade. Como se pode apreender da analogia de Margaret Wertheim, o ciberespaço não está distante da concepção cristã do paraíso: “Assim como os cristãos primitivos proclamavam o paraíso como um reino no qual a alma humana seria libertada das fraquezas e deslizes da carne, hoje os campeões do ciberespaço saúdam-no como um lugar onde o eu será libertado das limitações da encarnação física”.[27]

O atual desenvolvimento tecnológico resulta em um gigantesco impacto sobre a interação social, tanto quanto resultaram as grandes descobertas à época da revolução científica. Conforme Sigmund Freud, na história das ciências houve três grandes descobertas cujos impactos causaram feridas ao narcisismo humano:[28] o homem não repousa no centro do universo (Copérnico); o homem não é o ser primário (Darwin); o homem não é dono do significado (Freud). Agora, a complexificação das ciências e das técnicas leva Lyotard a detectar uma nova ferida narcísea. O novo impacto decorre da descoberta de que a ciência é apenas uma complexificação da matéria, portanto não é origem nem resultado, mas um “transformador” que pode levar o homem à alegria ou ao desespero.[29]

Atualmente, o mundo encontra-se indiscutivelmente redefinido pelas novas tecnologias do tempo real, conseqüentemente é impossível descontextualizar a interação social da virtualidade. Kerckhove lembra que enquanto os aparelhos de massa (televisão – rádio) apenas nos trazem a notícia, as novas tecnologias (telefones – redes de computadores) permitem uma interação instantânea com a informação.[30] Dessa forma, a perceptibilidade virtual não se limita aos ouvidos e olhos imaginários, mas torna-se tangível mediante os sentidos reais.[31] Através das extensões eletrônicas é possível “tocar” e obter um efeito comprovável sobre determinado ponto,[32] ainda que ele esteja no espaço, haja vista as numerosas sondas espaciais.[33] Aliás, dentre os inequívocos exemplos que nos são dados constantemente pela NASA, destaca-se a missão interplanetária Pathfinder de 1997, quando o robô Sojourner aterrissou no planeta Marte –, movido à energia solar, pesava dez quilos e tinha capacidade para fotografar, perfurar e escavar o solo marciano à procura de fragmento astrólito, rochas e demais materiais geológicos.

Nesse sentido a realidade virtual representa a dissipação das “fronteiras psicológicas”, já que inexiste a respectiva clareza de onde acaba o indivíduo e começa o meio ambiente. A eminência virtual proporciona uma verdadeira confusão entre as “identidades naturais e as extensões eletrônicas”, mesmo porque, deve-se ter em conta a natureza elétrica de ambos os ambientes: tecnológico e o biológico.[34] Claudia Donà explica como a eletricidade convenientemente moldou-se às relações biotécnicas (corpo – meio ambiente):

A corrente de baixa voltagem a passar por um circuito impresso de funções, fá-lo de maneira semelhante às células corporais. Os traçados de um circuito electrónico assumem formas orgânicas. As memórias artificiais tendem a dispensar os suportes mecânicos para se estabelecerem como concentrações sólidas da informação: com a eliminação do *interface* a relação do utilizador com o processador tornou-se natural.[35]

O espaço *on-line* passa a compor o habitat humano ocasionando a substituição da presença física pela telepresença, assim induz a um fenómeno de reconfiguração das fronteiras contemporâneas. Com as modernas redes de comunicação cria-se a possibilidade de interação “eletromagnética”,[36] em que a troca de informações dá-se instantaneamente relegando o espaço[37] em prol da fugacidade. Psicologicamente os efeitos são expressivos,[38] o indivíduo enxerga na expansão *on-line* do ego as circunstâncias ideais para livrar-se do tolhimento psíquico imposto pelas censuras sociais e culturais. Dessa forma, na internet, o “eu *on-line*” transforma-se num camaleão multidentitário que procura revestir-se do anonimato para se libertar das amarras psíquicas e assumir as mais variadas personalidades, inclusive com total liberdade para diversificar seus “atributos físicos”. [39] Assim, liberto de seus temores, o homem descobre no mundo virtual o lugar agradável e prazeroso que não encontra no mundo material. Conseqüentemente, a utilização ciberespacial adquire dois sentidos: por um lado estrutura a vida real estabelecendo melhores condições face à maior agilidade, por outro estimula uma vida fantasmagórica, tal como aquelas vividas nos jogos *The Sims*. [40]

Diante deste quadro a versatilidade das tecnologias funciona como um potente implemento de aceleração social já que incide sob a aspectualidade tempo/espaço. O ambiente virtual fabricado pelo homem introduz uma nova cosmovisão na qual se (re)delimitam as fronteiras pelo conectar, onde o “ir até” transforma-se num teletransportar.[41] Isso representa a consagração de uma transição mutacional do estado multívago físico para o “telenomadismo” – ou na expressão de Claudia Donà “nómadas telemáticos”[42] –, mas também a concepção de um paradoxo dromômano que leva o homem a perambular pelo mundo sem sair do lugar.

A hipermobilidade audiovisual perfaz a interligação das comunidades globais, dos mercados financeiros, das diversidades culturais, do eu com o outro – outro que muitas vezes, a mim, mostra-se “alienígena”.

Dessa forma, sob os vários aspectos que o avanço tecnológico pode ser focado, destaca-se o multifacetado fenómeno globalizador desencadeando os sincretismos

econômicos, políticos e socioculturais, reflexos da irreversibilidade do processo de modernização. Logo, do ponto de vista estrutural, a adesão ao modelo global representa a ruptura com antigos estereótipos. Um claro exemplo nos é trazido por Kerckhove quando ressalta que a globalização da economia e a aceleração tecnológica, ao aquecer cada vez mais o mercado de consumo, alteram radicalmente a identidade física do dinheiro – haja vista sua incapacidade de opor resistência à velocidade das transações financeiras. Conseqüentemente isso leva ao abandono do dinheiro material, relacionado ao espaço e à produção, e à adesão ao dinheiro simbólico, relacionado ao tempo e à informação.[43] Tom Forester consegue uma boa ilustração ao dizer que “quando alguém passa um cheque, nenhum dinheiro muda de mãos... o dinheiro é na verdade *informação* sobre dinheiro”. [44]

De fato, com a anulação tecnológica das distâncias, “a lógica aproximada do saber/poder é eliminada, cedendo lugar ao poder/mover, isto é, ao exame das tendências, dos fluxos”. [45] Informações sobre os fluxos. Um panorama que leva Paul Virilio a enunciar a segunda revolução dos transportes: após os veículos dinâmicos, móveis e automóveis, os veículos estáticos audiovisuais. O transporte físico cede lugar ao transporte tecnológico: telecomunicação, telepresença ou telerealidade, teleação (capacidade de interação) e teledetecção (captação de imagens via satélite). A longinquidade das viagens se converte em breves intervalos diante da célere chegada de imagens e informações que doravante substituem a deslocação física. [46] Aos poucos, a iluminação electro-óptica (claridade eletrônica) suplanta a iluminação elétrica, assim como esta última suplantou, no seu tempo, o nascer do dia. [47]

A evolução tecnológica torna o homem onipresente. Com a *velocidade luz* da comunicação telemática substituindo as redes de difusão midiática, as distâncias são anuladas. Hoje a mobilidade virtual transporta o homem até a notícia. “A sua velocidade é o acesso instantâneo que têm às coisas e à informação”. [48]

Vivemos em uma sociedade marcada pelo presenteísmo, em que a informação em tempo real “retira do homem o tempo da memória, da assimilação e da esperança (...)”. [49] Como explica Rodrigo Moretto, o aumento da quantidade de informações em frações de tempo cada vez menores induz os sentidos humanos a processá-las num tempo cada vez mais curto, [50] por conseguinte o intuito de fazer render o tempo para auferir ganho mercantil trouxe como conseqüência uma instantaneidade que nunca é satisfatória, sempre passando-nos a impressão de um “tempo escasso”. [51]

Nesse sentido o velho adágio “*tempo é dinheiro*” atinge o ápice de seu significado. [52] Hoje em dia tudo se converte em urgência, todos têm pressa e a maior reclamação das pessoas é a falta de tempo.

Numa sociedade na qual a velocidade da informação “avança na luz do tempo real”, [53] a compressão temporal [54] entre o fato e a notícia não deixa margem a segredos. [55] A imediatividade da informação pública ocasiona o que Virilio denominou de “*estado de sítio do tempo*”. [56] Não mais a censura, mas o *replay* irradiando a viva luz dos fatos. [57]

Assim, quando em 1989, apesar de todo o controle militar do exército comunista da China, os satélites de comunicação transmitiram as imagens da revolta dos estudantes na Praça Tienanmen, em Pequim, atônito o mundo testemunhara um estudante postar-se

contra um tanque de guerra na esperança de conter a ação do exército chinês. Pouco tempo depois, no início da década de noventa, “durante a Guerra do Golfo, espectadores de televisão viram mísseis Scud explodir em Telavive enquanto comentadores, sob rígido controle militar, afirmavam que nenhum deles atingira a cidade”. [58] Posteriormente, após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, a humanidade presenciou “*in time*” o exército norte-americano invadir o Afeganistão em busca do terrorista Bin Laden e, em seqüência, a guerra do Iraque e a caçada ao ditador Saddam Hussein, enquanto veículos de comunicação divulgavam aos “quatro cantos” diversas fotos da prisão de Abu Ghraib mostrando prisioneiros de guerra sendo torturados por soldados. Em setembro de 2007, os militares de Mianmar (antiga Birmânia) repetem o massacre de 1988, ao reprimirem severamente um protesto de monges pacifistas. Porém, ao contrário do passado, dessa vez os acontecimentos não passaram despercebidos:

Costumava ser mais fácil: fechar as fronteiras, estabelecer bloqueios nas estradas, deter os trens, cortar as linhas telefônicas, e depois era possível reprimir o povo com impunidade. Foi isso que os militares da Birmânia fizeram ao esmagar um levante democrático em 1988. Na semana passada, quando os generais começaram a atacar monges budistas e seus simpatizantes nas ruas do país, descobriram que o mundo havia mudado, e que dessa vez havia gente assistindo.

A junta militar tem agora de enfrentar uma revolução na tecnologia da resistência, por meio da qual um exército de guerrilha formado por cidadãos repórteres está transmitindo vídeos, fotografias e informações via Internet no momento mesmo em que os acontecimentos se desencadeiam.

(...)

A velha tecnologia das armas e dos cassetetes havia sido enredada pelas possibilidades de comunicação eletrônica imediata, de uma maneira que o mundo jamais viu. [59]

Do estado de sítio das guerras ao estado de sítio do tempo. A violência da velocidade dos meios de comunicação é a “última guerra”, [60] não mais as tradicionais armas de fogo nem as potentes armas nucleares, mas as versáteis tecnologias telemáticas.

A vigilância não está mais limitada à precariedade dos sentidos humanos, mas extremamente amplificada pelos ubíquos “olhos e ouvidos eletrônicos”. A proeminência do desenvolvimento tecnológico desencadeou uma irrefreável disseminação de dispositivos eletrônicos de vigilância infestando o espaço público – as vias públicas, os bancos, as escolas, os ônibus, os estabelecimentos comerciais e residências, tudo sob a mais intensa vigilância.

Lyotard refere-se a Bernard Stiegler ao salientar que as novas tecnologias esquadriham o planeta devassando o espaço público e o tempo comum. É o espaço mais “íntimo”, nas suas sínteses mais “elementares” que é “assaltado”, perseguido e, sem dúvida, modificado pelo estado atual da tecnologia. [61]

O “Grande Irmão”, que outrora foi apenas ficção científica para George Orwell,[62] atualmente é uma constatável realidade. Todos estão expostos àquilo que Paul Virilio denominou “luz indireta” – uma intensa e inaudita iluminação videoscópica. A luz indireta substitui a luz direta e vai além, porque gera imagens electro-ópticas e assim aflora espaços que até então eram obscuros.[63]

Efetivamente, não há mais opacidade. Como explica Virilio, a captação de imagens siderais tem aperfeiçoado constantemente a resolução das imagens dos satélites de teledeteção, de maneira a ampliar não mais a “*transparência eléctrica* do ambiente local”, como acontecia com a eletrificação das cidades e campos, mas a “*transparência electro-óptica* do meio ambiente global”. [64]

Com efeito, não há como fugir à vigilância, os “olhos eletrônicos” estão por toda parte. Gilberto Thums ressalta que:

Centenas de satélites estão em órbita terrestre e todos os espaços estão expostos à luz indireta. Aquele mínimo de privacidade que havia no mundo público para as pessoas acabou, porque há vigias eletrônicos em todos os cantos e acima de nossas cabeças. Não se limita mais o espaço público pelo olhar do outro, alcançado apenas por quem estava próximo. Esse espaço hoje está tão devassado que pessoas do outro lado do planeta conseguem vê-lo através de meios eletrônicos.[65]

Neste pórtico, Claus Roxin observa que as possibilidades de controle foram exponencialmente elevadas pela tecnologia moderna. “Elas abrangem as escutas telefônicas, a gravação secreta da palavra falada mesmo em ambientes privados, a vigilância através de videocâmaras, o armazenamento de dados e seu intercâmbio global, métodos eletrônicos de rastreamento e medidas afins”. [66] Contudo, ao abordar a questão sob a ótica do direito penal, o autor justifica o fortalecimento da vigilância estatal na prevenção criminal, pois entende que se trata de um eficiente meio de combate à criminalidade. Ademais, segundo Roxin, os “direitos da personalidade não são seriamente restringidos, pois qualquer um que apareça em público se submete à observação por outras pessoas”. [67]

Entretanto os sofisticados mecanismos de controle e vigilância emergem uma complexa problemática, pois além de servirem às mais variadas finalidades, nem sempre se restringem ao espaço público. Exemplo irrefragável é o projeto Echelon,[68] um sistema global de interceptação de comunicações que está abolindo o direito à privacidade e à intimidade.

Deve-se, portanto, reputar que o avanço tecnológico, ao mesmo tempo em que tecnologiza a justiça disponibilizando novos mecanismos de controle e vigilância, também a coloca em conflito com os direitos fundamentais, sobretudo no âmbito do direito penal. Deste modo, várias são as situações em que os direitos fundamentais encontram-se restringidos: interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, monitoramento de e-mails, controle de correspondência dos presos, os famigerados interrogatórios por teleconferências e, mais recentemente, fala-se na “prisão virtual” – a

possibilidade de monitoramento das pessoas detidas. Assim, mesmo com uma legislação anacrônica, o direito penal, em busca de novos paradigmas de segurança, tem aberto suas portas para o desenvolvimento tecnológico e isto aponta para uma oportuna reestruturação do sistema penal.

III – CÁRCERE ELETRÔNICO: do cárcere físico ao cárcere mental[69]

No âmbito das ciências penais a perspectiva tecnológica sugere uma troca de paradigmas; o produto final que se espera do direito penal passa a ser a prevenção ao invés da punição. Neste viés, em prol da aclamada “segurança”, surgem os novos mecanismos de controle: câmeras de vigilância, escutas ambientais, grampos telefônicos, identificadores de vozes, leitores faciais, leitores de impressões papilares, leitores da íris, detectores de metais, métodos eletrônicos de rastreamentos etc. Esta “cultura do controle” – como denomina Garland[70] –, desenvolve um panorama que propicia “la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte”.[71] No campo do direito penal o monitoramento eletrônico de infratores aparece como arquétipo promissor do controle total.

Atualmente o cenário carcerário que se projeta sob o viés do paradigma tecnológico permeia a transição do cárcere físico para o “cárcere mental[72]”. A nova disciplina social (im)posta pela era digital está causando a mutação do sistema punitivo “pós-moderno”. Entretanto, “Contrariamente a lo que se piensa, la cárcel electrónica no es de por si más humana y benigna que la física”.[73] Maria Lúcia Karam coloca em evidência esse aspecto ao observar que “os aparentes bem-intencionados reformadores do sistema penal” preconizam o monitoramento eletrônico como um progresso em direção à “humanização da pena” e, no entanto, não percebem a tendência expansionista do poder punitivo.[74]

Contudo não há como renegar o avanço tecnológico e manter um direito penal anacrônico e retrógrado, destoado do atual contexto social. A vigilância eletrônica é uma realidade inevitável. Levando-se em conta os efeitos deletérios do sistema prisional, o monitoramento eletrônico se mostra, no mínimo, como uma alternativa interessante já que introduz tecnologia no âmbito penitenciário. Mas como advertem Miguel Río e Juan Parente, não há dúvida de que a vigilância eletrônica possa servir de pretexto para uma política criminal mais repressiva.[75] E é exatamente para não haver o risco de um totalitarismo que se faz necessária uma efetiva normatização na sua implementação, assim como um reforço das normas protetivas dos direitos fundamentais.

Não se pode olvidar que as leis, em um Estado de direito, exercem a função de impor limites à intervenção punitiva estatal, protegendo os cidadãos contra a arbitrariedade e o erro penal. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – são produtos da evolução social, resultado da humanização do direito penal. Se a vigilância eletrônica agride alguns destes direitos, a prisão também o faz. O ponto central, esclarece Pereira, é saber se o monitoramento eletrônico evita o uso da prisão e então se

justifica, ou se simplesmente expande a rede de controle social e portanto se equivoca.[76] Em síntese, as preocupações que se espraiam pelas ciências penais quanto ao implemento das novas tecnologias no âmbito penal aportam na axiomatização de idéias punitivas, ou seja, na má utilização dessas técnicas para promover a expansão do poder punitivo.

Para Maria Poza Cisneros, vigilância eletrônica e prisão afetam os mesmos direitos, porém de dissímeis maneiras. O monitoramento atinge em menor grau determinados direitos dos quais o detento é privado, em contraposto, afeta outros que a prisão conserva.[77]

A restrição de direitos fundamentais é conseqüência da incidência do direito penal sobre o indivíduo, uma vez submetido ao cárcere – físico ou mental – o réu tem seus direitos restringidos. Ou, por exemplo, pairam dúvidas de que a intimidade e a privacidade estejam tolhidas nas casas prisionais? Pragmaticamente falando, vulnerações aos direitos fundamentais não são novidades advindas com a tecnologia, mas, sem dúvida, podem ser potencializadas ou minimizadas através de seu uso. Daí decorre a necessidade de submeter a vigilância eletrônica ao crivo da dignidade humana e de buscar extrair seus critérios de aplicação no princípio da proporcionalidade.

Es muy importante tener presente que la cárcel electrónica al igual que la física está sujeta al principio de proporcionalidad y admiten modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así es necesario levantar el control durante determinados periodos temporales pues caso contrario la sensación de agobio y alienamiento hace que la vigilancia devenga en inhumana.[78]

Na análise de Rodriguez-Magariños, as pulseiras telemáticas podem ser um instrumento capaz de reduzir as prisões sempre que se utilize com inteligência e se proporcione as devidas garantias. Mas não se pode esquecer que também podem ser um instrumento idôneo para converter um ser humano em objeto.[79] Assim, um dos proeminentes perigos oriundos do monitoramento de infratores é a banalização do controle mediante o desvirtuamento de sua aplicação, tal como ocorre hoje com as prisões de cunho cautelar. Todavia não se pode desconsiderar que o uso comedido da monitoração eletrônica no auxílio às ciências penais poderá proporcionar nova diretriz na administração da justiça, funcionando como uma ferramenta hábil na reestruturação e dignificação do falido sistema carcerário.

Jordi Nieva Fenoll sugere que a utilização das pulseiras telemáticas ocasionaria uma relevante mudança no modo de entender e adotar as medidas cautelares no processo penal.[80] Considerando que a cautelaridade se justifica na tutela do processo, ou seja, na garantia do seu normal desenvolvimento, e, conseqüentemente, na aplicação do *jus puniendi*; partindo da premissa de que os dispositivos telemáticos seriam instrumentos compatíveis com a tutela do processo penal; estar-se-ia diante da possibilidade de diminuir consideravelmente a incidência das medidas restritivas de liberdade (cárcere físico) na fase processual. Equivaleria dizer que a tecnociência seria capaz de ditar

novos parâmetros de aprisionamento invertendo a lógica encarceratória que operacionaliza o direito penal.

Duarte-Fonseca, concordando com Froment, visualiza uma transmutabilidade geográfica no âmbito da execução de medidas e penas privativas de liberdade alterando significativamente a relação entre espaço público e espaço privado.[81] Isto decorre da idéia de que o monitoramento eletrônico tem a intrínseca potencialidade de substituir a prisão (enquanto território físico) pela privação de liberdade (enquanto delimitação virtual do território). Nesta vertente, intensificam-se as expectativas de combater a improficuidade da atual execução penal, transformando a tecnologia em um possível mecanismo redutor das massas carcerárias. Lembra Pereira que para além do objetivo de redução da sobrelotação prisional, o monitoramento eletrônico também centra-se em aspectos que visam à diminuição de custos, à reinserção do delinqüente e ao combate à reincidência.[82]

A realidade operacional dos sistemas penais não se adapta à planificação do discurso jurídico-penal, mas aniquila-o com suas características estruturais,[83] a criminalidade, portanto torna-se um fenômeno retroalimentado pelo próprio sistema penal.[84] Mais do que isso, a racionalidade da sistemática punitiva passa a perseguir a incapacitação do delinqüente,[85] para tanto erige a prisão como resposta *standard* para opor-se ao crime. Essa dinamização da punitividade adquire tangibilidade na administração da justiça através do esquecimento do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal. Conseqüentemente, gesta-se uma patologia jurídico-social que ilude quanto à efetividade da pena, seus efeitos são catastróficos, a sociedade passa a enxergar na infrutífera segregação a cura para todos os *males* e invalida quaisquer alternativas de punição. Cria-se, então, uma esquizofrenia social fundada numa rudimentariedade ideológica que apregoa a aplicação de penas mais duras como se fossem a solução mais inteligente.

Neste contexto, enquanto alguns vêem no monitoramento eletrônico uma punição de impecável rigorosidade, o senso comum propende a vê-lo como uma mitigação da pena. Rodriguez-Magariños assinala que o próprio detento tende a considerá-lo como um “privilégio”. Daí a necessidade de apreciação da “vontade não viciada” do infrator – viciada pela facilidade de iludir o preso com a idéia de que as pulseiras, *chips* e demais meios eletrônicos são equivalentes à liberdade. Ressalta o autor a imprescindibilidade de proporcionar minuciosas informações de como estes mecanismos vão influir na vida do monitorado e de sua família.[86] Pois num primeiro momento o vigiado sente uma falsa sensação de liberdade já que pode gozar do seu lar, seus amigos e familiares. Posteriormente, ao constatar a dureza e a intensidade do controle ao qual se encontra submetido, percebe que seu comportamento está condicionado e que aquela aparente liberdade não passa de uma ilusão.[87]

A complexidade que envolve a questão revela a precípua necessidade ao debate, pois o avanço científico-tecnológico perfaz uma inevitável realidade (im)posta ao mundo jurídico-penal. Os tempos vivenciados hoje são de velozes transformações socioculturais que ultrapassam o vagaroso ritmo da justiça. “La vigilancia electrónica (...), como todo avance científico, como toda nueva tecnología, no es, en si misma, buena ni mala. Es tan solo un instrumento susceptible de usos positivos o perversos...”. [88] Portanto há que ser analisado sob à luz de uma matriz ética, balizada nos direitos fundamentais e compromissada com os preceitos de liberdade.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura organizacional jurídica de um Estado Democrático de Direito assenta-se em uma ordem axiológica de princípios, cujo objetivo visa garantir o cidadão frente à possibilidade de uma ingerência abusiva do próprio Estado, enquanto único legitimado para resolução de conflitos jurídicos. Assim, são os princípios que direcionam o sistema jurídico fazendo com que os aplicadores do direito não se vinculem – como meros sancionadores – a retratar uma legislação (im)posta pelo Estado.[89] Entender o avanço da tecnociência é essencial para compreender a complexidade inerente à sociedade contemporânea: novos hábitos, nova aceleração social, novo tempo. O operador jurídico não pode ficar bitolado ao “normativismo legal” – leis de décadas atrás ou mesmo as recentes – e fechar os olhos às velozes transformações sociais. Quantos, em decorrência de um tolo positivismo, foram condenados, até que crimes como o adultério, o rapto e a sedução fossem enfim revogados?

A evolução tecnológica coloca a humanidade em constante transmutação social, desse modo a versatilidade das tecnologias impõe uma contínua aceleração: o que hoje é novidade, amanhã é obsoleto – isto é claramente observável no campo da informática. Com efeito, torna-se fundamental superar o anacronismo da justiça penal e adequá-la à sociedade contemporânea. Ademais, não se pode negar que o sistema carcerário está demandando, urgentemente, o uso de tecnologia. Salta aos olhos o despautério quando se observa que o sistema prisional brasileiro enfrenta sérias dificuldades para bloquear o sinal de celulares nos presídios enquanto o regime comunista da China consegue levantar uma muralha virtual e limitar o acesso de todo país à internet.

Além disso, sob o conspecto pragmático da nova racionalidade tecnocientífica – velocidade/poder –, a aceleração social tem o condão de tornar a humanidade, cada vez mais, dependente das máquinas. Dentre outras conseqüências, os sofisticados aparatos tecnológicos refletem uma realidade social na qual, de certa forma, todos estão expostos a uma intensa e ininterrupta vigilância.

Destarte o avanço tecnológico, ao mesmo tempo em que desencadeia uma constante mutação social, também confere tangibilidade a este processo de transformação da sociedade contemporânea, propiciando, no âmbito do direito penal, novas perspectivas para a investigação, o processo e a execução. Neste pórtico, o monitoramento eletrônico começa a ser visualizado, em diversas situações, como um possível mecanismo de substituição do cárcere. No entanto é indispensável observar que uma substituição somente é válida quando apresenta prestabilidade, ou seja, quando serve para os mesmos propósitos daquilo a que veio substituir.

Dito de outro modo, há perspectivas para uma nova política criminal uma vez que o monitoramento de infratores cria uma alternativa para desafogar as casas prisionais, livra o detento do falido sistema carcerário e institui um regime de “liberdade vigiada”. Porém, na esteira dos ensinamentos de Ferrajoli[90] (o mínimo mal necessário), acreditamos que o monitoramento eletrônico possa vir a ser uma boa alternativa à

execução penal, contanto que sua implementação objetive a substituição, e não a incrementação, do sistema prisional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CISNEROS, María Poza. Las Nuevas Tecnologías en el Âmbito Penal. In: *Revista del Poder Judicial* n° 65. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de Permanência na Habitação e Monitorização Telemática Posicional. In: *Revista do Ministério Público*, ano 20, n° 80. Lisboa: Revista do Ministério Público, 1999.

FENOLL, Jordi Nieva. Las Pulseiras Telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a ejecución en el proceso penal. In: *Revista del Poder Judicial* n° 77. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporânea*. Barcelona: Gedisa S.A, 2005.

GAUER, Ruth Maria Chittó. (Coord); SILVA, Mozart Linhares da. (Org). *Tempo/História*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

_____. *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento Eletrônico: a sociedade do controle. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 170. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

KERCKHOVE, Derrick de. *A Pele da Cultura*. Lisboa: Relógio D'água, 1997.

LARRAURI, Elena. Populismo Punitivo Y Como Resistirlo. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano VII, nº 25. Porto Alegre: Notadez, 2007.

LEMOS, André. *Cibercultura, Tecnologia e Vida Social na Cultura Contemporânea*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

LÉVY, Pierre. *O Que é o Virtual?* Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Estampa, 1997.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NETO, Vitor Janei; DIAS, Romualdo. The Sims: jogos eletrônicos e políticas de subjetivação na sociedade contemporânea. Disponível em: <<http://www.adevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf>>. Acessado em: fevereiro de 2008.

PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo Electrónico de Delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

RÍO, Miguel Angel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La Pena de Localización Permanente y su Seguimiento con Médios de Control Electrónico. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano*, ano 12, tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Eletrônica: de la cárcel física a la cárcel mental. In: *Revista del Poder Judicial* nº 79. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

_____. La Cárcel Eletrônica. El modelo del Derecho Norteamericano. In: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*, año II, nº 21. Madrid: La Ley, 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

_____. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. 2 ed. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEBER, Max. *O Político e o Cientista*. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

YANARICO, Agustín Apaza. *Uma Tecnociência para o Bem-estar Social*. Disponível em: http://www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apres/Uma_Tecnoci_ncia_para_o_Bem2.doc. Acessado em: janeiro de 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[1] GAUER, Ruth Maria Chittó. A Ilusão Totalizadora e a Violência da Fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 16 – 17.

[2] Para Max Weber “O Estado, como todas as associações políticas que o precederam historicamente, é uma relação de *domínio* de homens sobre homens, suportada por meio de violência legítima (quer dizer, da que é encarada como tal)”. (*O Político e o Cientista*. 3 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1979, p. 10).

[3] Ibidem, p. 9.

[4] As leis penais simbólicas são aquelas que não buscam a proteção de um bem jurídico. Assim define Claus Roxin: “Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado”. (*A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 24).

[5] Embora o autor direcione a sua crítica ao cárcere norte-americano, nós a redirecionamos ao sistema prisional brasileiro.

[6] WACQUANT, Löïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 96.

[7] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pp. 119 – 120.

[8] GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y ordem social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 74.

[9] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 91.

[10] Celso Mauro Paciornick, ao traduzir a obra de Virilio – *Velocidade e Política* –, esclarece que a palavra “dromologia” assim como outras que aparecem no decorrer da obra (dromocrático, dromocracia, dromocrata) são neologismos empregados pelo autor como variantes da palavra grega “dromos”, que exprime a idéia de “corrida”, “curso”, “marcha”.

[11] VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1997, p. 56.

[12] Ibidem, p. 126.

[13] “Podemos medir o momento de uma partícula bem como sua coordenada, mas não podemos atribuir-lhe, como exige a noção de trajetória, um valor bem definido ao mesmo tempo de sua coordenada e de seu momento. Esta é a lição das famosas relações de incerteza de Heisenberg.

Essas relações vêm do fato de que os operadores que correspondem respectivamente ao momento p e à posição q não comuta. Isto quer dizer que o resultado de sua aplicação sucessiva sobre uma função depende da ordem de sucessão dessas aplicações. Ora, como mostra qualquer manual, quando operadores não comutam, *não têm as mesmas funções próprias*. Não existe, portanto, nenhuma função de onda em que coordenadas e momentos pudessem ter ao mesmo tempo valores bem determinados. É preciso optar entre uma “representação em coordenadas” e uma “representação em momentos”. Este é o conteúdo das relações de incerteza de Heisenberg. Nenhuma definição do objeto quântico permite atribuir a esse objeto um momento e uma posição bem determinados”.

(PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996, pp. 140 – 141).

[14] VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Tradução: Ana Luísa Faria. Lisboa: Dom Quixote, 1993, p. 74.

[15] Agustín Apaza Yanarico explica que a origem do termo tecnociência é atribuída ao autor Bruno Latour, que em 1987 lançou o livro “Ciência e Ação”, e o teria criado com a finalidade de “evitar a interminável expressão *ciência e tecnologia*”. Desse modo, prossegue Agustín, “Latour usa a palavra tecnociência para descrever todos os elementos amarrados ao conteúdo científico, por mais sujos, insólitos, ou estranhos que possam parecer. Quanto mais esotéricos os conteúdos da ciência e tecnologia, maior seria sua expansão externa. Assim, ciência e tecnologia formariam apenas um subconjunto que parece ter precedência apenas por uma ilusão óptica”.

Contudo o autor lembra que a posição é controversa.

Javier Echeverría, por exemplo, prefere a denominação “*redes científico-tecnológicas*”; apesar de reconhecer a existência de uma integração entre a atividade científica e a tecnológica – um indicador da existência da tecnociência –, entende que a palavra tecnociência pressupõe um equilíbrio de valores epistêmicos e técnicos. No entanto haveria uma diferença pelo subsistema de valores, uma vez que na ciência predominam valores epistêmicos e na tecnologia valores técnicos. (YANARICO, Agustín Apaza. *Uma Tecnociência para o Bem-estar Social*. Disponível em: <http://www.cori.unicamp.br/CT/Latinos-apes/Uma_Tecnoci_ncia_para_o_Bem2.doc>. Acessado em: janeiro de 2008).

Entretanto para efeito deste trabalho não necessitamos adentrar nesta discussão. Usaremos o termo “tecnociência” como um recurso lingüístico para designar a estreita ligação entre ciência e tecnologia, assim como a desconfiguração de seus limites.

[16] The Jetsons foi uma série de desenho animado produzida pela empresa Hanna-Barbera, nos anos de 1962 e 1963. Nessa série, os cartunistas William Hanna e Joseph Barbera projetavam o que seria o futuro da humanidade. A família Jetsons vivia em uma cidade suspensa, possuía carros voadores, criados robôs e os mais variados aparelhos eletrodomésticos e de entretenimento. (Wikipédia: enciclopédia livre).

[17] Inúmeros são os brinquedos infantis teleguiados: carros, lanchas, aviões, robôs etc.

[18] Dia 27 de dezembro de 2002, a química francesa Brigitte Boisselier, presidente do laboratório Clonaid e integrante da seita raeliana, anunciou o nascimento de uma menina chamada Eve. Segundo Boisselier, Eve teria nascido no dia 26, pesando 3,1 quilos, e seria o primeiro clone humano. Antes, porém, (em novembro), o médico italiano Severino Antinori já havia anunciado em Roma que o primeiro clone humano nasceria no início de 2003. (Reportagem publicada na Folha Online: “Nasce o Primeiro Clone Humano, Diz Movimento Raeliano”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u8031.shtml>>. Acessado em: fevereiro de 2008). Até hoje nenhuma das informações foram confirmadas.

[19] Frisa-se “em especial”, porque até mesmo o “ciborg”, a mistura do orgânico com o técnico, tornou-se real quando, em agosto de 1998, o professor de cibernética Kevin Warwick implantou em seu braço esquerdo um chip de silício permitindo o monitoramento de todos os seus deslocamentos por um computador. Durante o transcurso da experiência, a sua simples presença era suficiente para abrir portas, acender luzes, aquecedores, e ainda para que os computadores informassem quantos e-mails não lidos havia em sua caixa de entrada. Obstinado pela idéia de transformar-se em um ciborg, em março de 2002, Warwick implanta um microeletrodo nas fibras do nervo mediano interligando seu sistema nervoso a um computador e, por conseguinte, à internet. Dessa vez, os resultados são impressionantes, Warwick vai para Nova York, e de lá consegue mover, “literalmente com a força do pensamento”, via internet, um braço mecânico que se encontrava no Reino Unido. Posteriormente, convence a sua esposa a também implantar um chip e consegue estabelecer uma comunicação puramente eletrônica entre dois sistemas nervosos. Agora, decidido a ir mais longe, Warwick pretende implantar um chip no cérebro e ligar todos os seus sentidos a um computador, transformando-se, assim, num ciborg permanente. (Reportagem do Jornal da Ciência: “Britânico quer virar “ciborgue” em 10 anos”. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=34374>>. Acessado em: fevereiro de 2008).

[20] Utilizamos o termo “homogeneizadora” para designar a capacidade intrínseca à energia de “globalizar” as redes tecnológicas, unificar sistemas e encurtar distâncias. Entretanto não a empregamos como referência à condição humana. Como explica Zygmunt Bauman: “(...) *em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la*. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. (...) Alguns podem agora mover-se para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés”. (*Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 25).

[21] “A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes”. (LÉVY, Pierre. *O Que é o Virtual?* Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, p. 15).

[22] KERCKHOVE, Derrick de. *A pele da Cultura: uma investigação sobre a nova realidade electrónica*. Tradução: Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio D'Água, 1997, pp. 122 – 123.

[23] LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Estampa, 1997, p. 57.

[24] “Podemos entender o ciberespaço à luz de duas perspectivas: como o lugar onde estamos quando entramos num ambiente simulado (realidade virtual), e como o conjunto de redes de computadores, interligadas ou não, em todo o planeta, a internet. Estamos caminhando para uma ligação total das duas concepções do ciberespaço pois as redes vão se interligar entre si e, ao mesmo tempo, permitir a interação por mundos virtuais em três dimensões. O ciberespaço é, assim, uma entidade real, parte vital da cibercultura planetária que está crescendo sob os nossos olhos. Ele não é desconectado da realidade, mas um complexificador do real. (...)”

Ele é, dessa forma, um espaço mágico, caracterizado pela ubiquidade, pelo tempo real e pelo espaço não físico. (...)

Depois da modernidade que controlou, manipulou e organizou o espaço físico, estamos diante de um processo de desmaterialização (pós-moderna) do mundo. O ciberespaço faz parte do processo de desmaterialização do espaço e de instantaneidade temporal contemporâneos, após dois séculos de industrialização moderna que insistiu na dominação física de energia e de matérias e na compartimentalização do tempo. (...)

O ciberespaço é a encarnação tecnológica do velho sonho de criação de um mundo paralelo, de uma memória coletiva, do imaginário, dos mitos e símbolos que perseguem o homem desde os tempos ancestrais. (...)

Este é um espaço imaginal onde as novas tecnologias mostram, paradoxalmente, todo o seu potencial como veículo de *reliance* (Bolle de Bal), isto é, como vetor de agregação social”. (LEMOS, André. *Cibercultura, Tecnologia e Vida Social na Cultura Contemporânea*. Porto Alegre: Sulina, 2002, pp. 137 – 138).

[25] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 101.

[26] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 56.

[27] *Apud* BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, pp. 26 – 27.

[28] “Freud, em um ensaio publicado em 1917, na Hungria, enunciou as graves ofensas que a investigação científica produzira no narcisismo geral (amor próprio da Humanidade). Segundo o autor, o homem, seguindo suas impressões sensoriais, acreditava que a Terra, sua sede, se encontrava em repouso no centro do Universo, e o Sol, a Lua e os planetas giravam ao seu redor – *la situación central de la Tierra le era garantía de su función predoninante en el Universo, y le parecia muy de acuerdo con su tendencia a sentirse dueño y señor del Mundo* (Freud, *Una Dificultad del Psicoanálisis*, p. 2.434). Com os trabalhos de Copérnico, ocorre a destruição desta ‘ilusão narcisista’, e o *amor proprio humano sufrió su primeira ofensa: la ofensa cosmológica*. (Freud, *ob. cit.*, p. 2.434).

Ao longo da evolução cultural, o homem, segundo o psicanalista, auto-intitulou-se soberano de todos os seres que habitavam a Terra, negou-lhes razão e atribuiu-se uma

alma imortal e uma origem divina que lhe permitiu romper os laços com a animalidade. No entanto, as investigações de Darwin puseram fim à ‘exaltação do homem’: *el hombre no es nada distinto del animal ni algo mejor que él; procede de la escala zoológica y está proxivamente emparentado a unas especies, y más lejanamente, a otras. Sus adquisiciones posteriores no han logrado borrar los testimonios de su equiparación, dados tanto en su constitución física como en sus disposiciones anímicas. Esta es la segunda ofensa – la ofensa biológica – inferida al narcisismo humano.* (Freud, ob. cit., p. 2.434).

A última, e segundo Freud mais sensível, ferida narcísea seria a de natureza psicológica. Com a noção de inconsciente, o reduto da superioridade humana, a consciência, é destronado. Para Freud, a consciência não é soberana na estrutura psíquica do indivíduo e o *eu* não seria autônomo no funcionamento psíquico. Desta maneira, o descentramento do sujeito implicaria pelo menos três descentramentos: o descentramento da consciência para o inconsciente; o descentramento do eu para o outro; e o descentramento da consciência, do eu e do inconsciente para as pulsões (Birman, *Estilo e Modernidade em Psicanálise*, pp. 19-20).” (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23).

[29] LYOTARD, Jean-François. *Op. cit.*, p. 54.

[30] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 192.

[31] Ibidem, p. 80.

[32] É o que ocorre, por exemplo, na “telemedicina”, em que a técnica de cirurgia à distância vem sendo desenvolvida e aplicada com êxito. Em 2001 por meio de uma cirurgia “totalmente remota”, um paciente em Estrasburgo (França) teve a vesícula retirada por um robô telecomandado por médico que se encontrava na cidade de Nova York (EUA). (Reportagem da revista Carta Capital: “Chamem o Doutor Robô”, por Riad Younes. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/2004/03/1363>> Acessado em: fevereiro de 2008). Mais recentemente, em maio de 2006, um robô cirurgião comandado por um médico que se encontrava na cidade de Boston (EUA) realizou “sozinho e sem supervisão” uma cirurgia cardíaca num paciente que se encontrava em Milão (Itália). (Reportagem: “Robô faz Primeira Cirurgia de Coração Sozinho à Distância”. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI1012223-EI4799,00.html>> Acessado em: fevereiro de 2008).

[33] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, pp. 192 – 193.

[34] Ibidem, p. 237.

[35] *Apud* KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 237.

[36] Esse termo é utilizado por Paul Virilio ao analisar a questão sobre o espaço/tempo/velocidade – *A Inércia Polar*. Posteriormente, também foi empregado por Rodrigo Moretto – *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão*.

[37] “Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica”. (BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 20).

[38] “O seu efeito reside na expansão do *ego* do seu espaço mental privado para o espaço partilhado *on-line*, enquanto o espaço social imediato fica dedicado à privacidade. Quando se está a ligar e a desligar da Internet essa actividade corresponde ao aumento da presença do ser no ciberespaço e fora do tempo, especialmente em modelos de transmissão assíncronos. O “eu *on-line*” não se apóia em nenhum tipo de tempo, espaço ou corpo, e é, sem dúvida, um presente”. (KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 267).

[39] O leitor pode achar incoerente falarmos em “atributos físicos” e, ao mesmo tempo, em espaço *on-line*, um espaço imaterial por excelência. Entretanto o “eu *on-line*” tem capacidade para camuflar-se tal como um camaleão e constantemente modifica suas características físicas: num contato *on-line* ele pode apresentar-se, por exemplo, como um homem alto ou baixo, noutra como uma mulher loira ou morena.

[40] No jogo de simulação eletrônica “The Sims”, as pessoas são capazes de recriar suas vidas (a vida que momentaneamente gostariam de ter). O jogo reproduz no mundo virtual aspectos do cotidiano: trabalhar, estudar, comer, dormir, assistir TV etc. Os personagens crescem, envelhecem e morrem. Ao se reproduzirem, os Sims (como são chamados os personagens) recebem a carga genética dos seus progenitores. O jogo trabalha com desejos e temores dos personagens. Um Sims tem necessidade de ir ao banheiro, comer, divertir-se, caso essas necessidades não sejam supridas, o Sims pode apresentar comportamentos angustiantes, desmaiar, urinar no local onde se encontra e, até mesmo, morrer. (NETO, Vitor Janei; DIAS, Romualdo. The Sims: jogos eletrônicos e políticas de subjetivação na sociedade contemporânea. Disponível em: <<http://www.adevento.com.br/intercom/2007/resumos/R2265-1.pdf>>. Acessado em: fevereiro de 2008).

[41] MORETTO, Rodrigo. *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 31.

[42] *Apud* KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 237.

[43] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, pp. 106 – 110.

[44] *Apud* KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 106.

[45] VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. 2 ed. Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1997, p. 57.

[46] Na mesma direção de Virilio, Bauman diz: “Afinal, o aparecimento da rede mundial de computadores pôs fim – no que diz respeito à informação – à própria noção de “viagem” (e de “distância” a ser percorrida), tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta, tanto na teoria como na prática”. (BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 22).

[47] VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. pp. 31 – 59.

[48] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 186.

[49] MORETTO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 81.

[50] Nesse sentido, pode-se falar na apreensão do *tempo passado* no *tempo presente*. Nas palavras de Ruth Gauer, o “aprendizado está em choque, dando-se tal fato em função da velocidade com que precisamos readequar nossas classificações, nossas emoções, em função da desmobilização do próprio passado. A velocidade, que imprime um volume de informação em uma duração temporal quase instantânea dilui, drasticamente, o ponto de sustentação do passado. O dado imediato passa a ser o instante, a duração torna-se secundária, tornando-se o passado, portanto, também secundário”. (GAUER, Ruth Maria Chittó. *Falar em Tempo, Viver o Tempo!* In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Coord); SILVA, Mozart Linhares da. (Org). *Tempo/História*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998, p. 21).

[51] MORETTO, Rodrigo. *Op. cit.*, pp. 80 – 81.

[52] Na filosofia de Lyotard encontramos a seguinte reflexão: “(...) o que chamamos de capital baseia-se no princípio de que o dinheiro não é mais do que tempo posto em reserva e à disposição. Pouco importa que seja depois ou antes daquilo a que chamamos o “tempo real”. O “tempo real” é apenas o momento em que o tempo, conservado sob a forma de dinheiro, é realizado. O importante, para o capital, não é o tempo já investido em bens ou serviços, mas sim o tempo que ainda está armazenado em reservas de dinheiro “livre” ou “fresco”, atendendo que este último representa o único tempo que possa ser utilizado para organizar o futuro e neutralizar o acontecimento”. (LYOTARD, Jean-François. *Op. cit.*, p.73).

[53] Para Paul Virilio, “a velocidade audiovisual serve para ver, para ouvir, ou por outras palavras para *avançar na luz do tempo real*, como a velocidade automóvel dos veículos servia para *avançar na extensão do espaço real de um território*”. (*A Inércia Polar*, p. 21).

[54] “O encolhimento do espaço abole o fluxo do tempo”. (BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 96).

[55] “Redes de notícias podem ser recebidas do ar, em linha ou impressas dentro ou fora de uma agência de notícias. Mesmo as bases de dados estão abertas – para qualquer espertalhão que saiba furar e iludir o sistema. Ninguém consegue manter um segredo durante algum tempo”. (KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 190).

[56] VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, p. 28.

[57] *Ibidem*, p. 28.

[58] KERCKHOVE, Derrick de. *Op. cit.*, p. 191.

[59] Reportagem do jornal norte-americano Herald Tribune: “Mianmar: repressão é ineficaz na era da informação”. Disponível em:

<http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI1960736-EI4802,00.html>. Acessado em: fevereiro de 2008.

[60] Para Paul Virilio, “a velocidade é a guerra, a última guerra”. *Velocidade e Política*, p. 127.

[61] LYOTARD, Jean-François. *Op. cit.*, p. 55.

[62] George Orwell – pseudônimo de Eric Arthur Blair (1903 – 1950) – foi um jornalista e escritor britânico. Em 1948 escreveu a obra intitulada 1984, em que realizou uma metáfora sobre o poder das sociedades modernas. Relatava a história de um mundo totalitário em que os avanços tecnológicos possibilitavam o controle total dos indivíduos, e as liberdades individuais eram limitadas por um Estado onipresente.

[63] VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, pp. 11 – 32.

[64] *Ibidem*, pp. 21 – 22.

[65] THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*, p. 62.

[66] ROXIN, Claus. Tem Futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. Tradução: GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

[67] *Ibidem*, p. 8.

[68] Echelon é um sistema global de interceptação de comunicações que conta com 120 satélites *vortex* (ou mais) e tem capacidade para produzir pelo menos 3 bilhões de interceptações diárias. Sua existência veio a público quando o parlamento europeu recebeu denúncias de que todas as chamadas telefônicas, fax, e-mails, e demais comunicações eletrônicas estavam regularmente sendo interceptadas e retransmitidas à National Security Agency (NSA) – agência de espionagem americana. “O que resulta importante é que seu propósito é interceptar comunicações privadas e comerciais, e não comunicações militares”. (Informações extraídas dos sites: <<http://www.realidadeoculta.com/echelon.html>> e <<http://www.rizoma.net/interna.php?id=192&secao=conspirologia>>).

[69] Esse título é da lavra de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños e foi propositalmente aqui adaptado devido a sua capacidade de transmitir ao leitor a idéia de que o Monitoramento Eletrônico não significa liberdade mas uma espécie de cárcere.

[70] GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporânea*. Barcelona: Gedisa S.A, 2005.

[71] BURÓN, Nistal apud RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental. In: *Revista del Poder Judicial. Madrid*, 2005, nº 79, p. 113.

[72] Faustino Gudín Rodríguez-Magariños utiliza-se das expressões: “cárcel mental” e “cárcel electrónica”. Refere o autor que: “... hablo de ‘cárcel electrónica’ porque creo es una ilusión – pese a la desaparición de los muros – pretender que nos hallamos frente a

una entidad heterogênea a la misma. El control y la supervisión que se ejercen, como veremos, no son ni mucho menos más flexibles que los ejercidos dentro de los muros de un centro penitenciário. Realmente es una manifestación más de lo que Rivera Beiras denomina ‘opción custodial’”. (*La Cárcel Electrónica. El Modelo del Derecho Norteamericano*. In *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*, año II, nº 21. Madrid: La Ley, 2005).

[73] RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental, p. 113.

[74] KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento Eletrônico: a sociedade do controle. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 14, nº 170. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 4.

[75] RÍO, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de Localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano*, ano 12, tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer, 2006, p. 1097.

[76] PEREIRA, Luís de Miranda. Controlo Electrónico de Delinquentes: Orwell ou o futuro das penas? In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 264.

[77] CISNEROS, María Poza. Las Nuevas Tecnologías en el Âmbito Penal. In: *Revista del Poder Judicial* nº 65. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 119.

[78] RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental, p. 117.

[79] *Ibidem*, pp. 120-121.

[80] FENOLL, Jordi Nieva. Las Pulseiras Telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a ejecución en el proceso penal. In: *Revista del Poder Judicial* nº 77. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 219.

[81] DUARTE-FONSECA, António Carlos. Obrigação de Permanência na Habitação e Monitorização Telemática Posicional. In: *Revista do Ministério Público*, ano 20, nº 80. Lisboa: Revista do Ministério Público, 1999, p. 106.

[82] PEREIRA, Luís de Miranda. *Op. cit.*, pp. 274 – 275.

[83] Zaffaroni anota que: “A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15).

[84] *Ibidem*, p. 15.

[85] Larrauri esclarece que: "... se há pasado de un modelo basado en la resocialización a un modelo que persigue la incapacitación de los delincuentes". (LARRAURI, Elena. Populismo Punitivo... Y Como Resistirlo. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano VII, nº 25. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 9).

[86] RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental, p. 133.

[87] Ibidem, p. 117.

[88] CISNEROS, María Poza. Op. cit., p. 133.

[89] THUMS, Gilberto. *Op. cit.*, p. 94.

[90] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONCEITO DE DELITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*

CONCEPT OF DELICT IN 1988 FEDERAL CONSTITUTION SIGHT.

Luiz Fernando Kazmierczak

RESUMO

A tipicidade, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo. É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal. O juízo de tipicidade, destarte, já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação. Assim, de acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado. Neste esteio, faz-se mister uma nova conceituação de delito, tendo como norte os princípios fundamentais delineados na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: DELITO; BEM JURÍDICO; CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ABSTRACT

A pattern, according to the classic formal doctrine, demands the formal adjustment of the conduct to the rule. This means conceiving the crime as a mere violation of the imperative aspect of the rule. This analyses of the crime, as a mere indiscipline to the rule, disdains what is more relevant in the criminal rule, which is its value aspect. It is exactly in this aspect that appears the legally protected interest. Every rule is the product of an evaluation that the legislator does of the reality and it results in an election of some interests that demand criminal protection. The vagueness doctrine judgment, in this manner, can not be finished in the verification of a mere formal adjustment to the law. After this, it is still essential to argue about the legal interest and its necessary adjustment. In such a way, according to the offensive principle there will not be crime

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

when the conduct does not offer, at least, a concrete, real, effective and proven danger to the legally protected interest. The punishment of an injury in its embryonic phase, even so apparently useful of the social point of view, represents the protection of the person against the exaggerated interventionist performance of the State. In this support, necessity becomes a new conceptualization of delict, having as north the delineated basic principles in the 1988 Federal Constitution.

KEYWORDS: DELICT; LEGAL PROPERTY; FEDERAL CONSTITUTION.

1. Introdução

O progresso material da nossa civilização não se fez acompanhar do correspondente progresso na ciência e na legislação penais, que se caracterizam hoje pelo abuso e hipertrofia do castigo penal, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Para o filósofo italiano Norberto Bobbio,

não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômica e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes (BOBBIO, 1992, p. 34).

Partindo do pressuposto que o sistema penal exerce um papel de instrumento de controle social, tendo como objetivo maior proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, existe ampla convicção de que a legislação criminal, para alcançar a sua meta, deve se submeter a um profundo processo de modernização com inspiração humanitária, para que as condutas e penas previstas sejam aplicadas somente em último caso.

Justifica-se esta necessidade diante do cenário de hipertrofia da legislação penal, com a conseqüente “sacralização” do legislador infraconstitucional ao conceber tipos penais autoritários, em desacordo com os preceitos básicos da Constituição Federal, difundindo a idéia de que a lei é a única fonte suprema do Direito, e solucionadora de todos os conflitos (GOMES, 2007, p. 50).

Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal, através do tipo penal, que fixa o âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

O tipo penal, na concepção de Raúl Eugenio Zaffaroni, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes” (ZAFFARONI, 2006, p. 381).

Dessa forma, cabe ao tipo penal tutelar os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, ou seja, descrever quais são as condutas mais perigosas e que visem atingir estes bens de maior relevância.

Assim, quando uma conduta se amolda ao conteúdo descritivo contido no tipo penal ocorre a chamada tipicidade, que, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Contenta-se esse posicionamento, fruto da teoria causal-naturalista e finalista da ação, com a mera antinormatividade formal. Por consequência, toda conduta que realiza o tipo penal é antinormativa, porque conflita com a norma imperativa que impõe determinada conduta.

Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo.

Em outras palavras, violar a norma imperativa não é a mesma coisa que violar a norma de valoração. Para violar a norma imperativa basta realizar, ou não realizar, a conduta descrita. Na falsidade grosseira, por exemplo, o sujeito realiza uma falsidade que a norma imperativa proíbe, mas não viola a norma de valoração, isto é, não atinge o bem jurídico protegido. Por consequência, sem esse resultado (jurídico) não há que se falar em crime, nos termos do artigo 13 do Código Penal.

Hoje é inegável a constitucionalização do direito penal, não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à norma sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988.

Destarte, ganha relevo a análise do conceito de crime à luz da carta constitucional. Assim, não basta a mera adequação típica do fato à norma, mas também se faz mister uma ponderação da violação ou não de aspectos fundamentais.

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser muito próxima, pois a Constituição constitui a primeira manifestação legal da política penal, sendo que dentro de seu âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Neste sentido, não é qualquer descrição típica que será legítima para punir penalmente o autor daquela conduta. Faz-se mister analisar seu conteúdo, ou seja, seu aspecto material, verificando se a penalização daquela violação ao bem jurídico é legítima e necessária.

É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal.

Neste sentido, Marcelo Rodrigues da Silva entende que

é necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados (SILVA, out/dez 2003, p. 159).

No mesmo sentido, o autor português Jorge Figueiredo Dias, define bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 2007, p. 114).

Diante destes paradigmas, tendo o legislador realizado a da eleição do bem jurídico-penal, podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do direito penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre um bem fundamental da pessoa, qual seja, a liberdade.

Assim, o juízo de tipicidade já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação.

De acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado.

É nestes dois aspectos é que se fundamenta a análise constitucional do conceito de delito, ou seja, no princípio da ofensividade, que é um limitador do direito de punir do Estado, e da análise da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal.

2. A Constituição como diretriz básica do tipo penal.

A Constituição situa-se no ápice do ordenamento jurídico, ocupando o grau máximo na hierarquia das fontes do direito. Tendo em vista esta característica, toda a legislação ordinária deve, obrigatoriamente, se coadunar com os fundamentos político-sociais e institucionais nela esculpidos. No tocante a seara penal, a Constituição deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30).

Dessa forma, toda e qualquer norma penal que destoar dos postulados explícitos ou implícitos contidos na carta política do Estado tornam-se ineficazes, em observância ao princípio da supremacia constitucional.

Toda Carta Política com fundamento democrático tem como finalidade a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais transbordamentos do poder estatal. É evidente que não podia descuidar-se de ditar normas no setor das relações penais entre o Estado e o indivíduo, para eliminar o arbítrio tão comum nestas relações de poder.

Segundo Sérgio de Oliveira Médici, é precisamente no setor penal que de forma mais marcante se manifesta o caráter democrático ou antidemocrático de uma Constituição (MÉDICI, 2004, p. 31).

Instituindo o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas normas de natureza penal em seu texto. Merece destaque a constitucionalização de temas já consagrados na legislação penal ordinária, como o princípio da legalidade e da retroatividade benéfica. Ainda, garantiu a individualização da pena e proibiu o banimento, as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e todas as penas cruéis.

Mas não é só. Em diversos incisos do artigo 5º a Constituição proibiu a tortura, o tratamento desumano ou degradante nas prisões; assegurou a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e de dados; proibiu juízo ou tribunal de exceção; vedou a extradição de brasileiro nato, limitando a de brasileiro naturalizado; estabeleceu as garantias do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência; considerou inadmissíveis no processo as provas ilícitas.

Alguns desses princípios político-criminais, segundo Luiz Flávio Gomes, acham-se contemplados expressamente na Constituição Federal brasileira, outros, no entanto, implicitamente. Dentre todos, merece destaque a exclusiva proteção dos bens jurídicos; intervenção mínima; materialização, legalidade e ofensividade do fato; responsabilidade pessoal e subjetiva do agente; culpabilidade; igualdade; proibição de pena indigna; humanidade na cominação, aplicação e execução da pena; e proporcionalidade da pena (GOMES, 2007, p. 48).

É claro, que estes princípios, bem como os direitos consagrados na Constituição não devem dirigir-se apenas ao momento de inovação legislativa penal, mas também ao intérprete e aplicador da ciência penal.

Com isso, fica clara a posição garantista do texto constitucional ao trazer para seu bojo tais disposições, no entanto, temos também um elevado número de cláusulas penais, ou seja, não se prevê apenas valores, mas indica o Direito Penal para se tutelar alguns destes valores. Apenas para exemplificar temos a previsão no art. 5º, XLII, que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”; ainda, as previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais (art. 225, §3º) e financeiros (art. 173, §5º).

A hipertrofia do Direito Penal não se deve apenas à atividade criminalizadora do legislador infraconstitucional, senão também à orientação criminalizadora do próprio legislador constituinte.

Deve-se, portanto, corrigir esta hiperinflação legislativa. Luiz Flávio Gomes aponta três vias possíveis, a saber: a) reconhecimento, real e efetivo, da eficácia limitadora dos princípios reitores do *jus puniendi*, por exemplo: intervenção mínima e ofensividade; b) adoção de um amplo processo de descriminalização do Direito Penal; c) um rigoroso controle de constitucionalidade das leis penais (GOMES, 2007, p. 56).

Embora o citado autor entenda como melhor solução a terceira via, ousamos discordar e aplicar como um solucionador eficaz a segunda, em especial, no que tange ao princípio da ofensividade.

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

3. Princípio da Ofensividade como limite do *jus puniendi*

Cabe recordar que vivemos sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde há total liberdade de religião, de crença e de culto. Logo, um dos valores mais altos da nossa realidade constitucional é a tolerância. Todo poder emana do povo soberano, que no homem reconhece o valor da dignidade assim como o núcleo de direitos invioláveis.

Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o Direito Penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero “objeto” de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência.

O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em consequência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado, ou seja, sem afetação de bens jurídicos de terceiras pessoas.

Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável implica, sem dúvida, repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários, do tipo opressivo, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já, historicamente, vitimizam tantos inocentes.

Significa, ademais, privilegiar um sistema penal de cunho personalista, que vem da tradição do Iluminismo, centrado especialmente nas liberdades individuais e no princípio moral do respeito à pessoa humana, e que seja expressão de um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e dos direitos fundamentais, enquanto instrumento ao serviço da pessoa humana e não o inverso.

O Direito Penal inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância com a concepção de que a pena – tal como assinalam os doutrinadores da filosofia das Luzes: Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Betham, etc. – deve ser a necessária e a mínima das possíveis e se justifica para a prevenção de novos delitos.

Destarte, infere-se que a tipicidade passa a contar com um novo requisito, que é justamente o da ofensa ao bem jurídico, o resultado jurídico passa a compor a estrutura do fato típico. Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resuma a uma constatação puramente formalista ou literal. Para além desse nível meramente subsuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma de valoração, vem a ser concretamente afetado ou por uma lesão ou por um perigo concreto de lesão.

Assim, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade). (GOMES, 2002, p. 89)

Seguindo esta linha de pensamento, há de se concluir que somente os ataques intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis a convivência social é que devem ser incriminados.

Como bem ressaltou Zaffaroni,

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional. (ZAFFARONI, 1973, p. 226)

Dessa forma, podemos concluir que o conceito de delito como ofensa ao bem jurídico deve ser proclamado como um conceito com dimensão constitucional, apesar da inexistência de um texto normativo explícito *ad hoc*.

Assim, o dogma causal não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Não se compraz, ademais, com os postulados fundamentais do Estado igualitário, fraterno e pluralista, comprometido com a manutenção da vida, da liberdade e da justiça.

O fato, doravante, passa a ser punível quando, além de sua adequação formal à letra da lei, a ele se agrega o *plus* da ofensividade, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. Por força do princípio da ofensividade, a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada cause uma grave, e intolerável, ofensa ao bem jurídico contemplado pela norma.

A construção de um sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. E se considerando que o bem jurídico integra a tipicidade, passa-se o delito a ser concebido como fato ofensivo típico.

Dessa forma, entendemos que o axioma *nullum crimen sine iniuria* encontra ressonância constitucional e legal, isto é, encontra eco tanto nos modernos modelos de Estado, que se caracterizam por ser constitucionais e democráticos de direito, como nos códigos e leis penais.

No Brasil, o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional, ao menos na forma implícita, bem como na legislação penal, conforme o artigo 13 do Código Penal, que aduz não existir crime sem resultado. Sendo que, o resultado exigido é o jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão.

O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita, pois, segundo a perspectiva do Direito Penal da Ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa ao bem jurídico.

Por conseguinte, o delito não se fundamenta exclusivamente na ação, senão, sobretudo, no resultado, em sentido jurídico, não naturalístico. E se a ação lesiva é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia” (GOMES, 2002, p. 15).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

É certo que o princípio da ofensividade em sua máxima expressão garantista e material, até o momento, não vem encontrando ressonância efetiva em todas as incriminações

existentes no sistema jurídico e tampouco foi reconhecido explicitamente nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais, não menos verdade é que, como princípio de garantia, com claro sentido político e limitador, conta com força suficiente, nas palavras de Luiz Flávio Gomes

para constituir um ‘ponto de ruptura’ no *circulus vitiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está legitimado a sacrificar a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância pessoal indiscutível. (GOMES, 2002, p. 14)

Destarte, um sistema concebido nos termos expostos representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

4. Enfoque do conceito material do delito à luz do princípio da ofensividade.

O delito, do ponto de vista puramente conceitual ou formal, é a conduta que o legislador, depois de selecioná-la e descrevê-la em uma lei, impõe como sanção uma pena ou uma medida de segurança. Dentre um infindável número de condutas ilícitas, o legislador elege algumas para terem o *status* de delito. O que se discute são os critérios adotados para esta seleção.

Nesse plano puramente formal, o legislador conta com grande discricionariedade na eleição do ilícito penal, pois não há qualquer conceito pré-jurídico de delito ou imanente ao fato, que determine ou balize esse poder discricionário do legislador.

A evolução do direito penal e o reconhecimento dos direitos fundamentais como o eixo do moderno Estado de Direito impõem-se restrições formais e substanciais a esse poder de criminalização, que hoje deve estar regido por critérios de merecimento e necessidade da pena.

Dessa forma, não se pode conceber o delito como apenas uma descrição formal da conduta, alheio a qualquer caráter valorativo ou finalista. Tendo o Direito Penal como a principal característica a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é imperiosa que esta proteção se dê através de incriminação de condutas que efetivamente apresente uma potencialidade de dano ou um perigo concreto de lesão a tais bens.

Para tanto, deve-se refutar o dogma causal, pois não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Faz-

se necessário que o enquadramento típico se dê nos moldes de uma das concepções materiais de delito, dentre as quais a que encontra maior ressonância constitucional e mais adequada a finalidade do Estado democraticamente consagrado é a que considera o delito como uma ofensa intolerável a um bem jurídico.

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves, devido ao princípio da fragmentariedade.

Assim, somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. e que podem causar repercussões o princoncretamente ofensivos a um bem jur Conseqüentemente, o conceito de delito como ofensa a um bem jurídico deve ser proclamado como um conceito de dimensão constitucional, embora não haja um texto normativo expresso neste sentido.

Não há dúvidas que as disposições constitucionais, quando asseguram ao legislador o direito de regular o *jus puniendi*, quase nada indicam de modo expresso a respeito do conteúdo da conduta punível, que é o núcleo do conceito material do delito. Por conseguinte, o papel de limite material não pode ser cumprido só com o princípio da legalidade se se admite que o legislador ordinário conta com esparsas restrições conceituais vinculantes no que se refere ao delito e à pena.

A função garantista ou segurança do princípio da legalidade se reduz a quase nada ou se aniquila quando se autoriza catalogar como delito qualquer espécie de conduta ou de pena, sem qualquer conteúdo valorativo.

A fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseqüência, para além da constatação da legalidade do delito não pode jamais significar uma atividade vazia e arbitrária. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Nestes termos, o conceito constitucional de delito traz algumas repercussões no âmbito da política-criminal, na teoria do delito, bem como na teoria da pena, entre as quais podemos citar, de modo principal, a vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade.

Assim, o legislador não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo, ou seja, à vontade do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros.

Já os intérpretes e os aplicadores da lei penal têm a tarefa de interpretar todos os tipos penais como ofensivos, assim, dentre todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como

ofensa a bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.

Ainda, temos que a adoção do conceito material de delito fundado no princípio da ofensividade refuta tendências penais exageradas, desproporcionalmente intervencionistas, que buscam configurar o delito não segundo um modelo marcadamente garantista, senão como mera violação de um dever ou de uma norma ou, mais grave ainda, como simples conduta.

A tipicidade penal, portanto, deve ser compreendida em sentido material e garantista e dele fazendo parte, como requisito explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico, seja na forma de lesão ou de perigo concreto. Assim, o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.

Dessa forma, para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização de uma vontade criminoso, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um *plus*, que precisamente a ofensa, como bem ressaltou, anteriormente citado, Zaffaroni que diz “não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional” (ZAFFARONI, 1973, p. 226).

5. Conclusão

Nas palavras de Carnelutti,

A tarefa do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato: um homem foi ou não foi assassinado, uma mulher foi ou não foi violentada, um documento foi ou não foi falsificado, uma jóia foi ou não foi levada embora? (CARNELUTTI, 1995, p. 43)

É evidente que a função primeira do processo penal é reconstruir a história. Fazer com que os fatos sejam reproduzidos para que o julgador possa aplicar o direito penal, condenado ou inocentando o acusado. Mas não é só. Ao aplicar, ou seja, realizar a adequação do fato historicamente reproduzido no processo à norma penal vigente deve o magistrado, bem como todo aplicador do direito, ter como norte um conceito de delito baseado em preceitos fundamentais previstos no Constituição Federal.

O conceito material de delito, baseado no princípio da ofensividade, representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição, mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

Como bem lembrou Jorge de Figueiredo Dias, que a “autonomização do conceito material face ao conceito formal de crime constitui uma necessidade desde os tempos de Beccaria e do seu fundamental *Dei delitti e delle pene* (1764)” (DIAS, 2007, p. 107).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

No direito penal regido pelo dogma da ofensividade não basta comprovar a idoneidade lesiva da conduta. Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado.

Neste contexto, o mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade consiste em permitir excluir do âmbito punível as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.

Em outras palavras, sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade entendida em sentido material, isto é, um conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo legal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas/SP: Conan, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2 ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

_____. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

_____. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 5. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luiz Gallegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evanvelista. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM. Ano 11. n. 45. Editora Revista dos Tribunais: Outubro/Dezembro de 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Teoria del Delito*. Buenos Aires. Ediar: 1973.

**ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS E VALORES NOS CRIMES DE
“LAVAGEM” DE DINHEIRO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL***

**DIVESTITURE OF EARLY AND VALUES IN "MONEY LAUNDERING" DUE
PROCESS OF MONEY AND LEGAL**

Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo

RESUMO

O presente estudo trata da alienação antecipada de bens apreendidos, seqüestrados, ou arrestados em ações de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Alguns magistrados, com apoio nas sugestões da ENCCLA, e utilizando-se da analogia com o instituto da hipoteca previsto no Código de Processo Civil, têm determinado o leilão dos bens dos acusados, logo após o decreto das medidas assecuratórias, sob o fundamento de que se torna impossível a conservação dos bens, para a Justiça Federal, por trazer sérios transtornos, não só no que diz respeito a espaços adequados para guarda e/ou depósito dos bens em virtude do volume excessivo, mas, principalmente, por onerar ainda mais os cofres públicos, já que alguns desses bens necessitam de conservação constante, pois são passíveis de deterioração. Ocorre que essa antecipação, vem sendo adotada em situações que representam flagrante violação ao princípio do devido processo legal, e aos direitos fundamentais do acusado, não só em virtude dos magistrados utilizarem na fundamentação da sentença, anteprojetos de leis, utilizarem sugestões ou propostas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, e analogia em mallan partem com outros institutos, principalmente com a hipoteca legal, prevista no Código de Processo Civil. Defendemos uma análise crítica da questão proposta, baseada na observância das garantias e princípios processuais constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: LAVAGEM DE DINHEIRO; ALIENAÇÃO ANTECIPADA; GARANTIAS DO PROCESSO; DEVIDO PROCESSO LEGAL.

ABSTRACT

This study deals with the anticipated sale of goods seized, kidnapped or arrested in actions to combat corruption and money laundering. Some judges, with suggestions in support of ENCCLA, and using the analogy with the Office of mortgages provided for in the Code of Civil Procedure, have given the auction of assets of the accused, immediately after the decree of measures security, on the grounds that becomes

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

impossible to hold the property to the Federal Court, for bringing serious disorders, not only in respect of spaces suitable for custody and / or deposit of goods because of the excessive volume, but mainly by further burdening the public coffers, since some of these goods require constant maintenance, because they are likely to deteriorate. It so happens that this anticipation, is being used in situations that represent flagrant violation of the principle of due process and fundamental rights of the accused, not only because of judges use the grounds the sentence, draft laws, using suggestions or proposals of the Strategy National Anti-Corruption and money laundering, and analogy in mallan move with other institutes, especially with the mortgage law, expected in the Code of Civil Procedure. We support a critical analysis of the issue proposal, based on the observance of procedural safeguards and constitutional principles.

KEYWORDS: MONEY LAUNDERING; DIVESTITURE EARLY; WARRANTIES OF CASE; DUE PROCESS.

INTRODUÇÃO

Após dez anos do advento da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro[1], o Ministério da Justiça afirma que problemas com os bens apreendidos começaram a aparecer principalmente em virtude das dificuldades de gerenciamento desses bens no curso do processo penal (BRASIL, 1998). Essa afirmação está em harmonia com recentes notícias veiculadas nos meios de comunicação, que indicam um volume excessivo de apreensões e seqüestros de bens e valores de acusados de crimes tipificados na lei em comento.

Na tentativa de diminuir ou afastar os prejuízos que essas apreensões causam aos cofres públicos, principalmente em virtude da falta de espaço para a guarda adequada, e dos gastos com a conservação dos bens apreendidos, para que mantenham a qualidade do momento da apreensão, o Estado tem buscado estratégias para se desincumbir desse ônus.

Uma dessas propostas surgiu na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), realizada em 2005, que sugeriu

[...] aos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário o melhor aproveitamento dos bens apreendidos, seqüestrados, arrestados dentro das possibilidades legais já existentes, **inclusive a alienação antecipada**, se necessário [...] (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Alguns magistrados, com apoio nas sugestões da ENCCLA, e utilizando-se da analogia com o instituto da hipoteca previsto no Código de Processo Civil, têm determinado o leilão dos bens dos acusados, logo após o decreto das medidas assecuratórias, sob o fundamento de que se torna impossível a conservação dos bens, para a Justiça Federal, o que certamente não é tarefa fácil, por trazer sérios transtornos, não só no que diz respeito a espaços adequados para guarda e/ou depósito dos bens em virtude do volume excessivo, mas, principalmente, por onerar ainda mais os cofres públicos, já que alguns desses bens necessitam de conservação constante, pois são passíveis de deterioração.

Resta saber se essa venda antecipada encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, e se observa o ideal do devido processo legal, princípio que deve ser observado pelo Poder Público (CUNHA, 2006).

ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS: ANÁLISE DE CASO CONCRETO

A explicação que o Ministério da Justiça apresenta para a alienação antecipada dos bens é que, do ponto de vista econômico, a medida mostra-se inteiramente pertinente (BRASIL, 2008a). Assim, faz-se necessária uma análise de caso concreto, no qual houve a antecipação dos efeitos de uma medida cautelar de seqüestro e/ou apreensão de bens e valores, para discutir até que ponto essa antecipação viola o princípio do devido processo legal e os direitos fundamentais do acusado, já que nesse caso há uma verdadeira antecipação dos efeitos da sentença. Exemplificamos com a transcrição de parte de uma decisão em cautelar de seqüestro e/ou apreensão, que foi proferida pela Justiça Federal no Estado do Mato Grosso do Sul, na qual o magistrado, ao determinar o leilão, trouxe a seguinte fundamentação:

[...] Em síntese, torna-se impossível a conservação no estado em que o bem passa, por força da constrição, para a responsabilidade da justiça Federal.

No final, ao trânsito em julgado, não havendo confisco, a União teria que indenizar os proprietários no pertinente aos danos sofridos. Havendo perdimento, a União receberia bens imprestáveis.

Com relação aos bens relacionados a tráfico de drogas, o art. 62, §§ 4º/11, da Lei nº 11.343, de 23.08.06, prevê alienação antecipada. Os relativos à lavagem decorrente de tráfico devem receber o mesmo enquadramento.

O próprio Código de Processo Penal permite o leilão antecipado para evitar deterioração (art. 120, § 5º). [...] Quanto aos bens não provenientes de tráfico, aplicam-se os mesmos dispositivos, mas combinados com o artigo 670 do Código de processo Civil que, como norma geral, serve de fonte e deve subsidiar a legislação especial. [...] Também por analogia, devem ser aplicadas as normas gerais do processo cautelar, previstas nos artigos 796 e seguintes, do Código de Processo Civil. A medida, pois, enquadra-se no âmbito do poder geral de cautela do juiz, para evitar prejuízos (SÃO PAULO, 2008).

Ramos (2008, p. 73) leciona que

[...] o processo penal brasileiro contempla medidas de urgência de cunho patrimonial que objetivam a garantia, para a pessoa do ofendido ou de seus sucessores, da reparação do dano causado pela infração penal praticada.

Carnelutti (apud DESTEFINNI, 2002, p. 207) define claramente a finalidade da tutela cautelar ao afirmar que:

Diferentemente do processo jurisdicional e do processo executivo, o processo cautelar não conduz nem a coisa julgada nem à restituição forçada: a coisa julgada porque sua finalidade não consiste em lhe dar a razão ou em negá-la a um ou outro dos litigantes; à restituição forçada, porque não tem por finalidade remediar a lesão de uma pretensão; pelo contrário, por meio dele se trata de criar um estado jurídico provisório, que dure até

que se efetue o processo jurisdicional ou processo executivo. Em virtude do processo cautelar, a res não é, pois, iudicata, e sim composta de modo que possa esperar-se o juízo, e a esta composição, cujo conceito se esclarece comparando-a com o curativo de uma ferida, dá-se-lhe o nome de medida cautela, a qual, por sua vez, pressupõe o provimento cautelar, ou seja, o ato por meio do qual o órgão judicial dispõe a composição provisória do litígio.

Tornaghi (apud MAIA, 1999, p. 128), ao comentar a natureza da medida cautelar, observou que

[...] no bojo de tais contornos gerais, as providências cautelares de natureza processual penal caracterizam-se por sua provisoriedade e por sua instrumentalidade. [Esclarece que] destinam-se – a vigorar enquanto não se tornam definitivas, e nisso consiste sua provisoriedade. [...] Por outro lado – e nisso reside a instrumentalidade –, as providências cautelares não são um fim em si, mas um meio de assegurar a execução das definitivas.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

É de correntio conhecimento que no nosso ordenamento jurídico a verdadeira fonte de proibições penais é a lei ordinária federal, e somente a União está autorizada a legislar tanto em matéria penal como em processual penal (art. 22, inc. I, e art. 59, inc. III, da Constituição Federal de 1988). Assim, utilizar qualquer argumento que não esteja previsto em lei ou na Constituição Federal, para suprimir direitos, representa ofensa ao devido processo legal.

Embora a Lei n. 9.613/1998 traga em seu bojo as medidas cautelares de seqüestro e apreensão, que são providências de conteúdo processual penal, o seu fim se converte em direito material penal, e como a alienação antecipada dos bens objetos de seqüestro não tem previsão legal nesse instituto, utilizar a analogia com outros institutos e/ou argumentos tais como “existe anteprojeto de lei”, que prevê alienação antecipada, exige, no mínimo, equivalência e respeito às regras do direito para o qual se quer buscar a norma inspiradora. Como bem observado por e Silva, D. (2008, p. 106)

A analogia por sua função eminentemente criadora, embora calcada numa presunção de que este seria o espírito ou o pensamento do legislador, a interpretação ou aplicação da lei penal não se admite por analogia, no sentido de criar delitos ou estabelecer penas não determinadas: Nullum crimen, nulla poena sine lege. Todo crime deve ser estabelecido em lei e toda pena deve ser claramente estabelecida nela. A interpretação, em matéria penal, por analogia, importaria numa usurpação do Poder Judiciário ao Legislativo.

Nesse aspecto, torna-se totalmente desarrazoado lançar mão da analogia para antecipar a alienação de bens que não forem produtos de crimes e/ou facilmente deterioráveis, pois essa medida retira ou suprime direitos do acusado, transformando a alienação em verdadeira pena antecipada.

FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM ANTEPROJETO DE LEI OU NAS RECOMENDAÇÕES E SUGESTÕES DA ENCLLA

A questão que tem chamado bastante a atenção de quem milita na árdua tarefa de defender acusados dessa modalidade criminoso é a utilização de recomendações ou sugestões que ainda não foram inseridas de forma legal no ordenamento jurídico. É o que ocorre com a adoção das metas sugeridas na ENCLLA. Muito embora a ENCLLA esteja ligada ao Ministério da Justiça, e sua composição envolva representantes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a simples aplicação de suas recomendações fere o princípio da legalidade, proclamado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal vigente, o qual prevê que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, pois tais recomendações não integram o ordenamento jurídico (BRASIL, 1988).

E como se sabe, a Constituição Federal de 1988 prevê basicamente três espécies de competências legislativas:

a) exclusivas: atribuídas, com exclusividade, a um só ente federativo (por exemplo, a competência do Município para legislar sobre assunto de interesse local – art. 30, I, da CF);

b) privativas: atribuídas à União, mas passíveis de delegação aos Estados e ao Distrito Federal, por lei complementar, para a disciplina de questões locais específicas (art. 22, caput, c. c. o art. 22, par. ún., da CF);

c) concorrentes: atribuídas de maneira paralela à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Nas matérias submetidas a essa espécie de competência, em regra, a União deverá editar normas gerais, e os Estados e o Distrito Federal, normas específicas (art. 24 da CF).

A competência para legislar sobre Direito Penal está inserida na segunda espécie. É, portanto, competência privativa da União legislar sobre Direito Penal, conforme expressamente dispõe o art. 22, I, da CF (FIGARO, 2007, grifo nosso)

Assim, somente lei ordinária poderá versar sobre matéria de direito penal, ainda que artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, estabeleça que “[...] lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (BRASIL, 1988). O artigo 68, parágrafo 1º, inciso II, prevê que:

Art. 68 - As lei delegadas serão elaboradas pelo Presidente da Republica, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...].

II - Nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitorais (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Entendemos que utilizar como fundamentação de sentença os argumentos adiante transcritos, mesmo que a título de ilustração, não se coaduna com o princípio do devido legal, uma vez que retira ou suprime direitos constitucionalmente assegurados a todo

cidadão. Dessa forma, algumas fundamentações mostram-se totalmente ilegais, e ofendem o princípio da legalidade ou da reserva legal, até porque, se projeto não é lei, o que se dirá de anteprojeto de lei. Observe-se a seguinte fundamentação de sentença:

Existe anteprojeto de lei, de iniciativa do Poder Executivo que modifica a Lei 9.613/98, trazendo inovações, como destaque:

Art. 4º...

§ 1º - Proceder-se-á à alienação antecipada para a preservação do valor dos bens, sempre que estiverem sujeitos ma qualquer grau de deterioração, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

art. 4º- A – A alienação antecipada para a preservação do valor dos bens sob constrição será decretada de ofício pelo juiz, requerida pelo Ministério Público ou parte interessada, mediante petição autônoma, que será autuada em apartado e cujos autos terão tramitação em separado em relação ao processo principal.

...

§ 3º - O juiz determinará a avaliação dos bens nos autos apartados, intimará o Ministério Público, a União ou o Estado e o interessado, este,se for o caso, por edital com prazo de 15 dias.

§ 4º - Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% (setenta e cinco por cento) da avaliação.

§ 5º - Realizado o leilão, a quantia apurada deve ser depositada em conta judicial remunerada, conforme o disposto em conta judicial remunerada, conforme o disposto na Lei nº 9.703, de 11 de novembro de 1998. [...] (SÃO PAULO, 2008).

Como bem salientado por Ferreira Filho (2006, p. 109), “A Lei é um ato formal, decorrente de processo especial – o processo legislativo como o chama a Constituição”. Prosseguindo ainda nas lições de Ferreira Filho (2006, p. 110), o autor explica exatamente como deve ser a elaboração da lei no direito Constitucional pátrio:

Esse processo de elaboração legislativa, adotado pela Constituição em vigor, segue o modelo clássico já traçado por Montesquieu. Compreende a deliberação do Congresso Nacional, por intermédio de suas Casas, mais a sanção do Presidente da República, ou a superação do veto presidencial por meio de nova deliberação do Congresso Nacional.

E ainda de acordo com o artigo 5º, inciso XXXI, da Constituição Federal de 1988, – Princípio da Legalidade Penal –, “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), e o inciso LIV do mesmo artigo prevê o direito que todo e qualquer cidadão tem a seus bens, representando esse princípio a negação do arbítrio, no campo administrativo ou jurisdicional (CUNHA, 2006). Ninguém pode ser destituído de seus bens sem a obediência ao devido processo legal, e muito menos pode ser aplicada uma pena sem uma sentença condenatória

transitada em julgado. O princípio do estado de inocência, ou da não-culpabilidade, inserido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal vigente, assim o declara: “[...] ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1988).

É por essa razão que o Estado, quando atua principalmente na persecução penal, e especialmente nos delitos tipificados na Lei de “lavagem” de dinheiro, não pode atuar desvinculado dos princípios norteadores da Constituição Federal, ainda mais por ser uma lei extremamente rigorosa, sob pena de cometer excessos.

É preciso lembrar, ainda que a ENCLLA apenas sugere ou recomenda modificações no ordenamento jurídico. Assim, essas sugestões ou recomendações só poderão ter força normativa após a devida aprovação legislativa e efetiva vigência no ordenamento jurídico pátrio. Não fosse assim, todas as suas sugestões e/ou recomendações já estariam em plena validade. Destacamos, a seguir, os principais resultados da ENCLLA ao longo dos anos de 2003 a 2007.

Elaboração de anteprojeto de alteração da Lei n. 9613/98, ampliando a tipificação do crime de lavagem de dinheiro (desvinculando da relação de crimes antecedentes) e possibilitando a alienação antecipada de bens; Criação do Comitê Gestor do Sistema Brasileiro de Recuperação de Ativos (CG-SISBRA). Trata-se de um grupo interinstitucional como acepção tecnológica do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos (GGI-LD) – na discussão de padrões, projetos e melhores práticas para a integração dos esforços;

Implantação do Cadastro Nacional de Correntistas (CCS);

Interligação das bases de dados de acompanhamento processual da Justiça Federal de 1º e 2º graus;

Anteprojeto de lei de ação civil pública de extinção de domínio;

Levantamento de todos os sistemas de informática e das bases de dados que podem ser úteis ao combate à lavagem de dinheiro, com suas características e dificuldades (jurídicas, políticas e técnicas) de acesso;

Criação do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro (PNLD), sistema integrado de capacitação de agentes públicos para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro;

Criação do Selo Enclla, programa de cursos modulares certificados em prevenção e combate à lavagem de dinheiro;

Inserção dos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos nos concursos públicos;

Criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro (LAB-CLD), laboratório-modelo de soluções de análise tecnológica de grandes volumes de informações para difusão de estudos sobre melhores práticas em hardware, software e adequação de perfis profissionais;

Regulamentação, no âmbito das respectivas competências, das obrigações do sistema financeiro em relação às Pessoas Politicamente Expostas (PEPs) (BRASIL, 2008b).

Assim, embora louváveis essas sugestões, elas necessitam passar pelo processo legislativo e, se aprovadas, podem servir de embasamento ou fundamentação em decisões de medidas judiciais que restrinjam direitos.

O USO DA ANALOGIA COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O seqüestro previsto no artigo 125, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), é uma “[...] medida destinada à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime” (MARQUES, 2000, p. 19). Para Mirabete (2005) as medidas assecuratórias são “processos incidentes”. A medida deve ter caráter instrumental e provisório, e objetivo apenas assecuratório, ou seja, a sua decretação deve ser apenas para impedir o desaparecimento de bens e valores seqüestrados e/ou apreendidos, sob suspeita de terem sido adquiridos como produto de crime, ficando a administração e a guarda a cargo do Estado ou do administrador, até a decisão final do processo. Conforme prevê os artigos 5º e 6º da Lei n. 9.613/1998:

Art. 5º - Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados, mediante termo de compromisso.

Art. 6º - O administrador dos bens:

I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração;

II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens apreendidos ou seqüestrados serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível (BRASIL, 1998).

Indiscutivelmente, o Código de Processo Penal prevê o uso da analogia, e as normas processuais civis podem ser aplicadas em conjunto com as normas processuais penais. Argumenta-se, entretanto, que se ambas as leis prevêm a figura do administrador, não é razoável e nem proporcional que se utilize a analogia com o Código de Processo Civil, só em *mallan partem*, sob a alegação de se tornar impossível “[...] a conservação no estado em que o bem passa, por força da constrição, para a responsabilidade da justiça” (SÃO PAULO, 2008); para decretar o leilão antecipado dos bens, até porque os proprietários dos bens seqüestrados ou arrestados podem permanecer na posse do bem constriado, ou, ainda, fazer uso da analogia com o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), em seus artigos 148, 149 e 150, que prevêm a figura do depositário e do administrador, nos seguintes termos:

Art. 148 A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou administrador judicial, não dispendo a lei de outro modo.

Art. 149. O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução.

Parágrafo único. O juiz poderá nomear, por indicação do depositário ou do administrador, um ou mais prepostos.

Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo (BRASIL, 1973).

Por outro lado, o uso precipitado do artigo 670, do Código de Processo Civil, que trata “Das diversas espécies de execução”, mais precisamente da “Execução por quantia certa contra devedor solvente”, “Da penhora e depósito”, pode trazer sérios prejuízos, não só para o acusado, mas principalmente para a União, pois se ao final restar demonstrado que aqueles bens alienados não foram adquiridos com o provento da infração, caberá à União ressarcir todos os prejuízos, tanto a título de dano material como moral, uma vez que não existe ainda título líquido, certo e exigível.

Deverá ainda lembrar o magistrado, que o artigo 86, do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabelece exatamente o que é um bem consumível: “[...] são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação” (BRASIL, 2002). E a doutrina por sua vez traz que bens inconsumíveis, são “os bens que admitem uso reiterado sem destruição de sua substância”, ou seja, possibilita que se retirem todas as suas utilidades sem atingir sua integralidade. Venosa (2003, p. 328) ensina que

[...]. Tal qualidade deve ser entendida no sentido econômico e não em sentido vulgar, pois tudo que existe na face da terra inexoravelmente será consumido, ou ao menos deixará de ser o que é, para ser transformado.

Nesse sentido há que se entender por coisas facilmente deterioráveis aquelas de fácil destruição, tais como: veículos, vestuários, gêneros alimentícios perecíveis, semoventes ou safra agrícola, não podendo jamais se estender para bens duradouros, como: terras, casas e outros de difícil deterioração.

Dessa forma, além de ter que observar a qualidade dos bens, há também que se verificar que a utilização do instituto da penhora para alienar bens de todas as espécies e sem título executivo judicial fere, mais uma vez, o devido processo legal, já que esse instituto é utilizado para a apreensão judicial de bens dados pelo [devedor](#) como garantia de execução de uma [dívida](#), face a um [credor](#). E na explicação de Silva, D. (2008, p. 1.026) significa “[...] o ato judicial, pelo qual se apreende ou se tomam os bens do devedor, para que neles se cumpra o pagamento da dívida ou da obrigação executada”. Explica Destefenni (2002, p. 215) que no Código de Processo Civil, “[...] para obter um provimento de seqüestro conservativo ou judicial, desenvolve-se um processo de conhecimento, e, para levá-lo a termo, segue-se um processo executivo”.

Em se tratando de medida assecuratória no processo penal, a perda definitiva só poderá ser efetivada como efeito secundário da condenação, e após o trânsito em julgado da sentença, conforme prevê o artigo 91, do Código Penal, (BRASIL, 1940), e o artigo 63, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2006), e até lá não existe ainda um título líquido, certo e exigível.

E ainda que a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, tenha inserido o parágrafo único no artigo 63, prevendo a possibilidade de o juiz fixar a reparação do dano na própria sentença penal condenatória, é necessário levar em consideração o prejuízo que foi causado ao ofendido (BRASIL, 2008). Assim, o uso da analogia com o Código de Processo Civil, para impor a perda definitiva de bens, principalmente daqueles que são de difícil deterioração, sob o fundamento de possibilitar a sua conservação, ou para prevenir futura indenização, igualmente ofende o devido processo legal, uma vez que a medida cautelar patrimonial de seqüestro visa apenas assegurar, ao final, a reparação do dano causado; ou seja: tem cunho conservativo.

Em que pese o poder geral de cautela previsto artigo 798[2], do Código de Processo Civil, ter nítida finalidade de evitar prejuízos às partes, a utilização desse instituto processual não pode ser arbitrário e, ao contrário, como foi bem observado por Lacerda (apud SILVA, O., 2006, p. 112), não pode ser somente discricionário, até porque “[...] discricção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei”.

Silva, O. (2006, p. 114), traz o seguinte ensinamento sobre a discricionariedade magistrado:

O juiz criminal, por exemplo, tem verdadeira discricionariedade quando estabelece a pena em concreto que o preceito legal apenas indica em seus valores mínimo e máximo, assim como igualmente exerce o juiz que fixa honorários de advogado, segundo os critérios do art. 20, § 3º, do CPC; a discricionariedade pressupõe duas ou mais soluções passíveis e legítimas deixadas à livre decisão do magistrado.

Mesmo tendo a lei invertido o ônus da prova, essa inversão na esfera patrimonial, prevista no parágrafo 2º da Lei n. 9.6613/1998, diz respeito apenas às medidas assecuratórias que visam preservar a efetividade da sentença penal, e prevenir futuro ressarcimento; e como bem salientado por Barros (2007, p. 242), que

Para efeito de prolação de sentença condenatória e de decretação da perda definitiva do patrimônio arrestado ou apreendido, não basta à existência de indícios da ilicitude do patrimônio é fundamental comprovar a origem ilícita dos bens, direitos e valores que sejam resultado ou produto de delito antecedente do qual derive o crime de “lavagem”.

Dessa forma, o uso do poder de cautela geral do juiz, para decretar a alienação antecipada de bens, torna-se desproporcional e desarrazoada, ainda mais quando o magistrado confunde não só as terminologias, como também os institutos, confundindo bens perecíveis com bens não consumíveis ou duradouros, ou confundindo proveito ou provento do crime, com produto do crime.

Essa postura pode traduzir-se em uma verdadeira e equivocada antecipação dos efeitos da sentença, pois proveito ou provento do crime, e produto ou instrumento utilizado

para a prática de crimes, são conceitos totalmente diferentes. Vejamos: o artigo 125, do Código de Processo Penal, se refere a “proventos da infração”; o artigo 4º da Lei n. 9.613/1998 utiliza a expressão “objeto dos crimes”; e a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, trata dos “objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei”, prevendo em seu artigo 62, parágrafo 4º, o que segue:

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, **utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei**, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

[...]

§ 4º - **Após a instauração da competente ação penal**, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, **proceda à alienação dos bens apreendidos**, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Assim, o magistrado somente poderá proceder a alienação antecipada dos bens do acusado, de acordo com o artigo 62, da Lei n. 11.343/2006, se o produto for encontrado no início das investigações, no meio ou no fim, e se forem utilizados para a prática do crime, como bem salienta Ramos (1998). E essa providência “[...] é legítima porque o bem que se supõe ser produto do crime, se de fato o for, estará de posse do agente criminoso de forma plenamente ilegítima” (RAMOS, 1998, p. 290). Por seu turno, proveito ou provento do crime, ainda nas lições de Ramos (1998, p. 289, grifo nosso):

[...] é aquilo de entra para a posse do agente criminoso por causa da infração, embora de forma indireta. **O bem, nesse caso, não entra no patrimônio do criminoso de forma típica, mas, ao contrário, de forma perfeitamente licita**; é a causa remota da aquisição que está viciada. São proveitos do crime, a) as coisas móveis ou imóveis, adquiridas com o dinheiro auferido pela venda das coisas subtraídas, ou trocadas por elas, nos crimes de furto e roubo, as coisas móveis apropriadas, no crime de apropriação indébita, c) as coisas móveis ou imóveis, adquiridas com a utilização da vantagem ilícita obtida, no crime de estelionato, d) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas a partir da venda ou troca das coisas adquiridas ou ocultadas, no crime de receptação, e) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas com o dinheiro ou valor auferido pela venda do bem móvel apropriado, no caso do crime de peculato etc.

Nesse sentido é a decisão do Tribunal Regional Federal (4. Região), do Rio Grande do Sul, Mandado de Segurança n. 2007.04.00.027442-8:

MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. VIA INADEQUADA. VENDA ANTECIPADA. BENS FACILMENTE DETERIORÁVEIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Trata-se de mandado de segurança objetivando a declaração da ilegalidade da decisão que determinou a alienação antecipada das televisões apreendidas e a determinação da restituição dos bens ao impetrante, ou alternativamente, sejam os bens mantidos em depósito até a verificação de eventual sentença absolutória ou de trânsito em julgado de condenação. Deferida a liminar para obstar a venda antecipada dos bens até o julgamento do Mandado de Segurança pela turma. A Turma, por maioria, conheceu em parte da impetração e, na parte conhecida, concedeu a segurança para o fim de obstar a venda dos bens. Entenderam os julgadores que a discussão quanto a legalidade ou não da apreensão dos bens, inocorrendo no caso em apreço a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação, nem tão pouco restando demonstrada de plano a ilegalidade da medida, hipóteses que permitiriam a excepcionalidade do mandado de segurança, deve ser efetuada na via própria, conforme previsto no art. 118 e seguintes do CPP. **Quanto a venda dos bens, entendeu o relator que os mesmos não são de fácil deterioração a ponto de justificar a medida, ainda que os produtos eletro-eletrônicos tenham uma natural desvalorização com o decurso do tempo. Quanto ao argumento de que tais bens teriam sido adquiridos com produto de crime, tal presunção viola o princípio constitucional da presunção de inocência, mostrando-se prematura na atual fase processual. Vencida a Juíza Federal Cláudia Cristofani, entendendo que os bens deveriam ser alienados ante a sua desvalorização pelo avanço tecnológico (RIO GRANDE DO SUL, 2008, grifo nosso).**

De rigor salientar que a alienação antecipada de bens somente poderá recair sobre os bens que foram utilizados para a prática do crime, ou se restar devidamente comprovado que foram adquiridos com proventos da infração. Nesse último caso, a comprovação da qualidade do provento é imprescindível, sob pena de ferir as garantias processuais e constitucionais do acusado, não podendo de maneira alguma se justificar de outra forma, até porque nem todos os acusados por delitos de lavagem de dinheiro o são em virtude do tráfico de drogas, ou utilizaram os bens para a prática de crimes tipificados na lei de drogas, e muito menos utilizar por analogia o artigo 670, do Código de Processo Civil, pois nem mesmo existe um título líquido certo e exigível, já que a sentença penal, em princípio, é um título ilíquido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do direito que todo acusado tem a um devido e justo processo penal, é imprescindível que qualquer decisão judicial seja devidamente motivada, como prevê o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal vigente, sendo necessária a estrita observância da lei.

Nesse sentido, não pode o magistrado decretar a alienação antecipada dos bens, utilizando normas e/ou recomendações que não estejam inseridas legalmente no ordenamento jurídico, tais como anteprojetos de leis, ou recomendações proferidas pela ENCLLA.

Entendemos, também, que o juiz não pode fazer uso de analogia *in mallan partem*, sob o pretexto de se tornar impossível a conservação dos bens para a justiça, e/ou já prevendo possível condenação.

Não pode, da mesma forma, alienar bens que não sejam de fácil deterioração, em virtude do caráter instrumental e provisório das medidas assecuratórias; bem como

alienar bens que não foram utilizados direta ou indiretamente no crime; ou quando não foi devidamente estabelecido na sentença penal o proveito obtido pela prática criminosa.

Assim, embora exista uma tendência de endurecimento da legislação penal, no que se refere aos crimes ditos de organização criminosa, chega-se à conclusão de que a imposição de medida restritiva, seja ela corporal ou patrimonial, exige estrita obediência aos princípios constitucionais e às garantias processuais do acusado, não podendo o magistrado transigir com essas garantias, principalmente em virtude da previsão constitucional do “estado de inocência”. Se essas regras não forem observadas, o acusado ficará a mercê de verdadeiros inquisidores, descaracterizando-se a verdadeira função do direito penal brasileiro, que é a busca da harmonia, da tranquilidade e da pacificação social dos conflitos, por meio do sancionamento penal daqueles que por ventura transgredirem uma norma, praticando condutas previamente definidas em lei.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 2. ed. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Alienação antecipada*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7A4BFC59ITEMID03AAF17B718C4D3197E983142910505CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 set. 2008a.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Resultados*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMIDB2EEA9120CE3491EA0899066E70CB231PTBRIE.htm>>. Acesso em: 8 set. 2008b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 8 mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 8 mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 17 abr. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 17 mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 set. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 8 mar. 2008.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo, 2006.

FIGARO, André. *Direito Penal estadual e o federalismo brasileiro*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2007. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/index.php?page_name=art_013_2007&category_id=432>. Acesso em: 31 ago. 2008.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crimes) – anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Mandado de segurança n. 2007.04.00.027442-8*. Impetrante: Antônio Carlos de Oliveira Haussen. Impetrado: Juízo substituto da 01a VF criminal SFN e JEF criminal de Porto Alegre. Relator: Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado. Porto Alegre, 29 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtPala viraGerada=gvPM&hdnRefId=fe3113e9dd57ffad79f6561d8dee3ad4&selForma=NU&txtValor=200704000274428&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 31 ago. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal (3. Região). *Processo n. 2006.60.00.004783-2*. Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores (Lei 9.613/98) – crimes previstos na legislação extravagante – penal. Fase: em segredo de justiça. Prolator: Juiz Federal Odilon de Oliveira. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/cgi-bin/consulta.cgi>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovidio Araújo Batista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

[1] A Lei citada dispôs sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outras providências (BRASIL, 1998).

[2] Artigo 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, **quando houver fundado receio de que a parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação** (BRASIL, 1973, grifo nosso).

**CRIMES DE ÓDIO E REPRESSÃO PENAL DA HOMOFOBIA NO BRASIL:
RISCOS PARA UMA INTEGRAÇÃO SOCIAL AGONÍSTICA A PARTIR DA
TENSÃO ENTRE CONFLITUALIDADE, VIOLÊNCIA PUNITIVA E
DEMOCRACIA***

**HATE CRIMES AND CRIMINAL REPRESSION OF HOMOPHOBIA IN
BRAZIL: RISKS TO AN AGONISTIC SOCIAL INTEGRATION UNDER THE
TENSION BETWEEN CONFLICT, PUNITIVE VIOLENCE AND
DEMOCRACY**

Silvia Regina Pontes Lopes

RESUMO

O presente trabalho debate a criminalização da homofobia no Brasil à luz da teoria da democracia agonista e da experiência jurisprudencial e legislativa brasileira e estrangeira. São explorados a relação entre conflitualidade e violência punitiva, bem como os riscos democráticos do aporte da categoria de “crimes de ódio” para uma integração social democrática. Particularmente quanto à questão da criminalização da homofobia, aponta-se para o antagonismo de posturas assumidas por entidades cristãs e movimentos GLTB. Mostra-se paradigmática a discussão em torno do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, que conduz à reflexão crítica acerca da opção criminológica do preconceito punível. O tema é simultaneamente desenvolvido à luz do princípio constitucional da intervenção penal mínima e da premissa democrática da irreduzibilidade das contradições sociais. São apontadas e criticadas as bases de legitimidade da prevenção geral positiva como fundamento para a repressão penal da homofobia. Paralelamente, denuncia-se a impropriedade da justificação dos crimes de ódio como sucedâneo ou suporte de políticas públicas de inclusão.

PALAVRAS-CHAVES: HOMOFOBIA – CRIMINALIZAÇÃO – CONFLITO –
DEMOCRACIA – AGONISMO

ABSTRACT

This paper deals with the debate on criminalization of homophobia in Brazil under the theory of agonistic democracy and according to the foreign and Brazilian judicial and legislative experience. We explore the relationship between conflicts and punitive violence and democratic risks of the “hate crime” category for a democratic social integration. Particularly in relation to the issue of criminalization of homophobia, we

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

point at the antagonism of opinions among Christian entities and GLTB movements. The Draft of Law no. 122/2006 leads to a critical reflection on the option of criminalization of a certain prejudice instead of another. The subject is simultaneously developed under the constitutional principle of minimal criminal intervention and the democratic assumption of the irrefutability of social contradictions. We point and criticize the grounds of legitimacy of the theory of general prevention as the justification for a criminal repression of homophobia. Simultaneously, we denounce the lack of justification to consider hate crimes as a means of public politics towards social inclusion.

KEYWORDS: HOMOPHOBIA – CRIMINALIZATION – CONFLICT – DEMOCRACY – AGONISM

1. Introdução: os desafios democráticos da criminalização da homofobia no Brasil

A Declaração de Viena, aprovada em 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, salientou sérias preocupações com o renascimento atual de formas variadas de preconceito, como o racismo, a xenofobia e o anti-semitismo, bem como o desenvolvimento de um clima de intolerância. Na ocasião, ressaltou-se a necessidade de tomada de medidas contra qualquer ação ou discurso tendentes a fortalecer receios e tensões entre grupos de diferentes origens raciais, éticas, nacionais, religiosas e sociais.

Sob esse espírito, o Congresso Nacional e a sociedade civil discutem a criminalização da homofobia, que deu origem ao Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006. Em torno da questão, digladiam-se grupos religiosos, notadamente seguimentos cristãos católicos e evangélicos, e movimentos de gays, lésbicas, transexuais e bissexuais (GLTB). A matéria é freqüentemente revisitada pela jurisprudência nacional e internacional por envolver questionamentos sobre a relação entre conflitualidade, violência punitiva e democracia. De interesse tanto da teoria geral do direito e da democracia, quanto da criminologia e da filosofia política, a questão da criminalização da homofobia articula categorias fundamentais para uma reflexão sobre os limites de promoção, em um Estado Democrático de Direito, de integração social pelo direito penal em torno do instituto de “crime de ódio”. Aqui se situa uma tensão entre conflito e democracia.

Tanto opositores quanto partidários da criminalização da homofobia, fundados em interpretações concorrentes de garantias fundamentais, apontam para os riscos e possibilidades democráticas dela advindas. Nesse contexto, questiona-se se a disciplina penal ordinária dispensaria a especialidade dos crimes de ódio. Se toda conduta humana é motivada em maior ou em menor grau por preconceito, deve-se investigar os limites democráticos da persecução penal. Em outras palavras, como combater legitimamente um preconceito sem cair em outro, ante os riscos de repressão de grupos sociais adversos? Na discussão, o direito penal depara-se com a exigência democrática de tutela do conflito social, enfrentando, em particular, as dificuldades de uma legítima definição criminal da homofobia.

O presente trabalho tem, assim, por objetivo investigar a legitimidade da penalização da homofobia no Brasil na categoria de “crimes de ódio” à luz da relação entre

conflitualidade e violência punitiva. A questão será analisada a partir do paradigma agonista de democracia, desenvolvido por Chantal Mouffe, que enfatiza a relação entre pluralismo e instituições democráticas.

2. Violência punitiva, democracia agonística e crimes de ódio

Surgida na década de 80 nos Estados Unidos da América, a categoria dos “crimes de ódio” (*hate crimes*) desenvolveu-se juntamente com a formação de consciências grupais de raça, gênero e orientação sexual. O direito penal passou, com a nova categorização, a punir severamente determinadas condutas motivadas por preconceito e intolerância social com fundamento no apoio à pacificação e à inclusão social. Apesar da inserção institucional que assumiu no plano internacional, um exame mais aprofundado das bases de legitimidade dos chamados “crimes de ódio” enfrenta os desafios democráticos da seleção penal e da relação entre violência punitiva e conflito social, em torno da liberdade de expressão desses conflitos, perante os quais se questiona: qual preconceito merece repressão criminal?

A dimensão jurídico-política da questão criminal enfrenta os critérios e mecanismos de seleção do controle penal. O rompimento do processo de criminalização com o positivismo criminológico denunciou a falácia jusnaturalista de crença em um “delito natural”, perante o qual a investigação penal deixou de limitar-se à análise de comportamentos irrefletidamente considerados desviantes. A criminologia crítica revelou a criminalidade como um *status* atribuído a certos indivíduos através de uma seleção simultaneamente centrada na escolha de bens jurídicos merecedores da tutela penal e na estigmatização de certos indivíduos como potencialmente infratores. A legitimidade da elaboração de condutas típicas dentro da lógica bipolar “*hostis x não-hostis*” (amigo x inimigo), então atribuída ao direito penal, tornou-se o foco central da investigação, com base no qual se passou a abordar os limites de justificação da violência punitiva.[1]

O direito penal submete-se, nesse sentido, à complexidade do processo de construção de identidades coletivas, que envolve uma diversidade de visões de mundo passadas, presentes e vindouras, perante as quais atores articulam e defendem concepções concorrentes de legitimidade jurídico-política. A legitimidade do direito assenta-se, de um modo geral, na idéia de autolegislação, alimentando-se de uma prática discursiva desenvolvida no seio de uma sociedade fragmentada. Nessa perspectiva, a força de integração social do direito penal alicerça-se na idéia de que a coerção só se justifica como afirmação da liberdade. A tensão democrática entre constrangimento jurídico e a noção de autolegislação aponta para exigências de igual respeito e consideração formuladas por identidades individuais e grupais as mais variadas.[2]

Nesse contexto, o processo de criminalização de condutas preconceituosas enfrenta os desafios inerentes a qualquer discurso público quanto à criação de identidades coletivas (de um “nós”) ante cursos alternativos de normatização.[3] O pluralismo moderno exige uma revisão das leituras tradicionais do princípio democrático apoiadas na crença em soluções institucionais de conflitos fundamentadas em um consenso universal de base racional.

Nesse sentido, deve-se, com **Chantal Mouffe**, reler o princípio democrático à luz do *pluralismo social* e do *caráter irredutível das contradições*. Nessa perspectiva, observa-se que a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento da legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo através da imposição de uma ordem autoritária.[4] O modelo agonista de democracia pressupõe que identidades coletivas diversas não mais se considerem mutuamente *inimigas*, mas sim *adversárias*, cujo direito de defender suas idéias, embora não aceitas, não é colocado em questão. Nesse modelo, o enfrentamento agonal, que parte da distinção entre antagonismo (relação com inimigo) e agonismo (relação com adversário), é a condição de existência da democracia. Dessa forma, admitindo-se que as relações de poder são conflituosas e constituem o social, a principal questão já não seria como eliminar o poder, mas sim como construir formas de poder que velem pela manutenção do conflito.[5]

Em contraposição à referida perspectiva democrática, verifica-se, na atualidade, uma hipertrofia naturalizada das categorias de “crime de ódio” sob a alegação de repressão de preconceitos desafiadores da pluralidade democrática. Nessa ótica, a legitimidade da persecução criminal oscila historicamente entre dois objetivos: retribuição (compensação de uma injustiça pretérita) e prevenção (inibição de delitos futuros). Sabe-se residir, modernamente, na prevenção o cerne da justificação da persecução penal, identificando-se três aspectos: *prevenção geral negativa* (desencorajamento de possíveis futuros autores de ilícitos penais); *prevenção especial negativa* (inibição do delinqüente de reincidir na conduta criminosa); e *prevenção especial positiva* (estímulo ao autor do delito de respeito à lei).

Atualmente, levanta-se um quarto aspecto preventivo: a *prevenção geral positiva*, segundo a qual a sanção penal deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade.[6] Nesse sentido, o direito penal tem sido eleito como instância de composição de conflitos sociais, atribuindo-se à sanção penal o papel de fortalecimento e de estabilização de costumes e tradição supostamente compartilhados por uma sociedade. Parte-se, assim, da idéia de que a verdadeira tarefa da pena é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva, desconsiderando a intrínseca relação entre direito, democracia e conflitualidade social.[7]

É na teoria da prevenção integrativa, fundamento da *prevenção geral positiva*, que se insere a categoria de “crimes de ódio”. Assentados no pensamento de Émile Durkheim, os integracionistas partem da idéia de que “a verdadeira tarefa (da pena) é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva.”[8] O risco da pena é tido como possibilidade de afirmação de uma suposta eticidade coletiva, assente em hipotéticas convicções axiológicas socialmente partilhadas. Nesse sentido, o sistema penal evitaria a desintegração social, mantendo vivo um núcleo mínimo de concepções de mundo comum.

Na contramão do integracionismo, o princípio constitucional da *intervenção penal mínima* vela pela reconciliação entre violência punitiva e garantias fundamentais, problematizando-se o processo de seleção entre condutas criminalizadas e criminalizáveis em torno do pressuposto democrático de manutenção e de tutela do conflito. Nesse sentido, a persecução criminal apenas deve incidir em hipóteses de inexistência de outros meios de intervenção aptos a responder a situações de ameaça a

direitos humanos (princípio da subsidiariedade), priorizando-se, ademais, a substituição do direito punitivo pelo direito restitutivo (princípio do primado da vítima).[9]

A propagação acrítica de “crimes de ódio” aponta para os riscos de exacerbação destrutiva do conflito entre consciências coletivas díspares, contribuindo para uma repressão anti-democrática de conflitos sociais que envolvem uma sociedade eticamente fragmentada. A mensagem simbólica daí decorrente é inevitável e revela os riscos e possibilidades de promoção de uma vitimização universal de certos grupos sociais.[10]

Há de se atentar para a premissa de que o consenso racional que deve permear a *práxis* jurídica, tanto na esfera de justificação, quanto na de aplicação, é aquele que possibilita o *conflito*, evitando a superposição de determinado grupo social sobre outros. Aqui, a possibilidade de incidência da violência punitiva acentua o risco de aglutinação de uma consciência coletiva por outra, comprometendo a pluralidade democrática, bem como a articulação interna de discursos tradicionais sem ruptura com a pós-tradicionalidade peculiar ao Estado Democrático de Direito.[11]

O debate reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia em torno dos conflitos sociais. Em uma sociedade moderna, complexa e plural, o papel encomendado às leis, inclusive as penais, desde o seu processo de elaboração até a sua aplicação, insere-se em um contexto jurídico principiológico, constituído por normas gerais e abstratas sujeitas ao crivo democrático da aceitabilidade de todos os afetados. Relativamente às pretensões punitivas, o processo legislativo democrático deve ser capaz de fundir legalidade e legitimidade, concebendo-se um “devido processo legislativo”, pautado no respeito à igualdade e à liberdade de todos os afetados, apresentando-se o constitucionalismo como uma garantia argumentativa contra a possibilidade de abusos de poder.[12]

3. Homofobia e conflito social

Discussões inquestionavelmente conflituosas são as que envolvem o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos. Em face da densidade ética de tais temas, a justificação democrática da persecução penal torna-se particularmente complexa. Nesse campo, merece destaque a discussão acerca da criminalização da homofobia no Brasil. A partir do Projeto de Lei nº 122/2006 (PLC nº 122/2006), originário da Câmara dos Deputados (PL 5.003/2001), a proposta objetiva combater penalmente a discriminação de homossexuais mediante a ampliação da tutela criminal da Lei Anti-Racismo (Lei nº 7.716/1989). O debate é marcado por conflitos sociais intensos: grupos GLTB e entidades cristãs digladiam-se em torno da questão, apontando para os riscos e possibilidades democráticas da regulação penal de conflitos éticos.

Ordinariamente compreendida como raiva extrema ou reação temerosa contra homossexuais, a homofobia supostamente se baseia na crença de que a homossexualidade corromperia uma ordem moral e sexual naturalizada, promovendo a decadência legal, política e ética de uma sociedade. É indubitável a efetiva existência de preconceito em torno da homossexualidade. No Oriente, majoritariamente muçulmano, 35 países criminalizam práticas homossexuais (Afeganistão, Bangladesh, Brunei, Chechênia, Índia, Malásia, Myanmar, Paquistão, Singapura, Sri Lanka,

Turquemenistão, Uzbequistão, Arábia Saudita, Bahrein, Emirados Árabes Unidos, Iêmen, Irão, Iraque, Kuwait, Líbano, Omã, Qatar, Síria, Ilhas Cook, Fiji, Kiribati, Maldivas, Ilhas Marshall, Niue, Paia Nova Guiné, Ilhas Salomão, Samoa, Tonga, Toquelau, Tuvalu). No Ocidente predominantemente judaico-cristã, são 40 (Barbados, Granada, Jamaica, Santa Lúcia, Trindade e Tobago, Nicarágua, Guiana, Argélia, Angola, Benin, Botswana, Camarões, Cabo Verde, Djibouti, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Guiné, Libéria, Líbia, Malawi, Mauritânia, Maurícia, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Nigéria, Quênia, Senegal, Seychelles, Serra Leoa, Somália, Sudão, Suazilândia, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda, Zâmbia, Zimbábue).[13]

No cenário jurídico-político brasileiro, o conceito fluido de “homofobia” delineia-se em torno da pretensão de repressão penal originária de condutas outrora penalmente irrelevantes, cuja realização poderia eventualmente repercutir apenas na esfera cível. Tais são os casos de atos de dispensa direta ou indireta, recusa de livre trânsito em estabelecimentos públicos ou privados abertos ao público, preterição por inserção ou recrutamento em sistema educacional, recusa de transações cíveis (compra, locação, empréstimo etc.), restrições à manifestação de afetividade, e prática de qualquer ação reputada constrangedora, desde que tais condutas sejam motivadas por diversidade de orientação sexual. São formuladas igualmente tipificações especiais frente às possibilidades de repressão penal já existentes, como a injúria consistente na utilização de elementos depreciativos à orientação sexual, também prevista no projeto.

Em articulação com parlamentares da Frente pela Cidadania GLTB, grupos de defesa à causa homossexual defendem a criminalização da homofobia, alegando a necessidade de afirmação de políticas criminais de combate à discriminação e ao preconceito social, nos moldes do Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB, conhecido por “Brasil sem Homofobia”. [14] Nessa linha, sustentou a relatora do PLC nº 122/2006 no Senado, a parlamentar Fátima Cleide: “Acredito que para o movimento GLTB e para a sociedade como um todo, (o projeto) representa um grande avanço no combate à discriminação e ao preconceito. Acredito que haverá uma mudança cultural de não discriminação.” [15]

Por outro lado, grupos religiosos insurgem-se fortemente contra a pretensão legislativa. Sob a alegação de risco de perseguição religiosa e de violação a liberdades constitucionais de expressão e de crença, representante da Igreja Católica pondera: “o projeto pune com prisão quem for contra a expressão homossexual. Tira o direito de expressão de quem é contrário à opção homossexual e cria uma categoria de pessoas acima das demais”. [16] Em meio ao calor da invasão, ocorrida no presente ano de 2008, ao Congresso Nacional por integrantes de grupos evangélicos opositores ao projeto, membro da Bancada Evangélica declarou: “Achamos que o problema da discriminação não atinge só os homossexuais, mas também os negros, as mulheres, até mesmo nós, evangélicos. O projeto de lei dá poderes ditatoriais a uma minoria. Se um funcionário for dispensado de uma empresa, por exemplo, pode alegar homofobia e o dono da empresa vai ser preso.” [17]

A par dos debates legislativos e cursos incertos dos procedimentos legiferantes, os tribunais brasileiros discutem a repressão penal de condutas contra minorias. A esse respeito, emblemático se mostra o HC nº 82.424/RS, em que o Supremo Tribunal Federal debateu a extensão constitucional da proteção contra o racismo. Na ocasião, a maioria do Egrégio Tribunal compreendeu “racismo” como uma realidade não

biológica, mas social e política. Nesse sentido, “racismo” passou a ser tudo aquilo que “gera a discriminação e o preconceito segregacionista”, consoante aponta ementa do julgado:

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. *Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).*

2. *Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.*

3. *Omissis.*

4. *Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.”*

Em voto vencido, o Ministro Relator Moreira Alves alerta para os perigos de ampliação do conceito de racismo, em face da imprescritibilidade constitucional:

“Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de ‘racismo’, não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.”

À época, o Ministro Marco Aurélio apontou para a necessidade de que a conduta impugnada representasse “uma real ameaça à segurança da coletividade ofendida” (no caso, o povo judeu). Restou, porém, frustrada a tentativa de atenuar uma compreensão extensiva de “racismo”. Desde então, a decisão tem sido acompanhada pela jurisprudência pátria, a exemplo do HC nº 86452/RS – STF, RHC nº 19166 – STJ, HC nº 28375/SC – STJ, HC nº 15155-STJ e ACR nº 200172020046715 – TRF4.

A discussão acerca da repressão à homofobia mostra-se igualmente acirrada na esfera internacional, notadamente em face da moderna garantia fundamental de liberdade de expressão. Em *Harper v. Poway Unified School District*, corte de apelação californiana

confirmou decisão que julgou legítima política educacional de inclusão, a qual repreendeu utilização por estudante de camisa com declarações críticas ao homossexualismo.[18] Os fatos analisados ocorreram em 2004, ano em que a escola pública Poway High School permitiu que a Aliança estudantil “Gay-Straight” instituisse o “Dia do Silêncio” em prol de tolerância sexual. Naquele dia, Tyler Chase Harper, então estudante, vestiu camisa com as inscrições “Não vou aceitar o que Deus condenou” e “Homossexualidade é vergonhosa” (Romanos 1:27). Harper ajuizou ação contra a escola frente à Corte Distrital dos Estados Unidos do Sul da Califórnia, alegando violação de direito de liberdade de expressão, do livre exercício de religião e de igual proteção, solicitando medida cautelar contra proibições similares.

A maioria da corte posicionou-se pela permissão de restrições à liberdade de expressão de estudante quando esta expressão pretendesse se sobrepôr a direitos de outros ou quando perturbasse o curso normal das atividades escolares, entendendo-se que Harper violou, no caso, direitos fundamentais de outros estudantes. A Corte rejeitou a alegação de Harper de que a recusa escolar em permitir-lhe utilizar sua camisa, apesar de admitir o “Dia do Silêncio”, constituía uma inconstitucional “discriminação de ponto de vista” (*viewpoint discrimination*). Em voto vencido, o Juiz O’Scannlain alertou para uma criação injustificável de um “direito de não ser ofendido”. O caso chegou às portas da Suprema Corte dos Estados Unidos através de um “*writ of certiorari*”, não julgado pelo tribunal em virtude da conclusão dos estudos de Harper.

Na ocasião, a Corte de Apelação do Sul da Califórnia limitou sua decisão aos casos de condutas ofensivas a “minorias historicamente oprimidas” (“*historically oppressed minorities*”) e não de “grupos que sempre tenham gozado de uma preferência social, econômica e política” (“*groups that have always enjoyed a preferred social, economic and political status*”)[19]. Eloquente se mostra a crítica formulada pelo Juiz Kozinski contra a decisão ao apontar para a problemática da alegação de que a tolerância pode ser melhor alcançada com o silêncio dos intolerantes: “se a interferência no processo de aprendizado é a pedra angular para o novo direito, como se admitir sua limitação àquelas características associadas ao *status* de minoria?”[20]

A decisão da corte californiana parece não atender aos princípios invocados pela Suprema Corte em *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*[21], na qual afirmou a proibição pela Primeira Emenda de regulação substancial de discursos ou outras formas de expressão. Nesse sentido, em *Cohen v. Califórnia*,[22] a Suprema Corte questionou a fórmula do *viewpoint discrimination* (“discriminação do ponto de vista”):

“Para muitos, a consequência imediata da liberdade de expressão pode freqüentemente aparecer como apenas tumulto verbal, discórdia, e até manifestações ofensivas. Tais são, contudo, efeitos colaterais necessários em prol de valores mais abrangentes do que o processo de debate aberto nos permite alcançar. Que o ar possa às vezes parecer cheio de cacofonia verbal é, nesse sentido, não um sinal de fraqueza, mas de força.”[23]

O silêncio forçado foi equiparado à aprovação impositiva em *Lee v. Weisman*.^[24] Os perigos de uma ortodoxia pública foram também apontados pela Suprema Corte em *West Virginia State Board of Education v. Barnette*:

“Se houver alguma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é aquela de que nenhum agente público, grande ou pequeno, pode prescrever o que deve ser ortodoxo na política, no nacionalismo, na religião, ou em matéria de opinião, ou forçar cidadãos a confessar por palavra ou ato sua fé nele.”^[25]

Tradicionalmente, a doutrina penal norte-americana distingue “*hate crime*” (crimes de ódio) de “*hate speech*” (discurso de ódio): os crimes de ódio combatem condutas discriminatórias, e não simples discurso, que se encontram, em geral, tutelados pela Primeira Emenda. Contudo, a distinção entre discurso e conduta nem sempre é clara. A esse respeito, a Suprema Corte declarou, em *R.A.V v. City of Saint Paul*, inconstitucional norma com as seguintes inscrições: “qualquer um que coloque em propriedade pública ou privada um símbolo que se sabe ou se tem razoáveis fundamentos para saber provocador de raiva, alarme ou ressentimento em outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero deve ser responsabilizado”. Todavia, a mesma Suprema Corte equiparou o “*hate speech*” ao “*hate crime*” em caso de utilização de expressões tidas por “ameaçadoras”, que superam simples ressentimento. Em *Virginia v. Black*, declarou a constitucionalidade de lei estadual que tornou ilegal a queima de cruz “com intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo”.^[26]

Referidas oscilações jurisprudenciais revelam a complexidade do tema, que reclama uma discussão sobre os limites da discriminação e da liberdade de expressão a ser conduzida caso a caso. Uma criminalização *a priori*, na forma de crimes de ódio, do conflito, compreendido como choque entre identidades sociais, poderia levar à radicalização de posturas, apontando para os riscos de sobreposição universal de uma identidade, mesmo que minoritária, sobre outra.

No âmbito da União Européia, a Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20 também estabeleceu hipóteses de superação da distinção entre discurso de ódio e crimes de ódio, sob fundamento similar ao esboçado em *Virginia v. Black* em confronto com *R. A. V. v. City of St. Paul*. Determinou que a ordem jurídica interna considerasse específicas instâncias de discursos de ódio tão insultantes que não deveriam ensejar a tutela da proteção do artigo 10 da Convenção Européia dos Direitos dos Homens de liberdade de expressão. Tal seria o caso em que o discurso do ódio objetiva a destruição de direitos e de liberdades estabelecidas pela Convenção, ultrapassando os limites nela estabelecidos. Paralelamente, as Orientações sobre Liberdade de Associação Pacífica elaboradas pelo Escritório das Instituições Democráticas e Direitos Humanos (ODIHD/OSCE) estabelece que discurso e outras formas de expressão gozam da proteção do artigo 10 da ECHR, mesmo que tal expressão seja hostil e insultante a indivíduos, grupos ou seguimentos sociais particulares, muito embora se reporte às considerações daquela Recomendação nº R(97)20.

Também no âmbito da União Européia, os riscos de uma ortodoxia pública têm sido levantados. Em *Baczowski and Other v. Poland*, a Corte Européia de Direito Humanos analisou pedido formulado pela “Fundação por Igualdade”, organização polonesa não

governamental em prol da causa *gay*. Os requerentes pretendiam realizar, nas ruas de Varsóvia, campanha denominada “Dias de Igualdade”. A marcha tinha por objetivo promover a atenção pública à discriminação contra minorias, inclusive a homossexual. Na ocasião, o então prefeito de Varsóvia declarou à *Gazeta Wyborcza* que “propaganda sobre homossexualidade não é equivalente ao exercício de liberdade de associação.” Foi recusada permissão para a marcha sob fundamento de que os organizadores do evento deixaram de oferecer um “plano de organização do tráfico” de acordo com o artigo 65(a) da Lei de Tráfego Rodoviário. Todavia, naquele mesmo dia, foram autorizadas marchas de protesto contra discriminação de mulheres, além de eventos subsequentes contra a adoção de crianças por casais homossexuais e de temas como “Cristãos que respeitam as leis de Deus e da natureza são cidadãos de primeira escala”.

A Corte Européia entendeu que as autoridades de Varsóvia violaram direito à liberdade de expressão e de associação, assegurado pelo artigo 11 da Convenção Européia de Direitos Humanos. Nesse sentido, pronunciou-se:

“A Corte reiterou que confere particular importância ao pluralismo, à tolerância e à abertura. Pluralismo também foi construído com base no reconhecimento genuíno e respeito pela diversidade e dinâmica de tradições culturais, identidades étnicas e culturais, crenças religiosas, idéias e concepções artísticas, literárias e sócio-econômicas. A interação harmoniosa de pessoas e grupos de identidades variadas é essencial para o alcance de coesão social. A obrigação positiva do Estado em assegurar respeito genuíno e efetivo pela liberdade de associação e de assembleia é de particular importância para aqueles com pontos de vista impopulares ou pertencentes a minorias, porque são mais vulneráveis à vitimização.”[27]

Em consonância com a “interação harmoniosa” proposta em favor do pluralismo, tal como delineada pela Corte Européia de Direitos Humanos, o Conselho Europeu lançou a Recomendação nº 211/2007 sobre liberdade de assembleia e de expressão de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Nela, alegou incidentes homofóbicos em certos Estados-membro que reforçariam a sistemática violação de direitos básicos de comunidade de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, e mostrariam o descaso das autoridades.[28] O Conselho reconheceu que o direito de expressar e compartilhar identidade com outros é uma parte integrante da tolerância – como princípio de proteção da diversidade social através de um livre intercâmbio de idéias que podem ser alcançadas em prol do enriquecimento individual e da sociedade.[29]

Destoando de tais perspectivas, que procuram debater, em cada caso, os limites da liberdade de expressão, o Congresso da Europa recomendou ao Comitê de Ministros do Conselho Europeu que solicitasse aos Estados-membro investigação com todo rigor possível de todos os casos de violência ou discurso de ódio contra GLTB, voltados a determinar se a discriminação pode ter desempenhado algum papel no cometimento de crime. Ademais, recomendou que fossem tomadas medidas de persecução dos responsáveis, além de consultas de grupos GLTB quanto à reformulação de algumas das medidas (anti-homofóbicas) em prol do fomento de um espírito de cooperação social ao invés de confrontação.[30] O Comitê de Ministros encarregou-se igualmente de solicitar aos Estados-membro aplicação das Orientações sobre Liberdade de Associação Pacífica (*Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*) esboçadas pelo Painel de especialistas

do OSCE/ODIHR sobre liberdade de associação, bem como de tomada de medidas necessárias ao combate do discurso do ódio com fundamento na Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20, editada em 30 de outubro de 1997.[31]

Por outro lado, os *consideranda* da Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20 expressam a consciência daquele Comitê sobre a tensão entre combate à intolerância e a necessidade de proteção da liberdade de expressão voltada para evitar os riscos de se minar a democracia sob a alegação de defendê-la. Nesse sentido, solicita-se que os Estados-membro estabeleçam ou mantenham estrutura legal consistente de medidas civis, criminais e administrativas sobre discurso de ódio que permitam as autoridades administrativas e judiciais reconciliar o respeito à liberdade de expressão com respeito pela dignidade humana e a proteção pela reputação ou direitos dos outros.[32] Solicitou-se, assim, aos Estados-membro estudos sobre meios de estímulo e coordenação de pesquisas acerca da efetividade da legislação existente e de sua prática legal. Priorizou-se, porém, a repressão *cível* de discursos de ódio, ao invés da penal, mediante indenização e direito de resposta.

O então Ministro da Justiça da União Européia Franco Frattini já apontou para uma tendência européia à criminalização da homofobia: “A Comissão e o Parlamento Europeu buscam tornar qualquer recusa à concessão a casais homossexuais dos mesmos direitos de um casal casado um *crime* de ‘homofobia’”. [33] Nesse sentido, a União Européia tem equiparado a homofobia ao racismo, à xenofobia, ao anti-semitismo e ao sexismo. Recomendou, assim, aos Estados-membros a proposição de leis criminais tendentes a superar conflitos sociais advindos de diferenças de orientação sexual.

O parâmetro de “interação harmoniosa” supostamente “essencial para o alcance de coesão social”, tal como afirmado em *Baczowski and Other v. Poland* e reiterado pela Recomendação nº 211/2007 do Conselho Europeu e na Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20, é, contudo, questionável. Contrapõe-se à proteção democrática à “cacofonia verbal”, tal como afirmada pela Suprema Corte norte-americana em *Cohen v. Califórnia*, que reivindica a constante possibilidade de *confrontações*, e não de harmonizações, numa esfera pública.

A jurisprudência nacional tem, por vezes, negligenciado seu papel constitucional de coibir a discriminação e o preconceito, desafiando a construção de um modelo democrático eticamente reflexivo. Cite-se exemplificativamente o julgamento da Apelação Cível nº 000.223.739-4/00, da Comarca de Belo Horizonte, assim ementado:

“POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO - CONDOTA HOMOSSEXUAL PÚBLICA - FALTA DISCIPLINAR TIDA COMO GRAVÍSSIMA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CONSIDERADO REGULAR - MÉRITO DO ATO PUNITIVO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA ANULATÓRIA - LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL - CONCLUSÃO JUDICIAL REFORMADA”

Reportando-se à regulação disciplinar, entendeu, em voto vencedor, o Desembargador Aluizio Quintão, relator do julgado:

“Trata-se de questão relacionada com a carreira militar, posta em uma Corporação estruturada com base na hierarquia e na disciplina, além de convenientemente marcada por rígidos princípios destinados a proteger sua inteireza institucional e sua vocação constitucional.

Apenas ‘ad argumentandum’, nota-se, em síntese, que a atitude do Apelado foi considerada como uma transgressão disciplinar que, nos termos do art. 11 do então vigente Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, ‘é qualquer ofensa aos princípios de ética e do dever policial-militar, na sua manifestação simples’; e, após o procedimento administrativo próprio e parecer conclusivo, foi-lhe dada a qualificação de gravíssima e, portanto, punível com a exclusão disciplinar (art. 24-VI e 47-I-4) que a autoridade hierarquicamente competente aplicou, alerta, ademais, contra uma indesejável condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

*Em suma, seu comportamento foi dado como ofensivo à honra pessoal, ao pundor militar e ao decoro da classe (art. 76-III), ou seja, como **atentatória à ética policial militar ‘que exige dos policiais conduta moral e profissional irrepreensíveis’**, segundo princípios vários (art. 10), entre os quais o de ‘conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios de disciplina, do respeito e do decoro policial-militar’ (inciso XVI). (...)*

*Em tal contexto, indubitável é que a avaliação do comportamento militar, sob o prisma disciplinar, há de ser efetivada pela **hierarquia castrense e ‘intra muros’, não cabendo externa consideração de ser retrógrada ou discriminatória sexual a qualificação de infração gravíssima e incompatível dada a atitude homossexual do Apelado.***

Assim, se reconhece não ter havido irregularidade no procedimento disciplinar, o enquadramento da conduta infratora é questão afeta ao crivo hierárquico administrativo da corporação e alheia à competência jurisdicional, como tem, aliás, decidido também este Tribunal de Justiça (Apelação nº 233.380-5.00/Sexta Câmara Cível).

Em termos práticos, não caberia sequer dizer se é ou não desejável passe a Polícia Militar a adotar linha condescendente com o homossexualismo em suas fileiras. O que vale, ao meu juízo, é a posição de melhor técnica e razoabilidade para o caso concreto, no sentido de manter a reserva tradicional na apreciação do ato administrativo questionado.”

Observa-se que o Judiciário deixou de se pronunciar acerca do conteúdo do ato disciplinador, que trata da questão da discriminação e do preconceito contra homossexuais, limitando-se à análise de sua forma. A decisão revela uma omissão injustificada, que estimula as posições favoráveis à criminalização da homofobia no Brasil mediante a figura dos crimes de ódio, como se os princípios constitucionais de liberdade e de igualdade e a legislação até agora vigente, notadamente crimes contra a honra (injúria e difamação), não fossem capazes de conduzir ao enfrentamento da questão.

Cabe ressaltar ainda que a jurisdição brasileira tem, mesmo que esparsamente, revelado as dificuldades de repressão penal de direitos em favor de inclusão social. No julgamento do MS 1.027.527-3/5, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pontuou-se:

“Em outras palavras: somente é possível atingir a isonomia jurídica ampliando proteção aos necessitados; nunca, restringindo direitos aos que dela já usufruem. Do contrário, o que resta será o ignóbil arbítrio, pouco importando a intenção de quem detenha o poder de legislar”.[34]

Aportadas tais considerações à esfera criminal, lembra-se de que a teoria da prevenção integrativa baseia-se na crença falaciosa de que o direito penal seria meio idôneo para promoção de uma eticidade socialmente compartilhada, ainda que sob a justificativa de vir a afirmar políticas públicas de inclusão de minorias. Nesse sentido, aponta-se, com Hulsman e Celis, para a possibilidade de a rigidez e inflexibilidade do direito penal gerar mais exclusões do que inclusões sociais.[35]

Com efeito, a possibilidade de criação de mais um crime de ódio revela, na hipótese, uma tendência à ruptura com a complexidade e a fragmentação social em torno de uma moralidade universalizante, que, mesmo em nome da afirmação da pluralidade, aponta para o perigo da representação simbólica da sociedade como um todo orgânico, supostamente regido por uma ética democrática da pluralidade capaz, paradoxalmente, de obstruir as pluralidades éticas que lhes são subjacentes.[36] Nesse ponto, o objetivo das instituições democráticas é possibilitar o antagonismo e o dissenso, dispersando continuamente o potencial de hostilidade.[37] O consenso jurídico sobre os direitos do homem acerca dos princípios de igualdade e de liberdade é necessário, mas não deve apartar-se de uma confrontação sobre a interpretação desses princípios. Precisamente, a confrontação sobre as diferentes significações que se há de atribuir aos princípios democráticos e às suas instituições é o que constitui o elemento central do combate político entre adversários.[38]

Nesse ponto, a relação entre democracia e conflito é retomada. Acentua-se o deslocamento de questões eticamente controversas para o campo da repressão penal a partir da afirmação de uma moralidade universalizante aliada a uma ampla compreensão de “racismo”, que nos leva à seguinte indagação: em um Estado Democrático de Direito, o direito penal constitui instituto democraticamente legítimo para a promoção de inclusão social de minorias sem reprimir os conflitos sociais que fundamentam a pluralidade democrática de pensamentos?

Jürgen Habermas, em debate travado em 2004 com **Joseph Ratzinger**, reconhece, a propósito, a necessidade democrática de um contínuo diálogo entre crentes e descrentes acerca de questões eticamente controversas numa esfera pública plural, em que visões científicas ou secularizadas de mundo não gozam de antemão de quaisquer prerrogativas em relação a concepções religiosas concorrentes: “A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão de mundo secularizada”.[39] Nesse contexto, aponta para a tensão entre vontade e razão,

reconhecendo que, em um Estado Democrático de Direito, ambas merecem articulação institucional.[40]

No Brasil, o conflito instaurado entre grupos homossexuais e cristãos em torno da criminalização da homofobia está sendo empreendido de uma forma antidemocrática, pois se consideram *inimigos*, e não *adversários*. Os argumentos invocados por ambos os grupos são de uma radicalização ímpar: de um lado, invoca-se o combate ao “pecado”; de outro, uma irreflexiva luta contra o “preconceito”. Não há espaço para um aprendizado mútuo, com respeito às eticidades invocadas.

A esse respeito, o risco de criminalização de opiniões contrárias à prática do homossexualismo aponta para aquela visão mouffiana de que a democracia não é considerada uma conquista de caráter definitivo dentro de um quadro de evolução moral da humanidade. Nesse ponto, reconhece-se a função integrativa do conflito social: “a idéia de uma sociedade democrática não pode ser o de uma sociedade que tenha realizado o sonho de uma harmonia perfeita nas relações sociais. A democracia só pode existir quando nenhum agente social está em condições de aparecer como dono do fundamento da sociedade e representante da totalidade”.[41] A democracia é ameaçada pelo engajamento de instituições com “uma forma perigosa de controle de pensamento político, social ou moral que potencialmente interfira na autonomia individual.”[42]

Dessa forma, evidenciam-se, à luz da relação entre conflitualidade e violência punitiva sob o paradigma agônico, os riscos democráticos do aporte, no Brasil, da categoria dos “crimes de ódio” ao combate à homofobia para uma integração social democrática.

4. Políticas públicas de inclusão: uma alternativa à repressão penal

As jurisprudências pátria e estrangeira discutem acirradamente a relação entre preconceito, conflito e democracia na esfera penal. Paralelamente, a imprensa nacional noticia a radicalização dos conflitos entre movimentos homossexuais e grupos religiosos em torno da criminalização da homofobia no Brasil. Em um clima hostil de ruptura do diálogo e de radicalização de posturas políticas, evidenciam-se os riscos democráticos de abuso na catalogação e compreensão da homofobia para uma integração social no Brasil. Nesse sentido, uma simples manifestação contra a prática homossexual pode ser compreendida como homofobia criminalmente punível, confrontando-se com a garantia fundamental de liberdade de expressão. Refletem-se os efeitos contra-producentes do aporte da categorização dos “crimes de ódio” para uma integração social democrática à parte de uma legítima tutela do conflito e da defesa ao pluralismo ético: “o sistema punitivo por vezes produz mais problemas do que aqueles que pretende resolver. Em lugar de compor conflitos, reprime-os e, freqüentemente, estes mesmos adquirem um caráter mais grave em seu próprio contexto originário”.[43]

Nessa linha, observa-se a inscrição da categoria dos “crimes de ódio” no âmbito de uma “política de identidade” (“*identity politics*”), em que indivíduos integrantes de determinada identidade grupal demandam prerrogativas institucionais na condição de “minorias vitimizadas”.[44] Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou, no julgamento do RHC nº 200600498048/RJ, o entendimento de que “o crime do art. 2º da Lei nº 7.716/89 (Lei Anti-racismo) (...) não se confunde com o crime de injúria

preconceituosa. Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade”.[45] Aqui se opõe uma moralidade universal, baseada em um sentimento supostamente “coletivo”, a uma moralidade individual, relativa a uma honra subjetiva.

Referida decisão espelha a afirmação de uma política penal de identidade, ao redefinir, na categoria de “crimes de ódio”, o problema da criminalidade em termos de conflito de grupos, negligenciando a função democrática dos conflitos sociais. Reforça-se o risco institucional de eliminação do dissenso para uma integração social democrática alicerçada em uma visão agonística de pluralidade, perante o qual o grupo “vitimizado” considera a ameaça da sanção penal um meio de estabilização e fortalecimento de determinada moralidade universal.[46]

A discussão acerca da criminalização da homofobia no Brasil, quer empreendida na esfera legislativa, quer na jurisdicional insere-se em uma compreensão equivocada de ações institucionais afirmativas de inclusão, que pretendem inadequadamente promover a integração social de homossexuais por meio da persecução criminal.[47] Aqui se depara com a abstração e inflexibilidade da disciplina penal, que, fundada na rigidez de tipificações e na constante ameaça da pena, reprime, no contexto dos crimes de ódio, conflitos sociais de dimensões grupais, comprometendo uma integração social agônica. Refletem-se, assim, os riscos à democracia do aporte para o campo do direito penal de categorizações universais eticamente fundadas, ainda que sob a roupagem de afirmação da pluralidade.

As condições de legitimidade do controle penal impõem uma diferenciação entre *políticas criminais* e *programas de ações afirmativas* (políticas públicas de inclusão).[48] Na formulação de políticas criminais, deve-se atentar para os riscos de abuso na compreensão de comportamentos desviantes, sem negligenciar os perigos de o processo de criminalização retirar o conflito de seu contexto social próprio, apartando-o da realidade e dos agentes que o protagonizam.[49]

Nesse sentido, o próprio Conselho Nacional de Combate à Discriminação, no Programa “Brasil sem Homofobia”, apontou para alternativas de políticas públicas não criminais de inclusão de homossexuais em diversas esferas: na área de educação, promovendo valores de respeito à paz e à não-discriminação por orientação sexual, no âmbito da saúde, consolidando atendimento e tratamento igualitários, na seara trabalhista, coibindo a discriminação no trabalho, na promoção de segurança, dentre outros.

5. Conclusão

A legitimidade democrática da criminalização da homofobia, tema atual que mobiliza tanto o cenário jurídico-político pátrio, quanto fóruns internacionais de discussão, é questionável. A experiência jurisprudencial brasileira aponta para a aceitação do integracionismo penal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tende a ampliar a compreensão dos crimes de ódio de que trata o art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal. Por outro lado, a jurisprudência estrangeira têm, em determinadas situações, superado a distinção entre “*hate crimes*” e “*hate speech*”, embora reconheça os perigos de uma ortodoxia pública.

No Brasil, aponta-se para o antagonismo de posturas entre entidades cristãs e movimentos GLTB. Nesse ponto, mostra-se paradigmático o Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, que conduz à reflexão crítica acerca da opção criminológica do preconceito juridicamente tutelável, notadamente em face do princípio da intervenção penal mínima e da premissa democrática da irreduzibilidade das contradições. Aqui, denuncia-se a impropriedade da justificação dos crimes de ódio como corolário de políticas públicas de inclusão.

Em face das considerações teóricas e jurisprudenciais expostas, são evidenciados, à luz da relação entre conflitualidade e violência punitiva, os riscos democráticos do aporte da categoria de “crimes de ódio” ao combate à homofobia tal como delineada no Brasil para uma integração social democrática de base agonística.

5. Bibliografia

BARATTA, Alessandro. Direito Humanos: entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. *In: Fascículos de Ciências Penais*. a. 6, v. 6, n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). *Doctrina Penal*. Buenos Ayres: Depalma, 1987.

BECKER, H. S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free, 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, 2003, p. 81-103.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 31p, 2004.

DURKHEIM, Emile. **Da Divisão Social do Trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONE, Byrne. **Homophobia: a History**. New York: Picador USA, 2001.

FREEDMANN, Mark. Homophobia: The Psychology of a Social Disease. *Body Politics*. n. 24, Junho 1975.;

GARLAND, D. **Punishment and Modern Society: a Study in Social Theory**. Chicago: Chicago University Press, 1990.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. *Revista Direito GV*. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2v.

_____. **A era das transições**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização – Sobre razão e religião**. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2007.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate Crimes – Criminal Law & Identity Politics**. Oxford University Press, 1998.

MOUFFE, Chantal. **The challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999.

_____. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000.

_____. *“Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt”*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994,

PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972.

Recent Cases. **Harvard Law Review**. v. 120, pp. 1691-1698.

ROSENFELD, Michel. **Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SEARS, Alan; OSTEN, Craig. **The Homosexual Agenda: Exposing the Principal Threat to Religious Freedom Today**. Nashville, Tennessee: B&H Publishing Group, 2003.

WEINBERG, George. **Society and the Healthy Homosexual**. New York: St. Martin's Press, 1972.

YOUNG, J. **The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity**. Londres: Sage, 1999.

[1] Cf. GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

- [2] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, pp. 190-209.
- [3] PITKIN, Hanna. **Wittgenstein and Justice**. Berkley: University of California Press, 1972, p. 208.
- [4] Cf. MOUFFE, Chantal. **The challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999, p. 47.
- [5] Cf. MOUFFE, Chantal. “*Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994, p. 112.
- [6] Cf. GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV**. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006, pp. 187-204.
- [7] Cf. GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito GV**. v. 2. n. 21, jul./dez. 2006, pp. 187-204.
- [8] DURKHEIM, Emile. **Über die Teilung der sozialen Arbeit**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977, p. 149.
- [9] BECKER, H. S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free, 1991.
- [10] Cf. GARLAND, D. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Chicago: Chicago University, 1990.
- [11] Cf. HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização – Sobre Razão e Religião**. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.
- [12] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, 2003, p. 81-103.
- [13] Cf. WEINBERG, George. **Society and the Healthy Homosexual**. New York: St. Martin’s Press, 1972; FREEDMANN, Mark. Homophobia: The Psychology of a Social Disease. **Body Politics**. n. 24, Junho 1975.; FONE, Byrne. **Homophobia: a History**. New York: Picador USA, 2001, pp. 5-11.
- [14] CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 31p, 2004.
- [15] Entrevista concedida pela Senadora Fátima Cleide ao FENASP – Fórum Evangélico Nacional, Ação Social e Política. Disponível em: http://www.fenasp.com/novo/ver_congresso.php?mostrar=noticia&id=821c71dcfc. Acesso em 07 de agosto de 2008.
- [16] Declaração de Dom Dimas Lara Barbosa, Secretário-Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Notícia intitulada “Porque a punição da

homofobia preocupa a Igreja.” Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2008/marco/por-que-a-punicao-da-homofobia-preocupa-a-igreja/>. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[17] Declaração de Robson Rodovalho, deputado federal e líder da Igreja Evangélica Sara Nossa Terra. Notícia extraída da “Folha Online”, sob o título “Evangélicos invadem Congresso contra projeto que criminaliza homofobia” Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/06/25/materia.2008-06-25.1113071338/view>. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[18] Recent Cases. **Harvard Law Review**. v. 120, pp. 1691-1698.

[19] *Harper*, 445, F. 3d, at 1183, n. 28.

[20] *Harper*, 445, F. 3d, at 1201.

[21] *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 US 819, 828 (1995).

[22] *Cohen v. Califórnia*, 403 US 15 (1971)

[23] *Cohen v. Califórnia*, 403 US 15 (1971), at 24-25.

[24] *Lee v. Weisman*, 505 US 577 (1992).

[25] *Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

[26] *Virginia v. Black*, 538 US 343 (2003), at 348.

[27] *Baczowski and Other v. Poland*. European Court of Human Rights 281, 3.5.2007. Disponível em <http://www.echr.coe.int>. Acesso em 04 de maio de 2008, às 10h30min.

[28] Cf. item 5 da Recomendação nº 211/2007.

[29] Cf. item 3 da Recomendação nº 211/2007.

[30] Cf. item 7, alíneas “c” e “f”, da Recomendação nº 211/2007.

[31] Cf. item 7, alíneas “a” e “b”, da Recomendação nº 211/2007.

[32] Cf. princípio 2 da Recomendação do Comitê de Ministros nº R(97)20.

[33] Declaração disponível em http://www.traditionalvalues.org/pdf_files/HomophobiaEurope.pdf http://www.traditionalvalues.org/pdf_files/HomophobiaEurope.pdf. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[34] Voto proferido pelo Desembargador Fernando Miranda no dia 28 de junho de 2007.

[35] Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.**

[36] Cf. MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox.** London: Verso, 2000.

[37] Cf. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics.** London, 1985, p. 68.

[38] Cf. MOUFFE, Chantal. La nueva lucha por el poder. Disponível em: http://www.politica.com.ar/Filosfia_politica/La_nueva_lucha_por_el_poder_Mouffe.htm. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[39] HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, pp. 16-57.

[40] Cf. HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?, p. 68. *In:* _____. **A era das transições.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

[41] Cf. MOUFFE, Chantal. La nueva lucha por el poder. Disponível em: http://www.politica.com.ar/Filosfia_politica/La_nueva_lucha_por_el_poder_Mouffe.htm. Acesso em 04 de agosto de 2008.

[42] REDISH, Martin H. & FINNERTY, Kevin. What did you learn in school today? Free speech values, inculcation and the democratic-educational paradox. 88. **Cornell Law Review.** v. 62, 2002, p. 67.

[43] BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Doctrina Penal.** Buenos Ayres: Depalma, 1987, p. 625.

[44] JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate Crimes – Criminal Law & Identity Politics.** Oxford University Press, 1998.

[45] Voto do Ministro Felix Fischer, relator do RHC nº 200600498048/RJ.

[46] Cf. COSER, L. **Las funciones del conflicto social.** México: Fondo de Cultura Económica, 1961.

[47] Analisando a questão nos Estados Unidos, veja: BERRIL, Kevin T. Anti-Gay Violence and Victimization in the United States: An Overview. *In:* HEREK, Gregory M. & BERRILL, Kevin T. **Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men.** London: Sage Publications, 1993, pp. 19-40.

[48] BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *In:* **Fascículos de Ciências Penais.** a. 6. v. 6. n. 2. Porto Alegre: SAFE, 1993.

[49] Cf. YOUNG, J. **The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity.** Londres: Sage, 1999.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO*

THE EXPANSION OF THE CRIMINAL LAW AND THE SOCIETY OF RISK

Tathiana Laiz Guzella

RESUMO

A sociedade capitalista, as novas políticas criminais e o avanço tecnológico/científico alteraram o rumo da história. Novos riscos surgiram, mais acentuadamente após a década de oitenta do século passado, culminando em incertezas e insegurança nunca antes sentidas por toda a sociedade. Exsurge a 'sociedade de risco', e o direito penal foi chamado a atuar em novos ramos, como a economia, o ambiente, o consumo. A estrutura que fundamenta o direito penal ainda não conseguiu adaptar-se a estas novas esferas de proteção, gerando fundadas controvérsias na doutrina mundo afora. Questões acerca dos bens jurídicos são incansavelmente levantadas com teorias que vinculam os bens jurídicos, do individual ao coletivo, do concreto ao difuso... A legislação penal passa a proteger não apenas resultados, e sim ações, muitas vezes de forma antecipada, contatando-se a administrativização do direito penal face aos novos riscos. Neste contexto, o presente trabalho questiona a legitimidade da utilização do direito penal como instrumento de gerenciamento de riscos, sob uma ótica garantista do direito.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DE RISCO – BEM JURÍDICO-PENAL – ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

ABSTRACT

The capitalist society, the new criminal politics and scientific the technological advance/had modified the route of history. New risks had appeared, more accently after the decade of eighty of the passed century, culminating in uncertainties and unreliability never before felt by all the society. Grow up the 'society of risk', and the criminal law was called to act in new branches, as the economy, the environment, the consumption. The structure that bases the criminal law not yet obtained to adapt it these new spheres of protection, generating established controversies in the doctrine world measures. Questions concerning the legal goods untiringly are raised, with its theories that tie the legal goods of the individual one with the collective one, of the concrete to the diffuse one... The criminal legislation starts to not more protect (only) results, and yes, action, many times of anticipated form, contacting it administration of the criminal law face to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the new risks. Inside of this context, the present work questions the legitimacy of the use of the criminal law as instrument of management of risks, under a fundamentalist optics of the right.

KEYWORDS: SOCIETY OF RISK – WELL LEGAL-CRIMINAL – ADMINISTRATION OF THE CRIMINAL LAW

1. Introdução

Com a transferência do sistema feudal para o capitalista, surge o mercado, inicialmente com os artesãos, até chegarmos ao complexo e voraz sistema industrial hoje residente.

Com o advento constante da tecnologia e as profundas novidades trazidas pelas ciências, a sociedade registra evoluções e revoluções. Algumas de forma drástica, a exemplo a mudança de paradigma constituída quando da passagem da sociedade primitiva ao *boon* da Revolução Industrial e da opressão do absolutismo, à Revolução Francesa.

O mundo registra transformações imediatas e incontroláveis, resultando em novas incidências prejudiciais à humanidade, com novas problemáticas, há poucas décadas atrás inimagináveis, e, com elas, o acarretamento de novos riscos, com sujeito passivo toda a coletividade.

A sociedade hodierna, passa a exigir do Estado a solução para os recentes problemas da sociedade de risco, e o direito penal é chamado a atuar, como dique de contenção às novas problemáticas.

Até então a repressão penal era tradicionalmente utilizada como meio de contenção dos abusos e domínios estatais, a criminalizar apenas condutas comprovadamente indesejadas. Agora, ela passa a constituir mecanismo do Estado, na (talvez suposta) luta preventiva de condutas hipoteticamente arriscadas.

O campo de atuação do direito penal alarga-se, passando a intervir em esferas até então estranhas, como: a economia, o meio ambiente, as relações de consumo, a manipulação genética, dentre outros campos.

O direito penal, ao se expandir, deparou-se com dilemas estruturais, vez que as novas intervenções demandam um atuar distinto de seus mecanismos tradicionais, esbarrando com conceitos inacessíveis às novas condutas, gerando divergências doutrinárias de grande qualidade, nascendo diversas propostas que visam redesenhar ou não o direito penal, na busca constante de como situar a proteção a estes novos riscos.

É nesta proposta que discorre o presente trabalho, buscando avaliar as reais possibilidades do direito penal em multiplicar seus campos de atuação, enfocando-se o cuidado para que não se ultrapasse os limites principiológicos já conquistados, visando limitar a atuação penal do Estado, principalmente no tocante às restrições de liberdade.

2. A sociedade capitalista e as novas políticas criminais

A partir dos anos oitenta do século passado, a história passa a registrar ininterruptas transferências de capital, auxiliada continuamente pelo avanço tecnológico voltado à comunicação, concentrando grandes somas nas mãos de empresas transnacionais, e estas, passam de forma incontrolável, a influenciar as políticas nacionais nos países e povos onde se instalam.

As ideologias governamentais do *Welfare State*, adotadas após as grandes guerras, passaram a viver uma crise baseada na impossibilidade de garantir a expansão dos direitos sociais, igualmente de minimizar as desigualdades, tornando os Estados nacionais, de certa forma, dependentes das leis deste mercado internacional capitalista, extremamente impositor.

Fronteiras deixam de existir, econômica e politicamente, resultando numa política globalizada, visualizando-se o trânsito livre de pessoas, capitais, serviços e mercadorias, com tendência à eliminação de barreiras alfandegárias internas e outros óbices impeditivos ao livre comércio. O Estado acaba por diminuir seu poder de regulamentação, dependendo crescentemente de determinações supranacionais à aplicação de regras de mercado[1].

O mercado econômico passa a ser especialmente caracterizado pela concentração em massa de capitais e de sua volátil mobilidade, associada à célere comunicação, constituindo a base do novo modelo capitalista do poder político nacional[2].

A economia global passa a ser caracterizada não apenas pelo livre comércio de bens e serviços, mas, de forma cada vez mais acentuada, pela maximização do intercâmbio negocial. As movimentações interbancárias, as taxas de juros e de câmbio, as negociações de ações nos diferentes países, os negócios que abrangem as mais diversas partes do globo, passam a demonstrar uma nova face do sistema capitalista totalmente globalizado.

Como corolário dos fenômenos característicos da sociedade pós-industrial, surgem novos riscos afetando distintas esferas de bens, a exemplo: as ameaças constantes ao meio ambiente, resultado da produção descontrolada da indústria; igualmente o advento do direito penal econômico, num viés de política criminal arrecadatória; ou ainda, dentre outros, os direitos do consumidor.

Sabedores de que as passagens históricas importam modificar o contexto social, transformando as características de uma determinada sociedade, estas novas faces culturais exigem estudo contínuo do papel do direito penal, pois, ao mesmo tempo em que este apenas deve ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, como barreira/limite à atuação estatal, não pode ignorar estas sensíveis mutações sociais, sob pena de perder sua função precípua de tutela dos bens jurídicos primordiais.

Os conceitos penais devem passar por reflexões, fazendo-se andar ao lado destas mudanças sociológicas, o que exige constantes avaliações de fundamento, de modo a impedir qualquer forma de possível conflito entre a proteção dos bens jurídicos correspondentes a estes novos riscos, com os princípios norteadores da Constituição da República, do Estado Democrático de Direito e dos valores fundamentais da sociedade,

conquistados com o derrame de muito suor, sangue e lágrimas em tempos não tão distantes.

3. A sociedade de risco contemporânea

A idéia de sociedade de risco surge com o sociólogo Ulrich Beck, em 1986, cujas considerações pretenderam melhor explicar questões da modernidade (ou da pós-modernidade aos que preferem), uma vez que a produção social de grande parte da riqueza vem acompanhada por igual produção de riscos, solicitando a interferência penal em novas searas, como a economia[3].

As novas tecnologias, aliadas ao fantástico desenvolvimento de diversas áreas do saber humano, criam novas situações que exigem maior proteção e segurança aos indivíduos, num processo contínuo pouco percebido e praticamente autônomo de mudanças que afetam as bases da sociedade industrial, e, diante de uma realidade que não pára de se alterar, as pessoas tendem a valorizar as antigas certezas da sociedade industrial, criando momentos em que se faz necessário decidir entre uma convicção do passado e uma realidade transformadora.

Este confronto entre as convicções herdadas, e as novas formas sociais, conferem à modernização um caráter reflexivo, designada também por Anthony Giddens de ‘modernidade reflexiva’[4].

Clareia um conflito de interesses, na qual a modernidade, como fenômeno que prometia oferecer às pessoas oportunidades de uma existência segura e gratificante se comparada ao período pré-moderno, resulta por deparar-se com riscos gerados pelo próprio desenvolvimento, lançando problemas antes desconhecidos, como: questões acerca de armas nucleares e a degradação do meio ambiente, capazes de colocar em risco toda a sociedade, de forma global, afetando a todos, indistintamente.

Como resultado da magnitude destes problemas, a sociedade acaba por viver uma intensa fase de insegurança, clamando por maior rigidez de controle, no intuito de reduzir as margens dos riscos através de decisões punitivas, clamando ao direito penal a expandir suas áreas já contempladas de atuação, iniciando, no âmbito da esfera jurídico-penal, um verdadeiro conflito sociológico, gerando muitas controvérsias acerca da legitimidade desta proteção.

Quanto à magnitude dos riscos, atuais e futuros, resta dúvidas se eles podem ou não ser previstos e prevenidos, resultando na seguinte dicotomia: pede-se ao direito penal que seja um ‘ordenamento de liberdade’, limitativo dos poderes do Estado na intervenção junto da sociedade, porque esta é a melhor forma de proteção dos direitos dos cidadãos; em contrapartida, pede-se que seja, igualmente, um ‘ordenamento de segurança’, exigindo-se do direito penal que amplie os poderes do Estado, em nome da proteção, advindos destes novos riscos sociais[5].

Neste contexto, passa o direito penal a tutelar bens jurídicos supra-individuais através da utilização de leis penais em branco, pelo aumento do implemento de técnicas de reenvio nas tipificações, e, principalmente, pelas tipificações de perigo,

concreto e abstrato, como resultado das idéias expansionistas, igualmente apoiadas pelos meios de comunicação, o que acarretou o aparecimento de políticas criminais intimamente ligadas à idéia de prevenção, deixando-se de lado o fundamento natural contido nas tipificações penais, enquanto fundamento da pena[6], registrando-se a implementação de tipos legais que buscam, por meio da criminalização de condutas de perigo, antecipando sua coerção dentro da esfera de liberdade do agente, “na esperança de poder puni-lo antes que a sua conduta alcance a lesão concreta do bem jurídico”[7].

Eis, então, o grande desafio: constatar se é o direito penal instrumento legítimo a tipificar condutas que não chegam a lesar o bem jurídico protegido ou, ainda, proteger ilícitos de perigo abstrato, muitas vezes sem desvalor de resultado, provenientes desta nova característica social.

O direito penal sempre conheceu movimentos que oscilaram entre a descriminalização e a neocriminalização. Após a segunda guerra mundial, despontou-se movimentos que resultaram na criminalização de novas condutas. A partir de então, esta onda criminalizadora passou a assumir formas inovadoras, como, a exemplo, os crimes de perigo: comum, abstrato, concreto ou, ainda, de perigo abstrato-concreto[8].

Há de saber-se como justificar este movimento tendo como pressuposto irrenunciável que o direito penal não pode transformar-se em suporte para todas as mazelas sociais, uma vez que, lhe incumbe proteger um conjunto de valores que fundam historicamente um mínimo ético.

Segundo Faria Costa[9], este mínimo ético, seriam valores com funções garantidoras, onde ao direito penal cumpre tutelar valores jurídicos de relevância ético-social.

O ponto de vista conservador erradicado pela Escola de Frankfurt, visa salvaguardar o direito penal destas novas formas de proteção antecipada de resultados, onde a conquista do direito penal, a proteger os bens jurídicos mais valiosos para a garantia da vida em comunidade, deve ser preservada, remetendo para outras áreas punitivas, não-penais, ou até para meios não-jurídicos, em resposta aos novos desafios inerentes à sociedade de risco, vez que, para estes autores, “a diluição do direito penal nas águas do risco só poderá trazer a sua ‘funcionalização’ e ‘desformalização’”[10].

Esta ‘funcionalização’ seria descendente de uma ‘desformalização’ do direito penal, vez que corresponde a opção de recurso a leis penais em branco, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais, igualmente a orientações no sentido de que o discurso penal clássico se situa na imputação individual, sendo insuficiente e inadequado para servir aos interesses de um direito penal moderno, em que se exigiria a flexibilização ou diminuição de categorias como as da causalidade, da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo, gerando grande indeterminismo destes institutos dogmáticos[11].

Cediço que o exercício do *ius puniendi* encontra sua legitimidade na função reconhecida ao direito criminal, a proteger subsidiariamente bens jurídicos, registra-se, igualmente importante, analisar acerca do alcance destes bens, se a teoria do bem jurídico pode ou não abarcar estes novos riscos, ou seja, se o direito penal pode ou não alcançar estas novas figuras surgidas com a globalização.

4. A proteção dos novos riscos e o bem jurídico-penal

A determinação do bem jurídico tutelado através da criminalização de determinadas condutas constitui um critério legitimador da intervenção punitiva, que se projeta na restrição de direitos fundamentais. Deste pensamento reconhece-se o bem jurídico-penal enquanto padrão de incriminação, numa função crítica-dogmática, enquanto “substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo”[12], todavia, encontrar uma noção de bem jurídico-penal não é tarefa fácil. A doutrina já há muito discute o assunto, onde encontramos muitas divergências.

Para alguns autores os bens jurídicos penais são ‘aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana’; para outros representam ‘aqueles objetos dos quais o homem precisa para a sua própria livre auto-realização’; ou ainda, uma ‘relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com a aprovação do ordenamento’; também há autores que identificam os bens jurídicos como ‘interesses da vida da comunidade a que o direito penal concede proteção’; ou quem acredite que são eles ‘circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado ou para o funcionamento do próprio sistema’[13].

São várias as propostas a definir o conceito de bem jurídico, de forma que podemos concluir que este conjunto de opiniões e a diversidade das noções permitem demonstrar a impossibilidade de apontar um conceito definitivo, acabado, que possa estruturar, de forma segura, este critério de incriminação.

O conceito de bem jurídico-penal convoca, de forma imediata, os princípios fundamentais do direito penal, como a dignidade penal, questionando o próprio sentido e função do *ius puniendi*, bem como a essência do crime.

Neste sentido, extrai-se que a noção de bem jurídico penal, e o próprio direito penal, estão diretamente ligados à história social de cada povo, de cada época. Só a descoberta do sentido da historicidade permitem a compreensão material de um ordenamento jurídico aberto, também, só desse modo, se consente que, teoricamente, “nos interroguemos sobre os processos de transição dos elementos que, num fluxo contínuo passam, quer do ordenamento jurídico para a realidade, quer desta instancia para, justamente, o próprio seio do ordenamento penal”[14].

Realmente, o homem insere-se na historicidade de sua época, e o direito penal acaba por abarcar situações inerentes aos acontecimentos vividos naquela situação jurídica.

Na Alta Idade Média, a situação jurídica do indivíduo estava determinada pela família e pela comunidade a que pertencia, quando o maior dos delitos era a traição, dominando uma concepção de justiça privatista do direito penal.

Com o desenvolvimento econômico-social, e o incremento do comércio, com o aparecimento da nova classe social dos mercadores, característica da Baixa Idade Média, registraram-se profundas mudanças devido à necessidade de segurança a tornar

possível o desenvolvimento das relações mercantis, quando o direito penal voltou-se à proteção dos feirantes[15].

A partir do século XIII, com o fortalecimento e a centralização do poder nas mãos do monarca, o direito penal passou por uma progressiva publicização, iniciando um direito penal como um sistema misto: de um lado público, com a transferência, pelo direito canônico, à autoridade real do *ius puniendi*, passando a considerar o crime como ofensa a toda a comunidade nacional[16], onde o direito direciona-se ao processo inquisitório; por outro lado, paralelamente a este direito penal oficial, sobrevive um direito penal de auto-tutela, persistindo até o período das monarquias absolutas[17].

Neste contexto, a lei penal passa a ser instrumentalizada politicamente, passando, a pena, a ter caráter de prevenção geral, caracterizada pelo terror direcionado aos súditos, atingindo seu clímax nos crimes de lesa majestade.

No fim do século XVII, o mundo do direito penal mostrava-se pouco claro, irracional, vez que, o âmbito dos fatos puníveis era incerto e vago. A partir daqui inicia uma revolução com a bandeira do jusnaturalismo laico, preocupado em superar a concepção teocrática dominante e em ancorar a legitimidade das instituições públicas no direito natural e na razão humana.

É no século XVIII que os direitos naturais do indivíduo são colocados na base do direito e do Estado, onde se assume como premissas fundamentais a racionalização do sistema do direito penal, tornando-o num instrumento útil na prevenção dos crimes, no combate à arbitrariedade, na aplicação da justiça, na proclamação dos direitos que por natureza pertencem a todo o indivíduo. A limitação do poder punitivo pela teoria do contrato social trouxe a afirmação do princípio da legalidade, e é nesta autonomização da tutela penal, não mais vinculada com o poder do monarca, que permite a elaboração de um conceito material de crime, representando o embrião do conceito de bem jurídico-penal[18].

O pensamento da Ilustração, ao identificar o crime como a lesão de um direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade, retirou do direito penal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem dano diretamente a alguém, ou à *res publica*[19].

Estes importantes desenvolvimentos do século XVIII permitiram que no século seguinte o conceito de bem jurídico-penal fosse teorizado como categoria dogmática integrante do sistema penal. Destaque nesta teoria teve o penalista alemão Birnbaum, concretizando a adoção do conceito de bem jurídico a substituir a categoria do direito subjetivo, afirmando que apenas os homens e suas relações poderiam ser objeto do bem jurídico-penal[20].

Na segunda metade do século XIX acentua-se a concepção positivista de bem jurídico. Liszt reconhece a existência de bens jurídicos supra-individuais, associados a interesses dessa natureza e a bens jurídicos individuais correspondentes a interesses pessoais, ao lado de Binding, que concebia o bem jurídico como tudo o que, aos olhos do legislador, tivesse valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos[21].

No início do século XX ocorre modificação decisiva na compreensão do bem jurídico, deixando-se de entendê-lo como um interesse concreto prévio à norma, convertendo-o num instrumento de interpretação.

O bem jurídico passa a ser a *ratio legis* das normas incriminadoras, não confundindo-o com interesses ou bens dos indivíduos singulares. Deixa-se de lado a visão formal, positivista-legalista, incapaz de determinar a fonte de legitimidade da incriminação e responder ao problema da função e limites do direito penal, descobrindo-se a necessidade de uma compreensão material do crime[22].

Terminada a segunda grande guerra, reclama-se o regresso a um conceito liberal de bem jurídico, imposto pela mudança da realidade social, procurando-se que este funcione como fundamento e limite da legitimidade do direito penal. Todavia, permanece a discussão sobre o significado do desvalor da ação e do resultado no ilícito penal.

Juntamente à lesão do bem jurídico, aparece a violação de uma norma de conduta, que desaprova juridicamente um determinado comportamento.

O aparecimento de riscos das modernas sociedades industriais passaram a concentrar-se no desvalor da ação. Segundo Klaus Günther[23], o resultado aparece tão somente como prossecução adequada ou inadequada de um risco incrementado por um comportamento desaprovado, onde o dever originário, complementar, geral e negativo de omitir ingerências em direitos de liberdade alheios, elevou-se à categoria de um dever geral de cuidado, com elementos positivos e negativos, cuja relação de complementariedade com bens jurídicos já não está clara.

Figueiredo Dias[24] salienta que após a crise generalizada do primeiro conflito mundial, “o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções ao serviço dos mais diversos fins de política social”. A partir de então, as incriminações relacionadas com novas situações de risco geradas por ações humanas nos domínios técnico, científico e econômico, ficariam nos domínios do ‘direito penal do risco’.

As ações até então sancionadas pelo direito das contra-ordenações ou pelo direito penal secundário, passam a adquirir uma nova valoração, ganhando outra visibilidade social, que lhes assegurou a elevação à categoria de crime e, em alguns casos, a própria promoção ao Código Penal.

Situações antes sancionadas apenas pelo direito administrativo agora passam a figurar no direito penal, e o aumento efetivo da criminalidade acabou por induzir o legislador a uma antecipação de tutela, além do agravamento da punibilidade.

Diante da ameaça global causada por novos e grandes perigos que pesam sobre a humanidade, principalmente na esfera ambiental, com ameaças reais à existência do planeta, juntamente com a teoria dos riscos de segunda modernidade, de Beck, na qual uma racionalidade instrumental é baseada na crença do progresso ilimitado, deixando para trás a teoria do risco permitido, aumentando a procura de mecanismos de segurança e de prevenção. O direito penal passa a se expandir, determinando a proteção penal dos novos riscos, onde o bem jurídico passa a utilizar-se de conceitos indeterminados e de leis penais em branco, em desfavor ao princípio da legalidade[25].

A incriminação de novos comportamentos nos âmbitos do consumo, do ambiente, da economia, etc., deixam de ter por referência bens jurídicos tangíveis, concretos, afastando-se do conceito clássico do objeto de tutela do direito penal, pois algumas normas incriminadoras protegem interesses supra-individuais, cuja referência pessoal se revela pouco transparente.

Constata-se uma antecipação da tutela do interesse protegido, e a gravidade do ilícito penal desloca-se da lesão do bem jurídico para a estrutura típica do crime de perigo abstrato, passando-se a questionar qual o papel que cabe ao direito penal e aos seus instrumentos na defesa social dos novos riscos[26].

Portanto indaga-se: poderá o direito penal, em resposta às exigências impostas pela pós-modernidade e sua sociedade de risco, continuar a cumprir sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos-penais, ou, ao responder a essas exigências, acaba por se revelar como um direito penal funcionalmente orientado, administrativizado e afastado da tutela de bens jurídicos?

5. A divergência doutrinária acerca da proteção dos novos riscos pelo direito penal

Segundo Hassemer, manifestando-se avesso a considerar o Direito Penal como possível fonte de respostas para a criminalidade proveniente das sociedades hodiernas, sustenta que o *ius puniendi* deveria ser reduzido a um “Direito Penal nuclear”, através de uma dupla tarefa: por um lado operando redução do Direito Penal àquilo que se chama “Direito Penal Básico”, estabelecendo limites de atuação, estando voltado à proteção de todas as lesões de bens jurídicos individuais, bem como sua colocação em perigo de forma grave[27].

Na proposta do autor alemão para os chamados bens jurídicos universais, frutos dos maiores riscos e ameaças, também chamados de difusos e apenas relativamente controláveis, deve ser criado “um direito de intervenção que permita tratar adequadamente os problemas que só de maneira forçada se podem tratar dentro do direito penal clássico”, pois o este não se encontra apto a solucionar problemas que não são passíveis de solução.

Neste contexto, se retiraria do âmbito do direito penal clássico os ‘modernos setores’ e inseri-los-ia na esfera do direito penal extravagante, de intervenção, que estaria situado entre o direito penal e o direito contravencional, entre o direito civil e o direito público, e seria dotado de garantias menos apertadas das que regem o direito penal, bem como sanções menos intensas para os indivíduos.

Para Paulo Silva Fernandes[28], esta proposta parece registrar uma inversão perigosa do princípio da subsidiariedade, denotando sérios problemas acerca do princípio da proporcionalidade, porque correr-se-ia o risco de termos dois pesos e duas medidas, uma vez que não adéqua-se ao direito penal clássico, gerando um direito artificial.

Silva Sánchez, considerando que as novas lesões provenientes dos novos riscos não podem ser absorvidos pelo direito penal clássico, manifesta-se radicalmente contra penas privativas de liberdade fora da proteção de bens jurídicos individuais. O autor

propõe a divisão dos ilícitos em dois grandes blocos: um deles correspondente aos ilícitos para os quais se comina pena privativa de liberdade para proteção de direitos individualmente protegidos; outro, englobando as lesões pertinentes aos novos riscos, ou seja, lesões a bens jurídicos coletivos, onde não caberia a aplicação de penas privativas de liberdade[29].

Para este autor, existiria um direito penal de duas velocidades, com regras de imputação e princípios de garantia funcionando a dois níveis de intensidade, conforme os ‘blocos’ de ilícitos, semelhante ao proposto por Hassemer, quanto às formas de imputação, uma vez que, este propõe a existência de um modelo imbuído de menor intensidade garantística, mas dentro do direito penal.

Em Silva Sánchez, o ‘bloco’ do direito penal pertinente à proteção de bens jurídicos coletivos, ou seja, lesões provenientes dos ‘novos riscos’, se imporá penas mais próximas às sanções administrativas, flexibilizando-se critérios de imputação de garantias político-criminais, bem longe das penas privativas de liberdade.

Enquanto na proposta de Hassemer se extinguiria do direito penal estas penalidades, reportando-as a uma nova espécie de direito administrativo sancionador, onde a política criminal restaria puramente simbólica, impedindo, assim, que a modernização (com seus riscos e princípios de precaução e de acumulação) acabasse por se apoderar do direito penal clássico, vez que este deve continuar a proteger bens jurídicos individuais, considerados como a *ultima ratio* para a vida em comunidade.

5.1 A teoria monista-pessoal dos bens jurídicos

Esta teoria, também nominada como ‘antropocêntrica’, questiona a legitimidade de um direito penal do risco. Compartilham dela a escola de Frankfurt, com destacados autores como Hassemer, Naucke, Albrecht, além de outros de pareceres coincidentes como Prittwitz e Herzog.

Considera que os novos riscos tecnológicos não são compatíveis com os princípios de direito penal, inadequados às regras da causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade, acreditando ser impossível a este ramo do direito desempenhar qualquer papel na contenção dos fenômenos globais e de massa. Esta impossibilidade derivaria da especificidade dos meios de atuação (penas e medidas de segurança) e dos modelos de aferição da responsabilidade, que deve ser individualizada, zelando-se até o limite os direitos das pessoas que se afirmam perante o Estado, “e, se necessário, contra o Estado”[30].

Para estes autores, a regulação dos processos sistêmicos e macro-sociais com o direito penal e a conseqüente expansão da responsabilidade criminal restaria que este ramo do direito perdesse as suas características liberais, passando a ter uma orientação apenas preventista, isenta de limites garantísticos, abandonando sua função básica de proteção das esferas pessoais de liberdade.

Defendendo um direito penal mínimo, a escola de Frankfurt reconhece à categoria dogmática de bem jurídico a função de excluir da normatividade penal todos

os fenômenos sociais patológicos incapazes de lesar, ou pôr em perigo, objetos dignos de serem considerados autênticos bens jurídicos, que deveria ver-se excluído, dentre outros, os crimes econômicos, os crimes tributários, os crimes ambientais[31].

5.2 A teoria pessoal dualista dos bens jurídicos

Próximo aos pressupostos da escola de Frankfurt, porém reconhecendo que nem toda a intervenção do direito penal no domínio dos novos riscos é ilegítima, encontra-se esta teoria, também chamada de teoria personalista dos bens jurídicos supra-individuais.

Seus defensores reconhecem a necessidade de expandir o direito penal face aos problemas da modernidade, porém consideram que a teoria penal do risco não conduz necessariamente ao abandono da teoria do bem jurídico, mas sim a irrupção de bens jurídicos pessoais e patrimoniais com características novas, que, apesar de difusos e fluidos nos limites, permitem a identificação de um núcleo essencial, todavia este reconhecimento de novos bens jurídicos deverá ter por alicerce o princípio da proteção subsidiária e a categoria do dano, a justificar a ofensividade típica dos comportamentos geradores de grandes riscos[32].

Neste sentido, Augusto Silva Dias defende que para poder haver o dano e a ofensividade relativa a um bem jurídico com dignidade penal e não a mera conduta de funções, torna-se imprescindível que os novos bens jurídicos se mostrem dotados de referencial pessoal. Seria a ausência deste referencial pessoal que impediria a sua tutela penal[33].

5.3 A teoria dos bens jurídicos ‘meios’ ou instrumentais

Nesta teoria, os bens jurídicos, cujo domínio de eleição se situa no âmbito do direito de mera ordenação-social, tendo em conta seu valor instrumental na proteção das condições essenciais da realização humana, assumiriam relevância penal, constituindo uma técnica de tutela antecipada dos ‘valores-fins’ essenciais[34].

Para Shünemann e Roxin, as modalidades de perigo abstrato, como exemplos de crimes que tutelam bens jurídicos intermédios espiritualizados, a lesão a tais bens encerra um desvalor próprio, capaz de sustentar um juízo de lesão. A sua proteção adquire um caráter de antecipação da tutela penal daqueles interesses de natureza pessoal, numa relação entre bem jurídico-meio e bem jurídico-fim[35].

Longe de integrar um fim em si mesmo, estes valores representam um simples fim-meio, cujo significado se esgota no estabelecimento de uma proteção mediata, ou, preferindo, de uma guarda avançada em relação à defesa de outros bens jurídicos fundamentais. A sua proteção destina-se a valores que servem de ‘instrumento’, “circunstância que justifica a sua absorção pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens jurídico-criminais”[36].

5.4 A teoria dos bens jurídicos coletivos

Esta teoria reconhece, ao lado dos bens jurídicos individuais, a existência de bens jurídicos sociais, trans-individuais, coletivos, capazes de exercer a função de padrão crítico da incriminação. Figueiredo Dias, diz: “a verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal reside no fato de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído; nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo”[37].

Para este autor, o reconhecimento da autonomia dos bens jurídicos coletivos face aos legítimos interesses individuais, foi acentuado pelos problemas que a sociedade moderna coloca ao direito penal, entendendo que uma proteção penal destes bens jurídicos coletivos supõe que o ilícito material desses crimes seja visto como residindo na verificação de condutas que, em si mesmas consideradas ou em associação a condutas ocorridas em quantidade inumerável e com uma frequência devastadora, lesam ou põem em sério perigo aqueles bens jurídicos, o que, para o autor, há de ter conseqüências ao nível da estrutura típica destes delitos.

Adepto a esta teoria, Hefendehl[38] expõe que um bem jurídico será coletivo ou universal na medida em que ninguém possa ser excluído do seu uso e desde que, o uso de tal bem por alguém, não impeça ou prejudique que outra pessoa dele se beneficie. A segurança coletiva do Estado seria um bem jurídico universal ou coletivo, vez que ninguém pode ser excluído de seu uso, ou ainda, porque o uso desse bem pelo indivíduo A, não prejudica nem impede o uso do indivíduo B.

Reconhecida a dignidade penal dos bens jurídicos coletivos, Hefendehl procura demonstrar a impossibilidade de proteger estes bens através das estruturas tradicionais do delito: lesão ou perigo concreto e abstrato, pois estas não poderiam funcionar quando estão em causa bens jurídicos coletivos.

É nesta teoria que pousaria a idéia dos delitos por acumulação, que preocupa-se com a possibilidade de sancionar penalmente uma conduta individual, mesmo que esta, por si só, não se mostre adequada a lesar o bem jurídico, verificando-se a forte probabilidade de que a mesma seja também realizada por outros sujeitos, o que, no conjunto, corresponderia a uma grave lesão do bem jurídico[39].

Nestes delitos cumulativos estão em causa ações em si mesmas inofensivas, como em exemplos trazidos por Silva Dias[40]: um ato de poluição mínima, de urinar em um rio, de circular de automóvel numa determinada via.... que uma vez praticadas de forma generalizada, podem, numa avaliação realista, produzir um evento danoso como: a contaminação das águas do rio, a saturação do ar da via trafegada...

O tipo cumulativo abrange atos concretos que, contemplados em si mesmos, não lesam o bem jurídico, e, por conseguinte, estes delitos de acumulação podem ser qualificados como crimes de perigo abstrato, não se perdendo de vista sua especialidade, residindo na hipótese realista de que, sem a proibição jurídico-penal, tais condutas seriam realizadas em grande número, criando perigo ou lesando o bem jurídico protegido. Seria no âmbito das ‘ações em massa’ que se inseririam estes delitos, enquanto estrutura adequada a proteger bens jurídicos coletivos que os novos riscos da sociedade tecnológica impõem, sendo, a acumulação, um subtipo de perigo abstrato[41].

Em oposição à legitimidade destes delitos cumulativos, encontram-se, dentre outros autores, Silva Dias e Silva Sanchez, com a explicação de que a figura da acumulação seria, inegavelmente, incompatível com o princípio da ofensividade, uma vez que cada ação singular, considerada em si mesma, é destituída de ofensividade, de dano, e, faltando esta dimensão, considera-se que falta a experiência do desrespeito, da negação do reconhecimento recíproco que sustenta o ilícito genuinamente penal[42].

Sustentam que só a soma objetiva com outros contributos singulares poderia produzir este efeito danoso, porque o delito cumulativo desrespeita igualmente o princípio da proporcionalidade, porquanto a cominação da privação da liberdade, como sanção de uma conduta inócua para um bem jurídico, violaria o princípio da proibição do excesso. Ainda, a figura da acumulação põe em cheque o princípio da culpa, uma vez que nos delitos aditivos, a culpa se funda no pressuposto que outros atuam ou atuarão na mesma direção[43].

5.5 A proposta do abandono do paradigma do bem jurídico – o direito penal do inimigo

Analisando a proposta doutrinária de Günter Stratenwerth (1993), temos o fim do paradigma do bem jurídico face às novas realidades que confrontam o direito penal pós-moderno e a tutela das futuras gerações, cabendo à ciência penalística papel fundamental na construção de um novo direito penal, que vise proteger a existência humana dos novos riscos da sociedade contemporânea[44].

Sustenta este autor que um retorno do direito penal à proteção de interesses individuais seria terrível, pois implicaria renunciar à pena, como sanção mais pesada que o nosso ordenamento conhece, quando estão em jogo interesses vitais, não só dos indivíduos, mas da humanidade inteira. O direito penal, então, revelaria grandes dificuldades em lidar com estes novos riscos, o que impõe modificações dogmáticas importantes, no domínio da causalidade e do resultado, do dolo e da consciência do ilícito, da autoria e da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Este autor propõe o abandono da idéia de bem jurídico, substituindo-o pela tutela direta de relações ou contextos de vida. Em seu pensamento, questionar a validade do bem jurídico não corresponde a reconhecer às normas penais um significado puramente funcional, e sim, representa a renúncia a um ato teórico muito forçado. Esta teoria fora igualmente proposta por Rachel Carson, em 1962[45].

Em crítica a estas considerações, Jakobs[46] argumenta que posições doutrinárias desta conjuntura são tendenciosas ao retorno da criação de um ‘direito penal do inimigo’, onde as normas penais caracterizam-se por três elementos: uma expressiva antecipação da punição, correspondente a um direito penal prospectivo com vista à eliminação de um perigo; uma desproporcionalidade das penas previstas; e a supressão ou diminuição das garantias processuais. Neste tipo de ordenamento, expansionista-penalista, o indivíduo que, por princípio se afirma adversário às normas jurídicas reconhecidas e vinculantes, deve ser combatido como um inimigo.

Seguindo o sustentado por Jakobs, o que se concorda plenamente, temos que “o Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”[47]. Neste sentido, a função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a contradição, e no direito penal do inimigo é a eliminação de um risco, no qual todo delinqüente é um inimigo.

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído[48].

No proposto por Stratenwerth, ou seja, ignorar toda a construção garantista em prol da defesa dos novos riscos, seria o mesmo que rasgar o resultado obtido da luta de batalhas seculares dos cidadãos contra os abusos do Estado, que ao longo da história registra-se, e, conforme prefaciado por Norberto Bobbio na obra de Luigi Ferrajoli[49]: “a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal”.

Pensamento similar à teoria do abandono do bem jurídico, foi a propagada por Karl Schmitt[50], pensador ilustre do nazismo, ao sustentar que uma autoridade política total é indispensável a qualquer sociedade que busque uma harmonia responsável, onde o Estado deve ser capaz de lidar com circunstâncias excepcionais, isto é, crises internas e externas nas lutas políticas entre amigos e inimigos. Para Schmitt, “o soberano é quem decide no caso de uma exceção”, ou seja, esse é o ponto em que o Estado se sobrepõe aos limites da lei, aos quais está, em geral, subordinado.

Apoiar o abandono ao bem jurídico, parece-nos, seria retornar às idéias do Estado máximo, absoluto, firmado pela violência, com tipos penais totalmente abertos, propensos a ignorar quaisquer formas de direitos garantidores, constitucionais, já conquistados.

Ignorar o conceito e rejeitar a análise do bem jurídico, seria perder de vista as idéias iluministas e liberais conquistadas como barreiras aos abusos do Estado, que, para Bobbio, frente à grande antítese que domina a história humana entre a liberdade e poder, pela qual nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior a liberdade tanto menor o poder e vice-versa, resultando boa e desejável “aquela solução que alarga a esfera de liberdade e restringe aquela do poder, com outras palavras, aquela pela qual o poder deve ser limitado de modo a permitir a cada um de gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros”[51].

6. A utilização do direito penal como instrumento de gerenciamento do risco

A questão da sociedade de risco, a tutela de interesses difusos e o problema dos bens jurídicos supra-individuais (coletivos), levanta novas questões anteriormente inimagináveis, conforme já anteriormente explanado. Ao mesmo tempo em que o atual modelo de organização, capitalista e tecnológico ao extremo, necessita do risco para seu desenvolvimento, refuta o mesmo, buscando mecanismos de inibição de sua produção.

Em resultado à busca de proteção a esses novos medos, a norma penal é chamada a cumprir o papel de ferramenta de controle de riscos, e é esta a razão do surgimento do paradoxo incidente sobre estes mecanismos de contenção.

As controvérsias acerca da validade, medida e grau da pena, sobre quais os comportamentos arriscados realmente interessam ao direito penal, ou ainda, o interesse político estatal acerca desta proteção penal, são questões que merecem urgente e contínua análise.

A demanda pela expansão do direito penal sobre os novos riscos vem acompanhada de uma contra-argumentação de ordem econômica, que sugere a retração dos âmbitos de abrangência das normas criminais, sob pena de paralisação de todas as atividades produtivas, vendo-se, o gestor de riscos, o legislador ou o juiz, em meio a um conflito que ultrapassa a atividade política criminal[52].

Neste contexto, o direito penal passa a destinar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, em momento antecedente à causação de um mal, antes mesmo da afetação ao bem jurídico protegido, uma vez que a norma penal passa a reprimir comportamentos potencialmente danosos.

Segundo Bottini[53], “o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco”.

A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em branco, a vagueza dos bens jurídicos protegidos, são exemplos decorrentes desta nova política expansionista do direito penal.

A dificuldade do direito penal em cumprir sua nova missão de gestor de riscos acaba por evidenciar-se, pois a ele é imposto o objetivo de contenção de atividades perigosas baseadas na coerção, sob a bandeira da ‘privação da liberdade’, onde, em muitos tipos, depara-se ultrapassando os limites e garantias inerentes à proteção da dignidade humana.

A legislação penal vêm ampliando os campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa, direcionando sua incidência a contextos cada vez mais genéricos, como o meio ambiente, o sistema econômico e o equilíbrio das finanças públicas.

Baratta[54] constata que os bens jurídicos são, cada vez mais, bens produzidos pelo Estado, no que se refere a infra-estrutura, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.

Acontece que a dinâmica da produção e do desenvolvimento dos novos riscos, juntamente com a complexidade de seus efeitos e a rapidez com que surgem novos contextos de periculosidade, passam a exigir do legislador o recurso às normas penais em branco.

O tipo fechado, que trazia as condutas ilícitas de forma precisa, transforma-se num dispositivo penal genérico, remetendo o preenchimento de seu conteúdo a outros contextos de regulamentação mais flexíveis, constatando-se, segundo Bottini[55], “manifesto abandono do mandato de determinação, concretizado na multiplicação de normas penais com cláusulas genéricas e com elementos típicos indeterminados”.

Outro instrumento amplamente empregado pelo legislador penal são os tipos penais de perigo abstrato, através da criminalização de condutas que antecipam a incidência da norma, deslocando-se o injusto do resultado para a conduta, buscando a evitação do perigo, de forma a obrigar a dogmática penal, adaptando seus fundamentos de acordo com a imposição desta nova realidade.

As teorias de imputação objetiva, que retomam os estudos neokantistas de buscar em critérios valorativos as respostas para os problemas da dogmática penal, apresentam o elemento da criação do risco não permitido, para materializar o injusto penal, alterando todo o sistema já construído[56].

Este novo cenário composto por diversas alterações, tanto legislativas, quanto dogmáticas, afeta toda a legislação penal, num direito mais abrangente e menos limitado, menos preso aos princípios que acompanharam sua criação e consolidação em um Estado Democrático de Direito, vez que a exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da taxatividade, da lesividade, da culpabilidade são mitigados em nome de um esforço para corresponder às expectativas sociais de contenção de riscos[57].

Outro fator levantado por Bottini[58], é o direito penal de precaução, que leva-o a coibir condutas cuja periculosidade é meramente incidiária, onde os riscos não registram-se evidentes, apenas suspeitos. Aqui, a tutela não se antecipa ao resultado lesivo, mas, em determinados casos, antecipa-se à própria constatação do risco, colocando a norma penal num campo estranho: a precaução.

O tipo penal da precaução afeta atividades, cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência, nem pelas evidências estatísticas, mas sua contenção é exigida pela sociedade, que vive momentos de insegurança e medo, devido aos efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias.

Questiona-se, então, a legitimidade da utilização da norma penal como mero instrumento de reforço das regras administrativas, com o intuito de garantir seus enunciados impositivos, podendo ser verificado em inúmeros tipos penais de perigo abstrato[59].

Entre direito administrativo e direito penal, grandes e importantes são as diferenças, cada qual com seus princípios e diretrizes, limites e competências, pois suas bases normativas e interpretativas são diversas.

O direito administrativo “regulamenta e organiza o funcionamento social e protege as instituições públicas, mediante normas genéricas mais flexíveis do que o ordenamento penal, devido ao fato de que as sanções impostas não acarretam a violação da dignidade humana”[60]. Este direito tutela a esfera coletiva, sendo desprovido de relação com indivíduos, diverso da norma penal.

Já a norma penal, cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos fundamentais, registra-se diversa da norma administrativa, que regula as relações em determinado âmbito de atuação. Estas disfunções qualitativas são responsáveis pela disfuncionalidade que acarreta a administrativização do direito penal, decorrente da proteção criminal de preceitos administrativos que não visam proteger bens jurídicos legítimos[61].

Como resultado ao fenômeno desta administrativização do direito penal, por vezes, pune-se penalmente comportamentos de mero descumprimento da regra administrativa, afastando-se uma concepção antropológica do bem jurídico penal, legitimando a proteção da vigência do ordenamento despossuído de valores individuais[62].

Por estas e outras razões, há de se indagar quanto a validade, ou invalidade, de um direito penal administrativizado, questionando-o num paralelo aos parâmetros constitucionais, à verdadeira função do bem jurídico.

Independente da escolha dogmática, o que não podemos, jamais, admitirmos, é o retorno de uma política criminal desenfreada, como em tempos recentes, devendo-se evitar um direito penal divorciado de um lastro dogmático, de tendências unicamente simpáticas às preferências de gestores atípicos da moral, ou populistas, correndo-se o risco de perder sua legitimidade, gerando, neste mundo de riscos, apenas mais insegurança.

7. Considerações finais

Conforme já constatado, a nova concepção do ‘Direito Penal do Risco’ acabou por gerar pontos conflitantes na estrutura tradicional do direito penal.

Questionamentos acerca da legitimidade, da necessidade e da finalidade dessa função expansionista são colocados em cheque pelas mais diversas teorias, cada uma com seu fundamento característico, causando sérias dúvidas a respeito de quais rumos devem ser tomados pelo direito penal contemporâneo, agora e num futuro próximo.

Verifica-se que, de um vértice, a realidade atual carece da atuação preventiva, pois enfrenta processos de transformações sociais que refletem dúvidas, insegurança, espanto... por outro, esta reformulação do direito penal causa perplexidade, vez que, princípios e garantias fundamentais, que funcionam como obstáculos para a intervenção estatal penal na esfera de liberdade, passam a ser flexibilizadas, e, muitas vezes, desprezadas pela busca de um referencial no combate aos riscos.

Conforme leciona o atual presidente de nossa Corte Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes[63]:

o jurista – especialmente aquele especializado nas questões penais – comprometido com a consolidação do Estado Democrático de Direito não pode transigir com a violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, deverão tais direitos funcionar como limite ao poder de punição do Estado.

Na busca de uma solução ao presente conflito, não temos certeza de qual caminho devemos seguir, a única certeza é que a escolha deve respeitar os princípios fundamentais constitucionais e as garantias cidadãs, conquistadas ao longo da história, tendo-se o cuidado para que o direito penal não perca suas características fundamentais, arriscando-se em transformá-lo num direito repressivo puramente simbólico.

8. Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, fasc. 5, jan.-mar.1994.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora (reimp.), 2000.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da Criminalização e Descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa: Editora Porto, 1995.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

_____ (coord.) *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 2 ed. Rev. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

JACOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas*. Org e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVER, Martyn. *História da Filosofia*. Trad. Adriano Toledo Piza. Baurer/SP: Editora Manole, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. Madrid: Civitas, reimp, 2000.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUSA, Suzana Aires de. *Os Crimes Fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

[1] SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 257.

[2] Alberto Silva Franco apud Paulo Silva Fernandes. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. p. 27.

[3] Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 32-33.

[4] GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. p. 58.

[5] SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 262.

[6] FARIA COSTA, José de. *Direito penal econômico*. p. 41-42.

[7] Hassemer apud Paulo Silva Fernandes. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. p. 37.

[8] FARIA COSTA, José de. (coord.) *Temas de Direito Penal Econômico*. p. 48.

[9] Idem, p. 48-49.

[10] FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. p. 71/72.

[11] Idem, p. 73.

[12] SOUZA, Suzana Aires. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizado*. p. 172.

[13] Idem, p. 172 e ss.

- [14] COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal*. p. 176.
- [15] SOUZA, Suzana Aires. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 182.
- [16] Inclusive é nesta época que se inicia a pena de morte.
- [17] SOUZA, Suzana Aires. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 183.
- [18] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. p. 28.
- [19] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. p. 29.
- [20] SOUZA, Suzana Aires. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p.189/190.
- [21] Manuel da Costa Andrade apud Suzana Aires de Souza, *Os crimes fiscais. Análise dogmatica e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 190.
- [22] SOUZA, Suzana Aires. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 191.
- [23] Apud Suzana Aires de Souza, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 192/193.
- [24] Apud Suzana Aires de Souza, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. p. 196.
- [25] SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. p. 115 e ss.
- [26] SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. p. 121-124.
- [27] HASSEMER, Winfried , *Persona, Mundo y Responsabilidade. Bases para uma teoria de la imputacion en derecho penal*, apud Paulo Silva Fernandes, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*. p. 76 e ss.
- [28] FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*. p. 78.
- [29] SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do Direito Penal*. p. 124 e ss.
- [30] Jorge de Figueiredo Dias *apud* Suzana Aires de Souza. p. 205.
- [31] Giorgio Marinucci/Emilio Dolcini in *Diritti penale minimo apud* Suzana Aires de Souza. p. 207.

- [32] SOUZA, Suzana Aires. p. 210.
- [33] *Apud* Suzana Aires de Souza. p. 212.
- [34] Fernando Mantovani *apud* Suzana Aires de Souza. p. 215.
- [35] ROXIN, Claus. *Derecho penal*. p. 410.
- [36] António Manuel de Almeida Costa *apud* Suzana Aires de Souza. p. 217.
- [37] *Apud* Suzana Aires de Souza. p. 219.
- [38] *Apud* Suzana Aires de Souza. p. 220-221.
- [39] Augusto Silva Dias *apud* Suzana Aires de Souza. p. 226-227.
- [40] *Apud* Suzana Aires de Souza, p. 226-227.
- [41] Claus Roxin *apud* Suzana Aires de Souza. p. 229-230.
- [42] *Apud* Suzana Aires de Souza. p. 236 e ss.
- [43] *Apud* Suzana Aires de Souza. p. 236-237.
- [44] *Idem*. p. 223.
- [45] SOUZA, Suzana Aires. p. 225.
- [46] JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. p. 45 e ss.
- [47] *Idem*, p. 42.
- [48] JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. p. 49.
- [49] BOBBIO, Norberto, em prefácio à obra *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli. p. 7.
- [50] OLIVER, Martyn. *História da filosofia*. p. 158-159.
- [51] BOBBIO, Norberto, em prefácio à obra *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli. p. 8.
- [52] MOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. p. 85-86.
- [53] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. p. 86.

[54] BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. p. 13.

[55] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. p. 93-94.

[56] Idem, p. 96.

[57] Idem, p. 97.

[58] Idem, p. 109.

[59] SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal*. p. 115.

[60] Hassemer *apud* Pierpaolo Cruz Bottini. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. p. 198.

[61] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. p. 189-199.

[62] Idem, p. 199.

[63] Gilmar Ferreira Mendes prefaciando a obra de Hassemer, *Direito Penal Libertário*. p. xiv.

DILEMAS E UTOPIAS QUANTO AOS FUNDAMENTOS DA PENA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO DEBATE ENTRE CARLOS SANTIAGO NINO E EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI*

DILEMAS Y UTOPIÁS CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA PENA: UNA REFLEXIÓN A PARTIR DEL DEBATE ENTRE CARLOS SANTIAGO NINO Y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Vanessa Chiari Gonçalves

RESUMO

O artigo aborda os limites e as possibilidades de se discutir o fundamento das penas privativas de liberdade nos países periféricos como o Brasil e a Argentina na atualidade, especialmente a partir do discurso de deslegitimação do sistema penal de Eugênio Raúl Zaffaroni e da sua interlocução com Carlos Santiago Nino. Zaffaroni defende a adoção de um realismo jurídico penal marginal, isto é, a posição de que houve uma perda de legitimidade do sistema penal, sobretudo nos países subdesenvolvidos, devido à percepção prática de que os objetivos perseguidos pelo discurso jurídico-penal e pelas normas penais são inalcançáveis e acabam por produzir justamente o efeito contrário daquele declarado pelo discurso oficial. De outro lado, com Nino se pode indagar se é possível viver em uma sociedade sem a possibilidade de coação exercida pelo sistema penal? Ou a pretexto de denunciar os efeitos deletérios do sistema penal estaríamos defendendo a deslegitimação do próprio Estado Democrático de Direito e assim, produzindo riscos ainda mais nocivos a convivência social.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA PENAL, FUNDAMENTO, DESLEGITIMAÇÃO, PENA, COAÇÃO JURÍDICA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RESUMEN

El artículo analiza los límites y las posibilidades de si discutir los méritos de las penas privativas de libertad en los países periféricos como Brasil y Argentina en el actualidad, especialmente desde el discurso de deslegitimación del sistema penal de Eugenio Raúl Zaffaroni y de suya interlocución con Carlos Santiago Nino. Zaffaroni aboga por la adopción de un realismo jurídico penal marginal, es decir, la posición de que hubo una pérdida de legitimidad del sistema penitenciario, especialmente en los países subdesarrollados, debido a la percepción práctica que los objetivos que persigue el discurso jurídico penal y las normas penales son inalcanzables y llegan a producir

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

precisamente el efecto contrario do que declara el discurso oficial. Por otro lado, con Nino si puede indagar si es posible vivir en una sociedad sin la posibilidad de coacción ejercida por sistema penal? O a pretexto de denunciar los efectos nocivos del sistema penal hubiéramos de defender la deslegitimación del propio estado democrático de derecho y por lo tanto, producir riesgos incluso más perjudiciales a la convivencia social.

PALAVRAS-CLAVE: SISTEMA PENAL, FUNDAMENTO, DESLEGITIMACIÓN, PENA, COACCIÓN JURÍDICA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

INTRODUÇÃO

O sistema penal foi colocado em xeque a partir das descobertas das teorias sociológicas desenvolvidas ainda na primeira metade do século XX, principalmente nos Estados Unidos, dando-se ênfase ao labeling approach, ou teoria do etiquetamento, que contribuiu de maneira decisiva para a inversão do objeto da criminologia, fazendo com que os estudos criminológicos deslocassem o seu foco dos aspectos meramente causais, que diziam respeito especialmente à pessoa do criminoso e suas características, para se concentrarem nas raízes da criminalização das condutas, ainda no âmbito legislativo, contribuindo assim, para o desenvolvimento da criminologia radical, também chamada de criminologia crítica e suas tantas vertentes.

A grande mudança paradigmática da criminologia influenciou a forma como se pensa hoje a fundamentação das penas, criando um espaço propício para que se discuta a crise de legitimidade do sistema penal como um todo e em especial nos países periféricos, como aqueles que compõem a América Latina.

Assim, a fim de discutir a perda ou não de legitimidade do sistema penal latino-americano, a interlocução especial entre os pensamentos de Eugenio Raul Zaffaroni e Carlos Santiago Nino é de fundamental importância, de modo que eles foram tomados neste trabalho como marcos teóricos na discussão sobre o fundamento das penas. A opção por esses grandes autores em detrimento de outros tantos penalistas e criminólogos de relevo no mundo se deve ao fato de serem ambos os autores latino-americanos, que conhecem as peculiaridades de nossa região e que travaram um debate interessantíssimo de idéias. Desse modo, em um primeiro momento discorreremos brevemente sobre as teorias clássicas que se propõem a explicar a razão de existir das penas segundo a concepção do direito penal moderno, ainda em vigor na contemporaneidade. Em um segundo momento, serão analisadas as críticas realizadas por Carlos Santiago Nino ao pensamento de Eugênio Raul Zaffaroni a partir da obra intitulada: Em busca das penas perdidas, bem como a sua resposta às críticas de Nino para além da réplica e da tréplica que daí decorreram. Por fim, faz-se necessária uma reflexão sobre as interpretações e leituras dos referenciais teóricos estudados.

1. AS TEORIAS DA PENA

A questão que envolve a fundamentação ou razão de existir das penas tem sido discutida há muito tempo, de modo que utilizando a classificação que, entre outros, Juarez Cirino dos Santos[1] e Massimo Pavarini[2] adotam, se pode dividir as funções da pena em funções declaradas ou manifestas e funções reais ou latentes. Dentre as funções declaradas da pena encontram-se tanto as funções retributivas como as preventivas, que embora tenham sido desenvolvidas em momentos históricos distintos e defendidas por autores distintos, foram combinadas pelas teorias unificadas da pena com o objetivo de que fossem “superadas as deficiências individuais de cada teoria, mediante a fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal”. [3] Relaciona-se à função de retribuição da pena a idéia de compensação da culpabilidade, de modo que a pena é vista como um mal retribuído ao agente em razão do mal causado por ele a vítima e à coletividade por meio da prática da infração penal. As funções preventivas, de outro lado, partem da idéia de que a pena tem como função a prevenção de novos delitos. As funções preventivas podem ser divididas em especiais e gerais, sendo que as especiais dirigem-se ao agente que infringiu a norma penal incriminadora, enquanto as funções preventivas gerais dirigem-se aos indivíduos como um todo. A prevenção especial negativa visa à neutralização do criminoso, que afastado do convívio social, especialmente por meio da pena privativa de liberdade não poderá vir a praticar novos delitos durante o seu afastamento. Já a prevenção especial positiva relaciona-se com o objetivo de ressocialização ou integração social da pessoa do infrator, por meio da educação e da disciplina, numa espécie de ortopedia capaz de adestrar docilizando os corpos[4].

As funções de prevenção geral, que se destinam a coletividade, também podem ser divididas em gerais e especiais. A prevenção geral negativa diz respeito à intimidação dos indivíduos provocada pela ameaça de pena a partir da demonstração concreta de que as normas penais são cumpridas e de que os seus infratores são efetivamente punidos. Já a prevenção geral positiva diz respeito à reafirmação da norma como protetora de bens jurídicos importantes, reforçando, assim, a confiança na ordem jurídica.

De outro lado, se pode falar nas funções reais ou latentes da pena, que podem ser interpretadas desde várias teorias ou vertentes da criminologia. A teoria agnóstica da pena a qual se filia Eugenio Raul Zaffaroni e a teoria materialista da pena, a qual se filiam Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos, são exemplos dessas novas perspectivas na análise do fundamento das penas.

A teoria negativa/agnóstica da pena criminal se caracteriza por ser uma teoria negativa (ou seja, de negação) das funções declaradas ou manifestas da pena criminal, expressas no discurso oficial de prevenção geral e especial e de retribuição, visando a reduzir o poder punitivo do estado de polícia e conseqüentemente a ampliar o estado de direito, uma vez que o estado de polícia existe de forma intrínseca em qualquer estado de direito.[5]

Já segundo a teoria materialista a pena representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista, tendo como finalidade a própria manutenção do modo de produção capitalista, uma vez que se trata de retribuição equivalente do crime, medida pelo tempo de liberdade suprimida.[6] O sistema penal portanto se encarrega de

reproduzir as desigualdades sociais, de acordo com o nível de estratificação da sociedade.

2. O DEBATE ENTRE CARLOS SANTIAGO NINO E EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI

A fim de realizar uma breve interlocução entre o pensamento de Eugenio Raul Zaffaroni e de Carlos Santiago Nino, discorreremos a partir das críticas que Nino elaborou sobre algumas das proposições de Zaffaroni em sua obra “Em busca das penas perdidas” publicada em 1989, bem como a respeito da teoria agnóstica da pena, adotada por este mesmo autor, que acabou por dar início a um debate de idéias instigante e interessantíssimo entre estes dois grandes autores. Na obra em questão, Zaffaroni defende o que denominou de adoção de um realismo jurídico penal marginal, isto é, a posição que de houve uma perda de legitimidade do sistema penal, sobretudo nos países subdesenvolvidos, devido a percepção prática de que os objetivos perseguidos pelo discurso jurídico-penal e pelas normas penais e processuais penais na sua descrição abstrata são ilusórios, pois o sistema penal produz justamente o contrário daquilo que afirma como objetivo a ser alcançado.

As críticas de Nino a obra de Zaffaroni foram divididas pelo autor em seis grandes itens, de modo que se optou neste trabalho por manter esta divisão a fim de que cada aspecto fosse melhor avaliado, mantendo-se a originalidade dos argumentos de ambos os autores, uma vez que a análise sistemática das idéias, da forma como foram apresentadas, ajuda a elucidar os conceitos e as respectivas teses e interpretações, facilitando assim a reflexão.

2.1 A descrição do sistema penal

A descrição das aberrações mais óbvias do sistema penal da Argentina e de muitos outros países da América Latina realizada por Zaffaroni parece estar correta, na visão de Nino, mas se torna insuficiente se não for colocada numa perspectiva sócio-econômica. Para Nino é evidente que as mazelas do sistema penal se direcionam prioritariamente para as populações mais pobres que, além de serem mais propensas a prática de determinados delitos, são as vítimas preferenciais desse sistema. Ocorre que seria interessante que se trabalhasse com dados estatísticos para corroborar a maior vulnerabilidade dos setores menos favorecidos socialmente.[7] Nino também critica o excesso de expressões emotivas no texto de Zaffaroni, como falar em “jaulas ou instituições de seqüestros”, para se referir respectivamente às prisões e as penas privativas de liberdade, pois assim se reduz a possibilidade de fazer descrições e precisões debilitando o poder explicativo do discurso teórico rigoroso, que não podemos prescindir na América Latina sob pena de aprofundar nossa condição de vulnerabilidade.

Zaffaroni em sua resposta às críticas de Nino afirma que a obra *Em busca das penas perdidas* não pretende mais que “salvar o direito penal liberal do violento vendaval que o assola por parte do pensamento autoritário, da debilidade que lhe brinda

com uma fundamentação cientificamente falsa e da infecção com que o contaminam” os que se chamam penalistas liberais porque compartilham somente os seus erros de fundamentação.[8] Afirma que foi até “conservador” ao chamar as prisões de jaulas, pois basta que se visite a uma penitenciária da região para que facilmente se constate que a expressão é meramente descritiva. Quanto à expressão instituição de seqüestro, Zaffaroni a entende adequada, uma vez que uma privação de liberdade ilegítima é equivalente a um seqüestro. Ao destacar tais expressões Zaffaroni não pretende cair em excesso metafórico, mas sim “suprimir sedações e dramatizações” porque assim se pode “desnormalizar uma situação para mover uma interpretação mais racional ou razoável da realidade”, que permita a sua melhor compreensão e a redução dos seus níveis de violência.[9]

A respeito do estilo apaixonado da obra de Zaffaroni, é importante salientar que em que pese as informações sobre o caos dos sistemas prisionais no Brasil, na Argentina e em outros tantos países latino-americanos tenham certa notoriedade, Nino parece ter toda a razão quando afirma que o discurso emotivo é insuficiente para produzir mudanças concretas no curso das ações políticas, pois especialmente o discurso crítico precisa estar amparado em dados empíricos, que revelem cientificamente aquilo que nos parece tão óbvio, dando sustentação e robustez teórica a nossa argumentação. Em outras palavras não há mais espaço para discursos de impacto, que acabam sendo estigmatizados como discursos panfletários, por mais realistas que sejam.

A questão crucial da crítica de Nino a Zaffaroni a respeito da necessidade de pesquisa empírica refere-se ao fato de que se ao males anteriores do sistema penal são irredimíveis se está supondo que esses males não podem ser evitados ou atenuados, até mesmo porque toda a tentativa neste sentido levaria a legitimação do sistema penal. Não se pode propor como ponto ideal a abolição do sistema penal e nem mesmo a sua imunização se não for feito um exame minucioso apoiado em dados empíricos sobre a impossibilidade de sanear o sistema ou sobre a sua eficácia preventiva, pois o senso comum se direciona no sentido de que a ameaça de pena efetiva é capaz sim de prevenir novos delitos.

Quanto à ausência de uma perspectiva econômica na sua obra, Zaffaroni responde que a seletividade dos sistemas penais como um todo é estrutural, de modo que é insuficiente o critério que se limita a crítica ao sistema penal na América Latina pela via do nosso subdesenvolvimento, bem como o seu confronto com um sistema penal supostamente não seletivo, não violento, não corrupto e não reprodutor, que seria o modelo dos países centrais, uma vez que nossos sistemas penais marginais, por corresponderem a sociedades mais estratificadas, são mais violentos, mais seletivos, mais corruptos e mais reprodutores, mas estas características estão presentes em todos os exercícios do poder punitivo. Para além de nossos desfavorecidos economicamente serem mais propensos a praticar certos delitos e serem mais vulneráveis diante do sistema penal, temos que nossos invulneráveis são mais propensos a cometer outros tipos de delitos, mas são mais invulneráveis ao sistema penal.[10]

A preocupação de Nino, quanto ao discurso generalizado de deslegitimação do sistema penal de Zaffaroni, parece estar muito vinculada à necessidade de segurança e defesa social o que se observa quando ele afirma que “não ficaríamos tranquilos em saber que os infratores de toda a ordem não estariam sujeitos a qualquer tipo de sanção coercitiva”. Nino assume, desse modo, uma postura contra o retribucionismo e a favor

da prevenção geral, entendendo que se há efeitos benéficos no sistema penal, no sentido de prevenir novos danos, não se pode dizer que eles só servem para legitimar um sistema desigual, especialmente se suas conseqüências deletérias puderem ser contidas ou atenuadas.

Para Zaffaroni, ao contrário, não há nenhuma comprovação do efeito preventivo geral da pena, nem positivo, nem negativo, mas à despeito da intranqüilidade de Nino esclarece que é importante fazer uma distinção entre pena e coação pública (que é capaz de deter uma lesão em curso ou de apartar um perigo real ou iminente). Zaffaroni não se revela contrário às coações diretas (administrativas) ou jurídicas do Estado (policiamento preventivo, multas de trânsito, multas aplicadas judicialmente, etc.), embora se faça necessário o aperfeiçoamento de seu controle jurídico. Para este autor os exemplos de efeitos preventivos destacados por Nino tratam-se, na verdade, de efeitos preventivos das coações diretas e não das penas, que possuem natureza muito diversa.[11]

Quanto ao genocídio, destacado por Nino como exemplo de conduta que merece uma reação firme do poder público, Zaffaroni afirma que se a Europa de hoje não segue a outro Führer não se deve ao efeito preventivo geral de Nürnberg, pois a questão é outra. Ressalta que qualquer sistema penal é seletivo, que os cárceres estão cheios de “ladrões fracassados” e não de assassinos ou genocidas e psicopatas, pois estes representam uma ínfima minoria da qual o Estado se utiliza para fazer propaganda, legitimando o seu discurso punitivo.

É importante esclarecer que Zaffaroni parece abordar aqui a questão da chamada cifra obscura da criminalidade, isto é, as infrações penais que são praticadas e que não chegam ao conhecimento do Estado, por isso não são apuradas nem punidas. Estima-se que seja superior a 90% os delitos praticados e não registrados oficialmente ou ainda sem solução judicial. A partir da denúncia dos criminólogos críticos sobre essa cifra oculta, passou-se a compreender que as penitenciárias contém apenas um pequeno percentual de infratores selecionados pelo sistema penal, especialmente dentre aqueles indivíduos que praticam delitos contra o patrimônio. Dessa forma, a função primordial do sistema penal e conseqüentemente das penitenciárias estaria vinculada a garantia de uma sensação de segurança jurídica, baseada em uma ilusão.

Na visão de Zaffaroni os efeitos maléficos do sistema penal podem ser reduzidos, mas não podem ser evitados, uma vez que são estruturais. Não há prova histórica que autorize a afirmar que um sistema penal possa não ser seletivo e nem violento, de modo que os presos não estão no cárcere pelo que fizeram, ainda que tenham feito, mas sim “porque o fizeram com notória ineficácia, sem prejuízo do que tenham feito alguns infratores mais cruéis em pouquíssimos casos (bem explorados midiaticamente) seja repugnante”. Como se pode pretender justificar a pena sobre 95% de ladrões pobres e fracassados com base em 5% ou menos de infratores que praticaram delitos bem mais graves?[12]

Nesse aspecto, parece-nos que os argumentos de Zaffaroni correspondem a realidade, pois embora não se tenha como alcançar o percentual da chamada cifra obscura da criminalidade, uma simples pesquisa realizada no Presídio Central de Porto Alegre, com base nos dados que são calculados diariamente pela Brigada Militar gaúcha, que o administra, revelou que em torno de 55% dos quase quatro mil detentos ou estão presos

provisoriamente ou já cumprindo pena por delitos contra o patrimônio, enquanto cerca de 30% se enquadram no delito de tráfico de entorpecentes e apenas os demais 15% dos detentos respondem por toda a sorte de outros delitos, incluindo homicídios, lesões corporais, crimes sexuais, etc.

2.2 Os pressupostos valorativos

Nino entende que falta na obra de Zaffaroni uma melhor definição dos pressupostos valorativos que ele adota para realizar a sua crítica à legitimidade do sistema penal como, por exemplo, os seus princípios de justiça ou sua concepção de igualdade. Afinal, o que pensa Zaffaroni? Caso existisse concretamente uma função preventiva da pena e se os seus efeitos nocivos pudessem ser amenizados a pena estaria legitimada ou a pena não se legitima de nenhuma forma? Em sendo positiva esta afirmativa como justificar a pena sem recorrer a argumentos de retribuição? Porque não considera relevante o consentimento dos sujeitos apenados, que se identifica com a tese de Nino?

Para Nino os argumentos referentes às desigualdades sociais que se refletem na desigualdade do sistema penal não são suficientes para deslegitimar a punição dos delitos em geral e, em especial, as penas aplicadas aos delitos de terrorismo de Estado, torturas, crimes contra a administração pública, delitos de trânsito, etc, pois Nino acredita no livre arbítrio do agente nestes casos. Critica o etiquetamento que Zaffaroni promove de sua obra (*Los limites de la responsabilidad penal*, bem como da obra de Hart, vistas como neocontratualistas, pois segundo Nino quem valora a liberdade de eleição, de escolha não pode ser automaticamente considerado um neocontratualista.

Nino por negar o rótulo de retributivista, que Zaffaroni lhe atribui, traduz a crítica deste no sentido de que em uma sociedade injusta a pena retributiva resta deslegitimada da seguinte forma: se não há uma relativa igualdade nas possibilidades de eleição dos indivíduos, não se pode outorgar validade ao seu consentimento em assumir certa responsabilidade ou pena, com o fim de se justificar que lhe foi imposta uma pena socialmente útil. A esta crítica Nino rebate afirmando que, conforme abordou em sua obra (*Ética e Derechos Humanos*), as escusas ou vícios da vontade não supõem meramente que a vontade de um indivíduo esteja determinada por algum fator causal (já que sempre está), mas por algum fator causal que afete desigualmente a certos indivíduos e não a outros. Para Nino se a decisão de um indivíduo de cometer um delito está determinada por graves fatores psicológicos ou sociais os quais não sofrem outros indivíduos da sociedade, não é possível utilizar o seu consentimento para justificar a imposição de uma pena, ainda que esta seja socialmente útil.

A crítica que nos parece pertinente quanto à tese de Nino sobre o consentimento do agente como fator de justificação da pena, é sua dificuldade de implementação concreta, pois o suposto consentimento seria sempre artificial, isto é, pressuposto ou deduzido de acordo com critérios de ordem subjetiva relacionados ao caso concreto, que pudessem excluir a responsabilidade penal dos indivíduos que não tiveram condições concretas de avaliar a situação em posição de igualdade e de tomar a sua decisão autônoma no sentido de praticar o delito a revelia da pena prevista no tipo penal e da possibilidade de sua condenação.

Outro aspecto que preocupa Nino é a questão da legitimidade do processo democrático. Para ele não ficou claro na obra analisada se Zaffaroni crê que as imperfeições do sistema democrático se sobrepõem ou não a ponto de não se poder mais sustentar que este regime de governo é mais legítimo que qualquer outro procedimento alternativo de decisão, pelo que o seu aperfeiçoamento deve ser realizado por meio deste mesmo sistema democrático.[13]

Zaffaroni quanto a este aspecto esclarece que é evidente que prefere que a criminalização primária[14] seja realizada por uma agência legislativa de eleição popular, mas isso não autoriza a se imaginar que quem critica a criminalização primária emergente do Congresso Nacional seja um golpista, uma vez que nem tudo o que emerge de um parlamento democraticamente eleito pode ser tido como legítimo, ainda que seja aberrante. Mas a questão central para Zaffaroni está na criminalização secundária, que não é realizada pelo legislador, mas sim pelo juiz e pelos funcionários do poder executivo, de modo que se pode dizer que a criminalização primária é um programa legislativo irrealizável, uma vez que são os funcionários do poder executivo aqueles que elegem uns pouquíssimos candidatos a criminalização secundária.[15]

Para Zaffaroni estas opções formais ocultam dados de realidade do poder cuja ignorância é perigosa para o aprofundamento e a consolidação dos processos democráticos, pois no seio do estado de direito existe um estado de polícia e quando se debilita o primeiro emerge o segundo. Não há estados de direito puros, mas sim estados de direito que tem mais controladas as pulsões do estado de polícia que contém.

2.3 Os véus conceituais

Quanto aos véus conceituais cabe destacar um ponto de concordância importante entre os dois autores, pois Nino sempre sustentou que a ocultação que faz a dogmática penal, por meio da tomada de posições valorativas sob a roupagem de técnicas aparentemente neutras, como as teorias gerais do direito e a análise conceitual, impede tanto a deliberação crítica como o controle democrático das decisões que são tomadas abaixo da proteção da dogmática.

As garantias do direito penal liberal transcendem a dogmática. Nino crê que a dogmática põe em risco o princípio da legalidade, quando faz aparecer como contidas na legislação e reveladas pela análise conceitual, o que seria, na verdade, o resultado de postulações valorativas dos juristas que propõem tais soluções, não controladas pela discussão aberta e democrática. Nino comparte com Zaffaroni a idéia de que a progressiva subjetivação do injusto a qual está incorrendo a dogmática atenta gravemente contra o princípio liberal de intersubjetividade do direito penal.

Esse ponto da argumentação de Nino pareceu-nos contraditório, uma vez que se o fundamento da pena está vinculado à idéia de consentimento do agente, uma certa subjetivação do injusto, como já ocorre no caso da culpabilidade que se volta para a análise das condições concretas do indivíduo (capacidade, consciência potencial da ilicitude ou antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa) no momento da prática do delito, não permitiria uma melhor avaliação das escolhas autônomas e dos consentimentos a fim de se atribuir a responsabilidade de forma menos desigual ou

seletiva substancialmente, levando em consideração as implicações sócio-econômicas do agente?

Nino, no entanto, critica Zaffaroni por entender que este não vai longe na sua crítica do aparato metodológico encobridor empregado pela dogmática, pois adere a postulação de Welzel de estruturas lógico-objetivas. Nesse sentido cabe destacar, que Zaffaroni[16] afirma, de fato, em sua obra que a tendência nos últimos anos, no que se refere ao discurso jurídico penal, tem sido a adoção de um finalismo formal centrado em requerimentos de completude lógica da construção teórico do delito e acrescenta:

Em um marco jurídico mais amplo, o neokantismo foi o recurso mais comumente utilizado, na América latina, para legitimar os regimes “de fato”, sua legislação (inclusive a penal) e os próprios “atos institucionais” dos poderes de fato. Da mesma forma, a América latina conhece, há muito, o fenômeno de constitucionalismo formal com ditadura real, cujas modalidades de terrorismo de Estado também apelam à ruptura provocada pelo neokantismo entre realidade e normatividade.[17]

Zaffaroni esclarece que Welzel empregava a teoria do direito para um funcionalismo ético-social com o qual não comparte e que não se distingue do funcionalismo preventivista contemporâneo, porque é autoritário, nutre a idéia de utilidade social da pena ou o seu valor simbólico. O fortalecimento do mínimo ético é o que Zaffaroni[18] chama de normalização, seguindo a clássica definição de Michel Foucault sobre os recursos para o bom adestramento, entre os quais estão a sanção normalizadora, que torna homogêneos os comportamentos por meio de punições e recompensas.[19]

Por outro lado, Nino concorda com Zaffaroni no que se refere à distância significativa que mantém da dogmática no sentido de que a definição de delito não é uma verdadeira definição conceitual, senão um conjunto de princípios valorativos sobre as condições exigíveis ao legislador ou a um juiz para prescrever ou aplicar penas. A obra de Zaffaroni adota a desqualificação geral do discurso jurídico promovida pela chamada escola crítica do direito inspirada sobretudo no pensamento de Michel Foucault acerca da interdependência do saber e do poder. É notório que o direito é um discurso de poder e dominação, resta para Nino[20] discutir em que condições este poder está justificado e, portanto, quais são os limites deste poder.

Zaffaroni, no entanto, entende que a incorporação de dados das ciências sociais ao discurso jurídico, especialmente no que se refere a seletividade estrutural, causa angústias, mas mais angustiante ainda “é a ameaça de naufrágio do discurso jurídico-penal de garantias ou liberal e a sensação de esquizofrenia” que só pode superar ao compreender que “a salvação do discurso redutor e garantista é possível através de uma teoria negativa da pena”. [21]

É importante salientar que o direito penal moderno é por definição limitador do poder punitivo estatal não se confundindo, portanto, com o poder punitivo no seu sentido mais amplo. Falar em direito penal significa falar em um direito garantidor do cidadão e não em mecanismo de controle da criminalidade ou de guerra contra os eventuais inimigos. Daí se deduz que segurança pública é uma questão de política e não de tipificação de condutas em abstrato, em que pese não se possa afastar do direito penal também a sua

função de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio social pacífico. Os excessos e abusos praticados no âmbito das relações de poder que se formam por meio do sistema penal e à revelia das normas jurídico-constitucionais constituem-se em mero exercício de poder punitivo ilegal e ilegítimo.

Parece evidente que as sociedades estratificadas reproduzem mais a sua desigualdade no exercício do poder de punir e até mesmo por meio de normas penais incriminadoras elaboradas no âmbito de processos democráticos, que asseguram, na medida do possível, a justificativa necessária para a manutenção da ordem social, elevando a propriedade privada a um status de bem jurídico de fundamental importância, merecedor de uma forte proteção do direito penal, o que não afasta a roupagem do direito penal como limitador.[22]

2.4 As utopias

Nino critica o fato de Zaffaroni tomar o abolicionismo, ou seja, o desaparecimento do sistema penal como ideal a ser alcançado porque além de ser difícil, para não dizer impossível, concretizá-lo este objetivo se mostra utópico porque é alimentado pela idéia de que se pode chegar a uma “comunidade fraternal de homens e mulheres movidos por impulsos altruístas”, que resolvem os seus conflitos de interesses por meio da persuasão ou da comunhão de sentimentos. O problema maior para Nino não é só o fato dessa imagem ser utópica, mas sim o fato de se tratar de uma utopia ilegítima, por não permitir que se gradue a diferentes conformações sociais por sua maior ou menor aproximação do ideal. Quando se respeita o pluralismo e a autonomia pessoal surge a possibilidade da ocorrência de conflitos profundos, que muitas vezes só podem ser resolvidos pela intervenção coativa de alguém. Pode haver divergências entre a concepção de bem de alguém e o procedimento coletivo de tomada de decisões que elegeu outra concepção de bem, como também se pode divergir sobre qual é o melhor procedimento de tomadas de decisões e deve haver outro procedimento superior de tomada de decisões para dirimir essa controvérsia.[23]

De outro lado, Zaffaroni entende que Nino tem uma falsa percepção do abolicionismo porque esta vertente criminológica em nenhum momento propõe que sejam soltos todos os presos, que sejam fechados os tribunais ou que os homicidas sejam premiados. O que os abolicionistas propõem são novas alternativas ou modelos diferentes de solução de conflitos (reparadores das vítimas, terapêuticos, transacionais, conciliadores, etc.), especialmente para os casos de crimes contra o patrimônio que representam o maior número de apenados.[24] Zaffaroni[25] esclarece que não é abolicionista e sim agnóstico.

Quanto a este argumento cabe salientar que no Brasil já existem três projetos pilotos no sentido de se implementar práticas restaurativas junto às Varas da Infância e Juventude, combinando estas práticas restaurativas com as medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que têm apresentando resultados positivos embora incipientes; uma das cidades onde já está em funcionamento um desses projetos é Porto Alegre, por meio da 3ª Vara da Infância e Juventude do Foro Central.

Para Zaffaroni as provas complexas que Nino exige para se comprove que o poder punitivo não tem nenhum efeito benéfico são desnecessárias, uma vez que no plano social não há nada que não tenha algum efeito benéfico, “não existe o mal absoluto”. Assim, a descrição que faz o “prevencionismo” geral positivo é bastante próxima da realidade, tendo um efeito tranquilizador, o problema, portanto é outro: saber se é preciso que se pague em vidas e dor de uns poucos fracassados que se põem ao alcance do sistema penal e se as limitações à liberdade que todos sofremos são ética e politicamente justificados e se não há disponíveis outros mecanismos de solução de conflitos mais eficazes e pacificadores e não meramente tranquilizadores.[26]

Zaffaroni ainda retoma a idéia de que em nenhum momento defendeu a deslegitimação de toda a coação jurídica, mas somente das penas, em especial das penas privativas de liberdade e devolve para Nino a exigência de que este comprove a função preventiva da pena que defende.[27] Zaffaroni justifica que não pretende sonhar com uma sociedade sem loucos e que a descoberta de novas formas de solução dos conflitos menos estigmatizantes deve ser a esperança e o motor de todo o jurista democrático.[28]

2.5 A questão do segundo melhor

Na visão de Nino, Zaffaroni recomenda que a utopia do abolicionismo não seja buscada de imediato porque isso levaria tanto ao risco de intensificação de vinganças privadas, como ao risco de que se recorra a meios ainda mais violentos do que as penas privativas de liberdade para disciplinar a sociedade, recomendando que se utilize um caminho intermediário (uma solução de segundo melhor) como o caminho da intervenção mínima tratando de reduzir a violência do sistema penal.

Zaffaroni responde a esta crítica afirmando que procura reconstruir o discurso jurídico-penal como discurso limitador, não se inclinando por regras inflexíveis e sim por um cálculo de violências possíveis que se deve fazer em cada caso para decidir pela tática menos violenta. Há uma distinção nítida entre poder punitivo e direito penal, não se justificando que se tenha a ilusão de que o direito penal controla o poder punitivo.[29]

Para Nino nem sempre a solução de “segundo melhor” se aproxima mais da solução considerada ótima, pois segundo ele num contexto capitalista e irracional um pouco de abolicionismo na forma de intervenção mínima pode ser muito arriscado em um marco de considerável violência.[30] Um dos fatores mais relevantes que determinam a debilidade de uma sociedade como a argentina é uma anomia generalizada que afeta a todos os setores sociais, manifestando-se nos abusos e corrupções dos governos, na violência política, no caos no trânsito, etc. Nesse contexto, questões como o dilema dos prisioneiros não podem ser resolvidas por boa vontade individual, mas requerem às vezes intervenções externas ainda coativas. É preciso um aparato coativo aceitavelmente justo e eficaz nestas circunstâncias.

Zaffaroni discorda deste posicionamento de Nino por entender que não será por meio do poder punitivo estatal que se resolverão os problemas de anomia da sociedade argentina. É inegável que uma sociedade anômica necessita de normas e estas necessitam de certo grau de coação. O equívoco está em relacionar ou confundir coação jurídica com poder punitivo, que pode levar a sérios riscos como o do incremento do estado de polícia

como se fosse possível reverter desta forma a anomia social, bem como o risco de debilitar ainda mais o estado de direito e de potencializar a anomia, colocando em crise a confiança em qualquer tipo de coação jurídica como consequência do descrédito em que cai a arbitrariedade punitiva.[31]

Nesse ponto, entendemos que Zaffaroni tem toda a razão em distinguir bem as penas das demais coações jurídicas, que são indispensáveis no convívio social. O que Zaffaroni critica é o uso corrente de penas estigmatizantes e ineficientes, como as penas privativas de liberdade, para conflitos que poderiam ser solucionados por meio de outros tipos de coações ou mecanismos de solução, destinando as penas de reclusão para aquele pequeno percentual de delitos graves, violentos, que são praticados e que chegam ao conhecimento do Estado em condições de serem apurados, escapando, portanto, da cifra obscura da criminalidade. Tomamos a liberdade de discordar também da solução sugerida por Nino para a questão da anomia, pois diante de uma sociedade indiferente, anômica, que efeito preventivo geral pode causar a norma penal em abstrato e a concretização seletiva da punição prevista?

2.6 Os meios

Para Nino os princípios sugeridos por Zaffaroni seriam mais aceitáveis se visassem a fazer mais justo e eficiente o sistema penal em vez de simplesmente minimizá-lo. Em lugar de uma mínima intervenção penal é conveniente propugnar: “a reforma da legislação penal de fundo para que ela se dirija a reprimir só aqueles atos que afetam grave e injustamente interesses de terceiros, a adoção de outras alternativas de penas menos cruéis que a pena de prisão, a urgente modificação do procedimento penal para fazê-lo mais transparente e garantidor, incluindo a introdução de jurados, a racionalização do exercício de ação penal, a revisão da prisão preventiva e suas condições de cumprimento, a reforma dos mecanismos que deveriam permitir um maior controle das formas de segurança, incluindo o recurso a sanções penais efetivas, a revisão profunda do sistema carcerário, com um controle democrático eficaz (por exemplo introduzindo um ombudsman carcerário que informe permanentemente ao Parlamento as condições das prisões).[32]

Concordamos com todos esses mecanismos de redução de danos propostos por Nino, mas no que se refere ao problema carcerário é importante ressaltar que existe um órgão de execução criminal no Brasil: O Conselho Penitenciário, que tem a função de fiscalizar processos de execução penal e estabelecimentos prisionais e informar, por meio de relatórios, os problemas constatados ao Governador do Estado ao qual está vinculado, bem como aos demais órgãos de execução penal. Integrei o Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul entre os anos 2003 e 2007, neste período realizamos inúmeras fiscalizações, incluindo uma que durou cinco dias no Presídio Central de Porto Alegre, hoje o mais populoso da América Latina, com quase quatro mil presos, mas contendo apenas mil e quinhentas vagas. Fizemos relatório minucioso, ilustrado com fotos alarmantes das péssimas condições de higiene do lugar, e nenhuma decisão foi tomada, o trabalho não resultou em qualquer mudança, mas somente em justificativas vazias por parte dos órgãos públicos. A questão parece ser mais profunda para além do importante aspecto da anomia social a que Nino se refere. O Estado alega ausência de recursos, a opinião pública e a opinião publicada estigmatizam o preso e não

demonstram interesse em melhorar as condições de vida nas penitenciárias, de modo que não há de parte alguma qualquer tipo de pressão para que sejam alocados recursos para esse fim. Assim, pode-se dizer que a falência do sistema carcerário brasileiro e, ao que parece, do argentino, entre outros países desta região, não é a ausência de conhecimento dos problemas ou de fiscalização, mas sim a ausência de vontade política para com aqueles que tem os seus direitos políticos suspensos como efeito da condenação.

Outro aspecto que Nino destaca em sua análise da obra de Zaffaroni, embora quanto a este ponto pareça haver concordância entre ambos, diz respeito a subjetivização do injusto e ao princípio da culpabilidade, pois entende que a incorporação de elementos subjetivos a antijuridicidade e as causas de justificação, como também o fato de a teoria normativa identificar culpabilidade com reprovabilidade da conduta, leva a realização de juízos éticos quanto ao caráter moral do agente. No lugar de princípio da culpabilidade Zaffaroni propõe um denominado princípio da vulnerabilidade que toma em conta a contribuição que fez o sujeito, juntamente com a influência de outros fatores do seu contexto social, para se colocar em uma situação de risco de seleção por parte do sistema penal. Para Nino a questão da voluntariedade, bem como a da liberdade dependem de se verificar se o que determinou seguramente o comportamento do agente se deve ou não se deve aos fatores que estão mais ou menos igualmente distribuídos no meio social relevante.[33]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre o fundamento da pena desenvolvido por Zaffaroni e Nino além de instigante e elucidativo, por tratar de questões que dizem respeito às penas no contexto específico de países marginais como o Brasil, força à reflexão. De um lado, Nino inconformado com a insistência de Zaffaroni em não admitir a função de prevenção geral da pena, na qual ele tanto acredita, de outro lado, Zaffaroni defendendo a deslegitimação do sistema penal, especialmente nos países periféricos, com fundamento em uma teoria agnóstica da pena ou negativa da pena, mas acreditando na prevenção geral produzida pelas demais formas de coações jurídicas ou de coações diretas.

Concordamos em vários aspectos com Nino como ficou demonstrado no decorrer deste trabalho, especialmente no que se refere à existência de uma função preventiva da pena dentro de certos limites, o que não autoriza a utilização do sistema penal de maneira ampliada, devido a sua deslegitimação parcial e aos seus efeitos deletérios, estigmatizantes, etc. Defendemos um uso muito moderado do direito penal, especialmente da pena privativa de liberdade, com a finalidade de conter apenas as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, onde não incluímos o patrimônio privado. Nino está certo quando afirma a fragilidade de nossos posicionamentos críticos quando não amparados em dados científicos, empíricos, porque o discurso teórico motivado por paixões e percepções da realidade não quantificadas, não mapeadas, pode resultar na sua desqualificação enquanto um discurso meramente emotivo.

No entanto, é importante salientar a lucidez da visão de Zaffaroni, a pertinência dos pressupostos da teoria agnóstica da pena, porque parecem extremamente adequados

quando se analisa os sistemas penais latino-americanos. Da forma como operam, os nossos sistemas penais marginais acabam por justificar sua razão de existir, quase que exclusivamente, em virtude da necessidade de se manter uma propaganda de defesa social, à revelia da cifra obscura da criminalidade, gerando uma mera sensação de segurança jurídica que seja capaz de garantir a manutenção da estrutura penal e da ordem social, exatamente da maneira como estão. A leitura da realidade de Zaffaroni é muito pertinente e a radicalização de suas idéias tem como finalidade desconstruir, criar rupturas e até chocar em certa medida, uma vez que o instrumento de luta política mais significativo do intelectual é a palavra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas prisões*. 10 ed. Tradução de Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes. 1993.

NINO, Carlos Santiago. Debate com Eugênio Raúl Zaffaroni. Disponível em www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm, acessado em 12 de agosto de 2008. Publicado originalmente em *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Abertura de Carlos Santiago Nino, resposta de Eugênio Raúl Zaffaroni, réplica e tréplica.

PAVARINI, Massimo e outro. *Saggi sul governo della penality*. Bologna: Edizioni Martina, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e outro. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

[1] Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial, pp. 03-12.

[2] *Saggi Sul Governo della penality*, pp. 18-22.

[3] Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial, p. 12.

[4] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*, pp. 129-132.

[5] SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial, pp. 15-16.

[6] SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial, p. 24.

[7] Publicado originalmente em *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Abertura de Carlos Santiago Nino, p. 1. Disponível em www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm, acessado em 12 de agosto de 2008.

[8] Publicado originalmente em *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Resposta de Zaffaroni, p. 1.

[9] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 2.

[10] Resposta de Zaffaroni. Obra citada p. 1

[11] Resposta de Zaffaroni. Obra citada p. 2.

[12] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 4.

[13] Abertura de Nino. Obra citada, p. 5.

[14] Zaffaroni define criminalização primária como o momento de elaboração das normas penais incriminadoras (individualização legislativa da pena), que pressupõem a seleção de condutas consideradas lesivas a ponto de merecerem a tutela coercitiva do Estado.

[15] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 5.

[16] *Em busca das penas perdidas*, p. 41.

[17] *Em busca das penas perdida*, p. 41.

[18] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 5.

[19] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 159.

[20] Abertura de Nino. Obra citada, p. 6.

[21] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 7.

[22] Massimo Pavarani ainda afirma que: “A funzione di censura del sistema penale moderno non è affatto dimostrata, ma solo presupposta: che esso abbia la virtù di segnare socialmente quanto normativamente da esso nominato perché in possesso di

questa forza simbolica, è oggi una semplice illusione” (Saggi sul governo della penalità, p. 69).

[23] NINO, Carlos Santiago. Publicado originalmente en *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.

[24] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 3.

[25] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 4.

[26] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 3.

[27] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 5.

[28] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 5.

[29] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 6.

[30] NINO, Carlos Santiago. Publicado originalmente en *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.

[31] Resposta de Zaffaroni. Obra citada, p. 6.

[32] NINO, Carlos Santiago. Publicado originalmente en *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.

[33] NINO, Carlos Santiago. Publicado originalmente en *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.

**A EXCLUSÃO DOS INCLUÍDOS: A TEORIA DO LABELING APROACH
REVELANDO MÉTODOS PARA NÃO ETIQUETAR DETERMINADA
CLASSE SOCIAL PELO SISTEMA PENAL. ***

THE THEORY OF THE LABELING APROACH

Vanessa Maria Feletti

RESUMO

O crime não existe. Ele é uma construção social para determinada classe social. A criminalização de condutas será em dois momentos: no âmbito primário e no âmbito secundário. Tal seleção criminal será realizada pelas agências de poder que compõem o sistema penal nas camadas sociais mais vulneráveis. Porém, ocorrerá falhas no sistema e algum agente detentor de status social será captado indesejavelmente pelo sistema penal. Assim, será no segundo âmbito que o intérprete utilizar-se-á da hermenêutica para manipular o código tecnológico, a fim de tornar juridicamente válida a decisão tomada pelo código ideológico.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMINOLOGIA, HERMENÊUTICA, LABELING APROACH

ABSTRACT

The crime doesn't exist. It is a social construction for a determined class. The criminalization will be given at two moments: in the primary scope and in the secondary scope. This criminal selection will be realized by the agency that compose the penal system in the social class vulnerable. However, will happen mistakes in the criminal selection and some agent who has social status will be attract by the penal system. Therefore, in the secondary scope that the interpreter will use the hermeneutics to manipulate the technological code, to make juridically valid the decision taken by the ideological code.

KEYWORDS: CRIMINOLOGY, HERMENEUTICS, LABELING APROACH

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo busca expor, sumariamente, alguns pontos de contato entre a hermenêutica e o controle social feito pelo Estado instituído, principalmente através de suas instâncias de criminalização.

O recorte teórico-criminológico será iluminado pela teoria do *labeling approach*, a partir das seguintes obras: *Além da lei: a face obscura da sentença penal*, do autor Alessandro Nepomoceno, e *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, do autor Alessandro Baratta. No que tange à teoria hermenêutica, utilizar-se-á a crítica aos métodos interpretativos feita por Luis Alberto Warat em sua obra *Introdução Geral ao Direito*.

Através desses filtros teóricos, visa-se demonstrar, pelo método dedutivo, como o operador do Direito usará a interpretação das normas jurídicas de acordo com o resultado jurídico que deseja alcançar.

Neste momento, fica claro como o discurso adotado pelo intérprete, seja o da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris*, é manipulado como meio para legitimar, peço *venia* para o neologismo, a '*voluntas dominantis*', isto é, a vontade da classe dominante, esteja ou não o intérprete consciente de seu papel de instrumento perpetuador dessa ideologia.

Contudo, nem tudo sai como o esperado. E é neste ponto que procurar-se-á demonstrar como as técnicas de interpretação, seja na Dogmática Penal, Processual Penal ou nos Princípios, serão utilizadas para excluir das esferas de criminalização aqueles que não são o público-alvo da etiqueta de criminoso. Assim, se houver 'falhas' na seleção penal, tais erros serão expurgados pela criminalização secundária através de um julgamento fundamentado dentro do Ordenamento Jurídico; porém, fruto de uma decisão dada pelo código ideológico. Pode-se pensar, então, que diante de condutas idênticas alguns receberão a pecha, a etiqueta de criminoso e outros não, o que demonstra que o sistema penal é seletivo. Vê-se com Ela Volkmer de Castilho (*apud* NEPOMOCENO, 2004, p. 31) que tal seleção “é feita nas camadas mais vulneráveis ao sistema”, visto que elas não são detentoras de poder político, econômico, acadêmico ou social (a clientela do sistema penal é em sua ampla maioria formada por pobres), garantindo, por outro lado, a imunização ou impunidade² das outras camadas da sociedade (criminalidade oculta), excluindo do sistema penal os ‘incluídos’ na sociedade, os quais são considerados cidadãos, pertencentes ao pacto social, detentores de alguma das citadas formas de poder.

Ao final, analisar-se-á dois *Habeas Corpus* pesquisados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Um para demonstrar a atividade do intérprete visando excluir do sistema penal os incluídos na sociedade. Outro, em contrapartida, o qual foi julgado pelo mesmo Ministro do Supremo Tribunal Federal, para mostrar que, diante da mesma conduta³, porém, praticada pela camada vulnerável da sociedade, o intérprete chegará a um resultado bem diferente. Ver-se-á, então, como os débeis são etiquetados como criminosos pelas agências de poder.

1 A TEORIA DO LABELING APPROACH

Desde o século XIX o paradigma adotado pela Criminologia era o etiológico. Segundo este paradigma, o crime é ontológico; ou seja: existe por si só, sendo praticado por pessoas com tendências naturais a delinquir, uma vez que o ato delitivo é oriundo de fatores de ordem causal, tais como os hereditários, psicológicos, ambientais e sociais.

A partir da década de 60 do século XX, surge o paradigma da reação social (*labeling approach*)⁴. Este paradigma, por sua vez, pontua que a criminalidade é um *status* atribuído a determinados indivíduos em dois momentos: através da definição legal do que é crime, estabelecendo algumas condutas como criminosas e outras não, e da seleção que etiqueta e estigmatiza o autor de uma conduta como criminoso.

Becker (*apud* CASTILHO, 2001, p. 27) formulou sua tese central nos seguintes termos:

os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um “ofensor”. O desviado é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta): a conduta desviada é a conduta assim chamada pelas pessoas.

Então, pode-se entender que “a criminalidade em si não existe” (CASTILHO, 2001, p.13), que ela é uma construção social para determinada classe social.

Dentro da teoria do *labeling approach*, a criminalização primária ocorre quando o Legislativo aprova uma lei que incrimina uma conduta. As normas penais, assim, traduzem uma anterior seleção dos bens a serem tutelados e dos comportamentos ofensivos a estes bens. Castilho (2001, p. 49) entende que

o Código Penal brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.

Já a criminalização secundária, será produzida pelas agências de poder que compõem o sistema penal. A seleção criminal das camadas sociais mais vulneráveis começará pela polícia, passará pela denúncia do Ministério Público e culminará em uma sentença penal condenatória pelo Judiciário. Essas mesmas agências de poder que selecionam os mais débeis, atuarão como ‘filtros’ para não permitir que os incluídos na sociedade, caso tenham sido capitados pelo sistema penal, sejam etiquetados, excluindo-os do processo de rotulação.

Veja-se os dados referentes ao mês de julho de 2007 sobre a população carcerária no Brasil⁵:

Espírito Santo	Ensino fundamental incompleto	2.251 presos
	Ensino superior completo	10 presos
	Crimes de roubo e furto	2.437 presos
	Crimes contra a Administração Pública	36 presos
Brasil	Ensino fundamental incompleto	147.443 presos
	Ensino superior completo	1.463 presos
	Crimes de roubo e furto	175.824 presos
	Crimes contra a Administração Pública	2.195 presos

O ‘funil’ que define o que é crime e depois quem será considerado criminoso não permite que a população etiquetada como criminosa seja um reflexo da criminalidade real. A criminalidade oculta fica imune ou impune. Pelos dados acima, um intérprete induzido pelo paradigma etiológico poderia chegar à conclusão que pessoas que têm o ensino fundamental incompleto tendem a delinquir mais do que as que têm o ensino superior completo, estabelecendo um faixa da população como honesta e outra como criminosa (princípio do bem e do mal próprio do paradigma etiológico). Porém, uma

vez consciente dos processos de criminalização primária e secundária (desnudados pela teoria do *labeling approach*), vê-se que a etiqueta de criminoso recairá sobre os mais débeis, enquanto que os detentores de alguma forma de poder, seja político, econômico ou intelectual, não serão criminalizados; o que não significa que não delinqüem.

Mas por quê esse fato não aparece?

É aqui que entra a idéia de segurança jurídica (principalmente através da ‘máscara’ do princípio da igualdade), de código tecnológico e de código ideológico.

2 A ILUSÃO DE IGUALDADE

O princípio da igualdade⁶ prega que não deve haver distinção legal, por parte da lei, entre as pessoas, seja devido à cor, à raça, ao sexo, à condição social ou qualquer outro motivo ensejador de diferenciações. De acordo com esse princípio, a lei penal atingirá a todos, salvo os casos de imunidade formal prevista na legislação. Neste diapasão, a criminalidade significa a violação do Direito Penal, o qual será aplicado a todos aqueles que realizarem a conduta tipificada.

O discurso da Dogmática Jurídico-Penal, cunhado pela ideologia⁷ liberal, servirá como fator legitimador do Estado para controlar a 'criminalidade'. O intérprete, na hora de decidir, terá em seu discurso o senso-comum teórico sobre o fenômeno criminal, um verdadeiro código tecnológico forjado pela dogmática jurídico-penal-liberal para legitimar sua decisão. Ele estará rigorosamente dentro do Império do Direito, acima de qualquer suspeita, amparado por decisões juridicamente válidas.⁸ O limite ao *jus puniendi* do Estado, a segurança jurídica, está garantido.

Mas isso é apenas o que está escrito, explícito, declarado pelas instâncias oficiais de poder.

O intérprete, antes de fundamentar, já decidiu. Ele irá violentar o signo⁹ para adequar a norma a sua vontade. WARAT (1994, p. 70) nos ensina que

entre as diretrizes retóricas utilizadas pela escola exegética [pode-se pegar o exemplo para qualquer modelo interpretativo] para determinar a vontade do legislador e manter a neutralidade do juiz, é dado destacar os tradicionalmente chamados princípios gerais do direito [...] com os quais se aparenta uma interpretação da lei dentro do direito positivo, sem se sair de suas fronteiras, mas cujos moldes internos se completam com valores ambientais, externos ao sistema jurídico estabelecido e sempre consoante com o imaginário dos novos donos do poder.

3 CÓDIGO TECNOLÓGICO

O código tecnológico é composto pela Dogmática Jurídico Penal, Processual Penal e Princípios. O julgador fará a subsunção do fato concreto à norma através do código tecnológico. Assim, legitimará, fundamentará a absolvição ou condenação, dependendo da decisão previamente tomada.

O código tecnológico dará a roupagem técnica fundamental para a decisão do magistrado. Uma sentença fundamentada em percepções pessoais, preconceitos, vingança social não é juridicamente válida. Então o intérprete de uma das agências de criminalização terá que valer-se desse aparato técnico-científico para fundamentar sua decisão pessoal sobre o caso concreto, ou melhor, sobre o autor da conduta, condenando-o ou absolvendo-o.

4 CÓDIGO IDEOLÓGICO

Também chamado de *second code*, “o código ideológico é composto pelos esteriótipos e pelo senso comum (*every day theories*).” (NEPOMOCENO, 2004, p. 63)

Esteriótipos são as “construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade cotidiana, influenciando também a conduta dos juízes”. (NEPOMOCENO, 2004, p. 63)

Já o senso comum sobre a criminalidade reproduz a ideologia da defesa social, separando a sociedade em honestos e desonestos, maus e bons, entre outras dicotomias que a mente humana pode construir com o intuito de justificar a desigualdade social.

O intérprete decidirá com base no seu¹⁰ código ideológico. Será a partir de suas convicções pessoais que olhará para o caso concreto e pinçará, conscientemente ou não, dentro do material normativo e dogmático, a norma que tornará juridicamente legítimo o que em sua mente é ‘justo’ para a sociedade.

Para WARAT (1994, p.88), os métodos de interpretação (do código tecnológico) podem ser considerados o ‘álibe teórico’ para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito (que é chamado de código ideológico no âmbito da Criminologia). Assim,

sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem: 1) veicular uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade; 2) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; 3) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; 4) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas.

Assim, independentemente de qual método interpretativo o intérprete ‘lançar mão’ (gramatical, exegetico, teleológico, positivista sociológico...) a função do método será apenas a de manipular o código tecnológico para fornecer uma ilusão de garantia contra a arbitrariedade, validando, assim, a decisão do código ideológico e perpetuando o poder de dominação.

5 A ATIVIDADE DO INTÉRPRETE: o momento de excluir os incluídos

Pelo exposto, o intérprete usará do código tecnológico para fundamentar a decisão previamente tomada pelo código ideológico, garantindo a ilusão de segurança jurídica.

Assim, para o intérprete excluir os incluídos da etiqueta de criminoso dada pelo sistema penal terá que criar escapes, brechas jurídicas para tornar sua decisão ideológica juridicamente válida e não arbitrária. O ato interpretativo dar-se-á em três possíveis momentos.

Primeiro, dentro da Dogmática Penal (Teoria do Delito), tentará excluir o fato típico, a antijuridicidade ou a culpabilidade.

Segundo, caso o intérprete ainda não tenha identificado a norma que tornará sua decisão ideológica juridicamente válida, analisará a Dogmática Processual Penal e tentará excluir a materialidade ou a autoria.

Por fim, como último recurso, valer-se-á dos princípios para alcançar a absolvição, e assim o agente da conduta típica, antijurídica, culpável, com autoria e materialidade comprovadas sairá incólume de sua inusitada ‘captura nas teias do sistema penal’. E, caso haja outro ‘furo’ do sistema, não estará marcado pela pecha de criminoso condenado, não será reincidente, o que garantirá a continuidade do gozo dos benefícios processuais de um réu primário.

Diante disso, pode-se definir a lógica da fundamentação de um julgamento como um ‘navegar’ entre a Dogmática Penal, a Dogmática Processual Penal e os Princípios Jurídicos, almejando encontrar as ‘terras da absolvição ou da condenação’, o que dependerá do ‘freguês’, claro.

Para NEPOMOCENO (2004, p. 86) “condenar ou absolver é um mero exercício de querer, o que depende tanto da vontade quanto da ideologia do julgador.”

6 ANÁLISE DE EXEMPLOS

Como corolário das idéias apresentadas, comparar-se-ão os resultados obtidos com o julgamento dos *Habeas Corpus* (HC) nº 92744 e nº 87478, ambos de relatoria do Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal (STF), para demonstrar o exercício de querer do intérprete. Observar-se-á como o mesmo intérprete, diante de dois casos, absolverá e condenará com base no mesmo princípio.

O HC nº 87478¹¹ trata do caso de um militar que se apropriou de um fogão da unidade em que servia, avaliado em R\$ 445,00 (quatrocentos e quarenta e cinco reais).

O fato é típico.¹² É antijurídico, pois não está abarcado por nenhuma excludente de ilicitude.¹³ É culpável, pois o militar estava no perfeito gozo de suas faculdades mentais. Neste caso, não há como o Ministro absolvê-lo fundamentando sua decisão na Dogmática Penal.

A materialidade é incontestada, pois o fogão que desapareceu da unidade militar estava na posse do réu. A autoria é confessa, tanto que a acusação de apropriação do fogão pelo militar não é questionada por ele, o qual, inclusive, devolve, através de um depósito bancário, o valor correspondente nas contas do erário público. Neste caso, não há como o Ministro absolvê-lo fundamentando sua decisão na Dogmática Processual Penal.

Como último recurso, 'lançará mão' dos princípios e, assim, a decisão ideológica estará dentro do Império do Direito. O princípio utilizado será o da insignificância ou bagatela.

No caso do HC em análise, é clara a decisão ideológica do Ministro quando justifica o ato de obstar o seguimento da ação penal pelo princípio da insignificância. Na Ementa do HC concedido o Ministro declara que

a manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. [grifo nosso]

Para excluir do sistema penal o agente cuja conduta se adequa perfeitamente à norma penal, o Ministro dá relevo ao fato de ser pequeno o valor do objeto subtraído e de a pecúnia correspondente já ter sido devolvida aos cofres públicos via depósito bancário, fato que entende como “significativo”. Ademais, o réu era um militar (esse é o ponto principal, pois é aqui que está o *status* do agente) que deveria (para o bem de quem?) progredir na carreira, e para isso manter sua primariedade era fundamental.

Já no HC nº 92744,¹⁴ o Ministro Eros Grau terá um peso diferente para a mesma medida.

Trata-se de um ‘Zé Ninguém’ (não há, nos documentos colocados para consulta na Internet, menção a fator de poder algum atribuído ao autor da conduta tipificada, seja a profissão, seja o nível de saber acadêmico, seja alguma atividade política ou social) que

se apropriou de um punhal, sete cadeados e um condicionador de cabelos em um supermercado, totalizando o valor de R\$ 86,00 (oitenta e seis reais).

Importante ressaltar que no primeiro caso o HC visava trancar a ação penal, evitando-se assim a condenação. Neste caso, o autor já foi condenado a dez meses e quinze dias de reclusão, sendo mantida a decisão no Superior Tribunal de 'Justiça' pelo Ministro do STF. O HC em comento visava reformar a decisão condenatória pois, argumenta a defensoria pública ao pedir a suspensão da pena, todos os requisitos para a configuração da insignificância estão presentes – valor ínfimo da coisa furtada, a primariedade do agente e a boa conduta do réu, o qual devolveu os bens furtados.

O Ministro indeferiu a liminar por entender que os requisitos para a impetração do HC não se configuram no caso.

Qual será o requisito que faltou para o segundo HC?

Em ambas as situações o valor era de pequena monta, sendo que o valor referente ao furto que teve o HC denegado era consideravelmente menor que do HC concedido (R\$ 86,00 e R\$ 445,00, respectivamente). A lesão patrimonial em ambos os casos foi reparada, seja com o depósito do valor correspondente, seja com a devolução dos bens furtados. Os dois réus eram primários. Um sequer continuou a ser processado; o outro foi condenado a dez meses e quinze dias em regime inicial de reclusão. Um 'absolvido' e outro com a condenação mantida pelo mesmo princípio. Um é militar, devendo o magistrado manter sua 'ficha' imaculada para assegurar sua progressão na carreira; o outro é um 'Zé Ninguém', o qual por um pequeno crime foi recolhido a um presídio por quase um ano. A estigmatização foi completada, a etiqueta de criminoso foi-lhe atribuída (neste caso o magistrado também assegurou a progressão na carreira do 'Zé Ninguém' ao recolhê-lo a um presídio. O diferencial é que enquanto a um foi assegurada a possibilidade de progressão em uma carreira de *status* social, a de militar, ao outro foi assegurada a possibilidade de desenvolvimento em uma carreira pouco prestigiada, a de criminoso).

A absolvição não está baseada na conduta, está ideologicamente fundamentada em quem é o autor da conduta. A decisão para os mesmos fatos, dependerá de quem é o agente. A diferença nas decisões reside no código ideológico do Ministro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico-oficial, pautado, principalmente, no princípio da igualdade, não corresponde aos reais motivos determinantes da tomada de decisão pelo intérprete.

O código tecnológico (Dogmática Penal, Dogmática Processual Penal e Princípios Jurídicos) servirá de 'vestimenta teórica' para, através da manipulação dos métodos interpretativos, tornar juridicamente válida a decisão tomada com base no código ideológico do intérprete.

Assim, uma decisão formatada dentro do discurso jurídico-oficial (código tecnológico), porém forjada pelos esteriótipos e senso comum (código ideológico), estará dentro do Império do Direito e terá sua legalidade e legitimidade inatacáveis.

O código ideológico funcionará como 'filtro' para determinados indivíduos detentores de alguma forma de poder, seja econômico, social, político ou acadêmico. Ao mesmo tempo, por o senso comum reproduzir a ideologia da defesa social, principalmente o princípio do bem e do mal, uma decisão do código ideológico, porém revestida pelo código tecnológico, funcionará, também, como instância reprodutora dos seus próprios esteriótipos e senso comum, perpetuando o poder de dominação.

Então, a decisão do código ideológico tem duas funções: a) a exclusão do Sistema Penal dos incluídos na sociedade (criando-se a ilusão de que rico não rouba) e, ao mesmo tempo, por incluir no Sistema Penal os excluídos da sociedade, b) a reprodução, amplificação, em uma instância oficial, dos próprios pressupostos, quais sejam: os esteriótipos e o senso comum (criando-se a ilusão de que pobre é potencialmente um ladrão).

Portanto, os 'incluídos', detentores de alguma forma de poder, serão excluídos do Sistema Penal e não receberão a pecha de criminoso, mantendo suas prerrogativas de réu primário.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 87478**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?numero=87478&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 92744**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92744&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 out. 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da Lei**: a face obscura da sentença penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.

1A expressão Sistema Penal é entendida como as agências de criminalização do Estado, quais sejam: Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2001, p. 42) entende que não há um sistema e sim uma compartimentalização, já que Sistema Penal é a soma dos exercícios de poder das agências de criminalização, as quais operam independentemente.

?* Funcionária pública federal, Bacharel em Comunicação Social pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e aluna do curso de Direito das Faculdades Integradas de Vitória (FDV). vfeletti@tre-es.gov.br

2Ela Wiecko Volkmer de Castilho diferencia imunização de impunidade. Imunização é quando na criminalização primária (as leis, por exemplo) uma conduta não é criminalizada. Impunidade é quando na criminalização secundária o autor da conduta não é selecionado como criminoso pelas agências de criminalização, o intérprete violentará o signo para excluir da seleção penal determinada classe social.

3O ato praticado selecionado para objeto de exemplo no presente artigo é o mesmo, qual seja: apropriar-se de coisa alheia. Para alguns será tipificado como furto, para outros como peculato. Essa diferenciação de denominação, penso, já faz parte da diferenciação feita entre as pessoas na criminalização primária. Há uma linguagem mais

técnica, visando, creio, que não seja entendível pela massa. Qualquer um do povo sabe o que é furto, mas será que todos sabem o que é peculato?

4Howard Becker é considerado o pai da teoria do *labeling approach* com o lançamento de sua obra intitulada *Outsiders* na década de 60.

5BRASIL, Ministério da Justiça. **Execução Penal**: InfoPen - Estatísticas. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 20 out. 2007.

6O princípio da igualdade, segundo Alessandro Baratta (2002, p. 41-43), é “um dos princípios definidores da ideologia da defesa social, a qual nasceu contemporaneamente à Revolução Francesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se empunham como elemento essencial do sistema jurídico-burguês, aquela assumia o domínio ideológico dentro do específico setor penal [...] O conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua (ou seja, das *every day theories*), é sumariamente definido na seguinte série de princípios: a) princípio de legitimidade; b) princípio do bem e do mal; c) princípio da culpabilidade; d) princípio da finalidade ou da presunção; e) princípio da igualdade; f) princípio do interesse social e do delito natural.”. Para maior aprofundamento no tema, remeto o leitor (a) ao capítulo II – Ideologia da Defesa Social, da obra citada.

7O termo ideologia está sendo empregado no seu sentido negativo, qual seja: uma falsa consciência ocultadora da realidade, inclusive invertendo a realidade.

8A validade jurídica de uma decisão será quando ela estiver fundamentada dentro do ordenamento jurídico. Do contrário, será arbitrária, nula.

9NEPOMOCENO (2004, p. 88) nos explica que os signos são símbolos que carregam em si o significante e o significado. O significante é o veículo transportador do significado, o qual é o conteúdo do signo. Cada signo pode possuir vários significados. Para o autor, o significado pode ser claro, quando só há uma possibilidade; escuro, quando jamais pode significar determinada coisa; e cinzento, quando pode significar uma coisa ou outra. É nesta zona cinzenta que o intérprete encontrará casos de vagueza e ambigüidade para manipular o código ideológico e chegar à decisão desejada.

10Que não é tão 'seu' assim, pois há uma certa uniformidade, já que nas instâncias de socialização a ideologia da classe dominante é transmitida a todos pelos mecanismos de programação humana: família, escola, Igreja, mídia...

11BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 87478**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?numero=87478&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&atipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 out. 2007.

12Conduta tipificada no artigo 303 da Lei nº 1.001/69 (código penal militar), *in verbis*:

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o objeto da apropriação ou desvio é de valor superior a vinte vezes o salário mínimo.

Peculato-furto

§ 2º Aplica-se a mesma pena a quem, embora não tendo a posse ou detenção do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou contribui para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário.

13Legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal.

14BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 92744**. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92744&classe=HC&origem=AP&recursao=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 out. 2007.

**DIREITO, TECNOLOGIA E GOVERNO
ELETRÔNICO**

**SISTEMAS COMPUTACIONAIS PARA O PODER JUDICIÁRIO:
FERRAMENTAS, ACESSO E INCLUSÃO SOCIAL***

**COMPUTER SYSTEMS FOR JUDICIARY: TOOLS, ACCESS AND SOCIAL
INCLUSION**

**Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Alexia A. Rodrigues Brotto**

RESUMO

O avanço da tecnologia e informática alteram substancialmente os mais diversos ramos da sociedade: relações sociais, econômicas e pessoais, fazendo com que fiquemos cada vez mais dependentes da tecnologia, reveladora do progresso, rapidez, cientificidade e praticidade. Por essa razão e, com o objetivo de conferir maior adequação do Poder Judiciário na esfera digital, implantou-se sistemas judiciais para o Poder Judiciário, como o e-proc e o e-cint, viabilizando a desmaterialização dos autos de processos, com integral interação com os mesmos via Internet, inclusive para protocolo de petições, anexação de documentos, intimação via e-mail, bem como demais procedimentos possibilitados pelo sistema de processos eletrônicos. Com similar proposta, instituiu-se a Lei 11.419/2006, possibilitando a integração e utilização desses sistemas computacionais na persecução de maior celeridade, dinamismo e menor custo processual, advindo com os processos eletrônicos. Esse perfil inovador, embora atento à nova realidade virtual que assola o sistema mundial, sofre, principalmente em países subdesenvolvidos, com a questão do acesso da população não só a essa nova realidade tecnológica, mas também o acesso à informação, conhecimento, informatização e à própria Justiça. Neste diapasão, muito se tem ainda a projetar e implantar para tentar acolher a toda a população brasileira, fazendo com que essa inclusão digital não se resume a uma exclusão social. Por isso a necessidade de cada vez mais, modernizar todas as esferas estatais, inclusive adequando-se o Poder Judiciário à essa realidade da digitalização e informatização dos sistemas adotados sem, contudo, esquecer-se das camadas menos favorecidas.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO, FERRAMENTAS, DIREITO E TECNOLOGIA, INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The advancement of technology and computing alter substantially the most diverse branches of society: social relations, economic and personal, so that we stay increasingly dependent on technology, reflecting the progress, speed, scientific and practical. For this reason, and with the aim of giving greater suitability of the Judiciary in the digital sphere, is deployed judicial systems for the Judiciary, as the “e-proc” and “e-cint”, allowing the dematerialization of the records of proceedings, with full interaction with them via the Internet, including the memorandum of petitions, annexation of documents, subpoena via e-mail and other procedures made possible by a system of electronic processes. With similar proposal, introduced to the Law 11.419/2006, enabling the integration and use of computer systems in pursuit of speed, strength and lower cost procedure, that comes with electronic processes. This innovative profile, although attentive to the new virtual reality system that plague the world, suffers, especially in underdeveloped countries, with the issue of population's access not only to this new reality technology, but also access to information, knowledge, computerization and Justice itself. In crotch, much has yet to design and deploy to try to accommodate the entire population, making this digital inclusion becoming nothing more than an exclusion. Hence the need for ever more, modernize all spheres state, including adjusting the Judiciary is the fact that the digitalization and computerization of the systems adopted without, however, forget the poor people.

KEYWORDS: JUDICIARY, COMPUTER SYSTEMS, LAW AND TECHNOLOGY, SOCIAL INCLUSION.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende contribuir para uma análise sucinta a respeito da revolução tecnológica operada no mundo, trazendo reflexos importantes para a área do Direito, sobretudo no que diz respeito aos procedimentos realizados pelo Poder Judiciário.

Nesse ambiente de revolução paradigmática, da sociedade complexa, informatizada, cabe relatar os avanços da tecnologia com sistemas computacionais para o Poder Judiciário, viabilizando o peticionamento eletrônico, citações, intimações via e-mail e todo o acompanhamento e anexação de documentos para propositura de demandas pela Internet. Essa foi inicialmente a proposta dos sistemas *e-proc* e *e-cint*, surtindo valiosos reflexos na aplicabilidade da Lei nº. 11.419/2006 que, dentre outras providências, aclarou a sistematização desses programas computacionais, inaugurando, legalmente, a utilização dos processos eletrônicos na seara cível, trabalhista e criminal, dantes utilizados somente no Juizados Especiais.

Disso defluiu que a lei deve oferecer oportunidades para que os processos cumpram celeremente sua marcha, juntamente com a economia de custo, atos e eficiência da administração judiciária (PORTANOVA, 1999, p. 171). E note-se que neste aspecto a Lei nº. 11.419/2006 está cumprindo fielmente seu papel, eis que possibilita a garantia da celeridade da tramitação processual à luz do direito fundamental à razoável duração do processo, além de adequar-se às novas tecnologias, implementando uma nova possibilidade de atuação do advogado, perito, juiz e das próprias partes, com maior conforto, rapidez e economia material.

De fato, reflete um enorme avanço no Poder Judiciário, no entanto, colima proporcionar que num país como o Brasil, nem todas as pessoas possuem acesso ao computador, Internet, e não raras vezes acesso à própria informação. De forma que não basta apenas o investimento em tecnologias para um Judiciário mais célere e eficaz, se não há investimento na sociedade com políticas públicas para a informação, informatização, a fim de que a inclusão digital não se resuma em exclusão social.

2. SISTEMAS COMPUTACIONAIS PARA O JUDICIÁRIO

Sendo o Poder Judiciário um prestador de serviços, essa prestação deve ser a mais eficiente possível, evitando-se não só os problemas da morosidade da Justiça, mas incorporando avanços tecnológicos, hoje previstos na quase totalidade dos objetos, mercadorias e serviços oferecidos à sociedade.

Mas a questão da implantação da tecnologia nos procedimentos do Estado não é sentida apenas no Poder Judiciário. No Brasil, se consagrou a assertiva da ineficiência dos serviços médicos públicos por ausência de medicamentos e equipamentos avançados para cirurgias e demais procedimentos. Fazendo com que a população que possui melhores condições financeiras se valha de serviços médicos particulares com clínicas modernas, informatizadas, com aparelhos de sistemas digitais, equipes de pesquisa científica e tecnológica, implantando sistemas computacionais para um procedimento avançado de angioplastia, por exemplo.

Com relação ao Poder Judiciário, a escolha entre o serviço público e o privado não é possível (excetuados os casos de meios alternativos de resolução de conflitos extrajudiciais). E dessa maneira, toda a população demandante e operadores do Direito se vêem impelidos a atuar num Judiciário moroso, ineficiente e retrógrado.

Esse é um grande desafio do Direito e do próprio Poder Judiciário. Assim, se o Direito hoje não pode fechar os olhos aos novos direitos, inclusive na seara tecnológica e informática, também não pode o Poder Judiciário ser avesso à informatização, modernização de seus equipamentos, formas de proceder, desapegando-se do paradigma documental rumo à digitalização, processos eletrônicos e maior uso e acesso à Internet nesse sentido, quando possível (possibilidade esta que também deve ser prestada pelo Estado).

Em artigo publicado no XXI Congresso da Sociedade Brasileira de Computação, os pesquisadores em Engenharia da Produção e Informática (TAIT e PACHECO, *Anais*, 2001b, p. 17) apresentaram um projeto de arquitetura de sistemas de informação (ASI) para o setor público, observando as especificidades desse setor em termos de estrutura, tecnologia da informação e usuários.

Sabe-se do site www.justica.com.br que “Um Judiciário mais ágil, rápido e eficiente, como quer a população, será obtido também com medidas de modernização da administração do Judiciário. Neste sentido, muita coisa pode ser feita sem alterações legislativas. E, ainda que “é possível desburocratizar procedimentos, acelerar a tramitação de processos, informatizar e padronizar procedimentos, sem alterar leis”.

Na realidade, o setor público, embora tenha essa especificidade de ser público, comporta os mesmos requisitos técnicos para um sistema computacional de uma entidade particular, quais sejam: usuários, servidores, conexão, infra-estrutura compatível, manutenção do programa, atendimento para dúvidas etc.

Sendo assim, um sistema computacional que comporte a imensa gama de usuários do Poder Judiciário, o qual não se resume nas partes, estendendo-se aos advogados, peritos, juízes e demais serventuários da justiça, poderá funcionar desde que tenha um grande suporte de base, para manutenção dos aplicativos, recepção dos documentos anexados, bem como um corpo de pessoas capacitadas para utilização de programas através de treinamentos específicos.

Exigindo-se, também, um bom investimento em equipamentos (hardware) para que se possa obter um retorno satisfatório de quem utiliza os programas computacionais (softwares).

No Brasil, a implantação de sistemas computacionais para o Judiciário deu-se primariamente nos Juizados Especiais Federais, por intermédio da Lei 10.259/2001 que além de criar esses novos órgãos no âmbito da Justiça Federal, permitiu o serviço de intimação das partes e petições por meio eletrônico (art. 8º, §2º), marcando substancialmente o ingresso dos processos eletrônicos no âmbito dos Juizados Federais que, devido ao seu progresso e facilidades, fomentaram propostas no mesmo sentido – desenvolvendo-se sistemas computacionais de gerenciamento de processos eletrônicos – em âmbito também estadual, tomando dimensão nacional agora pela Lei 11.419/2006.

Assim, com a intenção de contribuir para o entendimento da aplicação sistemas computacionais para o Poder Judiciário, descreve-se a seguir o *e-proc* (Sistema de Processo Eletrônico) e o *e-cint* (Citação e Intimação por meio eletrônico), procurando contextualizar os aspectos tecnológicos, de acesso e inclusão social.

2.1. *e-proc*

O “*e-proc*” refere-se ao sistema de peticionamento eletrônico, que objetiva o encaminhamento de petições e documentos via Internet, chegando diretamente à Vara endereçada.

Para ALMEIDA FILHO (2007, p. 26) inexistente no Brasil, até o presente momento, um verdadeiro processo eletrônico, havendo apenas procedimentos eletrônicos – representados pelos sistemas computacionais – uma vez que adotando-se literalmente a expressão “processo eletrônico” como processo efetivamente, as questões jurisdicionais enfrentariam problemas de ordem constitucional e processual, aprioristicamente, além da impossibilidade de citação, em alguns casos, e problemas operacionais como queda de energia, por exemplo. Sabe-se que problemas como queda de energia podem ser contornados por bases de dados replicadas e estrutura técnica para suportar por um tempo de determinado o “sistema no ar” ou permitir o descarregamento de dados e informações que estejam em trânsito.

Nada obstante, em 10 de maio de 2004, pelo Provimento n.º. 1 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, restaram determinadas as normas complementares para a regulamentação do sistema *e-proc*, dentre as quais se explica os domínios do sistema (www.jef-pr.gov.br; www.jef-rs.gov.br e www.jef-sc.gov.br); disponibilidade do sistema (acesso diariamente, das 6h às 24h e consulta ininterruptamente); os tipos de usuários (internos e externos); como se cadastrar e ter acesso por senha; prazos para citação e intimação; anexação de documentos e a assinatura digital do juiz.

Muitas Portarias surgiram entre os meses de março e setembro de 2004, adequando a distribuição de petições (Portaria 02/2004); restrição à matérias unicamente de direito (Portaria 04/2004); regras para trâmite de recurso inominado (Portaria 07/2004); distribuição de cartas precatórias (Portaria 08/2004), dentre outros.

Além disso, o próprio sistema *e-proc* conta com um sistema FAQ (Frequently Asked Questions ou Perguntas Frequentes) de perguntas frequentes e respectivas respostas no “manuseio” dos processos eletrônicos, além do Manual do *e-proc* disponibilizado também pela Internet.

Neste contexto, problemas como a formatação do arquivo a ser anexado, bem como o tamanho do documento são questões em desenvolvimento e aperfeiçoamento. Isso porque, obviamente o sistema *e-proc*, assim como todo e qualquer sistema computacional (produzido por máquinas) está sujeito à falhas e descompassos, cabendo aos idealizadores do projeto adequarem os aparelhos, formatação dos arquivos emitidos e recebidos, implementar um manual de instruções e, também, possibilitar um acesso direto para responder dúvidas, assim como o faz o *e-proc* da Justiça Federal. Cabe, portanto, a discussão da padronização de formatos e procedimentos, uma vez que não se pode imaginar ou conceber um sistema que esteja apto a receber ou enviar todos os formatos de arquivos de dados (sejam estes textos, imagens, vídeos, etc).

2.2 *e-cint*

O “*e-cint*” é um sistema de citação e intimação eletrônicas, dando ciência às partes e advogados que aderirem a esse canal de comunicação. É sistema interligado ao *e-proc*, sendo dele uma espécie, utilizada para intimar e citar igualmente as autoridades, advogados, peritos e partes que aderirem ao sistema.

Importante salientar a expressão “aderirem ao sistema” em razão da regra instituída pela Lei n.º. 11.419/2006 não implicar em obrigação de citação, intimação e demais atos processuais apenas por meios eletrônicos em detrimento das outras formas processuais. Neste sentido NERY JR (2007, p. 478):

A regra do LPE 9º dá a entender que a citação eletrônica será a regra no processo em detrimento das demais formas constantes no CPC 221, que serão utilizadas quando, ‘por motivo técnico for inviável o uso de meio eletrônico’, sendo que o documento físico deverá ser digitalizado e, posteriormente, destruído.

Na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná existe postura semelhante, o Recorte OAB/PR, dando ciência de despachos, intimações e demais decisões judiciais – aos advogados iniciantes que aderirem ao sistema – das publicações feitas em Diário da Justiça, por questões de economia de custos, tempo e praticidade.

Mas nada obstante as vitórias conquistadas pelos sistemas computacionais de intimação e citação eletrônica, muitos entraves ainda são objeto de discussões no cenário do Poder Judiciário. As questões relevantes em que pese a dificuldade de acesso à Internet, tecnologia e à própria Justiça, residem também em searas menores, como por exemplo, no caso do “*e-cint*” no âmbito da personalidade da citação, a despeito da possibilidade de citação na pessoa do advogado da parte.

Isso porque nos processos eletrônicos, a citação é feita via Internet, sendo respeitada a forma citatória apenas em relação à pessoa a quem o e-mail de citação é enviado, que será a parte ou o advogado. Mas o requisito físico (e pessoal) da citação não será acobertado pelos processos eletrônicos.

Neste contexto, DIDIER (2007, p. 437) entende que:

A citação eletrônica, embora prevista em lei, será menos freqüente do que a intimação eletrônica, certamente de uso mais generalizado, pois dependerá, em princípio, do conhecimento, pelo autor ou pelo Poder Judiciário, do endereço eletrônico do demandado – e, ainda assim, será preciso confirmar se esse endereço é o correto, de modo a evitar fraudes

e evitar também a ausência do “ciente” ou “recebido” aposta nas citações entregues por Oficial de Justiça, ou pelo recebimento do A.R. (Aviso de Recebimento) nas citações por correio, uma vez que o conhecimento da parte em relação a citação é de extrema importância para identificar a existência, nulidade e invalidade da citação, bem como a ocorrência de ocultação do réu para não receber a citação ou sua residência em lugar incerto e não sabido.

Por essa razão, conclui o autor (DIDIER, 2007, p. 438) pela dificuldade na utilização da citação eletrônica em processos individuais autônomos[1], envolvendo litigantes eventuais, justamente pela dificuldade de acesso, muitas vezes não só à Internet computadores, mas também à informação e à própria interpretação da informação. Por isso questões como a citação e intimação eletrônicas devem ser efetivadas com extrema cautela[2].

3. LEI 11.419/2006

A Lei nº. 11.419/2006 dispõe sobre a “informatização do processo judicial”, marcando oficialmente, o ingresso do Poder Judiciário nacional na era digital. Antes mesmo de 2006, muitos textos legislativos já concebiam uma postura tendente à implantação de reformas no sistema judiciário brasileiro no que diz respeito à aceitação de alguns atos por meios eletrônicos. Entretanto, foi somente com a Lei 11.419/2006 que se regulou o uso desses meios eletrônicos na tramitação, comunicação e transmissão dos atos processuais.

Antes de adentrar no tema, importante esclarecer que a Lei 11.419/2006 deve ser interpretada conforme a Constituição Federal de 1988.

Trata-se, na verdade, de uma forma de prevenção para que os intérpretes e destinatários da norma não a apliquem de maneira a lesar garantias constitucionais. Nesse sentido, explica WAMBIER (2007, p. 292):

Assim, embora a lei em questão vincule o legislador e o administrador a certas diretrizes para a elaboração de normas complementares e formulação de políticas públicas, respectivamente, devem ser afastadas, de plano, interpretações no sentido de que a Lei 11.419/2006 obrigaria os jurisdicionados a adotar, imediatamente, o meio eletrônico para a consecução dos atos processuais. Caso contrário haveria afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – correspondente ao direito de ação e de defesa – e, também, à isonomia, tendo em vista a realidade social e econômica brasileira.

Entende-se, em absoluto, que o processo eletrônico não deve e, tampouco irá, substituir de imediato o processo judicial representado por meio de Autos de papéis. Talvez a longo prazo isso seja possível, mas não simplesmente de *per si*, senão com uma mudança radical na sociedade brasileira, conferindo maior distribuição de renda e poderio não só econômico das camadas mais populares, mas, sobretudo acesso cultural e social, ou, ao menos acesso à informação a respeito da existência das coisas e de como e para que elas funcionam. Além disto, mecanismos de segurança e identificação humana (tais como a biometria) poderão vir a ser utilizados para garantir a validade, a autenticidade e a integridade dos dados e informações trafegados via Internet.

Outras questões além das acima citadas também dificultam e suportam dúvidas e críticas na aplicabilidade da Lei 11.419/2006. Com a implantação do sistema de peticionamento eletrônico, surge também a procuração eletrônica, constituindo a faculdade de assinar a procuração também eletronicamente, sob forma de assinatura digital, credenciada por Autoridade Certificadora. Isto, de um lado traz conforto e praticidade ao advogado e, de outro, traz questões relacionadas à segurança da assinatura digital e de qual autoridade seria legitimada a fornecer assinaturas para esse fim judicial[3].

Nessa seara e, pautada na Lei 11.419/2006, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em 19 de abril de 2007, assinou a decisão do primeiro processo eletrônico

por meio da certificação digital, eis que, por conveniência do processo eletrônico, a assinatura do juiz (em sentenças, decisões interlocutórias e despachos) é também digital.

Outras questões levantadas referem-se à figura da testemunha virtual e da prova cibernética. Em relação a primeira, é importante destacar de início suas duas espécies: uma relacionada ao depoimento testemunhal do artigo 417, § 2º do Código de Processo Civil, cuja produção e armazenamento pode ser feito de modo integralmente digital, mediante registro em termo e transcrição[4], e a outra relacionada à testemunha virtual dos contratos eletrônicos, que seria uma terceira pessoa que, virtualmente testemunharia uma compra e venda, negociação ou qualquer outra transação por meio da Internet.

Em relação a segunda questão suscitada, a prova cibernética, faz referência a um meio de prova inominado (DIDIER, 2007b, p. 32), no qual se busca a obtenção de conhecimentos sobre fatos ou coisas por outras formas que não as previstas em lei. De fato, o documento emitido em cartório competente, via Ata Notarial acompanhada de Escritura Pública, assinadas pelo Tabelião, fazem prova plena – em que pese as críticas acerca dessa nomenclatura[5] – dos atos e fatos ocorridos sob sua competência. Mas para que se possa atribuir valor probatório ao documento eletrônico, mister avaliar seu grau de segurança que ateste sua veracidade, autenticidade e integridade. O que se faz comumente é a lavratura de Ata Notarial, em cartório, conferindo como verdadeiros determinados fatos apostos na Internet, bem como autênticos e sem distorções – pelo menos naquele dado momento da lavratura da Ata. A importância da Ata Notarial assim preparada está em seu uso irrestrito, até mesmo em fatos ilícitos (exceto crimes penais, dentre outros), pois o papel primordial da Ata Notarial é materializar o fato e, se fato é ilícito, será descrito e apresentado na Ata como foi presenciado pelo tabelião, retirando a hipótese do instrumento ser deturpado com o fato ilícito. No que concerne à Internet, pode-se através da Ata Notarial pré-constituir prova sobre páginas eletrônicas ou outros documentos eletrônicos; fixar a data e existência de arquivos eletrônicos; provar fatos caluniosos (comunidades na Internet com cunho racista, por exemplo); provar fatos contendo injúrias e difamações (comunidades na Internet ou e-mails ou scraps contendo palavras chulas ou de baixo calão); provar fatos contendo uso indevido de imagens, textos e logotipos (por exemplo, pessoas não autorizadas que utilizam em suas páginas pessoais, blogs ou fotologs logotipos de empresas ou produtos famosos sem a devida autorização) e, ainda, provar infração ao direito autoral (artigos e textos divulgados como de autoria própria não verdadeira ou sem autorização). Ao se constituir prova de um determinado fato através da Ata Notarial inverte-se o ônus da prova, na medida em que a eficácia probatória desse instrumento tem respaldo seguro no artigo 364 do CPC: “documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

O professor DIDIER (2007b, p. 131) vislumbra na expressão “seqüência de bits” um grande problema característico dos documentos eletrônicos, qual seja, *“sua versatilidade, ou flexibilidade, na medida em que, em segundos, ele pode ser formado e utilizado, mediante envio pela Internet, em qualquer lugar do mundo”*, sendo também *“a porta para possíveis adulterações, o que infirma a sua integridade e, pois, a sua eficácia probatória”*. Por essa e outras razões, o problema da certeza de veracidade e segurança ainda são muito questionados, ensejando muitas dúvidas em relação à Lei 11.419/2006. Novamente, destaca-se que existem mecanismos tecnológicos para garantir a segurança de documentos recebidos e enviados através da Internet. Cabe ao

Poder Judiciário prover estes mecanismos, implementando-os através de protocolos de segurança.

A esse respeito e no intuito de garantir autenticidade e veracidade dos documentos eletrônicos, a Medida Provisória nº. 2.200-2/2001 instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. Tal regulamentação almejou maior segurança nas contratações, negócios ou qualquer espécie de utilização de documentos eletrônicos.

As técnicas mais utilizadas consistem na assinatura digital; biometria; senha pessoal; criptografia e esteganografia ou registro de propriedade de imagens (JOHNSON e JAJODIA, 1998). Documentos e imagens contêm dados e informações importantes e até mesmo sigilosas e, portanto, precisam ser resguardadas de alterações (sejam estas acidentais ou intencionais), fraudes, cópias e uso não autorizado. O registro de propriedades em imagens pode ocorrer de duas formas: visível ou invisível. O registro visível ocorre quando se deseja tornar evidentes, claros e visíveis os direitos de propriedade. O oposto cabe ao registro invisível. Caracterizam-se por registros visíveis as marcas d'água (*watermarking*) ou uma imagem translúcida que é sobreposta à imagem original, muitas vezes sendo o logotipo ou logomarca da empresa que detém os direitos da imagem original. Este tipo de registro pode ser facilmente visualizado, tal qual um carimbo (ou de maneira análoga, uma marca d'água no papel). Além disto, possui um mecanismo de inserção da marca sobre a imagem original de modo a dificultar a sua remoção. As marcas d'água digitais visíveis são usadas da mesma maneira que as marcas d'água para papel, nas quais a opacidade do papel é alterada por uma processo de impressão prévia de um plano de fundo.

Por outro lado, as marcas d'água invisíveis são uma sobreposição de imagens que não se pode ver, mas que pode ser determinada através de algoritmos de detecção. Existem dois tipos de marcas invisíveis: a marca frágil e a marca robusta. Como o próprio nome diz, a marca frágil pode ser destruída quando a imagem original é manipulada digitalmente. Tais marcas são utilizadas para garantir a autenticidade de uma imagem, bem como, podem garantir a integridade de evidências, baseadas em imagens, em processo judiciais. As marcas robustas, são muito resistente às mutilações provocada por manipulações, por exemplo, edição, subtração ou adição de informações e alterações nas cores. Podem ser utilizadas em caso de suspeita de uso não autorizado (desrespeito ao *copyright*).

Tudo isto está relacionado com a necessidade do homem de escrever mensagens cifradas, ou esconder uma mensagem dentro de outra mensagem. Atualmente, o interesse é esconder uma imagem dentro de outra imagem. A esteganografia é a técnica que permite este tipo de operação, garantindo assim a autenticidade de textos, imagens e até mesmo músicas. Esta técnica não é nova, tendo sido utilizada por Heródoto, o pai da História. Outros relatos, mostram que os nazistas criaram o que se denomina de microponto, ou seja, o ponto final (.) de uma sentença continha uma imagem reduzida de algo secreto a ser transmitido dentro de uma mensagem aparentemente sem importância (*cover message*). Atualmente, as mensagens de cobertura podem ser: textos (*cover text*), imagens (*cover image*) ou áudio (*cover audio*) (ROCHA, COSTA e CHAVES, s.d.).

Esteganografia não é criptografia, é uma forma de comunicação. A primeira técnica não torna a mensagem ilegível ou a imagem distorcida ou sem significado, incompreensível. A criptografia faz exatamente isto. Portanto, a esteganografia é mais eficiente, uma vez

que os usuários não percebem que a imagem contém este tipo de controle. Quando se aplica a esteganografia à uma imagem gera-se o que é denominado de esta estego-imagem. Na prática, existem algoritmos que trabalham com a substituição de determinados elementos da imagem por outros elementos, ou seja, a imagem secreta. Normalmente, os bits de cobertura são os considerados os menos significativos (LSB - *Least Significant Bits*) do objeto de cobertura. Porém, podem, ainda ser aplicadas técnicas baseadas em filtragem e mascaramento ou algoritmos de transformações.

Nesta seara, o governo norte-americano, visando a guarda e proteção de dados pertinentes ao Estado, desenvolve, freqüentemente, novos padrões de criptografia avançada, à exemplo do sistema utilizando o algoritmo Rijndael, em 2001, (ZIGIOTTO; D'AMORE e CUNHA, *Anais*, 2001, p. 45) a fim de prover maior segurança de dados.

Mas sem o intuito de especificar todas as formas de proteção aos documentos virtuais, apenas cabe esclarecer que ainda há muito estudo e muito aprofundamento para compreensão, desenvolvimento e, principalmente, implantação, dessas e de novas técnicas de segurança.

Assim, não obstante sejam salutares os objetivos visados pelo legislador, principalmente no tocante à celeridade dos processos judiciais e à formação de um Poder Judiciário condizente com a nova realidade digital, a lei em questão ainda carece de regulamentação e, mais importante, de providências administrativas e condições materiais para a sua implantação.

Além disso, por meio das exigências da Lei nº. 11.419/2006, um novo ramo de mercado se expande[6], principalmente em relação aos equipamentos portáteis de digitalização de documentos, bem como as certificadoras de certificação digital, o que exige muito preparo dos operadores, adquirentes e usuários dessas novas tecnologias.

4. ACESSO À REALIDADE PRESENTE

4.1 Princípio do Acesso à Justiça

O direito subjetivo de ação[7], comumente reconhecido na doutrina brasileira como o

“direito de acesso à justiça” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 87) para defesa de seus direitos foi ampliado pela Constituição Federal de 1988[8], passando a abranger não somente a lesão, mas também a ameaça de lesão a direito, colocando o Poder Judiciário e, conseqüentemente, o processo como instrumento de viabilização dessa relação entre o lesionado e/ou ameaçado e o juiz.

Dizia DINAMARCO (2003, p. 372-373) que falar-se em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar dele como algo posto à disposição das pessoas, com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

O princípio do acesso à justiça, nas palavras de CAPPELLETTI (1974, p. 67), foi um dos grandes problemas processuais vividos desde o século passado[9], tendo obtido sua primeira vitória com a supressão das jurisdições privilegiadas e com a proclamação da gratuidade da justiça.

Entretanto, a revolução jurisdicional acerca do acesso à justiça não eliminou todas as demais cargas patrimoniais necessárias para ingressar em juízo, e pior: criou um sistema tão amplo de acesso ao judiciário – com a gratuidade da justiça, ausência de advogado nos Juizados Especiais – fazendo com que se solucionasse o problema do ingresso à justiça, mas, devido ao sobranceiro número de demandas, não viabilizou o acesso à adequada prestação da tutela jurisdicional, que também é componente do princípio do acesso à justiça. A respeito lecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2006, p. 39-40):

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. (...), para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (...). O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa, podendo exigir dela a (d) efetividade de uma participação em diálogo – tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação.

Em análoga linha de pensamento, prescreve MARINONI (2006, p. 65):

O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva. Nesse sentido, por direito de acesso à justiça entende-se o direito à preordenação de procedimentos realmente capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva.

Isso porque o acesso à justiça não deve ser compreendido como o mero ingresso em juízo (DINAMARCO, 2005a, p. 134), mas como a pretensão endereçada ao Magistrado para que produza um julgamento efetivo, adequado aos valores da sociedade, de modo a propiciar à parte litigante não só sua admissão em juízo, mas também sua admissão a participar ativamente do processo.

O princípio do acesso à justiça – intimamente ligado aos princípios da inafastabilidade e indeclinabilidade do Judiciário, consagrados constitucionalmente – é a síntese de todos os princípios e garantias do processo (DINAMARCO, 2003, 373), informando o princípio da inafastabilidade, na medida em que se buscam métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível (PORTANOVA, 1999, p. 84).

Atualmente se busca evitar que pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário, inclusive implementando-se as “tutelas parajurisdicionais” (DINAMARCO, 2005a, p. 137) – meios alternativos de acesso à justiça – com vistas à conferir efetividade a esse princípio. Todas as medidas com vistas à universalidade do processo e da jurisdição (DINAMARCO, 2003, p. 373) consubstanciam a garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça.

No entanto, aflui-se a insuficiência do tão só alargamento do âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, de forma a ser imprescindível o aprimoramento da ordem processual, apta a disponibilizar resultados satisfatórios e tempestivos às partes. Neste diapasão, traz-se à baila importante lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha (TEIXEIRA, 1993, p. 34):

A jurisdição é direito de todos e dever do Estado, à maneira de outros serviços públicos que neste final de século se tornaram obrigação positiva de prestação afirmativa necessária da pessoa estatal. A sua negativa ou a sua oferta insuficiente quanto ao objeto da prestação ou ao tempo de seu desempenho é descumprimento do dever positivo de que se não pode escusar a pessoa estatal, acarretando a sua responsabilidade integral.

Mas o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição por parte do cidadão depende de um desempenho prévio do Estado, que se desdobra em dois comportamentos complementares: de um lado, impõe-se a facilitação do exercício do direito à jurisdição pela sua declaração normativa expressa, e, de outro, deve-se dar a saber ao povo deste como de todos os direitos fundamentais que lhes são assegurados. Estes comportamentos públicos são pressupostos imprescindíveis a serem cumpridos para que o direito à jurisdição não seja uma mentira legal ou uma possibilidade oficial, somente exercida por aqueles que dispõem de condições econômicas bastantes para saber de seus direitos e poder pagar o preço de seu exercício.

Bem acolhendo a postura da Ministra do STF, DINAMARCO (2005a, p. 133) entende que, *“não basta que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta”*. Compreende o ilustre processualista que a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional[10] e aperfeiçoar internamente o sistema processual. Inclusive com o uso adequado da tecnologia, processos eletrônicos e, fundamentalmente, informação e acesso à população desses novos meios utilizados pela Justiça brasileira.

Acrescendo, GRINOVER (1990, p. 244) doutrina acerca da necessidade de presteza da prestação jurisdicional, como corolário do princípio do acesso à justiça:

É necessário acentuar o conteúdo da idéia de acesso à Justiça que não há de significar simplesmente o acesso ao Poder Judiciário; não só porque também existe o direito à assistência pré-processual, mas também num sentido mais amplo: é que acesso à Justiça significa, e deve significar, não apenas o acesso aos tribunais, mas o acesso à um processo justo, o acesso ao devido processo legal, àquele conjunto de garantias tão importantes que fez com que Mauro Cappelletti dissesse constituir o mais importante dos direitos, na medida em que dele depende a viabilização dos demais direitos.

Dessa forma, é insuficiente assegurar o simples acesso aos órgãos jurisdicionados para que se obtenha a tutela de seus direitos, fazendo-se necessário que a jurisdição seja prestada com a qualidade e efetividade que a situação fática lhe impõe. Afinal, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (TEIXEIRA, 1993, p. 37), “às vezes a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda”.

Assim, mister a composição de sistemas que viabilizem uma maior celeridade na tramitação dos feitos processuais, conferindo além da adequação tecnológica com os sistemas mundiais digitais, um maior acesso da população à Justiça, à Informação e ao conhecimento e desenvolvimento científico para que possa receber o bem da vida pretendido em tempo hábil, com presteza e adequação do serviço público judiciário.

4.2 Dificuldade de padronização do acesso nas Varas e Fóruns Judiciais

Antes de trabalhar a respeito da padronização no uso da informática e Internet nos diversos órgãos judiciais da Nação, cabe levantar a questão da diversidade de equipamentos, de estruturas judiciais, órgãos e orçamentos aplicados, os quais contribuem, significativamente para a não padronização da tecnologia aplicada e investimentos em relação à equipamentos, campanhas e acesso.

De fato, a adoção do meio eletrônico para a consecução dos atos processuais não é e não deve ser entendida como obrigatória. Porém, quando há a interação de mais órgãos judiciais em um único processo que, originariamente, adotara o meio eletrônico, em contato com os outros órgãos que não disponham nem de equipamentos para leitura de depoimento testemunhal por mídia eletrônica, por exemplo, as questões problemáticas se avolumam. Não somente na seara dos fóruns com equipamentos divergentes, mas de partes com realidades social e econômica diferentes.

Analisando essa questão, ATAIDE JR. (Em artigo publicado no Jornal *O Estado do Paraná*, em 15/08/2004):

Sei muito bem que esse avanço gerencial do Poder Judiciário não é uniforme em todo o Brasil. Não é preciso ir muito longe para encontrar cartórios judiciais ainda movidos à máquina de escrever e a fichinhas de controle processual, obviamente na contra-mão de todos os esforços empreendidos pela administração judiciária para combater as causas da morosidade da prestação jurisdicional. Vê-se que há Brasis e há Poderes Judiciários.

Na mesma balada, REIS e GEUS (*Anais*, 2001, p. 79), reportando-se aos procedimentos de forense computacionais ensinam:

Devido à grande variedade de exames que podem ser requisitados e a variantes impostas pela diversidade de tecnologias, que evoluem constantemente, o nível de padronização pode não ser completo. Nesse sentido, a padronização pode restringir-se aos níveis de princípios (legais e técnicos) e políticas de análise, permitindo que sejam utilizadas técnicas e soluções não padronizadas, contudo, coerentes com os níveis padronizados.

Disso constata-se que as técnicas e soluções até podem não ser padronizadas, mas desde que comportem, na essência, correlação com os níveis de padronização, o que não remonta os sistemas disponibilizados no Brasil. Algumas regiões, até pelo seu avanço tecnológico em nível maior, possuem determinado sistema de processo eletrônico que contradiz os sistemas utilizados nas regiões menos desenvolvidas, as quais ainda se utilizam de papel, carimbo, caneta e das velhas fichas processuais, com o nome das partes, demanda e número do processo guardados em arquivos (fichários), sem qualquer equipamento eletrônico que facilite a consulta.

Isso, além de inviabilizar a celeridade e penetração da tecnologia no Poder Judiciário, inviabiliza também a comunicação com os demais órgãos da Justiça de outras cidades e estados. Neste sentido, SENA e GEUS (*Anais*, 2001, p. 194):

Para que duas ou mais entidades se comuniquem de forma segura, utilizando algoritmos criptográficos de autenticação, integridade e/ou cifragem, um conjunto de parâmetros deve ser pré-estabelecido. Entre eles, os algoritmos a serem utilizados, seus modos de operação, as chaves criptográficas e o tempo de vida destas chaves. Tal conjunto é denominado associação de segurança (AS). Uma entidade pode estabelecer diversas associações de segurança com diversas outras entidades.

Assim, muito embora vários tribunais brasileiros e Juizados Especiais estejam utilizando procedimentos computacionais de intimações, citações e trâmite processual eletrônicos, os sistemas adotados ainda são diferentes, desenvolvidos de maneiras diferentes, uns mais avançados, outros mais retrógrados, uns com petições e documentos salvos em formato *doc*, outros *docx* e outros, *pdf* (deve-se mencionar que

os arquivos em formato pdf são mais seguros e imunes à vírus, pois quando um arquivo em formato doc trafega pela Internet diferentes vírus podem ser agregados ao arquivo e, portanto, gerar danos à quem recebe os respectivos arquivos).

A idéia, portanto, é unir todas as regiões por meio da unificação e padronização dos procedimentos e formas (maneiras) de se operar ou realizar tais procedimentos, incluindo os dados e informações. No entanto, ainda que se estabeleçam tais critérios e se implemente um sistema efetivamente seguro[11] e padronizado, ainda permanecerá o problema de inadequação tecnológica de algumas varas judiciais, diferenciação de Estado para Estado, inevitáveis no nosso Brasil de tamanha extensão geográfica e investimentos, infelizmente, localizados nas áreas de interesse.

4.3 Dificuldade de acesso da população à Tecnologia e Internet – Inclusão ou Exclusão digital?

Corroborando o que já foi sumariamente explicitado no item anterior, a universalização da Internet e procedimentos nela realizados constitui um grande avanço tecnológico, além de promover o acesso e a integração.

Ocorre que nada obstante à barreira enfrentada em relação a ausência de padronização dos sistemas computacionais judiciários, outros entraves como o alto custo da plataforma computacional (GUEDES NETO, *Anais*, 2001b, p. 12) aliado ao diminuto índice de informação da população, ao invés de proporcionar a inclusão digital pode vir a estabelecer uma verdadeira exclusão social – a info-exclusão devido a existência dos denominados info-analfabetos.

Aclarando o sentido da expressão, NAZARENO, BOCCHIO, MENDES e PAZ FILHO (2007, p. 14):

Embora na sua acepção original o termo “inclusão digital” tenha sido utilizado somente para distinguir situações de desigualdade no acesso à Internet (o “provimento assimétrico na sociedade de instrumentos de acesso a serviços na web”), recentemente a expressão vem sendo mais bem lapidada, tendo sua abrangência ampliada. Atualmente, ela é empregada para indicar “falhas no provimento pelos governos de acesso universal a serviços de informação e comunicação, indistintamente, a todos os cidadãos”.

De fato, com o avanço da informática e tecnologia, bem como da relação destas com o meio em que vivemos, ímpeto natural do homem foi a atribuição de um *status* especial a esse sistemas digital. A esse respeito leciona BEHRENS (2005, p. 12):

A evolução tecnológica torna ainda mais evidente a diferença de acesso a recursos eletrônicos e informacionais, aumentando a distância entre as diferentes classes sociais, deixando transparecer os problemas econômicos e não apenas comerciais. A exclusão digital é uma realidade que precisa ser pelo Direito combatida, para que se possa manter

o equilíbrio social e proporcionar a todos as mesmas oportunidades de acesso e desenvolvimento cultural.

Por isso diz-se que o desafio político global do mundo não está em superar a exclusão digital, mas expandir o acesso e o uso da tecnologia para a promoção da inclusão social (WARSCHAUER, 2006, p. 282). Isso porque, no Brasil e no mundo, a discrepância desse acesso e desenvolvimento cultural é flagrante. Na seara da tecnologia há autores que defendem até um “apartheid digital” entre as regiões geográficas brasileiras (NAZARENO, BOCCHIO, MENDES e PAZ FILHO, 2007, p. 33) e as demais regiões do globo terrestre – países desenvolvidos e subdesenvolvidos[12]. E as razões para tal disparidade envolvem questões de economia, infra-estrutura, política, educação e cultura (WARSCHAUER, 2006, p. 80).

Atento à essa proposta de inclusão digital, o Governo Nacional intentou alguns projetos neste sentido. O Programa Nacional de Informática na Educação – ProInfo, criado em 1997, objetivou a informatização das escolas de nível fundamental e médio. O Programa Sociedade da Informação – Socinfo, lançado em 1999, disseminava a adaptação da sociedade às novas tecnologias, bem como a implantação de projetos piloto nesse sentido. O Computador Popular, iniciado em 2000 no DCC-UFGM, permitia o acesso à Internet a partir de linha discada ou rede local e a execução de aplicativo Linux neste caso. O Governo Eletrônico Serviço de Atendimento ao Cidadão – Gesac, criado em 2002, promoveu a instalação de pontos de acesso público à Internet, gratuitamente, estabelecendo conexão com o Programa Casa Brasil, que visa não só a inclusão digital, mas sobretudo a social. Tem ainda os Telecentros, criados também nesta época; o Projeto Aliança para a sociedade da Informação – Alis; o Projeto Paraná-Digital; o Governo Eletrônico ou E-Governo e os Centros Vocacionais Tecnológicos implantados a partir de 2003, promovendo o ensino e a profissionalização no conhecimento científico e tecnológico.

E nesta mesma linha, a criação da Frente Parlamentar do Software Livre, com o intuito de modificar a cultura de uso de software no Brasil, conscientizando as pessoas das vantagens sociais e econômicas da disseminação do uso de sistemas livres no país. Entende-se por software livre aqueles que independem de comercialização para seu uso, seguindo preceitos próprios e adequados a disponibilização, alterações e modificações de softwares já existentes.

Assim, o Governo brasileiro objetivou não só a inclusão digital e social, mas promoveu ainda outros projetos[13] nesse sentido, utilizando-se de ferramentas tecnológicas acessíveis e orçamento compatível.

Ocorre que, em que pese a consciência e fomento da inclusão digital, a própria sociedade brasileira ainda é incipiente nos debates acerca da segurança, acesso e informatização[14], por exemplo. Embora a sociedade tenha passado pelos estágios revolucionários da imprensa, energia elétrica e criação dos computadores, alguns conceitos básicos de informação e interpretação da informação dada ainda são muito complexos e de difícil assimilação para as camadas menos favorecidas. Algumas delas, tampouco entendem porque devem aderir ao programa governamental e aprender a

utilizar a internet. Para essas pessoas o próprio computador é muito distante de sua realidade.

E ainda subsistem os problemas oriundos do custo da info-inclusão que, no Brasil estima-se uma média de US\$ 6,00 por habitante, adicionando-se outros custos a título de manutenção, capacitação e treinamento (NAZARENO, BOCCHIO, MENDES e PAZ FILHO, 2007, p. 105), o que indica a necessidade de investimentos em infraestrutura, orçamento e políticas públicas para a inclusão de toda a parcela populacional info-excluída.

De fato, a inclusão digital não se resume no binômio “equipamento – conectividade”, pois nem sempre o recurso físico (computador) e digital (Internet) compreende os recursos humanos e sociais[15]. Até porque a questão do acesso à Internet não diz respeito somente ao campo das oportunidades que poucos possuem, mas essencialmente *“pela sua lógica comercial, por sua política de difusão e pelo próprio desenvolvimento tecnológico em si”* (GUERREIRO, 2006, p. 151) que, fatalmente, acaba por excluir várias camadas sociais. Neste sentido BEHRENS (2005, p. 94-95):

Portanto, frutos dessa nova realidade, nasceram os “excluídos digitais”. Ou seja, enquanto indivíduos de classes sociais mais altas, passam seus dias interagindo, informando-se e criticando situações e conteúdos de sites, os indivíduos de classes mais pobres estão, muitas vezes, longe desta realidade informática e informacional.

Analisando-se as premissas da exclusão digital para a inclusão social, WARSCHAUER (2006, p. 31) aponta a nova economia da informação e a nova sociedade de rede, o papel decisivo da tecnologia em todos os aspectos dessa nova economia e sociedade, bem como o acesso a essa tecnologia que, *“pode ajudar a determinar a diferença entre a marginalização e inclusão nessa nova era socioeconômica”*.

Em 2004, o Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico, realizou o I Congresso de Direito Eletrônico, em Petrópolis-RJ, debatendo as diretrizes para uma política de inclusão digital e respeito aos Direitos Humanos. Na III edição do Congresso, a ser realizada em Maringá-PR, em outubro/2008, terá como enfoque o processo eletrônico e suas possibilidades de aperfeiçoamento; o comércio eletrônico; o *software livre* e a aplicação do Direito nas atuais formas de pensar na *cybercultura*, dentre outros temas[16]. E há mais propostas futuras no sentido da inclusão digital como a disseminação do ONID (Observatório Nacional de Inclusão Digital), com informatização inclusive de escolas indígenas, a exemplo da parceria entre a Secretaria de Educação e o Governo do Maranhão; e o Projeto “Frequência Digital” para controle de presença de alunos das escolas públicas brasileiras, bem como a proposta de um cadastro único da população brasileira para fins de localização e identificação de todo cidadão.

À par dessas perspectivas de inclusão digital-social, conclui GUERREIRO (2006, p. 203):

A inclusão digital é uma necessidade caracterizada pelo fato de a maior parte da sociedade mundial não ter acesso aos benefícios tecnológicos difundidos na sociedade mundial de informações. A necessidade, por sua vez, é uma condição primordial no ser humano – e, portanto, sempre existirá como estrutura que impulsiona a sociedade para o futuro.

De forma a afirmar-se a inevitabilidade de uma mudança social que possa garantir uma adequação tecnológica sem esquecer da adequação social, com educação, acesso e informação. Isso, num primeiro momento pode parecer um tanto utópico, mas como já disse MORIN (In “*Uma Mundialização Plural*”, MORAES, 2005, p. 366), “*é possível manter a esperança na desesperança*”.

E é nessa desesperança atual de um avanço tecnológico cada vez maior e populações cada vez mais miseráveis, desculturalizadas e desinformadas que coloca-se a esperança de uma sociedade atual, desenvolvida econômica e tecnologicamente, mas garantindo a tão sonhada inclusão digital e, principalmente, social.

5. CONCLUSÃO: CENÁRIO FUTURO[17]

Questionando-se o direito vigente por não atender a realidade social e complexa e olvidando-se da prestação de serviços pelo Estado coloca-se o Direito e todo o arcabouço judiciário em crise perante a sociedade, perante o Estado, perante seus próprios órgãos, estruturas e funções, como se o Direito e a Justiça fossem os únicos vilões do freio à democracia, direitos fundamentais, acesso à informação, justiça e tecnologia, desburocratização etc.

Ora, não é possível falar-se em crise do Direito e do Poder Judiciário sem falar em crise do Estado[18]. A instabilidade dos entes governamentais e da própria sociedade está ligada a uma crise generalizada (ou “endêmica” como denomina MORIN, 1973, p. 185).

A crise que se atribui somente ao Poder Judiciário não é exclusiva deste, mas também do próprio Estado que não consegue atender às propostas emancipatórias e demais anseios sociais, remetendo-se somente à regulação, ainda que a gestão de bens e interesses públicos não se dê de forma transparente e adequada.

Em *Political order in changing societies*, HUNTINGTON (Apud MOURA, 1989, p. 73) definiu os problemas políticos com os quais as nações em desenvolvimento se defrontam em termos de efetividade e capacidade governamental de governar:

A diferença política mais importante entre países diz respeito não a sua forma de governo mas a seu grau de governo. As diferenças entre democracia e ditadura são menores que as diferenças entre aqueles países cuja política reúne consenso, comunidade, legitimidade, organização, eficácia, estabilidade e aqueles países cuja política é deficiente nessas qualidades.

De fato, nos países carentes de consenso, efetividade, organização e estabilidade, a comoção social traz reflexos de insatisfação e desejo de melhora, aliados ao avanço tecnológico sentido em outras áreas do conhecimento. Ante a ineficácia do governo – entendida esta como a relação equilibrada entre instituições políticas e forças sociais – a solução apresentada vem com singelas melhorias que aumentem a confiança no Estado, mas que intimamente nada resolvem os problemas da sociedade. Segundo ALMEIDA FILHO (2007, *Prefácio*), nesse contexto de preocupações de efetividade e transformação:

Informatizar, em dimensão máxima, o nosso sistema de prestação jurisdicional passa a ser assim um imperativo inadiável, indispensável para a solução de boa parte dos problemas que hoje vivenciamos na aplicação do direito. Teorizar sobre este nascente cenário, debater sobre as implicações jurídicas e novas realidades conceituais que esta nova modalidade de interação social propicia passa a ser um dos grandes desafios da modernidade.

A perspectiva de expansão da internet no mundo é imprevisível (GUERREIRO, 2006, p. 150). O padrão de mudança social normal, dependente de mecanismos nacionais e êxito na acumulação de capital, asseguram de certa forma as aspirações humanas por meio de paliativos concedidos pelo Estado de melhora do Judiciário, melhora da Educação, melhora do acesso, mas não rompem efetivamente com conceitos e estruturas sedimentadas pela modernidade, implementando o gerenciamento, a (re)organização e estruturação dos procedimentos judiciais para atingir efetivamente o acesso e a garantia da tutela jurisdicional pretendida.

Por essa vertente, verifica-se a ausência de uma dissensão entre os paradigmas[19] da modernidade e pós-modernidade, eis que inexistiu uma ruptura total com o sistema antigo, havendo momentos de rompimento e momentos de continuidade. De fato, uma transição paradigmática.

Transição apta a enfrentar modificações nas estruturas e procedimentos antes utilizados, mas que não deve se esquecer de conferir informação e acesso à todas as camadas sociais, fazendo prevalecer os ideais de um Estado Democrático. Para WAMBIER (2007, p. 295-296):

A utilização de meio eletrônico pelo Poder Judiciário deverá, gradativamente, provocar a modificação de normas processuais e procedimentais. Por essa razão, embora os objetivos do legislador sejam louváveis (celeridade processual e, em última instância, aumento da eficiência da prestação dos serviços jurisdicionais), é imprescindível que as alterações sejam cuidadosamente planejadas de modo a evitar que preceitos constitucionais sejam violados.

Neste mesmo sentido e prevendo ainda maiores mudanças devido às dúvidas e críticas que possam surgir do sistema computacional implantado pelo Judiciário na tramitação de processos eletrônicos, ATAIDE JR. (Em artigo publicado no Jornal *O Estado do Paraná*, em 15/08/2004) esclarece:

Esse embrião do novo processo judicial vai crescer e se reproduzir. Certamente vai gerar medo, discussões, controvérsias, oposições, como toda mudança cultural produz. Serão necessários aperfeiçoamentos e reforços de segurança, como toda inovação requer. Mas não vejo como se possa voltar atrás. É o futuro do Poder Judiciário. É o caminho da celeridade processual, da tão almejada rapidez na prestação dos serviços jurisdicionais. Não dou dez anos para que a face do Judiciário brasileiro esteja mudada em função dos novos avanços tecnológicos.

Chegará o tempo em que os processos de papel serão apenas peças de museu, para visita dos interessados na história do Poder Judiciário. Mais importante que isso, será o dia em que apenas guardaremos na memória ou nos livros a idéia de um Judiciário lento, ineficiente e desmoralizado.

E nesta seara da inovação, CADOZ (1997, p. 96) explica que:

Progressos tecnológicos ainda estão por vir. As décadas futuras mostrarão, é certo, transformações que hoje nem sequer podemos imaginar. Não devemos, contudo, vislumbrar um estágio definitivo, ainda que longínquo, no qual teríamos, no que chamamos aqui a máquina, uma representação total do universo.

Assim, compreende-se salutar as inovações tecnológicas por que passa o Poder Judiciário, por meio da implantação de sistemas capazes de gerenciar dados e processos judiciais, trazendo agilidade, facilidade, menor tempo, menor custo e adequação tecnológica. No entanto, as modificações permanecerão existindo, tanto interiormente – com modernização dos equipamentos, procedimentos e do próprio sistema computacional – como exteriormente, com propostas de maior acesso da população, almejando uma efetiva inclusão digital e social. Assim, para que o digital e o social estejam cada vez mais próximos, necessita-se que a tecnologia e os sistemas computacionais sejam elementos facilitadores desta aproximação e, para tanto, necessita-se padronizar para informatizar, conseqüentemente, desburocratizar para acelerar, lembrando que qualquer sistema é feito por organizações e pessoas que necessitam andar no compasso da tecnologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS DO 3º SIMPÓSIO SOBRE SEGURANÇA EM INFORMÁTICA – SS1 2001. São José dos Campos –SP: Clovis Torres Fernandes Editor, 24 a 26 de outubro de 2001.

ANAIS DO XXI CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE COMPUTAÇÃO – SBC 2001. Fortaleza: Editado por Ana Teresa Martins, 30 de julho a 03 de agosto de 2001. (b)

BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **A nova inteligência e a civilização digital:** coletânea de pensamentos contemporâneos: análise crítica sobre modificações em andamento e inovações para o 3. milênio. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

BARBOSA FILHO, André; CASTRO, Cosette; TOMÉ, Takashi. **Mídias Digitais: Convergência Tecnológica e Inclusão Social.** São Paulo: Editora Paulinas, 2005.

BARRETO, Ângela Maria. **Informação e conhecimento na era digital.** Transinformação, Campinas, v.17, n.2, p. 111-122, maio/ago 2005.

BEHRENS, Fabiele. **A Assinatura Eletrônica como Requisito de Validade dos Negócios Jurídicos e a Inclusão Digital na Sociedade Brasileira.** Curitiba: Dissertação de Mestrado PUC/PR, 2005.

_____. **Assinatura eletrônica e Negócios Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2007.

BOFF, Leonardo. **A Voz do Arco-Íris.** Brasília: Letraviva, 2000.

CADOZ, Claude. **Realidade Virtual.** São Paulo: Editora Ática, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologias, Sociedad.** Tradición de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

_____ ; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARDOSO, C. M. **A Canção da Inteiraza**. Uma visão holística da educação. São Paulo: Summus, 1995.

CARREIRA ALVIM, J. E.; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. **O Processo Eletrônico – Comentários à Lei n. 11.419/06**. Curitiba, Juruá, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA; Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfels Rezende. **Linhas Mestras do Processo Civil. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8^a ed. Editora Juspodium, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2 – Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 8^a ed. Editora Juspodium, 2007. (b)

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Vol I. 5ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Vol II. 5ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. (b)

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e Possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, ano 27, n 27, 1992/1993.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual: de acordo com a constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade Digital: Inoincluão social e Tecnologia em rede**. São Paulo: Editora Senac, 2006.

IANNI, Octávio. **Globalização: Novo Paradigma das Ciências Sociais**. São Paulo: Estudos Avançados, 1994.

JAQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JOHNSON, Neil F.; JAJODIA, Sushil. **Steganography: Seeing the Unseen**. IEEE Computer, 1998: 26-34p.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Validade jurídica dos contratos eletrônicos via internet**. Curitiba: Dissertação Mestrado PUC/PR, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Editora Manole, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol 2 – Processo de Conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Dênis de. **Por uma outra Comunicação: Mídia, Mundialização Cultural e Poder**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

MORIN, Edgar. **O Paradigma Perdido: a natureza humana**. Portugal: Publicações Europa – América, 1973.

_____. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Cortez, Brasília: Unesco, 2000.

NAZARENO, Cláudio; BOCCHIO, Elizabeth Veloso; MENDES, Fábio Luis; PAZ FILHO, José de Souza. **Tecnologias da Informação e Sociedade: O Panorama Brasileiro**. Brasília: Editora Plenarium, 2007.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal** 3ª ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PERIN JR, Ecio. **A Globalização e o Direito do Consumidor**: harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri, SP: Manole, 2003.

PINTO, Ferreira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Anderson de Rezende; COSTA, Heitor Augusto Xavier; CHAVES, Lucas Monteiro. **Camaleão: um Software para Segurança Digital Utilizando Esteganografia**. Acessado em [05-set-2008]. Disponível: <http://andersonrocha.cjb.net>

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *“A Crise do Paradigma”*. In **Direito Achado na Rua**, pp. 65-78. Por José Geraldo de Sousa Jr. (Org.). Brasília: Editora da UnB, 1987.

SZWARCFITER, Jayme Luiz. **Grafos e algoritmos computacionais**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1986.

TECGLLEN, Eduardo Haro. **A sociedade de consumo**. Rio de Janeiro, Salvat Editora do Brasil, 1980.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenador). **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. Volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e Inclusão Social: A Exclusão Digital em Debate**. São Paulo: Editora Senac 2006.

[1] Para o autor, “*a principal utilidade do novo instituo (citação eletrônica pela Lei n. 11.419/2006) será, ao que parece, para os casos de: a) ‘citação’ (comunicação de uma demanda) em demandas incidentais, em que se possa fazê-la diretamente ao advogado da parte, como no caso da oposição, reconvenção, liquidação de sentença, embargos de terceiro, cumprimento da sentença e embargos à execução; b) citação de litigantes habituais (bancos, concessionárias de serviço público etc.) que firmem com o Poder Judiciário um convênio para estabelecer o endereço eletrônico em que receberão as citações; c) entes públicos, que tenham também firmado convênio com o Poder Judiciário, como já ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia*”. (DIDIER, 2007, p. 437-438).

[2] Aclarando a questão da dificuldade da citação eletrônica, NERY JR (2007, p. 478): “*Muito embora a intenção do legislador tenha sido louvável, no sentido de evitar o acúmulo de papel e agilizar o trâmite processual, é de se notar que a idéia também te os seus inconvenientes, notadamente no que diz respeito à citação (imaginamos que ela deverá se realizar por e-mail, forma de comunicação que não está à disposição de todos os brasileiros, e que está sujeita a percalços, como caixas de entradas cheias, encerramento da conta não informado etc.)*”.

[3] Isso porque não são todas as Autoridades Certificadoras que podem fornecer assinaturas digitais para qualquer fim. Por exemplo, para se obter uma assinatura digital credenciada para a finalidade de encaminhar à Receita Federal a comprovação do Imposto de Renda, a única Autoridade Certificadora credenciada para emitir assinaturas com essa finalidade é a Caixa Econômica Federal. De forma que se o usuário detém uma assinatura digital de outra Autoridade Certificadora, não poderá dela lançar mão para encaminhar sua declaração de Imposto de Renda.

[4] “*A transcrição do depoimento gravado é sempre necessária, ainda que o par. ún. do CPC 417 só indique essa necessidade quando houver recurso da sentença. Isso porque pode ser tomado o depoimento de uma testemunha numa audiência, ou por precatória, e decidida a causa posteriormente, inclusive por outro juiz. Nestes casos, o magistrado sentenciante não teria condições de avaliar o depoimento da testemunha, se não estivesse reduzido a termo escrito*” (NERY JR., 2007, p. 647).

[5] “O art. 215 do CC-002 repete o que dizia o art. 134, §1º, do CC-1916, quanto ao fato de a escritura pública fazer ‘prova plena’. Essa expressão deve ser bem compreendida e interpretada à luz do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC). Primeiramente, deve-se observar que o dispositivo apenas se refere à escritura pública, que é uma espécie de documento público (THEODORO JR, *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t.2, 2003, p. 433), escrito em língua nacional (art. 215, §3º, CC), cuja forma deve indicar, além de outros requisitos que lei especifica eventualmente lhe imponha, os dados indicados no §1º do art. 215 do CC. Em segundo lugar, não se quer com isso dizer que esse tipo de documento ou meio de prova, como ocorre no direito italiano (MARINONI; ARENHART, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, 2005, p. 267-268). A interpretação a ser dada é a de que a sua autenticidade e a veracidade do seu conteúdo são presumidas, embora essa presunção seja relativa. Só isso”. (DIDIER, 2007b, p. 115).

[6] Conforme Artigo publicado na Revista Boletim Jurídico, In *Assinatura Digital impulsiona a Justiça sem Papel*, em 25/04/2007: “De olho no mercado que está sendo criado pelas exigências da Lei nº 11.419, a [Macdata Tecnologia Jurídica](#) antecipou-se e firmou acordo com a Plustek, empresa internacional líder de mercado no segmento de scanners portáteis, com o objetivo de colocar à disposição da classe jurídica equipamentos de última geração para a digitalização de todos os documentos e petições que irão integrar o processo judicial eletrônico”.

[7] “O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado. O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita. A dicção, mesmo que constitucional, do direito à jurisdição não basta para que o cidadão tenha a segurança de ver assumido e solucionado pelo Estado o conflito que, eventualmente, surja na aplicação do direito. (...). Por isso, é insuficiente que o Estado positive a jurisdição como direito, enunciando-o na fórmula principiológica da inafastabilidade do controle judicial, mas não viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficiente e eficaz”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. In *O Direito Constitucional à Jurisdição*. TEIXEIRA, 1993. p. 31).

[8] “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[9] Inclusive com o episódio que envergonhou o direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos estados totalitários da primeira metade deste século, que proibiam o acesso à justiça por questões raciais. (NERY JR. 1996. p. 94).

[10] Imperioso ressaltar que o acesso à justiça não diz respeito ao acesso à direitos. A tutela jurisdicional é a tutela a pessoas ou grupo de pessoas, sendo conferida ora ao

autor, ora ao réu, e não necessariamente àquele[10], posto que sempre se refere à pessoas e não à direitos. Nesse sentido DINAMARCO (2005. p. 126).

[11] Para ser considerado seguro, um sistema deve levar em consideração as seguintes propriedades: “*Confidencialidade: apenas as entidades envolvidas podem ter acesso ao conteúdo dos dados que estão trafegando na rede; Integridade: a informação transmitida em um ponto é a mesma recebida em outro; Autenticação: as entidades envolvidas em uma comunicação devem ter meios de confirmarem mutuamente suas identidades; Controle de Acesso: serve para restringir o acesso aos recursos. Assim, apenas entidades autorizadas poderão acessá-los; Não-Repudição: previne que entidades neguem suas ações. Assim, se uma entidade enviou uma mensagem, ela não poderá negar o que fez; Disponibilidade de Serviços: garante que entidades autorizadas acessem determinados serviços*”. (LINHALIS e MOREIRA, Apud CHIN, *Anais*, 2001, p. 243).

[12] Conforme dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil, “*A diferença numérica de acesso, uso e produção de conteúdos entre os países ricos e países pobres é assustadora. Atualmente 10% da população mundial possui acesso à web. Desse percentual, a maior parte está localizada nos Estados Unidos e Canadá, que concentram mais da metade dos usuários, ou seja, 68% e 64% da sua população, respectivamente. No lado inverso desses números estão países do continente africano e o Brasil. No começo do século XXI, na África o número de internautas não chegava a 0,01% da população. No Brasil do ano 2000, segundo dados do Livro Verde Brasil, de Tadao Takahashi (2000), 10% da população possuía computadores e apenas cerca de 2,5% tinha acesso à internet, sendo que, desse percentual, apenas 16% pertencia à classe C e 4%, à classe D.*

Um ano depois, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2001 mostravam que 12,46% da população brasileira possuía acesso ao computador e, desse percentual, 8,31% tinha acesso à internet, mas cerca de 97% dos incluídos digitais vivem em centros urbanos. Uma outra informação importante dizia respeito às etnias: os amarelos (descendentes de orientais) são o grupo de maior acesso proporcional – 41,66%, seguidos pelos brancos – 15,14% e pardos – 4,06%. Esses dados, entre outros, deram origem ao Mapa da Exclusão Digital, publicado em 2003, o primeiro estudo nos diversos segmentos da sociedade relacionados às tecnologias de informação e comunicação (TICs), que levam em consideração o capital físico (máquinas e softwares) e o capital humano, através da capacitação e da educação para o desenvolvimento social. Números mais recentes (2004) revelam que o Brasil está na oitava posição entre os países com maior número de hospedagens na internet e é o décimo país com maior número de internautas, mas ainda assim esse número representa apenas 0,8% da população” (BARBOSA FILHO, CASTRO e TOMÉ, 2005, p. 274-275).

[13] Exemplos de Projetos de Lei em tramitação do Parlamento brasileiro que versam sobre tecnologia e acesso à população. PL n°. 4.275/2001; 1.739/2003; 2.066/2003; 2.417/2003; 2.427/2003; 2.521/2003; 3.280/2004; 3.684/2004; 3.785/004.

[14] “É nessa perspectiva que se exerce a pressão para que se abra um debate público sério sobre o papel da comunicação e da mídia em nossas sociedades. É paradoxal que, enquanto o discurso oficial não pára de repetir que as NTIC transformaram profundamente as nossas vidas, não tenham se estabelecido, ao mesmo tempo e conseqüentemente, mecanismos e espaços para que a sociedade se pronuncie a respeito”. (MORAES, 2005, p. 414).

[15] Para WARSCHAUER: “O letramento e a educação afetam o acesso on-line tanto nos níveis macro como nos micro. No macronível, o letramento e a educação em massa servem para acelerar a força motora do desenvolvimento econômico, e, assim, criar condições para uma tecnologização maior da sociedade (...). A educação e o letramento também são importantes no micronível individual, já que as habilidades de leitura, escrita e pensamento continuam sendo decisivas para a capacidade de utilização da internet. A educação também ajuda a determinar como as pessoas usam a internet e os benefícios que elas obtêm disso”. Além disso, “para as pessoas cuja rede social não inclui usuários de computador, os desafios de comprar, configurar e aprender a utilizar um computador podem ser opressivos”. (WARSCHAUER, 2006, p. 151-152 e 212).

[16] Disponível em: <http://www.ibde.org.br>.

[17] “A rede é uma tendência concreta que aponta para o futuro” (GUERREIRO, 2006, p. 313).

[18] Destacando o discurso da crise do Estado pela vertente da globalização e de como as questões econômicas se sobrepõem às sociais, Muniz Sodré “O fenômeno da crise do Estado é real e só pode ser efetivamente compreendido a partir das relações financeiras do país periférico (caso do Brasil) com potências centrais (caso dos Estados Unidos). Faz-se então, no discurso público, uma interferência causal, absolutamente arbitrária, entre o fenômeno da crise e os ‘imperativos’ de desregulação cambial, privatização e corte das despesas estatais. Uma segunda interferência é ainda possível: a política impediria o mercado de deixar aflorar a sua virtude intrínseca ou ‘natural’, supostamente capaz de resolver a crise do Estado. A mídia globalista, vetor de um processo radical de desarticulação do vínculo orgânico da cultura com o território nacional, é hoje o principal lugar de produção retórica de um real compatível com a lógica circular do mercado e com a ideologia da globalização. Ai os aspectos humanos e sociais têm peso imensamente inferior aos aspectos tecnoeconômicos no equacionamento dos problemas do desenvolvimento societário” (MORAES, 2005, p. 38).

[19] “A formação de um novo paradigma ocorre nas entranhas do anterior. E este, por sua vez, nunca desaparecerá totalmente”. (CARDOSO, 1995, p. 17).

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER E ENTRETENIMENTO: JOGOS VIRTUAIS E O DIREITO DE JOGAR*

CONSIDERATIONS OF THE CONSTITUTIONAL LAW LEISURE & ENTERTAINMENT: VIRTUAL GAMES AND THE RIGHT TO PLAY

**Regiane Alonso Angeluci
Christiany Pegorari Conte**

RESUMO

Este artigo aborda as situações criadas pelas novas tecnologias de informação e seus reflexos no direito ao lazer e ao entretenimento. O mundo atual está se tornando cada vez mais interativo e o lazer perfaz essa tridimensionalidade colocada à disposição da sociedade. Os avanços tecnológicos posicionam o entretenimento em um contexto equivalente ao das grandes conquistas e o impacto disso pode ser observado na economia, no turismo, na cultura e no desenvolvimento do país, pois são milionárias as cifras que circulam para o progresso, cada vez mais acentuado, da área relacionada ao lazer de alta qualidade. O direito de jogar está inserido no direito ao lazer e ao entretenimento e a erosão desse direito é o principal aspecto jurídico abordado no tema proposto.

PALAVRAS-CHAVES: ENTRETENIMENTO, INTERNET, LAZER, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, JOGOS VIRTUAIS.

ABSTRACT

This paper deals the situations created by the new information of technologies and their reflexes in right to leisure and entertainment. The world today is becoming more and more interactive, and the leisure complement this tree-dimensional that is available to society, this are advancements that position entertainment in the same context with great achievements. The impacts can be seen in the economy, tourism, culture and development of the country, they are big figures wish go around for the progress, each more accentuate from ground relate the leisure and high quality. The right to play is inserted in the law is greater than right to leisure and entertainment and the erosion of that right and the main legal issue raised in the proposed topic.

KEYWORDS: ENTERTAINMENT, INTERNET, LEISURE, INFORMATION SOCIETY. VIRTUAL PLAYERS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

I – Introdução

Nessa nova era informacional a sociedade da informação tem uma importante ferramenta que é a alta tecnologia informacional, cujo acesso à Internet promove novas relações comerciais e pessoais, a vida diária depara-se em um mundo digitalizado. Desta forma, é fácil observar que muitos dos costumes da sociedade foram substituídos, somos praticamente dependentes das máquinas, principalmente dos computadores, da rede Internet, e da telefonia móvel.[2]

Por mais que um indivíduo não queira participar desse quadro informacional e digital, se recusando a aceitar as mudanças que surgem diariamente na sociedade, é difícil escapar e ficar isento das novas tecnologias, como: entrega via Internet da declaração do imposto de renda; movimentações bancárias; voto eletrônico; nota fiscal eletrônica, correspondência eletrônica, processo judicial eletrônico, entre muitos outros serviços colocados a disposição da população.

O surgimento de novas tecnologias, notadamente da informática, como consequência de um ainda contemporâneo processo de globalização, acarretou mudanças consideráveis na sociedade, tanto que poderíamos comparar o impacto causado pelo surgimento da *Internet* ao sofrido com o considerado “avanço técnico” promovido durante a Revolução Industrial no século XVIII. Houve um sensível crescimento da utilização de computadores durante os últimos 25 anos, tanto nas atividades profissionais em geral, quanto nas cotidianas, uma vez que a *Internet* trouxe a rapidez e a eficiência no tráfego de informações para qualquer parte do Planeta.

Assim, os fenômenos tecnológicos ocorridos na denominada *era da informação*, que teve início nos anos 50 e ganhou força após o fenômeno da globalização, na segunda metade dos anos 80, por óbvio, atingiram e vem atingindo todas as ciências existentes, notadamente, com o advento das telecomunicações e sua fusão com a informática. Da mesma forma, o Direito não ficou excluído destas inovações, ao contrário, passou a ter de enfrentar mais um desafio, qual seja o de solucionar as questões jurídicas atinentes a esta nova realidade. Surge, então, um novo Direito: o Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Trata-se, a sociedade da informação, da sociedade contemporânea, que interage e se utiliza, nos atos da vida diária, da infra-estrutura global da informação, ocasionada pela abertura das telecomunicações, que possui como elemento fundamental a Internet.

É nesse contexto tecnológico que os jogos virtuais e metaversos, de maneira geral, se desenvolvem e ganham destaque, não apenas porque passam a integrar a vida diária dessa sociedade da informação que se apresenta, mas, também, por suscitarem diversos questionamentos acerca da sua existência e, principalmente, de suas consequências e proteção jurídicas.

II – Direito ao Lazer e o efeito-substituição

A partir da década de 60 as leis laborais sofreram alterações significativas que melhoraram as condições de vida das famílias e fizeram com que estas não apenas passassem a ter um tempo livre para se dedicarem ao lazer, bem como propiciaram que obtivessem condições econômicas para tanto. À estabilidade econômica junta-se à estabilidade político-social propiciando a criação de condições para que o indivíduo e sua família desfrutem dos seus momentos de lazer em atividades que lhe dão prazer[3].

Na década de 90, o fácil acesso à informação, à publicidade, ao marketing, à Internet, despertaram no indivíduo outro tipo de necessidade, a de conhecer e interagir com outras culturas e de diferentes formas, referida interatividade veio acompanhada de entretenimento de alta tecnologia.

O direito ao lazer é reconhecido constitucionalmente e está disseminado por todas as classes sociais. Anteriormente, esse direito era visto como um luxo que somente alguns eleitos poderiam usufruir, porém, tornou-se uma necessidade que, condiciona o indivíduo não só no seu nível cultural e social, como também, aumenta a satisfação e o bem estar, contribuindo para uma maior produtividade. De tal modo que grandes empresas promovem encontros de trabalho em diferentes locais para motivar os seus colaboradores, é chamado como: mercado MICE (Meetings, Incentives, Conferences, Events) que contém até dias de férias extras como prêmio de produtividade[4].

Outro exemplo significativo de que a interatividade, por intermédio de jogos que proporcionam o lazer, hoje é vista com muito bons olhos são os estudos no sentido de que este tipo de prática estimula o desenvolvimento social e intelectual do indivíduo. Nesse sentido, foi publicada na revista Veja[5] uma reportagem sobre a influência das formas interativas de lazer na vida de crianças e adolescentes, afirmando que as últimas descobertas da ciência dizem que o uso de recursos como videogame, computador, tv e dvd na medida certa, ao contrário do que se pensava, pode ajuda-los a afiar a inteligência, propiciando um desenvolvimento de uma maior capacidade cognitiva e de exercício lógico.

As últimas décadas têm sido de grandes alterações econômicas, culturais, sociais e políticas, bem como a qualidade de vida, em alguns seguimentos, tem se demonstrado um pouco melhor. Hoje, as novas tecnologias parecem se agregar de forma mais incisiva, mesmo na vida daqueles que encontram-se numa parcela da população economicamente menos favorecida. O orçamento familiar disponível, depois de saciadas as primeiras necessidades, tem crescido e com ele a predisposição para gastar mais com lazer e entretenimento ligados a alta tecnologia, notadamente, nas classes média e alta.

A publicidade é uma grande estimuladora desse consumismo, pois, está em toda parte, nas ruas, televisão, rádio, internet, somos frequentemente bombardeados no dia-a-dia pelas publicidades que exercem influência que reflete no comportamento das pessoas. Alcançando o ponto mais fraco de nossas mentes com propostas de felicidade, bem-estar, prazer, culpa, solidão, seus efeitos são incontestáveis sobre o homem médio, e devastadores, se forem consideradas abusivas e enganosas, em crianças e adolescentes.

Talvez essa tendência de um consumismo demasiado tenha sido implantada pelos meios de comunicação de massa. Podemos observar que atualmente a publicidade almeja o lucro e não apenas a informação. É certo que o comércio exerce forte influência no consumidor, a persuasão altamente qualificada abstrai do indivíduo sua liberdade essencial de refletir sobre a real necessidade de aquisição do bem ofertado, desta forma, é imperioso atentar que há manipulação através publicidade para que o produto ou serviço seja consumido.

A Internet tornou-se mais um canal utilizado pela publicidade, pois é um meio de informação, negócios, entretenimento e interação social, concorrendo com o jornal, o rádio, a televisão, o cinema. A internet alcança um público infinitamente maior do que os explorados por outros meios de comunicação, certo que ela ultrapassa as fronteiras, e atinge milhões de pessoas ao redor do mundo, diferentemente, por exemplo, de uma televisão regional.

As pesquisas mostram um aumento considerável do uso da internet contra o declínio acentuado de algumas formas de entretenimento que anteriormente estavam à disposição da população, é o denominado efeito-substituição, as pessoas estão encontrando na rede de computadores mais divertimento e lazer e substituindo um dos meios mais utilizados, há décadas, que era a televisão, pela internet que se tornou um lazer também para a massa populacional.

Vale ressaltar que as tecnologias de informação e comunicação, como a internet, diferentemente de algumas teorias mais conservadoras, que traziam profecias de isolamento total[6], proporcionam as pessoas atualmente à utilização da rede exatamente para não se sentirem isoladas e no anonimato. O entretenimento como forma de lazer, reconduz a criação de diversas comunidades, participação em eventos virtuais e reais, interação social com o mundo, e não apenas com a comunidade local.

Essa noção de isolamento não condiz com a realidade demonstrada pelos números apresentados, por exemplo, dos mundos virtuais, que possuem em seus bancos de dados, milhões de pessoas cadastradas[7], e que entre outras coisas, buscam além de interação pessoal (relacionamentos virtuais e reais), a utilização da interatividade e do acesso rápido a informação para diversificar e ampliar os conhecimentos técnicos, científicos, profissionais, entre outros, que em um passado recente não era verossímil visualizar.

Nessa era informacional é possível participar de qualquer comunidade criada, por exemplo, no Japão com pessoas localizadas em várias partes do mundo, a língua utilizada não é um problema tão difícil de ser resolvido.

No mesmo contexto, os mundos virtuais são exemplos dessa interatividade massificada e nem um pouco isolada, o avatar[8], personagem criado para representar virtualmente uma pessoa no metaverso, pode comunicar-se facilmente com outro avatar localizado na França, no Brasil, ou com todos ao mesmo tempo, saber seus hábitos, conhecer sua cultura, etc., sem sair de casa, esse lazer só é admissível hoje com as novas tecnologias da informação.

Devemos lembrar a importância que as inovações das tecnologias de informação trouxeram para vários setores da economia, a Internet, por exemplo, é um veículo de

transmissão de informações, e de compra e venda de produtos e serviços. Esta disponibilidade de informação, interação, bens consumíveis materiais e imateriais, conseqüentemente, põem em risco os postos de trabalho relacionados a esses bens.

Ao tratar de bens de consumo da nova realidade da Sociedade da Informação[9], devemos citar: a Internet, o dvd, o celular, a Tv por assinatura, a Tv digital, o cinema, a música digitalizada, Ipods, câmeras digitais, os jogos virtuais, os mundos virtuais. Todas essas possibilidades adquiridas pelas novas tecnologias formam uma vertente do efeito-substituição daquilo que já existia, porém, de outra forma, mais lenta, com qualidade infinitamente menor.

III – O Direito de Jogar

Na indústria do entretenimento os jogos eletrônicos estão inseridos entre os maiores e mais importantes segmentos em lucratividade, nesse parâmetro estão incluídos tantos os mundos virtuais (*Second Life, The Sims, Warcraft, Everquest*) ou os desenvolvidos para serem jogados em primeira pessoa através da internet (*Counter-Stricke, Half Life*).

De uma maneira simplificada, vale ressaltar, as características técnicas que envolvem esse novo meio de lazer que está sendo muito utilizado pela população mundial: o console de vídeo game, que não se utilizava da Internet para funcionar, tem um único objetivo: vencer o desafio proposto pelo jogo. Muitas vezes, a estratégia consiste em terminar o jogo no menor tempo possível, ou com o máximo de pontos a serem obtidos. Após um período, o jogador aprende os caminhos a serem percorridos e inevitavelmente perde o interesse, pois torna-se fácil para ele vencer a máquina.

Devemos destacar que os metaversos se distinguem dos videogames no ponto acima apresentado, pois esses não possuem um caminho único a ser percorrido pelo jogador[10].

Verifica-se que as experiências ocorridas dentro do ambiente virtual assemelham-se com as que ocorrem fora dele. Os avatares escolhem quem serão seus amigos, aliados, inimigos, e com quem desejam compartilhar suas vidas virtuais ou reais. O término do jogo somente pode ser conduzido pelo próprio jogador, ou seja, não é pré-definido por um desenvolvedor do programa, a exemplo do vídeo game tradicional. vel, ou acumulando o maior numero de pontos, muitas vezes no menor s entre eles podemos citar: cyborgs, u mesmo, em ambiente di

Os mundos virtuais não se resumem aos seus habitantes[11], existe uma estrutura que é composta pelos desenvolvedores, especialistas em computação, analistas de sistemas, administradores de empresas, diretores, advogados. Essas pessoas fazem parte de uma estrutura empresarial fora do ambiente virtual.

O termo “metaverso” e os vocábulos como: “mundo virtual”, “mundo sintético”, “ambiente virtual”, “plataforma *on-line*” ou “comunidade virtual”, designam o

programa de computador desenvolvido para funcionar através da Internet, cuja função primordial é a conexão e interatividade entre milhares de pessoas ao mesmo tempo.

O avatar, como já explicitado, é uma forma de imprimir a identidade do usuário no ambiente virtual, que será visualizado através de uma representação gráfica do simulador de universo 3D, ou seja, somente por intermédio dessa expressão digitalizada que o usuário poderá se conectar ao metaverso.

Essas novas tecnologias tridimensionais possibilitaram um avanço na qualidade de imagem, som, poder de interatividade aos videogames e aos jogos de computador, todos esses melhoramentos, aliados ao baixo custo do computador pessoal e ao acesso a internet banda larga, fizeram aumentar o interesse de milhões de usuários para esse meio de entretenimento e lazer.

O jogo eletrônico deixou de ter o característico aspecto infantil, pois se assemelhavam à desenhos animados que se moviam em frente a paisagens fixas sem qualidade e sem vida. Com a era digital passou a apresentar uma imagem comparada aos melhores filmes de ação de Hollywood. Os personagens são cópias idênticas de seres humanos, se vestem e se movem em cenários que são verdadeiras cidades reconstruídas com perfeição, graças aos recursos digitais dos simuladores de terceira dimensão.

Devemos ressaltar que a tridimensionalidade e a interatividade dos jogos, que ocorre devido aos avanços das tecnologias digitais, não foram os únicos fatores responsáveis pela alta procura desse entretenimento pelos usuários (jovens, adultos e crianças), vale lembrar que estamos vivenciando uma era informacional, onde a informação e a comunicação alcançam patamares nunca antes imagináveis.

Todos esses aspectos relacionados às novas tecnologias da informação: Internet, web 2.0, comunidades virtuais, avatares, *Second Life*, orkut, myspace, facebook, metaversos, etc., são uma pequena parte das modificações cotidianas ocorridas nas últimas décadas, tendo em vista que uma geração inteira nasceu nesse meio transformado pelas novas tecnologias no qual o computador é mais do que um objeto de trabalho, é também um meio de lazer.

As pessoas de diferentes idades e classes sociais passam muitas horas todos os dias em frente ao computador[12]: jogando, interagindo, construindo simuladores, comunidades virtuais e reais, personagens fictícios, mantendo relações interpessoais, trabalhando, estudando, recebendo e produzindo informações, entre outras coisas

Os jogos eletrônicos são uns dos principais meios de lazer da sociedade da informação, nesta perspectiva é possível afirmar que essa forma de entretenimento já está culturalmente inserida na sociedade transnacional, o direito ao lazer é protegido constitucionalmente, no artigo 6º:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito de jogar, *lato sensu*, encontra-se abarcado pelo dispositivo supra referido. Ademais, de ter respaldo também nas seguintes garantias constitucionais previstas no art. 5º da CF/88: direito à informação e à manifestação de pensamento (incisos XIV e IV); direito à livre expressão (inciso IX), dentre outros. Além disso, dispõe o art. 227 da CF que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, **ao lazer**, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

As normas infraconstitucionais também asseguram referido direito, exemplo disso é o art. 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/90), que prevê: Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude. O lazer no âmbito do ECA possui relevância vital, pois pode auxiliar a criança ou o adolescente a ficar longe de perigos, como droga, alcoolismo e outros vícios que deturpam a personalidade do ser humano e podem levá-lo a um futuro sofrimento e, por vezes, a uma vida criminosa.[13]

Os jogos virtuais existem desde a criação da internet, porém, como mencionado acima, há algumas décadas a tecnologia utilizada nos jogos era bem limitada e não permitia a interatividade entre os jogadores, hoje além da interatividade, temos velocidade e qualidade de som e imagem.

Porém, a filosofia do jogo continua praticamente a mesma, tanto nos jogos *on-line*, como nos jogos monousuários de videogames, ou seja, a maioria deles está relacionada à melhor estratégia para vencer.

Nos jogos monousuários entre as opções existentes é possível ter como combatente o próprio programa desenvolvido pelo fabricante do equipamento ou alguns jogadores conectados no mesmo aparelho. A diferença crucial nos dias de hoje é a quantidade de jogadores que passa a ser bem maior, e os adversários que estão conectados à rede internet, podendo fisicamente estar em qualquer lugar, ou seja, existe a possibilidade de interagir não apenas com a máquina, mas também com pessoas.

Essa interatividade trouxe uma questão que antes não se visualizava quando o jogo era entre homem/máquina, frequentemente o jogador poderia escolher entre ser do bem ou do mal, policial ou bandido. Hoje continua existindo essa possibilidade, porém,

necessariamente alguém precisa escolher o papel do adversário, não é apenas uma opção, acabou sendo uma necessidade do jogo.

Por tais características a escolha entre o bem/mal é como optar entre o time vermelho e o azul, no começo ninguém sabe quem será o vencedor, o que se sabe é que existem dois times, dois lados, e somente um poderá ser o vitorioso.

IV – Direito de Jogar e a liberdade de expressão e informação

O direito de jogar está intimamente ligado aos direitos de informação e de expressão, que são uns dos mais importantes direitos estudados na era contemporânea.

Nos jogos *on-line* os avatares, ou personagens criados para representar virtualmente o jogador possuem interatividade virtual com outros jogadores, em diferentes países, ao proibir um jogo de ser comercializado ou sua utilização ocorre o cerceamento desses direitos, pois exclui dos jogadores a possibilidade de utilizar do único canal de comunicação e expressão disponível.

De certa forma, podemos dizer que é o mesmo que fechar uma comunidade com milhões de habitantes espalhados pelo mundo, colocando uma fronteira intransponível, apenas para usuários tolhidos do direito de jogar.

O jogo virtual além de ser uma forma de entretenimento, é uma maneira de interação e comunicação entre os usuários, assim como de relacionamento interpessoal, como uma praça pública onde todos têm acesso, podendo andar livremente, conversar, trocar informações, dados, arquivos, conhecimento, etc.

Muitos jogadores consideram o avatar, *i.e.*, seu representante virtual no jogo, verdadeira extensão de sua personalidade real, pois é através do avatar que alcança uma reputação *on-line*, constrói uma identidade virtual, com relações pessoais, negociais e profissionais.

Os ambientes virtuais são considerados comunidades virtuais, motivo ao qual seus usuários utilizam-se desses metaversos[14] para promover associações, grupos de discussão, grupos de estudos, direitos garantidos na Constituição Federal.

Os jogos *on-line* e os mundos virtuais são extensões do mundo real, algumas pessoas ficam submersas por longos períodos nesses metaversos, trabalham, desfrutam de sua interatividade para namorar, encontrar amigos, construir comunidades, estudar, trocar conhecimento, é enfim, um meio de informação, comunicação e entretenimento.

A proibição de acesso a alguns jogos, valendo-se da fundamentação de que hipoteticamente pode vir a prejudicar mentes menos preparadas de jovens adolescentes em desenvolvimento, não parece ser suficiente para justificar uma possível censura[15].

O direito ao lazer foi beneficiado pelas novas tecnologias de informação que estão proporcionando às pessoas maior interação e acessibilidade ao entretenimento que antes era percebido como um luxo usufruído por poucos.

Os ambientes virtuais e jogos *on-line* ou de console, são novas formas de entretenimento, lazer, informação e comunicação da era informacional. A proibição de utilização ou comercialização e censura de qualquer um desses ambientes virtuais necessita de fundamentação baseada em dados reais e não hipotéticos. Os jogos censurados no Brasil são livremente comercializados pelo mundo, em outras palavras, salvo melhor entendimento, a justificativa para a proibição, não condiz com a realidade apresentada em outros países.

V – A proibição dos Jogos

Devemos lembrar que enquanto os países da Europa e dos EUA estão discutindo os direitos dos jogadores, no Brasil ainda estamos tratando da proibição de jogar, ou seja, em uma sociedade em que a informação e a comunicação ocorrem livremente em tempo real, a defasagem brasileira não é apenas jurisdicional e legislativa, é também em conhecimento, ou seja, somos analfabetos quando o assunto está relacionado aos jogos eletrônicos *on-line* e aos metaversos.

Muitos países discutem os direitos e poderes dos donos das plataformas virtuais, a proteção de dados, direitos autorais, direitos ao código fonte aberto, direitos de vender bens virtuais, no Brasil a discussão, infelizmente, está relacionada à proibição, censura, restrição de liberdades, erosão dos direitos garantidos constitucionalmente.

Dúvidas não pairam da necessidade de que haja uma maior informação acerca das discussões que suscitam os jogos virtuais e o direito ao lazer, garantido constitucionalmente.

VI - Conclusão

Nos tempos atuais podemos supor que somos capazes de adquirir um número maior de informações que nossos antepassados, porém, a grande dúvida se qualifica na questão iminente de saber distinguir quais são as informações relevantes que serão transformadas em conhecimento.

O direito ao lazer foi beneficiado pelas novas tecnologias de informação que estão proporcionando às pessoas de baixo poder aquisitivo uma maior interação e acessibilidade ao entretenimento que antes era vislumbrado como um luxo usufruído por poucos.

Os avanços foram tantos que o que outrora era considerado nocivo à formação da personalidade das crianças e adolescentes, hoje é citado como benéfico para o desenvolvimento de raciocínio lógico e aquisição de capacidade cognitiva. As atividades lúdicas propiciadas pelas novas tecnologias, desde que bem utilizadas, prestam à formação intelectual de crianças, adolescentes e, em alguns casos, até adultos. As diversões estão cada vez mais complexas o que exige um desenvolvimento da sociedade da informação e das novas gerações neste sentido, obrigando-os a todo instante avaliar e organizar as informações disponíveis priorizá-las e, baseado nelas, tomar decisões estratégicas de curto ou longo prazo, vale dizer, os novos meios de interação tecnológicos podem nos ajudar a raciocinar melhor, ademais de propiciarem uma nova espécie de convívio social.

Os jogos virtuais encontram-se envoltos por um sem números de questões jurídicas que devem ser avaliadas: Serão eles apenas um ambiente no qual a fantasia e a realidade dialogam? Existem limitações ao direito de jogar ou de participar desses mundos tridimensionais e interativos? Quais as implicações jurídicas na vida real? Como assegurar o direito ao lazer e demais direitos constitucionais que este envolve? Os questionamentos são inúmeros, mas, fato é que os metaversos e demais formas de interatividade, propiciados pelo advento e evolução crescentes das tecnologias ganham cada vez mais espaço nos períodos de lazer da sociedade da informação. Nesse diapasão, cabe aos estudiosos do direito avaliarem as conseqüências jurídicas disso em todas as áreas jurídicas (civil, penal, comercial, e etc), uma vez que o direito deve acompanhar a evolução e as necessidades da sociedade.

VII - Bibliografia

ANGELUCI, Regiane Alonso e SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. **Sociedade da Informação: O mundo virtual *Second Life* e os Crimes Cibernéticos.** *Proceedings of the Second Internacional Conference of Forensic Computer Science, ICoFCS 2007*, Vol. 2, number 1, pág. 56-63.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALKIN, Jack M. and NOVECK, Beth Simone. **The State of Play: law, games, and virtual worlds.** New York: New York University Press, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura**, vol. I. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

DERTOUZOS, Michael L. **O que será: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas**. São Paulo: Schwarcz Ltda, 1997.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo: UNESP, 2001.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004

GALDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4ª ed. ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Record, 2001.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996.

_____. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LASTOWKA, F. Gregory; HUNTER, Dan. **The Laws of the Virtual Worlds**. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 26, version 1.12, May 2, 2003. p. 1-101.

LUCCA, Newton De e SIMÃO Filho, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUCCA, Newton De e SIMÃO Filho, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes**, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NIE, N. H. e LUTZ, E. **Internet and Society: A Preliminary Report**.: Stanford Institute for the Quantitative Study of Society, 2000. Disponível em: <http://www.stanford.edu/group/siqss/Press_Release/Preliminary_Report.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2008.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____. (coordenadora) e outros. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2004.

TURKLE, Sherry. **Fronteiras do real e do virtual**. Revista Semestral FAMECOS: Porto Alegre, nº 11, dezembro 1999.

[1] DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo, pág. 8. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.com/eLibris/socespetaculo.html>. Acesso em Ago/07.

[2] ANGELUCI, Regiane Alonso e SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. **Sociedade da Informação: O mundo virtual *Second Life* e os Crimes Cibernéticos.** *Proceedings of the Second Internacional Conference of Forensic Computer Science, ICoFCS 2007*, Vol. 2, number 1. P. 56-63.

[3] MARQUES, Jane e LEITE, Edson. **Impactos do entretenimento na sociedade da informação.** P. 03.

[4] Idem, P. 6.

[5] SOUZA. Okky de; ZAKABY, Rosana. Imersos na Tecnologia e mais espertos. Revista Veja on line. Disponível em: http://veja.abril.com.br/110106/p_066.html. Acesso em: Março/2008.

[6] Nie e Lutz (2000), a Internet está gerando uma onda de isolamento social nos Estados Unidos e alimentando o fantasma de um mundo sem contato humano ou emoções. "Quanto mais tempo as pessoas passam na Internet, menos tempo gastam com seres humanos de carne e osso", lembram esses autores. Seus estudos indicam que 55% dos americanos já estão conectados à rede e 43% dos lares do país possuem computadores ligados à Internet. Isso demonstra que navegar pelo espaço cibernético deixou de ser uma atividade ligada ao trabalho e está se tornando um hábito doméstico. Assim, ocupa o tempo antes destinado a outras formas de lazer e ao convívio social. Considerando estes aspectos, observa-se que a Internet está trazendo, junto com ela, mudanças significativas no comportamento social e individual das pessoas.

[7] BALKIN, Jack M.; NOVECK, Beth Simone. **“The State of Play: law, games, and virtual worlds”**. New York: New York University Press, 2006. P. 3.

[8] “Avatar – Rubrica: religião. Na crença hinduísta, descida de um ser divino à terra, em forma materializada. Particularmente cultuados pelos hindus são Krishna e Rama, avatares do deus Vixnu; os avatares podem assumir a forma humana ou a de um animal. - 2 - processo metamórfico; transformação, mutação.” **Dicionário Houaiss** - <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=avatar&styp=k>

[9] “Sociedade da informação” também denominada de “sociedade do conhecimento”, “é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos..” Lisboa, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação.** RT-847, p. 78-95. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Maio-2006. P. 85.

[10] “Although worlds without set storylines typically do not provide participants with particular goals, they allow users to engage in online activities such as chatting with friends, attending a concert, or going to a nightclub”. **Tradução livre:** Embora os mundos não possuam uma história normalmente não fornecem aos participantes metas especiais, elas permitem que os usuários se dediquem a atividades *on-line*, tais como conversar com os amigos, a assistir a um concerto, ou ir a uma boate, LEDERMAN, Leandra. **Stranger than fiction taxing virtual worlds**. New York Law Review, vol. 82-1620, p. 1620-1672, dez. 2007, p. 1630.

[11] As palavras habitante ou residente são utilizadas para denominar os jogadores que corriqueiramente utilizam-se dos ambientes virtuais como usuários, distintamente das pessoas que fazem parte da estrutura da empresa que disponibilizam a plataforma. Exemplo: os funcionários da empresa Linden Lab.

[12] CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet. Reflexões sobre a Internet, os negócios e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 99.

[13] ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56-57.

[14] Alguns jogos possuem a plataforma aberta, ou seja, permitem que o usuário crie componentes para o jogo, como roupas para os avatares, armas, funções, acessórios, casas, veículos, mapas, uma infinidade de coisas, são softwares que funcionam apenas para determinados jogos. No futuro a tendência é que pelo menos os avatares possam ser utilizados em diversos mundos, mas no momento, cada programa tem uma linguagem de programação diferenciada, não sendo compatíveis uns com os outros.

[15] “*No presente caso, o Ministério Público Federal, mediante ação civil pública, pretende que a União Federal, enquanto Ministério da Justiça, seja compelido pelo Poder Judiciário a retirar do mercado de consumo os jogos de vídeo-game e computador descritos na inicial, proibindo sua distribuição e comercialização. Em verdade, pretende o Ministério Público Federal, entendendo que o Ministério da Justiça está se omitindo quando deveria agir, transferir para o Judiciário a valoração acerca da nocividade dos jogos em questão, ou seja, o próprio mérito do ato administrativo. Seria possível tal desiderato? Este é nó górdio da questão posta em Juízo*” JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PROCESSO 2002.38.00.046529-6. Jogos proibidos no Brasil: Counter Strike, Everquest, Bully.

A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL E GOVERNO ELETRÔNICO: POSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E DE CONTROLE SOCIAL PELOS MUNICÍPIES*

THE DIALOGIC RELATION BETWEEN LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION AND ELECTRONIC GOVERNMENT: POSSIBILITIES OF POPULAR PARTICIPATION AND SOCIAL CONTROL BY THE LOCAL CITIZENS

**Ricardo Hermany
Dartagnan Limberger Costa**

RESUMO

A construção da democracia sempre se solidificou nos pilares da liberdade e da participação popular. Uma sem a outra não caracteriza os pressupostos básicos de um Estado Democrático. Em uma gestão compartilhada, um dos requisitos para uma efetiva Administração Pública Democrática, com o viés da globalização em sua seara comunicacional, possibilitou uma construção dialógica eletrônica em decorrência do trato entre Sociedade e Administração. Com essa possibilidade de ligação, perpassando na seara municipal, a sociedade poderia interagir, através de um maior controle social e virtual, monitorando os passos da Municipalidade, sem mencionar as reais possibilidades de comunicação desburocratizada. O Governo Eletrônico surge como uma instância proativa e veementemente útil na consecução dos ideários de participação e fiscalização dos atos da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVES: PARTICIPAÇÃO; GOVERNO ELETRÔNICO; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; FISCALIZAÇÃO; MUNICÍPIO.

ABSTRACT

The construction of the democracy always made solid in the freedom' and the popular participation's pillars. One without the other does not characterize the basic assumptions of a Democratic State. In a shared management, one of the requirements for an effective Democratic Public Administration, with the bias of the globalization in its communicational idea, made possible an electronic dialogic construction in result of the treatment between Society and Administration. With this possibility of linking, permeating in municipal idea, the society could interact, through a bigger social and virtual control, monitoring the steps of the Municipality, without mentioning the real

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

possibilities of non-bureaucratized communication. The Electronic Government appears as a pro-active and vehemently useful instance in the achievement of the participation and surveillance of the acts of the Public Administration.

KEYWORDS: PARTICIPATION; ELECTRONIC GOVERNMENT; PUBLIC ADMINISTRATION; SURVEILLANCE; MUNICIPAL DISTRICT.

Introdução

É notória a penúria nas ruas e os horizontes perdidos pela globalização. Tal processo se mostrou excludente em âmbito de América Latina e conseqüentemente na seara brasileira. Os países mais industrializados perpassaram uma maior efetivação do seu ímpeto comercial e provocaram uma expansão econômica sem precedentes na história mundial. Tal postura delimitou uma acentuação das desigualdades entre os países, em que a liberdade do mais forte não se conteve em face da fragilidade dos mais fracos.

A globalização se mostrou agradável para os detentores do capital que puderam espalhar suas transnacionais por diversos países do globo, aproveitando-se das desregulamentações legislativas para apropriação de mão-de-obra barata e pagamento de menos tributos.

Passados os anos iniciais que albergaram esse processo, os países mais suscetíveis às influências dos países reconhecidamente mais fortes, em termos capitalistas, tiveram que adotar formas que permitissem a instrumentalização de novas formas de utilização desse processo a seu favor.

Uma das mais reconhecidas formas foi a utilização da *internet* que permitiu a difusão instantânea de informações por todo o globo terrestre, chegando ao ponto de viabilizar uma maior e mais notória intercomunicação entre a Sociedade e a Administração Pública. Hoje os países da América Latina possuem na *internet* uma forma de interação social que viabiliza uma postura comunicacional entre os seus concidadãos e o Governo.

No presente ensaio nos ateremos à análise da sistemática do E-gov (Governo Eletrônico) na construção efetiva de um ambiente participativo, vislumbrando uma possibilidade comunicacional e transparente de relações entre governo e sociedade

como forma de emancipação social e resguardo aos ditames constitucionais fundacionais do Estado Democrático de Direito.

Por esse instrumento, a gestão que, num Estado Democrático de Direito deve permear-se na seara compartilhada, pode realizar uma interação, preservando a idéia de individualidade dentro do grupo social, entre os interesses sociais e o bem comum que deve ser promovido pela Administração Pública.

1. Globalização, construção de redes e participação popular: uma análise da dialógica social na construção da participação popular

Contemporaneamente, diante da globalização ou, como prefere Chesnais[3], da “*mundialização do capital*”, de cunho veementemente norte-americano, como prelecionado por John K. Galbraith, se consubstanciou a idéia de desregulamentação cambial e financeira, permitindo, através do receituário neoliberal, emanado das autoridades econômicas, a submissão a uma lógica econômica e financeira global[4]. Já dizia Marx, no Manifesto do Partido Comunista, sobre o tendencialismo da expansão capitalista:

Impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte. Pela exploração do mercado mundial, a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países.[5]

A mundialização do capital é distinguida, por Singer[6], em diferentes fases, tratando-se das mais recentes a globalização negativa (1930 – 1945), calcada no retrocesso de integração mundial em decorrência da crise americana e da guerra mundial; a globalização keynesiana (1945 – 1973), com a criação de agências intergovernamentais junto à ONU, tais como FMI e Banco Mundial, além do sistema internacional de pagamentos em Bretton Woods; e a globalização neoliberal, a partir de 1973, que seria comandada pelos mercados e pelo grande capital organizado nas multinacionais.

Mas, engana-se quem pensa que tal processo tem cunho natural “de mercado”, pois no estudo da administração Thatcher, na Inglaterra, e de Reagan, nos Estados Unidos, percebe-se uma progressiva utilização de procedimentalizações desestruturais do Estado, seja através de privatizações, liberações de comércio ou desregulamentações e flexibilizações. Nisso tudo, a Administração Pública, após o fracasso do Estado Liberal,

acaba por voltar-se a uma postura de minimalismos, escapando ao ideário socioinclusivo, preceituado na concepção de Estado Democrático de Direito. Fantástica delimitação traz Leal *apud* Bauman:

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com necessidades básicas; seu poder de repressão. Com sua base material distribuída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas. Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos encarregados da tarefa de administrar negócios em nome deles. A única tarefa econômica permitida ao Estado e que se espera que ele assuma é a de garantir um “orçamento equilibrado, policiando e controlando as pressões locais por intervenções estatais mais vigorosas na direção dos negócios e em defesa da população face às conseqüências mais sinistras da anarquia de mercado.”.[7]

E sem poder desempenhar suas funções básicas, o processo de globalização apresenta os ônus ainda maiores que os bônus, o que se nota claramente na notória exclusão social espraiada pelos cantos, ao relento, em nossas cidades no Brasil. Aquele antigo viés marxista do “exército de reserva”, o qual Marx delimitava como os garantidores das prerrogativas de preço de mão-de-obra vinculadas aos ideários do mercado, não se sustenta hoje em dia. A exclusão chegou a um ponto em que a economia não mais consegue gerenciar, tornando-se esse antigo “exército de reserva” um incômodo social sem precedentes.

Nessa questão, os ensinamentos trazidos por Lesbaupin determinam de forma resplandecente a questão:

Antes, as classes trabalhadoras eram submetidas a processos de domesticação, através das escolas, das fábricas, hospícios, presídios, da legislação, da repressão, para serem força de trabalho – necessária para a expansão da produção capitalista. Agora, os excedentes não interessam mais à economia. Em face do crescimento da pobreza e da miséria e do aumento da violência criminal, surgem tendência à intolerância (para com estrangeiros, que ameaçam o emprego) e mesmo ao extermínio. Tal ideologia justificadora da eliminação dos miseráveis pode estar na raiz das chacinas, massacres – em favelas, bairros populares, no campo – e, inclusive, dos assassinatos perpetrados contra mendigos e moradores de rua ocorridos nos últimos anos: são inúteis, incômodos e potencialmente perigosos.[8]

Nesse cenário de adversidade e complexidade social, a Administração Pública deve interagir para desempenhar seu papel constitucional de promotora dos interesses

públicos. Como já dito, a postura verticalizada não resplandece como figura aceitável na construção da participação popular. Nessa esteira, deve a administração pública, como preceitua Leal:

[...] criar condições à instituição de uma comunicação e linguagem decodificada e democrática, com o que permitirá a validação racional das questões normativas e operativas de suas ações – já não mais suas, mas de toda a comunidade -, isto porque tal validade passa a ser compreendida como dependente de um processo intersubjetivo, regulado por razões e por posições tomadas racionalmente.[9]

Afinal, de que adiantaria dar acesso aos instrumentos de participação social se a própria sociedade não possuísse a capacidade substancial de perfectibilizar uma participação efetiva? Não adianta a sociedade simplesmente saber falar se não sabe dizer alguma nada! Soma-se ao delimitado por Leal a necessária discussão da importância do capital social no que tange à formação da participação popular, como pressuposto fundamental na perfectibilização do controle social em face da Administração Pública, principalmente em face das influências diretas e indiretas perpassadas pela globalização.

James William Coleman[10], que traz a idéia de que além dos capitais financeiros e humanos, a sociedade criaria vínculos que permitem uma maior inter-relação entre as pessoas com seu meio, entende que o capital social não é apenas uma entidade, mas um conjunto delas com dois traços em comum:

[...] todas elas consistem de algum aspecto das estruturas sociais, e elas facilitam certas ações de certos atores – sejam eles pessoas ou atores em agregado – dentro da estrutura. Como outras formas de capital, o capital social é produtivo, tornando possível a consecução de certos fins que na sua ausência não seriam possíveis.

Maria Celina D’Araujo delimita que o capital social é basicamente “a capacidade de uma sociedade de estabelecer laços de confiança interpessoal e redes de cooperação com vistas à produção de bens coletivos.”[11]

Mas a notoriedade que desencadeia o tema do capital social vislumbra-se nos escritos de Roberto Putnam[12], em meados do ano de 1993, em que analisou as disparidades de desenvolvimento entre o sul e o norte da Itália.

Putnam analisa o processo de descentralização da administração pública na Itália. Analisa os pressupostos políticos, administrativos e de desenvolvimento social nas áreas norte e sul do país.

Ensina Araújo que

Os estudos de Putnam envolveram técnicas e metodologias variadas e cuidados sistemáticos para garantir a fidedignidade das informações. Assim, durante vinte anos, analistas acompanharam o processo de implantação e os resultados do governo descentralizado na Itália – descentralização essa que implicou a criação de vinte regiões administrativas autônomas.[13]

Passado esse período, Putnam pôde vislumbrar que o Norte estava muito mais desenvolvido que o Sul. Ambos conseguiram avanços, mas o Norte soube melhor aproveitar a descentralização. Analisando tal prerrogativa, o autor passou a buscar a causa de tamanha disparidade. Em seu estudo pôde vislumbrar que o Sul permanecia com uma cultura política atrasada, baseada no clientelismo, na inépcia dos burocratas e da corrupção.

Como preleciona Araújo, Putnam procurou compreender as diferenciações de desempenho institucional, muitas vezes recorrendo a outras variáveis, acabando por analisar a valorização da cultura cívica, a cultura política e as tradições existentes. Sendo assim, concluiu que o Norte teve maior desenvolvimento em decorrência dessas prerrogativas específicas.

Sendo assim, podemos concluir que a cultura cívica poderia, associada à confiança interpessoal, beneficiar o grupo como um todo. Daí a idéia de criação de laços horizontais nas relações humanas.

Fukuyama[14] ensina que é essa inter-relação social que permite, no mundo econômico, um barateamento nas transações de mercadorias. Ensina o autor, através do exemplo da cultura de confiança judaica, que uma pedra de diamante pode circular por diversas pessoas da comunidade e não ser surrupiada por algum dos membros. Isso causaria uma grande economia financeira retirando os gastos com atravessadores e reforçando os laços de amizade dentro da comunidade.

Conclui Araújo que o capital social seria

[...] as relações informais e de confiança que fazem com que as pessoas ajam conjuntamente em busca de um bem comum, é fundamental para que novas e velhas organizações da sociedade civil possam prosperar e dar oportunidade de participação aos que ainda carecem de engajamento ou de proteção.[15]

Só há participação efetiva quando há acúmulo de capital social. O termo participação tem ligação direta com os regimes democráticos. Feriria o ímpeto de um regime autoritário qualquer forma de participação que expusesse maior poder às decisões da coletividade em face dos interesses das elites dominantes. Por muito tempo se vislumbrou a falta do que se denomina de participação política, sendo prova disso a sistemática colocação de “senadores biônicos” e fantoches do governo militar nas esferas de decisão.

No Brasil, o conceito de participação é novo, seja ele político, social ou participativo. A cultura política brasileira sempre foi marcada pelo clientelismo, patrimonialismo, etc. Para vigorar uma sistemática e policêntrica postura participativa, é fundamental entender a concepção de democracia subjacente na conjuntura brasileira pós 1988. Nesse sentido, ensinam Santos Júnior, Azevedo e Queiroz Ribeiro que, conforme

[...] O’Donnell, na qual um regime democrático – ou poliárquico, na acepção de Dahl – tem duas dimensões fundamentais: primeiro, é um regime representativo de governo, em que o único mecanismo de acesso às principais posições de governo ocorre por meio de eleições competitivas, resultado da aposta institucionalizada, universalista e incluyente que faz uma sociedade, implicando a garantia a todos os indivíduos dos direitos de votar e de ser votado. Segundo, é um regime em que o sistema legal garante as liberdades e os direitos considerados fundamentais ao exercício da cidadania política.[16]

Estando regido sob um viés democrático, importante trazer a tona o ensinamento de Elenaldo Teixeira que explica fundamentalmente a questão da participação:

Independentemente das formas de que se pode revestir, a participação significa “fazer parte”, “tomar parte”, “ser parte” de um ato ou processo, de uma atividade pública, de ações coletivas. Referir “a parte” implica pensar o todo, a sociedade, o Estado, a relação das partes entre si e destas com o todo e, como este não é homogêneo, diferenciam-se os interesses, aspirações, valores e recursos de poder.[17]

Tratar de participação é ter em mente a construção de uma visão dialógica entre todos os atores sociais na permanente e construtiva inter-relação formacional de discussões de interesses recíprocos. Ou seja, há uma elevada postura de comunicação na construção de decisões através de um processo democrático de discussão.

Borja[18] lembra que deve o Estado ser o responsável pela criação de ambientes propícios da participação popular na seara política e social, mas alerta que, mesmo tendo o Estado essa responsabilidade com a sociedade, não deve ficar marcado como sendo ele um ente concessor da participação, sob pena de refutarmos a participação. O Estado não faz um favor em permitir uma maior participação popular no trato das questões públicas, simplesmente cumpre o seu dever de trazer a sociedade para decidir, dialogar e fiscalizar.

2. A Cidadania e a relação de proximidade do município no trato das questões participativas locais

A relação que permeia o presente ensaio, como já vem se delimitando, é mostrar a necessária relação existente entre uma Administração Pública compartilhada e o viés democrático-dialógico que possibilitará uma postura mais ativa da sociedade em um ambiente eletrônico.

Afinal, ao se falar em participação, esta não está necessariamente adstrita a um ambiente restrito e predeterminado. Com os avanços tecnológicos podemos consubstanciar uma notória progressão em termos de utilização da *internet*. Hoje a participação pode se dar na seara virtual de forma resplandecente. Mas, mesmo para se utilizar esse instrumento que é a *internet*, uma pequena dádiva advinda da globalização, deve-se ter em mente que ainda assim a participação deve ter cunho cidadão.

E nisso a Administração Pública tem um dever fundamental de fomentar tais prerrogativas. Sendo assim, não se pode concordar com o viés weberiano que, conforme Avritzer, “parte da concepção hegemônica de democracia, uma burocracia especializada estaria mais preparada do que o indivíduo comum para lidar com essas questões”[19], referindo-se às decisões da Administração Pública.

Na contemporaneidade, marcada pela adversidade e complexidade social, deve a Administração Pública interagir para desempenhar seu papel constitucional de promotora dos interesses públicos. A figura da administração pública vertical, piramidal, autoritária, de cunho burocrático, não pode mais resplandecer na seara nacional. O “entulho autoritário” deve, ao máximo, sucumbir frente à atual postura democrática. Nessa esteira, deve a Administração Pública, como preceitua Leal:

[...] criar condições à instituição de uma comunicação e linguagem decodificada e democrática, com o que permitirá a validação racional das questões normativas e operativas de suas ações – já não mais suas, mas de toda a comunidade -, isto porque, tal validade passa a ser compreendida como dependente de um processo intersubjetivo, regulado por razões e por posições tomadas racionalmente.[20]

Para existir uma relação dialógica e complexa de interação social entre os atores sociais, com fulcro na construção de uma gestão pública compartilhada, as pessoas envolvidas devem ter o *status* de cidadão. Aprofundando-se na questão da cidadania, parte fundamental e pressuposto almejado para a consecução do ideário de dignidade da pessoa humana, que dignifica um Estado Democrático de Direito, nos atrelamos à idéia de cidadania aos moldes de Corrêa, que nos ensina:

A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.[21]

Marshall[22] define a cidadania como “um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status.”

Interessante vislumbrar que há uma ligação profunda entre a questão cidadã e a participação política. Se a política não viabilizar instrumentos que referendem as decisões das comunidades, de nada adiantarão para a construção de uma gestão pública compartilhada, as deliberações comunitárias.

A essa viabilidade podemos atrelar a visão de Georges Gurvitch, que permeia uma pré-concepção do que entendemos ser a relação participativa com o viés do Governo Eletrônico. Para o autor, o cidadão dentro do grupo poderia compartilhar e

vislumbrar suas perspectivas no trato com os demais, sempre resguardando um viés particularista e individual de sua posição intrínseca. Atualmente, uma pessoa com ligação com a *internet* pode acessar diversos *websites* em qualquer lugar do globo; imaginemos as possibilidades que teriam as pessoas individualmente em propor questões de seus computadores diretamente para a Administração Pública. A conseqüente desburocratização seria enorme, resplandecendo até mesmo o princípio da eficiência.

O princípio federativo nos faz vislumbrar que a municipalidade detém um poder imenso na inter-relação direta com a Sociedade, o que viabilizaria um maior contato, até mesmo eletrônico, nas respostas das demandas sociais. Afinal, como ensina Périus:

É no município que o homem nasce, vive e morre. Recebe os primeiros serviços da saúde, da educação. É no município que somos cidadãos, expressamos nossa cidadania, exercemos nossos direitos mais elementares e cumprimos nossos deveres mais essenciais. Chegou a hora, portanto, de mudar, começando a definir um novo Brasil a partir da célula básica, que é o município. Com mais recursos, com independência administrativa, alcançar-se-á uma democracia mais participativa, soluções mais rápidas e mais adequadas aos interesses dos cidadãos, e por certo haverá menos burocracia e mais controle direto sobre as ações administrativas do Poder Executivo e maior participação no Poder Legislativo, pois prefeitos e vereadores vivem mais junto à população, sentem de perto os problemas de seus habitantes e convivem com sua cultura e a sua história.[23]

São justamente os governos locais os responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida, seja em função da (re) definição de competências constitucionais, seja em virtude da crise de financiamento do Estado Nacional, que o incapacita de atender com efetividade às demandas da população. Tais razões justificam a importância, até paradoxal, do poder local para o desenvolvimento econômico na sociedade globalizada, vinculado ao conceito de qualidade de vida como fator de produtividade e, por conseguinte, de eficiência do sistema produtivo.[24]

Corroborar com o presente entendimento Ladislau Dowbor ao delimitar que o eixo substancial que está se verificando na contemporaneidade é uma progressiva valorização do local frente ao nacional. Ensina o autor:

É no nível local que se podem realmente identificar com clareza as principais ações redistributivas. Essas ações dependem vitalmente de soluções locais e momentos políticos, e as propostas demasiadamente globais simplesmente não funcionam, na

medida em que enfrentam interesses dominantes organizados e complexidades políticas que inviabilizam os projetos.[25]

Continua o autor delimitando que a participação popular local é veemente no resguardo dos interesses das comunidades, perfazendo uma estrutura dialógica passível de ser melhor empreendida pelos agentes sociais frente às Instituições. Ainda afirma o autor sobre essa questão:

A participação comunitária constitui hoje claramente o mecanismo mais racional de regulação das principais atividades da área social, da urbanização, da pequena e média produção, além de constituir um “lastro” indispensável para o equilíbrio do conjunto das atividades no nível macroeconômico.[26]

Nessa linha podemos destacar os ensinamentos trazidos por Hermany, que solidificam o entendimento que a participação popular só pode decorrer de uma postura mais cidadã, em que os centros decisórios constituem um “modelo de convivência, coexistência de diferentes esferas de poder.”[27] Destaca a sistemática do pertencimento e a efetiva participação de “baixo para cima”, o que se traduz no respeito às decisões da comunidade e do trabalho mútuo para a construção dessas prerrogativas.

Elenaldo Teixeira, ao trazer à baila as delimitações sobre a participação cidadã, constrói um quadro performativo que reluz o ideário democrático de participação:

Ao referir a "participação cidadã" tenta-se, portanto, contemplar dois elementos contraditórios presentes na atual dinâmica política. Primeiro, o "fazer ou tomar parte", no processo político-social, por indivíduos, grupos, organizações que expressam interesses, identidades, valores que poderiam se situar no campo do "particular", mas atuando num espaço de heterogeneidade, diversidade, pluralidade. O segundo, o elemento "cidadania", no sentido "cívico", enfatizando as dimensões de universalidade, generalidade, igualdade de direitos, responsabilidades e deveres. A dimensão cívica articula-se à idéia de deveres e responsabilidades, à propensão ao comportamento solidário, inclusive relativamente àqueles que, pelas condições econômico-sociais, encontram-se excluídos do exercício dos direitos, do "direito a ter direitos".[28]

Sendo assim, percebe-se a necessária e real participação popular, vislumbrada em um ideário de gestão compartilhada. A importância do município é realçada nos ensinamentos de Dowbor:

Defender os interesses do município é promover o desenvolvimento equilibrado, com uma base econômica variada, uma situação social mais justa. Trata-se de promover uma visão de longo prazo, e entender que o município, o bairro ou até mesmo um vale numa área rural será o lugar de vida dos nossos filhos e netos, para quem é preciso deixar algo melhor.[29]

3. Aplicabilidade Municipal, Governo Eletrônico e as alterações paradigmáticas na Sociedade Contemporânea

Neste capítulo pretende-se discorrer sobre a efetividade da proposta de gestão compartilhada em harmonia com a sistemática de Governo Eletrônico. Tanto se falou de Governo Eletrônico, mas pouco se delimitou o que seja esse Governo. Em meados de 1999, como preleciona Luiz Agner, o então vice-presidente dos Estados Unidos, Al Gore, ao abrir o Fórum Global sobre a Reinvenção do Governo, dialogou sobre o termo “Governo Eletrônico” pela primeira vez. Dizia ele que “O “governo eletrônico” objetiva fornecer informações, serviços e produtos através de meio eletrônico, a partir de órgãos públicos, a qualquer momento, local e a qualquer cidadão.”^[30]

Desde aquela época, o debate sobre as possibilidades e viabilidades sobre a utilização do E-gov vem se travando em nível global. Muitos países atualmente adotam sistemáticas de inter-relação social através da utilização do Governo Eletrônico pela *internet*. Vislumbra-se que a massificação da Rede Mundial permitiu que os Governos pudessem utilizar-se dessa prerrogativa para facilitar os acessos dialógicos com seus concidadãos.

A atuação do Governo Eletrônico pode se dar em todas as esferas de Poder, podendo abranger uma infinidade de serviços. Entende Hoeschl que o governo eletrônico se caracterizaria por uma sistemática governamental de qualificação digital, através de ferramentas, mídias e procedimentos.[31]

Entendemos que não há Governo Eletrônico sem uma real inclusão digital. O Governo Eletrônico, entendido como um facilitador, passível de promover a intercomunicação entre os atores sociais para desempenhar o seu papel[32] na sociedade, necessita de parceiros firmes para readequar e criar locais de acesso a informações. E a Administração Pública, para ser controlada externamente, deve propiciar os instrumentos capazes de concretizar tal prerrogativa.

Já dizia Silva e Lima:

[...] Se a população não o conhece, não o utiliza ou não percebe o valor em seus serviços, o programa perde a razão de ser. Trata-se de uma via em mão dupla: o e-governo procura ir ao encontro das necessidades do cidadão em termos de informações e serviços, mas precisa do acesso e participação para justificar e manter sua existência; o cidadão, por sua vez, em diversos momentos da sua vida, precisa dos serviços e informações do Governo, mas para utilizá-los precisa conhecer as possibilidades oferecidas através dos meios eletrônicos.[33]

Se não houver a inclusão digital, que necessariamente se dá através de políticas públicas, a existência do E-gov e da disponibilização de serviços e atos *on-line*, não passam de meras disposições que não são passíveis de serem conquistadas. Nesse sentido, a consideração trazida por Takarashi é importante e salutar:

Na era da Internet, o Governo deve promover a universalização do acesso e o uso crescente dos meios eletrônicos de informação para gerar uma administração eficiente e transparente em todos os níveis. A criação e manutenção de serviços equitativos e universais de atendimento ao cidadão contam-se entre as iniciativas prioritárias da ação pública. Ao mesmo tempo, cabe ao sistema político promover políticas de inclusão social, para que o salto tecnológico tenha paralelo quantitativo e qualitativo nas dimensões humana, ética e econômica. A chamada “alfabetização digital” é elemento-chave nesse quadro.[34]

Até porque a *internet* é a maior via de conexão do local com o global. Já dizia Pierre Lévy que “A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e de suporte de memória da humanidade, a partir do início do próximo século”[35].

É essa inclusão digital que pode perfectibilizar a utilização de canais permanentes de relações eletrônicas entre a Administração Pública e os cidadãos, assegurando aos cidadãos o direito de serem ouvidos, obtendo uma resposta mais concreta dos entes estatais.[36]

Como já dito sobre a questão municipal e sua veemente importância no cenário federativo brasileiro, surge através do Governo Eletrônico uma sistemática concreta e intrínseca que perfectibiliza um maior controle social e uma maior dialógica. Pode-se delimitar que tal prerrogativa do Governo Eletrônico vem a se somar com a congruência constitucional dos princípios da moralidade e da publicidade, afinal nada mais fácil e simples que acessar um computador para obter informações sobre o andamento dos atos da Administração Pública.

A relação entre os princípios da publicidade e da moralidade se coopta na esteira da estrita observação pelo gestor público, o qual deve prestar contas de seus atos, para um maior controle social, com vistas à manutenção do interesse público frente aos ideários patrimonialistas e clientelistas que a Administração Pública pode exercer pela falta da observância desses princípios.

É verdade que tais princípios não excluem os demais, mas em uma análise intrínseca do gestor que comete algum desvio impera a conjuntura de que pode não estar ferindo uma normatização, por isso a importância das conjunturas morais na presente seara. Importante lembrar o brocardo romano “*non omne quod licet honestum est*”. Nem tudo que é legal é honesto, sendo a publicidade o instrumento fundamental para que a Sociedade possa viabilizar o controle sobre os atos da Administração, resplandecendo os valores morais e coletivos dos atos administrativos.

O princípio da moralidade não deve ser entendido como uma moral comum, mas como uma moral jurídica, onde, conforme preceitua Meirelles:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.[37]

Tal princípio é fundamental no resguardo do interesse da coletividade, pois, como decidiu o Tribunal de São Paulo, sendo o Exmo. Des. Cardoso Rolim o lavrador do Acórdão, se vislumbrou que:

[...] o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.[38]

Complementa a explanação Freitas, delimitando sem margens às dúvidas:

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.[39]

Diante do referido se entende que a Sociedade, para consubstanciar as demandas legais e morais dos Governos, necessariamente deve cobrar uma postura publicista da gestão, o que permitiria uma postura mais proativa em face dos atos governamentais.

Com relação ao princípio da publicidade, como preceitua Meirelles, é a divulgação oficial de ato para o devido conhecimento público, dando início aos efeitos externos. Determina o autor:

O princípio da publicidade dos atos e dos contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), ação popular (art. 5º, LXXIII), “habeas data” (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, § 4º) -, e para tanto a mesma Constituição impõe o fornecimento de certidões de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (art. 5º, XXXIV, “b”), os quais devem ser indicados no requerimento.[40]

Somando-se ao disposto anterior, a principiologia da publicidade alberga toda a atuação estatal, não só em face de divulgação oficial de seus atos, mas também do conhecimento da conduta interna dos seus agentes.

E é nesse raciocínio que se entende que o controle social se daria de forma mais veemente na esfera municipal, onde as pessoas estão mais próximas do governo e muito mais ligadas na resolução dos interesses comunitários.

Dessa forma, entendemos Governo Eletrônico no sentido de Oscar Adolfo Sanchez, que em O Governo Eletrônico no Estado de São Paulo, na fl. 5, delimita que o Governo Eletrônico não é apenas um avanço da instrumentalização de trabalho a Administração Pública, mas uma mudança relacional entre Administração e Sociedade:

[...] as potencialidades oferecidas por esse conjunto de tecnologias, não apenas para dar mais eficiência e eficácia às ações do Estado, mas também para implementar valores democráticos, como a participação, a transparência, a atenção à dignidade humana, a representatividade e o controle, pela sociedade, sobre os agentes públicos. Nesse sentido, conceitualmente, fazer Governo Eletrônico não significa apenas distribuir e instalar grande número de computadores, redes e sistemas informacionais nas dependências do Estado, para uso interno; significa também trabalhar para efetivar, através da tecnologia, uma relação mais direta, transparente e participativa entre as instituições estatais e o cidadão.

Conclusão

Diante das delimitações construídas no presente ensaio, podemos vislumbrar uma notória e real viabilidade de controle social através da sistemática do Governo Eletrônico. Sendo a gestão de cunho compartilhado, a idéia central se perfaz na delimitação construtiva e dialógica da utilização de instrumentos que viabilizem uma interação direta entre Administração Pública e Sociedade.

A idéia do Governo Eletrônico, em suas diversas conjunturas, resplandece o ideário de visibilidade dos atos de gestão, o que permite ao cidadão comum, utilizando de um computador e acesso a rede mundial, visualizar e se comunicar com a Administração Pública.

Não se pode negar que a atual conjuntura global em termos de interligações comunicacionais, viabilizada prioritariamente pelo uso da internet, se mostrou um instrumento capaz e eficaz de promover a participação e o controle social. Tais possibilidades se intensificam ao vislumbrarmos em uma esfera local, a qual permite a maior relação direta entre Administração e Sociedade.

Como já foi dito, o município é peça fundamental no pacto federativo no que tange a proximidade das políticas públicas, sendo a gestão mais próxima dos cidadãos. Com a utilização do Governo Eletrônico a situação se perfectibiliza ainda mais, pois a resposta prática pelos anseios sociais é facilmente vislumbrada e cobrada pela sociedade.

Sendo assim, uma Administração Pública compartilhada local, somada ao ideário global da internet, permite uma notória e real relação dialógica e fiscalizatória da sociedade em face da gestão governamental. É dever da Administração promover políticas públicas que viabilizem a amplitude da sistemática de E-gov para consubstanciar os princípios constitucionais e resguardar os interesses de um Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

AGNER, Luiz. Governo Eletrônico e transparência do Estado. Disponível em: <http://webinsider.uol.com.br/index.php/2005/03/02/governo-eletronico-e-transparencia-do-estado/>.

ARAÚJO, Maria Celina Soares D^o. *Capital Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BORJA, Jordi. A participação cidadina. *Revista Espaços e Debates*. São Paulo. Núcleo de estudos regionais e urbanos, Ano VIII, n.º 24, 1988.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

COLEMAN, James. *Foundations of social theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijuí, 2006.

DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança: As virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Rio de Janeiro, Rocco, 1996.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, JURGEN. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local. uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

HOESCHL, H. C. *Cenário Evolutivo: o futuro do governo eletrônico*. Revista Consultor Jurídico, 22 out. 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LESBAUPIN, Ivo. *Poder local x exclusão social: a experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. De Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001.

PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, EDITORA. 1993.

SILVA, H. P. e LIMA, J. B. *Governo Eletrônico e Informação Utilitária: uma relação necessária para uma efetiva inclusão digital*. Disponível em reposcom.portcom.intercom.org.br/bitstream/1904/16892/1/R2091-1.pdf.

SINGER, Paul. Desafios com que se defrontam as grandes cidades brasileiras. In: Soares, J. e BAVA, S.C. *Os Desafios da Gestão Municipal Democrática*. São Paulo: Cortez, 1998.

SANTOS JÚNIOR, O. A.; AZEVEDO, S.; QUEIROZ RIBEIRO, L. C. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

TAKARASHI, T. (Org.). *Sociedade da Informação no Brasil: livro verde*. MCT, Brasília, 2000.

TAVARES, Maria da Conceição e MELIN, L.E. Mitos globais e fatos regionais: a nova desordem internacional. In: FIORI; LOUREIRO e NORONHA (orgs.). *Globalização: o fato e o mito*. Rio de Janeiro: EduERJ, 1998.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez, 2001.

VAZ, J.C. Governança Eletrônica: para onde é possível caminhar? Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2005. Disponível em <http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=96>. Acesso em: 11 de Setembro de 2008.

[1] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade de Santa Cruz do Sul e Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de doutoramento pela Universidade de Lisboa. Coordenador do subgrupo de Estudos Possibilidades e Perspectivas de Consolidação do Princípio Federativo a partir do Paradigma da governança Local, do Grupo Estado, Administração Pública e sociedade (CNPq). *E-mail* hermany@unisc.br

[2] Advogado, Mestrando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do subgrupo de Estudos Possibilidades e Perspectivas de Consolidação do Princípio Federativo a partir do Paradigma da governança Local, do Grupo Estado, Administração Pública e sociedade (CNPq). *E-mail* dartagnan@dartagnan.adv.br

Ensaio realizado com a colaboração da graduanda em Direito Caroline Limberger Costa, participante do Grupo de Estudos Estado, Administração Pública e sociedade (CNPq) coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

[3] Ver CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

[4] Nesse sentido, ver TAVARES, Maria da Conceição e MELIN, L.E. Mitos globais e fatos regionais: a nova desordem internacional. In: FIORI; LOUREIRO e NORONHA (orgs.). *Globalização: o fato e o mito*. Rio de Janeiro: EduERJ, 1998, p. 42

[5] MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 165.

- [6] Nesse sentido, SINGER, Paul. Desafios com que se defrontam as grandes cidades brasileiras. In: Soares, J. e BAVA, S.C. *Os Desafios da Gestão Municipal Democrática*. São Paulo: Cortez, 1998, p. 110.
- [7] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.
- [8] LESBAUPIN, Ivo. *Poder local x exclusão social: a experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 35.
- [9] LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 857.
- [10] Ver COLEMAN, James. *Foundations of social theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.
- [11] ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. *Capital Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 10
- [12] PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, EDITORA. 1993.
- [13] Idem p. 13
- [14] Ver FUKUYAMA, Francis. *Confiança: As virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Rio de Janeiro, Rocco, 1996.
- [15] ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. *Capital Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 45
- [16] SANTOS JÚNIOR, O. A.; AZEVEDO, S.; QUEIROZ RIBEIRO, L. C. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004, p. 15.
- [17] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez, 2001.
- [18] BORJA, Jordi. A participação cidadina. *Revista Espaços e Debates*. São Paulo. Núcleo de estudos regionais e urbanos, Ano VIII, n.º 24, 1988.
- [19] AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 565.
- [20] LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 857.

- [21] CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 217.
- [22] MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. De Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 76
- [23] PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001, p. 274.
- [24] HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local.uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- [25] DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 35.
- [26] Idem, p. 48.
- [27] Idem. p. 214
- [28] TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 32.
- [29] Idem, p. 52
- [30] AGNER, Luiz. Governo Eletrônico e transparência do Estado. Disponível em: <<http://webinsider.uol.com.br/index.php/2005/03/02/governo-eletronico-e-transparencia-do-estado/>>. Acesso em 15 02 2008
- [31] HOESCHL, H. C. Cenário Evolutivo: o futuro do governo eletrônico. Revista Consultor Jurídico, 22 out. 2002, p. 11.
- [32] Essa comunicação sob o viés e entendimento Habermasiano. Ver HABERMAS, JURGEN. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- [33] SILVA, H. P. e LIMA, J. B. Governo Eletrônico e Informação Utilitária: uma relação necessária para uma efetiva inclusão digital. Disponível em repositorio.portcom.intercom.org.br/bitstream/1904/16892/1/R2091-1.pdf Acesso em 12 03 2008.
- [34] TAKARASHI, T. (Org.). *Sociedade da Informação no Brasil: livro verde*. MCT, Brasília, 2000. p. 5
- [35] LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1999. p. 92
- [36] VAZ, J. C. *Governança Eletrônica: para onde é possível caminhar?* Fundação Getúlio Vargas. Instituto Pólis, 2005. Disponível em <http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=96>. Acesso em: 11 de Setembro de 2008.

[37] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96.

[38] TJSP, RDA 89/134.

[39] FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-68.

[40] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95/96.

**GOVERNO ELETRONICO E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA
ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA ***

**ELECTRONIC GOVERNMENT AND PROSPECTS OF FINANCE
ADMINISTRATION**

**Renato Leite Monteiro
Denise Lucena Cavalcante**

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar os novos problemas jurídicos advindos dos avanços tecnológicos que alteram profundamente os paradigmas do Direito e a própria instrumentalização do mesmo. Destacam-se no atual contexto as profundas transformações no campo tecnológico, ocorridas nos últimos anos do século passado, configurando um mundo bem diferente do existente há pouco tempo atrás. Vivencia-se uma era sem precedentes históricos, quando a informática e a tecnologia sugerem outros conceitos e exigem novos procedimentos. A atividade estatal, no âmbito fazendário, tal qual vem ocorrendo em toda a sociedade, enfrenta novos desafios e dilemas provenientes destas alterações. Analisa-se as inovações trazidas a tona pela lei 11.419/06, a chamada lei do processo eletrônico, além do conceito de governo eletrônico e as vantagens como forma de desburocratização e inclusão digital.

PALAVRAS-CHAVES: GOVERNO ELETRÔNICO; PROCESSO; INCLUSÃO DIGITAL; FAZENDA PÚBLICA.

ABSTRACT

This study aims to examine the new legal issues arising from technological advances that change profoundly the paradigms of law and the instrumentalization of it. It is in the current context the profound transformations in the field of technology, which have occurred in recent years of the last century, setting a world very different from the existing earlier time ago. It is experienced an unprecedented historical era, when computing technology suggest other concepts and require new procedures. The activity state, under the tax authorities, as has been occurring throughout the company, faces new challenges and dilemmas arising from these changes. It is analyzed the innovations brought to light by the law 11.419/06, the so-called law of the electronic process, beyond the concept of electronic government and advantages as a form of combating bureaucracy and helping on digital inclusion.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: ELECTRONIC GOVERNMENT; PROCESS; DIGITAL INCLUSION; TAX AUTHORITIES.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade vive hoje em um momento sem precedentes onde novos parâmetros são impostos e exige-se uma mudança de postura frente às novas questões que se apresentam. A transição da linguagem escrita para a linguagem virtual tem provocado profundas alterações no mundo de uma forma geral. No campo do Direito percebe-se claramente a necessidade de adaptação da legislação a esta nova forma de agir e pensar. Consolida-se neste século a virtualidade e com ela instaura-se paulatinamente o governo eletrônico ou *e-gov*.

No Brasil, no âmbito do governo federal, precisamente da administração fazendária, prevalece uma estrutura administrativa virtual bastante moderna, permitindo uma considerável comunicação entre os contribuintes e o governo. Praticamente todas as atividades da administração fazendária estão hoje *on line*. Da mera emissão de uma certidão negativa ao mais complexo parcelamento. Sendo o contribuinte portador de um CNPJ/CPF digital poderá ele próprio gerenciar suas atividades fiscais.

O tempo atual tem exigido a constante participação do cidadão-contribuinte, buscando estabelecer uma relação jurídica de imposição mais simples e direta, ou seja, quanto mais complexa a aferição do tributo menor a participação da administração fazendária, pois, de outra forma, não há eficiência estatal ante a impossibilidade da intervenção fiscal direta nas inúmeras e complexas situações concretas.

A linguagem do Direito e dos seus operadores tem que estar adequada à realidade que ela está tratando, visando a uma adequada conexão entre a sociedade e o Direito. E esta linguagem hoje inclui a virtual, que manuseia o Direito com novos instrumentos.

Então, se a linguagem é a forma natural da aparição fenomênica do Direito, como ensina Gregório Robles, e se Direito é linguagem, é preciso ter muita atenção no que está posto, seja por meios materiais, eletrônicos ou virtuais.

2 SOCIEDADE DIGITALIZADA

As mudanças tecnológicas em curso têm gerando enorme surpresa em todas as áreas do convívio social. Afinal, situações ou casos antes tratados como ficção científica já fazem parte do dia-a-dia das pessoas e desafiam os cientistas e técnicos de todos os setores, entre eles os operadores do direito.

As repercussões, no entanto, não se processam do mesmo modo e com as mesmas intensidades nos vários quadrantes do Direito. Com efeito, no âmbito do direito privado (civil e comercial), por vigorar a liberdade de forma (art. 82 do Código Civil), verificamos uma facilidade maior para ajustes aos novos tempos, novos costumes e novas tecnologias.

Já na seara do direito público, notadamente o penal e o tributário, onde as construções jurídicas estão voltadas, em boa medida, para a proteção da liberdade e da propriedade, em atenção ao valor da segurança jurídica, subsistem maiores dificuldades para adaptação aos fluxos e refluxos de interesses ou tendências encontráveis no convívio social em sentido amplo.

Pensamos, no entanto, que não violenta o valor segurança jurídica, a conformação de elementos tributários estruturantes a mudanças radicais de paradigmas sociais. Não advogamos a sensibilidade a qualquer mudança. Sustentamos a vinculação das noções tributárias aos cânones de uma nova etapa histórica, condutora de fatos e situações novas, mas nele enquadráveis razoavelmente, porque apenas formas originais de efetivamente praticar os mesmos atos, ou, sob o ângulo do conteúdo, da essência, realizar as mesmas manifestações econômicas.

Tem-se enfatizado que muitas mudanças ocorridas neste momento histórico, especificamente no âmbito do Direito Tributário, decorrem de vários fatores, dos quais destacam-se a globalização da economia, os avanços tecnológicos, a informática, a velocidade da informação, a indefinição da territorialidade no mundo virtual, dentre tantos outros.

Todos os setores da sociedade vêm relatando este momento peculiar em que iniciamos o século XXI, quando novas maneiras de pensar, conviver, relacionar, estão sendo elaboradas. Como relata Norberto Bobbio, “o progresso técnico-científico torna-se cada vez mais vertiginosamente acelerado, irresistível e irreversível”.

Ao se analisar o campo do Direito conforme os fatores apresentados por Bobbio, constata-se que a celeridade e a irreversibilidade dos acontecimentos no mundo fático ficam sempre muito à frente do Direito, fazendo com que os instrumentos jurídicos fiquem em descompasso com a realidade. Esta situação acentua-se ainda mais com a influência da tecnologia e da informática, que vêm transformando os paradigmas jurídicos de forma tão radical que quase não têm deixado espaço para a adequação dos conceitos tradicionais, exigindo freqüentes ajustes no pensamento jurídico.

Esta metamorfose das instituições urge novas análises. O mundo agora está praticamente sem fronteiras e o dinheiro circula livre e instantaneamente, enquanto alguns órgãos do Estado, bem como escritórios particulares, ainda se encontram envoltos em suas rotinas burocráticas.

São perceptíveis os avanços e os benefícios que a tecnologia e a globalização da economia trouxeram ao mundo atual. Contudo, como todo progresso requer um preço, estes benefícios que envolvem a sociedade digitalizada têm exigido custos altos e têm agravado a situação dos que ainda estão fora deste contexto, ou seja, a maior parte da humanidade que compõe o grupo da exclusão digital. Conforme alerta John Pilger, ao reportar a miséria dos países orientais massacrados pela opressão econômica, grande parte da humanidade nunca acessou a Internet ou utilizou um telefone celular, compondo eles, como denomina o autor, o imenso grupo das pessoas não globalizadas.

O Estado tem hoje o grande desafio de atuar com setores extremamente avançados e informatizados, ao mesmo tempo em que possui um universo de pessoas excluídas digitalmente. Duas realidades antagônicas e que coexistem neste relevante período histórico.

Porém esta realidade tem que ser superada e corrigida pelo próprio Direito e pela tecnologia que deverão servir de instrumentos para reduzir a exclusão digital e não o inverso. Nesse contexto surge o governo eletrônico, ou conforme a linguagem moderna o *e-gov*. Restando claro, portanto, que o governo eletrônico não é uma mera questão de incremento da atividade pública, mas, sim, uma exigência do mundo contemporâneo.

3 O DIREITO E A GLOBALIZAÇÃO

Observa-se que o mundo tem percebido em suas mais variadas proporções as conseqüências da globalização. No contexto jurídico estas reações são bem notórias na doutrina e, de forma mais lenta, porém visível, nas legislações que vêm surgindo.

No Direito Tributário estas conseqüências são muitas, tendo em vista a própria natureza da relação tributária que envolve diretamente o Estado e as mais variadas relações econômicas.

Alberto Nogueira, ao discorrer sobre a função do tributo no atual contexto, comenta sobre a incapacidade de diagnosticar atualmente a dimensão dos efeitos da globalização no mundo, afirmando que “a única certeza que se tem é que o futuro já chegou”.

Helena Taveira Torres reflete sobre a complexidade deste momento, destacando a proximidade das nações e das pessoas como resultado da evolução da informática, ressaltando suas conseqüências, tais como as novas formas de evasão fiscal.

Hugo de Brito Machado comenta sobre a necessidade de definição de novos conceitos para a atualidade, reconhecendo a insuficiência dos atuais conceitos jurídicos e propondo sua constante revisão em virtude das mudanças no mundo.

Fernando Facury Scaff discorre sobre o prisma da globalização dos direitos, sugerindo um “direito tributário das futuras gerações”. Também Ives Gandra da Silva Martins relata sobre os atuais fenômenos decorrentes da atualidade, afirmando que o mundo mudou, mas o Direito ainda está sendo regido por concepções arcaicas.

Ao observar as colocações de juristas das mais diversas posições doutrinárias, constata-se que há consenso entre eles de que o mundo deste século é efetivamente outro e que novas formas de conduta, tanto no campo social como no econômico, exigem novos tratamentos jurídicos. Praticamente todos reconhecem a necessidade de revisão das estruturas jurídicas.

É perceptível para todos as alterações do mundo decorrentes do fenômeno da globalização, dos avanços tecnológicos, da biogenética, da transparência. Porém percebe-se que, quando trazidas estas análises para efetiva implantação no ordenamento vigente, muitos deixam nítida a dificuldade em superar os dogmas já consolidados no

Direito Positivo. É como se os juristas fossem avançados na seara da Ciência do Direito e excessivamente comedidos na reformulação do Direito Positivo.

No campo da especulação são livres, no momento da mudança da lei são presos à estrutura obsoleta das normas em vigor. E aí, alguns demonstram suas posições contrárias às normas inovadoras decorrentes deste novo tempo, tais como: a quebra do sigilo fiscal diretamente pela administração pública; a lei que desconsidera os atos e negócios jurídicos dissimulados; a lei de responsabilidade fiscal; a transparência nos negócios públicos e privados; a nova concepção das unidades familiares; enfim, avanços legais que estão, a rigor, já bem atrasados frente às exigências da realidade.

Para muitos parece tão absurda a perspectiva de alteração da legislação tributária, sob o argumento dos riscos a serem provocados pelas mudanças, que o *status quo*, por mais inadequado e contraditório que seja, subitamente parece a melhor de todas as hipóteses.

4 O GOVERNO ELETRÔNICO

Para enfrentar os novos paradigmas do século XXI, o Brasil, principalmente no âmbito do governo federal, já lançou suas bases para a criação de uma nova sociedade digital, tendo se preocupado inclusive com os que estão excluídos desta realidade, equipando vários locais públicos com terminais eletrônicos para o acesso livre dos cidadãos.

Registra-se que o Brasil tem desenvolvido uma das mais bem-sucedidas experiências mundiais em governo eletrônico, proporcionando uma significativa melhora no serviço público e tendo muita aceitabilidade pela sociedade, conforme se comprova no fato de 90% (noventa por cento) dos brasileiros estarem fazendo suas declarações anuais do imposto de renda pela Internet.

O tempo atual exige mudanças e, para isto, necessita-se de profundas reflexões para criar novas estruturas jurídicas ante a impossibilidade de manter as atuais. Infelizmente, comprova-se que no campo do Direito há uma insistência na petrificação das idéias, sempre com pouca disposição para mudanças. Mesmo os mais modernos concentram suas idéias e desenvolvem suas teorias numa arquitetura institucional e jurídica em visível declínio, conservando conceitos incompatíveis com os dias atuais.

É preciso repensar as estruturas jurídicas com os dados atuais da informática, da virtualidade, dos novos parâmetros temporais, da descentralização, da democracia participativa, da administração transparente e eficaz com custos mínimos do Estado-gestor, enfim, de relevantes instrumentos que surgiram nestas últimas décadas, que são responsáveis por esta gama de transformações no cotidiano.

Vive-se hoje no chamado tempo pontual, instaurado pela informática, que permite a noção do tempo real numa velocidade pura sem horizontes.

Como destaca Pierre Lévy, a evolução do pensamento humano vivencia três pólos distintos, quais sejam, o da **oralidade** (circular), o da **escrita** (linear), e o da **informática** (virtual), sendo este último responsável pela entrada em um novo ritmo que não é mais o da história. A condensação no presente da operação em andamento é ainda um desafio para o Direito.

Analisando o Direito sob este prisma, constata-se que a evolução da interpretação das normas jurídicas são semelhantes às formas canônicas do saber, elencadas por Pierre Lévy: i) narração; ii) interpretação; iii) simulação e previsão.

Antigamente, tinha-se uma vinculação rigorosa ao texto escrito, cuja literalidade o aplicador da lei devia se ater; passa-se, então, para uma visão sistêmica, permitindo ir além da literalidade, analisando todo o sistema jurídico; hoje, tem-se normas que incidem não só sobre os fatos, mas também sobre sua previsão, tanto no campo da interpretação quanto da própria lei, que também tem alcançado o campo dos atos simulados.

É preciso captar esta evolução do Direito para compreender a nova legislação que se instaura e, principalmente, para revogar a antiga, que vem contribuindo para o colapso da estrutura fiscal.

Sendo a razão de existência do Estado a própria sociedade, suas estruturas devem se modernizar de forma a melhor atender àquela e não obstaculizá-la. Daí a grande preocupação atual com a sociedade digital excluída que não tem condições de se adequar às práticas prevalentes na atualidade.

No Brasil, o governo federal vem trabalhando no sentido de reduzir o percentual excluído desta nova realidade através de programas que têm como objetivo integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, de forma a contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros nesta nova sociedade e também contribuir para que a economia do País tenha condições de competir no mercado global.

É claro que esta evolução será a longo prazo, porém, o importante é que os primeiros passos já estão sendo dados e que o Brasil está acompanhando os processos de adaptação e estruturação da administração fazendária, decorrentes dos avanços tecnológicos em todo o mundo.

Uma das dimensões presentes na relação envolvendo capacidade governativa e informação se faz presente na perspectiva do governo eletrônico (e-gov).

Em linhas gerais, o governo eletrônico expressa uma estratégia pela qual o aparelho de Estado faz uso das novas tecnologias para oferecer à sociedade melhores condições de acesso à informação e serviços governamentais, ampliando a qualidade desses serviços e garantindo maiores oportunidades de participação social no processo democrático.

Considera-se que o governo eletrônico pode ampliar a efetividade dos governos em quatro aspectos:

- Será mais fácil para a sociedade ter suas perspectivas consideradas pelos governos na (re)definição de políticas públicas;
- A sociedade poderá obter melhores serviços das organizações governamentais, por exemplo, através de atividades desenvolvidas on-line;
- A sociedade contará com serviços mais integrados porque as diferentes organizações serão capazes de se comunicar mais efetivamente entre si;
- A sociedade será melhor informada porque poderá obter informação atualizada e compreensível sobre o governo, leis, regulamentos, políticas e serviços.

Tais princípios, porém, esbarram em obstáculos diversos na execução de políticas que os viabilizem na realidade social. No caso neozelandês, por exemplo, há um claro reconhecimento de que oportunidades as mais diversas podem ser perdidas caso o

Governo não assuma a responsabilidade de supervisionar e coordenar o desenvolvimento do *e-government* em benefício dos cidadãos. Esta perspectiva, porém, pressupõe considerar as conseqüências e desafios uma sociedade cuja desigualdade se expressa, entre outros aspectos, na existência de reconhecer dois segmentos sociais - aqueles que contam com qualificações e ferramentas para usar as novas tecnologias e os que não dispõem destas condições.

O conceito de governança inclui muito mais que o uso da Internet ou a disseminação de quiosques eletrônicos em repartições públicas. A maior premência, neste sentido, seria levar a burocracia a mudar sua cultura, assumindo como objetivos maiores a transparência, o diálogo permanente com a sociedade civil e o aprofundamento da noção de cidadania.

Um exemplo interessante, no caso dos Estados Unidos, é o [*Government Printing Office*](#), que proporciona acesso a documentos da Agência de Impressão do Governo, incluindo todas as proposições de regulamentos federais e transcrições diárias das sessões do Congresso.

No Brasil, no âmbito do Governo Federal, através do site "Brasil Transparente", é possível, até fevereiro de 2001, "a consulta pública para os anteprojetos de Emenda Constitucional e de Lei Complementar que reforçam os controles e a responsabilização pela aplicação dos recursos do Orçamento". O site ComprasNet oferece acesso às licitações da Administração Federal em andamento, os resultados de licitações, os contratos do Governo Federal, linhas de fornecimento de material e serviço e publicação do fornecedor.

O Serviço Eletrônico de licitação canadense, o MERX, visa também facilitar a interação entre compradores de bens e serviços dentro das comunidades comerciais dos setores público e privado. É o principal canal de distribuição de licitações e documentos de licitação para todos os níveis do governo.

5 A CIDADANIA ELETRÔNICA

O Estado atual não pode mais ser visto como “mistificante entidade soberana e mitológica”, mas, sim, como uma entidade entre os demais grupos sociais existentes, com a função precípua de administração, sempre voltado para o interesse da sociedade e cuja existência justifica-se no interesse da coletividade.

Na relação atual do Estado com o cidadão-contribuinte não se concebe mais o uso dos termos administrado, súdito, no sentido de submissão, apesar de serem ainda muito utilizados pela doutrina, contudo, talvez, pela força do hábito, conforme ressalta García de Enterría, também preferindo o termo cidadão ao invés dos demais.

O cidadão-contribuinte e o Estado, ambos com responsabilidades e Direitos recíprocos, estando sob a égide da lei, devem agir com transparência, eficiência, legalidade, celeridade, enfim, sempre buscando otimizar suas ações em prol do melhor da sociedade.

Dos vários papéis exercidos por ambos destacam-se, na presente análise, o do Estado, nas funções de arrecadação, fiscalização e controle dos tributos, e o do cidadão-contribuinte, como colaborador das atividades fiscais e responsável pelo pagamento dos tributos.

Então, tanto o fisco, como o cidadão-contribuinte, tem suas funções bem definidas no contexto legal, cabendo ao fisco o poder-dever de tributar e ao cidadão-contribuinte o poder-dever de calcular e pagar seus tributos.

Destaca-se o poder do cidadão-contribuinte por sua capacidade de influenciar, condicionar, determinar o pagamento do tributo devido e, na medida em que a lei lhe dá os meios, ir muito mais além do que o mero pagamento, tendo, hoje, obrigações legais que determinam que ele arque com uma série de outros deveres para com o fisco, sem qualquer interferência direta da administração fiscal nestes atos.

6 A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO

Os avanços tecnológicos observados nos tempos modernos, notadamente a ampla utilização da informática, vêm revolucionando praticamente todos os campos das atividades humanas.

Na seara jurídica, em particular nas atividades ligadas aos processos judiciais, as novas tecnologias eletrônicas despertaram especial interesse. Vislumbrou-se a possibilidade de

informatização dos procedimentos no Judiciário como uma das formas de realização de uma Justiça célere e eficiente.

O documento escrito hoje pode ser também virtual; a sede do estabelecimento pode estar na rede mundial e não em uma cidade; dados de auditoria fiscal podem estar num *notebook* e não num livro contábil; a declaração do imposto de renda não está necessariamente no papel e, sim, num disquete ou comunicado através do telefone.

Até mesmo o conceito de tempo tem de ser revisto. A celeridade da informática também influencia os medidores do tempo, destacados na lei como dias, meses, anos, passando agora para o tempo exigido na informática, mensurado em minutos e frações destes. Não se concebe aguardar mais de um minuto para emitir uma Certidão Negativa de Tributos Federais pela Internet.

Antes desta realidade virtual, passavam-se horas na fila de uma repartição pública para pegar uma senha, para depois aguardar horas para ser atendido, para depois requerer dita certidão, que por sua vez seria liberada após alguns dias, devendo o interessado buscá-la na mesma repartição, novamente aguardando numa fila que poderia durar mais algumas horas. E hoje, de casa, é possível obter uma Certidão Negativa de Tributos Federais, não demorando nem um minuto. Isso delata a mudança dos nossos paradigmas temporais: três horas numa fila pode ser tão irritante quanto três minutos em frente à tela do computador aguardando o mesmo documento. Sem dúvida, Norberto Bobbio tem razão quando afirma que o progresso é “célere, irresistível e irreversível”. Não se permite no mundo contemporâneo uma fila interminável para requerer certidões ou mesmo pagar tributos.

Efetivamente, a informatização do Poder Judiciário, em seus vários níveis, pode melhorar significativamente a qualidade da prestação jurisdicional. A última iniciativa do legislador processual, representada pela edição da Lei n. 11.419/06, completou o ciclo de normas jurídicas voltadas para a informatização completa do processo judicial no Brasil. Com efeito, o diploma legal em questão tratou, de forma razoavelmente detalhada, do uso dos meios eletrônicos na tramitação de processos, na comunicação de atos processuais e na transmissão de peças processuais.

A Lei n. 11.419/06, introduziu o parágrafo segundo no art. 154 do Código de Processo Civil com a seguinte redação: “todos os atos ou termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico”. Assim, restou definida legalmente a mais ampla informatização do processo judicial. A lei chegou a convalidar, desde que tenham atingido a finalidade própria e não tenha havido prejuízo

para as partes, os atos processuais praticados por meio eletrônico até a data de sua publicação.

No art. 1º, parágrafo primeiro, do diploma legal referido foi estabelecida a aplicação do processo eletrônico aos feitos civis, penais e trabalhistas, inclusive aqueles em tramitação nos Juizados Especiais, independentemente da instância (juízo singular ou tribunal).

A prática de ato processual informatizado, assim entendido como qualquer forma de armazenamento ou tráfego de arquivos digitais, exige o uso de assinatura eletrônica.

Os tribunais foram autorizados a criar, em site na internet, o “Diário da Justiça eletrônico”. O instrumento em questão substituirá qualquer outro meio e servirá como divulgação oficial para quaisquer efeitos legais, com exceção dos casos de intimação ou vista pessoal na forma da lei.

Está prevista, também, a criação de um portal eletrônico específico a ser utilizado pelos interessados devidamente cadastrados. Assim, nos termos da lei, as intimações realizadas pelo portal, mesmo as da Fazenda Pública, dispensarão a publicação no órgão oficial (impresso ou eletrônico) e serão tidas como pessoais para todos os efeitos legais.

Mesmo as citações podem ser eletrônicas, ressalvados os processos penais (mencionados na lei como “criminal e infracional”). Nesses casos, a íntegra dos autos judiciais deve estar disponível para o citando.

O meio eletrônico foi definido como padrão para as cartas precatórias, rogatórias, de ordem e para as comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário e desses para os demais Poderes.

O Poder Judiciário foi expressamente autorizado a desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais com utilização preferencial da internet. A obtenção de autos total ou parcialmente digitais são os objetivos a serem perseguidos.

Deve ser destacado que o art. 8º da referida lei foi o primeiro comando legal na ordem jurídica brasileira a consagrar expressamente a possibilidade do processo totalmente eletrônico (quando se refere aos autos totalmente digitais). Até a edição desse dispositivo legal, o desenvolvimento do processo totalmente virtual ou eletrônico, a exemplo daquele já existente nos Juizados Especiais Federais, buscava fundamento jurídico, como já registrado, na conjugação de normas pontuais sobre a prática de atos processuais em meios eletrônicos (arts. 1º e 2º da Lei n. 9.8/99; art. 8º da Lei n. 10.259/01; art. 225 da Lei n. 10.406/02 e parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.280/06) e de uma interpretação inteligente, generosa e evolutiva do princípio da documentação dos atos processuais.

Deverão ser realizadas por meio eletrônico todas as comunicações de atos processuais (citações, intimações e notificações), inclusive aquelas dirigidas à Fazenda Pública, no âmbito do processo digital.

Os advogados das partes, sem intervenção do cartório ou secretaria judicial, poderão, conforme admite a lei de forma inovadora, distribuir iniciais e realizar a juntada de petições em formato eletrônico.

A lei da informatização do processo judicial reafirmou o reconhecimento jurídico do documento eletrônico e realizou uma série de definições relevantes acerca das relações entre o documento físico e o eletrônico e entre as noções de original e cópia. Com efeito, foi estabelecido que os documentos produzidos eletronicamente (e juntados aos autos digitais com garantia de origem e de autoria) são considerados originais para todos os efeitos legais. Portanto, não parece restar dúvida razoável acerca da possibilidade de um documento existir (juridicamente) tão-somente em formato eletrônico.

O novo parágrafo segundo do art. 154 do Código de Processo Civil, como visto, prevê que todos os atos processuais podem assumir a forma eletrônica. Apesar da regra geral e de amplo alcance, a lei especifica uma série de situações, dentro e fora do processo judicial, onde a informatização é admitida.

Eis algumas das hipóteses onde o meio eletrônico foi expressamente autorizado por lei: a) registro de votos e acórdãos; b) fornecimento de documentos em repartições públicas; c) expedição de carta de ordem, carta precatória e carta rogatória; d) atos processuais praticados na presença do juiz; e) na assinatura dos juizes em todos os graus de jurisdição; f) na assinatura da procuração; g) nos livros cartorários e repositórios dos órgãos do Poder Judiciário; h) exibição e envio de dados e documentos necessários à instrução do processo; i) citações, intimações e notificações; j) comunicações oficiais

entre os órgãos do Poder Judiciário e desses para os demais Poderes e l) envio de recursos e petições de forma geral.

CONCLUSÃO

É patente que as novas tecnologias de informática revolucionaram o mundo de uma forma nunca antes vista. O planeta se tornou pequeno e o tempo se tornou relativo. O capitalismo de mercado, ou Supercapitalismo, vem aproveitado ao máximo às inúmeras novas possibilidades e ferramentas advindas da computação e da engenharia.

O Direito, como ciência social que é, não teria como fugir das repercussões decorrentes dessas novas relações sócias surgidas a partir dos anos 1950. Dentro delas, temos como pilares neste novo século o processo eletrônico e o governo eletrônico. Aquele tendo como objetivo instrumentalizar os procedimentos de maneira a confirmar princípios constitucionais como o da efetividade, celeridade, publicidade e segurança jurídica. Este tem como escopo maior modificar as perspectivas consideradas pelos governos na definição de políticas públicas; obter melhores serviços das organizações governamentais, por exemplo, através de atividades desenvolvidas on-line; prover serviços mais integrados, visto que as diferentes organizações serão capazes de se comunicar mais efetivamente entre si; e tornar a sociedade melhor informada, pois poderá obter informação atualizada e compreensível sobre o governo, leis, regulamentos, políticas e serviços.

Conclui-se, portanto, que estas duas moedas são agora partes integrantes da sociedade como um todo, visto não ser mais possível um retrocesso quando se torna ululante as vantagens e os benefícios trazidas por elas.

BIBLIOGRAFIA

MORCHON, Gregório Robles, *Teoria del derecho (fundamentos de teoria comunicacional del derecho*, vol. I, Madrid, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PILGER, John. *The New Rulers of the World*. London: Verso, 2002

NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalização e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, v. II

MACHADO, Hugo de Brito. *Tributação na Internet* in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Tributação na Internet*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

ENWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Editora 34, Rio de Janeiro, 1994.

JARDIM, José Maria Jardim. *Arquivos, transparência do estado e capacidade governativa na sociedade da informação*. Disponível em: <www.oas.org/udse/espanol/documentos/1hub11.doc>. Acesso em: 26 set 2008.

BARROS, Benedicto Ferri. *Relance de dois séculos de história – com vistas ao momento brasileiro* in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 18. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ENTERRÍA, García de. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1981

REICH, Robert. *Supercapitalismo: Como o Capitalismo Tem Transformado os Negócios, a Democracia e o Cotidiano*. São Paulo: Campus, 2008.

“En efecto, no es posible expresar el Derecho sino mediante el lenguaje. El lenguaje es la forma en que el Derecho primariamente se manifiesta. La manera en que el Derecho existe en sociedad es, sobre todo, como un conjunto de expresiones o proposiciones de lenguaje cuya misión es regular o dirigir las acciones humanas. No es concebible una sociedad sin lenguaje, como tampoco es concebible sin Derecho.” (*Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, p. 66).

O comércio, a compra e venda, ou em sentido mais amplo, a circulação de bens ou serviços é uma das principais, talvez a principal, manifestação econômica desde os primórdios da história da humanidade. Houve, ao longo do tempo, por força das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas, tão-somente mudanças nas formas de "negociar" e nos objetos das transações.

Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos, p. 668.

No original o autor assim se expressa: “... like the majority of humanity who are not touched by the delights of Mc’Donald’s and Starbucks, the Internet and mobiles phones, who cannot afford to eat enough protein and rarely make a phone call, these are globalisation’s unpeople.” (*The new rulers of the world*, p. 17).

“Não temos sido capazes de diagnosticar com um mínimo de certeza o nível e o tamanho da atual onda globalizadora. O que, entretanto, causa maior perplexidade, mais que nossa impossibilidade de avaliação, é a percepção, em tempo real, ou seja, no próprio momento da mudança, de que estamos todos nela envolvidos como uma nave tragada por furacão, à matroca na imensidão do mar, sem rumo e sem controle. Tem-se ainda a nítida percepção de que não se trata de um furacão qualquer, nem de uma nave só. É como se, de um momento para outro, um furacão de proporções planetárias atingisse ao mesmo tempo todas as embarcações. Mais ainda: como se toda a população do globo terrestre estivesse a bordo dessas embarcações. E tudo isso sem que tivéssemos consciência da situação. Sabemos, contudo, que não se trata de sonho, ou de pesadelo. Temos a plena certeza de que nesse momento a mudança já ocorreu, de que o mundo em que nascemos já é outro completamente diferente. Mas algo é ainda mais inquietante. Não sabemos se o cataclismo passou. A nova era emergiu da antiga, praticamente sem transição visível, ou se faz presente acoplada na antiga?” (*Globalização, regionalização e tributação*, p. 2-3).

Assim relata o autor: “Os problemas advindos do confronto entre a sonegação e a economia de tributos sempre existiram, mas nada comparado com a complexidade que se tem nos dias atuais, particularmente pelas possibilidades de manipulação

internacional das formas evasivas ou elusivas, em face do processo de aproximação das nações e pessoas, por meio da informática, comunicação e transmissão de dados, automação e transportes, dentre outros. Como consequência, os operadores econômicos agigantaram-se e o fenômeno da competitividade em escala internacional tomou proporções inimagináveis (...).” (*Direito tributário internacional*, p. 36.).

“A evolução tecnológica vem tornando cada vez mais insuficientes os conceitos jurídicos, de sorte que se impõe a constante revisão destes, porque os fatos se vão tornando a cada dia mais dinâmicos, a realidade se modifica com o surgimento de fatos até então não cogitados pelo jurista, e os conflitos já não podem ser resolvidos, portanto, à luz dos mesmos conceitos e princípios, como se as mudanças no mundo não existissem. O desenvolvimento de atividades as mais diversas através da Internet tem suscitado a importante questão de saber como se deve comportar o Estado, e especialmente o fisco, diante de tais atividades.” (*Tributação na internet*, p. 84).

“O conceito de desenvolvimento econômico também está sendo fortemente alterado não apenas pela nova concepção dos Direitos Fundamentais, mas também pelo fenômeno denominado globalização que, no estágio atual pode ser entendido como a internacionalização do capital que se expande sem fronteiras e em dimensão tecnológica até pouco inimaginável. (...) nos encontraremos frente a um conflito entre o caráter eminentemente nacional e sua perspectiva de transformação em um Direito Tributário das futuras gerações, marcado pela necessária globalização de direitos, devendo fazer frente às atividades econômicas transnacionais que se desenvolvem sem pátria”. (*Tributação na internet*, p. 408).

“O mundo mudou, o Direito não. Concepções arcaicas regem relações cuja conformação não se adequam a seu figurino, gerando tensões sem solução imediata. (...) E a tributação internacional esbarra na existência de paraísos fiscais, por onde circulam em torno de 15 trilhões de dólares, sem qualquer controle dos Bancos Centrais de países desenvolvidos. Em outras palavras, os desafios são ciclópicos e as estruturas jurídicas do passado minúsculas e arcaicas.” Comentário extraído do prefácio do livro *Os desafios de tributar na era da globalização*, de Romano José Enzweiler, p. 12-13.

O Decreto Presidencial de 3 de abril de 2000 criou o Grupo de Trabalho em Tecnologia da Informação, com objetivo de implementar o *governo eletrônico*. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br>>.

Informação disponível em: <<http://www.serpro.gov.br/publicacoes/tema/materia04s.htm>> . Acesso em: 16 abr. 2002. Ver também: <<http://www.redegoverno.gov.br>>.

“A noção de tempo real, inventada pelos informatas, resume bem a característica principal, o espírito da informática: a condensação no presente, na operação em andamento. O conhecimento de tipo operacional fornecido pela informática está em tempo real. Ele estaria oposto, quanto a isto, aos estilos hermenêuticos e teóricos. Por analogia com o tempo circular da oralidade primária e o tempo linear das sociedades históricas, poderíamos falar de uma espécie de implosão cronológica, de um tempo pontual instaurado pelas redes de informática. O tempo pontual não anunciaria o fim ‘da aventura humana’, mas sim sua entrada em um ritmo novo que não seria mais o da

história.” (*As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*, p. 115).

Op. cit., p. 127.

Como comenta Romano José Enzweiler, citando Roberto Campos: “O aspecto nuclear da questão reside em diagnosticar corretamente o colapso da atual estrutura fiscal, pois que não urdida em consonância com as novas tecnologias de informação e desconforme com os preceitos do atual estágio de globalização financeira. Segundo o respeitável economista, a modernidade exige a substituição dos atuais impostos declaratórios (burocráticos por definição), por impostos de cobrança automática e de elaboração menos complexa.” (*Os desafios de tributar na era da globalização*, p. 118-119).

JARDIM, José Maria Jardim. *Arquivos, transparência do estado e capacidade governativa na sociedade da informação*. Disponível em: <www.oas.org/udse/espanol/documentos/1hub11.doc>. Acesso em: 26 set 2008.

http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces002.html

<http://www.brasiltransparente.gov.br>

<http://www.comprasnet.gov.br>

<http://www.merx.cebra.com/>

Expressão utilizada por Benedicto Ferri de Barros, no artigo *Relance de dois séculos de história – com vistas ao momento brasileiro*, p. 308.

“Este término de “administrado” es, realmente, poco feliz; como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, la ‘potentia persona’ a que llamamos Administración Pública. Sin embargo, esta conotación pasiva que el nombre de administrado evoca inevitablemente es inexata hoy, tanto política como jurídicamente (quizás menos sociológicamente: la burocracia tiende a heredar con ventaja al Príncipe absoluto)... Esta radical transformación, que está en la base del orden político y jurídico moderno, parece puesta en cuestión con la reviviscencia del viejo término “administrado” en el actual Derecho Administrativo, porque el ciudadano es hoy no solo titular de situaciones jurídicas pasivas, sino, con la misma normalidad, un sujeto activo frente a la Administración.” (*Curso de derecho administrativo*, p. 17).

“Declaração *On Line* - IRPF 2002 - Só poderá apresentar a Declaração Simplificada pelo sistema *on line* ou por telefone (0300-78-0300) a pessoa física residente no Brasil, ainda que ausente no exterior (pelo telefone 55-78300-78300), se cumulativamente: a) detinha, em 31 de dezembro de 2001, a posse ou propriedade de bens ou direitos de valor total não superior a R\$ 20.000,00; b) fizer a opção pelo desconto simplificado de

20% dos rendimentos tributáveis, limitado a R\$ 8.000,00.” Informação disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

No âmbito federal, é possível emitir Certidão Negativa de Tributos Federais e da Dívida Ativa da União, por meio eletrônico através dos endereços: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>> e <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br>>, bem como pagar tributos diretamente pela Internet, através do Documento de Arrecadação da Receita Federal (DARF eletrônico).

Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos, p.670.

REICH, Robert. *Supercapitalismo: Como o Capitalismo Tem Transformado os Negócios, a Democracia e o Cotidiano*. Campus: São Paulo, 2008.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS*

CONSIDERATIONS ABOUT THE PROTECTION TO CONSUMER IN THE ELECTRONIC CONTRACTS

Flávio Alves Martins

RESUMO

Este artigo decorre do Projeto de Pesquisa desenvolvido no Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos e objetiva apresentar algumas reflexões acerca dos direitos do consumidor de “segunda geração”, isto é, da necessidade de proteção aos vulneráveis nas relações contratuais por meio eletrônico, especificamente pela Internet. Mesmo que ocorra por esse novo meio decorrente de tecnologias de informação utilizadas, deve-se aplicar às relações consumeristas os mesmos efeitos e garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), evitando-se, assim, que a falta de regulamentação possa traduzir-se em prejuízos aos interesses e conseqüente desrespeito a um direito fundamental e a um princípio da atividade econômica. O número de usuários que acessa a Internet é cada vez maior no mundo, então se a contratação eletrônica enquadrar-se nos denominados contratos de consumo, como enfrentar eventuais problemas contratuais em uma sociedade de massa e, simultaneamente, globalizada? Como proteger esse que é um direito fundamental e um dos princípios da atividade econômica conforme nossa Constituição Federal é assunto importante. A utilização ou aplicação dos princípios fundamentais e dos direitos básicos do consumidor pode ocorrer também nos contratos celebrados por meio da Internet, desde que sejam relações consumeristas. Apresentam-se, ainda, algumas experiências estrangeiras na tentativa de regulamentação dessa matéria e as propostas em tramitação no Congresso Nacional acerca da matéria. É fundamental que sejam apresentadas soluções para os conflitos de interesses nessa área do Direito obrigacional, conferindo-se segurança a essas relações jurídicas, pois sob uma perspectiva funcionalista, o Direito deve ser dinâmico e responder eficazmente às mudanças que se verificam e aos anseios da sociedade produzidos por essa revolução tecnológica.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO – INTERNET - CONSUMIDOR

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

This article results from the Project of Inquiry developed in the Program of Master's degree of the Faculdade de Direito de Campos and aims to present some reflections about the rights of the consumer of “second generation”, i.e. from the necessity of protection to the vulnerable ones in the contractual relations for electronic way, specifically for the Internet. Even that it takes place for this new way resulting from technologies of information used, it is necessary to apply to the relations of consumption the same effects and guarantees predicted in the Code of Defense of the Consumer (Law 8078/90), when it is avoided, so, what the lack of regulations could translate in damages to the interests and consequent disrespect to a basic right and to a beginning of the economical activity. Is the users' number that accesses the Internet every time bigger in the world, then if the electronic employment to fit in the called contracts of consumption, since it will face eventual contractual problems in a society of mass and, simultaneously, globalized? Since it will protect that one that is a basic right and that according to our Federal Constitution is an important subject. The use or application of the basic beginnings and of the basic rights of the consumer can take place also in the contracts celebrated through the Internet, since they are relations of consumption. Some foreign experiences show up, still, in the attempt of regulations of this matter and the proposals in the National Congress about the matter. It is basic that solutions are presented for the conflicts of interests in this area of the Right, giving him security to these legal relations, since under a perspective functionalist, the Right must be dynamic and to respond efficiently to the changes that happen and to the longings of the society produced by this technological revolution.

KEYWORDS: CONTRACT – INTERNET - CONSUMER

. Aspectos gerais acerca da contratação pela *Internet*

O NÚMERO DE USUÁRIOS QUE ACESSA A *INTERNET* É CADA VEZ MAIOR E PARA QUE POSSAM USUFRUIR INFORMAÇÕES E BENEFÍCIOS ADVINDOS DA REDE OU PARA QUE POSSAM REALIZAR NEGÓCIOS É NECESSÁRIO PREENCHER ELETRONICAMENTE QUESTIONÁRIOS COM SEUS DADOS PESSOAIS. MAS, COMO SERÃO UTILIZADAS ESSAS INFORMAÇÕES? E NO CASO DA CONTRATAÇÃO DE UM SERVIÇO OU DO FORNECIMENTO DE UM PRODUTO, QUAL A PROTEÇÃO QUE AS PARTES TERÃO? ESSAS SÃO ALGUMAS DÚVIDAS QUE AINDA ATORMENTAM OS QUE DESEJAM CONTRATAR PELA *INTERNET*.

A primeira expressão de contratação por meio digital surgiu há mais de vinte anos com a troca eletrônica de informações mediante a utilização de computadores. Esse sistema “*computer-to-computer*”, rapidamente ingressou no comércio mundial.

Com o desenvolvimento tecnológico, além desse meio, os contratos passaram a ser celebrados por outros bastante utilizados na *Internet* como, por exemplo, a troca de mensagens pelo correio eletrônico (*e-mail*) e o oferecimento de propostas em uma *página (homepage)* ou em ambiente digital (mantido pelo provedor e também conhecido por “estabelecimento virtual”), nos quais a aceitação da outra parte pode ser expressa pelo pressionamento de um botão “concordo” na tela do computador.

Nesse sentido, o *local (site)* criado para venda de produtos ou prestação de serviços é considerado como uma parte componente do estabelecimento, com natureza idêntica ao exemplar físico que o opera. O estabelecimento eletrônico (em inglês, *cyberstore* ou *virtual store*) “possui idêntica natureza jurídica que o físico, podendo-se falar em fundo de comércio e título de estabelecimento (este expresso no nome de domínio)”.[1]

Essa atuação dos provedores, de um lado, e dos usuários, de outro, pode caracterizar a existência de um contrato de consumo. Tanto o provedor de acesso, que se obriga a prestar serviços de conexão e de transmissão de informações, quanto o de conteúdo, que oferta e comercializa bens, serviços e informações, estabelecem uma relação de consumo com o usuário da *Internet*.

Se a contratação eletrônica enquadra-se nos chamados contratos de consumo, como enfrentar eventuais problemas contratuais em uma sociedade de massa e, simultaneamente, globalizada?

A maioria das transações eletrônicas realizadas atualmente se baseia em acordos aceitos pressionando apenas uma tecla da *webpage*, que constitui uma regra admissível com base no costume negocial e na conduta das partes. Mas, quanto ao conteúdo, esse contrato não se difere de outro qualquer na maioria dos aspectos, inclusive com a utilização de cláusulas uniformes e gerais, o que o caracteriza como um contrato em massa.

Nesse caso, alguns autores consideram que aos contratos eletrônicos aplicam-se regras existentes em nosso ordenamento jurídico como as que tradicionalmente são utilizadas para os contratos em geral (Código Civil) e no Direito do consumidor em particular (Lei nº 8.078/90).

Outros entendem que, para o crescimento equilibrado do comércio eletrônico urge a necessidade da criação de normas para as transações realizadas por computadores, sendo indispensável que essa regulamentação reconheça a complexidade da contratação por esse meio, adaptando os princípios gerais do Direito às particularidades resultantes dessas transações.

Considero que observados os elementos essenciais ou requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104 CC), os contratos celebrados pela rede produzem os mesmos efeitos jurídicos dos tradicionais; mesmo para os contratos denominados solenes ou formais; não há diferença essencial entre o documento eletrônico e o tradicional (em papel). Utiliza-se a certificação eletrônica neste caso.

Para colaborar na eliminação da insegurança jurídica acerca da efetividade desses contratos, existem algumas normas que podem ser utilizadas, além de propostas que podem ser aplicadas no caso de lacunas em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da *UNICTRAL*[2] que iguala os contratos eletrônicos aos outros sob o ponto de vista legal.

Há também Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional e que devem ser objeto de análise e crítica, sob pena de termos um emaranhado de dispositivos que apenas trarão confusão e discussões jurídicas insolúveis, pois uma das prioridades do jurista e da produção científico-jurídica deve ser produzir o conhecimento necessário à

elaboração de novos modelos jurídicos que atendam às necessidades do desenvolvimento brasileiro.

Atualmente, o Brasil está entre os dez maiores países em número de usuários pela *Internet* no mundo. A importância do comércio eletrônico verifica-se, principalmente, em escala mundial. As vantagens da *Internet* são inegáveis, mas esse meio tem em si alguns males como a invasão de privacidade e a falta de regras mais claras que protejam aos que desejam utilizar a rede para realizar contratos. As principais reclamações dos consumidores têm sido o atraso na entrega de mercadoria e a invasão de *sites* por “*hackers*” e “*crackers*”.^[3]

Se o Direito é dinâmico e deve responder eficazmente às mudanças que se verificam e aos anseios da sociedade, é fundamental que sejam apresentadas soluções para os conflitos de interesses nessa área do Direito obrigacional, conferindo-se segurança a essas relações jurídicas.

A proteção contratual do consumidor que utiliza a *Internet* é necessária, pois há lesões que pode sofrer. Quanto ao conteúdo, uma lesão comum é a utilização de cláusulas gerais abusivas (leoninas) como, por exemplo, as que prorrogam a jurisdição, as que invertem o ônus da prova (do fornecedor), que limitam os direitos do consumidor (cláusulas de não indenizar) ou que, por fim, atentem contra a legislação de proteção ao consumidor no Direito brasileiro, a qual, por presunção absoluta, considera essas condições nulas de pleno direito (arts. 51 a 53, CDC).

Outra forma de lesão ao consumidor é a publicidade enganosa como, por exemplo, sob a técnica denominada *metatag*, que consiste na utilização de palavras-chave nos programas buscadores (*searchers*), de forma indevida, isto é, incluir palavras bastante utilizadas para que o consumidor as acesse, mesmo que nada tenham com o conteúdo por ele procurado.

. Tentativas de proteção

No âmbito mundial, a primeira tentativa concreta de proteção às partes é a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da *UNCITRAL*, que objetiva a adaptação da legislação de vários países. Prevê, em seu art. 1º, que seu conteúdo se aplica a qualquer tipo de informação na forma de mensagem eletrônica usada no contexto de atividades comerciais, porém, prudentemente destaca, nas notas ao artigo citado, que não afasta qualquer regra interna que se destine à proteção do consumidor.

Quanto à forma do contrato eletrônico, não há uma previsão para a sua exigência. Em seu art. 6º, a Lei Modelo dispõe que se a lei requer que a informação seja fornecida por escrito, esta exigência é alcançada se a informação contida na mensagem é acessível para ser utilizada em futuras referências. Preconiza, portanto, a denominada *equivalência funcional*, ao equiparar, para fins de validade jurídica, a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional.

Adota, ainda, o princípio da *neutralidade tecnológica*, ou seja, reconhece que, em relação às assinaturas eletrônicas, não se pode deixar de prever a adoção de novas

tecnologias que possam ser disponibilizadas futuramente. Note-se, por exemplo, que se a criptografia[4] tornar-se obsoleta poderá provocar um “engessamento” da norma jurídica, por isso é preferível dotar a figura da autenticação das mensagens eletrônicas com maior flexibilidade.

Também o Direito norte-americano tem procurado regulamentar as relações pela *Internet*. Das primeiras tentativas a mais conhecida e que foi fonte para outros ordenamentos era a “*Digital Signature Act*” (Utah, 1995). Todavia, atualmente, a importante forma de regulamentação é a Lei das Assinaturas Eletrônicas no Comércio, em vigor desde 1º/10/2000. Esse diploma legal, também conhecido por *E-sign*, concede à assinatura eletrônica o mesmo *status* legal (os mesmos efeitos legais) da assinatura em papel, desvinculando-se da tradicional exigibilidade deste, ou seja, adota a orientação da Lei Modelo da *UNCITRAL*, quanto à equivalência funcional.

Esse diploma legal vai mais além:

- estabelece a proteção ao consumidor, prevendo que o uso de registros e assinaturas eletrônicas dever ser validado desde que haja o consentimento afirmativo deste, que deverá ter sido informado da abrangência e do significado do uso do meio eletrônico. Garante, ainda, a possibilidade do consumidor retirar seu consentimento (art. 101(c));
- adota o reconhecimento da *neutralidade tecnológica*, atribuindo importância à criptografia assimétrica ou de chave pública (*PKI*) sem, entretanto, excluir a possibilidade de se utilizar outras tecnologias, abraçando a outras formas de assinaturas eletrônicas que se tornem disponíveis no futuro e que sejam mais eficazes.

Outra importante tentativa de regulamentação encontra-se nas Propostas de Diretiva do Parlamento Europeu, que são indicadores das atividades legislativas de cada Estado-membro. Duas Diretivas podem ser utilizadas pelos que se interessam pela regulamentação dos contratos pela *Internet*, a Diretiva 97/7/CE (relativa à proteção dos consumidores nos contratos à distância) e a Diretiva 2000/31/CE.

Especificamente sobre comércio eletrônico há a Diretiva 2000/31/CE, vigendo desde 17.7.2000[5]. Tal medida iguala os contratos eletrônicos a todos os outros sob o ponto de vista legal e exige que os Estados-membros assegurem que não sejam criados obstáculos à utilização desses contratos, salvo em casos especiais como, por exemplo, nos direitos de família, sucessório e imobiliário (art. 9º).

Exige, ainda, que os operadores *on-line* ofereçam informações claras sobre sua identidade (arts. 5º e 6º) e alude a necessidade de se garantir um elevado nível de proteção de defesa do consumidor, a partir de propósitos como:

- a imposição de obrigações de informação e de transparência aos operadores de molde a facilitar os consumidores para que possam tomar decisões esclarecidas (art. 10);
- a obrigação do fornecedor em confirmar o recebimento do pedido do consumidor, sem atrasos injustificados e por meio eletrônico (art. 11);
- a previsão de novas garantias nas relações contratuais, destacando-se a de fornecer meios aos usuários para que possam corrigir erros de manipulação, identificar com

clareza o momento do perfazimento do contrato e a necessidade do prestador de bens ou de serviços emitir um aviso de recepção da aceitação da oferta.

Uma terceira importante e mais recente Diretiva é a 2002/58/CE, segundo a qual desde outubro passado os Estados-membros devem harmonizar seus respectivos ordenamentos ao combate ao *spam*[6].

. Regulamentação no Brasil

A Constituição Federal afirma que nosso Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, que devem condicionar a atividade econômica para a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inc. I). Desta, um dos aspectos relevantes é a defesa do consumidor, quer como um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII), quer como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inc. V).

Não há, entretanto, dispositivos legais infra-constitucionais à proteção e defesa do consumidor especificamente nos contratos celebrados pela *Internet*. Será que isto é necessário?

A principal proposta de regulamentação é o Projeto de Lei nº 4.906/01, que tem, dentre outras características, a transnacionalidade, admitindo certificações estrangeiras (art. 47), e a adoção da criptografia assimétrica.

Quanto à proteção e defesa do consumidor, o capítulo II, Título V, do Projeto é todo dedicado a isso, realçando que se aplicam ao comércio eletrônico as normas do CDC:

Art. 30. Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País.

Art. 31. A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter claras e inequívocas informações sobre:

I – nome ou razão social do ofertante;

II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;

III – domicílio ou sede do ofertante;

IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados;

V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento;

VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta;

VII – instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade;e

VIII – sistemas de segurança empregados na operação.

Art. 32. Para o cumprimento dos procedimentos e prazos previstos na legislação de proteção e defesa do consumidor, os adquirentes de bens, serviços e informações por meio eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação para efetivar notificações e intimações extra-judiciais.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, os ofertantes deverão, no próprio espaço que serviu para o oferecimento de bens, serviços e informações, colocar à disposição dos consumidores área específica, de fácil identificação, que permita o armazenamento das notificações ou intimações, com a respectiva data de envio, para efeito de comprovação.

§ 2º O ofertante deverá transmitir uma resposta automática aos pedidos, mensagens, notificações e intimações que lhe forem enviados eletronicamente, comprovando o recebimento.

Circunstância fundamental da contratação pela *Internet* é a distância entre as partes para o fechamento do negócio. Alguns autores consideram que há uma “contratação entre ausentes em tempo real”,[7] enquanto outros, entendem que há uma celebração entre presentes: “el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede convertirse en irrisório. Por este motivo el contrato electrónico está más cerca de la contratación entre presentes que entre ausentes”.[8] Particularmente considero que há contratos celebrados *on-line* (como a conversação simultânea) que são “entre presentes” e há outros celebrados *off-line* que são “entre ausentes” (por correio eletrônico, por exemplo). Mas todos serão considerados celebrados fora do estabelecimento para fins do exercício da devolução *ad nutum* no prazo de 07 (sete) dias.

Importante preocupação na celebração dos contratos eletrônicos é a certeza da identidade das partes contratantes. A solução apresentada nos arts. 3º e 4º do Projeto é o da assinatura eletrônica que, em nosso Direito, fundamenta-se apenas na chamada assinatura digital por criptografia assimétrica (ou de chave pública):

Art. 3º Não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica.

Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do Código Civil, desde que a assinatura digital:

I – seja única e exclusiva para o documento assinado;

II – seja passível de verificação pública;

III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob o exclusivo controle do signatário;

IV – esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital estará invalidada;

V – não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Por esse sistema, considera-se original o documento assinado (para identificação do seu autor) mediante sistema criptográfico de chave pública, porém, apesar de reconhecer esse tipo de tecnologia para autenticação de assinaturas digitais, acompanha a proposta da *UNCITRAL à neutralidade tecnológica com fórmula aberta* (a outras tecnologias equiparáveis que atendam aos mesmos fins).

Aos contratos celebrados pela rede além dos princípios aplicáveis aos contratos tradicionais (previstos no Código Civil e na Lei nº 8.078/90) podem ser aplicados os princípios:

- . da identificação do remetente;
- . do impedimento de rejeição (ou do não repúdio) ou comprovação inequívoca do recebimento;
- . da verificação, com o armazenamento para comprovação futura (se necessário);
- . da privacidade;
- . da autenticação,[9]

Outra questão a se problematizar é a utilização indevida das informações prestadas, atentando contra a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas. Nossa Constituição Federal estabelece, como um dos direitos fundamentais da pessoa, o direito à privacidade (art. 5º, inciso X), contudo, no plano infraconstitucional, a estruturação e comercialização de cadastros não se encontram regulamentados, salvo no CDC em seu art. 43.

Deve-se assegurar a privacidade dos usuários e os provedores, portais e assemelhados com a imposição de multa no caso de utilização sem o consentimento prévio do consumidor.

Nesse sentido, importante destacar o art. 33 do PL nº 4.906/01 que trata da responsabilidade do ofertante caso venha a solicitar, divulgar ou ceder informações de caráter privado, relativas ao destinatário, as quais deve manter em sigilo, salvo se

expressa e previamente autorizado pelo titular a fazê-lo ou mediante ordem judicial (neste caso serão mantidas em segredo de justiça). E que o intermediário deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, bem como sobre as armazenadas, que não se destinem ao conhecimento público.

No comércio eletrônico, outra dúvida é saber se a responsabilidade pelo produto ou serviço alcança o proprietário do portal ou somente o fornecedor. O PL nº 4.906/01 prevê responsabilidade do ofertante, com a possibilidade de ação regressiva, de acordo com os seus arts. 35, 36 e 37.

Sobre tal discussão, Santos esclarece que:

...tem sido sustentado que o intermediário que fornece serviços de conexão ou de transmissão de informações ou que disponibiliza para o ofertante serviços de armazenamento de arquivos e sistemas para operacionalização da oferta de contratação eletrônica não é responsável pelo conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas... nos casos em que o provedor de acesso, em razão de serviços por ele prestados, vier a causar prejuízos às partes de uma contratação eletrônica, a responsabilidade do provedor subsistirá, ainda que não responda pelo negócio jurídico celebrado entre o consumidor e o provedor de conteúdo. Embora intermediário... será responsável pelos prejuízos que sua ação ou omissão vier a causar, como prestador dos serviços de conexão e transmissão de informações.[10]

Outro fenômeno que tem rápido crescimento é o da prática conhecida por *spam*, isto é, ter sua caixa de correio eletrônico (*e-mail*) invadida por mensagens não requisitadas, enviadas a partir de uma lista de endereços[11]. Além de ineficiente isso pode ser prejudicial ao consumidor que perde tempo e pode gastar impulsos telefônicos para apagar essas mensagens. Os EUA e a União Européia adotam a punição civil e caminham à criminal.

Segundo a ABRANET (Associação Brasileira de Provedores de Acesso), o prejuízo com recebimento dessas mensagens não autorizadas (*spam*), comerciais ou não, chega a incríveis R\$ 90.000.000,00 mensais[12] no Brasil. Sobre este aspecto apresentei trabalho (“*Como inibir o envio de mensagens eletrônicas não autorizadas?*”) no XVI CONPEDI, em Belo Horizonte.[13]

Quanto aos deveres, quem pretende ofertar produtos e serviços pela *Internet* deve se preocupar com as informações sobre os mesmos. Essas informações são obrigatórias na página.

Na publicidade pela *Internet*, por exemplo, o nome e o endereço postal do fornecedor devem constar, assim como o número do estoque (quanto ao oferecimento de produto), porém, a oferta feita no estrangeiro não precisa apresentar idioma português, pois não se sujeita à legislação brasileira.

Outra importante preocupação refere-se à segurança do *site* utilizado pelo consumidor contra invasões de *hackers* ou *crackers*. Esse fato pode gerar sérios prejuízos a quem acessa uma determinada página objetivando estabelecer relações contratuais de consumo. Dentre os principais exemplos de casos de invasão destacam-se:

- a interceptação de mensagens encaminhadas por *e-mail*.
- a utilização não autorizada de dados pessoais do consumidor.
- a utilização de senhas alheias para acesso a determinados serviços.
- a interceptação de dados relativos a cartões de crédito/bancários.
- a apropriação de documentos enviados pela *Internet*.
- a comercialização com terceiros das informações, dados e documentos coletados, sem autorização.
- a destruição ou inutilização de *software* por vírus.

Apesar dos esforços, como a criação de barreiras de proteção *firewall* ou assemelhados, a “genialidade” de quem se propõe a invadir *sites* é indiscutível. Isto, entretanto, não tem sido considerado pela doutrina como uma possibilidade de fato necessário que poderia ser utilizado como uma excludente de responsabilidade dos provedores ou responsáveis pela página da *web* com o propósito de se eximir de arcar com os prováveis prejuízos que o consumidor que acessa o *site*.

Esse, por exemplo, o entendimento de Simão Filho, o qual corroboro: “a invocação da excludente para fins de não responsabilização daquele prestador de serviços e/ou fornecedor de bens em ambiente de Internet, a nosso ver não se adapta nem à natureza jurídica do instituto... força maior”. [14]

Observe-se, ainda, que os arts. 30 e 31 do CDC (Lei 8.078/90) mantêm a responsabilidade do fornecedor ante a oferta veiculada e a obrigatoriedade do *dever de informar*, ou seja, cabe a quem oferece produtos ou serviços a obrigação legal de informar sobre todos os aspectos referentes direta ou indiretamente ao produto ou ao serviço, bem como os riscos que possam apresentar à segurança.

Logo, dificilmente será afastada a responsabilidade de quem explora a prestação de serviços ou vende produtos por *site*, salvo se houver a culpa concorrente do próprio consumidor, prevista nos arts. 12, parágrafo 3º, inciso III, e 14, parágrafo 3º, inciso II, do CDC (por exemplo, no caso de uma pessoa acessar um *site* em que sabia da invasão deste e, mesmo assim, o faz com a finalidade de sofrer algum dano para, posteriormente, buscar uma indenização).

Assim, quem disponibiliza produtos/serviços pela *Internet* deve propiciar ao consumidor todas as informações relevantes para que este possa entender sobre a segurança e usar a sua autonomia para realizar a contratação específica.

Por fim, apenas para registro, quanto à propaganda comercial na *Internet*, também há preocupação com essa atividade. Todavia, os Projetos de Lei em tramitação não tratam desse aspecto fundamental do exercício do comércio eletrônico; logo, devem ser aplicadas as regras contidas no texto do CDC, que prevê dois tipos de publicidade que contrariam os interesses dos consumidores e, por isso, devem sofrer sanções: a *enganosa*, aquela que conduz o consumidor ao erro, conforme o art. 37, parágrafo 1º, e a *abusiva* (art. 37, parágrafo 2º), aquela que agride valores sociais, constitucionalmente protegidos.

. Boa-Fé e Contratos Eletrônicos

O respeito ao Código de Defesa do Consumidor, reconhecido pela sociedade como um instrumento adequado à resolução de conflitos e resguardo de interesses, conduz à afirmação que também a contratação pela *Internet* fundamenta-se em princípios jurídicos como o da boa-fé objetiva, ou seja, a interpretação deve considerar o contexto do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos e a boa-fé das relações comerciais.

Essa boa-fé princípio não se refere a um ponto de vista psicológico, que é a convicção que se procede com a certeza da existência do próprio direito, mas a um ponto de vista ético, que significa a consideração dos interesses alheios.

A segurança, que é um valor fundamental, é essencial para o intercâmbio jurídico-patrimonial que interessa ao direito das obrigações e tem, em sua base, a relação de confiança. Entretanto, nos negócios jurídicos pode haver um campo lacunoso em que nem a lei, nem o contrato, possa auxiliar e no qual apenas uma conduta leal mútua, isto é, pautada na boa-fé, deverá ser cumprida.[15]

O dever de observar uma conduta correta do contrato explicita-se numa série de obrigações que impõem a lealdade e a correção nos negócios, inclusive nos eletrônicos e pela *Internet*.

Qualquer das partes tem o dever de informar as circunstâncias que a outra possa ignorar e que sejam determinantes na manifestação do consenso, momento em que se forma o contrato por meio da união de declarações receptícias das vontades dos contraentes (proposta e aceitação).

O dever de informação (indicação ou esclarecimento) pode dizer respeito à comunicação que uma parte deve fazer à outra de circunstâncias ignoradas, imperfeita ou incompletamente conhecidas.

A oferta deve conter informações inequívocas, portanto, há necessidade de se prestar todas as informações prévias acerca do ofertante, a sistemática de contratação eletrônica e acerca do bem, serviço ou informação, aplicando-se, subsidiariamente, os arts. 30 e 31 do CDC.

Devem as partes informar, respondendo correta e plenamente às perguntas formuladas pela outra; devem, também, não abusar da impossibilidade da outra em se auto-informar

ante à complexidade técnica e à especialização do negócio, ou decorrente da inexperiência negocial. A informação, atividade essencialmente pré-contratual, deve ainda, levar em consideração ter ou não, a outra parte, alguma peculiaridade que mereça alguma proteção como, por exemplo, ser incauto (menor de idade), ter dificuldades com o idioma (estrangeiro) ou ser portador de algum defeito físico (problemas de visão)... Outro critério, é verificar o abuso da confiança depositada por uma das partes à outra em virtude da continuidade ou da frequência de relações.[16]

Se a publicidade é o conjunto de processos destinados a atrair a atenção do público, informando sobre um produto, um serviço ou uma ação, para convence-lo a comprá-lo, utilizá-lo ou dela participar, ao optar por uma forma de publicidade deve o fornecedor sujeitar-se a deveres decorrentes da lei, bem como comportar-se de forma ética, observando a boa-fé e os bons costumes. Nisso encontram-se os fundamentos para a proibição da publicidade enganosa ou abusiva, por ser frustradora das expectativas do consumidor; agir dessa forma é não agir conforme a boa-fé objetiva.[17]

A Lei nº 8.078/90 impõe ao fornecedor o dever prestar todas as informações, inclusive técnicas e científicas do produto ou serviço (art. 12 c/c 36 do CDC) e a proibição da publicidade enganosa.

A boa-fé projeta-se, também, no cumprimento das obrigações, sejam as de prestação (principais), sejam as de conduta (ou acessórias – mais intimamente ligadas à boa-fé objetiva). A idéia é a de se assegurar uma adequada execução do ordenamento obrigacional, com vista à realização dos interesses nele co-envolvidos.

Por último, observe-se que, se a boa-fé deve existir na conclusão, na execução, não se pode esquecer o pós-contrato. Mesmo após o encerramento do contrato, há que se exigir das partes boa-fé ou responsabilidade *post factum finitum* como, por exemplo, na proibição de utilização, sem a prévia e expressa autorização, dos dados do consumidor (fundamentais na contratação pela *Internet*) em outros cadastros.

. Algumas questões importantes

Tendo em vista tudo que foi explanado há uma informação importante: os Projetos de Lei que tratam desta matéria encontram-se com sua tramitação parada no Congresso Nacional. O que fazer, então? Entendo que enquanto não houver norma que regule expressamente a matéria poder-se-á aplicar a Lei 8.078/90. E mesmo que tenhamos novas leis a tratar dos contratos por meio eletrônicos não poderão desconsiderar os direitos garantidos aos consumidores (princípio da inafastabilidade da proteção ao consumidor).

Entendo, ainda, que essa contratação é juridicamente válida desde que atenda aos elementos essenciais (requisitos de validade) do negócio jurídico, à possibilidade de identificação do emitente da vontade registrada e aos princípios da autenticidade e da

integridade do documento eletrônico utilizado, ou seja, a *equivalência funcional* (art. 6º da Lei Modelo de Comércio Eletrônico da *UNCITRAL*) que equipara a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional.

Destarte, a publicidade veiculada pela *Internet* constitui oferta, vinculando o fornecedor predisponente à Responsabilidade Civil. Além disso, pode-se afirmar que suas principais obrigações, sob pena de atuação incompatível com a boa-fé objetiva, são:

- redigir claramente o texto contratual;
- prestar todas as informações pertinentes ao contrato e ao serviço ou produto;
- não utilizar cláusulas consideradas abusivas;
- permitir o direito de arrependimento em 07 dias, tendo em vista ser contrato realizado à distância (art. 49 CDC);
- manter as informações em sigilo e responder pelo uso indevido, mesmo que por terceiros não autorizados;[18]
- informar elementos para contatos futuros para reclamações ou mais pedidos de informações.

Contudo, há algumas questões que suscitam dúvidas:

- Qual a legislação aplicável e qual o foro a apreciar tal questão?

A contratação pela *Internet* é um fenômeno globalizante e de efeitos mundiais; não há fronteiras. Logo, o Brasil deve acompanhar essa nova realidade enfrentando-a e apresentando caminhos e soluções, sob pena de entregarmos os consumidores brasileiros exclusivamente à vontade dos fornecedores, principalmente estrangeiros.

Caracterizada a relação de consumo, se for celebrado no Brasil aplica-se o CDC, não há dúvida. Mesmo que a página eletrônica (*web page*) do proponente esteja armazenada no exterior, às operações comerciais realizadas no Brasil por meio da *Internet*, ainda que tenha como parte contratante uma parte estrangeira.

No entanto, caso o fornecedor não tenha representante no Brasil, a executividade dessa sentença poderia restar prejudicada. Logo, caracterizada uma relação de consumo, se uma empresa estabelecida no Brasil fizer ofertas pela *Internet*, o Judiciário considerará e aplicará o CDC, mesmo que a página eletrônica (*web page*) do proponente esteja armazenada no exterior.

- E se um incapaz celebrar contrato pela *Internet*?

A propagação da *Internet* aumenta a possibilidade de casos de contratos serem concluídos por usuários incapazes (um processo fácil para a maioria), o que acarreta a nulidade do ato. Os riscos dessa celebração devem correr por conta dos fornecedores. Para se evitar isso, o fornecedor na *Internet* deve, para diminuir seus riscos, incluir no formulário de sua *homepage* a pergunta sobre a idade do consumidor bem como o aviso expresso de que não serão celebrados contratos com menores (*si minor se maiorem dixerit vel probatus fuerit*). Se isso ocorrer, os responsáveis pelo incapaz responderão pelos prejuízos causados à outra parte ou a terceiros.

- Um contrato ou um documento eletrônico tem a mesma validade jurídica dos tradicionais?

Mesmo que os contratos sejam solenes, não há diferença essencial entre o documento eletrônico e o documento tradicional (em papel). Para isso utiliza-se da certificação eletrônica.

- Se as informações prestadas pela *Internet* forem cedidas indevidamente, haverá responsabilidade?

Caso o ofertante venha a solicitar, divulgar ou ceder informações de caráter privado, relativas ao destinatário, as quais devia manter em sigilo, deverá responder por isso, salvo se expressa e previamente autorizado pelo titular a fazê-lo ou mediante ordem judicial.

- É possível aos provedores de acesso ou proprietários de *sites* beneficiarem-se da excludente de responsabilidade com o argumento de invasão do sistema por *crackers*?

Não pode ser tratada como excludente, pois é previsível, por isso, evitável. No comércio eletrônico a questão é saber se a responsabilidade pelo produto ou serviço alcança o proprietário do portal ou somente o fornecedor, com a possibilidade de ação regressiva.

Portanto, a contratação pela *Internet* deve ser estudada sob dois aspectos: quanto à *formação* e quanto à *execução*. Sob o primeiro, devem ser observados os requisitos de validade de qualquer outro ato jurídico, a possibilidade de identificação do emitente da vontade registrada (autenticidade), a integridade (que não seja alterada por terceiro) e o não repúdio.

Quanto ao segundo aspecto, o da execução do contrato, deve-se exigir a boa-fé objetiva em todas as suas fases e até mesmo nas tratativas ou no pós-contrato (*post factum finitum*), assim como a utilização do CDC para garantir a proteção da parte vulnerável da relação contratual.

Impõe-se ao jurista, ao pesquisador do Direito, acompanhar sua evolução, ditada pela sociedade, e dar-lhe complemento de acordo com as mutações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. “O Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul”, in *Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. “O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico”, in *Tribuna do Direito*. São Paulo, novembro, 1999.

DE LUCCA, Newton. “Títulos e Contratos Eletrônicos”, in *Direito & Internet*. São Paulo: Edipro/IBCI, 2000.

LAGO Júnior, Antônio. *Responsabilidade Civil por Atos Ilícitos na Internet*. São Paulo: LTr, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: RT, 1992.

MARTINS, Flávio Alves. *A Boa-Fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS, Flávio Alves; **MACEDO**, Humberto Paim. *Internet e Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVEIRA, Mariana C. “Avanços Recentes do Comércio Eletrônico nos Estados Unidos e no México”, in *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2001.

SIMÃO Filho, Adalberto. “Dano ao Consumidor por Invasão do Site ou da Rede”, in *Direito & Internet*. São Paulo: Edipro/IBCI, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela Internet*. São Paulo: Edipro/IBCI, 2000.

[1] Coelho, Fábio Ulhoa. “O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico”, p. 32.

[2] Comissão da Organização das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional.

[3] Pesquisa realizada pela ISS (*Internet Security Systems*), uma das maiores empresas de segurança da *Web*, indica que menos de 5% das companhias com foco em comércio eletrônico desenvolvem políticas de segurança efetivas (Fonte: “Internet & Ci@”, *Jornal do Commercio*, 10/5/2000).

[4] Constituída por um selo eletrônico, é o resultado de um processamento eletrônico de dados. É a tecnologia que utiliza um par de chaves distintas e interdependentes, de modo que a mensagem enviada seja codificada, garantindo a autoria e a autenticidade.

[5] Mais informações em <http://europa.eu.int/pol/infso/indexde.htm>.

[6] Envio de mensagens comerciais ou não para vários endereços eletrônicos sem que haja uma autorização. Acerca disto vide o trabalho apresentado por este autor no XVI CONPEDI, realizado em novembro de 2007.

[7] Tucci, José Rogério Cruz e. *Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela Internet*, p. 275.

[8] Navarrete, Miguel *apud* Tucci, *op. cit.*, p. 275, nota 5.

[9] Para comprovação de autoria e integridade, o conteúdo assinado mediante a utilização de chaves emitidas por Autoridade Certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Publicas Brasil presume-se verdadeiro em relação aos signatários, o que não obsta a utilização de outra forma para comprovação, desde que admitido pelas partes como válido (MP 2200-2/01) (www.icpbrasil.gov.br).

[10] Santos, Manoel J. Pereira dos. *Contratos Eletrônicos*, p. 201.

[11] Meio técnico conhecido por *cookie*, ou seja, fichário no qual são armazenados, pelos servidores, endereços, hábitos e preferências dos que os acessam.

[12] Ver www.brasilantispam.org

[13] XVI CONPEDI, Belo Horizonte, novembro/ 2007.

[14] Simão Filho, Adalberto. “Dano ao Consumidor por Invasão do *Site* ou da Rede”, pp. 110-111.

[15] Martins, Flávio Alves. *A Boa-Fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*, p. 73.

[16] *Op. cit.*, pp. 78-79.

[17] *Op. cit.*, p. 80.

[18] É dever do fornecedor proteger os dados e informações pessoais dos consumidores, não podendo repassá-los a terceiros, salvo se expressamente autorizado, sendo abusiva

qualquer cláusula que imponha ao consumidor a obrigação de manifestar-se contra a transferência de seus dados a terceiros (Portaria SDE).

GOVERNO ELETRÔNICO: GRAUS DE DEMOCRACIA DIGITAL NO USO DA INTERNET PELAS CAPITAIS BRASILEIRAS*

ELECTRONIC GOVERNMENT: DEGREES OF DIGITAL DEMOCRACY IN THE USE OF THE INTERNET FOR THE BRAZILIAN CAPITALS

**Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Geovana Maria Cartaxo de Arruda
Francisco Cristiano Lopes**

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar como as TICs estão sendo empregadas pela prefeitura das capitais brasileiras para fomentar a participação democrática, a partir das potencialidades da Internet e da percepção de graus de democracia digital. A pesquisa envolveu, num primeiro momento, uma revisão da literatura sobre os significados da cyberdemocracia e suas interações com as concepções de democracia. A segunda etapa ocorreu por meio da pesquisa em todos os portais eletrônicos das prefeituras das capitais brasileiras. Utilizou-se nesta pesquisa um questionário fechado analisado através de metodologia quantitativa e qualitativa. Os resultados parciais do estudo foram apresentados em três partes. Num primeiro momento delineou-se um breve quadro teórico-conceitual sobre as perspectivas e funções do governo eletrônico e suas diferentes visões em torno das potencialidades políticas das Tecnologias da Informação e Comunicação predominantes hodiernamente no ciberespaço. Em seguida, propôs-se a organização do debate sobre democracia digital a partir da idéia de “graus de participação democrática”, tendo por referencial teórico as idéias de Gomes e Silva. Por fim, será exposto o resultado de pesquisa empírica sobre graus de democracia digital existente hoje nas capitais do Brasil, no que diz respeito ao uso da Internet pelos governos municipais das capitais. É possível concluir que existem níveis de participação bastante elementares. Contudo, não há efetivas aberturas para esta participação do cidadão nos negócios públicos por parte do portal das prefeituras. Resulta daí um baixo impacto das novas tecnologias sobre a alteração das práticas políticas tradicionais.

PALAVRAS-CHAVES: E-GOVERNMENT; CYBERDEMOCRACIA;
DEMOCRACIA DIGITAL

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The scope of the present study is analyze how the new technologies of information and communication are being used by governments of the Brazilian capitals to foment the democratic participation, using the potentialities of the Internet and the perception of the degrees of digital democracy. The research involved, at a first moment, a revision of literature on the meanings of the cyberdemocracy and its interactions with the conceptions of democracy. The second stage occurred by the research in all the sites of the Brazilian capitals. For the purpose of the research, we used a questionnaire with closed questions and analyzed the results through quantitative and qualitative methodology. The partial results of the study had been presented in three parts. At a first moment we delineated a brief theoretician-conceptual picture on the perspectives and functions of the electronic government and its different sights, exploring the political potentialities the new technologies of the Information and communication. After that, we applied the concept of “degrees of democratic participation” to the debate on digital democracy, using as theoretical reference the ideas of Gomes and Silva. Finally, as the result of empirical research, we displayed the degrees of digital democracy in the capitals of Brazil, focusing on the use of the Internet for the municipal governments. It is possible to conclude that there are insufficient levels of participation. The new technologies are not openings opportunities for the participation of the citizen in the public affairs. The low impact of the new technologies results in no alterations of the traditional political practices.

KEYWORDS: E-GOVERNMENT; CYBERDEMOCRACY; DIGITAL DEMOCRACY

Introdução

A discussão internacional sobre a democracia vive um momento de expansão de significados e expectativas. Sob o impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação, renovam-se os caminhos abertos para a democracia ao mesmo tempo em que busca compreender os reais efeitos desta revolução informacional sobre a vida social, política, econômica e cultural. Mesmo em países submetidos a processos recentes de redemocratização ou em contextos nacionais ainda profundamente autoritários, repercutem sobre as práticas políticas as modificações trazidas por fenômenos como a internet.

Até bem pouco tempo predominava na literatura internacional os estudos sobre a consolidação democrática e sobre o próprio sentido da democracia contemporânea. O posicionamento da reflexão para além do modelo de democracia liberal e a redução da rejeição dos movimentos de esquerda ao modelo democrático e a superação dos impactos geopolíticos da guerra fria permitiram refletir sobre democracia sob novas perspectivas.

As concepções sobre a democracia sempre representaram um terreno movediço para os mais importantes autores. Analisar os efeitos das novas tecnologias da informação e da comunicação envolve hoje pensar as bases da sociabilidade e discutir o substrato sobre os quais se desenvolvem as relações políticas. Resignificar a vida política implica em avaliar a forma de implementar os projetos contemplados pela democracia. Não se trata de tarefa fácil.

Robert Dahl (2001, p. 48-50) nota que palavra democracia é usada *de maneiras pasmosamente diferentes*. A busca pelo significado da democracia no emaranhado de modelos, instituições e constituições em todo o mundo deveria, segundo o autor, contemplar essencialmente *a criação de um conjunto de regras e princípios, uma constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação*. O processo de governo deveria, então, envolver a aplicação de alguns critérios: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento, inclusão dos adultos na condição de cidadão.

A democracia na definição de Held (1987, p. 1) significa uma forma de governo na qual, em contraposição às monarquias e às aristocracias, o povo governa. A democracia implica em um Estado em que existe alguma forma de igualdade política entre o povo. A idéia de democracia é conflitante e complexa. Criticada desde os gregos, como Platão e Aristóteles, a democracia hoje alcança um perigoso estágio de unanimidade, que a torna muitas vezes insípida e incolor, sem substância.

A democracia representativa e a visão liberal do mundo não têm realizado a promessa de um governo voltado para as questões da maioria, criando um sistema apartado da sociedade civil na deliberação de decisões afeitas à esfera pública. A distância estabelecida entre o cidadão e o processo decisório é tanta que inviabiliza um interesse maior da sociedade pela esfera pública. As eleições são um momento episódico de aferição da vontade popular, ilhado num mar de descrenças, desânimo e alienação.

Bobbio (1984, p. 42), em sua obra *Futuro da Democracia*, ressalta que apesar de dois séculos após as afirmações rousseauianas sobre democracia, séculos de revoluções sociais, socialistas, industriais e de informação, “em deuses não nos convertemos”. O autor analisa a crítica liberal recorrente ao pensamento de Rousseau, como possível democracia totalitária. A politização integral do homem traria a completa eliminação da esfera privada, no que ele afirma. Bobbio define os institutos da democracia direta como apenas dois: a assembléia e o referendium, e elenca as dificuldades materiais da assembléia de cidadãos, realizável apenas nas cidades-estado.

Para Bobbio (p. 43, 1984), o referendium seria usado para situações extraordinárias, e acrescenta:

Ninguém pode imaginar um estado capaz de ser governado através do continuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas a cada ano na Itália, por exemplo, seria necessário prever em média uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica de que cada cidadã possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa apenas apertando um botão.

Com o advento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), sobretudo com a internet e o desenvolvimento do governo eletrônico (E-gov), surge à necessidade da criação de novos institutos democráticos e sua adaptação em face das potencialidades da democracia eletrônica, ou cyberdemocracia, que deve ser compreendida em todas as suas dimensões tanto teleologicamente, como também observada a partir da emergência da internet e da participação direta do cidadão na política mediante o uso das novas tecnologias.

Conseqüentemente, “podemos dizer que quem não estiver conectado a essa rede mundial fica fora da vida social, econômica, científica, que desenrola em tempo real através dos caminhos da Internet” (ROVER, 2004, p.29).

É importante ressaltar que a falta de acesso à informação impede o pleno exercício da cidadania, pois a cidadania somente pode ser exercida de forma plena se for assegurado ao cidadão o acesso às novas tecnologias e à informação democrática e instantânea que no presente momento somente existe no ciberespaço.

De fato, o que nos interessa no presente estudo, no que concerne à cyberdemocracia, consiste na análise dos mecanismos de fortalecimento da relação entre o governo e o cidadão, visto que o princípio basilar da democracia, seja em seu significado mais usual, seja em sua vertente eletrônica, repousa sobre a possibilidade de ampliar, significativamente, a participação popular efetiva nas decisões governamentais (BIGLIAZZI GARCIA, 2008).

1 Conceito, perspectivas e funções do governo eletrônico

Governo eletrônico é hoje entendido como uma das principais formas de modernização do Estado. Trata-se de uma tendência global, em que os governos tentam concentrar seus esforços no desenvolvimento de políticas e definições padrões, os processos de assimilação de tecnologia da informação e comunicação (TIC), mudando a maneira com que o governo interage com outros governos, com empresas e com o cidadão.

O governo eletrônico é, atualmente, um experimento em construção, e sua dimensão política mais avançada – a governança eletrônica – não pode ser considerada um mero produto ofertado ao cliente em formato acabado, mas, considerando-se sua natureza eminentemente política, e, portanto, pública, pode ser percebido como um bem público, passível de acesso e desenvolvido por processos também sociais, o que o leva a constantes transformações. Justamente essa dimensão faz com que a noção de governança eletrônica, refira-se ao estado, em sua concepção republicana, e em teoria, não se limite apenas a uma experiência de gestão por serviços *ad hoc*, retificada pelo mercado, mas antes, possa servir de arena cívica, em contraponto a privatização da esfera pública (RUEDIGUER, 2002, p 1).

Menezes e Fonseca (2005, p.333) ensinam que a noção de governo eletrônico se “constitui no uso, pelos governos, das novas tecnologias da informação e comunicação na prestação de serviços e informações para cidadãos, fornecedores e servidores”.

É importante ressaltar que este conceito não se limita unicamente em automatizar os processos ou disponibilizar serviços públicos através de serviços on-line, mas trata-se um uma mudança do modo com que o governo, através da TIC, atinge os seus objetivos para o cumprimento do papel do estado.

Observe-se, também que o governo eletrônico engloba, principalmente, três tipos de transações, que podem ser identificadas como: G2G (“*Government to Government*”), G2B (“*Government to Business*”) e G2C (“*Government to Citizen*”).

Neste sentido, escreve Fernandes (2005, p. 1):

G2G, quando se trata de uma relação intra ou intergovernos; **G2B** caracterizado por transações entre governos e fornecedores e **G2C** envolvendo relações entre governos e cidadãos. Estas transações ocorrem não apenas por meio da Internet, mas também por meio de telefonia móvel, televisão digital, *call centers* e outros tipos de aplicações ligadas aos computadores pessoais.

O Governo Eletrônico tem privilegiado três frentes fundamentais: a interação com o cidadão, a melhoria da sua própria gestão interna e a integração com parceiros e fornecedores.

Em relação ao cidadão, estão sendo criados portais na Internet que funcionam como verdadeiros balcões virtuais de informação e de atendimento para a prestação de serviços. Para a gestão interna, está sendo promovida a integração entre os sistemas em rede interna (...). A integração entre parceiros e fornecedores está sendo desenvolvida (...). A estrutura relacional a ser constituída entre os principais atores neste processo envolverá governo, cidadãos/clientes e empresas, dentro das diversas possibilidades de transações eletrônicas (PINTO, 2008).

Em se tratando de Lenk e Traunmüller (*apud* JARDIM, 2008), quatro perspectivas podem, hoje, ser encontradas acerca de Governo Eletrônico, quais sejam:

1 - A Perspectiva do Cidadão – visa a oferecer serviços de utilidade pública ao cidadão contribuinte; 2 - A Perspectiva de Processos – visa a repensar o modo de operação dos processos produtivos ora existentes no Governo, em suas várias esferas, tais como, por exemplo, os processos de licitação para compras (e-procurement); 3 - A Perspectiva da Cooperação – visa a integrar os vários órgãos governamentais, e estes com outras organizações privadas e não-governamentais, de modo a que o processo decisório possa ser agilizado, sem perda de qualidade, assim como evitando-se fragmentação, redundâncias, etc., hoje existentes nas relações entre esses vários atores; 4 - A Perspectiva da Gestão do Conhecimento – visa a permitir ao Governo, em suas várias esferas, criar, gerenciar e disponibilizar em repositórios adequados, o conhecimento tanto gerado quanto acumulado por seus vários órgãos.

Ainda segundo Fernandes (2000, p. 1), poderíamos destacar, em linhas gerais, as funções características do e-governo, como sendo:

a) prestação eletrônica de informações e serviços; b) regulamentação das redes de informação, envolvendo principalmente governança, certificação e tributação, c) prestação de contas públicas, transparência e monitoramento da execução orçamentária, d) ensino à distância, alfabetização digital e manutenção de bibliotecas virtuais, e) difusão cultural com ênfase nas identidades locais, fomento e preservação de culturas locais, f) *e-procurement*, isto é, aquisição de bens e serviços por meio da Internet, como

licitações públicas eletrônicas, pregões eletrônicos, bolsas de compras públicas virtuais e outros tipos de mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo, g) estímulo aos e-negócios, através da criação de ambientes de transações seguras, especialmente para pequenas e médias empresas.

Assim, o e-gov é toda e qualquer interação por meio eletrônico que objetiva, “fornecer e obter informações, prestar serviços, bem como transacionar bens e serviços à distância, entre governo e cidadãos, e entre governo e empresas” (MENEZES, 2005, p. 336).

2 Graus de democracia digital

Ao tratar do tema governo eletrônico o que se almeja é a maior participação do cidadão nos processos de produção de decisão política. Gomes (2005) e Silva (2005, p. 450-468) propõem a existência de cinco graus de participação popular no emprego das Tecnologias de Informação e Comunicação, que constituem diferentes compreensões da democracia.

2.1 Primeiro grau de democracia digital

É o grau mais elementar que pode ser caracterizado pela ênfase na disponibilidade de informação e na prestação de serviços públicos. Segundo Wilson Gomes (2005, p. 21) é “aquele representado pelo acesso do cidadão do cidadão aos serviços públicos através da rede”.

Neste primeiro grau, as TICs e o ciberespaço se apresentam como instrumentos democráticos na medida em que circulam informações genéricas governamentais, melhorando a prestação de serviços ao cidadão. Neste sentido,

[...] o pressuposto neste grau está alicerçado no fluxo de interação predominantemente de mão única: o governo disponibiliza informações ou torna a prestação de serviços mais eficiente, através do emprego destas tecnologias de comunicação (SILVA, 2005, p.450-468).

Observa-se que da relação entre Estado e Cidadão, neste primeiro grau de *e-democracy*, prevalece dois papéis importantes a serem destacados: o papel do Estado em suprir a necessidade de informação básica, serviços e bens públicos ao cidadão e o papel do cidadão que espera receber, com rapidez e eficiência estes serviços públicos oferecidos.

2.2 Segundo grau de democracia digital

O segundo grau de democracia digital incide no emprego das TICs na coleta de opinião pública. Este grau, como ensina Wilson Gomes:

[...] é constituído por um Estado que consulta os cidadãos pela rede para averiguar a sua opinião a respeito de temas da agenda pública e até, eventualmente, para a formação da agenda pública (GOMES, 2005, p. 219).

Contudo, esta abertura do Estado à participação popular limita-se em criar apenas canais de sondagem de opinião sobre determinados assuntos públicos, “não significando necessariamente que esta opinião aferida será plenamente acatada em todos os campos da produção da decisão política” (SILVA, 2005, p.450-468). De fato, o Estado não cria um diálogo efetivo com o cidadão, mas espera receber algum retorno nesta alternativa de sondagem de opinião.

2.3 Terceiro grau de democracia digital

O terceiro grau de democracia digital é representado por um Estado que se encontra num alto nível de transparência ao cidadão, cuja esfera política tenha por base o princípio da publicidade, na prestação de contas, serviços e informações.

É importante ressaltar que a publicidade de informações do terceiro grau de democracia digital é diferente da publicidade de informações do primeiro grau. Neste, o grau de democracia é mais elementar, a informação não se preocupa com a demonstração de transparência dos atos públicos. Já na publicidade do terceiro grau de democracia a informação tem como escopo principal o fortalecimento da cidadania, concentrando energias na configuração de uma esfera governamental disposta a “evitar” a prática do segredo. Neste caso, porém,

[...] o Estado presta serviços, informações e contas à cidadania, mas não conta com ela na produção da decisão política. Neste modelo há um encaixe mais ou menos adequado entre fluxo de demanda de explicações cuja origem é, evidentemente, a esfera civil e a prestação de contas de um Estado, em todos os seus poderes, que se explica aos seus cidadãos (GOMES, 2005, p. 219).

Destarte, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, art. 48) estabelecer que os governos executivos municipais e estaduais estão obrigados a disponibilizar em “meio eletrônico de acesso público” seus respectivos atos financeiros: “São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada

ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos”.

2.4 Quarto grau de democracia digital

O quarto grau corresponde a algum modelo de democracia deliberativa, que pode ser combinada com o modelo de democracia participativa e com a democracia representativa. Assim, a esfera civil não deixaria suas funções na formação eleitoral da esfera política, mas de alguma forma participaria mais diretamente da tomadas de decisão política, fazendo valer nela os resultados da deliberação pública.

A democracia deliberativa implica uma tomada de decisões políticas baseadas na troca de razões e argumentos, num processo em que todos os cidadãos participam, indo além dos seus interesses pessoais e pontos de vista, a fim de reflectir sobre o bem comum. Trata-se de articular formas de diálogo democrático que possam transformar as compreensões que os participantes têm de si mesmos, dos seus interesses e dos interesses dos outros, e desta forma criar as bases legítimas para um consenso democrático em torno das reivindicações em questão (SILVEIRINHA, 2008).

De fato, este quarto grau de democracia que consiste na criação de processos e mecanismos de discussão, visando o convencimento mútuo para se chegar a uma decisão política tomada pelo próprio público, definindo práticas mais sofisticadas de participação democrática, requer mais interação democrática baseada no diálogo aberto e livre, onde participantes propõem e desafiam reivindicações e argumentos sobre problemas comuns (SILVA, 2005, p. 450-468).

É importante ressaltar que o estado continua ainda como agente importante nos processos de tomada de decisão, conservando o seu papel de representação política. Contudo, este quarto grau tira o cidadão do papel de consulta e a coloca-o, juntamente da esfera política, como agente produtor da decisão política. A participação popular torna-se fato em termos práticos

2.5 Quinto grau de democracia digital

Neste último grau, evidentemente, representado pelo modelo de democracia direta, as Tecnologias de Informação e Comunicação teriam uma função fundamental: retomar o antigo ideal da democracia. Grossman (apud HALE et al., 1999, p. 97) explica que, no caso norte-americano, é possível localizar discursos sobre os quais as novas tecnologias da informação estariam aptas para transformar a natureza da atividade política,

inspirando-se nos ideais da democracia direta das cidades-estados da Grécia antiga. Trata-se de uma nova *Ágora*.

Para Gomes (2005, p. 219):

[...] a esfera política profissional se extinguiria porque o público mesmo controlaria a decisão política válida e legítima no interior do Estado. Trata-se do modelo de *democracy plug'n play*, do voto eletrônico, preferencialmente on-line, da conversão do cidadão não apenas em controlador da esfera política, mas em produtor de decisão política sobre os negócios públicos. O resultado do estabelecimento de uma democracia digital de quinto grau seria, por exemplo, um Estado governado por plebiscitos on-line em que a esfera política restaria exclusivamente as funções de administração pública.

Na democracia do quinto grau o poder representativo é abolido; assim sendo, todas as leis são aprovadas diretamente pelos cidadãos (utilizando os meios tecnológicos ao dispor: internet, caixas de banca automática e outros); deixando o parlamento de existir como órgão legislativo.

O modelo da democracia direta, neste grau já nasce com sérios problemas pragmáticos e teóricos para sua implementação. Moorea (2008) adverte que esta forma de democracia a princípio parece muito atraente, contudo a exacerbação de alguns elementos pode gerar um tipo de autoritarismo sustentado pela demagogia ou populismo político. De fato, a democracia digital direta, além de utópica, propicia perigos como um público mal informado, propenso a um novo tipo de populismo tecnológico ou, ainda, poderia gerar uma “democracia de apertar botão” (SILVA, 2005, p.450-468).

3 Graus de democracia digital no uso da internet pelas capitais brasileiras

Ao analisar os conceitos de graus de democracia, definidos por Gomes, e os resultados dos questionários aplicados nos municípios, é possível detectar a existência de três graus de democracia digital: o primeiro, segundo e terceiro grau. Contudo, não foi possível encontrar elementos caracterizadores do quarto e do quinto grau.

Inicialmente, é notória a existência predominante e clara do primeiro grau com aspecto “informativo”. É verdade, que este grau, é o único que se encontra mais ou menos estruturado, quase que consolidado. É possível encontrar nos portais das prefeituras, informações como: endereço físico e telefones, bem como, informações sobre a existência de correio eletrônico e horário de funcionamento da prefeitura e secretarias. Presença de legislação e possibilidade de “inserção de dados” pelo usuário e conseqüente obtenção de informação do tipo “consulta automatizada”.

As vinte e sete capitais com portais em operação na rede mantêm histórico de notícias no site sobre políticas e decisões, mas o que se percebe é que há um cunho de propaganda política por trás das notícias, e pouco de informação que sirva, de fato, como subsídio à tomada de decisões futuras ou construção de políticas públicas..

Embora não haja um atendimento *on-line* instantâneo e seja possível encontrar *feedback* para indagações sobre temas genéricos e específicos, se atesta através de teste, que parte significativa dos municípios não tem preocupação em manter um canal eficiente comunicação direta com o cidadão solicitante. O teste consistiu no envio para todas as capitais de mensagem solicitando informação sobre tema que envolvia a atuação da prefeitura e secretarias, sendo encaminhadas para o e-mail geral da administração ou formulário existente no portal para este fim, no entanto, a grande parte dos *e-mails* não foi sequer respondida. Das 54 mensagens enviadas, 24 não obtiveram resposta ou não foi possível estabelecer o contato, ou seja, 55,5% das solicitações de informações possuem problemas de *feedback* governamental.

Com relação ao segundo e terceiro graus, é possível afirmar que não possuem uma existência estruturada nos portais das cidades analisadas, elementos com solidez contestável em termos de importância, quando se observa suas peculiaridades políticas.

No segundo grau, que se refere à participação para a construção de uma agenda pública, o que existe é basicamente é um espaço voltado, através da disponibilização de ferramenta para receber críticas, reclamações ou sugestões sem que estas sejam publicadas no portal. Como não há informação prévia sobre políticas ou projetos de leis com possibilidade de debate e espaço para recepção de opinião ou existência de projetos de lei com ou sem espaço para coleta de opinião. Apenas 7 das 27 capitais possuem sondagens temáticas ou “enquetes” sobre assunto de interesse público.

No caso do terceiro grau, que tem como elemento basilar, a disponibilidade de balanços financeiros e documentos de arrecadação fiscal, é mais sério ainda. Não existe consulta sobre forma e destinação da aplicação de recursos, como também não há informação sobre a implementação das políticas-decisões no site. Não há informação sobre estrutura que permita fazer consulta popular em terminais de auto-atendimento sem efeito deliberativo.

Das 27 capitais, apenas 9 possuem ouvidoria em funcionamento e com página ativa, ou seja, 33,3% das capitais analisadas possuem espaço para coleta de reclamações, críticas e sugestões. Estas não são mostradas no portal.

Há também possibilidade de acompanhamento financeiro (disponibilidade de documentos governamentais de arrecadação, movimentação de erário e aplicação financeira dos recursos públicos – balancetes, balanços financeiros). Porém, o que se percebe é que esta disponibilização não é acompanhada de mecanismos que facilitem a compreensão ou o acesso (inclusão digital) do cidadão para utilizar tais informações, no sentido de controlar as contas do governo (SILVA, 2005, p. 463).

Com relação ao quarto e quinto graus de democracia digital nada foi encontrado, como elementos tipificadores destes dois graus, visto que não há informação sobre sistema de consulta popular com efeito deliberativa, com limitação de votação (um voto um cidadão, por exemplo, através de coleta do CPF) ou espaço de deliberação com efeito vinculante e oficial para a decisão. Embora, se identifique informações sobre processos deliberativos através de um sistema chamado de “orçamento participativo”, é o caso de Fortaleza, João Pessoa, Natal, São Luís e Recife, não há referências sobre a utilização das TCIs ou da internet como meio viabilizador da participação do cidadão neste mecanismo deliberativo.

Conclusão

Esta pesquisa tentou averiguar como as TICs estão sendo empregadas pela prefeitura das capitais brasileiras para fomentar a participação democrática, a partir das potencialidades da Internet e da percepção de graus de democracia digital. É possível concluir que existem níveis de participação bastante elementares. Contudo, não há efetivas aberturas para esta participação do cidadão nos negócios públicos por parte do portal das prefeituras.

Em linhas gerais, podemos concluir que os portais em estudo apresentam uma democracia digital elementar, baseada na informação; havendo uma clara centralização na prestação de serviços públicos voltados para a relação tributária entre cidadão e a prefeitura.

Observa-se a inexistência de um tipo de participação política mais apurada que indique o emprego das tecnologias da comunicação para um efetivo papel da esfera civil na produção da tomada de decisão pública, que continua na esfera política, sem abertura efetiva de poder visando maior intervenção do cidadão comum.

Todos estes pontos indicam que, apesar do discurso de modernização dos governos, os portais das prefeituras nordestinas mostram-se com avanços pouco significativos. Sobretudo, não há níveis importantes de participação civil a ponto de promover alterações relevantes na cultura política hoje existente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BIGLIAZZI GARCIA, Thais Helena. **A Democracia na Era do Governo Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.ciberetica.org.br/trabalhos/anais/27-64-c1-8.pdf>>. Acesso em: 03 de julho de 2008.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de maio de 2000. Seção I, art. 48.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet – reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **Problemas de investigação em Sociologia Urbana**. Livraria Martins Fontes. Rio de Janeiro. 1975

COUTINHO, Nelson. **Marxismo e Política – A dualidade de poderes e outros ensaios**. Cortez Editora.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: Ed.UnB, 2001.

FERNANDES, Andréa. **E-governo: o que já fazem estados e municípios**. Informe-se BNDES, n.20, out. 2000.

GOMES, Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política**. Revista Fronteiras - estudos midiáticos. Vol. VII Nº 3 - setembro/dezembro 2005.

_____. **Internet e participação política em sociedades democráticas, Encontro Latino de Economia Política da Informação, Comunicação e Cultura**, 2005. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepic>>. Acessado em: 08/12/2007.

HELD, David. Modelos de Democracia. Belo Horizonte: Editora Paideia Ltda, 1987

JARDIM, José Maria; MARCONDES, Carlos Henrique. **Políticas de Informação Governamental: a construção de Governo Eletrônico na Administração Federal do Brasil**. DataGramZero – Revista de Ciência da Informação. v. 4, n.2. abr. 2003. Disponível em <http://www.dgzero.org/out00/Art_02.html>. Acesso em: 22 de junho de 2008.

LEMOS, A. **Janelas do ciberespaço**. Porto Alegre. Sulina, 2001.

_____. (org). **Cibercidade – As cidades na cibercultura**. Rio de Janeiro: e-papers, 2004.

MENEZES, Ana Maria Ferreira. FONSECA, Manoel Justiniano Melo da. **Governo eletrônico: um novo caminho para a administração pública?**. In: BAHIA Análise & Dados Salvador, v. 15, n. 2-3, set/dez. 2005.

MOORE, Richard K. **Democracy and Cyberspace**. Disponível em: <<http://www.nettime.org/Lists-Archives/nettime-l-9710/msg00003.html>>. Acesso em: 05 de julho de 2008.

PARREIRAS, T. A. S.; CARDOSO, A. M.; PARREIRAS, F. S. **Governo eletrônico: uma avaliação do site da assembléia legislativa de Minas Gerais**. In: CIFORM, 5, 2004, Salvador. Anais... Salvador: UFBA, 2004. Disponível em <http://www.fernando.parreiras.nom.br/publicacoes/egov_cinform.pdf>. Acessado em: 21 de junho de 2008.

PINTO, Sólton Lemos. **Governo Eletrônico no Brasil**. Disponível em: <www.governoeletronico.gov.br>. Acesso em: 23 de junho de 2008.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago; ROVER, Aires José. **Democracia Eletrônica na Sociedade da Informação**. Disponível em: <www.infojur.ufsc.br/arquivos >. Acesso em 11 de julho de 2008

ROVER, Aires José (org.). **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004, p. 29.

SILVA, Sivaldo Pereira da. **Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras**. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, Vol. XI, nº 2, Outubro, 2005.

SILVEIRINHA, Maria João. **Democracia Deliberativa e Reconhecimento**. Disponível em: <http://www.labcom.ubi.pt/agoranet/06/silveirinha_democraciadeliberativa.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2008.

VILELA, Renata Moutinho. **Conteúdo, usabilidade e funcionalidade: três dimensões para avaliação de portais estaduais de governo eletrônico na web**. Belo Horizonte: Escola de Ciência da Informação da UFMG, 2003. Dissertação de mestrado.

O CONTRATO ELETRÔNICO COMO DOCUMENTO JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA *

THE ELETRONIC CONTRACT AS A LEGAL DOCUMENT

Juliana Rado

RESUMO

Este trabalho apresenta o conceito de uma nova técnica de contratação, realizada por meio da internet. A ênfase da abordagem circunda a interpretação dos ordenamentos jurídicos civilistas face à contratação eletrônica, em detrimento de minúcias tecnológicas, que insta esclarecer, não são objetos do presente estudo, muito embora nos prestemos à conceituação básica acerca da criptografia digital, que constitui o cerne da proteção das negociações virtuais. Demonstrar a validade do documento eletrônico como meio de prova plenamente válido e crível perante o processo judicial é a gênese da aceitação jurídica e social da técnica em epígrafe. Assim, temos a definição do que é o contrato eletrônico, suas espécies ou modalidades, exemplos e peculiaridades, enfatizando a sua forma específica de seguridade, qual seja, a assinatura digital que, atrelada ao conceito de documento, evidencia a validade jurídica dos contratos realizados no ciberespaço. Trata-se de uma abordagem pragmática da contratação virtual, precipuamente sob a ótica dos ordenamentos civilistas luso-brasileiro, numa tentativa de alertar o operador do direito para a necessidade de se conhecer a realidade hodierna da sociedade no que tange à forma de realização dos negócios jurídicos, bem como à imprescindibilidade de uma interpretação sistemática da normativa vigente, a fim de atender às “lides virtuais”.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: CONTRATO ELETRÔNICO; INTERNET; DOCUMENTO JURÍDICO; CRIPTOGRAFIA DIGITAL

ABSTRACT

This paper presents the concept of a new technique of employment carried out through the Internet. The interpretation of the legal civil laws for the electronic contract is the principal focus of this article. The technological details are not objects of the present study however the basic definition about the digital cryptography is essential to understand the virtual negotiations protection. We pretend to demonstrate the validity of the electronic document like fully valid and credible kind of proof for the judicial process as the origin of the legal and social acceptance of the technique in epigraph. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

definition of what it is the electronic contract, his sorts, examples and peculiarities, emphasizing his specific form of security, what it is, the digital signature that, harnessed to the concept of document shows up the legal validity of the contracts carried out in the cyberspace. It the question is a synthetic, however pragmatic approach of the virtual contract, principally under the optics of the civilians Luso-Brazilian codes, in an attempt of alerting the operator of law for the necessity of the social behaviour being known as regards the form of operation of the legal business, as well is essencial to a systematic interpretation of the law operator, in order to pay attention to the “ virtual problems”.

KEYWORDS: KEYWORDS: ELECTRONIC CONTRACT; INTERNET; LEGAL DOCUMENT; DIGITAL CRYPTOGRAPHY

INTRODUÇÃO

A Internet tornou-se o maior e mais eficaz veículo de comunicação da atualidade, gerando novas regras de mercado e intensificando sobremaneira o comércio eletrônico.

Esse fenômeno irretroagível das relações virtuais, entretanto, ocorreu em pouco mais de vinte anos - íterim demasiado curto para adaptar a normativa jurídica às novas questões trazidas com o seu desenvolvimento.

Particularmente no tocante ao contrato eletrônico - um dos maiores e mais inquietantes reflexos da revolução digital no ordenamento jurídico - é inegável sua importância na atualidade, não só pela quíliade de relações jurídicas que se revestem de tal forma mas, sobretudo, pela rapidez, versatilidade e informalidade com que estes negócios se aperfeiçoam e, por conseguinte, surtem efeitos.

A par desta evidente relevância, não se pode olvidar que o legislador - tanto no Código Civil Português, quanto no respectivo *codex* Brasileiro – tem dispensado um tratamento especial para esta nova técnica de contratar.

A ausência de referência expressa nos ordenamentos civilistas luso-brasileiro, por conseguinte, tem levado os doutrinadores a infundáveis questionamentos e os operadores do direito a depararem-se com lides originadas virtualmente - para as quais, por vezes, não encontram solução ou amparo legal.

A incerteza quanto à identidade dos contratantes, bem como quanto à inviolabilidade ou inalterabilidade dos documentos manuseados no ciberespaço[1] e, precipuamente, o receio face à ausência de uma assinatura de próprio punho no contrato que se avença têm sido alguns dos questionamentos mais corriqueiros em torno da negociação por meio virtual.

Tais apontamentos expressam a dificuldade não só do contratante mas, concomitantemente, dos operadores do direito em aceitar o contrato eletrônico como um documento jurídico plenamente válido e crível.

Pretende-se, ao longo deste trabalho, demonstrar que inexistem obstáculos jurídicos intransponíveis à celebração dos contratos eletrônicos, especialmente porque os únicos empecilhos que persistem, impedindo a proliferação dessa nova técnica contratual, decorrem tão somente de mero preconceito ou, quiçá, de dificuldades operacionais ou tecnológicas, mas jamais do texto legal que, aliás, não nos proíbe de celebrá-los.

Assim, abordar-se-á a questão cerne da discussão quanto à validade do contrato digital, qual seja, a juridicidade de seu conteúdo como documento eletrônico.

A imprescindibilidade de tal abordagem deve-se à obrigação do operador do direito em encarar e compreender a evolução da realidade social, adaptando a sistemática jurídica ao cotidiano fático.

Para tanto, abordaremos as definições doutrinárias do que vem a ser o contrato eletrônico e suas respectivas variações ou classificações.

Insta consignar *ab initio* que se atentará ao aspecto jurídico da relação contratual eletrônica, em detrimento de minúcias tecnológicas que, esclareça-se, não são objetos do presente estudo.

Conquanto as especificidades tecnológicas do computador e da Internet não sejam objeto desta abordagem, analisaremos a *criptografia* e suas origens, uma vez consistir a *encriptação* na forma mais segura de se garantir a veracidade das declarações de vontade - por meio da utilização da assinatura digital - bem como a inacessibilidade ao conteúdo do documento jurídico por terceiros alheios à relação contratual: requisitos indispensáveis para que seja conferido valor jurídico à negociação realizada por meio da internet.

Isto porque, de nada adianta propor uma interpretação sistemática da normativa vigente, de modo a admitir o contrato eletrônico como meio de prova, se não se pode aferir ao mesmo, validade enquanto documento jurídico.

Dúvidas não restam de que cabe ao Poder Judiciário a manutenção do direito no ambiente digital, uma vez que o Estado há muito invocou a tutela jurisdicional para si, permitindo a autodefesa apenas em casos específicos.

Assim, à medida que as relações no ciberespaço se intensificam, passando a surgir conflitos de interesses, significa que, mais uma vez na história da humanidade, a sociedade reclama pela intervenção estatal. Não pode, desta feita, o operador jurídico, manter-se silente.

1 DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

1.1 CONCEITO

O contrato, em sua acepção clássica, pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente para sua formação, do

encontro da vontade das partes, que cria para ambas uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados.[2]

A definição *supra* é aplicável, sem problemas, à modalidade eletrônica, visto que seu conteúdo é o mesmo dos contratos tidos como “convencionais”.

O contrato eletrônico pode ser compreendido como uma técnica de efetivação contratual. Assim, tem os mesmos requisitos de validade dos contratos em geral, recaindo sobre as mesmas espécies de objetos. O que o diferencia dos demais é o meio ou instrumento utilizado para sua concretização.

A expressão “contrato eletrônico” apresenta tanto um sentido *amplo/objetivo*, quanto *estrito/formal*. O primeiro refere-se ao contrato cujo objeto seja um bem ou serviço relativo à informática[3]; o outro, àquele contrato confeccionado por meios eletrônicos independentemente de qual seja seu objeto[4]. É por esse segundo sentido da expressão que este trabalho se interessa, ou seja, por aqueles que, não obstante a natureza de seu objeto, são elaborados ou têm sua formação por meio da utilização de técnicas eletrônicas e informáticas.

Sob esta perspectiva, oportuna e satisfatória é a colocação de Erica Brandini Barbagalo ao definir o contrato eletrônico como “o acordo entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguirem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si.”[5]

Dessa maneira, pode-se entender tais contratos não como uma espécie, modalidade ou forma. O meio eletrônico é nada mais que uma *técnica* diversa para o encontro das vontades e a formação contratual. Assim, as regras aplicadas aos contratos em geral também incidem sobre os eletrônicos. Seus objetos são, em suma, os mesmos; seus requisitos também. O que os distingue, de fato, é o *modo* de fazê-los.

1.2 REQUISITOS

Quanto aos *requisitos subjetivos*, consistentes na existência de duas ou mais partes, compostas por pessoa (ou pessoas), dotada de capacidade genérica e aptidão específica para contratar; bem como o manifesto consentimento das mesmas, não há óbice algum na contratação eletrônica.

O contrato realizado por meio virtual não deixa de ser a manifestação da vontade de pessoas, as quais “gerenciam” o computador.[6]

O que torna a contratação eletrônica peculiar, sob o ponto de vista subjetivo, são os percalços na identificação e verificação das partes contratantes.

Os requisitos são os mesmos, tendo como óbice, resultante do meio tecnológico, a insegurança do utente quanto à autenticação da identidade da parte com quem se contrata.[7]

Quanto aos *requisitos objetivos*, sendo o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, também não haverá maiores problemas.

Em geral, os objetos dos contratos eletrônicos são os mesmos dos contratos convencionais, diferenciando-se pelo meio de contratação e, às vezes, pela *forma* de entrega do produto ou prestação do serviço. Neste tocante, estamos nos referindo aos contratos realizados entre um usuário da rede e um sistema prévio disposto no provedor.[8]

Restam os *requisitos formais*.

Aqui cabe maior atenção. A regra geral é a da liberdade das formas para a maioria das contratações, sendo as exceções previstas em lei.[9] Portanto, não havendo exigência de forma para determinado contrato, será ele válido sob qualquer forma não contrária ao direito. Não existindo proibição à técnica de contratação eletrônica, essa é capaz de validar o contrato e torná-lo eficaz.

Vê-se, assim, que os contratos eletrônicos devem cumprir os requisitos gerais, quanto ao sujeito, objeto e forma. Não há empecilhos legais no que concerne à aplicabilidade de tal técnica contratual.

1.3 CLASSIFICAÇÃO

Sendo, o contrato eletrônico, tema relativamente novo no “mundo jurídico”, diversas têm sido as classificações criadas para os mesmos, pela doutrina.

A fim de facilitar a resolução de tal problemática, é oportuna a adoção do modelo proposto por Mariza Delapieve Rossi[10] e utilizado por BARBAGALO[11] em relevante trabalho monográfico acerca da temática, que divide as formas de contratação eletrônica em três categoriais.

Assim, classificam as categorias de contratação eletrônica, em: a) *intersistêmicas*; b) *interpessoais* e c) *interativas*.

Utilizando-se das definições de ROSSI, sucintamente, tem-se que: *contratações intersistemáticas ou intersistêmicas* são aquelas em que a contratação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos pré-programados, sem qualquer ação humana, utilizando a internet como ponto convergente de vontades pré-existentes, estabelecidas em uma negociação prévia. Tal modalidade ocorre predominantemente entre pessoas jurídicas, para relações comerciais de atacado.

As *contratações interpessoais*, por seu turno, correspondem àquelas em que, previamente à contratação eletrônica, existe uma comunicação eletrônica (por meio de correio eletrônico, ou salas de conversação, por exemplo), para a formação da vontade e a instrumentalização do contrato, que é celebrado tanto por pessoas físicas, quanto jurídicas. Diferentemente da contratação intersistemática, não é uma simples forma de comunicação de uma vontade pré-constituída, ou de execução de um contrato concluído previamente.[12]

Por fim, tem-se as *contratações interativas* que, certamente, correspondem à mais usual forma de contratação utilizada pelo comércio eletrônico de consumo[13], vez resultarem de uma relação de comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema previamente programado. Trata-se de um típico exemplo de contratação à distância, onde os serviços, produtos e informações são ofertados, em caráter permanente, através do estabelecimento virtual (*site*), acessado pelo usuário, que manifesta sua vontade ao efetuar a compra.[14]

1.4 FORMAÇÃO E DECLARAÇÃO DE VONTADE

A questão relativa à formação contratual e à validade da declaração de vontade *in casu*, nasce da própria natureza específica dos contratos formados pela técnica eletrônica.

Sendo a declaração da vontade a manifestação externa da mesma por algum meio, a singularidade da negociação virtual, deve-se ao *meio* utilizado; e não à exteriorização em si.

A pessoa expõe sua vontade através de um suporte eletrônico, comunicando desta forma, sua intenção.[15]

Não é, o meio pelo qual se manifesta a declaração, restritivo à sua existência. Por qualquer forma suficientemente eficaz pode-se manifestar a vontade.

É imprescindível, contudo, que o meio utilizado seja eficiente para o conhecimento do conteúdo da declaração pela parte a que se destina, identificando a vontade originada de seu emissor como íntegra, autêntica e suficiente - pois só assim a declaração terá valor jurídico e probante, produzindo efeitos.

Dessa maneira, ao acessar um sítio, acionar um comando ou conjunto de comandos; enviar mensagem eletrônica, etc., se está declarando a vontade por vias eletrônicas.

Aqui também, parte-se de um ato deliberado pela pessoa, não de uma ação automática. Aquele que acessa um sítio e não outro, opta, manifesta preferência; declara a sua vontade através de comandos informáticos, como, por exemplo, “marcando” as opções disponíveis em sítios tais quais *sim/não, concordo/não concordo, aceito/não aceito*.

Indubitavelmente existente, pois que deliberada, é a manifestação da vontade nesse caso. Haja vista, ainda, que para chegar a tal ponto e optar, o usuário deve efetuar diversas ações, que vão desde a conexão à rede, até a escolha do produto ou serviço a ser contratado eletronicamente.

Parece-nos, portanto, que tal forma não pode ser desconsiderada ou refutada pelo simples fato de não ser “convencional”.

2 DO VALOR JURÍDICO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

A insegurança dos contratantes virtuais, bem como a relutância de parte da doutrina e da jurisprudência em conferir valor jurídico ao documento eletrônico, seja como meio de prova, seja como exteriorização de vontades, pode ser sintetizada sob três questões primordiais: *a)* discute-se a incerteza quanto à identidade das partes - o que pode levar a problemas como a negociação com incapazes ou a possibilidade de falsidade ideológica, por exemplo; *b)* a possibilidade de alterações no conteúdo do contrato, por terceiros alheios ao negócio, agindo de má-fé e, por fim; *c)* a falta de assinatura de próprio punho dos contratantes.

Assim, cumpre-nos enfrentar os pontos suscitados no intuito de aferir a validade dos chamados *documentos eletrônicos*, uma vez que, o contrato eletrônico enquadra-se no conceito de documento eletrônico - dependendo, portanto, do valor jurídico deste, a validade plena daquele.

2.1 CONCEITO DE DOCUMENTO ELETRÔNICO

Historicamente, tem-se definido o *documento* como algo material: uma representação exterior do fato que se quer provar.[16]

Como imaginável, as definições doutrinárias clássicas não consideram o documento eletrônico em si, mas este se harmoniza ao cerne do significado atribuído pelos juristas à palavra *documento*.

Para tanto, o conceito de documento não deve ser atrelado a demasiado materialismo. Sobre os indícios materialistas na conceituação de *documento* MACHADO[17] adverte que

hoje, a tecnologia da informação faz com que o conceito seja inteiramente insuficiente para abrangê-lo. A falha está justamente no caráter materializador de todos os conceitos adotados. Todos falam em coisa, em objeto, suporte representativo e todo um conjunto

de significados relacionados ao plano material [...]. Sob o ponto de vista fático, é indiscutível: o documento eletrônico se faz, hoje, independente do suporte material que eventualmente o represente. Ao tratá-lo, estamos, em última análise, falando de software (código, algoritmo).

Isto porque em verdade, um *documento eletrônico* - ou seja, aquele que se encontra alocado em um suporte eletrônico, tal qual um computador – é um conjunto de dados; um sistema; um programa contido na memória da máquina.[18] Tal documento, em regra, é submetido à avaliação e apreciação quando consignado em um suporte físico – como o monitor de um computador. Contudo, há de se considerar que, caso o monitor referido seja destruído, nem por isso será destruído o documento eletrônico, que continuará a existir independente do suporte físico, uma vez tratar-se de *software* e não de *hardware*[19].

2.2 DA JURIDICIDADE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

A principal convergência entre os ordenamentos jurídicos no que concerne a este tema é a exaltação do “princípio da livre apreciação da prova pelo julgador”. [20]

Tal princípio refere-se ao poder decisório do juiz, apregoando que o mesmo é quem deve decidir - dentro dos limites da discricionariedade e baseando-se sempre na moral e nos bons costumes - sobre o convencimento quanto à veracidade e exatidão da atividade probatória levada a juízo, olvidando discriminação quanto ao meio técnico em que a prova encontra-se alocada, em detrimento da análise da idoneidade do conteúdo da mesma.[21]

Assim, muito embora os ordenamentos civilistas luso-brasileiro não contemplem referência expressa quanto à validade do documento eletrônico como meio de prova, uma simples interpretação sistemática das normas permite o vislumbre da possibilidade do contrato eletrônico ser utilizado como elemento probatório.

Obviamente que o documento digital, tal como o dito “convencional”, tem que ser íntegro, verídico e confiável - peculiaridades inerentes a toda e qualquer prova válida.

No tocante aos contratos eletrônicos, os problemas que o circundam quanto à sua veracidade documental são, precipuamente, àqueles que dizem respeito à capacidade de manutenção da integridade de tais documentos; à possibilidade de se identificar o emitente do mesmo e por fim, à autenticidade da assinatura eletrônica.

Tais apontamentos necessitam de resoluções de caráter tecnológico, como passaremos a expor, inexistindo óbices legais no que concerne ao reconhecimento do valor documental do contrato eletrônico, caso os elementos *supra* sejam devidamente demonstrados e convençam o juiz de seu valor.

2.3 DA CRIPTOGRAFIA DIGITAL

A criptografia é, na sua essência, fazer chegar a alguém uma mensagem, conservando-a inacessível a quem desconheça o código utilizado. Costuma ser definida como a “arte” de escrever em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem.

Sinteticamente, a criptografia consiste em uma forma de *encriptação*[22], ou seja, convencionado um critério entre emissor e receptor, a criptografia torna possível o envio de mensagens codificadas, incompreensíveis para um terceiro que eventualmente venha a interceptá-las - mas que poderão ser lidas pelo seu destinatário - que conhece o critério para decifrar o texto “encriptado”. [23]

A criptografia computacional, como a conhecemos, protege o sistema quanto à ameaça de perda de confiabilidade ou integridade, além de ser a base da *assinatura digital*, especificamente utilizando-se algoritmos de chave pública ou assimétrica, como veremos a seguir.

Para *cifrar* ou *decifrar* uma mensagem, necessita-se de informações confidenciais geralmente denominadas *chaves* ou *senhas*.

Há dois modos de se criptografar por mensagem: a criptografia *simétrica* (ou convencional) e a criptografia *assimétrica* (ou de chave pública).

Entende-se por *criptografia simétrica*, ou convencional, aquela em que uma mesma senha, mais comumente chamada de *chave*[24], é utilizada para encriptar e decriptar uma informação, ou seja, o conteúdo de um determinado documento ou texto será tornado compreensível e incompreensível; codificado e decodificado, a partir de uma única chave.

Em síntese, o emitente “cifra”, ou codifica, o documento utilizando-se de uma determinada seqüência de algoritmos; o receptor deverá ter acesso a essa mesma seqüência de algoritmos, a fim de decifrar ou decodificar o documento recebido, tendo, dessa feita, acesso legível ao seu conteúdo.[25]

A criptografia simétrica, entretanto, suscita demasiados inconvenientes para o mundo jurídico.

Em que pese um certo tipo de segurança que pode ser obtido por intermédio de seu uso, a criptografia convencional apenas impede que o conteúdo do documento seja conhecido na eventual hipótese de ser interceptado por terceiro, quando da passagem do emissor para o receptor. O maior problema desse método, contudo, é a necessidade que se tem de repassar a chave criptográfica a todos os interessados em ler e compreender o documento. Nesse caso, qualquer um que tiver conhecimento da chave poderá alterar o documento ou mesmo criar novos documentos em nome do dono da chave, agindo hipoteticamente, de má-fé.

Há de se considerar, ainda, que o uso da criptografia simétrica não permite que se prove quem é, ao certo, o autor do documento emitido, uma vez que ambos os sujeitos (emissor e receptor) compartilham da mesma chave para cifrar e para decifrar o referido documento.[26]

Assim, a segurança desejada em relação à autenticidade e à integridade do documento, neste caso, permanece duvidosa - o que impediria o mesmo de ser utilizado como um meio de prova válido e eficiente para fins jurídicos.[27]

A *criptografia assimétrica*, por sua vez, também chamada de “criptografia de chave pública”, é aquela em que duas chaves, uma pública e outra privada, são utilizadas conjuntamente, de forma ordenada, nos procedimentos de *encriptar* e *decriptar* um documento.

Esta modalidade de criptografia é comumente utilizada como sinônimo de *assinatura digital* e, quando aplicada a um documento eletrônico, confere a este o nível de segurança necessário e suficiente para sua admissão jurídica como meio de prova.

Nesta espécie de criptografia cada um dos intervenientes tem duas chaves; uma “pública” e outra “privada”. A chave privada é conhecida tão somente pelo emissor da mensagem ou do documento eletrônico, ao contrário da chave pública que, como destoa da própria designação, é pública e pode ser livremente distribuída. As duas chaves estão relacionadas matematicamente entre si.[28]

A característica principal consiste no fato de que, uma vez encriptada uma mensagem, esta é irreversível de ser decriptada pela mesma chave. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz.[29]

Isto porque, a chave usada para encriptar a mensagem ou o documento, só pode ser utilizada para essa atividade específica - não sendo capaz de decriptá-lo. O mesmo ocorre com a chave apta a decriptar – esta é incapaz de encriptar a mensagem novamente.

Assim, quando o emissor “A” quer enviar uma mensagem ou um documento eletrônico, aplicará sua chave privada (apenas por ele conhecida), encriptando o documento e enviando-o seguramente ao receptor “B”, pelo ciberespaço. Quando “B” receber o referido documento, deverá valer-se da chave pública de “A” - que corresponde, matematicamente, à chave privada que o mesmo utilizou para cifrar o documento – a fim de obter a mensagem de forma decodificada e compreensível.

O uso da criptografia assimétrica supre as necessidades jurídicas na medida em que: *a)* faz prova da autoria do documento emitido, uma vez que a chave utilizada pelo emissor da mensagem é apenas conhecida por ele próprio; *b)* confere ao emissor do documento a confiabilidade de que apenas o receptor (ou os receptores) que ele deseja tomarão conhecimento do conteúdo da mensagem enviada - isto porque é o emissor quem fornece ao receptor a chave pública correspondente à sua chave privada; *c)* garante a inalterabilidade do documento eletrônico, pois, caso a mensagem seja interceptada por terceiro alheio ao negócio, que por ventura venha a alterar o conteúdo do documento, o mesmo torna-se automaticamente impassível de ser decodificado pela chave pública do receptor, indicando a violação indevida.

Desta feita, considerando-se o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, podemos afirmar que a única maneira reconhecidamente segura para “assinar” documentos eletrônicos e mantê-los, concomitantemente inalterados, é por meio de processos criptográficos de chave pública.

Convém advertir, contudo, que a assinatura digital não guarda suficientes semelhanças capazes de equipará-la visualmente à assinatura formal ou tradicional. Em contrapartida, as funções inerentes a esta são totalmente resguardadas, permitindo-se a perfeita identificação do autor do documento e a certeza de que seu conteúdo permanece inalterado, como passamos a expor.

2.4 DA ASSINATURA DIGITAL

Indubitavelmente, a falta de assinatura de próprio punho dos contratantes é um dos fatores que mais gera insegurança àqueles que desejam contratar eletronicamente.

Neste sentido, para além da criptografia assimétrica assegurar a inviolabilidade do documento eletrônico, é também o seu uso que caracteriza a *assinatura digital*, de modo a garantir a autenticidade do remetente, preenchendo, por conseguinte, requisito basilar do direito contratual, consistente na declaração da vontade válida e comprovadamente verídica.

A assinatura, em sua acepção clássica, pode ser definida como um símbolo pessoal e distintivo que permite a certificação quanto à identidade do autor de um documento, e expressa a manifestação da vontade do mesmo em relação ao teor do ato deliberado.[30]

É comum a distinção doutrinária quanto aos elementos formais e funcionais da assinatura.[31] No que concerne à forma, a mesma apresenta-se como um símbolo personalíssimo que singulariza o seu autor, concomitantemente expressando o *animus signand*, que é a vontade de contratar daquele que apõe a sua “marca”.

Quanto aos elementos funcionais, a assinatura tem uma função identificadora, ao relacionar o ato à pessoa que assina, atrelada a uma função de identificação - o que leva a crer que o autor expressa seu consentimento sobre determinado documento e o respectivo conteúdo deste.

Em se tratando de assinatura digital não é outra a sua função, mas tão somente a sua forma. Diferentemente da assinatura convencional, a “firma digital” não corresponde a sinais grafos manuscritos pelo autor, mas é antes uma seqüência de algoritmos única e privativa deste.

Em apertada síntese, pode-se dizer que com o uso da criptografia assimétrica, é possível gerar assinaturas pessoais de documentos eletrônicos. Isto é feito cifrando a mensagem com a chave privada; após, com o uso da chave pública, é possível conferir a

autenticidade da assinatura, mas não é possível gerar uma assinatura com esta chave. As assinaturas digitais assim produzidas ficam de tal sorte vinculadas ao documento eletrônico “subscrito” que, ante a menor alteração, a assinatura se torna inválida.[32]

Sendo resultado de uma complexa operação matemática que tem como variáveis o documento eletrônico e a chave privada, detida pelo signatário com exclusividade, tal

técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma “imutabilidade lógica”[33] do seu conteúdo.

Isto porque cada documento eletrônico é, na verdade, uma seqüência lógica e ordenada de *bits*[34], que corresponde, segundo linguagem própria dos computadores, à manifestação de vontade constante no mesmo. Por isso, cada documento eletrônico é representado por uma seqüência de *bits* diferente.

A assinatura digital, utilizando complexas e sofisticadas fórmulas matemáticas, vincula-se ao documento eletrônico revelando, justamente, a seqüência de *bits* originalmente criada, sendo que, para cada documento gerado existirá uma única assinatura digital correspondente. Qualquer modificação posterior feita no documento eletrônico gerará, necessariamente, uma seqüência de *bits* diferente, que não mais corresponderá à assinatura digital constante no documento, confirmando, desta forma, que a integridade do mesmo não fora respeitada.

Importante ressaltar que qualquer alteração no texto do documento eletrônico, por menor que seja, resultará na invalidade da assinatura digital a ele vinculada. O controle da integralidade é tão rígido que a simples inserção de um espaço entre duas palavras ou mesmo a correção de um erro de grafia ou pontuação que, por ventura, figure no texto do documento eletrônico, implicará, obrigatoriamente, na perda do vínculo deste com a assinatura digital original, o que demonstra a complexidade da segurança gerada pela criptografia assimétrica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto, pode-se verificar que os contratos eletrônicos impescindem dos mesmos requisitos e elementos inerentes ao contrato clássico ou convencional.

Contratar por meio eletrônico significa que duas ou mais partes convencionam, volitivamente, acerca de um objeto lícito, determinado ou no mínimo determinável, no intuito de criar, extinguir ou modificar algo no “mundo jurídico”, utilizando-se para tanto, da rede mundial de computadores.

A partir do momento que o ato ou fato obedece às características, requisitos e elementos que a teoria geral contratualista estabelece - respeitando, concomitantemente, os

princípios contratuais fundamentais - não persiste razão lógica alguma que justifique a negativa de qualidade de um contrato.

Parece-nos que o simples fato de o contrato eletrônico não ter sido expressamente contemplado pelo Código Civil Português ou Brasileiro, não significa que o mesmo deverá ser considerado como contrato atípico ou muito menos ter sua existência ignorada.

No primeiro caso porque o que nos leva a considerar um contrato como atípico é, justamente, a ausência de tipificação legal acerca da relação contratual envolvida, e não no que atine à descrição da forma de que o mesmo se reveste, haja vista que a validade de uma declaração de vontade, em regra, não está condicionada ao respeito de uma forma especial.

Por outro lado, negar a existência dos contratos eletrônicos é, na mais ingênua das hipóteses, negar o fato de que milhares de bens são comercializados diariamente pela rede mundial de computadores em sítios destinados ao *e-commerce*.

Não se pode olvidar, contudo, que a questão abordada na segunda parte dessa exposição é um dos maiores óbices enfrentado pela contratação eletrônica.

De fato a incerteza quanto à identidade dos contratantes, bem como quanto à inviolabilidade e sigilo dos documentos contratuais são fatores relevantes, que necessitam de solução para assegurar a validade jurídica da contratação virtual. Precipuamente porque o contrato é um documento assecuratório e probatório de um acordo de vontades entre uma ou mais pessoas que gera obrigações, sendo imprescindível, desta feita, que o mesmo seja suficientemente crível, caso eventualmente venha a ser invocado em uma lide jurídica.

Neste sentido, procurou-se demonstrar que a interpretação sistemática das normas vigentes atinentes aos negócios jurídicos é suficiente para abarcar o caso dos contratos eletrônicos no que tange à sua admissão como documento jurídico.

A criptografia digital e, por conseguinte, a assinatura eletrônica, conforme asseveramos, por meio das chaves públicas e privadas, apresenta-se como a gênese da solução deste óbice, intuindo garantir a inalterabilidade e a autenticidade do conteúdo dos documentos eletrônicos.

O maior empecilho existente nesse tocante reside no conhecimento limitado no que atine à tecnologia informacional, tanto por parte dos contratantes, quanto por parte dos juristas.

É imprescindível que o interveniente virtual respeite o meio de contratação eletrônica, agindo de boa-fé e revestindo-se de cuidados ao contratar – como o faria utilizando as técnicas convencionais de contratação, considerando contudo, as peculiaridades do ciberespaço.

No mesmo sentido os operadores do direito, em especial o julgador, devem ater-se para essa nova técnica de contratação, de modo a investigar e conhecer suas singularidades e características básicas, para que possa interpretar a norma vigente sob a luz da nova

realidade fática, conferindo interpretação justa e eficiente na resolução do que nos atrevemos a chamar de “lide eletrônica”.

E, principalmente, ao falar-se em contratos eletrônicos deve-se sempre estar atento ao fato de que por trás de qualquer máquina há uma pessoa – assumir a consciência de que são os interesses de pessoas que se está tutelando, ao tratar-se das lides virtuais é, indubitavelmente, o primeiro passo a ser tomado pelo ordenamento jurídico como um todo.

Isto porque é inegável que a sociedade já não pode mais viver sem o computador – concomitantemente, o direito, desde de seus primórdios, emanou da sociedade, e para ela sempre existiu - sendo inevitável que o jurista aceite esta nova técnica de contratação.

De outra forma, a inércia jurídica consistirá na descaracterização do papel social do operador do direito, que reside na aplicação da normativa ao caso concreto, atendendo de modo satisfatório o interesse social.

Negar a existência do contrato eletrônico é ignorância não apenas jurídica mas, precipuamente, sistemática e empírica do mundo em que se vive hodiernamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos:** contratos formados por meio de redes de computadores. Peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARCELÓ, Rosa Julià. **Comercio electrónico entre empresarios:** la formación y prueba del contrato electrónico (EDI). Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

BLUM, Renato Opice (org.). **Direito eletrônico:** a internet e os tribunais. Bauru/SP: Edipro, 2001.

BRASIL. **Vade Mecum**. Organizado por Antonio Luiz de Toledo Pinto. et al. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANELLO, Júlio. **Os contratos eletrônicos no direito brasileiro: considerações preliminares**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/oz2/leituras/contratos.htm>> Acesso em: 11 fev. 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. Tomo I.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. (org.). **Direito & internet**. Bauru: Edipro, 2000.

DIC – Dicionário Eletrônico Michaelis. São Paulo: DTS Software. 1998. v. 5.0.

ISIDRO, Marta Requejo. Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXIX, ano 79, 2003.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LÓPEZ, V. Carrascosa. et al. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. Editorial Granada (Espanha): Comares, 2000.

MACHADO, Ulysses. **A validade jurídica do documento eletrônico**. Disponível em: <<http://iti.br/twiki/pub/Forum/ArtigoD06/artigoD06-machado.rtf>> Acesso em: 15 fev. 2007.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

PORTUGAL. **Código Civil**. Organizado por M. Henrique Mesquita. 13. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Organizado por Clara Luzia. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Novos rumos da informática**. São Paulo: IBCC, 2002.

ROSSI, Mariza Delapievi. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. In: **Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI**, 1999.

Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>>
Acesso em: 28 fev. 2007.

[1] Sobre o conceito de “ciberespaço” (*cyberia*) cf. ISIDRO, M. R. Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXIX, ano 79, p. 585 e ss., 2003.

[2] “Desdobrando-se o conceito, transparece a bilateralidade do ato jurídico; exige-se o consentimento válido, emanado de vontades livres; pressupõe a conformidade com a ordem legal; e tem como escopo objetivos específicos, ou seja, a produção de direitos.” In: RIZZARDO, A. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[3] Cf. LÓPEZ, V. C. et al. **La contratación informática**: el nuevo horizonte contractual. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2000. p. 116 e ss.

[4] Cf. LAWAND, J. J. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; MONTENEGRO, A. L. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 47; CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil português: Parte Geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. Tomo I. p. 581 – 591.

[5] BARBAGALO, E. B. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores. Peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 24.

[6] “Por trás de seu computador, o usuário é uma pessoa real, de forma que, desde que possua capacidade para contratar, nada impede que, por meio daquele instrumento, contrate com quem quer que seja.” In: CANELLO, J. **Os contratos eletrônicos no direito brasileiro: considerações preliminares**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/oz2/leituras/contratos.htm>> Acesso em: 11 fev. 2007. “Em esquemas mais elaborados, o autômato reproduz a vontade do seu programador ou da pessoa a quem as atuações deste sejam imputáveis.” In: CORDEIRO, A. M. ob. cit. p. 583.

[7] O cerne desta investigação reside exatamente na abordagem, ainda que superficial, dos meios tecnológicos existentes e utilizados para suprir tais problemas.

[8] A doutrina admite a existência de duas formas principais de contratação eletrônica. A primeira refere-se às transações entre as empresas entre si, por meio da rede, envolvendo a troca de produtos e serviços, sem a participação direta do consumidor - *bussines-to-bussines*. Outra forma é quando os negócios são realizados entre empresas e consumidores, através do fornecimento de produtos ou prestação de serviços, via rede, ao consumidor final - *bussines-to-consumer* (Cf. CANELLO, J., ob. cit.).

[9] O artigo 219 do Código Civil Português dispõe que “a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir”. In: PORTUGAL. **Código Civil**. Organizado por M. Henrique Mesquita. 13. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 49. O Decreto-Lei (Portugal) nº 7/2004 delibera ainda, expressamente, em seu artigo 25 que “a contratação eletrônica é livre, salvo negócios familiares e sucessórios, negócios que exijam a intervenção de entidades judiciais, públicas ou notariais, negócios imobiliários e garantias [...]”. Completando que as declarações eletrônicas, com suporte adequado, satisfazem a exigência legal da forma escrita, valendo a assinatura eletrônica (artigo 26). Cf. CORDEIRO. A. M., ob. cit. p. 590. No Código Civil Brasileiro, por seu turno, a liberdade de forma está prevista no artigo 107 (Cf. BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. Organizado por Antonio Luiz de Toledo Pinto. et al. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 172).

[10] ROSSI, M. D. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. In: **Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI**, 1999. p. 105.

[11] BARBAGALO, E. B., ob. cit. p. 51 e ss.

[12] Esta espécie de contrato eletrônico subdivide-se em *simultâneos* e *não simultâneos*. Os primeiros seriam aqueles celebrados em tempo real, i. e., *on-line*. As pessoas

contratantes, dispostas em diferentes pontos na rede, interagem e contratam simultaneamente. Nesse caso, em geral, dá-se o tratamento jurídico aplicável aos contratos entre presentes, mesmo não estando os contratantes fisicamente no mesmo espaço.

Já a contratação interpessoal *não simultânea*, por seu turno, acontece quando há um lapso temporal relevante entre a declaração e a recepção das manifestações de vontade dos contraentes. As celebrações realizadas via correio eletrônico, analogamente ao que ocorre com a correspondência epistolar, são exemplos da contratação interpessoal não simultânea. O tratamento jurídico é, em regra, o mesmo dado aos contratos entre ausentes.

[13] Sua predominância está intimamente ligada ao crescimento do comércio eletrônico (*e-commerce*), em especial na modalidade *bussines-to-consumer*. E é exatamente em virtude da ampliação desse setor econômico que os contratos eletrônicos (na espécie interativa) têm tomado proporções cada vez maiores. Sob o ponto de vista funcional, essa forma de fazer negócio, de consumir e contratar, flexibiliza e dinamiza o mercado, facilitando as trocas tanto para o fornecedor quanto para o consumidor.

[14] Cf. ROSSI, M. D., *apud* BARBAGALO, E. B., ob. cit. p. 56.

[15] Sobre a validade da declaração de vontade feita por computador cf. CORDEIRO, A. M., ob. cit. p. 584.

[16] Para CARNELUTTI, seria “uma coisa representativa de um fato”; nos ensinamentos de CARRASCOSA, tem-se que documento é “todo conhecimento fixado materialmente sobre um suporte e que pode ser utilizado para consulta, estudo ou trabalho.” In: BLUM, Renato O. (org.). **Direito eletrônico: a internet e os tribunais**. Bauru/SP: Edipro, 2001. p. 55. Cf. também DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (org.). **Direito & internet**. Bauru: Edipro, 2000, p. 65; CORDEIRO, A. M., ob. cit. p. 588 e LÓPEZ, V. C. et al., ob. cit. p. 56 e ss.

[17] MACHADO, U. **A validade jurídica do documento eletrônico**. Disponível em: <<http://iti.br/twiki/pub/Forum/ArtigoD06/artigoD06-machado.rtf>> Acesso em: 15 fev. 2007.

[18] O Projeto de Lei (Brasil) n. 4.906/2001, traz em seu artigo 2º, inciso I, o conceito de documento eletrônico, *in verbis*: “[...] a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”.

[19] “*Hardware* designa máquina, objeto, matéria. *Software* designa programa, conjunto de códigos, idéia, conceito, lógica de sistema”. In: DIC – Dicionário Eletrônico Michaelis. São Paulo: DTS Software. 1998. v. 5.0.

[20] No direito comparado observa-se uma crescente tendência em se eliminar eventuais obstáculos legais no intuito de se permitir a admissão dos documentos eletrônicos como documento plenamente válido, utilizando-se para tanto, a aplicação do referido princípio. Cf. BARCELÓ, R. J. **Comercio electrónico entre empresarios: la**

formación y prueba del contrato electrónico (EDI). Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 206-207.

[21] Cf. BARCELÓ, R. J., ob.cit. p. 207; PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 244. No ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio, também denominado “princípio da persuasão racional” ou “princípio da livre convicção motivada”, está expresso no artigo 131 do Código de Processo Civil (Cf. BRASIL. **Vade Mecum**, cit. p. 403). O ordenamento português também consagra o princípio em voga em seu artigo 655 (Cf. PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Organizado por Clara Luzia. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 335). Quanto à declaração da vontade expressa eletronicamente, Sven-Erik Heun, para além de admitir a livre apreciação do juiz, acrescenta que “os programas disponíveis permitem imprimir documentos explícitos e circunstanciados, que poucas pessoas poderão ‘manipular’ e que, em geral, fazem fê do neles exarado.” (Cf. HEUN, Sven-Erik. Die elektronische Willenserklärung, *apud* CORDEIRO, A. M., ob. cit. p. 585).

[22] A *encriptação* é a transformação de dados em uma mensagem impossível de se ler. A contrario *sensu*, “decriptar” ou “desencriptar” é a transformação de uma mensagem ilegível em uma mensagem de dados legíveis. Cf. BARCELÓ, R. J., ob. cit. p. 227.

[23] Cf. MARCACINI, A. T. R. **Direito e informática**: uma abordagem jurídica sobre criptografia. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 09. Sobre a definição de “criptografia” cf. também ROHRMANN, C. A. **Novos rumos da informática**. São Paulo: IBCC, 2002. p. 254 e ss.

[24] Considera-se *chave* todo código secreto composto por uma seqüência de valores numéricos, arrançados por computador a partir da aplicação de algoritmos. É a chave que abre ou dá acesso a uma mensagem codificada ou lhe tranca o acesso, “criptografando-a”.

[25] A respeito da conceituação de “criptografia simétrica” cf. BARCELÓ, R. J., ob. cit. p. 227 e ss.

[26] Cf. BARCELÓ, R. J., ob. cit. p. 228-229; MARCACINI. A. T. R., ob. cit. p. 21 e ss.

[27] Contudo, vale consignar a colocação de MARCACINI quanto à utilização prática da criptografia simétrica. O doutrinador bem adverte que, embora seja vulnerável quanto à transmissão segura de informações entre duas ou mais pessoas, esse tipo de criptografia é perfeitamente usual quando se pensa tão somente em evitar acesso indevido a informações pessoais sigilosas: “O usuário encripta seus arquivos utilizando uma dada chave e depois, quando quiser acessá-los, ele próprio os decifra utilizando a mesma chave.” In: MARCACINI. A. T. R., ob. cit. p. 21-22.

[28] Sobre as principais operações matemáticas utilizadas na criptografia assimétrica, cf. BARCELÓ, R. J., ob. cit. p. 230, nota 287.

[29] Cf. MARCACINI, A. T. R., ob. cit. p. 27 – 28; BARCELÓ, R. J., ob. cit. p. 230 e ss.

[30] Cf. LÓPEZ, V. Carrascosa. et al., ob. cit. p. 57; BARCELÓ, Rosa Julià., ob. cit. p. 207 – 209.

[31] Cf. LÓPEZ, V. Carrascosa. et al., ob. cit. p. 57.

[32] CHAVES, *apud* MARCACINI, A. T. R., ob. cit. p. 88.

[33] Por “imutabilidade lógica” dizemos que o documento continua podendo ser alterado, sem deixar vestígios no meio físico onde está gravado; entretanto, a posterior alteração do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento deixe de ter validade como prova.

[34] *Bit* é uma sigla de simplificação para dígito binário, em inglês *binary digit*. É a menor unidade de informação usada na [computação](#) e na [teoria da informação](#). In: **Wikipédia**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>> Acesso em: 28 fev. 2007.

REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DE INCENTIVO A PESQUISA *

REFLEXIONS ON THE NEW RESEARCH INCENTIVE LAW

Saulo Nunes de Carvalho Almeida

RESUMO

O presente artigo visa analisar uma das mais novas leis federais de incentivo fiscal. Inicialmente conhecida como “Lei Rouanet da Pesquisa”, a Lei 11.487/2007 trouxe complementações a Lei 11.196/2005 (Lei do Bem), na tentativa de obter êxito ao aproximar as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs) das grandes empresas, por meio de abatimentos do Imposto de Renda das que realizarem investimentos na área de Pesquisas e Desenvolvimento (P&D) do país. Introduzindo mecanismos distintos das demais leis de incentivo, a Lei 11.487/2007 apresenta um modelo aparentemente sustentável ao inovar dividindo as verbas utilizadas nos projetos de pesquisa das ICTs entre Governo e Empresas. A mesma lei apresenta ainda alguns pontos controversos, como a impossibilidade de ICTs de caráter privado poder beneficiar-se da lei, e a ausência da previsão de pessoas físicas atuarem como incentivadores.

PALAVRAS-CHAVES: LEI DE INCENTIVO; ROUANET DA PEQUISA; LEI DO BEM

ABSTRACT

The present article analyses one of the most recent federal Law of fiscal incentive. Initially know as “Lei Rouanet da Pesquisa”, the law 11.487/2007 brought complementation’s to the law 11.196/2005 (Lei do Bem) in the attempt to approximate scientific and technologic institutions with the big corporations, using a way of fiscal deduction to the companies that chose to invest on the Research and Development areas of Brazil. Introducing a new way of fiscal deduction, the law 11.487/2007 presents a new model apparently more sustainable to the government, splitting the resources that is utilized in researches between the government and the companies. The same law still brings some points of controversy, with the inability of private institutions utilize the benefits of the present law as the inability to the physical person to utilize it.

KEYWORDS: INCENTIVE LAW; ROUANET OF RESEARCH; LAW 11.196/2005

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 INTRODUÇÃO

Temos verificado nos últimos anos um súbito crescimento nos meios utilizados pelo governo como forma de incentivo fiscal. Primeiro foi a cultura através da Lei Rouanet e da Lei do Audiovisual. Depois veio o esporte, através da Lei de Incentivo ao Esporte. Agora, através da Lei 11.487/2007, chegou a hora da pesquisa e tecnologia.

No ano de 2006, o Brasil foi o responsável pela produção de 19.958 artigos científicos. O que pode aparentar, inicialmente, números expressivos, na verdade, representa apenas uma pequena parcela, 1.92% da produção mundial. No entanto, ao observarmos que no ano de 1981 a produção de artigos científicos no país foi de 1.913 podemos constatar um grande avanço do Brasil (crescimento de 8,9 vezes no período; 4,5 vezes maior do que o crescimento mundial[1].)

De acordo com o ranking do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) o Brasil ocupa atualmente o 43º lugar no ranking mundial de Investimento em Pesquisa & Desenvolvimento (P&D), ocupando também a 32ª posição quanto ao apoio governamental para o respectivo setor.

Segundo dados divulgados pela CAPES, no ano de 1981, o Brasil foi responsável por cerca de 2.000 (dois mil) artigos publicados, enquanto que México e Argentina contribuíram com aproximadamente 1.000 (um mil) artigos cada um. Em comparação com o ano 2006, o Brasil sofreu um aumento de 750%, alcançando assim cerca de 17.000 (dezessete mil) artigos publicados. Esse aumento, superou e muito os demais concorrentes diretos da América Latina, levando em conta que México foi o responsável por 6.500 (seis mil e quinhentos) artigos, um aumento de 550% e que a Argentina contribuiu com aproximadamente 5.000 (cinco mil) artigos, um aumento de 400%.

Conforme podemos constatar, o desenvolvimento na produção científica apresentado pelo Brasil é compatível com sua hegemonia perante os países da América Latina. No entanto, ao colocarmos em um comparativo com países como China, Espanha e Índia, países emergentes responsáveis por expressivas contribuições à área de desenvolvimento científico no mundo, o Brasil ocupa uma colocação extremamente modesta.

2 NOVA LEI DE INCENTIVO A PESQUISA

É com o intuito de tentar modificar esse quadro atual que chega a Lei nº 11.487/2007, conhecida como a “Lei Rouanet da Pesquisa”.

Importante comentarmos sobre o nome “Lei Rouanet da Pesquisa”. Esse nome, com o qual a Lei de Incentivo a Pesquisa ficou conhecida sem dúvidas não seria o mais apropriado. Sua origem veio da Lei 8.313/1991, a Lei de Incentivo a Cultura. Essa lei tornou-se conhecida como “Lei Rouanet”, em homenagem a Sergio Paulo Rouanet, um filósofo e antropólogo responsável pela lei brasileira de incentivos fiscais à cultura. Devido ao fato da Lei Rouanet ser a forma mais utilizada e conhecida Lei de Incentivo

no País, sua nomenclatura acabou sendo utilizada também para a nova Lei de Incentivo a Pesquisa.

No entanto, uma nova Lei de Incentivo a Pesquisa, que chega com o propósito de colocar o Brasil em um novo patamar na área de inovações científicas mundiais merecia torna-se conhecida através de um nome mais apropriado, compatível com o seu objetivo, o que faria deste um momento extremamente oportuno para homenagearmos um dos maiores cientistas da área tecnológica de nosso país, Santos Dumont. Conhecido por ser o “pai da aviação”, talvez o maior legado tecnológico deixado em nossa história. É nesse contexto que temos a humilde audácia de propor uma mobilização social de iniciativas para batizarmos a Lei de Incentivo a Pesquisa como “Lei Santos Dumont”.

A nova Lei de Incentivo à Pesquisa segue de fato alguns dos parâmetros utilizados pela Lei Rouanet, permitindo assim que as empresas invistam em projetos que visem a inovação científica e tecnológica e possam descontar de seu imposto de renda uma parte do valor investido.

De acordo com a Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007 para a Lei 11.487/2007, os benefícios fiscais concedidos para o ano de 2008 deverão obedecer o montante máximo de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões). No entanto, esse limite dificilmente deverá ser atingido devido a falta de conhecimento das instituições sobre a presente Lei, bem como a falta de segurança que algumas empresas poderão sentir ao utilizar uma Lei tão nova, com parâmetros tão inovadores.

3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Compete, constitucionalmente, ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, sendo, inclusive, facultado aos Estados ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e a pesquisa científica e tecnológica[2], conforme previsão no art. 218 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição distingue duas espécies distintas de pesquisas. A científica básica e a tecnológica. A pesquisa classificada como científica básica é aquela que visa o bem público e o progresso das ciências (previsão no art. 218, § 1º). Quanto à pesquisa tecnológica se caracteriza por visar a solução dos problemas brasileiros e o desenvolvimento produtivo nacional e regional (art. 218, § 2º).

Dessa forma, a Lei 11.487/2007 aparece como mais um dos meios apresentados pelo Governo para conseguir alcançar a previsão constitucional do art. 218, promovendo incentivos para a área de pesquisas no país.

4 LEGITIMIDADE DOS INCENTIVADORES

Quanto as pessoas jurídicas que podem ser incentivadoras através da lei, é importante também destacarmos que não poderá ser qualquer empresa que poderá se beneficiar dessa forma de incentivo fiscal. De acordo com a previsão do art. 19-A da Lei 11.487/2007, bem como o art. 1º do Decreto 6.260/2007, poderão utilizar o incentivo fiscal apenas as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real:

A pessoa jurídica sujeita ao regime de tributação do imposto sobre a renda com base no lucro real poderá excluir do lucro líquido, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, o valor dos dispêndios efetivados em projeto de pesquisa científica e tecnológica e de inovação tecnológica a ser executado por Instituição Científica e Tecnológica – ICT, a que se refere o inciso V do caput do art. 2º da Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observado o disposto neste Decreto.

A Lei 9.718/98, em seu art. 14 dispõe sobre as pessoas jurídicas obrigadas a realizar a apuração do Lucro Real. Basicamente, somente empresas de grande porte, bancos, indústrias, empresas de telecomunicações dentre outras de magnitude similar se encaixam no perfil citado no artigo. Algo que representa uma parcela em torno de 7% das empresas do País.

Assim, empresas como as micro ou de pequeno porte não poderão atuar como incentivadores. Isso ocorre devido a própria mecânica utilizada na tributação de tais empresas, devido ao fato das mesmas possuírem uma alíquota calculada sob uma base presumida, utilizando assim um desconto-padrão, não admitindo exclusões ou compensações, inviabilizando assim a utilização do mecanismo de desconto da Lei de Incentivo a Pesquisa.

Uma das diferenças significativa entre a Lei de Incentivo à Pesquisa e a Lei Rouanet já aparece nesse momento, que é o fato de existir uma ausência da possibilidade de pessoas físicas utilizarem o incentivo fiscal, não seguindo os parâmetros previstos da Lei de Incentivo a cultura, que em seu art. 18 prevê a possibilidade de pessoas físicas utilizarem até 6% do valor de seu imposto de renda para incentivar projetos de caráter cultural.

A ausência dessa previsibilidade ocorre pelos próprios mecanismos distintos da Lei, pois ao contrário da Lei de Incentivo a Cultura, o desconto do Imposto de Renda ocorre na apuração do lucro real e na base de cálculo da CSLL, mecanismo esse não utilizado pela pessoa física para a apuração de seu imposto de renda.

No entanto, a Lei de Incentivo a Cultura, resolveu tal problema apenas com a adição do inciso I, no art. 26, definindo os percentuais de descontos utilizados pelas pessoas físicas incentivadoras, o que nos leva a crer que talvez o motivo da ausência da possibilidade de pessoas físicas utilizarem a Lei de Incentivo a Pesquisa seja devido ao fato de que será gerado uma criação, que deverá assim possuir devidamente todos os direitos referentes a propriedade criada entre os patrocinadores, as ICTs e os inventores. Assim, ao permitir que pessoas físicas utilizassem o mecanismo, maiores complicações poderiam surgir quanto a divisão da titularidade da criação, aumentando ainda mais a burocracia para a realização de projetos. Essa, no entanto, é uma visão preliminar que não será aprofundada no presente artigo.

Uma solução para tal problema poderia ser a possibilidade da previsão de pessoas físicas utilizarem a Lei de Incentivo a Pesquisa somente beneficiando-se de um maior desconto de seu imposto de renda, sem a possibilidade da mesma possuir direitos referentes a titularidade da criação.

Assim, enquanto não for desenvolvido algum mecanismo que permita que pessoas físicas possam também contribuir para a Lei de Incentivo a Pesquisa como incentivadores, a mesma não estará potencializando todos os valores que poderiam estar sendo investidos nas ICTs de todo o país.

5 AS INSTITUIÇÕES BENEFICIADAS

Adentrando agora a legitimidade para utilizar a Lei de Incentivo a Pesquisa, a Lei 11.487/2007 prevê que o investimento deverá ser apenas em projetos de pesquisa científica e tecnológica e de inovação a serem executados por Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs.

A definição de ICTs poderá ser encontrada na Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007 para a Lei 11.487/2007 que em seu glossário classifica ICT como: “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico.” Assim, torna-se claro a impossibilidade de instituições de caráter privado beneficiar-se da presente lei. Tal procedimento seletivo não deveria existir em uma Lei de Incentivo a Pesquisa que tem o objetivo de promover e aumentar as pesquisas realizadas em nosso país, tendo em vista a vasta gama de pesquisadores que não poderão ter acesso a presente lei.

Assim, das Instituições que poderão utilizar a Lei de Incentivo a Pesquisa, percebemos a existência de uma predominância das ICTs de âmbito federal. Segundo dados apresentados pelas ICTs ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), no ano de 2008, das 57 ICTs que prestaram informações, 45 são Instituições Federais, sendo apenas 11 de âmbito estadual:

6 MECANISMOS DA LEI

Quanto a forma de exclusão que deverá ser utilizada pelas empresas patrocinadoras, ao contrário do mecanismo utilizado pela Lei Rouanet, as empresas incentivadoras possuirão opções. A empresa poderá escolher que seja descontado de seu lucro líquido para efeitos de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL uma variação entre 50% a 250% do valor utilizado em pesquisas, conforme o art. 19-A, §1º, I da Lei 11.487/2007:

A exclusão de que trata o caput desse artigo:

I – corresponderá, a opção da pessoa jurídica, a no mínimo a metade e no máximo duas vezes e meia o valor dos dispêndios efetuados, observado o disposto nos §§ 6º, 7º e 8º deste artigo.

A escolha do percentual que as empresas irão utilizar como desconto do Imposto de Renda como dispêndio efetuado delimitará a participação que as mesmas possuirão na titularidade da criação desenvolvida através de seu patrocínio.

Assim, as empresas que não possuem interesse em obter parte da titularidade daquela invenção, poderão utilizar o modelo de 250% do valor para que seja excluído, enquanto

que a empresa com algum interesse naquela tecnologia poderá escolher uma dedução de impostos menor, até 50%, e possuir uma maior parte dos direitos daquela criação.

Outra vantagem apresentada pela Lei de Incentivo a Pesquisa é o fato da mesma não concorrer diretamente por verbas com a Lei Rouanet ou a Lei de Incentivo ao Esporte, pois, ao contrário delas, o teto limite de verbas que as empresas poderão utilizar para incentivar a pesquisa não é baseado no seu imposto de renda[3], e sim no valor do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL antes da exclusão dos valores utilizados, conforme previsão no art. 19-A, §1º, III da Lei 11.487/2007.

Dessa forma, conforme previsto no art. 19-A, §6º da Lei 11.487/2007, bem como pelo art. 3º do Decreto nº 6.260/2007, a participação do incentivador do projeto sobre a criação gerada será a razão entre a diferença do valor despendido pela pessoa jurídica e o valor do efetivo benefício fiscal utilizado, de um lado, e o valor total do projeto, de outro, cabendo a ICT a parte remanescente.

Assim, a porcentagem de direito sobre a criação pode ser definida de acordo com a equação abaixo:

$$\% \text{ da titularidade} = \frac{\text{Valor do dispêndio} - \text{valor do benefício fiscal}}{\text{valor do projeto}}$$

Dessa forma, observa-se que os direitos sobre a criação da invenção não será somente do patrocinador, pertencendo também a ICT no qual a inovação foi desenvolvida.

Importante destacarmos que a Lei também protege o inventor da criação, e não apenas a ICT onde a mesma se desenvolveu. No art. 3º, §3º do Decreto nº 6.260/2007, é garantido ao criador no mínimo 5% e no máximo 1/3 dos lucros que a ICT poderá ter ao explorar os direitos de sua invenção:

É assegurada ao criador participação mínima de cinco por cento e máxima de um terço nos ganhos econômicos auferidos pela ICT pela exploração dos direitos sobre a criação e a propriedade industrial e intelectual gerada por um projeto, na forma do art. 13 da Lei nº 10.973, de 2004

Assim, torna-se clara a necessidade da ICT realizar pelo menos dois contratos ao utilizar a presente Lei de Incentivo. Um com os patrocinadores, definindo participação intelectual e industrial que cada um possuirá na criação do projeto, e um entre a ICT e o criador, definindo a participação nos ganhos que o mesmo poderá vir a ter.

Essa necessidade poderá vir retardar um pouco o tramite da realização de projetos de pesquisa, tendo em vista o consenso que deverá existir previamente entre ICT/Incentivador/Criador. Problema esse que ainda poderá aumentar caso o projeto

envolva um trabalho em conjunto de duas ou mais ICTs, tendo em vista a possibilidade de propostas coletivas previstas na Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007.

Outro fator relevante as ICTs é a necessidade de proteger aquela nova criação[4] desenvolvida através do incentivo fiscal das empresas. Tornando-se assim necessário o devido registro daquela patente.

No entanto, essa proteção não é algo fácil de ser alcançado. No gráfico abaixo, referente as informações dos quais as ICTs prestam regularmente ao MCT, podemos observar que no ano de 2008, dos 860 pedidos de proteções que foram requeridas, apenas 132 foram concedidas, ou seja, o equivalente a apenas 15,34%:

7 REALIZAÇÃO DE PROJETOS

Seguindo os parâmetros criados pela Lei de Incentivo a Cultura (Lei Rouanet) as empresas não poderão escolher apoiar qualquer projeto que despertem seu interesse. Somente poderão receber recursos da Lei de Incentivo a Pesquisa projetos que forem enviados e aprovados por um comitê de acompanhamento, que será formado por representantes dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, da Indústria e Comércio Exterior e do da Educação.

Os projetos deverão ser enviados à Fundação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, através de formulários específicos que são disponibilizados no endereço eletrônico: www.capes.gov.br/propostasict.

De acordo com a Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007, os projetos poderão ser apresentados para análises em qualquer época do ano. No entanto, é importante que haja um planejamento adequado entre o cronograma do projeto e o momento de sua apresentação a Capes, para que o mesmo não seja comprometido devido à subestimação do tempo real para a sua aprovação e sua publicação no Diário Oficial da União.

Para que os projetos sejam apresentados da forma devida, é necessário que o mesmo seja enviado acompanhado de uma série de requisitos, segundo previsão da Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007, tais como: descrição detalhada do objeto do projeto, cronograma das atividades previstas, resultados que se pretende alcançar com aquela pesquisa, expectativa de impacto econômico e social do projeto no ambiente produtivo, entre outros.

Os projetos enviados deverão passar por um processo de avaliação de duas etapas em um prazo de até 90 (noventa) dias, e apenas após a aprovação em ambas as etapas e a devida formalização em Portaria Interministerial é que as pessoas jurídicas que escolherem apoiar os projetos poderão deduzir de seu Imposto de Renda os valores previstos na legislação.

Dessa forma, as empresas que escolherem, seja por opção ou por falta de informação, utilizar verbas para patrocinar projetos que não tenham sido previamente aprovados pelo processo de avaliação, não poderão descontar nenhuma parcela do valor utilizado de seu imposto de renda. Assim, torna-se extremamente essencial para qualquer empresa apenas patrocinar projetos que já tenham sido devidamente aprovados e publicados no Diário Oficial da União.

Para os projetos que não receberem parecer favorável do Comitê, caberá aos seus representantes o pedido de reconsideração ao Comitê, que deverá atentar ao prazo de até 15 (quinze) dias, contados a partir da data na publicação no Diário Oficial da União.

Seguindo os parâmetros da Lei Rouanet, a Lei de Incentivo a Pesquisa prevê também a devida prestação de contas da ICT perante a CAPES, referente aos recursos recebidos e a utilização dos mesmos (que deverá ser condizente ao que estava previsto no projeto aprovado). No entanto, uma novidade que a Lei de Incentivo a Pesquisa estabelece é a obrigação da realização de relatórios periódicos, acompanhando assim toda a execução do projeto realizado pela ICT.

O acompanhamento da CAPES perante os projetos se dá devido ao fato dos mesmos estarem utilizando dinheiro público, sendo necessário assim um maior controle e fiscalização das verbas.

A Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007 previu o prazo de 60 (sessenta) dias, contados após o término do projeto para que a ICT realize a prestação de contas perante a CAPES. Assim, torna-se fundamental a correta organização da ICT com os devidos comprovantes de todos os valores gastos durante o decorrer do projeto, utilizando em alguns casos, inclusive, o auxílio de um contador.

Outro aspecto que distingue a Lei de Incentivo a Pesquisa da Lei Rouanet é o fato dos projetos serem selecionados mediante chamada pública, conforme o art. 7º do Decreto nº 6.260/2007, explicitado abaixo:

Os projetos serão selecionados pelo comitê permanente mediante chamada pública, que disporá sobre os requisitos e as condições de participação, os procedimentos de seleção e os critérios para a aprovação de projetos.

Dessa forma, os requisitos, procedimentos e projetos preferenciais poderão ser alterados entre uma chamada pública e outra. Assim, a Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007 que priorizava propostas em áreas como biotecnologia, nanotecnologia, biomassa e energias alternativas, poderão não ter a mesma prioridade em chamadas públicas futuras, dando assim oportunidades a outras áreas distintas.

Um outro diferencial estabelecido pela Lei de Incentivo a Pesquisa em relação as demais leis de incentivo federais é o fato dela ter previsão legal no art. 12 do Decreto nº 6.260/2007 referente a competência dos Ministérios da Ciência e Tecnologia, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Educação, em promover a aproximação das ICTs do ambiente industrial nacional, obrigação essa que não existe para o Ministério da Cultura na Lei Rouanet ou para o Ministério do Esporte na Lei de Incentivo ao Esporte, sendo tal aproximação de responsabilidade exclusiva do próprio patrocinado. Resta saber como tal aproximação irá suceder na prática, e quais as atitudes que serão tomadas pelos respectivos Ministérios para garantir que a mesma ocorra com sucesso.

Quanto a execução do projeto, é importante que o mesmo siga todo o cronograma do projeto original que foi remetido e aprovado pela CAPES, evitando assim futuros problemas.

No entanto, no caso de existir qualquer irregularidade constatada pela CAPES, a mesma notificará a ICT para que tal irregularidade seja devidamente sanada no prazo máximo de 90 (noventa) dias. Caso a ICT falhe em sanar a irregularidade apontada, diversas sanções poderão ser impostas, como a suspensão do projeto, a perda dos recursos não utilizados ou até a inelegibilidade de toda a ICT por dois anos, o que poderia comprometer diversos potenciais projetos, conforme previsão do art. 14, §1º, I a III do Decreto nº 6.260/2007.

Dessa forma, torna-se de extrema importância que seja respeitado todos os mecanismos previstos pela Lei 11.487/2007, evitando assim todas as penas previstas pela legislação, bem como, garantindo que as ICTs sejam beneficiadas por esse mecanismo de investimento por muitos anos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 11.487/2007 veio com o intuito de promover a pesquisa e o desenvolvimento no país, visando principalmente o progresso da ciência ao propiciar a parceria de ICTs com grandes empresas.

Ao contrário da Lei Rouanet (Lei nº 8.313/1991) ou da Lei de Incentivo ao Esporte (Lei nº 11.438/2006), a Lei 11.487/2007 segue parâmetros únicos, podendo ser até considerada como um modelo ideal que deveria ser seguido pelas demais leis de incentivo em nosso país, tendo em vista que na presente lei não acontece simplesmente o fato de uma transferência do dinheiro público pelas empresas para patrocínio de projetos, sem uma complementação direta de verbas privadas, ou seja, parte dos valores utilizados nos projetos saem do orçamento privado sendo apenas complementado por verbas públicas.

O presente artigo busca propiciar uma explicação do novo mecanismo de Incentivo a Pesquisa e Desenvolvimento no país, através de uma avaliação jurídica deste novo sistema que poderá ser utilizado por diversas empresas, sendo por um interesse direto e comercial na criação a ser desenvolvida, seja por um interesse de marketing ao associar sua marca a projetos de pesquisas que possuam algum apelo de imagem, gerando assim diversos benefícios para as empresas que melhor souberem utilizá-las.

Resta-nos, no entanto, a dúvida se com o nível de exigências requeridas essa lei conseguirá alcançar o sucesso e gerar os frutos a que se propõe.

Assim, acreditando que o futuro sucesso da Lei de Incentivo a Pesquisa dependerá, dentre outros fatores, da divulgação dessa legislação perante as ICTs, Empresas e Pesquisadores, que venho realizar uma pequena contribuição através do presente artigo, visando assim uma maior difusão desse novo meio de incentivo fiscal.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2000, 21ª ed.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2007, 23ª ed.

CESNIK, Fábio de Sá. Guia Incentivo Cultura. São Paulo: Manole, 2007, 2ª ed.

CESNIK, Fábio de Sá; MALAGODI, Maria Eugenia. Elaboração, Administração, Aspectos Legais e Busca de Patrocínio. São Paulo: Escrituras/Instituto Pensarte, 2005, 5ª ed.

CHIMENTI, R.; CAPEZ, F.; ROSA, M.; SANTOS, M. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, 3ª ed.

CHRISTENSEN, C.; ROCHA, A. Marketing de Tecnologia: Textos e Casos. São Paulo: Atlas, 1989, 1ª ed.

Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, Disponível em: <http://www.capes.gov.br/>. Acesso em: 16 set. 2008.

COSTA, Ivan Freitas. Marketing Cultural: O Patrocínio de Atividades Culturais como Ferramenta de Construção de Marca. São Paulo: Atlas S.A., 2004, 1ª ed.

CUNHA, Humberto. Análise da Concepção, Estrutura e Funcionamento da “Lei Jaireissati”. Fortaleza - CE, 2002, 1ª ed.

DENARI, Zelmo. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Atlas, 2002, 8ª ed.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, 33ª ed.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/>. Acesso em: 21 set. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2008, 29ª ed.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2001, 8ª ed.

MELO, Francisco Paulo. Projetos de Marketing Esportivo e Social (Elaboração e Comercialização). São Paulo: Phorte Editora Ltda., 1997, 1ª ed.

MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2005, 5ª ed.

REZENDE, José Ricardo. Manual Completo da Lei de Incentivo ao Esporte. São Paulo: All Print, 2007, 1ª ed.

¹ Dados divulgados pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) em palestra realizado em Outubro de 2007.

2 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005. P. 2120

³ A Lei Rouanet possui um valor limite correspondente a 4% do valor de seu imposto de que as empresas poderão utilizar como incentivo a cultura. Para a Lei de Incentivo ao Esporte, esse valor é ainda menor, sendo limitado por apenas 1% do valor do imposto de renda.

⁴ De acordo com a definição apresentada na Chamada Pública MEC/MDIC/MCT – 01/2007, considera-se criação: “invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores.”

DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O CUSTO DA CORRUPÇÃO POLÍTICA E SEU REFLEXO NEGATIVO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS*

EL COSTO DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA Y SU REFLEJO NEGATIVO EN EL LOGRO DE DERECHOS SOCIALES

Ana Cristina Melo de Pontes

RESUMO

Tendo em vista que a corrupção política traz malefícios inestimáveis para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente delineados, optamos por refletir, neste artigo, sobre os seus reflexos negativos na concretização de direitos sociais básicos como os de saúde e educação. Concluímos que não há fórmulas predefinidas sobre qual o caminho a seguir, mas que se faz necessário pensar em quais são as reformas necessárias para as nossas instituições políticas e de controle e quais os mecanismos jurídicos que poderiam propiciar o incremento da punibilidade para os agentes desencadeadores da corrupção política. É também necessário que as discussões sobre os custos advindos da corrupção sejam incrementadas, em especial no meio acadêmico, para que possam surgir propostas consistentes e inovadoras que estimulem a modificação do status quo.

PALAVRAS-CHAVES: CORRUPÇÃO POLÍTICA. CORRUPÇÃO. POLÍTICA. SOCIEDADE. IMPUNIDADE. ESTADO LIBERAL. ESTADO SOCIAL. ESTADO NEOLIBERAL. SAÚDE. EDUCAÇÃO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). UNDOC. IBOPE. FGV.

RESUMEN

Teniendo en cuenta que la corrupción política trae maleficios inestimables para el logro de los derechos sociales constitucionalmente delineados, optamos por reflexionar en este artículo acerca de sus reflejos negativos en el logro de derechos sociales básicos como los relacionados a la salud y la educación. Concluimos que no hay formas predefinidas acerca de qué camino seguir, pero que es necesario pensar en cuáles son las reformas necesarias para nuestras instituciones políticas y de control y cuáles son los mecanismos jurídicos que podrían proporcionar el incremento de la punibilidad para los agentes que desencadenan la corrupción política. También es necesario que las discusiones acerca de los costos generados por la corrupción sean incrementadas, en especial en el entorno académico, para que puedan surgir propuestas consistentes e innovadoras que estimulen a la modificación de status quo.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CLAVE: CORRUPCIÓN POLÍTICA. CORRUPCIÓN. POLÍTICA. SOCIEDAD. IMPUNIDAD. ESTADO LIBERAL. ESTADO SOCIAL. ESTADO NEOLIBERAL. SALUD. EDUCACIÓN. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN (TCU). CONTRALORÍA GENERAL DE LA UNIÓN (CGU). UNDOC. IBOPE. FGV.

1 INTRODUÇÃO

Indignados, muitas vezes pensamos em corrupção política como um mal que assola o País e que deve ser combatido exemplarmente, mas não paramos, de imediato, para avaliar os custos trazidos para a sociedade por esse tipo de corrupção e qual a influência dessa imperfeição social na concretização de direitos sociais fundamentais garantidos constitucionalmente, como os direitos à saúde e educação.

Preocupamo-nos que os mecanismos de punição sejam efetivamente aplicados, indagamo-nos se a legislação é adequada, como agem os órgãos de controle na prevenção e combate à corrupção e se as medidas contra as fraudes por eles adotadas são eficazes, mas, em geral, não questionamos os custos suportados pela sociedade em decorrência da corrupção política.

Realmente há grandes dificuldades práticas de estabelecermos custos financeiramente demonstráveis, mas não há dúvida de que os custos são demasiadamente altos, e atentam contra o desenvolvimento de qualquer nação.

Assim, partindo da constatação de que a corrupção política é um fato social que restringe o acesso à educação e à saúde, por ter um alto custo a ela associado, buscaremos evidenciar as relações existentes entre a baixa concretização de políticas públicas relativas à educação e a saúde e esse tipo de corrupção no Estado Social de Direito, consolidado nas modernas democracias quando da crise do Estado Liberal.

2 O ESTADO LIBERAL

Tendo em conta que a filosofia moderna tem como base teórica o criticismo kantiano, tem-se que a liberdade por ele defendida, como postulada da razão prática e derivada de uma lei moral intrínseca ao homem, pode ser considerada um alicerce filosófico para o ideal de liberalismo estatal[1]. Com a bandeira do constitucionalismo do Século XVII,

surgiu o Estado liberal, notadamente na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa, nos Estados Unidos, após sua independência, e na França, com a Revolução de 1789.

A Revolução Francesa, considerada a grande revolução filosófica, política, social, econômica do século das luzes (século XVIII), trouxe consigo a ascensão da burguesia liberal e as bases do Estado liberal, quais sejam: liberdade (teorizada por Kant, ao reformular o pensamento filosófico até então existente) e separação de poderes (tão bem demonstrada por Montesquieu em seu livro “De L’Esprit des Lois”[2]). Nasceram também com essa revolução o Direito Moderno e o terceiro estado, representado pelas aspirações essenciais da civilização burguesa. Proclamava-se o caráter inato e universal dos direitos fundamentais do homem, com o cuidado de demonstrar o cunho leigo dessa proclamação, pois deveria basear-se na racionalidade e ser obra exclusiva da sociedade e do Estado.

As concepções liberais trazidas pela Revolução Francesa, com os lemas de liberdade, igualdade, fraternidade, pressupunham uma autonomia privada absoluta e, conseqüentemente, um anti-estadualismo. Buscava-se edificar o Estado liberal como fruto da luta do indivíduo contra o Estado absolutista. Politicamente falando, atribui-se a Locke e a Rousseau a idéia de que o aparato público é criação da vontade dos indivíduos, que pactuam livremente para formar o seu próprio governo. Os postulados de liberdade de pensamento e expressão vimos consubstanciados em Voltaire. Montesquieu, por sua vez, elaborou a teoria da tripartição das funções precípua do Estado, como forma de contenção do poder pelo poder. Sua inspiração partiu das instituições inglesas com seus checks and balances[3].

Idealizava-se, enfim, um Estado mínimo com um máximo de bem estar comum proporcionado pela livre iniciativa. Todavia, não se pode perder de vista o fato de que ao formar-se um Estado da burguesia, ou seja, de uma só classe, excluiu-se a grande massa de trabalhadores, protagonistas do modelo econômico capitalista então reinante, o que provocou grave crise do Estado liberal[4].

Na prática, os lemas não se concretizaram para todos, porque a liberdade foi exercida apenas pela classe burguesa[5], haja vista o sufrágio censitário, por exemplo. A fraternidade, por sua vez, também inexistia, ante a situação de penúria do proletariado.

Assim, restou demonstrado que só as intervenções estatais seriam capazes de garantir a liberdade e assegurar as condições jurídicas, políticas, sociais e econômicas para exercê-la. Daí o Estado liberal foi se transformando num estado social, sem que fossem relegados os direitos fundamentais do homem trazidos pela Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

3 O ESTADO SOCIAL

Como forma de repensar os pressupostos de constituição do Estado liberal, surgiu o Estado social que segundo as palavras de J. J. Canotilho[6] “coloca entre seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade”, princípio esse que postula não só o reconhecimento, como também a garantia da implementação dos direitos sociais. Mas, para que isso aconteça, o mesmo autor reconhece que deve existir uma articulação do direito com a economia intervencionista.

O constitucionalista lusitano entende que para que o Estado social desempenhe satisfatoriamente suas tarefas de sociedade, devem ser verificadas quatro condições tidas por ele como básicas, quais sejam[7]:

- Provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária;
- Estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- Orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda;
- Taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado

Acontece que a observância cumulativa dessas condições pode ser verificada nos países ricos, mesmo assim com algumas restrições; mas, nos países ditos periféricos, as constantes crises fiscais, o crescimento incontrolável das despesas com serviços de saúde e educação, os desvios de recursos públicos por conta da corrupção põem em cheque, por exemplo, a própria existência do Estado social.

Daí as severas críticas que são feitas a esse modelo de Estado e às constituições programático-sociais[8], bem conceituadas pelo professor Marcelo Neves em seu livro *Constitucionalização Simbólica*.

Como reação às críticas, os representantes do Estado social de Direito e de sua Constituição Social têm que estar alertas para o fato de que a insuficiente concretização do Estado social está relacionada com a progressiva carência de recursos financeiros, a qual também tem uma relação direta com a corrupção política, vez que quanto maior for esta, maiores as carências financeiras e maiores as dificuldades de concretização do Estado social.

Nessa linha, o professor Canotilho[9] assinala que “Não há Estado Social em <<Estado falhado>> ou com os cofres vazios.” Fazendo um trocadilho, vislumbramos que seria perfeitamente plausível colocar que “Não há Estado Social em <<Estado dominado pela corrupção política>>”, vez que a concretização dos direitos sociais fundamentais básicos como saúde e educação, por exemplo, implica a existência de uma vasta,

complexa e custosa rede de serviços públicos que consiga suprir as demandas que lhe são impostas.

Mesmo diante das críticas, não se pode olvidar que o Estado Social tem a indeclinável tarefa de inclusão social, o que torna inviável e incabível, a nosso ver, propostas que propugnem pela retirada dos direitos sociais dos textos constitucionais.

A realidade é que além de o Estado gastar mal, perde parcela substancial dos seus recursos com a corrupção política, razão pela qual esta precisa ser reduzida ao máximo para que a ampla tarefa de inclusão social possa ter um efeito real positivo, ou seja, possa ser efetiva.

Caso a corrupção pudesse ser estancada, como se estanca o sangue que jorra de um corte profundo, certamente sobrariam mais recursos (não totalmente suficientes, é claro, pois as necessidades orçamentárias são sempre crescentes em todas as áreas governamentais) para dar sustentabilidade ao modelo social delineado pela Carta Magna de 1988.

É interessante frisar que a tarefa de buscar a inclusão social das parcelas da população menos favorecidas encontra dificuldade na progressiva carência de recursos financeiros não só no nosso País, como em grandes potências mundiais, como os Estados Unidos[10]. Mas no Brasil o problema é mais crônico, haja vista que além da grande desigualdade social com a qual convivemos, deparamo-nos com altos índices de corrupção praticada por agentes que deveriam estar a serviço da sociedade e não de interesses pessoais.

Mesmo com o advento do Estado neoliberal, que retomou os principais postulados do liberalismo econômico, defendendo o fim do intervencionismo estatal, a privatização de empresas públicas, a incapacidade do Estado para prestar serviços básicos como de saúde, educação, energia, transporte coletivo, dentre outros, e tentando imputar um total descrédito ao Estado social de Direito, o que se constatou foi que na prática a adoção de políticas neoliberais trouxe flagelos como o desemprego e a indigência social.

Destarte, no Brasil, mesmo com a adoção de políticas neoliberais (com destaque para o Governo Fernando Henrique Cardoso), não houve a superação total dos ditames do Estado social, haja vista que apesar da busca da diminuição da participação estatal na economia e da redução das prestações estatais nas áreas de saúde, educação, por exemplo, com o fito de se atingir o Estado mínimo, este percebeu que não poderia ver-se de uma hora para outra livre de encargos sociais intrínsecos ao Welfare State[11]. Percebeu, sim, que deveria incrementar as políticas públicas assistenciais para reduzir as desigualdades.

Mesmo assim, a concretização do Estado Social fica constantemente sob suspeição nas democracias ditas sociais, nas quais reinam a corrupção, a fome, a miséria, a ignorância, o analfabetismo, a exclusão. Nesse sentido, para a realização dos direitos sociais[12], há que existir uma associação imprescindível da juridicidade, da democracia, da sociabilidade, da probidade administrativa, pois nas palavras de Canotilho[13] democracia não se constrói num meio onde existem tantas mazelas sociais, procedimentos injustos de participação política, e falhas radicais na justiça distributiva dos bens sociais.

Nesse contexto, trataremos adiante de áreas sociais que consideramos de extrema relevância num Estado social, quais sejam: Saúde e Educação. No estudo, buscaremos mostrar que além da escassez de recursos para essas áreas, a corrupção política ainda solapa grande parte dos recursos orçamentários a elas destinados[14].

4 DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Além de ser um direito social básico, conforme preconiza o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é também um direito fundamental, tal qual descrito no art. 6º do mesmo diploma legal. Seus princípios informadores são o do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde[15].

Em assim sendo, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, na concepção de Sérgio Pinto Martins, é um direito público subjetivo, cabendo ao Estado o dever de satisfazê-lo, sem ressalvas à reserva do financeiramente possível[16].

Outrossim, o direito à saúde há de ser informado pelo princípio fundamental de que todos os seres humanos têm direito à vida, o que significa que nos casos de doenças, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.[17]

Apesar de se tratar de uma área prioritária, ao analisarmos o orçamento da União para o exercício de 2007[18], verificamos que o Ministério da Saúde foi o órgão/unidade orçamentária do Poder Executivo que teve o maior contingenciamento de recursos, em termos absolutos, da ordem de R\$ 2.183.740.000,00 ($C = A - B$), uma vez que da dotação final, R\$ 40.590.573.000,00 (A), só pôde ser utilizado para movimentação e empenho o valor de R\$ 38.406.833.000,00 (B).

Numa análise mais pragmática da questão, com respeito às ações prioritárias não executadas ou com execução financeira inferior a 30% no exercício de 2007, encontramos o Programa de Expansão e Consolidação da Saúde da Família, que a despeito de ser uma interessante iniciativa governamental, à medida que busca ampliar o acesso da população aos serviços básicos de saúde, tendo as equipes de saúde da família como eixo estruturante, teve uma execução financeira de 27,4%, já que dos R\$ 19.400.000,00 referentes à dotação final, somente R\$ 5.319.000,00 foram liquidados.

Apesar de um percentual tão baixo de execução financeira, segundo informações extraídas do site do Ministério da Saúde, os indicadores demonstram que os objetivos

vêm sendo atingidos paulatinamente, diante do acesso da população aos benefícios trazidos pela atuação de equipes de agentes comunitários de saúde.

Pela sua importância, o Programa de Saúde da Família passou a ser incluído no Plano Plurianual, a partir do Plano Avança Brasil. As estratégias a ele associadas combinam enfoques preventivos, educativos e de promoção à saúde, de forma que se deixa de lado, pouco a pouco, o modelo de cunho curativo, que privilegia uma medicina de alto custo, exercida de forma verticalizada que atua no processo saúde-doença.

Mesmo com os resultados positivos destacados pelo Ministério da Saúde, há ainda muito a se fazer para aperfeiçoar e intensificar vários aspectos do Programa, com destaque para: 1) redefinição do modelo de financiamento do Programa em grandes centros urbanos – esse tema é tratado pelo Projeto de Implantação e Expansão da Saúde da Família – PROESF, cuja implementação é financiada com o apoio do Banco Mundial; 2) ampliação e agilização das ações de capacitação de recursos humanos; 3) implantação de redes regionalizadas de serviços de saúde, visando garantir resolutividade para as equipes de saúde da família.

Dessa forma, um dos grandes desafios a serem superados é justamente a escassez de recursos financeiros, confirmada pelos altos contingenciamentos sofridos pelo Ministério da Saúde e pelo Programa de Saúde da Família. Desafios esses que são potencializados pela imensa população do nosso País, principalmente de origem carente, o que faz com que as necessidades de saúde preventiva sejam cada vez mais urgentes, e pelas carências financeiras fortemente presentes nas diversas áreas de atuação estatal. Todavia, ante os frequentes escândalos de corrupção política, que subtraem recursos já tão escassos, a concretização plena dos objetivos e metas traçados por programas tão importantes como o da Saúde da Família fica mais distante da realidade concreta.

Enquanto faltam recursos para a plena execução de um programa governamental tão importante quanto o de Saúde da Família, sendo necessário recorrer a financiamentos com apoio do Banco Mundial, sobram recursos para abastecer a ganância de políticos, empresários e servidores públicos envolvidos no esquema denominado “sanguessuga”, cujo objetivo fundamental era o desvio de recursos públicos destinados à área de saúde, por meio de fraude às licitações e superfaturamento de preços entre outros ilícitos. A corrupção política a que nos referimos anteriormente é bem caracterizada no Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das ambulâncias”.

Ab initio, a Procuradoria da República no Mato Grosso apresentou denúncia contra pessoas envolvidas em esquema de desvio de recursos públicos destinados à área de saúde, que tendo sido instruída pelo conjunto probatório colhido em inquéritos policiais requeridos à Polícia Federal, culminou com a Operação Sanguessuga. A denúncia foi acolhida pela 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso, tendo sido corroborada pelas investigações da CPMI.

O esquema foi beneficiado com elevadas somas de recursos públicos provenientes de emendas de parlamentares apresentadas à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (CMO), direcionados à compra de veículos e equipamentos hospitalares. O esquema criminoso beneficiou-se das deficiências legais e administrativas que permitiram as ações lesivas ao patrimônio público, ora dolosas, ora culposas[19].

Segundo o Relatório Final da CPMI das “ambulâncias” a peça exordial da ação penal evidencia quatro núcleos essenciais fundamentais para o sucesso da ação delituosa dos Vedoin e de seus associados, quais sejam:

O primeiro núcleo era o empresarial, que sustentava tecnicamente a organização criminosa pela elaboração de projetos técnicos, por forjar a documentação relativa a procedimentos licitatórios, liquidação de despesas, prestação de contas junto ao Ministério da Saúde e, ainda, operava na “perseguição dos atos administrativos necessários à liberação de recursos junto ao Fundo Nacional de Saúde”.

O segundo núcleo controlava setores do Ministério da Saúde responsáveis pela aprovação dos projetos destinados à aquisição de veículos e equipamentos médicos e hospitalares pelos municípios e pelas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Esse núcleo foi chamado de “base burocrática” pela Procuradoria da República.

O terceiro e o quarto núcleos eram, respectivamente, a base de parlamentares que, no resguardo dos interesses do esquema criminoso, apresentavam emendas ao Orçamento e o grupo de pessoas dedicadas a “dissimular e ocultar a origem “suja” do dinheiro e de indicar a melhor forma aos beneficiários de como proceder a entrega das “comissões”.

A maior parte das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União - TCU e pela Controladoria-Geral da União - CGU se estabeleceu no âmbito das entidades responsáveis por firmar os convênios, quais sejam: o Fundo Nacional de Saúde e o Ministério da Saúde. Para que fossem firmados os convênios com prefeituras municipais e OSCIPs envolvidas com o Grupo Planam, era necessária, além da proposta inicial, a indicação dessas entidades pelo Parlamentar. Uma vez cumpridos os trâmites burocráticos formais e observados os normativos legais o Secretário Executivo autorizava a assinatura do acordo.

Nos Estados, fazia-se o acompanhamento da execução dos convênios, oportunidade em que era cobrando o cumprimento da IN/STN nº 01/1997, vigente à época, e do Plano de Trabalho aprovado. Dessa maneira, grande parte dos convênios tinha suas prestações de contas aprovadas apenas por análise documental burocrática, o que demonstrou um completo descompromisso com os fins mais elevados do uso da coisa pública e com o zelo que se exige ao lidar com ela, além de desvio de conduta de alguns servidores cooptados pela quadrilha.

O capítulo que aborda as fiscalizações feitas pelo TCU sobre convênios firmados por diversos órgãos da administração demonstra claramente, para preocupação de toda a sociedade, que esta não é uma característica exclusiva do Ministério da Saúde.

Relativamente aos convênios por meio dos quais foram adquiridas das empresas do Grupo Planam unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares, foram comuns as mazelas a seguir listadas, segundo o Relatório da CPMI das Ambulâncias:

- análises pro forma de projetos;
 - leniência na análise das condições técnicas do conveniente para executar o objeto acordado, bem como quanto à regularidade fiscal;
 - inexistência de planejamento para o repasse do dinheiro público por meio de convênios e ajustes congêneres;
 - excessiva liberdade para o exercício do poder discricionário na definição dos convenientes;
 - falta de transparência na fixação de prioridades para a escolha dos beneficiários dos ajustes, ensejando a apropriação do público pelo privado, com ingerência, no mínimo, casuística na destinação dos recursos, em afronta aos princípios da isonomia, impessoalidade e interesse público;
 - uso inescrupuloso da máquina pública em favorecimento a grupos de interesses partidários, econômicos, empresariais e ideológicos;
 - objetos demasiadamente genéricos e mal definidos;
 - ausência de critérios objetivos para avaliação do real benefício advindo do convênio executado, no mais das vezes, resultado dos objetos insuficientemente detalhados;
 - claros indícios de violação do princípio licitatório na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços;
- desvios de objeto e de finalidade na execução dos convênios;
- fiscalização praticamente inexistente;
 - avaliação formal das prestações de contas, com aceitação pura e simples de relatórios na quase totalidade dos convênios, sem a checagem da veracidade das informações neles contidas.

No caso dos convênios que envolveram o grupo empresarial ligado aos Vedoin, a CPMI concluiu que não restou caracterizado radical desvio de finalidade – problema comum no restante da administração –, pois o interesse da organização criminosa era realmente vender unidades móveis de saúde e equipamentos médico-hospitalares, porém com preços inequivocamente superfaturados e com a entrega de bens diversos dos licitados (desvio de objeto). Foi o caso dos veículos ditos “maquiados”, pois eram velhos, mas vendidos como novos. Os responsáveis pela aprovação das prestações de contas e pelos controles administrativos do Ministério fizeram vistas grossas a essas ocorrências.

Ademais, os projetos eram bem montados e as licitações adequadamente direcionadas, tudo na intenção de ludibriar eventuais fiscalizações, o que feriu os princípios

fundamentais da Administração Pública, quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência. A máquina pública foi, na verdade, usada para beneficiar interesses particulares escusos não só de empresários, mas também de políticos corruptos, que, na maioria das vezes, beneficiavam-se da falta de planejamento na destinação de recursos orçamentários oriundos de emendas parlamentares, o que culminou em inexplicáveis favorecimentos a determinadas regiões, prefeituras e instituições.

Exemplo interessante foi o do município de Mira Estrela/SP, cuja população, estimada em aproximadamente 2.500 habitantes, foi aquinhoadada com 11 unidades móveis de saúde (UMS) entre 2000 e 2005, segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde. Algo como uma UMS para cada 230 habitantes. Outro bem servido município foi o de Pimenteiras do Oeste/RO, que recebeu 8 UMS para atender 2.600 habitantes. Ou seja, cada grupo de 330 pimenteirenses contaria com uma UMS para suas emergências médicas. Em contraposição, Curitiba/PR, com população próxima de 1,8 milhão de habitantes, recebeu a mesma quantidade de UMS entregue a Pimenteiras do Oeste/RO, só que a proporção aumentou demasiadamente para, aproximadamente, uma UMS para cada 220 mil pessoas.

A CPMI das ambulâncias não questionou a necessidade por parte dos municípios menores e mais afastados dos centros mais desenvolvidos, mas o fato de inexistir qualquer planejamento que fundamentasse, de forma objetiva, a garantia do número X de UMS para o município A e a quantidade Y para o município B.

O que se constatou foi que a falta de planejamento na destinação de recursos do Orçamento da União advindos de emendas parlamentares e de recursos extra-orçamentários não ocorreu só na administração do Ministério da Saúde investigada pela CPMI, mas, também, ao longo de administrações passadas, não sendo uma característica exclusiva desse órgão. Na realidade, viu-se que a ausência de planejamento tinha ares de ação deliberada, em relação à qual sucessivos Ministros da Saúde cerraram os olhos. Enfim, a desorganização e falta de controle por parte da Administração terminam por sustentar os esquemas criminosos criados para lesar os cofres públicos.

Ante esse quadro inquietante, um Controle Social eficiente seria um instrumento de extrema importância para a moralização da máquina pública. Mas o olhar fiscalizador da sociedade ainda é muito incipiente, e vem atuando com certa timidez, a exemplo dos Conselhos criados para fiscalizar a aplicação dos recursos do FNDE repassados para o Programa de Merenda Escolar, por exemplo.

Mesmo diante do quase total descontrole administrativo constatado pela CPMI das ambulâncias, não se pode descartar a importância de algum controle administrativo na garantia da transparência dos gastos dos recursos públicos federais. Infelizmente, além das falhas graves desse controle, a falta de transparência, caracterizada pela ausência de comunicação da liberação de recursos federais do convênio aos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e entidades empresariais do município beneficiado (art. 2º da Lei nº 9.452, de 1997), favoreceu indiscutivelmente o Grupo Planam.

O Relatório Final da CPMI ainda apontou outras irregularidades flagrantes nas prestações de contas, tais como:

- demora excessiva para licitar após recebimento do recurso/ausência de execução;
- ausência ou inadequação de documentação, como plano de trabalho e termo de convênio;
- licitação fraudada/direcionada;
- documentos fiscais contendo irregularidades ou fraudados;
- adjudicação da licitação a empresa que não participou do certame;
- irregularidades relativas à propriedade e documentação do veículo;
- não aplicação ou irregularidade na aplicação dos recursos em conta remunerada;
- contrapartida não paga, paga em valor inferior ou com recursos de origem ilegal;
- pagamentos antecipados/em desacordo com o estipulado no convênio;
- superfaturamento ou preço inexequível;
- desvio dos recursos, inexistência do objeto pago;
- utilização do ajuste para promoção pessoal;
- descumprimento de determinações feitas pelo concedente.

Com relação ao Grupo Planam restou demonstrado que se tratava de um grupo organizado, voltado para fraudar as licitações por meio de participação irregular nos processos licitatórios. O Grupo Vedoin não se limitou à saúde, atuando também no Programa de Inclusão Digital desenvolvido com recursos do Ministério da Ciência e Tecnologia (TCU – Processo TC 025.376/2006-4 – Acórdão nº 1933/2007-Plenário). Diversas empresas foram colocadas na teia criminoso, sendo o esquema criminoso sempre o mesmo: constituíam-se empresas, às vezes com nomes de laranjas, para fazer falsa concorrência com as empresas de Vedoin e Ronildo. Com tantas coincidências de licitações ganhas por empresas do mesmo grupo, as fraudes puderam ser descobertas.

Diante desse quadro estapafúrdio de desvio dos já escassos recursos destinados à saúde pública brasileira, não contabilizados em sua totalidade ante a amplitude do esquema, espera-se, ao menos, que o conhecimento do *modus operandi* permita melhorar a fiscalização do gasto público, com a adoção de medidas profiláticas, visando o futuro, e corretivas, com olhos no presente.

5 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Outro direito social de fundamental importância é o direito à educação, garantido pelo art. 205 da CF/88, cujos objetivos são o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Destarte, os princípios ditos informadores da educação são assim descritos na obra dos Professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco[20]: “universalidade, igualdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos profissionais, gestão democrática da escola, padrão de qualidade.” Diante desses princípios o Estado de Direito deve buscar prover a concretização dos mesmos, num espaço democrático em que os atores da polis interagem.

No entanto, há que se admitir a existência de enormes restrições para a plena realização desses princípios, a despeito da idéia geral do pluralismo como valor fundante para a preservação das sociedades democráticas. As restrições mais relevantes para a concessão de educação de boa qualidade e de caráter plural e universal são, novamente, de cunho financeiro, vez que as tarefas do Estado são muitas, mas os recursos são escassos.

Também se tratando de área prioritária, ao analisarmos o orçamento da União para o exercício de 2007 (SIAFI 2007), verificamos que o Ministério da Educação foi menos prejudicado pelo contingenciamento de recursos, comparativamente com o Ministério da Saúde. Em termos absolutos, sofreu restrição orçamentária da ordem de R\$ 414.511.000,00 ($C = A - B$), uma vez que da dotação final, R\$ 9.694.879.000,00 (A), só pôde ser utilizado para movimentação e empenho o valor de R\$ 9.280368.000,00 (B).

Com respeito às ações prioritárias não executadas ou com execução financeira inferior a 30% no exercício de 2007, não encontramos Programas relacionados com o Ministério da Educação.

Diante do contingenciamento de recursos, deparamo-nos, novamente, com a escassez de meios para suprir as demandas financeiras inicialmente orçadas para o Ministério da Educação. Por outro lado, em pesquisa ao site do TCU, verifica-se que muitos dos programas desenvolvidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, por exemplo, estão sendo questionados quanto à sua regular execução em processos denominados Tomadas de Contas Especiais. Ou seja, se por um lado há escassez, por outro há irregularidades graves, que em geral levam a débitos para os gestores e prejuízos para o erário.

6 MAS HÁ COMO CALCULAR CUSTOS DECORRENTES DA CORRUPÇÃO?

Para a obtenção, mesmo que aproximada, dos custos envolvidos com a corrupção política, de forma que possamos perceber os impactos que eles trazem para a concretização de ações de saúde e educação, buscamos na internet dados para a obtenção de dimensões mais realísticas do problema. Atualmente, temos pesquisas que nos mostram, sob uma perspectiva macro, os custos decorrentes da corrupção em geral, não só da corrupção política.

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC[21] realizou pesquisas que indicam que US\$ 1 trilhão de dólares são gastos, anualmente, em suborno em todo o mundo, o que gera pobreza, atrapalha o desenvolvimento e afugenta investimentos. Observou-se que o quadro de corrupção é ainda mais acentuado em razão do constante desrespeito à legislação, da falta de transparência nos contratos e de um sistema judiciário falho e ineficiente.

Outra pesquisa relacionada com custos de corrupção[22] foi feita pelo Professor Marcos Fernandes, Coordenador de Economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV e autor do livro “A Economia Política da Corrupção no Brasil”. O estudo mostra que o impacto da corrupção nas contas públicas corresponde a 0,5% do PIB, que em 2005 atingiu R\$ 1,93 trilhão, o que fez com que recursos da ordem de R\$ 9,68 bilhões do PIB brasileiro, ou seja, quase a metade do valor orçado para investimentos no exercício de 2006, fossem destinados ao custeio da corrupção. O estudo mostra que se esses quase 10 bilhões de reais estivessem nos cofres públicos seria possível suprir, por exemplo, parte significativa do déficit habitacional, com a construção de aproximadamente 538 mil casas populares.

O IBOPE investigou, sob outro ângulo, não diretamente vinculado a custos, a corrupção política (Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice)[23], observando se os desvios estariam concentrados nas elites ou se teriam efeitos difusos sobre toda a sociedade. As principais conclusões advindas dos resultados da pesquisa foram as seguintes: 69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual; 75% cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção relacionados pela pesquisa, se tivessem oportunidade. Não bastassem essas assustadoras conclusões, a pesquisa mostrou também que muitos desvios de conduta dos governantes, como contratação de parentes e transformação de viagens de serviço em lazer, são considerados normais pelos eleitores.

Diante dessas constatações, vê-se que a regra observada no cotidiano brasileiro é que a sociedade mostra-se apática e conivente com certas práticas políticas que deveriam ser repudiadas, mas não o são. Isso leva à alarmante conclusão de que o pensamento que prepondera é o de que em havendo brechas, pode-se levar vantagem em tudo.

Quem não conhece casos em que ao assumir mandato eletivo, prefeitos e suas famílias ficam ricos do dia para a noite? Isso é muito perceptível nas cidades do interior do País e confirma o discurso popular “Se os outros puderam usar e abusar do dinheiro público, eu também posso”. Há, aliás, eleitores que tacham de burros e ignorantes aqueles que estiveram no poder e não tiraram nenhuma vantagem da posição que ocupavam. Depreende-se daí que, infelizmente, os próprios eleitores apóiam, ora implicitamente, ora explicitamente, os atos de corrupção praticados corriqueiramente pelos agentes

políticos que ajudam a eleger. Nem se apercebem, porém, que os maiores prejudicados com as práticas corriqueiras de corrupção política são eles próprios (eleitores), que ao procurarem a prestação de serviços de saúde e educação, por exemplo, são submetidos a situações desumanas, humilhantes, degradantes da sua condição de cidadãos, atribuída constitucionalmente.

Muitos prefeitos apostam mesmo na pouca probabilidade de serem fiscalizados e solapam os recursos que são repassados, por exemplo, por meio de Convênios firmados com a União, fato que restou bem caracterizado no Relatório da CPMI das Ambulâncias, como visto. Não raro desviam recursos, não executam os objetos dos convênios ou os executam de forma parcial, desviam a finalidade do convênio, enfim, usam mil artifícios para lesar a sociedade em benefício próprio. Confiam-se, enfim, na estruturação deficiente de fiscalização do Estado, no excesso da burocracia, nas brechas legais e praticam atos de corrupção com a quase certeza da impunidade.

Observamos, enfim, que não há uma fórmula para calcular o custo da corrupção política, mas o que não temos dúvida é que os custos a ela associados são altíssimos e causam sérios gravames sociais. Mas, como veremos adiante, há organismos internacionais, como o Banco Mundial, que vêm demonstrando uma preocupação com a corrupção e buscando, por conseguinte, meios para combatê-la.

7 O IMPORTANTE PAPEL DO BANCO MUNDIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Diante desse quadro de enriquecimento ilícito estarrecedor, o Banco Mundial, a partir de 1996, começou a dar ênfase ao controle da corrupção e à transparência no uso do dinheiro público, principais aspectos da boa governança e pré-condições para acesso aos seus empréstimos. Em 1999, James Wolfensohn, à época Presidente do Banco Mundial, chegou a afirmar que: “(...) no que se refere ao Banco Mundial, não existe assunto mais importante que a corrupção (...). No centro do assunto da pobreza está a questão da igualdade, e no centro do assunto da igualdade está a questão da corrupção.[24]” Ou seja, num país onde há alta corrupção política, tem-se um menor grau de igualdade, o que confirma a propalada falácia do Princípio Constitucional da Igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a Lei[25].

A ofensiva contra a corrupção foi maciçamente implementada pelo Banco Mundial a partir de 1998, abrangendo quatro áreas diferentes, quais sejam: o controle da corrupção em projetos do Banco Mundial; o apoio a países interessados em controlar a corrupção; a incorporação do critério da “corrupção” em todos os programas de empréstimo do Banco; o apoio a iniciativas internacionais para controlar a corrupção.

A fim de obter dados que dêem subsídios de análise aos programas anticorrupção da Instituição, o Banco tem se utilizado de pesquisas de opinião voltadas para cidadãos, empresários e servidores públicos, por meio das quais se identificam práticas corruptas tanto em setores públicos quanto privados, oportunidade em que se buscam alternativas que possibilitem reformas institucionais. Essa concepção de trabalho tem feito com que o acesso a financiamentos em instituições internacionais de crédito seja dificultado, quer dizer, o fator corrupção é considerado um risco para os investimentos.

Vê-se, então, que a entrada do Banco Mundial na luta contra a corrupção conferiu mais importância ao tema e fez com que, paulatinamente, os dados fossem mais abundantes, o que vem reduzindo, substancialmente, o problema da escassez de informações, mas ainda não o da corrupção em si mesma. A coleta de dados existe em várias regiões do mundo e são feitos experimentos como cálculo do grau de corrupção, do volume dos desvios, do custo que o fenômeno tem para a Economia, para a sociedade e para a credibilidade das instituições políticas.

Um grande avanço na obtenção de dados foi alcançado a partir de um projeto da Universidade de Göttingen, que condensou e integrou em um único índice, chamado Índice de Percepções da Corrupção – IPCorr, informações de diferentes indicadores, de forma a medir as percepções de corrupção de vários países, de maneira contínua (pela sua periodicidade anual) e comparativa.

A Transparência Internacional, organização não governamental de combate à corrupção, sediada em Berlin, diante da importância estratégica das informações, incorporou o projeto que se tornou um dos seus principais carros-chefes (o indicador reflete uma percepção, não medições objetivas e incontestáveis dos fenômenos que foram observados).

A escala de medição vai de zero (“absolutamente corrupto”) a dez (“absolutamente íntegro”). A grande dificuldade é unir resultados de pesquisas realizadas com metodologias diferentes, pois isso requer uma série de decisões metodológicas. Mesmo assim, um ponto forte a ser destacado é justamente a possibilidade de inclusão, em um só índice, de dados oriundos de grande número de fontes, o que aumenta a confiabilidade das informações obtidas.

Aos pontos fortes são contrapostos pontos fracos. O primeiro deles é que somente países que dispõem de dados em no mínimo três fontes têm seu IPCorr medido. Ao não enviarem estes dados na forma requerida, há países que entram ou saem do índice, o que dificulta a comparação de dados ao longo dos anos. Ademais, para agir com rigor, somente seria possível uma comparação coerente entre os IPCorr de países diferentes quando se utilizassem fontes coincidentes. Assim, como segundo ponto fraco, temos que diante da necessidade de comparação entre índices de diversos países, as limitações insitas ao IPCorr consomem os sucessos do índice, mesmo que parcialmente. Essas comparações podem levar a conclusões importantes, como a identificação de possíveis causas comuns.

Todavia, apesar das críticas e das limitações inerentes ao Índice de Percepções da Corrupção, o seu grande mérito é ter dado o pontapé inicial para incluir o assunto da corrupção na agenda política internacional. A partir desses dados, os países, por meio de seus governantes, passam a demonstrar uma preocupação cada vez mais ascendente em

melhorar os seus índices e mostrar para a população e para a comunidade internacional que estão adotando providências para combater efetivamente a corrupção, de forma a buscar melhoras contínuas no crescimento econômico e no desenvolvimento social de seus países.

Em estudo desenvolvido acerca das relações entre índices de percepção de corrupção e outros indicadores em onze países da América Latina, o atual Presidente da Transparência Brasil (associada à Transparency International), Cláudio Weber Abramo, afirmou que lhe parecia claro que “... *o grau de corrupção de uma sociedade tem relação com a eficácia do governo e da lei – entre outros fatores.*” Nessa linha de raciocínio, concluiu suas observações dizendo que:

... países afetados por eficácia governamental e jurídica muito baixas (como Equador, Venezuela, Bolívia e Colômbia) apresentariam reflexo relativamente pequeno em seus índices de corrupção como resultado de melhorias daqueles indicadores. No caso da Venezuela, por exemplo, mesmo um aumento de 100% de seu indicador legal levaria o país da 71ª à 28ª posição na classificação da corrupção. Já o Brasil atingiria a 27ª posição com uma melhoria de apenas 50% do indicador legal (ou governativo).

Já no que diz respeito à correlação do IPCorr com indicadores sociais da área de educação e saúde, o mesmo autor concluiu que não é tão intensa quanto a correlação do índice com a eficácia do governo e da lei e que “*não obstante o baixo grau de intensidade constatado, o que se vê, na prática, é que a corrupção aprofunda a desigualdade entre ricos e pobres, obstaculiza o desenvolvimento, põe em cheque a moral pública e solapa os já poucos recursos destinados às áreas sociais, das quais são exemplos mais veementes, pela sua amplitude, as de saúde e educação.*” Nessa acepção, há um mais elevado grau de correlação entre o IPCorr e a eficácia do governo e da lei, levando a dependências funcionais entre os indicadores.

Temos consciência que medir corrupção, quer em sentido bem amplo, como o do IPCorr, quer em sentido estrito, como a medição da corrupção política, é tarefa altamente complexa. Mas o que importa é que já há iniciativas nesse sentido e uma tendência natural a que esses estudos sejam aprofundados e apareçam daí novas percepções e metodologias de medição mais precisas e coerentes com a realidade.

Nesse sentido, o papel dos organismos internacionais como o Banco Mundial é essencial para fomentar as pesquisas, os estudos acadêmicos e mobilizar os governos a incrementar suas atuações com respeito ao combate à corrupção, pois esta corrói lentamente a estrutura do Estado e subtrai, por meio de formas cada vez mais criativas, os recursos, já escassos, destinados ao cumprimento de suas obrigações sociais.

O que os governantes têm que ter em mente é que atuando no sentido de coibir a corrupção, estarão dando impulso para o maior desenvolvimento de programas sociais, como o da “Saúde da Família”, visto que um programa de tamanha importância pode ter sua execução bastante prejudicada por depender, pelo menos em parte, do aporte de recursos oriundos de financiamentos com o Banco Mundial, que está cada vez mais

atento aos índices de corrupção do País, e com base nestes dados incrementam ou reduzem as possibilidades de financiamentos.

8 PROMESSAS CONSTITUCIONAIS

As Constituições modernas de jovens Estados inspiraram-se, inicialmente, no ideal progressista das luzes e na confiança na capacidade de a lei administrar um futuro libertador [26]. Havia uma firme vontade de instaurar uma nova ordem, por intermédio de uma ruptura irreversível com a ordem constitucional anterior, causando uma inversão definitiva com as instituições herdadas do passado. Após a desordem insurrecional trazida pela Revolução Francesa, a vocação constitucional imprimiu o nascimento de uma nova ordem jurídica.

Mesmo diante das suas características de imperatividade, ordem, ato jurídico unilateral, não se pode perder de vista que a Constituição é decorrente de um pacto social previamente estabelecido com base na confiança, sem o qual não poderia pretender a sua durabilidade.

Dentro desse pano de fundo, o que se vê, concretamente, é que a Constituição contém normas programáticas, que se mostram como verdadeiras promessas a serem cumpridas no futuro. Daí muitos autores abordarem esse tema, como Marcelo Neves que escreveu sobre “A Constituição Simbólica”, onde enfrenta, justamente, essa dificuldade de concretização das normas constitucionais.

Tais dificuldades de concretização das normas colocadas no texto constitucional, com destaque para as normas atinentes ao acesso universal à educação e à saúde, são reais e concretamente vivenciadas no nosso dia a dia.

A corrupção política, como visto, é um fator real que obstaculiza a concretização das normas constitucionais. Mas, há luzes nesse caminho obscuro, como a atuação dos órgãos de controle, bem assim, a preocupação demonstrada pelo Banco Mundial com os índices de corrupção política e com a adoção de estratégias inibidoras das práticas corruptas.

A nova ordem constitucional das luzes foi instaurada e trouxe consigo, após a ordem liberal, ordens sociais de bastante relevância para a vida dos cidadãos. Cumpre-nos, pois, estudar e buscar caminhos para a concretização dos direitos sociais e não para a sua extinção.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posturas silenciosas e coniventes não se prestam, definitivamente, ao necessário e urgente combate à corrupção política, que tem se mostrado tão pernicioso para a sociedade de uma maneira geral. Vemos que esses tipos de posturas, freqüentes em nosso cotidiano por parte dos eleitores, levam-nos à percepção de que, lamentavelmente, a faxina moral de que precisamos está ainda distante, e por vezes numa realidade utópica.

Então, o que fazer? Cruzar os braços e deixar que os custos advindos da corrupção obstaculizem cada vez mais o nosso desenvolvimento econômico e a concretização de direitos sociais básicos, como o de acesso à saúde e educação? Entendemos que discutir, questionar, problematizar tudo o que diga respeito à corrupção é uma das formas que temos para buscar soluções para tão grave problema, vez que não existem fórmulas prontas e acabadas a serem aplicadas ao caso concreto do Brasil.

Destarte, o primeiro passo seria pensar em quais são as reformas necessárias para as nossas instituições políticas e de controle, e quais os mecanismos jurídicos que poderiam incrementar a punibilidade dos agentes desencadeadores da corrupção política. Para justificar as reformas necessárias, seria muito importante aprofundar os estudos sobre os custos advindos da corrupção política e suas implicações sociais e econômicas.

Quanto ao controle, é importante que se diga que quanto menor for, maiores serão os custos da corrupção, pois os agentes públicos e privados se sentem mais libertos para praticar os mais diversificados atos de corrupção pela quase certeza da impunidade.

A prática da corrupção não se restringe ao Brasil, mas é um problema de âmbito mundial, mais ou menos intenso, a depender do país. Todavia, no Brasil, o problema tem que ser visto, no nosso sentir, sob um prisma peculiar da situação econômica, política e social que vivemos. Uma obra para reflexão é a de Darcy Ribeiro, que nos convida à compreensão e à prática da construção de caminhos brasileiros. Ou seja, não basta copiar, é necessário que compreendamos com maior profundidade o fenômeno e busquemos soluções que se adequem a nossa realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BATISTA, Antenor. *Corrupção: Fator de Progresso?* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Relatório Final nº 06, de 2006-CN, da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, envolvendo a 'Operação Sanguessuga', realizada pela Polícia Federal. Disponível em: <http:>. Acesso em: 25 ago. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006 .

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. In: GOVERNANÇA E ANTICORRUPÇÃO. Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html>. Acesso em: 23 ago. 2008

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no Poder Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006, LOCAL. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acesso em: 26 ago. 2008

LAMBSDORFF, J. G. *Background papers to the corruption perceptions index: framework document*. Transparency International/Göttingen University, Sept. 2000a.

_____. *The precision and regional comparison of perceived levels of corruption: interpreting the results*. Transparency International/Göttingen University, Sept. 2000b.

MAQUIAVEL, Niccolò: *O Príncipe: Escritos Políticos*. São Paulo: Abril, 1983. Trad. Lívio Xavier. (Coleção Os Pensadores)

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito a Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Lisboa: Editora Fundação Caluste Gulbenkian, 1983. v. 2

SIAFI. *Banco de Dados do Governo Federal*. Disponível em: <Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Rede Serpro. <https://acesso.serpro.gov.br/HOD900/index.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. São Paulo: Editora SENAC, 2005. p. 138.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Os Custos da Corrupção*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____. Do anedotismo para as manchetes políticas: a rápida ascensão do tema da corrupção. *Linha Direta*, Diretório Regional do PT/São Paulo, ano 9, n. 463, 29 jul. a 4 ago. 2000, p.5

_____. Fraude e corrupção como desafios para as democracias contemporâneas. In: *A democracia como projeto para o século XXI*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1998. p. 39-58. (Debates 17).

ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

WORD BANK. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank*. Washington: World Bank, Sept. 2000.

[1] A lição de Paulo Bonavides é no sentido de que: “Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre liberdade do indivíduo e o absolutismo monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant... O Estado é a armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre na defesa da liberdade e do Direito, o papel fundamental do Estado (...). Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete e pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., p. 41)

[2] “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu. *O espírito das leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.119, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

[3] “Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem extrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, *é preciso que o poder contenha o poder.*” (José Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 32 – Grifo no original, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.)

[4] Sobre a crise do Estado Liberal, também leciona Bonavides: “Aquela liberdade, conduzia, com efeito, a graves e irreparáveis situações de arbítrio ... Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., p. 41).

[5] Filósofo do liberalismo econômico, Adam Smith asseverava que: “Por cada homem rico haverá, pelo menos, 500 homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos. (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Lisboa: Editora Fundação Caluste Gulbenkian, 1983, tradução portuguesa, vol. II, p. 316, *apud* NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 30.)

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 145.

[7] *Ibidem*, p. 147.

[8] Com relação à questão da constitucionalização simbólica, representada pela insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional, o professor Marcelo Neves coloca que a falta generalizada de concretização das normas constitucionais pode significar a própria impossibilidade de distinção entre abordagens internas e externas. Daí afirmar que o problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo constitucional da ação. Relativamente à constitucionalização simbólica, ela ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. Ao texto Constitucional falta, então, normatividade. Na linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem expectativas normativas congruamente generalizadas. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 92).

[9] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 147.

[10] O próprio DWORKIN, ao tratar da justiça e do alto custo da saúde, demonstra preocupação com os gastos com a saúde pública nos EUA, descrevendo que mesmo na maior potência econômica mundial da atualidade, há escassez de recursos para suprir satisfatoriamente despesas dessa natureza. Coloca, então, a seguinte indagação: como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? Após várias ponderações de ordem teórica e prática. Entende que é vergonhoso que uma nação tão próspera quanto os Estados Unidos não possa garantir ao menos um atendimento médico mínimo razoável a todos sobre os quais exerce domínio. (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes).

[11] Celso Ribeiro Bastos, ao comparar o neoliberalismo com o liberalismo, nos ensina que: “O neoliberalismo, ao mesmo tempo que parece, se diferencia do liberalismo. Eles são semelhantes na medida em que se utilizam da mesma palavra, qual seja, a liberdade. Mas se diferenciam na medida em que o antigo liberalismo empregava essa palavra de maneira abrangente, para referir-se a toda e qualquer manifestação da vida humana, da

liberdade e da propriedade. No neoliberalismo, a palavra liberdade é empregada essencialmente quando se trata de comércio e circulação ampliada de capital. No antigo liberalismo, o Estado não deve se intrometer na vida de seus cidadãos, a não ser dentro de certos limites. Esses limites podem ser definidos como as obrigações que o Estado chama para si, como o oferecimento de previdência social, assistência social, educação, saúde e desporto. Já o neoliberalismo apregoa a não intervenção do Estado na vida de seus cidadãos, nem sob certos limites. Em vez das atenções estarem voltadas para o social, elas estarão voltadas para o mercado e para as atribuições menores.(BASTOS, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002).

[12] Esses direitos sociais estão expressos de forma analítica, não sintética na Constituição dita dirigente, que nas palavras de Canotilho deve ser entendida “como bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A Constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de Constituição Programática. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 224)

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 147.

[14] Ives Gandra Martins entende que o Estado é “um mal administrador de recursos, um mal gerenciador empresarial e um mal administrador de riquezas, além de ser um péssimo prestador de serviços públicos com parte de tributos que tira da sociedade, pois a maior parte deles morre na mão de políticos e burocratas, isto é, na mão dos detentores do poder.” (MARTINS, Ives Gandra. *Uma Visão do Mundo Contemporâneo*. São Paulo: Editora Pioneira, 1996. p. 85-86). Na mesma obra, encontra-se: “O Estado sempre arrecada mais do que necessita para servir a sociedade e impõe encargos sociais mais elevados do que o necessário para atender às demandas sociais da Seguridade Social, que, a rigor, conformam a Previdência, a Assistência Social e a saúde, na feliz percepção do constituinte brasileiro.” (Ibidem, p. 303).

[15] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1302.

[16] MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito a Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.156.). Sobre o condicionamento de efetivação dos direitos à educação e saúde à reserva do financeiramente possível, escreve o Professor Gilmar Ferreira Mendes: “A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade do estado vir a ser obrigado a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de prestações por parte do Estado.” (...) entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” Destaca, em conclusão, ao comentar os limites materiais das decisões nessas duas ações que “embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível...” (MENDES,

Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 46-47, original grifado.)

[17] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Mallheiros, 2003. p.307. Assim, o princípio informador da saúde, segundo a nossa Carta Magna, é o que garante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

[18] SIAFI. Banco de Dados do Governo Federal. Disponível em: <Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Rede Serpro. <https://acesso.serpro.gov.br/HOD900/index.htm> >. Acesso em: 30 ago. 2008.

[19] Segundo a denúncia do Ministério Público “O ‘esquema’ criminoso agiu de forma linear durante vários anos objetivando a percussão e a apropriação de recursos públicos em larga e profusa escala. Para a execução dos delitos, os integrantes da mencionada organização criminosa monitoravam permanentemente a formalização e a aprovação do Orçamento Geral da União, notadamente as emendas apresentadas individualmente por parlamentares.

Em seguida agiam no sentido de controlar a sua execução orçamentária, interferindo na liquidação de despesas e na prestação de contas dos convênios então formalizados entre a União Federal, municípios e organizações sociais de interesse público. Na etapa intermediária, ou seja, que medeia a aprovação da emenda junto à Comissão Mista do Orçamento, a liquidação de despesas e a prestação de contas, os membros da organização criminosa cuidavam da elaboração de projetos sem os quais não era possível a descentralização dos recursos públicos pelo Ministério da Saúde.

Por último, os seus integrantes manipulavam os processos de licitação visando adjudicar o objeto do convênio em favor de alguma das empresas integrantes do aparato criminoso. Desse modo, toda e qualquer emenda parlamentar “trabalhada” pelo grupo tinha um objetivo certo e incontestável: o favorecimento dos seus integrantes quando da aquisição de unidades móveis de saúde e de equipamentos hospitalares.

O passo seguinte consistia no superfaturamento e/ou na inexecução total ou parcial do objeto contratual, de sorte que os recursos públicos tivessem destino outro que não aquele previsto em lei e ajustado pelas partes contratantes (...)

(...)

É de ver-se, ainda, que a ação da organização criminosa não se limitava na prévia elaboração e defraudação de documentos inerentes à formalização de processos de licitação (...).

(...)

Dessa forma, o “esquema” foi estabelecido de forma circular e retro-alimentante. Atuou na origem da verba federal, logo após a votação do orçamento da União, monitorou a liberação dos recursos, interferiu ilicitamente em todas as fases da licitação e na execução do objeto licitado, controlou os gastos com a aquisição de veículos, equipamentos médicos e hospitalares e distribuiu ilicitamente parte desta verba arrecadada (...).

Isto é, nenhuma etapa de tramitação do processo, político ou burocrático fugiu ao controle da organização criminosa, de modo que foi estabelecido um domínio permanente sobre todo o fluxo de recursos federais destinado à execução de parcela substancial da política pública de saúde e de outros programas governamentais,”

(excertos da denúncia formulada pelo Ministério Público Federal)

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1302.

[21] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. In: GOVERNANÇA E ANTICORRUPÇÃO. Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html>. Acesso em: 23 ago. 2008

[22] SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. São Paulo: Editora SENAC, 2005. p. 138.

[23] INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006, LOCAL. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortaIIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acesso em: 26 ago. 2008

[24] Um dos objetivos do engajamento do Banco Mundial é demonstrar o caráter negativo da corrupção sobre o desenvolvimento dos países.(WORLD BANK Helping Countries Combat corruption: the role of the World Bank. Washington: World Bank, Sept. 2000).

[25] Escreve Eros Grau que “o próprio enunciado do princípio – ‘todos são iguais perante a lei’ – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais.” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 8. ed., 2003, p.16).

[26] OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1999. p. 253.

A JUSTIÇA AMBIENTAL COMO PARADIGMA PARA AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO NO BRASIL *

ENVIRONMENTAL JUSTICE AS A PARADIGM FOR URBAN DEVELOPMENT POLICY IN BRAZIL

**Henrique Botelho Frota
Antonio Jeovah de Andrade Meireles**

RESUMO

O presente artigo aborda a relação entre segregação e degradação ambiental no espaço urbano, propondo a justiça ambiental como paradigma de análise da realidade urbana. A crise urbana é tema complexo, já que envolve dimensões das mais diversas ordens: jurídica, urbanística, social, econômica, cultural, ambiental, etc. Em virtude da teia complexa de relações, um corte epistemológico foi feito em torno da dinâmica de ocupação do solo urbano pelas diversas camadas sociais e os impactos ambientais da desigualdade de oportunidades. Para a análise pretendida, apresenta-se a justiça ambiental como construção originada de mobilizações sociais, mas com importantes paralelos no ordenamento jurídico brasileiro, o que permite sua defesa como princípio jurídico. O artigo tem o condão de demonstrar que, embora diretamente responsáveis pela degradação das áreas de valor ambiental nas cidades, os pobres não podem ser os únicos responsáveis pelos impactos causados. A ausência de escolhas e a exclusão a que estão submetidos levam toda a sociedade ao patamar de responsável pela degradação do espaço urbano.

PALAVRAS-CHAVES: SEGREGAÇÃO URBANA; DEGRADAÇÃO AMBIENTAL; JUSTIÇA AMBIENTAL

ABSTRACT

This article discusses the relationship between segregation and environmental degradation in urban areas, offering the environmental justice as a paradigm for analysis of urban reality. The urban crisis is complex issue, as it involves many different sizes of orders: legal, urban, social, economic, cultural, environmental and so on. Because of the complex web of relationships, an epistemological cut was made around the dynamics of occupation of urban land by various social and environmental impacts of inequality of opportunity. For the analysis desired looks at the environmental justice originated as construction of social mobilization, but with important parallels in Brazilian law, which

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

allows their defense as legal principle. The article has the objective to demonstrate that, while directly responsible for the degradation of the areas of environmental value in cities, the poor can not be the only ones responsible for the impacts caused. The lack of choices and exclusion that are submitted to lead the whole society to step responsible for the degradation of the urban space.

KEYWORDS: URBAN SEGREGATION; ENVIRONMENTAL DEGRADATION; ENVIRONMENTAL JUSTICE

INTRODUÇÃO

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), mais de 50% da população mundial vive hoje em cidades. As previsões indicam que em 2050 esse percentual chegará a 65%, sendo que metade da população urbana do mundo viverá em situação de pobreza. A ONU prevê que, em 2015, 1,36 bilhões de pessoas estarão morando em favelas por todo o globo.

No Brasil, o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2000) aponta que mais de 81% (oitenta e um por cento) da população vive em cidades. Tal percentual é alarmante se comparado com os dados de 1940, quando apenas 32% (trinta e dois por cento) da população residia nas cidades brasileiras. O crescimento urbano no país não ocorreu simplesmente em função do crescimento vegetativo. Pelo contrário, em 60 (sessenta) anos, houve uma total inversão da concentração populacional do campo para as cidades em razão do forte fluxo migratório. Fernandes (2006) destaca que esse processo é comum a toda a América Latina, que, com 75% (setenta e cinco por cento) da população vivendo em cidades, é a região mais urbanizada do mundo.

A intensa concentração populacional nas cidades em um curto período aliada à incapacidade das políticas de desenvolvimento urbano em permitir um justo acesso ao solo e à moradia conformam a equação da segregação sócio-espacial e da degradação ambiental que hoje se apresenta em milhares de cidades, mormente naquelas situadas em países da periferia do capitalismo. A atualidade do debate é, portanto, evidente.

O intuito deste artigo não é revelar toda a dinâmica e todas as redes de relações que estão imbricadas no contexto urbano. A intenção é trazer à tona alguns elementos capazes de auxiliar a compreensão de como a segregação está relacionada com a degradação do meio ambiente no espaço urbano a partir de um paradigma recente, qual seja, a justiça ambiental.

1 SEGREGAÇÃO SOCIO-ESPACIAL COMO PRODUTO DO DESENVOLVIMENTO URBANO

Inicialmente, é preciso esclarecer que desigualdade e segregação não se confundem. Enquanto a desigualdade representa o desnível entre os mais ricos e os mais pobres no que tange à renda e ao acesso a serviços básicos (POCHMANN; AMORIN, 2003), a segregação “é um processo segundo o qual diferentes classes ou camadas sociais tendem a se concentrar cada vez mais em diferentes regiões gerais ou conjuntos de bairros da metrópole” (VILLAÇA, 2001, p. 142).

Para Villaça (2001), a segregação é determinada pela concentração significativa de uma classe mais do que em qualquer outra região geral da metrópole. Embora conceitos diversos, não há dúvidas, portanto, de que existe uma estreita ligação entre desigualdade e segregação, na medida em que uma sociedade com baixos índices de desigualdade possui uma estratificação em classes menos acentuada, o que faz com que haja um menor grau de isolamento de uma classe em relação às outras.

Para o autor, a segregação é um processo dialético que possui dois pólos de segregados. No primeiro, estariam as classes que voluntariamente selecionam áreas da cidade para ocupar de forma concentrada. No outro extremo, encontram-se as camadas desprovidas de opção, submetidas aos espaços não desejados pelas elites urbanas.

[...] distinguindo a “segregação voluntária” da “involuntária”. A primeira “se produz, quando o indivíduo, por sua própria iniciativa, busca viver com outras pessoas de sua classe”. A segregação involuntária ocorreria quando o “indivíduo ou uma família” se vêem obrigados, pelas mais variadas forças, a morar num setor, ou deixar de morar num setor ou bairro da cidade. Nesse sentido, a segregação dos excluídos na periferia das metrópoles brasileiras seria uma segregação involuntária. O que cabe registrar nessas considerações é o caráter de luta da segregação. Trata-se, entretanto, de uma luta de classes. Se há luta, há, evidentemente, vitoriosos e derrotados. Os primeiros desenvolvem a segregação voluntária e os segundos, a involuntária (VILLAÇA, 2001, p. 147-148).

Villaça (2001) identifica como padrão mais conhecido de segregação da metrópole brasileira o “centro *versus* periferia”. O centro, dotado de melhores condições de qualidade de vida, com mais infra-estrutura e serviços urbanos, públicos e privados, seria ocupado pelas classes de mais alta renda. A periferia, subequipada e longínqua, estaria identificada com ocupações predominantemente de baixa renda. Aqui, percebe-se claramente como o espaço atua enquanto mecanismo de exclusão. É evidente que esse padrão “centro *versus* periferia” não é absoluto. Existe periferia no centro e centro na periferia. Não é incomum, por exemplo, a existência de aglomerados irregulares de baixa renda em bairros nobres. Isso não significa, porém, que as camadas de baixa renda nessa situação possuem os mesmos benefícios urbanos que a elite residente no bairro. Em geral, mesmo nos bairros mais valorizados, o espaço dos pobres é associado à precariedade da habitação, ausência de segurança da posse, condições insatisfatórias de saneamento ambiental e vulnerabilidade a fenômenos ambientais, tais como alagamentos e enchentes.

A segregação sócio-espacial, em seu pólo involuntário, representa exclusão de uma série de serviços urbanos públicos e privados.

A solução do problema da minoria rica se faz mais facilmente e, não raramente, com os investimentos pesados na reorientação dos sistemas de drenagem, construção de muros de arrimo, etc., em detrimento do investimento no saneamento das áreas ocupadas pela população pobre. Reforça-se, portanto, o grupo dos não-atendidos pelos benefícios dos investimentos urbanos (GUERRA e CUNHA, 2005, p. 28).

Essa relação desigual no atendimento às necessidades básicas das diferentes camadas sociais na cidade pode ser explicada por meio do controle exercido pelas elites sobre o mercado imobiliário e sobre o Estado, que, para elas, abre, por exemplo, o melhor sistema viário das cidades, constrói seus locais mais aprazíveis, mais ajardinados e arborizados e controla a ocupação do solo pela aplicação de uma legislação urbanística menos ineficaz (VILLAÇA, 2001, p. 320).

Atualmente, um novo discurso ideológico tem reforçado a tendência de segregação das classes média e alta. Conforme assevera Barbosa (2006, p.126), “a tríade lei-ordem-segurança conforma uma nova fonte de ideologias que estão na base das intervenções urbanas discricionárias da atualidade”. Surge, portanto, mais um argumento para a construção de mais e maiores muros, o enclausuramento nos chamados “condomínios fechados” e o enrijecimento de políticas de segurança pública associadas à criminalização da pobreza.

Diante dessa realidade, resta à população menos privilegiada a utilização de mecanismos informais e ilegais de acesso ao solo urbano e à moradia, o que, segundo Silva (1992), ocorre pela impossibilidade de ter acesso à habitação em forma de mercadoria em razão do valor praticado pelo setor formal. “Assim, este contingente que constitui parte do Exército Industrial de Reserva (EIR), soluciona a seu modo esse problema, optando, ou melhor dizendo, acatando para si a única via possível de sobreviver abrigado” (SILVA, 1992, p. 104). As conseqüências socioeconômicas, urbanísticas e ambientais desse fenômeno têm sido muitas e graves, pois afetam não apenas os moradores de favelas e áreas de risco, mas atingem toda a cidade.

2 DA SEGRAGAÇÃO SÓCIO-ESPACIAL À DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NAS CIDADES

Em razão da segregação sócio-espacial verificada nas cidades, e com mais veemência nas grandes metrópoles, a população mais pobre fica desprovida não somente dos serviços básicos de infra-estrutura e equipamento urbanos. Sofre também com a ausência de condições dignas de moradia, encontrando, em muitas situações, uma única alternativa: ocupar irregularmente áreas insalubres. Tais áreas são associadas à

vulnerabilidade da população às condições ambientais, posto que, em geral, são localizadas em margens de rios e lagoas, encostas de morros, áreas de mangue ou formações de dunas.

Diante dessa constatação, Guerra e Cunha (2005, p. 27) concluem que “os problemas ambientais (ecológicos e sociais) não atingem igualmente todo o espaço urbano. Atingem muito mais os espaços físicos de ocupação das classes sociais menos favorecidas do que os das classes mais elevadas”.

Para Souza (2000, p. 115):

A mobilidade espacial, que é basicamente função do poder aquisitivo, leva a que, normalmente, os que mais ganham com uma atividade que exerce um impacto ambiental negativo sejam igualmente os que, ao menos de modo direto e a curto e médio prazos, menos sofram com os prejuízos ambientais da atividade em questão.

Não obstante existam argumentos moralistas que insinuam uma certa “malandragem” das populações que ocupam áreas irregularmente, levando-as, por exemplo, a não pagarem impostos, o fato é que a ocupação de áreas que apresentam risco ambiental à população ocorre em um contexto de vida caracterizado por carências materiais. “As estratégias de sobrevivência dos pobres urbanos, que podem ser causas imediatas de impactos ambientais negativos, são, elas próprias, condicionadas por determinantes estruturais decorrentes da ‘lógica’ do modelo social capitalista” (SOUZA, 2000, p. 136). Não considerar a desigualdade de oportunidades e a exclusão urbana conduz apenas a manifestações preconceituosas da realidade a que está submetida a população pobre nas cidades brasileiras.

Nas cidades de um país como o Brasil, onde a estratificação em classes, embora muito mais complexa hoje que há cinquenta anos, nem por isso é menos presente, assim como tampouco a pobreza (inclusive absoluta) e a segregação estão longe de serem coisas do passado, as duas questões, ou seja, a da não-satisfação de necessidades básicas e a dos riscos ambientais, coexistem dramaticamente no cotidiano das populações pobres, sobretudo das favelas.

A superposição dos dois problemas – pobreza e risco ambiental – gera freqüentes conflitos ambientais que, diferentemente dos primeiro-mundistas (lutas contra a energia nuclear, contra o transporte de lixo tóxico, etc.), envolvem diretamente a problemática do quadro de vida de populações pobres e segregadas (SOUZA, 2000, p. 135).

Guerra e Cunha (2005) destacam que a crise urbano-ambiental brasileira é uma crise de planejamento, decorrente da dissociação comum no pensamento ocidental entre natureza e cultura. Essa separação leva a uma incompatibilidade entre o planejamento

urbano e o planejamento ambiental, a ponto de não haver articulação dentro do próprio aparelho do Estado entre as políticas públicas.

A relação sociedade-natureza deve ser analisada por um prisma de desigualdade social. Essa constatação leva Lemos (2005, p. 52) a defender que não se pode assumir uma “postura condenatória e de responsabilização apenas do comportamento dos pobres, ou excluídos, e que coloque apenas sobre seus ombros o ônus da degradação ambiental, haja vista que constatações empíricas mostram que os ricos degradam mais o ambiente do que os pobres [...]”. Sem romantizar ou idealizar a população de baixa renda, é preciso reconhecer que os modelos de consumo são também por ela reproduzidos. Tal reconhecimento não exime os pobres de responsabilidade sobre a degradação do meio ambiente urbano em razão da ocupação inadequada do solo. Ocorre, contudo, que a degradação promovida pelas camadas de renda média e alta, impulsionadas por um modelo capitalista de consumo excessivo, gera também impactos negativos imediatos para a diminuição da qualidade de vida de toda a cidade.

Um outro aspecto relevante quando se trata de ocupação de áreas ambientalmente frágeis nas cidades é o impacto da legislação urbanística e ambiental sobre o mercado imobiliário. A regra do Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/65) é que as margens de rios e qualquer outros corpos de água, sejam eles naturais ou artificiais, as dunas móveis e fixas, os manguezais, os topos de morros, montes, montanhas e serras, as encostas com declividade superior a 45° (quarenta e cinco graus) são todos considerados Área de Preservação Permanente (APP), só passíveis de ocupação em casos de utilidade pública ou interesse social. Portanto, em geral, essas áreas são *non aedificandi*, inacessíveis ao mercado imobiliário formal. Embora haja questionamentos sobre a aplicabilidade das normas do Código Florestal no meio ambiente urbano, o parágrafo único do seu art. 2º é claro ao estabelecer que:

Art. 2º - Parágrafo único - No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Em outras palavras, todos os limites de APP estabelecidos pela Lei Federal podem ser modificados pela legislação municipal apenas para aumentar sua extensão. Portanto, todas as extensões de terra protegidas pelo Código Florestal são parâmetros mínimos de proteção que devem ser respeitados inclusive nas cidades.

Não obstante existam tais impedimentos à construção, o mercado imobiliário explora o potencial paisagístico para valorizar seus empreendimentos em locais próximos à natureza. Não se pode falar, portanto, em um total desinteresse nessas áreas, mas tão-somente na impossibilidade de ocupação.

Ocorre que dois dos principais fatores que condicionam a escolha do local de moradia são a disponibilidade de serviços urbanos e a proximidade em relação ao local de

trabalho. Embora a segregação sócio-espacial confira privilégios às classes média e alta, os pobres da cidade possuem as mesmas necessidades humanas e anseiam por locais de moradia que lhes proporcionem maiores vantagens. Como a disputa pautada pelo critério do poder aquisitivo exclui a população menos privilegiada das áreas de ocupação formal na cidade, restam-lhes os espaços ambientalmente frágeis como grande solução.

Não se pode interpretar essa análise como uma crítica às limitações do direito de construir em áreas de valor ambiental. Certamente, são essas limitações que ainda impedem que as cidades percam a totalidade de seu verde em função da ocupação do mercado imobiliário. Ocorre que é importante destacar que o modelo de apropriação do solo urbano e a demanda por moradia interagem com tais limitações, a ponto de a segregação sócio-espacial, fruto desse modelo, levar a população pobre a degradar o ambiente na busca por melhores condições de vida.

Souza (2000) chama a atenção para o fato de que a separação entre sociedade e natureza, que impede a racionalização da relação entre cidade e meio ambiente, não é o que ocorre na realidade. Essa constatação, infelizmente, se dá pela forma de inundações, enchentes, desmoronamentos e soterramentos, atingindo principalmente a população pobre das cidades.

A presença de condicionantes naturais não desaparece na grande metrópole, contudo; na realidade, os impactos da sociedade sobre o ambiente natural, por conta de fenômenos como os mencionados acabam muitas vezes retornando sobre a sociedade sob a forma de problemas e catástrofes (SOUZA, 2000, p. 114).

Frente ao exposto, é inevitável concluir que as cidades brasileiras estão muito longe de alcançarem patamares de sustentabilidade. Mais grave do que isso é a constatação de que o espaço urbano no Brasil é um espaço de promoção de injustiça ambiental.

3 JUSTIÇA AMBIENTAL COMO PRINCÍPIO ABRIGADO PELO DIREITO BRASILEIRO

O conceito de Justiça Ambiental, hoje apropriado por diversos cientistas sociais, surgiu a partir de lutas pelo reconhecimento e ampliação de direitos civis articuladas com reivindicações acerca da qualidade ambiental de comunidades negras dos Estados Unidos da América. Embora tenha havido, desde o final da década de 1960, tentativas de conjugação entre o movimento negro ou de trabalhadores com as questões ambientais, o marco amplamente apontado como o início do movimento pela Justiça Ambiental é o ano de 1982. No referido ano, a comunidade de Afton, no condado de Warren, estado americano da Carolina do Norte, foi palco de inúmeros protestos que levaram a mais de 500 prisões. O foco das reivindicações foi a descoberta de que aquela

comunidade, constituída em sua maioria por população afro-descendente, fora construída sob um aterro químico contendo bifenil policlorado.

Em 1983, motivado pelos protestos do ano anterior, o *U.S. General Accounting Office* realizou estudo intitulado *Siting of Hazardous Waste Landfills and Their Correlataion with Racial and Economic Status of Surrounding Communities*. Surpreendentemente, os estudos revelaram que, apesar das comunidades negras da Região 4 (que compreende oito estados do sudeste dos EUA) corresponderem a apenas 20% (vinte por cento) da população total da área, grande parte dos aterros comerciais de resíduos perigosos estavam instalados nas suas imediações.

Segundo Acselrad (2004), foi a partir das lutas de base similares àquela enfrentada em Afton que a justiça ambiental passou a ser considerada como uma problemática central nas lutas do movimento por direitos civis nos EUA. Essa efervescência em torno dos protestos contra as iniquidades ambientais fez com que a *United Church of Christ*, por meio de sua Comissão de Justiça Racial, em 1987, lançasse estudo *Toxic Wastes and Race in the United States*. A pesquisa revelou que as localizações de depósitos de resíduos perigosos nos EUA apresentavam um padrão cujo principal fator influenciador era a composição racial das comunidades afetadas. Essa constatação fez com que o reverendo Benjamin Chavez cunhasse a expressão “racismo ambiental” para designar “a imposição desproporcional – intencional ou não – de rejeitos perigosos às comunidades de cor” (PINDERHUGHES apud ACSELRAD, 2004, p. 26).

Em 1991, como resultado da I Cúpula Nacional de Lideranças Ambientistas de Povos de Cor, realizada em Washington, foi lançado o documento “17 princípios da justiça ambiental”. Durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, o documento foi amplamente divulgado de forma que o movimento pela justiça ambiental ganha eco em diversas partes do mundo.

Para Acselad, Herculano e Pádua (2004), a justiça ambiental tem ganhado novas interpretações no Brasil, indo muito além do debate acerca da contaminação química e da questão racial.

As gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam um conjunto de situações caracterizadas pela desigual distribuição de poder sobre a base material da vida social e do desenvolvimento. A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e na exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

Muitos movimentos sociais constituídos no Brasil já traziam no bojo de suas reivindicações pautas relativas à questão ambiental, mas não havia uma organização ou teorização em torno do conceito de justiça ambiental. A partir de 2001, contudo, fruto do encontro de organizações não-governamentais, sindicatos de trabalhadores,

ambientalistas, movimentos indígena e afrodescendente e pesquisadores universitários no I Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado no campus da Universidade Federal Fluminense em Niterói, foi criada a Rede Brasileira da Justiça Ambiental (RBJA). De acordo com essa rede, compreende-se por justiça ambiental:

O conjunto de princípios e práticas que:

a - asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;

b - asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;

c - asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;

d - favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso. (REDE BRASILEIRA DE JUSTIÇA AMBIENTAL, 2001)

Depreende-se que a justiça ambiental está calcada em quatro pilares básicos, que podem ser assim resumidos: 1) distribuição igualitária das consequências ambientais negativas decorrentes das atividades humanas; 2) equidade no acesso aos recursos naturais; 3) democracia participativa e direito à informação; 4) sustentabilidade.

Cabe salientar, por oportuno, que tais valores não estão restritos exclusivamente ao âmbito das mobilizações sociais, encontrando paralelos importantes no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no parágrafo único de seu art. 1º, consagra a fórmula política da democracia participativa, ao estabelecer que o povo poderá exercer o poder por meio de representantes ou diretamente. Por seu turno, o art. 3º estabelece objetivos fundamentais que estão diretamente ligados ao conceito de justiça ambiental, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza (inciso II) e o princípio da não-discriminação (inciso IV).

Por todo o texto constitucional percebe-se uma sucessão de princípios e garantias que dão suporte jurídico a um novo paradigma socioambiental que deve informar as políticas públicas e as ações dos particulares. O princípio da isonomia, consagrado formalmente no *caput* do art. 5º é um exemplo concreto disso. Não obstante, é preciso

destacar que o movimento pela justiça ambiental denuncia a não realização da isonomia no âmbito das relações sociais, não se contentando com sua positivação.

Ainda tratando do art. 5º, dentre tantos direitos e garantias fundamentais, destaca-se a liberdade de associação (XVII), a função social da propriedade (XXIII), o direito de informação (XXXIII), o direito de petição (XXXIV, “a”), a Ação Popular (LXXIII) como bases que contribuem na sustentação das reivindicações por meios adequados para o exercício da cidadania.

Saltando para o capítulo relativo ao meio ambiente, o art. 225 da Carta Magna estabelece que a ele todos têm direito, reconhecendo-o como essencial para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Ao consagrar a solidariedade intergeracional, a Constituição não apenas impõe que sejam respeitados os direitos daqueles que ainda não nasceram, mas também solidifica o princípio da não-discriminação entre a atual geração. Isso porque, seria impossível defender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para uma parcela da população, uma vez que tal direito apresenta-se como difuso e indivisível.

Especificamente no que concerne à proteção ambiental nas cidades é relevante destacar que a Constituição de 1988, influenciada pelas reivindicações do Movimento Nacional de Reforma Urbana, inaugurou novos paradigmas jurídico-urbanísticos no tratamento da propriedade urbana no país. Calcado fundamentalmente no princípio da função social da propriedade, o ordenamento jurídico brasileiro rompeu com a clássica e ultrapassada concepção individualista de propriedade privada, que justificava poderes absolutos aos proprietários. Nos dizeres de Silva (2006),

[...] a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade não mais pode ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza.

Há, portanto, uma consciente opção do legislador constituinte em limitar os poderes inerentes à propriedade, condicionando-os ao benefício da coletividade. No caso, contudo, da propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988, ao contrário do que fez ao disciplinar a propriedade rural, não estabelece parâmetros explícitos que caracterizem o cumprimento de sua função social. Com efeito, compete ao Plano Diretor Municipal estabelecer as condições que determinam a função social em cada município, conforme art. 182, § 2º, da CF/88, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

.....

.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Apesar da liberdade conferida ao legislador municipal para que estabeleça o conteúdo da função social da propriedade urbana no Plano Diretor, é evidente que a interpretação do dispositivo constitucional não se pode dar isoladamente, mas sim de forma sistemática, tomando-se como elementares uma os demais princípios estabelecidos na própria Constituição e na legislação infraconstitucional em vigor. Não se pode afirmar, nesse sentido, que a Carta Magna conferiu poderes absolutos às leis municipais. Com a promulgação, em 2001, da Lei Federal nº 10.257, conhecida como Estatuto da Cidade, o Capítulo da Política Urbana da Constituição Federal foi regulamentado e a função social da propriedade urbana ganhou delineamento mais preciso, conforme artigo 2º da referida Lei:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

.....

.

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

.....

.

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

Sobre a cidade sustentável, Carrera (2005, p. 33-34) compreende que ela “nada mais é do que uma cidade onde se pratica, efetivamente o desenvolvimento sustentável, com o objetivo constitucional e primordial de se garantir o sustento das gerações presentes e futuras”.

Tratando da integração do que chama de agendas verde e marrom, Fernandes (2006) questiona se, de fato, há um conflito entre direito à moradia e meio ambiente. Para o autor, “trata-se de uma falsa questão: os dois são valores e direitos sociais constitucionalmente protegidos, tendo a mesma raiz conceitual, qual seja, o princípio da função socioambiental da propriedade” (FERNANDES, 2006, p. 357). Sobre o assunto, Figueiredo (2008, p. 309) entende que:

O Direito Ambiental busca, com a implementação da função social da propriedade, uma via sustentável de elevação da qualidade de vida para toda a população sem que isto implique em maior necessidade de consumo de energia e recursos naturais não renováveis. Essa via, portanto, só poderá ser percorrida se for factível a implementação de uma ordem econômica responsável, que contemple a defesa do direito de propriedade privada condicionada ao cumprimento de sua função social.

A gestão democrática das cidades, corolário da democracia participativa, tem sido apontada como a possibilidade de efetiva participação da população nas decisões do poder público no que se refere à política urbana. Nesse sentido, a liberdade de informação, o controle social e a possibilidade de manifestação de opinião são fundamentais para sua efetivação. Do ponto de vista da justiça ambiental, a participação popular é um componente fundamental para a constituição de políticas de preservação e recuperação ambiental, bem como para o direcionamento de recursos públicos para evitar que uma parcela da população suporte consequências desproporcionais decorrentes da urbanização.

A justa distribuição dos benefícios e ônus oriundos da urbanização, em geral, é entendida como sendo a possibilidade de recuperação dos investimentos do poder público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos (SUNDFELD, 2006). Entretanto, sem abandonar essa concepção, é necessário interpretar esse princípio com um outro sentido complementar ao primeiro. A justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização impõe não apenas que toda a coletividade seja responsável pelo custeio das obras públicas e que colha de forma igualitária a valorização econômica decorrente dessas obras. Nem todos os benefícios revertem-se em valorização dos imóveis privados, havendo também ganhos para a qualidade de vida em função da preservação ambiental. É importante, assim, que toda a população possa ter acesso a áreas saudáveis para estabelecer seu local de moradia, realizar seu lazer ou desenvolver seu trabalho.

A justiça ambiental, como movimento e princípio, insere-se, diante do exposto também na realidade jurídica brasileira. Em especial no que tange à problemática urbana

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o presente ensaio possa ter aparentado uma visão pessimista da realidade urbana brasileira no que toca à relação entre pobreza e meio ambiente, não é essa a intenção.

É importante perceber, como o faz Barbosa (2006, p. 142), que “a cidade é uma escrita de práticas socioespaciais diferenciadas e antitéticas que, em última análise, exprimem e renovam a radicalidade do conflito entre a apropriação social e a propriedade privada”. Existem conflitos manifestos e outros tantos ainda latentes no espaço urbano. O *apartheid* territorial das comunidades mais pobres não é aceito tão pacificamente como alguns podem vir a supor.

A vida nas cidades é reflexo do modelo capitalista inconscientemente impregnado em cada indivíduo. Mas é também reflexo de lutas e desejos por melhores condições de vida e respeito aos direitos fundamentais.

O esforço despendido foi no sentido de estabelecer um marco teórico a fim de auxiliar a análise da relação entre segregação e degradação do meio ambiente nas cidades brasileiras. Esse marco é o da justiça ambiental. Muitos elementos poderiam ainda ser explorados, como os avanços e as práticas concretas de preservação do ambiente urbano. Contudo, algumas distorções sobre a realidade da população pobre nas cidades demandavam um tratamento mais atencioso a fim de serem elucidadas.

Uma consideração à guisa de conclusão é que a relação sociedade-natureza deve avançar para novos patamares. Um passo muito importante é reconhecer que as cidades não estão simplesmente na natureza, mas são também uma forma de expressão do meio ambiente, fazendo parte da natureza. Essa mudança paradigmática passa também pela integração entre homem e natureza. Enquanto imperar o pensamento que prega a separação, a cidade continuará a ser o espaço de antítese em relação ao meio ambiente. É preciso, portanto, que se chegue à conclusão de que “o homem é a natureza que toma consciência de si própria e esta é uma descoberta verdadeiramente revolucionária numa sociedade que disso se esqueceu ao se colocar o projeto de dominação da natureza” (GONÇALVES, 2005, p. 9).

Chega-se, assim, ao final desse ensaio afirmando com convicção que a desigualdade social gerada pelo modo de vida capitalista é um fator relevante em qualquer análise que diga respeito à relação sociedade-natureza no contexto urbano. O movimento pela justiça ambiental emerge nesse contexto como um aglutinador de diversos movimentos sociais e pesquisadores que certamente deverá contribuir para a formulação de políticas públicas de desenvolvimento urbano mais justas e sustentáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri. **Justiça Ambiental: ação coletiva e estratégias argumentativas.** In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (org.). **Justiça Ambiental e Cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **A Justiça Ambiental e a Dinâmica das Lutas Socioambientais no Brasil: uma introdução.** In: HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (org.). **Justiça Ambiental e Cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

BARBOSA, Jorge Luiz. **O ordenamento territorial urbano na era da acumulação globalizada.** In: SANTOS, Milton et al. **Território, territórios: ensaios sobre o ordenamento territorial.** 2ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

CARRERA, Francisco. **Cidade Sustentável: utopia ou realidade?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FERNANDES, Edésio. **A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil.** In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Edésio. **Preservação Ambiental ou Moradia? Um falso conflito.** In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os (des)caminhos do meio ambiente.** 12 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da. **Impactos ambientais urbanos no Brasil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LEMOS, José de Jesus Sousa. **Mapa da exclusão social no Brasil**: radiografia de um país assimetricamente pobre. Fortaleza: Banco do Nordeste S.A., 2005.

PINDERHUGHES, Rachel. The Impact of Race on Environmental Quality: an empirical and theoretical discussion. In: **Sociological Perspectives**. v. 39, n. 2, 1996.

POCHMANN, Marcio; AMORIN, Ricardo (org.). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

REDE BRASILEIRA DE JUSTIÇA AMBIENTAL. **Manifesto de Lançamento da RBJA**. 2001. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 18.06.2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Borzacchiello da. **Quando os incomodados não se retiram**: uma análise dos movimentos sociais em Fortaleza. Fortaleza: Multigraf Editora, 1992.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **O desafio metropolitano**: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel; FAPESP; Lincoln Institute, 2001.

O DIREITO AO LAZER SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA: UMA PROPOSTA DIALÓGICA DE COMPREENSÃO E IMPLEMENTAÇÃO*

THE RIGH TO LEISURE ON A POST-POSITIVIST PERSPECTIVE: A DIALOGICAL PROPOSAL OF UNDERSTANDING AND IMPLEMENTATION

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

RESUMO

A compreensão e efetivação do Direito ao lazer são tratadas, no Brasil, com base em perspectivas ultrapassadas. Como interpretar esse Direito à luz do paradigma Democrático, sem desconsiderar o giro linguístico-pragmático? Como entendê-lo como mais que um comando otimizável ou um valor a ser realizado na medida do possível? Como pragmatizar essa reconstrução do Direito ao Lazer, a fim de alterar a forma como a Administração Pública no Brasil concebe e desenvolve as políticas públicas a ele referentes? Tentar-se-á demonstrar, aqui, que a resposta para essas perguntas perpassa pela releitura do Direito ao lazer baseada na teoria discursiva de Habermas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AO LAZER; ESTADO DEMOCRÁTICO; TEORIA DO DISCURSO;

ABSTRACT

The understanding and effect of leisure Right are treated in Brazil on outdated perspectives. How to interpret this Right in the light of the Democratic paradigm without considering the linguistic-pragmatic turn? How to understand it as more than an optimizable command or a value to be fulfilled as much as possible? How to pragmatize this reconstruction of Right to leisure, so that the Public Administration in Brazil conceives and develops the public policies regarding it? We will show herein that the answer to these questions is through a rereading of the leisure Right based on the discursive theory of Habermas.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH; DEMOCRATIC STATE; DISCURSIVE THEORY;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Descrito no rol dos direitos fundamentais, especificamente nos artigos 6º, 7º, inciso IV, 217, §3º e 227, *caput*, todos da Constituição da República de 1988, o lazer atingiu, contemporaneamente, uma importância nunca antes imaginada.

Apesar de amplamente explorado pelos estudiosos da medicina, da sociologia e da psicologia, ânsia possivelmente provocada pelo elevado grau de abrangência (social, econômica, cultural etc.) desse direito, poucas são, no âmbito do Direito, as contribuições capazes de solucionar os problemas inerentes à sua eficácia e aplicabilidade. No Brasil, por exemplo, o que existem são explorações rasteiras e pouco refletidas acerca do tema, marcadas seja por um aspecto meramente descritivo, ou, como ocorre na maior parte das vezes, por uma tentativa de enquadramento do lazer em classificações pautadas, ainda, em critérios semânticos das normas. Outra característica marcante é a despreocupação quanto à compreensão, seja no plano filosófico ou pragmático, dos óbices impostos à sua efetividade.

No plano dos discursos de aplicação exercidos pelo Executivo exsurge, ainda, um outro problema: muitas são as políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública com a finalidade de garantir, efetivar e ampliar esse direito[1]; contudo, essas políticas públicas, na maior parte das vezes, são reduzidas a programas de incentivo à prática desportiva e ao turismo, o que, inegavelmente, acarreta uma considerável delimitação do lazer. Esse problema se deve, principalmente, a uma compreensão “clientelista” do direito ao lazer[2], cuja implementação é confundida com a mera concessão estatal. Como se não bastasse, essas políticas estão estritamente vinculados a uma determinada gestão administrativa, o que dificulta a sua implementação continuada, mormente quando da sucessão eleitoral.

Em vista dessa realidade, existe uma necessidade premente de se repensar o Direito ao lazer, não apenas no plano filosófico, mas, também, no plano dos discursos de aplicação. Como interpretar esse direito à luz do paradigma democrático, sem deixar de levar em conta os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático? Como entendê-lo como mais que um mero valor a ser realizado na melhor medida do possível? E finalmente, como levar essa reconstrução do Direito ao Lazer para o plano pragmático, de forma a alterar o modo pelo qual as políticas públicas, referentes a ele, são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil? Essas são as questões que, aqui, tentar-se-á responder.

1 O DIREITO AO LAZER: DA SISTEMATICIDADE E SEMANTICIDADE DA NORMA À PRAGMATICIDADE

Um dos grandes entraves para o firmamento de uma compreensão constitucionalmente adequada acerca do Direito ao Lazer, ao menos no Brasil, é a superação de uma tendência que se espalhou pelo mundo: a tentativa de entender o sentido das normas com base, meramente, em critérios sintáticos (*Teorias Analíticas [3]*) e semânticos (*Teorias Semânticas [4]*). Em síntese, as Teorias Analíticas são aquelas que “*elegem como tema central de sua pesquisa a validade das normas jurídicas, entendida como a relação entre [essas] normas*” (GALLUPO, 2002:109 – grifo no original). Já as Teorias Semânticas são aquelas cuja preocupação está na compreensão do “*sentido das normas jurídicas, entendido como a relação entre a norma e o seu significado.*” (GALLUPO, 2002: 109 – grifo no original). Tanto uma quanto a outra desenvolve-se ao largo de uma dimensão pragmática, a qual é tida, pós-giro lingüístico-pragmático, como condição de validade para o conhecimento. Ao “abrirem mão” dessa dimensão, ambas falham no intento de alcançar seja a compreensão da validade da norma, ou o entendimento do sentido desta. A questão, que é de fato complexa num primeiro momento, uma vez compreendida, “salta aos olhos”.

O giro lingüístico-pragmático acarretou a evolução da ciência hermenêutica, que passou a ver na linguagem[5], e não mais numa metódica cartesiano-iluminista[6], a possibilidade para a compreensão/conhecimento dos “objetos”. A linguagem possibilita que em seu interior se processe o círculo hermenêutico, um espiral[7] na busca pela compreensão, por meio do qual “*o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.*” (PEREIRA 2001: 35) Essa espiralidade da compreensão “*ocorre em função de um encontro entre dois mundos/horizontes diversos: o horizonte daquele que compreende e o horizonte de que adveio o objeto.*” (PEREIRA, 2001: 36)

Mais que “introduzir” a linguagem como condição para conhecimento, o giro lingüístico-pragmático possibilitou, ainda, a compreensão da condição de validade para esse conhecimento, isto é, a intelecção do meio pelo qual seria possível chegar ao entendimento correto. Essa condição de validade, desvelada pelo *pragmatic turn*[8], é a abertura da compreensão ao consenso/assentimento intersubjetivo acerca de uma assertiva, possibilitado por um procedimento discursivo racional. A complementaridade dos giros lingüístico e pragmático, portanto, possibilitou a superação da Filosofia do sujeito/consciência pela Filosofia da linguagem, e isso, como não poderia deixar de ser, acarretou uma guinada também nas formas de compreender, fundamentar e aplicar o Direito. Em vista dessa revolução hermenêutica, surgem as Teorias pragmáticas do Direito, as quais “*elegem como tema central de sua pesquisa a força do direito, entendida como o poder do direito de obrigar a conduta humana e, portanto, a questão do seu fundamento de legitimidade*” (GALLUPO, 2002: 109). No nível pragmático colocam-se as questões “*da obediência e da legitimidade do direito.*” Ele envolve e supera os outros dois (sintático e semântico) “*uma vez que uma mesma locução pode ser pragmaticamente diferenciada conforme a relação que se estabeleça entre os sujeitos da comunicação, sem, contudo, conhecer variação semântica ou sintática.*” (GALLUPO, 2002: 110).

Feitas essas explicações, é improvável que ainda existam dúvidas quanto à importância do giro lingüístico-pragmático para a compreensão do Direito. No entanto, a despeito do esforço acima depreendido, alguns ainda poderiam se perguntar acerca de qual seria, afinal, a relação entre o mencionado giro e o Direito ao lazer. A resposta a essa pergunta

é muito simples: a relação é total. Em primeiro lugar, pós-giro lingüístico-pragmático, intoleráveis se tornam as insistentes tentativas de compreensão do texto da norma que define o Lazer como Direito Fundamental fora de seu contexto de aplicação. Por outro lado, na busca pela solução de um caso concreto, especificamente, das demandas em que a implementação do lazer concorra com a de outros Direitos Fundamentais, intolerável se torna a utilização, pelos juízes e Tribunais, de técnicas de aplicação (do Direito) ainda tributárias de concepções pré-ordenantes da Constituição[9]. Finalmente, insuportável se torna uma prática meramente assistencialista (por parte do Estado) na construção e realização de políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer[10]. Todas essas práticas estão assentadas não num consenso discursivamente alcançado, mas em antecipações acerca do que seja bom, correto e justo para o intérprete da norma; em outras palavras, estão fundadas em preconceitos do intérprete/aplicador. E é exatamente aí que desconsideram por completo o giro lingüístico-pragmático.

Diante disso, é evidente que uma compreensão hermeneuticamente adequada acerca do Direito ao lazer não prescinde da análise das dimensões pragmáticas que com ele se relacionam, as quais só se desvelam após a prática discursiva, seja ela procedida no âmbito do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Não há mais espaço, na atualidade, para compreensões meramente sintático-semânticas das normas constitucionais, tais como, a título de exemplo, as teorias das normas programáticas[11]. Essas teorias, além de desconsiderarem os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático, ainda derivam, conforme demonstrar-se-á no tópico seguinte, de uma compreensão acerca do Direito e da sociedade a se mover “*do paradigma jurídico formal do Estado Liberal ao paradigma jurídico-materializante do Estado de Bem Estar Social*”(CATTONI, 2001: 185), inadequada, portanto, ao paradigma[12] Democrático.

2 O DIREITO AO LAZER: POR UMA COMPREENSÃO ADEQUADA AO PARADIGMA DEMOCRÁTICO

2.1 Os Problemas das normas programáticas e da *Jurisprudência dos Valores*

É incrível como, passados vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, discursos políticos deveras tendenciosos[13] ainda são movimentados na busca pela instauração de Assembléia Revisora ou, o que é mais grave, pela convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte. Materializados em propostas de emenda constitucional de todos os tipos, esses discursos estão, na maior parte das vezes, fundados em um pretense inconformismo com a atual situação de desigualdade social que assola o país, e, mais ainda, numa alegada impotência da Constituição de 1988, caracterizada por eles como dirigente[14], em alcançar os ideais nela traçados quando de sua promulgação. O grande problema é que esses discursos procuram camuflar uma realidade em relação à qual não há como fugir: o problema da falta de efetividade da Constituição não está em seu texto, mas na forma como ele é entendido pelos diversos

segmentos da sociedade brasileira e, sobretudo, na forma como ele é operado pelos diversos aplicadores do Direito. São, portanto, as formas de entender e aplicar a Constituição que precisam mudar caso a pretensão em torno dela seja, de fato, uma maior efetivação e implementação de seu texto. É na busca por essa mudança de perspectiva que, aqui, desenvolver-se-á uma teoria acerca do Direito ao lazer que, pretende-se, o afastará de vez de uma concepção programática e o colocará num patamar de condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva.

A bem da verdade, todas as teorias defensoras da existência de normas programáticas[15] são problemáticas quando analisadas à luz do paradigma democrático. O primeiro problema dessas teorias assenta-se exatamente na intenção de buscar unicamente no texto da norma, isto é, em seu aspecto meramente semântico, a explicação de seu sentido. Ao se fecharem à análise das especificidades do contexto de aplicação, contudo, tanto as teorias que negam, quanto as que reconhecem a juridicidade das normas programáticas, deixam de perceber que o verdadeiro sentido do comando normativo “*somente se completa pela fusão de horizontes que se produz entre o texto e o intérprete*” (SOUZA CRUZ, 2006b: 3). Mais que isso, deixam de perceber que o resultado dessa fusão de horizontes não é imutável, mas varia de acordo com os elementos e questionamentos que circunscrevem o contexto de aplicação da norma, isto é, o caso concreto/específico[16].

O segundo problema das teorias ora criticadas é que, cunhadas durante um período de grande instabilidade, marcado pela transição do pano de fundo liberal[17] pelo paradigma do Estado de Bem Estar Social[18], elas acabam por dar azo ao surgimento, após a Segunda Guerra Mundial, da tão conhecida “Jurisprudência de Valores”[19]. Essa afirmação é confirmada por uma breve reflexão histórica. Com a crise máxima do Estado Liberal, a saber, Primeira Guerra Mundial, os Estados europeus capitalistas se viram diante de um dilema: a necessidade de superar a crise econômica decorrente da guerra, o que, a um primeiro olhar, exigiria uma política de contenção de gastos, e, por outro lado, a imprescindibilidade de promover a redução das desigualdades sociais existentes, de forma a conter a inconformidade das massas empobrecidas, àquela altura, extremamente atraídas pelas promessas socialistas, sem sucumbir ao sistema Soviético (de socialismo real). A fim de alcançarem esse duplo objetivo, partiram para a tentativa de levar à Constituição normas que possibilitassem ao Estado, por um lado, intervir direta e indiretamente na economia, a fim de garantir a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, e, por outro, através de uma proposta de bem estar (*Welfare State*), compensar as desigualdades sociais “*através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais.*” (CATTONI, 2002:59) E, para tanto, recorreram a normas, muitas vezes, “de conteúdo programático”. [20] O problema é que, contaminados pela programaticidade, vários direitos fundamentais (como os sociais, por exemplo), ao serem equiparados a princípios meramente diretivos[21], tiveram sua efetividade bastante prejudicada, porquanto essa compreensão acabou por justificar, muitas vezes, a omissão do Estado em instituir políticas públicas voltadas à sua implementação.[22] Essa realidade, ao menos na Alemanha, contribuiu para a manutenção do insuportável grau de desigualdade social[23] instalado no país, o qual, inequivocamente, tornou as massas, empobrecidas e desiludidas, um alvo fácil de ser manipulado pelos discursos ufanistas e preconceituosos de Adolf Hitler. Por intermédio desses discursos, marcados pelo racismo a tudo que não fosse ariano, Hitler irá contagiar o povo alemão que, cegado por promessas marcadas por um elevado cunho

nacionalista, apoiará o *Führer* na busca pela ampliação do Terceiro Reich, o que acabou por ocasionar a Segunda Guerra Mundial.

Passado o mais terrível episódio da história da humanidade, diante dos horrores que por ele propiciados e, mais ainda, em vista da pobreza e desilusão das massas em relação à Constituição, passa-se a buscar, através da juridicização das normas programáticas, um ambiente favorável e propício para que, enfim, a tão sonhada materialização das liberdades negativas fosse levada a cabo. Ocorre que, na busca por esse intuito, os Tribunais alcançaram uma discricionariedade nunca antes imaginada, o que culminou na interpretação da Constituição, pelo Tribunal Constitucional Alemão, como “*a face jurídica do catálogo de valores sociais essenciais [e] fundamentais, que expressam o consenso basilar de uma determinada comunidade política e que servem de parâmetro para a ação estatal.*”(PEREIRA, 2008:83). Daí o surgimento da doutrina da “Constituição como uma tábua de valores”[24]. O que parecia, no entanto, ser a solução de um antigo enigma acabou, no fim das contas, por assinalar um novo problema. A jurisprudência dos valores, incrementada pelo princípio da proporcionalidade[25], possui um aspecto eminentemente axiológico e caracteriza-se pela confusão entre normas jurídicas e valores. Essa prática de aplicação do Direito já percebe que a norma não se encerra no texto da Lei. Contudo, ela não percebe que, a despeito de as normas poderem refletir valores, isso não significa que “*elas sejam ou devam ser tratadas como valores*”.(CATTONI, 1998: 139)

(...) normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma forma. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003: 317-318)

A simples percepção desse fato já permite a conclusão de que, a despeito do que se firmou a partir do julgamento do caso Lüth, que deu início à jurisprudência dos valores, prática que se espalhou por todo o mundo[26], o modo de operar o direito “*não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdermos com isso qualquer possibilidade de legitimidade do mesmo*” (SOUZA CRUZ, 2007:276).[27] Isso porque, valores visam ao que é bom, ao que é melhor, o que, inegavelmente, em sociedades plurais como as atuais, não pode ser resumido em uma concepção apenas, nem a um binômio certo/errado, lícito/ilícito.[28] E é exatamente aqui que fica evidenciado o maior dos problemas da jurisprudência dos valores:

Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. (...) Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional o tribunal constitucional transforma-se em instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípio de direito. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, nesse caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 2003: 320-322)

Nesse sentido, por operar os direitos constitucionalmente previstos tal se fossem valores, ou seja, sob uma ótica de prevalência e gradualidade baseada em uma análise de custo/benefício, a jurisprudência dos valores termina por decidir as demandas não com base naquilo que, eventualmente, seja devido para a solução do caso concreto, mas naquilo que parece devido e é, em verdade, decorrente de uma preferência dos Julgadores.

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas “abertas”, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma “concretização” metodicamente inofensiva. Tais normas encontram sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. (HABERMAS, 2003: 320-323)

E em favor disso, não oferece qualquer auxílio o método da ponderação de bens, ou mesmo, o próprio princípio da proporcionalidade operado em sua inteireza, tal como idealizado por Alexy. Tanto num caso, quanto no outro, o julgador que se utiliza dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens) acaba por imiscuir-se em uma atividade que, em verdade, só pode ser exercida pela prática de um discurso de justificação/fundamentação[29], e nunca de um discurso de aplicação[30]. Isso porque, a análise da aptidão, da necessidade (isto é, se representa o meio menos gravoso para alcançar o fim) e do custo/benefício de uma norma não é função a ser exercida por um julgador. Ao contrário, há de ser exercida no âmbito de um discurso de justificação/fundamentação, que se torna possível pela atuação de uma soberania popular sem sujeito[31], “especializada” em descobrir temas relevantes para a sociedade, em contribuir com possíveis soluções para os problemas, em interpretar valores, em produzir bons fundamentos e em desqualificar outros, a qual exerce um *input* sobre as comissões parlamentares, que, por sua vez, abertas às opiniões vindas dessas redes geradoras de poder comunicativo, criam leis que, em vista disso, recebem o assentimento daqueles que serão por ela afetados. Nesse sentido, na medida

em que se utilizam dos temas, das possíveis soluções para os problemas, das interpretações valorativas e dos argumentos produzidos comunicativamente por meio de discursos racionais voltados ao entendimento, as comissões parlamentares tornam-se capazes de discutir, votar e aprovar leis que, em virtude dessa interpenetração, são legítimas e democráticas, porquanto recebem o assentimento dos seus destinatários, os quais acabam por ser interpretados como co-autores de suas próprias leis.[32]

Em vista de tudo o que foi dito, é evidente que tanto as teorias que concebem a existência de normas programáticas, quanto as que igualam o modo de operar o Direito ao modo de operar os valores, são problemáticas quando analisadas à luz do paradigma democrático. Nesse sentido, nenhuma delas poderá balizar, sem escapar às críticas acima descritas, seja a compreensão, seja a aplicação do Direito ao Lazer.

2.2 O Direito ao Lazer sob o enfoque pós-positivista

Feitas as considerações acima descritas, surge, então, a dúvida: se não pode ser considerado uma norma de cunho programático, nem um valor/comando otimizável que compete com outros valores/comandos otimizáveis pela primazia na aplicação, como, pois, deve ser entendido o Direito ao Lazer? Em outras palavras: como interpretá-lo à luz do paradigma Democrático, sem deixar de levar em conta os ganhos trazidos pelo giro linguístico-pragmático? Só há uma forma de se chegar à resposta correta para essa pergunta; analisando o Direito ao Lazer sob a perspectiva da teoria do discurso[33]. À luz dessa teoria, os Direitos Fundamentais[34] passam a ser entendidos como condição e consequência[35] de um procedimento discursivo, que possibilita não apenas o consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir em comunidade, mas, ainda, a formação e a emancipação de cidadãos efetivos, ao invés de meros clientes de uma administração pública garante de bens e serviços.

Com base nessa teoria, o Direito ao lazer, num primeiro momento (pré-discursivo), é despido de sua dimensão substantiva para “transformar-se” em condição que possibilita a prática discursiva. Assim, ele é entendido como: *“condiç[ão] para que qualquer comunidade humana possa se fazer compreender e buscar consensos ou acordos sobre quaisquer questões, sejam elas morais, políticas, éticas, científicas, estéticas ou religiosas* (SOUZA CRUZ, 2006a: 78). Nesse sentido, enquanto condição para o discurso, ele *“não se sustent[a] sobre valores substantivos”* (SOUZA CRUZ, 2006b:168). Poder-se-ia questionar aqui, no entanto, se de fato o Direito ao lazer pode ser entendido como condição sem a qual não poderia ocorrer a prática discursiva. Uma análise pouco refletida dessa questão tende a apontar para uma resposta negativa. A questão, contudo, é mais complexa do que parece. Nas palavras de Habermas, numa fase pré-discursiva, hão de ser respeitados *“precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”*(2003:158-159)[36]. Diante disso, há que se perguntar: seria a vida um desses direitos? E a saúde? A resposta afirmativa a essas perguntas parece tranquila. Mas se a resposta a essas perguntas é afirmativa, duas outras perguntas hão de ser respondidas: Há vida sem saúde? Há saúde sem lazer? Cabe aqui, antes de qualquer resposta, uma rápida reflexão: uma pessoa doente, evidentemente,

possui Direito à vida. Nessa situação, o Direito à vida deve ser entendido como o Direito de viver, ou seja, de continuar vivo. Ninguém que esteja doente, a menos que esteja, também, mentalmente doente, deseja continuar assim. Nessa hipótese, portanto, o próprio Direito de viver subentende o Direito à saúde. Por outro lado, ninguém que pretenda viver de forma saudável há de dispensar por completo o Direito ao lazer. A propósito, já existem trabalhos acadêmicos que demonstram ser, o lazer, um meio de promoção da saúde[37]. Nesse sentido, é evidente que também o Direito ao lazer há de ser considerado como condição sem a qual a prática discursiva não ocorrerá. Mesmo porque, é pouco provável que alguém que esteja doente disponibilize-se a participar de uma prática discursiva. Se, portanto, para viver de forma saudável, ninguém deve abrir mão completamente de um mínimo que seja de lazer, evidentemente, a prática discursiva não prescinde do Direito ao lazer. É oportuno repetir, contudo, que nesse momento o Direito ao lazer não se sustenta sobre valores substantivos.

Já em um segundo momento (pós-discursivo), esse Direito assume “sustância”, ou, nas palavras de Cattoni (2002), “conteúdo ou extensão total”. A questão é bastante simples; o Direito ao lazer, visto agora como produto de um procedimento deliberativo inscrito em um mundo da vida[38] que o possibilita, “*assume densidade de conteúdo, [caracterizando-se] por [obter] substância.*”(SOUZA CRUZ, 2006a: 79) Em outras palavras, “*tão logo os discursos legislativos e jurisdicionais tenham se concluído, aí sim, os direitos fundamentais, [entre os quais está o lazer] assumem uma dimensão substantiva*”(SOUZA CRUZ, 2006b: 168). Essa explicação dicotômica, há de se ressaltar, é meramente explicativa, tendo em vista que ambas as conotações (condição e consequência) co-existem, ou seja, são simultâneas. Isso porque, é bom que se diga, direitos são (re)construídos a todo momento, seja em procedimentos discursivos por intermédio de um agir comunicativo, seja em procedimentos judiciais[39], seja diuturnamente, nas relações intersubjetivas. Portanto, a distinção acima descrita não desconsidera os ganhos trazidos pelo giro linguístico-pragmático.[40]

Além disso, à luz do paradigma Democrático, o Direito ao lazer sempre deve ser considerado em seu aspecto deontológico, porquanto, enquanto condição e consequência da prática discursiva, evidencia-se não como mero “*direito do bem-estar*”[41], mas como direito que propicia o exercício de uma cidadania ativa e efetiva. Isso significa, por um lado, que à luz desse paradigma não há mais sentido algum em equiparar a norma definidora do Direito ao lazer a uma norma de conteúdo programático, porquanto, enquanto Direito Fundamental, mais que direcionar e vincular condutas, o Lazer é condição e consequência da prática da cidadania, sendo auto-aplicável, nos exatos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988. Por outro lado, isso significa que, em hipótese alguma o Direito ao Lazer há de ser operado como se operam valores, visto que, enquanto princípio deontológico (que demanda aplicação, e nunca uma priorização) não se confunde com um valor/comando otimizável. Nesse sentido, o exercício de Direito deve ser garantido, ou melhor, assegurado ao cidadão, o que não significa, contudo, que o Estado deva determinar o que seja ou não o direito ao lazer.

À luz do paradigma democrático, é o cidadão ou o conjunto de cidadãos que optarão por exercer uma determinada atividade que ilustre, no caso específico, o lazer. São eles que definirão as atividades que, individual ou coletivamente, representam o lazer num caso específico, e cujo exercício representa o pleno gozo do Direito ao lazer. E, aqui, cabe inserir uma advertência: após o giro linguístico-pragmático tornou-se patente que toda e

qualquer tentativa de predefinição do conteúdo de um direito fora da análise de um caso específico está fadada ao reducionismo e, conseqüentemente, ao insucesso. Isso porque, como se sabe, toda e qualquer atribuição de significado há de ser procedida *in concerto*, sempre intersubjetivamente, seja dentro de um procedimento realizado em contraditório, respeitadas as garantias constitucionais do processo, seja fora do processo, dentro de um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado em que predomine a prática do discurso. A intersubjetividade, aliás, interfere também na tomada “autônoma” de decisões pelos cidadãos, os quais, em uma dada situação concreta, resolvem escolher, por exemplo, o livro à bola, ou a bola ao skate. Essa decisão aparentemente individual, necessariamente, é tomada por um indivíduo inserido em um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, o qual, inegavelmente, influencia na sua tomada de decisões. Com base nessas explicações, torna-se possível compreender o seguinte:

(...) Se partirmos de uma concepção procedimentalista do Direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sob o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode predefinir o “conteúdo” ou a “extensão total” de um dispositivo normativo, que ganha sentido em cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação jurídica. É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do Direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para sua efetivação, até mesmo porque a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana. (CATTONI, 2002: 112)

A bem da verdade, a distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos, à luz do paradigma democrático, só é válida se pautada no processo argumentativo de aplicação das normas que lhes consagram (CATTONI, 2002: 110-111). Isso significa um avanço considerável, visto que abre ao Direito ao lazer um sem número de possibilidades de extensão e conteúdo, as quais são definidas *a posteriori*, de acordo com os argumentos traçados em vista das especificidades de um determinado caso. O que Cattoni está dizendo, e que se aplica perfeitamente ao lazer, é que se predeterminarmos, *in abstracto*, a “extensão total” de um Direito, desconsiderando, assim, a possibilidade de, argumentativamente, atribuímos outros tipos de conteúdo a esse Direito, estaremos, fatalmente, desconsiderando diversas outras possibilidades conteudísticas que ele pode ter. Em outras palavras, se predeterminarmos que o lazer descrito no artigo 6º da Constituição da República de 1988 é o direito social à prática desportiva do futebol, estaremos não apenas reduzindo o conteúdo desse Direito, mas, sobretudo, deslegitimando uma possível “escolha individual”, por exemplo, do livro ou da guitarra em detrimento da bola quando se esteja falando de lazer. Em outras palavras, estaremos impossibilitando que, argumentativamente, e de acordo com as especificidades de um caso, os cidadãos construam o seu próprio conceito do que seja lazer. Daí o porquê de o Direito não poder ser tratado de uma forma gradual pelos tribunais, sob pena de se “proclamar” o que seja “o direito-para-o-juiz”. Daí o porquê de as decisões judiciais não prescindirem da participação ativa das partes para sua formação[42]. Daí o porquê de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à

Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção.

Cumprido destacar, ainda, duas outras realidades que, à luz do paradigma democrático, são desveladas em relação ao exercício do Direito ao lazer. A primeira realidade é que, enquanto Direito Fundamental, o lazer é oponível também a particulares no âmbito das relações privadas. Isso significa que não apenas o Estado tem o dever de garantir e respeitar o exercício do Direito ao lazer, mas também os próprios cidadãos possuem esse dever de reciprocidade uns para com os outros.[43] A segunda realidade é que o Direito ao lazer, assim como todo e qualquer Direito Fundamental, possui uma dupla dimensão (positiva e negativa), no sentido de exigir, para sua implementação, uma abstenção e uma prestação[44]. Essa realidade rompeu com a idéia de que os Direitos sociais[45], por sua natureza, demandariam *“prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”*(BONAVIDES, 2007: 564), enquanto os Direitos individuais e políticos *“corresponde[riam] a um dever de abstenção, de não interferir por parte do Estado, [não reclamando, pois,]de modo geral, qualquer ação positiva por parte [deste]”*(FERREIRA FILHO, 2003: 246). Nesse sentido, não é apenas a implementação de “direitos sociais” que demanda do Estado (ou do cidadão), eventualmente, um agir muitas vezes dispendioso. Toda e qualquer implementação de Direitos está aberta a essa realidade. Portanto, não pode a reserva do possível ser sempre a justificativa utilizada para a não implementação do lazer, porquanto, nas palavras de Amaral (2008), a escassez é inexorável; ela possui caráter real e não apenas aparente[46]. E o lazer, enquanto direito que é condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, há de ser garantido, ainda que num patamar que represente o *mínimo existencial*,[47] fixável dentro de uma lógica de reciprocidade, no âmbito dos discursos de fundamentação.

Dito tudo isso, resta saber, enfim, como levar essa reconstrução do Lazer para o plano pragmático, de modo a alterar a forma pelo qual as políticas públicas referentes a esse Direito são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil. É o que, adiante, tentar-se-á responder.

3 PROPOSTA DIALÓGICA DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

Como conceber que a Administração Pública crie políticas públicas destinadas à implementação do Direito ao lazer sem que, com isso, justifique-se um retrocesso ao paradigma Social? Como fugir da perspectiva meramente assistencialista[48] em torno da qual essa forma de atuação estatal foi primeiramente pensada? A resposta correta para essas perguntas perpassa pela compreensão de como essas políticas públicas devem ser entendidas, criadas e executadas à luz do paradigma Democrático. Nesse sentido, passar-se-á a discorrer seqüencialmente acerca de cada um desses aspectos para, ao final, reconstruir a noção de políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer.

Nas palavras de Dallari Bucci, *“as políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by Law”*(2006: 252). Em suas palavras, uma política só é pública quando contempla interesses igualmente públicos, isto é, da coletividade. As políticas públicas, a seu ver, devem ser a *“expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo”*(DALLARI BUCCI, 2006:269). Essa perspectiva já se afasta da concepção inicialmente cunhada para o termo à luz do paradigma Social. À luz do paradigma Democrático, políticas públicas não são simplesmente planos, nem meramente programas. Elas são, em verdade, formas de agir do Poder Público; os atos e também as omissões *“cuja realização deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e a gerar efeitos jurídicos”*(DALLARI BUCCI, 2006: 255). Elas não podem ser entendidas como *“pautas públicas de vida boa”* impostas aos cidadãos por uma Administração Pública garante de bens e serviços. Sua legitimidade não pode ser extraída simplesmente de um agir intervencionista da Administração Pública, sob pena de resultar em mero assistencialismo, nem tampouco, advir puramente das imposições provenientes dos influxos do mercado[49]. Elas devem sua correção, e possibilidade mesma de, democraticamente, obrigar a conduta humana, ao assentimento intersubjetivo[50] dos cidadãos, obtido através do discurso.[51] Isso significa que, sob a égide do paradigma Democrático, tanto na formulação, quanto na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, atribuindo-lhe legitimidade pelo assentimento. Essa atividade, contudo, não se confunde com a atividade legislativa.

A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias. (HABERMAS, 2003: 239)

No horizonte da racionalidade pragmático, contudo, é perfeitamente plausível que a escolha das tecnologias e estratégias de ação pela Administração Pública advenha de uma atuação dialogicamente concebida.

Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de

processos judiciais ou parlamentares, de processos de formação de compromissos etc. (HABERMAS, 2003: 239-240)

Mas como isso poderia ocorrer num plano pragmático? Como conceber a atuação dialógica da Administração Pública na criação de políticas públicas voltadas à implementação do Direito? E mais, à implementação do Direito ao lazer? Mediante a atuação de uma soberania popular sem sujeito, que influencie e retroalimente, na forma de *inputs*, o Poder Público.

O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas também o programe, de uma maneira ou de outra. A despeito disso, o poder político deve “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivas vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que sumulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais. (HABERMAS, 2002: 282)

Em síntese, a opinião informal e intersubjetivamente concebida em arenas públicas *“desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado pela via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”* (HABERMAS, 2002: 282) Essa idéia, inicialmente pensada para a criação legítima e democrática do Direito, pode perfeitamente ser utilizada pela Administração Pública, no intento de legitimar a criação de políticas públicas pelo assentimento intersubjetivo decorrente de um discurso racionalmente desenvolvido. Essa prática discursiva, aliás, rompe com a lógica meramente assistencialista do Poder Administrativo no manejar de políticas públicas, porquanto a criação destas advém de um procedimento dialógico que leva em conta a opinião dos cidadãos/afetados pelas referidas políticas. No que concerne à criação de políticas públicas, portanto, caberia à Administração criar arenas de comunicação, tal como os conselhos gestores[52], onde pudesse desembocar a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade dessa soberania popular exercida intersubjetivamente. Essa opinião pública, formada no interior desses conselhos, é perfeitamente passível de ser institucionalizada pela Administração na forma de políticas públicas.[53] A formação racional da opinião e da vontade, no entanto, não se forma apenas no interior de conselhos gestores, mas em toda a esfera pública, composta tanto pelos conselhos comunitários, populares e fóruns civis não governamentais, quanto por foros, arenas e palcos que dão consistência à prática discursiva de opiniões, os quais se materializam:

(...)dentro das universidades, na produção acadêmica, associações com interesses claramente definidos, tais como sindicatos e partidos políticos, Igrejas, instituições pias e assistenciais, “*public interest groups*” formadoras do chamado terceiro setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho da imprensa livre nas diversas formas de expressão literária, artística ou estética, difundidas pelos diversos mecanismos de comunicação de massa, até mesmo na comunicação difusa propiciada pela internet(SOUZA CRUZ, 2006b: 117-118)

A opinião formada no interior dessa extensa rede de comunicação (que constitui a esfera pública) ainda não caracteriza, no entanto, a política pública. Não obstante, ela influencia na tomada de decisões por parte da Administração Pública, na medida em que traz à tona as matérias relevantes para a sociedade e as possíveis soluções para os problemas. Nesse sentido, a implementação das políticas públicas deve, necessariamente, levar em conta o produto da atuação da soberania popular.[54] E na medida em que atuam em parceria com o Poder Executivo na criação de políticas públicas, os cidadãos passam a ser entendidos não mais como clientes de um aparato estatal garante de bens e serviços, mas como co-gestores públicos, que legitimam e concretizam um agir dialógico da Administração Pública. É exatamente em virtude desse agir dialógico da Administração Pública, que considera a formação intersubjetiva da opinião e da vontade em redes entrelaçadas de comunicação quando da escolha de suas estratégias de ação, que passa a ser possível conceber a criação de políticas públicas destinadas à implementação do Direito ao lazer sem que, com isso, justifique-se um retrocesso ao paradigma Social. Torna-se igualmente possível, conforme já foi dito, fugir da perspectiva meramente assistencialista em torno da qual essa forma de atuação estatal foi primeiramente pensada, porquanto, ao se abrir à participação dos cidadãos na co-gestão de políticas públicas, o Estado deixa de impor-lhes “pautas públicas de vida boa” para, através da abertura às especificidades que circundam um sem número de mundos da vida, construir essas políticas discursivamente[55].

Resta, pois, apenas compreender como a reconstrução do Direito ao Lazer (depreendida no tópico anterior) influencia e altera a forma pela qual as políticas públicas, referentes a esse Direito, são concebidas e desenvolvidas pela Administração Pública no Brasil. Essa questão, em parte, já está respondida. A bem da verdade, ao se abrir à participação popular na construção de políticas públicas destinadas à implementação do lazer, a Administração Pública deixa de pré-estabelecer/determinar as atividades que representam, para os cidadãos, o exercício desse direito. Em verdade, é a opinião discursivamente captada que define as atividades cujo exercício representa, para os cidadãos, a fruição desse Direito. De igual modo, é ela que acaba por definir as políticas públicas que podem vir a ser implementadas para a criação de condições para o exercício ativo desse Direito pelos cidadãos. Ora, na medida em que possibilita a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade, o lazer, como condição para que ocorra a prática discursiva, garante a possibilidade da manifestação intersubjetiva da soberania popular. É essa manifestação que, institucionalizada pelo Poder Público, materializa uma atuação dialógica na criação de políticas públicas que atendem aos anseios da comunidade. Por outro lado, enquanto consequência de um procedimento deliberativo inscrito em um mundo da vida que o possibilita, o Direito ao lazer assume uma densidade de conteúdo e uma substância que, por sua vez, permite a visualização mais clara dos óbices pragmáticos ao seu exercício. E na medida em que permite essa

visualização, dá azo ao surgimento opiniões e sugestões mais consistentes acerca de políticas públicas[56] que se destinem à redução desses óbices.[57]

Assim, o Direito Fundamental ao lazer deixa de ser tido como mera promessa/benesse de um Estado assistencialista, para se tornar, como já foi afirmado, elemento deontológico, condicionante e conseqüente do exercício de uma cidadania ativa e efetiva. Daí o porque de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação desse Direito sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção. Mesmo porque *“uma política que não leve a sério a participação do interessado não inclui ninguém”* (SOUZA CRUZ, 2007: 329). Essa forma dialógica de criação das políticas públicas reflete uma concepção de co-originalidade[58] entre a autonomia pública e a autonomia privada.

É evidente que o agir dialógico da Administração Pública, na construção de políticas públicas voltadas à implementação de condições para o exercício efetivo do Direito ao lazer, se faz mais apropriado no âmbito municipal. Isso porque, quão maior for a área de atuação da soberania popular, isto é, quão mais ampliada for a esfera pública, maior serão as variações acerca de quais as atividades representam efetivamente o exercício do Direito ao lazer. Por conseguinte, maior será a gama de políticas públicas eventualmente apropriadas para a implementação de seu exercício. E quanto maiores forem essas variações, mais demorado pode se tornar o assentimento intersubjetivo em torno dessas políticas. O problema é que essa demora dificulta a governabilidade e pode acarretar na ineficiência da Administração Pública, contrariando, assim, a norma descrita no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, essa forma de atuação da Poder Público, ao menos no que tange ao lazer, adapta-se mais facilmente à administração pública municipal.

Encerrar-se-á o presente artigo com a resposta a uma pergunta que, eventualmente, pode ecoar na mente de possíveis interlocutores. Como se preocupar com o lazer em um país onde pessoas morrem de fome diariamente, onde milhares de cidadãos não possuem acesso nem sequer a um mínimo exigível de saúde? Muito simples: passando a levar a Constituição a sério e considerando que, nesse mesmo país, a despeito de o lazer ser um Direito Fundamental expressamente assegurado, crianças menos abastadas não possuem lugar onde brincar, jovens, especialmente nos grandes centros urbanos, em decorrência da falta de áreas para a prática do lazer, utilizam o tempo ocioso para se envolver com as drogas, idosos não possuem alternativas de entretenimento e pessoas de todos os gêneros são, cada vez mais, privadas de usufruir de um tempo de entretenimento e descanso, em vista das exigências cada vez maiores de um mercado extremamente injusto e excludente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi delineado, está devidamente comprovado que, à luz do paradigma democrático, levando-se em conta os ganhos trazidos pelo giro lingüístico-pragmático, não é mais possível conceber a espécie normativa definidora do Direito ao lazer como uma norma de conteúdo meramente programático. Resta igualmente evidente, que o modo de operar esse Direito não pode ser igualado ao modo de operar os valores, porquanto Direitos não se confundem com valores.

Por outro lado, faz ver claramente que a compreensão do Direito ao lazer, à luz do paradigma Democrático, perpassa por uma releitura desse importante Direito Fundamental. Primeiramente, o Direito ao lazer há de ser entendido como condição e consequência de um discurso democrático. Em segundo lugar, como princípio deontológico. Em terceiro lugar, como Direito que possui uma dupla dimensão, positiva e negativa, a variar de acordo com as especificidades do caso concreto. Em quarto, como Direito cuja eficácia é passível de aplicação direta e imediata, seja horizontal ou verticalmente. E, em quinto lugar, como Direito cujo conteúdo/extensão total só é definível *a posteriori*, de acordo com os argumentos traçados em vista das peculiaridades de um determinado caso.

Finalmente, está comprovado que, sob a égide da Constituição da República de 1988, não há mais como aceitar uma atuação da Administração Pública tal como se o paradigma em vigor ainda fosse o de Bem Estar Social. Nesse sentido, seja na formulação, seja na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, dando, pois, às políticas públicas a serem implementadas, legitimidade pelo assentimento. Daí o porquê de, sob uma perspectiva democrática, ser impossível à Administração Pública criar legitimamente políticas públicas voltadas à implementação do Direito ao lazer sem considerar a participação dos cidadãos na sua construção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **O que é política.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição, 1988: **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso de 21 agosto/07 a 11 setembro/08.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Prefácio” In Idem. **Constituição Dirigente e a vinculação do legislador**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CATTONI, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRERIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Cultura dos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

GOHN, M. G. M. **O Papel dos Conselhos Gestores na Gestão Urbana In: Repensando a Experiência Urbana na América Latina: questões, conceitos e valores** ed. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>. Acesso em 16 de Setembro/2008.

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento. Tradução: Marcio Suzuki. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 26, p. 100 – 113, mar. 1990.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morally and law**. Tradução: John Farrell: State University of New York, 1993.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: Norton & Company. 1999. *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundamentos e Garantidores da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais.** 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Poder Constituinte e Patriotismo Nacional.** In GALLUPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro.** 1ª ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**. ano I, v. I, n.2, p.1-10, mai. 2001.

SITES VISITADOS

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Disponível no site http://www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25. Acesso em: 11 fevereiro/07.

PREFEITURA Do RIO DE JANEIRO. Disponível no Site <Http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico>). Acesso em: 11 fevereiro/07.

JORNAL QUINZENÁRIO DE BELO HORIZONTE. Disponível no site - http://www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News&new_topic=7). Acesso em: 11 fevereiro/07.

[1] Essa, aliás, é uma característica comum aos programas de governos dos diversos candidatos ao Executivo, seja no âmbito municipal, estadual ou federal.

[2] Tido, em verdade, como uma benesse passível de ser enjeitada.

[3] Classificação utilizada por (GALLUPO, 2002: 109)

[4] Essa teoria é classificada por Gallupo (2002: 109) como Hermenêutica. Contudo, para que não se confunda a interpretação dessa teoria com aquela desenvolvida pela Filosofia Hermenêutica, prefere-se adotar, aqui, a denominação “Semântica”.

[5] Nas palavras de Pereira, “o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. (...) além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos

que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação -, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos.” (2001: 50-51)

[6] Acerca das Escolas da Exegese e Histórica do Direito, berços dos clássicos métodos interpretativos (cartesiano-iluministas) vide (CAMARGO: 2003: 65-80).

[7] A compreensão se dá em forma de espiral, e não em círculos como pode inferir a idéia de *círculo hermenêutico*. Acerca do tema, vide (PEREIRA, 2001: 35-36)

[8] Não se descreverá aqui toda a discussão que acarretou o *pragmatic turn*. Essas discussões, entre Hans Georg Gadamer, de um lado, e Karl Otto Apel e Jürgen Habermas, de outro, podem ser aferidas em (PEREIRA, 2001: 54-80 e SOUZA CRUZ, 2007: 75-110). Nesse último, aliás, descrevem-se as divergências de compreensão entre Apel e Habermas, que apesar de aliarem-se no intuito de criticar a Hermenêutica Filosófica, possuem certas divergências de entendimento. Acerca do tema, vide (SOUZA CRUZ, 2007: 110 e ss.).

[9] Tal como, a título de exemplo, a ponderação de valores.

[10] Sob a égide da Constituição da República de 1988 não há mais como aceitar uma atuação da Administração Pública tal como se o paradigma em vigor ainda fosse o de Bem Estar Social. Nesse sentido, seja na formulação, seja na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, dando, pois, às políticas públicas a serem implementadas, legitimidade pelo assentimento. Acerca desse assunto, discorrer-se-á mais detidamente no tópico 3.

[11] Dentro das quais estaria inserido o Direito ao Lazer (SILVA, 1999: 141).

[12] Trabalha-se aqui com a idéia de paradigma jurídico, no sentido de um conjunto de visões (contextualizadas) de uma dada sociedade, “*imagens implícitas que se tem da própria sociedade, um conhecimento de fundo, um background, que confere às práticas de fazer (e de aplicar o direito) uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica*” (CATTONI, 2002: 54)

[13] Sob o pretexto da busca pela emancipação dos cidadãos, mérito que não teria sido alcançado com a promulgação da Constituição da República de 1988, esses discursos procuram, em verdade, não a alteração da atual situação social brasileira, mas a sua manutenção. Emergem, na maior parte das vezes, de segmentos privilegiadas da sociedade, os quais, possivelmente amedrontados com um provável amadurecimento de uma República Democrática no Brasil, país tão acostumado com os autoritarismos de todos os tipos, buscam a todo preço manter o controle sobre a situação, depreendendo esforços estrategicamente concatenados com a finalidade de disseminar um descrédito em relação à “Constituição-cidadã”. Acerca do assunto, vide (SOUZA CRUZ; BREGUNCI, 2008: 35-55).

[14] A Constituição dirigente, nas palavras de Canotilho, é aquela que carrega, em seu texto, normas de conteúdo programático. A despeito das diversas críticas formuladas ao dirigismo constitucional, o autor, após posicionar-se acerca de cada uma delas, conclui com a seguinte assertiva: *“Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas –linha de caminho de ferro – neutralizadora dos caminhos plurais da implementação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”* (2001: XXX)

[15] Segundo José Afonso da Silva, as normas programáticas *“envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.”*(1999: 125) Para ele, a CR/88, no seu compromisso com as conquistas liberais e na tentativa de promover um plano de evolução política de conteúdo social, acabou por definir normas cujo enunciado assumiu, *“muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente.”*(1999:137) Essas normas, ditas programáticas, traduzir-se-iam em *“esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.”*(1999:137) Contudo, a compreensão que prevaleceu foi a de que as normas programáticas possuíam um caráter jurídico; *“elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Nas edições anteriores desta monografia firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo. Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do país. Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas.”* (SILVA, 1999:139-140) Também Canotilho defende a juridicidade das normas de conteúdo programático. Em suas palavras, *“o sentido dessas normas não é (...) o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer juridicidade’.*

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição” (1999: 1102)

[16] Em relação às primeiras isso se verifica pela simples análise de que, ao negarem juridicidade às normas de conteúdo programático, o fazem, única e exclusivamente, em virtude dos aspectos semânticos de seu texto. Em relação às segundas isso é aferido pela constatação de que, tanto o reconhecimento de que elas vinculam o legislador de forma permanente, significando, para estes, uma imposição constitucional, como a alegação de que elas vinculam positivamente os órgãos concretizadores, de forma que estes devem tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, quanto a sustentação de que representam uma vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, estão fundados numa análise puramente semântica das aludidas normas.

[17] Onde vigia a crença num positivismo legalista.

[18] Que buscava, por meio da materialização das igualdades formais anteriormente garantidas, superar *background* liberal.

[19] É a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonh (1949), e, portanto, pós-Holocausto, que a confusão entre direitos e valores se inicia. É a fase da tão conhecida “Jurisprudência dos Valores”. Vide (PEREIRA, 2008:83-85; CAMARGO, 2003: 117/127 e HABERMAS, 2003: 314-315).

[20] Acerca do tema, vide (BONAVIDES, 2007: 232-239).

[21] Em verdade, o direito passou a ser interpretado como conjunto de regras e princípios otimizáveis, programas fins a serem realizados na melhor medida do possível. Já o cidadão-proprietário do Estado liberal, por sua vez, passou a ser visto como o cliente de uma Administração Pública garantidora de bens e serviços. (CATTONI, 2002: 59)

[22] Nesse sentido, vide (CATTONI, 2001:187).

[23] Maltratada pelas conseqüências desastrosas decorrentes da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha buscou, por intermédio da Constituição de Weimar (1919), criar condições para a materialização da igualdade meramente formal do Estado Liberal. Esse intento, no entanto, será prejudicado pelo alto grau de programaticidade da Constituição de Weimar.

[24] Segundo Pereira (2008: 83), a doutrina da “tábua de valores” e da “ordem de valores” origina-se concretamente em 15 de janeiro de 1958, no julgamento do caso Lüth.

[25] O “princípio” da proporcionalidade, idealizado por Alexy, visou contribuir para a racionalização da Jurisprudência dos Valores. Ele se subdivide, de acordo com a doutrina majoritária, em três subprincípios; o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Nas palavras de Souza Cruz, “*por adequação, deve-se entender como uma análise de aptidão do meio previsto legislativamente para se alcançar um fim colimado na própria lei. Em outras palavras, os instrumentos previstos devem no caso concreto mostrar-se aptos a alcançar um determinado objetivo. Por necessidade, verifica-se se estes instrumentos excedem ou não os limites indispensáveis para se chegar à concretização dos objetivos da lei. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual o Judiciário examina o custo/benefício dos meios empregados em face aos fins colimados, de forma a comparar o grau/intensidade da restrição a um direito fundamental e, de outro lado, o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental que dá lastro à implementação de uma medida restritiva para o primeiro.*” (2007: 208-209). Acerca do tema, ver também (SOUZA CRUZ, 2004: 238-244).

[26] Vide (PEREIRA, 2008: 83-84)

[27] Adere-se, aqui, à crítica de Canotilho: “*a ordem de valores abre caminho para a interpretação dos Direitos Fundamentais desembocar numa instituição espiritual, conducente com uma tirania de valores, estática e decisionista* (1993: 508)

[28] Segundo Álvaro Ricardo, “*em sociedades profanizadas com as atuais(...)os projetos pessoais e as concepções do que seja ‘vida boa’ são as mais distintas em termos de religião, ética, economia, opção sexual etc*” (CRUZ,2007:279), o que torna impossível a definição de um *ethos* jurídico dominante capaz de fornecer quais seriam os valores igualmente dominantes para fins de aplicação do Direito.

[29] É por meio desses discursos que se buscará a validade das normas. Essa validade é aferida pelo assentimento daqueles que por ela são afetados, o que se dá em virtude, exatamente, do fato de eles terem participado, ainda que indiretamente na forma de *inputs*, de sua criação. Acerca do tema, vide (HABERMAS, 2003:157-159) e (CATTONI, 2002: 84).

[30] Por meio do qual o direito é aplicado, e não justificado. Aqui já não existem dúvidas quanto à validade da norma. O que há é uma dúvida quanto a qual das normas colidentes deve ser aplicada ao caso concreto, para a melhor solução do litígio. Na busca pela norma mais adequada ao caso, o aplicador há de se valer do juízo de adequabilidade e não do princípio da proporcionalidade. A diferença é que, no caso do senso de adequabilidade, o aplicador pressupõe que as normas legisladas são válidas, enquanto que, por meio do princípio da proporcionalidade, analisa-lhe a aptidão, necessidade e o custo/benefício entre os meios eleitos e fins alcançados. No primeiro caso, o operador não busca justificar a validade da norma, mas a sua aplicação ao caso concreto, em detrimento de outra norma. Isso é feito por intermédio da análise das especificidades concretas do caso, dos argumentos trazidos aos autos pelas partes e de todas as possibilidades semânticas que derivam não apenas do texto da lei, mas da abertura desse texto às especificidades da situação concreta. Acerca do tema, vide (GÜNTHER, 1993: 235-241), (SOUZA CRUZ, 2004: 224-226), (SOUZA CRUZ, 2006b:188-189)e (CATTONI: 2002: 84-86).

[31] Sem sujeito porque é produto de um agir comunicativo expresso e reproduzido de forma intersubjetiva e auto-refletida em diversos espaços públicos mobilizados culturalmente. Acerca do tema, vide (HABERMAS, 1990: 100-113)

[32] Nesse sentido, confira-se (HABERMAS, 1990: 110-111)

[33] Em apertada síntese, *“a teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ela reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe dizem respeito. (...) Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugeriram atribuir a práxis e autodeterminação dos cidadãos a um sujeito totalizante, ou que sugeriram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si(...)Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se*

cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado pela via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”(HABERMAS, 2002: 280-281). O conceito de institucionalização, por sua vez, *“refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando.”*(HABERMAS, 2003: 221) Acerca da teoria do discurso, vide, ainda, (HABERMAS, 2003: 158-160).

[34] É importante destacar que a leitura discursiva dos Direitos Fundamentais, processada por HABERMAS, retira dos mesmos, numa fase pré-discursiva, sua dimensão subjetiva clássica. Nesse momento, o sistema de Direitos *“(…) deve conter os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência (...)”*(2003: 158) Nesse sentido, são divididos (1) Direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas, (2) Direitos ligados ao status de membro numa associação voluntária de parceiros, (3) Direitos que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual, (4) Direitos à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, e (5) Direitos *“a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento dos direitos elencados de (1) a (4)”* (HABERMAS, 2003:159-160).

[35] Vide (HABERMAS, 2003:158-159)

[36] No mesmo sentido, ver (GALLUPO, 2003: 236).

[37] Apenas a título de exemplo, confira-se monografia intitulada *“Lazer e promoção da saúde: um estudo com profissionais da área da saúde humana”*, apresentada como critério para conclusão da Disciplina Seminário de Monografia II do Curso de Licenciatura em Educação Física da UFMG, de autoria de Gabriela Baranowski Pinto, orientada por Christianne Luce Gomes. Disponível em http://www.eeffto.ufmg.br/celar/_interface/main/biblioteca/livros/11.pdf. Acesso em 11 de setembro/2008.

[38] Sinteticamente, mundo da vida é o pano de fundo intersubjetivamente compartilhado. Para mais detalhes, confira-se (SOUZA CRUZ, 2006b: 94-96) e (SOUZA CRUZ, 2007: 67-71)

[39] Vide, aqui, (SOUZA CRUZ: 2006b: 188)

[40] Confira-se: “(...) *A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do Direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. O processo de apresentação vai do concreto ao abstrato sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de Direitos, representado.*”(HABERMAS,2003:158)

[41] Esse contraponto, em certa medida, é proposto por Sampaio (2004: 290).

[42] Defende-se, aqui, a possibilidade de as partes contribuírem, no curso do processo, para a formação da sentença. Isso porque, sob o paradigma democrático, a solução do caso concreto não se dá de modo solipsista, por um juiz afastado da realidade do caso e imerso nos limites de sua consciência. Ao contrário, encontra sentido na consideração dos argumentos trazidos ao processo, que contribuem para a formação da resposta correta para aquela situação específica, tendo em vista que auxiliam a busca pela norma mais adequada aos fatos. (CORDEIRO LEAL, 2002)

[43] Não se desenvolverá, aqui, um estudo mais aprofundado sobre o tema. O que se pretende deixar claro é que o Direito ao Lazer é passível de horizontalização.

[44] Nesse sentido, confira-se (HOLMES; SUSTEIN, 1999, *apud* AMARAL, 2001:229-230).

[45] Adere-se, aqui, a idéia de que “*a classificação dos Direitos Fundamentais é meramente acadêmica (...) [sua] cisão (...) - fora da argumentação - é metafísica*”(SOUZA CRUZ, 2007: 187).

[46] E nesse ponto, concorda-se com Carvalho Netto no sentido de que um dos grandes desafios postos na atualidade “*é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo invisível dos excluídos de tais direitos.*” (2003: 145).

[47] Por mínimo existencial entende-se, com Barcelos, ser “exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito”, “o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana.” Aludido conceito deve ser desconectado da lei da colisão e de técnicas de argumentação axiológicas. Deve, portanto, levar em conta uma “conotação de posição equitativa de oportunidades partindo-se da garantia de um conjunto básico de atendimento das necessidades do indivíduo”. (SOUZA CRUZ, 2007: 365)

[48] Essa preocupação é externada por Dallari Bucci: “*este é um ponto a discutir, se as políticas públicas são forma de intervenção do Estado – típica do Estado de bem-estar dos anos 50 e 60, caracterizadas pelo forte intervencionismo estatal, pelo planejamento e pela presença do direito público, para a promoção de “programas normativos finalísticos” – ou se embora “inventadas” sob a égide do dirigismo estatal, o seu esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, numa época que se pretende marcada não mais pela subordinação de indivíduos e organizações ao Estado, mas pela coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado*” (2006: 245).

[49] Nas palavras de Habermas, a despeito dos esforços despendidos tanto do Estado de Socialismo-real, quanto do Welfare State, ambos falharam no intento de implementar formas igualitárias de convivência. Isso porque, ao agirem de modo intervencionista, pautados em uma política meramente assistencialista e politiqueira, em cujo processo de legitimação orienta-se administrativamente, eles abdicaram da busca por políticas públicas que, de fato, atendessem aos anseios da população e se destinassem à emancipação das massas atendidas. E, segundo ela, “*a isso corresponde, no plano pragmático, a resignação – tanto o conformar-se com o escândalo de um destino natural infligido pelo mercado de trabalho quanto a renúncia à democratização da sociedade*” (1990: 106).

[50] Mesmo porque, nas palavras de Hannah Arendt “*a política baseia-se na pluralidade dos homens. (...) [Ela] trata da convivência entre diferentes. (...) O homem é a-político. A política surge no entre-os-homens; portanto totalmente fora dos homens. (...) A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas*” (2002: 21-24) Em outras

palavras, “só na liberdade de falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados. O viver-num-mundo-real e o falar-sobre-ele-com-os-outros são, no fundo, a mesma e única coisa.(...) Essa liberdade de movimento, seja a liberdade de ir em frente e começar algo novo e inaudito, ou seja a liberdade de se relacionar com muitos conversando e tomar conhecimento de muitas coisas que, em sua totalidade, são o mundo em dado momento, não era nem é, de maneira original o objetivo da política – aquilo que seria alcançável por meios políticos; é muito mais o conteúdo e o sentido original da própria coisa política. Política e liberdade são, portanto, idênticas, e sempre onde não existe a liberdade tampouco existe o espaço político no verdadeiro sentido. (2002: 60)

[51] Essa afirmação não desconsidera o fato de que, atualmente, “a multiplicidade de fontes normativas tende a tornar mais complexa, por isso mesmo mais rica e problemática, a discussão em torno do direito aplicável a cada situação concreta da vida administrativa.” (SUNDFELD, 2001: 7) No entanto, desvela a realidade de que, tanto as políticas públicas (que possibilitam o atuar da Administração Pública), quanto o Direito (que limita os espaços de atuação da Administração), só são legítimos e, sobretudo, democráticos, se criados discursivamente pelos seus afetados.

[52] Os conselhos gestores apresentam muitas novidades na atualidade. Eles são importantes porque são fruto de demandas populares e de pressões da sociedade civil pela redemocratização do país. Os conselhos estão inscritos na Constituição de 1988 na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população. As novas estruturas inserem-se, portanto, na esfera pública e, por força de lei, integram-se com os órgãos públicos vinculados ao poder executivo, voltados para políticas públicas específicas; sendo responsáveis pela assessoria e suporte ao funcionamento das áreas onde atuam. Eles são compostos por representantes do poder público e da sociedade civil organizada e integram-se aos órgãos públicos vinculados ao Executivo. (...) o papel dos conselhos incide na discussão sobre as estratégias de gestão pública de uma forma geral e sobre o caráter das próprias políticas públicas em particular. (...) Eles são um instrumento de representação da sociedade civil e política. Por lei, devem ser também um espaço de decisão. Mas, *a priori*, são apenas espaços virtuais. Para que tenham eficácia e efetividade na área em que atuam, e na sociedade de uma forma geral, é necessário desenvolver algumas condições e articulações; é preciso dar peso político a essa representação e conseqüência à luta dos segmentos sociais que acreditaram e lutaram pela democratização dos espaços públicos (GONH, 2000: 178 - 181). Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>. Acesso em 16 de Setembro/2008.

[53] Habermas propõe a distinção entre o poder gerado comunicativamente e o poder utilizado administrativamente, os quais, em sua opinião, entrecruzam-se no espaço público a fim de legitimar as políticas públicas adotadas. Segundo ele, o poder legítimo gerado comunicativamente poderia atuar sobre o sistema político, à medida que acolhesse em sua gestão o conjunto de fundamentos a partir do qual as decisões administrativas tivessem de ser racionalizadas. Para ele, nem tudo o que seria factível para o sistema político seria levado adiante, se a comunicação política, ligada

anteriormente a ele, desvalorizasse discursivamente os fundamentos normativos alegados, mediante fundamentos contrários. (1990: 109)

[54] *A soberania dissolvida comunicativamente faz-se valer no poder dos discursos públicos, que nasce de espaços públicos autônomos, mas tem de tomar forma nas decisões de instituições de formação da opinião e da vontade concebidas democraticamente, porque a obrigação de responder pelas decisões requer uma responsabilidade institucional clara. O poder comunicativo é exercido na forma de assédio.*(HABERMAS, 1990: 111)

[55] Um dificultador dessa prática discursiva na criação das políticas públicas, que não pode ser camuflado pelo presente trabalho, é o problema representado abstencionismo. Nas palavras de Pereira o abstencionismo caracteriza-se por “*uma profunda apatia e desinteresse pela política por parte de largos setores da sociedade*” (2008:139). Em suas palavras, “*é razoavelmente difícil traçar o quadro preciso dos motivos que geram o desinteresse crescente pela política, eis que variam conforme referências temáticas, espaciais e temporais, mas a constatação pode ser tomada em seu sentido objetivo, isto é, a abstenção traduz também a incapacidade, segundo distintos graus de intensidade, da configuração atual dos regimes democráticos de estimularem o envolvimento público dos indivíduos, a participação política dos cidadãos.*”(PEREIRA, 2008: 139) Esse problema se desvela na desativação de vários conselhos gestores por falta de participação popular. O desafio, portanto, é institucionalizar os procedimentos que lhe dizem respeito a uma política deliberativa, de forma a viabilizar a participação ativa e efetiva dos cidadãos.

[56] Um bom exemplo é o orçamento participativo. O Orçamento Participativo (OP) “*é um mecanismo governamental de [democracia participativa](#) que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais, através de processos de participação cidadã. Esses processos costumam contar com assembleias abertas e periódicas e etapas de negociação direta com o governo. Com diferentes metodologias em cada município em que o OP é executado, suas assembleias costumam ser realizadas em sub-regiões municipais, bairros ou distritos, em discussões temáticas e/ou territoriais, elegendo também delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo. Esses delegados formam um Conselho anual que além de dialogar diretamente com os representantes da prefeitura sobre a viabilidade de executar as obras aprovadas nas assembleias, também irão propor reformas nas regras de funcionamento do programa e definirão as prioridades para os investimentos, de acordo com critérios técnicos de carência de serviço público em cada área do município.*” Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento_Participativo. Acesso em: 12/02/2007. Esse é um bom exemplo de como a opinião formada em conselhos comunitários e populares pode ser levada aos conselhos gestores municipais, propiciando uma escolha dialógica das prioridades populares em termos de políticas públicas. O grande problema é que essa política tem sido estrategicamente utilizada pelos detentores do mandato eletivo, como cabedal de marketing político, seja pela limitação da possibilidade de

escolha, seja pela pré-definição da área em que serão realizadas as obras, ou, ainda, pelo uso desvirtuado/politiqueiro das mesmas. Essa é a mesma opinião de Souza Cruz (2007). No entanto, é inegável que já representam um grande avanço na forma de conceber e gerir políticas públicas.

[57] Confira-se, nesse sentido, o resultado de algumas decisões comunitárias das cidades de Porto Alegre (RS) – 1, Rio de Janeiro (RJ) – 2 e Belo Horizonte (MG) – 3, que, ao mesmo tempo em que demonstram claramente o anseio da população brasileira pelo Direito ao lazer, desvelam opiniões claras acerca de como, onde e porque as políticas públicas municipais, destinadas à implementação desse Direito, devem ser realizadas. Confira-se:

1 - Áreas de Lazer – SMAM · Poderão ser demandados: urbanização total, ou reformas de praças; recuperação de recantos em parques; implantação de equipamentos de lazer; esporte (canchas de bochas, pistas de skate etc) e recreação em parques e praças administrados pela SMAM.

- O atendimento de implantação de equipamentos de esporte (canchas de bochas, pistas de skate etc) e recreação em áreas da SMAM fica condicionado à análise das dimensões da área, sua topografia e da presença de equipamentos ou outro obstáculo físico.
- Não serão atendidas demandas em áreas particulares, estaduais e federais;

Prioridades Temáticas das Regiões

As obras, ações e serviços da Prefeitura Municipal abrangem 13 grandes temas. Estas são as prioridades temáticas do Orçamento Participativo. A população estabelece uma ordem de prioridade para os investimentos anuais de acordo com estes temas e também classifica suas demandas nestas prioridades.

ÁREAS DE LAZER (SMAM):

- a) Urbanização ou reforma de praças e parques nas áreas administradas pela SMAM;
- b) Recantos infantis nas áreas administradas pela SMAM.

ESPORTE E LAZER (SME)

- a) Campos de futebol nas áreas públicas municipais;
- b) Equipamentos esportivos nas áreas públicas municipais;
- c) Equipamentos de lazer nas áreas públicas municipais;
- d) Reforma e Ampliação dos Centros Comunitários. (Disponível no site da Prefeitura de Porto Alegre. http://www1.prefpoa.com.br/op/default.php?p_secao=25). Acesso em: 11/02/2007.

2 – Plano Estratégico II - Resultados - Planos Estratégicos Regionais - Bangu - Orçamento Participativo – OP2004

Conclusão das obras da biblioteca popular de Bangu e criação de bibliotecas (digitais e públicas, com no mínimo 10 mil títulos) na região. Criação de áreas de esporte e lazer nas praças da região (pista de skate, brinquedos, cicloviás, quadras): Praça Abrolhos em Padre Miguel, Praça Charruas em Realengo, entre outras. Utilização da área externa da fábrica de cartuchos do exército para área de lazer na extensão das ruas Oliveira Braga e Gal. Raposo até a Rua Gal. Azeredo. (Disponível no Site [Http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico](http://www.rio.rj.gov.br/planoestrategico)). Acesso em: 11 fevereiro/07.

3 – Lixão vira quadra de esportes com obras do Orçamento Participativo

A comunidade da Vila Leonina, região Oeste de Belo Horizonte ganhou um espaço de esportes e lazer. Onde antes, de acordo com os moradores da região, era um lixão, no último dia 10/11 a Prefeitura de Belo Horizonte e a Regional Oeste inauguraram a Praça do Ensino, obra aprovada no Orçamento Participativo 2003/2004. Com custo total de R\$ 316.847,47, houve a construção de uma área de lazer com playground, área com equipamento para ginástica, uma quadra poliesportiva e uma de vôlei, além da arquibancada. A iluminação da praça, urbanização e via de acesso ao local também foram adequadas para melhor atender os usuários da Praça. (Disponível no site - http://www.quinzenario.com.br/modules.php?name=News&new_topic=7). Acesso em: 11 fevereiro/07.

[58] Não há uma relação de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, nem vice e versa. Ao contrário, nas palavras de Habermas (2003), o interesse público se forma através da atuação da autonomia privada numa esfera pública.

PARTICIPAÇÃO E PARCERIAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS*

ASOCIACIONES Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

**Jeanine Cristiane Benkenstein
Claudine Freire Rodembusch
Daniela Maschio**

RESUMO

O presente artigo apresenta questões pontuais sobre a relevância da participação social e da constituição de parcerias entre sociedade civil, Estado e economia, capazes de fomentar políticas sociais eficientes, inspiradas em uma demanda de reorganização da intervenção do Estado no campo social, em busca de maior igualdade, equidade ou eficiência. Com a promulgação da Constituição de 1988 se instituiu todo o arcabouço jurídico que permitiu a consolidação do regime democrático no Brasil. Direitos sociais foram deslindados como o resultado de um longo e conflituoso processo de mobilização social e política que marcaram os anos 1970 e 1980. Nessa trajetória, buscou-se ampliar o envolvimento dos atores sociais nos processos de decisão e implementação de políticas sociais, a fim de alcançar a descentralização e da democratização do Estado brasileiro e responder a tantas demandas. A partir da nova carta constitucional, proliferaram outras formas de participação social na prestação de serviços e na própria gestão social, impulsionando um movimento iniciado na década de 1980, que vem redesenhando a figura do Estado. Emergem organizações da sociedade civil, associações de bairro, organizações não-governamentais em substituição às formas desgastadas de representatividade. Assim sendo, a emergência da cidadania através da formação e consolidação do capital social de muitas localidades brasileiras, permite a alteração da realidade vivida por séculos de opressão, como veremos no Projeto da Usina Catende em Pernambuco, parceria firmada entre a comunidade local, organizações não-governamentais e Governo Federal, que propicia aos jovens de toda uma comunidade a transformação do espaço em que estão inseridas, empoderando-os a decidir seu próprio destino, através do sentimento de pertencimento, de responsabilidade social e ambiental e de solidariedade.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E PARCERIAS, PÚBLICO NÃO-ESTATAL, CIDADANIA.

RESUMEN

Este artículo hace un abordaje sobre cuestiones puntuales acerca de la participación social y la constitución de partidos entre la sociedad civil, Estado e economía,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

fomentadores de eficientes políticas públicas, inspiradas en una acción de reorganización de la intervención del Estado en el campo social, buscando igualdad, equidad y eficiencia. Con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se instituyó toda la osamenta jurídica que permite la consolidación del régimen democrático en el Brasil. Derechos sociales fueran poniéndose como el resultado de uno largo y conflictoso proceso de movilización social y política que marcaran os años 1970 y 1980. En este camino se busco ampliar el desenvolvimiento de los actores sociales en el proceso de decisión y implementación de políticas sociales, con la finalidad de alcanzar la descentralización y la democratización del el Estado brasileño y contestar tantas demandas. Con o advenimiento de la Magna Carta, proliferan otras formas de participación social en la prestación de servicios y en la propia gestión social, impulsando un movimiento iniciado en la década de 1980 que fuera redibujando la figura del Estado. Emergen organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de barrio, organizaciones no-gubernamentales, en reemplazo a las formas desgastadas de representatividad. Así siendo, la emergencia de la ciudadanía por medio de formación y de la consolidación del capital social de muchos poblados brasileños, permite la alteración de la realidad vivida por siglos de opresión, como estudiaremos sobre lo proyecto de la Usina Catende en Pernambuco, un partido firmado entre el poblados locales, organizaciones no-gubernamentales y Gobierno Federal, que propicia a los jóvenes de todo un poblado la transformación del espacio en que viven, empoderándolos a decidir su propio destino, atreves del sentimiento de pertenecer, de responsabilidad social y ambiental u de solidaridad.

PALAVRAS-CLAVE: POLÍTICAS PÚBLICAS, PARTICIPACIÓN SOCIAL Y PARTIDOS, PÚBLICO NO-ESTATAL, CIUDADANIA.

INTRODUÇÃO

A magna carta de 1988 é um marco de democratização e de reconhecimento dos direitos sociais, que indiscutivelmente alargou o projeto de democracia, compatibilizando princípios da democracia representativa e da democracia participativa, além de reconhecer a participação social como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas.[1]

Desde então, a participação social tem sido reafirmada no Brasil como um fundamento dos mecanismos institucionais que visa garantir a efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, assim como a vigência e a garantia dos direitos sociais nos campos da educação, saúde, assistência social, previdência social e trabalho. Foi acompanhada da consolidação de uma nova institucionalidade que objetivou assegurar a presença de múltiplos atores sociais, seja na formulação, na gestão na implementação ou no controle das políticas sociais.[2]

Nesse contexto, surgem organizações sociais advindas da crescente emergência da cidadania e do fortalecimento do capital social, que propagam ações voltadas ao empoderamento da sociedade civil na busca de soluções para a inexistência e a ineficiência de políticas públicas que supram as principais necessidades humanas.

Por outro lado, estas parcerias se inspiram justamente na reorganização da intervenção do Estado no campo social, em busca de maior igualdade, equidade ou eficiência. Em razão da ‘crise’ pela qual passa o Estado, já não são mais visíveis e nítidas as fronteiras que o separa da sociedade civil e do mercado, embora se acredite que os últimos até substituíram em certa medida os governos ineficazes e redimensionados no cenário social. Dessa forma, a cidadania está sendo reinventada com maior ênfase na responsabilidade e maior incerteza em relação aos direitos sociais referidos anteriormente, em especial aos postos de trabalho escassos e os Estados diminuídos em seu tamanho.

E foi justamente esta incerteza que alimentou as mudanças estruturais numa localidade da Zona da mata de Pernambuco. A usina Catende, cujo estabelecimento na região remonta ao início do século XX, foi até bem pouco tempo, um símbolo de opressão. Distribuída entre cinco municípios - Palmares, Jaqueira, Xexéu, Catende e Água Preta – ela envolve cerca de 4.000 famílias de trabalhadores. Após o pedido de falência da Usina em 1995, pelos próprios trabalhadores, iniciou-se um processo de empoderamento social, do poder local ali estabelecido, do fortalecimento do sentimento de pertencimento àquela localidade, permeados entre a ausência e a ineficiência de políticas públicas e a necessidade de ações próprias, imediatas, que propiciariam a transformação de suas realidades. Iniciava-se assim, a era de ‘acertamento de contas’ com o passado, não através da crença da modernização do consumo, mas na luta dos trabalhadores pelo controle de seu próprio destino.[3]

Esta experiência, como veremos mais adiante, representou à constituição de uma parceria, a comunhão de esforços entre a participação da sociedade civil, mercado e Estado na busca de soluções, em longo prazo, do problema econômico e social, gerando um modelo incluyente de emprego, onde seja o próprio trabalhador que, com sua renda e salário real crescentes, se incorpore no mercado; e a curto e médio prazo, adotando programas assistenciais com novos enfoques de gestão da política social, onde os próprios beneficiários participem na instrumentalização, avaliação e controle dos programas; e o governo promovendo uma administração pública moderna que seja conducente à eficácia e eficiência dos mesmos.[4]

1. O CAPITAL SOCIAL, O DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E A EMERGÊNCIA DA CIDADANIA A PARTIR DO PODER LOCAL: Instrumentos fomentadores da reestruturação do Estado e das políticas públicas.

Muitos autores debatem acaloradamente sobre as proposições acerca da tendência humana de formar associações, de estabelecer parcerias a fim de participar ativamente da construção do bem estar social e de como isso possibilitaria, de certa forma, melhor desempenho econômico e maior desenvolvimento.

Para Robert Putnam, numa abordagem sobre os vínculos entre civismo e a economia, a “confiança e as redes criadas mediante associações passam ao cenário produtivo, constituindo um capital social que em todos seus aspectos é tão importante quanto às riquezas naturais ou o capital físico.” [5]

No entanto, no meio acadêmico os debates existentes sobre capital social e desenvolvimento econômico caminha em um viés diverso, pois

(...) não é a falta de capital social, e sim a falta de recursos econômicos concretos – a começar por trabalhos decentes – que está subjacente à situação dos grupos urbanos empobrecidos. Mesmo aceitando que o fortalecimento das redes sociais e da participação comunitária contribuiu para superar os traumas da pobreza, ninguém saberia dizer como poderiam alcançar estes resultados. (...) tanto os indivíduos como as comunidades podem beneficiar-se enormemente com a participação e a confiança social, mas os resultados variam dependendo dos recursos que se obtenham, de quem se beneficia com eles e do que se pede em troca. [6]

Charles Reilly, ampliando o conceito de Putnam numa visão mais otimista, conclui, portanto, que “Capital Social enriquecido com noções plenas e construído sobre os alicerces sólidos da formação do capital humano, pode ser o guia confiável para percorrer a rota que permitiria tirar da pobreza um número ainda crescente de pobres na América Latina.” [7]

Portanto, a formação de capital humano e social é essencial, pois

(...) os gastos em capital humano são certamente investimentos, e que as reformas de reengenharia do Estado podem muito bem ser necessárias para assegurar o crescimento, incrementar o capital social produtivo, garantir a equidade e acelerar as transações do mercado. Cidadãos responsáveis exigem um governo responsável. Os direitos não devem estar classificados – mas tampouco devem consistir em reivindicações feitas unilateralmente ao Estado de cidadãos. O Estado latino-americano não foi e não é o único avalista dos direitos de seus cidadãos. Os direitos sociais e econômicos podem surgir num estado de direito, mas devem encontrar sustentação em todos os âmbitos da sociedade. [8]

Para este autor a democratização, assim como a formulação do capital social para o desenvolvimento se constrói sobre a cidadania.

O Estado deixa de ser um benfeitor, se é que realmente chegou a sê-lo alguma vez para a maioria, mas continua tendo uma responsabilidade normativa, o trunfo da coerção e um mínimo da função de custódia de seus membros. Os mercados sempre cruéis e competitivos se globalizaram. Eles têm criado menos postos de trabalho que os resultantes das táticas de sobrevivência da população pobre que inventa postos na economia formal, em microempresas, como autônomos e alternativas parecidas. O trabalho e os salários tem-se ressentido. Se os mercados são indiferentes à cidadania e desdenhosos da soberania, ao menos estão subjugados pelos consumidores. A cidadania especialmente entre os pobres deverá mais a economia que a política.[9]

E justamente na luta pela democratização do nosso país, a sociedade civil emergiu através de movimentos sociais, consolidou-se no campo da atuação privada, até então dominada pelas entidades de cunho filantrópico, um novo elenco de atores sociais voltados à promoção da sociedade como protagonista de sua própria transformação[10]. Movimentos sociais, organizações não-governamentais (ONGs), organizações da sociedade civil (OSCs) e um sem-número de esquemas de auto-ajuda e de auto-gestão, a vertente ‘informal’ da economia, da vida cidadã e da sociedade, passam a atuar na

implementação de projetos sociais de diversos conteúdos, visando dotar comunidades e grupos sociais de protagonismo social em um Estado autoritário e numa realidade social marcada pela exclusão, discriminação e pobreza.[11]

Estas experiências estavam fortemente associadas as ‘práticas de deliberação participativas’[12] que, como afirma Paoli, “no Brasil estiveram desde seu início ligadas a visibilidade política dos novos movimentos sociais e a redefinição das práticas do movimento operário nas décadas de 1970 e 1980, e que buscavam ampliar a participação popular nos processos políticos de distribuição de bens públicos e formulação das políticas sociais.” [13]

Já no contexto democrático durante os anos 1990, o campo da participação social na execução de políticas sociais foi reforçado a partir de um registro diverso de questões, gestadas em torno da chamada ‘crise do Estado’: redução da capacidade estatal de intervenção na economia, de formulação e implementação de políticas públicas e a redução de legitimidade do Estado, fruto da perda de vigor dos aparatos de representação política (entre outras). A ‘crise’ fortaleceu um projeto de reforma do Estado que pleiteava outra forma de ação pública assentada na transferência para a sociedade da execução de um conjunto de ações sociais. Ancorada na idéia da gestão eficaz dos recursos sociais, sejam eles públicos ou privados, esta vertente passou a se constituir num projeto alternativo no qual se defende uma intervenção estatal limitada no espaço da proteção social.[14]

Dessa forma, a partir deste cenário propício e de diferentes experiências político-sociais e modalidades de atuação, estabeleceu-se, durante as décadas de 1980 e 1990, o inequívoco consenso sobre a relevância da participação social nos processos de formulação, decisão, controle e implementação das políticas sociais.[15]

No entanto, este aparente consenso, entretanto, obscurece os termos de um debate ainda marcado por ambigüidades: o perfil do Estado e as formas desejadas de participação social como instrumento de aprimoramento da gestão de políticas públicas.[16]

Este debate, como preconiza Frederico Barbosa da Silva, nos sugere a refletir que

(...) a valorização da participação social enquanto presença democrática dos cidadãos no processo de formulação e nas instâncias de decisão e de execução das políticas públicas tem sido enfatizada tanto por aqueles que sustentam uma visão conflituosa da sociedade civil como pelos que afirmam seu caráter cooperativo, com conseqüências práticas muito diversas, em um ou em outro caso. Nos anos 1980, no contexto da democratização, foi em torno do reconhecimento dos conflitos distributivos e da necessidade de seu processamento político que se impôs a defesa da participação social nas instâncias de deliberação das políticas sociais ocorrido no debate e na deliberação das políticas sociais pretendia aumentar o espaço político da discussão sobre o quadro de desigualdade existente e a demanda por ampliação de cidadania.[17]

Porem, em especial na década de 1990, foi se fortalecendo um projeto de participação social ancorado menos na politização das demandas sociais e na ampliação de sua presença no espaço público de deliberação e mais no ‘ativismo civil voltado para a solidariedade social’, como na proposta de reforma gerencial das políticas sociais implementada pelo governo Fernando Henrique Cardoso.[18]

Como já identificou Nogueira, nesse horizonte, “participação e sociedade civil não mais serão vistas como expressão e veículo da predisposição coletiva para organizar novas formas de Estado e de comunidade política, de hegemonia e de distribuição do poder, mas sim como a tradução concreta da consciência benemerita dos cidadãos, dos grupos organizados, das empresas e das associações”. [19]

A participação social nas políticas públicas se apresenta, dessa forma, não como ampliação do espaço político do debate, mas de substituição da ação direta dos atores sociais baseada nos princípios da solidariedade e da responsabilidade social privada.[20]

Já em relação ao perfil e a atuação do Estado, outra questão amplamente debatida, decorrem visões específicas:

Enquanto mecanismo de ampliação da visibilidade das demandas sociais e exercício democrático, a participação social implica uma dupla expectativa de fortalecimento da capacidade de intervenção do Estado. De um lado, a participação em si mesma ocorre num espaço crescentemente politizado, onde a disputa *pelo* Estado e pela hegemonia se faz presente em permanência, ao mesmo tempo em que se exerce o esforço da concertação e da construção da mediação e da composição dos interesses sociais, autonomizados e mesmos antagonizados. De outro lado, a ampliação das demandas em prol de maior equidade e igualdade pressupõe uma ampliação da capacidade de interesse do Estado, seja no que diz respeito ao planejamento, à coordenação, à gestão ou a implementação de políticas públicas, seja quanto à sua capacidade de interferir nos conflitos sociais. E justamente esta capacidade é negada pela segunda leitura. Segundo esta interpretação, o Estado social deveria ser pequeno e complementado pelas iniciativas oriundas da própria sociedade, mais qualificadas em termos de racionalidade técnica e eficácia econômica.[21]

Além disso, ainda em defesa à participação social como instrumento de gestão de políticas públicas, a “participação do cidadão e das organizações civis foi largamente interpretada como um poderoso antídoto à burocratização, à ineficiência, ao patrimonialismo e à corrupção que marcavam as políticas sociais brasileiras.” [22]

Mas neste aspecto, na visão de Barbosa da Silva, as divergências também se impõem:

De um lado, a solução apontada é a de fortalecimento da própria sociedade na prestação de serviços e bens públicos de natureza social com base numa ampla visão negativa da ação e da regulação estatal. De outro lado, o esforço se dirige para a ampliação do processamento democrático e participativo nas diversas etapas de construção das políticas sociais, bem como da presença da sociedade civil no espaço público. Nesta perspectiva, o fortalecimento dos movimentos e organizações populares, das demandas sociais e das iniciativas autônomas da sociedade não estão em contradição com uma ampliação da ação do Estado.[23]

Ao contrário, como também já identificou Nogueira, a construção de uma sociedade menos desigual passa pelo fortalecimento do Estado “como ambiente democrático de mediação política, pactuação e integração social.” [24]

Além de organizarem demandas e pressionarem o Estado, muitos desses novos atores sociais buscaram desenvolver alternativas autônomas de intervenção social ancoradas

nas idéias de ajuda mútua e de iniciativa própria no atendimento das carências sociais. Sua ação envolveu desde a proliferação de manifestações de massa até formatos mais organizados centrados em problemas locais, passando por coletividades aglutinadas ao redor de temas como gênero, raça, paz ou meio ambiente, além de movimentos de cunho religioso. Envolvem, também, o voluntariado, as redes de solidariedade parental ou de vizinhança e as instituições comunitárias. [25]

Em razão desta movimentação, as políticas sociais para Reilly, antes de domínio estatal, “estão se abrindo lentamente tanto ao patrocínio do mercado como da sociedade civil.” Desta forma, o próprio Estado tem buscado, mesmo com reservas, sócios, aliados, coalizões e voluntários, e o atual papel das instituições multilaterais no apoio às suas reformas. O que ocorre a partir desta postura, é que as políticas sociais já não estão mais monopolizadas pelo governo, mas muitas vezes são reorientadas para incorporar-se ao mercado (privatização) ou à sociedade civil (publicização). (p. 435)

Assim, nos anos 1990 privilegiaram uma interpretação segundo a qual a sociedade brasileira aparecia não mais como espaço de demandas ou de conquistas de processos de deliberação e de implementação democráticos, e sim como espaço de solidariedades não estatais ou mesmo antiestatais. Neste contexto, a idéia de participação da sociedade civil na prestação de serviços e na gestão do social foi mais uma vez fortalecida.

Contudo, diferentemente do registro anterior, como afirma Paoli, a sociedade civil brasileira ‘primeiramente através de movimentos sociais autônomos e politizados, e depois de organizações não-governamentais profissionalizadas, deslocou o ativismo político pela cidadania e justiça social para o ativismo civil voltado para a solidariedade social.’ [26]

De qualquer forma, é a partir destas duas influências que pessoas e organizações civis vem sendo cada vez mais ‘convocadas’ pelo poder público para participarem da provisão de bens e serviços sociais. A crise econômica, as dificuldades em alocar novos recursos e em gerir o Estado também estimulam os governos a demandar a parceria das entidades privadas. [27]

Em âmbito federal, esse chamamento iniciou-se, ainda que timidamente, no governo Itamar Franco (1993 e 1994), no contexto do esforço nacional de combate a fome; prosseguiu com mais intensidade na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, particularmente liderado pelo Conselho da Comunidade Solidária (1995 a 2002) no que se refere ao combate à pobreza; e no atual governo, do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, estrutura-se no bojo da mobilização nacional contra a fome no âmbito do ‘Fome Zero’. [28]

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO RESTRIÇÃO/AMPLIAÇÃO DA CIDADANIA

Diversas são as reflexões a respeito das parcerias público-privado na execução de políticas públicas sociais. A principal delas concentra-se na dúvida se estas parcerias seriam capazes de contribuir, restringir ou ampliar a cidadania.

Di Pierro descreve com propriedade a contradição que perpassa os arranjos entre organizações governamentais e privadas. Segundo a autora,

(...) a parceria comporta uma ambigüidade latente: ao mesmo tempo em que permite ao Estado deixar de se responsabilizar pela garantia de direitos universais mediante a delegação de funções primordiais à sociedade civil, possibilita também a constituição de espaços públicos não-estatais de gestão democrática de políticas sociais, o que oferece a possibilidade de ampliação do controle da sociedade civil sobre o aparato político-administrativo e burocrático do Estado.”[29]

Para Barbosa da Silva, esse tipo de participação da sociedade na execução de políticas públicas ou programas sociais, ainda que contribuindo para melhorar as condições de vida de algumas parcelas da população, não transforma os excluídos em cidadãos: apenas os assiste, tornando-os dependentes da ajuda privada que, por seu turno, depende das flutuações das intenções e dos interesses das organizações privadas. Falta a esta noção de parceria aquilo que os direitos sociais legalmente garantidos pelo contrato social contemplam, mesmo quando burocratizados esvaziados.[30]

Falta, pois, nas palavras de Paoli,

“um espaço público real porque constituído universalmente, portanto aquele no qual a crítica e o dissenso organizado pode se instalar na demanda de direitos. Essa qualidade política faz toda a diferença, seja na mobilização civil inspirada nos valores da doação, da compaixão e da solidariedade, seja evidentemente com a captura instrumental de uma noção de cidadania particularista que não tem pela frente uma alteridade real, pois não há figura de outros que possam participar e negociar os bens sociais doados nem um controle público (e não apenas contábil) destas atividades. Pois, por qualquer conceituação sociológica, histórica ou filosófica, um espaço público, civil e pluralizado não acolhe a figura do outro como receptores homogeneizados pela sua carência, nem aceita que os bens sociais produzidos socialmente sejam distribuídos discursivamente como generosidade privada de um doador ou de uma classe. Pelo contrário, os espaços públicos só se tornam assim quando os socialmente desiguais se encontram em equivalência como atores e sujeitos autônomos do protagonismo político e civil e, pelo exercício conjunto e conflitivo do debate, reflexão e deliberação sobre um mundo comum, avancem para além das garantias constitucionais e jurídicas ao concretizar o direito de participar na pluralidade das demandas de cidadania.” [31]

O resultado desse processo, para Barbosa da Silva, é a institucionalização de uma cidadania segmentada. Esta segmentação se dá pela clivagem entre os que dispõem de condições para acessar os serviços fornecidos pelo mercado e aqueles que, sem possibilidades de acesso regular ao mercado, deverão contentar-se, cada vez mais, com os precários serviços públicos, ou então, com a aleatoriedade da filantropia privada. Esse tipo de parceria nada mais é do que o ‘velho’ travestido e recolocado como ‘novo’; está-se caminhando na direção da reprodução da tradicional lógica da benemerência do século XIX que agora se ancora em palavras como ética, solidariedade e participação, e que se legitima no resgate da retórica da cidadania.[32]

Entretanto para Reilly, a cidadania se entremeia nas contemporâneas conceituações de redesenho dos espaços públicos, uma vez que “as políticas sociais começam a cobrir as três esferas – Estado, mercado e sociedade civil – e com isso podem permitir a

participação cidadã na configuração do processo, convertendo os receptores das políticas em seus formuladores no cenário distributivo, quanto no redistributivo.[33]

Cidadania, na concepção deste autor, “significa responsabilidade para influir nas políticas sociais e intervir nas ações de alívio da pobreza, bem como para assegurar a vigência dos direitos humanos fundamentais.” E ressalta que a emergência desta cidadania requer a necessária

(...) revisão dos direitos e a transferência para os cidadãos de maiores responsabilidades para a autogestão, a auto-regulação, a proteção ambiental e os serviços sociais, incluindo o patrocínio para a elaboração das políticas públicas, já começam a ocorrer em muitos países da região latino-americana. O reconhecimento ou mesmo a aprovação dessa tendência pode ajudar os que se preocupam com a justiça social a avaliar melhor as bases sociais de apoio e a sustentabilidade das políticas sociais destinadas a reduzir a pobreza e a iniquidade.[34]

Nesse contexto, pode-se afirmar que os direitos e as responsabilidades sociais certamente estão se redistribuindo:

A cidadania está sendo redefinida, suas relações com a democratização e a redução do tamanho dos Estados estão sendo revistas. Tocqueville observou inteligentemente que a ‘arte da associação’ e a ‘igualdade de condições’ haveriam de chegar juntas para que a democracia e a cidadania fossem significativas. A economia determina a igualdade tanto quanto a política. O mercado também tem influência sobre as organizações da sociedade civil. Por acaso temos crescido francamente dependentes em relação às versões estatistas da cidadania? Teriam aspectos diferentes as variantes do século XXI? Que podemos aprender com os mercados sobre associação e igualdade? Serão suficientemente relevantes os modelos de produção industrial para os cidadãos e para as políticas públicas?[35]

Contudo, destaca-se ainda, que existem outras motivações para o exercício da participação da sociedade na provisão de bens e serviços sociais. A sociedade pode participar associando-se ao poder público para ampliar direitos. A proposta de celebrar arranjos público-privados inspira-se numa concepção ampliada de cidadania nascida no âmbito das ONGs e dos novos movimentos sociais e ancora hoje algumas propostas de políticas públicas, em especial na nova política de assistência social. Esta concepção ganha espaço, por exemplo, dentro da política de assistência social.[36]

A cidadania ampliada, ou a cidadania com iniciativa, pode se ainda potencialmente produtora de uma nova cultura política; assim, a sociabilidade dela decorrente seria de reciprocidade, isto é, operando num espaço de trocas sancionadas por um novo contrato social no qual a cidadania se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado como na obrigação horizontal entre cidadãos. Ou seja, a cidadania é ampliada à medida que acrescenta aos direitos sociais básicos a solidariedade social.[37]

Segundo essa perspectiva,

(...) ser cidadão significa ser portador de direitos e deveres, mas também poder estar com o outro, num processo de ajuda mútua visando aliviar as carências sociais e ampliar a realização das potencialidades de vida de cada um. Alarga-se, pois, o conceito de esfera pública: numa perspectiva democrática, entende-se que a cidadania não se restringe ao âmbito do Estado, que a vida pública não é feita apenas de atos de governo, mas também de ações de grupos, instituições e indivíduos que tem por fim atender objetivos sociais. Essa nova concepção de cidadania se constitui num controle público não-estatal sobre o Estado, o mercado e sobre a própria sociedade. De acordo com defensores dessa vertente, esse início de controle público não-estatal “se torna cada vez mais atuante e capaz de imprimir uma nova dinâmica, não só às instituições, empresas e agências do Estado, mas a própria democracia representativa, que sofre as restrições de um jogo de poder e influência cada vez complexo na sociedade de classes. Trata-se de agregar, processualmente, à democracia direta, participativa, que valorizam o cidadão com iniciativa – uma livre iniciativa da cidadania capaz de revalorizar a cena política.” [38]

3. O PROJETO DA USINA CATENDE: a efetividade da parceria público-privado na construção da cidadania de milhares de jovens

As experiências de participação social descritas – quais sejam, as que ocorrem nos espaços de debate, deliberação e controle de políticas e que se institucionalizaram em nível federal nos conselhos nacionais das políticas sociais, assim como as que se referem à participação na execução destas políticas pela via da organização de parcerias entre gestores públicos e entidades privadas de fins não lucrativos revelam que no último quartel do século XX o Estado brasileiro ganhou permeabilidade a diferentes formas de demandas sociais, avançando-se no estabelecimento de mecanismos de concertações e de consensos sobre políticas públicas. Consolidaram-se, ainda, espaços de articulação do Estado com iniciativas sociais no que se refere à execução por meio de arranjos de regulação e execução de políticas.[39]

Para Reilly, as “exigências em relação ao emprego e aos salários, a emergência dos movimentos sociais e das ONGs, e a ânsia de alcançar um amplo consenso social em toda a América Latina criaram novas possibilidades para a configuração do Estado, do mercado e da sociedade civil.” As fronteiras entre estes, além de perderem nitidez, alteram os parâmetros de políticas sociais e econômicas. [40]

Alicerçado nestes pilares anteriormente debatidos, que foram construídos ao longo das últimas décadas, nasce o Projeto da Usina Catende, em Pernambuco, uma parceria entre a comunidade local, a sociedade civil organizada e o governo federal, na qual milhares de jovens apropriaram-se da transformação de seus destinos.

A zona da mata de Pernambuco é um retrato da realidade colonial, uma imagem congelada que reflete a raiz mais funda da desigualdade histórica e social entre brasileiros. É como se o tempo não tivesse passado. A relação do usineiro do açúcar e álcool com os trabalhadores da cana, ainda baseada no latifúndio, mandonismo e a exploração do trabalho, é um dos elos mais fortes com o passado colonial escravocrata que se faz presente. Diante deste atavismo, nem mesmo a modernização capitalista

conservadora da ultima metade do século XX foi capaz de instalar suas correspondentes relações contratuais de trabalho da corte liberal.[41]

A usina Catende, cujo estabelecimento na região remonta ao início do século XX, foi até bem pouco tempo, um desses símbolos de opressão. Contando com 25.000 hectares de extensão se distribui entre cinco municípios: Palmares, Jaqueira, Xexéu, Catende e Água Preta. Dela dependem cerca de 4.000 famílias de trabalhadores. Após o pedido de falência em 1995, iniciou-se a era de ‘acertamento de contas’ com o passado, não através da crença da modernização do consumo, mas na luta dos trabalhadores pelo controle de seu próprio destino.[42]

Aos usineiros da Catende era natural mandar, aos trabalhadores e seus familiares se fazia natural obedecer para receber salários ou serem socialmente reconhecidos. Essa relação transformara-se em instituição cultural que a todos, usineiros, trabalhadores e outros setores da sociedade se impõe como regra do viver. Esse pacto de submissão dos tempos coloniais foi revolucionado na antiga usina Catende pela conquista coletiva de espaços ‘proibidos’.

A transformação incluiu espaços físicos que antes era símbolo da opressão: a casa grande em que residiam os antigos mandatários foram transformadas em centros de educação dos trabalhadores e seus filhos; as terras democratizadas para plantio de cana, criação de animais e para construção de moradias;

A prática de submissão vai dando lugar a participação e ao protagonismo, resultando na elevação da auto-estima e na produção de sonhos de melhoria de vida para todos. As primeiras ‘casas grandes’ transformaram-se em ‘arenas’ na qual os trabalhadores discutiam e decidiam o futuro de todos, realizavam as refeições e dialogavam sobre a vida. A usina e o escritório passaram a ser, como todos os demais espaços, propriedade comum de livre acesso dos trabalhadores. [43]

Esta comunidade, com a conjunção de esforços e o sentimento de pertencimento, estão escrevendo uma nova história em que a solidariedade é argamassa na construção de uma nova consciência coletiva. Aos poucos, a construção do consenso através de discussões diretamente vinculadas ao cotidiano, vão tecendo fios entre todos na realização do bem comum e do futuro de vida; os trabalhadores de Catende foram se transformando em agricultores familiares, o que fizeram com que sentissem coletivamente responsáveis pelo patrimônio. Aprenderam a gerir o fruto do trabalho coletivo, dentro de sua própria empresa, o que resultou, afinal, em algo muito particular no contexto das conquistas trabalhistas: a iniciativa foi registrada pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Estatísticas como uma ‘revolução na raiz da desigualdade brasileira’.[44]

A juventude dos campos da Catende sonhava com uma oportunidade de vida e estabilidade e emprego, e passava o tempo no vai e vem entre ficar e sair dos canaviais. No período da safra de cana de açúcar os jovens são contratados temporariamente. Já no período de entressafra migram para outras cidades do sul do país.

O projeto autogestionário da usina Catende, tendo com desafio uma geração de 2.234 jovens na área rural com idades entre 16 e 25 anos, que encarnam para si um futuro de trabalho diferente daquele que o passado submeteram seus pais, inicia todo um processo

de ampliação e construção da cidadania, transformando de imediato a realidade destes jovens. [45]

No ano 2002, iniciou-se o processo de identificação de habilidades visando à formação de futuros profissionais da empresa dos trabalhadores. Realizou-se, assim, um curso prático e teórico. Inscreveram-se, naquele momento, 183 jovens do campo e 83 da fábrica. Entre eles era unânime a certeza de que ‘queriam uma oportunidade para denotar-se na vida’. Assim, alimentou-se nos jovens, a esperança de um primeiro emprego em Catende.

Já em 2003 realizou-se outro curso com parte destes jovens, com a agregação de um estágio remunerado. Nesse curso foram discutidos temas como: protagonismo juvenil, políticas públicas e cidadania, iniciando, concomitantemente o trabalho em vários setores da fábrica e do campo. A empresa ofereceu uma bolsa de R\$ 100,00 no período de 6 meses, possibilitando, assim, concretizar esperanças de renda dos jovens. Essa atividade foi concluída em abril de 2004, com 100% de aproveitamento dos jovens que passaram, então, a assumir atividades de gestão na empresa e liderança nos processos de organização e formação da juventude. Despertou-se, porém, a necessidade de se dar continuidade a esse processo de formação, que acabou sendo interrompida por dificuldades financeiras da empresa.[46]

Ao despertar para oportunidades, o Projeto Catende Harmonia, fez com que os jovens e seus pais, pressionassem para a continuidade daquele estágio, visando responder a necessidade de ocupação da juventude. Nesse processo, uma parceria com o Centro Cultural Brasil Alemanha (CCBA) e o Consulado Alemão, possibilitou a implantação de um núcleo de inclusão digital no colégio Herculano Bandeira, de propriedade da Usina Catende. Em agosto de 2004, os mesmos jovens que participaram do estágio, fundaram a Associação dos Jovens Filhos e Filhas dos Trabalhadores (as) do Projeto Catende Harmonia, denominada de *Puama* que significa Rosas que nascem das pedras.[47]

Nesse contexto, o debate sobre geração de trabalho e renda se intensificou na área rural, bem como, na busca de parceiros para alavancar experiências inovadoras com outras formas de cultivo, geradoras de renda e agregadoras de valor, como o envolvimento de homens e mulheres jovens. Na articulação com a Secretaria de Jovens da Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Pernambuco (FETAPE), os representantes do projeto firmaram parceria com a Coordenação de Políticas de Juventude do Ministério de Desenvolvimento Agrário – MDA, que os sintonizou com o Projeto de Desenvolvimento Territorial. Assim sendo, iniciou-se a ampliação de outras culturas de plantio, a fim de operar a sustentabilidade das famílias inseridas naquela localidades, através de geradores e mobilizadores, na multiplicação de sementes e variedades de grãos, com a coordenação da assessoria da Presidência da Embrapa para a Agricultura Familiar.[48]

A partir desta parceria, foi Identificada, por exemplo, a necessidade de sementes de milho para plantio. Dessa forma, comissões de jovens foram sendo articuladas pelos egressos do estágio em seus engenhos, que começaram a desenvolver atividades de formação com a implementação de unidades coletivas de Multiplicação de Semente de Variedade de Milho adequadas à região da mata pernambucana.

A propriedade da terra, combinada entre jovens e a administração coletiva da empresa, facilitou a distribuição equânime de trabalho não assalariado. A usina, símbolo do passado proibitivo facilitou, com seus tratores, a aração da terra. Em seus caminhões, transportou toda a colheita dos 4 campos de semente, e em seus armazéns foi beneficiada toda a produção. Os jovens que se deslocaram de suas comunidades para o trabalho de processamento de sementes tiveram alimentação e o apoio nas ‘casas grandes’ dos antigos usineiros. O processo de trabalho foi coletivo e sempre permeado por reflexões e avaliações participativas. A cada encontro, um coordenador do grupo de jovens registrava as horas trabalhadas. A divisão justa do trabalho coletivo foi proporcional ao número de horas de trabalho de cada jovem participante.[49]

Após a avaliação desta experiência da juventude de Catende, os acordos de produção coletiva de sementes de milho foram sendo construídos na convivência espontânea das oficinas de trabalho de campo mediante a análise crítica e dialética de cada ação realizada pelo grupo, desde a seleção das unidades coletivas, o acompanhamento dos tratores, plantios, tratamentos culturais, colheita até o processamento agroindustrial das sementes. Um aprendizado em que o princípio de trabalho coletivo e com resultados compartilhados, fundante na economia solidária foi sendo exercitado de forma autogestionária. Portanto, o protagonismo da juventude nesse processo acontece de forma progressiva, permanente e continuada. Trata-se da apropriação de um saber tecnológico crítico e pensado, em que a valorização do trabalho humano ocorre simultaneamente à apropriação coletiva do resultado do trabalho de todos.[50]

Resgata-se assim, a solidariedade, a dignidade, a auto-estima no rumo de uma nova consciência coletiva a superar a lamentável dispersão social a que vinha sendo submetido esse importante conjunto subalterno da sociedade civil brasileira por um estado que insistia em mantê-los nessa condição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na década de 1990 fortaleceu-se no Brasil uma leitura e uma prática da participação social associadas menos à questão da democratização do processo de deliberação das políticas sociais e mais à problemática da gestão e da descentralização das ações. Em reação ao diagnóstico que identificava a baixa capacidade estatal de implementação de políticas sociais – seja em seus aspectos gerenciais, seja no que se refere ao seu uso político – fortaleceram-se experiências de execução de projetos sociais pelo chamado ‘terceiro setor’, identificado enquanto detentor de maior competência técnica alternativa à capacidade de mobilização de recursos privados.[51]

Sendo assim, “gradualmente, através da descentralização e da desconcentração, os Estados também adotaram enfoques mais flexíveis e mais especializados para elaborar programas e políticas. Dessa forma, os Estados poderão crescer habituando-se a escutar os cidadãos;” os programas e as políticas sociais sairão de uma propriedade estadocêntrica para uma propriedade compartilhada com os mercados e os cidadãos, que conduzirá com certeza à universalização de direitos e responsabilidades. “Um estado mais reduzido, porém mais efetivo; cidadãos que expressarão mais suas opiniões, porém autogestionários; e mercados que calculem de forma realista os benefícios de multiplicar os consumidores, tornando-se socialmente responsáveis. [52]

A participação conduz a concretização de direitos, pois promove a transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório; permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade e da equidade nas políticas públicas e a sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo permeia as ações estatais na defesa e alargamento de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público.[53]

Movimentos como o dos trabalhadores da Usina Catende, que vislumbraram através da união de forças, sonhos e objetivos, a transformação de suas realidades. Tecendo redes, com laços interconectados no espírito de solidariedade, ampliam a cidadania e fortalecem a participação efetiva na formulação e execução de políticas públicas, uma vez que o capital social ali consolidado fará de toda a comunidade, representantes de seus anseios junto ao Estado, no planejamento e organização das questões sociais.

Das zonas montanhosas da Guatemala, um gráfico organizacional maia, chamado RI POP WOCO, *petate* ou esteira de pergaminho em maia quíchua, que representa uma rede indígena que vincula 32 comunidades numa programa de desenvolvimento integral inspirado pela tradição maia e caracterizado pelos laços laterais densamente interconectados entre seus programas. Por meio de círculos concêntricos o *petate* ilustra a existência de 400 grupos de base, 28 aldeias, oito programas na área de educação, artesanato, infra-estrutura, mulheres, saúde, serviços sociais, consumidores e agricultura, uma assembleia geral e, no centro, um diretório. Talvez a criatividade maia possa oferecer o que os governos e os programas internacionais de desenvolvimento fracassaram amplamente em conseguir – o tecido de fios democráticos de interdependência. Assim como malhas ou redes, elas suportam e dão forma por si mesmas ao corpo que envolvem, ajudando as pessoas a descansar e preparar-se para enfrentar o mundo externo.” [54]

Diz uma sentença maia: “nenhum grupo deve ser deixado de fora”. “sem cidadãos organizados, competitivos, capazes de expressar suas opiniões, e contribuintes, não há esperanças de que possam existir freios e contrapesos ao poder num Estado democrático. E sem crescimento econômico baseado na expansão do capital social, com mais postos de trabalho, estruturas salariais mais justas, maior produtividade e mais poupança, com a promoção de microempresas e pequenas firmas, bem como sistemas de apoio, os pobres não terão redenção. O futuro é incerto na medida em que a população não podem ser consumidores nem cidadãos.” [55]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não estatal. In: BRESSER PEREIRA, Luis Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

DI PIERRO, Maria Clara. *Descentralização, focalização e parceria: uma análise das tendências nas políticas públicas de educação de jovens e adultos*. Educação e Pesquisa, v. 21, n. 2, jul/dez. 2001.

GOHN, Maria da Gloria. *Conselhos gestores e participação e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões da Nossa Época).

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.

PAOLI, Maria Célia; TELLES, Vera da Silva. Direitos Sociais. Conflitos e negociações no Brasil contemporâneo. In: ALVAREZ, Sonia E.; DARGINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo (Orgs.). *Cultura e política os movimentos sociais latino-americanos*. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 2000.

PAOLI, Maria Célia; Empresas e responsabilidades social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2002.

PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. *Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras*. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. Revista de Economia Solidária. Ano 2, nº 1, junho de 2006.

SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.

TAUILE, José Ricardo. *Empreendimentos Autogestionários provenientes de massas falidas: relatório final: junho de 2004* - TEM, IPEA, ANPEC. Brasília, 2005.

I Advogada, Especialista em Gestão Tributária pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestranda em Políticas Públicas de Inclusão Social pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, integrante do Grupo de Pesquisa de *Políticas Públicas e Gestão Local* da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, integrante do Grupo de Pesquisa de *Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social*, da mesma universidade.

[1] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 373.

[2] *Ibidem*, p. 375.

- [3] PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. *Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras*. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. Revista de Economia Solidária. Ano 2, nº 1, junho de 2006, p. 25.
- [4] VILLAREAL, Rene. El reencuentro Del mercado e el Estado con la sociedad: hacia una economía participativa de mercado. *Reforma y democracia*. Caracas, Clad (8): mayo, 1997, p. 183.
- [5] PUTNAM, Robert. *The civic tradicion*. Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- [6] PORTES, ALEJANDRO; LANDOLT, Patrícia. The downside of social capital. *The American Prospect*, n. 26, 1996. p.18-21.
- [7]REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O publico não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p. 408.
- [8] Ibidem, p. 429.
- [9] PUTNAM, Robert. *The civic tradicion*. Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- [10] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O publico não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p. 414..
- [11] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 376.
- [12] Ibidem, p. 376.
- [13] PAOLI, Maria Célia; TELLES, Vera da Silva. Direitos Sociais. Conflitos e negociações no Brasil contemporâneo. In: ALVAREZ, Sonia E.; DARGINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo (Orgs.). *Cultura e política os movimentos sociais latino-americanos*. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 2000.
- [14] SILVA, Op.cit., p. 377.
- [15] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 376.
- [16] Ibidem, p. 377
- [17] Ibidem, p. 377
- [18] Ibidem, p. 377

[19] NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.

[20] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p. 416.

[21] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 376.

[22] Ibidem, p. 377.

[23] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 378.

[24] NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 49.

[25] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 390.

[26] PAOLI, Maria Célia; TELLES, Vera da Silva. Direitos Sociais. Conflitos e negociações no Brasil contemporâneo. In: ALVAREZ, Sonia E.; DARGINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo (Orgs.). *Cultura e política os movimentos sociais latino-americanos*. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 2000. P. 378.

[27] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 390.

[28] Ibidem, p. 392.

[29] DI PIERRO, Maria Clara. Descentralização, focalização e parceria: uma análise das tendências nas políticas públicas de educação de jovens e adultos. *Educação e Pesquisa*, v. 21, n. 2, jul/dez. 2001. p. 331.

[30] PAOLI, Maria Célia; Empresas e responsabilidades social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2002. P. 403.

[31] PAOLI, Maria Célia; Empresas e responsabilidades social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2002, p. 404.

[32] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 400.

[33] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p. 429.

[34] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p. 429.

[35] Ibidem, p. 445.

[36] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 400.

[37] GOHN, Maria da Gloria. Conselhos gestores e participação e participação sociopolítica. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões da Nossa Época).

[38] SILVA, Op. Cit., p. 400.

[39] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 402.

[40] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p.141.

[41] TAUILE, José Ricardo. *Empreendimentos Autogestionários provenientes de massas falidas: relatório final: junho de 2004* - TEM, IPEA, ANPEC. Brasília, 2005.

[42] PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. *Revista de Economia Solidária*. Ano 2, nº 1, junho de 2006. p. 25.

[43] Ibidem, p. 25.

[44] PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. *Revista de Economia Solidária*. Ano 2, nº 1, junho de 2006, p. 26.

[45] Ibidem, p. 25.

[46] *Ibidem*, p. 25.

[47] PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. *Revista de Economia Solidária*. Ano 2, nº 1, junho de 2006. p. 25.

[48] *Ibidem*, p. 26.

[49] PICKERSGILL, Marcelo Siqueira; LIMA, Lenivaldo M. da Silva; SCHAUN, Nicolau. Em Catende Harmonia: jovens que nascem das pedras. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Governo Federal. *Revista de Economia Solidária*. Ano 2, nº 1, junho de 2006.. 27.

[50] *Ibidem*, p. 28.

[51] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 391.

[52] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p.449.

[53] SILVA, Frederico; JACCOUND, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUND, L. (org.) *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 375.

[54] REILLY, Charles A., *Op. Cit.*, p. 450.

[55] REILLY, Charles A. Redistribuição de direitos e responsabilidades – cidadania e capital social. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NURIA, Cunil Grau (org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1999, p.449.

CONTROLE DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS ESTATAIS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS*

CONTROL OF ECONOMIC POLICY BY STATE COURT OF AUDITORS

**Maria Cecília de Almeida Castro
Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de Mendonça**

RESUMO

O presente artigo pretende refletir sobre o papel do Tribunal de Contas dentro do Estado Democrático de Direito quanto ao perseguimento legal da política econômica adotada pelo Estado. O impulso de reflexão trazido com o aniversário de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos leva a revisitar a instituição que foi criada na Constituição de 1891, para examinar, revisar e julgar os atos concernentes à receita e à despesa da República. Durante décadas, mesmo durante o regime totalitário e durante a vigência das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, o controle realizado era apenas a posteriori, mediante a verificação da documentação que confirmasse o gasto com a despesa realizada e sua legalidade. A Carta Magna de 1988 ampliou a competência dos Tribunais de Contas. Hoje, a ótica da fiscalização se situa na esfera contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, devendo ser efetuada a priori, concomitante e a posteriori, verificando-se não apenas a legalidade, mas também a eficiência, economicidade e eficácia do planejamento e das políticas públicas estabelecidas. O controle também deve avaliar o cumprimento das metas previstas nos planos de governo, na execução dos programas e dos orçamentos. Para um melhor desenvolvimento do trabalho, enfocaremos a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o acompanhamento dos planos governamentais que incentivam o fomento da economia e o alcance satisfatório do índice de desenvolvimento humano da ONU, visando a um desenvolvimento sustentável conforme preconizam os princípios estabelecidos nos artigos 170, VI, 174 e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUNAL DE CONTAS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. CONTROLE. POLÍTICA ECONÔMICA ESTATAL.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the role of the Court of Auditors in the Democratic State of Law as to the legal pursuing the economic policy adopted by the government. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

thrust of reflection brought with the anniversary of 20 (twenty) years of the promulgation of the Federative Republic Constitution of Brazil in 1988 leads us to revisit the institution that was established in the Constitution of 1891, to examine, review and judge the acts concerning the recipe and the expenditure of the Republic. For decades, even during the totalitarian regime and during the term of the Constitutions of 1934, 1937, 1946 and 1967, control was achieved only after the fact, through the verification of documentation to confirm the expense of the expenditure undertaken and their legality.

The Magna Carta of 1988 expanded the jurisdiction of the Courts of Auditors. Today, the perspective of surveillance lies in the sphere accounting, financial, budgetary, operational and property and should be made a priori, concurrent and retrospective, looking for not only the legality but also the efficiency, economy and effectiveness of planning and public policies established. The control should also assess the achievement of targets set out in the plans of government in implementing programs and budgets. For better development of this article, will be focused the experience of the Court of Accounts of the State of Minas Gerais and the monitoring of government plans to encourage the promotion of economy and the satisfactory range of human development index of the UN, aimed at sustainable development as advocated the principles set out in articles 170, VI, 174 and 225 of the Federative Republic Constitution of Brazil in 1988.

KEYWORDS: COURT OF AUDITORS. CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988. CONTROL. STATE ECONOMIC POLICY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende refletir sobre o papel do Tribunal de Contas dentro do Estado Democrático de Direito quanto ao perseguimento legal da política econômica adotada pelo Estado. O aniversário de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição da República do Brasil nos leva a visitar a instituição que foi criada com a República para fiscalizar o gasto de verbas públicas e analisá-lo à luz de teorias contemporâneas que exigem do administrador o respeito ao direito fundamental do cidadão a uma boa governança.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi criado pela Constituição Mineira de 1935, embora a Constituição da República de 1891 previa a criação de um tribunal para a fiscalização das contas públicas.

É imperioso ressaltar que a Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, no capítulo que trata da organização dos poderes, e especificamente quanto à fiscalização e ao controle, preconiza, em seu art. 73, o direito fundamental da sociedade a um governo honesto, obediente à lei e eficaz.

O Tribunal de Contas da União - TCU foi criado pelo Decreto 966-A, em 07 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, tendo como atividade precípua examinar, revisar e julgar os atos concernentes à receita e à

despesa da República. A Constituição da República de 1891 previa, no art. 89, a instituição do Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Contudo, a instalação do Tribunal de Contas da União só ocorreu em 17 de janeiro de 1893. Naquela época, o controle realizado era apenas *a posteriori*, mediante a verificação da documentação que confirmasse o gasto com a despesa realizada e a sua legalidade.

A Carta Magna de 1988 ampliou a competência dos Tribunais de Contas, a saber: emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem como daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, exceto as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; prestar informações solicitadas pelo Poder Legislativo sobre fiscalização de sua competência e sobre resultados de inspeções e auditorias; aplicar as sanções previstas em lei aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; assinar prazo a órgãos e entidades para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei; sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo; representar à autoridade competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Em homenagem ao princípio da simetria concêntrica, as competências outorgadas ao TCU, aplicam-se igualmente aos demais Tribunais de Contas estaduais e municipais, dada a simetria com o modelo federal.

Hoje, a fiscalização deve ser efetuada *a priori*, verificando, por exemplo, os instrumentos de planejamento concomitantemente a realização da despesa, bem como, com análise prévia de edital de licitação e, *a posteriori*, com a verificação dos contratos, realização das obras e dos serviços prestados.

A palavra de ordem hoje na Administração Pública é o planejamento, obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado. O controle deve avaliar também o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos.

Cabe registrar o relevante papel das instituições judiciárias na defesa dos direitos fundamentais e no controle judicial de políticas públicas. Contudo, devemos resgatar e compatibilizar as iniciativas do Executivo e do Legislativo com a Constituição, a fim de adotar políticas que possam construir a democracia e a garantia dos direitos fundamentais. E é nesse contexto que o Tribunal de Contas, mediante um controle *a priori*, *a posteriori* e concomitante, poderá e deverá exercer sua competência institucional.

Para um melhor desenvolvimento do trabalho, enfocaremos a experiência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o acompanhamento dos planos governamentais que incentivam o fomento da economia e alcance satisfatório do índice de desenvolvimento humano da ONU, visando a um desenvolvimento sustentável,

conforme preconizam os princípios estabelecidos nos artigos 170, VI, 174 §1º e 225 da Constituição da República de 1988.

DESENVOLVIMENTO

Para a realização de uma releitura do papel do Tribunal de Contas dentro do Estado Democrático de Direito, é necessário ressaltar sua missão institucional prevista no art. 71 da Constituição da República de 1988, com a competência instituída para realizar análises das contas anuais e auditorias nos órgãos e entidades, fiscalizando o cumprimento dos planos plurianuais, das políticas públicas de desenvolvimento sustentável, a aplicação de recursos alocados e o cumprimento da legislação pelos gestores e entes auditados.

Para entender o controle na contemporaneidade é necessário um novo paradigma, uma visão que não deve estar fechada em livros de contabilidade, restrita aos aspectos estritamente formais. Hoje, num contexto de sociedade plural e tecnocrata, a Corte de Contas, sendo um órgão de fiscalização por excelência e com suas competências ampliadas pela Constituição da República de 1988, configura-se, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, no dever-poder de controlar e fiscalizar as ações governamentais, bem como de toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais União, Estados, Distrito Federal e Municípios respondam, ou que em nome destes assumam obrigação de natureza pecuniária.

No Brasil, Estado federal, União, Estados, Distrito Federal e Municípios praticam política econômica. Lembramos que a competência para legislar sobre o Direito Econômico é das três esferas e elas têm o poder-dever de realizar políticas econômicas e devem legislar sobre a matéria, conforme preceitua o art. 24, I e V c/c art. 30, I e II da Constituição da República.

Cabe ressaltar que um dos princípios da atividade econômica estabelecidos pela nossa Carta Magna, e previsto no art. 170, VI, é o do desenvolvimento sustentável, levando em consideração, ainda, a garantia do direito fundamental do cidadão ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, nos termos do art. 225 da Constituição de República.

Clark (2001, p.198) ao tratar do desenvolvimento nos alerta que:

Hoje, o desenvolvimento é necessariamente sustentável, ou seja, todas as ações que visem à melhoria de vida e à prosperidade individual e social devem garantir a preservação do meio ambiente (uso racional, recomposição, proteção). Não temos mais como dissociar as políticas econômicas de desenvolvimento e defesa do meio ambiente,

em face da importância deste último para o processo produtivo, bem como para a continuação das espécies, inclusive humana, no globo terrestre.

.....

Desenvolvimento também não se confunde com crescimento, porque o primeiro resulta em “desequilíbrio positivo” e o segundo, em “equilíbrio”.

É imperioso grifar que se faz necessário desenvolver uma intervenção planejada para chegar ao desenvolvimento. Nesse sentido, Clark (2001, p.148) nos ensina que:

O Texto Constitucional brasileiro de 1988, seguindo as técnicas modernas de intervenção estatal no domínio econômico, indica, apesar de não obrigar, para a realização da intervenção, que quaisquer tipos de intervenção sejam precedidas de planejamento, isto é, previstas nas Leis dos Planos. Por sinal, a Carta Magna vincula a elaboração e execução da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento à realização de metas e objetivos fixados nos Planos Plurianuais, a fim de dar coerência e racionalidade às ações estatais, devendo o mesmo se estender também ao Município (art.165 da CF).

Quanto as teorias de intervenção do Estado na Economia, Venâncio Filho adverte:

Ao analisarmos a intervenção do Estado no domínio Econômico, sob o ponto de vista jurídico, e que representa hoje em dia, em quase todos os países, objeto do Direito Público Econômico, partimos da grande divisão, proposta por Bernard Chenot, em dois grandes ramos, o ramo do Direito Regulamentar, no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do Direito Institucional, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico (VENÂNCIO FILHO, 1968, p.XVI).

Conforme salienta José Alfredo de Oliveira Baracho:

A relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é freqüente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica (BARACHO, 1983, p.11).

O magistério de Eros Grau nos ensina que:

A Constituição do Brasil, de 1988, define um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos arts. 1º e 3º, até quando enunciado no art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.

Assim, os programas de governo deste e daquele Presidente da República é que devem ser adaptadas à Constituição, e não o inverso, como se tem pretendido. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e ou normativa (GRAU, 2003, p.37).

Nesse diapasão, o Professor lusitano Joaquim José Gomes Canotilho nos alerta que:

Como produto legislativo máximo do Direito Constitucional encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro (CANOTILHO, 1994, p.151).

O art. 174 da Constituição da República estabelece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Cabe registrar que, quanto ao planejamento, a Constituição estabelece que este seja determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O §1º do art. 174 dispõe: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual importará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

A própria Carta Magna traz outros dispositivos que trata do planejamento, a saber: art. 21, IX e XVIII; 30, VIII; 43, §1º, II; 48, IV; 49, IX; 58, §2º, VI; 74, I; 84, XI; 165, §4º; 166, §1º, II.

Eros Roberto Grau, ao discorrer sobre planejamento, considera o Plano um “ato-regra” ou “ato-condição” que implica a determinação de um conjunto de normas, ou seja, de diretrizes e prioridades concernentes à execução, pelo Poder Executivo, de uma política de intervencionismo econômico e social”. (GRAU, 1971, p.228)

Clark (2001, p.191), ao conceituar plano, o define como:

O plano é um instrumento de mudança social, que deverá enfrentar as dificuldades criadas por fatos, como a conurbação, a propriedade vertical, o desemprego e a miséria. Não pode, portanto, ser apenas objeto de convencimento nas campanhas eleitorais e depois ter sua morte decretada pelos governantes, sendo luxuosamente enterrado nos modernos computadores da burocracia.

Ao discorrer sobre o planejamento e suas transformações em face das mutações que se iniciou com o Governo Roosevelt e seus programas, o Professor Washington Peluso Albino de Souza pontifica:

Os efeitos políticos, científicos e tecnológicos da Segunda Guerra Mundial, entretanto, impuseram ao mundo uma filosofia de mudanças estruturais que se contrapunha frontalmente à do conservadorismo saudosista. A partir de então, o planejamento generalizou-se, inclusive com a incumbência dessas “mutações” (SOUZA, 2005, p.378).

Quanto às estruturas tradicionais do planejamento Souza, discorre ainda:

Os Planos de diversos países ofereceram tanto o sentido conjuntural quanto o estrutural e, daí, o delicado e difícil problema jurídico das relações entre a Lei do Plano e a legislação ordinária vigente (SOUZA, 2005, p.378).

Souza (2005), ao discorrer sobre o Plano como “conteúdo” da norma de Direito Econômico, manifesta no sentido de que “o planejamento, considerado como ‘ato político de intervenção’, pode abranger os mais diversos assuntos e objetos”.

É importante enfatizar no presente trabalho o planejamento como instrumento de uso obrigatório e importante ferramenta para o Poder Público, no sentido de programar o desenvolvimento, incluindo a economia e a atividade econômica, utilizando, assim, os conteúdos normativos previstos na Lei nº 4.320, de 17 de agosto de 1964, recepcionada pela Constituição Federal, e na Lei Complementar nº 101, de 05 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. Como nos lembra Venâncio Filho, a visão do planejador é sempre prospectiva.

A Constituição da República prevê, no seu art. 21, a competência da União para a elaboração e a execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. O parágrafo 1º do art. 174 da Constituição prevê que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Cabe salientar que a referida lei nacional ainda não foi editada. É imperioso registrar que a Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgada em 1989, ao tratar do desenvolvimento econômico, prevê o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI no art. 231 e estabelece, no respectivo § 2º, os seguintes objetivos: o desenvolvimento socioeconômico integrado do Estado; a racionalização e a coordenação das ações do Governo; o incremento das atividades produtivas do Estado; a expansão social do mercado consumidor; a superação das desigualdades sociais e regionais do Estado; a expansão do mercado de trabalho; o desenvolvimento dos Municípios de escassas condições de propulsão socioeconômica e o desenvolvimento tecnológico do Estado.

A Constituição da República, quando trata das finanças públicas, prevê, no art. 165, I a III, o Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentária - LDO e Lei Orçamentária Anual - LOA.

O orçamento público, no Estado de Minas Gerais, é uma lei sujeita ao PPA, LDO e LOA, e ao PMDI, em face da Constituição desse Estado federado. Registre-se, oportunamente, que o PMDI, com prazo estabelecido de 20 anos, deve ser articulado com a LDO e a LOA, com duração de 01 (um) ano, bem como com o PPA, com duração de 04 (quatro) anos. Assim, o orçamento público, entre outros aspectos, exprime em termos financeiros a alocação dos recursos públicos. Trata-se de um instrumento de planejamento que espelha as decisões políticas, estabelecendo as ações prioritárias para atendimento das múltiplas demandas de uma sociedade plural. Devemos nos lembrar que tanto o Plano Plurianual, quanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, devem, no dizer de Norberto Bobbio, atender às necessidades de uma “sociedade real, subjacente aos governos democráticos, pluralista” (BOBBIO, 2006, p.36).

Souza (2005) nos alerta que são conhecidas as dificuldades técnicas do tratamento dos planos no sistema federalista brasileiro, especialmente diante da autonomia dos Estados Membros e dos Municípios.

Quanto ao planejamento e as leis orçamentárias, o Professor Giovani Clark, nos ensina que:

O texto constitucional brasileiro de 1988, seguindo as técnicas modernas de intervenção estatal no domínio econômico, indica, apesar de não obrigar, para a realização da intervenção, que quaisquer tipo de intervenção sejam precedidas de planejamento, isto é, previstas nas Leis dos Planos. Por sinal, a Carta Magna vincula a elaboração e execução da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento à realização das metas e objetivos fixados para os Planos Plurianuais, a fim de dar coerência e racionalidade às ações estatais, devendo o mesmo se estender também ao Município (CLARK, 2001, p.148).

Quanto ao planejamento de desenvolvimento econômico Venâncio Filho nos lembra que:

O regime do federalismo cooperativo retira a União Federal da posição de abstenção ou omissão em relação aos problemas das unidades federadas, que começaram a se acentuar por força do processo do desenvolvimento econômico, tornando-se determinadas regiões do País pólos de crescimentos e, mantendo em posição de estagnação ou mesmo declínio outras regiões. A unidade nacional não poderia se compadecer com essa posição de desequilíbrio, conservando na mesma unidade política regiões com tão grandes disparidades econômicas (VENANCIO FILHO, 1968, p.XVI).

A contribuição de controle das políticas econômicas pelos Tribunais de Contas visando ao desenvolvimento sustentável pode apontar, ainda, a ineficiência e a ineficácia das políticas implantadas recomendando sua modificação e otimização para a garantia das gerações presentes e futuras.

Quanto o desenvolvimento sustentável, Clark alerta:

O desenvolvimento sustentável não é um modelo universal imposto pela economia de mercado, aos moldes dos padrões europeus e americanos. Por isso, não temos que copiar ou imitar modelos preestabelecidos por outras nações de acordo com suas realidades, mas sim criar os nossos próprios modelos de desenvolvimento sustentável, conforme nossas condições econômicas, sociais, políticas, culturais, tecnológicas, religiosas, climáticas e geográficas (CLARK, 2001, p.172).

Ressalta-se a importância do eminente Professor Washington Albino Peluso de Souza que foi um dos que introduziu em Minas o planejamento. É interessante notar trabalho de sua lavra na década de 50, onde relatou a política minerária estabelecida naquela época, e não tão diferente de hoje.

O panorama econômico de Minas é posto em termos de predominância de exportação do minério e destruição de matas, com um anunciado e crescente aproveitamento hidroelétrico.

Tal realidade configura a fisionomia de uma “economia em perda de substância”, porém, em agressivo desafio à mudança de rumo no sentido de se evitar a destruição crescente. Sobretudo numa atividade para a qual se tornará impossível, posteriormente, qualquer política de recuperação (SOUZA, 1957, p.66).

O Estado de Minas Gerais realizou, mediante o Instituto Estadual de Florestas - IEF, o Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE do Estado, visando mapear

o Estado para que possa alcançar um desenvolvimento sustentável. Frisamos, oportunamente, que a proposta do ZEE deve ser articulada com o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado - PMDI.

O ZEE assim dispõe:

Na proposta de Zoneamento Ecológico Econômico de Minas Gerais (ZEE-MG) definiu-se que o trabalho deveria ser conduzido observando os dois eixos temáticos, critérios ecológicos e critérios sócio-econômicos, que representam a relação do homem com a natureza.

A adoção do conceito de desenvolvimento sustentável como marco de referência para a formulação do Zoneamento Ecológico Econômico estadual exigiu que se definisse um conjunto de indicadores que refletissem as relações entre crescimento econômico sustentado, melhor distribuição da renda e da riqueza, acesso aos serviços sociais, e sustentabilidade ambiental.

Na estruturação do sistema de indicadores desta dimensão da carta de potencialidade social do ZEE-MG procurou-se identificar elementos presentes nas unidades territoriais municipais abrangendo os temas trabalho, população, renda, saúde, educação, habitação e segurança e que pudessem retratar a ocupação econômica, a situação demográfica e social, a distribuição da renda e as condições de vida da população dessas unidades territoriais, afetando a sua capacidade em se constituírem espaços de mudança orientada à promoção do desenvolvimento endógeno e sustentável.

Nesta perspectiva, a adoção de políticas geradoras de emprego, renda, distributivas e/ou redistributivas e o investimento na universalização do atendimento na área social (principalmente, na educação, saúde, habitação e segurança pública) são indutores de desenvolvimento econômico e social ambientalmente sustentáveis, tornando efetivos os direitos econômicos e sociais pró-cidadania, constitucionalmente garantidos (ZEE-MG, 2006, p.88-89).

Na conclusão dos trabalhos o ZEE apontou:

Apresenta-se, pois, o Estado de Minas Gerais uma variabilidade significativa de potencialidade humana em todos os indicadores. Parafraseando Guimarães Rosa: “Minas são muitas”.

A expressão de dois tipos de padrões nos resultados obtidos para o Estado evidencia pontos de partida diferentes para ações integradas que devam levar em conta não somente os municípios para os quais foram referenciadas as bases de dados, mas sua inclusão em um conjunto integrado que constitua um ponto de partida para investigar as possibilidades de desenvolvimento, balizando ações de intervenção do poder público e dos empreendedores (ZEE-MG, 2006, p.128).

No intuito de traçar um pano de fundo da economia brasileira e mineira, visando enfocar o panorama nacional e estadual no exercício de 2007, a Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária - CAEO do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG utilizou, como subsídio para análise dos planos de governo, os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e pela Fundação João Pinheiro - FJP.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgou dados da economia brasileira nos exercícios de 2006 e 2007 da atividade econômica por setor de atividade, a saber: Agropecuária – 4,2% em 2006 e 5,3% em 2007, Indústria – 2,9% em 2006 e 4,9% em 2007, Serviços – 3,8% em 2006 e 4,7% em 2007, PIB a preços de mercado – 3,8% em 2006 e 5,4% em 2007.

Conforme apontado pela Fundação João Pinheiro - FJP, a economia brasileira apresentou crescimento homogêneo dentre os setores de atividade em 2007. A atividade agropecuária apresentou o melhor resultado em 2007, com 5,3% de crescimento, devido principalmente à lavoura, com destaque para trigo, algodão herbáceo, milho em grão, cana e soja. A atividade industrial cresceu 4,9%, para a qual contribuíram os subsetores da indústria de transformação, com 5,1%; a construção civil, eletricidade e gás, água e esgoto e limpeza urbana, cada um com crescimento de 5% e a indústria extrativa com 3%. Por fim, o setor de serviços cresceu 4,7%, com destaque para os serviços de intermediação financeira e seguros, com 13% de crescimento, seguido por serviços de informação (8%), comércio (7,6%), transporte, armazenagem e correio (4,8%), serviços imobiliários e aluguel (3,5%), outros serviços (2,3%) e administração, saúde e educação pública (0,9%).

O acompanhamento das contas anuais do Governador, realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG, se dá por meio da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado - CAEO, que examina, verifica e analisa sob a ótica contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional a legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência das políticas públicas implementadas pelo governo mineiro em cada exercício financeiro.

Registre-se, oportunamente, que o controle e o acompanhamento da equipe da CAEO é efetuado de forma contínua, concomitante à realização dos gastos públicos. Os instrumentos de planejamento - PMDI, PPA, LDO, LOA - são verificados e analisados num controle *a priori* e *a posteriori* das políticas públicas realizadas pelo Estado.

No Relatório Anual das Contas do Governador, referente ao exercício de 2007, a CAEO, ao discorrer sobre a conjuntura econômica do Estado de Minas Gerais, apontou:

No ano de 2007, verifica-se excelente desempenho da economia brasileira, gerado por vários fatores. O lento e gradual expansionismo da política monetária, iniciado ao final de 2005, produziu efeitos em 2007, com o consistente aumento do consumo. O bom

desempenho da economia mundial e dos principais parceiros comerciais e o elevado nível de preços internacionais, compensando o efeito perverso da forte valorização cambial, proporcionou ainda resultado favorável na demanda externa líquida. Os investimentos também foram elevados no exercício. A economia mineira deve acompanhar o desempenho nacional, pois se destacou em determinados setores, como o industrial, o que reflete a política econômica regional, que prima pela exatidão no diagnóstico e fomento de oportunidades e das vocações de Minas Gerais (Relatório CAEO, p.1663).

Ao tratar da economia mineira, a CAEO ressalta que:

Apesar de as grandes diretrizes da política econômica serem traçadas pelo governo federal, em especial, as contidas nas políticas monetária, fiscal e cambial e ainda submetidas às mesmas oscilações e tendências da economia mundial, há muito espaço para atuação dos governos estaduais, principalmente em políticas setoriais de fomento, estas efetivamente implementadas pelo Governo de Minas Gerais.

Em Minas Gerais, o Plano Plurianual de Ação Governamental (PPAG 2004/2007), instituído pela Lei 15.033, de 20/1/04 e, para o exercício de 2007, revisto pela Lei 16.681, de 10/1/07, mantém em operação a Gestão Estratégica dos Recursos e Ações do Estado – GERAES, com sua carteira de trinta e cinco programas estruturadores, aglutinados por objetivo prioritário, dentre os quais citam-se os seguintes, como destaque de política econômica setorial regional:

- Fomento Inovador ao Desenvolvimento Econômico;
- Provisão de Infra-estrutura com Ênfase na Malha Rodoviária e no Saneamento Básico;
- Viabilização de Novas Formas de Financiamento e Empreendimentos Públicos;
- Contribuição para Geração de Empregos.

Tais programas estruturadores visam à efetivação dos objetivos e metas contidos no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI, instituído pela Lei 15.032, de 20/1/04 e atualizado pela Lei 17.007, de 28/9/07. No que se refere especificamente a crescimento econômico, o desempenho mineiro em 2007 deve estar em torno da projeção de 5 a 6% contida no Cenário I do PMDI, denominado “Conquista do Melhor Futuro” (Relatório CAEO, p.1670 e 1671).

Quanto ao acompanhamento dos programas de governo do Estado de Minas Gerais, referente ao exercício de 2007, o relatório técnico da CAEO apontou dados discriminados por objetivos prioritários. Aqui cabe destacar o “Fomento Inovador ao Desenvolvimento Econômico” e a política econômica mineira na agropecuária, bem

como os gastos efetuados com o setor. Registre-se, oportunamente, que o crédito autorizado destinado à agropecuária foi de R\$ 1.042.286,00 (um milhão, quarenta e dois mil, duzentos e oitenta e seis reais); a despesa realizada R\$ 1.038.247,75 (um milhão, trinta e oito mil, duzentos e quarenta e sete reais e setenta e cinco centavos), tendo a análise vertical apontado o percentual de 99,61% (Relatório CAEO, p.1689).

Cabe registrar que a CAEO, ao analisar os planos de governo, destacou os programas com média de execução física abaixo de 60% da meta prevista para o exercício de 2007 e, dentre eles, consta o “Programa de Fomento a Produção Agropecuária”, na função “Agricultura”, que teve uma média de execução física com percentual de 30,00%, bem abaixo da estimativa inicial e média da execução financeira com percentual 99,61%. Registre-se, ainda, que o referido programa não permaneceu em 2008, sendo substituído por outro já existente para implementar a política de promoção do desenvolvimento sustentável do agronegócio e do meio rural do Estado.

Registre-se, por fim, que, agora como membro integrante da CAEO, estamos acompanhando o referido programa no exercício de 2008. Ressalta-se o papel fundamental da CAEO não só para a verificação dos resultados alcançados, como também, numa ação preventiva, de recomendar o alinhamento de indicadores, metas e resultados, aplicação de recursos orçamentários e financeiros, para a correção de falhas detectadas durante o exercício.

CONCLUSÕES

Como conclusão, foi examinada, em sínteses apertadíssimas, a questão do controle pelo Tribunal de Contas das políticas econômicas estabelecidas pelo Executivo e do Legislativo, no sentido de verificar a sua adequabilidade com os planos e o desenvolvimento sustentável.

Cabe ressaltar o movimento de judicialização das Políticas Públicas e o papel do Poder Judiciário na função de efetivação do texto constitucional. Caso haja a ineficiência e ineficácia das políticas implementadas, cabe ao Poder Judiciário, mediante provocação, impor correções à política econômica ou fazer com que ela seja efetivamente aplicada.

Nossa intenção, neste trabalho, é demonstrar que, através da otimização do controle preventivo e o acompanhamento concomitante das políticas públicas pelo Tribunal de Contas, possamos, de certa forma, inverter um pouco esse movimento de judicialização das políticas públicas.

O Tribunal de Contas contemporâneo exige do órgão postura de vanguarda, uma visão de futuro, onde se deve prever o gasto público para que seja eficiente, eficaz, para proporcionar a melhoria do desempenho da gestão pública no que tange à gestão dos recursos públicos, à aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Quanto ao seu papel institucional, o Tribunal de Contas deve, ainda, analisar e realizar um prognóstico

da administração pública municipal e estadual, levando em consideração as políticas econômicas para um desenvolvimento sustentável.

Há que se registrar um protocolo de intenções entre o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG e a Assembléia Legislativa do Estado – ALEMG para acompanhamento das políticas estaduais. Alguns membros da equipe da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária – CAEO do TCE-MG participaram do “Seminário Minas de Minas” promovido pela ALEMG, para elaboração de Política Minerária no Estado. A CAEO participou, também, de audiência pública da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO. Nesse sentido, acreditamos que uma maior participação da sociedade e dos órgãos de controle poderá aprimorar e otimizar não só a política econômica adotada no Estado, mas as políticas públicas de um modo geral. A Corte de Contas tem um papel fundamental de verificar e auferir o que foi estabelecido no PMDI e sua articulação com o PPA, LDO e LOA, no sentido de aprimoramento do controle e de concretização das políticas públicas propostas nos planos governamentais.

É importante lembrar o art. 73 da Constituição do Estado de Minas Gerais que preconiza: “A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz”. O cidadão tem o direito fundamental a uma boa administração; portanto, devemos otimizar o controle e possibilitar a eficiência na Administração Pública num combate veemente e sistemático à corrupção e ao desvio de verbas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução.** Belo Horizonte: Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 19,1983. P.11.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** São Paulo: editora Paz e Terra, 2006, p.36.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Coimbra: Coimbra editora, 1994. P.151.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 92-198.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1971. p.228.

..... **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 37

MACHADO, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada**. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA, Alfredo José de. Et al. **Tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.p.378.

..... **Perspectivas atuais da economia mineira**. Belo Horizonte: Imprensa Universitária, 1957, P.66.

..... **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002,p.126.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas serviço de publicações, 1998, XVI; p. 305; 334.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS*

PUBLIC POLICIES AS MODELS OF MATERIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

**Juliana Raquel Cavalhieri
Ednilson Donisete Machado**

RESUMO

O presente artigo objetivou refletir o papel das políticas públicas como implementadoras de direitos sociais. Para isso foram analisados os direitos fundamentais recepcionados pela atual Constituição Federal, o conteúdo dos direitos sociais e o seu aspecto positivo que se caracteriza por implementar as prestações sociais pelo Estado à sociedade. Foram analisadas, ainda, as políticas públicas como instrumentos de concretização das normas constitucionais sociais, e o problema de sua eficácia, tendo em vista que muitos ainda as interpretam como sendo apenas dispositivos programáticos. Por final, foi examinada a possibilidade do controle judicial na execução de políticas públicas, quando não implementadas pelo Poder Executivo. Nesta análise foram avaliadas as questões da reserva do possível e do mínimo existencial, demonstrando a necessidade de sua priorização, em virtude de concretizar o princípio da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS. POLÍTICAS PÚBLICAS. EFICÁCIA. CONTROLE JUDICIAL.

ABSTRACT

This article had in view to reflect the role of public policies as implementers of social rights. For that we analyzed the fundamental rights presents in the current Federal Constitution, the content of social rights and their positive aspect characterized by implementing state's social benefits to society. Were also analyzed the public policies as instruments implementation of social constitutional's rules, and the problem of its efficacy bearing in mind that many still interpret them simply as programmatic stipulation. Finally, the possibility of judicial control in the implementation of public policies, if not implemented by the Executive, was examined. In this analysis were evaluated the issues of the "reserve of possible" and the "existential minimum", demonstrating the need for their prioritization in order to realizing the human dignity's principle.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS. PUBLIC POLICIES. EFFICACY. JUDICIAL CONTROL

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu os Direitos Fundamentais para proteger os direitos de liberdade, igualdade e solidariedade do homem. Os direitos fundamentais sociais são os responsáveis em promover a igualdade entre as pessoas, tendo em vista que são direitos de prestação, cuja obrigação de realização é do Estado.

Entretanto, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, ou seja, atitudes positivas e diligentes do mesmo, seriam instrumentos capazes de dar efetividade aos direitos sociais?

Acredita-se que o problema da implementação dos direitos sociais está relacionado à falta de políticas públicas que deveriam ser promovidas pelo Poder Executivo. Isso acontece, porque os direitos sociais fundamentais ainda são interpretados como normas programáticas sem eficácia.

Entretanto os direitos sociais devem ser interpretados como normas de aplicabilidade direta e implementados por meio de políticas públicas pela administração pública, sob pena de revisão judicial.

Com o objetivo de comprovar essas afirmações, é que se propõe uma análise sobre as dificuldades apontadas, em que cada uma delas serão examinadas individualmente, mediante posições doutrinárias contemporâneas, a fim de se demonstrar a possibilidade de concretização dos mencionados direitos.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Os direitos fundamentais se fundem com a própria noção de Estado Democrático de Direito, a doutrina, baseando-se nos históricos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, passou a classificar esses direitos em "gerações".

Embora uma pequena parte da doutrina repudie essa terminologia, sob a argumentação de que "o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais", a classificação dos direitos fundamentais em gerações expõe as diversas transformações de conteúdo, alcance e efetividade percebidas durante todo o seu processo histórico.

Os direitos fundamentais de primeira geração, originados basicamente pela influência dos ideais iluministas dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, inauguram o período de reconhecimento da liberdade dos indivíduos frente ao Estado. Por esse motivo, costumam ser definidos como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Integram os direitos de primeira geração os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade (BONAVIDES, 1998, p. 516).

Os direitos de segunda geração, originados no século XIX em virtude dos relevantes problemas sociais e econômicos que acompanharam o processo de industrialização, apresentam-se como uma dimensão positiva do Estado no intuito de patrocinar um "bem-estar social". Caracterizam-se por impor aos indivíduos direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. No século XX, de modo especial após a Segunda Guerra, esses direitos fundamentais acabaram por ser consagrados em várias constituições e tratados internacionais.

Por sua vez, os direitos de terceira geração, comumente chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, focalizam a sociedade como um todo, voltados à essência do ser humano, sua razão de existir a essência da humanidade, desvinculando-se da figura do homem como indivíduo e assumindo, portanto, uma dimensão coletiva ou difusa. A proteção do meio-ambiente e do patrimônio histórico, a paz dos povos e a sua qualidade de vida são freqüentemente citadas como exemplos de direitos fundamentais de terceira geração.

Além dessas gerações, segundo Bonavides (1998, p.524) há autores que cogitam a existência de uma quarta geração, traduzida em Direitos como à democracia, à informação e ao pluralismo.

Outro fato importante a ressaltar é quanto à influência dos Direitos Humanos sobre os direitos fundamentais. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem criada em 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX.

Paulo Bonavides (1998, p. 577) ensina que “a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito a dignidade do ser humano.

A verdade é que por meio dos ideais pregados na Declaração é que surgiram Constituições e Tratados Internacionais, onde os países signatários da Carta procuram cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

Assim, os direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana.

É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição e estabelece cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais,

que são conhecidos como: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

2. CONTEÚDO DOS DIREITOS SOCIAIS

Entretanto, para o presente estudo, a relevância da classificação apresentada encontra-se notadamente nos direitos fundamentais de segunda geração, onde estão incluídos, juntamente com os direitos econômicos e culturais os direitos sociais.

Antes de conceituar os direitos sociais, é importante informar que a ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores (LUÑO, 1997, p.124).

Dessa forma, a Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais, capítulo II do título II e bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social - título VIII. Entretanto, não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O próprio art.6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (VADE MECUM, 2008).

No entendimento de Moraes (2006, p. 177), os direitos sociais podem ser conceituados como:

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”

De acordo com a doutrina tradicional, os direitos sociais são típicos exemplos de direitos de prestação (direitos fundamentais de segunda geração).

Porém, embora possam apresentar em sua grande maioria uma noção de direitos de prestação, reclamando uma postura ativa do Estado, os direitos sociais vão além dessa classificação para também incluir em seu bojo as chamadas "liberdades sociais", de cunho eminentemente negativo ou de defesa. É o que aponta Sarlet (2001, p.202.):

[...] percebe-se, com facilidade, que vários destes direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade,

reconduzidos ao grupo de direitos de defesa, como ocorre como direito de greve (art. 9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental

Desta forma, os direitos fundamentais sociais não se restringem a uma dimensão positiva e prestacional do Estado, não sendo correto afirmar, portanto, que todo direito social corresponde a um direito de prestação e, tampouco, que todo direito de prestação equivale a um direito social.

Esclarecida essa questão e delimitando o presente estudo unicamente no aspecto positivo e prestacional dos direitos sociais, pode-se afirmar que essa categoria de direitos fundamentais possui ampla conexão com o direito de igualdade, valendo como pressuposto de gozo de direitos individuais, na medida em que cria condições materiais favoráveis à aquisição da igualdade real e da própria liberdade.

Assim, os direitos sociais são considerados fatores de implementação da justiça social, uma vez que se encontram vinculados à efetivação de atitudes positivas por parte do Estado.

Chega-se, neste ponto, na questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, amplamente discutida pela doutrina de vanguarda.

3. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Brasileira de 1988, ao prever direitos sociais a todos os cidadãos, de modo universal e sem qualquer distinção, bem como os princípios que regem a atividade econômica, reconhece de forma ampla e expressa que as políticas públicas passaram a ser instrumentos indispensáveis para a concretização destes direitos.

Isso se diz porque, como já ficou esclarecido, os direitos sociais exigem do Estado uma postura diversa da dispensada aos direitos de *status negativos*. Essa postura inclui a necessidade de ampliação dos serviços públicos para dar efetividade às políticas públicas concretizadoras de tais direitos.

A importância das políticas públicas para a implementação dos direitos sociais é lembrada por Sarlet (2001, p.264-266), que destaca que a realização desses direitos depende da disponibilidade de meios, bem como - em muitos casos - da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera sócio-econômica.

Partindo da idéia de que a política pública é instrumento de concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, bem como das demais normas jurídicas infraconstitucionais regulamentadoras desses direitos, é que se tentará apresentar um conceito a seu respeito que norteará as outras linhas deste capítulo.

O Estado Social, diferentemente do Estado Liberal, legitima-se pela realização de políticas, ou seja, de programas de ação e não só pela produção do direito (BONAVIDES, 1998, p. 518).

Este modelo de Estado espera a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, em especial os direitos sociais, por meio da atuação do próprio Estado, que acaba recorrendo às políticas públicas.

A atual Constituição Federal definiu as bases jurídicas de cada uma das políticas públicas sociais, estabelecendo as principais regras, objetivos, diretrizes e princípios a serem observados na sua regulamentação e na sua execução.

Dessa forma, Lopes (1998, p.32) informa que existem vários tipos de políticas públicas, quais sejam, o das políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (saúde, educação, segurança, justiça, etc), das políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc), das políticas de fomento (créditos, incentivos, desenvolvimento industrial, etc), das reformas de base (reforma urbana, agrária, etc), das políticas de estabilização monetária.

Todas estas espécies de políticas têm como objetivo final em comum o de alcançar uma satisfatória concretização daqueles direitos em favor de toda a comunidade, trazendo uma melhoria de vida a todos os seus membros, atingindo-os indiretamente de forma individualizada.

Nesta mesma linha de raciocínio tem as lições de Dworkin (2002, p.32) que entende que a política “[...] é aquele tipo de padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Assim, a política pública tem como intenção atingir o coletivo, a população em geral, a pretensão de ser uma ação que tenha como meta assegurar a concretização dos direitos de todos os cidadãos contemplados constitucionalmente, melhorando suas condições de vida.

E, por fim a política pública precisa ser uma ação que vise à igualdade de tratamento de todos os indivíduos, ou seja, não apenas de um grupo específico, bem como à impessoalidade e à universalidade.

Isso ocorre porque a política pública deve se estender a todos os contemplados constitucionalmente, devendo sempre se sobrepor aos interesses particulares, pois o que se visa é o interesse da coletividade.

Portanto, a política pública, na prática, é o resultado do exercício dos atos administrativos e dos atos praticados por terceiros. Esse resultado, por sua vez, para que atenda a essência da política pública, deve ser capaz de melhorar as condições de vida das pessoas.

3.1 A FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal, ao prever direitos sociais outorgados a todos os cidadãos, de modo universal e sem qualquer distinção, bem como os princípios que regem a atividade econômica, estabelece que o conteúdo da política pública dependerá de uma ação política, tradicionalmente vinculada às instituições formais de democracia representativa, qual seja, Executivo e Legislativo.

Partindo deste pressuposto, pode-se dizer que são os Poderes Executivo e Legislativo, os quais foram eleitos como representantes do povo, por meio do sufrágio universal, que dão início ao processo de formulação dessas políticas.

Estes representantes irão definir suas prioridades governamentais em relação à satisfação de determinado direito social, iniciando o processo de formulação de uma política pública que, posteriormente, será colocada em prática na sua fase da execução.

Cabe ao Poder Executivo a iniciativa das leis que estabelecem o plano plurianual, as diretrizes e bases orçamentárias e os orçamentos anuais. Já o Poder Legislativo está incumbido da aprovação dessas leis e, conseqüentemente do seu exame e da sua discussão, podendo propor emendas à proposta inicial.

As fases de formulação e execução, apesar de se entrelaçarem, possuem aspectos específicos e particulares, motivo pelo qual serão apresentados conceitos e aspectos para melhor compreendê-las.

O processo de formulação da política pública normalmente se inicia com a edição de leis infraconstitucionais, por meio de projetos de lei, os quais serão elaborados, na maioria das vezes, pelo Poder Executivo e levados para aprovação do Poder Legislativo.

Nesta fase as duas funções irão atuar de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, por via do seu poder discricionário político para escolha dos direitos sociais a se implementar.

Segundo Appio (2007, p.106-107), existem dois tipos de poder discricionário, um seria o administrativo e outro o político, não podendo ser confundidos, na medida em que a função administrativa é uma coisa e função de governo outra. Para este mesmo autor: “a primeira (função administrativa) assume como vocação executar as políticas traçadas por esta última (função política), sendo, portanto, meramente instrumental”.

Portanto, na formulação das políticas públicas, vigora a discricionariedade política dos dois poderes, onde eles terão a liberdade de elaborar o conteúdo legal conforme as necessidades da população e o melhor momento para implementá-las.

Nesse contexto, é de fundamental importância que o legislador, assim como o administrador, ao regulamentar as políticas públicas, colha todas as informações a respeito das circunstâncias envolvidas no problema que se pretende resolver e a respeito da realidade que se pretende transformar.

Portanto, as políticas públicas, por se tratarem de planejamento, devem analisar os aspectos do problema a ser solucionado, caso não sejam estudadas todas as

possibilidades técnicas e políticas existentes para a questão; as decisões a respeito de uma política pública serão apenas um amontoado de intenções sobre a solução do problema expressa na forma de determinações legais.

Para o sucesso de uma política pública também é necessário previsão de recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas a serem realizadas, pois é no estágio da execução da política pública que serão liberados os recursos orçamentários necessários para sua concretização.

Depois de estabelecidos, ao menos provisoriamente, os principais objetivos de uma política pública e previstos os recursos orçamentários para a sua concretização, resta conhecer a próxima etapa que é da execução destas políticas.

3.2 A execução das políticas públicas

Pode-se afirmar que a fase de execução, muitas vezes, acaba sendo uma continuação da fase de formulação.

Segundo Appio (2007, p.167), a execução das políticas públicas foi imposta ao Poder Executivo, conforme expressa: “A prática de atos administrativos que incumbe ao Poder Executivo, uma vez que o constituinte de 1988 previu, no art. 84, II, que incumbe ao Poder Executivo o exercício das atividades inerentes à Administração Pública”.

Convém mencionar os ensinamentos de Bucci (2002, p.266) os quais completam que a execução da política pública “[...] compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa”.

Pode-se dizer que, na fase da execução das políticas públicas, pode ser necessária a edição de leis específicas que regulamentem certos aspectos ainda pendentes, a edição de atos administrativos normativos, como decretos, portarias e resoluções. Também será imprescindível a realização de licitações e contratos administrativos. Pode ser necessária, ainda, a contratação de agentes públicos, ou seja, a reestruturação de determinados setores do serviço público.

Em razão disso, a atividade financeira também é essencial à concretização das políticas públicas, pois, sem liberação de recursos, não se realizarão atos materiais onerosos, ou seja, não podem ser realizados empenhos, liquidações e pagamentos necessários à garantia da concretização das políticas públicas.

Não se pode perder de vista que todos esses atos, praticados na fase da execução da política pública, deverão visar à realização dos objetivos definidos na fase de sua formulação, ou revistos na própria fase de execução.

A realização dos atos jurídicos acima mencionados, no entanto, é só uma parcela da atividade de execução da política pública, pois essa fase compreende um contínuo

processo de interação e negociação ao longo do tempo, entre aqueles que querem colocar uma política para funcionar e aqueles de quem este funcionamento depende.

Esse processo de negociação é necessário porque, como já abordado, a concretização dos direitos sociais exige mudanças sociais e, também, a transformação da realidade existente. A obtenção dos fins almejados por uma política pública exige uma intervenção ativa dos agentes estatais, intervenção que precisa ser contínua, ou seja, precisa prolongar-se no tempo. Essa intervenção estatal deve ser capaz de remover barreiras sociais e econômicas para possibilitar a ocorrência das mudanças sociais.

Nesse caso pode-se falar em discricionariedade administrativa a cargo do administrador, pois conforme salienta Mello (2004, p.845), por discricionariedade administrativa entende-se que:

Ocorre quando a disciplina legal faz remanescer em proveito do administrador certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação sem manietar o administrador.

Portanto o administrador terá a liberdade de definir o melhor momento para a realização dos objetivos definidos na fase de sua formulação e a forma como concretizá-las, de acordo com os seus critérios de conveniência e oportunidade, respeitando-se sempre os princípios norteadores da administração pública (art. 37 da CF/88).

Os aspectos das políticas públicas nos itens anteriores revelam o seu complexo mundo. Essa complexidade, conseqüentemente, influenciará na efetividade dos direitos sociais e marcará o estudo do controle judicial das políticas públicas, que será iniciado nos próximos itens.

3.3 O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS SOCIAIS

Para que seja identificado o problema da efetividade das políticas sociais, é necessário analisar a estrutura normativa das normas jurídicas, em especial daquelas que reconhecem os direitos sociais, bem como as dificuldades verificadas no exercício de sua atividade interpretativa.

As políticas sociais possuem diversas normas jurídicas que as regulamentam, sendo elas normas constitucionais e infraconstitucionais. Essas normas que reconhecem os direitos sociais possuem uma estrutura própria.

Analisando a atual Constituição, pode-se dizer que os direitos sociais foram reconhecidos por ela de forma ampla, aberta e indeterminada, pois, para que estas sejam concretizadas, é necessário que elas estejam em harmonia com outros princípios e reconhecidas como normas de aplicabilidade imediata pelos governantes eleitos.

Dessa forma, na tarefa de reconhecer os direitos sociais, a Carta Magna fez uso de princípios de justiça, de normas programáticas - por via de políticas públicas - estando sujeitas à subordinação de leis posteriores que as regulamentem.

Partindo dessa premissa, torna-se importante analisar os principais aspectos jurídicos que envolvem os princípios, as normas programáticas e a sua eficácia.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que os princípios e as políticas atuam diferentemente das regras. De acordo com Dworkin (2002, p. 39), “as regras são aplicáveis da maneira do tudo ou nada”, ou seja, a regra estipulada é válida e a resposta que ela fornece deve ser aceita.

Já os princípios, para Dworkin (2002, p.41-42), conduzem o argumento em certa direção, mas ainda assim requerem uma decisão particular, porque muitas vezes os princípios se inter cruzam e, então, será necessário levar em conta a força relativa de cada um dos princípios para a solução do caso concreto, ou seja, realizar uma ponderação entre os princípios que regulamentem o assunto.

Na prática a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio - como informado pelo próprio autor - podendo ser confundidos.

Já com relação às normas programáticas, a dificuldade está voltada quanto a sua eficácia.

De salientar que a eficácia é a possibilidade de qualquer norma gerar efeitos. Neste liame, estaria relacionada ao potencial da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina (2003, p.223):

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de - na medida de sua aplicabilidade - gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação.

Assim, a doutrina italiana classificou as normas sociais como programáticas, por entender que a aplicabilidade delas seria mediata, por serem normas que contemplariam programas políticos futuros não vinculantes.

A respeito das normas programáticas, José Afonso da Silva (1998, p.138) afirma:

[...] são normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

O mesmo autor entende que as normas programáticas possuem eficácia, já que, uma vez reconhecidas constitucionalmente, não podem ter valor diverso dos demais dispositivos constitucionais, porém necessitando da implementação por via dos Órgãos do Estado.

Paulo Bonavides (1998, p.248), ao mencionar que as normas ditas programáticas, atualmente, não podem ser entendidas como simples “programas, declarações e promessas”.

Dessa forma, a eficácia das normas sociais está atrelada a interpretação que deverá ser dada à elas pelo governante eleito, que deverá reconhecê-las como sendo de aplicabilidade imediata, conforme determinado no art. 5º, § 1º, da Constituição, no entender do mesmo autor.

Apesar da existência de controvérsia doutrinária sobre o alcance desse dispositivo, que entendem que a referida aplicabilidade não estende a todos os direitos fundamentais.

Novamente recorrendo à lição de Ingo W. Sarlet (2003, p. 248), seu entendimento é no sentido de que o § 1º não é restritivo, o que podem defender alguns doutrinadores devido à situação de sua localização no dispositivo.

Entretanto, defende o autor citado, que mesmo por uma interpretação literal, a norma abrange todo o Título II da Constituição, cuja epígrafe é “Dos direitos e garantias fundamentais”, assim como formulado no dispositivo ora analisado: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (VADEMECUM, 2008).

Além disso, o mesmo autor sustenta (2003, p.248) que também se pode adotar uma interpretação sistemática e teleológica, chegando ao mesmo resultado, ou seja, de que o legislador constituinte não pretendeu excluir os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais (esses no art. 6º. da Constituição) do âmbito do § 1º, do art. 5º.

Portanto, esta dificuldade apontada pode ser superada, uma vez que, atualmente, a corrente majoritária vem consolidando o entendimento de que as normas que consagram direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, abrangidas pelo art. 5º, § 1º, da Constituição, tendo aplicabilidade ou eficácia imediata.

Portanto, a forma como os direitos sociais são efetivados está diretamente relacionado com a dificuldade envolvida em sua interpretação.

Isso ocorre porque ainda se entende que os direitos sociais se apresentam como normas programáticas que se utilizam de princípios que exigem avaliações de natureza moral pelos agentes do Poder Legislativo e Executivo, embora não possam ser meras

promessas. Portanto é preciso que haja uma interpretação, por estes governantes, de forma a recepcionar os direitos como sendo de eficácia imediata, a fim de que estes possam ser efetivados.

4. CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a discussão em torno da possibilidade do Chefe da Função Executiva ser compelido, por força de decisão judicial, a dar cumprimento às políticas públicas constitucionais vinculativas.

Por conta disso a atuação do juiz nesse campo é complexa. Assim o grande questionamento que se faz está relacionado ao magistrado, por decisão judicial, autorizar a efetivação de um direito social. Estaria ele a administrar, a exercer função do Poder Executivo? Em outras palavras, estaria ferindo o princípio da separação de poderes?

A dificuldade que se coloca à atuação judicial para concretização de direitos sociais é a questão da legitimidade do Poder Judiciário em áreas reservadas ao administrador e ao legislador, sob pena de quebra do princípio democrático, por meio do qual a maioria governa ou se cria um Super Poder.

Clémerson Merlin Clève (2006, p.35) analisa o problema: “Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderia dispor sobre o que e o como da atuação estatal”.

Entretanto, o mesmo autor (CLÈVE, 2006, p.36) informa que a democracia não é simplesmente governo da maioria. E aduz que o Poder Judiciário é uma espécie de delegado do Poder Constituinte e a democracia reclama sua atuação.

Desta forma, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio para que o juiz, comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais sociais, não ultrapasse certos limites que possam colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito, mas que isso também não seja empecilho à atuação judicial.

Pode-se afirmar que o ponto de equilíbrio seria a análise judicial da atuação administrativa, observando se esta atuação obedeceu aos princípios do interesse público (supremacia do interesse da coletividade) e da legalidade (atuação do administrador de acordo com o permitido em lei).

Em outros termos, por meio do [1]princípio da proporcionalidade e razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido

substancial, como um mecanismo de controle valorativo da atuação do Estado e seus agentes, quando não respeitados.

Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, pois pretende impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com a sua participação.

Partindo deste mesmo raciocínio, manifestou-se Lopes Júnior (apud FREIRE, 2005, p.58), afirmando que:

O juiz tem uma nova posição dentro do Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais baseada na democracia substancial.

Segundo o seu entendimento, é preciso uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando sempre preservar a constituição de políticas públicas indevidas ou de sua falta.

Assim, os legitimados ao uso da tutela jurisdicional podem zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia.

É possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva visa a implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129, III c/c art. LACP).

Tal linha de argumentação traz à baila o conceito de “ativismo judicial”, segundo o qual ao Poder Judiciário mostra-se possível uma postura mais presente e eficaz no que diz respeito à garantia dos direitos sociais.

Assim, sempre que junto ao Poder Judiciário for deduzida pretensão relacionada à efetiva implementação de políticas públicas “específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas” (AUTRAN, 2008). O Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

Após essa fundamentação geral a favor da legitimidade do controle judicial, resta saber como será realizado o cumprimento judicial, tendo em vista a existência da lei orçamentária anual que é o documento responsável para autorizar as despesas previstas nele.

5. A LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL E A QUESTÃO DOS CRÉDITOS ADICIONAIS

À guisa de melhor esclarecer as regras de abertura dos créditos adicionais, Appio (2005, p.180) ensina que o Poder Executivo estará autorizado a realizá-la de dois modos, sendo mediante:

1) Abertura automática da verba suplementar, sem a necessidade de alteração da lei orçamentária anual ou autorização do Poder Legislativo, desde que obedeça ao percentual incidente sobre a reserva de contingência prevista na Lei Orçamentária vigente.

2) Atendimento de sentenças judiciais já transitadas em julgado, ficando o administrador autorizado para abertura de créditos adicionais, sem percentual definido, desde que a verba necessária decorra do excesso da arrecadação e anulação de despesa ou da reserva de contingência.

Assim, quando o Poder Judiciário reconhecer a omissão pelo Poder Executivo a respeito de determinada política pública, socialmente necessária e constitucionalmente ou em lei exigida, deverá indicar por meio do seu provimento judicial a inclusão da despesa na Lei Orçamentária vigente ou dos anos subseqüentes caso ela seja de caráter continuado.

De se afirmar que existem regras para inclusão de despesas, previstas ou previstas de forma insuficiente, na Lei Orçamentária.

Como já comentado nos sub-capítulos anteriores, o administrador sempre ficará limitado a utilizar os recursos públicos destinados a fazer frente a estas despesas de natureza emergencial, conforme determina a lei responsabilidade fiscal. Os valores deverão sair da chamada reserva de contingência, que segundo informações do Senado Federal seriam:

Valores reservados para situações específicas em circunstâncias adversas ou diferenciadas das previstas. Deve estar prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, para o atendimento a passivos contingentes e outros eventos imprevistos, bem como nas medidas de compensação a renúncias de receita e no aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado (mais de dois anos). Fazem parte ainda dos anexos do orçamento as contas do Banco Central do Brasil.

Dessa forma a reserva de contingência seria uma autorização prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais (entenda-os como sendo suplementares, especiais e extraordinários, conforme previstos no art. 41 da Lei 4.320/1964).

Analisando essas informações, pode-se concluir que a lei Orçamentária vigente sempre estabelecerá a forma como deverá ser realizada a abertura do crédito adicional pelo administrador.

Importante ressaltar que o Chefe do Poder Executivo deverá obedecer a essas formalidades legais, sob pena de sofrer sanções pessoais, nos termos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, art. 73).

No tocante às despesas resultantes de decisões judiciais elas podem ser de natureza provisória - que não esteja encartada em sentença transitada em julgado (liminares) ou definitiva - quando já transitada em julgado.

Assim as despesas decorrentes de sentenças transitadas em julgado poderão desde logo ser executadas, sem ser necessária a alteração da lei orçamentária anual vigente no ano do trânsito em julgado. Elas dependerão da existência de verba disponível decorrente do excesso de arrecadação ou da reserva de contingência e, para os anos subseqüentes, deverão integrar o projeto de lei orçamentária anual a ser elaborado pela função Executiva.

Já com relação às despesas de natureza provisória, elas incidirão automaticamente sobre a reserva de contingência, desde que respeitado o percentual permitido na Lei Orçamentária vigente.

Convém destacar que as despesas já aprovadas na Lei Orçamentária pelo Poder Legislativo jamais poderão ser anuladas por força de uma decisão judicial como forma de cumprimento da obrigação imposta.

O argumento utilizado é de que a decisão judicial poderá ser cumprida sem comprometer a independência entre os poderes da República, utilizando créditos já abertos em favor do Poder Executivo na Lei Orçamentária Anual (APPIO, 2005, p.181).

Por fim a problemática do assunto gira em torno das decisões judiciais que determinam a realização de despesas que não se encontram previstas na lei orçamentária e para as quais o Poder Executivo alega a chamada “reserva do possível”.

6. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADORA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O orçamento é o instrumento utilizado pelo Estado para definir as receitas e fixar as despesas que serão efetuadas em determinado período de tempo.

A iniciativa para a elaboração da Lei Orçamentária é do Poder Executivo que deverá obedecer aos princípios de unidade, universalidade e anualidade, conforme determina o artigo 2º, da lei federal nº 4.320/64. Esta Lei, embora aprovada na origem como lei ordinária, foi recepcionada materialmente como lei complementar, em virtude do disposto no artigo 163, da Constituição Federal.

A efetividade dos direitos sociais prestacionais está vinculada a Lei Orçamentária, por exigir que estejam incluídos nela.

Dessa forma, considerando que a capacidade do Estado como ordenador de despesas encontra limites na escassez de recursos, passou-se a sustentar que as políticas públicas estariam condicionadas ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

Trata-se de um conceito oriundo da Alemanha, baseado em uma decisão da Corte Constitucional Federal, no famoso julgamento mencionado na BverfGE (coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 33, S. 333, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com fundamento na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão (SARLET, 2003, p.264-266).

No julgamento da lide em análise, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Sobre a decisão Sarlet (2003, p.264-266) se manifestou:

[...] versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou a jurisprudência alemã no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.

O entendimento da Corte Constitucional Alemã é de que a viabilização dos direitos sociais por meio de execução de políticas públicas, está condicionada à existência de recursos materiais disponíveis para tal, sendo que o Estado, apesar de obrigado a cumprir as normas assecuratórias de prestações sociais, poderá se eximir da obrigação em virtude de impossibilidades materiais devidamente comprovadas.

A doutrina brasileira, dentre a qual se pode destacar a de Américo Bedê Freire Junior (2005, p.73), compreende que a reserva do possível está ligada a duas situações que envolvem tanto o aspecto fático quanto o jurídico.

Ana Paula de Barcelos (2002, p.236), ensina que a reserva do possível numa versão fática estaria relacionada ao fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis pelo Estado, diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas, havendo um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Já no aspecto jurídico, a reserva do possível estaria limitada à previsão de dotação orçamentária como forma a dar cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas.

Portanto, a reserva do possível é tese bastante utilizada no Brasil, como forma de justificar a omissão pelo Estado na implementação de políticas públicas. O Estado, quando submetido ao controle judicial, usa como argumento a escassez de recursos financeiros para atender todas as necessidades da população, com o objetivo de se eximir de qualquer condenação.

Todavia este argumento num debate judicial deve ser analisado com cautela, pois a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana constitui elemento central de qualquer instrumento jurídico democrático, fundindo-se com os próprios conceitos de liberdade e igualdade que embasaram o surgimento dos direitos fundamentais. Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade.

Isso mostra que a alegação da Administração Pública de falta de recursos para a concretização de direitos sociais não se sustenta, vez que os outros direitos fundamentais também demandam ações estatais e, portanto, recursos financeiros. A diferença está no grau que cada um necessita.

Desta forma, verifica-se que mesmo os direitos prestacionais na sua dimensão subjetiva, que podem ser exigidos judicialmente, têm limites, cabendo ao juiz, na hipótese de omissão da Administração Pública, verificar se a prestação exigida pelo cidadão é razoável (dentro dos critérios de mínimo existencial e reserva do possível) em relação ao que se pode esperar do Estado para atendê-la.

9. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A garantia do mínimo existencial acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade e igualdade.

Contribui para a informação do assunto a pesquisa de Simone Sá Portella (2005, p.1) na qual salienta que o mínimo existencial não possui dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão.

A referida pesquisadora define o mínimo existencial, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. E conclui a sua pesquisa afirmando que o Estado possui capacidade econômica em promover o mínimo existencial, devendo transferir parcelas mínimas de

suas receitas e tributos para o desenvolvimento da educação, saúde e assistência social, conforme determina a Constituição Federal.

Partindo do mesmo raciocínio, entende-se que entre o conflito do limitado orçamento público do Estado e a materialização dos direitos fundamentais, deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas. O argumento seria a obrigação do Estado em garantir o mínimo existencial para a população carente, como forma de se assegurar à dignidade humana.

O mínimo existencial por se tratar de um direito pré-constitucional, não positivado na Carta Magna, está implícito no art 3º, III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, a erradicação da pobreza e da marginalização.

Partindo dessa postura, não se pretende desprezar a importância do orçamento público, mas tão somente assegurar uma política pública mínima e prioritária pelo Estado (mínimo existencial) cuja finalidade seria a de promover condições dignas de vida àquelas pessoas que se encontram em notável patamar de desigualdade social.

Seguindo o mesmo entendimento, Freire Junior (2005, p.79) conclui que:

A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

Como se vê, o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver harmoniosamente com a reserva do possível, por se tratar de políticas públicas mínimas para a população mais carente.

Dessa forma, restará ao Judiciário, mediante provocação, corrigir eventuais distorções que atentem contra a razoabilidade e a proporcionalidade como garantia do bem comum. Neste caso o Juiz não irá atuar como legislador, mas sim como indicador da prioridade constitucional que merece atenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi abordado no início deste trabalho, o objetivo era realizar uma análise sobre as políticas públicas como instrumentos capazes de promover os direitos sociais.

Para isso, foi necessário analisar os direitos fundamentais e os sociais previstos na Constituição Federal. Na seqüência, foi estudado o papel das políticas públicas como instrumentos concretizadores dos direitos sociais, reconhecendo a importância de sua formulação e execução pelos representantes eleitos pelo povo como forma de dar efetividade a eles.

Também foi abordada a problemática da efetividade das políticas públicas sociais via Poder Judiciário, onde se concluiu a necessidade de interpretar os direitos sociais como normas de aplicabilidade imediata.

Contatou-se que os direitos sociais, apesar de sofrerem limitações na sua efetividade devido à escassez de recursos financeiros, devem ser concretizados pela Administração Pública, pois todos os direitos fundamentais têm custos para serem efetivados. Assim, caberá à razoabilidade entre a escassez de recursos (reserva do possível) e a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial).

Portanto é necessária a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo para que seja alcançada a efetividade aos direitos sociais. Na hipótese de omissão na execução destas políticas públicas, caberá ao Poder Judiciário, quando provocado, impor a realização delas como forma de promover e garantir o direito ao mínimo existencial às pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2005.

AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. **Discrecionalidade administrativa e controle judicial**. Disponível em: <www.escritorioonline.com>. Acesso em: 24 mai. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

_____. O que é reserva de Contingência. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario_r.asp>. Acesso em: 14 mai. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva 2002.

CLÈVE, Clemerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba - Paraná, v. 03, 2003.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, nº 22. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FREIRE, Américo Bedê Freire Jr.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Efetividade dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. In: **Direitos Humanos Visões Contemporâneas**, São Paulo. Associação Juizes para a Democracia, 2001.

LUÑO, Antonio E.Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, ed. 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas.

PORTELLA, Simone Sá. **A garantia constitucional de erradicação da pobreza**. Disponível em: <www.oab.org.br/aobeditora/users/revista/1211289389174218181901>. Acesso em: 29 de maio de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba - Paraná, v. 03, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] Quanto ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, importante destacar as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Para ela a razoabilidade age como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite a discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida. Já com relação à proporcionalidade, esta estaria atrelada entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem

que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto (PIETRO, 2006, 95-96).

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A
CONSTRUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COM A PARTICIPAÇÃO DA
SOCIEDADE CIVIL. ***

**PARTICIPATORY GOVERNANCE IN 1988 CONSTITUTION: THE PUBLIC
INTEREST BUILDING WITH THE CIVIL SOCIETY PARTICIPATION**

Gabriela Mansur Soares

RESUMO

Esse artigo objetiva (i) sustentar que a Constituição de 1988 institucionalizou uma nova forma de gestão do interesse público. Por esse novo modelo de gestão, que denominaremos Administração Pública Dialógica, a gestão do interesse público deve se realizar em parceria com a sociedade civil, a partir de seus interesses e visando a concretização do bem comum. Nesse novo sistema a participação da sociedade (por associações civis, por exemplo) é considerada meio para a efetividade de direitos constitucionalmente garantidos, pois reforça a legitimidade das ações estatais que o sistema representativo não é capaz de legitimar, ao mesmo tempo, em que vocaliza o interesse de grupos historicamente marginalizados, que passam a atuar como sujeitos de direitos e deveres no processo de formulação e implementação de políticas públicas. Para tanto, (ii) apresenta o plano de coleta de lixo seletiva realizado pela Prefeitura do Município de Belo Horizonte como um exemplo de gestão pública dialógica efetiva e eficiente.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA, ASSOCIATIVISMO, POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

This essay analyses the existence of a concrete dialogic system in the Public Administration process. The society has a great role in this process, through social organizations, as form of inclusion of groups historically kept out of it on account of their implementation of public policies. This involvement happens due to the historical study of the State-Society communication as an effective way for rights and guarantees. Considering the selective garbage collection processed by the Municipal city hall of Belo Horizonte, we search for a temporarily answer to the following problem: Is this project likely to represent an efficient and effective Dialogic Public Administration model?

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: PARTICIPATORY GOVERNANCE, NON GOVERNMENTAL ASSOCIATION, PUBLIC POLICIES.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é demonstrar a responsabilidade dos cidadãos nas melhorias para o bem comum. O estudo dessa participação é feito à luz da teoria do discurso de Habermas e da teoria concretista de Müller, sendo a primeira utilizada para constatar o canal de comunicação entre a iniciativa privada e o poder público e, a segunda, utilizada para concretizar as normas administrativas.

Por meio de uma análise dos modelos de administração pública, com suas características próprias contextualizadas tanto no cenário nacional quanto internacional busca-se a reflexão sobre as políticas utilizadas e os resultados na sociedade.

Será enfocada com maior profundidade a evolução da Administração Pública nacional, fazendo-se um paralelo com os modelos que influenciaram o paradigma do Brasil. Neste sentido, objetiva-se também examinar algumas teorias que tecem explicações sobre a importância da participação popular na concretização das normas.

Arrimado em uma abordagem ilustrativa o trabalho científico realizado, parte de uma análise indutiva, que nasce da parceria entre a prefeitura de Belo Horizonte - Minas Gerais e a associação civil dos catadores de lixo que criaram uma instituição destinada à coleta seletiva do lixo, denominada ASMARE.

O projeto intenta a conscientização e a valorização de ações populares que fortalecem as leis e o sistema da Administração Pública.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. SURGIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008), o Direito Administrativo enquanto sistema jurídico compõe-se de normas e princípios no paradigma do Estado de Direito[1].

O aludido autor afirma que esse fenômeno advém de movimentos de cunho constitucionalista que remontam ao século XVIII, com a criação de órgãos específicos do Estado para exercer a Administração Pública. Desenvolveu-se, a partir daí, um modelo normativo disciplinador que conferia ao Estado o controle das relações internas no âmbito do Poder Público, assim como da relação entre este e os administrados.

Ressalta-se que antes do desencadeamento dessa fase, vigorava o período que tinha como marco o governo monárquico, cujos poderes concentravam-se em demasia nas mãos da realeza. Nessa época, prevaleciam vetustos brocardos como “*the king can do no wrong*” que enalteciam a figura do rei, e que disseminavam a idéia de ser tal indivíduo o chefe supremo do Estado. [2]

No século XIX, embasado no pensamento clássico de Montesquieu, o mundo conhece uma nova proposta de organização estatal pautada no princípio da separação dos Poderes. Com efeito, o Estado passa a atuar de maneira desconcentrada repartindo seu poder político que concentrava-se totalmente no monarca, o que acabou viabilizando a reunião do administrador e do administrado no controle público. Isso fez com que o Estado tivesse a possibilidade de instituir normas próprias cujo destino fosse à execução desse controle, que se originou pela mudança da organização estatal. [3]

2.2 . A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo evoluiu como um todo depois de superar algumas experiências distintas vivenciadas por países como a França, a Alemanha, a Itália, os Estados Unidos e também a Inglaterra, teve seu surgimento na França, onde foi criada a jurisdição administrativa (contencioso administrativo) paralelamente à comum. Por meio da elaboração dos órgãos de jurisdição administrativa, especialmente o órgão supremo dentro desse segmento jurisdicional, o Conselho de Estado, que se desenvolveram os princípios informativos do Direito Administrativo, posteriormente incorporados aos ordenamentos jurídicos de outros países. [4]

O Conselho de Estado contribuiu para a construção de princípios que vigoram até a contemporaneidade, tais como: o da responsabilidade civil da Administração Pública; o da alteração unilateral dos contratos administrativos; aqueles que dizem respeito ao regime jurídico especial de bens do domínio público; o da teoria da nulidade dos atos administrativos; enfim. [5]

Em que pese a grande importância do Direito Administrativo francês para a formação desse ramo do Direito em outros países como o Brasil, do Direito Administrativo alemão foram absorvidos conceitos essenciais, a saber, o de serviço público, o da teoria dos atos administrativos, o da responsabilidade civil do Estado, o da submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, o da teoria dos contratos administrativos, o da forma de delegação da execução do serviço público pela iniciativa privada, o da concessão do serviço público e, também, a questão da Administração Pública se submeter ao regime jurídico derogatório. [6]

No mesmo sentido, o Direito Administrativo italiano também contribuiu para a sofisticação da Administração Pública, que disseminou a idéia de mérito administrativo,

de autarquia, de entidade paraestatal, de interesse público e outros fatos que fizeram com que a Itália tivesse o seu reconhecimento. [7]

É importante destacar que o Direito Administrativo norte-americano influenciou outros países, dentre os quais o Brasil, especialmente no que tange ao aperfeiçoamento do controle jurisdicional sob a Administração Pública, bem como nos mecanismos de tutela de direitos como: mandado de segurança e mandado de injunção. [8]

O Direito Administrativo brasileiro recebeu influência direta dos modelos implantados nesses países, e partir desses padrões de Administração Pública desenvolvidos, foram moldadas as características do modelo nacional com a aplicação de parte da estrutura administrativa francesa, alemã, italiana e americana. Outros países como a Espanha e Portugal forneceram, pelo menos do ponto de vista teórico, idéias para que a Administração Pública brasileira evoluísse.

A Administração Pública no Brasil passou por várias modificações antes de se consolidar no modelo atual. Desde o período colonial a estrutura administrativa brasileira submeteu-se a modificações, incorporando instrumentos destinados ao seu aperfeiçoamento, mesmo naquela época encontrando-se sob o domínio português. Em momento subsequente, com o advento do período imperial inicia-se a influência francesa decorrente da instituição do Conselho de Estado. Após essa fase, instaura-se o período republicano que perdura até a promulgação da Constituição da República de 1988, concebendo-se o Direito Administrativo como segmento autônomo. De 1988 em diante, o Direito Administrativo foi alterado substancialmente em termos estruturais devido à sua adequação ao Estado Democrático de Direito, principalmente depois da reforma administrativa. [9]

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2002) aponta que a adoção do Estado Democrático de Direito representa a idéia de: “[...] *participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública*, no processo político, econômico, social e cultural.” (DI PIETRO, 2002, p. 20) E a autora prossegue ao aduzir que:

[...] essa idéia foi incorporada pela Constituição de 1988, com a previsão de vários instrumentos de participação, dos quais podem ser citados o direito à informação (art. 5º, XXXIII), (DI PIETRO, 2002, p. 20-21)

Maria Sylvia afirma que a reforma administrativa implementada com a emenda à Constituição nº. 19 no ano de 1998, propiciou a privatização de empresas estatais, o restabelecimento do instituto de concessão do serviço público e a ampliação da atividade de fomento a entidades particulares que desempenham atividades de interesse público. Além disso, a reforma favoreceu a desregulamentação para se ter um equilíbrio entre liberdade e autoridade, o enxugamento da máquina administrativa, bem como a redução do quadro de pessoal em diversos órgãos públicos. [10]

Assim, a autora supracitada sintetiza afirmando que:

Paralelamente, colocando-se como meta a *eficiência* na prestação dos serviços públicos, busca-se substituir, em alguns setores da Administração Pública, a forma de organização burocrática pela chamada Administração Gerencial. Nesta, as idéias básicas são: a *definição de metas* a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração Indireta; a outorga de maior *autonomia* administrativa, financeira e gerencial àqueles entes para permitir o (*sic*) cumprimento das metas; e a substituição dos controles formais, hoje existentes, considerados inadequados porque preocupados apenas com os meios, por um *controle de resultados*, em que a eficiência dos resultados é mais importante do que os fins. Com isso, surgem alguns institutos novos no direito administrativo, como os contratos de gestão, as organizações sociais, as agências reguladoras, as agências executivas. (DI PIETRO, 2002, p. 21)

3. A LIMPEZA URBANA

3.1. UMA FUNÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública como determina o tópico anterior surge da concessão do poder do povo aos representantes que deverão dar prioridade aos direitos difusos em todas as suas decisões políticas. Esta concessão é feita principalmente pela Carta Magna que norteia claramente a vontade da Administração. Uma dessas funções é objeto de estudo da presente pesquisa e está disposta a seguir:

A Constituição da República no Título VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA dispõe no seguinte art. 182 do Capítulo II – Da política urbana:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo **Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei**, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem – estar de seus habitantes. (grifo nosso)

Há também a seguinte previsão no art. 225 do Capítulo VI - DO MEIO AMBIENTE:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e **o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;**

VI - promover a **educação ambiental** em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os **infratores**, pessoas físicas ou jurídicas, a **sanções penais e administrativas**, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifo nosso)

O texto constitucional incumbe a Administração Pública como a detentora do bem estar social, conseqüentemente a que possui competência no âmbito municipal de legislar sobre saneamento básico e meio ambiente. Destarte, a Lei Orgânica de Belo Horizonte prevê no art. 150 e 151 Capítulo III- Do Saneamento Básico:

Art.150 - **Compete ao Poder Público** formular e executar a política e os planos plurianuais de saneamento básico, assegurando:

II - **a coleta e a disposição dos esgotos sanitários e dos resíduos sólidos** e a drenagem das águas pluviais, de forma a preservar o equilíbrio ecológico e prevenir as ações danosas à saúde;(grifo nosso)

Art.151 - **O Município manterá sistema de limpeza urbana, coleta, tratamento e destinação final do lixo, observado o seguinte:**

I - a coleta de lixo será seletiva;

II - o Poder Público estimulará o acondicionamento seletivo dos resíduos;

III - os resíduos recicláveis serão acondicionados para reintrodução no ciclo do sistema ecológico;

IV - os resíduos não-recicláveis serão acondicionados e terão destino final que minimize o impacto ambiental;

V - o lixo séptico proveniente de hospitais, laboratórios e congêneres será acondicionado e apresentado à coleta em contenedores(*sic*) especiais, coletado em veículos próprios e específicos e transportado separadamente, tendo destino final em incinerador público;

VI - os terrenos resultantes de aterros sanitários serão destinados a parques ou áreas verdes;

VII - a coleta e a comercialização dos materiais recicláveis serão feitas preferencialmente por meio de cooperativas de trabalho. (grifo nosso)

É sabido que em nosso país apesar de existir uma legislação que muitas vezes regula perfeitamente o fato social a aplicação nem sempre é feita, seja por falta de interesse do responsável, seja pela falta da estrutura necessária para o cumprimento da ordem.

Esta colocação confirma-se a partir do exposto acima; a Constituição da República e a Lei Orgânica determinam que são funções do Estado preservar o meio ambiente e buscar uma finalidade certa ao lixo produzido nas cidades; todavia, o que observamos, em Belo Horizonte especificamente, é uma enorme quantidade de resíduos descartados no espaço público.

Apesar do árduo esforço dos profissionais da limpeza a cidade ainda apresenta-se consideravelmente suja. Não obstante, a sociedade manifesta um forte estigma associada ao lixo; embora independente da classe social, do grau de instrução ou cultura do indivíduo todos sempre produzem resíduos em maiores ou menores quantidades. A cartilha intitulada Manual do Instrutor (2006), produzido pela CEMPRE, relata que :

O Brasil produz em torno de 140.000 toneladas de lixo domiciliar por dia. Todo lixo recolhido no Brasil dá 7.000 caminhões carregados com 20 toneladas cada um, ou seja, uma fila que ligaria 138 Km. (Manual do Instrutor,2006, p.12) [11]

Não há por parte do Estado uma conscientização eficiente da população como determina a lei. Grande parte do lixo recolhido é remetida a um aterro sem que haja a reciclagem, como expõe a legislação. A destinação do lixo é uma realidade muito problemática não só para Belo Horizonte como para todo o país, para se ter uma idéia da gravidade do problema, segundo o Manual do Instrutor do total de lixo coletado 55% é jogado em áreas alagadas e lixões a céu aberto; 35% são enterrados em aterros adequados e apenas 10% vai para usinas de reciclagem e compostagem. O manuseio inadequado desses resíduos e a destinação errônea podem acarretar diversos problemas como:

- riscos mecânicos; causando ferimentos àqueles que coletam o lixo;
- riscos químicos ligados à existência de substâncias tóxicas que podem ser inalados ou de alguma outra forma absorvidos, causando sérios problemas de saúde à população e diretamente a estes profissionais;
- riscos ambientais, uma vez que alguns materiais como plásticos, vidros e sucata de ferro não degradam e o peso pode causar graves efeitos sob o lençol freático como contaminações e desvios de cursos fatores que modificariam consideravelmente o ecossistema além da disseminação de gases que contribuem para a depleção da camada de ozônio.
- riscos à saúde pública, o acúmulo de lixo acarreta na proliferação de ratos e insetos vetores de várias doenças, deixando a saúde pública cada vez mais vulnerável.

Outro problema nítido a ser observado de descumprimento da norma que afeta o Brasil é a desigualdade social. O Estado não é capaz de fornecer moradia, estudo, saúde, enfim

condições de uma vida digna a todos os cidadãos, apesar dessa incumbência também estar prevista na Constituição.

O cooperativismo surge[12] com a precípua função de amenizar a realidade presenciada por indivíduos que não possuem amparo estatal, e, portanto, são incapazes de viver dignamente. O surgimento desse movimento aconteceu na Inglaterra em Rochdale em 1844, para enfrentar o agravamento do estado de extrema miséria, 28 tecelões buscaram alternativas de trabalho e sobrevivência. Em 1885 a cooperativa já apresentava 1400 sócios. Em 81 já existiam 1000 cooperativas de consumo e 550 mil cooperados. A idéia se espalhou pelo mundo e a primeira cooperativa fundada no Brasil foi em 1847 no Paraná, denominada Colônia Tereza Cristina. Hoje em dia 60% da produção agropecuária vêm das cooperativas.

O mesmo ocorreu com os moradores de rua e catadores de lixo, em Belo Horizonte que fatigados pelo cenário de exclusão em que viviam, cujo único meio de sobrevivência era a coleta de lixo, resolveram se associar para serem reconhecidos como uma categoria. Esta seria a única de solucionar seus problemas. A ASMARE - Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Material Reaproveitável de Belo Horizonte é uma associação organizada por estes cidadãos marginalizados que até o presente momento tem bom êxito.

A cartilha elaborada por essa organização esclarece a história do nascimento dessa associação:

Até o final na década de 80 os catadores de BH trabalhavam para os donos de grandes depósitos que monopolizavam a comercialização com as indústrias. Com o apoio da Pastoral de Rua da Arquidiocese de Belo Horizonte e as Cáritas Brasileira foi criada a ASMARE.

A partir de 1989, a prefeitura de Belo Horizonte desenvolve as primeiras iniciativas de Coleta Seletiva, embora de maneira tímida e desconsiderando a realidade dos catadores. No final de 1992, após muitas lutas com o poder público, a ASMARE consegue inaugurar seu primeiro galpão de triagem de recicláveis, localizado na Av. do Contorno, 10.555, no Barro Preto.

Em dezembro do mesmo ano, é assinado um convênio de cooperação entre prefeitura, a ASMARE e a Mitra Arquidiocesana, que viabilizou a manutenção do referido galpão.

Em 1993, a Prefeitura de Belo Horizonte reconhece, oficialmente, a importância do trabalho do catador na manutenção da limpeza pública e na economia gerada pela coleta, transporte e destinação final do material recolhido por esse setor informal.

Com a implantação do Programa de Manejo Diferenciado dos Resíduos Sólidos de Belo Horizonte, criou-se, pela primeira vez, na história de Minas Gerais, o Projeto de Coleta Seletiva dos Recicláveis em parceria com os catadores.

A Coleta Seletiva em Belo Horizonte passou a ter como objetivos a redução, reutilização e separação do material para reciclagem, com geração de trabalho e renda para os catadores e uma mudança de comportamento da sociedade em relação ao desperdício. (Cartilha-ASMARE,2004, p. 04)[13]

Estas redes solidárias são construídas em um contexto de muitos embates, principalmente com o poder público, mas o resultado desse processo de organização é sem dúvida altamente benéfica a vários ramos da sociedade.

Percebe-se que a criação desse grupo gerou emprego de qualidade a milhares de brasileiros ociosos e muitas vezes marginalizados. A reciclagem do lixo gera renda a partir de um produto que não possuía a menor valor de mercado. O que antes não era aproveitável hoje gera dinheiro que é investido na própria sociedade.

Felizmente os cidadãos parecem se conscientizar da importância da criação dessas associações e cooperativas na concretização do Estado Democrático de Direito. As associações nascem da organização de um grupo que possui um objetivo comum; para que sejam eficientes é necessária uma organização administrativa, como a criação e uma Assembléia, Grupos de Base, Comissão Central, Comissão Executiva e Conselho Fiscal.

A iniciativa de se juntarem torna esses cidadãos mais poderosos frente ao Estado. O agrupamento em busca de um objetivo comum implica em debates e, muitas vezes, essas trocas de idéias versam sobre o sistema de governo em que vivemos e as normas, pelas quais, a sociedade é regida. O debate e a contestação são fundamentais para a verificação da validade e concretização de uma norma. É sobre a importância dessas ações na legitimação da democracia que versam as pontuações seguintes.

4. TEORIAS QUE FUNDAMENTAM A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

4.1. O CIDADÃO E O PROCESSO POLÍTICO

Diversas são as teorias que dispõem sobre o valor da contribuição dos indivíduos para o Estado Democrático de Direito. Cristina Seixas Vilani (2002) é uma estudiosa que analisa esse interesse. A autora faz uma explanação cronológica dos sistemas políticos com o escopo de construir o conceito de cidadania moderna. A explicação se inicia com um conceito de cidadania nascido na Antiguidade que se resume àquele que pertence a uma comunidade cívica, perpassa por uma disposição Moderna que ressalta o processo de criação e ampliação de direitos e adquire, e estribada nesse pensamento, uma dimensão universal. Decorre por uma visão republicana - socialista que define o cidadão como um homem que pensa em liberdade como autodeterminação do povo; que

possuem um ideal de bem-estar coletivo. Até o conceito de cidadão liberal que luta intensamente pela tutela dos direitos individuais.

Vilani tece que o cidadão moderno advém desse desenvolvimento histórico dos direitos civis aos políticos; dos direitos de primeira a terceira geração também chamado de metaindividuais. É quanto à classificação desses últimos direitos que a autora ressalta a evolução desse conceito, uma vez que o indivíduo passa a se preocupar com a humanidade - apesar de se agrupar em categorias específicas (idosos, estudantes, religiosos etc) – ele percebe a necessidade do engajamento global. A proteção de direitos difusos é fundamental na legitimação do Estado Democrático de Direito; o fortalecimento do sistema jurídico é derivado da execução do pluralismo, da valorização das diferenças, da igualdade de oportunidades e da prática cívica.

Tal conceito ilustra o cidadão analisado neste trabalho, um personagem fundamental na legitimação das normas que busca conciliar interesses privados concorrentes, como o caso da ASMARE e das grandes indústrias produtoras de resíduos, com ideais difusos, no caso, o meio ambiente, por meio da coleta de lixo seletiva; tema de repercussão mundial. As contradições quanto as divergências dos direitos são solucionadas por meio da dialógica das associações.

Fundamentado neste aspecto que o presente artigo questiona o surgimento das associações civis, logo que o nascimento desses grupos está subjugado aos interesses da comunidade. Será que a oportunidade parte do Estado? Se a atitude for governamental qual o método utilizado? Por meio de uma disposição normativa que oferece a liberdade da participação direta da sociedade ou por meio da educação que instiga na comunidade o pensamento coletivo?

Se a ação se origina da comunidade é necessário que esta passe pela pressão de uma realidade precária para se manifestar?

A solução parece repousar em uma via de mão dupla, logo que não haverá efetividade de um grupo organizado pela administração pública se não houver interesse social, como igualmente, não haverá espaço de ação para um grupo empenhado se o governo não assentir. Dessa forma, visualiza-se como um sistema ideal de legitimação do Estado Democrático de Direito o proposto por Habermas neste texto, nomeado de modelo discursivo.

4.2. UM SISTEMA DIALÓGICO

Habermas (2004) aponta um terceiro modelo diferente do republicano e liberal a partir da Teoria Discursiva. Os resultados do processo político advém das condições do canal de comunicação, este processo democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto - entendimento e discursos sobre justiça. As formas argumentativas extraem o teor normativo e orienta um estabelecimento mútuo, neste modelo é

reservada uma posição central de formação de opinião e vontade sem estabelecer a constituição jurídica como algo secundário, além de institucionalizar a opinião nos canais que são verdadeiros escoadouros da racionalização. Essa teoria será trabalhada mais detalhadamente em um tópico específico.

Outro autor de grande fundamentação teórica da pesquisa é Alexandre Travessoni Gomes (2007). Travessoni demonstra a precipitação e desconhecimento dos críticos ao fazer essa análise. Segundo ele, ambas as teorias seguem uma linha platônica de que o conhecimento especulativo é criado com um ramo baseado na realidade e outro no espaço sensível, universal. As leis devem ser de tal forma que não se distancie da realidade empírica, mas que também não sejam elaboradas para cada caso em questão de existir um campo de referência, de limite a ser seguido.

Ele questiona se Kant não deveria ser classificado como pós-positivista e não positivista, uma vez que o filósofo propõe uma revolução na ciência do direito quanto o fundamento de validade do direito e a argumentação por princípios e senso de adequação. Esta observação impregna o Direito de flexibilidade e adaptação, contingências diversas do Direito Positivista rígido e sancionador. O pós-positivismo é o momento da ciência do direito que mais se identifica com a proposta do estudo em questão, visto que este movimento ressalta a importância da adaptação da norma ao concreto, sem, contudo relativizar. O pós - positivismo para a maioria dos autores traz a toda a discussão da necessidade da existência de princípios e valores no momento da aplicação e elaboração da norma; elevam os princípios à categoria de normas jurídicas, por essa percepção as normas não se resumem em regras, mas também princípios. O autor salienta que para Kant a validade do direito se firma na liberdade diferente do jusnaturalismo - no qual justo é aquilo que concorda com a ordem natural – e do juspositivismo – onde o fundamento da verdade se limita ao formal. A liberdade para Kant é baseada na autonomia da vontade, esta é fundamento para a ética, base do direito. A legitimidade do direito de adequação que faz de Kant um pós-positivista.

Um assunto diverso, mas tão interessante quanto os demais abordados pela pesquisa é a fortificação do poder municipal. Este tema é discutido pelos organizadores Wilhelm Hofmaeister e José Mário Brasiliense Carneiro (ANO)[14] Os autores fazem um apanhado das funções dos poderes da Federação tomando como exemplo a realidade do ABC paulista. O texto demonstra a importância do poder local da solução de problema regionais específicos e destaca a importância de um poder municipal forte. São analisados diferentes aspectos do ABC devido às intensas mudanças de urbanização, o processo de reestruturação produtiva, de transformações tecnológicas e principalmente o desleixo do Poder Público com essa região. A sociedade juntamente com lideranças políticas se organizou e formou um Modelo de Gestão Regional com a criação de um Consórcio Intermunicipal que estabeleceu fóruns de discussão, grupos de trabalho e agências de desenvolvimento econômico.

A obra salienta a importância da organização social na legitimidade normativa, mas releva a necessidade do apoio tanto da população como do governo no bom desenvolvimento da organização. O autor pontua os sérios problemas que a organização enfrenta por falta de auxílio estatal, como a falta de uma estrutura burocracia técnica consolidada; a dificuldade na captação de recursos, uma vez que trabalham com capital próprio e a complexidade para estabelecer um processo de tomada de decisões eficiente. Conflitos que com a ajuda da Administração Pública seriam facilitados.

Por fim, percebe-se que a preocupação com envolvimento popular nas decisões políticas e a importância do debate na democratização do sistema é um assunto largamente discutido ao longo dos anos e por diversos autores. O que parece acontecer em nosso país é uma total falta de interesse da população no empenho desses programas, visto que uma vez aplicados têm demonstrado apenas resultados positivos.

A pesquisa enseja a conscientização, pretere-se que iniciado o trabalho de ensino no meio acadêmico o conhecimento possa se expandir ao longo de toda a comunidade.

5. O PÓS – POSITIVISMO COMO CONTRIBUINTE PARA A LEGITIMAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS

5.1. A CONCEPÇÃO DA NORMA NO POSITIVISMO

O envolvimento da sociedade em discutir o conteúdo normativo das leis que regem o país é de extrema importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Observar se a regra presente no ordenamento é compatível à realidade vivida pode levar a exclusão de um comando ou a necessidade da criação de uma nova regra. Esta renovação e fiscalização feita pela própria sociedade são essenciais para que o ordenamento jurídico seja fiel à direção dos fatos sociais e da tutela dos valores ressaltados por aquela comunidade.

Este aspecto teleológico da norma e de sua adequabilidade surge da evolução do positivismo para o pós - positivismo.

O Positivismo nasce sobre o fundamento de que o direito surge da ação e da vontade humana e não na imposição de Deus como atestava o Jusnaturalismo. São estudiosos do movimento Hans Kelsen, Norberto Bobbio e para alguns autores Kant.

Os defensores do positivismo tecem uma explanação de que o direito se resume a um sistema jurídico lógico e fechado controlado pelo aplicador, mas que, no entanto, não está sujeito a interpretação deste. O ordenamento jurídico deve ser separado de direitos subjetivos como a moral e a justiça, pois somente assim o aplicador poderá atuar com neutralidade; como dispõe Norbert Hoerster (2000)

Hans Kelsen (1974) determina o direito enquanto uma Ciência deve construir um conhecimento objetivo; o direito tem que ser sistematizado as normas criadas devem ser compatíveis com as precedentes, ilustrada por ele por meio da pirâmide normativa.

De acordo com ele não se pode enunciar juízos de avaliação sobre o ordenamento jurídico, isto importaria em adotar um critério subjetivo de aplicação da norma. Os

juízos de avaliação devem observar os enunciados que descrevem o direito positivo, conseqüentemente controlando e dominando o Direito.

Seguindo essa linha de raciocínio Kant tece a teoria do *rigorismo moral* que ordenava que o homem deveria agir de acordo com uma máxima total podendo, ao mesmo tempo, querer que ela se torne uma máxima universal. Todavia, ressalta Alexandre Travessoni Gomes (2007) que erroneamente Kant é classificado como um positivista, que ele deve ser visto como um revolucionário que já propunha, mesmo que ideologicamente, a análise valorativa na aplicação da norma. Ele não descarta a possibilidade que o indivíduo é influenciado por elementos externos, mas estabelece que a sociedade deve possuir um parâmetro a ser seguido, uma referência, no caso representado pelo ordenamento jurídico. Kant enxerga a existência de princípios, todavia, por limitações da época vivida fixa que tais valores devem ser previstos no ordenamento.

Percebe-se aí o início do nascimento pós-positivista. Konrad Hesse (1991) dispõe de forma mais clara o que era previsto por Kant. Ao examinar e ponderar a tese de Ferdinand Lassalle, sobre o dever da Constituição representar questões políticas, ele destaca que pode haver a ingenuidade de acreditar que a simples formalidade, no caso da Constituição, garante a proteção dos direitos do homem, pois as relações de poder têm que ser aplicadas na realidade. Contudo o afastamento total da formalidade gera insegurança e incerteza, não se pode menosprezar o valor do texto na evolução do Direito.

5.2. O PÓS-POSITIVISMO E A TEORIA CONCRETISTA

Hesse concebe que o texto somente se transforma em realidade com a atuação do intérprete ele não é imutável, portanto não poderá ser estático. A norma é concebida em parte do dispositivo, em parte da realidade. Nesta mesma direção que surge a Teoria Concretista de Friedrich Muller.

Muller (2005) é em sua teoria mais específico que Hesse, logo que tenta fazer uma medição da norma, analisando a própria concepção da norma metódica estruturante e os métodos de interpretação. Muller discursa bastante sobre o combate do teor legal e nexos de sentido da determinação legal. Segundo ele os aspectos sistemáticos e teleológicos têm mais peso no complexo de uma decisão judicial. A prescrição normativa representa o limite das soluções, a interpretação, dessa forma, não poderá contrariar o teor literal ela deverá buscar a identificação de uma vontade, seja a subjetiva do outorgante, seja objetiva da norma.

O caso em questão que determinará o norte da interpretação; deve-se procurar no caso real o elemento normativo que não pode ser eliminado sem que a situação sofra substancial transformação. Por meio de um sistema de valores de ponderação de bens e interesses que será produzida a solução seja por um caminho mais objetivo, seja por um subjetivo. O intérprete construirá o restante da norma no momento da aplicação. Assim

não haverá norma fora do contexto de aplicação, em havendo diferença no plano fático, a interpretação será diferente assim como também a norma, mas tudo isso sem trabalhar com a perspectiva casuística, sem gerar insegurança nas relações jurídicas.

O autor expõe as seguintes passagens:

O conteúdo deverá ser imanente à prescrição: ele consiste - e nessa medida existe um dissenso na teoria tradicional da interpretação- na vontade subjetiva do doador na norma ou na vontade objetiva da norma.

[...] a concretização da norma é a interpretação do texto da norma, que por sua vez não é nada mais do que a *reelaboração da vontade da norma ou do seu dador*, que se manifesta no texto da norma, na sua história legislativa, no nexos sistemático com outros textos de normas, na história dos textos de correspondentes regulamentações anteriores e no sentido e na finalidade da prescrição a serem extraídos desses indícios. (MULLER,2005,p. 26) [15]

O autor observa ainda que o Tribunal Constitucional Federal muitas vezes faz uso de uma extensão interpretativa incompatíveis inclusive com aquelas propostas por SAVIGNY, ressalta:

a necessidade de um resultado adequado a coisa a possibilidade de uma mudança do significado de uma norma constitucional em virtude de transformações fáticas da esfera social.(MULLER,2005,p. 32 ex BVerfGE 1, p.208/351.)[16]

De acordo com Muller tais nexos expostos são negados pela teoria positivista que enxergam as normas e os institutos como um ato de vontade do Estado que deve ser obedecida independente dos dados históricos e da própria sociedade. No entanto, para a devida solução não se deve desassociar a interpretação do Direito e o desenvolvimento do Direito.

[...] a constituição orienta-se integralmente segundo normas: também a *observância da norma*, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é *concretização da norma*. Em cada caso as pertinentes prescrições de direito

(constitucional) motivam de modo específico o comportamento de titulares de funções e outros destinatários. Também os atingidos [Betroffenen] que participam da vida política e da vida da constituição de uma abrangência praticamente não superestimável, ainda que apareçam menos e costumem ser ignorados metodologicamente: por meio da observância da norma, da obediência a ela, de soluções de meio-termo e arranjo no quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional, e assim por diante. (MULLER,2005,p. 51).[17]

Nota-se assim que concretização normativa também se dá a partir da práxis do direito constitucional ocorre devido a atualização constante das normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo.

[...] a concretização por uma série de razões não pode ser um procedimento meramente cognitivo. A normatividade comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas. Ela é exigida somente no processo de tais regulamentações e só com isso adquire eficácia. Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício.(MULLER,2005,p. 61)[18].

Segundo Muller a interpretação é um dos elementos de concretização da norma que pode ser estrito senso; gramatical; relevando elementos históricos, genéticos, sistemáticos, teleológicos; levando em conta os princípios regidos pela Constituição. Além da interpretação deve ser ressaltada as características no âmbito da norma, e no âmbito do caso, elementos dogmáticos (fontes), de técnica de solução, elementos da teoria (ordem de valores) e elementos de política constitucional. O autor busca em sua obra demonstrar a importância desses elementos e finaliza sua obra colocando uma ordem de hierarquia para todos eles.

Conclui-se, portanto, que a parte mais importante da norma para estes estudiosos é a sua interpretação no contexto em que está inserido. Percebe-se no caso estudado que a comunidade de Belo Horizonte possui canais diretos de comunicação com o Estado que se realizam por meio das associações civis. A legitimação é devida ao debate nessas instituições que privam por uma renovação e evolução contínua do ordenamento e ações da administração pública, quanto, por exemplo, a coleta de lixo seletiva. É um sistema que permanecerá até que as normas atendam a necessidade dos belorizontinos.

6. A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

6.1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

Habermas (2004) em sua teoria discursiva entende que deve existir em um Estado Democrático de Direito o agir comunicativo, ou seja, o entendimento entre falantes e ouvintes decorrente de um consenso sobre algo em comum no universo que os envolve.

Ressalta Habermas (2004) que o corpo político se constitui de pessoas que se reconhecem mutuamente como portadoras de direito recíprocos, o reconhecimento de todos esses direitos pelos cidadãos fundam-se em leis, estas para serem legítimas têm de garantir o acesso de todos aos mesmos níveis de liberdade, inclusive os de participação e resolução dos problemas sociais por eles enfrentados.

O referido autor (2004) prossegue ao afirmar que a soberania do povo mesmo encontrando-se no anonimato, somente tem espaço no processo democrático, bem como atinge a consolidação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, se esta soberania popular tiver por fim precípua a validação do poder criado através da comunicação.

A teoria do discurso baseia-se em fatores intersubjetivos que aparecem em grau evoluído nos processos em que as pessoas se entendem de forma recíproca, seja no ambiente parlamentar ou na rede de comunicação da opinião pública. Esse cenário comunicacional forma “arenas” [19] em que os indivíduos envolvidos no discurso podem criar opiniões embasadas em critérios parcialmente racionais, além de estimulá-los para a discussão de outros assuntos relevantes para o interesse público, principalmente sobre questões sem regulamentação. As opiniões dos participantes dessa rede discursiva não se contextualizam num plano formal, mas estruturam as decisões institucionalizadas ou as resoluções editadas no âmbito do Poder Legislativo que se originam a partir do poder comunicativo dos envolvidos, fazendo com que as medidas elaboradas tornem-se aplicáveis do ponto de vista administrativo. Dessa forma, Habermas assevera que:

[...] a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável. (HABERMAS, 2004, p.289)[20]

Uma comunidade de indivíduos capacitados para agir em um padrão de política pautada na deliberação, não faz com que esta política se concretize por intermédio da teoria do discurso. Isso somente pode ocorrer se houver a institucionalização do procedimento relativo a tal modo de política. Nesse sentido, o autor mencionado aduz que:

A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no Estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regram o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugiram atribuir a práxis de auto-determinação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugiram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si. (HABERMAS, 2004, p. 288)[21]

6.2. TEORIA DO DISCURSO X DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o agir comunicativo em que se inter-relacionam ouvintes e falantes, propicia a construção do consenso entre todos os envolvidos nessa rede comunicacional. E esse consenso emanado através de alguma discussão suscitada dentro do universo onde esses interlocutores estão inseridos, fundamenta-se em um processo de entendimento mútuo.

A democracia participativa, analisada sob o viés da teoria do discurso, assenta-se na garantia de acesso a qualquer indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos de exercer, em todos os graus, a sua liberdade de participar das discussões e resoluções dos problemas atinentes à sociedade em que está inserido. Com efeito, a democracia participativa demanda para a sua efetiva concretude, a ação da soberania popular pelo instrumento dialógico.

A manifestação de diversificadas idéias num ambiente público propício à discussão das questões sociais favorece, inicialmente, a canalização das opiniões para um ponto comum. O consenso entre os debatedores resulta, dessa forma, em soluções racionais plausíveis para os problemas sociais enfrentados.

Há que se destacar, por outro lado, que a democracia participativa também mantém relação com a capacidade de contestação dos cidadãos quanto à tomada de decisão pública. O cidadão precisa, no modelo de participação democrática, interferir nos

assuntos concernentes à sua sociedade sempre que suas idéias e seus interesses forem contrariados, como também quando for intrínseca sua intervenção direta. Nesse sentido, Philip Petit (2003) pondera sobre a contestabilidade cívica afirmando que:

A idéia de contestabilidade oferece-nos uma chave para a resposta correta à nossa pergunta: o que poderia tornar um indivíduo dentre nós capaz de aprovar uma decisão pública? O que poderia fazer esta decisão não parecer um ato arbitrário de interferência? A resposta, implícita em si mesma, é a seguinte: podemos, mais ou menos efetivamente, contestar a decisão tomada, se a considerarmos contrária a nossos interesses e a nossas idéias relevantes. (PETIT, 2003, p. 371)[22]

Diferentemente de Habermas, Petit (2004) entende que a democracia adquire um caráter tipicamente contestatório, não que inexistisse o aspecto consensual, mas que a forma contestatória é mais adequada a uma democracia que a consensual. Para o autor aludido, em um governo embasado no sistema de governo democrático, o povo atua controlando as decisões governamentais ao exercer o direito de contestar. Assim, Petit afirma que:

[...] pode-se entender a democracia como parte de um modelo primariamente mais contestatório que consensual. Neste modelo, um governo será democrático, ou seja, representará uma forma de mando controlado pelo povo, na medida em que este povo, individual e coletivamente, possa usufruir permanentemente o direito de contestação perante as decisões do governo. (PETIT, 2003, p. 371)[23]

Independentemente do antagonismo teórico envolvendo Habermas e Petit, a democracia seja de forma consensual (fruto do agir comunicativo entre ouvintes e falantes) ou, seja de forma contestatória (resultante da capacidade de contestação dos cidadãos quanto à tomada de decisão pública), deve ser baseada na participação direta do povo.

A democracia participativa representa a salvação e a preservação da soberania popular, conferindo ao cidadão direito permanente de expor suas idéias e ouvir as idéias de outros cidadãos referentes às questões emergenciais que ele também se sujeita, embora assuma esse procedimento a construção de um consenso, conforme elucida a teoria do discurso de Habermas.

6.3. A TEORIA DO DISCURSO E SUA APLICABILIDADE PRÁTICA

O entendimento recíproco entre as pessoas no espaço público democrático fomenta a deliberação e, possivelmente, a criação de soluções razoáveis em termos racionais que serão colocadas à disposição do interesse público. Na formação dessa solução comum (consenso), o povo exerce de fato sua soberania conforme preceituado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos desta Constituição.” (grifo nosso)

A própria Constituição dá margem a uma interpretação no que tange ao efetivo exercício da soberania popular, precisamente, por meio da participação democrática. Está expresso no texto constitucional que todo o poder emana do povo por ser este o seu detentor legítimo, e isso se justifica no sentido de que a Constituição é oriunda do Poder Constituinte originário, poder esse através do qual o povo reunido numa Assembléia Nacional Constituinte promulgou a Constituição. Portanto, o poder que advém do povo pode ser exercido por representantes eleitos ou diretamente. Todavia, o sistema democrático representativo caótico e obsoleto no Estado Democrático contemporâneo precisa ser substituído pelo sistema democrático participativo para, além de outras coisas, se adequar esse paradigma de Estado à recente reforma administrativa realizada no País que priorizou, dentre outros fatores, uma participação acentuada do particular na discussão, gestão e execução do serviço público.

A consolidação da soberania popular depende da transição do sistema de governo democrático representativo para o participativo, de tal maneira que seja resguardado a liberdade e a legitimidade do povo. Segundo Paulo Bonavides (2004) :

O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância que há de romper a seqüência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular. (BONAVIDES, 2004, p. 34-35)[24]

Paulo Bonavides (2004) assevera que na atualidade certifica-se a edificação de uma teoria constitucionalista que visa a desconstituir as bases da democracia engendrada na idéia de representatividade. E essa teoria moderna que estabelece mecanismos para o

fortalecimento da soberania popular e do sistema democrático é a panacéia contra o vilipêndio dos direitos e garantias fundamentais.

É importante ressaltar que a desconcentração do serviço público ao transferi-lo para a iniciativa privada, bem como a participação da sociedade civil organizada sob a forma de instituições cujo objeto de atuação é de interesse público, legitima a soberania popular além de efetivar a teoria do discurso de Habermas. Concretiza-se essa teoria porque os cidadãos agindo de forma organizada participam diretamente do processo democrático como agentes deliberativos, discutindo e elaborando soluções para as dificuldades que afligem a sociedade.

A teoria do discurso, portanto, contribui para o fortalecimento dos pilares da democracia ao proporcionar o alargamento do canal de comunicação envolvendo Estado e sociedade, uma vez que o agir comunicativo entre falantes e ouvintes facilita a formação de um consenso validado pelo procedimento dialógico. Dessa forma, o ambiente público onde ocorre o surgimento da rede de comunicação garante ampla liberdade de participação e deliberação aos indivíduos acerca da solução das demandas sociais.

7. CONCLUSÃO

A partir da identificação do funcionamento local de um canal de comunicação entre Estado – sociedade, especificamente a ASMARE, a pesquisa demonstrou a possibilidade da criação de uma relação dialógica entre o Poder Público e a iniciativa privada realmente eficaz.

A problematização corroborou que com a participação popular direta nos programas públicos, estes adquirem mais eficácia, são mais fiscalizados e proporcionam mais legitimidade às normas da Administração Pública.

Com isso, foi possível identificar um grau satisfatório de concretização do princípio da eficiência da Administração Pública a partir da análise das políticas públicas de limpeza urbana implementadas pela prefeitura de Belo Horizonte e pela ASMARE, e concluir que as teorias concretista de Müller e do discurso de Habermas contribuem para a efetivação da democracia participativa.

Da mesma forma, constatou-se a importância da proposição de ações ou projetos que visem à difusão do desempenho da Administração Pública. A necessidade da descentralização gestora, repassando-se aos grupos sociais organizados a gestão dos programas sociais, enquanto que à Administração Pública cabe a fiscalização dessas atividades. Essa situação acarreta, certamente, a concretização das funções e das normas que regem o Poder Público.

Em que pese a abertura para o canal de comunicação público-privado, é necessário que a iniciativa deva partir tanto do Estado quanto da sociedade, havendo uma reciprocidade de interesses entre as partes envolvidas na deliberação das questões sociais. O Estado precisa estimular os cidadãos a se agruparem ou associarem para facilitar a organização da entidade civil, ao passo que os cidadãos cientes do exercício pleno da cidadania, precisam participar das deliberações públicas.

Portanto, uma das soluções apontadas para a edificação de um novo paradigma de Administração Pública eficiente e eficaz, é sem dúvida instituir mecanismos capazes de fortalecer a democracia participativa em que o povo seja o verdadeiro detentor do poder. E isso pode acontecer quando a sociedade civil compartilhar com a Administração Pública o poder decisório por meio dessa rede de comunicação direta e imediata, efetivando a soberania popular.

REFERENCIAS

BELO HORIZONTE. **Lei Orgânica de Belo Horizonte**. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/images/stories/divcon/Lei%20Organica%20atualizada.doc>>. Acesso em: 15/8/2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 25-49.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Org. Yussef Said Cahali. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. (Legislação Brasileira).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed., rev., amp., e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 1-6.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-39.

GOMES, Alexandre Travessoni. Kant e o pós-positivismo no Direito. In: (autor). **A moral e o Direito em Kant**. (local): (editora), (ano de publicação), p. 153-178.

GOMES, Alexandre Travessoni. O rigorismo na ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas – um ensaio comparativo. In: (autor). **A moral e o Direito em Kant**. (local): (editora), (ano de publicação), p. 55-73.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. In: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 277-292.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOERSTER, Norbert. **Em defesa do positivismo**. Barcelona: Gedisa, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1974.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2 ed. revista, apresentação de Paulo Bonavides. Editora Parma LTDA. São Paulo, 2005.

PETIT, Philip. **Democracia e contestabilidade**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy editora, 2003, p. 370-384.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Cidadania moderna: fundamentos doutrinários e desdobramentos históricos**. Caderno de Ciências Sociais, Belo Horizonte, 2002, p. 47-64.

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed., rev., amp., e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 6.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed., rev., amp., e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 6.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed., rev., amp., e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 6.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/8/2008.

[11] Compromisso Empresarial Para Reciclagem - CEMPRE. **Manual do Instrutor**, Cooperar Reciclando Reciclar Cooperando. Belo Horizonte, Minas Gerais, 2006, p. 12.

[12] Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Material Reaproveitável. **Cartilha**. Belo Horizonte: Minas Gerais, 2004.

[13] Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Material Reaproveitável. **Cartilha**. Belo Horizonte: Minas Gerais, 2004, p.04)

[14] HOFMAEIDTER, CARNEIRO. Wilhelm e José Mário. Federalismo na Alemanha e o Brasil. Cap 5. Editora Konrad Adenauer Stiftung. Série Debates nº 22.

[15] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.26

[16] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.32

[17] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.51.

[18] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.61.

[19] O autor supracitado utiliza o termo arena para designar o local onde as pessoas se reúnem para realizarem debates acerca de temas que dizem respeito às políticas sociais.

[20] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. In: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 289.

[21] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. In: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 288.

[22] PETIT, Philip. **Democracia e contestabilidade**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy editora, 2003, p. 371.

[23] PETIT, Philip. **Democracia e contestabilidade**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy editora, 2003, p. 371.

[24] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 34-35.

**DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FUNDAMENTOS PARA UMA
POLÍTICA PÚBLICA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES
PÚBLICAS BRASILEIRAS***

**THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES TO FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988: BASEMENT FOR THE PUBLIC POLICY QUOTA
TO BLACK IN BRAZILIAN PUBLIC UNIVERSITIES**

**Gilson Martins Mendonça
Sérgio Reis Coelho**

RESUMO

Algumas universidades brasileiras vem implantando, como política pública voltada à área da educação, o sistema de cotas para negros em universidades públicas, ensejando calorosas discussões no meio acadêmico e na sociedade brasileira quanto ao seu fundamento legal. Inegavelmente, as políticas de ação afirmativa, especificamente o sistema de cotas ora discutido perpassa tanto pelo princípio da igualdade quanto pela dignidade da pessoa humana, ambos presentes na Constituição Federal brasileira. O presente artigo tem como objetivo situar a referida política de ação afirmativa na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos no qual o Brasil é signatário, evidenciando a sustentação para o ingresso de negros na educação superior com base nesse critério.

PALAVRAS-CHAVES: AÇÕES AFIRMATIVAS, COTAS, EDUCAÇÃO SUPERIOR, POLÍTICAS PÚBLICAS

ABSTRACT

Some Brazilian universities have been implementing educational-oriented public policies on the black people quota system at public universities and it has brought about heated discussions among the academic environment and also in the Brazilian society on its legal bases. Undeniably, affirmative action policies, specifically the mentioned quota system pass by the principle of equality and also by the human being's dignity. Both principles are referred on the Brazilian Federal Constitution. The present article aims at situating the mentioned affirmative policy on the Federal Constitution which dates back to 1988 and on the human rights international treaties in which Brazil is

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

signatory making evident the sustainability of black people entering a university based upon such criterion.

KEYWORDS: AFFIRMATIVE ACTIONS, QUOTAS, SUPERIOR EDUCATION, PUBLIC POLICIES

1. INTRODUÇÃO

Há muita controvérsia acerca do sistema de cotas para o ingresso de negros nas universidades brasileiras e certamente o assunto se caracteriza tanto pela celeuma criada no ambiente acadêmico, cujas instituições públicas vêm recebendo essa nova categoria de aluno, como em toda a sociedade brasileira, haja vista em cada lar brasileiro se encontrar alguém que pleiteie sua vaga, negro ou não, ou aqueles que se sentem prejudicados por uma possível preterição na classificação de um certame de vestibular.

Outro ponto marcante na discussão do tema, este o lado mais salutar, é o interesse de todos em opinar, saindo a sociedade brasileira de uma característica inércia sobre os temas que lhe afetam diretamente e, portanto, deveriam despertar mais interesse. Das divergências surgem os debates e dos debates podem surgir entendimentos e soluções. De um lado, candidatos pugnando por um diploma de curso superior crentes de sua necessidade para a sonhada ascensão social, de outro lado também candidatos sentindo-se discriminados, como nunca se vira, diga-se de passagem, por uma política pública que os exclui e discrimina em razão da cor da pele, a retirá-los de uma posição há tempos predominante e, quiçá, confortável.

Na possibilidade de que tal medida venha a se constituir em verdadeira discriminação positiva, pondo fim à igualdade que deve permear as relações sociais, mormente em se tratando de disputa por vagas para ingresso em instituições públicas, que gravitam as discussões. Portanto, qual é o fundamento a sustentar tais medidas que, de forma aparente, têm caráter discriminatório? Não estaria, com sua adoção, a administração pública ferindo o princípio da igualdade, cujo mandamento deve permear as relações sociais, sobretudo as estabelecidas pelo estado com os particulares? De outra forma, o que sustenta uma política afirmativa de estipulação de cotas para negros, como vem sendo praticada por universidades públicas brasileiras como a UFPR, a UnB e a UFRJ? Há na legislação brasileira e nos tratados internacionais previsão para tal medida?

O presente artigo objetiva encontrar nas cartas internacionais de direitos humanos no qual o Brasil é signatário e na Constituição da República vigente o embasamento legal

para o sistema de cotas para negros com referência ao ingresso nas universidades públicas brasileiras, como política pública afirmativa adotada pelo Governo Federal. Urge que o assunto seja discutido na seara onde tais medidas venham a mudar o cenário atual, qual seja, nos meios acadêmicos, recebedores dos novos alunos, a fim de, fundamentada sua adoção, as tensões existentes sejam minoradas na medida em que interesses diversos sejam afetados.

2. FUNDAMENTOS PARA ADOÇÃO DO SISTEMA DE COTAS

Antes de iniciar-se o debate sobre o tema, é interessante conhecer um rumoroso caso acontecido em 1955, na cidade de Montgomery, no estado americano do Alabama. Rosa Parks, uma mulher negra de 42 anos de idade voltava cansada de seu trabalho no conforto possível de um assento de ônibus, cuja passagem, diga-se, fora devidamente paga. Ao longo do percurso, um homem branco embarca no coletivo. As leis segregacionistas daquele tempo e lugar ditavam as ordens: embora os negros fossem dois terços dos usuários do transporte coletivo, estes deveriam pagar a passagem ao motorista e reembarcar pela porta traseira, onde ocupariam assento. Tal medida feria de morte a dignidade da pessoa humana, se não o principal objetivo de qualquer que seja a forma de discriminação que se tenha notícia na história da humanidade, mas a primeira consequência, do contrário, não serviria aos objetivos de subjugar outros indivíduos. Situação ainda mais vexatória ocorria se um branco entrasse no ônibus, quando o negro teria que a ele ceder seu lugar. Era o mandamento.

Mais cansada do que de costume, naquele primeiro dia de dezembro Rosa Parks recusou-se a levantar e cumprir os ditames da lei, quando o motorista, seguindo as ordens de então, efetuou os procedimentos para sua prisão. Tal fato, inicialmente isolado, gerou imensos protestos e ganhou amplo destaque, resultando em boicote de mais de um ano aos ônibus naquela cidade americana e o surgimento no cenário daquele País e do mundo do ativismo civil de Martin Luther King.

No que o caso explanado guarda de relação com o sistema de cotas para negros em universidades brasileiras? Seria o suficiente, no exercício de sua análise, aceitar o desafio de analisar essa referência com a convicção da defesa da posição do homem branco que espera por sua vaga naquele coletivo, no sentido de ter sua estatura social mantida como detentor de um privilégio há muito conferido pela história e pela sociedade? Em qualquer tipo de discriminação, a tarefa principal é de encontrar motivos sociais plausíveis e fundamentação jurídica para a manutenção da prática. Afinal, cabe o argumento de que a história foi escrita pelos brancos, restando aos negros apenas a subalternidade e a insurgência? Ou será, por outro lado, que os jovens brancos de hoje terão que pagar pelo “débito histórico” sem, contudo, sequer entender as razões pelas quais lhe são imputados esses fatos históricos?

Com o escopo central de trazer à baila os tratados internacionais que fundamentam a adoção das ações afirmativas no sentido de assegurar cotas para o acesso de afro-descendentes no ensino superior brasileiro sem, contudo, tomar uma posição pré-concebida, medida salutar e necessária ao pesquisador que procura neutralidade para entender os fenômenos sociais, é de se destacar os mandamentos insitos na inexorável Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, ratificada pelo Brasil em 1978.

Antes, porém, atente-se que na Constituição Federal o direito à educação figura positivado no artigo 205 e, na configuração de direito social, se impõe como direito fundamental do homem, o que enseja uma prestação positiva por parte do Poder Público para sua efetivação, “em decorrência do chamado núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Neste caso estão os mencionados direito de liberdade e os direitos sociais” (CUNHA FILHO, 2000, p. 35).

Por essa razão, se torna interessante a acessibilidade indiscriminada à instrução, inclusive superior, de que trata a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XXVI-1, que deve ser “orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”. Igual tratamento foi concedido pela Convenção sobre o Direito das Crianças, determinando seu artigo 28-1 e alínea “c” que, reconhecendo o direito da criança à educação, a fim de que ela possa progressivamente e em igualdade de condições exercer esse direito, os Estados-partes deverão especialmente “tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados”.

Note-se, por oportuno, que a educação superior é direito de todos, destacando-se que os estados-partes deverão adotar todos os meios que se façam adequados justamente para que a acessibilidade seja de todo o tecido social, e a adoção de políticas públicas para o ingresso nos bancos universitários tem esse mote, o que vem tentando consolidar a atual política de ação afirmativa, ora analisada. Como ação afirmativa, cuja atenção é despertada no Brasil após a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, ocorrida em 2001 em Durban, África do Sul (MAIO e SANTOS, 2004), assim discorre Sanches (2006, p. 415) valendo-se dos ensinamentos de Carmen Lúcia Antunes Rocha, como forma de subsidiar o entendimento da expressão no presente trabalho:

Esta nova perspectiva do princípio da igualdade visando, essencialmente, a eliminação de preconceitos e condutas discriminatórias, não apenas através de ações repressivo-negativas, mas também, através de ações promocionais afirmativas do Estado, num

primeiro momento, e também de particulares, nasceu nos Estados Unidos e foi utilizada pela primeira vez na rodem executiva federal americana em 1965.

...

A expressão ação afirmativa, passou a significar desde então “*a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais*”.

Ou seja, como direito fundamental do homem, já garantido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, figura o direito à educação no rol dos direitos fundamentais de segunda geração, direitos estes que, “próprios do Estado Social Democrático de Direito, são conceituados como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou direitos correspondentes à gama de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para a realização da vida em todas as suas potencialidades” (MORAES, G., 1997, p. 189-191) e nessa qualidade determinam prestações positivas do Estado, pois que têm como sujeito ativo “a pessoa humana, considerada em suas relações sociais” e sujeito passivo tanto o Estado ou instituições públicas como a sociedade ou pluralidade de pessoas (associações, grupos, comunidades), ver § 1º do artigo 216, como ocorre, aliás, nos artigos 205 (educação), direitos da criança e do adolescente (227, *caput*) e os direitos dos idosos (art. 230, *caput*)”.

Como se verifica com a leitura da Constituição da República, o direito à educação não foi colocado conjuntamente aos direitos e garantias fundamentais, mas no capítulo destinado à Ordem Social, mais precisamente em seu artigo 205. Entretanto, esse fato não o exclui como um deles, pois que embora se encontre de forma difusa do texto, tem por base os princípios por ela adotados (MORAES, A., 1997, p. 290-291), no caso, a dignidade da pessoa humana. Ademais, como ensina Gonçalves (1997, p. 36), ainda que não expressamente previsto, um direito fundamental pode “ser deduzido dos princípios e do regime adotados pela Lei Maior. Essa, a compreensão que traduz a segurança jurídica e não congela a pauta de direitos fundamentais em um texto normativo”.

E, como direito social, está ao lado de diversos outros da categoria que se encontram dispersos na Carta Magna como o direito à cultura (art. 215), o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225), os direitos da criança e do adolescente (art. 227) e os direitos dos idosos (art. 230) e outros constantes de tratados internacionais “como autodeterminação dos povos, soberania, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos entre outros, que refletem a dimensão nacional dos direitos sociais, posto que dizem respeito a toda uma sociedade” (REISEWITZ, 2004, p. 67).

Outra não poderia ser a interpretação. Em consonância com o regime e os princípios adotados pela Constituição de 1988, como já visto, o direito à educação também se encontra presente em documentos internacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos até os tratados que ditam normas sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, portanto, aplicável a regra do § 2º do art. 5º, “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional” (PIOVESAN, 2004, p. 75) pois, do contrário, se faria restrito o alcance da norma ínsita no dispositivo, que tem como escopo “viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos ... integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional” (SARLET, 1998, p. 126).

Por conseguinte, o direito à educação é um direito fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro tanto por força de sua positivação constitucional quanto dos mandamentos internacionais do qual é signatário e, como tal, tem aplicação imediata nos termos do art. 5º, § 1º. Destarte, “para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como ‘piso mínimo’ normativo, ou seja, como princípios básicos” (FIORILLO *apud* REISEWITZ, 2004, p. 46).

Após procurar-se fundamentar o instituto ora analisado na Carta Constitucional vigente e em alguns documentos internacionais de direitos humanos, resta, pois, encontrar em outros tratados internacionais um maior embasamento que possa, de forma objetiva, sustentar a política de cotas para ingresso de negros nas universidades públicas brasileiras. Para tanto, inicia-se com o documento internacional específico a ser aplicado primordialmente ao caso ora analisado, qual seja, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que já em seu preâmbulo sepulta qualquer discurso de superioridade baseada em diferenças raciais, que muito embora pareça pertencer ao passado, ainda se encontra presente em alguns pensamentos ao redor do mundo e mesmo em um país miscigenado e sincrético como o Brasil, alertando para o convencimento da comunidade internacional de que dita doutrina “é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”.

Por outro lado, há a corrente oposicionista, que vê na adoção de uma política de destinação de vagas para determinado grupo racial uma forma de discriminação aos demais membros da sociedade, afinal, quem não se perguntou sobre os sentimentos daqueles que serão certamente preteridos na classificação do concurso pelos critérios estabelecidos por tal medida? Quanto a esse esperado e compreensível sentimento de discriminação, responde de forma clara e justa o artigo 1º-4 da referida Carta

Internacional, afastando de pronto essa possibilidade pois que “as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado a certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais” não serão consideradas como discriminatórias desde que não levem à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e que não persistam após atingido seus objetivos.

Nesses termos, o discurso opositor que prega a discriminação presente nas cotas não encontra guarida na Convenção específica haja vista seu caráter de promotora do princípio da igualdade, servindo no caso em tela de fiel para a distribuição equitativa do acesso ao ensino superior. Entretanto, persistindo a prática mesmo após atingido esse objetivo (a distribuição de vagas a ponto de tornar equânime a presença de brancos e negros), aí não encontra respaldo e discriminação passa a ser. Até lá, é a medida adotada para “corrigir essa defasagem acadêmica”, como preferiu nominar em entrevista às redes de televisão o então Ministro da Educação Tarso Genro, defasagem essa tanto visível quanto condenável, é verdade.

Mas, pergunta-se, seria esse o objetivo final do sistema de cotas, ter nas universidades tanto brancos quanto negros (não desprezando o mesmo direito aos indígenas), por um critério meramente quantitativo? Se assim o for, não atenderá aos princípios nas quais se sustenta, haja vista a patente intenção de apresentar estatísticas, muito válidas quando dos processos eleitorais, geralmente ditas ações sociais que se escondem nos vazios dos números. O tratamento superficial por parte do Poder Público (e também da sociedade) seria, no mínimo leviano tanto ao defender a política de cotas quanto atacá-la sem a devida análise de seus sustentáculos, sob pena de ser reconhecida a intenção como o “racismo institucional” narrado por Azevedo (2004, p. 223), para quem

se implantou no país com requintes de perversidade, uma vez que discrimina racialmente sem nomear as “raças”, por que haveríamos de combatê-lo enredados no mesmo conceito que permitiu conferir legitimidade científica à discriminação de povos vistos como “diferentes” e inferiores ao padrão branco “caucasiano”? Qual é afinal o objetivo do anti-racismo: combater efetivamente o racismo por meio da desconstrução persuasiva do conceito de “raça”, contribuindo para que esse mesmo conceito seja legitimado e perpetuado nas mais diversas práticas sociais?

A educação não pode ser tratada como mera promessa de campanha ou traduzida em números como estandarte de campanhas eleitorais. Deve ser encarada como forma de inclusão social, e disso não pode se afastar até porque o Brasil tem a segunda maior população negra do mundo e, seguindo o entendimento de Santiago (2006, p. 456)

a posição dos negros oriundos de escolas públicas são em menor quantidade, depois vem os brancos de escola pública, negros de escolas privadas e a grande maioria são os brancos de escolas privadas. O negro deixará a ribalta circense para adentrar, pela porta da frente, a platéia e fazer parte do contexto social. Deixará de ser estigmatizado e, pouco a pouco, não haverá mais a necessidade do sistema de cotas. Mas enquanto perdurar a desigualdade, necessário serão as cotas para negros.

Outra fundamentação também se encontra presente no artigo 2º-2 ao se referir ao campo social, econômico, cultural e outros e no artigo 7º que determina a adoção de “medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura, e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial”, principalmente em se tratando do direito à educação e à formação profissional (artigo 5º, “e”, v), fato corroborado pelo artigo 13-2, “c” do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que prevê a adoção de “todos os meios apropriados” para tornar a educação de nível superior acessível a todos.

O dispositivo citado permite ser interpretado como veículo de uma medida radical, é bem verdade. Mas, na discussão sobre o direito de igualdade entre os indivíduos, na visão do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, uma das funções básicas dos direitos fundamentais é a não discriminação, que tem por base o princípio da igualdade de tratamento a abranger todos os direitos, liberdades e garantias pessoais como aos direitos de participação política, aos direitos dos trabalhadores e aos direitos de prestações (de saúde, habitação), complementando que

É com base nesta função de não discriminação que se discute o *problema das quotas* (ex: “parlamento paritário de homens e mulheres”) e o *problema das affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: “cotas para deficientes”). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”). (CANOTILHO, 2000, p. 403-404)

MAS, SE AS MEDIDAS IMEDIATAS E EFICAZES SÃO BASEADAS JUSTAMENTE NESSA NECESSIDADE IMPERIOSA DE COMPENSAR A DESIGUALDADE DE OPORTUNIDADES, IMPORTA VERIFICAR A REDAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA QUE AO SE REFERIR À EDUCAÇÃO, GARANTE AO CIDADÃO A LIBERDADE DE APRENDER E ENSINAR (ART. 43º) E O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO FORMA DE CONTRIBUIR PARA “A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, A SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES ECONÔMICAS, SOCIAIS E CULTURAIS, O DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DO

ESPÍRITO DE TOLERÂNCIA, DE COMPREENSÃO MÚTUA, DE SOLIDARIEDADE E DE RESPONSABILIDADE, PARA O PROGRESSO SOCIAL E PARA A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA VIDA COLECTIVA” (ART. 73º). À TÍTULO DE ILUSTRAÇÃO, NADA MAIS EM CONSONÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS ACEITOS PARA CORROBORAR O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO DE NEGROS NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO DO QUE AS RAZÕES PRESENTES NA REDAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, EMBORA AS REALIDADES DESSES PAÍSES GUARDEM ÓBVIAS DIFERENÇAS.

Movida pelas diretrizes presentes nos tratados internacionais é que a Constituição Federal brasileira faz constar já em seu preâmbulo, como valores supremos de uma sociedade fraterna e socialmente harmônica, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, bem como uma República fundada na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), tendo como objetivos (artigo 3º), dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a redução das desigualdades sociais (inciso III, segunda parte) e o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Propala ainda o texto constitucional, como já visto, a educação como direito de todos (artigo 205), cujo plano nacional deve conduzir à universalização do atendimento escolar e a formação para o trabalho (artigo 214, II e IV).

Para José Afonso da Silva (*apud* PIOVESAN, 2004, p. 55), “é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.

Destarte, portanto, a nossa Carta Maior parece estar em consonância com os tratados internacionais, encontrando respaldo, enfim, as ações afirmativas para ingresso nos bancos das universidades da grande massa de negros, cujo direito à educação é resguardado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e nos demais tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, sobretudo na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, até porque

a igualdade de fato é um conceito vazio ou tautológico se despida das condições de fato que permitam o seu exercício, de modo que somente quando as circunstâncias materiais preexistentes forem alcançadas é que o seu exercício será possível.

Como a máxima da igualdade formal encerra essa contradição, sua superação dependerá de algum sacrifício – daí o paradoxo – do próprio princípio igualitário, ou seja, será necessário sacrificá-lo em alguma medida, a medida das desigualdades de fato julgadas importantes para o propósito da norma, que outro não é, senão o de propiciar a maior igualdade possível. (SILVA, 2006, p. 433)

A partir do caso descrito alhures, espera-se que a proposta inicial de análise do assunto sob a ótica do homem branco sirva para temperar as discussões de segregação e preconceito como fundamentos para reivindicar benefícios na teia social em detrimento da participação igualitária de outras etnias e extratos sociais. À guisa de ilustração, verifique-se os termos da seguinte decisão judicial da 1ª Vara da Justiça Federal de Curitiba ao indeferir Mandado de Segurança impetrado contra o sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Paraná, a auxiliar nessa empreitada:

“...sei exatamente o grau de frustração que a impetrante está passando. (...) No entanto, é chegada a hora de todos nós, brancos e aquinhoados pela vida em abundância, repartirmos o valor da dívida com o povo negro, que pela sua escravidão contribuiu significativamente para a construção das bases de nosso país. Nosso débito é alto. Você está pagando por ele agora. Meus filhos certamente pagarão. E é possível que meus netos também o paguem. Mas não é possível negar essa dívida ou retribuir-lhe com ingratidão ou o egoísmo. Conforme-se. (...) Tente novamente. (...) E quando estiver nos bancos universitários e olhar para o lado, vendo seus colegas negros lá sentados com você, preenchendo um vazio de cor que antes existia, compreenda que você mesma ajudou a construir essa nova realidade.”

Por fim, embora a Constituição Federal de 1988 tenha tratado difusamente de diversos direitos fundamentais ao longo de seu texto, não perdem eles esse caráter, até porque se encontra na dignidade da pessoa humana seu núcleo. É o que ocorre com o direito à educação, seja de negros, brancos, índios, enfim, de toda a população brasileira.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se o direito à educação de um direito fundamental do homem e o sistema de cotas para ingresso em curso superior encontra base legal na dignidade da pessoa humana enquanto princípio da República Federativa do Brasil. Como direito social, requer do Estado uma prestação positiva e a formulação de políticas públicas adequadas no sentido de fomentar sua aplicabilidade conforme o caso, permitindo aquelas parcelas da população brasileira excluídas do desenvolvimento uma participação mais efetiva, que não somente resgate sua dignidade como faça ver o futuro como uma promessa de melhoria de qualidade de vida e uma esperança de uma sociedade mais justa e solidária.

Esse é o sentido do imediatismo e da eficácia das medidas a serem tomadas pelos Estados nacionais em relação à inclusão social dos negros. Assim está fazendo o Brasil.

A educação de um povo, enfim, se faz necessária, pois é nela que se encontra o futuro de toda a Nação. É responsabilidade do Estado a adoção de políticas públicas tendentes a dar igualdade de oportunidades a todos. Por encontrar base na dignidade da pessoa humana é que tais medidas não importam em negação ao direito de igualdade. Ações afirmativas são necessárias e por esse motivo são chamadas de medidas imediatas e eficazes nos tratados internacionais. Sem atenção às minorias e resgate de um débito histórico que a Nação tem com os negros, os indígenas e as classes sociais menos favorecidas, o Brasil não pode pensar em um futuro cujo desenvolvimento não seja caracterizado por uma sociedade de iguais.

Que o Brasil adote os mandamentos ínsitos nos documentos internacionais de direitos humanos e na Constituição Federal de 1988, a verificar as diretrizes da Conferência de Durban contra o Racismo, Xenofobia e outras formas de Intolerância e a pôr em prática mais programas de ação afirmativa com o intuito de resguardar direitos sociais diversos que fazem parte do mínimo que deve ser garantido a brancos negros, crianças, idosos, mulheres, portadores de necessidades especiais, homossexuais. Saúde, educação, cultura, segurança, qualidade de vida nunca são demais de se discutir. Espera-se que o Brasil abuse do contido na Emenda Constitucional 45, que inclui o § 3º ao seu artigo 5º e a análise supra sirva mais como incremento às discussões sobre o assunto do que de subsídio para provar seus fundamentos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. Cota racial e jargão policial na universidade: para onde vamos?. In: *Horizontes antropológicos/UFRGS*, IFCH. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Ano 10, n. 22 (2004). Porto Alegre: PPGAS, 2004. P. 222-224.

BRASIL. Constituição (1998) *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora [et al.] *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Willis Santiago Guerra Filho (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MAIO, Marcos Chor, SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os “olhos da sociedade” e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UNB). In: *Horizontes antropológicos/UFRGS*, IFCH. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Ano 10, n. 22 (2004). Porto Alegre: PPGAS, 2004. P. 181-214.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral*. São Paulo: LTr, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTIAGO, Rodrigo Abagge. Miscigenação e cinismo: uma breve análise sobre o sistema de cotas para ingresso dos negros nas instituições públicas de ensino superior. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006. P. 446-459

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. Ações afirmativas e o mercado de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006. P. 410-425

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Maurício Pereira da. Acesso ao serviço público mediante cotas raciais: o fundamento no direito internacional dos direitos humanos e questões de constitucionalidade no direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2006. P. 426-445

OS BENEFÍCIOS DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDAS*

LOS BENEFICIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS INGRESOS

**Nelson Reis Oberlander Junior
Izolda Maria Carvalho Baldo e Guimarães Resende**

RESUMO

Em um país de desigualdades como o Brasil, em que as crises sociais e econômicas já se estenderam por longos períodos, em que o desemprego mergulha os trabalhadores em incertezas, os benefícios da Seguridade Social passam a ser, além de garantias individuais, os principais mecanismos da distribuição de rendas e inclusão social, mantenedores da economia de muitos pequenos municípios e colocam o idoso como principal responsável pela manutenção familiar. Atualmente a Seguridade Social brasileira vem desempenhando papel fundamental na manutenção da estabilidade social do país, garantindo aos trabalhadores renda para sua subsistência e de sua família, nas ocorrências de idade avançada, invalidez, doença, maternidade, reclusão, entre outras, que não permitem sua permanência na atividade. Nas cidades de pequeno e médio porte é muito comum o fato de segurados do regime de Previdência Social serem os grandes responsáveis pela manutenção da família e da economia do município. A seguridade social, em cujo bojo se incluem a Saúde, a Assistência e a Previdência Social, vem se mostrando, ao longo do tempo, como fonte indispensável de inclusão social, principalmente em virtude dos recursos provenientes dos aposentados de mais baixa renda, que transformam esses rendimentos em gastos de consumo na localidade onde recebem seus proventos. Atualmente, a Seguridade Social tornou-se, no âmbito sócio-econômico, a política pública mais eficiente na distribuição de rendas. O sistema de seguridade social desempenha papel primordial na economia da maioria das cidades brasileiras. Os indicadores levam a crer que se não fosse a presença marcante da Seguridade Social, grande parte dos municípios estaria com suas finanças ainda mais defasadas e seu desenvolvimento ainda mais lento. A seguridade, além de sua função social exerce papel importante na redistribuição de rendas, na inclusão social e no desenvolvimento econômico dos municípios.

PALAVRAS-CHAVES: DISTRIBUIÇÃO DE RENDAS; POLÍTICAS PÚBLICAS; INCLUSÃO SOCIAL; SEGURIDADE SOCIAL; ECONOMIA MUNICIPAL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUMEN

En un país de desigualdades, como Brasil, donde la crisis social y económica se ha extendido por largos períodos de tiempo, los beneficios de la Seguridad Social se han convertido en los principales mecanismos de distribución de los ingresos y la inclusión social, y también son importantes para el mantenimiento de la economía de muchas pequeñas ciudades. En este contexto, los ingresos de las personas de edad se ha convertido en la principal fuente de mantenimiento de la familia. En la actualidad, la Seguridad Social de Brasil está jugando papel vital en el mantenimiento de la estabilidad social del país, proporcionando ingresos a los trabajadores para su subsistencia y sus familias en casos de vejez, discapacidad, enfermedad, maternidad, el encarcelamiento, entre otros, que no permiten su permanecer en el negocio. En las ciudades de las pequeñas y medianas empresas es muy común el hecho de que los asegurados de Bienestar Social son los principales responsables de mantener la familia y la economía del ciudad. La seguridad social, que incluye la salud, el bienestar y la Asistencia Social, ha mostrado, con el tiempo, como una fuente indispensable de la inclusión social, especialmente en vista de los recursos de bajos ingresos de todos los jubilados. La Seguridad Social es actualmente la política pública en la esfera social más eficiente en la redistribución de los ingresos. El sistema de seguridad social desempeña papel vital en la economía de la mayoría de las ciudades brasileñas. Los indicadores nos hacen creer que si no fuera la marcada presencia de la Seguridad Social, la mayoría de las ciudades más pequeñas se verían afectados en sus actividades económicas. La seguridad, así como su función social, tiene un papel importante en la redistribución de los ingresos, la inclusión social y desarrollo económico en las ciudades.

PALAVRAS-CLAVE: DISTRIBUCIÓN DEL INGRESO; POLÍTICAS PÚBLICAS, LA INCLUSIÓN SOCIAL, LA SEGURIDAD SOCIAL.

1. Introdução

As primeiras manifestações de sistemas de proteção social no Brasil ocorreram em forma de montepios. No tempo do Império, mais precisamente no ano de 1889, foi dada pelo Governo autorização para a criação de uma “caixa de socorro” ao pessoal das estradas de ferro estatais. Iniciava-se uma fase embrionária da assistência e previdência social.

Em 1923, com a Lei nº 4.682, de 24/01/1923, conhecida como Lei Eloy Chaves, foi efetivamente iniciado o processo de implantação do sistema securitário público no País, através da criação das “caixas de aposentadorias e pensões” que atenderam, inicialmente, os empregados das empresas ferroviárias, sendo ampliadas para outras categorias profissionais a partir de 1925, até atingir seu ápice em 1934.

Naquele ano começaram a surgir os Institutos que agregavam seus filiados por base profissional e abrangência nacional. Posteriormente foram aglutinados em um único Instituto – INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, que ao longo dos anos

sofreu diversas transformações institucionais e burocráticas, conservando, porém, suas características primordiais de amparo ao trabalhador em geral.

Atualmente o Sistema de Seguridade Social brasileiro desempenha papel fundamental na manutenção da estabilidade social do país, garantindo aos trabalhadores e à população carente renda para sua subsistência e de sua família, nas ocorrências de idade avançada, invalidez, doença, maternidade, reclusão, entre outras, que não permitem sua permanência na atividade.

Este trabalho pretende mostrar a importância do sistema de Seguridade Social brasileiro como política pública de geração e distribuição de rendas e como fator de inclusão social.

2. Breve histórico do sistema securitário pátrio: da caridade à seguridade social prevista na Constituição Federal de 1988

Para compreensão da atual fase em que se encontra a seguridade social é necessário conhecermos a trajetória da previdência e assistência social no ordenamento jurídico pátrio. Assim, é indispensável a análise das Constituições Federais para sabermos como foi tratado o assunto ao longo dos anos.

A evolução da proteção social brasileira seguiu caminho semelhante ao dos demais países, em especial os da Europa, passando primeiramente pela fase de simples caridade ou assistencialismo; após, pelo mutualismo de caráter privado e facultativo e atualmente, tenta-se implementar o sistema de seguridade social, como consagrado na Constituição de 1988.

A beneficência foi inspirada na caridade e no sentimento cristão, tendo como principal exemplo a fundação das Santas Casas de Misericórdia no século XVI, cuja finalidade era a prestação de atendimento hospitalar aos pobres.

A transição da beneficência, decorrente de deveres morais e religiosos, para a assistência pública demorou aproximadamente três séculos, tendo a primeira manifestação normativa sobre assistência social surgido na Constituição de 1824, homenageando a proteção social apenas no artigo 179, inciso XXXI, com a garantia de *socorros públicos*, inaugurando-se uma assistência social pública, totalmente incipiente, já que nada de concreto assegurava-se aos cidadãos. Na Europa, por sua vez, já se assegurava a assistência social pública desde a lei londrina dos pobres, do século XVII, ao menos em nível normativo.

A proteção social, nos moldes em que foi delineada na Carta de 1824, não teve conseqüências práticas, porquanto não veio acompanhada do requisito fundamental: a exigibilidade. Aliás, é bom que se diga, não passava de mero reflexo de preceito semelhante contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, cujo artigo 23 qualificava os "socorros públicos" como "dívida sagrada".

Entretanto, há que se reconhecer seu valor histórico, vez que apresentava a proteção social como um dos direitos humanos garantidos pela Lei Maior.

Às vésperas da promulgação da Constituição Republicana de 1891, surgia a primeira lei de conteúdo previdenciário - a Lei nº 3.397, de 24 de novembro de 1888 - prevendo a criação de uma Caixa de Socorros somente para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado. No ano seguinte foi acompanhada por normas criadoras de seguros sociais obrigatórios para os empregados dos correios, das oficinas da Imprensa Régia e o montepio dos empregados do Ministério da Fazenda.

A Constituição Republicana de 1891 timidamente garantia a proteção social através de aposentadoria, somente aos funcionários públicos em caso de invalidez ocorrida a serviço da Nação, inaugurando, assim, a proteção social vinculada a determinada categoria de trabalhadores, assegurando uma das principais prestações concedidas pela previdência social até hoje: a aposentadoria. Todavia, nessa época, tal benefício era concedido aos funcionários públicos independentemente de contribuição, sendo a prestação custeada integralmente pelo Estado.

A Constituição em comento deixou a cargo do legislador infraconstitucional a matéria relativa à proteção social. Exemplo disso foi a Emenda Constitucional de 1926 que conferiu ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre aposentadorias e reformas.

Entretanto, foi na vigência da Constituição Republicana que germinou toda a legislação previdenciária, preparando a evolução dos regimes de previdência social existentes no Brasil.

Nessa época o Brasil apresentava-se como um país essencialmente agrícola. Legislava-se de forma esparsa, atendendo a setores predeterminados, prevalecendo o favorecimento aos servidores públicos, já que constituíam a grande massa de trabalhadores da época. A única exceção diz respeito aos ferroviários, justamente em razão do poder de organização da classe, capaz de deflagrar greves, e por exercerem atividade extremamente importante para a economia nacional.

Teve início, então, a industrialização nos grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro. Em virtude das precárias condições de trabalho, a exemplo do que se dera na Europa, a incidência de acidentes de trabalho era assustadora.

Como resultado, em garantia dos empregados e dos empregadores, foi editado o Decreto Legislativo nº 3.724, de 15/01/1919, tratando da proteção aos acidentes do trabalho e, em seguida, a Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecida como "Lei Eloy Chaves".

A Lei Eloy Chaves é considerada pela maioria dos estudiosos da seguridade social como o marco inicial da evolução previdenciária pátria, vez que foi responsável pela instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões que sobreviveram por muitos anos como proteção aos trabalhadores de diversas empresas e ramos da atividade econômica distintos.

A multiplicação de tais Caixas fez surgir pequenos regimes de Previdência com reduzido número de segurados, inferior ao necessário para o funcionamento satisfatório. Ademais, grande parte dos trabalhadores permanecia à margem da proteção securitária por não ocupar postos de trabalhos em empresas protegidas, o que levou,

gradativamente, à criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões e ao abandono das Caixas de Aposentadoria e Pensões.

Os Institutos tinham como diferencial a organização em função da atividade profissional de seus segurados e exigiam mecanismos de proteção social mais fortalecidos.

O primeiro instituto previdenciário de âmbito nacional, com base na atividade econômica, foi o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos, criado pelo Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933.

Deve ser mencionado que essas entidades deveriam estar, obrigatoriamente, vinculadas a órgãos do governo federal e submetidas ao controle financeiro, administrativo e diretivo do Estado.

A partir da década de 1930, os Institutos passaram a ter regime de contribuição tripartite -- englobando Estado, empregador e empregado – com vinculação do custeio às três fontes.

Esse princípio, em 1934, foi erigido a norma constitucional e permanece, ainda hoje, de acordo com o artigo art. 195, *caput*, da Constituição de 1988.

Dava-se início à era do seguro social, abandonando-se o estágio da assistência pública.

A Carta de 1934 foi a primeira a utilizar o termo "Previdência", sem o adjetivo social. A proteção social vinha inserida em outros dispositivos, apartada da previdência.

Wagner Balera salienta a benéfica Carta Magna de 1934, em termos securitários, da seguinte forma:

Os limites amplos da proteção social conferido por aquela Lei Magna, aliados ao perfeito comando a respeito do custeio, fizeram da Constituição de 16 de julho o melhor de nossos modelos constitucionais. As conquistas sociais posteriores só vieram a reforçar as diretrizes traçadas por este Estatuto Fundamental. (BALERA, 1989, p. 24)

Por sua vez, a Constituição outorgada de 1937, marcadamente autoritária, não se harmonizou com a avançada ordem instituída pela Constituição de 1934, embora não tenha deixado de enumerar os riscos cobertos pelo seguro social. Contudo, não disciplinou a forma de custeio do sistema, nem cogitou da possibilidade de aporte de recursos financeiros advindos dos cofres da União.

Sob sua égide foi editado o Decreto-lei nº 7.526, de 07/05/1945, que determinou a criação de um só Instituto de Previdência, denominado de Instituto dos Seguros Sociais do Brasil – ISSB, que não chegou a ser instalado por flagrante desinteresse político.

Em 1946, embalada pelo movimento mundial do pós-guerra, nasceu a primeira constituição brasileira a trazer a expressão "Previdência Social" substituindo o termo

"Seguro Social". As normas relativas a essa proteção encontravam-se dispostas no capítulo relativo aos Direitos Sociais.

A única inovação legislativa foi a imposição aos empregadores de manter seguro de acidente de trabalho em prol de seus empregados.

Quanto à legislação infraconstitucional, houve significativos avanços sob a égide da Carta de 1946.

Em 1947 o Deputado Aluizio Alves apresentou projeto de lei prevendo a proteção social a toda a população. Após treze anos de tramitação, em virtude dos atrasos oriundos de longos debates e estudos realizados, o projeto resultou na edição da Lei nº 3.807, de 26/08/1960, denominada de Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que veio para uniformizar o emaranhado de normas existentes sobre Previdência Social. Porém, a unificação administrativa, que também já se fazia necessária, só ocorreu mais tarde, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pelo Decreto-lei nº 72, de 21/11/1966.

Certamente a LOPS foi o maior passo dado rumo à universalidade de cobertura da Previdência Social, vez que padronizou o sistema e aumentou as prestações ofertadas com a inclusão dos auxílios natalidade, funeral e reclusão e a aposentadoria especial, servindo de norte para o percurso até o atual sistema de seguridade social.

Não obstante, algumas categorias de trabalhadores não foram contempladas pela nova norma, entre elas os empregados domésticos e os trabalhadores rurais.

É de se destacar, ainda, a previsão da regra da contrapartida instituída pela Emenda Constitucional nº 11/1965. A partir daí, surge a indissociabilidade de correspondência entre as contribuições e as prestações, não podendo haver qualquer prestação sem a respectiva fonte de custeio para sua cobertura e vice-versa. Iniciava-se, com isso, a distribuição de rendas entre os segurados ativos e inativos.

Embora tenham existido outros marcos históricos e outras normas não menos importantes tenham sido editadas, as que foram até aqui mencionadas são as de maior relevância, já que a partir de então o vigor legislativo em matéria previdenciária cresceu, pois tinha na LOPS seu ponto de referência. Havia, ainda, o anseio e a expectativa de toda a população, mormente dos trabalhadores.

A Carta de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, em quase nada inovaram. A novidade alvissareira ficou por conta de haver trazido o seguro de acidente do trabalho para o sistema previdenciário público, conservando os mesmos moldes de financiamento.

Em 10/09/77 criava-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS – com a finalidade de integrar todas as atribuições ligadas à previdência social, relativamente aos trabalhadores nas áreas rural e urbana, aos servidores públicos federais, aos empregados da iniciativa privada. Compunha o SINPAS: INPS, IAPAS, INAMPS, LBA, FUNABEM, DATAPREV e CEME, todos órgãos federais ligados à saúde, previdência e assistência social.

O vigor legislativo infraconstitucional continuava efervescente em matéria de previdência social, com a constante ampliação do rol de beneficiários e de prestações a eles devidas, traçando o caminho que desembocou na construção de um sistema de seguridade social, como pretendido pela Constituição de 1988.

A Carta Magna de 1988 surgiu como ponto culminante da restauração do Estado democrático de direito, trazendo conteúdo em certa medida tido como *socializante*, já que composto de farta gama de direitos e garantias sociais.[1]

Instituiu um autêntico Sistema Nacional de Seguridade Social, composto por um conjunto normativo integrado de diversos preceitos de diferentes hierarquias, cuja finalidade deve ser o bem-estar e a justiça sociais, a fim de garantir a todos um mínimo essencial quando submetidos a situações geradoras de necessidades e riscos sociais.

A universalidade de cobertura e do atendimento, força motriz desse sistema, foi consagrada como princípio constitucional.

Vários outros princípios consagrados no texto constitucional estão a indicar o ideário do sistema de seguridade social.

A Seguridade é composta pela saúde, assistência e previdência social, e busca implementar suas ações em prol da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, as prestações atinentes à saúde acabaram estendidas a toda a população, deixando de estar condicionadas ao cumprimento de obrigações precedentes. A assistência social, da mesma forma, não exige dos seus beneficiários a existência do respectivo custeio, e suas prestações são devidas a todos aqueles que se encontrem em situação de risco e indigência. Por seu turno, as prestações da Previdência Social continuam atreladas ao custeio prévio, conforme o que consta do artigo 195, *caput*, da Constituição Federal, limitando, ainda, algumas espécies de prestações a determinadas categorias de trabalhadores, em especial aos empregados, em que pese o ideário constitucional de se vincular a um regime de seguridade social.

Enquanto a saúde e a assistência social estão focadas no atendimento do que se convencionou chamar de *mínimos sociais* ou *mínimos existenciais*, a previdência social visa assegurar níveis economicamente mais elevados de subsistência, mediante a correspondente contrapartida financeira, que se dá através das contribuições previdenciárias.

A despeito de ter incorporado diversos “defeitos legislativos”, entre eles as minúcias a que se ateve, é certo que na Constituição Federal de 1988 seus méritos superam os deméritos, mormente no que tange aos direitos sociais.

3. A inclusão social como regra e princípio constitucional

Inicialmente, ainda que de modo perfunctório, cumpre tecer a distinção conceitual entre regra e princípio.

Segundo o autor norte-americano Ronald Dworkin, um dos primeiros a esposar o entendimento de que tanto as regras como os princípios são modalidades normativas, a diferença entre ambas é de natureza lógica. Diz ele:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2007, p. 39)

Robert Alexy, aprimorando esse entendimento, estabeleceu, ainda, uma diferença de grau e de qualidade entre regras e princípios, mesmo mantendo o caráter normativo das duas, assim expondo:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (ALEXY, 2008, p. 103 e 104)

Para Canotilho, seguindo a mesma linha de Alexy, a distinção entre regras e princípios se dá em nível qualitativo.[2]

Pode-se dizer, então, que princípio é mais abrangente e corresponde a uma verdade absoluta e universal, estabelecendo a base ou a forma como alguma coisa funciona ou, ao menos, deveria funcionar.

Por sua vez, regra é o comando imperativo, que determina *como* alguma coisa deve acontecer para alcançar os resultados esperados ou exigíveis.

Assim, temos a Constituição como um conjunto de regras e princípios a determinar todo o ordenamento jurídico dela decorrente.

Feitas essas considerações, conclui-se que na Constituição Federal brasileira a inclusão social está inserida como fundamento e princípio implícitos, já que decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, constante do artigo 1º, III. Nem por isso, deixa de trazer, também, regras inerentes à inclusão social, conforme veremos.

Nossa Carta Magna trata do princípio da dignidade da pessoa humana de forma um tanto complexa, vez que traz dispositivos a ele relativos dispersos ao longo de seu texto e, também, porque se utiliza de *várias modalidades de enunciados normativos (princípios, subprincípios de variados níveis de determinação e regras)*.^[3]

A inclusão social está implícita, ainda, no artigo 3º, I, III e IV, da Carta Magna, cujo teor reproduzimos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – *omissis*

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com clareza ímpar, Ailton Cocurutto sintetiza objetivamente o princípio da dignidade humana e a inclusão social, concluindo:

A dignidade emerge com a inclusão social mediante a eliminação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, para que se tenha uma sociedade livre, justa e solidária.

Eis o princípio da inclusão voltado ao objetivo fundamental da Nação de eliminar a pobreza, as desigualdades, preconceitos e discriminações, com o qual se concretiza a dignidade do homem e por consequência uma sociedade justa e fraterna. (2008, p.45)

Cumprir frisar que o mesmo autor, com a mesma clareza, defende o entendimento de que a inclusão social nada mais é do que a materialização da vida digna da pessoa humana, que é um dos *principais fundamentos da República Federativa do Brasil* e indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a inclusão social faz parte dos *objetivos fundamentais de nossa Nação* e da mesma forma indispensável para a completa concretização da dignidade humana.[4]

Pari passu com os princípios e fundamentos até aqui expostos, podemos encontrar na Carta Constitucional vigente os direitos sociais tratados no artigo 6º, como corolário para a efetivação da inclusão social e, conseqüentemente, como fatores de positividade e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Entre os direitos sociais estabelecidos pelo citado artigo, os que mais nos interessam no momento são a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados, justamente as três esferas da seguridade social.

Paulo Bonavides leciona sobre a taxatividade dos direitos sociais contidos no artigo 6º, dizendo que esses direitos *concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade*. E prossegue suas lições nesse sentido:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade do Poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º. (2008, p. 656 e 657)

Por seu turno, há também regras. Para as regras constitucionais definidoras das obrigações do Estado frente ao cidadão, dá-se a denominação de obrigações positivas, vez que obrigam o Poder Público a uma prestação em favor do particular.

Nesse sentido, podemos dizer que a Constituição traz, além de princípios, também regras implícitas quanto à inclusão social, decorrente da dignidade da pessoa humana. Entretanto, em obediência aos limites da abordagem analítica deste estudo, é mister que nos atenhamos a tratar das regras constantes das normas infraconstitucionais, que são as que se aplicam na seara fática da seguridade social.

Para finalizar, há que lembrar o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, que garante aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, complementando o caráter de proteção à dignidade da pessoa humana e sua conseqüente inclusão social.

Todavia, as normas constitucionais - aí contidos os princípios e as regras - relativas ao sistema de seguridade social não são auto-aplicáveis e sim dependentes do legislador infraconstitucional e de regulamentação.

Talvez se pudesse dizer que tais normas, constantes da Carta Magna, enquadram-se entre aquelas tidas como de eficácia contida e de conteúdo programático, não fosse sua posição geográfica no bojo constitucional.

Porém, é certo que necessitam de legislação específica para sua aplicabilidade, o que não lhes confere imediatividade.

4 – Os benefícios concedidos pelo sistema de seguridade social entendidos como política pública de distribuição de rendas e a inclusão social.

Como já foi dito, o sistema de seguridade social definido no Título VIII, Capítulo II, da Constituição de 1988, assegura os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

As ações destinadas à esfera da previdência e da assistência social garantem, em sua maioria, prestações pecuniárias destinadas a proteger o cidadão quando exposto a riscos sociais e a situações de indigência.

Dentre esses benefícios, temos os concedidos pela previdência social e que se destinam a substituir a remuneração da atividade nas ocorrências de doença, invalidez, morte, idade avançada – as diversas espécies de aposentadorias (por idade, tempo de contribuição e especial), os auxílios (doença, reclusão) e as pensões. Tais benefícios necessitam de contribuições para seu custeio e são devidos àqueles filiados ao sistema previdenciário, ou a seus dependentes, quando é o caso.

Disciplinando o conteúdo constitucional em matéria previdenciária pública, vigem as Leis n. 8.212 e 8.213/91, o Decreto n. 3.048/99 e várias Instruções Normativas.

Os concedidos pela assistência social, conforme o contido na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei nº 8.742/1993), visam tirar da miserabilidade os idosos com mais de 65 anos que não estejam amparados por nenhum sistema de seguridade social pública e os portadores de deficiência que sejam incapazes para o trabalho e para os atos da vida independente. Independem de qualquer espécie de contribuição direta e equivalem à prestação mensal no valor de um salário mínimo. São vitalícios e, portanto, não geram direito a pensão por morte do beneficiário.

Não cabe aqui enumerar ou detalhar as espécies de benefícios concedidos pela Seguridade Social e sim relacioná-los com a inclusão social resultante de seu recebimento pela população, em especial a de mais baixa renda.

Álvaro Sólton de França[5], em conhecidos artigos publicados nas revistas da ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – mostra a participação dos benefícios securitários na economia nacional.

Na edição de número 24, de janeiro de 2007, afirmava o mencionado auditor fiscal que, naquela data, pagava o órgão previdenciário a 21,64 milhões de beneficiários, número equivalente à população do Chile e Uruguai. No ano anterior, o pagamento de benefícios previdenciários atingira R\$ 165,6 bilhões, correspondente a 8,02% do Produto Interno Bruto – PIB brasileiro. E traça outros esclarecimentos interessantes, como o transcrito a seguir:

Entre os anos de 1988 e 2006, a quantidade de benefícios previdenciários pagos pela Previdência Social aumentou 86,5%, passando de 11,6 milhões para 21,64 milhões de beneficiários. Segundo o IBGE, para cada beneficiário da Previdência Social, em média, há 2,5 pessoas beneficiadas indiretamente. Assim, em 2006, a Previdência Social beneficiou 75,74 milhões de pessoas, ou seja, mais de 40% da população brasileira. Segundo os resultados da amostra do Censo Demográfico 2000, do IBGE, 35% dos idosos nos municípios com até 20 mil habitantes contribuem com 30% a 50% do rendimento familiar mensal, enquanto nos municípios com mais de 500 mil habitantes o percentual de idosos é de 17%. Em todo o país, 27% dos idosos são responsáveis por mais de 90% do rendimento familiar. Em 2004, pesquisa realizada pela Secretaria de Previdência Social, com base nos dados da PNAD - Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio -, mostra que 30,1% dos brasileiros viviam abaixo da linha de pobreza (pobreza=R\$ 130,00). Se não fosse a Previdência, o percentual seria de 41,7%, ou seja, a Previdência foi responsável por uma redução de 11,6% no nível de pobreza, o que significa que 20,1 milhões de pessoas deixaram de ficar abaixo da linha de pobreza. Segundo essa mesma pesquisa, a renda domiciliar média dos domicílios com beneficiários da previdência social era de R\$ 1.585,00, ou seja, 20% superior à dos domicílios sem beneficiários da previdência social, que era de R\$ 1.265,00. (ANFIP, 2007)

Vale registrar que França menciona apenas a Previdência Social, mas, em verdade, os quantitativos a que ele se refere, quer de beneficiários, quer de valores pagos, englobam, também, os benefícios assistenciais. A omissão se dá, talvez, em decorrência de equívoco comum, vez que o INSS, autarquia federal responsável pelas ações previdenciárias, é também responsável pela concessão e manutenção dos benefícios assistenciais.

O mesmo autor, em outro artigo, diz:

Há ainda municípios no interior brasileiro que só aceitam vender “fiado” às pessoas que apresentem o seu comprovante de aposentadoria pela Previdência Social, como ocorre em Afogados de Ingazeira (PE). Em outros desses municípios nordestinos – como Monteiro, na Paraíba – não se permite que vendedores ambulantes, de outros municípios, exerçam atividade comercial em período de pagamento de benefícios previdenciários, para que a economia local não sofra prejuízos nos únicos dias do mês em que o comércio estabelecido consegue ‘faturar’. (ANFIP, 1999)

Nesse sentido, necessário se faz citar os dizeres do ex-ministro da Previdência e Assistência Social, Waldeck Ornélas :

[...]na maioria absoluta dos municípios brasileiros, a massa de benefícios previdenciários é superior às quotas partes do Fundo de Participação dos Municípios, esse importante mecanismo redistribuidor da receita fiscal. Com uma diferença fundamental: enquanto o FPM destina-se ao Tesouro do Município, os pagamentos da Previdência Social chegam diretamente às famílias, tendo dado lugar inclusive a mudanças de atitude em relação aos idosos que, em muitos casos, deixaram de ser um fardo para seus familiares e transformaram-se, de repente, no único ente familiar com garantia de renda monetária mensal. (2001)

De acordo com os dados apresentados podemos concluir que a Seguridade Social é, hoje, a política pública brasileira, na área social, mais eficiente na distribuição de rendas e na manutenção de grande número de famílias, atuando como geradora de renda mínima sendo, também, fator dinamizador da economia dos pequenos municípios.

A maioria desses benefícios tem valor de apenas um salário mínimo, mas são justamente esses, pagos aos mais pobres, que conseguem alavancar a economia de muitos municípios.

Isso se coaduna com os ensinamentos de Keynes, quando observa e afirma que os indivíduos têm propensão diferenciada de consumir de acordo com seu nível de renda.

Os mais pobres possuem uma propensão marginal de consumir próxima de 1, e qualquer acréscimo em sua renda será igualmente gasto, impossibilitando o *entesouramento*. Em contrapartida, as pessoas com rendimentos elevados têm propensão marginal para o consumo próxima de zero, sendo que os acréscimos em seus rendimentos não ensejarão o aumento nos gastos com consumo. (KEYNES, 1982, p. 35 e ss.)

Isto posto, os benefícios de valor mínimo são exatamente os responsáveis pela injeção financeira nas economias de alguns municípios, já que os beneficiários de baixa renda possuem propensão marginal de consumo próxima de 1, ou seja, o consumo dessas pessoas está diretamente proporcional ao que recebem.

5. Considerações finais

Com o passar do tempo está cada vez mais difícil falar em Seguridade Social sem adentrar a esfera econômica, principalmente no que se refere às finanças municipais e na distribuição de rendas. Os municípios brasileiros têm sofrido grande impacto em seus orçamentos decorrentes das transferências de encargos por parte dos governos federal e estadual nas áreas de educação, saúde e assistência social, sem a correspondente contrapartida financeira.

A par desse quadro desfavorável surge a Seguridade Social - tão combatida, criticada, eivada de vícios difíceis de serem sanados - como a “mola propulsora” da economia municipal e como política pública de distribuição de rendas de eficácia comprovada.

Em decorrência disso tudo assistimos, surpresos, a ascensão financeira e social dos idosos, colocados no seio familiar como mantenedores de lares e não mais como fardos a serem carregados por filhos e netos. Ao contrário, garantindo a subsistência desses, muitas vezes como única fonte de renda fixa.

Podemos vislumbrar, talvez, a única política pública na área social que vem mostrando resultados satisfatórios em nosso país, podendo ser considerada como política de redistribuição e manutenção de renda mínima para as famílias carentes.

Isso se dá em virtude do caráter distributivo das contribuições arrecadadas pelo sistema securitário nacional. Como pode ser constatado através de pesquisas a índices oficiais de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios, a maioria dos pequenos e mais pobres municípios brasileiros é beneficiada pelo pagamento de aposentadorias e outros benefícios da seguridade social a seus moradores em valores muito superiores à arrecadação destinada ao órgão previdenciário.[6]

Essa é a realidade da Previdência Social que deveria ser divulgada não só pela imprensa, como também pelo governo federal.

Essa é uma política pública de distribuição de rendas que cumpre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e proporciona a inclusão social, mas que necessita, ainda, de meios e instrumentos mais eficazes para sua correta concretização.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COCURUTTO, Ailton. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTEVES, João Luiz M. Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2007.

FRANÇA, Álvaro Sólón. A Previdência Social e a Economia dos Municípios. Brasília: ANFIP, 1999.

_____. **A Previdência Social e a Economia dos Municípios. Brasília: ANFIP, 2007.**

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais – limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KEYNES, John Maynard. A Teoria Geral do Emprego, do Juro, e da Moeda. São Paulo: Atlas, 1982. Originais de 1936.

LEITE, George Salomão (organizador). Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MASTRODI, Josué. Direitos Sociais Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. Boletim Estatístico da Previdência Social. V. 5, Nº 3(on line). Disponível em: www.mpas.gov.br. Arquivo capturado em 25.ago.2008.

_____. Revista Seguridade Social Ano X. nº 64 – Brasília, março/abril de 2000.

_____. Conjuntura Social. V.12, Nº 1, Jan-Mar/2001. Brasília, março/2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais – efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Max Limonad. 2003.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. (organizador). Jurisdição e direitos fundamentais Volume I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[1] Visão de ESTEVES, João Luiz M. Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2007. p. 31.

[2] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

[3] Esse é o entendimento Ana Paula de Barcellos que diz, ainda, que o princípio da dignidade humana parte do princípio mais fundamental exposto no artigo 1º, III (*A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana*). BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181.

[4] Entende o autor que tanto a dignidade da pessoa humana como a inclusão social são *verdades universais*, aplicáveis em quaisquer circunstâncias ou locais e, portanto, são princípios. COCURUTTO, Ailton. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social. São Paulo: Malheiros, 2008, p.45 e ss.

[5] Álvaro Sólton de França é Auditor Fiscal da Previdência Social e foi secretário-executivo do Ministério da Previdência Social no período de 2003 a 2004.

[6] Deixamos de trazer os números correspondentes a tais pesquisas em virtude da extensão dos dados.

**O EXERCÍCIO DO PAPEL REGULADOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO SOBRE AS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS
ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS***

**L'ÉXERCICE DE LA MISSION RÉGULATRICE DE LA COUR DE COMPTES
SUR LES PARTENARIATS DE L' ADMINISTRATION PUBLIQUES AVEC
LES ENTITÉS DU TIER SECTEUR DANS L' EXÉCUTION DES POLITIQUES
PUBLIQUES**

Maria Tereza Fonseca Dias

RESUMO

Tendo em vista a realização de estudos anteriores sobre as relações entre a Administração Pública e o terceiro setor que apontaram a necessidade de realização de levantamentos empíricos para verificar os processos de regulação em face da sociedade civil, o presente ensaio realizou levantamento e diagnóstico da jurisprudência do TCU acerca das parcerias do Estado e entidades do terceiro setor, para verificar a eficácia do controle da Corte de Contas sobre a atividade administrativa do Poder Executivo no âmbito federal. Dos 22 julgados estudados concluiu-se que as atividades de controle exercidas pelo Tribunal de Contas da União são parcialmente eficazes, visto que a administração pública tem dificuldades em fazer valer seu poder no processo regulação das atividades desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor na implementação de políticas públicas. Tal conceito de regulação foi construído tendo em vista postulados da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, desenvolvida por Jürgen Habermas.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; ATIVIDADE REGULATÓRIA DO PODER PÚBLICO, POLÍTICAS PÚBLICAS

RESUME

Cet article analyse 22 arrêts de la Cour de Comptes de la Unión Fédérale Brésilienne, moyennant la révision des prémisses du contrôle de l'administration publique et des ces nouveaux défis. Les fonctions de la Cour des comptes ont été considérablement élargies puis par la Constitution de 1988, qui l'ont expressément chargée d'assister le Gouvernement et le Parlement dans le contrôle de l'exécution des partenariat de l'Administration Publique avec les entités du tier secteur. Les résultats présentés, issus

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

des arrêts de la Court de Comptes, confirment la efficace partielle de l'ation de la Court en ce qui concerne aux activités exécutées pour les ONGs. L'Administration Publique en ce que concerne a sa face regulatrice, rencontre quelques difficultés dans l'imposition de ses pouvoirs, selon les postulations de la théorie du droit et de la démocratie du professeur allemand Jürgen Habermas.

MOT-CLES: COUR DE COMPTES; PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET LES ONGS; EFFICACE DU CONTRÔLE ISSUE DE LA COUR DE COMPTES, POLITIQUES PUBLIQUES, ACTIVITÉ REGULATRICE DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

1 Introdução e problematização

O fenômeno das parcerias da Administração pública com as entidades do terceiro setor tem se tornado cada vez mais freqüente nas últimas décadas e são múltiplos os fatores de seu recrudescimento.

Duas ordens complexas de indagações têm orientado os estudos sobre o tema, que ensejam verificar os processos de legitimação e de regulação das ações da administração pública em face da sociedade civil. Tais processos estão intimamente ligados às novas relações entre os sistemas sociais, destacando-se o sistema administrativo (administração e governo) e a sociedade.

No âmbito da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, por intermédio da legitimação, a atuação da administração pública é programada pela esfera pública política e pelo complexo parlamentar, permeado pelos anseios da sociedade civil. No processo de regulação, a Administração faz valer o seu poder legítimo na implementação de políticas públicas.

Quando se trata da transferência de atividades anteriormente desempenhadas diretamente pelo Estado, deve surgir, concomitantemente, um estado regulador, com força coercitiva direcionada à plena consecução dos objetivos transferidos às entidades privadas sem fins lucrativos, sobretudo no que diz respeito à implementação de políticas públicas.

Na análise preliminar dos mecanismos de controle que incidem sobre as parcerias da Administração Pública com as entidades do terceiro setor restou demonstrado que, ao promover certas rupturas com o chamado Estado de Bem-Estar Social e assumir funções de regulação, o sistema administrativo não atinge seus objetivos em virtude da ausência ou inadequação dos controles existentes, nos moldes da democracia procedimental.

Um dos principais atores responsáveis pelo papel de regulação das atividades do sistema administrativo são as Cortes de Contas, cujo papel constitucional vem desenhado no art. 70 da CR/1988.

No caso do papel regulador exercido pelo TCU, apenas no presente momento tornou-se possível realizar a análise de eficácia deste mecanismo de controle da Administração

Pública, visto que metade das decisões e acórdãos proferidos em matéria de parceria entre a Administração Pública e o terceiro setor foram posteriores a 2007, conforme dados do Quadro 1 (Anexo A) deste ensaio.

As discussões sobre controle, avaliação e determinação de parâmetros para a relação entre as entidades do terceiro setor e o Estado justificam-se por um motivo capital: a transferência do patrimônio público, em sentido amplo, às entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor.

O presente ensaio tem por escopo o levantamento e a análise diagnóstica da jurisprudência do TCU sobre o tema, para analisar a eficácia do controle da Corte de Contas sobre a atividade administrativa do Poder Executivo no âmbito federal.

Como hipótese traçada para análise neste ensaio, supõe-se que as atividades de controle exercidas pelo Tribunal de Contas da União são parcialmente eficazes, visto que a administração pública tem dificuldades em fazer valer seu poder no processo de regulação das atividades desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor na implementação de políticas públicas.

2 Controle externo da Administração pública exercida pelo Poder Legislativo com o auxílio das Cortes de Contas

No âmbito da dogmática jurídico-constitucional, é importante assinalar, de plano, a alteração da redação do Parágrafo Único, do art. 70, da Constituição da República, que passou a exigir a prestação de contas das pessoas jurídicas de direito privado que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro, bens e valores públicos. Na redação original desse parágrafo, o dever de prestar contas não era exigido das pessoas privadas. Essa mudança processada tem importância singular para a análise do controle das parcerias da Administração Pública com as entidades do terceiro setor pelo TCU.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a mudança de redação do referido dispositivo passou a cobrir “[...] as relações de colaboração que possam ser pactuadas entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas privadas.” Essa ampliação, segundo o autor, “[...] atende particularmente às transferências de atividades administrativas ao setor privado, como no caso das organizações sociais.” Tal exigência não vai alcançar apenas as Organizações Sociais, mas amplia-se às demais pessoas jurídicas de direito privado que gerenciem recursos públicos.

Conforme o entendimento de Carlos Vasconcelos Domingues, a nova redação dada ao Parágrafo Único, do art. 70, da CR/1988, exige que se reinterprete o inciso VI, do art. 71, da CR/1988, no sentido de também incluir em seu comando os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres firmados com as organizações sociais. Segundo o citado autor,

Impende, porém, observar que o controle externo não incidirá sobre as receitas próprias das organizações sociais, geradas pela venda de seus serviços, pois seu universo circunscreve-se aos recursos que são transferidos pelo poder público em virtude da celebração do contrato de gestão. Apenas, por tratar-se de recursos privados que não podem ser objeto de apropriação por parte de ninguém, pois sua aplicação far-se-á, exclusivamente, na melhoria e ampliação dos serviços, o controle externo deve estar atento para tal fato.

O controle financeiro externo da administração pública caberia, por razões históricas, ao Poder Legislativo. Por seu caráter técnico e pela complexidade crescente de que se reveste, tal tarefa foi atribuída a entidades denominadas tribunais ou cortes de contas (art. 71, da CR/1988), cuja natureza jurídica varia conforme o ordenamento, alterando-se, por conseguinte, seu vínculo com o Poder Legislativo, no tocante à independência das decisões finais do procedimento fiscalizador.

Os desafios postos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito ainda necessitam rever os papéis desempenhados pelas cortes de contas, tal como propugnado por Cristiane Vieira. Segundo a autora, não se pode perder de vista o fato de que

[...] os tribunais e conselhos de contas, que inegavelmente constituem-se na *longa manus* da sociedade na persecução de seus interesses, têm papel fundamental na nova concepção do Estado Democrático de Direito, compondo o arsenal de funções direcionadas à modernização da máquina estatal e colaborando no sentido da manutenção dos princípios da administração pública.

Recente pesquisa empírica desenvolvida por Fernando Abrucio e outros demonstra os principais problemas dos tribunais de contas na atualidade: politização e falta de independência; falta de transparência e relação com a sociedade; burocratização das atividades e lentidão das respostas; e defasagem na estrutura material e de recursos humanos. Quanto às expectativas em relação aos papéis das cortes de contas, destacam-se, em vez de seu caráter meramente punitivo ou sancionatório, funções de: orientação, educação e prevenção; avaliação dos resultados e da efetividade das políticas governamentais; atuação *pari passu*, concomitante, *in loco* (agilidade); busca de maior eficácia no cumprimento de suas atribuições; mais transparência e maior contato com a sociedade civil.

Deve-se ressaltar, nesse contexto, que mudanças legislativas profundas precisam ser promovidas, até mesmo quanto ao modelo de escolha dos integrantes dos Tribunais de Contas no Brasil, que não favorece a ampliação da autonomia das Cortes de Contas (art. 73, da CR/1988).

Por força de mandamento constitucional (art. 5º, LV, CR/1988), atenção especial deve ser dada à garantia do devido processo legal nas atividades de controle exercidas pelas cortes de contas.

Quanto às relações entre a administração pública e as atividades do terceiro setor, García de Enterría destaca a importância do aperfeiçoamento do controle externo para o acompanhamento de atividades desenvolvidas por entidades independentes do Estado, no sentido de efetuar disciplina mais efetiva sobre os Ministérios e gerar maior confiança pública no trabalho dessas entidades. A preocupação desse autor espanhol dirige-se à ampliação das QUANGOs inglesas e da extensão da discricionariedade dada a seus gestores. Segundo García de Enterría, a literatura jurídica inglesa e norte-americana reconhece a existência de uma preocupação real pela multiplicação do número das QUANGOs e sua falta de responsabilidade democrática. Os dois principais problemas concretos levantados na proliferação dessas entidades dizem respeito à sua utilização partidária e à designação discricionária de funcionários por parte de seus gestores.

3 Análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca das parcerias entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor

A análise diagnóstica empreendida neste ensaio refere-se à coleta de dados realizada no mês de setembro de 2008. A base de análise foi construída com informações disponíveis no endereço eletrônico do TCU, módulo de pesquisa de jurisprudência (pesquisa em formulário), sem restrição temporal. A palavra-chave procurada foi “terceiro setor”. O levantamento de dados foi feito com base no tipo de entidade do terceiro setor referida nas decisões (entidade declarada de utilidade pública, entidade beneficente de assistência social, entidade civil sem fins lucrativos, entidade de fins filantrópicos, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público e organizações não-governamentais). Foram levantadas quarenta e cinco jurisprudências e, analisando o conteúdo das mesmas, a amostra reduziu-se a quinze, visto que nas demais decisões e consultas, em que pese aparecerem as entidades do terceiro setor, o julgado não dizia respeito diretamente a sua atividade de parceria com a Administração pública. Da leitura das referidas jurisprudências, a base de análise ampliou-se para vinte e duas jurisprudências tendo em vista a referência, no Acórdão 2.619/2007, de outros acórdãos e decisões importantes e emblemáticas da Corte de Contas sobre as parcerias entre administração pública e terceiro setor. Tais dados foram consolidados no Quadro 1 constante do Anexo A, deste estudo.

A primeira observação que se faz da análise da atuação do TCU diz respeito ao aumento do tratamento da matéria pela Corte. Antes de 2004, apenas 3 decisões foram proferidas, sobretudo após o advento das Leis n. 9.637/1998 e 9.790/1999, que ensejaram a manifestação do TCU sobre os mecanismos de prestação de contas das OSs e OSCIPs, como será desenvolvido adiante. A partir de 2004, verifica-se o incremento nas manifestações sobre o tema, tendo em vista os seguintes quantitativos: 2004 – 2; 2005 – 4; 2006 – 1; 2007 – 8 e neste ano (2008), já foram proferidas três acórdãos sobre o tema em comento.

As referidas decisões e acórdãos, vista sob o prisma de seus relatores, revelam a posição ampla da Corte, considerando que vários foram os ministros relatores das decisões, conforme quantitativo, a saber: Min. Marcos Vilaça, 6; Min. Guilherme

Palmeira, 5; Min. Benjamim Zimler, 3; Min. Augusto Sherman e Aroldo Cedraz, 2 decisões cada e Lincoln Rocha, Marcos Bemquerer, Valmir Campelo e Ubiratan Aguiar, 1 decisão cada. A referida pluralidade também revelou divergências do TCU em algumas matérias, conforme será detalhado mais adiante.

Os principais temas tratados e a quantidade de oportunidades em que aparecem na jurisprudência podem ser condensados tendo em vista os seguintes assuntos: atividades de controle e execução dos instrumentos de parceria (7); licitações e ajustes administrativos (6); recursos humanos (8) e atividade de fomento (2).

Deve-se destacar, ainda, acerca dos temas tratados nas decisões do TCU, que cinco acórdãos discutem, no âmbito do Programa de Saúde da Família, a possibilidade de contratação, pelos Municípios, de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por intermédio de contratos de gestão e termos de parceria.

Tendo em vista a relevância dos temas tratados, far-se-á o diagnóstico da jurisprudência do TCU à luz desses assuntos.

a) Atividades de controle e execução dos instrumentos de parceria (Decisão 592/1998; Decisão 931/1999; Acórdão 2261/2005 - Plenário; Acórdão 2066/2006 – Plenário; Acórdão 705/2007 – Plenário; Acórdão 2619/2007 – Plenário; Acórdão 1331/2008 – Plenário)

A competência descrita para os tribunais de contas, para fiscalização das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos, está descrita no art. 74, II, da CR/88, salvo outras regras narradas em legislação específica sobre o tema.

A legislação específica que trata das relações entre as entidades privadas sem fins lucrativos e a administração pública também prevê atribuições de controle dessas entidades por parte das cortes de contas.

No caso do fomento direto (transferências voluntárias), a LRF, em seu art. 59, prevê regra para acompanhamento, por parte do Poder Legislativo, com ou sem o auxílio do Tribunal de Contas, de recursos transferidos para os entes federativos que descumprirem a LRF.

A Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, em seu art. 9º, atribui função fiscalizatória ao TCU sobre as organizações sociais, quando prevê que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Nos acórdãos e decisões em comento, o TCU discutiu o seu próprio papel e delimitou as suas competências para o acompanhamento das parcerias entre as entidades privadas do terceiro setor e a administração pública; examinou e definiu sua

competência para análise dos ajustes administrativos realizados entre os demais entes federativos e as entidades privadas; discutiu ainda problemas de execução dos ajustes administrativos com as entidades privadas; realizou auditorias em OSs, ONGs e OSCIPs; respondeu a denúncias realizadas sobre as parcerias e realizou seu papel de órgão auxiliar do Poder Legislativo, preparando estudos e levantamentos de dados sobre o tema para a CPMI das ONGs.

Acerca das mudanças legislativas processadas com a edição da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e da Lei n. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, institui e disciplina o termo de parceria, e dá outras providências, o TCU expediu, preliminarmente, as Decisões n. 592/1998 e Decisões n. 931/1999.

Nos termos da Decisão n. 592/1998 – Plenário –, ficou decidido que as contas anuais das organizações sociais são submetidas a julgamento pelo Tribunal. As justificativas que fundamentaram o voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler, basearam-se nas seguintes assertivas:

A concepção das organizações sociais apresenta-se indissociável da idéia de controle de resultados, porquanto vinculadas a um regime normativo que lhes impõe maiores restrições e amplia o espectro de controle do estado, se comparado ao atual regime jurídico aplicável às entidades privadas de utilidade pública.

[...] o controle externo, a cargo do Poder Legislativo, também se exerce em relação às citadas OS. Para tanto, o Tribunal, como auxiliar do Congresso Nacional em sua atividade fiscalizadora, deverá se adequar, tendo em conta a substancial redução do espectro normativo a que se submetem esses novos entes estatais, haja vista que o deslocamento da prestação de serviços públicos para entes não-estatais vem marcado pela não-submissão destes ao regime jurídico de direito público.

[...] não vislumbro razão para que as organizações sociais furtem-se ao controle exercido por este Tribunal [...] principalmente a partir da Emenda Constitucional n. 19/98 [que alterou a redação do parágrafo único, do art. 70, da Constituição da República].

Em síntese, para esse Ministro-Relator, como as atividades das organizações sociais dizem respeito à descentralização de serviços públicos não exclusivos do Estado – e dentro de uma ótica de enxugamento das atividades estatais –, estariam submetidas a controle direto do TCU. Também nos termos do art. 9º, da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, as organizações sociais são fiscalizadas pelo controle externo.

Já em relação às OSCIPs, diversamente do posicionamento tomado em relação às OSs, a Decisão n. 931/1999 – Plenário – caminhou no sentido de que o controle do TCU sobre as organizações da sociedade civil de interesse público deve ser feito nos mesmos

moldes daquele que é realizado em relação a entidades privadas que firmam convênio com o Estado. Segundo o voto do Relator, Ministro Marcos Vilaça,

[...] cumpre a este Tribunal o poder-dever de acompanhar a execução desse tipo de instrumento, em regra, de modo indireto. [...] A Lei n. 8.433/92 [Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União] e respectivas normas inferiores igualmente não prevêm que particulares prestem contas diretamente e regularmente a este Tribunal pelos recursos públicos que venham a receber mediante vínculo formal com a administração pública (art. 6º da Lei n. 8.443/92 e art. 1º da IN/TCU n. 12/96). Por outro lado, ao analisar, para fins de julgamento, as contas anuais dos responsáveis, no âmbito estatal, pela celebração de Termos de Parceria, este Tribunal terá a oportunidade de avaliar a celebração e execução desses instrumentos, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, c/c arts. 1º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei n. 8.443/92. [Quanto à prestação de contas] À semelhança dos convênios, deverá ser apresentada ao órgão ou entidade repassadora dos recursos.

Conforme entendimento de Juarez Freitas,

Ambas as figuras do terceiro setor [OSs e OSCIPs] devem ser controladas pelos Tribunais de Contas (CF, art. 70) em relação a todos os recursos e bens de origem pública, além de precisarem conferir ampliada publicidade a seus atos de gestão, facilitando, ao máximo, o controle social.

No desempenho das atividades de fiscalização e auditoria da execução dos ajustes administrativos com as entidades privadas sem fins lucrativos (convênios, contratos de gestão e termos de parcerias, notadamente) o TCU também realizou atividades de controle das atividades do terceiro setor.

A fiscalização do TCU realizada em 2005 para a CPMI da Terra, resultou no Acórdão 2.261/2005-Plenário, que determinou a instauração de 41 Tomadas de Contas Especiais em face de ONGs, seus diversos responsáveis e determinações aos órgãos concedentes e às entidades convenentes.

A principal decisão tomada pelo Tribunal naquela oportunidade foi

[...] determinar [à Administração Federal] que se abstenha de celebrar convênios ou outros ajustes com entidades que não disponham de condições para consecução de seus objetos ou que não tenham em seus estatutos ou regimentos atribuições relacionadas ao mesmo, fazendo constar dos processos de celebração os elementos de comprovação desses requisitos e dos pareceres de análises técnica/jurídica manifestação expressa quanto ao atendimento dos mesmos.

Em 2006, o Tribunal concluiu Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) realizada por oito de suas unidades estaduais (Secex) que examinou 28 convênios, celebrados no

período de 1999 a 2005, abrangendo dez ONGs e oito órgãos repassadores, envolvendo recursos no montante de R\$ 150,7 milhões. (Acórdão 2.066/2006)

O Ministro Guilherme Palmeira, como relator do Acórdão 2619/2007, acerca da citada FOC aduziu que:

Essa auditoria resultou no Acórdão 2.066/2006-Plenário, que está no vértice das modificações ora em curso em toda a sistemática de operacionalização das transferências voluntárias do orçamento da União, inclusive na criação do Portal de Convênios e na nova regulamentação da área, iniciada pelo Decreto 6.170/2007.

O Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007, previu acesso ao Sistema de gestão de convênios e contratos de repasse, entre outras autoridades, para o Tribunal de Contas da União (art. 13, §3º).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em matéria de controle das entidades do terceiro setor, parece ter seguido a orientação do TCU quanto às OSCIPs. No voto do Conselheiro Relator Moura e Castro ficou consignado que

[...] a jurisdição do Tribunal de Contas alcança, conforme art. 70, parágrafo único, qualquer responsável pela aplicação de recursos públicos repassados mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, *in casu*, o termo de parceria. E sendo o termo de parceria um instrumento congênere aos convênios, ele e sua respectiva prestação de contas ficarão no órgão ou entidade estatal à disposição da Corte de Contas, que, no exercício de inspeção ou auditoria, deles tomará conhecimento para verificar a sua legalidade e regularidade, bem como para o julgamento das contas em última instância.

Registre-se posição peculiar do TCE de Pernambuco na análise da Tomada de Contas n. 0544/02, Processo TC n. 0200880-4, quanto aos termos de parceria firmados pela administração pública com as OSCIPs, que passam a ter o dever de prestar contas também ao TCE-PE:

O objetivo da Lei n. 9.790/99 é instituir parceria entre o Poder Público e uma organização não governamental qualificada, sob certas condições, a prestar atividade de interesse público mediante fomento. Tem atuação na área de serviços públicos não exclusivos do estado. Trata-se, portanto, de um instrumento que permite tão-somente a cooperação, a colaboração da OSCIP com o ente público. Não pode haver transferência completa de um serviço que incumbe ao Poder Público. Não pode haver remuneração por serviços prestados, sob pena de caracterizar um contrato e não um Termo de Parceria. O incentivo, na modalidade de fomento, é prestado sob a forma de auxílio ou subvenção. Por se tratar de transferência de recursos públicos, a OSCIP obriga-se a prestar contas não só ao ente repassador da verba, mas também ao Tribunal de Contas, por força do art. 70, parágrafo Único, da Constituição Federal. A utilização do Termo de Parceria com uma OSCIP com o fim de burlar o princípio constitucional

do concurso público sujeita o responsável à punição, nos termos do artigo 37, § 2º, da Constituição Federal.

Pode-se dizer que as decisões analisadas mostram-se coerentes com a posição anterior do STF, ainda que não relacionada diretamente com as figuras introduzidas na legislação pátria no final do século passado. Conforme decisão do Ministro Relator Néri da Silveira,

Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes têm de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização.

O Acórdão 1331/2008 foi exarado pelo Plenário do TCU em virtude de auditoria realizada por solicitação do Senado Federal em 167 convênios de 26 organizações não-governamentais e organizações (ONGS) de sociedade civil de interesse público (OSCIPS) dos Estados do Rio Grande do Sul, Bahia, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí, Santa Catarina e Sergipe. Os valores repassados remontam a R\$246.439.289,50. Foram encontradas diversas irregularidades na execução dos convênios firmados com tais entidades, dentre as quais destacam-se: falhas na seleção de entidades convêntes, deficiências na divulgação dos recursos, ausência de avaliação das condições operacionais das ONGs, desvio de finalidade na celebração de convênios, realização de despesas indevidas, deficiência na formalização dos convênios, planos de trabalho incompletos, vagos e sem os requisitos essenciais, aprovação de convênios e termos aditivos na ausência ou à revelia de pareceres técnicos ou jurídicos ou com base em análises técnicas superficiais, contratações e aquisições sem licitação, deficiências na execução do objeto dos convênios, análise intempestiva das prestações de contas, prestações de contas incompletas ou ausentes, entre outras.

Ao final foi recomendado à União Federal, para o aprimoramento do modelo de parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor, entre outras medidas, as seguintes:

- abstenha-se de celebrar convênios cujos objetos não se coadunem com o objetivo do programa e a finalidade da ação orçamentária, atentando para o público-alvo contemplado na referida ação e para a exata forma de implementação da mesma;
- faça consignar nos pareceres de análises técnica/jurídica da proposição a pertinência entre o objeto proposto e o objetivo do programa e a finalidade da ação orçamentária que irá suprir os recursos;
- abstenha-se de celebrar convênios ou outros ajustes com entidades que não disponham de condições para consecução de seus objetos ou que não tenham em seus estatutos ou regimentos atribuições relacionadas ao mesmo;
- observe com rigor as disposições a respeito da descrição do objeto dos convênios, refutando celebrá-los quando não presentes os seus elementos

característicos, com descrição detalhada, objetiva, clara e precisa do plano de trabalho, não restando dúvidas do que se pretende realizar ou obter, com a correta e suficiente descrição das metas, etapas/fases a serem executadas, tanto nos seus aspectos quantitativos como qualitativos;

- somente aceite a comprovação de despesas, no caso de fornecedor pessoa jurídica, por meio de notas fiscais ou documentos fiscais equivalentes e, no caso de fornecedor pessoa física, que não esteja obrigado à emissão de nota fiscal ou documento equivalente, somente por meio de documentação que atenda as exigências da legislação trabalhista e previdenciária;

- exija e faça constar, nos processos de celebração de convênios e outros ajustes, todas as certidões comprobatórias da regularidade dos convenientes, atentando quanto a sua validade, autenticidade, local da sede do estabelecimento proponente consignado nas certidões e sua inscrição no CNPJ;

- visando à racionalidade e à eficiência administrativa, normatizar quais despesas podem ser executadas no âmbito dos convênios, dentro de um limite razoável, adotando-se a sistemática de suprimento de fundos para pagamento de despesas miúdas, que não comportem emissão de cheques nominativos, ressalvando-se que as notas fiscais e/ou recibos referentes a tais despesas também deverão integrar as prestações de contas.

Dos dados levantados conclui-se que, no que diz respeito à sua própria atividade de controle e fiscalização das parcerias com a Administração Pública, o TCU demonstrou preocupação com as novas figuras que surgiram na ordem brasileira (OSs e OSCIPs), bem como procurou ampliar sua atuação nessa seara com a realização de Fiscalizações de Orientação Centralizada, como visto anteriormente. Parte dessas fiscalizações, entretanto, somente foram realizadas tendo em vista a provocação do Poder Legislativo após a instalação da CPI das ONGs. Em algumas situações, como demonstram a Decisão n. 931/1999 e Acórdão 1777/2005, tratou o TCU de aplicar à figura das OSCIPs o mesmo regime jurídico já conferido às entidades privadas sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, que tinham o dever de prestar contas para o órgão repassador dos recursos e não diretamente ao TCU. Salvo específicas exceções, a tendência desta Corte de Contas é de estender o regime jurídico administrativo às entidades privadas sem fins lucrativos quando atuam com repasses de recursos públicos oriundos do Estado. Outro aspecto interessante que ressalta na jurisprudência analisada é que, como a obrigação de prestar contas remanesce com o órgão repassador, mediante o seu sistema de controle interno, o TCU quase sempre atribui as falhas na fiscalização ao órgão repassador. E sua tarefa de auditorias “a posteriori” acaba por tornar ineficaz a atividade de controle, fazendo-se necessário a ampliação do controle concomitante, que é o que propõe a própria Corte mais recentemente. Por outro lado, tal atividade tem servido para aprimorar os mecanismos de controle e acompanhamento, como se deu, por exemplo, com a edição do Decreto n. 6.170/2005.

b) Licitações e ajustes administrativos: (Acórdão 421/2004; Acórdão 1777/2005; Processo 021.035/2005-9; Acórdão 601/2007- Primeira Câmara; Acórdão 1305/2007; Acórdão 2680/2007 – Plenário; Acórdão 141/2008; Acórdão 1331/2008)

A discussão sobre a aplicação do regime jurídico das licitações públicas em face das entidades do terceiro setor que irão atuar em parceria com a administração pública comporta três ordens distintas de questionamentos: 1) a dispensa de licitação prevista no inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação; 2) a necessidade de licitação para a escolha das OSCIPs e demais entidades que irão firmar termos de parceria e convênios com a administração pública; 3) a obrigatoriedade das entidades privadas que firmarem ajustes com a administração pública aplicarem em suas contratações, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93), considerando-se a natureza pública dos recursos que recebem do Estado.

Em 2004, no Acórdão 421/2004, em que a Câmara dos Deputados realizou consulta do TCU acerca da possibilidade de contratação dos Serviços Sociais Autônomos por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, a Corte – mediante o voto do Min. Relator Augusto Sherman - concluiu que, tendo em vista que os casos de licitação dispensável previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/93 estão expressos taxativamente naquela Lei - *numerus clausus* - não podem ser interpretados extensiva ou analogicamente. E aduziu:

[...] não há amparo legal em contratações, por parte da Administração Pública Direta, do fornecimento de bens ou serviços das entidades dos Serviços Sociais Autônomos com dispensa de licitação baseadas no art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93.

No relatório de auditoria sobre as OSCIPs e a aplicabilidade da Lei n. 9790/1999 iniciado em 2003, que redundou no Acórdão 1777/2005-Plenário, o TCU analisou diversas questões relativas às licitações e contratações da Administração pública com as OSCIPs, ressaltando-se as seguintes discussões: aplicação da Lei n.º 8.666/93 às OSCIPs; regularidade previdenciária, fiscal e perante o FGTS das referidas entidades; prévia comprovação de capacidade operacional e natureza jurídica do termo de parceria.

A principal e mais importante conclusão do estudo da jurisprudência da Corte de Contas diz respeito ao fato de não se aplicarem às OSCIPs a Lei Geral de Licitações, ficando as mesmas submetidas Regulamento Próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, nos termos do art. 14, c/c o art. 4º, inciso I, todos da Lei 9.790/99.

Mesmo tendo sido o termo de parceria considerado semelhante ao convênio, entendeu-se que não se aplicam àquele as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN.

Em que pese o fato da Lei nº 9.790/99 não exigir prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante ou outra equivalente e prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) como previsto na Lei nº 8.666/93, art. 29; e também não exigir comprovação de inexistência de débito com o sistema da seguridade social, prevista pela Constituição Federal, art. 195, § 3º - a Corte de Contas concluiu que, previamente à assinatura de termos de parceria, deve ser exigida da OSCIP s certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, "b", da Lei nº 9.790/99, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal.

Quanto à seleção das OSCIPs que irão firmar termo de parceria com a Administração Pública, entendeu o TCU que deve o Poder Executivo: promover processo de seleção de OSCIP - previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/99 - em toda e qualquer situação; bem como deve o Poder Público, antes da celebração do Termo de Parceria, levar em consideração, quando cabível, os requisitos listados no art. 27 do Decreto n.º 3.100/99, entre outros necessários à aferição da capacidade operacional da entidade interessada. Idêntica decisão foi proferida na processo 021.035/2005-9.

Diversamente do que ocorreu no voto anterior, em relação às Organizações Sociais (OSs), no Acórdão 601/2007, o TCU concluiu que

As organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público [e] estão obrigadas a utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns realizadas com recursos federais transferidos voluntariamente.

A diferença de tratamento entre OS e OSCIPs já foi desenhada na Corte de Contas desde as Decisões 592/1998 e 931/1999 que se manifestaram sobre o dever de prestar contas das referidas entidades. No caso em tela, em que a OS Laboratório Nacional de Luz Síncrotron insurge-se contra a rejeição de suas contas de 2003, o TCU entendeu que

A diferenciação entre as áreas de atuação das OS - todas com natureza de serviço público -, conforme leitura do art. 1º da Lei nº 9.637/98, e a das Oscips - apenas algumas sendo também serviço público -, conforme leitura do art. 3º e incisos, da Lei nº 9.790/99, **é indicativo de que os serviços públicos típicos permaneceram no âmbito de atuação das organizações sociais.** Acrescente-se o fato de que tais serviços deixarão de ser prestados pelo Poder Público porquanto a qualificação da OS extinguirá o equivalente público anterior, como ocorreu na qualificação da ABTLuS e extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, operando-se a transferência de todo o complexo material e imaterial deste para aquela OS.

Foi exatamente com fulcro neste fundamento que o TCU entendeu que, diversamente das OSCIPs, as OSs estão submetidas à Lei nº 8.666/1993 e que as normas da Lei nº 9.637/98 sobre os contratos de gestão não têm natureza especial em relação à Legislação Federal de Licitações e Contratos. No mesmo ano, a OS

Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS propôs embargos de declaração acerca da interpretação do Acórdão 601/2007 e teve seu pedido denegado pela Corte, ficando mantida, *in totum*, a decisão decorrente do Acórdão 601/2007, em comento.

No acórdão 2680/2007, a Corte de Contas analisou possíveis irregularidades ocorridas na Tomada de Preços nº 01/2006, tipo melhor técnica, realizada pela OSCIP Gerar - Geração de Emprego, Renda e Apoio ao Desenvolvimento Regional. No referido acórdão outras questões relacionadas à própria realização do termo de parceria e convênios com esta OSCIP pelo Ministério de Desenvolvimento Social também foram discutidos, mas não serão objeto de análise nesta oportunidade. Note-se que, mesmo considerando que as OSCIPs, conforme entendimento do próprio TCU, não estão obrigadas a utilizar-se da Lei n. 8.666/1993, o caso em tela analisa procedimento licitatório realizado por OSCIP. Em síntese, as questões analisadas pela Corte, em virtude de denúncia, foram as seguintes:

- a) uso de Tomada de preços, tipo melhor técnica, em substituição à modalidade pregão pela OSCIP e sua ilegalidade. O relatório técnico da Corte de Contas entendeu que a Tomada de Preços 01/2006, tipo melhor técnica, realizada pela OSCIP Gerar, deveria ser na modalidade pregão, conforme determina o Decreto nº 5.504/2005;
- b) ilegalidade da TP 01/2006 e do respectivo contrato 06/2006;
- c) execução do contrato. Os serviços não foram feitos conforme contrato e sim conforme acordo entre as partes, acordos esses que não se ajustam aos termos do contrato;
- d) inobservância a Lei n. 8.666/93. Houve desclassificação superveniente da concorrente perdedora na pontuação técnica em desacordo com ao § 5º, do art. 43, da Lei nº 8666/1993.

As considerações aduzidas permitem concluir que, na visão do TCU, uma vez utilizando-se da licitação para seleção de contratados, as OSCIPs devem observar integralmente as regras da Lei Geral de Licitações e contratos para seleção da empresa contratada e segui-la também no que diz respeito à execução dos mesmos.

Tendo em vista as alegações apresentadas pelo MDS e pela OSCIP Gerar, no caso em análise, o TCU acolheu as justificativas apresentadas pelos responsáveis e revogou a medida cautelar adotada mediante despacho de 09/08/2007, que determinava a suspensão de repasses para a Gerar. Ficou determinado, ainda, que a Secretaria de Avaliação de Programas de Governo - SEPROG realizasse, no primeiro semestre de 2008, auditoria de natureza operacional no Projeto Gerar-MDS, de forma a averiguar, entre outros, a pertinência das metas pactuadas e a adequação dos indicadores de desempenho utilizados para apuração dos resultados.

No Acórdão 141/2008, o TCU, ao analisar supostas irregularidades constantes no Edital da Tomada de Preços nº 03/2007, conduzido pela COFRUVALE - Cooperativa dos Fruticultores do Vale do Canindé - tendo como fonte de recursos o Convênio nº 7.93.06.0223/00 (SIAFI nº 579607) firmado com a CODEVASF – Cia. de

Desenvolvimento do Vale do São Francisco - tratou da questão da ausência de critérios de seleção para a realização de Convênios pela CODEVASF.

Diz textualmente o voto do Ministro Relator, Ubiratan Aguiar:

[...] o aspecto principal em relação à atuação da CODEVASF, enquanto entidade concedente, refere-se à ausência de critérios transparentes para a escolha da ONG que receberá recursos por meio de convênios e instrumentos similares. [...] o que permite que a Administração defina tal escolha com base em critérios meramente políticos.

No acórdão prolatado, a Corte, em relação ao caso concreto, determinou à CODEVASF que

[...] elabore estudos visando a definir, de forma clara e objetiva, critérios técnicos para a seleção das organizações aptas a celebrarem convênios com a entidade, bem como procedimentos a serem observados para fins de análise e emissão de parecer técnico quanto às propostas apresentadas, com base na avaliação da capacidade administrativa e operacional do potencial conveniente na prestação dos serviços pretendidos.

No Acórdão 1331/2008, que deriva de auditoria operacional realizada pelo TCU, comentada anteriormente, no que toca ao processo de seleção de ONGs, concluiu-se, notadamente, que:

- não é praxe, ainda, na Administração Pública, a realização de processos de seleção pública de entidades sem fins lucrativos [que deve ser estimulada];
- quanto aos parâmetros de seleção e habilitação, a maioria das unidades utiliza, além das normas gerais aplicáveis, critérios específicos estabelecidos (mediante portarias, manuais, ou outros documentos formais) para a análise e habilitação de propostas de convênios das entidades, e, em alguns casos, para o acompanhamento e fiscalização dos ajustes.
- a obrigatoriedade de que as ONGs sejam escolhidas sempre por meio de processos públicos merece estudo mais aprofundado, visto que há situações específicas que inviabilizam a seleção pública [...]
- obrigatoriedade de os concedentes estabelecerem critérios objetivos para a escolha das entidades que receberão recursos e de justificarem a escolha, indicando os motivos determinantes e demonstrando o interesse público envolvido na parceria, de modo a justificar a escolha da entidade, especialmente quando não ocorre mediante prévio processo público (itens 9.4.1 e 9.4.2 do Acórdão 2.066/2006-Plenário).

Quanto à realização de licitações, concluiu o voto do Ministro Benjamin Zimler que

No caso das entidades privadas sem fins lucrativos que celebram convênios com a União, não de ser observados os requisitos mínimos em seus procedimentos licitatórios na aplicação desses recursos públicos federais, tais como os princípios da impessoalidade, moralidade, a realização de cotação dos preços a serem contratados, a fim de se evitar sobrepreço. [...] Ainda que se verifiquem hipóteses de contratação direta, seja por meio de dispensa, seja por meio de inexigência de licitação, deve haver fundamentação, justificativa de preço, razão da escolha do fornecedor ou executante, nos termos do art. 26, parágrafo único, combinado com o art. 116, tudo da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 1331/2008)

Da análise das jurisprudências supra-transcritas, em matéria de licitações e contratos, observa-se que a fiscalização do TCU mostrou-se efetiva, a partir do momento que sua atuação deu origem a vários decretos que buscam aperfeiçoar a gestão da máquina administrativa federal.

Especificamente quanto às questões levantadas inicialmente, à luz da jurisprudência Corte de Contas, tem-se que: a) o tribunal reconhece a dispensa de licitação prevista no inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação, mas não a estende a outras entidades, como o caso analisado dos serviços sociais autônomos; b) quanto à exigência de licitação para a escolha das OSCIPs e demais entidades que irão firmar termos de parceria e convênios com a administração pública, a jurisprudência da Corte caminha para a necessidade de existência de alguma espécie de seleção pública, não necessariamente regida pela Lei n. 8.666/93, mas regida pela Lei n. 9790/99, no caso das OSCIPs, respeitando-se, sempre, os princípios da Administração pública constantes do caput do art. 37 da CR/1988; c) quanto à obrigatoriedade das entidades privadas que firmarem ajustes com a administração pública aplicarem em suas contratações, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93), considerando-se a natureza pública dos recursos que recebem do Estado, tal conclusão aplica-se apenas, em princípio, às Organizações Sociais. Para as OSCIPs aplicam-se as regras da Lei n. 9790/99, devendo ser editado o Regulamento próprio para as contratações dessas entidades. Para as demais entidades privadas sem fins lucrativos, conforme a última manifestação do TCU citada, não de ser observados os requisitos mínimos em seus procedimentos licitatórios na aplicação desses recursos públicos federais, mas, nos casos de dispensa, o art. 26 da Lei n. 8.666/93. Para essas últimas, o próprio TCU conclui que é necessário aprofundar os estudos sobre o assunto, continuando o referido tema ser regido pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, aplica-se a Lei n. 8.666/93 de forma proporcional, tendo em vista o caso concreto, desde que atendidos os princípios da Administração Pública pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Não se deve olvidar, entretanto, da disciplina constante no Decreto n. 5.504/2005, que estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Tal Decreto deverá servir como orientação para o intérprete na definição se a entidade deve ou não realizar procedimento licitatório para suas contratações.

c) Recursos humanos (Decisão n. 649/2002; Acórdão 2578/2004 – Primeira Câmara; Acórdão 1840/2005; Acórdão 2101/2005; Acórdão 1836/2007)

Quanto ao tema dos recursos humanos envolvidos na relação de parceria entre Administração Pública e terceiro setor, as principais questões que se apresentam dizem respeito à necessidade de realização de seleção para escolha daqueles que irão trabalhar nas entidades privadas sem fins lucrativos que receberem transferências de recursos da União e da possibilidade de remuneração de dirigentes dessas entidades com esses recursos. Poucas decisões, entretanto, enfrentaram tais questões.

A maioria dos julgados discutiu o problema da contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, pelos entes federativos, por intermédio de entidades do terceiro setor (Decisão n. 649/2002; 2578/2004 – Primeira Câmara; Acórdão 1840/2005; Acórdão 1836/2007).

Para o TCU, na Decisão n. 649/2002, em que se realizou auditoria operacional no Programa de Saúde da Família para análise de eventual descumprimento dos princípios e diretrizes do programa, foi recomendado que o Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde promovesse estudos com vistas

[...] a identificar os meios legais que possibilitem a contratação dos profissionais de equipes de saúde da família levando a discussão ao fórum da Comissão Intergestores Tripartite, com vistas a orientar os municípios quanto às opções legalmente permitidas para contratação dos profissionais daquelas equipes, em especial, dos agentes comunitários de saúde. Em prosseguimento dessa discussão na Corte de Contas, no Acórdão 1836/2007, que analisou contratações de agentes comunitários de saúde e agentes de combates às endemias do Governo do Distrito Federal, o Ministro Relator entendeu, considerando possíveis vícios na seleção dos agentes que “Para a admissão de Agente Comunitário de Saúde e demais profissionais das Equipes de Saúde da Família é necessária a realização de processo seletivo público de provas ou provas e títulos, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.” No resultado final da decisão, deixou-se a sanção de multa para os responsáveis “[...] em face do reconhecimento de que houve falha do Ministério da Saúde na orientação dos procedimentos de admissão de Agentes Comunitários e demais profissionais das Equipes de Saúde da Família pelos entes federados.”

É mister ressaltar que, com a edição da EC n. 51/2006, os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias apenas podem ser contratados diretamente por pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.

No Acórdão n. 1777/2005, que tratou do regime jurídico das OSCIPs, entendeu-se que é possível efetuar o pagamento de seus dirigentes nos termos da Lei n. 9790/99, mas

[...] os valores percebidos pelos dirigentes das OSCIPs que atuem na gestão executiva e daqueles que prestam serviços específicos, em razão da celebração de Termos de

Parceria com a Administração Pública Federal, devem respeitar os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, conforme o art. 4º, inciso VI, da Lei 9.790/99.

No acórdão n. 2101/2005, o TCU decidiu que a contratação de pessoal por instituição que não integra a Administração pública indireta pode ser realizada sem a realização de concurso público. Neste acórdão, entendeu-se que o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica – CEPEL, por não integrar a Administração Pública Indireta da União, está eximido da obrigação de contratar servidores por meio de concurso público feito nos moldes daqueles realizados por entidades públicas em essência, que são regidos pelo art. 37, II, da CF/88, sendo razoáveis as exigências de formação acadêmica e de tempo de experiência postas no edital confeccionado pelo CEPEL para determinados cargos. E tal decisão foi proferida com base no fato de que o CEPEL foi considerado ente externo à Administração Pública Federal por analogia às entidades do terceiro setor, tendo em vista a seguinte assertiva do *decisum*: “Por analogia, o CEPEL parece-nos que se encaixaria na definição, utilizada em larga escala pela doutrina, de entidade paraestatal ou, como alguns outros propõem, de ente que integra o 'terceiro setor'.”

O que se observa da aparente contradição dos acórdãos 1836/2007 - que exigiu a realização de concurso para a contratação e pessoal - e o Acórdão 2101/2005 - que entendeu não aplicável o concurso para a contratação pessoal para entidades não integrantes da Administração Pública - é que o que o TCU exige, ao menos, é a realização de seleção pública que observe os princípios da impessoalidade e publicidade, não necessariamente na forma exata de um concurso público, de provas ou de provas e títulos.

4 Considerações finais

Diante de todo o exposto, a conclusão preliminar que pode ser apresentada neste ensaio efere-se ao fato de que foram observados avanços na efetividade do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União na fiscalização das parcerias da administração pública com as entidades do terceiro setor.

Também ressaltou-se a distinção remarcada pela Corte da diferença existente no regime jurídico do controle das OSs, OSCIPs e demais entidades privadas sem fins lucrativos, denominadas pelo Tribunal simplesmente como ONGs.

O papel de fiscalização do TCU ensejou, no que toca às demais entidades privadas sem fins lucrativos, a edição de novos regulamentos que têm servido para o aperfeiçoamento do controle externo da Administração Pública.

A própria corte reconhece seus avanços na matéria e que são inegáveis, como visto no decorrer da análise. O Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça declarou nos autos da Decisão n.º 701/98-P, referindo-se a atuação do TCU, que

[...] este Tribunal dá mais um passo ao migrar de uma atuação calcada no passado e no formalismo, típica da sistemática de prestação de contas, por muitos já definida como 'autópsia' da gestão pública, em direção a uma atuação concomitante, centrada na avaliação da eficiência e eficácia da administração da coisa pública. (Acórdão 1777/2005)

A atuação concomitante da Corte será a única capaz de fazer o acompanhamento em tempo real das parcerias da administração pública visando a implementação de políticas públicas.

A confirmação da hipótese traçada inicialmente segundo a qual as atividades de controle exercidas pelo Tribunal de Contas da União são parcialmente eficazes, revela-se no fato de que ainda são necessários vários estudos sobre o tema, segundo apontamento da própria Corte de Contas, e que número considerável de ajustes administrativos firmados com as entidades privadas sem fins lucrativos foram objeto de fiscalização e auditoria pelo TCU. Assim, espera-se ter demonstrado que a administração pública ainda tem dificuldades em fazer valer seu poder no processo regulação das atividades desenvolvidas pelas entidades do terceiro setor sob a perspectiva do controle externo, com auxílio do TCU.

5 Referências

ARANTES, Rogério Bastos; ABRUCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas subnacionais. *Revista do Serviço Público*. Brasília, n.56, 1, p.57-83, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. As organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) como instrumento de gestão pública na área de saúde. Grupo de Trabalho sobre OSCIPs. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/docs/Parecer/perecer.doc>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 1.182, de 28 de novembro de 2006. Diário do Senado Federal. Brasília, de 28 set. 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21644/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Data do julgamento: 4 nov. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 3 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 141/2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2261/2005 – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2619/2007 – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 421/2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 601/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nn. 705/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br:> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 592/1998. Institui o dever de prestação de contas pelas organizações sociais diretamente ao TCU. In: BALEEIRO NETO, Jayme. *As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 931/1999. Institui normas relativas a prestação de contas pelas Organizações as Sociedade Civil de Interesse Público. In: BALEEIRO NETO, Jayme. *As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n° 1777/2005. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n° 1836/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n° 2101/2005. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n° 2578/2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n° 649/2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Notas sobre as imprecisões técnico-conceituais e dificuldades de implementação da Emenda Constitucional n. 51/2006. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, v. 5, n. 56, p. 7606-7609, ago. 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. *O controle externo e novos modelos de gestão de serviços públicos: as organizações sociais*. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2000.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Reimp. Madrid: Civitas, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de legislação administrativa*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta n. 683832. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Data do acórdão: 4 fev. 2004. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br> Acesso em: nov. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado. Processo n. 0200880-4 (Consulta). Relator: Conselheiro Luiz Arcoverde Filho. Data da decisão: 5 maio 2002. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/sistemas/ap/consulta_processo.asp?cprc=0200880&digito=4&ITHcprc=02008804&Submit=Ok> Acesso em: 11 mar. 2007.

VIEIRA, Cristiane Gonçalves. O terceiro setor e as cortes de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v.23, n.55, p.63-66, jan./mar. 2002.

WALKER, David M. *Oxford Companion to Law* apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Reimp. Madrid: Civitas, 2005.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANEXO A - QUADRO 1 - ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TERCEIRO SETOR

Nº ACÓRDÃO/	EMENTA	RELATOR	DATA SESSÃO
------------------------	---------------	----------------	------------------------

DECISÃO

DECISÃO 592/1998-	ADMINISTRATIVO. PROJETO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA. ACRÉSCIMO DE DISPOSITIVO À INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 12/96, QUE ESTABELECE NORMAS DE ORGANIZAÇÃO E APRESENTAÇÃO DE TOMADAS E PRESTAÇÕES DE CONTAS E ROL DE RESPONSÁVEIS. APROVAÇÃO. CONHECIMENTO. ARQUIVAMENTO. -ENTENDIMENTO DE QUE AS CONTAS ANUAIS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS SÃO SUBMETIDAS A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. -ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. CONTRATO DE GESTÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CONSIDERAÇÕES.	BENJAMIM ZIMLER	02/09/1998
DECISÃO 931/1999	ADMINISTRATIVO. ESTUDOS REALIZADOS POR GRUPO DE TRABALHO COM A FINALIDADE DE EXAMINAR O ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - LEI Nº 9.790/99 - NAS ATIVIDADES DE CONTROLE A CARGO DO TCU. PROJETO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA. ALTERAÇÃO DE VILAÇA DISPOSITIVOS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 12/96. APROVAÇÃO. DETERMINAÇÃO. ENCAMINHAMENTO DO ESTUDO AO CONSELHO DA COMUNIDADE SOLIDÁRIA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO DECRETO Nº 3.100/99.	MARCOS VINICIOS	15/12/1999
DECISÃO 649/2002 PLENÁRIO	AUDITORIA OPERACIONAL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA. DESCUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DO PROGRAMA. INSTALAÇÕES FÍSICAS DEFICIENTES. ROTATIVIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE. FALTA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL INFORMATIVO. PRECARIIDADE NO	MARCOS VINICIOS	19/06/2002

<p>ACÓRDÃO 421/2004</p>	<p>TREINAMENTO DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. DEFICIÊNCIA NO ACOMPANHAMENTO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES. JUNTADA DE CÓPIA A OUTRO PROCESSO. RECOMENDAÇÃO. DETERMINAÇÃO. CONVERSÃO DOS AUTOS EM ACOMPANHAMENTO. REMESSA DE CÓPIA AO CONGRESSO NACIONAL E DIVERSOS ÓRGÃOS INTERESSADOS. CONSULTA FORMULADA PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS. CONTRATAÇÃO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, DE BENS OU SERVIÇOS DAS ENTIDADES DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. PRERROGATIVA DADA ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONHECIMENTO. ORIENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO.</p>	<p>AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI 14/04/2004</p>
<p>ACÓRDÃO 2578/2004 PRIMEIRA CÂMARA</p>	<p>REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELO TCE/RJ. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS PARA OS PROGRAMAS “AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE” E “SAÚDE DA FAMÍLIA” POR MEIO DE COOPERATIVAS PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE NILÓPOLIS/RJ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE- OBRA. IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.</p>	<p>MARCOS DE VINÍCIOS DE VILAÇA 05/10/2004</p>
<p>ACÓRDÃO 1840/2005 PRIMEIRA CÂMARA</p>	<p>CONSIDERA-SE IMPROCEDENTE REPRESENTAÇÃO, UMA VEZ QUE É CONSIDERADA LEGAL A CONTRATAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DEMAIS PROFISSIONAIS DAS EQUIPES DE SAÚDE DA FAMÍLIA, A</p>	<p>GUILHERME PALMEIRA 16/08/2005</p>

CONTRATAÇÃO INDIRETA,
MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE
CONTRATO DE GESTÃO COM
ORGANIZAÇÃO SOCIAL OU TERMO
DE PARCERIA COM
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE
CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO, NOS
TERMOS DA LEI N.º 9.637/1998 E DA
LEI N.º 9.790/1999.

RELATÓRIO DE AUDITORIA. LEI N.º
9.790/99. ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE
PÚBLICO. TERMO DE PARCERIA.
TERCEIRO SETOR. ATUAÇÃO DO
TRIBUNAL. LIMITE DE
REMUNERAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
INAPLICABILIDADE DA LEI N.º
8.666/93 ÀS OSCIPS.

REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA,
FISCAL E PERANTE O FGTS.
SUBMISSÃO ÀS VEDAÇÕES
ESTIPULADAS NAS LEIS DE
DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS.
PRÉVIA COMPROVAÇÃO DE
CAPACIDADE OPERACIONAL.
HIPÓTESES DE PERDA DE
QUALIFICAÇÃO COMO OSCIP. MARCOS

ACÓRDÃO
1777/2005
PLENÁRIO

- ESCOLHA DO PARCEIRO PRIVADO. VINÍCIOS
NATUREZA JURÍDICA DO TERMO VILAÇA
DE PARCERIA. CONSIDERAÇÕES.
MELHORIAS EM PROCEDIMENTOS
DE AUDITORIA. ORGANIZAÇÕES
NÃO-GOVERNAMENTAIS.
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.
CONSIDERAÇÕES.
RECOMENDAÇÕES.

9/11/2005.

DETERMINAÇÃO. ENVIO DE CÓPIA
DO RELATÓRIO, VOTO E ACÓRDÃO
AO MINISTÉRIO DO
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E
GESTÃO, AO MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA, À COMISSÃO DE
FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO
SENADO FEDERAL E À COMISSÃO
DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E
CONTROLE DA CÂMARA DOS
DEPUTADOS. ARQUIVAMENTO.

ACÓRDÃO
2101/2005

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO LINCOLN
- DE PESSOAL POR INSTITUIÇÃO MAGALHÃES

30/11/2005

PLENÁRIO	QUE NÃO INTEGRA A DA ROCHA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. REGULARIDADE. CONSOLIDAÇÃO DAS AUDITORIAS REALIZADAS NOS CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE A UNIÃO E AS ENTIDADES EM EPÍGRAFE. ATENDIMENTO À SOLICITAÇÃO ORIUNDA DO SENADO FEDERAL. SITUAÇÕES DE DESVIO DOS RECURSOS CONVENIADOS. DEFICIÊNCIA NAS ANÁLISES DAS PROPOSIÇÕES INICIAIS, NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS E NA FISCALIZAÇÃO. FRAGILIDADE NOS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE. FORMAÇÃO DE APARTADOS DE TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. CONVERSÃO DE UM PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DETERMINAÇÕES. ENVIO DE CÓPIA DA DELIBERAÇÃO ÀS AUTORIDADES E ÓRGÃOS/ENTIDADES ENVOLVIDOS.		
ACÓRDÃO 2261/2005 PLENÁRIO	-	GUILHERME PALMEIRA	13/12/2005
ACÓRDÃO 2066/2006 PLENÁRIO	-	MARCOS BEMQUERER	08/11/2006
ACÓRDÃO 292/2007	-	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA	07/03/2007
ACÓRDÃO 601/2007 PRIMEIRA	-	AROLD CEDRAZ	20/03/2007

CÂMARA	E DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DE UTILIZAÇÃO DE PREGÃO. NÃO PROVIMENTO.		
ACÓRDÃO 705/2007 PLENÁRIO	SOLICITAÇÃO FORMULADA PELO GRUPO ESPECIAL DE TRABALHO EM EXECUÇÃO PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. FISCALIZAÇÃO EM TERMO DE PARCERIA FIRMADO PELO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E ENTIDADE DO TERCEIRO SETOR. SOLICITANTE NÃO INCLUSO ENTRE AQUELES LEGITIMADOS PARA REQUERER TRABALHOS DA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. NEGADO CONHECIMENTO.	BENJAMIM ZIMLER	25/04/2007
ACÓRDÃO 1305/2007 PRIMEIRA CÂMARA	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA OMISSÃO ALEGADA. NÃO-PROVIMENTO.	AROLDO CEDRAZ	15/05/2007
ACÓRDÃO 1836/2007 PLENÁRIO	REPRESENTAÇÃO. ACEITAÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS RESPONSÁVEIS PELAS FALHAS NA CELEBRAÇÃO/UTILIZAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 63/99. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DOS GESTORES, NO CASO DA AUSÊNCIA DO DEVER DE SUPERVISÃO DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 63/99. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS RESPONSÁVEIS PELA CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO DE PESSOAL PARA A EXECUÇÃO DE PROGRAMAS DE SAÚDE SEM APLICAÇÃO DE SANÇÃO.	MARCOS VINÍCIOS VILAÇA	05/09/2007
ACÓRDÃO 1933/2007 PLENÁRIO	RELATÓRIO DE AUDITORIA DE CONFORMIDADE REALIZADA COM O OBJETIVO VERIFICAR A REGULARIDADE DOS INSTRUMENTOS	VALMIR CAMPELO	19/09/2007

ACÓRDÃO 2619/2007 PLENÁRIO	TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS. CONSOLIDAÇÃO DOS RELATÓRIOS REFERENTES AO TEMA INCLUSÃO DIGITAL. DETERMINAÇÃO. COMUNICAÇÕES. SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CPI DAS ONGS. INFORMAÇÕES SOBRE TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS GUILHERME FEDERAIS A ORGANIZAÇÕES NÃO-PALMEIRA GOVERNAMENTAIS E PARA ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO. CONHECIMENTO. INFORMAÇÃO PROVISÓRIA.	05/12/2007
ACÓRDÃO 2680/2007 PLENÁRIO	DENÚNCIA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DE GUILHERME CONVÊNIO CELEBRADO COM PALMEIRA OSCIP. OITIVA. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES.	05/12/2007
ACÓRDÃO 141/2008 PLENÁRIO	REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS QUE RESTRINGEM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. FIXAÇÃO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO. [CONVÊNIO]	UBIRATAN AGUIAR 13/02/2008
PROCESSO 021.035/2005- 9	REPRESENTAÇÃO. RECURSOS REPASSADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS). PROCEDÊNCIA PARCIAL. GUILHERME PALMEIRA ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS DOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.	04/06/2008
ACÓRDÃO 1111/2008 PLENÁRIO	REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM PROCESSO SELETIVO DESTINADO À AUGUSTO CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR SHERMAN ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CAVALCANTI SUSPENSÃO CAUTELAR DO PROCEDIMENTO. OITIVA. FIXAÇÃO	11/06/2008

DE PRAZO PARA ANULAÇÃO.
 CIÊNCIA.

AUDITORIA EM ONGS E OSCIPS, NO
 ÂMBITO DE FISCALIZAÇÃO DE
 ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA -
 FOC. VERIFICAÇÃO DE
 ACÓRDÃO IRREGULARIDADES. EXISTÊNCIA
 1331/2008 - DE OUTROS PROCESSOS NO BENJAMIM
 PLENÁRIO ÂMBITO DE UNIDADES TÉCNICAS ZIMLER 09/07/2008
 NOS ESTADOS QUE TRATAM
 DESSAS IRREGULARIDADES.
 RECOMENDAÇÕES.
 ARQUIVAMENTO DO FEITO.

Fonte: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <www.tcu.gov.br>
 Acesso em: set. 2008.

Os principais fatores correlacionados ao recrudescimento do terceiro setor no momento contemporâneo são: a) redefinição do papel do Estado e fortalecimento da idéia de estado subsidiário; b) globalização; c) ineficácia/ineficiência da administração pública e a necessidade de reforma do aparelho do Estado; d) reconstrução da idéia de sociedade civil; e) mudanças processadas no modelo capitalista, no perfil do mercado, no setor privado e, conseqüentemente, nas empresas; f) nem o Estado é suficiente, nem o mercado; g) importância econômica do terceiro setor; h) revisão da idéia de democracia. Cf. o desenvolvimento desses fatores em DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Tais questões foram exaustivamente trabalhadas na tese DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

A utilização da terminologia “regulação” nesta oportunidade não se assemelha à distinção entre regulamentação (expedição de regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo) e regulação (ato regulatório expedido por agências reguladoras), que tem sido feita por parte da doutrina administrativista pátria após o advento das agências reguladoras — autarquias especiais investidas de competências para atuação setorial.

Para fins deste ensaio, consideram-se entidades integrantes do terceiro setor as entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas pelo Estado como: entidades declaradas de utilidade pública (Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935); entidade de fins filantrópicos – CEFF (Lei nº 8.742, de 8 de dezembro de 1993 – LOAS) e entidade beneficente de assistência social – CEBAS (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991); organização social

(OS - Lei nº 9.637, 15 de maio de 1998); organização da sociedade civil de interesse público (OSCIPI - Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999); cooperativa social (Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.97.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. *O controle externo e novos modelos de gestão de serviços públicos: as organizações sociais*. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2000.

VIEIRA, Cristiane Gonçalves. O terceiro setor e as cortes de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v.23, n.55, p.63-66, jan./mar. 2002. p.66.

ARANTES, Rogério Bastos; ABRUCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas subnacionais. *Revista do Serviço Público*. Brasília, n.56, 1, p.57-83, 2005.

A palavra QUANGO (*Quasi Autonomous Non-Governmental Organizations*) é “[...] um termo utilizado para autoridades, conselhos, comissões, corporações, organizações e outras unidades livremente criadas pelo governo moderno que não são nem ministério, nem estado, nem autoridades locais. [...] Muitas críticas têm sido dirigidas contra a falta de vergonha [*shameless way*] com a qual os políticos têm usado seu poder de nomear, como membros dessas organizações ou agências, seus amigos políticos, habitualmente com altos salários. Estão entre as piores práticas do nepotismo político.” WALKER, David M. *Oxford Companion to Law* apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Reimp. Madrid: Civitas, 2005. p. 104.

Os dados apresentados por García de Enterría derivam do *Summary of the Nolan Committee's First Report on Standards in Public Life* apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Reimp. Madrid: Civitas, 2005. p.108. Tradução livre do espanhol.

No referido acórdão o Parquet Estadual do Espírito Santos solicitou realização de auditoria em termo de parceria firmado entre o Governo do Estado do Espírito Santo e entidade do Terceiro Setor, tendo por objeto a prestação de serviços de saúde prisional. O pedido de auditoria não foi conhecido pela Corte de Contas por entender que a Promotora de Justiça e membro do Grupo Especial de Trabalho em Execução Penal criado no âmbito do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, não possui legitimidade para solicitar a realização de fiscalização ao Tribunal de Contas da União. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nn. 705/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br:> Acesso em: set. 2008.

“Art. 59. O Poder Legislativo, **diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas**, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, [...]” BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 5 maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. In:

MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de legislação administrativa*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.601. Grifos acrescentados.

Por iniciativa do Senador Heráclito Fortes (PFL-PI) foi instalada CPMI destinada a apurar, no prazo de 180 dias, a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais (ONGs) e para organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do Exterior, no período de 1999 a 2006, prevista para ser concluída em 2008. (BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 1.182, de 28 de novembro de 2006. Diário do Senado Federal. Brasília, de 28 set. 2006. p. 35891.)

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 592/1998. Institui o dever de prestação de contas pelas organizações sociais diretamente ao TCU. In: BALEEIRO NETO, Jayme. *As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.128-130.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.293-294.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 931/1999. Institui normas relativas a prestação de contas pelas Organizações as Sociedade Civil de Interesse Público. In: BALEEIRO NETO, Jayme. *Op. cit.* p.159; p.168.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p.289.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2261/2005 – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2619/2007 – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Consulta n. 683832. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Data do acórdão: 4 fev. 2004. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br> Acesso em: nov. 2006.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado. Processo n. 0200880-4 (Consulta). Relator: Conselheiro Luiz Arcoverde Filho. Data da decisão: 5 maio 2002. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/sistemas/ap/consulta_processo.asp?cprc=0200880&digito=4&ITHcprc=02008804&Submit=Ok> Acesso em: 11 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21644/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Data do julgamento: 4 nov. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 3 mar. 2007.

O próprio TCU esclarece o que compreende por Serviços Sociais Autônomos: “[...] são pessoas jurídicas de Direito Privado, em regra associações civis sem fins lucrativos, cuja criação depende de lei específica e inscrição dos atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. São organizados e dirigidos pelas respectivas confederações

nacionais (CNI, CNC etc.), recebem contribuições parafiscais e podem receber dotações orçamentárias.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 421/2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

Idem.

Decidiu o TCU determinar à Prefeitura Municipal de Londrina que, ao lançar concursos para seleção de projetos, com vistas à assinatura de termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público (OSCIPI), nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100/1999, para execução do Serviço de Atendimento de Urgência (SAMU), normatizado pelo Decreto nº 5.055/2004, observe o disposto no art. 30 daquele decreto, bem como o art. 10, § 1º, da Lei nº 9.790/1999. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 601/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 141/2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. As organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS) como instrumento de gestão pública na área de saúde. Grupo de Trabalho sobre OSCIPS. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/docs/Parecer/perecer.doc>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 649/2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 2578/2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1836/2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

Cf. sobre o tema DIAS, Maria Tereza Fonseca. Notas sobre as imprecisões técnico-conceituais e dificuldades de implementação da Emenda Constitucional n. 51/2006. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, v. 5, n. 56, p. 7606-7609, ago. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1777/2005. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 2101/2005. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: set. 2008.

EDUCAÇÃO E PODER*

EDUCATION AND POWER

Maurício Gonçalves Saliba

RESUMO

Este trabalho pretende discutir o papel da escola moderna como reprodutora do sistema capitalista. Parte do pressuposto de que, de forma uníssonas, ela ainda é vista como uma instituição indispensável para a consolidação dos direitos individuais e para o “progresso” da humanidade”. Mesmo assim, foi palco de luta política, quando identificada como “aparelho ideológico”. Enquanto essa luta se travava na disputa pelo controle do monopólio ideológico, surge, nos anos 70, uma nova teoria, baseada nas idéias do filósofo francês Michel Foucault, que afirma ser o principal papel da escola o controle dos corpos dos indivíduos, estando a ideologia em segundo plano, pois esse controle não se dava de forma visível (como o ideológico), mas através de operações semióticas corriqueiras, por um poder que circula por pequenas técnicas de controle e vigilância que tem como escopo a fabricação do sujeito obediente, útil e dócil.

PALAVRAS-CHAVES: ESCOLA; EDUCAÇÃO; IDEOLOGIA E CONTROLE SOCIAL.

ABSTRACT

This article intends to discuss the function of the modern school as reproducer of a capitalist system. Part of the presupposition that, in a uniform aspect, it is seen as an indispensable institution for the human being and for state “progress”. Even though, it was a stage of political fight when it was identified as an ideological “pomp”. While that fight engaged itself in a battle for the ideological monopoly control, it emerges, in the 70s, a new theory, based on the french philosopher Michel Foucault, which demonstrates that the main function of the school on the social control was not taking place clearly (as ideological) but, through slightly semiotical operations, by a power which circles among small techniques of control and watchfulness and it has the construction of obedient, useful and docile subject as aim.

KEYWORDS: SCHOOL; EDUCATION; IDEOLOGY AND SOCIAL CONTROL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 - A ESCOLA COMO FORMADORA DO “HOMEM NOVO”

Para compreendermos essa transformação da importância da escola como *locus* ideal da aquisição da cidadania, é necessário que façamos uma retrospectiva histórica buscando sua origem. A princípio podemos encontrar o conceito na pólis grega, mas quando pensamos na sua concepção moderna, devemos buscar sua gênese na gestação da sociedade industrial burguesa do século XVII e XVIII, onde está relacionada ao surgimento da vida na cidade em contraste com o ruralismo do período medieval.

A ascensão da burguesia representou a tomada do poder político e com ele uma nova proposta de sociedade. Com John Locke o Estado de direito se opõe ao poder despótico, e se estabelece como um poder político teoricamente neutro, que deve velar para impedir os conflitos sociais e garantir a propriedade como um direito natural. Na teoria política liberal de Locke, ao contrário do absolutismo hobbesiano, o Estado não tem autoridade para governar como deseja, e os indivíduos renunciam apenas ao seu direito de poder executivo, mas só o consentimento legitima o poder. Ao contrário da submissão e renúncia total dos direitos pressupostos básicos da teoria do Estado absoluto de Hobbes, o consentimento que Locke propõe não confere poderes ilimitados a alguém, que para exercê-lo precisa seguir certas regras e apoiar-se na comunidade. O contrato social que estabelece direitos e deveres aos cidadãos e ao governante permite à rebelião como forma legítima de participação política. Portanto, a base da teoria de Locke e do Estado liberal é a defesa da legitimidade do governo somente pelo consentimento dos cidadãos.

Constituir o legislativo é o primeiro ato fundamental da sociedade, princípio da continuação da união de todos sob a direção de pessoas escolhidas e vínculos das leis elaboradas por estas, pelo consentimento e escolha do povo. (LOCKE, 2002, p. 145).

Vemos que, segundo Locke, o parlamento é o locus do povo, que representa a participação direta dos cidadãos. A partir dessa concepção, abre-se o espaço do cidadão. O novo contrato social que pressupõe o consentimento como fator de legitimação não pode se firmar numa sociedade de súditos e analfabetos. A passagem do súdito ao cidadão pressupõe a alfabetização. Ler e escrever é a condição básica para o novo homem-cidadão que pelo consentimento outorga poderes e legitima a ação dos governantes.

Assim, creio que uma forma de compreender a cidadania é ver como ela se desenvolve juntamente com o capitalismo, pois estará também vinculada a visão da classe que a instaurou: a classe burguesa. (COVRE, 2002, p. 21)

Essa nova concepção política pressupõe, como já foi dito, uma nova percepção de sociedade, que pode ser observado no discurso dos iluministas. Rousseau pensou o novo homem como livre, feliz e respeitando a liberdade dos outros, para isso, buscando conciliar os interesses particulares e interesses gerais, propõe um retorno a um estado natural, sem vícios, legitimados por um contrato. A formação desse homem novo, forjado para viver numa nova sociedade, de “liberdade, igualdade e fraternidade”, passava pelo projeto de uma escola nova e de uma pedagogia que transformaria os indivíduos em cidadãos. Tarefa que os pensadores iluministas expressaram de forma brilhante na sua obra síntese a Enciclopédia, editada em 1751. Essa obra retrata a confiança no progresso e o entusiasmo dos intelectuais franceses na possibilidade de aperfeiçoamento do gênero humano, do surgimento de uma nova sociedade, opondo-se de forma radical à ordem escolástica e aos privilégios da nobreza e do clero. Propunha mudanças radicais nas instituições, como forma de reformar a sociedade e o destino dos homens.

Imbuídos pela atmosfera filosófica do período, os enciclopedistas comparam Rousseau a Hobbes, para chegar à conclusão que ‘tanto um como outro exageraram’. A Enciclopédia preconiza um equilíbrio entre a bondade e a maldade do homem, já que a espécie humana viveria entre felicidade e desgraça, em perpétua vicissitude, cercada de limites que não pode transpor. Tomando a vontade humana com um dos atributos que o singulariza, o homem é assim definido por Diderot: ‘ser que sente, reflete, pensa, que passeia livremente na superfície da terra, que parece ser superior a todos os outros animais que domina, que vive em sociedade, que inventou as ciências e as artes, que tem uma bondade e uma maldade própria, que a si mesmo se deu mestres, que fez leis para si’. (BOTO, 1996, p. 42)

Percebe-se, na definição da natureza humana enunciada por Diderot, a importância política do projeto de educação dos enciclopedistas. O tom profético da idéia de reformar o homem para reformar a sociedade é intensificado a partir do século XVIII. A idéia de educação passa a ser acompanhada do tema de engrandecimento da nação e, nesse contexto, como uma questão de Estado. Como vemos, educação como obrigação estatal é um debate contemporâneo mas que tem sua gênese no movimento iluminista.

a instrução obrigatória constitui uma possibilidade única de fazer que todas as crianças, seja qual for sua origem, vivam do mesmo modo e, nesse sentido, formem uma comunidade ainda que por alguns anos — com a condição de que as distinções de classe e de fortuna não se prolonguem mais oficialmente no interior do colégio, como era o caso do século XVII(...). (DIDEROT, apud BOTO, 1996, p.52)

A educação para todos, agenciada pelo Estado, é o pressuposto da utopia da igualdade. A eliminação do que os iluministas consideravam no Antigo Regime como um modelo arcaico de privilégios e obscurantismo, e a criação da nova sociedade passa pelo projeto de uma nova escola. Uma proposta de escola laica, gratuita, obrigatória para ambos os sexos e pública passa a ganhar força durante a Revolução Francesa. Influenciados pela idéias da Enciclopédia, os revolucionários radicalizaram o tema da educação exaltando-a como forma de fortalecer o espírito público e a unidade nacional.

Os discursos de Robespierre a respeito da necessidade do culto ao Ser Supremo como estratégia de sacralidade patriótica acenavam com freqüência para o corolário de uma pedagogia cívica a modelar os futuros cidadãos republicanos. O homem novo deveria ser, pois, educado pela pátria e para a nação (...). (BOTO, 1996, P. 100).

Sob esse arcabouço foi construído o modelo pedagógico ocidental, alicerçando-se na crença de que a racionalização, a ciência e a instrução assegurariam a liberdade da consciência e a felicidade.

Se por um lado, no contexto da luta revolucionária, a educação era uma arma, da burguesia contra os privilégios da nobreza, contra a ignorância e os mitos que dominavam o imaginário popular e legitimavam o poder absoluto, por outro expressava a crença de que uma nova era chegara, e com ela um novo homem. Somente a educação, através da difusão do conhecimento, teria o poder de emancipar o homem e formá-lo moralmente para a vida social. As propostas oriundas da revolução preconizam a Educação como uma questão nacional, portanto obrigação do Estado, obrigatória a todas as crianças e as conseqüentes punições para os pais que a negligenciasse. Essas propostas foram longamente debatidas no processo revolucionário francês pois as idéias pedagógicas centradas na igualdade essencial entre os homens expressavam um projeto progressista e radical para a época.

Em outros termos, a burguesia ao criar os sistemas nacionais de ensino, definiu a escolarização obrigatória, gratuita e laica como uma das condições para a consolidação da ordem democrática.

2 - A ESCOLA COMO ESPAÇO DE LUTA POLÍTICA

Como vimos, a escola foi gestada como utopia de libertação e igualdade. Ela expressa de forma ilusória a evolução civilizatória do homem e da sociedade. A própria história dos colégios nos ilude sobre seu sentido evolucionista.

No século XIII, os colégios eram asilos para estudantes pobres, fundados por doadores. Os bolsistas aí viviam em comunidades, segundo estatutos que inspiravam em regras monásticas. Não se ensinava nos colégios. A partir do século XV, essas pequenas comunidades democráticas tornaram-se institutos de ensino, em que uma população numerosa (e não mais apenas os bolsistas da fundação, entre os quais figuravam alguns administradores e professores) foi submetida a uma hierarquia autoritária e passou a ser ensinada no local. (ARIES, 1981, p. 169).

Se a evolução da instituição escolar está ligada a uma evolução paralela do sentimento das idades, da infância, e da família, como vimos no discurso dos revolucionários da França, desde o século XVIII a escola tornou-se o lugar ideal infância. As crianças parecem ser seres destinados à escola². Essas duas instituições, família e escola, cobrem todo o período da infância-adolescência e são destinados à formação dos adultos com comportamentos socialmente aceitos. Em quase todos os países, principalmente os integrados à ordem capitalista sucederam-se reformas no ensino buscando propiciar um ingresso cada vez maior da população as escolas. A escola, já na metade do século, deixou de ser privilégio de uma elite para tornar-se uma instituição de caráter popular e aberta a todas as camadas sociais. Essa nova escola, organizada em colégios, surge atrelada ao capitalismo, com suas diretrizes ditadas pela civilização industrial, e reproduz a ideologia da classe dominante, vinculando-se diretamente à preparação das classes populares ao sistema fabril. Ela foi paulatinamente ocupando nesse sistema um lugar cada vez mais orgânico e funcional.

Como revolução política, a Modernidade gira em torno do nascimento do Estado moderno, que é um Estado centralizado, controlado pelo soberano em todas as suas funções (...). Como revolução social, promove a formação e afirmação de uma nova classe: a burguesia, que nasce nas cidades e promove o novo processo econômico (capitalista), assim como delineia uma nova concepção do mundo (laico e racionalista) e novas relações de poder. (...) Tudo isso implica e produz também uma revolução na educação e na pedagogia. (...) Mas mudam-se também os meios educativos: toda a sociedade se anima de locais formativos, além da família e da igreja, como ainda da oficina; também o exército, também a escola (...) (Cambi, 1999, p. 197-198).

Concretamente, no momento em que todas as crianças são aglutinadas em colégios, a classe hegemônica tem a possibilidade de expandir sua ideologia da ordem e da produtividade. É esse papel de reprodutor da ideologia dominante que será alvo de crítica e de disputa. Segundo os teóricos da luta de classes, a luta política passa efetivamente pela conquista ideológica das classes populares e, dessa forma, a escola torna-se palco desse batalha. Além do campo da disputa política, toda a crítica à escola se dará em termos pedagógicos, ou seja, “como” e “o que” será ensinado nas escolas. A

classe liberal burguesa busca manter sua hegemonia através de modernizações pedagógicas, articulando e atrelando o interesse dos dominados com os seus. Desde o século XVIII, quando acontece a escolarização em massa, a educação tem assumido uma variedade enorme de formas: religiosa; tradicional; nacionalista; liberal; centrada-na-criança; socialista; comportamentalista; fascista; construtivista; pedagogia crítica, etc. Um exemplo claro desse processo é o movimento da Escola Nova que, na verdade, teve um caráter progressista em relação à escola tradicional, mas que pode ser visto também como um rearranjo burguês na sua estratégia de manutenção e controle hegemônico da ideologia dominante. Todas essas reformas educacionais baseavam-se em práticas e pressupostos ortodoxos da modernidade, baseados na crença na escola como instrumento transmissor de conhecimentos e verdades.

Por outro lado, a luta política dos dominados tem o processo inverso, pois busca desarticular os interesses dominantes e rearticulá-los em torno dos seus interesses. Nesses termos, a escola pode ser compreendida no quadro da luta de classes, pois enquanto “aparelho ideológico”, é um instrumento da burguesia na luta ideológica contra o proletariado³.

Portanto, mesmo crendo que o modelo de escola atual é um avanço civilizatório, a crítica se estabelece e fica restrita ao campo pedagógico e ideológico. Em nenhum momento a escola, na sua organização física e disciplinar é alvo dessa batalha. Toda a dominação política envolvida em sua organização burocrática e sua coerção moral, como forma de controle e conformação social, se diluem no seu suposto cientificismo e na sua racionalização organizacional, cujos procedimentos se assemelham a uma linha de produção.

De tudo o que foi dito, conclui-se que a importância política da educação reside na sua função de socialização do conhecimento. É realizando-se na especificidade de que lhe é própria que a educação cumpre a sua função política. (SAVIANI, 2000, p. 88)

Se pensarmos em países que passaram por revoluções de caráter socialista, contrária à ordem capitalista, veremos que a escola continuou organizada da mesma maneira. A mudança se deu prioritariamente no campo pedagógico. Se observarmos o seu modelo escolar veremos que sua organização, suas práticas, seus métodos, suas técnicas e suas regras são exatamente as mesmas dos países capitalistas.

É pela aprendizagem de alguns saberes contidos na inculcação maciça da ideologia da classe dominante que, em grande parte, são reproduzidas as relações de produção de uma formação social capitalista, ou seja, as relações entre explorados e exploradores. Os mecanismos que produzem esse resultado vital para o regime capitalista são naturalmente cobertos e dissimulados por outra ideologia da Escola universalmente aceita, que é uma das essenciais da ideologia burguesa dominante: uma ideologia que representa a Escola como neutra, desprovida de ideologia (uma vez que é leiga), onde os professores, respeitosos da ‘consciência’ e da ‘liberdade’ das crianças que lhes são

confiadas (...) pelos 'pais' (...), conduzem-nas à liberdade, à moralidade, à responsabilidade adulta pelo seu exemplo, conhecimentos, literatura e virtudes 'libertárias'. (ALTHUSSER, 1987, p. 80).

A crítica ao papel da escola sempre se localizou na sua atuação como aparelho reprodutor da ideologia dominante. A ideologia foi sempre a grande vilã da educação e o alvo preferencial das disputas entre as teorias de esquerda e a direita. Destarte o poder ideológico da escola era visível e identificado como uma extensão do Estado. Para a esquerda, a derrocada do controle burguês dependia do assalto ao Estado e a destruição de seus aparelhos repressivos, como o exército e a polícia, e ideológicos, como a religião e a escola. No Brasil várias teorias educacionais eram críticas com relação ao capitalismo, e apelavam à conscientização. Nesse aspecto, Paulo Freire foi nosso representante mais importante.

(...) Esta nos parecia uma das grandes características de nossa educação. A de vir enfatizando cada vez mais em nós posições ingênuas, que nos deixam sempre na periferia de tudo o que tratamos. Pouco ou quase nada, que nos leve a posições mais indagadoras, mais inquietas, mais criadoras. Tudo ou quase tudo nos levando, desgraçadamente, pelo contrário, à passividade, ao conhecimento memorizado apenas, que não exigindo de nós elaboração ou reelaboração, nos deixa em posição de inautêntica sabedoria. (FREIRE, 1989, p. 95/6).

Em suma, o poder sempre esteve em lugares de fácil visibilidade, e se dava de forma repressiva ou ideológica, tendo a escola um papel importante na manutenção da ordem capitalista. É a classe hegemônica que define quais serão os saberes dignos de serem transmitidos e apreendidos, eliminando outros que segundo decisão arbitrária são indignos.

1. toda a ação pedagógica (AP) é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, dum arbítrio cultural. (BOURDIEU, 1975, p. 24).

Se a educação ou a escolarização sempre foi vista como neutra e apenas o conhecimento transmitido era o foco da discussão, podemos perceber uma mudança no foco dessa discussão com o surgimento das teorias do filósofo francês Michel Foucault. Para ele, mais importante que servir como veículo para a difusão da ideologia da classe liberal burguesa, as práticas e a organização escolar servem como forma de normalização do comportamento dos sujeitos e de controle social. Isso quer dizer que sua força não está apenas na reprodução da ideologia dominante, mas principalmente no controle do comportamento dos indivíduos. Para Foucault, o Estado moderno já nasce com o desejo

de governar e controlar toda a sociedade, ou seja, o Estado moderno tem que resolver o problema da governabilidade.

(...) mas ao mesmo tempo a exerce segundo um novo itinerário que é o da ‘microfísica do poder’, ou seja: um poder que age em muitos espaços do social, de forma capilar, micrológica justamente, e que penetra nas consciências através de corpos, através do controle minucioso dos gestos, posições, atitudes físicas, estabelecendo a ordem de uma disciplina, tornando, assim, os sujeitos dóceis, possuídos e guiados pelas finalidades do poder. O indivíduo é controlado a partir do corpo, mas para tornar dócil, também, e sobretudo, a sua consciência. (CAMBI, 1999, p. 202).

Foucault não nega na escola o caráter de retransmissora da ideologia da classe dominante, mas vai além, mostra que essa é a face visível do seu poder, mas, sua real força é a de modeladora dos desejos e do comportamento dos indivíduos, localizando-se ao nível disciplinar e não teórico. O mais importante para o sistema é que o adulto seja domesticado e que suas funções produtivas sejam executadas sem resistências ou desvios. Desse modo, a disciplina quebra a resistência dos indivíduos ao trabalho desumanizante do capitalismo, criando o indivíduo útil e dócil, cujo tempo de vida se transformou em força de trabalho.

O indivíduo moralmente apto a viver no sistema capitalista, é aquele que se regule, em primeiro lugar pelo hábito criado na mecânica dos gestos e condutas, em segundo lugar, pela culpa, pelo sentimento de desvio moral com relação ao social, em terceiro lugar, pelo julgamento de seus pares e iguais. O indivíduo assim formado tende a reagir, diante de qualquer reação afetiva ou comportamental discordante do seu meio, com uma extrema sensação de desconforto e aflição. (COSTA, 1987, p. 200).

Para Foucault, a sociedade ocidental, da era da revolução industrial, não manteria sua ordem apenas baseada na lei. Para isso, ele diz que mais importante que a lei, na manutenção da ordem social, a norma é a maior responsável pela criação dos padrões de comportamento social. Como todos sabemos, a ordem da lei tenta obstruir o comportamento indesejável se impondo pela repressão, pela negação e por um poder essencialmente punitivo e coercitivo. A norma, ao contrário desse efeito negativo e visível, age à margem da lei, empregando uma tecnologia de sujeição própria. Visa prioritariamente a prevenção, através da regulação, do controle, incentivando, majorando, extraindo e diversificando comportamentos e sentimentos até então imperceptíveis, produzindo novos comportamentos e características sentimentais e sociais.

Os mecanismos da norma são implantados socialmente por várias instituições, tais como a família, o exército, a prisão, o hospital, e a escola. Mas o que nos interessa analisar aqui é o mecanismo de controle do sistema escolar. Mais do que reprodutor da

ideologia da classe dominante, o poder político da escola se encontra na sua capacidade de transformar os indivíduos em adultos dóceis, preparados para suportarem resignados todas as adversidades do sistema capitalista.

São necessárias duas coisas para que se forme a sociedade industrial. Por um lado é preciso que o tempo dos homens seja colocado no mercado de trabalho, oferecido aos que o querem comprar, e comprá-lo em troca de um salário; e é preciso, por outro lado, que esse tempo dos homens seja transformado em tempo de trabalho. (FOUCAULT, 1999, p. 116).

Portanto, seguindo os conceitos de Foucault (1999), para formar o indivíduo apto a viver no sistema capitalista e industrial, a escola tem um papel fundamental. Primeiramente, juntamente com as demais instituições, tem a função de controlar o tempo das pessoas, se encarrega da quase totalidade do tempo de vida das pessoas. Todo o tempo é controlado por meio de chamadas, sinais, verificações de presenças, sendo punida por atrasos e recompensadas pela pontualidade. Antes de colocar o seu tempo à disposição do mercado de trabalho, essas pessoas o colocam a disposição da escola, que as treinará e as disciplinará para o trabalho rotineiro da produção.

A segunda função da instituição escolar, segundo Foucault (1999), é controlar o corpo dos indivíduos. Mas como controlar o corpo? Se o controle do tempo faz com que o tempo dos homens e da sua vida se transforme em força de trabalho, a escola tem que fazer com que o corpo dos homens se torne força de trabalho. Ou seja, é necessário que os indivíduos não aceitem apenas colocar seu tempo à disposição do trabalho, mas também que adquiram aptidões e qualidades. O corpo dos indivíduos deve ser formado, qualificado como corpo capaz de trabalhar.

A terceira função da escola é o da micropenalidade. Ou seja, o poder que se tem de punir e recompensar. No interior dessa instituição funciona um micro poder judiciário, onde um pequeno tribunal permanentemente julga, avalia, classifica e compara.

O sistema escolar é também inteiramente baseado em uma espécie de poder judiciário. A todo o momento se pune, se recompensa, se avalia, se classifica, se diz quem é o melhor, quem é o pior. Poder judiciário que por conseguinte duplica de maneira bastante arbitrária, se não se considera sua função geral, o modelo do poder judiciário. Por que para ensinar alguma coisa a alguém, se deve punir e recompensar?. (FOUCAULT, 1999, p. 121).

Dessa maneira, fica claro, no sistema escolar, a sua função de controladora dos padrões de comportamento, pois nela o respeito pela disciplina e a ordem é mais valorizado do que a criatividade, a liberdade e o famigerado “senso crítico”. O indivíduo escolarizado é permanentemente examinado, pois se encontra vigiado por todos os lados. Qualquer

comportamento divergente é rapidamente detectado e a vigilância passa a ser mais severa. Distribuídos em carteiras e fileiras, cada um possui seu espaço próprio, onde pode ser localizado, produzindo uma visibilidade que traz a sensação da vigilância constante e rotineira, prolongando seus efeitos de submissão para fora do espaço escolar. Através de toda essa normalização disciplinar produz-se o adulto útil e dócil, transformando o seu tempo e sua vida em força produtiva. O autodisciplinamento é a finalidade da escola moderna, cujo modelo institucional é imprescindível na sociedade capitalista. Educar é sujeitar os alunos a poderosas técnicas de hierárquicas de vigilância, exame e avaliação.

De forma crescente, a pedagogia tem enfatizado o autodisciplinamento, pelo qual os estudantes devem conservar a si mesmos e aos outros sobre controle. Segundo Foucault, as técnicas/práticas que induzem a esse comportamento podem ser chamadas de tecnologias do eu. Essas tecnologias agem sobre o corpo: olhos, mão, boca, movimento. Por exemplo, em muitas salas de aula, os estudantes depressa aprendem a levantar as mãos antes de falar em classe, a conservar seus olhos sobre o seu trabalho durante um teste, a conservar seus olhos no professor, a dar a aparência de estar escutando quando o professor está dando instruções, a permanecer em suas carteiras. Podemos dizer que as pedagogias produzem regimes corporais políticos particulares. (SILVA, 1999, p. 14).

Dessa forma, Foucault nos faz refletir sobre o poder político da escola. Ele desloca nossa preocupação da ideologia para a pedagogia e as relações de poder no interior da escola. Assim, essas relações de poder são imanentes à educação, surgem não apenas nos discursos, mas, sutilmente, em toda a prática educativa. Toda a nossa convicção do papel libertador da escola se retrai quando percebemos que o seu poder é invisível e dissimulado. Enquanto discutíamos o papel ideológico da escola, o poder de controle e de submissão está onde nunca foi procurado. Professores que julgavam trabalhar conteúdos extremamente críticos e libertários se depararam utilizando práticas educacionais que anulavam toda a capacidade individual de reação, e ao contrário de estar preparando o cidadão “crítico e participativo”, cauteriza a liberdade individual, produzindo sujeitos governáveis, dóceis e instrumentais nas mãos do Estado.

Enfim, a disputa política-ideológica que se travou em torno da escola⁴, como possibilidade de mudança social, nos parece agora constituída de uma miopia crônica. Enquanto nos preocupávamos apenas com o discurso pedagógico, não conseguíamos avaliar a extensão política de nossas práticas. Mesmo com o discurso de criarmos cidadãos críticos, etc, colaboramos na vigilância, na normalização e no exame a que foram submetidos nossos alunos. O moderno modelo escolar, que nos parecia como expressão e reflexo do progresso da ciência pedagógica, nos mostra hoje eivado de táticas de controle e dominação. Ao contrário da educação nos dar a liberdade, pois nos tornava seres mais racionais, nos livrando dos mitos e credices, ela nos toma a liberdade e nos transforma em sujeitos dóceis e obedientes, sem capacidade de reação ou indignação.

Como profissionais da educação, devemos repensar nossas práticas. Como organizá-las de tal modo que produzam, realmente, cidadãos participativos e não apenas sujeição e obediência. Onde se localizam as possibilidades de liberdade. Como será possível uma ação que desmobilize esse poder que silenciosamente e eficientemente controla a todos os indivíduos?

Essas perguntas ainda não encontraram respostas. As discussões estão se ampliando, mas não há ainda nenhuma certeza sobre a profundidade das reformas e qual deve ser o novo modelo escolar. No momento o grande desafio dos professores é traçar alternativas em cooperação com os indivíduos marginalizados, cujas organizações e vozes tem sido caladas pela lógica da normalidade que uniformiza os comportamentos e os sentimentos.

O filme “Sociedade dos poetas mortos” pode nos dar uma idéia da dificuldade de se aplicar uma pedagogia realmente libertária. O filme mostra a luta de um professor (Keating), numa escola tradicional dos E.U.A. (Welton), rompendo com a pedagogia da vigilância e buscando a desmontagem da estratégia de controle. Nele percebemos como esse poder está fortemente organizado. A todo momento os próprios alunos sentem medo da liberdade e do descontrole.

Keating ajuda a re-colocar os corpos dos estudantes de modo contra os quais o sistema de Welton se defendia. Enquanto eles sentavam feito robôs, com as mãos sobre as carteiras, de postura ereta, eqüidistantes uns dos outros, as concentrações de Keating no corredor eram mais informais, desorganizadas e flexíveis. A academia de Welton enrijece as atitudes do corpo; Keating as expande. (...) Em Welton, com as carteiras organizadas em fileiras eqüidistantes voltadas para a frente da sala, um professor é capaz de supervisionar mais eficazmente os corpos dos alunos. (...) Keating rompe com a pedagogia da vigilância ao realizar aulas em corredores, quadras de esportes, praças. E quando ele conduz discussões em sala de aula — por exemplo, sobre a importância da poesia —, agacha-se no chão enquanto os alunos continuam de pé, olhando-o de cima, o que sugere uma ruptura de suas relações no que se refere ao corpo. (MACLAREN, 1999, p. 221-2)

O filme nos faz refletir sobre as possibilidades do descontrole, da tentativa de uma renovação pedagógica que liberte os indivíduos da escolarização pela escolarização. Mostra que os alunos resistem ao código normativo da escola. Eles têm dificuldades para aceitar a desorganização provocada pelo professor, pois já estão acomodados nos seus lugares estabelecidos e auto-vigiados. São vítimas da escolarização que concede a cada indivíduo um lugar determinado, onde a chave do sucesso reside na obediência à autoridade e a sujeição cega às normas.

Em suma, a luta política por uma sociedade mais justa e igualitária, passa efetivamente pela escola. Mas, apesar de importante, não está restrita apenas a uma disputa ideológica. A dominação se dá de forma mais sutil e dissimulada. Temos que conhecer todo esse processo de dominação para termos um interesse constante na liberdade. Para isso, como educadores, devemos construir, na relação com o aluno ou com o outro,

condições menos opressivas, onde possa ser cultivada a capacidade do indivíduo de modelar sua vida e sua existência. Só assim poderemos criar um modelo de escola que permita aos alunos o acesso aos valores hedonistas, lúdicos e criativos.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consagrada historicamente como um direito fundamental, e incorporada em todas as constituições democráticas do século XIX e XX, neutralizou-se o direito à educação e jamais se pensou nas relações de poder no ato pedagógico. Ficou-se restrito, durante séculos, à crítica dos discursos ideológicos e não se observou na escolarização sua íntima relação com o controle social e a criação de indivíduos adaptados à máquina. O grande paradoxo jurídico se expressa na obrigatoriedade da escolarização como defesa dos direitos fundamentais e humanos e, ao mesmo tempo, confinando os indivíduos um modelo educacional provocava a desumanização. Quando Foucault denunciou os mecanismos ocultos da escola, traçados em seu livro *Vigiar e Punir*, a comparou com a prisão. Afirmou que a estrutura arquitetônica escolar era a mesma da prisão e estava voltada para a vigilância e controle de seus alunos ou prisioneiros. Se observarmos através desse conceito, nossa constituição, sob o manto da proteção individual, condenou gerações e mais gerações à prisão.

Destarte não estamos afirmando que se a constituição proibisse a escolarização teria protegido os indivíduos, mesmo porque sabemos que não há saída sem a educação e, principalmente, a transmissão do conhecimento acumulado. Mas com certeza, para uma sociedade mais justa e igualitária, precisamos deixar de acreditar em instituições neutras, uma vez que estão sempre inseridas nas relações de poder. É preciso que os profissionais das mais diversas áreas da ciência tenham a capacidade de compreender a sociedade como uma rede de poder e de conflitos. É preciso desconfiar da análise do poder que estejam centradas apenas nas relações econômicas ou no Estado e buscá-las nas práticas cotidianas. Para que a justiça do século XXI ser realmente efetiva deve levar sempre em consideração a afirmação de Foucault com relação ao poder. Segundo ele o poder só se mantém e é aceito porque ele não pesa só como a força que diz não, mas que ele é positivo, produtivo e induz ao prazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÉS, P. **História Social da Criança e da família**. Rio de Janeiro. Ed. Guanabara, 2º ed. 1981.

BOTO, C. **A escola do homem novo. Entre o iluminismo e a Revolução Francesa**. São Paulo. Ed. Unesp, 1996.

BOURDIEU, P & PASSERON, J.C. **A reprodução: elementos para teoria do sistema de ensino**. Rio de Janeiro. Ed. Francisco Alves, 1975.

CAMBI, F. **História da pedagogia**. São Paulo. Ed. Unesp, 1999.

COSTA, J. F. **Ordem Médica e Norma Familiar**. Rio de Janeiro. Ed. Graal, 3ª ed. 1987.

COVRE, M. L. M. **O que é cidadania**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo. Ed. Brasiliense, 2002.

ENGUIITA, M. F. **A face oculta da escola**. Porto Alegre. Ed. Artes Médicas, 1989.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro. Ed. Nau, 1999.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro. Ed. Graal, 1978.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: história das violências nas prisões**. Rio de Janeiro. Ed. Vozes, 1987.

FREIRE, P. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro. Ed. Paz e Terra, 1989.

GHIRALDELLI, P. **Infância, educação e neoliberalismo**. São Paulo. Ed. Cortez, 1996.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2002.

MCLAREN, P. **Utopias provisórias**. Rio de Janeiro. Ed. Vozes, 1999.

SAVIANI, D. **Escola e democracia**. Campinas. Ed. Autores Associados, 2000.

SILVA, T.T. **O sujeito da educação: estudos foucaultianos**. Rio de Janeiro. Ed. Vozes, 1999.

1 Slogan de todas as propostas pedagógicas.

2 Cf. Ghiraldelli Jr. P. *Infância, Educação e Neoliberalismo*. São Paulo, Cortez, 1996, p.20.

3 Cf. Saviani, D. *Escola e Democracia*. Campinas, Editora Autores Associados, 2000, p. 28.

4 É só lembrarmos toda a repressão sofrida por professores durante o período da ditadura militar brasileira de 1964.

OS GRAUS DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DO DIREITO ORÇAMENTÁRIO*

ADMINISTRATIVE DISCRETIONARY'S DEGREES IN BUDGET LAW

Pedro Germano dos Anjos

RESUMO

O presente estudo tem por fim esclarecer o conceito de discricionariedade da Administração Pública em meio ao planejamento e à execução orçamentária. Será analisado o atual conceito de discricionariedade sob o aspecto jurídico e jurídico-constitucional, levando-se também em conta a adoção, pela Constituição Federal de 1988, de deveres estatais normativos. Esses, por sua vez, terminam por delimitar o âmbito já restrito da própria discricionariedade, podendo-se usar a terminologia “discricionariedade vinculada” para enaltecer o dever estatal em face do poder da Administração em envidar esforços ao atendimento dos direitos fundamentais, positivos ou negativos. Será também salientado que a aplicação da novel teoria da discricionariedade tem reflexos importantíssimos sobre a atuação administrativa no que concerne ao planejamento e à execução do Orçamento Público. Isso, porque as próprias regras de Direito Financeiro sobre a matéria se aliam aos graus de discricionariedade, ao bom-senso e à boa-fé administrativa a fim de solapar a ampla liberdade do chefe do Poder Executivo quanto aos gastos públicos, defendida ferrenhamente por diversos administrativistas. Esse conjunto de regras e princípios que será aqui engendrado tenta ser o mais racional possível, aduzindo finalmente que a discricionariedade não se constitui uma carta em branco ao administrador da res publica, mas, sim, um dever de atuação finalística centrado na otimização dos resultados e no respeito à segurança jurídica em relação ao cumprimento efetivo do quanto planejado pelo Poder Executivo.

PALAVRAS-CHAVES: DISCRICIONARIEDADE; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; ORÇAMENTO PÚBLICO; DEVERES ESTATAIS.

ABSTRACT

This paperwork aim to clarify the concept of Executive's administration discretional considerations used in planning at Budget Law and its execution. The author will analyze the concept of discretional considerations nowadays under the legal and constitutional aspects simultaneously, considering the adoption, by the 1988's Federal Constitution, of State's normative duties liability. This liability is up to delimitate the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

self restricted scope of discretionary, allowing the interpreter to use the terminology of “tied discretionary” to emphasize the state’s duty (not only Executive power) to implement the attendance of fundamental rights, in positive or negative way. By the way, the article will discuss the application of discretionary new theory and its important consequences on executive administration, specifically when it concerns to the public planning and execution of Budget Law. It is relevant, specially because the rules of Financial Law, the discretionary degrees, the Executive’s loyalty and the rational sense are all allies, aim to ruin the non-limited liberty of Executive Power government. This set of rules and principles will be produced in this paperwork tries to be as rational as possible, with the objective to allege that the discretionary of Executive not constitutes a non-limited concession to the Administrative government of the res publica. Furthermore, the discretionary is a duty of teleological actuation, centered in public optimization program of results and in the respect to a previous Executive’s planning of expenditures.

KEYWORDS: DISCRETIONARY; EXECUTIVE ADMINISTRATION; BUDGET LAW; LAW STATE’S DUTIES.

INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade dos atos da Administração Pública é tormentoso e amplo, sendo que a doutrina jurídica inclusive já a adotou como critério para a classificação dos atos administrativos. Isso por si demonstra a sua influência fundamental ao se tratar de Administração Pública, já que determinadas atuações administrativas apenas podem se dar, acreditam muitos com razão, através de um exercício discricionário.

O conceito clássico de discricionariedade reside no âmbito da liberdade concedida pelo legislador ao administrador a fim de que esse exercite determinados poderes e expeça determinados atos, em situações de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e situações cujas circunstâncias são tão específicas que a Lei não pode se arvorar em dizer, desde logo, os parâmetros de atuação.

Porém, como veremos mais adiante, toda liberdade está sujeita a limites racionais, não sendo plausível deferir um poder de atuação de forma totalmente irrestrita no conteúdo, mesmo que subordinada ao âmbito das hipóteses legais.

O instituto da discricionariedade se desenvolveu através da Ciência do Direito, não mais se permitindo enxergá-la como um fim em si mesmo, porém como mero instrumento que deve servir a certos fins sociais.

Por outro lado, o tema da discricionariedade não tem sido muito estudado pela doutrina pátria no âmbito do Orçamento Público, embora a análise dessa ligação seja extremamente útil para se entender a atividade financeira do Estado.

A regra é a discricionariedade no planejamento e na execução do Orçamento Público (com a aprovação do Legislativo, enfatize-se), sendo que esse constitui a gerência do

dinheiro público pelo Administrador, como pressuposto à consecução de políticas públicas.

Logo, a discricionariedade nessa esfera deve ser amplamente estudada, com o fito de verificar a própria legitimidade da atuação do Poder Público nesse setor, qual seja, orçamentário e de políticas públicas.

A justificativa de estudo referida ganha maior relevância dada a identificação, através de uma análise histórico-jurídica e de cunho constitucional e tributário, de um processo histórico e institucional de restrição da discricionariedade no âmbito orçamentário, o que corrobora a iniciativa de se estudar tal instituto e delimitar o raio de sua atuação na execução orçamentária.

Assim é que se mostra o objetivo do presente estudo: tendo-se em vista a importância da discricionariedade em sede de Orçamento Público, necessário analisar o seu conceito desenvolvido pela Ciência do Direito em graus (ou aspectos) e o seu processo histórico de recrudescimento.

Tudo com o fito de se verificar a adaptabilidade dos graus e a possibilidade de existência de atos discricionários nas fases de planejamento e execução orçamentária. Note-se que, desse modo, conseqüências advirão concernentes à própria legitimidade da atuação administrativa orçamentária, e, logo, dos tipos de políticas públicas a serem adotados e estimulados pela Administração, no íterim da ordem constitucional.

1. DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Ao se tentar determinar um conceito, necessário ter em conta a advertência de Alf Ross, o qual explicita que a maior parte das palavras é ambígua e todas são vagas, isto é, possuem campo de referência indefinido, consistido em uma zona central (ou núcleo) e um “círculo nebuloso” de incerteza.

No mesmo sentido, porém indicando outra terminologia, Luis Alberto Warat aduz que as palavras possuem uma “acepção de base” e uma “concepção contextual.” E isso se aplica de forma coerente aos conceitos jurídicos, com conseqüências importantes tanto para a Ciência quanto para a aplicação do Direito.

De qualquer modo, no que toca ao conceito de discricionariedade, importante analisar-se o *discrímen* feito pelo jurista Karl Engisch, o qual distingue três conceitos jurídicos para a análise da discricionariedade: os conceitos indeterminados, os conceitos normativos e os conceitos discricionários.

Em verdade, e em consonância a Alf Ross e Luis Warat, os conceitos jurídicos quase em totalidade são indeterminados, por necessitarem sempre de um raciocínio interpretativo, dada a extrema plurissignificação dos termos lingüísticos.

Por conseguinte, os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito, devendo-se considerar como tais os conceitos numéricos, em combinação com conceitos de medida e valores monetários (p. ex., 50 km, prazos de 24 horas, 80 Km/h).

Os conceitos normativos são os termos que só podem ser entendidos segundo um ordenamento jurídico, ou seja, radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas normas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura.

Mas o importante para distingui-los não é tanto radicar seu teor de sentido em normas: para K. Engisch, a peculiaridade está assentada na necessidade de se usar uma valoração para se aplicar, no caso concreto, um conceito normativo.

Exemplos de conceitos normativos, assim, seriam “coisa alheia” (vinculada a normas sobre propriedade), “afinidade” (normas de Direito de família sobre graus de parentesco) ou “indecoroso” (normas sociais de decoro).

Já quanto aos conceitos discricionários, o referido jurista aponta que a discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.

Identifica que as dificuldades adquirem uma particular premência pela existência de uma questão de Direito processual, a saber, se as decisões das autoridades administrativas podem ser revistas e corrigidas pelos Tribunais e se as decisões dos Tribunais podem ser revistas por Tribunais superiores.

Desde logo se diga que para ele a discricionariedade pode ser judicial ou administrativa, conforme seja exercida por Magistrados em ações judiciais (como no cálculo da pena imposta em Processo Penal) ou por funcionários públicos na atuação administrativa (a exemplo da permissão para uso de calçada).

A questão do reexame por instância superior não encontra dificuldades ontológicas no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se em conta até questões de reexame necessário (corretamente combatidas por estudiosos do tema, ao argumentarem que tal obrigatoriedade contribui para a burocracia do Judiciário e, mesmo, para a falta de celeridade).

Em relação à revisão judicial dos atos administrativos, percebe-se uma polêmica, aduzindo K. Engisch que “ocasionalmente tem-se mesmo pretendido definir ‘decisões discricionárias’ precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis.”

No entanto, observe-se que o conceito de discricionariedade administrativa (a qual nos interessa) pode ser inferido de modo apartado da possibilidade de seu controle judicial, vez que a discricionariedade válida é insindicável, como qualquer outro ato válido. Resta, pois, compreender o que seja discricionariedade válida.

O referido jurista alemão segue dizendo que é uma característica das decisões discricionárias administrativas não serem impugnadas com expectativa de êxito enquanto se mantiverem *dentro de certos limites jurídicos*. Assim, a preterição a tais limites – o abuso do poder discricionário – pode induzir controle, por tornar a decisão administrativa viciada (existência de discricionariedade inválida).

No entanto, devemos avançar sob o ponto de vista conceitual. Rudolf Laun explicita de modo claro:

Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos [...] poder discricionário.

Nessa ordem de idéias, há o critério da ‘possibilidade de escolha’, que não é apenas uma possibilidade de fato, mas jurídica: é o Direito que através de uma norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de fato possíveis. Segundo K. Engisch, “esta possibilidade jurídica recebe o seu sentido mais próximo através das intenções que de direito – ou por força de lei – a ela se ligam.”

Vale acrescentar que a existência de um ‘espaço de livre apreciação’, que abre um leque de alternativas possíveis (todas válidas) tem uma razão justificadora: constitui-se uma delegação de poder ao destinatário da norma para tomar uma decisão não previamente indicada pelo legislador, precisamente porque devem ser considerados fatos e circunstâncias, apenas *in concreto* passíveis de descoberta.

Nesse ínterim, o mesmo autor fala em um conceito de ‘discricionariiedade vinculada’, com o qual se concorda plenamente, a dizer que o poder de escolha é sempre vinculado a um escopo justificador da existência do próprio poder discricionário,

[...] em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto.

Corroborando com a tese acima, Rudolf Laun ainda aduz que a essência da discricionariiedade administrativa está no fato de que aos órgãos estaduais é atribuído o poder de determinarem, eles mesmos, o fim próximo, imediato, da sua ação. Karl Engisch infere disso que essa ‘livre escolha do fim’ processa-se segundo as leis da teleológica:

[...] nesse processo, os fins ‘próximos’ são subordinados a fins mais remotos e mais gerais. São ponderadas as conseqüências e os efeitos laterais na prossecução deste ou daquele fim. Procura-se uma combinação coerente com outros fins relevantes. De forma alguma se impõe uma uniformidade de decisão.

Nesse sentido, as leis da teleológica dominam a escolha dos meios, quando esses não estejam já inequivocadamente predeterminados pelo próprio fim. A discricionariiedade, assim, implica a livre escolha dos meios (suficientes, adequados ou necessários ao fim).

Entendendo, como muitos, que o Poder Executivo e o Judiciário são ambos aplicadores do Direito, assevera K. Engisch que nessa aplicação há uso de valorações e decisões de vontade, subordinada a critérios objetivos ou a concepção individual.

O conceito discricionário, nesse entendimento, é um termo normativo que para a sua aplicação necessita de uma concepção individual, ou seja, subsiste sempre a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão da vontade, malgrado seja um poder

limitado por diversos critérios. Um ‘espaço de livre apreciação’ e escolha das várias alternativas possíveis (todas válidas perante o Direito), vinculado ao escopo instituidor desse mesmo poder, ou seja, marcado fortemente por uma matriz teleológica.

1.1. GRAUS DA DISCRICIONARIEDADE EM GERAL

Visto o conceito a que chegou Karl Engisch, importante se referir à doutrina brasileira acerca da discricionariedade. Nesse passo, Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual propõe interessante esquema sobre a discricionariedade administrativa.

Vale apontar que o referido administrativista brasileiro situa a discricionariedade não como um poder, mas como um dever de se atingir uma finalidade. Note-se que para ele o fundamento do livre espaço de apreciação é o mesmo apontado por K. Engisch: a *matriz teleológica*, ínsita em um ordenamento.

A razão para tal entendimento é simples. O Direito Administrativo é ramo de Direito Público. Como o dever comanda toda a lógica desse último, todo agente público no exercício de suas atividades está subordinado ao dever (e a finalidade nele estampada), a uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.

Celso Antônio assevera ainda que

[...] o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento à sua finalidade.

Nesse sentido, além dos critérios abstratos apontados por Karl Engisch, há que se observar que as circunstâncias fáticas também exercem limite à discricionariedade, o que levou Celso Antônio a dizer que a discricção que está traçada na norma é de amplitude maior do que a discricção do caso concreto.

Esse raciocínio se demonstra correto porque a decisão discricionária do administrador (e aqui se pode ver também a aplicação da lei pelo juiz) não pode estar de nenhum modo em disparate com a realidade. As circunstâncias fáticas ajudam a restringir a sua liberdade justamente porque não reclamam *qualquer uma* das possíveis escolhas legais, mas precisamente apenas algumas delas.

Exemplifique-se de modo simples por um caso verossímil. Determinado Prefeito decidiu construir um ginásio de esportes em um distrito afastado da cidade. Ao começarem a obra, os construtores se depararam com uma surpresa: a população distrital tinha se reunido e decidido protestar contra a construção do referido ginásio.

O motivo para tal insurgência foi, simplesmente, a necessidade extrema das crianças daquela localidade em possuírem uma Escola Pública próxima à sua residência, dada a

inexistência de uma Escola distrital e já que o fornecimento de vales-transporte foi interrompido por falta de convênio estadual com o Município.

Observe-se que o reclame social não foi consultado previamente, e a circunstância fática – necessidade de acesso à educação – delimitou a atuação administrativa do Prefeito em tela, como sendo a escolha mais afeta ao interesse do distrito a construção de uma Escola, ou no mínimo, o fornecimento de vales-transporte.

Assim, em um plano ideal o feixe de escolhas possíveis do Prefeito foi restringido, demonstrando-se que as circunstâncias fáticas delimitam as possíveis escolhas, para além dos limites legais e supralegais acima relacionados.

Importante ainda expor as “causas normativas” (expressão de Celso Antônio) das quais a discricionariedade decorre: a) a hipótese da norma; b) o comando da norma; e c) a finalidade da norma.

As causas ‘a’ e ‘c’ podem ser concatenadas ao conceito jurídico indeterminado de Karl Engisch, com a peculiaridade de estarem subordinadas à decisão valorativa do agente da Administração (como no ‘estado de emergência’ acima exposto): a primeira em conceitos pertencentes ao texto normativo; a última em finalidades da ordem jurídica, eminentemente valorativas.

Já em relação ao comando da norma, tem-se a discricionariedade em aspectos que envolvem um juízo subjetivo do administrador no cumprimento dos dispositivos normativos: a) no que concerne a agir ou não agir; b) na escolha da ocasião para agir; c) na forma jurídica instrumental do ato; d) na eleição da medida considerada idônea perante as circunstâncias e no intuito de satisfazer a finalidade legal.

Note-se que a discricionariedade que resulta do comando da norma equivale ao conceito discricionário de Karl Engisch, quanto ao ‘espaço de livre apreciação’ e escolha das várias alternativas possíveis e válidas perante o Direito para os meios, vinculado ao escopo instituidor da própria margem de livre juízo.

Por fim desse item, chega-se a uma conclusão de modo diferente da antevista pelos autores, mas de qualquer modo corroborada por eles: trata-se do fundamento de existência do Estado.

A própria razão de existência da sociedade civil está, por um lado, na organização e repartição dos ganhos e, por outro, na minimização das perdas. O Estado funda-se no que hoje se denomina princípio da subsidiariedade da União Européia.

Explique-se. Por esse princípio, há limitação à intervenção da UE nos Estados Europeus signatários, os quais possuem ampla soberania sobre seus territórios e nações, a menos que um fim visado por todos só possa ser alcançado (ou *melhor* alcançado) pela UE, e não individualmente por cada Estado-membro.

Nesse sentido, no âmbito interno de cada nação, o Estado é o ente que atua sempre quando os indivíduos não podem por si sós alcançarem objetivos comuns. Essa é, hoje, a razão justificadora do Estado de Direito: conduzir a fins coletivos (de “interesse público”), seja quem for o governante ou a sua opção política.

As diretrizes já estão na Carta Magna, as quais constituem o dever do administrador, notadamente na sua atuação discricionária.

“Discricionariiedade vinculada” de Karl Engisch, ou “dever discricionário” de Celso Antônio, fala-se em atuação administrativa de índole subjetiva na aplicação de conceitos e determinação de atos e serviços, mas sempre conformada a fins sociais prévios (critérios de K. Engisch), independentes da ideologia dos partidos políticos, embora por ela filtrados, quanto à escolha dos meios e dos fins imediatos.

A índole subjetiva da atuação corresponde à concepção individual no juízo a confrontar a situação normativa e o caso concreto regrado. Mas justamente nesse último caso, para não haver *desvinculação* e *arbítrio*, antes se deparam,

[...] a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exatamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte.

Acrescente-se às regras referidas as proibições do particularismo, do arbítrio, do abuso e do excesso de poder. Nesse passo é que Karl Engisch conclui que:

[...] Na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um poder discricionário, seremos forçados a aceitar que aquilo que em todo caso tem de ser **reconhecido como defensável deve valer como ‘caindo no espaço de manobra’ do poder discricionário e, nessa medida, deve valer como correto**” [grifo nosso].

Note-se: somente o que for *defensável*, a par de todos os critérios acima colacionados, deve restar insindicável por qualquer outra instância (salvo se for mais perita na matéria questionada, não sendo o caso de uma instância que se julgue mais ‘sábia’).

Isso quer dizer que, para além dos limites legais e supralegais, os conceitos discricionários submetem-se a regras teleológicas e axiológicas e a proibições ao particularismo, ao arbítrio, ao abuso e excesso de poder.

E, além disso, para adentrar ao tema monográfico, a atuação discricionária só é impassível de sofrer controle judicial se passar incólume por todos esses tais critérios.

Perceba-se que os fins almejados pelo Direito que justificam a própria existência do poder discricionário são as orientações para uma discricionariiedade válida, pois do contrário ela perde o seu fundamento de existência.

Entende-se aqui, e isso é importante frisar para as posteriores considerações, que o movimento neoconstitucionalista alterou fundamentalmente a realidade jurídica nos Estados de Direito: decisões valorativas e mesmo políticas foram tomadas já nas Cartas Constitucionais.

Isso sobreleva a importância de se considerar a discricionariiedade como espaço de decisão individual limitado por critérios legais e supralegais, axiológicos e teleológicos: os fins sociais já estão no bojo da Lei Maior, pois nele foram normatizadas opções políticas. Tais opções são legais e valorativas, constituem fins a serem alcançados pelo Estado de Direito, enfim, pela Administração.

Assim, necessário corroborar com a idéia de Celso Antônio Bandeira de Mello no que diz respeito ao dever de escolher a *melhor* alternativa: “a lei não aceita do administrador outra conduta que não seja capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”.

Por mais que se pense o contrário, a *ratio constitutione* e *legis* em se prever a discricionariedade impinge sim ao administrador o dever da melhor conduta, mas segundo parâmetros racionais e controláveis através do discurso fundamentador das decisões administrativas.

Dizer que ao administrador não corresponde tal dever de zelar de maneira excelente pela sua função (o que se exterioriza na escolha das opções e medidas) é proporcionar libertinagem administrativa, acatar o desvio da função irrazoável.

Obviamente que o dever de escolha do melhor está subordinado a parâmetros racionais e análise contingente da realidade, de modo semelhante à ‘obrigação de meio’ do Direito Civil.

Como se sabe, porém, a qualificação como obrigação de meio não exclui o dever de atuar com zelo e pela melhor escolha, apenas retira o rigor da análise, pois devem ser levadas em conta, antes de se executar o agente, circunstâncias determinantes para o caso que estão necessariamente fora do seu controle.

Ademais, como o próprio K. Engisch já afirma, a proporcionalidade constitui um dos critérios de verificabilidade da discricionariedade válida, pois tal postulado se refere de modo peculiar ao nexos entre meios e fins.

O fim social constitucional deve ser alcançado pela discricionariedade e aquele adstringe a própria atuação dessa. Mas disso se tratará adiante.

2. GRAUS DA DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA

Os atos de despesa pública são atos administrativos. Emanados do Executivo, constituem a execução concreta do Orçamento, recebendo, autorizando e proporcionando a saída de recursos através do *empenho* e da *liquidação*, além de determinar, quando cabível, a execução de um projeto pelos funcionários subordinados.

Assim, inegável a necessidade de existência da discricionariedade quando da execução do Orçamento, face à própria otimização de atos e resultados sociais, não podendo um documento legal ser considerado como um fim em si mesmo, indiferente às condições materiais de existência das relações da vida.

No entanto, não se pode ir ao outro extremo, como apregoam muitos, de se considerar a Lei Orçamentária como mero ato formal dotado de *nenhuma* força normativa (vinculativa), sob o argumento de que há discricionariedade administrativa.

Assim, faz-se necessário traçar a verdadeira discricionariedade quanto ao orçamento, no sentido de atender a Constituição e o Estatuto humano básico, permitindo concomitantemente efetividade de direitos fundamentais e flexibilidade à atuação executiva.

Foi visto que Celso Antônio elencou os casos de discricionariedade, nos quais há juízo subjetivo do administrador: a) determinação ou reconhecimento de uma situação fática (*hipótese da norma*); b) no que concerne a agir ou não agir; c) na escolha da ocasião para agir; d) na forma jurídica instrumental do ato; e) na eleição da medida considerada idônea para um caso concreto, no intuito de satisfazer a finalidade legal.

Porém, no que tange ao ato discricionário de despesa, identifica-se, segundo a ordem constitucional vigente, a discricionariedade em dois momentos distintos. O primeiro se refere à iniciativa da Lei Orçamentária, quando, após ter se debruçado no plano de governo, o administrador elege as necessidades que devam ser satisfeitas prioritariamente.

Foi dito que nessa fase encontra a discricionariedade administrativa o seu *mais alto grau*, podendo-se dizer que há discricionariedade ampla. Isso porque todos os aspectos acima colacionados (de ‘a’ a ‘e’) são aplicados genericamente, mesmo que limitados pelos processos de preferência estudados.

Uma vez apreciada a proposta pelo Poder Legislativo com eventuais emendas, e sancionada pelo Chefe do Executivo, as necessidades ali pressupostas que tenham *matriz constitucional* não podem mais restar subordinadas aos “a”, “b” e “c” dos aspectos discricionários, porque o seu momento foi justamente o da iniciativa.

Sub ‘a’, o administrador reconheceu a situação de carência em sua comunidade, o que respalda o atendimento a uma necessidade (p. ex., a situação fática de extrema precariedade dos hospitais).

Sub ‘b’, o administrador já escolheu *em que área* haverá ação. *A contrario sensu*, o que não estiver na Lei do Orçamento é a necessidade que ele escolheu *não agir*, produto de um juízo de valor inferior às necessidades a serem satisfeitas, isto é, positivadas no orçamento como destinatárias de ações estatais.

Sub ‘c’, aquele escolhe a ocasião dos três anos de seu mandato e um ano do mandato seguinte (em se tratando de Plano Plurianual – PPA) ou um ano dos quatro de seu próprio mandato (Lei Orçamentária Anual – LOA) para satisfazer determinadas necessidades públicas através respectivamente de programas de duração continuada e de programas anuais (conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO).

Assim, percebe-se que após a feitura e publicação da Lei do Orçamento, a discricionariedade só pode se revestir dos aspectos temporal ‘c’ (porém, mitigado) e formal ‘d’ (forma jurídica instrumental do ato), bem como do aspecto da *possibilidade de escolha dos meios* ‘e’ (eleição da medida considerada idônea para satisfazer a finalidade legal).

Diz-se um aspecto temporal mitigado porque o administrador não prevê um calendário preciso, mês a mês, para executar o orçamento, até porque seria impossível se

considerarmos a contingência intrínseca da atividade: liberação de materiais, burocracia, erros na legislação, etc.

Isso, muito embora a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) preveja um relatório bimestral da execução orçamentária (art. 52). Razoável se afigura, no entanto, que o administrador detenha uma margem discricionária temporal durante todo o ano (em caso de LOA) e todo o mandato (no que tange às disposições do PPA), ressalvada sempre a vedação do art. 42 da LRF.

A delimitação dos momentos da discricionariedade tem cabimento porque a Lei do Orçamento deve ser respeitada como qualquer outra *autorização legislativa*, por se referir ao princípio democrático e a própria separação dos Poderes, reafirmada na limitação da discricionariedade antes e após da sanção à Lei Orçamentária.

Nessa esteira, as normas orçamentárias são originadas pela discricionariedade, mas, ao serem indicadas nas leis promulgadas, votadas e aprovadas pelos representantes da sociedade, têm efeito de disposição legal cogente, não meramente dispositiva.

Conseqüentemente, há que se inferir a natureza vinculante dos atos de despesa decorrentes das disposições orçamentárias concretas, notadamente as dotadas de força constitucional (baseadas em necessidades vitais básicas). Nesse caso a discricionariedade orçamentária se restringe, como já visto.

Demais disso, não se aplica o entendimento do ato discricionário amplo (leia-se, em todos os aspectos apresentados) com relação às obrigações constitucionais de fazer impostas ao Estado, porque representam um estatuto mínimo constitucional de todo destinatário do orçamento público, face às medidas políticas aplicadas pelos administradores.

A discricionariedade ampla deve permanecer, salvo calamidades e reserva de contingência, no âmbito da iniciativa e veto do Poder Executivo, cabendo ao mesmo buscar a satisfação das necessidades que elencou como prioritárias no plano de governo.

Ressalte-se que, a par das mudanças sociais e administrativas, o Administrador possui sempre o poder de reconhecer situações da vida como prejudiciais à execução orçamentária, já que, como dito, nenhuma lei pode se afastar da contingência social.

No entanto, há de se ter em conta a supremacia do discurso racional. A identificação administrativa de uma situação prejudicial deve ser sempre fundamentada e subsidiada com documentos comprobatórios, principalmente porque consubstanciarão mudança na razão justificadora da Lei e, logo, reclamarão mudanças na mesma.

Esse aspecto da teoria dos *motivos determinantes* não pode ser olvidado, especialmente em razão do efeito que a decisão causa: mudança legislativa unilateral (no caso de margem de remanejamento de verbas) ou bilateral (após autorização legislativa específica).

De outro lado, no que concerne ao escalonamento existente entre necessidades constitucionais, a discricionariedade sofre limites fáticos, como já se decidiu em sede de pedido de antecipação de efeitos da tutela:

Verifico que o pedido formulado [...] visa a resguardar o bem jurídico [...], qual seja, o da adequada e satisfatória aplicação dos recursos financeiros destinados à **área de saúde**, nos termos disciplinados pela Emenda Constitucional nº. 29/2000. [...] Nesse giro, defiro parcialmente a liminar para determinar o **bloqueio das verbas previstas para a Secretaria de Comunicação Social do Estado do Rio de Janeiro, destinadas à publicidade e/ou divulgação das ações de Governo**, conforme previsão no Projeto de Lei Orçamentária para o exercício de 2007 [...] [grifos nossos].

Com isso observa-se que o Poder Judiciário, como intérprete da Constituição e das leis, interpretação essa com pretensão de definitividade (peculiaridade da Jurisdição frente às outras funções estatais), pode controlar os atos dos outros Poderes quando não houver atendimento a parâmetros mínimos de decisão, como o respeito ao postulado da proporcionalidade.

Humberto Ávila, inclusive, afirma que o Poder Judiciário pode instituir controle dos atos dos outros Poderes, adstringindo-se a “avaliar a avaliação” feita por eles quanto à premissa escolhida e a razão justificadora,

[...] justamente porque o Poder Legislativo só irá realizar ao máximo o princípio democrático se escolher a premissa concreta que melhor promova a finalidade pública que motivou sua ação ou se tiver uma razão justificadora para ter se afastado da escolha da melhor premissa.

Por outro lado, colaciona o exemplo da moralidade, porquanto a mesma:

[...] exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.

Observa-se, pois, que o exercício da discricionariedade administrativa pode ser revisto pelo Poder Judiciário no que tange à avaliação do poder Executivo sobre as circunstâncias fáticas de aplicação dos princípios e regras constitucionais e da dificuldade em se superar as disposições orçamentárias já postas, de modo a considerar a expectativa criada pela Administração no trato e execução do seu mister.

3. PROCESSO DE RESTRIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA

De qualquer modo, é lícito observar que desde o surgimento do movimento social constitucionalista o Estado avocou para si deveres impostergáveis. Há de se anotar, nesse ínterim, que a discricionariedade em sede de Orçamento Público realmente tem se tornado cada vez mais restrita, o que pode ser consequência do fenômeno anotado por Boris Mirkin-Guetzévitch, no período pós 1ª Guerra.

O *racionalismo do poder*, conforme terminologia do autor referido, concerne na inibição do Poder Executivo, face aos arbítrios e do poder excessivo conferido pelas antigas Constituições aos Chefes de Estado e Governo.

Por outro lado, Luis Guilherme Marinoni reitera que essa foi uma tendência havida desde a superação do absolutismo. Apregoa o processualista que tal se deu através da construção teórica do princípio da legalidade: antes do ‘Estado legislativo’, a regra era o pluralismo concorrente, sendo cometidos atos de arbitrariedade pelos juízes.

Não existia controle sobre a atividade dos magistrados e muito menos no que concerne aos do rei. Relata que, a partir das idéias iluministas, criou-se o princípio da legalidade, subordinando-se todo o poder à Lei. Retirar o amplo poder dos aplicadores do Direito. Esse, o verdadeiro mérito do princípio da legalidade.

Em vista disso, por muito tempo se pensou o Judiciário com a função de apenas atuar a vontade concreta da lei e o Executivo como cumpridor de ações políticas.

Porém, estava-se diante de outro problema: a possibilidade dos abusos da própria legislação, pelo que foi esquecida a máxima de Montesquieu que inerente ao poder está a possibilidade de seu abuso.

A Constituição adveio em meio ao Estado Legislativo, mas constituindo apenas um impedimento ao retrocesso absolutista: possuía *status* político apenas, não-normativo. Tal possibilitou que os parlamentos da Europa continental se tornassem hegemônicos.

Assim, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação: o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela Lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. [...] Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo.

Porém, com as teorias do positivismo crítico, basicamente a dos direitos fundamentais e sua efetividade e a dos princípios e regras, a hegemonia legislativa começou a perder-se.

Tal se deu, principalmente decorrente de estudos mais aprofundados sobre o escalonamento do ordenamento jurídico de Hans Kelsen e do desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade (continental e norte-americano), pelo que a Constituição foi sendo encarada como documento essencialmente *jurídico*, fundamento de validade de todo o sistema normativo.

A aplicação da lei sem qualquer esforço a uma interpretação condizente com princípios e valores do ordenamento pode trazer conseqüências graves para a democracia e a convivência pacífica da pluralidade. Nascia o gérmen da função criativa do Judiciário.

De qualquer modo, interessa a esse trabalho que a supremacia do Legislativo sobre o Executivo pode ser notada na Constituição Federal de 1988 em duas frentes. Primeiramente, a Assembléia Constituinte elegeu deveres estatais, as quais que devem ser cumpridos pelos Chefes do Poder Executivo, inclusive indicando receitas vinculadas, como as contribuições especiais – art. 149.

Em segundo lugar, a CF/88 instituiu a Lei do Orçamento, cuja *ratio legis* é justamente a de subordinar a previsão dos gastos ao Poder Legislativo (o que propicia participação democrática, mesmo que representativa).

Com isso, note-se que a discricionariedade orçamentária deve seguir um processo de delimitação cada vez maior, já que mecanismos legais têm sido engendrados para dirigir a atuação administrativa, inclusive na eleição de áreas de atuação estatal.

3.1. RECEITAS VINCULADAS: A DISCRICIONARIEDADE LIMITADA

No âmbito tributário, o fenômeno pode ser lembrado no surgimento das Contribuições Especiais, tidas pela própria Carta Constitucional como *instrumento de atuação da União* nas áreas sociais, de domínio econômico e de categorias profissionais e econômicas.

Como exemplos de receitas vinculadas, as espécies tributárias consistentes nas contribuições especiais, as quais servem como *instrumento de atuação da União* – art. 149, as contribuições sociais à seguridade social – art. 195, e as exceções à regra da desvinculação de receita proveniente de impostos, no art. 167, VI e 79 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De outro lado, a própria repartição de receitas tributárias, consignada nos arts. 157 a 162 da nossa Constituição Federal, constitui limitação à discricionariedade de receita da União sobre seus impostos.

Ainda, as contribuições destinadas ao serviço de iluminação pública, em prol dos Municípios e do Distrito Federal, demais de criar a possibilidade de instituição de nova contribuição, vincula a sua receita e por outro lado permite o uso da receita de impostos para outros serviços públicos.

De outro lado, abalizada corrente doutrinária apregoa a *vinculação* de receita determinada constitucionalmente para as Contribuições especiais, a qual deve ser considerada como critério de aferição da própria constitucionalidade da Lei Orçamentária respectiva ou, mesmo, de investigação da legalidade do ato de despesa pública (se houve tredestinação ou não).

Nesse diapasão, está sendo desenvolvido em doutrina e jurisprudência (inclusive do STF) mais um mecanismo de delimitação da discricionariedade administrativa em sede de Orçamento Público.

Isso porque a receita oriunda de Contribuições Especiais deve ser destinada exclusivamente a certas áreas indicadas pela Constituição. A aplicação orçamentária vinculada, *in casu*, flagrantemente tolhe a liberdade discricionária do Poder Executivo tanto em escolher as áreas de atuação quanto em determinar o montante a ser utilizado em tais áreas.

Anote-se, enfim, que não só a União está sujeita a tal vinculação de receita, pelo que o art. 149-A (EC nº. 39/02) atribui competência aos Municípios e ao DF para instituírem Contribuição de Iluminação Pública. Para parte da doutrina tal Emenda tem constitucionalidade duvidosa, porém demonstra-se que outros entes federativos podem ser obrigados a vincular a receita e, logo, ter a discricionariedade restringida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações acima expendidas, identifica-se que a discricionariedade específica do exercício dos atos de despesa pública ocorre em dois momentos.

Primeiro, o da iniciativa (em que serão escolhidas as necessidades, além do modo e do momento em que serão satisfeitas) – que pode ser denominada de *discricionariedade ampla*.

Segundo, o momento da execução orçamentária, a qual se refere ao aspecto temporal mitigado, aspecto formal e a possibilidade de escolha dos meios (indiferente jurídico) – *discricionariedade orçamentária limitada* (limitação essa proveniente do próprio princípio democrático).

Repise-se que a discricionariedade orçamentária vem sofrendo um processo de restrição através do tempo, notadamente após o recrudescimento do Executivo no 1º pós-guerra e com o surgimento do movimento neoconstitucionalista (assunção de valores políticos pelas Constituições, normatizando-as a fim de os tornarem cogentes).

E com relação ao contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ao prever as contribuições sociais (tributos de receita vinculada) confirmou tal processo de restrição, o que significa maior racionalidade na efetuação das despesas públicas e maior controle da *res publica*, o que por outro lado reforça o processo democrático de inclusão cidadã.

Verifica-se, enfim, que a discricionariedade em sede de orçamento público vem sofrendo processo de restrição nos dois momentos de sua ocorrência (planejamento e execução). Com isso a sua faceta de ‘liberdade sujeita a limites’ amplia-se em evidência, podendo-se falar em ‘discricionariedade vinculada’, tamanha a carga de *dever* do Administrador e devido às disposições constitucionais atinentes aos deveres estatais e necessidades públicas prioritárias, responsabilidade de atuação finalística inarredável do Chefe do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito Financeiro e Orçamentário**. São Paulo: Atlas, 1995.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13ª ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Harrison Ferreira. **Uma nova proposta de classificação dos Tributos em face da Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Tributário da APET – Associação Paulista de Estudos Tributários. São Paulo: MP, 2006. Ano III, Edição 12.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Contemporâneo**. In: **Estudos de Direito Processual Civil**. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Curso de Direito Financeiro**. Campinas: Bookseller, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 130.

WARAT, Luis A. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 65.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 208-209.

Aqui, o debate entre Normativismo e Pluralismo. Karl Engisch refere-se à existência de ordenamentos (jurídicos) não estatais, como a moral ou o domínio da cultura. Cf. ENGISCH, *Op. Cit.*, p. 212.

Idem, p. 214.

Apud ENGISCH, *Op. Cit.*, p. 216.

Nada mais do que a idéia da aplicação do Direito pelo magistrado segundo o quadro geral de norma aplicável de Hans Kelsen, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-394.

ENGISCH, *Op. Cit.*, p. 220.

Idem, p. 243.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.

Idem, p. 36.

BANDEIRA DE MELLO, *Op. Cit.*, p. 19.

ENGISCH, *Op. Cit.*, p. 248/249.

Idem, p. 251.

Como exemplo, CAMPOS, Dejalma de. **Direito Financeiro e Orçamentário**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 75 e GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13º ed. amp. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 67. O primeiro autor ainda preconiza que a lei orçamentária é periódica, especial e formal, apregoando que o comando orçamentário não possui “substância de lei” (conceito, note-se, vago e fugaz).

BANDEIRA DE MELLO, *Op. Cit.*, p. 19.

Processo nº. 2006.51.01.023830-0. Juíza Regina Coeli Medeiros De Carvalho. 18ª Vara Federal - Rio de Janeiro. Data do Julgamento: 12 de janeiro de 2007. *In: Revista Consultor Jurídico*, 16 de janeiro de 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

Idem., p. 96.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 48-49.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Contemporâneo**. *In: Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.

MARINONI, *Op. Cit.*, p. 15.

MARINONI, *Op. Cit.*, p. 14. Sobre perspectivas históricas que motivaram a busca pela atividade criativa dos Tribunais, BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/08/2007.

A CF/88 não foi pioneira na previsão de uma Lei Orçamentária, porém sistematizou o Direito Orçamentário, seus princípios e regras, como nenhuma outra anterior.

LEITE, Harrison Ferreira. **Uma nova proposta de Classificação dos Tributos em face da Constituição de 1988**. *In: Revista de Direito Tributário da APET – Associação Paulista de Estudos Tributários*. Ano III, Edição 12. São Paulo: MP, 2006, p. 87-90.

Como é o caso da ADI 2.925/03, Rel. Min. Ellen Gracie, 19.12.2003, Tribunal Pleno, DJU 03.03.2005.

A exemplo de SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Curso de Direito Financeiro**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 106.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Op. Cit.*, p. 38.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Nº. 15 – Salvador. Disponível no site <www.direitopublico.com.br> Acesso em 09/08/2007, p. 02.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS - PROTEÇÃO E
EXIGIBILIDADE**

TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VS INCAPACIDADE DE FATO*

TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES: LA DIGNIDAD HUMANA VS LA IMPOSIBILIDAD DE HECHO

**Claudio José Amaral Bahia
Ana Carolina Peduti Abujamra**

RESUMO

Hodiernamente, cada vez mais a questão relativa à saúde vem ganhando vulto. É uma garantia fundamental a todo cidadão brasileiro; porém, nem sempre foi assim. Em verdade, antes da promulgação da Carta Magna de 1988, a saúde no Brasil nunca havia sido moldada e pensada como um verdadeiro direito, muito pelo contrário! A importância da saúde se justifica, inclusive, pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado. Nessa esteira, não é aceitável, a coisificação da pessoa, para que experimentos, tratamentos experimentais! Contudo, como algumas vezes é necessária a participação do homem, há em jogo outros princípios constitucionais e interesses, como o direito a liberdade, o direito à vida, etc. A pesquisa envolvendo seres humanos destina-se a desenvolver ou contribuir para o aumento do conhecimento e sua generalização, no que se refere a estudos médicos e de comportamento relativos à saúde humana, por isso da necessidade do Consentimento esclarecido. Mas a pergunta que fica, e, que despretensiosamente, elucidar-se-á, neste artigo, é: será que os enfermos – entendidos por incapacitados, mesmo que momentaneamente, podem consentir?

PALAVRAS-CHAVES: DIGNIDADE DA VIDA HUMANA, VIDA, TRATAMENTO EXPERIMENTAL, CONSENTIMENTO, CAPACIDADE

RESUMEN

Cada vez más la pregunta sobre la salud ha ido cobrando mayor. Es una garantía fundamental de cada ciudadano brasileño, pero no siempre fue así. De hecho, antes de la promulgación de la Carta Magna de 1988, la salud en el Brasil nunca se había conformado y diseñado como un verdadero derecho, sino todo lo contrario! La importancia de la salud se justifica, incluso mediante la adopción del principio de la dignidad humana, como uno de los fundamentos del Estado. En este sentido, no es aceptable, pensar en la persona como una cosa, para se justificar los experimentos, los tratamientos experimentales! Sin embargo, como a veces se requiere la participación del hombre, hay otros principios constitucionales en juego y los intereses, tales como el

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

derecho a la libertad, el derecho a la vida, y así sucesivamente. La investigación con seres humanos es desarrollar o contribuir a aumentar el conocimiento y se convierta en generalizada, con lo que se refiere a los estudios médicos realizados y el comportamiento relacionados con la salud humana, por lo que la necesidad de consentimiento informado. Pero la pregunta que sigue, y claro, a dilucidar en este artículo, es la siguiente: a los enfermos - por entendido incapacitado, ni tan siquiera momentáneamente, puede consentimiento?

PALAVRAS-CLAVE: DIGNIDAD DE LA VIDA HUMANA, LA VIDA, EL TRATAMIENTO EXPERIMENTAL, EL CONSENTIMIENTO, LA CAPACIDAD

INTRODUÇÃO

A escolha do tema se deu, basicamente, em razão de sua inegável importância e constante atualidade, haja vista que, diariamente, os órgãos de informação e os operadores do direito entram em cotejo para o atingimento da melhor maneira de se lidar com o dever constitucional de informação e, ao mesmo tempo, efetuar a proteção, em patamar idêntico, a dignidade da pessoa humana, mormente daquela que, acometida de determinada patologia ou deficiência, se vê compelida a aceitar qualquer tipo de tratamento clínico, principalmente quando estas se transformam no objeto central do resultado que deverá ser veiculado.

A pessoa, na Carta Magna de 1988, passou a ser o centro das atenções, tanto é que a nova ordem instaurada adotou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Ainda, Esta, rompeu bruscamente com conceitos, trazendo ao plano positivo a igualdade entre homens e mulheres, reconheceu-se como entidade familiar a união entre pessoas de sexo diferentes e não casadas, acabou com a distinção existente entre filhos, dentre outros inúmeros casos. Em verdade, depois da eclosão da Carta Magna de 1988, toda a atividade normativa ficou, irrefragavelmente, condicionada a observação e ao cumprimento aos princípios fundamentais (artigo 1.º, CF) e dos objetivos fundamentais (artigo 3.º, CF) por ela traçados.

As minorias (a criança, o adolescente, o idoso, as pessoas portadoras de deficiência, os homossexuais) foram e são uma constante preocupação tanto do constituinte quanto do legislador infraconstitucional, sendo essas tuteladas de forma especial.

Entretanto, é preciso que se esclareça que o atingimento desse patamar foi demorado, valendo rememorar, por oportuno, que até mesmo no valioso campo dos chamados “direitos individuais” oriundos das Constituições americana e francesa somente foram ganhar força e destaque dentro do mundo jurídico depois do término da Segunda Guerra Mundial, e, por via de consequência, a maioria dos textos constitucionais deixou de apresentar conteúdo meramente de estruturação do Estado para galgar maior abrangência e amplitude, não se olvidando que todas essas transformações constitucionais acabaram precipitando a necessidade de alteração do antigo Código Civil de 1916, situação essa que veio definitivamente se concretizar, do ponto de vista jurídico-positivo, com a entrada em vigor da novel codificação.

Nessa trilha de silogismo, mister se faz trazer à lume o escoreito posicionamento defendido pela jurista Carmem Lucia Silveira Ramos, no sentido de que

é necessário reconhecer, no entanto, que as disposições inseridas na carta constitucional alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século. Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se as transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva). Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis a atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e direito privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais[1].

1. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Sendo assim, a dignidade é inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e alienáveis[2].

Para se chegar ao paradigma da dignidade da vida, acredita-se interessante proceder a uma pequena abordagem histórica sobre o direito do indivíduo ao próprio corpo. E, é na Lei das XII Tábuas, responsável pelo surgimento do Direito Civil e das ações da lei, que se encontram as disposições mais antigas acerca do tratamento dispensado ao ser humano.

Posteriormente à Lei das XII Tábuas, ocorreram vários fatos que levam à conclusão de que se dava, em diversos ordenamentos jurídicos, preeminência ao “bem comum”, “função social”, “felicidade de muitos”, sobre os bens individuais.

Na Índia antiga, por exemplo, os portadores de doenças contagiosas incuráveis eram conduzidos por seus parentes às margens do Ganges, asfixiados com barro na boca e nariz e arrojados ao rio sagrado. Napoleão Bonaparte, ao ser interrogado na Ilha de Elba, sobre sua atitude de ordenar que fosse tirada a vida de enfermos de peste durante a campanha do Egito, afirmou que não poderia por em risco a vida dos demais homens do seu exército e determinou que o médico subministrasse aos doentes fortes doses de ópio.

Com efeito, o ser humano era objeto e instrumento da “Razão de Estado”, que desconhecia seus valores primários. Mas prefere-se relegar tais situações às épocas de civilização superada ou a fases patológicas da história humana.

Ultrapassadas essas fases, manifestou-se a prevalência do indivíduo, entrevista desde a revolução francesa, com o interregno socialista de submissão ao interesse comum e agora se volta à origem individualista, com enfoque de solidariedade. Embora já não mais seja permitida a disposição da vida das diversas maneiras como aquelas já demonstradas, no Brasil, somente a Carta da República de 1988 foi expressa, através do artigo 5º e incisos, no sentido de garantir o direito à vida a qualquer pessoa, tratando da questão em capítulo próprio (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e como verdadeiro alicerce de toda a estrutura republicana.

1.1. VIDA DIGNA E SUAS CARACTERÍSTICAS VS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vida é o mais importante e precioso bem e atributo do homem. Na Constituição Federal, ela,

não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção.[3]

As novas premissas que são suscitadas nesse limiar de século XXI, referentes aos seres humanos, são as seguintes: independentemente de sua qualidade, a vida humana deve ser sempre preservada? Há que serem empregados todos os recursos biotecnológicos

para prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal? Há que serem utilizados processos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que os efeitos do mal a curar? É lícito sedar a dor se de tal ato a consequência será o encurtamento da vida?

Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade desta ao indivíduo. A obstinação em prolongar, o máximo possível, o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste.

O ser humano tem outras dimensões [4] que não apenas a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas, também, da pessoa. O prolongamento somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse não ferir a dignidade do viver e do morrer.

A morte não é o fim da vida, é uma etapa dela, um caminho inexorável, pelo qual todos passam. E como tal, não pode ser encarada como um fracasso médico, pois, como afirmou o Papa João Paulo II, integra a condição humana:

um não pode impor ao outro o dever de utilizar recursos que mesmo de uso corrente possam causar-lhe riscos ou sofrimento. Essa recusa não equivale a suicídio, pelo contrário, pode ser tida como uma aceitação de sua condição humana e o desejo de não receber um tratamento desproporcional aos seus resultados.[5]

A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, erigidos à categoria de princípios, de modo que não deve a vida ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural por ela se transformar em idolatria, desprezando a necessário qualificadora de que a mesma transcorra com dignidade. A consequência do culto idólatra à vida é a luta, a todo custo, contra a morte.

O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar seu 'dever-ser'. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, *considerada*. **A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. A especificidade do ser humano é sua liberdade. A dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha.**[6] (grifou-se)

A autodeterminação é componente da dignidade. O ser autônomo se autoconstrói, percebendo a si e ao outro. Assim, em vez de isolar, o homem se integra no meio social.

Seja qual for o nosso conceito de integração do homem no meio social (...) sempre, em face das mais variadas circunstâncias, o homem se dá e se reserva, é parte e é todo, confunde-se e se afirma, alia-se e se isola, invariavelmente duplo.[7]

O homem é indivíduo e pessoa. "A individualidade tem sua raiz na matéria; a personalidade, na forma, a alma do homem, que faz dele homem e não outra coisa."[8]

E ainda:

O certo é que o direito se refere à pessoa, enquanto é esta que se engaja na sociedade (...) O Direito terá, assim, como motivo determinante, assegurar, numa sociedade de todos, o respeito a essa totalidade, e o seu fim há de ser o de criar condições dentro das quais a pessoa se possa afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo independente e livre. O Direito será uma técnica de superação do individual no homem, que, por natureza, é animal político.[9]

A vida digna é então aquela onde estão presentes os valores essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa, próprios para as suas necessidades, aptos para as suas características, identificados e individualizados de forma a satisfazer o seu titular. Não é um conceito jurídico, é sociológico, e passível de vários entendimentos. É um valor distinto da pessoa humana atribuindo direitos específicos a cada homem, núcleo essencial dos direitos fundamentais, não se perdendo de vista que "a qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados" [10].

Vida e Dignidade são valores essencialmente independentes e necessariamente correlatos, num paradoxo necessário para a manutenção do seu conteúdo, e do mais alto grau de importância como determinantes da positivação jurídica [11].

2. VIDA E SOBREVIDA

A vida é um dos valores inerentes à pessoa humana. Sua origem permanece misteriosa: é da natureza. O máximo que se pode dizer é que há uma associação de elementos que a produzem ou entender determinadas condições em que ela se produz. Certo é que, sem a vida, a pessoa humana não existe como tal.

O caráter associativo das pessoas, fazendo com que uns dependam dos outros, por necessidades várias, faz da vida um valor, tanto nas sociedades que se julgam mais evoluídas, quanto naquelas mais rudimentares.

A partir do momento em que se concebeu a vida como valor, passou-se, costumeiramente, a respeitá-la, guardadas as nuances a ela atribuídas pela sociedade, de acordo com as características culturais de cada povo.[12]

Mas, foi somente através dos séculos que o direito à vida passou a ser reconhecido e protegido como valor jurídico. Antes, o que existia era a origem humana e social deste direito. É que não havia qualquer formalização para garantia do direito à vida, e sua proteção era feita de forma reflexa, no sentido de que, quem a desrespeitasse, atentando contra ela, era punido.

Passo a passo, com a evolução, que levou séculos, chega-se aos dias atuais. Cabe aqui afirmar que, embora o Brasil, através de sua legislação penal, atribua pena ao homicida, isto desde 1830, a garantia do direito à vida, como expressão constitucional, somente veio à baila pela Carta da República de 1988, inserido no *caput* do artigo 5º.

A evolução da medicina e os constantes progressos biotecnológicos deram vazão a inúmeras discussões. Certo é que forte corrente abandonou a idéia de vida como simples respirar, isto é, não somente como garantia de sobrevivência, ou como garantia da “batida de um coração” ou uma “doce ilusão”.

No entanto, se não pairam dúvidas a despeito do fato de ser o direito à vida amplamente protegido e reverenciado pela maioria dos sistemas constitucionais vigentes, o mesmo não se pode dizer do exato momento em que referidos instrumentos protetivos iniciam sua ação, haja vista existirem diversas teorias visando explicar a partir de que ponto se pode considerar haver um ser humano vivo, muito embora não se possa olvidar que, em regra geral, o parâmetro inaugural é de natureza biológica.

Valendo-nos da classificação trazida à balha por André Ramos Tavares, na obra denominada *Curso de direito constitucional*, tem-se como principais pensamentos, a saber: (i) *teoria da concepção*, que tem como principal expoente a Igreja Católica e defende a existência de vida humana desde o momento da concepção; (ii) *teoria da nidificação*, cujos defensores somente reconhecem a existência de vida humana quando da fixação do óvulo no útero; (iii) *teoria da implantação do sistema nervoso*, que está a exigir o surgimento dos rudimentos do que futuramente será o sistema nervoso central; e, (iv) *teoria dos sinais eletroencefálicos*, que leva em consideração o início da atividade elétrica no cérebro.[13]

A discussão, que permeia a garantia do direito à vida, versa, não raro, em relação à sua qualidade e dignidade, como construção.

Há, por exemplo, casos de pacientes com lesões provenientes de doenças degenerativas, cujas curas não foram encontradas pela medicina, e vêem suas vidas se esvaindo, passo a passo, lentamente, em meio a perdas e retomadas de consciência. Em decorrência dessas mesmas doenças, passam, gradativamente, a depender da boa vontade de outrem[14], para que as representem ou as assistam, conforme o caso, sob o ponto de vista jurídico. Há situações que nem a assistência ou representação podem ser tidas como garantidoras de seus direitos.

Não se pode olvidar, ainda, do aspecto da dependência física, porque, pessoas assim, deixam de ter controle sobre suas sensações e estímulos, voltando ao tempo de criança, necessitando que alguém lhes faça a higiene pessoal, as alimentem, e as vistam, ainda que seja apenas um avental para cobrir o corpo magro. Seria isso vida digna?

Nesse diapasão vida digna e dignidade da pessoa humana são conceitos abertos, que devem, entretanto, respeitar o mínimo de qualidade de vida; não podendo, em momento algum haver a coisificação da pessoa humana.

Por fim, deve-se ressaltar que, por força de sua dimensão intersubjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não,[15] indiferente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico.

3. A DIFERENCIAÇÃO DE SER HUMANO X PESSOA:

Ser pessoa é a vocação natural do ser humano, o que por si só constitui-se num valor supremo, central e eixo básico de critério avaliativo para todos os demais valores.

O ser humano é compreendido pela ética como sujeito da sua história e graças à sua presença no mundo, ele determina a orientação, o objetivo e o sentido de sua existência individual e coletiva. É isso que o caracteriza como “pessoa”.

Boécio [16] foi o primeiro filósofo a delinear a definição formal de pessoa, concentrando-se somente no aspecto individualidade. A pessoa é compreendida em sua constituição imutável e insubstituível. Sendo assim, a pessoa (uma entidade) existe como ser capaz de pensar.

A pessoa é um ser ético, possui liberdade e autonomia. Ele alcança sua dignidade de pessoa quando se encontra em relacionamento com seus semelhantes. E o ser humano será reconhecido como pessoa quando reconhecer o ser do outro.

Somente após a socialização é que o ser humano torna-se automaticamente Pessoa. O processo de socialização conduz obrigatoriamente a uma introdução nos papéis sociais e em mentalidade cultural historicamente e geograficamente determinada. Isto ocorre, tendo em vista, o ser humano ser capaz de relacionar-se diante de sua razão e da sua liberdade, podendo decidir entre valores como o bem e o mal, o certo e o errado.

Immanuel Kant define essa capacidade da pessoa humana como um autolegislar-se (autoconsciente e independente), possuindo vontade e autonomia, e para tanto, chega à conclusão que as pessoas devem ser consideradas um fim e si mesmas. [17]

Nessa relação dialética entre individualidade e sociabilidade, a expressão pessoa torna-se o fundamento da conditio humana. Através da consciência e de uma ação coerente com ela, o ser humano realiza-se como pessoa.

Por fim, pode-se concluir que o ser humano pode ser considerado como pessoa quando se reconhece como tal, quando seus próprios semelhantes o reconhecem como tal, e, em relação ao meio ambiente, ou seja, como interage como o meio ambiente.

Ainda, tal distinção entre ser humano/homem e pessoa é tão importante e, crucial que o próprio Código Civil quando da sua mudança trocou o termo/palavra homem (noção biológica) pela pessoa (noção jurídica).

Hoje, observando o Código Civil, a pessoa será considerada em sua plenitude enquanto ser racional, e, não simplesmente como sujeito de direitos. Passando a pessoa humana em sua plenitude ser o eixo central do sistema jurídico, tendo em vista a conexão entre o Direito Civil e a ordem constitucional.

Assim, com essa nova ordem, a personalidade passa a ser também um valor ético emanado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do Código Civil, que considera a pessoa humana em toda sua complexidade e extensão, em toda sua plenitude.

Os direitos da personalidade expressamente reconhecidos pelo novo Código são corolários de uma compreensão de pessoa como valor, que requer tutela privilegiada ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano. Daí, passamos por problemas como o da capacidade do ser, a legitimação entre outros. É bom ressaltar que há situações em que mesmo se tendo capacidade de fato, a lei exigirá algo mais a legitimação.

Atualmente o significado utilizado para o vocábulo pessoa aponta para assentar o ser humano como o valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos, daí porque, sendo ele o destinatário final de toda e qualquer norma, juridicamente a expressão pessoa há de ser entendida como a entidade dotada de personalidade à qual o ordenamento jurídico confere direitos e obrigações.

[18]

Conforme asseveram os juristas Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] volta-se o ordenamento não mais para o ‘indivíduo’, abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (Art. 3º, inc. III) e da igualdade substancial (Art. 3º, inc. IV). Nessa perspectiva merece proteção especial do ordenamento a criança e o adolescente (Lei nº 8.069/90), o consumidor (Lei nº 8.078/90) e assim por diante.[19]

E isso é tão verdadeiro e real que, hodiernamente, um Estado só pode ser reconhecido, de maneira efetiva, Constitucional e Democrático, se a pessoa – enquanto indivíduo e coletividade – for considerada o fim último de sua atuação, ou seja, o alfa e ômega da proteção e da regulamentação conferida pelo respectivo ordenamento jurídico em questão.[20]

Para Ana Luiza Maia Navares, com apoio nos ensinamentos do mestre italiano Vincenzo Sacalisi:

[...] a pessoa, que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, como tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).[21]

Assim, irrefragável a assertiva de que a Constituição de 1988, ao erigir a proteção da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental da República Federativa do Brasil, acabou por extirpar do complexo jurídico que lhe é inferior hierarquicamente toda e qualquer norma que disponha em sentido contrário ou se mostre apta a produzir efeitos em sentido oposto ao do mandamento basilar.[22]

Nesse ponto, tem-se que o antigo Código Civil sofreu bruscas mudanças na forma de interpretação de seus dispositivos até então vigentes, bem como tantos outros foram tidos por não-recepcionados, tais como aqueles que sufragavam a superioridade do homem sobre a mulher e a possibilidade de discriminação quanto ao exercício de direitos no que se referia à origem da filiação ou prole.

Conclui Tepedino:

[...] reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperase, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.[23]

O Código passa uma visão diferenciada quando se refere a incapacidade das pessoas, deixando de ter uma visão totalmente patrimonial, passando a ter uma visão mais

humanista, ou melhor a tutelar a personalidade como finalidade, protegendo a pessoa humana.

O início da personalidade jurídica se dá, segundo o artigo 2º do NCC, com o nascimento com vida, não se esquecendo que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim, o ordenamento jurídico-civil brasileiro optou por adotar a chamada teoria natalista, mudando o posicionamento outrora adotado por intermédio do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual exigia para a aquisição da personalidade que a pessoa nascesse com vida e fosse viável (viabilidade é aptidão para a vida e situa-se na compleição fisiológica para viver, qualidade que não têm os seres em que faltam órgãos essenciais, por exemplo, acefalia), igual critério exigido pela legislação francesa.

Assim, para a aferição do nascimento com vida, faz-se necessária a verificação do funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame denominado “docimasia hidrostática de Galeno”. A vertente questão é de suma importância na prática, em razão das diversas conseqüências que poderão ser geradas. Suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida: se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos ascendentes deste em concorrência com a esposa nos casos em que ela for considerada herdeira necessária (artigo 1829, II, NCC); se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto acabará sendo repassado inteiramente à sobrevivente, na medida em que ela, além da parte que lhe toca na herança independentemente do nascimento com vida da criança (artigo 1829, I, NCC), também será beneficiada com o restante do patrimônio na condição de herdeira mais próxima do infante.

A questão relativa ao nascituro é uma das mais fascinantes dentro do Direito Civil. Nascituro, para o mestre Limongi França, é o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno. Nesse quadro, e diante da adoção da já mencionada teoria natalista (a aquisição da personalidade se dá com o nascimento com vida), alguns doutrinadores afirmam que o nascituro, não sendo pessoa, somente tenha expectativa de direitos. Entretanto, tal situação é bastante controversa, tendo em vista que não há discussão que, embora o nascituro não seja pessoa, tem ele direito à vida e não mera expectativa. Não obstante toda a controvérsia que envolve sobremaneira a matéria ora em discussão, a verdade é que, tanto nos termos da legislação pretérita quanto da novel, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. Noutra giro verbal, desde o momento em que o homem está concebido, mas ainda no ventre materno, a ordem jurídica já toma conhecimento da sua existência e confere-lhe a sua proteção, sendo certo que essa proteção se manifesta de diversas maneiras. Nesse diapasão, podem ser elencadas as seguintes proposições relativas ao nascituro:

- É titular dos direitos personalíssimos (vida, pré-natal etc).
- Pode receber doação (artigo 542 do NCC).
- Pode ser beneficiado por legado ou herança (artigo 1799, I, do NCC).

- Pode ser-lhe nomeado curador para a defesa de seus interesses (artigo 1779 do NCC).
- O Código Penal tipifica o crime de aborto.

Tem direito à percepção de alimentos.

Adquirida a personalidade, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações.

Desta feita, todo ser humano possui capacidade de direito, ou, em outras palavras, possui aptidão conferida pelo ordenamento jurídico para ser titular de uma situação jurídica.

Ocorre, porém, que nem toda pessoa possui aptidão para exercer pessoalmente seus direitos, em razão da existência de limitações orgânicas ou psicológicas. Em podendo exercer pessoalmente, possuem, também, capacidade de fato ou de exercício.

Reunindo-se os dois atributos, a pessoa passa a ter a chamada capacidade civil plena. Em resumo, e utilizando a salutar lição propagada pelo incomparável Orlando Gomes, a capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Nem toda pessoa capaz pode estar legitimada para a prática de determinado ato jurídico, posto que a legitimação traduz uma capacidade específica, como ocorre com o tutor que não pode adquirir bens móveis ou imóveis pertencentes ao tutelado (artigo 1749, I, NCC), com dois irmãos que não podem casar (artigo 1521, IV, NCC) e com o ascendente que não pode vender um bem ao descendente se não contar com o consentimento do outro descendente se ele existir (artigo 496 do NCC). Assim, tem-se que a legitimidade se caracteriza por uma capacidade específica. Para melhor explicar o assunto, imperativo se faz trazer a lume a escorreita lição proferida pela insigne Sílvio de Salvo Venosa, para quem a legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil.

Incapacidade absoluta (artigo 3º do NCC): diante dos conceitos acima ventilados, a incapacidade se caracteriza pela falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil, ou seja, ausente se manifesta a capacidade de fato ou de exercício, podendo ser ela absoluta ou relativa. O instituto da incapacidade civil tem fundamento protetivo, tendo em vista que procura resguardar determinadas pessoas, partindo da premissa de que tais pessoas (seja pela falta da maturidade necessária para julgar algo de seu próprio interesse, seja pela falta do necessário tirocínio para decidir o que lhe convém ou não) não possuem as condições necessárias para exercitar pessoalmente os direitos e deveres que lhe são conferidos pelas relações jurídicas existentes, daí porque necessitam serem representados por outrem. O revogado Código Civil (1916), em seu artigo 5º reputava absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil as seguintes pessoas: os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes declarados tais por ato do juiz.

Observando uma caracterização mais moderna, o NCC considerou como pessoas absolutamente incapazes aquelas que se enquadram nas seguintes hipóteses (artigo 3º do NCC):

A denominada incapacidade relativa se situa em zona intermediária entre a incapacidade absoluta e a capacidade civil plena, vez que seus integrantes não desfrutam de total capacidade de discernimento, sendo, então, assistidos pelo respectivo responsável (assistente) legal. Conforme leciona o incomparável Caio Mário da Silva Pereira, entende o ordenamento jurídico que, em razão de circunstâncias pessoais ou em função de uma imperfeita coordenação das faculdades psíquicas deve colocar certas pessoas em um termo médio entre a incapacidade e o livre exercício dos direitos, que se efetiva por não lhe reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-lo totalmente de interferir nos atos jurídicos. Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício dos seus direitos se realiza com a sua presença. Mas, atendendo o ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício (em razão do laço de parentesco ou em virtude de relação de ordem civil, ou ainda por designação judicial). O Código Civil de 1916, em seu artigo 6º, considerava incapaz relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer as seguintes pessoas: os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas.

O reconhecimento da pessoa como valor central e unitário do ordenamento extrapola a esfera do público e alcança todas as relações privadas.

Se a mudança de paradigma impôs que o Direito seja repensado tendo o ser humano como valor e eixo central do ordenamento, também impôs questionamentos de conceitos que parecem em desacordo com esta nova visão. E é o que se vivencia na atualidade. Acredita-se que uma distinção fria entre ser humano e ser Pessoa seria a solução para muitos problemas!

4. TRATAMENTO EXPERIMENTAL: AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? CONSENTIMENTO ESCLARECIDO E RESOLUÇÃO 196/96.

A medicina precisa evoluir, os tratamentos e medicamentos, também, mas as vezes para que esses sejam desenvolvidos, é necessária a “ajuda” de seres humanos para os testes de eficácia. A princípio, pode parecer uma afronta a dignidade da pessoa humana, posto que haverá uma coisificação do ser, passando esse ser objeto de estudo, podendo inclusive esse num surtir efeito, e, não trazer benefícios. Ocorre que lida-se nessa mesma situação com outros interesses e princípios constitucionais, o direito a liberdade, o direito à vida, etc.

A pesquisa envolvendo seres humanos destina-se a desenvolver ou contribuir para o aumento do conhecimento e sua generalização, no que se refere a estudos médicos e de comportamento relativos à saúde humana.

Assim, quando se fala em pesquisa científica envolvendo seres humanos, tem-se nitidamente, um estreitamento quanto ao objeto da pesquisa, ou seja, o ser humano acaba por ser confundido como seu objeto. E, para este caso, ou seja, envolvendo o estudo de medicamento ou tratamento ainda em teste, o consentimento é rigoroso e deve seguir as normas da Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Qualquer que seja a forma eleita para a pesquisa em seres humanos, ela sempre envolve riscos e é quase sempre invasiva, razão pela qual, existe ampla preocupação com o resguardo da dignidade do sujeito da pesquisa em suas dimensões física, psíquica, moral, intelectual, social, cultural ou espiritual, bem como com a observância dos quatro referenciais básicos da Bioética[24]: Autonomia , Beneficência, Não-maleficência e Justiça.

O princípio da Autonomia prima pelo direito das pessoas de decidirem sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, de forma que quaisquer atos médicos ou de pesquisa devem ser autorizados pelo paciente.

O princípio da beneficência manda promover o bem e evitar o mal; em função disso, o profissional ou pesquisador deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico ou de pesquisa benéfico ao paciente. Como o princípio da beneficência proíbe infligir dano deliberado, esse fato é destacado pelo princípio da não-maleficência, o qual estabelece que a ação do médico ou pesquisador sempre deve causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente.

Por fim, o princípio da justiça estabelece como condição fundamental a obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido. O médico ou pesquisador deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

É exatamente em função do incondicional respeito aos parâmetros éticos que as pesquisas envolvendo seres humanos demandam toda uma estruturação, a qual é objeto de regulação e fiscalização pelo Estado, através do chamado Biodireito[25].

Todos esses princípios ora cotejados encontram-se consagrados por documentos internacionais voltados à proteção do ser humano e, a nível nacional, pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) n.º 196/96.

Esta exige o respeito à autonomia do ser humano, elegendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como instrumento de manutenção dessa autonomia; exige ponderação entre riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais e coletivos, e o comprometimento máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos (beneficência), sempre se evitando o mal (não-maleficência) e diz ser importante a relevância social da

pesquisa e a minimização dos ônus para os sujeitos vulneráveis, demonstrando acolhida ao princípio da justiça.

Digna de mérito é a Resolução CNS n.º 196/96, posto que prevê que a pesquisa em seres humanos deve ser a última *ratio*, isto é, realizada somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio (item III.3 da Resolução CNS n.º 196/96).

Após essa breve explanação passa-se ao estudo do Consentimento Livre e Esclarecido e o seu respectivo Termo (TCLE).

4.1. O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E PECULIARIEDADES

Trata-se o Consentimento Livre e Esclarecido de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos.

A exigência desse consentimento decorre da observância aos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelo Código de Nuremberg (1947), pelos Códigos Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e, da Convenção Européia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, no contexto brasileiro, especialmente pela Resolução CNS n.º 196/96 e pelas resoluções de temáticas específicas que se lhe seguem e que contemplam também as diretrizes internacionais.

4.2. A RESOLUÇÃO CNS N.º 196/96

A Resolução CNS n.º 196/96, onde o princípio que a orienta é a salvaguarda da dignidade humana, cujos elementos básicos são a autonomia, a liberdade e o respeito a essas grandezas, proclama que toda pesquisa deve se processar após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que, por si e/ou por seus representantes legais, manifestem a sua anuência à participação na pesquisa, livre de vícios (coação, simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previsto, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa (item II.11).

Para que a obtenção do consentimento do sujeito da pesquisa seja efetivamente uma etapa destinada a resguardar a eticidade da pesquisa, a Resolução sob comento traça as diretrizes para tanto, seguindo, a propósito, as Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos, trazendo no item IV.1, os aspectos mínimos para se constar no termo.

Ademais, a Resolução CNS n.º 196/96 ainda traça diretrizes especiais, para os casos que denotam vulnerabilidade do sujeito da pesquisa, crianças e adolescentes, portadores de perturbação ou doença mental e sujeitos em situação de substancial diminuição em suas capacidades de consentimento.

O consentimento informado é um elemento característico do atual exercício da medicina, não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos; é o aspecto mais importante na experimentação com seres humanos e quando obtido de forma correta legitima e fundamenta o ato médico ou de pesquisa como justo e correto.

Respeitar a norma moral equivale a respeitar os referenciais básicos da Bioética, quais sejam, a "autonomia", a "não maleficência", a "beneficência" e a "justiça".

Embora não se duvide da importância de todos os princípios, no contexto do Consentimento Livre e Esclarecido, a discussão concentra-se no respeito à autonomia do(s) sujeito(s) da pesquisa, do que decorre a essencialidade da "capacidade para consentir", a consideração à "vulnerabilidade", a "informação", a "ausência de coerção" e a "possibilidade de desistência da pesquisa a qualquer momento", elementos estes homenageados na disciplina da Resolução CNS n.º 196/96, e que, em função de sua importância, serão estudados de per si.

A autonomia é compreendida como a "capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem coação externa"; por conseguinte, ente autônomo é "o indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir sob a orientação desta deliberação".[26]

Com efeito, como assevera José Luiz Telles de Almeida ,

a autonomia tem assumido um papel de destaque. A ascendência da autonomia sobre o valor primário tradicional da beneficência representaria 'a mais radical reorientação na longa história da tradição hipocrática'. [27]

A essencialidade desses elementos permite à doutrina afirmar que o Consentimento Livre e Esclarecido é um processo repleto de diálogo e informação.

A função primordial da informação no processo de obtenção do consentimento para a pesquisa é possibilitar o conhecimento do objetivo do tratamento ou da experimentação e a sua duração. Para Genival Veloso de França, são notas peculiares dessa informação "uma explicação simples, aproximativa, inteligente e honesta".[28]

O TCLE envolve uma relação dialogante, o que deve eliminar uma atitude arbitrária ou prepotente por parte do profissional. Este posicionamento do profissional manifesta o reconhecimento do paciente ou sujeito da pesquisa como um ser autônomo, livre e merecedor de respeito.

Para que assim se efetive o processo de obtenção do consentimento, devem ser observadas à risca as diretrizes declinadas pela Resolução CNS n.º 196/96, as quais declaram que esse processo deve se desenvolver com base em ampla e qualitativa

informação; não basta apenas dar informação, é imprescindível que a mesma seja ampla, de qualidade e perceptível pelo sujeito ou grupos da pesquisa, antes, durante e após a pesquisa.

Estabelecendo com maestria a relação entre a informação e o respeito à autonomia do sujeito da pesquisa, doutrinam Joaquim Clotet, José Roberto Goldim e Carlos Fernando Francisconi:

... o componente de consentimento baseia-se na autonomia. A autodeterminação é uma condição necessária ao Consentimento Informado, cuja validade moral e legal depende da capacidade do indivíduo. Esta capacidade de decisão autônoma individual, além das características de desenvolvimento psicológico, se baseia em diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência, que nos remete a outro componente que é o da informação.[29]

A questão da informação pela legislação brasileira é tida como imprescindível não apenas previamente à obtenção do consentimento do sujeito da pesquisa, tanto que torna obrigatória a entrega de cópia do TCLE, atribuindo, com isso, uma dupla função ao mesmo, já que permite não apenas o contato inicial com o projeto, informações sobre os procedimentos, riscos, benefícios e direitos, mas também porque possibilita que a pessoa recupere estas mesmas informações ao longo de sua participação no projeto ou até mesmo após o término do mesmo.

Em suma, a informação deve ser o ponta-pé inicial do processo de obtenção de consentimento, posto que é a partir da reflexão sobre o que consistirá a pesquisa, os seus contornos, os seus riscos e benefícios, eventuais desconfortos, que o sujeito da pesquisa, poderá, a partir de sua autonomia, consentir em participação ou não da pesquisa. Óbvio que em não sendo o sujeito da pesquisa correta e amplamente informado, subsídios não lhe serão dados para que exerça com autonomia sua decisão.

Já, a capacidade de consentimento pode ser abordada de diversas maneiras, segundo critérios filosóficos, legais, psicológicos, morais. Necessário, para o presente contexto, verificar a capacidade sob o enfoque legal, bem como sob os enfoques psicológico e moral, a fim de se apontar eventuais situações que tornam vulnerável o sujeito da pesquisa, mesmo quando dotado de capacidade legal plena.

O Direito brasileiro, como o Direito mundial, entende por pessoa o ser humano ao qual se atribuem direitos e obrigações e que pode exercê-los diretamente ou por representante legal, sendo, portanto, a personalidade jurídica a exteriorização da capacidade do homem no seio social, discorrendo sobre os seus direitos e deveres.

Porém, a ocorrência, ao longo da vida, de determinados fatos e circunstâncias, fazem com que algumas pessoas não possam exercer diretamente todos os atos de sua vida. Nesses casos, a pessoa é representada por curador até que se restabeleça a lucidez. Nem por isso, entretanto, o indivíduo, deixa de adquirir direitos e contrair obrigações, mantendo ativa a sua participação no seio social enquanto pessoa e cidadão.

De acordo com o Código Civil brasileiro, a capacidade civil é aferida de acordo com a idade cronológica da pessoa e, mesmo após o alcance da idade de 18 (dezoito) anos, quando a princípio se atingiria a capacidade civil plena, pela ausência de perturbações ou doenças mentais e outras causas que causem ou possam causar interferência na capacidade de consentir da pessoa [30].

Definindo a capacidade plena aos 18 anos de idade, trata a lei da questão da incapacidade civil a partir de dois grupos, os relativa e os absolutamente incapazes.

Essas pessoas, para praticarem os atos da vida civil, necessitam ser representadas legalmente.

Os casos referenciados de incapacidade relativa ou absoluta são os que, segundo o Código Civil brasileiro, denotam ausência de capacidade de autodeterminação, razão pela qual a prática de atos civil pelos sujeitos incapazes demanda a intervenção de assistentes aos relativamente ou de representantes aos absolutamente incapazes.

No que tange à Pesquisa com Seres Humanos, a capacidade de consentir está condicionada também à ausência de vulnerabilidade[31] (capacidade moral e psicológica).

A proteção dos indivíduos e dos grupos legalmente incapazes e vulneráveis constitui parâmetro de eticidade da pesquisa.

Clotet[32], ensina que neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos deverá sempre tratá-lo em sua dignidade, respeitá-lo em sua autonomia e defendê-lo em sua vulnerabilidade.

Em função do dever de resguardo dos indivíduos e grupos vulneráveis, prescreve a Resolução que a pesquisa deve ser desenvolvida preferencialmente em indivíduos com autonomia plena. Indivíduos ou grupos vulneráveis não devem ser sujeitos de pesquisa quando a informação desejada possa ser obtida através de sujeitos com plena autonomia, a menos que a investigação possa trazer benefícios diretos aos vulneráveis. Nestes casos, o direito dos indivíduos ou grupos que queiram participar da pesquisa deve ser assegurado, desde que seja garantida a proteção à sua vulnerabilidade e incapacidade legalmente definida.

Em função de a participação de pessoas incapazes ou vulneráveis (crianças, adolescentes, doentes mentais e sujeitos em situação de diminuição de suas capacidades de consentimento) ser encarada como *ultima ratio* pela Resolução CNS n.º 196/96, impõe ela clara justificação quanto a escolha dos sujeitos da pesquisa, especificada no protocolo, aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa, sem prejuízo do consentimento livre e esclarecido, através dos representantes legais dos referidos sujeitos, sem suspensão do direito de informação do indivíduo, no limite de sua capacidade.

No mais, a Resolução considera a situação daqueles sujeitos que, embora adultos e capazes, estejam expostos a condicionamentos específicos ou à influência de autoridade, especialmente estudantes, militares, empregados, presidiários, internos em centros de readaptação, casas-abrigo, asilos, associações religiosas e semelhantes, determinando a necessidade de certeza quanto à obtenção de um consentimento livre de ingerências.

Além desses casos de vulnerabilidade individual do sujeito da pesquisa, deve-se considerar as situações de vulnerabilidade social, isto porque respeitar a autonomia das pessoas traz como condição a necessidade de situá-las no conjunto social ao qual pertencem.

Assim, deve-se voltar a atenção para as opções sócio-estruturais que interferem na produção da vida e da saúde e acabam por repercutir e determinar as dimensões das relações.

A vulnerabilidade social diz respeito às situações de pobreza, de desigualdades sociais, o acesso às ações e serviços de saúde e educação, o respeito às diferenças culturais e religiosas, à marginalização de grupos particulares. Nesse contexto, pode-se questionar se o sujeito depois de enfrentar, muitas vezes, tantas dificuldades para conseguir um atendimento sente-se verdadeiramente livre para exercer sua opção com autonomia e se o mesmo projeto desenvolvido num hospital público seria proposto a um usuário de um serviço privado.

Merece registro que não é raro encontrarmos descrito dentre os potenciais benefícios decorrentes da participação em pesquisa uma assistência de qualidade. Isto além de contrariar a Resolução CNS n.º 196/96, atenta contra a missão social dos estabelecimentos de saúde e os pilares e as diretrizes que balizam o Sistema de Saúde. Receber uma assistência que prime pela excelência técnica e ética é um direito de cidadania e garanti-la é dever dos serviços de saúde, estatuída constitucionalmente.

A decisão do sujeito da pesquisa deve ser fruto de sua liberdade, não podendo ser condicionada por interesses ou promessas (pagamento em dinheiro para que a pessoa sirva de “cobaia”) que poderiam modificar o resultado da opção, quando se fala na necessidade de ausência de coerções sobre o sujeito da pesquisa.

Por fim, como imperativo da autonomia, ao sujeito da pesquisa deve ser propiciado o direito de recusar ou interromper o tratamento ou experimentação, a qualquer momento, sem qualquer prejuízo.

Esta compreensão multidimensional da vulnerabilidade denuncia os determinantes e condicionantes individuais e sociais que podem limitar ou anular a autonomia do sujeito da pesquisa, impondo-se o desafio de investigar meios para evitar a incidência dos mesmos no processo de obtenção do consentimento.

Deve-se ressaltar que a Resolução em questão já fora complementada pelas Resoluções 251/97 e 292/99, entre outras. A que merece destaque é a 304/04, que cuida da formalização do TCLE quando das pesquisas com a genética humana – DNA, RNA, prevendo inclusive o sigilo, a não discriminação.

Por fim, lembra-se que o TCLE, baseado na Resolução CNS n.º 196/96 e das normas internacionais, é instrumento de proteção da liberdade e dignidade dos sujeitos da pesquisa, mas em especial a Constituição Federal que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II).

CONCLUSÃO

Diante de tal quadro, a presente questão deve ser analisada indiscutivelmente sob a ótica das proteções e das garantias constitucionais vigentes, considerando-se que a pessoa portadora de patologia ou deficiência incurável ou fatal se encontra encarcerada em sua vontade intrínseca de cura e sobrevivência. Tem o Estado o dever indelével de manter e impor sua dignidade, de modo que não seja ela coisificada, existindo, por conseguinte, a obrigação estatal de provar todas as condições necessárias pertinentes a sua peculiar condição, sob pena de, em assim não agindo, estar-se tornando ainda mais gravosa a condenação anteriormente impingida, o que, sem sombra de dúvidas, estaria a violar também o princípio isonômico contido no caput do artigo 5.º da Constituição Federal.

Em continuidade, além das diretrizes basilares anteriormente enfocadas, devem ainda serem aplicados os regramentos normativos constantes das Leis ns.º 7.853/89 e 10.098/00, as quais norteiam a administração pública em relação aos deveres mínimos pertinentes em relação as pessoas com deficiência, aplicando-se, por evidente analogia, aqueles que se encontram gravemente enfermos ou incapacitados, haja vista que a omissão da lei ou a falta de legislação específica jamais poderá se transformar em empecilho ou impeditivo para a consagração, a proteção e a concretização de direitos fundamentais pertencentes a todo e qualquer cidadão, no afã sempre se atingir a igualdade assegurada pela Constituição Federal e preconizada pelo legislador constituinte.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALMEIDA, J. L. T. de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente.** [Doutorado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 1999.

ARISTÓTELES, In: **Metafísica**. REALE, Giovanni (org). Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

BARCIFILO, C. de P. de. **Bioética e início da vida**. Alguns Desafios. Aparecida/SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BERLINGUER, G.. **Bioética cotidiana**. Traduzido por Lavínia Bozzo Aguilari Porciúncula. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 1ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**, 1ª edição, São Paulo, Ed. Lejus, 2000.

CLOTET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. (org.). **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CLOTET, J. **O consentimento informado: uma questão do interesse de todos**. Jornal MEDICINA do Conselho Federal, out/nov, 2000.

CLOTET, J.. **O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica**: conceituação, origens e atualidade. Bioética 1995.

COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (coords.). **Iniciação à Bioética**. Conselho Federal de Medicina, 1998.

DANIEL, Roberto Francisco. Ser pessoa: a base ontológica do Direito. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Efetivando Direitos Constitucionais** (Bauru 2003), p. 551- 564.

DANIEL, Roberto Francisco. Solidariedade como princípio Constitucional. In: SEGALLA, José Roberto Martins (Coord.). **15 anos da Constituição Federal – em busca da efetividade** (Bauru 2003), p. 483- 499.

Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa Envolvendo Seres Humanos. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n.º 196/96.

Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos. Preparadas pelo Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial de Saúde (OMS). Traduzida por Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade Médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Pensamento Jurídico – Vol. V, Curitiba: Editora Juruá, 2001.

GOLDIM, J. R. Núcleo Interdisciplinar de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. **Princípio do Respeito à pessoa ou da autonomia**. Disponível [online] <http://www.bioetica.ufrgs.br/autonomia.htm>. Acessado em 21/09/2008.

_____. Núcleo Interdisciplinar de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. **Princípio da Beneficência**. Disponível [online] <http://www.bioetica.ufrgs.br/beneficencia.htm>. Acessado em 21/09/2008.

_____. Núcleo Interdisciplinar de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. **Princípio da Não-Maleficência**. Disponível [online] http://www.bioetica.ufrgs.br/não_maleficencia.htm. Acessado em 21/09/2008.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 19º ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FRANÇA, G. V.. **Flagrantes médico-legais III**. João Pessoa: Editora Universitária, 1994.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Rio de Janeiro: Edições 70, *sine die*.

LEPARNEUR, Hubert. Força e fraqueza dos princípios da bioética. *Bioética* - v. 4 n° 2 , Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1996

MOTTA, Nair de Souza, **Ética e vida profissional**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976

PITTA, Ana. *Reabilitação Psicossocial no Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Hucitec, 2001.

REALE, Giovanni, **A fundação da lógica**. In: REALE, Giovanni. **História da Filosofia**

Antiga. V. II. Tradução: Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Giovanni, **Ensaio Introdutório**. In: REALE, Giovanni. **Metafísica**. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, P. 189 E Ss, 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 1996

RUBIO, Alfonso García. *Unidade na pluralidade*. São Paulo: Paulinas, 1989.

SANTOS, M. C. C. L.. **O Equilíbrio de um pêndulo**. Bioética e a Lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SCHRAMM, F. R.. Cadernos Adenauer III (2002), n.º 1, p. 40

SGRECCIA, E.. **Manual de Bioética**. I. Fundamentos e Ética Biomédica. Traduzido por Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SLAWKA, S.. **O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e a pesquisa em seres humanos na área da saúde: uma revisão crítica**. São Paulo: 2005. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Medicina Preventiva).

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2001.

VARGA, A. C. **Problemas de Bioética**. Traduzido por Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo/RS: Gráfica Unisinos, 1990, p. 139-154.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Direito Civil. Vol. I., 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2.002.

[1] RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Repensando Fundamentos do Direito Civil contemporâneo*, pp. 10-11, com destaques nossos.

[2] PIOVESAN, Flavia. *In* Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado. São Paulo:DPJ. 2008. p.20

[3] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 200.

[4] Alfonso Garcia Rubio descreve a pessoa e suas dimensões fundamentais e ensina: “O específico da pessoa aparece bem destacado quando se articulam adequadamente os dois aspectos básicos constitutivos do ser pessoal: a interiorização ou imanência e a abertura ou transcendência.” E continua: “A dimensão de interiorização ou imanência: A pessoa deve estar centrada em si própria, orientada para a própria interioridade. Esta dimensão pode ser desdobrada da seguinte maneira: Autopossessão: a pessoa se autopertence, possui autonomia própria no nível ôntico (...). Conseqüência: a pessoa não é propriedade de outro. Qualquer tipo de escravidão é um atentado direto contra a dignidade da pessoa. Liberdade e responsabilidade: a pessoa é capaz de escolher determinados valores em si mesma, a partir de si mesma. (...) Conseqüência: repugna à dignidade da pessoa todo tipo de manipulação. O respeito real à liberdade e responsabilidade concretas de cada pessoa é indispensável para o crescimento da humanização do homem. Perseidade: a pessoa tem em si mesma a sua própria finalidade. No seu agir, a pessoa, acima de tudo, se auto-realiza como ser pessoal. Conseqüência: a pessoa não é um objeto ou um instrumento para ser usado e depois deixado de lado. **Tratar a pessoa como mero instrumento para uma finalidade exterior à própria pessoa é outro grave atentado contra a sua dignidade**”. RUBIO, Alfonso García. *Unidade na pluralidade*. São Paulo: Paulinas, 1989. p. 249/250.

[5] Congresso para a doutrina da fé: declaração sobre eutanásia. *Origins*, 10:154, 1980 *apud* DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 321.

[6] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 454.

[7] NEVES, Lucília de Almeida; DULCI, Otávio Soares; MENDES, Virgínia dos Santos (orgs.). *Edgar de Godói da Mata-Machado: fé, cultura e liberdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1993. *apud* AFONSO, Elza Maria Miranda. O direito fundado na dignidade do homem. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n.º 3 e 4, 1º e 2º sem. 1999. p. 44.

[8] AFONSO, Elza Maria Miranda. O direito fundado na dignidade do homem. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n.º 3 e 4, 1º e 2º sem. 1999. p. 45.

[9] Ob. cit. p. 46.

[10] LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 144: “A qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados”.

[11] Sobre o tema, pode-se encontrar no Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional o texto abaixo transcrito: “Apesar de a dignidade da pessoa humana ser conceito sujeito a múltiplas interpretações, há certo consenso, na doutrina. Acerca de tratar-se de princípio de direito fundamental, o qual determina interpretações sobre os direitos da pessoa, revelando um minimum jurídico invulnerável que todo estatuto político deve assegurar.” (Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, Coord. Dimoulis, Dimitri. Org. Tavares, André Ramos, et.all. São Paulo: Saraiva. 2007)

[12] “Assim, independentemente de crenças religiosas ou de convicções filosóficas ou políticas, a vida é um valor ético. Na convivência necessária com outros seres humanos cada pessoa é condicionada por esse valor e pelo dever de respeitá-lo, tenha ou não consciência do mesmo.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Bioética e direitos humanos*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231/241.

[13] São Paulo: Saraiva, 2002, p. 388.

[14] Uma jovem de 25 anos, estudante de medicina, embarcou neste domingo para Pequim. Daniela Bortman, que ficou tetraplégica após um acidente de carro em 2006, está cruzando o mundo para receber um implante de células-tronco. Um tratamento experimental e polêmico, com um médico que vem despertando tanta esperança quanto controvérsia: o doutor Huang Hongyun. “Eu não acho que uma paraplegia, uma tetraplegia seja sentença de infelicidade, entende? Porém eu gostaria de conseguir estar feliz na minha condição. E eu sinceramente tento, mas eu não consigo”, diz a estudante de medicina Daniela Bortman. Há dois anos e meio, Daniela espera por um milagre. “Para mim essa cadeira não me pertence. Não tem um dia que eu não acorde só para melhorar”, diz Daniela. (...) “Isso é o que mais dói nela, é ela ter que depender das outras pessoas”, conta Alberto Bortman, pai de Daniela. O pai de Daniela é neurocirurgião há 25 anos e cuida de pacientes com a mesma deficiência da filha. Mas dentro de casa, ele se vê impotente. Não pode trazer esperança para quem mais gostaria. “Ela diz ‘pai, você tem contato com os melhores neurocirurgiões do mundo. É o que você apresenta para mim?’ Você acaba não apresentando nada de muito positivo”, diz Alberto.

Foi numa reportagem do Fantástico, exibida há dois anos, que Daniela viu uma saída. Visitamos a clínica de um médico chinês que vem atraindo pacientes do mundo inteiro, mas que também desperta a desconfiança dos cientistas. O doutor Huang Hongyu. Huang faz experimentos em seres humanos com células-tronco. (...) “O grande problema desse trabalho é a falta de transparência. Quer dizer, esse é um médico que começou a fazer um procedimento em pacientes, cobrando, e sem mostrar os seus dados para a comunidade científica. Então, aquilo é uma caixa-preta”, alerta Lygia Pereira, geneticista da USP, disponível em <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL743421-15605,00.html>, acessado em 27 de outubro de 2008. “As pessoas estão pagando para ser, na verdade, animais de experimentação, cobaias”, diz Lygia.

[15] HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13: “[...] No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as

potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...]”.

[16] Conforme LEITE DE CAMPOS, Diogo, p.21.

[17] KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Rio de Janeiro: Edições 70, p. 67 a 69

[18] Ibidem, mesma página.

[19] BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I, p. 03.

[20] LÓBO, 1999, p. 152: “O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar”.

[21] NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 189.

[22] LÓBO, 1999, p. 25-26: “Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado Liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral, que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas. Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente”.

[23] BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2004, vol. I, p. 13.

[24] A Bioética nasce oficialmente quando o oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter criou o neologismo bioethics para indicar um novo campo de pesquisa e de atuação da ética. Para esse autor, o novo campo teria caráter interdisciplinar, com marcado conteúdo ecológico, e deveria preocupar-se com a sobrevivência da espécie humana (...).” SCHRAMM, F. R.. Cadernos Adenauer III (2002), n.º 1, p. 40.

[25] Enquanto a Bioética é conhecida como "o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais" (LEPARNEUR, Hubert. Força e fraqueza dos princípios da bioética. Bioética - v. 4 nº 2 , Brasília, Conselho Federal de

Medicina, 1996 fls 138), o Biodireito, a partir de um compromisso interdisciplinar com a Bioética, visa, através de seu principal elemento que é a "coercibilidade", exercer a função de indicador as condutas justas, ou procedimentos apropriados para que as decisões e as opções tenham todas as chances de resolver os problemas suscitados pelas novas tecnologias. (GUSMÃO, P. D. de. Introdução ao Estudo do Direito. 19º ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 201).

[26] SANTOS, M. C. C. L.. O Equilíbrio de um pêndulo. Bioética e a Lei: implicações médico-legais, p. 60.

[27] ALMEIDA, J. L. T. de. Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente, p. 61

[28] FRANÇA, G. V.. Flagrantes médico-legais III, p. 56.

[29] CLOTET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. (org.). Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil, p. 72.

[30] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976, p. 229, traz: "É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas."

[31] Nos termos do item II.15 da Resolução CNS n.º 196/96, a vulnerabilidade refere-se ao estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

[32] CLOTET, J.. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica, p. 67.

**PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
POR DANO CAUSADO POR AGENTE ÍMPROBO: UMA QUESTÃO DE
PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA. ***

**LACHES OF THE CLAIM OF COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED TO
THE PUBLIC STATE TREASURY BY DISHONEST AGENT: A QUESTION OF
PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO JURIDICAL
SECURITY.**

**Carolina Bonadiman Esteves
Felipe de Souza Costa Cola**

RESUMO

A pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário público por agente ímprobo é prescritível? A resposta a essa pergunta passa necessariamente pelos seguintes questionamentos secundários: (1) quais são a finalidade e o fundamento constitucional da prescrição?; (2) há alguma relação entre, de um lado, a prescrição e, de outro lado, a natureza do direito material, a legitimidade para o exercício da pretensão e o instrumento processual?; (3) quais são as possíveis interpretações da ressalva contida na parte final do art. 37, § 5º, da CF/88?; (4) caso se entenda pela prescritibilidade, qual deve ser o prazo prescricional aplicável à mencionada pretensão de ressarcimento? Após a utilização do método dedutivo, concluiu-se que, sob a lógica de que o art. 37, § 5º, da CF/88 teria criado regimes jurídicos distintos para a prescrição, é possível sustentar que a pretensão de ressarcimento por dano causado por agente, servidor ou não, ao erário público é prescritível e a ela se aplica o prazo prescricional de 5 anos. Essa conclusão, além de permitir o exercício do interesse público de ressarcimento por dano causado ao erário, promove o interesse público de busca pela segurança jurídica – erigida a princípio constitucional, direito fundamental da pessoa humana e viga mestra do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PRESCRIÇÃO, RESSARCIMENTO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, SEGURANÇA JURÍDICA, DIREITO FUNDAMENTAL

ABSTRACT

Is the claim of compensation for damage caused to the public state treasury by dishonest agent submitted to laches? The answer to this problem passes necessarily by the following secondary questions: (1) which are the purpose and the constitutional bedding

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

of the laches?; (2) is there any relation between, by one side, laches and, by the other side, the nature of the material right, the legitimacy for the exercise of the claim and the procedural instrument?; (3) which are the possible interpretations of the exception contained in the final part of article 37, § 5º, of the Brazilian Federal Constitution of 1988?; (4) in case of submission to laches, which must be the applicable term to the laches of mentioned claim of compensation? After the use of the deductive method, it was concluded that, under the logic that the article 37, § 5º, of the Brazilian Federal Constitution would have created distinct regimes of law for the laches, it is possible to defend that the claim of compensation for damage caused by agent, server or not, to the public state treasury is submitted to laches and to the term of 5 years. This conclusion, beyond allowing the exercise of the public interest of compensation for damage caused to the state treasury, promotes the public interest of searching for the juridical security – raised to a constitutional principle, fundamental right of the human person and master beam of the Democratic State of Law.

KEYWORDS: LACHES, COMPENSATION, ADMINISTRATIVE IMPROBITY, JURIDICAL SECURITY, FUNDAMENTAL RIGHT

INTRODUÇÃO

Além de ter previsto que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º), a Constituição Federal de 1988 dispôs que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (art. 37, § 5º).

Diante da ressalva contida na parte final do mencionado art. 37, § 5º, surge o seguinte problema que se pretende enfrentar: a pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário público por agente ímprobo é prescritível?

A resposta a essa pergunta passa necessariamente pelos seguintes questionamentos secundários, que serão abordados nessa seqüência: (1) quais são a finalidade e o fundamento constitucional da prescrição?; (2) há alguma relação entre, de um lado, a prescrição e, de outro lado, a natureza do direito material, a legitimidade para o exercício da pretensão e o instrumento processual?; (3) quais são as possíveis interpretações da ressalva contida na parte final do art. 37, § 5º, da CF/88?; (4) caso se entenda pela prescritibilidade, qual deve ser o prazo prescricional aplicável à mencionada pretensão de ressarcimento?

1 FINALIDADE E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PRESCRIÇÃO

No plano do direito material, podem surgir diversas crises[1] que, conforme sua natureza, demandam diferentes naturezas de tutela jurisdicional: as crises de certeza demandam uma tutela declaratória que extirpem a dúvida sobre a existência ou não de uma determinada relação jurídica; as crises de situação de direitos, por sua vez, dependem de uma tutela (des)constitutiva para que se crie, se modifique ou se extinga uma determinada relação jurídica; e, por fim, as crises de adimplemento, quando não resolvidas espontaneamente entre as partes, levam à necessidade de uma tutela condenatória (ou também mandamental e executiva *lato sensu*, caso se adote, aqui, a classificação quinária[2] para que uma determinada obrigação pré-existente – de pagar, de fazer, de não fazer ou de entregar – seja cumprida.

Diante da necessidade e do interesse público de se consolidar as relações jurídicas no tempo – “para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda”[3] – e objetivando proporcionar estabilidade[4] ao convívio social, o próprio ordenamento jurídico prevê prazos para a veiculação da pretensão de utilização da tutela jurisdicional de forma que, após o decurso desse lapso temporal, se encerre a incerteza eventualmente suscetível, sobre a qual até então não foi provocada a jurisdição estatal[5].

Portanto, caso necessite do Poder Judiciário para a solução de alguma das crises acima apontadas, a parte deve provocá-lo em um determinado lapso temporal, sob pena de se perpetuar a “instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado”[6].

É o que ocorre com as pretensões (des)constitutiva e condenatória: para se (des)constituir uma relação jurídica por meio da atuação do Poder Judiciário é preciso respeitar os chamados prazos decadenciais fixados para o exercício dessa pretensão; e para se obter a condenação judicial de alguém a cumprir alguma obrigação já reconhecida é preciso respeitar os chamados prazos prescricionais fixados para o exercício dessa pretensão, ou seja, para o exercício “da ação que o protege”[7].

Para o exercício da pretensão declaratória, contudo, o ordenamento jurídico não fixa prazos justamente porque a própria tutela visa a gerar tão-somente a certeza jurídica – “pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, paz social, uma vez que elas nada criam e nada modificam”[8] – e, seguindo esse raciocínio lógico, a eventual fixação de lapso temporal para o exercício dessa pretensão geraria mais instabilidade que estabilidade ao convívio social. Além disso, como a tutela é meramente declaratória da existência ou não de uma relação jurídica, não seria concebível que, em razão do decurso desse prazo por inércia da parte, a relação jurídica passasse a existir ou deixasse de existir.

Portanto, sem adentrar a diferença entre prescrição e decadência – que, embora tenha extrema relevância, não interessa ao estudo do problema proposto –, a prescrição consiste no decurso do prazo fixado para o exercício, junto ao Poder Judiciário, de uma pretensão de cumprimento de uma obrigação pré-existente e não adimplida. Em outras palavras:

“os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia

da pretensão atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade”[9].

Como a finalidade da prescrição é a de buscar estabilidade para as relações jurídicas, é possível concluir que o seu fundamento constitucional está na segurança[10] – e mais especificamente na segurança jurídica –, que inclusive foi um dos valores erigidos pela Constituição Federal de 1988 a princípio constitucional, direito fundamental da pessoa humana e viga mestra do Estado Democrático de Direito[11].

Isso porque o próprio preâmbulo da CF/88 dispõe que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”; o art. 5.º, *caput*, da CF/88 – dispositivo inaugural dos direitos e das garantias fundamentais – garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à segurança; o art. 5º, XXXVI, da CF/88 garante a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada[12]; o art. 103-A, § 1º, visa a resguardar, por meio da súmula com efeito vinculante, que terá por objetivo a interpretação de normas determinadas sobre as quais haja controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica.

O vocábulo segurança significa, dentre outras acepções, condição daquele ou daquilo em que se pode confiar; certeza, firmeza, convicção[13]; está ligado ao conceito de certeza, estabilidade e previsão do futuro para evitar o perigo ou o risco, gerando, assim, confiança (crença de que algo não falhará, é bem-feito ou forte o suficiente para cumprir sua função)[14] e sensação de proteção, cuja exigência é própria da condição humana e, principalmente, das sociedades civilizadas. Nesse sentido:

“A vigência do Estado de direito supõe, de maneira cabal e completa, a faculdade de exercer os direitos e garantias reconhecidos em todo o complexo normativo. Requer um marco confiável, estável, de normas gerais que se apliquem com continuidade, protegidas contra surpresas, mudanças ou rumos imprevisíveis ou caprichosos que respondam aos propósitos equivocados do homem forte, e não ao interesse da comunidade”[15].

Já a expressão segurança jurídica é freqüentemente utilizada no sentido de que se deve conferir o maior grau possível de certeza (conhecimento exato[16]) e estabilidade (firmeza, solidez)[17] ao ordenamento jurídico; consiste na exigência objetiva de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico por meio de suas normas e instituições, e a certeza do direito representa sua faceta subjetiva, pois se apresenta como projeção nas situações pessoais da segurança objetiva[18].

Normas de direito material claras e coerentes possibilitam que as partes prevejam as conseqüências jurídicas de um fato ou ato, tenham uma sensação de proteção (ou tutela propriamente dita) e, com isso, sintam confiança no ordenamento jurídico. Trata-se de um ciclo formado por diferentes planos: de um lado a clareza e a coerência do sistema jurídico em si e, de outro lado, a estabilidade decorrente desse sistema, que, em conjunto, propiciariam a segurança jurídica.

Essa segurança existirá, portanto, quando o sistema for regularmente estabelecido em termos iguais para todos, mediante leis suscetíveis de ser conhecidas, que só se aplicam

a condutas posteriores (e não prévias) a sua vigência, que são claras, que têm certa estabilidade e que são ditadas adequadamente por quem está investido de faculdades para fazê-lo[19].

Portanto, exatamente com fundamento nesse princípio e direito fundamental da segurança jurídica é que o ordenamento jurídico – no âmbito constitucional e infraconstitucional – previu o instituto da prescrição, objetivando buscar estabilidade nas relações jurídicas.

2 RELAÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E A NATUREZA DO DIREITO MATERIAL, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL E DA LEGITIMIDADE PARA O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO

Inicialmente, é preciso fazer uma distinção entre alguns aspectos: (1) a natureza do direito material – se público ou privado; se disponível ou indisponível; se individual heterogêneo, individual homogêneo, coletivo ou difuso –; (2) a natureza da legitimidade para o exercício da pretensão; e (3) a natureza do instrumento processual utilizado para veicular a pretensão; para que, só então, se analise a relação entre prescrição e esses aspectos.

De qualquer forma, como essa discussão, por si só, foge do objeto do presente artigo – cujas dimensões não permitem uma análise aprofundada –, serão feitas algumas considerações apenas com o intuito de provocar a reflexão sobre o assunto.

2.1 RELAÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E A NATUREZA DO DIREITO MATERIAL

Há quem entenda que caso a pretensão se refira a interesse público – em contraposição a interesse privado – não incide a prescrição; caso a pretensão se refira a direito indisponível – em contraposição a direito disponível – não incide a prescrição[20] [21]; caso se refira a interesse difuso ou coletivo – em contraposição a interesse individual – não incide a prescrição[22].

Quanto à natureza pública ou privada do interesse, não parece tão facilmente defensável a idéia de que o interesse público não estaria sujeito a prescrição, pois “a prescrição, em princípio, atinge todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos”[23]. Com efeito, basta mencionar as sanções penais – que, embora visem à tutela do interesse público, são passíveis de prescrição – e basta lembrar que a finalidade da prescrição consiste no próprio interesse público de se consolidar as relações jurídicas no tempo, quer se trate de pretensão relativa a interesse público ou a interesse privado.

Quanto à natureza (in)disponível do direito, também não parece tão facilmente defensável a idéia de que a disponibilidade ou indisponibilidade do direito possam ser vistas como causas para a imprescritibilidade de certa pretensão.

Veja-se, por exemplo, que o direito de haver alimentos de outrem é, em princípio, indisponível[24]. No entanto, mesmo estando intrinsecamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a pretensão de exigir créditos alimentares está sujeita a prescrição, nos termos do art. 206, § 2º, do CC/02. Da mesma forma, em resposta ao possível contra-argumento de que a pretensão veiculada na ‘ação de alimentos’ não prescreve, mas apenas aquela atinente aos créditos pretéritos, essa imprescritibilidade decorreria do caráter continuativo da relação jurídica existente entre alimentante e alimentando, e não puramente da relevância do direito material em questão.

Surge, aqui, uma outra discussão absolutamente relevante: os prazos prescricionais, previstos no ordenamento jurídico pátrio, são necessariamente estipulados em função da natureza do direito material em questão?

Da análise do art. 206 do Código Civil, nota-se que os prazos maiores não necessariamente correspondem àquelas pretensões que, ao menos numa perspectiva da ordem constitucional vigente, se apresentam como mais relevantes. Pode-se utilizar, aqui, novamente, o mesmo exemplo dos alimentos: a pretensão quanto aos créditos alimentares prescreve em dois anos. No entanto, apenas para se citar um exemplo, a de haver juros, dividendos ou prestações acessórias (art. 206, § 3º, III), prescreve em três!

Essa constatação parece sugerir que a relevância constitucional de determinado direito não necessariamente é o único fator – ou o fator preponderante – no que tange à prescritebilidade da pretensão dele decorrente.

Na verdade, costuma-se defender a vinculação da ocorrência da prescrição apenas à natureza individual[25] do interesse – interesse que, segundo os critérios de divisibilidade e determinabilidade, pode ser individual heterogêneo, individual homogêneo, coletivo ou difuso – em razão de, nesse caso, se poder atribuir ao titular do interesse a consequência pela ocorrência da prescrição: o abandono ou a renúncia[26].

Em outras palavras, a idéia de que a prescrição não incide sobre interesses coletivos *lato sensu* só parece ser defendida em razão de eles serem indivisíveis ou de seus titulares não serem determináveis e, com isso, não ser possível que necessariamente todos os titulares do direito sejam devidamente representados por apenas um legitimado ou que se determine exatamente quem tem legitimidade para exercer a pretensão junto ao Poder Judiciário – de modo que, com a ocorrência da prescrição, alguns de seus próprios titulares poderiam ser prejudicados em razão do abandono ou da renúncia pelos legitimados extraordinariamente.

É o que se extrai do argumento segundo o qual, *contrario sensu*, a pretensão relativa a interesses individuais homogêneos seria prescritível porque os próprios titulares dos direitos materiais veiculados na ação coletiva poderiam ajuizar demanda individual para a defesa particularizada dos seus próprios interesses[27].

Contudo, esse argumento não parece se aplicar ao caso da pretensão de ressarcimento do erário por dano causado por agente ímprobo porque, como há vários legitimados para o

exercício dessa pretensão, a prescrição não acarretará, por si só, prejuízo aos titulares desses interesses, conforme será demonstrado adiante.

2.2 RELAÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E A NATUREZA DA LEGITIMIDADE PARA O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO

Há, ainda, quem defenda a imprescritibilidade em razão de a falta de exercício do direito não pode ser atribuída à inércia do titular quando esse titular não tiver legitimidade para defendê-lo[28] [29].

Contudo, ainda que assim se entenda, o fato de haver diferentes legitimados para, em defesa do interesse público, tanto primário quanto secundário[30], requerer o ressarcimento ao erário – o cidadão pode propor ação popular, o Ministério Público tem legitimidade extraordinária autônoma para propor ação civil pública e o próprio Estado, por meio de seus advogados públicos, pode propor ação objetivando o ressarcimento por dano causado ao erário – demonstra que não há nenhuma restrição à legitimidade para requerer judicialmente esse ressarcimento que justifique a imposição de ressalva à prescritibilidade.

Ainda em relação à legitimidade, o problema também poderia ser resolvido por meio da idéia de representatividade adequada, que vem sendo muito discutida na seara dos processos coletivos – a exemplo do que ocorre com o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que segue essa tendência –, pois há estudos respeitáveis que, mesmo sob o direito positivo atual, admitem a perquirição da representatividade adequada, inclusive aos legalmente legitimados à propositura de ações coletivas.

Imagine-se, nessa esteira, que determinada associação ingresse em juízo com determinada demanda coletiva, destinada à proteção do patrimônio público, afirmando se enquadrar no critério de legitimação *ope legis*. No entanto, após a citação válida, o juiz extingue o processo sem resolução de mérito por entender que a entidade em questão não é representante adequada da coletividade envolvida. Na hipótese de isso acontecer, é possível falar-se em interrupção do prazo prescricional, pois, para esse fim, o que importa é que, ainda que por meio de entidade sem representatividade adequada, tenha havido citação válida (art. 219, *caput*, primeira parte, do CPC).

Além disso, no que se refere ao problema da ‘inércia’, a melhor solução talvez não resida em sustentar-se a imprescritibilidade pura e simples, mas em estimular-se uma maior interação entre a sociedade e os entes legitimados.

2.3 RELAÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E A NATUREZA DO INSTRUMENTO PROCESSUAL

Por fim, há quem defenda a imprescritibilidade em razão da natureza do instrumento processual[31].

No entanto, a imprescritibilidade não pode decorrer apenas da natureza do instrumento processual utilizado (no caso, a ação civil pública por improbidade porque: (1) a pretensão ressarcimento por dano causado ao erário formulada em ação popular é prescritível no prazo de 5 anos, conforme o art. 21 da lei nº 4.717/65; e (2) se o que prescreve é a pretensão e essa pretensão é, do ponto de vista lógico, anterior à seara processual, não pode haver ressalva para a prescritibilidade pelo simples fato de o instrumento utilizado para o exercício da pretensão ter sido um ou outro.

Das considerações acima, nota-se não ser imune a críticas a associação da prescrição nem à natureza do direito material, nem à natureza da legitimidade para o exercício da pretensão nem à natureza do instrumento processual utilizado para a formulação de pedido de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo.

3 POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DA RESSALVA CONTIDA NA PARTE FINAL DO ART. 37, § 5º, DA CF/88

O art. 37, § 5º, da CF/88 pode ser interpretado das diversas formas, sem que, contudo, as formas abaixo expostas esgotem as demais possíveis.

A primeira interpretação daquele dispositivo constitucional se fundamentaria na interpretação literal: se a primeira parte daquele artigo dispõe que incidirá prescrição para ilícitos praticados pelo agente, a ressalva contida na segunda parte desse artigo significa que não incidiria prescrição para a pretensão de reparação de danos. Esse é o entendimento não só da jurisprudência[32] pátria predominante como também da doutrina, segundo a qual: “ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos”[33] e “por exceção, a própria Constituição da República estabelece a imprescritibilidade da ação condenatória, como a referente ao ressarcimento ao erário público, art. 37, § 5º”[34].

No entanto, mesmo quem sustenta ser essa a melhor interpretação também registra tratar-se de interpretação condenável pela doutrina:

“Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma ‘chove no molhado’: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados. A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for seu campo; entretanto, a constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV)”[35].

O motivo disso seria a incoerência lógica de se ‘premiar’ a Administração inerte:

“Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada”[36].

Da mesma forma, essa interpretação não só contradiz o princípio de que o direito não socorre aqueles que dormem como também gera o seguinte problema de ordem prática que diz respeito ao patrimônio dos herdeiros do agente ímprobo:

“no que tange aos danos civis, o propósito do Texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se que a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos. Wolgran Junqueira Ferreira levanta o problema consistente em saber se os herdeiros do causados do ilícito respondem pelos prejuízos causados pelo *de cuius*. Seu ponto de vista é de que ‘sim, na força de sua herança, pois esta é, em tese, fruto daquele ilícito’”[37].

A segunda interpretação, também defendida tanto pela doutrina quanto por parte da jurisprudência pátria, possível seria a seguinte: a pretensão de reparação de danos seria imprescritível porque à ação civil pública visando à recomposição do patrimônio público não se aplicariam as regras de prescrição do direito privado[38] – argumento esse que já foi criticado por ocasião da análise da relação entre a prescrição e a natureza do direito material – ou porque ainda não haveria disposição legal prevendo ou regulamentando o seu prazo prescricional[39]. A conclusão que se extrai dessa interpretação é a seguinte:

“As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC, determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as ações reais em dez anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído”[40].

Essa interpretação poderia encontrar fundamento também no fato de que, no direito civil há pretensões não sujeitas à prescrição, tais como “as ações constitutivas que não têm prazo de exercício fixado na lei. Aliás, poucos são os escritores que contestam, por exemplo, a imprescritibilidade das ações de nulidade absoluta”[41].

Contudo, como a imprescritibilidade é exceção, o intérprete não pode alegá-la sob o argumento de não haver norma expressa sobre determinado prazo, razão pela qual deve se utilizar da interpretação para buscar no ordenamento jurídico o prazo aplicável à espécie.

Esse é o entendimento da jurisprudência[42] pátria minoritária, que aplicou a analogia para defender a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo.

A terceira forma de se interpretar a ressalva contida no art. 37, § 5º, da CF/88 seria a seguinte: a pretensão de reparação de danos seria prescritível porque em momento

nenhum afirmou-se que tal pretensão seria imprescritível e porque toda vez que o texto constitucional estabeleceu a imprescritibilidade o fez expressamente[43], tal como no art. 5º, XLII e XLIV; e no art. 231, § 4º, ambos da CF/88.

Essa visão até é coerente, mas não explica, por si só, a razão da ressalva contida na parte final do art. 37, § 5º, da CF/88.

Por último, a quarta forma de se interpretar o art. 37, § 5º, da CF/88 seria no sentido de que a Constituição conferiu tanto ao Código Civil quanto à lei o fundamento de validade para o estabelecimento de prazos prescricionais e, com isso, permitiu a criação de dois regimes pelo legislador ordinário: um deles diria respeito à pretensão punitiva (como é o caso do regime previsto pela lei nº 8.429/92, que prevê a aplicação de cominações aos responsáveis pelo ato de improbidade) e o outro diria respeito à pretensão ressarcitória, que pode ser regulado por lei específica aplicável ao ressarcimento ao erário ou, na sua ausência, pelo Código Civil.

Segundo essa última interpretação possível – que se defende por meio do presente estudo –, a expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” não teria aludido a uma distinção de prazos nem teria definido a prescricibilidade; teria, na verdade, estabelecido uma autonomia entre os regimes jurídicos das prescrições referentes à pretensão punitiva e à ressarcitória.

Em outras palavras, ao ‘ressalvar’ as ações destinadas ao ressarcimento, o constituinte teria apenas assegurado que a prescrição da pretensão punitiva do Estado contra o causador do prejuízo em nada interfere na pretensão ressarcitória.

Essa interpretação traz conseqüências práticas: em princípio, o legislador ordinário pode, por exemplo, tipificar várias formas distintas por meio das quais alguém poderia lesar o erário, sendo que, para cada uma dessas situações, ter-se-ia um prazo prescricional diferente. Todavia, essas diferenças quanto aos prazos em nada afetariam a pretensão ressarcitória, pois ela é disciplinada de forma autônoma: o prazo para a ação de ressarcimento seria exatamente aquele previsto na legislação que a regula.

Pode-se extrair essa conclusão, inclusive, da literalidade do dispositivo. Basta refletir sobre o seguinte: o que foi ressalvado pelo constituinte derivado? “As ações de ressarcimento”, prevê o dispositivo. E foram ressalvadas contra o quê? Contra os prazos. Que prazos? “Os prazos prescricionais dos ilícitos praticados por qualquer agente”. Eis aqui duas conclusões importantes: (a) as ações de ressarcimento não são imunes a quaisquer prazos, mas somente àqueles aplicáveis aos ilícitos; (b) de fato, o que se ressalvou não foi a imprescritibilidade da ‘ação’ mas sim a ‘ação’ em si mesma. Portanto, com alguma técnica hermenêutica pode-se entender que, quando se ressalva a ‘ação’ (na verdade, a pretensão), o que se protege é um determinado regime jurídico, que apresenta características autônomas e não pode ser afetado por uma disciplina prescricional que lhe é estranha.

Para corroborar esse raciocínio, basta lembrar que quando o art. 37, § 5º, da CF/88 foi criado já havia uma diferença de tratamento entre as pretensões reparatória e punitiva decorrentes do mesmo fato – pois o prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil era de 20 anos (art. 177 do CC/1916) e o aplicável às pretensões de sanção disciplinar era de apenas 5 anos[44]–, o que reforça a interpretação no sentido de

que a norma constitucional se limitou a explicitar a possibilidade de coexistência de dois regimes prescricionais diferentes.

Portanto, pode até ocorrer de, em relação a um ato de improbidade, a lei aplicável à pretensão punitiva fixar o mesmo prazo prescricional aplicável à pretensão reparatória, mas também é possível que aquela lei fixe um prazo diferente. Sobre a possibilidade de se criar um prazo prescricional mais amplo para a pretensão de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo, defende-se o seguinte:

“é caso de questionar essa idéia, pois a quebra e a violação da segurança jurídica não é um bom caminho de combate às práticas nefastas ao patrimônio público. Entendo que um amplo e larguíssimo prazo prescricional deveria ser criado para às hipóteses de lesão ao erário, mas não se poderia aceitar a total imprescritibilidade, ao menos do ponto de vista ideológico”[45].

Em síntese, essa última forma de interpretação – que parece melhor se sustentar – significa afirmar que o art. 37, § 5º, da CF/88 não ressalvou a imprescritibilidade em si; na verdade, o dispositivo constitucional ressalvou a pretensão de ressarcimento apenas do regime diferenciado de prazos que poderia ser criado, por lei, para os demais ilícitos praticados contra o erário.

4 PRAZO PRESCRICIONAL PARA O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR DANO CAUSADO POR AGENTE ÍMPROBO

Caso se entenda pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo, surge uma pergunta: qual deve ser o prazo prescricional? Deveria ser o previsto no Código Civil? Deveria ser o previsto no art. 21 da lei nº 4.717/65? Deveria ser o previsto no art. 23, I, da lei nº 8.429/92? Ou deveria ser um prazo igual ao previsto no decreto-lei nº 20.910/32 e no art. 1º-C da lei nº 9.494/97? É que o se buscará responder adiante.

Na mesma linha da jurisprudência pátria minoritária[46], há quem sustente que a ausência de regulamentação da segunda parte do art. 37, § 5º, da CF/88 ensejaria a aplicação do prazo prescricional previsto no código civil[47].

Embora haja quem entenda que à ação civil pública visando à recomposição do patrimônio público não se aplicariam as regras de prescrição do direito privado[48], as críticas já feitas por ocasião da análise da relação entre a prescrição e a natureza do direito material permitiriam, em princípio, sustentar a aplicação do Código Civil.

No entanto, como o prazo prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário e previsto no Código Civil diminuiu bastante – o prazo genérico, então aplicável, era de 20 anos segundo o art. 177 do CC/1916 e diminuiu para 10 anos segundo o art. 205 do CC/2002; mas o art. 206, § 3º, do CC/2002, agora aplicável especificamente à para pretensão reparatória, fixou o prazo de 3 anos – e como a lei da

ação popular (lei nº 4.717/65) já prevê o prazo prescricional de 5 anos para a pretensão de ressarcimento ao erário, pergunta-se se seria possível aplicar o mesmo prazo aplicável à pretensão formulada por meio de ação popular.

A jurisprudência[49] pátria minoritária entendeu que não se aplicariam à ação civil pública os ditames previstos na lei nº 4.717/65 por ser essa lei específica para a ação popular, mas, quanto à suposta especificidade da ação popular, a doutrina entende que a ação civil pública e a ação popular consistem em espécies do gênero ações coletivas[50] e ensejam inclusive litispendência:

“se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispendência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes”[51].

Portanto, como a própria doutrina processual admite que haverá litispendência se a causa de pedir e o pedido de uma ação civil pública e de uma ação popular disserem respeito ao mesmo ato de improbidade administrativa, seu tratamento deveria ser rigorosamente o mesmo, inclusive em relação ao prazo prescricional, o que permitiria, por analogia – tal como fez a jurisprudência[52] pátria minoritária –, a aplicação do mesmo prazo prescricional de 5 anos (previsto no art. 21 da lei nº 4.717/65) às pretensões de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo.

Além disso, a lei da ação popular (lei nº 4.717/65) não inseriu no ordenamento apenas normas processuais. De sua simples leitura, percebe-se uma disciplina de direito material, por exemplo, ao se conceituar determinados atos lesivos ao patrimônio público como nulos. Pode-se, então, pensar que o art. 21 desse diploma legal corresponde ao ‘regime jurídico autônomo’ da prescrição da pretensão ressarcitória, até que outro seja estabelecido pelo legislador.

Como se esses argumentos não bastassem para se demonstrar a necessidade de fixação do prazo prescricional de 5 anos para a pretensão de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo, a doutrina sustenta o seguinte em relação ao art. 23 da lei nº 8.429/92 – segundo o qual as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas até 5 anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança –:

“Se estão tratadas nessa Lei todas as conseqüências e sanções que advêm para o responsável por ato de improbidade, inclusive o ressarcimento previsto no capítulo denominados ‘das penas’, não haveria como se deixar de haver, também nesse mesmo diploma, o prazo prescricional, que é por ela definido expressamente no art. 23, inciso I, após o *caput* proclamar que ‘as sanções destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas...’ (...) Transparece inegável que, ao se entender que a prescrição do ressarcimento não estaria sujeita ao prazo disciplinado no art. 23 da Lei n. 8.429/92, está se contrariando a norma em questão, já que ela não está sendo aplicada quando deveria ser”[53].

Por fim, ainda que assim não se entenda, a igualdade – que, além de também ser um princípio constitucional norteador do Estado Democrático de Direito, foi erigido a direito fundamental – impõe a fixação do prazo de 5 anos, que se aplicaria tanto às

pretensões em desfavor do Estado – como já é o caso do disposto no art. 1º do decreto-lei nº 20.910/32 e no art. 1º-C da lei nº 9.494/97 – quanto àquelas em favor do Estado – como seria o caso do ressarcimento por dano causado pelo agente ao erário –.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a lógica de que o art. 37, § 5º, da CF/88 teria criado regimes jurídicos distintos para a prescrição, é possível sustentar que a pretensão de ressarcimento por dano causado por agente, servidor ou não, ao erário público é prescritível e a ela se aplica o prazo prescricional de 5 anos, diante do previsto no art. 21 da lei nº 4.717/65, do previsto no art. 23, I, da lei nº 8.429/92 ou, por isonomia, do previsto no decreto-lei nº 20.910/32 e no art. 1º-C da lei nº 9.494/97.

Além disso, lança-se a reflexão sobre o conflito existente entre: de um lado o interesse público de ressarcimento ao erário, que leva à imprescritibilidade, e de outro lado o interesse público de busca pela segurança jurídica, que leva à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário.

Diante da necessidade de ponderação entre esses dois valores constitucionais, poderiam ser utilizadas a hermenêutica constitucional e a aplicação tanto do princípio da proporcionalidade[54] quanto da interpretação mais favorável aos direitos fundamentais, ou seja: havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfação em maior grau[55].

Portanto, embora a ponderação se afigure complexa (pois os conflitos entre princípios constitucionais devem ser solucionados no caso concreto e, em determinada situação, um pode preponderar sobre o outro e, em outra ocasião, pode ocorrer o contrário) e demande análise mais aprofundada (não comportada no presente estudo), a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento por dano causado ao erário permite que ambos os interesses públicos acima sejam resguardados porque, além de permitir o exercício do interesse público de ressarcimento por dano causado ao erário, promove a segurança jurídica – erigida a princípio constitucional, direito fundamental da pessoa humana e viga mestra do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960 *apud* MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12 ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria de derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista de direito processual civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. In: *Revista de processo*. São Paulo, n. 61, p. 187/200.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1. Livraria Francisco Alves, 1944.

BUSTAMANTE, Teodoro Sánchez de. *Créditos nominados en dólares o en pesos convertibles de curso legal: Pesificación y devaluación*. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0102.pdf>> Acesso em 05/01/05, tradução livre.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

COSTA, Henrique Araújo, COSTA, Alexandre Araújo. *A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario>>. Acesso em: 18 set. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. 1 ed. 4 imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42, n. 165, jan./mar, 2005.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo : Saraiva, 1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotadas*. São Paulo: RT, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

PEDRA, Anderson Sant'ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. In: *Direitos metaindividuais*. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). São Paulo: LTr, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 27. ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.).

Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SAVIGNY. Sistema del derecho romano, t. IV *apud* GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

SHIMURA, Sérgio. Prescrição e estabilidade jurídica. In: *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, Ano 6, n.1, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros.

STJ, REsp 406545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.11.2002, DJ 09.12.2002 p. 292; STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11.03.2008, DJe 23.04.2008.

STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135.

STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135; STJ, REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio De Noronha, 2ª Turma, j. 07.08.2007, DJ 21.08.2007 p. 175.

STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135.

STJ, REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio De Noronha, 2ª Turma, j. 07.08.2007, DJ 21.08.2007 p. 175.

STJ, REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 02.10.2007, DJ 14.05.2008.

STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11.03.2008, DJ 23.04.2008; STJ, REsp 406.545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.11.2002, DJ 09.12.2002 p. 292.

STJ, REsp 810.785/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª turma, j. 02.05.2006, DJ 25.05.2006 p. 184. Ainda sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento por dano causado pelo agente ao erário: STJ, REsp 764.278/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 22.04.2008, DJe 28.05.2008

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa . In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 18 set. 2008.

Vocábulo “certeza”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.

Vocábulo “confiança”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.

Vocábulo “estabilidade”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* *Curso avançado de processo civil*, v. 2. 5 ed. São Paulo: RT, 2003.

[1] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33 e ss.

[2] WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* *Curso avançado de processo civil*, v. 2. 5 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 283.

[3] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 321.

[4] BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1. Livraria Francisco Alves, 1944, p. 458.

[5] SAVIGNY. *Sistema del derecho romano*, t. IV, p. 178, *apud* GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 497.

[6] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 202.

[7] CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 133/134.

[8] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista de direito processual civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

[9] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI, p.137.

[10] NERY JÚNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotadas*. São Paulo: RT, 2002, p. 117.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.p 86 e 90.

[12] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

- [13] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. 1 ed. 4 imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d., p. 591, vocábulo “segurança”.
- [14] Vocábulo “confiança”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.
- [15] BUSTAMANTE, Teodoro Sánchez de. *Créditos nominados en dólares o en pesos convertibles de curso legal: Pesificación y devaluación*. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0102.pdf>> Acesso em 05/01/05, tradução livre.
- [16] Vocábulo “certeza”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.
- [17] Vocábulo “estabilidade”. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 20/12/04.
- [18] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 29-30.
- [19] ALTERINI, Atilio Aníbal. *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 19 (tradução livre)
- [20] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 194.
- [21] MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 183.
- [22] SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, pp. 145-147.
- [23] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 2000, tomo VI, p. 127.
- [24] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 27. ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 419.
- [25] SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, pp. 145-147.
- [26] CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 22.
- [27] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 195.

[28] NERY JÚNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotadas*. São Paulo: RT, 2002, nota ao art. 27, CDC; SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 138.

[29] PEDRA, Anderson Sant'ana. A incidência da prescrição e da decadência na tutela dos direitos metaindividuais. In: *Direitos metaindividuais*. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). São Paulo: LTr, 2004, p. 137.

[30] ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197-8 *apud* MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12 ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 43.

[31] STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135.

[32] STJ, REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 02.10.2007, DJ 14.05.2008. No mesmo sentido, cf.: STJ, REsp 810.785/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª turma, j. 02.05.2006, DJ 25.05.2006 p. 184. Ainda sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento por dano causado pelo agente ao erário: STJ, REsp 764.278/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 22.04.2008, DJe 28.05.2008

[33] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 720.

[34] SHIMURA, Sérgio. Prescrição e estabilidade jurídica. In: *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, Ano 6, n.1, 2006, p. 101.

[35] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 260.

[36] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, p. 574.

[37] BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 479.

[38] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

[39] STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135; STJ, REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio De Noronha, 2ª Turma, j. 07.08.2007, DJ 21.08.2007 p. 175.

[40] PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 396.

[41] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 347.

[42] STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11.03.2008, DJ 23.04.2008; STJ, REsp 406.545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.11.2002, DJ 09.12.2002 p. 292.

[43] TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a lei de improbidade administrativa . In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 18 set. 2008.

[44] COSTA, Henrique Araújo, COSTA, Alexandre Araújo. *A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/artigos/a-prescricao-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario>>. Acesso em: 18 set. 2008.

[45] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

[46] STJ, REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio De Noronha, 2ª Turma, j. 07.08.2007, DJ 21.08.2007 p. 175.

[47] TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 18 set. 2008.

[48] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

[49] STJ, REsp 586.248/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 135.

[50] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. In: *Revista de processo*. São Paulo, n. 61, pp. 189/190.

[51] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 219.

[52] STJ, REsp 406545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.11.2002, DJ 09.12.2002 p. 292; STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11.03.2008, DJ 23.04.2008.

[53] FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 42, n. 165, jan./mar, 2005.

[54] ALEXY, Robert. *Teoria de derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

[55] CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, n. 4.9, p. 143.

**DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: LIMITES,
PROTEÇÃO E EFETIVIDADE***

**OF RELIGIOUS LIBERTY AS A FUNDAMENTAL RIGHT: LIMITS,
PROTECTION AND EFFECTIVENESS**

**Vladimir Brega Filho
Fernando de Brito Alves**

RESUMO

O objetivo deste artigo é tecer algumas considerações sobre o conteúdo do princípio da liberdade religiosa como direito fundamental, de forma a garantir a sua proteção e exigibilidade em face da ausência de regulamentação adequada, tanto na esfera legislativa federal, quanto na estadual. O texto é dividido em três partes: na primeira pretende-se caracterizar o direito a liberdade religiosa como direito fundamental; na segunda parte, a título exemplificativo, passa-se a analisar a Lei 11.662/1997 do Estado do Paraná, e outras correlatas, que estabelecem direito de abono de faltas por motivo de objeção de consciência religiosa e as razões de suas inconstitucionalidades; para concluir, por fim, sobre a necessidade da provocação do Supremo Tribunal Federal por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para ver garantido tal direito, em face da inadequação do trato legislativo que a ele tem sido dado.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE RELIGIOSA, LIMITES, LAICIDADE, NEUTRALIDADE, PROTEÇÃO, EFETIVIDADE.

ABSTRACT

The objective of this article is to make some considerations about the content of religious liberties principle as a fundamental right, to ensure its protection and chargeability in face of the absence of a proper regulation, both in the federal legislative sphere and in the state sphere. The text is divided in three parts. The first seeks to characterize the right of religious liberties as a fundamental right. The second part, only for exemplification, wants to analyze the law 11.662/1997 of Paraná State, and others correlates, which establish the right for allowance of absence by reason of a religious conscience objection and the reasons of its unconstitutionality. To complete, finally, about the need for provocation of the Supreme Court by accusation of a breach in a fundamental precept, to guarantee this right in face of a inadequate legislative treat which had been given.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: RELIGIOUS FREEDOM, LIMITS, SECULARITY, NEUTRALITY, PROTECTION, EFFECTIVENESS

BREVE INTRODUÇÃO

A liberdade religiosa começa a ser discutida quando surge na história a noção de autonomia do indivíduo, no contexto da Reforma Protestante. A questão da autonomia do indivíduo (pelo menos quanto à vontade) já havia sido proposta por Santo Agostinho, no início da Idade Média, todavia foi com os reformadores, especialmente [Lutero](#), [Calvino](#) e [Knox](#), que a individualidade ganhou os contornos de autonomia necessários para a posterior defesa da liberdade religiosa.

Em oposição à valorização da tradição, do magistério da Igreja e da mediação na relação com a divindade, ou da mentalidade de rebanho, hegemonicamente defendida pela Igreja Católica durante a Idade Média, a liberdade de consciência e a possibilidade de pela consciência livre, e sem qualquer mediação, do homem se relacionar com o sagrado, e de forma autônoma (em um sentido kantiano), regular essa relação, foi a principal bandeira levantada pelos reformadores.

A valorização da autonomia pode ser percebida pela primeira vez em Declarações de Direitos, na Declaração de Direitos do Bom Povo da [Virgínia](#), colonizada por protestantes puritanos, que afirma categoricamente serem "*todos os seres humanos [...] pela sua natureza, igualmente livres e independentes*".

Posteriormente o direito a liberdade religiosa foi reconhecido pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 que consignou no artigo 10º. que "*Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei*".

Em decorrência dessa tendência a autonomia, e das concepções filosóficas utilitaristas e ao mesmo tempo eudaimônicas que inspiraram as primeiras Declarações de Direitos, os princípios de liberdade de consciência e da livre manifestação do pensamento que abrangem inclusive a liberdade religiosa, foram se proliferando pelo Ocidente.

O pioneirismo americano no tema fez consignar na Primeira Emenda à [Constituição norte-americana](#), de [1791](#), a liberdade religiosa, ao dispor que "Congresso não editará nenhuma lei instituindo uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos ; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente, ou de petição ao governo para a correção de injustiças".

Outro fenômeno que merece ser registrado é a progressiva laicização do Estado pela difusão da ideologia positivista atrelada aos ideais democráticos e republicanos, tanto que eles (os Estados republicanos e democráticos) podem, via de regra, serem enquadrados não confessionais. Ao passo que onde existe monarquia, governos mais

centralistas, ou autoritários, a confessionalidade estatal é uma premissa, via de regra, inegável.

Isso decorre do fato do positivismo propalar como ideal uma espécie de religião cívica, como já havia sido preconizado no pensamento rousseaniano, em que o Estado é o deus visível cujas insígnias dever receber devoção e respeito sagrados.

Nesse contexto, os Estados na medida em que foram adotando os ideais do positivismo filosófico (de Augusto Comte e seus seguidores) promoveram a separação do Estado e da Igreja, propiciando o surgimento de espaços de afirmação da identidade das minorias religiosas.

1. DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade religiosa é enquadrada na classificação clássica de Norberto Bobbio como direito fundamental de primeira geração, podendo ser considerada ainda, como um direito civil fundamental que demandava uma prestação negativa por parte do Estado, uma não-ação.

Várias foram as expressões utilizadas para designar essa modalidade de direitos: *status negativus*, direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e deveres individuais, direitos e liberdades fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, direitos e garantias individuais, preceito fundamental e direitos individuais, entre outras.

A eficácia dos direitos fundamentais depende do conteúdo jurídico das expressões e da realização que possam oferecer, disso infere-se que as várias expressões jurídicas elencadas alhures terão conseqüências diferentes no campo da hermenêutica constitucional. Apesar dessas diferenças, neste trabalho, como o objetivo proposto está vinculado à temática da liberdade religiosa como direito, o que se pretende é discutir como direitos de primeira dimensão, ou como foram chamados na teoria clássica de liberdades públicas negativas, ainda hoje tem natureza precária nas terras brasílicas, e quais os mecanismos constitucionalmente adequados para garantir a proteção e a efetividade desses mesmos direitos.

Canotilho afirma (2002, p. 541) que os direitos fundamentais têm duas funções precípuas:

constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)

No Brasil, os direitos civis de cidadania sofreram o peso da herança colonial, da escravidão e da grande propriedade privada. Esses fatores produziram um país comprometido com o poder privado e com uma ordem social que negava a condição humana – uma espécie de *capitis diminutio* generalizada – à grande parcela da população. Os direitos civis, porquanto, só existiam na lei.

Com quase 50 anos de diferença, numa dinâmica de apropriação e reproposição das idéias européias, a Constituição Imperial de 1824 reconheceu no artigo 179, sob o título "Garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros" aqueles direitos civis liberais presentes nas declarações de direitos européias e americanas: direito à igualdade, à liberdade de pensamento, à propriedade, entre outros; que permaneceu, ao menos em seus fundamentos, nas Constituições posteriores.

Isso porque as revoltas populares que se intensificaram e tiveram eco a partir do Segundo Reinado não tiveram o mesmo significado que os movimentos populares da Europa e da América do Norte que culminaram com as primeiras Declarações de Direitos.

... O Estado era aceito [pelos] cidadãos, desde que não violasse um pacto implícito de não intervir em sua vida privada, de não desrespeitar seus valores, sobretudo religiosos. Tais pessoas não podiam ser consideradas politicamente apáticas. Como disse a um repórter um negro que participara da revolta: o importante era "mostrar ao governo que ele não põe o pé no pescoço do povo". Eram, é verdade, movimentos reativos e não propositivos. Reagia-se a medidas racionalizadoras ou secularizadoras do governo. Mas havia nesses movimentos rebeldes um esboço de cidadão, mesmo que em negativo. (CARVALHO, 2002, p. 75)

Convém ressaltar, contudo, que quando José Murilo de Carvalho afirma que o Estado poderia agir desde de que não violasse valores religiosos, faz referência a valores da tradição católica conservadora que se consolidaram como base de uma pragmática universalmente praticada e aceita de forma incontestada até o início da segunda metade do século passado.

A influência da condição colonial também faz parte da história constitucional do direito à liberdade religiosa, como se vê na carta constitucional de 1824 que embora tenha assegurado a liberdade religiosa, não permitiu a existência de templos religiosos estranhos à religião Católica Apostólica Romana, instituída com a religião do Império (Art. 5º).

Somente em 1891, com a proclamação da República, houve uma desvinculação do Estado para com a religião, sendo vedado ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (Art. 11, § 2º), instituindo no Brasil a laicidade do Estado. Além disso, trouxe uma série de regras em relação a liberdade religiosa tais como a liberdade de culto; o exclusividade do casamento civil para fins de

reconhecimento pelo Estado; administração pública dos cemitérios; e ensino leigo nos estabelecimentos públicos (art. 72).

A Constituição de 1934 mantém a separação entre Igreja e Estado (Art. 17, incisos II e III) e traz a liberdade religiosa como direito individual (Art. 113, itens 4, 5, 6 e 7), o que acaba sendo mantido pela carta constitucional de 1937.

Essa separação total entre o Estado e a Igreja, motivada pela desconfiança da República em relação à Igreja Católica, é um pouco relativizada pela Constituição de 1946, que embora estabeleça a proibição de aliança entre o Estado e qualquer culto ou igreja, permite a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo (Art. 31, III). A Constituição de 1946 também traz como novidade a escusa de consciência e garante o direito à assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva (Art. 141, §§ 8º. e 9º.).

Importante novidade trazida na Carta Constitucional de 1967, repetida no texto constitucional de 1969, foi a proibição de qualquer discriminação em razão de credo religioso, evitando-se as discriminações baseados na opção religiosa (Art. 153, § 1º.).

Embora a liberdade religiosa tenha sido protegida constitucionalmente desde o Império, isso não significa que esse direito foi protegido a contento pelo Estado. É de se concordar com José Murilo de Carvalho ao afirmar que: "*dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia*" (2002, p. 210). E nesse contexto, o direito a liberdade religiosa não foge a regra, apresentando severas deficiências em todos os termos acima mencionados.

2. DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º., inciso VI, consigna que:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Da análise do inciso acima transcrito é possível distinguir três direitos distintos protegidos pela norma constitucional: a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. Embora distintas as liberdades, todas são correlatas e se pressupõem. Não haveria sentido o legislador constitucional resguardar a liberdade de culto, sem o fazê-lo com relação à crença e a consciência e, vice-versa.

José Afonso da Silva (2000, p. 251-256 passim) afirma que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

A Constituição de 1988, como dito alhures, ao estabelecer três liberdades distintas (consciência, crença e culto) manteve uma diferenciação que já havia aparecido em Constituições anteriores. Celso Ribeiro Bastos (1988/89, p. 127), afirmou que:

liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui pois da liberdade de consciência uma proteção jurídica que incluiu os próprios ateus e os agnósticos.

De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa.

Para que haja garantia efetiva de proteção as referidas liberdades, mormente a religiosa, o Estado não pode estar associado institucionalmente a Igreja alguma, o que formalmente ocorre no Brasil, desde o Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890, quando entrou em vigência o regime de separação entre o Estado e a Igreja, quando instaurou-se o Estado Leigo, ou Laico. Assevera Bobbio em seu *Dicionário de Política* (1986, v. Laicismo) que,

a teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.

Portanto, o Estado leigo deve salvaguardar a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso e, ao mesmo tempo, defender a autonomia das igrejas em sua relação com o poder temporal. Assim, é garantida tanto a separação política e jurídica entre Estado e Igreja, como são garantidos os direitos individuais de liberdade em relação a ambos. Hoje, a imensa maioria dos Estados reivindica os princípios da laicidade, principalmente no que diz respeito à liberdade religiosa dos cidadãos, reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.

O reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, no Brasil, é uma luta histórica que remonta a Proclamação da República, quando houve um reposicionamento das relações que haviam entre o Estado e a Igreja. E foi decorrência da evolução do reconhecimento a liberdade de pensamento e manifestação.

Sobre a liberdade de crença, José Afonso da Silva (idem, loc. cit.) afirma que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

O Tribunal Regional Federal da 4^a. Região em julgamento da AMS n° 2003.70.00.017703-1/PR assim interpretou o referido princípio constitucional, tentando estabelecer os contornos do seu núcleo essencial:

[O] "núcleo essencial" da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de "liberdade religiosa", compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a "união indissociável entre crença e conduta".

Existe, porquanto, uma união indissociável entre consciência e crença, crença e conduta, conduta e culto, e culto e consciência. Os termos que compõem o direito fundamental a liberdade religiosa se implicam de forma dialética e se pressupõem de modo que quando qualquer deles deixa de ser protegido, vê-se comprometida a força normativa da própria

Constituição, para usar a expressão de Konrad Hesse, que elevou tal direito a categoria da fundamentalidade.

É de suma importância resguardar que o direito de determinar a conduta de acordo com a consciência religiosa está no núcleo do direito a liberdade religiosa, e essa liberdade de auto-determinar-se de acordo com essa convicção é o que se chama de culto. Duguit (2005, p. 232-233) afirmou que:

[...] toda religião contém um segundo elemento: o rito ou culto. Para que a liberdade religiosa exista, é preciso que cada um seja inteiramente livre para praticar qualquer culto religioso, que ninguém possa ser molestado por ele, nem impedido, direta ou indiretamente, de praticar o culto correspondente a suas crenças religiosas, e, o inverso. [...] a liberdade religiosa é, pois, encarada assim, essencialmente a liberdade de culto.

Alguns tribunais têm operado verdadeira *redução* do direito à liberdade religiosa, restringindo a proteção constitucional apenas ao culto objetivo, ou aos lugares de culto, que devem organizar-se de acordo com as normas legais aplicáveis à espécie, sem se darem conta que existem práticas de culto que transcendem materialmente os templos, principalmente as normas de conduta e a moral fundamental, que são ínsitas a todas as organizações religiosas.

Aqui vale lembrar os ensinamentos de Jorge Miranda (1998, p. 359) quando assevera que:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em que o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis.

E conclui:

Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa.

Percebe-se, então, que a posição do Estado na garantia do direito à liberdade religiosa não é passiva, não consistindo a laicidade do Estado em uma completa omissão, até

porque um estado omissivo na garantia da liberdade de religião não é um Estado laico e sim um Estado contra a religião.

No Brasil, o legislador infraconstitucional não soube regulamentar o tema, forçando o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar pela inconstitucionalidade de normas que tratavam de forma inadequada a temática da liberdade religiosa, quer pelo vício de iniciativa, quer pela violação do pacto federativo, ou ainda pela interpretação demasiadamente ampliativa do direito à liberdade religiosa.

Na maioria dos casos, a temática da liberdade religiosa, foi invocada em objeções de consciência para freqüentar atividades acadêmicas ou laborais em horários reservados ao culto, ou ainda, para não se ver obrigado a fazer concursos públicos em dias de guarda religioso, quando a questão é levantada pelos Adventistas do Sétimo Dia, que apenas a título de exemplo serão analisados no presente texto, tendo em vista inclusive que a um número particularmente considerável de normas infraconstitucionais a tratar da temática.

Entre os atos normativos acima referidos poder-se-ia destacar a Lei Distrital nº 1.784, de 24.11.1997, do Distrito Federal; a Lei Estadual 6.140, de 24.06.1998, do Estado do Pará; a Lei 11.830, de 11.09.2002, do Rio Grande do Sul; e a Lei 11.662, de 10.01.1997, do Estado do Paraná, que *verbis gratia* passa-se a analisar abaixo.

2.1 Das limitações do direito infraconstitucional

As normas contidas na Lei Estadual 11.662/1997 são as seguintes:

Art. 1º. Ficam os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular, de 1º, 2º e 3º graus, obrigados a abonarem as faltas de alunos, motivadas por princípio de consciência religiosa.

Art. 2º. Para o aluno beneficiar-se desta Lei deverá apresentar ao estabelecimento de ensino, declaração assinada pelo responsável da congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando a sua condição de membro regular da igreja e o dia da semana que deve se abster de freqüentar aulas.

Art. 3º. Caberá ao estabelecimento de ensino dispor sobre o período de validade da declaração mencionada no art. 2º.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Reputa-se, contudo, que a legislação em questão não pode ser aplicada porque viola o pacto federativo e, portanto, é eivada de severa inconstitucionalidade (CHIMENTI, 2005, p. 176).

Com o pacto federativo firmado em 1988, com a promulgação da Constituição, foi concedido pelo Poder Constituinte Originário o direito às três esferas de governo (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) legislarem sobre determinados assuntos de seus interesses. Mas a liberdade de normatizar ficou adstrita, cabendo a cada um legislar nas hipóteses em que a Constituição autoriza. Sendo assim, à União cabe fazer atos normativos de interesse nacional, aos Estados legislar acerca do interesse regional e aos Municípios resta produzir normas sobre o interesse local.

Para melhor organização do arcabouço legal e para promover maior segurança jurídica, a Constituição resolveu, e com razão, limitar o poder de legislar. Tendo em vista tais razões, há dois tipos de competências legislativas importantes que devemos destacar, sendo elas: competência privativa e competência concorrente.

O artigo 22 da Constituição da República de 1988 estabelece a competência privativa do Estado Brasileiro (União). Nesse tipo de competência, como o próprio nome leva a crer, é imprescindível que a União promulgue o ato normativo para que passe pelo crivo da constitucionalidade, em tese.

Cabe transcrever, no que interessa, o dispositivo constitucional, supra referido:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Prevista no artigo 24 da Constituição Federal, a competência concorrente consiste na edição de atos normativos, onde as duas esferas de governo, a federal e a estadual andam lado a lado. Os Municípios não possuem este tipo de competência, cabendo complementar a legislação federal e estadual no que for de sua atribuição (SILVA, 2005, P. 504), a isto se dá o nome de competência complementar, que não será objeto de apreciação no caso.

No entanto, há algumas peculiaridades acerca deste tipo de competência (concorrente) que devem ser destacadas. A União está limitada a estabelecer normas de diretrizes gerais acerca das matérias elencadas no art. 24 e seus incisos (art. 24, § 1º. da CF) e os Estados possuem a iniciativa das normas de caráter específico. Quando não existir norma de caráter geral a competência dos Estados-Membros é plena, ou seja, terá validade a lei estadual quando inexistir lei federal genérica (art. 24, § 3º. da CF). *Em caso de concorrência de duas normas, sendo uma delas federal e outra estadual, deve*

prevalecer a federal, já que a norma de caráter específico – que é a que pode ser editada pelo Estado – não pode contrariar a norma de caráter geral, nem dizer mais do que ela disse, nem excepcioná-la, mas apenas detalhá-la.

Neste diapasão, José Afonso da Silva (2005, p. 504) se manifesta da seguinte forma:

Tanto isso é uma técnica de repartição de potencia federativa que os §§ 3º. e 4º. complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir.

Da interpretação sistemática do artigo 24 da Constituição Federal, interpretando-se a *contrario sensu* a citação acima colacionada, se a legislação federal existe, o Estado-membro extrapolou sua competência legislativa ao promulgar a legislação sobre tema tratado em lei federal, a norma estadual é *natimorta*, tecnicamente nunca poderá ser aplicada, pois apareceu no ordenamento jurídico em conflito com norma com a qual, por expressa determinação da Constituição, deveria concordar.

Cumprir examinar precedente específico do Supremo Tribunal Federal a respeito de matéria idêntica a da legislação paranaense em comento, relacionada à temática da liberdade religiosa, quando julgou ADI 2806-5 em face da Lei 11.830 do Rio Grande do Sul.

Percebe-se, da análise da decisão, que o Supremo Tribunal Federal não abordou, porque não precisava ou porque não entendeu conveniente, a questão de fundo, qual seja, a regulamentação do direito à liberdade religiosa.

É certo, todavia, que o Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, destacou:

Pergunto seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos "dias de guarda" religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do Governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz os seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso, princípios substanciais, a partir do "duo process" substancial e do caráter laico da República. Deixo claro que também julgo a lei materialmente inconstitucional'.

O primeiro aspecto que merece atenção é se o Estado laico, que não obstante assegura "*a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias*" (CF, art 5º, VI), pode por lei impor condutas de adequação a convicções e preceitos religiosos alheios.

A laicidade do Estado, contudo, não impede a regulamentação do direito à liberdade religiosa. Justifica-se esse posicionamento em razão de serem os direitos fundamentais direitos de participação ou de prestação (HESSE, 2001, p. 95), não significando que a posição do Estado seja de completa omissão. Ao contrário, exige-se do Estado uma cooperação com o exercício da liberdade religiosa, sem proselitismo de qualquer uma delas, a fim permitir que todos possam gozar de sua liberdade. O que se exige, portanto, é um Estado religiosamente neutro.

Maurice Barbier (1995, p. 80-81) faz interessante distinção entre laicidade-separação e laicidade-neutralidade, explicando:

antes de mais nada, laicidade significa a separação total entre o Estado e as religiões (...) É somente quando livre de toda influência religiosa que o Estado pode ser plenamente ele mesmo e aceder à modernidade política (...) Dizer que a religião releva da esfera privada não significa que ela seja apenas um negócio privado e pessoal. Significa que ela escapa ao domínio público do Estado, mas pode existir e agir livremente na sociedade. Em segundo lugar, pode-se definir laicidade como a estrita neutralidade do Estado em matéria religiosa (...) Sendo a separação necessariamente recíproca, a neutralidade concerne diretamente apenas ao Estado e não afeta a religião senão por via de consequência. O Estado é neutro em relação à religião, mas esta dispõe de liberdade na sociedade.

O autor em comentário (idem, p. 81) chega a afirmar peremptoriamente que: "*a laicidade concerne enfim somente ao Estado e não à sociedade em que a liberdade religiosa deve ser exercida plenamente*".

Essa neutralidade do Estado deve ser absoluta, implicando em não poder o Estado discriminar entre as diversas igrejas e templos existentes, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los (GALDINO, 2006, p. 29), exigindo que todas as religiões sejam tratadas igualmente. A neutralidade pode ser vista sob dois aspectos, podendo assumir um caráter negativo ou positivo.

Nas palavras de Sara Guerreiro (2005, p. 76):

O conceito de neutralidade negativa liga-se ao facto de o Estado admitir as mais diversas manifestações das convicções religiosas, não rejeitando qualquer das supostas religiões ou crenças. A neutralidade positiva implica o compromisso do Estado de

assegurar, na prática, a todos o livre exercício de sua religião, colocando à disposição os meios que lhe permitam vivê-la.

Percebe-se, então, que dentro de uma neutralidade positiva, o Estado deve regulamentar aspectos relacionados à liberdade religiosa, devendo manter-se em posição de neutralidade, mas garantindo o exercício da liberdade religiosa a todas as pessoas, especialmente às minorias.

Paulo Pulido Adragão (2002, p. 455) sustenta a necessidade de cooperação do Estado com as diversas crenças concluindo o seguinte:

Uma certa medida de colaboração do Estado com os crentes, com as famílias e com as confissões, parece assim ser exigida, não por uma obrigação constitucional expressa de cooperação, mas para efectivação dos direitos de liberdade religiosa constitucionalmente reconhecidos.

Como garantia de democracia, a laicidade deveria encontrar amplo respaldo da jurisdição constitucional. Kelsen (1993, p. 67) afirmaria que:

[...] esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.

Em outra ocasião (1981, p. 202) ainda assevera que:

Enquanto assegura a formação constitucional das leis e em particular a constitucionalidade material das mesmas, esta [a jurisdição constitucional] é um meio de proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria. O domínio desta última é suportável apenas se exercido de modo regular (...) A essência da democracia reside não mais na onipotência da maioria, mas no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento, e, portanto, na paz social, a justiça constitucional surge como instrumento apto a realizar esta idéia.

A garantia da liberdade religiosa protege as minorias formadas por aqueles que possuem sua crença e tem o direito de divulgá-la no âmbito de suas liberdades (não invadindo nem prejudicando crença alheia) (HERKENHOFF, 1997, p. 78).

Concluindo, embora a Constituição tenha estabelecido a laicidade do Estado brasileiro, impõe-se, especialmente em situações de conflito, a regulamentação do tema a fim de garantir-se o pleno exercício da liberdade religiosa.

No caso dos concursos públicos, atividades escolares e vestibulares, a falta de regulamentação traz sério prejuízo àqueles que possuem convicções religiosas minoritárias, não sendo razoável exigir-lhes que tenham que renegar a sua fé para exercer outros direitos assegurados constitucionalmente.

Vale lembrar que a alínea 2 do art. 12 da Convenção América de Direitos estabelece: *“Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou crença”*.

Ademais, fere-se nesse caso princípio da igualdade, pois se estaria tratando de forma igual seguidores de religiões diferentes com dogmas diferentes. Falando a respeito do direito a igualdade, Jónatas Machado (1996, p. 287) escreve o seguinte:

Nesta linha de pensamento, deve adscrever-se ao princípio da igualdade uma função inclusiva. A comunidade política é constituída por cidadãos diferenciados entre si em função da raça, de sexo, das convicções ideológicas, religiosas, etc. Do mesmo modo, existem diferentes tradições de inclusão e exclusão, de privilégio e de discriminação, muitas delas profundamente enraizadas na história e na cultura. É neste contexto que o princípio da igualdade é chamado a operar.

Poder-se-ia alegar que esse tratamento “desigual” poderia levar a um confronto, a um sectarismo religioso. Acredita-se exatamente o contrário. O tratamento desigual visa garantir todos os direitos constitucionalmente assegurados, promovendo a inclusão de todas as pessoas, independente da religião que professem. Assim, com a inclusão, ao contrário do sectarismo ocorrerá aquilo que Thomas Michel (2005, p. 132) chama de humanismo intercultural onde “cada cultura, com a fé religiosa que modela civilizações e, ao mesmo tempo, que transcende cada sistema cultural, tem suas próprias condições de dar ao diálogo”.

Acredita-se, então, que somente a regulamentação da questão relativa aos concursos públicos, vestibulares, etc, através de lei federal, minimizará a exclusão dos seguidores das religiões minoritárias.

A propósito, essa é a sugestão de Alberto Benasuly (2004, p. 93) quando trata da problemática da liberdade religiosa na Espanha, aduzindo que “também se poderia solucionar o problema, mediante uma lei unilateral do Estado em consonância com a doutrina, o direito e a jurisprudência internacionais na matéria”.

No Brasil, a respeito do tema, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos regulamentando o dia para a realização de concursos públicos, vestibulares, estando todos apensados ao projeto de lei nº 5/1999, de autoria do deputado Silas Brasileiro, do

PMDB de Minas Gerais, tendo a Comissão de Justiça e Cidadania apresentado parecer pela constitucionalidade do projeto.

Ocorre que passados quase dez anos da apresentação do projeto, o mesmo permanece pronto para julgamento aguardando à apreciação do Plenário.

Essa omissão legislativa vem trazendo graves prejuízos a uma parcela da população, vez que não podem exercer seus direitos na sua plenitude, sendo necessário se perquirir qual seria a solução jurídica para os adeptos de minorias religiosas que possam estar sendo prejudicadas.

3. MECANISMOS PREVISTOS DA CONSTITUIÇÃO PARA A BUSCA DA EFETIVIDADE DA TUTELA DE INTERESSES DE MINORIAS RELIGIOSAS

Tratando-se de omissão legislativa, num primeiro momento devemos indagar a possibilidade da utilização do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade para buscar obrigar o legislador a editar uma lei que garantisse o direito à liberdade religiosa.

O art. 5º, inciso LXXI criou o Mandado de Injunção estabelecendo que será cabível o mesmo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania, e à cidadania.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista no art. 103, § 2º da Constituição, onde o Constituinte estabelece que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Esses institutos, novidades na Constituição de 1998, tentam acabar com a síndrome de inefetividade das normas constitucionais que muitas vezes impede a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados por falta de vontade política dos governantes.

Ocorre que estes institutos pressupõem a existência de imposição constitucional para a superar a inércia dos poderes públicos em regulamentar a Constituição. No caso do direito à religião não existe essa imposição constitucional e por isso tais institutos não parecem adequados à solução do problema aqui analisado.

Alexandre de Moraes (2006, p. 157) afirma:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Frise-se que o inciso VI, do art. 5º da Constituição é norma de eficácia plena, não sendo possível invocar a omissão do legislador para pleitear a sua regulamentação.

Outras alternativas existem na Constituição para garantir o direito das minorias religiosas, sendo o Mandado de Segurança a mais utilizada atualmente, especialmente para a garantia do direito individual dos seguidores das religiões minoritárias.

Embora o mandado de segurança possa ser utilizado para a garantia do direito individual dos seguidores de determinada religião, não nos parece adequado que ele seja tido com o instrumento ideal para a efetivação do direito à liberdade religiosa.

Conclui-se isso em razão de se exigir no Mandado de Segurança a provocação do interessado, ou seja, o mesmo deve estar representado para impugnar o ato tido como violador do direito líquido e certo. Sabemos que embora a Constituição garanta o acesso a justiça de forma universal, inclusive com a criação das Defensorias Públicas, muitas vezes as pessoas alijadas de seus direitos não optam, por comodidade ou por desconhecimento, pela sua defesa junto ao Poder Judiciário. Assim, se um concurso público ou vestibular é marcado para o sábado, por exemplo, muitos candidatos adeptos de credos minoritários já são afastados porque de início se sentem desestimulados, e acabam não participando do certame. Assim, o fato de um concurso ter sido realizado no sábado e um candidato tenha obtido judicialmente o direito de realizar a prova em horário diverso, não significa que o direito das minorias foi respeitado, especialmente porque muitos pretensos candidatos deixaram de se inscrever no concurso ao saber que as provas seriam realizadas em dia e horário que contrariavam as suas convicções religiosas.

Seria o mesmo que o Estado fornecesse medicamentos apenas àqueles que ingressassem com mandados de segurança, deixando órfã todos os outros cidadãos que não buscaram o Poder Judiciário.

Percebe-se, então, que a garantia dos direitos fundamentais está muito ligada a universalidade, só sendo possível afirmar que um direito fundamental tenha efetividade quando toda a população possa, querendo, exercê-lo. O controle concentrado mostra-se mais adequado para a solução razoável da questão, especialmente porque o tema liberdade religiosa é complexo, havendo uma gama enorme de variáveis, que implicaria na prolação de diferentes decisões a respeito do mesmo tema, colocando em risco a segurança jurídica.

Resta analisar a aplicação do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF foi introduzida no direito constitucional brasileiro através da EC nº 3, de 17 de março de 1993, que deu ao art. 102, § 1º a seguinte redação ao dispositivo: “a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A norma constitucional tinha eficácia limitada e somente com o advento da Lei 9.882/99 o instituto foi efetivamente introduzido no sistema de controle de constitucionalidade brasileira. Referida lei trouxe o delineamento da ADPF e com base nela analisaremos a possibilidade da sua aplicação à falta de regulamentação do direito à liberdade religiosa.

Embora a lei tenha disciplinado o procedimento da ADPF, não definiu o que sejam preceitos fundamentais, cabendo ao intérprete a definição do que seja preceito fundamental.

De pronto, pode-se afirmar que nem todos os preceitos constitucionais são fundamentais. O constituinte utilizou a expressão *preceito fundamental* e por isso não é possível entendê-lo como sendo *preceito constitucional*. Assim, percebe-se que na Constituição existem normas que têm maior importância que outras, constituindo por isso preceitos fundamentais.

Por outro lado, os princípios constitucionais, por serem a base e o fundamento de todo o ordenamento jurídico, são preceitos fundamentais.

Diante disso, não resta dúvida que o princípio constitucional que garante a liberdade religiosa é preceito fundamental e pode ser o objeto da ADPF.

No caso a hipótese de cabimento da ADPF é na modalidade de ação autônoma e terá caráter preventivo, visto que no termo do art. 1º da lei 9.882/99 tem por objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Isso considerado, é de se ressaltar que a regulamentação do direito à liberdade religiosa, especialmente no que diz respeito ao período para a realização de concursos, vestibulares e atividades escolares, visa impedir que as minorias religiosas deixem de exercer outros direitos fundamentais em razão de suas convicções. A ADPF, portanto, tem caráter preventivo. Como já afirmou-se, as barreiras religiosas impedem que os seus seguidores sequer busquem exercer seus direitos, pois já de início se sentem desestimulados com a necessidade de ingressar com mandados de segurança para garantir o acesso aos concursos e vestibulares.

Assim, o caráter preventivo da ADPF impedirá que essas minorias religiosas sejam impedidas de ter acesso a cargos públicos, acesso à educação e por consequência a muitos outros direitos.

Pode-se discutir ainda, se seria cabível a ADPF no caso em razão de não existir um ato a ser impugnado, especialmente porque a Lei 9.882/99 estabelece que a inicial deverá conter a indicação do ato impugnado.

Ocorre que pela expressão ato, assim como no Mandado de Segurança, deve ser entendida como sendo ação ou omissão da autoridade competente para a prática do ato.

Percebe-se, portanto, que tanto a ação como a omissão do Poder Público podem ser objeto de questionamento na ADPF.

Roberto Mendes Mandeli Junior (2003, p. 136), analisando comparativamente a ADIN por omissão e a ADPF chega a essa mesma conclusão aduzindo o seguinte:

A arguição de descumprimento, dessa forma, também proporciona uma complementação ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, pois possibilita a sindicalidade, em caráter concentrado, de uma omissão do poder público de caráter não normativo, como, por exemplo, o não provimento de cargos, pelo Presidente da República, de Ministro do STF, Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República.

Lembre-se que a decisão proferida na ADPF, nos termos do art. 10 da lei 9882/99 fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A respeito disso, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, em obra coletiva, (2008, p. 1164) escrevem que:

O art. 10 da Lei n. 9.882/99, ao estatuir que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

Ademais, a decisão da ADPF terá efeito vinculante, garantindo, assim, o respeito à diversidade religiosa, especialmente no que diz respeito à realização de concursos públicos, vestibulares e atividades educacionais.

CONCLUSÕES

A convivência de diversas expressões religiosas experimentadas pelas sociedades contemporâneas cada vez mais multiculturais e pluralistas tem incrementado conflitos de valores religiosos que projetados no interior do Estado, inegavelmente, produzem *aporias* que devem ser enfrentadas pelo Direito.

O Estado não pode se abster de tratar a questão religiosa, não sendo a laicidade do Estado justificativa para a sua omissão. A neutralidade do Estado deve ser entendida como imposição ao Estado de não privilegiar qualquer religião, mas dentro dessa neutralidade, considerando a desigualdade das pessoas, deve o Estado dar tratamento diferenciado às religiões, naquilo que for necessário para garantir a igualdade material, tudo visando a inclusão das religiões.

A inclusão dos seguidores das religiões minoritárias, mais do que gerar o sectarismo religioso, fará com que os mesmos possam exercer seus direitos sem abrir mão de suas convicções religiosas.

O Estado brasileiro precisa, então, regulamentar de forma adequada o direito à liberdade religiosa, especialmente no que diz respeito aos concursos públicos, vestibulares e atividades escolares. Por outro lado, a falta de regulamentação não pode continuar cerceando o direito das minorias religiosas, exigindo-se a utilização dos instrumentos constitucionais criados pelo constituinte de 1988 que buscam dar efetividade às normas constitucionais.

Conclui-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é o principal instrumento para a garantia do direito à liberdade religiosa na busca de uma sociedade religiosamente inclusiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002.

BASTOS, C.R., MARTINS, I.G., *Comentários à Constituição do Brasil*, SP: Saraiva, 1988/89, vol. 2.

BARBIER, Maurice. *La laïcité*. Paris : L'Harmattan, 1995

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e ampliação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Bobbio, N., *Dicionário de Política*, Brasília: UnB, 1986.

BENASULY, Alberto. *Liberdade religiosa y derechos humanos*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, JOSÉ MURILO. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CIFUENTES, R.L. *Relações entre a Igreja e o Estado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, (et al). *Curso de direito constitucional*. 2ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005

DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada:Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem*. Coimbra: Almedina. 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. Aparecida: Santuário, 1997.

HESSE, Konrad & BENDA, Ernesto & MAIHOFER, Werner & VOGEL, Juan J. & HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale) in La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 2006

MANDELI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais e da Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARZAL, Antonio. *Libertad religiosa y derechos humanos*. Barcelona: J.M.Bosch y ESADE, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gusmão Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHEL, Thomas, *Liberdade religiosa em questão*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PINSKY, Jaime; PISNKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 17ªed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

**A BUSCA DE EQUILÍBRIO ENTRE A TUTELA PENAL NOS CRIMES DE
“LAVAGEM” DE DINHEIRO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO
INVESTIGADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ***

**THE SEARCH FOR BALANCE BETWEEN PENAL TUTELAGE IN THE
CRIMES OF MONEY LAUNDERING AND THE PROCEDURAL
WARRANTIES OF THE SUBJECT OF AN INVESTIGATION IN THE
DEMOCRATIC STATE OF THE LAW**

**Márcia Lúcia Clemente Neto Aleixo
Flávio Bento**

RESUMO

Neste trabalho, analisa-se o decreto das medidas assecuratórias nos crimes de “lavagem” de dinheiro, especialmente no que tange a seqüestro de bens do investigado, buscando na praxe forense e na doutrina qual o real significado das terminologias utilizadas no artigo 4º da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que prevê a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, bem como no artigo 125 do Código de Processo Penal vigente, que prevê o seqüestro de bens do indiciado. Procura-se, ainda, demonstrar que a utilização da medida, como método de investigação, quando o sujeito é apenas “investigado”, em busca dos indícios veementes ou suficientemente fortes e claros, traz não só sérios efeitos extraprocessuais, como também o desequilíbrio entre a tutela penal e as garantias processuais do investigado.

PALAVRAS-CHAVE: TUTELA JURISDICIONAL. GARANTIAS PROCESSUAIS. LAVAGEM DE DINHEIRO. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This study examines is the decree of measures assuring in crimes of "laundering" of money, especially with regard to sequestration of property of the investigation, searching in forensic practice and doctrine in which the real meaning of the terminology used in Article 4 of Law No. 9.613, March 3, 1998, which provides for the seizure or the sequestration of property, rights or values of the accused and Article 125 of the Process Penal Code in force, which provides for the sequestration of assets of the indicted. Demand was also to demonstrate that the use of the measure as a method of research, when the subject is only "investigated", in search of evidence strong enough or strong and clear, not only brings serious effects extraprocessuais, but also the imbalance between the guardianship and criminal procedural guarantees of the investigation.

KEYWORDS: JURISDICTIONAL GUARDIANSHIP. PROCEDURAL SAFEGUARDS. LAUNDERING OF MONEY. BASIC RIGHTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Após a entrada em vigor da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os crimes de “lavagem” de dinheiro, a matéria vem sendo amplamente discutida nos meios acadêmicos e, principalmente, no meio jurídico em virtude do preceituado no artigo 4º, referente às chamadas medidas assecuratórias. Dentre as medidas previstas, a mais utilizada tem sido o seqüestro de bens, previsto no artigo 125 do Código de Processo Penal vigente, que permite a “[...] constrição dos bens do indiciado, com os proventos da infração, ainda que estejam em nome de terceiros” (BRASIL, 2008a).

Contudo essa medida não pode ser aplicada de forma indiscriminada, desrespeitando as regras previstas processualmente e as garantias constitucionais já consagradas na atual Constituição Federal, principalmente no que diz respeito aos métodos de investigação e ao seqüestro dos bens dos investigados.

Dessa forma, faz-se necessária uma interpretação do artigo 4º da Lei n. 9.613/1988 e do artigo 125 do Código de Processo Penal, dando destaque aos termos acusado e indiciado, a fim de se identificar em qual momento deverá a medida ser decretada.

Como se sabe, a lei processual penal não disciplinou o ato de indiciamento, embora a este faça referência em diversos artigos. Todavia esse ato formal vem disciplinado nos regulamentos e instruções normativas, tanto da Polícia Civil quanto da Federal, e na prática é utilizado quando se chega à autoria e à materialidade de um determinado delito.

Assim, em que pese ser o indiciamento um ato discricionário da autoridade policial, as leis e as normas não podem conter palavras inúteis; logo, seja no campo fático, seja no âmbito jurídico, o direito penal expansionista não pode fundamentar-se em proposições equivocadas.

Sendo assim, deve-se encontrar freios ao poder-dever de punir do Estado, bem como parâmetros para valoração dos dispositivos penais, ainda mais os que forem elaborados sob a influência da legislação estrangeira.

Em vista disso, este trabalho procura evidenciar as terminologias utilizadas pelo legislador, pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais, demonstrando que as medidas assecuratórias na fase de investigação trazem sérios efeitos processuais e extraprocessuais, se forem utilizadas como método de investigação, constriando bens do investigado antes do formal indiciamento, ou da ação penal.

GARANTIAS PROCESSUAIS DO INVESTIGADO

Como é de correntio conhecimento, é dever do Estado, respeitadas as devidas exceções, exercer a persecução penal. Temos, num primeiro momento, a fase pré – processual exercida pela polícia judiciária, a qual tem por finalidade a apuração das infrações penais e da sua autoria¹⁵.

¹⁵ Artigo 4º do Código de processo Penal Brasileiro (BRASIL, 2008b)

Ocorre que essa persecução penal, após o advento da Constituição Federal de 1988, não pode mais ser feita com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal. Faz-se necessária uma nova leitura do processo penal, de acordo com os princípios consagrados expressamente na Carta Constitucional, e conforme defende Eugênio Pacelli de Oliveira:

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como verdadeira e legítima fonte de obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, parece já irrecusavelmente introjetado na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF). (2008, p. 26)

Na mesma linha de pensamento, Fauzi Hassan Choukr sustenta a necessidade de se resguardar o respeito ao ser humano.

Esta compreensão é desejável, sobretudo porque a matéria é altamente suscetível de retrocesso em nome de uma política de segurança ‘eficiente’, vulgarmente encarada dentro de um modelo repressivo onde o respeito ao ser humano que, casualmente, torna-se um suspeito, réu ou condenado não está necessariamente na ordem primeira da pauta de preocupações da agenda política (2006, p. 6).

Não resta dúvida de que a criminalidade nos últimos anos vem aumentando a passos largos, e certamente há necessidade de combater todos os tipos de atividades criminosas, especialmente a “lavagem” de dinheiro, em virtude das graves conseqüências que trazem os delitos antecedentes. E esse combate tem de ser rigoroso, mas de forma a garantir não só a tutela penal, mas as garantias fundamentais do acusado, não esquecendo ainda que a verdadeira Democracia é via de mão dupla, e a forma como vêm sendo tratadas as pessoas investigadas por crimes de lavagem de “dinheiro”, não condiz de maneira alguma com um Estado que há anos tenta se afirmar como um verdadeiro “Estado Democrático de Direito”.

Relativizar ou suprimir as garantias processuais e constitucionais, como quer o Juiz Federal Fausto De Sanctis (2008, p. XII), ao expor que “as pressões seguem intensas, invocam-se direitos individuais, ferimento de preceitos democráticos, arguições de abuso de poder, retorno à idade média, deturpação de fatos e assim por diante, sempre na tentativa de conspurcar a legítima atuação do Estado”, é considerar a possibilidade de um verdadeiro retrocesso do Estado Democrático de Direito ao tempo da ditadura. E o agir em desacordo com os princípios insertos na atual Constituição Federal só se chegará a decisões questionáveis não surtindo o efeito desejado no combate à criminalidade; pelo contrário, apenas enfraquecerá a busca da tutela penal pelo Estado.

Destacamos as seguintes decisões, que têm sido proferidas pelos Tribunais pátrios:

MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO

DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS VEEMENTES DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA DOS BENS.

A relevância da exigência da motivação das decisões criminais se justifica na previsão expressa da Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, combinado com a adoção do Estado Democrático de Direito, pela Carta Magna, tendo na proteção da dignidade da pessoa humana um dos pilares básicos. A motivação racional da decisão permite aos envolvidos no processo e ao cidadão a sua fiscalização (controle interno e externo), excluindo o caráter meramente subjetivo da prestação jurisdicional. Na decisão que decretou a medida cautelar não houve fundamentação fática. 2. **Somente podem ser objeto de seqüestro os bens vinculados à atividade criminosa, isto é, que tenham sido adquiridos após a prática da infração ou por serem produto direto desta.** O mesmo não se pode dizer do arresto, preparatório da hipoteca legal, o qual dispensa a origem ilícita dos bens. Quando a finalidade é garantir o ressarcimento do prejuízo causado pela prática delituosa, o seqüestro não é a medida adequada [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2008, grifo nosso).

PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. PROVA. SONEGAÇÃO FISCAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

Denúncia decorrente de investigações iniciadas a partir de carta anônima recebida na Superintendência Regional da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul noticiando suposta existência de organizações criminosas de traficantes de entorpecentes na região de Amambai/MS. Prova testemunhal. Depoimento de pessoa saída do meio da delinqüência, destarte prestado por alguém em tese em posição de acesso ao conhecimento dos fatos, mas não insuspeito. Investigação em que, ademais, alvitra-se prévia convicção no meio policial de criminalidade dos réus. Depoimento que não se presta ao convencimento racional. Incidência do artigo 386, VI do Código de Processo Penal. Absolvição decretada (SÃO PAULO, 2008)

Ainda que acerte De Sanctis, ao comentar em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, citando crimes financeiros, que com “[...] método tradicional de investigação não chega a lugar nenhum e que [...] o combate tem de se valer de técnicas especiais de investigação”, e ainda que “[...] o juiz não é rigoroso. Rigorosa é a lei” (CONSULTOR JURÍDICO, 2008). Não podemos de maneira alguma esquecer que a luta tem sido árdua na busca de um processo penal justo. Por isso mesmo, já que a lei é rigorosa, as garantias legais e constitucionais não podem ser de maneira alguma relativizadas, sob pena inclusive de responsabilidade penal por abuso de poder. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

INQUÉRITO POLICIAL - UNILATERALIDADE - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO.

- O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de

investigações.

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (BRASIL, 2008e, grifo nosso).

Assim, resguardadas as garantias legais e constitucionais previstas no Estado Democrático de Direito, cabe às polícias judiciárias fazer toda uma apuração prévia do fato e chegar aos indícios [não só suficientes], sobretudo contundentes, fortes o bastante para garantir o pronto indiciamento, evitando com isso acusações injustas, baseadas em denúncias anônimas; não utilizar as medidas constritivas como mais um instrumento de investigação; garantir maior celeridade nas investigações e na instrução criminal.

Vale reproduzir as palavras de Dagoberto Nogueira Filho, ex-Secretário de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, na apresentação do Regulamento da Polícia Civil do Estado:

[...] Com o advento da constituição cidadã de 1988, as polícias de todo o País passaram a adotar procedimentos emoldurados pelo respeito aos direitos e garantias individuais, no entanto, na maioria dos Estados, há carência de uma legislação apropriada que abaliza o rumo a ser seguido. É compreensível que haja certo grau de variabilidade nos procedimentos policiais, que sejam operacionais ou administrativos, mas é extremamente importante que a Polícia Judiciária, a exemplo das grandes corporações privadas, estabeleçam procedimentos operacionais e administrativos padronizados, porque este é um fator que agrega imensurável qualidade ao trabalho policial [...] Poucas instituições policiais deste País possuem uma instrumentalização de seus atos na forma como apresenta este manual. Vale ressaltar alguns avanços contemplados neste trabalho como: a) a obrigatoriedade do despacho iniciatório, que atende as modernas correntes doutrinárias e jurisprudenciais; b) o disciplinamento do recolhimento das fianças em conta única; c) a destinação de coisas e objetos apreendidos; d) a publicação das decisões administrativas disciplinares em forma de ementas, uniformizando os procedimentos e formando uma corrente jurisprudencial; e) a garantia da inviolabilidade e da presunção de inocência assegurados pela Constituição Federal e pelo novo Código Civil, na medida que impede a exposição desnecessária da imagem de pessoas presas ou indiciadas sem o seu consentimento, entre tantas inovações que é impossível referenciar todas nesta página. [...] Fator de enorme relevância são os atos de competência da polícia judiciária que interferem drasticamente na vida do indivíduo, seja pela indicição ou, em casos mais graves, pela prisão. Esses acontecimentos podem ser corriqueiros sob nossa ótica, mas, em muitos casos, são fatos que acompanham os indiciados ou presos pelo resto de suas existências, interferindo em seu trabalho, na sua família e em sua atividade social. Por isso, a necessidade de que esses e outros atos importantes da polícia judiciária sejam norteados pelo profissionalismo, conhecimento técnico, jurídico e isentos de tendências de qualquer ordem [...] (MATO GROSSO DO SUL, 2007, p. 5-7).

Conquanto a medida acautelatória seja “provisória”, deve guardar ressonância com a real necessidade de constriar os bens de quem é somente suspeito.

Essa não pode servir de suporte nem mesmo de coerção para que as autoridades possam investigar livremente em busca das provas indiciárias suficientes, para formalizar um indiciamento, nem mesmo se transformar em meros instrumentos na busca da tutela penal, especialmente a tutela criminal patrimonial.

Tem de haver proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, o seqüestro só pode recair nos bens produto ou proveito do crime dos sujeitos indiciados ou denunciados e na medida do prejuízo causado, até porque nem todo investigado pode chegar a ser indiciado, nem todo indiciado pode chegar a ser denunciado, e nem todos os bens podem ser provenientes de ilícito.

Wilson Antônio Steinmetz (2004, p. 212) sustenta que “[...] o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar ou promover e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional”.

Por isso, os magistrados, ao analisarem as representações e requerimentos de seqüestro e/ou apreensões de bens, têm o dever de observar o que prescreve a lei e, principalmente, os princípios constitucionais. Não pode relativizá-los ou mesmo suprimi-los sob a fundamentação de ainda existirem diligências a serem cumpridas para a apuração dos fatos, ou mesmo de haver interesse público na reparação do dano.

A TUTELA PENAL NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Muito se tem debatido a respeito do bem jurídico protegido nos crimes de “lavagem” de dinheiro, ou seja, o “[...] valor digno de tutela penal — função social útil de proteção de valores sociais” (DE SANCTIS, 2008, p. 29), questão essa ainda longe de pacificação apesar dos esforços da doutrina moderna.

Marco Antonio de Barros (2007, p. 54) chegou à conclusão de que o crime de “lavagem” de capitais, por ser do tipo pluriofensivo, tutela mais de um bem. Disso se pode inferir que a referida proteção serve tanto à proteção da administração da justiça quanto à estabilidade e credibilidade do sistema econômico-financeiro do país.

Willian Terra de Oliveira (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 323) ensina que “na verdade, tudo dependerá da análise do caso concreto [...]”, mas salientando que:

Costuma-se afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem socioeconômica.

Pode-se afirmar que na prática o fundamento para o deferimento das medidas assecuratórias¹⁶, tanto na fase pré-processual, como na fase processual, é uma só, ou seja: a administração da justiça, a fim de salvaguardar seus interesses quanto à identificação da origem dos bens.

Sérgio A. de Moraes Pitombo (2003, p. 77), ao sintetizar o assunto, chegou à seguinte conclusão: “o fundamento da administração da justiça é pouco mencionado na Constituição Federal vigente, e que os poucos artigos que tratam desse assunto, em quase nada contribuem para a configuração do delito do bem jurídico da

¹⁶ Providências tomadas no processo criminal, para garantir futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, pagamento de despesas processuais ou penas pecuniárias ao Estado, ou mesmo evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa (NUCCI, 2008).

lavagem de dinheiro”. Nesse sentido, Costa (*apud* PITOMBO, 2003, p. 77) defende a seguinte posição:

A incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões ‘fracas’ que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um legal para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, qualquer atividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos.

O Código de Processo Penal, ao tratar das Medidas Assecuratórias, trouxe a cautelar de seqüestro prevista em seu artigo 125, cuja finalidade é constriar os bens imóveis do indiciado ou acusado com o provento da infração.

Como exemplo da aplicação dessa medida, bem como de sua extensão, citamos uma reportagem, na qual o Juiz Odilon de Oliveira, da 3ª Vara Criminal da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul, especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e em crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, traz os seguintes números de seqüestros e apreensões de bens e valores de pessoas investigadas:

Em dois anos foram seqüestrados aproximadamente R\$ 4 bilhões do crime organizado em Mato Grosso do Sul, 85 fazendas, que totalizam 360 mil hectares, 560 automóveis entre carros populares e BMW e Mercedes, 20 motocicletas, 18 aeronaves, que variam de R\$ 80 mil a R\$ 1 milhão, 80 lotes urbanos e rurais, 50 casas e 35 apartamentos, R\$ 15 milhões em dinheiro, sem contabilizar o valor de jóias e computadores (OLIVEIRA, O.; 2008, p. 13a).

A reportagem traz ainda os seguintes dados fornecidos pelo Juiz :

Em Mato Grosso do Sul, 170 inquéritos instaurados pela Polícia Federal apuram as ações do crime organizado, como “lavagem” de dinheiro e ligações com o narcotráfico. Somente na Vara Especializada na “lavagem” de dinheiro, foram instaurados 140 processos desde outubro de 2005, sendo que 115 continuam tramitando (OLIVEIRA, O.; 2008, p. 13a).

Como se vê, a Lei n. 9.613/1998 trouxe medidas rígidas, e a sua aplicação tem sido efetiva, e quem por ventura for acusado da prática de um dos ilícitos previstos na lei, ficará sujeito a ter seus bens seqüestrados e ou apreendidos, ainda na fase investigatória, medidas essas que poderão ser decretadas de ofício pelo magistrado, a requerimento do Ministério Público ou ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, e que poderá culminar na venda antecipada dos bens.

Feitas essas ponderações, torna-se relevante, como um primeiro passo, saber em que momento as autoridades policiais podem lançar mão dessas medidas no que diz respeito à qualidade em que se encontra o sujeito: se poderá decretá-las, quando

ele é somente “investigado” ou quando já foi indiciado, ou se somente na fase judicial, quando o sujeito figura como acusado.

A TERMINOLOGIA UTILIZADA NO ARTIGO 4º DA LEI N. 9.613/1998 E ARTIGO 125 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Nas lições de De Plácido e Silva (2008, p. 733), investigado “[...] é a pessoa contra quem é intentada a investigação, [...], indiciado, designa a pessoa a quem se fez uma imputação criminal, em virtude do que se iniciou contra ela uma ação penal”. O jurista Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 86) apresenta as seguintes definições para os termos: acusado e indiciado.

Acusado é o sujeito passivo – e também parte – da relação processual. Enquanto transcorre a investigação, deve-se denominá-lo de indiciado, se, formalmente, apontado como suspeito pelo Estado. No momento do oferecimento da denúncia, torna-se acusado ou réu.

Assim, se o artigo 4º¹⁷ da lei usa o termo acusado e a medida assecuratória prevista no artigo 125 do Código de Processo Penal utiliza a palavra indiciado, entendemos que o correto seria decretar a medida somente quando o sujeito já se encontrasse formalmente indiciado. Aclarando o tema, para Aury Lopes Junior “indiciado é a pessoa formalmente submetida ao inquérito policial”, a qual pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito (2006, p. 307), e ainda, como bem observa Marcellus Polastri Lima, acusado “[...] é a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito primário e absoluto da defesa” (2005, p. 50).

O artigo 103 da Instrução Normativa n. 1, de 10 de janeiro de 1992, expressa, a propósito, os exatos contornos de como se deve efetivar o indiciamento: “A indicição somente será procedida após colhidas as provas necessárias à comprovação da ocorrência e da autoria da infração penal” (SIRINO; TAGGESELL, 2001). Relativo a isso, Mauro de Ávila Martins Filho, Delegado de Polícia Federal, Chefe da Delegacia de Repressão a Crimes contra o Patrimônio de Manaus, assim se manifesta:

Ordinariamente, o procedimento de investigação mediante inquérito policial não possui roteiro pré-definido. Ficam as providências e rumos da investigação a cargo da discricionariedade da autoridade policial que o preside. Não obstante, a lei entendeu por bem tipificar algumas poucas medidas pré-processuais. O ato de indiciamento, também chamado de indicição, não é expressamente pormenorizado pelo Código de Processo Penal (CPP), porém a prática policial padronizou-o e terminou por compor as “formalidades de indiciamento”. São elas compostas pelo Despacho de Indicição, Auto de Qualificação e Interrogatório, Boletim de Vida Progressiva e

¹⁷ Art. 4.º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, **havendo indícios suficientes**, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. (BRASIL, 2008c, grifo nosso).

Prontuário de Identificação Criminal. Assim, quando a autoridade policial constata a existência de uma infração penal e descobre o autor e partícipes do fato, **deve necessariamente indiciá-los. Trata-se de ato formal de polícia judiciária que tem por efeito principal a conversão do status do sujeito passivo de "investigado" para "indiciado"**. Isto significa maior sujeição à investigação preliminar e insinua a adoção de medidas pré-processuais invasivas, conforme o caso. Um outro efeito, de natureza prática, é o registro da imputação nos assentamentos pessoais no indiciado, nos termos do art. 23 do CPP (2008, grifo nosso).

Assim, se a própria Lei 9.613/1998 estabeleceu a terminologia, resta claro que as medidas assecuratórias não podem incidir sobre os bens dos sujeitos que se encontram somente na qualidade de investigado, sendo indispensável o prévio indiciamento ou a acusação, para, só a partir daí, lançar mão da medida assecuratória de seqüestro, a menos que o legislador tenha tratado os termos investigado, indiciado e/ou acusado como sinônimos.

Corroborando essa afirmação, o próprio artigo 4º da Lei n. 9.613/1998, ao trazer a necessidade dos “indícios suficientes”, e como indícios suficientes são aqueles indícios fortes, claros, capazes de se descobrir uma infração penal, seus autores e partícipes, há necessidade do indiciamento para que o investigado tenha maior sujeição à investigação e às medidas pré-processuais invasivas (MARTINS FILHO, 2008), porém, como bem observa Guilherme de Souza Nucci, (2008, p. 320) “[...] não são quaisquer indícios que servem para sustentar o seqüestro, privação incidente sobre o direito de propriedade constitucionalmente assegurado, mas somente aqueles que forem vigorosos”, determinação esta contida no artigo 126 do Código de Processo Penal.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O § 2º, do artigo 4º, da Lei n. 9.613/1998, prevê que “o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem” (BRASIL, 2008c). Nesse sentido, discute-se a constitucionalidade, pois a lei trouxe uma verdadeira inversão do ônus da prova, cabendo ao investigado, indiciado ou acusado provar que seus bens foram adquiridos com capital de origem lícita e, enquanto não conseguir provar a origem lícita dos bens, estes ficam constrictados.

Em que pese o artigo 67¹⁸, da Exposição de Motivos nº. 692 da Lei 9.613/1998, prever a inversão do ônus da prova, a explicação, tanto da exposição de motivos quanto da Lei, não é convincente, uma vez que praticamente coloca as autoridades policiais como incapazes de descobrir o mínimo que seja da verdade, já que,

¹⁸ Art. 67. Observe-se que essa inversão do ônus da prova circunscreve-se à apreensão ou ao seqüestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7º, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o seqüestro, a prova da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, estariam inviabilizadas as providências, **em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova** (BRASIL, 2008d, grifo nosso).

em outras palavras, estabelece que nessa fase a prova seria “ilusória, “utópica”, “irreal”. Isso não corresponde à verdade nos dias atuais, mesmo porque se entende que os agentes federais sejam pessoas com alto grau de capacitação e, ainda, o avanço das tecnologias proporciona maior facilidade ao acesso de dados, sejam bancários, fiscais, entre outros.

O artigo 34 da Exposição de Motivos n. 692/1996 é claro ao afirmar que: “[...] a característica da lavagem de dinheiro é introduzir na economia bens, direitos e valores provenientes de atividades ilícitas” (BRASIL, 2008d). Em assim sendo, tem de haver uma certeza clara sobre qual ou quais são as atividades ilícitas, e qual ou quais bens foram adquiridos dessa forma. Mais uma vez se faz necessário o mínimo de uma acusação formal, para fazer valer as garantias do indiciado ou do acusado.

Pois, como bem observa Andre Luis Callegari (2008, p. 86), ao discorrer sobre o bem jurídico protegido na Lei 9.613/1988, “a Justiça não pode esperar que os autores dos delitos antecedentes façam a declaração do conhecimento dos seus próprios crimes, ou declare que a origem de parte do patrimônio é oriunda de atividade ilícita”.

É cediço que o tempo estipulado de 120 dias para o início da ação penal nos crimes dessa natureza é muito curto. Assim, é totalmente desproporcional decretar a medida [se não houver indícios suficientemente fortes, capazes de sustentar o indiciamento e a acusação] e, muito mais, mantê-la por anos a fio, até que a autoridade policial possa colher as provas necessárias para a comprovação da ocorrência e da autoria da infração penal.

Ora, se a própria lei permite ao magistrado suspender o seqüestro no curso das investigações para não comprometê-las, com mais razão poderão as autoridades policiais deixar de requerê-las, e o juiz deixar de decretá-las, apenas sob o fundamento de salvaguardar os interesses da justiça, traduzindo “identificar a origem dos bens”, pois, como é sabido, a maioria dos bens objeto de seqüestro possuem registros, principalmente os imóveis, deixando, portanto, rastros.

Destarte, ainda que o seqüestro não retire de imediato a propriedade dos bens do investigado [o que segundo a lei só ocorrerá como efeito da condenação], os seus efeitos extrapolam a pessoa do investigado bem como a sua finalidade, e atingem o investigado e seus familiares, como também os terceiros de boa-fé, já que o prazo previsto no § 2º da Lei n. 9.613/1998 é apenas hipotético, pois na prática o seqüestro só será levantado se, por ventura, o acusado conseguir provar a origem lícita dos bens, ou se, ao final do processo, for absolvido e isso poderá demorar anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, chega-se ao raciocínio de que para que a medida assecuratória de seqüestro seja válida e eficaz, tem de haver, no mínimo, provas confiáveis e individualização antecipada desses bens, ou seja, tem de se saber exatamente se foram e quais foram adquiridos de forma ilícita, até porque, como esclarece Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2008, p. 171), “o gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição que poderá ser causada ao direito com o provimento final do processo”, como bem salientado por Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 61), “o Estado, ao agir tanto na posição de acusador quanto na de julgador, não pode praticar qualquer excesso em sua atividade”, ao contrário deverá buscar o equilíbrio necessário para manter o Estado Democrático de Direito, e sobretudo não instituir um Estado autoritário, em que o processo penal serve apenas aos interesses do próprio Estado. É por esse motivo que só será razoável seqüestrar os bens, produto ou proveito do crime de “lavagem” de dinheiro de quem se

encontra formalmente indiciado ou acusado, jamais de quem figura apenas como investigado. Caso contrário, haverá total desequilíbrio entre a busca da tutela penal e as garantias fundamentais da pessoa humana, ferindo profundamente as garantias consagradas na Carta Magna, principalmente as garantias referentes aos direitos humanos.

Não obstante a medida seja de urgência para garantir futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, pagamento de despesas processuais ou penas pecuniárias ao Estado, ou para evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa, tais medidas cautelares não podem ser utilizadas como mero instrumento de investigação, ou somente sob o fundamento de garantir a “administração”.

Em face do exposto, antes de lançar mão de tais medidas, não resta, portanto, outro procedimento que não o de uma investigação completa, minuciosa, devendo a cautelar de seqüestro recair somente sobre os bens produto ou proveito de crime dos sujeitos formalmente indiciados ou acusados, não apenas meros suspeitos. Se assim não ocorrer, a atuação do Estado trará sérios efeitos não só processuais mas extraprocessuais, gerando desequilíbrio entre a busca pela tutela penal e as garantias processuais e fundamentais do investigado.

Neste aspecto, cabe ao Estado a estrita observância das garantias individuais tanto do Processo Penal como da Constituição Federal, pois, diante de um Estado Democrático de Direito, somente se podem suprimir garantias quando devidamente comprovado e motivado, isto é, de forma clara e com paridade de armas. Assim, não resta alternativa às autoridades policiais e judiciárias, senão a de deixarem de lançar mão dessas medidas restritivas, se estas não resultarem de uma investigação minuciosa, embasada em indícios contundentes, capazes de sustentar o prévio indiciamento e capazes de sustentar uma futura ação penal. Para isso é que a polícia judiciária deve ter pessoal técnico e especializado em investigar crimes dessa natureza.

Por derradeiro, não se quer com esta pesquisa esgotar o assunto e muito menos compactuar com a criminalidade, ao contrário, o ordenamento jurídico existe e é para todos, uma vez que a ninguém é dado o direito de desconhecer a lei e muito menos desrespeitá-la. E, se a lei existe, deve ser aplicada. No entanto, a sua aplicação jamais poderá ser arbitrária, nem caminhar às avessas das normas processuais e dos princípios e regras constitucionais, insertas no nosso ordenamento jurídico, lembrando que o sujeito, mesmo na condição de investigado por delitos graves, não deixou de ser pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. (Coords.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVlaw). p. 169-201.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 2. ed. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008a.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008b.

_____. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008c.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Exposição de Motivos n. 692, de 18 de dezembro de 1996. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/siscoaf/portugues/lavagem/exposicao_motivos.htm>. Acesso em: 17 abr. 2008d.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 73.271-SP, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo153.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2008e.

CALLEGARI, Andre Luis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613/98*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CERVINI, Raul; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONSULTOR JURÍDICO. *Crimes financeiros: investigação comum não combate lavagem de dinheiro*. São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/59815_1>. Acesso em: 29 jun. 2008.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: São Paulo: Millenium, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crimes) – anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS FILHO, Mauro de Ávila. *O instituto do indiciamento e as infrações de menor potencial ofensivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1330, 21 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9519>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

MATO GROSSO DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. Regulamento das atividades da Polícia Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul (R-12). Campo Grande, 2007. Versão impressa. Publicado no Diário Oficial do Estado nº 5916, de 14 de janeiro de 2003. R-12: Regulamento aprovado pela Deliberação CSPC/MS Nº 12/2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. atual. de acordo com a reforma Processual Penal de 2008 (leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Odilon de. Justiça seqüestra R\$ 4 bi de narcotraficantes em MS. *Correio do Estado*, Campo Grande, p. 13a, 18 maio 2008. Entrevista realizada pelos jornalistas Edvaldo Bitencourt e Neiba Ota.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal – o direito de defesa: repercussão; amplitude e limites*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITOMBO, Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. MS n. 70014672356, Relator, Nereu José Giacomolli, 6ª Câmara Criminal, julgado em 26.04.2007. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/acordaosDetalhe.asp?AID=48>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal. Processo 200.60.02.002117-2. Relator Juiz Peixoto Junior, 2ª Turma, julgamento em 20.06.2006, DJU de 21.07.2006, p. 305. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br/trf3r/index.php?id=865>>. Acesso em: 31 ago. 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev., por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIRINO, Sérgio Inácio; TAGGESELL, Hildegard. *Inquérito policial federal: instrução normativa n. 01/92 e suas intersecções legais*. Curitiba: Juruá, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER: UM OLHAR SOBRE A ANENCEFALIA*

FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN: A VIEW ABOUT ANENCEPHALY

Francisco Davi Fernandes Peixoto

RESUMO

Recentemente, com a interposição da ADPF nº 54 junto ao STF, passou-se a se discutir proibição ou legalização não da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Apesar de a jurisprudência já vir discutindo o assunto há mais de 15 anos, o mesmo se mostra deveras atual em face da ausência de consenso sobre o mesmo. Cumpre destacar que, apesar de se tratar de matéria de grande interesse para o direito penal, vez que os dispositivos contestados pelo remédio constitucional são justamente artigos do Código Penal brasileiro, a matéria é de importância salutar para o direito constitucional, em especial para os direitos fundamentais, vez que nesta estão envolvidos diversos direitos fundamentais da mulher, tais como o direito à saúde, à integridade física e psíquica, à vida privada etc., que estariam em conflito com o suposto direito à vida do anencéfalo. Além disso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em relação à gestante, também seria gravemente ameaçado pela criminalização da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Trata-se de questão de difícil resolução a que o Pretório Excelso se debruça, tendo inclusive realizado audiências públicas para elucidar sua cognição sobre a mesma. Ademais, esta problemática envolve também os direitos ditos sexuais e reprodutivos da mulher, verdadeiros direitos fundamentais derivados implicitamente da CF/88, mas que não alcançam grande eficácia na sociedade brasileira em face da forte tendência machista e discriminatória desta.

PALAVRAS-CHAVES: ANENCEFALIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT

Recently, with the interposition of ADPF nº 54 on the STF, it started to discuss the prohibition or legalization of the therapeutic anticipation of the birth the anencephalyc

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

fetuses. Although the jurisprudence is discussing the issue for over 15 years, it shows quite current in the face of the lack of consensus on it. stands out that, while this is a matter of great interest to the criminal law because the devices challenged by the constitutional remedy are precisely some articles of the Brazilian Penal Code, the matter is very important for the constitutional law, in particular for fundamental rights, since there are a lot of fundamental rights of women involved, such as the right to health, the right to physical and mental integrity, who would be in conflict with the supposed the right to life of the anencephalyc fetus. Moreover, the Principle of Human Dignity of the person in relation to pregnant women, would also be seriously threatened by the criminalization of the therapeutic anticipation of the anencephalyc fetuses. This is a difficult matter to solve for the Brazilian Supreme Court, so that it made public hearings to clarify their cognition about this. Moreover, this issue also involves the sexual and reproductive rights of women, which are real fundamental rights derived from CF/88 but also not achieve great efficiency in brazilian society because of his strong trend to be discriminatory and sexist.

KEYWORDS: ANENCEPHALY. FUNDAMENTAL RIGHTS. SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS. PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF HUMAN PERSON.

INTRODUÇÃO

Os avanços biomédicos do século XX foram significativos para a prevenção e cura de doenças que até então assolavam a humanidade. De fato, a alvorada do século passado iniciou um movimento avassalador de inovações na área da biotecnologia que se estende até a presente data[1].

Quase que mensalmente, surgem novas técnicas biomédicas, permitindo diagnosticar cada vez mais cedo diversas patologias que eram indetectáveis no passado. A anencefalia, por exemplo, não era passível de ser diagnosticada à época da positivação do Código Penal brasileiro. Atualmente, em face de avanços nos exames pré-natais, pode a mesma ser constatada com 100% (cem por cento) de certeza

Almeida asseverou que:

Graças aos avanços alcançados pela medicina, hoje é possível fazer exames pré-natais para diagnosticar alguma anomalia, exames como a ultra-sonografia e a amniocentese dão a possibilidade dos pais escolherem se desejam levar a gravidez até o fim[2].

Porém, o descobrimento por parte do homem do poder contido na tecnologia, quando aplicado à área das ciências da saúde, trouxe também novas e delicadas questões acerca da existência humana e sobre a necessidade de se imporem limites à pesquisa científica, principalmente quando se lida com assuntos como o início e término da vida, dos limites da manipulação da vida humana.[3]

Este avanço científico inevitavelmente gera repercussões sociais variáveis, especialmente quando leva em considerações questões polêmicas como a dos fetos anencefálicos. De fato, o judiciário brasileiro vê-se cada vez mais abarrotado com

demandas acerca da antecipação da gestação de tais fetos que, conforme será visto, são totalmente incompatíveis com a vida extra-uterina.

A atualidade do assunto é tal que recentemente bateu as portas do Supremo Tribunal Federal - STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54 interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores e Saúde - CNTS. Apesar de a jurisprudência pátria já lidar com o assunto a mais de 15 anos, o tema encontra-se cada vez mais presente em meio à sociedade, não havendo consenso, motivo pelo qual se justifica o interesse pelo tema. Tanto é que foram realizadas recentes audiências públicas[4] nos dias 26 e 28 de agosto e nos dias 4 e 16 de setembro, a fim de que fossem ouvidos diversos setores da sociedade brasileira.

A ADPF nº 54 trata da possibilidade de uma legítima, constitucional e legal antecipação terapêutica do parto de anencéfalos. Questiona especificamente os arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro em face dos seguintes preceitos fundamentais expressos na Carta Magna de 1988: a Dignidade da Pessoa Humana (Art 1º, III), a Legalidade, em seu conceito mais amplo, da Liberdade e da Autonomia da Vontade (art. 5º, II) e também os diretamente relacionados à Saúde (Art. 6º *caput*, e Art .196).

Esses preceitos, dentre os quais se incluem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no caso específico da anencefalia, são relativos não aos fetos anencefálicos, mas às gestantes cujos fetos padecem desta mal formação, de modo que as mesmas teriam aqueles direitos cerceados em face da criminalização desta conduta.

A criminalização e proibição da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, além de representar uma violação dos citados preceitos fundamentais destacados na ADPF nº 54, demonstra também um reflexo da dominação e discriminação de gênero à mulher na sociedade brasileira. Assim, atinge os direitos sexuais e reprodutivos da mulher que, apesar de para parte da doutrina terem status de meros direitos humanos, são em verdade direitos fundamentais, gozando, nos moldes da Constituição Federal de 1988 – CF/88, de eficácia imediata.

1 ANENCEFALIA: BREVE CONCEITUAÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS

Na exordial da ADPF nº 54, Barroso[5] define anencefalia como a má formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Segundo Sebastiani:

A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria que cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência dos hemisférios cerebrais e pela exposição do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico.[6]

O termo “malformação” é auto-explicativo, constituindo formações irregulares do feto, não sendo necessário tecermos informações para defini-lo. Já o termo congênito carece de algumas considerações.

Congênito significa que o defeito está presente no feto antes, durante e depois de sua concepção. É uma patologia determinada por diversos fatores chamados teratogênicos ou teratógenos, que atuam diretamente sobre o ser em formação, ampliando a probabilidade de tais patologias. São exemplos destes fatores as diversas formas de radiação, vírus, drogas e doenças maternas existentes[7].

Ressalte-se ainda que comprovadamente os fatores teratogênicos não são as únicas causas que incidem e concorrem para que ocorra a anencefalia, outros fatores como descendência e etnia também o fazem.

É fato cientificamente comprovado que nenhum anencéfalo sobreviveu mais que um tempo irrisório quando fora do corpo da mãe[8]. Cerca de 75% (setenta e cinco por cento) nascem mortos e os 25% (vinte cinco por cento) restantes só sobrevivem poucas horas, dias e, em casos raríssimos, semanas.

Deveras, cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) sequer chega a nascer, vindo a falecer[9] ainda durante a gestação. Destarte, conclui-se que ocorre total incompatibilidade com a vida extra-uterina[10]. “Em 65 % (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos ocorrerá a morte cardiorrespiratória intra-útero,[...]”.[11]

Mister ressaltar novamente que, no caso da anencefalia, as ciências médicas e biológicas atuam com um grau de certeza absoluto, ou seja, de 100% (cem por cento). Ademais, das diversas malformações fetais que podem acontecer durante o desenvolvimento embrionário, a anencefalia é a mais grave.

Apesar de manter algumas funções vegetativas, relacionadas ao sistema respiratório e circulatório, dependentes da medula espinhal, o anencéfalo nunca terá consciência. Jamais desenvolverá as funções relacionadas ao sistema nervoso central, tais como a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade e a emotividade.

Tem aparência grotesca, hedionda e bizarra, assemelhando-se a de uma rã, com ausência de calota craniana com protusão dos olhos. Não é a toa que, para a ciência médica, a descrição da anencefalia é a de uma “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula.”[12] A despeito de, em alguns raros casos, os olhos do anencéfalo parecerem normais, o nervo ótico, comprovadamente, não se estende até o cérebro

A gestação de fetos anencefálicos representa geralmente 30-50% (trinta a cinquenta por cento) dos casos complicações na gravidez. Pode ocorrer macrossomia fetal (fetos grandes e desproporcionais), dificuldade respiratória para a gestante, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, atonia uterina pós-parto e outras complicações. Assim, este tipo de gravidez coloca a própria vida da gestante em risco.

2 INEXISTÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DO ANENCÉFALO

Consoante os dados acima destacados, pode-se chegar à seguinte conclusão: os fetos anencefálicos não nascem com e para a vida, mas sim irremediavelmente para a morte.

É uma certeza científica da qual não resta dúvida alguma, apesar do que dizem as crenças pessoais de cada pessoa.

Destarte, não se irá adentrar aqui na interminável discussão acerca do início da vida que, quiçá, seja filosófica e biologicamente irrespondível. Importa saber que, de acordo com os critérios para se constatar a morte adotados no direito brasileiro, fetos anencefálicos não podem ser logicamente considerados seres vivos.

No Brasil, a Lei nº 9.434/9 - Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos e a Resolução nº 1.480 de 8 de agosto de 1997[13] do Conselho Federal de Medicina - CFM tratam dos critérios para a constatação da morte. Esta é averiguada de acordo com o período de tempo no qual o indivíduo permanece em coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia, variando aquele período conforme a faixa etária de cada paciente.

É capital também que a morte encefálica seja consequência de um processo irreversível e de causa conhecida. Tecnicamente, é mais seguro e plausível afirmar que um paciente está morto de acordo com os critérios da Resolução nº 1.480/97 do conselho. Tais critérios são simples, objetivos, universais e transparentes, não deixando margem para dúvida acerca de sua licitude e plausibilidade.

Sá, baseando-se na legislação nacional estabelece três critérios para a constatação da morte cerebral:

I) Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções, acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático, etc.

II) Seis horas de observação da ausência de função cerebral são suficientes em caso de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool estejam envolvidos na etiologia do tratamento. Caso contrário, 12 horas, mais investigação negativa de drogas, são necessárias.

III) Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos na localidade entre a coluna e o crânio; pupilas fixas; ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares; apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos.[14]

Já Rocha[15], citando igualmente os dispositivos do ordenamento brasileiro taxativos do conceito de morte cerebral mencionados, destaca que, para que se constate a morte encefálica, deve-se obedecer a dois princípios básicos: a perda da função cerebral e a irreversibilidade deste estado.

De tal modo, tendo por base a legislação e a doutrina nacional, é palmar reconhecer que o feto cuja anencefalia foi diagnosticada não está vivo, pois “[...] sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”[16] Assim, ao se antecipar o parto de um

feto que padece de anencefalia não ocorre prática de crime de aborto, e sim um mero tratamento terapêutico lícito.

Para que houvesse crime de aborto o fato deveria ser necessariamente típico, antijurídico e culpável, porém, no caso do anencéfalo, o feto não é considerado vivo pelos critérios legais existentes na atualidade. É natimorto, de modo que se este não é ser vivo, há absoluta impropriedade do objeto jurídico visado pela conduta.

Por conseguinte não há qualquer afronta ao bem jurídico da vida protegido pelos tipos penais que regulam a conduta do abortamento. Não haveria sequer necessidade de concessão de alvará judiciais para o procedimento de antecipar o parto de anencéfalos. Aliás, demora na concessão desses, muitas vezes faz com que o parto ocorra em face da morosidade de justiça brasileira.

Contudo, infeliz é a realidade de que as funestas conseqüências da criminalização da anencefalia não se subscrevem à seara do direito penal. Mais atroz e dramáticas são as suas conseqüências para os direitos fundamentais da mulher.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CASO DOS FETOS ANENCEFÁLICOS

Viu-se que os fetos anencéfalos, sob a ótica da legislação brasileira, não possuem direito à vida. Apesar disso, parte da doutrina, em geral autores mais conservadores e ligados à igreja católica, o direito à vida seria um direito inato, inerente ao ser humano desde o momento do início da vida que se daria com a concepção[17], incluídos aí os anencéfalos.

Estes autores vão mais além ao sustentar que a CF/88, ao prever a inviolabilidade do direito à vida, não teria sequer recepcionado os dispositivos normativos do Código Penal brasileiro que tratam da possibilidade de aborto legal, comparando-o ao assassinato.[18] Para os mesmos a vida seria um direito absoluto.

De acordo com parte significativa da moderna teoria dos direitos fundamentais, não existem direitos absolutos. Conforme ressaltou Alexy, em uma colisão entre interesses, inexistente uma precedência absoluta de um direito em relação a outros, pois

[...] nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.[19]

Ademais, Leciona Lima[20] que a vida nunca foi tida como um direito ou valor supremo. Entre os povos antigos, por exemplo, os valores espirituais ou sagrados eram tidos como mais elevados que os valores vitais. Em sentido similar, Pessini destaca que, ao analisarmos a vida como um valor, a vida orgânica sempre teve uma avaliação inferior a valores éticos e religiosos. De acordo com esse:

Sempre se considerou uma característica de heroísmo ou de santidade que alguém dê sua vida para ajudar seus semelhantes (valor ético) ou para defender suas próprias crenças (valor religioso).

[...]O significado do princípio da sacralidade da vida é absoluto porém formal, e que a determinação material dos conteúdos do respeito à vida não pode ser absoluta, mas pode mudar com o tempo.

Cada sociedade e cada pessoa devem dotar de conteúdo em cada momento concreto o princípio formal de sacralidade da vida humana.[21]

Dessa forma, conclui-se que a vida não é um bem de valor absoluto e imemorial. Um determinado bem só é valorizado sob a perspectiva de uma cultura ou tradição ética resolvida, ou seja, os bens, dentro os quais a vida, são historicamente valorizados.

Importa destacar ainda que entre os próprios católicos, a questão de que o início da vida se dá com a concepção é controvertida. Tomás de Aquino, influenciado pela teoria aristotélica do hilemorfismo, defendia a teoria da animação retardada[22], segundo a qual o feto só teria alma a partir do que denominava “sopro de vida” que se daria em torno de 40 a 80 dias da concepção[23]. Consoante a lição de Pedro:

[...] convém destacar que no início da era cristã, era seguido o preceito antigo, com origem em Aristóteles, de que a alma só ocorria no feto masculino após quarenta dias, e no feminino após noventa dias. Na tradição cristã a alma feminina antecipou-se em dez dias, introduzindo-se após oitenta dias. Esta diferença entre a concepção e a ocorrência da alma estava relacionada com o pressuposto de que “nenhuma alma” poderia “viver num corpo não formado”[24]

O Brasil é um país laico. Expressamente estabeleceu a liberdade religiosa como direito fundamental (art. 5º, VI da CF/88) e a laicidade do Estado como princípio constitucional (at. 19, I da CF/88).

O ente estatal não deve atuar ou legislar em matérias que dizem respeito à autonomia dos indivíduos, a sua individualidade e subjetividade, como, por exemplo, o direito à liberdade religiosa. Os direitos fundamentais a intimidade e a vida privada das mulheres devem ser resguardados como forma de garantir a sua própria dignidade como indivíduos e pessoas racionais, sua liberdade de autodeterminação conforme ver-se-á infra.

Deste modo, cabe ao Estado garantir a igualdade, segurança e o mínimo vital aos seus cidadãos, atuando de forma neutra nos campos da moral, ideologia e cultura, não invadindo a vida privada dos indivíduos a não ser para coibir condutas que prejudiquem seus pares. Deveras, em uma sociedade pluralista o Estado deve “[...]respeitar e proteger tanto os que crêem (seja qual for a crença) quanto os que, simplesmente, não crêem. Nos moldes da doutrina de Dias e Andrade:

[...]sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais [...]. Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o

inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem ao diretamente ao alheio.[25]

Não bastassem tais considerações, em verdade, no caso da gestação dos fetos anencefálicos, a vida que se apresenta em risco é a da gestante, pois é a mesma que tem de sofrer com as prováveis complicações que poderão vir a ocorrer no transcorrer daquela. Nestas gestações, a mulher tem 25% (vinte cinco por cento) mais chances de ter doenças hipertensivas, aumentando as possibilidades de desmaios e convulsões, sendo o parto cerca de 22% (vinte dois por cento) mais arriscado que um parto normal. O próprio trabalho de parto que normalmente dura cerca de 6 a 8 horas no caso em questão chega a durar de 14 a 18 horas[26].

Destarte, o direito à saúde da mulher é posto sob grave ameaça no caso da gestação de fetos anencefálicos. Não apenas a saúde física, mas também da saúde psíquica, isto é, psicológica da mulher[27], pois obrigar uma mulher a levar a termo uma gestação sabidamente inviável pode ser comparado a uma tortura psicológica. Pior ainda, uma tortura institucionalizada, pois é imposta pelo Estado.

Por sua vez, quanto ao Princípio da Dignidade Pessoa Humana, exposto no art.1º, III da CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil, é de se destacar que o mesmo visa à pessoa humana. Urge assim diferenciar pessoa de ser humano. O primeiro a tratar do conceito de pessoa foi Severino Boécio, para muitos considerado o último dos romanos e o primeiro dos escolásticos[28].

Para Boécio, três seriam as características que qualificariam a pessoa: substância, individualidade e racionalidade. A individualidade seria condizente ao aspecto individual da pessoa, ao passo que a racionalidade ao seu aspecto universal, ambos integrados em uma única substância, uma única subsistência[29].

Destaca-se também a filosofia de Kant. Para o filósofo de Königsberg, os seres humanos, enquanto racionais não obedecem outra lei senão aquelas que eles mesmos dão a si mesmos. Destarte, sua vontade é tida como legisladora universal, sendo autônoma perante a lei. Kant trata então do que chama reino de fins, qual seja do vínculo existente entre os seres racionais que se submetem àquelas leis criadas por sua vontade.

A moralidade em Kant é justamente o fato estes seres racionais terem que obedecer ou proceder segundo estas leis, pois só podem integrar um reino de fins se forem tidos como legisladores universais.

Em um reino de fins os fenômenos ou têm dignidade ou preço. Se têm preço é porque possuem valor relativo, podendo serem permutados por coisas de valor equivalente, já se têm dignidade é porque possuem valor interno, ao podendo ser vendidos ou permutados.

A humanidade possui dignidade, pois, conforme visto supra, os seres humanos são tidos como fins em si mesmos. Todavia, também a moralidade tem dignidade, vez que aquela é condição para que os seres humanos racionais sejam fins em si mesmos.[30]

As pessoas humanas são justamente esses seres racionais que não possuem preço, isto é, que são fins em si mesmo, possuindo dignidade. Assim, são iguais e racionais, de modo que a moral kantiana baseia-se justamente no famoso imperativo categórico: Age segundo a máxima de que possas a todo tempo querer que se tornasse uma lei universal.[31]

Após a análise do pensamento de ambos os filósofos, conclui-se que o anencéfalo careceria do qualificativo pessoa, pois não possui as características inerentes a essa. Ao se falar de Dignidade da Pessoa Humana não se inclui aí o feto anencefálico. A suposta vida do anencéfalo vida sequer pode ser considerada “vida”, quanto mais vida digna.

A natureza da pessoa humana não tem apenas uma, mas múltiplas dimensões, ou seja, não apenas uma dimensão biológica individual. A partir da concepção não há de imediato uma pessoa humana devidamente constituída, mas apenas potencial, visto que sua composição também comporta aspectos sociais, filosóficos, espirituais e políticos. Aristóteles em sua obra “Política”, destacando a natureza associativa do ser humano destacou que:

Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim os homens a se associarem. Àquele que primeiro estabeleceu isso se deve o maior bem; porque se o homem, tendo atingido a sua perfeição é o mais excelente dos animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos[32]

Os anencéfalos jamais poderiam desenvolver as demais dimensões que compõem uma pessoa humana na sua própria dimensão biológica já é deficiente em demasia. Não possuem portanto dignidade, pois não são pessoas humanas. Segundo o Ministro Carlos Ayres de Britto, no julgamento da ADI 3510:

[...]nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.[33]

Um outro argumento que freqüentemente se levanta a favor da proibição da gestação de fetos anencefálicos é o de que os mesmos, apesar de inviáveis do ponto de vista extra-uterino poderiam fornecer órgãos para transplantes[34], porém tal prática violaria a Dignidade da Pessoa Humana da gestante, pois coisificaria o seu corpo transformando o mesmo num mero depósito de órgãos frescos.

Tal argumento, bem como os demais contrários à antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, vão de encontro ao princípio kantiano de que a Dignidade da Pessoa Humana que reside justamente na autonomia ética, qual seja, a autonomia da pessoa de se autodeterminar e agir conforme sua autodeterminação.[35]

Conclui-se, portanto, que a criminalização da antecipação do parto na gestação de fetos anencefálicos é contrária a diversos direitos fundamentais da mulher, tais como o direito à vida, à saúde, à intimidade, à privacidade, à liberdade religiosa além de violar a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Urge destacar ainda um último ponto, qual seja a questão da visão desta proibição à mulher como forma de violação dos seus direitos sexuais e reprodutivos, reflexo da sociedade patriarcal e machista brasileira.

4 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER EM FACE DA ANENCEFALIA

4.1 Sobre os direitos sexuais e reprodutivos

Tradicionalmente, o controle da sexualidade feminina foi um dos diversos instrumentos de dominação nas sociedades ocidentais para a imposição de um padrão comportamental às mulheres. O domínio sobre os corpos femininos visava justamente coibir a autonomia das mulheres quanto à possibilidade de se expressar sexualmente, sendo bem sucedido e até mesmo intensificado na Era Moderna.

A diferenciação entre as chamadas mulheres honestas e as mulheres faladas, isto é, entre aquelas que obedeciam quase que bovinamente as ordens dos pais e maridos, e as que tinham suas condutas “socialmente indesejáveis” criminalizadas, visava justamente atender aos interesses das elites burguesas que aspiravam um comportamento tido como ideal de suas esposas e filhas[36].

Conforme destaca Foucault[37], a sexualidade atual como ponto de passagem nas diversas relações de poder da sociedade, ente homens e mulheres, pais e filhos, educadores e alunos etc, sendo nessas um dos elementos dotados de maior instrumentalidade, sendo a histerização do corpo da mulher um dos grandes procedimentos de poder a respeito do sexo.

Na sociedade moderna ocidental foi, e ainda é, fato comum taxar de criminosos aqueles indivíduos que integrem minorias marginalizadas, tais como mulheres, negros, prostitutas, homossexuais etc. Busca-se através disso inibir cada vez mais estes, além de legitimar o uso da força contra os mesmos, inclusive com o uso do direito penal[38].

Foi apenas no século passado que a mulher deixou de ser uma mera atriz secundária na sociedade política para começar a atuar como verdadeira protagonista, adquirindo paulatinamente a cidadania que a muito lhe era renegada. Escreve Santos que:

O papel da mulher na sociedade vem passando por mudanças drásticas no mundo. Os movimentos de emancipação nos países ocidentais industrializados encontram paralelos, embora minimizados, mesmo nas mais remotas comunidades rurais. Há países nos quais o padrão de vida das mulheres sofreu mudanças concretas e positivas. Em outros, as mudanças são menos definitivas, representando, muitas vezes, apenas uma melhoria da

consciência sobre as circunstâncias de suas vidas, um repúdio aos antigos preconceitos de submissão e um vago sentimento de instabilidade.[39]

Consoante a lição de Bobbio[40], os direitos humanos não estão estanques, mas sim num constante processo de evolução histórica, daí a sua característica que se denomina de historicidade dos direitos humanos. No mesmo sentido doutrina Ávila:

Os conceitos de direitos humanos e cidadania vão se forjando historicamente e variando no tempo a partir de conflitos e lutas sociais e políticas. A cada contexto histórico, pensadores/as teóricos/as reelaboram seus significados em diversas perspectivas políticas e epistemológicas, o que faz com que esses conceitos recebam diversas definições e interpretações dentro de uma mesma época.[41]

Só recentemente, principalmente a partir da década de 1990, com as Conferências do Cairo em 1994[42] e de Beijing em 1995, que os direitos sexuais e reprodutivos passaram a ser considerados como integrantes do rol dos direitos humanos.

O conteúdo básico dos direitos sexuais e reprodutivos concerne à liberdade de reprodução, à liberdade inerente à condição humana que homens e mulheres (principalmente as mulheres) possuem acerca do desejo de se reproduzir ou de não o fazer. Trata da própria questão da autodeterminação individual[43] quanto ao livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva, sem qualquer ação do Estado no sentido de coerção à mesma.

Destaca Brauner que:

[...]não se trata apenas das questões ligadas ao funcionamento do aparelho genital e do processo reprodutivo, mas abarca a idéia ligada à busca do prazer, reconhecendo a vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão, Homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica.[44]

Entretanto, ainda hoje existem controvérsias pontuais sobre a possibilidade dos direitos sexuais e reprodutivos femininos serem ou não reconhecidos no seu todo como direitos humanos, quanto mais como direitos fundamentais, bem como no que se refere à criação de mecanismos que garantam a sua efetividade.[45] Este questionamento acerca de em qual categoria estariam enquadrados os direitos sexuais e reprodutivos não é de mero valor metodológico, vez que terá conseqüências também na efetividade e exigibilidade jurídica dos mesmos.

4.2 Direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais

Doutrina Häberle[46] que os direitos fundamentais são aqueles que possuem nível de bens constitucionalmente protegidos, sendo pressupostos para a constante atualização e reconstrução do ordenamento através do exercício das liberdades pelos indivíduos. Têm um valor duplo, pois “[...]de un lado, representan los “valores supremos”, y de outro, permiten al hombre encontrar velores y actualizarlos, garandizándole el *status* de libertad.”[47]

Para Guerra Filho[48] os direitos fundamentais embora tenham sido originalmente direitos humanos, evoluíram destes vindo a qualificar-se por uma eficácia jurídica, isto é pela capacidade de produzir efeitos diretos no plano jurisdicional mediante o uso de procedimentos apropriados. Direitos humanos seriam normas suprapositivas, deonticamente diversas dos direitos fundamentais, pois, careceriam de eficácia jurídica, isto é, de forma similar aos direitos naturais, situar-se-iam acima do plano dos direitos positivos.

Por sua vez, Bonavides[49] e Pereira[50] entendem que os direitos fundamentais podem ser tratados através de duas perspectivas: uma “*latu sensu*” ou do ponto de vista material e outra “*stricto sensu*” ou do ponto de vista formal.

Segundo a primeira, direitos fundamentais são aqueles que concernem aos valores máximos da vida, liberdade e dignidade humana, ao passo que, nos moldes da segunda, são os direitos que a Constituição reconhece como fundamentais, recebendo uma proteção mais forte do ordenamento para a sua alteração e/ou revogação[51], inclusive perante as demais normas de direitos constitucional.

Em sentido similar, Canotilho[52] assevera que não basta a mera positivação de um direito para que este possa ser considerado fundamental. A positivação dos direitos fundamentais, por si só, não garante a sua efetividade, muito menos lhes retira a qualidade de serem a base para o controle de legitimidade[53] de um ordenamento jurídico.

Ainda na lição do professor lusitano, diferenciam-se as características de positivação dos direitos fundamentais das de constitucionalização e fundamentalização. A constitucionalização[54] diz respeito ao reconhecimento destes por normas básicas (constitucionais), possibilitando a sua proteção mediante o controle de constitucionalidade.

Já a fundamentalização[55] seria formal e material. A formal corresponderia às qualidades de superioridade hierárquica dos direitos fundamentais, ao procedimento mais dificultoso para a sua reforma e revisão, ao fato dos mesmos constituírem limites materiais da própria revisão e também à vinculação dos poderes públicos aos mesmos. Quanto à fundamentalização material, condiz ao fato de que os direitos fundamentais tratam dos valores mais básicos de um Estado e de uma sociedade, como a vida, a saúde, a privacidade etc.

Destarte, hodiernamente não se fala em mera fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais não são meramente aqueles que estão escritos, postos, pela Carta Constitucional. Existem também direitos materialmente fundamentais, quais sejam aqueles que, não obstante não estarem postos diretamente pela Constituição desta derivam, direta ou indiretamente, assunto no qual deter-se-á mais a frente.[56]

Nesse sentido afirma Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas no texto da

Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).[57]

Ainda no espelho por esse[58], além dos direitos fundamentais explícitos, existem direitos fundamentais implícitos, isto é subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e outros decorrentes do regime de princípios da Constituição, aliás o que expressamente admite o art. 5º, §2º da CF/88.

Direitos ditos sexuais e reprodutivos estão intimamente ligados não só ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana das mulheres, mas também ao princípio da igualdade material entre homens e mulheres (art.5º, caput) e ao direito à saúde (art. 5º, III)[59]. Não são apenas direitos humanos sem qualquer força normativa, sem eficácia jurídica, mas de verdadeiros direitos fundamentais implícitos ao ordenamento jurídico brasileiro, decorrendo dos direitos e princípios supracitados, do próprio ordenamento jurídico e constitucional brasileiro.

Cerceá-los, como no caso dos fetos anencefálicos, é flagrante violação à Constituição. O próprio Estado passar a atuar em sentido contrário ao que deveria, qual seja o do resguardo e efetivação dos direitos fundamentais. Esta situação ocorre em face de uma herança patriarcal e machista da sociedade brasileira, buscando impor as mulheres um padrão comportamental desejado[60].

Consoante lecionam Lopes, Jucá, Andrade e Costa:

Apesar das conquistas femininas, como o direito ao voto, da evolução dos costumes, das reivindicações do movimento feminista e de acontecimentos como as grandes guerras – que fizeram com que as mulheres assumissem tarefas tradicionalmente reservadas aos homens -, ainda não se vislumbra uma paridade entre sexos[...][61]

Deste modo, faz-se necessário que o Estado encampe, através de políticas públicas voltadas para a conscientização e educação de gênero, uma nova ótica mediante a qual nas inúmeras situações nas quais ainda remanescem discriminações às cidadãs brasileiras, violando-as em seus direitos sexuais e reprodutivos, como é o caso da anencefalia, sejam repensadas. Aliás, não apenas repensadas, mas que seja posta em prática esta nova perspectiva.

CONCLUSÕES

Hodiernamente, as cidadãs brasileiras ainda vêm travando batalhas para efetivar real e verdadeiramente a igualdade material consagrada na CF/88, tarefa esta que em verdade caberia ao Estado, mas que, na falta deste em face de reflexos dentro do mesmo da cultura patriarcal cultivada a séculos na sociedade brasileira, é posta em prática pelos movimentos feministas.

Com efeito, muitas das mulheres brasileiras, sejam jovens ou idosas, negras ou brancas, católicas ou atéias, têm diariamente sua cidadania e sua dignidade enquanto seres

humanos violadas pela ausência do Estado no resguardo de seus direitos fundamentais, sendo em alguns casos mais grave ainda esta ausência, como é o caso da proibição da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos.

A criminalização destas condutas não só deixa de efetivar os direitos fundamentais da mulher. Acaba o Estado por atuar no sentido de reprimir uma conduta que, em face dos critérios médico-legais existentes atualmente, não se trata de crime, por ser fato atípico.

Mais funestas ainda são as conseqüências para a dignidade da pessoa humana da mulher, pois a mesma termina por ter cerceada o seu direito de se auto-determinar, postulado básico kantiano inerente a toda pessoa.

O anencéfalo sequer é pessoa. Carece dos pressupostos básicos que caracterizam o indivíduo como tal, de modo que não possui dignidade, uma vez que a CF/88 não fala em dignidade humana, mas em Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Também não se pode dizer que possui vida, pois, conforme visto, de acordo com os critérios médico-legais não é ser vivo e, ainda que o fosse, questiona-se qualidade de vida teria este ser.

Assim, a violação dos direitos fundamentais da mulher não se justifica, a não ser como forma de reflexo de uma cultura machista e patriarcal que nega à mulher, além daqueles seus direitos sexuais e reprodutivos.

Tal realidade se demonstra incompatível com o Estado democrático e constitucional de direito que busca a igualdade material entre homens e mulheres. Destarte, urge que sejam reconhecidos e efetivados os direitos sexuais e reprodutivos como fundamentais, descriminalizando e legalizando a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos.

Cabe ao STF no julgamento da ADPF nº 54 a decisão sobre este caso. Aguardemos, portanto, a pronúncia do Pretório Excelso, a qual esperamos ser iluminada sob a ótica de um dos valores básicos do direito: a justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000;

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala;

ÁVILA, Maria Betânia. “Cidadania, Direitos Humanos e Direitos das Mulheres.” In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC: Editora 34, 2002;

BARROSO, Luís Roberto. “Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.”. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito Constitucional: Leituras Complementares*. Salvador: Jus PODIVM, 2006;

BARSTED, Leila Linhares. “Direitos humanos e descriminalização do aborto”. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005;

BRANDÃO, Dernival da Silva. “O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico.” In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999;

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Anais da I Conferência Nacional de Políticas voltadas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004;

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. “Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos Direitos Humanos.” In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999;

DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984;

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

FERNANDES, Máira Costa. “Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional.” In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas. *Ciências & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005;

FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 94, abril/junho 2003;

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988;

GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. *Dicionário de termos técnicos de medicina*. 20ª ed. São Paulo: Andrei Editora, 1984;

GARRAFA, Volnei. “Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana.” In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. Ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007

HÄBERLE, Peter. *La libertad Fundamental en El Estado Constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Catolica Del Peru, 1997

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995;

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001;

LÔBO, Cecília Érika D’Almeida. *A interrupção da gestação de fetos anencefálicos em face da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005;

LOPES, Ana Maria D’Ávila et al. “Gênero: Fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres.” In: *NOMOS*. V. 28. Fortaleza jan/jul, 2008.1;

MARCÃO, Renato. “O Aborto no Anteprojeto do Código Penal.” In : *Revista Justilex*. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005;

MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. V. 1. Madrid: Alianza Editorial, 1990;

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004;

MORAES, Germana de Oliveira e PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. “O biodireito através do prisma da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.” In: *NOMOS*. V. 28. Fortaleza jan/jul, 2008.1;

NECKEL, Roselane et al. “Aborto e infanticídio nos códigos penais e nos processos judiciais: A pedagogia de condutas femininas.” In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003;

PEDRO, Joana Maria. “Aborto e infanticídio: práticas muito antigas.” In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003;

PENTEADO, Jaques de Camargo. “O devido processo legal e o abortamento”. In: PENTEADO Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1999;

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004;

PIOVESAN, Flávia e PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti. “A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno” In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998;

PITANGUY, Jacqueline. “Gênero, cidadania e direitos humanos.” In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC: Editora 34, 2002;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Vida digna: direito, ética e ciência.” In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer. Eutanásia, suicídio assistido*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

SANTOS, Yasmin Ximenes. “Os direitos femininos e a lei” In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

SEBASTIANI, Mário. *Análisis ético bajo el concepto del feto como paciente em los casos de anencefalia*. LexisNexis - Jurisprudência Argentina. Fascículo 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julho de 2003;

VALLS, Álvaro L. M. *Da ética à bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004;

VEJA. *A menina sem estrela*. São Paulo: Editora Abril p. 122-123. Edição 2021, ano 40, nº 32 de 15 de agosto de 2007.

[1] “Presencia-se, atualmente no alvorecer do século XXI, o fim de uma era e o início de outra. Ingressa-se na Pós-Modernidade. Isso implica um processo de destruição de modelos e ao mesmo tempo reconstrução de outros em substituição àqueles em suplantação, bem como o despertar de novos desafios gerados pelos avanços científico e tecnológicos.” MORAES, Germana de Oliveira e PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. “O biodireito através do prisma da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.” *NOMOS*. V. 28. Fortaleza jan/jul, 2008.1, p. 104.

[2] ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 144.

[3] “A questão da manipulação da vida pode ser contemplada a partir de variados ângulos: biotecnológico, político, econômico, social, jurídico, moral. Em respeito à liberdade (individual e coletiva) conquistada pela humanidade através dos tempos, a pluralidade constatada neste final de século XX requer que o estudo bioético do assunto contemplado – na medida do possível e de forma multidisciplinar – abranja todas estas possibilidades.” GARRAFA, Volnei. “Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana.” In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 128.

[4] Para obtenção de uma lista das entidades ouvidas nestas audiências vide a página: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em 18 de setembro de 2008.

[5] A Petição inicial da ADPF nº 54 pode ser encontrada em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADPF&s1=54&u=http://www.stf.gov.br/Processos/adi/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=ADPFN&p=1&r=2&f=G&n=&l=20>. Acesso em 01 de dezembro de 2005.

[6] SEBASTIANI, Mário. *Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente em los casos de anencefalia*. LexisNexis - Jurisprudência Argentina. Fascículo 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julho de 2003, p. 71.

[7] FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas. *Ciências & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005, p. 185-190.

[8] Destaca-se como raríssima exceção o caso de Marcela de Jesus Galante Ferreira, anencéfala de 9 meses, que foi retratado na revista *Veja*, porém, mesmo em tais casos destaca-se que, conforme relatou a própria revista: “A menina nunca ouviu um único som e não sabe o que é sentir dor física ou emocional. Desconhece o cheiro e o sabor de qualquer alimento. Sobrevive no mais absoluto vazio.” *VEJA. A menina sem estrela*. São Paulo: Editora Abril p. 122-123. Edição 2021, ano 40, nº 32 de 15 de agosto de 2007.

[9] Frise-se aqui que o uso do termo falecer é de certo modo impróprio, pois conforme será visto, o feto anencefalo não chega, nos moldes da legislação brasileira a ser, tecnicamente, um ser vivo.

[10] “Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.” BARROSO, Luís Roberto. “Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.” In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito Constitucional: Leituras Complementares*. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 88-89.

[11] LÔBO, Cecília Érika D’Almeida. *A interrupção da gestação de fetos anencefálicos em face da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005, p. 110.

[12] GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. *Dicionário de termos técnicos de medicina*. 20ª ed. São Paulo: Andrei Editora, 1984, p. 71.

[13] Para ter acesso à esta Resolução vide o seguinte endereço eletrônico: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em 16 de junho de 2007.

[14] SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de morrer*. Eutanásia, suicídio assistido. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 45-46.

[15] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Vida digna: direito, ética e ciência.” In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 135.

[16] BARROSO, op. cit., p. 95.

[17] “A vida humana biologicamente é o seu corpo, e esse é inicialmente formado na fusão dos gametas. [...] não resta dúvida que a vida humana tem início na concepção, com a fertilização do óvulo e formação do zigoto.” BRANDÃO, Dernival da Silva. “O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico.” In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1999, p. 22-26.

[18] Nesse sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. “O devido processo legal e o abortamento”. In: PENTEADO; DIP. op. cit., p. 151-154.

[19] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95.

[20] LIMA, Francisco Metón Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional*. Por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<Ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001, p. 71 e 87.

[21] PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004, p. 152-154.

[22] Parte dos filósofos católicos da atualidade defendem que Tomás de Aquino teria mudado seu pensamento se tivesse o conhecimento atual dos avanços biotecnológicos. Todavia, outra corrente sustenta que aquele não só teria mantidos seu pensamento, como na verdade poderia ter pensado que o feto só teria alma bem mais tarde que o prazo por ele estipulado, pois para o hilemorfismo adotado por Tomás de Aquino o corpo humano só receberia a alma após ter plena constituição dos órgãos necessários à atividade espiritual. Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55-59.

[23] Nesse sentido: MARCÃO, Renato. “O Aborto no Anteprojeto do Código Penal.” In : *Revista Justilex*. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005, p. 44.

[24] PEDRO, Joana Maria. “Aborto e infanticídio: práticas muito antigas.” In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003, p. 23.

[25] DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 405-406.

[26] FERNANDES, op. cit., p. 115-116.

[27] Após a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS em 1946, o conceito de saúde passou a ser o completo estado de bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Vide: <http://www.who.int/publications/en/>. Acesso em 28 de Agosto de 2008.

[28] MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. V. 1. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 358.

[29] JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 106.

[30] JUNGES, op. cit., p. 120.

[31] VALLS, Álvaro L. M. *Da ética à bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 127.

[32] ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, p. 16.

[33] <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2008.

[34] O Conselho Federal de Medicina segundo a Resolução 1.752/94 autoriza expressamente médicos a fazerem transplantes de órgãos de fetos que padeçam de anencefalia mediante autorização expressa dos pais dada, no mínimo, 15 dias antes da data do provável nascimento. Vide: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. Acesso em 16 de junho 2007.

- [35] Esse é o pensamento de Luigi Ferrajoli: “Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa” FERRAJOLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 94, abril/junho 2003, p. 22.
- [36] NECKEL, Roselane et al. “Aborto e infanticídio nos códigos penais e nos processos judiciais: A pedagogia de condutas femininas.” In: PEDRO, op. cit., p. 87-88.
- [37] FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 98-99.
- [38] EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8-9.
- [39] SANTOS, Yasmin Ximenes. “Os direitos femininos e a lei” In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 124.
- [40] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
- [41] ÁVILA, Maria Betânia. “Cidadania, Direitos Humanos e Direitos das Mulheres.” In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC: Editora 34, 2002, p. 123.
- [42] “O Plano de Ação do Cairo reconhece, como parte do direito à saúde sexual e reprodutiva, o direito das pessoas de usufruírem o progresso científico, e recomenda aos Estados-Partes que garantam o acesso à esse direito através da oferta de tratamento e medicamentos que possibilitem o controle de homens e mulheres de sua fecundidade.” BARSTED, Leila Linhares. “Direitos humanos e descriminalização do aborto”. In: SARMENTO; PIOVESAN, op. cit., p. 103.
- [43] BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Anais da I Conferência Nacional de Políticas voltadas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 82.
- [44] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. “Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos Direitos Humanos.” In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003, p. 398.
- [45] PITANGUY, Jacqueline. “Gênero, cidadania e direitos humanos.” In: BRUSCHINI; UNBEHAUM. op. cit., p. 117.
- [46] HÄBERLE, Peter. *La libertad Fundamental en El Estado Constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Catolica Del Peru, 1997, p. 55-59.
- [47] Ibidem, p. 55.

[48] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. Ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007, p. 39-40.

[49] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005, p. 561-562.

[50] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

[51] A Constituição Federal de 1988, por exemplo, prevê em seu art. 60,§4º, IV que são cláusulas pétreas, não podendo ser objeto de emenda constitucional os direitos e garantias individuais, embora significativa parte da doutrina tenha entendido acertadamente, numa interpretação extensiva, que trata-se aí não apenas dos direitos e garantias individuais, mas de todos os direitos fundamentais.

[52] CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 353-354.

[53] Em sentido semelhante, Germana de Oliveira Moraes destaca em sua obra dedicada ao controle jurisdicional dos atos discricionários da administração pública que ao Poder Judiciário cabe, ao exercer o controle de constitucionalidade destes atos normativos, além de auferir a legalidade destes, exercer também o controle de sua juridicidade de acordo com os princípios positivados na lei fundamental. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 16.

[54] CANOTILHO, op. cit., p. 354.

[55] Ibidem, p. 355-356.

[56] Robert Alexy expressamente admite a existência de normas de direito fundamentais que não decorrem diretamente do texto constitucional, pois se apenas estas fosse normas de direito fundamental esta rol seria por demasiado restrito. Destarte, em face da abertura, tanto semântica quanto estrutural, admite normas que, por serem atribuídas à constituição através de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais adquirem esta característica de fundamentalidade. ALEXY, op. cit., p. 69-76.

[57] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

[58] Ibidem, p. 99-106.

[59] É o pensamento de Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirola segundo o qual os direitos reprodutivos relacionam-se diretamente com “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde.” PIOVESAN, Flávia e PIROLA, Wilson Ricardo Buquetti. “A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no

direito interno” In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 167-168.

[60] PEDRO, op. cit., p. 45.

[61] LOPES, Ana Maria D’Ávila et al. “Gênero: Fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres.” .” In: *NOMOS*. Op. cit., p. 23.

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E OS 20 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988: MOMENTO DE PREDOMÍNIO DAS SUJEIÇÕES
CONSTITUCIONAIS EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA***

**BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AND 20 YEARS OF THE
CONSTITUTION OF 1988: TIME FOR CONSTITUTIONAL PREDOMINANCE
OF DUTIES IN THE FACE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD
PUBLIC ADMINISTRATION**

**Gustavo Henrique Justino de Oliveira
Julieta Mendes Lopes Vareschini**

RESUMO

O regime jurídico aplicável à Administração Pública está assentado em deveres constitucionais, para o fim de promover a realização das necessidades da sociedade, mormente a promoção e proteção dos direitos fundamentais. Um Estado Democrático de Direito requer uma estrutura administrativa também democrática e dialógica. Essa postura se faz necessária para que a Administração Pública tenha condições de aferir as reais necessidades da sociedade e de pautar sua atuação de forma mais consentânea com essas aspirações. Em outras palavras, exige-se uma gestão atrelada à responsabilidade. Impõe-se, portanto, um novo modelo de gestão pública, que possa propiciar um desenvolvimento mais responsável e sustentável e que possa permitir uma maior abertura à participação da sociedade na gestão dos interesses públicos. É nesse sentido que se fala em Governança Pública, que está intrinsecamente relacionada ao conceito de accountability. Essas novas concepções – Estado em Rede, Governança Pública e Accountability – exigem uma nova postura da Administração Pública, que deverá aderir aos instrumentos consensuais, justamente para que ela tenha condições de aferir as reais necessidades da sociedade. Não se pode perder de vista que a Administração Pública tem o dever de proceder a boas escolhas, o que só será factível se houver uma consonância entre as políticas públicas e as aspirações da população. Um modelo autoritário e unilateral não dá conta dessa nova concepção de Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVES: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PRERROGATIVAS; SUJEIÇÕES CONSTITUCIONAIS; GOVERNANÇA PÚBLICA; ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL; DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The juridical regime applicable to the Public Administration is assented on constitutional duties, looking forward to ensure the social necessities, in order to promote and protect the fundamental rights. A Democratic State of Right requests, besides an administrative structure, one that's also democratic and dialogic. This position is necessary so that the Public Administration have conditions to reveal the real necessities of the society, establishing its act's in a more consistent manner with that aspirations. In other words, what's requested is a management connected to responsibilities. Therefore, a new model of public management is imposed to propitiate a more responsible and sustainable development, permitting that a larger part of the society can participate in the management of the public interests. It's in this way that we refer to Public Governance, which is intrinsically linked to the concept of accountability. This new conceptions – Wired State, Public Governance and Accountability – demand a new position from the Public Administration, which will have consensual instruments that allow a better analysis of the real social necessities. Furthermore, the Public Administration has the duty to perform good choices, what will only be feasible with the harmony between public politics and the populations desires. An authoritarian and unilateral model cannot include this new conception of Public Administration.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION; PREROGATIVES; CONSTITUTIONAL DUTIES; PUBLIC GOVERNANCE; CONSENSUAL ADMINISTRATION; FUNDAMENTAL RIGHTS TO A GOOD ADMINISTRATION.

1. Regime Jurídico Administrativo: prerrogativas e sujeições

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 1º como princípio fundamental o Estado Democrático de Direito, com o escopo de limitar o exercício do poder estatal e conferir garantias constitucionais aos cidadãos.

Especificamente na seara do Direito Administrativo, a Constituição Federal plasmou um conjunto de princípios que informam o chamado regime jurídico-administrativo (do qual avultam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros), exigindo-se uma transição da Administração Pública autoritária para a democrática.

Tem-se que a concepção de Estado de Direito trouxe em seu bojo a bipolaridade do Direito Administrativo: restrições e prerrogativas. Por um lado, com vistas a garantir a liberdade individual, condiciona-se a atuação administrativa à lei, restrição essa que se expressa no princípio da legalidade. Por outro, para se viabilizar a consecução do interesse público, são outorgados à Administração prerrogativas e privilégios.

Com efeito, para que o Estado pudesse realizar de forma satisfatória a finalidade pública almejada, é que se conferiu a ele diversas prerrogativas. Esses benefícios, portanto, são outorgados pela ordem jurídica para viabilizar a realização satisfatória dos encargos assumidos pelo Estado.

Não se olvide que tais poderes são simples instrumentos colocados à disposição da Administração para viabilizar a consecução do interesse público que se encontra sob sua tutela, de sorte que seu exercício só será legítimo se voltado única e exclusivamente para o atendimento dessa finalidade, sob pena de desvio de poder, o que torna o ato ilegal.

Nessa esteira, Odete MEDAUAR alerta que:

“Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a idéia de função o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições”[1].

Na mesma linha adverte Umberto ALLEGRETTI: “dever do Estado é o serviço dos direitos e, portanto, dos direitos dos cidadãos derivam as tarefas do Estado e a missão da Administração”[2].

A Constituição Federal, ao vincular a atuação administrativa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que decorrem de forma implícita do texto constitucional, deixou clara a preponderância das sujeições da Administração em face das prerrogativas. Consoante aduzido, tais prerrogativas foram conferidas apenas para viabilizar a consecução desses deveres impostos pela Constituição.

Com efeito, referidos princípios vinculam o Poder Público, expressando deveres a serem implementados para bem desempenhar a função administrativa.

O princípio da legalidade expressa o dever da Administração de amoldar-se ao ordenamento jurídico vigente, de forma que os atos praticados devem estar em conformidade com as normas a ela aplicáveis. Importa destacar que o conceito de legalidade para o direito público é diverso daquele de direito privado. Na esfera privada o princípio da legalidade assegura ao particular o direito de fazer tudo aquilo que a Lei não veda, enquanto que para a Administração o princípio informa ao administrador, mero gestor da coisa pública, que ele só poderá agir nos casos previstos em lei.

Em decorrência da Reforma Administrativa, a concepção inicial do princípio da legalidade passou a ter conotação diversa para a doutrina majoritária. Por oportuno, é mister analisar os comentários tecidos por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Um dos princípios que mais vem sofrendo embates em decorrência da Reforma da Administração Pública é o da legalidade. Os teóricos da Reforma entendem que a legalidade estrita no sentido em que vem sendo entendida – *a Administração só pode fazer o que a lei permite* – impede ou dificulta a introdução do gerenciamento na Administração Pública (...). Os paradigmas em que se baseia o direito administrativo, elaborados no período do liberalismo, teriam se tornado incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito: especialmente a **estrita legalidade** (...).[3]

Assim sendo, atualmente a doutrina majoritária defende que esse princípio deve ser interpretado num sentido mais amplo, qual seja, de que a conduta da Administração deve amoldar-se ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas à lei formal. Há, portanto, a necessidade de adequação da conduta administrativa ao conjunto de normas e princípios que formam o regime jurídico-administrativo.

Essa nova conotação do primado da legalidade vem sendo denominada como princípio da juridicidade. A fim de elucidar a idéia acima esposada, convém transcrevermos as lições de Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

Em sua primeira afirmação de conteúdo, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal na qual ele tivesse a sua fonte.

Daí por que *Hauriou* baseou-se no princípio “da legalidade” para elaborar a sua teoria sobre o regime administrativo, no qual não era a lei que se submetia à Administração Pública, antes era esta que à lei se sujeitava. A lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite.

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”.[4] (grifos nossos)

Infere-se, portanto, que é condição inafastável para que a conduta administrativa goze de juridicidade que ela esteja em perfeita harmonia com o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, não bastando a simples compatibilidade com a lei formal. Nesse sentido, é forçoso concluir que o exercício da função administrativa, mesmo nas hipóteses de discricionariedade, está vinculado a esse conjunto de normas e princípios, daí afirmar-se que a discricionariedade está vinculada

à Constituição e aos direitos fundamentais. Impõe-se um controle do ato discricionário orientado pelos princípios constitucionais, não sendo suficiente a simples alegação de oportunidade ou conveniência[5].

A impessoalidade caracteriza-se na atuação administrativa pautada por critérios objetivos, isenta de qualquer valoração subjetiva (pessoal) do agente que possa auxiliar ou prejudicar determinada pessoa.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aduz:

“Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados quanto à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”. [6]

O princípio da moralidade impõe à Administração Pública e aos seus agentes o dever de atuar em conformidade com os princípios éticos, compatíveis com suas finalidades e natureza. A gestão dos interesses coletivos pressupõe ética, probidade e honestidade. É dever da Administração agir conforme a lei, porém não apenas isso: também deve agir de acordo com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade[7].

Já o princípio da publicidade consagra o dever de transparência da atuação administrativa. “Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”. [8]

O princípio da eficiência foi inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98. Preceitua o referido princípio o dever de boa administração, cabendo ao agente público desempenhar da melhor forma possível suas atribuições. Na lição de Hely Lopes MEIRELLES, tal princípio:

“exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da atuação administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. [9]

Em face das previsões disciplinadas nos arts. 1º, II, e parágrafo único, 5º, XXXV, da CF, conclui-se, de forma implícita, que a Administração tem o dever de motivar as razões de fato e de direito que respaldam suas decisões.

Ressalte-se que, ao contrário do que muitos autores defendiam, o princípio da motivação deve estar presente em qualquer tipo de ato administrativo e não somente nos atos ditos discricionários, uma vez que tal formalidade é requisito *sine qua non* para viabilizar o controle de legalidade de todo e qualquer ato exarado no exercício da função administrativa.

A concepção de Estado Constitucional está diretamente relacionada à noção de Estado das escolhas administrativas legítimas, de forma que não se cogita qualquer forma de discricionariedade pura, sem limites. Ao revés, faz-se necessário um controle dos vícios cometidos.

Não a toa, os princípios constitucionais, mormente o da motivação, exigem do administrador público a justificação, quando da tomada de decisão, da eleição dos pressupostos de fato e de direito.

Dessa rápida incursão pelos princípios aplicáveis à administração pública, já é possível inferir a predominância das sujeições constitucionais em relação às prerrogativas.

Ademais, nesse sentido também é o intuito da Lei 9.784/99[10], que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Referida lei já deixa claro tal escopo em seu art. 1º: “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, **à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração**”. (grifos nossos).

Dessa feita, todos esses deveres devem ser implementados pelo agente público, quando do exercício da função administrativa.

Além disso, cumpre destacar que a Constituição Federal, principalmente em seu art. 5º, arrolou um conjunto de direitos fundamentais, os quais vinculam a atuação administrativa. Consoante já destacado, o Estado tem por escopo precisamente atender as necessidades da sociedade, o que faz por meio de uma ação administrativa.

O Estado não pode se desincumbir de seu papel de garantidor e promotor dos direitos fundamentais. Mesmo em face da escassez dos recursos públicos, não pode a responsabilidade do Estado ser afastada. Não se pode perder de vista que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal preconiza que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que induz à conclusão de que todos os órgãos e entidades administrativos estão estritamente subordinados a essas normas, impondo-se sua implementação por meio da *ação administrativa*.

É nesse sentido que se fala, atualmente, em funcionalização da atividade administrativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais, consoante aduzido por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

“Como importante conclusão, que se retira de todos esses recentes escritos produzidos nessa linha, destaca-se a evolução do vetusto conceito imperial de *poder de Estado*. Fala-se, destarte, na *funcionalização da atividade administrativa* para a *realização dos direitos das pessoas*, o que passa a ser a nova e adequada abordagem constitucional em que se nega, especialmente, a natureza de *Poder do Estado* aos órgãos que conformam a administração pública.

(...)

E assim se caracterizam as *duas modalidades básicas de funções estatais*: as de *prestação* e as de *propulsão*, ambas auferindo dos *direitos fundamentais* as suas referências: as de *prestação*, como *limite*, e as de *propulsão*, como *orientação*.

Portanto, sob o prisma da *legitimidade*, serão consideradas *constitucionais as ações públicas referentes à função de prestação*, que *respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais*. Ao revés, serão *inconstitucionais*, as ações públicas referentes às ações de prestações que *os excedam*.

Por outro lado, sob o mesmo critério de *legitimidade*, serão consideradas *constitucionais*, as *ações públicas relativas à propulsão*, que *se norteiem pela realização otimizada dos direitos fundamentais*. Ao revés, serão *inconstitucionais*, as ações públicas relativas às ações de propulsão que por eles não se orientem”.[11]

Saliente-se, com fulcro na doutrina de Böckenförde[12], que os direitos fundamentais apresentam dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados direitos subjetivos do indivíduo frente ao Estado, mas também na dimensão objetiva como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”[13].

Ingo Wolfgang Sarlet, com fulcro nas lições de Pérez LUÑO, destaca que “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”[14].

Dessa feita, os direitos fundamentais deixam de ser apenas limites impostos à atuação do Estado, transformando-se em lastro para sua atuação. Na dimensão objetiva, portanto, cumpre ao Estado a obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais, não apenas aqueles de cunho individual, mas, também, de natureza coletiva.

Agora, para que a Administração Pública possa cumprir de forma satisfatória as competências que lhe foram atribuídas, faz-se necessário abandonar aquela concepção autoritária. Impõe-se uma postura mais dialógica, receptiva e consensual, em alguns setores da gestão pública.

2. Administração Pública Consensual E GOVERNANÇA PÚBLICA

Um Estado Democrático de Direito requer uma estrutura administrativa também democrática e dialógica. Essa postura se faz necessária para que a Administração Pública tenha condições de aferir as reais necessidades da sociedade e de pautar sua atuação de forma mais consentânea com essas aspirações.

É nesse sentido que Bobbio[15] refere que um bom governo requer que o político tenha um ideal. E, para que tenha um ideal e possa realizá-lo, faz-se necessário conhecer as necessidades e aspirações do povo, bem como saber escolher os meios apropriados para a realização desse ideal.

BOBBIO cita as lições de Max Weber, para quem três qualidades são indispensáveis para o político, a saber: paixão, senso de responsabilidade e capacidade de previsão. Com efeito, é necessário ter paixão para a dedicação a uma causa, diante da qual se deve ter responsabilidade, ou seja, utilizar o senso de responsabilidade como guia da própria ação, o que impõe a necessidade de previsão, vislumbrada como “capacidade de deixar que a realidade opere sobre nós com calma e recolhimento interior”[16].

Referido autor aponta dois critérios para diferenciar o bom do mau governo. No primeiro, o bom governo é aquele exercido em consonância com as leis preestabelecidas, ao passo que o mau governo é aquele cujo poder é exercido apenas com fulcro nas leis provenientes dos próprios caprichos do governante. No segundo critério, o bom governo é aquele do governante que utiliza o poder para a consecução do bem comum, ao passo que o mau governo é aquele que exerce o poder para alcançar seu próprio bem.

Agora, alerta Bobbio que o governo das leis é bom apenas se as leis forem boas, sendo boas as leis que tenham por escopo a consecução do bem comum. Ademais, a melhor maneira de alcançar o bem comum é seguir as leis que não representem paixões ou, ainda, fazendo, o próprio governante, boas leis.

Em suma, é possível extrair da obra do autor que o bom governo está assentado sob dois prismas, quais sejam: legalidade e legitimidade.

Sendo assim, não basta uma atuação pautada apenas na legalidade (na verdade, na juridicidade, no sentido de compatibilidade ao ordenamento como um todo, conforme explicitado). Há que se buscar um governo que esteja apto a constatar as reais necessidades da sociedade e a utilizar os instrumentos cabíveis para a consecução dessas necessidades. Em outras palavras, a concepção de bom governo está atrelada à responsabilidade.

E é imprescindível uma atuação responsável da Administração Pública em uma sociedade caracterizada fortemente como “uma sociedade de risco”. Na sociedade moderna, a produção social de riqueza está intrinsecamente vinculada à produção de riscos. Essa concepção de sociedade de risco é bem explicitada por Ulrich Beck, em sua obra “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 2002”.

Destaca o autor que o processo de modernização é reflexivo, na medida em que se mostra como tema e problema:

“El proceso de modernización se vuelve *reflexivo*, se toma a si mismo como tem y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías (em el ámbito de la naturaleza, la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la gestión política e científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación) de los riesgos de tecnologías a aplicar actual o potencialmente em relación a horizontes de relevancia a definir especialmente. La promessa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada uma y outra vez frente a uma opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales em el desarrollo técnico-económico”. [17] (pg. 26).

Essa modernidade reflexiva é extremamente problemática, porquanto os desafios e os riscos dela advindos requerem respostas ágeis e radicais. Assim, tais desafios somente serão vencidos diante da produção de tecnologias mais avançadas, de um melhor desenvolvimento econômico e de uma melhor diferenciação funcional. Esses são os pressupostos e os desafios para o combate ao desemprego, à destruição do meio ambiente, dentre outros problemas característicos da modernidade atual. Esse novo desafio exige, por consequência, um novo modelo de Administração Pública, que tenha uma estrutura apta a responder a esses desafios de forma ágil.

Impõe-se, portanto, um novo modelo de gestão pública, que possa propiciar um desenvolvimento sustentável. É nesse sentido que se fala em Governança Pública.

Saliente-se que o modelo de Governança Pública surgiu com o objetivo de apresentar respostas às questões pertinentes à governabilidade de sociedades complexas, à capacidade de financiamentos do moderno Estado social e à legitimidade estatal.

A própria noção de Administração Pública Consensual emerge de uma concepção de Estado em Rede e de Governança Pública, de sorte que impende traçar algumas noções acerca desses conceitos.

No que concerne ao conceito de Estado em Rede, cumpre citar a doutrina de CASTELL[18], da qual se depreende três importantes lições. A primeira delas diz respeito à *lógica difusa da sociedade em rede*, sendo que, consoante esposado por Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka, ao analisar a tese do referido autor, “a principal consequência na organização estatal é a premência de nela serem instituídos canais e mecanismos de percepção e participação social, sob pena de tornar insubsistente toda e qualquer ação estatal que ao final possa resultar, direta ou indiretamente, em benefícios à população” [19]. É imprescindível que tal fato ocorra para o fim de possibilitar a internalização das demandas da sociedade, o que propiciará uma compatibilidade entre as políticas públicas e as necessidades da sociedade.

A segunda lição que se extrai é que a própria organização político-administrativa do Estado passa a ser vislumbrada a partir dessa lógica difusa, não mais imperando a

concepção de uma organização autocentrada, hermética e incomunicável, com rígida divisão de competências legislativas e administrativas. Ao contrário, “características como descentralização, policentria, horizontalidade, cooperação, gestão integrada e compartilhada entre departamentos de Estados unitários e de esferas federativas, bem como entre órgãos e entidades administrativas, estão presentes na composição e organização do Estado contemporâneo”[20].

Por fim, a última lição é a pertinente ao governo global, que resulta de “um processo irreversível de soberania compartilhada na abordagem das principais questões de ordem econômica, ambiental e de segurança e [do] entrincheiramento dos Estados-Nação como os componentes básicos desse complexo emaranhado de instituições políticas”[21].

Para complementar esse conceito, urge constatar a noção de Governança Pública, que nasce como uma alternativa a estruturas hierarquizadas de Governo e exige maior eficácia desses Governos em uma economia globalizada, atuação com capacidade máxima e respeito às normas e valores intrínsecos a uma sociedade democrática.

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka asseveram que “a finalidade precípua da Governança Pública é a de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas”[22].

Por conta disso é que Canotilho refere-se à *good governance* como “a condução responsável dos assuntos do Estado”, explicitando esse conceito nos seguintes moldes:

“Trata-se, pois, não apenas da direcção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de unilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a ‘boa governança’ recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões econômicas. Por último, a *good governance* insiste novamente em questões politicamente fortes com as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação”[23].

Para Leo Kissler e Francisco Heidmann, Governança Pública consiste em:

“(…) uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes”[24].

Kissler e Heidmann discorrem com propriedade sobre governança pública, diferenciando esse conceito do de governo, o que se faz por meio da análise de três fases pertinentes à transição do Estado tradicional para o moderno. Com efeito, verifica-se a transformação de um Estado produtor do bem público para um que assegura a produção desse bem público. Sob outro prisma, infere-se a transição de um Estado ativo para ativador, que convoca e coordena outros agentes para auxiliá-lo nessa função. Por fim, constata-se a mudança de um Estado dirigente para um ente cooperativo, capaz de produzir o bem público em cooperação com outros agentes[25].

Esse novo modelo acarreta uma amplitude de atribuições, não ficando mais a cargo do Estado a prestação exclusiva de todos os serviços públicos. Dessa feita, há uma transferência de ações para o setor privado ou para agentes sociais.

Nesse novo modelo, o Estado ativo transforma-se em ativador, com atuação precípua na esfera privada e no terceiro setor, com o escopo de mobilizar recursos e ativar as forças da sociedade civil. Tudo isso porque o Estado está consciente do seu papel de assegurar a consecução das necessidades da sociedade, justamente em face do regime jurídico que lhe é imposto (de predominância dos deveres constitucionais e não das prerrogativas) e também da sua impossibilidade de sozinho, assegurar toda essa demanda, daí porque se impõe a formalização de parcerias com a sociedade civil.

Ademais, hoje se fala em uma relação entre Administração Pública e clientes, exigindo-se uma ampla participação desses clientes na gestão pública, o que bem demonstra essa nova conotação dos deveres que são impostos ao Poder Público.

Dessa feita, os modelos que permitiam a participação dos cidadãos na estipulação das políticas públicas tendem a ser substituídos pela “autogestão social”, que expressa a relação entre *accountability* e experiência e concentra a atenção no indivíduo considerado isoladamente. É nesse sentido que Nuria Cunill Grau passa a discorrer sobre *accountability*, asseverando que “o que se exige é um senso de responsabilidade ante os clientes, de modo que a atenção e as energias de cada unidade de trabalho se concentrem em satisfazer as necessidades de pessoas concretas”[26].

Saliente-se que a *accountability* destaca a necessidade de se levar em conta as conseqüências das ações de cada um para o bem-estar de toda a sociedade, o que imprime grande importância ao processo de decisão, na medida em que:

“(…) se se assume que a *accountability* refira-se à satisfação das legítimas expectativas acerca do uso da discricionariedade administrativa, ou seja, à legitimação do decidir (Stone, 1995: 509), as demandas por *accountability* não obrigam apenas a considerar o que as pessoas que formam a administração pública ‘fazem’, mas, também, ‘como’ pensam, de tal modo que o que quer que ‘decidam fazer’ leve em consideração as conseqüências para a sociedade. A *accountability* da administração destaca, pois, expressamente, a necessidade de deliberar para tomar as decisões (March/Olsen, 1995: 143). E, inclusive, induz a estratégias de decisão e a juízos cognitivamente mais complexos, entre os quais são chave, entre outros, o processamento de informação

multidimensional, a antecipação dos contra-argumentos dos críticos potenciais, o processamento sistemático de argumentos persuasivos, o destaque para a evidência como base das impressões etc. (Tetlok, 1990)”[27].

Em face do exposto, é possível concluir que a noção de accountability – interpretada usualmente como a condução responsável dos assuntos de interesse público – pressupõe a explicitação pelo agente público das razões e justificativas que respaldam a prática de determinado ato (princípio da motivação), assim como a necessária análise das conseqüências desses atos perante a sociedade.

Em síntese, “a autoridade discricionária da administração pública não só tem de ter fundamento democrático, mas, também, tem de poder ser examinada e questionada, para que a dialética autonomia-representatividade possa operar (...)”[28].

Portanto, a estrutura da Administração Pública enfrenta, atualmente, um duplo desafio, qual seja o de ela própria tornar-se democrática e, também, de viabilizar a participação dos cidadãos nos processos decisórios.

Cumprir destacar que para se alcançar a governança são necessários instrumentos de organização e gestão que propiciem uma ação eficiente da administração pública, voltando-se a atenção principalmente para os direitos sociais. Esses instrumentos de organização devem assegurar uma administração pública responsável que possa controlar seus próprios atos.

Nas precisas lições de Nuria GRAU:

“(...) para o núcleo estratégico do Estado, no qual são definidas as leis e as políticas públicas – nos planos federal, estadual e municipal – a proposta consiste em modernizar a administração burocrática e, especificamente, em fortalecer o referido núcleo, completando o processo de profissionalização dos serviços públicos. A reforma, contudo, concentrar-se-ia fundamentalmente em dois setores: o das ‘atividades exclusivas’, no qual se exerce o poder do Estado para legislar e tributar; e o dos ‘serviços não-exclusivos’, que o Estado realiza e/ou subsidia, dada sua relevância para os direitos humanos ou porque envolvam economias externas” [29].

O escopo das atividades exclusivas é transformar as entidades descentralizadas e fundações em agências executivas ou autônomas. O que ocorre, portanto, é uma alteração nessas agências da administração pública burocrática para a gerencial, fundamentado esse modelo gerencial em um controle de resultados *a posteriori* e na competência administrativa, além do necessário fortalecimento da participação social na proposição e controle de políticas públicas.

Por outro lado, as finalidades dos serviços não exclusivos dizem respeito não apenas à implantação de uma administração pública gerencial, mas de alterar suas formas de propriedade, da estatal para a pública não estatal.

Faz-se necessário, dessa forma, diferenciar a esfera propriamente da prestação de serviços das atividades da administração pertinentes às obrigações (como arrecadação de impostos, regulamentação do acesso aos serviços, concessão de licenças, dentre outras). Esses dois tipos de atividade estipulam a forma de interação com os cidadãos e consignam exigências diversas a serem atendidas pela administração e pela organização.

Destaca Nuria GRAU que, “de fato, naquelas atividades que derivam das missões de controlar e garantir, que cabem à administração pública, e especificamente naquelas unidades dirigidas ao controle de outras unidades administrativas (controle de legalidade ou financeiro) ou ao controle de outros agentes sociais, o modelo garantidor parece manter, com certas modificações, toda sua vigência”[30]. Portanto, na hipótese acima aventada, incide o modelo de gestão burocrática.

Ao contrário, na prestação de serviços ou atividade de fomento, o referido modelo burocrático revelou-se extremamente problemático. Impõe-se, para esses casos, um modelo centrado nos resultados e na necessidade de otimizar as relações com os usuários internos e externos comprometidos com a co-produção, sendo imprescindível o respeito à autonomia.

Esse novo modelo exige uma nova concepção de responsabilidade. A contrapartida do enfoque de serviços da administração é a consideração do cliente como ator-chave no procedimento de controle sobre as agências[31].

O que se requer é um senso de responsabilidade perante os clientes, de forma que a atenção de cada centro de trabalho esteja voltada para a satisfação das necessidades das pessoas concretas.

Essa concepção de governança traz em seu bojo a necessidade de mudança do paradigma da Administração Pública centrado no autoritarismo e unilateralismo, impondo-se uma postura mais dialógica e consensual. É nesse sentido que Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka falam em administração consensual como a nova face da Administração Pública do Século XXI[32].

Com efeito, o Estado Democrático de Direito pressupõe a legitimidade, fundamentada no consenso sócio-político. É justamente para assegurar a legitimidade, ou seja, a adequação da atuação administrativa às necessidades da população, que se impõe a substituição, em muitos setores, da imperatividade pela consensualidade.

Nas precisas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*), garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*);

desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex: poder de polícia)”[33].

Não restam dúvidas de que essas novas concepções – Estado em Rede, Governança Pública e Accountability – exigem uma nova postura da Administração Pública, que deverá aderir aos instrumentos consensuais.

Esse novo modelo consensual consubstancia-se na evolução de um regime centrado no ato administrativo (unilateral) para um regime que passa a vislumbrar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade), regime este que prima pelos valores democráticos e pelo diálogo para que os cidadãos possam participar do processo de concretização das finalidades públicas.

3. A predominância dos deveres constitucionais e o direito fundamental à boa administração pública

De todo o exposto, é possível inferir que o regime jurídico aplicável à Administração Pública está assentado em deveres constitucionais, para o fim de promover a realização das necessidades da sociedade, mormente a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Para o cumprimento desse mister, exige-se da Administração uma atuação pautada na juridicidade, moralidade, impessoalidade, transparência, eficiência, motivação, dentre outros.

Mesmo quando a Administração Pública atua de forma discricionária (principalmente nessa hipótese), exige-se uma atuação conforme a esses parâmetros. É por conta disso que Juarez Freitas[34] defende a concepção de discricionariedade subordinada ao sistema constitucional e aos direitos fundamentais:

“De sorte que, toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de idéias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, deslegitimam”.

A Administração Pública tem o dever de proceder a escolhas legítimas, o que materializa um direito fundamental à boa administração. Saliente-se que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o Estado da proporcionalidade. É imprescindível o controle de legitimidade, ao lado da eficiência e da eficácia, exigindo-se a motivação dos atos discricionários e vinculados. A proporcionalidade deve ser interpretada como a vedação ao excesso e a omissão.

É nesse sentido que Juarez Freitas assevera que, na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade, o administrador público está obrigado a adotar a melhor solução. Qualquer exercício de discricionariedade legítima exige uma ponderação e um controle das motivações, ou seja, a vigilância quanto aos aspectos pertinentes à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios[35].

Dessa feita, o direito fundamental à boa administração vincula, e a liberdade é concedida apenas para que o bom administrador desempenhe de forma exemplar o seu mister. Jamais para o excesso ou para a omissão.

Novamente convém trazer à colação, as lições de Juarez Freitas: “assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”[36].

Nesse contexto, a discricionariedade passa a ser vislumbrada como vinculada à Constituição e aos direitos fundamentais. Impõe-se um controle do ato discricionário orientado pelos princípios constitucionais, não sendo suficiente a simples alegação de oportunidade ou conveniência.

A concepção de direito fundamental à boa administração está intrinsecamente relacionada ao princípio da eficiência, que exige do Administrador Público a escolha da melhor opção ao caso concreto, conforme já esposado.

A eficiência exige uma nova postura da Administração Pública, voltada a atender as necessidades dos “clientes” de forma célere e objetiva. A título de exemplo desse dever, cumpre colacionar o dispositivo constitucional que exige celeridade na duração do processo administrativo, art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com efeito, a razoável duração do processo, enquanto garantia constitucional, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança 10.792-DF, nos seguintes termos:

“Ao que se tem, a todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao **status** de garantia constitucional, não se

podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

(...)

A atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do "dever de boa administração".

No caso em apreço, a eficiência da atividade administrativa implica, necessariamente, criteriosa análise dos processos de autorização de execução de serviços de radiodifusão comunitária conjugada com a observância de prazo razoável para a emanção do ato pretendido (autorização).

(...)

Agride o princípio da eficiência, de maneira inquestionável, a demora injustificável da tanto do processamento do requerimento quanto da apreciação do pedido pela autoridade coatora, decorridos quase 04 (quatro) anos do protocolo do pleito. A justificar a desídia, despiciendas as alegações da autoridade coatora acerca da existência de outras entidades interessadas no serviço, bem como do excessivo número de processos

submetidos a sua apreciação, sendo o prazo decorrido mais do que suficiente ao implemento das providências pertinentes.

(...)

Pelo exposto, passados quase quatro anos, concedo a ordem para determinar que a Autoridade Coatora conclua, no prazo de noventa dias, o processo administrativo do impetrante, como for de direito”.

No mesmo sentido foi o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, em remessa de ofício em mandado de segurança (200036000096598):

“Além da eficiência que deve permear o exercício da atividade estatal, tal como dispôs a Emenda Constitucional nº 19/98, o que implica, dentre outras hipóteses, em se refutar veementemente a mora abusiva na apreciação dos regulares pedidos realizados pelos administrados, a Lei nº 9.784/99 estabeleceu expressamente o dever da Administração de explicitamente emitir dirigidos (art. 48), tendo firmado o prazo de 30 (trinta) dias para tal desiderato, salvo prorrogação motivada por idêntico prazo”.

Esses dois julgados bem demonstram a alteração de paradigma da Administração Pública, que passa efetivamente a ser vislumbrada como uma estrutura a serviço do povo, que tem o dever de atuar de forma compatível com o ordenamento jurídico, bem como de forma célere e eficiente.

Ademais, essa concepção restou cristalizada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, em seu art. 41, prescreveu o direito fundamental à boa administração:

“Artigo 41.

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União **de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.**

2. Este direito compreende, nomeadamente:

. o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

. o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

. **a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.**

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”. (grifos nossos)

Ainda, nos termos do que dispõe o art. 43 da Carta, “qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem o direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça da União, **respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições ou órgãos comunitários**, com excepção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais”[37]. (grifos nossos)

Assim, não basta mais agir com legalidade. Exige-se uma atuação focada na eficiência e na consecução das necessidades dos “clientes”, o que impõe uma reestruturação do modelo de Administração Pública, a fim de que ela esteja apta a efetivamente desempenhar seus misteres, na medida em que a Administração é detentora de

prerrogativas apenas para que ela possa desempenhar de forma satisfatória os deveres a ela impostos pelo ordenamento jurídico vigente. E, o seu dever último, é o da boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Em face do exposto, é possível concluir que para que o Estado pudesse realizar de forma satisfatória a finalidade pública almejada, é que se conferiu a ele diversas prerrogativas. Esses benefícios, portanto, são outorgados pela ordem jurídica para viabilizar a realização satisfatória dos encargos assumidos pelo Estado.

Referidos poderes são simples instrumentos colocados à disposição da Administração para viabilizar a consecução do interesse público que se encontra sob sua tutela, de sorte que seu exercício só será legítimo se voltado única e exclusivamente para o atendimento dessa finalidade.

Com efeito, a Constituição Federal, ao vincular a atuação administrativa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que decorrem de forma implícita do texto constitucional, deixou clara a preponderância das sujeições da Administração em face das prerrogativas.

Saliente-se que um Estado Democrático de Direito requer uma estrutura administrativa também democrática e dialógica. Essa postura se faz necessária para que a Administração Pública tenha condições de aferir as reais necessidades da sociedade e de pautar sua atuação de forma mais consentânea com essas aspirações.

Dessa feita, não basta uma atuação fundamentada apenas na legalidade, sendo imprescindível que a Administração Pública esteja apta a constatar as reais necessidades da sociedade e a utilizar os instrumentos cabíveis para a consecução dessas necessidades. Em outras palavras, exige-se uma gestão atrelada à responsabilidade.

Ressalte-se que a Constituição Federal, principalmente em seu art. 5º, arrolou um conjunto de direitos fundamentais que acabam por vincular a atuação administrativa. Além disso, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal preconiza que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que induz à conclusão de que todos os órgãos e entidades administrativos estão estritamente subordinados a essas normas, impondo-se sua implementação por meio da *ação administrativa*.

É nesse sentido que se fala, atualmente, em funcionalização da atividade administrativa, voltada à concretização dos direitos fundamentais.

Impõe-se, portanto, um novo modelo de gestão pública, que possa propiciar um desenvolvimento mais responsável e sustentável e que possa permitir uma maior abertura à participação da sociedade na gestão dos interesses públicos, com vistas à

concretização dos direitos fundamentais. É nesse sentido que se fala em Governança Pública, que está intrinsecamente relacionada ao conceito de accountability.

Com efeito, a noção de accountability – interpretada usualmente como a condução responsável dos assuntos de interesse público – pressupõe a explicitação pelo agente público das razões e justificativas que respaldam a prática de determinado ato (princípio da motivação), assim como a necessária análise das conseqüências desses atos perante a sociedade.

Não restam dúvidas de que essas novas concepções – Estado em Rede, Governança Pública e Accountability – exigem uma nova postura da Administração Pública, que deverá aderir aos instrumentos consensuais, justamente para que ela tenha condições de aferir as reais necessidades da sociedade.

Não se pode perder de vista que a Administração Pública tem o dever de proceder a boas escolhas, o que materializa um direito fundamental à boa administração. Isso só será factível se houver uma consonância entre as políticas públicas e as aspirações da população. Um modelo autoritário e unilateral não dá conta dessa nova concepção de Administração Pública.

Dessa feita, o direito fundamental à boa administração vincula, e a liberdade é concedida apenas para que o bom administrador desempenhe de forma exemplar o seu mister. Jamais para o excesso ou para a omissão. Tem-se que o dever último do Poder Público é o da boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais. E a consecução desse dever só será factível mediante uma reformulação do modelo de gestão pública, impondo-se o estabelecimento de critérios mais consensuais e dialógicos, imprimindo-se uma efetiva aproximação entre Estado e sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRETTI, Umberto. *Amministrazione Pubblica e costituzione*. Pádua: 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Capus, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. de Ignacio Villaverdew Menéndez. Baden-Baden: nomos Verl.-Ges., 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: _____ . “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 325-334. p. 327.

CARTA EUROÉIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: o poder da identidade*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA. Parlamento Europeu, 2001.

DI PIETRO, Maria Syvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Discricionabilidade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Brasília: ENAP, 1998, p. 269.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?* Revista de Administração Pública, vol. 40, n. 3. Rio de Janeiro, mai/jun. 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação* (mimeo., 2008), p. 06.

_____. *Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais*. In: Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307-329.

PRATIS I CATALÀ, Joan. *La construcción de la gobernanza*. In: PRATIS I CATALÀ, Joan; VIDAL BELTRÁN, José Maria (Coords). *Gobernanza: Diálogo Euro-Iberoamericano sobre el buen gobierno*. Madrid: INAP: Colex, 2005.p. 21-76.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[1] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

[2] UMBERTO ALLEGRETTI. *Amministrazione Pubblica e costituzione*. Pádua: 1996, p. 12.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 57-58.

[4] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79

[5] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 71.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito...*, p. 306.

[8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104.

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 90.

[10] Esse diploma consignou diversos deveres à Administração Pública, no intuito de assegurar os direitos dos administrados. Além da necessidade de vinculação aos princípios já esculpidos na Constituição Federal, prescreveu a norma de forma expressa, em seu art. 50, o dever de motivar os atos administrativos, apresentando as razões de fato e de direito que respaldaram a prática do ato. Ainda, exige a lei (art. 2º, parágrafo único): atuação conforme o direito; atendimento a fins de interesse geral; objetividade no atendimento do interesse público; atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de formas simples; garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; proibição de

cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

[11] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158-159.

[12] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: nomos Verl.-Ges., 1993, p. 44-71.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

[14] SARLET, *Op. cit.*, p. 143.

[15] BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Capus, 2000.

[16] *Op. cit.*, p. 204.

[17] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 2002, p. 26.

[18] CASTELLS, Manuel. *A era da informação: o poder da identidade*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

[19] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação* (mimeo., 2008), p. 06.

[20] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *Op. cit.*, p. 06.

[21] CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 313.

[22] *Op. cit.*, p. 07.

[23] CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: _____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 325-334. p. 327.

[24] KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?* Revista de Administração Pública, vol. 40, n. 3. Rio de Janeiro, mai/jun. 2006, p. 03.

[25] *Op. cit.*, p. 03.

[26] GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Brasília: ENAP, 1998, p. 269.

[27] GRAU, Nuria. Op. cit., p. 273.

[28] Id.

[29] Id.

[30] Ibid., p. 240.

[31] Cf. GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Brasília: ENAP, 1998.

[32] Op. cit., p. 5.

[33] Op. cit., p. 41.

[34] FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 08.

[35] Op. cit., p. 17-18.

[36] Op. cit., p. 41.

[37] Cite-se, também, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, que prescreve deveres aos agentes administrativos, no sentido de assegurar o direito fundamental à boa administração pública.

**RELAÇÃO DE TRABALHO DAS PESSOAS PORTADORAS DE
NECESSIDADES ESPECIAIS: SUA PROFISSIONALIZAÇÃO E INSERÇÃO
NO MERCADO DE TRABALHO ***

**RELATION OF WORK OF THE CARRYING PEOPLE OF NECESSITIES
SPECIAL: ITS PROFESSIONALIZATION AND INSERTION IN THE WORK
MARKET**

**Maurinice Evaristo Wenceslau
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima**

RESUMO

A questão das pessoas com necessidades especiais está posta desde a formação dos primeiros grupos humanos. Entre os muitos desafios que se apresenta no trato dessa questão, um tem merecido atenção: a marginalização. Este artigo, extraído de pesquisa em andamento, está entre outras, fundamentado nas análises sobre a inserção no mercado de trabalho dessas pessoas no período de 1988 a 2008. Com a evolução a sociedade passa a exigir dos seus elementos produtividade e homogeneidade e com a discussão neoliberal a produtividade deve manter padrões de homogeneização para demonstrar suas competências. Com o preconceito existente sobre a deficiência, solidificado pela evolução do homem em sociedade, ficou a idéia de “improdutividade”, concluindo-se que mesmo qualificados, não conseguirão integrar-se ao mercado de trabalho de forma participativa. Para tal análise, estabelecemos um questionamento: como estão às pessoas com necessidades especiais inseridas no mercado de trabalho? Assim, apresentamos como hipóteses: a não qualificação da mão-de-obra destas pessoas; a inexistência de programas de acesso à reserva de vagas, que sem a sua eficaz qualificação não facilitam a permanência no emprego. Para tanto, utilizamos o método exploratório bibliográfico, bem como pesquisa de campo e documental. Acredita-se que a contribuição desse trabalho resida na tentativa de auxiliar o encaminhamento das discussões sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES: INSERÇÃO SOCIAL; RELAÇÃO DE TRABALHO;
PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS;
PROFISSIONALIZAÇÃO; COTAS.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The question of the people with necessities special is ece of fish since the formation of the first human groups. Between the many challenges that if present in the treatment of this question, one has deserved attention: the marginalização. This article, extracted of in progress research, is among others, based on the analyses on the insertion in the market of work of these people in the period of 1988 the 2008. With the evolution the society starts to demand of its elements productivity and homogeneity and with the neoliberal quarrel the productivity must keep homogenization standards to demonstrate its abilities. With the existing preconception on the deficiency, made solid for the evolution of the man in society, it was the idea of “improdutividade”, concluding that exactly qualified, they will not obtain to combine it the market of work of participativa form. For such analysis, we establish a questioning: how they are to the people with inserted special necessities in the work market? Thus, we present as hypotheses: not the qualification of the man power of these people; the inexistence of programs of access to the vacant reserve, that without its efficient qualification does not facilitate the permanence in the job. For in such a way, we use the bibliographical exploratório method, as well as research of documentary field and. One gives credit that the contribution of this work inhabits in the attempt of assisting the guiding of the quarrels on.

KEYWORDS: SOCIAL INSERTION; RELATION OF WORK; CARRYING PEOPLE OF NECESSITIES SPECIAL; PROFESSIONALIZATION; QUOTAS.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este texto tem como objetivo expor algumas questões, que fazem parte de uma pesquisa em desenvolvimento, que entre outras, procura analisar a eficácia da norma constitucional com relação ao Direito a educação, qualificação e a inserção no mercado de trabalho das pessoas portadoras das necessidades especiais. Nos limites deste texto, pretende-se discutir, ainda que preliminarmente, a trajetória histórico-jurídica das formas de assegurar direitos aos sujeitos diferentes, principalmente, a educação, a qualificação da mão-de-obra e o emprego.

Para abordar tal propósito, vamos partir de uma constatação histórica: o Direito a Educação, qualificação e ao trabalho das pessoas com necessidades especiais no Brasil tem se constituído, ao longo da história das Constituições brasileira, como a modalidade com maior dificuldade de interlocução com os direitos garantidos aos demais cidadãos, talvez porque o Estado não se encontra em condições de atender uma clientela tão específica ou com muitas especificidades.

Iniciaremos o texto levantando o tratamento despendido pelo legislador Constituinte originário, nas diferentes Constituições Brasileiras, sobre o Direito a educação das pessoas portadoras de necessidades especiais e conseqüente qualificação de sua mão-de-obra. Na seqüência discutiremos a sua inserção no mercado de trabalho.

1 Análise do Direito a Educação nas Diferentes Constituições Brasileira

Inicialmente, no Brasil, a Carta Imperial de 1824, trazia em seu bojo somente a garantia de que a instrução primária seria gratuita (art. 179, XXXII). Entretanto na Constituição de 1891 a previsão de gratuidade desaparece, ficando apenas a obrigatoriedade do ensino de natureza laica (art.72).

Somente no texto da Constituição Federal de 1934, no art.149, se reconhece o Direito à educação determinando que seria um “...direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”. Os textos constitucionais posteriores passam a reservar sempre um capítulo dirigido ao Direito à educação.

Na Carta Magna de 1946 é que foi delega à União a competência para legislar sobre os fundamentos e políticas sociais de educação (art. 5º, XV, d) e estabelece os procedimentos para educação no Título VI, Capítulo II.

Somente no Estatuto Maior de 1967, com as alterações ocorridas em 1969, em pleno regime autoritário é que elevou à Lei Maior o dever do Estado em oferecer educação (art.176).

Entretanto, a educação é Direito Social, pois se reveste de universalidade, sendo estabelecida a partir do artigo 205 até o artigo 214 da Carta Magna de 1988. Deverá ser estruturada e incentivada pelo Estado, com a colaboração da sociedade, objetivando a redução das desigualdades sociais e regionais.

Esta Lei Fundamental foi considerada, quando da sua promulgação, como cidadã, porque contou com participação popular na sua elaboração, bem como investiu na concretização da cidadania, entre outros pontos valoriza: à cultura, englobando nesta a formação educacional que servirá de suporte para formação moral, física, espiritual, intelectual.

Com o objetivo de materializar a prestação de serviços do Estado e possibilitar ao cidadão o alcance do objetivo da sociedade política que é o bem comum, a norma Constitucional vigente estabelece em seu artigo 205, ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família.

Frisa-se que a educação tem um conceito mais amplo do que ensino, segundo Maria Helena Diniz (1998a, p.264), a educação consiste em uma “Ação ou efeito de desenvolver, gradualmente, as faculdades intelectuais, espirituais, físicas e morais do ser humano, garantindo constitucionalmente como um direito social”.

Sendo assim, pode-se identificar três objetivos básicos para educação (art.205 da CF), que são: pleno desenvolvimento da pessoa; preparo para o exercício da cidadania; profissionalização. Com esses objetivos a sociedade moderna identifica a escola como a única instituição “autorizada” a transmitir conhecimentos sistematizados socialmente disponíveis.

Entretanto, David Araújo e Nunes Júnior (2001, p.386) observam que: “Não obstante ter iniciado a matéria com a declaração de um direito tão amplo como a educação, na verdade os próximos artigos restringem-se mais ao direito ao ensino e à educação

escolarizada formal, pois é esta parte da educação que reclama uma maior atuação estatal.”

Com intuito de cumprir este compromisso assumido de desenvolvimento e de investimento na educação formal o Estado deverá elaborar plano plurianual, por determinação do artigo 214 da Lei Maior, visando a articulação e o desenvolvimento do ensino, com integração das ações do Poder Público, buscando erradicar o analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Este plano se fundamentará nos princípios da igualdade de condições não só para o acesso como também o de permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o seu saber; pluralismo de idéias e concepções pedagógicas; coexistência de instituições públicas e privadas; gratuidade de ensino em estabelecimentos do Estado; valorização dos profissionais do ensino, garantindo planos de cargos e carreiras, com piso salarial profissional e ingresso por concurso público de provas e títulos; gestão democrática do ensino público e garantia de padrão de qualidade (art.206 da CF).

Segundo David Araújo e Nunes Júnior (2001, p.386) o artigo 206 da Constituição “[...] contempla a principiologia do ensino, princípios ricos, pródigos em cientificidade e largos em seus objetivos, que servirão de vetores para toda atividade legislativa, administrativa e judiciária, não podendo nunca qualquer um dos titulares dessas atividades agir em desacordo com tais princípios.”

O Estado, então, visando garantir o direito à educação, segundo o artigo 208 da CF, o efetivará através do:

a) ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; b) progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; c) atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente nas redes regulares de ensino; d) atendimentos gratuitos em creches e pré-escolas as crianças de zero a seis anos de idade; e) acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; f) oferta de ensino noturno regular, adequado as condições do educando; g) oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se as que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola; h) atendimento ao educando no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; i) padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento de ensino-aprendizagem. (DINIZ, 1998a, p.264)

Também o legislador, quanto ao ensino superior, eleva a norma constitucional o princípio da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das Universidades, vinculados ao princípio da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão, podendo recorrer para tanto da contratação de mão-de-obra

estrangeira, promovendo, assim, o intercâmbio entre os diferentes Estados (art.207 da CF).

Todo o sistema de ensino público, federal, estadual ou municipal, se propõe no texto constitucional (art. 211) em regime de colaboração. Entretanto, deverá ocorrer atuação prioritária dos Municípios no ensino fundamental e educação infantil e dos Estados-membros e Distrito Federal no ensino fundamental e médio. Para possibilitar essa exigência vincula a receita de impostos, obrigando a aplicação mínima de 18%(dezoito por cento) pela União, 25%(vinte cinco por cento) pelos Estados-membros e Municípios. Com o descumprimento poderá ocorrer a intervenção dos Estados-membros nos Municípios (art.35, III da CF) e da União nos Estados-membros e Distrito Federal (art.34, VII da CF).

Em regra, essa receita vinculada é destinada às escolas públicas (art.213 da CF), podendo ser direcionadas às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, que não tenham finalidade lucrativa e apliquem em educação. Também, ocorrerá o direcionamento de parte das receitas às bolsas de estudos e financiamento de projetos de pesquisa e extensão. Foi ainda, com relação à receita vinculada, criado um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério que será distribuído proporcionalmente entre cada Estado e Município, observando o número de alunos nas redes de ensino fundamental.

O texto constitucional, ainda, fixou alguns conteúdos mínimos objetivando a formação básica comum, o respeito a cultura e os valores artísticos do povo brasileiro. Exige o ensino em língua portuguesa e assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, facultando o ensino religioso (art.210 da CF).

Poderá também ser delegado a iniciativa privada a função de oferecer ensino, entretanto sob o controle do Estado, tendo que cumprir as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade (art.209 da CF).

O artigo 208 da Constituição Federal reconhece em seus parágrafos que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e em não ocorrendo o seu oferecimento ou o oferecimento sendo sem qualidade acarretará responsabilidade da autoridade competente.

2 A norma Constitucional e as Pessoas com Deficiência

A proteção constitucional às pessoas com deficiência é explicitada já nos princípios fundamentais constantes nos artigos 1º ao 4º, que são cidadania, dignidade da pessoa humana, construir sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos.

Esses princípios demonstram a preocupação do legislador, que objetivando evitar a marginalização social dessas pessoas, prevê a sua habilitação, a reabilitação e a integração à vida comunitária promovida pela assistência social, independente de contribuição para seu exercício (art.203, IV da CF).

Entretanto, não sendo possível a sua inserção no mercado de trabalho e nem tenha a sua família condições de promover a sua manutenção, o legislador prevê a garantia de salário mínimo de benefício mensal (art.203 da CF), mesmo que não tenha efetuado nenhuma contribuição, entendendo-se ter esta eficácia plena.

Somada a esses princípios encontra-se o princípio da igualdade, no art. 5º da norma constitucionalizada, que trata da isonomia formal. Importante, então, diferenciar a igualdade formal, ou seja, “todos são iguais perante a lei”, na sua literalidade, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos, da igualdade material. Em outras palavras, a possibilidade da lei fazer algumas distinções para atender ao interesse público.

A Constituição Federal vigente procura aproximar os dois tipos de igualdade, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei, mas o distingue, para impedir a discriminação, estabelecendo que haja igualdade de paga e igualdade de oportunidades na contratação (Art.7º, XXX e XXXI).

Necessário se faz, assim, a aplicação do princípio constitucional da igualdade, às pessoas portadoras de deficiência, levando-se em consideração a natureza de cada diferente espécie de “deficiência”. Por consequência da busca da igualdade, o comportamento social deverá manter padrões de homogeneização, ou seja, o sujeito terá que se integrar ao que já foi estabelecido.

Como bem observa Luiz Alberto David Araújo (1996, p.20) “[...] a falha, a falta, não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade. O indivíduo portador de deficiência quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social”.

Em princípio, o intérprete da norma constitucional devia dar a ela o máximo de eficácia. Eficácia essa, que segundo Maria Helena Diniz (1998b, p.37) seria “[...] a qualidade da norma vigente (sentido estrito) de ter a possibilidade de produzir, concretamente seus efeitos jurídicos, não só em suas relações inter-normativas, como também relativamente à realidade social, aos valores positivos e ao seu elaborador e destinatários...”

Quando a Constituição vigente estabeleceu programas, ao invés de regular, direta e imediatamente o assunto, limitou-se a lhes traçar os princípios, visando à realização dos fins sociais do Estado, impondo a espera pelas normas infraconstitucionais para dar efetividade à política estatal a ser desenvolvida, impossibilitando a sua cobrança de forma específica.

Acresce-se a política governamental a necessidade de ser desenvolvidas medidas especiais de proteção às pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente, que não contrariem os anseios dos povos interessados e que não discrimine os direitos a cidadania (art. 4º).

Entretanto, estes objetivos embora figurem na proposição de políticas educacionais não parecem ser incorporados pela prática educacional especial. Para tal observação, exige-se um educador pré-disposto a efetivar sua ação, não somente a partir do acatamento das condições bio-psico-sociais existentes na clientela, mas através da busca incessante da superação dos limites condicionantes da diferença.

Segundo Omote (1996, p. 22), o professor de Educação Especial é por vezes “...visto como um profissional altamente especializado em um assunto reservado apenas a pessoas com qualidades especiais e capaz de levar à aprendizagem escolar alunos que não podem absolutamente ser ensinados nem compreendidos nas classes de ensino comum”.

Entendendo que, esse tratamento encontra nos princípios constitucionais seu redimensionamento, pois já estão dadas as condições para construção de uma Educação Especial sem fronteiras inflexíveis entre ensino, sujeitos e recursos especiais e comuns.

Entretanto, quando se trata de educação específica a pessoas portadoras de deficiência e para que estes fins sejam realmente alcançados e o direito ao ensino, via escola, seja realizado, não basta intenção palpável dos governantes ou do cidadão, terá que ser esforço em conjunto de ambos, aliados a investimentos de capacitação de profissionais com técnica específica.

Para pensar um sistema educacional que promova uma prática divergente das tendências atuais, e que se enquadre nos princípios constitucionais é preciso, repensar a gênese ou princípios das leis e de projetos pedagógicos.

3 A Profissionalização das pessoas com necessidades especiais

Em Estado que adota política capitalista, essencial a qualificação de mão-de-obra de forma tal que a sua força de produção venha a produzir riquezas, e sem paternalismo, o próprio indivíduo possa manter sua vida de forma digna, independente da proteção estatal.

Neste sentido o Direito do Trabalho tem como função preservar a dignidade da pessoa humana. Função que esta em consonância com princípios fundamentais desta República, segundo o legislador constituinte originário de 1988 — Art.1º, incisos III e IV.

As pessoas portadoras de necessidades especiais deverão ser qualificadas e inseridos no mercado de trabalho indistintamente, o que dará origem a outros direitos como condições de transporte, garantias de que as barreiras arquitetônicas sejam eliminadas, ao lazer, aposentadorias e principalmente à educação.

Entretanto, não sendo possível a inserção destas pessoas no mercado de trabalho e nem tenha a sua família condições de promover a sua manutenção, o legislador prevê a garantia de salário mínimo de benefício mensal (art.203 da CF), mesmo que não tenha efetuado

nenhuma contribuição, entendendo-se ter esta eficácia plena, muito embora o Poder Judiciário não tenha chegado a um consenso.

Para que se possa garantir o direito ao Trabalho às pessoas com necessidades especiais será necessário garantir a qualificação de sua mão-de-obra de forma a atender as necessidades impostas pelo mercado, assim, pode-se identificar três objetivos básicos para educação (art.205 da CF), que são: pleno desenvolvimento da pessoa; preparo para o exercício da cidadania; profissionalização.

A Lei Maior declara ser a Educação “direito de todos e dever do Estado e da família”. Quando se trata de educação específica às pessoas com necessidades especiais e para que estes fins sejam realmente alcançados e o direito ao ensino, via escola, seja realizado, não basta intenção palpável dos governantes ou do cidadão, terá que ser esforço em conjunto de ambos, aliados a investimentos de capacitação de profissionais com técnica específica. Observa-se que em Estado que adota política capitalista, essencial a qualificação de mão-de-obra de forma tal que a sua força de produção venha a produzir riquezas, e sem paternalismo, o próprio indivíduo possa manter sua vida de forma digna, independente da proteção estatal.

Neste sentido o direito ao trabalho tem como função preservar a dignidade da pessoa humana. Função que esta em consonância com princípios fundamentais desta República, segundo o legislador constituinte originário de 1988 — Art.1º, inciso III e IV.

As pessoas com necessidades especiais deverão ser qualificadas e inseridas no mercado de trabalho indistintamente, o que dará origem a outros direitos como condições de transporte, garantias de que as barreiras arquitetônicas sejam eliminadas, ao lazer, aposentadorias e principalmente à educação.

Entretanto, não sendo possível a inserção das pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho e nem tenha a sua família condições de promover a sua manutenção, o legislador prevê a garantia de salário mínimo de benefício mensal (art.203 da CF), mesmo que não tenha efetuado nenhuma contribuição, entendendo-se ter esta eficácia plena, muito embora o Poder Judiciário não tenha chegado a consenso.

A profissionalização das pessoas com necessidades especiais tem sido amplamente discutida, pois o trabalho constitui a via para integração social e conseqüentemente forma de minorar os problemas desses indivíduos. Sendo assim, os serviços profissionalizantes são considerados parte do processo de formação para o treino de habilidades e comportamentos que preencham os requisitos no mundo do trabalho, onde terão direitos e deveres.

A produção e a integração crescente de processos e tecnologias têm gerado grandes mudanças no perfil da demanda de competências. Cada vez mais existe demanda por capacidade de adaptação às inovações incrementais de tecnologia e de organização do trabalho para tanto, por atitudes flexíveis de polivalência, de adaptação a desafios, de trabalho de equipe, de predisposição à aprendizagem contínua.

Esse quadro tem certamente aumentado os desafios do complexo multi-institucional de educação e de formação profissionalizante. As instituições educacionais e

profissionalizantes têm uma responsabilidade fundamental em aumentar a empregabilidade dos seus alunos através de adaptação curricular, promoção de oportunidades de emprego e manutenção no mesmo. À promoção de emprego, no caso das pessoas com necessidades especiais, tem ficado também nas mãos dessas instituições, tendo esforço mais ativo na busca de acordos e outras iniciativas inovadoras de escola-empresa.

Em qualquer Estado, o sistema educacional para ser eficaz tem de cumprir o triplo papel de: a) proporcionar pelo menos patamar mínimo de apoio social e pedagógico orientador necessário para manter as pessoas com necessidades especiais na escola; b) educar de forma a responder às mudanças de prioridades de conhecimento científico e tecnológico; c) ajudar a inserir as pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho.

Os registros fazem referência à situação de mão-de-obra mal escolarizada, ocorrendo exploração por parte das indústrias, quando nela são as pessoas com necessidades especiais aceitas.

As associações passaram, então, a terem papel fundamental na sua qualificação, como também nas negociações no sentido de obter conquistas legais de garantia de educação e por consequência trabalho.

As associações de iniciativa privada assumem campanhas intensas no sentido de propagar os direitos dos cidadãos com deficiência: direitos a atendimentos qualificados, a educação, ao lazer, à profissionalização, ao emprego.

As ações reivindicatórias por leis que garantam o acesso ao trabalho são prioridades das associações, e isso ocorre de forma intensiva em diferentes Estados, para conscientização dos empresários de que as pessoas com necessidades especiais são capazes de produzir e por consequência serem úteis à sociedade.

Assim, foi distribuído pela Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos - FENEIS, cartaz com chamada: "Procura-se empresários que exijam dedicação e eficiência". Entre desenhos de surdos desempenhando funções de digitadores e de operadores de máquina de *xerox*, tentava-se sensibilizar e abrir mercado de trabalho, divulgando que o "trabalho é o principal meio de integração do homem na sociedade. É através deste que o indivíduo comprova sua capacidade igualitária de produção".

Realizam-se ações conjuntas entre entidades representativas das pessoas com necessidades especiais com os governos e aos empresários, procurando garantias de seus direitos, como por exemplo, a carta aberta elaborada pelo centro de atendimento aos surdos, dirigida aos empresários de Campo Grande - MS, divulgada pela Secretaria de Educação:

É normal que você empresário sinta algumas dúvidas em dar emprego a uma pessoa portadora de deficiência. Talvez nunca tenha pensado nisso. Mas isso pode ser uma vantagem. Porque ele possui a motivação, dedicação e força de vontade necessárias para aprender uma profissão. Acreditar nas capacidades profissionais de uma pessoa portadora de deficiência é dar-lhe a oportunidade de as poder comprovar. A Secretaria de Educação desenvolve um projeto de integração do portador de deficiência no

Mercado de trabalho, o qual visa o treinamento dentro da Empresa, nas atividades compatíveis às suas habilidades e interesses. Para a realização deste projeto é firmado um Convênio entre Secretaria de estado de Educação e o empresário, onde compete à Secretaria de Estado de Educação/CEADA, o encaminhamento, supervisão e fornecimento dos meios necessários à aprendizagem e realização do trabalho (KLEIN, 1998, p.08).

Entretanto, a iniciativa inovadora sofre crítica, pois as colocações feitas para chamar atenção para o problema agravam ainda mais, como observa Madalena Klein (1998, p.08):

... procurando convencer os empresários das competências da pessoa portadora de deficiência, acaba reafirmando, ou reinscrevendo esses sujeitos numa lógica de deficiência. Para que haja uma integração, torna-se necessária a intervenção, se não uma tutela, por parte das suas associações, no sentido de transformar essa deficiência em competência, requisito desejável para a integração no mundo do trabalho.

No Brasil, os serviços profissionalizantes das pessoas com necessidades especiais são oferecidos de forma a não promover qualquer integração, em oficinas abrigadas, definidas por Silvia Márcia Ferreira Meletti (1998, p.07) em

... local supervisionado, situado em instituições especiais ou enquanto apêndice destas, que atende o indivíduo com deficiência proporcionando atividades consideradas profissionalizantes, remuneradas ou não, com o objetivo de integrá-lo socialmente através do trabalho.

As instituições estabelecem contratos de trabalho com órgãos públicos ou com empresas privadas e estas oficinas prestam trabalho de mão-de-obra à empresa, mediante remuneração.

Entretanto o objetivo maior, com este tipo de convênio é a reprodução das condições de trabalho do mercado competitivo, para que assim as pessoas com necessidades especiais possam ser preparadas de forma condizente com as exigências deste.

O trabalho dos aprendizes é avaliado mensalmente por profissional da equipe técnica, considerando à assiduidade, comportamento, higiene, produtividade, grau de independência, etc., que irá determinar a sua remuneração e, principalmente verificar a possibilidade de ser inserido no mercado de trabalho competitivo, em primeiro estágio sendo acompanhados pelos técnicos e em segundo, totalmente desvinculados destas.

A idéia na criação destas oficinas foi esta, entretanto muitas delas não conseguem alcançar estes objetivos. O que se observa na prática é que algumas não profissionalizam e quando os seus alunos são inseridos no mercado de trabalho não são

devidamente acompanhados, retornando a instituição, como conclui Silvia Márcia Ferreira Meletti(1998, p.13)

A opção por sair ou permanecer neste esquema de exploração, obviamente, cabe somente ao aprendiz e à sua família, mesmo com isto sendo um dever da instituição. Ao desligar-se desta por conta própria constata que sua (pseudo) profissionalização se restringiu a regras de comportamento e que só isso não basta para se adaptar ao mercado competitivo. Um dos participantes, ao se deparar com uma experiência de desemprego, retorna à instituição.

Por outro lado, o preconceito existente sobre a deficiência solidifica ainda mais idéia de que os deficientes são igualmente improdutivos, levando a conclusão, claras ou disfarçadas, de que mesmo habilitados, não conseguirão integrar o mercado de trabalho, ocasionando isolamento dos portadores de necessidades especiais, já que lhe foi retirado o direito de participar com dignidade.

Outra constância é o desenvolvimento das práticas caridosas que enxergam o deficiente como objeto e não como sujeito de direitos, e os sujeitam a situações paternalistas. Observa-se, entretanto, que alguns tipos de deficiência jamais conseguirão atingir a independência desejada, sendo necessário atendimento especial permanente para produção, o que encareceria o produto final e por consequência não atrairia investimentos por parte dos empresários, nestes casos deverão permanecer nestas oficinas ou em Cooperativas Especiais.

4 Reserva de Vagas

Como já exposto acima às pessoas portadoras de necessidade especial possuem proteção especial na Constituição da República Federativa do Brasil. Essa proteção pode ser vislumbrada em comandos principiológicos.

Essa tutela especial não deve ser interpretada como um tratamento desigual, de cunho beneficente, mas sim como meio necessário ao pleno exercício da cidadania, haja vista que tanto se viola o princípio da igualdade quando em situações semelhantes recebe o cidadão tratamento diferenciado, como quando pessoas em situações diversas recebem tratamento igual.

De início, essa proteção vem assentada no artigo 1º que dispõe ser fundamento da República Federativa do Brasil a “cidadania e a dignidade da pessoa humana”. Logo em seguida, tem-se como objetivo da República “... erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Já diante destas disposições é possível vislumbrar que a reservada de vagas para os portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho vai ao encontro com a intenção do constituinte originário de construir uma sociedade fraterna, justa e solidária.

No que tange a inserção das pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho a Constituição, em consonância ao princípio da igualdade material, prevê a reserva de vagas. Nesse diapasão o artigo 7º, inciso XXXI proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

No que toca a Administração Pública o inciso VIII do artigo 37 da CRFB determina que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Além das normas constitucionais, leis infraconstitucionais vêm ao encontro dos direitos das pessoas portadoras de deficiência em conformidade com os princípios gerais do direito consagrados no ordenamento jurídico constitucional.

As principais leis federais, promulgadas após a CRFB de 1988, são as leis 7.853/89, a 8.028/90 e a lei 8.112/90. Poderia se pensar que diante de tão vasta legislação a inserção das pessoas portadoras de necessidades especiais estaria sendo concretizada a contento, porém a prática revela que há ainda relutância na efetivação dos direitos subjetivos do portador de necessidade especial.

Exemplificando a questão a lei 8.112/90 que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos federais, determina a reserva de até 20% das vagas de concursos públicos para deficientes, desde que as atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras. Mesmo diante deste comando legal não é raro encontrar editais de concurso público sem a reserva de vaga.

Perceba então que, até hoje, o que deveria ser distribuído como direito é ofertado como favor, e encarado como benemerência por governos que nada entendem de cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS EM PROCESSO

As deficiências são discutidas dentro do grupo social, desde a organização das sociedades primitivas, principalmente porque as pessoas que eram consideradas como “diferentes” não conseguiam atingir nível de independência possibilitador da sobrevivência sem acarretar ônus à sociedade.

Com o surgimento do pensamento do homem que deve produzir como máquina, capaz de funcionar harmonicamente, a sociedade, então, reitera o preconceito de que o elemento que possui qualquer deficiência não se ajusta ao sistema, portanto é plenamente descartável.

A concepção do homem-máquina e a estratégia de adequar o corpo humano ao que a organização social necessitava e a burguesia exigia, ocasionou excesso de trabalho e má

alimentação, debilitando os trabalhadores fisicamente, possibilitando a difusão de moléstias e acidentes de trabalho, fazendo nascer número maior de deficientes por circunstâncias do próprio sistema.

Com a evolução das sociedades políticas, hoje denominadas Estado, não foi possível eliminar o “problema”, e ao contrário a educação sistematizada, responsável pela qualificação da mão-de-obra, acabou revelando mecanismos de seletividade que, pelo reconhecimento das características reais de que cada clientela é portadora, tornou-se obstaculizador do preceito de igualdade.

O argumento que vem se utilizando como justificativa desta situação é a de que a educação especial não se encontra em condições, pela ausência de profissionais capacitados e condições materiais, de atender uma clientela tão específica ou com muitas particularidades.

Nesse novo contexto, a preocupação com a formação permanente do educador (princípio da valorização) pode ser assumida no estabelecimento de ações estratégicas e processuais, capazes de criar uma mentalidade crítica.

O preconceito existente sobre a deficiência está pautado na idéia de que estes sujeitos são igualmente improdutivos, levando a conclusões, claras ou disfarçadas de que mesmo habilitados, não conseguirão integrar-se ao mercado de trabalho, ocasionando seus isolamento, já que lhe foi retirado o direito de participar com dignidade.

Outra constância é o desenvolvimento de práticas caridosas que, ao enxergarem as pessoas portadoras de necessidades especiais como objeto e não como sujeito de direitos, o expõe a situações paternalistas.

Observa-se que para os participantes que não têm experiência no mercado de trabalho competitivo, a profissionalização significa: uma via de inserção nas relações de produção e consumo; continuidade do atendimento educacional; preparação para o trabalho em esquema de subcontrato; alternativa ao ócio; aquisição de boa conduta; e forma de reconhecimento pessoal e profissional.

Entretanto, para os participantes com experiência no mercado de trabalho competitivo, a profissionalização significa: alternativa ao ócio e ao desemprego; continuidade de atendimento educacional; aquisição de boa conduta; e via de estigmatização.

Tal significado parece ser atribuído à profissionalização, em função da remuneração que a pessoa recebe na instituição (oficina-escola). Participar de um programa de profissionalização proporciona ao indivíduo condições de produzir, receber por sua produção e, conseqüentemente, consumir. Além disso, a remuneração recebida torna possível a participação ativa nas relações econômicas de suas famílias.

A profissionalização é uma via de inserção nas relações de produção e consumo enquanto fonte de remuneração, independentemente de seu valor. No entanto, atribuir à profissionalização o significado de ser uma via de inserção nas relações de produção e consumo, não implica que estas sejam também consideradas vias de inserção nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, São Paulo, 1998.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et all. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2004.

COSTA, Messias. A educação nas Constituições do Brasil: dados e direções. Rio de Janeiro, DP&A, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo, Saraiva, 1998a.

_____. Norma Constitucional e seus efeitos. São Paulo, Saraiva, 1998b.

FARAH, Elias. Cidadania. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

KLEIN, Madalena. Surdez, educação e trabalho: discursos constituindo o surdo trabalhador. Caxambu, 1998 — 21ª Reunião anual da ANPed.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. O Direito à educação na realidade brasileira. São Paulo, LTr, 2003.

MELETTI, Silvia Márcia Ferreira. O significado do processo de profissionalização para o indivíduo com deficiência mental. Caxambu, 1998 — 21ª Reunião anual da ANPed.

MELO, Sandro Nahmias. O Direito ao trabalho da pessoas portadora de deficiência. Ação afirmativa. O Princípio constitucional da igualdade. São Paulo: LTr, 2006.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. “Um Estado para a sociedade civil”. In: RICO, Elizabeth de Melo; DEGENSZAJN, Raquel Raichelis. Gestão social: uma questão em debate. São Paulo, EDUC, IEE, 1999.

OMOTE, Sadao. “A importância da concepção de deficiência na formação do professor de Educação Especial”. In: Formação do Educador: dever do Estado, tarefa da Universidade. São Paulo: Editora da UNESP, 1996. – (Seminários e Debates).

PASTORE, José. Oportunidades de Trabalho para portadores de deficiência. São Paulo: LTr, 2000.

ROCHA, Tião. “Cultura: matéria-prima de educação e de desenvolvimento”. In: RICO, Elizabeth de Melo; DEGENSZAJN, Raquel Raichelis (Org.). Gestão social: uma questão em debate. São Paulo, EDUC, IEE, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 2. ed rev. aum. São Paulo: LTr, 2007.

SALOMON, Sônia Maria. Deficiente Visual. Um novo sentido de vida. Proposta psicopedagógica para ampliação da visão reduzida. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Fabiany de Cássia Tavares. Educação especial: um tema em questão. Dourados: Jornal O Progresso, 20/12/1997.

SINGER, Paul. “Alternativas da gestão social diante da crise do trabalho”. In: RICO, Elizabeth de Melo; DEGENSZAJN, Raquel Raichelis. Gestão social: uma questão em debate. São Paulo, EDUC, IEE, 1999.

TEPERINO, Maria Paula (Org.). Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiências. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na Era dos Direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo.(Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

WENCESLAU, Maurinice Evaristo & SILVA, F. C. T. Indivíduos com Necessidades Especiais e o Trabalho: O papel da Escola Inclusiva na formação e Consolidação do Direito. Revista Jurídica da Unigran, DOURADOS, v. 3, n. 5, p. 49-69, 2001.

_____. Olhar histórico-Jurídico sobre a Educação Especial. Revista Jurídica da Unigran, DOURADOS, v. 2, n. 3, p. 71-80, 2000.

**CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS –
EXIGIBILIDADE E PROTEÇÃO***

**CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS –
ENFORCEABILITY AND PROTECTION**

José Alcebiades de Oliveira Junior

RESUMO

Este texto intenta uma reflexão crítica sobre os Direitos Humanos em perspectiva constitucional, procurando realçar os aspectos que obstaculizam sua exigibilidade e aqueles que dificultam sua proteção efetiva. A partir das finalidades formais e substanciais dos Direitos Humanos Fundamentais, demonstra, dentre outros paradoxos, a importância e a insuficiência da “lei”, a importância e a necessidade de uma releitura da teoria da “separação dos poderes”. Por outro lado, considerando o processo de globalização hoje vivenciado, centra-se na discussão dos Direitos Humanos Fundamentais multiculturais – etnia, raça, gênero, portadores de deficiência, etc. -, chamando a atenção para o fato de que a internacionalização dos Direitos Humanos Fundamentais tem se constituído em uma interessante instância recursal em caso de usurpação.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO – DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – MULTICULTURALISMO – GLOBALIZAÇÃO – NOVOS DIREITOS – INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

ABSTRACT

This article attempts at producing some critical analysis about Human Rights within a constitutional perspective, aiming especially at pointing out the barriers to their enforceability and effectual protection. From the point of view of the formal and substantial finalities of the Fundamental Human Rights this paper reveals, amongst other paradoxes, the importance and influence of laws and the importance and necessity of an analysis of the Theory of Separation of Powers. On the other hand, taking into account the process of globalization that we experience today, this article shall focus on the debate about Multicultural Fundamental Human Rights: ethnos, race, gender, people with disabilities, etc, emphasizing the fact that the internationalization of Fundamental Human Rights has been used as an interesting bench for recourses in cases about usurpation.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: CONSTITUTION - FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS - MULTICULTURALISM - GLOBALIZATION - NEW RIGHTS - INTERNATIONALIZATION OF RIGHTS.

1 - Preliminares

O que são Direitos Humanos Fundamentais? [1] Embora não sendo uma definição fácil, vários autores[2] concordam que por DHF pode-se entender um conjunto de normas (racionais e positivas) a partir das quais se pensa a proteção da sociedade civil contra o arbítrio do poder instituído. Contra a insegurança das ações do soberano. Nesse sentido, desde a Grécia antiga, na Idade Média, com o cristianismo, e principalmente no século XVIII, com o iluminismo e a Revolução Francesa, assistimos a momentos paradigmáticos.

2 – Estado de natureza X Sociedade política: Pequena história inicial

No amplo espectro de discussão dos marcos das sociedades humanas, é possível imaginar, ou presumir, como fazem alguns[3], a passagem de uma situação de natureza para uma situação civil. E um dado importante nessa alteração, diz com o fato de se ter passado de uma existência em estado bruto, instintiva, a uma existência mediada por valores, normas ou regras.

Deixando de lado a discussão sobre o momento inicial desse processo, é possível perceber que quando nascemos já nos encontramos submetidos a uma ordem social e político-jurídica. Sem desmerecer, por certo, outras abordagens, do ponto de vista das Ciências Sociais e Humanas, ao menos três grandes tipos de questionamentos têm sido feitos: o problema dos fundamentos dessa ordem a qual estamos submetidos, o problema do exercício do poder enquanto relacionado com essa ordem e, por fim, o problema das conseqüências ou dos impactos sobre o conjunto da sociedade à qual ela se encontra relacionada.

3 - Discussões sobre os fundamentos, exercício e conseqüências da ordem jurídico-política

Especialmente a partir de Max Weber[4] é possível colocar a questão nos termos de uma discussão sobre fundamentos, exercício e conseqüências do poder.

Fazendo uso aqui da excelente obra de Renato Treves sobre Sociologia do Direito[5], é possível de se constatar que as preocupações sociológicas, sobretudo com Weber, necessariamente não se resumem a estudar as conseqüências e, quiçá, tenham bastante a ver com os fundamentos, assim como atravessam expressamente as questões relativas ao exercício do poder e do Direito na modernidade.

Procurando explicar o recém dito em companhia Treves, o saber sociológico aplicado ao Direito tem se apresentado, por um lado, como um conjunto de preocupações macro-sociais (Item 1), e, por outro, como um conjunto de preocupações, por assim dizer, micro-sociais (Item 2). Nas palavras do prof. italiano, preocupações com as grandes funções do Direito na sociedade, e com as discussões a respeito do como a sociedade se vê no Direito, ou, então, o que mais especificamente poderia ser pensado para uma maior aproximação entre realidade e Direito.

3.1. Desenvolvimento do Item 1 em Weber

Dentre as questões macro-sociais salientes na obra weberiana, acreditamos não haver nenhuma celeuma sobre o fato dele ter se preocupado, dentre outras, intensamente com as questões do poder e da dominação, por um lado, e, por outro, embora não dissociadamente, com o problema da racionalidade no mundo moderno e com a racionalidade no Direito em particular. No que diz com o primeiro ângulo, Weber tratou de estudar, é verdade que de um modo descritivo próprio aos sociólogos, o problema da legitimidade do poder, o que, a nosso juízo, embora não como uma questão “a priori” tal como procedeu a filosofia racionalista clássica, senão que a partir dos comportamentos, o que o aproxima e o distancia dos filósofos.

A capacidade de se impor, que traduz a idéia de poder, Weber estudou, como é sabido, a partir de três tipos ideais: o carismático, o tradicional e o racional-legal. Embora essa trilogia tenha sido construída para os seus estudos enquanto voltados a Ciência Política, tal como já referimos em outro texto[6], ela possibilita uma importante interpretação das possibilidades de transformação e mudança mesmo em sociedades submetidas à dominação racional-legal. Ilustrativamente, o tipo ideal relacionado com o carisma, demonstra que dominação pode aparecer justificada pelo caráter sacro com o qual se apresenta, ou então como a expressão de uma força-heróica, bem como pelas condições excepcionais da pessoa do líder. Na dominação tradicional, encontramos a difusão da crença no caráter sacro das tradições válidas desde sempre. Por fim, na dominação racional-legal difunde-se a crença na lei, e, por conseqüência a crença naqueles que são chamados a exercer o poder. Lembrando aqui do velho Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico), como não existe sociedade com uma única lei, sempre estamos diante de um ordenamento e, por via de conseqüência, diante de um, nas palavras de Weber, “aparato administrativo”, isto é, de uma burocracia, que, por sua atuação impessoal e através de papeis, enquanto uma organização hierárquica de competências desenvolve-se como a forma mais sofisticada de justificação e legitimação do poder.

Resulta também do que foi dito, a outra preocupação macro da sociologia weberiana e que pode ser deduzida de suas análises acerca da legitimidade da dominação racional – legal, que é a questão da racionalidade propriamente dita e a racionalidade no Direito de modo específico. Em apertada síntese, é possível perceber, enfim, que, a racionalidade que informa o agir social de aceitação e de submissão ao poder, está fortemente focada nas condições excepcionais de uma ordem fundada na lei.

3.2. Desenvolvimento Item 2 em Weber

Como descreve Treves, a racionalidade (equilíbrio entre meios e fins), se trata de um processo que está na base do desenvolvimento histórico moderno, e que tende, essencialmente, a realizar um tipo de organização da vida social segundo o qual as relações dos homens entre si e com o seu ambiente são diferenciadas e coordenadas de tal modo a fazer com que os meios empregados sejam previsíveis em seus efeitos e, portanto, aptos a alcançar os objetivos desejados.

Consciente da ambivalência da racionalidade no mundo moderno, como possibilidade de desenvolvimento e emancipação da sociedade e como forma sofisticada de dominação, Weber dedica-se a vê-la desde o prisma institucional e desde o prisma dos sujeitos e/ou indivíduos.

Tomando o Direito como objeto, pode-se explicitar que o seu processo de racionalização pode ser visto pelo lado institucional, podendo ser apreendido a partir de quatro “estados” no desenvolvimento do Direito: “o da criação carismática de normas por obra dos profetas jurídicos (anciãos do grupo, magos ou sacerdotes); o da produção empírica de regras por obra de notáveis juristas (produção jurídica mediante jurisprudência cautelar e de precedentes); o da imposição do direito por parte de um *imperium* secular e de poderes teocráticos, isto é, dos príncipes e dos chefes religiosos; e o da instituição sistemática do direito e da administração da justiça especializada por obra de juristas profissionais que recebem uma formação literária e lógico-formal”[7] .

Diríamos, simplificando, que o desenvolvimento das formalidades no Direito, para Weber, é essencial. Porém, desde que democrática, isto é, fruto de diálogos com a sociedade. Por outro lado, o conteúdo do Direito ou matéria, deve evoluir do casuísmo para uma condição de dedução geral de aplicabilidade a todos, e daí a importância que atribuiu ao Direito Romano enquanto caminho de fundamentação universal e, portanto, de independência do Direito em face dos poderes historicamente situados e de plantão.

Por outro lado, como a sociologia não se ocupa apenas de estruturas e instituições, mas, sobretudo em Weber, dos comportamentos, é que a racionalização que ele detecta como expectativa das sociedades modernas, poderia encontrar campo fértil com os operados do Direito, e, neste sentido, quando mais profissionais e preparados tecnicamente forem os operadores do Direito, melhor poderiam cumprir o desiderato da modernidade. Decorre daí suas críticas veementes a condição leiga dos jurados no Tribunal do Júri.

3.3. Conclusão preliminar

Com Weber, é possível deixar claro que a forma mais aceitável de submissão ao poder é a racional-legal – É o viver sob o Império da Lei, que nos tempos modernos quer dizer viver sob a tutela de normas historicamente institucionalizadas e postas através de um processo de decisão política, estabilizadas por uma burocracia, e que permitem, pois, previsibilidade e repetição.

Quem trabalha com DH precisa conhecer Auschwitz – principal campo de concentração de judeus na guerra de 45. Não para perpetuar o ódio ou pretender perseguir supostos culpados, sejam pessoas individuais ou grupos. Mas para ver e sentir até aonde somos capazes de ir com a violência.

Auschwitz é muito chocante, pois transporta qualquer pessoa com um mínimo de sensibilidade para aquele tempo de extermínio e a faz chorar. Auschwitz faz realidade nos visitantes, que revêem aquele filme terror. Colegas professores de Filosofia do Direito presentes ao Congresso Mundial da IVR na Polônia, em 2007, chegaram a passar mal. Seus (nossos) estômagos sentiam náusea.

É tocante ver os bens – pertences - dos prisioneiros hoje lá expostos. Desde as bagagens aos objetos mais pessoais, como óculos, redondinhos, ao estilo da época, até calçados, materiais de higiene, tudo é muito deprimente.

Como salientam os guias “turísticos”, já na chegada todos passavam por uma “desinfecção”, assim como por uma triagem de quem era velho, doente, criança, mulher e jovem com saúde para o trabalho, sendo os mais debilitados conduzidos imediatamente à morte.

Diga-se, também, que tudo se passou rigorosamente dentro de um grande plano - Arbeit Macht Frei – O trabalho liberta. Brillhante dissimulação do que lá acontecia e ainda viria acontecer de pior.

Mas trazemos esse fato novamente neste texto para enfatizar que o que lá aconteceu, lamentavelmente, não está fora da esclarecedora linha de raciocínio de Luciano Oliveira[8] quando, em importante livro de 1994, alertava para o “eterno retorno”. Tal como afirmou esse professor, tendo em conta execuções como as chacinas de Vigário Geral e da Candelária, bem como o massacre do Carandiru, tudo após os muitos excessos do regime militar de 64 que, “parece que estamos permanentemente condenados a exorcizar a tortura e as execuções clandestinas numa radiosa sexta-feira de manhã, para vê-las irromper de novo na calada da noite do dia seguinte”[9]. Mas uma das mais intrigantes interrogações do autor, feita com base em Friederich Nietzsche, é a de que “a perspectiva do eterno retorno traz consigo terríveis conseqüências existenciais: se tudo está fadado a se repetir até o fim dos tempos, qual o sentido das nossas ações?”[10]

Enfim, a conclusão que se deve tirar é a de que a lei, por si só, não é suficiente para conter o arbítrio e a violência contra os DHF. O Nazismo transitou em base legou, de acordo com a legislação vigente. E assim, o que precisamos além da lei para conter o arbítrio contra os Direitos Humanos Fundamentais, se traduz em uma grande questão.

Em relação à pergunta final do item anterior, é preciso afirmar de imediato que o constitucionalismo contemporâneo é a forma mais desenvolvida do paradigma legal, porém, embora as dificuldades, porta peculiaridades que talvez nos permitam enfrentar as insuficiências da legalidade em sentido estrito. Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo se caracteriza como “compromissório” e não apenas “dogmático”. Isto é, para além das regras estruturantes do Estado de Direito, das regras que visam uma segurança jurídica, trazem consigo princípios e valores que expressam acordos sobre um mínimo ético em relação ao ser humano. Normas que, embora abertas, se constituem em valores a serem alcançados para a plena realização da dignidade humana, e dentre as quais encontramos a liberdade, a igualdade e a solidariedade. E a nosso ver, esses princípios devem condicionar toda e qualquer interpretação constitucional. Sobretudo, uma leitura atenta dos preceitos constitucionais, não deixará de perceber que quando se fala de igualdade, não se trata apenas de seu ângulo formal, senão que da “igualdade na diversidade e a diversidade na igualdade”.

Assim, embora a idéia de Direitos Humanos – ou proteção do ser humano - seja mais antiga do que o constitucionalismo, lembre-se da “Antígona” de Sófocles, ela ganha um peso muito grande com o constitucionalismo, podendo-se, a partir da daí, falar-se em Direitos Humanos Fundamentais propriamente ditos.

Deixando-se de lado a ampla e rica história do constitucionalismo, e tomando em conta a Constituição brasileira de 88, é possível perceber, por outro lado, seu profundo compromisso com a igualdade (formal e material), pois embora ela não seja resultante propriamente de um exercício de reivindicação de toda a sociedade, tendo sido forjada de certa forma por acordos de gabinetes, ainda assim sofreu influências de movimentos populares, dentre os quais o movimento negro, p.ex., pretendendo o re-estabelecimento de bases mais éticas e justas para a sociedade brasileira, visando, portanto, à superação do racismo, dentre as várias formas de discriminação.

Dito isso, passemos a ver, com um pouco mais de detalhes, como se expressam constitucionalmente as finalidades formais e substanciais dos Direitos Humanos Fundamentais.

6 – As finalidades formais dos Direitos Humanos Fundamentais

Os sistemas constitucionais, como visto, expressam, na modernidade, a forma mais acabada de racionalização legal. Aspectos formais e materiais das constituições formam, como diria Bobbio, as duas faces de uma mesma medalha, que são os Direitos Humanos Fundamentais. De um lado garantias, de outro Direitos. Porém, numa inter-relação bastante complexa, como ainda veremos melhor.

Iniciando pelos aspectos formais aqui tomados da obra de Guy Haarscher[11], vejamos algumas demandas da preocupação com a formalização no Direito:

a) segurança jurídica; indiscutivelmente, com o assento na lei, tem-se a sensação de uma superação do problema da subjetividade no dizer o Direito. Em tese, haveriam certos limites (molduras) dentro das quais teria de se mover o aplicador.

b) legalidade: conhecimento da lei e vinculação a ela; nesse ponto, o importante é que ao mesmo tempo em que a lei submete os governados, também submete os governantes, que tem a liberdade de estabelecer o conteúdo da lei, mas, também, se obrigam a eles.

c) juiz independente/separação dos poderes (Montesquieu); aqui, o interessante é que a partir da lei pode-se pensar uma conjunção das forças vivas da sociedade, na medida em que o legislativo que faz a lei, em tese, não representa interesses corporativos, mas de toda a soberania, e, os eventuais conflitos com o executivo, que deveria concretizá-los, devem ser julgados por um judiciário que, por seu turno, deve conduzir-se também com base na lei.

d) irretroatividade das leis – temporalidade; a lei possibilita a estabilização do Direito no tempo, o que é fundamental para que não se instale o “1984” de George Orwell, e seu ministério da verdade, que ao afastar a memória, age como bem entender.

e) publicidade; enfim, como é de domínio de todos, através da lei se torna possível a sociedade conhecer o que pensa e o que está sendo exigido pela ordem político-jurídica em vigor.

Das conclusões possíveis, uma delas diz com a importância dessas demandas, e outra diz com os paradoxos quando da tentativa de realização das aspirações valorativas dos Direitos Humanos Fundamentais, de vez que podem existir ambigüidades, conflitos e mesmo lacunas específicas quanto a valores a serem atingidos.

7 – As finalidades substanciais dos Direitos Humanos Fundamentais – Direitos políticos, sociais e culturais (multiculturais)

O constitucionalismo, então, reforça todos os pontos de vista sobre a importância da legalidade. Porém, não se resume a esse aspecto. Por sua condição mesma de se apresentar como um texto jurídico, mas, também, sobretudo, como uma carta política, complementa e apresenta um além em relação a segurança jurídica, e que diz respeito, justamente, a realização dinâmica da justiça individual, social e cultural. E aí, os problemas e os paradoxos entre as finalidades formais e substanciais dos Direitos Humanos Fundamentais se agigantam.

Sobre a dimensão material ou substancial dos Direitos Humanos Fundamentais, lá se vão mais de dez anos quando, pela primeira vez, publicamos textos sobre esses ditos novos direitos fundamentais[12]. Tomando o mestre Norberto Bobbio como referência, passamos a entender o Direito em geral e os Direitos Humanos em particular, como o resultado de um regramento dinâmico que historicamente vai sendo estabelecido e que é passível de sucessivos acréscimos e desenvolvimentos, frutos de renovações das

consciências, de lutas históricas e atitudes políticas, muito embora as bases principiológicas desses Direitos, já estejam constitucionalmente assentadas desde 1988.

Em tese, para nós, leitores de Bobbio, o direito não nasce de uma só vez, pois os contextos históricos os vão positivando em seqüência, entendimento que efetivamente não destoa da realidade, pois, se tomarmos em conta as relações entre Direito e Estado, teremos condições de observar que o Direito vai sendo construído pari passo em concomitância com as transformações do Estado.

Sobre o assunto, acreditamos ter talvez trazido alguma inovação no sentido de que enquanto Bobbio falava em três gerações de direitos (individuais, sociais e transindividuais), ao passo em que alertava para uma possível quarta geração, relativa à proteção no âmbito da biotecnologia, em meio à avalanche da informática terminamos por sugerir falar-se em uma quinta geração, voltada à proteção das relações no âmbito da realidade virtual[13].

Hoje em dia, a própria idéia de gerações ou dimensões vem sendo questionada por certa literatura filosófico-jurídica, sob o argumento de que tal classificação poderia levar a um enfraquecimento da efetividade dos direitos humanos, porquanto se poderia inferir alguma hermenêutica excludente entre, por exemplo, direitos individuais e sociais ou coletivos. Ora, é preciso compreender que o que Bobbio propôs foi tão somente uma classificação desses Direitos por conta de sua positivação em diferentes momentos históricos, longe, portanto, de uma incompreensão do caráter tripartite do núcleo filosófico desses Direitos. Recentemente, Heiner Bielefeldt[14] também tem sustentado essa condição tripartite do núcleo filosófico dos Direitos Humanos na modernidade, sobretudo considerando, a partir de Kant, que não se pode falar em liberdade sem igualdade e vice-versa.

Contudo, face à crise do Estado-nação, que não se esgotou e que determina ainda um importante aspecto da luta pelos Direitos humanos, é preciso iluminar outra realidade. Em muito determinada pela globalização econômica e tecnológica, em conjunto com uma ambientação que vem sendo denominada de pós-moderna, e considerando-se as dificuldades do Estado de bem-estar-social e a queda do comunismo, dentre outros fatores, estamos diante da necessidade de se pensar a evolução da problemática dos Direitos humanos para além das lutas contra o arbítrio estatal, que, aliás, é o que tem feito Alain Touraine, sociólogo francês dos mais respeitados. Qual é esse novo foco? Os Direitos culturais, que podemos situar ainda no rol dos de terceira geração.

Com a queda dos regimes fascistas, nazistas e, sobretudo, comunistas, cada vez mais tem emergido um tipo de sociedade que busca encontrar seus laços de articulação em argumentos de base cultural. Novos nacionalismos e fundamentalismos estão vindo em substituição aos Estados arbitrários como valores prioritários de identidade social, o que coloca um amplo espectro de novas discussões que transcendem os objetivos deste texto.

Enfim, estamos diante da necessidade de se tratar adequadamente a pluralidade cultural que se exprime cada vez com maior força nas sociedades pós-modernas, e que apresentam a necessidade de uma interpretação constitucional que contemple o cidadão desde os ângulos aparentemente contraditórios de sua identidade e diferença. Enfim,

estamos a falar do fenômeno do Multiculturalismo, que reúne discursos de defesa das minorias em face de culturas hegemônicas, na busca da inclusão e do reconhecimento.

Nesse sentido, vale enfatizar que o mundo atual tem se destacado como excludente das “novas tribos”, como diria Michel Maffesoli. E assim, a luta pelos Direitos Humanos passa hoje também pela recusa tanto ao Direito “oficial” injusto quanto pela indignação de recusa do Direito oficial constitucionalizado de dar ouvido às novas aspirações coletivas. Trata-se de um ficar atento aos autoritarismos que se estendem desde os grandes sistemas teóricos aos intelectuais, dos políticos à mídia, a fim de se romper com o que esse pensador denomina “de círculo virtuoso das análises óbvias”[15]. Tentando traduzir: se a modernidade se sobressaiu na construção dos “sentidos” próprios e “adequados” para ação social, a pós-modernidade tem se encarregado de despi-los de suas estratégias míticas, e o que se verifica por parte dos poderes constituídos é ainda uma desesperada argumentação pela permanência e manutenção da credibilidade daqueles sentidos modernos, mesmo que eles nada tenham que ver com o cotidiano das pessoas de hoje.

Por tudo isso seria importante reprisar a citação que Maffesoli fez de Dostoievski ao abrir o capítulo sobre as galerias do social no livro “O ritmo da vida”: “é preciso amar a vida mais que o sentido da vida”[16] e, assim, darmos vazão aos novos sentidos, dos quais decorrerão novos direitos, o que justifica a continuidade de estudos nessa perspectiva.

8 – Casos concretos, exigibilidade e dificuldades de proteção

Procurando, agora, exemplificar as dificuldades de exigibilidade e proteção dos Direitos Humanos, adotemos a nomenclatura anteriormente anunciada, a partir da qual seria possível de se falar de Direitos Cíveis e Políticos, Econômicos e Sociais e Culturais.

Quanto aos primeiros, Direitos Políticos, tal como é de domínio público, tratam-se daqueles relativos à liberdade, quer de ir e vir, quer de expressão e opinião, bem como privacidade e intimidade, etc.

No caso desses Direitos, gostaríamos de trazer um exemplo polêmico atinente aos crimes de “lavagem de dinheiro”. Ao participarmos da banca de Mestrado de Daniel Menegaz[17], que analisou a lei 9.613/98, no Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS, embora os objetivos do mestrando fossem outros, pudemos observar que no balanço entre a defesa da ordem sócio-econômica e administração da justiça e a proteção dos Direitos e garantias fundamentais do cidadão, em feitos ocorridos nas varas especializadas da 4ª. Região, há uma clara e perigosa flexibilização destes últimos aspectos. Segundo esse autor, os modernos mecanismos de investigação penal que ainda estão passando por um momento de transição e maturação, ainda não encontraram um equilíbrio na tensão que possuem com as garantias fundamentais, na limitação do poder punitivo. Assim, segundo Daniel, pode-se constatar, dentre outros, um uso indiscriminado de prisões cautelares, apreensões e seqüestros de bens na quase totalidade dos casos, forte

incidência de interceptações telefônicas, etc., sem falar na utilização do discutível princípio da “delação premiada”. Nesses casos, quer nos parecer que tal como reza o ditado romano, “sumo direito, suma injustiça”.

Por outro lado, quanto aos Direitos Econômicos e Sociais, que primam pela defesa da igualdade, assistimos, no Brasil, a uma verdadeira enxurrada de demandas judiciais por remédios. Com base na Constituição de 88, que afirma ser a saúde dever do Estado e Direito de todos, muitos tem levado a uma judicialização da política e a uma politização do Direito. Mas o que gostaríamos de ressaltar seria tão somente de que essas demandas conflitivas colocam claramente em questão a clássica “teoria da separação e independência dos poderes”, levando muitos autores a falar em um poder uno do Estado, distribuídas tão somente as tarefas, o que não eliminaria a atuação complementar de um poder em relação a outro, de vez que os fins a serem alcançados seriam os mesmos.

Enfim, quanto aos Direitos Culturais, hoje constitucionalmente estatuídos em vários momentos de nossa Constituição, e que defendem a diferença, os Diferentes e clamam pelo reconhecimento, caberia reforçar que apenas estamos diante da necessidade de se tratar, materialmente, os iguais como iguais e os diferentes efetivamente como diferentes. Como dissemos, considerar a igualdade na diferença e a diferença quando da discussão da igualdade.

Hoje em dia, felizmente, as discussões no âmbito dessa dimensão são muitas. Temos casos em andamento sobre ações afirmativas sobre cotas nas Universidades, sobre as possibilidades de adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, o realce de antigas e novas questões sobre Direitos indígenas, sobre portadores de Deficiência, etc.. Casos de repercussão na mídia tem ocorrido com pessoas de orientação gay integrantes do exército, etc.

Enfim, as situações concretas de exigibilidade e proteção de Direitos culturais são, lamentavelmente, proporcionais ainda a grande resistência da sociedade ao reconhecimento dos Direitos constitucionais dessas pessoas.

9 - O Direito Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais como instância recursal

Como dissemos, embora esses Direitos sofram muita resistência, neste final, gostaríamos de resgatar o fato de que desde a Segunda grande Guerra Mundial tem se difundido a salutar internacionalização dos Direitos Humanos Fundamentais, para sustentar, como fazem autores de nomeada[18], a necessidade de uma hermenêutica constitucional que considere na área dos Direitos Humanos, as Declarações, os Tratados e os Pactos Internacionais e, enfim, a Jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Casos de discriminação indígena e casos de discriminação por orientação sexual e de gênero, tem sido revistos por essas Cortes (Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Européia de Direitos Humanos), e é bom que a Justiça brasileira tenha isso conta, para não ver, em curto espaço de tempo, suas decisões revistas.

Para encerrar, em que pese, por vezes, a utilização indevida do discurso de proteção aos Direitos Humanos como forma de ingerência indevida por determinadas nações, indiscutivelmente o desenvolvimento internacional de uma consciência acerca do necessário respeito aos Direitos Humanos Fundamentais se constitui em uma importante moral a ser construída.

10 – Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. SP: MestreJu, 1987.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Trad. Estela dos Santos Abreu. RJ: Contraponto, 1996. 316 p.

BARRETO, Vicente. Multiculturalismo e Direitos humanos: um conflito insolúvel? In *Direitos Humanos e sociedade cosmopolita*. Coordenador César Augusto Baldi. RJ: Renovar, 2005.

BERGOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. Para uma crítica do Constitucionalismo. SP: Quartier Latin, 2008.

BIELEFELD, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000, p. 21.

BOURDIEU, De Pierre. PASSERON, Bourdieu. *A Reprodução, Elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. RJ: Livraria Francisco Alves Editora, 1975.

BURUMA, Ian. MARGALIT, Avishai. *Ocidentalismo: O ocidente aos olhos de seus inimigos*. Trad. Sérgio Lopes. RJ: Jorge Zahar Ed., 2006.

CALERA, Nicolas López (org.). *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. Granada: Depto. de Filosofía del Derecho de La Universidad de Granada, 2005.

CANCLINI, Nestor. *Diferentes, Desiguais e Desconectados*. RJ: UFRJ, 2005, p.17.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. RJ: Lúmen Júris, 1999.

FARALLI, Carla. *A Filosofia contemporânea do direito*. Trad. Candice Premaor Gullo; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. SP: WMF Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES FILHO, Antonio. Entrevista em 28/05/2006. In: JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. *Caderno 2, de Cultura*. São Paulo, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Trad. José N. Heck. RJ: Zahar Editores, 1982.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. RJ: DP&A, 1999.

HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e cultura pós-moderna*. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS, volII, no. 1. POA:2003.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Trad. Carme Castells Auleda. Barcelona:Editorial Paidós, 1996.

MAFFESOLI, Michel. *O Ritmo da Vida*. Trad. Clóvis Marques. SP: Record, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: *I Conferência científica do Salão de Iniciação da UFRGS*. 1999

MELLO, Ana Maria Lisboa de. UTÉZA, Francis. *Oriente e Ocidente na poesia de Cecília Meireles*. POA: Libretos, 2006.

MENEGAZ, Daniel. Os Mecanismos de Controle Penal em Processos de Lavagem de Dinheiro na Justiça Criminal Federal da Quarta Região. Dissertação de Mestrado, PUC/RS, 2q

MILLER, David y WALZER, Michael (compiladores). *Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *Faces do Multiculturalismo*. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 25. POA: UFRGS, 2005, p.109-120.

RICOUER, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira César. Campinas, SP: Papirus, 1991.

SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. RJ: Lumen Juris, 2008.

SCHÜLLER, Fernando. SILVA, Juremir Machado da. (Org.). *Metamorfoses da cultura contemporânea*. POA: Sulina 2006, 176 p

SILVA, Tomaz Tadeu da. *Documentos de Identidade: uma introdução às teorias do currículo*. BH: Autêntica, 2004.

STUDNICKI, Tomasz Gizbert e STELMACH, Jerzy. *Law and Legal Cultures in the 21 st. Century. Diversity and Unity*. Warszawa: Oficyna, a Wolters Kluwer business, 2007.

TAYLOR, Charles. et alli. (org). *A Política de reconhecimento*. In : *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.45-94.

TOURAINÉ, Alain. *Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1996.

TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Trad. Marcelo Branchini. SP: Manole, 2004.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade*. RJ: América Jurídica, 2003.

WALZER, Michael. *Da Tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. SP: Martins Fontes, 1999.

Direito Internacional privado e cultura pós-moderna. In *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, vol. I, no.I, março de 2003.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Trad. Jose Ferrater Mora ET alii. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos e MORATO LEITE, José Rubens (Orgis.). *Os “Novos” Direitos no Brasil*. SP: Saraiva, 2003.

[1] Idéias inicialmente apresentadas em palestra proferida no Curso de Direito da ULBRA – SANTA MARIA, em 26-09-2008, resultantes de pesquisas realizadas pelo Grupo “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, da UFRGS, e do Grupo “Tutela dos Direitos e sua efetividade”, da URI – Santo Ângelo/RS. Texto elaborado especialmente para ser apresentado ao Grupo de trabalho “Direitos Fundamentais – Proteção e exigibilidade”, no XVII Encontro Preparatório do CONPEDI, Brasília, de 20 a 22 de novembro de 2008.

[2] Cfe. “A Filosofia dos Direitos do Homem”, Guy Haarscher, p.13 e segs.

[3] Cfe. “Filosofia dos Direitos Humanos”, Heiner Bielefeldt, p. 29 e segs.

[4] Cfe. “Economia y Sociedad”. Mexico: Fondo de Cultura Económica,1984. P.170 e segs.

[5] Cfe. “Sociologia do Direito”. Trad. Marcelo Branchini. SP: Manole, 2004.

[6] “Revisitando Max Weber”, in “FACES DO MULTICULTURALISMO”. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

[7] Treves, op.cit. p.162.

[8] “Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura”. SP: Brasiliense, 1994.

[9] Idem, op.cit.p.10.

[10] Idem, ibidem, p. 9.

[11] Op.cit.p. p.29 e segs.

[12] “O desafio dos novos Direitos para a Ciência Jurídica”, in Cidadania Coletiva, obra organizada conjuntamente com José Rubens Morato Leite, Florianópolis, Paralelo 27 Editora, 1996, e “Cidadania e Novos Direitos” in O novo em Direito e Política, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. É também desse período o importante livro de José Luiz Bolzan de Moraes, “Do Direito Social aos Interesses Transindividuais”, fruto de sua tese de doutorado e que tivemos o privilégio de orientar no CPGD/UFSC. Já no ano de 2000, publicamos pela Lúmen Júris uma coletânea de artigos que se intitulou “Teoria Jurídica e Novos Direitos”, e que procurou dar prosseguimento as pesquisas anteriores.

[13] Alguns autores, como Antonio Carlos Wolkmer, p.ex., embora criticando a idéia de geração e preferindo falar em dimensão dos direitos assinala “haver clareza quanto à inter-relação e a indivisibilidade de todos os direitos por parte daqueles que adotam a ordenação histórica dos novos direitos em cinco grandes gerações ou dimensões”, e cremos não haver dúvida de que nos incluímos entre eles. Cfe. “Os novos Direitos no Brasil”, Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite organizadores. SP:Edit.Saraiva, 2003.

[14] Cfe.o seu “Filosofia dos Direitos Humanos”. Trad. Dankwart Bernsmüller. S. Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 88 e segs.

[15] Cfe. Maffesoli, Michel. “O ritmo da vida - variações sobre o imaginário pós-moderno”. Trad. Clóvis Marques. SP:Record, 2007, p. 09-16.

[16] Idem, op.cit.p. 17.

[17] “Os Mecanismos de Controle Penal em Processos de Lavagem de Dinheiro na Justiça Criminal Federal da 4ª. Região”. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado em Ciências Criminais, PUC/RS, 2007, orientada pelo prof. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

[18] É o caso da profa. Flávia Piovesan em vários dos seus textos sobre Direitos Humanos. Ver por exemplo, “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas Global e Regional”. In “Igualdade, Diferença e Direitos Humanos”, Daniel Sarmento e outros (org.), RJ: Lumen Juris, 2008, p.47-76.

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM FACE*

THE RIGHTS OF PERSONALITY IN LIGHT OF FROM SCRATCH FROM DIGNITY FROM PERSON HUMANA

**José Sebastião de Oliveira
Mariângela Pennacchi**

RESUMO

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa humana, incluídos aqui aspectos de ordem física, psíquica e moral. Comportam várias espécies: direito à vida, à liberdade, ao nome, à honra, à imagem, à privacidade, ao corpo, dentre outros. O presente artigo fará um estudo acerca dos três últimos (imagem, privacidade e direito ao corpo), trazendo seus conceitos, características e as limitações que sofrem os exercícios desses direitos. Limites estes intrínsecos, quando demarcados pela própria lei que estabelece o seu conteúdo, e extrínsecos, quando resultantes da conjugação de outras situações protegidas, tendo em vista que os interesses protegidos pelos direitos da personalidade podem conflitar com outros direitos e poderes protegidos na ordem jurídica. O mais importante é que, embora não sejam limitados, tais direitos, quando exercitados, devem respeitar a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional de maior valor do ordenamento jurídico brasileiro, base de toda a ordem principiológica.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AO PRÓPRIO CORPO, HONRA, DISPONIBILIDADE, IMAGEM, PERSONALIDADE, PRIVACIDADE.

ABSTRACT

The rights of the personality are right subjective here of the person human being, enclosed aspects of physical, psychic and moral order. They hold some species: right to the life, the freedom, the name, the honor, the image, the privacy, the body, amongst others. The present article will make a study concerning the three last ones (image, privacy and right to the body), bringing its concepts, characteristics and the limitations that suffer the exercises from these rights. Limits these intrinsic ones, when demarcated for the proper law that establishes its content, and extrinsic, when resultant of the conjugation of other protected situations, in view of that the interests protected for the rights of the personality can conflict with other rights and powers protected in the jurisprudence. Most important it is that, they are even so not limited, such rights, when

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

exercised, must respect the dignity of the person human being, constitutional principle of bigger value of the Brazilian legal system, base of all the principles of the Federal Constitution.

KEYWORDS: KEY-WORDS: RIGHT TO THE PROPER BODY; AVAILABILITY; IMAGE; PERSONALITY; PRIVACY.

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade do homem são compostos por três elementos: psíquicos, físicos e morais, e são estes elementos que protegem a convivência do homem em sociedade (aspecto externo), bem como seus aspectos internos da personalidade, como o direito à imagem, direito ao nome, ao seu próprio corpo, direito à privacidade, à inviolabilidade de correspondência, dentre tantos outros.

Portanto, os direitos da personalidade ou personalíssimos não possuem conteúdo econômico, não são destacáveis do ser humano, a exemplo da propriedade, que é um direito destacável da pessoa de seu titular, mas sim, são direitos que integram o próprio ser humano, são ligados a ele e, portanto, não se destacam de sua pessoa, a exemplo do direito ao próprio nome, à liberdade, à vida, ao corpo.

O presente artigo tratará de algumas espécies dos direitos da personalidade: direito à imagem, direito à privacidade e direito ao próprio corpo, objetivando apurar a margem de liberdade do particular na realização de negócios jurídicos que tenham por objeto tais direitos, ou seja, até onde o ser humano pode dispor dos direitos de personalidade, e em que circunstâncias ou, ao contrário, até onde tais direitos são indisponíveis.

Para tanto, será inaugurado com breves considerações gerais acerca dos direitos da personalidade, abarcando seu conceito e características.

Na seqüência, será dado enfoque às espécies dos direitos da personalidade, acima referendadas, bem como demonstrar até onde tais direitos são disponíveis pelo homem, ou seja, a autonomia jurídica individual desses direitos (imagem, personalidade e direito ao próprio corpo).

Para tanto, na presente pesquisa será aplicada a metodologia histórico-dedutiva, desenvolvida com base em consultas e pesquisas por meio de obras doutrinárias, *sites da internet*, artigos publicados em revistas técnicas e jurisprudências, em legislação pertinente ao tema, bem como qualquer outro apoio metodológico que se fizer necessário.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 Conceito de Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade, conforme foi mencionado no início deste artigo, tratam de direitos não integrantes da órbita patrimonial do indivíduo, e sim, constituem todo e qualquer direito subjetivo pessoal, que não podem ser aferidos monetariamente, pois, quando agredidos, atingem a esfera moral do indivíduo. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina:

Esses direitos da personalidade relacionam-se com o Direito Natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: tratar-se-á, então, de pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado. Os danos que decorrem da violação desses direitos possuem caráter moral. Os danos patrimoniais que eventualmente podem decorrer são de nível secundário. Fundamentalmente, é no campo dos danos morais que se situa a transgressão dos direitos da personalidade. De fato, em linhas gerais, não há danos morais fora dos direitos da personalidade.[1]

Dessa feita, aquele que ofende outrem em sua esfera moral, está agredindo a personalidade do indivíduo, que pode acarretar um dano extrapatrimonial, mas também, indiretamente uma lesão patrimonial. E diz o art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.[2]

Outros artigos da Constituição de 1988 tratam dos direitos da personalidade, a exemplo do *caput* do artigo 5º, que prevê o direito à vida, à liberdade, direito moral do autor (artigo 5º, IX); direito ao sigilo de correspondência e comunicações – privacidade (artigo 5º, XII), dentre outros. É a constitucionalização dos direitos da personalidade. Conforme diz Eliana Saad Castelo Branco:

A Constituição Federal de 88 assegura a proteção de direitos personalíssimos (art. 5, V e X), acrescido da promoção social, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, alçando ao patamar constitucional à dignidade humana, a teor do artigo 1º, III[3] e 3º, IV[4] da Lex Legum.[5]

Os direitos da personalidade se fundamentam no valor conferido à pessoa humana pelo texto constitucional: dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Sílvio Romero Beltrão define direitos da personalidade “como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas”. [6]

A personalidade, portanto, consiste num conjunto de características próprias das pessoas. Assim sendo, pode-se dizer que ela não trata de um direito, pois ligados de forma perpétua e permanente ao indivíduo. Sílvio de Salvo Venosa observa que “a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”. [7]

Maria Helena Diniz corrobora com este entendimento ao dizer:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. [8]

Nas palavras de Miguel Reale:

Poderíamos dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de *ser livre*, de *ter livre iniciativa*, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade. [9]

E, como direito subjetivo da pessoa, esta tem direito a defender o que lhe pertence, isto é, sua identidade, sua reputação, honra, liberdade, entre outros direitos que integram a personalidade.

Para arrematar, cita-se o posicionamento de Adriano de Cupis[10], “ a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.”

Ressalte-se que o Código Civil de 2002 reservou um Capítulo para tratar dos direitos da personalidade: é o Capítulo II, Título I – artigos 11 a 21, portanto, são direitos subjetivos de natureza privada, salientando que, por ser matéria também tratada no texto constitucional, pode-se afirmar que é integrante do Direito Civil Constitucional. No artigo 12, o Código Civil tratou de um direito geral de personalidade. Trouxe previsão de direitos especiais da personalidade: a) nos artigos 13 a 15, tratou da incolumidade física (direito ao próprio corpo); b) no artigo 16, do nome; c) no artigo 20, da imagem, honra e intimidade; e, d) no artigo 21, da privacidade.

1.2 Características dos Direitos da Personalidade

O próprio artigo 11 do Código Civil traz os caracteres inerentes à personalidade, ao prever: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. [11]

Tem-se, diante da leitura do artigo retro, três características: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade. Esta última, embora não escrita explicitamente no texto, pode-se retirá-la do final do artigo “não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Nessa linha de raciocínio, Paulo Luiz Netto Lôbo observa:

O novo Código Civil brasileiro refere à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e à impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade, pois a limitação apenas pode ocorrer por ato de disposição. [12]

São *intransmissíveis*, ou seja, intransferíveis, pois pertencem à pessoa. Por exemplo, não há como transmitir ao outro o nome, a dignidade, a imagem etc. Também são direitos *irrenunciáveis*, mesmo que não sejam exercidos, jamais poderão ser renunciados. São *indisponíveis*, isto é, a pessoa não pode dispor dos direitos inerentes à sua personalidade.

Embora o Código Civil se refira somente a estas três características, podem-se citar outras referentes aos direitos da personalidade: a) *inatos* ou *originários*, uma vez que são adquiridos assim que a pessoa nasce, independentemente de sua vontade; b) *vitalícios*, *perenes* ou *perpétuos*, tendo em vista que duram por toda a vida; c) *absolutos*, “no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*”. [13]

Além disso, os direitos da personalidade são *imprescritíveis*, isto é, não se perdem pelo decurso do prazo, não prescrevem, pois, como direitos personalíssimos que são, sempre serão exercíveis e exercidos. Ainda, são também *inalienáveis*, pois intransferíveis e inegociáveis, seja a título gratuito ou oneroso, posto que não são de conteúdo econômico-patrimonial. Sílvio de Salvo Venosa complementa:

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataquem a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao *patrimônio moral* de uma pessoa. [14]

Washington de Barros Monteiro, sobre as características dos direitos da personalidade, afirma:

Realmente, não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode renunciar, nem estabelecer limites voluntários. Se houver limitações, somente por lei poderão ser fixados. Assim, nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício. [15]

Enfim, os direitos da personalidade protegem a dignidade da pessoa humana, não podendo o indivíduo, de forma voluntária, transmitir, renunciar, dispor ou alienar tais direitos, “com exceção dos casos previstos em lei”, conforme prevê a primeira parte do artigo 11, do Código Civil.

2 ESPÉCIES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA AUTONOMIA JURÍDICA INDIVIDUAL

2.1 Direito à imagem

Conforme já foi visto anteriormente, o direito à imagem, além de ser previsto no texto constitucional, também é tutelado pelo Código Civil. A Constituição Federal faz menção à imagem no artigo 5º, em três incisos: V, X e XXVIII. Os dois primeiros, embora já transcritos, vale registrá-los novamente:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à **imagem**;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a **imagem** das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da **imagem** e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (grifos acrescentados).[16]

No Código Civil, o direito à imagem está previsto no artigo 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da **imagem** de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais (grifo acrescentado).[17]

A imagem da pessoa, além do aspecto físico (denominada imagem- retrato), envolve, também, a exteriorização da personalidade da pessoa em seu conceito social (denominada imagem-atributo). Nessa mesma linha de raciocínio, distinguindo a imagem-retrato da imagem-atributo, Maria Helena Diniz traz o seguinte conceito de imagem:

A imagem é: a) a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (rosto, pernas, seios, olhos [...], etc.), desde que identificáveis, ou seja, desde que possam implicar o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho [...], etc., que requer autorização do retratado para sua divulgação. Trata-se da *imagem-retrato*, tutelada pela CF/88, art. 5º, X, que é relativa ao retrato físico da pessoa. É, não só, a reprodução gráfica, plástica ou fotográfica da pessoa, bem como a sua representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada. [...]; b) o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito

do indivíduo. Hipótese em que se configura a *imagem-atributo*, imagem social, ou, ainda, imagem moral, protegida pelo art. 5º, V, da CF/88 [...]; c) a reprodução biográfica, que não pode conter dados mentirosos, sob pena de responsabilidade civil por dano moral e, até mesmo, patrimonial.[18]

Nas palavras de Jacqueline Sarmento Dias:

O direito à imagem consiste na faculdade do titular permitir ou não a reprodução, exposição ou divulgação de sua imagem. A imagem é a exteriorização da personalidade. É a concretização dessa abstração física e moral. Não se reduz ao rosto, às feições da cada um, mas inclina-se por todos os modos de ser físicos e psíquicos do homem.[19]

Não é diferente o pensamento de Zulmar Antonio Fachin sobre o direito à imagem:

A imagem-retrato é a imagem física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, filmagem ou por outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas. [...] É objetiva, é a imagem decorrente da expressão física do indivíduo. A imagem-atributo é subjetiva, é o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo.[20]

De 1808 (ano em que ocorreu o primeiro acontecimento importante da imprensa falada e escrita no Brasil – circulação do primeiro jornal em língua portuguesa no País, denominado “Correio Brasiliense”[21]) até os dias hodiernos, os órgãos de imprensa – inicialmente limitados aos jornais e periódicos – evoluíram para um sistema de comunicação social, incorporando a radiodifusão, com emissoras de rádio e televisão, além da transmissão eletrônica de dados – a rede mundial de computadores, Internet. Tendo em vista o incrível desenvolvimento da telemática, da informática e da editoração eletrônica, com técnicas avançadas de jornalismo, permitindo a edição simultânea de jornais em pontos distantes, o direito à imagem tornou-se alvo de destaque dentre as espécies dos direitos da personalidade.

Respeitado o direito à liberdade de imprensa, também assegurada em princípio constitucional, ela deve estar restringida à convivência pacífica dos cidadãos, devendo o jornalismo atuar com responsabilidade e lealdade, pois, a ninguém é permitido quebrar a harmonia social, nem tampouco expor a privacidade e intimidade dos indivíduos de forma a denegrir a imagem dos mesmos.

Haja vista as características do direito à imagem, já alhures estudado, o titular da imagem deve consentir o seu uso, afastando, assim, qualquer pretensão à indenização por uso indevido da imagem, desde que utilizada nos termos consentidos. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A representação externa da pessoa em Internet, através de *sites*, filmes, revista, jornal, TV, vídeo, etc., requer a devida permissão do titular, porque o expõe a um público variado e não a um certo grupo de pessoas, podendo exigir um contrato escrito, ou verbal, externando o consenso para a divulgação onerosa, ou gratuita [...]

[...]

O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, dando, para tanto, seu consentimento, e também tem o direito de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem, e, ainda, o de receber indenização por tal ato desautorizado.[22]

O Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

EMENTA. DIREITO À IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE. QUANTUM. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.

I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II – Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não.

III – O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV – O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional.[23]

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é o mesmo quando a imagem publicada não tem intenção exploratória:

EMENTA. CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Recurso especial não conhecido.[24]

Há casos em que esse consentimento é dispensado. Sílvio de Salvo Venosa apresenta o seguinte exemplo: “Não há abuso e não deve ferir suscetibilidade, por exemplo, a divulgação de imagem de alguém pela imprensa, com mero cunho jornalístico”. [25]

Entretanto, a mesma divulgação pode ser prejudicial se este alguém for uma pessoa que recebe proteção de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/99). Assim, conforme preleciona Jacqueline Sarmento Dias:

O consentimento é um dos limites do direito à imagem. Ele pode variar por duas vertentes, ou seja, tanto pode ser uma permissão para exercitar determinado ato como pode ser um acordo bilateral para formação de uma relação jurídica contratual. Por outro lado, o consentimento pode ser tácito ou expresso. [...]. Exemplo de presunção do consentimento tácito: João está em uma solenidade, ao lado de um Ministro. Várias fotos são tiradas e divulgadas em jornais. Neste caso, não há abuso do direito de imagem, pois João ficou ao lado de uma pessoa pública, sabendo que correria o risco da captação também de sua imagem.[26]

Assim sendo, esse direito à imagem não é ilimitado, ou seja, há situações em que a divulgação da imagem do indivíduo não necessita de sua autorização e/ou consentimento. Isto ocorre nos casos em que o interesse coletivo se sobrepõe ao direito individual. Por exemplo, pode ser utilizada a imagem de pessoa notória para fins informativos, desde que não haja objetivo comercial, publicitário ou especulativo, nem tampouco invasão em sua vida privada. Da mesma forma, a imagem também pode ser utilizada para fins de informações culturais, científicos, didáticos, tendo em vista que tais informações são direitos que se sobrepõem ao direito de imagem do indivíduo, desde que, obviamente, respeitados os objetivos da notícia e com as ressalvas feitas no caso anterior, por exemplo, mostrar a imagem da pessoa em conferências, exposições de obras artísticas etc.

Outra exceção quando à indisponibilidade do direito à imagem está contida no próprio texto do artigo 20 do Código Civil, ou seja, ela pode ser utilizada para atender a administração da justiça e manutenção de ordem pública. Por exemplo: se a pessoa, condenada criminalmente, estiver foragida da justiça e tiver sua imagem exposta em algum programa de televisão, não poderá insurgir-se contra tal divulgação. Outro

exemplo que dispensa a autorização do titular da imagem é no caso de pessoa que exerce cargo público, não podendo impedir seja fotografado nem filmado, salvo na sua intimidade. Ainda, quando há necessidade de resguardar a saúde pública, por exemplo, pessoa portadora de doença contagiosa, sem ter conhecimento, colocando em risco a coletividade, não pode impedir que o órgão da saúde pública fixe cartaz, noticiando esse fato.

Maria Helena Diniz afirma:

Existem certas hipóteses em que o direito à imagem não é absoluto, pois, ante o fato da prevalência do direito à informação, da manutenção da ordem pública ou da segurança nacional e do atendimento do interesse público ou social, a imagem poderá ser divulgada sem o consenso do seu titular. Há uma relativização do direito à imagem, que sofre algumas restrições em prol da coletividade.[27]

No mesmo sentido, Regina Saham apontam como limites do direito à imagem:

Notoriedade e cargo da pessoa, além das exigências de polícia ou de justiça. [...], finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução se der em lugares públicos, ou por fatos de interesse público ou ocorridos publicamente. Pode-se impedir a “pública” exposição quando importarem em prejuízo da honra, reputação e decoro.[28]

É bom ressaltar o texto do parágrafo único do artigo 20 do Código Civil, que prevê, no caso de ofensa à imagem de pessoa morta ou ausente, a legitimidade ao cônjuge, aos ascendentes ou aos descendentes, para requerer a proteção.

A partir do exposto, pode-se dizer que o direito à liberdade de informação, traduzida na liberdade de expressão e manifestação de pensamento, deve ser respeitado. Informar e divulgar fatos, difundir conhecimentos, cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações populares, é importante, pois cabe à imprensa informar, cumpre-lhe, todavia, fazê-lo com total responsabilidade, dentro de certos limites, sem ofender a imagem das pessoas.

A imagem das pessoas pode ser utilizada, desde que com expressa autorização do seu titular, de forma gratuita ou onerosa, salvo algumas exceções, pois o direito à imagem não é limitado, podendo, em alguns casos, ser utilizada mesmo sem o consentimento do titular, desde que respeitados os elementos morais.

2.2 Direito à privacidade

A Constituição Federal prevê o direito à privacidade no inciso X, do artigo 5º, já tão mencionado neste artigo: “são invioláveis a intimidade, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas [...]” (grifos acrescentados).

Na lei infraconstitucional, ou seja, no Código Civil, a matéria foi tratada em seu artigo 21, que dispõe: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.[29]

Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos[30] e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[31] prevêem o direito à privacidade, em seus artigos 12 e 17, respectivamente:

Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Art. 17.

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

A privacidade relaciona-se com a esfera individual da pessoa, de sua vida social familiar, aqui incluídos parentes e amigos, aos quais é dada liberdade para compartilhar situações vedadas a estranhos. Maria Helena Diniz diz que “a intimidade é a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos”[32]. Sidney Guerra observa:

Vida privada, à luz da Constituição Federal de 1988 é o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Consiste ainda na faculdade que cada indivíduo tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.[33]

O direito à privacidade impede que qualquer pessoa invada a esfera privada ou íntima: invasão de domicílio alheio (artigo 5º, XI[34]); violação de correspondência (art. 5º, XII[35]), invasão por intermédio da comunicação eletrônica, a exemplo do uso inadequado do correio eletrônico (*e-mail*), interceptação e fiscalização ilegal de mensagens, venda de listagens com endereços sem consentimento de seus usuários; interceptação de conversas telefônicas (art. 5º, XII).

Ressalte-se que há limitação do direito à vida privada. Quanto à invasão domiciliar, esta é permitida em três casos: a) flagrante delito ou desastre; b) prestar socorro a alguém, por exemplo, se o domicílio estiver pegando fogo, a pessoa pode nele adentrar para salvar as vítimas; c) por ordem do juiz, com o respectivo mandato (2ª parte do inciso XI, art. 5º). Quanto à violação de correspondência e interceptação telefônica, é admissível por determinação judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (2ª parte do inciso XI, art. 5º).

Carlos Alberto Bittar, sobre as limitações do direito à privacidade, observa:

Limitações existem ao direito à privacidade, em razão de interesses vários da coletividade e pelo desenvolvimento crescente de atividades estatais: exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial; exigências de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas [...]; exigências de saúde pública e de caráter médico profissional e outros.[36]

Outra disposição contida no texto constitucional está no artigo 226, § 7º, que confere proteção à família, vedando a intromissão do Estado ou do particular:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.[37]

A jurisprudência tem se utilizado muito do direito à privacidade em relação ao sigilo bancário.[38] Abaixo, parte do Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0003481-8. Relator Ministro José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 18/05/2006. Data da Publicação / Fonte DJ 08.06.2006, p. 145:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que: - “O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em

relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo.”[39]

Neste sentido, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2005/0108345-1; o Recurso Especial 2005/0098382-1; o Agravo Regimental no Recurso Especial 2005/0072753-7.

Enfim, o direito à vida privada está relacionado com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana. Em outras palavras, tem relação com garantia de respeito à dignidade da pessoa humana de forma a limitar o poder estatal, e também, a intromissão indevida dos particulares.

2.3 Direito ao próprio corpo

O direito ao próprio corpo representa o direito que as pessoas têm de não sofrerem violações, agressões ao seu corpo, ou seja, têm direito à integridade física. De acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública”. [40]

O art. 15 do Código Civil prevê que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”; e, a Constituição Federal, em vários dispositivos, resguarda e/ou confere proteção ao corpo humano. São os casos, por exemplo, do art. 5º, incisos III, XLVII[41]. No Código Civil, além do art. 15, retro mencionado, o direito ao próprio corpo está previsto também nos artigos 13 e 14.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Quanto à integridade física, que compreende, por sua amplitude, o direito ao próprio corpo, assim como o direito à imagem e à privacidade, sofre limitações, conforme pode-se verificar nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais alhures transcritos. Em relação à pena de morte, a 2ª parte do inciso XLVII diz que ela é admissível no caso de guerra, nos termos do art. 84, XIX da Constituição.[42]

No pertinente ao artigo 13 do Código Civil, é proibido à pessoa dispor do próprio corpo, exceto por exigência médica (*caput*), ou para fins de transplante (parágrafo único, art. 13). De acordo com o art. 9º, da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).

Ainda, conforme art. 199, § 4º, da Constituição Federal:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei[43] disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.[44]

O art. 14 permite a disposição gratuita do corpo para fins científicos ou altruísticos, para depois da morte, porém, a qualquer tempo a pessoa pode revogar o ato de disposição. A Lei nº 8.501/92 dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas.

Vale registrar as palavras do Ministro Relator Francisco Rezek, em votação ao *habeas corpus* 71.373-4, do Rio Grande do Sul, sobre investigação de paternidade, uma vez que o pai, neste caso, recusava-se a realizar o exame de DNA:

[...] vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano,

que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Além disso, ressaltou o Ministro o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente[45], que dispõe sobre o direito personalíssimo da criança em saber seu estado de filiação.

A jurista Roxana Cardoso Borges, acerca dessa temática, doutrina:

A dignidade da pessoa humana deve ser o principal limite dessa disponibilidade. Mas se deve compreender que a dignidade da pessoa humana não é um conceito objetivo, absoluto, geral, possível de ser abstraído em padrões morais de conduta e a serem impostos a todos as pessoas.

Portanto, o exercício do direito ao próprio corpo não está limitado somente à vontade individual, uma vez que há legislação especial, de ordem pública, que prevê a disposição de partes do corpo humano, seja por exigência médica, seja para remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, seja para utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas, ressaltando que a questão dos transplantes ainda levantam dúvidas éticas, morais, religiosas e jurídicas, situações que ensejam muitas controvérsias na doutrina e em nossa jurisprudência pátria.

CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade relacionam-se com os valores físicos, psíquicos e morais inerentes ao ser humano, à dignidade da pessoa humana e, dentre as suas espécies, o presente artigo analisou o direito à imagem, à privacidade e direito ao próprio corpo.

Todos os direitos da personalidade revestem-se das seguintes características: intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos ou originários, vitalícios, absolutos, imprescritíveis e inalienáveis.

Entretanto, não existe direito totalmente limitado. Em princípio, os direitos da personalidade são insuscetíveis de limitação voluntária, mas há exceções previstas em lei, seja para o direito à imagem, ao próprio corpo ou à privacidade, admitindo-se, assim, a disponibilidade relativa para determinados casos, legalmente previstos e autorizados.

Obviamente, devem ser respeitados os interesses e fins sociais da ordem jurídica, porquanto o princípio geral da preservação da dignidade humana e o respeito ético da pessoa humana, como atributo de uma cláusula geral, salientando que os casos devem merecer tratamentos específicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Tomás Prieto. **La dignidade de la persona**. Cizur Menor(Navarra).Espanha: Thomson-Civitas, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. RT, ano 91, v.797, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 19-25, mar.2002.

BRANCO, Eliana Saad Castelo. Nova legislação reforça direito de privacidade de artistas. In Revista Consultor Jurídico, 13 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Mundo%20da%20fama.doc>>. Acesso em: 25 Ago. 2007.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Jurídica Romana, 2004.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, v. 7.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito civil: parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Danos morais e direitos da personalidade. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uo.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. 17/01/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 25 Ago. 2007.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. 1. ed. (4ª tiragem). Curitiba: Juruá, 2004.

SAHAM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2.ed., ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 Ago. 2007.

TOLEDO, Eduardo. História da imprensa: a imprensa escrita no Brasil. Disponível em: <<http://www.pareasmaquinas.com.br/histbrasil.htm>>, 2000. Acesso em: 22 Ago. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 172, v. 1.

[2] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 21-22.

[3] **Art. 1º**. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]. **In** Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 19.

[4] **Art. 3º**. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **In** Constituição Federal – Código Civil –

Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 19-20.

[5] BRANCO, Eliana Saad Castelo. Nova legislação reforça direito de privacidade de artistas. In Revista Consultor Jurídico, 13 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Mundo%20da%20fama.doc>>. Acesso em: 25 Ago. 2007.

[6] BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

[7] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171, v. 1.

[8] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, p. 75, v. 7.

[9] REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. 17/01/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 25 Ago. 2007.

[10] CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Edt. Romana Jurídica, 2004.

[11] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 296.

[12] NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Danos morais e direitos da personalidade. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uo.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

[13] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 173, v. 1.

[14] **Idem, Ibidem.**

[15] MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito civil**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97, v. 1.

[16] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 21-22 e 24.

[17] **Idem**, p. 297.

[18] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, pp. 152-153, v. 7.

[19] DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71.

[20] FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pp. 47-48.

[21] TOLEDO, Eduardo. História da imprensa: a imprensa escrita no Brasil. Disponível em: <<http://www.pareasmaquinas.com.br/histbrasil.htm>>, 2000, p. 1. Acesso em: 22 Ago. 2007.

[22] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, p. 153, v. 7.

[23] Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no Recurso Especial 2001/0104907-7. Relator Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: Segunda Seção. Data do Julgamento: 11/12/2002. Data da Publicação / Fonte DJ 04.08.2003, p. 216. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 Ago. 2007.

[24] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1996/0002388-3. Relator Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 19/11/1999. Data da Publicação / Fonte DJ 13.12.1999, p. 140. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 Ago. 2007.

[25] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 179, v. 1.

[26] DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 125-126.

[27] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, p. 158, v. 7.

[28] SAHAM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 158.

[29] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 297.

[30] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

[31] Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm>. Acesso em: 23 Ago. 2007.

[32] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo Saraiva, 2004, p. 150, v. 7.

[33] GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, pp. 55-56.

[34] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. **In** Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 22.

[35] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. **In** Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 22.

[36] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, pp. 114-115.

[37] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 144.

[38] ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. 1. ed. (4ª tiragem). Curitiba: Juruá, 2004.

[39] Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 Ago. 2007.

[40] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 82.

[41] III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; XLVII – “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. **In** Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 21 e 26.

[42] **Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIX – declarar guerra no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida nos intervalos das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional. **In** Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 74-75.

[43] A lei a que se refere o § 4º é a Lei nº 9.434/97.

[44] Constituição Federal – Código Civil – Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 131-132.

[45] **Art. 27.** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:*

THE BRAZILIAN JUDICIARY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: THE INTERAMERICAN COURT OF HUMANS RIGHTS

Mariana Almeida Picanço de Miranda

RESUMO

O presente artigo trata da atuação do Poder Judiciário brasileiro na proteção e promoção dos direitos humanos em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Analisa a percepção do Poder Judiciário brasileiro em relação à aplicação dos instrumentos de proteção a esses direitos. Além disso, este trabalho espera poder provocar o reexame da aplicação dos direitos humanos no Brasil e a questão da soberania estatal, com o intuito de despertar interesse de assunto tão importante em toda a sociedade, não somente no âmbito jurídico. A proposta é entender a inserção da percepção de justiça no cotidiano do cidadão brasileiro e qual o efetivo papel do Poder Judiciário brasileiro frente à aplicação e promoção dos direitos humanos nas esferas internacionais. Tendo em vista que a proteção dos direitos humanos, no Brasil, é uma garantia constitucional e uma vitória da democracia, deve ser assegurado não somente em âmbito interno, mas também no plano internacional.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO; DIREITOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This article deals with the performance of the Brazilian Judiciary in upholding and promoting human rights in relation to the Inter-American Court of Human Rights. Examines the perception of the Brazilian Justice on the implementation of mechanisms for protection of these rights. This study also leads the review of implementation of human rights in Brazil and the question of state sovereignty in order to arouse interest in this important matter in the whole society, not only within legal. The proposal is to understand the insertion of the perception of justice in the daily life of a Brazilian citizen and what the real role of the Judiciary Brazilian forward the application and promotion of human rights in international spheres. As the protection of human rights in Brazil is a constitutional guarantee and a victory of democracy, must be guaranteed not only at the internal, but also at international level.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: JUDICIARY; HUMANS RIGHTS; INTERAMERICAN COURT OF HUMANS RIGHTS.

Introdução

Em um mundo cada vez mais globalizado, um Estado dito “democrático e de Direito” não pode se esquivar de suas responsabilidades perante a comunidade internacional. Dessa forma, faz-se imprescindível para o Brasil adequar-se cada vez mais a esse novo cenário mundial.

Sendo assim, é fundamental estudar e entender o funcionamento da atual Ordem Internacional, especialmente os casos de Direitos Humanos, já que atualmente pode-se perceber uma preocupação cada vez maior por parte dos mais diversos países em relação ao tema. Pode-se, então, afirmar que a violação dos Direitos Humanos, hoje, é um ponto relevante dentro do Direito Internacional, justamente por conta do interesse da comunidade internacional em resguardar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Em realidade, surge, no período Pós-Guerra, por parte dos países ocidentais, um movimento de internacionalização dos direitos humanos em resposta às atrocidades e barbáries cometidas ao longo da 2ª Guerra Mundial, pois, de acordo com Flavia Piovesan, “se a segunda guerra significou a ruptura do valor dos direitos humanos, o Pós Guerra deveria significar sua reconstrução”¹.

Já em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, começa a ser rascunhado o chamado *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tendo em vista especialmente a adoção de importantes tratados de proteção aos direitos humanos, tanto de caráter global, com o fortalecimento da Organização das Nações Unidas – ONU, quanto regional, com a criação dos sistemas europeu, interamericano e africano².

Ambos os sistemas, global e regional, guiados pelos valores e princípios da citada Declaração compõem atualmente o plano internacional de proteção dos direitos humanos, já que primam pelo valor da pessoa humana, somando-se ao sistema nacional de proteção de cada Estado, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

No momento em que um cidadão não encontra amparo junto a seu Estado em casos de violação de seus direitos fundamentais, cabe à comunidade internacional tomar medidas que garantam a esse indivíduo uma proteção a seus direitos.

Diante das escolhas e da complexidade do conjunto normativo, cabe àquele que sofreu uma violação a escolha do aparato internacional mais favorável, tendo em vista os diversos sistemas interagirem em benefício dos indivíduos protegidos³.

A normatividade internacional dos Direitos Humanos, portanto, deve ser estudada, pois faz-se fundamental na proteção da dignidade humana. Torna-se essencial trazê-la para a discussão com o Direito Interno no sentido de ampliar, fortalecer e aprimorar o sistema de proteção aos direitos humanos.

Para o presente artigo, não será possível adentrar em uma explicação sobre o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apenas em relação à atuação do Poder Judiciário brasileiro na promoção dos Direitos Humanos frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Estado brasileiro e Direitos Humanos

No Brasil, o estudo dos Direitos Humanos e sua proteção, sob a ótica do Direito Internacional, já é realizado há algum tempo. A Constituição Federal de 1988 é explícita quanto à defesa dos Direitos Humanos, inclusive em âmbito internacional, e é peça fundamental no processo de ratificação brasileira dos importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos⁴.

Entretanto, apesar da crescente importância dada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Brasil, ao aderir os mais variados tratados de direitos humanos, não costumava ratificar nenhuma cláusula facultativa de reconhecimento da jurisdição obrigatória de qualquer tribunal internacional de direitos humanos⁵.

A situação passa a ser diferente com a aprovação do Decreto Legislativo nº. 89, de 03 de dezembro de 1998, em que finalmente foi reconhecida pelo país a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, atualmente é possível a apuração judicial de violações de direitos humanos cometidas pelo Estado Brasileiro⁶.

De acordo com Flávia Piovesan,

“é somente com o processo de democratização, iniciado em 1985, que o Estado brasileiro passa a ratificar os principais tratados de proteção dos direitos humanos. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana – o Brasil passa a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos”⁷.

Destarte, é importante observar que somente a partir da Carta de 1988 foram ratificadas pelo Brasil convenções no sentido de proteção aos Direitos Humanos, como por exemplo: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/89, b) a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/89, c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/90, f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/09/92, dentre outras⁸.

Essa mudança realça a importância de um estudo sobre a Corte Interamericana e o impacto de suas decisões no ordenamento jurídico, já que, a partir do referido decreto, a interpretação dos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser adotada, para evitar que o Brasil descumpra seus compromissos internacionais e, com isso, seja responsabilizado pela violação dos direitos humanos⁹.

O Brasil, não só ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também ao reconhecer e aceitar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dá cumprimento ao princípio constitucional de prevalência dos Direitos

Humanos, estabelecido no art. 4º, II, da Constituição Federal ¹⁰. É um passo frente à defesa do direito à dignidade da pessoa humana.

No entanto, apesar da preocupação da comunidade internacional em proteger os direitos humanos, ainda não se percebe profunda atuação do Poder Judiciário brasileiro em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir dessa análise, depreendem-se algumas questões relevantes, tais como: conhece o Poder Judiciário brasileiro essa Corte? Como atua frente a esse tribunal internacional? Esse Poder garante a real eficácia desse tribunal? O que faz o Poder Judiciário para garantir aos cidadãos brasileiros seus direitos junto à referida Corte? Por que o Poder Judiciário brasileiro ainda dá pouca importância aos tribunais de proteção internacional dos direitos humanos mesmo quando existe toda uma preocupação por parte da comunidade internacional na proteção e garantia desses direitos?

Essas questões tornam-se imprescindíveis no momento em que a principal preocupação do Poder Judiciário Brasileiro está em garantir de forma eficaz a proteção dos direitos fundamentais da população brasileira.

A dificuldade principal da consolidação das leis internacionais, inclusive das sentenças e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorre especialmente por conta da dificuldade de aceitação brasileira frente ao tema. Por isso a necessidade de estudos aprofundados sobre os temas de Tribunais Internacionais: eles são essenciais na medida em que quebram as resistências existentes, fazendo com que o assunto Direitos Humanos seja amplamente debatido e continuamente assegurado, como é direito de todo e qualquer cidadão brasileiro.

Portanto, o estudo do tema faz-se importante na medida em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada com o intuito de trazer uma maior proteção ao indivíduo, garantindo-lhe o direito de denunciar violações de direitos humanos. Entretanto, é preciso entender como funciona o acesso a esse Tribunal, e se ele é feito de maneira adequada, já que, no Brasil, ainda não é suficientemente amplo e divulgado, não sendo necessariamente do conhecimento das pessoas.

De acordo com Flávia Piovesan,

“em um momento marcado pela crescente ‘justicialização’ ou ‘jurisdicionalização’ do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como pela intensa adesão do Brasil ao sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos (com destaque ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana em 1998), impõe-se à cultura jurídica o desafio de criar, desenvolver e aprofundar a doutrina nacional voltada à matéria ¹¹”.

A atuação do Poder Judiciário brasileiro

O presente artigo abordará, em relação ao Poder Judiciário brasileiro, duas óticas: a primeira trata-se do conhecimento que tem a população acerca tanto do Poder Judiciário brasileiro, quanto das instâncias internacionais. A segunda trata do conhecimento deste Poder Judiciário brasileiro frente as instâncias internacionais. Para a primeira, teve

como base uma pesquisa da Universidade de Brasília. A segunda teve como base uma pesquisa do grupo “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça”. Os resultados estão descritos no decorrer do texto.

É importante, ainda, ressaltar que a “análise do judiciário, como de qualquer instituição, requer uma perspectiva pluridisciplinar”¹², nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni. É o que o este trabalho pretende, de certa forma, abordar.

Sociedade e Poder Judiciário

A Universidade de Brasília, por intermédio do DATAUnB, referente ao contrato celebrado entre a Universidade e o Supremo Tribunal Federal em 20 de setembro de 2004, realizou uma pesquisa intitulada sobre a imagem do judiciário junto à população brasileira¹³.

Em seu relatório de 20 de março de 2006¹⁴, constatou a pesquisa que, a partir das análises dos dados qualitativos e quantitativos, ficou evidenciada, de modo geral, a pouca informação da população sobre o Poder Judiciário, sua composição e suas relações com os outros poderes. A figura do Presidente da República é forte e se sobressai sobre diversas instituições¹⁵.

Constatou também que o distanciamento dos membros do Judiciário em relação à população faz com que esta perceba nesse distanciamento a desigualdade no acesso e, principalmente, no tratamento recebido no âmbito da Justiça, considerada mais eficiente para os segmentos mais abastados da população¹⁶.

Desta forma, a utilização do Poder Judiciário estaria diretamente relacionada a um grupo específico da sociedade, que possui mais recursos econômicos, sociais e intelectuais, ou seja, partindo desta premissa, o Poder Judiciário encontrar-se-ia inchado e repleto de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos¹⁷.

A pesquisa contou com um total de 2.072 pessoas entrevistadas, e a amostra foi retirada da população de 16 anos ou mais de idade¹⁸. A complexidade da Justiça foi citada por diversos segmentos pesquisados como o principal entrave à agilidade na tramitação dos processos.

No que diz respeito à identificação do Supremo como o órgão máximo da Justiça brasileira, o percentual foi baixo: apenas 17,4% dos entrevistados responderam corretamente à questão. A maioria, 67,6%, declarou que não sabia responder, enquanto 15,0% deram respostas incorretas. Por fim, para 79,0% da população entrevistada, o Judiciário não atende às necessidades do povo brasileiro¹⁹.

O Relatório apresentou, ainda, que entre as citações mais freqüentes, mais uma vez predominou o Presidente da República (11,6%). Pessoas, e não instituições, foram citadas em 35,7% dos casos: presidente, senadores, deputados, juizes, desembargadores, ministros, entre outras. Essa é mais uma indicação do desconhecimento da população sobre o Judiciário e uma incapacidade de distinguir as pessoas das instituições²⁰.

Na avaliação dos que tiveram experiência com a Justiça, são satisfatórias as instalações, o acesso e a localização dos prédios. O maior problema continua sendo quanto às informações sobre o funcionamento da Justiça²¹.

Um ponto interessante da pesquisa realizada concentra-se na visão da população brasileira em torno do Poder Judiciário brasileiro, em especial no que tange ao papel do Supremo Tribunal Federal (STF).

Os entrevistados consideraram que o Judiciário seria para julgar “ladrões e bandidos”, enquanto que o Supremo julgaria “pessoas importantes” como senadores, deputados, juízes, estando estes, portanto, acima do Judiciário, em um patamar mais alto. Portanto, o Supremo seria uma instância máxima da Justiça, não do Judiciário, e julgaria inclusive o Judiciário: “a justiça acima da justiça”. E os membros do STF seriam julgados por eles próprios. “É como na Igreja: tem o padre, o bispo e o Papa, que está acima de todos. E quem julga o Papa é só Deus”²².

Em suma, houve indícios de que as pessoas não têm clareza sobre a composição, a função e a relação do Judiciário com os outros poderes. Há idéias confusas e contraditórias, e uma tensão sobre quem é mais importante, se é o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Representativo disso é a percepção de que o Presidente da República tem poderes sobre todas as outras instâncias do País²³.

Finalmente, questionados se saberiam como ter acesso à Justiça para garantir algum direito lesado, declararam simplesmente que não sabiam como ou onde, mas que iriam sair perguntando até descobrir. Os participantes sabiam que possuíam direitos, mas sentiam-se impotentes para reivindicá-los, sobretudo, por causa de sua classe social. O sentimento que apareceu foi que somente as classes mais abastadas poderiam fazer valer os seus direitos²⁴.

Um grupo de estudantes universitários de Porto Alegre também participou da pesquisa. Não fizeram parte dos 2072 entrevistados, já que para concluir as atividades de pesquisa qualitativa previstas na pesquisa foram realizados novos grupos focais, nos meses de fevereiro e março. A realização destes grupos focais buscou complementar a realização de pesquisas do tipo *survey* com elementos qualitativos, contribuindo na interpretação de resultados por meio da análise das opiniões de grupos definidos por determinadas características específicas.

O detalhe mais interessante e, ao mesmo tempo, assustador, foi em relação à visão que estes universitários têm dos estudantes de Direito. Os universitários de Porto Alegre consideraram que os estudantes de direito visam o curso para ganhar dinheiro, não para melhorar o país²⁵.

Esta pesquisa demonstra uma visão, no mínimo, distorcida da população brasileira em relação ao Poder Judiciário brasileiro, suas instâncias e seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal (STF). A grande pergunta que se faz é: porquê o Poder Judiciário torna-se tão distante da realidade dos brasileiros e, principalmente, da proteção dos direitos humanos?

Uma das respostas pode estar na cultura instalada no meio do judiciário. Claro que, se a população desconhece seu próprio Direito Interno, saberá menos ainda sobre o Direito

Internacional dos Direitos Humanos. Entretanto, o mais preocupante é o nosso Poder Judiciário fazer parte do grupo de desinformados em relação a essa parte tão importante na promoção e proteção dos direitos humanos.

Poder Judiciário e Direitos Humanos

De acordo com Paulo Cezar Carneiro, o Poder Judiciário ocupa lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. São os direitos sociais objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento. Compete, portanto, ao Judiciário assegurar o exercício pleno da liberdade e também as condições materiais para esse exercício²⁶.

A Rede Universitária de Direitos Humanos, SUR, publicou sua Revista Internacional de Direitos Humanos, número 3, em uma de suas matérias traz exposta uma questão bastante delicada, porém essencial para o entendimento da atuação do Poder judiciário brasileiro em relação aos Direitos Humanos, trazendo o seguinte material: “Direitos Humanos e justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro”²⁷.

O referido artigo tem por objetivo investigar o grau de justiciabilidade dos direitos humanos na prestação jurisdicional dos magistrados de primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O autor, José Ricardo Cunha, é professor da Universidade estadual do Rio de Janeiro, bem como Coordenador do grupo de pesquisa “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça”²⁸.

Salienta José Ricardo Cunha que a proteção dos direitos humanos constitui o principal instrumento na defesa e promoção das liberdades públicas e das condições essenciais para uma vida digna. Os poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar conforme esses direitos. Contudo, é o Poder Judiciário o “último guardião de tais direitos, e a esperança de proteção em relação a eles”, e para isso torna-se imprescindível lutar pela efetividade de sua tutela jurisdicional. Para a efetivação direitos humanos na esfera judiciária torna necessário averiguar a maneira pela qual os juízes concebem e aplicam as normas de direitos humanos²⁹.

José Luiz Quadros de Magalhães também ressalta a necessidade de se preparar o Poder Judiciário para julgar de acordo com os direitos humanos. Explica ele, ainda, que a formação privatista dos juízes brasileiros, reflexo de um ensino jurídico também privatista e antiquado, leva a julgamentos princípios básicos dos direitos humanos presentes no texto constitucional³⁰.

Essa concepção deve ser avaliada, também, em relação ao âmbito internacional, afinal, como salienta Flávia Piovesan, o que a Constituição Brasileira de 1988 assegura é a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional. Quando ratificados, os tratados internacionais irradiam efeitos de plano e asseguram direitos direta e imediatamente exigíveis no ordenamento interno³¹.

A primeira informação aplicável ao presente estudo trata do tema “direitos humanos” na formação dos juízes. Estes, quando questionados acerca da existência de alguma cadeira

de direitos humanos durante o curso de graduação, 84% dos magistrados responderam negativamente, e dentre as respostas positivas apenas 4% dos juízes tiveram a disciplina como obrigatória, sendo 12% como disciplina opcional³².

O mais surpreendente, entretanto, trata do interesse dos magistrados pelo tema, haja vista a dificuldade de oferta de tal disciplina nas faculdades. Foi realizada uma pesquisa para saber se os juízes já tinham estudado Direitos Humanos, e o estudo constatou que 42 magistrados (ou seja, cerca de 40% dos 109 juízes entrevistados) nunca estudaram direitos humanos, ou, em outras palavras, quatro entre dez juízes não tiveram espaço formal para um aprofundamento das questões fundamentais relativas aos direitos humanos³³.

Embora relativamente afastados da temática “Direitos Humanos”, cerca de 73% dos entrevistados estariam dispostos a estudar o tema. Infelizmente 43% (ou seja, a maioria) só gostariam de estudos de curta duração. E quando indagados sobre algum tipo de vivência pessoal que pudesse fornecer uma experiência prática em relação aos direitos humanos, apenas 6% (seis por cento) dos entrevistados afirmaram terem tido algum tipo de posicionamento nesta área, o que mostra uma distância ainda maior entre os magistrados e os direitos humanos³⁴.

Como bem destacou, mais uma vez, o Professor José Ricardo Cunha, “analisando os dados aqui expostos, é possível compreender, ao menos preliminarmente, a pouca utilização das normativas de direitos humanos dos sistemas das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas sentenças dos magistrados. Resta prejudicada a aplicação de normas referentes a um tema tão afastado da realidade dos juízes”³⁵.

Um outro ponto imprescindível da pesquisa tratou do conhecimento dos magistrados a respeito do funcionamento dos Sistemas de Proteção da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A pesquisa constatou, ainda, que 59% dos magistrados têm um conhecimento superficial, enquanto 20% sequer sabem como funcionam os Sistemas de Proteção, o que demonstra que 79% dos magistrados não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos³⁶.

Acerca do conhecimento sobre as decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, 56% dos magistrados responderam que eventualmente possuem tais informações, 21% raramente as têm, 10% nunca obtiveram, e apenas 13% disseram que frequentemente têm alguma informação. Resultado muito reduzido para uma profusão real da cultura dos direitos humanos³⁷.

Em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especificamente, uma das questões versava sobre o conhecimento dos magistrados acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos. O resultado foi desastroso: 66% afirmaram nunca utilizarem a referida Convenção. Apenas 9% declararam utilizá-la com frequência. Essa constatação revela que, apesar dos esforços feitos pela comunidade internacional em estabelecer um consenso mínimo sobre os direitos humanos e, ainda, ferramentas normativas para assegurá-los, a maioria dos magistrados ignora esse processo e as conquistas realizadas em prol do fortalecimento da democracia³⁸.

Boaventura de Souza Santos afirma que “é necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes. Por outro, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a idéias sociais e políticas disponíveis na sociedade. Daqui resultará certa fratura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico, mas sim como fisiológico. Essas fraturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça”³⁹.

O que se pode perceber é que os três Poderes do estado brasileiro não estão acostumados a lidar com a legislação dos tratados internacionais. O princípio cogente do *pacta sunt servanda* muitas vezes é desprezado tanto pelo legislador ordinário, quanto pela maioria de nossos tribunais⁴⁰. Essa pesquisa demonstra isso: nossos tribunais não têm, sequer, conhecimento dos tribunais internacionais, quiçá de sua aplicação junto ao direito interno.

No entanto, esse perfil deve urgentemente ser modificado. Ora, não adianta um trabalho isolado de cada Poder Público, mas uma atuação em conjunto, com uma efetiva participação do poder Judiciário frente às questões dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Deve-se assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro. Essas normas, que consagram direitos e garantias fundamentais, tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os principais beneficiários são os cidadãos brasileiros, que poderão usufruir dos instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos⁴¹.

Enquanto o Poder Judiciário não perceber a importância de sua atuação junto às esferas internacionais judiciais de proteção aos direitos humanos, muito pouco poderá ser feito para favorecer a população na garantia destes direitos.

Sem uma mudança de postura por parte do Poder Judiciário, pouca utilidade terão a inclusão e o aperfeiçoamento de mecanismos de proteção dos direitos humanos, pois acabarão esbarrando no conservadorismo do poder Judiciário⁴².

Poder Judiciário brasileiro e Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Damião Ximenes

Em 4 de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes faleceu na instituição psiquiátrica denominada Casa de Repouso Guararapes em Sobral (CE). Portador de transtorno mental, Damião foi internado na referida instituição no dia 01 de outubro de 1999 por sua mãe, Albertina. Três dias depois, ao retornar à clínica para visitar seu filho, dona Albertina foi informada de que não poderia vê-lo. Inconformada, adentra o recinto, aos gritos, e consegue encontrar Damião.

Este, por sua vez, estava amarrado com as mãos para trás, completamente nu. A mãe, por sua vez, exigiu que cuidassem do rapaz, e este foi medicado pelo médico da Casa de Repouso, sem ao menos um exame. Contrariada, e sem poder levar Damião para casa,

volta sozinha e, ao chegar, recebe a notícia, no mesmo dia, do falecimento de seu filho⁴³.

A necrópsia revelou que o corpo de Damião sofreu diversos golpes, apresentando escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho⁴⁴.

A partir de então, a família de Damião travou uma luta para que fosse feita justiça, denunciando o ocorrido a todas as autoridades competentes como Polícia Civil, Ministério Público Federal e Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Ceará. para que os culpados fossem punidos criminalmente e que houvesse o pagamento da devida indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Decepcionada com a inércia e ineficiência das autoridades competentes brasileiras, a irmã de Damião, Irene Ximenes resolveu enviar denuncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Posteriormente, a organização não-governamental Justiça Global passou a integrar o caso como co-peticionária no Sistema Interamericano⁴⁵.

O caso Damião Ximenes Lopes foi o primeiro caso brasileiro a chegar à Corte Interamericana, em outubro de 2004. Apenas em 17 de agosto de 2006, a família Ximenes obteve justiça. Pelo menos um pouco de justiça. Foi nesse dia que o tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos (OEA), condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes⁴⁶. Foi a primeira sentença da referida Corte contra o Estado brasileiro.

Em sua sentença, o tribunal internacional declarou que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; violou o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família; e violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a que têm direito seus familiares.

Como medida de reparação à família de Damião Ximenes, a Corte condenou o Brasil a indenizá-los. Além disso, a Corte deixou claro que o Brasil "tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde". Concluiu, ainda, "que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, (...), a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial"⁴⁷.

No entanto, não foi tão simples. A corte, em um primeiro momento, não acolheu a alegação do Estado brasileiro de extinção do processo sem julgamento de mérito, por não terem sido esgotados os recursos internos disponíveis⁴⁸.

O esgotamento prévio dos recursos internos é previsto como requisito de admissibilidade de uma demanda no plano interamericano. Além disso, o sistema interamericano não permite recursos lentos ou ineficientes. No caso de Damião, como

poderia o Brasil alegar a falta de esgotamento de recursos internos se, ainda hoje não houve nem uma sentença criminal de primeiro grau, nem uma sentença cível.

Esperar o esgotamento (trânsito em julgado) de tais ações em curso no Poder Judiciário do Ceará poderia implicar em mais uma dezena de anos sem justiça. Bem decidiu a corte, então, em prosseguir no julgamento do caso. Por outro lado, o Brasil reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional por violação dos direitos à vida (artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e integridade física (artigo 5º) de Damião. Negou-se, todavia, a reconhecer a violação do direito à integridade psíquica dos familiares da vítima e tampouco o direito à reparação dos danos materiais e morais⁴⁹.

A partir disso, a Corte, então, prolatou a histórica decisão, por sete votos a zero e com voto concorrente do juiz brasileiro e professor Antônio Augusto Cançado Trindade: o país foi condenado a pagar indenização à família de Damião Ximenes. Além disso, foi decidido que o Estado deve investigar e sancionar os responsáveis pelas lesões e morte de Damião. A Corte advertiu o Brasil de que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso deve surtir efeito em um prazo razoável, conferindo aplicabilidade direta no direito interno às normas de proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos (parágrafo 248)⁵⁰.

Porém, passados quase sete anos da morte de Damião, e dois anos da sentença da Corte, não há sequer sentença nos autos do processo penal movido pelo Ministério Público cearense contra os responsáveis pela morte ou nos autos da ação de indenização cível interposta pela família⁵¹. O Estado brasileiro cumpriu seu papel ao pagar a indenização sentenciada pela Corte à família de Damião. No entanto, o Poder Judiciário do Estado do Ceará continua inerte, como se nada tivesse acontecido. Por quê?

O direito à duração razoável do processo já havia sido reconhecido pela Corte⁵². Na referida sentença, a Corte foi particularmente dura com a delonga em se julgar a ação criminal e cível (indenização) no Poder Judiciário do Ceará ("A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais" — parágrafo 199 da sentença). De fato, na esfera criminal, a delonga é aliada implacável dos acusados, favorecendo a impunidade. Na esfera cível, a tutela tardia é tutela injusta⁵³.

De acordo com Zaffaroni, quando o protagonista dos conflitos pode ser o próprio Estado "os feitos de um judiciário deteriorado recaem diretamente sobre o desenvolvimento e inclusive sobre a soberania, ao converter-se em argumento para forçar cláusulas de submissão à jurisdição estrangeira. Em síntese, as estruturas judiciárias latino-americanas são inadequadas para assumirem as demandas de uma democracia moderna, na medida em que sua debilidade e dependência não lhes permitem desempenhar eficazmente a função delimitadora que requer a consolidação do espaço democrático"⁵⁴.

A verdade é que o Poder Judiciário brasileiro tem inúmeros problemas e diversas deficiências. Além disso, se mostra distante da população como prova a pesquisa realizada pela Universidade de Brasília e pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstra, ainda, desconhecimento dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, como pode-se notar na pesquisa do Profº José Ricardo Cunha.

Em outras palavras, diante do analisado, depreende-se que a população brasileira desconhece seu ordenamento jurídico interno, bem como a atuação jurídica internacional; constata-se, ainda, o total despreparo do nosso Poder Judiciário frente à aplicação dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos

Afinal, que Judiciário é esse que não demonstra interesse na proteção dos direitos humanos em qualquer esfera? Que Judiciário é esse que não mostra importância na decisão de uma Corte Internacional quando o assunto é a proteção dos direitos fundamentais? O papel de um Poder Judiciário é o de proteger sua população, garantindo a concretização da justiça. A dignidade humana e a cidadania devem estar em primeiro lugar na prestação jurisdicional.

O Judiciário brasileiro precisa encontrar respostas para fortalecer e proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos: esse é seu atual desafio na promoção dos direitos humanos, tanto em esfera interna, quanto internacional. Afinal, nas palavras de Helio Bicudo, “uma Justiça igual só poderá ser alcançada à medida que desapareça o hiato que hoje existe entre o homem do povo e o juiz”⁵⁵.

Conclusão

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é, atualmente, uma realidade. Apesar de ser um movimento relativamente recente na história (pelo menos na história dos países ocidentais), com surgimento efetivo no pós-guerra, já modela a reconstrução dos direitos humanos, como referência na atual ordem internacional.

Sua expansão transformou o cenário dos direitos humanos como tema de interesse e preocupação da comunidade internacional, implicando nos processos de universalização e regionalização destes direitos. Ampliando o poder das minorias violentadas pela barbárie e pela ignorância.

Surge, desta forma, um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, de âmbito global e regional, em que o ser humano aparece como principal ator do cenário internacional. Tendo como valor principal a primazia da pessoa humana, esses sistemas acabam se complementando, e em conjunto com o sistema nacional, atuam em prol da tutela e promoção dos direitos fundamentais.

No Brasil, a proteção aos direitos humanos é uma garantia constitucional, consagrada tanto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, quanto em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3º (este com a Emenda Constitucional 45), provando a supremacia dos direitos humanos até mesmo quando se trata de um tratado internacional.

O reconhecimento brasileiro da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89 de 03 de dezembro de 1998, foi um salto qualitativo na promoção brasileira dos direitos humanos e na construção do sistema democrático brasileiro.

A despeito dos defeitos e insuficiências do sistema interamericano de direitos humanos, este ainda é um importante instrumento de defesa e garantia dos direitos humanos. Prova disso é que o Brasil, mesmo tendo reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tardiamente, tem atualmente quatro casos em curso perante o referido Tribunal, além de dois outros sentenciados.

Todavia, o país pode fazer muito mais. Enquanto a população brasileira continuar ignorante em relação à atuação do Poder Judiciário, em relação aos seus direitos, mais violações poderão ocorrer. Compete a todos o resgate e a proteção destas minorias esmagadas pela violência.

Urge reformular muitas coisas, a começar pelo Poder Judiciário, que encontra-se completamente defasado em matéria de promoção dos direitos humanos e garantia do acesso às instâncias internacionais. Se os magistrados brasileiros continuarem a desconhecer os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, pouco poderá ser feito para a proteção destes direitos no país. Pois ainda pior do que uma população ignorante de seus direitos, é o desconhecimento dos mecanismos internacionais de proteção de direitos fundamentais por parte de seu Poder Judiciário.

Não se pode desprezar a importância de outros setores da sociedade brasileira, como a mídia e as organizações não governamentais: elas são capazes de provocar uma real mudança na atitude do Judiciário, que lentamente manifesta uma melhora.

Deve-se destacar a importância da atuação da sociedade civil organizada brasileira, por meio das organizações não-governamentais, junto ao sistema interamericano. Ressalte-se a ampla participação destas junto aos casos brasileiros em curso tanto na Comissão Interamericana, quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Grande parte das denúncias apresentadas contra o Estado brasileiro deve-se à atuação da sociedade civil organizada.

Importa esclarecer que é também dever do Estado atuar como um instrumento de proteção em cooperação com os mecanismos internacionais, para uma real e efetiva garantia de proteção aos direitos humanos. Somente com uma atuação conjunta de Poder Judiciário e sociedade podem os direitos humanos ser finalmente respeitados. Não há direitos humanos sem informação, sem proteção e sem participação.

Desta forma, instaura-se uma redefinição no conceito de Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito brasileiro, em que o aparato internacional, ao intensificar respostas jurídicas diante de casos de violações de direitos humanos, permite o aperfeiçoamento do próprio regime democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, MARCELO DE. *JUSTIÇA INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM CONTRATUALISTA*. RIO DE JANEIRO;

BICUDO, HELIO. *CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DO JUDICIÁRIO*. IN:

[HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DIREITOS/MILITANTES/HELIOBICUDO/BICUDO_REFJUDICIARIO.HTML](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/heliobicudo/bicudo_refjudiciario.html), EM 27 DE JUNHO DE 2006;

CARNEIRO, PAULO CEZAR PINHEIRO. *ACESSO À JUSTIÇA: JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA*. FORENSE, 2ª ED., RIO DE JANEIRO, 2000;

CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. SÃO PAULO: NÚMERO 3, ANO 2, 2005;

GOMES, LUIZ FLÁVIO. PIOVESAN, FLAVIA. (ORGANIZADORES) *O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2000;

LIMA JR., JAYME BENVENUTO (ORGANIZADOR). *MANUAL DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS: ACESSO AOS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS*, LOYOLA, SÃO PAULO, 2002;

MIRANDA, MARIANA ALMEIDA PICAÑO DE. *O ACESSO À JUSTIÇA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS EM RELAÇÃO AO BRASIL*. MONOGRAFIA DE FINAL DE CURSO. RIO DE JANEIRO: FND, 2006;

MOREIRA, HELENA DELGADO RAMOS FILHO. *PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: CRISE DE EFICIÊNCIA*. CURITIBA: ED. JURUÁ, 2004.

PIOVESAN, FLÁVIA. *TEMAS DE DIREITOS HUMANOS*. 2ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2003;

_____. *DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL*. 7ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2006;

_____. *DIREITOS HUMANOS: VOLUME 1*. CURITIBA, ED. JURUÁ, 2006;

RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *DIREITOS HUMANOS EM JUÍZO*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001;

_____. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:

[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

RODLLEY, NIGEL S. *O TRABALHO DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR TODO O MUNDO*.

IN:

[HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DADOS/CURSOS/DH/BR/PB/DHPARAIBA/6/ONGS.HTML](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/6/ongs.html) , EM 28 DE JUNHO DE 2006;

SILVA, JOSÉ BARBOSA DA. *REPRESENTAÇÕES NA COMUNICAÇÃO DE LUTAS PELA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA*. IN:

[HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DADOS/LIVROS/EDH/BR/PBUNESCO/III_06_REPRESENT.HTML](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/iii_06_represent.html) , EM 24 DE JUNHO DE 2006;

STEINER, SYLVIA. *A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E SUA INTEGRAÇÃO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*. IN:

[HTTP://WWW.CJF.GOV.BR/REVISTA/NUMERO11/PRODACAD.HTM](http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/prodacad.htm) , EM 20 DE JUNHO DE 2006;

TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO (EDITOR). *A INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO*. SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1996;

_____. *TRATADO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS*. VOLUME III, PORTO ALEGRE: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 2003;

_____. *O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. IN: [HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DIREITOS/MILITANTES/CANCADOTRINDADE/CANCADO_OEA.HTML](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html) , EM 20 DE JUNHO DE 2006;

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *PODER JUDICIÁRIO: CRISES, ACERTOS E DESACERTOS*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1995.

1 GOMES, LUIZ FLÁVIO. PIOVESAN, FLAVIA. *O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2000, P. 5.

2 PIOVESAN, FLÁVIA. *TEMAS DE DIREITOS HUMANOS*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2003, P. 39.

3 TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *TRATADO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS*, VOL. III, PORTO ALEGRE: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 2003, P. 28.

4 PIOVESAN, FLÁVIA. *TEMAS DE DIREITOS HUMANOS*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2003, P. 42.

5 RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *DIREITOS HUMANOS EM JUÍZO*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001, P. 22.

6 RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *DIREITOS HUMANOS EM JUÍZO*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001, P. 23.

7 PIOVESAN, FLAVIA. GOMES, LUIZ FLÁVIO. *O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 200, PÁG. 5.

8 PIOVESAN, FLAVIA. GOMES, LUIZ FLÁVIO. *O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 200, PÁG. 6.

9 RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *DIREITOS HUMANOS EM JUÍZO*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001, P. 23.

10 MAGALHÃES, JOSÉ CARLOS DE, (PREFÁCIO). IN: RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *DIREITOS HUMANOS EM JUÍZO*. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2001, P. 18.

11 PIOVESAN, FLAVIA. GOMES, LUIZ FLÁVIO. *O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 200, PÁG. 7.

12 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *PODER JUDICIÁRIO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1995. PÁG. 22.

13 RELATÓRIO DAS PESQUISAS DA IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA REALIZADAS PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), EM 23 DE JUNHO DE 2006.

14 ESTE É O ÚLTIMO RELATÓRIO DE ATIVIDADES APRESENTADO (DÉCIMO-OITAVO), REFERENTE AO CONTRATO CELEBRADO ENTRE A UNIVERSIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 20 DE SETEMBRO DE 2004. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006., P. 1.

15 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 3. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

16 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 3. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

17 PIOVESAN, FLÁVIA. *A LITIGÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO USO DOS SISTEMAS NACIONAL E INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO*. IN: PIOVESAN, FLAVIA. *TEMAS DE DIREITOS HUMANOS*. 2ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, 2003, P. 409.

18 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 7. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

19 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 12. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

20 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 12. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/), CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

21 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 13. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/) , CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006

22 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 36. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/) , CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

23 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 37. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/) , CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

24 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 44. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/) , CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

25 DÉCIMO-OITAVO RELATÓRIO DA PESQUISA INTITULADA “A IMAGEM DO JUDICIÁRIO JUNTO À POPULAÇÃO BRASILEIRA”, 20 DE MARÇO DE 2006, P. 42. IN: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/SEMINARIO/](http://www.stf.gov.br/seminario/) , CONSULTADO EM 23 DE JUNHO DE 2006.

26 CARNEIRO, PAULO CEZAR PINHEIRO. *ACESSO À JUSTIÇA: JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA*. FORENSE, 2ª ED., RIO DE JANEIRO, 2000, P. 25

27 A REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS TAMBÉM PODE SER ACESSADA PELA INTERNET, NO ENDEREÇO ELETRÔNICO: [WWW.SURJOURNAL.ORG](http://www.surjournal.org);

28 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, PÁGINA 138, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.

29 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, PÁGINA 139, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.

30 MAGALHÃES, JOSÉ LUIZ QUADROS DE. *REFORMA E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO*. IN: TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO (EDITOR). *A INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO*. SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1996, P. 706.

- 31 PIOVESAN, FLAVIA. *DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL*. SÃO PAULO: SARAIVA, 7ª EDIÇÃO, 2006, P. 91.
- 32 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, PÁGINA 142, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 33 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, PÁGINA 143, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 34 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, P. 143, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 35 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, P. 144, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 36 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, P. 152, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 37 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, P. 152, 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 38 CUNHA, JOSÉ RICARDO. *DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*. SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, NÚMERO 3, ANO 2, P.154 , 2005 – SÃO PAULO, BRASIL.
- 39 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. *INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA*. IN: FARIA, JOSÉ EDUARDO (ORGANIZADOR). *DIREITO E JUSTIÇA – A FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO*. SÃO PAULO: ÁTICA, P. 60.
- 40 STEINER, SYLVIA. *A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E SUA INTEGRAÇÃO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*. IN: [HTTP://WWW.CJF.GOV.BR/REVISTA/NUMERO11/PRODACAD.HTM](http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/prodacad.htm) , EM 20 DE JUNHO DE 2006.

41 PIOVESAN, FLAVIA. *DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL*. SÃO PAULO: SARAIVA, 7ª EDIÇÃO, 2006, P. 91

42 MAGALHÃES, JOSÉ LUIZ QUADROS DE. *REFORMA E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO*. IN: TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO (EDITOR). *A INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO*. SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1996, P. 706.

43 RESUMO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES, IN:
[HTTP://WWW.GLOBAL.ORG.BR/PORTUGUESE/DAMIAOXIMENES2.HTM](http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes2.html)
L CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

44 RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:
[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

45 RESUMO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES, IN:
[HTTP://WWW.GLOBAL.ORG.BR/PORTUGUESE/DAMIAOXIMENES2.HTM](http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes2.html)
L CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

46 RESUMO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES, IN:
[HTTP://WWW.GLOBAL.ORG.BR/PORTUGUESE/DAMIAOXIMENES2.HTM](http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes2.html)
L CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

47 RESUMO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES, IN:
[HTTP://WWW.GLOBAL.ORG.BR/PORTUGUESE/DAMIAOXIMENES2.HTM](http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes2.html)
L CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

48 RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:
[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

49 RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:
[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

50 RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:
[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

51 RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES. IN:
[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

52IN: [HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR](http://www.corteidh.or.cr) , CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

53RAMOS, ANDRÉ CARVALHO DE. *JUSTIÇA DE FORA: REFLEXÕES SOBRE AS VITÓRIAS DO CASO DAMIÃO XIMENES*. IN: [HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/STATIC/TEXT/48118,1](http://www.conjur.com.br/static/text/48118,1) CONSULTA REALIZADA EM 26/09/2008.

54ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *PODER JUDICIÁRIO*. SÃO PAULO:EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1995. PÁG. 34.

55 BICUDO, HELIO. *CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DO JUDICIÁRIO*. IN: [HTTP://WWW.DHNET.ORG.BR/DIREITOS/MILITANTES/HELIOBICUDO/BICUDO_REFJUDICIARIO.HTML](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/heliobicudo/bicudo_refjudiciario.html) , CONSULTA REALIZADA EM 27 DE JUNHO DE 2006.

**RESERVA DO POSSÍVEL, NATUREZA JURÍDICA E MÍNIMO ESSENCIAL:
PARADIGMAS PARA UMA DEFINIÇÃO * ****

**RESERVE OF POSSIBILITY, JURIDICAL NATURE AND ESSENTIAL
MINIMUM: PARADIGMS TO A DEFINITION**

**Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Mário Lúcio Garcez Calil**

RESUMO

O presente estudo trata do instituto da reserva do possível em relação aos seus aspectos mais basilares. Poucos cientistas dedicaram trabalhos especificamente ao histórico, à natureza jurídica ou a um conceito do instituto, conduzindo seus estudos a expedientes mais complexos, envolvendo outros conceitos. Neste trabalho, pretende-se conferir justamente esta visão do tema, ou seja, de aspectos básicos da teoria, na busca por contribuir com os estudos mais amplos. Para tanto, procurou-se tratar das principais vertentes acerca da natureza jurídica do instituto, das suas relações com o chamado mínimo essencial e, além disso, conferir uma definição contextual ao instituto em voga. A reserva do possível é um tema relativamente novo, merecendo contribuições constantes para seu aprimoramento, considerada sua importância no direito público atual.

PALAVRAS-CHAVES: RESERVA DO POSSÍVEL; NATUREZA JURÍDICA; MÍNIMO ESSENCIAL.

ABSTRACT

This study deals with the institute of the reserve of possibility in relation to its most basic aspects. Few scientists dedicated their work specifically to history, the legal nature or a concept of the institute, conducting the studies to more complex arrangements, involving other concepts. In this work, it is intended to provide precisely this vision of the subject, namely the basic aspects of the theory, in the search for contributing to the broader studies. With this aim, it was searched for to handle the main aspects about the juridical nature of the institute, its relations with the so-called essential minimum and, furthermore, giving a contextual definition to the institute. The reserve of possibility is a relatively new issue, that deserves contributions for its constant improvement, considering its relevance to the current public law.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade de Ensino Superior Toletto Ltda. (UNITOLEDO - Araçatuba)

KEYWORDS: RESERVE OF POSSIBILITY; JURIDICAL NATURE; ESSENTIAL MINIMUM.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência constitucional alemã, vem causando, há alguns anos, titânicos embates doutrinários. A aceitação da reserva do possível pelo direito pátrio tem reflexos evidentes no cenário jurídico, havendo se transmutado em uma barreira quase intransponível aos direitos fundamentais a prestações estatais.

Contudo, as celeumas fazem referência a tópicos muito específicos do tema, não se preocupando com suas dimensões basilares que, no final, podem revelar soluções aos impasses já existentes, além de propor novos tópicos ao debate.

No intuito de estudar o referido objeto sob um prisma diferenciado, o presente trabalho buscará, com base na literatura jurídica autorizada, formular um conceito para o instituto da reserva do possível. Neste escopo, serão enfrentados os seguintes temas: *a)* a natureza jurídica da reserva do possível, com embasamento nas principais teorias adotadas pela dogmática jurídica; *b)* as relações da reserva do possível com o chamado mínimo essencial e sua aplicação prática; *c)* as principais correntes científicas que conceituam o instituto, na tentativa de encontrar sua definição contextual.

Deve-se ressaltar que, apesar de serem temas recorrentes, não serão abordados (ao menos por via direta) os aspectos do controle judicial de políticas públicas, da sindicabilidade dos direitos sociais, ou da possibilidade de controle orçamentário no que tange aos direitos fundamentais a prestações, especificando-se o estudo na tentativa de uma conceituação teórica.

Desta feita, por intermédio deste trabalho, a título de contribuição para o desenvolvimento do tema, proceder-se-á a uma tentativa de definição do instituto. Conhecer a natureza jurídica da reserva do possível, assim como delimitar-lhe um conceito é imperioso para o entendimento desta teoria ainda em desenvolvimento, posto que recente, em termos histórico-jurídicos.

2. HISTÓRICO DO TEMA E SUA INTERPRETAÇÃO PELO DIREITO NACIONAL

Tanto a questão inicial quanto a nomenclatura que se confere ao instituto surgiram de uma decisão do tribunal constitucional federal alemão, em um caso emblemático, apelidado de *numerus clausus*. Na referida decisão, pleiteava-se acesso irrestrito ao

ensino superior em relação a determinados cursos de elevada procura, com base em dispositivo da Lei Fundamental germânica.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra (OLSEN, 2008, p. 215). Os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social (KRELL, 2002, p. 52).

O conceito vem se desenvolvendo desde a década de 1970, afirmando que a efetividade dos direitos a prestações estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, passando a traduzir a idéia da dependência da real disponibilidade financeira, localizada no campo de atuação discricionária das decisões dos poderes (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 29).

Ao fenômeno a doutrina brasileira não conferiu atenção até a década de 1990. Contudo, a teoria não era desconhecida, tendo sido antes relacionada com os limites aos direitos sociais prestacionais (BARCELLOS, 2008, p. 263).

É notório que a doutrina nacional é pródiga em importar conceitos do direito comparado que já caíram em desuso, que já demonstraram sua ineficácia, ou mesmo conceitos eficientes, porém, dispensando qualquer procedimento de filtragem ou adaptação ao ordenamento pátrio. Conforme KRELL,

[...] os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade (2002, p. 54).

Um exemplo dessa situação ocorre no que tange à reserva do possível. Por ocasião da importação do referido conceito, graves distorções foram praticadas. A decisão alemã refere-se à impossibilidade de atendimento geral sob o sacrifício de outros serviços públicos. No Brasil, conforme o entendimento doutrinário, a reserva do possível alargou seu âmbito de influência, arrastando outros conceitos diversos, na tentativa de blindar o erário público da interferência do Poder Judiciário em relação à efetivação de direitos prestacionais. A preocupação inicial, referente à proporcionalidade e à razoabilidade “deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, e para os custos dos direitos” (OLSEN, 2008, p. 221).

Quanto ao tema, KRELL tece críticas à sobrecitada adoção desvencilhada das devidas adaptações sendo que, na opinião do mestre germânico, tais “importações” consistiriam em “soluções estrangeiras nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país que, há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira” (2002, p. 56).

Os publicistas brasileiros, inclusive, costumam confundir o instituto com a chamada reserva de lei (necessidade de regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais e a necessidade de dotação orçamentária consignada legalmente) e a assim qualificada reserva de consistência (que versa sobre o desconhecimento dos membros do poder judiciário sobre os ditames administrativos não jurídicos). Sobre essa distinção, assim se manifesta FREIRE JÚNIOR:

Ora, entendendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, qual o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto (2005, p. 121).

A decisão alemã tratou do tema de forma diferenciada, sendo que a exigência de prestações onerosas do Estado é vista sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito, sendo que, para “violiar” a chamada reserva do possível, a satisfação do pleito teria de “gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social” (OLSEN, 2008, p. 223).

Segundo BARCELLOS (2008, p. 261), em decorrência da falta de aprofundamento acerca do tema, a reserva do possível muitas vezes funcionou, como ainda funciona, como um “mote mágico”, impedindo qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. Neste sentido, assim dita a referida autora:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão “reserva do possível” e popularizado, em boa parte, pelo empenho da Administração Pública em divulgá-lo e argüi-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico” (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Já se denota, neste ponto, o impacto que a teoria da reserva do possível tem em relação à doutrina nacional. Assim, tem-se que é conveniente avaliá-la em relação à sua natureza jurídica.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA NATUREZA JURÍDICA

Tema pouco tratado pela dogmática jurídica pátria é a natureza jurídica do instituto da reserva do possível.

Cumpra esclarecer que essa conceituação não cumpre um papel meramente dogmático, tendo implicações práticas de extrema relevância para a teoria e, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

3.1. RESERVA DO POSSÍVEL COMO PRINCÍPIO

Princípios, nos dizeres de DWORKIN, são “padrões que devem ser observados por exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2007, p. 36). Em um sentido ainda mais amplo, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, configurando mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Hodiernamente, os princípios não têm apenas função interpretativa ou integrativa, de colmatação de lacunas nos sistemas jurídicos; têm, além dessas duas dimensões, o condão de estabelecer objetivos do ordenamento jurídico, sem especificarem com precisão os meios para perquiri-los, objetivando-se “alcançar um determinado ‘estado de coisas’, cabendo aos aplicadores a identificação dos meios mais adequados para alcançá-lo” (GALDINO, 2005, p. 27). A esta função dá-se o nome de “função normativa (autônoma) dos princípios, que se caracteriza por estabelecer que uma coisa deve ser de uma forma determinada (em fórmula simples: um dever ser), criando situações jurídicas subjetivas” (GALDINO, 2005, p. 30).

Tendo em vista o fato de que os critérios determinantes da reserva do possível são, de fato, dotados de grande abstração, parcela da doutrina vem conferindo ao instituto o status de norma, especificamente, de princípio.

Contudo, não parece este caso.

Caso seja considerada como princípio a permear o ordenamento jurídico pátrio, no caso de conflito com outros princípios, especificamente as normas que consagram direitos fundamentais, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a entrar diretamente na operação de sopesamento. Assim, o referido instituto teria um fim em si mesmo, não mais sendo considerado um dos fatores a se levar em conta em um conflito normativo.

A impossibilidade de definição da reserva do possível como princípio foi tratada por OLSEN, da seguinte maneira: a norma restritiva poderá configurar um princípio de restrição na eventualidade de colisão entre direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de caráter constitucional, “da qual resultaria uma restrição a direitos fundamentais” (2008, p. 140).

Sob esta concepção, a reserva do possível deixa de ser um elemento a ser considerado na ponderação entre princípios para se tornar, ela mesma um princípio. Contudo, o sentido a ela conferido por ocasião de seu surgimento, ou seja, de exigibilidade limitada àquilo que o indivíduo, racionalmente, pode esperar da sociedade (KRELL, 2002, p. 52).

Além disso, a concepção esbarra na configuração normativa dada aos direitos fundamentais: o status de princípio. Conforme GALDINO, os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, inclusive no que tange à supracitada função normativa, eventualmente criando situações jurídicas subjetivas para os respectivos destinatários (2005, p. 26).

Considerados os direitos fundamentais como princípios, revelando-se a necessidade de ponderação para identificar posições jurídicas definitivas e solucionar eventuais conflitos entre âmbitos normativos em rota de colisão, parece possível admitir a existência de restrições em um sentido mais amplo, desvinculado da noção de norma jurídica (OLSEN, 2008, p. 140).

Em sentido paralelo, deve-se colocar em pauta a posição de divisão entre os princípios materiais (promovem a criação de situações jurídicas subjetivas) e operacionais (de sobre-direito). Estes últimos funcionam como operadores que viabilizam a operação de outras normas (GALDINO, 2005, p. 39).

Tratar o tema da reserva do possível sob este prisma é o esforço hermenêutico máximo que se admite na conceituação da reserva do possível como princípio jurídico. Mesmo assim, o esforço é inútil.

O instituto de que se trata, sob a ótica do tribunal constitucional alemão, pondera a oferta insuficiente de vagas não com a reserva orçamentária em si, mas, principalmente, com o princípio da igualdade. Nos dizeres de GALDINO, mesmo a igualdade carece de conteúdo, que deve ser balizado à luz do caso concreto, tratando-se de um princípio “vazio”, que objetiva a operacionalidade de outras normas (2005, p. 43-44).

Sob este viés, a reserva do possível é incompatível com o conceito de princípio, ao menos no sentido normativo que se confere a um direito fundamental. As próprias origens do instituto sugerem um caráter de especificidade muito maior. Além disso, o instituto não confere direito subjetivo algum; ao contrário, configura obstáculo à efetivação de direitos.

3.2. RESERVA DO POSSÍVEL COMO “CLÁUSULA ABERTA”

Outra parte da doutrina e da jurisprudência tem classificado a reserva do possível como uma “cláusula”, não se percebendo de pronto qual a entonação conferida ao vocábulo. Deduz-se que o pensamento de que se trata refere-se às chamadas “cláusulas abertas” ou “cláusulas gerais” que, na definição de ENGISCH, são formulações de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem “tratamento jurídico a todo um domínio de casos” (1979, p. 189).

Exemplo próximo encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ora citado por, SILVA:

os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas” (2007, p. 189).

Cláusulas gerais ou abertas não podem ser confundidas com princípios, regras ou conceitos jurídicos indeterminados; ao contrário, tem a função de tornar palpáveis e mensuráveis os princípios. De acordo com MARTINS-COSTA, a errônea equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre “da extrema polissemia que ataca o termo ‘princípios’; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação” (2000, p. 316).

De acordo com NERY, as cláusulas gerais têm função “instrumentalizadora”, tornando mais concreto o conteúdo abstrato e genérico dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados, sendo “mais concretas e efetivas do que esses dois institutos” (2002, p. 5 a 7).

Para JORGE JÚNIOR, a presença dessas cláusulas gerais se verifica na ausência de instrumento legal a tipificá-la. De acordo com o autor:

Dizemos que haverá de se identificar a presença das cláusulas gerais diante da ausência de uma formulação típica para esta categoria normativa. Se algumas cláusulas gerais revelam-se patentes, outras deverão ser ‘descobertas’ no ordenamento, pois nem sempre é o arcabouço da proposição normativa que por si só as caracterizam (2004, p. 82).

Para OLSEN, essas expressões (cláusula ou postulado) podem parecer mais adequadas à definição do instituto, tendo em vista que condicionam a aplicação de normas. Um postulado não estaria, ele próprio, sujeito à ponderação (2008, p. 200). Para JORGE JÚNIOR, as cláusulas gerais são hierarquicamente inferiores aos princípios constitucionais, sendo por eles controladas (2004, p. 110).

Nesses termos, em relação à reserva do possível, a denominação de que se trata parece ser melhor do que ter o instituto como princípio jurídico, tendo em vista os requisitos para sua configuração ditados, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira do Estado).

Mesmo assim ainda não se chegou à natureza jurídica ideal, do ponto de vista deste trabalho, onde se busca um enquadramento abstrato para o tema. A cláusula aberta confere ao julgador (administrador ou juiz) um âmbito decisório de preenchimento, sendo um elemento de ponderação constante e obrigatório. A reserva do possível, como

se demonstrará abaixo, não tem essas características, tornando necessário outro delineamento.

3.3. RESERVA DO POSSÍVEL COMO TRAÇO CARACTERÍSTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

ALEXY define os direitos sociais como direitos a prestações em sentido estrito, que são direitos em face do Estado, “a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. (2008, p. 499).

Em decorrência de sua natureza de prestação, de conferir ao indivíduo direitos contra o Estado que prevêm uma ação (sempre onerosa), doutrinadores de escol afirmam que os direitos fundamentais prestacionais estão “sob” a reserva do possível, sendo que o instituto faz parte do conceito de prestação estatal, condicionando-a. A reserva do possível, por tal raciocínio, diria respeito à “apreciação da escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito” (OLSEN, 2008, p. 188).

TORRES vai além, defendendo a posição de que a reserva do possível é inerente aos direitos prestacionais, colocando, ainda, como elemento característico, a reserva de lei, afirmando que a “pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos” (TORRES, 2008, p. 81).

Essa conceituação, além de duvidosa, oferece riscos reais à exigibilidade dos referidos direitos, pois, “se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normatizado, o espaço discricionário seria incomensurável, gerando grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos” (OLSEN, 2008, p. 191).

Na doutrina americana, Stephen Holmes e Cass Sustein trazem um raciocínio que iguala todos os direitos, afirmando que todos eles têm custos, independentemente de serem prestacionais ou de defesa, sendo que os bens são escassos, não permitindo que os direitos sejam realizados de forma uniforme (OLSEN, 2008, p. 187). Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flavio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral (2008, p. 27).

Conforme o entendimento de Stephen Holmes e Cass Sustein é evidente que todos os direitos fundamentais necessitam de verbas. Porém, tendo em vista que os direitos sociais (direitos a prestações em sentido estrito) são, nas palavras de KRELL (2002, p. 19), “direitos *através* do Estado”, demandam gastos com sua proteção judicial e administrativa e, além disso, com sua efetivação material, sendo que seu impacto econômico é de certa maneira mais perceptível.

A conceituação da reserva do possível enquanto traço característico dos direitos fundamentais a prestações estatais encontra críticas na doutrina de OLSEN, que afirma que os direitos não estão “sob” uma reserva do possível, porém, que, dependendo do caso concreto “sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, de modo que a obrigação estatal somente será judicialmente reconhecida, depois de ponderados os interesses em conflito” (OLSEN, p. 223).

Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

Não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito de que se convencionou delimitar limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade, considerada toda a sua complexidade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da indisponibilidade de outro direito fundamental (2008, p. 30).

Creemos, de fato, não ser este o melhor enquadramento da reserva do possível no que tange à sua natureza jurídica, tendo em vista que o direito existe independentemente de qualquer tipo de reserva, que poderá vir a incidir no caso concreto, não abstratamente. Basta o raciocínio de que, caso o Estado disponha, de fato, de recursos financeiros suficientes, o direito não estará restrito.

Assim, eliminada a hipótese supramencionada, segue-se para a próxima possibilidade.

3.4. RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de passar à tentativa de enquadramento da reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais, é imperioso lucubrar sobre se é possível restringir tais direitos.

Dada sua dimensão de importância (como princípios que são), a mera possibilidade de sua diminuição deve ser objeto de estudo. Quanto à referida possibilidade, OLSEN (2008, p. 117) delimita, basicamente, duas teorias: *a*) uma teoria interna; e *b*) uma teoria externa.

Para a primeira, extraída da doutrina de Friedrich Klein, seriam inadmissíveis as restrições aos direitos fundamentais, apenas permitindo-se delimitar seu conteúdo, desde sua concepção. Sob tal enfoque, não haveria uma restrição em sentido restrito, mas, sim, um “limite imanente do direito fundamental” (OLSEN, 2008, p. 118-119). O enquadramento da reserva do possível enquanto limite aos direitos fundamentais prestacionais será tratado adiante.

No que tange à segunda teoria (externa), faz-se distinção entre os fundamentais e suas restrições (separadamente), configurando-se uma “relação de restrição”, surgida de uma “necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também direitos individuais e os bens coletivos” (ALEXY *apud* OLSEN, 2008, p. 123). Essa relação de restrição é que determinaria a existência concreta do direito fundamental, verificada a inserção dele no conteúdo restritivo e a legitimação da referida restrição no caso concreto (OLSEN, p. 124). Nesse diapasão, para ALEXY,

[...] se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização - que ocorre geralmente por meio de sopesamentos -, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade são, portanto, compatíveis (2008, p. 446).

A utilização da referida teoria viabiliza efetivamente a identificação do âmbito de incidência da norma de direito fundamental, sendo que, em relação a esse âmbito de garantia, qualquer intervenção não mais será restrição, mas, sim, violação da referida norma (OLSEN, 2008, p. 125).

Para Jorge Reis Novais (*apud* OLSEN, 2008, p. 139), as restrições podem ser classificadas em: *a*) restrição em sentido restrito; e *b*) restrição em sentido amplo. Em sentido restrito seriam apenas as restrições gerais e abstratas que intervenham na norma, reduzindo seu campo de atuação. No que tange às restrições em sentido amplo, ocorreria uma “intervenção restritiva”, proveniente de outras atuações normativas, podendo os atos de restrição ser abstratos ou concretos (OLSEN, 2008, p. 141).

Parece-nos assistir certa razão aos doutrinadores citados acima, tendo em vista que separam o direito de sua restrição, não os colocando como elementos da mesma norma. Contudo, outros fatores devem ser agregados à discussão.

3.5. RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a sobrecitada teoria interna da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, não são admitidas restrições em sentido amplo, ou seja, obstáculos externos ao princípio que consagra um direito fundamental específico.

CALIENDO entende a reserva do possível como uma limitação aos direitos prestacionais, contudo, não uma limitação jurídica, mas, sim, uma limitação fática. Para ele:

A “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (“*numerus-clausus Entscheidung*”). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito (2008, p. 200).

Esta teorização traz consigo o perigo de dano ao direito fundamental, no que tange à sua efetivação. Conforme OLSEN:

[...] os poderes constituídos, sob o pretexto de configurar ou concretizar os direitos fundamentais “revelando seus limites imanentes” podem, na realidade, modificar o conteúdo destes direitos, reduzindo o alcance das posições jurídicas que eles outorgariam aos seus titulares (2008, p. 123).

Conferir razão a esta vertente não parece o mais correto, pois, assim como a teoria que coloca a reserva do possível como característica dos direitos fundamentais a prestações, esta teoria não separa o direito fundamental dos obstáculos à sua efetivação, não o considerado isoladamente.

O direito existe independentemente de sua limitação. É evidente que a norma que o consagra pode, desde seu nascedouro, restringi-lo. Contudo, a restrição não faz parte de seu conteúdo, tendo em vista até mesmo sua natureza normativa de princípio, como se explica abaixo.

3.6. RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Da doutrina de CANOTILHO extrai-se que, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais (prestacionais em sentido estrito, no entendimento de ALEXY), não há restrição, mas, sim, concretização insuficiente, derivada de omissão do poder público. O autor lusitano apóia-se, para esta configuração, no princípio da proibição de retrocesso social, assim propondo:

A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana. O reconhecimento desta protecção de <<direitos prestacionais de propriedade>>, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas” (2000, p. 332-333).

Tomando-se o raciocínio inverso, conclui-se que, caso o direito não tenha ainda sido efetivado infraconstitucionalmente, não pode ser exigido; ao contrário, tendo sido concretizado, não se pode voltar atrás.

Ainda não parece ser a melhor conceituação para o instituto em voga. A teoria ora tratada confirma o entendimento de que as normas consagradoras de direitos fundamentais a prestações não tem uma aplicabilidade imediata, independente de regulamentação infraconstitucional. É certo que o autor português põe a salvo o chamado mínimo essencial (CANOTILHO, 2000, p. 333), mas ao custo da judiciabilidade de certas normas constitucionais.

Temos que a vedação ao retrocesso refere-se não somente aos direitos consagrados ordinariamente, mas, sim, a todos os direitos fundamentais presentes em um ordenamento jurídico. Para CANOTILHO, a lei é condicionante da concretização do direito fundamental, sendo que, além disso, ressalva as crises econômicas, praticamente aniquilando a força normativa dos princípios que consagram direitos fundamentais a prestações.

Assim, teria o Estado uma dupla proteção contra a exigibilidade dos direitos prestacionais: a primeira referente à necessidade indeclinável de normatização infraconstitucional; e a segunda, que põe o Poder Público a salvo de exigências em tempos de crise.

Ora, o instituto da reserva do possível foi intuído justamente para conferir uma limitação fática que exorbitava os entendimentos consagrados até aquele momento. Um concurso de limitações tão intransponíveis terminaria por defenestrar os mandamentos

magnum para além das possibilidades reais, colocando, além de uma barreira fática, um obstáculo jurídico à sua realização.

3.7. RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A questão da possibilidade de interpretação econômica do direito, relativamente antiga, ainda causa espécie entre os operadores jurídicos. Justificando a necessidade de diálogo entre direito e economia TIMM ressalta o fato de que a economia é uma ciência descritiva do comportamento humano em relação ao mercado, que adquiriu respeitável padrão científico e que se preocupa com o manejo de recursos escassos no atendimento de necessidades ilimitadas (2008, p. 57). Para LOPES, “a economia tem um caráter prático e uma aplicabilidade de seus raciocínios em certas questões que já ofereceram, há muito tempo, regras que os juristas aplicam” (2006, p. 267).

Interpretar é conferir sentido a algo. Nesses termos, o sentido pode ser dado de diversos ângulos. Interpretar o direito economicamente, em um conceito simples, é observar os institutos jurídicos sob o prisma econômico, sendo certo que as duas ciências têm seus pontos de contato. De acordo com LOPES:

O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante.

Já o direito, como disciplina acadêmica, pode explicar e interpretar ações “do ponto de vista jurídico”. Creio, pois, que o direito também desenvolveu seu tipo ideal e nisto teve sucesso. O ponto de vista jurídico é essencialmente o de *cumprir uma regra*. (...) o tipo-ideal do raciocínio jurídico não é conseguir um bem, a menos que bem seja definido de forma amplíssima (2006, p. 269-270).

No que tange ao objeto em estudo, a economia é algo que deve ser levado em consideração, seja em decorrência da estreita relação do instituto com a escassez de recursos, seja em relação à questão orçamentária. Os bens jurídicos em conflito guardam estrita relação com a economia sendo que, nesse embate normativo, tendo em conta o impacto (negativo ou positivo) que sua utilização distorcida poderia causar em relação à população, especialmente nesse caso, a ponderação de bens deve restar comprometida não somente com a disputa argumentativa, mas com resultados sociais concretos (TIMM, 2008, p. 66).

Além disso, apesar de seu caráter científico autônomo, o direito não pode deixar de apreciar conteúdos de outras ciências que, assim como as ciências jurídicas, guardam relação direta com o meio social. Desta forma,

[...] o raciocínio jurídico e a boa dogmática jurídica não são surdos aos saberes alheios e se dão conta de que vários objetos constituídos por outras disciplinas são a matéria-prima sobre a qual decidem. Embora decidindo segundo regras, o jurista sabe que o objeto de sua decisão, o caso sobre o qual ele quer aplicar as regras, não são as regras mesmas, mas as relações entre pessoas e estas são explicadas e constituídas por muitos saberes que não apenas o direito (LOPES, 2006, p. 301).

Os argumentos, de fato, parecem justificar um relacionamento muito próximo entre direito e economia. Porém, no que tange à efetivação de direitos sociais, essa relação pode trazer conseqüências negativas aos objetivos jurídicos, conduzindo ao que se chama de análise de custo-benefício (“*cost-benefit analysis*”), que “procura maximizar os resultados sociais decorrentes da utilização de recursos sociais finitos”, afastando a proteção dos direitos fundamentais sociais “com base na utilidade geral do orçamento público (*utilitarismo*)” (CALIENDO, 2008, p. 203).

Na doutrina americana, DWORKIN alerta sobre os riscos da apreciação econômica da eficiência da lei. Conforme o referido autor:

Podemos argumentar (como fizeram alguns autores) que a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral. [...] Não podemos decidir esse tipo de questão por meio de uma análise que apenas associe meios a fins (2007, p. 11).

A reserva do possível não deve ser observada somente sob o prisma econômico, não apenas em decorrência da diferenças entre os objetos das duas ciências, mas, também, pelo fato de que mesmo as leis orçamentárias têm um grau jurídico-normativo.

De fato, elementos que devem ser considerados no embate entre os direitos a prestações e a escassez de recursos são os ditames econômicos nacionais. Contudo, o direito visa conformar a realidade, objetivo que as ciências econômicas não têm. Assim, a discussão deve prosseguir, porém, somando-se o viés econômico da questão.

3.6. RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE REAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema central das discussões acerca da reserva do possível, indubitavelmente, refere-se à escassez de recursos públicos contraposta às ilimitadas necessidades sociais. Assim, é imperioso discutir o tema da escassez de recursos. Conforme AMARAL e MELO:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta [...] A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, do ponto da satisfação (2008, p. 96).

Na opinião de OLSEN, a questão relativa à disponibilidade de recursos financeiros revela uma escassez artificial, tendo em vista que deriva de decisões políticas alocativas desses recursos (2008, p. 191). No mesmo sentido anota LOPES:

A reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez. Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabe ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos (2008, p. 173).

Para BIGOLIN (2008, n.p.), a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, não importando de quem seja a responsabilidade relativa à aplicação dos recursos públicos.

Apesar de terem conteúdos diversos, as barreiras fáticas e as leis orçamentárias guardam estreita relação, sendo que é justamente quanto aos limites reais, econômicos do orçamento que o estudo da reserva do possível se faz necessário.

Assim, tem-se que o instituto jurídico versa justamente sobre a influência que as prestações sociais têm sobre a receita do Estado, sendo que esta dimensão econômica e financeira não pode ser retirada da discussão. Desta forma, para os fins deste trabalho, adota-se a posição de OLSEN sobre a natureza jurídica da reserva do possível como “condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes” (2008, p. 212).

4. NOTAS SOBRE A DICOTOMIA “RESERVA DO POSSÍVEL VS. MÍNIMO ESSENCIAL”

Feitos os comentários acerca da natureza jurídica da reserva do possível, cumpre falar sobre uma discussão atualmente acirrada na doutrina pátria, que contrapõe a reserva do possível ao chamado “mínimo essencial”, também chamado de “mínimo existencial”, “mínimo necessário a uma existência condigna”, entre outras nomenclaturas. Tem-se que “[...] o mínimo existencial está em constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverá prevalecer (JORGE NETO, 2008, p. 151).

Os estudiosos pátrios, inspirados pela Lei Fundamental alemã, têm se preocupado em defender a primazia de um conjunto de direitos necessários a uma existência digna e ao exercício de liberdades básicas. Trata-se, na verdade, de conferir reconhecimento a uma parcela das prestações positivas consideradas indispensáveis para a vida com mínima dignidade e para o exercício dos direitos de liberdade “como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia), a educação básica *et coeterea*.” (GALDINO, 2005, p. 195).

A discussão surge a partir da necessidade de preservação dos direitos fundamentais frente às intervenções dos poderes estatais (OLSEN, 2008, p. 149). A proteção ao núcleo essencial foi prevista na Lei Fundamental alemã, em seu art. 19, §2º, que assim dita: “Art. 19 [...] (2) em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial”; (MAURER, 2007, p. 308).

CANOTILHO (2008, p. 262), a doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista o regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (Art. 187.º da Constituição Portuguesa) e, em alguma medida, os direitos análogos, mas, só na parte metodologicamente sustentada pela analogia. O problema que ora se coloca é o de saber se ela não deve ser alegada aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tendo em conta a discussão, deve-se, antes de conceituar o que seria um “mínimo essencial”, realçar sua importância para o estudo do tema da reserva do possível. De acordo com GALDINO:

Por evidente, há o reconhecimento, explícito ou mesmo implícito, de que também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter (GALDINO, 2005, p. 196).

Contudo, faz-se imperioso determinar qual é o instituto precedente, pois não se chegou ainda a aclarar qual deles dá sustentação à existência do outro. A reserva do possível limita os direitos fundamentais prestacionais a um mínimo necessário a uma existência condigna, ou a incidência da reserva financeira é de aplicação geral, apenas encontrando restrição no que tange a um núcleo dignitário mínimo? A questão não encontra tratamento específico na dogmática brasileira.

A esse mínimo existencial reconhece-se eficácia positiva proveniente de seus efeitos perante todo o sistema jurídico-constitucional (BARCELLOS, 2008, p. 258). TORRES afirma que, enquanto o mínimo existencial prescinde de lei ordinária, os direitos sociais a ela estão condicionados, tendo em vista seu caráter programático e a certeza de que sua proteção gera despesa pública que deve contar com dotação orçamentária prévia (2008, p. 80). Conforme SARLET e FIGUEIREDO:

No caso Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919 (2008, p. 24).

A enumeração dos direitos pertencentes ao núcleo mínimo, apesar de importante, não será abordada no presente ensaio. Tendo em vista o espaço diminuto, faz-se necessário focar o tema central, postando apenas os delineamentos necessários à sua inteligibilidade.

Para SILVA, os direitos sociais apenas são fundamentais enquanto componentes do mínimo existencial, considerado o instituto em um duplo aspecto: *a)* proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos; e *b)* proteção positiva representada por prestações materiais aos menos favorecidos (2007, p. 184). Assim, tem-se que algumas prestações positivas são necessárias mesmo a um núcleo dignitário ou libertário mínimo.

Sobre a configuração de um núcleo essencial há, basicamente, duas teorias: *a)* uma teoria relativa, que se refere ao núcleo essencial como o resultado de uma ponderação pela proporcionalidade, justificando-se eventual intervenção no em virtude da dimensão de peso dos princípios envolvidos no embate; e *b)* uma teoria absoluta, que defende um núcleo essencial intangível, determinável em abstrato (OLSEN, 2008, p. 150 a 153).

A dúvida se encontra justamente nesses pontos do raciocínio. Sabe-se que o “núcleo essencial” necessita de prestações estatais e que esse conjunto de direitos tem sua eficácia positiva reconhecida de maneira quase pacífica na doutrina.

O que ainda não se determinou é: *a)* se a reserva do possível é obstáculo fático geral aos direitos prestacionais, ressalvado o núcleo essencial composto também por esses direitos; ou *b)* se é a reserva do possível que delinea o mínimo essencial, restringindo todos os direitos que a ele não pertencem.

O enquadramento em um ou em outro conceito têm conseqüências. Caso se entenda que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, está-se perante uma teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos.

Ao contrário, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial é dado pela reserva do possível, esse conjunto de direitos derivará de uma ponderação, sendo que pode ser restringido no caso concreto. Sob este prisma, o mínimo essencial apenas existiria em decorrência da existência da reserva do possível, o que não ocorre em verdade. Adotada esta tese, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a fazer parte do embate, considerando-a, sim, como característica dos direitos prestacionais.

Como exposto acima, para os fins deste trabalho, não se aceita última conceituação. Assim, por agora, temos que a reserva do possível é uma restrição fática que configura um obstáculo às prestações estatais, com ressalvas ao mínimo essencial.

5. UM CONCEITO PARA A RESERVA DO POSSÍVEL

Feitas as considerações acima, estudada a natureza jurídica da reserva do possível e sua dicotomia em relação ao mínimo essencial, impende conceituá-la com base nos delineamentos supra-expostos.

BARCELLOS conceitua, contextualmente, a reserva do possível, da seguinte maneira:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2008, p. 261).

Em que pese o brilhantismo da doutrinadora fluminense, ousamos discordar parcialmente do conceito por ela apresentado, tendo em vista a análise supra-realizada. Sendo assim, prosseguirão as discussões para, ao final, tentar-se uma definição também contextual para o instituto.

Para SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 30), a reserva do possível apresenta dimensão tríplice, abrangendo: *a*) disponibilidade fática de recursos; *b*) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e *c*) a proporcionalidade na prestação.

A tripartição da lavra do professor gaúcho, como se vê, escapa da noção inicial conferida ao instituto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, agregando a necessidade da “disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos”, ou seja, da disposição orçamentária específica.

Referida doutrina, que soma elementos estranhos à concepção inicial do instituto, costuma classificar a reserva do possível em: *a)* reserva do possível fática, referente à falta de recursos; e *b)* reserva do possível jurídica, referente à ausência de disposição orçamentária (CALIENDO, 2008, p. 201). Quanto a essa divisão, assim se manifesta BARCELLOS:

A reserva do possível fática aproxima-se da exaustão orçamentária, sendo possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância, tendo em vista as formas de arrecadação e a natureza dos ingressos públicos. Quanto à reserva do possível jurídica, não há propriamente um estado de exaustão; há, sim, ausência de autorização para determinado gasto (2008, p. 262-263).

Deve-se perceber que a doutrina nacional, ao agregar outros elementos ao conceito, alarga seu âmbito jurídico, escapando da idéia inicial de ponderação referente a critérios fáticos, contribuindo para a desconsideração da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais. Ademais, chega-se a conferir à faceta econômica do instituto uma feição absoluta, negando a existência da força conformativa dos princípios que consagram os direitos a prestações estatais. Conforme AMARAL:

[...] a posição da “máxima eficácia” não dá elementos suficientes para a solução do conflito. Seus seguidores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, como se a estatuição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, per se, transformar a realidade social naquela desejada e a isso estivessem “os outros” a se opor por má vontade (2001, p. 115).

Outra vertente chega a retirar a faceta econômica do instituto, negando sua natureza limitativa fática:

[...] o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria” (KRELL, 2002, p. 54).

A uma corrente diversa pertence FREIRE JÚNIOR, que afirma a necessidade de alocação prioritária de gastos antes de serem postadas dotações referentes a outras áreas (2005, p. 74). Em sentido paralelo, SCAFF ensina que a arguição da reserva do possível somente pode se dar mediante comprovação da utilização de recursos públicos proporcional aos problemas sociais (SCAFF, 2005, p. 226).

Para os fins propostos para este trabalho, absorve-se o posicionamento de OLSEN, que assim afirma:

A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está a seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã. Mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais (2005, p. 224).

A adoção do supracitado posicionamento é justificável. Como já exposto, a reserva do possível foi intuída por ocasião da decisão de um emblemático caso judicial alemão, por ocasião do qual foi decidido que os direitos prestacionais somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, além de impossibilitar exigências superiores a um limite básico social.

A absorção dos conceitos referentes ao instituto pela doutrina e pela jurisprudência nacionais deu-se de forma distorcida, tornando-se uma poderosa arma do Estado contra os titulares dos direitos sociais. Assim, na verdade, tendo em vista sua natureza jurídica, propõe-se uma adaptação do conceito à realidade nacional, sendo que se deve prever a possibilidade de controle orçamentário, não no que tange à lei, mas em relação ao dever do legislador no cumprimento da Lei Maior, sendo que a dimensão econômica supracitada é algo a se considerar no momento de definição do instituto.

Nestes termos, para os fins deste ensaio, conceitua-se que a reserva do possível da seguinte forma: restrição fática aos direitos fundamentais que demandem diminuição do erário, considerando-se a finitude dos recursos públicos, tendo-se em conta o dever estatal de correta alocação orçamentária voltada à efetivação das prestações estatais e a possibilidade de seu controle pelas vias eleitas constitucionalmente, ressalvadas a intangibilidade e a juridicidade absolutas do mínimo essencial à dignidade e às liberdades fundamentais.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo propôs-se a delimitar a natureza jurídica da reserva do possível em relação aos seus aspectos histórico, econômico e jurídico, além de sua relação com a

teoria do mínimo essencial. Para tanto, foram identificadas e elencadas as principais vertentes acerca do tema e tecidos os pertinentes comentários sobre cada uma. Ao final, construiu-se uma definição contextual do instituto, levando-se em conta a pesquisa efetuada.

De fato, a reserva do possível é, em termos histórico-jurídicos, um instituto novo, que ainda não encontrou tratamento exaustivo por parte da doutrina mais autorizada. Desse modo, faz-se imperioso o estudo do tema, tendo em vista suas conseqüências gigantescas para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos a prestações estatais.

Percebe-se que quase todos os estudiosos que escrevem sobre o assunto tratam de suas conseqüências práticas, relacionando-as à sindicabilidade judicial dos direitos sociais. Referida atitude é justificável, tendo em vista que a reserva do possível transmutou-se de instituto jurídico a muralha intransponível a proteger o poder público de ter que cumprir com os deveres aos quais está constitucionalmente submetido. Contudo, impende visualizar o tema sob outros prismas, quais sejam sua interpretação histórica, sistemática e econômica e a busca por sua natureza jurídica. Assim sendo, tem-se que instituto em tela é de extrema relevância no cenário jurídico atual, merecendo estudos aprofundados.

De fato, importar conceitos estrangeiros tornou-se característica do sistema jurídico nacional. Muitas vezes, tais conceitos restam ultrapassados e sem aplicabilidade prática. Este, contudo, não é o caso do tema em escopo. Apesar de seu trespassar ao âmbito jurídico pátrio ter ocorrido sem uma filtragem mais apurada, um país dotado de um sistema financeiro frágil parece ser o cenário ideal para a aplicação da teoria, porém, não com o fito de salvaguardar o Poder Público do cumprimento de seus deveres, mas, sim, na proteção da equânime distribuição das verbas estatais.

Finalmente, deve a reserva do possível, assim como os conceitos a ela inerentes, passar por um processo de adaptação ao direito pátrio para que se torne instrumento de preservação do erário em prol do cidadão, não em seu desfavor.

7. REFERÊNCIAS

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

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (coleção Temas Fundamentais de Direito. V 1).

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY, Nelson. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo

Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público.** Ano 7. nº 32. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto de 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais:** leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANENCEFALIA: O DESVELAR DA TUTELA PENAL*

ANENCEPHALY: THE UNVEILING OF CRIMINAL SUPERVISION

**Neida Terezinha Leal Floriano
Maritana Copatti**

RESUMO

O presente artigo versa sobre a discussão acerca da possibilidade de antecipação do parto de fetos portadores de anencefalia ante a ausência de expectativa de vida extra-uterina e destaca a relação entre o Direito Penal e Constituição como fonte necessária de definição dos bens jurídicos penalmente tutelados. De igual forma, analisa a atipicidade dessa conduta na legislação vigente e a ausência de bem jurídico tutelado em face da constatação de anomalia fetal incompatível com a vida, bem como a legitimação da interrupção da gestação como corolário lógico da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, ao ser considerado que a anencefalia é uma anomalia fetal irreversível entende-se que a interrupção da gravidez deve ser reconhecida como legítima, por ser conduta atípica no âmbito jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVES: ANENCEFALIA – FETOS - VIDA EXTRA-UTERINA – ATIPICIDADE – BENS JURÍDICOS

ABSTRACT

This article is about the discussion about the possibility of early delivery of fetuses individuals with anencephaly at the lack of expectation of extra-uterine life and highlights the relationship between criminal law and the Constitution as a source of needed goods legal definition of criminal protected. Similarly, analyzes the atipicidade result in the existing legislation and the lack of legal rights protected in the face of the determination of fetal anomalies incompatible with life, and the legitimacy of the interruption of pregnancy as a logical corollary of human dignity. In this vein, to be considered that anencephaly is a fetal anomaly irreversible believes that the termination of pregnancy should be recognized as legitimate, because it is atypical behavior within legal and criminal.

KEYWORDS: ANENCEPHALY - FETUSES - EXTRA-UTERINE LIFE - ATIPICIDADE - LEGAL GOODS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Considerações Iniciais

No modelo de Estado contemporâneo, centrado na idéia de valorização do ser humano, a Constituição brasileira de 1988, destaca-se como uma das Cartas Constitucionais de maior relevo na consolidação de proteção dos direitos humanos fundamentais. Nesse contexto, a Carta Magna garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, proclamando como o mais fundamental de todos os direitos já que é considerado pressuposto para os demais direitos, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna enquanto sobreviver.

O aborto caracteriza-se pela interrupção da gestação com a conseqüente morte do feto, tendo como objetividade jurídica a proteção à dignidade do feto e a potencialidade da vida humana. No Brasil, o aborto é crime sendo admitidas apenas duas excludentes de ilicitude, quais sejam: quando o médico entender que não há outro meio de salvar a vida da gestante, chamado pela doutrina de aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do Código Penal) e, quando a gravidez resultar de estupro denominado aborto sentimental (art. 128, II, do Código Penal).

Nesse contexto, a legislação pátria autoriza a prática de aborto quando a gestante está em risco (terapêutico) e quando houver violação à dignidade da mesma (sentimental) resultante de estupro, posto que o Estado privilegia a saúde da mulher, sobrepondo a vida da gestante em detrimento à vida do feto. Entretanto, não há previsão legal para a hipótese de aborto por anencefalia (eugênico), que caracteriza-se pela má formação fetal incompatível com a vida extra-uterina. Desse modo, somente restará autorizado o aborto por anencefalia, mediante decisão judicial, após pedido formulado pela gestante.

A situação de antijuricidade prevista no Código Penal da gravidez resultante de estupro e a situação de gravidez de feto anencefálico muito se assemelham no que diz respeito ao período gestacional. A primeira, porque remete a mulher ao horror do momento da concepção. A segunda, pelo sofrimento ao longo do desenvolvimento natural da gestação ao saber que o ser gerado inevitavelmente caminha para a morte.

Desse modo, ante ao curto prazo de vida desses fetos, surge a defesa da interrupção da gravidez que diminuiria o sofrimento da gestante, pois na Constituição Federal e no Código Penal é tutelada a vida com dignidade. Nessa esteira, exigir que uma mulher carregue um feto durante nove meses, sabendo da inviabilidade desta gestação é desumano, sacrificante e cruel.

Com efeito, a vida humana que o direito reconhece e cuja preservação é disposta em norma jurídica, não se apresenta nos fetos com anencefalia, destituídos de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, pois de acordo com a ciência médica, a falta de atividade cerebral é considerada como conceito legal de morte. Se não há qualquer possibilidade de vida no quadro de anencefalia, não é possível estender a proteção penal aos fetos anencefálicos. Considerando que a anencefalia é uma anomalia fetal irreversível entende-se que a interrupção da gravidez deve ser reconhecida como legítima, por ser conduta atípica no âmbito jurídico-penal.

1 A noção de bem jurídico

A idéia de tutela de bens jurídicos surge da necessidade de conter os excessos criminalizadores resultante do ideal iluminista[1] que revolucionou o Direito Penal vigente até o século XVII. Birnbaum, em 1834, foi o pioneiro a defender que o Direito Penal deveria ter por objeto não a tutela de direitos subjetivos, sustentada por Feuerbach, mas a de bens jurídicos materiais. Decorre que o objeto jurídico do crime, que até então era identificado nos direitos subjetivos, passou a ser o bem jurídico material, com o nítido objetivo de limitar a atuação do legislador penal, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social.

Binding e Liszt abordaram a questão da origem do objeto de proteção penal; o primeiro, afirmou que o bem jurídico protegido exsurge da própria norma penal que o cria, o último, sustenta que o bem jurídico fixa-se na realidade social e preexiste à norma jurídica, inaugurando uma concepção de cunho sociológico-positivista.

Todavia, são as incertezas e questionamentos em torno do bem jurídico que originaram a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, formulada pelos autores neokantianos[2], que sustentam que o objeto de proteção penal é um produto de conceitos jurídicos, de valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal, ou, um valor juridicamente protegido.

A filosofia penal do iluminismo refletia a noção de direito subjetivo, resultante dos conceitos de direito privado, como elemento de limitação do *jus puniedi* do Estado. A pena era concebida somente como medida preventiva.[3] Dessa forma, desvinculava a punição da ética e da religião. Nesse sentido, a perspectiva individualista se sobrepõe ao direito e ao Estado e fortalece a posição do homem e da razão humana, da sua dignidade e autonomia, rompendo todas as tradições do Estado Absolutista, contaminando a base de natureza teocêntrica, estabelecida na relação entre o Direito Penal e o Estado, para fortalecer o primado da razão.

O Direito Penal deste período se expressou na doutrina jurídica privatista de Feuerbach fundado no princípio da prioridade do indivíduo diante do Estado, no reconhecimento dos direitos naturais que o Estado deve proteger e na racionalidade humana, estruturando-se na idéia de “lesão aos direitos subjetivos”. [4]

Com Feuerbach inicia-se, de forma sistemática, a busca de novos parâmetros para o conceito de crime, diferenciados daqueles defendidos pelas correntes teocráticas. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito. [5]

Observa-se que a concepção material do delito como uma lesão de um direito, ditada por Feuerbach, é a expressão da teoria contratualista. Decorre desse pensamento que o direito subjetivo é o instrumento mais eficaz para garantir a liberdade individual, pois o homem é dotado de razão e pode regular sua conduta, liberando-se de qualquer autoridade. Tais idéias preconizam a própria concepção de liberdade do liberalismo. No entanto, muito embora, a teoria da lesão de direitos subjetivos defendida por Feuerbach tenha contribuído para a busca de um substrato material para o conceito de delito, não é possível encerrar, no conceito de direito subjetivo, toda a noção de bem jurídico, dada a existência de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais.

A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de uma perspectiva liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, constantemente, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge como uma evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitadora do legislador, não podendo o Direito Penal intervir sempre que se produzam perturbações da vida comunitária, limitando-se à proteção dos valores fundamentais da ordem social. [6]

Nesse sentido, a doutrina do bem jurídico é produzida quase como uma conseqüência necessária das transformações econômicas e políticas da época, justificando-se do ponto de vista doutrinário por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, de acordo com Luiz Regis Prado, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes. [7]

Na doutrina nacional ou estrangeira, os entendimentos acerca do bem jurídico-penal sofreram inúmeras variações históricas e continuam distantes de assentamento. Não existe um consenso legal sobre o fundamento científico da teoria do bem jurídico. O que poder ser observado é uma certa unanimidade em relação ao entendimento de que uma conduta somente será considerada criminosa quando lesar ou ameaçar de lesão um bem

jurídico-penal. Todavia, quando se trata de determinar o seu conteúdo material e, conseqüentemente, seu conceito, observa-se inúmeras divergências entre os doutrinadores.

Figueiredo Dias refere que a noção de bem jurídico,

não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.[8]

Juan Bustos Ramires, afirma que "el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica"[9]. Desse modo, um Direito Penal democrático somente pode limitar-se a partir do bem jurídico, porque este é justamente uma concreção do processo democrático real. Assim, qualquer outra conceitualização de bem jurídico o converte em um conceito vazio e inútil.

Rudolphi define bens jurídicos como sendo “unidades sociais de função (instrumentais) indispensáveis à vida social que se desenvolve no quadro da Constituição”. [10]

No âmbito do direito penal contemporâneo, se percebem novas tendências sobre a noção de bem jurídico, que passa a assumir relevante papel na definição dos limites e das fontes do *jus puniendi* estatal, se convertendo “*em elemento estruturante e informador da política criminal* do Estado”, ainda que não se lhe afaste o atributo conferido pela dogmática penal, “de elemento *estruturado pela dogmática* jurídico-penal”. [11] Este novo modelo impõe ao legislador que a tarefa de legislar em matéria penal, precipuamente, seja destinada à proteção dos bens jurídicos, limitando a responsabilidade penal à prática de um fato lesivo.

A partir dessa idéia, de exclusiva proteção de bens jurídicos como sendo uma das fundamentais garantias do Direito Penal do Estado Constitucional e Democrático de Direito, refletida no princípio da ofensividade, é redesenhado o modelo conceitual de crime, recepcionado na atual Constituição Federal. No entanto, este modelo não vincula de forma restrita o legislador na eleição dos bens jurídicos que necessariamente devem sofrer “juízo de dignidade penal”, posto que as normas penais incriminadoras, ao mesmo tempo em que podem ser criadas de acordo com a liberalidade acerca da ofensa a bens jurídicos, podem, de igual forma, apresentar “conteúdos manifestamente

antiliberais”, contrariando, por inteiro, a essência do Estado Democrático de Direito.[12]

Assim sendo, a proteção dos bens jurídico-penais é tarefa de construção que possui assentamento nos princípios fundamentais constitucionais – da dignidade da pessoa humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade – como valores “fundantes” e “regentes” de todo o ordenamento jurídico-penal[13].

Desse modo, o legislador para selecionar quais os bens jurídicos que merecem a proteção da lei penal deverá, necessariamente, levar em conta os princípios constitucionais penais[14] que são as bases estruturantes do sistema penal. Tais princípios tendem a delimitar a interferência da esfera penal, fixando fronteiras intransponíveis em prol das garantias individuais.

A partir da noção de Estado de Direito Democrático impõe-se a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos[15] e a localização dos bens dignos de tutela penal no âmbito social, mas, voltada para o indivíduo. Essa formulação serve para estabelecer “a matéria do juridicamente tutelável, e o Direito Penal deve oferecer a substância básica do que for por ele protegível”, ou seja, “o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal”. [16]

Neste contexto, a dignidade penal do bem jurídico será reconhecida, em sentido político criminal, mediante juízo valorativo da importância social. Essa valoração deve ser conexa ao requisito de necessidade de proteção penal do bem, ou seja, não basta que determinado bem possua relevância social para vir a ser tutelado pelo direito penal; é necessário que outros meios de defesa, menos lesivos, não sejam suficientes para a adequada proteção[17]. Também deve ser analisado se a ofensa causada provocou abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal.

De acordo com Luigi Ferrajoli[18], o distanciamento entre as aspirações teóricas da cultura penalista de inspiração garantista e as tendências práticas dos atuais sistemas penais, exige que o problema do bem jurídico, seja (re)pensado e analisado sob as diferentes perspectivas axiológica, jurídico-positiva e sociológica da reflexão penal. É indiscutível que bem jurídico é uma expressão densamente valorativa. Assim, ao afirmar que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico-penal, equivale expressar sobre ele um juízo de valor penal, uma justificação de sua tutela mediante proibição e punição de sua infração.

Uma concepção laica e democrática de Estado e de Direito Penal pode justificar somente proibições dirigidas a impedir ofensas ou perigos aos bens fundamentais das pessoas. Por certo, que a afirmação de que nenhum bem justifica uma proteção penal se seu valor não é maior do que o valor dos bens que resultam sonogados mediante a aplicação das penas não pode ser rigorosa, pois somente será possível mediante juízos de valoração da dignidade do bem jurídico-penal.

Assim sendo, a escolha de bens jurídicos tutelados deve ser pautada em um critério de ponderação vinculado à influência da Constituição sobre o sistema penal, que deve ser completa, para fins de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a noção de bem jurídico está vinculada estritamente a um juízo de valor positivo acerca de determinado bem ou situação fática e sua importância para o desenvolvimento pacífico do ser humano em sociedade. Nesse contexto, Feldens citando Dolcini e Marinucci refere que “No âmbito do direito penal contemporâneo, a noção de bem jurídico segue desempenhando um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na diagramação –definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*”[19]

Em um pensamento democrático, especificamente em uma sociedade democrática, o marco inicial do Direito Penal é impulsionado pelo conceito de pessoa, definida como cidadão, detentora de autonomia própria e valor absoluto. Nesse sentido, a liberdade, a dignidade pessoal do homem e a possibilidade de se desenvolver livremente constituem um limite intransponível ao Estado, porquanto a pessoa humana é um fim em si mesma[20], devendo ser respeitada em sua essência.

De fato, a liberdade e a dignidade da pessoa humana se caracterizam na essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional. Decorre, pois, uma unidade material de sentido no ordenamento jurídico sobre a base de um contexto valorativo constitucional.

Em essência, a liberdade se materializa mediante a concreção de vários bens e interesses que representam a sua exteriorização e o Direito, por ser o regulador da coexistência pacífica dessas liberdades, conduz o Direito Penal a uma função primordial de proteção desses bens e interesses, designando-os por tais razões de bens *jurídicos*. Este critério valorativo realizado pelo legislador representa um limite à criminalização e se traduz em

um limite à formação de novos tipos penais, ou seja, na operacionalização do direito penal.

2 A ausência de bem jurídico tutelado em casos de anencefalia

A busca pela conformação de um direito penal direcionado à concreção dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, de um direito penal de garantias, impõe a necessidade de se demonstrar quais as condutas podem ser criminalizadas e o que legitima essa criminalização. A par disso, partindo-se de uma concepção de exclusiva proteção de bens jurídicos, necessário se faz a compreensão de bem jurídico e suas fontes de legitimação, para, posteriormente, se definir quais os bens merecem a tutela penal. [21]

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade[22] se revela em um princípio implícito à ordem constitucional brasileira, pois deriva de uma determinada ordem de princípios (valores) inserida no texto constitucional e se constitui em um instrumento hermenêutico engajado ao processo decisório, com capacidade suficiente a sindicarem certa medida adotada para a realização de um fim específico.

Tal princípio, porquanto não alistado expressamente na Constituição brasileira, deriva das normas de direitos fundamentais e exsurge da cláusula do devido processo legal, em sua acepção substancial (art. 5º, LIV, da Constituição do Brasil), além de estar inserido na fórmula política do Estado (art. 1º da Constituição do Brasil) e se transformado em um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, advém da essência do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente como fundamento do Estado Democrático de Direito, porquanto se revela em norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico-constitucional de um país. Assim, verifica-se que o dispositivo constitucional no qual se encontra expressa a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, da Constituição da República do Brasil de 1988) contém não apenas o fundamento de normas definidoras de direito e garantias, mas também de deveres fundamentais.

É justamente nesse contexto que Ingo Sarlet concebe,

“a dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que

outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.”[23]

Do ponto de vista doutrinário, pode-se entender que a tutela do bem jurídico assume relevância para o delineamento do tipo penal, de modo que, sem afetar o bem jurídico protegido pelo ordenamento penal, não há dimensão material de tipicidade, ou seja, ocorre um fato atípico, sem relevância penal que não merece ao menos exame da culpabilidade do sujeito.

Com efeito, o Direito Penal que se pretende alcançar, enquanto ideal, é um Direito Penal que efetivamente respeite os direitos fundamentais de cada indivíduo que dão embasamento ao Estado Democrático de Direito. Assim sendo, além dos argumentos textuais, a Constituição somente pode admitir privações daqueles bens constitucionalmente relevantes, tais como, a vida para prevenir lesões de bens de categoria igualmente constitucional.

A problemática se situa na necessidade de identificar “se” um determinado direito (bem) fundamental é detentor de proteção penal, para, posteriormente, superada, de forma positiva, essa etapa ser equacionado o “modo” como essa proteção deveria ser exercida, sem prejuízo do mínimo de proteção exigido constitucionalmente. Isto significa dizer que não é qualquer espécie de bem jurídico que merece proteção jurídico-penal. O imperativo de tutela penal depende da espécie de intervenção contra ele tentada, elementar valorativa a partir da qual será avaliada a hipótese de incidência ou não da norma penal.

É nessa perspectiva que há de se compreender e identificar o bem jurídico enquanto objeto de tutela penal em casos de anencefalia, partindo-se da premissa de que somente alguém, potencialmente, vivo tem direito à vida.

A discussão acerca da tutela do bem jurídico penal do feto anencéfalo impõe necessariamente uma melhor compreensão do significado de anencefalia. Nesse sentido, de acordo com a Anis, a anencefalia é,

uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial,

os fetos com esta má-formação são chamados de “fetos-rãs”. Em linguagem coloquial sem cérebro[24].

Junges define Anencefalia: “[...] é uma alteração congênita da qual resulta a ausência dos dois hemisférios cerebrais e estrutura óssea do crânio, a situação é irreversível, entretanto, tal não equivale à morte cerebral”.[25]

Neste sentido, Gherardi e Kurlat:

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de *morte neocortical* (high brain criterion), enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a *morte cerebral* ou *encefálica* (whole brain criterion). A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação)[26].

A falta do córtex cerebral é uma anomalia muito grave e a sua ausência impossibilita de qualquer forma a vida humana, pois ela é responsável por comandar todas as atividades e funções do organismo.

O feto anencéfalo é destituído de vida, porquanto se mantém vivo apenas enquanto estiver no útero materno, ou no máximo, algumas horas após o parto, portanto, totalmente destituído de qualquer possibilidade de vida extra-uterina pela falta de atividade cerebral.

Na antecipação de parto de anencefálos, entende-se que o risco criado para o bem jurídico penalmente tutelado - a vida do feto - não é desaprovado juridicamente, porquanto o bem é ausente em razão da vida ser inexistente. Significa dizer que não existe uma morte arbitrária do feto anencefálico, ou seja, aborto; ao contrário, o que ocorre é apenas a antecipação de um fato que é certo, posto que o feto já está sem vida.

Assim, antecipa-se o parto para fins de tutelar a saúde mental da mãe, por ser bem jurídico de extrema relevância.

Para a medicina, existem dois momentos que evidenciam a morte de acordo com Wilhelms, Freitas e Fayet,

a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência do processo irreversível e da causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionante. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular. Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação da morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência da perfusão sanguínea cerebral [...]. Segundo o CFM, em sua resolução 1752/04, os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem córtex, mas apenas tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica.[27]

Nesse sentido, uma vez reconhecida social e tecnicamente que a prática da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia não gera ação delituosa - considerada atípica na esfera penal – conclui-se pela ausência de bem jurídico protegido e, por consequência, pela atipicidade material, na interrupção da gestação do feto anencéfalo.

3 A necessidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia: uma análise a partir do princípio da dignidade da pessoa humana

Partindo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes do Estado e se manifesta em uma dupla função; ora como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, ora como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar com elemento limitador de tais direitos.

O bem jurídico é a razão da norma em expressar proteção, ou seja, a norma penal só existe para proteger um valor da vida humana. A ação ou omissão só é punível quando corresponder a uma reprovação social, constituindo-se, dessa forma em um fato contrário ao ordenamento jurídico que leva ou expõe a perigo interesses importantes da vida humana, cuja tutela pressupõe a aplicação de correspondente sanção penal.

Para Ingo Sarlet, “a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”. [28]

Impende destacar que o pressuposto da vida e a atribuição do *status* de pessoa aos fetos são argumentos que dão sustentação à prática criminosa do aborto, tipificada no Código Penal brasileiro, restando tais premissas ausentes em situações de anencefalia, posto que há incompatibilidade com a vida. Assim sendo, o que se pretende demonstrar é a legitimidade de proteção da gestante no caso de anomalia fetal irreversível.

Considerando o conceito científico de anencefalia - morto cerebral - a conduta da mulher em querer antecipar o parto não pode ser considerada ilegítima e ilegal, vez que o feto não apresenta nenhuma possibilidade de vida, tampouco, expectativas de direitos como pessoa.

Muito embora seja corrente a idéia de que os fetos são titulares de proteção pela sua potencial capacidade de se tornarem vida humana, tal premissa não se aplica às situações de anencefalia, por ser incompatível com a vida extra-uterina, posto que o pressuposto tutelado pela norma penal não está presente, já que os fetos acéfalos não possuem viabilidade de vida.

A vida humana que o direito reconhece e, cuja preservação é disposta em norma jurídica, não se apresenta nos fetos com anencefalia, destituídos de qualquer possibilidade de vida extra-uterina, pois de acordo com a ciência médica, a falta de atividade cerebral é considerada como conceito legal de morte.

Neste sentido, Busato:

Morte e vida são antônimos, tanto do ponto de vista natural quanto jurídico. Se a falta de atividade cerebral representa morte, inclusive como conceito jurídico, e se a morte é o contrário da vida, devemos concluir que não é possível proteger o bem jurídico vida onde ele não existe. É por isso que ao disparar em um cadáver, o agente comete crime de vilipêndio ao cadáver (contra o sentimento de respeito aos mortos) e não a um homicídio (atentado contra a vida) [29]

Diante da impossibilidade de vida dos acéfalos e da falta de tratamento para esta anomalia é necessário definir, do ponto de vista jurídico e ético, que consideração deve ser dada a estes fetos e as respectivas mães, bem como delinear os direitos que a estas cabem. Destaca-se que a mulher que gera um feto com anencefalia sente uma dor profunda ao saber que o feto gerado não sobreviverá, necessitando, portanto, de tratamento psicoterápico, após o parto, pois, além de apresentar alterações no comportamento psicológico, também, será indispensável o bloqueio de lactação.

Nada obstante, uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Nesse sentido, afirma o Andalaft que o parto pode trazer sérias complicações à mulher:

Há riscos à saúde da mulher tanto no período gestacional quanto no parto. Esse é um parto muito mais complicado, com um risco aumentado na ordem de 22%. As complicações são decorrentes da própria deformidade do feto, que por não possuir a caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, então temos fetos sentados, fetos atravessados e isso é um grande risco para a vida da mulher. O trabalho de parto costuma demorar entre 14 e 16 horas, enquanto os outros duram 6 horas[30]

Na literatura médica, são vários os riscos decorrentes de gestação de feto sem nenhuma expectativa de vida. De acordo com Gollop,

os sérios traumas psicológicos que podem acarretar esta gestação, a possibilidade de ocorrer um polidrâmnio, definido na ciência médica, como um excesso de líquido amniótico que causa hemorragia e deslocamento prematuro da placenta - considerado um dos mais graves acidentes no parto podendo acarretar a morte da gestante – assim como a probabilidade da gestante desenvolver hipertensão materna. Além disso, o feto anencéfalo por não possuir o pólo cefálico, muitas vezes, desenvolve o ombro maior que o normal ocorrendo o chamado “distócia do ombro”, definido como sendo a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero, o que pode acarretar grandes dificuldades em realizar o parto[31].

Trata-se, portanto, não apenas de uma má formação do feto, mas sim de uma limitação física que não permite nenhuma forma de vida extra-uterina, sendo que a interrupção da gravidez visa apenas minimizar o sofrimento da gestante, uma vez que certa é a morte do feto, porquanto nenhuma pessoa é capaz de sobreviver com a falta do crânio ou ausência parcial desse órgão que é fundamental.

Em sendo o Direito Penal um instrumento de controle social, o conjunto de normas inseridos no Código Penal Brasileiro estabelece, de acordo com Wessels a tarefa de: “proteção dos bens jurídicos e a salvaguarda da paz jurídica” acrescentando que, “por bens jurídicos designam-se os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade, que, em virtude de seu especial significado para a sociedade, requerem proteção jurídica”. [32]

O interesse a ser preservado na gravidez de feto anencéfalo não condiz com fato fisiológico, pois, de regra, o fruto da gestação cria uma expectativa de vida nova representada pelo feto, dando lugar a um novo ser humano, presumivelmente nascido com vida. Na anencefalia, não há relevância jurídico-penal a ser protegida de acordo com um tipo penal, ou seja, não há bem jurídico típico a ser protegido pelo Direito Penal. Nesse sentido, impende citar Diniz e Ribeiro:

Se, ao contrário, não há mais essa expectativa de vida, não há bem jurídico a ser preservado não há tipo penal, não há crime. A **pessoa da gestante**, entretanto, há que ser preservada, voltando-se para ela, na integralidade toda a proteção jurídica disponível. Conseqüentemente, a gestante e o médico que, com o consentimento dela, interrompe a gravidez de um feto com inviabilidade por má-formação, não praticam crime de aborto, simplesmente porque não há tipicidade. Usando a mesma orientação do Direito Civil, quando o feto é viável tem-se a eficácia antecipada da sua personalização. Quando o feto é inviável, não há suporte fático dessa eficácia antecipada. Logo, há despersonalização antecipada, não sendo necessário aguardar ao final da gestação para interrompê-la. [sem grifos no original] [33] .

Desse modo, a interrupção da gestação é conduta que não atinge o bem jurídico tutelado pela norma penal, e, por conseqüência, não havendo bem jurídico tutelado, não há tipicidade penal. Assim sendo, diante de feto com vida inviável o objeto de tutela penal recai sobre a gestante, porquanto não é exigível outra conduta senão a interrupção do parto. Impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabidamente não sobreviverá, e, mais, diante da potencial ameaça à integridade física, moral e abalo psicológico ao ver o desenvolvimento do feto, com o crescimento da barriga, tendo ciência que ao dar a luz a uma criança esta morrerá, nada mais é do que um processo desumano e cruel que fere a dignidade humana.

Nada obstante, não só se fundamenta pelo princípio da dignidade da pessoa humana como também se faz necessária uma análise acerca dos demais princípios constitucionais norteadores e informadores do Direito Penal.

Na lição de Figueiredo Dias, os princípios jurídicos[34], “exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes, em dado momento, numa certa comunidade”, dando “sentido à multidão de normas” e permitindo à dogmática “explicar” e “compreender” os problemas do Direito, caminhando com segurança “ao encontro de uma solução”. [35]

Nas Constituições modernas, se verifica a presença de vários preceitos que implicam uma maior atuação do Direito Penal, a ponto de aumentar o universo de bens objeto de proteção penal, pois trazem consigo uma série de princípios que ou são especificamente penais, ou, se relacionam à matéria penal.

Em assim sendo, os princípios informadores do direito penal desempenham função integradora, sistemática e orientadora da norma penal, direcionada à máxima proteção da liberdade e da dignidade da pessoa humana, porquanto imperativos da tutela penal.

Desse modo, os princípios penais constitucionais encontram sua fundamentação no princípio do Estado de Direito[36], como sendo,

aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.[37]

Esse princípio se institucionaliza no texto constitucional, de forma explícita ou implícita[38], conferindo direitos aos cidadãos como pressupostos da democracia.

Para Canotilho,

o princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal [...] que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder do Estado.[...] Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.[...][39].

O princípio da ofensividade ou lesividade delimita a atuação do Estado no tocante à proteção penal de bens jurídicos estabelecendo que a aplicação de sanção somente deverá ser adotada quando houver lesão efetiva ao bem jurídico penalmente relevante.

Dito de outro modo, se não houver lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não há se falar em crime.

Nada obstante, a legislação brasileira abarca hipóteses de exclusão de ilicitude quando a gestação apresentar riscos à saúde da mãe e quando a gravidez resultar de estupro. Em tais casos, não se leva em consideração a vida do feto, mas sim, riscos impostos à saúde da gestante.

Obviamente, não se pode olvidar que o feto com potencialidade de vida humana é merecedor de tutela penal, a partir de sua concepção, diante da proteção constitucional de inviolabilidade à vida e da norma penal que incrimina os crimes praticados contra a vida. No entanto, ao ser constatada cientificamente a anencefalia, não existe mais a preservação de tutela à vida, posto que este feto não tem nenhuma possibilidade de sobreviver após o nascimento. Assim sendo, é por demais doloroso exigir que uma gestante carregue durante nove meses um ser que sabidamente não poderá sobreviver fora do útero materno.

O Direito não pode se distanciar dos avanços científicos e tecnológicos alcançados pela medicina, principalmente no tocante aos exames pré-natais que possibilitam o diagnóstico antecipado de anencefalia. Nesse sentido, necessário se faz uma adequação legal diante do alto grau de confiabilidade conferido a tais exames, garantindo assim a todas as gestantes que se deparem com este dilema, o direito de optar livremente entre interromper ou levar a termo esta gravidez, conforme sua crença e convicções pessoais.

Considerações finais

A teoria do bem jurídico, após vários anos de intensa reflexão, permanece como elemento primordial na estruturação do Direito Penal. As várias teorias e tendências paradigmáticas presentes na evolução do Estado e do Direito, bem como as modificações sócio-culturais havidas não foram suficientes para afastar o legado do Direito Penal clássico de feição liberal: “a afirmação de um Direito Penal de tutela (subsidiária) de bens jurídicos como modelo de um ordenamento jurídico laico, democrático e pluralista, comprometido com o reconhecimento e a preservação de direitos e liberdades individuais”. [40]

Todas as divergências ideológicas que afligem as doutrinas e as discussões em torno de bem jurídico dependem, na opinião de Luigi Ferrajoli [41], de não compreender estas diferenças e das conseqüentes confusões entre os diversos níveis de discursos a que eles se referem ou, por permanecer na doutrina normativa do bem jurídico, ignorando a realidade das leis e da práxis penal, ou, pior ainda, falseando a primeira como descritiva da segunda.

O Direito Penal vive uma aguda crise de legitimidade e de operatividade. Alessandro Baratta diz que os juristas têm uma missão indispensável, que é conter, limitar o exercício do poder punitivo, não deixar prevalecer o poder punitivo menos razoável e mais irracional, pois se tirarmos a legitimidade do poder punitivo, ele ficará sem o poder legitimante, o que será uma grande contribuição para o desaparecimento do poder punitivo do Estado, que é, de acordo com este autor, a perspectiva mais otimista do terceiro milênio[42].

Nesse contexto, constata-se uma distância entre o princípio axiológico de ofensividade enunciado no plano ético-político com referência a bens assumidos como fundamentais e o grau de efetiva tutela a tais bens pela prática penal. Assim, o princípio da ofensividade na perspectiva aqui apresentada, equívale tanto para excluir como para justificar condutas adotadas na proteção da dignidade da pessoa humana.

Ao se defender a antecipação do parto em casos de anencefalia, não implica defesa do aborto, ao contrário, se pretende (re)definir o bem jurídico passível de tutela penal, vez que não há conflito de valores, tampouco, de bens jurídicos penais entre a mãe gestante e o feto anencéfalo, porquanto a gestação de um feto inviável provoca na mulher profundo abalo emocional, além dos riscos físicos de uma gestação deste tipo.

O Supremo Tribunal Federal ao defender, preliminarmente, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos assegurou à mulher o direito de liberdade, assim como concedeu-lhe dignidade de vida e saúde, premissas de um Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, o presente artigo busca sinalizar um estudo interdisciplinar acerca da proteção dos bens jurídicos passíveis de tutela penal, em casos de anencefalia, mediante uma leitura jurídica, médica, antropológica, biopsicossocial e demais áreas do conhecimento voltados ao tema, destacando-se que o conceito de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível constitucional não se limita apenas à saúde física, portanto, é inquestionável que na hipótese de anencefalia a lesão à saúde da gestante se traduz em bem jurídico de relevância penal, merecedor da devida proteção penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o Pensamento Brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, n. 327, p.79-97, jan. 2005.

BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Ariel S/A, 1989.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003,

DINIZ, Débora; RIBEIRO; Diaulas Costa. *Aborto por Anomalia Fetal*. 1. ed. Brasília: Letras Livres, 2004.

FIANDACA, Giovanni. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A.89, v.776, p.409-439, jun. 2000.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. In: *Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Marzo-Junio, 1992, Año 4, n.º5.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESCHECH, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. Anencefalia e Antecipação de Parto (A Legislação de Buenos Aires). *Revista da Ajuris - Associação de Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 95, p.7-21, set. 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Publicaciones de la Universidad, 1974.

PONTES, Manuel Sabino. *Anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Teresina. n.859. 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> Acesso em: 27 out. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Célia de; FAYET, Fábio Agne. *Existe aborto de anencéfalos?*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>> Acesso em: 21 de jul. 2006.

[1] Beccaria, com a obra “Dos Delitos e Das Penas”, representa a grande fonte de renovação penal operada a partir de fins do século XVIII, para combater a crueldade praticada contra os desafortunados, mediante uma legislação retrógrada que adotava métodos punitivos bárbaros. A partir de Beccaria, o direito penal passou a ter outro enfoque: a proteção dos direitos subjetivos. Neste contexto, o crime passou a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo, resultando, pois, que a conduta criminosa não se dirige, necessariamente, contra algo do mundo real, podendo atingir um direito subjetivo natural da pessoa. A pena era a conseqüência instituída pela lei, fundada na necessidade de preservação destes direitos. Eram os direitos inatos reconhecidos no contrato social os únicos bens tuteláveis pelo direito penal. Desse modo, o delito passou a ser considerado como uma violação ao pacto social.

[2] Os principais representantes do neokantismo na visão de Luiz Regis Prado são Cohen, Notarp e Stammler da Escola de Marburgo e Wildlbrand, Rickert, Lask e Radbruch pela Escola de Baden. Outros doutrinadores, como por exemplo, Maria da Conceição Ferreira da Cunha destaca os autores Grunhut, Scwinge, Zimmerl, Menzger e Eduardo Correia.

[3] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1v. p. 58.

[4] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

[5] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilha: Publicaciones de la Universidad, 1974., p. 96.

[6] JESCHECH, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.6.

[7] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1v. p. 31-2.

[8] FIGUEIREDO DIAS *apud* BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 37. Ressalva o autor, todavia, que há um consenso bastante expressivo que gira em torno de um *núcleo central do conceito* de bem jurídico, podendo ser definido como: “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”(Idem, ibidem).

[9] BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 55.

[10] FIANDACA, Giovanni. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, A.89, v. 776, jun. 2000, p. 409-39.

[11] FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44-5. Conforme Feldens, a mudança de paradigma impõe a alteração da legitimidade do Estado, condicionando-a a um *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos*. Salienta o mesmo autor que é a partir dessa mudança que o conceito do bem jurídico emerge como um conceito material e, nesse sentido, com um conteúdo, senão previamente definido, definível”(Ibidem).

[12] FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45-6.

[13] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-6.

[14] Luisi destaca alguns princípios especificamente penais inseridos na Constituição de 1988: da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da pessoalidade da pena e o da individualização da pena. (LUIZI, Luiz., *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 17).

[15] Entende-se por valores jurídicos aqueles cujo titular é o indivíduo e por valores metajurídicos aqueles que têm por característica uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa).

[16] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

[17] MIR PUIG *apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 47.

[18] FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal minimo y bienes juridicos fundamentales. In: *Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 4. Marzo-Junio 1992, p. 2.

[19] FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

[20] Kant menciona que o homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.(D. Grimm *apud* M. Koppernock *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52).

[21] Denominação utilizada pelo direito alemão.

[22] Denominação utilizada pelo direito anglo-americano, para a configuração do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

[23] SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72.

[24] ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p.91.

[25] MOREIRA Alexandre Mussoi. Anencefalia e Antecipação de Parto (A Legislação de Buenos Aires). *Revista da Ajuris - Associação de Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 95, p.7-21, set. 2004, p.9.

[26] PONTES, Manuel Sabino. *Anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Teresina, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>> acesso em 27 out. 2006.

[27] WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Célia de ; FAYET, Fábio Agne. *Existe abort de anencéfalos?* Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467> acesso em: 21 de jul. 2006.

[28] SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

[29] BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 327, p.79-97, jan.2005.

[30] ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 31.

[31] ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. *Anencefalia o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 27.

[32] BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, n. 327, p.93, jan.2005.

[33] DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. 1 ed. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 104.

[34] Os princípios jurídicos são enunciados, parâmetros ou diretrizes que se destinam a orientar o hermenêuta ou aplicador da lei na determinação do sentido dos textos legais. Desse modo, tem-se que os princípios desempenham papel relevante e estruturante de idéias ao legislador a ao intérprete, quando da elaboração e aplicação das normas jurídicas. Na nova concepção hermenêutica, denominada pós-positivista, os princípios deixam de ser “meras pautas programáticas ou supralegais”, assim considerados na fase jusnaturalista, para assumirem, na atualidade, o caráter de normatividade. No dizer de Alexy, “como as normas os princípios dizem, deontologicamente, o que deve ser” (ALEXY, Robert *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 35).

[35] DIAS, Jorge Figueiredo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. Cit.*, p. 31.

[36] Luiz Regis Prado analisa a formulação inicial do Estado de Direito e entende que este se contrapõe ao Estado absolutista, ao Estado policial, destacando como função primordial daquele o estabelecimento e a manutenção do Direito definido por ele com

muito rigor. (GARCÍA PELAYIO, Manuel *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71).

[37] *Idem*, *ibidem*.

[38] Consideram-se explícitos os princípios passíveis de apreensão, como qualquer outra norma, mediante interpretação, como, por exemplo, o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, que versa sobre a ampla defesa e o contraditório. Os implícitos são aqueles elaborados e construídos no conteúdo do processo de interpretação, como por exemplo, a vedação a tratamento desumano como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ainda, pode-se indicar como paradigma de princípio implícito na Constituição, o princípio da proporcionalidade, sendo este apontado como o detentor de mais alto grau de normatividade. Nesse sentido, Paulo Bonavides diz que o princípio da proporcionalidade pertence “(...) à natureza e existência mesma do Estado de Direito”. (BONAVIDES, Paulo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

[39] Canotilho sintetiza os pressupostos materiais do princípio do Estado de Direito em juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, em que a Constituição tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e busca garantir, com efetividade, os direitos e liberdades fundamentais. (CANOTILHO, J.J.Gomes *apud* COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 p. 110-1).

[40] FELDENS, Luciano citando D’Ávila, Fábio Roberto. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p, 44.

[41] FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 5.

[42] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Desafios do direito penal na era da globalização*. In: *Revista Consulex*, Ano V, n.106, junho/2001, p. 27-30.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A EQUIDADE NO ACESSO À ATENÇÃO EM SAÚDE*

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH AND THE EQUITY IN THE ACCESS TO HEALTH CARE

Osmir Antonio Globekner

RESUMO

O presente estudo visa proporcionar uma análise da discussão doutrinária que se trava sobre o problema da efetivação do direito social fundamental à saúde em vista da escassez de recursos materiais e da necessidade de equidade no acesso aos mesmos. Tentaremos evidenciar, em um primeiro momento, a identidade existente entre direito à saúde e direito à atenção sanitária e os problemas que decorrem da existência de limites materiais à promoção dessa atenção. Apresentaremos o contexto histórico da afirmação do direito fundamental à saúde no Brasil e a problemática de sua efetivação. Logo após se apresenta uma crítica à concepção do direito à saúde como um direito absoluto, conforme doutrina que irá contrapor tal direito a outros direitos e princípios fundamentais. Neste ponto, também analisaremos os limites normalmente opostos ao provimento das demandas judiciais concretas por atenção em saúde. Por fim, serão analisados: o problema da escassez em sua repercussão específica no campo sanitário e critérios propostos no sentido da promoção da equidade no processo de efetivação da atenção à saúde.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE; EFETIVIDADE; EQUIDADE

ABSTRACT

The present study aims to provide an analysis on the theoretical discussion concerned the problem of the fundamental right to health's effectiveness from the standpoint of the scarcity and the necessary fairness on the access to health resources. We will try to demonstrate, in a first moment, the identity among right to health and right to health care and the problems that emerge from the existence of material limits to such care. We will present the historical context of the of health right's development in Brasil and the challenging problem of provide right's effectiveness in such area. Then, we present a critical understanding of the health right as an absolute right, by the legal doctrine that will confront health right related to other fundamental rights and principles. Here we

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

will also analyze the limits to the right usually argued in suits for health care. Lastly, the problem of scarcity will be analyzed in its specific implication to sanitary care and will be analyzed some criteria proposed in order to promote equity in the process of health care implementation.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH; EFFECTIVENESS; EQUITY

INTRODUÇÃO

A afirmação da força normativa da Constituição e a busca pela efetivação dos direitos sociais no Brasil tiveram momento marcante no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988. Esta, por sua vez, trouxe uma série de conseqüências para a tutela jurisdicional do direito à saúde que desde ali se implantou.

A doutrina constitucional se desenvolveu no sentido de afirmar o caráter jurídico e vinculante de todas as normas constitucionais, afastando-se assim a tese da não aplicabilidade imediata dos dispositivos contidos nas normas programáticas. Ademais, o direito fundamental à saúde passou a ser reconhecido como um direito público subjetivo, correspondente a uma obrigação correlata por parte do Estado e apto a permitir o exercício, individual ou coletivo, da correspondente pretensão, com fins de obtenção concreta e direta da ação ou serviço de saúde específico. Afastou-se assim também a tese de que o direito subjetivo haveria de ser direcionado unicamente à elaboração de políticas públicas, não podendo ser manejado para a obtenção da prestação em concreto.

A tais construções doutrinárias e jurisprudenciais, entretanto, foi crescentemente sendo oposto o problema da limitação dos recursos materiais disponíveis para a consecução dos fins almejados e vivemos, hoje, uma fase, bastante evidente, de intensa crítica ao modelo de prestação jurisdicional na tutela do direito fundamental social à saúde.

A expansão significativa das decisões judiciais, tanto em sede de ações individuais quanto em sede de ações coletivas, impondo ao Estado a obrigação de oferecer tratamentos e medicamentos específicos, poderia, segundo essa crítica, inviabilizar a atuação do Estado nas políticas sociais, findando por significar a negação dos direitos sociais que se pretende implementar.

O objeto deste estudo é o de analisar algumas formulações doutrinárias que vem sendo postas para o equacionamento da tensão entre a necessidade de efetivação de direitos sociais e a limitação dos recursos existentes para esse fim, focando-nos no papel do Direito na promoção do acesso eqüitativo aos recursos sanitários escassos.

1) OS LIMITES MATERIAIS À IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A Oponibilidade DESTES AO ESTADO

Sobre o desafio oferecido à sociedade e ao Estado pela assunção dos direitos sociais, afirma Celso Fernandes CAMPILONGO:

Os direitos sociais agregam ao estado de direito um considerável aumento de complexidade. O sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais. O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa "seletividade inclusiva"[1]. (grifo nosso)

Os grandes óbices opostos à efetivação e, mesmo, ao reconhecimento dos direitos sociais sempre giraram em torno das questões relativas à possibilidade de sua realização fática e às questões relativas ao papel do Estado na sua consecução.

A teoria dos direitos fundamentais e a sua veiculação através de princípios, na forma como desenvolvida por Ronald DWORKIN e por Robert ALEXY, vai oferecer um arcabouço instrumental para o tratamento jurídico da questão dos limites dos direitos sociais prestacionais.

A distinção das categorias normativas entre regras e princípios vai permitir a gradação de imperatividade destes últimos, permitindo um mecanismo de ponderação de princípios não possível no campo das regras. Os princípios serão entendidos como direitos *prima facie*, regidos pela dimensão de pesos, ao contrário das regras, regidas pela dimensão do tudo ou nada, do válido ou inválido. Assim, aos princípios deixa de ser aplicado o processo da subsunção a que se sujeitam as regras, para sujeitar-se ao processo de ponderação dos pesos.

De acordo com ALEXY, princípios são mandamentos ou comandos de otimização[2], sua aplicação ocorrendo na lógica da maximização, isto é, buscar-se-á a máxima efetividade, dentro de circunstâncias dadas. Essa formulação torna possível reconhecer que há limites, tanto fáticos, quanto jurídicos, que conformam a aplicação dos princípios em que expressos os direitos sociais. Os limites jurídicos sendo dados pelos demais princípios que são confrontantes com aquele cuja aplicação está sendo ponderada.

É útil ainda ao nosso escopo de entendimento dos limites dos direitos sociais, mencionar as considerações sobre o “*sistema de posições jurídicas fundamentais*” presente na doutrina dos Direitos Fundamentais de ALEXY. De acordo com o qual, teríamos: 1) direitos a algo; 2) direitos a liberdades; e 3) direitos a competências. Na posição de direitos a algo; teríamos direitos a ações negativas (direitos de defesa), e direitos a ações positivas (direitos de proteção). Estes últimos se subdividindo ainda em: direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas[3].

ALEXY identifica, na diversidade dessa estrutura, a razão fundamental para que a justiciabilidade dos direitos e ações negativas (direitos de defesa) seja menos problemática do que a dos direitos a ações positivas (direitos de proteção)[4].

Ao tratar das normas que prevêm direitos a prestações em sentido estrito, ALEXY concebe uma estrutura em que tais normas são ordenadas segundo três critérios: primeiro, pelo fato de: conferir direitos subjetivos ou obrigar ao Estado apenas objetivamente; por serem vinculantes ou não vinculantes; e, por fundamentarem direitos e deveres definitivos (regras) ou *prima facie* (princípios).

A proteção mais forte, segundo essa doutrina, é a outorgada pelas normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações; a mais débil, as normas não vinculantes que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a prover prestações[5].

Na doutrina nacional, com relação ao papel do Estado na consecução dos direitos sociais e na linha da “*seletividade inclusiva*” a que se referiu CAMPILONGO, vejamos a definição de Paulo Gilberto Cogo LEIVAS para direitos fundamentais sociais:

São, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-la de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples

maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. [6]

A definição de LEIVAS enfatiza a oponibilidade dos direitos sociais ao Estado, o que constituiria a razão de ser de sua fundamentalidade. É direito fundamental, porque, por sua escassez, isto é, por seu alto custo ou por sua indisponibilidade no mercado, e por sua importância, adquire esse status e adquire esse status a fim de que se viabilize a oponibilidade acima referida.

Entendemos de maneira ligeiramente diversa já que, convém frisar, a oponibilidade dos direitos sociais está referida a toda a sociedade e não apenas ao Estado. De fato este tem um papel de destaque na sua realização, mormente no caso do direito à saúde, quer no papel de provedor de serviços públicos, quer no papel de regulador da atividade econômica, através da qual, direitos sociais, em extensão, maior ou menor, a depender do grau de emancipação da sociedade, também podem ser providos. A oponibilidade contra Estado ou contra terceiros, entretanto, encontra, de fato, fundamento na essencialidade (ou importância) do bem da vida de que tratamos e da necessidade do acesso igualitário ao mesmo (em um contexto de escassez), como afirmado por LEIVAS.

Na seara de realização dos direitos sociais, parece-nos que as responsabilidades não de ser compartilhada por toda a sociedade, já que a questão de fundo é a repartição dos encargos sociais, o que poderá ocorrer pela via do planejamento estatal, mediante a tributação e a realização da despesa pública; mas também poderá ocorrer, com as vantagens e desvantagens correspondentes, pela via dos mecanismos liberais da divisão social do trabalho e pelos mecanismos distributivos (ou “concentradores”) da economia de mercado, que promoverão a repartição do ônus através do preço[7].

Ademais, como observa Andréas J. KRELL: “*Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestação materiais*”[8] (grifos do autor), cujo custo será repartido socialmente. A oponibilidade contra o Estado, de toda forma, não infirmaria o fato de os direitos fundamentais sociais vincularem também a particulares[9].

Entendemos, na linha do que acima foi exposto, que a efetividade de um direito fundamental está diretamente ligada às possibilidades de sua exigibilidade através dos instrumentos pelo Direito disponibilizados para a sua defesa e proteção. Buscar a efetividade de direito social é buscar os meios para a sua exigibilidade e realização. Reconhecer as limitações fáticas e jurídicas, imanentes à natureza do direito social é, nessa linha, um dos requisitos para a sua efetivação.

Sendo certo, por outro lado, que este reconhecimento não exige o aplicador do Direito e toda a sociedade de buscar a transcendência desses mesmos limites, eis que os direitos sociais são metas, sempre dirigidas ao futuro. Metas nunca integralmente atingíveis por completo, inclusive porque em constante evolução; mas, certamente, das quais sempre podemos lograr uma maior aproximação.

A consciência a ser desenvolvida por toda a coletividade relativamente à implementação dos direitos sociais deve significar a consciência da necessidade de prover e distribuir os meios materiais necessários para tanto.

2) CONTEXTO HISTÓRICO DA AFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

Para compreendermos o momento atual em relação ao direito fundamental à saúde é necessário traçar algumas referências quanto ao contexto histórico da constitucionalização do direito à saúde no Brasil.

O direito à saúde, ao tornar-se, entre nós, direito fundamental com o art. 196 da Constituição de 1988; vinha de ganhar veemência no contexto global com a realização da Conferência Internacional organizada pela OMS e pela UNICEF sobre Cuidados Primários de Saúde, na capital do Kazaquistão, em setembro de 1978. Dessa Conferência resultou a Declaração de Alma-Ata[10], documento que a par de reafirmar a saúde como um direito do homem[11], afirmou a essencialidade da sua promoção e de sua proteção para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu ainda a responsabilidade dos governos pela promoção e proteção à saúde de seus cidadãos, responsabilidade somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

É dizer, no referido documento, afirmou-se não um mero direito abstrato do indivíduo à saúde, mas, também, um direito concreto de acesso a cuidados em saúde[12]; em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo de prover os referidos cuidados.

Giovanni BERLINGUER[13] aponta que os propósitos estabelecidos em Alma-Ata em 1978 voltavam-se, primordialmente, à garantia da atenção primária em saúde. A ênfase nesse nível de atenção era de grande relevância, quer por sua natureza estratégica em relação aos demais agravos à saúde, quer pela sua universalidade, já que tal nível de

atenção seria passível de disseminação uniforme em praticamente todas as populações, independentemente de suas condições sócio-econômicas[14].

Não obstante, ainda de acordo com o sanitarista italiano, no período que se seguiu àquela Conferência, subverteram-se os propósitos ali assumidos, em função do que o autor denomina “*a globalização enviesada*” com importantes repercussões em termos da saúde pública. Nas suas palavras:

Ao mesmo tempo que o mundo se transformava, começava a era do neoliberalismo: uma corrente de pensamento e de ação propensa a considerar a saúde como uma mercadoria, a criticar os sistemas públicos de saúde como obstáculos à iniciativa privada, [...] A partir dos anos 80, o objetivo da saúde para todos os seres humanos afastou-se do horizonte político. À idéia de que pode ser uma finalidade do desenvolvimento, um multiplicador dos recursos humanos e uma prioridade do compromisso público, opôs-se a tese de que os sistemas universais de cuidados de saúde são um peso para as finanças dos Estados e um obstáculo para o crescimento da riqueza.

Mencionamos aqui considerações de um sanitarista, não apenas pela relação que estas possuem com os argumentos opostos à efetivação de uma atenção em saúde universalista, mas também para introduzir uma questão de ordem fática, com imensas repercussões na tutela jurisdicional do direito à saúde, que é a assunção da saúde como uma “*mercadoria*”.

Abstrairmos aqui a possível crítica à razoabilidade dessa assunção, atendo-nos a reconhecer o fato de que tal assunção foi, de certo modo, feita também pelo legislador constituinte brasileiro, em 1988, ao reconhecer a legitimidade da exploração dos serviços de saúde à iniciativa privada lucrativa, conquanto tenha, por assim dizer, conferido a tal “*mercadoria*” um caráter especial, ao cunhar a expressão “*serviço de relevância pública*” (art. 197) para designar os serviços de saúde, prestados pelo poder público ou pelos entes privados.

A mercantilização está na raiz da tecnologização medicina, já que repercute na eleição das trajetórias tecnológicas que serão trilhadas no desenvolvimento das ciências da saúde. Ao entregar ao mercado esta seleção, não se pode esquecer que serão negligenciadas as atenções menos rentáveis, embora, muitas vezes, de maior impacto em termos de saúde coletiva.

Não se poderá garantir que as trajetórias tecnológicas eleitas dessa forma sejam as que favoreçam uma racionalidade sanitária, já que a racionalidade adotada será da exploração econômica, lucrativa, as quais não são necessariamente coincidentes[15].

O sistema de incorporação tecnológica se imbrica com o sistema de atenção social à saúde e esta imbricação não pode ser negligenciada no tema da efetivação do direito à atenção em saúde. A proteção jurisdicional do direito a saúde não pode ficar alheia a tais considerações, fazendo com se torne particularmente relevante discutir “*qual atenção*” se pretende tutelar quando tratamos da efetivação do direito à saúde: a atenção primária ou a atenção tecnológica que emerge no contexto de *mercantilização* da medicina e da atenção em saúde[16].

Se, por um lado, a afirmação internacional do direito à saúde, como acima mencionado, impôs aos governos a obrigação de prover os cuidados em saúde; por outro, a forma de implementação desses cuidados poderá diferir grandemente de país para país. Alguns vão se valer do mercado para a alocação dos recursos na maior extensão possível, circunscrevendo a atuação estatal à regulação do mercado e à assistência a grupos populacionais ou segmentos da atenção relativamente restritos (o paradigma deste modelo é os Estados Unidos da América). Outros optarão por um modelo de atenção sanitária universalista a cargo do Estado (Grã-Bretanha, França, Espanha são países que adotam este modelo)[17].

Assim, há fundamentalmente dois modelos puros de prestação da atenção: o de natureza pública e o de natureza privada, que marcam, por sua vez, as distinções entre o modelo liberal-capitalista e o modelo público-socialista. Os sistemas reais serão híbridos, colocados em diferentes posições entre esses dois extremos. Porém, em tese, em ambos os sistemas, se presume que deverá haver condições de acesso garantidas a toda população pelo Estado. Ao menos, é este o consenso que emerge da Conferência de Alma-Ata.

A par desse contexto internacional, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, também, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo, que se forma na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária. Deve-se, praticamente, a este Movimento, o sistema de saúde delineado na Constituição, o qual emergiu como proposta na VIII Conferência Nacional de Saúde realizada, realizada em março de 1986 em Brasília [18].

A atenção em saúde até então era vista no Brasil em três contextos distintos: o contexto empresarial, florescente a partir das décadas de 60 e 70, com a “*privatização da*

assistência médica promovida pelo Estado” [19] e com o advento das empresas de medicina de grupo, o contexto da previdência social, e o contexto da caridade.

Com a Constituição de 1988, o país adere ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde é assumida como responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações e serviços públicos de acesso universal.

O desafio que se pôs de imediato quando da promulgação da “*Constituição Cidadã*”, foi o da efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais. O que, no campo da saúde, implicava a estruturação e efetivação do Sistema Único de Saúde - SUS, já constitucionalmente delineado no art. 198 daquele texto constitucional[20].

A efetivação do direito fundamental social a saúde, entretanto, passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional, no controle das omissões do poder público, por um lado, e, por outro, na disciplina das relações no setor econômico-privado da saúde.

As esferas pública e privada da saúde sempre compartilham, ao menos em parte, algumas de suas problemáticas. Por exemplo, a da incorporação tecnológica em saúde, comum aos sistemas público e privado de saúde; ou a da repartição de encargos sociais, que, em um caso, na vertente pública, ocorre por meio dos instrumentos fiscais de tributação e realização de despesa pública; e em outro, na vertente privada, por meio dos custos do seguro, entre os segurados.

Ademais, se observa uma convergência de temas. Eis que, por exemplo, aspectos assistenciais preventivos, que até a pouco só ocupavam as reflexões no espaço público; passaram a ocupar a pauta do seguro privado de saúde[21]. Por outro lado, a racionalização de custos, que sempre foi objeto das preocupações do seguro privado de saúde, em vista da competitividade do mercado, passou a ocupar a pauta do sistema público, em razão de ir se impondo, também a este setor, a necessidade de eficiência administrativa[22].

Entendemos que, em termos de seus fundamentos, a discussão sobre a realização do acesso à atenção em saúde, bem como efetivação do direito à saúde em caráter universal deva prescindir da prévia consideração sobre a natureza do modelo de atenção adotado, público ou privado, permitindo que a mesma seja encetada, tanto em países de tradição liberal quanto em países de tradição social, dicotomia que há de ser ultrapassada,

quando menos, neste tema específico de prover a atenção à saúde, nos termos em que declarado em Alma-Ata.

3) A CRÍTICA À CONCEPÇÃO DE DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO ABSOLUTO

No Brasil, o argumento de tratar-se o direito à saúde de um direito absoluto foi muitas vezes invocado, com objetivo de garantir sua efetividade, quando contraposto às limitações orçamentárias, administrativas e jurídicas, por ocasião do provimento jurisdicional das demandas associadas a esse direito.

Assumiremos neste estudo, entretanto, a concepção de que o direito à atenção à saúde, tal como qualquer outro direito fundamental, dada a sua natureza principiológica, deva ser garantido apenas na sua condição de direito *prima facie* e que, portanto, deverá, ao ser aplicado, ser submetido a um processo de ponderação, onde será confrontado com outros direitos e princípios. Restaria-nos, então, o problema de conhecer que direitos e princípios são esses e em que medida poderiam limitar a tutela jurisdicional do direito à saúde.

Não caberia, em um estudo como este, uma tentativa de análise exaustiva. Impede-nos a extensão da tarefa, além do fato de sua provável inutilidade prática, já que, de acordo com a teoria dos princípios assumida, a aplicação efetiva da ponderação ocorreria sempre pelo critério da proporcionalidade diante das circunstâncias do caso concreto. O que não nos impede de cogitar, em abstrato, de alguns dos direitos e princípios que, ao lado do direito à saúde, conformariam a tutela jurisdicional deste.

É possível, assim, mencionar os princípios normalmente contrapostos ao exercício do direito fundamental social à atenção sanitária. Poderíamos sintetizá-los em dois ramos principais: o princípio democrático, que deve reger a decisão política, alocativa, pressuposta nas prestações fáticas que serão oferecidas pelo Estado, e o princípio da equidade, já referido, que deve presidir o acesso a tais prestações.

As fórmulas mais freqüentes em que esses princípios são contrapostos é através do argumento da separação das funções estatais e a chamada “cláusula da reserva do possível”.

Pelo primeiro argumento, o exercício da pretensão, bem como o seu provimento pelo Judiciário não deveria violar as decisões alocativas, previamente assumidas, pelos órgãos estatais constitucionalmente previstos para tanto, o Parlamento e o Poder Executivo. Já a cláusula da reserva do possível, pretenderia materializar o limite da exequibilidade fática e jurídica (mencionado na doutrina de ALEXY), expresso no limite orçamentário, o qual também corresponde à materialização de uma decisão alocativa na esfera política.

Há que se observar, entretanto, que a utilização desses argumentos há de ser cuidadosa. A separação de funções estatais e reserva do possível não podem se converter em uma fórmula automaticamente agitada quando das demandas concretas, pois que, como princípios, também hão de ser ponderados em vista da circunstância concreta.

Assim, o argumento da separação das funções estatais não pode ser utilizado visando afastar o exercício pelo Judiciário do controle das omissões dos poderes públicos e da legalidade e constitucionalidade dos atos dos demais poderes. A doutrina da separação das funções estatais vem sendo mitigada para reconhecer a legitimidade democrática do Poder Judiciário, inclusive para as decisões de cunho alocativo aqui tratadas.

Segundo Dirley da CUNHA JÚNIOR, a existência de um direito subjetivo público à legislação, autoriza a atuação normativa da Jurisdição: *“O direito à proteção, quando reconduzido a um direito à proteção por meio de atos normativos, suscita um direito subjetivo à emanção de normas”*. Assim, satisfeitos certos pressupostos objetivos (existência do dever de proteção consistente no dever objetivo de legislação, violação estatal desse dever de proteção legislativa) e subjetivos (violação dos direitos fundamentais como consequência da omissão legislativa) a proteção ensejaria *“a providência judicial supridora da omissão”*.

Em síntese, em virtude das atribuições que o constitucionalismo moderno conferiu à Jurisdição, a caracterização tradicional de sua função, posta na atuação do direito como terceiro imparcial, adstrita lei, deixa de ser plenamente descritiva da mesma; acrescida que foi, à Jurisdição, a possibilidade de editar norma geral e abstrata com o fito de suprir omissão dos demais poderes. Tal atuação, como a dos demais poderes estaria adstrita unicamente à norma constitucional.

Tudo isto resulta em que o afastamento das decisões alocativas da possibilidade de provimento jurisdicional, em razão do princípio democrático, também dependerá da ponderação de princípios, mormente em função da avaliação da incidência, no caso concreto, de omissão dos demais poderes constituídos.

A cláusula da reserva do possível normalmente tem sido bipartida em possível fático e possível jurídico. Poderíamos imaginar uma esfera em que a prestação almejada seja absolutamente impossível no plano fático, por razões técnicas ou econômicas. A impossibilidade fática absoluta fugiria ao escopo da discussão jurídica, já que o Direito não pode dispor senão sobre a conduta possível.

Mas também é possível a invocação da impossibilidade resultante de decisões alocativas prévias, materializada no orçamento e nas políticas públicas. Estas, como decisões técnico políticas, estariam, entretanto, sujeita ao controle, inclusive com respeito à sua constitucionalidade e legitimidade democrática[23].

A cláusula da reserva do possível oposta ao provimento jurisdicional não pode se referir unicamente a um limite orçamentário, que diria pouco, inclusive porque este poderia ser questionado em sua constitucionalidade e respeito aos Direitos Fundamentais e, também, porque poderiam ser questionados os instrumentos de formação da vontade democrática através do instrumento do orçamento. É dizer, o déficit de legitimidade democrática na elaboração do orçamento pode ser ainda maior do que o déficit alegado em função da alocação judicial.

Entendemos que, pairando como fundamento mais profundo no tema dos limites do provimento jurisdicional para as prestações fáticas relacionadas ao direito à saúde, estaria o limite ético, dado pela necessidade de equidade no acesso aos recursos escassos. É dizer, o critério jurídico limitador fundamental da decisão judicial alocativa nas questões de acesso à atenção à saúde seria o da preservação da equidade no acesso, ou seja, toda atenção necessária é devida, na medida em que não signifique a anulação do acesso equitativo.

Embora entendamos que deva este ser um critério fundamental, não significa que daí se possa derivar critérios de fácil e imediata aplicação. Critérios e diretrizes suplementares não de ser deduzidos com o objetivo de especificar e detalhar esse critério fundamental, visando tornar possível a sua aplicação no caso concreto.

Em termos dessa fundamentação ética dos limites de que aqui tratamos, isto é, os opostos à exigibilidade de prestações estatais correspondentes à efetivação do direito à atenção em saúde, queremos trazer as considerações de Ronald DWORKIN.

Ronald DWORKIN faz uma crítica[24] ao modelo que ele denomina “*modelo clássico ou do isolamento*”, que confere à saúde um caráter absoluto e que possui como pressupostos: a) a saúde é o bem mais importante do indivíduo; b) o critério de sua distribuição é o acesso pela necessidade, independente do custo; c) o que implica para a sociedade o que chama a “*regra do resgate*”, pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer, quando se pode, de alguma maneira, aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

DWORKIN questiona esse modelo e propõe um outro, que vai afirmar que há outros bens que competem com a saúde em importância, como educação, segurança, previdência e assistência social, etc; que o critério da necessidade se torna complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último o critério do resgate, choca-se com muitas das nossas intuições sobre prioridades sanitárias (o autor exemplifica com a manutenção de enfermos terminais, sem chances de sobrevivência, etc.). Seria ingênuo e, mesmo imoral, segundo o autor, em um contexto de inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais de nossas decisões alocativas. Assim, propõe um modelo alternativo de justiça sanitária derivada de sua teoria da igualdade de recursos.

Considera, assim, que se os indivíduos fossem adquirir todas as prestações atinentes à atenção em saúde no mercado, adquiririam, não segundo um critério de necessidade, mas, sim, segundo um critério de prudência. O mercado obriga as pessoas a que se responsabilizem por suas escolhas. Se o acesso é igualitário (porque parte de condições iniciais igualitárias) então o resultado do escolhido pelas pessoas é moralmente justo.

O pacote que a média das pessoas compraria, deveria determinar o que os sistemas sanitários públicos se encarregariam de marcar como limites do direito de atenção sanitária. Pressupõe-se que algumas prestações ficariam excluídas da cobertura universal: por exemplo: manutenção de vida vegetativa, intervenções em situação de demência, custos elevados para garantir poucas semanas de vida, doenças da velhice e tratamento muito custoso ou em relação aos quais as pessoas não decidiriam investir a sua renda.

A teoria de DWORKIN reflete, obviamente, um ideário liberal. Muitas seriam as críticas passíveis de serem feitas ao modelo e, fundamentalmente, é intuitivo que ele se tornaria tão mais iníquo e problemático, quanto maiores sejam as desigualdades observadas na sociedade, devido a que desigual serão as necessidades e as expectativas em uma sociedade econômica e socialmente desigual.

Entretanto, colocamos aqui a teoria, por duas razões: primeiro, para ilustrar a contestação do caráter absoluto conferido ao direito à saúde; segundo, para indicar a possibilidade de se discutir direitos sociais e justiça social no contexto liberal. A análise de DWORKIN pode ser entendida, inclusive, no contexto de uma crítica interna do liberalismo norte-americano, uma vez que a teoria exposta objetiva encontrar formas de justificar a intervenção estatal no campo da satisfação de necessidades sociais que, em tese, poderia ser, equivalentemente, proporcionada pelos agentes econômicos em uma economia privada. Cogitar dessa intervenção, em si, já significa uma crítica ao Estado liberal clássico.

A crítica ao caráter absoluto do direito à saúde, entretanto, pode ser encontrada, também no âmbito do Estado social, na confrontação com outros direitos sociais.

Se não entendemos absoluto o direito à saúde, devemos, ao menos, entendê-lo como um direito prevalente, pela sua contigüidade com o direito a vida ou pelo fato de constituir-se em um direito-condição para o gozo dos demais direitos sociais. Mas, mesmo nos atendo ao âmbito do direito à saúde, ainda assim, seria impossível a satisfação integral de todas as necessidades de atenção sanitária emergentes, tornando-se necessária uma hierarquização em relação às prestações a serem consideradas. Ainda neste campo restrito direito à atenção em saúde, estaremos no campo da alocação seletiva dos recursos escassos, responsabilidade indeclinável de uma sociedade que se pretenda solidária.

4) O PROBLEMA DA ESCASSEZ E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO À SAÚDE

De acordo com Norberto BOBBIO, a implementação de direitos sociais significaria o consumo adicional de recursos materiais, um maior aporte de recursos públicos, em relação à mera implementação dos direitos de liberdade, ou primeira geração de direitos humanos. Este é um problema adicional que agrava o reconhecido e criticado descompasso entre teoria e prática na afirmação de direitos humanos.

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver [...]: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, [...]. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado[25].

O principal argumento oposto aos direitos do homem, em especial os sociais, é, segundo o autor, o da sua inexequibilidade. BOBBIO reconhece, assim, que o problema fundamental desses direitos, seria, hoje, não o de justifica-los, mas o de protege-los, tratando-se já não de um problema filosófico, mas sim político[26].

Entre nós, Luís Roberto BARROSO, também encarece a necessidade de se reconhecer os limites materiais na implementação de direitos sociais. Chega mesmo a criticar a ambigüidade da expressão “*direito*” no texto constitucional, propondo que o ideal seria que o texto constitucional só utilizasse o vocábulo “*direito*” no sentido nas hipóteses que investem o jurisdicionado no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, exercendo a via judicial na hipótese de resistência.

[...] afigura-se de todo recomendável que uma Constituição reserve o vocábulo direito, com exclusividade, para designar as situações jurídicas [...] que propiciam a exigibilidade efetiva de determinada conduta, correspondente a um dever jurídico de outrem, realizável por prestações positivas ou negativas[27].

Não é o que ocorre, segundo aquele constitucionalista, quando a Constituição veicula normas programáticas: “*onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada por via direta ou indireta, a palavra direito*”[28].

Não será supérfluo salientar que não está o autor negando o caráter jurídico dessas normas, tampouco seu caráter vinculante[29], mas, tão somente, reconhecendo que há limites materiais à efetividade a serem reconhecidos em benefício da própria lógica sistêmica do ordenamento. Nas palavras do autor: “*Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizável, viola a lógica do sistema. Não pode, portanto, integrá-lo validamente*”[30].

Nessa mesma linha de entendimento é a doutrina de Ingo Wolfgang SARLET[31], segundo o qual: as normas que veiculam os direitos sociais, possuem, em regra, a característica das normas-programa, são comandos que prescrevem a realização de determinados fins e tarefas. Se, por um lado, há que se rechaçar a teoria que nega o caráter jurídico das chamadas normas programáticas, atribuindo-lhe caráter meramente político, não vinculativo; temos, por outro lado, que “*a eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis*”[32]. O desafio na implementação, entretanto, não pode implicar a negação da possibilidade de que se reconheça qualquer tipo de obrigação ao Estado, sob pena de renúncia de reconhece-los como verdadeiros direitos.

Recentemente, a partir final da década de 90, portanto, com o mundo mergulhado no contexto do que se convencionou chamar neoliberalismo, o problema dos custos envolvidos na efetivação de direitos foi tratado, nos Estados Unidos, por HOLMES e SUSTEIN[33], com entendimento um pouco diverso do acima exposto, contido na doutrina de BOBBIO e de BARROSO, uma vez que, diferentemente destes, não distinguem aqueles autores, no enfrentamento do problema da escassez, entre direitos de primeira e de segunda geração. A doutrina dos autores norte-americanos veio influenciar, no Brasil, Gustavo AMARAL[34] e Flávio GALDINO[35].

HOLMES e SUSTEIN, tomando o mote a DWORKIN, advertem: “*Taking rights seriously means taking scarcity seriously*”[36] (“Levar direitos a sério significa levar a sério a escassez”). Esses autores, na busca por uma abordagem mais realista da implementação de direitos humanos, salientam a estreita relação entre a proteção à liberdade e o investimento público, criticam o caráter absoluto que formalmente se pretende dar a determinados direitos, desconsiderando-se o fato de que implementar quaisquer tipos de direitos envolve custos e que, também por esse motivo, os direitos concorrem entre si e que não há que falar em direitos, sem que se mencione, concomitantemente, a necessidade dos meios ou recursos materiais para sua promoção, bem como a necessidade de alocação dos mesmos.

Implementar direitos, segundo os autores, significa distribuir recursos. Interessante frisar, mais uma vez, que, para os autores, não importa mesmo se falamos de direitos de primeira ou de segunda geração, já que, para usar uma das expressões dos autores “*Watchdogs must be paid*” (“Cães de guarda devem ser pagos”), ou seja, mesmo os direitos de primeira geração, implicam custos crescentes, a serem socialmente repartidos[37].

No Brasil, Gustavo AMARAL, analisa o problema da escassez focando-se na perspectiva da tutela jurisdicional do direito à saúde:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso [...][38].

Ponderam, entretanto, os autores, que, ao multiplicarem-se os provimentos jurisdicionais, entraríamos no campo das chamadas “decisões trágicas” (citando Guido CALABRESI e Philip BOBBIT):

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem citado por Calabresi e Bobbit, escolhas trágicas, pois em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte[39].

AMARAL propõe em sua obra um critério prático para orientar as decisões judiciais na matéria. Ao apreciar pretensões positivas, o julgador deveria ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e da excepcionalidade da situação, que possa justificar uma decisão alocativa por parte do Poder Judiciário, que confronte a que, em tese, foi assumida pelo Estado Administração, ao negar ou omitir a prestação concreta pleiteada, ensejando o recurso à via jurisdicional[40].

Tal proposta é, de certa maneira, restritiva em relação às possibilidades de provimento jurisdicional, pois o admite apenas em situações de excepcionalidade. A utilização prática do critério, não deixa de ser problemática, pois pressupõe a definição de um mínimo existencial e pressupõe a avaliação quanto à essencialidade da pretensão deduzida. Tarefa nada simples, se considerarmos que são avaliações referidas à saúde humana, cuja própria definição apresenta-se extremamente complexa, dependendo não apenas de conhecimentos técnico-científico, mas também de considerações sociais e culturais.

5) A PROMOÇÃO DA EQUIDADE NO ACESSO

Lembramos a advertência de CAMPILONGO, já mencionada neste estudo, de que a função dos direitos sociais é compensar déficits e desvantagens gerados pelo próprio ordenamento e o desafio do Judiciário é promover uma “*seletividade inclusiva*”. Nesse sentido, no campo da saúde, a efetivação do direito se voltaria a promover o acesso equitativo aos bens e serviços que conformam a atenção à saúde. Ocorre que este também é um desafio bastante grande.

A equidade no acesso à saúde é um problema global e recoloca à sociedade contemporânea o problema da justiça distributiva. O recrudescimento da desigualdade no contexto da globalização e do neoliberalismo é assim retratado por BERLINGUER:

A esperança de vida no nascimento varia entre os 34 anos na Serra Leoa e os 82 anos no Japão; A probabilidade de uma pessoa morrer entre os 15 e os 60 anos é de 8% na Suécia, de 46% na Rússia e de 90% no Lesoto; A esperança de vida nos países desenvolvidos varia entre 5 a 10 anos, de acordo com as diferenças de rendimento, de educação e condições de trabalho; A prevalência de incapacidades, a longo prazo, entre homens europeus com idade superior a 80 anos é de 58% para os de baixa educação versus 40% para os de uma educação elevada; A taxa de mortalidade materna na Indonésia é quatro (4) vezes mais elevada entre os pobres, quando comparados com os ricos; Na Inglaterra, um trabalhador não qualificado vive, em média, menos 7 anos do que um profissionalizado[41].

Conforme mostrado por BERLINGUER, observa-se que a desigualdade não ocorre apenas entre países, embora seja essa uma desigualdade importante, mas também internamente a cada país, em função da existência de diferentes estratos sociais na população.

Obviamente, a situação no Brasil não é diversa da do restante do mundo. Pelo contrário, em nosso país, entre os de maior desigualdade social no *ranking* mundial[42], a universalização da saúde proposta na Constituição de 1988 obviamente encontrou seus percalços.

O fato é que a atual desigualdade revelada nos indicadores de saúde da população brasileira reflete não apenas as deficiências relativas aos fatores sociais determinantes da saúde (moradia, saneamento, educação, etc.), mas também a falta de equidade no acesso à atenção em saúde (ações e serviços de saúde)[43]. A referida desigualdade no Brasil, assim como no resto do mundo, é um dado da realidade que cabe transformar, repensando eticamente o tema da equidade no acesso.

O modelo jurisdicional que resultou do processo de afirmação do direito à saúde a partir da Constituição de 1988, entretanto, apresenta-se problemático na promoção da equidade no acesso, apesar de ser este um dos princípios que regem o sistema público de saúde constitucionalmente delineado[44].

O sistema público, ao oferecer atenção integral, engloba procedimentos de alta complexidade, muitas vezes não cobertos pelo seguro privado de saúde, ou cuja cobertura não é desejada em face do seu alto custo. É o caso, por exemplo, dos transplantes, que são realizados quase exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde -

SUS[45] e da assistência farmacêutica, prestada unicamente por esse Sistema e que abrange tratamentos de alta complexidade e custo[46].

São tratamentos que competem por recursos com os demais níveis de atenção. Fato que possui claras implicações sobre a equidade no acesso, em face dos diferenciais de acesso observáveis na população, inclusive pela via jurisdicional, a essas prestações de alto custo não cobertas pelo seguro privado e que competirão com a atenção primária, que atende basicamente a população excluída daquele mercado.

O princípio da integralidade, entretanto revela-se de extrema importância para o Sistema, por um lado, pela sua própria racionalidade sanitária, que não possui apenas o aspecto assistencial, mas também outros diferentes aspectos, como o do desenvolvimento e incorporação de tecnologia médica e da formação de recursos humanos. Do ponto de vista ético jurídico, mitigar o princípio da integralidade ou estabelecer, de forma apressada ou irrefletida, a priorização da atenção básica ou primária à saúde, pode voltar-se contra a equidade no acesso.

Atenção especial parece necessária, precisamente sobre a tutela jurisdicional oferecida. O direito à saúde, possui uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. O modelo atual de tutela jurisdicional do direito à saúde no Brasil têm privilegiado a tutela jurisdicional individual, provavelmente em face da matriz do direito processual no contexto histórico-político liberal de privilégio da individualidade.

As perguntas que nos ocorrem em relação a tal configuração são basicamente duas: 1) a adequada tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais pode prescindir das ações individuais e da teoria do direito público subjetivo até agora utilizado? 2) poderiam ser construídos, em sede de processo individual, instrumentos que, mitigando o individualismo da via, pudessem contemplar a tutela do interesse coletivo que ali subjaz?

Entendemos que a própria estrutura da afirmação do direito social como direito subjetivo, constituindo mero reflexo da estrutura processual acima referida, finda por impor ao destinatário do direito fundamental, o cidadão usuário do sistema de saúde, o ônus de demandar, que como sabemos constituirá um obstáculo diferenciado ao acesso, segundo o extrato sócio-econômico do destinatário. O socialmente excluído em relação à atenção em saúde, muito provavelmente também o será em relação à assistência judiciária que a tutela jurisdicional do direito pressupõe.

A questão não se resume, obviamente, aos aspectos processuais. A harmonização entre os princípios da universalidade, integralidade e igualdade do acesso há de ser pensada também no campo de uma teoria dos direitos fundamentais sociais e esse é um campo que apenas começamos a trilhar, havendo, todavia, algumas propostas no campo doutrinário.

Uma ponderação é a oferecida por Daniel SARMENTO[47]: “*A reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*”. Socialmente justo, seria a prestação passível de ser universalizada, portanto, passível de promover a inclusão social, pela generalização da oferta à sociedade.

A questão segue sendo complexa, pois a universalização formal, por si, não garante a universalização substancial, onde se promova as compensações dos déficits sociais no acesso. Falamos de uma universalização inclusiva ou de uma universalização excludente.

Entendemos que a “*universalização excludente*”[48] que resulta de uma tutela formalmente universal, por dizer respeito a todos, mas que, na prática, implica o favorecimento de camadas da população já detentoras de um acesso privilegiado no acesso aos serviços de saúde. Este fenômeno resulta, em parte, na linha que vimos expondo neste trabalho, ao lado de outros fatores, de um provimento jurisdicional acrítico às demandas individualizadas.

Essa “*universalização excludente*” está na contramão da função primeira dos direitos sociais, concebidos como forma de promover a inclusão social, compensando as desigualdades existentes na sociedade ou, nas palavras de CAMPILONGO, citadas no início desta discussão, compensando os “*déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca*”[49].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade fática da escassez dos recursos, contraposta às necessidades humanas, ao lado da necessidade de equidade no acesso a tais recursos, constituem os principais fatores a serem tomados em consideração no tema dos limites da efetivação do direito fundamental social à saúde.

A escassez é um dado do mundo fático, matéria ordinariamente objeto das ciências econômicas, e que corresponde, na esfera do dever-ser, ao problema ético-jurídico da alocação justa dos recursos. A racionalidade econômica da alocação está inextricavelmente entrelaçada com a questão ética, daí porque a matéria é afeta ao Direito em sua dimensão normativo-axiológica.

A filosofia moral deve fundamentar a responsabilidade a ser compartilhada entre indivíduo, sociedade e Estado no que diz respeito à utilização racional e eqüitativa dos recursos escassos disponíveis para a consecução das prestações positivas associadas à efetivação do direito fundamental social à saúde. Podendo oferecer, ao Direito, o preenchimento dos aspectos valorativos do comportamento social a ser por ele regrado.

A aplicação de critérios jurídicos para alocação de recursos escassos sanitários, em face da complexidade dos aspectos sócio econômicos e técnico sanitários, não pode prescindir da análise sob ponto de vista do problema concreto, isto é, privilegiando a abordagem tópica a fim de que, em uma abordagem teleológica, se contemplem os objetivos perseguidos com o direito social fundamental à saúde.

A aptidão do Direito, nesse contexto fático, se revela na possibilidade de, ao apreender os fatos e valores que informam a alocação ética e justa de recursos sanitários escassos, direcionar, através de preceitos normativos amplo senso, regras e princípios, e da técnica jurídica, a organização da solidariedade social, de forma a que se possa distribuir ônus e benefícios de forma a compensar as diferenças substanciais existentes entre os indivíduos, promovendo desse modo um eqüitativo acesso à atenção em saúde.

A atuação do Direito na efetivação do direito à atenção sanitária deve voltar-se, assim, à compensação das desigualdades de condições geradas pelas imperfeições alocativas do sistema de economia de mercado. Compensação esta que constitui a razão de ser dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, E.; CASSIOLATO, J. **As Especificidades do Sistema de Inovação do Setor Saúde: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro**. Estudos FESBE I. São Paulo: USP, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERLINGUER, Giovanni. **Globalização, Equidade e Saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde em 29 de maio de 2008.

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

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas / Agência Nacional de Saúde Suplementar**. - Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**. Revista da USP. Dossiê Judiciário, n. 21, pp. 116-25, mar.-mai./1994. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>. Acesso em: 27.fev.2002.

CASTRO, Marcus Faro . **Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro**. In: ARANHA, Márcio Iório. (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde / Faculdade de Direito da Universidade de Brasília / Escola Nacional de Saúde Pública, v. 1, p. 379-390, 2003.

COHN, Amélia e ELIAS, Paulo Eduardo. **Saúde no Brasil – Políticas e organização de serviços**. 4 ed, São Paulo: Cortez:CEDEC, 2001.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Justice in the Distribution of Health Care*, McGill Law J. 1993;38(4):883-98. Disponível em: <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol38/4dwork.html>. Acesso em 13.abr.2007.

FAVERET FILHO, Paulo e OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A Universalização excludente: Reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde**. In Planejamento e Políticas Públicas, v 1, n 1, jun/1989, Brasília: IPEA.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, **Derechos y racionamiento sanitario**. In Doxa, n. 22, 1999. Disponível em: http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf. Acesso em 26.mai.2007, p 580-605.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W.W.Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: Promessas e Limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Ed Fiocruz, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** Cópia de artigo ainda não publicado oferecido pelo autor.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[1] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil.** Dossiê Judiciário, n. 21, pp. 116-25, mar.-mai./1994. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>. Acesso em: 27.02.2002.

[2] *“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”* ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p 90.

[3] Idem, ibidem, p 203.

[4] Idem, ibidem, p 461.

[5] Idem, ibidem, p 499-503.

[6] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p 89

[7] No campo da saúde, é muito evidente essa dupla possibilidade de repartição dos encargos sociais, isto é, por mecanismos públicos ou por mecanismos privados. Isto em função da imperatividade, nesse setor, do mecanismo econômico do seguro a fim de se fazer frente ao financiamento da atenção em saúde, abrindo as possibilidades do “seguro social”, público, ou do “seguro contratual”, privado.

[8] KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p 19.

[9] Sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[10] *Declaration of Alma-Ata*. Disponível em: http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf. Acesso em 14/07/2008.

[11] O direito à saúde, anteriormente, já vinha reconhecido no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle*”. Também no preâmbulo do ato de Constituição da OMS temos uma afirmação de princípios atinentes à saúde humana. Disponível em <http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>. Acesso em 14.07.2008.

[12] Para uma distinção entre direito à saúde e direito à atenção em saúde: GONZÁLEZ, Ángel Puyol. *Ética, Derechos y racionamiento sanitario*. In Doxa, n. 22, 1999, p 584.

[13] BERLINGUER, Giovanni. **Globalização, Equidade e Saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde em 29 de maio de 2008.

[14] A atenção primária normalmente se caracteriza pelo baixo custo por unidade de atenção. É definida na Declaração de Alma-Ata como: “*Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde*”. Tradução de *Declaration of Alma-Ata*. Disponível em: http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf. Acesso em 14/07/2008.

[15] A racionalidade econômica, na verdade não é avessa a outras racionalidades ou à ética, a propósito da interdependência entre Ética e Economia: SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[16] Para a discussão do problema da incorporação tecnológica em medicina, e as interações entre sistema de inovação em saúde e sistema de bem-estar social: ALBUQUERQUE, E.; CASSIOLATO, J. **As Especificidades do Sistema de Inovação**

do Setor Saúde: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro. Estudos FESBE I. São Paulo: USP, 2000.

[17] Para uma comparação desses modelos: FAVERET FILHO, Paulo e OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A Universalização excludente: Reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde.** In **Planejamento e Políticas Públicas**, v 1, n 1, jun/1989, Brasília: IPEA.

[18] Para um histórico do Movimento Sanitário Brasileiro e dos antecedentes à Constituinte na matéria saúde: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: Promessas e Limites da Constituição.** Rio de Janeiro: Ed Fiocruz, 2003.

[19] CASTRO, Marcus Faro de. **Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro.** In: ARANHA, Márcio Iório. (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública.** Brasília: Ministério da Saúde / Faculdade de Direito da Universidade de Brasília / Escola Nacional de Saúde Pública, v. 1, p. 82-104, 2003.

[20] COHN, Amélia e ELIAS, Paulo Eduardo. **Saúde no Brasil – Políticas e organização de serviços.** 4 ed, São Paulo: Cortez:CEDEC, 2001.

[21] Por um lado premidos diretamente por parâmetros exigidos pela regulação do setor de saúde suplementar e, por outro, pela transparência que a regulação traz ao segmento, permitindo a comparação entre distintos produtos, as empresas estão incorporando progressivamente ações assistenciais preventivas, objeto de resistência em um momento anterior em razão de não haver a garantia de “*fidelização do consumidor*”, o que limitavam os investimentos nessas ações. Conferir em: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas / Agência Nacional de Saúde Suplementar.** - Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2002.

[22] O princípio da eficiência inserto pela EC 19/98, art. 37, caput, da CF, certamente à de reger a Administração Pública, quando voltada à atuação do Estado na prestação do serviço público de saúde.

[23] Nesse sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADPF n.45: “*a cláusula da reserva do possível – ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.*” (Julg. 29/04/2004, DJU 04/05/2004).

[24] Os argumentos aqui apresentados estão contidos no artigo: “*Justice in the Distribution of Health Care*”, McGill Law J. 1993;38(4):883-98. Disponível em: <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol38/4dwork.html>. Acesso em 13/04/2007.

[25] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992, p 72.

- [26] Idem, ibidem, p 24.
- [27] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 p 111.
- [28] Idem, ibidem, p 113.
- [29] O que resta claro Capítulo IV “A efetividade das Normas Constitucionais”. Idem, ibidem, p 75-89.
- [30] Idem, ibidem, p 114.
- [31] SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- [32] Idem, ibidem, p 22.
- [33] HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: *Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W.W.Norton & Company, 1999.
- [34] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- [35] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- [36] HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: *Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W.W.Norton & Company, 1999, p 94.
- [37] *“That the costs of these arrangements [the system of criminal justice], indispensable for the protection of basic rights must be publicly defrayed has theoretical as well as financial significance. Such costs bring into sharp relief the essential dependency of rights-based individualism on state action and social cooperation.”* Idem, Ibidem, p 113.
- [38] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001., p 146-147.
- [39] Idem, Ibidem, p 147.
- [40] Idem, Ibidem, p 228.
- [41] BERLINGUER, Giovanni. **Globalização, Equidade e Saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde” em 29 de maio de 2008.

[42] O Brasil era, em 2004, o oitavo país em desigualdade social, na frente apenas da latino-americana Guatemala, e dos africanos Suazilândia, República Centro-Africana, Serra Leoa, Botsuana, Lesoto e Namíbia, segundo o coeficiente de Gini, parâmetro que mede a concentração de renda. Em 2006 era o 10º mais desigual numa lista com 126 países e territórios, à frente de Colômbia, Bolívia, Haiti e cinco países da África Subsaariana. A posição do país melhorou em 2007 /2008, mas continua entre os mais desiguais do mundo. De acordo com os Relatórios de Desenvolvimento Humano, publicados pela ONU. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/> Acesso em: 13/09/2008.

[43] Para informações estatísticas, consultar os anexos 1 e 2 do estudo coordenado pelo Instituto de Economia (IE) e pelo Núcleo de Políticas Públicas (NEPP) da UNICAMP: NEGRI, Barjas, DI GIOVANNI Geraldo. (Org.). **Brasil: Radiografia da Saúde**. Campinas - SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2001.

[44] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[45] Segundo informação do Ministério da Saúde, o Brasil tem o maior sistema público de transplantes do mundo. Só perdendo para os Estados Unidos em número global de procedimentos realizados – incluindo privados. Em 1995, a rede pública respondia por 85% dos procedimentos, em 2004, por 92%. http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=12445.

[46] A assistência farmacêutica não é coberta pelo seguro saúde (art. 10, VI, Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998), mas sim pelo sistema público (art. 6º, I, a, da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990), incluindo medicamentos denominados de dispensação em caráter excepcional, pelo alto custo, uso contínuo ou raridade da patologia (Política Nacional de Medicamentos, Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998).

[47] SARMENTO, Daniel. **A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Cópia de artigo ainda não publicado oferecido pelo autor.

[48] A expressão é de FAVERET FILHO, Paulo e OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A Universalização excludente: Reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. In Planejamento e Políticas Públicas**, v 1, n 1, jun/1989, Brasília: IPEA.

[49] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a Democracia no Brasil**. Dossiê Judiciário, n. 21, pp. 116-25, mar.-mai./1994. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>. Acesso em: 27.02.2002.

A EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO FUNÇÃO ESSENCIAL DO ESTADO*

THE EFFECTIVENESS OF THE EXISTENCIAL MINIMUM AS AN ESSENTIAL FUNCTION OF THE STATE

Ruth Barros Pettersen da Costa

RESUMO

Este estudo visa comprovar que a efetivação do mínimo existencial, cuja vinculação decorre do comando normativo constitucional, é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro. A análise parte do enfoque da teoria funcionalista do direito, inserindo-se no âmbito da teoria pós-positivista elaborada por Robert Alexy, com vistas à conceituação e delimitação do mínimo existencial, à luz de uma interpretação criadora dos princípios e regras constitucionais. Almeja, ainda, esta investigação demonstrar a íntima correlação existente entre “vida digna”, “justiça social”, “direitos sociais prestacionais” e “mínimo existencial”, a qual se perfaz na seguinte equação: o mínimo existencial se revela como núcleo básico tanto do princípio da dignidade humana quanto dos direitos sociais prestacionais, objetivando o alcance da justiça social, que é o cerne da função distributiva do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: MÍNIMO EXISTENCIAL; FUNÇÃO; ESTADO.

ABSTRACT

This study aims to prove that the achievement of the existential minimum, which obligation comes from the normative constitutional command, is one of the primary goals of the Brazilian State. The analysis focuses on the functionalist theory of law, lying in the post-positivist theory developed by Robert Alexy, with a point of view on the conception and delimitation of existential minimum, in light of a creative interpretation of constitutional principles and rules. This investigation aims, yet, to demonstrate the close relationship among “dignified life”, “social justice”, “social constitutional rights” and “existencial minimum”, which can be defined as follow: the existencial minimum is the basic nucleus both the human dignity principle and the social constitutional right, aiming to reach the social justice, which is the basis of the distributive function of the State.

KEYWORDS: EXISTENCIAL MINIMUM; FUNCTION; STATE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

A despeito do inegável potencial econômico do Brasil, o quadro de pobreza, exclusão social e miséria humana que aqui se verifica, faz ver uma das zonas mais contrastantes e de maior desigualdade social do planeta.[1]

Esta gritante desigualdade social se revela sobretudo pela situação de pobreza da maior parte da população, a qual nem sempre tem o que comer, não tem amplo acesso à saúde, sobretudo a preventiva, não tem um teto onde morar e muito menos educação fundamental.

Neste contexto, não é incomum o questionamento acerca do papel do Estado para garantir o mínimo existencial à sua população. Qual a função do Estado e a sua razão de ser, senão, ao menos, cumprir o núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais?

Percebe-se que o cumprimento do mínimo existencial, que visa promover, em escala crescente, o bem-estar da população, depende da atuação positiva do Estado consistente na efetivação dos direitos sociais prestacionais por meio da implementação de políticas públicas, eis que a demanda social, por ser permanente e de grandes proporções, exige a ação planejada e direcionada para o melhor aproveitamento dos recursos públicos.

A priori, observa-se que a efetividade desses direitos (já previstos pelo legislador) por meio de políticas públicas, conforme visto, incumbe ao Estado-administração, mas indaga-se: no caso de omissão administrativa do Poder Executivo pode o Poder Judiciário também intervir nessa seara? Se positiva a resposta, qual o limite da atuação do Judiciário?

O mínimo existencial, além de representar um tema intrincado em virtude de sua indeterminação conceitual, onde se questiona sobre a liberdade e a igualdade, a justiça formal e material e sobre os princípios constitucionais, notadamente, os princípios da dignidade humana e do Estado democrático de direito, exige, ademais, a análise das funções estatais e, sob este prisma, dos princípios da separação de poderes e da discricionariedade administrativa.

Pelo exposto, vê-se de forma inequívoca que o estudo do mínimo existencial, bem como a sua efetividade pelo Estado brasileiro depara-se frontalmente com a dignidade do ser humano e com a sua própria existência enquanto tal.

Em suma, a relevância do estudo sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais, inerentes ao conceito de mínimo existencial, ainda mais se destaca quando se observa que eles, ao consubstanciarem em uma conduta ativa do Poder Público consistente numa prestação de natureza fática (ex: construção de escola, de posto médico, aquisição de medicamentos etc), provocam reflexos diretos na qualidade de vida e bem-estar das pessoas, vez que se encontram intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem. E, afinal, este não deveria ser o papel essencial do Estado? Contribuir para minorar a pobreza, a miséria e as desigualdades sociais, por meio de uma melhor distribuição de renda, bens e serviços

à população? Significa dizer, não consubstanciar a própria razão de ser do Estado a reformulação da sociedade, por meio da transformação de um regime excludente para um regime inclusivo, promovendo o progresso em direção à justiça social e resgatando a dignidade humana?

Neste diapasão, mister destacar que o presente estudo visa responder preponderantemente às seguintes indagações:

a) Qual o conteúdo conceitual normativo e social, bem como o alcance do mínimo existencial no Brasil atual, à luz da Constituição Federal, dos princípios constitucionais e da própria realidade econômico-social?

b) Quais os objetivos e funções essenciais do Estado e de seus órgãos (Poderes de Estado)? Qual a função de cada Poder na efetivação do mínimo existencial?

Por fim, registre que a metodologia adotada é o método dedutivo, partindo-se das teorias e leis para se chegar na ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendente), com a utilização do método de procedimento funcionalista, onde “o conceito de sociedade é visto como um todo em funcionamento, um sistema em operação. E o papel das partes nesse todo é compreendido como funções no complexo de estrutura da Organização” (MARCONI; LAKATOS, 2007, p. 110). Com efeito, para análise do tema será estudada, *a priori*, a visão funcionalista do Estado e de seus órgãos (Poderes de Estado) para se chegar à função do mínimo existencial e de seu conteúdo conceitual e concreto.

De outra parte, a teoria de base utilizada é a pós-positivista, consubstanciada na valorização das regras e princípios, considerados subespécies da norma, como modalidade interpretativa criativa e de sopesamento, que conduza à efetivação do direito no caso concreto.

1 – O Enfoque Funcionalista do Estado e de seus Poderes

1.1 Noções Gerais

Há duas grandes teorias jurídicas utilizadas para análise do direito, que partem de enfoques diversos: o estrutural e o funcional. Norberto Bobbio em sua obra “Da Estrutura à Função: novos estudos da teoria do direito” (2007) destaca estas duas teorias, centrando a sua atenção, todavia, na análise funcional do direito e, mais especificamente, na sua função promocional em contraponto à tradicional função protetora e repressiva.

Segundo Bobbio (2007), a análise estrutural, que examina o direito como um sistema fechado e independente a partir do ângulo interno ao jurídico, tem como seu grande teórico-idealizador Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito de caráter positivista). Assim, para o fundador da teoria pura, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais. Com respaldo nesta teoria, formou-se a ideologia do Estado de Direito, entendendo-se este não apenas o Estado limitado pelo direito, mas também o Estado limitado ao direito e,

por direito, nessa segunda acepção, como um ordenamento normativo coativo, pois que vê o Estado apenas como “organizador do aparato da coação” e não inclusive como promotor ou produtor de bens e serviços, levando à criação de uma falsa imagem da realidade

Em reação à teoria estruturalista de Kelsen, de caráter pós-positivista dverte Bobbio (2007) que, partir de 1970, a comunidade científica se movimentou no sentido de estudar o direito sob a análise funcional, tendo Niklas Luhmann publicado obra em 1972, *Sociologia do Direito*, defendendo que a natureza específica do direito é buscada mediante a determinação de sua função social. Sob esta nova perspectiva, preocupou-se mais em entender “para que o direito serve” do que “como o direito é feito”.

Percebe-se, pelo exposto, a íntima ligação existente entre teoria estrutural do direito *versus* ponto de vista jurídico e teoria funcional do direito *versus* ponto de vista sociológico. [2]

Por outro lado, o multicitado autor declara não haver dúvidas de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-se às mudanças sociais (tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas) e, nesse diapasão, o positivismo de Kelsen, em que o direito permanece hermeticamente fechado em si mesmo, serve mais como mantenedor do *status quo* do que como agente transformador. A teoria funcional do direito, ao revés, de cunho pós-positivista, ao provocar a abertura do direito, com interpenetração do jurídico no social e vice-versa, impõe que o sistema jurídico acompanhe *pari passu* as transformações da sociedade, num constante movimento renovador.

Por fim, destaca Bobbio (2007, 90;95) que entre as funções que são mais freqüentemente atribuídas ao direito estão “a repressão dos comportamentos desviantes (direito penal) e a resolução dos conflitos de interesses (direito civil)”, não se podendo olvidar, contudo, a sua função distributiva, “que é a função pela qual aqueles que dispõem do instrumento jurídico conferem aos membros do grupo social, sejam eles indivíduos, ou grupos de interesse, os recursos econômicos e não econômicos de que dispõem”[3], observado que é esta última acepção a que interessa ao presente estudo.

Releva ressaltar, ainda, que as funções do direito, as quais no caso brasileiro se confundem com as funções do Estado, vez que neste último se concentra o domínio da produção jurídica, se transmudam para se harmonizar com as tarefas assumidas pelo Estado em conformidade com os modelos liberal, social ou neoliberal adotados em determinado momento histórico.[4] [5]

1.2 Funções e Objetivos Essenciais do Estado Brasileiro

Após uma breve análise da teoria funcionalista do direito, buscar-se-á extrair do Texto Constitucional as funções do Estado brasileiro, transcrevendo para tanto os seguintes dispositivos, *verbis*:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por seu turno, o art. 1º da Constituição Federal fixa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ademais, o art. 170, ao dispor sobre a ordem econômica, determina que a sua finalidade é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, com observância dos princípios, dentre outros, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

Perscrutando os dispositivos constitucionais mencionados, observa-se que a função essencial e última do Estado brasileiro conforme proposto pelo Constituinte originário consiste na **garantia de uma vida digna à pessoa humana assentada na justiça social**, utilizando-se dos seguintes meios (os quais não deixam de se configurarem também como fins): construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, da cidadania e do pleno emprego.

Consoante o significado textual referente à garantia de uma vida digna à pessoa humana assentada na justiça social como uma função estatal de primeira grandeza, não se revela a mesma como uma mera diretriz ou programa de governo, mas um mandamento peremptório e nuclear emanado do diploma legislativo mais proeminente do sistema normativo.[6]

Por óbvio que o sentido dessa função estatal merece ser melhor apurado e explicitado para que a sua concretização seja viabilizada; entretantes, as expressões que o compõem, como “vida digna” e “justiça social”, meramente por se configurarem como conceitos jurídicos indeterminados, não impedem a sua efetivação *in concreto*. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, 238), “a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação”. Na visão desse insigne jurista, é puramente ideológica, e não científica, a tese que defende que os termos fluidos e vagos de normas constitucionais só farão exsurgir direitos após a sua devida regulamentação por lei infraconstitucional, uma vez que tal posicionamento implicaria em outorgar mais força à lei do que à Constituição.

Com efeito, ante o exposto, alguns questionamentos merecem ser esclarecidos, como: qual o significado de “vida digna”, de “justiça social”, qual a forma

jurídica com que se reveste a atuação estatal nessa seara e qual deve ser a forma de atuação dos Poderes de Estado para dar cumprimento a esta função essencial. Estes são os temas que serão analisados nos próximos itens.

1.2.1 Vida Digna e Justiça Social

A concepção de dignidade da pessoa humana que engloba, por óbvio, uma vida digna, conforme noticia Ana Carolina L. Olsen (2008), tem os seus primeiros registros no pensamento estóico da Antigüidade Clássica, cuja idéia foi aprimorada pela doutrina cristã, passando por Santo Tomás de Aquino na Idade Média, chegando a Kant, mantendo sempre, porém, em seu conteúdo nuclear os sentidos de liberdade e igualdade.

Sob a luz da lição trazida por Tercio Sampaio Ferraz Filho (2003), na Antigüidade Clássica só na *polis* e desde que superadas as necessidades vitais (alimentação, procriação etc.) o homem adquire o *status* de cidadão e, por isso, a possibilidade de ser livre. Trazendo este ensinamento para os dias atuais, infere-se que o homem só após ultrapassar a fase inicial de sua própria sobrevivência e bem-estar se torna cidadão por inteiro, cujas ações de causa e consequência também se relacionam, respectivamente, com o mínimo existencial e com a dignidade humana. Com efeito, não se pode conceber o homem-cidadão caso inexista a sua liberdade de autodeterminação, a qual somente surgirá após vencida aquela fase inicial mencionada.

Ainda, conforme abalizado escólio do supracitado autor (2003, 87-88), os filósofos medievais, ao assumirem a distinção entre querer (vontade) e poder, ou seja, que querer não é poder, inserem um elemento novo no âmbito da noção de liberdade, que é a noção de liberdade de exercício. Significa dizer, a vontade humana pode ou não exercer o ato voluntário e nessa possibilidade ou opção reside o cerne da liberdade. Outrossim, o exercício da vontade independe de poder: para querer não é preciso poder, pois pode-se querer mesmo sem poder. E conclui o jusfilósofo que “a liberdade (vontade) torna-se condição essencial da igualdade humana e a efetividade de seu exercício (poder), a condição das diferenças. Todos os homens são criados por Deus igualmente livres, mas nem todos podem o que querem.”

É interessante notar o entrelaçamento entre liberdade e igualdade, caracterizado pela passagem da igualdade formal (“todos os homens são criados por Deus igualmente” – liberdade/vontade) para a igualdade material (exercício da liberdade – igualdade/poder). Em apertada síntese, pode-se afirmar que o homem pode ter a vontade de conquistar a condição da suprema igualdade humana, contudo, esta somente se efetivará por meio do exercício dessa vontade, pois “a graça divina permite que o homem possa o que quer, mas não obriga que queira o que pode” (FERRAZ: 2003, 89).

Tercio Sampaio Ferraz Junior leciona que a noção de liberdade individual e de consciência trazida pela Era Moderna produziu significativas repercussões no direito, vez que fez emergirem os direitos individuais em relação ao Estado. E nesse diapasão, posteriormente, relativamente aos efeitos desse fenômeno, colocou-se um complicado problema de justiça social, isto é, de participação e

distribuição respeitantes aos benefícios sociais e ao papel do Estado nesta seara, questões que serão analisadas mais adiante.

Por sua vez, atravessando os tempos, em suas diversas nuances, a conceituação de dignidade humana[7], a despeito de sua relatividade em razão da época e do grau de desenvolvimento de uma dada sociedade e ainda que não se possa falar em uma definição genérica consensualmente aceita, chega aos dias atuais, sob a perspectiva jurídica de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, 63), levando-se em conta suas facetas ontológica e instrumental, relacional e sobretudo defensiva e prestacional, como:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável[8], além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Grifou-se).

Ainda segundo Ingo W. Sarlet, a dignidade da pessoa humana comporta dupla dimensão: negativa e positiva. Consoante a dimensão negativa, não se admite que alguém possa atentar contra a dignidade de outrem, eis que deverá respeitar a sua autonomia. Já a dimensão positiva implica em uma prestação imposta ao Estado objetivando a proteção e promoção de melhores condições de vida ao indivíduo. O autor complementa que esta dimensão dúplice da dignidade humana representa, respectivamente, limite e tarefa dos poderes estatais ou natureza defensiva e prestacional[9].

Observa-se que é na dimensão positiva ou prestacional da dignidade humana que especialmente os direitos sociais se fundamentam e servem de instrumento à sua realização e efetivação. Para Ingo W. Sarlet (2007, 127) é “possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Nesta temática há duas teses informadas pelo multicitado jurista, observado que a primeira defende que o conteúdo da dignidade humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais (que é a adotada neste trabalho); e a outra, que tem prevalecido, sustenta que, além da existência uma relação de complementariedade entre dignidade da pessoa e núcleo essencial, o conteúdo em dignidade é, quando existente, parte integrante do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este assunto será retomado, vez que é de extrema relevância para a compreensão do mínimo existencial.

De outra parte, cabe nesta quadra da exposição tratar da noção de justiça social, tomando como fio condutor a questão supra referida, acerca da participação e distribuição respeitantes aos benefícios sociais e ao papel do Estado nesta seara.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, 117-118), ao tentar explicar este intrincado problema, traz como modelo as normas de direitos sociais no âmbito do Estado Social, em relação às quais, apesar de estarem previstas no Texto Constitucional, verifica-se um

déficit de efetividade em decorrência da dependência de regulamentações infraconstitucionais e de dotações orçamentárias. Entende o jurista que “essas dificuldades têm raízes na noção de liberdade e seu relacionamento com o princípio do Estado Social”. Significa dizer que o Estado Social para se realizar plenamente, ao buscar atender às necessidades do maior número possível de pessoas (necessidades coletivas), acaba tendo que “atropelar” algumas necessidades individuais, criando um paradoxo inconciliável entre as noções de liberdade como “ser tão igual como possível” (acesso de todos aos benefícios) e como a “possibilidade de ser diferente” (garantia da diversidade).

Entretanto, a despeito da existência desse paradoxo apresentado por Tércio Sampaio e como a própria crueza da realidade histórico-social repleta de desigualdades e injustiças demonstra, constata-se que na história da humanidade sempre houve a procura pelo modelo ideal de justiça social, como resultante da mais perfeita conciliação entre liberdade e igualdade.

Prescindindo de um estudo aprofundado sobre o histórico e as noções de justiça, que não caberia em uma análise de tão modestos contornos, mister citar, ainda que de forma breve, a noção aristotélica de justiça. Com fulcro, ainda, em Tércio Sampaio (2003, 178;182-183;206), o justo para Aristóteles é uma proporção. No Livro V da “Ética a Nicômaco”, onde o filósofo faz uma profunda análise da justiça, “o homem injusto é geralmente aquele que viola a lei e aquele que toma mais do que lhe é devido, faltando para com a igualdade, o homem justo será, ao revés, o que age conforme à lei e respeita a igualdade”. Para ele, a justiça distributiva é a “virtude da distribuição das honras ou das riquezas ou de outras vantagens que devam ser repartidas entre os membros da comunidade”. Importante destacar no pensamento de Aristóteles que a lei representa a justiça abstrata, sendo que a sua concretude somente se realiza no caso concreto, por meio da equidade. Outrossim, “a justiça é uma forma de igualdade, a proporcional, que se atualiza equitativamente”.

Releva destacar em razão da pertinência com o presente estudo, conforme mencionado por Tércio Sampaio, sobre a justiça social tratada pela Igreja Católica por meio das Encíclicas Papais, onde esta se encontra estreitamente vinculada à dignidade e à solidariedade humana.[10]

Por fim, não se poderia furtar de mencionar sobre os aspectos formal e material de justiça[11]. Sob o primeiro aspecto, a justiça (em abstrato) é concebida como um valor ético-social, atribuindo-se a uma pessoa aquilo que lhe é devido; sob o último, a justiça (em concreto) é concebida pela determinação, por meio de critérios, aquilo que é devido e a quem (FERRAZ, 2003).

Pelas breves considerações feitas sobre a justiça social, percebe-se a sua estreita correlação com a liberdade (direitos de liberdade perante o Estado), com a igualdade (distribuição dos benefícios sociais por toda a coletividade) e com o princípio da dignidade humana (o mínimo indispensável para manter a existência e o bem-estar), representando um verdadeiro ponto de chegada; um fim ideal a ser alcançado pela sociedade.

1.2.2 Direitos Sociais Prestacionais

Relativamente à forma jurídica com que se reveste a atuação estatal compromissada com a justiça social, visando a dar cumprimento à função de garantir uma vida digna às pessoas participantes da sociedade brasileira, pode-se afirmar que esta atuação dar-se-á por meio de ações positivas, outorgando ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência e assistência social (CF, art. 6º).

Dada a abrangência e clareza com que trata dos direitos sociais, é trazida à colação o pensamento de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, 32), *in litteris*:

Os direitos sociais refletem direitos com uma tradição histórica ligada às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, a serem garantidas pelo Estado. Fazem referência a uma luta por igualdade real, e por liberdade real, no sentido de que todos deveriam desfrutar de igual oportunidade de ser livre.

No mesmo diapasão é o pensamento do mestre de Lisboa Jorge Miranda (2000, 103-104), para quem os direitos fundamentais de índole social podem resumir-se num direito geral à igualdade consistente sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare* e anota “esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência“. Não menos relevante é a sua proposição em relação aos direitos sociais, no sentido de que nestes direitos “parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidades [...] e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política”.

Por outro lado, registre-se que os direitos sociais não se esgotam no art. 6º da Constituição Federal, haja vista que, levando-se em conta ambos os critérios de classificação dos direitos fundamentais, o formal e o material, a nota de fundamentalidade desses direitos não se encontra apenas naqueles constantes do catálogo inserido no Título II do Texto Constitucional.

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2007), a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, incluindo-se neste âmbito tanto os direitos fundamentais inseridos no Texto Constitucional constantes do “catálogo” (Título II) quanto os direitos dispersos no texto da Constituição. Estes direitos, frise-se, têm *status* constitucional material e formal.

Por sua vez, a fundamentalidade material[12] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, em que pese nem sempre constarem do Texto Constitucional, cuja abertura se ampara no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, sendo assim considerados os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais incorporados ao sistema normativo pátrio, os implícitos (direitos fundamentais subtendidos nas regras das garantias fundamentais) e os decorrentes do regime e dos princípios, que podem ser deduzidos, mediante interpretação, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da Magna Carta. Estas questões não serão aprofundadas, pois refogem aos limites do presente estudo.

Outrossim, como reconhecido inclusive pelo doutrinador Ingo W. Sarlet, a classificação dos direitos fundamentais que mais se adéqua ao direito constitucional positivo é a funcional proposta por Robert Alexy. E é esta classificação também que tem mais pertinência com a abordagem ora proposta.

Em breve síntese, a classificação funcional de direitos fundamentais de Robert Alexy (2008,433 e ss.) pode ser assim exposta:

a) Direitos de Defesa em sentido amplo: são os clássicos direitos de liberdade. Representam os direitos de defesa do cidadão em face do Estado para que este último se abstenha de intervir (ações negativas), pertencendo ao *status* negativo dos direitos fundamentais;

b) Direitos a Prestações em sentido amplo: são os direitos que demandam, de forma genérica, ações estatais positivas.[13]

b.1) direitos a proteção: referem-se a direitos subjetivos constitucionais a ações fáticas ou normativas em face do Estado, a fim de que este último proteja o titular do direito fundamental contra intervenções lesivas de terceiros;

b.2) direitos a organização e procedimento: referem-se a direitos a ações fáticas ou a prestações normativas consistentes em um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental na organização ou nos procedimentos relevantes. Tais direitos se estendem a uma proteção jurídica efetiva (direitos a procedimentos) até aqueles direitos a medidas estatais de natureza organizacional (direitos a organização);

b.3) direitos a prestações em sentido estrito: referem-se a direitos a prestações fáticas consistentes em um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas. Estes direitos se consubstanciam nos direitos fundamentais sociais.[14]

Em face da classificação funcional dos direitos fundamentais proposta pelo alemão Robert Alexy, observa-se de forma clara a íntima correlação existente entre direitos a prestações em sentido estrito e direitos sociais. Por isso, nada mais lógico do que nomear estes direitos de “prestacionais”, haja vista que só se realizam efetivamente por meio da atuação positiva do Estado.

Destarte, verifica-se que o campo específico do presente estudo deve centralizar o seu foco de atenção nos direitos a prestações em sentido estrito, ou, nos direitos fundamentais sociais e, por isso, no próximo item serão analisados mais especificamente esses direitos, sobretudo no que concerne à sua estrutura e ao seu conteúdo.

Por fim, pela pertinência e relevância, mister destacar a lição de Robert Alexy (2008,441) sobre os extraordinários reflexos da classificação dos direitos fundamentais em direitos a prestações:

A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais -, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona,

entre outros, a problemas distributivos, seu ‘caráter politicamente explosivo’ é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz.

Pela manifestação de Robert Alexy, constata-se o grau de complexidade que é tratar do tema “direitos a prestações”, vez que ele obriga o estudioso a extrapolar as fronteiras jurídicas e a enfrentar a realidade sócio-econômica de dada comunidade política. Nesse sentido, imprescindível que o estudo do mencionado tema extravase as linhas teóricas demarcatórias do positivismo e adentre no campo da teoria pós-positivista.

1.3 A Efetivação dos Direitos Sociais Prestacionais Pelos Poderes de Estado

1.3.1 Noções gerais

Em item precedente foi tratado sobre o tema da justiça formal e material e crê-se oportuno, para iniciar este tópico sobre a efetividade, trazer à baila o pensamento do insigne jurista Carlos Ayres Britto (2007, 58), no sentido da complementariedade das justiças formal e material: “o Direito é, na sua estruturalidade, tanto a abstrata justiça das leis (inclusive e sobretudo a justiça das Constituições) quanto a empírica justiça das decisões judiciais”.

Verifica-se, com efeito, que não é suficiente a disposição no direito legislado das normas de direitos fundamentais, mas é imprescindível a efetivação destas normas no direito do caso concreto. Estas maravilhosas idéias positivadas de cunho moral que visam proteger a vida e a dignidade do ser humano precisam ser vivenciadas e usufruídas pelo homem comum no dia-a-dia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, deflagrou no século XX esta necessária fase da justiça formal, traduzida pelo movimento constante de unificação da humanidade[15], irradiando os seus efeitos posteriormente para a maioria das Constituições dos países civilizados.

Entretanto, a efetivação desses direitos, que carece ainda de implementação a fim de que a justiça material seja plenamente realizada, é uma das questões hodiernas mais relevantes e instigantes. Nesse sentido é o escólio de Norberto Bobbio (1992, 67), para quem teoria, representada pela proclamação e fundamentação dos direitos humanos, e prática, com o significado de proteção efetiva, ou, direito em seu sentido jurídico, “percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais”. [16]

Destarte, o tema da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, é de importância ímpar, observado que, para a sua correta compreensão, faz-se necessário *a priori* analisar acerca da estrutura e do conteúdo das normas veiculadoras desses direitos sociais.

Com fulcro, ainda, na teoria de Robert Alexy (2008), as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais que, consoante sua classificação, são de direitos a prestações em sentido estrito (conforme visto no subitem 1.2.2 supra), podem ser diferenciadas sob o enfoque teórico-estrutural em três critérios, cuja combinação resulta em 8 (oito) normas de estrutura bastante diversa, que são:

- a) Normas que garantam direitos subjetivos (exigíveis pelo cidadão perante o Estado, inclusive pela via judicial) e normas que apenas obrigam o Estado de forma objetiva (são deveres objetivos do Estado, inclusive do legislador, mas que não geram respectivos direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado);
- b) Normas vinculantes (que geram direitos subjetivos) e não-vinculantes (de caráter programático, que só após a regulamentação pelo legislador infraconstitucional seriam capazes de gerar direitos subjetivos);
- c) Normas que fundamentam direitos e deveres definitivos (por meio de regras) ou *prima facie* (por meio de princípios). Ambas podem gerar direitos subjetivos.

Explica-se que o enfoque teórico-estrutural supracitado foi permeado pela análise centrada na existência ou não de direito subjetivo, pois esta é a circunstância real de efetivação dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos sociais. Ademais, a partir dessa análise pode-se inferir também que a **proteção mais intensa** é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações e, ao contrário, a **proteção mais fraca** é representada pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.

Note-se que o enfoque teórico-estrutural das normas de direitos sociais de Robert Alexy pode ser comparado na doutrina pátria (pelo menos em relação ao fim intencional de perscrutar sobre o tema da efetividade das normas constitucionais), e desde que respeitadas as devidas peculiaridades, com a classificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais elaborada por estudiosos como, por exemplo, José Afonso da Silva[17] e com a classificação em razão do conteúdo e da finalidade das normas constitucionais de Luis Roberto Barroso[18]. O primeiro jurista classificando tais normas sob o ângulo de sua eficácia/aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada (incluindo-se neste rol, as normas constitucionais de princípio programático); já o segundo, sob o ângulo de seu conteúdo/finalidade, em normas constitucionais de organização, definidoras de direito e programáticas. Lembrando que, de acordo com o já mencionado artigo de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello (1981), é defendida a idéia de que o problema da efetivação dos direitos sociais não está vinculado à eficácia das normas constitucionais, haja vista que a classificação sob o ponto de vista de sua eficácia se mostra em inúmeros casos inapta para definir a consistência da posição jurídica deferida aos administrados e cita como exemplo as normas de eficácia plena que, em várias situações, são as que conferem a posição jurídica mais débil aos seus destinatários.

Por outro lado, Alexy (2008, 502) diferencia os direitos a prestações em sentido estrito sob o aspecto substancial, naqueles de conteúdo minimalista e nos de conteúdo maximalista, destacando que “o programa minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’. Já um conteúdo

maximalista pode ser percebido quando se fala de uma realização completa dos direitos fundamentais”. Resta claro que o conteúdo minimalista traduz-se no “mínimo existencial”, que será visto com mais vagar no item 3 deste trabalho.

Nessa quadra de seus estudos onde Robert Alexy (2008, 511 e ss.) analisa os direitos a prestações em sentido estrito, que é o foco central desta exposição, ele, ao minudenciar o aspecto teórico-estrutural e o conteúdo desses direitos, bem como os argumentos contrários (v.g., indefinição semântica das normas que os veiculam) e favoráveis (v.g., baseado na liberdade)[19] que os fundamentam, busca essencialmente um modelo de direitos fundamentais sociais que seja capaz de delimitá-los e torná-los mais efetivos, observado que “o modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo”. E conclui que é uma questão de sopesamento de princípios. A chave é a teoria dos princípios. De acordo com o modelo proposto, “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos”. [20]

De seu turno, não se pode tratar da efetividade dos direitos fundamentais sem mencionar uma de suas características essenciais que é a sua aplicabilidade imediata (direta) por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Ingo Wolfgang Sarlet (2007) informa que, em que pese a grande controvérsia existente acerca do significado e alcance do mencionado dispositivo constitucional, ele representa uma norma de cunho principiológico, uma espécie de “mandado de otimização”, que irradia a sua força vinculante por todos os direitos fundamentais de liberdade e sociais, individuais e coletivos.

Exposta uma visão geral acerca da efetividade dos direitos sociais prestacionais, buscar-se-á no próximo subitem delimitar o alcance da função dos Poderes estatais nessa efetivação.

1.3.2 Os Poderes de Estado na efetivação dos direitos sociais prestacionais

Em relação ao Poder Legislativo, percebe-se que, inclusive com espreque na lição de Norberto Bobbio (1999), não há um déficit teórico quanto à proclamação dos direitos fundamentais, os quais têm sido previsto em todas as Constituições brasileiras e, com especial relevo, na Constituição de 1988. Com a internacionalização dos direitos humanos que esprou os seus reflexos às diversas ordens estatais internas, o Brasil felizmente não passou imune a essa influência.

Talvez nesta seara, haja um déficit no que concerne à atuação do legislador infraconstitucional que, por vezes, não regulamenta as normas que assim o requerem, em especial as normas constitucionais de cunho programático. Observado que os remédios principais para atacar este “mal” são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, com suas mazelas e inoperâncias.

Ademais, tem havido por parte do legislador constitucional reformador a tendência de reduzir o alcance de determinados direitos fundamentais plasmados no Texto Magno, notadamente no caso brasileiro, dos direitos previdenciários. Nessa tendência insere-se o princípio da proibição de retrocesso social proposta por J. J. Canotilho (2003), no sentido de que o legislador ou o administrador não podem abolir ou restringir o alcance dos direitos fundamentais sociais já proclamados e positivados, protegendo a ordem jurídica contra a insegurança reformista[21] e promovendo a estabilidade dos direitos fundamentais. Por esse princípio exige-se um caminhar sempre adiante, não se permitindo o retroagir para prejudicar, consagrando a progressividade como evolução natural dos direitos sociais. Note-se, contudo, que a Corte Suprema brasileira não tem até então adotado esse princípio.[22]

No que concerne ao Poder Executivo, comprova-se, inclusive pela observação empírica, um comportamento omissivo em estabelecer e implementar políticas públicas capazes de dar concretude aos direitos sociais prestacionais. Em que pese o caráter dirigista orçamentário por vezes do Texto Constitucional, que dispõe sobre a obrigatoriedade de aplicação pela administração pública de percentuais mínimos nas áreas da saúde (art. 198, nos termos da Emenda Constitucional nº 29/2000) e educação (art. 212), verifica-se ainda assim um déficit de atuação. Tal realidade é deveras preocupante, eis que este poder como o mais competencialmente municiado para dar concretude aos direitos sociais, por meio da implementação de ações e serviços públicos nas áreas sociais prioritárias (saúde, educação, moradia, assistência aos desamparados etc), tem se omitido nessa obrigação, prejudicando o alcance da justiça material.

Para reverter este comportamento omissivo do Poder Executivo é que entra a atuação, neste campo, do Poder Judiciário. Como o Poder Executivo não tem cumprido seu “dever de casa” a contento, o Judiciário é chamado para que exija a atuação positiva do Estado, conferindo concretude aos direitos fundamentais sociais plasmados na Carta Magna[23]. Nesse contexto, nunca, como atualmente, o Poder Judiciário assumiu tão forte protagonismo[24]. Entrementes, esta atuação do Poder Judiciário em face do Poder Executivo não é isenta de percalços e entraves. Ao revés, várias questões complexas de cunho jurídico e fático surgem para dificultar, senão impossibilitar, essa atuação, como: qual o limite dessa atuação em face do princípio da separação de poderes e do princípio da discricionariedade da administração em fixar as políticas públicas? Ao intervir na seara administrativa não estará o Judiciário atuando como poder político e substituindo a escolha do administrador pela sua própria? Em face da reserva do possível em que as dotações orçamentárias são limitadas frente a uma demanda sempre crescente e ilimitada, como obrigar o poder público a cumprir determinados direitos sociais que geram vultosas despesas orçamentárias?[25]

Não é possível responder a todos estes questionamentos de forma satisfatória no âmbito deste acanhado estudo, entretanto, serão feitas tentativas introdutórias para a compreensão e o enfrentamento desta problemática, seja neste tópico como no subsequente.

Neste item pode-se adiantar que, conforme abalizados estudos de David Diniz Dantas (2005), o Poder Judiciário, na esteira dos pensamentos dos teóricos pós-positivistas, tem que adotar uma interpretação criativa, sobretudo em relação aos “hard cases”, buscando, a partir do caráter aberto da Constituição, dar concretude às regras e

princípios de direitos sociais para atingir a justiça social no caso concreto (justiça material).

O método de interpretação das normas (regras e princípios) da Constituição Federal proposto por David Diniz Dantas (2005, 188) que se caracteriza por ter caráter evolutivo e direcionado a valores, sempre com os olhos voltados para a realidade sócio-política (contextualização), é para ele, *in litteris*:

Não se trata de um ‘novo método’ interpretativo, mas de exigir dos juízes que na concretização de princípios promovam análise funcional, a fim de dar suporte para a interpretação da Constituição. Com isso o intérprete deve avaliar as normas constitucionais não apenas em sua estrutura formal como também – e principalmente – no papel que desempenham no sistema constitucional. Deve ele observar quais são as finalidades e funções previstas na Constituição para o princípio/norma.

Para o multicitado autor, o problema da interpretação, na medida em que o Estado contemporâneo evoluiu do Estado legislativo em direção ao Estado Constitucional, é também o problema central da teoria do Estado e da própria teoria do Direito. Daí a importância atual do estudo da interpretação e de seus métodos, notadamente, com vistas à concretização das normas constitucionais e, em especial, em relação àquelas que veiculam direitos fundamentais sociais.

Por sua vez, igualmente Konrad Hesse[26] propõe a interpretação constitucional como concretização, em oposição aos métodos clássicos. Nesse aspecto, a interpretação jurídica se apresenta como caráter criador. Os juízes não podem evitar o juízo reconstrutivo da norma quando diante de uma situação dada, juízo este presidido pela idéia de consistência e sistema.

Por fim, informa Bolzan Cesar Lucas (2005, 184-185; 193) que a maioria dos países periféricos, incluído o Brasil, não só não vivenciou o Estado de bem-estar nem tampouco o Estado liberal e, com a adoção da agenda neoliberal no país “o projeto constitucional foi bastante abalado com a execução da pauta econômica liberalizante”, a qual foi implementada por meio de reformas políticas e estruturais de questionável constitucionalidade. No âmbito dessa conjuntura econômica e política, o Poder Judiciário, mediante a sua atuação tradicional, não consegue conferir efetividade aos direitos sociais, haja vista a dependência de sua atuação no aspecto econômico e na lógica do mercado. Por isso, “o exercício jurisdicional necessita revitalizar-se pela construção de um novo paradigma de compreensão da conflituosidade social em contínua transformação”.

2 – O Mínimo Existencial

2.1 Conceituação

Após a delimitação e explicitação dos conceitos de “vida digna”, “justiça social” e “direitos sociais prestacionais”, bem como da efetividade desses direitos, fica por deveras facilitada a fixação do alcance da noção do mínimo existencial.

O mínimo existencial se relaciona de forma umbilical com o núcleo essencial ou básico dos direitos sociais e com a dignidade da pessoa humana, com vista ao alcance da justiça social e, de conseguinte, da justiça material. Utilizando-se a expressão de Ricardo Lobo Torres (2003, 1-2), a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto: a) proteção negativa, que é a não incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; b) proteção positiva, que é a entrega de prestações materiais pelo Estado em favor dos pobres. É o Estado como garante dos riscos da existência. Sob este último aspecto é que se compreende neste estudo a idéia de mínimo existencial.

Para Ricardo Lobo Torres (2003), incumbe à filosofia e à ciência do direito refletir sobre a transformação dos direitos sociais em mínimo existencial, este último consubstanciado nos direitos fundamentais sociais *stricto sensu* (núcleo básico dos direitos sociais *lato sensu*), observado que para tanto é necessário o enfrentamento de alguns problemas complexos como a análise dos valores éticos (liberdade, justiça, segurança e solidariedade), dos princípios fundamentais (dignidade humana, cidadania, democracia e soberania), dos princípios estruturais (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito) e dos princípios da legitimação (ponderação, razoabilidade e igualdade). Para o autor, o problema mais difícil da temática do mínimo existencial é o da sua quantificação, havendo uma grande tensão entre qualidade e quantidade.

No mencionado artigo de autoria de Ricardo L. Torres chama a atenção a sua análise acerca da transformação dos direitos de justiça em direitos de liberdade, ou seja, como se passa da justiça à liberdade; dos direitos sociais ao mínimo existencial. Em outras palavras: que valores devem ser protegidos pelo Estado (justiça) para que o ser humano possa exercer a sua liberdade, esta considerada como o mínimo que deve ser assegurado ao indivíduo. Assim, para o ser humano gozar de sua liberdade é indispensável a existência de pré-condições mínimas para isso, como por exemplo: estar vivo, gozar de boa saúde, ter educação fundamental etc. Há que se ter condições fáticas para exercer o direito da liberdade. Esta é a posição colocada também por Robert Alexy, conforme visto anteriormente. Ainda, os direitos sociais *stricto sensu* ora considerados correspondem aos direitos sociais vistos sob o enfoque minimalista do jurista alemão.

Quando se estudou os direitos sociais prestacionais no item 1.2.2 foram estes considerados em seu aspecto geral, *lato sensu*; já neste tópico, busca-se extrair a essência desses direitos para se chegar ao mínimo existencial.

Conforme visto, de acordo com o modelo proposto por Alexy, os “direitos mínimos” aparecem e se destacam quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em seu conjunto.

Por sua vez, Vincenzo Demetrio Florenzano (2005) estabelece uma interessante correlação entre mínimo existencial e o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo ao trabalhador “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Ana Paula de Barcellos (2008, 230) traz importantes contribuições na delimitação e conceituação do mínimo existencial. Para a autora, “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. [...] Mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade humana descrevem o mesmo fenômeno”.

Acrescenta a retrocitada autora (2008, 257) que:

A coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.

Conclui a multicitada jurista (2008, 271) que não se pode olvidar que “a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-lo sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição”. Esta conclusão da autora remete ao início deste trabalho, onde é abordada a perspectiva funcional do direito e do Estado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o mínimo existencial, como núcleo básico e intangível dos direitos sociais e da dignidade humana, representa um dos fins prioritários do Estado brasileiro.

De acordo com Ana Carolina L. Olsen (2008, 320), há doutrinadores que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos sociais e outros que adotam a teoria relativa. Os primeiros apresentam o mínimo existencial como mínimo absoluto e intangível em qualquer hipótese; já os últimos, defendem o mínimo existencial em face de determinado caso concreto, como resultado da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade.

Observa-se que a teoria relativista liga-se com a posição defendida por Robert Alexy, no sentido de que somente se pode delimitar o mínimo existencial em face da análise do caso concreto, mediante a ponderação de regras e princípios, cujo modelo se estriba no sopesamento, em oposição à lógica do “tudo ou nada”. Esta teoria, ao buscar a particularidade de cada caso concreto, balanceando os prós e contras, tem mais chances de atingir a justiça material do que a fixação *a priori* e definitivamente dos limites do mínimo existencial, como faz a teoria absoluta.

No que concerne ao aspecto funcional do direito, Norberto Bobbio (2007,107) entende que a função distributiva do direito, consistente na repartição de recursos, visa à realização da justiça social. E, complementa com a transcrição do pensamento de S.Cotta, que assim se manifesta: “O Sein [ser] do direito indica-nos, portanto, com suficiente precisão qual é a função própria do direito: realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança existencial.”

Destarte, foram abordadas neste tópico várias posições doutrinárias que, em suma, podem ser assim sintetizadas: o mínimo existencial confundindo-se com os direitos sociais *stricto sensu* e com a dignidade humana, cuja efetivação visa o alcance da igualdade e da justiça social.

2.2 Diferenças Existentes entre Direitos Sociais Prestacionais *Lato Sensu* e *Stricto Sensu*

Cumpre-se destacar, *a priori*, que a grande preocupação[27] dos doutrinadores em delimitar a noção de mínimo existencial não é, por óbvio, com a intenção de reduzir a abrangência ou o conteúdo dos direitos fundamentais sociais. A intenção subjacente a essa preocupação liga-se, ao revés, à tentativa de fortalecimento dos direitos sociais, mediante o estabelecimento de certas prerrogativas ao núcleo básico dos direitos sociais que são altamente polêmicas e questionáveis quando levados em consideração esses direitos como um todo. Outrossim, na fixação dessas “prerrogativas” é capaz de acarretar importantes efeitos ou conseqüências práticas, quando considerados os direitos sociais *lato sensu* e *stricto sensu*, um em relação ao outro.

Nesse diapasão, certifica-se que, mediante a observação da posição de vários doutrinadores já mencionados neste estudo, as “prerrogativas” conferidas aos direitos sociais *stricto sensu*, ou, ao mínimo existencial, podem ser assim elencadas:

- a) Direitos constitucionalmente assegurados, independentemente da atuação do legislador infraconstitucional, em que pese a abertura semântica das normas de direitos sociais, por vezes carecedoras de concretização legislativa, gerando direitos subjetivos exigíveis em face do Estado, inclusive perante o Poder Judiciário. Não se cogita acerca da violação do princípio da separação dos poderes;
- b) Exigibilidade desses direitos independentemente de provisão econômica ou de dotação financeiro-orçamentária prevista em leis orçamentárias. Não se admite a oposição pelo Poder Público de defesa fulcrada no princípio da “reserva do possível”[28];
- c) Direitos exigíveis, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta de bens e/ou serviços por parte do Estado, em virtude da sua jusfundamentalidade, que se relaciona com a própria existência do ser humano.

Feitas essas considerações, é possível estabelecer o seguinte quadro esquemático, explicativo das causas e efeitos das diferenças existentes entre direitos sociais *lato sensu* e direitos sociais *stricto sensu*:

DIREITOS SOCIAIS

DIFERENÇAS EXISTENTES

EFICÁCIA

Direitos Sociais

Direitos Sociais

Stricto Sensu

JURÍDICA E SOCIAL (*) *Lato Sensu*

ou Mínimo Existencial

Positivados, comumente, por meio de normas programáticas por meio de normas positivados

(eficácia contida ou limitada), programáticas, é possível dependentes de interposição extrair uma eficácia legislativa para a sua jurídica mínima. Assim, a sua exigibilidade é extraída diretamente do Texto Constitucional.

EFICÁCIA JURÍDICA

Os Poderes de Estado só Os Poderes de Estado estarão subordinados ao seu submetem ao seu comando normativo, após a normativo de forma imediata e regulamentação pelo direta, com fulcro no Texto legislador infraconstituonal. Constitucional.

Insindicabilidade pelo Poder Sindicabilidade pelo Poder Judiciário: afronta ao Judiciário: não há afronta ao princípio da separação de princípio da separação de poderes. Só os Poderes poderes. Estes direitos não Legislativo e Executivo têm estão à disposição da as prerrogativas de fixar e deliberação política ou da executar políticas públicas. maioria parlamentar.

Efetividade dependente da Efetividade independente
 “reserva do possível”. da “reserva do possível”.

EFICÁCIA SOCIAL

Efetividade independente da existência de um sistema prévio de oferta de bens e/ou Efetividade dependente da serviços por parte do Estado existência de um sistema (e.g.,até que o Estado prévio de oferta de bens e/ou disponibilize os bens ou serviços por parte do Estado. serviços exigíveis, pode o Judiciário obrigar o particular a oferecê-los às expensas do Estado).

EFICÁCIA POSSÍVEL	SOCIAL	Igualdade Formal	Igualdade Material
(face às diferenças existentes quanto à efetividade desses direitos)	(face às diferenças existentes quanto à efetividade desses direitos)	(justiça formal)	(justiça material)

(*)Ingo W. Sarlet (2007), com supedâneo em outros doutrinadores, ensina que a eficácia jurídica designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos

jurídicos (“dever ser”), na medida de sua aplicabilidade, e, a eficácia social ou efetividade designa a real obediência e aplicação da norma no plano dos fatos (“ser”). São fenômenos conexos, encarados sob prismas diversos: aquela como potencialidade, esta como realizabilidade.

2.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal na temática do mínimo existencial

Em linhas gerais, compulsando alguns julgados, os fundamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do acolhimento ao mínimo existencial podem ser assim sintetizados:

a) **em relação ao pedido de vaga em creche e em pré-escola, bem como em escola de ensino fundamental municipais:** a Corte Suprema em tais situações tem determinado ou reafirmado a concessão da vaga pleiteada com base nos seguintes argumentos:

- direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV) e por isso juridicamente vinculante;

- a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, não se podendo comprometer a eficácia desse direito básico de índole social;

- embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional;

- o Estado deve criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a fruição deste direito constitucionalmente assegurado;

- os direitos sociais de segunda geração exprimem, por um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões que estas se projetem;

- necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial;

- a omissão do Estado, que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior

gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição;

- a reserva do possível deve ser levada em conta, vez que a realização dos direitos sociais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. (ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29/04/2004; DJ 04/05/2004; RE-AgR nº 410715/SP; Rel. Min. Celso de Mello; julg. 22/11/2005; DJ 03/02/2006; RE nº 467255/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22/02/2006, DJ 14/03/2006).

b) **em relação ao pedido de fornecimento de medicamento de alto custo:** a então Presidente da Corte Suprema, em suspensão da execução de liminar concedida em Mandado de Segurança que determinou o fornecimento do medicamento pelo Estado, indeferiu o pedido sob os seguintes argumentos:

- insuficiência econômica do impetrante para custear a aquisição do medicamento solicitado;

- medicamento devidamente registrado junto à Anvisa;

- a ausência do medicamento poderia ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente. (SS nº 3382/RN; Rel. Min. Ellen Gracie; julg. 22/11/2007; DJ 29/11/2007).

2.3.1 Breve Análise Crítica acerca do Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Observa-se que a Excelsa Corte tem se pronunciado, ainda que de forma tímida e incipiente, a favor dos direitos sociais prestacionais reveladores do mínimo existencial, em consonância com os modernos estudos doutrinários de caráter pós-positivista, onde a consideração pelo sopesamento dos princípios constitucionais (v.g., princípios da dignidade humana e da solidariedade social) é levado em conta para a solução dos casos concretos.

Quando se trata de direitos sociais mínimos, observa-se que o Supremo tem ultrapassado os velhos e persistentes obstáculos jurídicos consistentes na discussão acerca da “discricionariedade administrativa” e do “princípio da separação de poderes”.

Entrementes, a fragilidade das decisões proferidas pela Corte Suprema nesta seara revela-se, sobretudo, no acatamento incondicional do princípio da reserva do possível, de índole orçamentária. Esta questão fática, aos olhos da mencionada Corte, parece até o momento uma barreira intransponível.

Outrossim, em que pese o avanço do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesta temática, há ainda caminhos a avançar. Contudo, não se pode deixar de considerar que são poucos, ainda, os processos que têm chegado nessa esfera

do Poder Judiciário e, inclusive por este motivo, os avanços são percebidos de forma mais lenta.

CONCLUSÃO

O mínimo existencial levanta a questão sobre os fins do Estado e sobre a sua própria razão de ser e existir.

Qual o fundamento da existência do Estado, senão para, ao menos, conferir vida digna a todos os seus co-cidadãos? De que adianta a gigantesca estrutura administrativa estatal, com os servidores públicos percebendo altos salários e a busca constante pelo aperfeiçoamento funcional, pela excelência e eficiência da prestação dos serviços públicos, bem como os crescentes índices de arrecadação, batendo recordes anuais e sucessivos, se a maioria da população encontra-se na miséria, sem ter acesso ao atendimento básico de saúde ou à alimentação nutricional mínima, à moradia digna ou à escolaridade fundamental e, ainda, sem possuir sequer um nível de informação razoável sobre os seus direitos como cidadãos para reclamá-los em juízo? Como vivenciar a cidadania, se as pessoas não são tratadas como cidadãos?

Qual a razão de ser do Estado? O porquê da sua existência? Qual a legitimidade de um Estado que se proclama democrático, mas governa para manter o privilégio de poucos contra a exclusão social e econômica da maioria?

Um Estado Democrático de Direito só se justifica se for dirigido ao interesse da maioria. E o interesse da maioria passa **necessariamente** pelo atendimento, por parte do Estado, do **mínimo existencial**.

Por outro lado, percebe-se de forma clara a íntima correlação existente entre a temática da efetividade dos direitos sociais prestacionais e a liberdade, a igualdade, a dignidade humana e a justiça material.

A justiça social e, portanto, material, só se concretizará plenamente se o ser humano for tratado com respeito e quando existir um patamar mínimo de igualdade que seja vivenciado por toda a sociedade brasileira.

Verifica-se que o papel do Estado na realização da justiça social, por meio da concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, subsume-se em uma tarefa imprescindível, impostergável e urgente, eis que diretamente vinculada a uma vida digna.

Outrossim, releva destacar que o mínimo existencial representa um direito público subjetivo do particular em exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações fáticas realizadoras de progressivo bem-estar social, lembrado que, atualmente, ante o déficit promocional de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Executivo, órgão responsável pela implementação das políticas públicas, o protagonismo do Judiciário se encontra na ordem do dia.

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário deve ser repensado e reestruturado para atender às demandas sociais de maneira mais ágil e eficiente, adotando-se uma interpretação criativa e emancipatória que considere a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, cuja eficácia possa ser extraída diretamente do Texto Constitucional.

Mister considerar que, para que o mínimo existencial se cumpra, não se pode opor-lhe a reserva do possível, a reserva do orçamento ou outras razões de discricionariedade administrativa ou política, haja vista que é ele derivado de um mandamento constitucional nuclear e vinculante, sobre o qual não se admite tergiversação.

Por fim, importante trazer à colação manifestação do jurista Renato Zerbini R. Leão (2001,156) que, ao argumentar a favor da indivisibilidade e complementariedade de todos os direitos humanos, imprimindo igual *status* hierárquico e grau de relevância dos direitos sociais, econômicos e culturais frente aos direitos civis e políticos, no sentido da aplicabilidade imediata e plena justicialidade dos mesmos, assim se manifesta de forma emblemática:

Pois de que serve o direito à vida, se as pessoas não podem desfrutá-la com dignidade? De que serve o direito ao voto, se as pessoas não têm condições de vivenciar a democracia diariamente? De que serve o direito ao devido processo se as pessoas não têm o que comer ou onde viver? De que serve o direito à liberdade de ir e vir e de expressão se as pessoas não têm saúde e não podem tratar-se? Do que serve o fortalecimento e a interdependência entre o Executivo, Legislativo e Judiciário se a população está morrendo de fome, frio e enfermidades? Os direitos humanos são civis, culturais, econômicos, políticos e sociais.

REFERÊNCIAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista Direito Público**. São Paulo, v.14, n.57/58, p.233-256, jan./jun. 1981.
3. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
4. BARROS, Paes de; FOGUEL, Miguel Nathan; ULYSSEA, Gabriel (Org.). Desigualdade de renda no Brasil: uma análise de queda recente. **Ipea**. Brasília, 2006, 1 v. Disponível em <Http://www.ipea.gov.br> Acesso em: 27 jun. 2008.

5. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
6. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
7. _____. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 14. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992,
8. BRASIL. Constituição (1988). 41. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
9. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
10. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
11. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
12. DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2.ed. São Paulo: Madras, 2005.
13. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2003.
14. FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, n. 165, p. 47, jan./mar.2005.
15. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
16. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
17. LIMA, Máriton Silva. A história dos direitos sociais. **Jusnavigandi**. Disponível em: [Http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7434](http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7434). Acesso em: 29 jun. 2008.
18. LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
19. MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
20. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

21. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.
22. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007 (Coleção questões da nossa época: v. 134).
23. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
24. _____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
25. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3.ed. 3ª Tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
26. TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[1] Consoante dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a desigualdade de renda brasileira está entre as maiores do mundo, em que pese o crescimento da melhoria distributiva de 7,6% , em 2005. A parcela dos 50% mais pobres sobe de 12,5% para 14,1% entre 2001 e 2005. Já a fatia dos 10% mais ricos, cai de 47,2% para 45,1%.

[2] Norberto Bobbio (2007,113), ao realçar a importância da análise funcional do direito, não despreza a sua análise estrutural; ao contrário, ele entende que ambas as teorias devem “avançar lado a lado, sem que uma eclipse a outra”, vez que é relevante ter uma visão macrossistêmica do fenômeno jurídico.

[3] Norberto Bobbio (2007,102) lista diversas funções do direito, conforme classificações propostas por vários doutrinadores. Pela abrangência, cita-se neste estudo a classificação elaborada por V. Aubert (cfe. artigo “The social function of Law”), que são: a) fortalecimento da autoridade das regras de conduta promulgadas com o fim de conseguir a sua observância; b) solução de conflitos; c) distribuição de recursos.

[4] Ana Carolina Lopes Olsen (2008, 28-29) observa, com respaldo inclusive em Abili Lázaro Castro de Lima, que “os fundamentos da teoria econômica neoliberal não se coadunam com um Estado aparelhado estruturalmente para fornecer à população determinadas prestações materiais de cunho social como educação, saúde, moradia e assistência social. Difundiu-se a retórica de ‘Estado mínimo’, que seria meramente fiscalizador das atividades desempenhadas no seio da sociedade. Contudo, em países com extrema desigualdade social como o Brasil, em que a iniciativa privada não tem condições – ou interesse – de atender as necessidades da parcela da população que vive abaixo das condições de inserção no mercado (os chamados excluídos), pode-se afirmar

de antemão que os direitos sociais têm um importante papel a cumprir.” Por outro lado, Jorge Miranda (2000, 8) enfatiza que não há direitos fundamentais a serem realizados no Estado totalitário ou no totalitarismo integral, bem como sem comunidade política integrada.

[5] Mister recordar nesse passo, com base em Norberto Bobbio (1992, 72), quando diferencia as formas de efetivação dos clássicos direitos de liberdade em face dos direitos sociais, é observado que se em relação aos primeiros, que nascem contra um Estado forte e objetivam limitar este poder, aos últimos, surge a necessidade inversa de ampliação dos poderes de Estado.

[6] Esta advertência é necessária, pois há doutrinadores refratários à idéia de que direitos sociais possam ser direitos fundamentais, sob um dos argumentos de que como suas normas têm natureza programática são, por isso, incapazes de gerar direitos subjetivos aos seus titulares.

[7] Ingo W. Sarlet assevera que o conceito de dignidade humana, a despeito de possuir contornos vagos e característica polissêmica que demanda uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, merece ser construído para que possa servir de referencial de sua própria concretização, evitando-se uma aplicação arbitrária e voluntarista.

[8] Ingo W. Sarlet (2008, 63) utiliza como critério aferidor de uma vida saudável aquele adotado pela OMS – Organização Mundial de Saúde, quando se refere a um “completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.”

[9] Como se verá mais detidamente adiante, o presente estudo foca-se sobretudo na natureza prestacional da dignidade humana.

[10] De acordo com artigo de Máriton Silva Lima, vários foram os documentos pontifícios que foram acompanhando a evolução histórica de seu tempo, voltados para as questões sociais subjacentes à idéia de solidariedade cristã, exercendo forte influência na formulação e no avanço dos direitos sociais, dentre os quais se destacam: *Rerum Novarum* (Leão XIII, 1891); *Quadragesimo Anno* (Pio XI, 1931); *Mater et Magistra* (João XXIII, 1961); *Pacem in Terris* (João XXIII, 1963); *Populorum Progressio* (Paulo VI, 1967); *Octogesima Adveniens* (Paulo VI, 1971); *Laborem Exercens* (João Paulo II, 1981); *Sollicitudo Rei Socialis* (João Paulo II, 1987) e *Centesimus Annus* (João Paulo II, 1991).

[11] Extremamente relevante é a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, 233-234) acerca da organização do universo jurídico conforme os princípios da justiça, o qual conhece duas possibilidades tipológicas denominadas de sistema formal e sistema material, *verbis*: “O primeiro [sistema formal] é um tipo que organiza o conjunto de normas vigentes como uma relação que vai do genérico ao particular. Essa ordem é justa à medida que consegue delimitar, conforme o princípio da igualdade, as diversas competências da autoridade jurídica, [...] donde a justiça como igualdade de todos perante a lei. O segundo tipo [sistema material] organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação uniforme que vai do universal ao específico, conforme graus

de universalidade. [...] Assim, a ordem é justa à medida que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangentes de inclusão ou exclusão. Aqui a eleição de um princípio gera, conhecidamente, diversos posicionamentos, ora falando-se em bem comum, ora em necessidades vitais, ora em respeito à dignidade do homem, ou como cidadania, ou como desígnio divino etc.[...]. Donde o reconhecimento como justa de uma ordem que se organiza e se baseia em um elenco de direitos fundamentais materiais (vida, propriedade, liberdade, segurança)”.

[12] Consoante escólio de Ingo W. Sarlet (2007, 106) “os direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo [Título II da CF]”. Observa-se que os direitos fundamentais constantes do Título II da CF, além de formalmente são materialmente fundamentais, irradiando esta materialidade para outros direitos individuais e coletivos que não constam deste “catálogo”, por força do § 2º do art. 5º da CF, que imprime uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais. Para o ilustre doutrinador (2007, 101) o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais “é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente constitucionais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.”

[13] Robert Alexy (2008, 444) adverte que, ao contrário dos direitos a ações negativas, “os direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos”. De outro lado, o doutrinador esclarece que os direitos a prestações somente podem ser assim considerados se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. Ele distingue os direitos subjetivos que não têm nível constitucional e os de nível constitucional que não outorgam direitos subjetivos. Não serão tratadas estas nuances, eis que extrapolam os modestos limites do presente estudo.

[14] Ingo W. Sarlet esclarece que o conceito de direitos sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo o que se denomina liberdades sociais (e.g., direito de greve, liberdade sindical), que podem ser reconduzidas ao direito de defesa. Assim, conclui que os direitos sociais não são exclusivamente prestacionais. Entretanto, pode-se identificar os direitos a prestações em sentido estrito, conforme proposto por Robert Alexy, com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

[15] Fábio Konder Comparato (2007, 38-39) leciona que o “movimento constante e inelutável de unificação da humanidade” que atravessa toda a história, pode ser traduzido como o sentimento de solidariedade humana, cujos fatores são de duas ordens: técnica e ética. No primeiro caso, “traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida” e, a última, que busca “submeter a vida social ao valor supremo da justiça”.

[16] Não se pode olvidar, conforme adverte Norberto Bobbio (1992,1) que a democracia é o terreno fértil onde são viabilizadas a proclamação (teoria) e a garantia (prática) de todos os direitos humanos.

[17] *In Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. 3ª Tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

[18] *In O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5.ed.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[19] Segundo Alexy (2008, 503) uma das teses baseadas no argumento da liberdade sustenta que “a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas”. Exemplifica-se com o caso de determinação constitucional de conferir o acesso universal às medidas promotoras, protetivas e de recuperação da saúde, se o Estado não disponibilizar ações e serviços públicos de saúde aos hipossuficientes.

[20] Para Alexy, os princípios formais são competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes; já os princípios materiais dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros e a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

[21] Esta proteção contra a insegurança reformista refere-se a uma das características essenciais dos direitos fundamentais consubstanciada nas “cláusulas pétreas”, conforme previsão do inciso IV, § 4º, art. 60 da CF.

[22] Constatou-se que o STF não reconhece esse princípio, vez que nos julgamentos das ADIn's nºs 3105 e 3128 manifestou pela constitucionalidade da instituição da taxa previdenciária de inativos disciplinada pela EC nº 41/2003.

[23] Luís Roberto Barroso (2001), ao enumerar os meios para assegurar a efetividade das normas constitucionais, deixa evidenciada a importância do desenvolvimento de remédios processuais para as situações jurídicas materiais e cita como exemplos a tutela coletiva (ação civil pública, mandado de segurança coletivo e ação popular) e o procedimento de execução específica das obrigações de fazer. Pode-se também incluir neste rol a imposição da tutela de urgência prevista no art. 273 do CPC.

[24] Nesta quadra da exposição, oportuna é a manifestação de Boaventura de Sousa Santos (2007, 16-17), para quem “o protagonismo dos tribunais emerge da mudança por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc)”.

[25] Registre-se, por oportuno, que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) determina no inciso III do art. 5º, que a Lei Orçamentária Anual (LOA) deverá conter **reserva de contingência**, cuja forma de utilização e

montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), destinada ao atendimento de “passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos”. Pelas mencionadas expressões são entendidos, inclusive, débitos decorrentes de sentenças judiciais. Nesse sentido, infere-se que a previsão de dotação orçamentária a título de reserva de contingência é refratária à idéia de reserva do possível oposta como defesa da Administração Pública, uma vez que, como pode manter-se a alegação de que não há dotação para atender determinada obrigação exigível por determinação judicial, se há a previsão para casos que tais na mencionada rubrica? No Estado de Goiás, por exemplo, as últimas LDO’s, assim como a vigente (Lei nº 16.107/2007, art. 32), fixou a reserva de contingência no percentual mínimo de 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida estimada para o exercício seguinte. Tomando-se, a título de verificação, o valor da receita corrente líquida do 1º quadrimestre de 2008 (fonte: www.tce.go.gov.br) tem-se: R\$ 7,464.274.000,00 (sete bilhões, quatrocentos e sessenta e quatro milhões e duzentos e setenta e quatro mil reais) e 5% deste montante corresponde a **R\$ 373.213.700,00** (trezentos e setenta e três milhões, duzentos e treze mil e setecentos reais). Valor extremamente expressivo, portanto.

[26] O autor (1991, 22-23) dispõe que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

[27] Registre-se, por oportuno, que essa preocupação é tão viva na lição dos doutrinadores pátrios que Ana Paula de Barcellos (2008), como uma proposta de concretização do mínimo existencial, delimita o núcleo essencial dos direitos sociais em relação à educação, saúde, assistência social e acesso à justiça.

[28] Conforme leciona Ana Paula de Barcellos (2008, 261; 268), “de forma geral, a reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. Complementa a autora: “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”.

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA *

THE INCORPORATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES INTO BRAZILIAN DOMESTIC LAW

Sidney Guerra

RESUMO

Resumo: O artigo trata da incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, são feitas considerações sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, representadas nas seguintes correntes: i) reconhecimento da natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos; ii) reconhecimento da natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; iii) afirmação de que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária; iv) afirmação de que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal. Em seguida, tratamos da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, prosseguindo com referências aos direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Posteriormente, abordamos alguns aspectos procedimentais relativos à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil e encerramos com elementos sobre o tratamento da matéria no direito comparado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS, INCORPORAÇÃO, ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

ABSTRACT

Abstract: The article is about the incorporation of the International Treaties of Human rights into the Brazilian legal order. Firstly some considerations are made about the question of the hierarchy of the international treaties of human rights as being incorporated into the Brazilian legal order, represented in the following ideas: i) recognition of the supranational nature of the international treaties of human rights; ii) recognition of the constitutional nature of the international documents of human rights; iii) affirmation that the international conventions have nature of law; iv) affirmation that the treaties of human rights have supra-legal character. Next it will be studied the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

incorporation of the international treaties of human rights into the Brazilian legal order from the Constitutional Amendment number 45/04, continuing with references to the formal rights and materially fundamental ones and the material opening of the fundamental rights in the Brazilian constitutional order. Subsequently, it will be broached some procedure aspects in relation to the inclusion of the international treaties of human rights in Brazil. We will close it with some elements about the treatment of this subject in the compared right.

KEYWORDS: KEYWORDS: INTERNATIONAL TREATIES OF HUMAN RIGHTS, INCORPORATION, BRAZILIAN LEGAL ORDER

1. Notas introdutórias sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos[1]

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao ser promulgada em 1988, atribuiu um valor maior ao estudo dos Direitos Fundamentais, estabelecendo aplicação imediata aos mesmos, seguindo uma tendência internacional.[2] Todavia, com a dicção do parágrafo segundo se inicia um grande debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A matéria passou a comportar várias interpretações, transformando-se em assunto extremamente controverso e que dá margem para vários entendimentos.

Embora a matéria suscitasse calorosos posicionamentos em sede doutrinária e jurisprudencial, havia uma tendência natural para aceitação de uma das teses (será apresentada a seguir), mas, com a reforma constitucional ocorrida em dezembro de 2004, o tema ficou ainda mais complicado no Brasil. A Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, propiciou algumas mudanças significativas na ordem constitucional brasileira e, particularmente para efeito desse estudo, tratou de inserir o parágrafo 3º no artigo 5º. [3]

Há um intenso debate em torno das correntes que hoje estão se digladiando na doutrina e na jurisprudência em relação à matéria, isto é, sobre qual *status* se apresentam os tratados de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, podem ser apresentadas quatro linhas de pensamento: i) a corrente que reconhece natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos; ii) a corrente que reconhece natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; iii) a corrente que afirma que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária; iv) a corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal. Passemos a análise de cada uma das teorias.

1.1. Os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional

A primeira teoria que se apresenta, tem como expoente no ordenamento jurídico brasileiro o professor Celso Albuquerque de Mello que faz a defesa das normas internacionais em relação as normas de direito interno. Segundo ele, os tratados internacionais de direitos humanos seriam preponderantes mesmo se confrontados com o texto constitucional.

Isso significa que nem mesmo a emenda constitucional suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos. Celso Mello apresenta suas considerações valendo-se especialmente do estudo do direito numa perspectiva de natureza política, enfatizando que mesmo no exercício do Poder Constituinte, este estaria subordinado ao próprio Direito Internacional: “Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado.”[4]

Posteriormente, Celso Mello apresenta as teorias que procuram explicar as relações envolvendo o Direito Internacional e o Direito Interno (monismo e dualismo), para depois tecer severas críticas ao Brasil por ignorar o tema no plano constitucional, deixando para que a jurisprudência resolva os casos em que haja o conflito da norma interna e da norma internacional: “A ordem internacional é quem define as competências que o Estado possui. O próprio Estado só existe em função de tal ordem. (...) No Brasil este tema é praticamente ignorado. As nossas constituições praticamente não o versaram. A omissão mostra o pequeno papel das relações internacionais na vida brasileira, bem como a “existência” do Brasil mesmo como potência de segunda classe na ordem internacional. O conflito entre norma interna e internacional foi sempre resolvido pela jurisprudência. Na década de 50 o Supremo Tribunal Federal dava o primado ao DI. No governo Geisel, em pleno autoritarismo militar, o mesmo tribunal afirma que a norma mais recente revoga a anterior, seja ela interna ou internacional. Foi assim adotado de modo simplista a tese do dualismo.”[5]

Como acentua Mello[6], o conflito entre o direito interno e o direito internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do direito internacional; que ocorre na prática internacional como nas hipóteses: uma lei contrária ao direito internacional dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilidade internacional; uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior. Com efeito, a jurisprudência e a doutrina internacional têm sido unânime em consagrar a primazia do direito internacional. [7]

Sem embargo, quando o critério nacional consagra a supremacia do direito internacional sobre a ordem interna, não importando se um mandamento constitucional ou lei ordinária, claro está a sua compatibilidade como Direito Internacional Público, eis que, conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as disposições internas de um Estado não podem ser usadas por ele como justificativa para o inadimplemento de uma obrigação fundada em tratado.

Quando o critério consagra a supremacia do direito interno, este é incompatível com a principiologia do Direito Internacional Público. Outro ponto de destaque é a previsão da Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928, que foi devidamente promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5647/29 que estabelece em seu artigo 11: “Os

tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.” [8]

Já a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 consagra em seus artigos 26 e 27, respectivamente: *Pacta Sunt Servanda* - Todo tratado que entra em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Direito Interno e observância de tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” [9]

Ou seja, a partir do momento que o Estado se submete às normas internacionais e venha a descumpri-las estaria praticando um ato ilícito e, portanto, sujeito a uma reparação internacional. Assim Mello dispôs sobre a matéria: “A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan. Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.”[10]

Embora a teoria apresentada por Celso Mello seja extremamente interessante, fica difícil para acompanhar o posicionamento do saudoso mestre em razão de algumas situações que se manifestam na ordem constitucional brasileira. A começar pela observância dos princípios da supremacia formal e material da Constituição brasileira sobre todo o ordenamento jurídico. Assim sendo, caso houvesse a aplicação preponderante da tese defendida por Celso Mello ter-se-ia uma limitação inclusive de verificar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

1.2.Os tratados de direitos humanos com natureza constitucional

A respectiva teoria tem um grande número de seguidores no Brasil, sendo certo que o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade foi fundamental para a sua aceitação pela doutrina como também pela jurisprudência, como se vê: “A novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.”[11]

A Constituição brasileira de 1988 passou a dispensar tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos onde a pessoa humana passa a ocupar posição central. Mais uma vez sob a batuta de Cançado Trindade, verifica-se que a incorporação das

normas internacionais de direitos humanos no direito interno constitui-se fundamental e de alta prioridade: “Da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos.”[12]

A partir das sementes lançadas por Cançado Trindade e incorporada por grande parte da doutrina, a idéia é a de que os Tratados de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pela dicção dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF. Nesse diapasão o magistério de Cançado Trindade: “O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”[13]

Na mesma linha de raciocínio, a manifestação de Flávia Piovesan: “A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.”[14]

A teoria aqui exposta parecia estar “caminhando a pleno vapor” principalmente porque havia entendimento significativo (tanto na doutrina quanto na jurisprudência), de que enquanto os tratados internacionais “gerais” teriam força hierárquica infraconstitucional, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos deveriam apresentar valor de norma constitucional. A matéria foi retomada “em grande estilo” em dezembro de 2004, com a EC n.º 45 onde foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º no artigo 5º da Constituição brasileira. A inserção do parágrafo 3º deveria sanar e encerrar todas as controvérsias sobre a matéria, como alguns autores chegaram a afirmar a exemplo de Celso Lafer: “O novo parágrafo 3º do artigo 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias

jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.” [15] Entretanto atentem as manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Primeiro para o RHC 19975 / RS - Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2006/0166260-3, tendo como Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, cujo julgamento ocorreu em 21 de setembro de 2006, onde colhe-se a ementa:

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Prisão civil de depositário infiel. Alienação das cotas da sociedade pelo depositário. Transferência do encargo atrelada à autorização judicial. Possibilidade de decretação da prisão mesmo após o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal. Penhora em execução fiscal. Falência superveniente. Súmula 305/STJ. Não incidente na hipótese dos autos.

[...]

4. Quanto aos tratados sobre direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação da sua força normativa - de ordinária para constitucional - também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por *quorum* qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Continua prevalecendo, por isso, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil do depositário infiel.

5. Nos termos do § 3º do art. 5º da CF (introduzido pela EC 45/2004), "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Trata-se de exceção à regra geral segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil incorporam-se ao direito interno como lei ordinária.

6. É cabível a prisão civil de depositário infiel de bens penhorados em execução fiscal.

7. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (grifei)

Por outro lado, atentem para o RHC 18799 / RS - Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2005/0211458-7 cujo relator foi o Ministro José Delgado, publicado em 09 de maio de 2006:

“Constitucional. Processual penal. Recurso Ordinário em habeas corpus. Execução fiscal. Depositário infiel. Penhora sobre o faturamento da empresa. Constrangimento ilegal. Emenda Constitucional nº 45/2004. Pacto de São José da Costa Rica. Aplicação Imediata. Ordem concedida. Precedentes.

[...]

c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com *quorum* de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo

dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional;

d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;

e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa;

[...]

8. Recurso em habeas corpus provido para conceder a ordem.” (grifei)

Com efeito, mesmo com a inserção do referido dispositivo constitucional, não houve até o presente momento pacificação em relação à matéria. Assim é que os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro devem continuar com a natureza de direitos materialmente constitucionais salvo, e a partir da previsão estampada no parágrafo 3º do artigo 5º, se forem observados os requisitos previstos no referido inciso que deverão adotar a classificação de direitos formalmente constitucionais. [16]

1.3.Os tratados de direitos humanos com a natureza de lei ordinária

Essa teoria foi adotada no Brasil especialmente a partir da manifestação do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial n. 80.004 /SE, que teve como relator o Ministro Xavier de Albuquerque. Trata-se de uma grande referência nos estudos dos Tratados Internacionais no Brasil por terem os Ministros apresentado opiniões e votos divergentes, onde verificou-se em determinado momento o primado do direito internacional em relação ao direito interno, como também a possibilidade de serem os tratados internacionais modificados por normas internas que fossem posteriores ao mesmo. O caso versava sobre a Lei Uniforme de Genebra sobre as letras de câmbio e notas promissórias, que colidia em seu conteúdo com o Decreto 427/69.

No julgamento entendeu-se que poderia haver colisões entre as normas de direito internacional com as normas de direito interno, devendo ser aplicada a máxima *lex posteriori derogat priori*, na medida em que inexistia um critério expresso na Constituição, prevalecendo, assim, a última vontade do legislador. A matéria foi retomada pelo STF, apresentando inclusive grande inquietude, sob a égide da Constituição vigente em razão do impulso da teoria desenvolvida por Cançado Trindade. O Plenário do Supremo apreciou a matéria no HC 72.131 RJ, tendo como relator para o acórdão o então Ministro Moreira Alves. O assunto versava sobre a prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, onde colhe-se a ementa:

“*Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida.”

Vale ressaltar a previsão que vem expressa na Constituição brasileira em seu artigo 5º, inciso LXVII que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel; o Pacto de São Jose da Costa Rica estatui no artigo 7º, parágrafo 7º que ninguém deve ser detido por dívidas.

O caso acima mencionado, e que fora apresentado no Plenário do Supremo Tribunal Federal, revestiu-se de grande interesse, criando-se igualmente grande expectativa em relação à matéria. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal com sua decisão, frustrou aqueles que esperavam um posicionamento diverso, haja vista que reafirmou a idéia de que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo status de legislação ordinária e os possíveis conflitos envolvendo a norma interna e internacional deveriam ser resolvidos de acordo com a idéia, já esposada no Supremo Tribunal Federal, da lei posterior revoga a lei anterior. Ademais, foi apresentado nesse caso que o artigo 7º, 7 do Pacto de São Jose da Costa Rica, por ser norma geral, não poderia também revogar uma legislação ordinária de caráter especial.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apresentar a mesma linha de entendimento em outros casos. Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria, não nos parece adequada e que deva prosperar, principalmente a partir da previsão constitucional, conforme demonstrado em tópico precedente.

1.4. Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal

O entendimento foi concebido no Brasil, também no STF, em sessão realizada no dia 29 de marco de 2000, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que teorizou sobre a possibilidade dos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, terem uma natureza supralegal. Ou seja, como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição, os que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro, significando dizer que estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Esse pensamento foi retratado no RHC n. 79785-RJ[17], como se vê:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau, e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.

4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação

oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamizadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

Foi a partir daí que houve a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição.

Se assim é, a primeira vista, parificar as leis ordinárias os tratados a que alude o artigo 5, parágrafo 2, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.”

A tese levantada pelo Ministro Pertence, em verdade se aplica em outros países, como por exemplo, na Alemanha e na França onde os tratados de direitos humanos gozam de uma situação diferenciada. Na Alemanha, as regras gerais de direito internacional público fazem parte do direito federal e, portanto, se sobrepõem ao direito interno. Na França os direitos humanos têm primazia em relação ao direito interno. Aqui no Brasil, a Constituição da República não estabeleceu esta prevalência.

2. Considerações sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n° 45/04

A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o imenso catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988, constituem marcos no processo de redemocratização do país e traduzem o reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Rompe-se com a idéia de soberania absoluta para uma concepção mais flexibilizada, em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos. A ratificação de inúmeros tratados de direitos humanos pelo Brasil confirma o compromisso com essa visão humanizante, reforçada na Constituição de 1988.

No entanto, o tema da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi alvo de grandes controvérsias. Esse debate originou-se do estabelecido no 5° § 2° CF/88, que assim dispõe: “§2°. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Diversas correntes interpretativas surgiram a partir daí para entender como se daria a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil, como já foi explanado anteriormente. Talvez, o único consenso estivesse pautado na necessidade de uma mudança no texto constitucional para eliminar controvérsias. Contudo, mesmo com a chegada da EC nº 45/04, que traz uma inovação na matéria, os questionamentos estão muito longe de ter fim. Na verdade, o novo §3º do art. 5º da Constituição acabou por suscitar ainda mais incongruências.

O art. 5º §2º, da Constituição de 1988, dispõe sobre a cláusula de abertura, ou da não tipicidade dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura sempre se fez presente nas constituições brasileiras, ainda que sua existência não necessariamente correspondesse à sua eficácia em determinados momentos históricos, em que o País assistiu ao desrespeito aos direitos fundamentais que já eram resguardados pela Lei Magna. Nas constituições brasileiras o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo dos direitos fundamentais.[18] Pela cláusula de abertura permite-se a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, estendendo o rol de direitos fundamentais (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais). Essa ampliação garante que os direitos fundamentais, que são um elemento básico para a realização do princípio democrático, exerçam uma função democratizadora. Para melhor entender a idéia de abertura a outros direitos fundamentais torna-se importante proceder a um estudo que classifica os direitos fundamentais em duas espécies de acordo com a qual existiriam: os direitos formais e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal) e os direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento expresso no texto constitucional). Partir-se-á desta análise para aprofundar o debate.

2.1. Direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

Por fundamental entende-se aquilo que é essencial, relevante, necessário, basilar, que serve de alicerce. A noção de direitos fundamentais está diretamente vinculada à característica da fundamentalidade. Conforme o tratamento doutrinário um direito pode ser formal e materialmente fundamental. Identificar esta dupla noção de um direito é um proeminente instrumento para auxiliar na interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre a abertura do rol a direitos não positivados expressamente no seu texto. Considera-se direito formalmente fundamental aquele que se encontra positivado na Constituição e, por conseqüência: a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o topo de toda a ordem jurídica; b) é norma constitucional sujeita as limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); c) é norma de aplicação imediata e vincula a entidades públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas.[19]

São normas, portanto, que como todas as demais normas constitucionais contam com a supremacia no ordenamento jurídico e que devido sua importância para o indivíduo e para a coletividade receberam um tratamento diferenciado pelo poder constituinte destacando-se a aplicação imediata de seus comandos e a maior proteção no que concerne a possibilidade de mudanças do seu conteúdo pelos poderes constituídos.[20]

Por sua vez, considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado e da sociedade e que, podem ou não, encontrarem-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a idéia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.[21]

A indicação do sentido formal e material de um direito fundamental vem consignada por Jorge Miranda, quando apresenta o seu entendimento de direitos fundamentais. Na ocasião adverte que todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material, contudo existem direitos em sentido material para além dos direitos em sentido formal. Portanto, os dois sentidos podem não coincidir.[22]

Jorge Miranda também se preocupa em expor certas dúvidas e objeções levantadas sobre a concepção de direito fundamental em sentido material, sendo a primeira delas a neutralidade que poderia supor-se equivalente a um radicalismo aos valores permanentes da pessoa humana. A segunda, sugere que por abarcar uma diversidade de concepções poderia levar a um relativismo inseguro. A terceira, pontua que conceber os direitos fundamentais a mera expressão escrita numa Constituição de um determinado regime político seria o mesmo que admitir que a não consagração ou a consagração insatisfatória, ou mesmo a violação sistemática de certos direitos seria, no mínimo, natural, só porque foram considerados de menor relevância para um regime político. Nesta ótica não faria qualquer diferença acrescentar a um direito a designação de fundamental, pois estes direitos só seriam fundamentais quando dispostos como tais por um determinado regime político.[23] Contudo, o autor rebate estas críticas ao afirmar que por serem os direitos fundamentais direitos básicos da pessoa que numa determinada época e lugar constituem o nível da sua dignidade, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias históricas.[24] Deste modo, não predominaria uma visão imutável dos valores da pessoa humana que se manteriam indelévels as mudanças históricas operadas no homem e na sociedade.

O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduz apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas são direitos procedentes da idéia de Constituição e de Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto. Mesmo que a esta idéia ou sentimento correspondesse a uma Constituição material desfavorável aos direitos das pessoas, o problema não seria tanto dos direitos fundamentais em si mesmos, mas sim um problema relativo ao caráter do regime político correspondente que tem assento na questão de sua legitimidade.[25]

Qualificar como direitos fundamentais apenas os direitos em sentido formal seria o mesmo que abandonar a sua historicidade, pois de pronto se negaria a possibilidade de consagração de outros direitos que, ao longo do tempo, adquiriram relevância para a sociedade ao ponto de serem considerados sob o caráter de sua fundamentalidade. Nota-se, a partir das considerações trazidas até o momento, que o caráter fundamental dos direitos não está diretamente correlacionado à sua previsão na Constituição.

A noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).[26]

3. Dimensões procedimentais relativas à internalização no ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais sobre direitos humanos

O procedimento para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil em data anterior a aprovação da EC n.º. 45/04, ensejou o acalorado debate que resultou na afirmação de quatro correntes a sustentar posições diferenciadas sobre a hierarquia dos tratados internalizados na ordem jurídica pátria. Esta matéria já foi objeto de explanação anteriormente e por esta razão tal discussão não será pormenorizada nesta etapa, deixando maiores comentários circunscritos apenas a corrente que pretende-se afirmar.

A posição aqui defendida inspira-se na constatação de que existem inúmeros inconvenientes resultantes da adoção da linha que prega a eventual supremacia dos tratados internacionais na ordem constitucional e também ressalta a inadequação, principalmente após a reforma constitucional que instituiu o § 3º do art. 5º da Constituição, de sustentar a corrente da hierarquia de lei ordinária para os tratados sobre direitos humanos internalizados no país. Por isso, filia-se ao entendimento segundo o qual os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional, ainda mais agora quando submetidos ao procedimento estabelecido pela EC n.º. 45/04 e consolida-se na compreensão de que os tratados ratificados em data anterior a promulgação da referida emenda constitucional foram recepcionados com hierarquia equivalente as normas constitucionais.

Por este raciocínio, compreende-se o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 como uma cláusula abertura para recepção de outros direitos proclamados em tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil. A possibilidade de incorporação de novos direitos indica que a Constituição atribui a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. Sendo certo que, o § 1º do art. 5º assegura a estas normas a aplicabilidade imediata em nível nacional e internacional, desde o ato de ratificação, escusando intermediações legislativas.

A hierarquia constitucional encontra-se assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, em face do seu caráter especial em relação aos tratados internacionais sobre as demais matérias, os quais possuem apenas dimensão infraconstitucional.

Na perspectiva adotada, os conflitos ocasionais entre o tratado e a Constituição devem ser solucionados pela aplicação da norma mais favorável à vítima da violação do direito humano, titular do direito, tarefa hermenêutica de incumbência dos tribunais nacionais e dos órgãos de aplicação do direito.[27] Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem para a proteção dos direitos e interesses do ser humano.[28]

Sustentam esta linha no Brasil, dentre outros, Antônio Augusto Cançado Trindade [29] e Flávia Piovesan [30], os quais defendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 caracterizam-se como garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Segundo Cançado Trindade: “A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.”[31]

Outra não poderia ser a linha de entendimento propugnada, senão aquela que atribui estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº. 45/04, que a partir da sua promulgação e por uma adequada interpretação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 3º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente as emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos.

Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (*quorum* qualificado) para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos no §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e mais se observa o aumento da abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos.

São perspicazes as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em voto prolatado no Recurso Extraordinário n. 466.343-1 (São Paulo), onde foi relator o Ministro Cezar Peluso, julgado em 26/11/2006, onde sublinha a importância dos direitos humanos: “Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.”

Existe hoje a demanda clara da necessidade de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cançado Trindade já advertia sobre a impertinência da defesa do entendimento em torno da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da promulgação da EC n.º. 45/04, e ainda hoje suas palavras mantêm-se atuais, conforme abaixo se pode comprovar: “A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. [...] É esta a interpretação correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos - que na verdade não existem -, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.”[32]

As questões procedimentais resultantes da instituição da EC n.º. 45/04, representam algumas das novas dificuldades para internalização dos tratados sobre direitos humanos, por isso elas merecem algum grau de atenção, muito embora não exista aqui a pretensão de responder a todos os questionamentos que perpassam esta matéria. Vejamos alguma delas:

a) O procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 é compulsório para todos os tratados de direitos humanos assinados após a entrada em vigor da EC n.º. 45/04 ou apenas trata-se de uma faculdade atribuída ao Congresso Nacional?

O dispositivo constitucional contido no art. 5º, § 3º teve como propósito maior acentuar o relevo e o caráter especial atribuído aos tratados de direitos humanos, alçando-os ao *status* equivalente de emendas constitucionais e passando a integrar as disposições de direitos fundamentais, por esta razão o procedimento deve ser obrigatoriamente adotado sempre que pretenda-se proceder a internalização de um tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assinado após a entrada em vigor da EC 45/04. A mesma orientação é partilhada por Ingo Sarlet: “Parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais.”[33]

O entendimento divergente, que propugna que o Congresso Nacional tem a faculdade de decidir se um determinado tratado de direitos humanos deve ou não ser submetido ao procedimento estipulado pela EC nº. 45/04, reduz a importância dos tratados de direitos humanos, na medida em que deixa ao critério do Congresso Nacional a decisão sobre a forma como ocorrerá a internalização de conteúdos da maior relevância, ficando ao sabor das contingências dos interesses das maiorias momentaneamente representadas nas Casas Legislativas tal deliberação. Sublinha-se que a submissão ao procedimento é compulsória, muito embora isto não signifique que todo tratado sobre direitos humanos alcance nas Casas Legislativas o *quorum* qualificado exigido para a internalização com hierarquia equivalente a norma constitucional. Neste caso, se uma maioria simples decidir pela aprovação, o tratado será internalizado em consonância com a compreensão defendida pela corrente da supralegalidade, ou seja, terá hierarquia inferior a norma constitucional, mas superior à lei ordinária.

Resta ainda esclarecer que o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988 para incorporação dos tratados de direitos humanos, uma vez concluído com sucesso, confere aos direitos ali previstos a condição de limites materiais ao Poder de Reforma da Constituição e, por consequência, os mencionados direitos de matriz internacional somente poderão ser retirados da condição de direitos fundamentais da ordem jurídica interna através da atuação de uma nova Assembléia Constituinte, pois operam como cláusulas pétreas. Também não seria apropriado sustentar que emendas constitucionais poderiam alcançar estes direitos, isto porque se estaria a permitir que emendas constitucionais pudessem alterar disposições originariamente de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que é de todo incorreto.

b) Um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil e sujeito ao procedimento estabelecido com a EC nº. 45/04, obtendo o *quorum* determinado, poderá revogar a previsão constitucional anterior da mesma matéria, ainda que a disposição constitucional precedente seja mais benéfica?

A constitucionalização de um tratado de direitos humanos introduz pontos de contato entre o tratado e a Constituição, bem como com as demais legislações de um Estado: i)

Aproximações com a constituição nacional – não ocorrendo conflitos entre a legislação internacional e constitucional, surge a questão sobre como se sucederá a interpretação dos conteúdos dos direitos, pois se tratam de documentos com a mesma categoria jurídica, disso resulta a dificuldade de compreensão ou entendimento, no sentido de saber se devem ser interpretados em sintonia com entendimento internacional ou constitucional. A prevalência da interpretação atribuída na esfera internacional deve ser dosada com certa margem nacional que atenda razoavelmente as particularidades nacionais, sempre que elas não desvirtuem a essência do que o tratado internacional pode assegurar. Um verdadeiro problema coloca-se quando em algum aspecto da disposição do tratado há uma oposição ao texto constitucional. Uma forma de responder ao desafio pode ser ignorá-lo mediante a suposição de que o processo de constitucionalização implicou num estudo e análise do tratado a ser constitucionalizado, levado a efeito pelo poder constituinte e se este não detectou maiores empecilhos para a constitucionalização, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário não poderiam desqualificar o juízo de harmonização feito pelos constituintes reformadores.

Outra maneira, que consideramos mais adequada para transpor esta dificuldade, pode partir do reconhecimento do conflito e seguir para uma busca de compatibilização. Caso se chegue a um ponto que sinalize para impossibilidade de conciliação, o recurso que a doutrina contemporânea tem mais prontamente apontado indica a priorização da norma mais favorável ao direito pessoal em questão, independentemente de ser a norma constitucional ou internacional.

ii) Aproximação com outro tratado - pode ocorrer que as normas de dois tratados constitucionalizados entrem em conflito, neste particular, por serem normas de igual hierarquia, é possível recorrer às mesmas fórmulas acima explicitadas.

iii) Aproximação entre o tratado constitucionalizado e as leis ordinárias – o tratado constitucionalizado está acima da legislação ordinária, sendo assim, decorre que a legislação infraconstitucional incompatível torna-se inválida em face da sua inconstitucionalidade. Também é cabível proceder a harmonização dos conteúdos normativos, de forma que toda interpretação deve ser conforme, e não contra, o tratado de direitos humanos constitucionalizado.

c) Há diferença em afirmar que os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional” e dizer que eles são “equivalentes às emendas constitucionais”?

A resposta é positiva. A afirmação de que um tratado internacional conta com “*status* de norma constitucional” indica que eles integram o bloco de constitucionalidade material da Constituição, e dizer que os tratados internacionais são “equivalentes às emendas constitucionais” significa dizer que além de materialmente constitucionais, eles deverão ser também formalmente constitucionais, tendo, portanto, a mesma potencialidade jurídica de uma emenda. O que resultaria em dois efeitos elementares: Em primeiro lugar, implica que eles passarão a reformar a Constituição, sempre que forem mais benéficos que as disposições constitucionais vigentes, pois, caso contrário, aplicar-se-á a regra da disposição mais benéfica para a vítima da violação do direito humano. Em segundo lugar, indica que eles não poderão ser denunciados, pois mesmo que um tratado preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são, em matéria de direitos humanos, cláusulas pétreas do texto constitucional (art. 60, § 4º, IV da Constituição de

1988), tornando a denúncia impossível. Outras questões na relação entre o direito internacional e o direito interno, decorrem desta situação, visto que o direito enunciado em determinado tratado poderia: a) coincidir com o direito assegurado pela constituição; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; e c) contrariar preceito do direito interno.

Na primeira hipótese podem ser citados alguns exemplos em que um direito previsto e assegurado por diversos documentos internacionais é simultaneamente protegido pela Constituição de 1988. Felizmente essa situação não gera danos ou transtornos, ao contrário, apenas corrobora para a proteção da vítima em ambos os planos normativos (p. ex: o art. 5º, inciso III da Constituição de 1988 prevê que “ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante”, que por sinal é a reprodução literal do artigo 5º (2) da Convenção Americana). Nessa conjuntura há uma verdadeira integração entre o ordenamento interno e o internacional, no qual os tratados internacionais conferem mais força aos direitos previstos no ordenamento interno, de forma que a eventual violação de direitos humanos implica na responsabilidade não apenas no âmbito nacional como também no âmbito internacional.

A segunda hipótese torna possível a observância de direitos que a constituição não assegura, mas que os tratados internacionais prevêm, proporcionando a abertura do rol de direitos a serem protegidos, conseqüentemente favorecendo a proteção internacional da pessoa humana. Uma situação que afeta a soberania nacional, pois a torna necessariamente flexibilizada, no entanto, esta tem sido a tendência do constitucionalismo atual, e demonstra o compromisso do Estado com a proteção de direitos a cidadãos, ou a grupos de cidadãos específicos, que soberanamente abdicam de parte de sua soberania para proteger a pessoa humana, adquirir legitimidade política na arena internacional e manter o diálogo com outros povos.[34]

A terceira hipótese retrata o caso de eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição, que talvez seja a mais complexa por gerar o questionamento de como solucioná-la. O critério a ser utilizado deve ser a aplicação da norma mais favorável à vítima, pois, dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano, assim como ocorre nas outras duas situações. Este critério encontra apoio tanto nos próprios tratados internacionais como na jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais, mas no âmbito nacional sua aplicação fica condicionada a aplicação pelos operadores do direito, em especial dos tribunais nacionais.

A aplicação bem sucedida dos tratados internacionais no Brasil depende que se favoreça a proteção da pessoa humana através de uma integração eficaz que conjugue o âmbito nacional e internacional. Uma vez incorporadas ao texto Constitucional, os direitos humanos reconhecidos pelo tratado internacional acolhido por parte do Brasil passam a ser fundamentais e, por conseqüência, irreformáveis pelo Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988).

Desde muito antes da Emenda 45/04, a preocupação dos documentos internacionais e de grande parte dos doutrinadores foi de conferir a prioridade da norma mais favorável à vítima em caso de conflito entre uma norma internacional e uma proveniente do direito interno. Em termos doutrinários, sobre a divergência, no que tange aos tratados de direitos humanos, quanto à supremacia da lei interna ou não, vale ressaltar o

posicionamento de Cançado Trindade, segundo o qual, em caso de conflito deve-se adotar a lei que, no caso concreto, mais proteja a pessoa humana. Ele assim expõe em sua obra: “No presente contexto, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas”. [35] No mesmo sentido, Flávia Piovesan: “Acredita-se, ao revés, que conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia.” [36]

Os documentos internacionais também, de modo geral, possuem previsões que explicitam o princípio de aplicação da norma mais favorável à vítima. As decisões das cortes internacionais também sempre utilizaram a argumentação da aplicação da norma mais favorável à vítima, da prevalência da maior proteção aos direitos humanos, decidindo inclusive que um Estado tenha que adequar as suas normas constitucionais e legais aos valores consagrados na Convenção Americana, como foi o caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile [37], por exemplo.

Como exposto, sempre apareceu nos documentos internacionais e nas decisões das cortes a preocupação de, em caso de conflito entre direito internacional e direito interno, deixar claro que se aplicará o que for mais favorável à vítima, o que mais se compatibilize com a proteção dos direitos humanos.

3.1. Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos

A temática relacionada ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais apresenta vários aspectos interessantes e com matizes diversificadas em razão da própria complexidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, somada ao intrincado regime jurídico adotado para a internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil, que desde sempre fomentou intenso debate e infelizmente não encontrou nas disposições do art. 5º, § 3º, introduzidos pela EC nº. 45/04, elementos suficientes para apaziguar a celeuma jurídica a seu respeito.

Aqui contemplaremos algumas questões consideradas relevantes em torno do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados de acordo com os procedimentos instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não intencionamos fazer uma análise exaustiva do tema.

É imprescindível pontuar que atualmente no Brasil o debate sobre o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais deve ser direcionado à luz da compreensão de que a matéria recebe um tratamento diferenciado em razão do conteúdo ou substância de que seja objeto este mesmo tratado, ou melhor, o pano de fundo para a discussão consiste em saber se o controle de constitucionalidade diz respeito a um tratado internalizado sobre direitos humanos, dado que esta constatação traduz-se em uma série de peculiaridades que irão envolver a disciplina do assunto.

Todo o mecanismo convencional de controle de constitucionalidade frente aos tratados internalizados de direitos humanos deve passar por uma reapreciação e revisão jurisprudencial no STF, pois já não há como manter a linha tradicionalmente corrente na Corte Superior dado que ela não mais se coaduna com a atual disposição constitucional que deu um lugar de relevo no ordenamento jurídico nacional para aquelas disposições de direitos humanos provenientes de tratados internacionais internalizados no país.

Deste modo, em relação aos tratados sobre direitos humanos internalizados antes da EC n.º. 45/04, entende-se que estes foram recepcionados com *status* equivalente a emendas constitucionais e, portanto, ocupam lugar de prestígio na ordem jurídica, configuram disposições amparadas pela proteção imposta como limite material ao poder reformador estabelecida no art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988 e sendo assim, revogam as disposições em contrário e pelo exercício do controle de constitucionalidade inviabilizam a manutenção no conjunto da ordem jurídica de normas incompatíveis com suas disposições através do controle de constitucionalidade.

Esta mesma linha de raciocínio acima referida também se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados após o advento da EC n.º. 45/04 conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988. E no caso de um eventual conflito entre as disposições contidas no tratado de direitos humanos adequadamente internalizado e as normas constitucionais, deve prevalecer o entendimento que privilegie a norma mais favorável a vítima da violação do direito humano.

O atual procedimento introduzido pela EC n.º. 45/04, contudo, não elimina a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos, vir a ser internalizado com um *quorum* de maioria simples. Neste caso, no aspecto formal, o mencionado tratado não contará com a hierarquia equivalente a emenda constitucional. A circunstância referida invoca a necessidade de revisão da orientação jurisprudencial seguida pelo STF, a fim de considerar a hierarquia destes tratados com uma hierarquia supralegal, isto é, tratados que no aspecto formal encontram-se abaixo da constituição, porém hierarquicamente situados acima de todas as demais normas infraconstitucionais, revogando as disposições inferiores com ele incompatíveis.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário? *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n.197, p.38-39, mar. 2005.

ARIOSI, Mariângela F. *Controle de Constitucionalidade dos Tratados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5941>>. Acesso em: 02 dez. 2007

AYALA CORAO, Carlos M. *El Derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANÇADO TRINDADE, A.A. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2000.

_____. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

EMERIQUE, Lilian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de la los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996,.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. “Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.” In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4, jul.-dez, 2004, p. 635-636.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

_____. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____. *Temas emergentes de direitos humanos*. Campos dos Goitacazes: Ed. FDC, 2006.

_____. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 (no prelo)

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: *Revista Forense*, vol. 387, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 109.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t IV. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988.” *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

SILVA, Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (et all) (Coor.). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

[1] O estudo completo encontra-se na obra de GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

[2] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Parágrafo 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Parágrafo 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte.

[3] “Parágrafo 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.”

[4] MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20.

[5] MELLO, Celso Albuquerque, *Op. Cit.*, p. 24.

[6] *Idem*, p. 106.

[7] SILVA, Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62 e MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 109.

[8] Vide GUERRA, Sidney. *Tratados e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 468.

[9] GUERRA, Sidney. *Op. Cit.*, p. 478.

[10] MELLO, Celso A., *Op. Cit.*, p. 27.

[11] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

[12] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

[13] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. Cit.*, p. 498.

[14] PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, p. 58.

[15] LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 16

[16] Na mesma direção o magistério de LAFER, Celso. *Op. Cit.*, p. 17: “com a vigência da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º.”

- [17] O Recurso de *Habeas Corpus* 79.785 – RJ teve como partes Recte. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Recdo. o Ministério Público Federal.
- [18] EMERIQUE, Lilian M. B.; GOMES, ALICE Maria M.; SÁ, Catharine F. de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, n. 8, jun 2006, p. 123-170.
- [19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 349.
- [20] EMERIQUE, Lilian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 152.
- [21] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 349.
- [22] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t IV. 3ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 7-9.
- [23] MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 9.
- [24] MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 10.
- [25] MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 11.
- [26] SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988.” *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.
- [27] Cfr.: PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, p. 44-56.
- [28] Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos*. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.
- [29] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.
- [30] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- [31] Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, 113-118, 1998, pp. 88-89.

[32] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar; 1999, p. 46-47.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988.” *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

[34] Exemplos dessa situação cf. PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 133.

[35] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, 2003, pp. 542-543.

[36] PIOVESAN, F. *Op. cit.*, 2002, p. 87.

[37] Parte da sentença expõe: “Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que: Adecúe sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, con el fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad”. (...)Por tanto, la Corte, por unanimidad, (...) 4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

A RELAÇÃO HOMOAFETIVA : UM INSTITUTO CIVIL-CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

LA RELATION HOMOSEXUELLE : A CONSTITUTIONNEL ET DE LA FONCTION-DROITS FONDAMENTAUX

Suzani Andrade Ferraro

RESUMO

RESUMO: A relação homoafetiva é um fato. É hipocrisia fechar os olhos para sua existência e é cruel não garantir dignidade para essas pessoas. Ainda que o nosso ordenamento jurídico infraconstitucional não discipline os direitos advindos das relações homossexuais, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, que acolheu os princípios da igualdade e da liberdade. Assim, a união estável não pode ser entendida como uma relação, exclusivamente, homoafetiva. Neste contexto, o direito de família contemporâneo volta-se para a realização personalística da afetividade e o reconhecimento da união homoafetiva, que encontra analogia com a união estável, que é uma dentre as múltiplas realidades de uniões familiares não reconhecidas oficialmente. Portanto, o cumprimento do valor da dignidade da pessoa humana, que se desdobra nos valores da pluralidade de entidades familiares, igualdade, liberdade, intimidade, deve respeitar o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, segundo sua peculiar forma de ser.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRA-CHAVES: HOMOAFETIVIDADE. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUME

RÉSUMÉ: Une relation homosexuelle est un fait. Il est hypocrite de fermer les yeux sur son existence et n'est pas cruel assurer la dignité de ces personnes. Bien que notre système juridique pas la discipline des droits découlant de relations homosexuelles, de la dignité humaine est le fondement de la République, qui a accueilli les principes d'égalité et de liberté. Ainsi, l'union stable ne peut pas être comprise comme une relation, exclusivement hétérosexuels. Dans ce contexte, le droit de la famille contemporaine est de retour à la réalisation personal d'affection et de reconnaissance de l'union homosexuelle, qui est analogie avec l'union stable, est l'une des multiples réalités de la famille les associations ne reconnaît pas officiellement. Par conséquent, la réalisation de la valeur de la dignité humaine, qui se déroule sur les valeurs de la famille

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

multi-entités, de l'égalité, de liberté, de respect de la vie privée, doit respecter le libre développement de la personnalité de chaque individu, en fonction de leur propre façon d'être.

MOT-CLES: MOT-CLÉ: RELATION HOMOSEXUELLE. DROIT CIVIL ET CONSTITUTIONNEL. LES DROITS FONDAMENTAUX.

INTRODUÇÃO

A reflexão feita neste trabalho visa a contribuir para a análise e o debate necessários ao tema e, almejando desenvolver o estudo de um assunto que o qual apenas recentemente emergiu para a órbita jurídica. A defesa dos direitos dos homossexuais abrange vários temas jurídicos debatidos pela sociedade, tais como: discriminação no ambiente de trabalho; criminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo; agressões físicas e morais oriundas do preconceito; procriação artificial por homossexuais; adoção e demais direitos de filiação para os parceiros do mesmo sexo; reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

O destaque, na construção dos fundamentos para a defesa dos efeitos jurídicos às parcerias homossexuais, encontra-se nos valores existenciais atualmente encartados como princípios norteadores do Direito Civil Contemporâneo aliado à noção de Direitos Fundamentais. Assim, numa simbiose entre os princípios da igualdade, mais precisamente igualdade entre os sexos, liberdade, intimidade e pluralidade familiar, informados pelo valor da dignidade da pessoa humana, edifica-se a estrutura principal para a defesa jurídica da união homossexual, de modo a propagar-se, no direito, a fundamental igualdade, sem discriminações direcionadas à orientação sexual, resguardando a todos o direito de serem diferentes do modelo tradicional, em respeito aos valores existenciais daqueles que encontram, em pessoas do seu mesmo sexo, a realização afetiva.

A confirmação dos direitos dos casais homoafetivos² está, principalmente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor basilar do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (cf. art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF. art. 5º), a inviolabilidade de intimidade e da vida privada (CF. art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, *à orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa a que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.*³

A dignidade humana deve se concretizar no plano histórico cultural, ; sendo seu conteúdo determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Nesse sentido, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e de protetivação da dignidade.

Na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade forma uma dimensão fundamental em sua subjetividade, que é o alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a relação homossexual é direta., pois Oo respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e o Estado Democrático de Direito deve outorgar promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, mas a promoção positiva de suas liberdades.

Assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações de homossexualidade fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo de terceiros, faz parte da proteção da dignidade humana.

Diante desses elementos, concluímos que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos ,e fortaleçamcendo estigmas sociais que e deixem ando de lado um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

1. O Direito de Família na Legislação Brasileira

O dDireito de fFamília bBrasileiro vem sofrendo constantes alterações ao longo dos anos por meio , através da elaboração de muitas lLeis e novos códigos⁴. , como por exemplo, a Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e

outras providências, e a Lei nº 9.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Porém, com o surgimento do Novo Código Civil (Lei 10.406/02), que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2003, ocorreu uma significativa alteração no que se refere aos capítulos do Direito de Família, o que redundou em significativo aperfeiçoamento dos institutos jurídicos de proteção à família, que foram melhores elaborados e definidos, na tentativa do legislador de prever quaisquer hipóteses que possam se tornar casos concretos, devido à diversidade de relações existentes, hoje, na sociedade..

Entretanto, o nosso Código Civil atual e vigente, apesar de ter entrado em vigor no início de 2003, e desta forma, ser uma Lei nova, "atual", persiste defasado com relação aos novos costumes e relações sociais, que se inovam numa grande velocidade, uma vez que a Lei 10.406/02 (nosso Código de 2002) começou a ser elaborada desde 1975, através do Projeto de Lei nº 634/75, o que tornou o novo Código Civil desatualizado, pois em 1975 o legislador não havia despertado para as recentes novas alterações axiológicas e intensas modificações ocorridas nas últimas décadas, ou seja, o estatuto civilístico a Lei elaborada não acompanhou a evolução da estrutura familiar e as novas modalidades de relações existentes na sociedade atual.

2. A proteção constitucional da família

Na estrutura do Pacto Social de 1988 foi talhado o mais precioso valor jurídico do ordenamento brasileiro, consagrado como princípio fundamental da República (art. 1º, III): a *dignidade da pessoa humana*, que elevou o ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. Serve, pois, o princípio da *dignidade humana* como verdadeira mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dele decorrendo o necessário *respeito* à sua *integridade física e psíquica e às condições básicas de igualdade e liberdade*, além da afirmação da garantia de *pressupostos materiais mínimos para que se possa viver*⁵.

Neste sentido, a família, fundamento da sociedade, deve ser compreendida a partir de uma nova vertente normativa, permeada por valores mais éticos e afinados com a realidade que lhe incumbe regular. É a família do afeto que, realçando os valores existenciais do homem e, sobrepujando o caráter patrimonial, até então prevalecente.

Na percepção de Luiz Eduardo Fachin⁶ é fácil depreender que as relações familiares, compreendidas na legalidade constitucional, deram origem “*a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum*”. Desta forma, e baseado na característica do “afeto”, afasta-se a obrigatoriedade da relação ser composta por pessoas do sexo oposto, e, tendo a relação homoafetiva os mesmos elementos que

caracterizam e configuram uma união estável, por analogia entende-se que os companheiros de uma união homoafetiva fazem jus aos mesmos direitos dos companheiros de uma união estável.

Por isso, ao regular a matéria, a Constituição Federal reservou “especial proteção do Estado” (art. 226) ao núcleo familiar tutelada pela afirmação da dignidade da pessoa humana, o que significa dizer: a proteção à família somente se justifica para que se realize implemente a tutela avançada da pessoa humana e, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família, por sua vez, servindo decomo instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.

Ao ser considerado o acatamento do princípio da dignidade humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, eleva o ser humano é entronizado ao centro de todo o sistema jurídico. Nesse , no sentido, de que as normas jurídicas objetivam são feitas para concretizar a pessoa e sua a realização existencial das pessoas , devendoe garantir-lhes um mínimo de direitos fundamentais que lhes proporcionem vida com dignidade.⁷.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

3.1. Liberdade de orientação sexual e a proteção da dignidade humana

O princípio da dignidade humana é considerado como cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade expresso na Constituição Federal que se expressa em diversos direitos de liberdade., portanto, sem exceção, todos os casos que chegarem a competência da Justiça, a interpretação do aplicador da lei deve sempre atender os anseios da sociedade.

O indivíduo possui direito de personalidade, direito à liberdade de expressão, principalmente, direito ao respeito à identidade pessoal, integridade física e psíquica, que são direitos irrefutáveis, indisponíveis. Nesses direitos se inclui, também, a orientação sexual como direito fundamental e prolongamento da personalidade de cada individuo inserido na sociedade. Assim, com a aplicação dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição concretiza a existência de um Estado Democrático de Direito.

A Desembargadora Maria Berenice Dias considera os princípios da liberdade e igualdade os grandes pilares da Constituição Brasileira e, assim leciona no voto dado em decisão proferida no Tribunal de Justiça de Porto Alegre⁸:

Tais enunciados não podem sé projetar no vazio, não se concebendo como normas programáticas, sendo necessária reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família, que recebe seu influxo. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação á discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito da opção sexual.

Neste sentido, opção sexual é inerente da personalidade da pessoa humana, assim como são intrínsecas no ser humano a raça, a nacionalidade, condicionada ao acontecimento natural do nascimento. O

No mesmo entendimento é compartilhado por o Desembargador Gaúcho Breno Moreira Mussi⁹ assevera:

a orientação sexual é um direito da pessoa atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, pra uma proposta de vida comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro da prerrogativa da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo efetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando - a como tal. Esta circunstancia é por de mais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com consequência idêntica aos entretidos pelos casais de sexos diversos.

A democracia requer construção jurídica, como um meio indispensável para modelar e garantir a qualidade das instituições democráticas, e, é um instrumento necessário para elaborar e interpretar o Direito.

Dessa forma, E, corrobora, ainda, com esse entendimento para o o professor Norberto Bobbio¹⁰: “o direito é uma construção, artefato fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando este artefato em função das necessidades da convivência coletiva.”.

Vale ressaltar que a Carta Magna de 1988, no caput do artigo 226, reforça a idéia de inclusão e não de exclusão, pois seria inadmissível excluir entidades que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, para fins de alargar o novo conceito de entidade familiar.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹¹, ao faz comentários pertinentes comentar sobre a este tema evidenciando, novamente, o princípio da dignidade humana, e aduz que:

A dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional, constante no texto brasileiro de 1988, dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares; o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas solidaristas, democráticos e humanistas.

Nessa perspectiva, a identificação de um vínculo amoroso, cujo entrelaçamento de sentimentos leva ao enlaçamento das vidas, é o que basta para que se reconheça a existência de uma família.

3.2. Os princípios da igualdade e da liberdade

Os ideais de uma mesma lei universal para todos vinculam-se à chamada igualdade formal, não devendo haver, portanto, discriminações expressas nas leis, uma vez que se alcança a igualdade formal por intermédio da aplicação da mesma lei para todos.

A igualdade na lei, no que diz respeito à orientação sexual, significa um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sofrendo discriminações em virtude de sua sexualidade. Com esse entendimento, cessa, portanto, a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.

Entretanto, de acordo com nro do paradigma da igualdade, deve-se levar em conta a preservação das diferenças. Sendo assim, não se intenciona um nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes, mase sim, um nivelamento por

meio das especificidades, ou seja, ou seja, um modelo de sistema paritário que o qual não promova discriminações sob o critério da orientação sexual.

Por conseguinte, além dos princípios já mencionados, vale ressaltar, ainda, os princípios da pluralidade familiar, da intimidade e da igualdade: **a livre expressão da pessoa.**

A pessoa humana pode desenvolver suas atividades na vida social ,de acordo dentro dcom os parâmetros exigidos pelo ordenamento legal e pode afastar os eventuais impedimentos colocados sem motivo legítimo a justificar o óbice à sua livre ação. Assim, é necessário que seja respeitadae a possibilidade das pessoas livremente desenvolverem sua sexualidade em harmonia com as características próprias de seu modo de ser. Cada um deve ter a liberdade de partilhar sua intimidade segundo seus desejos , independentemente da orientação sexual.

3.3. Princípios da pluralidade familiar e intimidade.

Os modelos de família presentes na realidade social devem ser sempre reconhecidos pelo direito para que haja respeito aos valores essenciais dos membros do grupo familiar. Conforme entendimento de Pietro Perlingieri¹²:

la famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità e comunque non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare al rispetto della dignità umana

Com base nos preceitos do professor italiano, entende-se que o princípio da pluralidade no âmbito familiar recebe uma interpretação ampla que , respeitando às diversas formas de união. Assim, importante fazer uma reflexão crítica sobre onde a historicidade e a circunstancialidade do direito devem estar presentes e respeitar os valores sociais no tempo e do espaço.

A tutela principal das relações familiares está voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe para que os indivíduos possam conviver conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais. Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apresentada juridicamente como mais um modelo de entidade familiar, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família.

Nesse contexto, deve o operador do direito dar aplicabilidade a possibilidade de existência de um espaço e um tempo reservados para a pessoa humana desenvolver sua personalidade de forma privada. Pois ao traçar linhas mestras estruturadoras da tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo, surge, então, um princípio do direito civil contemporâneo: *à defesa da esfera privada das pessoas*.

Assim, em decorrência as conquistas formais do princípio da intimidade no que diz respeito à não repressão, significando para o Direito a não tipificação da homossexualidade como crime, os esforços voltam-se para um efetivo reconhecimento público da livre possibilidade de estabelecer dimensões afetivas, eróticas, sexuais e correlatas consoante a uma orientação sexual tida como minoritária, mas que não pode ter sua forma específica de intimidade excluída por não acompanhar os padrões sociais majoritários.

A indignidade enfrentada pelos homossexuais, nos dias de hoje, resulta da reprodução de valores expostos como “morais” que se traduz nas discriminações impostas pela sociedade.

4. A família como instrumento de afirmação da dignidade humana

A pessoa humana nasce inserida no seio familiar, a qual se desenvolve as suas potencialidades para harmonizar a convivência em sociedade e alcançar a realização pessoal.

Ora, a Carta Magna de 1988 delineou uma nova concepção de família, a partir dos conceitos fundamentais, tais como: a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social e erradicação da pobreza* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º). Desta forma, o direito de família do novo milênio ganhou novos conceitos, ancorada na segurança constitucional, sendo *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegendo todo e qualquer modelo de vivência afetiva. Assim é a família da pós-modernidade, compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade.¹³

Desse modo, insurge a justificativa constitucional de que a *proteção* a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade.

Pois bem, essa ruptura definitiva com um modelo necessariamente heteroparental, fundado na chefia paterna, captada pelos dispositivos constitucionais (arts. 3º e 5º da CF/88), propiciou o reconhecimento de novos grupos familiares, como as famílias monoparentais (comunidades de ascendentes e descendentes, no eloqüente exemplo da mãe solteira com a sua filha), demonstrando a possibilidade de estruturas familiares homoparentais.

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

Na lição precisa de Gustavo Tepedino¹⁴, a preocupação central do ordenamento é com,

a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social

Ou seja, a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana. Desse modo, é conclusão lógica e inarredável que a família cumpre modernamente um *papel funcionalizado* que devendo, efetivamente, servir de como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores e, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*. Do contrário, ainda viveremos *como os nossos pais*, esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado.

5. A união homoafetiva como entidade familiar protegida constitucionalmente

Ancorada nos valores constitucionais e caracterizada como uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), a família ganha uma dimensão mais ampla que , espelhando na *busca da realização pessoal de seus membros*. Enfim, *instrumentalizada* à afirmação da *dignidade humana*, servindo de elemento de afirmação da cidadania.

Nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares mereceram *proteção constitucional* (arts. 1º, III, 3º, 5º e 226, *caput*: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”), por cumprir a função que a sociedade contemporânea destinou à família: *entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna*. Por isso, é necessário compreendê-la como *sistema democrático*, como um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a felicidade e a realização plena.

Portanto, a partir dessa construção civil-constitucional e da proteção da pessoa humana que se pode afirmar que as uniões homoafetivas são núcleos familiares merecedores de “especial proteção do Estado”.

Nesse sentido, se reconhece-se que a presença do caráter afetivo, como mola propulsora, de algumas relações a caracteriza como *entidade familiar* merecendo a proteção do Direito de Família e determinando, por conseguinte, a competência das varas de família para processar e julgar os conflitos delas decorrentes. Esse é o entendimento dado Tribunal de Justiça Corte gaúcha, que afirma:

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais”. (TJ/RS, Ag.599075496, Ac. 8ªCâm.Cív., rel. Des. Breno Moreira Mussi, j.17.06.1999, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC 2:155)

A Constituição Federal de 1988, enumera três motivos que justifica essa assertiva, quais sejam:

(1º) Embora a Lei Fundamental não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz com tranquilidade a essa conclusão. Máxime quando considerados os princípios basilares constitucionais da dignidade humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art.

5º), e do *pluralismo familiar* (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidade familiar. Não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confunde com a família casamentária, fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes, ou com a família convivencial, fundada na união estável como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedor de especial proteção do Estado.

(2º) A família moderna tem o seu ponto de referência no *afeto que*, evidenciado como verdadeiro *direito à liberdade de autodeterminação emocional*, que se encontra garantida constitucionalmente. Desta forma, entende a Jurisprudência:

Em decisão do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar para fins de inelegibilidade eleitoral (CF, art. 14, §7º), observando se tratar de um “dado da vida real”, em que, “assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.” (TSE, Ac.unân., Rec.Especial Eleitoral 24564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j.1.10.2004)

(3º) Não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada retirando proteção da pessoa humana e reprimando um modelo superado, institucionalista como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, o que atentando contra a sua intransigível dignidade.

Para Luiz Eduardo Fachin¹⁵ o cerne constitucional da dignidade da pessoa humana (acobertado com o manto sagrado da igualdade substancial, da solidariedade e da liberdade), é fundado na base sólida e democrática *“para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”*.

Além disso, se a união entre irmãos, entre tio e sobrinho e entre avós e netos constituem entidades familiares, naturalmente, é porque o rol constitucional é meramente exemplificativo (a partir do comando 226, CF) e, por conseguinte, as uniões homoafetivas também são núcleos familiares, reclamando idêntica proteção. Com efeito, o constituinte limitou-se a mencionar algumas hipóteses (as mais comuns, habituais) de grupos familiares, o casamento, a união estável e a família monoparental, sem, contudo, exaurir o rol e, naturalmente, sem excluir da sua proteção outras entidades também alicerçadas no afeto¹⁶.

Nesse contexto, vale ressaltar o entendimento dos Tribunais do Rio Grande do Sul:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Contribuição dos parceiros. Meação.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros”. (TJ/RS, Ac.unân.7ªCâm.Cív., ApCív.7000.1388982 – Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.14.3.2001, in RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil 5:249).

Daí ser lícita a conclusão de que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do dDireito de fFamília é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais.

Pensar ao contrário, significa negar a pessoas humanas seus direitos fundamentais e a sua própria dignidade (garantida em sede constitucional, logo no primeiro artigo do Pacto Social de 1988). Neste diapasão, seria importante fazer uma reflexão sobre qual opção sexual poderia implicar na perda de garantias fundamentais e da imprescindível dignidade humana ?

Glauber Moreno Talavera, com visão avançada, comenta que frustrar o direito personalíssimo à constituição de uma entidade familiar formal entre pessoas do mesmo sexo é atentar contra a dignidade humana, consagrada na Constituição Federal.¹⁷

Indo mais longe, Maria Berenice Dias¹⁸ desfecha com lucidez:

considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade, deixando de ser marginalizadas”, percebendo a efetivação da imprescindível dignidade humana no reconhecimento das uniões homossexuais na esfera familiarista.

De fato, não se pode fechar os olhos para a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, e juridicamente, tais grupos familiares.

5.1. Analogia da união homoafetiva com a chamada união estável.

Com o decorrer do tempo a união homoafetiva vem apresentando pontos muito comuns quanto ao que se passou com a união estável. Assim, se prever os futuros efeitos jurídicos para a união entre pessoas do mesmo sexo, baseando-se no ocorrido na chamada união estável.

Destarte, em alguns países onde não há lei específica, há quem entenda que, enquanto não estiver expresso o reconhecimento das relações homoafetivas, deve-se aplicar, analogicamente, os textos legislativos relativos à união estável. Nesse sentido, Essa nova postura de tratamento semelhante entre a união homoafetiva e a união estável, significa um avanço em relação à noção de sociedade de fato, pois mediante a idéia de união estável impõe-se um estreitamento com o direito de família.

Verifica-se, ainda, que a proximidade existente entre a união estável heterossexual e a parceria entre pessoas do mesmo sexo está relacionado aos aspectos próprios da *affectio maritalis*. No entanto, é mister estar atento ao respeito às diferenças existentes entre os dois institutos como a de conversão da união estável em casamento, o que ainda não é permitido nas uniões homoafetivas. Nesses casos, é relevante destacar, que o princípio da igualdade não pode ser considerado como um nivelamento sistemático, pois não se deve, em nome da igualdade, aniquilar as diferenças.

No entanto, ao lado do princípio da igualdade está o princípio da pluralidade familiar que informam essas realidades, uma vez que a circunstancialidade do direito deve estar presente e os valores sociais no tempo e espaço devem ser respeitados. Assim, na

aplicação do princípio da igualdade é necessária a observância do princípio da pluralidade .

A união estável, então, importa num contexto mais próximo ao conteúdo da união homoafetiva, tendo em vista a proximidade de ambas com as realidades das uniões familiares. Porém, deve haver sensibilidade para as especificidades atuais das uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo a tutelarem os aspectos existenciais que lhes são peculiares¹⁹.

6. A relevância dos princípios e valores do direito civil contemporâneo e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Percorrendo várias vertentes dessas transformações, perceber-se que estar o direito civil contemporâneo está voltado para os valores essenciais da pessoa humana. Esse movimento vem sendo denominado *repersonalização* ou simplesmente *personificação* do dDireito cCivil. Compactua com esse entendimento o professor Lamartine: "*só uma concepção personalista do Direito, centrada em torno da dignidade ontológico-axiológica da pessoa humana, pode oferecer base segura à construção de um verdadeiro Estado de Direito*"²⁰.

Nesse contexto, o valor da dignidade da pessoa humana traduz que os aspectos personalísticos das pessoas devem ser o núcleo fundamental do sistema jurídico e a principal finalidade da proteção estatal. Assim, todas as demais normas do ordenamento devem cumprir essas unidades, sendo a dignidade do ser humano o elemento de convergência do sistema.

A *repersonalização* das relações familiares significa uma preocupação com o desenvolvimento da personalidade das pessoas, sendo fundamental, nesse caminhar, o núcleo afetivo do agrupamento humano. Dessa maneira, as preocupações patrimoniais e as atenções à formalidade da constituição do vínculo que une as pessoas, como orientadoras das famílias, só encontram sentido ao atingirem o interesse precípua do valor da dignidade.

Há, portanto, uma importante alteração axiológica, uma guinada nos valores essenciais a se tutelarem prioritariamente. Deve o dDireito cCivil cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana, colocar o homem no centro das relações civilísticas.

Tendo em vista esse prisma humanístico, o dDireito cCivil enfoca de forma especial, a tutela dos valores da personalidade. Esta correlação é apontada por AGUIRRE Y ALDAZ.: *"el Derecho civil no sólo aparece centrado funcionalmente en torno al concepto de persona, sino también teleológicamente: su sentido y su finalidad son la protección y el servicio a la persona, entendida como ser humano."*²¹

Imputar o não reconhecimento da existência de uma relação familiar entre pessoas do mesmo sexo, tendo como fundamento a não possibilidade de procriação entre os parceiros envolvidos não é coerente para com as demais formas de família já consideradas relações jurídicas familiares. Nesse patamar, refletir sobre a inclusão jurídica da união afetiva e estável de pessoas do mesmo sexo está a seguir o influxo dessa tendência do dDireito cCivil, porquanto não é apenas a formalidade a responsável pela constituição do vínculo matrimonial a ser digna de tutela jurisdicional. O que importa, na verdade, é o enfoque personalístico da afetividade, da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros podendo estar presente em diversas formas de constituição da família.

Além disso, quando se enfoca a *repersonalização* do dDireito pPrivado, preconizada por vários mestres,²² deve-se ter em mente, para atingir os objetivos prelecionados, uma preocupação voltada aos sujeitos de direito, numa perspectiva de pluralidade. Logo, de acordo com ntro da reflexão em torno da civilística voltada aos valores da pessoa deve, necessariamente, haver espaço para a expressão das diferenças existentes, sobremaneira quando essas diversidades são expressão de um modo especial de ser.

Assim, buscando essas idéias para o tema focado, a personificação do direito para os sujeitos homossexuais só terá sentido de tutela existencial se não imposto, como único, o modelo heterossexual, tido como "normal" pelo simples motivo de ser o mais usual. A igualdade na diferença se relaciona com a necessidade de ser respeitada a dignidade existente na união homoafetiva, pois, o conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana impõe poder a cada pessoa de exercer livremente sua personalidade segundo seus desejos.

A sexualidade está inserida dentro do campo da subjetividade que , representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade e partilhar a continuidade da vida em parcerias estáveis e duradouras. A exclusão de um rol de pessoas, em virtude de sua orientação sexual, da possibilidade de terem sua relação afetiva reconhecida, impõe-se como um vertiginoso desrespeito à sua dignidade intrínseca²³.

Acresça-se, ainda, que ao se falar em dignidade da pessoa humana, uma aproximação surge no diálogo que se estabelece, a partir deste referencial, entre dDireitos da pPersonalidade, dDireitos fFundamentais e dDireitos hHumanos, pois são temas interligados que, para estarem em sintonia com uma concepção humanística da sociedade, não podem ser dissociados. Além do pregado enlace entre os dDireitos cCivil e cConstitucional, deve também buscar a aproximação deles aos Direitos Humanos, numa construção personalística sem fronteiras.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com esse trabalho, defender os efeitos jurídicos das uniões homoafetivas, levando em consideração a transformação do direito de família que de um modelo codicista abriu-se para as possibilidades plurais de formação afetiva, relevando os valores existenciais.

Nesta esteira, a separação judicial, o divórcio, a igualdade entre homem e mulher, a igualdade entre os filhos e a união estável marcam um novo modelo jurídico familiar, o qual, nada obstante, encontra-se em constante mutação. Dentro deste contexto de mudanças, outras vozes ecoam a reivindicar também para si o reconhecimento jurídico: a união afetiva de pessoas do mesmo sexo. Se a abertura já se fez sentir em outros campos da família clássica, ainda há um caminho a ser percorrido para a superação do modelo familiar heteropatriarcal.

Contemporaneamente, com um dDireito de fFamília voltado para a realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade, bem como para melhor atender à dignidade da pessoa humana, é necessário superar o preconceito e propagar a paridade de direitos para as parcerias homossexuais.

O dDireito cCivil, em determinada época, se manteve distante das realidades de seu tempo, trancafiado em seu formalismo tipicista, formando várias situações ditas “de fato”. Hoje, já mais próximo das relações sociais almeja, a partir dos seus princípios, soluções para as questões latentes.

Portanto, o presente trabalho objetivou a apresentação de reflexões sobre como o chamado dDireito cCivil cContemporâneo pode responder às questões das uniões de pessoas do mesmo sexo respeitando a diversidade diante da dimensão personificada do Direito Privado.

Os princípios da igualdade, especificamente, igualdade entre os sexos, da liberdade, da intimidade, da pluralidade familiar, do desenvolvimento da personalidade, e, de modo central, da dignidade da pessoa humana, devem ser considerados sustentáculos legais e suficientes para a concessão de efeitos jurídicos as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, quer na falta de legislação específica, quer de modo a informar a criação e a interpretação da legislação nos países que já caminharam neste sentido.

Assim, partindo da tutela jurídica de um espaço reservado para o desenvolvimento da personalidade, chega-se a um conceito amplo do direito à privacidade nas relações familiares, direcionadas à realização de seus membros, descobrindo no princípio da pluralidade familiar a oportunidade das pessoas conviverem familiarmente segundo o modelo que melhor retrate seus anseios pessoais.

Por fim, impor unicamente um determinado modelo vem a ser o mesmo que negar a liberdade de desenvolvimento existencial a essas pessoas. Igualmente, para que alguém possa exercer sua personalidade de forma digna não deve estar sujeito a um tratamento diferenciado, especialmente quando as razões dessa discriminação derivam de preconceito a um modo especial de ser.

Ademais, as questões das parcerias entre homossexuais devem receber soluções análogas às das demais entidades familiares por serem semelhantes às realidades afetivas. No entanto, precisa-se estar atento às diversidades existentes, como, por exemplo, à possibilidade de uma conotação diversa para a questão da estabilidade e da notoriedade das famílias homoafetivas na atual conjuntura nacional. Muito embora, estas singularidades do modelo de família homoafetiva aos poucos perderão a relevância, pois tanto as famílias heterossexuais como as compostas por pessoas do mesmo sexo incorporarão diferenças em sua retratação jurídica, de modo a induzir uma simbiose entre os modelos.

Assim, busca-se a construção de um direito de família sem excluídos, atento aos dDireitos fFundamentais, consoante com os Direitos Humanos bem como tutelador dessa minoria que somente expressando sua forma de amar alcançará sua parcela de cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Editores Tecnos: España Año de publicación: 1991

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Editora Campos: Rio de Janeiro: 2004.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual - Aspectos Sociais E Jurídicos*
www.mariaberenice.com.br.

_____ *União Homossexual: preconceito & justiça*. Porto Alegre. Ed livraria do advogado, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ªed., 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.5 abr./maio/jun./2000.

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Anais do IBDFAM. 2002.

Lobo, Paulo Luiz Netto,. *A repersonalização das relações de família, in Direito de Família na Constituição de 1988*, org.: Carlos Alberto Bittar, São Paulo:, Ed. Saraiva, 1989.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1991. Falta editora.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A liberdade e o ensino jurídico*. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 39, a. 11, p.40-67, jan./mar. 1987

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1991.. Falta editora.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito Civil. Estudos. Constitucionalização do Direito Civil*. Portugal: Editora Coimbra. 2007. Falta editora.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre. Ed livraria do advogado. 2001.

TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo.*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

1 **Suzani Andrade Ferraro**, Mestre em Direito pela PUC-SP, Prof. da Pós-Graduação e da graduação da Universidade Cândido Mendes/RJ, Membro Efetiva e Representante do Rio de Janeiro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.(suzaniferraro@uol.com.br)

2 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: preconceito & justiça*. Porto Alegre. Ed livraria do advogado, 2000, p.34..

3 FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Renovar ,1997., p.144

4Como, por exemplo, a Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e a Lei nº 9.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*,. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2^aed., 2005, p.87.

6 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*,. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 65-69.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. Cit. 2005, p.92

8 Acórdão 70012836755 - sétima Câmara Cível - Comarca de Porto Alegre. **Revista Brasileira de direito de Família**. n.4. jan./fev./mar. 2000.

9 Idem,.

10 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 2004, p.39..

11 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 5 abr./maio/jun./2000.

12 PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, p.474

13 Idem, p. 493..

14 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 176-179.

15 FACHIN, Luiz Eduardo. Op. cCit. (1999, p.156.).

16DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!*, Porto Alegre: Livrari do Advogado. 1997, p.127-128,

17TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

18 DIAS, Maria Berenice. Op. cCirt, (1999, pg. 143.).

19 Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência: **UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA**. *Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça preencha a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos*

*infringentes acolhidos por maioria (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003). **Importante, ainda, destacar o entendimento da Professora Maria Berenice Dias** a cerca do assunto: *Ante as novas formas de convívio, necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos fatos sociais, para alcançar a tão decantada igualdade social. Nesse contexto, é fundamental a missão dos juízes. Imperioso que tomem consciência de que lhes é delegada a função de agentes transformadores dos valores jurídicos que - estigmatizantes - perpetuam o sistema de exclusão social. O que é aceito pelos tribunais como merecedor da tutela jurídica acaba recebendo a aceitação social, o que gera, via de conseqüência, a possibilidade de cobrar do legislador que regule as situações que a jurisprudência consolidada. O surgimento de novos paradigmas conduz à necessidade de rever os modelos preexistentes, atentando-se à liberdade e à igualdade como os pilares do direito, assentados no reconhecimento da existência das diferenças. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Hoje, a necessidade de assegurar em plenitude os direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, tanto individual como, socialmente, torna imperioso pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Precisam os juízes enfrentar as novas realidades que lhes são postas à decisão. Não ter medo de fazer justiça para manter longe da realidade a pecha de ser o Judiciário um poder incompetente e sacralizador de injustiças.**

20 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A liberdade e o ensino jurídico*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial., São Paulo, n. 39, a. 11, p.40-67, jan./mar. 1987

21 AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, p.111

22O enfoque atual nos valores da pessoa humana é uma construção civilística que se verifica em diversos países. ÀA título exemplificativo, destaca-se a expressão de um professor argentino: *"o grupo de direitos fundamentais atua como núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa."* LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p.145. De Portugal vem a voz de Joaquim de Sousa RIBEIRO: *"a cada um, pelo simples facto de ser pessoa, é devido igual consideração e respeito. Isso implica que a ordem jurídica (...) não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou."* Constitucionalização do Direito Civil, p.752.

23De acordo com Roger Raupp RiosIOS *"a relação que ora se estabelece entre proteção da dignidade humana e orientação sexual homossexual é direta... O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades."* *A homossexualidade no Direito*, p. 91.

**A FELICIDADE DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA,
COMPREENDIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL***

**THE HAPPINESS OF THE DEFICIENCY-BEARING PERSON, UNDERSTOOD
AS A FUNDAMENTAL RIGHT**

Telma Aparecida Rostelato

RESUMO

O presente estudo objetiva elucidar a necessidade de se conceituar adequadamente: pessoa portadora de deficiência, em apreço aos desideratos constitucionais, que pugnam pela irrestrita inclusão social, daí buscar-se enquadrar todos aqueles que encontrem dificuldades para praticar suas atividades rotineiras àquela conceituação. A preocupação sedimenta-se, sobretudo, na salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, por considerar que mais importante que assegurar o direito à vida é assegurar o direito à vida com dignidade, subsumindo-se o alcance à ampla felicidade, a qual, todos indistintamente almejam desfrutar, inclusive por se apoiar noutro princípio constitucional, o da igualdade, compreendidas a igualdade de condições de acesso ao mercado de trabalho, à saúde, educação, além de singelos direitos, como deslocar-se nas ruas e calçadas, utilizar transporte coletivo, alimentar-se, relacionar-se com as pessoas sem deparar-se com atitudes preconceituosas, prestigiando-se o princípio constitucional da não-discriminação. Ao analisar minuciosamente o instituto dos direitos fundamentais, a fim de proceder a precisa localização dos direitos das pessoas portadoras de deficiência no rol classificatório dos direitos fundamentais em dimensões, conclui-se haver adequado enquadramento na primeira e na pretensa quarta dimensão, dado o enfoque do respeito à dignidade da pessoa humana, visto sob um prisma diferenciado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, FELICIDADE.

ABSTRACT

The present study aims to explain the need of making the concept adequately: deficiency-bearing person, in consideration to the constitutional desires, that defend unrestricted social inclusion, therefore searching for fitting all those who find difficulties to practice their routine activities to that concept. The concern, however, is

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

based on the protection of the principle of human person's dignity, by considering that more important than assuring the right to life is assuring the right to life with dignity, keeping the reach for wide happiness, to which all indistinctively long for enjoying, inclusively by supporting in another fundamental principle, that of equality, already understood the equality in condition of access to the job market, to health, education, beyond the simple rights, as moving on the streets and sidewalks, making use of collective means of transportation, feeding, bringing into relation with other people without falling in with prejudice attitudes, giving prestige to the constitutional principle of the non-discrimination. By analyzing in details the institute of fundamental rights, in order to proceed the accurate location of the rights of deficiency-bearing people, in the classification roll of the fundamental rights in dimensions, it is concluded there to be adjustment in the first and in the desired fourth dimension, given the focus on the respect to the human person's dignity, seen from a distinct angle of view.

KEYWORDS: KEY-WORDS: DEFICIENCY-BEARING PERSON, FUNDAMENTAL RIGHTS, PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY, HAPINESS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe estabelecer uma reflexão a respeito da salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente quanto às pessoas portadoras de deficiência.

Para tanto, pretende estabelecer critérios destinados a tecer adequadamente a conceituação de pessoa portadora de deficiência, atentando-se para a necessária ampliação da concessão de direitos, haja vista a expressa determinação constitucional que propugna pela inclusão social.

Num segundo momento, estabelecerá minuciosa análise acerca do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que além de se encontrar abarcado pela Constituição Federal, englobado está ao gênero: Direitos Fundamentais.

Partindo dessa premissa, finalmente propõe-se em averiguar a precisa localização dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, na doutrinária subdivisão em dimensões, presente nos Direitos Fundamentais, isto tudo com o objetivo de demonstrar que as pessoas portadoras de deficiência clamam não apenas pelo direito à vida, mas à vida digna, para que usufruam o direito de ser feliz.

2 PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA: CONCEITO

Apesar de toda a celeuma travada pela doutrina e legislação pátria, o que muitas vezes ocasiona sérias dificuldades para a efetiva aplicabilidade dos preceitos legais, destinados à concessão de direitos vários às pessoas portadoras de deficiência, optamos pela conceituação que estabelece como sendo: pessoa portadora de deficiência[1] aquela que tem dificuldade de integração social, aquela que não consegue desenvolver suas atividades corriqueiras sem defrontar-se com obstaculizações.

Assim, para o desenrolar de singelos atos diários, necessitam de auxílio, e este auxílio não pode ser compreendido como sinônimo de beneficência, de caridade, mas sim de atuação do Estado, da sociedade, da comunidade e da família, para conceder-lhe meios concretos de inclusão social, sob todos os aspectos, perfazendo tal preceito, parte integrante do Art. 4º do Projeto de Lei do Senado, de nº 06/03 (de iniciativa do Senador Paulo Paim), o qual institui o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* e dá outras providências, o qual dispõe:

Art. 4º: É dever da sociedade, do Estado, da comunidade e da família assegurar às pessoas com deficiência a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à alimentação, à habitação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, ao trabalho, ao transporte, ao acesso às edificações, à cultura, à informação, à comunicação, à seguridade social, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Insuficiente a classificação das deficiências, restringindo-as, como sendo: físicas, sensoriais ou mentais, já que a definição de pessoa portadora de deficiência, traçada por Luiz Alberto David Araújo, contempla outras categorias de deficiências, veja:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.[2]

Com isso, ao considerar a mencionada conceituação, como sendo a mais adequada, por ser a mais abrangente, haja vista viabilizar a inserção de demais naturezas de deficiência, como é o caso das pessoas fenilcetonúricas, que são aquelas que possuem deficiência em seu metabolismo, sendo detectada através do teste do pezinho, efetuado em amostras de sangue, coletadas após setenta e duas horas de vida do bebê, e uma vez resultando positivo, deve ser iniciado tratamento, mediante alimentação pobre em fenilalanina, objetivando evitar deficiência mental.[3]

Assim, o fenilcetonúrico deve seguir uma dieta balanceada para que possa ter uma vida saudável, o que por consequência resulta na prática de atos e hábitos diferenciados daquelas pessoas que não tem a ausência desta enzima, logo têm uma vida regrada, tratando-se de uma síndrome genética, que obriga o seu portador a seguir uma dieta especial, com pouca quantidade de fenilalanina.

Na mesma seara, abrangidas encontram-se as pessoas superdotadas, que ao invés de ter uma falha, uma ausência, tem na realidade um “plus”, se comparados com pessoas ditas “normais”.

O mesmo ocorrendo com as pessoas portadoras de fissura labiopalatal, que podem ser definidas da seguinte forma:

[...] anomalias faciais congênitas, resultantes de qualquer alteração no decorrer do desenvolvimento embrionário humano, que podem variar desde pequenas assimetrias nas relações maxilares até defeitos faciais com maiores comprometimentos estéticos e funcionais.[4]

Inolvidável portanto, que esta é a conceituação mais adequada, ao pretender-se elencar as pessoas portadoras de deficiência, por ser bastante abrangente, alcançando diretamente os fins da inclusão social, alicerçados pela Constituição Federal, imiscuindo-se em absoluto toda e qualquer espécie de discriminação e marginalização social, rechaçadas expressamente pelo art. 3º., inciso III.

A dignidade da pessoa humana, disciplinada no Art. 1º, inc. III da Constituição Federal constitui um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, se analisado sob o enfoque da proteção da pessoa humana.

Importa asseverar que a dignidade abrange sentimentos pessoais e que o ordenamento jurídico não poderia deixar de fora a proteção de tão *digno* princípio.

A dignidade, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 13-14), mantém estreita relação com as manifestações da personalidade humana.

Então, a preservação dos mais íntimos sentimentos devem ser respeitados, porque transcendem a pessoa, atingem o *eu* de cada ser humano, e se o fim buscado é o de respeitar a igualdade entre os seres humanos, nada pode ocorrer que estremeça a proteção deste direito, seja para qual pessoa for. Com isso, o que não pode haver é qualquer marginalização, seja de que pessoa for, sobre qual aspecto for.

Neste viés, independentemente da natureza da deficiência, que portam as pessoas portadoras de deficiência, ou não, o que deve preponderar é a concepção de que todos têm direito a um tratamento igualitário, digno; e se para a implementação da efetivação destes direitos, medidas precisem ser adotadas pelo Estado, a fim de atingir este desiderato, já que antes de tudo, são pessoas, as quais merecem e precisam da salvaguarda de sua dignidade, saliente-se que o Estado tem o dever de atuar para o atingimento desta finalidade; pois o direito à dignidade constitui previsão constitucional.

Além disso, verifica-se nos ensinamentos de Lafayette Pozzoli (2006, p. 185) que o cristianismo ao retomar o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, pela evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação.

Desse modo, há muito tempo a preservação da dignidade da pessoa humana vem sendo tratada, incutido nos direitos humanos, inclusive verifica-se na obra de Roberto Bolonhini Júnior (2004, p. 40-41), no item intitulado: *A Dignidade Humana como Fonte*

Mater dos Direitos, que após as grandes guerras mundiais houve a inserção valorativa que aplicou características que enfocam mais a existência que o patrimônio.

Com isso, a existência digna do ser humano é tema que clama pela atuação estatal para que se efetive. Verificamos a preocupação com o afastamento de qualquer tipo de discriminação às pessoas portadoras de deficiência, no âmbito Internacional, abordando a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual fora aprovada em dezembro de 2006 pela ONU.

Vejamos os princípios que norteiam a Convenção, de acordo com seu Art. 3º:

Princípios gerais:

- a) o respeito **da dignidade inerente**, a autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões, e a independência das pessoas;
- b) a não discriminação;
- c) a participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade;
- d) o **respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e a condição humanas**;
- e) a igualdade de oportunidades;
- f) a acessibilidade;
- g) a igualdade entre o homem e a mulher;
- h) o respeito à evolução das faculdades dos meninos e as meninas com deficiência e de seu direito a preservar sua identidade (grifo nosso).[5]

Uma vez mais, observamos a dignidade humana como princípio geral dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, o respeito ao ser humano fica novamente evidenciado em um documento internacional, indo ao encontro da proteção contra qualquer discriminação.

***Direitos fundamentais* são os direitos, destinados ao ser humano, reconhecidos e positivados por cada Estado.**

O Brasil por sua vez, positivou-os no texto constitucional, sendo que nas duas primeiras Constituições brasileiras (1824 e 1891), tais direitos foram estabelecidos como liberdades públicas, tidas como limitações ao Poder.

Na Constituição de 1934 foram acrescentados, na Ordem Econômica, os direitos sociais, em seu Título IV, enquanto a Constituição de 1891, em seu Art. 78 previu a questão dos direitos fundamentais.

Fez-se presente nas Constituições de 1934, em seu Art. 114; na de 1937, em seu Art. 123; na de 1946, em seu Art. 144; na de 1967, em seu Art. 150, § 35 e na Emenda nº 01, de 1969, em seu Art. 153, § 36.

Já, na Constituição de 1988, fizeram-se notáveis as inovações pertinentes aos direitos fundamentais, tendo estas sido constatadas mesmo na elaboração do projeto da Constituição, que através da subscrição por eleitores, foram trazidas emendas ao texto, através das quais foram estabelecidas reflexões acerca de temas voltados aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, trouxe a Constituição vigente, em seu Título II, os *Direitos e Garantias Fundamentais*, subdivididos em cinco capítulos, que elenca:

- *direitos e deveres individuais e coletivos*: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no Art. 5º e seus incisos;

- *direitos sociais*: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência

social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do Art. 6º;

· *direitos de nacionalidade*: nacionalidade, significa o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos; constam dos Arts. 12 e 13;

· *direitos políticos*: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado, constante dos Arts. 14, 15 e 16;

· *direitos relacionados à existência, organização e à participação em partidos políticos*: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado Democrático de Direito. Está elencado no Art. 17.

Releva destacar que o § 1º do Art. 5º conferiu aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, tendo o § 4º do Art. 60, petrificado-as, veja:

Art. 5º: [...].

§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias fundamentais.

Importa destacar que a doutrina subdivide os direitos fundamentais em três dimensões, sendo elas: a primeira dimensão, que abrange os direitos de liberdade; a segunda dimensão, que pertence aos direitos de igualdade e a terceira dimensão, marcada pelo surgimento da necessidade de ampliar o campo dos direitos fundamentais.

Assim, encontram-se, os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, abrangidos pela Constituição Federal de 1988, pois além do Título II, analisando-o como um todo, verifica-se a presença protetiva dos direitos à vida, liberdade e propriedade, bem como o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, além dos direitos sociais (nestes verifica-se o enquadramento aos direitos fundamentais de segunda dimensão).

Quanto aos direitos de terceira dimensão, também são encontrados, entretanto a análise deve ser mais acurada, porque certos direitos ainda não se encontram positivados em nível constitucional interno, o que por certo não afasta a sua possibilidade de reconhecimento e efetivação, que poderia se dar também por intermédio do disposto no § 2º do Art. 5º, que preconiza:

Art. 5º: [...].

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Objetivando estabelecer o adequado enquadramento protetivo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, faz-se necessária a consideração da cogitada existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, já que autores, como Paulo Bonavides, consideram-na, a qual seria marcada pelo fim do século XX e teria como característica “[...] o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.[6]

A sustentação desta dimensão centrar-se-ia, segundo seus adeptos, em cuidar do princípio da dignidade humana, interpretados sob outro enfoque, vinculando-se à liberdade de autonomia, proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências estatais, aí estariam enquadradas as manipulações genéticas, o direito de mudar de sexo e outros.[7]

Ressalte-se, porém, que esta quarta dimensão de direitos fundamentais, não foi reconhecida nem na órbita interna, nem na internacional.

Em síntese, estas dimensões preservam a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

4.1 Precisa Localização dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência nas dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência encontram-se dispersos na Constituição Federal, fixados por diversos artigos, não se restringem, portanto, ao disposto no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*).

Não obstante, a presença dos mesmos assenta-se primordialmente, no princípio que alicerça os preceitos do capítulo supracitado, qual seja: a dignidade da pessoa humana, por constituir-se o cerne da proteção, de forma geral, no nosso ordenamento.

Nesta seara de proteção, pode-se afirmar que se localiza, na primeira dimensão[8] dos direitos fundamentais, os direitos da liberdade, incluídos o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), às liberdades de expressão coletiva, etc.

Ainda, como propõem alguns autores, a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, onde, pode-se afirmar, estaria o direito à realização de cirurgia plástica para as pessoas portadoras de Síndrome de Down, bem como para as pessoas portadoras de fissura labiopalatal.

Nesta seara, encontram-se as mesmas, enquadradas nesta dimensão dos direitos fundamentais, já que corresponde à proteção diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana.

Assim, brevemente convém tecer comentário a respeito da pessoa denominada trissômica (a portadora de Síndrome de Down), deficiência que corresponde numericamente a uma criança com Síndrome de Down para cada seiscentos nascimentos, a qual é verificada pela existência de três cromossomos no 21º par de cromossomos, sendo o corpo humano formado de 46 pares de cromossomos (daí a denominação médica, trissomia 21).

A aparência destas pessoas, por si só, revela portarem a citada deficiência, pois é caracterizada pelo tamanho da língua, da orelha e, principalmente, pelo formato do rosto. A cirurgia que vem sendo aplicada é aquela que objetiva a redução do tamanho da língua, já que melhora a comunicação, a respiração e a alimentação do trissômico; no que diz respeito à diminuição do espaço atrás da orelha e a remodelação da face, mormente na região próxima aos olhos, apesar de não ter função terapêutica propriamente dita, compreende à diminuição ou eliminação de preconceito estereotipado.

Sobreleva notar que discussões vêm sendo travadas, a respeito da realização de cirurgia plástica estética nestas pessoas, reduzindo-se o tamanho da língua e das orelhas e a referente à reconstrução facial, sobretudo na região dos olhos, objetivando retirar tais traços que as diferenciam das outras pessoas, amenizando a dor da discriminação pela aparência, que sofrem os trissômicos, de maneira que o preconceito social reste minimizado, senão eliminado completamente.

As pessoas portadoras de Síndrome de Down e as labiopalatinas, enfrentam com frequência, a dor do preconceito que lhes é dispensado, face à sua aparência; fator que pode ser amenizado com a realização de cirurgia plástica; intervenção esta, que vem sendo alvo de discussão. Alguns pais manifestam-se favoravelmente acerca do tema, e outros, não, sendo que com referência aos portadores da Síndrome de Down, José Luiz Ragazzi os relaciona:

[...] pais defendem a tese de que a cirurgia melhorará, além do funcionamento físico das crianças, a aparência e a aceitação familiar em relação ao seu filho, além de os pais se sentirem melhores diante disso, pois na época do nascimento do filho trissômico, o casal esperava ter um descendente com suas características e, assim, criam um ambiente até hostil, sem carinho, pelas dificuldades não somente intelectuais que enfrentarão, mas também pela não-aceitação em relação à diferença estética. Afirmam, portanto, que a integração social também é beneficiada [...].[9]

Já, os pais que não comungam desta idéia, sustentam que a plástica, obviamente, não muda em nada o comportamento e a habilidade intelectual da criança para melhor, além de não terem visto mudanças significativas em relação aos seus filhos *especiais*.

A autorização para que estas pessoas possam ser submetidas a estas cirurgias, corresponde à preservação da dignidade da pessoa humana, a qual tem interpretação sob outro enfoque, segundo a definição da quarta dimensão dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, indicamos a ocorrência das manipulações genéticas, destinadas à tratamento terapêutico, a sua realização, igualmente, corresponde à salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

A quarta dimensão dos direitos fundamentais abarcaria, ainda, a pesquisa genética, com a necessidade de impor um controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente o homem.

Recorrendo ao escólio de Pietro de Jesús Lora Alarcón,[10] observa-se que o rompimento de uma dimensão de direitos fundamentais e o advento de uma outra, requer detectar os traços que caracterizam a sensibilidade desta e, estes traços têm sido encontrados nas descobertas da genética, visto que ela traz a lume uma nova forma de observar a vida humana.

As pessoas que possuem doenças genéticas podem ser enquadradas como pessoa portadora de deficiência, considerada a definição apresentada no capítulo 2; portanto, a sua proteção é fator imperativo, para a garantia dos princípios da dignidade e da igualdade.

Da mesma forma, a identidade genética, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pietro de Jesús Lora Alarcón pondera que: “[...] as finalidades do direito e do Estado podem sintetizar-se em uma só: a proteção integral da vida do ser humano, sua felicidade”.[11]

Disso depreende-se que, para o atingimento da felicidade, a pessoa portadora de deficiência carece do resguardo estatal de sua dignidade, conferindo-lhe igualdade de condições, em todos os aspectos da vida cotidiana.

As dimensões dos direitos fundamentais, como visto, salvaguardam a vida humana. Desta assertiva, convém ressaltar que, não basta assegurar o direito à vida, é necessária a proteção da vida digna, ou seja, a vida há que ser usufruída, com dignidade, daí então decorre a transmutação dos direitos fundamentais, em dimensões, sendo que em cada momento histórico, o enfoque de proteção dispensada é visto em conformidade com os valores atribuídos pela sociedade.

É inolvidável que hodiernamente, devido aos avanços científicos, a terapia genética pode resolver problemas de saúde do ser humano e, tal evento deve ser protegido, pois o bem que se tutela é a vida humana, com a realização da terapia visa-se não apenas proteger a vida, mas a vida digna daquela pessoa, que porta certa doença genética.

A inviolabilidade da vida humana é vista então, sob outro ângulo, no que se refere às terapias genéticas ou, mesmo, técnicas de clonagem, as quais repercutem sobre valores da vida.

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência, localizam-se *prima facie*, nos direitos fundamentais de primeira dimensão, contemplados os direitos de defesa do indivíduo, com relação ao Estado, ou seja, a preservação do seu direito à vida, sem interferência estatal.

Já, num segundo plano, localizam-se nos direitos fundamentais da pretendida quarta dimensão, pois focada está, sob um outro patamar de proteção, a vida humana, sustentada pela garantia da fruição de dignidade, no decorrer da vida destas pessoas, exigindo-se, desta feita, a ingerência estatal, para a implementação de medidas destinadas ao aprimoramento de técnicas científicas voltadas à melhoria de condições da existência.

Seria esta, uma outra dimensão protetora dos direitos da pessoa, enfim, os direitos da pessoa portadora de deficiência vistos sob uma óptica diversificada, a qual engloba diversos princípios, que subsumem a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, já que é imprescindível o acompanhamento da evolução científica pelo Direito.

A República Federativa do Brasil estabelece como objetivo fundamental, além de garantir o direito à igualdade e à não-discriminação, a não exclusão. Em suma, garantiu-se o *direito à felicidade*, como ensina Antonio Rulli Neto.[12]

A idéia de formação de Estado moderno, por si só conduz à consagração do direito à felicidade pessoal, que agrega a dignidade da pessoa humana, aliás São Tomás de Aquino, de há muito reconhecia a felicidade como o fim almejado pela sociedade.

Para que a pessoa portadora de deficiência possa sentir-se feliz e alcance o bem: *felicidade*, necessita dispor de todos os meios possíveis para praticar os seus atos, desde os mais corriqueiros, como transitar pelas ruas, ir à escola, ao clube, utilizar o telefone público, sem que se depre com obstáculos que se implementam por causa de sua deficiência e que para outra pessoa (não portadora de deficiência), a prática do ato seria possível.

Assevera Francisco Gomes de Matos que:

[...] filósofos de todos os tempos colocaram a felicidade como a aspiração dominante do ser humano, que a procura cada qual a sua maneira. A felicidade, sendo a grande referência à vida, é, nesse sentido, a motivação maior ao trabalho, direcionando passos, caminhos, relacionamentos e metas. O homem-pensamento, o homem-emoção e o homem-ação ganham integridade no ser feliz [...].[13]

Assim, ao Estado incumbe o dever de tornar eficaz todas as normas constitucionais protetivas dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, para torná-las e mantê-las felizes, no seu dia-a-dia, afastando-se a ofensa à sua dignidade. Por isso, pode-se asseverar convictamente que a felicidade constitui-se um direito fundamental, por revestir-se do resultado da observância dos demais princípios constitucionalmente resguardados, fincados no destacado princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 Deficiências Específicas

O princípio da dignidade da pessoa humana consagra proteção aos sentimentos do ser, aqueles mais íntimos, por vezes incomensuráveis, presente então a preocupação estatal para com a pessoa, em si, considerada como gênero da espécie humana.

Logo, pode-se asseverar que as pessoas portadoras de deficiência que tenham então a sua dignidade respeitada integralmente carece que lhes sejam concedidos todos os meios que necessitam para transpor as suas dificuldades para a prática de seus intentos diários, seja para matricular-se em escola, na rede regular de ensino, para desfrutar de tratamento de saúde e obtenção de medicamentos, seja para ingressar no mercado de trabalho e ser mantido no emprego, sob as mesmas condições que as demais pessoas (não portadoras de deficiências), daí a inarredável presença do princípio da igualdade.

Ora, isto tudo para viabilizar que estas pessoas tenham uma vida digna, não deixando de lado as atividades singelas, mas não menos importantes, como a possibilidade de deslocar-se pelas ruas e calçadas, falar ao telefone público, ter acesso às repartições em geral, sobretudo as públicas, facultada pela redução e/ou eliminação das diversas barreiras arquitetônicas.

Estritamente com referência às pessoas que se enquadram ao conceito de pessoa portadora de deficiência, por terem alimentação regrada, estas dependem de informações que devem constar nos rótulos das embalagens dos produtos alimentícios, postos à venda nos supermercados, padarias e outros, indicando a presença ou não de fenilalanina, já que estas pessoas não podem ingerir grande quantidade desta, face o risco de desenvolvimento de deficiência mental.

Depreende-se do exposto, que todos devem envidar esforços para que as pessoas portadoras de deficiência possam incluir-se na sociedade.

O Estado tem o dever de oferecer os mais diversos meios que possibilitem a inclusão, promovendo o emprego, transporte, comunicações, habitação, lazer, educação, esporte, acesso à justiça, acesso aos serviços policiais e às atividades políticas e de administração, além de adotar medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídas ou fabricadas, facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas com deficiência; prevendo ainda, a eliminação de obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que exista, com a finalidade precípua de facilitar seu acesso e uso, ou se não puder, de colocar à disposição os caminhos correspondentes.

O tratamento igualitário às pessoas portadoras de deficiência deve ser dispensado, tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da lei. Assim, o princípio da isonomia, para

atingir os objetivos propostos para a efetivação da inclusão, parâmetros devem ser delineados, vislumbrando conceder não apenas meios de acesso à logradouros públicos, ao ensino, à educação, ao lazer, etc., mas que estes sejam meios adequados, aptos a eliminar as barreiras com as quais estas pessoas se deparam, de modo que consigam equiparar-se aos denominados *normais*, no aspecto da convivência e desempenho de atividades, que para estes são meramente corriqueiras. Esta seria a adequada aplicação do princípio da isonomia, para a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Constitui-se dever de todo cidadão, contribuir para que o outro alcance condições para praticar seus atos cotidianos, sem quaisquer dificuldades. Daí a importância dos profissionais engenheiros e arquitetos, que em seus projetos diminuem ou excluem barreiras nos transportes coletivos, nos edifícios, nos elevadores, nos orelhões, quando da sua adaptação; barreiras estas que não somente obstam o acesso de pessoas com deficiência (motora, visual ou auditiva, por exemplo), mas viola a dignidade das mesmas, sendo que esta responsabilidade também recai sobre os legisladores (como é o caso da louvável iniciativa que versa a Lei nº 8.199/91, a qual isenta a cobrança de IPI das pessoas com deficiência, além do IOF, quando do financiamento de veículos próprios).

É cediço que, apesar da ampla salvaguarda deste princípio, verifica-se freqüentemente a sua afronta, é o que Carmem Lúcia Antunes Rocha demonstra em trecho de seu artigo, a seguir reproduzido:

[...] inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política [...] o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram.[14]

Esta não é uma luta isolada, da pessoa portadora de deficiência e de sua família, de seus vizinhos, nem mesmo do Estado apenas, para que possa surtir os efeitos concretos almejados, em sua completude, condiciona-se ao empenho de toda a sociedade, da conscientização de cada um, de maneira a respeitar as dificuldades do seu próximo e atuar para eliminar ou ao menos reduzir tais dificuldades de integração, para assegurar o convívio desta categoria de pessoas, no seio da sociedade, sem defrontar-se com atitudes preconceituosas.

O princípio da não-discriminação encontra-se resguardado no art. 3º., inciso IV da Constituição Federal, segundo o qual todo ser humano tem o direito de não ser discriminado, considerada a discriminação sob todos os aspectos.

Neste âmbito, é possível verificar que a discriminação não pode recair sobre qualquer pessoa humana; incluídas por óbvio, aquelas pessoas portadoras de deficiência, logo, não podem sofrer qualquer espécie de marginalização.

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[15] assevera que temos visto em todo o mundo o movimento pela inclusão das pessoas portadoras de deficiência, o qual é muito importante para atingir o direito à igualdade e à eliminação da discriminação.

Desta feita, para concretização de uma sociedade justa, livre, solidária e inclusivista, apta a receber as pessoas portadoras de deficiência sem discriminações, o direito de ser feliz enquadra-se no conceito dos direitos fundamentais, dada a interpretação das normas, devendo o Estado assegurar tal direito, através de meios assecuratórios do direito à vida, gozando o direito à convivência digna, respeitosa, possibilitando dessa forma, uma vida plena e digna, sem quaisquer espécies de obstaculizações, alcançando a almejada justiça, no seu amplo conceito.

Imprescindível que se tenha em mente, além de todos os direitos assegurados às pessoas portadoras de deficiência, constantes de extenso rol, tanto em âmbito constitucional, quanto infraconstitucional, bem como reconhecidos internacionalmente, por erigidos à seara dos direitos humanos, o dever dos que não pertencem àquela categoria de viabilizar que tais pessoas usufruam irrestritamente do bem que todos buscamos, diuturnamente, por toda vida, para sermos felizes.

5 CONCLUSÕES

Ao recorrer à aprofundada pesquisa, constatando-se as divergências conceituais, verificamos que as pessoas portadoras de deficiência, como sendo aquelas que se deparam com dificuldades para integrar-se à sociedade. Com isso, esta definição acaba

sendo mais abrangente, já que engloba deficiência física, mental, sensorial, superdotados, pessoas portadoras de fissura labiopalatal, fenilcetonúricos, dentre outros.

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência encontram amparo constitucional, considerados como direitos fundamentais, dispersos pelo texto constitucional, os quais não se restringem ao Título II, podendo todos aqueles que se enquadram ao conceito de pessoa portadora de deficiência usufruírem amplamente dos direitos que se encontram arrolados no nosso ordenamento jurídico.

Localiza-se, a proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, precisamente na primeira dimensão, dentre o rol classificatório dos direitos fundamentais, sedimentada no ordenamento, em sua fase inaugural, por consolidar a proteção da vida, além da segurança, propriedade, igualdade formal, e outros, os quais são oponíveis ao Estado, que é tido como guardião destas, sem interferir no relacionamento social, abstendo-se.

Presentes estão, ainda, na pretensa quarta dimensão, a qual ainda que não se encontre consagrada na esfera do direito internacional e nem das ordens constitucionais internas (por isso a dificuldade em se determinar datas), estaria a proteção das pessoas portadoras de deficiência, sob o enfoque dos mecanismos possibilitados pela evolução científica, viabilizada assim, a inclusão social, advinda da salvaguarda da dignidade, refletindo-se assim, na salvaguarda da vida com dignidade, ou seja, a dignidade sob um prisma diferenciado.

Assim, entende-se possível o alcance da felicidade pelas pessoas portadoras de deficiência, por poderem exercer atividades rotineiras dignamente, perpetrando-se a almejada inclusão social.

Como então se poderia ousar dizer que a felicidade não se constitui direito fundamental?

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

_____. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALVARES, Ana Lúcia Gabos; CAPELOZZA FILHO, Leopoldino; ROSSATO, Claudenir. *et al.* Conceitos vigentes na etiologia das fissuras labiopalatinas. *In: Revista Brasileira de Cirurgia*, vol. LXXVIII, nº 04:215-255. São Paulo: RBC, 1998.

ANSELMO, José Roberto. **A questão da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência – direito da pessoa portadora de deficiência**: uma tarefa a ser completada. Bauru: EDITE, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *In: Revista do Advogado*, ano XXVII, nº 95:42-50. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 2007.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência**: direitos e garantias. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de necessidades especiais**: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: ARX, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPOS, Cláudia Berbert. **A tutela constitucional das pessoas portadoras de fissura labiopalatal**. Dissertação de mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2006.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência – garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade – habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (coord.). **Direito das Minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF – quociente de felicidade: ciclo de felicidade no trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1997.

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: **Revista Sentidos**, nº 54:44-48. São Paulo: Áurea Editora, 2005.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAGAZZI, José Luiz. *et al.* Reflexões sobre a cirurgia plástica nos portadores de síndrome de down como fator de inclusão social. *In: Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos – Divisão Jurídica*, nº 44:495-508. Bauru: Instituto Toledo de Ensino, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

RODRIGUES, Ney Lobato. **Gravidez e ingestão de fenilalanina**: uma abordagem bioquímica e seus reflexos na proteção da infância. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

_____. Pessoa portadora de deficiência: o enquadramento constitucional dos fenilcetonúricos. *In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania.* Bauru: EDITE, 2006.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais.** São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva.** Rio de Janeiro: WVA, 1997.

[1] No presente trabalho, optamos pela adoção do termo *pessoa portadora de deficiência*, por ser o empregado no texto constitucional.

[2] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003, p. 23-24.

[3] OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: **Revista Sentidos**, nº 54:44-48. São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 46.

[4] ALVARES, Ana Lúcia Gabos; CAPELOZZA FILHO, Leopoldino; ROSSATO, Claudenir. *et al.* Conceitos vigentes na etiologia das fissuras labiopalatinas. In: **Revista Brasileira de Cirurgia**, vol. LXXVIII, nº 04:215-255. São Paulo: RBC, 1998, p. 233.

[5] *Artículo 3: Principios generales:*

Los principios de la presente Convención serán:

El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

La no discriminación;

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

La igualdad de oportunidades;

La accesibilidad;

La igualdad entre el hombre y la mujer;

El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

[6] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

[8] O emprego da expressão *dimensão* dos direitos fundamentais é considerado mais adequado que *geração*, vez que esta enseja a equivocada impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, não obstante seja adotada, cuja propagação, na doutrina brasileira, foi bastante efetuada por BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563.

[9] RAGAZZI, José Luiz. *et al.* Reflexões sobre a cirurgia plástica nos portadores de síndrome de down como fator de inclusão social. In: **Revista do Instituto de**

Pesquisa e Estudos – Divisão Jurídica, nº 44:495-508. Bauru: Instituto Toledo de Ensino, 2005, p. 502-503 e 516.

[10] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 89.

[11] *Ibidem*, p. 318.

[12] RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002, p. 68.

[13] MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF – quociente de felicidade: ciclo de felicidade no trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 07.

[14] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

[15] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência – garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 36.

A VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT NO ÂMBITO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA*

THE VALIDITY OF THE 158 ILO UNDER THE LAWS OF BRAZILIAN

Thiago Chohfi

RESUMO

Pode-se dizer que a efetividade de institutos como a cidadania e efetividade de direitos, principalmente no que diz respeito aos Direitos Fundamentais do Homem, tem como base de sustentação o Direito do Trabalho, que possibilita a qualquer indivíduo sua convivência e sobrevivência no mundo moderno. Não adianta liberdade sem trabalho. Não adianta saúde sem trabalho. São direitos horizontais, onde somente a necessária incidência concomitante e efetiva de vários tipos obrigacionais permite o desenvolvimento humano. Ocorre que as recentes transformações do mundo do trabalho deixaram instáveis os contratos de emprego, e, por consequência, sofrem também os princípios constitucionais que sustentam as garantias fundamentais de qualquer indivíduo. A Convenção 158 da OIT, por sua vez, trata de questão trabalhista, focada na rescisão do contrato de trabalho, o que vem como contra peso da instabilidade da dispensa sem qualquer motivo, permitindo frear o desemprego, uma dos temores de qualquer economia. Assim é que o presente artigo se propõe a estudar, sob limitado vértice, a vigência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo após sua denúncia pelo Decreto 2.100/96, que não teve validade formal suficiente para retirar do mundo jurídico a proteção da referida norma aos casos de dispensa imotivada. A idéia é fixar bases teóricas suficientes para a imediata incidência da referida proteção trabalhista em nosso ordenamento, trazendo fundamentos para a inconstitucionalidade do Decreto 2100, que tinha por objetivo denunciar e excluir de nosso ordenamento a Convenção 158 da OIT.

PALAVRAS-CHAVES: DESEMPREGO; CONVENÇÃO 158; OIT; VIGÊNCIA; DENÚNCIA; DECRETO 1.855/96; DECRETO 2.100/96.

ABSTRACT

It can be said that the effectiveness of institutes such as citizenship and effectiveness of rights, particularly with regard to fundamental rights of man, is a support basis of the Labor Law, which allows any individual to its existence and survival in the modern world. There is no worth on Freedom without work. No worth on health without work.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

These are horizontal rights, where only the necessary and effective concurrent incidence of various types of legal obligations allows human development. It occurs that the recent changes in the world of work left employment contracts most unstable, and, consequently, suffer also the constitutional principles that sustain the basic safeguards of any individual. The Convention 158 of the ILO, in turn, comes to labor issue, focused on termination of employment, which comes as against weight of the instability of the waiver without reason, allowing unemployment decrease, one of the fears of any economy. So it is the way this article aims to study under limited vertex, the validity of Convention 158 of the International Labor Organization in the Brazilian legal system, even after its complaint by Decree 2.100/96, which had no formal validity enough to remove the legal protection for cases of non motivated demiss. The idea is to establish sufficient theoretical bases for the immediate impact of the labor protection in our planning, bringing pleas for the unconstitutionality of Decree 2100, which was meant to expose and exclude from our planning the Convention 158 of the ILO.

KEYWORDS: UNEMPLOYMENT; CONVENTION 158; ILO; DURATION; VALIDITY; DECREE 1.855/96; DECREE 2.100/96.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a continuidade da vigência da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi devidamente ratificada pelo Brasil e aprovada pelo Congresso Nacional, sendo logo após denunciada por ato exclusivo do Poder Executivo.

Não se pretende, pelo estudo ora realizado, verificar a forma de aplicação, os limites ou os meios e parâmetros necessários para a interpretação e hermenêutica da norma em questão, mas tão somente demonstrar de forma inequívoca que, mesmo após sua denúncia, a Convenção 158 da OIT ainda continua como norma objetiva vigente no Brasil, passível de incidência nas situações concretas do mundo real.

Vale lembrar que é enorme a importância da Convenção 158 para o instituto da cidadania e da efetividade dos Direitos, principalmente daqueles intimamente ligados aos princípios constitucionais que sustentam as garantias fundamentais de qualquer indivíduo. Como se sabe, a referida norma trata de questão trabalhista, focada na rescisão do contrato de trabalho. Tamanha foi a transformação no mundo do Trabalho, que as sábias palavras do [1]Prof. Souto Maior encaixam-se perfeitamente neste estudo, já que “o maior problema social da atualidade é, inegavelmente, o desemprego. O desemprego, em uma sociedade marcadamente capitalista, destrói a auto-estima, aniquilando o ser humano, e, ao mesmo tempo, é causa de uma série enorme de problemas que atingem toda a sociedade.”.

No entanto, para que tal norma oriunda do Direito Internacional possa produzir efeitos no Brasil, primeiramente, é necessário que se demonstre, de forma cabal e lógica, a sua efetiva e atual vigência em nosso ordenamento, sem a qual não há que se falar em proteção da dignidade humana, tamanha a instabilidade que ronda os contratos de trabalho no mundo globalizado.

Para tanto, a base teórica de tal assertiva – a efetiva e atual vigência da Convenção 158 em nosso ordenamento - assenta-se na questão da validade formal da referida norma, inspirada inicialmente pelos dogmas introdutórios do estudo jurídico, que exige condições especiais do processo legiferante para revogação de uma determinada norma. Estudando o que é norma, quais suas bases de sustentação e quais as competências, percebe-se claramente que a denúncia perpetrada pelo chefe do executivo, no final do ano de 1996, não teve qualquer eficácia jurídica.

Historicamente o Direito do Trabalho esteve sujeito às alterações das mudanças operadas na sociedade e na cultura, especificamente, sensível não só as orientações da política econômica e social, mas também às oscilações circunstanciais na forma que se exerce o poder político.

Essas condicionantes dos fatos sociais, culturais e políticos, constituem um terreno movediço sobre o qual deve assentar-se a elaboração das normas e explicam a ausência de um mecanismo de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, na legislação trabalhista do País.

1 HISTÓRICO DA CONVENÇÃO 158

Antes de entrarmos efetivamente no mérito da questão, necessário um breve histórico acerca da Convenção 158. Através de assinatura do instrumento internacional respectivo em Genebra, em data de 22 de junho de 1982, o Brasil ratificou a Convenção 158 da OIT, a qual, para ingressar no mundo jurídico e vigor efetivamente em nosso território, dependeria da aprovação do Congresso Nacional. Um ato, portanto, claramente complexo e de caráter legislativo, dependente de no mínimo dois dos Poderes (Executivo e Legislativo).

E foi assim que a referida Convenção teve origem, no Poder Executivo, que por sua vez enviou o documento para regular aprovação junto ao Congresso Nacional, que após regular submissão a processo legislativo a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992[2].

Após todo o processo legislativo, o próprio executivo promulgou tal norma através do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, quando passou então a existir efetivamente como norma em nosso mundo jurídico.

Ocorre que em dezembro do mesmo ano, o mesmo Presidente da República, em ato isolado do Poder Executivo, denunciou a norma internacional promulgada alguns meses antes, sem mesmo consultar o Congresso Nacional. E aí reside o problema. Para entendermos de forma clara a questão, necessário lembrarmos alguns conceitos básicos acerca da própria norma.

2 A NORMA JURÍDICA E SUA NATUREZA INTERNA

Qual o sentido da própria instituição “norma”. Como já escrito em [3]dissertação anterior, o Direito Brasileiro possui um ordenamento próprio e único, formado por um complexo de normas jurídicas, hierarquicamente dispostas de forma vertical. Estas normas são, na maioria dos casos, mandamentos, ordens ou prescrições. Também podem assumir o caráter, como ensina [4]Kelsen, “de conferir poderes, permitir, derogar suas funções de normas”.

Eis aí o primeiro ponto que devemos discutir: qual a natureza da Convenção 158 da OIT? Possui as mesmas funções de uma norma objetiva de direito? Ou seria apenas uma simples adesão ao “contrato” proposto por um organismo internacional?

Muito embora tal [5]diferenciação (tratados-contratos e tratados leis) venha perdendo força, não custa ressaltar a natureza evidentemente legal da norma em questão, que se traduz em ponto de estudo de suma importância, já que cabe exclusivamente ao Presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros, ou seja, representar o país na ordem jurídica internacional.

Mas esta representação é, logicamente, delimitada pela natureza do ato. Não há como se permitir ao chefe do Executivo a denúncia de um tratado com força normativa, mas tão apenas um tratado com caráter contratual. O contrário seria atacar diretamente o próprio [6]artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Portanto, partimos da idéia de que a Convenção 158 da OIT ingressou em nosso ordenamento jurídico como uma norma efetivamente jurídica, e não contratual.

3 DA CONDIÇÃO DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

As normas, portanto, se jurídicas, prescrevem algo que deve ser ou acontecer. A para que isso ocorra, há a coerção estatal. São consideradas, pois, proposições de “dever-ser”, prescrições de um comportamento que se entende como devido. Este comportamento, por sua vez, representa uma conduta humana definida, um sentido de querer – de um ato de vontade. Logo, a norma jurídica é o resultado de uma conduta humana querida por alguém, uma representação de um ato de vontade querido.

Nesse sentido, é imperioso que a norma jurídica tenha validade para que esta conquiste seu espaço na estrutura jurídica. E esta validade é justamente o foco do estudo, pelo qual uma norma pode ou não ingressar no ordenamento, produzindo efeitos.

Nosso ordenamento se compõe num sistema único, escalonado por normas jurídicas hierarquicamente apontadas. A validade dessas normas é dividida e consubstanciada, segundo o princípio dinâmico, em duas frentes diferentes, que regem a aplicação da norma jurídica no mundo fático. Sempre se pergunta, antes de qualquer outra indagação, se a norma posta no mundo jurídico existe, se ela é válida.

Kelsen costuma interpretar a vigência / validade como a existência da norma jurídica, ao contrário de alguns outros juristas, que separam tais conceitos. Vamos considerar, pois, as razões de Kelsen, a fim de facilitar didaticamente os princípios que tornam uma norma aplicável no mundo real. Uma norma somente pode existir se sua criação

obedeceu validamente aos ritos e determinações de outra norma imediatamente superior.

Não quer dizer que não existam outras normas inferiores que lhe conferem alguns procedimentos e parâmetros, mas interessa sim, é verificar quem confere validade à norma, quem proporciona sua existência. É uma pergunta simples: qual norma que, se revogada ou substituída, afetaria a existência de outra norma? Daí, pode-se verificar, sem maiores problemas, a validade formal da norma e sua proposição imediatamente superior, dentro de um sistema jurídico. Após observada tal validade formal, podemos verificar a correspondência de conteúdos, ainda no mesmo plano.

Os conteúdos das normas também não podem se contradizer, ou seja, uma determinação não pode excluir a possibilidade lógica da outra. Kelsen[7] assim ensina:

Para valer, uma norma precisa ser estabelecida. Se ela não é estabelecida, não vale; e somente se ela é estabelecida, é que vale; se ela não vale, o estabelecido não é norma. Pois a validade de uma norma é – como já observado – sua específica existência. Não a existência de um fato do ser, mas a existência, i.e., a existência de um sentido (ou do conteúdo do sentido), do sentido de um fato, do real ato de estabelecimento.

Conforme pode ser percebido, Kelsen nos coloca em um contexto onde existe uma validade ampla e geral, que pode ser dividida entre uma validade que alcança a existência da norma e outra validade que se assemelha à sua correspondência material (põe o conteúdo à prova). Por exemplo, uma constituição que confere existência a uma norma, já que criada pelas formas e preceitos nela contidos, pode não ser aplicável ao mundo real por falta de correspondência material, vez que a norma inferior pode estabelecer conteúdo de forma excludente daquele posto imediatamente acima.

São duas faces da validade colocadas à prova: a primeira a existência formal da norma e a segunda a existência material (comparação de conteúdos). Esta última não nos interessa nesse trabalho. Apenas a primeira, capaz de excluir do mundo jurídico o Decreto 2.100, que tinha por objetivo inescrupuloso extirpar a Convenção 158 de nosso ordenamento.

Apesar das inúmeras leis e atos jurídicos que formam nosso ordenamento e da eventual contradição que possa existir, este perfaz uma unidade lógica da ordem jurídica, se constituindo em uma pluralidade de normas que integram uma unidade, na qual as proposições jurídicas não se podem auto-excluir. É uma pirâmide escalonada formada por normas, das quais, as hierarquicamente superiores, validam e tornam possível a existência de outras normas, de caráter inferior.

A validade, portanto, pode ser tida como a existência da norma jurídica, ou seja, seu nascimento. O nascimento se dá pela criação da norma através de um preceito lógico formal ditado por outra norma jurídica, que por sua vez também foi criada através das determinações emitidas por outra determinada norma, de caráter superior, e assim por diante.

Percebe-se claramente que a base de sustentação de qualquer norma, portanto, é separada em uma base formal e outra material. Para uma norma ser inserida em nosso sistema, há que se percorrer um caminho legislativo previamente formulado (validade

formal), bem como há de se respeitar certas linhas de pensamento anteriores e superiores (validade material).

A Convenção 158 da OIT, como se nota facilmente, alcançou tais requisitos: segundo determina a Constituição Federal[8], tal norma foi ratificada pelo Executivo, já que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, bem como foi referendada pelo Congresso Nacional. Não se pretende ingressar, em realidade, quanto ao mérito da validade material da Convenção, já que vários outros juristas já percorreram esse caminho com sucesso. A questão se limita à validade formal.

4 MONISMO OU DUALISMO?

Atacada a validade formal do Decreto 2.100, necessário explicar seus fundamentos de invalidade. E começa-se simplesmente pela própria Convenção 158 que, como já dito, representa ato complexo, submetido a dois Poderes da República Federativa.

Se para ingressar no mundo jurídico fez-se necessária a aprovação tanto do chefe do Poder Executivo, como regular processo legislativo junto ao Congresso Nacional, da mesma forma, para extirpá-la do ordenamento, necessário o mesmo caminho. E toda a lógica até então estudada leva a tal conclusão.

Como bem ensina [9]Accioly e Geraldo Eulálio, uma vez ingresso em nosso sistema, tal norma internacional se incorpora no ordenamento, transformando-se em parte deste, como outra lei qualquer. Nesse sentido, inclusive, podemos dizer que a [10]Emenda 45 ratificou de vez tal entendimento, regrido as situações de hierarquia até então discutidas. Vejamos:

Atualmente, a situação foi esclarecida pelo posicionamento adotado pelo STF em dois *leading cases*: a ADIN 1.480 e a CR 8.279. Em ambas oportunidades o STF se pronunciou de forma uníssona, direta e precisa sobre o tema do monismo e dualismo. Para o STF, após sua incorporação, os tratados encontram-se no plano das leis ordinárias, em posição inferior à Constituição. O mecanismo de recepção, segundo a lei brasileira, não permite a recepção direta, tratando-se de dualismo moderado. A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-os à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e, por conseguinte, extingue o conflito próprio da teoria monista, pois a regra vigente de revogação de lei anterior pela posterior é princípio assente em nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo.

Ora, se a norma internacional entra em nosso ordenamento como parte integrante deste, o faz como natureza de norma, de lei. E é com essa natureza que devemos perceber a Convenção 158 da OIT, como uma lei que começou a vigor em nosso ordenamento assim que validada pela finalização formal do processo legislativo competente.

5 DO INSTITUTO DA REVOGAÇÃO NO ORDENAMENTO NACIONAL

De todo o exposto, a conclusão lógica que se faz é que a Convenção 158 é uma lei, integrando do nosso ordenamento jurídico nacional. E como lei, tem algumas características, que devem ser ressaltadas e estudadas.

O artigo 59 define os tipos legislativos existentes no Brasil, desde a própria Constituição Federal (representada pelas emendas) até os decretos legislativos. Nesse sentido, complementando o dispositivo em questão, o artigo 61 da Carta dispõe sobre as leis, separando-as em ordinárias e complementares, e dizendo que estas podem ter iniciativa tanto via Poder Legislativo, como pelo Executivo, através do próprio Presidente da República.

O rol de iniciativas ditadas pelo parágrafo primeiro subsequente é meramente exemplificativo, já que não poderia excluir outros casos, como o descrito no artigo 84, inciso VIII, que reporta ao chefe do Executivo a celebração de tratados e convenções, tal como aquela ora em estudo, submetida posteriormente ao Congresso, e por este ratificada.

O Decreto, por sua vez, não é propriamente uma lei, em sentido estrito. O inciso VI do artigo 84 da Constituição é claro ao dispor sobre atos de gestão da máquina pública, e não atos de legislação. Tanto o é que a própria celebração do tratado, elencada no mesmo dispositivo, não se traduz em ato simples, mas sim como um ato complexo, dependente da atuação do Congresso Nacional, para somente após sua regular aprovação neste local, ser colocado em vigência em nosso ordenamento.

Portanto, partindo da premissa que uma lei se revoga com outra lei (LICC, art. 2º); sendo a Convenção 158 da OIT uma lei que ingressou regularmente em nosso ordenamento por um ato complexo, após regular aprovação do Congresso Nacional; e sendo o Decreto um ato inferior e incapaz de revogar outra lei; não há que se falar em denúncia da Convenção 158 por ato simples do chefe do executivo.

Essa é a lógica a ser adotada. Considerar-se-á, nessa linha, que a Convenção 158 da OIT nada mais é que uma lei de direito interno, e não mais internacional, com uma única diferença: sua origem em organismo e convenção internacionalmente reconhecidos e, à época, devidamente aprovado pelo próprio Brasil, através de ato formal de ratificação. Não bastasse, outros atos impedem a simples denúncia de tratados por exclusivo ato do chefe do Poder Executivo.

6 DA COMPETÊNCIA SOBRE A SOLUÇÃO DE NORMAS ALIENÍGENAS

Sem desnaturar o ato internacional em debate, é certo que sua origem não é puramente de iniciativa do Poder Executivo ou de outro órgão do legislativo, muito embora equiparada formalmente àquele. Tem, sim, nascimento em organismo internacional, e, por isso, pode ser considerada um acordo ou ato internacional – que, segundo a teoria adotada pelo próprio C. STF, tem força de norma pertencente ao ordenamento interno.

Mas tal fato não impede, por sorte, a incidência do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal vigente, que enuncia como competência exclusiva do Congresso Nacional

“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Não é à toa que a letra da lei constitucional é clara o suficiente para impedir que um simples ato do Presidente da República seja capaz de expurgar do mundo jurídico o resultado de um complexo processo legislativo sobre um ato internacional.

Não bastasse, o próprio artigo 84 da Carta nada diz a respeito da denúncia, mas tão somente da celebração e conseqüente referendo do Congresso Nacional. Se este mesmo dispositivo for utilizado para propiciar o chefe do executivo a denúncia, esta, por sua vez, também tem que ser referendada pelo Congresso Nacional, da mesma forma que o foi quando ingressou a norma em nosso ordenamento. Não há como se interpretar de determinada maneira o processo legislativo para ingresso da norma em nosso ordenamento e de outra completamente diferente quando da denúncia. Tal hipótese permitiria, sem sombra de dúvidas, a recepção de atos internacionais em nosso ordenamento mesmo sem o referendo do Congresso Nacional. Ora, se assim não é permitido, a mesma conclusão resta para a expurgação do ato.

Portanto, o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996[11], que teve por fim tornar pública a denúncia por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, é claramente inconstitucional, por vício formal de processo legislativo. Diria, em realidade, que não é válida, por inexistente, nas palavras do dogmático jurista já citado, uma vez que o processo legislativo para retirar do mundo jurídico a Convenção 158 (já considerada norma doméstica) alcançou somente metade do caminho necessário à efetividade objetivada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, portanto, e diante de todo o fundamentado acima, pode-se afirmar que a Convenção 158 da OIT é um dos pilares fundamentais de fixação de direitos fundamentais, da cristalização, em realidade, do tão perseguido patamar mínimo civilizatório, tamanha a transformação no mundo do Trabalho, que trouxe como grande problema mercadológico laboral o desemprego. Numa sociedade capitalista, a rescisão contratual na relação trabalhista pode aniquilar o desenvolvimento social e o próprio ser humano. Isso sem contar os problemas puramente econômicos que um surto de desemprego desenfreado pode trazer ao mercado.

Logo, o estudo da vigência da Convenção 158 da OIT no ordenamento brasileiro é um avanço contra as transformações do mundo do trabalho e um contrapeso na relativização da estabilidade, trazida pela última constituição.

Tal norma, do que restou exposto, continua em vigor no ordenamento nacional. O sistema já reconhecido pelo próprio C. Supremo Tribunal Federal, que consagrou o dualismo na seara do direito internacional, formatando o nascimento do ato internacional devidamente ratificado e referendado pelo Congresso nacional como norma doméstica, integrando do ordenamento jurídico nacional, sendo que tal entendimento, após a Emenda 45 da Constituição Federal, foi devidamente ratificado e pacificado.

Sendo integrante do ordenamento jurídico, deve ser tratada a Convenção 158 da OIT como tal, e, nesse sentido, respeita-se o sistema vigente quanto à forma de revogação de leis no Brasil, tal como exposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, não servindo o simples Decreto do chefe do Poder Executivo para tal finalidade, seja por tal ato legislativo não se equipara a lei, no sentido estrito, seja porque, em sua essência, tal norma não tem o condão de criar, extinguir ou modificar a natureza dos direitos tratados pelo tratado ratificado e devidamente aprovado.

Ademais, o próprio artigo 84 e 49 da Constituição Federal trazem interpretações claramente aceitáveis e justificáveis que impedem a validade da denúncia retratada pelo Decreto 2.100 do chefe do Executivo, uma vez que o primeiro dispositivo citado sequer fala em denúncia de tratado, sendo certo que eventual interpretação ampliada da competência ali traçada deveria obedecer a mesma forma determinada para a aceitação do ato internacional, passando-se, portanto, qualquer ato pelo crivo do Congresso Nacional – seja para ingressar no ordenamento, seja para sair deste. E da mesma forma, o segundo dispositivo é mais claro ainda ao deitar competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tais questões – o que impede, logicamente, a denúncia da Convenção 158 por simples ato do Poder Executivo.

Portanto, seja por um lado, seja por outro, pode-se concluir que o processo de denúncia da Convenção 158 está incompleto, ou seja, ainda não chegou ao final, pois falta-lhe justamente ser referendado pelo Congresso Nacional – e por isso, não é válido, por não existir no mundo jurídico – o que implica na atual vigência das normas protetivas da dispensa imotivada e sua possibilidade de aplicação no Brasil.

REFERÊNCIAS

MAIOR, Jorge Luiz Souto. (2004) “Proteção Contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT”, Revista n. 25 da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Campinas, 2004, http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf. Acesso em: 03.04.2008.

BRASIL, Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em <http://www.mte.gov.br>. Acesso em 03.04.2008.

CHOFFI, Thiago (2003). “Hierarquia da Norma Coletiva de Trabalho”, <http://www.cerdeiraassociados.com.br/MonografiaHIERARQUIANORMASCOLETIVASTRABALHO.pdf>. Acesso em 27.03.2008.

KELSEN, Hans. Kelsen, Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

REZEK, J. Francisco, Direito Internacional Público: curso elementar. 10ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, 1917 – Manual de direito internacional público / G. E. do Nascimento e Silva e Hidelbrando Accioly – 15 ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella – São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03.04.2008.

[1] MAIOR, Jorge Luiz Souto. (2004) “Proteção Contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT”, Revista n. 25 da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Campinas, 2004, http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf. Acesso em: 03.04.2008.

[2] Texto publicado no D.O.U. de 11.4.1996 – “DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982; Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985; Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16; (...)”

[3] Chohfi, Thiago. Hierarquia da Norma Coletiva de Trabalho. Monografia apresentada para o curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho, como exigência

parcial para obtenção do título de especialista, sob a orientação do professor Renan Severo Teixeira da Cunha (2003).

[4] Hans Kelsen, Teoria Geral da Norma, p. 01.

[5] Rezek, J. Francisco, Direito Internacional Público: curso elementar. 10ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2005 (p. 28).

[6] DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. (...). Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...).

[7] Hans Kelsen, Teoria Geral das Normas, p. 215-216.

[8] CF/88 - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...); VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

[9] Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento e, 1917 – Manual de direito internacional público / G. E. do Nascimento e Silva e Hidelbrando Accioly – 15 ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella – São Paulo: Saraiva, 2002 (p.68).

[10] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[11] Texto publicado no D.O.U. de 23.12.1996 – “DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. (...)”.

**DIREITOS HUMANOS E TEORIA DA
DEMOCRACIA**

**A VONTADE GERAL ROUSSEAUNIANA A LUZ DA DEMOCRACIA
DELIBERATIVA - SOBERANIA POPULAR E DIREITOS HUMANOS, UMA
INTERCONEXÃO NECESSÁRIA. ***

**THE GENERAL WILL OF ROUSSEAU LIGHT OF DELIBERATIVE
DEMOCRACY - POPULAR SOVEREIGNTY AND HUMAN RIGHTS, AN
INTERCONNECTION NECESSARY.**

Alexandre de Oliveira Demidoff

RESUMO

O trabalho analisará a luz da democracia deliberativa o conceito Rousseauiano de vontade geral, esclarecendo as conseqüências totalizantes que o conceito pode assumir na realidade política. Com esse objetivo abordaremos o conceito de vontade geral inserido na conjuntura da obra de Rousseau. Será abordada na idéia de democracia deliberativa de Jürgen Habermas, a proposta de interdependência entre a autonomia pública do modelo de democracia republicana e a autonomia privada do modelo liberal. Por fim com base na exposição será destacada a contribuição da democracia deliberativa, que através da interligação entre soberania popular e direitos humanos revê uma característica totalizante presente na idéia de vontade geral.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA DELIBERATIVA - DIREITOS HUMANOS – SOBERANIA POPULAR - VONTADE GERAL

ABSTRACT

The Work will look under the focus of deliberative democracy the concept of general will of Rousseau, clarifying the consequences totalizing that the concept can take on political reality. With this objective will discuss the concept of general inserted in the juncture of the work of Rousseau. will be addressed in the idea of deliberative democracy by Jürgen Habermas, the proposal of interdependence between the public autonomy of the republican model of democracy and the private autonomy of liberal model of democracy. Finally based on the exhibition will be highlighted the contribution of deliberative democracy, that through the interconnection between popular sovereignty and human rights revises a totalizing characteristic present in the idea of the general will

KEYWORDS: DELIBERATIVE DEMOCRACY - HUMAN RIGHTS - POPULAR SOVEREIGNTY - GENERAL WILL

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1.Introdução

A construção de uma opção institucional de governo democrático, mostra-se hoje como um dos maiores desafios a serem enfrentados pelos teóricos da política. Isto ocorre razão da complexidade das atuais sociedades, que se configuram como sociedades de massa e multiculturais, nos colocar diante de questões nas quais o consenso torna-se extremamente difícil de ser alcançado. Por outro lado a pressão de fatores advindos dessa mesma sociedade, que tem sido chamada por alguns de “sociedade de risco”¹, demonstra a necessidade de emergir uma solidariedade social, que nas palavras de Habermas possibilite a “*inclusão do outro*”.² Nesse contexto de crise, a solidariedade se faz extremamente necessária, e ao mesmo tempo, mostra-se como algo de difícil obtenção diante de fatores como o multiculturalismo e as crises socioeconômicas.

O presente trabalho tendo em vista esta conjuntura, pretende resgatar através da obra de Rousseau, a noção de constituição do conceito de cidadão através da coletividade. Ao mesmo tempo visa alertar para o perigo da idéia Rousseauiana de vontade geral assumir um viés totalizante. Este risco em nossa opinião é eficazmente neutralizado pela concepção de autonomia privada da democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Esta viabilizou o equilíbrio entre a idéia republicana de cidadão público e a concepção liberal de indivíduo.

Com esse intuito será primeiramente construído o entendimento do que seria a vontade geral dentro do contexto da obra de Rousseau. Em seguida será feita uma análise com o auxílio da visão de Antônio Negri, de como a teoria Rousseauiana foi interpretada na prática pelo evento ao qual mais influenciou, qual seja, a Revolução Francesa que teve início no fim do século XVIII. Serão desse modo indicadas as conseqüências totalizantes da aplicação prática da teoria da vontade geral.

Na seqüência realizaremos uma sintética descrição do modelo democrático deliberativo, apontando características oriundas da concepção republicana e da vertente liberal de democracia.

Por fim realizaremos uma explanação sobre como a democracia deliberativa se relaciona com a cidadania Rousseauiana, herdando a tradição republicana do cidadão do espaço público. Discorreremos também sobre como a concepção de autonomia privada, possibilita um espaço de liberdade individual. Esse espaço na teoria habermasiana se mostra fundamental para a própria construção da vontade da coletividade no espaço público.

A articulação entre autonomia pública que corresponde ao exercício da soberania popular e autonomia privada que corresponde a garantia dos direitos humanos possibilita a construção de um desenho institucional democrático deliberativo. Essa configuração institucional busca realizar legitimação do Direito, de forma a garantir o exercício da soberania popular, porém de forma não totalizante.

2. A autonomia do cidadão no conceito de vontade geral de Jean-Jacques Rousseau.

A opção por falar do conceito de vontade geral utilizado por Rousseau, traz consigo a necessidade de traçar algumas considerações a respeito do conjunto de sua obra. Isto se dá em razão de não ser possível compreender a noção de vontade geral sem que seja realizada a inserção desse conceito na sistemática da obra Rousseauiana. Tomado de forma isolada o conceito de *vontade geral* parece incoerente e mesmo paradoxal, se contraposto de forma estanque a conceitos como *soberania popular*.

Tomaremos como base para a compreensão da sistemática Rousseauiana a interpretação realizada por Hector Leis em sua dissertação de mestrado em filosofia. Escolhemos essa vertente interpretativa pois cremos que do ponto de vista da descrição teórica da obra de Rousseau, a dissertação de Hector Leis se mostra de extrema coerência.

Segundo Leis a obra de Jean-Jacques Rousseau deve ser compreendida como uma composição que mescla um projeto universal e transcendente em um trabalho como *O Contrato Social*, e ao mesmo tempo projetos políticos concretos e específicos dos quais são exemplo *O projeto de constituição para Córsega* e as *Considerações sobre o governo da Polônia*.(Leis, 1982) Tal interpretação retira de sobre Rousseau, o fardo de ser considerado paradoxal no momento de confrontação de suas obras.

Uma ilustração retirada da obra *O Contrato Social* demonstra bem essa flexibilidade rousseauiana diante dos fatos concretos. No final do capítulo IV, do livro IV da citada obra, o autor traça a evolução da forma de recolhimento dos sufrágios em Roma. Atenta ele para o fato de que entre os primeiros romanos a votação se fazia de forma bastante simples, o voto na assembleia era proclamado em voz alta e anotado por um escrivão.(Rousseau, 2007) No entanto com a corrupção do povo que passou a comprar e vender seus votos, a votação passou a dar-se em segredo. Havia nessa mudança a tentativa de combater tal prática, pelo estabelecimento de uma medida que dificultava a certeza do comprador sobre aquele que estava vendendo o voto.

Rousseau vê com bons olhos essa alteração, afirmando que o regime das pessoas saudáveis não convém aos enfermos, não se podendo governar um povo corrupto pelas mesmas leis que convém a uma povo bom.(Rousseau, 2007) Pode-se concluir que o ideal na assembleia seria a votação aberta, porém diante da corrupção, esta não se mostrou mais viável. Da mesma forma o projeto contido na obra *O Contrato Social* pode ser visto como o ideal a ser alcançado, porém diante das restrições fáticas ocorre a adaptação desse projeto universal às características de determinado povo. Esse fato pode ser observado em obras como *O projeto de constituição para a Córsega* e *Considerações sobre o governo da Polônia*.

O contraste existente entre o ideal, exposto em *O Contrato Social*, e o real que se insere nas obras já citadas, é contraposto a um outro extremo nas obras *Discurso sobre as ciências e as artes* e *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Apesar de existirem interpretações no sentido de que ambos discursos se dirigiriam a uma chamada para o retorno a vida primitiva diante da corrupção social,

cremos juntamente com Hector que estas obras compõe na verdade o extremo oposto do projeto exposto em *O Contrato Social*. Enquanto nesse, Rousseau estaria discorrendo sobre uma sociedade radicalmente ideal, nos *discursos* o autor estaria tratando de uma sociedade radicalmente corrupta, de um ponto de vista que não é especificamente concreto.(Leis, 1982)

A obra de Rousseau deve assim ser compreendida como um todo, onde é exposto em *O Contrato Social* um projeto transcendental ideal, e nos *Discursos* uma análise universal de corrupção radical. Através desses dois grandes balizamentos Rousseau poderia analisar as realidades. De acordo com as possibilidades dessa realidade, deveria ser produzida uma proposta de governo para essa sociedade.

É dentro dessa sistemática nas quais se confrontam planos reais e ideais que o conceito de vontade geral deve ser compreendido.

A vontade geral é um elemento fundamental do que Rousseau denomina como sendo o contrato social. No contrato social cada pessoa estaria unida a todos os demais membros do corpo social, este corpo social teria o dever de proteger os bens e a pessoa de cada associado. Ao mesmo tempo cada associado obedeceria somente a si mesmo, mantendo sua liberdade.(Rousseau, 2007)

Essa liberdade seria manifesta através da vontade geral, pois vivendo em uma coletividade cada indivíduo se comportaria visando o bem comum, através da busca do bem comum cada um manteria sua liberdade. O cidadão em Rousseau goza de liberdade na medida que participa como igual na formação da vontade geral.

Como veremos adiante esta vinculação de exercício da liberdade a obediência da vontade geral acabou por gerar um conceito totalitário que tem o potencial de aprisionar a soberania popular e os projetos individuais.

Rousseau descreve a vontade geral como sendo algo indestrutível e que existe em abstrato, independente de qual seja o resultado de uma assembléia. A vontade geral seria o sinônimo de interesse comum. Dessa forma o fato do interesse comum não prevalecer em uma assembléia sobre os interesses particulares de indivíduos ou mesmo de grupos menores dentro da grande sociedade, não significa que a vontade geral tenha sido destruída. Rousseau entende que esta vontade permanece existindo, ela apenas não foi a resposta dada ao questionamento da assembléia.

Quando o fato narrado ocorre, a vontade geral permanece inalterada, no entanto, uma vontade particular é transformada em lei como se fosse a vontade geral.

2.1. A vontade geral na revolução francesa.

A obra *O Contrato Social* de Rousseau é considerada como a que mais exerceu influência no pensamento revolucionário francês do século XVIII. Em razão do paradoxo prático, que reside no contraponto entre a idéia de soberania popular e vontade

geral, Rousseau sem nunca ter almejado tal proeza, acabou por transformar-se em um autor que foi encampado por correntes de pensamento revolucionário, totalmente opostas, no que concerne aos interesses, e a forma de governo que defendiam.

Antônio Negri realiza uma análise da Revolução Francesa que nos fornece a compreensão de algumas heranças práticas deixadas por Rousseau. Notadamente a consagração do povo como titular absoluto da soberania e o potencial de autoritarismo inerente ao conceito de vontade geral.

A análise negriana da revolução francesa concebe o evento como um processo de dicotomização do pensamento de Jean-Jacques Rousseau. Durante a revolução na luta contra o antigo regime, torna-se praticamente consenso a idéia de que o poder soberano não pertence ao monarca como afirmava Hobbes, mas sim ao povo. No entanto quando a questão avança para a forma que esse povo deveria exercer sua soberania as opiniões se dividiram. Juntamente com os grupos políticos em oposição, a teoria Rousseauiana foi dicotomizada em dois conceitos criados por ele: a vontade geral e a soberania popular.

A burguesia de um lado afirmava que a vontade geral era o fundamento abstrato da soberania, o povo detinha a soberania, no entanto, a exercia através da vontade geral. Nesse sentido é válida a citação da obra de Emmanuel Joseph Sieyès, na qual é articulada uma engenhosa tese revolucionária.

Segundo a concepção de Sieyès a burguesia seria uma classe apta a representar os interesses de toda a nação, uma vez que o terceiro estado seria uma nação completa. Sieyès realiza a exaltação da produção econômica da burguesia e ignora a contribuição dos trabalhadores, tendo inclusive defendido a exclusão dos mesmos do rol de detentores de direitos políticos. (Sieyès, 1988)

A burguesia sendo uma nação completa, estava apta a declarar a vontade geral. A soberania popular deveria então ser exercida pelos representantes eleitos. Em razão da restrição dos direitos políticos esses representantes seriam eleitos pela classe burguesa.

Do outro lado os sans-culottes negando a possibilidade da soberania ser exercida de forma indireta, invocavam o direito do povo, titular da soberania, ser também aquele que detém o exercício da mesma. Dessa forma o poder constituinte da população não poderia ser contido na abstração da vontade geral.

Diante desse quadro, Negri vê um paradoxo teórico, na medida que a vontade geral é para ele o aprisionamento da soberania popular expressa através do poder constituinte.(Negri, 2002)

Esse paradoxo que para Negri é insolúvel exigiu uma tomada de posição prática por parte dos grupos políticos em conflito. Enquanto a burguesia se utiliza da abstração do conceito de vontade geral para submeter a soberania popular, os sans-culottes rompem com a idéia de vontade geral e desencadeiam o exercício fático do poder soberano, através do poder constituinte.(Sieyès, 1988)

Vale ressaltar que na visão negriana, o fracasso jacobino se dá em razão de ceder a tentação de exercer uma correção teórica impossível. Qual seja conciliar vontade geral e

soberania popular. Quando seus líderes iniciam a declaração do que é a vontade geral, atuam na contenção do poder constituinte, e desencadeiam o início do fim, pois a força do movimento que vinha da potência inerente as massas populares passa a ser obstaculizada. (Negri, 2002)

Cabe salientar que embora concordemos com a correlação feita por Antonio Negri a respeito dos efeitos da idéia de vontade geral sobre a questão da soberania popular. Sendo aquela através de sua abstração uma contenção do poder constituinte das massas, discordamos da afirmação de que existe um paradoxo teórico em Rousseau.

Como afirmamos acima, a idéia de vontade geral se estabelece em um plano transcendental como um dever ser, e não como uma imposição que desconsidera a soberania popular. Em uma situação ideal a soberania popular se manifesta através da vontade geral, pois todos almejam o bem comum. Cremos que a falha de Rousseau não se encontra no plano teórico, mas sim no plano prático. Na pretensão de formular uma tese de exercício da soberania através de um conteúdo substancial e totalizante que seria a vontade geral, esses dois conceitos mostraram-se inconciliáveis na prática.

2.2. A vontade geral e a constituição coletiva do status de cidadão.

Como se pôde observar a manifestação fática da vontade geral acabou por contribuir para a construção de uma política alienante do sujeito. Porém o conceito de vontade geral também deve ser observado por um outro viés. Qual seja o de ter contribuído de forma relevante para a construção do entendimento, segundo o qual, o indivíduo não desfruta de direitos e deveres isoladamente, mas esses se constituem no meio social.

Rousseau ao discorrer sobre a necessidade de uma primeira convenção busca legitimar a dominação da maioria sobre a minoria, através da necessária submissão do sujeito ao corpo político coletivo.(Rousseau, 2007) Embora esta submissão possa se dar de forma alienante, não se pode negar que há na tese da vontade geral a indicação de que o indivíduo apenas pode gozar de direitos e obrigações que se constituem de forma coletiva no meio social.

A cidadania Rousseauiana se dá como pertencimento a uma determinada comunidade. A vontade geral a qual todos irão contribuir para que seja manifesta é a fonte de direitos e obrigações para o bem comum. A justificativa apenas vai para o campo transcendental no momento de legitimar a primeira convenção que seria o contrato social, as demais normas devem ser produto da vontade geral.

Após o pacto social o indivíduo não pode mais ser concebido como existente isolado da coletividade política.

Esse inevitável entrelaçamento do indivíduo a comunidade pode ser visto em *O Contrato Social* dentre outros trechos, no momento em que Rousseau aponta para a indestrutibilidade da vontade geral. Afirma o autor que mesmo quando os indivíduos abrem mão do bem comum em prol de interesses particulares não podem abrir mão do

bem coletivo. Uma vez que sua existência individual está extremamente ligada a coletividade. Nesse sentido discorre o autor:

“cada um, separando seu interesse do interesse comum, percebe que não pode separar-se deste inteiramente, mas sua participação no mal público parece-lhe nada comparada ao bem exclusivo do qual pretende apropriar-se. Excetuado esse bem particular, ele quer o bem geral para o seu próprio interesse tão fortemente quanto qualquer outro.”(Rousseau, 2007)

Em Rousseau é impossível conceber a existência de interesses individuais totalmente independentes da coletividade. Mesmo agindo em interesse próprio o indivíduo irá se deparar com o fato do interesse da coletividade e seu interesse particular necessariamente se confundirem em grande medida.

Essa contribuição de Rousseau, que resgata a idéia da democracia da antiguidade, do cidadão do espaço público, irá encontrar similaridade na autonomia pública do sujeito defendida pela democracia deliberativa de Jürgen Habermas. A idéia de bem comum e entendimento mútuo, e a concepção de uma política orientada pela ética podem ser caracterizadas como uma conexão entre o modelo rousseauiano de democracia e uma parte da fundamentação do modelo deliberativo de Habermas. Como poderá ser visto no tópico seguinte, a interdependência dos integrantes da comunidade é visualizada por Habermas através da práxis política, em Rousseau essa práxis é o que mantém os membros de uma associação como cidadãos de um Estado.

3. Apontamentos sobre a democracia deliberativa.

A democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas possui como alguns de seus principais pilares, características dos modelos de democracia de índole republicana, bem como do modelo liberal.

O desenho institucional proposto por Habermas tem o intuito de garantir legitimidade na utilização da potência política de uma determinada comunidade jurídica. Esta potência política se manifesta na utilização do poder coativo que se dá através do Direito.

A forma que o Estado moderno obtém a obediência ao direito se dá através do que o filósofo alemão chama de tensão ou equilíbrio entre facticidade e validade. Enquanto a facticidade limita factualmente o campo de ação dos sujeitos através de prescrições que caso não sejam acatadas impõem uma sanção, a validade consiste na potencialidade da norma restritiva merecer ser obedecida. Nas palavras do autor *“normas jurídicas devem ser feitas de tal modo que possam ser vistas ao mesmo tempo sob aspectos diferentes como leis coativas e como leis da liberdade”*(Habermas, 2001)

Diante dessa estrutura de atuação do Direito, surge a necessidade de criação de mecanismos legitimadores da atuação do Estado. Quanto mais o ordenamento jurídico carecer de uma justificação, maior será a utilização da força para a manutenção de suas diretrizes e logicamente a ordem estatal acabará por tornar-se autoritária.

A decomposição das sociedades homogêneas que buscavam legitimar seu ordenamento através de fundamentações de ordem religiosa ou por princípios morais plenamente compartilhados, traz consigo a necessidade de obter formas de legitimação que satisfaçam os anseios das sociedades contemporâneas. Sociedades essas que se caracterizam como sociedades de massa e com grande pluralidade cultural.

As respostas oferecidas pelas teorias políticas para solucionar essa necessidade de legitimação do direito, dicotomizaram-se. Por um lado algumas correntes propuseram a exaltação da autonomia pública do cidadão submetendo a autonomia privada do sujeito a vontade democraticamente estabelecida. Por outro lado foi dada proeminência a autonomia privada, buscando-se uma legitimação do direito a partir de fundamentações filosóficas como a teoria da justiça de John Rawls.

Esses modelos de democracia respectivamente de índole republicana e liberal, possuem em sua concepção diferentes explicações a respeito do que caracterizaria um cidadão do Estado, o processo político de formação da vontade e o próprio direito.

Harmonizando essa dicotomia e apontando as deficiências de cada modelo, Habermas propõe o seu desenho institucional, que visa satisfazer a necessidade de legitimação nas atuais sociedades plurais. Esse desenho vem estabelecer a interdependência entre os direitos humanos e o processo democrático na construção do ordenamento jurídico, categorias que expressam respectivamente a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos.

3.1. Concepção liberal e republicana de democracia.

Na concepção liberal o processo democrático teria a função de garantir que o Estado volte sua atuação para o interesse da sociedade. Haveria dessa forma uma regulação do poder soberano do Estado que funcionaria em paralelo a sociedade regulada pelas leis do mercado. Já a concepção republicana vê no processo democrático uma função bem mais ampla, pois o processo político seria o meio pelo qual o ente social coletivo se constituiria. Há o reconhecimento da interdependência existente entre os indivíduos e grupos componentes da sociedade. Além de regular o poder soberano do Estado o processo político teria o papel de integração social através da solidariedade. (Habermas, 2007)

Cabe ressaltar que Habermas, baseando-se em H. Arendt, realiza sua leitura da concepção republicana, concluindo que há uma primazia da formação da vontade política no espaço público em relação às estruturas da sociedade econômica e do poder administrativo. Essa ação política comunicativa deve descolar-se da sociedade

econômica e nas palavras do autor *retroalimentar* o poder administrativo. (Habermas, 2007)

Estas diferenças em relação a visão liberal e republicana geram diferentes concepções de cidadão do Estado. Para os liberais a cidadania em sua vertente de direitos negativos, relaciona-se a uma dimensão de proteção do indivíduo em face do Estado e dos demais membros da sociedade, possibilitando um âmbito de atuação privada que não deve sofrer a intervenção estatal. Além da possibilidade de auto-defesa de direitos subjetivos, desde que esta se exerça dentro da lei. Já no concernente aos direitos políticos estes tem a função de garantir que o Estado atue de forma a assegurar os direitos negativos. Pode-se compreender assim, que há uma primazia dos direitos negativos, uma vez que os direitos políticos atuam de modo a proporcionar a garantia daqueles.

Na vertente republicana há no status de cidadão uma proeminência dos direitos políticos. Essa proeminência se dá na medida que o processo político tem como prioridade não a garantia das liberdades negativas, mas sim a possibilidade da ação estatal ser controlada por uma comunidade de pessoas livres e iguais no que concerne a participação política. Esse processo tem como objetivo garantir que a autodeterminação gerada comunicativamente e previamente às instituições políticas possa ser mantida dentro do espaço institucional, garantindo a liberdade pública e o autogoverno. (Habermas, 2007)

As divergências entre a concepção liberal e republicana se manifestam no próprio conceito de direito. Na ordem liberal o ordenamento jurídico é construído a partir de direitos subjetivos, enquanto para os republicanos essa construção se dá a partir dos direitos objetivos.

Dessas opções de primazia do direito subjetivo ou objetivo, originam-se diferentes concepções de legitimidade. Os republicanos irão defender a legitimidade a partir da preservação de um processo democrático, que assegure o cumprimento da vontade política prevalecente. Os liberais por sua vez basearão a legitimidade do direito no atendimento a justificativas transcendentais de justiça, essas construções limitariam o poder, de forma a possibilitar a busca dos diversos interesses dos indivíduos na sociedade.

Essas diferentes concepções de cidadão do Estado e do próprio Direito são produto das diferentes visões a respeito do processo político.

O processo político para os liberais seria uma disputa de poder que funcionaria similarmente a busca por sucesso no mercado. Segundo essa lógica a vitória de determinado grupo nas eleições se dá na medida que os eleitores concordam ou não através de seus votos, com seus candidatos e programas. Esse mecanismo que Habermas classifica como ação estratégica funcionaria em suas palavras como um *input* dos votos e um *output* do poder, todo esse sistema operaria em uma lógica do mercado na qual se procuraria conquistar interesses e apoio na luta pela conquista do poder. (Habermas, 2007)

A vertente republicana rejeita essa visão mercadológica e defende o processo político como um meio de busca bem intencionada do entendimento. Nessa visão a

comunicação se mostra de extrema relevância e não se pode abrir mão de considerar os interesses dos outros. O espaço público não é apenas um local de embate pelo poder, mas um meio de produção de opiniões que servem de balizamento para as ações políticas. A discussão pública serve como fator legitimador das ações políticas, essas devem estar vinculadas ao discurso político ocorrido no espaço público.

3.2. Liberais, republicanos e proposição da forma deliberativa

O modelo habermasiano irá estabelecer uma interconexão entre características do modelo republicano e do modelo liberal, apontando ao mesmo tempo algumas de suas limitações na garantia de um processo político que venha garantir a legitimação do direito estatal.

O modelo republicano teria como virtude a noção de auto-organização da sociedade através da via comunicativa. A necessidade de observância dos interesses coletivos também mostra-se fundamental na superação da idéia de que o processo político reger-se-i-a por leis mercadológicas. No entanto esta concepção que traz a ética como a principal via de condução dos assuntos políticos mostra-se bastante idealista. Esse idealismo reside não apenas na dificuldade de obter uma coletividade voltada para a concretização do bem comum, como também na existência de um pluralismo cultural e social que dificultam, mesmo diante da boa vontade para o entendimento, a obtenção de uma renúncia a certos valores que não compõe a sociedade em geral.

Esses valores que não são compartilhados pela sociedade como um todo, caso venham a ser colocados de lado exigem uma compensação. A negociação que ocorre em torno dessas questões de forma alguma exclui a ação estratégica, embora se exija um certo conteúdo ético para que o entendimento seja obtido, esta ética nem sempre é a que prevalece. Dessa forma Habermas desloca a questão da legitimidade para o fato desses acordos necessariamente terem que ser obtidos através de procedimentos que podem ser utilizados de forma universal, para além de uma concepção específica de determinada comunidade jurídica. (Habermas, 2003)

A proposta deliberativa mescla elementos da compreensão republicana e da liberal. O entendimento mútuo de índole ética pregado pelos republicanos, coexiste na esfera pública com as ações estratégicas típicas do pensamento liberal, que visam chegar a um acordo nas negociações entre os grupos sociais. A legitimidade desses acordos é aferida através da verificação das condições nas quais se deram os debates que originaram as decisões.

No que concerne a formação democrática da opinião, entre a concepção liberal que vê no processo político apenas uma disputa de interesses e a concepção republicana que enxerga nesse processo um consenso ético, há a proposta da teoria do discurso. Segundo esta proposta a legitimidade das decisões não mais se encontra em fundamentações transcendentais de natureza universal, e, tão pouco, em uma determinada ética comunitária. Mas sim nos procedimentos que permitem a ocorrência livre e igual da comunicação dos grupos no espaço público.

A partir da definição de como os três modelos lidam com a questão do processo democrático, pode-se estabelecer as respectivas visões de estado e sociedade. A concepção republicana não dissocia a sociedade do estado. A sociedade é constituída através da autodeterminação que se manifesta no auto-governo, este necessariamente perpassa pelo controle da burocracia estatal por parte da sociedade. Já a concepção liberal se opõe a possibilidade de enxergar estado e sociedade como detentores de uma ligação intrínseca. O processo democrático atua como uma fiscalização do estado pela sociedade de forma que este se limite a garantir a livre atuação dos atores sociais. O estado tem suas ações julgadas pela sociedade e não influenciadas de forma inicial por esta sociedade.

O modelo deliberativo irá defender os direitos de índole liberal não como uma limitação da atuação do estado puramente, mas sim como condições para que a formação da opinião possa ser estabelecida de forma legítima. Por outro lado será vislumbrada uma concepção de Estado que ao contrário da republicana, está necessariamente desvinculada da sociedade civil, e contrariando a visão liberal não será apenas um garantidor das relações econômicas. O Estado seria então o garantidor das condições para a legítima formação da opinião pública, que por sua vez desfruta do poder de influenciar as decisões administrativas desse Estado, através do parlamento e das arenas de discussão.

Dentro desses três modelos contrapõem-se três influências, a do dinheiro no modelo liberal, a do poder administrativo no modelo republicano e a da solidariedade na concepção deliberativa. A solidariedade deve ser capaz de contrapor-se aos outros dois poderes, quais sejam o dinheiro e o poder administrativo, na busca pela integração e direcionamento da sociedade. (Habermas, 2007)

Legitimação e soberania também são vistos de formas diferentes nos três modelos democráticos. Na vertente liberal o processo democrático cumpre o papel de legitimar a vitória política de certo grupo com sua respectiva proposta. Por outro lado a concepção republicana vê nas eleições e não somente nessas, mas na continuidade da ação política durante períodos não eleitorais, uma vinculação entre os políticos eleitos e os demais membros da sociedade. O Estado é uma continuidade da sociedade que tem sua formação através da coletividade política. Os escolhidos para estarem a frente da administração não estão estanques em relação a sociedade pois esta é uma coletividade que administra a si mesma.

No modelo deliberativo as decisões administrativas irão tomar como balizamento uma lógica discursiva racional, que se equilibre em relação a opinião pública formada por procedimentos comunicativos. Nas palavras de Habermas esse modelo se distancia e ao mesmo tempo se aproxima dos outros dois pois, *“racionalização significa mais que mera legitimação, mas menos que apropriada ação de constituir o poder”*. (Habermas, 2003) A opinião pública não domina, apenas influencia o poder administrativo. Por outro lado essa possibilidade de influência constante rejeita a idéia de cidadão apolítico do liberalismo que tem como condão tão somente legitimar o governo através de sua aprovação ou rejeição.

No que tange a questão da soberania popular, os republicanos vêm este conceito como intrínseco ao povo, tanto a sua titularidade quanto o seu exercício. A soberania popular no modelo republicano é constante, a princípio não pode ser delegada. Já para os

liberais essa soberania cujo povo é titular apenas é exercida através das eleições que escolhem os representantes desse povo. Caberia então a esses exercer a soberania popular através da representação.

O modelo deliberativo não confunde o poder administrativo com a sociedade em si, tampouco vê esse poder de forma estanque. A soberania popular opera via comunicativa na aprovação das medidas que surgem no próprio processo de formação de opinião. Interagem assim a vontade institucionalizada e a formação da opinião. As condições para que esse desenho institucional funcione são geradas de forma espontânea, ou devem ser obtidas via recursos da ordem política. Habermas aponta que no segundo caso, os obstáculos no caminho para a construção do desenho institucional do modelo deliberativo mostram-se difíceis de serem superados.(Habermas, 2007)

4.Contribuições e correções do conceito de vontade geral.

Juntamente com a correção do modelo republicano realizada por Jürgen Habermas, podemos vislumbrar também o problema que atinge o âmago do conceito de vontade geral. No item 2 já foi expressa a contribuição de Rousseau no que concerne a idéia de constituição do cidadão junto a coletividade. No entanto conforme podemos ressaltar com auxílio da descrição de Antônio Negri sobre o impacto da obra de Rousseau na revolução francesa. A política na obra rousseauiana pode ser concebida como alienação.

Esta alienação ocorre em razão do conceito de vontade geral não deixar um espaço razoável para a autonomia privada. Em Hector há a defesa de que em Rousseau haveria espaço para um equilíbrio entre vontade particular e vontade geral. Na medida que o conceito de uma vontade geral plena é tomado como contra fático e se equilibraria com as vontades particulares. Porém mesmo nessa compreensão expressa por Hector a vontade particular é vista como um vício a ser superado e não como um fator a ser regulado pelo meio social.(Leis, 1982)

Cremos que a correção proposta por Habermas confronta o conceito de vontade geral em dois importantes flancos, sem abrir mão da contribuição trazida no que concerne a formação social do cidadão e por que não dizer do próprio sujeito.

Primeiramente, no pensamento habermasiano que herda do republicanismo a idéia de cidadania como participação em uma determinada comunidade, a vontade geral é substituída pela idéia de um consenso alcançado através da deliberação. Essa deliberação não conta apenas com a inclinação ética dos participantes, mas pressupõe ações estratégicas, e vislumbra a necessidade de proteção de um conjunto de direitos componentes da autonomia privada. Esses irão corrigir a dimensão totalizante e alienante contida na vontade geral Rousseauiana.

Nesse desenho a dimensão ética que visa o bem comum, e a dimensão estratégica de disputa pelo poder, que se contrapõem, dividem o espaço político, e podem se manifestar sem retirar dos cidadãos o seu direito de resistência.

A dimensão de autonomia privada irá proporcionar a proteção necessária para que os cidadãos possam se manifestar de forma digna, em igualdade de condições estabelecendo assim a vontade da coletividade.

Por outro lado Habermas desloca a legitimidade que reside no exercício da soberania popular, de um conteúdo substancial para um conteúdo procedimental. Esta alteração se mostra relevante, pois, a idéia de ser possível alcançar na atualidade uma noção homogeneia de bem comum se mostra impraticável. Assim o modelo habermasiano imporia mais essa correção ao conceito de vontade geral. Poderíamos falar em uma vontade da coletividade que é obtida através de um procedimento considerado legítimo.

5. Conclusão.

Pode-se concluir, que o conceito de vontade geral no bojo da obra de Rousseau possui um potencial totalizante. O autor ignora o fato da pluralidade existente na sociedade ter a capacidade de gerar inúmeras possibilidades de bem comum, e também o fato de cada indivíduo contar com uma esfera privada que não pode ser alienada sob pena de estar comprometida a própria formação da vontade coletiva. Rousseau abre caminho para a prática de uma vontade geral dominadora da soberania popular e da esfera de autonomia privada do indivíduo.

Muito embora esse fato tenha ocorrido, não se pode deixar de creditar a Rousseau o renascimento na modernidade, da concepção segundo a qual o cidadão não existe isolado da realidade social como prega a doutrina liberal. O indivíduo apenas pode se reconhecer como cidadão, e mesmo como sujeito quando inserido dentro de uma coletividade.

Esta compreensão da formação do cidadão e do sujeito no meio social é uma das grandes heranças deixadas pela obra de Rousseau para a contemporaneidade. Em uma sociedade multicultural o constante retorno a esta idéia se mostra fundamental.

Por outro lado essa compreensão por si só não mostra-se suficiente para garantir a legitimidade do processo democrático. Uma vez que ignora o fato do cidadão necessitar de um espaço de autonomia privada até mesmo para formular sua concepção de bem comum.

Nesse sentido a configuração institucional da democracia deliberativa avança para uma idéia de cidadania segundo a qual, apenas com a garantia de direitos subjetivos fundamentais ao acesso a discussão, o diálogo no espaço público poderá ocorrer com alteridade. Apenas assim poderá mostrar-se viável o estabelecimento de um legítimo Estado Democrático de Direito, através da garantia dos direitos humanos, que possibilitam o pleno exercício da soberania popular.

Bibliografia.

Beck, Ulrich. Risk Society – Towards a New Modernity. SAGE publications.1992.

Habermas, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Loyola.2007

_____. Direito e Democracia – entre facticidade e validade, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. Direito e Democracia – entre facticidade e validade, volume 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. A constelação pós-nacional – ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

Leis, Hector Ricardo. Sobre o conceito de democracia em Rousseau. Dissertação apresentada ao departamento de filosofia da PUC-Rio. 1982.

Negri, Antonio. O poder constituinte – Ensaio sobre as alternativas da modernidade, Rio de Janeiro: DP&A 2002.

_____. Sinais de fracasso no enfrentamento de algumas questões culturais, e na qual o paradigma onde o pensamento rousseauiano jribuiçcazRousseau, Jean-Jacques. O Contrato Social. Porto Alegre, RS: L&PM, 2007.

Rousseau, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Sieyès, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa, Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

1 Nesse sentido é a tese defendida por Ulrich Beck em seu livro *Risk Society: Towards a New Modernity*.

2 “A inclusão do outro” é por sinal o título do livro no qual Habermas trata de vários desafios impostos pela globalização.

CARÁTER MESSIÂNICO DO DIREITO OU DIMENSÃO UTÓPICA DOS DIREITOS HUMANOS*

MESSIANIC CHARACTER OF LAW OR UTOPIAN DIMENSION OF HUMAN RIGHTS

Caleb Salomão Pereira Silva

RESUMO

Resumo: O Direito surge, no âmago do Estado moderno, como o esteio normativo das transformações pretendidas por determinada ordem social, na verdade uma ordem comercial. A evolução das instituições políticas tem confirmado que, muitas vezes, nascem no Direito as sugestões utópicas que movimentam as sociedades na crença quase mítica de um vir-a-ser prometido pelas leis e sua fontes. Disso trata este artigo: desse caráter utópico, e até messiânico, que reveste o Direito, lembrando que a condição humana traz como parte do ser humano a necessidade da crença na evolução de suas condições existenciais, num exercício do que se denomina princípio da esperança. Nesse sentido, o Direito – independentemente de sua origem – constituiu uma ordem jurídica em substituição à ordem política tradicional sem esvaziar o seu destinatário daquele desejo de libertação, cuja realização passa, segundo crê, pelo Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: ESTADO – DIREITO – MITO – UTOPIA – MESSIANISMO – CONDIÇÃO HUMANA.

ABSTRACT

Abstract: In the kernel of the modern State, Law arises in the capacity of prescriptive support for the metamorphoses desired by a certain social disposition, a commercial disposition indeed. The evolution of political institutions has sustained that several times Law provides ground for utopian suggestions which, by virtue of the almost mythic belief of a coming-to-be predicted by Laws and their sources, put into motion societies. The present article consists of that: this utopian, and even messianic aspect which shelters Law, once, as it is understood, the human condition maintains as constituent of human being the need of belief in the gradual development involving its existential conditions – a practice referred to as Principle of Hope. In that particular, Law - irrespectively of its ascendance - composes a legal disposition in replacement of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the customary political disposition without emptying, however, its addressee from that desire of liberation, whose concretization touches, as credited, Law.

KEYWORDS: KEY-WORDS: STATE – LAW – MYTH – UTOPIA – MESSIANISM – HUMAN CONDITION.

Introdução

A Humanidade é um complexo cuja existência tem sido viabilizada, entre outras causas, pelo constante aporte de distintas formas de compreensão do seu entorno – umas intelectualmente sofisticadas, outras transcendentemente reveladas, algumas pragmaticamente desenvolvidas, e também pela coercitiva percepção da necessidade do outro – sob variadas condições e fins; pela inferência empiricamente imposta da necessidade de ordem, para fins de preservação do acumulado existencial; pela interação inteligente com os seres, forças e objetos de cujas percepções imanentes desenvolveu suas crenças fundadoras e, também, pela testada e comprovada habilidade em coordenar essas formas de compreensão, essa percepção do outro e do seu entorno, essa necessidade de ordem e também essas referidas crenças, comuns ou nem tanto, sob o pálio de afinidades tecido a partir de semelhanças e dessemelhanças que, no seu arranjo histórico-dialético e nas clivagens histórica e existencialmente custosas, nos trouxe ao mundo contemporâneo.

Esse transpassar humano na história do mundo se deve a diferentes estratégias e a inúmeros artifícios os quais têm recebido variadas explicações desde que o homem descobriu-se ser pensante. Não faltam ciências concebidas para desenvolver métodos analítico-descritivos da historicidade da existência humana, todos elegendo como objeto determinadas fatias da complexa saga de um ser que, posto no mundo, dele se apoderou ao ponto de converter-se no seu soberano. Comum às ciências modernas, há um fio de transcendência existencial e de imanências propulsoras escamoteado pela maioria delas, tornando-se objeto unicamente daquelas cujo objeto tem um quê de *sobrenatural* e, no mundo moderno das ciências divinizadas, cujos tratados estão sempre nas prateleiras inferiores das bibliotecas contemporâneas. Curiosamente, as culturas-berço da civilização ocidental, e também de parte da oriental, retiravam sua força de uma salutar dialética entre duas pulsões existenciais, o apelo à razão e o transcendentalismo atávico, que *orientavam* a humanidade desde os primórdios; uma ancorada na razão prática e outra nos fenômenos cuja imanência resistiria à racionalização, mas ambas se relacionando produtivamente na construção do *ser*, um eterno *ser-ainda-não*. Gregos e troianos, assim como romanos, árabes e judeus produziam ciência após a catarse de seus temores por meio da arte, da magia e da religião, e vice-versa.

Às narrativas fabulosas da Bíblia – em especial aquelas contidas no Pentateuco, e especificamente no Gênesis –, e também àquelas frutificadas no helenismo, o próprio homem já opôs seu raciocínio, a exemplo de Feuerbach (1982, p. 105), para quem o "verdadeiro sentido da teologia é a antropologia", não havendo diferença entre os predicados do ser divino e os predicados do ser humano, sendo eles, D'us e homem, idênticos. Este mesmo pensador desenvolveu seu conceito de *alienação* denunciando a troca de papéis entre criador e criatura, a partir da qual as qualidades humanas são alienadas nas qualidades divinas; por meio da qual o homem atribui aos deuses características que lhe são próprias, conferindo-lhes caráter de onipotência. O homem, assim, não se bastaria como ser onipotente, sendo necessário exteriorizar no *Outro* as suas próprias qualidades. Partindo dessas premissas, Karl Marx diria que o segredo da religião é a humanidade, e não um o caberia em si de tantos poderes, sendo necessariedades humanas são ujo objeto tem um que de IsobD'us transcendente (*apud* MORRISON, 2006, p. 292), síntese que denuncia uma imbricação ontológica entre Criador e Criatura.

A natureza humana e seu sistema de crenças, criado a partir dos fenômenos da natureza e de seres transcendentais, e desenvolvido ao longo da evolução da espécie, trata de modo inteligente suas demandas existenciais. E isso de tal maneira que a história do homem pode ser contada pela história de suas crenças, desde aquelas racionais e sabidamente instrumentais e de alcance doméstico, até aquelas arrebatadoras e dotadas de incalculável poder transformador, ou revolucionário, como prefeririam alguns. Muitas dessas crenças, ou ainda muitos dos seus resultados, têm sido historicamente encapsuladas nos amplos limites da política e, por via reflexa, nos estreitos limites do Direito, este considerado como aquele sistema que contém o estrato normativo e coercitivo, quase sempre estatal, capaz de outorgar ordem e estabilidade às diferentes formas de convívio. Nesse processo de introdução disciplinada daquelas crenças ou de seus resultados no campo de atuação do Direito, a sociedade propriamente dita, o que se dá por meio da política, este último recebe os eflúvios quase etéreos das próprias crenças, ganhando transcendência transformadora, tornando-se a princípio, por suas diferentes formas de expressão, símbolo de anseios e, para usar expressão de Ernst Bloch, de *consciência antecipadora*. É nesse diapasão que o Direito adquire *caráter messiânico* com tendência mesmo a arrebatá-lo o homem que conhece sua proposta transformadora e repleta de imagens de um *vir a ser* promissor. Certa dimensão do *dever ser* moderno-positivista, mesmo desidratado e esvaziado de elementos axiológicos, é dotada de um caráter sugestivo de transcendência; é preciso crer no Direito para que a ele nos submetamos irresolutamente na expectativa de um devir superior ao presente materialmente experimentado.

A assertiva que intitula este artigo não deve ser tomada nem como crítica – a partir da qual se veria o messianismo como um sinal de psicose coletiva, e nem como apologia – a partir do que derivariam considerações semi-religiosas sobre um alegado imanentismo jurídico. A percepção que reveste o título referido está na capacidade do Direito de veicular promessas, expectativas, realizações das vontades sociais e antecipações concretas de estados vislumbrados. Está no homem e seu sentimento do Direito originado de seu *sentir o mundo*, e não no Direito propriamente dito.

Ao se tratar de Direitos Humanos vê-se potencializado o apelo metafísico e quase mitológico da crença no Jurídico na medida em que se apreende – ao conhecer os limites impostos pela dialética sócio-histórica por meio das estruturas de Direito, nas quais se apóiam o Estado e seus *administrados* – a capacidade transformadora contida na estética desses mesmos direitos. Há uma dimensão concretamente utópica – no sentido semântico utilizado por Ernst Bloch ou ainda por Karl Mannheim – nos temas relacionados aos Direitos Humanos, seja em apresentação contemporânea ou seja em suas manifestações primitivas, a exemplo dos esforços burgueses de Thomas Hobbes ao cinzelar, em sua portentosa obra, a vida humana como o bem supremo contra o qual o soberano não poderia atentar, ou deixar que atentassem. Em defesa do direito à vida, como se sabe, cabia até a desobediência civil. É inegável que a força do discurso hobbesiano, considerando-se o *Zeitgeist* daqueles anos setecentistas, foi *amplificada* por seu caráter messiânico, libertador, promissor, repetindo o desempenho de outros *messianismos* então conhecidos e preparando os espíritos para outros que se seguiriam.

A filosofia do poder civil inaugurada por Hobbes, sobre a qual a modernidade erigiu portentosas construções teóricas e institucionais, todas capturadas por uma determinada ordem orientada por um *mandamento fundamental*, do qual se tratará linhas abaixo, necessitava de um elemento materializador das imanências ínsitas ao novo discurso. Esse elemento é o Direito moderno, estrutura desde sempre utilizada para veicular, para o bem e para o mal, a *vontade de lei* da humanidade. O discurso normativo, inclusive o do Direito, sempre foi instigante e persuasivo, promitente e sedutor. O que dizer do *Decálogo* mosaico? E do conteúdo normativo-inspirador da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada em 26 de agosto de 1789, cujos reflexos progressistas e libertários ecoariam séculos afora? Ou, ainda, como avaliar o apelo messiânico contido nos movimentos transformadores, revolucionários ou não, que antecedem a promulgação das Constituições e que as impregnam e envolvem seus destinatários em esperanças e utopias as mais diversas? Quantos *movimentos* – negando o *estatismo* por vezes presente no próprio *Estado* – que culminaram em profundos traumas sociais, transformadores ou não, encontraram sua ignição numa ideologia alvissareira capaz de inflamar ânimos, seduzir corações e moldar mentes? O Direito, e sobretudo os Direitos Humanos, dada sua natureza ímpar para todos os cidadãos, possui inegável caráter *messiânico* derivado de seu aspecto utópico e promitente de um devir sempre almejado. A estética dos Direitos Humanos verdadeiramente seduz; e isto porque seu objeto é atemporalmente dotado de transcendência. Nesse seu caráter está sua força e sua beleza, exatamente como também está o seu maior risco, camuflado nas hipóteses de negação que o mundo lhe apresenta, negação esta que, se consumada, estar-se-á ultrapassando o que pode ser considerado a *última fronteira da legitimação jurídica e estética do agir humano*. Se o homem é um animal político, é imperativo que se reconheça o caráter de imanência por ele conferido à política, por mais que a visão racionalista tenha se desenvolvido exacerbadamente nas sociedades contemporâneas, premissa sobre a qual se assenta o presente trabalho. E o Direito, estruturador da política em suas diferentes fases, não poderia imunizar-se aos elementos próprios do meio que lhe dá origem.

1 Mito, política e as limitações do racionalismo moderno

As reflexões ora sugeridas estão, indubitavelmente, no campo da ciência política que, justamente por seu caráter histórico-racionalista, esforça-se por apreender o fenômeno político na sua integralidade, o que permite, na ampliação de seu arco semântico, a inserção do caráter messiânico da própria política e, como conseqüente lógico, do Direito como ordenamento normativo dotado de força, estatal e objetiva mas também transcendental e subjetiva para os *crentes no Estado e no próprio Direito*.

A ruptura intentada pela racionalidade de feições copernicanas inaugurada na Idade Moderna promoveu grandes transformações no modo europeu de interpretar o universo, e não apenas os corpos celestes. A simbologia contida nas leituras celestiais de Nicolau Copérnico fez estremecer outras crenças, abrindo as portas para o racionalismo e o antropocentrismo, promovendo um cuidadoso afastamento de D'us e, com isso, enfraquecendo as bases das crenças que estruturavam o mundo medieval. A partir do estabelecimento dessas novas matrizes interpretativas do universo, caracterizadoras do racionalismo renascentista que tanto benefícios trouxe à humanidade, foi como conseqüência natural que o homem, mesmo confirmando a dicotomia teológica, promoveu outras *dicotomias*: o Estado apartou-se da política, uma vez que o dinamismo desta foi tornado estático e encapsulado nos limites institucionais do próprio Estado; o Direito foi separado da Justiça, pois assegurar esta última a partir daquele seria inviabilizar projetos de uma determinada ordem social e cuja natureza representava a própria idéia de injustiça legitimada desde Aristóteles e ratificada pelo mundo cristão; e a ciência e a razão desconectaram-se do mito contido na própria imagem do homem, desumanizando-o ao mesmo tempo em que a antropologização ganhava ares de matriz existencial. A linguagem foi sendo depurada de qualquer herança rústica sob o ponto de vista racional, dando lugar à entronização de novas formas de compreender o mundo, o ser humano, o conhecimento e a própria condição humana.

Contudo, não somente a função político-institucional reconhecida ao Estado moderno, mas todas as construções teóricas relacionadas às ciências da humanidade e vinculadas ao desenvolvimento do mundo moderno – no campo da economia, da política e especialmente da filosofia – foram como que contaminadas por uma *herança teológica*. Daí se dizer, com Engels, que a intuição acerca do paralelo entre as instituições humanas e as crenças religiosas é irrefutável, pois "a essência do Estado, assim como da religião, é o medo da humanidade de si mesma." (*apud* SCHMITT, 2006, p. 47). A modernidade, sem embargo de seus esforços racionais e materialistas, embebeu-se do modelo mental teológico, cujas conseqüências tanto criticava. Certamente, gênese desse pendor é a incompletude do *método moderno*, que promete a *revelação* sem ofertar ao homem-no-mundo uma inteligência razoável de suas angústias existenciais. É que, nas palavras de MORRISON (2006, p. 339):

"A modernidade implica um compromisso com o conhecimento racional, mas não podemos ter conhecimento das bases ou dos valores mais profundos; conseqüentemente, o paradoxo da modernidade é que ela constitui um compromisso com o conhecimento, mas este não nos pode revelar o significado da vida nem, em última instância, que atos são significativos."

A presunção da modernidade – que pode ser resumida nas tentativas de suplantar os mitos, de esvaziar as crenças divinizantes, de dominar e subjugar a natureza e de explicar todas as coisas – deixou na humanidade um grande déficit de compreensão, agravado histórica e socialmente pelas distorções derivadas da apropriação prático-cognitiva, por poucos, dos fenômenos por ela ensejados. Não surpreende, portanto, que o resultado seja o mistério, sem que possamos lhe dar tal nome (MORRISON, 2006, 340).

No interior da mais proeminente criação da modernidade, o sistema capitalista – moto-perpétuo dos anseios de determinada ordem social que tem competentemente se servido de suas vicissitudes –, há um mal-estar cuja origem está no paradoxo do racionalismo, a bandeira-mor da modernidade, que admite sua incapacidade de realizar suas promessas. Ela mesma, modernidade, vem se alimentando convenientemente de um complexo fenomênico composto por mitos, utopias e apelos messiânicos que dividem espaço nas mentes e corações dos homens.

A cultura econômica constituída a partir da racionalidade moderna pretende abominar tudo o que não pode ser limitado à quadratura das ciências naturais, o que excluiria qualquer percepção fenomênica baseada em mitificações, concepções utópicas e promessas messiânicas. Contudo, sustentáculos de uma das maiores ferramentas da economia capitalista, a publicidade e a propaganda se valem de eficientes técnicas cuja estrutura lógica não prescinde – para bem alcançar o *homo consumericus* – de sedutoras abordagens a partir dos mitos e utopias que permanecem entranhados no imaginário da humanidade. As sociedades contemporâneas, as quais têm convivido com inegáveis avanços decorrentes de relativa estabilidade política e econômica, assistem a um vertiginoso crescimento das técnicas de controle social e coletivo cuja essência se sustenta em sua manipulabilidade lastreada em construções míticas, sempre com apelo utópico. Basta que seja observado conteúdo *utópico* da publicidade produzida, *verbi gratia*, por instituições financeiras. Embora tratem de produtos financeiros, os quais prezam por objetividade na demonstração da rentabilidade dos investimentos ou da segurança de determinado *fundo*, a construção do valor mercadológico do produto ou serviço ancora-se nas perspectivas existenciais do cliente em potencial e nas "pistas para as potencialidades espirituais da vida humana", para usar expressão de Campbell (1990, p. 6) ao tratar dos *mitos*. As estratégias mercadológicas, especialmente aquelas mais sofisticadas sob o aspecto da *metodologia da sedução*, não prescindem da identificação e da promessa de atendimento das necessidades humanas, percebidas "como um estado de privação, necessidades que não são inventadas pelos profissionais

de marketing, mas constituem, na verdade, elementos básicos da constituição humana." (KOTLER, 2002, p. 8).

Também é revelador das contradições surgidas com o racionalismo moderno, que moldou a contemporaneidade, o fato de as estratégias de sustentação do *status quo* concebidas ao longo das décadas de consolidação dos ideais liberais fazerem pragmático e explícito uso de *valores* e epistemas comunicacionais baseados em *ideais* e *esperanças* do *homem moderno*, num não tão discreto negar dos axiomas da racionalidade. Em interessante abordagem sobre experiências na produção do texto publicitário, naturalmente concebido, desenvolvido e camuflado para sustentar as ações de venda dos mais diversos produtos, Carrascoza (2004, p. 31) disserta, com apoio em Nietzsche, sobre os vieses apolíneo e dionisíaco do texto publicitário presentes nas peças publicitárias que, segundo seu objeto e objetivo, demandam tratamento racional ou emocional e humorístico. Segundo este *redator publicitário*, na acepção nietzschiana o apolíneo está ligado ao *sonho* e os textos publicitários calcados sobre esse viés manipulam muito mais o *ideal* do auditório, *a esfera do sonhado*, do que a sua realidade. "É a promessa básica de felicidade, de um amanhã onírico" (2004, p. 31). O dionisíaco, por seu turno, mantém analogia com a *embriaguez* – noutra expressa referência ao pensador alemão – e com o sentimento de liberdade e alegria que ela desperta, transitando num "território das leis pelo encantamento que, sabemos, não se dá pelo arcabouço da razão, mas pela ênfase no despertar das emoções." (2004, p. 32). A relevância de considerações pragmáticas sobre a *esperança* humana está estampada na abundância de seu uso na publicidade, e sobre ela assim se expressa o referido autor:

"Em se tratando de discurso, há vários tipos de funções hedônicas, em virtude do tipo de estímulo que ele provoca. Entre elas, a função estética (quando o discurso provoca reações psíquicas no receptor a partir de estímulos sensoriais) e a função mística (quando o discurso provoca, no receptor, reações semelhantes às que ele teria se estivesse em contato direto com o plano sobrenatural." (CARRASCOZA, 2004, p.33).

É um fato, ilustrado pelo singelo exemplo acima, que as tentativas de controle da existência empreendidas pelos próceres da modernidade e da racionalidade estruturante ecoam na contemporaneidade sem que os esforços empreendidos com o fito de *racionalizar* o agir e o pensar humanos tenham obtido êxito e sem que o ser humano tenha depurado de suas reflexões diurnas componentes cognitivos originados de dados inabarcáveis pela racionalidade. Estudiosos do *poder do mito* notaram que "em todo o mundo habitado, em todas as épocas e sob todas as circunstâncias, os mitos humanos têm florescido; da mesma forma, esses mitos têm sido a viva inspiração do corpo e da mente humanos." (CAMPBELL, 1997, p. 76). Filósofos têm percebido e declarado a imersão da humanidade num grande oceano de mitos, reconhecendo, inclusive que "não há nenhum fenômeno natural, e nenhum fenômeno da vida humana, que não seja passível de uma interpretação mítica, e que não peça uma tal interpretação." (CASSIRER, 1994, p. 123).

Há algo de suspeito, portanto, no pressuposto de racionalidade insistentemente apregoado pelas ordens sociais dominantes, sempre com o intuito de desqualificar qualquer conotação mítica ou utópica extraível do mundo social e da dinâmica política que caracteriza os grupos constituintes de sociedade. Há uma insistente tentativa de enquadrar a lógica do mito nas concepções de verdade empírica ou científica (CASSIRER, 1994, p. 124), procedimento que revela pretensões desconstrutivas de um dos pilares da evolução do homem.

Nicola Abbagnano (2000, p. 672) reconhece que, do ponto de vista histórico, é possível identificar três significados do termo *mito*, além da acepção geral de *narrativa*: (i) como forma atenuada de intelectualidade, (ii) como forma autônoma de pensamento ou de vida e (iii) como instrumento de estudo social. Essas três acepções, somadas à primeira, representam tentativas de apreender a multifacetada função do mito nas sociedades, e é possível que nenhuma delas, ou mesmo as quatro em articulação, seja capaz de explicar – sob a ótica da racionalidade moderna – os fenômenos mitológicos. Especial interesse para as reflexões sugeridas neste artigo tem a variável política do mito, que se enquadra na segunda acepção de mito catalogada por Abbagnano e que se firmou como importante ferramenta de estudos sobre ciências sociais e política. Prova da dialética histórico-social a partir da qual se constrói – e também se destrói e desconstrói a humanidade – pode ser extraída da força do mito político nascido como uma reação ao individualismo e ao racionalismo liberais clássicos que – promovendo alterações metodológicas e epistemológicas nas ciências humanas – terminou por "superar o mecanicismo utilitarista e modificar o próprio conceito de cientificidade pela compreensão do pensamento simbólico e do agir não lógico e coletivo." (BOBBIO, 1993, p. 755) para, na seqüência histórica, ser apropriado por movimentos radicais europeus.

Essa possibilidade de apropriação do mito político por forças políticas autoritárias gerou portentosa reação teórica, inclusive de filósofos como Cassirer, contra um identificado irracionalismo que subordinaria o indivíduo a entidades coletivas definidas por concepções como Estado, nação e raça – sempre úteis às "tentativas autoritárias de tirar ao indivíduo sua responsabilidade moral no campo político e [que] acabou por desembocar na aberração nazista." (BOBBIO, 1993, 757). O momento político no qual se iniciou a teorização sobre mitos políticos, identificados na aurora do século XX, realmente não lhe foi favorável, pois em seguida o mundo viveria horrores em nome de ideologias cujo substrato se identificava perfeitamente com os mitos políticos. Porém, além da crítica justamente elaborada nos termos acima, há uma análise contemporânea mais apropriada sobre o *mito político*, que o recoloca numa posição capaz de permitir a identificação, a partir da sociologia e da psicologia social, da importância de aspectos *irracionais* e *simbólicos* na constituição das relações sociais e políticas. Esta análise, partindo do reconhecimento da insuficiência das premissas racionalistas, permitiu a reproposição do mito político como "conceito analítico no estudo da política", conforme reconheceu Norberto Bobbio, que asseverou:

"A ligação entre mito e político e crise do racionalismo é, porém, importante e significativa porque prova que o racionalismo, como sistema global de pensamento e ação, é incapaz de dar conta da política e mostra os riscos políticos a que está sujeita uma sociedade baseada numa auto-compreensão racionalista." (BOBBIO, 1993, 759).

As sociedades humanas são organizadas a partir da política, aqui considerada em sentidos lato e estrito, pois as relações sociais mantêm correspondência quase biunívoca com as relações de poder estabelecidas institucionalmente no seu âmbito. A dialética entre o indivíduo e a coletividade se imbrica na dialética entre o consciente e o inconsciente, de onde surgem resultantes-guias para a conduta humana, considerada no geral ou em particular. Daí vem a permissão para se afirmar que sem mitos não há política, pois a racionalidade exigida pela vida política vem guiada pela imanência das *esperanças* que o agente humano carrega ao relacionar-se politicamente. Com Bobbio, outra vez, percebe-se que "todo ato político é examinado tanto a nível das conseqüências sobre a dinâmica do poder, como a nível do significado que ele assume como instrumento de condensação de esperanças, temores e, em geral, emoções reprimidas e inconscientes." (1993, p. 759).

A ciência moderna, ilustrada pelo *cogito* e lastreada no racionalismo fundador do método analítico que a define, há de reconhecer que "o homem vivia em um mundo objetivo muito antes de viver em um mundo científico" e também que a cultura humana se iniciou com um "estado de espírito muito mais complexo e convoluto" (CASSIRER, 1994, p. 339) do que aquela simplicidade lógica que marca a busca científica. Cassirer afirmaria, tratando do tema, que "quase todas as nossas ciências da natureza tiveram de passar por um estágio mítico [e] na história do pensamento científico, a alquimia precede a química, a astrologia precede a astronomia" para concluir que "o cientista sabe que existem ainda vastos campos de fenômenos que ainda não foi possível reduzir a leis estritas e a regras numéricas exatas." (CASSIRER, 1994, p. 358). A imensidão do universo vem sendo perscrutada detalhadamente pelo saber científico, com notáveis resultados para as sociedades humanas, mas é imperativo que se reconheça – sem submissão ao relativismo e nem ao subjetivismo que enfraquecem a razão científica – o lugar dos mitos na construção da humanidade, inclusive na construção do pensar científico.

2 **Condição humana e messianismo**

O mito representa a matéria-prima das utopias e outras formas de manifestação política ou mesmo religiosa. Igualmente, é ele o instrumento pelo qual se pode perseguir a compreensão de determinados fenômenos que encantam a humanidade desde seus primórdios. A humanidade jamais deixou de conviver com diferentes formas de

ocultismo, cultivadas mesmo com o intuito de explicar o *estar-no-mundo*. Antes das ciências, as religiões antropólotras, zoólotras e outras cujos deuses apresentavam formas bizarras, intermediavam a relação do homem como o desconhecido e também com o *porvir* e com o *devir*. E antes das religiões, os mitos veiculavam atemporalmente as interpretações simbolizadas da visão de mundo dos diferentes povos. Esses esforços interpretativos e midiáticos traduzem uma inquietação existencial constituinte de um estado de espírito propício à captação fenomenológica do *mundo da vida*, numa busca incessante de conforto existencial.

Um dos primeiros textos de *conteúdo* moderno encontrado no mundo ocidental e culturalmente marcado pelos ideais judaico-cristãos e já introdutor do homem numa condição existencial capaz de lhe causar mal-estar, pode ser colhido no Pentateuco e representa o discurso de Javé (YHVH): "Frutificai e multiplicai, e enchei a terra e subjugai-a, e dominai sobre o peixe do mar e sobre as aves dos céus, e em todo animal que se arrasta sobre a terra." [1] Quer fiquemos com Feuerbach e Charles Darwin, ou quer fiquemos com as narrativas judaicas, depois cristianizadas, o homem recebeu – ou se deu – uma incumbência potencialmente atemorizante. Esse mandamento, alhures qualificado de *fundamental* e formulado em claríssimo modal deôntico, submetia ao homem todos os seres, animados e inanimados, e inaugurava uma nova ordem existencial e *ocultista* na qual acima do homem somente havia D'us: as estrelas, o firmamento, as forças da natureza, os animais, os vegetais, os minerais etc., todas as criaturas submetiam-se ao único ser criado e avalizado como preposto da única Divindade – o monoteísmo foi a pedra de toque da cultura judaica em seus primórdios e influenciou todas as demais culturas que com ela mantiveram duradouro contato, a exemplo da romana. O espírito da modernidade é gêmeo do homem. Ou, de outro modo: D'us criou a modernidade ao fixar o mandamento fundamental semântica e simbolicamente ancorado nos verbos *subjugar* e *dominar* imposto à Sua principal criação. Por isso mesmo o homem sempre esteve inseguro diante do universal desafio que lhe foi posto, ou que ele próprio se pôs. Os temores do homem tornaram-se, então, a gênese da sua eterna propensão a colher nas diversas manifestações fenomenológicas os valores e as crenças que mais elã lhe despertassem.

A condição humana, portanto, pode ser considerada, ela própria ao longo dos séculos, como a principal causa dos pendores do homem à busca do imanente, do transcendental possível de ser identificado em tudo o que representar interesse estético desse mesmo homem. Daí se dizer do *messianismo*, tal e qual como abaixo exposto, ser tão próprio da *condição humana* que soa quase redundante associar as duas expressões semânticas.

O substantivo *messianismo* tem raiz longínqua no aramaico *meshiah*, que traduz *escolhido*, *consagrado* ou, simbolicamente, *ungido*. Entre os que professavam a religião judaica, *Messias* é o interventor de Javé no reino terrestre e cujo advento representará o rito de passagem místico-transformador que, redimindo-os, inaugurará uma nova era de paz, justiça e liberdade. Para os cristãos esse evento já se realizou na pessoa de Jesus, o Cristo. A transposição semântica e seu simbolismo na figura mítica é melhor

compreendida pela percepção da derivação semântica de *cristo* a partir do grego *khristós*, traduzido como *ungido*.^[2] O *Messias* judaico não se confunde com o *messias* cristão, Jesus, mas ambos simbolizam esse fenômeno ao qual se refere o substantivo que inaugurou o parágrafo. O messianismo, na religião judaica carrega uma pretensão libertadora nacional uma vez que representa a crença na vinda de um Messias, sob a forma humana, cujos poderes servirão à redenção não apenas de Israel – o povo escolhido por D'us – mas de toda a humanidade a partir de Israel. O messianismo, no sentido que interessa diretamente às nossas reflexões, tem seu sentido derivado deste originário: *movimento ou sistema ideológico que prega a salvação da humanidade através da entronização de um messias que pode ser um indivíduo, uma classe ou uma idéia*.^[3]

Fenômenos messiânicos, pois, têm sido uma das vias de expressão mais utilizadas pelo ser humano para promover a aglutinação de interesses assemelhados, representados por um ser mítico, por uma ordem social ou por ideologias. Ou, antes disso, para convencer seus semelhantes de que seus interesses podem se assemelhar a partir de desejos similares, ainda que não idênticos. Nas manifestações messiânicas há sempre um conteúdo épico, e quando não há naturalmente, identifica-se um esforço para que assim pareça, como se fosse imprescindível ao messianismo postar-se entre Eros e Tântatos, entre a morte entrevista no estado atual e a redenção existencial prometida no devir. Compreensível, então, que inúmeros messianismos produzidos pela modernidade se perpetuem numa ciclicidade histórico-social reveladora de um mesmo fio condutor: a inabilidade humana em construir condições sociais – material e psicologicamente consideradas – favoráveis a uma existência minimamente satisfatória. A história dos messianismos é, também, a história das insatisfações humanas. Haverá quem, acertadamente, identifique o *espírito messiânico* nas mais diversas expressões do idealismo moderno, *e.g.* marxismo, positivismo, nazismo, hegelianismo, ecologismo, jusnaturalismo, progressismo, neo-liberalismo etc., bem como haverá quem entenda que nenhum deles estará, ou esteve, além do bem e do mal. Pelo contrário.

Os crentes messiânicos, mesmo aqueles agnósticos, inebriam-se com as possibilidades transcendentais de suas crenças. Historicamente pode-se colher inúmeros exemplos, mais ou menos expressivos, de manifestações messiânicas. O Brasil assistiu ao florescimento de diversos movimentos com esse perfil, quase sempre em comunidades *rústicas* e assoladas por crises materiais extremas e nas quais as *promessas* proferidas pelo *líder* ou contidas na *idéia* eram imageticamente transformadas em força-motriz das mudanças almejadas. Tomem-se os exemplos de *Juazeiro* do Padre Cícero (1872-1934), o *Contestado* dos Monges João e José Maria (1912-1916) e *Canudos* de Antonio Conselheiro (1893-1897), sendo este último um dos mais estudados dada a virulência com que a incipiente e insegura República brasileira o reprimiu, e também pela cobertura jornalística, histórica e literária que lhe deu o engenheiro e jornalista Euclides da Cunha (MONTEIRO, 1977, p. 86).

A abundância de fenômenos messiânicos na história da humanidade talvez reflita, como querem alguns, a inaptidão do homem para atravessar seu tempo na Terra a partir de seguras bases científicas. Talvez reflita, também, a condição estabelecida para o homem e pelo homem para o gozo de sua existência. Assentando-se nos mitos que seduzem o indivíduo posto no seio de determinada coletividade, os fenômenos messiânicos exteriorizam esperanças e vontades de transformação, quase sempre numa revelação da crença de que a realidade materialmente experimentada está aquém das expectativas sugeridas pelo *vir-a-ser*. A promessa implícita no apelo messiânico, conforme se depreende dos exemplos registrados pela história, constitui-se no propulsor da busca a que se lança aquele que crê; os embates próprios da existência e seus resultados díspares no atendimento ou não das expectativas dos seres humanos são determinantes da propensão à espera, à expectativa. Quando se afirma que a política depende de mitos, para sua realização, quer-se dizer, também, que toda a estrutura institucional sobre a qual se assentam as relações políticas precisam refletir os apelos transformadores que a política sugere. O que se dá, inclusive, com o Direito.

3 Condição Humana, Utopia e Vontade de Lei

Admita-se, para fins de argumentação, que Feuerbach tenha razão e que D'us jamais tenha existido, sendo mera resultante dos eflúvios atemorizantes da *condição humana*, criação humana decorrente do ser diante da fenomenologia da natureza. Se assim foi, a teodicéia humana é reveladora da necessidade de preenchimento de hiatos existenciais que, reconhecidos pelo próprio homem, somente podem ser preenchidos por um Ser superiormente concebido. Analogia útil pode ser obtida recorrendo-se, outra vez, a Hobbes: o *estado de natureza* representava enorme hiato na realização das necessidades das sociedades humanas, em face da qual foi apresentada a idéia *messiânica* sob a forma de um *estado civil* consolidado na figura do *Leviatã*. O mundo conhecido e experienciado, fonte de temores e dissabores, seria transcendido por um *novo mundo*, lastreado no Direito moderno apto a oferecer certas garantias ali inexistentes. Desse raciocínio analógico deriva outro, igualmente útil para as reflexões em curso: o jusnaturalismo extraído pelos pensadores de um universo imanente não guardava grande relação como os desígnios racionalistas e libertários dos pensadores de feições *copernicanas*, como Hobbes. Pode-se afirmar: no molde normativo constituído pelo Direito moderno jamais existiram direitos naturais, posto que a divisa jurídica sempre esteve na heurística formalista.

Entretanto, construir o Direito sobre os pressupostos transcendentais e metafísicos de uma doutrina jusnaturalista é desejar dotá-lo de um poder divinizante, ao qual a obediência se mostra, *a priori*, como o único comportamento considerável; é conferir ao Direito a qualidade sobre-humana de redimir o homem conduzindo-o ao estado desejado e de antemão conhecido, já que devidamente convertido em *escritura*. Direito é, em certa dimensão, manifestação de teologia. E se a teologia é, em sua essência,

messiânica, tem-se que o Direito, fruto do intelecto humano, foi concebido a partir de uma estrutura ôntica similar e carregada de inevitável simbolismo libertador. Hegel estava atento a essa similitude quando escreveu que "a essência do Estado, assim como da religião, é o medo da humanidade de si mesma." (*apud* SCHMITT, 2006, p. 47). O mandamento fundamental, que estruturou a religião judaico-cristã, também organizou as estruturas do Direito, impregnando ambas desse caráter de transcendência observável em toda *promessa jurídica*.

As *promessas jurídicas* são aquelas demandadas pela própria condição humana frente ao Estado, essa figura mítica, depositária de esperanças e histórica portadora dos projetos de realização político-social. Seu veículo – o verbo, o discurso, exatamente como o Verbo que se dirigiu ao primeiro homem – politiza o homem na medida em que, segundo Hannah Arendt (1981, p. 12), "é o discurso que faz do homem um ser político" e, conseqüentemente, na medida em que este discurso, no campo do Direito, vem preencher de promessas. O *dever-ser*, objeto imanente do discurso jurídico, apresenta desde sempre raízes míticas, conformação utópica e, em certos casos historicamente demonstráveis, potencialidades messiânicas; tudo num formato apropriado à sedução, pois o Direito, se tem à sua disposição a *espada*, para sua legitimação não pode prescindir do convencimento por afinidade.

A condição humana considerada em termos absolutos pouco tem variado ao longo da evolução histórico-social. O homem continua um *ser-no-mundo* profundamente identificado com suas históricas carências, sejam materiais, sejam espirituais e emocionais. Religião, economia e política têm na *carência humana* o seu principal objeto, sendo que as relações políticas legitimadoras do Estado civil, a antítese do *estado de natureza* hobbesiano, têm sido dirigidas ao leito caudaloso do Direito, de onde brotam os ordenamentos coercivos supostamente legitimados para regular a vida social. Aderindo mesmo compulsoriamente ao *contrato social* em suas múltiplas formas, o homem contemporâneo ainda se deixa entusiasmar – em variados graus, é verdade – com as promessas transformadoras sobre as quais se assentam a política e seu veículo materializador, o Direito.

Essas *promessas* não deixam de estar revestidas de componentes próprios das utopias, essas manifestações simbólicas que, capazes de embeber o imaginário social, têm movimentado a humanidade na busca por estágios melhores de existência. Por vezes ilusórios, por vezes enganosos e por vezes efetivamente transformadores em sentido positivo, os esforços derivados das visões utópicas podem conduzir a humanidade a uma efetiva marcha evolutiva. É que a *utopia* "representa a correção ou a integração ideal de uma situação política, social ou religiosa existente" (ABBAGNANO, 2000, p. 987), e a depender das forças propulsoras e do *estado de carência* identificado socialmente, essa correção:

"[...] pode ficar no estágio de simples aspiração ou sonho genérico, resolvendo-se numa espécie de evasão da realidade vivida. Mas também pode tornar-se força de transformação da realidade, assumindo corpo e consistência suficientes para transformar-se em autêntica vontade inovadora e encontrar os meios de inovação." (ABBAGNANO, 2000, p. 987).

Há uma certa ousadia na consideração de utopia, ou sua manifestação mais aguda, como elementos de transformação. Essa aparente ousadia, contudo, se converte em algo natural quando se considera que o homem é, em essência e naturalmente, um crédulo. Acreditou até mesmo que as revoluções setecentistas seriam inclusivas ao ponto de gerar esforços verdadeiros para conduzir a humanidade rumo a um lugar melhor e não a lugar nenhum; *nenhum*, nesse caso, considerado como o lugar não desejado. Na esteira daqueles movimentos utópicos e revolucionários que abalaram o século XVIII, uma vez constituído o Estado moderno, sede dos interesses da própria ordem social que o concebeu, não foi possível evitar que um de seus sustentáculos – o aparelho normatizador fundado no poder coercitivo – fosse considerado por parcela expressiva da sociedade como tributário da vontade do povo. Essa presunção é que tem inspirado manifestações exigentes do reconhecimento da *vontade de lei* que por vezes surge no seio da sociedade.

Ao elaborar o discurso libertário setecentista, os iluministas prestaram grande serviço ao *Terceiro Estado* e abriram caminho para o constitucionalismo que passaria a formatar o Estado moderno; ao mesmo tempo, contudo, liberaram o germe da crença no Direito como revelação de um devir materialmente alcançável. A partir daquela experiência, que guindou a burguesia ao nível máximo do poder secular e submeteu as outras duas ordens – clero e nobreza – ao novo Direito posto, de caráter libertário, o *conceito de Direito* adquiriu dimensões inesperadas; a partir dali, o homem médio passou a enxergar no Direito um caminho para a emancipação. Trilhar esse caminho – o do Direito como instrumento de emancipação – não tem sido tarefa fácil, pois os mesmos que abriram o caminho para sua emancipação bradando o dístico trinômio e manejando baionetas, adagas e guilhotinas converteram-se na classe que exerce o domínio e, como o clero e a nobreza, temem que as estruturas de poder que hoje ocupam sejam usurpadas por aqueles que, no passado, inspiraram. A *vontade de lei* que hoje inspira os excluídos dos banquetes do Poder continua sendo inspirada por aqueles mitos libertadores; mitos estes que – quando se mostram – são capazes de entusiasmar homens e mulheres arrebatando-os pela crença numa utopia que pode se concretizar. Dada a condição da humanidade nos tempos presentes, é inequívoca a propensão do homem à crença nas promessas de transformação, circunstância que confere ao Direito feições quase revolucionárias quando nele se embarcam valores cuja atratividade encontra o ser carente contido nos seres humanos resultantes do mundo submetido à racionalidade moderna.

Dos valores contidos na tríade libertária que inspirou norte-americanos e franceses – igualdade, liberdade e fraternidade – derivaram inúmeros valores que, historicamente, têm sido sonogados à grande maioria dos seres humanos. No Direito, ainda que

historicamente considerado como aparelho ideológico do Estado – Louis Althusser afirmava que o Direito pertence à estrutura institucional repressiva e também ideológica do ente estatal (ALTHUSSER, 1985, p. 68), – encontram-se elementos mitológicos e imaginários, construtores de utopias e dotados de potencialidades messiânicas, especialmente em sociedades cujos níveis de desamparo social, econômico e espiritual forçam o homem a reconhecer um ser carente, limitados por contingências econômicas que empobrecem todo o seu existir.

4 ***Princípio da esperança e Direitos Humanos***

A força mítica do imaginário humano é a fonte histórica das utopias e dos messianismos, fenômenos arrebatadores cujo poder transformador já foi comprovado em diferentes momentos da história moderna. Traços de irracionalismo sempre são identificados nestes fenômenos, ora para denegrir suas bases e agentes sociais e desestimulá-los, ora para sublinhar sua superação do modelo racional da modernidade, destacar sua autenticidade e também para, como fez Ernst Bloch, reconhecer a necessidade de *racionalizar o irracionalismo*. Os registros históricos são ricos nos exemplos de arregimentação humana a partir do *discurso* aglutinador acerca de ideais compartilhados por grupos humanos.

A força do *verbo* – a palavra, o meio lingüístico de comunicação – suplantou o poder comunicativo de outras formas de linguagem porque incorporou o simbolismo daquelas a uma peculiar forma de transferência de valores por meio da equivalência de signos mutuamente reconhecidos. O *Quarto Evangelho* contido no Novo Testamento, cuja autoria é atribuída a João, traz eloqüente construção textual: "No princípio era o Verbo...", com pretensões de demonstrar o *poder da palavra*. Segundo o mesmo texto, "... o Verbo era D'us", donde se extrai que, milenarmente, a palavra é dotada de poderes de criação. A palavra transforma e a percepção de seu poder não surgiu com a semiótica e nem com a lingüística. O próprio Direito, para existir, depende do texto e para alguns autores, "o Direito é o resultado de múltiplas decisões dos homens, que só podem se expressar mediante *texto*." (ROBLES, 2005, p. 47). Segundo Gregório Robles, "suprimidas as palavras, suprime-se automaticamente o Direito". A *palavra* cria. O Direito, expresso na *palavra*, é igualmente criador: direitos e obrigações, códigos de conduta, prêmios e sanções; mas também cria *promessas*, a partir das quais se realiza o *princípio da esperança*.

A expressão *princípio da esperança* vem da obra de Ernst Bloch, para quem o homem é um animal esperançoso (*apud* HOBBSAWM, 2003, p. 141). Sua obra *Das Prinzip Hoffnung* constituiu-se num libelo em nome das utopias concretas, capazes de materializar as imagens mas também de fazer os homens se realizarem. Hobsbawm, admirador da produção intelectual de Bloch, escreveu sobre esse princípio:

"Estar insatisfeito, desejar vislumbrar um estado mais geral em que as coisas poderiam ser diferentes (isto é, melhores) do que são, é a forma mais elementar desse impulso humano fundamental. Sua forma mais elevada é a Utopia – a construção da perfeição que os homens procuram ou tentam realizar ou que, pelo menos, brilha sobre eles como um sol intelectual." (2003, p. 141).

Olhar com admiração para os quase-devaneios filosóficos de Bloch não pode ser obstáculo à percepção de que há um eixo axiológico que teima em postergar a concretização dos desejos, mesmo que expressos nos *textos* constituintes do Direito. Sobre esse eixo – composto pela tríade racionalismo científico, ideologia do progresso como futuro e opressão das formas de produção e acumulação de riqueza –, repousam as pretensões de permanência social, de manutenção do *status quo* alimentadas por setores sociais diminutos que têm conseguido se manter aboletados nos altos postos da hegemonia do poder político-social, eterno refém do poder econômico, e que almejam esmaecer a configuração do imaginário. Esse mesmo olhar, esperançoso, também não pode se constituir em óbice aos esforços para empurrar a realidade rumo àquele futuro desejado. O *princípio da esperança* precisa ser alimentado pela percepção de que os esforços realizados estão promovendo a concretização da utopia, identificada – no caso do Direito – nos textos inspiradores, no verbo que transforma pela sugestão e pela promessa, num resgate da simbologia mítica que transcende o racionalismo limitador e arrebatada as vontades.

"Tudo o que se nos apresenta, no mundo social-histórico, está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico." Assim se expressa Cornelius Castoriadis (1982, p. 142) para sublinhar a importância criadora do que denomina *rede simbólica*, pela qual se orientam homens e instituições. Ciente da força *simbólica* da linguagem, Castoriadis reconhecia que se encontrava o simbólico primeiramente na linguagem, depois nas instituições, afirmando que estas não se reduzem ao simbólico mas que só podem existir nele (1982, p. 142). Dessas assertivas se depreende que a instituição de valores sociais nasce com a linguagem que, dada a capacidade de sua simbologia, pode conferir validade a certos sistemas simbólicos. É certo que a força sugestiva dos mitos sobre os quais se assenta a simbologia convertida em linguagem é determinante da própria força do Direito. Não sem razão, afirma Castoriadis:

"A história é impossível e inconcebível fora da *imaginação produtiva* ou *criadora*, do que nós chamamos o *imaginário radical* tal como se manifesta ao mesmo tempo e indissolivelmente no *fazer* histórico, e na constituição, antes de qualquer racionalidade explícita, de um universo de *significações*." (1982, p. 176).

As significações referidas por Castoriadis são constituintes de um sistema que se articula com a sociedade e representam o *imaginário efetivo* (1986, p. 176). Esse imaginário só pode atuar socialmente se os membros de determinada sociedade

comungarem dos símbolos representados nas referidas significações; se houver mútua identificação com as crenças traduzidas pelos mitos e nos apelos utópicos componentes desse imaginário. Sem essa *comunhão*, haverá sempre a possibilidade de negar a esperança, frustrando-se o *imaginário* e esvaziando as potencialidades do simbólico. Esse simbólico é perfeitamente identificável nas construções semânticas do Direito, a exemplo do que ocorre a partir do estabelecimento dos primeiros marcos normativos de proteção dos Direitos Humanos.

Se há, no Direito, um componente trânsfugo das primevas pretensões dos que o conceberam sob a forma moderna, componente este que insufla os ânimos daqueles que tomam contato com o seu *texto*, tal característica é reforçada quando o seu conteúdo trata dos *direitos fundamentais da pessoa humana*. Segundo Dalmo Dallari (*apud* BITTAR, 2005, p. 284) esses direitos, denominados *Direitos Humanos*, são aqueles sem os quais é impossível pensar a condição humana. Da modernidade se extrai que um dos primeiros textos filosóficos a contemplar *Direitos Humanos*, na acepção que lhes conferimos contemporaneamente, foi escrito por Thomas Hobbes ao desenvolver uma filosofia do poder civil estruturante do Estado moderno em face do *estado de natureza*, antropologizando as relações de poder por meio da contratação de outorga de soberania a um ente superior e secular, denominado *Leviatã* na obra hobbesiana, que seria incumbido de estabelecer a ordem social. Todo o poder conferido a essa entidade fictícia recebeu, contudo, um limitador: o direito à vida, cuja defesa era obrigação primeira do soberano, que poderia ser atacado se atentasse ou deixasse atentarem contra ele. Com o Estado moderno nascia, assim, o renovo dos Direitos Humanos tal como os conhecemos. Hobbes, existindo em tempos atemorizantes, imbuíu-se do *princípio da esperança* e ousou produzir *textos* primazmente redigidos sobre elementos utópicos, com a promessa de conduzir o homem a uma nova era. Teria movido Hobbes, ou os seus patronos e apoiadores, algum sentimento *messiânico*? O produto de seu intelecto teria tido a força necessária para promover as transformações se o mito do rito de passagem de uma era caótica para outra, de segurança, não estivesse sublinhada em seus escritos? Sem o simbolismo capaz de se instalar no imaginário coletivo de sua época, teria Hobbes passado à história como um *revolucionário* da filosofia?

O agir utópico de Thomas Hobbes desencadeou um gradiente axiológico que determinou os novos filosofemas das ciências sociais que pouco a pouco passaram a erigir outros totens da civilização moderna na condição de direitos fundamentais, naturais e imprescritíveis, a exemplo da liberdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão. Os povos anglo-saxões e seu pragmatismo utilitarista anteciparam-se a todos os outros e promoveram declarações constituintes de novos marcos regulatórios das relações de poder. O *Bill of Rights* dos ingleses, ainda que de menor abrangência – foi promulgado nos rastros da Revolução de 1689. O *Bill of Rights* das colônias inglesas na América datam de 1776 e seu conteúdo antecedeu o da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, promulgada em 1789.

A linhagem utópica do *jusnaturalismo* e do *contratualismo* está presente nas matrizes das *declarações* e dos esforços constitucionalizantes visando à instituição de limites ao exercício do Poder político por meio do reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana. O constitucionalismo nascente teve de enfrentar questões de feições bizantinas até hoje discutidas, a exemplo daquela relacionada à autonomia da *declaração* frente à *Constituição*, que opôs racionalistas jusnaturalistas a utilitaristas e historicistas, e aquela outra que distingue entre a corrente que pugna pela pré-existência dos direitos humanos à própria *Constituição*, uma vez que são tidos por direitos naturais, razão pela qual sua autonomia independe de concessões do Estado e limita a atuação deste, e a corrente que nega o jusnaturalismo e vê nesses simplesmente direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado aos homens a partir da sua soberania, que não poderia, por isso, sofrer limitações a partir de direitos que ele mesmo reconhece (BOBBIO, 1993, p. 87). Para além das questões teóricas, há o reconhecimento de valores humanos atemporais que estão abrigados em *textos* jurídicos cuja efetividade a ser assegurada pelo Estado está na raiz de sua legitimidade. Esses valores, cuja entronização simbólica e material se persegue desde os primórdios da história da humanidade, estão impregnados de significação simbólica e de potencialidades utópicas, razão pela qual – ao mesmo tempo – eles encantam e arrebatam quando exibidos como dísticos das causas sociais e, também, são execrados como discurso intelectualóide desconectado da realidade de uma dada sociedade.

A simbologia dos Direitos Humanos tem lhes conferido um caráter transcendente, o que pode se constituir em seu valor e, ao mesmo tempo, no seu oposto. Se resultaram do *princípio da esperança* entronizado no imaginário dos homens, sua abrangência tem sofrido intencionais restrições a partir de um sempre presente discurso racionalizante. A construção teórico-política desses Direitos teve, em sua origem, deve-se reconhecer, um caráter exclusivista, pois foi engendrado a partir do discurso libertário de uma dada ordem social que almejava unicamente constituir seu espaço próprio necessário à realização de seus ideais materialistas. O elemento utópico, naquele momento da história, era limitado à defesa de interesses exclusivos; havia inimigos eleitos a serem combatidos e havia parcerias convenientes ao momento histórico, às quais se deveria estender os valores reivindicados. Com o advento do constitucionalismo nos fins do século XVIII, que atingiria o ápice da positivação no século seguinte, as pretensões exclusivistas passaram a sofrer oposição e o apelo utópico experimentado pela burguesia para transformar as relações de poder remanescentes da Alta Idade Média espalhou-se alcançando as sociedades de modo mais amplo, momento em que aqueles Direitos Fundamentais – classificados, hoje, como de *primeira geração* ou *dimensão* – foram se *esgueirando* para dentro das configurações constitucionais do direito posto pelos Estados. No século XX, ganhou o plano internacional especialmente após o horror do Holocausto, quando as Nações Unidas construíram seu sistema internacional de Direitos (BITTAR, 2005, p. 285).

O *texto* que verbaliza o valor simbólico dos Direitos Humanos contém significação imanente que atravessa culturas e códigos legais, impondo-se a partir daquele imaginário referido por Castoriadis e guiado pelo *princípio da esperança* que deseja a concretização utópica pugnada por Bloch. E para além de toda e qualquer teoria, o

simbolismo dos Direitos Humanos paira sobre todos os homens e suas instituições, não porque sua suposta fonte – os inexistentes direitos naturais – pré-exista às instituições, sendo delas a mais destacada o próprio Estado, mas porque o imaginário de que elas, instituições, são feitas fixa o homem como a medida de todas as coisas. Por isso pode-se afirmar, com Eduardo Bittar, que:

"[...] a bandeira dos direitos humanos é hasteada no cume dos valores sociais e torna-se a mais importante referência ético-valorativa e jurídica para a sociedade como um todo, até mesmo um porto seguro para as ambições sociopolíticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos." (2004, p. 52).

5 Conclusão

Por vezes acentua-se a impressão de que, justamente devido a esse caráter utópico, os Direitos Humanos se mantêm perdidos em algum lugar entre o *dever-ser* apregoado pelo Direito moderno e o *ser efetivo e material* prometido pelo discurso jurídico, pelo *texto* que veicula, articulando com o real, o *princípio da esperança*. Esse sentir é um reflexo de outra nefanda impressão que historicamente envolve os Direitos: sua eficácia parece desidratar-se sempre que a implementação do seu objeto sugerir significativa transformação nos paradigmas sobre os quais se sustentam as estruturas sociais, econômicas e políticas úteis à manutenção dos postos de comando. Um dos mitos com os quais o Direito tem secularmente flertado é, justamente, a crença em que a positivação de direitos – nos moldes do apregoado pelo positivismo liberal nascido na modernidade – representa efetivamente a realização do imaginário, a concretização do utópico, o que gera verdadeira trivialização "com a paulatina transformação do próprio jusnaturalismo em juspositivismo no constitucionalismo contemporâneo, com a conseqüente descartabilidade dos seus textos". (BITTAR, 2005, p. 285).

Essa *descartabilidade* referida por Eduardo Bittar, independentemente de suas causas, representa hodiernamente a mais temível ameaça aos Direitos Humanos. Por vezes, na sua condição de *vontade de lei*, naquela fase de direito pressuposto, pré-parlamentar – ou pré-medida provisória, um Direito Fundamental encanta, seduz e induz ao sonho por sua integridade axiológica, cujas características formam o símbolo da transformação. Submetida ao Parlamento, verdadeira lâmina cognoscente construída por ideologias as mais diversas, aquela vontade de lei é submetida a efeitos axiológico-reducentes, o que lhe desidrata e enseja o surgimento de norma já deslegitimada, uma vez que desconectada de seus eflúvios transformadores. O mesmo se dá quando, convertida em *direito positivo*, a vontade de lei, rica enquanto *direito pressuposto* enfrenta outra lâmina cognoscente, desta vez contida nos órgãos responsáveis pela produção normativa por meio da interpretação do direito posto. Noutras vezes, a tendência ao descarte se instala como decorrência do não-reconhecimento dos Direitos Humanos por agentes institucionais estatais cuja obrigação funcional é, justamente, cumprir e fazer cumprir os

postulados dos Direitos Fundamentais da pessoa humana; instala-se, também, como efeito da banalização tanto do seu uso como expressão corrente quanto do abuso destes próprios direitos na negação diuturna a que se assiste nos mais distintos níveis da administração pública.

Esses exemplos ilustrativos de fenômenos de descartabilidade dos Direitos Humanos apontam para a desorganização estatal, ou por outra, para a incapacidade institucional dos Estados de promoverem os Direitos Fundamentais, o que lembra Zygmunt Bauman ao dizer que "os governos não podem honestamente prometer aos cidadãos uma existência segura e um futuro garantido." (BAUMAN, 2000, p. 58). Se é vero que a falência do Estado contemporâneo – para o que eficientemente trabalharam as ideologias liberais traduzidas para os tempos atuais – impede que sua flácida musculatura se ponha a serviço da garantia dos Direitos Humanos, mais vero ainda é a necessidade de preservarmos o legado que o constitucionalismo moderno gerou a partir dos esforços para cinzelar nos textos legais os valores que simbolizam aqueles Direitos. Ainda que sejamos obrigados a reconhecer com Emanuel Levinas que "a preocupação com os direitos humanos não é a função do Estado. É uma instituição não-estatal dentro do Estado – um apelo à humanidade que o Estado ainda não consumou" (*apud* BAUMAN, 1998, p. 67), a crença utópica na significação libertária dos Direitos Humanos impele-nos aos esforços de preservação daquele legado e na constituição das condições éticas, políticas, sociais e econômicas que tornam factível "uma ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados." (BOBBIO, 1992, p. 23).

Se o texto constrói, considerando-se que "o Verbo era D'us", o contra-discurso desconstrói. Essa reflexão, que reafirma o poder do *Direito como texto* e do *texto* como veículo do *princípio da esperança*, nos desperta para o risco contra o qual nos admoestou Norberto Bobbio:

"Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade." (1992, p. 24).

Esse constitui, aliás, o mais vistoso pano de fundo que emoldura o discurso pronto do liberalismo repaginado: as contingências da globalização impõe aos Estados limitações financeiras determinadas pela necessidade de assegurar competitividade de suas classes capitalistas que os impede de priorizar – tornando-as exequíveis – as políticas públicas voltadas à promoção dos Direitos Humanos. Zygmunt Bauman observou esse mal-estar da política:

"Tendo perdido muito da sua antiga soberania e não sendo mais capazes de equilibrar as contas por si mesmos ou de emprestar autoridade ao tipo de ordem social escolhida, os Estados contemporâneos não conseguem satisfazer a outra condição necessária para viabilizar uma república: a capacidade dos cidadãos negociarem e juntos decidirem o que é 'bem público' e assim moldarem uma sociedade que estariam dispostos a chamar de sua e à qual prestariam com alegria o juramento de fidelidade constante." (2000, p. 172).

Bauman, no contexto do excerto acima, observa que há um efetivo esvaziamento de poder decisório no âmbito territorial dos Estados, vindo a ocorrer efetiva *transferência* da sede de comando, circunstância que emacia a capacidade de estabelecer e executar políticas de interesse social. Esse discurso desconstrutivo dos Direitos do Homem é necessário a quem subestimou o que Agostinho Ramalho Marques Neto denomina *função enunciadora do Direito* (RÚBIO, 2004, p. 106). A *enunciar* valores como democracia, igualdade e liberdade, a burguesia despertou o desejo utópico e, desde então, tem formulado contra-discursos e engendrado formas de atuação para manter todos os *enunciados* no nível da simples formalidade, sem qualquer concessão aos esforços de sua efetivação.

Do universo filosófico ao universo político, com Bobbio, o problema dos Direitos Humanos não é de justificação, mas de proteção, afirmação e efetivação. Trata-se do último baluarte da humanidade: se tombados, seremos submetidos a uma era de pós-humanismo.

Inspirações morais impuseram aos renitentes da negação a obrigação de reconhecer – e enunciar formalmente – certos Direitos Fundamentais. Essa *enunciação*, se não assegura efetividade, funciona para reafirmar o *princípio da esperança* e fixar um norte às ações cujo objetivo seja promover o equilíbrio num país economicamente desenvolvido mas socialmente frágil e injusto, necessidade inadiável para a evitação do horror social que segue os atalhos do horror econômico produzido pelas regras vigentes nas sociedades econômica e politicamente liberais. Há uma retórica política que enaltece certo tipo de democracia cuja capacidade emancipatória é duvidosa. Esta retórica democrática aboletada no interior do discurso jurídico-constitucionalista não tem sido, efetivamente, capaz de construir espaços sócio-institucionais dotados de pluralismo normativo abarcante de uma sociedade plenamente considerada.

O fogo-fátuo da retórica democrática, cuja ignição decorre dos discursos e textos jurídicos portadores do *princípio da esperança*, gera fatos como esse que noticia, em 2007, o ingresso do Brasil no rol dos países de *Alto Desenvolvimento Humano* ao ocupar a 70ª posição no ranking destes países. Essa mudança de categoria do Brasil decorre da medida do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, um método comparativo baseado nos critérios de educação, longevidade e renda, utilizado pelo

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. O IDH, aplicado ao Brasil, identificou aumento na expectativa de vida (71,7 anos), da taxa de alfabetização (88,6% da população), da taxa de matrícula (87,5% da população) e do PIB *per capita*. A ONU atesta o progresso dos indicadores de desenvolvimento humano básico e identifica sua ocorrência consistente em todas as dimensões (PNUD, site oficial). Mas não é paradoxal que o alvissareiro relatório venha a lume num cenário que nos impele a indagar: Que tipo de educação será essa que se oferece à população brasileira e medida pelo IDH? Quão concentrada é essa riqueza crescente identificada pelo crescimento do PIB *per capita*? Qual a qualidade da vida cuja expectativa é crescente? Essas interrogações têm seu lugar quando se sabe que nos dias de divulgação do *avanço dos indicadores* (i) o país está positivamente deslumbrado com uma película cuja temática é a violência e exibe o simpático perfil de uma instituição cujo símbolo é a face de Tântalos; (ii) o sistema de Justiça de certa unidade da federação trancafiou durante mais de 20 (vinte) dias uma adolescente numa cela ocupada com mais de 20 (vinte) adultos, onde foi diuturnamente seviciada e vítima de violência sexual; (iii) autoridades institucionais daquele mesmo Estado demonstraram pouca compreensão do significado do ocorrido, atribuindo à própria vítima a culpa por sua desgraça; (iv) a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE divulgou seu ranking comparativo de ensino de ciências em 57 países obtido por meio de exame aplicado a alunos de escolas públicas e particulares, no qual o Brasil surge entre os últimos colocados, repetindo desempenho do ranking anterior (OECD, site oficial); e para não alongar demais a lista de exemplos, (v) o Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas e a ONG Trata Brasil, em divulgação coincidente com aquela notícia relativa ao PNUD, exibem esdrúxulo cálculo para demonstrar a esdrúxula situação em que se encontra o saneamento básico no Brasil, que – mantidos os investimentos atuais – só em 115 anos universalizará esse serviço fundamental para a gestão de saúde pública (FGV, site oficial).

Sabe-se que a ambigüidade dos números serve a anjos e demônios, permitindo justificar até a barbárie. Mas é a partir deles que as planilhas econômicas geram argumentos desestimulantes o suficiente para abrir, na apequenada retórica democrática à qual estamos acostumados, um brecha que torna todo-sentido o pensamento de Bobbio acima referido e aqui explicitado: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político." (BOBBIO, 1992, p. 24). Em sua admoestação sobre a necessidade da filosofia evitar a esterilidade, o pensador italiano declarou que a busca filosófica pelos *fundamentos e justificativas* dos Direitos do Homem "não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito possa ser realizado." O filósofo italiano demonstrava preocupação com uma possível esterilização da retórica jurídico-constitucional ao advertir que:

"O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios." (BOBBIO, 1992, p. 24)

Analogamente, poder-se-ia refletir, na cadência de Norberto Bobbio, que a pulsão transformadora contida na dimensão utópica dos Direitos Humanos e no caráter messiânico que o Direito adquire, deve ser aproveitada para orientar políticas e arregimentar forças. Esse caráter propulsor do Direito, especialmente quando trata de temas tão caros como os Direitos Fundamentais, pode – e geralmente isso tem ocorrido – perder seu élan e ser reduzido a algo trivial, infrutífero, ineficaz e, portanto, imprestável para orientar o cotidiano, se seus eflúvios inspiradores extraíveis do *texto*, do *verbo* não forem sustentados por ações políticas capazes de concretizar as utopias sugeridas. Caso tal ocorra, e caso a marcha de radicalização da modernidade prossiga gerando efeitos políticos exclusivistas e degradadores da condição humana, será mesmo possível que, em certas regiões da Terra, entremos numa era pós-humana sem que seus povos tenham conhecido a humanidade. A retórica da Democracia, que inspira até os limites da utopia, precisa mostrar sua viabilidade na concretização do *princípio da esperança*.

6 Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**. Barueri: Manole, 2004.

BLOCH, Ernst. **Natural law and human dignity**. Cambridge: The MIT Press, 1988.

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

_____.; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1993, vol. 1 e 2.

CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. São Paulo: Palas Athena, 1990.

_____. **O herói de mil faces**. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 1997.

CARRASCOZA, João Anzanello. **Razão e sensibilidade no texto publicitário**. São Paulo: Futura, 2004.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

FEUERBACH, L. **L'essence du Christianisme**. Tradução de J.-P. Osier, 1o. ed. Paris: Maspero, 1982.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Site: www.fgv.br/fgvportal. Acesso em 9 de dezembro de 2007.

HOBBSAWM, Eric J. **Revolucionários**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

KOTLER, Philip. **Marketing de serviços profissionais**. Barueri: Manole, 2002.

MONTEIRO, Duglas Teixeira. **Um confronto entre Juazeiro, Canudos e Contestado**, in Boris Fausto, **História Geral da Civilização Brasileira**, vol. III. São Paulo: Difel, 1977.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito – Dos gregos aos pós-modernos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OECD. **Education at a Glance 2007 – Home**. Site: www.oecd.org. Acesso em 9 de Dezembro de 2007.

PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008**. Site: www.pnud.org.br/rdh. Acesso em 9 de dezembro de 2007.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como texto**. Barueri: Manole, 2005.

RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STIRNER, Max. **O único e sua propriedade**. Lisboa: Antígona, 2004.

TORÁ, **A Lei de Moisés**. São Paulo: Sêfer, 2001.

[1] Gênesis 1:28, cf. redação extraída de *Torá, a Lei de Moisés*, São Paulo: Sêfer, 2001.

[2] *Dicionário Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva 2002.

[3] *Idem.*

UMA FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA OS DIREITOS HUMANOS*

A REASONABLE FOUNDATION TO THE HUMAN RIGHTS

**Fernanda Duarte
Rafael Mario Iorio Filho**

RESUMO

O presente texto é resultado do esforço de trabalho do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia da Universidade Gama Filho (PPGD/UGF - CNPq). Pretende sistematizar o debate jurídico acerca da temática da fundamentação dos Direitos Humanos. Registrando-se os questionamentos sobre sua pertinência e possibilidade, aponta duas grandes matrizes: subjetivistas e objetivistas, que dariam respostas a tais indagações. Essas matrizes se associam a possibilidade de apreensão racional dos valores. E aponta que a tese da fundamentação suficiente e da salvaguarda dos Direitos Humanos de PERELMAN e Olbrechts-TYTECA, baseada em sua Teoria da Argumentação, seria uma síntese das justificativas desses direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; FUNDAMENTAÇÃO E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

ABSTRACT

This paper is the result of the investigation work done by the research group Jurisdição Constitucional e Democracia, linked to Universidade Gama Filho (PPGD/UGF - CNPq). It intends to organize the debate about the essentiality and possibility of justifying human rights, enumerating the most popular ideas. The answer to this problem is straightly linked to the debate of the objectivity of values. The paper also seeks to demonstrate that the work of Chaïm PERELMAN & Lucie Olbrechts-TYTECA can produce reasonable foundation and safe-guard of Human Rights, being considered as the mid-place of the justifying thesis in the Human Rights debate.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; FOUNDATION E ARGUMENTATION THEORY

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS

É notório o destaque que o tema dos Direitos Humanos detém nos discursos políticos e acadêmicos no mundo contemporâneo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, caracterizado por um amplo compromisso de povos e Estados no sentido de formalizar meios hábeis a evitar a ocorrência de novas barbáries, tais como as praticadas por regimes totalitários[1] como o Nazismo e o Stalinismo. É fácil constatar a força ideológica e simbólica que, nesses últimos sessenta anos, assumem os Direitos Humanos, principalmente numa perspectiva de sua efetivação na ordem internacional.

Esse quadro histórico firmou, para os constitucionalistas pós-1945, uma compreensão de que as novas constituições deveriam ser moldadas em novas bases institucionais e políticas. Graças a esses fatos consagrou-se, também, a consciência da necessidade de superação da estreiteza normativa resultante do legalismo construído no século XIX e nas primeiras décadas do século passado. Consolidou-se uma percepção no sentido de que somente uma estrutura valorativa incorporada às constituições poderia concretizar os Direitos Humanos e dotar as cartas políticas de uma efetiva força normativa (Konrad HESSE, 1991).

Esse amplo conjunto institucional, reconhecido pelo constitucionalismo europeu após a Segunda Grande Guerra, no contexto da Guerra Fria da bipolaridade EUA e URSS, é o que se denomina de legado constitucional pós-1945[2]. A sua mensagem foi tão forte, que várias outras sociedades ocidentais alinhadas o incorporaram, como, por exemplo, a brasileira - que adotou essa mesma agenda na formulação da Constituição Federal de 1988. (Peter HÄBERLE, 2000).

O debate dos Direitos Humanos, entretanto, enfrenta hoje, uma situação de “aporias” [3] e “paradoxos” [4], nas palavras de Vicente BARRETO (2002:499), no quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado e marcado sobretudo pelo risco, pelo terrorismo, pela violência urbana, pelo crescimento tecnológico e por uma multiplicidade de culturas[5] que têm apontado à idéia universalizante de Direitos Humanos o desafio complexo de sua implementação e mais ainda, de uma adequada justificação.

Assim, a tríade da Revolução Francesa de 1789, ao expressar os ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo[6], hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais[7].

Acresce-se a este problema a própria indefinição semântica do termo *Direitos Humanos*, como coloca Vicente BARRETO (2002:500-501):

O emprego da expressão ‘direitos humanos’ reflete essa abrangência e a conseqüente imprecisão conceitual com que tem sido utilizada. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas em face da violência e da injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em conseqüência, a sua prática. Número significativo de autores tomaram a expressão ‘direitos humanos’ como sinônima de ‘direitos naturais’, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos; ainda outros empregavam a expressão como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que ‘novos direitos sejam consagrados no futuro’. Alguns, também, referiram-se à idéia dos direitos humanos como sendo normas gerais, relativas à prática jurídica, que se expressariam através dos princípios gerais do direito. Esses últimos seriam uma forma de ‘direito natural empírico’, que ultrapassa a normatividade estrita do positivismo dogmático, mas não se identificando com os direitos humanos expressam a vontade do constituinte, que não especifica em que consistem esses direitos e nem prescreve a natureza de suas prescrições; sob este ponto de vista, cabe ao intérprete, quando da aplicação da lei, dar conteúdo a essa categoria de direitos. Vemos, portanto, como o emprego abrangente das mesmas palavras contribuiu, certamente, para a imprecisão conceitual de uma mesma idéia dos fundamentos comuns para o seu diversificado uso.

Apesar de sua polissemia, as discussões - quer acadêmicas ou políticas - referentes aos Direitos Humanos, até mesmo para o senso comum, são sempre relevantes como ferramenta do mundo ocidental para a proteção às intempéries e mazelas humanas. Nas palavras de Carlos NINO (1989:1):

Esta importância dos direitos humanos está dada, como é evidente, pelo fato de que eles constituem uma ferramenta imprescindível para evitar um tipo de catástrofe que com frequência ameaça a vida humana. Sabemos, embora prefiramos não recordá-lo a todo o tempo, que nossa vida é permanentemente espreitada por infortúnios que podem aniquilar nossos planos mais firmes, nossas aspirações de maior alento, o objeto de nossos afetos mais profundos. Não é por ser óbvio que deixa de ser motivo de perplexidade o fato de que este caráter trágico da condição humana esteja dado pela fragilidade de nossa constituição biológica e pela instabilidade de nosso *habitat* ecológico, por obra de nós mesmos.

A inquietude atual do debate dos direitos humanos, em vez da estagnação, segue à análise de planos epistemológicos[8], visando à depuração do recorte dos objetos temáticos e retroalimentando sua dialética.

Esses planos epistemológicos estruturam-se em dois pontos. O primeiro refere-se a uma discussão se há ou não fundamentos filosóficos para os Direitos Humanos. Caso a resposta seja afirmativa, constitui-se o segundo plano onde se definirá qual é a natureza destas questões enunciadas.

2. A PERTINÊNCIA E POSSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A pertinência de um estudo sobre a fundamentação dos Direitos Humanos diz respeito a sua relevância e utilidade, materializando-se na busca de uma justificativa racional para as condutas humanas e na necessidade de conhecer a tradição do pensamento que sempre associou esta categoria de direitos a valores absolutos. Já a possibilidade de fundamentação relaciona-se com um caloroso debate filosófico sobre a objetividade dos valores e sua forma de apreensão pelo ser humano. E ambas as questões se encontram imbricadas vez que, em geral as negativas da pertinência se associam às negativas da dimensão objetiva dos valores, o que por sua vez implica na impossibilidade de uma dimensão axiológica objetiva dos Direitos Humanos.

Aqui, nesse trabalho, estas questões serão tratadas simultaneamente, vez que se prestam tão só a contextualizar o debate, a fim de melhor situar a originalidade da concepção de PERELMAN ao propor uma superação dessa dicotomia, chamando-a de fundamentação suficiente dos Direitos Humanos.

O panorama das discussões sobre os fundamentos dos Direitos Humanos tem um espectro muito amplo. Inspirando-se na sistematização oferecida por Antonio PEREZ LUÑO (1999:133), pode-se dizer que de um lado aportam-se teóricos[9] afirmando que para o estudo dos Direitos Humanos são apenas relevante os esforços voltados a sua implementação e aplicabilidade. Aqui se localizam os autores que consideram o debate sobre fundamentos inútil (concepções positivistas) ou sem conteúdo (concepções realistas), pois, através da constatação de que no decorrer histórico os desrespeitos aos Direitos Humanos são incessantes, o cerne do tema passaria de uma questão da busca por uma justificativa para a luta na concretização desses direitos. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (Norberto BOBBIO, 1992b:24). O relevante está na proteção efetiva e não na fundamentação que remete análises de abrangência e da complexidade da moralidade e da racionalidade. (Vicente BARRETO, 2002:508).

De outra parte, encontram-se os autores que justificam o esforço pela busca de razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos Direitos Humanos. Desta forma, o objetivo da fundamentação é abordar as elaborações conceituais que ensejam sua positivação. A questão apresenta-se sob uma dupla perspectiva: estabelece a racionalização dos Direitos Humanos[10] e define-se a possibilidade de sua identificação.

Estes autores são, de forma generalizada, alinhados em duas escolas: os jusnaturalistas[11] (ou absolutistas) e os éticos. Elas se inserem no âmbito das soluções teóricas que ocupam o espaço deixado pelas experiências históricas recentes, que relegavam a dimensão fundacional dos direitos ao nível da normatividade, demonstrando-se serem os sistemas jurídicos de per si deficientes no exercício do controle aos desrespeitos ao Homem. Para as escolas jusnaturalista e ética, há uma

continua reconstrução dos Direitos Humanos, sustentada por valores e princípios absolutos e universais. Eles crêem no esforço essencial de buscar uma fundamentação ético-filosófica.

Por outro lado, nesta empreitada classificatória de vertentes, podemos tratar do problema (pertinência e possibilidade de fundamentação) como um modelo binário conhecido por duas matrizes : subjetivista e objetivista. Tal proposta[12] é uma tentativa de conjugação das correntes de pensamentos assentadas em dois troncos distintos, em que há de um lado a ausência da fundamentação racional e do outro a sustentação dos fundamentos humanistas. Pretende-se simplesmente sistematizar nesse campo de estudo a classificação das teorias relativas aos fundamentos dos Direitos Humanos com seus meios de prova - demonstração e argumentação - refletidas na intemporalidade (caráter apriorístico, absoluto, pré-existente atemporal) ou temporalidade (caráter histórico, relativo, construído, mutável), respectivamente.

2.1. A MATRIZ SUBJETIVISTA[13]

Nesta vertente estão reunidas todas aquelas escolas que negam ser possível justificar os Direitos Humanos a partir de juízos de valores morais, pois estes são incomprováveis empiricamente, sendo fruto da subjetividade de quem os emite[14].

Expressando, então, convicções subjetivas, os Direitos Humanos, que se pretendam fundamentados em juízos com validade universal, ou seja, para todos aqueles pertencentes a espécie humana, nada mais são que *falácias*.

Sobre esta visão, interessante é o posicionamento de Norberto BOBBIO (1992b) ao alegar que a busca por um fundamento absoluto, ou seja, aquele que ninguém poderá escusar-se de aderir, é uma ilusão que hoje não é mais possível de sustentação. Para tanto o autor italiano apresenta quatro teses ou dificuldades impeditivas para um fundamento absoluto dos Direitos Humanos.

A primeira refere-se à vagueza da expressão Direitos Humanos. Quase todas as definições deste termo são tautológicas, não tratando de seu conteúdo. Porém, quando isso ocorre, acresce-se ao problema que “os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete” (Norberto BOBBIO, 1992b: 17).

A segunda liga-se à variabilidade histórica desta categoria de direitos. Nas palavras de Norberto BOBBIO (1992b: 18):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como

propriedade *sacre et inviolable*, forma submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.

Ou seja, os Direitos do Homem são relativos conforme as épocas e desta forma não é possível atribuir-lhes fundamentos absolutos. A terceira dificuldade, apontada por Norberto BOBBIO, é a heterogeneidade dos Direitos Humanos, que se traduz na incompatibilidade das finalidades de diversos desses direitos.

Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada. Isso depende do fato de que tanto o direito que se afirma como o que é negado têm suas boas razões: na Itália, por exemplo, pede-se a abolição da censura prévia dos espetáculos cinematográficos; a escolha é simples se se puser num prato da balança a liberdade do artista e no outro o direito de alguns órgãos administrativos, habitualmente incompetentes e medíocres de sufocá-la; mas parece mais difícil se se contrapuser o direito de expressão do produtor do filme ao direito do público de ser escandalizado, ou chocado, ou excitado. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro. (Norberto BOBBIO, 1992b: 20).

Finalmente, a quarta dificuldade para busca de um fundamento absoluto dos Direitos Humanos refere-se às antinomias geradas entre os direitos individuais (liberdades), que correspondem a um comportamento negativo dos outros indivíduos, e os direitos sociais (poderes), que se associam a uma obrigação positiva. O sentido da antinomia encontra-se na impossibilidade de desenvolverem-se simultaneamente estas duas classes de direitos fundamentais. Norberto BOBBIO (1992b:21-22) retrata da seguinte forma a questão:

Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, trata-se de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda. Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são: a) a irredutibilidade das crenças últimas; b) a crença de que, quanto mais livre for o indivíduo, tanto mais poderá ele progredir moralmente e promover também o progresso material da sociedade. Ora, desses dois argumentos, o primeiro é irrelevante para justificar a exigência de novos poderes, enquanto o segundo se revelou historicamente falso.

Conclui-se, por esta antinomia, que os direitos humanos não podem apresentar um fundamento absoluto irresistível; pelo contrário, as justificativas de uns impedem a de outros.

As escolas que se encontram situadas na matriz subjetivista estruturam seus raciocínios a partir da premissa de que os juízos de valor são escolhas subjetivas próprias a cada cultura e tempo. Ou seja, a diversidade e incertezas dos gêneros humanos e dos seus ordenamentos sociais específicos levam a crer que toda idéia imutável e universal do justo que viesse ou pretendesse fundamentar condutas é artificial. Desta forma seria impossível realizar-se a tarefa de fundamentar racionalmente os direitos humanos, inclusive como a própria ordem jurídica. É a concepção que informa todo o esforço metodológico do chamado juspositivismo ou positivismo jurídico. [15]

O positivismo jurídico é um conceito da filosofia do direito que abarca três perspectivas a sua compreensão. Ele pode ser apreendido como uma abordagem do fenômeno jurídico; uma teoria do direito ou uma ideologia sobre o direito.

A primeira refere-se ao estudo do direito como um fato social e não como um valor. “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural” (Norberto BOBBIO, 1995:131). Sendo assim, o cientista do direito deve estudá-lo, tal como os cientistas das Ciências Naturais, abstendo-se de formular juízos de valor. O direito busca, então, sua validade em critérios de sua estruturação formal e não de um conteúdo valorativo.

O segundo sentido comporta uma série de problemas[16] que vão da consideração do direito em função da coação, ou seja, conjunto de normas que valem por meio de força; passando por um problema de fontes de direito, o embate entre a lei e o costume; a reflexão acerca da teoria da norma jurídica, que formula o conceito de norma como um comando imperativo; caminhando por uma teoria do ordenamento jurídico, que não mais concebe a norma isoladamente, mas em um conjunto, completo e coerente, de normas jurídicas vigentes numa sociedade; até chegar a considerações relativas ao método da ciência jurídica como um problema de interpretação referente a toda a atividade do cientista do direito.

A terceira representa uma visão ideológica do positivismo. Aqui concebe-se a justiça como inerente às normas. As regras são justas pelo simples fato de provirem de um poder estatal criado para a manutenção da paz social.

Resumidamente, o positivismo jurídico pode ser conceituado como a corrente de pensamento do direito que agrupa esforços a criticar os juízos de valor, fundamentando os direitos pelo conhecimento científico, com características similares às ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, destituídas de avaloratividade, sendo rigoroso na exclusão axiológica. A passagem de Norberto BOBBIO (1995:135) é conclusiva:

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto

que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.

Conforme lidem com os valores éticos e jurídico-políticos, as escolas da matriz subjetivista podem, segundo Antonio PÉREZ LUÑO (1999), classificar-se em duas variantes: o relativismo e o emotivismo. O relativismo[17] agrupa os teóricos que acreditam não existir nenhum pressuposto racional ou empírico de justificação para decidir-se sobre valores. Todos, em princípio, são legítimos, pois nenhum deles encontra-se mais fundamentado racionalmente, nem é mais verdadeiro que os outros (valores).

Com os olhos voltados para a História do conhecimento, o relativismo comprova que a razão humana só pode alcançar valores relativos, sendo inútil a busca por se encontrar meios racionais de justificação das normas em valores absolutos, como o justo, o bom, o belo etc. O que resta então para o cientista é esvaziar as normas de conteúdo e buscar sua validade na estrutura, no procedimento, no imperativo como teste a universalização das escolhas subjetivas aos valores da norma. Gustav RADBRUCH (1999:3-4) traduz a dimensão do relativismo como:

A força obrigatória do direito positivo somente pode fundar-se precisamente no fato de que o direito justo não é nem reconhecível nem demonstrável. Porque um juízo sobre a verdade ou falsidade das diferentes convicções jurídicas é impossível, posto que, de outra parte, se se requer um direito único para todos os sujeitos de direito, o legislador se vê enfrentando a necessidade de cortar de um golpe o nó gordiano que a ciência não logra desatar.

A outra variante da matriz subjetivista é o chamado emotivismo[18]. Os teóricos desta vertente sustentam que os enunciados éticos, os juízos de valores, são sentimentos morais que carecem de significado racional. Os juízos de valores seriam simples expressões das emoções, atitudes biológicas-emocionais. Refletindo acerca desta variante acrescenta Antonio PÉREZ LUÑO (1999:135):

Ao dizer que uma ação é justa ou injusta – assinala Ayer- não estou elaborando um enunciado fático, nem tão pouco um enunciado sobre a minha própria atitude mental. Simplesmente expresse certos sentimentos morais.

Por derradeiro, deve-se dizer que a matriz subjetivista, quer relativista quer emotivista, afirma que os valores são um estado pessoal, e por isso, não podem existir absolutamente fora do sujeito valorizante. Assim sendo, a empreitada de fundamentação

racional dos Direitos Humanos, levando-se em consideração esta concepção, fica impossibilitada[19], eis que é descartada a possibilidade de estabelecer premissas racionais para justificá-los.

Resta apenas ao positivismo jurídico analisar as técnicas de formais de positividade, através das quais esses direitos ganham *status* normativo nos ordenamentos jurídicos dos distintos sistemas políticos[20].

Entretanto, se é bem verdade que essa teses podem ser em determinadas ocasiões “úteis para evidenciar a falta de rigor de algumas tentativas doutrinárias dirigidas para a fundamentação dos direitos humanos” (Pérez Luño, 1999:136), dificilmente podem contribuir para a sua justificação. E especificamente, no que diz respeito aos direitos humanos, essas visões subjetivistas, acabam por desembocar, conscientemente ou não, na defesa de posturas particularistas que entendem serem esses direitos filhos da história e da cultura, contingenciais e precários, sujeitos à própria evolução do sistema social, político e jurídico – o que pouco colabora para a defesa da universalização desses direitos[21].

2.2. A MATRIZ OBJETIVISTA

A matriz objetivista reúne as correntes de pensamento que pregam a existência de fundamentos, valores de per si, que existem universalmente, absoluta e objetivamente, ou seja, eles são um conhecimento *a priori*[22], que possuem validade independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.

Pode-se depreender do objetivismo duas teses basilares. A primeira refere-se à cisão existente, ou independência, entre os valores e os bens a que se dirigem. A segunda traduz-se por uma total separação dos valores em relação a todo sujeito.

Nessa matriz, a concepção mais popular é a que sustenta a possibilidade de uma fundamentação jusnaturalista. (Há outras também, como por exemplo, a fundamentação ética que, de forma breve, se identifica com os valores e exigências éticas que respaldam os direitos e que são o conteúdo dessa fundamentação, remetendo-se à idéia de dignidade humana. Porém, esta vertente não será objeto de maiores reflexões nesse trabalho, já que discutida em outra oportunidade - DUARTE 1999 e 2002).

Interessante quanto a este tema, sob a perspectiva jusnaturalista, observar os elementos caracterizadores do paradigma do Direito Natural elencados por Celso LAFER (1988:36):

(a) a idéia da *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, ‘*diffusa in omnes*’, nas palavras de Cícero; (c) e aos quais os homens tem acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, (d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a ‘*vera lex*’ – ‘*ratio naturae congruens*’ -, por estar difundida entre todos, por ser ‘*constans*’ e ‘*sempiterna*’, ‘*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*’. Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral.

Como características principais dessa matriz apontam-se:

- a) valores como idéias essenciais;
- b) valores atemporais e ahistóricos;
- c) valores separados dos bens que encarnam;
- d) valores universais, imutáveis;
- e) os valores são conhecidos por uma razão e por intenção de sua evidência.

Quanto ao processo de apreensão dos valores por uma intuição de evidência, que traduz a chamada tese da ética material dos valores, interessante é a passagem de Antonio PÉREZ LUÑO (1999:138-9):

a) Os valores são essências ideais existentes per se com anterioridade e independência de qualquer experiência, que formam uma ‘ordem eterna’ integrada por uma série de princípios ‘absolutamente invariáveis’. Esta ordem ideal de valores se acha estruturada segundo relações apriorísticas de hierarquia, que configuram uma série de categorias ou classes valorativas que não podem ser modificadas pelos homens.

b) A ordem objetiva e hierárquica de valores não pode ser conhecida através da razão, senão apreendida pelo sentimento e intuição de sua evidência. Esta via eidética permite definir os valores “com o mesmo rigor e exatidão que se tem nos resultados da lógica e da matemática.”

c) A apreensão dos valores (...) não depende das aquisições da evolução natural do homem, como pretendem os antropólogos, mas bem da constituição ontológica de um espírito apenas, de um espírito que é privativo do homem. Por isso, as aparentes contradições ou flutuações dos valores na história são apenas variações da *Werterkenntnis* humana, ou seja, da consciência axiológica.

A projeção no universo do Direito dessa tese sugere uma percepção jusnaturalista, de tônica iluminista, do fenômeno jurídico. Na sua versão clássica, o jusnaturalismo reconhece existência de uma ordem universal de valores passíveis de apreensão racional, e que fornece respaldo teórico para uma percepção universal dos direitos humanos. Inclusive, concebidos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, constituindo-se como um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.

A fundamentação absoluta (jusnaturalismo tradicional, no dizer de FERNANDÉZ, 1984), já antecipada acima, é aquela baseada na crença dos Direitos Humanos como Direitos Naturais racionalmente alcançáveis. E o jusnaturalismo atual considera solucionado o problema da fundamentação dos Direitos Humanos pelo consenso de que esses direitos sejam naturais e justificados racionalmente.

Por outro lado, os integrantes do chamado jusnaturalismo deontológico (jusnaturalismo atenuado), apesar de considerarem os fundamentos dos Direitos Humanos no Direito Natural, não os trata como simples ordem individualizada do Direito Positivo, e sim como princípios suprapositivos de validade geral que encontram sua justificativa na natureza humana.

Para um maior aprofundamento das questões acerca do jusnaturalismo deontológico e os fundamentos dos Direitos Humanos interessante são as lições de Eusebio FERNÁNDEZ (1984:93-94) e Celso LAFER (1988:36). O Jusnaturalismo apresenta uma elaboração teórica que pode ser abordada sob dois sentidos: o ontológico e deontológico. A primeira aloca o Direito com o Direito Natural, é o ser do Direito, enquanto a segunda identifica o Jusnaturalismo a um escopo de valores absolutos, universais e imutáveis, transformando-se no dever-ser do Direito. Como ensina Celso LAFER (1988:36):

A primeira acepção abrange a segunda, pois neste caso o ser do Direito (ontologia) constitui-se como dever-ser do Direito Positivo (deontologia), na medida em que o dizer o Direito e o fazer a justiça são concebidos como atividades sinônimas. A segunda acepção, no entanto, não engloba a primeira. Com efeito ao se admitir a existência de valores universais e imutáveis não se nega a presença de outros fatores, como os sociais, políticos e econômicos, que influenciam a realidade jurídica.

Interessante observar também, que alguns integrantes desta concepção, como Antonio PÉREZ LUÑO (1999), acreditam em uma justificativa no Direito Natural baseada na sua historicidade e não em sua universalidade e imutabilidade – é o Direito Natural que acompanha e se adapta as mudanças sociais[23].

Finalmente, em relação às críticas que essa fundamentação absoluta sofre, pode-se dizer, grosso modo, que são as mesmas direcionadas ao Direito Natural[24].

A propósito, para Nicolas Maria Lopes CALERA (1981: 153-3):

Entre as distintas opções teóricas sobre sua fundamentação não cabe dúvidas de que historicamente o jusnaturalismo em suas distintas versões ocupa um lugar importante, talvez hoje superado [...] Os distintos catálogos de direitos humanos que se oferecem com uma fundamentação jusnaturalista, a ineficácia social que freqüentemente comporta a argumentação jusnaturalista e a variabilidade histórica sobre o que se entende a cada momento por direitos humanos fizeram com que a fundamentação jusnaturalista, que ademais ostentava umas pretensões de absolutismo definitivo incompatível com o pluralismo moderno, passasse cada vez mais a um segundo plano na atual teoria e praxes dos direitos humanos.

3. A FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: UMA VISÃO ALTERNATIVA ÀS MATRIZES SUBJETIVISTA E OBJETIVISTA

As considerações acerca das matrizes subjetivista e objetivista ilustram o embate existente na Filosofia do Direito entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo, pois situam-se no quadro de critérios de distinção entre essas duas correntes de pensamento que inspirando-se na obra *O Positivismo Jurídico* de Norberto BOBBIO (1995:22-23), passa-se estabelecer:

1. A antítese universalidade/particularidade. O direito natural vale em todos os lugares, enquanto o positivo em específicos;
2. A antítese imutabilidade/mutabilidade. O direito positivo altera-se no tempo, enquanto o natural é imutável;
3. A antítese natureza/poder do povo. As fontes do direito positivo originam-se de um poder do homem;
4. A antítese razão/vontade. O direito positivo apreende-se por uma declaração de vontade alheia do legislador, enquanto o natural é cognoscível pelo exercício da razão;
5. A antítese conteúdo/forma. O direito natural regula os comportamentos como bons e maus, justos ou injustos por si mesmos, enquanto para o positivo o critério será: permitido ou proibido pelo ordenamento jurídico;
6. O último critério aduz a uma valoração das ações. O direito positivo pretende o que seja útil, enquanto o natural o que é bom.

Nesta incursão acerca dos fundamentos dos Direitos Humanos, vislumbra-se que este problema traduz velha discussão da Filosofia do Direito entre Direito Positivo e Direito Natural. Uma vez que se procura traçar as luzes que a Teoria da Argumentação lançou sobre as justificativas dos Direitos do Homem, torna-se essencial conhecer a compreensão de Chaïm PERELMAN sobre o assunto.

A dualidade Direito Positivo e Direito Natural é uma das mais famosas antíteses da Filosofia do Direito que distingue o respeito à lei ao respeito à justiça, “concebida de outro modo que é de conformidade à lei” (Chaïm PERELMAN 2002b:386), datada desde o século XIX .

Foi no espírito da supremacia do legislador trazido pela tese de Jean Jacques ROUSSEAU (1996:Livro IV) da vontade geral como justa que surge o Código de Napoleão de 1804, como o momento em que as leis separaram-se de fundamentos absolutos de justiça. Nas palavras de Chaïm PERELMAN (2002:388):

Foi nesse espírito que o Código de Napoleão pode substituir-se ao direito natural, pois era considerado um direito eminentemente justo. Não obstante, seu principal autor, Portalis, admitia que o legislador não podia prover a tudo, e, embora seja preciso seguir a lei quando é clara e aprofundar-lhe as disposições quando é obscura, é preciso consultar o uso ou a equidade se nos falta a lei. ‘ A equidade é a volta ao direito natural no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas’. Segundo Portalis, o juiz não tem de manifestar sua questão pessoal em questão de justiça: ele se pautará pela lei positiva cada vez que esta fornecer uma solução ao problema; deverá volta à lei natural quando, por uma outra razão a lei positiva se mostrar insuficiente. Mas nunca ele cogitou na hipótese de que ela pudesse ser injusta.

Esse fenômeno é conhecido pelo nome de positivismo jurídico que em poucas palavras retira qualquer enfoque do direito natural para a legalidade. Assim expressa Chaïm PERELMAN (2002b:389) esse posicionamento:

O positivismo descarta o direito natural como uma incursão indevida da idéia de justiça no funcionamento do direito, com o intuito de limitar o poder do legislador. Para o positivismo jurídico, a justiça conforme ao direito é a justiça tal como foi precisada pelo legislador.

Entretanto, o que se deve fazer quando a lei mostra-se insuficiente para solucionar os conflitos que lhe são apresentados?

A solução clássica que é estipulada pelo positivismo, em quase todos os ordenamentos jurídicos, foi aquela pensada pelo art. 4º do Código de Napoleão, que obriga ao juiz a julgar todos os conflitos que se lhe apresentem. Como este magistrado não pode julgar arbitrariamente, ele deverá recorrer ao Direito Natural. Sobre esse embaraço na solução das antinomias pelo positivismo, ensina Chaïm PERELMAN (2002b:389):

Ao examinar ‘os critérios para resolver as antinomias’, o positivista kelseniano que é o professor Norberto Bobbio é, porém, levado a concluir que, ‘apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto’, quando nos falta um critério para resolver o conflito dos critérios, ‘o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça’. Mas, se se quer evitar que o recurso ‘ao princípio supremo da justiça’ não seja um recurso à arbitrariedade, cumprirá recusar admitir a inteira subjetividade do sentimento de justiça ou de equidade.

A realidade do Direito demonstra que cada vez mais a jurisprudência dos tribunais recorre em suas motivações ao Direito Natural, fruto do crescente papel atribuído ao Poder Judiciário na realização e aplicação de um direito mais democrático e eficaz. Segundo Chaïm PERELMAN esta constatação força considerar a antítese Direito Positivo/Direito Natural ultrapassada, pois não há como construir um verdadeiro consenso nos conflitos sociais pelo Direito, se os juristas não considerarem os elementos ideológicos típicos das relações humanas.

Acrescendo a posição de que não há mais porque se falar em Filosofia do Direito na dicotomia Direito Positivo/Direito Natural, apresenta-se Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2001:167-168) alegando que esta discussão

trata, no universo da ciência jurídica atual, de uma dicotomia operacionalmente enfraquecida. (...) a *dicotomia*, como instrumento operacional, isto é, como técnica para descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força. Sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo.

Aponta ainda este filósofo do direito que uma das razões do enfraquecimento do embate Direito Positivo/Direito Natural está “na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas *postas* na Constituição, de algum modo ‘positivou-o’”. (Tércio Sampaio FERRAZ JR., 2001:168)

Adianta-se que esta observação perelmaniana de não ser mais pertinente, em uma perspectiva argumentativa, ao debate do direito, essa antítese, reflete-se em sua conclusão, quanto aos fundamentos dos Direitos Humanos, na construção de fundamentos suficientes, que se encontram no meio-termo consensual entre o ceticismo positivista e o absolutismo naturalista, como também ressalta a importância de um trabalho, que como este, busca uma nova forma de sistematização das teses acerca das justificativas dos Direitos do Homem.

A fundamentação suficiente é a justificativa para os Direitos Humanos que está inserida na racionalidade da epistemologia perelmaniana, que pretende ser um meio-termo entre ontologias emotivas e razões abstratas.

Esta tese tenta responder ao questionamento da possibilidade de fundamentar os direitos do homem. Na argumentação de Cláudia MONTEIRO (2003:26):

A racionalidade operada pela Epistemologia perelmaniana trilha uma terceira via entre, de um lado, as ontologias desprovidas da cobertura da razão e a exclusão promovida pelo cartesianismo e, de outro, a lógica Formal: a via do razoável. O objetivo de Perelman é estabelecer uma nova racionalidade que viabilize a argumentação racional.

A fundamentação dos Direitos Humanos Chaïm PERELMAN (2002b:393) situa entre incontestável/incontestado e contestável/contestado o obstáculo do conhecimento filosófico em seus procedimentos efetivos, requerendo um meio-termo. A busca do fundamento através do desacordo com a existência, a verdade, a realidade e a norma é indiscutível, mas tal desacordo precisa sustentar-se em um fundamento não definitivo ou em aberto as mudanças.

Que possam surgir dúvidas, desacordos, contestações sobre um ou outro desses pontos, e que convenha então dissipá-las ou descartá-las, disso ninguém discorda: ao refutar uma objeção, ao justificar uma regra, ao precisar-lhe o alcance, pode-se descartar uma dúvida, reduzir um desacordo, evitar uma contestação, que se apresentaram efetivamente, e esse procedimento pode fornecer um fundamento *suficiente* em determinada situação; mas sempre é possível que uma contestação, provisoriamente descartada, surja mais tarde, por outras razões que anteriormente. O que constitui um fundamento suficiente, em dado momento, pode não apresentar as características de um fundamento absoluto, que descartaria para sempre qualquer contestação a esse respeito. (grifos nossos)

Trabalha-se, então, com um fundamento que não seja absoluto, mas suficiente às mentes em seu contexto histórico-cultural. Ensina Chaïm PERELMAN (2002b:394):

Correspondendo a concepção clássica da prova, na qual tudo quanto é duvidoso deve ser demonstrado, pois o que é evidente não tem nenhuma necessidade de prova, a idéia clássica do fundamento é aquela de um fundamento evidente e absoluto. Na concepção empirista do conhecimento, apenas a sensação nos fornece esse fundamento indubitável. Daí resulta que as normas e os valores, que não são dados pela sensação, deveriam poder ser fundamentados em alguma realidade empírica. Mas, como não se pode deduzir do ser o dever-ser, as normas e os valores, privados de fundamento válido, não

seriam mais do que a expressão de emoções subjetivas ou de mandamentos que tiram seu prestígio da fonte que os impõe e os sanciona.

No decorrer histórico entre o contestado e o incontestado, ou seja, na busca por fundamentos, as tendências apresentaram-se da seguinte forma: ou abordavam uma postura de ceticismo metodológico científico das diversas correntes do positivismo, ou abraçavam o absolutismo de valores imutáveis e *a priori* de correntes jusnaturalistas.

A crítica do fundamento suficiente estabelecida ao juspositivismo sublinhou-se na constatação de seu modelo matemático como impossibilitado em sistematizar em teoremas a ambigüidade temporal do fundamento ético-jurídico, como também de tratar-se de campos de natureza distintas.

Quanto a sua crítica a visão moral dos fundamentos:

De fato, os diferentes princípios de moral não são contestados por homens que pertencem a meios de cultura diferentes, mas são interpretados de formas diversas, jamais sendo definitivas essas tentativas de interpretação. A discussão, no que toca à moral, difere completamente da demonstração formal, pois ela é constante correlação de experiências particulares com conceitos de conteúdo parcialmente indeterminado, em constante interação. Chaïm PERELMAN e Lucie TYTECA (2002b:398)

A Filosofia Moral baseia-se em um exercício permanente de aprimoramento da conduta, sendo dialetizada pelas reações de nossa consciência, não podendo estar sistematizada em axiomas e deduções absolutas.

Na fundamentação dos Direitos Humanos, Chaïm PERELMAN e Lucie TYTECA (2002b: 398-399) apresentam uma solução meio-termo, nem evidente nem arbitrária, mas construída por uma argumentação razoável e entreaberta justificada na adesão consensual de um auditório universal.

Ao contrário: as soluções contingentes e manifestamente perfectíveis apresentadas pelos filósofos só poderiam pretender-se razoáveis na medida em que são submetidas à aprovação do auditório universal, constituído pelo conjunto dos homens normais e competentes para julgá-las. Com efeito, o *razoável* não remete a uma razão definida como reflexo ou iluminação de uma razão divina, invariável e perfeita, mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles que consideramos interlocutores válidos no que tange às questões debatidas. (...) O recurso ao razoável para fundamentar os Direitos Humanos, permitindo precisar e hierarquizar esses direitos consoante a contribuição deles para o progresso de uma racionalidade concreta, fornece uma ilustração de minha tese geral.

Finalmente, acredita-se que a devida interpretação da temporalidade pela fundamentação suficiente revela-se como uma das possíveis razões para que ela seja o entre lugar das matrizes acerca das justificativas dos Direitos Humanos. Essa tese, ao aceitar as mudanças da história, não nega a possibilidade da existência de fundamentos, por insustentáveis no tempo (principal alegação positivista). Pelo contrário, articula que as mudanças contextuais obrigam a sociedade a permanentemente a construir fundamentos “suficientes” a seu tempo e lugar.

A noção de Direitos do Homem, segundo a visão perelmaniana, implica o escopo de direitos atribuíveis a qualidade de ser humano, proclamando que o homem possui uma dignidade própria que a ordem jurídica deve proteger e promover.

Essa dignidade que é “a concepção jurídica dos Direitos Humanos” (Chaïm PERELMAN, 2002b:400) vai impor ao sistema jurídico, e a todos os seres humanos a necessidade de seu respeito.

Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos Direitos Humanos, que ultrapasse o estágio moral ou religioso, é, pois, correlativa de um Estado de direito. (Chaïm PERELMAN, 2002: 401).

Para Chaïm PERELMAN, atualmente, a dignidade humana é um princípio geral de direito de todos os povos considerados civilizados. Entretanto, ela comporta uma noção abstrata e vaga de difícil aplicação em concreto.

Na visão de Chaïm PERELMAN o problema da vagueza das normas de Direitos Humanos traduz-se em uma questão de distribuição “de forma variável os poderes do Legislativo e do Judiciário” (Chaïm PERELMAN, 2002b:402). Quanto mais vagos forem os textos legais maiores são as possibilidades de interpretação do juiz para a solução dos conflitos.

Esta é a realidade das declarações de Direitos Humanos. Na aplicação dos Direitos do Homem Chaïm PERELMAN defende que ela só pode ser confiada a um tribunal que detém confiança dos que para ele se dirigem.

Daí o caráter essencial ao lado de diversas declarações universais que só podem ter uma importância programática, de pactos regionais que não só proclamam os direitos que devem ser respeitados, mas, estabelecem, ademais, cortes de justiça cujos juizes, disso se terá certeza, aplicam uma ideologia relativamente uniforme, comum ao estados signatários de tal pacto. (Chaïm PERELMAN, 2002b:402).

O autor impõe dentro desta problemática da salvaguarda dos Direitos Humanos que só poderá haver um respeito efetivo quando instituições, procedimentos e os homens, inspirados pelas mesmas tradições culturais, envolvam-se na luta de protegê-los.

Não existe na temática dos Direitos Humanos um critério objetivo que autorize seja estabelecida uma distinção entre os direitos de uns e de outros. Mesmo a clássica separação entre os direitos das liberdades e os direitos sociais é uma distinção de grau. Tal constatação implica seja equipado o Estado com instrumentos para torná-lo guardião destes direitos. Porém, ao se aumentar o poder do Estado corre-se o risco de que se cresçam os abusos.

O único remédio contra o perigo que disso resulta para a liberdade é uma descentralização crescente. Se a doutrina da separação ou do equilíbrio dos poderes apresentou uma primeira tentativa de luta contra o absolutismo monárquico, muito mais limitado do que o poder do Estado moderno, apenas técnicas variadas de descentralização do poder permitirão evitar os abusos de um Estado tentacular. (Chaïm PERELMAN, 2002b:404).

Neste enfoque é importante, segundo Chaïm PERELMAN, zelar por um Judiciário independente que impede os abusos do poder através de uma interpretação acerca da igualdade. É o respeito a este princípio que realizaria o exercício da liberdade não arbitrária pelo poder público.

Para que haja o verdadeiro direito democrático há necessidade que ele seja estabelecido pelo consenso suficiente conseguido numa comunidade suficientemente homogênea onde os pontos de vistas morais e culturais substituem a imposição pela força.

É por esta razão que um sistema de direito positivo, que protege os direitos do homem no plano internacional, se imporá primeiramente no plano regional entre parceiros que estão de acordo sobre o essencial nessa área. Essa visão das coisas conduz, na melhor das hipóteses, a uma descentralização entre unidades de maior ou menor homogeneidade, acompanhada, num âmbito federal de um pluralismo e de uma tolerância mútua entre sistemas políticos com ideologia diferente. É essa a conclusão que se impõe na construção de um sistema de direito internacional legítimo, ou seja, que fundamentaria sua autoridade em algo diferente da força. (Chaïm PERELMAN, 2002b:405).

A salvaguarda dos direitos será assim fruto de um longo processo educativo para o consenso em valores comuns arraigados em uma ideologia de proteção dos Direitos Humanos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a proposta de sistematização pretendida neste estudo, podem-se formular algumas considerações como forma de síntese do debate ora retratado.

1. Os direitos humanos são tema de relevância inquestionável para a compreensão da inserção do homem na sociedade política em que vive, abrindo-se para uma reflexão ética.

2. A questão da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos (justificação racional) remete-se a uma discussão filosófica sobre a apreensão racional dos valores (subjativismo X objetivismo).

3. O debate é conduzido por algumas percepções, que vão desde aqueles que negam essa possibilidade teórica ou mesmo sua utilidade até aqueles que constroem estruturas argumentativas para tanto.

4. As perspectivas que defendem a impossibilidade dessa empreitada são consideradas realistas (quando deslocam o problema para a questão da efetividade dos direitos humanos, por entender que o problema da fundamentação já se encontra solucionado) ou positivista (quando o problema da fundamentação é inútil por ser insolúvel). As teses positivistas, em especial, evidenciam um traço de subjativismo axiológico.

5. As perspectivas que acreditam no sucesso da empreitada são agrupadas em uma matriz objetivista, na qual se chama a atenção para fundamentação jusnaturalista.

6. A fundamentação jusnaturalista se identifica com os pressupostos do Direito Natural, reconhecendo a existência de uma ordem prévia de valores naturais, inerentes à condição humana.

7. A questão da justificação racional dos direitos humanos ainda se encontra aberta, não se podendo dizer que há uma uniformidade de pensamento nesse particular, nem perspectivas de consenso. Ao contrário o debate de encontra marcado de sutilezas e construções teóricas diferenciadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____. *Sobre a Revolução*. Lisboa: Relógio D'água, 2001.

_____. *As origens do totalitarismo*. trad. Roberto Raposo. 2.ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGEL, Jean- Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992a.

_____. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992b.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale. Gaetano Lo Mônaco. João Ferreira. Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Renzo Dini. 10.ed. vol. 1 e 2. Brasília: Editora UnB, 1997.

BORDA, Luis Villar. Introducción. In RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. trad. Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

CALERA, Nicolás Maria López. *Introducción al estudio del derecho*. Granada: Dom Quixote, 1981.

DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.88, dezembro de 2003, pp. 21-45.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (orgs.). *Teoria da mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUARTE, Fernanda. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUARTE, Fernanda ou SILVA, Fernanda Duarte L.L. Os direitos humanos como direitos morais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*. Porto Alegre, (1):29-48. 1999.

FERNÁNDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998. _____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. trad. Emilio Mikunda- Franco. Madrid: Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução do Direito”. In *Studia Kantiana – Revista da Sociedade Kant Brasileira*, vol. 1, nº1 , p.204,1988.

_____. *Justiça Política – Fundamentos de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *IMMANUEL KANT*. trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, BA36.

_____. *Crítica da razão prática*. trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1994, A51.

_____. Para a Paz Perpétua. In GUINSBURG, J. (org). *A Paz perpétua: um projeto para hoje*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Crítica da Razão Pura*. trad. J. Rodrigues de Mereje. 9. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998c.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. trad. Beatriz Vianna Bocina e Nelson Bocina. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt / Celso Lafer*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. *Sobre los Derechos Morales*. Doxa 1 (7), 1990.

_____. *Introducción al Análisis de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.

OPPENHEIM, Felix. *Ética y filosofía política*. México: FCE, 1976.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Retóricas*. trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

_____. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *The Realm of Rhetoric*. trad. William Kluback. Introduction: Carrol C. Arnold. Notre Dame, Indiana- USA: University of Notre Dame Press, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (coord.) *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PRADO JR, Bento. PEREIRA, Oswaldo Porchat. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Filosofia e a Visão Comum do Mundo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. trad. Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

RANGEL, Paulo de Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Disponível em: <www.ao.pt/genericos/detalheArtigo.asp>. Acesso em 22 de novembro de 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROBESPIERRE, Maximilien de. *Discursos relatórios convenção*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSS, Alf. *On law and justice*. London: Stevens & Sons, 1958.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

[1] A ruptura causada no discurso dos Direitos Humanos pela concepção etnocêntrica de raça superior e no plano jurídico pela suspensão das cidadanias, como elementos causadores dos genocídios pelos Estados totalitários Nazi-fascista e Stalinista, ressaltam-se os trabalhos de Hannah ARENDT (1979:469) e de Celso LAFER (1988:77).

[2] Sobre o legado do constitucionalismo pós-1945 cf. Gustavo ZAGREBELSKY(1995) e Peter HÄBERLE (1998).

[3] Sobre a definição de aporias cf. Hilton JAPIASSÚ e Danilo MARCONDES (1996:14): “Dificuldade resultante da igualdade de raciocínios contrários, colocando o espírito na incerteza e no impasse quanto à ação a empreender”.

[4] Explica Vicente BARRETO (2002:499) qual é esse panorama paradoxal dos Direitos Humanos na atualidade: “Os direitos humanos encontram-se nesse final de século em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos. Os próprios governos autoritários, contribuem para a idealização dos direitos humanos, pois se preocupam mesmo em declarar a sua fidelidade a esses direitos, ainda que, cuidadosamente, defendam interpretações particulares sobre a abrangência dos direitos humanos.”

[5] Paulo RANGEL (2003:1-3) situa as sociedades contemporâneas, principalmente as ocidentais, como fruto da globalização e da medievalização do poder. Esse novo quadro político mundial marca “a nova coisa política (...) pela pluralidade, heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, com um nítido e acentuado enfraquecimento — uma relativização — dos poderes estaduais (aquilo a que, por vezes, se tem chamado, tant bien que mal, a ‘medievalização do poder’). Sobre o enfraquecimento do poder estatal: “Essa diferenciação de forças políticas e o tecido resultante da sua imbricação recordam inapelavelmente o mundo político medieval, a sua estrutural diversidade e a sua condição radicalmente interdependente”. Sobre multiculturalismo cf. DENNINGER (2003:32): “O pluralismo de opiniões, organizações e partidos, na mídia, para a composição de vários órgãos que exercitam a supervisão de funções, desde há muito parecia constituir uma condição tanto necessária quanto suficiente para gerar resultados

normativos cuja realização pudesse ser aceita como bem comum. (...) Mas, no contexto de novas demandas de diversidade, não mais direcionadas à síntese de um (todo) universal, e sim, ao invés, à possibilidade de coexistência de uma multiplicidade de particularidades freqüentemente incompatíveis, essas pressuposições não mais obtêm efetividade, ou, no mínimo, esta se encontra profundamente minada.”

[6] A título de ilustração histórica, para que não se tenha a impressão de que tais paradigmas revolucionários tenham sido indiscutíveis desde sua origem – encontrando só agora a necessidade de uma revisitação teórica –, vale a referência à forte crítica perpetrada por ROBESPIERRE (1999: 88-89), ainda por ocasião dos trabalhos de sistematização teórica dos ideais revolucionários. A contradita dirige-se particularmente aos termos em que, na Declaração dos Direitos do Homem, o tema da liberdade viu-se tratado vis-à-vis o tema da propriedade: “... Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que os limites dela eram os direitos de outrem; porque não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social? Como se as leis eternas da natureza fossem menos invioláveis que as convenções dos homens. Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissestes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotas e para os tiranos.”

[7] Sobre a insuficiência dessa tríade, cf DENNINGER (2003).

[8] Sobre as perspectivas epistemológicas em Direitos Humanos cf. BARRETO (2002:506): “Nesse contexto, é que se torna imperativo distinguir na análise dos direitos humanos dois níveis epistemológicos correlatos: no primeiro nível, examina-se a questão de sua fundamentação – questão esta, como fizemos referência acima, que foi relegada a segundo plano; no segundo nível, examinam-se os mecanismos da garantia e prática dos direitos humanos, tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social contemporâneo. No que se refere à questão da *fundamentação*, a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.”

[9] Como ilustração do discurso adotado pelos teóricos alocados nesta categoria sobre o debate dos fundamentos dos Direitos Humanos interessante é a passagem de Nicola MATTEUCCI (1997:355): “A atualidade é demonstrada pelo fato de hoje se lutar, em todo o mundo, de uma forma diversa pelos direitos civis, pelos direitos políticos e pelos direitos sociais: faturalmente, eles podem não coexistir, mas, em vias de princípio, são três espécies de direitos, que para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários. Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também da sociedade de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. É significativo tudo isso, na medida em que a tendência do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e agora se assiste a uma inversão de tendências e se retoma a batalha pelos direitos civis.”

[10] Refere-se aqui à discussão travada entre positivistas/realistas e jusnaturalistas/éticos.

[11] Importante ressaltar desde já que o presente trabalho não ignora as diversas vertentes, com peculiaridades próprias, que a Filosofia do Direito sistematiza como jusnaturalista. Entretanto, optou-se por se trabalhar aqui com a tese do paradigma do Direito Natural adotada por Celso LAFER (1988:36) com base em Thomas KUHN (1975) para explicar a possibilidade de uma ciência normal da existência de um certo consenso entre os integrantes da comunidade dos cientistas. Ou seja, adotar-se-á uma conceituação que capta o núcleo comum das diversas vertentes que possibilita denominá-las jusnaturalista.

[12] Cf Fernanda DUARTE (2002).

[13] Antonio PÉREZ LUÑO (1999) informa que ela é conhecida pelo nome de não-cognitivistas.

[14] Nesse sentido, Felix OPPENHEIM (1976:37) bem soube extrair a síntese não-cognitivista, ao resumir essa percepção da realidade, na seguinte expressão, “os princípios éticos básicos não têm um *status* cognoscitivo; não podem ser *conhecidos* como falsos nem como verdadeiros, por que não são falsos, nem verdadeiros, já que não afirmam, nem negam algo que venha a caso.” “Daí, tem-se que os valores éticos, jurídicos e políticos não podem pretender uma validade geral, objetiva ou intersubjetiva, já que se limitam a expressar convicções pessoais.” (PÉREZ LUÑO ,1999:134) Logo, “se qualquer princípio ético básico é questão de compromisso subjetivo, então os princípios éticos básicos sobre as regras jurídicas que devem ser decretadas e obedecidas tão pouco tem *status* cognoscitivo.” (OPPENHEIM , 1976: 68)

[15] Interessante a passagem de Jean BERGEL (2001:15-16) referente a um conceito sobre juspositivismo visto que ilustrativa das questões apontadas no texto: “O positivismo jurídico consiste em reconhecer valor unicamente às regras vigentes em dada época e em dado Estado, sem se preocupar em saber se é justo ou não. O Direito mostra-se então uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão. Não poderia, portanto, haver conflito entre direito e o Estado que é sua fonte única e cuja evolução ou cujas mutações acarretam variações correspondentes do direito. O direito se reduz a um fenômeno estatal e amiúde à arbitrariedade do poder ou à política da força. Essas doutrinas tiveram em geral como origem as incertezas geradas pela diversidade dos direitos positivos e pela impressão de que toda idéia imutável e universal do justo é, em conseqüência, artificial.”

[16] Para um maior aprofundamento destes problemas interessante observar as considerações de Norberto BOBBIO (1995:Parte II).

[17] Esta é a variante em que se enquadra Hans KELSEN, e que através de suas duas passagens a seguir podem-se aprender quais são as principais considerações acerca do relativismo no direito: “Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode

ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos. (1998a:23). Já na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1998b:9): “A felicidade que uma ordem social é capaz de assegurar pode ser felicidade apenas no sentido coletivo, ou seja, a satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social, pelo legislador, como necessidades dignas de serem satisfeitas, tais como as necessidades de alimentação, vestuário e moradia. Mas quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância? Essas questões não podem ser respondidas por meio da cognição racional. A resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo.”

[18] Sobre o emotivismo, cf. Alf ROSS (1958).

[19] “É evidente, em qualquer caso, que a partir dos pressupostos não-cognitivistas, desde os quais o positivismo enfoca o problema dos valores éticos, jurídicos e políticos, resulta impossível fundamentar os direitos humanos.” (PÉREZ LUÑO, 1999:136)

[20] Fábio Konder COMPARATO (2000:54) formula severas críticas à recusa do positivismo em reconhecer uma fundamentação superior aos direitos humanos. “A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX, cruamente demonstraram, é sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o Direito, sem recair em mera tautologia. O fundamento ou princípio de algo existe sempre fora dele, como sua causa transcendente, não podendo pois nunca, sob o aspecto lógico e ontológico, ser confundido com um de seus elementos componentes. Assim, o fundamento do poder constituinte, ou a legitimidade da criação de um novo Estado, sobretudo após uma revolução vitoriosa, não se encontram em si mesmos, mas numa causa que os transcende. Analogamente, na ausência de uma razão justificativa exterior e superior ao sistema jurídico, um regime de terror, imposto por autoridades estatais investidas segundo as regras constitucionais vigentes, e que exercem seus poderes dentro da esfera formal de sua competência, não encontra outra razão justificativa ética, senão a sua própria subsistência. Ora, é justamente aí que se põe, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que essa se baseie numa Constituição. A importância dos direitos humanos é tanto maior, quanto mais louco ou celerado o Estado. Tudo isto significa, a rigor, que a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do Direito. O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do Direito”

[21] As reflexões de Alves (1998:17), ao tratar da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, evidenciam o risco do particularismo exacerbado: “Embora a maior parte das rejeições categóricas à Declaração Universal dos Direitos Humanos nos dias de hoje ainda parta de líderes políticos nacionais – em contradição com o texto da Declaração de Viena por eles próprios subscrita em 1993 – como o claro objetivo de justificar

violações deliberadas em ações governamentais, o anti-universalismo vigente no pensamento social contemporâneo também põe, muitas vezes, em questão a validade desse documento. E o faz com objetivos alegadamente emancipatórios, consciente ou inconsciente de que o particularismo 'de esquerda' acaba fortalecendo a brutalidade antidemocrática da direita mais reacionária. Radicalizações desse tipo de atitude supostamente libertária podem ser vistos seja entre etnólogos ocidentais demasiado apaixonados pelas culturas não-européias estudadas, seja entre ativistas sociais 'de base', que rejeitam o Estado nacional pelos malefícios provocados junto a populações 'colonizadas' em nome da cidadania moderna, seja entre militantes maximalistas de movimentos identitários que, na busca de aperfeiçoamentos legítimos para a Declaração de 1948, naturalmente imperfeita, involuntariamente abrem o caminho para sua destruição."

[22] Quanto ao conhecimento *a priori* Immanuel KANT (1998:23) ensina: "(...) quando uma rigorosa universalidade é essencial em um juízo, esta universalidade indica uma fonte especial de **conhecimento 'a priori'**. A necessidade e a precisa universalidade são os caracteres evidentes de um **conhecimento 'a priori'**, e estão indissolivelmente unidos. Mas como na prática é mais fácil mostrar a limitação empírica de um conhecimento do que a contingência nos juízos, e como também é mais evidente a universalidade ilimitada do que a necessidade absoluta, convém servir-se separadamente desses dois critérios, pois cada um é por si mesmo infalível." (grifos nossos).

[23] Como esclarece FERNANDÉZ (1984: 95) "[...] é indiscutível que os direitos humanos sejam direitos naturais e que sua existência consista na realidade do Direito Natural, [...] os direitos humanos assim formulados podem ser considerados direitos naturais, porém em função da natureza histórica do homem, e que o sistema jusnaturalista que responde a essa formulação está marcado de historicidade e, por isso mesmo, não parece adequado lhe atribuir uma universalidade que não corresponde à variedade de situações humano-sociais que se dão no mesmo momento da história".

[24] Para uma abordagem mais pormenorizada, ver FERNANDÉZ (1984: 95-100).

**SÚMULA VINCULANTE: O ESTADO DE EXCEÇÃO
INSTITUCIONALIZADO***

**SUMMULA VINCULANTE AND THE STATE OF EXCEPTION
ESTABLISHED**

**Luiz Moreira Gomes Júnior
Janáina Parentes Fortes Costa Ferreira**

RESUMO

A estrutura administrativa do Poder Judiciário, no Brasil, nasce já excluindo de todo e qualquer controle a sua cúpula, fazendo de tal função estatal um poder que se encontra “fora” do sistema democrático de freios e contrapesos demarcado pela Constituição Federal de 1988. O Conselho Nacional de Justiça veio para adensar tal postura; mas, é mesmo com a Súmula Vinculante que se institucionaliza o Supremo Tribunal Federal como soberano de um estado de exceção, por dotá-lo de funções legiferantes e, mais ainda, insubmisso a qualquer tipo de controle. A crítica a tal insubmisso poder far-se-á como necessidade do cidadão emancipado de Karl Marx, para quem a filosofia é a arma de transformação, tomando-se emprestada, no presente trabalho, a concepção de Giorgio Agamben relativa a estado de exceção.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SÚMULA VINCULANTE. CRÍTICA. ESTADO DE EXCEÇÃO.

ABSTRACT

The administrative structure of Judiciary, in Brazil, begins excluding every control itself, becoming such state function out of “check and balances” system established in the Constitution of 1988. The National Control of Justice made it real and the Summula Vinculante establishes the Supreme Court Federal over the three functions of the State because now this department can create general and abstract rules. And the most important is that Supreme Court Federal is out of any kind of control. This article performs a critic to a such non-submissive Court and the critic is a Karl Marx’s weapon. The Giorgio Agamben’s philosophy profit is used as a critical weapon in this present article.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: JUDICIAL. SUPREME COURT FEDERAL. NATIONAL CONTROL OF JUSTICE. SUMMULA VINCULANTE. CRITIC. STATE OF EXCEPTION.

INTRODUÇÃO

O pretendido nesse trabalho distancia-se das análises positivista ou dogmática a respeito do instituto da Súmula Vinculante, procurando-se outro caminho, qual seja, uma abordagem filosófica, com a única certeza de que se trata de vereda que se faz e se desfaz perante a vista. O instrumento utilizado é a crítica, mais especificamente, a entendida por Karl Marx, para quem a função da *filosofia transformadora* é desmascarar a auto-alienação que se mostra nas formas sagradas e também profanas, como o Estado. Quem cria o Estado é o homem; o homem não é, nem pode ser, criado pelo Estado. Marx, ao inverter a filosofia especulativa de Hegel, passa a exigir do homem-cidadão postura ativa, crítica, diante daquilo que cria: o Estado é criação do homem e o criador deve ter autonomia diante da criatura, e não o inverso. Assim, acreditando que o saber continua sendo o da filosofia – instrumento de transformação –, a tentativa aqui é de captar o Estado de Exceção de Giorgio Agamben como arma crítica pronta a desmascarar a verdade que se encontra encoberta: a Súmula Vinculante como artifício institucionalizador de um Estado de Exceção no Brasil. Intenta-se aqui encontrar, ainda que como simples esboço, alguma racionalidade implícita em tal crítica, como queria Marx, para quem a crítica tira das cadeias as flores imaginárias, sem que se queira acabar com a fantasia, mas para que o homem se liberte mesmo das cadeias e apanhe a tal flor viva, ou seja, a flor verdadeira, não mais a idealizada: a flor viva. Por quê não: busca-se aqui a *democracia viva*.

Há, ainda, como introdução ao presente trabalho, que se compreender o Estado nacional como resultado de um processo histórico, realizado no *Ocidente*, que forjou uma autoridade (a do soberano), submetendo ao seu controle os que habitavam em um determinado território. O processo que conseguiu *convencer* os habitantes daquele território a se submeterem ao poder do soberano conta com três componentes que se auto-penetraram. Um componente econômico (a revolução comercial), um religioso (a reforma protestante) e um jurídico (a união entre a formulação de um sentimento de pertença ao monopólio da força). Há, portanto, uma subordinação autorizada ao admitir o mando estatal como *legítimo* ordenador das condutas. As dimensões sociais submetem-se à expressão jurídica, dela obtendo tutela por meio da submissão das esferas privadas e públicas aos princípios constitucionais. Desse modo, a plenitude jurídica pretendida pela codificação é alcançada pela Constituição, como uma força concentradora das demais forças. Tal plenitude se dá por meio da chamada “abertura” dos princípios constitucionais, garantindo a ela desdobramentos inimagináveis e, por vezes, arbitrários, realizados pela interpretação e pela jurisdição constitucionais. Assim, cabe à interpretação e à jurisdição institucionalizar o poder do Estado, garantindo-lhe tanto adaptação às novas situações, como também uma restrição ao diverso do jurídico. Intenta-se, portanto, um controle daquilo que escapa ao pretendido pelo Estado. Essa constitucionalização da realidade é operada pelo fazer coincidir de duas dimensões: a legitimidade e a legalidade. Pretende-se estabelecer que o legítimo seja abarcado pela legalidade quando da institucionalização do Estado democrático de direito. Esse projeto é levado a termo fazendo constar das constituições que “todo o poder emana do povo”. Essa frase, tornada artigo constitucional, pretende não apenas legitimar o que é feito

jurídica e constitucionalmente, mas, sobretudo, eliminar a pergunta crítica pela legitimidade, pois é mesmo o propósito transformar em inquestionável a ordenação constitucional. A pergunta que se faz no presente trabalho é decorrente: o Supremo Tribunal Federal, órgão-cúpula do Poder Judiciário no Brasil, possui legitimidade para editar Súmula Vinculante? Ao se confundir, no Estado Democrático de Direito, legitimidade e legalidade, a resposta não teria como deixar de ser afirmativa. No entanto, há um ponto insuperável: a edição de normas gerais e abstratas pressupõe representatividade popular, ou seja, a legalidade, como traçada na Constituição Federal de 1988, não se pode abstrair de tal pressuposto. Chega-se, então, ao ponto: possui o Supremo Tribunal Federal representatividade popular para a edição de normas gerais e abstratas? Se não a possui, quais os instrumentos de que se está se valendo para o exercício de tal atividade?

1. AS TRÊS FUNÇÕES DO ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Democracia, para Marx, implica em um homem cuja vida real possa coincidir com a vida do cidadão. Critica, assim, a vida genérica do homem forjada na formação do Estado político (onde é ser imaginado, de uma soberania também imaginada) e apartada da vida na sociedade civil, onde o homem é real, este correndo rio à margem daquele homem coletivo. Na generalidade, a inserção seria imaginada somente, contrariando a verdadeira Democracia, que deve se fazer no homem verdadeiro. A solução está não na subordinação da sociedade civil ao Estado, e sim na absorção do Estado pela sociedade civil: essa é a verdadeira Democracia. A inserção do homem-real-cidadão como membro ativo do Estado, dá-se, nos dias de hoje, através de seus direitos políticos: é no momento de escolha de seus representantes que o homem egoísta de uma vida real dá o salto e se faz *cidadão-criador da vontade popular*. O Estado político não deve superar a sociedade, limitando-a, dominando-a, mas ao revés, deve a sociedade limitar, pela vontade soberana do povo, os Poderes do Estado, concebendo os direitos fundamentais de forma concreta. A Constituição de um povo é por esse criada, pois a Constituição não pode criar um povo.

Ora, daí se tira que o fundamento do poder no Estado Democrático só pode ser a vontade de tal corpo social (a vontade do cidadão, do eleitor), não cabendo ao Estado submeter aquela que o criou (a sociedade) a seu arbítrio. Uma das formas de defesa dos direitos fundamentais perante o arbítrio estatal é a tripartição dos Poderes. A Declaração Francesa de 1789 acusa que um Estado que não tenha declaração de direitos e não estabeleça na sua estrutura a divisão dos Poderes não tem Constituição. Mas é preciso dizer que a Separação de Poderes, idealizada por Montesquieu antes da Revolução Francesa, foi por esta absorvida de modo a proporcionar aos fins liberais da burguesia uma limitação do poder, principalmente do Poder Judiciário: personificação dos velhos fantasmas do Estado Absolutista. Tal modelo foi, em grande parte, por nossa Constituição, adotado.

O Poder Judiciário, uma das funções do Estado Democrático do Estado Brasileiro, bastando para tanto o fato de ser um Órgão-Poder, implica uma estrutura também democrática, tendo que ter limites diante de si, para que não ceda à tentação de abusar das prerrogativas que lhes foram conferidas. A Constituição Federal de 1988 determina o limite do Juiz quando o submete ao Princípio Constitucional da Legalidade no ato de

interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto, pois que ao Judiciário não foi dado representatividade popular. É o Poder Legislativo que tem a Constituição como assento e se consubstancia em poder representante da vontade popular, não podendo, assim, ser um poder somente feito, é mesmo poder *por-se-fazer*, sendo, portanto, qualquer restrição a tal poder, ainda que tal limite emane do Poder Judiciário, uma ferida aberta a um Estado que se diz Democrático de Direito. Ora, a função legiferante concedida ao Poder Judiciário Brasileiro, como se verá detalhadamente a seguir, fez restar um *Legislativo enfraquecido* – justamente o poder, em tese, mais legitimado – afastando o homem real da necessária participação no ato de criação da norma que o irá obrigar. As funções dos três Poderes, que deveriam colaborar para a finalidade de uma sociedade mais justa e participativa, encontram-se distantes da harmonia clamada pelo Estado Democrático de Direito.

Vejamos, se entendermos a Súmula Vinculante como um último estágio de um controle de constitucionalidade, ou seja, no intuito de lhe dar autorização constitucional, teríamos que lhe impor total natureza de excepcionalidade, para que não se tornasse em instrumento legiferante. Mas, em um Estado Democrático de Direito, não há que se fazer passar homens por Deuses e a tal excepcionalidade ficaria à critério unicamente da ombridade dos homens que compõem o Supremo Tribunal Federal, pois que a Súmula Vinculante não sofre controle de nenhum dos outros Poderes. Explicando: no controle de constitucionalidade, mesmo admitindo a atuação positiva do Judiciário diante de omissões legislativas, dirige-se tal controle a atos normativos, evidenciando-se aí a harmonia constitucional entre as três Funções do Estado. Na Súmula Vinculante, a edição legiferante parte do Judiciário, para ele mesmo, através da Reclamação, analisar de sua legalidade (legitimidade?). Está o STF, mais do que a definir interpretações direcionadas contra atos normativos, a se postar diante de fatos sociais (veja-se o caso da Súmula Vinculante sobre o uso das algemas), definindo mesmo direitos e deveres, havendo assim uma subversão da ordem democrática. O Judiciário passa a legislar, distante de qualquer controle, diferentemente do Poder Legislativo, que sofre o controle de constitucionalidade; a Súmula Vinculante faz um Órgão (STF) excluído do controle democrático, e esse órgão, ao invés de apartado e equidistante dos três Poderes, é mesmo a cúpula de uma das Funções. Institucionaliza-se um Poder que se sobrepõe, pela ausência de controle externo contra si, aos outros Poderes.

2. O ESCALONAMENTO HIERÁRQUICO-ADMINISTRATIVO DO PODER JUDICIÁRIO: CNJ E STF

A hierarquia administrativa do Poder Judiciário acarreta inevitável controle administrativo exercido pelos Tribunais com relação aos Juizes de primeira instância. Senão, vejamos: os juizes de primeiro grau de jurisdição ingressam na carreira através de concurso público de provas e títulos, e podem ser escolhidos para compor os Tribunais pelos membros do próprio Tribunal através de um dos critérios de aferição, qual seja, o merecimento. Mais, se tem deflagrada uma estrutura autocrática do Judiciário, pois votam apenas os membros do Tribunal, concentrando em pouquíssimas mãos o poder administrativo sobre todo o restante dos juizes. A verticalização do poder concentra a função administrativa do Judiciário numa cúpula, que decide, por critérios um tanto subjetivos, qual o magistrado que irá ascender na estrutura, fazendo deste um refém, quando se pensa que é esse mesmo Tribunal que irá reformar ou não as decisões

de primeiro grau. Ao controle administrativo exercido pelos Tribunais, portanto, soma-se seu controle de revisão das decisões de primeira instância, restando inteiramente sacrificada a necessária independência dos juizes de primeiro grau – pressuposto de toda e qualquer decisão imparcial.

Há muito já se falava da crise do Judiciário e da necessidade de sua reforma, com o fim de democratizar tal poder estatal, aumentando-se o acesso à Justiça e concedendo-se maior independência aos magistrados para que pudessem cumprir a exigência constitucional de imparcialidade de suas decisões: instituiu-se, pretensamente, o controle externo do Judiciário, então, através do Conselho Nacional de Justiça. Em primeiro lugar, na verdade, não se trata efetivamente de um controle externo, pois que é órgão interno do Judiciário, legalizando controle pela cúpula do Judiciário, distante, portanto, de qualquer instrumento de controle tido como democrático. O controle que ora se faz pelo Conselho Nacional de Justiça mais se aproxima de um instrumento de concentração de poderes justo naquele órgão que de forma alguma é limitado: o Supremo Tribunal Federal, oferecendo a esse uma maior maleabilidade política, posto que o Conselho só tem competência sobre os órgãos e juizes situados hierarquicamente abaixo do Supremo Tribunal Federal. Houve uma vez mais, como que por cartas marcadas, o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal.

3. A SÚMULA VINCULANTE

Qual o significado de “Súmula Vinculante”? Qual é sua natureza jurídica? São questões que se exigem como premissa para que se adentre no trabalho.

Para o primeiro conhecimento de qualquer coisa, “súmula” é uma pequena suma, um breve resumo, uma sinopse; “vincular” significa ligar ou prender com vínculos, apertar, submeter, sujeitar, mas, reveladoramente, a palavra “vincular” apresenta-se também como o ato de eterniza-se, imortalizar-se; e “vínculo” pode aparecer como uma restrição material que limita o movimento de um sistema. Na linguagem jurídica, *Súmula* é aquilo que, de forma bastante abreviada, explica o teor de uma decisão jurisdicional tomada no mesmo sentido pelos Tribunais Superiores, e de modo reiterado. A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de Dezembro de 2004, acrescentou à Carta Magna o art. 103-A, concedendo ao Supremo Tribunal Federal o poder de aprovar súmula, que terá agora efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, sendo ele mesmo, o próprio STF, o responsável por sua possível revisão ou cancelamento. O recente efeito vinculante acarreta filiação obrigatória de uma decisão a outra, anterior, que a submete, fazendo com que a suma da jurisprudência dominante seja agora dotada de efeito vinculativo e eficácia que se estende aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, criando inevitável relação de subordinação com futuras decisões, agora presas rumo a um só sentido.

A Súmula Vinculante, por obrigar de maneira geral e valer como premissa normativa para todos os juizes, possui natureza geral e abstrata, como se lei fosse. O espaço aberto de criação do juiz de primeiro grau, com a Súmula Vinculante, torna-se apertado, como bem previa a definição do Aurélio, tendente a imortalizar a interpretação da lei. Eternizar a interpretação de uma lei é matá-la, pois só é vivo aquilo que pode morrer: o imortal morto está.

4. A SUSPENSÃO DA DEMOCRACIA

Em primeiro lugar, o Estado de Direito na sua forma democrática, como organização de poder, é marcado pelos direitos fundamentais do indivíduo livre, sendo merecedor este homem de uma decisão jurisdicional individualizada. Não se precisaria ir além do prisma filosófico para justificar tal direito: uma coisa só é igual a ela mesma. Mas a Súmula Vinculante, ao suprimir a livre decisão do Juiz de primeiro grau, afasta a jurisdição da realidade social e faz fenecer qualquer mudança jurisprudencial, esquecendo-se que são os juízes singulares que se deparam com as partes, e que são estas singulares, como singular é todo conflito humano. Somente o juiz de primeira instância tem a condição de atender o caso na sua singularidade, e uma justiça verdadeira tem que levar em conta os elementos singulares que lhe dão feição distinta.

Em segundo, a falta de representatividade popular do Supremo Tribunal Federal faz da Súmula Vinculante clara agressão à noção de Democracia. Como dito anteriormente, a organização do poder do Estado encontra seu fundamento nos direitos da pessoa, daí porque a legitimidade do poder só se sustenta na vontade popular, na vontade das pessoas. O Poder Judiciário, dentre aqueles responsáveis pelas funções estatais, é o único que não possui representatividade popular: seus representantes não são eleitos pelo povo. A Súmula Vinculante, afastando a decisão do jurisdicionado, configura a tentativa de romper com qualquer representatividade popular.

Por terceiro, sabe-se que para garantir a liberdade individual o Estado Democrático de Direito se põe na forma da divisão de funções para o exercício do poder soberano. Mas, na realidade, Estado-povo e Estado-aparelho estatal são coisas distintas, pois quem cria o Direito não está vinculado à nada, ou seja, soberano é aquele poder que não se submete a nenhum outro poder. O poder hoje, no Brasil, que não se submete a nenhum outro poder é o Supremo Tribunal Federal: eventual revisão da Súmula Vinculante cabe a ele mesmo, sem se falar no desprestígio que passa a ocupar, decorrente daí, o Controle Difuso de Constitucionalidade .

Falou-se em ferida aberta à Democracia decorrente de uma norma inserida na Constituição, já que fora Emenda Constitucional a institucionalizar a Súmula Vinculante, valendo, então, alguma explicação a respeito. A Emenda Constitucional não tem o condão de afastar a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante, já que é a própria Constituição Federal que veda proposta de emenda tendente a suprimir a separação dos Poderes ou os direitos e garantias individuais. Ao Poder Judiciário não cabe a criação de normas de caráter geral e abstrato, invadindo esfera de outra função estatal, e, além disso, tais normas são eivadas do vício de vazio quanto à representatividade popular, ferindo o entendimento constitucional de que “todo poder emana do povo”. Encontra-se a democracia suspensa, pelo vácuo de representatividade popular.

5. O PODER LEGIFERANTE CONCEDIDO PELA SÚMULA VINCULANTE

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (Princípio da Legalidade).

Há de se indagar da validade material da Súmula Vinculante frente ao Princípio da Legalidade, que faz do Judiciário Poder independente para bem julgar, mas limitado tão-somente à lei, que possui a necessária representatividade popular legitimadora de uma vinculação geral e abstrata. As Súmulas Vinculantes têm âmbito de validade geral e abstrato, evidenciando-se a incompetência do Judiciário para editar tais normas, que possui demarcada constitucionalmente sua precípua função jurisdicional.

A autoridade para a criação do Direito por meio de Súmula Vinculante, atribuída ao Supremo Tribunal federal, é autoridade ilegítima, pois que torna obrigatório não somente o que está disposto na lei, mas também a sua interpretação. É o que se pode concluir, a contrário *sensu*, a partir do que esclarece Joaquim Carlos Salgado, quando ele define o que vem a ser *autoridade legítima*:

Uma autoridade legítima, como também se costuma dizer, é a que surgiu ou assumiu o poder segundo o princípio da legalidade – e encontra sua origem na legitimidade formal – e suas ações não podem frutificar ou operar efeitos jurídicos, senão estando conformes à lei. (SCHIMITT, 2007, p. xii)[1]

O engessamento do Direito é ainda mais evidente na imortalização de uma interpretação do que na imodificabilidade de uma lei. Considerando que as súmulas, no Brasil, criam o Direito contra a Constituição mesma, e que, com a possibilidade de sua vinculação, tornar-se-á tal entendimento obrigatório a todas as esferas Judiciais e Administrativas, torna-se patente a ilegitimidade do Poder Judiciário para a vinculação dessas interpretações da lei.

Deve-se deixar claro, nesse momento, que não se olvida que todas as leis devem ser interpretadas, já que todos os textos legais são e devem ser gerais e genéricos. Mas essa interpretação não pode ir de encontro ao Estado Democrático de Direito, tendo o Princípio da Legalidade um efeito vinculatório: todos os poderes estão subordinados à Constituição Federal e, inexoravelmente, atrelados à legalidade. O Direito não está como que guardado na norma, já pronto na lei, como fazem crer os escultores esteja já pronto o corpo humano dentro da pedra, esperando ser achado, como queria a Escola Positivista, mas também não pode prescindir da segurança da norma, como queria a Teoria Sociológica. O processo de interpretação é dialético, abrindo-se espaço para uma hermenêutica criativa, mais adequada a uma sociedade pluralista como a nossa. Os três vetores são auto-influenciáveis: o fato modifica-se com a inferência de novos valores dos diversos contextos sócio-culturais e econômicos, nascendo dessa incidência novas normas. O obstáculo que se encontra é o da impossibilidade de atualizações legislativas em velocidade tão-rápida como impele o mundo da vida, fazendo então da atividade do intérprete mais do que mera subsunção, sem, no entanto, ir contra o texto da lei – limite

predeterminado democraticamente, como de forma clara e direta é explicitado por José de Albuquerque Rocha:

[...] aplicar uma norma a um caso concreto não é uma tarefa mecânica, nem de pura lógica formal, como, por vezes, dão a entender alguns doutrinadores. Aplicar uma norma geral e abstrata a um caso concreto significa interpretar a norma, e interpretar a norma significa repensar, recriar e adequar a norma geral e abstrata a uma realidade em contínua mutação, como é a concreta realidade da vida. (ROCHA, 1999, p. 95)

6. O ESTADO DE EXCEÇÃO

Alerta Giorgio Agamben para o fato de que o problema de uma estrutura totalitária da estatalidade surge em momentos de crise, onde se está diante de um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. O que ocorre é o deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo, sistematizada e não mais eventual, mas permanente, marcada por uma suspensão da Constituição, ou de algumas normas constitucionais que protegem as liberdades individuais. Em poucas palavras: suspendem-se alguns direitos fundamentais, usando-se como embuste o fazer da exceção a regra, pois a necessidade parece poder tornar lícito o que é ilícito.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (AGAMBEN, 2004, p. 13)

Há algumas características desse estado de exceção. Nele, o fato transforma-se em direito, e o contrário é também verdadeiro: o direito é suspenso e eliminado pelo fato. Ora, no Estado da Súmula Vinculante, o fato concreto solucionado transforma-se em norma geral e abstrata, e os direitos individuais são eliminados, como a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Característica principal, no entanto, do estado de exceção é o retorno a um estado original onde não se deu ainda a distinção entre os diversos poderes, havendo a plenitude de um dos poderes sobre os demais, numa idéia de havendo a plenitude de um dos poderes, que tenha vencido na idormia geral e abstrata, e os direitos individuais plenitude originária de poder, recobrando-se a idéia do “mais forte”. A concentração de funções diversas no Poder Judiciário argumenta em favor da existência de um estado de exceção no Brasil, já que a Súmula Vinculante pode ser tida como medida excepcional que demonstra sua natureza de novo paradigma da ordem jurídica, delegando a um

outro poder uma competência legislativa que deveria ser exclusiva do Poder Legislativo. O Direito desaparece, mesmo continuando a existir o Estado.

Um estado totalitário ou despótico ocorre quando o poder político, que é uma vontade determinante, deixa de ser dirigido pela razão que tem por fim o bem da comunidade, não mais se caracterizando como Estado de Direito, e passa a ter por fim o próprio poder. Ora, no regime nazista não se cansava de dizer: “as palavras do Führer têm força de lei”. No estado de exceção, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem força), como o Princípio da Legalidade; e, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua força, como é o caso da Súmula Vinculante. O Judiciário legislando: quando a exceção se torna a regra, o ordenamento não pode mais funcionar e, não se deve olvidar, as técnicas dos governos nazista e fascista tudo fizeram para neutralizar a lei.

7. INSTITUCIONALIZA-SE O ESTADO DE EXCEÇÃO COM A SÚMULA VINCULANTE

No Brasil, o controle sobre os demais poderes cabe à cúpula do Poder Judiciário, que tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como anular atos administrativos. O que se pretende dizer é que a cúpula do Poder Judiciário Brasileiro já se estabelece como exceção, porque concentra tanto o controle administrativo, pelo escalonamento hierárquico, como o controle jurisdicional, pelo poder de revisão das decisões de primeiro grau. A hierarquização do poder na cúpula dos tribunais resulta numa autocracia, pois retira da maioria do corpo de magistrados a possibilidade de participação do gerenciamento administrativo. O Judiciário possui poder de revisão sobre atos do Poder Executivo, como também poder legiferante negativo perante o Poder Legislativo, já nascendo como excepcionalidade.

A hierarquia normativa da Súmula Vinculante é mesmo superior ao texto do legislador: é supralegal, pois aquele que tem o poder de dar sentido ao texto, de forma absoluta, como o tem o Supremo Tribunal Federal, é mais legislador que aquele que faz a lei. A cúpula do Poder Judiciário institucionaliza-se, com a Súmula Vinculante, como estado de exceção, retirando-se do conceito da lei, leia-se, Súmula, seu conteúdo valorativo, sua legitimidade, dado pela representatividade popular. Sabe-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal são eminentemente políticas; se este órgão passa a ser o criador do Direito, contraria-se o pilar ocidental, qual seja, o Direito, e não o político. O Estado de Direito há que ser o Estado da legalidade, como assevera Giorgio Agamben:

Que o soberano seja uma lei só pode significar que ele não é obrigado por ela, que a vida da lei coincide nele com uma total anomia. (...) Entretanto, exatamente enquanto se identifica com a lei, ele se mantém em relação com a lei e se põe mesmo como anômico fundamento da ordem jurídica. A identificação entre soberano a lei representa, pois, a primeira tentativa de afirmar a anomia do soberano e, ao mesmo tempo, seu vínculo essencial com a ordem jurídica. (AGAMBEN, 2004, p. 107)

A Súmula Vinculante é o coroamento do controle administrativo e do controle judicial, já evidenciados na estrutura autocrática do Poder Judiciário; deve ser vista como o método que fora utilizado para se alcançar um fim, e este não é o bem da comunidade, o poder deixou de ser instrumento de realização para se tornar fim em si mesmo. Para Albert Camus: “quando não se tem caráter é preciso mesmo valer-se de um método.” (CAMUS, 2000, p.11)

Quando a Constituição determina que todo poder emana do povo está a dizer também que, antes de qualquer normatização, há uma decisão política fundamental do titular do poder constituinte, o povo. Ainda que fosse implementado, no Brasil, um Tribunal Constitucional, nem assim estaria legitimada a Súmula Vinculante, pois a criação de lei geral e abstrata pelo Poder Judiciário não deixaria de ir de encontro ao ato de declaração fundamental, que há de ser soberano, pois dele parte a validade de leis constitucionais. Um elemento que de modo algum possa ser inserido como Direito, que esteja inevitavelmente fora do ordenamento constitucional, é excepcional, a instituir um estado de exceção em prol da autoridade que o controle: a Súmula Vinculante é o elemento excepcional, político em meio ao jurídico, e o Supremo Tribunal Federal, por meio dela, institucionaliza o estado de exceção, apartado da Constituição Federal de 1988. Verifica-se assim a politização do judiciário e a judiciarização da política, olvidando-se que o sistema político tem um valor e o judiciário tem outro: aquele é vontade determinante, enquanto este é vontade determinada pela lei.

8. O ESTADO DE EXCEÇÃO A SERVIÇO DO PODER ECONÔMICO

O Estado nasce do Direito: é a lei, uma norma posta pelo ato de vontade popular (daí a representação), que exerce o poder com a força do povo, sendo, assim, soberano. Mas a globalização trouxe novo autor (no sentido mesmo de autoridade), que vem substituindo a vontade popular: o mercado, que não pode prescindir do Estado, de sua força física. A Democracia fica assim comprometida, cindida entre um Estado poietico, que se volta apenas para os fins econômicos, e um Estado ético, fazendo do conteúdo do homem (de seus direitos fundamentais) mera idealização.

A concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário, órgão político por natureza, evidencia a tendência da cultura jurídica contemporânea, que, a serviço do poder econômico, pretende encontrar decisões rápidas e eficazes, quando, na verdade, não se passa de conveniência política. Apenas como demonstração desse Estado submetido ao poderio econômico, vejamos o caso sucedido no Superior Tribunal de Justiça, em que um mesmo ministro, num curto lapso compreendido entre duas semanas, prolatou três decisões diferentes e contraditórias, violando o prisma da igualdade perante a aplicação da lei:

Autor de uma decisão polêmica, na qual permitiu que os advogados do filho de José Sarney tivessem acesso aos detalhes de um inquérito ainda em curso, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Napoleão Maia Filho fez uma rara declaração pública de um magistrado sobre a natureza das decisões judiciais envolvendo políticos no Brasil. (...) Em dezembro, Maia Filho concedeu liminar permitindo que os advogados do

empresário Fernando Sarney tivessem acesso ao inquérito sigiloso da Polícia Federal que apura indícios de movimentação ilegal de dinheiro da família Sarney, às vésperas da eleição de 2006, com saques em dinheiro vivo de cerca de R\$ 3,5 milhões. A decisão do ministro contrariou súmula (síntese de todos os casos parecidos, decididos da mesma maneira) do Supremo Tribunal Federal, despachos anteriores de seu próprio punho e decisões da Justiça Federal. Segundo a Folha apurou, a liminar causou perplexidade entre policiais e procuradores do Ministério Público Federal, que chegou a recorrer – medida ainda não julgada. Eles temem que crie um precedente que poderia inviabilizar futuros inquéritos. O desembargador negou pedido de liminar em *habeas corpus* impetrado pelos advogados de Fernando Sarney, no Tribunal Regional Federal da 1. Região. Os advogados, então, recorreram ao STJ. “Nos termos da orientação já pacificada por este Tribunal, não é cabível impetração de *habeas corpus* contra indeferimento de liminar em outro *writ*. Outro não é o entendimento formado no enunciado sumular 691 do STF”, escreveu Maia Filho em outro caso, no dia 5 de dezembro, duas semanas antes de conceder a liminar, em sentido oposto, aos advogados de Sarney. No dia 3 daquele mês, os advogados de um investigado da PF em São Paulo fizeram um pedido praticamente idêntico ao *habeas corpus* impetrado pelos defensores da família Sarney. O Ministro do STJ determinou que o Ministério Público Federal se manifestasse no caso de São Paulo, para só então apreciar o pedido de liminar – o que ainda não ocorreu. Em relação a Fernando Sarney, o Ministro concedeu a liminar automaticamente. (Folha de São Paulo, domingo, 10 de fevereiro de 2008, p. A 9).

Nega-se, com a Súmula Vinculante, onde o engessamento do Direito é inevitável por conta do “mandato” vitalício dos ministros (a reportagem mostra quão homem-egoísta de Marx pode ser um Ministro), o conhecimento pluralista, tudo em favor do neoliberalismo, que impõe um pensamento único, unilateral: o interesse econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que estrutura é aquilo que permanece apesar da mudança. Com a Súmula Vinculante, quer-se transformar aquilo que é conjuntura em estrutura. Explicando: a função legislativa, eventualmente concedida pela Constituição a outros poderes que não o Legislativo, passa a ser a regra dada ao Supremo Tribunal Federal, sob o argumento retórico de desafogamento de processos. A exceção torna-se regra, eternizando-se com a ausência de controle à cúpula do Poder Judiciário e com a dificuldade de mudança de posicionamento de uma Súmula, em decorrência do mandato vitalício dos Ministros.

O problema filosófico da Súmula Vinculante consubstancia-se no dissecamento do fato: leva-se a realidade para o Direito, quando se deveria fazer justo o contrário, ou seja, o que deveria haver era a socialização pelo mundo da vida e não pela lógica do sistema; estrangula-se a realidade para atender ao sistema preponderante: o econômico. A tão-clamada Democracia distancia-se da dialética sociedade-Estado, único fator de mudança legítima, segundo Marx.

O materialismo do poder econômico, que deflagra a distribuição desigual do poder social, aparta o Estado ético do Estado poético; e compromete a soberania do Estado,

fragmentada em interesses econômicos privados, garantindo-se estes pela própria força do Estado.

Se a legitimidade é um problema do poder, pois o Estado precisa legitimar sua coerção, o uso da força ilegítima pode e deve levar a uma resistência da sociedade, diante de um ilegítimo estado de exceção. Não deve existir Estado que submeta a sociedade, por isso é que a sociedade é que deve controlar o sistema, principalmente por debates. Ora, a Súmula mais parece mandamento divino, tal não existe debate sobre sua legitimidade, ou melhor, sua falta de legitimidade, por ser a representatividade, no Estado Democrático de Direito, imprescindível.

Força-se, com a Súmula Vinculante, uma unidade, eternizando-se uma única interpretação da lei, como se pudesse o Direito prescindir do fato social. O homem torna-se desmerecedor de uma decisão individualizada, que, fato mais grave, será dada pela cúpula do Poder Judiciário, justo aquele que não possui qualquer representatividade popular. O Estado Democrático de Direito, marcado pelo Princípio da Legalidade, é legítimo na medida em que obriga as pessoas através de normas gerais e abstratas, emitidas pelo Poder Legislativo, como assim determinado pela Separação dos Poderes. Se a regra encontra-se excepcionada, e tal exceção virou regra, com as edições de Súmulas Vinculantes, de caráter geral e abstrato, criadas ilimitadamente pelo Supremo Tribunal Federal Poder Judiciário, não é mesmo demasiado afirmar que se está diante de um estado de exceção, próprio das ditaduras.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

São Paulo: Rideel, 2001.

CAMUS, Albert. *A queda*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Folha de São Paulo, domingo, 10 de fevereiro de 2008, p. A 9.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006

MARX, Karl. *A questão judaica*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. *Crítica da filosofia do direito de hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

[1] Na introdução da obra *Legalidade e Legitimidade* de Carl Schmitt, o prof. Titular de Filosofia da UFMG, Joaquim Carlos Salgado, conceitua “autoridade legítima”, o que é de extrema relevância para a compreensão do assunto abordado no presente trabalho. Cf. SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p, xii.

**A EDUCAÇÃO PARA A PAZ E PARA OS DIREITOS HUMANOS:
CONTRIBUIÇÕES INTERNACIONAIS À COMPREENSÃO DO DIREITO À
EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ***

**EDUCATION POUR LA PAIX E POUR LES DROIX HUMAINES:
CONTRIBUTIONS INTERNATIONELLES A LA COMPREHENSION DU
DROIT A L'EDUCATION DANS L'ORDRE CONSTITUTIONELLE
BRESILIENNE**

**Juliana Cristine Diniz Campos
Theresa Rachel Couto Correia**

RESUMO

Analisam-se os postulados da educação para a paz e para os direitos humanos, na qualidade de modelo pedagógico proposto pelas Organizações Unidas, através da UNESCO, buscando o aprimoramento da compreensão do direito à educação na ordem constitucional brasileira, no que se refere às finalidades primordiais da atividade educacional e dos meios mais adequados para sua concretização. Busca-se demonstrar que uma visão transformadora da educação enquanto instrumento de construção de uma cultura de paz é possível através da reestruturação das propostas pedagógicas e da organização das escolas a partir de postulados democráticos, revelando-se a democracia como meio de organização social. A democracia surge como meio de concretizar um projeto de paz e bem-estar social. Compara-se a normatividade constitucional e a proposta internacional, a fim de demonstrar a relação de complementaridade que se verifica entre as duas bases normativas, uma vez que assentadas nos mesmos parâmetros valorativos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS. EDUCAÇÃO. PAZ. DEMOCRACIA.

RESUME

On analyse les fondements de l'éducation pour la paix et les droix humaines, comme modèle pédagogique proposé par les Nations Unies, parmi UNESCO, qui peut aider le développement de la compréhension du droit à l'éducation dans l'ordre constitutionnelle brésilienne, à propos des finalités de l'activité educationelle et des moyens convenables par sa concrétisation. On cherche soutenir qu'une vision transformatrice de l'éducation comme moyen de construction d'une culture de paix est possible parmi le

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

réstructuration des modèles pédagogiques et de l'organisation des écoles avec les fondements démocratiques, en révélant la démocratie comme moyen d'organisation sociale. La démocratie apparaît comme moyen de réaliser un projet de paix e bien être social. On fait la comparaison entre les normes constitutionnelles et le modèle international, a fin de démontrer les relations complémentaires entre les deux bases normatives.

MOT-CLES: DROIX HUMAINES. ÉDUCATION. PAIX. DÉMOCRATIE.

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o século XX foi marcado pela proliferação de meios violentos de resolução dos conflitos nas sociedades humanas, claramente perceptível por meio da emergência, em escala global, de conflitos armados caracterizados pelo seu alto poder de destruição em massa.

A intensificação do debate acerca da necessidade da garantia de direitos essenciais à existência digna dos indivíduos tem lugar, na cultura ocidental, no contexto de reconstrução da Europa pós-guerra, simbolizando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, produzida no âmbito da Organização das Nações Unidas, a intenção conjunta de redefinição de parâmetros valorativos capazes de evitar novas catástrofes sociais nos moldes das duas Grandes Guerras Mundiais.

Piovesan esclarece que o “movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo” [1]. Surge, então, um novo paradigma ético a *orientar a ordem internacional contemporânea*, representando pelos direitos humanos reconhecidos pela organização de estados nacionais.

A atividade educacional surge, nesse sentido, como principal meio de consolidação e difusão de uma cultura de paz entre as comunidades envolvidas em conflitos internacionais e internos, submetidas a qualquer tipo de violência física, psíquica ou estrutural que impeça o pleno desenvolvimento humano.

Reconhecida como direito de caráter universal, através de expressa previsão no artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a educação passa a integrar a pauta das principais discussões no âmbito das organizações internacionais, voltadas ao fomento e à estruturação de um plano de ação pedagógica destinado à valorização do ser humano em todas as suas dimensões, por meio do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como parâmetro valorativo condicionante da atividade estatal e individual.

Compreende-se a educação como prática social instrumental, na medida em que viabiliza a formação do ser humano com base em valores que, muito embora sejam culturalmente determinados, são selecionados criticamente, de modo a garantir a existência plena dos indivíduos na sociedade global. Nesse sentido, a “aprendizagem não é um fim em si, mas um meio de eliminar violações de direitos humanos e construir

uma cultura de paz, baseada na democracia, desenvolvimento, tolerância e mútuo respeito” [2].

A proposta pedagógica da educação para a paz revela-se, nesse contexto, uma ação internacional voltada a orientar o conteúdo das práticas educacionais, no sentido de fomentar a formação de gerações orientadas por valores como dignidade, respeito, tolerância e igualdade. Desenvolvida no âmbito da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), a idéia de educação para paz pode contribuir para a concretização, no Brasil, do direito à educação de forma constitucionalmente adequada, na medida em que se privilegiará, na prática pedagógica, a valorização dos direitos humanos, que constituem, na realidade política brasileira, o núcleo axiológico da ordem constitucional.

A fim de sustentar a hipótese de que o modelo pedagógico da UNESCO corresponde ao ideal educativo previsto na ordem constitucional brasileira, iniciaremos pela explicitação dos principais postulados da educação para paz e para os direitos humanos, demonstrando o conteúdo da proposta, enquanto paradigma geral destinado a guiar a realização de políticas públicas nos países signatários.

Em seguida, apresenta-se a base normativa internacional da proposta pedagógica, difundida em declarações, recomendações e atos produzidos no bojo da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura. Demonstra-se, nesse momento, o processo histórico de formação da normatividade aplicável à educação para paz, iniciado com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Por fim, associa-se o teor da proposta pedagógica internacional ao conteúdo do direito à educação no Brasil, tendo em vista os dispositivos normativos constitucionais referentes à prática educativa, interpretados a partir dos princípios e objetivos gerais da República positivados no Título I da carta constitucional.

OS FUNDAMENTOS DA PROPOSTA PEDAGÓGICA DA EDUCAÇÃO PARA A PAZ

O modelo pedagógico da educação para paz é simbolizado pela Recomendação da UNESCO sobre a Educação para a Compreensão, a Cooperação e a Paz Internacional e a Educação relativa aos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais, produzida em 1974 no bojo daquela organização internacional.

A educação é compreendida, a partir da leitura da mencionada recomendação, como o “processo da vida social por meio do qual os indivíduos e grupos sociais aprendem a desenvolver, de forma consciente, para o bem da comunidade nacional e internacional, a totalidade de suas capacidades pessoais, atitudes e conhecimento”. A fim de aprimorar a práxis educacional, a proposta aponta valores que devem, necessariamente, guiar o exercício da atividade pedagógica, voltada para finalidades outras que a simples transmissão de conhecimentos técnicos.

Xesús Jares[3] conceitua a idéia de educação para paz e para os direitos humanos como

Processo educativo contínuo e permanente, fundamentado nos dois conceitos fundadores (concepção de paz positiva e perspectiva criativa do conflito), que, pela aplicação de métodos problematizantes, pretende desenvolver um novo tipo de cultura, a cultura de paz, que ajude as pessoas a entender criticamente a realidade, desigual, violenta, complexa e conflituosa, para poder ter uma atitude e uma ação diante dela.

Percebemos que a proposta de educação em análise representa uma “forma particular de educação em valores” [4], que objetiva, através do aperfeiçoamento da prática pedagógica, colaborar para a formação de sujeitos socialmente comprometidos com a realização de uma comunidade internacional pautada pela paz e tolerância, em que se garanta a concretização dos direitos humanos em nível ótimo.

A educação para paz e para os direitos humanos é, assim, o processo resultante de um longo período de maturação histórica, que tem seu início com a chamada Escola Nova, movimento pedagógico do início do século XX que propõe uma perspectiva mais humanista da atividade educacional, voltada para a formação moral do sujeito. Consolidada como proposta adequada à realização do direito à educação tal como proposto na Declaração Universal de 1948, sua formulação resultou na elaboração da Recomendação da Educação para Cooperação Internacional de 1974, que prevê, entre outras questões, as finalidades primordiais da atividade educacional, bem como os valores que devem pautar o exercício do ensino na tentativa de formar indivíduos mais tolerantes e comprometidos com a paz.

A idéia de uma educação para a paz e para os direitos humanos pressupõe, tal como enfatiza Jares[5], a releitura dos conceitos de paz, conflito e desenvolvimento, a fim de viabilizar uma proposta realmente transformadora. Isso porque a idéia de paz que se pretende realizar não está relacionada à concepção tradicional, enquanto ausência de conflitos bélicos. Considera-se paz a ausência de violência social, que pode ser representada tanto pela sua dimensão física, quanto estrutural, isto é, pela existência de instituições sociais organizadas de modo a oprimir, discriminar ou excluir o sujeito.

Na perspectiva contemporânea, a paz se apresenta como uma conjuntura em que é possível assegurar o desenvolvimento sustentável das sociedades, garantindo-se os direitos humanos e os ideais de justiça social, de caráter universalista, sem destruir o particular, reconhecendo-se as necessidades culturais locais, integrando o indivíduo à comunidade diretamente afetada pela sua ação, ao mesmo tempo em que se aprimora a concepção de uma crescente solidariedade e interdependência internacional.(Incluir referência)

O conflito, por sua vez, passa a ser compreendido de forma positiva, como fenômeno próprio da convivência humana, passível de ser conduzido de modo a integrar os indivíduos em uma comunidade democrática e justa. Concebe-se, assim, a dimensão educativa do conflito, por meio da introdução e do desenvolvimento de métodos democráticos de superação das divergências individuais e grupais, evitando-se a violência como meio de tutela tradicional.

Fomentar a Educação em Direitos Humanos significa não apenas informar e formar acerca de conhecimentos historicamente construídos sobre Direitos Humanos e a sua relação com os contextos sociais em que vivemos, mas também desenvolver processos metodológicos participativos e de construção coletiva da aprendizagem,

utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados, que respeitem e valorizem as diferenças e, ao mesmo tempo, enfrentem as desigualdades.

A escola se apresenta, cada vez mais, como um ambiente multicultural, em que sujeitos provenientes de tradições culturais diversos estão em constante interação, potencialmente provocadora de conflitos. Candau[6] afirma:

Uma outra contribuição que consideramos muito interessante para uma nova compreensão das relações entre educação e cultura(s) diz respeito a uma concepção da escola como um espaço de cruzamento de culturas, fluido e complexo, atravessado por tensões e conflitos.

Reconhecer essa realidade própria da contemporaneidade impõe a busca de meios que favoreçam a convivência pacífica, em que os valores da tolerância mútua e do respeito pelo outro pautem a ação individual. O conflito é visto, assim, como fenômeno inevitável, que pode, todavia, ser útil para a compreensão intersubjetiva e para o crescimento do sujeito.

A democracia passa a ser vista, nesse contexto, como modelo de socialização humana[7], na qualidade de técnica de organização do espaço público enquanto âmbito de debate, fundado em bases igualitárias e voltado à busca do consenso nas decisões comuns à comunidade. Trata-se de uma perspectiva eminentemente instrumental da democracia, uma vez que admite a sua utilização nos mais diversos espaços de convivência pública, como a escola, por exemplo.

A finalidade primordial da educação é, assim, o desenvolvimento social, através de mecanismos democráticos de organização, em que os conflitos possam ser superados sem emprego da violência, preservando-se a paz e a coesão social. O desenvolvimento da comunidade passa, necessariamente, pela plena realização individual, mediatizada pela educação, que garante tanto a formação moral do sujeito como a sua preparação para o exercício de uma atividade laboral, que o integre, conforme sua necessidade e desejos, de forma funcional, à sociedade.

Reconhece-se, assim, na *práxis* educacional, uma intencionalidade explícita, a formação de uma cultura de respeito, paz e tolerância, pautada valorativamente pelo paradigma dos direitos humanos. Como esclarece Antônio Joaquim Severino[8], “a educação só é humanizadora se for intencionalizada pelo conhecimento e pela valoração, desde que referidos à significação apreendida na existência histórico-social”.

Essa compreensão de educação foi reforçada no Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, produzido em 1996:

Trata-se de aprender a viver juntos, desenvolvendo o conhecimento acerca dos outros, da sua história, tradições e espiritualidade. E a partir daí, criar um espírito novo que, graças precisamente a esta percepção das nossas crescentes interdependências, graças a uma análise partilhada dos riscos e dos desafios do futuro, conduza à realização dos projetos comuns ou, então, a uma gestão inteligente e apaziguadora dos inevitáveis conflitos.[9]

Nesse contexto, não se pode vislumbrar a escola como um ambiente apartado da realidade social, mas como estrutura a ser conduzida democraticamente, voltada ao desenvolvimento das potencialidades individuais e coletivas e à realização do projeto internacional de consolidação da cultura de paz. A escola passa a ensinar os indivíduos a aceitar o conflito e a buscar a convivência harmônica de interesses sem recurso a qualquer forma de violência.

O relatório Jacques Delors propõe um modelo de educação continuada (para toda a vida), que viabilize a consolidação dos valores humanistas, por meio do desenvolvimento de quatro pilares do conhecimento: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser. Esse aprendizado tem forte conteúdo moral e uma intencionalidade prática, voltada à autonomia ética do sujeito e de seu comprometimento com a realidade social.

José Eustáquio Romão[10] esclarece que *o relatório não se refere a “saberes”, a “conhecimentos”, nem, muito menos, a “competências”, como está na moda do discurso pedagógico*. Ao enfatizar a proposta educacional no desenvolvimento dos “aprenderes”, evidencia-se uma postura dinâmica, que compreende a educação como processo, e as faculdades cognitivas dos sujeitos como uma perene constituição. O que se pretende construir, com a educação para a paz, são indivíduos que estejam aptos a viver harmonicamente em sociedade, respeitando-se a diversidade cultural e buscando-se aprender com o outro, pelo outro.

Rigorosamente, “a educação sempre expressa uma doutrina pedagógica, a qual implícita ou explicitamente se baseia em uma filosofia de vida, concepção de homem e sociedade” [11]. O que a proposta da educação para a paz busca definir é uma doutrina, a partir de base filosófica humanista, fundada nos valores da igualdade, tolerância, liberdade e solidariedade, que reconheça a diversidade cultural como um dado enriquecedor da sociedade e não como um elemento de desagregação.

A ação internacional conjunta busca traçar projetos comuns para o problema da violência generalizada e da ofensa aos direitos humanos, presentes com maior ou menor intensidade em todas as comunidades nacionais, tarefa possível por meio da consolidação de uma atividade educacional fundada filosoficamente na idéia de paz, na perspectiva construtiva do conflito e na possibilidade do desenvolvimento humano sustentável. O educação para a paz tem o objetivo de contribuir para a formação de uma cultura que defenda valores, atitudes e práticas sociais que respeitem os direitos dos cidadãos em todos os espaços da sociedade.

A BASE NORMATIVA INTERNACIONAL DA EDUCAÇÃO PARA PAZ E PARA OS DIREITOS HUMANOS

Concebida como fundamento de todos os posteriores instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, traz uma “concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos” [12]. Sendo concebidos como um rol harmônico de bens indispensáveis à existência plena dos indivíduos e coletividades, o documento

associa os tradicionais direitos civis e políticos aos direitos sociais, econômicos e culturais, conformando o discurso liberal ao social.

Começa-se a desenvolver a “arquitetura internacional de proteção a esses direitos” [13], difundida pelos diversos órgãos componentes da ONU, entre eles a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, a UNESCO. São os documentos produzidos no bojo das Nações Unidas que integrarão a base normativa da educação para a paz e para os direitos humanos, coletados ao longo das décadas de 1940 a 1990, durante o desenvolvimento do ideal de educação pela comunidade internacional.

Os documentos normativos internacionais aplicáveis à proposta da educação para a paz podem, assim, ser subdivididos em três categorias, conforme proposição de Gomes[14]: a) documentos gerais e tratados internacionais, depositados junto ao Secretário Geral da ONU, os quais definem os grandes pilares sobre os quais são assentadas as orientações específicas; b) declarações de conferências; c) documentos diversos.

Os valores primordiais extraídos dos documentos oficiais da ONU buscam definir um plano de ação estruturado em uma base ética comum, presente na Declaração Universal de 1948. Nesse aspecto, temos a previsão de um direito geral à educação previsto no artigo XXVI da Declaração, assegurado a todos os indivíduos, como uma consequência de sua igualdade em dignidade. A especificação do conteúdo e da abrangência do direito à educação pode ser verificada, ainda em termos genéricos, no Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovado em 1966.

Nesse sentido, o artigo 13 do PIDESC prescreve: *Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. E mais especificamente, no §2º desse artigo: Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudos e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.*

A Declaração Mundial sobre a Educação para Todos, aprovada em Jomtien, 1990, reitera, em bases mais sólidas, a preocupação mundial com a igualdade de acesso aos sistemas de ensino, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da educação para a formação intelectual dos indivíduos. Busca-se, por meio desse documento geral, um comprometimento maior dos estados nacionais com a universalização e a melhoria da qualidade do ensino, através da democratização da educação básica.

Considerando que a garantia de igualdade passa, necessariamente, pelo combate à discriminação, são aprovadas a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1966; a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, em 1978; e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, em 1979. O conteúdo dos documentos tem reflexos tanto no que se refere ao combate à discriminação no acesso ao ensino, como à discriminação dentro do ambiente escolar, por meio da inclusão de valores como respeito e tolerância na qualidade de temas transversais nos currículos.

Por fim, tratando especificamente da proposta da educação para a paz, temos a Recomendação Concernente à Educação para Compreensão Internacional, Cooperação e Paz e Educação Relativa aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, aprovada em 1974; e o Plano Mundial de Ação em Favor da Educação para os Direitos Humanos e a Democracia, produzida em 1993.

Por meio de tais documentos, podemos verificar a delimitação de uma proposta pedagógica que reconhece a “educação como processo formativo de valores e atitudes em favor da paz, da democracia, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” [15].

A Recomendação estabelece alguns objetivos, que representam os princípios da política educacional proposta pelas Nações Unidas, enumerando, entre eles: a introdução de uma perspectiva global em todos os níveis e formas de ensino; a busca da compreensão e do respeito por todos os povos, suas culturas, civilizações, valores e formas de vida; consciência da crescente interdependência entre povos e nações; e a compreensão da necessidade da solidariedade e cooperação internacional.

O documento, para além de fornecer os parâmetros valorativos basilares da proposta da educação para a paz e para os direitos humanos, fornece diretrizes para o aperfeiçoamento dos docentes, do currículo e da estrutura material das escolas, a fim de adequar o sistema de ensino como um todo ao novo modelo pedagógico.

Ainda que aborde questões específicas sobre a temática educativa, observamos o alto teor de generalidade do conteúdo dos atos normativos internacionais. Tais documentos possuem, todavia, a finalidade de encontrar soluções para problemas comuns a todos os Estados membros das Nações Unidas, por meio do diálogo, em um ambiente de cooperação e busca pelo consenso. A diversidade de situações particulares enseja, necessariamente, a adaptação do conteúdo das recomendações a cada realidade nacional. Elisabete Silveira[16] lembra:

Portanto, não obstante as CIEs não terem a condição de afetar tão diretamente do processo de definição e implementação da política pública de cada contexto nacional, contribuem no sentido de apontar e sublinhar os caminhos a serem seguidos.

Nesse aspecto, embora possamos compreender o estabelecimento, em nível global, de uma proposta para a educação voltada à realização da paz e da efetivação dos direitos humanos, revela-se imprescindível a atuação dos Estados nacionais, no sentido de introduzir as orientações internacionais em sua ordem constitucional, bem como de buscar, através da execução de políticas públicas, alcançar os fins estabelecidos pela Organização das Nações Unidas.

Há uma relação de complementaridade inafastável entre a base normativa internacional acerca do direito à educação e a regulamentação constitucional da matéria, na medida em que esta deve buscar traduzir em normas mais específicas, adequadas à realidade brasileira, os princípios e diretrizes acatadas pelo Brasil, enquanto membro da ONU, nos debates travados na UNESCO.

APLICABILIDADE DA PROPOSTA À REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A fim de sustentar com maior profundidade a relação de interdependência entre os atos normativos internacionais e a ordem constitucional, é preciso analisar o conteúdo material do direito à educação na constituição brasileira, para, assim, sustentar a aplicabilidade da proposta da educação para a paz e para os direitos humanos no contexto nacional.

O direito à educação, compreendida como amplo processo social de formação do indivíduo efetivado através da escola e da família, é assegurado no artigo 6º da CF/88, que o inclui o rol dos direitos fundamentais, enquanto modalidade de direito social, dependente de uma atuação do Poder Público no sentido de concretizá-lo. A materialização das condições que possibilitem o exercício do direito deve corresponder às orientações normativas específicas dos artigos 205 a 214 da carta constitucional.

As finalidades da atividade educacional visam ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, de modo que as idéias de humanização, busca da autonomia e desenvolvimento da responsabilidade ética dos sujeitos encontram-se presentes, também, nas normas constitucionais, trazendo um parâmetro de orientação da práxis pedagógica semelhante ao que se observa na base normativa internacional.

A busca pela cooperação internacional como meio de alcançar a paz, possível através do desenvolvimento de valores como tolerância, igualdade e respeito pela diversidade, encontram-se diretamente relacionada à noção de cidadania, plasmada como princípio fundamental republicano e expressamente prevista como uma das finalidades da atividade educacional. Através da educação em valores, realizada tanto pela escola pública ou privada como pela família, garante-se que os indivíduos em formação guiem sua conduta em uma base ética que corresponda aos valores responsáveis pela coesão social, desenvolvendo-se a democracia e a busca pelo consenso como modelo ideal de organização das comunidades humanas.

A proposta da educação para a paz e para os direitos humanos está pautada em uma concepção de cidadania global, por meio da qual se aprenda a buscar soluções comuns para problemas comuns da humanidade, através do diálogo e da cooperação entre nações, como decorrência do princípio da solidariedade. Nesse aspecto, temos uma concordância clara entre os propósitos do modelo pedagógico proposto pela UNESCO e a normatividade constitucional, na medida em que a CF/88 estabelece, entre os princípios que deverão reger as suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Nesse aspecto, o modelo internacional viabiliza, em muitos aspectos, a concretização dos valores e objetivos almejados pela sociedade brasileira, de modo que a sua utilização concreta, através da adoção dos paradigmas e orientações propostos pela comunidade internacional, em nada ofende a soberania do país da determinação autônoma de sua atividade educacional.

Os atos normativos produzidos no bojo das Nações Unidas são elaborados após intenso debate realizado em Assembléia Geral, de modo que a sua aprovação corresponde ao ideal democrático de busca pelo consenso nos processos decisórios oficiais, não havendo qualquer desrespeito à autodeterminação de cada cultura inserida

no contexto de discussão. Como esclarece Silveira[17], “muitos dos problemas dos anos 90 são conceituados como globais e comuns ao conjunto dos países, o que demanda, também, a análise conjugada por distintos atores nas reuniões internacionais”.

Na medida em que a os direitos fundamentais constituem o núcleo axiológico da ordem jurídica brasileira, servindo de paradigma ético para toda a normatividade constitucional e infraconstitucional, um modelo educacional que prime pela difusão de uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos apresenta-se adequado à concretização de políticas públicas em concordância com a realidade brasileira. Em muitos aspectos, as soluções para os problemas da educação propostas pela sociedade internacional servem para fortalecer os mecanismos de ação internos, uma vez que as propostas são resultado de intensa troca de experiências entre as nações, em que se verificam as vantagens e desvantagens das políticas nacionais, os avanços e retrocessos observados por cada agente internacional comprometido com a melhoria da educação.

Nesse contexto, a introdução do paradigma da educação para a paz e para os direitos humanos revela-se adequada, dada a harmonia valorativa entre a proposta internacional e a normatividade constitucional brasileira. O fundamento da busca pela cooperação entre os povos e o respeito aos direitos humanos é comum a ambas as ordens normativas, de modo que a relação é de interdependência, mútua colaboração para a consolidação da cidadania e de uma cultura de paz.

CONCLUSÕES

Buscou-se apresentar a proposta da educação para paz e para os direitos humanos, desenvolvida pela sociedade internacional através da atuação da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, como modelo de organização da atividade educacional voltado à conquista da paz e ao respeito aos direitos humanos, perfeitamente apto a guiar as políticas pedagógicas implementadas na realidade brasileira.

Situando os debates no contexto pós-guerra, observamos a preocupação conjunta em formar indivíduos comprometidos com a construção de uma sociedade pacífica, a fim de evitar catástrofes sociais equivalentes às sofridas na Segunda Guerra Mundial, que perdurou por quase uma década de intensa atividade bélica. Nesse aspecto, busca-se desenvolver o respeito pela diversidade e a aceitação do conflito como fenômeno positivo, que permite o diálogo e a cooperação, desde que conduzido dentro de parâmetros democráticos de organização.

A proposta da educação para a paz e para os direitos humanos pressupõe, assim, a releitura dos conceitos de paz e de conflito, a fim de associar a paz à ausência de qualquer violência, seja física ou estrutural, e de conceber o conflito como mecanismo de crescimento e interdependência entre os sujeitos.

Para tanto, revela-se necessária a condução dos sistemas educacionais em conformidade com valores éticos, a partir de uma intencionalidade explícita: a difusão de uma cultura de paz e de respeito. Reconhecendo que a educação é, antes de tudo, uma prática política, que tem reflexos diretos sobre os indivíduos que se pretende

formar, na medida em que se difunde valores, ideais, concepções do homem e da sociedade, faz-se necessário assentar a práxis em parâmetros filosóficos seguros, comprometidos com os valores selecionados pela comunidade internacional como importantes à paz e à preservação da vida.

Nesse aspecto, a proposta da sociedade internacional, antes de delimitar ações concretas a serem realizadas, visa ao estabelecimento de paradigmas éticos que servirão à implementação nacional das políticas públicas educacionais. Atua a base normativa internacional, fundada em documentos elaborados ao longo de meio século de interação entre as nações, como guia de ação, parâmetro para os gestores nacionais.

Assim, comparando-se a normatividade internacional com a nacional, constatamos que a realidade constitucional brasileira traz em seus fundamentos os mesmos valores que a proposta da educação para a paz busca alcançar e difundir, não havendo qualquer ofensa à soberania nacional com a introdução das orientações e diretrizes elaboradas pelas Nações Unidas.

A relação é de interdependência, não de conflito, na medida em que há concordância de valores, revelando-se as recomendações documentos que podem auxiliar a organização interna da prática pedagógica.

Dessa forma, a educação é um veículo fundamental no processo de mudança da sociedade sobre as concepções dos direitos universais e na construção de uma nova percepção de mundo, em que o respeito à diversidade, a convivência pacífica e o exercício da liberdade sejam vistos como essenciais para a consolidação da democracia.

Em muito pode contribuir, como se constata, a proposta internacional para a efetivação do direito fundamental à educação no Brasil, a partir do estabelecimento de um plano de ação constitucionalmente adequado, que reforce o núcleo axiológico de toda a ordem jurídica brasileira: os direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e Educação: Desafios para a Prática Pedagógica*. In _____ (org.). **Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas**. Petrópolis: Vozes, 2008.

DELORS, Jacques *et alii*. **Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI**, 10ª Ed. Brasília: UNESCO/ MEC, 2006.

GOMES, Cândido Alberto. **Dos Valores Proclamados aos Valores Vividos**. Brasília: UNESCO, 2001.

FREITAG, Barbara. **Escola, Estado e Sociedade**. São Paulo: Centauro, 2005.

JARES, Xesús R. **Educar para Paz em Tempos Difíceis**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

_____. **Educação para Paz: Sua Teoria e Prática**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

LINDGREEN ALVES, J.A. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

ROMÃO, José Eustáquio. *Educação e Cidadania*. In PINSKY, Jaime. **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Cidadania Global é Possível?* In PINSKY, Jaime. **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

SAVIANI, Demerval. **Escola e Democracia**. São Paulo: Autores Associados, 2008.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, Sujeito e História**. São Paulo: Olho D'Água, 2001.

SILVEIRA, Elisabete Cristina Cruvello da. *O Espaço das Conferências Internacionais de Educação da OIE/UNESCO e o Processo de Políticas Públicas Educativas*. In Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, Brasília, v.80, nº 196, pg. 440-450, set/dez, 1999.

[1] PIOVESAN, Flávia. *Cidadania Global é Possível?*. In PINSKY, Jaime. **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, pg. 259.

[2] GOMES, Cândido Alberto. **Dos Valores Proclamados aos Valores Vividos**. Brasília: UNESCO, 2001, pg. 24.

[3] JARES, Xesús R. **Educar para a Paz em Tempos Difíceis**. São Paulo: Palas Athena, 2007, pg. 44.

[4] JARES, *op. cit.*, pg. 45.

[5] Cf. JARES, Xesús. **Educação para Paz: Sua Teoria e Prática**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

[6] CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e Educação: Desafios para a Prática Pedagógica*. In _____ (org.). **Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas**. Petrópolis: Vozes, 2008, pg. 15.

[7] Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.

[8] SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, Sujeito e História**. São Paulo: Olho D'Água, 2001, pg. 9.

[9] DELORS, Jacques *et ali*. **Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI, 10ª ed.** Brasília: UNESCO: MEC, 2006.

[10] ROMÃO, José Eustáquio. *Educação e Cidadania*. In PINSKY, Jaime. **Práticas de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004, pg. 147.

[11] FREITAG, Barbara. **Estado, Escola e Sociedade**. São Paulo: Centauro, 2005.

[12] PIOVESAN, *op. cit.*, pg. 260.

[13] LINDGREN ALVES, José A. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

[14] *Op. cit.*, pg. 15.

[15] GOMES, *op. cit.*, pg. 21

[16] SILVEIRA, Elisabete Cristina Cruvello da. *O Espaço das Conferências Internacionais de Educação da OIE/UNESCO e o Processo de Políticas Públicas Educativas*. In Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, Brasília, v.80, nº 196, pg. 440-450, set/dez, 1999.

[17] SILVEIRA, Elisabete Cristina C. *Op. cit.*, pg. 443.

**A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO
DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO
BRASIL * ****

**THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 45/2004 AND THE
CONSTITUTIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL**

**Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Thula Rafaela Pires
Vanessa Oliveira Batista**

RESUMO

O presente artigo enquadra-se no Projeto Pensando o Direito, de parceria do Ministério da Justiça com o PNUD e trata da construção de uma proposta de regulamentação jurídica da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil diante da Emenda n.º45/2004, de forma a consagrar a intenção do Constituinte derivado de fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno. A investigação realizada abrangeu as áreas de Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Comparado, Processo Legislativo e Teoria dos Direitos Humanos, por meio da análise de textos constitucionais estrangeiros, da legislação brasileira, de tratados internacionais de direitos humanos, do sistema universal e regional, bem como da jurisprudência nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da investigação empreendida, foram construídos conceitos próprios de direitos humanos e de tratados internacionais de direitos humanos, que serviram de referência para guiar as propostas legislativas sugeridas ao final.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; TRATADOS INTERNACIONAIS;
EMENDA N. 45/2004

ABSTRACT

This essay is about the constitutional status of the international treaties of human rights, concerning Amendment n. 45/2004, to enforce the fundamental rights in Brazil. The research presented here regards Constitutional Law, Public International Law, Comparative Law, Legislative Procedure and Theory of Human Rights, with reference to Comparative Constitutional Law, Brazilian legislation, international treaties and analysis of cases in Brazil and the Inter-American Court of Human Rights. There are concepts specially built to achieve the purpose of suggesting changes in the national law

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça no âmbito do Projeto Pensando

concerning the main objects of the research, which are human rights and international treaties of human rights.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; INTERNATIONAL TREATIES OF HUMAN RIGHTS; AMENDMENT N. 45/2004.

O Projeto “Pensando o Direito”, lançado pelo Ministério da Justiça conforme Edital do Projeto BRA/07/004, levou o Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro a trabalhar na construção de uma proposta de regulamentação jurídica da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, em atendimento ao ditame da Emenda nº 45/2004, e, portanto, destinado a consagrar a intenção do Constituinte derivado de fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno.

A investigação levada a cabo pelos proponentes abrangeu as áreas de Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Comparado, Processo Legislativo e Teoria dos Direitos Humanos.

A pesquisa partiu da análise de textos constitucionais estrangeiros, da legislação brasileira compreendida nos tratados internacionais de direitos humanos, dos tratados de direitos humanos existentes no sistema universal e no sistema regional, bem como a jurisprudência – nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como resultado da pesquisa, destacam-se: a) a formulação, a partir de um estudo analítico, de um referencial teórico-prático que servisse de guia para a articulação de medidas jurídicas adequadas ao cumprimento da Emenda n.º45/2004, definindo direitos humanos e tratados internacionais; b) a avaliação do acervo de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, antes e depois da Emenda n.º45/2004, a fim de estabelecer prioridades de constitucionalização; c) o desenvolvimento de modelos jurídicos capazes de auxiliar na imediata implementação da Emenda n.º45/2004; e d) a elaboração de *propostas legislativas*, a fim de subsidiar a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Metodologicamente, trata-se de uma *pesquisa aplicada*, cujo objetivo é o de gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos. Aplicada, ainda, por envolver verdades e interesses locais, mais especificamente a interpretação constitucionalmente adequada que deve conduzir a aplicação da Emenda n.º 45/2004. É, ainda, uma *pesquisa qualitativa*, por lidar com a interpretação dos fenômenos (não constitucionalização dos tratados, número e conteúdo dos tratados em vigor no país antes e depois da Emenda n.º 45/2004) e a atribuição de significados no processo de pesquisa. Não foram utilizados, no entanto, métodos e técnicas estatísticas. Pode ser qualificada também como *pesquisa descritiva* por denotar a tendência a analisar os dados indutivamente. O processo de conhecimento, necessário para a construção de conceitos e marcos teóricos adequados, foi o principal foco de abordagem.

Outro sentido metodológico foi o emprego da *pesquisa explicativa*, pois se buscou identificar os fatores determinantes ou contributivos para a dificuldade da aplicação da

Emenda n.º 45/2004 (*ex post facto*) e, a partir daí é que, sistematicamente, tratou-se de elaborar as propostas para a eliminação do problema.

O *embasamento teórico* residiu na adoção de marco referencial constitucionalmente adequado e pertinente ao Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988, o que orientou o grupo de pesquisa no estabelecimento de premissas, constituindo-se na fundamentação da interpretação exposta. Nesse sentido, foi fundamental a revisão bibliográfica, no sentido de corrigir eventuais desvios de percurso.

Todo esse processo investigativo, por conseguinte, conduziu ao estabelecimento de propostas concretas no campo jurídico-normativo para equacionar os eventuais problemas detectados de implementação da Emenda n.º 45/2004 e o detalhamento de tais medidas.

Ao longo da investigação, trabalhou-se com a constante divergência entre juristas e magistrados brasileiros acerca da aplicação da Emenda n.º 45/2004. Alguns apontam para a constitucionalização automática, e outros para a necessidade de se submeter os tratados anteriores à Emenda ao processo legislativo previsto para as emendas constitucionais de forma geral. Os primeiros se baseiam no instituto da recepção constitucional e ao texto do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988; e os últimos à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro. O próprio Supremo Tribunal Federal não tem posição clara ou homogênea sobre o tema, podendo ser detectado um dualismo moderado em relação à recepção de tratados internacionais pelos tribunais brasileiros.

Ao partir da premissa de que os tratados internacionais de direitos humanos são, antes de tudo, tratados internacionais, foram analisadas sistemática e cuidadosamente todas as posições, a fim de corroborar o esforço do Constituinte derivado para fortalecer o arcabouço dos direitos fundamentais no país, mas sem esbarrar na inconstitucionalidade, que eivaria de vício formal a recepção atabalhoada da normativa internacional.

1. ENQUADRAMENTO TEÓRICO DO TEMA DA PESQUISA

A partir das influências de Joaquín Herrera Flores e Boaventura de Sousa Santos, pudemos chegar a um conceito de direitos humanos histórico, contextual, crítico e intercultural capaz, portanto, de proteger a pessoa humana em todas as suas dimensões. A partir de então e depois de estabelecer as diversas implicações que o termo “tratado” traz na doutrina internacional, foi elaborada uma concepção de *tratados internacionais de direitos humanos*, que servisse de parâmetro para a análise.

1.1. Conceito de Direitos Humanos

Joaquín Herrera Flores defende um enfoque cultural dos direitos humanos, a partir do que ele chama de perspectiva *impura*. O acordo básico para tratar de uma metodologia

de direitos humanos seria negá-los como instâncias iminentes, puras, naturais, atribuídas por entes espirituais ou como direitos provenientes de características inatas dos seres humanos¹. A perspectiva é impura, portanto, no sentido de que os direitos humanos só podem ser bem compreendidos se integrados aos seguintes elementos: 1º) a história; 2º) o contexto (social, econômico, político) em que eles estão incluídos; e 3º) a crítica.

Sua historicidade se caracteriza pelo fato dos direitos humanos serem produtos culturais que surgem em um contexto histórico, social, econômico muito complexo e que, portanto, não são de origem transcendental. Além disso, são direitos extremamente vinculados ao contexto ao qual se dirigem. Herrera Flores aponta que o surgimento da prática de acumulação de capitais no século XVI necessitou de uma nova fundamentação filosófica e ideológica, e os direitos humanos “surgiram” paralelamente à consolidação dessa nova forma de produção. Segundo o pensador espanhol, não podemos entender os direitos humanos se não avaliarmos o seu contexto, cujo marco é a acumulação de capitais. A compreensão dos direitos humanos dentro de seu contexto é uma questão de honestidade intelectual, uma postura corajosa, franca e transparente no sentido de situar os direitos e sua negação a partir de suas causas². O esforço de crítica, por definição, pretende fornecer o critério a uma situação de crise. E os direitos humanos são algo que estão em crise no mundo, principalmente depois de muitas guerras em seu nome. Então, é preciso criar parâmetros para abordar essa tensão de um modo positivo, construtivo.

É necessário que se utilize a força libertadora e contra-hegemônica dos direitos humanos porque, como bem alerta Sousa Santos, “a linha tênue entre emancipação e regulação oscila de acordo com a ambigüidade das parcerias, que, por razões táticas, podem combinar as iniciativas *emancipatórias da luta com instrumentos de regulação social*”³. Yash Ghai sugere que os direitos humanos sejam usados para desafiar a noção de universalidade dos valores ocidentais, promovendo outros valores a partir de argumentos sobre o relativismo cultural para demonstrar a *especificidade cultural dos direitos humanos*⁴.

Segundo Herrera Flores:

Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que propiciam a inclusão dos seres humanos no circuito de reprodução e de manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e posterior consolidação e garantia de espaços de luta para a particular manifestação da dignidade humana.⁵

Essa *concepção de direitos humanos como fim* permite por em prática o que o autor chama de racionalidade de resistência, algo que nos leva a um universalismo de contrastes, de entrecruzamentos. Sousa Santos defende que enquanto os direitos humanos forem concebidos como universais, eles tenderão a operar como forma de globalização hegemônica. Para que operem como globalização contra-hegemônica, devem ser reconceitualizados como multiculturais⁶.

Herrera Flores vai além, propondo um *universalismo impuro* que pretende não a superposição, mas a inter-relação. Uma proposta que não é universalista nem multicultural, mas *intercultural*: “uma prática criadora e recriadora de mundos que esteja atenta às conexões entre as coisas e as formas de vida, que não nos privem dos ‘outros ecos que habitam o jardim’”⁷.

Para operacionalizar essa abordagem dos direitos humanos, pode-se utilizar da *hermenêutica diatópica* de Boaventura de Sousa Santos⁸. No diálogo intercultural, a troca se dá entre universos de sentido diferentes e, por vezes, incomensuráveis. Estes universos de sentidos consistem em constelações de *topoi* [1] fortes. Compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra é uma tarefa bastante complicada. Para enfrentar essas dificuldades, a hermenêutica diatópica se baseia na idéia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem.

Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objetivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra⁹. O reconhecimento das incompletudes múltiplas é fundamental para um diálogo intercultural, que exige um diferente processo de criação do conhecimento, que sai do conhecimento-regulação para o conhecimento-emancipação. Postula a produção de conhecimento “coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular,[...] baseada em trocas cognitivas e afetivas que avançam por intermédio do aprofundamento da reciprocidade entre elas”¹⁰.

Este trabalho acolhe o *conceito dos direitos humanos* como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas. Estas devem ser reconhecidas positivamente em todos os níveis, sendo que tais direitos guardam relação com os documentos de direito internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas endereçadas à pessoa humana como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Assim, os direitos humanos são válidos para todos os povos e tempos, de modo a demonstrar um inequívoco caráter cosmopolita.

1.2. ELABORAÇÃO E INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

O ato de internalização de tratados internacionais é tido como um procedimento legislativo especial e complexo por demandar que os Poderes Executivo e Legislativo se manifestem em diferentes momentos. O primeiro deles, a assinatura, é realizada pelo Chefe do Executivo Federal. Em razão do que consta no artigo 49, I, da Constituição Federal de 1988, entende-se que a mera assinatura do tratado não é suficiente para criar vínculo obrigacional (interno ou internacional), sendo indispensável a apreciação do instrumento pelo Congresso Nacional [2]. A segunda fase, por sua vez, ocorre com a aprovação de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional sobre o texto do documento internacional. No terceiro momento, cabe ao Presidente da República promover a sua ratificação, com a elaboração de um decreto presidencial. Por fim, ocorre a sua promulgação e publicação.

De acordo com o artigo 84, inciso VIII, a assinatura de tratados internacionais [3] é de competência do Chefe do Poder Executivo da União, ao exercer as funções de Chefe de Estado. Cabe ao Presidente da República analisar, através de estudos e pareceres sobre as possíveis conseqüências jurídicas advindas do tratado, a conveniência e a oportunidade de assumir perante a comunidade internacional o compromisso diante desse ato. Depois de assinar o tratado, o Presidente envia ao Congresso Nacional uma Mensagem acompanhada de Exposição de Motivos do Ministro das Relações Exteriores e do texto do ato internacional para que possa ser analisado pela Câmara e Senado Federal, via decreto legislativo.

Por se tratar de uma espécie normativa de iniciativa do Chefe do Executivo, sua tramitação se inicia na Câmara dos Deputados, com a leitura da Mensagem presidencial em plenário. Tradicionalmente analisam o documento duas Comissões Permanentes da Casa: a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Após a leitura da Mensagem pelo Presidente da Câmara, é formalizado um processo autônomo encaminhado para análise da primeira Comissão, no qual é nomeado um relator que coordena a apreciação do relatório e do parecer que propõe o projeto de decreto legislativo sobre o texto do tratado. Após a aprovação na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, o projeto de decreto legislativo segue para exame na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, submetendo-se a nova discussão e votação, tendo sua decisão nesse caso, caráter terminativo.

Após a análise das Comissões, o projeto de decreto legislativo segue para discussão e votação em *um único turno no Plenário* da Câmara. Caso não seja alcançada a maioria de votos, encerra-se a possibilidade de internalização do tratado. Uma vez aprovado, o projeto de decreto legislativo é encaminhado ao Senado, onde passa por um processo análogo ao da Câmara. Em um único turno de discussão e votação, será aprovado o projeto de decreto por maioria simples, presentes a maioria absoluta dos Senadores e levado para promulgação e publicação pelo Presidente do Senado, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional.

A análise do conteúdo do ato internacional é fundamental para submetê-lo à aprovação legislativa. Esta participação do Legislativo se sustenta no princípio democrático, sendo-lhe, porém, vedado interferir nos estágios de negociação e assinatura dos atos internacionais. Na prática, os concertos são atos executivos e sem contestação do Legislativo quanto à sua conclusão, promulgação e publicação, sendo que a participação do Congresso Nacional se limita à aprovação ou rejeição do texto no curso do processo legislativo.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de oposição de *emendas ou reservas*[4] pelas Casas do Congresso Nacional. De acordo com Estevão de Rezende Martins, com o objetivo de promover algum reajuste redacional, podem ser apresentadas emendas ao projeto de decreto legislativo no Senado. Em se tratando de correção formal, não atingindo o conteúdo do projeto, o entendimento é que não há necessidade de que este retorne à Câmara. Já havendo mudança de mérito, o reexame pela Câmara é necessário. Não concordamos com essa posição e no mesmo sentido, Celso D. de Albuquerque Mello, citando Pontes de Miranda, nega a possibilidade de apresentação de emendas pelo Congresso Nacional:

A emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional, e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação.¹¹

Sustenta Silvia Loureiro a impossibilidade de apresentação de “emendas de mérito”:

Diante da divisão de competências para a celebração de tratados internacionais, sustenta-se que a apreciação pelo Congresso Nacional deve ser feita nos exatos termos da mensagem presidencial e do texto do instrumento internacional, quer para aprová-lo, quer para rejeitá-lo em sua integralidade, de modo que a apresentação de ‘emendas’ deve ser interpretada como rejeição do ato internacional e, conseqüentemente, reinicia-se a fase de negociações pelo Poder Executivo.¹²

No tocante às reservas, de acordo com Celso D. de Albuquerque Mello “*a apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo*”¹³. Isto porque ao Presidente da República compete decidir e orientar a política externa, expressando diante da comunidade internacional as intenções e atitudes do Estado brasileiro [5], ou seja, essa atribuição constitucional privativa do Chefe do Executivo federal independe de autorização ou referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe simplesmente apreciar os tratados internacionais antes que sejam definitivamente ratificados pelo Presidente. Em relação especificamente aos tratados internacionais de direitos humanos, esses devem ser necessariamente incorporados de forma integral, não sendo possível a apresentação de reservas nem mesmo pelo Executivo.[6]

Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, parecer do deputado José Thomaz Nonô, sobre consulta formulada pela Presidência da Casa, a respeito da “possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente”. A consulta decorreu das reservas sugeridas pelas Comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça e de Redação aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

No referido parecer, argumentou-se que “se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, in toto, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-lo com restrições: *Qui potest maius potest minus*”. A conclusão do deputado foi endossada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Nela consolidou-se o entendimento do Poder Legislativo de que o Congresso pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.

Antonio Cachapuz de Medeiros, analisando o posicionamento acima descrito, atenta para o fato de que os legisladores brasileiros devem considerar que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais. A aposição de emendas aos textos já negociados com potências estrangeiras pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. O Congresso não estaria, assim, cumprindo seu dever de “*resolver definitivamente*” sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República.

Continua o autor afirmando que:

aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, em transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. O mesmo pode-se dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República.¹⁴

No Direito Comparado, observa-se que países com tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, não admitem a introdução de emendas pelo Legislativo aos tratados negociados pelo Executivo. São os casos, dentre outros, da Argentina, do Chile, do Paraguai, do Uruguai, da França e da Espanha. Pelo exposto, defende-se que os referidos tratados de direitos humanos não podem ser objeto de emendas ou reservas.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República decidir, discricionariamente, sobre a oportunidade e conveniência da confirmação, em definitivo, do Estado brasileiro como parte daquele tratado internacional. A ratificação ocorre quando o Brasil confirma o texto original do tratado. Se este for *bilateral*, ratifica-se pela via de troca de notas; se *plurilateral*, pelo depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional que tenha patrocinado a elaboração do acordo. Nos pactos *bilaterais*, não cabem reservas [7], pois estas consubstanciarium um novo tratado; nos *multilaterais*, salvo regra expressa em seu próprio texto, o Presidente da República pode apor reservas, para as quais se requer apenas a ciência (não a anuência) das outras partes. Outra possibilidade é a adesão que ocorre quando o Brasil, sem ter firmado um tratado, quer, posteriormente, ser parte dele. Os efeitos internacionais da adesão equivalem aos da ratificação.¹⁵ Decidindo-se pela adesão, o instrumento é depositado na Secretaria do organismo internacional correspondente. O ato internacional entra em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.[8]

A promulgação e a publicação do decreto presidencial têm o escopo de dar publicidade interna. O referido decreto divulga o texto integral do tratado e a data do início de sua vigência no território nacional. O ato de promulgação por decreto presidencial dos tratados internacionais configura exemplo de costume internacional, eis que não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988.

O procedimento legislativo descrito acima era o utilizado para qualquer tratado internacional até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Com a introdução do § 3º no artigo 5º da Constituição, pretendeu o Constituinte Reformador criar um outro procedimento para internalização de tratados internacionais de direitos humanos. O texto constitucional determina que estes devem ser aprovados em dois turnos, em cada casa, pelo quorum qualificado de três quintos dos votos em cada votação para que possam ter *status* de emendas constitucionais.

1.3 A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos no Brasil

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui prioridade em nossos dias: é da ação e aperfeiçoamento de medidas *nacionais*

de implementação que depende, em grande parte, o futuro da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Ambos constituem um todo harmônico, apontam na mesma direção, formando um *ordenamento jurídico de proteção*.

Nas últimas décadas, a operação regular dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos tem demonstrado que podem beneficiar os indivíduos. Esses instrumentos, ao criarem obrigações para os Estados quanto aos seres humanos sob sua jurisdição, têm normas que se aplicam não só na ação conjunta dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também são aplicáveis no ordenamento jurídico interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Diversas constituições contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno. No caso da Constituição Brasileira de 1988, o artigo 5º, § 3º, modificado pela Emenda nº 45/2004, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* de norma constitucional, desde que aprovados pelo mesmo procedimento adotado para as emendas à Constituição, o que demonstra claramente a intenção do Poder Constituinte derivado de *qualificar* as normas relativas aos direitos.

Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais com os mecanismos do direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional. Eles impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes e, por vezes, a possibilidade de “recurso judicial”. Além de preverem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras para a realização de seu objeto e propósito. Enfim, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos de direito público interno, promovendo uma interpenetração nos dois âmbitos de direito.

Os órgãos internos dos Estados são chamados a aplicar as normas internacionais. Este é o traço distintivo dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria, e que requerem uma interpretação adequada, guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitavam a regular a atuação entre as partes.

Nesse sistema integrado, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame de casos concretos, verificam sua conformidade com as obrigações contraídas internacionalmente. As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

As obrigações internacionais de proteção têm amplo alcance e vinculam diretamente os poderes do Estado, além de comportarem o dever de se adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações leva à responsabilização internacional Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.[9]

2. ANÁLISE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA EMENDA 45/2004

A proposta apresentada ao Ministério da Justiça/Secretaria de Assuntos Legislativos de se fazer o levantamento dos tratados internacionais de direitos humanos foi orientada por uma lista enviada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República. A análise de prioridades se deu pelo critério conceitual, a partir do marco teórico escolhido para se definir o que são tratados de direitos humanos.

Nesta pesquisa foi construído o seguinte conceito de *tratados de direitos humanos*: *atos internacionais que reconhecem positivamente um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade em todos os níveis, protegendo a pessoa humana, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e carregado de um inequívoco caráter cosmopolita.*

A partir dessa definição, foi feito um recorte metodológico necessário na referida lista da SEDH, que segue a conceituação de direitos humanos em sentido *lato*, e inclui em seu rol tratados do sistema universal, regional, humanitário, e de direito dos refugiados. Efetivamente, como descreve Cançado Trindade, percebe-se, atualmente, nos planos normativo, hermenêutico e operacional, convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, o que serve para ampliar a proteção da pessoa humana.[10]

Apesar do valor inerente ao conceito amplo de tratados de direitos humanos para sua garantia e efetivação, a este trabalho restou a análise tanto da importância como da prioridade e necessidade da constitucionalização destes. Desde logo, é preciso reconhecer as dificuldades nessa delimitação.

No decorrer dos trabalhos de investigação, houve uma constante preocupação com a categorização de tratados em níveis hierárquicos legais diferenciados. Vários autores sustentam esta crítica, surgida a partir da Emenda 45/2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal de 1988. Isto porque há um entendimento generalizado no sentido da desnecessidade de formalização dos tratados internacionais de direitos humanos, por se defender que estes já são materialmente constitucionais por meio do parágrafo segundo do mencionado artigo quinto. Entretanto, a existência de um *bloco de constitucionalidade* [11] não é ponto pacífico, nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileiras, haja vista a posição do Supremo Tribunal Federal na questão do depositário infiel, recentemente discutida por aquela Corte e apresentada neste trabalho.

Entende-se como materialmente constitucionais todos os tratados internacionais de direitos humanos, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, essa premissa constitucional não foi suficiente para exigir o comprometimento das instâncias político-jurídicas nacionais com a proteção dos direitos humanos internacionalmente positivados. Em julgado de 2002 (HC 81.319-GO), o Ministro Celso de Mello propõe expressamente que “à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos

celebrados pelo estado brasileiro...”. Ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão que poderia efetivamente promover o reconhecimento formal a partir do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, absteve-se de fazê-lo.

Neste norte, o Constituinte derivado, ao impor a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos, teve a intenção de dirimir dúvidas acerca desta controvérsia. Ao determinar alguns atos internacionais dessa natureza como *prioritários*, para efeitos de formalização constitucional *imediata*, o que se busca é elevá-los ao nível hierárquico superior a fim de fortalecer sua aplicabilidade e a necessidade de sua efetivação por parte do Estado brasileiro [12]. Estas escolhas atenderam a opções teóricas já explicitadas. Não há aqui a pretensão de se negar a possibilidade de inserções e/ou inclusões posteriores de tratados já ratificados no nível infraconstitucional antes do advento da Emenda 45/2004, por meio dos procedimentos especiais sugeridos, em princípio, para os tratados de direitos humanos ainda pendentes de ratificação.

A *metodologia* adotada consistiu em analisar os tratados, organizados por blocos em função do sistema e/ou vertente de proteção internacional dos direitos humanos. Cada ato internacional foi cotejado, em seu conteúdo, com a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira em vigor, a fim de se avaliar o nível de recepção de cada tratado pelo ordenamento nacional.

Assim, realizou-se a análise dos tratados internacionais de direitos humanos, e foi proposta a seguinte divisão: a) tratados internacionais de direitos humanos *strictu sensu* que serão elencados oportunamente; e b) tratados internacionais que não abordam estritamente os direitos humanos, embora tenham relevância para o tema, dos quais nos ocupamos doravante.

Na análise propriamente dita verificou-se que há uma divergência quanto ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, indicado pela SEDH no rol dos tratados de direito humanitário. Este não tem, nos parâmetros estabelecidos nesta pesquisa, caráter de tratado internacional especificamente de direitos humanos, pois é ato internacional cujo *objeto é a regulamentação de uma corte internacional*, e não o reconhecimento de direitos como obrigação imposta aos Estados. Além disto, o compromisso brasileiro com sua criação e funcionamento já foi contemplado nos termos do artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda 45/2004, estando, portanto, fora do interesse do parágrafo terceiro deste mesmo artigo.

Seguindo essa linha de raciocínio, para fins desta classificação, não foram considerados tratados internacionais de direitos humanos aqueles que criam, regulamentam ou estabelecem competências para as organizações internacionais, como a Carta da ONU e a Carta da OEA. Esses documentos são *cartas constitutivas* daquelas organizações. Tampouco a Declaração de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já internalizada por meio do Decreto n. 4.463/2002, está na categoria de tratado internacional de direitos humanos *stricto sensu* que estamos considerando neste trabalho, por tratar-se simplesmente de *ato de adesão* à jurisdição daquele tribunal internacional.

Tampouco se recomenda a priorização dos tratados de direitos humanos de conteúdo *procedimental*, notadamente os *protocolos facultativos*, tendo em vista que demandam

regulamentação infraconstitucional, especialmente no âmbito administrativo, ou seja, possuem caráter mais propriamente instrumental, no sentido da criação de mecanismos de proteção, do que conteúdo declaratório que gere obrigações para fins de efetivação de direitos, dentro da perspectiva do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No que concerne aos *tratados de direitos humanos stricto sensu*, a primeira escolha foi no sentido de priorizar os atos internacionais do sistema universal por sua amplitude, se comparados aos tratados do sistema regional. Porém, ponderou-se que, apesar de não ter a mesma riqueza que o sistema global, é de se observar que por vezes o sistema regional é mais vantajoso, pois compreende um número menor de países, com características similares, de culturas próximas, bem como tem, intrinsecamente, maior capacidade de exercer pressões sobre os Estados envolvidos. Cada instrumento regional enquadra-se nas perspectivas da sua região, a fim de atender aos anseios da comunidade à qual se dirige.

Entende-se também que não seria cabível, nesta proposta, a priorização dos tratados de direito dos refugiados, por possuírem um objeto bastante específico, ligado à dimensão da proteção dos direitos humanos em caso de conflitos ou situações climáticas e econômicas severas, ou seja, em situações excepcionais. Seguindo a mesma lógica, optamos pela recomendação de não priorizar os tratados internacionais de direito humanitário. Quanto ao sistema regional, recomenda-se a priorização somente daqueles de maior abrangência, consoante com os marcos teóricos pré-estabelecidos.

Para os tratados internacionais de direitos humanos que foram considerados *prioritários*, conforme os parâmetros desta pesquisa, e que já tenham sido ratificados pelo Congresso Nacional *anteriormente* à promulgação da Emenda n.º45/2004, ou que tenham até o momento, sido ratificados na forma de legislação infraconstitucional, postula-se pela sua constitucionalização por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Ressalte-se que a lista dos tratados apresentada para a referida PEC *não é exaustiva*, tendo sido guiada por metodologia adotada por este Grupo de Pesquisa. Indica-se, para esse fim, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, além dos seguintes tratados: Convenção para a prevenção e repressão do Crime de Genocídio, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

Em relação aos tratados de direitos humanos assinados *posteriormente* à Emenda n.º45/2004, ou que ainda não tenham sido ratificados na forma de emenda à Constituição, ou ainda aqueles que não constem da lista acima proposta, sugere-se procedimento legislativo especial para que sejam enviados ao Congresso Nacional com Mensagem Presidencial encaminhando para a constitucionalização, a exemplo do que ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu Protocolo Facultativo [19]. Atualmente seria a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, aprovada pela Resolução

A/61/177 da Assembléia Geral da ONU em 20/12/2006, que ainda não entrou em vigor, tendo sido assinada pelo Brasil em 06/02/2007, estando pendente de ratificação.

Deve ser destacado, por oportuno, que apesar de ter sido indicado originalmente no *Edital de Pesquisa* o Protocolo Adicional à Convenção contra o Crime Organizado para a supressão do tráfico de mulheres e crianças, este não consta da lista encaminhada pela SEDH, por não ser considerado propriamente um tratado de direitos humanos. Na verdade, é um *tratado de direito penal*, cujo objetivo principal não é a garantia ou o respeito ao direito das mulheres e das crianças, mas a criminalização de autores de crimes de tráfico de pessoas, há muito já definidos no Código Penal brasileiro, atualizados pela Lei n. 11.106/05.

Por derradeiro, durante a pesquisa percebeu-se que o Brasil não aderiu a uma importante convenção sobre direitos humanos, a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, de 26 de novembro de 1968. Cumpre assinalar a importância de seu conteúdo e de sua ratificação, especialmente na América Latina, cujos países – inclusive o Brasil – atravessaram, ao longo do século XX, diversos períodos ditatoriais, caracterizados por sistemáticas violações dos direitos humanos.

3. ANÁLISE DA POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

No direito brasileiro podem ser identificadas quatro vertentes de interpretação quanto ao *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, especificamente quanto à hierarquia entre estes, a Constituição e as leis internas.

A primeira delas trabalha com idéia da natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos. Era defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello [13], e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.[14]

A segunda corrente doutrinária defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º, que aduz que: “§ 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Nesse sentido, posicionam-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan¹⁶, Clêmsen Merlin Clève e Ingo Sarlet, dentre outros.

A outra vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui caráter *supralegal* e *infraconstitucional* aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e pode ser localizada especificamente nas Constituições da Alemanha (artigo 25), França (artigo 55) e Grécia (artigo 28). Nesse sentido parece ter aderido a tal entendimento o Min. Gilmar Mendes, no voto vogal proferido no Recurso Extraordinário analisado abaixo.

A quarta corrente, mais conservadora, é prevalente na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF), desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque (publicado no DJ de 29.12.77), que reconhece o *status de lei ordinária* a tratados internacionais em geral, sem diferenciar aqueles que tratam especificamente de direitos humanos. Com essa decisão, o STF alterou seu posicionamento tradicional, anterior a 1977, e passou a adotar a tese de equiparação dos tratados internacionais a leis ordinárias, ou seja, situando-os hierarquicamente abaixo da Constituição.

Tal posição foi mantida mesmo após a Constituição de 1988 [15], tendo sido várias vezes reafirmada pela Corte Suprema. Em caso paradigmático, julgado em 22.11.95, ou seja, após a internalização do Pacto de San Jose da Costa Rica [16], o STF julgou constitucional a prisão civil do depositário infiel com fundamento de que o referido tratado teria sido incorporado ao ordenamento jurídico como legislação ordinária, não podendo, portanto, prevalecer sobre o texto constitucional [17]. Ao analisar as divergências entre o artigo 7º de tal diploma internacional [18] que admite apenas um único caso de prisão civil por dívidas – do devedor de alimentos –, e a CF/88 que inclui, além dessa, a do depositário infiel [19], considerou a Corte que não havia qualquer inconstitucionalidade em tal disposição, diante da supremacia da Constituição.

Nesse mesmo sentido, no HC 81.319-GO, relatado pelo Min. Celso de Mello, se extraem alguns conceitos importantes que sustentam a posição majoritária do STF, julgado em 24.02.2002 (DJ de 19.08.95) pelo Plenário da Corte, conforme a seguinte ementa:

(...) Admissibilidade - alienação fiduciária em garantia - prisão civil do devedor fiduciante - legitimidade constitucional - inocorrência de transgressão ao pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (...).

A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes.

Os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais. - a possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (artigo 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - a ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao poder legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (artigo 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.

No julgamento do processo acima mencionado, merece destaque a referência feita pelo relator à necessidade de uma futura mudança da “estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos: uma desejável qualificação jurídica a ser atribuída, ‘*de jure constituendo*’, a tais convenções celebradas pelo Brasil”, ou seja, ele propõe expressamente que “à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo estado brasileiro...”.

Há, efetivamente, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma preocupação com o fato de que os tratados e convenções internacionais “não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da lei fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)”.

Em que pese tal entendimento tenha perdurado por várias décadas, na atualidade pode-se afirmar que está havendo uma mudança de rumos que poderá levar a uma futura reforma da jurisprudência da Corte com base em julgamentos em andamento. Destaque-se que estão em curso, de forma unificada, no Pleno do STF, três recursos sobre o tema da (in)constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel: o HC 87.585 [20], o RE 349.703 [21] e o RE 466.343.

Os primeiros indicativos de mudança de entendimento ocorreram no ano de 2007. Enquanto a 2ª. Turma do STF, no HC 87.585, decidiu encaminhar o julgamento do processo ao Plenário da Corte, a 1ª. Turma já proferiu posicionamento favorável à tese da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, ao deferir ordem de *habeas corpus* no HC n. 90.172, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, e deferido por unanimidade, pelo seguinte fundamento:

A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. ... Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (artigo 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.

Tal julgado faz, inclusive, menção ao Recurso Extraordinário n. 466.343-1-SP, ainda pendente de decisão pelo Pleno, interposto contra o acórdão do TJSP que considerou inconstitucional a prisão civil do alienante fiduciário. Nesse recurso, já há oito votos pela inconstitucionalidade dessa prisão, mas nem todos pelo mesmo fundamento.

Embora ainda seja precipitado afirmar taxativamente, parece estar se iniciando uma nova linha de interpretação constitucional sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Para melhor esclarecer essa tendência, passaremos a analisar os extratos dos votos já divulgados do recurso extraordinário acima citado.

No julgamento iniciado em 22.11.06, o Min. Cezar Peluso, relator, sem entrar no mérito da relação entre os tratados e a Constituição, no trecho já divulgado, negou provimento ao recurso, concluindo pela inconstitucionalidade do disposto no artigo 4º do DL 911/69, ao afirmar que:

entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver. [22]

Em seguida, pediu vista o Min. Gilmar Mendes, que proferiu um importante voto [23], com especial foco na posição dos tratados internacionais de direitos humanos frente à Constituição Federal de 1988, e defendeu o *status* de norma supralegal aos tratados de direitos humanos, mantendo a supremacia da Constituição e reconhecendo a sua superioridade com relação àqueles. O voto do referido ministro será objeto de análise a seguir.

Em primeiro lugar, é interessante notar que o Min. Gilmar Mendes analisa a questão em tela sob a específica ótica da Emenda Constitucional nº. 45/2004, ao partir da premissa de que “os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”, ao mesmo tempo em que reconhece que tal emenda ressalta “o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”.

Com base no seu voto, o ministro considera insuficiente a atual posição da Corte e defende que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”. Para Mendes, “a necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional”, de forma a “assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”.

Em resumo, o Min. Gilmar Mendes entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um “inequívoco caráter especial”, ou seja, supralegal, e por isso têm o condão de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa

infraconstitucional com ela conflitante”, como é o caso do dispositivo que prevê a prisão civil do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII da CF/88), mas que este não pode ser revogado por meio de um tratado, diante da “supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais”.

Assim, ele defende que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – junto a outros tratados de direitos humanos, para que sejam incorporados formalmente à Constituição Brasileira, devem seguir o “procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional”. Destaca o ministro, ao final, que “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Por fim, o relator acrescentou que a prisão civil do devedor-fiduciante violaria o princípio da proporcionalidade, já que o ordenamento jurídico dispõe de outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como o fato de que o DL 911/69 teria instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional.

Além do relator Cezar Peluso e do voto vista de Gilmar Mendes mais seis outros ministros votaram contra a prisão do depositário infiel, embora não se tenha ainda disponível a íntegra de seus posicionamentos. São eles: Marco Aurélio (que já manifestara anteriormente em outros julgados uma posição até então vencida pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel), Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Talvez a maior surpresa tenha sido o voto do Ministro Celso de Mello, que mudou sua posição original e destacou a importância da “análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004”. [24]

Para o referido Ministro “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal”, mas ponderou que “tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la”. [25]

Sua posição, no entanto, difere da exposta no voto de Gilmar Mendes, pois ele não concorda com o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional, e destaca a existência de três distintas situações relativas a esses tratados:

- 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou

aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Ao comentar o pronunciamento de Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes teria discordado parcialmente do último aspecto daquele voto, e defendido a Emenda Constitucional 45/04, da Reforma do Judiciário, mantendo sua posição pelo caráter supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos. Em que pese essa a divergência entre os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello quanto à hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos, ambos reconhecem a necessidade de adequação do texto do tratado à Constituição.

Após o voto de Celso de Mello, o Ministro Menezes Direito pediu vista e suspendeu o julgamento, conjuntamente com os outros dois processos em julgamento sobre o tema.

Apesar de o julgamento do recurso extraordinário em tela ainda estar suspenso, a posição do Ministro Direito, já declarada em outro julgado recente, do qual ele foi relator, foi no sentido de considerar “que a decisão do tribunal *a quo* estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte que entende ser constitucional a prisão civil decorrente de depósito judicial, pois enquadrada na ressalva prevista no inciso LXVII do art. 5º, da CF, ante sua natureza não-contratual”[26], razão pela qual ele denegou a ordem, tendo a 1ª. Turma do STF mantido a prisão do paciente, por maioria, vencido o Min Marco Aurélio [27].

Por outro lado, em decisão liminar bastante recente, o Ministro Carlos Ayres Britto suspendeu ordem de prisão civil no HC n. 94013, exercendo o seu poder de cautela, em decisão ainda não definitiva, levando em conta justamente o julgamento do Recurso Extraordinário sobre este tema, no qual “nada menos do que sete ministros deste STF – maioria da qual faço parte – proferiram voto na linha da ilegitimidade da prisão civil daquele que se ache na condição de depositário infiel”.

CONCLUSÕES

A Emenda Constitucional nº 45/2004, em matéria de direitos humanos, atribuiu *status* equivalente ao de norma constitucional para tratados internacionais sobre esse assunto. O parágrafo 3º introduzido ao artigo 5º da Constituição Federal criou procedimento legislativo especial para que estes pudessem ser formalmente constitucionalizados. No entanto, a redação dada pelo Poder Constituinte Reformador foi objeto de muitas críticas pela doutrina brasileira, e este trabalho orienta-se exatamente para a proposição de alternativas que contemplem os questionamentos levantados e garantam a proteção constitucional dos direitos humanos.

Como demonstrado no decorrer da pesquisa, no direito brasileiro podem ser identificadas quatro vertentes de interpretação quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, depois de devidamente internalizados:

- A primeira delas atribui *natureza supraconstitucional* aos tratados dessa matéria. Era defendida, por exemplo, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello¹⁷, e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.
- A segunda corrente doutrinária defende a *hierarquia constitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º, que aduz que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, posicionam-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan¹⁸, Clèmenson Merlin Clève e Ingo Sarlet, dentre outros.
- A outra vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui *caráter supralegal e infraconstitucional* aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e pode ser localizada especificamente nas Constituições da Alemanha (artigo 25), França (artigo 55) e Grécia (artigo 28). Nesse sentido parece ter aderido a tal entendimento o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.
- A quarta corrente ainda prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), e reconhece o *status de lei ordinária* a tratados internacionais, inclusive aqueles que protegem direitos humanos. Esse posicionamento foi firmado a partir de 1977 e perdurou mesmo após a Constituição de 1988.

Em 2004, decidiu o Constituinte Derivado pôr termo a esta divergência determinando hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos no Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Houve uma manifestação expressa de qual das posições acima deveria prevalecer, isto é, aquela que atribuía *status* constitucional a esses tratados, mas outras questões permaneceram sem resposta, como por exemplo: i) qual o tratamento a ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda nº 45/2004?; ii) Pode um tratado internacional de direitos humanos ser constitucionalizado em parte?; iii) O que acontece com um tratado internacional de direitos humanos que não atinge o quorum estabelecido no parágrafo 3º? Teria este *status* de lei ordinária?

O primeiro problema decorrente da redação dada ao enunciado normativo acima transcrito refere-se ao tratamento que deveria ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Como não existia o procedimento acima descrito, estes foram ratificados por processo distinto e, portanto, restava dúvida se deveriam ser considerados como constitucionais ou se para tal deveriam ser reapreciados pelo Poder Legislativo.

A mesma parcela da doutrina que defendia a tese da constitucionalidade desses tratados antes da referida Emenda manteve esse posicionamento em razão do artigo 5º, parágrafo 2º, considerando que, a partir do parágrafo 3º do mesmo artigo, os tratados anteriores teriam sido automaticamente constitucionalizados.

Entretanto, como já assinalado anteriormente, a existência de um *bloco de constitucionalidade* não é ponto pacífico entre os pensadores brasileiros, tampouco na jurisprudência constitucional. Em relação ao tratamento destes documentos, o Supremo

Tribunal Federal manifestou-se ora pela constitucionalização automática, ora manteve o posicionamento de que os tratados anteriores teriam hierarquia infraconstitucional e, em outros momentos, reafirmou que estes deveriam ter natureza supralegal.

Como alternativa a esse problema, buscou-se no Direito Comparado experiências de países que alteraram o *status* dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional. A contribuição que pareceu mais adequada foi a da Constituição Argentina que, antes de estabelecer o procedimento de constitucionalização desses tratados, elenca quais dentre os já ratificados deveriam ter o mesmo tratamento. Em Seminário organizado pelo Grupo de Pesquisa para difusão deste trabalho, além da contribuição de doutrinadores como Flávia Piovesan e Oscar Vilhena Vieira, a manifestação do Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Suprema Corte Argentina foi bastante esclarecedora nesse sentido. Na qualidade de parlamentar a época da reforma constitucional argentina e de atual intérprete da mesma Constituição, Zaffaroni afirmou a positividade da técnica legislativa de trazer elencados na Carta constitucional os tratados já ratificados antes da reforma que deveriam gozar de constitucionalização automática.

Para determinar os documentos que deveriam constar do texto do parágrafo terceiro, construiu-se um conceito adequado de *tratados internacionais de direitos humanos*. Os tratados internacionais que não abordam estritamente os direitos humanos, embora tenham relevância para o tema, não constam desta proposta. Já os documentos internacionais que se enquadram no conceito desenvolvido foram considerados tratados internacionais de direitos humanos *stricto sensu* e suas escolhas obedeceram aos seguintes critérios: foram priorizados os atos internacionais do *sistema universal* por sua amplitude, se comparados aos tratados do sistema regional, embora, por motivos pragmáticos, tenhamos incluído também tratados do *sistema interamericano*, mais próximos da nossa realidade.

Para que outros documentos de direitos humanos *stricto sensu* tenham a mesma natureza, basta que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos. Ressalte-se que, em qualquer hipótese, se as normas do tratado internacional de direitos humanos não contrariarem cláusulas pétreas, elas passam a determinar um novo parâmetro de constitucionalidade. Se ocorrer o contrário, deverá ser protegida a integridade do texto constitucional e afastada a norma do tratado.

No intuito de contribuir para a máxima aplicação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal foram propostas, ainda, alterações no âmbito do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de maneira que o procedimento especial definido naquela norma pudesse ser detalhadamente refletido nestes.

Nesse aspecto, a contribuição mais relevante foi a da criação de uma Comissão Especial, formada por integrantes das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, Relações Exteriores e Defesa Nacional e Direitos Humanos e Minorias (ou Direitos Humanos e Legislação Participativa) para apreciação dos projetos de decreto legislativo destinados à constitucionalização de tratados de direitos humanos. Esta se justifica não apenas para conferir maior celeridade ao processo, como também para permitir que os principais interesses envolvidos nesse projeto possam ser defendidos. Essa observação se faz necessária porque, no trâmite da Emenda Constitucional nº 45/2004, apesar de

defender interesse amparado pela redação do §3º do artigo 5º, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias não foi chamada a opinar. A orientação para que se crie essa Comissão Especial pretende assegurar que tratados internacionais de direitos humanos sejam necessariamente analisados por representantes das Comissões de Direitos Humanos das duas Casas Legislativas.

Nesse sentido, a discussão pública do resultado da pesquisa no Congresso Nacional influenciou a Proposta de Resolução do Senado (PRS) 29/2008, apresentada pelo Senador Mercadante. O Senado não cria, como o faz a Câmara, Comissões Especiais para discussão exclusiva de um projeto. Por isso na PRS, optaram por definir quais deveriam ser as comissões bem como suas competências sobre a matéria. Caberia à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania se pronunciar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do projeto, bem como sobre a pertinência em equivaler o tratado ou a convenção à emenda constitucional; às Comissões de Direitos Humanos e de Relações Exteriores e Defesa Nacional o pronunciamento sobre o mérito do projeto.

Quanto ao segundo problema (ii), aquele que se refere à (im)possibilidade de constitucionalização em parte de tratado internacional de direitos humanos, entende-se que o Poder Legislativo não pode apresentar emendas ou reservas a estas espécies. Sendo assim, cabe ao Congresso Nacional decidir definitivamente se o tratado será totalmente internalizado como norma constitucional ou se totalmente rejeitado. Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha reservado ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais, a aposição de emendas aos textos já negociados com outros Estados pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. A negociação dos tratados é matéria de competência privativa do Chefe do Executivo Federal, e permitir que o Congresso Nacional interfira nesse processo implica em violação da Separação, Independência e Harmonia entre os Poderes, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988. Apesar de todos os argumentos trazidos neste trabalho, na PRS 29/2008 prevalece o entendimento sobre a possibilidade de emendas como forma de introduzir reservas ao tratado ou convenção. Na sua justificativa, ressaltam que as reservas são formalizadas pelas emendas ao decreto, sem interferir no tratado.

O último questionamento proposto (iii) tem por intuito responder se é possível a internalização de tratados de direitos humanos com *status* de lei ordinária quando não se atinja o quorum exigido para sua constitucionalização. Admitir essa possibilidade implicaria no risco de se conviver com normas de direitos humanos de categorias distintas. Tal postura não é adequada. Defende-se que, diante da possibilidade de internalizar o tratado com hierarquia infraconstitucional, estaria enfraquecida a proteção das normas definidoras de direitos humanos, além de contrariar a vontade manifesta do Poder Constituinte Reformador ao determinar, a partir do advento do § 3º do artigo 5º, que todos os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos devem ter hierarquia de norma constitucional. Nesse sentido também é divergente o posicionamento defendido na PRS 29/2008. Nos termos da proposta: “Caso o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos não obtenha, em dois turnos, três quintos de votos favoráveis, será considerado aprovado com equivalência às leis ordinárias, desde que alcançada a maioria simples de votos”.

O projeto no qual se enquadra a pesquisa que ora se apresenta foi criado no intuito de democratizar o processo de elaboração legislativa. A Secretaria de Assuntos Legislativos - SAL, órgão do Ministério da Justiça produz, em média, cerca de 500 pareceres por ano sobre os mais diversos temas jurídicos. Tais pareceres instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial. Para estreitar o diálogo com as discussões jurídicas de ponta desenvolvidas no meio acadêmico brasileiro e qualificar a Secretaria no trabalho de elaboração normativa foi desenvolvido o Projeto Pensando o Direito. Acredita-se que esta pesquisa cumpriu os objetivos definidos, não só pelo tratamento científico dado ao tema como também por ter avançado num processo deliberativo aberto e público com o Congresso Nacional e a SAL sobre as conclusões levantadas pelo Grupo de Pesquisa.

Notas:

[1] Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Idem*, p. 443.

[2] Tal temática remete a duas teorias: *Monista e Dualista*, que tratam da separação ou não de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, que não serão analisadas porque fogem do objeto de nossa pesquisa.

[3] De acordo com a Opinião Consultiva n. 2/82 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tratados sobre direitos humanos não são tratados multilaterais de tipo tradicional. Assim, ao aprovar esses tratados os Estados se obrigam não perante outros Estados, mas em relação aos indivíduos que vivem sob sua jurisdição. Disso decorre também o fato de que não seria admitido opor reservas. De acordo com Cançado Trindade: “se os governos mantiverem em mente a natureza especial dos tratados de direitos humanos, celebrados para a proteção da pessoa humana e não para o estabelecimento de concessões ou vantagens interestatais recíprocas, certamente se esforçarão eles para não formular reservas ou, quando parecerem estas necessárias e forem permissíveis, formulá-las de tal modo que não gerem problemas de interpretação e não se afigurem incompatíveis com o objeto e propósito de tais tratados”. Cançado Trindade *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: UnB, 2000, p 120 e ss.

[4] A Convenção de Viena define *reserva* do seguinte modo: “uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do Tratado em sua aplicação a esse Estado”. De acordo com Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004., p. 209, “As reservas, para serem válidas, devem preencher uma condição de forma e outra de fundo. A condição de forma é que ela deve ser apresentada por escrito, pelo Poder competente dentro do Estado para o trato dos assuntos internacionais, isto é, pelo Poder Executivo. O Legislativo não pode apresentar reservas no plano internacional. Antonio Cachapuz de Medeiros, citando Vicente Marotta Rangel, destaca a importância de se distinguir as emendas das reservas aos tratados internacionais. As *emendas* “pretendem a revisão ou reforma de determinadas cláusulas”, enquanto as *reservas* “visam a suspender-lhes a aplicação”. Cf. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. Atualização do direito dos

tratados. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2008.

[5] Constituição Federal de 1988, artigo 84.

[6] Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 120 e ss.

[7] Art. 2º, nº 1 letra d (Convenção de Viena - Direito dos Tratados). Regulamentação Art. 19 a 23 da mesma Convenção. O instituto da reserva é utilizado com dois objetivos: eximir-se da obrigação; e definir o entendimento (interpretar o sentido da norma internacional).

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva; a menos que: a reserva seja proibida pelo tratado; o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou nos casos em que a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. Na Aprovação Legislativa, não pode haver mudança, porém pode haver reserva.

[8] O Supremo Tribunal Federal já negou aplicabilidade a tratado internacional que introduzia normas de direitos fundamentais porque não foi publicado no Diário Oficial (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.05.01).

[9] Conferir BATISTA, Vanessa Oliveira. *Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 34, 02/11/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343. Acesso em 12/07/2007.

Conferir ainda TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Friedrich Naumann Stiftung, 1992. 357 p. e *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2 ed. San José: IIDH/CICV/ACNUR/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

[10] Essas três vertentes de proteção internacional foram reforçadas pelo ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas na década de 1990: *Meio Ambiente, Rio de Janeiro, 1992*; *Direitos Humanos, Viena, 1993*; *População e Desenvolvimento, Cairo, 1994*; *Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995*; *Mulher, Beijing, 1995*; *Assentamentos Humanos, Istambul, 1996*. Todas essas reuniões tiveram em comum o fato de demonstrar uma legítima preocupação de toda a comunidade internacional com as condições de vida das pessoas em todos os países. Cf. CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1997; e CANÇADO TRINDADE, A. A.; PEYTRIGNET, G.; e RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, Brasília/San José de Costa Rica. IIDH/ACNUR/CICV, 1996.

[11] Entendemos por *Bloco de Constitucionalidade* o conjunto de regras e princípios que, embora não integrem o texto constitucional, são formalmente reconhecidos como materialmente constitucionais e que podem ser utilizados como parâmetro de constitucionalidade para Jurisdição Constitucional.

[12] Ou seja, por *prioritários* deve-se entender aqueles aos quais recomendamos a imediata constitucionalização, por meio de emenda constitucional. Encaminhamento ao Congresso Nacional via Mensagem Presidencial n. 711/2007, em setembro de 2007.

[13] Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

[14] Cf. STF, Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orosimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo.

[15] HC nº 72.131/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001. HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

[16] Em 06/11/1992, por meio do Decreto n. 678/92.

[17] STF, Plenário, HC nº 72.131/RJ (Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves). No mesmo sentido, vide ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. 4.9.1997, DJ 18.05.2001); RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (j. 27.5.1998, DJ 05.09.2003).

[18] Artigo 7º. “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

[19] Algumas Constituições Brasileiras foram omissas quanto à possibilidade de prisão civil por dívida, como se constata na Constituição do Império de 1824, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, bem como nas Emendas de 1926, e na Constituição de 1937. Já a Constituição de 1934, vedou expressamente qualquer tipo de prisão por dívidas, o que resta claro na redação de seu art. 113, nº. 30: “*Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas*”. Contudo, as constituições que a seguiram não tiveram esta mesma orientação, pois previram algumas exceções, a exemplificar: a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos, tendo sido estabelecido que “*Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo a do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei*”, em redação quase idêntica dos artigos 141, § 32, da Constituição de 1946, art. 150, § 17 da Constituição de 1967, e art. 153, § 17 da Emenda Constitucional no. 1, de 1969. Com a Constituição de 1988, houve uma pequena modificação no dispositivo legal, com a supressão da expressão “na forma da lei”, ficando a redação do art. 5º., inciso LXVII, da CF/88, redigida da seguinte forma: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do*

responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

[20] Em 29.08.2007, ao submeter o feito ao Pleno, o Rel. Min. Marco Aurélio proferiu voto favorável à concessão da ordem, por considerar inconstitucional a prisão do depositário infiel, tendo pedido vista o Min. Celso de Mello que, em 12.03.08, acompanhou o voto do relator. Nesta ocasião, pediu vista o Min. Menezes Direito.

[28] Em 03.03.2003, o relator originário, Min. Ilmar Galvão, votou pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário interposto por um Banco com o objetivo de impor a prisão civil em um caso de depositário infiel, os Ministros Moreira Alves e Sidney Sanchez antecipado os seus votos no sentido de conhecer e prover o recurso, tendo o julgamento sido interrompido com o pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. Prosseguindo o julgamento, em 22.11.2006, após o voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Na sessão de 12.03.08, o Min. Celso de Mello proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso, tendo o Min. Menezes Direito pedido vista dos autos.

[21] Fonte: Informativo STF n. 450, de 06.12.2006. Acórdão ainda não publicado, pois o julgamento ainda está pendente de recurso.

[22] Ainda não publicado.

[23] Informativo STF n. 498.

[24] Fonte: Consultor Jurídico. Leis de fora: Supremo redesenha hierarquia de tratado internacional. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/64644,1>. Acesso em 14.03.08.

[25] HC 92.541, julgado em 19.02.2008. Informativo n. 495, Brasília, 18 a 22 de fevereiro de 2008.

[26] Segundo o Informativo STF, o voto vencido do Min. Marco Aurélio no HC 92.541/PR foi no sentido de considerar “não ser auto-aplicável o referido dispositivo constitucional, bem como a subscrição, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, concedia o writ ao fundamento de que a prisão civil estaria limitada ao inadimplemento inescusável de prestação alimentícia.”

[27] Supremo concede liminar a comerciante de veículos acusada de depositária infiel. Notícias STF, Quarta-feira, 26 de Março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=85389>. Acesso em 26 de Março de 2008.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. d. São Paulo: Forense, 1991.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário? *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n.197, p.38-39, mar. 2005.

AYALA CORAO, Carlos M. *El derecho de los Derechos Humanos: la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n.34, 02 nov 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343. Acesso em: 12 jul. 2007.

_____. A integração dos Tratados Internacionais do Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 80, p.131-39, jan.1995.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção dos Direitos Humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Friedrich Naumann Stiftung, 1992.

_____. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2. ed. San José: IIDH/CICV/ACNUR/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos *Direitos Humanos* nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, 1998.

_____. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

_____. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights: at global and regional levels. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 202, 1987.

_____. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo, 1990.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRIGNET, G.; RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. Brasília/San José de Costa Rica: IIDH/ACNUR/CICV, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José de Costa Rica: CIDH/ACNUR, 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida (Org). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC n.2/82 del 24 de setiembre de 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Ed. Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados Internacionais na Emenda 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.) *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 83-98.

FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. *DIKAIOSYNE: revista de filosofía práctica*, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, nº 12, jun. 2004.

GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *A internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LOUREIRO, Silvia. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Atualização do direito dos tratados*. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. v. 1.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

ORDOÑEZ, Jaime. *Derechos fundamentales y Constitución*. Buenos Aires: *Contribuciones*, v.3, n.39, p. 93-105, jul./set. 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.) *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 67-81.

PRONER, Carol. *Direitos Humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

_____. *Direitos Humanos e Constituição*. Palestra proferida no I Colóquio Internacional do Grupo de Pesquisa em Direito Público na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, 29 out 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 415 p.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Mimeo.

SANCINETTI, Marcelo A; FERRANTE, Marcelo. *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: notas em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 33, n.102, p. 177-208, jun. 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 103 p.

_____. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Escopo, 1988. 74 p.

VILLEY, Michel. *O direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a Emenda Constitucional n. 4

1 PRONER, Caroline, Direitos Humanos e Constituição, palestra proferida no I Colóquio Internacional do Grupo de Pesquisa em Direito Público na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, em 29 de Outubro de 2007.

2 Idem.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 565.

4 GHAI, Yash. “Globalização, multiculturalismo e direito”. In SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 563.

5 FLORES, Joaquín Herrera. “Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistência”. In *DIKAIOSYNE n° 12. Revista de filosofia prática*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. Junio de 2004. p.54.

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438.

7 FLORES, Joaquín Herrera. “Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistência”. In *DIKAIOSYN, n° 12. Revista de filosofia prática*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. Junio de 2004. p.52.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 443-451.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 444.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 451.

11 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 200.

12 LOUREIRO, Silvia. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99.

13 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 240, nota 59.

14 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Atualização do direito dos tratados*. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2008

15 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

16 Cançado Trindade, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n° 113-118, 1998. pp. 88-89; e Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

17 Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2° do art. 5° da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

18 Cançado Trindade, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n° 113-118, 1998. pp. 88-89; e

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS* **

Manoel Messias Peixinho

RESUMO

A judicialização da política significa a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do *checks and balances*. A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos. O objetivo deste trabalho é traçar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa a delinear a doutrina clássica e contemporânea da separação dos poderes e o segundo núcleo pretende discorrer sobre as novas tendências da jurisdição constitucional pautada pela judicialização da política no Brasil e em alguns países em que a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina e se torna parte significativa e integrante do neoconstitucionalismo

PALAVRAS-CHAVES: SEPARAÇÃO DOS PODERES; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; DEMOCRACIA; NEOCONSTITUCIONALISMO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUMÉ

La judiciarisation du politique signifie l'intervention décisoire du Pouvoir Judiciaire capable de toucher la conjoncture politique dans les démocraties contemporains. La conséquence immédiate de celui-là intervention est l'élargissement du pouvoir judiciaire dans des matières qui seraient réservées les compétences des Pouvoirs Exécutif et Législatif avec inspiration dans la théorie de *checks and balances*. La judiciarisation du politique ne signifie pas la délégation du Pouvoir Législatif de sa compétence au Pouvoir Judiciaire dans les États de Droit et ni l'usurpation judiciaire de principe de séparation des pouvoirs. La judiciarisation du politique est un instrument démocratique de concrétisation des droits fondamentaux moyennant la performance activiste du pouvoir Judiciaire toujours conformément à la Constitution et avec les principes démocratiques. L'objectif de ce travail est tracer dans des lignes générales la relation

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes

entre la judicialização du politique et le principe de séparation des pouvoirs conformément à deux noyaux basiques. Premier il prétend délinéer la doctrine classique et contemporain de séparation des pouvoirs et du second noyau prétend discourir sur les nouvelles tendances de la juridiction constitutionnelle réglée par la judicialização du politique au Brésil et dans quelques pays où la judicialização du politique reçoit attention spéciale de la part de la doctrine et se rend partie significative et intégrante du nouveau constitutionalism.

MOTS-CLÉS: LA SÉPARATION DES POUVOIRS; DÉMOCRATIE; JUDICIARISATION DU POLITIQUE; NOUVEAU CONSTITUTIONALISM; DROITS FONDAMENTAUX.

INTRODUÇÃO

O tema judicialização da política e politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances*. Para Boaventura de Sousa Santos, “a judicialização da política conduz à politização da justiça”. Nesta linha, “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas.”[1] O objetivo deste trabalho é traçar, em linhas gerais, a relação entre a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes a partir de dois núcleos básicos. O primeiro visa delinear a doutrina clássica e contemporânea da separação dos poderes e o segundo núcleo pretende discorrer sobre as novas tendências da jurisdição constitucional pautada pelo ativismo judicial no Brasil e em alguns países em que a judicialização da política recebe atenção especial por parte da doutrina.

1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes surge, pela primeira vez, como teoria política, no pensamento de John Locke (1632-1704). Este denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. Para Locke, o Poder Legislativo tem a competência de fixar as leis com o objetivo de preservar a sociedade política e os seus membros. As leis elaboradas têm força para se estabilizarem com o tempo, mas requerem, contudo, execução continuada. Para cuidar da execução das leis há necessidade, em muitos casos, de um Poder Executivo separado do Poder Legislativo. O Poder Federativo compreende o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações externas.[2] Observa John Locke que os Poderes Executivo e Federativo estão quase sempre unidos e raramente podem ser desempenhados por pessoas diferentes. Porém, para a preservação da sociedade política

há somente um único poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todos os outros poderes estão subordinados.[3]

Nas obras de Montesquieu (1689-1755)[4] há rica e inesgotável fonte de inspiração teórica sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio da legalidade, da separação dos poderes e da relação da lei com a liberdade, com principal ênfase na consagração de algumas garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas. Foi, também, significativa a influência na Declaração de 1789 e nas constituições posteriores a distinção estabelecida por Montesquieu entre liberdade política e sua relação com a Constituição e o cidadão, ou entre princípios de organização dos poderes e direitos humanos. A liberdade política vista na Constituição não seria meramente um princípio de organização, mas um direito à participação. Montesquieu, inspirado na teoria esposada por John Locke, entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem ser atribuídos a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. Em Montesquieu há verdadeira harmonia que enseja a atribuição conjunta e indivisível de três órgãos, quer dizer, a co-soberania de três órgãos políticos.

A divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16) que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetiva o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais. Para os deputados de 1789, a separação dos poderes era um dogma, a ponto de ser positivado na Declaração o princípio de que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição. Percebe-se, na adoção do princípio, a influência de Montesquieu na Constituição inglesa que inclui, também, as contribuições de Rousseau.[5]

2. REVISÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias[6], mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo. Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração. Explico: os atos normativos

infralegais emanados de autoridades administrativas têm regulado situações jurídicas não contempladas pela lei ou, em outra hipótese, nos casos de insuficiência da legislação formal. O exemplo bem significativo dessa nova tendência foi o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade[7] ajuizada em face da Resolução n. 07, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça. O ato normativo emanado do Conselho Nacional de Justiça proibiu a prática do nepotismo em todas as instâncias do Poder Judiciário, sem que houvesse lei em sentido formal que proibisse a contratação de parentes. Ainda que se argumente que a proibição do nepotismo já existia em decorrência da vedação implícita dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, é indiscutível que o ato administrativo normativo foi capaz de criar uma situação jurídica nova e, conseqüentemente, afetar direitos subjetivos, sem que, repita-se, existisse lei em sentido formal que vedasse a prática da contratação de parentes nos cargos de livre nomeação e exoneração em que há, inclusive, permissivo constitucional.[8] No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, ou na expressão utilizada por François Rigaux, “a invasão do legislativo no judiciário”[9], há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais.

Se do ponto de vista da eficiência é necessário buscar o grau ótimo de eficácia das sentenças do Tribunal Constitucional, seus limites não podem lograr êxito em razão de diferenças abissais entre direito e política. A Jurisdição Constitucional é a justiça política no sentido de que tem que enfrentar objeto político (direito constitucional político) e seus membros são designados por instâncias políticas e suas decisões têm efeitos políticos mais ou menos amplos. Assim sendo, o direito constitucional é justificável não só em seu conjunto, senão que o próprio Tribunal Constitucional tem que se manifestar sobre a violação da Constituição nos casos que se apresentem. Entretanto, não pode deixar de atuar sob a alegação de que a decisão implicaria em judicialização.[10]

O poder de interpretação do Tribunal Constitucional Federal germânico, segundo Hans Peter Schneider alcança a sua máxima extensão no controle de conteúdo quando reduz ao máximo as margens políticas de atuação e de decisão dos órgãos estatais. Por controle de conteúdo, entenda-se o exame das decisões dos poderes políticos sobre a base de conformidade objetiva com as normas da Lei Fundamental e desde o ponto de vista de sua correção moral. Nas sentenças do Tribunal Constitucional Federal alemão constata-se a preferência do controle de conteúdo, principalmente quando são priorizadas questões de proteção aos direitos individuais e da liberdade pessoal (liberdade de movimento, vida, integridade física), necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia) ou possibilidades de desenvolvimento pessoal (acesso a profissões, eleição de ensino).[11]

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Por último, pontua Klaus Stern que sem a judicialização da constituição é quase impossível o cometimento de violações à Constituição. Apesar de não existir cláusula

geral que consagre a Justiça Constitucional, tendo em vista as amplas competências do Tribunal Constitucional Federal alemão, não há qualquer questão relevante que não possa ser apreciada pela Justiça Constitucional. O princípio da divisão e separação de poderes, *checks and balances of powers*, não só tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a constituição.[12]

3. ESTADO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Há dois sentidos de Estado de Direito: um sentido forte e um sentido fraco. No primeiro, fraco ou formal, o Estado de Direito designa qualquer ordenamento jurídico em que os poderes públicos são conferidos por lei e exercidos na formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos. Neste sentido corresponde ao termo alemão *Rechtsstaat*, que configura todos os Estados de Direitos contemporâneos, inclusive aqueles considerados antiliberais, em que os poderes públicos têm fonte e forma legal. Num segundo sentido, forte e substancial, em contraponto com o modelo de Estado fraco, Estado de Direito corporifica os ordenamentos em que os poderes constituídos estão vinculados formal e substancialmente a lei, incluindo o Poder Legislativo. Neste sentido, os Estados de Direito estão vinculados ao respeito de princípios substanciais estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.

Os significados de estado forte e estado fraco correspondem a modelos normativos diferentes. O modelo paleo-juspositivista do Estado Legislativo (ou Estado legal) é contemporâneo do nascimento do Estado Moderno. Este tem o monopólio da produção jurídica e espelha o paradigma de neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), que é produto, por sua vez, da difusão na Europa, por meio da Segunda Guerra Mundial, das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias.

Esses modelos refletem duas experiências históricas diferentes, ambas desenvolvidas no continente europeu e fruto, cada uma delas, de uma tripla mudança de paradigma: (a) natureza e estrutura do direito; (b) natureza da ciência jurídica e (c) jurisdição. Conseqüentemente, identificam-se três paradigmas: Estado pré-moderno, Estado legislativo de direito e Estado constitucional de direito.

No que diz respeito à judicialização, o Estado de Direito sofre profunda modificação quando abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli identifica com precisão a crise por que passam os dois modelos de Estado de Direito. O princípio da legalidade correlato ao Estado Legislativo de Direito entra em crise em razão de dois fatores: (a) inflação legislativa e disfunção da linguagem legal que são resultados de uma política de degradação da legislação e da administração, o que provocou perda da distinção entre ambas as funções. Melhor explicado. A promulgação de leis com baixo teor de tecnicidade, vazadas em linguagem obscura, ensejou a discricionariedade dos juízes para poderem aplicar melhor a lei com

inteligência e teve, conseqüentemente, a formação natural, cada vez mais, de uma jurisprudência administrativa ou privada. O segundo aspecto a ser considerado é que houve (há) uma verdadeira crise que afeta o modelo garantista da Constituição com relação à legislação – que é o marco distintivo do Estado Constitucional de Direito – a significar o fim do monopólio legislativo do Estado nacional.

As principais causas do enfraquecimento do Estado são, dentre outras, a formação dos organismos comunitários dotados de maior poder normativo e, conseqüentemente, a criação de um direito e jurisprudência comunitários que passam a se sobrepor, hierarquicamente, às legislações dos Estados nacionais. Desta forma, os dogmas jurídicos da reserva de lei e do princípio da legalidade vão progressivamente perdendo o sentido. Entendo que o cenário para melhor compreender a decadência do Estado legislativo é apontar os fatores que ensejaram o surgimento de um novo constitucionalismo em que o juiz exerce um papel de destaque na efetivação dos direitos. Riccardo Guastini indica algumas razões que conduziram a constitucionalização do ordenamento jurídico. Neste cenário, a Constituição deixa de ser compreendida como um conjunto de normas que são meramente manifestos políticos e cuja concretização seria competência apenas do legislador ordinário.

A virada no processo de constitucionalização do direito se dá mediante a seguinte premissa: a teoria de que toda norma constitucional, seja qual for a sua estrutura ou conteúdo normativo (1) “é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos”. Como conseqüência do processo de constitucionalização sobressai (2) um modelo de “sobre/interpretação”. A premissa fundamental que embasa a “sobre/interpretação” é a seguinte: as Constituições são documentos com textura aberta, normas indeterminadas. Assim, toda Constituição, devido a sua natureza aberta e indeterminada, está sujeita a dois modelos de interpretação: uma interpretação literal ou restritiva e uma interpretação extensiva. Se a opção for por uma interpretação literal, a Constituição regula apenas uma limitada parcela da vida política e social e deixa um amplo espaço sem qualquer regulação para que o legislador possa regulamentá-lo. A conseqüência mais importante para o tema deste trabalho, é que os espaços vazios deixados pela Constituição são preenchidos livremente pelo legislador e não há que se falar em lei inconstitucional e nem se pode admitir qualquer intervenção judicial em relação à discricionariedade política do legislador. Se, contudo, optar-se por uma interpretação extensiva, a Constituição poderá ser “sobre/interpretada”. Nesse caso, a metodologia hermenêutica extrairá inúmeras normas implícitas capazes de regular quaisquer aspectos da vida social e política. A conclusão quando se adota a teoria da “sobre/interpretação” é singela: desaparecem os espaços vazios, isto é, imunes ao direito constitucional e toda a legislação passa a ser pré-regulada por outra norma de direito constitucional. Em síntese: não existe espaço vazio para nenhuma discricionariedade legislativa e não haverá questão de legitimidade constitucional da qual se poderá dizer que seja uma questão exclusivamente política que obste o conhecimento do juiz da legitimidade constitucional das leis. Agregada à teoria da “sobre/interpretação” alia-se e difunde-se outra teoria: (3) a aplicação direta das normas constitucionais. Esta teoria se contrapõe ao dogma liberal clássico de que a função da Constituição era limitar o poder estatal. De acordo com o paradigma liberal, as normas constitucionais não regulavam as relações privadas, ou seja, as relações sociais entre particulares eram dirigidas pela legislação ordinária, em especial pelos Códigos Civil e Penal. As normas constitucionais se limitavam, exclusivamente, a normatizar a organização do Estado e as relações entre Estado e cidadão. Os juízes, na tradição liberal clássica, limitam-se a

aplicar somente a lei. A Constituição, para essa ideologia, somente poderia ser concretizada mediante a intervenção do legislador. Em franca oposição, o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) apregoa que a função da Constituição é regular as relações sociais. A essência desse novo constitucionalismo adota uma metodologia em que os princípios gerais e as normas programáticas produzem efeitos diretos e podem ser aplicados por qualquer juiz ante as controvérsias. Adite-se: as legislações devem ser produto do desenvolvimento dos princípios constitucionais ou da execução direta dos programas de reforma introduzidos pela Constituição. Outra idéia decorrente é que as normas constitucionais devem ser aplicadas entre particulares ao menos quando a legislação infraconstitucional for incapaz resolver o litígio. A teoria que impõe a interpretação conforme as leis é outra manifestação do novo modelo de constitucionalismo. Essa teoria (4) pressupõe que as texturas normativas permitem mais de um sentido porque existe um significado preordenado ao processo de interpretação. Ou seja, cada texto legislativo pode produzir mais de uma norma. A partir dessa premissa duas posturas hermenêuticas são possíveis. A primeira conduz a uma interpretação *in abstracto*, que leva em consideração apenas o texto normativo, a segunda pontua que a interpretação concreta sobreleva a situação fática em concreto. Diante dessas possibilidades, o juiz pode ter duas posturas: (a) interpretar a situação fática de forma abstrata e considerar a lei inconstitucional ou interpretar *in concreto* e (b) realizar a interpretação da lei conforme a Constituição. A última teoria (5), a influência da Constituição sobre as relações políticas, diz respeito direto ao tema da judicialização da política. O enfrentamento do binômio Constituição/relações políticas exige a análise de algumas variantes, a saber: (a) o conteúdo da Constituição; (b) a postura dos juízes, principalmente das Cortes Constitucionais; (c) a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. Quanto ao conteúdo da Constituição, algumas Constituições (alemã, art. 93 e italiana, 134) e seus respectivos Tribunais Constitucionais, têm a competência para dirimir conflitos entre os órgãos constitucionais. Tais conflitos são, em verdade, dissídios políticos que advém entre os órgãos do Estado. Desta forma, em certos ordenamentos jurídicos os conflitos exclusivamente políticos podem ser resolvidos por órgão judicial mediante a utilização de normas constitucionais. No que diz respeito à atuação dos juízes em particular e dos Tribunais Constitucionais, em geral, que julgam a legitimidade de lei, podem-se adotar dois procedimentos: (1) uma posição *self-restraint* frente às questões políticas e seguir a linha de obediência à discricionariedade do legislador; (2) adota, ao contrário, uma atitude de discussão das matérias legislativas desde que não sejam claramente inconstitucionais. Os argumentos utilizados para controlar a discricionariedade política do legislador são os seguintes: (a) o princípio da igualdade reconstruído pelo princípio da razoabilidade das distinções e classificações legislativas; (b) a ponderação dos princípios constitucionais quando estão em conflito. Por último, quando se fala da atuação dos órgãos constitucionais e dos atores políticos, afirma-se que as normas constitucionais podem ser usadas na argumentação política dos órgãos e pelos atores para justificar suas ações e decisões.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O tema controle de constitucionalidade pressupõe sempre a existência de um modelo de constituição rígida. A constituição é rígida quando é escrita e protegida contra a legislação ordinária, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas ou modificadas senão mediante um procedimento formal, complexo e especial de revisão constitucional diferente qualitativamente do procedimento previsto para a alteração das leis infraconstitucionais. Na atualidade quase todas as constituições são rígidas. A consequência da adoção de um modelo de constituição rígida é a construção de um órgão de controle capaz de preservar e proteger a normatividade constitucional contra possíveis atos normativos constitucionais.

Há, hodiernamente, três sistemas de controle de constitucionalidade. Primeiro modelo (Estados Unidos).[13] Controle *a posteriori* (por via de exceção) e, portanto, controle concreto, exercido por um juiz no âmbito de sua competência jurisdicional. Este modelo tem duas características importantes: (a) possibilita que uma lei inconstitucional entre em vigor e, também, que seja aplicada por um longo tempo antes de ser declarada ilegítima por um juiz. (b) A declaração de inconstitucionalidade de uma lei por um juiz, inclusive de um Tribunal Superior, não produz efeitos gerais, senão apenas no caso controvertido. Porém, é importante salientar que os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, conquanto teoricamente limitados, poderão gerar efeito geral, desde que no ordenamento jurídico pertinente esteja presente o princípio *stare decisis*, ou seja, o princípio que confere força vinculante aos precedentes das jurisdições superiores. Segundo modelo (França). Controle *a priori* ou por via de ação e, portanto, *in abstracto*, exercido por um Tribunal Constitucional ou órgão similar. Este controle impede que uma lei inconstitucional entre em vigor. Porém, essa espécie de controle não pode assegurar uma conformidade total das leis com a Constituição, uma vez que os possíveis efeitos inconstitucionais de uma lei nem sempre podem ser determinados plenamente porque não é possível mensurar os impactos no caso concreto. Terceiro modelo (Alemanha, Itália, Espanha etc.). Controle *a posteriori* (por via de exceção) e, portanto, *in concreto*, exercido por um Tribunal Constitucional. Este controle, uma vez que é *a posteriori*, não impede que uma lei inconstitucional entre em vigor. Por outro lado, a decisão que declara inconstitucional uma lei tem efeitos *erga omnes*, o que impede que o juiz das instâncias inferiores aplique a lei.[14]

Quanto ao modelo de controle de constitucionalidade feito por um Tribunal Constitucional, ressalvadas as peculiaridades dos modelos supracitados, 17 de um total de 25 países da União Européia têm Tribunais Constitucionais, a saber: Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Portugal, Espanha, Chipre, República Checa, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia.[15]

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos fundamentais se confundem, num primeiro estágio, com as garantias liberais clássicas oriundas dos contributos ingleses, franceses e americanos. A configuração dos direitos fundamentais se dá mediante a proteção do indivíduo, daí que as primeiras constituições são liberais e centradas no individualismo. Posteriormente, as constituições do Estado de Bem Estar Social incorporam a proteção de direitos

econômicos, políticos, culturais e sociais, após sangrentas lutas travadas pelos excluídos que vivem à margem da proteção do Estado Liberal.

Nas constituições contemporâneas “constituição e direitos fundamentais” estão umbilicalmente associados. A premissa metodológica formal do modelo de Constituição cede lugar ao modelo de Constituição engajada, a objetivar a materialização de direitos essenciais e indispensáveis à fruição da dignidade humana, que rechaça o paradigma exclusivamente formal de liberdade e igualdade forjado pelo liberalismo clássico. A constituição do Estado Constitucional deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.

6. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No direito constitucional contemporâneo o juiz deixou de ter um papel passivo. Ou seja, aquela figura mítica que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei, cedeu lugar a um novo paradigma. “O novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercute no conjunto de toda uma sociedade. Ademais, com a assunção do controle de constitucionalidade, o juiz passa a ser o mais importante guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. É, ainda, o último defensor contra as violações que possam atingir as garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes.

Diante da crescente necessidade de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, a nova metodologia constitucional impõe que o juiz exerça uma atividade discricionária a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais se tornaram insuficientes.

Passo, a seguir, a fazer uma breve resenha dos principais autores que no direito estrangeiro têm se dedicado ao tema objeto desta monografia.

6.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

No direito estrangeiro o fenômeno da judicialização da política está presente em diversos países, principalmente naqueles em que o Poder Judiciário tem um papel ativo

na interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais. Apenas para conhecimento sumário, uma vez que o escopo deste trabalho não permite uma reflexão mais aprofundada, segue a análise de alguns países que adotam nos seus sistemas jurídicos, respeitadas as peculiaridades históricas e culturais, interpretações generosas da Constituição e dos direitos fundamentais.[16]

6.1.1 ESTADOS UNIDOS

Na tradição estadunidense, destaco os contributos de Ronald Dworkin e Bruce Ackerman. Dworkin elenca argumentos favoráveis e contrários aos juízes incorporarem a competência legislativa. Os argumentos favoráveis ao juiz incorporar a competência legislativa podem ser assim sintetizados. (a) As leis e as regras de direito costumeiro são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas a novos casos. (b) Os juízes devem, às vezes, criar um novo direito seja essa criação dissimulada ou explicitamente. Porém, ao fazê-lo, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. (c) Os juízes criam leis em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivessem agindo por iniciativa própria.

Os argumentos contrários ao juiz incorporar a competência legislativa são os seguintes. (a) É enganoso o argumento de que os juízes legislam quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras autoridades públicas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política, qual seja: entre argumentos de princípio e argumentos de política.[17] (b) Não há dúvida que as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. (c) Se nos casos difíceis, em que nenhuma regra jurídica estabelecida prevê a decisão esperada para o caso concreto, a alternativa factível será a adoção de argumentos de princípio e não de política. [18]

Bruce Ackerman tem posição moderada em relação à doutrina de Dworkin e quanto ao ativismo judicial. O Poder Judiciário é apenas mais um órgão institucional que faz parte da teoria geral da política dualista. Quando há violação à Constituição, os juízes devem invalidar os atos normativos inconstitucionais e apresentá-los como realmente são: meros substitutos do povo em si. Somente o povo pode modificar a Constituição e os juízes devem impedir que o Congresso proceda a alterações básicas indevidamente. Porém, as prerrogativas dos magistrados não significam que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. Simplesmente sugere que o poder popular é superior a ambos e que quando houver conflitos entre a vontade do Legislativo, declarada em seus estatutos, e a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer à vontade do povo constitucionalmente prevista.[19]

6.1.2 ALEMANHA

Na tradição germânica destaco as contribuições de Jürgen Habermas e Robert Alexy.[20] Habermas filia-se à teoria de Ronald Dworkin. Segundo a teoria habermasiana, o direito situa-se entre a política e a moral e que o discurso jurídico incorpora não somente argumentos políticos que visam objetivos, mas, também, argumentos de fundamentação moral.[21] Os princípios morais do direito natural transformam-se (grande parte se transformou)[22] em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Não é exato afirmar que a lei determina exclusivamente os juízos. Nas frestas da decisão dos juízes se imiscuem argumentos mediante preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais e introduzem interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.[23]

Contra a posição daqueles autores que defendem a vocação inerte do juiz, Habermas argumenta que na modernidade, se as normas se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito se dissolveria em política, o que implicaria na dissolução do próprio conceito do político. O resultado seria que o próprio poder político não poderia mais ser legitimado pelo direito, pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada na condição de realização própria da política, há o abandono dos conceitos de direito e política.[24]

No que diz respeito à hermenêutica jurídica, o papel do juiz, para teoria habermasiana, será sempre ativo, de acordo com os seguintes argumentos: (a) mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma força semântica e uma determinação completa a ponto de se transformar em algo parecido com uma tábua de algarismos a ser aplicado pelo juiz. (b) A hermenêutica filosófica revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissolúvelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin). (c) No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigra para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos que se encontram sob as limitações do ponto de vista moral hão de respeitar ao fundamentar as normas.[25]

No magistério de Robert Alexy, a ciência do direito, tal como é cultivada na atualidade é, antes de tudo, uma disciplina *prática* porque sua pergunta central reza: o que é o devido nos casos reais ou imaginários? Esta pergunta é formulada a partir de uma perspectiva que coincide com a do juiz. Ou seja, a perspectiva do juiz é a que caracteriza primariamente a ciência do direito e os enunciados e teorias nela expostas a partir desta perspectiva, por mais abstratos que possam ser, estão sempre referidos à solução de casos, isto é, à fundamentação de juízos jurídicos concretos de dever-ser.[26]

6.1.3 ESPANHA

No direito espanhol, destacam-se Raúl Canosa Userá, Miguel Beltran, Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez. Raúl Canosa Userá afirma que a preponderância e a vinculação aos poderes públicos das interpretações do Tribunal Constitucional resultaram na “judicialização do ordenamento jurídico espanhol.” Ante a generalização da Justiça Constitucional, muitos problemas enfrentados estavam jungidos ao livre arbítrio das forças políticas. Mas, em compensação, a judicialização incorporou uma distinta concepção de justiça, não mais formal, senão substancial, devido a que seu fundamento impõe a adequação material de todo o ordenamento jurídico aos princípios fundamentais, cuja síntese é a fórmula política. Por fim, o formalismo aparelhado de uma compreensão tradicional do fenômeno jurídico não responde, em absoluto, às pretensões da judicialização, toda vez que a redução formalista não é capaz de satisfazer a finalidade tutelada pela Justiça Constitucional.[27]

Doutrina Miguel Beltran que para os defensores da restrição ou autocontrole judicial (*judicial restrain, judicial deference*), a idéia básica é que a função própria do juiz é interpretar a lei ou a constituição e não emendá-las. O intérprete não pode construir a Constituição que mais se adapte a seus pontos de vista, sob pena de usurpar um poder que corresponde ao Legislativo. O dever do juiz é limitar-se ao direito positivado e renunciar o direito de melhorar o ordenamento jurídico. Quando não houver uma solução clara, (normalmente seguindo a linha do interpretativismo), o juiz não pode impor a sua própria interpretação.[28]

Numa posição mais intermediária, Eduardo García de Enterría e Aurélio Menéndez entendem que o juiz não é um órgão cego e automático de aplicação das leis, mas tampouco pode ser o senhor do direito em sociedade livre e igualitária. O papel do juiz continua a ser central e insubstituível na sociedade democrática, por mais que haja a predominância da Constituição e com o papel ativo do juiz, mas sempre focado no serviço da Constituição e da lei de seus valores próprios.[29] Aduz, ainda, Enterría que a atuação do juiz não é inspirada numa espécie de superioridade moral. Está, antes, vinculada aos valores da democracia. Estes provêm do resultado do que está estabelecido na lei e no direito, que é, por sua vez, expressão da vontade geral. Assim, o Estado de Direito é um Estado de Justiça, no sentido de justiça judicial e não qualquer outra fonte estérea. O importante que se deve resgatar do pensamento de Enterría é a proposta de vinculação entre o juiz e os valores jurídico-democráticos, que se manifestam pela participação ativa das minorias no processo democrático.[30]

6.1.4 ITÁLIA

No direito italiano devem ser referenciados os contributos de Mauro Cappelletti[31], Gustavo Zagrebelsky e Riccardo Guastini.[32] Gustavo Zagrebelsky, em estudo dedicado aos juizes constitucionais, destaca a relevância do estudo da jurisprudência criativa. A comunicação entre jurisprudências pressupõe a existência, na interpretação, de uma margem de discricionariedade, mas se, ao revés, as decisões dos tribunais estiverem rigidamente vinculadas no quadro interno e sem margem de apreciação, esse diálogo cairia por terra. A discussão dos anos passados se tem mantida viva contemporaneamente pelo originalismo, que é a teoria da interpretação vinculada ao

significado do texto no momento de sua feitura (textualismo) e segundo a intenção dos fundadores (intencionalismo).

Os argumentos contra a constituição vivente se centram nos perigos da jurisprudência criativa possibilitada pela interpretação evolutiva. Separar-se das origens significaria aumentar a discricionariedade e equivale à politização. A politização é incompatível com o caráter judicial da justiça constitucional e ofende a separação de poderes, o que causa dano ao Legislativo. A ofensa à separação dos poderes, a sua vez, mina a legitimidade da justiça constitucional. Não somente para manter a separação de poderes, preservar o caráter judicial da justiça constitucional e salvaguardar as razões de sua legitimidade, é necessário rechaçar a doutrina da Constituição viva, ainda que haja impostos com a força dos fatos na prática das cortes.[33]

Os argumentos contra a constituição viva contradizem a realidade cotidiana das Cortes de Justiça. Na prática, as posições originalistas são sustentadas mediante o recurso aos trabalhos legislativos preparatórios. Porém, esse expediente é apenas retórica argumentativa que tenta preservar o direito visto do passado e não o mundo contemporâneo e suas sucessivas transformações. Por último, vale dizer que em termos metodológicos, a Constituição viva impõe que a hermenêutica seja utilizada para a expansão dos direitos e não para retroceder ao passado e buscar as origens dos institutos jurídicos a partir da adoção da primazia das normas principiológicas. São normas abertas para o futuro e que permitem constante mutação de acordo com as necessidades econômicas, sociais e políticas de cada sociedade. Nesse sentido, a Constituição italiana (art. 27) proíbe as penas contrárias ao sentido da humanidade; a Constituição estadunidense (Oitava Emenda) proíbe as penas inusitadas e cruéis. Assim, os princípios contêm conceitos que se realizam continuamente em razão de sua textura normativa, a exemplo dos conceitos humanidade, dignidade, liberdade e igualdade, dentre outros.[34]

6.1.5 FRANÇA

Na França há autores que se dedicam ao estudo da liberdade de interpretação. Na tradição francófona podem ser citados, entre outros, os estudos de Michel Troper e Antoine Garapon. Segundo Troper, a teoria do conhecimento é adotada pelo juiz constitucional francês, mas não é a única utilizada no conjunto da tradição jurídica francesa. A idéia de que se deve submeter ao máximo de controle no cumprimento de seu mister reforça a tese da interpretação como vontade e não interpretação como conhecimento. Pelo fato de perceber que ambas as teorias são insuficientes para o entendimento da interpretação, Troper conclui que uma interpretação é válida quando emana de uma autoridade competente. Porém, a essa concepção orgânica e formal, deve ser agregada outra, a de que a competência outorgada a um juiz para interpretar significa, também, a legitimidade para estatuir os sentidos corretos do conteúdo normativo. Existe, por conseguinte, uma linha de raciocínio equivocado que não consegue diferenciar o livre arbítrio da liberdade no sentido jurídico. Afirmar que uma interpretação é livre significa, somente, que quando uma autoridade competente se qualifica para prolatar decisões autênticas, todas as decisões proferidas serão válidas e se incorporam ao texto interpretado e produzem efeitos jurídicos legítimos[35].

Antoine Garapon entende que o ativismo jurídico não deve ser significar transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, mudança na estrutura da democracia. Os juízes foram impregnados por nova experiência política e convocados para intervirem no processo democrático em virtude do desencanto pelo imobilismo do Estado. Outro aspecto importante é a nova visão da lei que não mais deve ser confundida exclusivamente com o texto da lei. A complexidade e a dinâmica do mundo tecnológico exigem que as decisões judiciais transcendam a rigidez e a formalidade dos atos normativos. Assim, há o enfraquecimento da lei e ascensão cada vez mais do direito fundado em princípios, o que para o juiz significa novo esforço de atualização do Direito, ao transformá-lo em co-legislador[36].

6.1.6 BRASIL

No direito brasileiro, destaco a contribuição de Gisele Cittadino, para quem a ampliação à atuação do Poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com o regime político democrático. Para Cittadino, ainda, a expansão do ativismo judicial pode ser vista positivamente. Essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular. [37]

Lenio Luiz Streck entende que o Poder Judiciário não deve continuar na postura passiva diante da sociedade. Antes, tem que assumir a postura de inserção dos poderes do Estado, ao transcender as funções tradicionais e enfrentar a missão de concretizar os valores constitucionais, com prejuízo, inclusive, dos textos legislados. Assim, adere Streck à posição substancialista e intervencionista contra a postura absentéista liberal-individualista.[38]

De um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política. Explico. O neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais. Ao contrário, propugna a assunção de uma constituição “invasora” que visa à efetivação dos direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. Nesse cenário, o juiz tem um papel fundamental de concretizar os direitos fundamentais orientado por uma nova hermenêutica assentada em princípios e regras. Contudo, a adesão à judicialização não significa a negativa do papel indispensável que exerce o Poder Legislativo nas democracias contemporâneas. Seguem essa linha, se não me equivoco: Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho, Antonio Maia, Geraldo Prado, José Ribas Vieira, Cláudio Pereira de Souza Neto, Maria Lúcia de Paula, Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Jane Reis Gonçalves Pereira, Leonardo Greco, dentre muitos outros.

7. A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As Cortes Constitucionais adotam, cotidianamente, sentenças normativas. Riccardo Guastini analisa esse modelo de provimento judicial normativo. De acordo com o autor italiano, as sentenças normativas são aquelas em que a Corte não se limita a declarar a ilegitimidade constitucional das normas, senão que, “transformando-se em legislador”, modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição. Neste sentido, podem-se agregar dois tipos de sentença: aditiva e substitutiva.

A sentença aditiva se caracteriza por declarar a ilegitimidade de ato normativo na parte em que deveria expressar certa norma, mas que deveria expressar para que fosse constitucional. A sentença normativa tem como base a aplicação do princípio da isonomia. Um exemplo bem ilustrativo seria quando uma disposição legislativa concedesse um determinado benefício social a uma classe de sujeitos (S1) em detrimento de outra classe (S2). Segundo o entendimento da Corte, as classes (S1 e S2) devem ter o mesmo tratamento. Desta forma, a legislação discriminou determinada classe injustificadamente e, por isso, deve ser considerada ilegítima a norma na parte que não concedeu o benefício à classe (S2). Observe-se que a decisão judicial não anulou a norma impugnada, apenas agregou uma nova norma ao ordenamento jurídico: a norma que confere o mesmo direito aos sujeitos S2.

A sentença substitutiva é aquela que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de um ato normativo na parte que expressa certa norma em lugar de outra: uma norma distinta que deveria expressar para ser conforme a Constituição. Um exemplo seria o seguinte. Uma norma confere poder a certo órgão estatal (O1), ainda que segundo a Constituição, de acordo com a interpretação da Corte, o referido poder deveria ser dado a um órgão distinto (O2). Nesse caso específico, a norma deveria ser anulada. Porém, a Corte não se contenta somente com a anulação. Ou seja, a Corte declara que a norma é inconstitucional na parte em que confere poder ao órgão (O1) e não ao órgão (O2). Dessa forma, a Corte anula a norma que lhe foi submetida, mas, ao mesmo tempo, introduz no ordenamento jurídico uma norma em virtude da qual o poder em questão foi atribuído ao órgão (O2) e não ao órgão (O1). Em síntese, a norma que foi submetida a Corte é substituída por uma norma distinta, criada pela própria Corte.[39]

A aplicação de sentenças normativas pela Corte Constitucional da Itália, referenciadas por Riccardo Guastini, são exemplos típicos de ativismo judicial. A Corte não se limita ao papel de apreciar única e exclusivamente a constitucionalidade de um ato normativo. Ao contrário, transcende o binômio constitucional/inconstitucional para editar a norma justa no primeiro caso (S1) com base no princípio da isonomia e na hipótese anula a norma ilegítima (O1) e, em substituição, cria uma nova norma distinta (O2) para substituir a que fora anulada.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento dos mandados de injunção que tratam do direito de greve do servidor público proferiu sentença normativa substitutiva. No julgado desses dois mandados de injunção, houve verdadeira inovação da jurisprudência anterior que dava interpretação restritiva ao mandado de injunção. Quer

dizer, a jurisprudência anterior da Corte Suprema se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. O STF adotou uma sentença de perfil normativo/substitutivo com a imposição de conteúdo normativo integrativo ao regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. O parâmetro normativo foi a Lei nº 7.783/89, que é a legislação geral que normatiza o direito de greve no âmbito dos trabalhadores em geral, respeitados os princípios norteadores dos serviços públicos, especialmente o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos. Reconheceu a Suprema Corte que negar o exercício do direito de greve por meio do mandado de injunção significaria injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional e violação frontal a um direito fundamental, seja agente público ou trabalhador. No quadro desse julgado havia um vazio legislativo e sob pena de negativa de prestação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal não se limitou apenas a declarar a mora do poder Legislativo, mas preencheu a lacuna existente, sem, contudo, assumir uma função típica do Poder Legislativo. A decisão do STF seria, para os seus pares, uma regulação provisória com perfil de sentença aditiva na ausência de norma que regula o direito de greve dos servidores públicos, até que o Parlamento venha a cumprir a sua legítima competência legislativa plena.[40] Prevaleceu, na espécie, o método de interpretação da Constituição que reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, uma vez que a mora do Poder legislativo não poderia inviabilizar o direito de o agente público exercer uma das garantias fundamentais indispensáveis ao exercício da dignidade do trabalho: o direito de greve.

Em outro caso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o mandado de segurança 26605 (DF)[41] assentou que o mandato eletivo pertence ao partido e não ao parlamentar. A sanção da perda do mandato parlamentar não configura ato ilícito nos termos do artigo 55 da CF/88, mas reconheceu a Corte Suprema que havia inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo nos casos de desfiliação ou transferência injustificada. A atitude unilateral de troca de legenda sem que haja qualquer justificação implica em infração ao ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. A ressalva à mudança de legenda fica por conta de situações especiais, como a mudança de orientação ideológica ou do programa partidário. Neste julgado, o STF também rejeitou a tese de que a Corte estaria a usurpar a competência do Congresso Nacional, uma vez que com o provimento judicial o STF criou mais uma hipótese de perda de mandato eletivo sem que houvesse previsão constitucional ou legal. A defesa do STF foi de que estava apenas a desempenhar a competência legítima de guardião da Constituição ao dar, no caso concreto, máxima efetividade do texto constitucional.

Nos dois casos relatados, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição de vanguarda no direito brasileiro. No primeiro caso, o STF considerou que o exercício do direito de greve conferido ao servidor público foi previsto pelo Constituinte de 1988, mas o submetia aos limites de lei complementar (inciso VII). Posteriormente, a Emenda Constitucional 19/1988 revogou a exigência de Lei complementar e autorizou o exercício do direito de greve por meio de lei específica (art. 37, VII). Porém, o legislativo permaneceu em mora e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerava que o mandado de injunção se limitaria apenas a declarar o poder competente em mora, mas falecia competência ao próprio Supremo, poderia fazer se substituir ao legislador. [42] No segundo caso, a Corte Suprema emitiu sentença normativa porque não havia normas legais garantidoras da preservação do sistema político legítimo para que o mandatário parlamentar pudesse submeter-se aos ditames

programáticos e institucionais do partido político com o qual se elegeu. Reconheceu o julgado do STF que é condição *sine qua non* a existência de partidos políticos para que as candidaturas pessoais sejam apresentadas. Aliás, é condição de elegibilidade, segundo o parágrafo 3º do artigo 14 da CF/88, a filiação partidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

(a) O princípio da separação dos poderes não foi histórica e originariamente um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, em que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária eram incomunicáveis. Ao contrário, a doutrina clássica admitia o exercício de funções compartilhadas. (b) No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. (c) Com a judicialização da política, o paradigma de magistrado é de que “o novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. (d) A judicialização da política “desconstruiu” o modelo superado de hermenêutica identificada com a interpretação formal e transformou o juiz no mais importante guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e de defensor contra as violações às garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes. (e) No direito estrangeiro, especialmente nos Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália e França, a judicialização da política corresponde a um papel pró-ativo do juiz que assume a responsabilidade pelo respeito à integridade da função dos poderes constituídos, ao mesmo tempo que se torna ator principal da concretização dos valores democráticos e dos direitos fundamentais. (f) De um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política, porque neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais, mas objetiva efetivar os direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. (g) A doutrina brasileira, adere, com algumas discrepâncias, à judicialização da política, ao reconhecer a relevância dos princípios constitucionais e no papel que o juiz tem na aplicação dos valores constitucionais sem descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos. (h) A judicialização da política tem como um dos objetivos principais garantir a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais quando os poderes públicos responsáveis pela efetivação de direitos e garantias se quedem inertes, como foi o caso da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu aos agentes públicos, por meio de mandado de injunção, o pleno exercício do direito de greve.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999
CHEVALIER, Jacques. *Les interprètes du droit. Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política.” *Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. In VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COING, H. *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959.

COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Mimeo. Universitat Pompeu Fabra. (Barcelona, España), 2008.

DE ASÍS ROIG, Rafael e outros. *Los textos de las colonias de Norteamérica y las diez primeras enmiendas a la Constitución. Historia de los Derechos Fundamentales* (vol. II). Dykinson: Madrid, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978.

ENTERRÍA, Eduardo García de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la Ley. Dos estudios*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2007.

_____. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. edición ampliada. Madrid: Civitas, 1988.

GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses. Le juge e la démocratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions. A comparative study*. New York: Oxford Press, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano.” In CARBONELL Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

SANTOS, Boavenura de Sousa. “Judicialização da política.” Publicado em maio de 2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2007.

SECONDA. Charles-Louis de (Montesquieu). *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro.

_____. *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro décimo segundo.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: 1987.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet (org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional. Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TROPER, Michel. *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*. In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional e fórmula política*. Madrid: CEC, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

[1] SANTOS, Boavenura de Sousa. *Judicialização da política*. Publicado em maio de 2003. <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>. Acessado em 03.11.2007.

[2] No direito constitucional contemporâneo o Poder Federativo é exercido em muitos estados modernos pelo chefe de estado, como ocorre com o direito brasileiro. Cf. Art. 84, incisos VII, VIII, XIX e XX.

[3] LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 514-517.

[4] SECONDA, Charles-Louis de. (Montesquieu). *Do Espírito das Leis. Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro, especialmente em que o autor aborda a diferença entre a natureza do Governo e o seu princípio, p. 59 e no Livro décimo segundo, pp. 233-255, trata da liberdade política e sua relação com o cidadão.

[5] DE ASÍS ROIG, Rafael e outros. «Los textos de las colonias de Norteamérica y las diez primeras enmiendas a la Constitución», en *Historia de los Derechos Fundamentales* (vol. II). Dykinson: Madrid, 2001, pp. 329-335.

[6] Art. 62 da Constituição brasileira.

[7] (ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-2-06, DJ 1º-9-06).

[8] Cf. Art. 37, II, segunda parte, da Constituição Federal.

[9] RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

[10] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 198-199.

[11] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid, CEC, 1991, p. 202.

[12] STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid, 1987, pp. 372-373.

[13] O modelo americano é conhecido como estrutura monista em que existe uma única judicatura. Este modelo se diferencia do sistema dualista que, por sua vez, divide o Poder Judiciário em duas partes: os tribunais ordinários, de um lado e o Tribunal Constitucional, por outro. Há diversas características de cada modelo. Os tribunais ordinários têm a função judicial ordinária, que consiste em aplicar a legislação a casos concretos enquanto que o Tribunal Constitucional tem a “função constitucional” que consiste no controle da validade da lei sob o império da Constituição. Cf. COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Mimeo. Universitat Pompeu Fraba. (Barcelona, España). 2008, p. 3.

[14] Esta classificação proposta não leva em consideração outras peculiaridades existentes nos Tribunais Constitucionais, como, por exemplo, o grau de pureza de um Tribunal e sua autonomia. O grau de pureza diz respeito se o controle de constitucionalidade é a única competência do Tribunal Constitucional ou se aliada a esta existem outras atribuições. Nesse raciocínio, pode-se dizer que um Tribunal não é puro se ao lado da competência para exercer o controle de constitucionalidade, tem outras atribuições. Exemplos de Tribunais absolutamente puros cuja única função é o controle de constitucionalidade, podem ser citados Bélgica e Luxemburgo. No meio termo, são exemplos de Tribunais que têm outras competências cumuladas com o controle de constitucionalidade, ainda que este seja a função principal, França e Itália. No extremo se situam os Tribunais que têm tantas competências que seria incorreto afirmar que o controle de constitucionalidade é a competência mais importante. Neste caso citem-se Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal. No que diz respeito à autonomia, leva-se em consideração a relação que mantém o Tribunal Constitucional com outras instituições. A primeira hipótese é quando existe a faculdade de ser apresentado ao Tribunal Constitucional um recurso de inconstitucionalidade sem que haja a ocorrência de um caso concreto que motivou o recurso. Também não existem instâncias ordinárias que

sejam previamente acionadas. O recurso é apresentado diretamente ao Tribunal Constitucional (França). A segunda via exige que seja apresentado uma questão de inconstitucionalidade por um juiz ordinário. Este entende que a lei aplicável ao caso concreto pode ser inconstitucional. Assim, antes de decidir o caso concreto, suspende o processo e encaminha a questão para o Tribunal Constitucional para que este decida se a lei é ou não constitucional (Áustria, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Espanha). Por último, vale dizer que alguns Tribunais Constitucionais têm competência para rever decisões de instâncias ordinárias quando indivíduos interpõem recursos contra decisões que violam direitos fundamentais por meio do recuso de amparo, desde que os recorrentes esgotem as instâncias inferiores (Espanha e Alemanha). De outro lado, a estrutura dualista não permite a interposição do recurso de amparo na Áustria, Bélgica, França, Itália e Luxemburgo. Cf. COMMELLA, Victor Ferreres, *ob.cit.* pp. 5-7.

[15] COMMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*, *ob. cit.* p. 1.

[16] Para uma análise mais completa dos sistemas jurídicos que adotam a judicialização da política, ver GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions. A comparative study*. New York: Oxford Press, 2006.

[17] Para Dworkin, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo; os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978, p. 141.

[18] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. USA: HUP, 1978, pp. 128-132.

[19] ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 266.

[20] No tópico a revisão do princípio da separação dos poderes em que já foram estudadas as teorias de Hans Peter Schneider e Klaus Stern.

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 218.

[22] Nesse ponto Habermas generaliza a relevância dos princípios morais. Nem todos os princípios morais se incorporam ao direito positivo. Por exemplo, o dever moral de ser generoso com o próximo necessitado. Ainda que seja, sem dúvida, um dever moral da mais alta relevância não se constitui em obrigação jurídica.

[23] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 228.

[24] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 237.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 245.

[26] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 7.

[27] USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional e fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 304-305.

[28] BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vx. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989, p. 46.

[29] ENTERRÍA, Eduardo García de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la Ley. Dos estudios*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2007, p. 51.

[30] ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. edición ampliada. Madrid: Civitas, 1988, pp. 159-160 e pp. 74-5

[31] Como bem acentua CAPPELLETTI, “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo; mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável o mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 42.

[32] Reproduzo o pensamento de Riccardo Guastini no tópico em que analiso a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil e a judicialização da política.

[33] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 95.

[34] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In CARBONELL Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 95.

[35] TROPER, Michel La liberté d'interprétation du juge constitutionnel. In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995, p. 235-245. No mesmo sentido defendido por Michel troper, entende Jacques Chevalier que a interpretação é inerente à função jurisdicional, apresentando-se como uma interpretação autêntica, na qual um ato de vontade se une a um ato de conhecimento. O poder de interpretar é, contudo, limitado pela organização do judiciário. Porque, se por um lado o juiz está obrigado a interpretar os textos que aplica, as divergências decorrentes da interpretação são progressivamente reduzidas em razão da organização hierárquica das jurisdições. Desta forma, o acesso de uma interpretação ao topo de jurisprudência será a tradução clara da autoridade do judiciário. (“Les interprètes du droit.” In *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires, 1995, p. 119.)

[36] GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses. Le juge e la démocratie*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996, p. 34-7.

[37] CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes.” In VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, IUPERJ/FAPERJ, p. 34.

[38]STRECK, Lenio Luiz. “O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional. Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 203-204.

[39] O exemplo foi extraído da Corte Constitucional italiana 15/1969. GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 65-66.

[40] MI- DF nº 718 - Relator Gilmar Mendes. DJ 6-11.2007 e MI- PA nº 712. Relator Min. Eros Grau. DJ 23.11.2007.

[41] MS-DF nº 26604. Relatora Min. Cármen Lúcia. DJ. 19/10/2007.

[42] MI 485 - Min. MAURÍCIO CORRÊA. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa.

TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONCEPÇÕES DEMOCRÁTICAS*

BASIC RIGHTS'S JURISDICTIONAL PROTECTION AND DEMOCRATICAL CONCEPTIONS

Marcel Moraes Mota

RESUMO

Este artigo almeja discutir as relações entre concepções democráticas e a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. A fim de atingir esse propósito, expõem-se as atribuições da jurisdição constitucional. Sustenta-se que o desempenho da jurisdição constitucional envolve, imediata ou mediadamente, a proteção de direitos fundamentais. Quando um juiz constitucional invalida um ato normativo emitido pelo poder legislativo, levanta-se um problema de legitimidade. De acordo com um ponto de vista liberal, um juiz constitucional deve invalidar uma lei, se ela viola direitos fundamentais individuais. Teorias políticas liberais enfatizam a importância da autonomia privada. A situação muda claramente se uma justificação política segue doutrinas comunitaristas. Nesse caso, um juiz constitucional procederá fará seu serviço corretamente, se ele for capaz de servir a autonomia pública, mediante o fortalecimento da integração ética na comunidade. Em conformidade com teorias procedimentalistas, a legitimidade do direito depende de procedimentos. Uma concepção democrática procedimental pode explicar como regras discursivas legitimam uma deliberação. Segundo a democracia deliberativa, a legitimidade da jurisdição constitucional consiste em respeitar os direitos fundamentais, que são condições procedimentais para o processo democrático. Conclui-se que uma concepção democrática procedimental é superior a outras concepções democráticas, porque dissolve a tensão entre a autonomia pública e a autonomia privada. Conclui-se também que uma teoria política procedimental é capaz de explicar por que no Brasil a corte constitucional possui problemas de legitimidade e racionalidade.

PALAVRAS-CHAVES: LEGITIMIDADE; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL;
CONCEPÇÕES DEMOCRÁTICAS

ABSTRACT

This article aims to discuss the connections between democratical conceptions and jurisdictional protection of basic rights. In order to achieve that purpose, it shows the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

attributions of constitutional jurisdiction. It is sustained that constitutional jurisdiction's work involves, immediately or mediately, the protection of basic rights. When a constitutional judge invalidates a normative act issued by legislative power, a problem of legitimacy arises. In accordance with a liberal point of view, a constitutional judge must invalidate a law, if it violates individual basic rights. Liberal political theories stress the importance of private autonomy. The situation changes clearly if a political justification follows communitarian doctrines. In that case, a constitutional judge will do your job correctly, if he is able to serve public autonomy, by making stronger ethical integration in the community. According to procedural theories, law's legitimacy depends on procedures. A procedural democratic conception may explain how discursive rules legitimate a deliberation. Pursuant to deliberative democracy, constitutional jurisdiction's legitimacy consists in respecting the constitutional basic rights, which are procedural conditions to democratic process. It is found that a procedural democratic conception is superior than other democratic conceptions, because it dissolves the tension between public autonomy and private autonomy. It is also found that a political procedural theory can explain why in Brasil constitutional court has problems of legitimacy and rationality.

KEYWORDS: LEGITIMACY; CONSTITUTIONAL JURISDICTION;
DEMOCRATIC CONCEPTIONS

Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir a relação entre concepções democráticas e o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, com destaque para a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Para isso, cumpre inicialmente descrever as atribuições da jurisdição constitucional, com referências ao direito estrangeiro e ao direito nacional.

Em seguida, procede-se ao exame dos modelos de democracia liberais, comunitaristas e procedimentalistas, recorrendo-se sobre os respectivos discursos de legitimidade da jurisdição constitucional, problema de importância manifesta nos Estados Democráticos de Direito.

No âmbito do pensamento liberal, convém destacar a matriz filosófica do contratualismo lockeano, apresentando-se ainda as contribuições contemporâneas de Rawls e Dworkin. Com respeito aos argumentos comunitaristas, destaca-se a influência do pensamento de Rousseau. Quanto ao paradigma procedimentalista, convém fazer breve referência a discussão envolvendo Habermas e Luhmann, para, posteriormente, apresentar os contornos fundamentais da democracia deliberativa.

Ao final, enumeram-se conclusões, que sintetizam os resultados alcançados no desenvolvimento deste estudo.

1 Jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da Constituição[1], constitui um dos conceitos básicos da dogmática jurídica processual constitucional, ou, simplesmente, do processo constitucional.

O conceito de jurisdição constitucional pode ser vislumbrado seja pelo prisma formal, seja pelo prisma material[2]. De acordo com o aspecto formal, a jurisdição constitucional é identificada a partir do órgão que a exerce. Pelo aspecto material, ou de conteúdo, a jurisdição constitucional é definida tendo-se em vista as matérias que compõem os “conflitos”[3] de natureza constitucional.

Com base no conceito de jurisdição constitucional, pode-se sugerir uma distinção básica, precisamente aquela entre jurisdição ordinária, à qual são remetidos todos os problemas que não fazem parte do objeto da jurisdição constitucional, e jurisdição especial, que seria a própria jurisdição constitucional. Convém realçar a importância da diferenciação entre jurisdição ordinária e jurisdição especial, uma vez que ela tem o mérito de refletir a significativa diferença entre as matérias que dizem respeito ao direito constitucional e aquelas matérias que integram o direito infraconstitucional, ou direito ordinário.

Cabe à jurisdição constitucional, embora não exclusivamente, o controle de constitucionalidade das leis, a atividade de verificar a conformidade das leis com o que dispõem as normas constitucionais. O controle de constitucionalidade é formal, quando se limita a aspectos procedimentais e de competência legislativa. Por outro lado, a fiscalização de constitucionalidade das leis é material, quando examina a compatibilidade das leis com o conteúdo das disposições constitucionais, expresso, não raro, em normas com estrutura de princípios, ou, adotando-se conceituação axiológica, nos valores constitucionais.

Devem ser mencionadas como relevantes manifestações da jurisdição constitucional, no plano do direito comparado, a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e os conflitos de atribuição. A *Verfassungsbeschwerde*, tal como está caracterizada no ordenamento alemão, tem por finalidade promover a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos assemelhados aos direitos fundamentais, podendo ser proposta por qualquer pessoa[4]. Na Itália, a *Corte Costituzionale* cuida dos conflitos de atribuição entre os poderes do Estado, assim como dos conflitos entre o Estado e as Regiões e aqueles entre as Regiões[5].

No direito brasileiro, não existe ação de inconstitucionalidade conferida a qualquer cidadão, a exemplo da *Verfassungsbeschwerde*. De acordo com a Constituição de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade podem ser propostas por um rol limitado de sujeitos (art. 103 e incisos). Essa circunstância evidencia que, no Brasil, o acesso à justiça constitucional encontra-se mais restrito, o que pode contribuir para a diminuição da legitimidade do sistema jurídico. Quanto aos conflitos de atribuições, restam contemplados no art. 102, I, *f*, da Constituição da República.

Dessa forma, é possível destacar algumas das funções atribuíveis à jurisdição constitucional, como tutelar os direitos fundamentais e outros direitos constitucionais, preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado, resolver os conflitos de cunho federativo, promover o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Em todo caso, essas diversas manifestações da jurisdição constitucional confluem para uma unidade funcional, pois todas elas têm “a função de tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional”[6].

Atribui-se ao processo constitucional, com acerto, a função precípua de tutela dos direitos fundamentais, que formariam seu objeto imediato, quando uma situação jurídica subjetiva provocasse o exercício da jurisdição constitucional, ou mediato, no caso de a atividade da jurisdição constitucional ser desencadeada com o intuito de proteger a ordem constitucional objetiva[7].

Realmente, dentre as formas de manifestação da jurisdição constitucional, sobleva a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, compreendidos em suas diversas dimensões decorrentes dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Convém registrar que a jurisdição constitucional pode ser classificada, quanto ao aspecto operacional, em dois modelos, oriundos de tradições jurídicas distintas.

No modelo difuso, de origem norte-americana, o controle de constitucionalidade é realizado por via incidental, no caso concreto, podendo ser feito por qualquer juiz, não sendo atribuição exclusiva dos membros da corte constitucional. De acordo com essa perspectiva, a jurisdição constitucional convive com a jurisdição ordinária, de modo que o critério formal não é suficiente para indicar aquela. Trata-se de um modelo, enfim, em que a responsabilidade de assegurar a supremacia da Constituição é descentralizada, o que exige maior aproximação dos juízes comuns com o direito constitucional.

Em oposição ao modelo difuso, observa-se o modelo concentrado, de origem européia. Nele, o controle de constitucionalidade é realizado por via de ação, razão pela qual são formulados instrumentos processuais constitucionais específicos, através de cuja utilização se provoca a atuação de um órgão constitucional especializado, a exemplo dos tribunais constitucionais da Áustria e da Alemanha.

No ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a influência de ambos os modelos, de sorte que o controle de constitucionalidade pode ser realizado tanto por via de ação, como incidentalmente. Pelo modelo difuso, os juízes comuns podem ser provocados a se manifestar sobre questões de constitucionalidade, produzindo decisões a respeito com efeito *inter partes*. Por sua vez, o modelo concentrado é de competência do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, cuja função precípua é de guarda da Constituição, nos termos do *caput* do art. 102 da CR/88, embora acumule competências de outra ordem[8].

Precisamente através do controle concentrado de constitucionalidade é que se admite a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, o que significa atribuir às cortes constitucionais, de maneira irrefragável, a função de legislador negativo.

Que os juízes produzem normas[9] não é propriamente algo que possa causar espanto ao jurista que não seja filiado ao positivismo jurídico tradicional, a exemplo dos exegetas e dos originalistas.

Problema teórico, de absoluta relevância, apresenta-se na jurisdição constitucional, pois as opções políticas do legislador, investido de um mandato de representação da vontade popular, podem ser revistas pelo órgão jurisdicional, com base no que dispõe a Constituição.

Uma das maiores dificuldades dos cultores do direito constitucional reside justamente em equilibrar os elementos jurídicos e políticos que o compõem[10]. A devida compreensão da politicidade do direito[11] é um ideal que se impõe ao fiel exercício da função de zelar pela supremacia da Constituição.

A complexidade do direito constitucional e, logo, do desempenho jurisdição constitucional é evidenciada, v.g., em se tratando dos direitos fundamentais.

Com efeito, as normas jusfundamentais apresentam peculiaridades importantes em relação à grande maioria das normas de direito ordinário. As disposições jusfundamentais têm caráter aberto e fragmentário, o que responde por sua imprecisão semântica. Além disso, são abertas estruturalmente com relação à moral[12], afinal os direitos fundamentais seriam direitos morais positivados, ou direitos humanos constitucionalizados.

Nas nascentes do constitucionalismo, compreendido como fenômeno da modernidade, restou consolidada a idéia de que não existe Constituição sem a declaração de uma carta de direitos fundamentais.

Logo se apresenta, então, a relação de tensão entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais[13]. Nas Constituições dotadas de algum grau de rigidez, os direitos fundamentais limitam o princípio majoritário, vez que o poder legislativo, poder constituído pelas normas da Lei Fundamental, deles não pode dispor, sem subverter a ordem constitucional.

A evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade baseia-se exatamente na premissa de que a ação dos legisladores encontra limites intransponíveis fixados pela Constituição.

Ocorre que diferentes são as justificativas propostas para a legitimidade da jurisdição constitucional na revisão das normas elaboradas pelo poder legislativo.

Como o direito constitucional tem elementos políticos em seu conteúdo, o exercício da jurisdição constitucional é também marcado por traços políticos. Os discursos de legitimidade desse exercício passam, então, necessariamente, pelo manejo de concepções democráticas, se o problema é objeto de inquirição nos quadrantes do Estado Democrático de Direito. Daí o interesse nas perspectivas liberais, comunitaristas e procedimentalistas.

2 Discursos liberais.

O pensamento político liberal clássico, triunfante na Revolução Francesa de 1789, que até os dias de hoje contribui para a formação do conceito de Estado Constitucional[14], alcançou seu fulgor histórico no Século XIX, quando, no continente europeu, o fundamento divino do poder dos monarcas perdeu espaço, em razão da concepção

contratualista do poder político, formalizado em um documento escrito, que deveria conter, sob pena de perder sua natureza, a instituição do princípio da separação de poderes, como técnica de liberdade, e a declaração de direitos individuais fundamentais.

No plano da filosofia do direito, serviram de inspiração as idéias do jusnaturalismo racionalista, cujos princípios constituíram o alicerce teórico para a compreensão da igualdade de todos os homens perante a lei e da liberdade como decorrência da natureza mesma do ser humano, atributo que o acompanharia desde o nascimento.

Derrubado o *ancien régime*, a burguesia encontrava o ambiente político propício para a imposição de seus valores, com base nos quais se deu o surgimento do Estado Liberal clássico.

A relação entre indivíduo e sociedade é definida de modo a privilegiar a liberdade individual, direito natural, através do qual o homem buscaria a realização de seus projetos de vida, sem a ingerência indevida por parte dos poderes sociais.

É o momento de consagração dos direitos fundamentais individuais, de separação entre o indivíduo e o Estado, dos direitos de defesa, da liberdade compreendida em sentido negativo.

Como os direitos de liberdade eram compreendidos como direitos naturais, caberia às Constituições tão-somente declará-los, reconhecê-los, pois se trataria de patrimônio jurídico pertencente aos homens já no estado de natureza, como está presente na filosofia contratualista de Locke[15].

No âmbito do liberalismo, recebe especial destaque a autonomia privada do indivíduo, projeção de sua personalidade digna da máxima proteção, ficando, na maior medida do possível, fora do alcance supostamente deletério dos poderes do Estado.

Dessa maneira, o Estado deveria exercer funções mínimas, seguindo o modelo absentista, deixando a atividade econômica e as relações sociais sob a regência dos princípios da igualdade formal e da liberdade abstrata de contratar.

O direito, nesse cenário, serviria fundamentalmente para conferir segurança jurídica às interações entre as pessoas no mercado, de maneira a permitir que cada um pudesse prever a consequência jurídica de seus atos, afastando-se do risco de ver seus negócios privados estorvados por uma sentença judicial arbitrária, produzida fora dos então imaginados estritos limites legais.

A atividade do juiz, em nome da segurança jurídica, não poderia resultar na criação de normas jurídicas, afinal isso significaria que o juiz estaria, por meio de usurpação da competência constitucionalmente deferida ao legislador, impondo normas novas de forma retroativa. Se o indivíduo não tem como saber que normas regem suas relações jurídicas, não tem como planejar o resultado de suas ações, nem agir da forma que lhe aprouver para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, garantido por sua autonomia privada.

De acordo com a metodologia do positivismo jurídico tradicional, a divisão de atividades entre juiz e legislador seguiria uma “psicologia das faculdades”[16], nos

termos da qual incumbiria ao juiz formular suas sentenças através de atos de conhecimento, de declaração do direito pré-existente, ao passo que a atividade de criação, entendida como de vontade, seria faculdade conferida constitucionalmente aos legisladores, que deveriam representar a vontade popular.

Dessa maneira, a legitimidade da jurisdição constitucional poderia ser definida, nos moldes do liberalismo clássico e do positivismo jurídico tradicional, como uma atividade de *declaração* de limites ao poder legislativo, preexistentes na Constituição, quando a legislação se afastasse de seu dever constitucional de respeitar os direitos fundamentais individuais, os chamados direitos de primeira geração[17], ou a primeira dimensão dos direitos fundamentais, consistentes nos chamados direitos civis e políticos.

Não se trataria, então, de sobreposição da vontade do órgão jurisdicional sobre a vontade, presumivelmente mais democrática, dos legisladores. Na verdade, nesse esquema clássico de justificação, os juízes constitucionais nada mais fariam do que garantir as condições do pacto social, de inspiração individualista, às quais os legisladores estariam vinculados, porquanto devem exercer seus mandatos conforme o balizamento imposto pelo poder constituinte originário.

Na contemporaneidade, o pensamento liberal tem recebido novos influxos. Cabe destacar, dentro dos limites deste trabalho, a teoria da justiça de Rawls e a teoria material dos direitos fundamentais de Dworkin.

De acordo com Rawls, em substituição à categoria do estado de natureza, formula o conceito de “véu da ignorância”[18], que se caracteriza por ser uma situação na qual o indivíduo é ignorante sobre suas diferenças em relação aos demais e, dessa forma, calcula seu agir de maneira eqüitativa, de forma a não querer algo que seria prejudicial para si mesmo. É o conceito de eqüidade, compreendido como concepção política de justiça[19], a qual busca a reconstrução racional das instituições democráticas vigentes, o que a torna distinta das concepções contratualistas liberais, jusnaturalistas e, por isso mesmo, metafísicas.

Percebe-se na filosofia da justiça de Rawls, o enfoque no indivíduo, característico do pensamento liberal, na definição das condições de exercício do poder político. A desigualdade social é tolerada no marco teórico do conceito de justiça como eqüidade, ainda que com respeito a ela, não seja possível imputar a omissão das formulações abstratas de igualdade e liberdade, haja vista o princípio de justiça segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas devem ser “(a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”[20].

Por sua vez, Dworkin desenvolve uma teoria material dos direitos fundamentais autocompreendida como liberal, de maneira inovadora em relação ao liberalismo clássico. Para o autor norte-americano, é possível formular uma concepção de igualdade, baseada na idéia de que todos devem ser tratados pelo governo com igual consideração e respeito[21], que teria o condão de absorver as tensões entre igualdade e liberdade.

Nessa linha de pensamento, Dworkin afirma que “se aceitarmos igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se torna um aspecto da igualdade”[22].

No que se refere ao problema específico da legitimidade da jurisdição constitucional, pode ser aplicada a teoria da única solução correta, que não deixa de apresentar problemas[23], baseada na racionalidade monológica do idealizado jurista Hércules[24], o qual, por influência do método reconstrutivo de Rawls, procede à reconstrução racional da história do direito vigente, com o recurso aos princípios jurídicos, decorrentes do direito fundamental individual à igual consideração e respeito.

Admitida a possibilidade da única resposta correta, a corte constitucional, ao legislar negativamente, ao declarar inconstitucional uma norma produzida pelo poder legislativo, em um caso difícil ou não, nada mais faz do que reconhecer, de acordo com o sistema jurídico dado, de forma racionalmente fundamentada, a impertinência da norma fiscalizada ao sistema jurídico-constitucional.

Nessa perspectiva, o juiz constitucional apenas faz o que a razão lhe impõe, não age discricionariamente, logo não substitui a vontade do legislador pela sua, o que acarretaria problemas de ilegitimidade.

3 Discursos comunitaristas.

Consoante os autores comunitaristas, o papel do indivíduo na comunidade, ou na sociedade, não ocupa posição central no debate teórico, porquanto são privilegiadas as análises de sua pertinência ao contexto social em que se insere, afinal o homem não vive isolado, vive no interior de uma comunidade, dela participando e dela tirando as condições necessárias para a fruição das possibilidades de seu espaço existencial.

Na filosofia política moderna, cabe destacar a influência do contratualismo de Rousseau nas concepções comunitaristas sobre o Estado e a sociedade. Segundo o pensador genebrês, os homens, no estado de natureza, devem procurar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, pela qual cada um, unindo-se a todos, obedeça a si mesmo, permanecendo livre como antes[25].

A única maneira de obedecer à vontade de todos, obedecendo à própria vontade, consiste em promover o encontro entre ambas. Para isso, a liberdade deve ser compreendida em sentido positivo, de participação na vida coletiva da comunidade, de deliberação na formação da vontade pública. Nesse contexto, o homem é livre se segue o que for determinado pela autonomia pública, se a sua vontade está de acordo com a vontade geral e também se a vontade geral corresponde à sua vontade.

As idéias de Rousseau sobre liberdade-participação remontam à liberdade dos antigos, de participação nos destinos da *polis*[26].

O conceito de liberdade positiva contribuiu para construir o arcabouço do princípio da socialidade do Estado, ou do princípio do Estado Social, antítese do Estado Liberal, por assumir a incumbência de retificar as desigualdades sociais, promovendo e assegurando a segunda dimensão dos direitos fundamentais, que assumem, em geral, a estrutura de direitos a prestações a serem exigidas em face do Estado.

Substitui-se a noção liberal clássica de homem abstrato pela de homem concreto, integrado em um contexto social. Compreende-se que não basta o reconhecimento do valor da liberdade e da igualdade formais, se não existem condições materiais reais para o exercício desses direitos fundamentais.

Logo desponta a solidariedade social, com princípio constitucional a ser observado e que se irradia por todo o ordenamento jurídico. Realmente, a busca pelo bem comum demanda a cooperação de todos, seja como atores sociais na formação da vontade democrática, seja como fonte de recursos com que o Estado persegue a realização da justiça social, ou do bem-estar de todos os cidadãos.

A política, na esteira do comunitarismo, consiste, então, na prática de autodeterminação orientada pelo bem comum.

No direito constitucional, a influência do pensamento comunitarista pode ser traduzida em sua dimensão cultural, que alberga uma ordem valores compartilhada pelos membros da comunidade, que devem se compreender como livres e iguais, no projeto solidário de uma sociedade justa quanto à distribuição dos bens sociais e das oportunidades.

Dessa forma, o poder legislativo de cada comunidade política, de cada Estado, deve refletir essa ordem de valores, que se expressaria, no plano de juridicidade, através dos princípios constitucionais, normas que ocupam posição hierárquica superior no ordenamento jurídico.

Decorre da constitucionalização dos princípios políticos e morais da comunidade o recurso a uma hermenêutica jurídica diferenciada em relação à clássica hermenêutica jurídica legalista, que tenha, entre outras características, o mérito de conferir aos resultados da aplicação do direito o maior grau possível de integração social[27].

No entender dos comunitaristas, sobrepõem os direitos fundamentais como liberdades positivas, de participação das deliberações públicas, na autodeterminação da comunidade, no aprofundamento dos laços éticos de integração social, dos valores comuns.

Como a Constituição, nessa linha de pensamento, alberga os valores compartilhados pela comunidade política, pode ser definida como um projeto que “revela (...) um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais”[28].

O projeto definido constitucionalmente consiste precisamente na afirmação e no reforço dos valores constitucionais comuns entre os membros livres e iguais de uma comunidade.

O Estado teria então o dever de promover ações em conformidade com esses valores constitucionais, ora na formulação de políticas públicas, ora na elaboração de leis, ora na definição do direito aplicável.

Se a hermenêutica constitucional deve indicar os métodos de interpretação condizentes com uma ordem valores da comunidade e se os membros dessa comunidade devem

participar da formação da vontade pública, revela-se bastante compreensível a sugestão de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na qual, como a expressão indica, dá-se o alargamento do círculo de intérpretes constitucionais, para nele incluir também o cidadão[29].

Nesse cenário teórico, a legitimidade da jurisdição constitucional seria medida através de sua capacidade de fazer valer, em seus julgamentos, o conjunto de valores que são reconhecidos pelos membros da comunidade.

Assim, o órgão jurisdicional constitucional deve prolatar suas sentenças com base em concepções axiológicas e políticas, superando-se a visão liberal clássica de simples declaração de direito pré-existente, que entenda serem aquelas comuns à comunidade política em que atua.

Não deixa de ser problemática a idéia de uma jurisprudência voltada para uma ordem concreta de valores nas sociedades atuais dos países capitalistas, marcadas pelo pluralismo.

4 Discursos procedimentalistas.

No marco das perspectivas procedimentalistas, o problema da legitimidade é definido de acordo com procedimentos. O que significa essa legitimação, contudo, é algo que precisa ser esclarecido.

Luhmann teoriza o sistema jurídico como sendo autopoiético, como um sistema social específico que se diferencia funcionalmente[30] dos outros sistemas sociais, produzindo e regulando, através de um código específico, as condições de auto-reprodução. De acordo com o autor em questão, o sistema social jurídico se identificaria com as “expectativas comportamentais generalizadas congruentemente”[31].

As referidas expectativas comportamentais representariam a função do direito de conferir segurança às relações sociais. Os códigos do lícito e do ilícito poderiam traduzir, em linguagem jurídica, problemas sociais mais complexos. Por essa razão, teria a virtude de reduzir a complexidade nas sociedades contemporâneas.

A Constituição é descrita como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, de forma a resolver o paradoxo existente soberania jurídica e soberania política[32].

Afirmou-se que a teoria dos sistemas autopoiéticos pode ser utilizada para fundamentar a tese de que o poder judiciário deve assumir posição de proeminência na produção do direito, em relação aos demais poderes, a saber, os poderes executivo e legislativo[33]. Ocuparia o poder judiciário o centro do sistema jurídico, enquanto que o poder legislativo ficaria em posição periférica, invertendo-se a situação no sistema político[34].

Essa tese é relevante para o questionamento sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que oferece subsídio teórico para a produção jurídica característica da criatividade jurisprudencial, que pode se afastar das normas produzidas pelo poder legislativo.

Habermas rejeita a caracterização do direito como sistema social autopoiético. Observa que o direito, tal como descrito pela sociologia autopoiética, não poderia assumir funções de orientação da sociedade como um todo[35], sustenta que a sociologia funcionalista não apreende adequadamente o sentido de validade do direito[36], objeta ainda que as pretensões de validade e os argumentos expressos em discursos jurídicos perderiam o seu valor intrínseco[37].

Habermas propõe um modelo de democracia que representa uma terceira via entre a democracia liberal, inspirada em Locke, e a democracia republicana, ou comunitarista, com matriz no pensamento de Rousseau.

Trata-se do modelo de democracia deliberativa, construído a partir das condições procedimentais de formação discursiva da opinião e da vontade[38]. Nas sociedades pluralistas contemporâneas não é possível mais o apelo a referenciais substantivos de validade, de modo que a legitimidade das deliberações, e do direito, decorre da racionalidade das regras contrafáticas que balizam as interações comunicativas dos cidadãos, servindo, a um só tempo, para descrever as deliberações e avaliar criticamente os resultados por elas produzidos.

Com isso, Habermas entende alcançar uma relação de mútua implicação entre autonomia pública e autonomia privada, entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais individuais. Como esses elementos se pressupõem para a produção legítima do direito, não há que se falar de predominância de uma em relação à outra, como ocorreria nos modelos liberal (ênfase na autonomia privada) e comunitarista (proeminência da autonomia pública).

Afigura-se superior a modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas, tendo em vista que o resultado do discurso, da deliberação entre os cidadãos, pode afirmar tanto teses liberais, como comunitaristas, a depender das condições do discurso, permanecendo a possibilidade racional de mudança dos resultados deliberativos no futuro.

De acordo com essa visão da democracia procedimentalista, os direitos fundamentais são tidos como condições discursivas para o processo de formação da vontade democrática.

A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional residiria, portanto, na missão de preservar as condições procedimentais do processo democrático, de zelar pelos direitos fundamentais, porquanto o poder legislativo não pode ir de encontro aos pressupostos de sua atividade, não pode violar as regras discursivas do processo democrático.

Essa justificação da legitimidade da atuação das cortes constitucionais, de origem habermasiana, não deixa de ser útil para criticar o caso brasileiro, o modo como o STF se comporta como guarda da Constituição[39].

As realidades econômica, social e institucional[40] do País, em razão das quais o grau de realização das regras do discurso não se apresenta como satisfatório, constituem empecilhos a serem superados pela ação dos cidadãos, da sociedade e do governo, a fim de que aqui se forme uma sociedade civil capaz de programar, através do poder comunicativo, o poder legislativo, que não se subordine, portanto, a eventuais pressões

ilegítimas seja do poder executivo, seja do mercado. Se o poder legislativo não cumpre sua missão democrática, espera-se do poder judiciário a defesa da Constituição, o que não é possível sem a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais.

Conclusões

1. Cabe à jurisdição constitucional, em síntese, tutelar os direitos fundamentais e outros direitos constitucionais, preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado, resolver os conflitos de cunho federativo, promover o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Destaca-se a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, que figuram como objeto imediato da apreciação das cortes constitucionais, quando provocadas por situações subjetivas, ou objeto mediato, quando for o caso de defesa da ordem constitucional objetiva.

2. Vislumbra-se a relação entre a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e as concepções democráticas nos discursos de legitimidade da jurisdição constitucional, que compreende as perspectivas liberais, comunitaristas e procedimentalistas.

4. O modelo de democracia inspirado no contratualismo de Locke, que predica a existência de direitos naturais individuais, serviu de justificação liberal da legitimidade da jurisdição constitucional em consonância com doutrinas positivistas tradicionais, de acordo com as quais o ato de julgar, que teria natureza cognitiva, consistiria em declarar o direito preexistente.

5. Dworkin, influenciado pelo método da reconstrução racional de Rawls, que se afasta das doutrinas jusnaturalistas, justifica a legitimidade da jurisdição constitucional com o auxílio da figura ideal do jurista Hércules, a quem cabe encontrar racionalmente a única solução correta, o que não prescinde do recurso aos princípios derivados do direito fundamental, de natureza individual, à igual consideração e respeito.

6. A filosofia política de Rousseau se afigura como a base dos modelos de democracia comunitaristas, que privilegiam a autonomia pública, a liberdade em sentido positivo.

7. Na perspectiva do constitucionalismo comunitarista, a legitimidade da jurisdição constitucional restará caracterizada, na medida em que a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais se prestar à afirmação dos valores compartilhados pela comunidade, o que se torna problemático em sociedades pluralistas.

8. Divergem Habermas e Luhmann sobre a legitimação do direito pelo procedimento. Habermas aponta a incapacidade de o direito, definido em termos autopoiéticos, apreender o sentido de validade dos argumentos jurídicos. O modelo de democracia habermasiano se apresenta como terceira via entre os modelos liberal e comunitarista, na medida em que se refere à exigência mútua entre a autonomia pública e autonomia privada.

9. De acordo com a concepção democrática procedimentalista habermasiana, a legitimidade da jurisdição constitucional consiste em promover a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, compreendidos como condições discursivas do processo democrático.

10. Os problemas de legitimidade e de racionalidade da jurisdição constitucional brasileira se deixam compreender pela teoria do discurso, haja vista as situações fáticas que não permitem a realização adequada das regras do discurso.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale II*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1984.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

. *Taking rights seriously*. 9. ed. London: Duckworth, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como história, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

. *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offene Gesellschaft*. 3. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts uns des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auf. Heidelberg: CF Müller, 1999.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

. *O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983a.

. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

MATTOS, Patrícia. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablume, 2006.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

NEVES, Marcelo. *Soberania do estado e soberania do povo no estado democrático de direito*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed. Heidelberg: Müller, 2005.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada: pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo tribunal federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[1] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121.

[2] Nesse sentido, HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 23-26.

[3] Observe-se que o conceito de conflitos constitucionais, nesse contexto, teria o significado mais amplo do que o de contencioso constitucional. Ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada: pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

[4] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed.. Heidelberg: Müller, 2005. p. 298.

[5] CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale II*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1984. p. 411 e ss.

[6] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 25.

[7] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001. p. 17.

[8] Para LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26, seria possível identificar na dogmática jurídica brasileira um acordo sobre a necessidade de se instituir no País um autêntico tribunal constitucional, haja vista as deficiências atribuíveis ao STF. Sobre a crise do Poder Judiciário no Brasil, v. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país*

neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73-85.

[9] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 33, as críticas contra o formalismo jurídico “conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”.

[10] Nesse sentido, v. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

[11] Como ressalta DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 100, o conceito de supremacia constitucional revela a compreensão do Direito e da política como “fenômenos de mútua implicação”.

[12] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 494.

[13] VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo tribunal federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002., p. 26.

[14] A respeito, v. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como história, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 67-80.

[15] LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 381-382.

[16] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

[17] BONAVIDES, Paulo. ob. cit., 2004. p. 562.

[18] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 146-147.

[19] Id. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 203.

[20] RAWLS, John. ob. cit., 1997. p. 64.

[21] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 9. ed. London: Duckworth, 2000. p. 273-274.

[22] Id. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 158.

[23] MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 46-48.

- [24] Dworkin, Ronald. ob. cit., 2000. p. 105.
- [25] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris : Flammarion, 2001. p. 56. Traduziu-se. No original : “*Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne e le biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui même et reste aussi libre qu’auparavant*”.
- [26] Segundo afirma BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 166, Rousseau retoma “a velha tese dos gregos, bastante remoçada, qual seja, a democracia como ação política, que já não se apresenta fragmentária, mas pertence a todos, não distingue classes e se integra na *volonté générale*”.
- [27] Nesse sentido, o princípio de interpretação constitucional do efeito integrador (*integrierender Wirkung*), descrito por HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auf. Heidelberg: CF Müller, 1999. p. 28.
- [28] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 162. O projeto constitucional comunitarista suscita o problema do reconhecimento mútuo. A idéia de afirmar o reconhecimento mútuo como contexto maior no qual se estabelecem as interações comunicativas segue a tradição filosófica hegeliana. Por outro lado, a categoria do reconhecimento pode ser compreendida como critério universal, justificável pela razão humana, na esteira do pensamento kantiano. Essas posições fundamentais se projetam no debate contemporâneo, situado na era pós-socialista, travado no âmbito da sociologia do reconhecimento. Uma definição sobre o que vem a ser o reconhecimento mútuo, se critério de justiça ou critério de auto-realização individual, pode fornecer elementos de justificação para a atuação das cortes constitucionais na revisão da legislação. Sobre o debate entre Honneth, Taylor e Fraser, v. MATTOS, Patricia. *A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 141-156.
- [29] HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offene Gesellschaft*. 3. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1998. p. 155-181.
- [30] LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983a. p. 241-248.
- [31] Id. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b. p. 115.
- [32] Ver NEVES, Marcelo. *Soberania do estado e soberania do povo no estado democrático de direito*. p. 418. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- [33] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 200.

[34] Ibid., 2001. p. 203.

[35] HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts uns des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 69.

[36] Ibid., 1998. p. 70.

[37] Ibid., 1998. p. 71.

[38] Ibid., 1998. p. 369.

[39] Para um relato de casos jurisprudenciais, nos quais o STF teria prestado um desserviço ao País, v. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001. p. 183-358.

[40] Por faltar no Brasil um verdadeiro tribunal constitucional, a defesa da Constituição se vê prejudicada. Trata-se de uma razão estrutural para o *déficit* de racionalidade e de legitimidade do direito no País. Ver BONAVIDES, Paulo. ob. cit., 2004. p. 42.

O APARATO JURÍDICO DA SOCIEDADE DO CONTRATO E A DOCILIDADE DOS CORPOS*

THE CONTRACT SOCIETY'S BUREAUCRACY AND THE DOCILE BODIES

**Marco Antônio Sousa Alves
Thaís Oliveira Guerra**

RESUMO

Teresa Caldeira e James Hoslton sustentam que o Brasil vive uma democracia disjuntiva, ou seja, existe nesse processo político, pelo qual passa o país a partir de 1988, aspectos que se contradizem entre si e vão de encontro ao próprio escopo da democracia. Embora a democracia seja realizada em seu aspecto político, com eleições livres e universais para eleger os representantes do governo, os autores argumentam que somente esse aspecto não é suficiente para garantir aos cidadãos brasileiros de maneira geral a efetividade dos direitos civis fundamentais, e concluem que o problema fundamental da disjunção da democracia no Brasil é a falta de garantias desses direitos fundamentais. É o que Teresa Caldeira vai denominar em sua obra *Cidade de Muros de corpos incircunscritos*. A pesquisa parte exatamente desse problema colocado por Caldeira de que haveriam no Brasil os corpos, os cidadãos, que não estão circunscritos, vale dizer, protegidos pelos direitos civis fundamentais estatais, para aprofundar suas indagações mediante a filosofia de Michel Foucault, em especial mediante a sua teoria da docilidade dos corpos. Os direitos liberais, como a liberdade e a igualdade, que são formalmente tutelados pela Constituição da República manteriam, portanto, uma aparente legitimidade da democracia, pois estariam apenas formalmente garantidos. No entanto, essa formalidade “mascara” uma realidade, pois transmite aos cidadãos a falsa impressão de que são garantidos e de que se vivem realmente em um sistema de governo democrático. O principal objetivo desse trabalho é especular as relações de poder que circulam na sociedade brasileira, produzindo corpos dóceis, incircunscritos, provocando a própria disjunção no processo democrático brasileiro, provavelmente impedindo o próprio desenvolvimento do aspecto civil da democracia. A visão da sociedade e do direito, ainda focada a partir do paradigma dominante, talvez seja um dos principais mecanismos que impeçam os cidadãos de perceberem tal modelo com olhar mais crítico e enxergarem as alternativas para essa “crise”, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos.

PALAVRAS-CHAVES: APARATO JURÍDICO DA SOCIEDADE DO CONTRATO
PARADIGMA DA MODERNIDADE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
CORPO INCIRCUNSCRITO DOCILIDADE DOS CORPOS DEMOCRACIA
DISJUNTIVA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

Teresa Caldeira and James Holston argue in their works that Brazil has a disjunctive democracy. This country lives a political democratization since de 1980's, but in this process there are many contradictory aspects against the proposes of democratization. Although there is a political democracy with free and fair elections, the authors argue that this aspect is not sufficient for the consolidation of democracy, who requires social and cultural changes, because one of the main problem of that disjunction is the non respect to the civil rights. That is what Caldeira is going to denominate in her book *City of Walls* by the expression unbounded body. This essay intend to research exactly about this problem, analized by Caldeira throughout the Michel Foucault's philosophy, mainly your docility of bodies's theory, that in Brazilian democratization the bodies are not protect by the law. The liberal rights, as freedom and equality, wrote on the Constitution of 1988, are just formally protect. And by this, the citizens can have the "feeling" that they are real guarantied and it is a democratic government. The aim of this essay is to show the power relations that exist among the Brazilian society, that make unbounded bodies, disturbe the develop of civil rights and shape the disjunction in the Brazilian's politic process of democratization. The society and law theories are still focused on the modernity paradigm, characterized by bureaucratic instruments that blind the citizens to criticize this traditional model and hinder them to see the alternatives to this "crisis", as Boaventura de Sousa Santos says.

KEYWORDS: CONTRACT SOCIETY'S BUREAUCRACY MODERNITY PARADIGM RULE OF LAW UNBOUNDED BODY DOCILE BODIES DISJUNCTIVE DEMOCRACY

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo central o estudo dos poderes e das relações de dominação que circulam pela sociedade brasileira, visando uma compreensão melhor acerca das características da cidadania política do povo brasileiro, sob um aspecto geral.

Partindo sobretudo dos estudos desenvolvidos por Teresa Rios Caldeira (na obra *Cidade de Muros*) e James Holston (no artigo intitulado *Democracy and violence in Brazil*), a primeira parte desse trabalho irá apresentar e desenvolver a teoria proposta pelos autores. Tais obras trazem uma análise da expansão da adoção em países ocidentais da democracia como regime político e identifica, em especial, o modo como se desenvolve o regime democrático no cotidiano político do Brasil. É a partir daí que eles desenvolverão seus argumentos sobre o aspecto disjuntivo que marca o processo de democratização no Brasil. De maneira mais específica, entre vários aspectos que justificam a característica disjuntiva do regime democrático no Brasil, tal como foi colocado pelos autores, dar-se-á destaque ao problema do corpo incircunscrito.

Em seguida, na segunda parte do presente trabalho, será desenvolvido um estudo sobre a teoria da docilidade dos corpos do filósofo francês Michel Foucault, que serviu de referência para os estudos de Teresa Caldeira e cujo estudo permite uma melhor compreensão da noção de *corpo incircunscrito*.

Democracia disjuntiva: Teresa Caldeira e James Holston

No ano de 1988, mediante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, pretendeu-se abandonar a ordem de exceção para abrir ao Brasil uma nova orientação política destinada, segundo consta no Preâmbulo, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, (...), a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”. A principal finalidade do poder constituinte originário era, enfim, instituir um Estado Democrático de Direito.

Para alcançar tais objetivos, a Constituição de 1988 fundou-se em uma série de valores, dentre os quais se destaca a liberdade e a igualdade. Na organização formal do texto constitucional, foi consagrada logo nos primeiros artigos a proteção dos direitos fundamentais, o que demonstra a importância que é conferida ao tema pela nova ordem constitucional.

Em primeiro lugar, é preciso abrir espaço para se definir o que se entenderá por *democracia*. Logo no art. 1º da Constituição de 1988 está posto que o Brasil se constituirá em Estado Democrático de Direito. Mas o que devemos entender por isso? Nos contornos delineados por Norberto Bobbio em seu *Dicionário de Política*, democracia é, mais do que uma determinada ideologia, “um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abrangem toda a comunidade)” (1993:326). Nestes termos, o conceito de democracia se refere a um regime político que poderá ser adotado por diferentes orientações de governo. Funda-se, a partir da teoria clássica, na participação popular. No entanto, essa participação terá contornos próprios a depender da orientação política do governo em que está inserida.

A democracia é associada, no caso brasileiro e no da maioria das democracias ocidentais contemporâneas, à representatividade política, o que indica a predominância do viés político e faz dela uma democracia liberal. Segundo Bobbio, em uma democracia liberal:

“O destaque é posto mais sobre o mero fato da participação como acontece na concepção pura da democracia (também chamada participacionista), com a ressalva de que esta participação seja livre, isto é, seja uma expressão e um resultado de todas as outras liberdades” (1993:324).

A partir da conclusão de que a democracia no Brasil caracteriza-se principalmente pelo aspecto da representatividade indireta, é interessante pensar na função ou finalidade da tutela dos direitos fundamentais trazidos por esta Constituição, tida como a “Constituição cidadã”. Ainda que ela tenha aberto o ordenamento jurídico brasileiro para a democratização política, abarcando em seu texto a tutela de direitos fundamentais sociais e individuais, a realidade social do país demonstra no dia-a-dia que esse processo de democratização ainda tem sofrido com um amplo desrespeito aos direitos fundamentais, principalmente os direitos referentes ao indivíduo, o que Teresa Caldeira e James Holston chamam de “direitos civis”.

Ainda que o processo de democratização no país seja recente, isso não deve servir de empecilho para uma abordagem crítica. Já se vão mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988 e o tempo da empolgação, do otimismo ingênuo e da exaltação conformista do *status quo* não mais tem lugar. Nesse sentido, concordamos com Boaventura de Sousa Santos, que destaca a importância do “pensamento crítico para uma crítica radical do paradigma dominante tanto dos seus modelos regulatórios como dos seus modelos emancipatórios (...)” (2007:16).

Tendo isso em vista, pode-se concluir que se vive, na realidade sócio-política brasileira, em um contexto paradoxal entre aquisição de direitos pelo regime democrático, com ampla garantia constitucional, e a efetividade prática desses mesmos direitos, que se limita de maneira geral ao voto. Essa é a conclusão a que chegaram os pesquisadores Teresa Caldeira e James Holston no estudo antropológico e sociológico que desenvolveram tendo como base empírica a cidade de São Paulo nos anos 80 e 90.

Caldeira e Holston, no artigo *Democracy and Violence in Brazil*, analisam a expansão do modelo democrático ocidental pelo mundo. Concluem que tem aumentado o número de países que adotaram a democracia como regime político. No entanto, ainda que tenham como referência o modelo ocidental de democracia, cada uma dessas novas democracias guarda suas peculiaridades a partir do horizonte histórico e cultural em que estão situadas.

Caldeira e Holston, tratando especificamente do Brasil, argumentam que existe no país uma democracia política, com a participação popular nas eleições diretas que elegem os agentes políticos que administram o país. Esse processo está em consonância com o processo de democratização que aconteceu nos países ocidentais e de acordo com a definição dada acima a partir de Bobbio.

“Eles permanecem focalizados na transformação dos sistemas políticos (mudança de regime, competição eleitoral, e suas pré-condições), o que constitui a marca característica da democratização ocidental. Tais considerações políticas são certamente fundamentais. Elas estabelecem que a maior parte dos países latino-americanos, por exemplo, tornaram-se realmente democráticos na medida em que são democracias políticas” (Caldeira & Holston, 2005:691).

A partir da constatação de que a democracia está limitada ao aspecto político do voto, Caldeira e Holston entendem que nos encontramos diante de um problema fundamental ao desenvolvimento desse regime, segundo o qual a consolidação da democracia demanda mudanças sociais e culturais. Os autores enumeram uma série de problemas sociais vividos pelo Brasil, exatamente porque o processo democrático não vem acompanhado de mudanças sociais e culturais. Dentre os problemas sociais enfrentados pela população, cita-se o crime violento, o processo do abandono dos espaços públicos pela classe média e alta para se trancar nos enclaves fortificados, a ausência de direitos civis dos brasileiros, e o processo que Caldeira denominou de “incircunscção” dos corpos, que será desenvolvido na segunda parte desse trabalho.

Os autores compreendem os direitos civis como:

“um aspecto da cidadania, que se refere às prerrogativas e incumbências de um membro de uma comunidade política moderna (...). Nós usamos o termo ‘civil’ para especificar a esfera dos direitos, práticas e valores que concernem à liberdade, tanto positiva quanto negativa, e à justiça como o caminho para todos os outros direitos” (Caldeira & Holston, 2005:693).

Para Caldeira e Holston, essa carência de garantia efetiva de direitos fundamentais que marca a vida cotidiana dos brasileiros demonstra que a democracia política somente não é suficiente para garantir que um governo seja democrático *lato sensu*, ou seja, não garante a efetividade dos direitos fundamentais e a aplicação democrática das normas de direito. Nas palavras dos autores:

“suas dificuldades sugerem fortemente que, ainda que necessária, a democracia política não é suficiente para assegurar os direitos civis dos cidadãos ou para produzir um Estado Democrático de Direito (...). É bastante evidente nas novas democracias que sem essa realização, a democracia política perde sua legitimidade e eficácia” (Caldeira & Holston, 2005:692).

Um suporte empírico dessa questão é a pesquisa divulgada neste ano de 2008 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA - que confirma a manutenção da concentração de renda no Brasil. São dados significativos que nos mostram, por exemplo, que 10% da população concentra mais de 70% da renda do país. Isso em um contexto em que direitos fundamentais como o da saúde e da educação ficam carentes de efetivação.

A não garantia concreta de direitos civis provoca um processo de deslegitimação dos direitos, principalmente daqueles direitos que incidem sobre os indivíduos. Caldeira denomina esse processo de incircunscção dos corpos. De acordo com Caldeira:

“O Brasil tem uma democracia disjuntiva que é marcada pela deslegitimação do componente civil da cidadania: o sistema judiciário é ineficaz, a justiça é exercida como um privilégio da elite, os direitos individuais e civis são deslegitimados e as violações dos direitos humanos (especialmente pelo Estado) são rotina. Essa configuração específica não ocorre em um vácuo social e cultural: a deslegitimação dos direitos civis está profundamente enraizada numa história e numa cultura em que o corpo é incircunscrito e manipulável, e em que a dor e o abuso são vistos como instrumentos de desenvolvimento moral, conhecimento e ordem” (2003: 375).

Como afirma a autora, a característica da incircunscricção está relacionada com a concepção de corpo historicamente edificada no imaginário do brasileiro. O corpo, segundo Caldeira, era considerado um “local de punição, exemplo e justiça” (2003:370), mediante a inflicção da dor.

O regime de escravidão que existiu no país é um dos exemplos no qual a intervenção direta no corpo, mediante seus métodos de torturas, era usado para manter a ordem sobre os escravos, tornando-os obedientes. Consistia em uma atuação privada dos senhores de escravo no trato de seus “bens”, artigos mercantis humanos comprados em um leilão ou em uma feira.

A intervenção direta e violenta no corpo humano como meio de se manter o poder não se limitava, no entanto, à relação entre senhor e escravo. Conforme o entendimento de Douglas Cole Libby e Eduardo França Paiva na obra *A escravidão no Brasil*, “o castigo e a violência física faziam parte do dia-a-dia de toda a sociedade da época. Esses procedimentos marcavam as relações pais-filhos, esposo-esposa e mestres-alunos” (Libby & Paiva, 2005: 45).

A prática rotineira de se valer da força sobre o corpo para a manutenção do poder, vai, portanto, além do processo de escravidão, e se insere em todas as relações sociais no contexto do patriarcalismo. Segundo Antônio Carlos Wolkmer, o patriarcalismo é uma categoria que:

“deve ser interpretada sob a óptica do referencial weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática no Brasil ocorre quando o poder público é utilizado por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras” (2006:35).

Associado ao patriarcalismo, temos ainda o patrimonialismo como um elemento típico da cultura política brasileira. Wolkmer destaca uma importante observação feita por Raymundo Faoro acerca do patrimonialismo no Brasil, que é um país que se caracteriza por uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados:

“A sociedade, em tal situação, pode chegar a ser (...) um pouco autônoma, mas nunca independente: não será ela que ditará ao poder público a política, mas será a política que lhe ditará a conduta (...) Herdeiro do patrimonialismo português, [o Brasil] recebeu, com a independência, o impacto do mundo inglês, já moderno, adotando a máscara capitalista e liberal, sem negar, ou (...) sem superar o patrimonialismo” (Revista da USP. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo. São Paulo: n.17, mar./abr./ maio 1993, p.16-17 in Wolkmer, 2006:35)

Tais observações vêm confirmar a argumentação de Caldeira no sentido de que as práticas de violência estão historicamente presentes nas relações sociais do povo brasileiro e são aceitas como meio legítimo para a correção, para a obtenção da verdade, etc. Além de confirmar uma história de carência de direitos civil pelo povo, subordinado aos mandos da classe dominante, essas informações serão imprescindíveis para a crítica que se pretende alcançar ao final do trabalho.

Um dos exemplos utilizados por Caldeira para ilustrar como essa violência está presente no meio social hodierno do Brasil em situações em que muito provavelmente não se cogita a possibilidade de serem tidas como violentas, ou, dito de outro modo, acredita-se seriam envolvidas por uma violência de natureza diferente daquela que envolve outras situações, são os “tapinhas” desferidos em crianças, prática costumeira e pretense mecanismo indispensável de educação. No entendimento de Caldeira, essa violência doméstica, que em princípio poderia ser tida como em escala pequena, faz parte de um contexto maior e mais grave de naturalização da permissão da intervenção violenta sobre o corpo.

Caldeira afirma que essa naturalização da inflição da dor como meio corretivo está associada a outras intervenções e manipulações do corpo “não necessariamente dolorosas e violentas”, muito antes pelo contrário, até “desejáveis e atraentes da cultura brasileira” (2003:370). A autora cita como exemplos o grande número de cesarianas realizadas no país e também cita o carnaval, festa caracterizada pela exposição do corpo. Sobre o carnaval, Caldeira crê que existe algo mais por detrás dessa “brincadeira” que colabora para manter no imaginário das pessoas a permissão da violência:

“Durante o carnaval, as pessoas esperam tocar e ser tocadas: é de mau gosto repelir tais intervenções porque, de fato, as pessoas estão na rua para brincar e a mistura de corpos é a essência do jogo. O carnaval não é só um lugar para a combinação de corpos, sua manipulação e exibição, mas um universo em que a ameaça e a violência estão sempre presentes” (Caldeira, 2003:371).

Há ainda outros exemplos de intervenção punitiva no corpo que são historicamente vivenciados no país, cujo objetivo seria a purificação do corpo como uma herança da

inquisição e da própria religião católica. Outra questão colocada pela autora é a da violência institucionalizada, utilizada pela polícia na repressão, como maneira de “combater violência anterior”, e também preventivamente, como “meio de obter a verdade”.

Todos esses mecanismos que se valem da intervenção direta no corpo para alcançar o resultado que se deseja, revelam, segundo Caldeira, a “incircunscrição” do corpo. De acordo com a descrição da autora:

“Por um lado, o corpo incircunscrito não tem barreiras claras de separação ou evitação; é um corpo permeável, aberto à intervenção, no qual as manipulações de outros não são consideradas problemáticas. Por outro lado, o corpo incircunscrito é desprotegido por direitos individuais e, na verdade, resulta historicamente da sua ausência. No Brasil, onde o sistema judiciário é publicamente desacreditado, o corpo (e a pessoa) em geral não é protegido por um conjunto de direitos que o circunscreveriam, no sentido de estabelecer barreiras e limites à interferência ou abuso de outros” (Caldeira, 2003:370).

O estudo desse processo de incircunscrição dos corpos de que trata Caldeira é de extrema importância no contexto jurídico-político pelo qual passa o Brasil, no caminho pela consolidação da democracia. Isso porque a incircunscrição, ou a ausência de incidência de direitos civis sobre indivíduos, é fator essencial para compreender o aspecto disjuntivo da democracia brasileira. É um ponto importante para o início, pelo menos, da compreensão do comportamento político do povo brasileiro. Discussão que se empreenderá na última parte do presente texto.

Contrariamente à experiência brasileira, a modernidade européia vivenciou um processo de circunscrição dos corpos civis. Caldeira descreve esse processo de valorização do indivíduo por meio da “passagem da dominância do cânone do corpo grotesco para a do corpo individual” (2003:372). Esse processo se desenvolveu por meio da “prevalência das novas sensibilidades e valores culturais, o triunfo de novas formas de relações sociais e organização social, e o estabelecimento de novas formas de controle e sujeição” (2003:372).

Como resultado desse processo, as pessoas “civilizadas” aprenderam a encerrar seus corpos, controlar seus fluidos, evitar a mistura com os outros ou com o exterior e controlar a sua agressividade. A pessoa civilizada é o próprio indivíduo auto-contido, circunscrito. Para explicar esse processo, Caldeira se vale da teoria da “docilidade dos corpos” desenvolvida pelo filósofo francês Michel Foucault. A partir do estudo da sociedade européia do século XVIII, esse autor demonstra, segundo Caldeira:

“A passagem dos rituais públicos de punição física para as punições privadas e exercícios morais do sistema penitenciário; é a passagem da marcação de corpos ao disciplinamento da alma como a principal forma de exercício de poder (...) as monarquias, cuja fonte de poder era o rei e cujo poder era exercido de maneira

repentina, violenta e descontínua, deram lugar a estados inspirados pela noção de contrato social e que têm como princípio fundador a idéia de cidadania universal e seus direitos” (2003:372).

Ainda que tenha trazido para o interior de seu ordenamento jurídico os princípios liberais que eram em sua origem uma proteção do indivíduo perante o Estado absoluto, o processo de modernização não aconteceu no Brasil nos termos em que se desenvolvera na Europa. Caldeira não pretende com essa constatação criticar a pseudo-democracia brasileira e seu caráter manco em comparação com a experiência democrática européia ou americana. Como foi ressaltado no início deste trabalho, a democracia deve ser considerada segundo as características peculiares de cada lugar. Nas palavras de Caldeira:

“Na sociedade brasileira o que predomina é a noção incircunscrita do corpo e do indivíduo. Até hoje, e independentemente do regime político, é sobre os corpos incircunscritos dos dominados que as relações de poder se estruturam, que os significados circulam e que se tenta construir a ordem” (2003:374).

A docilização dos corpos: Michel Foucault

“É preciso desvencilhar-se do modelo do Leviatã, desse modelo de um homem artificial, a um só tempo autômato, fabricado e unitário igualmente, que envolveria todos os indivíduos reais, e cujo corpo seriam os cidadãos, mas cuja alma seria a soberania. É preciso estudar o poder fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisá-lo a partir das técnicas e táticas da dominação” (Foucault, 2000: 40).

O direito ainda hoje estuda o poder na sociedade a partir do paradigma que emergiu na modernidade ocidental, a partir dos séculos XVI e XVII, denominado por Boaventura de Sousa Santos de “paradigma da modernidade” (2007:16). Caracteriza-se por uma sociedade patriarcal, de produção capitalista, consumismo individualista, democracia autoritária, desenvolvimento global desigual e excludente e, a principal característica, pelo fato de a regulação social ter sido supervalorizada em detrimento da emancipação social. No âmbito desse modelo, o poder é compreendido a partir de conceitos vindos do direito civil, na medida em que se trata o poder como um bem, como algo concreto que se outorga ao soberano, tendo como fundamento a teoria do contrato social.

A proposta de Foucault é buscar outras formas de realização do poder, diferente do poder central, mas que existe concomitante a este na sociedade, produzindo relações de dominação. É especialmente difícil pensar essa teoria no âmbito do direito, pois é a teoria do positivismo e a metodologia histórica tradicional que estuda o poder central, hierárquico, como a principal fonte de realização do poder na sociedade, que orienta ainda nos dias de hoje os estudos nas academias de direito. O patrimonialismo, resgatado nesse trabalho a partir de Wolkmer, é imprescindível nessa discussão, pois é por essa via que se pensa fundamentalmente o poder na sociedade brasileira.

E é exatamente nessa tendência de se pensar a relação de poder entre uma superestrutura que submete uma subestrutura, ponto de vista marcadamente marxista em que as relações sociais estão sempre submetidas ao poder econômico, que se inserirá a crítica foucaultiana acerca do poder. Daí a relevância desse estudo para a compreensão mais crítica do direito, de maneira a ampliar o conhecimento desse objeto no caminho da emancipação social, conforme a proposta de Boaventura de Sousa Santos na obra *A crítica da razão indolente*.

Boaventura de Sousa Santos também reconhece que o paradigma da modernidade do Estado soberano é o modelo dominante e o horizonte a partir do qual se estuda o direito hodiernamente. O autor tem o objetivo de demonstrar que tal paradigma está sofrendo mudanças, está em crise. Ainda assim, Boaventura reconhece a dificuldade de, por estamos inseridos ainda nele, enxergarmos algo que seja diferente. Podemos complementar esse raciocínio citando Foucault:

“Ora, de fato, a teoria da soberania não só continuou a existir, se vocês quiserem, como ideologia do direito, mas também continuou a organizar os códigos jurídicos que, a Europa do século XIX elaborou para si a partir dos códigos napoleônicos” (2000: 43).

Foucault aponta dois motivos para que essa teoria da soberania tenha se mantido como “ideologia” e como “princípio organizador dos grandes códigos jurídicos” (2000: 44). De um lado, a teoria da soberania foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Mas, de outro, essa teoria e a organização de um código jurídico, centrado nela, permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que mascarava os procedimentos dela, que apagava o que podia haver de dominação e de técnicas de dominação na disciplina e, enfim, que garantia a cada qual que ele exercia, através da soberania do Estado, seus próprios direitos soberanos. Como bem explica Foucault:

“Uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo de poder, era

preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciais a teoria da soberania” (2000: 44).

A proposta de estudo de Foucault é pensar o poder não como um bem que se troca mediante um contrato social, mas como algo que “se exerce e só existe em ato” (2000: 21). E o autor continua especulando que o poder seria emprego e manifestação de força, ligado à repressão e, assim, conclui que o poder “é a guerra continuada por outros meios” (2000: 22). Seguindo esse raciocínio, o poder político para Foucault:

“...teria como função reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos de uns e de outros” (2000: 23).

Foucault analisa métodos de disciplina aplicados, por exemplo, nos conventos, nos exércitos, nas oficinas, que impunham ao corpo uma sujeição constante de suas forças. Paralelo ao poder central, havia dentro dessas instituições regras, disciplinas, que mantinham uma relação de dominação e que, para o autor, “se tornaram no decorrer dos séculos XVII E XVIII fórmulas gerais de dominação” (1987:118). Essas disciplinas promoveriam a sujeição dos corpos, o que culminaria na docilidade dos mesmos. Segundo Foucault “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (1987:118).

Então, a partir dessa análise de relação de poder na sociedade, pode-se concluir que a estrutura burocrática da sociedade do contrato, incluindo todos os seus aparatos, e aí se destacam os seus princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, foram necessários para “mascarar” onde se dava o real mecanismo de dominação social mediante as disciplinas. Segundo Foucault, a burguesia “descobriu” que o poder de dominação estava nas técnicas e, por exemplo, no próprio procedimento da exclusão do louco ou da sexualidade infantil. O lugar da dominação estaria então nas disciplinas.

É importante destacar que essa dominação é diferente do que foi a dominação pela escravidão. E segue a explicação do próprio autor:

“(…) pois não se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos; é até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes. Diferentes também da domesticidade, que é uma relação de dominação constante, global, maciça, não analítica, ilimitada e estabelecida sob a forma da vontade singular do patrão, do seu ‘capricho’. Diferentes da vassalagem que é uma relação de submissão altamente codificada, mas longínqua e que se realiza menos sobre as operações do corpo que sobre os produtos do trabalho e as marcas rituais da obediência. Diferentes ainda do asceticismo e das ‘disciplinas’ de tipo monástico, que têm por função realizar renúncias mais do que aumentos de utilidade e

que, se implicam em obediência a outrem, têm como fim principal um aumento do domínio de cada um sobre seu próprio corpo. O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente” (1987:118-9).

Foucault sustenta que, a partir de um determinado momento, os mecanismos de exclusão da loucura e os mecanismos de vigilância da sexualidade, que são mecanismos de disciplina, produziram certo lucro econômico, certa utilidade política e, por essa razão, se viram naturalmente colonizados e sustentados por mecanismos globais e, finalmente, pelo sistema do Estado inteiro.

“Temos, pois, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até os nossos dias, de um lado uma legislação, um discurso, uma organização do direito público articulados em torno do princípio da soberania do corpo social e da delegação, por cada qual, de sua soberania ao Estado; ao mesmo tempo, há uma trama cerrada de coerções disciplinares que garantem, de fato, a coesão desse mesmo corpo social. Ora, essa trama não pode de modo algum ser transcrita nesse direito, que é, porém, seu acompanhamento necessário. Um direito da soberania e uma mecânica da disciplina: é entre esse dois limites, creio eu, que se pratica o exercício do poder” (2000: 44-5).

O poder se exerce, nas sociedades modernas, a partir e no próprio jogo dessa heterogeneidade entre um direito público da soberania e uma mecânica polimorfa da disciplina. Um corpo com toda uma história de carências de direitos em relação ao Estado não se transforma em um corpo político apenas com a mudança da estrutura política. E, fundamentalmente, mediante uma mudança para uma democracia representativa, caracterizada essencialmente pelo aspecto político.

O aparato jurídico da sociedade do contrato e os princípios modernos de liberdade e igualdade influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, inserindo neste uma série de direitos e garantias para o indivíduo, resguardando-o em relação ao Estado. Essa era a luta dos burgueses nas revoluções da era moderna, nos séculos XVII e XVIII. No entanto, essas, dentre outras garantias civis, arroladas tanto como princípios fundamentais na Constituição de 1988, quanto elencadas em seu artigo 5º, são somente formalmente garantidas. Em uma análise apressada, traz em princípio um aspecto aparente de circunscrição dos corpos. Porém, essa aparência é apenas superficial e logo revela a sua falsidade, pois, como ressalta Wolkmer:

“(…) se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas. Tem a pretensão de ser direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os

condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal” (2006:25).

É relevante para a produção da perspectiva crítica, que guia este trabalho, a utilização dos mecanismos propostos pela Nova História para o estudo do passado, destacando-se a utilização de fontes primárias e fontes diversas em lugar das fontes oficiais. O objetivo é justamente buscar um conhecimento acerca da história mais global, “uma espécie de empreendimento para dessujeitar os saberes históricos e torná-los livres, isto é, capazes de oposição e luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico” (2000: 15).

Descrito esse longo caminho por onde os direitos individuais dos brasileiros foram e ainda permanecem sendo desrespeitados, é preciso discutir como, inseridos em um processo democrático, grande parcela da população se submete às regulamentações do governo sem questionamentos. Ainda que permaneçam incircunscritos nesse processo de democratização, com ainda permanecer quietos? Sobre essa questão, cito as palavras de Raymundo Faoro:

“Liberalismo falso e mentiroso, que prescinde do consentimento dos cidadãos para constituir a autoridade do soberano que, sem freios e sem restrições, governa, administra e reina, mascarado no parlamentarismo fraudulento, sustentado por eleições impostas pela baioneta e pela corrupção; políticos e partidos que servem ao poder, despreocupados com seus constituintes – fantasmas, não são ingredientes capazes de responder à pergunta que define a legitimidade: por que obedecer? Esta a palavra que inunda a obra de Sérgio Buarque de Holanda: não conseguimos, no curso da enfermidade do tempo histórico, encontrar a legitimidade política e popular, a soberania do povo, que só a cidadania poderá, um dia, construir” (2007: 280).

Como conclusão, cremos que ao menos alguns indícios para uma resposta à pergunta colocada acima foram indicados e construídos ao longo desse texto. Acreditamos que o fato de os brasileiros não terem passado pelo processo de circunscrição de direitos, pelo menos não como aconteceu na Europa, seja uma possível explicação para o comportamento político muitas vezes estático do povo brasileiro. Junte-se a isso a utilização da disciplina que reproduz uma sujeição dos corpos docilizados de maneira dificilmente percebida como relação de dominação. E para fechar o ciclo de dominação, acrescenta-se a utilização do aparato jurídico da modernidade, com todos os seus princípios liberais, sedutores à primeira vista, que servem na verdade para “mascarar” uma realidade na qual a grande maioria dos brasileiros enfrenta o dia a dia sem liberdade e sem igualdade.

Referências

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Oian Franco. Tradução Carmen C. Varriale.vol.1. 5 ed. Edunb: Brasília, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2003.

CALDEIRA, Teresa P.R.; HOLSTON, James. “Democracy and Violence in Brazil”.Disponível em:<http://ls.berkeley.edu/dept/anth/Caldeira-Holston>, 2005.

FAORO, Raymundo. “Sérgio Buarque de Holanda: analista das instituições brasileiras”. In: COMPARATO, Fábio Konder (org.). *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOLSTON, James. *Insurgente citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton University Press, 2008.

LIBBY, Douglas Cole; PAIVA, Eduardo França. *A escravidão no Brasil: relações sociais, acordos e conflitos*. São Paulo: Moderna, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Tradução dos autores. No original: “They remain especially focused on the transformation of political systems – on regime change, electoral competition, and their predictions - that is hallmark of Western democratization. Such political considerations are certainly fundamental. They establish that most countries in Latin America, for example, have indeed become democratic in the sense that they are political democracies”.

Tradução dos autores. No original: “to an aspect of citizenship, and citizenship to refer to the prerogatives and encumbrances of membership in the modern political community (...) We use civil to specify the sphere of rights, practices, and values that concerns liberty, both negative and positive, and justice as the means to all other rights”.

Tradução dos autores. No original: “their difficulties strongly suggest that, although necessary, political democracy is not enough to secure the civil rights of citizenship or produce a democratic rule of law”. E continuam, “It is increasingly evident in the new democracies that without this realization, political democracy loses its legitimacy and efficacy”.

Disponível no sítio do IPEA: www.ipea.gov.br.

QUE DIREITOS NÓS TEMOS? UMA REFLEXÃO SOBRE O LIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *

WHAT RIGHTS DO WE HAVE? A REFLECTION ABOUT DEMOCRATIC STATE OF LAW AND LIBERALISM.

Marco Aurélio Romagnoli Tavares

RESUMO

Resumo: O liberalismo como sistema econômico vive hoje sua maior crise, talvez a maior desde seu surgimento. A colocação em dúvida da capacidade da ideologia política e econômica neoliberal de gerir economias ocidentais afeta diretamente as próprias raízes da democracia, já que o liberalismo confunde-se com a própria natureza do sistema democrático. Durante séculos, o liberalismo buscou a afirmação de valores humanos intrínsecos e lutou contra sistemas opressores em todo o mundo. Desde o nascimento das idéias que deram origem ao estado moderno de direito, passando pela fundação de uma nova ordem mundial através do advento da revolução industrial, fomentando o nascimento das idéias originais do que viria a se transformar na doutrina dos direitos humanos, liberais sempre reivindicaram a razão como a natureza maior do ser humano na busca de seu aperfeiçoamento, trazendo consigo, como recompensa a liberdade de produção e o acúmulo de riquezas. Hoje se coloca à prova sua capacidade de se adaptar ao Estado social, o qual não pode conviver com a existência de um mercado econômico livre de regras, já que do êxito econômico depende sua própria existência.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: LIBERALISMO. POLITICA. ECONOMIA. REVOLUÇÕES. DIREITOS HUMANOS INDIVIDUAIS. DIREITOS SOCIAIS. CRISES FINANCEIRAS. NEOLIBERALISMO. ESTADO SOCIAL.

ABSTRACT

Abstract: Liberalism like a economic system lives his major crisis, perhaps the worst crisis in its existence. The world doubts about neoliberal politics and economic basis affect directly the fundamentals of democracy. Trough centuries, liberalism search for the human values affirmation and fought against oppressor system in all world. Since the birth of the ideas who originate the modern state of law, passing through a new world order founded by the industrial revolution, presenting original new ideas of values that would became the nowadays known humans rights doctrine, liberals always

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

claim that reason was the greatest of human nature in search of self improvement, bringing together like reward the freedom to produce and concentrate wealthy. Today, the system's adapting capacity to the well fare state has been tested. The modern state cannot live with a free market without rules, since the existence of state itself depends on a successful economy.

KEYWORDS: KEY-WORDS: LIBERALISM. POLITICS. ECONOMY. REVOLUTIONS. INDIVIDUAL HUMAN RIGHTS. SOCIAL RIGHTS. FINACNIAL CRISIS. NEOLIBERALISM. WELL FARE STATE.

1. Introdução

Por essência, liberalismo é a doutrina política que considera o abuso de poder e a liberdade do indivíduo como os problemas centrais de um Estado. Para os que se denominam liberais o poder e a riqueza são os principais elementos deste abuso. Também se incluem na relação qualquer grupo social e político que tenha a intenção e a inclinação para agir opressivamente.

Historicamente o liberalismo representou dois significados. A doutrina que teve origem no século XVI como uma reação defensiva aos horrores das guerras religiosas dividiu-se em duas correntes. A primeira restringiu-se à doutrina política que enfatiza a importância da limitação do Estado e a segunda enfatizou uma filosofia de vida que prega a autonomia individual, a imaginação pessoal e o autodesenvolvimento. E mais, o liberalismo contemporâneo representou coisas diferentes para Americanos e Europeus. Nos Estados Unidos a doutrina é associada às políticas do Estado do bem estar social, que teve sua marca com o programa **New Deal**, idealizado pelo presidente democrata Franklin D. Roosevelt, enquanto na Europa os liberais possuem uma visão política e econômica comumente conservadora.

O liberalismo deriva de dois fatores da cultura ocidental que estão relacionados. O primeiro é a preocupação do ocidente com a individualidade em contraponto à importância que outras civilizações atribuem ao status, castas e tradição. Por boa parte da história verifica-se que o indivíduo sempre esteve vinculado ao seu clã, tribo, nação ou reino. O liberalismo é considerado o ápice do desenvolvimento das doutrinas sociais ocidentais que deram um sentido de importância à individualidade humana, promovendo uma libertação do indivíduo da subserviência completa a um grupo e um relaxamento no apertado nó do costume, da lei e da autoridade.

A emancipação do indivíduo pode ser entendida como a conquista singular da cultura ocidental e talvez como sua própria identidade.

O liberalismo também é resultado da chamada “prática do confronto” exercida na vida política e econômica européia, um processo em que a competição institucionalizada, como a competição entre partidos políticos diferentes durante uma eleição, entre acusação e defesa em um julgamento, ou entre diferentes fabricantes em uma economia de livre mercado, é usado para a geração de uma ordem social dinâmica.

Outros sistemas políticos surgidos não demonstraram melhores resultados sociais, entretanto, foi preciso um longo período de tempo para que a crença na prática da contestação superasse a visão tradicional, defendida desde Platão, de que o Estado deveria ser uma estrutura orgânica, na qual classes sociais distintas cooperassem entre si, exercendo papéis diferentes, mas complementares.

A crença de que a competição é parte essencial do sistema político e de que é essência de um bom governo a existência de uma oposição vigorosa ainda era considerado um pensamento estranho na maior parte dos países europeus no início do século XIX.

Cumprido destacar que a convicção liberal no exercício da contestação traduz o conceito de que os seres humanos são criaturas racionais e capazes de comporem suas disputas políticas através do diálogo e do compromisso. Essa característica do liberalismo tornou-se predominante nos projetos políticos do século XX, em especial naqueles que visavam eliminar as guerras, buscando a solução das disputas entre Estados através de organizações multilaterais, como por exemplo, as Organizações das Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça.

É evidente que o liberalismo tem uma relação próxima com a democracia, mas não se pode esperar muito dessa proximidade. O cerne da doutrina da democracia é a crença de que os governos retiram sua autoridade de eleições populares. De outro lado, o liberalismo se ocupa primordialmente com a questão dos limites da atividade governamental. Frequentemente, liberais demonstram preocupação com a democracia, com o receio de que esse sistema possa gerar uma tirania da maioria.

Se poderia dizer, portanto, em uma análise superficial que a democracia representa o interesse de maiorias e que o liberalismo de minorias.

Como outras doutrinas políticas, o liberalismo é altamente sensível ao tempo e às circunstâncias. O liberalismo é exercido de forma diferente em cada nação que o adota e o sistema muda a cada geração. O desenvolvimento histórico do liberalismo através dos séculos recentes tem sido um movimento que vai desde a desconfiança na soberania do Estado, sob o fundamento de que o poder tende a ser mal utilizado, ao desejo de utilização do poder governamental para a correção de desigualdades na distribuição de riquezas resultantes de uma economia livre.

A expansão do poder estatal e a responsabilidade social buscada por liberais durante o século XX foram objetivos claramente opostos à defesa do Estado mínimo pregado por liberais no século anterior.

Em todo caso, a inspiração liberal permanece a mesma até os dias de hoje: hostilidade a qualquer forma de concentração de poder que possa ameaçar ou impedir o indivíduo da realização de seu potencial, exercida em conjunto com o desejo de reexaminar e reformar instituições do Estado de natureza social para que atendam a novas necessidades.

Contudo, esse desejo de reformas é temperado pela aversão do sistema liberal a mudanças drásticas e súbitas, que é que o diferencia dos radicais. E é exatamente essa busca por mudanças que o diferencia dos conservadores.

2. O LIBERALISMO CLÁSSICO

2.1. Fundamentos políticos.

Embora não haverem sido detectadas idéias liberais na política europeia até o início do século XVI, o liberalismo possui uma pré-história que pode ser identificada já na idade média e até em tempos mais remotos.

Na idade média os direitos e as responsabilidades do indivíduo eram determinados pelo lugar que ocupavam em uma sociedade hierárquica e estratificada.

Sob o impacto do início da prática do comércio e da urbanização da Europa, já no final da idade média, do fermento intelectual do renascimento e da expansão do protestantismo no séc. XVI, o antigo sistema feudal estratificado havia iniciado sua lenta degradação, trazendo o medo da instabilidade, para o qual o surgimento das monarquias absolutistas foi, há época, a solução óbvia para o abafamento dos conflitos.

A autoridade papal estava abalada na maior parte do norte europeu e cada novo governante, em seu papado, tentava restaurar a unidade perdida impondo a uniformidade religiosa. Esses esforços de imposição culminaram na chamada **Guerra dos Trinta Anos**, que causou imenso prejuízo na maioria do continente Europeu.

Nas regiões em que um credo não conseguiu extirpar os outros, a tolerância religiosa foi aceita como o menor dos males. Em alguns países onde um credo obteve hegemonia estabeleceu-se que qualquer outra crença praticada por cidadãos era uma ameaça à prosperidade e à manutenção da boa ordem.

As ambições dos governantes nacionais e as necessidades das indústrias e do comércio em contínua expansão levaram gradualmente os países a adotarem políticas econômicas baseadas no mercantilismo, uma escola de pensamento que pregava a intervenção estatal na economia nacional com o objetivo de expandir a riqueza e o poder do Estado. Entretanto, tal intervenção servia a interesses previamente estabelecidos e inibia o empreendimento, sendo contestada por membros da recém nascida classe média.

Essa contestação teve um significado marcante nas revoluções que abalaram a Inglaterra e França nos séculos XVII e XVIII, mais especificamente as *English Civil Wars* que se deram entre 1642 e 1651, a *Glorious Revolution* de 1688, a Revolução Americana de 1775 a 1783 e a Revolução Francesa de 1789. O liberalismo clássico como doutrina é fruto desses grandes confrontos.

Nas *English Civil Wars*, o rei absolutista Charles I foi derrotado pelas forças do Parlamento e posteriormente executado. A revolução de 1688 resultou na abdicação e exílio de James II e no estabelecimento de uma complexa forma de equilíbrio de forças governamentais, na qual o poder era dividido entre o rei, seus ministros e o Parlamento.

Com o passar do tempo esse sistema se tornaria um modelo para os movimentos políticos liberais de outros países. As idéias políticas que ajudaram a inspirar essas revoltas foram expostas nos trabalhos dos filósofos ingleses Thomas Hobbes e Jonh

Locke. Em *Leviathan* (1651), Hobbes defende que o poder absoluto do soberano era, em última análise, justificado pelo consentimento dos governados, os quais concordaram, em um contrato social hipotético, em obedecer ao soberano sob qualquer circunstância em troca do recebimento da garantia de paz e segurança. Locke, que também defendia uma forma de teoria do contrato social de governo, argumentava que era dever do soberano proteger a pessoa e a propriedade dos indivíduos e garantir seus direitos naturais à liberdade de pensamento, expressão e crença.

De forma marcante, Locke entendia que uma revolução era legítima nos casos em que o soberano falhava em cumprir essas obrigações e seu livro *Two Treatises of Government* (1690) foi escrito precisamente pra justificar a revolução que ocorrera dois anos antes.

Na época em que Locke escreveu o livro acima citado a prática política na Inglaterra havia se resumido à disputa pelo poder entre dois partidos, dos quais os membros eram conhecidos por *Whigs* e *Tories*. Esses partidos são os ancestrais dos atuais Partidos Liberal e Conservador britânicos. Locke era um conhecido *Whig* (liberal) e, na época, era comum associar-se a visão liberal às atitudes dos aristocratas *Whig*, as quais estavam diretamente ligadas a interesses comerciais e comumente dotadas de suspeitas quanto ao poder da monarquia.

Os *Whigs* dominaram a política na Inglaterra desde a morte da Rainha Anne em 1714, até a ascensão do trono do Rei George III em 1760.

2.1.2 Fundamentos econômicos

Se os fundamentos políticos do liberalismo tiveram como berço a Grã-Bretanha, o mesmo aconteceu com os fundamentos econômicos. Por volta do séc. XVIII os monarcas Britânicos foram compelidos pelo Parlamento a efetivarem empreitadas bélicas com o intuito de engrandecer a nação, no que foram seguidos pela maioria dos governantes daquele período. Esses governantes lutavam pela supremacia militar o que exigia como sustentação uma forte base econômica.

Em virtude da teoria mercantilista que prevalecia na época de que no comércio entre duas nações uma sempre haveria de perder para que outra ganhasse, os governos nacionais intervinham nas relações de comércio para determinarem preços, protegerem suas indústrias da competição estrangeira e evitar a troca de informações econômicas.

Essas práticas foram colocadas à prova pelo filósofo e economista escocês Adam Smith, que em seu livro *The Wealth of Nations* (1776) expôs que o livre comércio beneficiaria a todas as partes envolvidas. De acordo com essa visão, se os indivíduos são deixados livres para buscarem seus interesses em uma economia de mercado baseada em uma divisão do trabalho, a riqueza produzida pelo grupo, como um todo, aumentará. Smith descreve um mecanismo de autoajuste do mercado, cuja força propulsora é o egoísmo do indivíduo. O indivíduo que busca seu próprio benefício torna-se a representação do bem público, porque em uma economia de mercado ele deve beneficiar a outros para que seja beneficiado. Mas somente em um genuíno mercado livre, de acordo com Smith, esses benefícios ocorreriam. Em qualquer outra situação, o controle ou monopólio do Estado, levaria à regulamentação, exploração e estagnação econômica.

Todo sistema econômico, por natureza, deve determinar não somente quais bens serão produzidos, mas também como esses bens serão divididos ou distribuídos. Em uma economia de livre mercado ambas as tarefas são cumpridas pelo mecanismo do preço. As teoricamente livres escolhas dos compradores e vendedores determinam como os recursos sociais - trabalho, bens e capital – devem ser empregados. Essas escolhas manifestam-se através de ofertas e propostas de compra que, em conjunto, determinam o valor econômico de um produto. Teoricamente, quando existe uma forte demanda por um produto, o preço sobe, tornando-se lucrativo aos produtores aumentarem sua oferta.

Assim que a oferta aproxima-se da demanda, os preços tendem a cair até que os produtores redirecionem seus recursos produtivos para outros usos. Dessa forma, o sistema atinge a maior proximidade possível do equilíbrio entre o que é desejado e o que é produzido. Além disso, na distribuição da riqueza assim produzida o sistema é justo ao assegurar a recompensa na proporção do mérito de cada um.

O pressuposto é o de que em uma economia livre e competitiva em que ninguém é impedido de iniciar uma atividade econômica, a receita recebida de tal atividade é uma medida justa pelo seu valor àquela sociedade.

Em termos concretos, com o passar do tempo, foram necessários grandes ajustes no liberalismo econômico clássico aplicado à Grã-Bretanha e Europa.

O primeiro foi a abolição das restrições de origem feudal e mercantilista à produção e ao comércio interno das nações. O segundo foi a extinção das tarifas e restrições que os governos locais impunham sobre os produtos importados com a finalidade de proteger os produtores locais.

Ao rejeitar a regulamentação governamental sobre o comércio, a economia clássica se baseava piamente na crença da superioridade de um mercado autoregulável. Ao longo desses argumentos, os pontos de vista de Smith e seus sucessores ingleses do século XIX, em especial os do economista David Ricardo e do filósofo e economista Jonh Stuart Mill, tornaram-se cada vez mais convincentes, na medida em que a revolução industrial britânica gerou uma quantidade enorme de novas riquezas e transformou a Inglaterra na fábrica do mundo. Várias gerações de europeus foram convencidas de que a política do livre comércio iria tornar todos prósperos.

Inspirado pela necessidade de se remover a interferência destrutiva do Estado na economia, o princípio político guia do liberalismo clássico tornou-se a insistência desmedida na limitação do poder do Estado. O filósofo inglês Jeremy Bentham frequentemente sintetizava esse ponto de vista em uma única mensagem ao governo – *Be quiet* – e o estadista americano Thomas Jefferson asseverou que “o melhor governo é o que governa menos”. Os liberais clássicos reconhecem espontaneamente que o governo deve prover educação, saneamento básico, segurança, serviços postais e outros serviços que seriam inviáveis para a iniciativa privada dar cumprimento. Mas em geral acreditavam que, com exceção dos serviços citados, o governo não deveria tentar fazer pelo indivíduo o que ele é capaz de fazer sozinho.

2.1.3 Liberalismo e Utilitarismo.

No final do século XVIII e início do século XIX, Bentham, o filósofo James Mill e seu filho John Stuart Mill trouxeram os princípios econômicos clássicos do liberalismo à esfera política. Invocando a doutrina do utilitarismo, que defende que uma ação é justa quando visa promover a felicidade não apenas do autor, mas de todas as pessoas atingidas pelo ato, afirmaram que o objeto de toda legislação deveria ser “a maior felicidade para o maior número”.

Analisando qual a melhor forma do governo seria ideal para se atingir esse objetivo, os utilitaristas, em sua maioria, defenderam a democracia representativa, afirmando que seria a melhor forma de se fazer com que os interesses do governo coincidam com o interesse geral.

Mirando o exemplo da noção de economia de livre mercado, os utilitaristas defendem um sistema político que garantiria aos cidadãos o máximo grau de liberdade individual de escolha e ação conjugada com um governo eficiente, visando a promoção da harmonia social.

Eles defenderam a expansão do sistema educacional, o sufrágio universal e a realização de eleições periódicas, com o objetivo de possibilitar a prestação de contas dos governantes aos seus governados. Também desenvolveram uma doutrina de direitos individuais, inclusive os direitos à liberdade de culto, expressão, de imprensa e de reunião, que permanecem até hoje como pilar da democracia moderna.

Esses direitos foram defendidos no clássico ensaio de John Stuart Mill, chamado *On liberty* (1859), o qual articula, com fundamento no utilitarismo, que o Estado somente pode regular o comportamento individual quando este comportamento colocar em risco de lesão o interesse de terceiros. Hoje, esse texto é celebrado como um dos grandes testamentos das liberdades individuais civis e como um clássico do pensamento liberal.

Os utilitaristas obtiveram sucesso em divulgar os fundamentos da filosofia do liberalismo político, enquanto ao mesmo tempo forneciam um programa reformista de objetivos específicos para os liberais perseguirem.

2.1.4. Liberalismo e Democracia

Politicamente, o liberalismo tem como aspiração um sistema de governo baseado no princípio da vontade da maioria, isto é, um indivíduo em cada governo executa a vontade expressada pela maioria do eleitorado. O dispositivo institucional principal para se atingir esse objetivo é a realização de eleições periódicas, pelo voto popular e universal, de parlamentares e do chefe do executivo, que também pode ser eleito de forma indireta, pelo voto do parlamento.

Mas na resposta à questão crucial de quem seria esse eleitorado, o liberalismo clássico é vítima de uma ambivalência. Por um lado é defensor de grandes valores que geraram emancipações, fruto das revoluções para as quais foi a base e, por outro, teme um governo representativo da maioria, mas intervencionista que interferiria na propriedade privada. Essa preocupação é representada, por exemplo, por Benjamin Franklin, quando proferiu a seguinte frase: “Deixar que aqueles que não possuem propriedade alguma votem é uma impropriedade”. John Adams, em seu texto *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787), foi ainda mais explícito ao dizer que se a maioria estivesse no controle de todos os ramos do governo,

“Debts would be abolish first; taxes laid heavy on rich, and not at all on others; and at last a downright equal division of everything be demanded and voted”[2]. Estadistas franceses, como François Guizot e Adolphe Tiers expressaram sentimentos similares durante o século XIX.

Por boa parte dos séculos XVIII e XIX os liberais pregaram o medo da soberania popular e por um longo período o exercício do direito ao voto foi limitado aos detentores de propriedades. Na Inglaterra, nem o importante *Reform Act* de 1867 eliminou completamente os requisitos de ser proprietário para ter direito a votar. Na França, muito embora a revolução de 1789 proclamasse o direito universal de votos para os adultos e a Revolução de Julho de 1830 tenha reafirmado esse direito, não havia mais do que 200.000 eleitores qualificados em uma população de cerca de 30 milhões de pessoas, durante o reinado de Louis-Philippe, o “rei cidadão”, alçado ao trono pela burguesia ascendente no ano de 1830.

Nos Estados Unidos, muito embora a constatação das valentes palavras deixadas por Thomas Jefferson na Declaração de Independência, somente após o ano de 1860 todos os homens brancos obtiveram o direito a voto. Na maioria da Europa, o sufrágio universal masculino permaneceu como um remoto ideal até o final do século XIX.

Apesar dos desvios causados pelas classes de proprietários, o sistema representativo, embora lentamente, expandiu-se pela Europa ao final do século XIX. Mas a regra da vontade da maioria ainda necessitava ser conciliada com o fundamento do liberalismo de que o poder exercido pela maioria deveria ser limitado. O problema estava em equacionar essa questão com o ideal de democracia. Aceitando-se que os privilégios hereditários das elites não mais podiam prevalecer, como se poderia limitar a manifestação de vontade da maioria, sem conceder poder demais aos proprietários ou a alguma outra forma de elite?

A solução para o problema acabou representada na criação de múltiplos dispositivos. O primeiro era o da separação de poderes, isto é, a distribuição de poderes entre diferentes instituições do Estado, ou seja, entre legislativo, executivo e judiciário. Essa organização, juntamente com o sistema de freios e contrapesos está previsto como o cerne da Constituição dos Estados Unidos e encontra sua justificação política no texto *The Federalist* (1788), escrito por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. É claro que um sistema de separação de poderes também poderia ser concebido através de uma constituição mista, ou seja, uma que previsse que o monarca, uma câmara hereditária e uma assembléia eleita dividissem o poder, com atribuições de diferentes funções a cada um. Esse era o sistema em funcionamento na Inglaterra, na época da Revolução Americana. Mas reis déspotas e aristocratas inúteis (mais inúteis na França do que na Inglaterra) frustraram os interesses e ambições da recente classe média, que preferiu a escolha do princípio da representatividade da maioria.

2.1.4.1 Eleições periódicas

O segundo dispositivo criado foi a utilização de eleições periódicas e divididas por espécies de representações, o que daria a oportunidade que questões que envolvessem e afetassem a maioria fossem apreciadas por representantes eleitos por diferentes maiorias ao longo do tempo. Por exemplo, nos Estados Unidos os presidentes são eleitos a cada quatro anos, os membros da Câmara a cada dois e um terço do Senado é eleito a cada

dois anos para um mandato de seis. Assim, a maioria que elege o presidente a cada quatro anos ou os deputados a cada dois é diferente da maioria que elegeu um terço do senado dois anos antes e será diferente da maioria que elegerá um terço do senado dois anos depois.

Esses sistemas eleitorais têm de estar de acordo com os termos da Constituição que fora aprovada e emendada anteriormente pela maioria. Na Inglaterra, um ato do Parlamento, após aprovado, imediatamente torna-se parte da Constituição não escrita. Contudo, antes de votar questões controversas, os Parlamentares devem obter autorização do povo que representa uma maioria que não foi a que os elegeu. Assim, em uma democracia constitucional, o poder concedido por uma maioria é sempre colocado sob prova das maiorias que a precederam e das que virão a seguir.

2.1.4.2 Direitos

A terceira parte da solução adotada estava vinculada ao comprometimento básico do liberalismo com a autonomia e integridade do indivíduo que é, afinal de contas, a justificativa para a limitação do poder do Estado.

No entendimento liberal, o indivíduo não é somente um cidadão que divide um pacto social com seus companheiros, mas também é um sujeito de direitos contra o qual o Estado não pode impor sua vontade sob a alegação de representar a vontade da maioria. Essa segurança vai além do direito de falar e se expressar livremente e de se associar e organizar representa acima de tudo o direito de se ver livre do medo e da repressão.

Mas o indivíduo, para os liberais, também possui direitos além da sua esfera de cidadão. Esses direitos personalíssimos lhe asseguram integridade pessoal e o protege da arbitrariedade de prisões e punições. Além desses direitos, existem ainda aqueles que preservam sua intimidade. Em uma democracia liberal determinados assuntos não interessam ao Estado. Tais assuntos podem variar desde a prática religiosa e a criação artística à forma como os pais devem educar seus filhos. Para os liberais dos séculos XVIII e XIX, esses direitos à privacidade incluíam acima de tudo, as atividades de produção e comércio.

Na época, declarações eloqüentes e persuasivas afirmavam os direitos acima mencionados e foram incorporadas na *Bill of Rights* inglesa de 1689, na *United States Declaration of Independence and Constitution* (1776 e 1788, respectivamente), na declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e em documentos base de nações através do mundo, que utilizaram esses documentos como modelo. A liberdade, portanto, tornou-se mais do que poder contribuir para a sociedade com a eleição de um representante para o cumprimento de um mandato determinado. Ela representava o direito das pessoas de viverem suas próprias vidas.

2.2 O liberalismo no século XIX

Como prática e ideologia, o liberalismo tornou-se o movimento de reforma proeminente na Europa do século XIX. O seu desenvolvimento, contudo, dependeu da condição histórica de cada nação que o adotou, dependendo, por exemplo, do poder de cada

monarca, dos laços e influências da aristocracia, da fase de industrialização do país e das circunstâncias de unificação de seus territórios. A característica de reconhecimento nacional do movimento liberal poderia ser afetada até mesmo por questões religiosas. O liberalismo em países católicos, tais como França, Itália e Espanha, por exemplo, adquiriram tendências anticlericais, e os liberais nesses países adotaram legislações que restringiram a autoridade civil e o poder político do clero católico.

Na Inglaterra, os *Whigs* transformaram-se na metade do século XIX no Partido Liberal, cujo programa reformista foi utilizado como modelo pelos partidos liberais de toda a Europa. Os liberais, em 1807, lançaram a campanha para abolir o tráfico de escravos no império britânico e a escravidão como prática comercial mundial em 1833.

Frequentemente faltava ao liberalismo no continente europeu a combinação de apoio popular e um partido liberal forte, como ocorreu na Inglaterra. Na França, os governos revolucionário e napoleônico perseguiram objetivos liberais na abolição dos privilégios feudais e na modernização das decrépitas instituições que herdaram do *ancien regime*. Após a restauração dos Bourbon em 1815, contudo, os liberais franceses tiveram que encarar décadas de disputas a fim de assegurar as garantias das liberdades constitucionais e aumentar a participação popular no governo, diante de uma monarquia restabelecida. Esses objetivos só foram inteiramente alcançados com a formação da terceira república em 1871.

Através de toda a Europa e do mundo ocidental, o liberalismo inspirou idéias nacionalistas que visavam a criação de Estados unificados, independentes e sob a égide de uma constituição, com seus próprios parlamentos e sob o governo de leis. Os maiores expoentes da luta liberal contra o autoritarismo foram os fundadores dos Estados Unidos, o estadista e revolucionário Simon Bolívar, na América do Sul, os líderes do *Risorgimento*, na Itália e o nacional reformista Lajos Kossuth na Hungria. Mas o fracasso das Revoluções de 1848 demonstrou a fraqueza presente do liberalismo na Europa.

A incapacidade dos liberais em unificar os Estados alemães nos meados do século XIX foi atribuída em grande parte ao papel militar dominante na região exercido pela Prússia e à influência reacionária da Áustria. A unificação de inspiração liberal da Itália foi adiada até a década de 1860, em virtude da presença dos exércitos da Áustria e da França, governada por Napoleão III e ainda pela declarada oposição do Vaticano.

Os Estados Unidos apresentavam uma conjuntura diferente, porque não havia uma monarquia, uma aristocracia ou um regime de dominação religiosa contra os quais o liberalismo pudesse se rebelar. Na realidade, o liberalismo foi tão bem definido na estrutura constitucional americana, na sua cultura política e na sua jurisprudência, que não restou um papel relevante que o partido liberal pudesse exercer, pelo menos até o início do século XX.

O liberalismo acabou por transformar a Europa do século XIX. As forças da industrialização e da modernização, que para o Liberalismo clássico era a racionalização, determinaram grandes mudanças. O sistema feudal foi destruído, uma aristocracia socialmente inútil estava privada de seus privilégios e monarcas foram desafiados e subjugados. O capitalismo substituiu sistemas econômicos estáticos da idade média e uma emergente classe média estava livre para empregar sua energia na

expansão dos significados da produção e no crescimento da riqueza da sociedade. O sistema de governo representativo se firmou e, como os liberais conseguiram limitar o poder dos monarcas, converteu-se o ideal de governo constitucional em uma realidade.

2.2.1 Os problemas da economia de livre mercado.

Ao final do século XIX, algumas conseqüências sérias, não previstas, advindas da Revolução Industrial da Europa e da América do Norte tinham produzido um profundo desencantamento com o principal fundamento econômico do liberalismo, a idéia de livre mercado.

O principal problema era o de que o sistema baseado no lucro tinha produzido uma grande concentração de riquezas nas mãos de poucos industriais e banqueiros, resultando em diversas conseqüências adversas.

A primeira era a de que as grandes massas de pessoas não conseguiram se beneficiar da enorme riqueza produzida pelas fábricas e viviam em situação de miséria em favelas situadas em cidades deprimentes. A segunda se deu em razão da produção pelo sistema de uma vasta gama de bens e serviços que as pessoas frequentemente não podiam comprar ou usufruir. Este fato causava um excesso de produtos no mercado que simplesmente não conseguia se movimentar, chegando frequentemente próximo à quebra em períodos de estagnação, os quais vieram a ser chamados de depressões. Finalmente, aqueles que eram proprietários ou gerenciavam os meios de produção adquiriram um vasto poder econômico, que utilizavam para influenciar e controlar o governo, para manipular e coagir o eleitorado, para limitar a competição e para obstruir as necessárias reformas sociais de base.

Em resumo, as mesmas forças que libertaram as forças produtivas da sociedade ocidental, agora as restringiam. Algumas dessas forças que demoliram o poder de déspotas, agora fundavam uma nova espécie de despotismo. Este era o cenário deixado pelo liberalismo para os liberais do século XX.

2.2.2 O programa liberal moderno.

No intuito de corrigir os problemas que acompanharam a industrialização, o liberalismo clássico passou por várias mudanças de paradigmas. A mais notável foi a revisão na sua ênfase tradicional da redução e minimização do papel e poder do Estado. No início do século XX, os liberais começaram a buscar no governo a solução para a minimização das desigualdades econômicas e evitar a exploração do trabalho e os abusos dos monopólios, redistribuindo riquezas e regulando as ações da indústria privada. Como resultado, emergiu o que pode ser chamado de liberalismo moderno, que aparentemente confunde-se com o sistema da social democracia, surgido no meio operário europeu no final do século XIX sendo, entretanto, discernível do liberalismo moderno.

2.2.2.1 Intervenção limitada no mercado de livre comércio.

Em virtude da valorização da conquista real de uma economia de livre mercado, os liberais modernos não buscaram sua abolição, mas sim, sua modificação e controle. Eles não viram razões para se determinar uma separação eterna entre os setores público e privado da economia. Defendiam que essa divisão deveria ser feita com base naquilo

que funcionava. O espectro dos regimes de economias planejadas e centralizadas e os perigos da burocracia impediram os liberais de descartarem a independência do mercado, substituindo-a pelo Estado, a princípio, detentor do controle de toda a economia.

Por outro lado, e esta é uma diferenciação básica entre o liberalismo clássico e o moderno, a maioria dos liberais reconheceu que a operação de uma economia de livre mercado necessitava de supervisão e correção. Os liberais asseveraram que as recompensas distribuídas pelo mercado livre foi uma maneira rudimentar de medir as contribuições que as pessoas fizeram à sociedade e que o sistema ignorou as necessidades daqueles que não tiveram oportunidades ou que foram economicamente explorados.

Eles admitiram que os enormes custos sociais da produção não se refletiram nos preços de mercado e que as fontes de recurso eram frequentemente desperdiçadas. E ainda, os liberais perceberam que os recursos advindos de um mercado totalmente livre voltam-se para a produção que visa o atendimento das necessidades pessoais dos consumidores, tais como o desejo por automóveis, utensílios domésticos e roupas de grife, enquanto as necessidades sociais básicas, como escolas, casas populares, transporte público e tratamento de esgoto, não são atendidas.

Finalmente, embora os liberais acreditassem que preços, salários e lucros, deveriam continuar ser objeto de negociação entre as partes interessadas e estarem sujeitos às pressões convencionais do mercado, eles reconheceram que decisões a respeito da relação preço/salário/lucro afetam a economia como um todo e, portanto, devem ser reconhecidas como política pública.

2.2.2.2 Maior igualdade de renda e distribuição de riquezas.

Para se atingir uma distribuição mais justa de riquezas e renda, os liberais confiaram em duas grandes estratégias. Primeiro, eles promoveram a organização dos trabalhadores em sindicatos, pretendendo melhorar seu poder de barganha com os empregadores. Tal redistribuição de poder resultou em conseqüências políticas e econômicas, o que tornou possível o surgimento do sistema multipartidário, no qual pelo menos um partido era responsável pela defesa dos interesses dos assalariados.

Posteriormente, recrutando o apoio político dos economicamente menos favorecidos, os liberais iniciaram uma espécie de serviço social governamental. Iniciando com ensino público gratuito e seguro para acidentes de trabalho, esses serviços, mais tarde, abarcaram programas para terceira idade, desempregados, e seguro de saúde, e ainda, salário mínimo e tratamento para doentes mentais e portadores de deficiências físicas.

Para alcançar esses objetivos foi necessária a realização de uma redistribuição da riqueza, o que foi planejado com uma gradual taxaço da renda e impostos sobre heranças, os quais afetaram mais os ricos do que os pobres. As medidas de bem estar social foram adotadas primeiro na Alemanha no final do século XIX e em seguida foram implantadas por outros países da Europa. Nos estados Unidos essas medidas somente foram adotadas em nível federal após a aprovação do *Social Security Act* de 1935.

2.3 A primeira guerra mundial e a grande depressão

O trauma da primeira guerra criou uma desilusão generalizada sobre toda a visão progressista liberal em busca de um mundo melhor. Os duros termos do tratado de paz imposto pelos vencedores aliados, combinado com a miséria criada pela grande depressão que se iniciou em 1929, debilitaram a recém estabelecida República Alemã e criaram as condições para a tomada de poder pelos nazistas em 1933. Enquanto isso, na Itália, as insatisfações com os termos do tratado de paz firmado levaram à tomada do poder pelos fascistas em 1922. O liberalismo também era ameaçado pelo comunismo soviético, o qual para muitos havia herdado as esperanças de progressistas anteriormente associadas ao próprio liberalismo.

Se durante o intervalo das grandes guerras o liberalismo estava sob ataques políticos diversos, a economia de livre mercado foi posta à prova pela Grande Depressão. A característica de bolha de crescimento durante períodos econômicos específicos há muito se caracterizava como um problema para as economias de livre mercado, mas a Grande Depressão que parecia um declínio sem fim para o mundo dos negócios e elevava o nível de desemprego a índices nunca antes vistos, confundiu os economistas clássicos e produziu um pessimismo real acerca da viabilidade do sistema capitalista.

Com o passar do tempo, a violenta miséria infligida ao povo pela Grande Depressão convenceu os governantes do ocidente de que as sociedades complexas modernas necessitavam de medidas de planejamento econômico. O *New Deal* (1933-39), o programa doméstico adotado pelo presidente americano Franklin D. Roosevelt para tirar os Estados Unidos da Grande Depressão tipificou o moderno liberalismo como um vasto programa de expansão da abrangência das atividades do Estado e sua crescente regulamentação do mercado de negócios. Juntamente com as medidas de urgência adotadas pelo programa para prover assistência social imediata à população, o *New Deal* previu em sua legislação aumentar o número de empregos temporários e restringir as atividades comerciais bancárias e industriais, cedeu mais poder aos sindicatos para se organizarem e negociarem com os empregadores e o estabeleceu um programa de seguridade social que previa benefícios de aposentadoria e seguros de saúde e desemprego.

Em seu grande livro *The Great Theory of Employment, Interest and Money* (1936), o economista liberal inglês Jonh Maynard Keynes introduziu a influente teoria econômica que defendia que o gerenciamento da economia pelo Estado poderia remover os altos e baixos dos ciclos econômicos, para se produzir mais ou menos crescimento sustentável com o mínimo de desemprego.

2.4 O liberalismo pós-guerra dos anos 60.

O Liberalismo, em aliança estratégica com o Comunismo soviético, acabou por triunfar sobre o Fascismo na segunda guerra mundial e a democracia liberal foi restabelecida com sucesso na Alemanha Ocidental, Itália e Japão. Como a Europa Ocidental, América do Norte e Japão iniciaram um período pós-guerra sem precedentes de estabilidade e crescimento econômico, as atenções voltaram-se para a identificação dos fatores institucionais que impediram que essas economias de atingirem seu pleno potencial produtivo, especialmente durante períodos de altos índices de desemprego e depressão.

A Grã-Bretanha, os Estados Unidos, e outras nações industrializadas do ocidente, comprometeram-se a promoverem o pleno emprego, a usarem o máximo de suas capacidades industriais e de força trabalho disponível. A velha retórica de “distribuição de riquezas” deu lugar à concentração de esforços para o aumento de impostos, empréstimos públicos e investimentos, com o intuito de fomentar a expansão econômica implementando, assim, um programa de baixa ruptura de classes e de consenso comum, essencial para manutenção da democracia.

Uma última e final expansão dos programas de bem estar social ocorreu nas democracias liberais durante as décadas do pós-guerra. Medidas notáveis foram adotadas na Inglaterra sob o governo trabalhista do primeiro ministro Clement Attlee e nos Estados Unidos pela administração democrata do presidente Lyndon B. Johnson como parte de seu programa nacional de reformas chamado *Great Society*. Essas medidas criaram o moderno Estado do bem estar social, que proveu não só as formas usuais de seguridade social, mas também instituiu o sistema de pensões, benefícios aos trabalhadores desempregados, atendimento médico subsidiado, financiamentos destinados à família e bolsas escolares para estudos superiores.

A modelo liberal democrático foi adotado na Ásia e na África por nações que recentemente haviam se tornado independentes do império colonial britânico e francês, durante as décadas de 50 e 60. Os novos países, invariavelmente adotaram constituições e criaram governos parlamentaristas, acreditando que essas instituições os levariam a ter o mesmo nível de desenvolvimento dos países da Europa. Os resultados, contudo, foram variáveis, com genuínas democracias parlamentaristas fixando raízes em alguns países, mas sucumbindo em muitos outros diante de ditadores militares ou socialistas.

3 O liberalismo contemporâneo ou NEOLIBERALISMO

3.1 O renascimento do liberalismo clássico

As três décadas de prosperidade generalizada sem precedentes que o mundo ocidental vivenciou após a segunda guerra mundial marcou o ponto alto do liberalismo moderno. Mas o liberalismo moderno não estava preparado para lidar com o lento crescimento da economia que atingiu a maioria das nações ocidentais nos meados da década de 70.

Ao final daquela década a estagnação econômica, combinada com o custo da manutenção dos benefícios sociais do Estado do bem estar social, forçou os governos a aumentarem cada vez mais os níveis de impostos e taxas, assim como seu nível de endividamento.

De igual forma era preocupante o fato das práticas econômicas Keynesianas terem começado a perder seus efeitos. O endividamento do governo para manter os investimentos com o intuito de fomentar o crescimento da economia estava causando um aumento acentuado da inflação e produzindo cada vez menos efeitos na diminuição do desemprego.

Com a aparente impotência do liberalismo moderno para produzir crescimento, uma resposta mais enfática para o problema pareceu ser o reavivamento da teoria do

liberalismo clássico. A base intelectual desse renascimento se deu, principalmente, nos trabalhos do austríaco naturalizado britânico Friedrich von Hayek e do americano Milton Friedman.

Uma das grandes conquistas de Hayek foi demonstrar, em bases puramente lógicas, que uma economia planejada e centralizada se torna inviável. Ele também argüiu, em seu trabalho *The Road to Serfdom* (1944), que medidas intervencionistas que visam à redistribuição da riqueza levam inevitavelmente ao totalitarismo. Friedman, como um dos fundadores da moderna escola da economia monetária, defendeu que o ciclo de negócios é determinado mais pela quantidade de dinheiro e pelos interesses comerciais, do que pela política fiscal do governo, o que contrariava o ponto de vista de Keynes e de seus seguidores. Esses argumentos foram adotados entusiasticamente pelos partidos conservadores da Inglaterra e dos Estados Unidos, os quais nunca abandonaram a visão clássica liberal de mercado livre, que, segundo seus pontos de vista, com todas as suas falhas guia melhor a política econômica do que o governo. Conservadores alcançaram o governo através das administrações da primeira ministra Margaret Thatcher e do presidente americano Ronald Reagan. Suas ideologias e políticas, que provavelmente pertencem mais à história do conservadorismo do que ao liberalismo, tornaram-se crescentemente influentes, como ficou demonstrado pelo abandono oficial do socialismo pelo Partido Trabalhista Britânico em 1995 e pelas tímidas políticas programáticas do presidente americano Bill Clinton na década de 90.

3.2 Direitos Civis e questões sociais

Nota-se que o liberalismo contemporâneo permanece preocupado em reduzir as desigualdades econômicas e ajudar aos pobres, mas nas décadas recentes também tem tentado estender os direitos individuais para novas direções. O conceito de direitos sempre tem sido usado pelos liberais para combater o tiranismo e a opressão, mas durante o século 20 esse conceito se expandiu, sendo usado massivamente como a forma mais comum de se formular demandas políticas.

O protótipo da massificação desse conceito foi o *Civil Rights Movement* americano ocorrido nas décadas de 50 e 60, o qual resultou em uma legislação proibindo qualquer forma de discriminação a afro-americanos e alterou o ambiente das relações raciais nos Estados Unidos. Durante os anos 70, surgiram vários movimentos similares, reivindicando direitos às mulheres, gays e lésbicas, aos deficientes físicos e outras minorias ou grupos socialmente desprotegidos. Portanto, historicamente o liberalismo tem buscado abrigar uma pluralidade de diferentes meios de vida, ou melhor, de diferentes concepções do que seria uma “vida digna”, protegendo primeiramente os direitos e interesses da classe média e dos grupos religiosos minoritários e, posteriormente, do trabalhador e do pobre e, finalmente, dos negros, mulheres, homossexuais e dos incapazes físicos e mentais.

O liberalismo influenciou a mudança de caráter da sociedade ocidental também de outras formas. Nesta seara, sua contribuição nem sempre pôde ser separada dos efeitos da modernização, mudança tecnológica e aumento nos padrões de vida. Por exemplo, a abolição na maioria dos países desenvolvidos das proibições relativas aos métodos contraceptivos, divórcio, aborto e homossexualidade foi inspirada, em parte, na tradicional insistência liberal de que tais assuntos possuem o caráter de escolha individual, não interessando ao Estado. De maneira similar, a ênfase liberal no direito à

liberdade de expressão, levou à perda das restrições herdadas em matérias que tratavam de temas sexuais em trabalhos culturais e artísticos. Na realidade, o liberalismo obteve tanto sucesso na expansão de uma gama de direitos individuais que para alguns críticos os valores liberais pareciam estar erodindo as estruturas da base moral dos valores tradicionais da vida familiar e religiosa.

Assim, de tudo que foi dito, podemos extrair que o liberalismo como filosofia política sobreviveu ao poderoso desafio totalitário do fascismo da década de 30 e 40 e ao colapso da União Soviética e da queda em cascata dos regimes satélites dos países do Leste Europeu nos anos de 1989 a 1991. O liberalismo triunfou sobre seu último grande inimigo ideológico, qual seja, o regime comunista soviético.

Mas, hoje em dia, os liberais, moderados pelos trágicos eventos do século XX e convencidos pelas diversas evidências dos defeitos e limitações da natureza humana, não mais compartilham da ilimitada confiança que seus predecessores depositavam na racionalidade humana, em sua perfeição e na inevitabilidade do progresso social. Agora estão mais propensos a concordar com aqueles que advertem que a natureza humana é irremediavelmente falha do que com aqueles que esperam aplicar métodos científicos para solucionar os problemas sociais.

Entretanto, o contínuo comprometimento dos liberais com as reformas sociais sugere um otimismo persistente e a crença que os seres humanos podem controlar seu destino e construir um mundo melhor.

4. o liberalismo e o estado democrático de direito brasileiro.

Não há como negar que o liberalismo como forma de manifestação política fundadora do estado democrático de direito encontra-se reconhecido pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Notam-se as diretrizes liberais em todo o texto garantista, já destacadas desde seu Preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Para Alexandre de Moraes, “o preâmbulo da Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”.^[3]

Assim, emerge a óbvia questão comparativa, a que princípios liberais estamos vinculados? Aos egocentristas e individualistas, predominantemente desenvolvidos pelo sistema americano ou aos formadores da democracia social européia de livre mercado, no que se chamou no Brasil de terceira via?

O objetivo de se alcançar a justiça social através de práticas econômicas independentes do controle estatal estão principalmente centradas na idéia filosófica de mérito e capacidade do indivíduo, conforme podemos perceber na formulação por Jonh Rawls de seus princípios de Justiça:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condição de igualdade eqüitativa de oportunidades”.[4]

A questão crucial problemática nas teorias de Rawls aparece ao colocá-las sob o prisma de nosso sistema político econômico e reside na liberdade e igualdade eqüitativa para todos o que, efetivamente, em um sistema distorcido não existe.

Em sua obra *Taking Rights Seriously*, Dworkin ao dispor sobre o problema da igualdade no sistema liberal, assevera que:

“The sovereign question of political theory, within a state supposed to be governed by the liberal conception of equality, is the question of what inequalities in goods, opportunities and liberties are permitted in such a state, and why. The beginning of an answer lies in the following distinction. Citizen governed by the liberal conception of equality each have a right to equal concern and respect. But there are two different rights that might be comprehended by that abstract right. The first is the right to equal treatment, that is, to the same distribution of goods and opportunities as anyone else has or is given. (...) The second is the right to treatment as an equal. This is the right, not to an equal distribution of some good or opportunity, but the right of equal concern and respect in the political decision about how these goods and opportunities are to be distributed”.[5]

Parece claro que, embora garantista dos direitos individuais e, especificamente, aos dispor sobre princípios de livre mercado, nossa Carta Magna privilegiou o estado social e assim selou a determinação, embora limitada, do controle de mercado pelo Estado, notadamente com a finalidade de atingir os princípios ligados aos direitos fundamentais.

É a conclusão a que chega Juarez Freitas ao comentar a doutrina de Sarlet:

“De sua vez, sua proposta de definição dos direitos fundamentais, afinada parcialmente com a de Alexy, apresenta o persuasivo mérito de agasalhar, com igual ênfase, a fundamentalidade, seja sob o aspecto formal, seja sob o prisma material mais promissor. Afinal, como salientou Paulo Bonavides, em estudo memorável sobre a interpretação dos direitos fundamentais, são esses direitos a Constituição mesma em seu máximo teor de materialidade. Justamente consoante tal ordem de considerações, parece lícito asseverar que, à base do conceito esposado, toda discricção, pública ou privada, haverá

de estar juridicamente vinculada, formal e materialmente, aos direitos fundamentais, ao menos em sistemas jurídicos democráticos, abertos e unitários.”[6]

Portanto, sem a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos não se pode afirmar a devida existência, busca ou proteção de qualquer outro direito, seja ele o de liberdade, lazer, segurança, propriedade, etc.

Há que se questionar se o cidadão não possui saúde, educação, alimentação e onde morar, que bem lhe traz a liberdade? E mais, que espécie de vida leva essa pessoa? Com certeza, não há de ser uma vida digna.

Resta desumanizado, não tem consciência de si mesmo, nem dos outros, por isso não obedece à regra social alguma, não tem pretensões de futuro, portanto, não se importa em morrer ou passar o resto de seus dias encarcerado, não enxerga o outro como ser humano e por isso não o respeita, enfim, vive em estado cruel e primitivo.

Vale ressaltar que o aqui defendido é o conceito de que cabe ao Estado zelar para que todos os cidadãos tenham direito ao mínimo de instrumentos sociais retributivos, e não o de que tenha que prover todos os meios para que uma pessoa seja feliz. Destaca-se a noção social de justiça e não a individual, ou seja, aquela determinada por diretrizes grupais e não individuais, já que cada indivíduo possui conceitos próprios de felicidade e justiça.

É o que Höeff explica ao expor sobre a legitimação do Estado social:

“A legitimação funcional põe valor em compreender o Estado social não como Estado de bem-estar e da felicidade. A opinião de que o Estado moderno poderia e deveria ajudar os homens a alcançar sua felicidade é, porém, uma expectativa, talvez até uma promessa de cujo cumprimento o Estado não é capaz, nem autorizado. A legitimação funcional do Estado social começa, por isso, com uma desmistificação; ela aponta para o fato de que ocasionalmente se insinua, no projeto político da modernidade, um elemento que é, ao mesmo tempo, irreal e ilegítimo.” [7]

Logo, ao se buscar a concretização imediata dos veios anteriormente descritos, pretende-se, na verdade, a efetivação do mínimo social a ser fornecido pelo Estado para o atendimento do bem-estar social e a busca da sobrevivência apropriada do cidadão.

4. conclusão

Ao se concluir, portanto, a exposição acima acerca do histórico social, político e econômico do liberalismo, verifica-se que o desenlace do sistema econômico adotado no Brasil ainda apresenta-se como base precária à sustentação da democracia.

A efetivação dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição nacional, embora de inspiração liberal em seu conceito europeu, jamais foram completamente implementados, dando causa ao surgimento de desequilíbrios sociais maléficos afeitos ao neoliberalismo baseado no modelo adotado na América do Norte.

A ausência do Estado no controle da economia e de sua intervenção para garantir e regular a redistribuição de rendas e riquezas foi notada em sua forma mais crítica na recente crise americana, que por um bom tempo afetará os mercados mundiais levando sistemas financeiros inteiros à bancarrota.

Dessa crise emergem lições importantes, entre elas a de que a intervenção estatal é necessária e o cumprimento do Estado social de direito depende de sua intervenção.

Como escreveu Boaventura de Souza Santos:

“Esta não é a crise final do capitalismo e, mesmo se fosse, talvez a esquerda não soubesse o que fazer dela, tal generalizada que foi a sua conversão ao evangelho neoliberal, Muito continuará como antes: o espírito individualista, egoísta e anti-social que anima o capitalismo; o fato de que a fatura das crises é sempre paga por quem nada contribuiu para elas, a esmagadora maioria dos cidadãos.” [8]

O desafio está posto. Estamos diante de uma nova globalização pós-neoliberal com diversidades internas nunca antes enfrentadas. Emergem hoje novos regionalismos já presentes na Ásia e na África e o Estado social brasileiro necessita posicionar-se para almejar obter os maiores benefícios possíveis do atual e futuro cenário econômico mundial, convertendo os seus benefícios para a implementação dos direitos fundamentais sociais necessários para estabilização de nossa sociedade.

6. REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1978.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Mather, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*. New York: Touchstone, 1997.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002.

LOCKE, Jonh. *Second Treatise of Government*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The basic Political Writings*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract*. USA: BN Publishing, 2007.

RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1998

SANTOS, Boaventura de Souza. O impensável aconteceu. *Folha de São Paulo*, São Paulo, pág. A3, 26 de setembro de 2008.

[1] Promotor de Justiça. Aluno do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual do Norte Pioneiro – UNESPAR – campus de Jacarezinho.

[2] “Seriam abolidas primeiro as dívidas; os ricos pagariam pesados impostos, enquanto os outros quase nenhum; e, por último, o direito a uma divisão igualitária obrigatória de todas as coisas seria exigida e votada” (tradução livre do autor). Texto disponível em www.brittanica.com. Acesso em 27/09/2008.

[3] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 42.

[4] RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

[5] “A questão soberana de uma teoria política em que o Estado é supostamente governado pela concepção liberal de igualdade é a questão de quais desigualdades de bens, oportunidades e liberdades são permitidas em tal Estado e por quê?. O início de uma resposta reside na seguinte distinção. Cada cidadão governado pelo conceito liberal de igualdade tem o direito de igual atenção e respeito. Mas existem dois direitos diferentes que podem ser compreendidos por aquele direito abstrato. O primeiro é o direito a um tratamento igualitário, que é direito à mesma distribuição de bens e oportunidades que os outros possuem ou lhes é dado. O segundo é o direito a ser tratado como um igual. Esse não é o direito a uma distribuição igualitária de bens e oportunidades, mas o direito de igual atenção e respeito pelas decisões políticas de como esses bens e oportunidades serão distribuídos” (tradução livre pelo autor). DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1978, pág. 273.

[6] FREITAS, Juarez, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1998, pág. 18.

[7] HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, pág. 423/424.

[8] SANTOS, Boaventura de Souza. O impensável aconteceu. *Folha de São Paulo*, São Paulo, pág. A3, 26 de setembro de 2008.

**O USO DA VIOLÊNCIA EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR
DAS VISÕES DE JÜRGEN HABERMAS, MICHAEL HARDT E ANTONIO
NEGRI***

**EL USO DE LA VIOLENCIA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE ACUERDO CON LAS VISIONES DE JÜRGEN HABERMAS,
MICHAEL HARDT Y ANTONIO NEGRI**

Marco Gérard Skinner Styzei

RESUMO

Como estabelecer uma ordem jurídica legítima baseada nos direitos fundamentais e na soberania popular? Como aceitar a hipótese habermasiana de que o pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas exige sua resolução a partir da busca de um patriotismo constitucional, que nos dê a idéia de legitimação, e de uma adequação que possibilite a interpretação? Em um mundo de estranhos, pós-convencional, em que não há consenso e em que as pessoas tendem a permanecer estranhas umas as outras, como garantir a legitimação dos direitos humanos apenas pelas idéias de legitimidade e de interpretação? Não estamos nós vivendo em um mundo de guerra, massacrados por um processo econômico que pulveriza toda a idéia de Estado-nação e movimenta a sociedade global a seu bel-prazer? Um mundo de estranhos, sim, desencantado, até, mas um mundo que pressupõe a busca não só da solidariedade, mas também de novas 'armas' para se lutar contra um império que restringe cada vez mais as noções mínimas de cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; LEGITIMIDADE; HABERMAS; HARDT E NEGRI; ESTADO DE GUERRA PERMANENTE.

RESUMEN

Cómo establecer un orden jurídica legítima con base en los derechos fundamentales y en la soberanía popular? Cómo aceptar la hipótese habermasiana de que el pluralismo característico de las sociedades contemporaneas exige su resolución a partir de la búsqueda de un patriotismo constitucional, que permitanos tener la idea de la legitimación y de una adecuación que posibilite la interpretación? En un mundo de desconocidos, pos-convencional, en que no se puede tener un acuerdo (consenso) e dónde las personas tienen la tendencia a permanecer estrañas unas a las otras, cómo garantizar la legitimación de los derechos humanos solamente por las ideas de legitimidad

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

y de interpretación? Acaso no estamos nosotros viviendo en um mundo de guerra, acoados por un proceso económico que pulveriza toda la idea de Estado nación y que movimenta la sociedad global de todas maneras? Un mundo de desconocidos, de acuerdo, hasta mismo desencantado, pero también un lugar que pressupone la búsqueda no solamente de la solidaridad, cómo aún más de las nuevas armas con que se pueda luchar contra un imperio que restringe a todo tiempo las nociones mínimas de ciudadanía.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS; LEGITIMIDAD; HABERMAS; HARDT Y NEGRI; ESTADO DE GUERRA PERMANENTE.

A cultura do terror

“A extorsão, o insulto, a ameaça, o cascudo, a bofetada, a surra, o açoite, o quarto escuro, a ducha gelada, o jejum obrigatório, a comida obrigatória, a proibição de sair, a proibição de se dizer o que se pensa, a proibição de se fazer o que se sente, e a humilhação pública, são alguns dos métodos de penitência e tortura tradicionais na vida da família. Para castigo à desobediência e exemplo de liberdade, a tradição familiar perpetua uma cultura do terror que humilha a mulher, ensina os filhos a mentir e contagia tudo com a peste do medo. – Os direitos humanos deveriam começar em casa – comenta comigo, no Chile, Andrés Domínguez.”

(Eduardo Galeano, *O livro dos abraços*)

1. INTRODUÇÃO

Como estabelecer uma ordem jurídica legítima baseada nos direitos fundamentais e na soberania popular? Como aceitar a hipótese habermasiana de que o pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas exige sua resolução a partir da busca de um patriotismo constitucional, que nos dê a idéia de legitimação, e de uma adequação que possibilite a interpretação? Em um mundo de estranhos, pós-convencional, em que não há consenso e em que as pessoas tendem a permanecer estranhas umas as outras, como garantir a legitimação dos direitos humanos apenas pelas idéias de legitimidade e de interpretação? Não estamos nós vivendo em um mundo de guerra, massacrados por um processo econômico que pulveriza toda a idéia de Estado-nação e movimenta a sociedade global a seu bel-prazer? Um mundo de estranhos, sim, *desencantado*, até, mas um mundo que pressupõe a busca não só da

solidariedade, mas também de novas ‘armas’ para se lutar contra um império que restringe cada vez mais as noções mínimas de cidadania.

Pretendo aqui realizar um trabalho de avaliar o entendimento habermasiano acerca dos direitos fundamentais e da soberania popular e, em seguida, confrontar esta perspectiva com a visão de Antonio Negri e Michael Hardt. A partir daí, pretendo verificar se esta conexão, proposta por Habermas, não é demasiadamente frágil para garantir a legitimação dos direitos fundamentais e da soberania popular, e se não seria necessário pensar em outra saída para uma sociedade tão complexa, a fim de garantir uma condição digna de existência.

2. SOBRE A LEGITIMAÇÃO BASEADA NOS DIREITOS HUMANOS

[...] Os direitos fundamentais são “princípios deontológicos do direito... Qualquer um que pretenda ver a Constituição como uma ordem concreta de valores engana-se quanto ao seu caráter especificamente jurídico; como normas legais, os direitos fundamentais são constituídos, da mesma forma como as normas morais, segundo o modelo das normas de ação obrigatórias e não de acordo com o modelo dos bens preferidos”[1]

De início, vemos que Jürgen Habermas elabora sua ética discursiva levando em consideração que as duas dimensões do pluralismo (direitos fundamentais e soberania popular) estão presentes nas sociedades contemporâneas e que “*não há como optar por uma em detrimento da outra.*”[2] Há, sim, uma relação de co-originalidade, que vai servir tanto para as sociedades que têm uma *nação de cultura* – uma comunidade ética, que tem valores compartilhados, uma constituição-projeto, estabelecida em um mundo convencional, e com um sentido teleológico da validade da norma –, como para as sociedades que têm uma *nação de cidadãos* – que estão em um mundo pós-convencional e não tiveram uma nação de cultura, como a Alemanha em que vive o autor, por exemplo.

Pretendo situar a questão dos direitos humanos a partir do ensaio de Jürgen Habermas “**Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos**”, no qual este autor se defronta com uma série de questões e críticas contemporâneas acerca do tema, procurando demonstrar um nexos interno entre direitos humanos e democracia. Habermas usa a idéia de legitimação da ordem política representada pelo Estado constitucional democrático de maneira duplamente restringida, explicando o conceito político de legitimação a partir do conceito de poder político. Para tanto, é o direito que deve ser *digno* de reconhecimento, além de exigir um reconhecimento fático daqueles a quem é dirigido.

Juan Antonio García Amado elenca os cinco grupos de direitos fundamentais estabelecidos por Habermas, que o ordenamento jurídico pressupõe e protege:

(1) “Direitos fundamentais que resultam da conformação, politicamente autônoma, do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”

(2) *"Direitos fundamentais que resultem da conformação, politicamente autônoma, do status de membro em uma associação voluntária de sujeitos jurídicos"*

(3) *"Direitos fundamentais que resultem de modo imediato da "reclamabilidade" de direitos e da conformação, politicamente autônoma, da "proteção jurídica" individual"*

(4) *"Direitos fundamentais a uma participação, em condições de igualdade de oportunidades, nos processos de formação de opiniões e vontades nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e mediante os quais assentam o direito legítimo"*

(5) *"Direitos fundamentais a condições de vida que estejam socialmente, tecnicamente e ecologicamente asseguradas na medida respectivamente necessária para um aproveitamento, em condições de oportunidades iguais, dos direitos humanos mencionados de (1) a (4)"[3]*

Refazendo o percurso habermasiano, vemos que Habermas considera que o direito positivo, instituído e coercitivo, é a base do poder político nos Estados modernos, e isto seria válido para todas as ordens estatais. O modo de legitimação política também se vê afetado pela transformação da 'forma jurídica' e, portanto, Habermas quer caracterizar o direito moderno segundo sua estrutura e suas pretensões de validade. Ele nos diz que os ordenamentos jurídicos modernos são constituídos essencialmente a partir de direitos subjetivos, que concedem a uma *"personalidade jurídica âmbitos de ação legalmente definidos, dentro dos quais pode conduzir sua ação de acordo com suas próprias preferências."*[4] A única maneira de proteger a integridade de toda a comunidade é fazer com que cada um de seus integrantes assuma o *status* artificialmente instituído de *portadores de direitos subjetivos*. [5] Desta forma, há uma separação entre os titulares dos direitos, de mandatos morais ou quaisquer outros preceitos. *Ninguém está obrigado a oferecer uma justificação pública de sua atuação.*[6] A introdução das liberdades subjetivas assegura a idéia de Thomas Hobbes de que *"é permitido tudo aquilo que não está publicamente proibido"*. [7] Com a separação entre o direito e a moral, vemos que as obrigações jurídicas decorrem, basicamente, da restrição legal das liberdades subjetivas.

Há, portanto, uma estreita ligação entre a faticidade da imposição do direito por parte do Estado com a pretensão de um procedimento racional para a sua própria produção. Isso permite que *"os seus destinatários considerem as normas apenas como uma restrição de seu espaço de ação e adotem uma atitude de cálculo estratégico em relação às possíveis conseqüências que as violações podem acarretar."*[8]

Para nos determos na questão da validade da norma jurídica, podemos ainda ressaltar que o Estado é o responsável por garantir tanto a legalidade da conduta como a legitimidade das regras que tornem possível o acatamento de uma norma por estrito respeito à lei.

Há, ainda, outra qualidade formal da ordem jurídica, a positividade do direito produzido. E como a teoria política vai responder à questão da legitimidade? Com uma dupla resposta: a soberania popular e os direitos humanos:

Soberania popular, [...] em razão de suas propriedades democráticas fundamenta a suposição de resultados legítimos. Direitos humanos clássicos fundamentam um domínio legítimo das leis. [...] o direito produzido deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadãos.[9]

A grande questão para Habermas, como veremos a seguir, é saber como conciliar a tensão entre os dois modelos: o que concede a primazia dos direitos humanos sobre a soberania popular (liberalismo) ou o que concede primazia à autonomia pública dos cidadãos.

Quais são os direitos fundamentais que cidadãos livres e iguais devem outorgar-se reciprocamente se querem regular legitimamente sua vida em comum através do direito positivo?[10]

Para Habermas, a idéia desta *praxis* constituinte conecta o exercício da soberania popular com a criação de um sistema de direitos. O acordo comunicativo pode formar uma vontade racional do legislador político.

E qual é o nexó interno entre os direitos humanos e a soberania popular? Ele vai dizer que os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional. Os direitos que *tornam possível* o exercício da soberania popular não lhe podem ser impostos como restrições externas.

A autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente. A conexão interna entre democracia e Estado de direito consiste em que, por um lado, os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada assegurada são suficientemente independentes; e, por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis. A imagem de um núcleo principal e de uma área secundária induz ao erro. Para o tipo de legitimação ocidental, os direitos privados e os direitos cidadãos são, na origem, essencialmente essenciais.[11]

Agora, a questão passa a ser a de como obter uma validade ilimitada, um sentido universal para os direitos humanos, já que existe “*uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização*”[12]. E não adianta pensarmos no Art. 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das

Nações Unidas, que nos remete a uma ordem global, pois sabemos que isso está longe de ser alcançado.

Habermas considera que “os direitos humanos representam o único fundamento reconhecido para a legitimidade política da comunidade internacional.”[13] Através da crítica da razão e da crítica do poder – no caso alemão, em função da influência do pensamento de Heidegger e de Carl Schmitt –, percebemos os questionamentos com relação aos direitos humanos, na medida em que eles serviram para ocultar uma desigualdade de *fato* no cenário europeu. Toda a controvérsia gira em torno do individualismo e do caráter secular dos direitos humanos, que estão centrados no conceito de autonomia.

Habermas refaz o percurso do surgimento dos direitos individuais e das liberdades civis, buscando identificar como os cidadãos desenvolvem a regulação de suas vidas por meio do direito positivo e também do direito legítimo. De acordo com este modelo, ele identifica três implicações: 1) um modelo que começa com relações horizontais dos indivíduos entre si; 2) que pressupõe o *medium* que é o direito positivo, em relação ao qual eventualmente nos vinculamos para criar uma solidariedade civil entre estranhos que desejam continuar sendo estranhos uns para os outros; e 3) o modelo da *praxis* de criação e melhoria das constituições, que considera que os direitos humanos não existiam previamente. Quanto a isso, lembramos de Jacques Derrida, quando das comemorações pelos duzentos anos da Declaração de independência dos Estados Unidos da América: “Voilà donc le “bon peuple” qui s’engage et n’engage que lui en signant, en faisant signer sa propre déclaration. Le “nous” de la déclaration parle “au nom du peuple”. Or ce peuple n’existe pas. Il n’existe pas avant cette déclaration, pas comme tel. S’il se donne naissance, en tant que sujet libre et indépendant, en tant que signataire possible, cela ne peut tenir qu’à l’acte de cette signature. La signature invente le signataire [...] Sa première signature l’autorise à signer”.[14] No meu entendimento, isso pode servir para as sociedades que têm uma nação de cultura, mas não para as sociedades que estão em um mundo pós-convencional, estratificado, onde um Estado nacional não tem mais a possibilidade de garantir plenamente direitos e sofre a influência de toda uma ordem jurídica e econômica transnacional. Um mundo de guerra, como veremos adiante.

Finalmente, há a questão do debate entre liberais e comunitários, sobre a questão da primazia dos direitos fundamentais em relação à soberania, ou o contrário. Os documentos *Shared Values* (1991), do governo de Cingapura, e declaração conjunta dos governos de Cingapura, Malásia, Taiwan e China em Bangkok (1993), colocam objeções contra o caráter individualista dos direitos humanos. Estas objeções podem ser resumidas da seguinte maneira: 1) uma crítica ao princípio da primazia dos direitos sobre os deveres; 2) a instituição de uma espécie de ‘hierarquia’ *comunitarista* dos direitos humanos; e 3) uma crítica que deplora as conseqüências negativas que um ordenamento jurídico individualista acarreta em relação à coesão social da comunidade. Habermas considera a idéia de restrição de direitos individuais em favor de direitos coletivos como um “curto-circuito”, exatamente por ter estabelecido um nexo de conexão interna entre direitos humanos e soberania popular.

Ele vai situar em uma posição intermediária, estabelecendo compromissos com ambos os grupos. “A idéia fundamental de Habermas é que a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública não pode ser estabelecida caso os cidadãos

não reconheçam a existência de um sistema de direitos quando pretendem legitimamente regular as suas relações através do direito positivo. Sistema de direitos integrado por cinco categorias distintas: os direitos a iguais liberdades subjetivas; que resultam do status de membro de uma associação voluntária; a igual proteção legal; direitos políticos de participação; de bem-estar e segurança sociais que tornam possível a utilização dos demais direitos. “não há direito legítimo sem estes direitos”.”[15].

3. A IDÉIA DO PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

A Constituição, ao configurar um conjunto de direitos fundamentais, contextualiza princípios universalistas e transforma-se na única base comum a todos os cidadãos. Em mundos pós-convencionais, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma ‘nação de cidadãos’. É a partir desta argumentação que Habermas formula a concepção de patriotismo constitucional enquanto modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva.[16]

Para tentar salvar a herança republicana, Habermas quer transformar a cidadania democrática em uma força de integração social. O nacionalismo não serve mais para garantir essa homogeneidade cultural. Somente a idéia de um patriotismo constitucional pode dar legitimidade a este processo. Para salvar esta herança, ele tem de desconectá-la do nacionalismo, e acredita poder fazê-lo, pois a conexão entre nacionalismo e republicanismo é histórica, e não conceitual. Para realizar esta proposta, ele substitui a *nação de cultura* (nacional) por uma *nação de cidadãos*. E é aí que o direito deve ter um papel preponderante.

O direito, para Habermas, tem as dimensões de *legitimidade* e de *adequação* – conceitos que ele elabora a partir da discussão sobre os discursos de justificação e os de aplicação. É a única maneira que ele enxerga para legitimar um texto constitucional nascido em uma sociedade em que não se pode confiar nas próprias tradições, ou seja, que não tem uma nação de cultura. A legitimidade estaria associada ao patriotismo constitucional; e a adequação à interpretação. Quando o cidadão consegue se ver como aquele que lutou e conseguiu criar um Estado de Direito, não com valores éticos nacionais, mas com valores que considera universais, ele está aplicando exatamente a idéia de patriotismo constitucional, e a legitimidade vai decorrer do fato que ele representa uma garantia (a Constituição vista como uma Constituição-garantia). Uma vez garantida a legitimidade, conseqüentemente teremos uma autonomia. Habermas está sempre preocupado com a forma como a norma é instituída, e não com seu conteúdo. Para tanto, ele trabalha o conceito da hermenêutica como história, avaliando o paradigma do direito burguês (formal), do direito ao bem-estar (vinculado à idéia de autonomia privada), e o paradigma procedimental do direito. Considerando que a idéia de um Estado distribuidor é insuficiente para criar uma sociedade igualitária de direitos formais,

afirma que a única maneira de garantir essa nação de cidadãos é a herança republicana, pois ela dará garantias para brigar no mundo real:

[...] apesar do pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, ainda precisamos “tentar salvar a herança republicana”. Se, no passado, o nacionalismo estava na origem da cidadania democrática, [...] nas sociedades contemporâneas, a ausência de uma homogeneidade cultural inviabiliza a antiga conexão entre nacionalismo e republicanismo. Em um mundo polarizado, a herança republicana apenas pode ser mantida caso a cidadania democrática se transforme em uma força de integração social. Como já não é possível, face a um mundo *desencantado*, recorrer à experiência de uma história e de uma identidade compartilhadas, o patriotismo constitucional vem substituir o nacionalismo.[17]

Esta idéia de patriotismo constitucional difere das idéias comunitárias, pois ele pretende configurar a solidariedade como forma de integração social, e ainda revelar compromissos morais com normas universalmente válidas, como os direitos humanos, por exemplo. Em última análise, o patriotismo constitucional deve garantir a solidariedade entre estranhos.

Haverá uma nova *tensão* entre o universalismo de uma comunidade jurídica igualitária e o particularismo de uma comunidade histórica de destino compartilhado. [18] De acordo com Gisele Cittadino, esta proposta se diferencia daquelas de Taylor, Dworkin e Ackerman.[19] Entretanto, temos de ver como é que os direitos humanos e a soberania estão estruturados nas sociedades contemporâneas e se a “violência defensiva” não é um caminho para a garantia dos mesmos.

4. A VISÃO DE ANTONIO NEGRI E MICHAEL HARDT

Partindo da idéia de que vivemos em um mundo de estranhos, em um mundo onde os sistemas *colonizam* o mundo da vida, onde não há mais espaço público para a atuação do sujeito, como podemos pensar em garantias para o efetivo cumprimento pelos Estados dos direitos fundamentais e para a garantia da soberania popular? Pelo pensamento de que a solidariedade é a chave para uma nova forma de democracia entre seres tão diferentes e que estão em permanente luta?

Segundo Antonio Negri e Michael Hardt, a modernidade é uma tensão entre dois projetos distintos de mundo. Estes dois modelos podem ser entendidos da seguinte maneira: *de um lado*, uma associação de contrato e alienação de potência da multidão para o corpo político, caracterizando a modernidade que se tornou hegemônica; *do outro*, perdedor desta disputa, a defesa de que o poder é a expressão adequada ou inadequada do poder da multidão[20]. Há uma reinvenção da imanência pela modernidade, não mais pela fé, mas pela razão. E também há uma tentativa de

simplificação através de um centro único de produção normativa, já que a ordem jurídica passa a ser produto da ordem estatal, e não mais da jurisprudência. Qual o fundamento? A razão, pensando o Estado como um produto de uma vontade racional; daí o contrato. Na tradição política moderna, “O ‘uno’ é, portanto, o alicerce ontológico imutável.” [21]. E somente o uno pode governar.

Com relação à soberania, eles consideram que esta apresenta um caráter dual de poder, aliando o monopólio da violência e a necessidade de consentimento por parte dos governados. “*O poder soberano deve exercer hegemonia sobre seus súditos, provocando neles não só medo, mas também reverência, dedicação e obediência, através de uma forma de poder branda e flexível.*” [22] Isso se torna bastante interessante quando nos damos conta de que a soberania necessita do consentimento dos governados, pois, do contrário, não tem como se sustentar[23].

Contraopondo-se a este pensamento indivisível, Hardt e Negri procuram resgatar o conceito espinosano de *multidão*, que não pode ser reduzida a uma unidade e que não se submete ao governo do uno. A multidão é, em última análise, uma multiplicidade, um “um conjunto difuso de singularidades que produzem uma vida comum.[24]”.

Se o direito nasce para regular o *desejo*[25]; se a humanidade reitera diariamente as concepções que exigem uma única voz de comando; se o homem já não sabe viver em liberdade; temos de pensar em como podemos nos ‘livrar’ desta soberania e desta autoridade, para que possamos construir um novo paradigma baseado na liberdade e na multiplicidade das singularidades, atuando em conjunto na criação de um modelo menos despótico e desumano, que possa proporcionar a aceitação das diferenças e o resgate da afetividade humana.

Para estes autores, as novas possibilidades de democracia defrontam-se com o obstáculo da **guerra**, que assumiu uma “forma de governo”[26]. É uma mudança que se reflete nos mecanismos de legitimação da violência utilizados pelos poderes soberanos e tem forçado a soberania a adotar formas cada vez mais puras de dominação e violência. A democracia irá assumir, hoje, uma forma de subtração, uma fuga, um êxodo da soberania. Eles consideram mesmo necessário que *descartemos* as idéias de soberania e de autoridade, para que possamos construir uma nova idéia de *democracia absoluta*, participativa. Ainda, afirmam que não existe uma regra dialética segundo a qual o comportamento da multidão no êxodo deve reagir ao ataque do poder soberano com o seu oposto simétrico, fazendo frente à violência repressiva com a ausência absoluta de violência, uma vez que “todo êxodo implica uma resistência ativa”. [27]

Hardt e Negri entendem que o uso *democrático* da força e da violência não é o mesmo, nem o oposto da guerra da soberania. É diferente por várias razões: 1) Porque a democracia deve usar a violência apenas como instrumento para perseguir objetivos políticos; 2) Porque esta violência é usada como defesa; e 3) Porque o emprego da violência também deve ser organizado democraticamente. Não pode haver separação entre os meios e os fins.[28]

A justificativa pode ser encontrada na mudança de legitimação da violência de Estado, a partir da segunda metade do séc.XX, que descarta o sujeito do processo

político em prol de uma regulação *econômica* do mundo da vida, ultrapassando e pulverizando garantias até então estabelecidas pelo Estado de Direito e pelo Estado de Bem-Estar social. Nesse sentido, cabe aqui a análise sobre o discurso dos direitos humanos, considerados, desde então, como uma tentativa de diminuição dos meios de legitimar essa violência.

Num mundo em que nenhuma forma de violência pode ser legitimada, toda violência pode afinal ser considerada terrorismo. Definições, dependendo de quem defina seus elementos centrais: governo legítimo, direitos humanos e normas de guerra. A dificuldade de estabelecer uma definição estável e coerente de terrorismo está intimamente ligada ao problema do estabelecimento de um conceito adequado de violência legítima.[29]

Hardt e Negri consideram que há discursos sobre os direitos humanos que sustentam que a violência pode ser legitimada em bases morais. Consideram também que o conjunto dos direitos humanos apresenta-se como uma estrutura moral acima da lei ou como um sucedâneo da própria estrutura legal.[30]

Muitas concepções tradicionais opunham os direitos humanos a todas as formas de violência, mas à sombra do Holocausto e depois da ‘intervenção humanitária’ em Kosovo, esta visão evoluiu para algo a que poderíamos nos referir como a “Doutrina Annan”. A posição majoritária a respeito dos direitos humanos defende atualmente o emprego da violência a serviço dos direitos humanos, legitimada em sua fundamentação moral e promovida pelos capacetes azuis das forças da ONU.[31]

Levando-se em consideração que a maioria das tentativas de se fazer valer as leis penais internacionais tem sido infrutífera, estes autores criticam os modelos que insistem em que o direito nacional e internacional continua sendo a única base válida de legitimação da violência, uma vez que estes baseavam-se no reconhecimento da soberania nacional e dos direitos dos povos, enquanto a nova justiça imperial – que tem como elementos o conceito de crime contra a humanidade e as atividades dos tribunais internacionais – tem como objetivo a “destruição dos direitos e da soberania dos povos e nações, através de práticas jurídicas supranacionais.”[32]

8. CONCLUSÃO

No mundo pós-convencional (como define Habermas) ou pós-moderno (como definem outros autores) há uma exacerbação do individualismo. Como bem esclarece Jair

Ferreira dos Santos, “o individualismo atual nasceu com o modernismo, mas o seu exagero narcisista é um acréscimo pós-moderno”[33]. A pós-modernidade enfrenta um problema de “desreferencialização do real e dessubstancialização do sujeito. O referente (a realidade) se degrada em fantasmagoria e o sujeito (o indivíduo) perde a substância interior, sente-se vazio.”[34] O simulacro fabrica um “real hiper-real, espetacular, mais real e mais interessante que a própria realidade”[35].

A futura estrutura institucional deve apoiar-se em relações “afetivas, cooperativas e comunicativas da produção social.”[36] A multiplicidade de singularidades pode ser vista como uma cadeia interligada, que deve buscar sempre garantir a liberdade e a expressão de todos, e não somente daqueles que detêm o poder. O exemplo do software aberto é um exemplo de novas formas de organização da sociedade.

A questão do uso da violência *defensiva* deve ser associada a um ato de resistência, e não a uma violência simétrica à força de um *estado de exceção permanente*, em um contexto em que não mais é possível se pensar em um *fora* do sistema. A legitimação dos direitos fundamentais e a garantia de uma *pretensa* soberania popular devem ser pensadas globalmente, em um contexto que não envolva somente Frankfurt e Harvard: “[...] O mundo, para o intelectual alemão típico, tem hoje dois pólos, um em Berlim ou Frankfurt, outro em Harvard ou Berkeley.”[37] Nesse sentido, o uso da violência não pode ser descartado como *possibilidade*. Como bem afirma o subcomandante Marcos: “Le système use de la compassion quand il le faut, ou procède par élimination s’il l’estime nécessaire. Ou encore, par la manipulation des esprits.”[38]

Isso não quer dizer que a proposta habermasiana não seja passível de aceitação por *algumas* sociedades e, mesmo, que alcance um certo tipo de êxito. A questão é saber como conseguir salvar a noção básica de direitos humanos em uma sociedade tão desigual e com tanta carência de condições básicas de sobrevivência digna. As desigualdades latentes e a necessidade de se organizar e lutar para se conseguir sair desta situação calamitosa geram urgência e desespero. E esta situação gera uma dor interna renitente Como afirmava Marx: “Dentro de nós, administrar a violência interna sem luta é morte.”

9. BIBLIOGRAFIA

- AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. Revista Doxa, nº13, 1993.
- ASSOUN, Paul-Laurent. A escola de Frankfurt. São Paulo, Editora Ática, 1991.

- BLANCHOT, Maurice. Michel Foucault tel que je l' imagine. Éditions Fata Morgana, Paris, 1986.
- CHAUI, Marilena. Espinosa, uma filosofia da liberdade. São Paulo, Editora Moderna, 2005.
- CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.
- DERRIDA, Jacques. Otobiographies. Paris, éditions Galilée, 1984.
- _____ . O soberano Bem ou estar mal de soberania. Viseu, Palimage Editores, edição bilíngüe, 2004.
- FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro, Puc/RJ, Caderno n°. 16, 1991.
- FRANKENBERG, Günther. A gramática da constituição e do direito. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.
- FREUD, Sigmund. Totem et tabou. Petite bibliothèque Payot, Paris, 1971, p. 164-65).
- GALEANO, Eduardo. O livro dos abraços. Porto Alegre, L&PM Editores, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. *In*: Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, Departamento de Direito Puc-Rio, n°. 17, agosto-dezembro 2000.

- _____ . Profils philosophiques et politiques. Paris, Éditions Gallimard, 1974.
- HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. Império. Rio de Janeiro, Editora Record, 2000.
- HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. Multidão. Rio de Janeiro, Editora Record, 2005).
- LEMOS, Gustavo Carvalho de. Justificação Moral e Validade Normativa na Teoria Discursiva da Moral de Jürgen Habermas. Dissertação de mestrado, depto. de filosofia Puc-Rio, 1998.
- Os sentidos da paixão. Curso promovido pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Fundação Nacional de Arte, em 1986. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.
- RAMONET, Ignacio. Marcos, la dignité rebelle. Paris, Éditions Galilée, 2001.
- ROUANET, Sergio Paulo. As razões do iluminismo. Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 1987.
- _____, Sergio Paulo. “O intelectual está deixando de existir”, *in*: Revista Cult, ano 9, novembro de 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução a uma ciência pós-moderna. Edições Afrontamento, 1989.
- SANTOS, Jair Ferreira dos. O que é o pós-moderno. São Paulo, editora Brasiliense, 2005.

- STATHERN, Paul. *Derrida em 90 minutos*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000.

[1] *Apud* Gisele Cittadino. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. *Op.cit.*, p.176.

[2] *Idem, ibidem.*, p.90.

[3] Juan Antonio García Amado. *La filosofía del derecho de Jürgen Habermas*. *Op.cit.*, p.240-245.

[4] Jürgen Habermas, *Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos*. *Op.cit.*, p.191.

[5] *Idem, ibidem*, p.192.

[6] *Idem, ibidem*, p.191.

[7] *Idem, ibidem*, p.191.

[8] *Idem, ibidem*, p.192.

[9] *Idem, ibidem*, p.193.

[10] *Idem, ibidem*, p.194.

[11] *Idem, ibidem*, p.195.

[12] *Idem, ibidem*, p.196.

[13] *Idem, ibidem*, p.196.

[14] Jacques Derrida. *Otobiographies*. *Op.cit.*, p.21-22.

[15] Gisele Cittadino. *Op.cit.*, p,174.

[16] *Idem, ibidem*, p.176-177.

[17] *Idem, ibidem*, p.177.

[18] A propósito desta análise, Gisele Cittadino, *op.cit.* p. 170-182.

[19] Gisele Cittadino, *op.cit.*, p.181: Ele difere tanto do republicanismo cívico proposto por Dworkin como do patriotismo configurado por Taylor ou do constitucionalismo patriótico concebido por Ackerman. [...] Quanto ao patriotismo configurado por comunitários e republicanos, ainda que tenha a vantagem de derivar o *status* dos sujeitos de direito de uma rede de relações igualitárias de reconhecimento, supõe que a cidadania tem a capacidade de agir orientada por uma concepção compartilhada de bem comum. O patriotismo constitucional proposto por Habermas evidencia, contra os liberais, a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública. Ao mesmo tempo, e diferentemente de comunitários e republicanos, esta concepção de patriotismo pode prescindir de uma visão compartilhada de bem, porque vincula a cidadania democrática à consciência pública de sujeitos de direito que “se constituem por sua própria força como uma associação de livres e iguais.”

[20] Antonio Negri e Michael Hardt. *Multidão, op.cit.*, páginas. 87 a 109.

[21] *Idem, ibidem*, p.413.

[22] *Multidão*, p.416.

[23] *O soberano Bem*, p.51: Comentando sobre a analogia de Rousseau no Contrato Social, Derrida afirma que “Os escravos renunciaram então àquilo mesmo de que se o privou, nem sequer estão mais [...] mal de liberdade ou de soberania, e eis o seu mal absoluto: nem sequer estar mais mal de, não sofrer mais com o seu desejo, não sofrer mais o seu desejo de soberania.”

[24] *Multidão*, p.436.

[25] Sigmund Freud. *Totem et tabou*, p.164-65.

[26] Sobre a questão da guerra e de como ela se estrutura no mundo contemporâneo, ver *Multidão*, p.21-61.

[27] *Multidão*, p.428.

[28] *Idem*, p.428-433. Para uma análise mais detalhada das justificativas do uso da violência defensiva, *Multidão*, p.411-447.

[29] *Idem, ibidem*, p.51.

[30] *Idem, ibidem*, p.51-52.

[31] *Idem, ibidem*, p.52. Sobre a “Doutrina Annan”, ver Helen Stacy, “Relational Sovereignty”, *Stanford Law Review*, 55, nº 5 (maio de 2003), 2029-59. A filosofia política das Nações Unidas tem resvalado cada vez mais para uma fundamentação moral da violência política. Ver Grenville Clark e Louis Sohn, *World Peace Through World Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1958).

[32] *Idem, ibidem*, p.53.

[33] Jair Ferreira dos Santos. *O que é o pós-moderno, op.cit.*, p.18.

[34] *Idem, ibidem*,. p.15 e 16.

[35] *Idem, ibidem*, p.12.

[36] *Multidão*, p.438.

[37] Sergio Paulo Rouanet. *As razões do iluminismo. Op.cit.*, p.148.

[38] Ignacio Ramonet. *Marcos, la dignité rebelle. Op.cit.*, p.56.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO*

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND FREEDOM OF SPEECH

Maria Amélia da Costa

RESUMO

Diversas propostas a respeito de modelos de democracia foram apresentadas ao longo do tempo, sem que fosse estabelecido um consenso sobre qual destas propostas seria a mais adequada. Tomando por base que democracia é o governo do povo, fica evidente que o que o importante é a maneira como ela é exercida, ou seja, de que forma as decisões democráticas são tomadas. Desta forma, este trabalho faz considerações sobre os três modelos de democracia propostos por Juergen Habermas, sobre as idéias a respeito de democracia e liberdade de Joshua Cohen e sobre as contribuições brasileiras a respeito da democracia. A partir destas posições, que demonstram a importância da comunicação como base para a tomada de decisões democráticas, o trabalho ressalta a importância da liberdade de expressão ser garantida numa democracia, para que não sejam as minorias excluídas do debate, e, ao fim, para que a tomada de decisões democráticas seja verdadeiramente abrangente.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA – DEMOCRACIA DELIBERATIVA – DECISÃO DEMOCRÁTICA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

ABSTRACT

Many proposals about democracy models have been shown, without an agreement about which one would be more proper. Considering that democracy is the people's government, it's clear that what matters is the way of how it's done, how the democratic decisions are made. So, this text considers three democracy models of Juergen Habermas, the ideas of democracy and liberty of Joshua Cohen and the Brazilian contributions about democracy. Considering these positions, that show the relevance of communication as a establishment of making democratic decisions, this text stress the relevance of the guarantee of freedom of speech, in order not to exclude the minorities of the debate, and, in the end, to have a wide and real way of making democratic decisions.

KEYWORDS: DEMOCRACY – DELIBERATIVE DEMOCRACY – DEMOCRATIC DECISION – FREEDOM OF SPEECH.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Reflexões a respeito do modelo de democracia ideal surgem a todo o momento. Os modelos modificam-se através da história acompanhando os fatos e recrutam seguidores que enxergam neles canais para uma melhor e maior realização democrática. Um consenso a respeito de uma resposta pode-se dizer que é algo impossível, mas o debate é extremamente válido, pois através dele se busca o aperfeiçoamento dos modelos democráticos e a adequação à realidade das sociedades que o adotarão.

Qualquer modelo de democracia que se apresente jamais irá negar o fato de que, conforme afirmado pelo vocábulo, *democracia* é o governo do povo, e que neste modelo o povo irá agir mediante decisões coletivas através das quais ele formula uma autorização para o exercício do poder estatal. Esta é uma idéia correta, entretanto, muito vaga, e merece melhor análise, uma vez que, pela observação do sentido em que o povo se orienta, se movimenta e se agrupa, a fim de formular a decisão autorizadora do exercício do poder estatal, constata-se que diferentes espécies de democracia podem existir, em que sempre é o povo quem decide. O que se modifica é a forma de fundamentação das decisões tomadas pelo povo: isto é que irá caracterizar uma ou outra forma de democracia.

Estas formas de fundamentação surgem devido a circunstâncias peculiares a uma determinada época, a um determinado fato histórico ou a uma determinada forma de cultura ou pensamento. Não são exatamente pensadas *a priori* como sendo ideais para o caso; a verdade é que seguem os interesses primordiais de uma gente em seu tempo. O que se observa, após diversas eras e modelos políticos implantados é uma tendência a se consolidar a decisão política a cada dia mais nas mãos do povo. Não há doutrina compatível com o modo de vida ocidental que se arrisque a construir um modelo político distanciado da participação popular, ou, se não é bem assim, ainda há muita gente que acredita nisto, e vê a democracia como a verdadeira base do desenvolvimento. E ainda, a configuração globalizada do mundo atual exige que a política seja eficaz, inovadora, inclusiva e produtiva, e não se contenta mais com uma decisão de maioria que apenas concorda ou discorda com projetos apresentados por uma elite. É necessário, pois, que o processo político alcance resultados racionais.

Assim, podemos afirmar que o debate é essencial para seu sucesso, mas não se pode dizer que seja qualquer debate, senão um que raciocine a respeito de valores existentes na sociedade e que possam impulsionar a atuação democrática, e para se alcançar este tipo de debate é imprescindível que liberdades sejam garantidas, em especial a liberdade de expressão, por significar a exteriorização da idéia humana, por fazer a apresentação do espaço de interpretação do ser humano sobre as coisas presentes em seu mundo, por dar espaço à criatividade e assim se conseguir buscar resultados mais satisfatórios em relação a sua qualidade. É sobre esta proposta deliberativa de democracia que seguirão algumas considerações, tomando como ponto de partida os três modelos de normativos de democracia descritos por Juergen Habermas, as idéias a

respeito de democracia e liberdade de Joshua Cohen, e em seguida as contribuições brasileiras a respeito.

OS TRÊS MODELOS DE HABERMAS

Juergen Habermas, em seu texto intitulado Três Modelos Normativos de Democracia, faz uma identificação de duas formas pelas quais, na história, se busca a realização do ideal democrático, as quais chama de forma republicana e forma liberal de democracia, além de apresentar uma nova proposta, baseada nas condições de comunicação através das quais o processo político alcança resultados racionais por ser realizado de forma deliberativa.

Identifica a forma liberal como uma forma de organização democrática em que o processo político se dá através de arranjos de interesses, onde se prima pela a justiça e a honestidade nas condições iguais de voto para se legitimar o exercício do poder político. Nela, a sociedade é um sistema de circulação de pessoas em particular, cujo trabalho é estruturado segundo as leis do mercado. Os cidadãos do Estado, no modelo liberal, têm seu status determinado de acordo com os direitos individuais que dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos. Estes direitos são direitos subjetivos assegurados de forma negativa, ou seja, gozam de proteção Estatal quando ameaçados ou violados.

O Estado desempenha atuação no sentido de proporcionar um aparato administrativo público atuante na defesa dos interesses da sociedade; ele serve à sociedade na medida em que protege seus direitos subjetivos e ao mesmo tempo é sempre influenciado pela sociedade a representar este papel de servir a seus interesses.

O processo político se caracteriza pela luta por posições que permitam dispor do poder administrativo. A opinião pública e a vontade que resultam deste processo são resultados de uma concorrência estratégica entre agentes na disputa de poder, e através do voto os eleitores expressam suas preferências e licenciam o acesso às posições de poder.

Neste modelo, portanto, se pode observar bem a separação entre Estado, sociedade e mercado, em que a política segue o caminho determinado pelos interesses do mercado e validado pela sociedade, em que a sociedade quer seus direitos protegidos e em que o Estado atua protegendo a sociedade em seus direitos subjetivos.

Um segundo modelo democrático apresentado é o chamado modelo republicano, e é caracterizado pela separação horizontal entre três bases: a estatal, reguladora do poder soberano, a base reguladora do mercado e a base social.

A base social neste modelo é que verdadeiramente compõe o poder político. Isto porque a atuação política ocorre por um processo de coletivização social,

contextualizado num modo de proceder ético, que atua formando as decisões que a sociedade julga importantes. O processo político é, portanto, resultado de um entendimento mútuo, de caráter ético entre diversos grupos existentes na sociedade.

A atuação estatal não será mediar interesses entre o Estado e a sociedade, mas estabelecer e ordenar a esfera pública para que as pessoas alcancem a liberdade através do exercício do autogoverno, da razão e do diálogo público. O Estado é garantidor de participação na construção de objetivos comuns. Estes direitos de participação são considerados, no estado republicano, como direitos positivos. Não se visualiza, desta forma, separação entre a sociedade e o aparato estatal para a formação democrática da vontade política. Aqui a sociedade age efetivamente em si mesma, não licencia outro a fazê-lo como no liberalismo, através de um auto-entendimento ético.

A partir destes dois modelos, aos quais Habermas tece críticas e destaca vantagens, é sugerido um terceiro modelo, que, de certa forma, supre lacunas existentes nos anteriores.

É importante ressaltar que os modelos já apresentados são modelos que compõem o cenário de discussão política norte-americana, mas o importante são os exemplos que se retira de cada um deles sobre a forma como se dá a composição da vontade política e da opinião e raciocínio público.

O terceiro modelo se justificará, em primeiro lugar, pela condução que se dá aos discursos políticos: um debate baseado essencialmente em interesses de mercado é insuficiente, por mais justo e honesto que seja o processo; o ajuste baseado num entendimento ético, por mais importante que seja, por representar um auto-entendimento mútuo, também não basta, pois mesmo com os ajustes, conflitos menores, que não chegam a entrar em debate, continuam existindo sem que haja oportunidade de serem solucionados.

É importante esclarecer que este terceiro modelo de democracia proposto por Habermas vem inserido na matriz pragmático-sistêmica do pensamento, que traz ao pensamento jurídico uma interpretação sociológica. Nesta matriz considera-se que cada sistema é apenas mais um no meio de vários, que se influenciam mutuamente, e que produzem dentro de si, com base nesta influência, uma resposta, construída e fundamentada em sua própria estrutura (auto-referente). Assim, coexistem o sistema jurídico, o sistema político, o social, o econômico, cada qual com sua estrutura e sua atividade própria, trocando influências através do estabelecimento de comunicação.

Não havendo uma hierarquia entre os sistemas, situando-se o sistema político ao lado dos demais, através da norma ele se comunicará com os demais. O resultado desta comunicação será uma produção deliberativa. A comunicação tem o condão de permitir de forma mais eficiente a produção de respostas e soluções a uma sociedade complexa, entendendo complexidade aqui como um número elevado de possibilidades a serem realizadas, que é a característica das sociedades modernas. .

A razão prática, que nos modelos anteriormente apresentados se calcava ora nos direitos fundamentais, ora na ética, agora se firma nas regras de discurso e formas de argumentação que buscam um acordo mútuo, através de uma estrutura

comunicativa Isto é característico da teoria sistêmica: seguindo uma estrutura, e se utilizando do discurso e da argumentação, se chega a um resultado diferenciado, especial para a resolução do problema e desta forma, questões “menores”, que antes ficavam de fora das grandes decisões políticas, têm agora a possibilidade de serem resolvidas, e nisto se situa, talvez, a grande diferença deste modelo em relação aos referidos anteriormente.

A formação democrática da opinião e da vontade no modelo deliberativo integra elementos tanto do modelo liberal, quanto do modelo republicano, num conceito de procedimento direcionado a tomada de decisões. Este procedimento democrático interliga as negociações, o auto-entendimento e os discursos sobre a justiça e tende a produzir resultados que poderão ser tanto racionais quanto justos e honestos. A formação de opinião, de maneira informal, se transformará em resoluções e decisões institucionalizadas e o poder administrativo é validado pelo poder criado através da comunicação.

Como todo o processo político, assim como toda operação situada na matriz pragmático-sistêmica, vem baseado na comunicação, é necessário que a sociedade seja extremamente esclarecida para o modelo funcionar. Opiniões fundamentadas são extremamente necessárias para a construção da argumentação da qual irão resultar as decisões. Daí resta verificar o que é necessário para a formação de uma opinião pública devidamente orientada e consistente para que se leve à deliberação questões interessantes a *todo e qualquer* seguimento da sociedade, sempre com a idéia de que a teoria dos sistemas, na qual se insere a idéia de democracia deliberativa, busca a diferenciação na forma de tratamento e resolução de cada questão, sendo por isto, inclusiva, e não a nivelção através de simples decisões de maioria.

DEMOCRACIA E LIBERDADE – IDÉIAS DE JOSHUA COHEN

A formação da opinião pública orientada a tomada de decisões políticas é uma das bases para se estabelecer uma democracia deliberativa. E não há como se conceber uma opinião pública qualificada sem que se assegure um mínimo de liberdade onde o debate acontece. E Joshua Cohen irá tratar deste tema em seu artigo intitulado *Democracia y Libertad*, integrante da obra *La Democracia Deliberativa*.

Cohen começa seu texto, considerando como de grande abstração a idéia de que a legitimidade democrática e política para exercer o poder estatal deve surgir das decisões coletivas. Assume que a democracia se desenvolve de diversas maneiras e aponta duas, diferenciando-as pela forma de tomada de decisões coletivas vinculantes, a agregativa e a deliberativa.

Assim, na democracia agregativa a decisão surge de disposições de eleição coletiva vinculante que outorguem igual consideração aos interesses de cada uma das pessoas que serão vinculadas a decisão; na deliberativa a decisão surge através

da eleição coletiva vinculante em que se estabelece condições de racionalização livre e pública entre iguais, que serão governados por esta decisão.

As decisões na forma agregativa de democracia, apesar de serem reconhecidas como legítimas sem dúvida, e poderem ser revogadas a qualquer tempo, são baseadas, pois, nas decisões de maioria, que levam em conta os interesses de cada participante em particular, o que torna difícil lidar com as questões de exclusão de que sofrem as minorias. O processo majoritário é, portanto, válido, mas extremamente ameaçador destes grupos menores.

Desta forma, procura-se buscar uma maior legitimidade baseada num debate em que se informa e se argumenta sobre os interesses e possibilidades em questão. A democracia deliberativa acontece quando, para além das eleições, se realiza também a participação racional do povo a respeito de matérias políticas.

As pessoas na sociedade tendem a se unir em torno de determinadas concepções, chamada por Cohen de “filosofias de vida abarcativas”, que são manifestadas através de tradições morais, crenças e concepções e que, embora possuam pontos em que se identifiquem com outras, no mais das vezes são distintas e independentes, e dificilmente delas se poderão extrair elementos de consenso político. Não se trata de dizer que existe total incompatibilidade entre as filosofias de vida e a temática política. O que termina acontecendo é uma adaptação destas filosofias, no que é compatível, com a política. O autor admite que até se poderia esperar um acordo moral baseado nestas filosofias, onde uma comunidade política estaria baseada neste acordo, devido aos pontos de convergência moral, e se não se consegue um acordo, ao menos se pode identificar uma tendência à convergência moral.

O fato é que a razão prática não busca gerar o acordo político com base nos pontos de convergência moral entre filosofias de vida; mais propriamente, busca fazê-lo na concepção de que os cidadãos são livres e iguais, ou seja, liberdade e igualdade aqui significam que uma postura política pode ser assumida sem que isso altere a condição social de quem a adota. Assim, a democracia deliberativa é vista como um sistema de ordenamentos sociais e políticos que vinculam o exercício do poder através do raciocínio livre entre iguais. Livre porque reconhecem o pluralismo de concepções, sem que estas determinem a participação nos processos decisórios ou fundamentem o apoio ao exercício do poder; iguais porque suas posses ou condição econômica não influenciarão na sua possibilidade de contribuir para a deliberação.

As decisões coletivas deverão surgir de um debate público e racional e não somente de simples discussão. Estas decisões serão caracterizadas como coletivas quando tomadas com base num debate racional, e não quando expressadas por uma maioria numérica, onde o que há na verdade é uma pluralidade de decisões individuais acerca de uma questão pronta apresentada, que pode interessar ou não.

As discussões, pura e simplesmente consideradas, não interessam aos sistemas deliberativos, porque elas levam ao espaço comunicativo apenas interesse já previamente argumentados que buscam validação, sem que haja raciocínio público sobre a questão. O debate já opera diferentemente, trazendo o raciocínio público fundamentado na liberdade e na igualdade, que faz com que todos possam apresentar questões e propor soluções, bem como apoiar ou não as propostas apresentadas. A

crítica e a defesa das instituições e programas podem ser aceitas ou repelidas, em função de considerações racionais dos participantes do debate. O importante desse tipo de forma de tomada de decisão é que os participantes, cientes de suas condições de igualdade, sabem que mesmo que a decisão seja em sentido contrário a filosofia de vida que seguem enquanto pessoa, ela é válida e legítima porque realizada em condições onde a argumentação é permitida.

A democracia deliberativa trabalha constantemente com a idéia de inclusão. A partir do momento em que se abre o debate e que todos podem expor seus argumentos e idéias, propostas vindas não apenas das majorias têm a oportunidade de serem efetivadas. Daí a importância de serem asseguradas as liberdades morais, religiosas e principalmente de expressão, pois, no exercício desta liberdade residirão grupos quantificados como minoria que gozarão de oportunidade no debate político.

Desta forma, como a democracia deliberativa produz uma decisão autorizativa do exercício do poder estatal, baseada em argumentos debatidos e compartilhados entre pessoas livres, pode se dizer que nela habita uma forte idéia de legitimidade política. Esta justificação em termos aceitáveis de debate se presta a manter também a autonomia política e faz com que se alcance um ideal de comunidade, com um ponto de vista ético compartilhado que incidirá em toda a vida social.

O ato de compartilhar as razões que justificam o poder político é expressão da unidade do corpo soberano, formado por todos os cidadãos, que autoriza o exercício do poder.

Por fim, na concepção deliberativa de democracia é possível se constatar que os cidadãos livres, ao mesmo tempo que pessoas seguidoras de “filosofias de vida” próprias, conjugam estes dois direcionamentos que acabam por respaldar o exercício do poder estatal pelo fato das razões para este exercício serem reconhecidas pelas diferentes concepções filosóficas de vida.

IDÉIAS DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO BRASIL

A partir das idéias de dois autores que propuseram e fundamentaram o modelo democrático deliberativo, fica em foco um modo extremamente atraente de pensar a organização política.

Não parece ser um modelo de implantação simples, uma vez que interesses de grande vulto encontram-se ainda na mão de poucos que dificilmente abdicarão deles sem que outras vantagens lhes sejam oferecidas. Por outro lado, para a implantação deste tipo de modelo político, é necessário um sério comprometimento de toda a sociedade tanto com a formação de um procedimento político deliberativo, quanto com a participação nos debates que a ele sucederão, e que para isto deverá estar formada e informada. Mas é uma proposta viável, e nela também pensam autores brasileiros que trazem as questões à luz dos problemas que nosso sistema político apresenta.

Para o Brasil, tendo em vista seu passado colonial e oligárquico, sua história política marcada por tantos revezes, e seu presente de um povo que parece ainda buscar uma identidade política, descontente com o cenário de corrupção, onde vê sua vontade manipulada por uma elite, esse sistema deliberativo de democracia se mostra bem interessante no direcionar de mudanças.

Paulo Bonavides utiliza a nomenclatura *democracia participativa*, e vê este modelo como um possível caminho a ser trilhado pela vontade política brasileira, que diminui a distância às fontes de legitimidade de poder e conduz o povo ao pleno, eficaz e adequado exercício de vontade soberana, já que a situação no Brasil é a das formas representativas de oligarquias onde a corrupção, infelizmente, tem estado muito presente.

Quer-se mais para o Brasil. Maior participação popular para que o poder seja mais legítimo.

Um dos motivos pelos quais Bonavides crê na democracia participativa como alternativa para uma verdadeira mudança na política brasileira é o fato de o Brasil ter sobrevivido a golpes de estado, ditaduras, intervenções e estados de sítio e ter conseguido, após uma sucessão desses acontecimentos, incorporar princípios e valores a uma ordem constitucional que prima pela liberdade. Então é como se visse a decadência do sistema representativo com o qual vive o país e se passasse a pensar numa alternativa melhor e viável, visto que valores como a liberdade, a igualdade e a soberania do povo estão plenamente inseridas na mentalidade popular, mas, poderia se dizer, sub-aproveitados.

A democracia participativa teria por orientação quatro princípios a citar: o da dignidade da pessoa humana, o da soberania popular, o da soberania estatal e o da unidade da constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana seria o eixo central das constituições da liberdade. Representa os valores humanos na democracia e dá toda a justificação para a participação popular nas decisões políticas. O princípio da soberania popular é que legitima a autoridade do poder instituído, que é destinado a servir o cidadão e que não deve, em nenhuma hipótese, ser maculado por manobras políticas que acabam não exercendo a verdadeira representação. O princípio da soberania nacional aparece aqui no sentido de que é plenamente legítimo o que é decidido pela nação e o princípio da unidade da Constituição é o que garante a coerência de interpretação das normas que a compõem, a fim de que os princípios sejam realizados.

Esses princípios, ressalta o autor, apenas prosperarão numa sociedade aberta, não controlada por uma casta política que se alterna no poder, a serviço de interesses próprios e respaldada pela força do capital.

É fácil de se verificar uma certa necessidade de libertação das amarras a que o povo brasileiro esteve a se submeter, e ainda se submete, e realizar uma verdadeira tomada do poder, consciente e finalisticamente direcionada a uma realização democrática plena.

Mas para que o debate sobre as questões de interesse público se estabeleça é necessário, como já se disse, que se realize de forma inclusiva, não só baseado num princípio de liberdade, mas também num ideal de igualdade. Do sentido desta afirmação compartilha também Cláudio Souza Neto, quando diz:

[...] a igualdade material razoável é condição fundamental para a efetivação do estado democrático de direito. Sem igualdade material razoável, não há tampouco igualdade efetiva de possibilidades de participar na vida pública, e as vítimas da exclusão social tornam-se excluídas politicamente.

E o autor, ao final, conclui: “Daí a noção de pobreza política.”

A injustiça social, sem dúvida, compromete o estabelecimento da democracia, pois sem um padrão mínimo de resguardo da dignidade da pessoa, onde são respeitados direitos fundamentais como a vida, a propriedade, ao domicílio, não se encontra nem interesse por parte das pessoas que vivem nesta situação de desamparo em realizar a tomada do poder, quanto mais de participar de um debate livre.

Um mínimo de autonomia privada deve ser respeitado, para que as pessoas se sintam a vontade para cooperar com o debate.

A liberdade de participar no debate caminha lado a lado com a liberdade individual e tudo aquilo que a segue, como a propriedade, a intimidade e a manifestação do pensamento. Os direitos fundamentais, como ressalta Cláudio de Souza Neto, não são considerados apenas como condições procedimentais da democracia, mas também condições para a cooperação democrática.

Esses são pontos que, infelizmente, a situação do país não desmente, e que constituem desafios para a implantação de um modo participativo de democracia. Os ideais de liberdade e igualdade, tão evidentes no discurso, são difíceis de serem encontrados na prática.

Bonavides faz alusão outra questão que também toca a realidade brasileira e, de certa forma a assombra, que é o comprometimento da mídia com a elite, deturpando informações e manipulando o sentido dos fatos, e o faz em tom de verdadeiro descontentamento e denúncia, e chega a propor a constitucionalização da mídia como um dos poderes da República – democrático e legítimo. Observação num certo tom reacionário, mas que não deixa de ter suas razões, pois inúmeras vezes o que se constata é uma manipulação escancarada através da mídia. Inclusive, o poder da mídia é uma questão importantíssima e altamente relacionada com o tema, pois ela coloca em xeque o princípio da liberdade de expressão. Pode a mídia, então, manipular informações ou uma repressão a repressão a esta prática seria identificada como censura? Ou poderia ser considerada como uma atitude antidemocrática?

O apoio aos interesses da elite faz parte da liberdade de imprensa e não deve, por si só, ser coibido. O que o Estado não pode deixar que ocorra é a coibição, por órgãos da mídia, de manifestações contrárias às suas, expressadas por outro veículo.

A mídia na atualidade é uma das mais, talvez a mais, poderosa instituição social. A mídia vence eleições, denigre imagens pessoais e institucionais, exalta boas e más pessoas. Atua positivamente na formação da opinião pública. E como na democracia deliberativa a opinião pública formada é elemento essencial a argumentação a ser realizada nos debates que se instaurem, não tem como se afastar a responsabilidade da mídia por atos antiéticos. Não se pode confundir liberdade de imprensa com deturpação da realidade e manipulação política. Mas o intuito aqui é apenas de destacar a importância da questão, pois isto é matéria para muito estudo, que se fosse constar aqui, o rumo do trabalho seria desviado.

Outro ponto importante sobre democracia participativa, destacado por Bonavides, é a importância do que ele chama de “terceiro legislador”.

O primeiro legislador seria o poder constituinte originário, que formula a norma fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. O segundo legislador seria aquele que produz a norma geral e abstrata: o legislador ordinário.

O terceiro legislador, portanto, seria o juiz que dirime conflitos e aplica a norma jurídica ao caso concreto. Este terceiro legislador, na realidade de uma nova hermenêutica, virá a ser o legislador por excelência, eis que realizará a combinação da doutrina com a realidade, da lei e da jurisprudência ao caso concreto; mais: tornará concreta a vontade da lei conjugada com a vontade da constituição. Assim, na democracia participativa, o terceiro juiz terá legitimidade para coibir ações deturpadas tanto do poder executivo, quanto do poder legislativo. O judiciário passa a ser mais identificado como guardião da supremacia constitucional e da ordem democrática, garantindo o equilíbrio entre os três poderes de Estado, do que apenas aquele que faz valer a lei a base da força de sua decisão, sem qualquer consideração mais profunda do sentido de sua atuação, muitas vezes até irresponsavelmente.

O juiz legislador é figura importantíssima nesta realidade participativa, pois através de sua atuação, os grupos periféricos que mal tem acesso às benesses do sistema, poderão ter seus problemas resolvidos à luz de princípios constitucionais, numa atuação jurisdicional responsável e inovadora.

Esta atividade do terceiro legislador, ou juiz legislador, também é identificada na teoria dos sistemas, da matriz pragmático sistêmica, pois trabalha com respostas específicas a cada tipo de questão.

A atuação do juiz legislador não se resume a pura e simples aplicação da lei. Ao sentenciar, a aplicação da lei será feita conjugando-se uma série de fatores, como a condição das partes envolvidas e os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, através de uma argumentação própria. E nesta sentença poder-se-á enxergar uma produção legislativa específica para o caso.

Mais um tema ressaltado por Bonavides que não pode deixar de ser lembrado nestas breves considerações a respeito da democracia deliberativa é a questão do povo. A começar pelo fato de que em sua vontade é que se legitimará todo o poder, toda a norma e todo o governo. Ele formula a seguinte questão: “Quem é o povo, onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito, e se viu privado, pela extorsão política, da titularidade de suas faculdades soberanas?” E a partir desta questão tece considerações a respeito.

Num quadro onde se procura resgatar soberania e se realizar mudanças na configuração política, é da maior importância identificar o povo em todo o processo que vem ocorrendo.

Qualquer mudança que se possa pretender não escapará de estar legitimada nas mãos daquele a quem o poder se destina: o povo. Principalmente se o que se quer se buscar é uma forma de democracia onde o povo terá atuação concreta e constante reiterando a cada participação a legitimação do poder.

O sistema representativo demonstra uma posição obscura e irreal do papel do povo. Na realidade pode-se dizer que o povo, neste sistema, é realmente representado. Isto é o que a teoria sonha. Obviamente, infelizmente, a consolidação desta idéia apenas mascara uma reprovável atuação do poder representante que é o jogo particular de interesses, haja vista o que se vê em nosso país, nas comissões parlamentares de inquérito transmitidas diariamente, ao vivo, pelos canais de televisão. O descomprometimento dessas pessoas para com seus representados é reflexo da crise em que se encontra o elemento povo.

A democracia participativa tem condições de abrandar a crise em que se encontra o povo. Nela a separação de poderes estará vinculada, de forma clara e positiva, ao povo, o qual possui a investidura da soberania. E esta convergência entre separação de poderes se dá ao redor de um eixo que será o princípio da unidade da Constituição, pois fora dela, nada é constitucional. Deverá ser preservada a unidade do espírito da Constituição. Ao se preservar a Constituição em sua unidade, garantidos estarão os direitos fundamentais, não só os de primeira geração, frutos do liberalismo, mas principalmente os de segunda e terceira, que expressam a idéia de inclusão do povo tanto nas provisões materiais quanto no acesso ao desenvolvimento – idéias de justiça igualitária – e com isto floresce a motivação a participar e colaborar nas decisões políticas.

Nestas breves considerações a respeito da democracia deliberativa (ou participativa), feitas com base em opiniões de autores brasileiros, que não deixam de analisar o modelo deliberativo através dos exemplos que nossa realidade política fornece, em especial as palavras de Paulo Bonavides, pôde-se perceber que a instauração deste modelo no Brasil seria extremamente interessante e proveitosa.

A realidade social e política brasileira, pelo que se tem visto de atividade corrupta às claras, realmente precisa que o povo tome às rédeas da atuação política e se aproprie do poder, para que se possa dizer que se tem no Brasil um poder legítimo, e não uma farsa, e que esse poder tenha interesse no povo, trabalhe a inclusão, a justiça e a liberdade, e com isto se possa aproveitar de um desenvolvimento que beneficiará a todos.

O modelo deliberativo é uma hipótese, mas para que seja posta em prática, vários pressupostos deverão ser exercitados a cada momento, assim como a participação do povo na legitimação do poder neste modelo.

Pode se identificar como um destes pressupostos a liberdade, num sentido bem amplo e em vários sentidos restritos, sendo um deles a liberdade de expressão, principalmente no que se refere a construção da opinião, o que será esboçado no próximo tópico.

LIBERDADE DE EXPRESÃO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Segundo Cohen, a idéia de inclusão deliberativa abrange uma garantia ampla de liberdade de expressão; ampla no sentido de que a garantia não deve estar limitada apenas ao discurso político. Nesta garantia ampla deve-se ter em mente que a liberdade de expressão não deve proteger apenas as idéias de mais fácil aceitação por todos, mas também aquelas mais polêmicas por vezes consideradas como “politicamente incorretas”. E sobre a problemática da liberdade de expressão *versus* o chamado *hate speech* é de grande importância a obra *Livres e Iguais*, de Daniel Sarmiento, onde este põe em pauta a discussão sobre até que ponto deve haver uma tolerância do que se considera *hate speech* para o debate democrático, até que ponto a divulgação deste discurso seria prejudicial à democracia e onde é cabível a inserção do “politicamente incorreto” no debate democrático.

Tais considerações têm por base o fato de que por mais que haja defesa de idéias que caminham no sentido oposto aos dos princípios constitucionais, a censura deve ser sempre vista com desconfiança e a ponderação de interesses, quando em questão a liberdade de expressão, deve ser feita com bastante cautela.

Sem a liberdade de se expressar não há como ser sustentado um modelo político cuja tomada de decisões se resulta do raciocínio e debates públicos. Cláudio de Souza Neto argumenta que a racionalização e a legitimação das decisões políticas dependem de uma troca livre e igualitária de argumentos, e por isso as decisões tomadas num contexto de censura e desigualdade não podem ser consideradas, em princípio, como legítimas e racionais. Desta forma, afirma que a liberdade é uma condição procedimental da democracia.

Duas coisas são importantes a se considerar devido a esta afirmação.

A primeira delas é o fato de que as pessoas, na condição de cidadãos, devem poder opinar de acordo com o que pensam, independentemente de posições que ocupam, ou não, nas instituições às quais eventualmente estejam ligadas. Como afirmou Cohen, nenhuma perspectiva moral ou religiosa é fundamento de autorização para se exercer o poder político; da mesma forma, em termos políticos, qualquer cidadão deverá

estar em condições de aceitar ou rejeitar uma opinião sem prejuízo de sua condição social.

O que muitas vezes se percebe na realidade é que não apenas questões que conflitam com princípios fundamentais como o racismo e o preconceito religioso, por exemplo, são causas das polêmicas. Manifestações expressivas sobre temas como o uso da energia nuclear ou o desenvolvimento de organismos geneticamente modificados criam um mal-estar tamanho dentro de algumas instituições tradicionais, que conseqüentemente acabam sendo deixados de lado quando o sistema político equaciona os interesses. Este tipo de conduta não deve ocorrer numa democracia deliberativa. Deve haver a garantia de que estas questões possam ser debatidas com tanta atenção como quaisquer outras, uma vez que levadas ao debate. Isto tem que se dar sem medo de ofensas ou de sofrer represálias de determinadas instituições. Não são poucas as ocasiões em que se procrastina o debate por medo de pressões institucionais contrárias. Neste sentido, pode-se identificar o tamanho da complexidade que o sistema deliberativo apresenta. No conceito de minoria serão identificados apenas aqueles grupos que sofrem com a exclusão e o preconceito devido à raça, à orientação sexual, à religião? Ou poderá agora se estender o conceito de minoria aos defensores de idéias polêmicas?

A respeito, Daniel Sarmiento afirma que o exercício da liberdade de expressão não é inofensivo, mas o que se considera ofensivo faz parte do jogo e a ofensa por si só não justifica a proibição dos atos nem a penalização de quem os exprimiu. Faz parte da formação do debate livre este tipo de conflito e é um preço que se paga para se viver numa democracia.

A segunda questão é levantada por Cláudio de Souza Neto e está relacionada ao sentimento de participação democrática: existe este sentimento quando a liberdade de expressão é exercida não apenas no plano procedimental, mas no plano material, privado.

Negar fundamentalidade à liberdade de expressão material significa afirmar que a opinião de algumas pessoas merecem respeito e consideração das demais e de outras, não, e isto, conseqüentemente, acaba por negar a estas pessoas a condição de pertencimento a comunidade.

Este autor traz ainda as justificações tradicionais para a liberdade de expressão, idéias de Dworkin, que seriam a instrumental, que incrementa a racionalidade das decisões públicas e justificada por seus resultados positivos, e a constitutiva, ou seja, a liberdade de expressão enquanto dimensão essencial de uma sociedade justa. Esta justificação constitutiva traz a idéia, inúmeras vezes citadas no corpo do presente trabalho, da inclusão.

Neste sentido, a garantia do exercício da expressão vai além da expressão em si. Sua importância não reside somente no ato de expressão mas também na possibilidade de uma pessoa ter uma certeza de que, caso se expresse, a sua opinião será assegurado o direito de integrar o debate. E por isso, esse direito fundamental, esta garantia, está tão intimamente ligada à democracia deliberativa, por proporcionar o debate e existência de um sistema político mais justo.

CONCLUSÃO

As considerações tecidas no presente trabalho a respeito da democracia deliberativa pretenderam, além de apresentar o tema através da óptica de dois autores estrangeiros, e também de autores nacionais, procurou ressaltar dois aspectos que se interligam e que estão intimamente conectados com a realização deste modelo de democracia, que são a questão da inclusão e a importância da liberdade de expressão.

A inclusão é trabalhada na democracia deliberativa, pois esta é um sistema político que efetivamente fornece condições e oportunidades para que todo tipo de opinião, consideração ou problema seja levado a um debate público e racional onde será esmiuçado e de onde surgirá uma resposta a essas vozes tão distantes da realidade política de então. E não só este modelo de democracia proporciona isto como se constitui disto, deste debate racional. É como se fosse visualizado o direito de igualdade em seu modo mais primitivo: igualdade, antes da material, a do poder de decisão.

A outra questão se resume na importância da liberdade de expressão, podendo-se dizer até da dependência da liberdade de expressão pela democracia deliberativa.

A liberdade é pressuposto da implantação do modelo deliberativo. Não há como se pensar no debate racional sem que liberdade de expressão seja garantida: dela depende o surgimento de novas concepções, considerações favoráveis e contrárias, que farão o debate legítimo.

E ao se ter contato com estas idéias, causa espanto o fato de que o mundo continua a engolir certas falsidades da realidade política, tentando “salvar os fenômenos”, através da justificação teórica de modelos democráticos ultrapassados.

Ao mesmo tempo, a proposta deliberativa se apresenta extremamente sedutora, mas se pretender ser implantada, encontrará diversos entraves, em especial em países como o Brasil, em que elites ainda manipulam o exercício do poder através dos representantes eleitos pelo povo.

O certo é que a mudança deve vir do próprio povo, que não deve nunca se calar, nunca deixar de ter suas opiniões exteriorizadas. Tem-se o Direito assegurado na Magna Carta. Este Direito deve ser trazido à prática em toda oportunidade. Só desta forma é que se criará no povo o compromisso com a verdadeira tomada de posse do poder de decisão sobre os rumos políticos, e então se poderá viver numa democracia deliberativa.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COHEN, Joshua. Democracia y libertad. In: ELSTER, John (org.) *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.

HABERMAS, Juergen. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Loyola, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

HABERMAS, Juergen. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Loyola, 2004. p.277-292.

COHEN, Joshua. Democracia y libertad. In: ELSTER, John (org.) *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001. p.235-287.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.2.

Idem, p.7.

Op.Cit., p.10.

Idem, p.12.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.60.

Op. Cit., p. 60.

Idem, p.57.

Op. Cit., p.13.

Op.Cit.p.21.

Op.Cit.p.26.

Op. Cit. p.261.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Estudos de direito Constitucional. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Op. Cit.. p.162.

Op.Cit. p.243.

Op.Cit. p. 246.

Op.Cit. p.163.

Idem. Ibidem.

Idem, p.164.

O CONFLITO ENTRE AS “LEIS DE ANISTIA” NA AMÉRICA LATINA E AS NORMAS JUS COGENS DE DIREITO INTERNACIONAL*

THE CONFLICT BETWEEN THE "AMNESTY LAWS" IN LATIN AMERICA AND THE JUS COGENS INTERNATIONAL NORMS

Natália Medina Araújo

RESUMO

Este artigo trata do conflito entre as leis que anistiam crimes contra a humanidade e algumas normas de direito internacional que possuem um caráter cogente, conhecidas como normas jus cogens ou normas imperativas de direito internacional. A análise poderia aplicar-se a outros conflitos normativos que envolvessem as normas jus cogens, ou leis que anistassem crimes de igual vulto em outras partes do mundo, mas nos interessa aqui, a um só tempo, analisar o problema das normas jus cogens e aproximá-lo da nossa realidade, demonstrando o impacto que o estudo dessas normas pode ter para a América Latina e para o Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITO INTERNACIONAL; JUS COGENS; TORTURA; GENOCÍDIO; ANISTIA; SOBERANIA.

ABSTRACT

This article focuses on the preponderance of rules of international law, which prescribe severe crimes and violations to human rights, in comparison to internal laws of a given country. The international law about crimes against human rights prevails over internal laws because of their imperative nature (jus cogens). Moreover, even laws according to the respective Constitution can not prevail in confront to severe violations against human rights. In conclusion, amnesty and limitations in crimes such as torture, genocide, among others, which are considered as hard core of human rights protection, do not restrain their international legal prosecution. As in some countries there are laws that confer amnesty or limitation rules to crimes such as torture and genocide, among others, this rules are invalid, as well as any limitation statute that makes impossible the criminal charges for crimes of such nature.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; INTERNATIONAL LAW; JUS COGENS; TORTURE; GENOCIDE; AMNESTY; LIMITATION RULES; SOVERANITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Este artigo trata do conflito entre as leis que anistiaram crimes contra a humanidade e algumas normas de direito internacional que possuem um caráter cogente, conhecidas como normas *jus cogens* ou normas imperativas de direito internacional. A análise poderia aplicar-se a outros conflitos normativos que envolvessem as normas *jus cogens*, ou leis que anistassem crimes de igual vulto em outras partes do mundo, mas nos interessa aqui, a um só tempo, analisar o problema das normas *jus cogens* e aproximá-lo da nossa realidade, demonstrando o impacto que o estudo dessas normas pode ter para a América Latina e para o Brasil.

A questão a ser previamente enfrentada é a difícil delimitação do conteúdo das normas *jus cogens*. O tema é bastante controvertido, e o único consenso do qual podemos partir é a noção de que essas normas, atualmente, estão ligadas firmemente aos direitos humanos. Mas a quais direitos humanos? Alguns autores chegam a atribuir a qualidade de norma imperativa a todos os direitos humanos, enquanto outros limitam-se a alguns deles, considerados mais essenciais dentro do amplo espectro de direitos.

O reconhecimento de qualquer superioridade hierárquica entre normas de direito internacional e normas de direito interno, qualquer que seja sua natureza, parte da premissa do monismo, ou seja, do entendimento de que os sistemas jurídicos nacionais e internacionais formam um único ordenamento coerente, e de que as antinomias que eventualmente surjam precisam ser solucionadas em favor de uma ou outra norma. A partir de uma visão dualista do direito internacional, um eventual conflito entre norma interna e norma internacional não precisaria ser solucionado em favor de qualquer delas, já que as esferas de validade dos dois sistemas não se encontrariam (KELSEN, 1990; MELLO, 2001, MAZZUOLLI, 2007).

O direito internacional é uma ordem jurídica cujas normas são dotadas de um poder normativo próprio. Para quem o entenda como uma resultante de forças vetoriais representadas pelas soberanias dos Estados, o debate aqui proposto é inócuo. Partimos do pressuposto de que o direito internacional, embora influenciado por forças políticas e interesses econômicos, não é apenas uma resultante desses interesses e forças, como também não o é o próprio Direito interno. O reconhecimento dos direitos humanos é a maior evidência disso, e, portanto, a categoria de normas que pode ser estudada com maior benefício para a compreensão do Direito internacional e da forma de relacionamento entre este e os diversos ordenamentos jurídicos dos Estados. Afirmar, simplesmente, que o Direito internacional é uma resultante de forças, significa, contraditoriamente, negar a sua existência (HESSE, 1991).

as Normas *jus cogens*

O Direito internacional reconhece a supremacia de um certo grupo de normas que protegem os direitos mais caros à humanidade. Essas normas integram o *jus cogens* internacional, são normas inafastáveis e inderrogáveis, reconhecidas pela Convenção de Viena sobre Tratados de 1969, em seu artigo 53.

Art. 53. É nulo um tratado que, no momento da sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [1]

O reconhecimento da inafastabilidade de uma determinada norma de direito internacional (*jus cogens*) por um tratado implica a existência de uma ordem pública internacional, que não pode ser afastada pela vontade das partes. Daí podermos falar em invalidade de um tratado decorrente da ilicitude do seu objeto. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003). Essa ordem pública, formada pelas normas das quais os Estados não podem se afastar em seus ordenamentos internos, sob pena de nulidade, é constituída precisamente pelas normas internacionais imperativas.

Tais normas têm sido cada vez mais reconhecidas por tribunais nacionais e internacionais como indisponíveis pela vontade dos Estados. Elas possuem uma supremacia material, já que protegem um núcleo de valores mínimos entendidos como essenciais pela sociedade internacional em seu conjunto, que justifica também a existência de uma superioridade formal, cuja manifestação se dá com a atribuição de um caráter de imperatividade à norma.

As normas *jus cogens* opõem-se às normas *jus dispositivum*, e não podem ser modificadas ou derogadas com base na vontade das partes. Não é simples estabelecer o seu conteúdo, ter acesso a esse grupo fundamental de valores nos quais a comunidade internacional reconhece algo de tão especial que justifica até mesmo que se afaste a voluntariedade, sempre tida como inerente à forma peculiar de relacionamento entre Estados soberanos. À vontade dos Estados, historicamente reconhecida como o coração do Direito internacional, contrapõem-se, hoje, as normas imperativas, que estabelecem hierarquias e limitam a disponibilidade.

Apesar da dificuldade, a identificação dessas normas é uma tarefa da qual já não nos podemos esquivar, pois ela está comprometida com a efetivação dos direitos humanos e, principalmente, com a realização de um mínimo ético exigido pela comunidade internacional. A partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, as normas *jus cogens* são também uma realidade inegável, e suas conseqüências jurídicas já foram, ao menos em parte, esclarecidas, já que a mencionada Convenção, em seu artigo 53, estabelece que é nulo um tratado que, no momento da sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito internacional geral. O artigo 64 estabelece, por sua vez, que, sobrevindo norma dessa natureza, os tratados já existentes que estejam em conflito tornam-se nulos e extinguem-se.

Parte da doutrina jurídica contemporânea defende que todas as normas sobre direitos humanos têm natureza de normas imperativas. (MELLO, 2001; MAZZUOLI, 2007). O autor Valério Mazzuoli (2007) chega a afirmar que a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, integra as normas *jus cogens* internacionais, por se tratar da manifestação de normas costumeiras sobre direitos humanos universalmente reconhecidas. Contudo, essa indiscriminação não se sustenta. Faz-se necessário estabelecer certas distinções entre os direitos humanos, para então sabermos quais deles ostentam o caráter cogente.

Uma distinção possível, e que pode ser útil nessa tarefa, é a proposta por Norberto Bobbio (1996). Ele separa os “direitos do homem” em duas categorias: relativos e absolutos. São relativos aqueles que, em certo ponto, entram em choque com outro direito de mesmo *status* (dois direitos igualmente fundamentais). O autor dá como exemplo o direito à liberdade de expressão em contraposição ao direito de não ser enganado, escandalizado, injuriado, entre outros.

Bobbio entende que apenas pouquíssimos direitos humanos merecem o título de direitos absolutos. Estes seriam válidos para todo e qualquer ser humano, em qualquer situação. Como exemplos, indica os direitos de não ser torturado e de não ser escravizado. Para estes, nenhuma exceção se impõe, nenhuma situação excepcional autoriza sua violação, e isso ocorre porque esses direitos não se contrapõem a quaisquer outros. A separação de direitos humanos em relativos e absolutos ocorre no próprio ordenamento jurídico positivo, a exemplo da Convenção contra a Tortura, de 1984, que não admite nenhuma exceção à proibição à tortura, não sendo possível invocar circunstância excepcional ou ordem superior para justificar a prática do crime.

A existência, em alguns países da Europa, da chamada jurisdição universal, também indica certa divisão classificatória dos direitos humanos, uma certa hierarquia nos valores por eles representados, já que apenas alguns crimes justificam-na. Pela jurisdição universal, o Estado processante julga um crime com o qual não tem nenhuma ligação específica. São a natureza do crime e a sua gravidade que justificam a jurisdição.[2] “Certos crimes são tão terríveis, tão potencialmente perturbadores da paz internacional, e tão difíceis para qualquer Estado processar adequadamente, que todos os Estados têm o direito de processar qualquer um acusado destes crimes” (ROHT-ARIAZA, 2006, p. 7, tradução nossa). Observar as normas que estabelecem a jurisdição universal pode ser interessante e útil na identificação das normas imperativas.

A Convenção de Viena de 1969, para estabelecer o conteúdo das normas *jus cogens*, recorre à *opinio juris cogenti*, ou seja, ao reconhecimento da imperatividade das mesmas pela comunidade internacional em seu conjunto. Pelo texto da Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. A grande dificuldade está em entender o que vem a ser a comunidade internacional dos Estados *como um todo*, ou ainda, *em seu conjunto* (como na tradução portuguesa), e ainda, em saber como se dá esse reconhecimento.

Para Cavallo (2006), as teses da proclamação (reconhecimento da imperatividade no texto do tratado) e do acordo (aceitação da imperatividade pelo Estado) mostram-se

insuficientes para explicar o fenômeno, pois, partindo-se da idéia *opinio juris cogenti* vemos que, embora existam certas normas cujo caráter de imperatividade não suscita discussão, a atribuição da mesma qualidade a outras se mostra bastante polêmica.

[...] prácticamente casi todos los Estados del mundo parecen compartir la idea de que entre las más graves violaciones de los derechos humanos han de contarse el genocidio, la discriminación racial (especialmente el apartheid), la práctica de la tortura y la negativa a considerar el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Ello significa que casi todos los Estados concuerdan en considerar como fundamentales por lo menos algunos grandes valores (CASSESE, 1993 apud CAVALLO, 2006).

Realmente, existe um reconhecimento amplo a certos direitos humanos, observado numa verdadeira universalização normativa desses direitos (DONNELLY, 2003), o que pode ser averiguado pela grande adesão dos Estados a certos tratados.[3] Contudo, essa grande adesão, que não ocorre em relação a todos os tratados sobre direitos humanos, não necessariamente se estende ao reconhecimento da imperatividade da norma, essencial para a configuração do caráter cogente. Não basta reconhecer um direito, é preciso *reconhecê-lo como imperativo*, inafastável e inderrogável.

Como a norma imperativa nem sempre será escrita e o reconhecimento da sua imperatividade não é explícito e pode não ocorrer no texto do tratado, é sobretudo a prática dos juízes e tribunais que irá indicar e esclarecer que normas são *jus cogens*. Nos tribunais internacionais, são diversas as aplicações das normas imperativas, formando uma jurisprudência respeitável e delineando o perfil dessas normas e suas conseqüências.

O juiz Cançado Trindade, em declaração de voto separada, no julgamento do caso *Blake vs. Guatemala* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dedica extensas considerações às normas *jus cogens*, e ressalta o fato de que, ao mesmo tempo em que o Direito dos Tratados se desenvolve, as normas costumeiras se tornam menos vulneráveis. Quanto ao fenômeno das normas sobre graves violações (tortura, desaparecimentos forçados),[4] ocorre uma dupla previsão, pois a um só tempo esses crimes integram tratados e são também normas de Direito internacional costumeiro, presentes na consciência jurídica universal, e, portanto, normas imperativas.

Nos nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de práticas sistemáticas de tortura, execuções sumárias e ilegais e desaparecimentos forçados de pessoas – práticas que constituem crimes contra a humanidade – condenadas pela consciência jurídica universal, paralelamente à aplicação de tratados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998, tradução nossa).[5]

A mesma Corte reafirmou, em 2004, no caso *Tibi vs. Equador*, o entendimento de que a proibição de tortura constituía uma norma *jus cogens*, não podendo ser afastada ainda que sob as circunstâncias mais difíceis.

Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004).[6]

Embora não se possa enumerar todas as normas que hoje constituem o arsenal de normas de Direito internacional geral imperativas, existe um consenso nos tribunais internacionais e nacionais que possibilita que se afirme com suficiente conforto que as normas sobre tortura, genocídio e desaparecimentos forçados são normas *jus cogens*. Essas normas protegem certos direitos que, além da essencialidade e importância presentes em todos os direitos humanos, revestem-se de um caráter ainda mais precioso aos olhos da comunidade internacional. Consideramos que esses direitos mais que essenciais (já que todos os direitos humanos são essenciais), que não admitem qualquer exceção, coincidem com o que Bobbio (1996) chamou de direitos absolutos. São direitos como o de não ser torturado ou escravizado, não sofrer genocídio ou desaparecimento forçado.

Enquanto alguns direitos são consensualmente considerados normas imperativas, outros geram incertezas. O direito à vida, por exemplo, não consegue se afirmar com a mesma amplitude que o direito de não ser torturado. Isso porque, enquanto o ordenamento jurídico internacional não admite qualquer exceção ao segundo (ele vale em qualquer circunstância, ainda que durante a guerra, em estado de exceção, ou em – suposto – confronto com a segurança), o mesmo não vale quanto ao direito à vida, pois a pena de morte ainda é admitida em circunstâncias excepcionais, como para punir a prática de crimes contra a humanidade (tais como a própria tortura).[7]

Ora, uma norma aceita como imperativa pela comunidade internacional de Estados não deve gerar qualquer dificuldade no seu reconhecimento, como de fato não gera. A grande controvérsia surge porque a doutrina internacionalista tenta expandir o rol de normas *jus cogens*, estendendo o caráter cogente a normas que não são, ainda, reconhecidas como normas imperativas. Mas pelo comportamento dos Estados, através da assinatura dos tratados, e pela postura dos tribunais internacionais, responsáveis por reconhecer e aplicar as normas internacionais (ainda quando sejam normas costumeiras), é possível identificar quais direitos ostentam esse caráter. Dentre eles, o direito de não ser torturado (proibição da tortura), o de não ser escravizado (proibição da escravidão), e o de não sofrer discriminação racial (proibição do *apartheid*), o de não ser exterminado enquanto grupo (proibição do genocídio).

Não nos interessa, nesse momento, fazer um rol exaustivo das normas *jus cogens*, o que exigiria uma investigação muito mais ampla, mas apenas reconhecer o facilmente reconhecível, afirmar a possibilidade de conhecimento de certas normas como imperativas. Uma lista muito extensa, como a que inclui todos os direitos humanos, torna-se, na prática, inaplicável. O rol pode se expandir com o desenvolvimento normativo do direito internacional (pode ser que, num futuro não muito distante, a pena

de morte seja totalmente abolida e rechaçada, e a sua proibição se torne uma norma *jus cogens*).

Conseqüências da imperatividade da norma *jus cogens*

A imperatividade de uma norma de direito internacional produz diversas conseqüências. A primeira delas, mais clara por tratar-se de disposição expressa da Convenção de Viena, é a nulidade de tratados que sejam colidentes com as mesmas.[8] A segunda, que nos interessa mais especificamente neste estudo, é que a imperatividade das normas *jus cogens*, determina a responsabilização dos agentes dos crimes de graves violações a direitos humanos,[9] tais como tortura, desaparecimentos forçados e genocídio. Tal determinação é inderrogável, devido à natureza própria das normas *jus cogens*, ou seja, nenhuma norma de Direito interno será apta a modificar essa responsabilidade, como leis de anistia ou prescrição. Tal será o caso ainda quando essas normas tenham hierarquia constitucional ou tenham sido promulgadas com respeito às normas constitucionais vigentes. A constituição cede diante das normas *jus cogens*.

A princípio, tal conclusão pode parecer arriscada às idéias de soberania e autodeterminação. Mas hoje não podemos mais falar em soberania sem respeito aos direitos mais essenciais do ser humano, pois a práxis nos mostra que a soberania e a ordem jurídica interna consagram, por vezes, práticas historicamente condenadas. Existem direitos irrenunciáveis, como o de não ser torturado, não ser dizimado enquanto grupo, não ser escravizado, e os Estados têm de suportar o limite imposto tais direitos, ainda que o preço seja ter, nesses estreitos termos, a sua soberania mitigada.

Realmente, uma soberania absoluta não existe em qualquer seara do Direito internacional, ainda mais quando se trata de direitos humanos. A doutrina clássica sobre soberania cede lugar a idéias como cooperação e limitação do arbítrio, onde os direitos humanos ocupam um espaço central. No mesmo sentido, assevera Mazzuoli (2007, p. 679) que “esta nova concepção deixa de lado o velho conceito da soberania estatal absoluta, que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos de Direito Internacional Público”.

Se a posição supraconstitucional das normas *jus cogens* indica uma proteção tão ampla a alguns direitos, isso se deve ao reconhecimento igualmente amplo dos ditos direitos. A proibição do genocídio e outros crimes contra a humanidade “podem chegar a se confundir com o seu próprio conteúdo concreto de dignidade humana” (GALINDO, 2002, p. 320)

Por fim, vale ressaltar que não estamos diante de normas de caráter jusnaturalista. Embora os direitos humanos sejam muitas vezes fundamentados a partir de concepções do Direito Natural, inspiração religiosa ou metafísica, trata-se de normas positivadas no Direito internacional. Uma norma *jus cogens* não é uma norma eterna em seu fundamento, podendo ser, inclusive, substituída por outra que também ostente o mesmo caráter imperativo próprio das normas *jus cogens* (GALINDO, 2002). Essa substituição mostra-se, contudo, impossível a curto prazo, já que uma norma *jus cogens*

deve ser *aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo*.

É comumente aceito que as normas *jus cogens* integram o Direito internacional geral, ou seja, são normas costumeiras internacionais. Por outro lado, é também aceito que o crime de genocídio e outros crimes contra a humanidade integram o *jus cogens*. Ora, se esses crimes são previstos em tratados, como podem integrar normas imperativas que têm como traço característico derivarem do costume internacional?

Esse é um problema aparente, pois a proibição ao genocídio e crimes contra a humanidade já existia antes mesmo dos tratados que hoje regulam esses crimes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não é um tratado, já que não implica a assunção de obrigações internacionais pelos Estados. Contudo, pode ser entendida como instrumento declaratório de normas consuetudinárias internacionais, de onde se extrai a sua força vinculante (PIOVESAN, 2004). Na Declaração está prevista, expressamente, a proibição à tortura, além de uma série de direitos e liberdades.

Em nada surpreende que a Declaração Universal viesse logo a ser tida como uma interpretação autêntica e elaboração da própria carta das Nações Unidas (no tocante em particular a suas disposições sobre direitos humanos), dando assim conteúdo a algumas de suas normas. A autoridade da declaração de 1948, nesse sentido, fortaleceu-se, ao ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito (TRINDADE, 1998).

O caráter consuetudinário das incriminações de graves violações aos direitos humanos é ainda reforçado pelo Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia. O Tribunal é competente para julgar “violações aos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade”, porém, a definição desses crimes nos remete a definições de outros documentos, como a Convenção contra o Genocídio, sem fazer qualquer referência aos respectivos tratados (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 737) A alusão aos tratados específicos se faz desnecessária devido ao reconhecimento geral da comunidade internacional acerca do conteúdo dos crimes mencionados.

Além do caráter consuetudinário de certos crimes internacionais, não é errado afirmar que *um tratado pode originar normas imperativas*. Din, Daillier e Pellet (2003, p. 208) chamam a atenção para o fato de que “o *jus cogens* não constitui uma nova fonte do direito internacional, mas uma *qualidade* particular (imperativa) de certas *normas*, que podem ser de origem quer costumeira quer convencional”. Certos tratados são expressão da vontade de um grande número de Estados, o que expressa um reconhecimento geral sobre o tema. A Convenção contra o Genocídio conta atualmente com 140 signatários, e a Convenção contra a Tortura, com 145, dentre os quais existem Estados de todos os continentes do mundo.[10] Além disso, a proibição à tortura, por exemplo, repete-se num sem número de ordenamentos internos e de normas internacionais regionais, inclusive no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Nesse sentido, podemos apontar a existência de uma *universalidade*

normativa internacional, devido à aceitação universal, ao menos declaratória, das normas sobre direitos humanos. Isso porque, embora muitos Estados não respeitem os direitos humanos, praticamente todos, em algum nível, os reconhecem (DONNELLY, 2003).

Portanto, dizer que os tratados sobre crimes de graves violações a direitos humanos são normas *jus cogens* e, por isso, supraconstitucionais, é dizer que esses tratados expressam o conteúdo de proibições gerais comumente aceitas. Não criam crimes, mas esclarecem seu conteúdo e consequência, já que as condutas incriminadas violavam o Direito internacional costumeiro desde antes do surgimento de tratados.

Diversos instrumentos internacionais sobre direitos humanos demonstram claramente a finalidade de evitar a impunidade no caso de crimes de graves violações aos direitos humanos. A Convenção contra a Tortura prevê expressamente essa obrigação dos Estados Partes de prevenir e punir a prática do crime. A Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade de 1968 também tem por objetivo impedir a impunidade.[11] Contudo “não existe no direito internacional uma proibição específica e consignada em convenção internacional para a utilização da anistia em relação a esses crimes”. (MOISÉS, 2002).

Na América Latina, após períodos de regimes autoritários de violações sistemáticas aos direitos humanos como torturas, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, diversas “leis de impunidade” foram promulgadas, por vezes concedendo anistia, por outras abraçando a tese da obediência devida. Como exemplos temos a Argentina, com a Lei do Ponto Final (Lei nº 23.492, de 29 de dezembro de 1986) e a Lei da Obediência Devida (Lei nº 23.521, de 9 de junho de 1987); o Uruguai (Lei nº 15.848, de 1986); e o Chile (Decreto-Lei nº 2.191, de 19 de abril de 1978). No Brasil, a anistia foi concedida nos termos da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979:

Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º. Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º. Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. [...]

Quase todos os crimes praticados no período da ditadura militar foram anistiados como crimes políticos ou conexos com estes. O crime de tortura ainda não existia à época, enquanto tipo autônomo, mas os atos que hoje são classificados como tortura eram enquadrados em tipos como constrangimento ilegal e lesão corporal, todos anistiados. Estes e outros crimes são objeto de Convenções internacionais ratificadas posteriormente à promulgação da Lei de Anistia. Contudo, as normas que impedem a punição de crimes como tortura e desaparecimentos forçados, ainda quando não façam parte do Direito interno do Estado, contrariam o Direito internacional independentemente da data de ratificação dos tratados, pois violam o *jus cogens* internacional.

Os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades previstos pela Convenção (art. 1º). No entanto, não há previsão expressa quanto ao dever de investigar e punir os crimes referentes às violações desses direitos, embora essa obrigação esteja inserida no dever de “garantir” o seu exercício.

A jurisprudência internacional, cada vez mais, demonstra insatisfação com a impunidade em relação aos crimes cometidos nas ditaduras latino-americanas. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou, em 1992, que as leis de anistia do Uruguai e Argentina, que impediam a punição de pessoas responsáveis por crimes como o desaparecimento, tortura e assassinato político, eram incompatíveis com a Convenção Americana. (PIOVESAN, 2004).

No caso *Velasquez Rodriguez*, a Corte Interamericana responsabilizou o Estado de Honduras por não ter cumprido com sua obrigação internacional de garantir o exercício de direitos humanos mediante a aplicação de sanção aos responsáveis pelo desaparecimento de estudante.

Apesar de a Convenção Americana não mencionar explicitamente o dever de um Estado-parte de castigar os responsáveis, a Corte Interamericana determinou que o Estado deveria ter atuado diligentemente, investigando, processando, condenando os responsáveis e reparando a vítima ou seus familiares. Além disso, a Corte reafirmou que, segundo o princípio da continuidade do Estado, a obrigação de investigar permanece, apesar da mudança de governo, quando houver incerteza quanto ao paradeiro de pessoa “desaparecida”. Consolidada-se desta forma o dever que os Estados têm de investigar e, quando possível, punir graves violações de direitos humanos, como é o caso dos desaparecimentos forçados (MOISÉS, 2002).

A Corte Suprema argentina, no mesmo sentido, já declarou a “nulidade” das suas “leis de impunidade” com base nas normas *jus cogens*.

Así, se debe destacar la sentencia de la Corte Suprema argentina de fecha 14 de junio de 2005, en virtud de la cual se declaraba la nulidad de las leyes de impunidad (ley de punto final y ley de obediencia debida) y se ratificaba la condena por crímenes contra la humanidad. En dicha sentencia, el Ministro Dr. Antonio Boggiano afirmaba, en su voto

motivado, que la desaparición forzada de personas ha alcanzado la categoría de *ius cogens* lo que permite afirmar la imprescriptibilidad de tales crímenes (CAVALLO, 2006).

Em razão da categoria material desses crimes, ou seja, do conteúdo próprio das normas imperativas, que resguardam os valores mais caros à comunidade internacional (enquanto comunidade de indivíduos, e não apenas de Estados), nenhuma norma interna poderá mitigar a punibilidade ou a ilicitude de crimes previstos em normas *jus cogens*, sob pena de ser declarada a sua invalidade, tomando-se por paradigma não a constituição do Estado, e sim as normas internacionais supraconstitucionais, de caráter imperativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diversas “Leis de Anistia” que sucederam as ditaduras militares na América Latina são inválidas, ao menos parcialmente, no que tange aos crimes de graves violações aos direitos humanos. Da mesma forma, não se aplicam ao particular as regras sobre prescrição, ou outras regras que tenha por consequência a impunidade dos agentes desses crimes. Nesse sentido, afirma Brownlie (1997, p. 538) que “o conteúdo específico deste tipo de normas implica a irrelevância do protesto, do reconhecimento e da aquiescência, não sanando a prescrição este tipo de ilegalidade”. Entendemos que a observação acerca da imprescritibilidade é igualmente extensível à proibição de anistia, porque em qualquer dos casos estaremos diante de normas que têm por consequência a impunidade de pessoas que cometeram crimes condenados de maneira absoluta (sem exceção) pela comunidade internacional.

Inexplicavelmente, o Brasil não se posiciona em relação ao tema da invalidade da Lei de Anistia de 1979, ao contrário de países vizinhos, como a Argentina, que invalidou a anistia, observando os limites impostos pelo *jus cogens*. A inércia brasileira, no entanto, em nada modifica a invalidade jurídica dessas normas perante o direito internacional, que tem por consequência o não reconhecimento da lei brasileira em tribunais internacionais e nacionais de outros países. Uma norma que viole o *jus cogens* não deve ser reconhecida quer nos tribunais nacionais de alhures, quer nos tribunais internacionais.

REFERÊNCIAS

alto comissariado de direitos humanos das nações unidas. **Ratificações e Reservas**, 2008. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification>>. Acesso em: 17 maio. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Ariel, 1993.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público. **Ius et Praxis**. [online]. 2006, vol.12, no.1, p. 117-154. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122006000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 mar. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Blake vs. Guatemala**. Sentença de 24 de janeiro de 1998. San José, 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_ing.doc>. Acesso em: 10 abril. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Tibi vs. Ecuador**. Sentença de 07 de setembro de 2004. San José, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.doc>. Acesso em 10 abril. 2008

DERBY, Dan. Enforcement of Nuremberg Norms: The Role of Mechanisms other than the ICC. *In*: REGINBOGIN, Herbert; SAFFERLING, Christoph (orgs.). **The Nuremberg Trials: international criminal law since 1945**. München: K.G. Saur München, 2006, p. 278-283.

DINH, Nguyen Quod; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. Ithaca: Cornell University, 2003.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Vols 1 e 2.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **Leis de Anistia face ao direito internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”**, 2002. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-publico/direito-internacional-penal/leis-de-anistia-face-ao-direito-internacional-2013-201cdesaparecimentos201d-e-201cdireito-a-verdade201d/>> Acesso em: 18 abr. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

ROHT-ARIAZA, Naomi. **The Pinochet Effect: transnational justice in the age of human rights**. Philadelphia: PENN, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O legado da declaração universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos**, 1998. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/107/4.pdf>> Acesso em: 18 fev.2008.

[1] Na tradução portuguesa, “*norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto*” cf. DINH; DAILLIER; PELLET, 2003.

[2] Trata-se do mais controverso tipo de jurisdição existente, em que determinado Estado reclama para si o direito de processar alguém por um ato cometido fora do seu território, sem a afetação de seus nacionais quer como agentes, quer na condição de vítimas. A jurisdição, nesse caso, se baseia única e exclusivamente na natureza dos crimes, que, por serem contra *a humanidade*, interessariam a todos os Estados, e qualquer um poderia, pois, reclamar para si o direito (ou dever) de julgar os responsáveis. Apenas os crimes internacionais mais graves são aptos a atrair esse tipo de jurisdição. (DERBY, 2006)

[3] A , conta, atualmente, com 140 Estados signatários e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, com 145 (Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, 2008)

[4] A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, de 1992, ainda não entrou em vigor no plano internacional. (Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, 2008)

[5] Trata-se da Consideração 25 do voto. Vide também: Considerações 23 e 24.

[6] Consideração 143 da sentença da Corte, no caso *Tibi vs. Equador*.

[7] O Segundo Protocolo Opcional à Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1989, que objetiva a abolição da pena de morte, conta, atualmente, com 35 signatários, e mais 32 países que ainda não ratificaram mas já assinaram o portocolo. O Brasil não está entre eles. (ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008)

[8] Mazzuoli (2007) entende que a nulidade do tratado internacional que viole uma norma *jus cogens* é uma nulidade absoluta em razão do objeto ilícito do tratado.

[9] Aguilar Cavallo (2006) entende que a infração a uma norma *jus cogens* é considerada uma violação grave de obrigação internacional, do ponto de vista da responsabilidade internacional.

[10] Vide nota 3.

[11] O Brasil ainda não é signatário da Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, que conta hoje com 51 Estados signatários (Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, 2008).

**COMPLEXIDADE SOCIAL, PLURALISMO JURÍDICO E UNIDADE
POLÍTICA DA SOBERANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO***

**SOCIAL COMPLEXITY, JURIDICAL PLURALISM AND POLITICAL
UNICITY OF SOVERAINITY IN THE DEMOCRATIC STATE**

Newton de Menezes Albuquerque

RESUMO

O trabalho parte da constatação da crescente diferenciação interna e complexificação das sociedades contemporâneas como um desafio ao tradicional paradigma monista do direito. Visão tradicional esta que se assenta em premissas liberal-positivistas, onde a modernidade capitalista busca restringir o pluralismo a sua feição individualista, refutando a dimensão intersubjetiva, como política eminente dos processos de construção social e jurídica. Somente uma concepção renovada da democracia sintonizada com o reconhecimento das identidades produzidas pelo pluralismo social e jurídico contemporâneo e, por conseguinte, com uma repolitização da soberania e dos fundamentos do Estado, pode superar a crise de legitimidade vivida pelo atual modelo de Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: COMPLEXIDADE; PLURALISMO; LIBERALISMO;
DEMOCRACIA; ESTADO; POLÍTICA; DIREITO

ABSTRACT

The paper starts out from the affirmation of growing internal differentiation and complexification of contemporary societies as a defying feature to the traditional established monist paradigm of law. Such a view rests on liberal-positivistic premises by means of which capitalist modernity searches to restrict pluralism to its individualistic shape, denying the intersubjective dimension as a matter of politics such as based on distinguished social and political building processes. Only one renewed conception of democracy set along with the acknowledgment of the identities produced by contemporary social and juridical pluralism and, therefore, the repolitization of sovereignty and the foundations of state can overcome the legitimacy crisis experienced by the present democratic state model.

KEYWORDS: COMPLEXITY; PLURALISMO; LIBERALISM; DEMOCRACY;
STATE; POLITIC; LAW

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Pluralismo social, jurídico e a síntese entre ordem e soberania popular na democracia

A compreensão das relações jurídicas nas sociedades contemporâneas é marcada pela dominância do pluralismo, e, por conseguinte, pela ruptura com o paradigma monista de Direito, instaurado pelo positivismo jurídico.

A tradição formalista, ainda recalcitrante em nosso meio acadêmico, que insiste em reduzir o direito a condição de mero epifenômeno do Estado, independente do conteúdo ético e político deste, torna-se obsoleto do ponto de vista epistemológico, pois se encontra em completa defasagem com a realidade concreta, não conseguindo assim, explicá-la convenientemente.

Afinal o deslocamento do poder do Estado para a Sociedade Civil, tanto valorizando o mercado, como o fazem os adeptos do neoliberalismo, quanto ao enfatizar o papel protagônico de organismos e associações autônomas, oriundas das classes e grupos sociais diferenciados, exigem uma nova compreensão da teia contraditória de interesses dos mesmos, e de sua relação, também antinômica, com a produção do direito nas sociedades atuais.

Particularmente no que se refere ao enlace dialético deste modelo pluralista com a concepção democrática de sociedade, distinto daquele propugnado pelos liberais e pelos organicistas autoritários, pouco afeitos que são ao reconhecimento de outras fontes de produção normativa que não as emanadas do Estado e de suas instituições. Pois, enquanto os liberais em sua acepção clássica, aceitam somente o pluralismo individualístico, visto que, qualquer forma de ordenação social de vontades em corpos intermediários entre o cidadão e o Estado, é percebido como potencial ameaça a autonomia desse; já os autoritários, por sua vez, opõem-se a quaisquer tentativas por mais tênues que sejam, ao esmaecimento do poderio do ente estatal, dotado de supremacia e incontestabilidade.

Entretanto, o repto lançado pelas novas configurações das relações econômicas, sociais e políticas no âmbito das sociedades capitalistas, cada vez mais complexas e heterogêneas, requer uma nova postura dos juristas e estudiosos do direito. Postura que seja menos hermética e dogmática, e, por conseguinte, mais consentânea com a indeterminação e a natureza dialogal de um direito que se produz cada vez mais da própria dinâmica da sociedade civil - ou do Estado ampliado (sociedade política e sociedade civil) - segundo a terminologia pinçada do aparato categorial gramsciano.

Neste sentido, a reposição do pluralismo social jurídico no debate contemporâneo, longe de se constituir em uma expressão de uma posição exótica de alguns pensadores do direito, ou mesmo, um mero fogo-fátuo, decorrente de um modismo intelectual de ocasião, na verdade se configura como uma questão essencial para compreensão dos mecanismos de produção e reprodução do direito e do poder no período hodierno.

Sem que isto se traduza em uma posição de rejeição *in limine* do Estado e de sua função precípua no disciplinamento da vida social nas sociedades contemporâneas, apesar do tratamento aligeirado que alguns teóricos dão ao assunto, buscando desta maneira refutar a centralidade que o organismo estatal ainda possui na contemporaneidade. Notadamente em países capitalistas de desenvolvimento tardio e periférico como o nosso, que costumam atribuir uma importância primacial ao Estado, ao transformá-lo em agente indutor da modernização e do encetamento de políticas públicas cruciais para o futuro.

Daí por que a valorização da categoria da Soberania nas sociedades complexas da contemporaneidade, na medida em que aquele, propicia como nenhum outro conceito o asseguramento da necessária síntese entre o reconhecimento do pluralismo social e jurídico, inerente às sociedades modernas e contemporâneas, e a imprescindibilidade da unidade do poder do Estado. Posto que, somente com o Estado, pelo menos no atual estágio das lutas sociais, é possível se vislumbrar o vertebramento de uma nova forma de sociabilidade, radicalmente democrática e participativa.

2. Pluralismo e direito: diversidade de interpretações.

A questão do pluralismo mereceu diversas abordagens ao longo da história, notadamente no campo das investigações sociológicas, dado a sua maior abertura a compreensão das relações sociais que se desenvolveram entre classes, grupos e outros grupos intermediários, muitas vezes, inclusive, à margem do poder disciplinar do Estado.

No caso do Direito em decorrência do tradicional apego ao formalismo normativista dos positivistas, que proclamam o Estado como única instância legítima de produção normativa, a refutação do pluralismo social é a tônica dominante dos discursos jurídicos, ainda presos aos cânones kelsenianos.

O máximo que os positivistas do direito admitem é o pluralismo individualista de feição liberal, já mencionado acima, visto que este enfatiza a importância do reconhecimento

da autonomia individual e de seus direitos inalienáveis; mas não o pluralismo que se abre ao protagonismo dos corpos sociais intermediários situados entre o Estado e os indivíduos, peculiares à democracia contemporânea, intencionando de esta forma integrar dialeticamente os novos atores coletivos ao espaço da cidadania.

Entretanto no âmbito do pensamento social podemos encontrar diferentes formulações teóricas favoráveis ao pluralismo social e até mesmo jurídico, em detrimento das leituras monistas, costumeiramente feitas na ciência do direito. Teorizações que em grande parte são desconsideradas pelos adeptos do positivismo jurídico moderno, que preferem enxergar no Estado, bem como nas relações que ele contrai com outros estados, o centro de gravidade do direito e do poder nas sociedades hodiernas.

Neste sentido, o resgate de referências doutrinárias as mais variegadas deve orientar todos aqueles que busquem entender a questão do pluralismo dentro de uma perspectiva histórico-crítica, mormente quando – como ocorre atualmente – se tenta minar todas as produções teóricas alternativas à perspectiva liberal, seja reduzindo o pluralismo a uma dimensão puramente metodológica, na medida em que favorece a competitividade dos processos políticos-eleitorais (transformando-o em mercado político); seja mediante a afirmação de um estatismo abstrato, que não leva em conta os conteúdos políticos e sociais e concretos que produzem as relações de força materiais condensadas neste.

Neste particular o primeiro autor a tematizar sobre o pluralismo social e jurídico, ao se orientar pelas quase desconhecidas pegadas do direito ocidental de base não-romanística, intentando captar os fundamentos genéticos mais genuínos do direito germânico e revalorizar o pluralismo jurídico, geralmente desprezado pela cultura monista do positivismo jurídico moderno foi o jurista alemão *Otto Gierke*. Sua produção teórica, ao invés da usualmente feita pela maior parte dos teóricos da ciência do direito, procurou fugir da abordagem a-histórica e acrítica que vê o direito como algo já previamente fixado, à sombra do dogma, para salientar sua dimensão histórica, transindividualista e pluralista.

Otto Gierke em seu *Teorias Políticas de La Edad Media*, propugna pelo estabelecimento de um direito menos preso aos conceitos e categorias egressos do direito romano, na medida em que estes fundam-se em uma dimensão excessivamente racionalista e abstrata. Principalmente após o processo de racionalização do direito romano, patrocinado pelos *pandectistas* da baixa idade média, da jurisprudência dos conceitos de *Puchta* e pela escola exegética do direito francesa, que transformam gradualmente o direito em mera expressão da vontade hipostasiada do Estado.

Gierke pretendia reincorporar os institutos e formulações do direito germânico, mencionando assim a importância das corporações como instâncias de produção do direito, ampliando a compreensão romanista de personalidade jurídica, pois esta, segundo *Gierke*, deveria ser vista como expressiva dos interesses comunitários dos *Bund* e não do sujeito individual atomizado, como o fazem os liberais modernos a partir da interpretação do direito romano.

Portanto *Gierke* terminava por assinalar que o povo era a substância espiritual em que se radicava a legitimidade do Estado e não indivíduo ou a razão abstrata propugnada pelos positivistas. Daí que as relações jurídicas serem produzidas pelas inúmeras coletividades organizadas que formavam uma unidade ético-política solidária, superiores às individualidades apartadas, bem como, ao Estado, segundo a orientação liberal-privatista moderna, que a via como expressão normativa abstrata do poder, independente de seu conteúdo ou hegemonia política conjuntural.

Outro autores também importantes que compreenderam o direito como algo distinto da visão monista oriunda do estatismo positivista foram *Durkheim* e *Leon Duguit*, pois ambos procuram na solidariedade social a fonte primária da produção do direito e não no Estado. Sendo que, *Duguit* inspirou-se nitidamente em *Durkheim*, notadamente em sua análise das diferentes espécies de solidariedade, a mecânica e a orgânica.

Durkheim por exemplo, fez referência a correlação entre solidariedade mecânica, vigente em sociedades pouco desenvolvidas e complexas, onde preponderava o vínculo de subordinação social entre os seus integrantes, e, por conseguinte, um direito eminentemente repressivo; e a solidariedade orgânica, gerada em sociedades mais complexas e evoluídas, produzindo um direito correspondente com base em relações de poder por coordenação.

Para *Durkheim* a evolução da vida social, gradativamente contribuiria para a diminuição do caráter imperativista, repressivo da ordem jurídica, bem como, para a concepção estritamente estatista do direito. Posto que, o direito agora seria de cunho restitutivo, dependendo assim, menos da ação impositiva e coercitiva do ente estatal para se realizar, e mais, espontâneo, e diríamos nós, mais democrático, pois emanado da própria sociedade e de sua vontade.

É bem verdade, como diz *Gurvitch*, que *Durkheim* posteriormente revê este seu ponto de vista, procurando compreender o Estado como organismo mais autonomizado da sociedade, podendo haver, segundo o sociólogo, um descompasso entre o grau de desenvolvimento de uma sociedade e o direito por ela produzido. No entanto, tal modificação, detectado por *Gurvitch*, não anula a sua contribuição teórica, para uma

compreensão mais alargada do direito do que a comumente feita pelos que defendem uma relação de identidade entre direito e Estado.

Leon Duguit por sua vez, acentuou a sua opção pelo anti-estatalismo jurídico, na medida em que buscou demonstrar a absoluta incompatibilidade entre direito e coação, visto que para ele a força somente se exercia a partir das formas organizacionais de poder, e não das interações espontâneas produzidas pelos indivíduos, fonte verdadeira e inquestionável do direito.

Para *Duguit*, o direito pode ser caracterizado como expressão da solidariedade de facto existente em uma sociedade, sendo estranho ao Estado e ao seu poderio heterônomo, daí por que se detém única e exclusivamente sobre a solidariedade orgânica, produzida - como já aludimos anteriormente - em um momento de desenvolvimento social superior, notabilizado pelo fruir de relações sociais por coordenação entre os seus sujeitos, e não em função da dominância de laços de sujeição ou subordinação entre pessoas. Pois como bem conclui *Gurvitch*:

“Como *Durkheim*, *Duguit* associou todo direito à solidariedade *de facto*, isto é, com a sociabilidade. Em vez de distinguir, porém, as diversas espécies jurídicas por meio de uma classificação das formas de solidariedade, *Duguit*, tendo verificado que, na sociedade civilizada, a que unicamente o interessa, somente pode existir solidariedade orgânica, - concentrou toda sua atenção sobre a relação entre o direito nascido dessa solidariedade (que ele chama de direito objetivo) e o Estado. Identificando a solidariedade com as unidades coletivas reais - os grupos - (macrosociologia e macrosociologia), e citando a nação e a sociedade internacional, em sua oposição ao Estado “

O notável na produção doutrinária de *Leon Duguit* e que permanece como elemento permanente de suas reflexões sociológicas, é o seu reconhecimento da supremacia do direito espontâneo, inorganizado, anterior até mesmo a expressão da vontade por parte dos seus detentores, o que indubitavelmente se choca frontalmente com a concepção que afirma a supremacia do direito ancorado na razão, e utilizando-se da terminologia hegeliana, na idéia ética do Estado. Daí a natureza estritamente sociológica das reflexões de *Duguit*, distanciadas que estão dos conteúdos transcendentais ou metafísicos, que corriqueiramente lhe são atribuídos.

Pretensão, não obstante a relevância de suas teorizações, de *Hauriou*, que procurou, simultaneamente se distanciar do realismo de *Durkheim* e de *Leon Duguit*, assim como do espiritualismo brumoso de determinadas orientações filosóficas, que dissolvia o direito e suas determinações perante outras formas de normatividade ética.

Hauriou a bem da verdade ao se deter sobre as instituições procurou captar todos os elementos objetivos e subjetivos contidos no direito, sem recair nos unilateralismos metodológicos, tão comuns a esta ciência.

A referência ao conjunto de instituições formadas no âmbito dos distintos grupos sociais, com base nas também diferentes esferas de sociabilidade, independente da tutela posterior ou não do Estado, definiu um entendimento do direito de base pluralista, mas que ao invés das concepções pluralistas anteriores de cunho sociológico, valorizou a dimensão simbólica e afetiva da construção das diversas solidariedades projetadas nas instituições.

A bem da verdade *Hauriou*, ampliou a percepção do direito, ao mencionar as diversas camadas de que ele é composto, mesclando aspectos normativos, rígidos e mais flexíveis, todos ancorados nas instituições, pois somente estas são dotadas de legitimidade social, na medida em que nascem da própria sociedade.

De acordo com *Hauriou* ao aludir as instituições deve-se mencionar a existência de duas formas de instituições: a *instituição-grupo*, cujos laços são de natureza intersubjetiva, mais precisamente de ordem psíquica, dado a relação de *prima facie* entre seus componentes; e a *instituição-coisa*, cujos elos são mais frágeis, mais superficiais, decorrendo de vínculos contingentes, especialmente os dotados de finalidade negocial ou mercantil.

Contudo, se o intuito de *Hauriou* foi de desfocar a cognição do direito de sua abordagem estritamente monista, atentando para as diversas instâncias sociais de produção jurídica, de outro, pode-se perceber como o autor terminou por prostrar-se perante a atitude de apologia ao Estado e ao seu poder de garantidor da ordem.

O que já não foi feito por *Eugen Erlich*, que se opôs radicalmente ao direito estatal, de conteúdo estritamente tecnicista, expropriador da sociedade e do poder jurídico autônomo que ela e os múltiplos grupos sociais possuem, de criar e fixar as suas normas, que vão reger suas condutas. Daí por que *Erlich* propugnou pela supremacia do direito espontâneo e organicamente vinculado a sociedade, em lugar das normas jurídicas estatais, na grande maioria das vezes, segundo o pensador jurídico, desconhecido e por isso mesmo não aplicadas no cotidiano da maioria das pessoas.

O pluralismo social e jurídico de *Erlich*, para muitos teóricos e ativistas favoráveis a um direito emancipatório, adquire um sentido mais contraposto ao Estado, bem como, ao direito burguês produzido no âmbito das sociedades modernas, mais voltadas para a canalização da resolução dos conflitos para o âmbito das instituições judiciárias estatais.

Enfim, os autores acima mencionados, em que pese suas ingentes divergências no trato do pluralismo social e jurídico, todos eles, sem distinção, reconhecem que o direito não pode ser compreendido como uma mera manifestação epifenomênica do Estado. O direito ao longo da história, tem se caracterizado por seus íntimos vínculos com a solidariedade entre pessoas e grupos sociais, grande parte destes, autônomos em relação ao ente estatal.

O que certa maneira foi de algum modo secundarizado por pensadores sociais da estatura de *Max Weber*, pois este, ao debruçar-se sobre as distintas estruturas sociais, deteve-se mais no exame do direito moderno de teor monista, que por sua vez, se coadunava com o tipo-ideal de legitimidade racional ou legal, mencionado pelo sociólogo alemão como aquela mais fiel às linhas de ordenação do Estado Moderno.

Racionalidade, aliás, que aproxima as teorizações sociológicas de *Weber*, das arquitetadas por *Hans Kelsen* - como já foi anteriormente mencionado - pois ambos se cingem a uma posição pró-estatalista, de nítido viés formalista e neutralista do ponto de vista político. Referendando, pois a tendência observada nos Estados Capitalistas burocráticos modernos, de transferir cada vez mais intensamente o poder gestado na esfera pública-dialogal para a ambiência hermética do saber-poder dos tecnocratas jurídicos.

Processo, aliás, que vêm sendo alimentado paradoxalmente, pela expansão desmesurada do mercado e de sua burocracia privada, em detrimento do espaço público dialogal da cidadania e da participação política.

Entretanto, poderemos ver um pouco mais à frente como alguns pensadores modernos e contemporâneos, ainda que presos à tradição racionalista, conseguiram apreender as mudanças operadas na realidade social com o surgimento de um novo tipo de pluralismo, tanto do pré-moderno de feição corporativista, quanto do moderno e contemporâneo, de sentido individualista e neocorporativo.

Propiciando elementos críticos para o delinear de uma nova compreensão do direito, mais pluralista e crítica, por que também mais aberto a inclusão dos setores majoritários da sociedade civil e de suas diferentes formas de organização e de institucionalização de práticas sociais.

O Estado Moderno nasce dos processos sociais e materiais que redundaram no fim do modo de produção feudal e na emergência de uma nova forma de organização dos fatores econômicos, sociais e políticos, o capitalismo. Rompendo desta maneira, com a realidade social centrífuga da ordem medieval anterior, marcada pela existência de uma pluralidade de poderes políticos e jurídicos fragmentários, gravitantes na maior parte em torno de estruturas de poder imperiais, ou então, do poderio da Igreja.

A maior complexidade das sociedades na transição para o período moderno, particularmente a intensificação de certos conflitos sociais, ocultados sob o manto das contendas religiosas, acentuaram a necessidade, cada vez mais imperiosa, de se centralizar o poder no âmbito do Estado. Particularmente após o início da corrosão dos vínculos comunitários tradicionais, decorrentes das lutas de classes travadas naquela época, o que terminou por provocar a fratura da cadeia de lealdades em que se ancorava o feudalismo, sua ideologia religiosa e suas instituições.

De acordo com *Harold Berman*, o período medieval, anterior à modernidade, se caracterizava pelo cruzamento múltiplo de normatividades, produzidos por inúmeros direitos, quais sejam, o direito penitencial, o germânico, o consuetudinário, etc; todos eles, igualmente importantes na esfera de sociabilidade concreta em que as pessoas se encontravam e viviam.

Somente à partir da definição da jurisdição entre Igreja e Estado na transição da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média e da sedimentação do processo de transferência do poder existente nos diversos níveis de sociabilidade articulados nas sociedades feudais para o seio do Estado é que se inicia a identificação entre supremacia do poder do Estado e prevalência do direito por ele produzido sobre aquele produzido pelas comunidades particulares.

Notadamente quando a alta nobreza feudal percebe a necessidade de coesionar sua base social de apoio em torno do Estado Absolutista, no combate cerrado às insurreições camponesas que começavam a alastrar-se pelos campos da Europa Ocidental. Processo social que é acompanhado de uma reapropriação do direito romano pelos seus novos intérpretes renascentistas, organicamente ligados aos altos estamentos feudais, assim como a setores da burguesia nascente, que crescia celeremente nos burgos. Interessante observar como o resgate do direito romano neste período, contribuía para alimentar uma

dinâmica social e jurídica aparentemente contraditória, pois ao mesmo tempo em que articulava a valorização - até então desconhecida no feudalismo - da propriedade privada, ainda incipiente; simultaneamente reforçava o poderio soberano do Estado e de sua administração burocrática sobre o conjunto das comunidades parciais.

Para a consecução de seus objetivos centralizadores também se fez necessário o apelo a fundamentos ultraterrenos, de conteúdo religioso, buscando assim solidificar a autoridade monárquica absolutista, bem como o poder derivado de seus funcionários, daí por que *Carl Schmitt* constata que a maior parte das categorias políticas e jurídicas ocidentais possuem origem teológica.

Fundamento teológico, aliás, que foi de grande utilidade no reforço da legitimidade social do processo de centralização de poderes do monarca e por conseqüente do retraimento da participação comunitária na gestação de novos direitos.

O jurídico que emanava das diversos grupos e segmentos sociais, sendo por sua vez compreendido como criação espontânea e anônima do povo e expressão indireta da vontade onipresente e onipotente de Deus, viu-se agora transmutado em um direito mais formalizado. Ou seja, se no período anterior o pluralismo jurídico era reconhecido, mesmo que isto implicasse em uma certa concessão ao protagonismo da comunidade, pois apesar disto, o facto é que o poder social no feudalismo pré-absolutista também se produzia na esfera das unidades produtivas individualizadas, sem qualquer forma de totalização das relações de poder; enquanto que no Estado Moderno, em sua figuração absolutista, o que assistimos é a expropriação do poder das comunidades locais de criar e fixar o sentido do direito, posto que a partir deste momento tal atividade configura-se como monopólio da burocracia estatal.

3. Ascensão do liberalismo e a “neutralização” política do Direito e do Estado na modernidade.

Entretanto é com o estabelecimento do Estado Liberal no século XVIII e XIX que se estrutura as bases teóricas do monismo social e jurídico moderno, que procura romper com toda a tradição do direito jusnaturalista, de natureza transcendente e pluralista. Ou seja, com o Estado Liberal se conforma uma ordem social e política auto-suficiente, que busca seccionar o direito de qualquer fundamento estranho ao ente estatal e da Constituição, expressão normativa deste, na medida em que o Estado Absolutista ancorava-se sob convicções e princípios teológicos. Mesmo que ainda tenha a pretensão de se orientar no sentido da realização de valores, precipuamente daqueles dotados de referibilidade aos direitos fundamentais do indivíduo burguês e que se plasmam

concretamente por meio da afirmação do direito à propriedade, do direito à liberdade e do direito à vida, segundo o contratualismo liberal de John Locke.

A bem da verdade tal processo decorre da sedimentação de uma concepção racionalista da realidade, que via no Estado sua expressão máxima, ao atribuir-lhe uma função de garante maior da sociabilidade, visto que esta se encontrava ameaçada pelo culto do individualismo possessivo, instigado pela instauração da recente ordem burguesa. Exegese à ordem que se viu devidamente temperada e coarctado pela proeminência da tutela do sujeito individual burguês, centro político e axiológico de todo o novo mundo mercantil que se desenvolvia a pleno vapor, impelido pela lógica reificada da produção mercantil de suas necessidades, que paradoxalmente viria se constituir em empecilho concreto para a plena realização de suas potencialidades e fruição de seus direitos e de sua cidadania.

No entanto, o temor à movimentação “dos de baixo“, que se tornavam insurrectos diante das condições opressivas e restritivas em que estes se encontravam, impediu que os direitos inalienáveis do homem, gloriosamente proclamados pela burguesia, fossem de facto universalizados. A distância abissal entre o plano normativo dos princípios liberais objetivados nas Constituições liberais, e a realidade fática, efetiva, de conteúdo excludente das maiorias, era bastante evidente. Evidência responsável pela construção de mecanismos políticos e jurídicos que punham na ilegalidade e fora dos muros do ordenamento jurídico, todos aqueles sujeitos que porventura entrassem em colisão com os contrafortes do Estado Liberal.

A proibição de sindicatos, de associações, de partidos políticos, enfim de organismos que agrupando vontades particulares, pudessem se constituir em referências alternativas ao modelo de sociabilidade autárquica promovida pela burguesia foi à tônica do Estado Capitalista Liberal. Neste sentido, a emergência do liberalismo com toda sua inédita arquitetura liberal e sua conseqüente organização social e jurídica, não se constituíram em óbice intransponível a supremacia do poder burocrático do Estado e de sua racionalidade colonizada por uma teleologia estranha às maiorias, pois comprometidas apenas com a ordem e a segurança a qualquer preço. Particularmente quando esta malferia as bases axiológicas do individualismo possessivo e de seu pluralismo atomístico, malgrado a oposição que os mesmos reiteradamente devotavam a democracia e a autonomia social.

Organização social e jurídica que encontra em Thomas Hobbes e Max Weber, pensadores cronológica e doutrinariamente antagonizados, pontos de referência cognitivo-teóricos obrigatórios sobre a nova forma de sociabilidade produzida pelo capitalismo, posto que ambos expressam paradigmaticamente os dois marcos históricos e conceituais desse sistema sociais, firmados sob a mesma base do liberalismo lockeano, o individualismo metodológico.

Óbvio que tais pensadores situam-se em momentos opostos do ponto de vista do desenvolvimento interno de suas teorias, assim como da realidade social em que estavam imersos, pois enquanto Hobbes, se volta para a emergência das primeiras relações sociais calcadas no individualismo, peculiares ao capitalismo primevo de inspiração mercantil, tendo como preocupação ingente a questão da impossibilidade da convivência espontânea entre os homens caso houvesse a manutenção do atomismo individual até então reinante em sua época; já Weber, por sua vez, produz suas reflexões a partir de um quadro totalmente modificado, onde o funcionamento anárquico e espontâneo das forças de mercado viram-se domadas pelo acicate do domínio tecnocrático.

Gerando, por conseguinte aquilo que *Weber* denominou de “*desencantamento do mundo*”, que pode ser traduzido como um processo de colonização do mundo da vida pela esclerose burocrática e que no caso do direito, agora estatalizado, contribui decisivamente para transformá-lo de instrumento de garantia da liberdade e dos direitos fundamentais em arma a favor dos eventuais detentores do poder do Estado.

Especialmente no que se atine às cúpulas desse poder, cada vez mais refratárias ao controle social sobre o seu funcionamento e finalidades, recaindo naquilo que Robert Michels ao tratar do fenômeno de burocratização dos partidos políticos, denominou de lei de ferro das oligarquias.

O fato incontestável que há uma profunda e incidível conexão entre a expansão da lógica de domínio burocrático sobre todos os espaços de poder anteriormente autônomos e a hegemonia de uma concepção monista do direito, que refuta qualquer forma de pluralismo social e jurídico, que não aquele comprometido com os valores do individualismo liberal moderno.

O anúncio constante nos livros de direito de que o Estado detém o monopólio da coação organizada na sociedade, bem como, da produção normativa do direito, adquiriu um notório sentido dogmático a partir da sobreposição da leitura liberal do político e do direito no final do século XIX e início do XX. Período que coincide com a consolidação do positivismo jurídico, particularmente da visão purista de *Hans Kelsen*, e de um certo relativismo epistemológico e moral, decorrente da desilusão que se apossou dos espíritos após as grandiloqüentes promessas emancipatórias contidas no racionalismo iluminista.

Para Kelsen, igualmente que para Hobbes, o reconhecimento de uma pluralidade de ordens políticas e jurídicas, ao invés de significar a incorporação de novos organismos à vida institucional, propicia o contrário, a dilatação da insegurança e do regime da força, aniquilando desta maneira qualquer perspectiva de uma estabilização da sociedade. Pois para o liberalismo clássico, em sua versão mitigada em Hobbes, e juridicizada em Kelsen, o que importa fundamentalmente é a segurança e a previsibilidade das expectativas futuras, tradicionais inimigas do exercício do pluralismo e da democracia.

Visto que estes, somente crescem e vivificam no terreno fértil da indeterminação e do exercício livre da razão como propugnava Kant, e que por isso mesmo requer a possibilidade da construção de normas éticas e jurídicas através da participação de todos, por todos, independente da ótica singular do interesse do Estado expresso por meio de ou da vontade abstrata e hipostasiada.

4. Complexificação social e jurídica e a refundação política do Estado Democrático.

A maior complexificação das sociedades modernas, premidas pela emergência de novos sujeitos sociais, bem como, de uma nova relação daquelas com o Estado, requer uma nova postura compreensiva, metodológica e teórica, a respeito do pluralismo jurídico. Pois como já foi mencionado anteriormente, se antes o pluralismo adquiria um sentido individualístico, ou então corporativo, atualmente ele assume um conteúdo inovador. Processo que foi exaustivamente tratado por Gramsci, ao caracterizar as sociedades ocidentais pós-guerra como sociedades organizadas com fundamento no pluralismo associativo e cultural e na estruturação molecular do poder, dando-lhe uma natureza mais difusa e mais mediada do que a concepção vigente na modernidade.

A valorização no âmbito dos discursos jurídicos de conceitos como sociedade civil, cidadania, direitos fundamentais, participacionismo, movimentos sociais, etc, são sugestivos do entretecimento de relações diferenciadas na sociedade, cada vez mais calcadas na supremacia de valores como autonomia social e o protagonismo dos sujeitos coletivos na formação da vontade popular.

O arcaico enfoque patrocinado pelo liberalismo clássico, assim como pelo organicismo estatalista, que unilateraliza as relações entre Estado e Sociedade Civil, ora primando pelo culto as virtudes mágicas do individualismo, ora do mercado, ou então, do corporativismo estatalista, afigura-se cada vez mais dissonante perante a realidade e seus contornos imprecisos.

O Estado, anteriormente visto pelo positivismo jurídico como expressão de uma razão abstrata, asséptica, objeto de um universalismo vazio, pois descontextualizado dos nexos concretos que ele estabelece com o seu tempo e com os distintos interesses materiais de que ele é condensação, vê-se agora como instrumento serviente à sociedade, assim como aos valores democráticos historicamente atualizados pela ação criadora do homem.

Dimensão participativa que se exterioriza no pronto acatamento por parte da teoria jurídica hodierna da pluralidade de comunidades interpretativas do direito, unificadas a partir de uma vontade política comum que conforma uma identidade de fins e propósitos. Mas que somente pode se tornar possível na medida em que se socializar plenamente o poder junto à maior parte da sociedade civil, atualmente marginalizada pela intervenção de mecanismos econômicos e sociais, que impõem relações assimétricas entre os seus componentes.

A incompatibilidade entre democracia pluralista e capitalismo, devido a dinâmica social uniformizadora e expropriatória deste, é um desafio constante a capacidade das maiorias marginalizadas de afirmarem a soberania de sua vontade geral sobre o particularismo do capital e de seus agentes, entre os quais se sobressai o Estado burocrático.

A constituição de um Estado efetivamente democrático, exige uma reconstrução de suas instituições a partir da sua “invasão” pela sociedade, que possibilite desta maneira a gradual transferência de suas competências e responsabilidades para sociedade civil e o protagonismo de seus sujeitos coletivos de “ novo tipo “, mais abertos a dimensão da individualidade e da diferença, sem perder o seu conteúdo solidário e identitário.

A relação entre hegemonia do discurso positivista jurídica e expansão da racionalidade burocrática, colonizando desta maneira o mundo do direito e do político pela mesmice tecnocrática, parece chegar ao seu término. A incompatibilidade entre seus postulados e sua capacidade de compreender a realidade social em que estamos imersos, nunca foi tão perceptível afinal os pressupostos weberianos do Estado Moderno começam a derruir-se diante da constituição de novas relações sociais, econômicas e políticas. Decorrentes não somente da maior complexificação da vida social, mas também das vertiginosas modificações operadas internamente à sociedade civil, bem como, das interações que esta firma com o Estado.

A retematização do pluralismo jurídico, com base nas superações dialéticas de suas configurações históricas anteriores, demonstra o vigor e a centralidade que o assunto

adquire na atualidade, notadamente após o declínio do papel decisivo que o Estado-Nação possuía no asseguramento das condições de sociabilidade na modernidade capitalista. Resgate do pluralismo que não se confunde com o retorno às concepções remanescentes do liberalismo clássico, preso ao individualismo possessivo que o inspira, nem muito menos do substituísmo estatista, que propugna pelo reconhecimento do Estado como o único *locus* competente para a produção normativa do direito.

Somente a partir do estabelecimento de um novo Estado, dotado de um novo conteúdo material, que permita e favoreça o processo de expansão do protagonismo da sociedade civil e de seus atores coletivos, fomentando relações radicalmente democráticas entre os governantes e governados é que poderemos vislumbrar um pluralismo jurídico revigorado e legítimo. Pluralismo jurídico que reponha a dimensão participativa da atividade política e da criação, recriação e interpretação do direito, atualmente emasculado pela intervenção autocrática das burocracias estatais e privadas, contrapostas aos interesses das maiorias.

As sociedades contemporâneas caracterizam-se diferentemente das modernas, pela valorização de um novo tipo de pluralismo até então desconhecido pelas democracias liberais, o pluralismo transindividualista, que incorpora sujeitos coletivos como partidos, sindicatos, associações e outros entes como partes integrantes e indissociáveis dos processos decisórios do Estado. Muito distinto, portanto, da concepção antropológica - em que se lastreiam as teorias políticas e jurídicas modernas - que se apóia no pressuposto na natureza intrinsecamente individualista e possessiva do homem, abjurando de qualquer fundamento organicista do homem. Já que havia uma forte identificação, particularmente por parte do liberalismo, entre identidade organicista e a reminiscência de uma compreensão feudal-medievalista de sociedade, contraposta ao conceito de liberdade moderna que recentemente se desvelava, que, por sua vez, buscava consagrar a individualidade insulada do homem como a base civilizatória do Estado Capitalista.

A rígida cisão entre Estado e sociedade civil, postulada pelas concepções autocráticas e liberais de Estado partia da compreensão equivocada de que o Estado possuía uma natureza externa a sociedade e a seus conflitos internos, de onde dimanava a justificação do seu poderio, já que este “pairava” acima das contingências e dos particularismos de interesse. Exterioridade e racionalidade de seus fundamentos que se opunha a qualquer forma de interferência da sociedade civil em seu amoldamento, já que, como bem mencionava Hegel, esta se notabilizava pela dominância do “reino da dissolução física e moral”, configurando-se como o espaço onde se ramificavam os interesses privados, e que deviam ser superados pelo Estado enquanto expressão da eticidade na história.

O Estado, aqui, se apresentava como instrumento de racionalização e, por conseguinte de juridicização das estruturas políticas e sociais, sob pena, em caso de sua inexistência,

da consumação do particularismo na vida social, o que impediria a realização de uma sociabilidade fundada na afirmação e no reconhecimento da justiça.

Neste sentido a negação de qualquer forma de autonomia, seja individual, seja social, precisava ser afirmada, sob pena de constituir-se em óbice intransponível para a prevalência do poder do Estado, bem como da supremacia da “Vontade Geral” da nação. “Vontade Geral” que deveria ser produzida da supressão dos conflitos de classe, baseando-se na formalização jurídica de um raciocínio tipicamente abstrato, que refuta as abissais diferenças de interesse presentes no interior das sociedades liberais.

“Vontade Geral” que, muitas vezes, passa a ser utilizado de maneira utilitária pelos governantes como um conceito equivalente ao de “razão de Estado” na época do absolutismo dinástico, ao funcionar como mecanismo retórico que acoberta e justifica os argumentos dos detentores do poder do Estado, que intentam difundir seus interesses como se fossem expressões do justo universal e da plena razoabilidade do Direito.

O que demonstra a debilidade do discurso liberal clássico no atendimento às reivindicações cada vez mais intensas dos diversos grupos sociais por uma maior legitimação social do poder do Estado. Já que especialmente a concepção anglo-saxã do liberalismo que se fez dominante na modernidade burguesa se estruturava em pressupostos éticos empíricos, pragmáticos.

A obsoleta concepção do Estado absentéista promovida pelo liberalismo não se coadunava mais com as exigências por uma justiça política, de sentido material, solicitado pela maior parte da sociedade civil contemporânea. Justiça política que se realizaria, não mais preponderantemente no asseguramento da supremacia do espaço privado de acordo com o paradigma ético-individualista liberal, mas na constituição de uma institucionalidade do Estado visceralmente comprometido com a concretização dos Direitos Fundamentais do Homem, particularmente daqueles direitos que interferissem nas condições econômicas e materiais da sociedade, anteriormente vistos como inexpugnáveis pelo Estado Liberal de Direito, e que em última instância atribuem eficácia aos seus enunciados. Mitigando assim, a anterior centralidade da identidade individual na configuração dos direitos subjetivos, conforme o mencionado pela tradicional teoria do direito, que não fazia qualquer menção a titularidade de direitos por parte de pessoas transindividuais ou coletivas.

Autonomia do indivíduo que é importante que se ressalve, apesar de ser reconhecida e tutelada pela legalidade do Estado Liberal moderno, somente podia ser manifestada na sua liberdade junto à esfera própria da privacidade, pois no âmbito público o que deveria imperar era a superioridade da racionalidade hipostasiada do Estado, corporificada no Direito e em seu método abstrato-dedutivo. Ou seja, o reconhecimento do individualismo metodológico pelos teóricos liberais do Estado, em nada impediu a

ênfase na superioridade do poder do Estado sobre as prerrogativas de autonomia do indivíduo, que deveria se manifestar apenas nos casos estritamente previstos pelo sistema normativo de poder sedimentado na visão positivista do direito. Sob pena, como já havia afirmado Hobbes, de se recair novamente em pleno “Estado de Natureza”, onde a inexistência de lei, ou de qualquer ordem que mediasse os distintos interesses individuais, dissipava a possibilidade de uma convivência entre os homens.

Daí a aparente contradição entre a afirmação do indivíduo como fonte primária do poder no âmbito dos Estados Liberais, e a defesa intransigente por esta mesma corrente doutrinária dos postulados de uma ordem jurídica e política estática, infensa aos contágios da “turba do populacho” objetivada na idéia revolucionária do poder constituinte, que por sua vez, podia ser compreendida como profundamente articulada com uma leitura política do conceito de soberania, que durante a hegemonia liberal foi imobilizada pelo normativismo jurídico.

Foi somente com o declínio da razão liberal, oportunizada pela demonstração de ineficácia de suas instituições na resolução da grave crise social, econômica e política que acometeu o capitalismo no século XIX, que se pode constatar a mudança qualitativa que se operou na compreensão do político e de sua natureza nas sociedades contemporâneas. Sendo que, a partir daí, houve uma produção de uma razão política e jurídica fundada sobre o papel protagonista atribuído a corporações de interesse e as demandas coletivas, sociais, por parte, especialmente daqueles que se encontravam à margem das restritivas estruturas democráticas do Estado Liberal, e não mais os interesses meramente individuais, o que terminou por resultar na transição do paradigma estatal do Estado Liberal para aquele identificado com o Estado Social.

Entretanto como já foi mencionado anteriormente o Estado Social nasceu e se produziu de um movimento visceralmente contraditório, onde os interesses privados e particularistas do capital se combinavam com a absorção das demandas das maiorias trabalhadoras, decorrentes de uma pressão até então desconhecida pela melhor distribuição das riquezas e de uma reestruturação dos mecanismos de produção do poder nas sociedades de massa, essencialmente complexas e heterogêneas, da contemporaneidade.

O poder que na modernidade era compreendido como a expressão de um processo de ordenação verticalizada das vontades por intermédio da sua subsunção a uma vontade fictícia do Estado, este “monstro devorador de homens” conforme definia Nietzsche, passa gradativamente no fim da modernidade liberal a se identificar com outras fontes de poder brotado da própria sociedade civil.

Na medida em que se a modernidade liberal não seria possível sem a centralização de forças materiais e políticas – apesar de seu combate ao regime político autocrático objetivado no Estado Absolutista - seguido por um conseqüente esvaziamento da “autonomia da vontade” das comunidades organizadas; também não seria possível se pensar em uma refundação democrática do poder nas sociedades ocidentais sem a recuperação da autonomia social das distintas vontades parciais que a formam nas sociedades contemporâneas.

O que por sua vez, também terminou por exigir a construção de um poder do Estado que não se assentava somente na afirmação de mecanismos de coerção, calcados na prevalência dos instrumentos burocráticos, heteronômicos em relação ao seu poderio perante as maiorias, mas que também buscasse a consecução de uma hegemonia fortemente apoiada no consenso ativo de todos que conformavam a sociedade. E que foi exatamente isto que ocorreu nas sociedades ocidentais, mormente as européias no final do século XX, com o reforço de suas lutas por mais uma maior abertura das instituições do Estado Liberal Capitalista para a absorção de suas demandas tanto em relação à dimensão material dos direitos, quanto no que atine a assimilação de um maior espaço para sua incorporação aos processos decisórios, inclusive em face do sufrágio, pois este se mantinha até ali - no interior do Estado Liberal - como uma prerrogativa exclusiva dos detentores da propriedade.

Reivindicações por uma maior democratização das estruturas do Estado que quase sempre foram tolhidas por meio dos limites estabelecidos pelo modo de produção capitalista, devido a íntima antinomia entre processo de socialização do poder solicitado pelo avanço das lutas democráticas e o regime de apropriação privada da economia e dos frutos da riqueza social. Aguçando para o conjunto dos movimentos sociais que lutavam em favor da expansão da democracia, a necessidade de uma refundação da idéia de soberania, que procurasse acentuar a dimensão essencialmente praxeológica e constituinte de seu poder diante da autoproclamada *fortuna* das forças de mercado.

Em uma espécie de religação do projeto democrático contemporâneo com o sentido humanista e ativo da política proposto em tempos idos pela Antiguidade helênica e pelo Renascimento italiano. Já que vemos na contemporaneidade a submersão da racionalidade do homem e de sua teleologia emancipatória nas águas procelosas do instinto e do acaso produzidos pelo mercado e sua dinâmica aleatória, contribuíram decisivamente para a erosão de uma ética democrática posto que, nos marcos estreitos da sociabilidade promovida pelo capital, o que se assiste é a constante subalternização do político - que nos Estados Democráticos se assenta na manifestação consciente da vontade dos homens, purgadas de toda forma de alienação - pela mística do mercado e de suas “razões” insondáveis. Ética democrática que em sua atualização precisa absorver a emergência de novas identidades, que imprimem sobre o Estado seus efeitos, ao atenuar a pretensão deste de se constituir - como se fez no início da modernidade - como o único pólo legítimo de agregação das vontades individuais dispersas.

A configuração de múltiplos e diferenciados centros de poder, com fundamentos em novas identidades coletivas, transpessoais, definem uma nova compreensão da política na contemporaneidade, haja vista que no período moderno o que existia era a idéia de que o conflito político se estabelecia com base nos diversos interesses individuais, que podiam ou não ser interpretado como relacionados às demandas de classe, mas que independentes disto, se referiam ao Estado como momento último e mais bem acabado da formalização do poder político. Ou então, pelos contestadores do poder do Estado, como algo externo as suas vontades, posto que figurava como instrumento de imposição dos interesses das classes dominantes, sem procurar relacioná-lo dialeticamente com o movimento contraditório das diferentes classes e subclasses que conformam a estrutura social capitalista. Afinal o Estado, como diria Poulantzas, se constitui como “condensação material de forças” provenientes dos distintos interesses que forma uma sociedade de classes moderna.

Contudo, a partir do final do século XIX e durante boa parte do século XX, com a incorporação de amplos contingentes de trabalhadores ao processo institucional, assistimos a constituição de um processo de maior ductibilidade das estruturas de poder nas sociedades capitalistas ocidentais, devidamente captadas por Gramsci quando este se reportava à divisão da realidade do poder do Estado, genericamente falando, entre sociedade política, identificada com o exercício do poder com fundamento predominante na utilização da coerção; e sociedade civil, que, por sua vez, se vinculava aqueles interesses que se agregavam no espaço privado da sociabilidade burguesa, e que por muitas vezes era secundarizado por boa parte da reflexão política moderna e contemporânea. Sob a cobertura da esfera privada burguesa se ocultava determinações de primeira ordem das estruturas de poder no Estado Liberal, que posteriormente vieram a aflorar como elementos condicionadores de novas formas de organização social e política das vontades particulares dos integrantes da sociedade.

“Estado Ampliado” que toma uma conformação mais orgânica nas sociedades ocidentais, particularmente naquelas que tem um desenvolvimento maior da noção de cidadania e de um senso de autonomia individual e social. Sociedades modernas ocidentais que se constituem, ou seria mais exato, se reconstituem, da ruptura com as cadeias de lealdade e tradição fixadas na idade média, quando a lei enquanto expressão da legitimidade racional da nova forma de ordenação societária é pensada como produto de um pacto consensualmente construído entre as individualidades livres. E que começa ser contestado mais severamente em um momento posterior de esgarçamento das democracias liberais minimalistas, que já começavam a sentir em seu enalço o clamor por mais igualdade substantiva, derivado de uma crítica sem contemplação ao excessivo enrijecimento da interpretação da norma, ainda muito presa aos cânones da exegese jurídica.

Bibliografia

BERMAN, Harold. *La Formación de La Tradición Jurídica de Occidente*. Tradução de Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Economica, 1996,674p.

GIERKE, Otto. *Teorias Políticas de La Edad Media*. Tradução de Piedad García-Escudero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 293p.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v.1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 494 p.

_____. *Cadernos do Cárcere*, v.2, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, 334 p.

_____. *Cadernos do Cárcere*, v.3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 428 p.

_____. *Cadernos do Cárcere*, v.4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, 394 p.

_____. *Cadernos do Cárcere*, v.5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 461 p.

_____. *Cadernos do Cárcere*, v.6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 495 p.

GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Tradução de Djacir Menezes. Rio de Janeiro: Livraria Kosmos Editora, 1946, 351 p.

LOPES, Marcos Antônio. *O Político na Modernidade*. São Paulo: Edições Loyola,

1997, 167p.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1994, 349p.

Sobre este conceito de Estado como “ *condensação material de forças* “ ver :
POULANTZAS, Nicos. *Poder Político e Classes Sociais* : Martins Fontes, 354 p.

GIERKE, Otto. *Teorias Políticas de La Edad Media*: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp.293.

GIERKE, Otto. *Op. Cit*, p. 189.

Autores bastante problematizados por: GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*: Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, pp. 134-163.

GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1946, p.153.

GURVITCH, Georges. *Op. Cit.*, pp. 168-177.

BERMAN, Harold. *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Mexico: Fondo de Cultura Economica, 674 p.

Conceito permeado por diferentes interpretações, com os mais diferentes significados, quase todos dotados de um sentido positivo. Entretanto, o sentido aqui adotado tem referência àquele propugnado pelo pensamento político e jurídico, atinente ao processo de separação entre Estado e Igreja e de reconhecimento do papel protagônico que o ente estatal passou a ter nas sociedades ocidentais. Ver: LOPES, Marcos Antonio. *O Político na Modernidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*, pp. 15-57.

Aqui Perry Anderson combate alguns teóricos que simplificam a relação entre Estado Moderno e domínio de classes, especialmente aquela exercida pela burguesia, pois demonstra que estas conexões são bem mais tênues e sutis do que um esquematismo, pretensamente marxista ou antagonista ao marxismo, pretende. A bem da verdade Perry Anderson, tematiza sobre a teia complexiva de interesses, e como muitos deles, em que pese seu caráter extremamente antinômico se combinam, para produzir uma realidade singular como foi a do Estado Absolutista. ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. Op. Cit, pp. 15-57.

Termo recorrentemente utilizado por Florestan Fernandes em seus artigos, livros e manifestações públicas.

**A REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA NA
ESFERA PÚBLICA MUNICIPAL: CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO***

**THE IMPLANTATION OF THE HABERMAS'S DELIBERATIVE
DEMOCRACY IN THE PUBLIC MUNICIPAL SPHERE: ACHIEVEMENT OF
THE BRAZILIAN DEMOCRATIC RULE OF THE LAW**

Roberta Laena Costa Jucá

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo confrontar a teoria da democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas com a idéia de esfera pública municipal, na tentativa de traçar caminhos para a concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, discorre-se, inicialmente, sobre a teoria habermasiana, em busca da possibilidade de aperfeiçoamento das práticas participativas, por meio da implantação de procedimentos de deliberação pública, alicerçados no diálogo racional e argumentativo entre cidadãos livres e iguais. Em seguida, são analisadas as condições da participação de cunho deliberativo na esfera municipal, partindo do estudo das peculiaridades do município e da legislação brasileira atinente à matéria.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. DEMOCRACIA DELIBERATIVA. ESFERA PÚBLICA MUNICIPAL.

ABSTRACT

The present paper aims to confront the deliberative democracy theory proposed by Jürgen Habermas with the idea of a public municipal sphere, on purpose to find ways for the achievement of the Brazilian Democratic Rule of the Law. In order to do so, it discourses, initially, about the Habermas's theory, aiming the possibility of improving the participative practices, through the establishment of public deliberation proceedings, settled on a rational and argumentative dialogue between free and equal citizens. Finally, it observes the participation conditions of deliberative imprint in the county, from the examination of the particularities of the municipal sphere and the national legislation concerning the matter.

KEYWORDS: DEMOCRATIC RULE OF THE LAW. DELIBERATIVE DEMOCRACY. PUBLIC MUNICIPAL SPHERE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito surgiu no fim do século XX como resposta às deficiências do Estado Social, para conferir ao povo o exercício do poder de que este é titular. Marcado por oportunizar a ampla participação popular na formação da vontade política frente às instâncias públicas de decisão, mostrou-se um Estado mais legítimo, por viabilizar o amplo controle do poder por parte dos cidadãos.

O Estado Democrático de Direito afigura-se, assim, como espaço plural[1] de participação feita com deliberação, respeito, tolerância e reconhecimento das minorias, ambiência de consenso e dissenso, argumentação e diálogo, solidariedade e inclusão, e, principalmente, de luta pela dignidade humana.

Outrossim, o Estado Democrático representa uma maior possibilidade de controle do poder exercido pelos governantes. O povo, partícipe ativo, detém condições reais de acompanhar mais de perto os atos de governo; a constituição, em sua função de norma fundamental, além de prever mecanismos mais eficazes de fiscalização dos atos públicos, possibilita a criação de ambientes de participação e deliberação pública.

Partindo dessas premissas, tenciona-se mostrar a importância do espaço municipal para a concretização do Estado Democrático de Direito. Para tanto, discorre-se sobre a democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas, em razão de essa teoria afigurar-se um modelo aperfeiçoado da democracia participativa e, portanto, com mais condições de assegurar a concretização acima defendida, mormente em se tratando de esferas públicas[2] marcadas pela desigualdade social[3], como é o caso do Brasil.

Com efeito, a teoria habermasiana supera alguns pontos da democracia participativa: além da inclusão do povo nas etapas decisórias, propõe uma relação argumentativa crítica entre os participantes, capaz de originar opiniões livres e racionais que expressem mais adequadamente a vontade coletiva. Além disso, a democracia deliberativa distingue-se da participativa tanto em razão de não excluir as formas representativas de deliberação, conforme os defensores mais radicais da democracia participativa, como por não se limitar a fomentar mecanismos participativos desinteressados na justificação racional das decisões[4].

A democracia deliberativa entremostra-se, pois, mais adequada à efetivação de direitos fundamentais em um regime democrático, principalmente quando decorrente de ações deliberativas vivenciadas em uma esfera pública local.

1 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA PROPOSTA POR JÜRGEN HABERMAS

Não obstante a existência de diferentes enfoques acerca da democracia deliberativa[5], aborda-se, neste trabalho, a tese procedimentalista defendida por Jürgen Habermas.

Habermas parte da premissa de que a complexidade das sociedades modernas, agravada com o fenômeno da globalização, impõe a busca de um elemento mediador apto a conciliar as diferenças cada vez maiores existentes entre as pessoas, haja vista que as

teorias liberal e republicana não se entremostam mais capazes de encontrar soluções ideais para os problemas surgidos nesse novo tempo.

Para o autor, a sociedade, a cultura e a personalidade, componentes do mundo da vida, perdem cada vez mais a liberdade, em decorrência da ação destrutiva operada pelo mercado capitalista e pelo poder do Estado, que formam o mundo sistêmico. A solução apontada para essa colonização está no estabelecimento de um novo paradigma social[6], que transfira a racionalidade social do sujeito individual para uma intersubjetividade sem sujeito determinado, e, por conseguinte, estimule um agir comunicativo calcado no diálogo.

Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende da cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal.[7]

Segundo Habermas, a soberania “retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos [...] para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente”[8], poder este que resulta da interação das instituições com a esfera pública[9] mobilizada. Ou seja, há uma transmutação do conceito de soberania popular que, tentando superar os enfoques liberal e republicano, passa a ter como núcleo as redes de comunicação geradas pelas práticas deliberativas, conciliando-se com o Estado Democrático de Direito.

É exatamente nessa ação comunicativa intersubjetiva, baseada em uma nova concepção de soberania, que está a essência da teoria da democracia deliberativa. Segundo Habermas, o aperfeiçoamento da comunicação entre os indivíduos, decorrente da prática deliberativa, importa a evolução da própria democracia, na medida em que os assuntos de interesse de todos passam a ocupar a pauta cotidiana da sociedade.

Na própria prática cotidiana, o entendimento entre sujeitos que agem comunicativamente se mede por pretensões de validade, as quais levam a uma tomada de posição em termos de sim/não – perante o maciço pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Elas estão abertas à crítica e mantêm atualizado, não somente o risco do dissenso, mas também a possibilidade de um resgate discursivo. Neste sentido, o agir comunicativo aponta para uma argumentação, na qual os participantes justificam suas pretensões de validade perante um auditório ideal sem fronteiras.[10]

A democracia deliberativa proposta por Habermas pode ser conceituada como um procedimento público de deliberação impulsionado pela sociedade, entre pessoas livres e em igualdade de condições, que se comunicam por meio da argumentação racional, dentro de uma esfera pública institucional ou não. Traduz um processo de discussão ocorrido em um espaço comum, formado por uma rede de comunicação aberta, orientada pelo entendimento.

É, portanto, uma democracia fundada na discussão pública, originada espontaneamente no seio social, que se dá por meio de procedimentos racionais ocorridos em esferas públicas, entre atores sociais que agem comunicativamente.

Nas palavras de Habermas, reside em um

processo democrático [que] estabelece um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-atendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e de ordem insubstituível da socialização comunicativa.[11]

E, ainda:

O conceito de política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*, da checagem da coerência *jurídica*, de uma escolha de instrumentos racional e *voltada a um fim específico* [...]. [12]

Desse modo, a proposta habermasiana sugere uma democracia que se realiza em uma esfera pública livre, igualitária e aberta, com o objetivo de buscar, por meio do diálogo argumentativo, um consenso social capaz de minimizar os entraves próprios do mundo hodierno. É a democracia da sociedade complexa, em que os participantes respeitam as diferenças culturais e o pluralismo, mas, sobretudo, aderem, por meio da deliberação pública desenvolvida a partir de sessões e concessões, a um mínimo comum, em prol da boa convivência social.

Um dos instrumentos mais poderosos que a democracia tem para fazer do conflito uma oportunidade positiva é a deliberação.

A deliberação se converte em valor social quando, diante de um conflito: pessoas diferentes são capazes de colocar em jogo seus interesses, podem expressar, sustentar e defendê-los com serenidade e transparência; procuram convencer os outros da pertinência de seus interesses, mas estão dispostos a se deixar convencer pela prioridade de outros interesses, aprendem a ceder e a receber concessões e, entre todos, baseando-se nas diferenças, são capazes de construir bens coletivos.

A deliberação social é o instrumento da democracia para construir consensos sociais que são a base para a paz. [13]

Nesse contexto, pode-se afirmar, também, que a democracia deliberativa proposta por Habermas preserva os elementos definidos por precursores dessa teoria, como Amy Gutmann e Dennis Thompson, conforme os quais:

La démocratie délibérative est une conception de la politique démocratique dans laquelle les décisions et les politiques sont justifiées par un processus de discussion entre des citoyens libres et égaux ou leurs représentants imputables. [...] Son principe fondamental est que les citoyens se doivent de fournir à autrui des justifications concernant les lois qu'ils s'imposent collectivement.[14]

Para tais autores, a democracia deliberativa difere dos demais tipos de democracia, em razão de conter, em sua essência, a possibilidade de sua própria revisão. Segundo eles, os princípios que regem a deliberação democrática são moral e politicamente provisórios, na medida em que estão sujeitos, a qualquer tempo, a modificações em sua justificativa moral e política.

A tendência contemporânea da teoria democrática é a de valorizar o momento comunicativo e dialógico que se instaura quando governantes e cidadãos procuram justificar seus pontos de vista sobre as questões de interesse público. O fundamental para a perspectiva democrático-deliberativa é compreender a democracia além da prerrogativa majoritária de tomar decisões políticas. A democracia deliberativa implica igualmente a possibilidade de se debater acerca de qual é a melhor decisão a ser tomada. A legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir.[15]

De igual modo, e, em síntese:

Habermas concorda com Joshua Cohen sobre a necessidade das deliberações (que devem abranger qualquer matéria passível de regulação jurídica e relevante *do ponto de vista dos interessados*) se realizarem argumentativamente (ou seja, tendo em vista a coerção do melhor argumento), de forma inclusiva (relativamente a todos possíveis interessados) e pública, livre de coerções externas (que colocam em risco a formação livre da vontade) e internas (que colocam em risco a igualdade), deliberações estas que são, no entanto, falíveis, ou seja, reformuláveis.[16]

Tem-se, nesses termos, uma teoria que propõe um regime democrático distinto dos demais, a priorizar a interação dialógica entre os cidadãos, em prol de um consenso justificado, provisório e mutável, necessário a toda e qualquer vida que se proponha à aceitação das diferenças.

Ao caracterizar a democracia deliberativa, Habermas, citando Cohen, discorre sobre a forma argumentativa das deliberações, a natureza inclusiva e pública do procedimento e a autonomia dos debates, enquanto livres de qualquer tipo de coerção interna ou externa, acrescentando, ainda, outras cinco peculiaridades:

a) a inclusão de todas as pessoas envolvidas; b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; c) igual direito a voto nas decisões; d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda; e) uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controversos.[17]

A igualdade é um dos mais relevantes aspectos desse modelo, tanto no que diz respeito ao acesso aos debates, como no que tange à capacidade de influir verdadeiramente nas decisões políticas. “Sem igualdade material razoável, não há tampouco igualdade efetiva de possibilidade de participar na vida pública, e as vítimas da exclusão social tornam-se excluídas também politicamente”[18].

Nesse sentido, Racimo enfatiza que a democracia deliberativa propõe um procedimento que assegura a igualdade de condições entre os membros da sociedade, sendo necessário, para tanto, “[...] que en toda decisión relevante se sostenga una discusión pública basada en un proceso de previa información por parte de los ciudadanos”.[19]

Outra marca distintiva reside no fato de a deliberação ocorrer a partir de um consenso quanto às regras de participação, e não quanto ao resultado. Havendo acordo entre os participantes no que concerne às regras do jogo, a conclusão do procedimento deliberativo pode diferir do ideal originariamente desejado por todos, na medida em que alguns acabam cedendo à decisão fundada no melhor argumento, podendo-se afirmar, pois, que um consenso é democrático, quando “[...] resulta de mecanismos de arbitragem em que atores em posição de igualdade formal consentem a validade das instituições resultantes”.[20]

Isso quer dizer que a democracia deliberativa proporciona não só a inclusão das minorias, mas também a possibilidade de tais grupos terem sua opinião como vencedora. De fato, o processo de deliberação baseado na argumentação, marcado pela constante mutação, é decidido com base no critério do melhor argumento, e, nesses termos, permite tanto que prevaleça a vontade da minoria – no caso de as alegativas por ela expendidas serem melhores -, como que a opinião vencedora da maioria seja posteriormente modificada. Como explica Marcelo Galuppo, discorrendo sobre a tese habermasiana: “não é numericamente ou, propriamente, através de identidades culturais, que devemos diferenciar [...] a maioria da minoria, mas através de sua capacidade de fazer prevalecer seus argumentos e suas pretensões”[21].

Para Habermas, uma democracia deve assegurar aos grupos minoritários “[...] a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos

(supostamente) melhores”[22]. Isto porque, nesse tipo de democracia, o processo de deliberação pública permite que todos os afetados pela decisão exponham seu ponto de vista racionalmente, por meio da argumentação, de modo que haja sempre uma justificativa para as decisões encontradas. Do mesmo modo, parte-se da premissa de que a opinião das pessoas é variável, estando sempre em mutação.[23]

Ademais, a democracia fundada na deliberação supera a tradicional idéia de agregação de vários interesses privados, que considera a decisão da maioria dos participantes, independentemente de sua justificação.

La democracia deliberativa supone [...] que las decisiones acerca del poder estatal son colectivas en tanto ellas están dirigidas a ofrecer consideraciones aceptables para otros, entendidas éstas como libres, iguales y razonables. La verdadera democracia requiere algo más que contar o sumar los intereses computados en la elección.[24]

Para o citado autor, a democracia deliberativa consiste na busca do consenso por meio do intercâmbio de opiniões baseadas na argumentação razoável, em prol de um bem comum, e não com vistas à defesa de interesses particulares. Representa, pois, a superação da concepção liberal de cidadania, tendo em vista pressupor a participação de cidadãos realmente interessados nas questões sociais.

Habermas, ao discorrer sobre as diferenças nas sociedades multiculturais, assevera ser necessária uma mudança de perspectiva:

Os envolvidos precisam deixar de lado a pergunta sobre que regulamentação é ‘melhor para nós’ a partir da respectiva visão que consideram ‘nossa’; em vez disso, precisam checar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação ‘é igualmente boa para todos’ em vistas da reivindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos.[25]

Na democracia deliberativa, destaca-se, ainda, a institucionalização dos direitos políticos como forma de garantir as práticas participativas:

Na sua Teoria do Discurso, o pensador de Frankfurt defende a tese de que somente os processos democráticos discursivos e deliberativos fornecem legitimidade ao direito. Somente os processos comunicativos e os mecanismos democráticos participativos garantem a livre manifestação da autonomia pública dos cidadãos. Tais processos precisam ser resguardados através da institucionalização jurídica dos direitos políticos de comunicação e de participação.[26]

Outra peculiaridade sobre a qual discorre Fernando Racimo é o fato de a democracia deliberativa ser essencialmente normativa, na medida em que descreve um modelo ideal de democracia, com o objetivo de superar os entraves vivenciados pelos regimes democráticos da atualidade, principalmente no que se refere aos decorrentes da mera aplicação da regra da maioria[27]. Para o autor, essa teoria almeja o aperfeiçoamento dos procedimentos deliberativos por intermédio da prática reiterada do intercâmbio de idéias voltado a uma decisão consensual.

Por fim, frise-se que, nessa concepção, o processo democrático não deixa de ter por finalidade a legitimação do Direito, sendo certo que “[...] regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos como participantes em discursos racionais”. [28]

Para Habermas, a democracia deliberativa legitima-se com a realização dos princípios da soberania popular e dos direitos fundamentais. Isto porque a legitimidade do Estado Democrático de Direito está justamente nesse amplo e racional debate político entre as pessoas, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais; quanto mais racional a discussão pública, mais democrático o sistema.

Por isso, o mencionado autor defende que os “[...] processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei”[29]

Tim Heysse, corroborando com a concepção habermasiana, aponta três características de democracia deliberativa: “la délibération transforme les conceptions [...], façonne les conceptions et [...] va à l’encontre du populisme”[30], ressaltando, ainda, que referido tipo de regime significa maior legitimidade das decisões e, principalmente, possibilita decisões melhores, no sentido de mais justificadas e razoáveis, e que correspondem mais fielmente aos anseios do povo.

A democracia assentada na deliberação possibilita, assim, a discussão sobre um grande número de assuntos de interesse de todos, a inclusão das minorias nos processos deliberatórios e decisórios e, por conseguinte, o aperfeiçoamento da participação popular e a concretização do Estado Democrático de Direito.

2 A EFETIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DOS PROCEDIMENTOS DELIBERATIVOS NO MUNICÍPIO BRASILEIRO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o município[31] passou a compor o sistema federado pátrio, sendo certo que, hoje, a República brasileira é formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito federal (artigo 1º, *caput*)[32].

De igual maneira, o artigo 18 da Carta Magna dispõe que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição. Esse dispositivo confere autonomia ao ente municipal[33], significando que o município detém: a) autonomia política, traduzida na elaboração da lei orgânica, de outras leis de interesse local e na eletividade de autoridades próprias; b) autonomia administrativa, consistente no poder de se auto-administrar e organizar os serviços públicos locais; e, c)

autonomia financeira, relativa ao poder de arrecadar seus próprios tributos e dispor de suas rendas.

Um dos fundamentos dessa autonomia encontra-se no princípio da subsidiariedade. Stéphane Rials, citado por Baracho, registra que tal postulado se resume a uma idéia simples: “as sociedades são subsidiárias em relação à pessoa, ao passo que a esfera privada, como corolário, não se deve transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizada por uma sociedade menor [...]”[34].

Referido princípio respalda o poder local, haja vista apontar o município como detentor natural das competências locais, possibilitando tanto a integração do indivíduo no corpo social municipal[35], como a atuação autônoma e livre do povo nos processos públicos de decisão. Termos outros, o princípio da subsidiariedade exprime a prioridade do espaço municipal em face das demais instâncias, partindo da premissa de ser o município o ente mais apto à satisfação dos anseios do povo, à realização dos ideais republicanos e ao implemento da federação em um Estado Democrático de Direito.

Com essa descentralização do poder, o município desponta como ente mais adequado para o desenvolvimento de planos e projetos sociais, assim como para a viabilização da deliberação pública. Na esfera municipal, há maior possibilidade do desenvolvimento de uma consciência crítica dos cidadãos, na medida em que se tem um ambiente mais propício ao diálogo argumentativo entre as pessoas e entre estes e os órgãos do Estado, sendo “[...] no espaço municipal que a democracia participativa adquire força maior, dada a proximidade dos cidadãos com o governo local e com o centro de decisão”.[36] [37].

Infere-se que dessa contingência decorre a necessidade de se aumentar a autonomia municipal cada vez mais, eis que é no território do Município que o ser humano se situa e realiza suas atividades afins. Tudo está inserto no âmbito do Município, neste se perpetraram todos os serviços essenciais à dignidade da pessoa humana [...].[38]

A esfera municipal tem o condão de proporcionar a prática do diálogo racional argumentativo e, conseqüentemente, a tomada consciente de decisões. A proximidade entre as pessoas, própria do município, tem o potencial de tornar real o ideal de igualdade entre os cidadãos, na medida em que lhes pode assegurar um acesso isonômico aos procedimentos de deliberação, além de lhes garantir o mesmo poder decisório. Nesse caso, a conseqüência é a inclusão social e o respeito às minorias.

Assim, é na estreita ambiência municipal que a ação comunicativa tem maior possibilidade de êxito. O reduzido espaço físico do município e os estreitos laços entre as pessoas favorecem a conciliação das diferenças, a redução das desigualdades e o consenso em prol do bem de todos, mormente porque viabilizam a ocorrência de um diálogo verdadeiramente argumentativo e racional acerca dos interesses coletivos.

Ladislau Dowbor enfatiza que “a cidade desponta como a unidade social básica da organização social”[39]. Segundo ele, as experiências vivenciadas em todo o mundo testemunham a possibilidade de se ter uma gestão verdadeiramente democrática, que

assegure à população uma boa qualidade de vida. Referido autor acrescenta, ainda, ser o espaço local um ambiente privilegiado:

Assim, se no conjunto o equilíbrio a ser constituído entre mercado, Estado e sociedade civil deve buscar um reforço nos pólos enfraquecidos – Estado e sociedade civil-, assume um importante papel o município, o Poder Local, onde a articulação entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil pode ser mais facilmente organizada. É no plano local que as políticas de saúde, de educação, de esportes, de cultura e outros podem ser articuladas em dinâmicas sinérgicas em torno da qualidade de vida do cidadão. [...] É também no plano local, onde os diversos atores sociais se conhecem, que as parcerias podem ser organizadas da maneira mais flexível.[40]

A ambiência municipal entremostra-se como a que melhor viabiliza a gestão democrática da esfera pública e das práticas deliberativas, haja vista proporcionar uma maior aproximação entre as pessoas. Além de oportunizar o contato direto do povo com seus representantes, a fiscalização dos atos do governo e a denúncia de irregularidades, o município possibilita a prática da deliberação pública nos processos decisórios.

Considerando o município como base da vida política, João Baptista Herkenhoff reforça a tese expendida:

Poderíamos dizer que a cidadania, de certa forma, começa nos municípios. Nesse sentido: antes de ser um cidadão brasileiro consciente [...], a pessoa tem de ser um munícipe consciente. [...] Prefeitos e vereadores têm contacto direto e diuturno com o povo, bem mais que governadores e deputados estaduais e bem mais ainda que os titulares de funções públicas no plano federal. O povo pode exercer pressão direta sobre o poder público municipal. É muito mais fácil fiscalizar os titulares da função pública no plano municipal do que no plano estadual ou federal [...] O aperfeiçoamento da Democracia exige o fortalecimento dos municípios, o aprimoramento da vida política municipal.[41]

O impacto social deve ser causado no local onde a vida acontece. A participação e deliberação políticas devem ocorrer onde vivem as pessoas, naquele “[...] ambiente que encerra a maior complexidade social de um grupo de pessoas, o lugar em que vivem suas vidas”, principalmente porque “nesse tipo de espaço ocorre mais participação”. [42]

Consoante Baracho, essa idéia está atrelada à de descentralização, e aceitá-la “[...] é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes”[43], haja vista ser a descentralização um estímulo à liberdade, à criatividade, às iniciativas.

O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos

problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas gerando confiança e credibilidade.[44]

Por tal razão, o princípio da subsidiariedade serve de fundamento à consolidação de um governo mais democrático, no qual o poder seja, de fato, compartilhado entre a sociedade e seus representantes e pelo qual os cidadãos realmente se sintam responsáveis.

O princípio da subsidiariedade é considerado como instrumento utilizável pelos governantes, na procura de equilíbrios, necessários a redefinir as novas mudanças procuradas pela sociedade, na compreensão e efetivação de suas necessidades.[45]

Ou, ainda:

Em termos de filosofia de ação, o homem individualmente considerado é responsável por seu próprio destino, dotado de capacidade para assumi-lo. A representação do interesse geral consubstancia-se na existência de uma sociedade política, com destino próprio, mas que deve assegurar as potencialidades dos entes e pessoas que a circundam.[46]

Entretanto, adverte Marcoccia, “[...] a subsidiariedade exige uma sociedade forte, autônoma e livre, consciente de seu papel social e político e de seus objetivos próprios, e que queira atuar de forma solidária com outros cidadãos e grupos”[47]. Ou seja, referido princípio depende de ações deliberativas – o que significa a prática do diálogo racional e argumentativo, travado por cidadãos iguais, livres e conscientes - para sua concretização.

Ademais, a instância municipal dá ensejo ao desenvolvimento de ações comunicativas racionais e, conseqüentemente, proporciona uma melhoria da relação Estado-sociedade. A esfera local viabiliza o debate das situações problemáticas vividas pela sociedade e a sugestão das metas de resolução desses conflitos, propiciando a legitimidade das decisões, uma maior aceitação das políticas públicas implementadas e o incentivo à execução de ações de repercussão nacional, pois

[...] é no âmbito do Município ou da Comuna, ou seja, das cédulas menores da federação, que esse direito [de participação] tem a sua mais efetiva aplicação. Mesmo que o cidadão esteja sujeito a três esferas de poder, como no caso do Brasil, é na esfera local que ele pode melhor participar do processo discursivo, exercitando o direito decorrente da Constituição, garantidor desse processo.

A ação participativa discursiva, que pode envolver todas as camadas da população, é mais autêntica no âmbito dos conselhos municipais e das assembleias e fóruns de

debates organizados em nível local, tanto de iniciativa dos poderes constituídos como de iniciativa dos grupos e das organizações não-governamentais. Não deixando de encarecer a importância da participação do cidadão nas discussões em nível estadual e federal, certamente é no Município que nasce a ação participativa e é onde ela se torna mais eficaz para atingir as outras esferas.[48]

Especificamente quanto à implantação da deliberação no âmbito municipal, Janaína Santín ressalta a realização das audiências previstas no Estatuto da Cidade, “[...] podendo-se desenvolver a teoria do discurso a partir da realização de audiências públicas para a aprovação do Plano Diretor municipal e peças orçamentárias [...]”.[49]

Leonardo Avritzer e Sérgio Costa, ao analisarem a teoria discursiva e a aplicação da concepção habermasiana de espaço público na América Latina, enfatizam essa necessidade de adaptação da teoria à realidade do local ao qual se refere, o que, *mutatis mutandis*, adequa-se à situação brasileira.

O modelo discursivo do espaço público enfatiza a necessidade de separação clara de funções entre a sociedade civil e a sociedade política e de autolimitação dos atores civis [...] Na América Latina, contudo, os partidos se constituíram, historicamente, a partir de máquinas partidárias capazes de distribuir, privadamente e por meio de acordos clientelistas, benefícios públicos. Nesse sentido, cabe uma ênfase distinta nas articulações entre os processos de deliberação pública e tomada de decisão na América Latina. É preciso que, no seio de uma esfera pública porosa e pulsante, temas, posições e argumentos trazidos pelos novos atores sociais encontrem formas institucionais de penetrar o Estado e, por essa via, democratizá-lo, tornando-o objeto de controle dos cidadãos.[50]

Outrossim, “o diálogo com a população local proporciona uma percepção mais real das necessidades e das possíveis soluções para os problemas enfrentados”[51]. A reduzida extensão espacial e a proximidade entre as pessoas facilitam o conhecimento das causas das dificuldades por que passam os municípios, além de servirem de estímulo à busca por um entendimento comum e às práticas dialógicas, facilitando a mobilização e a organização popular.

Na verdade, são essas características próprias do ente municipal que proporcionam o diagnóstico social ideal para a realização do Estado Democrático de Direito. No entanto, adverte Rosa Maria Marques:

[...] nem sempre a descentralização significa a democratização do processo de decisão e controle. Para que isso ocorra, é absolutamente necessário que a comunidade esteja organizada de forma a efetivamente participar [...] A efetiva participação da comunidade nos rumos das políticas locais irá depender, sempre, do grau de organização e interesse construído por ela mesma no seu processo histórico.[52]

Portanto, a esfera local apresenta-se como esfera pública ideal à concretização da participação popular, da deliberação pública e do Estado Democrático de Direito. A proximidade e o conhecimento da situação e das necessidades locais, proporcionados pela esfera municipal, dão à população segurança e estímulo para as práticas deliberativas e para o exercício da cidadania. A consequência é o aumento de chances de efetivação de uma gestão democrática inclusiva.

No Brasil, muitas são as possibilidades de deliberação pública no âmbito municipal.

No Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por exemplo, são encontrados diversos preceptivos que traduzem a participação popular no espaço local. Logo no artigo 2º, incisos II, XIII e XVI, são estipuladas como diretrizes da política urbana a gestão democrática da cidade, por intermédio da participação da população, a audiência do Poder Público municipal e da população interessada, e a isonomia de condições na promoção de empreendimentos relativos ao processo de urbanização.

Já o artigo 4º, inciso III, “f”, prevê a gestão orçamentária participativa como mecanismo de política urbana, sendo assegurado, no § 3º, que “os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil”.

No que concerne à elaboração do plano diretor da cidade, preceitua o § 3º do artigo 40:

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

E, por fim, os artigos 43 a 45 dispõem sobre a gestão democrática da cidade:

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Como se pode depreender, o Estatuto da Cidade traz a participação popular como diretriz da política urbana, inclusive por meio de instrumentos que vinculam os poderes públicos, apostando no exercício da cidadania como solução para os problemas enfrentados pelas cidades.

Já a Lei nº 8.142/90, no § 2º do art. 1º, garante a participação nas políticas públicas de saúde por intermédio das conferências e conselhos de saúde. O artigo 88, II, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece a criação de conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações, assim como a Lei nº 8.742/93 dispõe sobre instâncias deliberativas do sistema de assistência social.

A legislação ambiental também resguarda a intervenção popular, na medida em que, por exemplo, a Lei nº 9.985/00 estabelece, em seu artigo 22, § 2º, que a criação das unidades de conservação deve ser precedida de consulta pública. Do mesmo modo, há “[...] as disposições da nova legislação que regulamenta a matéria atinente às organizações sociais, Lei nº 9.637/98, e a Lei nº 9.790/99, que normatiza, de forma mais pontual, as relações entre Estado e as organizações sociais [...]”[53], e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que, nos artigos 48 e 49, prevê uma gestão fiscal participativa:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Especificamente em Fortaleza, a Lei Orgânica do Município, revisada em 2006, após um amplo processo deliberativo, traz em seu bojo inúmeros dispositivos que possibilitam as práticas deliberativas, como se percebe dos preceitos a seguir transcritos[54]:

Art. 2º O Município, entidade básica autônoma da República Federativa do Brasil, garantirá vida digna aos seus munícipes e será administrado com base na legalidade, impessoalidade, moralidade, transparência e participação popular, devendo ainda observar, na elaboração e execução de sua política urbana, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, o equilíbrio ambiental e a preservação dos valores históricos e culturais da população.

Art. 3º Todo cidadão tem o direito de requerer informações sobre os atos da administração municipal, sendo parte legítima para pleitear, perante os poderes públicos competentes, a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos aos patrimônios público, histórico e cultural.

Art. 5º A iniciativa popular de lei, o plebiscito, o referendo, o orçamento participativo e o veto popular são formas de assegurar a efetiva participação do povo nas definições das questões fundamentais de interesse coletivo.

Art. 9º Todo poder emana do povo, e em seu nome será exercido, direta ou indiretamente, por meio de seus representantes eleitos para desempenharem seus respectivos mandatos.

Art. 10. A organização do Município observará os seguintes princípios e diretrizes:

I - a prática democrática;

II - a soberania e a participação popular.

Art. 12. O Poder Municipal criará, por lei, Conselhos compostos de representantes eleitos ou designados, a fim de assegurar a adequada participação de todos os cidadãos em suas decisões.

Art. 13. A lei disporá sobre:

I - o modo de participação dos Conselhos, bem como das associações representativas, no processo de planejamento municipal e, em especial, na elaboração do Plano Diretor, do Plano Plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual;

II - a fiscalização popular dos atos e decisões do Poder Municipal e das obras e serviços públicos;

III - a participação popular nas audiências públicas promovidas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Art. 57. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a autonomia do Município;

II - a independência e harmonia dos Poderes;

III – o direito de participação popular e as formas de exercício da soberania popular previstas nesta Lei Orgânica.

Art. 59. A soberania popular se manifesta pelo exercício direto do poder pelo povo e quando a todos são asseguradas condições dignas de existência e será exercida especialmente:

I – pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos;

II – pelo plebiscito;

III – pelo referendo;

IV – pela iniciativa popular;

V - pelo veto popular;

VI – pelo orçamento participativo;

VII – pela participação popular nas decisões do Município e no aperfeiçoamento democrático de suas instituições.

Diante desse quadro legislativo, verifica-se constar da legislação pátria um número considerável de mecanismos participativos, sendo amplo o leque de opções dos cidadãos para o exercício da democracia deliberativa na esfera municipal.

Paralelamente, há a denominada participação não institucionalizada, que se dá por meio de processos comunicativos em esferas públicas informais. Como exposto anteriormente, os cidadãos podem interagir comunicativamente, dialogando de forma racional sobre assuntos de interesse local, em um espaço comum, mas desvinculado de qualquer instituição, agindo por intermédio de redes, fóruns e movimentos populares em geral.

Francisco Oliveira, ao abordar o assunto, denomina essa massa não institucionalizada de *sujeito social*, que abrange associações, “redes e articulações de movimentos sociais populares e ONG’S que se articulam através de suas práticas políticas culturais, impulsionam processos organizativos e compartilham objetivos comuns [...]”[55].

Todavia, se as possibilidades são muitas, excessivos também são os obstáculos enfrentados na prática cotidiana brasileira, mormente em razão dos entraves existentes na órbita local, que dificultam o desenvolvimento dos municípios.

Com efeito, no Brasil, a cultura corporativista, clientelista, e coronelista ainda está arraigada na alma das autoridades municipais[56]. Ainda hoje prevalecem o favorecimento pessoal, a confusão entre o público e o privado e a propagação de políticas públicas influenciadas por interesses particulares.

A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população [...] o eleitor vota no deputado em troca de promessas e favores pessoais; o deputado apóia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.[57]

Essa é a realidade da maioria dos municípios brasileiros. O modelo oligárquico de concentração de renda nas mãos de uma minoria se perpetua até os dias atuais, gerando um cenário de extrema desigualdade e exclusão social[58]. Por isso, o Brasil, apesar de ser um dos países mais ricos do mundo, sofre de males como a fome, a miséria, a violência, a corrupção e a concentração de renda. De fato, depara-se com “[...] uma riqueza extrema, e altamente concentrada, e um pobreza extrema, altamente distribuída. Desigualdade no Brasil não é um jargão da política mas um elemento constitutivo da vida quotidiana e do tecido social”. [59]

A tais entraves, Meigla Merlin[60] acrescenta a falsa idéia, disseminada principalmente pelos membros dos poderes constituídos, de que a participação popular, via deliberação pública, representa uma ameaça à democracia representativa, a falta de igualdade de oportunidade entre os indivíduos, assim como a ausência de uma reflexão crítica da grande massa acerca das causas e dos fatores de alienação e despolitização do povo.

Contudo, esses problemas não podem desestimular as tentativas de transformação e emancipação do povo, principalmente quando se tem o município como instância apta à realização de alternativas capazes de operar o surgimento de uma nova cultura.

Não é possível que os instrumentos gerados pela sociedade não se interroguem, com a urgência que os fatos impõem, sobre o hiato entre o que queremos e o que temos e preparamos.

Pois a crise aí está, e só a venceremos por meio de um grande movimento coletivo, que ouse enfrentar os desafios que estão postos.[61]

As práticas deliberativas não podem ser obstaculizadas ou desestimuladas em razão de tais fatores; ao contrário, devem ser entendidas como instrumento de emancipação social, superação do *status quo* e formação de uma nova cultura.

Tais heranças culturais podem ser combatidas por meio da participação popular/deliberação pública. Mesmo que em alguns municípios haja dificuldades maiores, e mesmo que em outros locais a participação do povo não obtenha êxito, a tendência é que haja experiências positivas na maioria dos municípios do Brasil.

Na verdade, é o próprio exercício da deliberação pública que vai tornar possível essa transformação cultural. Na medida em que as pessoas forem se conscientizando e incorporando tais práticas ao seu cotidiano, os costumes irão se modificar. Ademais, a participação popular e a deliberação pública têm um efeito multiplicador: as práticas participativas e deliberativas ocorridas em uma dada esfera municipal acabam servindo de exemplo para outros municípios.

Ou seja, a democracia deliberativa, justamente por viabilizar a atuação popular no planejamento público e nas decisões políticas do Estado, apresenta-se como modelo capaz de combater a cultura de privilégios personalista e clientelista, existente no Brasil. “Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político [...] contra o Estado clientelista, corporativo e colonizado”. [62]

A própria existência de espaços públicos com participação da sociedade civil confronta [...] tanto as concepções elitistas de democracia como as concepções tecnocráticas e autoritárias sobre a natureza do processo decisório no interior do Estado. Questiona também o histórico monopólio estatal sobre a definição do que é público e tem também contribuído positivamente para uma maior transparência nas ações estatais.

[...] a convivência com as diferenças tem promovido nesses espaços o difícil aprendizado do reconhecimento do outro enquanto portador de direitos, assim como da existência e legitimidade do conflito, enquanto dimensões constitutivas da democracia e da cidadania.[63]

E, nas palavras de Maria do Carmo Albuquerque:

Outra questão relevante é avaliar a capacidade dessas práticas participativas de efetivamente melhorar as condições de vida da população, provocando uma real inversão de prioridades, sua capacidade de efetivamente democratizar a política, desprivatizando os processos de formulação e gestão de políticas públicas.[64]

De fato, a garantia da eficiência da gestão pública mostra-se como um dos maiores desafios do poder local. O regime democrático deve realizar-se com vistas ao aperfeiçoamento da máquina estatal, de modo que a administração pública liberte-se da burocracia[65] e da cultura clientelista e patrimonialista ainda reinante nos municípios brasileiros.

Impende salientar que as pequenas dinâmicas, segundo Ladislau Dowbor[66] têm “um efeito organizador e estruturador sobre a base política do País, cidade por cidade, bairro por bairro”, além de possuírem um efeito multiplicador. As experiências ocorridas no âmbito municipal disseminam-se rapidamente, tornando-se exemplo para outras localidades.

Portanto, nenhum desses empecilhos afasta a possibilidade de realização da democracia deliberativa. Todos os problemas enfrentados pelos brasileiros são perfeitamente combatíveis por meio das práticas participativas e deliberativas, mormente as vivenciadas no âmbito municipal.

Na tentativa de equilibrar esse cenário, os tribunais brasileiros vêm, cada vez mais, proferindo decisões no sentido de assegurar o direito fundamental à participação popular no poder local.

Veja-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que ressaltou a necessidade de consulta popular, nas hipóteses de criação e ampliação de unidades de conservação:

Quando da edição do Decreto de 27.02.2001, a Lei nº 9.985/00 não havia sido regulamentada. A sua regulamentação só foi implementada em 22 de agosto de 2002, com a edição do Decreto nº 4.340/02. **O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. O parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida na lei. O Conselho não tem poderes para representar a população local.** Concedida a segurança, ressalvada a possibilidade da edição de novo decreto[67]. (Grifo nosso).

No mesmo sentido, manifestam-se outros tribunais:

Ação direta de inconstitucionalidade. Leis Complementares nos 460, 461, 463, 464, 492, 503 e 520, de 8/1/2. Índices de ocupação e uso do solo para fins de aprovação de parcelamento urbano. Inexistência de plano diretor. Inconstitucionalidade material. 1. **Imprescindível para a determinação de índices de ocupação e uso do solo urbano, a elaboração do plano diretor das áreas destinadas a esse fim, com estudo minucioso sobre seu ordenamento, precedido de planejamento e assegurada a participação da população interessada na sua elaboração, de conformidade com os princípios de política de desenvolvimento urbano.** A necessidade de solução urgente para o problema habitacional do Distrito Federal não autoriza o legislador a fixar esses índices com violação à ordem jurídica dessa entidade federada. 2. As Leis Complementares nos 460, 461, 463, 464, 492, 503 e 520, de 8/1/2, ao estabelecerem índices de ocupação e uso do solo para fins de aprovação de parcelamento nas Regiões Administrativas do

Paranoá e do Lago Sul, que não possuem plano diretor, padecem do vício de inconstitucionalidade material.[68] (Grifo nosso).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis municipais. **Instituição do plano diretor. Princípio da participação popular. Requisito constitucional. Necessidade de publicidade prévia e asseguarção da participação de entidades comunitárias.** Ofensa ao princípio da separação dos poderes e violação frontal ao § 5º do art. 177 da constituição estadual. Ação direta julgada procedente.[69] (Grifo nosso).

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR - LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE ALTERA PLANO DIRETOR - ARGÜIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM CONFIGURADA - DISPOSITIVOS INCLUÍDOS EM PROJETO DE LEI ATRAVÉS DE EMENDA - **PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÃO POPULAR EM RELAÇÃO AO TRÂMITE LEGISLATIVO - AUSÊNCIA - CONFRONTO APARENTE COM OS ARTS. 16, 111, X, e 141, III, da CE/89 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - FUMUS BONIS JURIS** PATENTEADO - CONSEQÜÊNCIAS ECONÔMICAS E SOCIAIS À POPULAÇÃO - *PERICULUM IN MORA* - DEFERIMENTO DA CAUTELA. O Ministério Público de Primeiro Grau tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei do Município em que atua. Aparente incompatibilidade vertical entre a norma questionada e a constituição estadual evidencia o *fumus boni juris*. A possibilidade de advirem sérias conseqüências econômicas e sociais à população, criadas por lei municipal que lhe impõe modificação no plano diretor, enseja a suspensão cautelar do ato legislativo impugnado e configura o *periculum in mora*. Presentes os requisitos necessários à concessão da cautelar - *fumus bonis juris* e *periculum in mora* -, defere-se a medida em ação direta de inconstitucionalidade para suspender, com eficácia *ex nunc*, a norma aparentemente inconstitucional.[70] (Grifo nosso).

[...] A edição da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - trouxe a regulamentação da Constituição Federal no que se refere à adoção da doutrina da proteção integral à criança e adolescente brasileiros. **O legislador constitucional – comungando de moderna concepção de defesa da criança e do adolescente, adotou como princípios básicos a participação popular (democracia participativa) e a municipalização do atendimento àqueles, que foram efetivados na criação de conselhos, os quais têm participação popular e são instrumentos de atendimento municipalizado [...].**[71] (Grifo nosso).

Representação por Inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 30 de 24/10/02. Vício de iniciativa não caracterizado por se tratar, no caso, de iniciativa legislativa de competência comum. **Infringência dos arts. 231, §4º e 236 da Carta**

Estadual, pela necessidade de participação popular na elaboração e implementação do plano diretor. Procedência, por esse fundamento, do pedido formulado no pedido inicial.[72] (Grifo nosso).

A partir desse elenco normativo e jurisprudencial, pode-se concluir que a participação do povo, por meio da deliberação pública, na esfera municipal tanto está devidamente respaldado na legislação infraconstitucional, em consonância com os ditames da Constituição Federal de 1988, como vem sendo assegurado pelo Poder Judiciário brasileiro.

Para além disso, os processos participativos locais fundados na deliberação despontam como instrumentos de combate à situação de desigualdade e exclusão em que vive o povo brasileiro. O que se percebe é que, mesmo diante de todos os obstáculos já destacados, as ações deliberativas sobrevêm como mecanismos hábeis a operar mudanças sociais, elevando a qualidade de vida das pessoas.

A maior força da democracia participativa advém de seu caráter discursivo, que tem como pressuposto a igualdade de oportunidade dos participantes do discurso e o respeito às minorias. E a sua maior possibilidade de acerto está na ênfase à imaginação criadora e às ações preventivas. Alguns podem objetar dizendo que a igualdade de oportunidade dos participantes do discurso e respeito às minorias só têm lugar nas formulações utópicas. A resposta a estas objeções só pode ser dada na prática política e participativa que já é uma realidade no Brasil e em outros países.[73]

A presença cada vez mais constante das práticas deliberativas no cenário brasileiro torna inquestionável a eficácia do direito à participação no combate aos males que atingem as sociedades. Isso porque, apesar de não representar a solução de todos os problemas sociais, a participação popular, por meio da deliberação pública, faz emergir uma consciência cidadã transformadora que procedimento nenhum é capaz de operar.

CONCLUSÃO

A proposta habermasiana da democracia deliberativa apresenta-se como um modelo aperfeiçoado da democracia participativa, haja vista fundar-se na tomada consciente de decisões, resultantes das práticas argumentativas racionais, operadas em uma esfera pública que assegure tanto a igualdade de acesso ao procedimento como a igualdade de poder decisório aos participantes, garantindo, por conseguinte, o respeito às minorias e uma maior inclusão social.

Assim, a grande diferença dessa teoria, a justificar sua adoção, reside no fato de priorizar a ação comunicativa nos processos públicos de decisão, na busca de um consenso que concilie as diferenças intrínsecas às sociedades plurais e reduza as desigualdades. Mais importante do que se ter a prevalência da vontade da maioria, é que essa vontade seja justificada e consciente, oriunda de um procedimento comunicativo entre pessoas livres e iguais, capazes não só de argumentar racionalmente acerca dos assuntos de interesse coletivo, mas, sobretudo, de fazer concessões em prol do

entendimento bom para todos, compatibilizando a efetivação de direitos fundamentais com o princípio da soberania popular.

A democracia deliberativa mostra-se, portanto, como a teoria que mais possui elementos para a concretização do direito fundamental à participação popular, com vistas ao aprimoramento da democracia e ao resguardo da dignidade de todo ser humano, valor maior do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a esfera pública municipal destaca-se como espaço ideal para a realização de tais práticas. Isto porque o município, além de ser o local em que se dão os acontecimentos cotidianos, constitui um âmbito privilegiado de proximidade entre cidadãos, proporcionando tanto uma constatação mais fiel das necessidades do povo como permitindo a adoção das mais adequadas soluções.

No caso do Brasil, tanto a Constituição Federal de 1988 como a legislação infraconstitucional estabelecem práticas participativas e procedimentos deliberativos a serem efetivados na esfera municipal, como, por exemplo, as audiências públicas, o plano diretor participativo e o orçamento participativo.

Mas não só: além de já haver avanços nos tribunais pátrios, por meio de decisões que exigem a participação popular como requisito essencial para determinados processos decisórios, na prática, muitas são as experiências vivenciadas nos municípios brasileiros objetivando minorar os problemas sociais existentes e efetivando os direitos fundamentais das pessoas por meio da participação ativa e consciente do povo, em procedimentos de deliberação pública, fundados no agir comunicativo racional.

Na verdade, o que se percebe é que, apenas por meio da realização de procedimentos deliberativos calcados nessa prática dialógica entre participantes livres e iguais, dispostos a ceder ao melhor argumento em prol do que é melhor para todos, far-se-á possível uma mudança de paradigmas capaz de solidificar um espaço público mais justo e solidário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo. Participação cidadã nas políticas públicas. In: HERMANNNS, Klaus (Org.). **Participação cidadã: novos conceitos e metodologia**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. **Dados**. Revista de Ciências Sociais, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Maria Idalice Silva. Os significados da participação social no cenário atual. In: MATOS, Kelma Socorro Lopes de (Org.). **Movimentos sociais, educação popular e escola**. Fortaleza: UFC, 2003.

BLONDIAUX, Loïc. **Prendre au sérieux l'idéal délibératif**: un programme de recherche. Conférence prononcée à l'Université du Québec à Montreal, 2004. Disponível em: <www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/Blondiaux-conf2-novembre-2004-2.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Traduzido por: Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1980. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil], p. 25694. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil], p. 18769, de 08 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8742.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] em 18 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9637.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 9.790, de 12 de novembro de 1998. Modifica dispositivo da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] em 13 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9700.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 19 de julho de 2000, p. 01. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9985.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil], de 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 05 de maio de 2000, p. 01. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 02 jul. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Reexame necessário nº 1.0327.04.012821-4/001**, Rel. Des. Duarte de Paula, Oitava Câmara Cível, julgado em 01 de setembro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Representação de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00051**, Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes, Órgão Especial, julgado em 08 de agosto de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ação Civil Pública nº 70017515719**, Rel. Des. Guinther Spode, Tribunal Pleno, julgado em 26 de março de 2007.

_____.Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2006.008950-9**, Rel. Des. Monteiro Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 21 de junho de 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. Um longo caminho. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DOWBOR, Ladislau. O Poder Local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **Municípios no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999a.

_____. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1999b.

EISENBERG, José. Justificação, aplicação e consenso: notas sobre democracia e deliberação. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2007.

FORTALEZA. Lei Orgânica do Município. Disponível em: <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/legislacao/lei_organica/menu_lom.htm#t1>. Acesso em: 02 jul. 2007

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GUÉDON, Philippe. Crise e participação. **Política Democrática**. Revista de política e cultura. Brasília: Fundação Astrogildo Pereira, n. 15, p. 48-52, jul., 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différent? **Philosophiques**, v. 29, n. 2, 2002. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/philoso/2002/v29/n2/006250ar.html>>. Acesso em: 07 jun 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Traduzido por: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Traduzido por: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v 2.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Traduzido por: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como funciona a cidadania**. Manaus: Valer, 2000.

HEYSSE, Tim. **Principes, possibilites et défis de la démocratie délibérative**. Fondation Roi Baudouin, 2006. Disponível em: <www.kbs-frb.be/files/db/fr/GOV-HEYSSE-FR.doc>. Acesso em: 08 jun. 2007.

JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**. A construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

JUCÁ, Roberta Laena Costa; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa. **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 24, p. 75-86, jan./dez., 2005.

LEAL, Rogério Gesta. As relações entre os poderes locais como base da sustentação política: descentralização e participação popular. **Revista de Direito Municipal**. Belo Horizonte, ano 4, n. 9, p. 41-58, jul./set. 2003.

LYRA, Rubens Pinto. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 141, p. 23-38, jan./mar., 1999.

MARCOCCIA, Rafael Mahfoud. O princípio da subsidiariedade e a participação popular. **Serviço Social e sociedade**, ano 27, n. 86, p. 90-121, jul. 2006.

MARQUES, Rosa Maria. O lugar do município em tempos de globalização e questionamentos dos sistemas de proteção social centralizados. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **Municípios no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O município e o federalismo: a participação na construção da democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA, Marco Antonio Queiroz. **Democracia participativa no Município**. São Paulo: Juarez, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Mesquita. **Cidadania e cultura política no poder local**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

PACHECO, Regina Silva. Administração Pública Gerencial: desafios e oportunidades para os municípios brasileiros. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **O município no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999.

RACIMO, Fernando M. **Democracia deliberativa**. Teoría y crítica. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTÍN, Janaina Rigo. A gestão democrática municipal no Estatuto da Cidade e a teoria do discurso habermasiana. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 42, p. 121-131, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. O papel da produção de conhecimento na transformação social. **O papel da sociedade civil nas novas pautas políticas**. São Paulo: Peirópolis: ABONG, 2004.

SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. **O município na Constituição Federal de 1988**. Autonomia, competência legislativa e interesse local. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TENÓRIO, Fernando G.; MARQUES FILHO, Humberto. Cidadania Deliberativa: um estudo de caso. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antonio (Org.). **Inovação no campo da gestão pública local**. Novos desafios, novos patamares. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TORO, José Bernardo. **A construção do público**: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2005.

VIEIRA, Suzana Gauer. A teoria democrática de Jürgen Habermas. **Unijus**, v. 4, n. 1, p. 11-37, ago. 2001.

[1] Ao que Norberto Bobbio denomina sociedade centrífuga. (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Traduzido por: Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006, p.36).

[2] A despeito da distinção proposta por alguns autores entre espaço público e esfera pública, considera-se, no presente trabalho, que ambos representam a mesma idéia.

[3] C.f. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar 2006, p. 20.

[4] Nesse aspecto, corrobora-se o entendimento esposado por Loïc Blondiaux, que afirma: “Je suis conscient de la nécessité [...] de ne pas confondre participation et délibération. [...] S’il existe des dispositifs délibératifs non participatifs [...] et des procédures participatives qui peuvent être pas délibératives [...], les nouvelles formes démocratiques étudiées ici ont pour caractéristique principale de croiser ces deux dimensions, de relever tout à la fois de la ‘démocratie participative’ et la ‘démocratie délibérative’, au point de rendre assez artificielle l’opposition entre ces deux concepts aujourd’hui”. (BLONDIAUX, Loïc. **Prendre au sérieux l’idéal délibératif**: un programme de recherche. Conférence prononcée à l’Université du Québec à Montreal, 2004. Disponível em: <www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/Blondiaux-conf2-novembre-2004-2.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2007).

[5] Dedicam-se também ao estudo da democracia deliberativa James Bohman, Joshua Cohen e John Rawls, dentre outros.

[6] Boaventura de Sousa Santos defende, justamente, essa nova racionalidade, asseverando que a democracia “[...] não poderá se concretizar se não houver uma outra forma de racionalidade”, se não for adotado um conhecimento mais amplo, principalmente que concilie os princípios de igualdade e de diferenças. (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. O papel da produção de conhecimento na transformação social. **O papel da sociedade civil nas novas pautas políticas**. São Paulo: Peirópolis: ABONG, 2004, p. 52-54). No mesmo sentido: LEAL, Rogério Gesta. As relações entre os poderes locais como base da sustentação política: descentralização e participação popular. **Revista de Direito Municipal**. Belo Horizonte, ano 4, n. 9, p. 41-58, jul./set. 2003, p. 46; BARBOSA, Maria Idalice Silva. Os significados da participação social no cenário atual. In: MATOS, Kelma Socorro Lopes de (Org.). **Movimentos sociais, educação popular e escola**. Fortaleza: UFC, 2003, p. 260.

[7] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Traduzido por: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2, p. 21.

[8] Ibid., p. 24.

[9] Habermas aprofunda a questão da esfera pública na obra *Mudança estrutural da esfera pública* (2003).

[10] HABERMAS, 2003, op. cit., p. 50.

[11] Ibid., p. 19.

[12] Id. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Traduzido por: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 285.

- [13] TORO, José Bernardo. **A construção do público**: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2005, p. 28-29.
- [14] GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différent? **Philosophiques**, v. 29, n. 2, 2002. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/philoso/2002/v29/n2/006250ar.html>>. Acesso em: 07 jun 2007.
- [15] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar 2006, p. 86.
- [16] GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 158.
- [17] HABERMAS 2003, op. cit., p. 42-43.
- [18] SOUZA NETO, op. cit., p. 60.
- [19] RACIMO, Fernando M. **Democracia deliberativa**. Teoría y crítica. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 53.
- [20] EISENBERG, José. Justificação, aplicação e consenso: notas sobre democracia e deliberação. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2007.
- [21] GALUPPO, op. cit., p. 150.
- [22] HABERMAS, 2004, op. cit., p. 237.
- [23] RACIMO, op. cit., p. 54-55.
- [24] Ibid., p. 50.
- [25] HABERMAS, 2004, op. cit., p. 322.
- [26] VIEIRA, Suzana Gauer. A teoria democrática de Jürgen Habermas. **Unijus**, v. 4, n. 1, p. 11-37, ago. 2001, p. 20.
- [27] RACIMO, op. cit., p. 46.
- [28] HABERMAS, 2004, op. cit., p. 300.
- [29] HABERMAS, 2003, op. cit., p. 23.
- [30] HEYSSE, Tim. **Principes, possibilites et défis de la démocratie délibérative**. Fondation Roi Baudouin, 2006. Disponível em: <www.kbs-frb.be/files/db/fr/GOV-HEYSSE-FR.doc>. Acesso em: 08 jun. 2007.

[31] Apesar de se reconhecer a diferença existente entre cidade e município, adota-se, neste trabalho, o uso indiscriminado dos dois termos.

[32] Não obstante alguns autores sustentem posicionamento contrário, filia-se à corrente majoritária, consoante a qual os municípios fazem parte da Federação, equiparando-se, pois, aos Estados-membros.

[33] Sobre o tema, conferir SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. **O município na Constituição Federal de 1988**. Autonomia, competência legislativa e interesse local. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 69-77; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94-113).

[34] RIALS apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, P. 32.

[35] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, P. 32.

[36] MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O município e o federalismo**: a participação na construção da democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 236.

[37] No mesmo sentido: DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1999b, p.31.

[38] MOREIRA, Marco Antonio Queiroz. **Democracia participativa no Município**. São Paulo: Juarez, 2005, p. 58.

[39] DOWBOR, Ladislau. O Poder Local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **Municípios no século XXI**: cenários e perspectivas. São Paulo: CEPAM, 1999a, p. 6.

[40] Ibid., p. 20.

[41] HERKENHOFF, João Baptista. **Como funciona a cidadania**. Manaus: Valer, 2000, p. 189.

[42] TORO, op. cit., p. 73.

[43] BARACHO, op. cit., p. 31.

[44] Ibid., p. 19.

[45] Ibid., p. 59.

[46] Ibid., p. 59.

[47] MARCOCCIA, Rafael Mahfoud. O princípio da subsidiariedade e a participação popular. **Serviço Social e sociedade**, ano 27, n. 86, p. 90-121, jul. 2006, p. 114.

[48] MERLIN, op. cit., p. 291.

[49] SANTÍN, Janaína Rigo. A gestão democrática municipal no Estatuto da Cidade e a teoria do discurso habermasiana. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 42, p. 121-131, 2005, p. 128.

[50] AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. **Dados**. Revista de Ciências Sociais, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004, p. 723.

[51] JUCÁ, Roberta Laena Costa; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa. **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 24, p. 75-86, jan./dez., 2005, p. 81,

[52] MARQUES, Rosa Maria. O lugar do município em tempos de globalização e questionamentos dos sistemas de proteção social centralizados. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **Municípios no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999, p. 67.

[53] LEAL, op. cit., p. 52.

[54] A participação popular também está prevista na Lei Orgânica do Município de Fortaleza nos seguintes dispositivos: art. 67, parágrafo único, art. 95, II e § 7º, art. 112, art. 116, XI, art. 133, art. 173, §§ 1º, 2º e 12º, art. 184, art. 190, I e II, art. 191, III, art. 195, §§ 1º e 2º, art. 202, art. 206, art. 210, art. 217, art. 222, art. 239, art. 244, IV, art. 271, XII e XX, art. 276, art. 287, art. 296, parágrafo único, art. 297, XV, art. 302, IV, art. 303, V, “a”, art. 318, art. 319 e art. 2º e 6º do ADCT.

[55] OLIVEIRA, Francisco Mesquita. **Cidadania e cultura política no poder local**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 63.

[56] Aborda o tema com bastante clareza Rubens Pinto Lyra (1999), em artigo intitulado *As vicissitudes da democracia participativa no Brasil*.

[57] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. Um longo caminho. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 223-224.

[58] Nesse sentido: TENÓRIO, Fernando G.; MARQUES FILHO, Humberto. Cidadania Deliberativa: um estudo de caso. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antonio (Org.). **Inovação no campo da gestão pública local**. Novos desafios, novos patamares. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 110.

[59] JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**. A construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 25.

[60] MERLIN, op. cit., p. 246-247.

[61] GUÉDON, Philippe. Crise e participação. **Política Democrática**. Revista de política e cultura. Brasília: Fundação Astrogildo Pereira, n. 15, p. 48-52, jul., 2006, p. 50.

[62] CARVALHO, op. cit., p. 227.

[63] DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 295.

[64] ALBUQUERQUE, Maria do Carmo. Participação cidadã nas políticas públicas. In: HERMANN, Klaus (Org.). **Participação cidadã: novos conceitos e metodologia**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004, p. 45.

[65] PACHECO, Regina Silva. Administração Pública Gerencial: desafios e oportunidades para os municípios brasileiros. In: SEIXAS, Sérgio Gabriel (Coord.). **O município no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999, p. 47.

[66] DOWBOR, 1999a, op. cit., p. 23.

[67] Mandado de Segurança nº 24184/DF. Rel. Mina. Ellen Gracie, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/08/2003.

[68] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20060020010729. Rel. Des. Getúlio Pinheiro, Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, julgado em 30/05/07.

[69] Ação Civil Pública nº 70017515719. Rel. Des. Guinther Spode, Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 26/03/07.

[70] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2006.008950-9. Rel. Des. Monteiro Rocha, Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, julgado em 21/06/06.

[71] Reexame necessário nº 1.0327.04.012821-4/001. Rel. Des. Duarte de Paula, Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, julgado em 01/09/05.

[72] Representação de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00051. Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 08/08/05.

[73] MERLIN, op. cit., p. 280.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: TENTATIVA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO? *

NATIONAL CONTROL OF JUSTICE: ATTEMPT OF JUDICIARY'S DEMOCRATIZATION

**Rodrigo Ferraz de Castro Remígio
Carlos Roberto Martins Rodrigues**

RESUMO

Há muito tempo apontam-se crises do Poder Judiciário. Desde as deficiências da sua atividade típica, até o seu gerenciamento administrativo. A maior contradição, segundo muitos críticos, encontra-se na sua estrutura autocrática, destoante do Estado Democrático de Direito. A Emenda Constitucional n.º. 45 de 2004 trouxe, entre outras inovações, o Conselho Nacional de Justiça. No entanto, sem uma compreensão da função jurisdicional nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, esvaziar-se-ia por completo uma pretensa análise da instituição do controle sobre o Poder Judiciário. E foi assim que se desdobrou a primeira parte do trabalho para, em seguida, apontar as razões que possam contribuir para uma conclusão que permita saber se o Conselho Nacional de Justiça realiza o controle interno ou externo do Poder Judiciário, bem como sua adequação aos anseios democráticos.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO. CONTROLE NACIONAL DE JUSTIÇA. DEMOCRACIA. NATUREZA DO CONTROLE.

ABSTRACT

There is much time the crises of the Judiciary are pointed. From the deficiencies of his typical activity, up to his administrative management. The biggest contradiction, according to many critics, is in his autocratic, discordant structure of the Democratic State of Right. The Constitutional Amendment n.º. 45 of 2004 brought, between other innovations, the National Council of Justice. However, without an understanding of the function jurisdictional in the molds established by the Federal Constitution of 1988, to empty if there was going completely a pretense analysis of the institution of the control on the Judiciary. That was the first part of the work for next, to point to the reasons that could contribute to a conclusion that allows to know if the National Council of Justice carries out the internal or extern control of the Judiciary, as well as his adaptation to the democratic longings.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: JUDICIARY. NATIONAL CONTROL OF JUSTICE. DEMOCRACY. NATURE OF THE CONTROL.

1 PODER

Tratar tradicionalmente o Poder Judiciário como uma das funções do Estado, responsável pela observância da Constituição, é dizer menos do que ele significa. Antes de adentrar em suas peculiaridades, faz-se necessário estabelecer um entendimento sobre o Poder e a Teoria da Separação dos Poderes, para que se chegue às finalidades do Judiciário.

1.1 Sociedade e Poder

O caráter gregário do homem é a causa de sua sociabilidade. O homem une-se a outros homens porque o isolamento não faz parte da sua essência. Por não viver sozinho e ter consciência e necessidade de sociabilidade, o homem passa a se relacionar. A sociedade se forma em razão desse sentimento, que supõe a liberdade dos indivíduos como elemento essencial. Entretanto, não se consegue uma sociedade organizada sem a compreensão de coordenação. Assim, pode-se dizer que o homem é um ser consciente que utiliza essa característica para se autodeterminar, daí residindo o fundamento da liberdade como princípio inerente à condição humana – direito fundamental. Liberdade e consciência, pois, caminham lado a lado. Somente é livre aquele que tem consciência de si próprio e passa a se portar – com suas próprias idéias – racionalmente (liberto do instinto animalesco), sem que isso implique, contudo, o abandono do sistema intuitivo.

Exige-se, contudo, uma autoridade atuante sobre todos, de forma a evitar que o choque de vontades desestruture o sistema social. Não implica, por outro lado, imputar uma relação de subordinação entre os indivíduos, como se houvera um monarca controlando seus súditos. O que se exige é uma referência. Alguém é posto no comando, não para impor, mas para coordenar. Quem põe a autoridade no comando é nada mais, nada menos que o próprio povo, limitando a atuação daquele. O poder não se impõe coativamente, pois sua finalidade é a coordenação dos interesses. Sem essa premissa, instalar-se-ia a subordinação e o arbítrio. Quando determinada sociedade adquire maturidade em lidar com esse conceito de autoridade, ela atinge um mínimo grau de evolução e passa, então, a constituir um Estado (AZAMBUJA, 2005, p. 108-109).

Reside nos homens o poder de autoridade. Fundada na cooperação, a sociedade visa ao equilíbrio, à normalidade. Ela também se fundamenta na liberdade, conseqüência da consciência de buscar o outro como complemento para viver. Mas, para manter-se, a sociedade organizada (o Estado) necessita de autoridade oferecedora de condições justas e dignas aos homens, mantendo-os livres de discórdias e desentendimentos – o que pode até soar como idealismo platônico. No fundo, o que toda sociedade almeja é ser capaz de controlar os conflitos decorrentes das relações entre os indivíduos.

O poder consiste, portanto, na capacidade de imposição de vontade e exigência de obediência, no entanto, ele se despersonaliza e evolui: sai de cena a figura da autoridade personificada, entra a da instituição – o Estado (ROCHA, 1995, p. 248).

1.2 Fundamento da tripartição dos Poderes Estatais

O século XVIII foi marcado pela crise do Estado Absolutista. Utilizada pelo liberalismo que avançava na Europa, principalmente no final desse período, a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu consistiu numa técnica de limitação do poder estatal (BONAVIDES, 1996, p. 46). A fórmula idealizada por Montesquieu é justificada por James Madison na defesa da Constituição americana de 1787. Nos *Artigos federalistas*, obra conjunta com John Jay e Alexander Hamilton, Madison propunha a incorporação da tripartição dos poderes na nova Constituição por considerar que o governo nas mãos de uma só pessoa é o começo da tirania (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 393).

A partir da Constituição dos Estados Unidos de 1787, a tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário transformou-se no ícone do movimento constitucionalista. O Poder, no novo Estado Constitucional, embora uno, é exercido por meio de três funções distintas. Essa divisão apóia-se na justificativa apresentada por Montesquieu, segundo a qual o homem, quando lhe é dado o poder, tende a abusar de suas prerrogativas, pois isso faz parte da natureza humana. Assim, a tripartição dos poderes nada mais é do que uma forma encontrada para, separando-se as funções estatais, impedir o abuso do poder.

Atualmente, essa teoria é pressuposto da organização política estatal, item essencial de toda Constituição, inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O referido princípio traduz-se, conseqüentemente, como uma fórmula encontrada para harmonizar a atuação estatal, garantindo-se o equilíbrio nas três esferas estatais e evitando que o poder exorbite das delimitações constitucionais.

2 O PODER JUDICIÁRIO

Foi visto que, tradicionalmente, o poder é entendido como submissão da sociedade ao monopólio coativo estatal. De outra banda, se o seu fundamento, sob o prisma do Estado Democrático, é a satisfação dos interesses sociais, conclui-se que o Estado não pode submeter a sociedade segundo a sua força coativa. O mais correto é entender o Estado como uma organização política fundada no Direito Democrático que, por essa razão, embora seja a ele conferido o poder – e isso é necessário – o seu manejo não pode implicar em submissão, mas sim em coordenação de interesses.

Postas essas considerações, não há como compreender o Poder Judiciário brasileiro longe dessa condição. Se ele, em essência, é um serviço público disponível a todos os cidadãos, a sua atuação, estruturação e composição não pode distanciar-se de uma ambiência democrática. No entanto, antes de adentrar nos fundamentos que levaram à criação de um órgão de controle do Judiciário, faz-se indispensável esclarecer o modelo adotado no Brasil e, evidentemente, o conceito de atividade jurisdicional.

2.1 Modelo adotado no Brasil

A forma de atuação do Judiciário dependerá do modelo adotado: de um lado, o modelo americano; de outro, o europeu-continental. Vejamos o que significa cada um.

Até o século XVIII, a Inglaterra não deteve forte controle sobre a colônia norte-americana, em razão da instabilidade política em que vivia. Após a resolução de seus conflitos internos, a Coroa inglesa passou a se interessar pela sua colônia. Como a Revolução Industrial exigia busca por mercados consumidores e demanda de matérias-primas, o reino inglês iniciou uma política mercantilista, tributando a produção colonial, gerando insatisfação e insubmissão dos colonos às leis do parlamento inglês. Uma vez libertos do domínio da Inglaterra, criou-se na mentalidade política americana uma aversão ao predomínio do Legislativo. Por esse motivo, dentre os Poderes Estatais estabelecidos na Constituição de 1787, o Judiciário recebeu uma função diferenciada da comumente atribuída na Europa Continental.

Vê-se, dessa ordem, que os Estados Unidos surgiram tendo como princípios a liberdade e a propriedade. Os federalistas adotaram a teoria de Montesquieu na Constituição 1787 como solução para a instalação do Estado Liberal. No modelo americano, portanto, o Judiciário tem uma função de rever os atos do Executivo e do Legislativo, quando provocado, tudo em obediência ao Princípio da Supremacia da Constituição. O Judiciário é colocado como o guardião da Constituição e a atuação do juiz é mais ativa e construtiva.

No modelo europeu, o Poder Judiciário ficou impedido de aferir a compatibilidade dos atos legislativos à Constituição, em razão da atuação dos “parlements”, os tribunais do antigo regime. A atuação de seus membros era corporativista e parcial. Influenciados por esse fato, os revolucionários franceses optaram por fortalecer o Legislativo, suprimindo do Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis.

Enquanto no modelo europeu o Legislativo é preponderante, submetendo-se o juiz ao comando legal (juiz “boca da lei”), no americano prevalece o Judiciário, cuja atuação dos magistrados é construtiva do Direito. No Brasil, adotou-se o modelo americano na atividade jurisdicional, embora em sua estrutura prevaleça o “modelo napoleônico” (ROCHA, 1995, p. 38).

2.2 Funções

Foi observado que o constitucionalismo apóia-se na teoria da Tripartição dos Poderes. A estrutura do Estado é definida na Constituição, de forma a promover o equilíbrio da atuação estatal e, conseqüentemente, a não instalação do arbítrio. Visto isso, é necessário esclarecer por qual o modo o Judiciário exerce as atividades constitucionalmente a ele atribuídas.

Os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário possuem funções típicas de, respectivamente, expedição de atos normativos, atos concretos de interesse público e atos jurisdicionais (MELLO, 2005, p. 30). Atendo-se especificamente ao Poder Judiciário, além da função típica jurisdicional, ele também atua ora emitindo atos

normativos (como é o caso das resoluções dos tribunais), ora administrando a sua estrutura interna. Já o conceito de função jurisdicional é tradicionalmente tratado pela doutrina como aplicação do Direito ao caso concreto em caráter definitivo, em razão de um conflito de interesses, substituindo-se o Estado-juiz às partes, tendo como escopo a pacificação social, através de um processo. No que respeita à função atípica desse Poder, ela se desdobra em legislativa e administrativa, complementando a atividade principal. Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário tem por escopo determinar a aplicação do Direito ao que for submetido a um de seus órgãos. Para que possa se manifestar, e exercer a jurisdição, não bastam os magistrados. Ora, se o Poder Judiciário desempenha um serviço público, exige-se, pois, uma estrutura organizada, aparelhada e desempenhada por agentes públicos. Por outro lado, também é indispensável um suporte financeiro.

Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 contempla autonomia administrativa e financeira ao Judiciário (art. 99). Disso decorre que o gerenciamento dos recursos orçamentários, do regime jurídico dos servidores e magistrados, das instalações dos edifícios e outros bens são atividades atípicas, porém essenciais ao funcionamento da atividade típica. Assim, quando os magistrados praticam atos de gerenciamento, estão exercendo atividade administrativa; quando os tribunais criam seus regimentos internos, eis aí um ato mais amoldado ao Legislativo.

2.3 Crise

Há muito tempo comenta-se que o Judiciário brasileiro passa por uma crise. A solução, todos apresentam: faz-se pela via da reforma. Algumas disfunções do Poder Judiciário serão expostas neste tópico. A Reforma do Judiciário operada pela EC 45/2004 faz parte de algumas medidas depreendidas pelo legislador, na tentativa de remover os entraves que tiram a efetividade da prestação jurisdicional.

No entanto, não se pretende fazer uma análise meramente descritiva. Num primeiro momento deste trabalho, colocou-se, embora sucintamente, a relação entre poder, sociedade, Direito, Estado e, finalmente, o Poder Judiciário. Sem essas noções, não haveria como entender as abordagens argumentativas e críticas, a serem depreendidas a partir de agora.

O problema que se almeja colocar é o seguinte: as revoluções que emergiram no final do século XVIII e início do século XIX propiciaram o rompimento do absolutismo, no qual a aliança entre a Igreja e os monarcas submetia os indivíduos/súditos ao temor divino e à dominação estatal. O início desse rompimento remonta às grandes navegações – propiciaram o amadurecimento do comércio e a criação de bancos que controlassem a circulação de moedas. Culmina com a Revolução Industrial, tão sedenta por mais mercados e mais consumidores. Era preciso que o Estado eliminasse alguns controles sobre os comerciantes e uma nova ordem social que permitisse o livre mercado.

Apoiados nos ideais de liberdade do homem, o liberalismo viu no arbítrio estatal o grande entrave ao crescimento do mercado. Era preciso transformar aquele que amarrava o progresso das finanças dos comerciantes e banqueiros: o Estado. Não era

mais interessante que o novo Estado se apoiasse num regime monárquico, no qual o poder era vitalício e repassado pelos laços de família. A grande idéia era que houvesse um corpo normativo, capaz de manter um poder coativo estável e aceito pelos indivíduos. Substituiu-se o dogma religioso pelo dogma do positivismo. Os contratualistas pregavam: o homem deve ceder uma parcela da sua liberdade em nome do bem-comum, transferindo parte de seu poder individual para que o novo Estado pudesse ter o monopólio do uso da força, pois somente assim poderia aplicá-la nos conflitos intersubjetivos. O fundamento do poder deve derivar do povo, mas ele não pode exercê-lo diretamente. Essa tarefa cabe aos “eleitos”. Então surgiu o discurso democrático, aliado ao de contratualismo e de repartição dos poderes estatais, tudo dentro do espírito patrimonial e liberal.

Os Estados Unidos do final do século XIX, ainda não independentes, foram o cenário bastante fértil para os anseios do mercado, pois a Inglaterra estava preocupada com inúmeros conflitos internos, não detendo muito controle sobre sua colônia. Por essa razão, havia liberdade religiosa e social no território norte-americano. Assim, quando a Coroa resolveu intervir, tributando os rendimentos dos comerciantes, a sociedade foi insuflada a se revoltar contra os “desmandos” ingleses. A República surge nos Estados Unidos como uma nova forma de governo, distante da hereditariedade monárquica. O poder não poderia ficar nas mãos daqueles que não tinham participação na circulação da riqueza naquele momento. O Estado Liberal surge, então, tendo a Constituição como pilar de sustentação aos ideais acima referidos.

Pretende-se, com isso, concluir que os poderosos se utilizam do embuste para alcançar os resultados por eles pretendidos. Por trás dos anseios democráticos, há uma tentativa de fazer com que as pessoas pensem que efetivamente participam da vida política, mas na verdade, há uma grande manipulação das massas. Mas, poderia se perguntar, neste momento: qual a relação disso com a criação do Conselho Nacional de Justiça? Na verdade, a crise do Judiciário tem inúmeras causas, mas em nenhuma delas houve vontade política para reverter o quadro. O maior obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional é a desestruturação interna do Judiciário. Jamais quem se encontra no poder permitirá que se reforme algo que possa retirar-lhe a força, revelando que a autocracia existente no Judiciário interessa a pequenos grupos que se revezam no poder político. Ora, se o Executivo participa da escolha de composição dos tribunais e se estes controlam toda a magistratura, não haveria razão para se alterar tal situação.

Mais adiante, serão expostas as razões que levaram o Brasil a adotar um modelo de controle externo do Judiciário, na tentativa de democratizá-lo. O surpreendente nisso é que o Conselho Nacional de Justiça, ao contrário do que muitos afirmam, não realiza controle externo, e muito menos apresenta composição democrática. Todo debate em torno do CNJ foi criar um ambiente que fundamentasse a sua criação (necessidade de democratização), mas a realidade não vista por todos aponta que nos moldes atuais, o CNJ não detém legitimidade alguma, pois não é apto a democratizar o Judiciário.

Conforme será analisado, o CNJ funciona, atualmente, como mais um instrumento de controle dos interesses da cúpula do Judiciário, reforçando, ainda mais, o caráter autocrático desse Poder Estatal.

2.3.1 A desestruturação interna

Aqui, não se busca esmiuçar a estrutura jurisdicional do Judiciário brasileiro. Longe disso, o que se almeja é a descrição da estrutura administrativa, para que se possa verificar se ela influencia positiva ou negativamente na prestação jurisdicional.

Conforme já afirmado, o Poder Judiciário possui autonomia administrativa e financeira para que possa exercer a jurisdição satisfatoriamente, cabendo aos tribunais o poder de organização das respectivas justiças.

Os juízes que compõem o Judiciário têm acesso à carreira de forma distinta do que ocorre com os outros Poderes. Enquanto os representantes do Executivo (prefeitos, governadores e presidente da república) e do Legislativo (vereadores, deputados e senadores) são escolhidos pelo sufrágio, os magistrados não passam pelo crivo popular.

Vejamos como ocorre o ingresso na carreira da magistratura:

a) *justiça de primeiro grau de jurisdição* (cargo vitalício): através de concurso público de provas e títulos, exigidos, no mínimo, três anos de atividade jurídica do bacharel em direito (art. 93, I, CF);

b) *TRF's, TJ's, TJDF e TRT's* (cargo vitalício): b.1) três quintos dos lugares serão compostos por magistrados de primeiro grau de jurisdição, escolhidos pelo tribunal através dos critérios, alternados, de antiguidade e merecimento (arts. 93, III, e 115, CF); b.2) um quinto dos lugares será composto de membros do Ministério Público e de advogados, alternadamente indicados em listas sêxtuplas aos tribunais pelas instituições correspondentes, que as encaminhará para o respectivo Tribunal, o qual formará lista tríplice e a enviará ao Poder Executivo para escolha e nomeação (art. 94, CF);

c) *STF e STJ* (cargo vitalício) – todos os lugares serão compostos exclusivamente por brasileiros (com mais de 35 anos e menos de 65 anos) de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (arts. 101 e 104, CF);

d) *TST* (cargo vitalício): d.1) três quintos dos lugares serão compostos por juízes de carreira dos TRT's, indicados pelo próprio TST ao Presidente da República, para escolha e nomeação, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 111-A, CF); d.2) um quinto dos lugares será composto de membros do Ministério Público do Trabalho e de advogados, alternadamente indicados em listas sêxtuplas pelas respectivas instituições ao TST, que formará lista tríplice e enviará ao Presidente da República, para escolha e nomeação, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 111-A, CF);

e) *TSE* (cargo temporário) – o próprio tribunal escolherá, pelo voto secreto, três juízes do STF e dois do STJ; além de dois advogados, dentre seis, indicados pelo STF ao Presidente da República, que os nomeará sem a interferência do Senado Federal (art. 119, CF);

f) *TRE* (cargo temporário) – o próprio tribunal escolherá, pelo voto secreto, dois juízes do TJ e dois juízes de direito, escolhidos pelo TJ; além de um juiz do TRF ou juiz

federal, escolhido pelo TRF da região; bem como dois advogados, dentre seis, indicados pelo TJ ao Presidente da República, que os nomeará sem a interferência do Senado Federal (art. 120, CF);

g) *Juízes Eleitorais* (cargo temporário) – serão escolhidos pelo TRE, dentre os juízes de direito, para atuarem cumulativamente (art. 11, LC 35/79);

h) *Justiça Militar da União* (Lei nº 8.457/92): h.1) *STM* – nove ministros escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo todos, equitativamente, oficiais-generais da ativa dos três comandos militares (art. 123, CF); três advogados, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 123, CF); dois, dentre juízes auditores e membros do MPJM, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 123, CF); h.2) *Auditoria de Correição, Conselhos de Justiça, Juizes-Auditores* (Lei nº 8.457/92);

i) *Justiça Militar Estadual*: criada por proposta do TJ local, compondo-se, em primeiro grau, por juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça; em segundo grau, pelo TJ ou TJM, com recurso ao STJ ou STF, jamais ao STM (somente em matéria da justiça militar da união) (art. 125, CF).

Observa-se, dessa descrição, uma estrutura autocrática do Judiciário: em todos os tribunais o chefe do executivo participa da designação do magistrado; quando a escolha compete ao próprio Judiciário, apenas os membros do tribunal votam. Essa forma concentra nas mãos de poucos o poder administrativo sobre a imensa maioria da magistratura, ou seja, sobre os juízes de primeiro grau. Ocorre uma verticalização do poder, possuindo os tribunais a prerrogativa de aferição da promoção, remoção, regime disciplinar. Disso resulta o enfraquecimento da magistratura, uma vez que a maioria dos juízes não participa ativamente das atividades administrativas, porém, ao contrário, submete-se ao poder. Os dirigentes dos tribunais revestem-se de poderes quase absolutos, distanciando-se da democracia, que pressupõe a participação de todos.

O controle administrativo e de revisão das decisões exercido pelos tribunais retira a independência dos juízes de primeiro grau, justamente os que estão mais próximos da realidade social local. Por ser uma garantia de imparcialidade, independência do juiz é um direito fundamental do indivíduo de ter a demanda julgada de acordo com o direito, e não com ideologias internas ou externas ao juiz. Por essa razão, o controle autocrático além de afetar a liberdade do juiz, viola o direito fundamental das partes. É grande, portanto, o risco causado pela atual estrutura do Judiciário, pois o juiz restringe-se a uma sujeição administrativa, suas decisões ficam sem importância e, pior, é crescente a preocupação com as promoções, deixando-se de lado o aprimoramento e o compromisso com as partes dos processos.

2.3.2 A atuação do juiz

A desestrutura do Judiciário brasileiro é o epicentro de onde se irradiam inúmeros problemas promovedores da crise. Ela acarreta o desmerecimento do juiz de primeiro

grau, a hierarquização do poder nas cúpulas dos tribunais e resulta numa autocracia, pois retira da maioria do corpo de magistrados, a possibilidade de participação do gerenciamento administrativo.

A figura do juiz é determinante à correta atividade jurisdicional, mas a crise aqui descortinada indica que as reformas depreendidas pelo Legislativo estão retirando a independência do juiz. O Conselho Nacional de Justiça é mais um instrumento de controle, pois concede superpoderes a poucos escolhidos. Sim, escolhidos, pois a EC nº. 45/2004 presenteou a cúpula dos tribunais com uma cadeira nesse órgão.

O caminho traçado visa ao estabelecimento de um juiz hermético, insensível à realidade social, revelando-se como preocupação das altas cortes e do CNJ a mera submissão do magistrado às determinações vindas de cima. O juiz não pode se manter neutro, “asséptico”, preocupando-se prioritariamente com a ascensão funcional e se esquecer de aplicar a justiça, uma vez que ele possui um papel ativo e a própria ciência jurídica é evolutiva e tem de acompanhar a realidade social. O juiz não se enclausura num fórum ou tribunal, posto que não tem um “componente sobre-humano”, mas sim é um ser no mundo revestido do poder de aplicação do Direito (ZAFFARONI, 1995, p. 160).

Apesar de o CNJ não interferir diretamente na atividade jurisdicional, é evidente que o controle administrativo, se mal empregado, tende a continuar tolhendo o livre convencimento dos magistrados.

2.3.3 Dogmatismo

Outro grave problema apresentado diz respeito ao conhecimento jurídico pelo magistrado. Não são poucos os que ainda se encontram impregnados pelo Positivismo Dogmático, que é aquele que se identifica com a racionalidade exacerbada do Direito e prega a neutralidade das normas jurídicas e do julgador. Para os adeptos dessa corrente, o Direito resume-se à norma posta, cujo fundamento de validade é outra norma hierarquicamente superior (modelo kelseniano). Equivale ao pensamento liberal resultante da Revolução Francesa de 1789 e tem por base a sobreposição do Poder Legislativo em relação aos demais poderes. Nessa perspectiva napoleônica, ao Judiciário só caberia a aplicação das leis, remetendo-se o juiz a um plano secundário, uma vez que soberana é a lei. Assim, o Positivismo reduz o jurista a uma visão limitada do Direito, haja vista que o seu sistema normativo é desprovido de valores.

Na perspectiva positivista, o Direito se confunde com a lei. O direito se restringe às regras. Os princípios somente são necessários como “válvulas de escape” para impedir o “vazio normativo” (CAÑAS *apud* BONAVIDES, 2006, p. 262). Apreendido numa concepção meramente positivista, o direito é desprovido de valores. Assim, a corrente positivista entende que, “pelo simples fato de ser positivo, [o direito] é justo e deve ser obedecido” (STRECK, 2006, p. 267). Vê-se, dessa forma, que o Positivismo tem por fundamento epistemológico a interpretação meramente cognitiva, o que transforma a aplicação do Direito numa “operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer modificador” (BONAVIDES, 2006, p. 172-173), desprovida de qualquer valoração e sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto.

O juiz, todavia, deve assumir uma postura de refutação do normativismo Positivista, segundo o qual a norma é tudo e irrelevante é a especificidade do caso concreto. No pós-positivismo, o Direito é construído de acordo com a realidade social, sendo este o seu fundamento epistemológico. Se prevalece no Positivismo o método literal hermenêutico (Escola da Exegese), a Escola do Direito Livre identifica nos fatos uma força normativa. O texto deve ser compreendido, interpretado e aplicado o Direito levando-se em conta o caso concreto. A preocupação maior do juiz, em tal contexto, é entender o Direito além de um conjunto de regras, mas conferir aos princípios força normativa.

Superando o obstáculo positivista, o juiz deve se ater ao que diz a Teoria Mista ou Teoria Discursiva – por meio dela, insere-se o diálogo como algo intrínseco à Democracia e tem em Jürgen Habermas seu principal expoente, cuja ideologia doutrinária é sintetizada por Andréa Alves de Almeida da seguinte forma:

Habermas entende que o mecanismo gerativo da sociedade consiste na relação intesubjetiva de indivíduos mediada pela linguagem (ato de fala). Em outras palavras, pode-se dizer que os indivíduos são socializados, se relacionam e se reconhecem mutuamente através da comunicação. (ALMEIDA, 2005, p. 28-29).

Por meio da Teoria do Discurso, Direito e Democracia se revelam ainda mais imbricados: o Direito surge a partir de um juízo tomado coletivamente. O Estado é um garantidor de um direito que foi feito pelo povo através dos representantes. O Direito se realiza como um círculo: sai das mãos do povo, se instrumentaliza pela norma, então retorna à coletividade. O Direito se faz e se refaz, é contínuo. Não pode ser imposto, nem distanciado da realidade social, da cultura, dos valores. É legítimo quando produzido e aplicado dialética e discursivamente.

Sobre esse movimento espiralado do Direito, é pertinente a análise habermasiana, novamente empreendida por Andréa Alves de Almeida:

[...] o direito nas sociedades jurídico-político-democráticas somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retorna) à processualidade jurídica para a sua discursividade. (ALMEIDA, 2005, p. 97).

Quanto ao fundamento epistemológico, ele assemelha-se ao da Teoria Sociológica, tendo em vista que a Teoria do Discurso não é com ela incompatível, mas complementar. Sendo assim, o Direito também consiste numa construção apreendida por meio de normas e da realidade social, mas essa construção não é estanque, e sim dinâmica. O sentido do texto não é captado nem instantaneamente, nem definidamente. O Direito é compreendido dialeticamente, através do diálogo constante entre os intérpretes, resultando numa constante construção do texto. Isso se dá por meio do debate, que permite a não estagnação do conhecimento. No entanto, o Direito não se apreende nem somente pelo sujeito, nem somente pelo objeto: a cortina do legalismo é retirada do Direito, abrindo-se uma janela reveladora de uma realidade social plural,

formada por “sujeitos”, o que não implica querer ignorar ou afastar o texto legal, mas reconfigurá-lo a essa nova visão epistemo-filosófica de entender o Direito.

Esta Teoria abre os olhos do hermenêuta ao contexto, ao diálogo. Só o texto não é suficiente. Os sujeitos, os valores, a cultura e a interdisciplinaridade entram em cena. Sem essa forma de pensar, o juiz não se liberta do dogmatismo, outro grande problema a afetar o Judiciário.

2.3.4 Morosidade na prestação jurisdicional

Outro fundamento para criação do CNJ é a incapacidade de o Judiciário atender com prontidão aos interesses jurídicos das partes. Inúmeras são as causas que provocam a morosidade da prestação jurisdicional. De todas, algumas merecem breves comentários.

Faltam servidores em quantidade e em qualidade. A solução do processo não depende apenas da sentença judicial. Há todo um aparelhamento que fornece as condições materiais. Os meros atos ordinatórios no processo, por exemplo, não precisam ser assinados pela autoridade judicial. O servidor pode fazê-lo. Impõe-se que haja um constante aperfeiçoamento dos servidores já concursados, bem como a realização de concurso para provimento de novos servidores.

O legislador prioriza composição dos litígios por meio do Judiciário, olvidando esforços em estimular a solução desses por meios extrajudiciais, como é o caso da arbitragem. Se essa solução “é uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário” (ROCHA, 2008, p. 6), portanto, tendente à satisfação de interesses econômicos, isso é um dado a ser estudado mais detalhadamente em outra oportunidade. Mas é certo que devemos pensar na viabilidade da arbitragem no sentido de restar assegurada uma paridade de condições entre os envolvidos, para se chegar a uma solução justa.

Outro fator que trava o andamento processual e uma rápida aplicação do Direito é a excessiva quantidade de recursos, responsável pela litigância de má-fé por parte, principalmente, de grandes empresas e do próprio Poder Público.

2.3.5 Solução: controle externo

A resposta a todas as mazelas relatadas passa pela criação de um órgão de controle externo. Esse foi o discurso predominante no meio jurídico à época da discussão da Reforma do Judiciário, permanecendo, ainda, na atualidade. Vejamos alguns posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Nos idos de 1995, o Professor José de Albuquerque publicou o livro *Estudos sobre o poder judiciário*. Nesse estudo, o mencionado jurista expõe os inúmeros problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, o principal a sua estrutura interna autocrática, conforme já observado anteriormente. Como sugestão para esses problemas, ele propõe a criação de um *Conselho Superior da Magistratura*, que fosse capaz de retirar do juiz a dependência dos “núcleos de poder internos”, de forma a garantir a independência do

juiz e uma maior efetividade do gerenciamento administrativo. Retirar o caráter autocrático seria o objetivo precípua. Isso seria garantido mediante a eleição dos seus membros por todos os magistrados, bem como por representantes da sociedade civil pelo Legislativo. Nos moldes europeu, o Conselho faria um controle externo e democratizaria o Judiciário, sem, contudo, interferir no mérito da atividade jurisdicional.(ROCHA, 1995, p. 52).

Darcy Paulo Gonzalez de Moraes apontou, em 2001, os posicionamentos contrários e favoráveis à instituição de um controle externo, assim sintetizados:

(a) uma corrente importante de membros do Poder Judiciário permanece, defensivamente, a sustentar que qualquer mecanismo de controle externo do judiciário não deve ultrapassar o limite dos atos de administração [...], realizando este controle [...] com predominância de seus membros; (b) outra dimensão de pensamento, ao contrário, quer estabelecer um controle externo total, inclusive avançando sobre as decisões dos juízes [...]; (c) enfim, uma terceira visão do problema na verdade não quer um controle externo efetivo, mas pretende que exista uma politização maior desse Poder [...]. (MORAES, 2001, p. 200).

O magistrado Luiz Roberto Sabbato, em 2004, teceu inúmeras críticas à idéia de controle externo, senão vejamos:

Agora os congressistas, em franca contramão da História, querem comprar a sucata francesa do controle externo, descartada por aquele país em 1994 e que vem custando caro aos bolsos tupiniquins: tempo, papel, gráfica e jetons no Congresso, quando se sabe que a tentativa é visivelmente inconstitucional e será questionada, certamente, por nossas associações representativas de classe, por meio das ações direta de constitucionalidade. (SABBATO, 2004, p. 97).

Defendendo a criação do CNJ, as palavras do Senador Aloizio Mercadante “O controle externo vai dar transparência ao Judiciário. O concurso público unificado para juízes e a quarentena são medidas moralizadoras, que contribuem para melhorar a imagem da Justiça”. (CARVALHO, 2006, p. 107). Depreende-se, desses comentários, que a grande novidade da Reforma do Judiciário seria o controle externo. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça não é externo ao Judiciário. Pelo contrário, ele faz controle interno porque é órgão interno e, ainda, submete-se inteiramente ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

3 A PROPOSTA PARA CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A proposta de criação de um controle externo do Poder Judiciário foi muito debatida no meio jurídico e jornalístico. Hermann Assis Baeta esclarece que, desde de 1991, a criação do controle externo do Judiciário é debatido no meio jurídico, ao fazer

referencia ao Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 12/1991, de autoria do senador Maurício Corrêa, que visava à criação do Conselho Nacional de Justiça “para o controle externo da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário” (BAETA, 1999, p. 17).

Na realidade, a natureza jurídica do Conselho é de órgão interno do Judiciário. Sua competência restringe-se à esfera administrativa, disciplinar e financeira. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-1/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), decidiu pela constitucionalidade da EC nº. 45/2004, mas salientou que, apesar de o CNJ realizar o controle interno do Judiciário, somente tem competência sobre os órgãos e juízes situados hierarquicamente abaixo do STF.

A justificativa para criação do Conselho Nacional de Justiça, inicialmente concebido como controle externo do Judiciário, está relacionada à desorganização administrativa dos tribunais, no afrouxamento do rigor disciplinar pelas Corregedorias (corporativismo), na deficiência da prestação jurisdicional (lentidão dos processos judiciais), na necessidade de participação democrática. A rigor, idealizou-se um controle externo, com a criação de um Conselho fora do Judiciário, para que os seus membros não fossem influenciados em suas decisões. Pretendia-se acabar com o corporativismo, dar maior independência aos juízes e inserir componentes de fora do Judiciário, para que houvesse uma maior participação popular nesse Poder.

Percebe-se, no entanto, que o fundamento de criação não foi seguido na concretização do CNJ. Primeiro porque, ao contrário do que muitos afirmam, ele não faz controle externo, mas sim controle interno, uma vez que se trata de órgão interno do Judiciário. Por outro lado, apesar de o CNJ não adentrar no mérito das decisões judiciais, visto que se refere ao controle administrativo, disciplinar e financeiro, há um grande risco de sua atuação transformar-se num mero ícone. Nesse sentido também se manifesta Marcelo Uchôa:

Ao prescrever as prerrogativas do Conselho Nacional de Justiça, o legislador, na qualidade de constituinte derivado, deixou evidente uma intenção de resolver gargalos que mesmo hoje, passados dois anos de existência do CNJ, não foram definitivamente solucionados no entorno do Poder Judiciante. (UCHÔA, 2008, p. 73).

A sua composição comprova que não houve avanço na democratização do Judiciário, visto que o controle foi deixado nas mãos da cúpula e o Executivo permanece com o poder de nomeação dos membros do CNJ. Assim, dos seus quinze membros, nove são indicados pelo STF, STJ e TST, o que representa quase dois terços da sua composição – os demais são indicados pelo Ministério Público (o Procurador-Geral da República indica dois – um do MPU e outro do MPE), pela OAB (o Conselho Federal indica dois advogados) e pelo Congresso Nacional (Câmara e Senado indicam um cidadão, cada qual).

Observa-se que a composição não diminuiu a autocracia do Judiciário, os juízes de primeiro grau continuam sem participação na escolha da cúpula e a sociedade

praticamente ficou de fora do controle do Judiciário, dada a sua pouca representatividade (apenas dois cidadãos).

Verifica-se, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de controlar somente a atividade administrativa, não interferindo no mérito das decisões judiciais, aumentou o poder da cúpula dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Não seguiu o modelo europeu e faz controle interno. No entanto, mantendo a burocracia e a verticalização do poder, não resolve o problema da estrutura interna do Judiciário.

CONCLUSÃO

A história revela que os poderosos utilizam-se de determinadas ideologias para se perpetuarem no poder. Muitas crises não ocorrem pelo desgaste das instituições ou pelo funcionamento equivocado de determinada política pública. Nos bastidores do poder, muitas vezes são traçadas metas de manutenção da dominação.

Essa forma de submissão das massas à vontade de poucos, todavia, não se coaduna com a idéia de Direito e Democracia. A natureza gregária do homem o impede de viver isoladamente. A sociedade surge como consequência do aprimoramento das relações entre os indivíduos. Seu fundamento reside na evolução moral e espiritual humana.

É evidente que em toda organização política faz-se necessário um conjunto de regras que evitem a desarmonia das relações sociais, impondo-se aos indivíduos uma autoridade que possa atuar em caso de conflito. A legitimidade do poder estatal surge na medida em que o poder se despersonaliza, pois o povo não é mais súdito, mas participante da vida política do Estado. O poder não pode mais ser encarado como algo verticalizado, submetendo o povo aos interesses daqueles que exercem ativamente o gerenciamento político estatal em qualquer dos Poderes orgânicos.

A crise que assola o Judiciário vai além da mera falta de efetividade na prestação jurisdicional. É verdade que ela é lenta e, muitas vezes, presa ao positivismo dogmático. Também não se pode esquecer que a estrutura interna do Judiciário afeta o comportamento dos juízes de primeiro grau. Mas o maior entrave ao Judiciário é a autocracia instalada em seus órgãos de cúpula, revelando um verdadeiro controle dos tribunais sobre os juízes de primeiro grau. A composição dos tribunais revela-se como uma cúpula de confiança do chefe do Executivo. É o chamado “modelo napoleônico”, baseado na hierarquia. A consequência é a manutenção dos interesses políticos que vai além da atividade administrativa e influencia a jurisdicional.

Até o momento, temas como nepotismo e teto da remuneração de seus servidores foram importantes resoluções tomadas pelo CNJ, no entanto, essas decisões aparentam ter sido apenas uma resposta às expectativas que sempre existem quando algo novo é apresentado. Não foi resolvido o problema da autocracia. Infelizmente, a cúpula dos tribunais, subordinados aos interesses do Executivo e de si próprios, restou fortalecida. É fácil perceber quando nos deparamos com a composição do CNJ: todos os membros são nomeados pelo Presidente da República após aprovada a indicação pelo Senado. No entanto, as indicações partem, em sua maioria, dos órgãos de cúpula, justamente o alvo das críticas contra a autocracia.

Vê-se, assim, que a cúpula domina a composição e, além disso, em nada ela é democrática, tendo em vista a mínima participação de membros da sociedade. Quanto aos juízes de primeiro grau, mais uma vez, foram esquecidos, pois também não participam da escolha. Os tribunais, por sua vez, em nada foram afetados, haja vista que possuem o poder de indicar seus próprios membros. Para fechar a “solução democrática”, o Presidente da República os nomeia. Ademais, o CNJ pode ter as suas deliberações revistas ou anuladas pelo Supremo Tribunal Federal, todavia seus ministros são imunes às atribuições do Conselho.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o CNJ, apesar de declarado constitucional pelo STF, não é um órgão legítimo. Os fundamentos de sua criação não foram observados na sua regulamentação. Ele não foi capaz de democratizar a estrutura do Judiciário e os juízes de primeiro grau continuam submetidos ao controle de cúpula. Isso prejudica a independência dos magistrados, cada vez mais sufocada. Por fim, não se pode dizer que ele instituiu um controle sobre o Judiciário, uma vez que ficaram de fora de seu alcance os magistrados da Suprema Corte. Na verdade, as crises apontadas pela sua criação serviram de suporte para as mudanças que os detentores do poder almejavam: com a criação do CNJ, o STF aumenta o domínio sobre o Judiciário nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAETA, Hermann Assis. *Estudos sobre controle externo do judiciário*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Ermani. *Controle externo do poder judiciário: o Brasil e as experiências dos conselhos de justiça na europa do sul*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 2006, n. 170, mês ABR/JUN, p. 99-109.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo. *O judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995. v. 1.

MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. *Controle externo do poder judiciário: forma de politização do direito e de juridicização da política*. **Diálogo**. Ano 2001, n. 2, p. 183-204.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei et al. *O terceiro poder em crise: impasses e saídas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

SABBATO, Luiz Roberto. *Judiciário: controle externo – aspectos constitucionais*. **Revista dos Tribunais**. Ano 2004, v. 93, n. 820, mês FEV, p. 91-97.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate “positivismo (neo) constitucionalismo”*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (organizadores). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do judiciário: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do conselho nacional de justiça)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

Na concepção de Arnaldo Vasconcelos, o poder não se situa nas mãos de todos, ilimitadamente, dado que onde inexistente uma autoridade, instalar-se-ia a anarquia. Também impossível fincar-se nas mãos de um único homem, o que se transformaria num despotismo. Ao contrário dessa afirmação, o poder se legitima quando é derivado de todos os cidadãos e por todos é exercido (democracia). Por essa razão, o jus-filósofo cearense aduz que “a relação de subordinação, em que aí são mantidos os súditos, desnatura a idéia de Direito, que é coordenação.” (VASCONCELOS, 2006, p. 248).

“[...] a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de

limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 200).

Exemplos desses conflitos internos: *Revolução Puritana* (1640 a 1649) – o confronto entre o rei Carlos I e o Parlamento resulta na sua morte e na ascensão de Cromwell; *Restauração* (1660 a 1688) – a morte de Cromwell desencadeou o retorno dos Stuart ao trono inglês, reativando o conflito entre a Coroa e o Parlamento; *Revolução Gloriosa* (1688 a 1689) – a deposição do rei Jaime II por Guilherme de Orange representou o triunfo do liberalismo político sobre o absolutismo e a aprovação do *Bill of Rights* instituiu uma monarquia limitada (em virtude da supremacia legal do Parlamento sobre o monarca). (MELLO, 1995, p. 81-82).

“Nos Estados Unidos, ao contrário, os revolucionários americanos, hostis à lei da Assembléia inglesa para as colônias americanas, que consideravam arbitrárias, trataram de controlar o nascente legislativo estadunidense, através da fiscalização exercida sobre ele pelo Judiciário, temendo que se repetisse no novo mundo a ditadura legislativa que imaginavam existir na Inglaterra. Daí a razão histórica da supremacia do Legislativo na Europa continental e da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América.” (ROCHA, 1995, p. 88-89).

“Sabemos que os ‘parlements’ (tribunais do antigo regime), pela inspiração reacionária de suas decisões e corporativismo acentuado de seus membros, manifestado na defesa intransigente de seus privilégios, provocaram uma profunda desconfiança dos revolucionários de 1789, em relação ao emergente Poder Judiciário, o que resultou na supressão de uma de suas atribuições mais importantes no antigo regime, qual seja, a de controlar a conformidade da legislação com a Constituição, sendo esta uma das razões da interpretação restritiva de Montesquieu pelos revolucionários de 1789.” (ROCHA, 1995, p. 93).

Nesse sentido: Alexandre de Moraes, para quem a jurisdição é “imposição de vontade da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa [...], aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.” (MORAES, 2006, p. 473); Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam a jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 129); Sobre a atividade jurisdicional, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida.” (MELLO, 2005, p. 870). José de Albuquerque Rocha assim sintetiza o conceito de jurisdição: “atividade estatal preordenada à concreção terminal do direito.” (ROCHA, 1995, p. 18-27).

Sobre o poder da cúpula do Judiciário e o desprestígio do juiz de primeiro grau, Marcelo Uchôa: “no que pesem as críticas, o conjunto de todas essas discrepâncias corroborou (e continua corroborando) com a manutenção do poder nos órgãos de cúpula da magistratura, concedendo prestígio justamente aos membros do Poder que pela natureza de suas funções estão posicionados distantes do povo, em nítido desprestígio

de juízes de primeiro grau que, estando à base do sistema e conduzindo o processo com personalidade, são os que mais têm condições de compreender as angústias e as ansiedades das partes litigantes.” (UCHÔA, 2008, p. 44).

Na introdução da obra *O terceiro poder em crise: impasses e saídas*, Patrícia Luíza Kegel identifica que a crise vivida pelo Judiciário brasileiro possui seu epicentro na estrutura orgânica e funcional do Judiciário brasileiro, possui desdobramentos que podem vir a afetar a consolidação da democracia nacional. (RODRIGUES, 2003, p. 9).

Art. 92, CF/88. São órgãos do Poder Judiciário: I- o Supremo Tribunal Federal; I-A- o Conselho Nacional de Justiça; Art. 103-B. § 4º, CF/88. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Pode ser destacada, além das referências expressamente mencionadas neste trabalho, a doutrina de José Eduardo Faria (FARIA, 1995) e de Horácio Wanderlei Rodrigues (RODRIGUES, 2003).

EFETIVIDADE E GARANTIAS DO PROCESSO

REFORMA PROCESSUAL PENAL E A REGULAMENTAÇÃO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA *

CRIMINAL PROCEDURE REFORM AND THE ADJUSTMENT OF THE CONSTITUTIONAL PROHIBITION OF UNLAWFUL EVIDENCE

**Alba Paulo de Azevedo
Maria dos Remedios Fontes Silva**

RESUMO

O presente artigo traça uma análise acerca das recentes mudanças no Código de Processo Penal brasileiro, especificamente no que diz respeito à regulamentação da vedação constitucional da prova ilícita, quase vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Sem perder de vista que as diversas tentativas de modernizar o CPP, desde sua edição, ainda nos anos 40, buscaram reforçar o sistema acusatório, as garantias do acusado e a indispensável efetividade do processo, o estudo parte da relevância histórica da prova para a ciência processual, com ênfase ao modelo adotado no Brasil, enfocando o mito da verdade real confrontado com a verdade processual. Identificados outros novéis da reforma, como a adoção do sistema de inquirição direta e inquirição por videoconferência, serão abordados o conteúdo e o alcance do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e os rumos dessa temática com o advento da Lei nº. 11.690/2008, sobretudo no que toca ao tratamento da prova ilícita por derivação e o fim da dicotomia prova ilícita e prova ilegítima, em respeito à garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL. REFORMA PROCESSUAL PENAL. INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS.

ABSTRACT

This article provides an analysis about the recent Brazilian Code of Criminal Procedure (CCP) reform, specifically with regard to the constitutional prohibition of the unlawful evidence, almost twenty years after the enactment of the Federal Constitution of 1988. Bearing in mind that the various attempts to modernize the Brazilian CPP, since its edition, even in 40's, sought to strengthen the accusatory system, the essential guarantees of the accused and effectiveness of the process, the study starts with the historical relevance of evidence for the procedural juridical science, with emphasis on the model adopted in Brazil, focusing on the myth of real truth confronted with the procedural truth. Identified others novelties of the reform, such as the adoption of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

system of direct questioning and questioning by videoconference, this study will focus on the content and on the reach of the principle of the inadmissibility of unlawful evidences and the aims of that thematic with the advent of Law No. 11.690/2008, especially in relation to the handling of unlawful evidence by derivation and the end of the dichotomy unlawful evidence and illegitimate evidence, in regard to ensuring the effectiveness of the fundamental rights.

KEYWORDS: KEY WORDS: CONSTITUTIONAL PROHIBITION. CRIMINAL PROCEDURE REFORM. INADMISSIBILITY OF UNLAWFUL EVIDENCES.

1. INTRODUÇÃO

O arco de interpretação da proibição constitucional das provas ilícitas é nitidamente mais amplo no processo penal do que no processo civil em razão da indisponibilidade do direito fundamental ameaçado. Adotando cada vez mais uma postura garantista, na esteira da constitucionalização do processo penal, o legislador infraconstitucional, ainda que no vigésimo ano da promulgação da Constituição Federal de 1988, regulamentou essa vedação, inclusive trazendo diversos novéis à teoria da prova no modelo processual adotado pelo sistema brasileiro.

Como corolário do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu dentre os direitos e garantias fundamentais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, e na trilha de democratização substancial da justiça, não se pode olvidar que é o processo penal que deve ajustar-se à Constituição e não o oposto.

Tal vedação cuida-se de flagrante limitação ao princípio da liberdade da prova[1], que impõe uma apreciação dos fatos imputados numa ação penal, dentro de um processo ético, por ser este o pólo metodológico do direito processual[2], de onde emanam outros institutos primordiais, como jurisdição, ação e defesa, bem assim porque não se asseguraria o respeito à dignidade da pessoa humana se fossem admitidas provas obtidas com violação às normas legais em vigor.

Até o advento da Lei nº. 11.690/2008, tinha-se que a prova obtida por meios ilícitos enquadrava-se na categoria da prova vedada ou proibida, esta prevista em norma de direito material ou de direito processual, sobre a qual a doutrina encarregava-se de traçar a clássica dicotomia: provas ilícitas e provas ilegítimas.

A reforma processual não se ateve à tal distinção, o que enseja a presente investigação para se chegar aos contornos e limites adotados pelo novel, sem descurar do fato de que é a prova que tem o escopo de reconstruir a realidade história registrada dos autos, visando aproximar-se ao máximo da verdade, razão pela qual fará exsurgir sempre um vivo e fervoroso debate.

2. RELEVÂNCIA HISTÓRICA DA TEORIA DA PROVA PARA A CIÊNCIA PROCESSUAL

2.1. Origens e sistemas de avaliação da prova

Desde a sociedade primitiva, onde se aplicava o sistema étnico (empírico) ou do pagão[3], em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões e experiências próprias do juiz, até a racionalização dos meios de prova sob o crivo do contraditório, e ainda distante de encontrar uma unanimidade, a temática da prova rendeu os mais intensos questionamentos ao longo da história, não somente pela sua difícil finalidade no sentido de reconstruir a verdade, como também pelos diversos métodos utilizados para obter-se tal verdade.

Na Idade Média, vigorou misticamente o sistema ordálico ou religioso, marcado por provas com marcas de crueldade e irracionalidade. Invocava-se um julgamento divino, através das ordálias, dos duelos judiciais[4], época dos juízos de deuses onde o acusado era submetido a suplícios e, se vitorioso superando uma determinada prova física, era-lhe reconhecida a veracidade de sua pretensão.

Todavia, foi a partir do século XVIII com a evolução da processualização da jurisdição que tal missão ficou a cargo especificamente do processo penal, ora com o escopo voltado exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma dada segurança jurídica, ora com uma visão também voltada para a proteção dos interesses do acusado, mormente quando este passou a ocupar a condição de sujeito de direitos no processo, e não de um mero objeto do processo ou de prova[5].

Até sobrevir os tempos modernos, com a distinção dos três sistemas de avaliação da prova estabelecidos pela legislação - prova legal ou tarifada; íntima convicção e persuasão racional -, o escorço histórico patenteia que a apreciação das provas transpôs

diferentes fases, ora ajustando-se a convicções, misticismos, conveniências, costumes, e ora conformando-se ao regime político dos povos.

2.2. Conceito e finalidade da prova

O Direito sempre se ocupou, portanto, da reconstrução judicial dos fatos delituosos, notadamente quando esta passou a ser um dever irrenunciável da atividade estatal jurisdicional afastando qualquer forma de resolução privada de conflitos. Assim, nessa tormentosa missão de reerguer os fatos investigados no processo o mais próximo possível do que aconteceu, a prova descortina-se como o instrumento hábil a produzir um estado de certeza na convicção do juiz, seu principal destinatário.

Paulo Rangel ao tratar do tema expõe que:

No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. A prova assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa. [6]

Por ser a senda a partir da qual se ergue toda a dialética processual, o tema das provas é sobremodo empolgante, chegando a ser apontado como o mais notável de toda a ciência processual, já que elas, as provas, são tidas como os olhos do processo, de tal sorte que, sem provas válidas de nada valeriam os debates tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, uma vez que a discussão restaria desprovida de objeto[7].

3. O MODELO PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL

3.1. Ainda o mito da verdade real ou simplesmente efetiva verdade processual?

Não é de hoje que parte da doutrina nacional inclina-se para a preferência da expressão verdade processual em lugar da expressão verdade real. Em decorrência da categórica proibição da obtenção das provas obtidas por meios que afrontem à dignidade humana e outros direitos fundamentais, a busca da verdade não tem um caráter absoluto, carecendo de ser limitada por valores éticos e jurídicos deste Estado Constitucional de Direito vigente[8].

O modelo processual adotado é decisivo para uma análise dos métodos de prova em processo penal, onde as funções investigatórias e acusatórias, assim como a fixação do ônus probatório devem ser previamente definidas. O Brasil, a partir a Constituição de 1988, adotou institutos que o inserem no sistema acusatório, revelando que a busca de uma verdade real, outrora com caráter absoluto e inquisitorial, atualmente, já não encontra fôlego para legitimar, v.g., uma ampla iniciativa probatória pelo juiz.

Deveras, a regra é a de que o ônus da prova incumbe à parte que alega o fato - art. 156 do CPP -, nada obstante, em razão de interesses indisponíveis surgidos no processo, ainda seja facultado ao juiz, de ofício determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Nesse aspecto, Paulo Rangel[9] chama a atenção no sentido de que a reforma processual ainda colocou o juiz em posição inquisitorial, no centro da colheita da prova, em atitude que afronta à Constituição, que adotou o sistema acusatório em seu art. 129, inciso I.

O certo, entretanto, é que a verdade que se busca tem cunho processual porque o caráter instrumental do processo assegura ser ele o meio para a efetivação dos direitos e garantias individuais. Propondo-se afastar a crença inabalável segundo a qual a verdade estava ao alcance do Estado a ponto de legitimar atos como desvio de conduta de autoridades pública e intimidação da defesa, Eugênio Pacelli de Oliveira pondera que:

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza exclusivamente jurídica. De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza[10].

Extrai-se, por essa forma, que o mito de uma verdade real tem-se revelado inadequado, uma vez que a feição atual do processo penal brasileiro não deve mais estampar qualquer identidade ou traço inquisitorial. O que se há de identificar é a natureza do direito em litígio, porquanto na seara cível, em regra, o direito é disponível, diferentemente da seara criminal, onde o direito em questão será em todo o tempo indisponível.

3.2. Sistema da inquirição direta e inquirição por videoconferência

A preocupação do legislador infraconstitucional em adequar-se no que pudesse à ordem constitucional, tratando da disciplina geral das provas, com ênfase à licitude da mesma, é percebida em outras inovações da reforma processual, v.g., com a adoção do sistema da inquirição direta e por videoconferência.

Referida mudança procedimental na colheita da prova testemunhal buscou, sem sombra de dúvidas, não apenas imprimir agilidade à produção da prova oral, mas a um só tempo, atribuir maior fidelidade aos depoimentos, sem qualquer alteração da pergunta formulada por intermédio do magistrado, o qual, ainda que involuntariamente, poderia modificá-la eventualmente, alterando-a em sua substância, o que não contribuiria em nada para a defesa ou acusação.

Antes da reforma instituída pela Lei nº. 11.690/2008, o sistema de inquirição das testemunhas era o presidencialista, no qual as perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as formulava à testemunha.

Doravante, com a alteração do art. 212 do CPP e seu parágrafo único; foi adotado o sistema da inquirição direta com o cruzamento de informações - *cross-examination*[11]- de origem norte-americana, devendo a inquirição das testemunhas ocorrer diretamente pelas partes, sem o intermédio do juiz, que, ao final, poderá complementar o mencionado ato instrutório.

O juiz exercerá, ainda, relevante função fiscalizatória, indeferindo as perguntas: a) que possam induzir a determinada resposta; b) que não tenham relação com a causa; e c) que importem repetição de outra já respondida.

Nessa esteira de depurar-se ao máximo a instrução probatória, outra inovação da reforma do CPP foi a possibilidade de inquirição da testemunha por videoconferência - art. 217, CPP -, caso a presença do réu possa causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade.

Note-se, entretanto, que somente na impossibilidade da realização da inquirição da testemunha por videoconferência é que o juiz determinará a retirada do réu da sala - o que anteriormente constituía-se na primeira alternativa em tais situações -, prosseguindo na inquirição com a presença do defensor do acusado.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, num julgamento histórico no HC 88914/SP, ter decidido no sentido de que o interrogatório por videoconferência viola a ampla defesa, a regra, agora, é que o réu participe da produção da prova oral, estando presente na audiência e auxiliando seu advogado na sua defesa com sua participação física, sendo esta, inclusive, a única hipótese prevista atualmente na legislação brasileira para o uso de videoconferência[12].

4. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

4.1. Conteúdo e alcance

O fenômeno da constitucionalização do processo penal indica que a Constituição é fonte formal do direito processual penal, em razão deste conter normas de natureza processual penal, de garantia do processo e da jurisdição, de modo que referidas normas positivadas no texto constitucional são aplicáveis ao processo de forma autônoma.[13]

Algumas garantias ínsitas ao processo penal denotam que é exatamente nele onde são resolvidos os conflitos mais intensos entre o Estado e o cidadão e também onde, em primeiro lugar, repercutem as transformações políticas do Estado.[14]

Por ser a proibição da prova ilícita inerente ao Estado Democrático de Direito, que não tolera a prova do fato e a punição do indivíduo a qualquer preço, a Constituição brasileira de 1988 assentou como direito e garantia fundamental o princípio da

inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, em seu art. 5º, inciso, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Com efeito, toda Constituição finda por ser limitação do poder, e de certo modo garantia da liberdade. Em abordagem sobre o tema das garantias, Rui Barbosa teceu a seguinte preleção:

Garantias constitucionais vêm a ser, ... acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então *garantias constitucionais* no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da constituição. [15]

Convém lembrar, ainda, que a expressão “Estado Democrático de Direito” foi entalhada pelo espanhol Elias Diaz, em sua obra *Estado de derecho y sociedad democrática*, com o sentido de Estado de transição para o socialismo, encontrando-se a mesma inserta no art. 1º da Constituição brasileira vigente[16].

Foi com o afã de impor limites ao princípio da liberdade da prova e de se ter uma persecução penal eficaz embebida de princípios éticos garantidores do Estado Democrático de Direito que o constituinte erigiu a vedação da prova ilícita à categoria de direito fundamental.

A despeito da doutrina e jurisprudência anteriormente à Constituição de 1988 já se posicionarem pela inadmissibilidade da produção, em juízo, de prova obtida ilicitamente porque se entendia àquela época não ser ela legal ou moralmente legítima[17], cumpre enaltecer a postura vanguardista da legislação brasileira, dado que nenhum outro texto constitucional proclama de forma tão absoluta e taxativa a proibição, no processo, das provas obtidas ilicitamente.[18]

De mais a mais, ainda que a Constituição brasileira de 1988 não previsse o respeito a garantias individuais como limite de uma persecução penal, tendo o Brasil depositado sua Carta de Adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, a persecução penal haveria de ocorrer com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, conforme previsto no n.2 do art. 5 do referido Pacto, segundo o qual: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade da pessoa humana”. [19]

Tratando dos limites da persecução penal e da tutela dos direitos do indivíduo como um valor mais importante para a sociedade do que a punição, Gil Lavedra pronuncia que:

Existen límites en la persecución penal... La tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esta calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de derecho... En la comparación de valores es preferible dejar sin castigo los delitos, que permitir que una garantía constitucional se torne letra muerta o a merced de cualquier eventual pretexto. (*Doctrina penal*, p. 345)[20]

Compreende-se, dessa forma, que além de inerente à verdade processual, a proibição da prova ilícita constitui direito subjetivo constitucional garantido ao acusado pelo devido processo legal. E, com a referida garantia, o constituinte impediu que abusos fossem praticados pelo Estado contra o acusado. À liberdade da prova foi imposto um limite para que a função política do processo penal fosse concretizada dando ao indivíduo a certeza de uma segurança jurídica e de um processo justo.

4.2. Papel do princípio e afinidade com os direitos fundamentais da pessoa

Consoante já gizado no tópico supra, o tema da proibição das provas ilícitas tem plena afinidade com a dos direitos fundamentais da pessoa. As normas que disciplinam a obtenção das provas são dirigidas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem obter nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes, porque a busca da verdade processual apesar de ser, inegavelmente, função do Estado, não pode ser realizada a qualquer custo.[21]

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como os demais princípios constitucionais estão consagrados como normas jurídicas com grau de superioridade – normas fundamentais da ordem jurídica - e esta normatividade foi reconhecida com o pós-positivismo, não se podendo mais concebê-los como divagações filosóficas do constituinte[22].

O caráter normativo-impositivo dos princípios é reconhecido e sobre o mesmo, numa abordagem acerca do papel dos princípios constitucionais na dogmática atual, André Ramos Tavares aduz que:

Desde o momento em que se lhes foi reconhecido o caráter normativo-impositivo, os princípios passaram a desempenhar importante papel nos sistemas jurídicos. Essa constatação é invariável, seja quando se trabalha com a idéia do princípio-quantitativo, seja quando se prefere o uso do princípio-qualitativo. [...] O grande desafio do Direito contemporâneo não é o de oferecer previsão normativa específica para as mais variadas demandas e situações de possível conflito que possam surgir nas relações sociais concretas. É antes o desafio de reduzir a uma as diversas previsões/soluções encontráveis no sistema, particularmente nas respectivas constituições principiológicas. O problema aqui envolve a racionalização dos princípios existentes e justificação (controlável) da escolha realizada.[23]

Paulo Bonavides discorrendo acerca da superioridade e da reconhecida normatividade dos princípios constitucionais, chega a apontá-los como a norma das normas:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.[24]

A proibição da prova obtida por meios ilícitos está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88, e como tal se diferencia dos demais direitos, prescindindo de qualquer fato aquisitivo[25]. A propósito, Gilmar Ferreira Mendes doutrina:

Os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.[26]

Frise-se, por oportuno, que apesar de concebidos inicialmente em única e exclusiva dimensão subjetiva, a doutrina a partir do segundo pós-guerra, passou a apontar uma dupla natureza dos direitos fundamentais, representada na sua função de direitos subjetivos - quando se refere aos interesses para o indivíduo - e na de pauta objetiva da ordem constitucional - quando se tem em vista o significado para a coletividade. Esta adveio em decorrência do reconhecimento de que os direitos fundamentais, além de assegurarem aos indivíduos pretensões exigíveis perante o Estado, consagravam os valores mais fundamentais da comunidade política.[27]

Constituem os direitos e garantias fundamentais o núcleo duro da Constituição brasileira – *cláusulas pétreas* -[28] com rigidez que os protege da intervenção modificadora ou supressora do legislador constitucional futuro, exigindo procedimentos diferenciados num eventual processo de revisão[29].

Os direitos fundamentais são apontados, ainda, como uma categoria especial de direito de cidadania e, ao lado da tripartição dos poderes, representam mecanismos basilares da limitação do poder político, dentro do arcabouço do Estado democrático[30].

5. ENFRENTAMENTO DA PROVA ILÍCITA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.690/2008

5.1. Prova ilícita por derivação

A Lei nº. 11.690, de 09-06-2008 alterou a temática da prova no processo penal, e quiçá um dos mais importantes novéis tenha sido o disciplinamento da inadmissibilidade das provas também derivadas das ilícitas - art. 157, §1º, CPP-[31], sem precedentes na legislação, derruindo de uma vez por todas com as discussões acerca do tema, porque agora também tais espécies de provas estão vedadas legalmente.

A teoria dos frutos da árvore envenenada originária do direito norte-americano, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, passou a integrar expressamente o ordenamento processual penal brasileiro. Anteriormente, tanto a

doutrina pátria manifestava-se pelo acolhimento da referida teoria, quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, em vários julgamentos adotando por maioria a mesma, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree* (HC nº 74.116/SP, DJU 14.3.1997; HC nº 76.641/SP, DJU 5.2.1999)[32].

A prova ilícita por derivação seria, então, aquela que em si mesma é tida como lícita, mas cuja origem se baseia em uma prova ilícita. É o caso, por exemplo, de uma apreensão de droga feita regularmente, mas cuja notícia se originou de uma interceptação telefônica clandestina[33].

A reforma deixa claro, portanto, a inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como das provas derivadas das ilícitas, o que em muito obstará condutas de agentes públicos que ultrajavam impiedosamente direitos fundamentais, esquecendo-se que no Estado Constitucional Democrático de Direito, a prova do fato e, por conseguinte, tanto a investigação quanto a punição do acusado, não podem se dar a qualquer preço, por haver limites dentro de um processo ético, fundado em postulados políticos e sociais que dão sustentação a esse Estado e o mantêm vivo.

5.2. Fim da dicotomia: prova ilícita e prova ilegítima

Um registro inicial há de ser feito, por demonstrar a prevalência da norma constitucional e a questão da desnecessidade de uma lei ordinária redizê-la. Simplificando a polêmica da classificação das provas vedadas ou proibidas tidas como aquelas que violassem o ordenamento jurídico, antes mesmo da edição da Lei nº. 11.690/2008, Fernando da Costa Tourinho Filho já assinalava com perspicácia o fim da divisão entre provas ilegítimas e ilícitas a partir da Constituição de 1988:

A Constituição Federal de 1988 extinguiu o discripe entre provas ilegítimas e provas ilícitas. Na verdade, dizendo o art. 5º., LVI, da Lei Maior serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, isto é, conseguidas por meio de violação de normas de direito material e constitucional, evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, posto terem sido obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das provas ilícitas.[34]

A reforma processual reacendeu o debate, porém no sentido de confirmar o que Tourinho Filho já preconiza, dado que não fez distinção quanto ao que efetivamente seria prova ilícita ou prova ilegítima.

Sendo assim, a nova redação do art. 157 do CPP, ao optar por regramento jurídico uniforme, deixando claro que *provas ilícitas são obtidas em violação a normas*

constitucionais ou legais, não deu margem para a manutenção da clássica dicotomia: prova ilícita e prova ilegítima.

Doutrina e jurisprudência estabeleciam que as provas vedadas ou proibidas, enquanto gênero, eram aquelas que violassem o ordenamento jurídico, ao passo que as provas ilícitas e ilegítimas seriam as espécies. As ilícitas violavam disposição de direito material, como no caso de uma confissão obtida mediante tortura; as ilegítimas violavam disposição de caráter processual, na hipótese, *v.g.*, de juntada de documento nas alegações finais durante o sumário de culpa no júri, art. 406, §2º, CPP.

Andrey Borges de Mendonça aponta que a reforma arredou-se dessa orientação:

A reforma afastou-se desta orientação ao afirmar que são inadmissíveis as provas ilícitas, “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Ou seja, pela nova redação conferida ao art. 157 do CPP, é ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. O que importar para caracterizar uma norma como ilícita é a violação de uma disposição constitucional ou legal. Assim, pela nova redação do art. 157, os dois exemplos acima citados cairiam na vala comum das provas ilícitas .[35]

A propósito de explicar a questão, Luiz Flavio Gomes expôs:

De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5º, inc. LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP (“ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), se vê que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, *Direito processual penal*, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812). Dizia-se que a CF, no art. 5º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilegítimas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem (há exceções, como veremos), mas os sistemas seriam distintos. Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto).[36]

A nova redação do art. 157 do CPP tratou da violação a normas constitucionais ou legais, simplesmente. Não fez qualquer ressalva se a norma legal deveria ser material ou processual, de modo que conforme advertiu o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes “Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova”.[37]

Com o fim dessa distinção - prova ilícita e prova ilegítima -, que ainda perdurava no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mesmo não tendo a Constituição de 1988 nada estatuído sobre a mesma, contempla-se com a reforma processual penal a adequação da norma infraconstitucional à ordem constitucional, como um processo absolutamente natural dentro do sistema vigente no Direito brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Quase duas décadas após a Constituição de 1988, finalmente, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas foi disciplinado pela legislação ordinária, em nítida valorização da perspectiva de que, no atual Estado Constitucional Democrático de Direito, é irrefragável que o processo penal, como fruto do avanço civilizatório do relacionamento indivíduo-Estado, tem função tipicamente garantista por basear-se na proteção aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, portanto, além de constituírem o núcleo rígido da Constituição, tido por essencial e intangível, igualmente, formam o núcleo duro das regras do processo penal, e apesar de existirem, em primeira linha, para garantir a esfera de liberdade privada de cada indivíduo contra atos estatais, servindo como direitos de resistência do cidadão, denotam também uma dimensão objetiva-axiológica, deixando de ser valorados apenas sob uma visão individualista para serem-no sob uma perspectiva de toda a coletividade.

Nada obstante o reconhecimento do caráter normativo-impositivo dos princípios, com relevante papel nos sistemas jurídicos, a reforma processual penal brasileira veio em hora oportuna, não apenas para adequar-se ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, mas para extirpar dúvidas e uniformizar o regramento do tema das provas ilícitas, inclusive, com a expressa aceitação da teoria americana dos frutos da árvore envenenada, que até então ainda rendia interpretações destoantes.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2 ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006. p. 369-406.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUARESMA, Regina e GUIMARAENS, Francisco de. Princípios fundamentais e garantias constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2 ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006. p. 453-472.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

_____. **Processo penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

[1] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. p. 429.

[2] FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.31.

[3] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 263.

[4] Idem. Ibidem. p. 263.

[5] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.281-282.

[6] Idem. Ibidem. p. 419.

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 246.

[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.p.226.

[9] Op. cit., p. 461.

[10] Idem. Ibidem. p.286.

[11] Sistema adotado nos Estados Unidos, onde o juiz situa-se em posição secundária na produção das provas, cabendo às partes o papel principal na produção das provas.

[12] MENDONÇA. Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008. p. 198.

[13] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.11.

[14] GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2 ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006. p. 399.

[15] *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

[16] *Idem*. *Ibidem*. p.63.

[17] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p.193.

[18] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p. 58-60.

[19] *Idem*. *Ibidem*. p.58-59.

[20] *Apud* TOURINHO FILHO, *op. cit.* p. 59.

[21] GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em: 13 ago. 2008. p.1.

[22] QUARESMA, Regina e GUIMARAENS, Francisco de. Princípios fundamentais e garantias constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2 ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006. p. 454-455.

[23] TAVARES, *op. cit.* p. 122.

[24] BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 289-290.

[25] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.p. 277.

[26] *Apud* BASTOS, op. cit. 277-278.

[27] TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.p.105.

[28] Art. 60, §4º, inciso IV da CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV – os direitos e garantias individuais”.

[29] SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.46-49-

[30] SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 228.

[31] “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

[32] OLIVEIRA, op. cit., p. 310.

[33] MENDONÇA, op. cit. p. 172-173.

[34] TOURINHO FILHO, op. cit., p. 224.

[35] MENDONÇA, op.cit., p. 170.

[36] GOMES, op.cit. p. 2

[37] Apud GOMES, op. cit. p. 2.

TRANSFORMAÇÃO DE PARADIGMAS NO PODER JUDICIÁRIO: A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO*

TRANSFORMATION OF PARADIGMS IN THE JUDICIARY: THE USE OF ELECTRONIC MEDIA AS A MEANS OF EFFECTIVENESS OF THE PROCESS

Alexia A. Rodrigues Brotto

RESUMO

Com as mudanças tecnológicas, de grande impacto sobre a sociedade, o Direito e também o Poder Judiciário são desafiados a adequar seus procedimentos, reformular conceitos e atender as mais variadas demandas que lhe são apostas. Isso porque a realidade social já não é mais a mesma, e o avanço da tecnologia e da informática alteram substancialmente os mais diversos ramos da sociedade, bem como suas relações interpessoais, trazendo um novo paradigma social. E nessa perspectiva, o Direito e o Poder Judiciário – como prestador de serviço público – não podem ser avessos à essas questões. Por essa razão e, com o objetivo de conferir maior adequação do Poder Judiciário na esfera digital, implantaram-se sistemas tecnológicos para o Poder Judiciário, viabilizando a desmaterialização dos autos de processos, com integral interação com os mesmos via Internet, inclusive para protocolo de petições, anexação de documentos, intimação via e-mail, bem como demais procedimentos possibilitados pelo sistema de processos eletrônicos. Esse perfil inovador, embora atento à nova realidade virtual, ainda é passível de críticas em relação à questão do acesso da população não só a essa nova realidade tecnológica, mas também o acesso à informação, conhecimento, informatização e à própria Justiça. Assim, o presente artigo apresenta e discute os reflexos da utilização de meios eletrônicos nos processos judiciais e as transformações de paradigmas que vem sofrendo o Poder Judiciário. Neste contexto, acredita-se na necessidade de cada vez mais, modernizar-se as esferas estatais, inclusive adequando-se o Poder Judiciário à essa realidade da digitalização e informatização dos sistemas adotados, com ausência de desperdício de material, no objetivo maior de um Poder Judiciário mais célere, eficaz e em consonância com as transformações socioeconômicas.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JUDICIÁRIO, MEIOS ELETRÔNICOS, PARADIGMAS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

With technological changes, major impact on society, the Law and the Judiciary are challenged to adapt their procedures, redesign concepts and meet the multifarious demands that you are betting. This is because the social reality is no longer the same, and the advance of computer technology and change substantially the most diverse branches of society, as well as their interpersonal relationships, bringing a new social paradigm. From that perspective, the law and the judiciary - as provider of public service - may not be averse to such matters. For this reason, and with the aim of giving greater suitability of the Judiciary in the digital sphere, is deployed technological systems for the Judiciary, enabling the dematerialization of the records of proceedings, with full interaction with them via the Internet, including the protocol, petitions, annexation of documents, subpoena via e-mail and other procedures made possible by a system of electronic processes. This innovative profile, although attentive to the new virtual reality, it is still open to criticism on the issue of population's access not only to this new reality technology, but also access to information, knowledge, computerization and the Justice itself. However, this paper presents and discusses the reflection on electronic media application in the Judiciary and transformation of paradigms. Hence the need for ever more, modernize all spheres state, including adjusting the Judiciary is the fact that the digitalization and computerization of the systems adopted, without wasting material, in the objective from the Judiciary at a more rapid, efficient and in line with the socioeconomic changes.

KEYWORDS: JUDICIARY, LAW AND INTERNET, LAW AND TECHNOLOGY, PARADIGMS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma análise sucinta a respeito da revolução tecnológica operada no mundo, trazendo reflexos importantes para a área do Direito, sobretudo no que diz respeito aos procedimentos realizados pelo Poder Judiciário na busca de maior efetividade processual.

Nesse ambiente de revolução paradigmática, da sociedade complexa, informatizada, cabe relatar os avanços no que concerne ao uso e aplicação da tecnologia através de sistemas computacionais para o Poder Judiciário, viabilizando, com o peticionamento eletrônico, maior acesso à justiça, diminuição de custos e presteza do Judiciário.

Disso deflui que a lei deve oferecer oportunidades para que os processos cumpram celeremente sua marcha, juntamente com a economia de custo, seus atos e eficiência da administração judiciária (PORTANOVA, 1999, p. 171). E note-se que neste aspecto a Lei nº. 11.419/2006 está cumprindo fielmente seu papel, eis que possibilita a garantia da celeridade da tramitação processual à luz do direito fundamental à razoável duração do processo. Além disto, busca adequar-se às novas tecnologias, implementando uma nova

possibilidade de atuação do advogado, perito, juiz e das próprias partes, com maior conforto, rapidez e economia material.

De fato, reflete um enorme avanço no Poder Judiciário, de revolução paradigmática, buscando-se uma maior inclusão, acesso e efetividade, valores essenciais do processo, o qual, na atualidade é inevitavelmente revestido pelas mudanças socioeconômicas, dentre elas, a tecnológica.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMAS

Generoso aporte à teoria da mudança de paradigmas (emergente ou da complexibilidade) defronta-se nas obras de Boaventura de Sousa Santos (*A Crítica da Razão Indolente*, 2000), Fritjof Capra (*A Teia da Vida*, 1996 e *As Conexões Ocultas*, 2002) e Edgar Morin (*O Paradigma perdido: a natureza humana*, 1973 e *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, 2000).

Disse SOUSA SANTOS (2000, p. 164) que a ciência moderna contribuiu para transformar o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemônico, “*que absorveu em si o potencial emancipatório do novo paradigma*”, qual seja da “pós-modernidade” ou simplesmente complexidade.

Em relação ao avanço tecnológico, imerso nesta complexidade social, esclarecem CASTEJON e MONTES (*Anais*, 2001, p. 161):

Durante o decorrer dos 12 últimos anos o crescimento do número de equipamentos eletrônicos conectados e de serviços disponibilizados através da *Internet* foi acompanhado do aumento de complexidade nas infraestruturas da tecnologia de informação. No entanto, a capacidade pessoal de compreender e acompanhar todo este crescimento não teve o mesmo desenvolvimento.

Vivemos, então, uma situação de transição – do direito, da ciência, da sociedade – cujo responsável muitas vezes é esse descompasso entre o excesso de desenvolvimento de uma área e o subdesenvolvimento de outra, recaindo no abstracionismo das relações e aversão aos novos direitos, à tecnologia etc., ora por desconhecimento, ora por incompreensão. Tal questão é visivelmente sentida quando se analisa os pilares fundamentais da modernidade: a regulação, calcada pelos princípios do Estado, do Mercado e da Comunidade; e a emancipação, fundamentadas na arte/literatura, ciência/técnica e ética/direito.

Essa fase de transição, esse “entretanto”[1] – entre o pretérito moderno e o futuro contemporâneo – reflete-se claramente na atualidade por meio das mudanças dos princípios do Estado, Mercado e Comunidade, do pluralismo, da cultura, da

justaposição de coisas e conceitos, das transformações sociais e relações jurídicas complexas, bem como da produção científico-racional e intelectual, estas de suma importância na travessia. Seja ela do mundo analógico ao mundo digital, seja do processo materializado por papéis aos processoseletrônicos.

De fato, são as transformações sociais, políticas e econômicas, bem como seu o contexto histórico, que orientam o alcance e desenvolvimento da revolução tecnológica[2]. No entanto, a ciência, como desenvolvedora de novos projetos e concepções, teoricamente proposta como um sistema aberto, passa a ser brutalmente funcionalizada à favor do capitalismo[3], diminuindo seu potencial de visão emancipatória, uma vez que o conhecimento científico ao se transformar em conhecimento regulador hegemônico, inviabiliza o potencial emancipatório de um novo paradigma nascente.

Porém, foi justamente por meio da expansão capitalista e da globalização que se tornou possível o acesso à informação pela rede mundial de computadores, a Internet. Ou seja, a globalização, muitas vezes enxergada como destruidora da emancipação social por promover a hegemonia e regulação, é que trouxe o maior acesso ao computador e à Internet, viabilizando, também, menores preços para sua aquisição. Reconhecendo o papel preponderante da Internet na sociedade atual como revolução paradigmática, explica CASTELLS (*In* MORAES, 2005, p. 287):

A Internet não é simplesmente uma tecnologia; é o meio de comunicação que constitui a forma organizativa de nossas sociedades; é o equivalente ao que foi a fábrica ou a grande incorporação na era industrial. A Internet é o coração de um novo paradigma sociotécnico, que constitui na realidade a base material de nossas vidas e de nossas formas de relação, de trabalho e de comunicação. O que a Internet faz é processar a virtualidade e transformá-la em nossa realidade, constituindo a sociedade em rede, que é a sociedade em que vivemos.

E com a difusão cada vez maior dessa realidade: os programas e sistemas computacionais, a rede mundial interligando pessoas e fatos em tempos reais, verifica-se que o Direito e até mesmo a própria sociedade não estão, integralmente preparados para absorver essa realidade que se destaca e cada dia mais sofre avanços tecnológicos, trazendo maiores benefícios. Deve-se, mencionar também, conforto que a Internet traz aos usuários no sentido da comunicação, contratação e visualização do mundo. Dados do Governo Federal[4] indicam que o Brasil, em 2007, iria alcançar a marca de 40 milhões de internautas, representando um crescimento de 67% nos últimos 4 anos.

Mas não só de benefícios compõem-se a Internet e o mundo digital nesse paradigma emergente que, embora ainda despreparado, se sobrepõe ao Direito e órgãos judiciais. Para BEHRENS (2005, p. 10):

Face a este desenvolvimento os mais diversos segmentos econômicos e sociais vêm sendo desafiados a adaptar-se e re-estruturar conceitos e princípios diante das dinâmicas inovações concretizadas por meio dos mais diversos métodos tecnológicos.

Neste contexto de inovações tecnológicas, questiona-se a burocratização e monetarização abstratas (SOUSA SANTOS, 2000, p. 159). A primeira em razão dos inúmeros processos e procedimentos que se percorre para obter uma informação, dados, ou qualquer documento. As exigências operacionais, muitas vezes onerosas, não se servem, todas, em razão do que é requerido. Muitas vezes pretendendo a contenção da prática de fraude ou estelionato, acabam por demandar tempo, dinheiro e esforço. A segunda, embutida na idéia de mercadorização das coisas, pessoas e conhecimento, generaliza o contexto da vida social num emaranhado de relações econômicas onde tudo pode ser resolvido com a prestação do equivalente em dinheiro. As palavras, sentimentos, integridade e conhecimento tornam-se comercializáveis mediante a aposição monetária. E como no meio virtual trabalha-se muito com a abstração pessoal, tais questões se colocam à reflexão.

Ora, a sociedade é complexa[5]. E o paradigma da complexidade[6], abrangendo uma sociedade cada vez mais global e cada vez mais única (IANNI, 1994, p. 157) incita a juridicização da economia, da política, dos fenômenos sociais e da própria sociedade. E, sob o respaldo da inclusão e da intercomunicação acaba-se juridicizando o mundo social.

Mas o novo paradigma da complexidade, envolvendo questões tecnológicas sobre as quais o nosso Direito encontra-se incipiente não se assenta somente nessas questões. SOUSA SANTOS (2000, p. 164) entende que a discussão paradigmática do direito moderno em conjunto com a ciência moderna é que irá esclarecer os rumos da “*transição para um novo paradigma societal*”, o qual, segundo CAPRA (2002, p. 17), deverá se propor a superar a dualidade entre estruturas materiais e sociais, bem como a dualidade de todos os seguimentos da sociedade.

De fato, o colapso da modernidade reflete-se nas questões críticas do conhecimento e em todos os ramos da ciência e culturalidade. Isso porque o sistema tradicional – ainda que calcado num capitalismo “organizado” – não consegue atender às demandas sociais, ao novo grupo de pessoas que se forma sob a máscara do consumismo; aos anseios políticos; aos novos direitos e novas concepções de ordenamento com a tendência do pluralismo jurídico e avanço tecnológico; as oscilações do mercado e contratações cada vez mais virtuais, esquecendo-se do homem[7] como sujeito concreto de direitos[8], ainda que na seara virtual se tenham homens cada vez mais abstratos no sentido de sua representatividade por meio de máquinas.

Nesse contexto, SOUSA SANTOS entende que o papel desempenhado pelo Direito – e acrescente-se ser também papel do Judiciário – é um papel central[9] nessas relações entre o que é tradicional e sedimentado na doutrina e dogmática jurídicas e as propostas de um porvir de inúmeras possibilidades, inclusive na seara virtual.

De fato, a transformação está ocorrendo há tempos, inclusive com promessas emancipatórias e científicas. Às vezes como fomentadora de uma utopia política, que na prática remete-se ao binômio “melhoria-repetição”. Às vezes como efetiva capacidade de inovação e transformação social abrindo inúmeras possibilidades à sociedade.

Na realidade são possibilidades e idéias que surgem a partir da constatação da crise encadeada pela modernidade, bem como uma análise crítica dos rumos da ciência, economia, direito e sociedade. O conhecimento científico, no qual muitas vezes se debruça o Direito (cientificismo do direito – SOUSA SANTOS, 2000, p. 158) deve estimular a reflexão, ainda que essa transição paradigmática se estenda por várias décadas e demonstre, conseqüentemente, muitos erros e alguns acertos.

No entanto, por tratar-se de uma transição paradigmática – que abra possibilidades mas proteja a transformação contra o perigo de ruptura –, impossível não recorrer-se à doutrina no Professor Fachin, quando ensina que “*os fatos vão surpreendendo aqueles conceitos e sugerindo novos*” (FACHIN, 2003, p. 241-242), no sentido de uma reconstrução que vai se projetando indefinidamente.

Pensar nessa mudança, e pensar o modo como se pensa essa mudança, não é nem o começo, nem o fim, nem a premissa, nem a solução, mas uma reconstrução de saberes, conceitos, análise de possibilidades na caminhada para um novo paradigma societal, propiciando a inclusão, o conhecimento e as novas tecnologias que emergem da mutação social.

E nesse contexto, a inclusão digital, o acesso à tecnologia e a informação da população tornam-se temas a ser enfrentado por todas as áreas do conhecimento e, no caso do Direito, elementos indispensáveis na elaboração e desenvolvimento de sistemas computacionais para o Poder Judiciário.

3. FERRAMENTAS ATUAIS: O ESTADO DA ARTE

Imperioso destacar o desenvolvimento do estado da tecnologia no cenário mundial para compreensão das ferramentas utilizadas, processos de automação, informatização dos serviços privados e públicos, acompanhando as transformações na vida social, tecnológica e científica até a chegada dos sistemas computacionais na seara do Poder Judiciário.

De fato, a Internet transformou-se no tecido de nossas vidas neste momento (CASLTELLES *In* MORAES, 2005, p. 255), pois por meio dela é possível uma maior interação da sociedade com o mundo, sem precisar sair da própria casa, muitas vezes, além da maior integração dos núcleos econômicos, políticos e culturais[10]. Essa

relação homem com a máquina e as ferramentas a ela inerentes é explicada por CADOZ (1997, p. 62-63):

O homem está em relação com o seu meio ambiente para conhecer, agir, comunicar, transformá-lo e se transformar. (...). Pela tecnologia, o homem prolongou-se. Prolongou sua mão com suas primeiras ferramentas, utilizando sua própria força para trabalhar a matéria. (...). Com o auxílio da ferramenta, o homem modificou sua relação com o mundo. A ferramenta é ambivalente, pode ser considerada como uma extensão do sujeito para o objeto ou como fazendo parte dos objetos para o sujeito.

Na verdade, o computador inaugura uma nova era da tecnologia, cuja utilização tornou-se parte integrante da vida das pessoas (REIS e GEUS, *Anais*, 2001, p. 73). Mas não só isso, com o surgimento do computador também o panorama de estudos científicos relacionados a grafos altera-se substancialmente, viabilizando a implementação e computação automática dos algoritmos (SZWARCFITER, 1986, p. 20), o que possibilita maior praticidade na composição de sistemas computacionais por parte dos agentes programadores e maior facilidade e tráfego de informações, por parte dos usuários. Neste sentido NAZARENO, BOCCHIO, MENDES e PAZ FILHO (2007, p. 23-24):

A popularização da Internet e o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas como as fibras óticas e os sistemas de computação de alto desempenho têm permitido que não apenas dados, mas qualquer tipo de informação representada na forma de seqüências binárias – áudio, vídeo ou texto – possa trafegar com desembaraço pela rede mundial de computadores. Nesse sentido, a convergência consiste na integração de serviços e de infra-estruturas de modo a oferecer um serviço contínuo e abrangente ao cidadão.

Igualmente e crescendo, BARBOSA FILHO, CASTRO e TOMÉ (2005, p. 13):

Nos últimos vinte anos, a revolução informática adquiriu tremenda velocidade, impulsionando a convergência tecnológica eliminando as fronteiras entre os meios tradicionais de comunicação e criando oportunidades interativas entre os agentes midiáticos. Mas, sem dúvida, a mais importante mudança no panorama vem ocorrendo pelo avanço da digitalização, gerando novíssimos meios e articulando-os simultaneamente com os velhos transmissores de conteúdo.

Na realidade, a relação da informática e tecnologia com o mundo não estão apenas nas relações sociais e científicas, a própria produtividade e o desenvolvimento econômico

são e estão cada vez mais dependentes da aplicação de ciência e tecnologia (WARSCHAUER, 2006, p. 32), impulsionando os procedimentos hegemônicos e não-hegemônicos ao processo de integração, circulação, comercialização, e relacionamento social, propostos pelo avanço e difusão da tecnologia.

De fato, a partir da abertura e acesso à Internet[11], a atividade social assume um novo papel, dinâmico e globalizado, rompendo as barreiras geopolíticas dos Estados, como forma de integração universal. Com a expressiva facilidade de comunicação e o desenvolvimento da tecnologia e globalização[12], o mundo não só dos negócios destaca modalidades tecnológicas antes nunca vistas, como as práticas de comércio eletrônico e o atual processo eletrônico, de que serve alguns órgãos judiciais.

Muitos autores definem essa sociedade atual como representante da “Era da Informação”, que sem dúvida alguma é evidenciada sob os mais variados aspectos: social, filosófico e artístico, como defende SANTOS LEAL (2003, p. 4-5):

Na ‘sociedade da informação’, a riqueza econômica e a concentração de poder não mais têm por pressuposto a detenção de terras ou dos meios de produção, mas sim a possibilidade de acesso às tecnologias de produção e, especialmente, ao mercado consumidor, ou seja, à própria informação.

Acrescendo, BARRETO (2005, p. 115):

É preciso destacar muitos aspectos, dentre eles as transformações tecnológicas, organizacionais geopolíticas, comerciais e financeiras, institucionais, culturais e sociais, para uma melhor compreensão da gênese desta Sociedade da Informação.

Contudo, as alterações nos processos comunicacionais e no cenário econômico mundial serão de interesse maior nesta discussão, já que se articulam e estão ligados, diretamente, ao tema Informação e Conhecimento na era digital.

E há quem fale, ainda, em era da “Pós Informação”, onde *“o que tem é um público de uma única pessoa. É a caracterização, na opinião do referido autor, do ser digital, ou seja, uma unidade demográfica composta de uma só pessoa”* (NEGROPONTE, 1995, p. 158), oferecendo ausência de simultaneidade na troca de informação.

O indivíduo, *“imerso nesse espaço tridimensional”* (CADOZ, 1997, p. 7), o *cyber espaço*, de alto nível de conectividade e informação, tem a sensação de que *“acessar um computador do outro lado do mundo não é mais difícil do que acessar um computador na sala ao lado”* (MONTES, *Anais*, 2001, p. 141).

Tamanha é a interação e abreviamento dos espaços e geografia, fazendo com que se tenha acesso ao mundo sem sair de casa e, no caso dos processos eletrônicos, acesso ao fórum, protocolo etc., sem sair do escritório.

Ocorre que em que pese os benefícios do avanço tecnológico, criando supercomputadores, redes mundiais e softwares de última geração, “*surgiram problemas que variam desde a invasão de privacidade, falta de segurança dos dados até o desrespeito ao direito autoral*” (ROCHA e CUSTÓDIO, *Anais*, 2001, p. 17). Por isso, atento à proposta trazida pelo sistema computacional e Internet – da síntese essencial entre o signo e o ato, a representação e a ação (CADOZ 1997, p. 95) – convém redobrar o conhecimento e vigilância nessa virtualidade que se põe à frente.

No entanto, é preciso destacar a relação entre as ferramentas existentes hoje e a questão da novidade, de uma “suposta” nova realidade. Explica CADOZ (1997, p. 9) que:

O computador é apenas um meio de representação, o mais universal que o homem elaborou. O que é novo é o grau de integralidade da representação que ele permite atingir e o uso que dele podemos fazer. O que não mudou é que só se trata de representação; as pinturas parietais do paleolítico superior eram também representações, elas utilizavam técnicas elaboradas para a época e tinham um papel preciso na vida e funcionamento das comunidades pré-históricas.

Por razão, seria intrigante questionar se essa realidade, essa sociedade em si seria mesmo nova, ou se apenas o meio de representação, com o auxílio tecnológico é que é verdadeiramente novo.

Nada obstante, sendo ou não apenas o meio de representação realmente novo, evidente é a sensação de novidade, seja com novas propostas de produtos cada vez mais elevados a nível digital, com repressão “forçada” dos analógicos, seja na seara biométrica ou, ainda, precisamente, no campo do Direito, elevando os processos materializados a processos digitalizados, virtuais. De fato, uma realidade presente.

3.1. Tecnologia e Judiciário

Não é de hoje que a celeuma da ineficiência do Poder Judiciário (e da justiça) assola os operadores e usuários do Direito. Já nos anos 60, com o Projeto Florença, CAPPELLETTI (1988, p. 36) liderou um movimento de estudo das causas da ineficiência do Poder Judiciário e, desde então, muitos autores se dedicaram a matéria, inclusive com ideais de gestão da justiça e novo gerenciamento dos procedimentos judiciais. Para ALMEIDA FILHO (2007, *Prefácio*):

Embora o conhecimento de um problema seja o primeiro passo para a sua efetiva solução, em nosso país, o conhecimento da absoluta ineficiência do nosso sistema de prestação jurisdicional não tem gerado grandes resultados. Morosidade, dificuldade de acesso especialmente para os setores mais pobres da população, falta de transparência decisória em questões administrativas internas, existência de focos de corrupção de difícil eliminação, decisões contraditórias gerando um elevado grau de incerteza e insegurança jurídica, estrutura orgânica e atuação funcional marcadas pela ausência de racionalidade e modernidade, são realidades reconhecidas e admitidas, há muito tempo, como inerentes ao funcionamento da nossa máquina judiciária.

Analisando essa questão, ATAIDE JR. (Em artigo publicado no Jornal *O Estado do Paraná*, em 15/08/2004):

Uma revolução operacional nos serviços judiciários foi iniciada com a introdução da máquina de escrever e da tipografia. O processo continuou escrito, mas agora mais ágil, posto que datilografado e com padrões impressos. Esses novos autos imperaram nos cartórios judiciais até o fim do século XX e, apesar de não totalmente extintos, já foram, na sua maioria, substituídos pelos autos confeccionados a partir de peças digitadas, ou seja, produzidas através de programas de computador. Uma nova realidade se descortinou com a utilização dos computadores nos trabalhos judiciários.

(...).

Mas mesmo com as constantes inovações tecnológicas, não se venceu o paradigma dos autos escritos, de papel e plástico, entulhando prateleiras e escaninhos, obrigando seu transporte por meios dispendiosos, sem falar dos galpões e depósitos necessariamente alugados ou comprados pelos Tribunais para arquivar os autos findos.

(...)

O século XXI parece reservar, no entanto, uma terceira revolução na prestação dos serviços judiciários: a eliminação do papel, o fim dos autos escritos. Mas como então documentar os atos processuais? Através dos autos virtuais. Petições, documentos, citações, despachos, sentenças e outros atos processuais realizados todos por computadores interligados em rede ou pela internet.

(...)

Tudo sem uma folha de papel, sem um pingote de tinta, sem demora, sem gastos desnecessários. Eficiência.

Essa é a idéia proposta com a implantação dos processos eletrônicos. Justamente pela idéia de adequação e reconceituação do mundo em todas as suas esferas pelos avanços tecnológicos e científicos, o Direito e também o Poder Judiciário são chamados a

integrar o rol dessas inovações, acolhendo os novos direitos que emergem das negociações eletrônicas, comprovação material por e-mail, dentre outros, acolhendo também dentro de sua própria estrutura – o Poder Judiciário – essas tecnologias que tanto auxiliam na diminuição do tempo e custos do processo, além da maior praticidade, agilidade e conforto que o mundo digital proporciona. Neste sentido BEHRENS (2005, p. 12):

O Direito tem sido constantemente desafiado a acompanhar o envolvimento social com estas novas tecnologias. A ciência jurídica, está sendo provocada a criar normas, que não apenas devem repassar danos ou impedir comportamentos abusivos mas que evitem práticas que atentem contra os interesses individuais e coletivos, produzindo regras suficientemente flexíveis para que sejam capazes de acompanhar o desenvolvimento tecnológico.

Com esse intuito, o legislador pátrio desenvolveu, a partir de 1999, alguns indícios e primeiras premissas para o desenvolvimento e implantação dos processos eletrônicos como temos hoje.

O pontapé inicial foi em 1991, com a Lei 8.245 – Lei de Locações. Em seu artigo 58, inciso IV, prescreveu a hipótese de citação, intimação ou notificação mediante telex ou fac-símile, desde que autorizado no contrato de locação.

Em 1994, com a Reforma do Código de Processo Civil, alterou-se o artigo 170, para viabilizar o uso da taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo nos atos dos serventuários da Justiça, implementando-se certo grau de modernização dos procedimentos judiciais, plausível à época.

Em 1999, a Lei 9.800 permitiu a utilização de sistema de transmissão de dados (fac-símile e similares) para a prática de atos processuais. Assim, as petições poderiam ser encaminhadas via fax, por exemplo, devendo os originais ser protocolados no máximo em 5 (cinco) dias, não prejudicando os prazos processuais, tampouco a integridade dos documentos transmitidos, recaindo ao usuário do sistema a responsabilidade pela qualidade e fidelidade do material transmitido.

Em 2001, a Lei 10.259, que estabeleceu a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, viabilizou a organização de serviço de intimação das partes e petições por meio eletrônico (art. 8º, §2º), o que marcou substancialmente o ingresso dos processos virtuais no âmbito dos Juizados Federais. Desta feita, o TRF da 4ª Região editou a Resolução 13/2004 que implantou o sistema denominado “*e-proc*” – aprovado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (PA 02.00.00073-0), para digitalização, emissão e recebimento de documentos relativos aos processos eletrônicos dos Juizados Especiais Federais da região exclusivamente por meio digital. Por esse sistema, restou determinado o ajuizamento de demandas apenas pelo sistema eletrônico, permanecendo as já em trâmite em autos físicos (art. 2º, §3º do Provimento).

Na época também começou a idealização do Projeto “Justiça sem Papel”, contando com o apoio do Ministério da Justiça, a Fundação Getúlio Vargas e a empresa Souza Cruz. Todavia, tal projeto, que visava o auxílio no desenvolvimento de propostas para a modernização do Poder Judiciário, como a aceleração dos trâmites processuais, eliminando-se o transporte, carga e manuseio dos autos em papel em virtude da digitalização dos documentos e acompanhamento via internet, foi suspenso[13] pelo desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Antônio Souza Prudente.

Nada obstante é a Lei 11.419/2006 que estabelece, oficialmente[14], o ingresso do Poder Judiciário na era digital, com a instituição efetiva de um processo eletrônico em âmbito nacional. Por meio desta Lei fica permitido o uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças e documentos, na seara civil, penal e trabalhista, bem como nos juizados especiais – que já vinham atendendo a essa proposta – conforme as exigências legais referentes à comunicação eletrônica, ao processo eletrônico em si – onde o Judiciário deverá desenvolver sistemas de processamento de demandas judiciais, visando o acesso ininterrupto; a padronização e a agilidade na tramitação.

Assim, tamanha é a consciência de celeridade, inovação e adequação tecnológica trazidas com a Lei 11.419/2006, que os dados do Juizado Especial “Virtual” do Tribunal Regional Federal da 1ª Região apontaram em 2007 um volume muito maior de processos virtuais julgados do que quando se implantou a proposta. No entanto, ainda que se tenha avanço tecnológico dentro do sistema judiciário, há muitas questões a serem problematizadas por intervenção da tecnologia.

Além das questões de acesso – tratadas oportunamente neste trabalho – a segurança também é assunto de extrema importância ao programar-se um sistema de alta tecnologia para uso e trabalho do Poder Judiciário. Conforme explica MONTES (*Anais*, 2001 p. 141):

A segurança de um sistema de informação e das redes que o compõem não pode ser “garantida” por um único mecanismo de defesa. Muitos acreditam que a utilização de um *firewall* é suficiente para proteger um *site* contra qualquer tipo de ameaças. Mas o nível de segurança de um *site* está relacionado a profundidade com que mecanismos de segurança são empregados.

Assim, se há necessidade de vários mecanismos de segurança para confiabilidade e integridade[15] de um site, imagine-se em relação a um programa especializado, diretamente conectado com vários usuários e não imune às adulterações e fraudes de terceiros interessados ou não (intrusão[16]), acidentais ou não.

Dessa forma, ainda que sejam valiosas as disposições nas legislações atinentes ao avanço tecnológico do Poder Judiciário – amenizando o problema da ineficiência e acelerando a prestação jurisdicional –, há muito que se aprimorar na seara técnica de acesso, usuário, regulamentação e integridade documental.

Justamente por essa razão as legislações acima trabalham com matérias a serem regulamentadas por lei específica. E aqui, grande valor deve ser conferido à outras áreas do saber, principalmente a informática, ciência da computação, estatística, as quais poderão promover meios adequados de utilização do programa, aprimoramentos ao programa, sistemas de defesa etc.

3.2. O Tempo e o Custo dos Processos Manuais

A grande tendência do processo moderno orienta-se para resultados práticos, a fim de viabilizar a realização do direito e o acesso à justiça, com economia processual e celeridade, para que o povo não fuja da justiça (PINTO, 1998, p. 9). Entretanto, tem-se conhecimento que a profunda verificação das verdades trazidas ao processo faz com que transcorra tempo (CAPPELLETTI, 1974, p. 46).

JAQUES (1958, p. 379) já asseverava, em 1934, que a Constituição deveria garantir o rápido andamento dos processos, entendendo naquela época a necessidade da celeridade processual. Igualmente, CAPPELLETTI (1974, p. 46), já na década de 70, asseverava que muito embora houvesse um grande movimento de reformas processuais na década de 70, uma das características trazidas do velho sistema processual ainda era a “*enorme, insuportável duração dos processos*”.

Salienta o processualista que apesar das tentativas dos países europeus, ao final do século XIX, em tornar os processos mais céleres – sobretudo a partir do iluminismo, com notório esforço de tornar o processo mais racional (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 16) – a duração ainda era tamanha, quer pela indevida glorificação dos tribunais e os procedimentos de apelação – sobretudo na Alemanha – quer pelo grande formalismo e dogmatismo de alguns países, agravada pela situação de inexecução das sentenças de primeiro grau até que se tenha transcorrido o término da apelação (CAPPELLETTI, 1974, p. 47-48 e 550).

Em vista disso, como bem assevera o processualista francês, Jean Vincent (*La justice et ses institutions*. Paris, 1991), citado por Cármen Lúcia Antunes Rocha (TEIXEIRA, 1993, p. 37), surgiram alguns comportamentos paliativos como a diminuição do número de instâncias processuais e a adoção de procedimentos urgentes. No entanto, a carência de um diagnóstico verdadeiro e definitivo sobre as causas materiais e formais da lentidão da prestação jurisdicional, não conduziu tais comportamentos a resultados satisfatórios.

Logo, tamanho era o drama da elevada duração do processo – concebido como a síntese da relação jurídica progressiva (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 302) – que uma demanda civil, iniciada em 1968, levava aproximadamente 18 meses para ser julgado em primeiro grau pelos pretores e 30 meses pelos tribunais, sendo que em segundo grau, esse índice era elevado para 25 meses para ser julgado nos tribunais e 22 meses nas Cortes de Apelação (CAPPELLETTI, 1974, p. 549).

Por conseguinte, apesar do elevado grau de verdade real que se obtinha com o moroso procedimento, perdia-se em efetividade e, principalmente, na tutela e entrega adequada do bem da vida pretendido.

MARINONI (1998, p. 163-164), recepcionando o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira explana acerca do tempo despendido para a cognição do feito:

É certo que o ‘tempo’ despendido para a cognição da lide, através da investigação probatória, é reflexo da existência do Estado e da necessidade que ele se impôs de, antes de tutelar os conflitos, averiguar a existência dos direitos afirmados em juízo. Mas é reflexo da existência do Estado porque foi este que vedou a autotutela privada, não deixando outra saída ao jurisdicionado a não ser levar o seu direito ao seu conhecimento.(...)

Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela.

Uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional.

Sem embargo, longe de ser uma preocupação apenas brasileira, a detença dos processos é assunto que preocupa o Poder Judiciário de diversos países, dos mais desenvolvidos aos menos adiantados. Na Europa, em que pese a Itália ser reconhecida pelo maior tempo de duração dos processos, houve sensível diminuição na morosidade nos últimos anos. Após tentativas de implementação de uma espécie de tramitação processual que permitisse rapidez sobre questões prejudiciais, enviada ao Presidente do Conselho da União Européia, em novembro de 2004[17], o Comunicado de Imprensa nº 27, de 21/03/2007, do Conselho de Justiça da Europa relatou sensível baixa na demora de solução dos litígios[18].

Embora em países como os Estados Unidos da América[19] se vislumbre a duração média dos processos civis, na primeira instância, de 21,8 meses em 2002 e de 22,5 meses em 2003, observa-se que quase 13% do total de pleitos duram só na primeira instância – de cognição longa e exauriente – mais de 3 anos[20].

Ocorre que nos Estados Unidos, em que pese a elevada quantidade de demandas e litigantes, a maioria dos casos finda na Corte de Apelação. A resposta final é dada em segunda instância e se torna irrecurável, somente adentrando na seara da Suprema Corte acaso a matéria possua relevante interesse público. Tanto é assim que a média de julgamentos de demandas pela Suprema Corte gira em torno de 6 processos ao ano.

No Brasil, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos, em que pese a vigência do princípio do duplo grau de jurisdição – pelo qual toda sentença deve ser revista por um órgão de grau superior – sobrevindo o acórdão proferido pelo Tribunal, é freqüente a utilização de Recursos Especial e Extraordinário – ainda que se tenha criado o instituto da Repercussão Geral, pela Lei 11.418/2006 –, o que acaba por comprometer sobremaneira a demanda de trabalho do Supremo Tribunal Federal, sobrecarregando a própria estrutura do Poder Judiciário.

Não bastasse, verifica-se até mesmo em primeira e segunda instâncias, a sedimentação da tendência da elevada duração dos processos nos nossos fóruns e tribunais. A alta taxa de congestionamento dos processos judiciais é responsável pelo tempo de duração dos processos. Uma demanda civil demora de 10 a 20 meses na 1ª instância; de 20 a 40 meses na 2ª instância; e de 20 a 40 meses nas instâncias especiais, tudo isso dependendo do Estado territorial, do objeto da lide etc., de forma que uma demanda leva, normalmente, cerca de 12 anos para ser decidida e fazer coisa julgada material, o que configura um arripio aos princípios constitucionais da rápida duração dos processos, acesso à justiça e dignidade da pessoa humana.

Independentemente dos fatores da lentidão da justiça serem institucionais, subjetivos, ou de insuficiência material (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 99), o legislador pátrio, objetivando garantir aos jurisdicionados uma tutela célere, tempestiva, consentânea e eficaz, ensartou na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, o inciso LXXVIII, ao art. 5º, firmando a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação a todos os litigantes.

Com similar proposta firmou-se o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano – assinado pelos três poderes da República em 15/12/2004, o qual frutificou em diversas normas renovatórias tendentes a acelerar o desenrolar dos processos judiciais[21].

E desde então surgiram vários projetos de lei aptos a conferir maior celeridade aos processos, implementando procedimentos que “desafogassem” um pouco o Poder Judiciário. Nesta perspectiva, já lecionavam os juristas argentinos Eduardo Graña e Rafael Antonio Bielsa (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 65):

Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (...). Em suma, o resultado de um processo 'não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito.

Com essa proposta, implementou-se, sobretudo no Código de Processo Civil, sucessivas reformas a fim de garantir maior celeridade na prestação jurisdicional, sem perder-se em efetividade. Exemplos dessa idéia podem ser retirados da reforma do Recurso de Agravo de Instrumento (Lei 11.187/2005); instituição da fase processual de cumprimento de sentença (Lei 11.232/2005); alterações para não recebimento de recurso de Apelação quando a sentença está conforme Súmula do STJ ou STF (Lei 11.276/2006); acrescentar o art. 285-A para dispensa da citação e célere julgamento nas demandas idênticas (Lei 11.277/2006); a Lei 11.280/2006 que dentre outros objetivos, viabiliza a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos; a possibilidade de admissão das decisões disponíveis em mídia eletrônica (Lei 11.341/2006); a nova execução dos títulos executivos extrajudiciais (Lei 11.382/2006); o acréscimo dos artigos 543-A e 543-B, instituindo a repercussão geral para os recursos encaminhados ao STF, visando maior celeridade e presteza (Lei 11.418/2006); a Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização dos processos judiciais; a possibilidade de realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio por via administrativa – cartório (Lei 11.441/2007); o acréscimo do artigo 543-C, estabelecendo o procedimento para julgamento de recursos repetitivos no STJ (Lei 11.671/2008).

No mesmo ideal de celeridade e presteza na efetivação da tutela jurisdicional adequada, o Código de Processo Penal, instituiu novos procedimentos visando essa tendência, inclusive permitindo que as partes inquirissem as testemunhas diretamente, sem o intermédio do órgão jurisdicional (Leis 11.689/2008 e 11.690/2008) e alterando as alegações finais escritas para alegações orais em 20 minutos, dentre outras alterações (Lei 11.719/2008). Tudo para tornar o Poder Judiciário mais célere e eficaz, sem perder em efetividade da prestação da tutela jurisdicional e segurança jurídica.

Em relatório do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a coordenação do Juiz Federal Sérgio Tejada Garcia, a respeito dos processos eletrônicos, constatou-se que em 2005 o tempo médio da duração dos processos entre as datas de distribuição e sentença de 1ª Instância, na justiça constituída apenas por processos de autos comuns (papel) era de aproximadamente 789,51 dias, sendo que na justiça constituída apenas por processos virtuais o tempo foi de 37,83 dias. Nas justiças mistas (processo de papel e virtual) o tempo médio de tramitação ficou em torno de 239,23 e 525,60 dias, o que demonstra que a transformação de apenas parcela dos processos comuns para a esfera digital já agiliza o procedimento e a manifestação judicial, diminuindo os 2 grandes vilões do processo: o custo e o tempo.

Todavia, independentemente da consciência de celeridade e adequada tutela jurisdicional, a delonga dos processos permanece elevada, sobretudo em razão de que as novas leis que conferem maior grau de celeridade e apropriada prestação da tutela jurisdicional nem sempre são aceitas pelos operadores do Direito, bem como pela população em geral, esbarrando numa série de entraves burocráticos e ideológicos que reprimem a rapidez e eficácia da solução dos litígios.

Isso sem mencionar a culpa que se atribui ao próprio Judiciário pela demora dos processos, pela alta remuneração, ou quando não, culpam-se os próprios advogados que “não conseguiram agilizar o processo” etc.

E isso reflete o atual panorama processual brasileiro: moroso e insuficiente para atender as numerosas demandas e bem administrar o Sistema Judiciário.

Sem mencionar as custas e demais ônus processuais. A esse respeito, DINAMARCO (2003, p. 245) já explanava em anos anteriores que o sistema processual confiava aos litigantes muitas atividades como “*imperativos do próprio interesse*”, dirigindo-lhes variados e seguidos ônus ao longo de todo o arco do procedimento.

Trata-se, no entendimento de GOMES DE BARROS (COSTA; DINAMARCO; RIBEIRO, 2004, p. 323), da prestação jurisdicional parcelada, a partir da qual cada ato jurisdicional, cada decisão, embora eficaz no plano teórico, resguarda sua inefetividade, dependendo de posterior manifestação das partes, com novos encargos sucumbenciais e nova decisão por outro órgão jurisdicional.

Independentemente de tratar-se de ônus absolutos ou relativos – correspondentes a atos causais ou indutivos – certo é que sempre haverá encargos a serem suportados pelas partes, tais como o ônus de demandar e, portanto, afirmar o seu direito em toda e qualquer fase do processo; o ônus de provar; o ônus de recorrer, transmitindo o julgamento da causa para o órgão *ad quem*; o ônus de comparecer ao processo; o ônus de adiantar as custas processuais para realização de determinado ato judicial.

Em relatório[22] elaborado em 2004 pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, desenvolveu-se estudo acerca da evolução das despesas do Poder Judiciário de 1995 a 2002. De acordo com os gráficos apresentados no relatório, enquanto em 1995 a União respondia por 30,9% da despesa total, em 2002 passou a responder por 43,0%, de forma que a despesa com o Judiciário cresceu de R\$ 25,3 bilhões de maio/04 em 1995, para R\$ 32,9 bilhões em 1998 e R\$ 28,6 bilhões em 2002.

Nas comparações internacionais, com base no ano de 2000, o Brasil figurou na pior posição, quanto à participação das despesas do Judiciário no total da despesa do setor público, com 3,66%. O índice compara-se a uma média internacional de 0,97% e a uma posição compatível na reta de regressão de 0,86%, em função do valor das despesas totais do setor público. Este excedente de 2,80 pontos percentuais, aplicado sobre a despesa total da União e Estados ocorrida em 2002, em valores de maio de 2004, representaria um adicional de custo do sistema judiciário brasileiro de R\$ 23,6 bilhões por ano.

Colima proporcionar que, com as custas processuais bastante elevadas e não uniformes, abrangendo as taxas judiciárias; emolumentos; custos de diligências; remuneração de auxiliares eventuais; fica substancialmente difícil proporcionar à parte um processo sem muitos encargos, pois além dos supracitados a parte ainda arcará com eventuais despesas extraprocessuais, como a captação de documentos, viagens etc., além da remuneração de seu advogado pelos serviços prestados, bem como de eventual reembolso à outra parte pelas despesas suportadas (DINAMARCO, 2005b, p. 636) – os chamados honorários de sucumbência.

Irresignados com notáveis encargos processuais a que se submete a parte litigante insurgem-se CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2006, p. 79): “*se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício*”.

De costume, toda essa gama de encargos torna-se demasiadamente vultosa em razão de que não somente as despesas com a remuneração dos serventuários da Justiça e toda a sua organização interna são elevadas, mas também em razão do próprio processo exigir vasta despesa para seu desenvolvimento e, às vezes, não cumprir sua função primordial de celeridade, tutela adequada, etc.

Neste diapasão, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2006, p. 32) alertam que ao lado da duração do processo, o seu custo constitui importante óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora do processo:

O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Ademais, não bastassem as despesas processuais, a própria lei instituiu um sistema de adiantamento das despesas processuais em certos momentos do processo, o que o processualista Amaral Santos, citado por DINAMARCO (2005b, p. 638) denomina “responsabilidade provisória ou definitiva”. Tal sistema consiste na atividade da parte vencida em pagar ao Estado ou aos auxiliares da justiça algum valor ainda não recolhido (referente ao preparo, diligências do oficial de justiça e demais taxas judiciárias) e reembolsar o vencedor pelo que ele tiver adiantado.

Conquanto tal situação afigure-se, num primeiro momento, um tanto onerosa para a parte sucumbente, DINAMARCO (2005b, p. 640) justifica a exigência do adiantamento de despesas no sentido de que ele evita a litigiosidade irresponsável, colocando “*os possíveis demandantes a pensar sobre a viabilidade de suas pretensões*”.

Entretanto, a tão só limitação ou restrição da onerosidade do processo não se constitui em sinônimo de eficácia e adequada prestação da tutela jurisdicional. Há necessidade de melhora dos mecanismos e releitura dos procedimentos utilizados a fim de realmente viabilizar ao jurisdicionado a entrega do bem da vida pretendido num período razoável de tempo e sem demasiados encargos financeiros.

Atento à essa nova proposta, se solidificam os sistemas judiciais de processos virtuais, bem como as manifestações favoráveis ao processo eletrônico, no sentido da diminuição de custos, além de outras vantagens. Em relatório da lavra do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, repassado pela Justiça Federal com o apoio do XI Congresso de Informática Pública, em 2005, o gasto total com a “instalação” do processo eletrônico na 4ª Região, com aquisição de equipamentos e treinamento dos servidores, foi de aproximadamente R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) e, afirma o relatório que em cada novo juizado eletrônico, se gasta o equivalente a R\$ 20.000,00. Num primeiro momento, pode-se até pensar que esses valores são um tanto elevados, no entanto, na comparação do custo com os valores dos autos comuns (em papel) verifica-se que o processo eletrônico é muito mais vantajoso. O próprio relatório analisado expõe que

para cada processo em autos comuns, são gastos com cartolina, grampos, impressora, etiqueta, aproximadamente R\$ 20,00 (vinte reais), e só no caderno processual.

Como no Tribunal Regional Federal da 4ª Região já foram distribuídos mais de 210.000 processos virtuais, até 2005, foi economizado com papel e outros insumos o equivalente a R\$ 4.200.000,00 (quatro milhões e duzentos mil reais), ou seja, recuperando todo o investimento feito na implantação dos processos eletrônicos e auferindo um superávit de R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil), que pode ser investido na implantação de novos juizados virtuais, bem como modernização dos equipamentos e dos próprios sistemas *e-proc* e *e-cint* – sistemas tecnológicos aplicados pela Poder Judiciário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a passagem da modernidade para a contemporaneidade seja composta por muitos obstáculos, representados pela sedimentação de conceitos e significados da ciência e direito modernos, ainda há como se pensar um novo direito, condizente às transformações sociais e tecnológicas, sem se esquecer da informação e do acesso à todas as camadas da sociedade, principalmente as menos favorecidas (a grande maioria brasileira).

Enfim, um direito que atenda a essa mudança de paradigma social – da sociedade moderna para a sociedade contemporânea do acesso, da informação, da digitalidade, da complexidade, da multiculturalidade etc. – e possa, por meio dessas transformações sociais, rever e repensar os significados e medidas adotadas no Direito, Política e processos econômicos, fazendo uso adequado da tecnologia, contribuindo para um maior acesso à justiça e efetividade processual.

Sabe-se que a tecnologia está aí, não aí ao lado, mas em nossa frente. Desafiadora, contestadora, muitas vezes parecendo impor-se. Na verdade, deve-se tirar a sensação de que a tecnologia está à frente e unir-se à ela, fazendo sim uma integração, pois a informática e os sistemas computacionais são atividade meio para o Direito e, não, atividade fim. Direito e tecnologia devem caminhar juntos, lado-a-lado, fortalecendo a oferta de um Judiciário justo, célere e eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS DO 3º SIMPÓSIO SOBRE SEGURANÇA EM INFORMÁTICA – SS1 2001. São José dos Campos –SP: Clovis Torres Fernandes Editor, 24 a 26 de outubro de 2001.

ANAIS DO XXI CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE COMPUTAÇÃO – SBC 2001. Fortaleza: Editado por Ana Teresa Martins, 30 de julho a 03 de agosto de 2001. (b)

BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **A nova inteligência e a civilização digital**: coletânea de pensamentos contemporâneos: análise crítica sobre modificações em andamento e inovações para o 3. milênio. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

BARBOSA FILHO, André; CASTRO, Cosette; TOMÉ, Takashi. **Mídias Digitais: Convergência Tecnológica e Inclusão Social**. São Paulo: Editora Paulinas, 2005.

BARRETO, Ângela Maria. **Informação e conhecimento na era digital**. Transinformação, Campinas, v.17, n.2, p. 111-122, maio/ago 2005.

BEHRENS, Fabiele. **A Assinatura Eletrônica como Requisito de Validade dos Negócios Jurídicos e a Inclusão Digital na Sociedade Brasileira**. Curitiba: Dissertação de Mestrado PUC/PR, 2005.

_____. **Assinatura eletrônica e Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007.

BOFF, Leonardo. **A Voz do Arco-Íris**. Brasília: Letraviva, 2000.

CADOZ, Claude. **Realidade Virtual**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Tradicción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARDOSO, C. M. **A Canção da Inteira**. Uma visão holística da educação. São Paulo: Summus, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA; Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfels Rezende. **Linhas Mestras do Processo Civil. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Vol I. 5ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Vol II. 5ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. (b)

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e Possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, ano 27, n 27, 1992/1993.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual: de acordo com a constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade Digital: Inoinclusão social e Tecnologia em rede**. São Paulo: Editora Senac, 2006.

IANNI, Octávio. **Globalização: Novo Paradigma das Ciências Sociais**. São Paulo: Estudos Avançados, 1994.

JAQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Validade jurídica dos contratos eletrônicos via internet**. Curitiba: Dissertação Mestrado PUC/PR, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol 2 – Processo de Conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Dênis de. **Por uma outra Comunicação: Mídia, Mundialização Cultural e Poder**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

MORIN, Edgar. **O Paradigma Perdido: a natureza humana**. Portugal: Publicações Europa – América, 1973.

_____. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Cortez, Brasília: Unesco, 2000.

NAZARENO, Cláudio; BOCCHIO, Elizabeth Veloso; MENDES, Fábio Luis; PAZ FILHO, José de Souza. **Tecnologias da Informação e Sociedade: O Panorama Brasileiro**. Brasília: Editora Plenarium, 2007.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

PERIN JR, Ecio. **A Globalização e o Direito do Consumidor**: harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri, SP: Manole, 2003.

PINTO, Ferreira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *“A Crise do Paradigma”*. In **Direito Achado na Rua**, pp. 65-78. Por José Geraldo de Sousa Jr. (Org.). Brasília: Editora da UnB, 1987.

SZWARCFITER, Jayme Luiz. **Grafos e algoritmos computacionais**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1986.

TECGLLEN, Eduardo Haro. **A sociedade de consumo**. Rio de Janeiro, Salvat Editora do Brasil, 1980.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenador). **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e Inclusão Social: A Exclusão Digital em Debate**. São Paulo: Editora Senac 2006.

[1] Expressão utilizada por Leonardo Boff na obra *'A Voz do Arco-Íris'* para designar o tempo intermediário que une o passado que já foi e o futuro que ainda virá. *"Não estamos mais no tempo de ontem. Nem totalmente no tempo de hoje. Estamos no entretempo: o antigo não acabou de morrer e o novo não acabou de nascer"*. (BOFF, Leonardo, 2000, p. 23).

[2] *"As novas tecnologias mudam a trajetória dos acontecimentos sociais, alterando sensivelmente a cultura local e concorrendo com as tecnologias já existentes e com tudo o que se aprendeu antes. Toda inovação tecnológica surge a partir de conhecimentos já existentes, e estes são originários dos avanços da manufatura, que cedeu lugar à tecnofatura. Toda tecnologia é social por excelência. Começa com uma necessidade local e soluciona um obstáculo de desenvolvimento social universalizado, consistindo, dessa forma, não apenas em ferramentas e aplicativos, mas em processos e soluções a serem implementados"*. (GUERREIRO, 2006, p. 169-170).

[3] Neste sentido: *"Juntas, ciência e técnica não param de surpreender e revolucionar. Mas, esta ciência vencedora é simultaneamente hegemônica e precária. O capitalismo global apossou-se por completo dos destinos da tecnologia, libertando-a de amarras meta físicas e orientando-a única e exclusivamente para a criação de valor econômico. Transformados em fator fundamental na disputa dos mercados e na acumulação capitalista global, os vetores tecnológicos se autonomizaram definitivamente de considerações de natureza ética, social ou de políticas públicas"* (DUPAS, Anais, 2001b, p. 4).

[4] <http://www.inclusaodigital.gov.br/inclusao/noticia/numero-de-internautas-no-brasil-se-aproxima-dos-40-milhoes/>

[5] *"A complexificação multidimensional que opera a emergência duma microestrutura nova (...) opera igualmente a emergência duma macroestrutura, que faz estoirar o quadro fechado da paleossociedade, alarga e enriquece a esfera demográfica da organização social"* (MORIN, 1973, p. 157-158).

[6] Ao analisar o fenômeno da mudança paradigmática da ciência e do direito, BEHRENS (2007, p. 113 e 115) entende que *"o paradigma das complexidades vem alertar a comunidade em geral para a necessária inclusão social na busca de convivência pacífica da humanidade na comunidade mundial, especialmente, na tentativa da superação de conflitos entre os povos, de neutralização de processos de violência e de supressão das atitudes de agressão à natureza e aos seres vivos. (...) O*

paradigma da complexidade absorve características fortemente enfocadas na visão de totalidade, de interconexão, de inter-relacionamento, e, especialmente, na superação da visão fragmentada da sociedade”.

[7] *“O que está hoje a morrer não é a noção de homem, mas sim a noção insular do homem, separado da natureza e da sua própria natureza (...). Dobram os sinos por uma teoria fechada, fragmentária e simplificante do homem, Começa a era da teoria aberta, multidimensional e complexa”.* (MORIN, 1973, p. 193).

[8] *“Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito a vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende a habitação) e sobrevivência”.* (FACHIN, 2003, p. 189).

[9] *“o Poder Judiciário, antes periférico na práxis republicana, tem assumido novos papéis e repensando as suas estratégias. Nas democracias consolidadas, ele não apenas terá que responder ao anseio dos que se encontram à margem da afluência material e comunicacional daquelas sociedades, mas, em o fazendo, contribuir para a regeneração dos institutos pelos quais a liberdade pôde ser vivida, até aqui, como grande promessa da modernidade. Nas democracias mais recentes, ainda em processo de consolidação, os desafios se multiplicam – são maiores os clamores por igualdade e, portanto, os virtuais percalços para a afirmação das instituições da liberdade”.* (VIANNA, 1999, contracapa).

[10] *“A maior parte dos movimentos sociais e políticos do mundo, de todas as tendências, usa a Internet como forma privilegiada de ação e organização. (...). A Internet é a estrutura organizativa e o instrumento de comunicação que permite a flexibilidade e a temporalidade da mobilização, mantendo, porém, ao mesmo tempo, um caráter de coordenação e uma capacidade de enfoque dessa mobilização”.* (MORAES, 2005, p. 277).

[11] Segundo Castells (In MORAES, 2005, p. 256), *“a primeira pesquisa séria sobre usuários da Internet, de fins de 1995, assinalava que havia cerca de 350 milhões de usuários em todo o mundo. As previsões conservadoras dão conta de em 2005-2007 chegaremos a 2 bilhões, no mínimo. É bem verdade que isso constitui apenas uma terça parte da população do planeta, mas isso quer dizer, ponderando em termos das sociedades mais desenvolvidas, que nas sociedades de nosso contexto as taxas de penetração estarão entre 75 e 80%”.*

[12] *“A grande expansão econômica internacional da segunda metade do século XIX está associada ao extraordinário desenvolvimento da tecnologia dos transportes: o motor a vapor, a ferrovia, os navios de casco de ferro, bem como aos avanços nas comunicações e ao desenvolvimento da eletricidade. De modo análogo, o atual*

fenômeno da globalização está profundamente vinculado ao desenvolvimento do transporte aéreo e das empresas transnacionais, à revolução nas comunicações e na tecnologia de computação, e às sinergias entre esses elementos-chave do processo" (PERIN JR, 2003, p. 47).

[13] Conforme manifestação do Des. Antônio Souza Prudente, o Poder Judiciário não poderia valer-se da ajuda financeira de uma empresa privada, no caso, a Souza Cruz. Para ele: o Judiciário *"deve portar-se, no meio social, com eficiência e moralidade, independência e honradez, na oportuna e eficaz distribuição da Justiça, evitando sempre a receptação de 'oferendas' financeiras do setor privado, ainda que se lhe apresentem com a máscara dos propósitos mais nobres e socialmente justificáveis"*, sendo inadmissível aceitar qualquer ajuda econômica de empresas privadas em favor do poder público, em especial da Souza Cruz, cuja atividade é atentatória à manutenção do ecológico. Prudente classificou, ainda, a parceria de espúria, moralmente reprovável e constitucionalmente repudiada, a ponto de comprometer o bom nome, a moralidade e o grandioso "Papel da Justiça". (NANCI, *Consultor Jurídico*, 2005).

[14] Neste sentido WAMBIER (2007, p. 294): *"Diz-se oficialmente porque alguns atos processuais já vinham sendo realizados por meios eletrônicos, em virtude da iniciativa de poucos tribunais ainda que, às vezes, apenas para permitir a prática de atos pelas partes por meio de e-mail nos termos da Lei 9.800/1999. Os atos realizados nos termos desta lei, no entanto, dependem de confirmação, com a entrega de petição original no prazo legal. Não é possível afirmar, neste caso, que se está diante de um 'processo eletrônico', no sentido ora empregado pela Lei 11.419/2006"*

[15] *"A integridade dos arquivos de um sistema operacional é um fator crítico para a segurança do mesmo, pois, uma vez que ela não possa ser garantida, não há certeza da validade dos dados nele contidos e, por conseqüência, nem do seu comportamento. Por exemplo: uma vez que um agente malicioso obtenha algum tipo de acesso a um sistema, dependendo dos privilégios de acesso, ele poderá alterar, substituir ou mesmo incluir novos arquivos com o intuito de esconder os traços da invasão, garantir futuros acessos ou ainda alterar configurações de diferentes serviços a fim de obter um maior nível de acesso. Sem a garantia da integridade dos arquivos, essas ações maliciosas dificilmente serão notadas e o agente malicioso obterá sucesso em sua investida"*. (SERAFIM e WEBER, *Anais*, 2001, p. 169).

[16] *"Detecção de intrusão é o processo de identificar e responder a atividades mal intencionadas, direcionadas para recursos computacionais e de rede"*. (AMOROSO, 1999, p. 218).

[17] Disponível em <http://www.curia.europa.eu>.

[18] *"A diminuição da duração dos processos, já observada nos anos de 2003 a 2005, consolidou-se em 2006. No que diz respeito aos reenvios prejudiciais, a duração média dos processos é atualmente de 19,8 meses, ao passo que se situava em 25,5 meses em 2003, 23,5 meses em 2004 e 20,4 meses em 2005. Uma análise comparativa revela que, desde 1995, a duração média dos processos prejudiciais atingiu o seu nível mais baixo em 2006. Quanto às ações e recursos diretos e aos recursos de decisões do Tribunal de*

Primeira Instância, a duração média foi, respectivamente, de 20 e 17,8 meses (21,3 meses e 20,9 meses em 2005)”. Disponível em <http://www.curia.europa.eu>.

[19] Cruz e Tucci relata que em estudo promovido pela *American Bar Association* o tempo tolerável de duração dos processos nos tribunais ordinários da justiça norte-americana seria de 12 meses em 90% das causas cíveis em geral, sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais deveriam ser resolvidos em 24 meses, por força também da cláusula do julgamento rápido (*“speedy trial clause”*), contemplada pela 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. (CRUZ E TUCCI, 1997. p. 77-78).

[20] Dados oficiais da Justiça Federal Norte-americana - disponível em <http://www.uscourts.gov>.

[21] Nessa tendência de celeridade e razoável duração do processo foi proposto Projeto de Lei nº. 7599/2006, dispendo a respeito de indenização devida pela prestação jurisdicional em prazo não razoável. Diz o art. 1º do referido projeto que o Poder Público indenizará os vencedores das ações judiciais, nas quais a prestação jurisdicional, e a conseqüente satisfação de direitos dos vencedores, tenha excedido razoável duração, fixada em lei com fundamento no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. E, reproduzindo a Lei italiana nº. 89, de 24.03.2001, o artigo 6º do Projeto 7599/06 ainda estabelece a aplicação da responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º da CF/88 aos agentes do Poder Judiciário responsáveis pela prestação jurisdicional em prazo não razoável. (Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/427722.doc>). As Constituições francesa e espanhola também se sedimentam nesse sentido, sendo que *“detectada a dilação inoportuna, o tribunal condena os ‘cofres públicos’ do país demandado a uma indenização compatível com os prejuízos material e moral sofridos pelo litigante ou acusado queixoso”*. (CRUZ E TUCCI, 1997. p. 140).

[22] Disponível em <http://www.mj.gov.br>

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO*

THE PUBLIC ADMINISTRATION PROCESS PREROGATIVES AND THE FUNDAMENTAL PROCESS PRINCIPLES

**Ana Cristina de Paula Cavalcante Parahyba
Juvencio Vasconcelos Viana**

RESUMO

O presente estudo parte de uma análise teleológica das prerrogativas processuais conferidas pela legislação infra-constitucional ao Poder Público em juízo. Enquanto matéria bastante discutida na seara jurídica, questiona-se a lógica e legitimidade do tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública, já que, à primeira vista, as diferenciações que lhe são outorgadas, parecem não se amoldarem às novas concepções dos princípios processuais elevados à categoria dos direitos fundamentais, cuja premissa maior é a efetividade da prestação jurisdicional. Considerando-se o interesse público das lides que envolvem os entes públicos, e a indiscutível supremacia desse em detrimento do privado, busca-se no princípio da isonomia atingir a igualdade substancial entre a Fazenda Pública e o particular. Justificadas como meio necessário para suprir a hipossficiência da Fazenda Pública que dificulta a sua defesa em juízo em comparação aos particulares, as prerrogativas que tornam peculiar o processo judicial em que a Fazenda seja parte, conferem a esse processo, a sua característica mais popular: a morosidade. A questão demanda uma análise da razoabilidade de cada uma das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, distinguindo o que é mero privilégio daquilo que realmente se configura com as situações de *discrimen*, visando, com isso, afastar de imediato, as medidas excessivamente gravosas às garantias constitucionais do particular.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO CIVIL; PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA; PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

ABSTRACT

The present study begins with a teleological analysis of the process prerogatives conferred to the State under trial by the infra-constitutional legislation. As a matter frequently discussed into juridical area it is questioned the logic and legitimacy of differentiated treatment given to the Public Administration, once at first glance

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

differentiations that are granted to it do not seem adequate to new conceptions of process principles elevated to the category of the fundamental rights whose the most important premise is the effectiveness of judgement. Regarding the public interest involved in the conflicts affecting the public entities, and the unquestionable supremacy of it against the private interests, it is seek in the principle of isonomy to achieve substantial equality between Public Administration and citizens. Justified as a necessary way to suppress the presumed weakness of Public Administration, which has a lot of difficulties in its defense in judgment as compared with individuals, the process prerogatives that make to be peculiar the processes involving the Public Administration give to these processes its most popular feature: the slowness. The question demands an analysis of reasonableness of each of the privileges granted to the Public Administration, distinguishing what is merely privilege of what conforms situations of discrimen, aiming immediatly with this to turn aside the measure excessively burdensome to citizenship constitutional guarantee.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE; PREROGATIVES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION; FUNDAMENTAL PROCESS PRINCIPLES

INTRODUÇÃO

As prerrogativas processuais concedidas em benefício da Fazenda Pública estão consagradas no direito processual civil brasileiro enquanto corolários de normas constitucionais, conseqüência da prevalência do interesse público sobre o privado, sob o firme entendimento de que, ao se resguardar a Administração Pública, nada mais se faz senão assegurar os próprios interesses da sociedade, ainda que não imediatos.

Os princípios norteadores da Administração Pública - *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração*, ensejam uma série de peculiaridades que autorizam algumas adaptações ao processo civil a fim de amoldá-lo ao regime de direito público, [1] para a correta e eficaz defesa dos interesses públicos.

Nesse contexto, insere-se o debate acerca dessas prerrogativas processuais a favor do Poder Público em confronto com os princípios processuais inseridos na Constituição de 1988.

A existência de prerrogativas processuais em face da Fazenda Pública é um tema que vem merecendo uma análise mais acurada dos processualistas nacionais, haja vista que promove, indistintamente, um processo mais lento, prejudicando, na maioria das vezes, a efetividade da tutela judicial nos litígios que envolvem o Poder Público.

Essa preocupação tem sua razão de ser ao se observar a efetividade do processo como direito e garantia fundamental, sob pena de se perder no tempo o direito pretendido.

Há que se ponderar a real necessidade do tratamento processual diferenciado dado à Administração Pública em juízo, que, ao envolver direitos fundamentais, encontra no princípio da razoabilidade, o melhor caminho para uma solução que se ajuste aos valores intrínsecos da Constituição Federal, evitando assim tecnicismos exagerados, a

fim de se obter uma Justiça solucionadora de conflitos, e não institucionalizadora desses.

1 AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Tradicionalmente, na legislação brasileira, o Poder Público goza de vários benefícios que decorrem do próprio conceito de Estado, sob o argumento de igualar esse em relação ao particular quando em juízo.

O tratamento diferenciado dado a Fazenda Pública quando de sua atuação em juízo se materializa ante a existência de vários institutos que podem ser vistos tanto no Código de Processo Civil quanto na legislação extravagante, o que consolida cada vez mais o reconhecimento da existência de um sistema processual distinto concedido ao Poder Público.

Observa-se que esses institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, comumente denominados na doutrina de “prerrogativas”, se originaram em face da necessidade de estabelecer a igualdade na relação processual em que o Poder Público fosse parte, com o objetivo precípua de resguardar o interesse público.

Sob esse mesmo argumento, ainda hoje, se defende a existência das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública.

No entanto, diante da nova face do processo, que alçou junto à Constituição de 1988 o status de direitos e garantias fundamentais, impõe-se confrontar a pertinência desses benefícios em face dos princípios processuais.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o abuso dessas prerrogativas gera dificuldades no litígio judicial com o ente público, impondo ao particular um esforçado exercício de paciência até a solução do conflito. O desestímulo de que padece o jurisdicionado a ascender à Justiça nas causas que envolvem o poder público se constitui numa verdadeira ofensa a *direitos fundamentais processuais*, expressão esta defendida por Fredie Didier Jr.[2]

A situação é conflitante. Se, de um lado se tem princípios constitucionais da Administração Pública relevantes, voltados para o interesse público - princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e a da indisponibilidade do interesse público pela Administração, de outro, tem-se as garantias processuais constitucionais individuais, elevada à categoria dos Direitos Fundamentais.

José dos Santos Carvalho Filho, filiado à corrente que defende a manutenção das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, rechaça as opiniões que se manifestam no sentido da hegemonia dos interesses privados amparados em direitos fundamentais sobre o princípio administrativo da supremacia do interesse público, sob o argumento de que este, enquanto corolário natural do regime democrático, não pode ser suplantado por direitos fundamentais.[3]

Em sentido contrário, pode-se observar o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno que anuncia que certos privilégios da Administração não se coadunam com o atual contexto da Constituição Brasileira pelo qual a tutela jurisdicional deve ser efetiva, de resultados, e não de mera declaração ou de reparação.[4]

Entre as inúmeras discriminações existentes a título de resguardar a igualdade das partes em juízo, a legislação processual confere à Fazenda Pública prazos dilatados (art. 188, CPC); de dispensa de preparo (art. 511, § 1º CPC); desnecessidade de adiantamento das despesas processuais; pagamento de condenações por quantia mediante precatório (art. 100, CF; arts. 730 e 731, CPC); restrições à execução provisória; vedações às medidas liminares e à tutela antecipada (Lei nº 9.494/1997), entre outras, tais como a intimação pessoal nas execuções fiscais (art. 25 da Lei nº 6.830/80); dispensa de fazer depósito de 5% sobre o valor da causa nas ações rescisórias (art. 488, caput, CPC); prescrição quinquenal em relação às dívidas passivas (art. 1º do Decreto nº 20.910/32).

A concessão dessas prerrogativas processuais ao ente público é matéria que vem sendo, desde há muito tempo, objeto de repúdio por parte de muitos juristas. Inconformados em face do retardamento e conseqüente prejuízo à efetividade do processo, que apontam como conseqüência direta dos “privilégios” da Fazenda Pública, os que se perfilham a essa corrente defendem o término dessas diferenciações processuais como o meio de alcançar e garantir a realização dos princípios processuais que, a partir de um ponto de vista constitucional se vêm hoje elevados à categoria de direitos fundamentais.

Eis aí o ponto nevrálgico da questão hoje discutida pela doutrina e jurisprudência em face das prerrogativas concedidas ao Poder Público em juízo: a possível violação do princípio constitucional da isonomia em razão de normas processuais favoráveis à Fazenda Pública e suas conseqüências quanto à efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

1.1 DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

José dos Santos Carvalho Filho define o Estado enquanto um ser personalizado capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica. [5]

As funções do Estado são exercidas de forma harmônica e equilibrada, através da clássica tripartição de Poderes concebida por Montesquieu, qual seja, “Executivo”, “Legislativo” e “Judiciário”, independentes entre si, cujo axioma repousa na limitação do poder do governante, visando prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública.[6]

O exercício das funções pelos Poderes do Estado é atribuído aos seus diferentes órgãos, aos quais essas funções não são restritas, mas preponderantes, tanto assim que os Poderes Judiciário e Legislativo podem exercer a função executiva e, como tal, investirem-se no papel de Administração Pública. Nesse sentido, quando se fala em Administração Pública não se está referindo, apenas e tão-somente, ao Poder Executivo, mas a todos os órgãos que exercem a função administrativa.

Esta ausência de rigor no desempenho de cada órgão da função que lhe confere o nome aponta o real entendimento da independência e harmonia entre os Poderes, posto que, se

de um lado, possuem sua própria estrutura, independente de qualquer outro, devem visar, os fins pretendidos pela Constituição[7].

Nessa esteira de raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Melo evidencia que essa solução normativa vem em auxílio da composição dos chamados “freios e contrapesos”, como forma de promover um maior equilíbrio entre os órgãos dos Poderes, já que, de fato, o Poder é um só.[8]

Assim, pode-se dizer que a expressão *Administração Pública* envolve em seu sentido amplo, os órgãos e entes públicos que podem se submeter a *regime jurídico de direito público* ou *regime jurídico de direito privado*, sendo que somente os que adotam o *regime de direito público* é que gozam, em tese, das prerrogativas inerentes ao então intitulado *regime jurídico-administrativo*.

A expressão regime jurídico da Administração Pública, conforme ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, é utilizada no sentido amplo de abranger tanto o regime de direito privado quanto o regime de direito público[9], sendo que, no primeiro caso, a relação jurídica que se forma entre a Administração e o administrado é caracterizada pela *horizontalidade*, enquanto que, no último caso, a relação jurídica é tipificada pela *verticalidade*, atuando a Administração em posição de privilégio em relação ao administrado, sob o argumento dos princípios consagrados no Direito Administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Já a expressão “regime jurídico-administrativo”, se refere ao conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”[10]

Assim, identificam-se no regime administrativo duas situações opostas que caracterizam sua relação para com o particular. De um lado, as restrições que são impostas à Administração em face da liberdade dos indivíduos. De outro, as prerrogativas que lhe são conferidas com a finalidade de garantir a supremacia do interesse público sobre o particular. [11]

A existência dessas prerrogativas e sujeições (ou restrições), apesar de contraditórias, configura-se, no âmbito do Direito Administrativo, inerentes uma a outra, colocando de um lado, a Administração em posição de supremacia perante o administrado, visando o fim maior da coletividade, e, de outro, limitando sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, acarreta nulidade de seus atos.

No Estado Democrático de Direito, somente a vinculação à busca do interesse público enquanto compromisso indisponível da Administração pode justificar a existência de prerrogativas em seu favor.

É, pois, o interesse público, o alicerce de todos os atos da Administração Pública, remetendo-o à justificação das prerrogativas processuais em face da Fazenda Pública, de modo que, a noção de interesse público apresenta uma importância central no desenvolvimento do presente trabalho.

1.2 O INTERESSE PÚBLICO

O sentido e o alcance da expressão *interesse público* conduz a uma interpretação das mais variadas, e, acaba por evocar conceitos complexos, e, por isso mesmo, sempre careceu de uma definição que pudesse restringir seu uso por parte da Administração Pública. Afinal, o interesse público não poderia ser tratado como um desses conceitos despidos de conteúdo, ou passíveis de serem manipulados para legitimar qualquer atuação do Estado.

A princípio imagina-se que tudo que interesse ao Estado se reveste de *interesse público*. Porém, essa visão simplista poderia atribuir um poder imensurável à Administração Pública, tornando impossível de utilizá-lo como instrumento de controle da atuação administrativa.

Muitos são os interesses públicos hábeis a legitimar a atuação administrativa que se pode extrair da Constituição, observando-se da lição de Leonardo José Carneiro da Cunha que “o interesse público identifica-se com a idéia de *bem comum* e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”[12].

Não se pode, entretanto, opor completamente a idéia do bem individual à do bem comum sob pena de se comprometer a finalidade deste, conforme destaca Miguel Reale:

“Se, como diz Scheler, o bem consiste em servir a um valor positivo sem prejuízo de um valor mais alto, o bem social ideal consistirá em servir ao todo coletivo respeitando-se a personalidade de cada um, visto como evidentemente ao todo não se serviria com perfeição se qualquer de seus componentes não fosse servido” [13]

O conceito de interesse público encontra guarida nos valores máximos da Constituição. Por tal motivo, não se opõe ao Estado. Porém com ele não se confunde. O fato é que o Estado se constitui num vetor do interesse público, cujo compromisso maior é voltado à sua realização, enquanto mecanismo necessário para tal.[14]

A simples participação no processo de entidade de direito público interno, por si só, não conduz à obrigatória suposição de existência de interesse público, impondo-se a análise acerca da matéria envolvida no litígio, ou seja, se há interesse essencial ou de relevância pública a zelar, ou apenas interesse meramente patrimonial que não se configure como um verdadeiro interesse público, o qual exige a presença de algum bem social indisponível transcendental, isto é, acima dos interesses individualizados das partes[15], sob pena de se confundir Fazenda Pública com interesse público.

Depreende-se assim que a idéia de interesse público não se constrói a partir dos entes que a exercem, mas dos beneficiários da atividade administrativa,[16] afastando-se, por definitivo, o conceito de que interesse público seria singelamente “interesse do Estado”. [17]

Por outro lado, o interesse público não se confunde com interesses meramente privados. Mas, há que se ponderar, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, que a prevalência do interesse público em aparente detrimento dos interesses pessoais peculiares de cada um, não é senão uma dimensão dos interesses individuais, a existência de uma relação indissolúvel entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.[18]

Nesse contexto, o autor demonstra que o interesse público não é, simplesmente, o somatório dos interesses individuais, pois não se resume ao interesse da maioria, não sendo necessariamente contraposto ao interesse privado. Entender desse modo poderia criar uma errada idéia de que o interesse público seria um interesse sem qualquer vínculo com os interesses de cada uma das partes que compõem o conjunto social.[19]

É importante reconhecer, no dizer de Marçal Justen Filho, que o interesse público alcança dimensão essencialmente “ética”, adequada ao pluralismo da sociedade contemporânea, e, simultânea subordinação das ações administrativas à satisfação da dignidade da pessoa humana. Sobressaindo-se dessa análise, a “personalização” do fenômeno jurídico em detrimento da sua “patrimonialização”, no sentido de impor o fiel respeito aos direitos fundamentais. [20]

2 A QUESTÃO DA ISONOMIA PROCESSUAL EM FACE DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

A justiça sempre foi tema de reflexão dos grandes filósofos, que, de acordo com o seu tempo, buscavam o alcance do seu conceito, inspirando-se nos ideais das relações humanas, das leis e no Estado.

Desde Aristóteles, o conceito de justiça vinculou-se à idéia de igualdade,[21] que alcançou seu ápice no tempo da Revolução Francesa, época em que se consagraram os direitos de liberdade e igualdade próprios do homem no estado de natureza conforme defendeu Rosseau. [22]

O direito de igualdade representa os direitos fundamentais de segunda geração, conforme entendimento unânime de diversos juristas, em que se concebem os direitos sociais e, por muito tempo, apesar de formalmente positivados na lei, tiveram sua juridicidade questionada em face da ausência de instrumentos que os garantissem. [23]

Evidenciando uma nova realidade do cenário jurídico ocidental, as garantias institucionais surgiram como salvaguarda dos indivíduos em face do preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais criado nas Constituições de diversos países, inclusive a do Brasil.[24]

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe essa inovação ao sustentar os direitos e garantias fundamentais do ser humano em face do Princípio Constitucional da Isonomia, oferecendo indistintamente a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, igualdade de tratamento, para que tenham as mesmas oportunidades de demonstrar suas razões e fazer valer os seus direitos.

Quando se fala em isonomia se pensa em igualdade como critério de Justiça.

Decerto, sem igualdade não se pode auferir qualquer grau de justiça.

Mas os homens não são iguais, de modo que, sendo diferentes, igualá-los matematicamente inviabilizaria uma medida de igualdade, tornando-a, conseqüentemente, injusta.

Assim, para se auferir a verdadeira justiça entre os homens, a igualdade é estabelecida na medida de se tratar desigualmente os desiguais, exurgindo daí o princípio constitucional da isonomia, enquanto o “direito à diferença como meio de se reduzirem essas diferenças”.

A isonomia enquanto princípio constitucional-processual torna possível a simetridade das partes no processo, vez que não se pode admitir no regime democrático uma desigualdade jurídica fundamental sob pena de dissolver as garantias constitucionais do processo.

Com efeito, reconhecida sua relevância pragmática no direito processual, o princípio da isonomia está inserido em vários dispositivos da Constituição da República, sendo evidente sua importância nesta seara do Direito.

A isonomia processual hodiernamente deve ser compreendida sob o aspecto da igualdade substancial ou material, buscando-se promover o equilíbrio processual entre as partes, cuja aplicabilidade prática não pode ser analisada, tão, e puramente, sob o seu ângulo formal.

Esta alteração da visão pragmática da isonomia processual, resultado do conteúdo dinâmico do próprio princípio para promover a igualização das condições entre as partes de acordo com as respectivas necessidades, acabou por ensejar algumas mudanças na interpretação de certos dispositivos da lei processual no afã de que a solução do conflito levado a juízo se aproxime de um maior grau de justiça possível.

Desta forma, a concessão das prerrogativas processuais à Fazenda Pública com vistas a atender o interesse público, se reconhecida uma desigualdade substancial na realidade jurídica-administrativa em relação ao particular, não implicariam necessariamente na quebra do princípio da isonomia.

3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO ANTE AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Fazia parte da práxis forense a existência de processos infundáveis, cujo objeto se perdia no tempo e com ele o interesse e a efetivação do direito tutelado. Era algo tão peculiar às demandas judiciais e enraizado ao *costume* judicial que apesar de gerar desconforto aos jurisdicionados não movia reações contrárias contra tamanha afronta a um direito inerente, próprio de quem procura o judiciário: a efetividade do processo.

Felizmente, a nova perspectiva constitucional dos princípios processuais tem insculpido um comportamento mais arrojado nas relações processuais, visando atender o que antes parecia uma utopia, e proporcionar aos litigantes uma justiça mais célere e, conseqüentemente, mais justa.

Deste modo, é imprescindível se conceber a idéia de tutela jurisdicional de uma forma mais consentânea com os valores hodiernos, especialmente em face da outorga dos direitos oriundos da Constituição brasileira de 1988, que lhes concedeu ampla proteção, tudo a ser concretizado através da via judicial.

Para tanto, é necessário que se possa oferecer uma prestação justa e adequada da tutela jurisdicional, importando aí, a garantia, desde o acesso às vias judiciais quanto à celeridade do processo sob pena de se perder no tempo o direito pretendido.

A necessidade de uma jurisdição efetiva e plena é um assunto que sempre esteve presente no mundo jurídico, no entanto, hoje em dia em razão de sua elevação ao patamar constitucional, determina também uma garantia “de resultado”, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” do direito afirmado.

É oportuno recordar o que disse o insigne Rui Barbosa: “Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta”.

Mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre o direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito suplantado em face da atual contextualização dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu.

Porém, esse avanço não pode ser visto na mesma proporção quando o Poder Público seja parte do litígio. Os diversos dispositivos existentes na legislação processual civil em vigor conferem um tratamento diferenciado em relação ao particular dentro da relação processual acabando por criar verdadeiros óbices à efetividade da prestação jurisdicional.

Desta forma, o fato é que nas causas em que o Poder Público é parte, evidencia-se a impossibilidade de se obter em tempo célere a satisfação do bem tutelado.

Por outro lado, pode-se ainda perceber que a precariedade da efetividade do processo em face da Fazenda Pública serve como um verdadeiro freio ao acesso à justiça pelo particular, que se vê desmotivado a buscar a tutela de um direito, sabendo de antemão o quão difícil será chegar a um “veredicto final”.

Nestes termos, evidencia-se uma verdadeira “contra-reforma” do processo civil, ou seja, colocadas de tal forma, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública acabam se tornando algo genuinamente inverso às tão desejadas agilização e efetividade da prestação jurisdicional.[25]

A expectativa do cidadão como consumidor da tutela jurisdicional e, do Estado como prestador desta, ficam feridos de morte ante a existência indiscriminada de prerrogativas processuais em favor do ente público, muitas das quais, sequer se justificam mais,[26] de modo que, acabam por evidenciar, na verdade, um conflito de valores, já que retiram do Estado, a sua razão de ser, ao argumento singelo da autoproteção, impedindo, ao final que esse cumpra sua função.[27]

4 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NO TRATO DAS DIFERENCIAÇÕES PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

A discussão que se tem visto na seara jurídica acerca da legitimidade, ou não, dos benefícios processuais do Poder Público em juízo é bastante pertinente: a começar pela possível ofensa a direitos fundamentais processuais até a sua real necessidade no

contexto estrutural que hoje existe na Administração Pública ante o avanço tecnológico que vem incrementando toda a estrutura estatal, o elevado número de cargos comissionados e funções de confiança e quadro de procuradores altamente capacitados, oriundo de uma escolha concorrida, seletiva e justa através do concurso público.

Não se pode negar, posto que inconteste, a prevalência do interesse público sobre o privado no âmbito da Administração.

No entanto, esse reconhecimento não legitima se afastar o direito à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, através de um processo jurisdicional equitativo, caracterizado não só pela garantia de acesso aos tribunais, mas principalmente no direito à solução jurídica das lides em um prazo razoável e com garantias de imparcialidade, independência, ampla defesa e contraditório,[28]posto que, ao contrário, se estaria ferindo, também, o *interesse público*.

Assim, indaga-se se os interesses defendidos pela Constituição Federal autorizam as diferenciações processuais em favor da Fazenda Pública em face dos fatores de discriminação erigidos.

Note-se que o inciso LXXVIII acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 (relativa à reforma do Judiciário) que estabeleceu que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, tem por conteúdo o princípio da eficiência (incluído no *caput* do art. 37, no texto constitucional pela Emenda nº 19/98) cuja premissa maior é a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.[29]

Com isso, pode-se concluir que o ordenamento constitucional, reforçando o já reconhecido direito do acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional, erigiu em nível de direito fundamental, a adoção de meios e instrumentos eficazes por parte da Administração e uma conduta eficiente de seus agentes para se obter ao final, a presteza da tutela judicial efetiva.

Desta forma, impõe-se à Administração perseguir uma forma de organização ágil, desburocratizada, objetivando assegurar maior celeridade e eficiência na resolução das demandas, afastando a necessidade das prerrogativas processuais despiciendas que funcionam como escudo de sua própria ineficiência.

5 CONCLUSÃO

É certo é que o trato diferenciado da Fazenda Pública no processo não pode prejudicar (ou mesmo aniquilar) a efetividade do processo, que, enquanto instrumento de realização do direito material, é imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.

Diante da nova face constitucional do processo não há como se admitir continuar existindo amplas desigualdades em favor do Poder Público através da concessão de prerrogativas trazidas ao sistema de forma casuística e desarrazoada que acabam se

tornando algo contrário à tutela judicial efetiva,[30] não se coadunando com os valores inseridos na Constituição de 1988.

Mesmo que se possa reconhecer a necessidade de algumas das prerrogativas processuais como forma de a Fazenda desenvolver um “ritmo possível” à sua atividade em juízo[31], impõe-se ponderar a real precisão de cada um desses benefícios, avaliando a proporcionalidade e razoabilidade entre o real alcance dos interesses que visam resguardar.

Cumpre-se refletir que, se por um lado, o Estado vem adotando um modelo privatístico a fim de melhorar o funcionamento da máquina administrativa, por outro, na contramão de direção, as regras processuais vêm em sua defesa com maior intensidade, e, muitas vezes procrastinando o resultado útil do processo apesar do bom e sabido direito defendido pelo particular, como se, ao invés de resguardar o interesse público, a Fazenda Pública visasse o seu próprio interesse.

A partir daí, surge a responsabilidade do Estado-Juiz de reprimir os excessos praticados pelo Estado-parte, quando este, valendo-se de seu tratamento diferenciado, abusa dessas prerrogativas. [32]

Entretanto, os fatores de *discrímen* (dificuldade de defesa judicial da Fazenda Pública) não devem servir de desculpa para contrariar situações devidamente consagradas nas garantias constitucionais de razoável duração do processo e efetividade processual.

Deve a Administração promover os meios necessários para atingir a excelência exigida em face do princípio da eficiência inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19/98, pelo qual restou o Estado obrigado à boa qualidade do serviço prestado.[33]

Pode-se até dizer que a manutenção dessas prerrogativas acaba por prejudicar o desenvolvimento organizacional da estrutura administrativa em razão de não estimular maior investimento e empenho profissional a fim de atender os mandamentos constitucionais processuais e administrativos.

Impõe-se um sopesamento dos valores que cercam a questão, de modo, que encontrando um meio-termo entre eles, se possa evitar a tão propalada *não-efetividade do processo* em face da Fazenda Pública.

O ideal, parece, seria reduzir os “privilégios” desnecessariamente dados à Fazenda Pública, deixando no sistema tão-somente as verdadeiras prerrogativas, as mínimas necessárias ao essencial exercício do seu contraditório. É preciso um ‘enxugamento’ do sistema. [34]

Enfim, não restam dúvidas que essas prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública podem ensejar o desvio dos princípios que regem o processo, daí a importância de se verificar a sua razoabilidade, observando se essas se prestarão ao acautelamento dos procedimentos como forma de zelar pela defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, posto que, caso contrário, não passarão de meros e ofensivos privilégios processuais.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

_____ *Teoria do Estado*, 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO. Cassio Scarpinella, *O Poder Público em Juízo*, 4ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CINTRA. Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, DINAMARCO; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 17ª. ed., São Paulo: Editora Malheiros. 2001.

CUNHA. José Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 1ª. ed., São Paulo: Dialética. 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*, 1ª. ed., tradução e notas de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

DIDIER Jr. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, vol. 1, 9ª. ed., Salvador: Editora Jus Podivm , 2008.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª. edição, São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

PEREIRA. Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3ª. ed., São Paulo: Renovar. 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 14ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

REALE. Miguel, *Filosofia do Direito*, 20ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos Viana, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, 1ª. ed., São Paulo: Dialética, 2003.

[1] PEREIRA. Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3ª. ed., São Paulo: Renovar. 2008, p. 20

[2] DIDIER Jr. Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento* vol. 1, 9ª. ed., Salvador: Editora Jus Podivm , 2008, p. 28.

- [3] CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 26.
- [4] BUENO. Cassio Scarpinella, *O Poder Público em Juízo*, 4ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 320
- [5] CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. 1
- [6] BONAVIDES. Paulo, *Teoria do Estado*, 6ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41-42
- [7] Idem. p. 2
- [8] MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2004.p. 30
- [9] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 14ª. ed. São Paulo:Atlas, 2002. p. 64
- [10] Idem. p. 64
- [11] Idem p.65.
- [12] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 157 *apud* CUNHA. José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 1 ed., São Paulo: Dialética. 2003. p. 27
- [13] REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 20ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271
- [14] PEREIRA. Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. 3ª. ed., São Paulo: Renovar. 2008, p. 43
- [15] VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, 1 ed., São Paulo: Dialética, 2003. p. 45-46
- [16] CUNHA. José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 1 ed., São Paulo: Dialética. 2003. p. 27
- [17] PEREIRA. Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. 3ª. ed., São Paulo: Renovar. 2008, p. 40
- [18] MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2004.p. 51-52
- [19] idem, p. 50-53

[20] Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 136, apud PEREIRA. Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3ª. ed., São Paulo: Renovar. 2008, p. 44

[21] VECCHIO. Giorgio Del, *História da Filosofia do Direito*. Trad. De João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 25.

[22] Idem. p. 103-109

[23] BONAVIDES. Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 564-565

[24] idem

[25] VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, 1 ed., São Paulo: Dialética, 2003. p. 27

[26] BUENO. Cassio Scarpinella, *O Poder Público em Juízo*, 4ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 320

[27] Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000, p. 95 e 99 apud BUENO. Cassio Scarpinella, *O Poder Público em Juízo*, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321

[28] CANOTILHO. J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra:Edições Almedina. 2003, p. 433.

[29] CARVALHO FILHO. José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 23-25.

[30] VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, 1 ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 316

[31] ROSA. Antônio José Miguel Feu. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*, p. 12 apud VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, 1 ed., São Paulo: Dialética, 2003. p. 40

[32] *Op.cit.*, p. 34

[33] CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 19

[34] *Op.cit.*, p. 316

**A PREVENÇÃO COMO REGRA DE EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA NO
PROCESSO PENAL: UMA (RE)LEITURA NECESSÁRIA A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E
DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ESPANHA. ***

**THE PREVENTION AS AN EXCLUSION RULE OF COMPETENCY ON THE
CRIMINAL PROCEDURE: A NECESSARY (RE)READING COMMENCING
FROM THE JURISPRUDENCE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND FROM THE CONSTITUTIONAL COURT OF SPAIN.**

André Machado Maya

RESUMO

O presente trabalho é parte integrante do projeto de pesquisa em desenvolvimento no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, no qual pretende-se, desde a leitura da imparcialidade dos órgãos jurisdicionais como uma garantia fundamental dos acusados no processo penal, analisar o tratamento dispensado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Constitucional Espanhola à regra da prevenção do juízo no processo penal. Num segundo momento, o estudo questiona a compatibilidade das regras da prevenção, previstas na legislação processual brasileira, em face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO – PROCESSO – IMPARCIALIDADE – PREVENÇÃO.

ABSTRACT

The present paper constitutes part of a research project being developed in the Master Degree in Criminal Sciences at Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, which intends, from the approach of taking the impartiality of the jurisdictional organisms as a fundamental guarantee of the accused on the criminal procedure, to analyze the treatment given by the European Court of Human Rights and by the Constitutional Court of Spain to judgment prevention rule on the criminal procedure. In a second moment, this work intends to question the compatibility of prevention rules, due to the Brazilian legislation, in comparison to the Human Rights International Agreements.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: JURISDICTION – PROCESS – IMPARTIALITY – PREVENTION.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal, como ramo do direito que atua diretamente sobre as liberdades individuais, deve ser compreendido, no âmbito do Estado Democrático de Direito, como uma relação em contraditório entre acusador e acusado, um processo de partes, em que o juiz deve se posicionar como um terceiro observador, comprometido com a tutela dos direitos fundamentais previstos, tanto na Carta Constitucional, quanto nos tratados internacionais de direitos humanos.

Seguindo essa orientação, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde a década de 1980, vem firmando seu entendimento no sentido de preservar o direito, de qualquer acusado no âmbito do processo penal, de ser julgado por um juiz imparcial. Nos paradigmáticos casos *De Cubber* e *Piersak*, por exemplo, o TEDH consagrou a incompatibilidade dos poderes investigatórios dos magistrados com a sua função de julgador. É também essa a jurisprudência já assentada no Tribunal Constitucional da Espanha, que na célebre sentença 145/88 afirmou que o juiz instrutor está impedido de julgar o processo, sob pena de violação da imparcialidade objetiva.

É a partir dessa compreensão da imparcialidade como garantia fundamental dos acusados em processo penal, essência da própria atividade jurisdicional, que pretendemos analisar as regras processuais e regimentais brasileiras que definem a prevenção do juízo como critério de fixação da competência, traçando uma linha comparativa entre a legislação infraconstitucional brasileira, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais que versam sobre os Direitos Humanos.

2. A epistemologia garantista de Luigi Ferrajoli como referencial de um modelo justo e ético de processo penal.

Segundo a teoria proposta por FERRAJOLI,[1] o sistema penal fundamenta-se a partir de cinco princípios chaves (legalidade, materialidade ou lesividade, responsabilidade pessoal, juízo oral e contraditório, e presunção de inocência), a partir dos quais é formulado um sistema epistemológico voltado à redução da arbitrariedade do poder judicial, com base no princípio da estrita legalidade e orientado por uma atividade processual de natureza cognoscitiva dos fatos e recognoscitiva do direito.

O princípio da estrita legalidade, orientado a garantir a liberdade dos indivíduos, a partir do qual lhes é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, não passaria de uma garantia meramente formal não fosse a existência de mecanismos processuais voltados a lhe assegurar eficácia. O processo penal, nessa perspectiva, funciona como instrumento cuja finalidade é, também, limitar a atuação punitiva estatal e garantir a intangibilidade do núcleo mínimo dos direitos fundamentais. Daí porque FERRAJOLI destaca a natureza cognoscitiva e recognoscitiva da atividade judicial, que ao contrário das

atividades política e legislativa, as quais pautam-se por juízos valorativos, deve orientar-se de forma indutiva, buscando, com base nas provas produzidas pelas partes, legitimar-se a partir de uma concepção de verdade aproximativa.[2]

Assim, a garantia de direitos fundamentais mínimos pressupõe a vinculação máxima possível do juiz à lei. Daí porque FERRAJOLI propõe o princípio da estrita jurisdicionalidade, fundado na verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e na produção de provas pelas partes, através de procedimentos lícitos que permitam formar um juízo de veracidade ou falsidade processual.[3]

A partir dessa perspectiva, FERRAJOLI afirma não ser suficiente a simples existência de *um* processo para que estejam justificadas culpa e pena. A verificabilidade ou refutabilidade da acusação, donde se extrai a legitimidade do poder jurisdicional, pressupõe um processo formulado sobre bases democráticas, sustentado sobre os axiomas *nullum iudicium sine accusacione, sine probatione et sine defensione*,[4] garantindo, assim, a separação entre as atividades de acusar e julgar, a decisão com base em provas lícitas produzidas pelas partes, e o respeito aos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa.

3. A JURISDIÇÃO NO MARCO DOS MOVIMENTOS RACIONALISTAS E HUMANISTAS DO PERÍODO LIBERAL.

A atual concepção de jurisdição remonta suas origens ao séc. XVIII, com o surgimento do Estado moderno, quando Montesquieu, inserido em um contexto histórico dominado pela razão, estruturou sua proposta de organização tripartida do Estado, cuja essência repousava na separação dos seus poderes em três diferentes frentes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Antes disso a jurisdição era exercida pelos próprios particulares,[5] o que se tornou inviável na medida em que ganhavam relevo os direitos naturais à vida, liberdade, dignidade e propriedade, dentre outros, todos fazendo referência, ao mesmo tempo, a cada um dos indivíduos[6] e à sociedade formada por eles.

Nesse contexto de Estado liberal surgia, então, a figura do juiz independente do Poder Executivo e neutro em relação às pretensões das partes. Era preciso um julgador externo ao *conflito* estabelecido entre as partes, isento, a quem competia tão-somente declarar a lei, sem emitir nenhum juízo valorativo a respeito do caso *sub iudice*, motivo pelo qual POZZEBON afirma que não havia espaço para outra caracterização do Poder Judiciário que não fosse a de um poder nulo, ou para outra função do juiz que não fosse a de “boca da lei”. [7]

Muito embora esse ideal de neutralidade do juiz viesse a ser abrandado com a passagem do Estado liberal para o Estado social, em que o Poder Judiciário passou a ser chamado a intervir para assegurar determinados direitos dos indivíduos (fase em que ganharam relevância os princípios de direito, diante da necessidade de *interpretar* a lei), essa

estrutura racionalista de jurisdição fundada sobre o afastamento absoluto do juiz em relação às partes e ao objeto do litígio persistiu, orientando a atual concepção de jurisdição, agora sob o prisma da imparcialidade do órgão jurisdicional.

4. A exclusividade da jurisdição criminal como garantia fundamental.

O enunciado dos direitos individuais como objeto de proteção por parte do Estado, a separação dos poderes e a submissão ao império da lei foram as três principais características do período liberal que conduziram ao surgimento do denominado *Estado de Direito*, um modelo de Estado no qual a função de dizer a lei (*juris dictio*) passa a ser exclusiva do Poder Judiciário.

Consoante lição de CHIOVENDA, a partir desse período o Estado passou a expressar o seu poder soberano através do exercício da jurisdição única.[8] Ao contrário do que ocorria em outros modelos de Estado, não se admitia mais a “*multiplicidad de jurisdicciones característica del Antiguo Régimen.*”[9] De fato, partindo-se da premissa tripartite proposta por Montesquieu, cujo ideal era justamente garantir a neutralidade do julgador na aplicação da lei, não faria sentido a divisão do exercício da atividade jurisdicional entre os demais poderes.

No âmbito criminal, essa exclusividade da função jurisdicional evidencia-se em razão da natureza dos interesses em jogo, que são de caráter público, e por isso não podem se resolver fora da jurisdição estatal. Trata-se, no caso, de uma espécie de indisponibilidade que funciona como pressuposto para a aplicação da lei penal, formando, ao lado dos conhecidos axiomas *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, “*el triple fundamento de la legalidad penal en todo estado de derecho.*”[10]

Essa concepção de jurisdição criminal como garantia fundamental é também trabalhada por FERRAJOLI, ao referir-se à *garantia de jurisdiccionalidad* como a principal dentre todas as garantias processuais. Com efeito, a aplicação da lei penal depende, inexoravelmente, da prévia existência de um procedimento judicial em que seja assegurado ao réu a utilização de todos os meios de defesa possíveis. Trata-se de uma garantia de natureza instrumental, voltada à correta aplicação da lei penal e à proteção dos direitos fundamentais dos acusados criminalmente.

No direito pátrio, GIACOMOLLI leciona que a inadmissibilidade da resolução de problemas penais fora da jurisdição oficial estatal é reflexo do monopólio que o Estado exerce sobre a atividade jurisdicional. Esse princípio da exclusividade da jurisdição, segundo o autor, abrange ainda outras esferas de Poder do Estado, em especial o Legislativo, na medida em que somente ao legislador é dado estabelecer as condutas puníveis e as sanções criminais, não havendo, fora da esfera legislativa, tipicidade criminal e, por consequência, atividade sancionadora constitucionalmente legítima.[11]

Assim, essa atribuição exclusiva da função jurisdicional penal ao Estado deu ensejo a garantias hoje inafastáveis, tais como a do juiz natural, independente e imparcial, do devido processo legal, e, via de consequência, da própria inafastabilidade da jurisdição

penal, que não pode ser recusada, declinada e tampouco prorrogada. Corroborando esse entendimento, AURY LOPES JR. destaca que a garantia da jurisdicionalidade deve ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo.[12]

5. Independência e imparcialidade como caracteres informadores da atividade jurisdicional.

Do contexto em que a concepção de jurisdição se originou e se consolidou, extrai-se a relevância de duas de suas principais características: a independência e a imparcialidade. A primeira, estabelecendo um distanciamento entre o juiz e os demais Poderes, e mesmo em face dos outros órgãos do próprio Poder Judiciário; e a segunda, como garantia da exata aplicação da lei penal ao caso *sub judice*, evitando que a vinculação do juiz com as partes ou com o objeto do processo interfira no resultado da atividade jurisdicional.

Ambos caracteres informadores da jurisdição, ao garantir, em tese, a possibilidade de um julgamento de acordo com a lei, neste caso compreendida *latu senso*, funcionam reflexamente como mecanismos inibidores de arbitrariedades e abusos do poder punitivo estatal que possam eventualmente violar as liberdades individuais dos acusados em processo penal.[13]

A imparcialidade, segundo lição de MONTERO AROCA,[14] deve ser compreendida a partir da noção do que seja a atividade jurisdicional, assim entendida como aquela na qual o Poder Judiciário substitui o interesse de outrem, atuando, pois, com o que chama de desinteresse objetivo, voltado unicamente para a aplicação do direito ao caso concreto. Isso, entretanto, só se faz possível na medida em que o juiz atue pautado por um desinteresse subjetivo, ou seja, de forma imparcial, sem valer-se da sua posição para atender ao interesse de uma das partes no processo, mas limitando-se a aplicar o direito objetivo ao caso concreto. Uma coisa, portanto, é o desinteresse objetivo característico da função jurisdicional; outra, o desinteresse subjetivo que deve orientar a atuação da pessoa do juiz em relação a um determinado processo que lhe é dado julgar.

Nesse contexto, o não ser parte, ou a *imparcialidad*, a que faz menção WERNER GOLDSCHMIDT,[15] funciona como um pressuposto da noção de imparcialidade, pois a abstração subjetiva inerente a essa qualidade do julgador somente se faz possível na medida em que o juiz não tiver nenhum interesse no resultado da contenda, o que só se alcança nas hipóteses de heterotutela. MONTERO AROCA, entretanto, ressalta que o *não ser parte* é algo objetivo, que se aproxima mais da essência da atividade jurisdicional do que da própria idéia de imparcialidade. Na sua ótica, o fato de o julgador ser também parte no processo viola não somente a imparcialidade, mas, antes, nega a própria existência de atividade jurisdicional.[16]

De qualquer sorte, parece não haver controvérsia sobre a alocação da *imparcialidad* como pressuposto da imparcialidade. ARAGONESES ALONSO, comentando a lição

de Werner goldschmidt, esclarece que os dois conceitos não se confundem, mas que a imparcialidade, compreendida como *“una especie de motivación consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente”*, é um conceito superior ao de *imparcialidad*, que identifica-se com a superação dos meios coativos de autotutela.[17]

A imparcialidade do juiz, assim, surge do contexto da garantia da independência dos julgadores, *“uno de los principales principios políticos no ya del derecho procesal sino del Derecho en general, basada en el de legalidad”*,[18] a qual deve ser compreendida como a absoluta liberdade do juiz para decidir o processo de acordo com a lei, estabelecendo um leque de proteção externa que FERRAJOLI vai denominar de *función de contra-poder* do Poder Judiciário, a quem compete o controle de legalidade das leis e dos atos administrativos, e também a tutela dos direitos fundamentais frente à atuação punitiva do Estado.[19]

Segundo leciona AURY LOPES JR., *“é a partir dessa garantia da independência que se alcança a necessária imparcialidade do órgão jurisdicional”*, [20] princípio supremo do processo e *“imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo”*,[21] que corresponde à posição de terceiro que o magistrado, representante do Estado, ocupa no processo. Daí a expressão cunhada por JACINTO COUTINHO, que bem define a essência do *ser imparcial* quando refere que o juiz não está acima dos interesses das partes, mas sim *“para além dos interesses delas”*. [22] É isso o que FERRAJOLI denomina de *terzietà*,[23] gênero formado pelas garantias da independência, imparcialidade e juiz natural, e que identifica a separação necessária entre juiz e partes no âmbito do processo penal como pressuposto da objetividade função jurisdicional e da subjetividade do ato de julgar.

Essa alienação do juiz em relação aos interesses das partes no processo é, pois, obtida a partir da separação institucional entre ele e o órgão acusatório (imparcialidade), da separação também institucional entre o juiz e os demais poderes do Estado, ou mesmo em face dos demais órgãos do próprio Poder Judiciário (independência), e da determinação de sua competência jurisdicional em momento anterior à prática do fato (naturalidade ou juiz natural). É com base nesse conceito decomposto que FERRAJOLI sustenta a legitimidade da função judiciária na busca da verdade possível, para o que é imprescindível a vinculação exclusiva do juiz à lei.[24]

Percebe-se, portanto, um viés direcionado para a alocação da imparcialidade como pressuposto da própria atividade jurisdicional, o que não poderia ser diferente na medida em que compreendida tal característica como meio de garantir a lisura do processo judicial e, via de consequência, a eficácia dos direitos fundamentais. Sem imparcialidade não há efetivo contraditório, não há devido processo legal, não há contraposição dialética entre acusação e defesa.[25]^[26] Daí o porquê de o Tribunal Constitucional da Espanha afirmar que *“la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: ‘Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional’*.”[27]

A questão problemática a ser enfrentada, entretanto, diz respeito ao controle dessa garantia tão importante para a legitimidade da atividade jurisdicional. Isso porque a subjetividade inerente ao conceito de imparcialidade, como expressão anímica que é, impossibilita qualquer pretensão de verificação por parte do homem. A imparcialidade

apresenta-se, nesse viés, como algo substancialmente incontrolável, de forma que restamos estabelecer, através da legislação processual, critérios objetivos identificadores de situações em que há o risco de contaminação subjetiva do juiz, casos em que a mera possibilidade de perda da imparcialidade justifica o afastamento do julgador.

Não se trata, no caso, de uma tentativa de objetivar algo subjetivo, mas sim de viabilizar um controle mínimo da atividade jurisdicional,[28] que deve ser orientado a situar o juiz como um terceiro, alheio e distante das pretensões das partes, cuja função, no decorrer da instrução processual, deve ser unicamente de garantir o efetivo contraditório entre acusador e acusado. Também não se pretende, com isso, adentrar à mente do juiz, mas apenas posicioná-lo, no âmbito da relação processual, de forma a evitar que determinadas situações processuais acabem por retirar-lhe a isenção necessária para o julgamento da causa.

Daí porque surgem nas leis processuais[29] hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes, as quais, uma vez demonstradas objetivamente pelas partes, implicam no afastamento do julgador em relação àquele caso específico, dada a possibilidade de perda da imparcialidade. Trata-se, no caso, de um mecanismo de garantia do que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos denomina de imparcialidade *objetiva*.

6. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Espanha e a regra da prevenção como hipótese de possível quebra da imparcialidade por contaminação subjetiva.

É tranquilo, na doutrina, o entendimento de que a jurisdição é única, variando apenas a distribuição do seu exercício, numa espécie de limitação do poder jurisdicional. Assim, é dessa distribuição, ou divisão da função jurisdicional, que se extrai as diferentes competências estabelecidas pela legislação constitucional e processual.

Ocorre, entretanto, que mesmo percorrido o caminho constitucional e processual para definição da competência jurisdicional, passando do plano abstrato da jurisdição como *potestad* para alcançar o plano concreto do juiz natural, pode acontecer de, ainda assim, nos depararmos com hipóteses em que dois ou mais juízes figurem como competentes. Nesses casos, então, a lei processual penal brasileira indica, como critério de determinação da competência, a prevenção, regra segundo a qual o processo será instruído e julgado pelo primeiro juiz que tiver praticado algum ato decisório nos autos, ou alguma medida a ele relativa, ainda que antes do recebimento da denúncia ou queixa.[30]

Em sentido diametralmente oposto ao previsto na legislação processual pátria, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde os paradigmáticos casos *De Cubber* e *Piersak*, tem orientado seu entendimento no sentido de que o juiz que participa da fase de instrução – leia-se investigação –, não pode, via de regra, participar da fase de julgamento da causa, sob pena de violação da imparcialidade subjetiva e objetiva.

No caso denominado *Piersak*, em 1982, muito embora o objeto do julgamento não versasse especificamente sobre a hipótese da prevenção, mas sim sobre a participação, como presidente do *Tribunal del Jurado*, de um membro do Ministério Público que anteriormente havia atuado na instrução da causa,[31] o TEDH estabeleceu, pela vez primeira, algumas diretrizes acerca da garantia de um julgamento imparcial, aferindo a imparcialidade mediante dois vieses, um subjetivo e outro objetivo.

Segundo AURY LOPES JR.,[32] na ótica do TEDH, a imparcialidade subjetiva “alude à convicção pessoal do juiz concreto que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de pré-juízos”, enquanto que a objetiva “diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade”. É assim porque “*en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (...) Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.*”[33]

Essas coordenadas acerca da garantia de um julgamento imparcial orientaram, posteriormente, a decisão do TEDH no caso *De Cubber* contra o Reino da Bélgica, em 1984, em que se questionava a atuação, junto ao Tribunal de primeira instância, de um juiz que havia exercido a função de instrutor e, inclusive, determinado a prisão preventiva do investigado. Nesse caso, o TEDH delimitou a controvérsia ao aspecto objetivo da imparcialidade, afirmando que ela se presume diante da falta de prova em contrário, mas entendendo justificável o temor do acusado referente à possível parcialidade do juiz e à influência que ele poderia exercer junto ao Tribunal.

A partir dessas decisões, consoante leciona AURY LOPES JR., o TEDH firmou uma espécie de “presunção absoluta de parcialidade do juiz-instrutor”,[34] pois o seu contato com as partes envolvidas ou mesmo com os fatos, durante a investigação criminal, pode provocar influências no ânimo do julgador de forma a lhe retirar a necessária imparcialidade para o futuro julgamento de eventual ação penal. Essas pré-concepções subjetivas do julgador, a nosso ver, são inevitáveis diante da posição de garantidor dos direitos fundamentais que ocupa o juiz no decorrer da investigação criminal, e também da necessidade de fundamentação das decisões que autorizam ou não a produção de uma prova, ou mesmo daquelas que analisam a situação pessoal do investigado.

MONTERO AROCA, entretanto, critica a conceituação de imparcialidade adotada pelo TEDH, afirmando, por primeiro, ser impossível a sua aferição pelo viés subjetivo, e por segundo, que a afirmativa de que “*en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia*” (aspecto objetivo) não passa de mera literatura.[35] Isso porque, na sua ótica, muito embora seja a imparcialidade eminentemente subjetiva, é impossível constatar, num caso concreto, se o juiz oferece ou não garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a seu respeito. Daí porque os ordenamentos jurídicos, via de regra, optaram pela “*previsión legal de una serie de situaciones, constatables objetivamente, que se estima que pueden llevar a poner en riesgo la imparcialidad*”,[36] a partir das quais deverá o magistrado se abster ou ser excluído do feito, independentemente de sua capacidade manter-se ou não imparcial diante do caso concreto. Para o autor, essas circunstâncias legais são sempre objetivas.[37]

Ainda nesse viés crítico, MONTERO AROCA afirma que a idéia de *prejuicio* é insuficiente e incorreta para definir imparcialidade, pois tal expressão significa, apenas,

que o magistrado formou sua convicção antes de ter os dados necessários para fazê-lo, o que não quer dizer que tenha atuado servindo aos interesses de uma ou outra parte, mas sim que se convenceu sobre o objeto que lhe é dado julgar sem observar as regras do devido processo legal, ou seja, antes mesmo de oportunizar às partes a plenitude probatória. Assim, a contaminação subjetiva pela prevenção seria uma violação da atividade jurisdicional em si mesma, e não da imparcialidade propriamente dita,[38] dando ensejo à dicotomia proposta entre incompatibilidade e imparcialidade. Aquela, compreendida como decorrente de causas que têm origem no curso do próprio processo, impedindo que o mesmo se desenvolva de acordo com a forma prevista em lei, e essa como sendo originada em causas prévias, alheias e independentes ao processo.[39]

O entendimento de que o *juez que instruye no puede juzgar*, nessa ótica, afirmaria a incompatibilidade de funções processuais e não uma questão de parcialidade. Isso porque, segundo MONTERO AROCA, o fato de ter atuado como juiz instrutor não significa que o magistrado a quem é dado julgar o processo tenha relação com uma das partes ou que tenha interesse direto no seu resultado, casos em que estaria violada a imparcialidade, mas sim que está sendo desrespeitada a estrutura do processo em duas fases distintas. Daí porque, para ele:

“El gran error de la jurisprudencia del TEDH (...) há consistido en considerar que el haber conocido de anterior instancia afecta a la imparcialidad del juez para conocer de un recurso posterior, y lo mismo cabe decir de haber instruido la causa para conocer del juicio oral, cuando es manifiesto que una y otra circunstancia atienden a la incompatibilidad de funciones.”[40]

Essa crítica, muito embora parta de uma premissa válida (a impossibilidade de aferição da imparcialidade no seu aspecto subjetivo), parece simplesmente reproduzir, em outras palavras, a mesma conclusão a que chegou o TEDH, no sentido da impossibilidade de que o juiz que atuou na fase de instrução componha o Tribunal competente para o julgamento do acusado. A diferença está em que o TEDH orientou o enfoque do problema para a garantia da imparcialidade, afirmando que o exercício de ambas funções processuais, além de incompatível, como refere MONTERO AROCA, pode gerar a perda da imparcialidade, e por isso justifica o afastamento do julgador, transformando a prevenção em regra de exclusão da competência. Veja-se que o TEDH, nos precedentes referidos, não afirma ter havido contaminação subjetiva, mas apenas que a atuação do juiz instrutor também no julgamento da causa deixa o Tribunal vulnerável à possíveis influências decorrentes das suas pré-concepções. Trata-se de uma situação processual, objetivamente demonstrável, em que é possível que fique prejudicada a imparcialidade do órgão julgador.

De qualquer sorte, essa jurisprudência acabou por influenciar o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha, que na Sentença 145/88 decidiu sobre a inconstitucionalidade da LO 10/1980, a qual conferia competência plena aos Juzgados de Instrução para o conhecimento e julgamento de determinados tipos de delitos. Na oportunidade, decidiu o TCE que:

“La actividad instructora (...) puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.”[41]

Nessa mesma ocasião, ficou consignado que não todas as atividades do juiz em sede de *instrucción*, que no sistema brasileiro deve ser lido como investigação, implicam na perda da imparcialidade, mas somente aquelas imbuídas de um caráter substancial decisório, como por exemplo as que envolvem a situação pessoal do investigado.

Nesse viés, OLIVA SANTOS afirma que não é o contato em si do julgador com a prova que o torna parcial, mas sim a contaminação subjetiva decorrente da tomada de decisões cautelares que pressupõem, a partir daquela prova, a formação de um juízo prévio a respeito do fato delituoso.[42] É isso, de fato, o que se extrai da fundamentação da sentença 14/99, do Tribunal Constitucional espanhol:

...si bien es cierto que en el ámbito de los procesos judiciales la realización previa de funciones de supervisión o fiscalización de la investigación puede ser causa que justifique un temor fundado acerca de la imparcialidad de quien está llamado a resolver sobre el asunto investigado, dicha parcialidad sólo se origina cuando el contenido del veredicto que se dicta al resolver una cuestión incidental de la investigación, como puede serlo el mantenimiento o levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, es sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad. Es por tanto la emisión anticipada de un veredicto de culpabilidad, o de un juicio de imputación, si seguimos la expresión de la STC 320/1993, lo que convierte en fundada la duda acerca de la imparcialidad del juzgador. (STC 14/1999, de 22 febrero)

Esse entendimento acerca do juiz preventivo, que desde então seguiu vigente na jurisprudência do TEDH e do TCE, foi reafirmado em 1998, no caso *Castillo-Algar contra España*, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi instado a se manifestar sobre a hipótese em que dois juízes que julgaram um recurso relativo ao *auto de procesamiento*[43] posteriormente integraram a formação do Tribunal que condenou o acusado, confirmando a apreciação de culpabilidade feita pelo juiz de instrução.

Veja-se que, nesse caso, foi mais longe o TEDH. Afirmou, na decisão, que os juízes que confirmaram, na via recursal, a existência de indícios do crime apontada pelo juiz de instrução, formaram uma convicção em relação ao fato sob julgamento, e que isso é suficiente para temer pela perda da imparcialidade do Tribunal por eles integrado, sendo lícito ao acusado e à sociedade suscitar sérias dúvidas nesse ponto, as quais podem ser consideradas objetivamente.

Tem-se, a partir dessas decisões, uma compreensão jurisprudencial da regra da prevenção firmada a partir da garantia expressa no artigo 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos, orientada para a busca de um processo penal minimamente justo e ético, cuja inobservância, no Brasil, tem sido destacada por LOPES JR. como um dos pontos do processo penal que necessita imediata revisão, dada a sua incompatibilidade para com a garantia fundamental de um julgamento imparcial.[44]

7. Hipóteses de contaminação judicial pela prevenção e a necessidade de uma mudança de paradigma orientada ao devido processo legal.

A questão da prevenção, tal como regulada no direito processual brasileiro, importa, na dicção do artigo 83 do Código de Processo Penal, na afirmação da competência do juiz que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato decisório do processo ou de medida a este relativa, ainda que anteriormente ao oferecimento da denúncia ou queixa. Assim, será competente para processar e julgar referido fato o magistrado que homologou o auto de prisão em flagrante, decidiu sobre pedido de liberdade provisória, sobre requerimento de busca e apreensão ou, ainda, acerca da quebra dos sigilos bancário, fiscal ou das comunicações telefônicas, por exemplo.

Em todas essas hipóteses, sabemos, as decisões judiciais, muito embora cautelares, devem ser motivadas, por força do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso, logicamente, impõe que o magistrado examine o conteúdo probatório produzido na investigação criminal e extraia dele um juízo de valor acerca do que lhe é postulado, sempre atuando como controlador da legalidade e dos direitos fundamentais do sujeito investigado. Aliás, é justamente em razão dessa posição de garante que o juiz não pode limitar-se a uma análise superficial dos elementos de prova que lhe são apresentados, como depoimentos, filmagens ou outros documentos. Ao contrário, deve proceder a um exame real, efetivo, no intuito de verificar a plausibilidade das alegações e dos requerimentos que lhe são formulados, seja por parte dos órgãos de investigação, seja por parte do investigado ou suspeito. O cerceamento da liberdade, ou mesmo de garantias outras como a inviolabilidade de dados e das comunicações, e ainda da propriedade, é medida de extrema gravidade, e exige, por isso, uma decisão devidamente fundamentada.

Assim, diante do exercício dessa função de garante exercida pelo juiz na fase pré-processual, importa questionar se seria possível a ele manter uma posição de imparcialidade em relação ao fato que no futuro lhe será posto para análise, ou, nas palavras do TEDH, se seria possível a ele dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

Ao concluir, por exemplo, que existem indícios da prática de um crime (*fumus comissi delicti*), da sua autoria, e também *periculum in mora*, e autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, não terá o magistrado tomado uma posição subjetiva que, naturalmente, exercerá influência sobre ele no futuro? Ou, ainda, em se tratando de medidas cautelares pessoais, ao homologar um flagrante e negar a liberdade provisória, rechaçando a hipótese do artigo 310 do Código de Processo Penal, argüida pelo preso,

não terá formado uma convicção incompatível com a isenção que lhe será exigida no momento de decidir sobre a culpabilidade na futura ação penal?

O Tribunal Constitucional da Espanha, analisando essa questão da situação pessoal do preso, reconheceu, na sentença 145/1988, que a manutenção da prisão pressupõe uma valoração, ainda que indiciária, acerca da sua culpabilidade, *in verbis*:

Debe (el Juez) decidir también sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los arts. 503 y 504 de la L.E.Cr., es decir, sobre la prisión provisional del detenido. Esta última decisión exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos 'que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión'. (STC 145/88)

Por outro lado, é também possível verificar a ocorrência de hipóteses de contaminação subjetiva dos juízes em outras fases do processo penal brasileiro, do que é exemplo a prevenção dos desembargadores dos Tribunais de segunda instância que relataram e julgaram anteriormente pedido de *Habeas Corpus* impetrado pelo réu, e que por isso firmam também competência para julgar os futuros recursos, inclusive quando interpostos no processo de execução penal, consoante dispõe o artigo 146, inciso V, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nota-se, daí, que o regramento processual e regimental vigente inclina-se por privilegiar a competência do órgão jurisdicional que já tomou conhecimento do processo em momento anterior, emprestando, com isso, uma concepção absoluta ao princípio do juiz natural.

Ocorre, entretanto, que a leitura das regras de fixação da competência, a nosso ver, deve também adequar-se às demais garantias que orientam o processo penal, dentre as quais destaca-se em importância a da imparcialidade do órgão jurisdicional. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre ambas garantias fundamentais, o que é possível, consoante leciona FERRAJOLI, ao abordar imparcialidade, independência e naturalidade como partes integrantes do que ele denomina de *terzietà*. [45]

Com efeito, eventual exclusão da competência pela prevenção, como propugnam o TEDH e o TCE, não induz ao julgamento por outro juiz que não o natural, pois a naturalidade decorre da determinação da competência em momento anterior à prática do fato delituoso. Assim, havendo dois ou mais juízes competentes, por exemplo, para processar e julgar delitos de sonegação fiscal, ambos são *naturais* para o julgamento de fato praticado em momento posterior àquele em que foram definidas as suas competências. A exclusão daquele que, na fase de investigação, proferiu decisões cautelares, em prol do(s) outro(s) que era(m) igualmente competente(s), não viola a garantia do juiz natural. Basta que, na nova definição da competência, sejam respeitadas as regras normais de distribuição previstas nos Códigos de Organização Judiciária.

De qualquer sorte, é preciso que sejam estabelecidas objetivamente as situações processuais que, uma vez demonstradas, possibilitem concluir que a perda da imparcialidade é uma possibilidade concreta, casos em que estará justificado o afastamento do magistrado, a exemplo da leitura que faz PICO I JUNOY da jurisprudência do TCE, afirmando que são casos de comprometimento da imparcialidade o contato direto do *juiz instrutor* com o acusado ou com o material probatório levantado na investigação e as decisões de recebimento da denúncia ou queixa ou de adoção de medidas cautelares, nas quais há um juízo antecipado ou provisório acerca dos casos que serão objetos de julgamento, o que não se verifica nas hipótese de adoção de medidas referentes à ordenação ou ao andamento do processo, por exemplo.[46]

8. Considerações Finais

A questão da prevenção, a nosso ver, necessita passar por uma imediata revisão, pautada principalmente pela compreensão do devido processo legal no marco do Estado Democrático de Direito, de forma a emprestar a máxima eficácia possível à garantia de um julgamento imparcial.

Nesse viés, pensamos ser necessário privilegiar uma leitura das regras processuais que sejam compatíveis com as garantias fundamentais previstas tanto na Constituição Federal quanto nos tratados internacionais de direitos humanos, buscando, com isso, minimizar as violações aos direitos básicos de todos aqueles sobre os quais pesa uma acusação criminal e estabelecer estruturas interpretativas de garantia desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ed. Madrid: Edersa, 1997.

Armenta de, teresa. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

BAUMER, Franklin Le Van. *O Pensamento Europeu Moderno*. v.1 – Séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977.

_____. *O Pensamento Europeu Moderno*. v.II – Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, 1977.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. v.1. Buenos Aires: Juridicas Europa-america, 1961.

_____. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. v.II. Buenos Aires: Juridicas Europa-america, 1950.

_____. *Verità, Dubbio, Certezza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. v. XX (II série). Anno 1965, CEDAM.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II. Trad. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2006.

CORDON MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Madrid: Editorial Aranzadi, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. In *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n.01, 2001.

DUARTE, Liza Bastos. *A impossibilidade humana de um julgamento imparcial*. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, t. I, n. 85, p. 220/221, mar. 2002.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 6.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório*. In *Sistema Penal e Violência*. Coord. Ruth Maria Chittó Gauer. pp. 209-230. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ ; DUARTE, Liza Bastos. *O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos*. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 33, n. 102, junho 2006, pp. 287/307.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

_____ ; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3.ed. Madrid: Colex, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad como Principio básico del Proceso*. In *Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal*, Serie 2ª. n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

_____. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1976.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Jueces Imparciales, Fiscales “Investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.

Picó i Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

_____. *A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 108, p. 167/182, dez. 2007.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Imparcialidade, Verdade e Certeza no Processo Penal: O mito da motivação judicial objetiva*. In: *Ciências Penais e Sociedade Complexa*. Ney Fayet Junior e André Machado Maya (Organizadores). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari*. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 11, n. 2, p. 219-233, jul/dez 2006. Itajaí: Univale, 2006. p. 223

[1] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 6.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 33/34.

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 36/37.

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 36/37.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 539.

[5] POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 109/110.

[6] Sobre a noção de indivíduo, veja-se a obra de LOUIS DUMONT (*O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 37 e ss.), na qual o autor aborda a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo, com o surgimento da noção de *homem-no-mundo* em contraposição à idéia de *homem-fora-do-mundo*.

[7] POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal...* p. 131.

[8] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 09.

[9] MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant lo Blanch, 1997. p. 86.

[10] CORDON MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2002. p. 19.

[11] GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório*. In *Sistema Penal e Violência*. Coord. Ruth Maria Chittó Gauer. pp. 209-230. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 220.

- [12] LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 72.
- [13] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 584.
- [14] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valência: Tirant lo Blanch: 1999. p. 181 e ss.
- [15] GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso*. Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, serie 2ª, n. 1, Madrid, 1950.
- [16] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 187.
- [17] ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ed. Madrid: EDERSA, 1997. p. 128.
- [18] MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1976. p. 39.
- [19] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 580.
- [20] LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional...* p. 76.
- [21] LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128.
- [22] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do juiz no novo processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.
- [23] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 580.
- [24] “*Esta colocación – externa a los sujetos en causa y al sistema político y extraña a los intereses particulares de unos y a los generales del outro – se hace patente en el requisito de la imparcialidad y tiene su justificación ético-política en los dos valores – la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales – antes asociados a la jurisdicción. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 579/580).
- [25] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 132.
- [26] Alexandre Morais da Rosa, a partir da concepção de processo proposta por FAZZALARI, refere assertiva de JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS, no sentido de que “a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório,

ou seja, a verdadeira democracia processual”, para então afirmar que “O importante é que sua atuação de juiz no decorrer do processo como procedimento em contraditório não deve pender para a realização antecipada de suas opções ideológicas, criminológicas, sob pena de macular a legitimidade de sua decisão. É somente na decisão que elas devem aparecer de maneira fundamentada.” (ROSA, Alexandre Morais da. *O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari*. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 11, n. 2, p. 219-233, jul/dez 2006. Itajaí: Univale, 2006. p. 223.)

[27] CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal...* p. 109.

[28] Segundo preceitua MONTERO AROCA, “...los ordenamientos jurídicos tienen que renunciar a cualquier medio de garantizar la imparcialidad que consista en pretender llegar al conocimiento de ese ánimo, y de ahí que se conformen con enunciar los hechos que, de concurrir, se estiman que ponen en peligro la imparcialidad con su mera existencia. Se produce así el salto de lo subjetivo a lo objetivo.” (AROCA, Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 216).

[29] No Código de Processo Penal brasileiro, os artigos 252 e seguintes enumeram casos de impedimento e suspeição do juiz.

[30] Artigo 83, do Código de Processo Penal brasileiro.

[31] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 43.

[32] LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional...* p. 132.

[33] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 44.

[34] LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional...* p. 132.

[35] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 214/218.

[36] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 217.

[37] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 218.

[38] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p.214/215.

[39] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p.236/237.

[40] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p.244/245.

[41] MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 48.

[42] OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Jueces Imparciales, Fiscales “Investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal.* Barcelona: PPU, 1988. p. 30/35.

[43] O *Auto de procesamiento* é uma decisão de admissibilidade acerca dos indícios do delito e da culpabilidade do investigado, proferida pelo juiz de instrução.

[44] LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional...* p. 93.

[45] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal...* p. 580.

[46] Picó i Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso.* Barcelona: Bosch, 1997. p. 137.

A SUPERAÇÃO DO FUNCIONALISMO PROCESSUAL E A CONSTRUÇÃO DE MUDANÇAS PROCESSUAIS ‘ESTRUTURAIS’ E ‘METODOLÓGICAS’: UMA (NOVA) IDENTIDADE PARA O SISTEMA PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL DE CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE NO STF * **

THE PROCESSUAL FUNCIONALISM’S SUPERATION AND THE CONSTRUCTION OF STRUCTURAL AND METODOLOGICAL PROCEDURAL CHANGES: A (NEW) IDENTITY TO THE STF’S “CONCRETE JUDICIAL REVIEW”

**Jânia Maria Lopes Saldanha
Angela Araújo da Silveira Espindola
Jose Luis Bolzan de Moraes**

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo provocar a discussão acerca do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, direcionando o debate para uma revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado de constitucionalidade no STF. A justiça é chamada a desviar-se dos processos de matriz individualista para dar respostas coletivas. O isolamento e a auto-suficiência são instrumentos nocivos à cooperação e a prestação da Justiça, no mundo atual. Faz-se necessário um (novo) pensar coletivo para o sistema processual e procedimental, fundado em um paradigma constitucional e democrático enquanto condição de possibilidade para a construção de uma democracia cidadã.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

This paper intent to questioning about the “concrete judicial review” in Brazil, directing the discussion to a paradigmatic revolution of the civil procedure used for the collective protection. Justice is called upon to divert themselves from the process of individualistic to respond collectively. Isolation and self-sufficiency are nocive instruments to the cooperation and to Justice prestation. It is necessary to a (new) “collective thinking” for the procedural system, based on the constitutional and democratic paradigm as a way to construct a citizen democracy.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS

KEYWORDS: CONCRETE JUDICIAL REVIEW - CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC PARADIGM - CONSTITUTIONAL ADJUDICATION – CLASS ACTION

INTRODUÇÃO

Pergunta-se hoje qual é o sentido do direito. Melhor seria pensar o que o faz singular na atualidade. Não seriam exatamente os recursos de interpretação que contém e que permitem seu diálogo com a sociedade? A pertinência de colocar em discussão a atuação do Supremo Tribunal Federal repousa justamente nisso.

Seja qual for o ângulo de análise, o fato é que mudanças de metodologia têm ocorrido, resultado da tomada de consciência de que o direito e a jurisdição, a quem cabe interpretá-lo/aplicá-lo, não são pura técnica, não lugares ou vazios de significado. Tampouco merecem ser reféns de regras imutáveis, embora dessas premissas tenha-se encarregado o trabalho moderno, realizado pela dogmática jurídica.

A jurisdição das Cortes Supremas – como a do Supremo Tribunal Federal – deve ser a primeira a saber reconhecer, ante toda a variada e complexa gama de matérias de cariz transdisciplinar que é chamada a julgar, que o direito não é expressão de uma verdade revelada por Deus, tampouco pela ciência. Sequer trata-se de um instrumento que encontra seu valor apenas na sua eficácia. Seria esperar – e dizer – muito pouco a seu respeito.

Poderiam o direito e a jurisdição servir para aproximar apenas o homem do ideal de Justiça, sem pretender ser uma representação justa do mundo, tal como aquela sugerida pela gravura intitulada “Melancolia I”, de Albrecht Dürer[2]? A imagem central, comumente vista como anjo, evoca o caminho da espiritualização e por isso, espera. À sua volta, há vários elementos simbólicos que traçam uma dialética, que bem pode ser associada ao processo da jurisdição moderna.[3]

Todavia, se a figura central de Melancolia pode ser associada a um anjo, é a visão da mulher que pode representar a Justiça, vendo-se nela a condição humana em toda a sua plenitude. Condição essa a mostrar a impossibilidade de atingir a perfeição do conhecimento, da vida e, por isso mesmo, toda a sua falibilidade, totalmente incompatível com qualquer pretensão ao absoluto.

O que se espera hoje é uma aproximação entre Poder Judiciário e Sociedade. Mas para tanto é preciso verificar como se dará esta aproximação e, antes disso, quais as razões que obstaculizam tal aproximação. Tentar, pioneiramente, como tem feito o STF, a experiência do diálogo com a sociedade, a fim de superar a marca do funcionalismo e o distanciamento histórico das demandas da cidadania é uma alternativa possível para a superação de uma perspectiva eminentemente individualista e privatística do processo, iniciando-se, assim, a construção de um (novo) pensar coletivo para o sistema processual e procedimental (Parte 1). Aos problemas estruturais recorrentes do processo opõem-se as conseqüências daquele diálogo, capazes de mudar estruturas e (re)inventar a fundamentação das decisões que o judiciário, em geral, e o STF, em particular, são chamados a tomar (Parte 2). Nesta trilha, apenas um espaço que autoriza o pleno

exercício da oralidade, a permitir que o jogo recomece, ou um sinal de que novos tempos se anunciam para a Justiça? É o que este texto tentará descobrir.

1. AURORA DAS “LUZES”: CAUSAS DA AUSÊNCIA DE DIÁLOGO DA JURISDIÇÃO COM A SOCIEDADE (ENTRE A FUNCIONALIZAÇÃO E O DISTANCIAMENTO JURÍDICO)

Se fosse possível imaginar que a esfera da Justiça corresponde a um grande palco, em que cenas da vida cotidiana se desenrolam, em toda sua complexidade, poderia ser dito que, quando a cortina se ergue, o que se vê é o direito querendo transformar-se.

A jurisdição praticada pelo STF, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, regulado pelas Leis 9868/99 e 9882/99, toma partido dessa índole transformadora. Transformação espetacular de uma metodologia tradicional, especialmente ao prever a possibilidade de abertura do STF à sociedade por meio de dois instrumentos processuais de alta relevância: a audiência pública (art. 9º, §1º da Lei 9868/99 e art. 6º, §1º da Lei 9882/99) e a participação de *amicus curiae* (art. 7º, §2º da Lei 9868/99 e art. 6º, §2º da Lei 9882/99).

O discurso da crise do judiciário apenas em parte é procedente. Relatórios anuais têm demonstrado que esse poder, baldadas todas as mazelas, tem conseguido cumprir sua função. Qual seria a razão principal de tal paradoxo? Tal questão pode ser respondida sob a ótica da funcionalização do judiciário (1.1.) que, ao longo do tempo, o distanciou da comunidade (1.2.).

1.1 QUANDO O JUDICIÁRIO “FUNCIONA”...

O Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal relativo ao ano de 2007[4] demonstra os esforços empreendidos por este para melhorar seu desempenho na prestação jurisdicional. Há um visível empenho da Corte Suprema, como afirma o próprio relatório, em ampliar o espaço de participação dos cidadãos nos trabalhos do Tribunal.

A adoção da súmula vinculante (Lei 11.417/06), da repercussão geral do recurso extraordinário (Lei 11.418/06) e do processo eletrônico (Lei 11.419/06) marca uma nova etapa de atuação em favor do aperfeiçoamento da função jurisdicional. Não se pode afirmar, diante da incipiência dessas leis, se trarão melhoria à qualidade da prestação jurisdicional ou se traduzirão meros mecanismos a reduzir o número de recursos.

O fato é que o STF também está no olho do furacão da crise judiciária sem precedentes, derivada, sobretudo, do imenso volume de demandas em recurso que, até o ano de 2007, bateram às suas portas, aumentando exponencialmente a morosidade, inobstante todos os esforços para debelá-la.[5] Ao intérprete, porém, cabe reconhecer o que está apenas na superfície, em geral enganoso, para descer às profundezas. Nesse sentido cabe indagar: qual é a verdadeira crise?

Depois de contornos e descompassos, é de uma Justiça laica que hoje se fala. Será ela que está em crise ou há algo mais profundo que faz dela a grande vilã? Quer-se crer que não. A crise do poder judiciário e do processo é apenas parte de uma crise mais ampla

da modernidade e dos paradigmas que ela criou, como também é expressão da crise pela qual passa o Estado moderno.[6]

Portentosa invenção do mundo ocidental, por muito tempo o Estado repousou tranqüilo sob a crença inabalável de que é um ser imortal, onipresente e onisciente, laico e comandado por um rei que nunca morre[7]. Feito para uma sociedade preocupada em limitar poder e demarcar fronteiras, o Estado vê-se hoje desafiado em suas bases, em seus propósitos e em sua estrutura, de modo que a razão de seu poder já não é buscada naquela instância soberana transcendente à sociedade, mas é buscada no interior dela mesma, por meio da chamada “boa governança”, entendida esta como “a condução responsável dos assuntos do Estado” [8].

Ademais, no campo jurídico, a marca mais visível da modernidade foi o distanciamento do direito de qualquer concepção de justiça, para aproximá-lo do poder.

Tal aproximação gerou o que se pode chamar, com Castanheira Neves, de “funcionalização do direito”[9]. O direito simplesmente passou a ser função de outros interesses – econômicos, políticos, sociais – etc., todos muitas vezes estranhos à própria idéia de justiça. Em oblação a inúmeros “deuses”, sacrificou o que talvez lhe fosse mais caro: sua autonomia.

A jurisdição - cuja missão é concretizar e dotar os valores constitucionais de significado[10] - não escapou dessa funcionalização, que é a marca do individualismo ocidental e, de igual modo, do normativismo novecentista. Alain Supiot lembra que os próprios Estados tornaram-se instrumentos - então funcionalizaram-se - de realização de programas aos quais apenas supõem que aderiram livremente. [11]

E de que modo a jurisdição sucumbiu à funcionalização? Ora, prestando-se a realizar os interesses de outras esferas de poder, como do próprio poder executivo. Com evidência, o direito como meio – compreendido no agir racional voltado a alguns fins e, por isso, instrumental - tornou-se serviçal da economia, da política e do poder.[12] Evidente, portanto, que os problemas da juridificação[13] estão relacionados à questão da (ausente) autonomia do sistema jurídico.

Todavia, como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva,[14] o direito e a jurisdição modernos têm cumprido satisfatoriamente suas funções, já que atendem aos interesses modernos para os quais foram criados. A crise a que se refere situa-se no plano estrutural e está relacionada com o anacronismo entre este direito e sua respectiva jurisdição para com a jurisdição contemporânea, conforme adiante será visto.

Os dados apresentados no relatório do Banco Mundial intitulado “Fazendo com que a Justiça conte”[15] comprovam o esforço do Poder Judiciário brasileiro para ampliar seus quadros de magistrados, destacando que a produtividade dos juízes estaduais é a maior da América Latina e que o orçamento do Poder Judiciário no Brasil é alto, considerando-se os padrões universais. Renunciando a uma posição de inércia, a jurisdição do Estado Democrático de Direito não tem se furtado a concretizar os direitos fundamentais, judicializando a política pela aplicação, em matéria de direitos sociais, do princípio do mínimo existencial.[16]

Entretanto, a renúncia da inércia pelo judiciário, como se sabe, nem sempre é feita para concretizar os direitos fundamentais. Essa é uma questão cara para aqueles que defendem teorias como a da análise econômica do direito, para os quais o direito nada mais é do que um maximizador de riquezas, podendo o judiciário funcionar como instrumento para que se atinja tal intento.[17] Evidentemente que, da negativa de concretização dos direitos fundamentais, resta violado o “núcleo essencial” desses direitos, garantido pela Carta Constitucional.

Para Castanheira Neves, o direito não é verdadeiramente pensado na sua intencionalidade específica, no seu sentido e na sua problemática, na medida em que restrito ao conjunto de comandos, de leis e de decisões judiciais.[18] Como alternativa à funcionalização, opõem-se à razão moderna, por meio de uma razão que denomina de histórico-culturalmente formada.[19] Esta diferiria de uma racionalidade universal, uma vez que se constitui numa razão historicamente constituída na sede de uma tradição cultural.

No fundo, essa perda de autonomia explica o próprio projeto político da modernidade, porque para o problema do projeto contratualista moderno-individualista, uma solução jurídica deveria ser apontada. Trata-se da passagem, ocorrida já no início da modernidade, do contrato societário que tinha em conta a comunidade, o modelo do *jus commune*, para o modelo contratualista defendido por Hobbes, Locke, Rousseau e depois Kant. Nesse cenário, os homens deixam de ser a substância da sociedade para assumirem o papel de seus criadores e organizadores. O resultado foi a emergência, cerca de dois séculos depois, do sujeito descentrado e “esquizóide”, perdido no seu próprio individualismo.[20]

E o direito, nessa senda, tornou-se produto de uma racionalidade formal, distante de qualquer perspectiva axiológica e, com isso, converteu-se em legalidade. Para romper com essa limitação não seria necessário – e urgente – ter senso histórico? Interrogação abissal, pois ter senso histórico exige do intérprete compreender o passado a partir do próprio presente.

Gadamer[21] aprofunda essa questão e certamente não se engana ao afirmar que “ter senso histórico é superar de modo conseqüente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridos.”

Outro aspecto essencial diz respeito à profissionalização dos juristas. Ela foi um degrau necessário para atingir-se a funcionalização. O judiciário, canal de informação-comunicação com a sociedade, transformado em repositório de informações relevantes e irrelevantes, assim foi despolitizado, distanciando-se dos principais reclamos da cidadania. É o que segue.

1.2 PORQUE A JUSTIÇA SE DISTANCIA!

A funcionalização do poder judiciário, resultado do positivismo e da normalização, transformou-se em distanciamento, e o que deveria estar rente ao chão, próximo da comunidade – e do homem pessoa –, tornou-se distante, ao longo da modernidade. Lamentavelmente, tal quadro faz lembrar a manifestação da “Loucura” de Rotterdam,

quando evoca que as leis não chegam a lugar algum e que os códigos não passariam de “um amontoado de comentários, de glosas, de citações” [22].

Contudo, o judiciário funcionalizado não necessariamente está distanciado de todos os interesses, assim como não é o caso de que jamais funcionará bem. Antes pelo contrário, o judiciário moldado de tal forma atende a inúmeros interesses e, diante eles, funciona perfeitamente. Há “um bom funcionamento do aparato coativo”[23] que contribui para perpetuar um tipo de sociedade fundado sobre relações de força. E funcionalizado, o judiciário distancia-se da comunidade a que atende e dos seus interesses ou, dizendo de outro modo, distancia-se da Justiça.

Ora, e o que a comunidade tanto implora ao judiciário? Que aprenda a reconhecer as diferenças, a fazer concessões à alteridade, pois sendo o direito e o processo produtos da cultura, devem estar abertos à vida social em sua organização e perspectiva de transformação. Essa visão do papel da justiça, em boa medida, não está distante da “crise da emancipação social”[24], antes, dela faz parte, uma vez que suas respostas não têm trazido satisfação à sociedade.

Essencialmente, se o acesso à justiça é um direito humano, deve ocorrer de modo qualificado, o que implica dizer que as fundamentações de suas decisões devem apresentar as “respostas hermeneuticamente corretas”[25], que nem sempre representarão os interesses das maiorias, do poder político ou do poder econômico.

A essa altura, duas hipóteses podem ser cogitadas. A primeira é a de que a jurisdição estará mais próxima da sociedade na razão direta da capacidade desta de reformar o pensamento para passar do paradigma iluminista da simplicidade para o da complexidade. Na raiz, está a possibilidade de compreensão das incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios.

A segunda, uma decorrência da primeira, diz respeito à efetividade. A celeridade aproxima a jurisdição da comunidade. Tem-se aqui mais uma razão para romper com a ordinariedade e a repressividade, para dar lugar a formas processuais que sejam capazes de dar conta das demandas provocadas pela pressa que caracteriza a sociedade de consumo e o mundo globalizado, e que exigem juízos superficiais e sumários.[26]

Aceitar que a jurisdição, sobretudo a das instâncias inferiores, possa proferir resultados parciais,[27] ao longo do processo, baseados em cognição superficial[28] e em processos sumários[29], é uma das posturas que tais mudanças impõem. Assim como os pretores romanos, no âmbito de uma sociedade rural e arcaica como a de Roma dos séculos imediatamente anteriores à era atual, tinham poderes interditaes,[30] capazes de alterar a realidade fática, por meio de juízos superficiais e em ações sumárias, muito mais se pode esperar da jurisdição contemporânea, existente no contexto da sociedade de risco[31]. Mas, para isso, é preciso entender – e aceitar - que os juízes podem comprometer-se com os resultados finais da causa, antes da decisão final. Mas isso toca não mais em questões funcionais, mas já estruturais, como abaixo será analisado.

O mito da certeza que se obteria por meio de um processo ordinarizado jamais abandonará a ambivalência que toca a jurisdição no presente. De um lado, servir, funcionalmente, a determinados interesses e, nesse caso, atender ao que parcela de segmentos da sociedade, ligados ao poder político e econômico, dela esperam. De outro,

ser capaz de dar conta do fenômeno pós-moderno[32] das diferenças que pulsam no interior do meio social, uma vez que essas são lentas, fracas e ineficientemente institucionalizadas e reconhecidas.

Se o distanciamento do judiciário da sociedade advém desse fechamento ao rito ordinário, não menos verdadeiro é que o fechamento cognitivo dos juízes consiste em outro fator relevante que desenha o fosso abissal entre a comunidade e quem julga. O problema radica na própria dificuldade de mudança nos métodos hermenêuticos utilizados pelos juízes, tradicionalmente fechados ao que apreenderam em sua formação jurídica nas faculdades – cujas práticas ainda encontram-se distantes da sua missão reflexivamente explicitante e crítica do direito[33] - e desconectados da problematidade inerente à decisão.

O conhecido caso *Richarlyson*,[34] ainda que de perfil individualista, denota uma “motivação sentencial”[35] cega e onipotente. Diante do juiz se acertam as contas, mas ele é a instância solipsista que se arroga o poder de discriminar contra o texto da Constituição. “Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas forme um time e inicie uma federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si...”, diz o juiz, em sua sentença carregada de preconceito.

De fato, no momento em que o juiz distancia-se do caso, e nega sua condição de hermeneuta por resultar a decisão apenas de sua visão pessoal do mundo e de seus preconceitos, ignora que é a faticidade e a temporalidade – no contexto do caso - que devem ser tomadas como fonte do julgamento.

Parece ter sido necessário que a função jurisdicional atingisse um tal ponto de distanciamento da sociedade para que os juristas percebessem a necessidade da retomada da aproximação do direito com o mundo da vida e do processo, com o individual, com o caso concreto, porção singular de algo mais amplo que é a própria História, ciência da compreensão e da cultura. Mas qual principal desafio apresenta-se? Suplantar-se a epistemologia simplista da binariedade do certo e do errado – e, portanto, da razão instrumental -, para dar lugar ao direito e à jurisdição comprometidos com a historicidade – assim, da moral prática.

Entre o reconhecimento da necessidade de mudança e ela própria, muitos riscos anunciam-se. O maior deles é a percepção de que os juízos históricos transcendem ao mito da certeza e da segurança que o processo traria e que a compreensão a que se deve chegar a todo caso posto a julgamento é uma decorrência da relação umbilical do intérprete com o caso e com o texto.

Para que isso ocorra, uma abertura ao diálogo no processo, fruto de mudanças estruturais e fundamentações democraticamente construídas, poderia ser um bom caminho a ser trilhado. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal, exercida nos casos de controle concentrado da constitucionalidade é um convite a que se pense numa jurisdição estrutural – e metodologicamente – transformada, mais requintada e afinada com os princípios da democracia representativa. É o que será explanado na sequência.

2. O CREPÚSCULO DAS LUZES E AS CONSEQUÊNCIAS DO DIÁLOGO DA JURISDIÇÃO COM A SOCIEDADE (A NECESSÁRIA COESÃO ENTRE

MUDANÇAS ESTRUTURAIS E FUNDAMENTAÇÕES DEMOCRATICAMENTE CONSTRUÍDAS)

Após ter abordado genericamente a funcionalização do poder judiciário e a relação da mesma com o seu distanciamento da sociedade, o trabalho deter-se-á mais especificamente na atuação do Supremo Tribunal Federal. O apelo cada vez mais freqüente ao controle direto da constitucionalidade, que aumentou exponencialmente nos últimos anos, presume-se, guarda relação direta com a paulatina construção de uma “cultura constitucional”[36], ainda que seja imperioso, com Lenio Streck[37], reconhecer-se a baixa constitucionalidade que permeia o agir dos juristas.

A crítica à estrutura não anda em descompasso com a mudança da metodologia processual, o que requer juízes mais abertos e afinados com os princípios da democracia participativa, por um lado, e libertos do perfil burocrático de processo (2.1). Finalmente, a mudança de estrutura e de metodologia apresenta necessária coesão com a construção coletiva dos fundamentos da decisão, por meio da “mentalidade alargada”[38] à oralidade e à participação democrática e direta da cidadania no processo.(2.2) Algo jamais pensado entre os primeiros teorizadores de processo no século XIX. Uma outra cena. Novos textos. Novos contextos. Novos atores. Novos litígios. Novos diálogos. Novas formas de decidir.

2.1 MUDANÇA DE ESTRUTURA E DE METODOLOGIA: DA DESPOLITIZAÇÃO DA MAGISTRATURA À POLITIZAÇÃO DO PROCESSO

Se, como referido, funcionalmente, com toda a crítica já feita, o processo tem cumprido aos fins a que se destina desde a sua origem, seu maior problema radica em sua estrutura. Em primeiro lugar, não sua estrutura formal, mas sua estrutura ontológica, no seu específico patrimônio axiológico-normativo, para usar a certa expressão de Castanheira Neves[39] (2.1.1). Em segundo lugar, pode-se ver que a mudança estrutural no processo de controle direto da constitucionalidade, no que diz respeito à sua performance e metodologia, pode sim ser fonte de inspiração e canal de comunicação com outras instâncias da jurisdição. Afinal, a reivindicação de concretização dos referidos novos direitos bate ininterruptamente às portas inferiores da jurisdição (2.2.2).

2.1.1 INTOLERÂNCIA À ESTRUTURA ARCAICA E À DESPOLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Oriundos de um tempo marcado pela exatidão, em nome da construção da sociedade industrial e tecnológica, o processo e a jurisdição só poderiam crer na pureza da ciência, na exatidão do racionalismo, na segurança do procedimento ordinário e na aptidão das escolas de direito para formar juristas prontos para enfrentar a realidade. Privados de auto-reflexão, porque estavam a construir-se, assumiram a função de concretizar o ordenamento jurídico, sobretudo em seu viés político. Com efeito, daqui resultou seu funcionalismo, como antes abordado.

Ovídio Baptista apresenta quatro problemas estruturais do processo, a saber: a) o processo continua a ser considerado como uma ciência, fator de perpetuação da separação entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos; b) o racionalismo científico permanece presente na vida do processualista, a impedir uma reforma do pensamento do jurista, sem o que os institutos processuais com perfil inovador não recebem a devida

aplicação no campo da práxis; c) a perpetuação do processo de conhecimento de rito ordinário, cuja marca principal é a aura de neutralidade do juiz, ainda que em descompasso com a concreta atividade que o juiz realiza; d) ensino jurídico obsoleto, que apresenta o direito apenas enquanto norma, dissociado do mundo da vida. [40]

A risco de todo erro, ousa-se acrescentar um quinto problema: o do fechamento da mentalidade dos juristas que trabalham no processo ao seu próprio sistema, furtando-se do exercício da denominada “fertilização recíproca” que permite o aprendizado mútuo entre diferentes sistemas jurisdicionais e que, ao primeiro olhar, poderia consistir na sua força e na sua fraqueza[41].

Isso decorre da carência de pontes que interconectem o jurista a outros campos do saber humano, porque reduzido a uma estrutura burocrática que, no caso do Poder Judiciário, o iguala substancialmente à função administrativa, como lembra Nicola Picardi.[42] Há, dessa forma, a permanência de discursos já proferidos e a ruminação de velhos institutos – encobertos, por vezes, com novas roupagens -, sem que haja um questionamento acerca de sua aptidão para atender a uma sociedade especializada em operar novéis conflitos. O temor à ambivalência talvez esteja intimamente associado a tal cenário. A busca pela certeza - ditada pela funcionalização do direito -, obsta o aprimoramento da “metodologia da dúvida”, evocada por François Ost. Segundo o autor, tal postura carrega em si a vantagem não só de oferecer ao jurista uma perspectiva não usual, qualificando-o para o exercício de julgar, mas também o leva a resistir a paradigmas dominantes e à “pseudo-evidência dos fatos”- e, acrescentar-se-ia, a reconhecer a singularidade de cada caso levado a julgamento.[43]

Porém, quando da construção das bases teóricas do processo, no Século XIX e início do Século XX – e que o alicerçam ainda hoje - imperava uma concepção que tendia a encarar o direito como um sistema ideal de normas, repudiando as experiências do mundo sensível. Imperava a necessidade de expurgar o processo das referências ao direito material, com o fito de autonomizá-lo.[44]

O processo codificatório expressou – e continua a expressar – a ilusão da plenitude, de um único sentido normativo possível e a crença de que a complexidade do mundo pode ser contida por meio de cláusulas genéricas e planificadoras. Contudo, o tempo encarregou-se de expor a falibilidade de tais premissas, quando, por exemplo, o suposto cumprimento irrefletido de ordens jurídica e legalmente legitimadas levou ao extermínio de milhões de pessoas, durante a Segunda Guerra Mundial.[45] Daí a intolerância às estruturas arcaicas e à despolitização a justificar-se como uma condição de possibilidade à própria evolução do direito processual.

De outro lado, a despolitização desencadeia um efeito perverso: ao escravizar-se às formas, o jurista perde o tato para lidar com as questões essencialmente humanas, que compõem o processo. O que pensar a respeito da aberração protagonizada por aquele juiz que designou nova audiência em razão de uma das partes (um trabalhador, ex-funcionário de uma madeireira) calçar chinelos, por serem estes, segundo suas palavras, “incompatíveis com a dignidade do Poder Judiciário”[46]?

Burocratizado e brutalizado, é difícil que o poder judiciário dê conta das sucessivas mutações que se operam no seio do corpo social. Estabelecer as pontes ausentes, de que se falou acima, é tarefa que se impõe para tanto. É preciso garantir, para tanto, que a

efetivação constitucional se dê de forma a evitar a funcionalização do direito, democratizando os meios de acesso à Justiça.

O controle direto ou concentrado de constitucionalidade, levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pode ser o palco adequado para que tal se dê. Contemplá-lo será o próximo passo.

2.1.2 TOLERÂNCIA ÀS NOVAS METODOLOGIAS E À POLITIZAÇÃO DO PROCESSO

As Leis 9868/99 e 9882/99 causam uma revolução paradigmática - interna e externa - no processo brasileiro. Interna porque tocam em institutos de processo consolidados em outra época, mas que se mantêm incólumes diante das gritantes transformações sociais. Externa, porque o direito processual, com a abertura à sociedade, passa a ser visto como resultado da história e da cultura. Por isso, mais comprometido com a natureza das demandas materiais.

Trata-se, em verdade, da instituição de uma nova metodologia processual, afinada com os princípios do Estado Democrático de Direito, essencialmente no que diz respeito à participação popular direta nos processos decisórios, fator de acentuado aumento de legitimidade. Isto porque a legitimidade supõe a “transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo, advogadas pela coletividade”[47]. Ora, assim como as leis e as políticas públicas em geral para serem dignos de respeito devem resultar de um processo de “justificações alcançadas publicamente”,[48] isso também acontece com o judiciário.

O procedimento das ações de controle da constitucionalidade[49] resta marcado por esse ideário. Editados onze anos após a promulgação da Constituição Federal, esses textos normativos, embora fecundos em inovação, é certo, tiveram sua hermenêutica produzida lentamente, ao longo desses últimos dez anos, contados desde sua edição.

Mais uma vez o processo é chamado a funcionalizar-se. Porém, agora, a justiça é chamada a desviar-se dos processos de matriz individualista para dar respostas coletivas. Nessas condições, as mudanças mais significativas podem ser identificadas no que diz respeito: a) à ação e ao princípio dispositivo; b) à defesa e ao princípio de que somente ela torna a matéria controvertida; c) à abertura do processo a terceiros; e d) à coisa julgada.

Se as concepções clássicas da ação[50], que delineavam estruturas eminentemente voltadas a solver conflitos individuais, bem serviam aos interesses do Estado liberal, seu anacronismo é evidente quando da vivência do Estado democrático, no qual se verifica a processualização dos valores constitucionais.[51] As audiências públicas, realizadas no contexto de apreciação da ADI 3.510[52] e da ADPF 101[53], por exemplo, são marcos que apontam para a necessária revisão de tais teorias.

Enquanto no tradicional processo individualista, em princípio, o conflito subjetivo de interesses demarca a linha de limitação ao poder decisório do julgador, no primeiro, a relevância pública das questões postas é capaz de mitigar esse “resquício da ideologia liberal-individualista”[54], representado pelo princípio dispositivo em sentido estrito. Ademais, a vontade das partes – por muito tempo encarada como soberana no processo

-, na ação direta de inconstitucionalidade, é atenuada a ponto de não se admitir a desistência (art. 5º da Lei 9868/99).

Especificamente no que diz respeito ao exercício da defesa em sentido estrito – razões fáticas e jurídicas que o demandado apresenta contra as alegações do demandante – é visível a distinção entre o plano cível e penal. Neste, garante-se a “parcimônia” na defesa prévia. Naquele, ainda de perfil privado e repressivo, impõe-se ao demandado a defesa pormenorizada, salvo exceções.[55] O não contestado não se torna controvertido e sequer objeto de prova é. Eis portanto onde as portas se abrem ao STF, uma vez que, assim como não está adstrito ao princípio dispositivo ou da congruência, também não está às defesas do demandado, podendo, evidentemente, apresentar outras razões que não apresentadas por ele.

O fechamento do processo judicial a terceiros pode ser compreendido diante de seu perfil tradicionalmente individualista, repressivo e patrimonialista. Permitir o acesso a outros que não o demandante e o demandado somente ocorreria em situações escassas autorizadas pelo direito material[56], desde que houvesse algum interesse jurídico entre o terceiro e o objeto da demanda, em geral de natureza patrimonial.

A realidade dos processos de controle direto é toda outra. A atuação concreta dos *amici curiae* e dos terceiros que são ouvidos nas audiências públicas evidenciam o alargamento dessa participação comparativamente aos comuns direitos concedidos e limites impostos à atuação dos terceiros no processo tradicional. A distinção, no processo, entre direitos privados, individuais e atomizados e direitos públicos, coletivos e molecularizados, conduz à permissão de acesso, no caso dos últimos, não aos envolvidos pessoalmente na questão jurídica a ser decidida, mas sim aos que possam representar adequadamente[57] grupo, categoria, classe ou a toda a sociedade, no caso dos direitos difusos.

A intensidade do debate sobre as novas metodologias do STF põe em cena, finalmente, o dogma da coisa julgada interpartes. Levar em conta o poder desse dogma, permite abrir consideravelmente a discussão sobre ele e sobre as suas conseqüências em processos de natureza difusa e de profundas repercussões sociais como os de controle direto da constitucionalidade.

O caminho da democratização do processo não é tarefa fácil. Porém, a democracia chama a um processo democrático, que escape do juiz solipsista e que saiba dialogar, com “mentalidade alargada”, com a sociedade. A lição da experiência é o caráter necessariamente inacabado do processo e é o que fundamentalmente pode tocar nos graves problemas de estrutura do processo, referidos no item anterior.

2.2 A FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRATICAMENTE CONSTRUÍDA: DA APROPRIAÇÃO DA PALAVRA À PARTILHA DE SENTIDOS

Se a geometria piramidal não mais corresponde à realidade jurídica contemporânea, o direito em rede têm obrigado o jurista a se reinventar. De um lado, as exigências de uma economia globalizada e com ganas de superar todas as limitações de espaço e de tempo. De outro, a intensificação do diálogo acerca dos direitos humanos e de sua transnacionalização.[58] A esfera jurídica, não bastasse tal cenário de incertezas e

paradoxos, se vê rodeada pela crise da jurisdição burocrática e do processo individualista.

A assunção, por parte do Poder Judiciário, de suas prerrogativas leva à reflexão acerca do verdadeiro papel a ser por ele assumido e ao repensar da rígida teoria liberal da separação dos poderes do Estado, sistematizada por Montesquieu[59]. A desconcentração do poder político, que está na base de tal teoria, continua a ser um dos sustentáculos do Estado Democrático, e tal se dá em virtude da necessária contenção de abusos e arbitrariedades. Porém, a tendência crescente à judicialização da política acende o questionamento acerca da adequação integral do ideal montesquiano à realidade brasileira.

Mas essa reflexão não leva, necessariamente, à conclusão de que o judiciário deva caracterizar-se como detentor único da verdade democrática, tampouco que deva ser o responsável por proclamar “a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais”[60]. É preciso, porém, reconhecê-lo como poder representativo. Enquanto o cidadão é representado, politicamente, pelo parlamento, os tribunais (e o tribunal constitucional em maior medida) o representam argumentativamente[61].

Construir legitimamente a decisão impõe ao STF a exigência dialogal, fruto de uma “mentalidade alargada” para reconhecer que a sociedade, em questões amiúde transdisciplinares, pode colaborar para a elaboração da decisão cuja destinatária exclusiva é ela própria. Permitir a reunião em audiência – pública e oral – é uma prática hermenêutica e uma tarefa coletiva.

Mas não basta, pois ressoam no interior dos prédios da justiça outros sons, vindos de outras paragens, em que os humanos padecem dos mesmos males. Decidir coletivamente também implica em comunicar-se com os pares, nacionais ou estrangeiros, para dotar a decisão de conteúdo universal, quando necessário.

O trabalho de “fertilização recíproca” pode ser constatado na prática jurisdicional do STF, e tal fenômeno, ao que parece, tende a intensificar-se. Tomem-se os votos proferidos no bojo do julgamento da ADI 3.510, foco dileto da presente análise.[62] Dentre outros critérios que poderiam ser utilizados para a aferição quantitativa da “fertilização” dos votos por argumentos e marcos normativos não nacionais, optou-se por sistematizá-los na tabela seguinte[63].

NACIONAL(IS) EXTERNA(S)

MARCO(S) NORMATIVO(S)

Campo 1[64] Campo 2[65]

DOCTRINA(S)

INVOCADA(S)

Campo 3[66] Campo 4[67]

JURISPRUDÊNCIA(S)

Por questões de limite, não serão transcritas as sistematizações dos votos[70], mas cumpre registrar algumas das observações e constatações que delas emergem, ainda que alguém possa criticar tal exposição, taxando-a de genérica, por apontar algumas tendências visíveis em tal julgamento. Porém, uma dose de ousadia se afigura cara a todos que ousam propor novas metodologias, não só no âmbito jurídico, mas em todos os campos da vida.

Em primeiro lugar, aquele que se dispuser a efetuar a sistematização de tais votos perceberá, muito facilmente, que os campos 3 e 4 recheiam-se de referências, na maior parte dos votos. De fato, são inúmeros, no âmbito do julgamento, os posicionamentos doutrinários, filosóficos e até mesmo artísticos – houve citações de músicas e de poemas (nacionais[71] e externos[72]) -, invocados. A trajetória filosófica ocidental se fez presente, partindo de referências a pensadores da Antiguidade clássica[73], com incursões pelos modernos (Kant é citado por dois Ministros[74]), até a breve menção a filósofos contemporâneos, como Zygmunt Bauman, Ulrich Beck[75] e Jürgen Habermas[76].

Num segundo momento, há que se reconhecer que, comprometidos com a intenção de dar uma resposta satisfatória às questões postas na causa, muitos Ministros buscaram informações relativas não só ao âmbito recente do biodireito, mas afinadas também aos avanços mais amplos das ciências médico-biológicas. Assim, além dos depoimentos dos profissionais presentes na audiência pública[77], foram mencionadas obras específicas sobre o tema[78], depoimentos e artigos coletados de jornais e revistas semanais brasileiras[79].

A permeabilidade se faz notar, em terceiro, quando se constata a presença, em muitos votos, de marcos normativos e jurisprudências externas (respectivamente, Campo 2 e Campo 6 da tabela). O caráter inovador da discussão-núcleo da ADI 3.510 talvez tenha contribuído para que tal se desse. De qualquer modo, muitas Declarações de Direitos Humanos foram invocadas (dentre elas, a Convenção Americana de Direitos Humanos – ou “Pacto de San José da Costa Rica” - e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela ONU em 1948)[80], além de dispositivos normativos específicos de outros países, como do Reino Unido[81], da Alemanha[82], da Espanha[83], do México[84] e da França[85].

Essa abertura do STF às influências externas talvez possa ser sintetizada em uma manifestação do Min. Carlos Ayres Britto, constante na página 64 de seu voto. Diz ele: “(...) o juiz não deve ser uma traça ou ácaro do processo, mas um ser do mundo (...)”. Para finalizar a análise, pôde-se constatar nos votos numerosas referências a jurisprudências - e não só nacionais - o que fornece ainda mais expectativas quanto ao incremento da referida “fertilização recíproca” de argumentos. Dentre os Tribunais citados, a Suprema Corte norte-americana[86], o Tribunal Constitucional Alemão[87] e Tribunais da Espanha[88], bem como sua Corte Constitucional[89].

Ao que parece, opera-se, a partir da utilização de argumentos tão diversos – das referências aos filósofos clássicos e aos depoimentos colhidos na audiência pública à

menção a marcos normativos e jurisprudências externas – uma construção coletiva da fundamentação jurídica. O direito, que há muito tempo apropriou-se da palavra normativa, a fim de controlar e regular, parece agora propor-se a partilhar com os homens o espetáculo do diálogo e da solidariedade, a fim de consolidar o paradigma democrático. Trata-se de um caminho possível para um problema posto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da aurora ao crepúsculo das luzes, das causas às conseqüências, este texto intentou demonstrar que o monólogo jurídico não corresponde às exigências que o atual cenário mundial impõe. E o fez afirmando que as condições de possibilidade para o diálogo entre o poder judiciário e a sociedade podem estar indissociavelmente ligadas à necessária revisão de algumas premissas processuais legadas pelos teóricos modernos.

Construído sobre os paradigmas do racionalismo e da pureza metodológica, o direito processual restou por apresentar-se como uma encenação desprovida de substância e, por isso, alvo fácil das mais variadas influências, dentre as quais, e em especial, aquelas oriundas de outras esferas de poder (político, econômico, midiático, etc.). Mas o distanciamento do processo das raízes materiais que o impulsionam faz parte de um contexto mais amplo. Na busca por autonomia, reservou-se um espaço mínimo, no campo jurídico, ao cultivo de uma interpretação pluralista dos valores sociais, o que acabou gerando a funcionalização do direito, isto é, sua instrumentalização.

Se tal funcionalização atendeu por muito tempo aos valores do Estado liberal, os ventos democráticos anunciaram o paradoxo representado pela concepção do direito como meio pois, sob tal perspectiva, o poder judiciário “funciona”, com freqüência, ao arripio da idéia mesma de Justiça, a qual se distancia para dar lugar a interesses que lhe contradizem. O Estado democrático exige, portanto, que se repensem as estruturas jurídicas, a fim de que o direito se reaproxime da política, resgatando as idéias de cuidado e solidariedade, dissipadas pelo distanciamento.

Surgidas no contexto do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, as possibilidades de realização de audiências públicas e da participação de *amicus curiae*, previstas nas Leis 9868/99 e 9882/99, são algumas das inovações a representar tolerância a novas metodologias jurisdicionais, e parecem apontar para uma gradativa democratização do processo decisório. A fundamentação democraticamente construída, nesse passo, pode sinalizar a (re)abertura do jurídico ao social.

Isso porque tais práticas são capazes de trazer novos elementos ao debate, influenciando e qualificando a decisão a ser tomada, no âmbito dos casos em que são efetivadas. Além delas, a “fertilização recíproca” de argumentos entre tribunais nacionais e externos marca o esforço que tem sido feito para que, além da revisão de teorias desconectadas da realidade constitucional brasileira, se consolidem hábitos hermenêuticos adequados à devida contextura entre o que é local e o que se transnacionaliza, como o diálogo acerca dos direitos humanos.

Ao fim de todo o exposto, pode-se afirmar que a luta contra a funcionalização do direito, na senda deixada pelas Luzes, é tarefa que se impõe ao jurista, a fim de que o

paradigma liberal da eficiência dê lugar aos anseios democráticos, mais afinados com a compreensão do que é justo, do que é fraterno, do que é essencialmente humano.

REFERÊNCIAS

A. OBRAS CONSULTADAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos Ideológicos do Estado: notas sobre os aparelhos ideológicos do Estado (AIE). Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de castro. 10.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

AMIRANTE, Carlo. Uniões supranacionais e reorganização constitucional do Estado. Tradução de Luisa Rabolini. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Capítulo 6. São Paulo: Perspectiva, 2001

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Da função à estrutura. No prelo.

_____. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. Polêmica sobre a ação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 15-40.

_____. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Processo e ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. GOMES, Fábio. Teoria do processo civil. São Paulo: RT, 1997.

BARRY, Brian. Procedimento e justiça social. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 266.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. Tempos líquidos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. Risk society: towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier 2004.

_____. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, António A. A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. O direito hoje e com que sentido? Lisboa: Piaget, 2002.

DAMASKA, Mirjan. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. 1. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 53.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. Tradução e posfácio de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. Les forces imaginatives du droit (II). Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DUFOUR, Dany- Robert. A arte de reduzir as cabeças. Sobre a nova servidão na sociedade ultra liberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

FISS, Owen. Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBSBAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. Crítica da faculdade do juízo. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

KANTAROWICZ, Ernest. Os dois corpos do rei. Um estudo sobre teologia medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade da decepção. Barueri: Manole, 2007.

MARIN, Jeferson Dytz (Org.). Jurisdição e processo. Efetividade e realização da pretensão material. Curitiba: Juruá, 2008.

MONTESQUIEU, C. de Secondat. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita. Repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. Introdução ao pensamento complexo. Lisboa: Piaget, 2001.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. Coleção Diké. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

_____. Dire le droit. Faire justice. Bruxellas: Bruylant, 2007.

_____. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

POSNER, Richard. Problemas de filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROTTERDAM, Erasmo. Elogio da Loucura. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social e outros escritos. Tradução de Rolando Roque da Silva. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: Uma tentativa de substancialização do direito processual civil. Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

_____. ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: REPRO 154, ano 32, dez 2007, p. 265-283.

SARAMAGO, José. O conto da ilha desconhecida. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. In: Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 7, nº. 13, jan/jun 2005, p. 82-109.

SUPIOT, Alain. Homo juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio. Verdade e consenso: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TASQUETTO, Lucas da Silva. A cor das sentenças: as políticas de cotas raciais na jurisprudência brasileira. Disponível em http://www.ajuris.org.br/dhumanos/premiোধ_2006.htm.

THUILLER, Guy. L'art de juger. Paris: Econômica, 2001, p. 38-40.

VENTURA, Deisy. Ensinar direito. Barueri, SP: Manole, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. Teoria de la constitución como ciência cultural. Madri: Dikinson, 1998.

VOLTAIRE. Traité sur La Tolérance. Paris: Gallimard, 1975, p. 123.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 417.

B. SÍTIOS ELETRÔNICOS CONSULTADOS

AJURIS. Associação dos juizes do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/>

BANCO MUNDIAL. Fazendo com que a Justiça conte. Medindo e Aprimorando o Desempenho da Justiça no Brasil. Relatório nº. 32.789-BR do Banco Mundial Unidade

de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. 30.12.2004. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org>.

STÄDEL MUSEUM FRANKFURT. Disponível em <http://www.staedelmuseum.de/>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br.

[1] O presente texto consiste no aprofundamento do artigo “*A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo*”, de autoria das últimas autoras, anteriormente publicado na Revista de Processo, nº. 154 (dez/2007). O texto também está disponível em MARIN, Jeferson Dytz (Org.). *Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49-72. Trata-se de artigo vinculado aos Grupos de Pesquisa “Estado e Constituição” ao qual se vincula o primeiro autor e ao Grupo de Estudos “Teoria do Processo” a que pertencem as autoras. Este artigo, portanto, é fruto da aproximação e diálogo entre estes dois grupos cuja afinidade temática e a ressonância tem provocado o trabalho interdisciplinar de ambos os grupos de pesquisa.

[2] DÜRER, Albrecht. *Melancolia I*, 1554. A obra faz parte do acervo do Städel Museum, em Frankfurt am Main, Alemanha.

[3] O compasso na mão é o símbolo de uma ordem que a medição impõe, a mesma que se espera da jurisdição com seus rituais e suas práticas. A ampulheta representa o próprio limite da condição humana, sugerindo ao jurista que o tempo também é o limite do processo e ele sempre impõe um custo. A esfera, representação máxima da perfeição, lembra a coisa julgada que faz o encontro do fim com o início do processo. A pedra, símbolo da alquimia, evoca que a decisão também produz a transformação do descrito no real do processo mas, por outro lado, suscita certa dose de violência que a justiça quer olvidar, mas de que necessita para se impor. A escada, símbolo do caminho, da meta a alcançar, relaciona-se com os percursos do processo. A balança, sinal de equilíbrio, significa, no processo, a dialética entre as provas e os argumentos. O cão, enrolado aos pés, é o guardião, que no processo pode ser associado ao cuidado que o intérprete deve ter – sem nunca o olvidar – a fim de encontrar a resposta hermeneuticamente correta[3]. O arco-íris e o sol no horizonte são o prenúncio de que há possibilidades de mudança.

[4] Disponível em www.stf.gov.br.

[5] Em 2007, segundo dados do próprio STF, este Tribunal publicou 314.046 decisões. Foram distribuídos 55.817 recursos de agravo de instrumento e 48.837 recursos extraordinários, o que tem compelido a Corte Suprema a investir maciçamente em políticas de gestão judiciária. Disponível em www.stf.gov.br.

[6] Segundo Sousa Santos, 2006, p. 433-7, a modernidade ocidental sofre uma crise tripla, oriunda do desgaste das tensões dialéticas que a informam. São estas: a) a tensão entre regulação social e emancipação social; b) a tensão entre o Estado e a sociedade civil e c) a tensão entre o Estado-nação e a globalização. Tais tensões acabam por

desvelar o embate maior entre, na linguagem do sociólogo, a globalização hegemônica e a globalização contra-hegemônica. Quanto às crises do Estado, veja-se: Streck e Bolzan de Moraes, 2000, p. 122-38.

[7] Trata-se do mito do Estado abordado por Kantarowicz, 1998. A noção de poder absoluto, associada ao Estado moderno, deu vazão à teoria de que embora o rei – homem – morra, a perpetuidade da dignidade real não morre jamais.

[8] Essa definição é de Canotilho, 2006, p. 327. O autor afirma que a *good governance* trata-se não apenas da direção dos assuntos do estado, mas também do comportamento dos demais poderes, como o legislativo e o judiciário. Diz que ela acentua as relações multilaterais dos Estados e recupera o espaço das parcerias público-privadas, insistindo em questões fortes como a governabilidade, responsabilidade e legitimação.

[9] Castanheira Neves, 2003, p. 93.

[10] Cf. Fiss, 2004, p. 38.

[11] Supiot, 2007, p. 228.

[12] Como do poder midiático, tal como denunciado por Ost, 2007, p. 176. De um lado, a justiça, que tem por fim restaurar a paz social e os valores “da cidade”. De outro, as mídias, empresas comerciais, concessionárias do serviço público, subvertidas pelo imperativo da rentabilidade.

[13] Cf. Neves, 2007, pp. 166-7

[14] *Da função à estrutura*. No prelo.

[15] Trata-se do Relatório 32789 BR. Disponível em <http://web.worldbank.org/>

[16] Cf. Streck, 2007, p. 150.

[17] Defendida por, dentre outros, Steven Shavel e Richard Posner. Consultar: Posner, 2007. Daí Sarlet, 2001, pp. 351 ss., advertir que nunca é demais a atenção que se deve ter relativamente às decisões sonegadas dos direitos fundamentais.

[18] Castanheira Neves, 2003, p. 97.

[19] Castanheira Neves, 2003, p. 93.

[20] Sobre o “sujeito esquizóide” e a “dessimbolização” da sociedade contemporânea, veja-se Dufour, 2005.

[21] Gadamer, 2003, p. 18.

[22] Rotterdam, 2003, p. 76.

[23] BOBBIO, 2007, P. 95.

[24] Cf. Sousa Santos, 2006, p. 434.

[25] Veja-se Streck, 2007, p. 388.

[26] Distinção entre ambos pode ser encontrada em: Baptista da Silva, 1998, p. 27.

[27] Como parece estar autorizado no artigo 273, § 6º, do CPC, cujo teor tem originado intensos debates doutrinários pró e contra.

[28] Próprios dos juízos de verossimilhança ou de probabilidade. Reconhecendo-se que a busca do certo ou o acesso à verdade decorre muito mais das matrizes fundadoras do pensamento ocidental, do que de uma condição humana irrefutável, pode-se identificar quatro fundamentos nos juízos de verossimilhança: a) decorre da visão dupla das coisas do processo, em razão das teses das partes; b) em razão de dificuldade, mesmo no processo, do acesso à verdade; c) o juiz é convidado a duvidar sempre, inclusive do que decide definitivamente; d) um juiz é sempre um probabilista, mesmo que busque a certeza. Ver: Thuiller, 2001, p. 38-40.

[29] Sobre ações materialmente sumárias ver, da autora: Saldanha, 2004.

[30] Análise rica sobre o tema pode ser vista em Baptista da Silva, 1997.

[31] Veja-se Beck, 1992.

[32] A expressão e o pensamento são de Bauman, 1998, p. 155. A autora deste trabalho não concorda com Bauman. A sociedade ocidental ainda não conseguiu sair da modernidade. Pensa-se, como Gilles Lipovetsky, que se vive a hipermodernidade, em que as categorias modernas foram exacerbadas, elevadas à enésima potência. Veja-se Lipovetsky, 2007, p. 14.

[33] Expressão de Castanheira Neves, 2003, p. 75.

[34] Trata-se da queixa-crime nº 936 de 2207, que tramitou perante a 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, onde o jogador Richarlyson, considerando-se ofendido por afirmações do técnico do time de futebol em que jogava, por esse tê-lo chamado de “gay”, pede a condenação do ofensor.

[35] Sobre a questão da fundamentação das sentenças, veja-se Baptista da Silva, 2008, pp. 137-63.

[36] Cf. Häberle, 2000.

[37] Cf. Streck, 2007, p. 384.

[38] Ao tratar de três máximas do entendimento humano comum ligado ao gosto, é que Kant põe a questão da mentalidade alargada. Primeiro, diz que é preciso “pensar por si”; segundo, diz que é preciso sempre “pensar no lugar de todo o outro” e, terceiro, é preciso “pensar de acordo consigo próprio”. Assim, de acordo com o filósofo, a primeira é a máxima da maneira de “pensar livre de preconceito”, a segunda e é a que interessa para o efeito deste trabalho, é a maneira de “pensar alargada”, enquanto que a

terceira é a maneira de “pensar conseqüente”. Veja-se Kant, 1998, pp. 196-97. A expressão, no âmbito do texto, refere-se aos casos em que o juiz, ao fundamentar suas decisões, refere-se às influências normativas, doutrinárias e/ou jurisprudenciais oriundas de outras culturas, sobre seu entendimento. Veja-se, para um aprofundamento da questão, Arendt, 2001, p. 274.

[39] Castanheira Neves, 2002, p. 63.

[40] *Da função à estrutura*. No prelo, p. 10. O texto foi fornecido gentilmente pelo autor.

[41] Sobre a questão, veja-se Delmas-Marty, 2006, p. 49.

[42] Picardi, 2008, p. 26.

[43] Ost, 1997. p. 21.

[44] Numa concepção diversa de autonomia, sobre a questão de sua ausência no direito contemporâneo, veja-se Castanheira Neves, 2002.

[45] Para uma percuciente análise filosófica do período e daquilo que denominou “banalização do mal”, veja-se Arendt, 1999.

[46] Cf., em <http://www.apriori.com.br/cgi/for/post9271.html>, o despacho do juiz. Tem-se notícia de que, quando da efetiva realização da audiência, quase dois meses depois, o juiz tentou “presentear” o trabalhador com um par de sapatos, mediante a óbvia recusa do mesmo.

[47] Wolkmer, 2003, p. 417.

[48] Barry, 2003, p. 266.

[49] a) ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade; b) ADC- Ação Direta de Constitucionalidade; c) ADIpo – ação direta de inconstitucionalidade por omissão; d) ADPF- ação de descumprimento de preceito fundamental.

[50] Para uma análise de algumas das referidas construções teóricas, consulte-se Baptista da Silva e Gomes, 1997, pp. 90-132. Veja também, do autor, Baptista da Silva, 2006, p. 15-40.

[51] Veja-se Damaska, 2000, p. 53.

[52] Realizada no dia 20 de abril de 2007, a primeira audiência pública da história do STF contou com o depoimento de 18 profissionais, os quais apresentaram seus conhecimentos científicos sobre a matéria posta sob julgamento, qual seja, a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. Detalhes disponíveis em: <http://www.stf.gov.br/>

[53] No dia 27 de junho de 2008, tal audiência contou com a presença de 11 especialistas, que se posicionaram acerca da conveniência ou não da importação de

pneus usados pelo Brasil. Mais informações podem ser obtidas em <http://www.stf.gov.br/>

[54] Portanova, 2005, p. 124.

[55] Veja-se o teor do parágrafo único do art. 302 do CPC.

[56] Pela ordem: a) assistência simples e litisconsorcial; b) oposição; c) nomeação à autoria; d) denúncia da lide; e) chamamento ao processo.

[57] A origem da expressão é americana e surgiu no âmbito das *class action*. Cabe ao juiz americano, em cada caso concreto, verificar se a classe, grupo ou categoria está devidamente representada em juízo. Veja-se Fiss, 2004, pp. 233-49.

[58] Sobre o embate entre “economia” e “direitos humanos”, veja-se Delmas-Marty, 2003, pp. 9-38.

[59] Cf. Montesquieu, 2002.

[60] Voto da Min. Ellen Gracie no julgamento da ADI 3.510, p. 2. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>>.

[61] Alexy, 1999, 55-66.

[62] Tais votos podem ser encontrados no sítio eletrônico do Tribunal, no link “notícias”, sob o argumento de pesquisa “células-tronco”. Disponível em <http://www.stf.gov.br/>. Ademais, no sítio eletrônico da “TV JUSTIÇA”, <http://www.tvjustica.gov.br/>, no link “CENTRAL DE DOWNLOAD”, podem ser encontrados vídeos com a íntegra das sessões do referido julgamento.

[63] Tal tabela consiste na versão simplificada de uma outra, elaborada pelos pesquisadores do Projeto de Pesquisa intitulado “A concretização dos direitos humanos na jurisdição brasileira sob a ótica do constitucionalismo e da internacionalização do direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca”, e orienta uma das Etapas de sua investigação, a qual busca compreender em que medida a jurisdição brasileira, por meio de suas decisões, concretiza o paradigma da tradução em seu sentido amplo, com o objetivo de consolidar o direito sob a ótica cosmopolítica, a partir do exercício da “mentalidade alargada” kantiana e da “fertilização recíproca”. O Projeto está registrado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e na Universidade Federal de Santa Maria, e conta com vinte pesquisadores, dentre eles dois bolsistas de Iniciação Científica, sob os auspícios do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico/CNPq.

[64] Aqui, incluem-se todas as referências a leis federais e/ou estaduais, decretos, medidas provisórias, etc., e a dispositivos da atual, ou de anteriores Constituições brasileiras, constantes no voto em estudo, as quais são citadas juntamente com a página em que tal referência foi feita - como nos demais campos. Ex.: art. 9º, § 1º da Lei Federal nº 9868, de 1999; p. 5 – referência relativa ao voto do Min. Carlos Ayres Britto na ADI 3.510.

[65] Incluem-se, aqui, todas as referências a Tratados, Convenções, etc., ou a legislação estrangeira, bem como dispositivos constitucionais não nacionais, constantes no voto em estudo. Ex: *Human Fertilisation and Embryology Act*, do Reino Unido; p. 4 – referência relativa ao voto da Min. Ellen Gracie Northfleet na ADI 3.510.

[66] Neste campo, são incluídas as posições doutrinárias (em sentido amplo, abrangendo referências a posicionamentos filosóficos, artísticos, literários) brasileiras, invocadas no voto em estudo, de maneira simplificada. Ex.: DALLARI, Sueli Gandolfi e VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado?; p. 23 – referência relativa ao voto do Min. Enrique Ricardo Lewandowski na ADI 3.510.

[67] As posições doutrinárias (em sentido amplo, abrangendo referências a posicionamentos filosóficos, artísticos, literários) externas (não nacionais) – ainda que traduzidas para a língua portuguesa, invocadas no voto em estudo, devem constar neste campo, com referência simplificada. Ex.: ISRAEL, Jean-Jacques – *Droits de libertés fondamentaux*; p. 39 - referência relativa ao voto da Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha na ADI 3.510.

[68] Referências a jurisprudências brasileiras constantes no voto sob análise devem ser incluídas neste campo. Ex.: Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 9 set. 1988. - p. 29 - referência relativa ao voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 3.510.

[69] Por fim, neste campo, devem ser reunidas as referências a jurisprudências externas constantes no voto em estudo. Ex.: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 133 (1973); p. 5 - referência relativa ao voto do Min. Marco Aurélio Mendes na ADI 3.510.

[70] É preciso avisar ao leitor que, por não serem encontrados no sítio eletrônico do STF, quando da escrita do presente texto, não foram esmiuçadamente analisados os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Menezes Direito.

[71] Trata-se do voto do Min. Ayres Britto – veja-se a página 35 do referido.

[72] Shakespeare é lembrado em dois votos – no do Min. Ayres Britto (p. 9) e no do Min. Eros Grau (p.7).

[73] Por exemplo, a referência a Protágoras, feita pelo Min. Ayres Britto, em seu voto – p. 35.

[74] Veja-se os votos da Min. Cármen Lúcia – p. 28 – e do Min. Ricardo Lewandowski – p. 20.

[75] A concepção de “*risk society*” trabalhada pelos filósofos foi invocada pelo Min. Ricardo Lewandowski na página 23 de seu voto. Veja-se, para um aprofundamento de tal concepção, Beck, 1992.

[76] Citado pela Min. Cármen Lúcia, na página 37 de seu voto.

[77] Tais depoimentos foram referidos em quatro dos votos analisados.

[78] Veja-se, dentre outras, a referência à HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie (Coords.). *As células-tronco embrionárias humanas em debate*. São Paulo: Loyola, 2006., na página 3 do voto do Min. Ricardo Lewandowski.

[79] A imprensa brasileira debateu longamente sobre o tema levado a julgamento. Chegou-se a cogitar que o STF, no âmbito do julgamento, acabaria por definir o momento exato em que a vida tem início. Tal feito não foi constatado, porém. O voto da Min. Cármen Lúcia (p. 6) foi um dos que rechaçou a imprescindibilidade de o STF estabelecer tal entendimento para que pudesse manifestar-se a respeito da constitucionalidade dos dispositivos normativos questionados.

[80] Min. Cármen Lúcia – p. 18 – e Min. Ricardo Lewandowski – p. 20.

[81] Votos da Min. Ellen Gracie - p. 4 –, do Min. Ricardo Lewandowski – p. 54 – e do Min. Marco Aurélio – p. 14.

[82] Votos dos Min. Gilmar Mendes – pp. 15 e 16 –, do Min. Ricardo Lewandowski – pp. 37 e 39 – e do Min. Marco Aurélio – p. 13.

[83] Votos dos Min. Gilmar Mendes – p. 23 –, do Min. Ricardo Lewandowski – pp. 38-9 – e do Min. Marco Aurélio – p. 14.

[84] Voto do Min. Gilmar Mendes – p. 25 – e do Min. Marco Aurélio – p. 14.

[85] Voto do Min. Gilmar Mendes – pp. 21 e 22 –, do Min. Ricardo Lewandowski – p. 37 – e do Min. Marco Aurélio – p. 14.

[86] Voto do Min. Marco Aurélio – p. 6 –, e do Min. Gilmar Mendes – p. 2.

[87] Voto do Min. Gilmar Mendes – pp. 2, 13, 15.

[88] Voto do Min. Gilmar Mendes – p. 24

[89] Voto do Min. Ricardo Lewandowski – p. 35.

**AS FALSAS MEMÓRIAS NA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS PELAS
TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL***

**THE FALSE MEMORIES IN THE FACTS'S RECONSTRUCTION BY THE
WITNESS IN THE CRIMINAL LAWSUIT**

**Nereu José Giacomolli
Cristina Carla di Gesu**

RESUMO

O depoimento da testemunha resgata, na memória, a lembrança dos fatos ocorridos no passado, objetivando dar conhecimento ao julgador sobre aquilo já percebido, cumprindo uma função retrospectiva e recognitiva no processo penal. A fragilidade da prova testemunhal revela-se na dependência da recordação dos fatos, da memória da pessoa que os narra. O processo mnemônico não é fidedigno à realidade e a lembrança pode estar contaminada pelas falsas memórias. Além de uma boa aquisição e retenção da memória, é importante perceber, evitar e eliminar as falhas no momento da recuperação da lembrança das testemunhas, fontes de prova relevantes no processo penal.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO PENAL – PROVA TESTEMUNHAL – MEMÓRIA – FALSAS MEMÓRIAS.

ABSTRACT

The testimonial depoiment recalls, in the mind, the factual memory occurred in the past, aiming to give knowledge to the judge about what has already been realized, fulfilling a recognitive and retrospective function in the criminal lawsuit. The fragility of the testimonial proof is revealed by its dependence on the memorization of the facts, the memory of the person who tells the facts. The mnemonic process is not trustfull to reality and the recollection may be twisted by false memoried. Beyond a good acquisition and retention of the memory, it is important to perceive, avoid and eliminate the flaws in the moment of recalling the witness's memory, relevant proof's sources in the criminal lawsuit.

KEYWORDS: CRIMINAL LAWSUIT – TESTIMONIAL PROOF – MEMORY - FALSE MEMORIED.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação existente entre a prova testemunhal e a possibilidade de formação de falsas memórias na reconstrução dos fatos. Considerando a falência do monólogo científico, a prova testemunhal é abordada através de uma leitura interdisciplinar, diante da complexidade imposta pela pós-modernidade. A testemunha e a vítima de um delito se valem de suas recordações ao narrarem os fatos, tanto na fase pré-processual quanto na etapa processual, advindo daí a necessidade investigatória acerca do funcionamento da memória, não só pelo viés neurológico, mas também psicológico e social. Os estudos demonstram não ser o processo mnemônico fidedigno à realidade. Por isso, a lembrança não reconstrói os fatos como ocorreram na realidade. A reconstrução destes, no processo penal, prima pela prova careada aos autos através de testemunhas, circunstância que motiva o aprofundamento da investigação acerca dos fatores que influenciam nessa espécie de prova. Por conseguinte, pretende-se demonstrar que as falsas memórias e outros fatores de contaminação, podem macular a prova testemunhal, tão utilizada e valorada no processo penal brasileiro.

Partimos da premissa de que o juiz é o destinatário da prova, pois a ele é feita a reconstrução dos fatos. Por isso, provar significa convencer o julgador, induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção do risco de uma sentença desfavorável por não fazê-lo.[1] Na realidade, os processos judiciais, como bem acentua Cordero, são *máquinas retrospectivas*, pois se faz mister verificar as hipóteses históricas formuladas pelas partes, isto é, dirigem-se a estabelecer algo já ocorrido e quem o realizou: “as partes formulam hipóteses; o juiz acolhe a mais provável, com base em determinadas normas, baseado em um conhecimento empírico oposto às fantasias de adivinhação, às êxtases intuitivas ou às cabalas de ciências ocultas” [2] Defende que “as funções narrativas pressupõem uma pessoa que emite, bem como destinatários, identificados ou não; a produção de textos, mais ou menos nítidos, verdadeiros ou falsos; é uma possibilidade própria do meio, que o narrador erre ou minta”. [3]

Assim, pelo fato de serem produtos humanos, as provas históricas não existem em estado natural. A palavra-chave da nomenclatura das ditas funções narrativas é a *fé*, ou seja, a crença pelo destinatário da prova acerca daquilo que está sendo dito. Isso porque “os locutores pretendem ser acreditados, e tudo o que dizem têm valor até quando os destinatários acreditam, de modo que o resultado depende de variáveis vinculadas a estados emotivos”. [4] Por mais credibilidade que o depoimento de uma testemunha possa transmitir, em se tratando de *fé*, sua adesão é sempre discutível, ou seja, a questão sempre será objeto de controvérsia por parte daquele que não foi convencido. O presente trabalho centra-se nesse meio probatório.

É imprescindível notar ser a prova testemunhal uma das poucas modalidades que permite a reiteração ou repetição em juízo, com exceção da prova antecipada e pré-constituída. Quanto às demais, discute-se a eficácia probatória, pois, segundo os princípios que regem a prova, somente a produzida em juízo tem entidade suficiente para afastar a presunção de inocência. O objetivo principal desse trabalho está voltado à prova testemunhal. Essa demonstra ser uma das modalidades mais frágeis de prova, na

medida em que a recordação dos fatos depende da memória daquele que os narra. Além de o processo mnemônico não ser fidedigno à realidade, a lembrança ainda pode estar sujeita à contaminação de várias ordens, inclusive das falsas memórias.

No primeiro tópico o trabalho enfoca o funcionamento da memória, suas classificações, bem como a patologia decorrente das falsas memórias. Posteriormente, o estudo analisa alguns fatores de contaminação da prova testemunhal, tais como a forma de inquirição, o tratamento dispensado à testemunha, o decurso do tempo, o viés do entrevistador, a mídia e o subjetivismo do julgador.

2. A Memória e as Falsas Memórias

2.1 Memória

Antes de ser abordado, especificamente, o problema das falsas memórias, convém tecer algumas considerações acerca do funcionamento da memória.

A memória é definida como a faculdade de reter as idéias, as impressões e os conhecimentos adquiridos. Remete também à lembrança, à reminiscência. Segundo Izquierdo[5], a memória é a “aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”, destacando a diferenciação entre aquisição e evocação, pois, enquanto a primeira pode ser também chamada de aprendizagem, na medida em que só se grava aquilo que foi apreendido, a segunda está relacionada à recordação, à lembrança, à recuperação. Literalmente “somos aquilo que recordamos”. [6] A ação e a comunicação estão relacionadas àquilo que é aprendido ao longo da vida e que está armazenado na memória. O complexo processo mnemônico é dividido, portanto, em três momentos: aquisição, retenção e recordação.

No que diz respeito à *aquisição*, Quecuty destaca que as recordações não são réplicas de acontecimentos percebidos, por serem limitados pela natureza do fato (tempo de observação, luminosidade, atenção aos detalhes, existência de violência, caráter estressante), e nem pelas próprias características e limitações da testemunha, tais como expectativas, estresse emocional, entre outros. [7]

Em um segundo momento, ou seja, na *retenção*, a informação é menos completa e exata, relacionando-se com o transcurso do tempo entre a observação do episódio e a recordação posterior, bem como com as informações obtidas após o fato. Nesses termos, dois fatores são de suma importância à deterioração da lembrança, segundo Yarmey: a) o intervalo de retenção (a diminuição da precisão da lembrança se deve ao esquecimento normal, o qual é mais rápido após a aquisição, tornando-se mais lento em seguida) e a informação após o ocorrido (durante esse intervalo, a testemunha está exposta a uma nova informação sobre o acontecimento presenciado, por exemplo: comentários posteriores de outras testemunhas criarão problemas para distinguir entre a informação original e a incorporada posteriormente). Frequentemente, a informação posterior ao evento, recebida pela testemunha ou pela vítima, lhes é proporcionada durante a tomada da declaração pelo mesmo sujeito (policia) que a realizou. (...) as

perguntas que obedecem a determinados interesses, parciais, baseadas em premissas falsas e em expectativas do entrevistador, podem distorcer, seriamente, a lembrança dos fatos, por uma testemunha. [8]

O processo de fixação definitiva da memória é chamado de consolidação. Esta, por sua vez, requer tempo e submete-se a numerosos agentes externos: “as memórias de longa duração não ficam estabelecidas em sua forma estável ou permanente, logo depois de sua aquisição” .[9] Por isso, a neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores externos ao processo, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou da própria vítima. O tempo e as informações pós-evento abrem uma brecha à formação de falsas memórias, na medida em que acabam por confundir a testemunha, a qual não distingue mais o evento original daquilo que foi incorporado depois.

O terceiro momento é representado pela *recordação*. Nessa fase é produzida a recuperação da informação armazenada na memória, o que pode ocorrer tanto com sucesso, ou com fracasso, devido a uma aquisição defeituosa ou ao próprio processo de lembrança em si. Assevera Quecuty que muitos dos fracassos que ocorrem na memória se devem à incapacidade de a pessoa recordar a informação, por uma aquisição defeituosa ou pela tarefa de lembrança em si mesmo. Entretanto, por não recordar algum aspecto do ocorrido não significa que este não esteja armazenado na memória, mas sim que, no momento, este não esteja acessível.[10]

No que concerne ao conteúdo, há dois grandes grupos de memórias, isto é, o da memória de procedimentos e o da memória declarativa. A *memória procedural* é aquela que tem capacidade ou habitualidade motora ou sensorial (atos motores ou concatenação de atos). Assim, conecta-se ao aprendizado de atividades como digitar um texto, andar de bicicleta, nadar, por exemplo. Pode, outrossim, ser subdividida em *implícita* (aquela adquirida de maneira mais ou menos automática, sem que o sujeito perceba claramente a aprendizagem, tal como ocorre com a língua materna) e *explícita*, a que se constitui em memória adquirida com plena intervenção da consciência. [11]

O segundo grupo, ou seja, o da *memória declarativa* é a que interessa ao presente trabalho, pois se refere à memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de idéias. Aqui também há uma subdivisão em *episódicas*, relativas a eventos dos quais assistimos ou participamos, também chamadas de autobiográficas, e em *semânticas*, relacionadas aos conhecimentos gerais.

De fato, não há uma preocupação acentuada dos profissionais encarregados da investigação preliminar (inquérito policial, por exemplo) e da instrução processual acerca da psicologia do testemunho, principalmente no que se refere aos casos patológicos. De nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, na recuperação da lembrança. Nesse sentido adverte Quecuty: sem uma boa atuação do encarregado da entrevista (inquirição), durante este último momento, de nada servem à testemunha as condições nas quais houve codificações e retenção.[12] Esse é o ponto nevrálgico da questão: produzir uma prova mais qualificada e, conseqüentemente, mais confiável, apta a convencer o

juiz. Feitas essas considerações acerca da memória, passaremos a enfrentar, especificamente, o tema das falsas memórias.

2.2 As Falsas Memórias

Os estudos acerca das distorções da memória, realizados por Loftus[13], iniciaram nos anos setenta. Esses apresentaram resultados impressionantes e até mesmo assustadores, pois concluíram que a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos e também pode haver modificação dos fatos vivenciados. Loftus realizou centenas de experiências, com mais de vinte mil pessoas, a fim de constatar como a exposição a informações não verdadeiras distorce a memória. Averiguou, através de trabalho de campo, ser a desinformação capaz de modificar as lembranças de maneira previsível e até mesmo espetacular, nas situações mais cotidianas: “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa, ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”. [14]

Apesar de nosso trabalho voltar-se à indução, importante esclarecer que as falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestibilidade externa. Os estudos de Stein e Pergher alertam para esse fator, fomentando a possibilidade da formação de uma falsa memória espontaneamente ou através de auto-sugestão. Explicam que “as falsas memórias são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas”. [15]

Sobre a implantação da falsa recordação, Loftus relata que a lembrança dos acontecimentos fictícios da infância possuem maior aceitação quando a fonte da informação foi esquecida e quando o participante se familiariza com os detalhes. Nesse sentido, destaca: “o fato de imaginar um acontecimento o torna mais familiar, e a familiaridade é então falsamente associada às lembranças da infância. Uma confusão como essa – esquecer a fonte de uma informação – pode ser típica de experiências infantis”. [16] Ainda conforme Loftus, “as falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Durante o processo, os participantes ficam suscetíveis a esquecer a fonte da informação. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados”. [17]

A verificação da aludida indução ou sugestionamento é tão significativa que alguns participantes da pesquisa acabavam por lembrar acontecimentos ocorridos logo após o nascimento (lembrança dos móveis do berço do hospital, das enfermeiras e das máscaras dos médicos), quando, na verdade, sabe-se que as “recordações ligadas ao primeiro ano de vida estão perdidas para sempre, sobretudo, porque o hipocampo, que desempenha um papel importante nos mecanismos da memória, não é suficientemente maduro nessa idade, para guardar lembranças recuperáveis na idade adulta”. [18]

Inclusive, nos testes, alguns participantes assinaram confissões de supostos danos em um computador, os quais nunca haviam praticado. Segundo Loftus, “Saul Kassin, da

Universidade Williams, estudou as reações de indivíduos falsamente acusados de terem danificado um computador apertando uma tecla errada. Os participantes, inocentes no início, negavam a afirmação, mas depois de terem sido confrontados com um cúmplice do experimentador que afirmava tê-los visto fazer isso, vários deles assinaram confissões e terminaram por descrever, de maneira detalhada, o ato que não haviam cometido”.[19]

A assunção de culpa, inclusive a confissão por escrito, fornece bem a dimensão do problema, isto é, de quanto as pessoas podem ser induzidas a relatar acontecimentos não experimentados. Para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação da recordação, compromete, integralmente, a confiabilidade do testemunho, gerando um imenso prejuízo ao imputado.

Não se pode afastar a tendência daquele que toma os depoimentos em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos, fruto do modelo inquisitorial, bem como do despreparo dos profissionais para lidar com essa situação. Mais preocupante é que, na maioria das vezes, diante da ausência de outros elementos probatórios, o julgador emite um juízo com base unicamente na palavra do(a) ofendido(a). Não se trata de por em descrédito essa prova, mas em demonstrar que, dependendo do contexto, ela não é suficiente para afastar a presunção de inocência.

A ausência de resquícios materiais, os quais poderiam desmentir a falsificação da lembrança, gera a problemática de desvendar o que de fato ocorreu, diante da “contaminação” do contexto no qual a prova foi produzida. Esse poderá ocorrer pelo induzimento realizado por parentes, por amigos, por policiais ou julgadores, ao formularem os seus questionamentos, bem como pela mídia, devido à notoriedade do caso. Igualmente, há uma estreita relação entre a memória e a emoção, considerando que os maiores reguladores da aquisição, da formação e da evocação das memórias são justamente as emoções e os estados de ânimo, somados, é claro, aos níveis da consciência. Com efeito, “nas experiências que deixam memórias, aos olhos que vêm somam-se o cérebro que compara e o coração que bate acelerado. No momento de evocar, muitas vezes, é o coração quem pede ao cérebro que lembre, e, muitas vezes, a lembrança acelera o coração”.[20] Além disso, quando estamos alerta e com bom ânimo, facilmente apreendemos ou evocamos algo; o mesmo não se pode dizer quando se está estressado, cansado ou deprimido, pois nesses estados de ânimo é mais difícil a apreensão de qualquer coisa”.[21]

A percepção deixa lacunas, adquirindo maior relevo as imagens mais emocionantes e a memória, devido à sua dinamicidade, acaba por descolorir essas imagens. Falando em metáforas, os detalhes percebidos vão se desvanecendo ao longo do tempo, restando apenas a “ossatura” de uma recordação, assemelhada a uma radiografia ou a uma árvore despida de folhagem. A imagem “esquelética”, ao ser evocada é revestida, inconscientemente, com detalhes não vivenciados.[22] O perigo reside em forçar uma testemunha ou a própria vítima a relatar detalhes acerca do fato delituoso ou a identificar o suspeito quando, na verdade, o depoimento foi vago e impreciso, portanto “esquelético”.

Nessa senda, importante lembrar que nem todas as pessoas expostas à indução adotam integral ou parcialmente uma falsa memória, assim como não é qualquer tipo de

história, contada e reiterada, que é capaz de gerar a aludida falsificação. Enfatizamos, especialmente, o depoimento infantil, pelo simples fato de as crianças serem mais vulneráveis à indução, conforme a observação casuística e os estudos de experimentação. A tendência infantil vai, justamente, no sentido de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador.

Nessa senda, Binet[23] averiguou numerosos erros involuntários de crianças submetidas a testes de recordação, concluindo que “o grau de sugestionabilidade das crianças mais jovens é significativamente mais alto, em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognitio* ou *auto-sugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; (b) e *outro social*, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador”. Isso demonstra a fragilidade da memória infantil, em termos de sugestionabilidade.

No ponto, lançamos, ainda, alguns aspectos comprometedores do testemunho infantil explicitados por Altavilla, tais como o desenvolvimento fisiopsicológico, a percepção, a imaginação, a emotividade, a atenção, a memória, o egocentrismo, a distância e o intervalo de tempo, a sugestão, a sinceridade impulsiva, as mentiras e os erros, a vaidade e a curiosidade. Ainda, segundo o autor, a criança tem facilidade para descobrir a opinião do entrevistador, devido à sua grande intuição, o que vem a perturbar o que ela efetivamente sabe.[24] Além disso, Pisa e Stein, através de vasta revisão bibliográfica sobre o tema, alertam para o fato de que a obtenção de informações fidedignas de crianças acerca de delitos é tarefa bastante árdua, pois “(1) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas elaboradas sobre suas experiências; (2) a passagem do tempo dificulta a recordação dos eventos; e, (3) pode ser muito difícil reportar informações sobre eventos que causam estresse, vergonha ou dor”. [25]

Na verdade, há um alerta generalizado, não à confiabilidade, mas sim à credibilidade do depoimento infantil. Com isso não se quer retirar o valor das declarações das crianças até mesmo porque, embora com algumas restrições, o artigo 208 do Código de Processo Penal permite que menores prestem o seu depoimento. O alerta feito no presente trabalho, tanto no que concerne ao depoimento das testemunhas em geral, quanto dos menores, diz respeito à exatidão das declarações, a fim de se obter uma prova com maior qualidade técnica. Por isso, é importante analisar o tratamento recebido pela prova testemunhal no Código de Processo Penal.

3. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal

O presente trabalho é voltado às *provas históricas* ou *narrativas*, por ser a prova produzida no processo, eminentemente testemunhal. Milhares de feitos são julgados com base unicamente nos ditos das vítimas ou das testemunhas, aliados a um indício qualquer. A prova oral, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de demais elementos. Isso nos faz lembrar a afirmação de Bentham: “as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça”. [26]

No processo penal, a problemática centra-se tanto no momento da produção da prova testemunhal, quanto antes dela, pois sua colheita, muitas vezes, não observa qualquer

tipo de critério ou técnica, em busca da “verdade” sobre um determinado acontecimento. O problema não está na adjetivação, ou seja, se é “real” ou “processual”, mas no próprio substantivo “verdade”, na medida em que a abandonamos como escopo do processo acusatório. Neste ínterim, alertamos para a necessidade urgente deste meio de prova ser obtido com maior qualidade técnica. Os constrangimentos sofridos pela prova ao serem trazidas ao processo, muito embora influenciem na produção desta, configuram-se na garantia do cumprimento das regras do jogo, ou seja, à observância ao devido processo legal. Atuam como verdadeiros *filtros* processuais, não permitindo a utilização de provas ilícitas, o que jamais poderia ser tido como um fator negativo.

É claro que o “ideal” seria a colheita e a análise da prova totalmente despida dos riscos endógenos (internos) e exógenos (externos) ao processo. Contudo, isso está fora de cogitação, pois as pessoas não vivem em uma redoma de vidro, completamente isoladas das influências externas ou estanques às modificações no tempo. E mesmo que assim fosse, a própria memória e a imaginação poderiam trair a idéia de representação exata do acontecimento. Nesse sentido, a percepção de um determinado evento está eivada de interpretações, ou seja, de conhecimentos prévios e de interferências prováveis sobre aspectos da situação não percebida e não atendida por completo. Além disso, relembra Loftus [27] que a memória é armazenada em fragmentos e ao tentar recuperá-la contamos apenas com fragmentos e com base neles reconstruímos o evento inicial. No caso da sugestão falsa, é mais um fragmento armazenado e, no momento da recuperação, sua resposta depende dos fragmentos armazenados disponíveis.

Fazendo-se alusão à contaminação a que está sujeita à memória, ao passar para o campo da consciência, a sensação acaba por penetrar num ambiente profundamente complexo, “repleto de recordações, emoções e outras sensações vindas de todos os pontos do organismo; e no meio de tantos e tão variados movimentos, a sensação simples é arrastada, sufocada e transformada numa sensação consciente infinitamente complexa”. [28] Além do processo mnemônico e das falsas memórias, destacamos, entre uma gama de fatores de contaminação da prova, o transcurso do tempo, a mídia, o viés do entrevistador e o subjetivismo do magistrado. Porém, antes de analisarmos especificamente esses fatores contaminantes, se faz mister tecer algumas considerações acerca da nova sistemática de colheita da prova testemunhal e da objetividade como é tratada a testemunha no processo.

3.1 Considerações Acerca do *Cross Examination*

A modificação trazida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterando a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal adaptou-se, em parte, às regras do sistema acusatório, ao prever que *as perguntas serão formuladas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.* A antiga redação do aludido artigo (*as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha*), demonstrava um claro resquício inquisitorial, pois os questionamentos não eram formulados pelas partes diretamente aos depoentes. Na (re)formulação das perguntas e na transcrição do depoimento ocorria um “filtro” ou uma interpretação daquilo que havia sido dito pela testemunha.

A principal característica diferenciadora do modelo acusatório em relação ao inquisitório esta na gestão da prova. Isto significa que, se a gestão probatória estiver a critério do julgador (juiz instrutor), o *princípio informador*[29] do sistema é o inquisitivo; de outra banda, se a gestão da prova estiver a cargo do órgão acusador, o *princípio informador* é o acusatório. Nesse último, o juiz deve permanecer inerte, em posição de alheamento, mesmo quando as partes não tenham aproveitado suas *chances*, liberando-se de suas cargas processuais, isto é, produzindo uma prova incompleta. O magistrado deve decidir com base naquilo que foi produzido nos autos – preço a ser pago pelo modelo acusatório, resignando-se com a atividade incompleta ou insuficiente das partes em relação à prova – e, em caso de dúvida, deverá proferir decisão absolutória.

O sistema adotado pela legislação processual brasileira assemelha-se ao *cross-examination* norte-americano, pois, em ambos, a acusação e a defesa formulam os questionamentos diretamente às testemunhas, as quais também ficam sujeitas ao contra-interrogatório da parte adversa; entretanto, diferindo-se deste porque a inquirição não é tarefa exclusiva das partes. O processo penal brasileiro não limitou a atuação do juiz, no sentido de somente presidir o ato, permitindo-lhe a faculdade de complementar a inquirição acerca dos pontos não esclarecidos. Da mesma forma, a modificação também se aproximou daquilo que os italianos chamam de *esame incrociato* (perguntas cruzadas). Nessa senda, a testemunha é submetida a interrogatório pela parte que a requereu e a contra-interrogatório pela parte adversária. As perguntas são formuladas diretamente pelas partes ao depoente. No processo penal italiano, somente o exame das testemunhas menores será conduzido pelo juiz, a não ser que este entenda que também devam ser submetidas ao interrogatório cruzado. O juiz pode se valer da ajuda de um familiar do menor ou de um perito em psicologia infantil durante a oitiva. No Brasil, em especial no Estado do Rio Grande do Sul, houve a implantação, em algumas comarcas gaúchas, do Depoimento sem Dano, para a oitiva de menores vítimas de delitos sexuais. O destaque deste tipo de procedimento está na produção propriamente dita da prova pelas partes, bem como na proibição de qualquer meio prejudicial à autenticidade das respostas, tais como induções, seduções, e as pressões contaminantes, por exemplo.

De suma importância ao estudo das falsas memórias é o fato de a legislação processual vedar as perguntas prejudiciais à sinceridade das respostas, isto é, proibir a parte que postulou a oitiva da testemunha a formulação de perguntas sugestivas às respostas, cabendo ao juiz fiscalizar a produção desta prova.

Como bem adverte Cordero, os diálogos diretos desenvolvem tensões agônicas, desconhecidas no procedimento unipessoal; os examinadores contrários se propõem a destruir os ditos desfavoráveis e, nesse caso, derrubam a antiga proibição das perguntas ilícitas sugestivas. Mesmo que o julgador reprima determinados abusos e dirija o diálogo, através da indicação de possíveis temas a serem abordados, faz parte do jogo qualquer movimento que venha a desacreditar as testemunhas adversárias. [30] Ademais, a gestão da prova testemunhal foi colocada nas mãos das partes, cabendo a estas produzir a prova de modo a convencer o julgador. Com efeito, a acusação tem o encargo de provar a responsabilidade criminal do imputado e, dessa forma, quebrar a presunção de inocência. Ao réu não incumbe dever probatório, pois a seu favor milita a presunção de inocência, podendo valer-se do direito ao silêncio, sem que isso venha em seu prejuízo. Contudo, poderá aproveitar uma chance probatória, minimizando os riscos de uma sentença desfavorável (condenatória). O interesse pode estar em demonstrar que

ele não foi o autor, que o fato não ocorreu, o seu álibi, que a qualificação jurídica não é adequada, além das defesas processuais. O interesse da defesa estará satisfeito na criação da dúvida razoável no espírito do julgador, em tornar crível sua alegação.[31]

Ocorre que, mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, o magistrado deve manter a sua posição de alheamento, isto é, de garantidor, a fim de conservar o equilíbrio processual na colheita da prova. Portanto, nem subsidiariamente ou supletivamente pode o magistrado interferir na proposição e busca da prova, pois o encargo probatório é das partes. Ademais, em que pese o ganho com a previsão legislativa acerca da inadmissibilidade das perguntas sugestivas, nada se questiona sobre a vantagem da realização de um relato livre da testemunha antes das perguntas das partes. Quanto mais abrangente o relato, mais fidedigno ele será, embora não ofereça muitos detalhes.

De qualquer modo, a vedação da indução às respostas das testemunhas pode evitar à formação de falsas memórias, ponto fundamental do nosso trabalho. Trata-se de uma patologia presente na realidade processual, a qual sequer é trabalhada com mecanismos de controle. Cumpre-nos mostrar a existência da problemática e apontar algumas possibilidades de redução dos danos, diante da impossibilidade de outra solução.

3.2 A Objetividade no Tratamento da Testemunha

A redação do artigo 213 do Código de Processo Penal desconsidera a subjetividade da testemunha ao captar o acontecimento, considerando-o como um ato totalmente objetivo. Assim prevê: *o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato*. Elementar a advertência do magistrado no sentido de a testemunha se ater ao fato, evitando inúmeras folhas de transcrições de narrativas que não interessam ao feito, como comumente se vê na prática, bem como que “filtre” os excessos de adjetivações. Entretanto, por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as testemunhas, indenes a fatores perturbadores, não há como estabelecer se aquilo que está sendo dito é isento de qualquer interesse ou paixão.

A prova testemunhal deve ser tratada como uma questão subjetiva, a começar pelo fato de os relatos serem em primeira pessoa. Por isso, procede a crítica de Cordero à forma como a testemunha é referida pela lei. A objetividade da testemunha, exigida pelas normas, parece ilusória aos que consideram a interioridade neuropsíquica. Já, o aparelho sensorial escolhe os possíveis estímulos, codificados segundo modelos relativos aos indivíduos, as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam no processo mnemônico, tanto mais se a lembrança não é espontânea, mas solicitada, como ocorre com as testemunhas. Por último, convertido em palavras, o manipuladíssimo produto mental surge como enunciado factual ou de fato. Esse labirinto cognoscitivo, semântico, exposto a mil variações, induz a desconfiar das testemunhas.[32]

A crítica feita ao dispositivo legal concerne à falta de apreço acerca da interioridade mental da testemunha que, no dizer de Cordero [33], é uma hipótese, no mínimo, ingênua. Nesse sentido é a censura do processualista italiano acerca de sua legislação, em especial do artigo 194.3 do Código de Processo Penal, justamente porque este, do mesmo modo que a nossa previsão legal pressupõe a captação objetiva dos acontecimentos por parte do aparato sensorial, fazendo com que a memória os armazene

como imagens sobre uma película ou sons gravados, em total desconsideração à complexidade e aleatoriedade da operação.

Acerca do funcionamento da memória, Antônio Damásio assevera que as imagens não são permanentemente retidas na memória, sob a forma de miniaturas ou microfimes, pois qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida. Segundo ele, “as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias *Polaroid* de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de *teleprompter* (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas”. [34]

Ademais, conforme já referimos, a evocação da memória está relacionada à idéia de “representação aproximativa”, em clara oposição à concepção de que a memória é essencialmente reconstrutiva. Sempre que se recorda de um dado objeto, um rosto ou uma cena, não se obtém uma reprodução exata, mas uma interpretação, uma nova versão, reconstruída do original. Além disso, na medida em que a idade e a experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem.[35] Nunca é demais alertar que o aparato perceptivo tem uma capacidade limitada e trabalha seletivamente. A captação de estímulos não é integral. Isto quer dizer que a pessoa exposta “a estímulos simultâneos capta aqueles a respeito dos quais está adaptado (...) e muito depende do estado emotivo (por exemplo, alarmes ante o perigo). Os dados sensoriais não são percepções, já que somente chegam a ser mediante uma tarefa classificatória automática, e, portanto, inconsciente; e ao variarem os modelos, alteram-se as figuras; e seria coisa assombrosa se o médico, o quiromante, o botânico, vissem a mesma face na mesma pessoa.[36]

Adverte Izquierdo não ser a lembrança igual à realidade: “a memória do perfume da rosa não nos traz a rosa; a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta, a da voz do amigo falecido não nos recupera o amigo”, considerando haver um passe de prestidigitação cerebral nisso: “o cérebro converte a realidade em códigos e as evoca por meios de códigos.”[37] Isso é um alerta à problemática posta em questão, a qual é praticamente ignorada pelos atores processuais e pela dogmática processual. Assim, a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade; o estudo da percepção, do mesmo modo, seja pelo viés filosófico, antropológico ou psicológico, justifica a tese da impossibilidade de reconstrução do “todo”. A verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós, já dizia Carnelutti.[38] Também, o ideal de “busca da verdade” no processo, se revela deficitário, pois entre a realidade das experiências e a formação da memória e, entre essa e a posterior evocação, há um processo de *tradução*.

São inafastáveis as perdas ocorridas nesse processo de tradução, pois traduzir não quer dizer apenas *verter* de um código a outro, ou *trair*, como preferem os italianos (traduttore = traditore, para denotar as perdas), mas também, segundo Izquierdo[39], *transformar*. Ao reter e conservar a memória, o cérebro acaba por transformar a realidade, modificando-a, circunstância que demonstrar o sério risco a que está submetida a solução do processo penal, ao utilizar quase que exclusivamente a prova testemunhal. Ademais, a atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos sentidos para perceber os estímulos. Isso quer dizer que a “realidade exterior” chega ao

nosso “eu” tal como os órgãos dos sentidos a apresenta e, o mais importante de tudo, variando não só de indivíduo para indivíduo, mas também em relação ao mesmo indivíduo nos diversos momentos de sua existência.[40] A percepção é relativa, tendo maior ou menor potencialidade conforme as razões fisiológicas ou do meio: “ouve-se melhor à noite; vê-se com mais exatidão depois de ter descansado do que quando se está fatigado”.[41] Isso, insofismavelmente, corrobora o alerta à credibilidade do testemunho.

Para Merleau-Ponty[42], nossos olhos são muito mais que receptores das luzes, das cores e das linhas. Há um “terceiro olho”, um olhar de dentro que vê os quadros e as imagens mentais. Entretanto, mesmo levando-se em conta as concepções do real e do imaginário, a percepção, ainda assim, é incompleta. Nesse sentido, falta ao olho condições de ver o mundo e falta ao quadro condições de representar o mundo. Nas palavras do próprio autor: “o olho vê o mundo, e o que falta ao mundo para ser quadro, e o que falta ao quadro para ser ele próprio, e, na paleta, a cor que o quadro espera; e vê, uma vez feito, o quadro que responde a todas essas faltas, e vê os quadros dos outros, as respostas outras a outras faltas”.[43] O olho é um instrumento que se move por si mesmo, meio que inventa seus fins, o olho é aquilo que foi comovido por um certo impacto do mundo e que o restitui ao visível pelos traços da mão. Disso emerge o ideal de verdade do processo, de impossibilidade de reprodução do fato da maneira como ocorreu no passado. O processo penal não pode ficar alheio a essa situação, pois em qualquer das esferas, é ressaltada a impossibilidade de totalidade. Sob o viés filosófico da percepção de Merleau-Ponty, e sob o prisma da antropologia de Durant, sustenta-se a tese de Carnelutti de que o todo é demais para os humanos.

Da metáfora do quadro e do pintor, que não tem condições de representar o mundo através da tela, em razão de sua percepção parcial, até mesmo pela posição em que se encontra (vertical), é que se extrai a impossibilidade de a testemunha retratar a integralidade do acontecimento, em nome de uma “verdade real”. O mundo do pintor é “visível” através da tela, meio pelo qual interage, tal como o depoimento consubstanciado no papel; contudo, tanto o pintor quanto o depoente, retratam uma realidade aparentemente “completa” que, em relação ao todo, é apenas parcial. A pintura dá existência ao que a visão profana crê invisível.[44] A testemunha exterioriza aquilo que crê, reproduz o fato através da fala. Isso tudo gera um alerta: a falibilidade do testemunho.

Os riscos são multiplicados no processo penal, considerando não haver nenhuma regra processual capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito. A credibilidade da prova testemunhal dependerá do contexto probatório e de quanto persuadiu o julgador, pois, desde o abandono do tarifamento probatório, nenhuma prova tem valor específico. Através da motivação da decisão poderá ser realizado um controle de determinado depoimento e de como contribuiu à emissão de um veredicto.

3.3 DO Transcurso do Tempo

Estreita é a relação entre o tempo e o direito, na medida em que “o tempo cria e mata o direito e o direito produz a duração do tempo”.[45] Em se tratando de prova penal e duração razoável do processo, comporta o seguinte questionamento: a aceleração e o ritmo social de uma sociedade complexa influem na formação da memória? A coleta da

prova em um prazo razoável aumenta a sua confiabilidade? Afinal, qual o prazo razoável para a produção da prova?

A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, LXXVIII, a razoável duração do processo, a qual faz alusão tanto às dilações indevidas – demora excessiva da tramitação do feito – quanto à rapidez demasiada do julgamento. No sentido da afirmação de Lopes Jr. e Badaró, “embora o processo não seja um instrumento apto a fornecer uma resposta imediata àqueles que dele se valem, isto não pode levar ao extremo oposto de permitir que tal resposta seja dada a qualquer tempo. Se o processo demanda tempo para sua realização, não dispõe o órgão julgador de um tempo ilimitado para fornecer a resposta pleiteada”. [46] O processo não pode demorar demais – para não se configurar em negação à jurisdição –, mas, por outro lado, também não pode ser julgado imediatamente, pois deve respeitar, além da maturação do ato de julgar, as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação das decisões judiciais, entre outras. E a observância de tais princípios está vinculada, necessariamente, à qualidade técnica da prova, coletada com maior confiabilidade se feita dentro de um prazo razoável.

Com efeito, o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida. E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada. A memória opera efetivamente a partir do presente, tal como o paradoxo apontado por Ost e confirmado por Virilio, conservando-se na memória tão-somente aquilo que é reconstruído, a velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, não permitiriam a recordação, isto é, a fixação dos fatos na memória. Por isso, a prova há de ser colhida em um prazo razoável. [47]

Através do estudo da memória, não só pelo aspecto neurológico, mas principalmente pelo viés social, compreendemos que a aceleração e o ritmo de uma sociedade complexa influem na formação da memória, pois a velocidade dos acontecimentos, muitas vezes, não permite que os fatos sejam fixados na memória, a qual requer tempo para a consolidação e posterior evocação. Destarte, diante da conflituosa relação entre tempo/memória e esquecimento, respondemos afirmativamente ao questionamento antes proposto, no sentido de a coleta da prova em um prazo razoável aumentar sua confiabilidade, ou, pelo menos, minimizar os danos em relação à falsificação da lembrança. Para isso, pensamos em uma equação simples: quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas. Tudo isso aliado a uma entrevista forense (inquirição) realizada com qualidade. A complexidade está em estabelecer qual seria este prazo. Trata-se do difícil equilíbrio do ciclista – não pode correr de mais para não cair –; em contrapartida, também não deve andar devagar demais, para evitar as quedas. Em termos processuais, não há como acelerar demais o procedimento, a fim de evitar o atropelo das garantias, mas, em contrapartida, também não há como demorar muito, para não cair no esquecimento.

Um dos defensores da necessidade da estipulação legal de um prazo máximo de duração do processo é Pastor. [48] Entretanto, também refere não ter o aludido prazo que ser necessariamente único. Isso porque alguns casos requerem uma duração mais

prolongada (dentro da razoabilidade temporal máxima permitida) e outros, pela sua simplicidade, não. A determinação legal no sentido de que a instrução deva ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, respectivamente, aos ritos ordinário e sumário, conforme a redação dada aos artigos 400 e 531 do Código de Processo Penal, pela Lei 11.719/2008, gera um novo e inevitável questionamento. O prazo legal extremo de fixação da instrução é o mais adequado?

Embora, em tese, a tomada dos depoimentos em tempo exíguo, por um lado, favoreça à memória, evitando o esquecimento, por outro, gera uma série de inconvenientes. Em primeiro lugar, na prática, a observância dos aludidos prazos quiçá seja inoperante, devido à dificuldade de data para pauta dos magistrados de primeira instância. Em segundo lugar, os aludidos prazos desconsideram a complexidade dos casos, o número de fatos e de réus, entre outros fatores e, em terceiro plano, não há uma sanção para eventual descumprimento. Um prazo meramente ordenatório[49], isto é, despido de conseqüências processuais em caso de eventual descumprimento, não se reveste de qualquer eficácia.

Afora isso e, a nosso ver, um dos principais inconvenientes, muito embora se viabilize a duração máxima à designação da instrução, outro ponto fundamental diz respeito à perda da qualidade da colheita da prova, devido à reunião de muitos atos processuais em uma só audiência. Dificilmente se pode conferir qualidade técnica à prova oral, com a utilização da técnica da entrevista cognitiva no mesmo momento processual em que são tomadas as declarações do ofendido, inquiridas todas as testemunhas arroladas, tomados os esclarecimentos dos peritos, feitas as acareações e os reconhecimentos de pessoas e coisas, interrogado o acusado e colhidas as alegações finais. A previsão legal é de uma audiência única, mas, acima da formal simplificação dos procedimentos está a qualidade dos depoimentos e a constituição de um processo penal ético.

A concentração dos atos processuais estaria submetida a menores eventualidades e evitaria o “tempo morto”[50] do processo nas prateleiras dos cartórios e dos gabinetes. A determinação legal de um prazo à instrução evitaria a manipulação judicial, ou seja, o decisionismo e as arbitrariedades, da razoabilidade da duração dos processos[51]. Entretanto, há que ser considerado que a produção da prova oral restaria prejudicada nos termos em que proposta. Assim, se por um lado minimizaria o dano em relação ao lapso temporal, por outro, reduzir-se-ia a qualidade na colheita dos depoimentos.

3.4 O Viés do Entrevistador

Através da entrevista (intervenção verbal entre duas pessoas), o entrevistador busca no entrevistado a obtenção de informações específicas acerca de determinado evento. Considerando ser a inquirição das vítimas e das testemunhas de um fato delituoso, o componente mais importante das investigações e o principal elemento de prova no processo criminal, é crucial à avaliação da confiabilidade desses relatos ao estudo acerca da linguagem e da metodologia utilizados pelo entrevistador[52]. A exatidão das declarações, principalmente no que concerne ao testemunho infantil, pode ser seriamente maculada, em razão do modo como a criança é inquirida e em função de seu alto grau de sugestibilidade, fomentando a formação de falsas memórias. Com efeito, as crianças são mais suscetíveis à falsificação da lembrança.

O crescente número de acusações por delitos sexuais, comumente praticados na clandestinidade e sem evidências materiais, fomentou os estudos sobre o modo como as entrevistas são conduzidas. A partir disso, os pesquisadores passaram a sugerir que, muitas vezes, as respostas das crianças aos questionamentos dos adultos refletiam o que elas pensavam que o adulto queria ouvir, correspondendo às expectativas do adulto entrevistador, ao invés de relatarem suas lembranças, sendo, portanto, infiéis ao fato efetivamente ocorrido. Também, constatou-se que as crianças raramente respondem não saber sobre o que estão sendo questionadas ou assumem não entender a pergunta, em franca tentativa de cooperação com o adulto. Ademais, a repetição de um mesmo questionamento é interpretada pela criança como forma de fornecer novas informações, por não ter dado uma resposta correta e, buscando ser mais agradável e sociável, mudam a resposta.[53]

3.5 A Mídia

Não podemos afastar o fato de as notícias postas nos jornais, após o acontecimento do delito, influenciarem as pessoas envolvidas no cenário de um determinado processo, devido a sua carga de sensacionalismo e emotividade. Carnelutti acentuava o fato de o crime ser também uma forma de diversão para “a cinzenta vida cotidiana”. A investigação de um delito, além de “dolorosa necessidade social”, também passou a ser uma espécie de entretenimento. Nessa senda, segundo o autor, há uma verdadeira degeneração do processo penal, na medida em que cada delito desencadeia uma onda de busca, de conjunturas, de informações, de indiscrições. Assim, “policiais e magistrados, de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como lebres de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E, muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência requerida pelo exercício de seu austero mister”. [54]

Não é à toa que os telejornais ocupam grande parte da sua programação com notícias acerca de crimes, quando não insistem, por semanas, em divulgar todas as etapas da investigação de um mesmo caso (como o foi, por exemplo, com a morte da menina Isabela, supostamente jogada do 6º andar do prédio onde morava o pai e a madrasta) ou alguma operação da Polícia Federal (Operação Rodin, Satiagraha, por exemplo). A mídia acaba familiarizando a população com as investigações policiais, com as decisões acerca de buscas e apreensões, prisões cautelares, concessões de liminares e habeas corpus, entre outras, induzindo-a, sempre de forma parcial (apenas trechos são revelados), sem que se tenha conhecimento acerca da realidade que foi careada ao processo, gerando um imenso grau de contaminação. O cenário imposto pela mídia pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente percebeu no momento do delito, com o que leu sobre o fato ou com o ouviu posteriormente. Carnelutti ressalta, ainda, ser a testemunha um ser humano e não um documento, sendo seu depoimento eivado de subjetivismos e juízos de valor: “um homem com seu corpo e com sua alma, com seus interesses e com suas tentações, com suas lembranças e com seus esquecimentos, com sua ignorância e com sua cultura, com sua coragem e com seu medo. Um homem que o processo coloca numa posição incômoda e perigosa,

submetido a uma espécie de requisição para a utilidade pública, afastando de seus afazeres e sua paz, pesquisado, espremido, inquirido, suspeitado”.[55]

Na verdade, Carnelutti chama a atenção para um problema que não é novo. O crime não importa somente para o Estado e para os envolvidos, sendo do interesse de todos, pois se tornou uma forma de divertimento. E, na medida em que as notícias ou comentários sobre o fato delituoso aumentam, também maior será o risco de sugestionamentos e contaminações da prova. Disso resulta mais uma vez a necessidade de a prova ser produzida em um prazo razoável pois, quanto mais o tempo passa, maior será o grau de contaminação da testemunha pela mídia (nos casos de grande repercussão). Destarte, a exatidão da recordação pode ser gravemente afetada pela influência de fatos sabidos posteriormente através da televisão e dos jornais, sem falar nos comentários de familiares e vizinhos.

3.6 O Subjetivismo do Julgador

Do magistrado espera-se a imparcialidade, como pressuposto de validade da decisão, inclusive, colocando sob suspeição e impedimento os atos processuais no desempenho da função jurisdicional que maculem essa ordem. Elementar que a atuação do juiz como um terceiro imparcial, equidistante das partes, não se estenda a outros profissionais, tais como ao órgão acusador, aos assistentes sociais, aos médicos, aos psicólogos, aos policiais, entre outros, na medida em que ao julgador cumpre o papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Contudo, imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. Esta diz respeito à projeção das experiências, dos sentimentos, das vivências pessoais do magistrado sobre o processo, configurando-se a neutralidade em um mito. Neste íterim, seria utópico pensar a prolação de decisões judiciais dissociadas de valores sociais, de paradigmas históricos, filosóficos e psicológicos. O magistrado poderá proferir sentença formalmente imparcial, por não ser parte, sem que isso, de longe, suprima sua neutralidade subjetiva no processo, isto é, “aquela projetada sobre o processo que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu modo de ser no mundo, pois o sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade”. [56]

O juiz não é a mero reproduzidor de textos legais, resumindo-se tão-somente a dar uma solução ao problema a partir da simples aplicação do fato à norma, traduzida na singeleza do silogismo. Ao sentenciar, o magistrado diz o que sente, sendo o papel do sentimento do juiz algo fundamental, evidenciado pela própria etimologia da palavra “sentença”, a qual tem origem no verbo “*sentire*”. Por meio da sentença o juiz experimenta uma emoção, ele sente e declara o seu sentir.[57] Portanto, entre os elementos fáticos apresentados, é inafastável que o juiz ‘eleja’ uma das versões e, da mesma forma, ‘eleja’ o significado (justo) da norma: “esse eleger é inerente ao ‘sentire’ por parte do julgador e se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso”. [58]

O discurso da decisão judicial é extremamente complexo, pois trabalha com projeções conscientes, bem como com um discurso inconsciente que subjaz à decisão: “o campo da manipulação consciente é o da sintaxe discursiva, em que o enunciador lança mão de estratégias argumentativas e de outros procedimentos para criar os efeitos da decisão, verdade e realidade que pretende transmitir, com a finalidade de convencer o seu interlocutor (todos os demais sujeitos do processo) da justeza da decisão. O enunciador (juiz) organiza sua estratégia discursiva em função de um jogo de imagens: imagem que ele tem do interlocutor (os sujeitos do processo e a sociedade), a imagem que ele pensa que o interlocutor tem dele, a imagem que ele deseja passar para o interlocutor, o juízo que faz de si mesmo e do profissional que é, a imagem do justo que pretende buscar”. [59]

A existência de requisitos para a prolação da sentença, bem como a necessidade constitucional e infraconstitucional de motivar a decisão diminuem a discricionariedade do magistrado, obrigando-o à utilização de ajustes lingüísticos; contudo, não excluem do ato de julgar suas questões existenciais, seus porquês e suas emoções, na medida em que se está tratando de um ser humano. Nesses termos, o juiz nunca decide de forma neutra, não tendo como dissociar do ato de julgar suas tradições, seus costumes, suas vivências. Por isso, “o juiz, por mais fracionado que esteja, por mais distanciado de seu mundo instintual no momento de julgar, por mais imbuído de sua postura profissional, ainda leva consigo, ainda projeta no processo o seu eu particular. O profissional que muitas vezes fala é o agente social, é a classe que representa (com seus valores únicos), é o pai, ou o filho, é sua singularidade.” [60] Portanto, apesar de a decisão do magistrado ser formalmente imparcial, não é correto falar em neutralidade, pois esta diz com as experiências pessoais do juiz, as quais, mesmo que inconscientemente, são projetadas no julgamento.

Isso demonstra que a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária – observância do princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional –, pode ser contaminada pelo próprio subjetivismo do julgador que acaba por introduzir suas vivências no processo, mormente ao analisar a prova.

4. Considerações Finais

Diante desse estudo acerca do funcionamento da memória e da possibilidade de falsificação da lembrança entre a *retenção* e o processo de *recordação*, é relevante sublinhar a nova problemática existente acerca das falsas memórias. Nova, é claro, no âmbito do processo penal, pois há muito tempo é abordada pela psicologia do testemunho.

Não há como o processo penal ignorar a realidade posta em questão, isto é, a patologia decorrente da falsificação da lembrança. É preciso, portanto, que não só os profissionais de outras áreas – psicologia e psiquiatria –, mas também que os profissionais do direito – delegados, promotores, juizes e advogados – estejam preparados para lidar com essa situação, trabalhando para evitar problemas dessa ordem ou, então, minimizando as conseqüências danosas daí decorrentes.

A investigação e a análise da possibilidade da presença de falsas memórias nos depoimentos de testemunhas evita que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e

condenadas com base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal, a qual, muitas vezes, se vale de uma memória distorcida, dissociada da realidade do fato delituoso.

O ideal seria o abandono da “cultura” da prova testemunhal[61], produzida com pouquíssima qualidade e o fomento do uso da tecnologia na produção da prova, com respeito, é claro, aos direitos e às garantias constitucionais. Entretanto, levando-se em conta a distância entre o “ideal” e o “real”, é preciso trabalhar com medidas de redução dos danos[62], aptas a minimizar as contaminações a que está sujeita a prova testemunhal, das quais destacamos: a) a *colheita da prova em um prazo razoável*, objetivando a diminuição da influência do tempo (esquecimento) na memória; b) a *adoção de técnicas de interrogatório e da entrevista cognitiva*[63], com o intuito de obter informações quantitativas e qualitativamente superiores as das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas; c) a *gravação das entrevistas*, permitindo ao julgador de segunda instância, o conhecimento do modo como os questionamentos foram elaborados, bem como as reações dos entrevistados. Também é de grande valia o registro eletrônico das entrevistas realizadas da fase investigativa por assistentes sociais e psicólogos, para que o magistrado possa avaliar os métodos utilizados e o grau de contaminação das respostas; d) a *exploração de outras hipóteses, diversas da acusatória*, por parte do entrevistador, fazendo-se uma abordagem de outros aspectos ofertados pela vítima ou pelas testemunhas, por ocasião dos depoimentos.

5. Referências

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1. Tradução de Fernando de Miranda. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*. Brasil: Conan, 1997.

_____. “*Verità, dubbio, certezza*”. Em *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XX (II série), 1965.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II. Trad. Jorge Guerreiro. Bogotá: Temis, 2000.

DAMÁSIO, Antônio R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas. Provas, Ritos Processuais, Juri e Sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. e DUARTE, Liza Bastos. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos”. *Revista da Ajuris*. Ano XXXIII, nº 102, junho de 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GORPHE, François. *La critica del testimonio*. 2ª ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artemed, Reimpressão 2006

_____. Entrevista com Ivan Izquierdo concedida à RAN – Revista Argentina de Neurociencias, por Ignacio Brusco, MD; Diego Golombeck, Phd e Sérgio Strejilevich, MD. Trad. Renato M. E. Sabbatini. Capturada na internet em 18/10/2006. <http://www.cerebromente.org.br/n04/opiniaio/izquierdo.htm>.

LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*.

LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____.com BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal no Prazo Razoável*, 2006.

_____.com GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2007, p. 16.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O Olho e o Espírito*. Trad. de Paulo Neves e Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. COSAC & NAIFY, 1963.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Argentina: AD HOC, 2002.

PISA, Osnilda e STEIN, Lílian Milnitsky. *Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho*. Revista da AJURIS, v. 33, nº 104. Porto Alegre: dezembro de 2006.

QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*. Madrid: Psicología Piramide, 1998.

STEIN, Lílian Milnitsky e PERGHER, Giovanni Kuckartz. “Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas”, in *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2001, pp. 354-366.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

VIRILIO, Paul. “O paradoxo da memória do presente na era cibernética”. Entrevista com Paul Virilio concedida a Frederico Casalegno. CASALEGNO, Frederico. *Memória*

cotidiana: comunidades e comunicação na era das redes. Trad. de Adriana Amaral, Francisco Rüdger e Sandra Montardo. Porto Alegre: Sulina, 2006. pp. 90-104.

[1] Vid. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal: conferências proferidas na Universidade de Madri nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*, 2002, p. 50, acerca da concepção do processo como situação jurídica.

[2] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II, 2000, p. 4.

[3] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II, 2000, p. 4.

[4] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II, 2000, p. 4.

[5] IZQUIERDO, Iván. *Memória*, 2006, p. 9.

[6] IZQUIERDO, Iván. *Memória*, 2006, p. 9.

[7] Em QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*, 1998, p. 172.

[8] Em QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*, 1998, p. 172.

[9] Segundo IZQUIERDO, Iván. *Memoria*, 2006, p. 25, nas primeiras horas de sua aquisição, as memórias declarativas de longa duração são suscetíveis à interferência por numerosos fatores, desde traumatismos cranianos ou eletrochoques convulsivos, a uma variedade enorme de drogas e, até mesmo, à ocorrência de outras memórias. Ainda, a exposição a um ambiente novo dentro da primeira hora após a aquisição pode deturpar seriamente ou até cancelar a formação definitiva de uma memória de longa duração.

[10] QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*, 1998, p. 172.

[11] IZQUIERDO, Ivan. *A Memoria*. Entrevista com Ivan Izquierdo concedida à RAN – Revista Argentina de Neurociencias, por Ignacio Brusco, MD; Diego Golombek, Phd e Sérgio Strejilevich, MD. Trad. Renato M. E. Sabbatini. Capturada na internet em 18/10/2006 <http://www.cerebromente.org.br/n04/opiniao/izquierdo.htm>, p. 2.

[12] QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*, 1998, p. 173.

[13] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*. p. 90 a 93.

[14] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*, p. 90.

- [15] STEIN, Lílian Milnitsky e PERGHER, Giovanni Kuckartz. “Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas”, in *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2001, p. 354.
- [16] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*, p. 92.
- [17] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*. P. 93.
- [18] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*. pp. 92-93.
- [19] LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente & cérebro*, p. 93.
- [20] IZQUIERDO, Iván. *Memória*, 2006, p. 12.
- [21] IZQUIERDO, Iván. *Memoria*, 2006, p. 12.
- [22] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1, 1945, p. 40.
- [23] Em PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças*, 2006, p. 13.
- [24] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1, 1945, pp. 53 e ss.
- [25] PISA, Osnilda e STEIN, Lílian Milnitsky. *Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho*. Revista da AJURIS, 2006, p. 219.
- [26] GORPHE, François. *La critica del testimonio*, 1949, p. 1.
- [27] Em PISA, Osnilda. *Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças*, 2006, p. 15.
- [28] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1, 1945, p. 20.
- [29] Vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, 2001, p. 17 e 18.
- [30] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II, 2000, p. 55.
- [31] Vid. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas. Provas, Ritos Processuais, Júri e Sentença*, 2008, p. 15.
- [32] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II, 2000, p. 55.
- [33] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II, 2000, p. 59.
- [34] DAMÁSIO, Antônio R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*, 1996, p. 128 e 129.
- [35] DAMÁSIO, Antônio R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*, 1996, p. 128.

- [36] CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II, 2000, p. 60.
- [37] IZQUIERDO, Iván. *Memoria*, 2006, p. 17.
- [38] CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*, 1965, p.5.
- [39] IZQUIERDO, Iván. *Memória*, 2006, p. 18.
- [40] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1, 1945, p. 16.
- [41] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. 1, 1945, p. 17.
- [42] MERLEAU-PONTY, Maurice. *O Olho e o Espírito*, 1963, p. 19.
- [43] MERLEAU-PONTY, Maurice. *O Olho e o Espírito*, 1963, p. 19.
- [44] MERLEAU-PONTY, Maurice. *O Olho e o Espírito*, 1963, p. 20.
- [45] PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, 2002, p. 78.
- [46] LOPES Jr., Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal no Prazo Razoável*, 2006, p. 6.
- [47] Vid. OST, François. *O tempo do direito*, 1999, p. 59 e VIRILIO, Paul. “O paradoxo da memória do presente na era cibernética”. Entrevista com Paul Virilio concedida a Frederico Casalegno, in *Memória cotidiana: comunidades e comunicação na era das redes*, 2006, p. 94.
- [48] PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, 2002, p. 675.
- [49] PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, 2002, p.434.
- [50] PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, 2002, p. 426.
- [51] PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, 2002, p. 674.
- [52] Vid. PISA, Osnilda e STEIN, LÍlian Milnitsky. *Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho*. Revista da AJURIS, 2006, p. 218.
- [53] PISA, Osnilda e STEIN, LÍlian Milnitsky. *Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho*. Revista da AJURIS, 2006, p. 220.
- [54] CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*, 1995, p. 45.
- [55] CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*, 1995, p. 46.

- [56] GIACOMOLLI, Nereu José e DUARTE, Liza Bastos. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos”, 2006, p. 288.
- [57] LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*, 2007, p. 284.
- [58] LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*, 2007, p. 248 e 245.
- [59] GIACOMOLLI, Nereu José e DUARTE, Liza Bastos. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos”, 2006, p. 289.
- [60] GIACOMOLLI, Nereu José e DUARTE, Liza Bastos. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos”, 2006, p. 293.
- [61] LOPES Jr., Aury. e GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2007, p. 16.
- [62] Vide LOPES Jr., Aury. e GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2007, p. 16.
- [63] Sobre as técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva consultar QUECUTY, María Luisa Alonso. “Psicología y Testimonio”. In: *Fundamentos de la psicología jurídica*, 1998, p. 177 e ss.

**DEFINIÇÃO DA PAUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
(AUTO)CRIAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO. ***

**DURATION OF LAWSUITS OF ABSTRACT JUDICIAL REVIEW BEFORE
THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AND (AUTO)CREATION OF
THE "OBJECTIVE PROCESS"**

**Dimitri Dimoulis
Soraya Regina Gasparetto Lunardi**

RESUMO

O presente estudo analisa o fluxo de processos de controle abstrato de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Após reflexões iniciais sobre as formas de configuração do processo objetivo e, em particular, sobre os filtros criados pela/para a justiça constitucional (mecanismos de seletividade), é realizada uma pesquisa estatística do andamento de Ações diretas de inconstitucionalidade. Esse estudo, combinado com a pesquisa e apresentação de outros dados disponíveis, demonstra a particular importância das medidas cautelares que tem como resultado a postergação da decisão final. Mostra também o poder jurídico e político do Relator para determinar o momento de julgamento de cada processo de controle concentrado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE – DURAÇÃO DO PROCESSO – MEDIDA CAUTELAR
- PROCESSO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

Abstract: This paper analyses the duration of lawsuits of abstract judicial review before the Brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal). After initial reflections on the forms of configuration of the “objective process” (abstract judicial review), we analyze the “filters”, i.e. the selectivity mechanisms created for/by the Constitutional Courts. Statistical analysis of the “Ações diretas de inconstitucionalidade” (Direct Action of Unconstitutionality) shows the importance of the preliminary injunction, that causes the delay of the final decision, as well as the legal (and political) power of the Rapporteur of each case (a member of the Court) who determines the moment for judgment of each case of abstract judicial review.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEYWORDS: CONSTITUTIONAL PROCESS - DURATION OF THE LEGAL PROCESS – JUDICIAL REVIEW –PRELIMINARY INJUNCTION

1. Introdução[1]

Ponto de partida do estudo constitui a concepção do processo judicial enquanto seqüência ordenada de atos previstos em normas vigentes no intuito de resolver conflitos de maneira célere, civilizada, racional, previsível, propiciando possibilidades de participação dos envolvidos no processo.[2]

A referência à “civilidade”, “celeridade”, “racionalidade”, “previsibilidade” e “participação-abertura” do processo deve ser feita com duas ressalvas:

a. Não podemos ignorar os conflitos internos, em particular o conflito entre o imperativo da celeridade e a necessidade de decisão tomada de maneira fundamentada e com a devida participação dos interessados, exigindo considerável dispêndio de tempo.

b. As referências a finalidades do processo não podem permanecer como simples afirmações “de princípio”. É necessário analisar *se e como* são perseguidas essas finalidades em determinados ordenamentos jurídicos e *em que medida* a prática processual merece tais predicados. Para tanto são necessários estudos empíricos, de cunho prevalentemente quantitativo, que após a devida interpretação, permitem um melhor conhecimento do sistema de justiça, verificando suas formas de organização e seu efetivo funcionamento.

Sabemos que o processo judicial além de um conjunto de regras e uma seqüência de atos que devem perseguir certas finalidades, é um espaço social no qual são elaboradas estratégias e são exercidos poderes das partes e, com maior intensidade, dos julgadores. Assim sendo, só a análise empírica da atuação dos participantes permite chegar a uma caracterização da estrutura do processo que não seja superficial (mera descrição de normas vigentes sem pensar em sua interpretação concreta e grau de eficácia) nem apologética-legitimadora (exaltação de “princípios” e demais “virtudes” do processo, sem pensar em sua realidade).

O presente estudo analisa o fluxo de processos de controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, tentando encontrar regularidades e tendências que permitem responder com embasamento real a pergunta das finalidades desse tipo de processo.

2. Mecanismos de filtragem processual na justiça constitucional

O controle abstrato de constitucionalidade pelo Poder Judiciário tem conseqüências de particular abrangência e relevância, podendo provocar o afastamento definitivo de leis e outros textos normativos do ordenamento jurídico. Isso gera a necessidade de limitar o acesso à justiça, permitindo controlar o volume de processos e garantindo certo grau de estabilidade normativa.

A doutrina identifica essa necessidade (e realidade) de limitação, referindo-se à justiça constitucional como *bem escasso*.^[3] Entre as formas de filtragem institucional-normativo do acesso à justiça constitucional indicamos as seguintes.

Legitimidade. A limitação do acesso pode ser dada mediante limitação da legitimidade ativa para impetrar ações de controle concentrado. Um exemplo oferece a Constituição Francesa que permite o controle de constitucionalidade de lei ordinária somente depois do pedido do Presidente da República, do Primeiro Ministro, dos Presidentes das duas casas legislativas ou de um grupo de, no mínimo, sessenta senadores ou sessenta deputados.^[4] Dessa maneira somente integrantes do Poder Legislativo e a cúpula do Poder Executivo podem promover o controle de constitucionalidade.

Duplo controle de admissibilidade. As alegações de inconstitucionalidade são inicialmente controladas pelo juiz da causa que avalia a oportunidade de provocar decisão do tribunal constitucional. Isso ocorre na Itália,^[5] onde os juízes desempenham esse papel, sendo alcunhados de “porteiros” da Corte constitucional. Impedem o acesso à Corte Constitucional se considerarem que a alegação não é fundamentada.^[6]

Discrecionariade do julgador. O Tribunal constitucional não se submete ao princípio da indeclinabilidade do juízo: possui discrecionariade para decidir se julgará o caso. Nos EUA, a Suprema Corte não possui a obrigação de se pronunciar sobre recursos que questionam a constitucionalidade de leis (*writ of certiorari*). Os recursos são avaliados por assessores dos juízes que redigem relatórios, recomendando ou não a admissão do caso (“*cert pool*”). De acordo com regra costumeira, um pedido é levado ao plenário se quatro juízes votarem a favor da admissão, sendo que, na prática, os juízes seguem a recomendação dos assessores.^[7] A decisão sobre a admissibilidade é irrecorrível.^[8] Assim sendo, a Suprema Corte torna-se verdadeira “Senhora” de seu trabalho e isso explica porque nos últimos anos são julgados, no mérito, menos de 90 recursos por ano entre os aproximadamente 9.000 que chegam à Corte.^[9]

Cabe esclarecer que esse mecanismo de intensa seletividade não impede que os demais tribunais dos EUA apreciem alegações de inconstitucionalidade. Trata-se, porém, de um claro exemplo das limitações impostas ao acesso à justiça constitucional quando se exerce um controle com amplos efeitos vinculantes, como ocorre no caso da Suprema Corte dos EUA.^[10]

Objeto de controle. Há a possibilidade de isentar do controle de constitucionalidade determinadas categorias de atos normativos por serem politicamente “sensíveis”, de importância secundária ou por qualquer outro motivo. Isso ocorre no Brasil mediante explícitas previsões constitucionais, estipulando, por exemplo, a impossibilidade de pedir a fiscalização de leis municipais mediante ADIN junto ao STF.^[11] Ocorre também mediante construções do próprio STF, como a negação de fiscalizar leis anteriores à promulgação da CF ou leis de “efeito concreto”.^[12]

Definição da pauta. Trata-se da possibilidade de o Tribunal constitucional (ou alguns de seus integrantes ou formações) determinar de maneira amplamente discricionária a ordem de julgamento, agilizando ou dificultando o efetivo acesso à justiça constitucional. Essa forma de filtragem, que está no centro do presente estudo, relaciona-se com a questão da celeridade, da previsibilidade e da racionalidade no processo constitucional. Formulada de maneira simples a pergunta é: Quem define a “pauta” de julgamento da justiça constitucional, com base em quais critérios e com quais conseqüências jurídicas e políticas?

Quando se pensa nos critérios de determinação da ordem de julgamento surgem, do ponto de vista lógico, duas possibilidades extremas.

Primeiro, julgar os processos na exata ordem de sua chegada (“*modelo da fila de espera*”). Não seria permitido instruir o processo n. 2 antes do término da instrução do processo n. 1 e assim por diante. Tal solução é inviável por uma série de razões, entre as quais, encontra-se a urgência e relevância de determinados casos ou sua complexidade que impõe, respectivamente, encurtar ou alongar o tempo do processo.

Outro sistema de determinação da pauta seria o puramente aleatório, onde se determina a ordem de julgamento mediante sorteio (“*modelo da loteria*”). Tal sistema oferece a todos as mesmas chances matemáticas de julgamento ágil. Mas apesar disso dificilmente se justifica, pois cria o risco de duração demasiadamente longa de determinados processos, podendo causar sérios danos e mesmo impedindo o acesso à justiça. Com efeito, levando em consideração a contínua entrada de novos processos não pode ser garantido com certeza matemática que determinado processo será julgado um dia!

Na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo, a elaboração de critérios para a definição da pauta deve levar em consideração a celeridade processual, princípio introduzido na Constituição Federal em 2004 (art. 5º, inciso LXXVI), mas que, na verdade, sempre esteve no centro das preocupações da doutrina processualista, sendo deduzido do imperativo do devido processo legal.[13] Nessa perspectiva, a definição da pauta deve ser guiada pelo critério da ordem de chegada dos processos (“*fila*”), permitindo exceções, em nossa opinião, em duas situações.

Primeiro, quando a flexibilização favorece a celeridade processual global e, segundo, se houver razões imperiosas para introduzir modificações na ordem de julgamento, tais como a urgência de certas categorias de processos ou a conveniência de julgar simultaneamente processos relacionados entre si ou idênticos na substância. Esse seria uma combinação dos dois modelos extremos que pode ser denominada de “*modelo da fila flexibilizada*” e faz lembrar o sistema adotado nos caixas de supermercados. Os clientes são normalmente atendidos na ordem de chegada, dando, porém, acesso prioritário a pessoas com necessidades especiais e a compradores de poucos itens, no intuito de garantir um atendimento mais ágil e adaptado às diferentes necessidades dos clientes.

Do ponto de vista normativo, a ordem de julgamento pode ser determinada por lei, por normas internas do Poder Judiciário ou pode ser deixada à discricionariedade da presidência, do relator ou de algum órgão colegiado. Quando a determinação da pauta depende de decisão discricionária dos julgadores torna-se necessário analisar a eventual

crystalização de padrões de atuação, assim como refletir sobre as consequências dessa liberdade dos julgadores.

Desconhecemos estudos que problematizem e pesquisem o tema da definição da ordem de julgamento (“pauta”) no processo judicial, refletindo sobre as dimensões jurídico-políticas da variável “tempo”.^[14] Em particular as publicações nacionais dedicadas ao estudo do processo constitucional não fazem referências aos critérios adotados para definir a ordem de julgamento, apesar de esmiuçar as etapas e os elementos processuais.^[15] Isso é digno de nota, pois a reflexão sobre o exercício do poder de determinar a pauta possui uma evidente dimensão política no âmbito do processo constitucional. Quem exerce, *de iure* ou *de facto*, o poder de determinar a ordem de julgamento de ações, cujo resultado pode ser o afastamento de atos normativos, influencia, de maneira decisiva, a vida econômica e política. Uma célere declaração de inconstitucionalidade pode inviabilizar um projeto político, sendo que a mesma decisão ocorrida anos ou décadas depois normalmente tem efeitos muito mais limitados.

3. Dados normativos sobre a ordem de julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo STF

Pesquisaremos aqui os critérios de definição da pauta para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Escolhemos a ADIN por duas razões. Primeiro, por ser a ação de controle abstrato-concentrado mais efetiva e intensivamente utilizada no Brasil. Na vigência da Constituição de 1988 foram interpostas mais de 4.000 ADINs. Em comparação, houve 141 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental entre dezembro de 1999 e junho de 2008, das quais só duas foram julgadas procedentes. Menor ainda foi o número de Ações Declaratórias de Constitucionalidade: 20 ações interpostas entre agosto de 1993 e junho de 2008.^[16]

Segundo, porque o número das ADINs é relativamente limitado, permitindo um estudo quantitativo completo, algo impossível para o gigantesco volume de decisões do STF em sede de controle concreto (mais de 1.000.000 de processos protocolados ao STF na década 1998-2007).^[17]

A definição da ordem de julgamento das ADINs deve seguir regras fixadas no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Trata-se de texto normativo editado pelo STF em 1980 e que o próprio Tribunal considerou recepcionado pela Constituição Federal de 1988,^[18] apesar das fortes dúvidas dogmáticas a esse respeito.^[19] Seja como for, o RISTF é a única referência normativa nesse âmbito, pois faltam previsões sobre a ordem de julgamento na Constituição e na legislação ordinária.

O RISTF inclui as seguintes regras:

- cabe ao Relator pedir dia para julgamento dos feitos “nos quais estiver habilitado a proferir voto” (art. 21, X);

- estipula-se prazo de 30 dias “para o visto do Relator”, não se aplicando essa limitação em caso de “acúmulo de serviço” (art. 111, inciso III e *caput*);

- as ações diretas de inconstitucionalidade[20] encontram-se entre as classes processuais que têm “prioridade” para julgamento no Plenário (art. 145 *caput* e inciso VIII).

Esses dispositivos indicam que *não há* efetiva limitação da possibilidade do relator de escolher o tempo de apresentação do relatório e de seu voto. Como na prática sempre se verifica “acúmulo de serviço” há motivo legal para que o prazo de 30 dias não seja mantido. Uma consulta do andamento processual das ADINs indica que são raríssimos os casos nos quais o relator respeita tal prazo. Além disso, o RISTF permite que o relator decida quando está “habilitado” para julgar, sem que seja imposta limitação temporal ou obrigação de respeitar a ordem de distribuição dos processos. Finalmente a indicação da “prioridade” das ADINs permanece sem relevância prática, pois uma longa lista de ações e recursos julgados pelo STF são igualmente prioritários. Dito de outra maneira, o RISTF delega ao Relator a competência de determinar a pauta. Certamente vale o imperativo da celeridade processual, mas isso não indica o prazo para julgamento nem oferece meios legais para impor que o relator apresente seu relatório e voto em determinado processo.

Essa tácita delegação do poder de determinar a pauta contrasta claramente com o cuidado que o RISTF teve ao estabelecer, de maneira taxativa, limites temporais para a atuação dos demais participantes do processo objetivo. O art. 170 RISTF prevê que após a propositura da representação de inconstitucionalidade (hodiernamente: ADIN) são solicitadas informações à autoridade que editou o ato impugnado e, eventualmente, ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa interessada, devendo essas informações ser prestadas no prazo de 30 dias. Da mesma forma, o Procurador-Geral da República deve se manifestar no prazo de 15 dias. Mas do momento em que as informações e manifestações são recebidas e os autos encontram-se conclusos ao Relator o RISTF não estipula limites temporais.

A Lei 9.868 que disciplinou em 1999 o processo de julgamento da ADIN (e da ADECON) também estabeleceu uma série de prazos para a atuação dos participantes do processo objetivo, recepcionando, de forma geral, os referidos dispositivos do RISTF. A autoridade que editou o ato impugnado tem prazo de 30 dias para prestar informações (art. 6º § único), devendo, em seguida, se manifestar, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, cada um no prazo de 15 dias (art. 8º). O prazo de 30 dias é estipulado também para o oferecimento de informações, perícia ou audiência pública (art. 11). Mas no que diz respeito à atuação do próprio relator a lei é omissa, ao contrário do que ocorre em outros países.[21] Seu art. 9º prevê tão somente que “vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento”. Isso corrobora o poder discricionário do relator em relação à determinação do momento do julgamento.

Apresentaremos em seguida dados estatísticos que indicam as conseqüências práticas dessa liberdade do relator.

4. Dados estatísticos sobre a duração dos processos de controle abstrato junto ao STF

A ADIN n. 1 foi distribuída em 6-10-1988; a ADIN n. 4.068 em 14-4-2008. Nesse universo de mais de quatro mil ações encontramos fortes disparidades na duração do processo. Indicamos a seguir alguns dados extremos.

A ADIN 3.685 que questionava a aplicação de Emenda constitucional sobre alianças partidárias foi distribuída em 9-3-2006 e o Plenário tomou a decisão definitiva em 23-3-2006, mostrando uma celeridade inusitada no processo constitucional brasileiro e que internacionalmente talvez só rivalize com a rapidez decisória do Conselho Constitucional francês.

No outro extremo encontramos uma série de ADINs cujo processo se caracteriza pela excessiva duração. Atualmente as “decanas” entre as ADINs pendentes são a n. 73, distribuída em 7-8-1989, questionando a constitucionalidade de decreto estadual que regulamenta questões ambientais; a n. 94, distribuída em 5-10-1989, questionando artigos da Constituição da Rondônia sobre a carreira nas Procuradorias daquele Estado e a n. 127, distribuída em 31-10-1989 e questionado dispositivos da Constituição de Alagoas.

No primeiro caso, o Plenário do STF deferiu plenamente o pedido de liminar dois dias após a distribuição; no segundo caso, o pedido de liminar foi deferido parcialmente sete dias após a distribuição; no terceiro caso houve deferimento parcial do mesmo pedido em 20 dias. Passados 19 anos, o STF não decidiu definitivamente sobre a constitucionalidade, vigorando ainda as suspensões “cautelares” dos dispositivos questionados.

Um outro grupo é formado pelas ADINs n. 136, distribuída em 14-11-1989, n. 179 e 185, distribuídas em 1-2-1990, todas questionando leis estaduais de pouca relevância política e social. Houve sucessivas substituições do relator em razão da aposentadoria de Ministros e até hoje não foi realizado o julgamento definitivo.

Indiquemos finalmente que, na ADIN n. 494, interposta em 29-4-1991 para questionar dispositivos de lei complementar estadual, foi concedida liminar em 16-8-1991 suspendendo a eficácia de um artigo da lei e após sucessivos pedidos de vista (entre os quais o do Min. Nelson Jobim entre 19-12-1997 e 29-3-2006), ainda não houve decisão. Não foi diferente a trajetória processual da ADIN n. 1.648. Distribuída em 7-8-1997, houve pedido de vista do Procurador-Geral da República que se estendeu por quase três anos e, em seguida, do Min. Nelson Jobim, por dois anos, não havendo, até hoje, decisão definitiva.

Nesses casos a duração excessiva do processo se relaciona com dois fatores:

O primeiro é a não apresentação do relatório em prazo razoável. O segundo, evidenciado nos últimos casos, relaciona-se com a falta de limitação temporal para o pedido de vista. Sabemos que essa prática foi definitivamente erradicada em 2003 após regulamentação interna do STF que limitou drasticamente a duração do pedido de vista.[22] Observa-se também que muitas ADINs de excessiva duração questionam atos

normativos de limitada transcendência, deixando supor que foram preteridos diante de casos de maior relevância. Finalmente chama atenção a relevância processual da decisão cautelar que, em muitos casos, acaba se tornando, de fato, definitiva.

As fortes discrepâncias na duração do processo, constatadas aqui de maneira ainda superficial, justificam uma pesquisa quantitativa no intuito de verificar se há regularidades na ordem de julgamento de processos. Uma primeira tentativa nesse sentido constitui a pesquisa que apresentaremos em seguida.

4.1. Observações metodológicas

Realizamos uma pesquisa quantitativa utilizando dados disponíveis no *site* oficial do STF (www.stf.gov.br). Consultamos, em particular, o andamento processual das ADINs e, em muitos casos, a íntegra das decisões e da petição inicial. Data limite para as informações colhidas foi o dia 15 de abril de 2008. Analisamos o andamento processual de 100 ADINs investigando um grupo que corresponde ao 2,5 % da totalidade das ADINs interpostas, porcentagem pequena, mas não desprezível.

Optamos por analisar o andamento processual das ADINs de 2.000 a 2.099, todas distribuídas em 1999, por três razões. Primeiro, considerando que, por terem sido interpostas em 1999 teriam, em sua grande maioria, transitado em julgado, permitindo a análise completa de sua trajetória processual (algo que, como veremos, não se verificou). Segundo, por terem sido julgadas no período de consolidação da ADIN, tendo-se formado uma tradição decenal. Terceiro, por terem sido praticamente todas as ADINs julgadas sob a autoridade da Lei 9.868 de 1999 que disciplinou o processo constitucional.

Optamos por analisar as ADINs serialmente por duas razões. Em primeiro lugar, porque a escolha de ADINs de maneira randômica, conforme opção adotada em outro estudo do fator “tempo” nas ADINs,[23] não nos parece indicado. O método randômico só permite inferências válidas se o universo da pesquisa for razoavelmente homogêneo. Caso contrário, cria a ilusão de representatividade, em razão de seu caráter aleatório, mas não garante que espelhará a real disparidade dos elementos que compõem o universo de pesquisa.[24] Ora, as ADINs, apesar da aparência linear, apresentam grande diversidade na natureza e origem da norma impugnada assim como na importância política e econômica do litígio. Uma ADIN que questiona dispositivo de lei estadual que lesa interesses salariais de limitado grupo de funcionários não é comparável com ADIN que impugna a alíquota do imposto de renda. Também é comum o fenômeno de ADINs que questionam os mesmos dispositivos, aumentando injustificadamente as chances de sua inclusão na amostra randômica.

Em segundo lugar, quando o universo de pesquisa é limitado aconselha-se fazer o esforço de realizar um levantamento completo, evitando os riscos de inferência inválida em razão de distorções causadas pelo método de amostragem.[25] O presente estudo

parte da constatação da necessidade de um estudo do andamento de todas as ADINs. A limitação ao estudo de 100 ADINs indica seu caráter “exploratório”, cuja finalidade é formular reflexões e propor um método de pesquisa, no intuito de seu aperfeiçoamento para aplicação em futuro estudo que englobará todas as ADINs interpostas.

Observamos, finalmente, que um estudo completo das estratégias de definição da pauta não deve se limitar à abordagem quantitativa. O ideal seria analisar as características e circunstâncias de cada ADIN para verificar quais fatores de cunho político e econômico influenciam a determinação do tempo de julgamento. Será que o Tribunal posterga decisões em casos de particular relevância? Ou, ao contrário, atribui menor atenção a casos de repercussão limitada, por exemplo, a impugnações de normas estaduais? Será que a identidade do requerente influencia o andamento do processo? A pertinência da norma a certo ramo do direito influencia a ordem de julgamento, havendo, por exemplo, prioridade de normas tributárias e sendo relegadas em segundo plano normas penais ou trabalhistas? Tais perguntas só podem ser respondidas com base na análise qualitativa dos elementos de cada processo, enriquecendo nosso entendimento sobre as determinantes do poder discricionário do relator em definir a ordem de julgamento.

4.2. Resultados da pesquisa

4.2.1. Duração do processo

Para analisar a duração do processo se faz necessário analisar separadamente as ADINs nas quais houve decisão liminar.

Nas ADINs com pedido de liminar indeferido pelo Relator ou pelo Pleno (24 casos), a liminar foi apreciada no prazo médio de 3,5 meses.[26] Nesses casos, a duração do processo até o trânsito em julgado foi de, em média, 76 meses, ou seja, um pouco mais de seis anos.[27] Como há ainda muitos processos não decididos definitivamente, essa média aumenta com o passar do tempo.

Nos casos de deferimento da liminar (27), o prazo médio para apreciação foi de 2,5 meses, sendo menor do que nos casos de indeferimento. Nesse grupo, a duração total do processo foi de 69 meses, sendo também menor do que nos casos de indeferimento da liminar.

A menor duração dos processos com deferimento da liminar pode indicar uma prática de seletividade no sentido de que se dá preferência ao julgamento de casos de inconstitucionalidade flagrante. Mas essa hipótese só pode ser confirmada mediante estudo completo do andamento processual das ADINs.

Somando os processos nos quais houve decisão em sede liminar, temos uma duração média para apreciação da liminar[28] de aproximadamente três meses;[29] a duração média do processo chega a 74 meses (um pouco mais de 6 anos).

Em 49 dos 100 processos não houve decisão em sede cautelar. Em 4 casos não foi formulado pedido de liminar;[30] em 3 casos tratou-se de ADIN por omissão,[31] na qual não é admitido pedido de liminar, conforme orientação jurisprudencial.[32] Nos demais 42 casos o pedido de liminar não foi apreciado pelo STF por variadas razões processuais, em particular devido à perda de objeto ou à falta de legitimidade.

Nos processos sem decisão liminar, a duração média do processo até o trânsito em julgado foi de 35 meses (aproximadamente três anos).[33] Nesse grupo também haverá aumento da média na medida em que findarem os processos ainda pendentes. Mas impressiona o fato de a duração média do processo cair pela metade em comparação com os processos com decisão em sede liminar.

Tal situação autoriza a tese de que a apreciação da liminar funciona como *válvula de escape* da pressão para solução do caso. Independentemente do resultado da liminar, o processo em que foi dada uma resposta substancial é relegado a uma “segunda fila de espera”, dobrando o tempo de sua duração.[34] Quando, ao contrário, não há decisão em sede liminar, o Tribunal costuma decidir em prazo muito mais curto. Isso oferece uma indicação da lógica de construção da pauta que seleciona os processos com base no critério da necessidade de decisão dentro de um prazo razoável.

Isso indica a relevância processual do julgamento cautelar no processo objetivo. Cabem a esse respeito duas observações.

- A afirmação da possibilidade jurídica de medidas cautelares no controle abstrato deu-se em razão de autocriação processual do STF[35] que, em seguida, foi recepcionada pela Constituição e regulamentada pelo legislador ordinário.[36] Tanto a nossa pesquisa como especial estudo sobre o tema[37] indicam que o julgamento liminar tem grande relevância para a administração do fluxo de ADINs pelo STF.

Sabe-se que as petições iniciais de ADINs quase sempre formulam pedido de suspensão cautelar da vigência do ato normativo impugnado. Das 3.650 ADINs interpostas entre outubro de 1988 e janeiro 2006 esse pedido estava presente em 87% dos casos (3.185 ADINs).[38] Na nossa pesquisa, das 97 ADINs genéricas não houve pedido de liminar em 4 casos. Mas constatamos que, freqüentemente, o STF não chega a apreciar o pedido de cautelar. Na nossa pesquisa houve decisão em sede cautelar em 51 casos e o pedido não foi apreciado em 42 processos. Isso significa que o STF estabelece um filtro de acesso bastante eficiente, facilmente manipulável e pouco visível, selecionando os casos nos quais haverá decisão (cautelar) em curtíssimo prazo.

- A utilização das liminares como ferramenta para administrar o fluxo das ADINs parece estar em declínio nos últimos anos. Após o surgimento da possibilidade de remeter diretamente ao plenário a decisão sem apreciar a liminar,[39] diminuiu de maneira considerável o número de liminares julgadas no mérito. Calculou-se que, até 2002, 62% dos pedidos de cautelar nas ADINs recebiam julgamento de mérito; a porcentagem caiu para 8% após 2002.[40] Temos aqui uma mudança nas práticas da Corte apontada por integrantes do próprio STF: “ultimamente, para evitar verdadeiro

duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o artigo 12 da Lei 9.868 de 1999, partindo-se para o julgamento definitivo da ação”.[41]

Seria necessária uma análise mais detida para determinar o exato papel do julgamento cautelar e refletir sobre as causas das mudanças. Mas fica desde já claro que ocorrem significativas mudanças nas construções que determinam a seletividade processual.

Na perspectiva da configuração racional e previsível do processo objetivo deve ser saudada a tendência de minimizar os julgamentos cautelares no controle abstrato. Isso ocorre por razões teóricas, pois é impossível aplicar os requisitos de concessão de medida cautelar no processo objetivo, em particular porque há presunção de constitucionalidade, a urgência em impedir a constitucionalidade é igual em todos os casos e o risco de lesão de interesses subjetivos não deveria ser relevante no processo objetivo.[42]

Em paralelo, há razões eminentemente práticas que desaconselham a decisão liminar. Caso a liminar vigore por curto prazo sendo logo seguida por uma decisão definitiva, sua concessão é contraprodutiva por dois motivos. Primeiro, porque se corre o risco de ser prolatada uma segunda decisão pelo mesmo tribunal, em curto espaço de tempo e em sentido contrário. Se o STF concede a liminar e poucos meses depois indefere o pedido (e vice-versa) a legitimidade de suas decisões pode ficar abalada. Segundo, porque, ao invés de o STF decidir duas vezes sobre o mesmo pedido, é preferível “economizar” o tempo dedicado à preparação da decisão liminar e decidir com maior rapidez definitivamente.

Caso a liminar for destinada a vigorar por longo período, como costuma ocorrer na prática do STF onde encontramos liminares em ADINs vigorando há quase duas décadas, cria-se uma situação extremamente problemática. Se o STF tiver confirmado em sede liminar a constitucionalidade das normas impugnadas, entrará em indesejável contradição se proclamar sua inconstitucionalidade anos ou décadas depois, deixando claro que a construção da nulidade, num caso como esse, gerando efeitos *ex tunc* (para o passado eliminando todos os efeitos produzidos pela norma) criaria uma grave insegurança jurídica.

Além disso, a declaração da inconstitucionalidade em sede de cautelar, que depois viesse a ser julgada no mérito improcedente com a conseqüente declaração de constitucionalidade da norma equivaleria, na prática, a uma ADECON suscitada de ofício. Se, ao contrário, o STF suspender liminarmente a norma, eventual decisão definitiva no sentido da constitucionalidade significa que o tribunal impediu por longo período a aplicação de norma que ele mesmo acabou declarando constitucional.

Mas independentemente do caráter problemático da concessão de liminares em todas as possíveis hipóteses, a análise da prática processual deve registrar a intensa utilização dessa ferramenta pelo menos na primeira década de vigência da CF 1988. A duração média do processo nos 100 casos analisados foi de 54 meses (4 anos e meio), sendo que, como dissemos, os processos ainda pendentes farão crescer essa média. Tal dado não está muito longe do resultado de pesquisa mais abrangente que apurou uma duração média das ADINs de 4 anos e 9 meses (sem contar eventuais embargos e agravos).[43]

Esses dados indicam que o processo objetivo brasileiro está longe de garantir a celeridade processual. Aguardar, em média, mais de quatro anos para ter uma decisão judicial não satisfaz exigências mínimas de eficiência, especialmente por ser o controle de constitucionalidade questão com conseqüências tão graves e amplas. A notória sobrecarga do Tribunal certamente não pode ser desconsiderada, mas não justifica as fortes discrepâncias na duração das ADINs, podendo o STF ser extremamente célere em alguns casos e inexplicavelmente lento em outros. Na série examinada encontramos 26 ADINs que continuam pendentes nove anos após a sua interposição, havendo, por outro lado, 14 ADINs nas quais a decisão transitou em julgado em menos de seis meses.

Cabe também observar que entre os 26 processos ainda pendentes houve decisão liminar em 16 casos. Pensando que no total dos processos houve decisão liminar em 49% dos casos temos uma sobre-representação dessa categoria nos processos pendentes. A diferença é significativa e, apesar do número reduzido de processos analisados, indica que o STF tende a considerar na maioria dos casos a cautelar como decisão “final”.

4.2.2. Pedido de vista. Uma prática em desuso

Iniciamos a pesquisa compartilhando a difusa impressão de que a excessiva duração dos pedidos de vista é um fator decisivo para a demora dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, sendo o pedido de vista utilizado como meio para retardar decisões. No início do item 4 desse estudo indicamos alguns processos nos quais a excessiva duração do pedido de vista impediu uma decisão em tempo razoável.

Mas essa impressão revelou-se sem fundamento nos processos analisados, pois só houve pedido de vista em 4 entre os 100 casos. A duração do pedido foi muito curta, excetuando a ADIN 2.077 na qual foram registrados três pedidos de vista de grande duração e o processo ainda não foi concluído.

Aqui também seria necessário analisar um número maior de processos para confirmar a tendência de desuso da ferramenta “pedido de vista” como meio para influenciar a duração do processo. Seja como for, merece destaque a escassa utilização do pedido de vista em processos iniciados em 1999, isto é, bem antes da referida regulamentação restritiva do pedido de vista em 2003.

4.2.3. Estatística de êxito

Pensando nos resultados das ADINs pesquisadas, o primeiro dado que não deixa de surpreender é o elevado número de ADINs ainda pendentes. Como dissemos, entre as 100 ADINs examinadas, 26 continuam pendentes 9 anos depois. A esse quadro de morosidade acrescenta-se o fato de que somente quatro ADINs foram julgadas entre janeiro de 2006 e abril de 2008. Isso deixa margens para a conclusão da existência de um filtro de seletividade. Um grupo de ADINs parece entrar em uma espécie de “coma induzido”. Os autos permanecem conclusos ao Relator por vários anos sem que haja movimentação processual - e faltando meios legais para impor um julgamento. Em sua grande maioria, esses processos “inertes” findam, normalmente, após a revogação do ato normativo que provoca a extinção do processo por perda de objeto.

Chama atenção o fato de termos 47 casos (63% do total dos processos transitados em julgado), nos quais o pedido foi considerado prejudicado após revogação do ato normativo. E esse parece ser o destino final dos 26 processos que, formalmente, estão ainda tramitando. Encontramos aqui uma clara manifestação do poder do relator que pode imobilizar por anos determinados processos, deixando o pedido de inconstitucionalidade sem resposta substancial.

Entre os 74 processos que transitaram em julgado, o pedido de inconstitucionalidade foi deferido, total ou parcialmente, em 12 casos (16%). A duração média desses processos foi de 49 meses, permanecendo próximo à média geral.

O pedido foi indeferido em 5 casos e não conhecido em 12. A duração média dos processos com indeferimento foi de 78 meses, situando-se bem acima da média geral. Ao contrário, a duração dos processos não conhecidos foi de 23,5 meses, isto é, muito abaixo da média.[44]

Uma possível explicação é que a decisão de não conhecimento não exige, normalmente, dispendiosa fundamentação nem obriga o Tribunal a se posicionar sobre o mérito da controvérsia constitucional, sendo tomada com maior facilidade. Quando ao contrário, o Tribunal indefere o pedido com decisão de mérito, a duração do processo é maior provavelmente em razão da necessidade de fundamentação específica. Em paralelo podemos pensar que o Tribunal opta por decidir sobre casos de normas inconstitucionais por serem mais urgentes, deixando em segundo plano casos que, em uma análise perfunctória, não indicam inconstitucionalidade (representam portanto menor risco).

Essas tendências e explicações não podem ser confirmadas sem análise completa do andamento das ADINs. Mas caso sejam confirmadas teremos uma importante indicação de critérios na escolha de processos para inclusão na pauta, tendo prioridade casos nos quais o pedido não deve ser conhecido, vindo em segundo lugar casos nos quais a inconstitucionalidade é evidente e somente em terceiro lugar casos nos quais o pedido deverá ser indeferido.

De acordo com estatística realizada pelo STF, entre as 2.673 ADINs definitivamente julgadas até maio de 2008 o pedido foi deferido, total ou parcialmente, em 30% dos casos; houve indeferimento em 6% e o pedido não foi conhecido em 63%.[45] Finalmente, 943 ADINs (23% do total) aguardam julgamento.[46]

Finalmente, no que diz respeito à filtragem processual baseada no poder de definir a pauta de maneira discricionária, pesquisa sobre o andamento processual das ADINs de 1 a 3.650 mostrou que aproximadamente a metade das ADINs não recebeu decisão no mérito, em razão da utilização de sucessivos “filtros” processuais, entre as quais o mais comum é a perda de objeto por revogação do ato normativo.[47]

Esses dados confirmam *três* tendências fundamentais na administração do fluxo das ADINs pelo STF:

- o relativamente grande volume de declarações de inconstitucionalidade;
- a baixíssima porcentagem de processos julgados no mérito e indeferidos;
- a altíssima porcentagem de processos extintos sem julgamento de mérito ou ainda pendentes.

Para a configuração dessas três tendências revela-se fundamental o fator “tempo”. A possibilidade de retardar a apresentação do relatório, logo o julgamento, é um mecanismo de seletividade que faculta o indeferimento da maioria dos pedidos sem julgamento de mérito por perda de objeto.

5. Celeridade, previsibilidade e racionalidade do processo constitucional?

Nos últimos anos, dedicamos uma série de trabalhos à observação do processo objetivo no Brasil, tentando entender e apresentar seus mecanismos de funcionamento que muitas vezes contrastam com o discurso doutrinário sobre o tema. No centro desses estudos encontra-se o conceito de *autocriação* de regras processuais pelos tribunais constitucionais.

Os teóricos da justiça constitucional possuem consciência da atuação criativa dos juízes constitucionais. Essa tese é enunciada muitas vezes adotando uma postura jusrealista (a Constituição seria aquilo que o juiz constitucional define como tal)[48] ou de maneira mais específica, indicando concretamente as funções legiferantes da justiça constitucional,[49] em particular a interação (e limitação recíproca) entre o legislador e a justiça constitucional[50] que torna essa última um “legislador adjunto”. [51]

Mas a doutrina, normalmente, concentra sua atenção na função legislativa (“criativa”, “ativista”) dos julgadores em seu aspecto material. São analisadas interpretações criativas ou mesmo *contra legem* de dispositivos constitucionais, observam-se “técnicas interpretativas” que permitem modificar conteúdos normativos, ou são estudados casos nos quais as Cortes orientam o legislador para que crie normas de acordo com a Constituição.

Em nossa opinião, não é menos importante (mas é menos estudada)[52] a atuação *autocriativa* dos juízes constitucionais que se manifesta em relação às regras processuais. Temos autocriação de uma regra jurídica quando certa autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir. No decorrer do tempo, tais normas e padrões se consolidam e formam uma tradição ou costume que a mesma autoridade reconhece como juridicamente vinculante.

O STF, assim como os demais tribunais constitucionais, desempenha um papel de legislador positivo criando também regras *processuais* que em seguida ele mesmo aplica. Configura o processo objetivo em grande parte com iniciativa própria, preenchendo lacunas legislativas ou mesmo contrariando orientações legais.[53] Analisar esse tipo de atuação dos tribunais constitucionais permite entender a função de um poderoso instrumento de exercício de poder que, por ser menos visível do que o “ativismo” em decisões de direito material, é mais eficiente e permanente.

No caso do STF, o poder autocriativo é frequentemente utilizado, como meio de autocontenção do Tribunal. Mediante a criação de sucessivos filtros processuais o Tribunal dificulta o acesso à justiça constitucional, diminuindo o volume de processos de controle abstrato que são julgados no mérito e diminuindo o alcance de suas decisões, no intuito de minimizar os conflitos com os demais poderes.

Mas o uso prevalentemente limitador da autocriação processual não significa que o Tribunal não utilize seus poderes materialmente legislativos para ampliar suas competências ou a vinculatividade de suas decisões. Tal utilização ficou clara na opção do STF por controlar sistematicamente a constitucionalidade das Emendas constitucionais, apesar da falta de base normativa para tanto.[54] O mesmo ocorreu com a discussão sobre o efeito transcendente das decisões do STF no controle abstrato e mesmo no controle concreto, mediante alegação de “mutação constitucional”. [55]

Nesse contexto autocriativo insere-se o poder do relator em determinar a ordem de julgamento das ADINs (pois o legislador não fixou regras a respeito). Com base nisso e nos dados colhidos sobre o andamento processual das ADINs podemos oferecer respostas, ainda que incompletas e provisórias, a duas perguntas.

Primeiro. Quais são os critérios utilizados pelos Relatores para determinar a ordem de apresentação de relatório e voto, influenciando, de maneira decisiva, a duração das ADINs? Uma hipótese[56] é que a decisão é postergada em casos nos quais a medida impugnada é socialmente controvertida (como recentemente ocorreu nos casos do aborto de feto anencéfalo, das pesquisas com células tronco ou da legislação sobre armas) ou envolve grandes interesses políticos ou econômicos (julgamento de normas tributárias ou ambientais). Em tais casos, a decisão do Tribunal pode estar vinculada a um alto risco-custo político, tentando os Ministros postergar a decisão, na expectativa de solução do conflito de outra forma ou pelo menos de arrefecimento das controvérsias.

Uma segunda hipótese seria pensar que os relatores, tentando enfrentar o problema de sobrecarga, optam por postergar decisões em casos de menor repercussão, por exemplo, quando se trata de leis estaduais de menor importância, quando a lei é visivelmente constitucional ou quando o legitimado não tem particular representatividade e/ou poder

de mobilização social, como ocorre com muitas entidades sindicais e alguns partidos políticos.

Essas são hipóteses plausíveis, mas necessitam de comprovação mediante estudo detalhado do conteúdo das ADINs, criando um perfil das práticas decisórias de cada relator. A nossa pesquisa só permite indicar com clareza que nos casos em que foi dada uma primeira resposta mediante liminar, o relator tenta a postergar a apresentação do relatório para a decisão definitiva, dobrando a duração total do processo. Há também indicações de que nos processos em que o pedido de inconstitucionalidade é deferido a tramitação é mais rápida.

Segundo. Tendo indicado (item 1) as finalidades gerais do processo judicial, pergunta-se como essas finalidades são afetadas pelo exercício do poder de definir a pauta pelos Ministros do STF? A nossa pesquisa e a estatística do próprio STF indicam claramente que o processo objetivo, bem como o volume e a diversidade de processos sob responsabilidade do STF não satisfazem o requisito da celeridade. Uma duração média acima de quatro anos com relevante porcentagem de processos tramitando por quase uma década mostra um grave problema, conflitando a prática processual do STF com o mandamento constitucional de solução célere dos litígios.

A previsibilidade fica também prejudicada, pois não há critérios legais ou infralegais suficientes para determinar a ordem de julgamento, podendo os interessados prever, ainda que aproximadamente, a duração do processo. Tampouco o Tribunal ou os relatores explicitam os critérios efetivamente utilizados para tanto, gerando um grave problema de transparência.

Algo semelhante pode ser dito em relação à finalidade de tomada de decisão racional. Apesar de a racionalidade estar principalmente vinculada à qualidade da fundamentação jurídica da decisão, a ausência de critérios para determinação da pauta torna o processo de controle abstrato pouco satisfatório. Como repetidamente constatamos, há racionalidade na tendência de priorizar processos que não receberam resposta em sede liminar e também na tendência de antecipar processos nos quais o pedido de inconstitucionalidade será deferido. Mas em ambos os casos, a racionalidade permanece latente, faltando explicitação dos critérios para determinar a pauta do processo objetivo.

Em conclusão, o poder discricionário de determinar a ordem de julgamento é uma poderosa ferramenta manuseada pelos ministros do STF de maneira pouco visível e muito menos normatizada. Estamos diante de uma *arcana iuris* que conflita com exigências do Estado constitucional de direito.

Bibliografia

ALIMONTI, Veridiana. *O controle de constitucionalidade das privatizações: O contexto político e o tempo nos votos do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Sociedade brasileira de direito público, 2006. http://www.sbdp.org.br/monografia/71_Veridiana%20Alimonti.pdf.

ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 27-47.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, Paulo César Amorim. [O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade](http://www.sbdp.org.br/monografia/81_Paulo%20Cesar%20Amorim%20Alves.pdf). Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. http://www.sbdp.org.br/monografia/81_Paulo%20Cesar%20Amorim%20Alves.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Problemas de concretização e limitação. *RT*, n. 832, 2005, p. 11-36.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e heterorreferência. In AGRA, Walber de Moura (org.). *Densificação da justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 (no prelo).

LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Método, 2008 (no prelo).

_____. Processo. In DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 302-303.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação, constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, 5, 2008, p. 217-236.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO Filho, Pedro Luiz do. *Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. http://www.sbdp.org.br/monografia/102_Pedro%20Luiz%20do%20Nascimento%20Filho.pdf.

SCHNELL, Rainer; HILL, Paul; ESSER, Elke. *Methoden der empirischen Sozialforschung*. München: R. Oldenbourg, 1999.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005-a.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

[1] Devemos particular agradecimento ao Professor Carlos Ari Sunfeld, presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público, e aos Professores Oscar Vieira Vilhena, Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo que, na qualidade de coordenadores do curso de direito constitucional da Sociedade Brasileira de Direito Público, incentivaram a realização da presente pesquisa. Alunos desse curso produziram monografias pesquisando a variável “tempo” na atuação do STF, todas disponíveis na *internet*: Alves, 2006; Alimonti, 2006; Nascimento Filho, 2007. Agradecemos também as observações do Professor Paulo Eduardo Alves da Silva (Direito-GV, São Paulo).

[2] Sobre as possíveis definições de “processo” cf. Lunardi, 2007.

[3] Tavares, 2005, p. 410.

[4] Artigo 61 da Constituição Francesa de 1958.

[5] Art. 1 da “Lei constitucional” italiana n. 1 de 1948.

[6] Cf. Lunardi, 2008, cap. 3.3.3.2.

[7] <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1144330162287>.

[8] Regra n. 10 do Regimento da Suprema Corte.
<http://www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>.

[9] Cfr. o relatório de atividades de 2007 em:
<http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/year-end/2007year-endreport.pdf>.

[10] Lunardi, 2008, cap. 3.1.

[11] Art. 102 I a CF (*a contrario*).

[12] Mendes et al., 2008, p. 1114-1117.

[13] Tavares, 2005-a, p. 30-33; Alarcón, 2005, p. 31-38.

[14] Conforme observamos, foram elaboradas monografias sobre o tema no âmbito das atividades de pesquisa da SBDP. Mais especificamente dedicado ao tema é o trabalho de Alves, 2006.

[15] Ver, por exemplo, Barroso (2004, p. 141): “Vencidos esses prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento”. Igualmente lacônicas as referências em Almeida, 2007, p. 796. Falta referência ao tema em Mendes et al., 2008 e Tavares, 2006.

[16] www.stf.gov.br, item Estatísticas. Acesso 20-6-2008.

[17] www.stf.gov.br, item Estatísticas. Acesso 20-6-2008.

[18] Ação originária, n. 32 (Agravo Regimental), rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-8-1990. Ementa: “As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inserções no Regimento, ficando aquém da derrogação quanto às existentes à época da promulgação da Carta.”

[19] Se a Constituição de 1988 não permite que o STF crie normas processuais como considerar que a mesma CF tenha recepcionado normas processuais criadas pelo STF no período da ditadura militar de acordo com a Constituição de 1967?

[20] O RISTF refere-se a “Representações“, equivalente processual da ADIN no momento de sua redação.

[21] O Art. 65 da Lei do Tribunal constitucional português estabelece prazo rígido para o relator, concedendo certo poder de flexibilização da pauta ao Presidente do Tribunal: “1. Concluso o processo ao relator, é por este elaborado, no prazo de 40 dias, um projecto de acórdão, de harmonia com a orientação fixada pelo Tribunal. 2. A secretaria distribui por todos os juízes cópias do projecto referido no número anterior e conclui o processo ao presidente, com a entrega da cópia que lhe é destinada, para inscrição em tabela na sessão do Tribunal que se realize decorridos 15 dias, pelo menos, sobre a distribuição das cópias. 3. Quando ponderosas razões o justifiquem, pode o presidente, ouvido o Tribunal, encurtar até metade os prazos referidos nos números anteriores. 4. Havendo solicitação fundamentada do requerente nesse sentido e acordo do órgão autor da norma, o presidente, ouvido o Tribunal, decidirá sobre a atribuição de prioridade à apreciação e decisão do processo.” Fonte: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao01.html>.

[22] Resolução 278 de 2003 do STF.

[23] Alves, 2006, p. 9-10.

[24] Schnell et al., 1999, p. 247-250.

[25] Schnell et al., 1999, p. 249.

[26] Excluimos do cálculo o caso atípico da ADIN 2.066, na qual o pedido de liminar foi julgado (e indeferido) 5 anos após a distribuição.

[27] Excluimos do cálculo a ADIN 2.003 que em razão do inusitado atraso na publicação do acórdão transitou em julgado 7 anos após a decisão do Pleno.

[28] Exluímos novamente do cálculo o caso atípico da ADIN 2.066, na qual o pedido de liminar foi julgado (e indeferido) 5 anos após a distribuição.

[29] Em estudo do andamento processual das 3.640 ADINs interpostas entre outubro de 1988 e janeiro de 2006, constatou-se que a duração média para julgamento da liminar é de 8 meses (Nascimento Filho, 2007, p. 16). Temos aqui uma diferença significativa em relação à duração do processo em sede liminar em nosso estudo.

[30] ADINs 2.032, 2.051, 2.089, 2.092.

[31] ADINs 2.017, 2061, 2.076.

[32] Mendes et al. 2008, p. 1195-1196. Nas ADINs por omissão é possível formular pedido de liminar em casos absolutamente excepcionais. Adicionamos aqui as ADINs por omissão com as genéricas, pois interessa constatar a influência de uma decisão em sede liminar na duração do processo, independentemente das razões processuais que possibilitam (ou impedem) a formulação e o julgamento de um pedido de liminar.

[33] Exluímos do cálculo a ADIN 2.003 que em razão da demora na publicação do acórdão transitou em julgado 7 anos após a decisão do Pleno.

[34] Cf. Alves, 2006, p. 57.

[35] Sobre o conceito cf. item 7.

[36] Cf. Lunardi, 2008, cap. 5.2.13; Dimoulis e Lunardi, 2008, cap. 3.2.

[37] Nascimento Filho, 2007.

[38] Nascimento Filho, 2007, p. 13-14.

[39] O artigo 12 da Lei 9.868 de 1999 prevê: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá (...) submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”. A baixa densidade normativa dos critérios indicados no dispositivo (“relevância”, “especial significado”, “faculdade do Plenário”) permite que seja ativado em maior ou menor medida e mesmo chegue a impedir as decisões cautelares, de acordo com apreciações subjetivas do relator.

[40] Nascimento Filho, 2007, p. 24-25.

[41] RE 505477, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 25-5-2007.

[42] Lunardi, 2008, cap. 5.2.13.

[43] Pesquisa do andamento processual das ADINs 1 a 3.650 (Nascimento Filho, 2007, p. 16).

[44] Exluímos do cálculo a ADIN 2.003 que em razão da demora na publicação do acórdão transitou em julgado 7 anos após a decisão do Pleno.

[45] A estatística do STF não especifica a razão de não conhecimento do pedido, mas na maioria dos casos é devido à revogação do ato impugnado.

[46] www.stf.gov.br, item Estatísticas. Acesso 20-6-2008. O cálculo das porcentagens é nosso.

[47] Nascimento Filho, 2007, p. 23.

[48] Tese enunciada pelo juiz Hughes da Suprema Corte dos EUA: “We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is” (*apud* MONATERI, Pier Giuseppe. “All of this and so much more”. Original intent, antagonism and non-interpretivism. *Cardozo Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/users/pigi/Allofthis.htm>.)

[49] Análises e indicações bibliográficas em Sweet, 2000, p. 61-91, 136-138; Tavares, 2005, p. 321-341.

[50] Sweet, 2000, p. 73-91.

[51] Sweet, 2000, p. 151.

[52] Sweet dedica dezenas de páginas à atuação legislativa das cortes constitucionais, mas em relação ao aspecto processual só observa laconicamente que as Cortes adotam o contraditório para dar aparência judicial ao processo de decisão (2000, p. 142-143).

[53] Lunardi, 2008 (baseada em tese de doutoramento defendida em 2006); Dimoulis/Lunardi, 2008; Lunardi/ Dimoulis, 2008.

[54] Dimoulis, 2005, p. 27-29.

[55] Análise e bibliografia em Lunardi/Dimoulis, 2008.

[56] Hipótese formulada por Alves, 2006, p. 22, mas não comprovada naquele estudo.

A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O FUTURO REGIME DAS MEDIAS DE URGÊNCIA. HAVERÁ NECESSIDADE? *

THE EFFETIVENESS OF PROCEDURE AND THE FUTURE URGENT MEASURES' SYSTEM. IS IT REALLY NECESSARY?

Emilio de Medeiros Viana

RESUMO

Encontra-se em discussão, para eventual deflagração posterior de processo legislativo, anteprojeto de lei que objetiva atribuir nova disciplina às tutelas de urgência, aí incluídas as tutelas cautelares e antecipatórias. Referido projeto foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Atentando para utilização do processo como instrumento de democracia participativa e destacando que as tutelas de urgência são instrumento de harmonização das garantias constitucionais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, desenvolve-se histórico do disciplinamento das tutelas de urgência pelo Código de Processo Civil vigente. A seguir, discutem-se as principais alterações propostas pelo anteprojeto referido, apontado nele virtudes e imperfeições. Ao final, conclui-se por responder negativamente à pergunta formulada no título do trabalho, vale dizer, assentando que não há necessidade de novo regime das tutelas de urgência, mas apenas de alterações pontuais. A introdução do modelo proposto não aponta para a efetividade do processo. Ao contrário, pode impedi-la.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO. EFETIVIDADE. TUTELAS DE URGÊNCIA. CAUTELAR. ANTECIPATÓRIA.

ABSTRACT

The IBDP (Brazilian Institute of Procedural Law) developed a bill about the 3rd section of the Brazilian Code of Civil Procedure, related to urgent protection (preventive and anticipated measures). This bill is being discussed and, later, it will be dispatched to Legislative Power. The present article tries to answer the question proposed in its title: Is it really necessary? The answer is negative. The analysis of the project gives evidences of virtues and imperfections. In some aspects, it may be used. Although, it is not able to make the Brazilian civil procedure more effective. On the contrary, it may obstruct effectiveness.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE. EFFECTIVENESS. URGENT PROTECTION. PREVENTIVE MESAURES.

1. INTRODUÇÃO

Encontra-se em discussão, para posterior deflagração do processo legislativo propriamente dito, esboço de reformulação legislativa que propõe nova estruturação do Livro III do Código de Processo Civil[1]. Busca-se, por meio de dito anteprojeto, não apenas superar algumas imperfeições na redação original do CPC, verdadeiramente existentes, mas também introduzir autêntica nova disciplina para as tutelas de urgência, aí compreendidas as tutelas cautelar e antecipatória.

Pretende-se aqui discutir algumas das principais alterações propostas e, a partir de dita análise, responder à questão inserida no título do presente trabalho: haverá necessidade de nova disciplina das tutelas de urgência?

O trabalho será desenvolvido sob a ótica da efetividade do processo e tendo em conta que o debate público, o qual tem lugar no desenvolvimento da argumentação judicial, própria do processo, pode se converter em um importante instrumento de democracia participativa[2].

2. O PROCESSO E O TEMPO.

Sabido a mais não poder que o processo não se desenvolve senão no tempo. O lapso temporal necessário à realização dos atos que o compõem não raro importa em risco à sua efetividade, vale dizer, à possibilidade de que o mesmo produza resultado prático-efetivo no mundo dos fatos.

O ideal utópico é o de que a outorga da prestação jurisdicional ocorra imediatamente após o surgimento do conflito que subjaz ao processo, alcançando as partes ainda na mesma situação de fato em que dito conflito surgiu. Como tal não é ordinariamente possível, a preocupação de todos quantos lidam com o processo tem sido a de buscar mitigar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

As tutelas de urgência põem-se neste contexto, perseguindo redistribuição entre as partes do ônus decorrente do tempo demandado pelo processo, mitigando-o[3].

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.

Os estudos do processo alcançam a terceira fase metodológica. Superados o *sincretismo*, onde não se distinguiu a relação de direito material da relação de direito processual, e o momento seguinte, *autonomista*, marcadamente conceitual, notabilizado pelas teorias jurídicas a respeito da ação e do processo, pelo estudo das condições da ação e dos pressupostos processuais, atingiu-se a fase da *instrumentalista*, voltada ao reconhecimento da dimensão social do processo, preocupada com os seus resultados, com os custos e demoras excessivas do mesmo. O processo passa, assim, a exercer

papel decisivo para a convivência em sociedade. Serve de instrumento para realização de direitos constitucionalmente previstos e de técnica de controle do poder[4].

Neste contexto, é promulgado o Texto Constitucional de 1988, que consagra os direitos fundamentais à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica.

O conceito de *direito à efetividade da jurisdição* insere-se na cláusula genérica do *devido processo legal* (art. 5º, LIV) e importa na possibilidade não apenas de demandar a prestação jurisdicional do Estado, mas também, e principalmente, na de obter, em prazo razoável, decisão justa e com potencial de produzir efeitos práticos no mundo dos fatos[5]. A garantia à razoável duração do processo, explicitada pela introdução do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, levada a efeito por intermédio da Emenda Constitucional 45/04, reforça aludida noção.

Por sua vez, o direito à segurança jurídica pode ser extraído da interpretação conjunta da mesma cláusula genérica do *devido processo legal* e da regra inscrita no art. 5º, LV, da Constituição Federal (contraditório e ampla defesa).

Tutelas provisórias (ou de urgência), aí inseridas as tutelas cautelar e antecipatória, possuem objetivo e função constitucional comuns: constituem instrumentos de harmonização, destinadas viabilizar a convivência entre os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição[6].

4. TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA. BREVE HISTÓRICO.

Indispensável ao objetivo do presente trabalho buscar estabelecer distinção conceitual entre as tutelas cautelar e antecipatória, espécies de tutela de urgência, com enfoque no disciplinamento das mesmas pelo Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente.

Originalmente, o CPC disciplinou apenas a tutela cautelar. Celebrou-se a introdução no código do respectivo Livro III (do Processo Cautelar) e, com ele, o reconhecimento de que o processo cautelar seria forma autônoma de exercício da jurisdição, diversa, neste sentido, dos processos de conhecimento e execução.

Os processos de conhecimento e de execução são os únicos aptos a tutelar de direitos subjetivos. Somente por eles persegue-se e pode-se obter, ordinariamente, a composição de litígios. O processo cautelar tem finalidade conceitualmente diversa (daí falar-se em autonomia). Não se presta a tutelar, ao menos diretamente, direito subjetivo algum. Não se presta à composição de litígios. Destina-se, unicamente, a garantir a possibilidade de resultado prático-efetivo no processo principal, do qual, neste sentido, é sempre dependente. O processo principal, do qual o cautelar é sempre dependente, pode ser tanto de conhecimento quanto de execução.

A tutela antecipatória ficava, quando vigia a redação original do CPC, restrita a uns poucos procedimentos especiais, fossem eles previstos no próprio código (como no caso das ações possessórias), fossem disciplinados em legislação extravagante (mandado de segurança, por exemplo).

Nada obstante, diante de situações concretas para as quais não havia solução tecnicamente adequada no ordenamento vigente, passou-se a utilizar, de forma desvirtuada, o processo cautelar, com vistas à obtenção de decisão que, na prática, antecipava, mesmo provisoriamente, algum ou alguns dos efeitos do provimento buscado em Juízo no processo principal. Costuma-se referir, como exemplo, a cautelares que buscavam obter a sustação do protesto do título, solicitada em ações cautelares preparatórias de ordinárias destinadas à desconstituição daquele título. Suponha-se, de outro lado, o exemplo de modelo que, vivendo da beleza, passou a padecer de risco iminente de deformação definitiva na arcada dentária – e, por extensão – no rosto de onde nutria o seu sustento, isto por conta da imperícia de cirurgião dentista. A modelo, pouco abastada financeiramente, precisava realizar urgentíssimo e dispendioso tratamento cirúrgico para correção da imperfeição aludida, pena de a mesma tornar-se irreversível, tratamento este recomendado por vários outros profissionais. Como propiciar-lhe o tratamento, na vigência da redação original do CPC, senão por meio de cautelar preparatória da ação de indenização por ser movida contra o imperito, antecipando-se à vítima, mesmo provisoriamente e por via processual inadequada, algum ou alguns dos efeitos da condenação ainda por ser buscada? [7]

Sobrevieram, então, as reformas de 1994[8] e, no bojo delas, a introdução no CPC das redações atuais dos arts. 273 e 461[9].

A partir de então, prodigalizou-se a possibilidade de antecipação da tutela para praticamente todas as situações, desde que presentes as situações previstas em lei: verossimilhança da alegação posta em Juízo e fundado receio de dano de difícil ou incerta reparação ou, alternativamente, caracterização de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A doutrina, então, esmerou-se em construir sólida distinção conceitual entre as tutelas cautelar e antecipatória, ainda mesmo admitindo liame relacional comum, apta a torná-las espécies do mesmo gênero, vale dizer, a preocupação com o risco da demora[10].

A tutela cautelar, então, prestava-se à garantia da efetividade do processo principal, do qual é sempre dependente, sem compor litígio, nem permitir fruição antecipada do bem da vida perseguido na demanda principal.

A tutela antecipada, ao reverso, permitia à parte exatamente a obtenção e fruição, mesmo de forma provisória, do bem da vida perseguido em Juízo. Contrapôs-se, então, cautelaridade e satisfatividade.

Convicto de que os operadores do Direito não haviam compreendido, com a clareza necessária, a distinção entre os institutos e sob os influxos da lição de José Roberto dos Santos Bedaque[11], o legislador fez introduzir nova alteração no CPC, desta feita para incluir no já mencionado art. 273 o respectivo Parágrafo 7º[12]. Estabeleceu, então, fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, salientando que eventual pedido de tutela cautelar sob a equivocada designação de antecipação de tutela não impede que o

juiz, desde que presentes os respectivos pressupostos, outorgue a cautela que entender conveniente.

Parte considerável da doutrina entendeu que a fungibilidade estabelecida foi apenas de mão única (regressiva), vale dizer, no sentido de autorizar concessão de cautelar pedida como tutela antecipatória. Entendeu, contudo, não poder haver a fungibilidade reversa (progressiva), isto é, a possibilidade de concessão de antecipação de tutela equivocadamente pleiteada como tutela cautelar.

Tal entendimento, contudo, não é pacífico[13]. Doutrinadores há que sustentam a possibilidade da fungibilidade progressiva, desde que o juiz, após conceder a antecipação da tutela, ordene emenda da inicial, para que o autor adapte o requerimento ao procedimento próprio, tal como propõem, após alguma hesitação, Fredie Didier, Paula S. Braga e Rafael Oliveira[14].

Como visto, nem mesmo a introdução do mencionado Parágrafo 7º no art. 273 do CPC resolveu a questão. Permaneceram na doutrina e, sobretudo, na prática diária dos tribunais as dúvidas conceituais.

É exatamente neste contexto que surge o anteprojeto do futuro regime das medidas de urgência, objeto central do presente trabalho. Com origem no IPBD (Instituto Brasileiro de Direito Processual), referido projeto parece pretender suplantar a dicotomia ainda existente.

Cabe breve análise dos principais pontos de aludido anteprojeto, de forma a ensejar oferta de resposta à indagação proposta no início.

5. DO FUTURO REGIME DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.

Na esteira do que já há muito vem acontecendo[15], também o anteprojeto de futuro regime das tutelas de urgência tem origem no IBPD (Instituto Brasileiro de Direito Processual), tal qual assentado. Tomando-se por referência o que tem costumeiramente ocorrido com a imensa maioria das propostas dali advindas, é de se supor que aludido anteprojeto será convertido em lei sem praticamente qualquer retouque.

Alguns sustentarão que a circunstância de advirem as reformas processuais nacionais, quase sempre, do IBPD, representa inegável sopro democrático, visto que se trata de entidade da sociedade civil organizada participando, ativamente, do processo democrático de elaboração legislativa. Outros acrescentarão, por certo, que ninguém mais autorizado do que os mais ilustrados processualistas brasileiros para apontarem eventuais imperfeições na legislação processual e indicarem soluções.

Ouso, contudo, ponderar! Ainda que as colocações precedentes não sejam falsas, há problemas. Penso que o doutrinador processual brasileiro – parte deles, para ser justo – gostou, por assim dizer, de ser legislador e, na mesma medida, esqueceu-se de doutrinar. Assim é que, por meio do IBPD, têm surgido sucessivas alterações legislativas – o CPC já vai perdendo a organicidade que lhe era própria para transmudar-se em autêntica “colcha de retalhos” –, algumas das quais com o propósito de remendar alterações que

já haviam sido feitas. O legislador/reformador não tem aguardado, com a paciência devida, que soluções adequadas sejam extraídas do próprio sistema pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência. Pior! Quando a jurisprudência caminha no sentido inverso daquele que o legislador supunha seria adotado, o legislador/reformador trata de elaborar anteprojeto de lei que contrapõe dita orientação[16].

Vejam-se as principais alterações propostas:

5.1. A estrutura do futuro Livro III do CPC.

O Livro III do CPC passa a ser designado como “Da Tutela de Urgência”, sendo dividido em dois títulos (um destinado às medidas cautelares e antecipatórias e outro tratando daqueles que foram genericamente designados de processos de urgência).

Com o confessado propósito de por fim à idéia do processo cautelar como terceira forma (forma autônoma) de exercício da jurisdição, na busca de um processo que designou de moderno e simplificado[17], o anteprojeto sob estudo promove alterações que nem sempre primam pela melhor técnica. Assim, por exemplo, a ação de justificação, que não é cautelar (salvo na topografia do CPC), nem tampouco antecipatória, permanece entre as designadas Medidas de Urgência Específicas (Capítulo III do Título I proposto). É criado Título II para medidas de urgência, diverso daquele devotado às cautelares e antecipatórias, como se houvesse medidas de urgência delas diversas.

Louve-se aqui a noção de que, de fato, não há sentido em tratar-se de forma substancialmente diversa as tutelas cautelar e antecipatória. Já restou demonstrado que uma e outra se prestam a finalidades diversas, uma para garantir a efetividade do processo principal com o qual está relacionada, a outra para propiciar à parte, desde já, e uma vez preenchidos os pressupostos legais, fruição do bem da vida que persegue em Juízo, mesmo que de forma provisória. Malgrado assim seja, há entre elas um liame relacional comum – a preocupação com o risco de demora, a recomendar providências que façam redistribuir, entre os litigantes, os ônus decorrentes do tempo demandado pelo processo. Nestas condições, efetivamente mais simples e prático que haja disciplina comum, guardando-se o cuidado de não supor que se trata do mesmo instituto.

Note-se, ademais, que a disciplina comum de tutelas cautelares e antecipatórias segue a tendência adotada em vários outros ordenamentos[18].

Preocupa, no entanto, que aqui e ali o excesso de pretensa simplificação finde por causar transtornos ao célere andamento dos processos, como será demonstrado.

5.2. A plena reversibilidade entre tutelas cautelares e antecipatórias e a nova versão do poder geral de cautela.

A proposta de nova redação ao art. 796, Parágrafo Único, do CPC, supera a discussão apenas amenizada pela introdução do atual Parágrafo 7º no art. 273 do CPC. Assim é o que o anteprojeto introduz a plena fungibilidade entre cautelares e antecipatórias, sem que se possa mais cogitar, com antes, da possibilidade de fungibilidade regressiva (de antecipatória para cautelar), mas não de fungibilidade progressiva (de cautelar para antecipatória).

Note-se que o anteprojeto acertadamente restringe a invocação da regra da fungibilidade na hipótese de má-fé ou de erro grosseiro.

A alteração sob enfoque, como restou ressaltado, parecer privilegiar o entendimento de que as tutelas cautelares e antecipatórias possuem nexos relacionais comuns, sem que entre elas se possa estabelecer diferença fundamental.

A noção modifica a clássica noção do poder geral de cautela do juiz, pelo que passa a ser possível não apenas a adoção de providência acauteladora, mas também de qualquer outra, inclusive antecipatória, que efetive a idéia de redistribuição do ônus do tempo sobre o processo (observe-se que a dicção da nova redação proposta para o art. 798 alude a *providências*, e não mais a *medidas provisórias*, como consta da redação atual).

5.3. Possibilidade de pleitear tutela cautelar nos autos da própria demanda principal.

A tutela antecipatória, que outorga à parte a possibilidade de fruição provisória do bem da vida que busca em Juízo ainda antes da outorga da prestação jurisdicional definitiva, é usualmente deferida nos próprios autos da demanda instaurada. Salientando que isto nunca causou transtornos, propõe o anteprojeto que também a tutela cautelar, de conseqüências bem menos amplas (mera preservação da possibilidade de efetividade do provimento final), possa ser pleiteada nos mesmo autos da demanda antes tida como principal (redação proposta ao art. 809 do CPC).

Não vislumbro, em princípio, impossibilidade técnica, mormente porque já havia medidas de índole cautelar que, corriqueiramente, eram adotadas nos próprios autos da demanda principal (arresto da execução, condução de testemunhas, exibição de documentos em poder de parte etc.).

Poderão, contudo, advir dificuldades no processamento, com desperdício de tempo. O anteprojeto não disciplinou como o processamento deverá ocorrer. Haverá necessidade de citação (trata-se, afinal, de pedido novo, mesmo de índole cautelar, e não de mera antecipação dos efeitos de provimento que já foi pedido, como na antecipatória)? Tal citação, como já ocorre em algumas situações, poderá ser feita por meio do procurador/advogado? Ou mesmo havendo pedido novo, não se trata de ação nova e, portanto, basta mera intimação? Como será realizada a instrução e eventual justificação? Tal não findará por retardar a demanda principal? Penso que a melhor maneira de atingir o objetivo do anteprojeto, sem malferir as garantias constitucionais do processo, será determinar intimação (desnecessária nova citação, vez que já há relação processual constituída) para manifestação (contestação) da parte demandada, no prazo de lei que é genericamente fixado pelo CPC para as tutelas de urgência (10 dias, segundo a redação

proposta para o art. 802). Após prazo para eventual impugnação, decidirá o julgador sobre concessão, ou não, da providência cautelar solicitada, confirmando, se for o caso, a liminar concedida quanto da apreciação inicial do pedido. Dará, a seguir, seguimento ao feito, rumo à solução final da controvérsia.

5.4. A possibilidade da concessão de tutelas antecipatórias antecedentes.

Prevê o anteprojeto a possibilidade de extensão do disciplinamento das cautelares preparatórias para as antecipações de tutela. Assim, passará a ser possível pleitear antecipação de tutela em procedimento antecedente, instaurado ainda antes da demanda principal (aquela em que a tutela será, se for o caso, confirmada – redação proposta ao art. 800).

Argumenta a exposição de motivos que, em algumas situações excepcionais, o processo cautelar tem sido utilizado de forma desvirtuada, exatamente para ensejar a obtenção de tutela antecipatória antecedente.

Ocorre, aqui, situação a que aludi precedentemente. Se a situação é excepcional e já foi resolvida pela praxe judiciária, qual a razão de alterar a lei?

Veja-se, de outra parte, que o anteprojeto reformador estendeu às tutelas antecipatórias antecedentes o regime das cautelares antecipatórias (que também passarão a ser designadas de antecedentes). Introduziu, ademais, o art. 806-A, segundo o qual, a partir da instauração da demanda principal, os atos do processo antecedente serão a ele apensados, passando o juiz a pronunciar-se em apenas um dos autos (no caso, os autos da demanda principal, salvo se já houver audiência aprazada no antecedente).

Imagine-se a balbúrdia que daí resultará, com prejuízos, penso, para a própria efetividade do processo.

5.5. Possibilidade de composição da lide principal no processo antecedente.

A redação proposta para o art. 810 do CPC expressamente autoriza composição definitiva da lide já na demanda antecedente, seja ela cautelar ou antecipatória. Trata-se de disposição salutar (estimula composição), mas desnecessária. Deveras, já há no CPC a regra inscrita no art. 475-N, III, que disciplina ser título judicial a sentença que homologa composição ou transação, ainda que aluda a matéria não posta em Juízo. Nestas condições, já hoje é possível, mesmo em sede de cautelar preparatória, exortar as partes à conciliação e obter composição relativa, inclusive, à demanda que sequer foi ainda instaurada.

5.6. Competência para conhecer das demandas cautelares e antecipatórias na fase recursal.

Na redação proposta ao art. 800 e respectivos parágrafos, o anteprojeto sob discussão fixou as regras de competência para o conhecimento e julgamento de demandas cautelares e antecipatórias, inclusive na fase recursal. Deliberadamente contrariando posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal[19], o anteprojeto sob discussão propôs que ações desta estirpe, quando ajuizadas em segunda instância, toquem ao desembargador competente para deliberar a respeito da admissibilidade do recurso com o qual dita ação está relacionado.

O foco aqui, evidentemente, está relacionado com a competência para deliberação em derredor de cautelares incidentes a recursos extraordinários eventualmente interpostos e ainda sujeitos a exame de admissibilidade pelo presidente do tribunal de origem ou por aquele acaso designado pelo respectivo regimento interno.

A posição adotada pelo anteprojeto, no sentido de que a competência toque ao responsável pela admissibilidade, contrapõe-se, como salientado, ao entendimento firmado pelo STF e caminha no sentido de obstar a utilização de tais demandas como meio de obstar os efeitos da decisão desafiada por recurso extraordinário, como vinha ordinariamente ocorrendo.

5.7. O processamento dos pedidos de tutelas cautelares e antecipatórias e a respectiva estabilização.

Frise-se que, ainda antes da elaboração do anteprojeto ora sob discussão, o IBDP elaborou outro, restrito ao que designou de estabilização da tutela antecipatória. Referido anteprojeto mereceu tramitação perante o Senado Federal (PLS 186/2005) e acabou sendo arquivado[20].

O anteprojeto sob discussão incorpora disposições daquele que foi arquivado e propõe nova disciplina para as tutelas antecipatórias. Assim, o instituto da antecipação de tutela deixa de ser disciplinado primordialmente no art. 273 do CPC e ganha seção própria, composta pelos arts. 881-A a 881-E do CPC.

Impende analisar as regras destinadas ao processamento dos pedidos de tutelas cautelares e antecipatórias e a respectiva estabilização.

A irreversibilidade sempre foi imposta como óbice à possibilidade da antecipação de tutela, notadamente em face da literal disposição do art. 273, § 2º, do CPC. Ocorre que a prática judiciária há se deparado corriqueiramente com situações em que há imperiosidade da concessão da antecipação da tutela, ainda mesmo que reste evidente a irreversibilidade da medida. Em tais situações, o dispositivo legal sempre foi ignorado, sob a invocação da regra constitucional segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88). Tome-se o clássico exemplo de demanda buscando autorização judicial para urgente e indispensável transfusão de sangue, recusada por convicções religiosas. Não se discute, aqui, a correção, ou não, de decisões desta estirpe. O argumento é o de que, se não for concedido o provimento buscado, ele de nada mais servirá, porque, quando sobrevier, o paciente provavelmente já terá morrido. E se houver concessão e efetivação, não se pode cogitar de reversibilidade, haja vista que há impossibilidade prática de retirar o

sangue já transfundido. Tome-se, de igual, pleito antecipatório para autorizar aborto de feto anencefálico. Concedido e efetivado o provimento, não há possibilidade de reversão. A não concessão da antecipação, de outro lado, poderá provocar extinção do próprio direito – suponha-se que sobrevenha, no exemplo apontado, aborto espontâneo e/ou o parto. Tampouco a regra da irreversibilidade pode ser legitimamente oposta como critério para obstar decisão que efetive direito fundamental da mãe de não permanecer padecendo com criança no ventre que não possui viabilidade de vida extra-uterina.

Atento a situações como tais, o anteprojeto expressamente afasta o critério da irreversibilidade como condição de concessão de tutela antecipatória, notadamente para aquelas situações em que a negativa da tutela importe na extinção do próprio direito buscado em Juízo.

Aludido critério – o da irreversibilidade – também é afastado quando a mesma apresenta-se recíproca. Neste caso, o anteprojeto expressamente autoriza o julgador a valer-se do critério da proporcionalidade (redação proposta ao art. 881-B).

Já a redação proposta ao art. 881-D propõe estabilização da tutela antecipada. A disciplina, contudo, é confusa. Assim, na hipótese de tutela antecipatória concedida em processos antecedente e desde que dita decisão torne-se preclusa, incumbirá ao réu, no prazo de sessenta dias, promover ação que vise o julgamento da lide. Já ao autor, se a antecipação for parcial, incumbirá propor a ação que vise satisfação integral de sua pretensão. Se autor e réu quedarem inertes, a decisão que antecipou a tutela adquira força de coisa julgada (o anteprojeto não diz, mas evidentemente refere-se à coisa julgada material). Por fim, são afastadas as disposições do mencionado art. 881-D para os casos de citação ficta (edital e por hora certa).

Por outra parte, se o requerido houver impugnado o pedido, o autor deverá propor demanda no prazo de 30 dias, contados da juntada aos autos do mandado que comprove a integral efetivação da medida, pena de perda da eficácia da medida (redação proposta para o art. 881-E).

As disposições referidas criam algumas controvérsias. Assim, não tendo havido agravo da decisão que antecipou a tutela em procedimento antecedente – caso em que a decisão tornar-se-á preclusa –, incumbirá ao réu, no prazo de 60 dias, propor ação que vise o julgamento da lide. A questão que aqui se coloca é por qual razão a concessão de um prazo tão longo, já que a decisão tornou-se preclusa? Veja-se que o anteprojeto não fixou, explicitamente, o prazo para que o autor apresente demanda principal, isto no caso de tutela antecipatória parcial concedida em procedimento antecedente. Interpretação sistemática, contudo, levará à conclusão que aludido prazo é de apenas 30 dias (redação proposta ao art. 806, c/c redação proposta ao art. 881-C). Não há razão plausível para tratamento diferenciado, que finda por malferir a regra constitucional da isonomia.

Por outra parte, a redação sugerida ao art. 881-E impõe ao autor, se o réu houver impugnado o pedido, propor ação de conhecimento no prazo de 30 dias, contados da juntada aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida, concedida em procedimento antecedente, pena de a medida perder sua eficácia. Duas questões daí exsurgem: 1) A circunstância de o dispositivo legal proposto referir-

se a processo de conhecimento importa afirmar que descabe tutela antecipatória em procedimento antecedente de demanda executiva? 2) Tendo havido cessação da eficácia, pela sua própria inércia, poderá o autor, quando do ajuizamento da demanda principal, renovar pedido de antecipação de tutela?

Há ainda outra questão por ser solucionada. A redação original do CPC impunha à parte autora o dever de ajuizar a demanda principal no prazo de 30 dias, contados da efetivação da medida, pena de cessão da eficácia da tutela cautelar eventualmente concedida (redação atual do art. 806 do CPC). Aludida disposição causou dúvidas, posto que decisões há que entendem – acertadamente, a meu ver – que nestes casos o processo cautelar deve ser extinto, por falta de interesse processual, e não apenas cessada a eficácia da medida, com ordem de prosseguimento do feito cautelar.

O anteprojeto soluciona o problema, ao dispor, na redação sugerida para o art. 806, Parágrafo Único, que o juiz não apenas revogará a medida, mas decretará a extinção do processo cautelar antecedente.

Inexplicavelmente, porém, o anteprojeto dispensou tratamento diverso às tutelas antecipatórias antecedentes. Quanto a estas, o não ajuizamento da ação de conhecimento em 30 dias importa, tão somente, em cessação da eficácia da decisão que concedera a antecipação (redação sugerida para o futuro art. 881-E). Qual a razão de tratamento diferenciado, já que anteprojeto, ao que parece, buscou exatamente uniformizar a disciplina dos institutos.

Há mérito incontestado, porém. A estabilização das tutelas, em decorrência da inércia das partes, tende a possibilitar a obtenção mais ágil de composições definitivas para os litígios – o que se adéqua à noção de efetividade.

Frise-se, por relevante, que não há de se cogitar de ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa pelo só fato de a lei passar a permitir estabilização e mesmo formação de coisa julgada a partir de provimento de urgência, notadamente na hipótese de inércia da parte demandada. O réu deverá ter inequívoca ciência da decisão – tanto que as hipóteses de citação ficta restaram excepcionadas, como visto – e a estabilização somente advirá como decorrência de sua inatividade. Tal já ocorre, por exemplo, na ação monitória, sem que se cogite de qualquer óbice constitucional.

Dispositivo que merece detida análise diz com introdução de disciplina específica das tutelas de urgência quanto a direitos personalíssimos[21]. Quanto a estes, depois de concedida e cumprida liminar com eficácia satisfativa plena e praticamente irreversível (tutela antecipatória, portanto), poderá o julgador decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Verifica-se, aqui sim, claro risco às garantias constitucionais do processo. Tome-se, uma vez mais, o exemplo da transfusão de sangue. Óbvio a mais não poder que, realizada esta, já não pode ser materialmente desfeita. Mas será mesmo que a simples realização da transfusão recomendaria tão grave lesão ao direito de defesa, recomendando extinção do feito sem julgamento de mérito? Penso que não! Certamente perguntar-se-á qual a finalidade prática da existência do processo, nestas condições. Tenho que, em casos como tais, servirá ao menos para verificar a correção da decisão que concedeu a antecipação da tutela. E se o julgador convencer-se de que incorreu em equívoco? Óbvio que o ato (transfusão, por exemplo) já não poderá ser desfeito. Mas restaram as perdas e danos. Recorde-se, neste ponto, que a

responsabilidade do requerente do pedido cautelar (e também antecipatório, o que resta explicitado pela aplicação da redação proposta ao art. 881-C) é objetiva, tal qual estabelece o art. 811 (seja a redação atual, seja aquela proposta no anteprojeto muitas vezes referido). Basta que o autor sucumba na demanda principal para que lhe advenha o dever de indenizar.

Note-se, de outro lado, que a redação atribuída ao futuro § 2º do art. 881-I (possivelmente art. 881-J, como restou assentado na nota de rodapé anterior) estabelece que, caso a parte ré apresente defesa, o feito seguirá segundo o rito ordinário. Ora, se o que justifica a extinção sem julgamento de mérito é o fato de o provimento envolver direito personalíssimo e ser praticamente irreversível (como sugere a redação do *caput*), como admitir que o processo siga pela só vontade do réu? Suponha-se, de outro lado, que o julgador, atento à literalidade do *caput* do dispositivo em questão, profira decisão liminar e, tão logo a mesma seja efetivada – talvez no mesmo dia –, profira sentença extintiva. Como admitir a possibilidade de o promovido contestar posteriormente, provocando, por assim dizer, autêntica ressurreição do feito? Como assegurar ao demandado a possibilidade de recorrer da decisão liminar, se o processo já terá sido extinto? Ou será que a extinção somente poderá ser efetivada depois de esgotado o prazo de defesa? Quando pouco, portanto, a redação do dispositivo merece revisão.

5.8. Outras propostas de alterações que merecem destaque.

Algumas outras alterações propostas, muitas delas positivas, outras nem tanto, merecem referência. O anteprojeto, por exemplo, expressamente autoriza o juiz a retificar o valor da causa, mesmo de ofício, segundo apreciação equitativa, notadamente no que se relaciona aos processos que envolvam providências de urgência (cautelares e antecipatórias). Indo mais além, pré-estabelece valor da causa em demandas que envolvam direitos personalíssimos ou quando a mesma possua valor econômico incerto (redação sugerida para o art. 801, §§ 1º e 2º do CPC).

Ainda mesmo que a disposição por último aludida destine-se exclusivamente às tutelas de urgência, seguramente haverá de servir de guia interpretativo para tantas outras demandas que não envolvam providências de urgência, mas que respeitem a direitos personalíssimos.

O anteprojeto amplia o prazo de defesa para os processos de urgência (cautelares e demandas antecedentes que envolvam tutelas antecipatórias), de cinco para dez dias (redação proposta ao art. 802). Salutar que assim seja, ampliando-se oportunidade temporal de defesa, notadamente em decorrência da possibilidade não somente de que o procedimento sob enfoque envolva tutelas antecipatórias, mas também pela possibilidade de, como já restou demonstrado, por meio dele alcançar-se composição definitiva do litígio subjacente.

Uma das disposições que podem causar maior celeuma no cotidiano forense, penso, diz com a possibilidade de que o juiz, havendo demanda antecedente e demanda principal instauradas, ordene reunião de ambas, passando a manifestar-se em apenas um dos autos (art. 806-A). Há efetivo risco de imbróglio processual – como, aliás, já restou destacado

–, com prejuízo para a rápida solução tanto da demanda antecedente quanto da principal. Dita reunião não se justifica, ainda mais quando se tratar de tutela cautelar.

Pior é que, para manter coerência, o anteprojeto estabelece que a decisão que destramar o processo cautelar (ou o processo que envolva pedido de tutela antecipatória antecedente, vez que lhe será aplicável o mesmo procedimento, como já referido) desafiará agravo por instrumento (redação sugerida ao art. 803 do CPC).

Sendo assim, conquanto sejam *processo* (ou será que não o são?), os feitos desta estirpe não serão finalizados por sentença.

O anteprojeto reduz o prazo para efetivação das providências de urgência acaso obtidas (de trinta para quinze dias – redação sugerida ao art. 808, II, do CPC). De forma incoerente, contudo, impõe ao autor o ônus de promover citação apenas cinco dias após a obtenção da liminar, pena de responder objetivamente por prejuízos dela decorrentes (redação sugerida ao art. 811, II). Indaga-se: estará o autor obrigado a promover citação ainda antes do cumprimento da medida obtida, pondo em risco, inclusive, a efetivação da mesma? Clara, portanto, a incoerência, que deverá ser corrigida quando de eventual tramitação legislativa.

Resta estabelecido, de outra parte, que a indenização por prejuízos decorrentes da medida de urgência acaso concedida será fixada nos próprios autos, moderadamente, sem que haja, como na redação atual, necessidade de liquidação (redação recomendada ao art. 811, Parágrafo Único).

Por fim, são sugeridas alterações pontuais em alguns procedimentos cautelares específicos – como no arresto e na produção antecipada de provas –, alterações estas, contudo, que transbordam os limites da abordagem proposta no presente trabalho.

6. ANTEPROJETO, EFETIVIDADE E PROCESSO DEMOCRÁTICO.

O exame aligeirado de algumas das alterações propostas evidencia aquilo que restou assentado na exposição de motivos que precede o anteprojeto sob enfoque: há clara preocupação de oferecer respostas legislativas a muitos dos problemas enfrentados na *práxis* judiciária, afastando o direito processual da *teia das abstrações*[22] e buscando torná-lo moderno e simplificado.

Algumas das alterações propostas efetivamente caminham no sentido de atingir o desiderato daquelas que conceberam o anteprojeto.

Nada obstante, o excesso de regulamentação – a busca inatingível de pensar e ofertar soluções imediatas para todas as situações possíveis – acaba por gerar mais dúvidas que certezas.

Neste sentido, temo que as incertezas que surgirão a partir do referido anteprojeto, se efetivamente ele vier a tornar-se lei, findem por caminhar no sentido inverso ao pretendido, importa dizer, obliterando a possibilidade de que o processo seja tão efetivo quanto o desejável.

Retomo crítica exposta anteriormente. O legislador brasileiro, tangido pelos ensinamentos advindos do IBDP, tem sistematicamente alterado a legislação processual, sobretudo a civil, sempre na busca de emprestar maior efetividade ao processo. Alcançou resultados alvissareiros. A sanha legislativa neste particular, contudo, não tem concedido sequer o necessário tempo – sempre o tempo – para que a doutrina e a jurisprudência aclarem as situações de eventual dúvida, extraindo soluções do próprio sistema vigente. Não raro, ademais, tem ignorado as soluções porventura já apontadas.

O excesso de alterações, igualmente já restou dito, vai a pouco e pouco surrupiando do Código de Processo Civil a organicidade que lhe era originalmente própria.

A situação causa ainda maior preocupação quando se discute disciplinamento de tutelas de urgência.

De fato, a urgência é característica da sociedade moderna.

A sociedade brasileira, de outra parte, vive momento de busca da plena efetivação do texto constitucional. A Nova Hermenêutica Constitucional reconhece a plena efetividade das normas constitucionais e, a partir de aludida noção, são instauradas demandas com o propósito de ver efetivados os mais diversos direitos fundamentais.

O processo, neste contexto, é instrumento de participação democrática. É meio de que se vale o cidadão para intervir nas escolhas públicas, pleiteando, por exemplo, controle judicial de políticas públicas e de orçamentos públicas[23].

A urgência, em situações que envolvem efetivação de direitos fundamentais, é a regra.

Nestas circunstâncias, indispensável à efetividade do processo e à plena participação democrática por meio do mesmo que as regras a respeito das tutelas de urgência sejam claras e que, como a própria exposição de motivos do anteprojeto examinado sugeriu, não se perca na teia das abstrações.

7. CONCLUSÃO.

Retomo, neste ponto, a pergunta inicial, para buscar resposta. Haverá necessidade de nova disciplina das tutelas de urgência?

Focado na efetividade do processo, o legislador nacional, já restou dito, introduziu alterações importantes no CPC, muitas das quais produziram resultados animadores. Não há dúvidas, por exemplo, de que a prodigalização da possibilidade das antecipações de tutela representou avanço incontestável.

Caminhou, ademais, no sentido de retirar a autonomia antes reconhecida ao processo de execução, retomando o conceito de processo sincrético, tratando a fase de cumprimento da sentença como mero prolongamento natural da atividade jurisdicional desenvolvida durante a fase de conhecimento.

O anteprojeto que agora se examina parece pretender ir mais além, possibilitando que todas as atividades/providências porventura necessárias para a composição de um litígio, sejam adotadas em um único caderno processual, sejam elas de urgência (tutelas cautelar ou antecipatória), incidentes ou antecedentes, sejam de investigação e declaração da regra apta a solucionar o caso concreto (conhecimento), sejam, por fim, tendentes a concretizar o que foi estabelecido na sentença (execução).

Tenho que as propostas desgarram-se da realidade.

A simplificação de procedimentos evidentemente torna o processo mais apto à efetividade. A superposição deles e as complicações e dúvidas que podem advir daí acabarão por retardar ainda mais a prestação jurisdicional.

Muitos dos problemas e questionamentos que poderão surgir da transformação em lei do anteprojeto muitas vezes referido foram aqui expostos, ainda que de forma aligeirada.

Diante do que restou evidenciado, respondo objetivamente que o Livro III do CPC demanda alterações pontuais. Não é recomendável, nem necessária, completa reformulação, como aquela que está sendo proposta.

É hora de repensar!

BIBLIOGRAFIA:

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARNEIRO, Athos G.. *Da Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINAMARCO, Cândido R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER Jr., Freddie, BRAGA, Paula S. e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Podivm, 2007.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008.

VIANA, Juvêncio V. *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Anteprojeto do novo regime das mediadas de urgência, disponível em www.direitoprocessual.org, acesso em 12/09/2008.

[1] Texto integral, com exposição de motivos do autor do anteprojeto, Athos Gusmão Carneiro, disponível no site do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), www.direitoprocessual.org, acesso em 12/09/2008.

[2] JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2008, p. 22.

[3] CARNEIRO, Athos G.. *Da Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

[4] VIANA, Juvêncio V. *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 13-16.

[5] ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

[6] ZAVSCKI, Teori A. *Op. Cit.* p. 71.

[7] Exemplo sempre citado pelo Professor Francisco de Assis Filgueira Mendes, nas aulas da graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

[8] Lei no. 8.952/94.

[9] O art. 461-A somente foi introduzido por meio da Lei no. 10.444/02.

[10] Ressalte-se, por relevante, que parte da doutrina sempre defendeu que não há diferença substancial, sendo tanto a tutela cautelar propriamente dita quanto a tutela antecipatória espécies de tutela cautelar. Por todos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Malheiros, 2006.

[11] *Op. Cit.*

[12] Lei no. 10.444/02.

[13] Vide, a este respeito, DINAMARCO, Cândido R. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 93.

[14] DIDIER Jr., Freddie, BRAGA, Paula S. e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 527.

[15] Como sabido, praticamente todas as alterações introduzidas no CPC e no CPP advieram de proposições do IBDP.

[16] Tal, por exemplo, o que deverá ocorrer com o disciplinamento da competência para conhecer de demandas cautelares ou antecipatórias quando da fase recursal (redação proposta para o Parágrafo 2º do art. 800 do CPC, contrária ao posicionamento já firmado pelo STF).

[17] Vide exposição de motivos do anteprojeto sob enfoque, disponível no site www.direitoprocessual.org, acesso em 12/09/2008.

[18] Vide referência a outros ordenamentos em CARNEIRO, Athos G.. *Da Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 13-14. Também em DIDIER Jr., Freddie, BRAGA, Paula S. e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 598.

[19] Vide, ainda uma vez mais, exposição de motivos do anteprojeto, disponível em www.direitoprocessual.org, acesso em 12/09/2008.

[20] O projeto teve como última relatora a Senadora Ideli Salvatti e findou arquivado ao final da legislatura de 2006, sem apreciação. Informação obtida através do site www.senado.gov.br, acesso em 19/09/2008.

[21] A disciplina constou do anteprojeto sob a designação de art. 881-I. Observe-se, porém, que há dois artigos 881-I no anteprojeto – notório problema de digitação -, sendo certo que, se for transformado em lei, certamente aludido artigo tomará a designação 881-J. Vide, novamente, texto do anteprojeto, www.direitoprocessual.org, acesso em 12/09/2008.

[22] Referência a expressão atribuída a Barbosa Moreira na exposição de motivos do anteprojeto objeto do presente estudo.

[23] Vide, a respeito, JORGE NETO, Nagibe de M. Op. Cit., pp. 118-119. Mais genericamente, aludindo ao papel dos diversos atores sociais na interpretação da constituição, HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA CRÍTICA À LEI N.º 11.690/2008, A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO*

MANAGEMENT OF PROOF IN THE CRIMINAL PROCEEDING: A CRITICAL TO THE LAW N.º 11.690/2008, FROM THE CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL

Felipe Daniel Amorim Machado

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma discussão acerca da gestão da prova no processo penal, a partir da promulgação da Lei n.º 11.690/2008, tomando como marco teórico a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, na busca de uma interpretação do Código de Processo Penal (CPP) conforme o modelo constitucional de processo, como proposto por Andolina e Vignera. Para tanto, apresenta-se os sistemas de gestão da prova, inquisitório e acusatório, enfatizando a adequação do CPP ao princípio inquisitivo, muito embora se diga adotar o sistema acusatório. Em seguida, demonstra-se as teorias do processo, com vistas à compreensão do instituto “processo” como procedimento realizado em contraditório, que garante a implementação de direitos fundamentais. Na construção do modelo constitucional de processo, demonstra-se a co-dependência entre os princípios do contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, concluindo que esta base principiológica está presente na CR/1988 devendo ser observada por qualquer processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo ou arbitral. Tal modelo pode incorporar outros princípios, formando microsistemas conforme o provimento pretendido ou o direito fundamental a ser tutelado, sendo que estes microsistemas devem sempre respeitar os princípios componentes da base. De posse desse aporte teórico, critica-se a Lei n.º 11.690/2008, especialmente seus artigos: a) 155, concluindo que tal disposição despreza o princípio da presunção de inocência; b) 156, demonstrando sua incompatibilidade com o sistema acusatório, eis que permite ao juiz buscar provas no processo, o que afronta o princípio do terceiro imparcial; e c) 157, apresentando as razões de sua inconstitucionalidade, em razão do legislador ordinário criar exceções a disposição constitucional, restringindo garantias do cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO PENAL – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – REFORMA DO CPP – MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO – GESTÃO DA PROVA

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The present article presents a discussion about the management of proof in the criminal proceeding, from the promulgation of the Law n.º 11.690/2008, taking as theoretical landmark the proceduralist theory of Jürgen Habermas, in the search of an interpretation of the Code of Criminal Proceeding (CPP) as to the constitutional process model, as proposed by Andolina and Vignera. For in such a way, presents the systems of management of proof, inquisitorial and accusatory, emphasizing the adequacy of the CPP as to the principle inquisitive, much though it says that adopt the accusatory system. After that, demonstrates the theories of the process, to have, in the end, the understanding of the institute of the process as a procedure made in contradictory that provides the implementation of fundamental rights. In the construction of the constitutional process model, is demonstrated the co-dependence between the principles of the contradictory, broad defense, impartiality and recital of the decisions, concluding that this base of principles is present in the CR/1988 and must be observed in any process, be it jurisdictional, administrative, legislative or arbitral. Such model can incorporate other principles, forming microsystems because of the intended decision or the fundamental right to be trusted, being that these microsystems must always respect the principles components of the base. Aimed by these theoretical background, criticizes the Law n.º 11.690/2008, especially its articles: a) 155, concluding that such disposal despises the principle of the innocence presumption; b) 156, demonstrating its incompatibility with the accusatory system, because it allows the judge to search proofs in the process, what confronts the principle of the impartiality; and c) 157, presenting the reasons of its unconstitutionality, because the legislator ordinary creates exceptions to the constitutional disposal, restricting citizen's guarantees.

KEYWORDS: CRIMINAL PROCEEDING – STATE OF LAW – REFORM OF CPP – CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL – MANAGEMENT OF PROOF

I – INTRODUÇÃO

Passados 20 anos, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 algumas promessas próprias do Estado Democrático de Direito ainda se apresentam como um permanente desafio. Desafio este que exige, no campo do Direito Processual, tanto penal quanto civil, uma (re)interpretação dos códigos à luz das disposições constitucionais.

O Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei n.º 3.689/1941, que há muito é denunciado em *terrae brasilis* como inadequado frente o atual paradigma constitucional, vem, a exemplo do Código de Processo Civil, sofrendo reformas parciais que deturpam a coesão de seu texto, gerando várias contradições sistêmicas e lacunas internas. Assim como ocorreu no CPC[1], as reformas do CPP pautaram-se exclusivamente no interesse de se garantir celeridade e eficiência ao direito processual, a fim de se possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa (DINAMARCO, 1998), além de, por seu viés político, acalentar o anseio punitivo que assola a sociedade contemporânea.

A elaboração do CPP brasileiro, influenciada pelo *Codice di procedura penale* de 1930, conhecido como *Codice Rocco*[2], nome do Ministro da Justiça italiano à época, revelou uma legislação autoritária e não democrática. Embora hoje se diga acusatório, o CPP, em verdade, adota o sistema inquisitório “em que o arbítrio, pela voz dos predestinados – leia-se juiz – a governarem e conduzirem os povos, era o único comando de revelação de justiça e ratificação das intenções divinas” (LEAL, 2008, p. 198-199).

Com a promulgação da Lei n.º 11.690/08, esperou-se uma renovação democrática na gestão da prova no processo penal, entretanto o que se viu foi a (re)afirmação da índole onisciente e do suposto “poder” do juiz a quem caberia dizer o que é ou não pertinente ou oportuno ao processo, a pretexto de se garantir sua efetividade. Isso se verifica na nova redação do art. 156 do CPP, que outorga poderes instrutórios ao juiz, permitindo-lhe colher provas no processo penal antes mesmo de iniciada a ação penal. Assim, novamente o julgador atua no como inquisidor, podendo investigar para, ao final, julgar.

Sob o pano de fundo da reflexão sobre caráter inquisitório do CPP, se discutirá a (in)alteração da atuação do juiz no processo penal, realizada pela Lei n.º 11.690/08, tendo como marco teórico a teoria procedimentalista de Habermas (2003b), a fim de se alcançar uma compreensão do processo penal conforme ao modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

II – SISTEMAS DE GESTÃO DA PROVA E O CPP

Os sistemas de gestão da prova, após as revoluções iluministas, evoluíram de um sistema inquisitório para um modelo acusatório. Este possui origens gregas e foi aplicado também no direito romano, “instalado com fundamento na acusação oficial, embora se permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo” (MIRABETE, 2006, p. 21-22). Já aquele – inquisitório – tem raízes na Roma Antiga, entretanto apresentou-se, na forma como conhecemos hoje, por volta do ano de 1.231, em que se elaborou a *Constitutio Excomuniamus* pelo Papa Gregório IX, consolidando-se na *Bula Ad Extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1.252. Com esta base jurídica o controle do processo penal passa a ser realizado pelos clérigos, assim excluindo a necessidade de um órgão acusador, visto que ao inquisidor caberia o encargo de acusar e julgar (COUTINHO, 2001, p. 18-23).

A característica fundamental do sistema inquisitório repousa no fato de o juiz ser o gestor da prova (COUTINHO, 2002). Na Idade Média, isso se dava de forma secreta, sendo que o acusado figurava como “objeto” e “meio” de prova, não sabendo o teor da acusação, além de não participar da colheita das provas que seriam utilizadas em seu desfavor.

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a “vantagem (aparente) de uma tal estrutura

residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevante, mesmo que não contidos na “acusação” -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. (COUTINHO, 2002, p. 24)

Atualmente, percebe-se na doutrina tradicional que o entendimento do sistema vigente no Brasil é o acusatório (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2005, p. 60), em decorrência da interpretação do art. 129 da CR/1988, entretanto tal sistema é mitigado, eivando-se de características próprias do princípio inquisitivo, sendo assim chamado de sistema misto[3] (TOURINHO FILHO, 2003, p. 93).

O sistema acusatório caracteriza-se por estar acusador e acusado em simétrica paridade. Em tal sistema o juiz não figura como gestor da prova, característica própria do sistema inquisitório[4], cabendo-lhe a tarefa de “garantir as regras do jogo” (COUTINHO, 2008a, p. 12), devendo as partes apresentar suas provas, desde que obtidas licitamente. Nesse sistema o acusado atua como verdadeiro sujeito de direitos, estando em plena igualdade frente ao órgão acusatório. Aqui, no processo penal acusatório, o acusado desfruta de garantias processuais que legitimam o provimento produzido, na medida em que garante que os argumentos deduzidos pelas partes serão levados em consideração na construção da respectiva decisão (HABERMAS, 2003a).

Costuma-se dizer que a diferença entre sistema inquisitório e acusatório é a de que no primeiro haveria a concentração das funções de acusar e julgar na figura do juiz, ao passo que no segundo ocorreria a divisão de tais tarefas entre órgãos diferentes. Tal perspectiva é extremamente simplista e reduz “a complexa fenomenologia do processo penal” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 10). Esta crítica se deve ao fato de que não adianta a separação de funções de acusar e julgar no processo se, em seu desenvolvimento, abre-se a possibilidade do magistrado buscar provas para embasar sua decisão, a fim de realizar a justiça no caso concreto (DINAMARCO, 1998), como se fosse um “justiceiro” autorizado.

Aqui é possível perceber que a principal diferença entre os modelos é aferida pela análise da atuação do juiz no processo, especificamente pela gestão da prova por este realizada. Nesse sentido, pertinente as palavras de Aury Lopes Junior, concordando com o que já era há muito alertado por Coutinho (2001; 2002; 2008a), ao afirmar que

considerávamos que a separação entre as funções de acusar e julgar era a pedra angular da distinção acusatório-inquisitório. Atualmente, pensamos de forma diferente. Na esteira do pensamento de Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Franco Cordero, hoje entendemos que é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, estamos diante de um sistema inquisitório (juiz ator). Contudo, quando a gestão de prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz expectador). (LOPES JUNIOR, 2005, p. 71, nota de rodapé n.º 8)

Nas palavras do próprio Coutinho, baseado nas lições de Kant:

Para lembrar, vale a noção de sistema processual, imprescindível, mas muito descuidada. E ela, como se sabe, decorrente da posição de Kant [...], a qual só pode ser bem compreendida através do conceito de princípio unificador, pensando como motivo conceitual sobre o (s) qual (is) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado (na lei) ou não. Como ontológico (ou unificador), princípio e um mito, ou seja, a palavra edita no lugar daquilo que, se existir, não pode ser dito, dado não se ter linguagem para tanto, tudo no sentido da idéia única de Kant. Por tal via se vê que a diferenciação dos sistemas processuais entre acusatório e inquisitório far-se-á, antes de tudo, de tal princípio, determinado, aqui, pelo critério referente a gestão da prova [...]. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras – mas principalmente – o acerto de um caso penal após a reconstituição de um fato pretérito, o critério, o crime, mormente através da instrução probatória, e a gestão da prova e a forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador. (COUTINHO, 2008a, p. 11)

Percebe-se que para se chegar à conclusão sobre a adoção de um sistema inquisitório ou acusatório, deve-se atentar a um princípio unificador, qual seja, o princípio da gestão da prova. Este é verificado na análise de que: aquele que julga é o mesmo que participa do processo como gestor dos elementos que fundamentarão, a *posteriori*, o provimento (COUTINHO, 2008b). Ao contrário do que muitos pensam a existência de partes no processo penal, acusação e defesa, não o torna um sistema acusatório, podendo citar, como, por exemplo, o *Code Louis XIV – Ordonnance criminelle* de 1670 (BIZZOTTO; JOBIM; EBERHARDT; 2006, p. 18).

As demais características dos sistemas, inquisitório e acusatório, apesar de não preponderantes, não devem ser desprezadas, mas sim analisadas num segundo plano. Assim, os procedimentos escritos e secretos, o não-contraditório, a prova tarifada ou sistema da prova legal, a busca da malsinada “verdade real”, bem como a função do juiz de investigar, acusar, defender e julgar são todos elementos que compõem o sistema de cunho inquisitivo. Já em se tratando do sistema que atende ao princípio dispositivo, suas características podem ser resumidas na igualdade das partes, juiz que deve ser provocado, procedimento público e oral, feito em contraditório e persuasão racional do juiz.

O Código de Processo Penal brasileiro, tanto em sua redação original quanto após a publicação da Lei n.º 11.690/08, continua elegendo o juiz como o único gestor da prova. O magistrado, conforme se vê na nova redação do art. 156 do CPP, além de atuar ativamente na busca de provas, o que atenua o ônus probatório do Ministério Público, eis que em caso de ausência de provas já há uma alternativa jurídica que é a absolvição (art. 386, VII do CPP, com redação dada pela Lei n.º 11.690/2008), atua, em determinados momentos, como um verdadeiro órgão acusatório. Isso se comprova, por exemplo, na possibilidade de o juiz decretar de ofício: a prisão preventiva (art. 311); a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes (art. 209); buscas e apreensões (art.

242); bem como o fato dele – juiz – estar autorizado a condenar o acusado mesmo que o Ministério Público requeira a sua absolvição. Tal papel do juiz, segundo Coutinho, pode fazer com que seja

possível, nesse sistema, que o juiz, por ser o gestor da prova, tenha a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro. (COUTINHO, 2002, p. 32)

Desse modo, o CPP, mesmo após a reforma, que sob o argumento de dar maior celeridade ao processo, a fim de diminuir-lhe os custos garantindo-lhe, portanto, eficiência, acaba por afrontar as disposições da CR/1988, eis que mitiga as garantias ínsitas ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, pertinente a crítica de Dias ao advertir que

A exigência normativa de se obter a decisão jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das garantias processuais constitucionais. [...] A restrição de quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em tempo razoável, é estimular o árbitro, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do povo ao devido processo legal, em suma, deslavada agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2004, p.117).

Assim, conclui-se com Coutinho que deve-se optar

*sem meias palavras, por um processo penal de defesa social, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, garantidor dos direitos do acusado, limitador da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de “celeridade” no sentido de se condenar mais rápido ou se “acalmar a sociedade”, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um processo legal devido, com a observação do contraditório e dos direitos da defesa. **E para tanto, não cabe a pressa.** (COUTINHO, 2008b – grifos nossos)*

Portanto, o legislador, a fim de agregar maior celeridade ao processo penal com reformas parciais, especialmente com a elaboração da Lei n.º 11.690/08, afronta as

garantias constitucionais do cidadão, eis que concede ao julgador “poderes” para intervir na instrução criminal, ou mesmo antes dela (art. 156, I do CPP), produzindo provas que serão, posteriormente, utilizadas face ao acusado. Assim, fica claro que o princípio unificador do CPP é o inquisitivo (COUTINHO, 2008a, p. 12), mostrando-se totalmente inadequado frente a compreensão do atual paradigma constitucional.

III – PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA E TEORIA DO PROCESSO

O CPP, elaborado na égide do Estado Social, incorporou toda a frustração do Estado Liberal, erigindo o interesse estatal como sua premissa básica do Código mesmo frente às liberdades individuais, ou seja, a soberania popular se sobreporia aos direitos fundamentais do cidadão. Nesse sentido pertinente a colocação de Barros ao afirmar que, o CPP “tem forte influência da superação do processo liberal de luta das partes, para um processo de modelo de Estado Social construído a partir do ativismo judicial” (BARROS, 2008d, p. 07). Isto pode ser verificado na própria exposição de motivos do Código: “Não se pode continuar a contemporizar com *pseudodireitos* individuais em prejuízo do bem comum” (BRASIL, 2008a, p. 343).

O estudo realizado por Jürgen Habermas (2003b) sobre os paradigmas jurídicos auxiliará na compreensão do “processo” e, por consequência do processo penal brasileiro, eis que cada paradigma apresenta uma perspectiva diferente para o instituto.

O Estado Liberal sustenta uma compreensão formalística de processo, visto como rito pelo rito, forma pela forma, ou então, como forma a ser cumprida em nome da legalidade dos atos processuais.

Com o advento do Estado Social, o conceito de processo passa por uma sofisticação teórica, recebendo, no Brasil, grandes contribuições do insigne jurista Cândido Rangel Dinamarco (1998), ao elaborar a teoria da instrumentalidade do processo. Esta corrente, que persiste até os presentes dias, pretendeu, no marco do Estado Social, uma teoria capaz de garantir a “pacificação social”, realizável pelo cumprimento dos escopos metajurídicos (econômicos, sociais, políticos) do processo, que auxiliam o julgador a delimitar e concretizar a justiça social, por meio do instrumento processual jurisdicional (DINAMARCO, 1998, p. 159-167). Corroborando com este pensamento Lopes Júnior (2004, p. 183) defende que o juiz no Estado Social deveria atuar ativamente no processo “como se responsável pela segurança pública fosse”.

Em suma, a teoria instrumentalista do processo, pretende que o magistrado, em sua decisão, proceda à correção prática dos equívocos cometidos por outras esferas do Estado, a fim de garantir a realização da justiça social. Tal construção teórica é de fácil adaptação a teoria da relação jurídica processual (BÜLOW, 1868), em sua máxima do processo como *actum trium personarum*, ou seja, o processo é realizado entre o juiz e as partes, existindo um vínculo de sujeição do réu em relação a um direito (subjetivo) do autor. Logo, da relação jurídica de direito processual emergem duas posições subjetivas, a posição de poder-dever do juiz e a de sujeição das partes, “denotando o papel

preponderante do juiz no processo jurisdicional” (BARROS, 2008c), que se coloca, na crítica formulada por Gonçalves (1992, p. 97-101), como “super-parte”.

Gonçalves, apropriando da obra fazzalariana, critica o caráter hierárquico da relação jurídica sustentando que nela não há uma idéia de contraditório, como participação em simétrica paridade dos afetados pela decisão (FAZZALARI, 1992), na teoria da relação jurídica, em razão dela incorporar um vínculo entre sujeitos, autor e réu, como uma posição hierarquizada do sujeito que tem poder sobre aquele que tem sujeição (GONÇALVES, 1992, p. 91-96; 106).

Por sua vez, Fazzalari (1992) revisitando os conceitos de procedimento e processo, propõe uma nova diferenciação entre ambos, a partir de uma perspectiva lógica de inclusão, estabelecendo que procedimento é gênero, enquanto que processo é espécie, especificando-se em razão da posição “dos afetados em relação à construção do provimento final, que, assim, se realizaria em contraditório, isto é, com a garantia de participação em simétrica paridade dos afetados na construção do provimento” (BARROS, 2008d, p. 12-13). Ou seja, processo é um procedimento realizado em contraditório, sendo contraditório entendido como posição de simétrica paridade daqueles que serão afetados pelo provimento final (FAZZALARI, 1992).

Nesta proposição de processo, o juiz não possui poder, ou seja, não há uma relação de subordinação das partes perante ele (GONÇALVES, 1992, p. 97-98). Todos eles, juiz e partes, são considerados sujeitos processuais havendo uma relação de coordenação entre todos. O juiz não atua no processo como um contraditor, ele não é um interessado, ele é, em verdade, um terceiro que deve garantir às partes o pleno exercício do contraditório, eis que é entre elas – partes – que há um jogo de interesses opostos, em divergência de pretensões acerca do provimento final que é preparado através do *iter* procedimental (GONÇALVES, 1992, p. 120-126).

Esta é a concepção de processo que mais se adéqua ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois garante a legitimidade do provimento ao propiciar, em sua construção, a participação daqueles que serão por ele afetados, assim permitindo que os sujeitos se vejam como autores e destinatários da norma (HABERMAS, 2003b). Isso se revela nas palavras de Gonçalves, ao afirmar que

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretensão direito lhes é negado. [...] A instrumentalidade técnica do processo, está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos. (GONÇALVES, 1992, p.171)

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 1992), vista sob a ótica do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2003b), que coloca o sujeito de direitos como autor e destinatário da norma jurídica, deve ser compreendida como constitutiva de direitos fundamentais. Desse modo, é possível estabelecer uma crítica a teoria da relação jurídica, tendo em vista a atuação do juiz como “super-parte”, bem como face ao instrumentalismo, devido a perspectiva solipsista do juiz e aos escopos metajurídicos do processo jurisdicional (BARROS, 2008a), eis que possibilita uma fundamentação da decisão que extrapola os argumentos debatidos pelas partes no processo, assim ingressando no campo metafísico cognocente praticado pelo intérprete (no caso o juiz).

Nesta perspectiva, o Estado Democrático de Direito rompe com uma visão formal típica do Estado Liberal, bem como com a visão materializante do direito do paradigma social, buscando, ao contrário, proteger as condições do procedimento democrático, na medida em que o direito possa ser obedecido não em razão da sua positividade, mas em razão da sua legitimidade.

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Eles adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito (HABERMAS, 2003b, p. 183).

Desse modo, na busca de um procedimento efetivamente democrático, a interpretação do princípio do contraditório consoante a CR/88 deve ser expandida a outros princípios. Princípios estes que formam uma base de garantias processuais presentes no texto constitucional, estipulando assim um modelo constitucional de processo. Modelo este entendido como uma base principiológica uníssona, definida a partir da co-dependência entre os princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e imparcialidade do órgão decisório (BARROS; MACHADO, 2008).

IV – MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E PROCESSO PENAL

As constituições modernas agregam em seu texto garantias processuais que, reunidas, compõem uma verdadeira base principiológica que deve ser observada em qualquer processo jurisdicional, sob pena de sua plena nulidade.

Esta questão foi pensada por dois autores italianos, Andolina e Vignera (1997), que, no contexto do processo civil italiano, buscaram consolidar a compreensão de que na constituição havia um conjunto de normas[5] comum a todos os processos jurisdicionais.

Le norme ed i princìpi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete de disegnare um vero e próprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto de uma esposizione unitária (ANDOLINA; VIGNERA; 1997, p. 07)[6]

Nesse contexto, os autores propuseram modelo formado por um esquema geral de processo que possui três características básicas: a expansividade, a variabilidade e perfectibilidade.

*a) nella **espansività**, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella **variabilità**, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella **perfettibilità**, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (**scilicet**: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale (ANDOLINA; VIGNERA; 1997, p. 09 – grifos dos autores)[7]*

Em outros termos, a base do modelo constitucional de processo é única e se encontra na Constituição, especificamente, nos princípios constitucionais do processo, entretanto tal modelo pode se expandir, formando vários microsistemas, podendo estes variar conforme seus institutos específicos, mas sempre coerentes com o modelo constitucional de processo. Nas palavras de Barros,

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. (BARROS, 2008c)

A CR/88 estipula um modelo constitucional de processo sendo necessário identificar quais seriam seus princípios fundantes. Assim, de acordo com o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2003b), no qual o processo é visto como garantia constitutiva de direitos fundamentais, sustenta-se a

compreensão de quatro princípios co-dependentes, contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, que formariam a base do modelo constitucional de processo brasileiro (BARROS, 2008c).

Apesar da teoria do modelo constitucional de processo ter sido proposta no contexto do processo civil, mostra completamente viável, numa perspectiva procedimentalista, a sua apropriação em termos gerais de processo assim aplicando-se ao processo jurisdicional, legislativo, administrativo e arbitral. Isto se reflete nas palavras de Barros e Machado que, com base em Habermas, afirmam que no

Estado Democrático de Direito o paradigma procedimentalista garante o direito de escolhas e de pertencimento de uma sociedade multicultural e plural, que para isto se legitima pela participação dos atingidos, compreendidos como autores e destinatários da norma jurídica (HABERMAS, 1997), seja no processo legislativo, na definição de políticas públicas, no processo administrativo ou jurisdicional. (BARROS; MACHADO, 2007)

Na análise de cada microsistema, “não se pode desconsiderar os princípios do esquema geral, isto é, do modelo constitucional de processo, mas ao lado de tais princípios, em cada microsistema existirá institutos que o especializam” (BARROS, 2008c). Ou seja, cada microsistema aperfeiçoa-se pelas suas peculiaridades, bem como pelo provimento pretendido ou pelo direito fundamental a ser garantido, lembrando que deve sempre respeitar os princípios do contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação da decisão, que compõe a base do modelo constitucional de processo. Essa noção decorre das características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade.

Em relação ao processo penal, como microsistema que é, a característica da expansividade do modelo constitucional de processo se manifesta na incorporação de princípios como a presunção de inocência e a garantia das liberdades constitucionais do cidadão, previstas no art. 5º da Constituição da República de 1988. Portanto, além de estar de acordo com a base principiológica que compõe o modelo constitucional de processo, o processo penal deve especializar-se através da “presunção de inocência e das garantias de liberdades individuais do cidadão” (BARROS, 2008c). No marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que tem o processo como garantia constitutiva dos direitos fundamentais, o processo penal se insere como garantia do direito fundamental de liberdade do cidadão frente o poder de *imperium* estatal.

V – LEI N.º 11.690/08: reformas sem mudanças

Por mais que se possa louvar a reforma do CPP, que há muito necessita ser revisitado, algumas de suas alterações podem ser vistas como mudanças para que tudo permaneça

como sempre esteve. Embora a reforma se baseie na celeridade e no respeito às garantias do acusado, vê-se que, faticamente, somente a primeira parece ser concretizada. Isso fica claro na análise das razões do veto presidencial ao art. 157, § 4º, que sob o argumento de se garantir celeridade ao processo penal, vetou a disposição que vedava que o juiz que tivesse contato com prova ilícita proferisse sentença no respectivo processo.

Na redação original do CPP os artigos 155, 156 e 157, dispunham respectivamente, acerca das restrições à produção de provas quanto ao estado de pessoas, da distribuição do ônus da prova, no sentido de que a prova da alegação incumbe a parte que alegou, porém autoriza o juiz a determinar, *ex officio*, a produção de provas para dirimir questão relevante, e, por fim, que a formação do juízo de convicção será feita pela livre apreciação da prova. Como se vê tais dispositivos concebem elementos do princípio inquisitivo, eis que colocam o juiz como gestor da prova, mitigando princípios como o do contraditório e do terceiro imparcial.

A Lei n.º 11.690[8], que altera as disposições do CPP relativas à prova, traz importantes modificações, entretanto mantém parte do texto original do Código que já vinha sendo questionado em razão de sua inadequação frente ao modelo constitucional de processo. Na respectiva lei, garantias como a do contraditório, terceiro imparcial, bem como presunção de inocência são abandonadas em prol de uma política criminal que favorece a persecução penal estatal, colocando o acusado como mero expectador da ação do Estado-juiz que participa da colheita de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal.

A redação do novo artigo 155[9] mantém o sistema de livre convencimento motivado, o qual já existia antes mesmo da reforma. A crítica em relação ao aludido artigo repousa na possibilidade do juiz fundamentar uma sentença penal condenatória em elementos colhidos no inquérito policial.

A reforma “não teve coragem de romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 09). Na redação inicial do Projeto de Lei 4.205/2001, que se transformou na Lei n.º 11.690, era vedada a utilização dos elementos do inquérito no processo penal, justamente pelo fato deles não terem sido percebidos em contraditório. Contudo, após a reforma manteve-se a possibilidade de se utilizar os elementos carreados no inquérito, desde que subsidiados por outras provas produzidas em juízo, ou seja, com a garantia do contraditório (BARROS, 2008d, p. 21-27). Lopes Júnior, ao dissertar sobre o inquérito policial na nova redação do art. 155 do CPP, aduz que

Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizado em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças “fazendo de conta que...” o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas lingüísticas do “cotejando a prova

judicializada com os elementos do inquérito...” ou “a prova judicializada é corroborada pelos atos do inquérito...”. Quando um juiz faz isso na sentença, está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito policial (meros atos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia da jurisdição, etc. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 9-10)

A alteração do art. 155, em relação ao inquérito policial, em nada alterou a jurisprudência já estabelecida dos tribunais. A utilização, no processo, de elementos produzidos sem a garantia do contraditório afronta o modelo constitucional de processo. Se no processo penal não foram carreadas provas que sustentem uma condenação, o juiz deve absolver o acusado por insuficiência de provas (art. 386, VI do CPP, com redação dada pela Lei n.º 11.690/2008) e não buscar, na fase pré-processual, outros elementos a fim de emitir um decreto condenatório. Buscando tais provas, o juiz atua conforme o princípio inquisitivo, revelando, portanto, a grande dificuldade de compatibilizar a legislação processual penal com a Constituição da República de 1988[10].

A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecutio criminis, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. Por evidente que não inventei isto; os fundamentos estão em Cordero, Pisapia, dentre outros e servem para poder ler o processo penal brasileiro e seu desvario persecutório. (COUTINHO, 2007, p. 11)

Outro artigo alterado pela Lei n.º 11.690 e que merece total atenção é o art. 156[11]. Na esteira do exposto por Barros (2008d, p. 27-33), a assertiva de que o ônus da prova cabe a quem alega não trouxe nenhuma inovação, eis que tal afirmativa há muito é criticada face ao princípio da presunção de inocência. Ou seja, cabe a acusação provar os elementos constitutivos do delito e não ao acusado provar sua inocência, eis que ela já se presume (BUCH, 2008, p. 01). Em sentido oposto coloca-se Silva (2008, p. 64) ao afirmar que a disposição do art. 156 do CPP “a prova do fato cabe a quem alega” se adéqua aos “princípios gerais do direito, como a boa-fé, a obrigação de dizer a verdade, o esforço para buscar a verdade real, entre outros”. Tal posicionamento é contrário ao modelo constitucional de processo, eis que desconsidera um princípio específico do processo penal que é a presunção de inocência (BARROS, 2008d, p. 31).

Entretanto, o ponto alto da crítica ao art. 156 repousa na análise de seus incisos. A nova redação do artigo em comento mantém a possibilidade do juiz determinar de ofício a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal. Como demonstrado no capítulo “II” deste trabalho a atuação do juiz na gestão da prova é resquício do sistema inquisitório que ainda impregna o CPP, mitigando, por conseqüência, o princípio do terceiro imparcial e do contraditório.

A reforma insiste na manutenção de uma legislação inquisitorial, afrontando a proposta constitucional de um sistema acusatório. O exercício dos poderes instrutório do juiz permite-lhe decidir antes e, depois, sair à busca de provas para legitimar a decisão anteriormente tomada. Este é, nas palavras de Cordero (1986, p. 51), o “*primato dell’ipotesi sui fatti*”, ou seja, as hipóteses se sobrepõem aos fatos, o que gera um “*quadri mentali paranoidi*”, podendo assim o juiz tornar seu imaginário em real possível. Posição diversa é a de Silva (2008, p. 65) para quem “o juiz criminal é pago pelo Estado para fazer justiça nos casos concretos”, assim “sua missão [do juiz criminal] de fazer justiça não pode ser limitada pela suposição de quebra de imparcialidade e vício no julgamento a ser futuramente prolatado”. Como ressaltado no capítulo “III” “o reforço da atuação jurisdicional é sustentada por escopos metajurídicos do processo, próprios do instrumentalismo processual” (BARROS, 2008d, p. 31). A concepção de um juiz conformador e justiceiro é inadequada perante o modelo constitucional de processo,

pois objetiva promover a paz social, subjugando as partes à sua visão de mundo e os seus valores de justiça, sem levar em consideração os argumentos jurídicos na defesa dos direitos e garantias fundamentais das partes no processo. Sustenta a decisão no subjetivismo e na discricionariedade do juiz e não no discurso argumentativo dos sujeitos do processo para a adequada decisão judicial. (BARROS, 2008d, p. 31)

A novidade é que antes da reforma o juiz somente poderia determinar provas de ofício durante o *iter* processual, mas agora ele pode também determinar a produção de provas antecipadas na fase preliminar investigatória, ou seja, antes de iniciado o processo penal.

O art. 156, “I”, permite ao juiz, utilizando-se de um juízo de proporcionalidade e adequação, a possibilidade de, antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas, sem a participação das partes, abrindo assim larga margem ao seu subjetivismo. Daí, pode vir o contra-argumento de que estas provas só seriam produzidas se demonstrassem ser urgentes e relevantes; entretanto, o problema está justamente neste ponto, pois, afinal, as provas devem ser urgentes e relevantes para quem? Como se garantir a legitimidade e racionalidade do provimento jurisdicional, afastando de sua construção aqueles que serão por ele diretamente afetados?

Os critérios de necessidade, proporcionalidade e adequação estabelecem uma abertura discricionária (DWORKIN, 2002), possibilitando que a soberania popular se sobreponha aos direitos fundamentais (HABERMAS, 2003a). “A antecipação de provas nos termos postos é o estabelecimento de um estado de polícia, em flagrante desrespeito ao Estado de Direito” (BARROS, 2008d, p. 32).

O princípio do terceiro imparcial é desrespeitado, eis que o magistrado ao permitir a produção de provas na fase pré-processual pode criar uma, eventual, pré-compreensão que pode levá-lo a um exercício, mesmo que inconsciente, de busca somente daquelas provas que reforçam aquilo que já foi compreendido, ou seja, primeiro se decide e depois busca-se os elementos para fundamentar aquela decisão *prima facie* tomada. “A

mudança reforça ainda mais o caráter inquisitorial do juiz como gestor da prova, só que agora ele será o gestor da prova do inquérito!” (BARROS, 2008d, p. 33).

O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental que é a “lógica dedutiva”, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que “pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”. (COUTINHO, 2008b)

Já a nova redação do art. 157[12] admite no processo a utilização de provas derivadas da prova ilícita[13], desde que não fique evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outra, ou quando puderem ser obtidas por outros meios independentes. Desse modo o referido artigo contraria o disposto no art. 5º, LVI da CR/88 que dispõe sobre a proibição de se utilizar no processo, provas obtidas por meios ilícitos.

O legislador infraconstitucional criou exceções ao dispositivo constitucional, o que lhe é proibido, eis que as garantias constitucionais devem ser interpretadas de modo expansivo e não restritivo. O legislador ordinário não é competente para restringir a aplicação de normas constitucionais, especialmente aquelas relacionadas às garantias do acusado em processo penal. Como assevera Coutinho (2008a, p. 12), “os §§1º e 2º do art. 157 do CPP criam restrições onde a Constituição não criou”.

A legislação estabelece critérios abertos e gerais para não aplicação da garantia constitucional da proibição de provas ilícitas, ampliando, ainda mais, o subjetivismo do juiz que decidirá quando se trata de fonte autônoma e quando não há nexo de causalidade (BARROS, 2008d, p. 39)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), expresso no recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC n.º 90376/2007), de relatoria do Min. Celso de Melo, é no sentido da não admissão da prova derivada de provas ilícitas. Portanto, em sentido oposto ao próprio entendimento do STF, a proposta legislativa, lembre-se inconstitucional, demonstra novamente a intenção de concretizar os interesses da persecução estatal em detrimento do respeito às garantias do acusado.

Por derradeiro, cumpre tecer alguns comentários sobre o veto presidencial ao art. 157, § 4º do CPP. As razões do veto[14] se sustentam no objetivo de dar maior celeridade e simplicidade ao processo penal, “mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional” (COUTINHO, 2008a, p. 13).

O veto presidencial não pode ser óbice à aplicação da garantia constitucional do terceiro imparcial. Nesse sentido, é claro que, mesmo se excluindo o § 4º do art. 157 do CPP, proposto pela Lei n.º 11.690/08, se demonstrado que no caso concreto não é mais possível garantir a imparcialidade do juiz, e por conseqüência, a fundamentação adequada da decisão, que não mais garante a construção participada da decisão (FAZZALARI, 1992), tal decisão deve ser declarada nula por desrespeitar o modelo constitucional de processo. (BARROS, 2008d, p. 39)

O contato do juiz com uma prova ilícita gera, mesmo que em seu inconsciente, uma pré-compreensão o que, por conseqüência, abala a sua equidistância em relação às partes, eis que ele poderá enxergar a parte desfavorecida por tal prova com uma presunção de culpa. Nesse sentido assevera Lopes Júnior (2008, p. 10) que “é óbvio que o juiz que conheceu da prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado! Não basta desentranhar a prova, deve-se “desentranhar” o juiz!”.

VI – CONCLUSÃO

No presente texto se demonstrou que o CPP brasileiro é informado, a contra *sensu* da CR/1988, pelo princípio inquisitivo. Fez-se uma digressão histórica sobre os fundamentos dos sistemas de gestão da prova, inquisitório e acusatório, apontando suas principais características, para, ao final, concluir que a grande diferença entre eles reside em seu princípio unificador, qual seja, o princípio da gestão da prova.

Após a identificação do processo penal brasileiro no sistema inquisitório, analisou-se as teorias do processo, concluindo-se que no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que compreende o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, o processo deve ser realizado em contraditório garantindo a participação dos afetados na construção do provimento.

Com aportes na doutrina italiana, percebemos haver uma relação de co-dependência entre os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, assim configurando uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo. Este núcleo de garantias foi concebido como um “modelo constitucional de processo”, que varia conforme o provimento pretendido ou com o direito fundamental a ser resguardado, mas sempre observando a base que é única, sendo que o microsistema do processo penal agrega garantias específicas definidas no próprio texto constitucional, como a garantia da liberdade do cidadão e a presunção de inocência.

Sob o argumento de se garantir celeridade e simplicidade ao processo penal, a Lei n.º 11.690/2008 (re)põe no processo penal uma legislação de cunho inquisitivo, que flexibiliza garantias fundamentais em prol da do princípio da eficiência, que perpassa os sistemas penais em tempos de neoliberalismo.

Em se tratando de gestão da prova, o papel do juiz como seu gestor mostra-se incompatível com o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, o qual reclama a construção participada das decisões jurisdicionais, podendo tal exigência ser compreendida, no campo das provas, como a necessidade das partes participarem em simétrica paridade na valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no processo. A permissão de produção de provas cautelares, com base na necessidade, proporcionalidade e adequação, mostra-se contrária ao modelo constitucional de processo, pois possibilita a formação de uma cognição sumária no julgador que pode levá-lo à busca daquelas provas que confirmem a sua pré-compreensão já estabelecida, assim desrespeitando o princípio do terceiro imparcial.

A desconsideração de garantias do cidadão, a fim de se viabilizar a eficiência do processo penal, arraigado na idéia do dever de assegurar o acesso a uma ordem jurídica justa, coloca o julgador como um justiceiro que deve corrigir as imperfeições sociais com base nos escopos metajurídicos do processo. Assim, o juiz, utilizando-se do instrumento que é o processo, muda as regras do jogo no meio do jogo, a fim de se realizar o objetivo da jurisdição que a concretização da paz social. Tal atitude contraria o modelo constitucional de processo, eis que coloca o cidadão à mercê dos objetivos estatais.

O Estado, frente a aumentos de índices de criminalidade, bem como face à ousadia dos criminosos, não pode responder com autoritarismo, eis que ele jamais poderia combater o crime se comportando como o próprio criminoso. Para se alcançar um processo penal realmente democrático deve-se resguardar as garantias constitucionais, sabendo-se, desde já, que isso poderá requerer sacrifícios.

As críticas à reforma do Código de Processo Penal, aqui apresentadas, e as reflexões em prol de uma interpretação constitucionalmente adequada visam contribuir para se repensar o processo penal sob o pano de fundo do projeto de redemocratização do Brasil que permeia a CR/1988 e precisa ser lembrada. Especialmente, ao se debater o respeito aos direitos fundamentais de liberdade do cidadão, eis que a Constituição é um projeto reflexivo e aberto de uma comunidade de cidadãos livres e iguais.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Violência Doméstica, Política Criminal e Direito: uma análise do Estatuto da Violência Doméstica a partir da compreensão dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito*. *Anais do XVI Congresso Nacional da Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, Belo Horizonte, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Fundamentação das Decisões a partir do Modelo Constitucional de Processo. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* vol.1, n. 7. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008a. p.131-148.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado *versus* eficiência da investigação. *Anais do XVII Encontro Preparatório do Congresso Nacional da Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, Salvador, 2008b.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E O PROCESSO PENAL: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008c, (no prelo).

BARROS, Flaviane de Magalhães. (RE)FORMA DO PROCESSO PENAL. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008d.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema Acusatório: (Apenas) Uma Necessidade do Processo Penal Constitucional in *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Penal*, Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. São Paulo: Saraiva, 2008a.

BRASIL. Lei n. 11.690 de 09 de junho de 2008. Acesso: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>, em 10 de setembro de 2008b.

BRASIL. Mensagem de veto n. 350 de 09 de junho de 2008. Acesso: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>, em 10 de setembro de 2008c.

BUCH, João Marcos. *Anotações sobre a reforma do CPP pela Lei n. 11.690/08*. Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academiacejurarquivosCPP_alteracoes_2008_-_reflexoes_Joao_Marcos_Buch_-_encarte.pdf>. Acesso em: 28.09.2008

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein do original de 1868. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 21 ed., 2005.

CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 175, 2007, p. 11-12.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o Princípio Inquisitivo*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 188, 2008a, p. 11-13.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA AO PROCESSO PENAL INQUISITÓRIO BRASILEIRO. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008b (no prelo).

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)Velando o Risco e o tempo no Processo Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juirs, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 9-11, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18º ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. Prefácio, p. 25-44.

SILVA, Ivan Luis Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

[1] Leis que reformaram o CPC: 11.276; 11.277; 11.280; e 11.341 todas de 2006.

[2] Em sua própria exposição de motivos, o CPP brasileiro faz referência expressa ao Ministro da Justiça italiano Rocco e à reforma do Código de Processo Penal italiano.

[3] Neste trabalho não se aprofundará na análise do sistema misto, entretanto necessária a menção à crítica a ele feita por Coutinho ao afirma que: “como se sabe, todos os sistemas atuais são mistos, já que se não cogita de um sistema „puro?, mas não é preciso grande esforço para entender que não há e nem pode haver um “princípio misto”, dado ser o princípio, no caso, uma idéia única e, portanto, indivisível. O modelo de sistema misto, do *Code Napoléon*, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase, processual, amplamente contraditória (...), fundou-se em uma estrutura dual: investigação preliminar / processo (...). Ele nasce (o IP) [no Brasil], com a desvantagem de ser um procedimento administrativo e, de conseqüência, inviabiliza a extensão, para si, do contraditório, até porque a CR de 88 só o impôs como um direito individual quando houvesse processo. (...). Nesta esteira, o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo. (COUTINHO, 2008b).

[4] Sistema esse que sobrevive, em nosso ordenamento, seja no processo penal (art. 156, do CPP) ou no processo civil (art. 130, do CPC).

[5] O termo “norma” aqui é entendido no sentido dado por Dworkin (2002), ou seja, como um conjunto de princípios e regras.

[6] Normas e princípios constitucionais concernentes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas em sua complexidade, possibilitam ao intérprete determinar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, susceptível de formar o objeto de uma exposição unitária. (Tradução livre)

[7] a) na **expansividade**, consistente em sua idoneidade (relativa à posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar o aspecto dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, o qual (aspecto) deve ser compatível com as conotações daquele modelo; b) na **variabilidade**, que indica a possibilidade de assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam ocorrer segundo várias modalidades em vista da realização de fins particulares; c) na **perfectibilidade**, que designa a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (**scilicet**: no respeito ao modelo e em função do alcance de objetivos particulares) pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional. (Tradução livre)

[8] Promulgada em 09 de julho de 2008, entrando em vigor 60 dias após sua publicação (art. 3º)

[9] “Art. 155 – O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (BRASIL, 2008b)

[10] Em sentido contrário, dissertando sobre a nova redação do art. 155 do CPP se coloca Buch (2008, p. 01) ao afirmar que “Com este dispositivo fica claro assim o que a jurisprudência já firmava, ou seja,

não é possível fundamentar a sentença **exclusivamente** nos elementos do inquérito, salvo cautelares, não repetíveis e antecipadas” (grifos nossos).

[11] “Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BRASIL, 2008b)

[12] Art. 157 – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º - O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (VETADO) (BRASIL, 2008b)

[13] Este dispositivo adveio da teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, o vício de origem que macula determinada prova transmite-se a todas as provas subseqüentes.

[14] “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”. (BRASIL, 2008c)

**PROCEDIMENTO INTERDITAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO
PROCESSO NO SISTEMA INTERAMERICANO***

**PROCEDIMIENTO INTERDITAL: LA BUSCA POR LA EFECTIVIDADE DEL
PROCESO NO SISTEMA INTERAMERICANO**

**Flávio Luís de Oliveira
José de Souza Alves Neto**

RESUMO

A internacionalização dos direitos humanos representa um dos grandes marcos evolutivos do Direito Internacional do século XX. Ao lado do sistema global de proteção, subsistem, também, os sistemas regionais, dentre os quais se destaca o sistema interamericano que, a toda evidência, tem como fundamento os regimes instaurados pela Carta da Organização dos Estados Americanos e pela Convenção Americana. Entretanto, o presente estudo seguirá concentrado no regime sustentado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, com vistas ao enaltecimento do procedimento de natureza interdital que deve tutelar os direitos humanos, vez que são dotados de uma substancialidade ontológica que afasta qualquer juízo peremptório de mera pretensão.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA INTERAMERICANO; PROCEDIMENTO INTERDITAL; PROCESSO INTERNACIONAL; DIREITOS HUMANOS.

RESUMEN

La internacionalización de los derechos humanos representa una de grandes señales evolutivos del derecho internacional del siglo XX. Al lado del sistema global de la protección, ellos subsistem, también, los sistemas regionales, entre los cuales si separa el sistema interamericano que, a toda la evidencia, tiene como regímenes del lecho inalgurados por la Carta de la Organización de los Estados Americanos y por la Convención Americana. Sin embargo, el actual estudio seguirá intento en el régimen apoyado por la Convención Americana de Derechos Humanos, con miras a lo enaltecimiento del procedimiento de la naturaleza interdital que debe proteger los derechos humanos, ya que están dotados con una substancialidad ontológica que aparta cualquier juicio perentorio de mera pretensión.

PALAVRAS-CLAVE: SISTEMA INTERAMERICANO; PROCEDIMIENTO INTERDITAL; PROCESO INTERNACIONAL; DERECHOS HUMANOS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO[1]

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é uma realidade que vem se operando, com grande evidência, a partir da segunda metade do século XX, nos âmbitos do sistema global e regional[2].

Inicialmente, necessário consignar que o Sistema Interamericano pauta-se em dois regimes: um baseado a Convenção Americana e o outro baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos. Neste sentido, o presente estudo seguirá concentrado na perspectiva do regime instaurado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*.

Com efeito, em razão da extensão da CADH no que toca direitos e liberdades, este documento figura como o mais importante do sistema interamericano. Em razão de ter sido aprovado e assinado em San José, Costa Rica em 1969, em conferência intergovernamental convocada pela OEA, a Convenção Americana foi batizada como '*Pacto de San José*', sendo certo que entrou em vigor somente em 1978, com o depósito do décimo primeiro instrumento de sua ratificação.

Todos os membros integrantes da CADH[3] necessariamente são membros da OEA que, facultativamente, podem aderir à Convenção de 1969. Uma vez assinado o instrumento, as obrigações dele decorrentes não podem servir de justificativa para a não-aplicação de outras normas de proteção dos direitos humanos constantes em outros diplomas normativos (RAMOS, 2001, p. 56).

Em sua primeira parte (art. 3º ao 25), a Convenção enumera os *direitos civis e políticos* (direitos de primeira dimensão), com conteúdo muito semelhante ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Por outro lado, não enuncia de forma definida qualquer *direito econômico, social e cultural*, contendo apenas uma previsão genérica sobre esses direitos em seu art. 26 (MAZZUOLI, 2007, p. 726). Porém, o Protocolo Adicional de 1988 (Protocolo de San Salvador), veio suprir esta lacuna, melhor regulamentando os direitos de segunda dimensão.

A segunda parte da Convenção, por sua vez, suscita os meios de proteção e monitoramento dos direitos tutelados na primeira parte, que, como será visto, são efetivados através da CIDH e da CteIDH. Neste particular, importa consignar que nas hipóteses de gravidade e urgência, os referidos órgãos poderão adotar técnicas de natureza interdita para a adequada tutela aos casos de violação aos direitos humanos.

Evidentemente, para que o sistema interamericano funcione adequadamente, em sua precípua tarefa de resguardar os direitos humanos, é necessário que os Estados-partes respeitem os princípios e valores que se comprometeram a tutelar, uma vez que "têm a obrigação não apenas de 'respeitar' os direitos garantidos na Convenção, mas também de 'assegurar' o seu livre e pleno exercício" (PIOVESAN, 2006, p. 90).

2. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana teve sua origem com edição da Resolução VIII, da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrido na cidade de Santiago (Chile, 1959), sendo que este órgão “começou a funcionar no ano seguinte com a função de promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, quanto pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens de 1948” (MAZZUOLI, 2007, p. 727).

Composta por sete membros da mais alta autoridade moral, a CIDH representa todos os Estados-membros da OEA, constituindo-se em um órgão de caráter político-diplomático, tendo como função promover, fiscalizar e proteger os direitos humanos na América, sem prejuízo da incumbência de supervisionar e monitorar as obrigações internacionais assumidas pelos Estados-membros em matérias de sua competência.

Destarte, além das atribuições perante a OEA, a Comissão frente ao sistema interamericano promove o exame de petições que contenham denúncias ou queixas formuladas por indivíduo, grupo de indivíduos ou entidade não-governamental, conforme dispõe o art. 44 da CADH[4]. Sobre esta função ambivalente, lembra Carvalho Ramos (2001, p. 73) que “a Comissão atua nesses dois papéis de modo idêntico. A diferença está na possibilidade de processar o Estado infrator perante a Corte, só existente no âmbito da Convenção Americana”.

Com isso, evidencia-se uma das mais importantes funções da Comissão, qual seja, a de servir como mecanismo procedibilidade e acesso dos “indivíduos” à Corte Interamericana que, contrariamente à Corte Européia, ainda não aprecia diretamente as demandas formuladas por “pessoas ou grupos”.

Assim, em que pese a CIDH não seja o único instrumento de proteção de direitos no âmbito do sistema regional interamericano, resta evidenciado a sua importância na luta pela defesa dos direitos humanos, seja pelo seu aspecto preventivo, seja pelo seu viés de instrumento de procedibilidade das denúncias encaminhadas pelos sujeitos que gozam de proteção internacional.

2.1. Mecanismos de procedibilidade: petições individuais e comunicações dos Estados

Perante a CADH subsistem os seguintes mecanismos de procedibilidade e controle: de um lado o sistema de petições individuais (adesão obrigatória) e de outro um sistema de comunicações estatais (adesão facultativa).

Em sendo o *peticionamento individual* um mecanismo de adesão obrigatória, os Estados ao firmarem a Convenção, necessariamente e de forma automática, estarão sendo signatários da competência da CIDH para examinar as denúncias e queixas. Neste

sentido, uma vez violado os direitos humanos, emerge a possibilidade da pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, apresentarem petições perante a CIDH, mesmo sem a expressa autorização da vítima ou de seus familiares.

De outro lado, tem-se o *sistema de comunicações* (facultativo), em que o Estado-parte, ao depositar seu instrumento de ratificação ou adesão à Convenção Americana, deverá expressamente declarar se aceita a competência da CIDH para fins de recebimento e exame das comunicações em que um Estado-signatário alegue que outro Estado parte tenha violado os direitos humanos consagrados pela Convenção.

Assim, deduz-se que a legitimidade processual dentro do sistema interamericano é *mais ampla que no sistema europeu*, onde o procedimento individual é facultativo[5], necessitando de uma declaração específica nesse sentido no momento do depósito do instrumento de sua ratificação ou adesão (SANTOS, 2005, p. 52).

Com relação à forma do peticionamento, embora a CIDH tenha admitido em algumas denúncias formuladas ‘oralmente’ por ocasião de suas visitas *in loco*, evidentemente que, em regra, as petições são escritas. Assim, para facilitar o acesso ao sistema, a Comissão através de seu Regulamento contempla os requisitos básicos (formais), que orientam o peticionário no momento de formular sua pretensão, vejamos:

1) o nome, a nacionalidade e a assinatura do denunciante ou denunciantes ou, no caso de o peticionário ser uma entidade não-governamental, o nome e a assinatura de seu representante ou seus representantes legais; 2) se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em reserva frente ao Estado; 3) o endereço para o recebimento de correspondência da Comissão e, se for o caso, número de telefone e fax e endereço de correio eletrônico; 4) uma relação do fato ou situação denunciada, com especificação do lugar e data das violações alegadas; 5) se possível, o nome da vítima, bem como de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada; 6) a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora não se faça referência específica ao artigo supostamente violado; 7) o cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento; 8) as providências tomadas para esgotar os recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo de acordo com o artigo 31 deste Regulamento; 9) a indicação de se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de conciliação [...] [6].

Caso a petição não preencha os requisitos mínimos exigidos no Regulamento da CIDH, a Secretaria Executiva da Comissão poderá fixar prazo para que o peticionário promova o seu aditamento. Após, se em termos, o processo seguirá (em seus aspectos gerais) com marcha processual semelhante aos procedimentos judiciais, com fases postulatórias, instrutórias e decisórias.

Desta forma, revela-se como inegável que o direito autônomo de petição figura como um dos instrumentos mais importantes de concretização de direitos perante o sistema interamericano, sem o qual, evidentemente, os demais mecanismos previstos na CADH careceriam de um meio hábil ao acesso à justiça transnacional.

2.2. Os critérios de admissibilidade e a regra do prévio esgotamento dos recursos internos

Como visto, a petição escrita é o meio hábil a deflagrar uma demanda perante a CIDH, sendo necessário que nela constem os fatos que comprovem a violação de direitos humanos objeto da denúncia, indicando, se possível, a autoridade que tenha conhecimento da situação, bem como o nome da vítima (RAMOS, 2001, p. 75).

Com efeito, o art. 46 da CADH evidencia os elementos indispensáveis ao processamento de um caso perante o sistema interamericano, quais sejam: (i) esgotamento dos recursos locais, (ii) ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação e (iii) ausência de coisa julgada internacional.

Mitigando as condições de admissibilidade enumeradas e com vistas ao *acesso à justiça*, a segunda parte do referido dispositivo, dispõe que os itens "i" e "ii" não se aplicam nas hipóteses: a) de não existir na legislação interna do Estado-demandado a observância ao postulado do devido processo legal; b) se ao denunciante não foi oportunizado o acesso-esgotamento dos recursos da jurisdição de origem; c) e se houve demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Não há que se olvidar que a *regra do prévio esgotamento dos recursos internos* não pode ser utilizada de forma temerária pelo Estado demandado e de forma a impedir que a vítima tenha acesso à jurisdição internacional. Neste sentido, o art. 31.3 da RCIDH estabelece que quando o peticionário alegar que não tem condições de comprovar o esgotamento dos recursos internos, caberá ao Estado demonstrar, segundo critérios de razoabilidade, quais os recursos deveriam ter sido previamente manjados.

A obrigatoriedade da observância do requisito de esgotamento dos recursos internos justifica-se pelo fato de o Direito Internacional ter sido concebido ‘subsidiariamente’ ao direito interno dos Estados, conferindo aos Estados a oportunidade de reparar a violação de direito causada à vítima, antes de serem acionados internacionalmente. Neste sentido, o objetivo último do Direito Internacional dos Direitos Humanos é fortalecer o Direito nacional como instrumento de proteção e garantia (GOMES, 2000, p. 72).

Ao lado da importante regra do prévio esgotamento dos recursos internos, subsiste, também – a *inexistência de litispendência internacional* – como requisito de admissibilidade, ou seja, a mesma questão não pode estar pendente de outra instância internacional, vedando-se, pois, a conflituosidade de decisões no plano transnacional..

Com isso, Fix-Zamudio (1991, p. 153) ensina que “a tramitação das reclamações, tanto privadas, como dos Estados, podem ser divididas em duas etapas: a primeira se refere aos requisitos de admissibilidade e a segunda consiste na observância do contraditório”,

sendo que esta última é deflagrada com o recebimento de informações pelo Estado-denunciado.

Assim sendo, uma vez superada o exame de admissibilidade e não sendo arquivado o feito, iniciam-se as *investigações* que podem implicar em desistências, soluções amistosas, publicação de relatórios ou envio do caso à Corte Interamericana.

2.3. Os critérios de envio de um caso pela Comissão à Corte

Outro traço que evidencia a extrema importância da CIDH é o fato desta figurar como intérprete final da CADH, de modo que exerce a faculdade de acionar ou não a CteIDH, figurando como *dominus litis* da ação de responsabilidade contra o Estado no sistema interamericano (RAMOS, 2001, p. 80).

Entretanto, o domínio da lide pela CIDH se refere apenas à eventual denúncia de violação de direitos humanos por particulares, sendo que os Estados-partes, em matéria de aplicação e interpretação da CADH, poderão remeter o caso diretamente à CteIDH pelos Estados-partes, sem necessidade de prévia manifestação da Comissão.

Com efeito, o procedimento contencioso é deflagrado após a constatação da inércia do Estado-parte em cumprir com o *primeiro informe*[7], ocasião em que a Comissão decidirá sobre o envio da controvérsia à Corte, caso o Estado tenha se submetido a sua jurisdição

O prazo decadencial de três meses que faz menção o art. 51,1 da CADH[8] refere-se ao lapso temporal que tem a CIDH para: *i) solucionar* ou *ii) submeter* o caso ao crivo da CteIDH, de maneira que se não ocorrer uma ou outra situação, a Comissão emitirá o *segundo informe*, mediante o voto da maioria absoluta de seus membros, ocasião em que consignará sua própria opinião e conclusão sobre a questão submetida a sua consideração.

Evidentemente, que esta fase do *segundo informe* aplica-se, notadamente, aos casos em que o Estado-demandado não tenha aderido à jurisdição da CteIDH, hipótese em que a controvérsia permanecerá perante a CIDH (procedimento interno: “não-judicial”).

Nesta perspectiva, com a finalidade de tornar mais eficiente o sistema de proteção, Cançado Trindade (*apud* GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 87) defende a necessidade de se evitar a duplicidade de fases do procedimento, sobretudo durante tramitação do feito pela CIDH, de maneira a imprimir às demandas uma maior celeridade processual junto a CteIDH.

3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Sustenta Carlos Weiss (1999, p. 104), que a Corte Interamericana representa um “verdadeiro controle jurisdicional internacional dos direitos humanos, conferindo ao sistema regional uma efetividade ainda não alcançada no âmbito universal”.

No sistema regional em estudo, a CteIDH, do mesmo modo que a Comissão, integram o sistema interamericano de proteção e monitoramento. No entanto, o E. Pretório Interamericano não se encontra vinculado à OEA, mas, antes, à CADH, que estabeleceu as bases de sua gênese estrutural em seu Capítulo VIII[9].

Com efeito, a CteIDH configura-se como uma instituição judiciária autônoma[10], estabelecida em 1979 através da Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), sediada em [San José da Costa Rica](#), com competência consultiva e contenciosa, cujo objetivo é aplicar e interpretar a [CADH](#) e outros [tratados de Direitos Humanos](#).

Da mesma forma que ocorre no sistema europeu, a jurisdição contenciosa da CteIDH no sistema interamericano, também, se encontra adstrita somente aos Estados que as tenham expressamente reconhecido, de maneira que a “maior atividade da Corte tem-se concentrado na jurisdição consultiva, sendo poucas as sentenças judiciais já proferidas”. (LINDGREN ALVES, 2003, p. 80)

Neste sentido, uma vez firmado pelo Estado o instrumento de declaração unilateral de reconhecimento da jurisdição da CteIDH, esta passa a ser obrigatória para as soluções das lides que estejam sob sua competência, sendo cogente nos aspectos que envolvam a aplicação e a interpretação da CADH[11]. Entretanto, lembra Cançado Trindade (*apud* GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 140) que:

os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – As Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos – não ‘substituem’ os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos e de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.

Não há que se olvidar, assim, que dentro do sistema interamericano de proteção e monitoramento, a CteIDH ocupa papel central no estabelecimento da extensão da “responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos protegidos pela Convenção Americana, independentemente do órgão interno responsável pela violação” (RAMOS, 2002, p. 239).

3.1. Aspectos da função consultiva e contenciosa

Ao ratificar a CADH, automaticamente, o Estado aceita a função *consultiva* da CteIDH, porém a competência *contenciosa* fica facultada à posterior adesão e submissão a sua jurisdição.

Evidencia-se, assim, que a CteIDH tem ampla jurisdição em *matéria consultiva*, ou seja, a referida função é extensível a todos os Estados signatários da CADH, que, nos termos de seu art. 64, “poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos”, bem como poderá emitir a pedido do Estado, “pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

Observa Pasqualucci (2006, p. 503-505) que:

As opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos [...] Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.

Por outro lado, uma vez firmada a adesão competência contenciosa, a CteIDH passará a examinar as denúncias de violação aos direitos escudados na Convenção, de maneira que constada a transgressão pelo Estado-membro, o Excelso Pretório assegurará ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados.

Diante da circunstância do caso, a CteIDH poderá conceder tutelas específicas, além de medidas com natureza interdital (*medidas provisórias*[12]) com a finalidade de evitar danos irreparáveis. E mais, poderá adotar medidas protetivas à parte lesada, determinando, ainda, a reparação das conseqüências ensejadoras do ato ilícito, inclusive com o pagamento de justa indenização.

Com isso, a decisão proferida pela CteIDH goza de força jurídica vinculante e obrigatória ao Estado-parte sucumbente que, conforme art. 68 da CADH[13], deverá de imediato cumpri-la, sendo que a execução ocorrerá na forma dos procedimentos internos relativos ao cumprimento do título desfavorável ao Estado.

3.2. Considerações sobre o processamento das demandas perante a Corte

Considerando que a tutela dos direitos humanos é uma *obrigação objetiva*[14] que interessa a todos os Estados-partes da CADH, o procedimento perante a CteIDH além da possibilidade de ser deflagrado pela CIDH, conforme já evidenciado, também pode ser realizada por um dos Estados signatários.

Neste sentido, os entes legitimados deverão protocolizar a petição inicial para a propositura da demanda junto a Secretaria da Corte, sendo que este requerimento deverá ser deduzido conforme o art. 33 do RCteIDH[15], contendo, entre outros, a narrativa dos fatos, os fundamentos jurídicos do pedido, as provas hábeis a comprovação da violação dos direitos humanos, os nomes dos delegados e dos agentes estatais[16].

Uma vez ajuizada a controvérsia, o Presidente da Corte realizará o exame preliminar da demanda, ocasião em que verificará a presença dos requisitos necessários para sua propositura, podendo, nesta oportunidade, solicitar ao autor que corrija, dentro de vinte dias, as eventuais irregularidades apontadas. Após, estando em termos o petitório, o procedimento se desenvolverá da seguinte forma:

Após notificada a demanda, aos representantes da vítima se disponibilizará um prazo de trinta dias, a fim de apresentarem autonomamente seus requerimentos, argumentos, e provas à Corte. Por sua parte, o Estado terá um prazo de dois meses seguintes à citação da demanda, para interpor as exceções preliminares junto com o escrito da contestação da demanda, circunstância que não causa suspensão do procedimento sobre o mérito, por se tratar de um incidente processual, processando-se independente do procedimento relativo ao mérito da demanda. Então, o Estado em sua defesa pode apresentar exceções preliminares, alegando incompetência do tribunal ou a inadmissibilidade da demanda. [...] Ao fim desse contraditório, a Corte decidirá sobre as exceções preliminares, podendo arquivar o caso ou ordenar o seu prosseguimento. Ocorrendo o último, a parte demandante poderá requerer à Corte a desistência do processo. Entretanto em razão da função *sui generis* que cumpre este tribunal, poderá ser conveniente para a proteção dos interesses do sistema regional, que o caso seja examinado e finalize com uma sentença. Então após ouvir as opiniões das demais partes no caso, como os representantes da vítima, ponderará a Corte decidir se arquivar ou não o caso. (SANTOS, 2005, p. 76)

Contudo, é possível que as partes se conciliem, ocasião em que o acordo deverá ser submetido à homologação da CteIDH, que atuará como fiscal das normas de direitos humanos previstos na Convenção, podendo, inclusive, encerrar o processo neste momento, desde que o pactuado resguarde os interesses da parte tutelada.

Por outro lado, caso haja contestação à pretensão deduzida e após a realização de outros atos do procedimento escrito, a CteIDH determinará a abertura do procedimento oral, designando as audiências necessárias.

Nesta ocasião, os juízes poderão formular as perguntas que considerarem pertinentes a todas as pessoas que compareçam perante a CteIDH (testemunhas, vítima, peritos, entre outras), tomando-se por termo e lavrando-se ata de tudo o quanto for deduzido durante as audiências, inclusive das decisões proferidas.

No que toca os meios probatórios, a Corte já se pronunciou no sentido de que a prova direta (testemunhal, documental, pericial), não são as únicas aptas à comprovação dos fatos alegados. Neste sentido, há que se consignar que o E. Pretório possui um entendimento relativamente amplo em matéria probatória, posto que já admitiu

evidências circunstanciais (indícios) nos casos em que estas apresentaram elementos consistentes sobre a pretensão deduzida (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 93).

Evidentemente, o momento de maior relevância do procedimento ocorre com a prolação da sentença[17], tendo em vista que neste momento é estabelecido, se procedente a demanda, a responsabilidade do Estado-parte e a forma que o mesmo deverá garantir à vítima o gozo do direito ou da liberdade violados, além das indenizações incidentes na espécie e eventual pagamento de custas (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 94).

3.3. A eficácia das sentenças da Corte e as reparações indenizatórias

Segundo art. 67 da CADH a sentença proferida pela CteIDH é “definitiva e inapelável”, de modo que o Estado-sinatário deve diligenciar pelo seu imediato cumprimento[18], exceto nos casos em que o sucumbente suscitar, tempestivamente, a interpretação[19] do *decisum* pelo Pretório.

Especificamente com relação aos efeitos das sentenças proferidas pela CteIDH, Carvalho Ramos (2002, p. 241) anota que as mesmas:

possuem o efeito de ‘coisa julgada inter partes’, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de ‘coisa interpretada’ de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação [...], sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam [...].

Com isso, a sentença proferida pela Corte não se caracteriza por ter um conteúdo unicamente declaratório ou de simples recomendação; mas, ao contrário, tem o condão de impor ao Estado-parte obrigações positivas no sentido de reparar o direito violado, mediante a fixação de indenizações, reparações, multas ou qualquer outra modalidade de prestação que o caso exigir[20].

Destarte, nos termos do art. 63 CADH, a CteIDH “quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção” diligenciará para que “se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados”, assim como determinará, se as circunstâncias do caso requerer, “que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

Em se tratando de *reparações*, Pasqualucci (2006, p. 506) assinala que:

Os avanços da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações têm sido talvez a sua maior contribuição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como resultado de seus julgamentos, as reparações não são mais limitadas ao pagamento de indenizações. A Corte Interamericana tem, com sucesso, condenado Estados a adotar leis que lhes permitam o devido cumprimento das obrigações internacionais. Tem ainda condenado Estados a emendar ou revogar legislação doméstica que se mostre incompatível com a convenção Americana. A Corte tem entendido que leis, como a lei de anistia do Peru, não têm efeito jurídico, por violarem direitos internacionalmente protegidos, e as Cortes domésticas têm decidido de acordo com a jurisprudência da Corte. As decisões das Cortes domésticas podem também ser objeto das decisões da Corte Interamericana no que se refere a reparações. A Corte pode condenar um Estado a anular ou executar uma decisão proferida por uma Corte doméstica.

Neste sentido, evidencia-se que a CteIDH, com vistas ao modelo ideal da *restitutio in integrum* busca, na medida do possível, conceder tutelas específicas de maneira a melhor atender a particularidade do direito material violado.

Procurando demonstrar as várias formas de reparações, Carvalho Ramos (2002, p. 243) acrescenta que:

A jurisprudência da Corte demonstra a variedade de reparações fixadas. Além da obrigação de restituir na íntegra (por exemplo, pela soltura de preso - caso Tamayo), há de ser mencionada a indenização por dano material (lucros cessantes inclusos) e dano moral (que a Corte entende como decorrência natural da violação de direitos humanos, prescindindo de prova), a obrigação de construir posto médico e escolar (Caso Aloeboetoe), a obrigação de editar lei interna ou alterar dispositivos legislativos (Caso Suárez Rosero, entre vários), a obrigação de investigar, perseguir em juízo e punir os responsáveis pelas violações (Caso Velasquez Rodriguez, enter vários), a obrigação de tornara nulo um processo judicial.

Assim sendo, infere-se que no sistema judicial interamericano prestigia-se a diversidade de tutelas, sendo certo que o processo perante a CteIDH revela-se como mero instrumento de salvaguarda dos direitos humanos violados.

3.4. A execução da sentença

Em razão da eficácia obrigatória e vinculante das decisões da Corte, compete ao Estado sucumbente o cumprimento imediato do quanto fixado na condenação. Neste sentido, o E. Pretório ao “fixar uma compensação à vítima, esta decisão valerá como título

executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado” (PIOVESAN, 2006, p. 104).

Com efeito, o art. 68 da Convenção determina que os países signatários devem “cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” além de impor que a sentença deve ser executada de acordo com “o processo interno de execução de sentença contra o Estado”. A Convenção ainda prevê, que diante da inércia estatal no cumprimento das decisões da Corte, implicará no envio de informações para a publicação no relatório anual da Assembléia-Geral da OEA.

A toda evidência, por depender dos procedimentos internos dos Estados-partes para o cumprimento de sentenças e em razão da ausência de mecanismo político de coerção aos governos, o sistema executivo vigente não se tem revelado satisfatório.

Diante desse lapso de efetividade do sistema, Cançado Trindade (*apud* PIOVESAN, 2006, p. 115), observa que:

a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis – imprescindíveis para pôr fim à impunidade [...] Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva [...] é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados da CADH.

Além dos Estados-partes, compete também ao Conselho Permanente da OEA e à Assembléia-Geral, empregar todos os mecanismos possíveis para a fiscalização das decisões advindas não só da Corte - mais também da Comissão - tendo em vista que a efetivação de suas deliberações é essencial à própria existência de um sistema regional que se propõe a contribuir com a proteção dos direitos humanos.

4. PROCEDIMENTO INTERDITAL[21]: A TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Indubitavelmente, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos somente será plenamente eficaz quando sua jurisdição se “impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos” (BOBBIO, 1992, 47).

Entretanto, há que se reconhecer que o constitucionalismo vigente em cada um dos Estados que integram o sistema interamericano encontra-se imbricado, em menor ou maior grau, “pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização de *jus cogens* internacional[22]” (MAZZUOLI, 2007, p. 685), que impõe o valor da dignidade humana como paradigma e referencial ético de validade das Constituições nacionais (PIOVESAN, 2006, p. 11).

Neste sentido, considerando a *fundamentalidade e a preexistência dos direitos humanos* em relação à manifestação estatal, necessário se faz que toda violação a esses direitos sejam tutelados por um provimento jurisdicional diferenciado, com resultado que corresponda à especificidade de sua natureza incondicional e imperativa, a exemplo da *tutela interdital de origem romana* em que subsistia a distinção entre a *actio* (meras pretensões) e o *interdictum* - que protegia os interesses públicos substanciais, onde o pretor “representava a própria vontade do Estado, tutelando os direitos mais importantes para a comunidade e para o próprio Estado [...]”. (OLIVEIRA, 2007, 149)

Infere-se, assim, que a tutela interdital tinha fundamento no poder de *imperium* do pretor, sendo que esse poder era genérico, lastreado no próprio poder estatal e não se limitava a “dizer” o direito, interferindo material e concretamente na solução da lide. Ao contrário da *jurisdictio* – poder específico e determinado, limitado à atividade intelectual de declaração do direito –, o *imperium* consistia em poder genérico e indefinido ou ‘poder geral da magistratura’ (TALAMINI, 2003, p. 45-46).

A tutela interdital, indubitavelmente, foi instituída não apenas como meio complementar da tutela pretoriana, mas, sim, como forma de ‘tutela diferenciada’, com base nas *aequitas* romana, tendente a assegurar uma rápida resolução dos mais variados interesses, em situações em que a utilização da tutela ordinária levaria ao perecimento do direito das partes (CARMIGNANI, 2001, p. 26).

Entretanto, o procedimento de natureza interdital não restou completamente escoteiro no sistema interamericano. Nesta senda, dispõe o art. 63,2 da CADH que a CteIDH poderá adotar as *medidas provisórias*[23] pertinentes nos “casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas”. E mais, se necessário, a Comissão poderá solicitar à Corte, ainda em seu procedimento interno (não judicial), a adoção das medidas em referência (a título acautelatório).

Em relação ao tipo de medidas provisórias a serem requeridas, existem várias possibilidades, não havendo um elenco restrito de medidas que esteja previsto pela Convenção ou pela prática e jurisprudência da Corte. Neste sentido, os advogados das vítimas podem desempenhar um papel importante assessorando a Corte sobre quais medidas concretas são necessárias para proteger a vida e a integridade física das vítimas de violações, de forma a garantir a eficácia das medidas provisórias (GOMES, 2000, p.97).

Depreende-se, assim, que as medidas previstas no artigo 63,2, da CADH, bem como no art. 25 da RCIDH[24], possuem nítida natureza interdital, eis que têm o condão de promover a adequação dos meios de obtenção da tutela jurisdicional às inúmeras situações jurídicas substanciais do caso concreto, inclusive podendo abranger decisões com caráter mandamental e executiva *lato sensu* que, à evidência das demais, também devem ser prontamente obedecidas pelos Estados que se submetem à jurisdição da Corte.

Contudo, considerando as características indelévels da imediatidade e da não exclusão dos *direitos humanos*, é imperioso que esses direitos sejam tutelados em toda sua extensão por procedimento com eficácia interdital (e não apenas nas hipóteses dos artigos informados). Isto porque a violação a todo e qualquer direito fundamental do homem já traz em sua essência, inegavelmente, os atributos da gravidade e da urgência que reclamam pronta intervenção do direito comunitário.

Por fim resta consignar que, em decorrência da atual fase do constitucionalismo em interface com o direito transnacional, os tratados que versam sobre direitos humanos foram sublevados ao *status* de norma supraconstitucional, de maneira que é possível sustentar que as sentenças proferidas pela CteIDH tem plena eficácia vinculante e devem ser imediatamente cumpridas (contra/pelos) Estados – a exemplo e na forma dos interditos romanos – que conferiam resultados imediatos, satisfativos e com ordens cogentes sobre os direitos perseguidos, sem a necessidade de sua discussão na vala comum das meras pretensões.

5. PERSPECTIVAS PARA O FORTALECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Antes mesmo das ações protetivas engendradas por intermédio do sistema interamericano compete ao Estado, primordialmente, envidar todos os esforços possíveis e necessários a outorgar ao cidadão, as condições mínimas de uma vida digna, sendo que isto implica a observância dos valores e princípios os quais os países se comprometeram a tutelar quando passaram a ser signatários da CADH.

Com efeito, a atuação do sistema de proteção em estudo, somente se fará sentir quando forem ineficazes ou inexistentes os mecanismos de proteção dos países que se submeteram à Convenção (e, se o caso, à jurisdição da Corte), considerando que, em razão do princípio da subsidiariedade, subsiste a necessidade do prévio exaurimento da jurisdição interna para que seja deflagrada uma demanda frente à Comissão.

No que toca as decisões proferidas pela CIDH e pela CteIDH, necessário anotar que as mesmas são relativamente carentes de instrumentos de natureza interdital, assim como de mecanismos específicos que supervisionem seu inteiro cumprimento, em que pese a Assembléia Geral da OEA, nos termos do art. 65 da CADH, tenha mandado genérico a esse respeito. Porém, é inarredável que os Estados “devem garantir o cumprimento das

decisões, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena de afronta, inclusive, ao princípio da boa fé, que orienta a ordem internacional” (PIOVESAN, 2006, p. 115).

Não há que se olvidar que um dos mais significativos avanços do sistema nos últimos anos foi a adoção do novo Regulamento da Comissão, que entrou em vigor em 1º de maio de 2001. Com efeito, este novo instrumento introduziu uma maior ‘justicialização’ do sistema interamericano, tendo em vista que reduziu a alta discricionariedade da Comissão em submeter determinado caso à Corte (já que o envio não era obrigatório), bem como inseriu dispositivos com técnica interdita – como o citado art. 25 – que, inegavelmente, conferiu uma maior efetividade ao sistema de proteção dos direitos humanos.

Neste sentido, em face da crescente justicialização do sistema regional em estudo, Flávia Piovesan suscita quatro propostas para seu aprimoramento:

A primeira proposta atém-se à exigibilidade de cumprimento das decisões da Comissão e da Corte, com a adoção pelos Estados de legislação interna relativa à implementação destas decisões internacionais. A justicialização do sistema requer, necessariamente, a observância e o cumprimento das decisões internacionais no âmbito interno. [...]. A segunda proposta refere-se à previsão de sanção ao Estado que, de forma reiterada e sistemática, descumprir as decisões internacionais. A título de ex., poder-se-ia estabelecer a suspensão ou expulsão do Estado pela Assembléia Geral da OEA [...]. Uma terceira proposta compreende a demanda por maior democratização do sistema, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana – hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados. Note-se que, no sistema regional europeu, mediante o Protocolo nº 11 de 01/11/1998, qualquer pessoa física, ONG ou grupo de indivíduos pode demandar diretamente na Corte Européia [...] Por fim, uma quarta proposta, de natureza logística, seria a instituição de funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros, técnicos e administrativos suficientes. (PIOVESAN, 2006, p. 116-117) *grifou-se*.

Conforme já evidenciado, é indispensável que os Estados-partes promovam, no plano interno, a adequação dos órgãos jurisdicionais, da legislação interna incongruente a interação comunitária e transacional, dos mecanismos de execução de sentenças, além dos demais instrumentos necessários à plena efetivação das decisões dos órgãos que compõe tanto o sistema global, quanto o regional.

Dentro dessa perspectiva, Cançado Trindade conclui que:

O sistema interamericano de proteção só alcançará sua plenitude, no ‘plano normativo’, mediante a incorporação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais em seu próprio *corpus iuris*. O sistema interamericano de proteção só alcançará sua plenitude, no ‘plano operacional’, mediante a “ratificação universal”, em nível regional, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a aceitação por todos os

Estados-partes da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a incorporação da normativa da convenção em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Somente assim se criarão as condições para a consolidação da tão desejada e necessária jurisdicionalização do mecanismo de proteção, afastando as tentações da politização. (CANÇADO TRINDADE, *apud* GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 150)

Assim sendo, em que pese o sistema interamericano demonstre imperfeições que são peculiares a qualquer obra humana, vale consignar que tanto a Comissão, quanto a Corte, vêm adotando “medidas inovadoras, de modo a contribuir para a proteção dos direitos humanos nas Américas e ambos, indivíduos e organizações não governamentais, podem encontrar um fértil espaço para avanços futuros” (SHELTON, 1992, p. 131).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o viés do direito regional posto, o presente ensaio procurou evidenciar os aspectos procedimentais dos casos (contenciosos e consultivos) que desafiam a estrutura do sistema interamericano, com ênfase na necessidade da extensão da técnica interdita a todas as demandas que tenham por objeto a proteção dos direitos humanos.

Em que pese exista um progressivo e importante avanço no funcionamento do sistema interamericano, não há que se olvidar que sua efetividade poderia ser potencializada se houvesse um verdadeiro e uniforme engajamento dos Estados que integram a OEA, seja aceitando a jurisdição da CteIDH, seja concorrendo para o financiamento do sistema.

Para se adaptar aos novos tempos, o Sistema deve se modernizar mediante a superação dos velhos dogmas que permitiram a consolidação do sistema, mas que agora impedem que este consiga uma efetividade maior. Deve então ser potencializada a capacidade processual do indivíduo, permitindo a representação direta junto à Corte, até sem o prévio esgotamento dos procedimentos na Comissão. (PEREZ, 2004, p. 758)

Evidentemente, que o crescimento institucional do sistema interamericano encontra resistência no próprio histórico de dominação dos Estados latino-americanos que, como cediço, viveram longos períodos de ditadura militar e que ostentam um tradicional retrospecto de desrespeito aos direitos humanos, além de um elevado grau de exclusão e desigualdades sociais que se fazem presentes.

Com isso, além da difusão social da possibilidade no acionamento do sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos e da maior participação dos países signatários; é necessário que ações de outras naturezas sejam tomadas para o aperfeiçoamento do sistema, tais como: a aproximação geográfica da CIDH e CteIDH, o funcionamento permanente de ambos os órgãos, o aumento do subdimensionado quadro de pessoal, a adoção de procedimentos de natureza interdita em toda a extensão das demandas, a concessão de capacidade processual ao indivíduo, entre outros.

Neste sentido, há que se anotar que a proteção dos direitos humanos não ocorre no ambiente do sistema interamericano apenas pelas ações de suas Comissões e de sua Corte, mas, antes, pelo respeito dos valores e dos princípios aos quais os Estados-partes se comprometeram a tutelar.

Em função disso, revelam-se como verdadeiros os ensinamentos de Cançado Trindade (2004, p. 206) segundo o qual: “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia de. **A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, ano VI, n. 6, p. 227-244, jun. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de derechos humanos.** 2. ed. San José: ACNUR, 2004.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A ordigem da tutela antecipada.** São Paulo: LTr, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos.** México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo, RT, 2000.

HEYNS, Christof *et al*, A schematic comparison of regional human rights systems, *African Human Rights Law Journal*, v. 3, n. 1, p.76, jan. 2003.

LEDESMA, Héctor. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales.** 2. ed. Costa Rica: IIDH, 1999.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **Os direitos humanos como tema global**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **A Garantia Constitucional à Tutela Interdita: especificidade da tutela específica**. Revista Semestral da Univali, Novos Estudos Jurídicos. vol. 12. n. 1. Univali, 2007.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the inter-american court of human rights*. *The American Journal of International Law*, Washington, ano C, n. 2, p. 503-507, abr. 2006.

PEREZ, Marvin Carvajal. **O futuro do sistema interamericano de direitos humanos**. Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC), n. 4, , São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André Carvalho. **Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo e implementação dessas decisões no Direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____, André Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Janara Pereira César. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. Monografia apresentada na Fundação Escola Superior do Ministério Público-FESMIP-BA, Bahia, 2005.

SHELTON, Dinah L. **The inter-american human rights system**. 2. ed. Philadelphia, University of Pennsylvania, 1992.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

[1] Ao longo do presente trabalho serão utilizadas as seguintes abreviaturas e siglas: CADH: Convenção Americana de Direitos Humanos; CEDH: Convenção Européia de Direitos Humanos; CIDH: Comissão Interamericana de Direitos Humanos; CteIDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos; DADH: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos; ECIH:

Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; ECteIDH: Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos; OEA: Organização dos Estados Americanos; ONU: Organização das Nações Unidas; RCIDH: Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; RCteDH: Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[2] As leis internacionais de direitos humanos têm diferentes níveis. Incluem o sistema global, no qual as ONU são o ator principal. O sistema global é potencialmente aplicável de uma forma ou outra a qualquer pessoa. Inclui ainda os sistemas regionais, que cobrem três partes do mundo – a África, as Américas e a Europa. Se os direitos de alguém não são protegidos no âmbito doméstico, o sistema internacional entra em ação, e a proteção pode ser oferecida pelo sistema global ou regional [...] (HEYNS, p. 76, 2003).

[3] Atualmente são partes da Convenção os seguintes países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Peru, Paraguai, República Dominicana, Suriname, Trinidad Tobago, Uruguai e Venezuela. No entanto, ainda falta o reconhecimento da jurisdição da Corte por parte de Granada e Jamaica. O Peru quis retirar-se depois de algumas condenações, o que não foi aceito. Dos 35 países da OEA, só 22 aceitaram a jurisdição da Corte. (ARAÚJO, 2006, p. 227-244).

[4] Art. 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

[5] Acrescenta Buergethal que diversamente de outros tratados de direitos humanos, “a CADH não atribuí somente às vítimas de violações o direito de submeter petições individuais. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas e certas ONGs também podem fazê-lo” (BUERGENTHAL *apud* PIOVESAN, 2006, p. 93).

[6] Formulário com base no art. 28 do RCIDH. Disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 16.08.2008

[7] A *fase do relatório* pode compreender o *primeiro informe* que “não é vinculante, nem definitivo, possui um prazo de até três meses para o cumprimento das recomendações contidas no mesmo. Se o Estado descumprir com estas recomendações, caberá a CIDH decidir se acionará a Corte ou emitirá o *segundo informe*. Por outro lado este último, pelo princípio da boa-fé, têm determinações com força vinculante. Na hipótese destas serem desobedecidas a CIDH, como órgão da OEA, apelará a Assembléia Geral dessa organização. As deliberações não cumpridas pelos Estados, deverão constar no Relatório Anual enviado à Assembléia Geral da OEA, para que esta Organização tome as medidas cabíveis, a fim de sancionar o Estado violador de direitos humanos” (SANTOS, 2005, p. 69).

[8] Art. 51,1 da CADH: Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua

competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

[9] Este foi o mesmo ano em que entrou em vigor a CADH, ou seja, na ocasião do depósito do 11.º instrumento de ratificação na Secretaria Executiva da OEA.

[10] O Estatuto da Corte (ECteIDH), define em seu art. 1º a natureza e regime jurídico da seguinte forma: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]”.

[11] Artigo 62 – 1 da CADH. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

[12] Extraí-se do art. 63,2 da CADH, que as “*medidas provisórias*” serão adotadas pela Corte nos *casos de extrema gravidade e urgência*, bem como para *evitar danos irreparáveis às pessoas*.

[13] Art. 68,1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

[14] O Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da obrigatoriedade, e não para com o outro Estado, criando o chamado “regime objetivo das normas de direitos humanos”. (RAMOS, 2001, p. 89).

[15] Art. 33 do RCteIDH: A petição inicial da demanda indicará: 1. os pedidos (incluídos os referentes à reparações e custas); as partes no caso; a exposição dos fatos; as resoluções de abertura do procedimento e de admissibilidade da denúncia pela Comissão; as provas oferecidas, com a indicação dos fatos sobre os quais as mesmas versarão; a individualização das testemunhas e peritos e o objeto de suas declarações; os fundamentos do direito e as conclusões pertinentes. [...].

[16] Contudo, em sendo a Comissão a autora do caso proposto, necessariamente, a inicial deverá ser instruída, com o relatório a que faz menção a parte inicial do art. 50 da CADH: *o primeiro informe*..

[17] A sentença deverá conter todos os requisitos enumerados no art. 55, bem como deverá ser publicada e comunicada às partes na forma do art. 57, ambos do RCteIDH, vejamos: Art. 55,1. A sentença conterá: a. o nome do Presidente e dos demais juízes que a tenham proferido, do Secretário e do Secretário Adjunto; b. a identificação das partes e seus representantes; c. uma relação dos atos do procedimento; d. a determinação dos fatos; e. as conclusões das partes; f. os fundamentos de direito; g. a decisão sobre o caso; h. o pronunciamento sobre as reparações e as custas, se procede; I. o resultado da votação; j. a indicação sobre o

texto que faz fé. [...] Art. 57,1. Chegado o momento da sentença, a Corte deliberará em privado e aprovará a sentença, a qual será notificada às partes pela Secretaria [...]

[18] Dispõe o art. 68, da CADH que “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

[19] Este *pedido de interpretação* visa escoimar eventuais divergências ou determinar o alcance da sentença. E mais, pode ser requerido por qualquer das partes e funciona de maneira semelhante aos “embargos de declaração” do sistema processual civil pátrio.

[20] No sistema europeu, o estabelecimento de *indenizações* pela Corte Européia, somente ocorre nas hipóteses em que o *direito interno* não consegue restabelecer o *status quo ante* do direito violado, sendo que esta circunstância não enseja nova responsabilização internacional (art. 50 da CEDH).

[21] Para uma análise mais substantiva sobre tutela interdital, ver: LACERDA, Galeno. *Mandados e sentenças liminares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia: v. 1, n. 1, p. 49-67, 1º sem. 1972. - THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista de Processo, v. 25, n. 97, 2000. - OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A Garantia Constitucional à Tutela Interdital: especificidade da tutela específica*. Revista Semestral da Univali: Novos Estudos Jurídicos. vol. 12, n. 1. Editora Univali, 2007.

[22] O *jus cogens* são normas imperativas e inderrogáveis pelos Estados-partes. Opõe-se ao antigo *jus dispositivum* (romano) que era composto por regras emanadas da livre manifestação da vontade das partes e que planificou a estrutura do Direito Internacional por muitos anos.

[23] “Essas medidas provisórias, como o próprio nome sugere têm caráter provisório, ou seja são de curta duração, representam uma antecipação provisória do resultado de uma sentença definitiva, assegurando a eficácia da mesma, quando do seu cumprimento. Todavia se manterão enquanto a situação prevista no art. 63,2 da CADH persistir (SANTOS, 2005, 79)”.

[24] Art. 25,1. Em casos de gravidade e urgência, e sempre que necessário de acordo com a informação disponível, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar ao respectivo Estado a adoção de medidas cautelares para evitar danos pessoais irreparáveis. 2. Se a Comissão não estiver reunida, o Presidente [...] tomará a decisão, em nome da Comissão, e a comunicará aos seus membros. 3. A Comissão poderá solicitar informação às partes interessadas sobre qualquer assunto relacionado com a adoção e a vigência das medidas cautelares. 4. A concessão dessas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirão prejulgamento do mérito da questão.

MICROLITIGAÇÃO E UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: DUAS FACES DO MESMO PROBLEMA. A (IN)EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO FRENTE AOS DESAFIOS DE UMA SOCIEDADE PLURAL. *

MICRO-LITIGATION AND LEGAL SYSTEM UNIT: TWO FACES OF THE SAME PROBLEM. THE JURISDICTION EFFECTIVENESS IS NOT ABLE TO THE CHALLENGES OF AN INSTITUTED PLURAL SOCIETY.

Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista

RESUMO

O presente artigo procura demonstrar que os mecanismos da microlitigação e da unidade do ordenamento jurídico, no processo judicial, revelam-se identificados com um modelo comprometido com o paradigma racionalista e que o transformam em um ambiente de linha de produção do direito, muito parecido com os processos econômicos produtivos de uma sociedade neoliberal, e muito distantes das atividades de compreensões hermenêuticas que deveriam ocupar. A par disso, este mesmo modelo demonstra um descompromisso com a efetividade da jurisdição, pela cisão entre normatividade e faticidade, e não está apto a enfrentar os desafios de uma sociedade plural instituída, causada, especialmente, pela dogmática jurídica, principal promotora deste tipo de esquema.

PALAVRAS-CHAVES: MICROLITIGAÇÃO. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS. JURISDIÇÃO.

ABSTRACT

The present article aims to demonstrate that the mechanisms of micro-litigation and legal system unit, in the lawsuit/process, are identified to a model committed to the rationalist paradigm and that transforms it into a law production line environment, very similar to a neo-liberal society productive economical processes, and very deal distant from the activities of insights hermeneutics what you should occupy. Taking that into account, the article demonstrates a lack of commitment to the jurisdiction effectiveness, by dissension among normativity and faticid, and is not able to face the challenges of an instituted plural society, caused by, especially, by dogmatic juridical, essential you gave type of scheme.

KEYWORDS: MICRO-LITIGATION. RIGHTS EFFECTIVENESS. JURISDICTION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

O progresso do conhecimento científico, o desenvolvimento de novas tecnologias, a intervenção aguda por parte do homem no meio-ambiente em busca de recursos cada vez mais escassos, a intensidade das inter-relações, os intercâmbios culturais, as novas relações de trabalho, enfim, esse mar de contingências e pluralidade tem apontado para um novo tipo de sociedade com características pós-industriais, ou, como afirma Ulrich Beck [1], uma sociedade de riscos.

Por decorrência, no direito, as prescrições (no sentido de norma ou ordem expressa ou formal) feitas a partir de tais descrições se tornaram plúrimas, o que, na avaliação das epistemologias de matriz analítica, vem causando uma crise na ciência jurídica. Esta pluralidade, encontrada nas condutas sociais, na multiplicidade dos fenômenos comunicativos e organizacionais, reflete-se, também, nas múltiplas interpretações plausíveis que de um texto se pode obter, o que seria incompreensível para as matrizes de caráter kelseniano ou positivo-normativas.

Tal matriz normativa entendeu sempre que a suposta completude do ordenamento jurídico em um dado território, respaldada por critérios de hierarquia, responderia plena e satisfatoriamente às demandas da sociedade, muito embora seus instrumentos terem sido moldados para uma sociedade pré-industrial, do início do século XIX.

Este fenômeno, no que concerne à incompletude na aplicação e interpretação das normas jurídicas, é relativamente novo, pois até recentemente se tinha a idéia de que os problemas das antinomias do ordenamento jurídico se resolviam a partir de critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade [2], ficando o juiz vinculado à “vontade da lei”. No entanto, não é mais possível admitir-se tais critérios de integração idealizados a partir do modelo silogismo-subsuntivo para responder satisfatoriamente questões desta segunda modernidade, dada a complexidade e a natureza paradoxal destas novas relações sociais.

Neste contexto, o direito processual, inserido nesta visão estrutural e segmentada da ciência jurídica, se debate sobre a existência de um plano material e um plano processual da ação. Para os monistas, que trabalham com a idéia de que só existe direito - o efetivado no processo, não se admite esses dois planos. Para a teoria dualista, o direito existe tanto no plano material, quanto no plano processual. No plano material há uma pretensão ao exercício da ordem jurídica estabelecida. No plano processual, o direito de exigir que essa ordem seja estabelecida pelo processo judicial.

Para a teoria monista, tudo o que não possa ser estabelecido pelo processo não passa de fenômenos sociais, e, portanto, não jurídicos. Assim estabelecidos estes pressupostos, é inevitável associar monismo à microlitigação - expressão aqui usada como sinônimo de um processo de perfil individualista, caracterizado pelo enfrentamento de pretensões individuais de caráter privado e onde se polarizam interesses contraditórios dentro de um mesmo ordenamento jurídico - pois se o direito só existe quando reconhecido em juízo, não se poderia reconhecer outras categorias, que não sejam dentro dos

pressupostos da lide. O processo torna-se imprescindível para o reconhecimento da própria cidadania. Contudo, observando-se este novo tipo de sociedade, a possibilidade de realização do direito apenas dentro do processo e através da jurisdição estatal se demonstra completamente ideológica, com claro intuito de mitigar e controlar os efeitos dos conflitos sociais na sociedade.

O relatório do Banco Mundial[3] sobre o judiciário brasileiro está a revelar esta faceta, pois parece criticar abertamente a democratização do acesso à Justiça quando relaciona o aumento de demandas judiciais ao aumento de oferta de instrumentos. Outros movimentos, sob o pretexto de dar maior efetividade à jurisdição, também atendem às recomendações do Banco Mundial. Pelo mesmo modo, esses mesmos atos e movimentos, que dizem “tornar efetivo o processo”, transformam-no em um ambiente de linha de produção do direito, muito parecido com os processos econômicos produtivos de uma sociedade neoliberal, e muito distantes das atividades de compreensão hermenêuticas que deveriam ocupar.

Muito embora a marcha das ações coletivas no Brasil, a efetividade e as possibilidades pelas quais este tipo de instrumento possa agregar socialmente, a própria dificuldade em se produzir um projeto de código de processo coletivo bem demonstra o ritmo lento com que a dogmática jurídica assimila tais mudanças, e o quanto é resistente aos novos tempos sociais. Prefere se manter nos seus dogmas, encapsulados pelo paradigma racionalista, evitando assim deparar-se com os verdadeiros desafios que norteiam a nossa sociedade.

2 A “suposta” unidade do ordenamento jurídico e a microlitigação

As teorias jurídicas tradicionais, de matriz positivo-normativa, foram moldadas de acordo com as necessidades de uma sociedade pré-industrial, do início do século XIX. Trabalham com dimensões espaciais e temporais de forma linear, e possuem, por formação, a idéia de completude de seu sistema.

Como base filosófica deste modelo, temos a filosofia da consciência de Immanuel Kant, que considerou a possibilidade da razão organizar e apreender as esferas de conhecimento “a priori”, com pretensão de esgotamento do sentido das coisas, na qual o positivismo jurídico se assentou. Mesmo que a Hermenêutica Jurídica tradicional tenha alargado os horizontes do positivismo jurídico, incluindo a noção de regras e princípios, fornecendo um poder maior de ação política aos juristas, segundo Leonel Rocha[4], manteve-se, ainda, lacunas teóricas, e uma impossibilidade de compreender os fenômenos e relações do novo tipo de sociedade, em oposição à segurança e à certeza buscadas pelo ideal iluminista

Inobstante às hipóteses de alargamento, os sistemas tradicionais continuam baseados em ideais de previsão de segurança, certeza e previsibilidade, mesmo não sendo possível arbitrar segurança jurídica nestas novas relações, por ser incompatível com esse novo tipo de sociedade. Não há mais como se calcular causa e efeitos, até porque estes, os

efeitos, são imprevisíveis numa realidade extremamente complexa e com tantas variáveis possíveis.

Ovídio A. Baptista da Silva[5], discorrendo a respeito do tema, afirma que “ a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário. [...] essa crise não decorre de um inadequado ou insuficiente desempenho funcional da jurisdição”. Mais adiante, se pronunciando especificamente sobre o sistema processual, conclui que “o que está em crise é o sistema. Certamente não apenas o sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas.”

2.1 A crise do modelo

Como dito anteriormente, a modernidade está alicerçada em sociedades do tipo Estado-nações, e estes, por sua vez, se desenvolvem a partir de um critério temporal e territorial. Entretanto, uma lista de novos fenômenos que não mais se limitam a critérios de temporalidade linear e limitações territoriais, tais como a transnacionalização, riscos e ameaças ambientais que afetam todo o planeta e não são limitados pelas fronteiras nacionais, simultaneidade das comunicações, a influência dos mercados financeiros que orientam toda a economia global, enfim, uma série de novas relações que para aquele tipo de Estado-nação, e nem o mesmo para aquele tipo de sistema jurídico, é possível abarcar. Por isso ocorre a fragmentação do Estado e a relativização do conceito de soberania, dissipando os dogmas até então estabelecidos.

Segundo Ulrich Beck, estes fenômenos, ou como chama, processos, “todos ellos son las consecuencias imprevistas da la victoria de la primera modernización, simple, lineal e industrial, basada en el estado nacional”[6], e é a isso que se refere, quando fala em modernização reflexiva. Por se estar diante de um novo tipo de sociedade, torna-se necessário uma mudança de paradigma.

Diante deste quadro, ao tratar do tema, Gunther Teubner[7], parafraseando a obra de Gabriel Garcia Marquez, afirmou estar o direito regulatório vivendo uma “crônica de uma morte anunciada” pela sua absoluta falta de efetividade frente aos novos desafios desta sociedade que se estabelece.

Para Ulrich Beck vive-se numa sociedade de riscos, e este são “el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada”[8]. Estes riscos não são nacionais, mas globais, e estão ligados a um processo administrativo e técnico das decisões, por não ser mais possível, se é que um dia assim o foi, fazer um cálculo da realidade, como pensavam os iluministas.

E esta idéia de cálculo, que prioriza mais o valor *segurança* em detrimento do valor *justiça*, segundo Ovídio A. Baptista da Silva[9], é resultado de uma “completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática”.

Ora, num tempo em que tudo é simultâneo e instantâneo, e o que ocorre num instante, neste mesmo instante não existe mais[10], as epistemologias tradicionais são absolutamente ineficazes, tanto no controle, aplicação e interpretação destas novas dinâmicas, quanto à imprevisibilidade destes novos comportamentos sociais. Quando percebem o fato, ele já não mais existe, o que não impede de se conviver com seus efeitos.

Por isso, com propriedade, assim sustenta Ovídio A. Baptista da Silva:

Diríamos que o direito substancial contém, em sua própria essência, a virtualidade de tornar-se litigioso e, portanto, o risco de transformar-se em simples expectativa; porém, ao realizar-se, como direito, na prática social, ele é dotado de certeza; e, nem por isso, deixará de ser uma categoria jurídica, para ser apenas sociológica. Estas "duas dimensões" do fenômeno jurídico; esses dois momentos na vida dos direitos, a nosso ver, impõem-se como uma exigência lógica do próprio conceito; exigência indispensável para que se possa conceber o "duplo ordenamento jurídico", uma ordem de direito material, vigente e autônoma como direito, e outra ordem jurídica constituída pelo processo, igualmente autônoma, com seus princípios e categorias jurídicas próprias. A clareza desta distinção foi o mérito inegável de Pontes de Miranda.[11]

Neste plano, a litigação de perfil individualista é inócua. Na medida em que os conflitos são metaindividuais, ou, por assim dizer, coletivos, de interesse de toda a sociedade, operar com um processo de perfil privado e individualista, é como prescrever aspirina a paciente portador de carcinoma, ignorando-se as conseqüências do graves problemas diagnosticados.

Mas do que isso, esse mesmo tipo de modelo serve ao próprio Estado e os grandes conglomerados econômicos fazem fluxo de caixa, conforme assenta o relatório do Banco Mundial[12]. Segundo os dados apurados, os governos brasileiros, indiscriminadamente, têm usado o judiciário para postergar suas obrigações e seus compromissos, transferindo para os tribunais tarefas que precipuamente deveriam ser desenvolvidas por seus órgãos.

Portanto, o que se observa é um descompasso entre a oferta de serviços, e a intensidade da procura pelos mesmos – prestação jurisdicional, o que abarrotou o judiciário de processos que invariavelmente pretendem a concretização da cidadania em todas as suas dimensões, sem que os instrumentos colocados à disposição dos juizes estejam à altura de tais demandas, muito embora a alta produtividade destes comparados com outros países.

Assim, é inevitável associar monismo à microlitigação, pois se o direito só existe quando reconhecido em juízo, não se poderia reconhecer outras categorias, que não sejam dentro dos limites do processo. Sem o processo não pode se reconhecer cidadania, o que torna as leis do processo “o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais”[13].

Para Ovídio A. Baptista da Silva[14] esta concepção, muito embora pareça emancipatória, como concretizadora de direitos, furta o processo de sua “missão de servir de instrumento realizador do direito material, depois de conquistar autonomia”, assumido “a singular posição de um instrumento tirânico, capaz de transformar o direito material”.

Para o autor, esta “doutrina não percebe que esse pretoso caráter científico do processo está comprometido com os pressupostos do sistema político e econômico a que o direito processual serve de instrumento”[15]. Muito embora queira se dar uma certa cientificidade ao processo, serve tão somente como “instrumento para a mercantilização do direito processual, resultado que nada tem de científico!”[16]

E é justamente neste ponto que os adeptos da teoria monista, e, portanto, da unidade do ordenamento jurídico, acabam por referendar um modelo de microlitigação que coloca à margem da cidadania aqueles que não têm ou não tiveram acesso ao judiciário, especialmente por tratar como mera abstração os textos jurídicos, sejam eles constitucionais ou legais.

Desta forma, pensar o direito como sendo somente aquele concretizado pelo juiz, e o resto mera abstração, ou um “flatus vocis”, como sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[17], não é nada mais do que cristalizar as diferenças sociais entre aqueles que podem acessar o judiciário e efetivamente receber prestação jurisdicional, e aqueles que ficam à margem. Pois hoje é inegável a morosidade e a incapacidade judicial em responder às necessidades sociais em função do excesso de procura, burocratização e quantidade de recursos disponíveis[18].

Ocorre que essa necessidade e procura pela prestação jurisdicional, conforme sustenta Lenio Streck, decorre das promessas contidas no texto constitucional, mais precisamente ao atribuir-se ao Estado, agora adjetivado com a expressão “Democrático de Direito”, a função de transformador social[19]. Neste modelo, o modo de produção do direito não deve se limitar à “resolver disputas interindividuais” [20].

Não duvidamos do protagonismo que os tribunais possam exercer, principalmente quanto à concretização dos direitos sociais e à emancipação da cidadania. Porém, não estão preparados para o enfrentamento dos problemas decorrentes desta segunda modernidade. Não está preparado, não porque não o deseje. Não está preparado porque, como afirma Álvaro Felipe Oxley da Rocha, está neutralizado por “uma rede de dependências”[21]. A primeira delas é o subsunção lógico formal, que o confina à microlitigação, e a outra, pelo sistema recursal, que é a fórmula de controle das decisões dos juízes por parte das instâncias superiores. Noutro sentido, não se encontra apta, também, porque os seus agentes foram treinados somente para dirimir conflitos individuais e não tiveram a formação[22] adequada para ter “um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas”[23].

Por fim, segundo Ovídio A. Baptista da Silva[24], estamos nos “últimos estágios do monopólio da jurisdição pelo Estado; de uma jurisdição que não respeita o direito material; uma jurisdição perante a qual as pessoas não postulam o reconhecimento de direitos, mas, qual indigentes, imploram “tutelas”, paternalmente concedidas pelo Estado.”

2.2 A cisão entre normatividade e faticidade

Outro aspecto que demonstra estarem microlitigação e a “suposta” unidade do ordenamento jurídico vinculadas é a cisão entre a normatividade e a faticidade. Como se demonstrou anteriormente, para os adeptos da teoria monista, tudo o que não possa ser estabelecido pelo processo não passa de fenômenos sociais, e, portanto, não jurídicos, o que demanda um papel sempre “criativo” do juiz, e não uma tarefa interpretativa. O juiz seria o responsável por ordenar as categorias jurídicas[25]. Logo, segundo este raciocínio, o que está fora do processo é mera abstração. No entanto, é lá onde se figura os fatos da vida, é onde melhor se estabelece o conteúdo histórico de cada um, num dado espaço temporal em que ocorrem e que produzem significado.

Nesta ordem, interessa imensamente “ao jurista comprometido com o processo é o “significado” dos fatos, que se transforma, conforme o contexto em que são empregados; e transforma-se ainda mais profundamente quando as condições históricas e culturais se transformam”[26]. Pois, para Ovídio A. Batista da Silva, é esta a tarefa para o qual o processo deve ser colocado à serviço. Uma tarefa essencialmente hermenêutica. “Quem não se submeter a esta premissa, servir-se-á de categorias e conceitos de direito material, privilegiando a “unidade do ordenamento jurídico”.” [27]

Ocorre que a normatividade é fruto de modelo racionalista que estabeleceu sua dominação política através do Direito, sob o argumento de que a norma jurídica, como uma ciência “pura”, garantiria segurança e previsibilidade.

Este modelo, de inspiração cartesiana, tem como principal preceptor Hans Kelsen, o grande mentor do positivismo, apresentando a normatividade como característica fundamental da ordem jurídica. Sustentava que esta é o resultado do cruzamento do presente (estática jurídica) e a história (dinâmica jurídica). Assim, normatividade seria a capacidade do Direito em constituir o tempo. A constituição, respaldada por uma norma fundamental, legitimaria e permitiria a atuação do Estado de Direito, conforme assinala Leonel Severo Rocha.[28]

Como tem por base critérios de hierarquia para legitimação da ordem jurídica, o Estado, a partir da Constituição, limitado por características temporais e territoriais, torna-se o seu referencial político e legitimador. Desta forma, ao prescrever a norma jurídica reguladora dos comportamentos sociais, o Estado-legislador estaria arbitrando o futuro, ou seja: prescrevendo antecipadamente qual o único tipo de comportamento possível ou aceitável. Estar-se-ia, desta forma, cristalizando o futuro e “impedindo” qualquer característica de mudança que não fosse efetivada através da alteração da norma jurídica, pois esta, em si mesma, possuiria uma propriedade valorativa natural e imanente.

Neste estado de coisas, o papel do processo é a busca pela “verdade”. Como o sentido da lei sempre foi pensado de forma unívoco, segundo Ovídio A. Baptista da Silva[29] caberia à sentença “revelar” essa verdade e prolatá-la. Para isso, segundo o citado autor, o racionalismo contribuiu fortemente para vincular a impossibilidade de

estabelecer critérios valorativos a partir de realidades fáticas diferentes, pois na Lei estaria, segundo a lógica das ciências explicativas, toda a medida da necessidade.

A norma jurídica, ainda, seria um pressuposto “tão evidente como qualquer operação matemática”[30]. O juiz e as partes saberiam, antecipadamente, o resultado do cálculo, o que justificaria “a responsabilidade do sucumbente pelas despesas processuais”, segundo Ovídio A. Baptista[31], pois resistiu a um “direito sempre evidente”.

Ignora-se assim não ser a ciência jurídica uma ciência exata. Pelo contrário, sacraliza-se o método em detrimento de sua substancialidade, para fins de melhor enquadrar suas abstrações. Não se percebe que “o direito será sempre um "problema", não um teorema; não assimila que o litígio brota da incerteza do direito, que a lei é, por sua natureza, uma norma carente de compreensão hermenêutica, podendo conter duas ou mais soluções razoáveis, igualmente legítimas”[32].

Os fatos, neste sentido, são objetos de investigação hermenêutica, que podem ser lidos de acordo com as circunstâncias de sua existência, a fim de produzir um correto entendimento da narrativa, e não podem ser isolados ou afastado da produção do próprio direito.

3 A (in)efetividade da jurisdição

O relatório do Banco Mundial[33], publicado em 2004, pretendeu estabelecer uma radiografia do sistema judiciário brasileiro, a fim de identificar os gargalos do sistema. Deste modo, constatou que um dos fatores que impulsionava a crise do judiciário, dentre muitos, era o aumento da procura dos serviços judiciais. Para isso, apontou uma solução: restringir a demanda [34]. Também sugeriu a utilização de parâmetros claros de interpretação e aplicação das leis, impondo sanções a quem violasse, bem como se diminuísse as possibilidades recursais. Não é de se estranhar, portanto, em 2006 o advento das súmulas vinculantes, Lei 11.417, e também a repercussão geral, Lei 11.418.

Soma-se a isto um sistema misto de controle da constitucionalidade (difuso e concentrado), prestigiando-se mais o controle concentrado, as paulatinas reformas no código de processo civil, que mais parecem privilegiar às demandas com características patrimoniais, como por exemplo as reformas no processo de execução para o cumprimento da sentença, sem que igual tratamento se vislumbre às demandas com cariz social, e os recursos especiais repetitivos. Enfim, todas estas reformas e alterações atendem mais a um modelo de linha de produção econômica do direito, do que propriamente uma preocupação com efetividade da jurisdição. O judiciário passa a ser uma indústria de serviços, preocupado com os seus índices de produtividade e estatísticos, muito aquém das tarefas interpretativas que deveria se ocupar.

O judiciário, nesta perspectiva, resigna-se à tarefa de aplicação da lei e enquadramento das situações fáticas às hipóteses de incidência da norma jurídica. Tudo tem que estar de acordo com esse modelo pré-programado, e se os juízes excederem-se na sua tarefa interpretativa no processo, está lá a súmula vinculante para devolver-lhe o “sentido”.

Como já se disse, todos estes movimentos não são tentativas de resolver a crise que afeta o judiciário. Na verdade trata-se de um encobrimento da realidade, a fim de confinar os jurisdicionados e restringir a demanda.

Há um controle ideológico do processo, das partes, e dos efeitos das decisões. Se não o é, por que, por exemplo, não se dá igual tratamento às ações coletivas? Por que ainda se mantém o reexame necessário? Por que cada vez mais se esvaziam os poderes dos juízes de primeiro grau? Ora, se há uma profusão de recursos no Brasil, não seria mais lógico suprimir o duplo grau de jurisdição, ao invés de se criar as súmulas vinculantes? Não seria mais adequado aprimorar e fortalecer os instrumentos disponíveis aos juízes de primeiro grau, não os restringindo meramente à microlitigação e reconhecendo o seu papel hermenêutico?

Prefere-se, ainda, se manter os dogmas do paradigma racionalista, do certo e do errado, do de acordo ou em desacordo, pois, como afirma Ovídio A. Baptista da Silva, ao contrário do que as reformas produzidas determinam, “os juízos históricos não comportam o padrão epistemológico do “certo” e do “errado”, próprio das matemáticas e das ciências experimentais”[35]. Evita-se, assim, com as reformas, se deparar com os reais desafios que assolam nossa existência.

3.1. Controle das decisões e a eterna busca pela segurança, certeza e previsibilidade

O que menos causa surpresa é que as reformas produzidas, e citadas anteriormente, não deixam de buscar a segurança, a certeza e a previsibilidade, tal qual o racionalismo pretendeu produzir para as ciências naturais. Daí, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, a dogmática jurídica abandonar “o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”.” [36]

Exatamente desta forma trabalham as súmulas vinculantes, a repercussão geral, a Súmula 7 do STJ, os recursos repetitivos, e o controle concentrado da constitucionalidade das leis, porquanto não se discute o fato, mas o direito e sua adequação dentro do ordenamento jurídico.

E isto não é novidade alguma, pois o processo sempre serviu, assim como a era das codificações, ao arbítrio político dos governantes, através de sua formação histórica, e à afirmação dos juristas. O próprio conceito de jurisdição está ligado à vedação da autotutela, pois, como afirma Ada Pellegrini Grinover, Candido R. Dinamarco e Antonio Cintra, nos atos de jurisdição o Estado exerce o seu poder, e a jurisdição, por sua vez, “desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial [...] que é a pacificação social.” Ainda, o processo seria nesse quadro, “um instrumento a serviço da paz social”[37].

A paz, neste plano, é ainda a busca dos ideais da modernidade, e, assim agindo, o Estado direciona para os seus agentes todas as expectativas e esperanças através de

promessas de certeza, previsibilidade, segurança e justiça, pelo único instrumento disponibilizado que é o processo.

O processo, porém, dentro do sistema, tem seus efeitos minorados na medida em que enclausura os cidadãos à microlitigação, e não possibilitada outras formas de composição do litígio. O pior, muitas vezes o Estado até promove e instiga o litígio, e isto fica evidente no relatório do Banco Mundial, pois este possui claro intuito de fazer caixa e controlar no âmbito judicial os efeitos das suas decisões. Logo que, não é difícil supor que as demandas contra os poderes públicos sejam as de maior número no país.

Também, pelo sistema de recursos, que em princípio parece atender um anseio democrático de revisão das decisões, na verdade se revela como um viés centralizador e autoritário[38]. Pela burocracia recursal é que as instâncias inferiores são controladas pelas instâncias superiores, até que, no último degrau, o controle se exerce e revela politicamente.

E este controle se apresenta em completa censura a comportamentos desviantes, sob o pretexto de que a decisão de instância inferior pode estar sendo injusta ou errada[39], esvazia-se, deste modo, o seu poder, a fim de afirmar a “autoridade” das instâncias superiores, que geralmente abstraem o fato da norma, e assim normalizam[40] os comportamentos dentro de um modelo previamente estabelecido.

John Henry Merryman[41] atenta para o fato de que a própria separação dos poderes proposta por Montesquieu visava, nada mais nada menos, evitar a “intrusão” do poder judicial na elaboração e execução das leis, e impedir os abusos desta classe a fim de que se restringissem tão somente à aplicação da lei.

Por isso concordamos com Pierre Legendre, que afirma que esta censura, de se vedar a possibilidade de autotutela, na realidade possui duplo interesse: aparentemente enterra o conflito, mas sua função vital é mascarar a verdade[42].

A lei produzida pelo Estado, como instituição legitimada a adestrar comportamentos, não se configura “um lugar tópico de aprisionamento do desejo, mas como idéia da felicidade”, conforme assinala Pierre Legendre[43].

Adverte ainda, que por trás do discurso do direito, há um discurso canônico, instaurado para ajudar “a obscurecer a verdade do desejo, para ajustar o texto segundo as necessidades lógicas de um adestramento e preservar sua narrativa bíblica, exatamente à maneira eficaz dos antigos canonistas da Igreja Romana, que foram na Europa os grandes modelos”[44].

De fato, Legendre está coberto de razão quando assim afirma. John Henry Merryman[45] estudando as origens do direito civil e da tradição jurídica no ocidente apontou que o direito civil sofreu forte influência do direito canônico, posto que, nas universidades italianas o estudo do direito canônico era feito juntamente com o do direito civil, e ao aluno assim graduado, era conferido o título de *Juris Utriusque Doctor*, Doutor em Ambos Direitos[46]. Mesmo depois de se privar os tribunais eclesiásticos da jurisdição civil, afirma o autor, muitos dos princípios que lá haviam sido desenvolvidos foram adotados pelos próprios tribunais civis.

Neste contexto, também os juristas, para Pierre Legendre[47], “ocupam um lugar forte, exercem uma função estratégica que consiste em aferrolhar cada sistema”. E mais adiante, diz que possuem o poder de “fabricar o invólucro de um dogmatismo”. Por detrás desta máscara estaria inevitavelmente um jogo para mascarar a censura. Ainda para ele, é atribuição do jurista “a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais”[48]. Este trabalho não estaria muito longe do “fazedor de feitiços”[49].

De certo modo, a repulsa e a resistência à mudança por parte dos juristas estão fundamentadas em dogmas, e Lenio Streck entende ser isso produto de uma racionalidade positivista, “que atua como fetiche de sua razão cotidiana”[50]. Por causa disso, os juristas não se dão conta do caráter ideológico e porque, inseridos no *habitus*[51] daquele campo, acabam por reproduzir os mesmos discursos.

E mais adiante, ao definir o que entende por “fetichização do discurso jurídico”, Lenio Streck assevera que, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade “natural”[52]. E não é essa, justamente, a principal características da lei divina?

Pierre Legendre, discorrendo a respeito do lugar do direito canônico, na sua própria topologia medieval, afirma que este se apresentava “como um saber sagrado, privilegiado e separado dos outros, em relação com o Pra-cima onde reside a Potência; só nesse lugar aí é que se denomina afinal e se justifica a Natureza”[53].

E o “Pra-cima”, hoje, é o Estado, pois Legendre, estabelecendo a relação com o Sumo Pontífice, trata das formas simbólicas pelas quais ele se institucionalizou, e se tornou o “genitor da palavra”[54]. Um dos vetores fundamentais para essa afirmação é a monopolização do dizer o direito, e de arrogar para si, exclusivamente, determinados símbolos.

No mesmo passo, o Estado detém o monopólio da produção legislativa, as decisões proferidas não devem ser contestadas[55], o Estado pode tudo e sua ação se justifica porque age no interesse da “coletividade”. O Estado “cria” estado de coisas, pois ele detém “um poder criador” e estabelece a verdade (veredito), como ensina Bourdieu, com autoridade. O juízo do Estado, cita Bourdieu, invocando Hegel, “é o juízo final” [56].

Assim como o Sumo Pontífice significava a resposta para tudo, Legendre afirma que no Direito, o discurso jurídico, ou as leis, são a Palavra escrita do Pai imaginário[57]. O Estado, nesta concepção, não deixa de ser uma organização imaginária e simbólica cuja função ideológica e política é legitimar uma ordem arbitrária e vigente de um sistema de dominação, mascarado através de discursos, mensagens e representações alegóricas que não passam de simulações[58]. O papel dos agentes é legitimar essa função, e o direito é o meio adequado para essa legitimação.

Para isto, conforme assenta Castanheira Neves, o direito, como instrumento de regulação social, se tornou “funcional”, passou a ser “um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionantemente o submetem” [59].

Porém, partindo da idéia das estruturas estruturantes[60] de Pierre Bourdieu, tais práticas, legitimação e instrumentação adequada, resultam da relação entre estrutura e *habitus*. Os *habitus*, são “princípios geradores de práticas distintas e distintivas”, e também “esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e de divisão e gostos diferentes”[61]. Constituem um esquema durável, mas que permite flexibilizações, e tendem a “reproduzir as regularidades inscritas nas condições objetivas e estruturais que presidem o seu princípio gerador, e a permitir ajustamentos e inovações às exigências postas pelas situações concretas que põem à prova sua eficácia”[62].

Discorrendo de outra forma, os *habitus* dos juristas, ou seja: esta fala regular, constante, afirmativa e reivindicativa da sua posição social e domínio dos seus saberes. O conhecimento e operação das leis, dos processos, da regulação, da interpretação e do conhecimento jurídico, enfim, daquilo que eles dizem, produzem e reproduzem, alimentam este modelo de produção do direito.

E por serem “profissionais”, e dominarem um discurso altamente especializado, constituem-se de um capital simbólico justamente através deste poder[63], fazendo com que seus interlocutores, não especializados, ou não iniciados – profanos, reconheçam sua legitimação pelo uso e domínio da técnica e dos saberes.

3.2 Os desafios de uma sociedade plural

Como já referido, vivemos num tempo em que as relações são plúrimas não sendo mais possível a ordinaryidade como regra absoluta, como bem acentua Jânia Maria Lopes Saldanha[64], pois “em razão do aumento da complexidade das relações da vida em sociedade, da intensificação da troca de comunicações, de consumo e, com essas, das promessas de implementação dos direitos sociais [...] exasperaram-se as buscas por procedimentos mais eficazes”.

Assim, o primeiro desafio que se apresenta é vencer essa pluralidade sem se lançar num comportamento de produção em série ou em massa, mas correspondente com a história vivida por seres reais, e que se permita “com base num repertório plural de possibilidades, como é próprio da consciência histórica e de quem está inserido numa tradição e tem consciência do fenômeno do velamento/desvelamento a que todo ser-nomundo está reduzido”[65], decidir responsabilmente e sem qualquer pretensão de totalidade.

Por isso que Norbert Rouland[66] afirma que todas as sociedades, em maior ou menor grau, “são sociologicamente plurais, no sentido de se comporem de grupos secundários”, e a proteção do indivíduo adviria de uma estrutura plural. Para ele, o Estado não seria a única “forma de organização social”, o que corresponderia à existência também de um “pluralismo jurídico”. Ainda, as sociedades modernas seriam em parte estatizadas, existindo grupos que produziriam o seu próprio direito, tais como as ordens jurídicas internacionais, o código de condutas das multinacionais, entre outras, às quais se acrescentaria também a FIFA, onde se revela evidente a

impossibilidade de seus filiados cumprirem exigências internas em detrimento dos seus estatutos disciplinares, sob pena de serem expulsos dos seus quadros.

Mesmo com pluralidade de fontes, não há com isso a necessidade de superação do Estado, pois o fenômeno da desestatização, descentralização e internacionalização do direito, como observa Mireille Delmas-Marty[67], e que não é novo, implica em coexistência de ordens jurídicas distintas.

Dessarte, como bem assinala, isso implica em “retirar da lei o monopólio e reconhecer ao juiz - e mais largamente ao receptor – um poder autônomo (ou parcialmente autônomo) de geração do direito”, e que fortaleceria “a variabilidade das fontes”, fazendo com que “a desestabilização do tempo normativo acompanhe o aparecimento e o desenvolvimento de fontes não legislativas” [68].

Jânia Maria Lopes Saldanha refere que o modelo ordinário de jurisdição tem muito a aprender com as novas experiências adotadas no país, como no caso dos juizados especiais. Neste sentido, Antônio Carlos Volkmer[69], inobstante a importação de modelos e as dinâmicas órfãs[70] implementadas no Brasil sem qualquer vinculação com a realidade social, sempre se observou “um pluralismo subjacente envolvendo práticas jurídicas informais não-oficiais”, envolvendo comunidades indígenas e negras. Tratava-se de um pluralismo espontâneo, eficaz e não-estatal.

É esse tipo de experiência que não pode ser desperdiçada, como bem acentua Boaventura de Sousa Santos[71], não se podendo curvar a uma razão hegemônica ou metonímica que reduz o mundo a só um tipo de linearidade.

Deste modo, como finaliza Norbert Rouland, o pluralismo jurídico se relaciona com “sistemas jurídicos próprios dos subgrupos de uma sociedade”[72], e não com fenômenos infrajurídicos.

Então, além de impreterivelmente contornar-se o perigo da massificação, reconhecendo-se a pluralidade de fontes, a tarefa que se apresenta é construir um modelo que permita a inclusão e a coexistência, sem se esquecer, também, que há uma tensão permanente entre mercado e direitos fundamentais, devendo-se, obrigatoriamente, se estabelecer uma sociedade constituída de indivíduos singulares, mas apontando para a igualdade em todos os seus sentidos, mesmo que não seja um caminho fácil de trilhar.

4 Considerações finais

As transformações sociais são inevitáveis, e fazem parte da nossa realidade cotidiana. No entanto, grande parte da comunidade jurídica ainda não atentou para contundente transformação por que passa a sociedade. Não percebe a impossibilidade de se apreender integralmente a realidade social através de um ordenamento linear, e continua refratária e resistente às mudanças, mesmo que previsível o esgotamento e o esfacelamento de um modelo estrutural concebido para a sociedade do início do século XIX.

O pluralismo, como um fator intermediário entre individualismo atomista e o viés arbitrário e centralizador do Estado parece ser uma solução plausível e democrática, pois condizente com este estado de mundo atual, e inserido numa perspectiva de inclusão social.

De outra banda, é preciso enfrentar os desafios que nos cercam, combatendo o desperdício das experiências e a funcionalidade do direito, sob pena de se perder o rumo. Para isso, as razões e as ideologias que trouxeram a humanidade até esta quadra da história não podem ser esquecidas, especialmente àquelas apresentadas com clara intenção de encobrir os mecanismos de dominação.

O enfrentamento e a denúncia em relação ao conformismo e à burocratização, no que tange aos saberes que tem pretensão de totalidade, é prioritário, na medida em que a reprodução de modelos já esgotados, como se estes pudessem responder satisfatoriamente às necessidades do tempo presente, plural, dinâmico e complexo, já não se torna plausível sua sustentação.

Por isso a crítica ao monismo, e, conseqüentemente, em relação à unidade do ordenamento jurídico, é necessária e adequada, porque, a despeito de parecer inclusivo, é exclusivo, e não é adequado, pois esta corrente – o monismo - privilegia um modelo que se compactua com o paradigma racionalista, muito embora propale sentido diverso.

Desvelar esse sentido é tarefa dos juristas, bem como, responsabilmente, apontar e discutir soluções que representem avanço, progresso da democracia e discernimento do tempo em que vivemos.

5 Referências

BADIE, Bertrand. HERMET, Guy. **Política Comparada**. México : Fondo de Cultura Econômica, 1993.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid : Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. (Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. – Brasília: Editora. Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo : Editora Perspectiva, 1998.

_____. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas, SP : Papiurus, 1996.

_____. **O poder simbólico**. 10ª. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 1991.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1983.

MERRYMANN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. México : Fondo de Cultura Económica, 1997.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Direito hoje e com Que sentido?** Lisboa : Instituto Piaget, 2002.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Tempo e Constituição**. In Estudos constitucionais / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lênio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

_____. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Da teoria geral do processo à teoria da tradução: Um aporte da sociologia das ausências e das emergências**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Orgs.). *Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Podium, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **A Gramática do Tempo**. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. **Efetividade e tutela jurisdicional**. In: Polemica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org. Fábio Cardoso Machado [et al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

6 Sítios consultados

RELATÓRIO do Banco Mundial. **Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil**. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>> Acesso em: 03 ago 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da função à estrutura**. Disponível em: Acesso em: 03 ago 2008.

[1] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de Espanha Editores, 2002.

[2] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*. (Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. – Brasília: Editora. Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997, p. 91-97.

[3] RELATÓRIO do Banco Mundial. **Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil**. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>> Acesso em: 03 ago 2008.

[4] ROCHA *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 26.

[5] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>> Acesso em: 03 ago 2008.

[6] Obra citada, p. 2 a 28.

[7] TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontextualidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 19 a 40.

[8] Obra citada, p. 5.

[9] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

[10] Observa-se, por exemplo, no mercado financeiro, onde qualquer boataria ou informação causa prejuízos financeiros ou lucros extraordinários, que mesmo se não confirmados, concretizam os seus efeitos e podem até “quebrar” um país, ou criar um “novo rico”.

[11] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 72.

[12] RELATÓRIO do Banco Mundial, p. 20.

[13] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 252.

[14] SILVA. Jurisdição, direito material e processo. p. 122.

[15] Ibid. p. 122.

[16] Ibid. p. 122.

[17] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: Polemica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org. Fábio Cardoso Machado [et al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 107.

[18] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Sociologia do direito: a magistratura no espelho. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 22.

[19] Neste sentido ver STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 33-37.

[20] Ibid., p. 33.

[21] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da., p. 33;

[22] Ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, p. 66-78.

[23] STRECK, Op. cit., p. 36.

- [24] SILVA. Jurisdição, direito material e processo, p. 112.
- [25] Ibid., p. 4.
- [26] Ibid., p. 115.
- [27] Ibid., p. 115.
- [28] ROCHA, Leonel Severo. *Tempo e Constituição in Estudos constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- [29] SILVA. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, p. 99.
- [30] SILVA. Jurisdição, direito material e processo, p. 116.
- [31] Ibid. p. 116.
- [32] Ibid. p. 117.
- [33] RELATÓRIO do Banco Mundial.
- [34] Ibid., p. 134.
- [35] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 267.
- [36] Ibid., p. 36.
- [37] GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 1991, p. 42.
- [38] SILVA. *Processo e Ideologia*, p. 239.
- [39] GRINOVER. *Teoria geral do processo*, p.72.
- [40] A expressão aqui é cunhada por DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7-31, que vê na superprodução de textos e de procedimentos uma característica de normalização, que tende a modelar comportamentos a partir de uma média observável, “o sendo” (a normalidade social).
- [41] MERRYMANN, John Henry. 1997. *La tradición jurídica romano-canônica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 41-42.
- [42] LEGENDRE, Pierre. *O Amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 18.
- [43] Ibid., p. 26.
- [44] Ibid., p. 33.

- [45] MERRYMAN. Op. cit., p. 33.
- [46] Ibid., p. 33.
- [47] LEGENDRE, Pierre. Op. cit., p. 19.
- [48] Ibid., p. 24.
- [49] No texto há uma nota do tradutor referindo ter sido a palavra fetiche traduzida como feitiço em função da língua portuguesa.
- [50] STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 69.
- [51] BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. Campinas, SP : Papirus, 1996, p.22.
- [52] STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 93.
- [53] LEGENDRE, Pierre. Op. cit., p. 56.
- [54] Ibid., p. 59.
- [55] Recentemente, por ocasião da prisão e soltura do banqueiro Daniel Dantas, perguntaram ao ex-presidente do Supremo Tribunal Federal sobre a anormalidade de um deferimento de Habeas Corpus a favor do referido banqueiro, e este respondeu: “o que o Supremo decide, está decidido!”
- [56] BOURDIEU. *Razões práticas*. p. 114.
- [57] LEGENDRE, Pierre. Op. cit., p. 67.
- [58] BOURDIEU. *Economia das trocas simbólicas*. p. XIV.
- [59] NEVES, Antônio Castanheira. *O Direito hoje e com Que sentido?* Lisboa : Instituto Piaget, 2002. p. 30-31.
- [60] “Princípio de geração e de estruturação de práticas e de representações que podem ser objetivamente “reguladas” e “regulares” sem que, por isso, sejam o produto da obediência a regras, objetivamente adaptadas a seu objetivo sem supor a visada consciente dos fins e o domínio expresso das operações necessárias para atingi-las e, por serem tudo isso, coletivamente orquestradas sem serem o produto da ação combinada de um maestro”. BOURDIEU, Pierre. *Economia das trocas simbólicas*. p. XL.
- [61] Id.. *Razões práticas*. p. 22.
- [62] Id.. *Economia das trocas simbólicas*. p. XLI.
- [63] Id.. *O poder simbólico*. 10ª. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2007.

[64] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: Um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Orgs.). Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podium, 2007. Jânia saldanha, Da Teoria Geral do processo a teoria geal, p. 404.

[65] Ibid., p. 410.

[66] ROULAND, Norbert. Nos confins do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 173.

[67] DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46 – 56.

[68] Ibid., p. 71.

[69] VOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: Teoria do direito e do estado. ROCHA, Leonel Severo. Org. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 12.

[70] BADIE, Bertrand. HERMET, Guy. Política Comparada. México : Fondo de Cultura Econômica, 1993. p. 180-209.

[71] SANTOS, Boaventura de Souza in A Gramática do Tempo. São Paulo: Cortez, 2006, p. 93-135

[72] ROULAND, Norbert. Op. cit., p. 177.

OS CONTORNOS JURÍDICOS DA EXIGÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

THE JURIDICAL CONTOURNS OF THE EXIGENCE OF GENERAL REPERCUSSION IN THE EXTRAORDINARY APPEAL

**José Péricles Pereira de Sousa
Pedro Rafael Malveira Deocleciano**

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao art. 102 da Carta Magna um § 3º, prevendo novo requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário (de competência do Supremo Tribunal Federal - STF). Nos termos da própria norma, o recorrente carece demonstrar que as controvérsias constitucionais discutidas em seu caso específico têm “repercussão geral”. É dizer, que as questões do caso particular não se restringem ao interesse das partes, devendo afetar social, política, jurídica ou economicamente diversos contextos semelhantes. Esse verdadeiro filtro à Corte Máxima, em seus primeiros anos de aplicação, já rende objetividade aos processos constitucionais. Nessa reflexão, este esforço conduz-se a partir de método de exame bibliográfico, de modo a estudar o surgimento do requisito, a realidade do Supremo Tribunal após sua instituição e os valores jurídicos que sustentam ou contestam sua existência. Em análise mais profunda: o desembaraço de parte do sistema jurisdicional pátrio, impedindo milhares de casos pontuais de atingir o STF; o controle do requisito pelo Tribunal; a modulação de efeitos do controle constitucional nos recursos extraordinários; a abstrativização dos casos concretos aportados no Supremo; a semelhança do requisito com institutos nacionais e internacionais, anteriores e contemporâneos; e, finalmente, a perspectiva de extensão desta “repercussão geral” a outros tipos de processos e Tribunais.

PALAVRAS-CHAVES: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment nº 45/2004 added to the art. 102 of the Magna Charta one § 3º, providing new requirement for the admission of the Extraordinary Appeal (of jurisdiction of the Federal Supreme Court - FSC). In the terms of the norm, the applicant needs to demonstrate that the constitutional controversies discussed in your

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

specific case have "general repercussion". It is said that the issues of the particular case do not restrict itself to the interest of the parties and should affect social, political, legal or economically diverse similar contexts. This real filter to Maximum Court, in its first years of application, brought objectivity for the constitutional process. In this reflection, this effort will have bibliographic consistent basis, in order to study the born of the requirement, the reality of the Supreme Court after its institution and the legal values that sustain or deny its existence will be matters of investigation. In a deeper analysis: the clearance of part of the national jurisdictional system, preventing thousands of cases from reaching the FSC; control of the requirement by the Court; the modulation of the effects of the constitutional control in the extraordinary appeals; the abstracting of cases brought to the Supreme; the similarity of the requirement with national and international institutes, previous and contemporaries, and, finally, the prospect of extending this "general repercussion" to other types of cases and courts.

KEYWORDS: GENERAL REPERCUSSION. EXTRAORDINARY APPEAL. FEDERAL SUPREME COURT (FSC). CONSTITUTION.

INTRODUÇÃO

Não é novidade afirmar que existem problemas no funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. A constatação é óbvia, tanto para juristas quanto para jurisdicionados, pois os que estudam o fenômeno jurídico procuram detectar e compreender inclusive as falhas do sistema, e os que necessitam dos serviços judiciais, quase sempre, experimentam-nas.

A despeito dessa obviedade, reconhecer que o Poder Judiciário pátrio necessita de reformulações (a fim de melhor prestar sua tarefa constitucional e democrática), representa um seguro ponto de partida neste exame. Aliás, deve-se ter ao lado dessa premissa uma outra, não menos verdadeira, de que tais reformulações já vêm sendo tentadas.

Nesse sentido, recentemente, o maior dos exemplos: em 08 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, a mais ampla transformação sofrida pela Carta Política atual – quando 25 dispositivos foram alterados e 4 criados. E, não bastasse, logo em seguida, em 15 de dezembro de 2004, os chefes dos três Poderes, em iniciativa inédita, firmaram o *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*.

Ambas as iniciativas compuseram o que se denominou *1ª fase da Reforma do Judiciário*, significando, além de uma oportunidade de reflexão, um momento de ruptura (com um passado em que a presteza não era a tônica dessa atividade estatal) e de alterações em âmbito legislativo. Informe-se, por exemplo, que, pós-emenda nº 45 (2004 a 2007), apresentaram-se 28 projetos de lei relacionados às reformas dos Processos Civil, Penal e Trabalhista. É nessa conjuntura que surge a temática deste estudo.

As laudas seguintes cuidam do novo requisito de admissibilidade incluído no processamento do recurso extraordinário, a exigência de que o recorrente demonstre a “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas em seu caso particular.

O requisito fora trazido no bojo da EC nº 45/04, que inseriu um § 3º ao art. 102 da Carta Magna. Em decorrência desse dispositivo constitucional, o Código de Processo Civil regulamenta a matéria em seus arts. 543-A e 543-B, integrados ali pela Lei nº 11.418/06. Ademais, em detalhes, a “repercussão geral” também é abrigada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, após a Emenda Regimental nº 21/07, nos arts. 322 a 329.

No atinente ao conteúdo da modificação, é intuitivo notar que a nova exigência pretende diminuir o número de recursos extraordinários. O que se justifica, absolutamente, diante da pleora processual enfrentada pelo STF.

Nesse contexto em específico, o Constituinte-Reformador de 2004 entendeu que a utilização adequada do instrumento recursal e da atividade tribunalícia impunham que o Pretório Excelso somente analisasse, agora, o mérito de recursos extraordinários que guardem algum vulto e influência para o Ordenamento inteiro.

Não sem razão, os próprios ministros daquele sodalício, em várias decisões, já se inclinavam a interpretar as causas pontuais com contornos mais objetivos, permitindo em seus votos a reflexão sobre aquela função sistêmica e de uniformização hermenêutica que o Direito brasileiro conferiu ao Supremo Tribunal. Isso, antes, mesmo, da aplicação do requisito da “repercussão geral”.

Portanto, se encontravam, na jurisprudência, diversos arestos em que se abstraíam tópicos, nas decisões, acima do mero querer das partes. De modo que a denominada *1ª fase da Reforma do Judiciário*, não fosse um pacote de mudanças legislativas e administrativas, talvez adviesse com a gradual mudança de ideologia dos operadores do Direito. Fixadas essas balizas centrais sobre o tema, afirme-se, então, o modo como esta pesquisa se organiza.

Em primeiro plano, destaca-se a metodologia, que é eminentemente de pesquisa bibliográfica, logo, haverá algumas passagens colhidas em teses referenciais sobre o objeto.

Como conduto teórico, escolheu-se o *Tridimensionalismo Jurídico*, resgatado das lições de Miguel Reale, de maneira a vislumbrar o requisito da “repercussão geral” sob os ângulos de fato, valor e norma. Equivale dizer, a “repercussão” como uma das respostas possíveis à insuportável lentidão processual vivenciada no país (fato), surgida através de uma onda reformista, em prol da melhoria do Judiciário nacional (valor), e prevista na Constituição, no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do STF (norma) .

Em segundo plano, pode-se afirmar que o presente trabalho se divide em três pontos bem definidos.

No inicial, tem-se a análise da exigência de “repercussão geral” como produto da *Reforma do Judiciário*. Além de breve apreciação sobre a Emenda 45/04, em que se

apanhará a finalidade e o modo como tal requisito auxiliará numa transformação viável da Jurisdição Constitucional brasileira.

Em segundo tópico, a explicitação da natureza do instituto. Os antecedentes do requisito de “repercussão geral” e as exigências equivalentes em outros Orbes Jurídicos. Mais ainda, um esforço conceitual a respeito do requisito e o modo análogo como já se aplicava aos procedimentos dos Juizados Especiais.

Num terceiro ponto, implícito à exposição dos outros dois, comenta-se a conexão entre a nova exigência recursal e o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Em particular, evidenciando as alterações que vêm ocorrendo nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, e que tais alterações se aprofundarão, com a aplicação da nova exigência. Neste aspecto, o terceiro tópico entrelaça a “repercussão geral” como método de extinção do *simples* controle concreto de constitucionalidade, no STF.

Ao final desse caminho, concluir-se-á o estudo, com a humildade científica de não pretender esgotá-lo. A propósito, apenas o cotidiano forense (doutrina, jurisprudência e proximidade do requisito com profissionais e jurisdicionados) poderá atribuir contornos definitivos ao novo instituto.

Todavia, desde então, espera-se que o absurdo estatístico do Supremo Tribunal tenha na “repercussão geral” um aliado para dupla teleologia: diminuir o número de causas (que apenas geram demora indevida nos julgamentos e descrença no jurisdicionado) e aumentar a eficácia da prestação jurisdicional, com padronização de entendimentos, agregando valores como Justiça e Segurança Jurídica aos trabalhos da Corte Máxima brasileira.

1 o requisito como fruto da reforma do judiciário

Previamente, colha-se a noção de que “repercussão geral” é uma exigência ao recorrente que se vale do Recurso Extraordinário – o último instrumento de irrisignação na ritualística brasileira – direcionado ao Supremo Tribunal Federal, a partir de um processo em que interesses subjetivos das partes se discutem.

O recurso, antevisto no art. 102, III, CF, tem admissibilidade, em resumo, nos casos de malferimento de disposições constitucionais, num processo qualquer. Mas, a norma constitucional referida, em suas quatro alíneas – vê-se logo na primeira – abre espaço a qualquer tipo de interpretação. O que gerou desvirtuações.

Os contextos pontuais em que as partes litigantes recorriam à Suprema Corte, pouco e pouco, foram perdendo a nota de extraordinariedade (que, de resto, adjetiva o próprio recurso), tornando-se cada vez mais comuns.

Ocorrendo, assim, que todo processo existente num juízo brasileiro poderia desaguar no STF, e a perífrase ‘Supremo Tribunal Federal’ fora perdendo sentido, na ordem jurídico-processual, pois deveria traduzir o caráter excepcional dos recursos que se conhecessem e se julgassem por aquela alta corte. André Ramos Tavares critica severamente o fenômeno:

O volume excessivo de trabalho do Supremo Tribunal Federal sempre foi foco de atenção e preocupação por parte dos estudiosos e, particularmente no Congresso Nacional, tem rendido recentes e constantes propostas de reformas, todas com o objetivo de reduzir-lhe a carga de atividade a patamares considerados sensatos e saudáveis. No Brasil pré-reforma pode-se verificar que o Superior Tribunal Militar julgava um número de processos próprio de um Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal era constrangido (juridicamente) a julgar um número de causas compatível apenas com um tribunal comum de cassação/revisão. As prioridades estavam (e provavelmente ainda continuarão, em boa medida) nitidamente invertidas: uma Justiça (militar) que leva a um indesejável corporativismo, e um Tribunal Constitucional em tempo parcial (Favoreu, 1997:105), acumulando a tarefa de tribunal comum de última instância (e por vezes até instância comum originária para causas não-constitucionais).

Nesse terreno, os recursos, concebidos como aparelhos para se debelar a justiça no caso concreto (enjeitando uma eventual decisão equivocada), começaram a se tornar armas protelatórias, assegurando que a prestação jurisdicional se arrastasse no tempo. O que preocupa, à medida que as atitudes procrastinatórias de uns litigantes afetam ao sistema inteiro, por exemplo, emperrando os tribunais em seus julgamentos.

Nessa marcha, no que respeita especificamente ao título desta pesquisa, o recurso extraordinário começou a abarrotar o STF de julgamentos de processos subjetivos e, via de conseqüência, de ataques à Constituição que somente se poderiam solver naqueles processos (entre as partes). O que, se não esvazia a função do Supremo de guardião da Ordem Constitucional Objetiva, pulveriza seu mister, e o transforma em patrulheiro de casos concretos onde um ou outro artigo da Constituição seja desafiado.

Assim, a *repercussão geral* contempla o dever de iniciar a transformação do Supremo Tribunal, primeiro com certo desafogo de processos, diminuindo o número de recursos protocolados. Em seguida, permitindo que o Tribunal julgue somente causas de relevo, e, prontamente, legitimando-o a decisões mais abstratas, ainda que em processos meramente subjetivos, o que servirá para decidir um bloco de causas ao mesmo tempo.

Esse semblante da exigência de *repercussão geral*, não está blindado a críticas contra si (respeitantes, por exemplo, à independência dos juízos e tribunais, que apenas aplicarão precedentes do STF, à diminuição da possibilidade de recorrer em determinados casos ou à extrema centralização hermenêutica da Carta Política por parte do Supremo), no entanto, não se pode negar que traduz forte conexão com a necessidade de racionalizar o Judiciário.

Nesse ponto, é mudança que se afina aos propósitos da Reforma do Judiciário, declinados acima, e contribui, significativamente, para que a construção jurisprudencial brasileira siga uma ordem que, de maneira gradual, extermine a loteria judiciária – entendida como casos iguais que recebem decisões absurdamente distintas.

2 A REPERCUSSÃO GERAL COMO requisito DE ADMISSIBILIDADE

Nesta parte da pesquisa, propõe-se um estudo mais específico da *repercussão geral*, após entender o tipo de movimento legislativo-reformista que trouxe o requisito ao Ordenamento pátrio. E, ademais, após a compreensão das finalidades da exigência. De sorte que se deve atentar para as perspectivas do requisito em lume, como avisam Marinoni e Mitidiero:

A exigência de demonstração da relevância e da transcendência da questão constitucional debatida como condição de acesso, via recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal constitui decisivo passo na construção de nosso processo justo. Trata-se de importante expediente de política judiciária, cuja compreensão e funcionamento a todos inequivocamente interessa .

O próprio legislador ordinário, através da Lei nº 11.418/06 – que criou, no Código de Processo Civil, os arts. 543-A e 543-B – ofereceu ao intérprete um conceito genérico, por assim dizer, de *repercussão geral*:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (negritou-se)

É a partir da delimitação do Código de Processo Civil que se desempenha esforço conceitual sobre o tema, mesmo porque é a delimitação adotada no STF para a aplicação da exigência. Curial observar que o legislador, propositadamente, estatuiu um preceito indeterminado para o requisito. Neste jaez, lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

[...] Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam MARINONI e ARENHART, não é possível estabelecer uma noção a priori, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto .

Assim, tratou o Código Processual de um conceito aberto, para dilatar-se a interpretação da exigência de acordo com as peculiaridades dos casos aportados no Supremo Tribunal. Tal elastério permitirá à jurisprudência excelsa delinear as dimensões do instituto caso a caso, mas tendo em vista que os entendimentos, gradualmente, se uniformizarão, quanto mais vezes o requisito seja apreciado. De outra faceta, há uma função patente nestes conceitos vagos: a de manter a atualidade do instituto definido.

A esse respeito, se o intento do legislador fosse declinar todos as questões de *repercussão geral*, possivelmente, em poucos anos, a lista estaria defasada. Haveria fatores da realidade social e jurídica que desapareceriam, perdendo importância e, ao contrário, controvérsias novas surgiriam.

De sorte que andou bem a Lei nº 11.418/06, em optar que a Corte Máxima limite, em cada julgamento, e objetivamente, o que há de repercutir com generalidade. Não esquecendo de balizar suas considerações pelo que está exposto no Código de Processo Civil e no próprio Regimento Interno do Tribunal.

Não se furtando a um conceito mais exato que aquele deixado pelo legislador, pode-se entender como ‘questão de repercussão geral’ a controvérsia que afete a um número considerável de casos semelhantes e que guarde temática importante para a coletividade. É dizer, pois, controvérsia que transcenda os interesses debatidos *intraprocesso* e que se reflita em diversas outras causas.

Pode-se aferir essa relevância até pela quantidade de ações que superlotam os tribunais, quanto a uma mesma matéria. Nesse dito, sobressai o conceito de Mitidiero e Marinoni :

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além [sic] do interesse subjetivo das partes da causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.

Filia-se esta pesquisa ao entendimento de que é da fórmula *transcendência + relevância* que advém o conceito de *repercussão geral*. Em termos práticos, Didier e Cunha assim diferenciam parâmetros para se compreender o requisito:

[...] É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja “repercussão geral”: i) questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica. Por conta disso, é possível pressupor que, em causas coletivas que versem sobre temas constitucionais, haverá a tal “repercussão geral” que se exige para o cabimento do recurso extraordinário; ii) questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica – *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais .

Neste painel, citam-se recursos extraordinários em causas previdenciárias (reajustes de rendas de benefícios e pensões), em causas tributárias (revisões de valores de tributos), em causas penais (regimes de cumprimento de pena), em causas civis e consumeristas (entendimentos sobre cláusulas contratuais) etc.

De maneira que a questão constitucional inserida no processo do recorrente extraordinário não mais será apreciada pelo STF se aquele não demonstrar, preliminarmente, a implicação da causa para o Direito Constitucional Objetivo, e não somente para seu caso pontual.

2.1 Antecedentes: *Arguição de Relevância da questão federal*

A Constituição de 1988, por intermédio da Reforma do Judiciário, não deu vazão a uma novidade completa, através do requisito que ora se analisa. Entre 1969 (Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967) e 1988 (atual Carta Política), havia um requisito ‘similar’, na sistemática recursal excepcional.

Tal exigência denominava-se ‘arguição de relevância da questão federal’, e seu breve estudo pode auxiliar na compreensão de alguns aspectos da repercussão geral, guardadas as devidas proporções em que se diferenciam os requisitos. Além do que, guardado o momento histórico em que aparecem. Mitidiero e Marinoni também recordam a existência do instituto:

Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário *a priori* incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem .

Explique-se, de antemão, que inexistia o Superior Tribunal de Justiça à época da Constituição anterior – e o Tribunal Federal de Recursos, daquele tempo, não lhe fazia todas as vezes. Assim, não havia o Recurso Especial, e as hipóteses de cabimento deste, conhecidas hoje, eram direcionadas ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, os ministros da Corte, percebendo já a intensa carga processual sobre a qual debruçavam, enviaram um projeto ao Legislativo, para criação de uma barreira a tantos recursos. Esclarece Moreira ALVES:

No passado, quando se falava em crise do Supremo Tribunal Federal – e que, na verdade, era mais propriamente a crise do Recurso Extraordinário – em face da multiplicidade de causas que iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica, ele, pouco a pouco, tomou certas iniciativas para tentar conter a marcha evolutiva desses números para que pudesse atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação. Por isso, se nós volvermos as vistas para o passado, veremos que houve uma série de providências, ora de natureza legislativa, ora de construção jurisprudencial, ora de emendas constitucionais e, até mesmo, de atuação do Poder Constituinte originário, para tentar fazer com que a Corte pudesse manter-se no seu papel de grandeza de Corte da Federação e, conseqüentemente, não sucumbir diante da avalanche de recursos e de processos, muitos dos quais diziam respeito a questões de pouco valor em face dos magnos problemas constitucionais da federação .

Essa barreira, veio com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69, que no art. 119, III, Par. Único, da Constituição de 1967, franqueava ao Regimento Interno do Supremo Tribunal a indicação de critério para admissão do recurso extraordinário. Com a Emenda Regimental nº 3/75, o Tribunal instituiu, qual denominou o Ministro Victor Nunes Leal (no Supremo, de 1960 a 1969, também criador da Súmula de Jurisprudência Predominante), a exigência de “arguição de relevância da questão federal”.

Pelo próprio epíteto se depreende que o recorrente deveria demonstrar que a controvérsia debatida em seu caso era significativa o suficiente, para o orbe jurídico, de modo a ser julgada pelo Supremo Tribunal – uma corte sistêmica, uniformizadora de entendimentos constitucionais.

De maneira que, não havendo o Superior Tribunal de Justiça, as questões de legislação federal paravam no Pretório Excelso, mas este começou a se resguardar da avalanche processual, atribuindo uma condição específica de admissibilidade nos recursos: que o recorrente comprovasse o relevo de sua questão para outros casos.

2.2 Requisitos análogos no direito comparado

A *Supreme Court* estadunidense e o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*VerBundesverfassungsgerichts*), atualmente, são os dois principais bastiões do controle de constitucionalidade, pelo mundo. O Brasil, com a *repercussão geral*, importa, nalguma medida – que depois se fixará qual – os modelos do *writ of certiorari* americano e dos recursos de amparo e constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) alemães.

É de se registrar, ainda, que na Itália, na Áustria, na Bélgica, na Espanha, em Portugal (e vários outros países da Europa), ou mesmo na América Latina (Argentina), há instrumentos semelhantes. No entanto, os exemplos *retro* escolhidos sintetizam dois paradigmas de controle de constitucionalidade, através dos quais não se carece buscar cada ordenamento estrangeiro.

O *writ of certiorari*, petição escrita pela parte a fim de demonstrar importantes e especiais razões para que seu caso seja revisado pela Suprema Corte, confere ao Tribunal Máximo Americano, desde 1891– com o *Judiciary Act*, editado pelo Congresso – poder discricionário para entender que causas devem ou não se processar naquele Tribunal.

Portanto, a liberdade que a Corte tem é de decidir (como antes, com a *arguição de relevância*, no Supremo brasileiro), administrativamente, o que merece ou não se submeter à jurisdição máxima.

Assim, no sistema estadunidense, o Tribunal toma uma posição mais política – ainda que seja de política judiciária – que de Direito, propriamente dita. Não se constitui direito das partes, naquele sistema, a revisão judicial pela Suprema Corte, o que faz prevalecer, muitas vezes, certas preferências e orientações pessoais de seus ministros, para determinados painéis.

Quanto a isso, obviamente que, após séculos de aplicação dessa admissibilidade, a *US Supreme Court* já estabeleceu uma série de matérias sobre as quais se pronuncia, na

hipótese de provocação por *certiorari*, o que, todavia, não a adstringe de entender diferente quando necessário. Dessa forma, a atuação discricionária é o cerne do requisito estadunidense. No contexto nacional, o STF, apesar de vir tomando algumas decisões metajurídicas, não tende a estas fortes doses de política, e o requisito da *repercussão geral* é regulado o suficiente para que tais posições pouco aconteçam.

Nesse aspecto, a *repercussão geral* é menos indulgente para com o Tribunal. Primeiro, o quórum para que o STF entenda não haver *repercussão geral* num recurso é qualificado: são dois terços (8 ministros) da Corte para tanto, no pleno. Segundo, a decisão é jurisdicional e não administrativa, por conseguinte, todo o corolário constitucional (de fundamentação, publicidade etc.) se perfaz.

Permanece, então, a idéia de que o sistema americano é modelo próximo para a *repercussão*, conquanto se apliquem distintamente, porque a idéia é de concentrar o foco da Corte Máxima nas causas que se afigurem excepcionais. A crítica que se faz, quase sempre, ao paradigma americano é, justamente, quanto à discricionariedade exagerada – algo que o Brasil não importou.

Optou-se, destarte, por que o requisito nacional fosse jurídico (não político) e controlável por vias jurídicas. No caso do Alemanha, qualquer processo em trâmite no país pode recorrer ao Tribunal Constitucional, no momento em que surgida controvérsia dessa natureza. O recurso, portanto, é conhecido, na Corte, acaso o processo de que venha guarde liça constitucional, e exclusivamente sobre ela o Tribunal decidirá. Nas palavras de Mitidiero e Marinoni:

No direito alemão, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro e no direito estadunidense, o Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) alemão exerce um controle monopolístico sobre a constitucionalidade dos atos normativos (*monopolisierten Normenkontrolle*), denominado de *Verwerfungsmonopol*. No sistema alemão, as decisões do *BVerfG* têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme se vê do § 31, 1, da Lei do Tribunal: “As decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas”. As decisões do Tribunal Constitucional têm força de lei (*Gesetzeskraft*). A importância da análise do sistema alemão encontra-se no fato de que não é somente a parte dispositiva do precedente que é vinculante. Muito mais importante é o fato de que os motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão vinculam as decisões futuras .

Com a citação, impossível não apontar que o caráter objetivo das decisões advindas de processos subjetivos já existia pela Alemanha, desde a concepção de seu sistema de Jurisdição Constitucional.

Assim sendo, as decisões tomadas pela Corte Máxima, por provocação de recurso, equivalem a decisões hauridas de ações originárias da competência da Corte. Os votos consignados para os recursos de amparo e constitucional, dessa maneira, valem para conservar o Direito Constitucional Objetivo e não apenas guardar o significado normativo num caso específico.

Grosso modo, pode-se diferenciar o recurso extraordinário brasileiro dos recursos de amparo e constitucional alemães, porque estes levam ao conhecimento do Tribunal

Federal a controvérsia constitucional em razão do referido monopólio no controle normativo, e aquele é, necessariamente, a última tentativa recursal da parte – após esvaírem-se as outras instâncias. Com o adendo, na prática, de que a parte estará levando ao conhecimento do Supremo seus interesses subjetivos na causa, pois a questão constitucional representara simples meio para se atingir a Corte Máxima.

A partir da *repercussão geral*, busca-se acomodar no sistema jurisdicional constitucional pátrio o apanágio do modelo alemão de conferir, em decisões que julgam recursos, efeitos *erga omnes* e, mesmo, vinculantes.

Entende-se que a experiência européia de Tribunal exclusivamente Constitucional (encetada, a propósito, por Hans Kelsen que, a pedido do governo austríaco, elaborou o projeto da Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, propondo este tipo de Tribunal), é, em absoluto, diferente da que o Brasil pode vivenciar.

Não obstante, a convivência dos moldes difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, representando, até, um chamado sistema misto de controle normativo, é nódoa indelével, em curto prazo, do Direito nacional. Logo, não surpreende que a *repercussão geral*, igualmente, reúna certas vantagens de um e de outro paradigma eleito. Por ora, então, a perspectiva do STF é estar entre as duas Cortes citadas.

2.3 Direito do Trabalho: art. 896-A, CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5452/43), em 2001, sofreu alteração intrigante – através de Medida Provisória. Adicionou-se nova condição ao processamento do Recurso de Revista (de competência do Tribunal Superior do Trabalho). Colha-se diretamente da fonte: art. 896-A. *O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.*

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), a partir de então, deveria analisar se o caso pontual, sob seu julgamento, em vez de atingir apenas o interesse das partes, poderia sobrelevar a questão para além daquele processo. Portanto, anos antes, condição similar à *repercussão geral* para recorribilidade já existia na ordem jurídica. Meton e Gérson Marques de Lima anunciaram:

No Brasil, há um pequeno ensaio deste modelo, embora ainda dependente de regulamentação, no art. 896-A da CLT, a propósito do Recurso de Revista para o Tribunal Superior do Trabalho [...] Certo que, a rigor, o art. 896-A padece de inconstitucionalidade formal e material, pois editado por Medida Provisória, que carecia do requisito *urgência* e não podia dispor sobre processo civil (aí compreendido o do trabalho) .

O Projeto de Lei nº 3.267/00, que previa o requisito, originalmente, era um tanto diferente da Medida Provisória que acabou por incluí-lo à CLT. Enumerava quatro incisos ao art. 896-A, explicitando o que a transcendência deveria representar, a fim de que tais tópicos fossem condutos interpretativos do TST.

O proposto era que o Tribunal se pronunciasse em situações-limite de (I) desrespeito patente, (II) desrespeito notório, (III) situação extraordinária e (IV) ressonância de vulto. Tudo relacionado às normas trabalhistas, portanto, “desrespeito patente às normas trabalhistas” etc.

A adjetivação que o projeto inseriu às hipóteses denota a excepcionalidade que passaria a ter o julgamento de um Recurso de Revista. O que se elogia, no sentido de que o TST representa a última instância naquela Justiça e os processos que lhe cheguem devem ser excepcionais.

De outro lado, o Projeto é criticável à medida que tais formulações dizem, senão a mesma idéia, situações parecidas demais, na prática forense, de modo que a distinção doutrinária deveria fixar limites tênues entre o que fosse *desrespeito patente* e *desrespeito notório* às normas do Trabalho. Na justificativa da Medida Provisória 2.226, reportou-se com melhor técnica o projetista.

Explica-se, ali, que ocorrerá *transcendência jurídica* quando houver desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com o comprometimento da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. *Transcendência política* existirá no caso de desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos. *Transcendente economicamente* será a causa com grande repercussão em relação à entidade de Direito Público ou sociedade de economia mista. Finalmente, a *transcendência social* ocorrerá quando houver situação extraordinária de discriminação e comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação à harmonia entre capital e trabalho.

Nessa aura de explicações, alguns elementos podem ser, perfeitamente, integrados ao estudo da *repercussão geral*. Auxiliados por esses projetos que conceituam ‘transcendência’, os intérpretes podem antecipar-se a respeito da admissibilidade do requisito para o extraordinário.

E, nesse ínterim, os esforços conceituais da doutrina, decerto, apoiarão futuras decisões, tendo em conta que se entende que é o Tribunal Superior do Trabalho, com a *transcendência*, e o Supremo Tribunal Federal, com a *repercussão*, que, em cada caso posto a seus julgamentos, delinearão os contornos de relevância jurídica, social, política e econômica.

2.4 Procedimento semelhante nos Juizados Especiais

Antes da Emenda Regimental nº 21, de 03 de maio de 2007, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal, adaptando-o à *repercussão geral*, já se lia procedimento análogo ao que se tem, hoje, no julgamento do recurso extraordinário, no artigo 321, § 5º, RISTF, que se refere ao recurso advindo de Juizados Especiais.

A semelhança principal entre os mecanismos está na determinação de que os Tribunais *a quo* recebam os vários recursos extraordinários, controlem estatisticamente as controvérsias neles debatidas e, à medida que se repitam, possam enviar um ou dois recursos – representativos do assunto – ao STF, para solução final de todos os contextos ao mesmo tempo.

Em outros termos, a iniciativa de agilidade prevista na regulamentação da *repercussão geral*, em que os Tribunais *a quo* enviam para o Supremo Tribunal, apenas um ou alguns recursos extraordinários, a respeito de matéria que possua centenas deles, já existia, na realidade dos Juizados Especiais (e continua a existir). Essa medida, portanto, força as Turmas Recursais e de Uniformização a sobrestar feitos que versem idêntica problemática, até ulterior pronunciamento da Corte Maior.

Além disso, ao final do julgamento, a decisão do Supremo é enviada a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização, para que futuros casos se alumiem por aquele precedente. Na sistemática da *repercussão geral*, da mesma forma, seguindo os arts. 543-A, § 7º e 543-B, § 3º, CPC, após o julgamento sobre a admissibilidade do requisito, que valerá como acórdão, todos os processos suspensos nas instâncias *a quo* serão apreciados de acordo com o que houver decidido o Supremo.

Tal hipótese é apelidada pela doutrina de *repercussão geral por amostragem*, e, tendo sido testada anteriormente nos procedimentos dinâmicos dos Juizados Especiais, e funcionado a contento, em particular, nas causas previdenciárias, a Lei Federal nº 11.418/06, não medrou em prevê-la de igual forma para o novo requisito ao extraordinário. Expressam DIDIER e CUNHA:

A Lei Federal n. 11.418/2006 instituiu um incidente de análise da repercussão geral *por amostragem*, semelhante ao que já existe para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF). [...] Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC) .

De sorte que a Reforma do Judiciário, conquanto inovadora, pôde, em certos pontos, aproveitar procedimentos que já haviam demonstrado boa funcionalidade, sintonizando os propósitos de celeridade do sistema jurisdicional, tal o caso do julgamento por amostragem de recursos extraordinários alçados dos Juizados Especiais.

CONCLUSÃO

Este artigo dispôs-se a enfrentar temática atual e pouco abordada, mesmo entre os doutrinadores do Direito Constitucional. Investigou-se, em linhas gerais, e sem pretensão de englobar todas as facetas da matéria, o novo requisito de admissibilidade incluído no processamento do recurso extraordinário, constitucionalmente nomeado *repercussão geral*.

Esta nova condição de conhecimento do recurso, no Supremo Tribunal Federal, surgiu com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, em esforço do Constituinte Reformador para melhor sistematizar o funcionamento dos juízos brasileiros.

Longe de representar mera hipótese, o requisito já se encontra regulamentado no Código de Processo Civil (arts. 543-A e 543-B, CPC) e no Regimento Interno do STF (arts. 322 a 329), contando aplicação desde 03 de maio de 2007, tendo se acostado, neste exame, inclusive, alguns casos primeiros da exigência. O recorrente extraordinário, a partir de então, deve, em preliminar, convencer o Sodalício Magno de que a controvérsia constitucional debatida em seu contexto específico ultrapassa os limites subjetivos da causa.

Portanto, é nítida a tentativa de restringir as amplas possibilidades previstas na Carta Política (art. 102, III, alíneas *a* a *d*), para que um processo de interesses subjetivos alcance o Supremo Tribunal Federal. Com o novel instituto, a própria Constituição exige que a causa pontual guarde relevância e transcendência tais, que mereça o julgamento da Corte Máxima.

Com visio a compreender as implicações dessa novidade na ordem jurídica, este trabalho procurou delimitar os marcos essenciais do requisito, *v.g.*, sua finalidade, os institutos similares já existentes e as exigências análogas, no Direito Comparado. O tópico que mais interessa aos operadores jurídicos, decerto, é o que se aproxima de um conceito do que seja '*causa de repercussão geral*', pois que a definição legal para o instituto é abstrata e indeterminada.

Entretanto, não se discordou do legislador em assim proceder, posto que não poderia, *a priori*, criar uma lista de ações que contivessem *repercussão geral*, sendo, de fato, a construção jurisprudencial a legitimada em delinear, caso a caso, o instituto. Num outro pólo deste escrito, vislumbrou-se a transformação do Supremo Tribunal Federal, a contar da aplicação da nova preliminar recursal.

Não menos interesse desperta esta questão de que, a partir da exigência em apreço, alteram-se as cercanias dos sistemas de controle de constitucionalidade do Brasil. É que o Supremo Tribunal Federal julgará, objetivamente, querelas constitucionais advindas de casos concretos, isto é, a decisão prolatada num processo particular terá efeitos para todo o ordenamento jurídico.

Neste exame, entendeu-se, mesmo, cuidar-se de uma mudança de paradigma. Uma aproximação dos tipos de controle normativo exercidos, no país, com os moldes europeus de Jurisdição Constitucional, em que, é cediço, há Tribunal exclusivamente Constitucional, cujas decisões sempre valem *erga omnes*.

Defendeu-se que a *repercussão geral*, nesta guinada hermenêutica, legitima a Corte Maior a abstrativizar diversas paragens de um caso concreto. De outra maneira não se entenderia a necessidade do recorrente excepcional demonstrar que seu contexto influencia uma gama de outros processos.

Com o exposto, afirma-se, igualmente, que o requisito trará maior agilidade no trâmite processual, há muito requerida pelos jurisdicionados, visto que, primeiramente, diminuirá o número de processo que se alçam ao STF e, em seguida, permitirá à Corte que julgue vários deles em concomitância.

O Código de Processo Civil preocupou-se em detalhar que os Tribunais *a quo* suspendam o seguimento de recursos extraordinários ao Supremo, quando, estatisticamente, percebe-se multiplicidade de contendas idênticas. De tais processos, apenas um ou alguns recursos – representativos da controvérsia – serão objeto de apreciação do Pretório Excelso, que julgando o *leading case*, resolverá todos ao mesmo tempo. Denominou-se o mecanismo de *repercussão geral por amostragem*.

Além do que, registre-se, o julgamento do novo requisito valerá como acórdão e dele se fará súmula, de sorte que o repositório jurisprudencial do STF, no que toca à *repercussão*, deve ser seguido por todos os juízos *infra*, sob pena de cassação de decisão contrária. Haverá, portanto, a verticalização dos entendimentos magnos – um instrumento mais na política judiciária de eficiência, inaugurada em definitivo pela Emenda nº 45.

De maneira que a *repercussão geral* não será embaraço ao direito de recorrer das partes, cujos recursos serão apreciados, normalmente, em segunda instância. O que não se constatará mais é a absurda prática de guindar todos os casos, por egoísticos que fossem, até o crivo da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, 2ª ed.;

CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 21 mar. 2007;

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, v.1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 3.

DINO, Flávio. DINO, Nicolao. MELO FILHO, Hugo. BARBOSA, Leonardo. **Reforma do Judiciário. Comentários à Emenda nº 45/2004**. Niterói: Impetus, 2005.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Reforma do Poder Judiciário. Comentários iniciais à Emenda nº 45**. São Paulo: MALHEIROS, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOVELINO CAMARGO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. BOTTINI, Pierpaolo. **Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional nº 45**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América jurídica, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. (Org.). TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. São Paulo: Método, 2005, p. 209.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 6.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneira da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 269.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneira da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 270, v.3.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-31.

ALVES, Moreira *apud* MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 907.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19-20.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Reforma do Poder Judiciário: Comentários iniciais à Emenda nº 45**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 68.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneira da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 272, v.3.

**O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NAS AÇÕES
MANDAMENTAIS E O REEXAME NECESSÁRIO***

**THE RIGHT TO REASONABLE DURATION OF CASE IN AND WRIT
ACTION NEEDED REVIEW**

**Joyceane Bezerra de Menezes
Juliana Cardoso Lima**

RESUMO

Análise sobre o direito a uma razoável duração do processo nas ações mandamentais diante do comando constitucional, inserido pela Emenda nº 45/2004, com previsão no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, tendo como objetivo de garantir a todos uma prestação jurisdicional célere, de qualidade e eficaz. A função primária do Poder Judiciário é a solução dos conflitos. Nesse mister, deve considerar a força das normas constitucionais, especialmente, aquelas que conduzem os direitos e garantias fundamentais, cuja aplicabilidade é imediata e a eficácia é plena. Considera o acesso à justiça uma garantia fundamental e o princípio da razoável duração do processo um propulsor da justiça efetiva. O cidadão tem direito não apenas o acesso à justiça, mas a efetiva prestação jurisdicional. No entanto, o instituto do reexame necessário se opõe, por vezes, ao acesso à justiça com razoável duração do processo, transformando a demanda judicial em uma busca lenta, quiçá, ineficaz. Assim, questiona a compatibilidade do reexame necessário com o princípio da razoável duração do processo, especialmente, nos casos de mandado de segurança.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

ABSTRACT

Analysis on the right to a reasonable length of the process in action before the command constitutional, insertion by Amendment No 45/2004, with estimates in art. 5, LXXVIII of the Federal Constitution of 1988, with the aim of ensuring all provide a quick court, quality and efficient. The primary function of the judiciary is the solution of conflicts. In this mister, should consider the strength of constitutional requirements, particularly those which lead the rights and guarantees, which is immediate applicability and efficiency full. Considers access to justice a law based. And consider the principle of reasonable duration of the process a tool for effective justice. The citizen is entitled not

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

only access to justice, but to provide effective judicial review. However, the Office of the review are opposed necessary at times to access to justice to a reasonable length of the process, transforming the court order to search a slow, perhaps, ineffective. Thus, questions the need to review the compatibility with the principle of reasonable duration of the process, especially in cases of writ mandamus.

KEYWORDS: ACCESS TO JUSTICE. REASONABLE LENGTH OF THE PROCESS. REVIEW NEEDED. WRIT MANDAMUS.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras funções do Estado, com o intuito de garantir a unidade social, está a de prestar a atividade jurisdicional, cabendo ao Judiciário desempenhá-la em conformidade com os limites estabelecidos pela Constituição e leis infraconstitucionais. Dá-se aos magistrados a função de interpretar e aplicar as normas, atribuindo-lhes sentido, alcance e validade.

O processo é o mecanismo, criado pelo Estado, utilizado para que as partes em litígio tenham acesso à justiça. O direito ao acesso deve ser interpretado ampliativamente, não bastando a sua mera admissão, é necessário que se respeitem e apliquem os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da celeridade, efetividade etc. Sendo assim, é concedido às partes o direito de obter uma análise de mérito, bem como o direito à execução efetiva da decisão prolatada.

A partir da Constituição Federal de 1988, valores como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o pluralismo político e a livre iniciativa, aparecem exaltados, passando, a doutrina e a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, a dar mais destaque aos denominados direitos e garantias fundamentais, utilizando-os como base de suas teses jurídicas e reconhecendo aos princípios constitucionais a qualidade de normas jurídicas de eficácia e aplicabilidade imediata.

Nesse contexto, princípios que antes apareciam de forma implícita dentro do nosso ordenamento jurídico se apresentam de forma explícita, a exemplo do *princípio da razoável duração do processo*, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, que visa garantir às partes, no âmbito judicial, uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Não restam dúvidas que, na atualidade, um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado-Juiz é a descrença da sociedade na Justiça Brasileira. São inúmeras as queixas relativas à demora na prestação jurisdicional, que finda por representar a ineficácia das decisões, já que tardiamente proferidas. A situação se agrava pelos inúmeros recursos e meios de impugnação que ampliam a incerteza e insegurança das partes, tornando o acesso à justiça cada vez mais oneroso.

É necessário adequar os institutos processuais vigentes, simplificando e desburocratizando expedientes no processo, a fim de se proporcionar uma solução mais rápida e eficiente dos litígios. O *princípio da razoável duração do processo* é um

comando constitucional que visa afastar os procedimentos que simplesmente prolongam a lide.

Disso resulta na premente necessidade de revisão dos dispositivos processuais, adequando-os à vontade constitucional conduzida na Emenda Constitucional nº 45. Dentre os institutos processuais que demandam uma revisão, vale destacar, o denominado *reexame necessário*.

É possível afirmar que o reexame necessário está em grave descompasso com o postulado da razoável duração do processo, especialmente, quando aplicável sobre as ações mandamentais, descaracterizando o rito sumário do *mandamus* e retardando uma prestação jurisdicional que deveria ser célere.

Diante desta afirmativa, o propósito deste artigo é demonstrar como o instituto infraconstitucional do reexame necessário aplicado às Ações de Mandado de Segurança ofende o princípio constitucional da razoável duração do processo, violando, portanto, o direito do impetrante. Para o desenvolvimento do tema, parte-se da análise do princípio da *razoável duração do processo*, como um dos elementos do direito fundamental de acesso à justiça para, em seguida, tratar da sua compatibilidade com o reexame necessário, especialmente quando utilizado nas ações mandamentais. A pesquisa analisa doutrina nacional e estrangeira, bem como decisões jurisprudenciais, a partir de uma metodologia puramente qualitativa.

2 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: O ACESSO À JUSTIÇA CÉLERE E EFICAZ

O Estado assumiu o papel de solucionar os conflitos. Cintra (2002, p.19) ensina que “a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”. Atribui-se ao Poder Judiciário a função de “interpretar e aplicar o direito coativamente e em caráter definitivo, satisfazendo, assim, a necessidade de certeza e segurança jurídicas, valores imprescindíveis à estabilidade social” (ROCHA, 1995, p.23).

O acesso essa prestação jurisdicional constitui um direito fundamental formal e material, a partir do mandamento de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art.5º., XXXV, CF/88), e dos enunciados que garantem o direito de petição, o devido processo legal, a gratuidade de justiça (art.5º., XXXIV, *a*; art. 5º. LIII, LIV, LV, LVI, LVII; art.5º., LXXIV, CF/88). Para a horizontalização desse acesso, como um mecanismo essencial à defesa dos direitos substantivos do cidadão, “desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos”(CAPPELLETI, 1988, p.76). Procurando aparelhar o cidadão em defesa dos seus direitos, o legislador constituinte também consagrou as garantias especiais do habeas corpus, do mandado de segurança, do habeas data etc (Mendes, 2008, p.495). Pois é preciso, como adverte Marinoni (1994, p.11), pensar a tutela jurisdicional a partir da perspectiva do usuário da

justiça, mediante uma preocupação efetiva com o *resultado jurídico-substancial do processo*.

Para reforçar o acesso efetivo à justiça, a Emenda Constitucional no.45 inseriu, no rol das normas de direitos fundamentais do artigo 5º. (inciso LXXVIII), o *princípio da razoável duração do processo*, como um mandado de otimização, impondo aos poderes públicos a sua observância imediata, de modo a garantir-lhes a maior eficácia possível (BONAVIDES, 2002, p.265).

Disto resulta que, o princípio da proteção judicial efetiva e o direito à prestação jurisdicional do Estado não se esgotam apenas no direito de acesso, tampouco no direito de exame do mérito, pois é indispensável garantir-se às partes o direito à uma execução efetiva, “impedindo, assim, que esta se converta em mera proclamação abstrata” (ROCHA, 1995, p.25).

Como se vê, o Estado Democrático de Direito trouxe inúmeras mudanças, destacando-se a nova visão concedida aos direitos e garantias fundamentais, que não podem ser interpretados apenas como normas programáticas, ao contrário, devem gerar, desde a promulgação da Constituição, o condão de vincular de imediato a todos, conforme preceitua o § 1º, art. 5º, da CF/88 . Na análise de Ingo Sarlet (2005, p.271):

no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de um interpretação tópico-sistemática.

Portanto, estender a característica da aplicabilidade imediata própria das normas de direitos fundamentais, ao *princípio da razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), como um mandado de otimização, impondo aos poderes públicos a sua observância imediata, de modo a garantir-lhes a maior eficácia possível. Pois é sob essa lógica, as conclusões de Bonavides (2002, p.265) ao dizer que as mudanças na Teoria dos Princípios consagraram, principalmente, a sua hegemonia e preeminência, como normas dotadas de densidade e eficácia:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Logo, ao legislador é imposta a total vinculação aos direitos fundamentais, devendo atuar no sentido de concretizá-los, sendo-lhe defeso editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade das normas que os conduzem. Assim, os aplicadores e intérpretes da lei devem ficar atentos para observar eventual revogação de institutos infraconstitucionais pelos dispositivos constitucionais. Deve-se assegurar que as leis processuais estejam respeitando o direito fundamental a uma razoável duração do processo. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (2005, p.501) já sinaliza:

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo para garantia da celeridade de sua tramitação.

O estabelecimento de limites aos direitos fundamentais com base em postulados infraconstitucionais é uma prática, no mínimo, temerária. Ao invés disso, as leis devem ser interpretadas tendo como parâmetro os princípios esculpido na Lei Maior. É atribuída, aos intérpretes, a função de realizar uma interpretação extensiva de direitos, sendo-lhes vedado restringi-los.

Qualquer interpretação que restrinja direitos e garantias tutelados pela Constituição não deve obter força entre os estudiosos e aplicadores do direito, uma vez que não corresponderá aos intentos de um Estado Democrático e Social de Direito, que deve manter uma “ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para com os governados” (BULOS, 2003, p.77).

Nessa esteira leciona Gomes Canotilho (2003, p.598-599):

[...] a vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.

Não restam dúvidas, portanto, no que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, que aos magistrados, de órgãos singulares ou colegiados, são outorgados a obrigatoriedade de garantir maior eficácia possível no âmbito do ordenamento jurídico.

Deseja-se, portanto, uma atuação do Judiciário pautada em características de um Estado Democrático de Direito, que conforme destacou Rodolfo Viana (PEREIRA, 2001, p.170-171) ao citar Menelick de Carvalho Netto requer:

[...] do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Dito isso, a questão que se levanta é a de como adequar a prestação jurisdicional dos juízes baseada na *razoável duração do processo* com o reexame necessário?

3 REEXAME NECESSÁRIO: UM DESCOMPASSO COM UMA PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

Por prestação jurisdicional definitiva entende-se aquela em que as partes em litígio têm para si uma sentença ou acórdão, proferido por um órgão imparcial, competente, como uma decisão sobre a qual não se admita mais qualquer espécie de recurso, seja pela falta de previsão legal ou pela expiração do prazo para sua interposição. Decorre do chamado trânsito em julgado, quando a decisão passa a produzir, de forma plena, todos os seus efeitos. Nesse estágio, ocorre o fenômeno da coisa julgada (formal e/ou material), quando o Estado finaliza seu papel de harmonizar o conflito.

Sucedo, todavia, que a legislação processual admite, excepcionalmente, uma mitigação de tal regra. Isto ocorre por meio do instituto da ação rescisória que possui o condão de, nos casos previstos taxativamente em lei, afastar a força do trânsito em julgado, nos moldes do art. 485 do Código de Processo Civil.

Em sentido similar, está o instituto do reexame necessário. Em casos taxativos previstos em lei, a decisão judicial não tem o poder de produzir plenamente seus efeitos. O reexame obrigatório é uma condição de eficácia para a decisão e deve ser viabilizado mesmo quando o prazo para a interposição do recurso já haja expirado.

Para Fredie Didier Junior (2006, p.339), “o reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia”.

O reexame necessário não corresponde a uma espécie de recurso, vez que não exige os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos. Em razão do princípio da taxatividade, no campo do direito processual, “somente são recursos aqueles expressamente determinados e regidos por lei federal (art. 22, I, da CF/88)”. E continua: “tratando-se de matéria processual, somente a lei federal é que pode criar recursos, ficando vedada a outra instância legislativa (ou mesmo administrativa) conceber figuras recursais” (MARINONI, 2006, p. 520). Sendo assim, a taxatividade consagra a existência de espécies recursais especificamente nominadas na norma processual (art. 496, do Código

de Processo Civil), sem qualquer previsão, naquele rol, do chamado *reexame necessário*.

É importante ressaltar que existem outras espécies de recursos disciplinadas por outras leis federais, que não o Código de Processo Civil, quais sejam, o recurso inominado, o agravo inominado e os embargos infringentes. Mas, reitera-se que nenhuma Lei Federal há que trata do reexame necessário como espécie típica de recurso. A esse respeito Humberto Theodoro Junior (2002, p. 25) comenta que “os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuarem o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé”.

Ultrapassada a questão da taxatividade, a diferença entre recurso e reexame necessário é ainda mais alargada quando se apreciam o *princípio da voluntariedade recursal* e a questão da *legitimidade para manejar um recurso*. Ora, o recurso deve ser manejado por vontade das partes, a quem cabe fundamentar as razões de sua resistência à sentença proferida. E também deve ser interposto por quem tem legitimidade: as partes em litígio, quando vencidas; os terceiros, interessados prejudicados e, o Ministério Público, na medida em que houver atuado como parte ou funcionar como fiscal da lei. Relativamente ao reexame necessário dispensa-se a vontade das partes, daí a inoportunidade da voluntariedade recursal, bem como não são necessárias as razões recursais. Além disso, quanto à legitimidade, sabe-se que neste instituto, cabe a remessa dos autos pelo juiz “a quo” prolator da sentença, independentemente da manifestação de interesses das partes ou de terceiros.

Observa-se a inadequação do instituto do reexame necessário ao *princípio da razoável duração do processo*, por que prolonga a atividade jurisdicional, podendo gerar, por um lapso temporal indeterminado, um maior desconforto entre as partes em litígio. Para Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.500):

a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.

O Código de Processo Civil de 1939 já trazia dispositivo similar, em seu art. 822, *in verbis*:

Art. 822 – A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I – Das sentenças que declararam a nulidade de casamento.

II – Das que homologam o desquite amigável.

III – Das proferidas contra a União, o Estado ou o Município. (BRASIL, 2008, on-line)

Em leitura do comando processual, verifica-se a impropriedade nominal “apelação”, que foi corrigida pelo Código de 1973, passando-se a adotar pela doutrina o termo reexame necessário ou oficial, tendo em vista, como já pontuado, não se tratar de uma espécie de recurso. Sendo assim, após última alteração realizada em 2001, o texto atual prevê:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (BRASIL, 2008, on-line)

O artigo, em destaque, determina que o magistrado *a quo*, ao proferir sentença que se enquadre em uma das situações previstas, de ofício, encaminhe os autos ao tribunal vinculado, sob pena de impedir o trânsito em julgado, podendo, ainda, o presidente avocá-los.

Observa-se uma tendência do legislador no favorecimento da Fazenda Pública, atribuindo-lhe mais um privilégio que, somado às suas demais condições especiais (prazo em dobro para recorrer, prazo em quádruplo para contestar, intimação pessoal, etc.), mostra-se atentatórios à isonomia processual. Esse privilégio torna-se evidente com a consagração do princípio *non reformatio in pejus* pela jurisprudência majoritária dos nossos Tribunais superiores, vedando a reforma da sentença recorrida quando em desfavor do recorrente. Atualmente, prevalece o entendimento de que através do reexame necessário só é permitida à instância revisora reformar a sentença em favor do recorrente. Senão vejam-se as seguintes súmulas e ementa:

Súmula n.º 45 (STJ) - No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

Súmula n.º 14 (TFR da 2ª Região) - A remessa necessária não pode ser provida para agravar a condenação imposta à Fazenda Pública, haja ou não recurso voluntário das partes.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. RECURSO. AUSÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. AÇÃO. AJUIZAMENTO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MP Nº 2.180-35/2001. INCIDÊNCIA.

I- Esta c. Corte firmou o entendimento segundo o qual não é possível a reformatio in pejus na remessa necessária, quando não há impugnação recursal pela parte adversa. Incide, assim, a Súmula nº 45/STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública". Precedentes.

II- *omissis*.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 931836 / RS Agravo Regimental no Recurso Especial 2007/0052116-4, Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJ 07.08.2007 p. 288). (BRASIL, 2007, on-line)

Em leitura dos dispositivos jurisprudenciais, conclui-se que o reexame necessário não pode ser meio de agravar a situação do ente público. Em contrapartida, verifica-se que independentemente de recurso voluntário manejado pelo Poder Público, através de seus procuradores, o processo, quando desfavorável àquele, é remetido a uma nova apreciação de todo o mérito, permitindo que, mesmo diante de uma peça recursal deficiente, o tribunal conheça de matérias não impugnadas.

Além dos pontos vistos, e apesar do próprio dispositivo prever as hipóteses excepcionais em que pode ser dispensado o reexame necessário, cabe indagar quanto à sua recepção pela Constituição Federal em face do *princípio da razoável duração do processo*, que visa afastar as consequências jurídicas oriundas da morosidade jurisdicional, como a descrença no judiciário, o prolongamento dos conflitos, inseguranças, incertezas e insatisfações das partes.

Como já mencionado, a proteção a uma razoável duração do processo está intrinsecamente ligada à eficácia dos atos jurídicos, uma vez que só com uma prestação judicial célere seus efeitos atingirão a finalidade para qual foi produzida. É o que Luis Roberto Barroso (2001, p. 250-251) adverte:

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Outro aspecto passível de apreciação são os efeitos produzidos pelo reexame necessário quando aplicado nas ações de mandado de segurança, submetidas necessariamente ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Pode-se questionar: o reexame necessário aplicado às sentenças proferidas em sede de mandado de segurança não descaracterizaria o rito sumário da referida ação? E ainda, como resguardar os interesses dos herdeiros necessários quando da morte do impetrante em processo pendente apenas de apreciação do reexame necessário, evitando a decretação da perda de objeto do *mandamus*, visto que a ação tem caráter mandamental e natureza personalíssima?

Em situações como estas, o reexame necessário não parece muito assente com a finalidade da própria separação de poderes, soerguida como base do Estado moderno para por termo “a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna” (BONAVIDES, 1980, p.40). Na expressão de Capelleti, (1988, p.15) “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direitos substantivo, poderia ser expressa como a completa *igualdade de armas* (...)”. Mas, do contrário, a utilização do reexame necessário, por vezes, parece coroar privilégios irrazoados em sacrifício das liberdades e garantias individuais.

4 Reexame necessário repercutindo nas Ações de Mandado de Segurança

Não restam dúvidas, quando da análise das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que os numerosos processos em tramitação têm como uma das partes o Poder Público. Estes números cresceram significativamente com o advento da Constituição Federal de 1988 e seus diversos institutos de proteção do indivíduo contra o Estado, tais como a garantia do habeas corpus, habeas data e do Mandado de Segurança.

A ação mandamental é um remédio constitucional, previsto no art. 5º, inciso, LXIX, da CF/88, que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Percebe-se, portanto, que o mandado de segurança será manejado contra ato de autoridade, definido por Hely Lopes Meirelles (2005, p.33), como “toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou

a pretexto de exercê-las”. Serão sujeitas ao reexame necessário as sentenças proferidas em sede de mandado de segurança contrárias à Fazenda Pública, ou seja, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas.

Sendo assim, trata-se de uma garantia constitucional criada para assegurar uma maior proteção a direito subjetivo individual e coletivo, com procedimento sumário, próprio, utilizando-se o Código de Processo Civil apenas subsidiariamente. Mesmo assim, encontrará um obstáculo processual, pois, quando concessivo o “*mandamus*”, se sujeitará ao reexame obrigatório.

Esta exigência contribui para que os tribunais estejam pendentes de exame de diversos processos remetidos para o exame do duplo grau de jurisdição, sem o manejo em conjunto de qualquer recurso pelo poder público, para apreciação de questões envolvendo matérias de natureza alimentar, tais como equiparação salarial, reajuste salarial, manutenção de gratificações, cumulação de cargos, etc.

Apesar de o impetrante obter sentença favorável para, por exemplo, ver reajustado o valor dos vencimentos, este reajuste, mesmo quando ausente de impugnação, só poderá ser implantado de forma plena após o cumprimento da condição de eficácia, ou seja, após a submissão dos autos ao reexame necessário.

É bem verdade que a Lei do Mandado de Segurança permite que a sentença seja executada provisoriamente, como dispõe o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1533/51. Contudo, nas hipóteses relacionadas à reajuste salarial, à concessão de aumento, à extensão de vantagens ou, ainda, de reclassificação funcional, os valores devidos a partir da data da interposição até a efetiva implantação na folha, só poderão ser executados após o reexame necessário, depois de transitada em julgado a respectiva sentença. Nesses termos, a Lei nº 4.348/64, que estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança, dispõe:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 7º O recurso voluntário ou “*ex officio*”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

A Fazenda Pública é parte passiva em inúmeros processos em curso na justiça que serão, quase sempre, sujeitos ao reexame necessário. Torna-se, portanto, indefinido o lapso temporal, podendo durar dois, três, cinco, dez anos, para realização de uma prestação jurisdicional definitiva.

Este ponto temporal apresenta maior gravidade em sede de Mandado de Segurança, tendo em vista a natureza da ação. Segundo entendimento pacífico na doutrina e

jurisprudência, a ação de Mandado de Segurança tem natureza mandamental personalíssima. Não sendo, por isso, admitida a habilitação de herdeiros no caso de morte do impetrante. Nesse sentido:

HABILITAÇÃO DE ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, na esteira de precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal, firmou já entendimento no sentido de que, em razão do caráter mandamental e da natureza personalíssima da ação mandamental, é incabível a sucessão de partes em processo de mandado de segurança.

2. Recurso especial conhecido e provido, ressalvando-se o direito dos herdeiros do impetrante de recorrerem às vias ordinárias.

(REsp 112.207/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 02.08.2001, DJ 05.11.2001 p. 146) (BRASIL, 2007, on-line)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FALECIMENTO DO IMPETRANTE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. Em face ao caráter mandamental, inadmissível a habilitação dos herdeiros por morte do impetrante, ressalvada a possibilidade de recorrerem às vias ordinárias.

2. Recurso conhecido e não provido. (Resp. 32.712/PR, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19/10/98).

É certo que o Mandado de Segurança visa proteger direito próprio, além do mais como bem lembrou Hely Lopes Meirelles (2005, p.37):

O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios.

Todavia, não se pode olvidar que a inobservância do *princípio da razoável duração do processo*, somado ao instituto do reexame necessário, acarreta uma ofensa ainda maior ao direito líquido e certo. Ora, sem dúvida, o impetrante que deseja ver reconhecido um direito a recebimento de gratificação que lhe fora retirada indevidamente não visa

apenas proteger direito próprio, mas, igualmente, reflexo patrimonial que atinge a sua subsistência e a de toda sua família e dependentes. Sendo assim, “o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere - ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo” (MENDES, 2008, p. 500).

Mas, lamentavelmente, segundo majoritário entendimento da jurisprudência, não é possível a habilitação de herdeiros em sede de mandado de segurança quando da morte do impetrante. A morte do impetrante gera a perda de objeto do *mandamus*. Apenas minimizando este prejuízo, é permitida a habilitação de herdeiros em sede de execução de ação de mandado de segurança. Assim, se garantida uma prestação mais célere, seriam reduzidos os casos de ineficácia da sentença proferida.

Cabe, ainda, apreciar um outro ponto. O instituto do reexame necessário possui algumas hipóteses de dispensa. A primeira, quando o valor da condenação não exceder a 60 (sessenta) salários mínimos, no momento em que a sentença for prolatada. A segunda hipótese de dispensa ocorrerá quando a sentença se fundamentar em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Pode-se afirmar, portanto, que, nestas hipóteses de dispensa, o juiz singular não estará obrigado a encaminhar o processo à apreciação do tribunal superior vinculado, bem como será vedada a sua avocação pelo tribunal, pois caracterizaria ato inútil, dispendioso e contrário ao *princípio da razoável duração do processo* (DIDIER JUNIOR, 2006, 346).

Quando presente uma das hipóteses de dispensa, a remessa do processo ao tribunal, constitui expediente desnecessário. Pode-se entender, portanto, que na ocorrência das situações apresentadas, uma vez proferida a sentença de mérito e inexistindo recurso voluntário manejado, os efeitos da decisão são plenos e passíveis de execução.

Nessa esteira, apesar de ser favorável a total inaplicação do reexame necessário nas ações mandamentais, deve-se, ao menos, entender possível a habilitação de herdeiros quando da morte de impetrante em ação de mandado de segurança submetido ao duplo grau de jurisdição, se este tiver seu seguimento negado, uma vez que a inadmissão do reexame necessário caracteriza a plena eficácia da sentença desde o momento de sua prolação, o que, conseqüentemente, possibilitará a habilitação de possíveis herdeiros com a finalidade de executar a sentença.

Sendo possível, ainda, diante de uma interpretação constitucional pautada no *princípio da razoável duração do processo*, estender a possibilidade de habilitação de herdeiros nas ações mandamentais nas hipóteses em que a parte que teve seu direito líquido e certo ofendido estiver aguardando apenas o julgamento do reexame necessário, sob pena de imputar aos impetrantes um gravame não existente nas ações de rito ordinário, onde é permitida a habilitação.

5 CONCLUSÃO

Uma das causas do descrédito no Poder Judiciário é o doloroso prolongamento na prestação jurisdicional para solução de conflitos. A existência de um sistema recursal longo, permitindo, inclusive, inúmeras manobras protelatórias, bem como, a precária estrutura e a escassez de mão de obra em todos os órgãos do judiciário contribuem para a ocorrência de uma atuação jurídica morosa que se distancia da idéia de celeridade e eficácia dos processos tutelados pela Constituição.

Contribui, como agravante da situação, a permanência do instituto processual do reexame necessário no ordenamento jurídico pátrio, que só reflete o total descompasso do legislador derivado com as idéias defendidas pela Constituição Federal de 1988. A falta de fixação legal de prazo para que seja realizado o reexame necessário constitui por si só uma ofensa direta ao princípio constitucional a uma *razoável duração do processo*, além de atentar contra o próprio conceito difundido na doutrina de jurisdição, qual seja, o Estado deve garantir segurança e estabilidade jurídicas.

Além do mais, a existência de um instituto processual extravagante que só visa beneficiar ainda mais as condições do Estado como parte, gera ofensa a outros princípios, tais como o da isonomia processual e do devido processo legal.

Aceitar o instituto processual do reexame necessário já é tarefa difícil quando se trata de um processo ditado por um procedimento ordinário. Porém, não restam dúvidas, que diante de uma lide de procedimento sumário, como a ação de Mandado de Segurança, o duplo grau de jurisdição será um obstáculo a uma prestação jurisdicional eficaz, e estará em total desarmonia com a idéia de uma atividade jurídica mais célere.

O primeiro passo positivo a uma nova aplicação do comando processual é a observância pelo intérprete e aplicador do direito das exceções contidas no próprio artigo que regula o instituto, garantindo às partes a plena eficácia da sentença, bem como aos seus herdeiros que, em ações de mandado de segurança, mesmo quando ocorrida a morte do impetrante, poderão requerer a habilitação nos autos com o fim de executar possíveis valores decorrentes do comando judicial.

O segundo passo, mais complexo, cabe ao nosso legislador, na medida em que deve adequar as leis infraconstitucionais aos comandos constitucionais, a edição de regras compatíveis a uma Constituição democrática e exaltadora de princípios que visam harmonizar as relações sociais, igualando as partes, possibilitando cada vez mais o acesso à justiça e adequando os institutos processuais para garantir maior eficácia ao direito material.

Conceder uma prestação jurisdicional pautada no *princípio da razoável duração do processo* nas ações mandamentais é garantir proteção a um direito líquido e certo do impetrante e resguardar os interesses daqueles que estão sobre sua tutela. Afastar a aplicação do reexame necessário nessas lides deve ser visto como uma medida aconselhável.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Código de processo civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

_____. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 931836/RS, Relº Min. Felix Fischer, 5ª Turma, *Diário de justiça*, Brasília, 07 de agosto de 2007, p. 288.

_____. Resp 112.207/PR, Relº Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, *Diário de justiça*, Brasília, 05 de novembro de 2007, p. 146.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 5. ed. São Paulo: Forense, 1980.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justice*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo e demais. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006, V.3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional, in: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

**RES JUDICATA DO SISTEMA DA COMMON LAW E EFICÁCIA
PRECLUSIVA DA COISA JULGADA DO SISTEMA BRASILEIRO: ANÁLISE
COMPARADA E POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS***

**COMMON LAW LAW RES JUDICATA AND PRECLUSIVE EFFECT OF A
JUDGMENT IN THE BRAZILIAN SYSTEM: COMPARATIVE ANALYSIS
AND POSSIBLE INFLUENCES**

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra

RESUMO

O presente trabalho se propõe a análise dos efeitos preclusivos da coisa julgada material e a interpretação majoritária do art. 474 do CPC, no sentido de que a referida eficácia só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzidas pelo autor, mas tão somente a causa de pedir que, de fato, embasou o pedido formulado em juízo, sendo perfeitamente possível e legítimo ajuizar novas ações com o mesmo pedido desde que com diferentes causas de pedir. Ou seja, tal entendimento da eficácia preclusiva da coisa julgada permite uma prática bastante questionável que é a ampla possibilidade de ‘fragmentar’ ações em várias, a depender do número de causas de pedir existentes; a chamada split of cause of action, várias demandas com o mesmo pedido são ajuizadas sucessivamente conforme o resultado da anterior seja favorável ou não, bastando para tanto modificar-se o fato ou o fundamento jurídico, que já poderiam ter sido alegados no primeiro processo. Tal conduta nitidamente viola o princípio da boa fé objetiva processual, desvirtua o próprio fim teleológico do instituto da coisa julgada e multiplica as possibilidades de decisões conflitantes, gerando perplexidades e desconfiança na atuação do Judiciário. A partir desta questão, apresenta-se um estudo sistematizado do tratamento norte-americano do equivalente da nossa coisa julgada, a res judicata. A partir desta análise comparada busca-se reforçar a corrente nacional que estende a interpretação dos limites objetivos da coisa julgada, evitando os abusos possíveis através do entendimento majoritário de eficácia preclusiva da coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVES: RES JUDICATA. COMMON LAW. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA.

ABSTRACT

This study aims to analyze the effects of preclusivos thing and material declared major interpretation of art. 474 of the CPC, in the sense that this only affects efficiency arguments and evidence used to embasar the cause petendi deducted by the author, but

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

rather the cause of action that, in fact, based the request in court and is perfectly possible and legitimate judge new shares with the same request since it with different causes of action. In other words, this understanding of the effectiveness of thing preclusiva judged allows a very questionable practice that is the great possibility of 'fragmenting' actions in several, depending on the number of causes to ask existing so-called split of causes of action, with several demands the same request are ajuizadas successively as the result of the previous is favorable or not, just for this change is the fact or the legal basis, which could already have been put forward in the first case. Such conduct clearly violates the principle of good faith objective procedure, undermines the very purpose of the institute's teleological thing judged and multiplies the possibility of conflicting decisions, creating confusion and mistrust in the actions of the Judiciary. From this point, it presents a systematic study of the treatment of the American equivalent of our stuff judged, the *res judicata*. From this comparative analysis seeks to strengthen national chain that extends the interpretation of the limits of thing declared goals, avoiding potential abuses by the majority understanding of the effectiveness preclusiva thing judged.

KEYWORDS: RES JUDICATA. COMMON LAW. PRECLUSIVA EFFECTIVENESS OF THING JUDGED.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é a análise de um aspecto da coisa julgada que causa certa divergência na doutrina nacional; diz respeito aos seus limites objetivos, mais especificamente, aos seus efeitos preclusivos. Enriquece-se a pesquisa através de análise comparativa do tratamento dado à eficácia preclusiva de questões, causa de pedir e pedido, pelo sistema da *common law*, chamada de doutrina da *former adjudication*..

Analisar-se-á os princípios e as regras que regem os mecanismos preclusivos de prévios julgamentos, *binding effect*, do sistema norte americano de tradição da *common law*, doutrina que subdivide-se em *res judicata* e *estoppel by judgment*. E, verificar-se-á se é possível ou proveitoso a utilização da experiência norte americana, no tratamento nacional dos problemas que envolvem a eficácia preclusiva da coisa julgada.

A coisa julgada brasileira e a *res judicata* norte americana, não obstante apresentarem semelhantes raízes históricas, sofreram transformações no processo evolutivo de implementação que as distinguem bastante. Contudo, na esteira da tendência universal de aproximar as tradições, o presente trabalho utilizar-se-á do regramento da *res judicata*, da *common law* para tratar de celeuma que envolve, no nosso sistema de *civil law*, a eficácia preclusiva da coisa julgada.

A referida polêmica consiste na interpretação do enunciado materializado no art. 474 do CPC. O mencionado artigo dispõe que, uma vez transitada em julgado a decisão definitiva da causa, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputar-se-ão argüidas e repelidas. Ou seja, “a coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o deduzido e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (o dedutível).”[1]Mas, o que consiste o deduzível? “é necessário que se trata de alegações relativas à mesma causa de pedir, na verdade novos argumentos sobre os mesmos fundamentos? Ou haverá julgamento implícito de *causa petendi* não deduzida?”[2]

Antes da análise direta da questão problema e das teorias que a enfrentam, analisar-se-á o tratamento dado pelos norte-americanos ao equivalente efeito preclusivo de suas decisões sobre questões, causa de pedir e pedido.

2 FORMER ADJUDICATION

O efeito preclusivo de um julgamento pode ser dividido, basicamente em dois conceitos chamados: *res judicata* e *estoppel by judgment*. Essa divisão tem raízes nas origens da *Common law*. Hoje, os dois termos referem-se às duas maneiras que um julgamento poderá impedir o desenvolvimento de uma futura ação. Contudo, vale ressaltar o uso bastante comum, de forma imprecisa, do termo *res judicata* pela jurisprudência norte americana.[3]

Desta maneira, “*former adjudication* é gênero, do qual *res judicata* e *estoppel by judgment* são espécies. São institutos que têm uma construção basicamente jurisprudencial, fundados nas exigências da segurança jurídica e da economia processual.”[4]

A justificativa para a doutrina do *former adjudication* é fundada na necessidade de se preservar o caráter definitivo de um julgamento, impedindo que pessoas sejam constrangidas mais de uma vez por uma mesma querela, evitando-se, portanto, abusos e custos econômicos desnecessários para o Estado, na manutenção de processo repetidos.[5]

A *Res judicata* impede que um querelante reapresente uma mesma reclamação em face do mesmo acusado e vice-versa, já que previne também que a parte ré levante qualquer nova defesa para derrubar a aplicação do julgado anterior. Ou seja, aquela demanda preclui tanto para o autor (“*merges*” in the judgment) como para o réu (*the judgmente acts as a “bar”*).[6]

A doutrina da *res judicata* atribui a um julgamento a qualidade de estender os efeitos preclusivos em relação a todas as questões relevantes daquela demanda, discutidos ou

não no processo, levantados ou não pelas partes, por isso, é também chamada de *claim preclusion*. *Claim preclusion* tem como escopo, portanto, evitar múltiplas ações com o mesmo fundamento e pedido, envolvendo as mesmas questões, entre as mesmas partes.

A segunda doutrina, *collateral estoppel*,^[7] reconhece que questões discutidas em determinadas demandas podem ser relevantes perante outras ações entre as mesmas partes ou entre partes diferente. Portanto, indo ao encontro da política pública de minimizar demandas redundantes, a doutrina do *collateral estoppel* impede que se rediscuta questões já discutidas em outras ações, entre as mesmas partes ou ente partes diferentes, independentemente da identidade de pedido ou de causa de pedir. Justamente em função desta amplitude de situações passíveis de vinculação, hipóteses inconcebíveis no nosso ordenamento, é que não se estuda o instituto no presente trabalho.

Vale a pena abrir um tópico, antes de seguir nos estudos da *res judicata*, para diferenciá-la do ‘sistema de precedentes’, a chamada *stare decisis*.

3 STARE DECISIS E RES JUDICATA

A primeira diferença importante das tradições é a perspectiva peculiar dos países da *commom law* em relação ao “sistema de precedentes” ou *stare decisis*, que está relacionada com a força vinculante dos julgados dos Tribunais em relação a juízes subordinados ou não.^[8]

Stare decisis descreve o efeito que um julgado prévio exerce sobre um litígio posterior. Também chamada como doutrina do precedente, ditando como casos semelhantes deveriam ser julgados da mesma forma em cortes da mesma competência. Aderir a julgado precedente é característica fundamental da doutrina anglo americana.^[9]

Trata-se de mais um instituto que tem a missão de garantir a estabilidade e coerência de decisões judiciais, proporcionando às pessoas a possibilidade de planejarem suas condutas. Um cidadão tem uma legítima expectativa de alcançar uma mesma decisão alcançada por outro cidadão em idêntica demanda prévia.

Apesar da Suprema Corte ter alertado que *stare decisis* é um princípio político e não uma aderência mecânica pelo precedente, é incontestável que *stare decisis* é um princípio básico de auto-regulação no seio do poder judicial norte americano, que é confiada a delicada e difícil tarefa de preservar um sistema jurisprudencial que não é baseada em ‘critérios arbitrários’^[10].

Importante ainda ressaltar que o fundamento de um julgado para ter efeito vinculante não pode ser descartável, tem que sustentar a decisão, não pode ser *obiter dictum*, tem que ser *ratio decidendi*. [11]

Apesar da semelhança com *res judicata* e *collateral stoppel*, *stare decisis* pode ser distinguido no que diz respeito tanto às pessoas que vincula como às questões a que se aplica. *Stare decisis*, ao contrário daqueles institutos, se aplica a qualquer litigante, inclusive aqueles que não apresentem absolutamente qualquer relação com o julgado precedente, ultrapassando os litigantes do processo original. A jurisprudência, ou melhor, um julgado torna-se vinculante para todos casos posteriores que se enquadrem naquele particular caso, incorporando, assim o corpo legal. [12]

Passa-se a estudar o instituto mais próximo com a nossa realidade, a *res judicata* e o seu tratamento dado pelos norte-americanos.

4 RES JUDICATA ou CLAIM PRECLUSION

Como previamente dito, a doutrina do *former adjudication* divide-se em *res judicata* e *estoppel by judgments*. O instituto da *res judicata* tem origem na tradição romana, enquanto o *collateral stoppel* é de origem germânica. A *res judicata*, desde o início, entre os romanos, sublinhava a importância do julgamento da Corte.

Res judicata também é conhecida como *claim preclusion*, já que impede a rediscussão da *claim*, que seria o equivalente a uma noção extensiva de causa de pedir, tendo inclusive uma tendência jurisprudencial de se substituir o termo *claim* por *cause of action*. [13] *Res judicata* só se aplica a ações que repitam a mesma *cause of action*.

Para que haja *claim preclusion*, três elementos devem estar presentes. Primeiro, somente julgados que tenham transitado em julgado, que sejam válidos e que tenham analisado o mérito da demanda (definitivos). Segundo, devem ser entre as mesmas partes. Este segundo elemento caracteriza uma das principais diferenças para a doutrina do *collateral estoppel*, que permite, excepcionalmente, que terceiros se utilizem do efeito preclusivo de uma *issue* previamente decidida. E, terceiro, a reclamação da segunda ação deve envolver questões devidamente consideradas, discutidas ou não, na primeira ação. [14]

A *res judicata* também previne a chamada divisão ou fragmentação de causas de pedir para diferentes ações. Isso significa que todas as causas de pedir, suscitadas ou não, decorrentes de um evento, precluem, encorajando-se, assim, a reunião das causas de pedir ou fundamentos em uma só ação, evitando, repita-se, a fragmentação de ações e privilegiando a economia processual.

O interesse do sistema judicial em impedir 'relitigações' é fruto do reconhecimento de que os recursos judiciais são finitos e que o número de casos que podem ser julgados é limitado. Portanto, o fim teleológico do instituto é conservar os escassos recursos judiciais e promover a eficiência do interesse público.

Contudo, a questão que se coloca é como delinear uma tradução mais adequada do termo *claim* ou *cause of action*, tendo em vista nossa realidade e a própria dificuldade da jurisprudência norte-americana de, em alguns casos, identificar a *cause of action* de uma ação.

O termo '*cause of action*' tradicionalmente é usado para definir os limites da *res judicata*, sendo que seu significado, para os propósitos do instituto, é muito mais amplo, hoje, do que já foi um dia. Os princípios que permeiam o moderno sistema judiciário são no sentido de uma maior liberdade de alegações, argumentos e regras que obrigam, por exemplo, a reconvenção, demonstrando o claro interesse público de que toda a controvérsia entre as partes seja trazida ao Judiciário em um único julgamento, em uma única ação. Portanto, o significado de *claim* no sistema norte-americano ganhou uma extensão conceitual em decorrência de novas regras que obrigam, por exemplo, a reconvenção e possibilitam um maior número de controvérsias perante uma mesma Corte, incentivando, assim a união de pretensões em uma só ação.[15]

Para o professor Gidi, "em linhas gerais, e muito sucintamente, tudo aquilo que poderia ter sido objeto de pedido em um determinado processo anteriormente julgado, e não o foi, não poderá voltar a ser levado a juízo jamais." [16]

O que subjaz o conceito de *claim* ou *cause of action* é a necessidade de se equilibrar dois interesses, o interesse do Réu e do Judiciário em por fim definitivo a uma reclamação, sem correr o risco de repetidas demandas, por um mesmo evento, por exemplo e o interesse do querelante em um justo processo, em que pode levantar e suscitar todas as questões pertinentes, sendo todas julgadas.[17] Assim, julgamentos devem ter o mais amplo efeito preclusivo possível, desde que todas as questões que envolvam o caso possam ser livremente suscitadas e debatidas, evitando-se portanto, ações fragmentadas e privilegiando a atividade jurisdicional.

Res judicata tem como escopo, portanto, barrar múltiplos litígios inúteis. Litígio é inútil quando, através de um devido processo legal, a controvérsia já tenha passado pelo Judiciário, tendo alcançado uma conclusão meritória, alcançando todas as questões deduzidas e deduzíveis.[18]

Um julgamento teria pouca importância prática em resolver disputas se as partes fossem livres para ignorá-lo e reajuizar a mesma pretensão, quantas vezes quisesse, bastando dividir as causas de pedir.

Portanto, por exemplo, suponha-se que determinado querelante tenha sofrido danos físicos decorrentes de um acidente automobilístico e processe alegando danos em seu braço, mas, sucumba tendo em vista que o júri[19] entendera que ele também contribuíra para o acidente com sua negligência. Se este querelante ajuizar uma segunda demanda alegando danos cerebrais causados pelo mesmo acidente, então o julgado anterior servirá para impedir (*act as a bar*) esta demanda que tem a mesma causa de pedir.

Suponha-se, agora, que o querelante tivesse vencido a primeira demanda e houvesse sido indenizado pelo braço quebrado. Se ajuizasse uma segunda demanda pretendendo indenização por lacerações faciais, também causadas pelo acidente; a segunda demanda também estaria preclusa (merger) pela decisão da primeira, impedindo, portanto a prática de fragmentação de ações.

Um outro exemplo de aplicação da *res judicata*, foi o caso Fox v. Connecticut Fire Insurance Company.[20] Em uma primeira ação, o querelante teve uma sentença de procedência a seu favor, determinando que a Companhia de Seguro pagasse a apólice de seguro. Posteriormente, o mesmo querelante ajuizara uma nova ação requerendo ressarcimento pelos custos com o primeiro processo. A corte, então, acolheu a alegação de *res judicata* já que os danos alegados precederam, em ambas as ações, do mesmo evento, a recusa do Réu em pagar o seguro.

Portanto, através dessas diretrizes, é possível delinear uma tradução do termo ‘cause of action’ em relação ao nosso sistema de civil law. Para nós, a tradução do termo claim ou cause of action seria a causa de pedir e o pedido, seria o equivalente ao objeto litigioso de uma ação.

Essa tradução alargada é importante porque cria uma relação entre o objeto litigioso e os efeitos preclusivos da *res judicata* da *common law*; relação que se pretende repetir, a nível nacional, através de uma interpretação do art. 474 do CPC que evitará o escalonamento discricionário de causas de pedir e, portanto, a repetição de inúmeras demandas com base no mesmo objeto litigioso.

Como se verá, essa corrente teórica já existe, apesar de minoritária. Sendo o propósito do presente trabalho apresentar mais um argumento a favor, através de pesquisa comparada do sistema da *common law* na utilização de instituto da mesma raiz histórica da coisa julgada, a *res judicata* norte-americana..

5 EFEITO PRECLUSIVO DA COISA JULGADA MATERIAL NO SISTEMA NACIONAL

Para o propósito deste trabalho, não se analisará as diferentes acepções conceituais, existentes na doutrina, acerca de coisa julgada matéria, passando-se direto a análise do problema suscitado, qual seja, os limites objetivos da coisa julgada material.

O problema consiste na interpretação do art. 474 do CPC, mais especificamente na delimitação do que significa o termo ‘deduzível’. “É necessário que se trate de alegações relativas à mesma causa de pedir, na verdade novos argumentos sobre os mesmos fundamentos? Ou haverá julgamento implícito de *causa petendi* não deduzida?”[21]

O primeiro ponto importante a ser fixado é o reconhecimento do fato de que “há uma estreita relação entre objeto litigioso; limites do julgado e limites objetivos da coisa julgada”. [22]

Liebman escrevera que “ para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento ‘ultra petita’), uma e outra têm os mesmos limites da coisa julgada”. Contudo, o autor ressaltou que, apesar dos limites da coisa julgada se limitarem à parte dispositiva da sentença, a expressão parte dispositiva da sentença há de ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. [23]

Em outra obra, o autor escreveu:

daí decorre uma limitação geral à atividade de indagação do devedor e do juiz, que assim se pode formular: todos os fatos que determinariam a discussão da existência da vontade concreta de lei afirmada na sentença, estão excluídos da indagação por se agasalharem sob o julgado. No processo de oposição, como em qualquer processo subsequente ao em que se formou a coisa julgada, não se pode reduzir ou modificar o efeito por ela produzido: o que implica dizer que não se podem alegar nem só as exceções propostas no processo anterior, e a que o juiz desatendeu, mas também as que se poderiam propor e não se propuseram. [24]

Acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada, diz José Carlos Barbosa Moreira:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. [25]

Para o professor Nelson Nery Júnior:

reputa-se repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e na contestação a respeito da lide e não o fizeram. Isso quer significar que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações. [26]

Já CHIOVENDA escrevera:

Quando assevero que as questões lógicas dirimidas pelo magistrado se podem renovar sempre nos processos subsequentes, desde que não se atente contra o bem reconhecido na sentença, não pretendo, com efeito, isolar a decisão do juiz das razões em que se apóia. Isso conduziria a resultados absurdos. (...) Generalizando-se, pode-se dizer que se

deve atender aos motivos da sentença se e enquanto necessário para estabelecer qual seja o bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz[27].

Apesar dessas definições bastante abertas de eficácia preclusiva, a corrente majoritária entende que, na prática, a eficácia só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzida pelo autor, não atingindo todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. “Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir.”[28]

Representando a corrente majoritária, podemos citar Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, após mencionarem exemplo de ações com mesmos pedidos, escudadas em causas de pedir diversas (despejo e divórcio), questionam se as alegações do artigo 474 do CPC diriam respeito a norma jurídica fundamento do pedido ou apenas circunstâncias acessórias que acompanham o fato principal da *causa petendi*, respondendo que “na verdade, apenas questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do artigo 474. Todas as demais são livremente dedutíveis em demanda posterior.”[29]

Isto conduz, todavia, ao indesejável efeito de possibilidade de fragmentação da causa de pedir (*split of cause of action*), de forma que várias demandas com o mesmo pedido são ajuizadas sucessivamente conforme o resultado da anterior seja favorável ou não, bastando para tanto modificar-se o fato ou o fundamento jurídico, que já poderiam ter sido alegados no primeiro processo, para ter-se uma causa de pedir diversa e uma demanda diversa.

A possibilidade de fragmentação suscita problema de perpetuação da lide através do ajuizamento de várias demandas com pequenas variações na causa de pedir. Neste caso, o autor escalona a ação de direito material em diversas demandas conforme seja o resultado obtido na ação anterior.

6 INTERPRETAÇÃO DO ART. 474 DO CPC A PARTIR DO TRATAMENTO NORTE-AMERICANO DA *RES JUDICATA* – PREVENÇÃO À PRÁTICA DA FRAGMENTAÇÃO DE AÇÕES (*SPLIT OF CAUSE OF ACTION*).

Araken de Assis, por outro lado, após mencionar o exemplo do divórcio pedido com base na embriaguez e no adultério, enquadráveis no fundamento jurídico da grave violação dos deveres do casamento, e concluir que na hipótese há verdadeira cumulação de ações materiais, assevera:

Ainda uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, se insiste que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no artigo 474, abrangerá, em princípio, todos os fatos jurídicos dedutíveis na ação de separação (adulterio, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra), tenham ou não sido deduzidos na demanda.[30]

O mestre gaúcho Ovídio Baptista, analisando o tratamento do instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada por autores como José Carlos Barbosa Moreira, Botelho de Mesquita e Machado Guimarães, lembra que a noção que hoje temos do instituto não é muito diversa daquela construída por Savigny, denominada “coisa julgada dos motivos”, e, como também fez Araken de Assis, giza a importância da delimitação do “objeto litigioso” para a compreensão da relação entre coisa julgada e seus limites objetivos. Afirmando os fundamentos não transitam em julgado; a *causa petendi*, sim, como parte integrante da demanda.[31]

No caso do exemplo da ação de investigação de paternidade, exemplo citado por Ovídio Baptista da Silva, a relação de paternidade é o objeto litigioso em vista do qual é formulado pedido. Diante dos termos do artigo 474 do CPC, deverá o autor alegar todos os fatos e articular todos os fundamentos jurídicos de que dispõe no ajuizamento da demanda sob pena de preclusão.

O professor Tesheiner aduz que “o efeito preclusivo alcança todos os fatos jurídicos de idêntica natureza, de mesma essência, que poderiam servir para embasar o pedido formulado, ainda que consistam em causas de pedir distintas.”[32]

Mancuso aduz que:

[...]a técnica da eficácia preclusiva acolhida no art. 474 do CPC opera como uma sorte de válvula de segurança do sistema, por modo a imunizar também as questões deduzidas e deduzíveis, mas desde que atinentes ao núcleo do *thema decidendum*, isto é, ao preciso objeto litigioso.[33]

Em outra passagem, o autor conclui:

De fato, a boa razão parece indicar que o melhor caminho é o do alargamento do espaço reservado à coisa julgada material, por modo que a cognição da lide em sua máxima integralidade (abrangendo o fulcro da demanda e mais as questões subjacentes, relevantes e concernentes à lide), permita a estabilização do *decisum* em seu ponto ótimo de aproveitamento, com isso se prevenindo a formação de lides futuras, decorrentes de questões deixadas à margem do precedente julgado de mérito.[34]

Esses entendimentos, apesar de divergirem da corrente majoritária, são frutos de uma preocupação com o resultado útil do processo e, conseqüentemente, com estratégias, que multiplicam as possibilidades de decisões conflitantes, cujo único propósito é meramente satisfazer a sanha de querelantes insatisfeitos com uma determinada decisão.

Nesse sentido, vale consignar o art. 287 do CPC de 1939, influência do art. art. 300 do Projeto Carnelutti, que dispunha: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide, terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.”[35]

Coadunamos com a corrente que alarga a eficácia preclusiva da coisa julgada ao objeto litigioso, ao *thema decidendum*, e não apenas ao pedido. Os limites objetivos da coisa julgada só podem ser definidos pela conjunção do pedido com a causa de pedir, sob pena de diminuirmos a atividade jurisdicional e induzirmos a repetição desnecessária de demandas que poderiam ser totalmente exauridas em um primeiro momento.

Tal corrente aproxima-se do tratamento dado pela jurisprudência norte-americano ao equivalente da nossa coisa julgada no sistema *common law*, a *res judicata*.

Como visto, o objetivo da coisa julgada é melhor alcançado pelo tratamento norte-americano à *res judicata*. O fundamento substancial da coisa julgada é eminentemente político, posto que o instituto visa à preservação da estabilidade e segurança sociais, não estando, desta forma, comprometido com a verdade ou justiça da decisão. A imutabilidade da decisão é fator de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo. Funda-se na “exigência social da segurança no gozo dos bens da vida”[36].

Não há como conjugar, de forma efetiva, a finalidade de se buscar uma última e decisiva palavra do Judiciário acerca de um conflito com a possibilidade de uma mera alteração do fato ou do fundamento jurídico possibilitar a representação de uma mesma pretensão, incentivando a chamada *split of cause of action* ou fragmentação de demandas ao bel prazer de uma parte.

Nesse sentido, um outro exemplo negativo da concepção dominante, capitaneada por Barbosa Moreira, seria a possibilidade de uma vez julgados improcedentes embargos à execução com base em uma determinada causa de pedir, uma das hipóteses do art. 745 do CPC, poderia o executado propor uma ação autônoma de impugnação da execução com base em outra causa de pedir, que poderia ter sido deduzida nos próprios embargos.

Tal solução, como bem observa Fredie Didier:

[...] não é razoável, pois permitiria ao executado “fragmentar” a sua oposição à execução em tantas demandas quantos sejam os fundamentos que poderia deduzir, em atitude desleal e contrária à celeridade processual e à boa-fé objetiva processual.[37]

De fato, a eficácia preclusiva da coisa julgada é corolário da boa fé processual, ou seja, da legítima expectativa de se por um fim definitivo da contenda judicial. Além da aplicação do princípio da economicidade à atividade jurisdicional. Sob o ponto de vista do Estado-Juiz, sobreleva em importância a efetividade da atividade jurisdicional. A lide deve ser composta da melhor forma possível e da forma mais ampla dentro do mesmo processo, para que nova demanda jurisdicional não se repita.

Por isso, o artigo 474 do CPC, a exemplo da *res judicata* norte-americana deve ser interpretado no sentido de que a sentença de mérito implica na preclusão das alegações e defesas que foram argüidas ou poderiam ter sido articuladas e não foram.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez estabelecida a lide, com seu pedido e seu objeto litigioso, todas as alegações, vale dizer todas as causas de pedir que poderiam ser alegadas devem ser articuladas sob pena de preclusão. Se alegadas, serão julgadas expressamente. Se não referidas e o juiz puder delas conhecer de ofício, como é o caso da decadência ou preclusão o juiz acerca delas há de se pronunciar. Se não puderem ser conhecidas de ofício, considerar-se-ão, diante da omissão da parte, preclusas.

A partir desta ótica, a eficácia preclusiva da coisa julgada cria para o autor algo semelhante ao que o princípio da eventualidade cria para o réu, ou seja, a obrigação de agir com boa fé, formulando todas as alegações de que dispõe para acolhida do pedido.[38]

Essa interpretação premia a efetividade da prestação jurisdicional ao evitar a fragmentação de ações pela simples alteração da causa de pedir, que já poderia ter sido suscitada anteriormente. A fragmentação de ações (*split of cause of action*) é uma conduta que viola a boa fé objetiva processual ao permitir a perpetuação da lide através do ajuizamento de várias demandas com pequenas variações na causa de pedir. O autor escalona a ação de direito material em diversas demandas conforme seja o resultado obtido na ação anterior.

O tratamento dado pela tradição da *common law* à *res judicata* é um bom parâmetro interpretativo, já que está focado em impedir 'relitigações'; sendo fruto do reconhecimento de que os recursos judiciais são finitos e que o número de casos que podem ser julgados é limitado.

Ademais, é a interpretação mais conveniente com a diretriz constitucional de garantia da coisa julgada, tendo em vista que garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada; promovendo a segurança jurídica, a efetividade da atividade jurisdicional e a boa fé objetiva processual, princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito que, portanto, devem ser interpretados para que deles se extraia a maior eficácia possível.

8 REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. **Questões Prévias e os limites objetivos da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada.** 1. ed. Rio de Janeiro:Aide, 1992

ASSIS, Araken. **Cumulação de ações.** 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos S. Tutela jurisdicional. Tese de doutoramento. São Paulo, USP, 1994.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Cível,** Trad. port., 3 vols.1957

COUND, John J. et al. **Civil procedure, cases and material.** 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993

DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 2 ed. Salvador: Edições *jus*PODIVM, 2008.

EDWARD, D. **Stare decisis.** RT, São Paulo, Revista dos Tribunais.

FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure.** St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.651

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Limites objetivos da coisa julgada**. In: ____ Estudos sobre o processo civil brasileiro. Notas Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 220.

MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. & SHERMAN, Edward F. **Civil procedure – a modern approach**. St Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento. A Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEZZOMO, Marcelo C. **A fragmentação da causa de pedir, o pedido e a cumulação de demandas frente à eficácia preclusiva da coisa julgada**. In: [HTTP//www.advogado.adv.br](http://www.advogado.adv.br)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual*, primeira série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: RT. 2001, V.1

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**, 3ª edição, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris editos, 1995.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte doDireito**. São Paulo: RT, 2004

[1] DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2 ed. Salvador: Edições jusPODIVM, 2008. p. 569.

[2] TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 156.

[3] MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. & SHERMAN, Edward F. **Civil procedure – a modern approach**. St Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1989.

[4] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.228.

[5] Nesse sentido, julgado da Suprema Corte americana, MONTANA v. U.S. 440 U.S. 147, 153-54, 99 S.Ct.970, 973-74, 59 L.Ed. 210 (1979).

[6] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.651

[7] Há quem faça diferença entre *collateral* e *direct estoppel*, por isso o termo *issue preclusion* é cada vez mais usado, já que engloba ambas situações ou espécies de preclusões. Na verdade, sempre que houver *direct estoppel*, haverá *res judicata*.

[8] RE, Edward D. **Stare decisis**. RT, São Paulo, Revista dos Tribunais, 702: 7-13.

[9] In re Herle's Estate, 165 Misc. 46, 300 N.Y.S. 103 (1937)

[10] Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks, 398 U.S. 235, 241, 90 S. Ct. 1583, 1587, 26 L.Ed. 2d 199, 1970

[11] O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subseqüentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal - *ratio decidendi* (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada. A *contrario sensu*: A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175). “Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**, cit. p. 177.)

[12] *Strawbridge v. Curtis* 7 U.S. 3 Cranch 267, 2 L. Ed. 435-1806

[13] *Kaspar Wire Works, Inc. v. Leco Engineering & Machine, Inc.*, 575 F.2d 530, 535-36.

[14] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.651

[15] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p.659.

[16] GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.230

[17] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985. p. 667.

[18] COUND, John J. et al. **Civil procedure, cases and material**. 6 ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993

[19] júri para questões cíveis é uma característica do sistema norte-americano. Cf. SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**; trad. Renata Maria. São Paulo: Landy editora, 2006.

[20] FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay & MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1985.

[21] TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 156.

- [22] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 220.
- [23] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Limites objetivos da coisa julgada**. In: ___ Estudos sobre o processo civil brasileiro. Notas Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- [24] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 220.
- [25] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 100.
- [26] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 928
- [27] CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Cível**, Trad. port., 3 vols.1957
- [28] DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2 ed. Salvador: Edições *jusPODIVM*, 2008. p. 570.
- [29] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento. A Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2001, p. 627.
- [30] ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. P. 132.
- [31] SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: RT. 2001, V.1
- [32] TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.
- [33] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 236.
- [34] Ibidem, p. 237.
- [35] Cf. ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. 1. ed. Rio de Janeiro:Aide, 1992.
- [36] CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Cível**, Trad. port., 3 vols.1957
- [37] DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2 ed. Salvador: Edições *jusPODIVM*, 2008. p. 572.

[38] MEZZOMO, Marcelo C. **A fragmentação da causa de pedir, o pedido e a cumulação de demandas frente à eficácia preclusiva da coisa julgada.** In: [HTTP//www.advogado.adv.br](http://www.advogado.adv.br)

TUTELA EFETIVA: ACESSO À JUSTIÇA E TEMPO RAZOÁVEL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. *

TUTELA EFFETTIVA: L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E TEMPO RAGIONEVOLE NELLA PRESTAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Noeli Fernandes

RESUMO

Apesar de nossa Constituição Federal proclamar a Justiça como um valor soberano da sociedade, o problema que temos consiste em tornar efetivos os direitos declarados na Lei Maior. A tutela efetiva envolve o direito ao acesso à Justiça e a obtenção da prestação jurisdicional em tempo razoável. A demora na solução dos conflitos levou à preocupação com a celeridade processual a ponto de a Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, elevar o tempo razoável da prestação jurisdicional à condição de garantia fundamental. O mal maior consiste em visualizar apenas a celeridade, afastando a preocupação com o conteúdo da decisão. Não se pode ter a celeridade como valor inicial na prestação da jurisdição, sob pena de se ter uma justiça célere, porém falha, ou por assim dizer, uma injustiça célere. O que não pode é ocorrer a valorização excessiva com a presteza, em detrimento da substância, da justiça na solução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TUTELA EFETIVA, TEMPO RAZOÁVEL, ACESSO À JUSTIÇA, CELERIDADE

RIASSUNTO

Nonostante la Costituzione della Repubblica brasiliana considerare la Giustizia come un valore supremo della società, il problema che abbiamo consiste in divenire effettivi i diritti dichiarati nella Legge Maggiore. La tutela effettiva implica il diritto all'accesso alla Giustizia e all'ottenzione della prestazione giurisdizionale nel tempo ragionevole. L'indugio nella soluzione dei conflitti ha portato la preoccupazione con la celerità processuale in punto dell'Emenda Constitucional nº 45 dell'08/12/2004, elevare il tempo ragionevole della prestazione giurisdizionale alla condizione di garanzia fondamentale. Il male maggiore consiste in obbiettivar soltanto la celerità, allontanando la preoccupazione con il contenuto della decisione. Non si può tenere la celerità come un valore iniziale nella prestazione della giurisdizione, sotto pena di tenersi una giustizia

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

veloce, però imperfetta, oppure, un'ingiustizia veloce. Non è possibile succedere la valorizzazione eccessiva con la prestezza, in svantaggio della sostanza, della giustizia nella soluzione dei conflitti.

PAROLE CHIAVE: PAROLE-CHIAVE: TUTELA EFFETTIVA, TEMPO RAGIONEVOLE, ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, CELERITÀ.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa abordar a questão da efetividade da Justiça, esta significando o acesso das pessoas ao Judiciário e, depois de obtido o ingresso, conseguir o postulante, em tempo razoável, a prestação jurisdicional. A prestação da tutela deve ser aquela em que melhor se puder encontrar o meio termo entre definição segura da existência do direito e a realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.¹

O estudo envolve alguns conceitos, meios e formas a fim de tornar efetiva a tutela jurisdicional. A partir da constatação de que o direito processual dispõe de instrumentos, que, no plano legal, podem tornar possível o desejo expressado pelo legislador constitucional, através da invocação de dispositivos, inclusive com as alterações levadas a efeito pelas reformas do Processo Civil Brasileiro, é de serem buscadas as formas para concretizar os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna no sentido de a todos garantir o acesso à justiça e a solução da contenda em tempo que não transponha os limites do justo.

Considerando que a prestação jurisdicional tardia se constitui fator de insegurança, sendo sobretudo um mal social², justifica-se a preocupação, cada vez maior, na sociedade moderna, com a materialização dos direitos e por consequência, com a tutela efetiva.

Legitima-se este estudo diante da profunda crise do Judiciário, consubstanciada na eficiência e identidade. Mais interessa, considerando-se os limites do trabalho, a primeira delas. Quando se fala em falta de força, de eficácia, pelo desajustamento entre a procura e a oferta dos serviços judiciais, não se quer dizer apenas em termos quantitativos, mas também em termos qualitativos. De modo que na inclusão do inciso XIII ao artigo 93 da Constituição Federal, restou previsto que a existência de juízes em quantidade condizente com a quantidade de demandas ajuizadas e a população existente na região é condição vital para o desenvolvimento rápido de um processo.

Não se pode negar que a crise estrutural do Estado Contemporâneo, com o crescimento das demandas por parte da sociedade civil e a burocracia, como instrumento de concretização dos serviços, é um obstáculo crítico ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social.³

Assim, para a adequada materialização do direito há de haver uma distribuição racional do tempo do processo, considerando que a efetividade vem caracterizada não apenas pelo acesso à Justiça, mas também, depois da concretização deste, que a solução buscada para o conflito, seja encontrada em tempo razoável.

Se denota que a sociedade cresceu e com ela a multiplicação dos conflitos, tornando a prestação jurisdicional demorada em detrimento da tempestividade e, nesse sentido, a valorização da tutela judicial efetiva se dá, em razão de que de nada serviria a priorização na observância da segurança jurídica se não se lograsse a efetividade na referida prestação jurisdicional.

2 TUTELA EFETIVA

No Brasil, mesmo que tenha se intensificado a busca pela efetividade após a CF/88, a questão já era objeto de discussão no passado, como demonstra a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, escrita pelo então Ministro Alfredo Buzaid, no sentido de conferir aos órgãos jurisdicionais os meios necessários para a efetuação da prestação da justiça com a prontidão indispensável à eficaz atuação do direito.

As últimas reformas processuais, como o procedimento célere dos juizados especiais, a tutela de urgência, a execução provisória, a decisão monocrática autorizada pelo artigo 557 do CPC, processo eletrônico, súmula impeditiva de recursos, prazos para vistas e possibilidade dos juízes decretarem de ofício a prescrição, súmula vinculante, repercussão geral do recurso extraordinário e ainda outras, inclusive em andamento, e que serão objeto de inovações, demonstram a contínua preocupação com a efetividade em nosso sistema processual.

Ocorre que o excesso de formalismo no procedimento ordinário, ao efeito de que a verdade somente seria encontrada através da cognição plena e exauriente do direito em litígio, priorizando assim a segurança jurídica e desprezando a cognição sumarizada, torna a solução das demandas morosa e leva a busca pela valorização da tutela judicial efetiva, que se dá em razão de que de nada serviria a observância da segurança jurídica se não se lograsse a efetividade na referida prestação jurisdicional.

Com relação à efetividade da Justiça existem dois pontos diversos a serem abordados: o acesso à Justiça, como direito social básico, e, depois de obtido o êxito neste, conseguir, em tempo razoável, a prestação jurisdicional, consagrado também com direito fundamental, pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao artigo 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXVIII,

assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É em razão dos clamores sociais, que, de tempos em tempos, são criadas regras de direito ditadas pela autoridade estatal visando manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento.

Estas novas leis são instituídas a fim de atender aos direitos dos homens, que, segundo Bobbio⁴ são direitos históricos, pois nascidos em determinadas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Conseqüentemente, a cada época história, surgem novas regras e o reconhecimento de novos direitos.

Em nosso país, são publicadas inúmeras leis, e embora as reformas que se operam, estas, por vezes, não representam tanto quanto se espera e que o sistema exige, porque na realidade, o problema não está em ampliar a declaração de direitos. A dificuldade reside sim em dar efetividade aos direitos declarados na Lei maior.

Mas, será que contamos com uma Justiça aparelhada de forma a garantir a concretização deste direito consagrado na Carta Magna? Para Darci Guimarães Ribeiro⁵, o monopólio da jurisdição pelo Estado impõe a este o dever da prestação de uma tutela efetiva a qualquer postulante. Ocorre que o monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, mas a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo, ou seja, o Estado que é titular da prestação jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de se amoldar aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais.⁶

Outra inquietação é que depois de conseguido o resultado do litígio há que existirem mecanismos para assegurar à parte vencedora, o gozo pleno da solução obtida. E, todos estes procedimentos devem ser realizados com o mínimo de dispêndio de tempo e de energia.⁷

Para tanto, necessária a distribuição e utilização adequadas do tempo, por todos os operadores do Direito, para tornar possível a materialização dos direitos criados através dos princípios jurídicos positivados pelas reformas, a fim de serem realizados os objetivos inseridos na Constituição Federal. Imprescindível assim, através do que se considera tempo realmente humano, algo comum a todos os seres, a mesma unidade

temporal, estudar formas e mecanismos para tornar efetiva a regra constitucional de que, no âmbito judicial e administrativo, a todas as pessoas será garantido o acesso à Justiça e a razoável duração do processo.

3 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça, ao contrário do que se pensa, ainda não é possível para todos, porque grande parte da população sequer conhece seus direitos e nem possui meios de chegar ao Judiciário, considerando ser a instituição inacessível.

Embora esteja inserido na Carta Magna como direito social básico, o acesso efetivo à Justiça ainda possui obstáculos a serem vencidos, como por exemplo, as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.⁸

Capelletti refere como interesses difusos aqueles fragmentados ou coletivos, como por exemplo o direito a um ambiente saudável, sendo que embora muitas pessoas possam desfrutar de uma área ameaçada, poucas delas terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda complicada. Além deste aspecto, surge ainda a dificuldade na reunião das pessoas, porque a ação privada de interesses difusos exige ação de grupo.⁹

Resolver um conflito no judiciário pode ser muito oneroso, significando alto custo para as partes, agindo como uma barreira e impondo ao vencido os ônus da sucumbência, como decorre em nosso sistema processual. Na verdade, ainda prevalece o critério da causalidade, identificando o sucumbente como causador da demandada e, portanto, responsável pelas custas processuais.

O obstáculo ao acesso à Justiça causado pelas custas não é um problema exclusivamente brasileiro, este também incide negativamente sobre o exercício do direito da tutela jurisdicional em outros países. Para os italianos, por exemplo, a disponibilidade financeira representa um dos pressupostos mais importantes para poder se valer da Justiça e para poder exercitar validamente as garantias constitucionais de ação e de defesa.¹⁰ Com este dado, Trocker observa que para certa categoria de pessoas o direito a tutela jurisdicional corre o risco de se tornar uma promessa vazia e sem significado se o ordenamento jurídico não dispuser de instrumentos a tornar possível, aos menos abonados, a defesa em juízo dos próprios direitos e interesses. Esclarece que na Alemanha, as taxas judiciárias, são pagas para cada atividade realizada em juízo. Nas hipóteses mais normais os litigantes pagam três taxas: uma para a instauração do processo; uma para a assunção da prova e uma para a sentença. Este critério, em nosso entendimento, gera maior responsabilidade aos litigantes, porque em cada fase processual podem pensar na conveniência financeira se colocarem fim ao litígio e ver a

demanda solucionada em menor espaço temporal, evitando os prejuízos com a demora, que em muitos casos, tende a complicar o processo¹¹, ao invés de torná-lo mais transparente.

Cappelletti traz soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça classificando-as como ondas de um movimento novo.¹² A primeira delas seria a Assistência Judiciária Gratuita para os pobres, consignando que para a eficiência do sistema deve haver um grande número de advogados que pode até exceder a oferta, a fim de possibilitar que os necessitados consigam reivindicar todos os seus direitos através da assistência gratuita. A segunda onda vem definida com a representação dos interesses difusos, através da qual a visão individualista do devido processo legal teria que ceder lugar, ou se fundir com uma concepção social coletiva. Na terceira onda, o autor refere a necessidade de se ter uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, através de um novo enfoque. Sustenta que esta “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas. Esclarece que este enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas nos procedimentos, na estrutura dos tribunais, no uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, considerando que estes diferem em sua complexidade.

Boaventura de Souza Santos sustenta que uma revolução democrática da justiça exige a criação de uma outra cultura de assistência e patrocínio judiciário, enfatizando o papel importante das Defensorias Públicas, sem, contudo, deixar de consignar que o quadro é reduzido em relação às necessidades da sociedade.¹³ Menciona ainda a pouca experiência no uso das ações coletivas e no recurso ao sistema interamericano de direitos humanos. O autor refere a importância de se ter uma justiça democrática de proximidade, lembrando o marco institucional brasileiro com a experiência da justiça itinerante, a justiça comunitária, os meios alternativos de resolução de litígios, a mediação, a conciliação judicial e extrajudicial, da justiça restaurativa e sobretudo dos juizados especiais.¹⁴

A partir destas inovações institucionais, principalmente com a criação dos juizados especiais, cremos que houve uma melhora, considerando a estrutura do Judiciário, a fim de encontrar para a solução dos litígios maior celeridade e se chegar a um tempo razoável para a prestação jurisdicional.

4 TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO

A relevância do tempo para o direito processual, já vinha referida por CARNELUTTI, em sua época, consignando que não seria exagero comparar-se o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem tréguas.

E, muitos anos depois, este tema continua a ser objeto de preocupação, tendo a celeridade processual assumido papel relevante na Carta Magna, consignando o tempo razoável no fornecimento da prestação jurisdicional como condição de garantia fundamental.

Ao escrever sobre o tempo dos atos processuais, Ovídio Baptista da Silva¹⁵ faz referência a importância deste para o direito e para o processo, sustentando que a própria idéia de processo implica na atividade temporal, refletida através de uma cadeia de atos singulares, com alguma duração.

A sucessão dos anos, dos dias, das horas, que envolve para o homem, a noção de presente, passado e futuro é o curso do tempo. Este é conceituado, de forma usual e comum, como um meio contínuo e indefinido no qual os acontecimentos se sucedem e, através do qual a própria vida passa e se acaba.

As coisas estão no mundo e duram, subsistindo em nossa concepção. O homem é quem passa. Como sustentou Lorenzo Carnelli¹⁶, homem é a única razão dessa medida, porque o tempo mundano manifesta-se como reflexo da temporalidade, e a temporalidade se identifica com a existência humana.

Sob o tópico medir, experienciar e temporalizar o tempo, François Ost tece considerações acerca do tempo físico¹⁷ e questiona qual seria a medida do tempo, se ela não se reconduz nem à medida quantitativa de um tempo físico homogêneo, nem à experiência subjetiva de uma experiência individual. Define que esta medida seria o tempo “social-histórico”, produto das construções coletivas da história.

Mais, falando sobre o tempo do processo o autor considera que o tempo é a própria substância da lei, a condição do seu “poder”, salientando a importância que

a implementação da norma jurídica mobilize um tempo próprio¹⁸.

Embora as diversas citações e todas elas diferentes que Ost enfoca em sua obra, com posições de Aristóteles, Kant, M. Proust, entre outros acerca do que se pode definir como tempo, não podemos esquecer que, para nosso dia a dia, em matéria processual, há que ser observado o tempo físico, computado através dos dias, horas, minutos. Assim é considerado o prazo processual.

Ocorre que, além da morosidade com que é conduzido o processo nos deparamos com a ausência de mecanismos que sejam mais apropriados à efetivação do próprio direito material pleiteado, circunstâncias que clamam pela necessidade de procedimentos que possam melhor garantir o bem da vida em litígio¹⁹.

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tal dispositivo constitucional foi criado a fim de ser levada a efeito a desejada efetividade na materialização do direito. Assim também com relação as alterações de dispositivos do Código de Processo Civil, que foram introduzidas por evidente preocupação do legislador com a celeridade, tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional. Aqui compreendida a Justiça efetiva como aquela aparelhada para propiciar ao titular do direito um provimento que seja contemporâneo à lesão ou ameaça de lesão, consistindo em solução justa para o litígio.²⁰

Para que seja realizada a prestação jurisdicional no considerado tempo razoável é preciso que existam juízes em proporção condizente com a quantidade de demandas aforadas, nos termos do disposto no inciso XIII, do artigo 93 da Constituição Federal. Além disso, deve ser efetivamente cumprido o disposto no artigo 93, II, “e”, da Carta Magna no sentido de não ser promovido o magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder, além do prazo legal. Aqui, importante se referir que a denegação da justiça também pode ocorrer quando se estabelecer a celeridade acima de tudo como critério básico ao exercício da jurisdição. Na verdade, não se pode ter a ilusão que o texto de lei vai superar as dificuldades do cotidiano vivido pelos julgadores, de modo que esta regra constitucional deve ser observada segundo o caso concreto e de acordo com a realidade local.

Para que a participação do julgador na realização dos direitos subjetivos seja proveitosa há que serem observadas determinadas condições, como a sensibilidade social do decisor; a fundamentação das decisões; o tempo que o magistrado tem disponível para o exame de cada processo; e a estabilidade das decisões e orientações. Quando se diz que

o juiz deve ter sensibilidade social, mostrando que está inserido em um Estado Democrático de Direito, se analisa a psicologia das decisões judiciais, a preocupação do julgador em justificar a própria decisão, quer sob plano normativo, seja sob aquele da oportunidade social.²¹

A delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente, aos servidores, a teor do inciso XIV do artigo 93 da Carta Magna, também veio com a intenção de desburocratizar os procedimentos, impondo a tramitação mais célere do processo. Tal dispositivo constitucional levou em consideração o grande número de juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas aos servidores, fazendo com que mais agilmente flua o trabalho diário na solução da demanda.

Este aspecto já vinha enfatizado no artigo 162, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelecendo que os atos meramente ordinários devem ser praticados pelo servidor e revistos pelo juiz se necessário for. Evidente que a norma constitucional se refere aos atos de mero expediente e sem qualquer caráter decisório, cuja função precípua seja a de promover o desenrolar do procedimento. Os pronunciamentos desta categoria são aqueles em que está ausente qualquer conteúdo de decisão. Estes não podem ser delegados aos auxiliares da justiça, pois continuam a ser reservados ao juiz.

Também, a não criação de embaraços para o rápido andamento do feito, regra contida no parágrafo único do inciso V do artigo 14 do Código de Processo Civil, não deve ser entendida como regra apenas das partes e procuradores, mas sim de todas aquelas pessoas que, de qualquer modo, participam do processo.

A preocupação é de que a tutela seja efetiva, ou seja, que o resultado obtido com o processo seja firme, necessitando, para tanto, da criação de mecanismos de inibição do descumprimento ou de estímulo de imediato cumprimento das ordens judiciais. Neste ponto, José Rogério Cruz e Tucci refere que enquanto, de um lado, o comum dos mortais pode sofrer a imposição de pesada multa, se o juiz da causa entender que não cumpriu ou opôs infundada resistência à efetivação de determinada decisão judicial, de outro lado, o Poder Público, principalmente o Executivo, continua a desprezar as ordens judiciais de que é destinatário, sem que nada ocorra.²²

Diante do panorama que se vê, José Eduardo Faria, questiona se o Estado teria as condições técnicas, operacionais e institucionais necessárias para assegurar a continuidade de seu monopólio em matéria de resolução dos conflitos, invocando o desafio do Judiciário Brasileiro.²³

Efetivamente, se atentarmos para o cenário atual, a frustração e descrença da sociedade, com relação a eficácia do Poder é intensa. Assim também, muitas vezes, com relação aos critérios de “justiça” pelo Poder adotados, através das decisões judiciais.

Por certo que a crise atual de eficácia e identidade do Judiciário, exerce impacto negativo na crise econômica, assim também na política. O resultado da interação sistêmica entre estas crises é a conservação de todos aspectos negativos da existência humana: pobreza, desigualdade, disparidades setoriais e regionais, criação de normas formais de organização sem eficácia, dentre outros.

Entretanto, devemos ter consciência que não podemos valorizar a agilidade na prestação jurisdicional, em detrimento da justiça das decisões. O certo é que há um longo caminho a percorrer até que se possa de fato ter como efetivado o direito à Justiça para todos, sendo que a Emenda Constitucional nº 45 pode ser considerada como um primeiro passo deste longo trajeto.

5 CONCLUSÃO

De tudo, se conclui que a preocupação tem fundamento diante desta tão profunda crise pela qual passa o Judiciário, consubstanciada na eficiência e identidade. Deficiência que gera a falta de força, de eficácia, pelo desajustamento entre a procura e a oferta dos serviços judiciais, não se querendo dizer apenas em marcos quantitativos, mas também em termos qualitativos.

Nos termos preconizados por Boaventura, a fim de obter maior efetividade, necessário a adoção de medidas como uma nova organização interna dos foros, maior eficácia na gestão de recursos humanos e materiais e de fluxos processuais e uma melhor articulação dos foros com outros serviços complementares da justiça. Havendo ainda a necessidade de mudar a formação de todos os operadores do Direito: funcionários, membros do Ministério Público, advogado e juízes.

Além da garantia do acesso à justiça e da solução rápida do litígio, paralelamente, há o questionamento acerca da adequada solução do conflito. Quando se afirma que o julgador não pode ser um mero aplicador das normas, mas que deve ser sensível aos problemas sociais, se questiona se a magistratura brasileira tem consciência do dilema do judiciário e da necessidade de que a cultura técnico-profissional dos juízes deve se adaptar aos novos tempos. Novos tempos estes nos quais se faz necessário oferecer respostas a problemas cada vez mais complexos. Diga-se ainda, respostas diferenciadas para cada tipo de conflito.

Para que se vencer, ou pelo menos, para ver controlada uma crise, é preciso saber porque ela existe, ou do que decorre. Entretanto, se não se admite a existência dela, nada se faz para vencê-la. Faria lembra que há uma resistência na magistratura em aceitar a existência da crise no Judiciário, apenas concordando que o Poder passa por dificuldades. Entretanto, os julgadores não relacionam a responsabilidade com problemas internos da instituição. Ainda, imputam as dificuldades ao demais poderes e corporações de operadores do direito, sobre os quais teriam baixo poder de controle. O autor refere que tal postura se deve ao fato de participarem de uma corporação fechada, coesa, e homogênea, inclusive que se destaca pela pouca sensibilidade às mudanças dos valores sociais.

Entretanto, apesar de parcela do Judiciário não encarar a crise, há que ser lembrado o dever jurídico do julgador na proteção do direito à tutela efetiva²⁴ e²⁵ que, para a edificação de um novo aparelho judicial é imprescindível olhar para a imagem exata da situação a fim de modificá-la²⁵, sem esquecer que temos um longo caminho a trilhar para ver, de fato, efetivado o direito à Justiça para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José C. O futuro da Justiça: alguns mitos, *In*: Temas de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 8ª série, 2004.

BOBBIO, Norberto, A era dos direitos, Editora Campos, 19ª edição, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro.1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 37, 1982.

CARNELLI, Lorenzo, Tempo e direito, tradução de Érico Maciel, Rio de Janeiro, José Konfin Editor, 1960.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Barcelona: Edit. Bosch, 1994.

FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas, Conselho da Justiça Federal, 1996, pág. 10.

FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas, Conselho da Justiça Federal, 1996.

GRAU, Eros Roberto, O direito posto e o direito pressuposto, 2ª edição, 2005.

JUNIOR, Humberto Theodoro, O processo civil no limiar do novo século, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

OST, François, O tempo do Direito, Instituto Piaget, Portugal, 2001.

RUGGIERO, Luigi de. Tra Consenso e Ideologia – Studio di Ermeneutica Giuridica, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1977.

SANTOS. Boaventura S. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007,

SILVA, Ovídio A. Batista da, Curso de Processo Civil, Volume 1, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica, Uma nova Crítica do Direito, Livraria do Advogado, 2002.

TROCKER, Nicolò Trocker. Processo Civile e Costituzione, Problemi di Diritto Tedesco e Italiano, Giuffrè Editore, Milano, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz. Lineamentos da nova reforma do CPC, Revista dos Tribunais, 2002, pág. 29.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, Editora Revista dos Tribunais, pág. 29.

2“Una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male social: provoca danni economici (mobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l’insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell’attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un’arma formidabile nelle mani di più forte per dettare all’avversario le condizioni della resa”. TROCKER, Nicolò Trocker. **Processo Civile e Costituzione, Problemi di Diritto Tedesco e Italiano**, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pág. 276.

3³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**, Uma nova Crítica do Direito, Livraria do Advogado, 2002, pág. 63.

4 BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**, Editora Campos, 19^a edição, pág. 5.

5 . “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou

definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva a qualquer pessoa que o solicite.” RIBEIRO, Darci Guimarães: **La pretensión procesal y la tutela judicial efetiva**, pág. 76.

6 CAPPELLETTI, Mauro: **Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero**, pág. 243.

7 “Supérfulo frisar que nas linhas precedentes se indicam metas ideais, a que o processo deve *tender*. A perfeição , bem se sabe, não é deste mundo. E, além dos limites de *fato* postos por obstáculos de toda sorte, é forçoso contar com os limites de *direito*, decorrentes da necessidade de preservar outros bens ou valores, eventualmente em colisão com os que agora temos em vista”. BARBOSA MOREIRA, José C. **Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo**. Temas de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 8^a série, 2004, p. 28.

8 CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**, Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, pág. 15.

9 Ob. Citada, pág. 27.

10 Ob. Cit. pág. 299.

11 “Um procès qui se prolonge a plutôt tendance à se compliquer qu’à se “purifier”. MAGENDIE, Jean-Claude. **Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans lê procès**. Paris. La documentation Française, 2004, pág. 37.

12 CAPELLETTI, Mauro. Ob. Citada, págs. 31 a 73.

13 .“A cobertura do serviço é baixa – 996 comarcas têm serviços de Defensoria Pública, o que corresponde a 39,7% do total das comarcas existentes no país. Apenas em 6 unidades da Federação todas as comarcas são cobertas pelos serviços prestados pela Defensoria Pública. Nas defensorias dos estados e do Distrito Federal, há em média um defensor público para cada 83.222 destinatários potenciais de seus serviços.” SANTOS.

Boaventura S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, pág. 48.

14 Ob. Citada, págs. 57 e 58.

15 SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Curso de Processo Civil**, Volume 1, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 204.

16 CARNELLI, Lorenzo, **Tempo e direito**, tradução de Érico Maciel, Rio de Janeiro. José Konfin Editor 1960, pág. 61.

17 “Sem dúvida que o tempo físico tem a seu favor a evidência irrecusável: a do movimento dos astros no céu e a dos ritmos biológicos nos nossos corpos, sugerindo irresistivelmente a imagem de um tempo exterior e homogêneo, espécie de casto contentor formal que enquadra qualquer espécie de acontecimento – como um dado englobante no seio do qual seríamos mergulhados e do qual nos restaria apenas dividir o seu desenrolar em períodos fixos.” OST, François, **O tempo do Direito**, Instituto Piaget, 2001, pág. 24.

18 “Tempo separado do da vida real, estreitamente regulado pelas prescrições do ritual, ele permite que o julgamento desenvolva os seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (o apaziguar do conflito pelo mecanismo da catarse). Ao reviver no seu tempo próprio a cena do conflito, o processo mobiliza o tempo social fundador arrancado à desordem inicial: ao representar o crime em forma e linguagem socializadas, o processo não se limita a repetir o passado; ao redizê-lo, ele antes o regenera. Um tempo neguentrópico e criador revela-se, assim, a condição do regresso à paz social.” ob. Cit., pág. 15.

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, Editora Revista dos Tribunais, pág. 30.

20²⁰. JUNIOR, Humberto Theodoro, **O processo civil no limiar do novo século**, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 7.

21 “La coscienza sociale non è, però, soltanto un critério sussidiario: essa è, invece, da um lato elemento costitutivo dell’ordinamento giuridico, in quanto, come è comunemente riconosciuto dalla dottrina, determina il significato delle parole e dei giudizi di valore che, fatti propri dalla legge, sono tratti dal linguaggio comune e in essi continuano a vivere; d’altro lato è critério autônomo e necessário pela la valutazione della ‘giustizia Del caso concreto’. RUGGIERO, Luigi de. **Tra Consenso e Ideologia** –

Studio di Ermeneutica Giuridica, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1977, pág. 159.

22 TUCCI, José Rogério Cruz. **Lineamentos da nova reforma do CPC**, Revista dos Tribunais, 2002, pág. 29.

23 “terá ele, no âmbito de uma sociedade altamente complexa, desigual e contraditória, onde sua imagem de ‘confiabilidade’ encontra-se posta em questão por uma parcela significativa da população, as condições técnicas, operacionais e institucionais necessárias para assegurar a continuidade de seu monopólio em matéria de resolução dos conflitos? Ou então, por estar cada vez mais obrigado a competir com a lei do mais forte, com os crescentes mecanismos paraestatais de mediação e arbitragem e com as formas emergentes de auto-regulação forjadas por determinados setores sociais e econômicos, acabará a instituição perdendo inexoravelmente esse monopólio, justificando, dessa maneira, a pergunta com relação à sua ‘descartabilidade’? FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas, Conselho da Justiça Federal**, 1996, pág. 10.

24 “El deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela no es de carácter moral sino un deber jurídico constitucional, pues los Jueces y Tribunales tienen la “...obligación de protección eficaz del derecho fundamental’El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los Jueces y Tribunales el norte de su actividad jurisdiccional”.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. **La tutela judicial efectiva**. Barcelona: Edit. Bosh, 1994, pág. 329.

25

25 “Temos que formar os magistrados para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. Os magistrados, sobretudo as novas gerações, vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social igualmente forte. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença”. (ob. Cit. Pág. 66).

**A TEORIA DO GARANTISMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL***

**THE THEORY OF THE GARANTISM AND THE PROTECTION OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CRIMINAL SYSTEM**

**Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches
Plínio Antonio Brito Gentil**

RESUMO

O presente trabalho estuda o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. A Teoria do Garantismo surgiu a partir da matriz iluminista da época da ilustração seguindo os mesmos argumentos filosóficos, jurídicos e políticos que deram surgimento ao Estado de Direito. O Garantismo busca oferecer limites à atuação do poder punitivo no Estado de Direito, impostos à violência punitiva deste Estado, pelos Direitos Fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente os chamados direitos individuais ou liberdades públicas. O artigo apresenta alguns fundamentos básicos da Teoria Garantista e os princípios dela derivados para serem observados pelo aplicador do Direito no processo penal, como forma de garantia da observância dos Direitos Fundamentais. Os princípios Garantistas propostos por Ferrajoli para o Processo Penal são: Princípio da Jurisdicionalidade, Princípio Acusatório, Princípio da Carga da Prova e Princípio do Contraditório. O objetivo principal do estudo é contribuir para maiores reflexões sobre o tema, justificado no momento atual, pela existência de tendências neo-absolutistas, especialmente no que diz respeito à legislação penal de emergência e de exceção, que surgem com o pretexto de defesa da sociedade mas que agem em detrimento dos direitos e garantias individuais. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, com base na pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; GARANTISMO
PROCESSUAL PENAL

ABSTRACT

The following paper is about the Criminal Garantism of Luigi Ferrajoli. The theory of the Garantism appeared from the Illuminist model in time of the illustration following the same arguments, philosophic, legal and politician the ones that the Law State came from. The Garantism comes to offer limits to the Punitive Power in the Law State, imposed to the punitive violence from this State by the Fundamental Rights sculptured

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

in the Brazil Federative Constitution, mainly the called Individual Rights or Public Freedom. The article presents some basic fundamentals from the Garantist Theory and its derivate principles to be observed by the law-enforcement officer of the Law in the penal process, as the guarantee of the Fundamental Rights use. The Garantist principles proposed by Ferrajoli for the Fundamental Rights are: Jurisdictionally Principle, Accusatory Principle, Evidence Value Principle and the Contradictory Principle. The Main Goal of the studies is to contribute for wider reflections about the theme. Justified in the current moment by the existence of the Neo-Absolutist Trends, especially what concerns about the Penal Legislation of emergency and exception that comes with the excuses of Society Defense but harm the Individuals Rights and Guarantees. It is about a Descriptive and Exploratory Study, based on Bibliographic Researches.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; CRIMINAL LAW GUARANTEE SYSTEM

INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado de Direito deve-se à busca de limites ao Estado frente à liberdade individual, sendo que passou a caber ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal a atuação como parâmetros de tutela desta liberdade. Conforme afirma Carvalho, o *"rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico"*.^[1]

Não por acaso esse movimento dos direitos frente ao poder do Estado ganham vigor exatamente no período de florescimento da burguesia como classe hegemônica. A relação de trocas, a busca do lucro e o contrato constituem as peças-chave desse modo de produzir e fazer circular riqueza, tratando-se de categorias que têm como pressuposto o indivíduo como centro de toda a atividade social. Assim, é o indivíduo em contraposição ao Estado que busca instrumentos jurídicos para legitimar o seu papel de sujeito de direitos.

Ao longo dos anos, os Direitos Fundamentais dos cidadãos foram sendo incorporados nas Constituições de vários países^[2], entre nós, a Constituição atual, em seu art. 5º, apresenta extenso rol de normas destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos.^[3] A defesa do minimalismo penal e do garantismo no processo penal, significa a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, inseridos nos nossos princípios constitucionais.

Esta defesa reveste-se, a cada dia, de uma maior importância, segundo Lopes Júnior, principalmente diante da *"panpenalização que estamos presenciando"*. Segundo o autor, *"quanto maior é a influência de movimentos repressivistas, como law and order, mais eficaz deve ser o filtro garantista desempenhado pelo processo penal"*.^[4]

Desta forma, o corpo do trabalho foi dividido segundo os princípios garantistas propostos por Ferrajoli para o Processo Penal.

Não há a pretensão de esgotar o tema, mas contribuir com a pesquisa para maiores reflexões sobre os temas abordados. Trata-se, portanto, de um estudo descritivo e exploratório, com base na pesquisa bibliográfica.

As citações em idioma estrangeiro foram traduzidas para o idioma nacional na intenção de proporcionar ao leitor uma maior linearidade, preservando-se, porém, as fontes que se seguem a cada citação.

Os grifos contidos nas citações são dos próprios autores, encontrando-se elas também grifadas no original.

Nas Referências encontram-se elencadas as obras citadas nos textos e as diretamente consultadas, além de outras que concorreram para a elaboração do presente trabalho, ainda que de forma indireta.

1. A Teoria Geral do Garantismo

A teoria geral do garantismo surge a partir da matriz iluminista da época da ilustração[5], sendo responsável pela elaboração de argumentos filosóficos, jurídicos e políticos que darão surgimento ao Estado de Direito.

Em sua versão contemporânea, a teoria geral do garantismo foi formulada por Luigi Ferrajoli em 1989 em sua obra *Diritto e Ragione*. [6] Ferrajoli parte da idéia de que o Estado de Direito atual, apesar de conservar-se normativamente como garantista, tem apresentado tendências neo-absolutistas, especialmente no que diz respeito à legislação penal de emergência e de exceção que surgem com o pretexto de defesa da sociedade mas que, na realidade, atendem a interesse de alguns determinados setores.[7]

Dentro da lógica garantista e minimalista, a lei penal deve ser uma resposta somente aos problemas sociais gerais e duradouros, não devendo direcionar-se a situações atípicas e excepcionais. Deve-se preservar as características de generalidade e abstração da lei penal, ressaltando a ameaça às garantias jurídicas inerentes ao Estado de direito, que constitui a legislação penal de emergência[8].

Sob o pretexto de combater principalmente o narcotráfico e o terrorismo, em vários países do mundo, sob influência dos Movimentos de Lei e Ordem[9], têm-se elaborado leis de emergência que violam explicitamente os Direitos Humanos e corrompem a lógica dos Códigos. Em nosso país temos como exemplo, entre outras, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e a Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

No processo penal, as respostas contingentes implicam em um endurecimento do processo, com o aumento de atos em segredo, violação da intimidade e privacidade[10], aumento das penas processuais como prisões cautelares, crimes inafiançáveis e também a inversão da carga da prova com mais poderes para os juízes investigarem.[11]

Trata-se de um processo de verdadeira expansão do direito penal, que encontra no conhecido movimento pela Lei e Ordem o seu substrato teórico. Ele tem sua origem nos Estados Unidos e seus defensores são em geral os inconformados com o que entendem por uma lenta e constante limitação do poder do Estado, especialmente por conta da sedimentação dos direitos humanos e nisso vêm as raízes da desenvoltura crescente dos criminosos.

Seus adeptos atribuem à brandura da legislação criminal a falta de intimidação dos delinquentes, que agem com liberdade, em prejuízo da população trabalhadora. No seu maniqueísmo, enxergam a presença de uma luta do bem contra o mal; é preciso aumentar o rigor punitivo a fim de que o perigo seja vencido. Supõe-se a intimidação do criminoso pela perspectiva de penas severas e de um tratamento processual mais rigoroso e a conseqüente diminuição da incidência dos delitos.

No Brasil esse movimento mostrou sua influência na edição, em 1990, da chamada Lei dos Crimes Hediondos; esse diploma legal, escolhendo certos tipos penais, os rotulou de hediondos, adotando em relação aos assim acusados medidas processuais severas, dentre as quais a proibição da liberdade provisória e da promoção de regime de cumprimento da pena, bem como o aumento do prazo para a possível obtenção do livramento condicional.

Pois bem, Ferrajoli propõe a adequação do Estado de Direito atual ao modelo ideal formulado pelo contratualismo, ou seja, *"o poder deve ser limitado a fim de permitir a cada um o gozo da maior liberdade compatível com a igual liberdade dos demais"*. [12]

O garantismo de Ferrajoli diz respeito às garantias dos Direitos Fundamentais, entendidos estes como os direitos de liberdade [13] e os direitos sociais [14], que *"representam os alicerces da existência do estado e do Direito; que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia."* [15]

No primeiro caso trata-se de garantias negativas, ou técnicas de limitação ao poder do Estado. No segundo caso, trata-se de garantias positivas, ou técnicas de implementação pelo Estado das condições necessárias para a realização dos Direitos Sociais. [16]

Desta forma, segundo Cademartori

Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.

Neste sentido, Lopes Júnior defende a idéia da utilização do processo penal como uma técnica de limitação do poder de punir, ou seja, garantia negativa, atuando como um instrumento com dupla função

de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.(grifo do autor)[17]

Para Ferrajoli, a expressão garantismo apresenta três acepções: numa primeira designa um modelo normativo de Direito próprio do Estado de Direito; numa segunda, designa uma teoria jurídica da validade, efetividade e da vigência normativas; numa terceira designa uma Filosofia do Direito e crítica da política, que impõe ao Direito e ao Estado um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência[18].

O tratamento que Ferrajoli dá à primeira acepção da expressão garantismo é o que interessa para os fins do presente trabalho. Este modelo normativo de Direito próprio do Estado de Direito é estudado pelo autor em três planos: a) no plano epistemológico como um sistema de poder mínimo; b) no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; c) no plano jurídico como um sistema de limites ao poder punitivo do Estado e ao mesmo tempo de garantia aos direitos do cidadão[19].

2. Garantismo e Processo Penal

Dentro da perspectiva garantista a legitimação substancial do poder punitivo do Estado corresponde à legalidade estrita implicando na observação das garantias penais e processuais penais expressas nos seguintes princípios: 1) Princípio de retributividade (Não há pena sem crime); 2) Princípio de legalidade (Não há crime sem lei); 3) Princípio de necessidade ou da Economia do Direito (Não há lei penal sem necessidade); 4) Princípio da Lesividade (Não há necessidade sem injúria); 5) Princípio de Materialidade ou da Exterioridade da Ação (Não há injúria sem ação); 6) Princípio de Culpabilidade ou de Responsabilidade Pessoal (Não há ação sem culpa); 7) Princípio da Jurisdicionalidade. (Não há culpa sem julgamento); 8) Princípio Acusatório ou de separação entre juiz e acusação (Não julgamento sem acusação); 9) Princípio da carga da prova ou de verificação (Não há acusação sem prova) e 10) Princípio do Contraditório ou da Defesa ou da Refutação (Não há prova sem defesa).[20]

Para fins deste trabalho, os princípios foram separados em duas categorias, os princípios de 1 a 6 que se referem ao garantismo aplicado ao Direito Penal e os princípios de 7 a 10 que se referem ao garantismo aplicado ao Direito Processual Penal, sendo, portanto, a última categoria o objeto deste estudo.

Os Princípios da Jurisdicionalidade, Acusatório ou de Separação entre Juiz e Acusação, da Carga da Prova e do Contraditório ou do Direito à Defesa já se encontram, em nosso país, positivados na Constituição Federal vigente, porém em muitos gabinetes de juízes e delegacias de polícia pelo Brasil a fora, o Código de Processo Penal continua sendo lido de forma desvinculada do texto constitucional[21], gerando práticas efetivas tendencialmente antigarantistas em oposição a um modelo normativo tendencialmente garantista.[22]

Por este motivo, Lopes Junior defende a necessidade de o processo penal passar pelo que chama de "uma constitucionalização", para que se estabeleça um sistema de garantias mínimas. Assim, a existência do processo penal no Estado de Direito possuiria como fundamento legitimante *"a instrumentalidade garantista, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas."*[23]

Para Streck, não há dúvida de que o legislador está "umbilicalmente" obrigado a elaborar a norma infra-constitucional de acordo com a Constituição, inclusive de acordo com os seus princípios. Concorde, assim com Ferrajoli no *"sentido de que um texto normativo só é válido se interpretado de acordo com a Constituição."* Defende, também a idéia de que é tarefa do Poder Judiciário "expungir" do ordenamento jurídico qualquer lei que seja incompatível com a principiologia constitucional.[24]

A oportunidade dessa ponderação se mostra escancaradamente a partir de investidas desastradas de agentes da persecução penal, exibindo poder, com inequívoco amparo midiático, ao arrepio de princípios elementares. Em editorial, o Boletim do IBCCrim de junho de 2007, já comentava:

Longe de se revestirem de qualquer eficácia no combate à criminalidade organizada ou à corrupção que tanto se quer ver extirpada de nosso sistema político, as mega-operações, como tantas coisas no Brasil, revelam-se medidas paliativas, criadas para gerar efêmera sensação de conforto e de confiança nas instituições.

Perenes, contudo, são os prejuízos acarretados não apenas aos indivíduos alvo das investigações, como à ordem jurídica. A prevalecerem as práticas investigativas até aqui adotadas, caminharemos para um regime de exceção, na contramão da história.[25]

3. Princípios Garantistas no Processo Penal

Conforme visto acima, o processo penal deve estruturar-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos[26]. Analisar-se-á cada um destes princípios separadamente.

3.1. Princípio da Jurisdicionalidade

Para o Princípio da Jurisdicionalidade não há pena sem processo. Este princípio encontra-se consagrado em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, tais como o LIII, LIV, LV, LVII, e proíbe que se aplique qualquer sanção penal sem a instauração do devido processo judicial.

O inciso LIII da Constituição prescreve que "*ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente*", ou seja, se não pode haver pena sem processo, também não pode haver processo sem juiz[27].

O acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais[28].

Ferrajoli considera a atividade do juiz como cognitiva dos fatos e recognitiva do direito a ser aplicado no caso concreto, estando, portanto, interligadas a estrita legalidade com a estrita jurisdicionalidade, exigindo para isto duas condições: verificabilidade e refutabilidade das hipóteses acusatórias e a necessidade de prova empírica.[29]

Uma sentença penal garantista deve estar baseada em uma verdade construída no processo, obtida mediante provas lícitas e refutáveis, sendo este o objetivo justificador do processo, ou seja, a garantia da liberdade do cidadão através da garantia da verdade processual[30]. Esta é a maior aproximação possível com a chamada verdade real, princípio do processo penal, mas meta que só adquire concretude com sua expressão no processo; como este impõe sérias limitações à obtenção da prova, a verdade processual se torna a verdade real e como tal deve ser respeitada pelos agentes que operam o direito. Porque é preciso observar rigorosamente tais limites, a função do juiz é exatamente a de garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal[31]. Nesse passo é interessante observar que a reforma do processo penal, levada a cabo por um conjunto de leis editadas no ano de 2008, inseriu no CPP dispositivo específico no sentido de considerar "inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", assim como aquelas "derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras."[32]

O Princípio da Jurisdicionalidade significa não só a necessidade de um processo penal para que exista uma sentença, mas também a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e submissão do juiz à legalidade[33].

3.2. Princípio Acusatório ou de separação entre juiz e acusação

Importante princípio processual penal garantista é o Princípio Acusatório ou de separação entre juiz e acusação.

O sistema acusatório predominou até meados do século XII, quando passa a ser substituído pelo sistema inquisitório que prevaleceu até o final do século XVIII e início do XIX.[34]. Citando Foucault, Gomes Filho aponta as condições objetivas desse sistema:

A estruturação do sistema probatório europeu-continental, cujos traços essenciais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, está fundamentalmente ligada à crise da sociedade feudal e à conseqüente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais; interessados na repressão dos delitos, como forma de fazer prevalecer sua autoridade sobre a dos senhores feudais, os reis não podiam empenhar-se pessoalmente, nem através de seus procuradores, nos mecanismos de prova até então utilizados – duelos, juramentos, ordálias etc., - que, herdados dos costumes judiciais germânicos, submetiam os contendores a uma espécie de jogo, através do qual se manifestava a interferência divina na solução do conflito.

Assim, em oposição àqueles métodos de revelação da verdade judicial que hoje costumam ser considerados irracionais, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens. E, na cultura medieval, o inquérito foi o instrumento que se adaptou excepcionalmente às novas exigências, pois através dele tornava-se possível reconstituir os acontecimentos, trazendo para o presente os fatos do passado e permitindo uma visualização dos mesmos que substituía o flagrante-delito.[35]

Com o enfraquecimento da inquisição e o retorno gradual ao modelo acusatório, torna-se imprescindível para o Estado dividir o processo em fases para atribuir as funções de acusar e julgar a pessoas distintas. Nasce, assim, o Ministério Público[36].

A maioria dos processualistas brasileiros tem definido que o sistema brasileiro contemporâneo é misto, predominando o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na processual.[37] Porém, como aponta Lopes Júnior,

...não basta termos uma separação **inicial**, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (art.311), uma busca e apreensão (art.242), o seqüestro (art.127), ouça testemunhas além

das indicadas (art.209), proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art.196), determine diligências de ofício (art 156) reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385) condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 381), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), condene por ato diverso daquele constante na acusação (no caput do art.384), admita o chamado recurso ex officio (art. 574, I e II, do CPP), etc (grifo do autor).[38]

Por estes motivos, o autor conclui que o processo penal brasileiro é inquisitório do início ao fim, e que isto deve ser severamente combatido na medida em que vai de encontro aos princípios constitucionais[39].

Para o garantismo o modelo processual deve ser o acusatório, com a nítida separação entre as funções de acusar e julgar, no qual o juiz deve ser um espectador imparcial dedicado à objetiva valoração dos fatos[40]. Nessa linha vai o pensamento de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem não foram recepcionados pela Constituição os artigos 209, caput, e § 1º, 234 e 242 do Código de Processo Penal, que considera violadores do modelo acusatório.[41] Poderá, isto sim, o juiz, segundo alguns, atuar na busca da prova em favor do acusado. É a opinião de Geraldo Prado, que todavia não obtém consenso.[42]

O Princípio Acusatório também enseja outras garantias processuais secundárias: publicidade, oralidade, legalidade do processo e motivação da decisão judicial[43].

Igualmente é interessante notar que a citada reforma do processo penal de 2008, parecendo assimilar alguns pressupostos do princípio acusatório, inseriu dispositivos no sentido de: 1) determinar que as partes é que farão as inquirições, diretamente, às testemunhas; 2) condicionar a reclassificação da infração penal, no conhecido caso da *mutatio libelli*, ao aditamento da denúncia ou da queixa pelo acusador; e 3) estabelecer que *prova* no processo penal é *aquela obtida em juízo*, vedando ao juiz que fundamente “sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.[44]

3.3. Princípio da carga da prova

Segundo o Princípio da carga da prova não há acusação sem prova, ou seja, toda pessoa é presumida inocente até que se prove em contrário, sendo que a carga da prova cabe a quem acusa.

Também decorrente das idéias iluministas como necessidade de proteger o cidadão do poder punitivo do Estado que o presumia culpado e buscava a todo preço a sua condenação, a presunção de inocência já se encontra consagrada na Declaração do Direitos do Homem e do cidadão de 1789[45] nas seguintes palavras:

Art. 9º. Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.[46]

A propósito desse rigor, necessário ou não, é oportuno lembrar, por sua atualidade, as controvérsias acerca do emprego de algemas, que se tornou também objeto da reforma do processo penal de 2008, vendo-se referência ao tema na nova redação do art. 474, § 3º, do CPP, a dispor que, no julgamento pelo júri, “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

Na nossa Constituição Federal, o princípio encontra-se no art. 5º, inciso LVII: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*. Assim, a presunção de inocência é decorrente do Princípio da Jurisdicionalidade, uma vez que a jurisdição é o meio adequado para a obtenção da prova[47].

Sobre este princípio, Ferrajoli defende a idéia de que *"A culpa e não a inocência deve ser demonstrada; e é a prova da culpa e não da inocência que se presume desde o princípio, a que forma o objeto do juízo"*. [48]

Neste sentido, Ferrajoli considera a prisão cautelar como verdadeira pena antecipada e defende a sua exclusão do processo penal[49]. Fazem coro com ele os que, procurando ver nesse princípio constitucional algo dotado de concretude e não simples retórica, sustentam, como Carrara, que “perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna que se diga provisório o estado de liberdade, e, por conseguinte, normal o estado de detenção”. [50]

No Brasil e nos países da América Latina em geral, as prisões cautelares têm sido usadas de forma ostensiva, principalmente contra os indivíduos estereotipados como "clientes" do sistema penal. Os números apontados por Zeffaroni, ainda que há uma década, são alarmantes:

A Colômbia tem 54% da população penal composta por processados, Costa Rica 44%, Chile 53%, Equador 70%, El Salvador 91%, Guatemala 73%, Honduras 88%, México 61%, Peru 65%, Dominicana 85%, Uruguai 91%, Venezuela 71%. [51]

Trata-se, portanto, de pura violência institucional e ilegal que deve ser combatida por um Direito Processual Penal garantista.

Outro tema que tem chamado a atenção dos juristas é a validade da utilização dos saberes do acusado como meio de prova. Numa perspectiva garantista, o órgão acusador

deve desincumbir-se da produção da prova sem contar com a participação do acusado. Por isso é que ele pode ficar em silêncio e isso não ser interpretado contra si, não pode ser forçado a permitir intervenções corporais que visem à obtenção de prova acusatória, deve ter sua intimidade protegida etc.. Comentando o assunto, Guilherme Nucci adverte:

[...] o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. Se o Estado ainda não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa, é porque se encontra em nítido descompasso, que precisa ser consertado por outras vias, jamais se podendo exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa.[52]

3.4. Princípio do Contraditório ou do Direito à Defesa

Não há prova sem defesa, é o que diz o Princípio do Contraditório ou do Direito à Defesa.

A obrigatoriedade da carga da prova para a acusação enseja, logicamente, segundo Ferrajoli, no direito de defesa do acusado, de modo que não pode ser aceita nenhuma prova sem que esta tenha podido ser refutada ou contraprovada pela defesa. Assim

a defesa, que tendencialmente não tem espaço no processo inquisitivo e é o mais importante instrumento de impulso e de controle do método de prova acusatório, consiste precisamente no contraditório entre hipóteses de acusação e de defesa e as provas e contraprovas correspondentes[53].

O Princípio garantista do Contraditório ou do Direito à Defesa, também é um princípio constitucional brasileiro previsto no art. 5º inciso LV da Constituição Federal: *"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Desta forma, o contraditório implica no direito de ser informado e ter conhecimento completo da acusação e de todos os atos processuais para poder participar do processo defendendo-se.

O Princípio do Contraditório, também implica na igualdade das partes, possibilitando a ambas, idênticas condições de produção de provas e contraprovas no decorrer do processo[54].

Sobre essa questão é interessante a ressalva que faz Fernando da Costa Tourinho Filho, membro aposentado do Ministério Público de S. Paulo, à manifestação da Procuradoria de Justiça, que fala por último, nos recursos criminais. Segundo ele,

Pelo princípio do contraditório, a defesa fala por último. Sendo assim, havendo um recurso interposto na primeira instância, o membro do Ministério Público que fizer as contra-razões já estará atuando como parte acusadora e como fiscal da lei, ex vi do art. 257 do CPP. Por que a ouvida da Procuradoria como “custus legis”? A mim parece que o Ministério Público de Segunda Instância, nos recursos oriundos do primeiro grau, devia manifestar-se apenas sobre o aspecto formal do processo, deixando o mérito para o Tribunal. Todos sabemos que os Procuradores eram Promotores. Como podem eles, da noite para o dia, perder a agressividade acusatória para adquirir a serenidade da toga? Com raríssimas exceções, os Procuradores quando se manifestam nas apelações e recursos em sentido estrito deixam entrever, com clareza, que o cordão umbilical que os liga à parte acusadora não foi cortado... Sendo assim, como podem atuar com imparcialidade? Ademais, como a defesa deve falar por último, a rigor, os autos deveriam sair da Procuradoria e ser encaminhados à OAB...[55]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violação explícita da legalidade, associada à arbitrariedade e violação dos Direitos Fundamentais faz com que o exercício de poder punitivo do nosso sistema penal se apresente como um genocídio em marcha.

A resposta a esta deslegitimação do sistema penal significa a busca de uma forma de contenção da violência do mesmo através da sua urgente limitação.

O presente trabalho sugeriu como possível forma de limitação do poder punitivo o Garantismo de Ferrajoli aplicado ao processo penal, uma vez que propõe a recuperação das garantias jurídicas fundamentais e o respeito aos Direitos Humanos.

A implementação dos princípios garantistas levariam a uma intervenção punitiva limitada e racional com a conseqüente contenção da sua violência.

O processo penal não deve ser compreendido pelo operador do Direito como um instrumento de punição por parte do Estado, mas como instrumento de garantia ao

processado de que terá um processo no qual poderá defender-se amplamente das acusações que pesam contra si.

A teoria do garantismo, aplicando ao processo penal as garantias constitucionais do Estado de Direito, revela-se com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos Direitos Fundamentais dos cidadãos processados. Estas garantias já se encontram previstas na Constituição Federal de 1988, cabendo ao aplicador do Direito realizar a devida interpretação constitucional do Código de Processo Penal, que é de 1941.

Este diploma, como já se viu, sofreu modificações impostas por uma reforma contida em três leis que entraram em vigor no ano de 2008.[56] Foram assim inseridos alguns dispositivos afinados com a teoria garantista, como os que determinam o fim da obrigatoriedade da prisão para apelar, a vedação expressa às provas ilícitas, a identidade física do juiz (o juiz que sentencia é aquele que presidiu a colheita das provas), o incremento da oralidade, o papel predominante das partes na produção das suas provas, a necessidade de aditamento no caso de *mutatio libelli*, a vedação a que o juiz forme sua convicção apenas com os elementos trazidos pelo inquérito, o direito do réu de não comparecer ao julgamento pelo júri, sem necessidade de adiar a sessão. Mas, a rigor, a aplicação concreta dessas novas regras é que dirá se o processo penal brasileiro está se deixando, afinal, impregnar – e em que medida – por aqueles valores, princípios e normas proclamados pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. **Poder y Control**, Barcelona, n. 0, p. 77-92, 1986.

_____. Principios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. **Doctrina Penal**, Buenos Aires, n. 40, p. 623-650. 1987.

_____. Estado del derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial". **Revista de Ciencia Jurídica**, San José da Costa Rica, n. 57, p. 119-134, mayo/ago. 1987b.

_____. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, n.2, p. 44-61, abr./jun. 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3 ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código penal**. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Constituição (1988)**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTANHO DE CARVALHO, L. G. Grandinetti. **Processo penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez/ITEC, n. 11 p.23.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995.

_____. Diritto e ragione. **Teoria del garantismo penale**. Roma: Laterza, 1989.

_____. El derecho penal minimo. **Poder y Control**. Barcelona, n. 0, p. 25-48, 1986.

GENTIL, Plínio Antonio Britto. O tribunal do júri na reforma do processo penal. **Revista da Escola Superior do Ministério Público**. São Paulo: no prelo.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Boletim**. São Paulo, ano 15, n. 175, jun./2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.397-429.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PRADO, Geraldo. Da Lei de Controle do Crime Organizado: Crítica às Técnicas de Infiltração e Escuta Ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125-138.

----- **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 322.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STREK, Lênio. A Aplicação dos princípios constitucionais: a função corretiva da hermenêutica - o crime de porte de arma à luz do controle de constitucionalidade. In: WUNDERLICH, Alexandre, (Org). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 203-204.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos humanos: normativa internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina** (primer informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.) **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991a. p. 221-236.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução e Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991b.

[1] CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

[2] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos humanos: normativa internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

[3] FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

[4] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 69.

[5] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72.

[6] Ibid, p. 72.

[7] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 10.

[8] A respeito ver: BARATTA (1987, p. 559-595).

[9] Ver a respeito: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, Nota Dez/ITEC, n. 11 p.23. e WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

[10] Ver a respeito: PRADO, Geraldo. Da Lei de Controle do Crime Organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre. (org). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125 - 138.

- [11] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151.
- [12] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73.
- [13] Direitos Civis ou Individuais ou na terminologia de Bobbio (2004), Direitos Humanos de Primeira Geração.
- [14] Na terminologia de Bobbio (2004), Direitos Humanos de Segunda Geração.
- [15] CADEMARTORI, op. cit., p. 159.
- [16] Ibid., p. 86.
- [17] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.
- [18] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p 851 e ss.
- [19] Ibid., p 851.
- [20] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 93.
- [21] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.
- [22] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 77.
- [23] LOPES JUNIOR, Op. cit., p. 69.
- [24] STREK, Lênio. A aplicação do princípios constitucionais: a função corretiva da hermenêutica - o crime de porte de arma à luz do controle de constitucionalidade. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 203-204.
- [25] Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Editorial: A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as mega-operações. **Boletim**. Ano 15, n. 175, jun./2007, p. 1.
- [26] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.
- [27] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 322-ss.

- [28] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.
- [29] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 36.
- [30] Ibid., p. 543.
- [31] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 74.
- [32] Cf. art. 157, *caput* e § 1º, com a redação dada pela Lei n. 11.690/08.
- [33] Ibid., p. 70.
- [34] LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.397-429.
- [35] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20-21.
- [36] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 163.
- [37] Ibid., p. 151.
- [38] Ibid., p. 167.
- [39] Ibid., p. 171.
- [40] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 572.
- [41] CASTANHO DE CARVALHO, L. G. Grandinetti. **Processo penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- [42] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- [43] FERRAJOLI, op. cit., p. 603.
- [44] Cf. arts. 212, 384 e 155 do CPP, com redação dada pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08.
- [45] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 549.
- [46] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.

- [47] LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175.
- [48] FERRAJOLI, Luigi, Op. cit., p. 549.
- [49] Ibid., p. 559.
- [50] Apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense.
- [51] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAÚJO JUNIOR., João Marcello de. (Org.) **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991a. p. 225.
- [52] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 379.
- [53] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995. p. 613
- [54] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.
- [55] Carta do Professor Fernando da Costa Tourinho Filho. CASTANHO DE CARVALHO, L. G. Grandinetti. **Processo penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. xxiii.
- [56] São as Leis n. 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08.

**UMA REFLEXÃO SOBRE A RELAÇÃO INTERSUBJETIVA ENTRE ESTADO
E SUJEITO PERANTE A CONSTITUIÇÃO - INOBSERVÂNCIA PELO
ESTADO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NO “ITER” DO
PROCESSO.***

**A REFLECTION ON THE INTERSUBJECTIVE RELATIONSHIP BETWEEN
STATE AND SUBJECT BEFORE THE CONSTITUTION - DISREGARD OF
THE STATE FOR THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL STANDARDS IN
THE "ITER" OF THE PROCESS**

Zoraide Sabaini dos Santos Amaro

RESUMO

Trata o trabalho, neste momento histórico da Constituição de 1988, de uma análise da relação intersubjetiva entre Estado e Sujeito perante a Carta Magna. Entendendo adequado expendem-se algumas considerações sobre a Constituição fazendo remissão a elementos históricos para compreender as raízes e a evolução do Absolutismo ao Constitucionalismo. Considerando que a convivência entre a jurisdição e o direito de ação configura verdadeira relação entre o Estado e o Sujeito e, entre o poder de que está dotado o primeiro e os interesses e direitos do segundo, analisam-se as especificidades que marcam a coexistência entre esses sujeitos quanto aos prazos constitucionais e legais processuais.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: SUJEITO; ESTADO;
CONSTITUIÇÃO; PRAZOS.

ABSTRACT

This paper deals, in this historical moment of the Constitution of 1988, with an analysis of the intersubjective relationship between State and Subject before the Magna Carta. Adequate understanding brings considerations about the Constitution, causing remission to historical elements, to comprehend the roots and evolution from Absolutism to Constitutionalism. Considering that the relationship between the jurisdiction and the right of action configures true relationship between the State and the Subject and, amongst the power which has been doted of the first and the interests and rights on the latter, the peculiarities that mark the coexistence between these subjects regarding deadlines of constitutional and legal processes are analyzed.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEYWORDS: SUBJECT; STATE; CONSTITUTION; DEADLINES.

1 INTRODUÇÃO

Nestes tempos de espantosas transformações nos campos político e ideológico em que países se agregam em comunidades econômicas; nações se emancipam e fronteiras estão em constante mutação; regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, os conflitos emergem a todo instante e a sociedade contemporânea está a exigir uma Justiça bem melhor do que a existente [1], mais célere e eficaz.

No contexto nacional, esse anseio se fortalece na medida em que a Reforma do Judiciário - Emenda Constitucional nº 45/2004 - responsável para resolver os problemas da justiça, pelas suas propostas mal formuladas, não tem o Judiciário conseguido erradicar com mecanismos hábeis a lentidão da prestação jurisdicional.

A demora exagerada do processo no sistema brasileiro é hoje uma adversidade que chega perto do caos. O problema da efetividade da tutela jurisdicional, ainda que já fosse percebido de longínqua data, tornou-se mais nítido quando da constatação de que o acesso à justiça já não mais se obstaculizava somente por graves empecilhos sociais e econômicos para boa parte da população brasileira, mas porque além da própria legislação infraconstitucional que permite a eternização dos conflitos, sobretudo, em face da quantidade de recursos disponíveis, há outras flagrantes situações tais como: o número brutal de processos [ocasionado pela expansão dos direitos sociais nas últimas décadas]; a quantidade insuficiente de juizes e funcionários; as condições precárias de funcionamento do Judiciário; as delongas e a emperrada mecânica de distribuição de processos em alguns tribunais; as manobras para tentar alargar o tempo de demora do processo pela arte recursal para evitar conquistas sociais ou o que não interessa; o excessivo formalismo processual e o descumprimento de prazos por parte do Estado.

De entre os fatores que dão motivo a não efetividade e celeridade do processo, há de se ocupar, neste trabalho, com a questão dos prazos legais processuais no “iter” do processo e a inobservância destes pelo Estado.

Entendendo que a convivência entre a jurisdição e o direito de ação configura verdadeira relação entre o Estado e o Sujeito, entre o poder de que está dotado o primeiro e os interesses e direitos do segundo, objetiva analisar as especificidades que marcam a convivência entre esses sujeitos de direito - pela legitimidade, validade e vigência das normas relativas aos prazos constitucionais e legais processuais.

A gênese deste trabalho está no paradoxo instituído: o Estado soberano, fonte de todos os direitos e órgão da coação e, por outro aspecto, “ente submisso” ao império da norma que emana dele próprio [a de ensejar uma regulamentação do comportamento de acordo com o Direito, com o mínimo de perturbação, objetivando, portanto, a manutenção da ordem social], delibera a si próprio o prêmio e prerrogativa de não cumprir as normas prescritas quanto aos prazos processuais, enquanto ao jurisdicionado sobrepõe o peso da demora na prestação jurisdicional com decorrente lesão patrimonial e moral na maioria dos casos.

Parece ser indubitável que quando o direito processual é reduzido a uma esfera exclusivamente técnica, e assim é desligado de sua relação com a vida social, o tempo acaba não tendo importância. Em grande parte, a morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado os que têm menos recursos. [2] A demora, tratando-se de questão envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo e, é esse tanto mais árduo quanto mais dependente o autor é da importância patrimonial buscada em juízo.

Em assim sendo, resulta voltar um olhar na Constituição Federal - os fundamentos que concretizam os direitos à liberdade e à igualdade no Estado Democrático de Direito não pela generalidade normativa, mas pela sua vinculação aos direitos fundamentais, e fazer uma sondagem na Teoria Discursiva para compreender o sentido intersubjetivo da dinâmica dessa relação, Estado e Sujeito.

2 A CONSTITUIÇÃO: EXPRESSÃO JURÍDICA E POLÍTICA DAS NORMAS E VALORES FUNDAMENTAIS DA CONVIVÊNCIA

Antes de qualquer argumentação sobre a Constituição na realidade contemporânea, deixar não se pode de regressar no tempo e considerar, ainda que sucintamente, o longo caminho percorrido para que pudesse se realizar a possível coexistência democrática, pautada pelos valores positivados nos textos constitucionais comprometidos com a dignidade humana. Convém notar que a história patenteia quão dificultosa se configurou a marcha constitucional brasileira.

Fazendo remissão a elementos históricos, teoricamente constata-se que como norma fundamental do Estado a Constituição que garante os direitos e liberdades dos indivíduos foi desenvolvida no transcorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários.

À evidência, a queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo, representava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da nação em sua legitimidade incontestável. [3]

A mudança havida dá começo à idade do Constitucionalismo. De qualquer modo, o Constitucionalismo não pode ser entendido senão integrado com as correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX. O “Constitucionalismo tão pródigo de sucessos, tão relevante nos seus fatos históricos, tão determinante nos recuos que fazem o direito da força ceder à força do Direito” [4] foi empregado de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes estabelecidos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder da Dinastia reinante [reduzida à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente] e da soberania popular [5]

[o poder já não é de pessoas, mas de leis, são as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político]. [6]

É de observar que o Constitucionalismo solidificado pela tradição jurídica, finca suas raízes no mundo contemporâneo a partir da noção de “Constituição” como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes. [7] O princípio da separação de Poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública. [8] O Constitucionalismo pode ser visto em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medievo, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei, próprio da primeira forma de Estado Moderno. Thomas Paine já dizia, no final do século XVIII, quando nascem as constituições propriamente ditas que estas eram tão importantes para a liberdade como é a gramática para a linguagem: “Uma constituição não é um ato de nenhum governo, e, sim, de um povo estabelecendo o seu governo, de modo que um governo sem constituição é um poder sem direito”; “a Constituição precede ao governo e o governo é criatura da Constituição”. E, ao mesmo tempo em que enaltecia as Constituições dos Estados Unidos e da França, Paine expunha que na Inglaterra não havia Constituição: “A utilização continuada no parlamento inglês da palavra ‘constituição’ mostra que não há nenhuma e que estamos em face de uma forma de governo sem constituição que se constitui a si mesmo com o poder que quer [...]”. [9]

Guardadas as devidas proporções que a distância histórica proporciona não se pode abdicar de proclamar o olhar prospectivo de Paine. Com efeito, para ele, um ato de governo contrário à Constituição é uma manifestação de poder ilegítimo. “A Constituição determina a autoridade que o povo atribui a seu governo, e, ao fazê-lo, estabelece-lhe limites”. Qualquer exercício de autoridade por parte do governo que vá além desses limites passa ser um exercício de “poder ilegítimo”. Em todo o Estado em que de fato não se observe a distinção entre Constituição e governo, não existe verdadeira Constituição. [10]

Assim, ontem, precisamente há dois séculos, principia então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem- cidadão, do Homem-político, do Homem- que faz a lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído. Esse primeiro Estado constitucional cristaliza-se ao redor de um conhecimento fundamental nascido dos escombros de ruínas da sociedade feudal: a noção de “povo”, a idéia-força que há cerca de três séculos ilumina o caminho para invenção definitiva de um sistema democrático de poder, e que ao mesmo tempo inspira a efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões. [11]

A primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, configurava o antigo e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo. Já o novo Estado constitucional, sucessor daquele, é conspicuamente marcado de preocupações distintas, volvidas menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais. Os

direitos de justiça, que genericamente abrangem os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento, eram aqueles que, em vigor, vinham caracterizar, na escala progressiva e evolutiva, a introdução tanto dos direitos da segunda como da terceira gerações. O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, a base do Estado Constitucional dos direitos fundamentais. [12]

A passagem do antigo ao novo Estado assinalava, semelhantemente, o começo de um momento constitucional, derivado da ruptura de princípios de legalidade e da legitimidade que andara conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio enquanto o Estado Liberal pode manter incontestável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes. Dissolvida a unidade dos dois princípios, a seqüência histórica certificou de uma parte, a paulatina ruína da legalidade; e, de outra, a lenta dissolução da velha legitimidade, sucumbente ao império de outras crenças e valores introduzidos no campo ideológico, econômico, político e social. Nota-se que nesse processo, rompida a aliança e a suposta identidade dos dois princípios, a legalidade, que dantes ofuscava a legitimidade, entrou em inversão de posições, a ocupar, na escala da normatividade jurídica, um lugar secundário, subordinando-se à nova legitimidade, em ascensão que traduzida em princípios, subiu ao cume da hierarquia normativa nos ordenamentos constitucionais. [13]

Com efeito, quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos de primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos de segunda geração, a legitimidade – e não a lei – se fez paradigma dos Estatutos fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é, sobretudo, sua normatividade. Ou, exposto de outra maneira: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e princípios. Ambas se integram na juridicidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios o gênero, e as leis e regras a espécie. A regra determina o comportamento, a conduta, a competência, o princípio define a justiça, a legalidade, a constitucionalidade. [14]

Lênio STRECK aponta:

Numa palavra: Constituição consiste, precisamente, no dizer de Ferrajoli, neste sistema de regras, substanciais e formais, que têm como destinatários os mesmos titulares do poder. Sob este aspecto, as constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, incluindo o Legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. Poderia dizer-se que constituem utopias de direito positivo, que, ainda que não realizáveis completamente, estabelecem perfeitamente, enquanto Direito sobre o Direito, as perspectivas de transformação do Direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais. E, acrescenta Ferrajoli, [...] Se as constituições são o conjunto de regras do jogo que garantem a correção do jogo, estes pactos têm que garantir a todos os jogadores,

começando pelos mais frágeis. Se as constituições têm como destinatários os poderes constituídos, aqueles não podem ser modificados, derogados ou debilitados por estes mesmos, senão somente ampliados e reforçados. Finalmente, se as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais. É nesta titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular. Se o dizer de Ferrajoli é correto, então o constitucionalismo – na sua versão instituidora do Estado Democrático de Direito – não é somente uma conquista e um legado do passado; é, certamente, “o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI”. [15]

Com as Constituições democráticas do século XX, assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, “o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais” [direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho]. Em conformidade com isso diz-se que a nova concepção de Constitucionalismo une justamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma fundamental. [16]

Por conseguinte, parece não restar dúvidas de que no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito houve uma alteração substancial na função a ser desempenhada pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os significados exsurgentes desse “plus” normativo representado pela idéia de que “a Constituição constitui a ação do Estado”. Vale consignar que o paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente ao papel transformador que o Direito assume. [17]

2.1 O Papel da Constituição e suas Relações com a Política

O caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporaneamente tem influído poderosamente determinados aspectos implícitos na constitucionalização do Direito, podendo ser destacados, com Alonso Garcia Figueiroa em três aspectos: um material, um estrutural e funcional e um político. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. [18] O constitucionalismo tradicional era, sobretudo, uma ideologia, uma teoria simplesmente normativa, enquanto que o constitucionalismo atual tem se transformado em uma teoria do Direito, oposta ao positivismo jurídico enquanto método. O aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais. O aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem importância, neste contexto, os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento. Em termos políticos, os aspectos anteriores representam conseqüências importantes na correlação de forças existentes entre os Poderes do Estado. [19]

As Constituições do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é aumentado para abraçar toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a "ordem jurídica fundamental da comunidade", ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se revela não apenas no estabelecimento da Constituição [o poder constituinte originário], mas também nos momentos subseqüentes, de concretização da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, é o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição. [20] Assim sendo, o sistema político desempenha a função de decidir pela coletividade, enquanto o sistema jurídico tem como escopo garantir as expectativas normativas. São aspectos de um mesmo corpo: poder representativo. [21]

O surgimento do Estado Democrático de Direito, traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação, como assevera Bachof,

As normas constitucionais em muitos casos “não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas”: tais valorações, porém, são sempre, até em determinado ponto subjetivas. Assim, verificar-se-á sempre inevitavelmente uma certa relação tensionante entre o direito e a política. O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas. [22]

Segundo Gilberto BERCOVICI, a idéia da Constituição como totalidade, ressaltando-se seu caráter dinâmico [não garante apenas uma ordem estática], “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade. Esta concepção, elaborada por autores como Schmitt e Smend dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais [ou programáticas] do pós-guerra. Do normativismo constitucional salta-se para a Teoria Material da Constituição. Este é o momento da imbricação entre Constituição e política. A Teoria Material da Constituição admite compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais [ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social], o Estado Constitucional Democrático. As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: democrática [formação da unidade política], liberal [coordenação e limitação do poder estatal] e a dimensão social [configuração social das condições de vida]. A Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político. [23]

À evidência, é inexorável que ocorra certo tensionamento entre os Poderes do Estado - a partir da seguinte equação: “de um lado um texto constitucional fruto de um pacto constituinte forjado na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais; de outro, a difícil convivência

entre os Poderes do Estado, eleitos [Executivo e Legislativo] por maioria nem sempre concordantes com os ditames constitucionais”. Paralelamente a essa problemática, há a questão da legitimidade de o Poder Judiciário [justiça constitucional] desconstituir atos normativos do Poder Executivo e ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente. Esse debate parece interminável. [24]

Enfim, ainda é possível falar em Constituição compromissária? Não é este o momento para aprofundar a temática, contudo, os compromissos assumidos pela Constituição de 1988, especialmente aqueles previstos nos três primeiros artigos - faz com que esta seja classificada, segundo a sua estruturação como uma “Constituição Dirigente” por não se reunir a um simples ordenamento político, mas também como ordenamento econômico e social. A partir disso, a idéia de Constituição Dirigente [25] está atrelada a outros estudos essenciais no aprimoramento da Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Direito Constitucional, contextualizado no tempo e no espaço. A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. A Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. Não há uma teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à realidade concreta. [26] A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço.

Alguns problemas básicos da Teoria da Constituição são enumerados por CANOTILHO, tais como: dificuldade de inclusão dos problemas das mudanças e inovações jurídicas; necessidade de reinvenção do seu território; impossibilidade de deformação de um código unitário diante da complexidade social que gera diferenciações funcionais em sistemas [político, econômico, jurídico]; ausência de uma compreensão de novos conceitos da teoria social como o conceito de risco, dentre outros. [27] Demonstrem esses problemas que, perante o desenvolvimento acelerado e o grau de complexidade das sociedades contemporâneas, o Direito Constitucional e Teoria da Constituição já não conseguem responder às demandas por uma sociedade mais justa e igualitária. [28] Atualmente, há que se pensar e afrontar questões como diversidade, comunidade global e legitimação democrática da Constituição se se pretende sair do idealismo e tentar recuperar o contato com a realidade social.

Indispensável consignar que a tradição no [sentido gadameriano] lega à noção de Estado Democrático de Direito, a idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outra forma, a Constituição dirigente programática compromissária é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional.

Insta consignar que descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado [o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins] representa prejudicar o próprio contrato social [do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade]. “No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade”, que deve ser resgatado.

2.2 Fenômeno Jurídico e a Constituição: Convivência Humana, Valores e Normas

É no convívio que se produzem as mais variadas espécies de relações humanas, sempre orientadas e motivadas por “valores” que o ser humano se empenha em realizar. [29] Tal agir não se dá de forma automática, predeterminada. É fruto da liberdade. [30] Em sendo a liberdade um atributo indispensável à configuração do próprio modo de ser humano em sua plenitude, a convivência em sociedade requer o convívio das múltiplas liberdades. Para que isso seja possível, é necessário haver “limites” que possibilitem a todos e a cada um o exercício da liberdade de forma responsável. Isso evidencia a freqüente possibilidade de atritos, discordâncias e conflitos no espaço social decorrentes do livre agir de cada sujeito. Daí decorre a necessidade do respeito a certas “normas fundamentais” para a manutenção da convivência, a fim de que seja orientada por determinados valores, capazes de torná-la pacífica, justa e solidária. Ou seja, obediência a uma “ordem jurídica” que se expressa por meio de uma Constituição prospectiva, isto é, preocupada não apenas em disciplinar os atos e fatos presentes, mas também em construir em futuro melhor para todos os que vivem sob sua égide. E tal construção só é possível quando se desenvolve a “consciência” a respeito dos fundamentos, valores e objetivos que compõem a essência da Constituição, traduzidos em linguagem normativa, isto é, em forma de regras e princípios jurídico-constitucionais. [31]

Se o Direito é fenômeno, então, como todo o fenômeno, tem ele suas formas de manifestação: costumes, leis, jurisprudência, doutrina, pactos, instituições, institutos... Mas, estes elementos, por si só não revelam tudo do Direito. Neste particular, em especial consonância com a Teoria Tridimensional do Direito, segundo Miguel Reale, nele estão presentes três dimensões: fática; axiológica; e normativa. [32]

À luz dessa trilogia, pode-se refletir a convivência humana como fato inarredável não só para a sobrevivência de cada indivíduo, mas também, como valor fundamental à edificação da civilização. Deve-se observar que o fato “convivência” não se dá por força do acaso e nem em razão de determinismos mecânicos. E deste modo, tudo o que atende à superação de necessidades adquire sentido como “valor” desde os bens materiais básicos à vida e à saúde – alimentação, meio ambiente equilibrado e tantos outros – até aqueles mais abstratos, porém não menos importantes para o ser humano, tais como: dignidade, liberdade, respeito, igualdade de oportunidades, afetividade, segurança, possibilidades de contínuo desenvolvimento.... Para salvaguardar estes e demais valores essenciais ao viver e conviver humano faz-se necessário o respeito a um conjunto de “normas jurídicas” elaboradas com este intuito. [33]

Frise-se que as normas constitucionais do Estado Democrático de Direito exigem uma convivência embasada na “dignidade da pessoa humana”. É neste sentido que a “vontade popular” constituinte do novo paradigma estatal vigente desde 05.10.1988 se manifestou. Não por acaso. Trata-se de uma “vontade iluminada pela consciência” de que somente o sério compromisso com os valores fundamentais da convivência apreendidos ao longo da história - tais como: respeito ao outro, paz, justiça, solidariedade, liberdade, igualdade de oportunidades... e o efetivo comprometimento em realizá-los num contínuo “processo” sem admissão de “retrocessos” pode levar o convívio humano a patamares em que haja o predomínio do recíproco respeito e consideração entre os sujeitos. [34]

3 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS PARA A SOBREVIVÊNCIA DO ESTADO E PARA A CONVIVÊNCIA EM SOCIEDADE

Na visão de DINAMARCO é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. “Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual”. [35]

De ver-se que dentre os princípios constitucionais do processo, segundo Elena Calmon ALVES, podem os princípios estar expressos na Constituição, ou implícitos, só identificados porque resultam das limitações políticas do Estado, em outra dimensão que não a processual como os limites resultantes do regime federativo. Entre os princípios processuais explicitados na Lei Maior, tem-se como básico o princípio da legalidade ou do devido processo. Do princípio do devido processo legal derivam-se outros, como o da obrigatoriedade da jurisdição estatal [inciso XXXV do art. 5º] e ainda os princípios do direito de ação, do direito de defesa, da igualdade das partes, do juiz natural e do contraditório.

O princípio do juiz natural, reflexo da inafastabilidade da atuação monopolística do Estado, autoriza as regras competenciais contidas na Constituição. O princípio do direito de ação leva ao princípio do acesso à justiça a primeira onda de preocupação do Direito Processual moderno, para usar as palavras de Mauro Capelletti, o que não se esgota em si mesma. Tem como escopo reflexo a preocupação com uma jurisdição efetiva e a segurança jurídica. Em outros termos, não basta chegar ao Estado-juiz. É preciso obter uma prestação não tardia e de qualidade tal que se tenha segurança jurídica. [36]

Diante disso, compreende-se melhor, nesta reflexão, a importância do processo constitucional como instrumento hábil para assegurar os direitos fundamentais - garantias básicas do ser humano. O processo constitucional surge como instrumento garantidor da real concretização destes direitos fundamentais tanto discutidos e positivados nas mais diversas constituições nacionais.

O ramo do Direito Processual Constitucional nasce da necessidade de fornecer às Constituições as garantias processuais e jurisdicionais de uma instância julgadora diferenciada, encarregada do controle da constitucionalidade dos atos normativos, logo, procura extrair da Constituição normas de processo, como o aparelhamento da estrutura judicial; princípios gerais do processo consagrados na Constituição, devido processo legal, o contraditório, bem como as ações previstas na Constituição para resguardar a integridade e implementar o ordenamento e os direitos fundamentais. [37]

3.1 O Processo de Dimensão Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais no Panorama Nacional

A Constituição de 1988 representa um desafio por trazer uma renovação da ordem jurídica nacional. A efetivação ou concretização dos mandamentos constitucionais emanará de sua aplicação, resultante de um processo que tende a ter a natureza de um processo constitucional. Constituições que se propõem a instaurar um “Estado Democrático de Direito” tem “direitos e garantias fundamentais” com disposição central. Para entender o sentido de qualquer disposição do texto constitucional deve-se, portanto, ter em mente que toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo se pretende, sejam preservados no âmbito do Estado brasileiro. [38]

Por razões de extensão, fica desautorizado, aqui, adentrar na teoria dos Direitos Fundamentais e canalizar os aportes advindos das diversas disciplinas filosóficas e científicas, para esclarecer a sistemática dos direitos fundamentais. De igual forma, fica afastada a possibilidade de examinar na sua dimensão processual os problemas como o controle da constitucionalidade, o “acesso à justiça”, o “direito aos direitos”, que se faz através de instrumentos como o “habeas corpus”, o mandado de segurança, individual e coletivo, o mandado de injunção, o “habeas data”, a ação popular, a assistência gratuita, bem como através das instituições responsáveis pelas chamadas “funções essenciais à justiça”.

Entretanto, registrar é preciso que, já desde 1984, José Alfredo de Oliveira BARACHO apontava a relação entre a Constituição de um país e o processo desenvolvido neste, além de destacar as implicações das diferentes formas de processo aplicadas e garantidoras daqueles direitos presentes no texto constitucional. [39]

Assevera DINAMARCO que a visão analítica das relações entre processo e Constituição expõe dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: no sentido Constituição-processo, tem-se a “tutela constitucional” deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; e no sentido processo-Constituição, a chamada “jurisdição-Constitucional”, volvida ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição [“jurisdição constitucional das liberdades”], mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional, inclusive. [40]

A “tutela constitucional do processo” tem o significado e finalidade de garantir a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo carece refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o “microcosmos democrático” do Estado-de-direito com as conotações da liberdade e responsabilidade. A evolução do sistema de garantias constitucionais dos princípios do processo e da organização judiciária, a partir do conhecido art. 39 da “Magna Charta Libertatum [João–Sem-Terra, 1215] e através dos aprimoramentos creditados às Constituições, “bills of rights”, tribunais e doutrinadores, vai caminhando nos tempos atuais para a conscientização generalizada entre os usuários dos mecanismos processuais. [41]

Sobre a “jurisdição constitucional” refletindo, agora, diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”. [42] Na esfera dela [que também é chamada de justiça constitucional], além dos mecanismos destinados à verificação da constitucionalidade das leis “alguns países adotaram também um arsenal de processos especiais destinados a assegurar a certos direitos fundamentais do homem uma tutela jurisdicional particularmente forte e diferenciada”. [43]

A primeira ordem de mecanismos que a doutrina traz à colação, no contexto da jurisdição constitucional, indispensável no Estado-de-direito, é a dos destinados ao “controle da constitucionalidade das leis”. O constituinte tem por premissa a falibilidade do legislador e põe empenho em fazer valer em sua feição atual o binômio lei/liberdade assim estruturado: “não mais direitos de liberdade na medida das leis, mas leis na medida dos direitos de liberdade”. [44] Indica-se o controle da constitucionalidade das leis como o mais moderno entre os instrumentos destinados a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional pelo controle difuso a ser feito pelo Poder Judiciário. Vêm depois os institutos de controle da constitucionalidade e integrantes do bloco a que se denomina “jurisdição constitucional das liberdades”. Em todo o campo coberto pela “jurisdição constitucional das liberdades vê-se, pois, a obcecada preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fique em mera promessa.

Infere-se, ainda, que todo o “direito processual constitucional” constitui uma postura instrumentalista – seja instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função de conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária [tutela constitucional do processo].

4 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA E A TUTELA JURISDICIONAL

O texto constitucional assegurou a todos como direito fundamental de caráter individual e coletivo, o acesso ao judiciário para se buscar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados. A ordem constitucional estabeleceu não ser suficiente apenas assegurar o acesso ao judiciário, é necessário que este provimento jurisdicional dado pelo Estado, tenha efeitos reais e permaneça vigorando com substancial eficácia, quando concebido dentro de uma realidade de fato e de direito normativamente perfeita. Entende-se que, quando a Constituição regulamenta que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito, quer garantir, principalmente, a eficácia das decisões judiciais em benefício daqueles que exercem o seu direito subjetivo a proteção jurisdicional.

A tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria de uma ou mais

pessoas ou grupos de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação material desejada ou indesejada.

No processo civil moderno e na sua técnica bastante desenvolvida, a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional [45] figura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, sempre que haja alguma queixa de direitos afrontados ou transgredidos. Mas, a magnitude dessa garantia não é total e irrestrita - as legítimas limitações ditadas pela Constituição e pela lei ao exercício da jurisdição constituem fator de racionalidade e realismo no sistema. Ao lado delas outras limitações existem que não são legítimas e concorrem para impedir que o sistema do processo civil cumpra adequadamente e de modo integral sua função de pacificar pessoas e fazer justiça. Trata-se de fatores vindos das imperfeições da própria lei processual e outros igualmente “aborrecíveis” residentes na realidade política, sócio-econômica e cultural da sociedade à qual o processo se destina a servir. Para o aperfeiçoamento do sistema é indispensável identificar essas barreiras internas e externas e procurar afastá-las na medida do que realisticamente for possível.

5 DOS ATOS E PRAZOS PROCESSUAIS

Há no Código de Processo Civil determinações de tempo para a prática de atos processuais. [46] A realização destes atos se sujeita aos limites temporais, uma vez que seria inaceitável não estabelecê-los e permitir o prolongamento interminável do processo. [47]

Em que pese o conceito de que no direito processual vigora o princípio do formalismo, o que é embasado pela necessidade de ordem, certeza e eficiência prática, os atos processuais são regidos pelo “princípio da instrumentalidade das formas”. Por isso, as formas não existem por si, mas para atingir determinada finalidade. [48] O Código de Processo Civil [CPC] ao classificar os atos processuais o faz com base no critério subjetivo, isto é, conforme as pessoas que o praticam, dividindo-os em atos das partes e atos dos órgãos jurisdicionais, abrangendo estes últimos os praticados pelo juiz, bem como pelos auxiliares da justiça. [49]

Embora a doutrina divirja quanto à classificação dos atos das partes, utilizando nomenclaturas diversas, estes são os realizados pelo autor, pelo réu, pelos terceiros que ingressaram na relação processual e pelo Ministério Público. Dispõe o art. 158 do Código de Processo Civil que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais, ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Ou seja, a produção de efeitos pode anteceder a própria documentação do ato. [50] Os atos do juiz consistem em pronunciamentos, ou providões dos juízes, que se exprimem por meio de sentenças, decisões interlocutórias, despachos e despachos de mero expediente. A Lei 1.232/05 reformou em parte o conceito dos atos do juiz. Alterou o conceito de sentença, que agora deve ser entendida como “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil” [nos termos da nova redação do § 1º do artigo 162 do CPC].

É de frisar que os auxiliares da justiça praticam diversos atos indispensáveis e extremamente importantes para a prestação jurisdicional. Nos termos da Lei nº 8.952/94, que acrescentou o § 4º do artigo 162 do CPC, os atos ordinários devem ser praticados por iniciativa do escrivão, independentemente de despacho do juiz. A possibilidade de delegação ganhou o respaldo da autorização constitucional decorrente da Emenda Constitucional nº 45. A finalidade é a agilização da prestação jurisdicional, com a supressão de entraves burocráticos. [51]

5.1 Do Tempo dos Atos Processuais

Para a prática de atos processuais o Código de Processo Civil utiliza determinações de tempo sob dois ângulos diferentes: o do momento adequado ou útil para a atividade processual; e o de prazo fixado para a prática do ato. [52]. Há sempre um termo inicial [“dies a quo”] e um termo final [“dies ad quem”]. Ou seja, o ato é praticado dentro de um período, findo o qual não mais poderá ser praticado em face de preclusão temporal. Nos termos do artigo 177 do CPC, “os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Quando esta for omissa, o juiz determinará os prazos, tendo em conta a complexidade da causa”. Portanto o prazo ou é legal [previsto em lei] ou é judicial [fixado pelo juiz]. A fixação do prazo pelo juiz deve atender a parâmetros de razoabilidade. Havendo omissão da lei e não se pronunciando o magistrado, o ato processual deverá ser praticado pela parte no prazo de cinco dias, conforme preceitua a regra subsidiária do artigo 185 do CPC.

Para Luiz Guilherme MARINONI, o juiz deve observar o princípio da necessidade, ou à denominada “proibição de excesso”, que, ao remeter às idéias de “equilíbrio” e “justa medida”, objetiva evitarem que o direito do autor seja tutelado mediante a imposição de consequências ‘desmedidas’ ao demandado. [53]

Por óbvio o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito precisa de uma jurisdição organizada e de uma força para firmar a identidade, e porque a formação da vontade política institui programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, “implicações” jurídicas objetivas, contidas nos direitos subjetivos. Pois o Poder organizado politicamente não se achega ao direito como a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se institui em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. [54]

Considerando o direito pátrio, vê-se que a Constituição Federal impõe-se de maneira a reprimir quaisquer formas de autotutela privada, salvo em casos excepcionalíssimos. [55] O princípio da inafastabilidade de jurisdição ou da proteção judiciária dá a segurança de que o Estado não fugirá da responsabilidade de tutelar o direito de seus jurisdicionados, independentemente do que fora pleiteado, dando a este a tutela adequada. O Estado não está simplesmente no dever-poder de dizer o direito tutelado, mas sim no dever-poder de dizer este direito de forma célere e eficaz, sob pena deste

tornar-se inócuo. Percebe-se que este direito torna-se um tanto distante do ideal ao passo em que o resultado conseguido pelo particular se distancia do resultado que normalmente conseguiria se possível a autotutela privada. A inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela. [56]

Tem-se que o não julgamento do processo quando devido, especificamente pela ineficiência e inobservância no cumprimento dos prazos processuais estabelecidos a ele [Estado] pode causar situações conflituosas [danos morais e patrimoniais irreparáveis], ou o atraso demorado do processo também por culpa sua [Estado] constituem-se de prestação jurisdicional deficiente e injusta. A celeridade processual é garantida largamente pela legislação pátria. [57] Cabe ao jurista exercer controle técnico de verificação e acompanhamento processual. Entre outros, para o Estado, pelo direito formal são fixados os seguintes prazos:

1- art. 281 do Código de Processo Civil [CPC], que cuida do tempo para ser prolatada a sentença no procedimento sumaríssimo e para ser o mesmo ultimado;

2- a determinação pelo art. 261 do CPC, de prazo para o Juiz decidir a impugnação ao valor da causa;

3- os prazos fixados para: decidir o pedido de assistência [art. 51, III, CPC]; o pedido de insolvência [arts. 755 e 758 CPC]; a liberação de partilha, em inventário [art. 1.032, CPC]; para determinar emenda ou aditamento à inicial [art. 284, CPC]; para tomar providências preliminares [323 CPC];

4- a determinação dos prazos para julgar; a divisão não contestada [art. 971, parágrafo único, CPC]; os embargos à execução [art. 740, parágrafo único, CPC]; as exceções processuais [arts. 308 e 309]; a prestação de contas [art. 916, § 1º, CPC]; os procedimentos de jurisdição voluntária [art. 1.109, CPC]; processo cautelar não contestado [art. 803, CPC]; o prazo para proferir sentença após a audiência [art. 456, CPC]; e outros mais existentes no CPC e no CPP, [art. 125 inc. II, CPC] e [art. 531e seguintes, CPP]. [58]

Assim, legalmente estão institucionalizadas algumas normas processuais e, na CF/88 a fundamentação à efetiva implementação do conceito de “razoável duração do processo” art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88, “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, razoabilidade essa que deve ser encarada tanto sob o prisma da celeridade, quanto da efetividade da justiça. De observar que a Constituição é feita não pelo, mas para o Estado e é a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, [59] é preciso, portanto, interpretá-la e no cotidiano da convivência adequar seus comportamentos ao que nela está disposto e exigirem-se mutuamente tal ajustamento

como um “dever ser” que a todos vincula. Deste “dever ser” constitucional, na democracia, ninguém tem o direito de se eximir.

A questão é que o Estado ao desobrigar-se do dever legal de observar a cláusula pétrea e o ordenamento infraconstitucional, na relação jurídica Estado- Sujeito passa a usufruir privilégios. Neste caso, essa relação não se articula na concreção da universalidade como liberdade e igualdade jurídicas. É do conhecimento universal de que a liberdade é medida comum de isonomia e se articula como “igualdade de direitos” em um governo democrático. [60] O princípio da igualdade das partes ou da isonomia surgiu não só para dizer a igualdade, mas para abolição dos privilégios processuais. [61] A isonomia como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada no exercício da constitucionalidade democrática. [62] O princípio da isonomia é a existência de paridade de distribuição normativa do tempo-espaco procedimental para todos os sujeitos do processo na preparação do provimento. [63] O fundamento da igualdade está na coerência do igual tratamento de todos.[64] O Processo representa um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processuais assegurados pelos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório. [65]

Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque romperá com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos da isonomia [que regem a atuação dos sujeitos do processo], inclusive do próprio direito processual. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes. [66]

Insta considerar que entendendo a Constituição e o ordenamento infraconstitucional como prescrição do agir comunicativo [compreendido, neste momento, no sentido de inter-relação] [67] ao observar a legitimidade, validade e vigência das normas tem-se em HABERMAS o entendimento que,

[...] a razão comunicativa, como “razão prescritiva a posteriori”, assume uma figura procedimental emanada do Estado Democrático de Direito [...]. No âmago do próprio Direito, a facticidade, os procedimentos jurídicos formam-se como exigência universal de que seja não apenas garantida, mas ‘institucionalizada a sua realização segundo [...] a isonomia [...]. Isto é, os princípios sob os quais são instituídos os procedimentos jurídicos não se apresentam apenas como garantias frente à usurpação estatal, mas são concebidos como estrutura intrínseca à normatividade estatal, surgindo como instituição no Estado. [...] Assim, os procedimentos têm por finalidade efetivar a justiça e a liberdade, e, com esse objetivo, funcionam como instrumento de correção à falibilidade inerente ao Direito. [...] [68]

A facticidade, os procedimentos jurídicos são institucionalizados e tem por finalidade efetivar a justiça e a liberdade. O Estado Democrático de Direito é obra da liberdade e da igualdade. Sendo criação de todos os cidadãos, torna também universal a “obrigatoriedade” jurídica [isonomia]. [69] Argumenta Celso Antônio Bandeira de MELO que a Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de

anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. E em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. Como se sabe as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. [70] Daí, a exigência e indispensável “prudência” do Estado no cumprimento das normas no exercício do processo para se chegar ao “tempo razoável. Há que se refletir: Se os atos no “iter” do processo são regidos por normas que integram o Princípio da Segurança Jurídica e o Estado-Juiz, [na condição de ente submetido às regras emanadas dele próprio] os executa de modo não isonômico e desatento aos princípios constitucionais, tem-se que a Hermenêutica Constitucional produz a compreensão da existência da expressiva negação do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

É necessário, portanto, que haja mudanças de paradigmas e não sejam simplesmente os direitos alargados [71], pois, é no Estado Democrático de Direito que a estrutura intersubjetiva de direitos se mostra como “inclusão e reconhecimento”. [72] Justamente nisso que consiste o diferencial da Teoria Discursiva do Direito, o afastamento de uma esfera privilegiada de normativismo jurídico. A Teoria Discursiva do Direito não privilegia nem um direito formal [Estado liberal] tampouco um direito material [Estado social], pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura perpetuar-se da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente.

O Estado e Sujeito no âmbito processual são partes e deve ocorrer entre eles o encontro lembrado por Martin Buber na “palavra-princípio Eu-Tu”, [73] a qual, segundo ele “fundamenta o mundo da relação”. Aponta Sergio Alves GOMES que as instituições humanas componentes do cenário da democracia são aquelas que se prestam a estimular e a garantir o avanço de relações em cada sujeito - pessoa física ou jurídica – trate o outro como “tu” e não como “isso”. Compreende-se que os sujeitos [numa inter-relação] não são apenas indivíduos, são também países, nações, povos, organizações multi e transnacionais..., estes existem no cenário global em razão da “rede de relações” internas e externas que as caracterizam em suas respectivas unidades. [74]

Alguns argumentos, por conseguinte, são inseridos em torno da intersubjetividade da construção de uma nova visão/relação - Estado-Sujeito. Tais argumentos podem ser tomados como uma das bases para repensar, particularmente, na realização do processo o cuidado com o outro. Releva-se a inter-relação do Estado-Sujeito focando a intersubjetividade na atenção essencial à expressão/acolhimento de necessidades do Sujeito.

Para dar embasamento a esse entendimento, por analogia, cita-se um dos expoentes da psicanálise/psicologia PERLS Fritz, [75] a abordagem gestáltica desloca-se de uma perspectiva tradicional acerca subjetividade, a qual concebe o indivíduo como passível de ser entendido em si mesmo [intrasubjetividade], para uma perspectiva que contempla as interações grupais e seus processos [intersubjetividade ou interexistência]. Afirma PERLS “não existimos como um “eu” dentro de um corpo. Experimentamos nosso estar vivo como seres humanos inteiros, sempre numa relação com o outro e numa situação concreta. Assevera. Ainda, que ninguém é auto-suficiente; o indivíduo só pode existir num campo circundante”, portanto, ocorre uma interdependência inalienável “eu-outro”, “eu-mundo”, “eu-sociedade”, o que, analogicamente, se pode entender também “eu-Estado”. [76]

A partir dessa visão dialética, infere-se, portanto: A democracia exige que entre o Estado-Juiz e o Sujeito se instaurem “relações intersubjetivas” de recíproco respeito e consideração. A Hermenêutica Constitucional apresenta exigências a serem atendidas e destaca que, mesmo diante das regras que aparentam, pela interpretação meramente “literal” do texto normativo, um teor voltado apenas para aspectos formais do processo e procedimentos, ao serem situadas pela “interpretação sistemática e teleológica” no âmbito da totalidade do sistema jurídico evidenciam seu caráter axiológico, por se colocarem a serviço de valores e das finalidades substanciais a serem alcançadas mediante tais processos e procedimentos. Assim, por exemplo, as regras alusivas a prazos, objeto desse estudo. Estes são fixados visando à solução dos litígios em lapso temporal “razoável” [77] não apenas por razões técnicas, mas, sobretudo, porque a vida humana flui rapidamente no tempo. Não faria “sentido” algum para os que buscam a tutela jurisdicional se o julgamento de sua causa ocorresse somente após terem sido levados pela morte ou às vésperas desta. Vistos assim, os prazos legais têm conexão direta com o “tempo”, e este, no mundo dos homens traça limites às muitas possibilidades do “ser” humano. Não por acaso, Heidegger dedicou parte de sua vida a esta importante relação entre “ser e tempo”. [78]

À luz destas considerações pode-se pensar a relação intersubjetiva entre Estado e Sujeito, não só pelo respeito à dignidade da pessoa humana, mas também, como realização do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento histórico em que o Brasil está refletindo sobre a Constituição de 1988, mediante a grave crise da morosidade da prestação jurisdicional [que não são características apenas da Justiça Brasileira, pois o mundo inteiro padece com a lentidão da Justiça], o Estado vai saindo do contexto da inserção no meio social e deixando que as relações jurídicas se misturem e se resolvam por elas próprias. [79] Refletir sobre esses temas faz parte das questões fundamentais do agir, pois, muitos dos abusos contra a Constituição ocorrem de forma velada, disfarçados de boas intenções, invocando-se a própria Carta Magna a fim de subverterem-se seus fins. [80]

Os aspectos enfocados que identificam a dificuldade de encontrar uma solução no Judiciário remete o Estado à observância dos ditames constitucionais. Neste caminho para a construção de uma sociedade irmanada, participativa e democrática é imprescindível interpretar e compreender a Constituição como orientadora e limitadora do poder exercido.

Não se pode olvidar que a mais significativa conquista da sociedade civilizada obtida - como triunfo da política democrática - está na Constituição, como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização do Direito. Dentro deste regulamento posto têm-se, ainda, as chamadas garantias - princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio. Estas garantias constitucionais [que são princípios constitucionais qualificados pelo seu conteúdo específico] limitam o poder, na defesa das disposições que formam o Direito reconhecido.

A Constituição impõe para a manutenção da convivência o respeito a certas “normas fundamentais” que possibilitam a todos e a cada um o exercício da liberdade de forma responsável. Ou seja, determina obediência a uma “ordem jurídica” para que todos os que estão sob sua égide, nos limites de sua vontade, desfrutem de uma convivência pacífica, justa e solidária. Não obstante, a norma constitucional instituída o homem para suprir deficiências é levado a elaboração de normas infraconstitucionais para a estruturação da vida social com o objetivo de disciplinar não apenas atos e fatos, mas também a tutela do processo e seu funcionamento.

Em que pese o processo, por manifestação do poder estatal, estar enformado por amarras políticas que são princípios constitucionais, os quais já foram destacados, [princípio da legalidade, do devido processo legal; da jurisdição estatal; do direito de ação e da defesa; da igualdade das partes; do juiz natural; do contraditório; da isonomia...] para a opinião pública este direito está um tanto distante do ideal. As desigualdades sociais, regionais e setoriais impedem o acesso de considerável contingente populacional à Justiça, comprometendo a efetividade do Judiciário.

As instituições judiciais parecem minúsculas para enfrentar a nova onda de demandas e o Estado-Juiz deixa de observar a legislação posta e, pela lentidão e ineficiência da justiça vai perdendo parte da jurisdição. Afinal, o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida. Embora doutrinariamente haja afirmação de que se pode dizer, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a justiça, procura-se, ainda dar concretude à “igualdade processual” que decorre do princípio da isonomia, transformando-a no princípio dinâmico, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo. O tempo urge e necessário se faz que sejam priorizadas políticas públicas direcionadas à revisão das relações intersubjetivas entre Estado e Sujeito, especialmente porque a demora da justiça afeta, sobretudo, a dignidade humana.

Este mundo novo e veloz não pode submeter-se ao formalismo jurídico e procedimental tradicional e burocraticamente concebido.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elena Calmon. *Princípios e garantias constitucionais do processo*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/>>. Acesso em: 27 set. 2008.

_____ *O perfil do juiz brasileiro*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/278/4/Perfil_Juiz_Brasileiro.pdf> Acesso em: 27 set. 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Carolina V. Ribeiro de A.; MONICA, Eder Fernandes; CIRINO, Samia Moda. A Influência da Tópica no Pensamento de Peter Häberle e o seu Conceito de Interpretação Constitucional. *Revista Jurídica da Unifil*, Ano – IV – nº 4 – 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonada, 2003.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Revista de Cultura e Política* Print ISSN 0102-6445. Lua Nova no. 61 - São Paulo, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002. Acesso em: 18 set. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. *Teoria do Estado*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004.

_____. *As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, uma Análise Comparativa*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 12 set. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª. ed. São Paulo: Obra Coletiva Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, *Emenda Constitucional 45 Reforma do Judiciário*, Coord. André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesus Lóra Alarcón, anal. e coment. São Paulo: Método, 2005.

BRASIL, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Thetonio Negrão e José Roberto F. Gouveia; com a colaboração de Luiz Guilherme Aidar Bondioli. -40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, VADE MECUM acadêmico de direito/ organização Anne Joyce Angher. – 3. ed. – São Paulo: Rideel, 2006. (Coleções de leis Rideel).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 27-35. In: BASTOS, Carolina V. Ribeiro de A.; MONICA, Eder Fernandes; CIRINO, Samia Moda. A Influência da Tópica no Pensamento de Peter Häberle e o seu Conceito de Interpretação Constitucional. *Revista Jurídica da Unifil*, Ano – IV – nº 4 – 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) - Magistratura Nacional - Código de Ética da Magistratura Nacional. Publicado no DJE/CNJ de 18/9/2008, n.51, p.2. Publicado também no DJ de 18/9/2008, n. 181.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 5ª edição, revista e atualizada. – São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2005.

_____ *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Jueces y Política*. In *Derechos y Libertades*. *Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año IV. Jan/99, nº 7. Madrid, Universidad Carlos III, 1999. In STRECK Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de direito*. Curitiba: Juruá.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume I: teoria geral do processo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Fernando Pagani; ZAGO, Gladis Guiomar e ZART, Ricardo Emilio: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. Disponível em:

< <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1505>>. Acesso em 26 set. 2008.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PAINE, Thomas. Lisboa, Associação Acadêmica de Direito, 1989. In. STRECK Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001.

PERLS, Fritz. *A abordagem gestáltica e a testemunha ocular da terapia*. Rio de Janeiro: LTC. 1988.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003.

ROMANO, Santi. Tradução Maria Elena Diniz. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em:< <http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de set. de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001.

Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Tempo de tornar a justiça uma realidade*. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17533/1/Tempo_Tornar_Justi%C3%A7a.pdf> Acesso em: 7 agos 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[1] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Tempo de tornar a justiça uma realidade*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/17533/1/Tempo_Tornar_Justi%C3%A7a.pdf> Acesso em: 7 agos 2008.

[2] Como disse Cappelletti no trabalho *O processo como fenômeno social de massa*, “a duração excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; esse último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem grave dano uma justiça lenta” (Mauro Cappelletti, El proceso como fenómeno social de masa, *Proceso, ideologías, sociedad*, p. 133-134). Nota de rodapé in MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, volume I: teoria geral do processo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.187.

[3] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004, p. 36.

[4] *Ibid.*, p. 36.

[5] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova: *Revista de Cultura e Política*

Print ISSN 0102-6445. Lua Nova nº 61 São Paulo: CEDEC, 2004.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002>. Acesso em: 18 set. 2008.

[6] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004, p. 37.

[7] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001, p. 96.

[8] Id., BONAVIDES, p. 38.

[9] Cf. McIlwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José S. Echavarría. Madrid, CEC, 1991, p. 15 e segs, fazendo referências ao “Rights of Man”, constantes no *The Complete Works of Thomas Paine* [...] *O pensamento revolucionário na Constituição Norte-Americana*. O contributo ideológico de Thomas Paine, Lisboa, Associação Acadêmica de Direito, 1989. Id., *ibid.*, STRECK, p. 98.

[10] *Ibid.*, p. 98-99. [...] O contributo ideológico de Thomas Paine. Lisboa, Associação Acadêmica de Direito, 1989.

[11] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004, p. 34

[12] *Ibid.*, p. 42.

[13] *Ibid.*, p. 43-44

[14] *Ibid.*, p.44- 45.

[15] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001, p.100.

[16] *Ibid.*, 101.

[17] *Ibid.*, p. 103.

[18] *Ibid.*, p. 101

[19] *Ibid.*, p. 102.

[20] Id., *ibid.*, BERCOVICI, 2004.

[21] ALVES, Eliana Calmon. *O perfil do juiz brasileiro*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/278/4/Perfil_Juiz_Brasileiro.pdf> Acesso em: 27 set. 2008.

[22] Cf. BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVI. Coimbra Editora, 1996, p. 10. Id., *ibid.*, STRECK, 2001, p. 106.

[23] As três dimensões das funções da Constituição podem ser encontradas em Schneider, Hans Peter. *La Constitución – Función y Estructura*. In: Democracia y Constitución. Madrid, CEC, 1991, pp.. 35-52. *Ibid.* STRECK Lenio Luiz. *Jurisdição*

Constitucional e Hermenêutica- Uma Nova Crítica do Direito. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001, p.107.

[24] *Ibid.*, p. 110-111.

[25] Lenio Luiz Streck defende a elaboração de “uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade tardia”. E explica que “é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo [básico] que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático [e Social] de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado. [...] Uma Teoria da Constituição Adequada a Países da Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma “teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos”, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidades para o resgate das “promessas da modernidade não cumpridas”, as quais como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito”. E, mais adiante, acrescenta: “Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição brasileira. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno. Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se exatamente nos fins do Estado estabelecidos no aludido art. 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. [...] Na verdade, a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se ‘interpõe’ entre o Estado e Sociedade. A Constituição dirige; constitui”. Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 134-139.

[26] Gilberto Bercovici, após considerar a existência de várias teorias da Constituição, advoga “a necessidade de uma teoria material da Constituição que nos permita

compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e social o Estado Constitucional Democrático. Teoria material da Constituição, e não teoria processual, por ser o nosso objetivo entender a Constituição em sua conexão com a realidade social. E a concepção material de Constituição é voltada para o conteúdo e matéria dos dispositivos constitucionais, não, exclusivamente sua forma. A teoria material da Constituição tem que se preocupar também, com o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação”. Ao apontar as diferenças a serem consideradas entre países “centrais” e países periféricos, o mesmo autor observa como os efeitos da desjuridificação e da desconstitucionalização são opostos, em face das diferentes realidades sociais de tais países: “ A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço de cidadania. Os adeptos destas teorias sistêmicas ou procedimentalistas entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus” . Para o mencionado autor , no Brasil, “a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção de privilégios e desigualdades.”. Ela “não ampliaria o espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço de cidadania. Além disso, as relações entre sociedade civil e Estado são extremamente complexas. O risco de destruir o Estado deslegitimando-o, é a completa atomização da sociedade. Uma sociedade civil forte necessita de um Estado forte, sem isso, não tem como atingir as suas próprias finalidades. Ao trazer o Estado de volta, os novos estudos das ciências sociais buscam entender o papel central do Estado nas explicações sobre política e mudança social, respeitando a historicidade inerente às estruturas sócio-políticas e buscando entender as implicações do nível nacional de desenvolvimento em um contexto mundial em mudança”. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonada, 2003, p. 287.

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 27-35. In: BASTOS, Carolina V. Ribeiro de A.; MONICA, Eder Fernandes; CIRINO, Samia Moda. A Influência da Tópica no Pensamento de Peter Häberle e o seu Conceito de Interpretação Constitucional. *Revista Jurídica da Unifil*, Ano – IV – nº 4 – 2007, p. 134.

[28] Ibid., p. 135.

[29] GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à Constituição do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

[30] Cláudio De Cicco afirma que, para Kant, a liberdade “é uma pré-condição da ordem normativa, quer da moralidade, quer do Direito”. O citado autor, em estudo que enfoca o pensamento jurídico do filósofo de Königsberg, observa: “Toda a Moral Kantiana parte [...] do pressuposto da liberdade e da autonomia da lei moral, estimada por ela mesma e não pelo temor de sanções ou pela esperança de prêmios. [...] É claro que sem a liberdade toda a idéia de dever se torna impossível. Esta liberdade tem duas faces: a face subjetiva, que é o livre arbítrio, autonomia da vontade e a face externa, ou seja, a condição objetiva para agir livremente. Cabe ao Direito fornecer as condições para o convívio entre seres igualmente livres. Cf. DE CICCO, Cláudio Kant. Estado de Direito e o Problema do Fundamento da Cidadania. In: GIORGI, Beatriz di;

CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Direito Cidadania e Justiça. Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 175-188, esp. p. 177-179. Nota de rodapé. Ibid. GOMES, p. 207.

[31] Ibid., p. 207-208.

[32] Ibid., p. 209.

[33] Ibid., p. 209.

[34] Ibid., p. 210.

[35] Cf. Habscheid, “as bases do direito processual civil”, n. 1, esp. p. 119. Essa afirmação é muito significativa, especialmente pela colocação em um relatório do congresso internacional, onde a comparação jurídica é a tônica [...] e pela inserção em rubrica com a sugestiva indicação “o processo civil enquanto instituição do Estado”, as instituições do Estado não de ter, necessariamente, o feitiço do Estado a que pertencem. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, p. 33.

[36] ALVES, Elena Calmon. *Princípios e garantias constitucionais do processo*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/>>. Acesso em: 27 set. 2008.

[37] MATTOS, Fernando Pagani; ZAGO, Gladis Guiomar e ZART, Ricardo Emilio: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1505>>. Acesso em 26 set. 2008.

[38] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 29-30.

[39] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995

Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=18302>. Acesso em 25 set. 2008.

[40] Id., ibid., DINAMARCO, 2008, p. 25-26.

[41] Ibid. 2008, p. 27.

[42] Palavras de João Mendes Junior. Daí ser “inegável o paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve” [Dinamarco, *Instituições do direito processual civil I*, n. 12, p. 74, pp. 307 ss.; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 33, pp. 85 ss]. Nota de rodapé. DINAMARCO Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2008, p. 33.

[43] Cf. Cappelletti: “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, 2, a, esp. p. 158. Ele é que fala em justiça constitucional, não “jurisdição” constitucional: terão natureza jurisdicional as atividades que a caracterizam? Ibid., 2008, p. 30.

[44] Cf. Trocker, IB., pp. 126-127, dizendo ainda: “... ou, mais geralmente, não mais legalidade da Constituição, mas constitucionalidade das leis”. Ibid, 2008, p. 31.

[45] Id. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, 5ª edição, revista e atualizada. – São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2005, p. 13: nota de rodapé: “É mais próprio falar em garantia da ‘inafastabilidade’ da tutela jurisdicional”.

[46] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 233.

[47] DESTEFENNI, MARCOS. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento e cumprimento de sentença. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140.

[48] Ibid., p. 121.

[49] Ibid., p. 122

[50] Ibid., p. 122-123.

[51] Ibid., p. 127.

[52] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 233.

[53] MARINONI Luiz Guilherme, in FERREIRA, Rodrigo Alexandre. *Regime jurídico da efetivação da tutela antecipada para pagamento de soma em dinheiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 207, 29 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4781>>. Acesso em: 03 out. 2006.

[54] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, 2ª Ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 171.

[55] CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª edição. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2007, p. 35.

[56] MARINONI Luiz Guilherme *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

[57] CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL CAPÍTULO VI - DILIGÊNCIA E DEDICAÇÃO - Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) - Magistratura Nacional - Código de Ética da Magistratura Nacional. Publicado

no DJE/CNJ de 18/9/2008, n.51, p.2. Publicado também no DJ de 18/9/2008, n. 181, p.1. Disponível em:<
<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm#inovacao>>.
Acesso em: 28 set. 2008.

[58] DELGADO, José Augusto. A Denominação do Tema: Responsabilidade Civil do Estado ou Responsabilidade da Administração. *In Revista Síntese* Ano XLIV, Nº 226, p. 5, agosto de 1996, p. 17.

[59] BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o poder e da revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 32. *In*: LOPES, Carolina Miiller Lopes; Möller, Ana Karina Ticianelli. Considerações sobre o Poder Constituinte. *Revista Jurídica da Unifil*, Ano – IV – nº 4 – 2007, p. 128.

[60] *Ibid.* MARINONI, p. 180.

[61] O princípio da igualdade das partes ou da isonomia originou-se na Grécia. Com a Revolução Francesa adotou-se a igualdade formal, outorgada pela lei. Observou-se, posteriormente, que a igualdade não poderia ser outorgada pelo legislador. Afinal, não bastava dizer que havia igualdade. Concluiu-se que era preciso trabalhar para conquistá-la substancialmente, ou seja, criar as oportunidades de serem as pessoas iguais. Daí a abolição dos privilégios processuais. ALVES, Eliana Calmon. *Princípios e garantias constitucionais do processo*.

Disponível em:< <http://bdjur.stj.gov.br/>> Acesso em: 27 set. 2008.

[62] LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* - Edição Nº 02 de 2003 - Ano XXI. Disponível em:<
http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/02/. Acesso em 14 agos 2008.

[63] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 355.

[64] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 127.

[65] *Id.* LEAL. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.68.

[66] *Id.* LEAL. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* - Edição Nº 02 de 2003 - Ano XXI. Disponível em:<
http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/02/-sumario?next=6>. Acesso em 14 agos 2008.

[67] A inter-relação envolve o diálogo, o encontro e a responsabilidade, entre dois sujeitos e/ou a relação que existe entre o sujeito e o objeto. Intersubjetividade, é umas das áreas que envolve a vida do homem, e por isso precisa ser refletida e analisada pela Antropologia Filosófica.

[68] MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 183-184.

[69] Ibid. 2004, p. 189.

[70] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais*, RDP 57/58:236. In: DELGADO, José Augusto. *O Meio Ambiente na Constituição Federal*. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/pdf> >. Acesso em: 02 out. 2008.

[71] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

[72] Id. ibid., MOREIRA, p. 181.

[73] Martin Buber, para refletir sobre o tema das “relações humanas”, utiliza-se de uma categoria por ele denominada “palavra-princípio”. São pares de palavras e não termos isolados. Diz o filósofo alemão: “uma palavra-princípio é Eu-Tu. A outra é o par Eu-Isso no qual, sem que seja alterada a palavra-princípio, pode-se substituir Isso por Ele ou Ela [...]” In: GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 327. Na concepção formulada por Buber, a relação Eu-Tu implica imediatamente o convívio social, mas em uma sociedade em que nós somos iguais em relação um ao outro. Eu sou para o outro o que o outro é para mim. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi->>. Acesso em: 28 set. 2008.

[74] Ibid., GOMES, 2008, p. 327-328.

[75] Fritz Perls, considerado o fundador da Gestalt-terapia, LILIENTHAL, Luiz. *Os 50 Anos da Gestalt-terapia*. Artigo publicado na Revista "Insight", Ano XI, número 124, Dezembro de 2001. Disponível em: < <http://www.gestaltsp.com.br/textos/50anos.html> >. Acesso em 28 set. 2008.

[76] [...] A abordagem gestáltica desloca-se de uma perspectiva tradicional acerca da subjetividade, a qual concebe o indivíduo como passível de ser entendido em si mesmo [intrasubjetividade], para uma perspectiva que contempla as interações grupais e seus processos [intersubjetividade ou interexistência]. [...] Não existimos como um “eu” dentro de um corpo. Experimentamos nosso estar vivo como seres humanos inteiros, sempre numa relação com o outro e numa situação concreta [...]. “Ninguém é auto-suficiente; o indivíduo só pode existir num campo circundante”. Para a Gestalt ocorre uma interdependência inalienável “eu-outro”, “eu-mundo”, “eu-sociedade”, “eu-cultura”, sendo que este “eu” não pode ser tomado ao modo da Psicologia Clássica, como um “eu” em si mesmo, mas um “eu” aberto sempre referido ao outro e às suas condições. A pessoa é sempre em situação, em relação, portanto, se desvela nas situações concretas da vida, em seus encontros e desencontros existenciais. PERLS, F. *A abordagem gestáltica e a testemunha ocular da terapia*. Rio de Janeiro: LTC. 1988, p. 31-32.

[77] Neste sentido, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, explica que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que

garantam a celeridade de sua tramitação”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil [1988].

[78] Cf. HEIDEGGER, Martin. *El ser Y El Tiempo*. Ibid., GOMES, 2008, p. 327.

[79] ALVES, Elena Calmon. Palestra: *Novos Caminhos da Magistratura*. Disponível em:< <http://bdjur.stj.gov.br>> [Novos Caminhos Magistratura.pdf](#)>. Acesso em 27 set. 2008.

[80] Ibid., GOMES, 2008, p. 335.

ENSINO JURÍDICO E METODOLOGICO DA PESQUISA

ENSINO JURÍDICO E EXAME DA OAB*
ENSEÑANZA JURÍDICA Y EXAMEN DE OAB

Plínio Antonio Brito Gentil
Ana Paula Lima Bilche
Juliana Maria Simão Samogin

RESUMO

Este trabalho fala da educação, do ensino do direito e daquilo que se costuma chamar de crise do ensino jurídico em nosso país; constata que a metodologia do ensino do direito está ligada a uma prática tradicional, em que a figura do professor é a de um retransmissor de saberes e a do aluno a de um depósito desse conhecimento; verifica ainda que nesse processo de ensino-aprendizagem o aluno não se coloca como sujeito do conhecimento, sendo, na maior parte dos casos, incapaz de se situar no universo material de sua existência e ficando, assim, impossibilitado de exercer qualquer reflexão acerca de seu papel social; esse papel social é tanto mais relevante quando se cuida de profissionais do direito, por definição agentes de manifestações do poder político que tem a sociedade como destinatária. Considerando as características de nossa sociedade, profundamente desigual e excludente, o problema torna-se especialmente grave. Parcialmente essas deficiências refletem-se nos baixos índices de aprovação nas provas da Ordem dos Advogados do Brasil, tomando-se como referência os exames feitos no Estado de São Paulo. Mas também se há de dizer que tais provas não devem ser tidas por padrão confiável de avaliação do nível de ensino, na medida em que, por seu estilo, reforçam um tipo de conhecimento acrítico, que bem pode ser propagado por meio de aulas discursivas, sem qualquer participação dos alunos. Estes, ao contrário, acabam sendo preparados, ao fim de tudo, para compor um numeroso grupo de força de trabalho à disposição do mercado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVE: ENSINO JURÍDICO, APRENDIZADO, METODOLOGIA, EXAME DA OAB.

RESUMEN

Este trabajo se propone a una investigación de la enseñanza jurídica y de todo lo que suele llamarse de crisis de la educación en nuestro país; se observa que este tipo de enseñanza está asociado a un estilo tradicional, que lleva al maestro a ser un transmisor de conocimiento y al alumno un depósito de este saber; observa-se aún que este alumno no se coloca, ni es colocado como sujeto de tal conocimiento y que es, en la mayor parte de los casos, incapaz de ubicarse en su universo material y, por lo tanto, tampoco capaz de desarrollar un análisis crítico de su tarea en una sociedad visiblemente desigual; esa

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

mal comprendida posición del profesional del derecho en la sociedad es tan más preocupante cuando se piensa que todavía son agentes transmisores de manifestaciones del poder político, que tienen la población como destinataria. En alguna medida las deficiencias se manifiestan en los exámenes de la Orden de los Abogados, especialmente en el Estado de São Paulo, donde exhiben índices notablemente bajos de aprobación. Pero se ha también que decir que tales pruebas tampoco significan un padrón seguro de evaluación, tanto que, por su estilo, refuerzan un tipo de conocimiento sin crítica y que bien puede ser propagado en clases discursivas, sin cualquier participación de los educandos. Tales educandos, al revés, acaban por ser preparados, al cabo de todo, para componer un grupo numeroso de fuerza de trabajo a la disposición del mercado.

PALAVRAS-CLAVE: PALABRAS-LLAVE: ENSEÑANZA JURÍDICA, APREHENSIÓN, METODOLOGÍA, EXAMINES DE OAB.

INTRODUÇÃO

O problema que se coloca é o estilo do ensino do direito no Brasil e em que medida ele supre as necessidades dos futuros profissionais e da sociedade para a qual se destina o trabalho destes.

Em primeiro lugar far-se-á uma análise da educação, da metodologia, bem como de seu processo histórico.

Em seguida será abordado o viés tomado pelo ensino jurídico, marcado pelo uso exagerado e quase exclusivo de aulas expositivas com professores de graduação em direito, verificando-se a necessidade de surgimento de outros métodos.

Além disso será analisado o tipo de provas adotadas pela OAB, como sabido porta de entrada para que os bacharéis em direito possam se tornar **advogados**; conhecidamente o índice de aprovação do estado de São Paulo é baixo.

Igualmente é importante considerar que o pano de fundo desse quadro está além e antes do ensino jurídico, deitando raízes no ensino fundamental, nas políticas públicas educacionais – ou na sua falta -, na exclusão social que se reflete no corpo discente, dentre tantos outros fatores, cuja consideração ultrapassaria os limites e as propostas deste trabalho.

DESENVOLVIMENTO

Educar significa preparar o indivíduo para a vida, para que este possa dar sua contribuição ao mundo e fazer parte dele.

Para Capponi, pensador católico citado por MANACORDA,[1] educa-se para possibilitar ao indivíduo alcançar a plenitude de sua condição humana.

Mas homem é somente aquele que tem vida social, que experimenta a socialização; daí emerge a sua capacidade de aprender porque são as condições objetivas de vida que lhe formam a consciência.

De fato, esta não é um dado apriorístico, mas consequência da existência material. HORIKAWA afirma com propriedade que

Não é, pois a consciência como algo abstrato, desvinculado da vida real, que determina a vida dos homens, e sim a vida é que determina a consciência. Isso significa afirmar que a consciência também é um produto social e só existe porque a produção material humana assim exigiu.[2]

Daí a conclusão, com apoio em Vygotsky, de que

Em oposição a uma concepção idealista e mecanicista da ciência psicológica, o autor [Vygotsky] inaugura a psicologia histórico-cultural, afirmando que o desenvolvimento do psiquismo humano está estritamente vinculado aos processos culturais, não podendo, portanto, ser analisado apenas nas suas manifestações visíveis, em contexto de laboratório.[3]

A educação é direito de todo indivíduo. Ser direito supõe a presença de categorias jurídicas como relação jurídica, sujeitos, objeto, obrigação, prestação. Como flui da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

1. Cada indivíduo tem direito à instrução. A instrução deve ser gratuita pelo menos para as classes elementares e fundamentais. A instrução elementar deve ser obrigatória. A instrução técnica e profissional deve ser colocada ao alcance de todos e a instrução superior deve ser igualmente acessível a todos com base no mérito.

2. A educação deve ser orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Ela deve promover a compreensão, a

tolerância, a amizade entre todas as Nações, os grupos raciais e religiosos e deve favorecer a obra das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Os pais têm o direito de prioridade na escolha do tipo de instrução a ser ministrada aos seus filhos.

Mas a educação não se transmite, nem se assimila, sem um método.

Metodologia significa, etimologicamente, o estudo dos caminhos, dos instrumentos usados para se fazer pesquisa científica, os quais respondem como fazê-la de forma eficiente metodologia de ensino representa uma série de técnicas, procedimentos, caminhos, para orientar o professor no processo conduzir a aprendizagem dos alunos.

Essa tarefa de **conduzir** é a essência do próprio ato de **educar**, na medida em que se verifica na formação deste segundo vocábulo a presença da partícula *duc*, relacionada com o termo latino *duco*, este com o preciso sentido de conduzir.[4]

Falar de metodologia do ensino – e conseqüentemente da aprendizagem – implica em repassar séculos de história da educação e apreender, a cada momento, as **circunstâncias** de educadores e educandos, assim como o **objetivo final e concreto** desse processo.

Assim é que se pode verificar que as camadas posicionadas no topo da escala social tendem, como sempre ocorreu, a ser educadas para dirigir a sociedade, enquanto que às camadas subalternas se volta a educação para o trabalho físico. Na Antigüidade os filhos dos dirigentes e dos guerreiros eram ensinados a discursar e a guerrear; no período medieval, com a forte presença da religião no aparato do Estado, educa-se o filho dos senhores para o conhecimento dos assuntos religiosos, com o propósito de prepará-lo para fazer parte da hierarquia da Igreja Católica, o que significava o exercício de uma função dirigente na sociedade da época.

A consolidação do capitalismo, que se expande através da navegação, e sua vitória política, marcando o final da Idade Moderna, passa a reclamar uma educação para o trato com os negócios e visando a multiplicação do capital; nessa fase, a presença do direito, já com atual formato, leva ao ensino das leis e de seu correlato necessário (nas circunstâncias), que são as ciências dos números. A hegemonia do capitalismo na era contemporânea sedimenta a divisão da educação, reservando a formação intelectual para a classe dominante e os ofícios para o proletariado. A divisão do trabalho imposta notadamente a estes últimos, leva a uma especialização do ensino e do aprendizado, que resulta numa educação rigorosamente compartimentada, com pouca possibilidade de diálogo entre os diversos campos do saber.

Dessa maneira se consolida um estilo de educação conservador, que tende a ser voltado para a reprodução acrítica de uma mecânica determinada especialmente por um modelo econômico. O conhecimento compartimentado, que repete a compartimentalização do trabalho, favorece a mera assimilação de conteúdos, sem a presença de qualquer estímulo à reflexão. Vaporiza-se a menor inclinação do educando em compreender o seu papel social: o ensino, dando ao mercado o que este lhe pede, contribui para a

alienação do aprendiz, vendando-lhe os olhos para o eventual despertar de sua consciência de classe.

É, pois, nesse contexto que se há de compreender a metodologia, ou as metodologias empregadas no processo de educar. Um sobrevôo despretenso por algumas tendências metodológicas mostra aspectos diferentes e interessantes.

A propósito do assunto vale citar Inácio de Loyola, que, no século XVI, desenvolveu estudos pedagógicos, que representam a teoria, ciência da educação e do ensino, que ficou conhecida como a pedagogia dos jesuítas; consistia numa metodologia de “passar o conteúdo”, pelos professores que visavam apenas o “ensino”.

Já no século XVII Comênio elaborou proposta de ensino, denominada por ele de “didática”, que buscou se opor ao pensamento dos jesuítas, tendo como objetivo a busca de uma forma de ensino atraente e fácil, buscando não apenas o ensino, mas também a aprendizagem do aluno.

A partir do século XX e até a atualidade, desenvolveu-se uma pedagogia crítica, construtiva do conhecimento, que busca associar a escola com a sociedade, a teoria com a prática, o ensino com a pesquisa, o professor com o aluno, tornando o professor um auxiliador, mediador da construção do saber do aluno. Essa metodologia busca não apenas o ensino e a aprendizagem, mas também e principalmente a reelaboração e produção de conhecimentos novos pelos alunos para que estes possam transformar a realidade da sociedade ao fim a que ela almeja.

É importante lembrar de Piaget, que se declara *construtivista*, a sustentar que

[...] a inteligência não é pré-formada nem nos objetos nem no sujeito, mas é construída pelo sujeito na interação com a realidade; a interação não copia, mas assimila e integra o objeto nas estruturas mentais do sujeito.[5]

Para MANACORDA, esse posicionamento faz recordar que

O resultado principal e mais conhecido de suas pesquisas é a definição das fases do desenvolvimento mental, uma pesquisa na qual, como vimos, também Vygotsky se empenhara. Neste “desenvolvimento psicológico das operações” (ou desenvolvimento das operações psíquicas), também Piaget distingue “grandes estruturas sucessivas”, as quais se sucedem, sem substituir-se uma à outra, mas integrando-se uma na outra

(inicialmente indicava três fases, mas no fim quatro, subdividindo a primeira em duas).[6]

Facilmente se nota que o método de *educar construindo* não é muito utilizado pelos professores no ensino jurídico superior; suas aulas são expositivas, não dialogadas, *conduzindo* os alunos a que sejam meros reprodutores do saber do professor.

Quer parecer que os professores deveriam buscar que os alunos fossem construtores de seu próprio conhecimento e não meros reprodutores, ao menos aos olhos dessa pedagogia crítica.

Oportuno lembrar, a propósito, as palavras de Ilma Passos de Alencastro:

O plano de ensino apresenta um processo integrador entre a escola e o contexto social, chamado de planejamento participativo, caracterizado pela convivência de pessoas, como professores, alunos, especialistas e outras que questionam, decidem, refletem, executam propostas coletivamente, pois segundo a autora:

A partir dessa convivência, o processo educativo passa a desenvolver mais facilmente seu papel transformador, pois, à medida que discutem, as pessoas refletem, questionam, conscientizam-se dos problemas coletivos e decidem-se por engajar na luta pela melhoria de suas condições de vida.[7]

Esse processo integrador encontra-se dividido em três fases ou etapas inter-relacionadas, são elas: Primeiro se faz uma análise da realidade concreta dos alunos; Depois da análise concreta da realidade dos alunos, ocorrerá o trabalho didático, estabelecendo a definição dos objetivos almejados, da sistematização do conteúdo programático e da seleção de procedimentos de ensino (métodos) a serem utilizados pelos professores. Visando um conteúdo transformador e para alcançá-los, o professor deverá usar de toda a sua criatividade e meios que estimulem a criatividade dos alunos, já que no planejamento participativo uma das metas é reelaboração e produção de conhecimentos novos; Finalmente será a sistematização do processo do ensino da aprendizagem, avaliação, que será de forma contínua. A avaliação deve existir não para constatar a quantidade de conteúdos aprendidos pelos alunos, mas a qualidade apresentada para a reelaboração e produção de conhecimentos novos por eles.

Inevitável falar, nesse tema, da conhecida taxionomia de Bloom, que, estudando os objetivos educacionais e pensando em metodologia de ensino, estabelece três dimensões

do educando: a cognitiva, a afetiva e a psicomotora; somente na intersecção dessas dimensões é que se dá a aprendizagem eficiente.[8]

Tomando por base essa matriz teórica, TAGLIAVINI propõe uma hierarquia do processo de conhecimento, compreendendo, seqüencialmente, os seguintes estágios e suas respectivas características:

1. **Reprodução:** recuperar os dados gravados na memória ativa da maneira como foram apreendidos;
2. **Compreensão:** exige interpretação do material fornecido pelo examinador, demonstrando ter entendido os conceitos e suas relações com o TODO;
3. **Análise:** demonstra a capacidade de decompor a totalidade e reorganizá-la de forma criativa;
4. **Síntese:** capacidade de dizer muitas coisas em poucas palavras;
5. **Aplicação:** demonstra a capacidade de relacionar os conceitos com a realidade concreta;
6. **Avaliação:** demonstra a capacidade de julgar ou emitir juízos de valor;
7. **Criação:** demonstra a capacidade de questionar e ir além, propondo um novo modo de compreender e de fazer as coisas.[9]

Ao se analisar a metodologia da técnica expositiva das aulas no ensino superior, podemos constatar que ela viola, em grande medida, os objetivos do ensino superior, ao preparo do homem como ser social e como agente da construção do saber; privado do estímulo à crítica, frustra-se a meta constitucional de prepará-lo para a cidadania para a participação numa sociedade justa, livre e solidária.

Há de se levar em conta que não há modelos gerais aplicáveis a qualquer situação, pois cada sala de aula é única, os alunos não são iguais, nem podem ser idealizados, apresentando cada um deles sua história, trajetória escolar, estilos cognitivos diferentes.

Cabe ao professor estabelecer, através de seu método de ensino, um diálogo franco e sincero com os alunos e alunas, estabelecendo condições para a construção do conhecimento e da cidadania.[10]

Tudo indica que somente assim estarão se formando críticos, pessoas capazes de desenvolver com sucesso uma carreira profissional.

Como ensina FREIRE, faz-se necessário deixar de lado a *educação bancária*, sendo esta entendida como se os alunos fossem *bancos*, no qual os professores fazem o depósito e os alunos recebem, arquivando as informações até a data da prova, momento em que os professores buscarão o extrato memorizado de seu depósito, ou seja, os alunos são passivos não criam nada de novo. Sobre ela é preciso fazer algumas considerações.

O oposto de uma educação que parte de situações vivenciais dos educandos e que leva ao despertar de uma reflexão sobre o homem, capaz de conduzir à superação da relação de domínio que permeia a sua vida, é aquela sarcasticamente denominada *educação bancária*. Trata-se de um modelo de educação pré-fabricada, que despreza o meio cultural e que considera o aluno um objeto, na medida em que este fica reduzido à condição de um *depósito* do saber transmitido.

A vida concreta do educando é estranha a esse método, já que o aluno apenas deve absorver o conhecimento que lhe é dado; a crítica é desnecessária – e mesmo inconveniente. É *uma educação bancária* no sentido de que os saberes vêm prontos, definidos, *embrulhados e presos com elástico*, sendo dessa maneira *depositados* na mente dos educandos, que funcionam com *receptores* do conhecimento; como não são chamados a contribuir na sua construção, é natural que não se capacitem a exercitar qualquer questionamento, tal qual fazem os caixas de um banco.

De quando em quando esses *depositários de saber* são chamados, em provas e concursos, ou mesmo por necessidades profissionais, a devolver esse conhecimento, a respeito do qual não lhes é dado refletir, justamente como deve fazer o funcionário de uma instituição bancária, que entrega o dinheiro da conta ao cliente, sem se importar com o que aquilo significa e para que será utilizado; age mecanicamente e, via de regra, devolve o dinheiro em partes – pois algo ainda resta depositado na conta –, mas essas partes possuem uma existência autônoma e independente, pois são notas de papel-moeda, inexistindo diálogo entre uma e outra, ou entre elas e as que ainda ficaram em depósito no banco.

Não seria essa uma educação adequada, para FREIRE. O ideal é um processo educacional que problematize os fenômenos da vida concreta do educando e que, ao inverso da *educação bancária*, priorize o desenvolvimento da consciência crítica e da liberdade como agentes aptos à superação da alienação e das naturais contradições da *educação bancária*. Segundo ele, “[...] ninguém educa ninguém, ninguém se educa; os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo.”

Cuida-se, essa *educação bancária*, de um procedimento que atende perfeitamente à necessidade de adaptação ao *status quo*, como é esperado das camadas subalternas, cuja alienação e falta de consciência de classe constituem componente fundamental ao modelo produtivo e de circulação de riqueza; tal espécie de ensino reproduz e reforça as condições objetivas que o antecedem e são tidas como dado. Tais condições significam

precisamente aquelas que são palco e componentes de uma relação de dominação, necessária para a perpetuação do tipo de sistema econômico em que se apresentam; produzem e reproduzem o homem alienado, sem consciência de seu papel social, que busca sua realização na imitação daquele que entende como seu ideal e que, na verdade, é, no mais das vezes, justamente o seu opressor.

Como sabido, a sociedade repartida em classes mostra-se dura para com os subalternos e a eles impõe padrões adequados de posicionar-se, vestir-se, pensar, manifestar-se artisticamente etc.. A escolha de um determinado padrão de conduta – e sua propagação - configuram uma simples opção dos possuidores dos meios produtivos e exercentes do poder político, não constituindo necessariamente a alternativa melhor ou mais eficaz, no sentido de promover a plenitude das capacidades humanas, conforme pretendido por Capponi, anteriormente citado. Mas é esse padrão que o processo de educação dito tradicional carrega, hermético, em seus programas e conteúdos, lançando-os sobre os educandos como sendo algo inquestionável. Assim, o saber aparece como propriedade exclusiva do professor, o qual, ele também agente da reprodução acrítica de um modelo que tem raiz econômica, o transmite, com benemerência, aos alunos, num gesto generoso.[11] Trata-se de uma atitude visivelmente autoritária, que tem a fácil contribuição da docilidade de educandos acostumados à subalternidade e à conseqüente adesão ao pensamento dos dominantes.

Dessa forma é que

[ao contrário do] diálogo libertador, [que afirma] a liberdade dos participantes de refazer sua cultura[,] o discurso tradicional convalida as relações sociais dominantes e a forma herdada e oficial do conhecimento.[12]

Na realidade, a chamada crise do ensino jurídico está relacionada com a crise que atinge todas as áreas de propagação do conhecimento humano e que tende a repetir esse modelo *bancário*.

É importante, nesse passo do trabalho, distinguir educação, ensino e instrução, sendo que a educação visa o desenvolvimento integral das potencialidades da pessoa humana, o ensino está relacionado com a aprendizagem e a instrução almeja um treinamento.

Confirmam-se as palavras de Kikuchi:

A educação verdadeira é o renascimento diário e a revolução incessante, com fenômenos vitais. (...)

A educação uniforme é contrária à educação à educação vital e dinâmica que se manifesta na variabilidade infinita das capacidades humanas. [13]

No direito se faz necessário formar questionadores e não meros reprodutores de idéias. Tomem-se os exemplos do denominado *direito alternativo* e dos chamados direitos transindividuais.

O direito alternativo surge, para alguns, como um outro caminho possível para a superação de um modelo de interpretação e aplicação do direito, que reproduz injustiça. Na visão de RODRIGUES,

...a constatação da existência de uma crise concomitantemente político-ideológica e epistemológica do Direito acarretam a necessidade da construção de uma alternativa viável, que possibilite a sua recuperação enquanto instancia representativa das aspirações sociais.

O reducionismo de grande parte dos movimentos críticos existentes ao nível acadêmico acabou inviabilizando-os como opções concretas de superação do positivismo. Nesse espaço surge o Direito Alternativo como possibilidade de resgate da integralidade do jurídico.[14]

O direito alternativo pode, segundo essa perspectiva, ser um caminho que busca a construção de um sistema jurídico capaz de regular e contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária. Seria, nesse sentido, uma alternativa de resposta à crise de legitimidade do direito.

Quanto aos direitos transindividuais, cuida-se de campo desenvolvido e que foi sendo gradualmente ampliado pelo direito, caracterizado pela normatização de situações em que se colocam interesses próprios de uma coletividade, rompendo com a tradicional mecânica que identifica o sujeito de direitos como o indivíduo concreto. Há uma multiplicação ao infinito de sujeitos de direitos, na medida em que se trata de direitos relacionados com um todo social, como ocorre com o meio ambiente, as relações de consumo etc..

Ora, para a compreensão do exato alcance desses dogmas, que estão associadas aos chamados direitos fundamentais de terceira geração, é preciso um operador jurídico familiarizado com o exercício da crítica e situado no seu tempo, além de situado socialmente, conhecendo o papel multiplicador de sua atuação. Comentando a necessidade de uma tal formação para o operador de um direito assim renovado, MACHADO adverte:

[...] a legalidade produzida ultimamente no Brasil [...], tendo se constituído numa extensa rede de normas protetivas de direitos difusos, coletivos, sociais, direitos humanos etc., acabou fazendo com que o intérprete/aplicador do direito assumisse novos papéis, agora numa perspectiva muito mais coletivista e pública do que o papel que tradicionalmente o jurista sempre exerceu como intérprete de uma legalidade liberal e predominantemente privatista.[15]

Muitos especialistas em educação dizem que as grandes crises são: funcionais (crise no mercado de trabalho, identidade e legitimidade dos operadores jurídicos), operacional (curricular, didática, pedagógica, administrativa), estrutural (política e epistemológica).

O direito deve buscar a harmonia social, para a doutrina o direito nada mais é do que, um conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações humanas na sociedade.

A exata compreensão desse papel do jurista é dificultada pela metodologia empregada nos cursos de direito, que, manejando um conteúdo no qual o direito é equiparado à lei, abafa qualquer possibilidade de participação dos educandos, na medida da predominância gritante das aulas expositivas. A propósito vale conferir, de novo, a opinião de MACHADO:

A prática pedagógica encontra-se vazada exclusivamente no método lógico-formal, que proporciona ao bacharel em direito um conhecimento meramente descritivo, e não especulativo ou crítico-reflexivo, da ordem jurídica. Ora bem, a apreensão do fenômeno jurídico segundo um método lógico-formal, e a prática legal transmitida por essa didática, gravita apenas em torno do problema da decidibilidade e concebe o direito, ou a dogmática jurídica, como mero instrumento de controle e organização, bloqueando, por conseguinte, qualquer concepção do direito e da dogmática jurídica como instrumentos de promoção ou de mudança social.[16]

Numa das facetas desse quadro de crise, o que se vê é que o diploma de bacharel em direito não significa mais a plena garantia de emprego ou mesmo de efetivo exercício da profissão; o seu primeiro obstáculo é o exame da OAB, cujos índices de aprovação se apresentam sabidamente baixos.

Cite-se como exemplo o exame n. 124, do Estado de São Paulo, que registrou aprovação de 8,57%, certo que até então o índice mais baixo era o de Santa Catarina, com 12,77% de aprovação.

Segundo se nota, a OAB credita esse índice ao baixo nível de qualidade do ensino jurídico do Estado de São Paulo e ao MEC (muitas faculdades, baixo nível de ensino, má remuneração dos professores, etc); as instituições culpam os alunos (baixo nível de escolaridade, falta de interesse, etc); e os alunos culpam a faculdade (baixo nível de professores, metodologia ultrapassada).

Da OAB se diga que o estilo de provas que produz tem sido justamente aquele que favorece o tipo de ensino que tanto critica: questões objetivas, superficiais, que cobram predominantemente um conhecimento memorizável. São incontáveis as indagações acerca de prazos processuais, nomes de tribunais e de recursos, sugerindo ao aluno que basta decorar alguns artigos e conceitos básicos e, da mesma forma, sinalizando às instituições de ensino que o conteúdo ideal é um saber dogmático, que pode muito bem ser transmitido – e não construído - em aulas-conferência, sem qualquer atuação por parte do educando. Em suma, contribui para exaltar um conhecimento *bancariamente* depositado e do mesmo modo assimilado.

Surge enfim a indagação: de quem é a culpa?

Parece inequívoco que cada um tem sua parcela de culpa; é nítido, entretanto, que a ausência de políticas educacionais bem definidas e perenes, por parte do poder público, representa um considerável fator de degradação nesse quadro; nisso se inclua, com ênfase, a questão do ensino fundamental e médio. A ele acorrem hoje pessoas que, em outra época, não estariam estudando, daí o crescimento quantitativo da população escolar; o mesmo se passa com as faculdades de direito: abrigam alunos que, por sua condição sócio-econômica, não tinham acesso à universidade em tempos pretéritos. Então a universidade, de certo modo, se democratizou, mas não tem sido capaz de manter um ensino de qualidade.

A responsabilidade, enfim, há de ser repartida entre os diversos atores desse processo, o qual, todavia, tem uma raiz incontestável no modelo econômico vigente.

CONCLUSÃO

Ao cabo deste trabalho parece possível concluir que há uma crise do ensino jurídico, como há uma crise de todo o processo educacional; especificamente falando, estão se formando profissionais sem o mínimo de condições para o exercício da atividade jurídica.

Isso não só porque incapazes de sucesso nas provas da Ordem dos Advogados, elas próprias estimuladoras de um modelo de aprendizagem alienante, mas também porque sem qualquer familiaridade com o exercício da crítica e da reflexão; esse modelo de profissional desconectado e dócil, no qual nunca foi despertado, pelo professor-conferencista, o desejo de questionar, é, afinal de contas, o perfil que o mercado de uma sociedade capitalista excludente, *encomenda* às instituições para compor um exército de mão de obra barata, porque volumosa, e especializada, para dar conta de uma atividade visivelmente fragmentária, como convém a um modelo assentado na divisão minuciosa do trabalho.

A base teórica do direito está alicerçada no mundo do dever ser, que tem por objetivo regular a convivência entre os homens.

Para o estudo do direito faz-se necessário analisar suas teorias, linguagens, institutos, que deve ser feito através de leituras, reflexões e diálogos.

Felizes as palavras de FERRAZ JUNIOR, neste particular, ao afirmar que estudar o direito “sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo domínio técnico de seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia incoseqüente”. [17]

A crise do direito não será superada com mudanças meramente administrativas e sim quando se entender que o direito é construção da razão humana que precisa ser compreendida e não meramente reproduzida.

Assim, para superar esta crise faz-se necessário considerar que o aluno deixa o ensino fundamental com deficiências; há falta de leitura e de senso crítico, sendo necessário que estabelecer um ponto de partida entre o aluno e o professor para a construção do saber jurídico.

Em contrapartida, o aluno deve estar disposto a praticar leituras, estudar e o professor devem ter mente que o direito deve ser compreendido, e não ser uma reprodução de idéias.

O Direito deve ser ético, o ensino jurídico deve ser um meio de construção e não de reprodução.

Assim, como se pode notar, a crise não é somente do ensino jurídico, mas, se é este o objeto do presente trabalho, é com relação a ele que se propõe uma urgente e necessária reflexão.

Finalmente, é preciso ter em mente que a verdadeira educação deve buscar revolucionar seu objeto, fazer novas propostas e estimular a criatividade sempre. Esta, representada

pelo posicionamento do educando como sujeito do seu aprendizado, é a chave para uma educação crítica, que verdadeiramente liberte a sua consciência das determinações objetivas do contexto social e econômico em que se insere e o faça um profissional apto a exercer, com o instrumental que o direito lhe oferece, um papel de proa na transformação da sociedade em direção a um modelo mais justo e igualitário.

BIBLIOGRAFIA

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Lisboa : Presença, 1980.

BORDENAVE, Juan D.; PEREIRA, Adair M. **Estratégias de ensino-aprendizagem**. 18.^a ed. Petrópolis: Vozes, 1998

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação – a ciência, a cultura e a sociedade emergente**. Tradução Alvaro Cabra. São Paulo: Cultrix, 1997, p. 13.

CUNHA, Maria Isabel da. A relação professor-aluno. *In: Repensando a didática*. 10.^a ed. Campinas: Papirus, 1995. p.145-158.

FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. Rio de Janeiro: Companhia nacional de material de ensino, 1967.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. "in" **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1996

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio : Editora Paz e Terra 1974.

-----; SHOR, Ira. **Medo e ousadia: o cotidiano do professor**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

HOFFMANN, Jussara. **Avaliação: mito ou desafio**. S. ed. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1990.

HORIKAWA, Alice Yoko. A teoria da atividade: definição e repercussões na formação de professores. In JARDILINO, José Rubens Lima; NOSELLA, Paolo (orgs.). **Os professores não erram**. São Paulo: Terras do Sonhar/Pulsar, 2005.

ILICH, Ivan. **Sociedade sem escolas**. 3a. ed. Petrópolis : Vozes, 1976.

KIKUCHI, Tomio. **Educação para a vida**. São Paulo : Musso Publicações, 1978.

MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. Franca: Unesp, 2005.

MANACORDA, MarioAlighiero. **História da educação**. São Paulo: Cortez, 2004.

MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. **Ensino: as abordagens do processo**. São Paulo: EPU, 1986.

MORAIS, Regis de. **Entre a educação e a barbárie**. Campinas : Papyrus, 1983.

OSHO. **O novo homem – a única esperança para o futuro**. Trad. Sw. Sangit Loree e Sw Rassiko. São Paulo: Gente, s.d.

OSOWSKI, C. (Org). O professor, o conhecimento e o aluno numa concepção de uma pedagogia crítica: abordagem preliminar. In: **Estudos Leopoldenses**, São Leopoldo, Estudos Leopoldenses, v.31, no.141, p.39, mar./abril.1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, Neidson. **Lições do príncipe e outras lições**. São Paulo : Cortez, 1985.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo : Cortez, 1996.

STEIN, Suzana Albornoz. **Por uma educação libertadora**. Petrópolis : Vozes, 1984.

TAGLIAVINI, João Virgílio. **Necessidades de um educador**. Texto trabalhado em grupo de pesquisa Direito e Educação, UFSCar, 2008.

VEIGA, Ilma Passos de Alencastro (org). **Repensando a didática**. 11ed.Campinas: Papyrus, 1995

WARAT, Luís Alberto et al. **O poder do discurso docente das escolas de Direito**. Seqüência, Florianópolis, UFSC, a. I, n.2, p. 146-52, 1980.

[1] **História da educação**, 2004.

[2] A teoria da atividade... In **Os professores não erram**, 2005.

[3] Ibidem.

[4] Cf. **Dicionário escolar latino-português**, 1967.

[5] Apud MANACORDA, **História...**, 2004, p. 327.

[6] Ibidem, p. 327-8.

[7] VEIGA, 1995, p. 45-6.

[8] Cf. Benjamin S. Bloom, *passim*.

[9] TAGLIAVINI, 2008.

[10] OSOWSKI, 1995, p. 39.

[11] *Medo e ousadia...*, p. 124

[12] *ibidem*, p. 123

[13] 1978, p. 410.

[14] 1985, p. 151.

[15] **Ensino jurídico e mudança social**, 2005, p. 22.

[16] *Ibidem*, p. 287.

[17] 1996, p. 21.

**DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO À CRISÁLIDA DA ÉTICA
TRANSDISCIPLINAR: A METAMORFOSE EM DIREITO DO AMOR E DA
SOLIDARIEDADE ATRAVÉS DA FORMAÇÃO JURÍDICA ***

**FROM JURIDICAL TEACHING CRISIS TO ETHIC TRANSDISCIPLINAR
CHRYSALIS: THE METAMORPHOSIS IN LOVE AND SOLIDARITY LAW
THROUGH THE JURIDICAL FORMATION**

**Ana Stela Vieira Mendes
Germana de Oliveira Moraes**

RESUMO

Este artigo analisa a crise do ensino jurídico em suas dimensões estrutural, funcional e operacional, e no cerne da crise existencial do Ser humano, identificando seus problemas mais visíveis. Questiona os limites das reformas técnicas do ensino jurídico. Ressalta a importância de uma mudança de paradigmas na análise das questões do ensino jurídico. Defende a utilidade do recurso à transdisciplinariedade como meio de superação da crise do paradigma do Direito e do ensino jurídico. Sustenta a possibilidade, mediante a abordagem transdisciplinar na formação jurídica, da metamorfose do Direito em Direito do amor e Direito da solidariedade, apto a alcançar não apenas as pesquisas e os conteúdos e os métodos das disciplinas teóricas, mas também aqueles das disciplinas práticas e das diversas atuações profissionais do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE; ENSINO JURÍDICO; ÉTICA; SOLIDARIEDADE; DIREITOS HUMANOS; EDUCAÇÃO; TRANSDISCIPLINARIEDADE; DIREITO DO AMOR.

ABSTRACT

This article analyzes the crises in judicial teaching, in its structural, functional and operational dimensions and in the heart of existential crisis of human being, identifies its most visible problems as well. It questions the limits of technical reforms in juridical teaching. Highlighting the paradigm change's importance in juridical teaching issues' analysis. The Paper supports the utility's resort to transdisciplinarity as a way to overcome the crisis of Law's paradigms and also its juridical teaching's crisis. We defend the possibility, through transdisciplinary approach in juridical professional formation, of Law's metamorphosis in Love Law and Solidarity Law, able to achieve

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

not only the researches and the contents and methods of theoretical disciplines, but also those from practical ones and several professional actuations in Law.

KEYWORDS: CRISIS; JURIDICAL TEACHING; ETHICS; SOLIDARITY; HUMAN RIGHTS; EDUCATION; TRANSDISCIPLINARITY; LOVE LAW.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento dos cursos jurídicos do Brasil se iniciou logo após a sua independência de Portugal, época em que imperava uma significativa influência do cartesianismo e do racionalismo positivista, fruto do Iluminismo. De modo que, desde o princípio, o objetivo era atender a uma necessidade primordialmente institucional, no que diz respeito à formação do Estado brasileiro. Segundo Horácio Wanderley Rodrigues, desenvolveu-se “um ensino voltado à formação de uma ideologia de sustentação política e à formação de técnicos para ocuparem a burocracia estatal”[1].

Dessa forma, observa-se, desde o berço da cultura jurídica nacional, uma tendência à preocupação com questões pragmáticas, de cunho eminentemente tecnicista, afastadas de uma reflexão mais profunda sobre os fenômenos jurídicos, quer fossem os fenômenos do Estado e da política, quer fossem aqueles concernentes à esfera de relações privadas dos seres humanos, o que prosseguiu através dos tempos, prolongando-se ainda até hoje a reprodução deste padrão.

A importância de conhecer a força do arcabouço estrutural e cultural desse contexto é determinante para compreender que o que há de essencial na descrição anterior ainda permanece, como uma herança perpetuada pela inércia da maioria dos sujeitos envolvidos no processo histórico, que, muitas vezes, sequer eram conscientes de sua função propulsora de uma realidade diferente, a ser concebida pelas novas gerações.

Dessa maneira, é possível visualizar que os problemas aqui detectados são endêmicos e tendem a se agravar quando colocados num contexto de sofisticação de tecnologias, de informação, de consumo em toda a comunidade global, onde se vê a necessidade de respeitar as diferenças e de estabelecer parâmetros criativos para lidar com essa nova realidade plural.

Aqui se coloca, portanto, a relevância de se debruçar sobre as deficiências desse tipo de formação jurídica e tentar buscar soluções suficientemente consistentes para reverter a repetição daquele padrão alienado da atual conjuntura.

Com isso, tem-se em vista a defesa de uma cultura jurídica axiologicamente bem fundamentada, compatível com a ordem democrática vigente no país e coerente com o desempenho dos profissionais do Direito, em suas diversas funções, sem restringi-la ao domínio restrito dos pesquisadores, que, pouco a pouco, já vêm se conscientizando sobre a importância de discutir e de resolver a crise no ensino jurídico brasileira, a partir de uma abordagem consentânea com a visão dos novos educadores de nosso tempo, que apresentam a desafiante proposta de uma ética transdisciplinar, descrita por Roberto

Crema, como “uma convocação ao exercício dialógico entre os grandes fragmentos epistemológicos da ciência, arte, filosofia e mística, buscando resgatar a unidade do conhecimento e uma forma mais integral de agir na realidade”[2].

Importante marco desta abordagem do novo aprendizado – de um “novo aprender a aprender”, registra-se no documento da UNESCO, elaborado em 1986, após a realização de colóquio liderado por Basarab Nicolescu, conhecido por “Declaração de Veneza”, na qual se admitem os limites da ciência e a necessidade de um diálogo urgente com outras formas de conhecimento. Posteriormente, Pierre Weil, Jean Yves Leloup e Monique Thoening formularam a Carta Magna da Paz, afirmativa do nascimento de uma nova civilização, reconhecendo que uma mutação de consciência está em curso, “traduzida pelo progressivo reconhecimento mundial da visão que estabelece pontes sobre todas as fronteiras do conhecimento humano, resgatando o amor essencial como base da veiculação entre os seres viventes (...)”[3]. Em 1994, ao final do I Congresso Mundial de Transdisciplinariedade, divulgou-se a Carta da Transdisciplinariedade, e em 1997, no Congresso de Locarno, apresentaram-se como conclusões que são quatro os pilares de uma nova educação transdisciplinar: *aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver, aprender a Ser*.

O Direito, que é precursor de harmonia nas relações entre os seres humanos: entre os familiares (Direito de família); nas relações de vizinhança (Direito Civil); entre sócios (Direito Comercial); entre grupos políticos (Direito Constitucional); entre nações (Direito Internacional), apenas para citar alguns exemplos, tem-se preocupado muito com os conhecimentos teóricos e práticos, negligenciando as habilidades necessárias à boa convivência e desprezando as questões transcendentais ou espirituais do Ser.

O Direito – e felizmente assim o é – oferece soluções para as questões relativas à dimensão material do ser humano, como, por exemplo os direitos dos trabalhadores e os direitos sociais à educação e à saúde, todavia seu arcabouço teórico e prático, por si só, mostra-se insuficiente, porque dissociado da dimensão humana dos sentimentos para, *ad instar*, ensinar como os mediadores devem se comportar para diluir ou transformar conflitos. Tampouco, por excluir a dimensão transcendental ou espiritual do Ser humano de seu conteúdo, oferece, hoje em dia, soluções jurídicas satisfatórias para os profissionais de saúde que se deparam diante do dilema entre a continuidade do corpo físico do paciente terminal e a ânsia da alma e de sua consciência de liberação. Despreza questões permeadas pela espiritualidade do ser humano, como se o fato de ignorá-las, fizesse com que elas, em passe de mágica, não existissem.

Segundo nossa percepção, subjaz à crise educacional, inclusivamente àquela do ensino jurídico, uma crise decorrente do cientificismo ora agonizante, cuja compreensão do Ser (substantivo e verbo) humano, amputa suas dimensões subjetivas – a da alma e a do espírito.

Se perdurar, no ensino jurídico, a repetição automática da concepção reducionista do Direito à forma (às leis), dissociada da realidade ou das realidades em transformação (dos fatos) e desconectada dos sentimentos humanos (dos valores), não há como os cientistas jurídicos possam reelaborar o conhecimento e o saber do Direito, de maneira a auxiliar na compreensão das realidades mutantes, apresentar soluções para os problemas delas emergentes e, finalmente, (re)orientar as nossas ações em meio a essa metamorfose do ser humano, da humanidade e do planeta.

Conforme observado e escrito em artigo sobre a “A importância da reorientação da pesquisa jurídica na era pós-moderna”[4], para a elaboração do saber jurídico, é necessário libertar-se do preconceito do reducionismo ao método científico e transcender, transversalmente, para o domínio da metafísica e da filosofia, no qual se entronizam os valores ou a dimensão emocional e subjetiva do ser humano, e para o domínio das ciências sociais e políticas, as quais, ao mesmo tempo, em que demandam pautas de orientação, dialeticamente, as formulam.

As idéias de Thomas Kuhn sobre as revoluções científicas[5] e a chamada revolução molecular preconizada por Félix Guattari[6], associadas à proposta de transdisciplinariedade defendidas por Ubiratan D’Ambrosio, Pierre Weil e Roberto Crema[7] são guias estelares de nossas reflexões, motivadas pela “necessidade”, apontada por Loussia Penha Musse Felix[8], “de estabelecer conceitos e significados que possam contribuir para o avanço da educação superior do país”.

Acreditamos que se possa avançar no ensino jurídico, por meio da abordagem da ética transdisciplinar, crisálida dentro da qual se permite a reinserção nos conteúdos e nas estratégias de ensino da dimensão subjetiva do ser humano, despontando, assim, a formação jurídica como a ferramenta que permitirá a metamorfose – da forma mais rápida e pacífica - do Direito e possibilitará a gestação do Direito do amor, tão decantado, poeticamente, por Luís Alberto Warat[9] e do Direito da solidariedade, ancorado na Ética do cuidado, tal qual a defendida por Leonardo Boff e Jean Yves Leloup[10].

Assim como a abordagem transdisciplinar se mostra imprescindível para o desenvolvimento da educação jurídica brasileira, evidencia-se, no decorrer de nossas reflexões, ser igualmente útil recorrer à transdisciplinariedade, para que se possa extrair do texto constitucional maior efetividade para os direitos fundamentais, evitar seu retrocesso ou estagnação, e permitir a fluência de sua inexorável evolução.

2. O PARADIGMA ATUAL: A CRISE

A doutrina brasileira tem apontando três dimensões da crise do ensino jurídico,[11] quais sejam, estrutural, funcional e operacional, às quais far-se-á breve referência com o propósito remoto de, durante o trabalho, elaborar algumas propostas pontuais, em nossa visão, factíveis e eficazes, para superá-la, a curto e médio prazo.

Nada obstante a importância dessas dimensões, compreendemos que o cerne da crise da educação, de um modo geral, conforme esclarece Roberto Crema, se encontra na dissociação crônica e na supressão do reino da interioridade, da subjetividade, da desconexão com o sagrado, determinada pelo mito da objetividade, o qual ele denomina de *síndrome de analisicismo*, lançando o desafio de “colocar a alma nos bancos escolares, desde o pré-primário até as universidades” e de “religar o conhecimento ao amor” [12]. Sob idêntica perspectiva, postulamos que se lance um novo olhar sobre a crise do ensino jurídico, em particular.

2.1 A crise estrutural

A visão estrutural da crise do ensino jurídico parte do pressuposto que, para compreender a complexidade do problema, é indispensável que ao seu exame se lance um olhar sobre a conjuntura político-econômica e sociocultural hoje existente.

Afinal, os fatos que se manifestam nessas superestruturas também são observados, por via reflexa, nas microestruturas, nas atividades setoriais do Estado e da Sociedade civil como um todo, deles não podendo ser destacados.

2.1.1 A crise político-econômica em linhas gerais

No âmbito político-econômico do mundo globalizado, é possível identificar no Brasil, um regime auto-intitulado Estado Social Democrático, quando, na verdade, está-se diante de práticas políticas distorcidas e de uma *cidadania de baixa intensidade*. Pode se falar em uma democracia “não verdadeira”[13], pelo grande nível de pobreza e desigualdade social e a conseqüente ausência de condições mínimas ao exercício da liberdade e à garantia de dignidade.

No mais, o avanço do neoliberalismo agravou este quadro, conquanto considere que a intervenção estatal na economia deve existir para corrigir as falhas de mercado e deve ser a menor possível, no sentido de garantir a própria liberdade do mercado, não levando em consideração a busca um grau mínimo de igualdade socioeconômica, fato este extremamente danoso para um país de dimensão continental, eivado com disparidades econômicas abissais.

2.1.2 A crise sócio-cultural em linhas gerais

No contexto social, lamentavelmente, ainda se faz necessária a proliferação de políticas assistenciais, que, de um lado, podem ser úteis para eliminar o alto índice de indivíduos que vivem abaixo da linha da pobreza, porém, de outro, são marcadas por um paternalismo que denuncia a ausência de práticas socioeconômicas emancipatórias[14], como investimentos adequados em geração de emprego e renda e na educação de uma maneira geral.

Para completar o quadro, a cultura do “jeitinho brasileiro”[15], “trabalhar pouco e se dar bem na vida”, da proliferação de uma atitude consumista irrefletida, dos hábitos e relações descartáveis, do culto ao efêmero, do esquecimento dos deveres morais fazem com que, de uma maneira geral, se pulverize um *individualismo irresponsável*[16] como o modo de ser no mundo.

2.1.3 A crise da educação superior brasileira em linhas gerais

Não obstante a exemplar previsão constitucional do direito fundamental à educação, ocorrem, na prática, oscilações de políticas públicas, de modelos econômicos e educacionais, o que acaba por refletir em um grande desequilíbrio em relação às condições reais, verificando-se uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade da educação superior. Isso acaba estimulando “uma dicotomia entre a dimensão normativa (validade) e a dimensão social (eficácia) do direito educacional no Brasil”[17].

2.1.4 A inserção do ensino jurídico nos paradigmas apresentados

Concordamos com Horácio Wanderley Rodrigues, para quem “a crise do paradigma político-ideológico do Direito e seu ensino não é apenas interna. Na realidade é a crise do capitalismo, enquanto modelo econômico, que busca concretizar as crenças e valores do liberalismo político e jurídico”[18]. Mas não é só...

Para além deste olhar objetivo e materialista, há que apurar a visão, ao mesmo tempo verticalmente mais profunda, no sentido de mergulhar no interior do ser humano, e horizontalmente mais ampla, no sentido de abranger o outro, a humanidade, o planeta e o cosmos.

O ser humano está em busca de conexão com sua alma, e da expansão, para além de suas dimensões física e anímica, rumo a sua dimensão transcendental. Em busca da promoção do reencontro com sua dimensão subjetiva e do retorno aos sentimentos, intenta também inserir-se na dimensão planetária, com o despertar da consciência ecológica e finalmente, reintegrar-se em sua dimensão cósmica, restabelecendo seu elo com a espiritualidade.

Na era pós-moderna, está à procura do resgate de seus sentimentos, que são, na acepção de Leonardo Boff, “uma forma de conhecimento, englobando dentro de si a razão e transbordando-a para todos os lados. Primeiro, sente o coração, após reage o pensamento”, repete Boff, citando Blaise Pascal[19].

Para Ubiratan D’Ambrosio, o conhecimento significa “a capacidade adquirida de sobreviver e transcender” e sob esse duplo impulso, explica, o comportamento humano tem evoluído na direção da aquisição do conhecimento, embora com algumas distorções no processo evolutivo, as quais, segundo ele, resultam da separação entre a ciência e as tradições. Aponta como questão fundamental da Ética o equilíbrio entre os seres humanos, imersos na distorção que considera mais importante - a contradição entre o comportamento altruístico e a aquele que leva à eliminação de indivíduos e espécies para que outros possam sobreviver[20].

Acreditamos que uma visão unilateral e estreita da crise do ensino jurídico que não leve estes fatores em consideração será insuficiente para compreender a verdadeira dimensão de seus problemas, e, por isso mesmo, incapaz de propor soluções que possam ter alguma eficácia imediata.

Além disso, não se pode olvidar que os aspectos metodológicos e pedagógicos dos cursos jurídicos, que atendem, como de resto nos demais ramos do saber, aos padrões cartesianos, analíticos e tecnicistas, mostraram-se ao longo do tempo, inaptos, para desenvolver uma formação integral do Ser humano, capaz de atender suas múltiplas e concomitantes demandas: individuais, relacionais, coletivas, políticas, ambientais e transcendentais. No intuito de sintetizar e corroborar nossa percepção, recorreremos às lúcidas observações de Roberto Crema:

Partindo da constatação de que a educação reducionista-tecnicista tradicional não tomou para si a nobre função de facilitar que o aprendiz aprenda a nadar nos rios da existência, não é para se estranhar o flagelo crítico contemporâneo: a inversão valorativa e falência da ética, o “mar de lama” da corrupção, cinismo e omissão, a onde crescente de violência e injustiça social, o aumento dramático do índice de suicídio infanto-juvenil, a depredação ambiental e o quase fenecimento da cultura ocidental[21].

2.2 A crise funcional

Exporemos agora, ainda que *à vol d'oiseau*, alguns problemas detectados nas instâncias formadoras de profissionais para o desempenho qualitativo das funções jurídicas em geral.

1.2.1 A crise do mercado de trabalho e a falta de qualificação profissional.

Face ao grande número de bacharéis em Direito que ingressam no mercado de trabalho[22], é plausível presumir que não haverá possibilidade de absorção de todos os profissionais. Para resolver esse problema, é fundamental a participação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, junto ao poder público para impedir a proliferação descontrolada dos cursos de Direito[23], bem como para pressionar por mecanismos eficazes de avaliação dos cursos em funcionamento.

Outro fator nuclearmente importante para a tomada dessa medida é que muitos dos profissionais advindos de novas instituições são insuficientemente preparados para o exercício digno de cargos privativos de bacharéis em Direito, fato que pode ser diagnosticado, por exemplo, pelos altos índices de reprovação nos exames da OAB, um dos requisitos para exercer a advocacia, o que, por si, já detecta uma deficiência nas atividades de formação, que precisam ser revistas.

Loussia Penha Musse Felix exprime com suficiente clareza o problema:

Como dito anteriormente a década passada observou um crescimento sem precedentes na iniciativa e na oferta de novos cursos e instituições educacionais. Enquanto se tornava mais aguda para a sociedade a percepção de que o ensino superior sofria em grau significativo os efeitos perversos de uma desagregação estrutural acelerada, devido a fatores como transformação de um modelo calcado numa visão elitista para um modelo de acesso mais aberto, mas que, todavia, estava longe de garantir padrões de qualidade adequados, o Ministério da Educação era exposto a um volume gigantesco de solicitação de novos cursos e instituições[24]

Dessa forma, vêm-se as dificuldades criadas com a expansão inapropriada dos cursos jurídicos, defendida sob o falso manto da ampliação e da democratização meramente do ensino superior, quando se sabe que, pela ausência de qualidade, isso ocorre apenas em sentido formal e acaba criando, por vezes, situações de extrema inconveniência e risco para a sociedade, com profissionais mal preparados, concorrendo entre si de maneira inadequada, extrapolando os padrões de conduta desejados.

2.3 A crise operacional

Como já foi visto anteriormente, é necessário ter em mente que um Direito historicamente formado com as características antes descritas tende a reproduzir um determinado modelo ideológico, desqualificando as discussões acerca daquilo que lhe contraponha.

Esse pensamento é compartilhado entre estudiosos do tema, dentre os quais, Luiz Alberto Warat, que em uma de suas obras, faz pertinentes observações:

O ensino jurídico que se satisfaça com a simples e ingênua transmissão da chamada cultura jurídica tradicional estará reforçando os ingredientes ideológicos do Direito, caracterizando, nessas circunstâncias, como um processo educacional dogmático. Conseqüentemente, os recursos utilizados na elaboração do instrumental teórico desse Direito são também recursos dogmáticos[25].

2.3.1 A crise didática

Outro aspecto relevante é em relação à didática e aos métodos adotados em sala de aula. Nas palavras de Luiz Alberto Warat, “uma jusdidática renovadora importa na implementação de estratégias educativas contemporâneas e no reexame do que secularmente se vem mostrando como fenômeno jurídico”[26].

Assim como já se viu anteriormente, mesmo no tocante aos aspectos aparentemente instrumentais, é possível observar que há uma implicância ou reflexo de questões mais gerais: não importa apenas sobre como se está ensinando, mas, sempre igualmente, sobre o que se está ensinando, por que e para quem.

Por acreditar que ao longo deste trabalho já se descortinou uma visão mais panorâmica do tema, mediante tentativa de análise de seus aspectos mais amplos, trataremos, agora, de analisar uma questão mais específica – a que pertine aos problemas sobre como o Direito é transmitido.

Conforme preleciona José Wilson Ferreira Sobrinho, o maior alvo de crítica dos pedagogos vem sendo a aula expositiva, que, no entanto, não deve ser considerada a única culpada pelos descaminhos do ensino universitário no Brasil[27].

De fato, a aula expositiva tem vantagens a oferecer, como: maior facilidade de assimilação, pelos alunos, nas disciplinas difíceis, oferece uma visão geral, economiza tempo, etc. No entanto, dentre as desvantagens, é possível destacar a pouca participação dos alunos, a desconsideração das peculiaridades do ritmo de cada aluno, a falta de estímulo ao potencial crítico e criativo do aluno, dentre várias outras[28].

Assim, fica clara a necessidade de se buscar outros métodos de transmissão de conhecimentos, que possam agregar aos alunos as habilidades deixadas em déficit pela aula expositiva.

É premente, então, para a construção de uma classe segura de bacharéis em Direito, capazes de refletir sobre seus atos de maneira consciente, independente e apta a tomar decisões maduras, que se pense em novos modelos de didática; que se estude e planejem novas formas e estratégias de repassar os conhecimentos do fenômeno jurídico, como aulas participativas, estudos em grupo em sala de aula e seminários, em caráter de complementaridade.

Loussia Felix, após mencionar a nova abordagem educacional, que, segundo ela, para Tedesco, afeta tanto a área do conteúdo, não mais reduzido a informação ou conhecimento, expandindo-se para o campo das habilidades e aptidões, quanto a área dos métodos, entendidos como estratégias educacionais e de ensino para alcançar o desenvolvimento da cidadania, lembra sobre a importância que se deve conferir “à imprescindível associação entre as vertentes teórica e prática da educação jurídica.”[29].

2.3.2 A crise curricular

Outro elemento de análise fundamental diz respeito à estrutura curricular do curso de Direito, posto que onde se verifica com maior clareza a sobreposição do método analítico em detrimento do sintético[30].

Em data não muito distante, os cursos de Direito felizmente escaparam de uma proposta de ensino técnico-profissionalizante, com duração de dois anos, que viria trazer conseqüências desmesuradas ao desenvolvimento da sociedade brasileira. No entanto, de uma maneira geral, a formação dos bacharelados ainda é acentuadamente tecnicista, com disciplinas de teorias gerais normalmente concentradas nos primeiros semestres, restando, do meio para o final do curso, as disciplinas prático-profissionais. Isso dá a impressão de que o Direito da teoria deve ser diferente do da prática: o conteúdo axiológico parece se afastar, dando lugar ao pragmatismo para resolver os casos concretos.

A norma atualmente vigente acerca da estrutura curricular dos cursos jurídicos é a Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 09, de 29 de setembro de 2004. Verificam-se alguns aspectos interessantes, como a determinação, em seu art. 03º, de uma educação jurídica que possa

“assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania”.

Igualmente interessante foi a instituição, por intermédio desta mesma Resolução nº 09, em seu artigo 4º, de um eixo de formação fundamental, que visa a integrar o Direito com outros ramos do conhecimento, que deverá abarcar *conteúdos essenciais* sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia, além do eixo de formação profissional, que deve abranger o nosso conhecido conteúdo dogmático, e o eixo de formação prática, composto pelo estágio supervisionado, trabalho de conclusão de curso e atividades complementares de ensino, pesquisa e extensão.

No entanto, infelizmente, aqui ainda valerá o exposto anteriormente, quando se observou a diferença entre normas prescritas e a realidade. Primeiramente, porque ao permitir que sejam ministradas disciplinas com conteúdos essenciais das áreas acima mencionadas, expressão esta dotada de considerável grau de indeterminação conceitual, abre-se espaço, por exemplo, para a criação de disciplinas que abordem vários daqueles assuntos ao mesmo tempo e, assim, ocasionando o perigo de pulverizar o conteúdo almejado e manter a análise de tema pertinente em nível superficial, como ocorre hoje, com a prevalência do método analítico.

Além disso, não é suficiente o número de professores dotados da qualificação necessária nessas novas áreas de conhecimento, como Antropologia e Psicologia aplicadas ao Direito, os quais possam atender as demandas dos numerosos cursos jurídicos hoje existentes.

2.3.4 A crise metodológica

Este é um dos aspectos mais relevantes para esse estudo. Parte-se, aqui, do pressuposto que a abordagem analítica, cartesiana, voltada para a padronização, para a visão compartimentalizada e para a racionalidade, sem a compreensão do Ser humano, em sua inteireza – material, sentimental e espiritual, *per si*, tem se revelado insatisfatória para o desenvolvimento das aptidões necessárias a sua existência, sobrevivência e transcendência na era pós-moderna e, por isso mesmo, propõe-se, a transição da crise do ensino jurídico à crisálida da ética da transdisciplinariedade, com a esperança da metamorfose do Direito em Direito do amor e da solidariedade.

3. Da crise do ensino jurídico à crisálida da transdisciplinariedade: a proposição de uma alternativa ética

Contextualizada a questão da crise do ensino jurídico e apontados alguns de seus principais problemas, proceder-se-á a uma reflexão em dimensão objetiva, de reformulação das ferramentas de luta, inspirada nas idéias de Thomas Kuhn sobre as revoluções científicas[31]. Para cuidar da dimensão subjetiva, embasar-se-á nas idéias de revolução molecular preconizada por Félix Guattari[32]. Isso de modo que se proclame, ao fim, a metamorfose do ensino do Direito construído com base no amor e na ética da solidariedade, tal qual a defendida por, Leonardo Boff e Jean-Yves Leloup[33], dentre outros, como elemento útil, necessário, ubíquo, transversal e imprescindível à maior efetividade e evolução dos direitos fundamentais e à atualização e desenvolvimento da educação jurídica brasileira.

Há que se observar o aspecto epistemológico, sobre como o conhecimento deve ser utilizado. Nessa perspectiva, úteis são os paradigmas oferecidos por Thomas Kuhn, segundo o qual, reportando-se aos momentos de crise pelos quais passam as ciências, afirma: “O significado das crises é a indicação que proporcionam de que há chegado a ocasião para redesenhar as ferramentas” [34] e, supõe, para construir o seu argumento, que “as crises são uma condição prévia e necessária para o nascimento de novas teorias” [35]e, conseqüentemente, para o progresso da ciência, a partir de revoluções do conhecimento, que são, muitas vezes, imperceptíveis para o observador[36].

Por outro lado, além destas modificações na forma de compreender o mundo, não é bastante dedicar-se somente ao estudo do objeto sob novas perspectivas ou pressupostos: o sujeito há que atentar para o poder de suas ações e pensamentos; ele próprio também terá de realizar mudanças internas, para somente então poder aceitar uma realidade externa vista de outra maneira.

Nesse ponto se observa o valor do pensamento de Félix Guattari, ao dimensionar o papel da subjetividade nas transformações na sociedade, em geral: “Na subjetividade consciente e inconsciente dos indivíduos e dos grupos sociais, não deixarão de aparecer mutações de conseqüências imprevisíveis” [37].

Através da consideração do fator subjetivo nas mudanças, a qual o referido autor se reporta como revolução molecular, é que se podem verificar as mais profundas revoluções comportamentais, as quais surtirão, inevitavelmente, efeitos externos perceptíveis em algum grau, certamente mais evidentes e definitivos do que qualquer transformação exterior. Prossegue Félix Guattari: “A revolução molecular é portadora

de coeficientes de liberdade inassimiláveis e irrecuperáveis pelo sistema dominante”[38].

Admitindo essas afirmações como verdadeiras, tem-se um forte motivo para defender e estimular uma reorientação do ensino jurídico, no sentido de buscar critérios para superar a crise, que privilegiem a dignidade humana e o reconhecimento dos direitos dela indissociados.

Roberto Crema, reportando-se à advertência feita por Oppenheimer, um dos idealizadores da bomba atômica, quando houve a explosão em Hiroshima e Nagasaki, quanto ao perigo de se produzirem cientistas alienados, muito embora reconhecendo os avanços tecnológicos trazidos pelo método analítico, propugna pela adoção de um outro método, a este complementar – que possa oferecer uma visão também centrada no todo, na intuição, nos valores, na transpessoalidade e na espiritualidade: a transdisciplinariedade. Explica Roberto Crema que a proposta de uma ética transdisciplinar, de abertura ao diálogo, sublinha – nos termos da Carta da Transdisciplinariedade, de 1994, a importância de um saber e uma compreensão compartilhada, fundamentada no respeito às alteridades e da coexistência integrada numa mesma Terra, nossa morada comum. De acordo com suas próprias palavras,

Estas duas escutas e competências não se antagonizam, como fomos condicionados a crer nestes últimos séculos. Pelo contrário, elas se complementam e se harmonizam, em sinergia, habilitando-nos a uma visão e atuação de integralidade, transdisciplinar. (...) Uma educação que queira fazer justiça à inteireza do ser humano, precisa incluir, em seus programas, o desenvolvimento de todas as características da virtude sintética[39].

3.1. A Ética e o Direito: implicações no ensino jurídico

Para tratar das implicações no ensino jurídico das relações entre Ética e Direito, é útil retomar os aspectos estruturais analisados, ainda que de modo rápido, anteriormente, relativos à Economia, à Política e ao Direito. O que têm eles em comum? Pode-se dizer – de modo singelo - que os três possuem estrutura normativa, incluindo-se os dois primeiros no grupo dos saberes práticos, reservados a orientar as ações humanas em busca do bom e do justo.

A Economia seria o saber encarregado de bem administrar a casa e a cidade, enquanto a Política visaria ao bom governo da *polis*. [40]

As dimensões da crise do ensino jurídico, antes didaticamente expostas, são espelhos da carência de realização prática do princípio da dignidade da pessoa humana e convergem para um ponto nuclear comum – a crise existencial do Ser Humano, cujos direitos, muitas vezes se ignoram, quando de cunho imaterial; e outras tantas, embora de índole material e positivados, não se concretizam. Há de admitir-se que se trata, assim, também de uma questão política:

Se os chamados direitos humanos permanecem um tema problemático nas sociedades políticas contemporâneas dois séculos após as Declarações solenes de 1776 e 1789, é que a busca de novas e adequadas formas de organização e ideários políticos, na sequência das profundas transformações que vêm acompanhando o fim do *Ancien Regime*, persiste como um desafio para o mundo que está surgindo dessas transformações. Entre a proclamação formal dos direitos e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos aos quais eles são atribuídos, estende-se um vasto espaço, ocupado por formas antigas e novas de violência. [...] Ora, tal efetivação não é possível senão pela institucionalização dos mecanismos do poder em termos de lei e de direito, vem a ser, em termos de justiça[41].

O Estado Democrático de Direito, rótulo tão banalizado ultimamente por diversos países que estão longe de alcançar práticas políticas verdadeiramente democráticas[42], como já acima mencionado, deve privilegiar o exercício da cidadania de seus indivíduos, fornecendo os meios necessários para a consecução deste fim. Conforme Henrique Cláudio de Lima Vaz, “ao ser reconhecido em sua existência política, como cidadão (*polítês*), o homem se constitui, portanto, sujeito de direitos ou sujeito universal. Desta sorte, o existir político somente pode ser pensado por meio de uma idéia do homem que dê razão desse movimento de transcendência que o eleva acima da particularidade individual ou grupal.”[43]

Acredita-se que a observância destas ponderações seja pré-requisito para uma organização política madura, que se proponha a vincular a sua atuação à efetivação dos Direitos Humanos, de uma maneira geral, promover a justiça e, ao menos, uma igualdade mínima de condições entre as pessoas, garantidora da liberdade de sentir, de pensar de agir por si próprias, vale dizer, que lhes assegure a dignidade.

No mais, a Ética também é um saber prático - “disciplina filosófica que constitui uma reflexão de segunda ordem sobre os problemas morais. A pergunta básica da moral seria a seguinte: “O que devemos fazer? A questão central da Ética, por outra, seria antes: “Por que devemos?”. [44].

Quanto ao Direito, nota-se, desde as suas origens, quando era imiscuído às leis religiosas e morais das comunidades primitivas[45], uma intrínseca relação com aquilo que era considerado virtuoso, bom e justo, o que faz dele uma categoria dotada de densa carga axiológica, avizinhada, portanto, das acima descritas.

Após o período de dominação do positivismo jurídico estrito, sobre a influência da teoria pura de Hans Kelsen, advém o pós-positivismo[46], trazendo uma (re)significação moral e ética do direito, com a inserção de princípios (valores) dotados de normatividade nos ordenamentos constitucionais, de tal modo, que se torna até difícil dialogar acerca do direito positivo de um país sem questionar seu procedimento de escolha de valores. Consoante leciona Paulo Bonavides, com base na normatividade dos princípios, desenvolve-se a chamada escola principiológica outra teoria material da Constituição que universaliza os direitos fundamentais, propaga, em suma uma visão prospectiva e humanista do poder e do Estado, de base emancipatória. Em seu dizer:

Vive-se nessa terceira idade do constitucionalismo a época constitucional do pós-positivismo, que faz a legitimidade imperar sobre a legalidade, os princípios sobre as

regras, a jurisdição sobre a discricção, o valor sobre o fato, a certeza sobre a indeterminação[47].

Nas palavras de Henrique Cláudio de Lima Vaz, “É sabido como a questão das relações entre Ética e Direito constitui hoje um dos temas mais freqüentes na literatura ética e na filosofia jurídica”[48]. Além do que, ainda segundo o referido autor, o cerne da crise das sociedades contemporâneas reside justamente na significação ética do Direito[49].

3.2 A necessidade do estudo da Ética na formação jurídica

Agora, caberá refletir mais detalhadamente sobre a relevância da Ética para a formação jurídica, à medida que ela favorece maior irradiação dos princípios constitucionais e catalisa as possibilidades de concretização dos direitos humanos.

Nosso objetivo principal é conscientizar os professores dos cursos de Direito, bem como os alunos de pós-graduações, futuros professores a respeito de sua responsabilidade no processo de contínua reconstrução do Direito, a partir da formação jurídica transmitida nas Universidades, recomendando-lhes a adoção – em momentos de crise - de uma postura vanguardista, tomando para si a tarefa estratégica de (re)significar valores, de introduzir outros e de redimensionar a importância dos direitos inerentes à pessoa humana, sempre tendo em vista a inteireza do Ser humano, em suas plúrimas dimensões – física, anímica e espiritual.

Por isso, procuramos alertar especialmente os professores de disciplinas práticas, para que estejam atentos aos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, aqueles previstos no art. 3º da Constituição da República de 1988[50], de modo especial, o que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Depois, é importante dizer que, em face do caráter complexo da questão que ora se pretende examinar, nenhuma alternativa proposta será suficiente para transformar os padrões de comportamento dos grupos de professores, alunos e profissionais, ainda que haja incentivos de toda natureza para que isso ocorra, se não houver um esforço e uma vontade inerente às próprias pessoas envolvidas no processo de transformar a si e à realidade circundante. Cabe, portanto, inicialmente, a cada um reconhecer e fazer uma profunda imersão pessoal, individual, ou, como já foi dito anteriormente, realizar uma revolução subjetiva ou molecular[51], no que diz respeito aos parâmetros que vem adotando, às vezes, até irrefletidamente, ao agir e ao transmitir o ensino jurídico.

Neste contexto, a Ética terá uma preciosa contribuição a oferecer ao Direito, especialmente quando se leva em conta sua estrutura tridimensional, exposta nos seguintes termos por Henrique Cláudio Vaz: “uma ação do indivíduo ou sujeito consigo ético (dimensão subjetiva), cumprida no seio de uma comunidade ética (dimensão intersubjetiva) e tem como norma o conteúdo histórico de determinado *ethos* (dimensão objetiva)”[52].

Através da compreensão desta estrutura tridimensional, fica mais claro o motivo da relevância do fenômeno ético, especialmente no que diz respeito à propagação dos fins do Estado, afinal de contas, a partir do momento em que se vai além das fronteiras do indivíduo, naturalmente formador e participante de grupos sociais que serão, eventualmente, regidos por regras jurídicas, a serem escolhidas seguindo um modelo

ético, capaz de agregar-lhes valores positivos para as individualidades e a coletividade, converte-se ela – a Ética, em valioso instrumento de reflexão sobre as ações humanas,

Conclui-se que a crise no ensino do Direito pode ser significativamente incrementada ou superada, por meio do fomento ao ensino da Ética, tendo em vista ser esta disciplina um meio de os seres humanos exercitarem a razão e a intuição de maneira proativa, fazendo-os refletir sobre o conteúdo, as causas e as conseqüências de suas ações nesta difícil tarefa de escolha de valores, especialmente quando se está diante de uma situação mundial tão peculiar, onde há tantos problemas políticos, econômicos, ambientais e culturais, sintetizados no risco apocalíptico de destruição da humanidade, do planeta Terra e até da Biosfera.

É necessário, pois, questionar acerca de qual Direito se busca, por que e para que. Aliás, esta atitude deve ser uma constante na atuação jurídica; não se trata apenas de estabelecer modelos teóricos ideais, mas também, de se questionar, dentro de cada previsão legal, de cada caso de concretização do Direito através da prestação da tutela jurisdicional e de outras formas de resolução dos conflitos.

Para superar a crise do ensino jurídico, aspecto micro-estrutural, imerso neste contexto, em nosso sentir, faz-se necessário maturar na crisálida da ética da transdisciplinariedade, a partir da formação jurídica, nas universidades, um Direito que contemple o ser humano em sua inteireza, sem amputar suas dimensões da alma nem do espírito. Desta metamorfose, poderão eclodir o Direito do amor e o Direito da solidariedade. Sem perder essa perspectiva da profundidade e da amplitude da crise do ensino jurídico - projeção da crise do Direito e da crise existencial do Ser humano, vislumbra-se, assim, a potencialidade de maior eficácia dos direitos fundamentais – o respeito à liberdade, a garantia de um índice mínimo de igualdade material entre os seres humanos, a preservação do meio-ambiente, o direito à dignidade da pessoa, de modo a legitimar – ou não – o sistema político em que se vive. O futuro – se houver – o dirá.

4. A METAMORFOSE DO DIREITO EM DIREITO DO AMOR E DIREITO DA SOLIDARIEDADE ATRAVÉS DA FORMAÇÃO JURÍDICA

4.1. A metamorfose em Direito do amor

Sem a compreensão do ser humano em sua inteireza, sem o lastro teórico e prático dos profissionais, atentos à alma, os da Psicologia, os da Comunicação, os da Sociologia, da Antropologia, e de tantos outros domínios das Ciências Humanas, co-participando do processo de realização dos sonhos de harmonia e de paz, não conseguimos imaginar como seria possível o adejar das asas da borboleta do amor em busca da prevenção, da transformação e da superação dos conflitos inerentes à convivência humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao ser promulgada, há duas décadas, em 05 de outubro de 1988, pelo então Presidente Ulysses Guimarães da Assembléia Nacional Constituinte, conhecida como a “A Constituição cidadã”, também foi por ele batizada, àquela ocasião, como “A constituição coragem”, vale dizer a constituição que age a partir do coração[53].

A constituição – considerada a Lei das leis, a Carta Magna, é a expressão da alma de seu povo. Contém a síntese de seus sentimentos e muda ao ritmo do pulsar de seu coração. Por isso a nação brasileira, de alma tão grandiosa quanto sua extensão territorial, tem uma Constituição extensa: que além de prever os direitos relativos à dimensão física do ser humano, contempla outros igualmente nobres como o direito à cultura, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e cuida de temas como a comunicação social, a família, a criança, os índios e até sobre os desportos. Transborda ao longo do texto constitucional a exuberância da alma do povo brasileiro.

Cabe a nós entrever nos artigos da lei constitucional e desvelar em seus textos essa expressão da alma, dos sentimentos – que nada mais é do que o amor, em suas diversas formas de manifestação.

Os teóricos e os demais profissionais do Direito, além do legislador constituinte, também vêm, gradativamente, despertando sua sensibilidade para a inexorável reinserção do amor nas doutrinas e nas práticas jurídicas.

Começa a desabrochar, em nosso país, o Direito do amor. A incipiente discussão sobre a Justiça Restaurativa e a proliferação de estudos e de escritos sobre arbitragem, mediação e negociação, o estímulo das instituições públicas à conciliação são exemplos vivos e eloqüentes desta afirmação.

Explica André Gomma de Azevedo ser a proposta de Justiça Restaurativa produto da reação doutrinária contrária ao antigo

modelo epistemológico que propugnava um sistema positivado puramente técnico e formal do ordenamento jurídico processual” e favorável ao “aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica”, conceituando-a como “a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltados a estimular: i) adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; viii) a humanização das relações processuais em lides penais; ix) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente pré-existentes ao conflito[54].

Perfilhando idêntico propósito de humanização do Direito, Luís Alberto Warat considera a dimensão da alma do ser humano, ao tratar da mediação e da conciliação como formas de transformação dos conflitos. Entende ele que a mediação está relacionada a conflitos com uma forte dimensão emocional e a conciliação com aqueles que envolvem uma dimensão afetiva anímica e que estes meios têm como objetivo reintroduzir o amor no conflito. Atribui ao mediador o papel de “psicoterapeuta de vínculos afetivos” - o de dar amor, de estimular a comunicação, o diálogo e o entendimento e o dever de ajudar lentamente as pessoas a manifestarem os seus sentimentos através da linguagem do coração[55].

E será através da linguagem do coração, que é também a linguagem dos poetas, que o Direito poderá contribuir para a transformação da sociedade de forma positiva. Poeta quer dizer “agitador de almas”. A alma, significando esta aptidão para o Amor,

em seu sentido mais elevado e puro. Na dicção do mandamento da tradição cristã: “amai-vos uns aos outros como a si mesmo”. Os juristas tanto quanto os poetas podem ser agitadores e pacificadores de almas. O encontro da Poesia com o Direito é a alma humana. Em uma assemelhação entre a Poesia e Direito, tem-se

A Poesia e o Direito entrecruzam-se na essência e na forma. Têm os mesmos braços nas cruzes da essência (ideais) e da forma (palavras). Em um hemisfério, os braços intangíveis, não palpáveis dos ideais do ser humano. Noutro, aqueles braços visíveis, audíveis das palavras escritas e ditas. A Poesia e o Direito aparecem no mundo real (exteriorizam-se) por meio da palavra. Da palavra esculpida, refinada, embelezada – a Poesia, por meio de palavras em versos; o Direito, por meio da palavra em leis.

A aproximação entre a Poesia e o Direito, no plano da essência, está em que tanto uma como o outro traduzem a realidade e buscam a concretização de sonhos e de ideais humanos. O Direito ao tempo em que lida com a realidade – os fatos do dia a dia (o mundo do ser), procura transformar essa realidade, amoldando-a à idealização da Justiça (mundo do dever ser). O poeta – assim como o jurista, retrata a realidade e sonha com os relacionamentos ideais – do ser humano consigo próprio, com os outros, com a natureza e com a divindade. Estes sonhos também estão presentes no Direito. No Direito, sonha-se com a Justiça. E o que visa a Justiça senão a convivência mais harmônica possível dos seres humanos entre si e deles com a natureza? A similitude entre a Poesia e o Direito reside nos sonhos. A Poesia é arte em busca da resolução dos conflitos da alma, a partir do sonho individual de cada poeta. O Direito é arte de bem viver em busca da solução de conflitos interpessoais, a partir do sonho coletivo. A Poesia e o Direito perseguem o mesmo fim – a realização do ideal de convivência harmoniosa do ser humano consigo, com os outros e com a natureza, através de idêntico meio - a palavra, que é o veículo de expressão da alma.

É possível fazer poesia sem sentimentos? Não... É possível fazer Direito sem sentimentos? Não... Não dá para fazer poesia sem sentimentos... Não dá para fazer o Direito – alcançar a Justiça, sem sentimentos... É possível fazer poesia, usando a forma do Direito, como fez Thiago de Mello, ao escrever “Os Estatutos do Homem”...

“Artigo 1º - Fica decretado que agora vale a verdade. Agora vale a vida, e de mãos dadas, trabalharemos todos pela vida verdadeira. (...) Art. 7º - Por decreto irrevogável fica estabelecido o reinado permanente da justiça e da claridade, e a alegria será uma bandeira generosa pra sempre desfraldada na alma do povo. (...) Artigo final – Fica proibido o uso da palavra liberdade, a qual será suprimida dos dicionários e do pântano enganoso das bocas. A partir deste instante a liberdade será algo vivo e transparente como um fogo ou um rio, ou como a semente do trigo e a sua morada será sempre o coração do homem.” É possível também construir o Direito - para que se possa, assim, realizar a Justiça, com a essência da poesia - os sonhos, valendo-se do coração do poeta que habita em cada um de nós. Com a licença do poeta Thiago de Mello, acrescento mais dois versos, ou melhor, dois artigos aos “Estatutos do Homem”: Fica decretado que não se pode construir o Direito sem sentimentos. Fica decretado que, para realizar a Justiça, o Direito há que ser feito com poesia, ser expressão da alma, e, portanto, desta maravilhosa condição humana que é amar...”[56]

Se o Direito voltar a trilhar a ponte dos sentimentos, em especial, se conjugar, em prosa e em verso, o amor - em suas normas, em sua teoria e em sua prática, oferecerá

condições mais propícias para conferir maior efetividade aos direitos fundamentais e à realização dos altaneiros princípios e condoreiros objetivos fundamentais de nossa “Constituição coragem”.

E a metamorfose do Direito em Direito do amor começa com a formação jurídica nos bancos acadêmicos – reais ou virtuais. E somente se faz com coragem – com o sentir, o pensar e o agir do coração.

4.2. A metamorfose em Direito da Solidariedade

O triunfo da solidariedade é reflexo da ânsia de (re)ligação do Ser humano com sua dimensão transcendental, a partir do momento em que sua consciência se expande para, ao mesmo tempo, perceber a unidade e integrar-se à totalidade do Cosmos.

Observa Leonardo Boff, com precisão, que

crece a percepção de que vigoram interdependências entre todos os seres, de que há uma origem e um destino comuns, de que carregamos feridas comuns e de que alimentamos esperanças e utopias comuns e somos solidários em tudo, na vida, na sobrevivência e na morte.[57]

Sem a conscientização do Ser humano em sua dimensão cósmica - de sua unidade com o todo, sem o resgate de seu elo espiritual, sem a reinserção da espiritualidade no Direito, não conseguimos vislumbrar como seria o adejar da borboleta da solidariedade, imprescindível à preservação e transcendência do Ser humano, da humanidade, do planeta Terra e da Biosfera.

Roberto Crema, no texto “Cuidar da paz”, explica que só podemos transcender o que foi reconhecido, aceito, desenvolvido e integrado. Só superamos o que foi conquistado. O diabólico (o que separa) – acrescenta ele,

necessita ser orientado pelo simbólico; o bisturi retalhador precisa ser conduzido pela visão totalizadora e norteadora, capaz de ver a *gestalt*, a totalidade”(...) Para deixar de agir loucamente, convenhamos. De outra forma, seguiremos tudo rasgando e dilacerando, cega e violentamente, a exemplo das explicações irresponsáveis da tecnociência que tão bem conhecemos e sofremos. O todo descansa na parte e a parte só tem um sentido pelo todo. O um da unidade e o dois da dualidade são transcendidos no três da Aliança: unidade diferenciada ou diferenciação unificada. Essa boa parceria da análise e da síntese, do diabólico ao simbólico nos conduz a uma inteligência da Trindade, arejada pelas energias do Amor, este mistério que nos vincula, realçando a alteridade em nossos semblantes. E Conclui com a observação de Anne Lindbergh, segundo a qual “todos nós somos ilhas, unidas pelo mesmo oceano...”[58]

Jean Yves Leoup, tradutor de Philon de Alexandria, vaticina, inspirado neste grande hermeneuta de dois milênios atrás, um perfil de terapeutas centrados numa ética de respeito e de cuidado com inteireza do Ser humano, cuja espiritualidade além de não lhe ser amputada se reconhece como necessária à plenitude e à saúde[59].

Ressalta Leonardo Boff a estreita relação entre a ética da solidariedade e a vida. Após conceituar *ethos* como a “capacidade de ordenar responsabilmente os comportamentos

com os outros e com o mundo, circundante, para que possamos viver na justiça, na cooperação e na paz, no interior da casa comum dos humanos”[60], aponta a solidariedade como o novo imperativo categórico do *ethos* da humanidade na era ecológica e diante da ameaça global ao sistema.

Face ao extraordinário alcance dos conflitos atuais, configuradores do que se pode chamar de sociedade de risco, é perceptível a necessidade de uma revolução também no pensamento científico, nos moldes preconizados por Kuhn[61], sob pena de não se ter tempo hábil para possibilitar a perpetuação da vida sobre a Terra.

De acordo com Fábio Konder Comparato,

a questão da sobrevivência da nossa espécie põe-se hoje, portanto, de forma iniludível, a todos os homens de consciência e de responsabilidade. A humanidade somente terá condições de enfrentar esse formidável desafio se souber encontrar uma forma de união na qual todos os povos do mundo possam viver livres e iguais, em dignidade e direitos[62].

Assim, depreende-se que o nível de organização e de desenvolvimento que se exige dos seres humanos desta época é um tanto quanto sofisticado, motivo pelo qual o valor solidariedade se mostra o mais adequado para embasar fundamentos éticos capazes de modificar positivamente a realidade aparentemente escatológica realidade, em que ora parece estamos afundando...

É possível identificar pensamento semelhante em Marie-Claude Blais, segundo a qual não se pode prescindir da solidariedade, por ela ser insubstituível em seu papel agregador em uma sociedade de indivíduos livres. Para ela, a idéia de solidariedade é insubstituível e a travessia de sua história permite compreender o porquê. Sintetiza afirmando que é nela que se articulam as condições de existência de uma sociedade constituída de indivíduos totalmente livres, aonde a liberdade de seus membros se supõe como fato para afirmar os laços que os unem[63].

Dessa maneira, a solidariedade, metaforicamente, deve ser a lente com a qual se deve enxergar o mundo, a partir da qual se devem estabelecer as políticas públicas, a formação de profissionais, inclusive os de Direito, e, as condutas individuais e grupais.

A partir daí, cumpre compreender o caráter jurídico da solidariedade, não devendo esta ser enxergada como caridade ou norma meramente moral. Esta idéia está bem desenvolvida por Hauke Brunkhorst, que entende ser a solidariedade um direito confundido com o próprio teor da democracia. Além disso, para ele, não deriva de outro valor, senão da própria liberdade. Segundo este pensador,

apenas relações recíprocas são compatíveis com o postulado da autonomia. Fraternidade não é compaixão nem solidariedade, tampouco uma súplica, mas sim um direito e os *slogans* revolucionários da fraternidade e da solidariedade se referem diretamente à combinação entre liberdade e políticas públicas[64].

Além de correlacionar a solidariedade com os valores vida e liberdade, verifica-se que ela também está intrinsecamente conectada relacionada com o valor igualdade. No entender de Fábio Konder Comparato, ela representa “o fecho de abóbada do sistema de

princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança”[65].

Concordamos com o imperativo ético de Leonardo Boff, imprescindível à preservação da Terra, da nossa própria vida e da vida e da existência de todos os seres que vivem na Terra, quiçá da continuidade da Biosfera: viver “de tal maneira que não destruam as condições da vida e dos que vivem no presente e dos que vão viver no futuro[66]”. Ou positivamente: viver

no respeito e na solidariedade para com todos os companheiros de vida e de aventura terrena, humanos e não humanos, e cuidar para que todos possam continuar a existir e a viver, já que todo o universo se fez cúmplice para que eles existissem e vivessem e chegassem até o presente.[67]

Para Leonardo Boff, o cuidado é a essência humana. Considera ele “o ser humano fundamentalmente um ser de cuidado, mais do que um ser de razão e de vontade” e o cuidado “uma relação amorosa para com a realidade, com o objetivo de garantir-lhe a subsistência e criar-lhe espaço para o seu desenvolvimento”. Sem cuidado- arremata – “a vida perece” e “triunfa a entropia – o desgaste de todas as coisas sob a usura irrefreável do tempo. Em suas palavras:

Não é difícil perceber que o cuidado funda a primeira atitude ética fundamental, capaz de salvaguardar a Terra como um sistema vivo e complexo, proteger a vida, garantir os direitos dos seres humanos e de todas as culturas, a convivência em solidariedade, compreensão, compaixão e amor”[68].

4.2.1 O desafio da ética solidária aplicada ao ensino jurídico

Diante deste novo imperativo categórico do *ethos* da humanidade – a solidariedade como condição de sobrevivência do ser humano, da humanidade, do planeta e da Biosfera, cabe, agora, fazer uma breve incursão de ordem metodológica, especialmente significativa no que diz respeito à formação de novos profissionais do Direito: como implementar uma ética solidária nas atividades de formação jurídica?

Sem dúvida, deverá ser um método não dogmático, aberto, transdisciplinar, que permita a sensibilização das partes envolvidas aos problemas existentes, bem como o desenvolvimento de senso crítico e capacidade de apontar soluções.

Por tais motivos, considera-se que o melhor meio de se alcançar e poder por em prática uma ética solidária é através do desenvolvimento do diálogo entre professor e alunos, através do procedimento discursivo, já que este parece ser, segundo Adela Cortina e, Emilio Martinez “o único procedimento capaz de respeitar a individualidade das pessoas e, ao mesmo tempo, sua inegável dimensão solidária”. Para eles, esse diálogo nos permitirá questionar as normas vigentes em uma sociedade e distinguir quais são moralmente válidas, porque acreditamos realmente que humanizam.[69]

5. CONCLUSÃO GERAL

Observamos, assim, à guisa de conclusão geral, a urgente necessidade de os professores universitários reformularem os conteúdos e os métodos do ensino jurídico,

através do prisma da transdisciplinariedade, adequando-o às múltiplas demandas do ser humano – em sua inteireza, preparando os profissionais do Direito para lidar, de modo mais pleno, com os novos desafios destes tempos de mundialização dos riscos: complementando o método analítico com o sintético; integrando a razão e o coração; promovendo o equilíbrio entre a preservação e a transcendência; respeitando o pulsar do coração e resgatando a sacralidade do Ser humano, nesta bela metamorfose da crise do Direito em Direito do Amor e em Direito da Solidariedade. Liberando a alma e o espírito do ser humano dos grilhões do cientificismo, para que possam ser nutridos na crisálida da ética da transdisciplinariedade, o amor e a solidariedade – como borboletas, alçando alvissareiros vôos de esperança, poderão leve e livremente entrar – ainda que pelas janelas - nas salas de aulas dos cursos jurídicos....

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma – O Componente de mediação Vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na auto-composição penal, IN **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, organizadores André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa, Universidade de Brasília, 2007.vol. IV.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso: 03/06/2008.

BLAIS, Marie-Claude. **La solidarité**. Histoire d'une idée. France: Éditions Gallimard, 2007.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial** – um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

_____. **A Ética da vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

BONAVIDES, Paulo – Prefácio do livro de autoria de MORAES, Germana de Oliveira Moraes - “Controle Jurisdicional da Administração Pública, 2ª ed. Dialética, São Paulo, 2004, p. 10.

BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**. From civic friendship to a global legal community. Translated by Jeffrey Flynn. Cambridge: MIT Press, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela. MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CREMA, Roberto.. **Ciência, religião e desenvolvimento**. In *Ciência, Religião e Desenvolvimento – Perspectivas para o Brasil*; IRADJ, organização de Roberto Eghrari) Disponível em <http://www.cienciaereligiao.org.br//livro-ciencia-religiao-e-desenvolvimento-perspectivas-para-o-brasil/parte-iii-a-visao-do-brasil//roberto-crema/#comments> . Acesso em: 21.09.2008.

_____. **Cuidar da paz**, IN **A Paz como caminho**, organizado por Dulce Magalhães, Qualytymark Editora, Florianópolis, 2006

_____. **Da especialização à vocação**. A educação do século XXI. Disponível em <http://www.cuidardoser.com.br/da-especializacao-a-vocacao.htm> . Acesso em: 21.09.2008.

_____. **Educar para ser**. Disponível <http://cuidadodoser.com.br>. Acesso em: 21.09.2008.

D'AMBROSIO, Ubiratan. **Transdisciplinarietà e a experiência humana**. Disponível em <http://vello.sites.uol.com.br/thot.htm>. Acesso: 22.09.2008.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

FELIX, Loussia Penha Musse. Apontamentos sobre a iniciação científica em Direito: a formação das habilidades para pós-graduação e carreiras jurídicas. In **Iniciação científica em Direito** – A experiência da Faculdade de Direito da UnB. Glorêni Aparecida Machado (org.). vol I. Brasília: UnB, 2000

_____. **Projeto de reforma do ensino superior brasileiro**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000696>. Acesso em: 21.09.2008.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 41 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GUATTARI, Félix. **Plan sobre el planeta**. Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. 8 reimp. Argentina: FCE, 2004.

LELOUP, Jean-Yves; BOFF, Leonardo. **Terapeutas de deserto**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LELOUP, Jean-Yves - **Cuidar do ser**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles **A sociedade pós-moralista**. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. São Paulo: Manole, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira – A Importância da reorientação da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna (Pesquisar também se aprende pesquisando...), IN Revista NOMOS – Edição Comemorativa nos 30 anos do Mestrado em Direito da UFC - Vol. 26 – jan/jun – 2007/1 – Fortaleza, Ceará,

O'DONNELL, GUILLERMO. **La irrenunciabilidad del estado de derecho**. Revista Instituciones y Desarrollo n°8 y 9. Institut Internacionalde Governabilitat de Catalunya, 2001, págs. 43-82, também Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:otvFbUbJp0kJ:www.iigov.org/id/attachment.drt%3Fart%3D187545+guillermo+o%C2%B4donnell+la+irrenunciabilidad&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5&gl=br> Acesso: 06/06/2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

_____. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

WARAT, Luiz Alberto e CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1972.

WARAT, Luiz Alberto – **Epistemologia e Ensino do Direito – o sonho acabou**, Fundação Boiteaux, 2004

_____. **Surfando na Pororoca** – Ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

_____. **Territórios desconhecidos**, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, vol. I

WEIL, Pierre, D'AMBROSIO Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à Transdisciplinariedade**. Sistemas abertos de conhecimento, São Paulo: Summus, 1993.

[1] RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p.11.

[2] CREMA, Roberto. **Ciência, religião e desenvolvimento**. IN *Ciência, Religião e Desenvolvimento – Perspectivas para o Brasil; IRADJ, organização de Roberto Eghrari* (Org.) Disponível em <http://www.cienciaereligiao.org.br/livro-ciencia-religiao-e-desenvolvimento-perspectivas-para-o-brasil/parte-iii-a-visao-do-brasil/roberto-crema/#comments> . Acesso em: 21.09.2008.

[3] In : CREMA, Roberto. **Educar para ser**. Disponível <http://cuidadodoser.com.br>. Acesso em: 21.09.2008.

[4] MORAES, Germana de Oliveira - A importância da reorientação da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna. (Pesquisar também se aprende pesquisando...), *In Revista Nomos* – Edição Comemorativa nos 30 anos do Mestrado em Direito da UFC - Vol. 26 – jan/jun – 2007/1 – Fortaleza, p. 84

[5] KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científica**

s. 8 reimp. Argentina: FCE, 2004.

[6] GUATTARI, Félix. **Plan sobre el planeta**. Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

[7] WEIL, Pierre, D'AMBROSIO Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à Transdisciplinariedade**. Sistemas abertos de conhecimento, São Paulo: Summus, 1993.

[8] FELIX, Loussia Penha Musse. **Projeto de reforma do ensino superior brasileiro**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000696> . Acesso em: 21.09.2008.

[9] A propósito, consultar as obras de Luís Alberto Warat: WARAT, Luiz Alberto – **Epistemologia e Ensino do Direito** – o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004; **Surfando na Pororoca** – Ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004 e **Territórios desconhecidos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, vol. I.

[10] v. LELOUP, Jean-Yves; BOFF, Leonardo. **Terapeutas de deserto**. Petrópolis: Vozes, 1997 e LELOUP, Jean-Yves - **Cuidar do ser**. Petrópolis: Vozes, 1997.

[11] Consultar: RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1998, p. 190-207.

[12] CREMA, Roberto. **Da especialização à vocação**. A educação do século XXI. Disponível em <http://www.cuidardoser.com.br/da-especializacao-a-vocacao.htm> . Acesso em: 21.09.2008.

[13] O'DONNELL, GUILLERMO. **La irrenunciabilidad del estado de derecho**. *In* Revista Instituciones y Desarrollo nº8 y 9. Institut Internacionalde Governabilitat de Catalunya, 2001, págs. 43-82, também Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:otvFbUbJp0kJ:www.iigov.org/id/attachment.drt%3Fart%3D187545+guillermo+o%2%B4donnel+la+irrenunciabilidad&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5&gl=br> Acesso: 06/06/2008.

[14] Acerca da importância da emancipação humana, conferir FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 41 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

[15] Sobre o assunto, consultar REGA, Lourenço Stelio. **Dando um jeito no jeitinho**. São Paulo: Mundo cristão, 2000, e ROSENN, Keith S. **Dando um jeito na cultura jurídica brasileira**. São Paulo: Renovar, 1998.

[16] Acerca dessa visão, elucidativos os trabalhos do filósofo Gilles Lipovetsky, especialmente: LIPOVETSKY, Gilles **A sociedade pós-moralista**. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. São Paulo: Manole, 2005, passim.

[17] FELIX, Loussia Penha Musse. **Projeto de reforma do ensino superior brasileiro**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000696> . Acesso em: 21.09.2008.

[18] RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 198.

[19] Boff, Leonardo. **Imperativos mínimos de uma ética mundial**. In Ethos mundial, um consenso mínimo entre os humanos, São Paulo: Letraviva, 2000, p. 107 a 125.

[20] D'AMBROSIO, Ubiratan. **Transdisciplinarietà e a experiência humana**. Disponível em <http://vello.sites.uol.com.br/thot.htm>. Acesso: 22.09.2008.

[21] CREMA, Roberto. **Da especialização à vocação**. A educação do século XXI. Disponível em <http://www.cuidardoser.com.br/da-especializacao-a-vocacao.htm> . Acesso em: 21.09.2008.

[22] Só as duas principais Universidades de Fortaleza formam, por semestre, aproximadamente 1200 bacharéis. Há que se observar que a proliferação de cursos jurídicos se deu de forma intensa, possuindo, hoje, a cidade de Fortaleza, mais de 10 cursos de Direito em funcionamento.

[23] FELIX, Loussia Penha Musse. **Projeto de reforma do ensino superior brasileiro**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000696> . Acesso em: 21.09.2008.

[24] FELIX, Loussia Penha Musse. **Projeto de reforma do ensino superior brasileiro**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000696> . Acesso em: 21.09.2008.

[25] WARAT, Luiz Alberto e CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1972, p.12.

[26] WARAT, Luiz Alberto. op.cit, p. 59.

[27] SOBRINHO, José Wilson Ferreira. op. cit. p. 74.

[28] A identificação destes e outros aspectos vantajosos e desvantajosos da aula expositiva é de Arilda Schmidt Godoy, apud SOBRINHO, Wilson Ferreira. op. cit. p. 76.

[29] FELIX, Loussia Penha Musse. Apontamentos sobre a iniciação científica em Direito: a formação das habilidades para pós-graduação e carreiras jurídicas. *In Iniciação científica em Direito – A experiência da Faculdade de Direito da UnB*. Glöreni Aparecida Machado (org.). vol I. Brasília: UnB, 2000, p 15.

[30] O método sintético, conforme explica Roberto Crema, “focaliza a totalidade, a interconexão, a forma, a gestalt, visando o processo de vinculação e unificação. Sua tendência é ampliadora e de integração. É uma via qualitativa que se indica simbólica, intuitiva, onírica e essencial de uma pedagogia centrada na inteira e é o maior desafio que aguarda dos novos educadores.” - CREMA, Roberto. **Da especialização à vocação**. A educação do século XXI. Disponível em <http://www.cuidardoser.com.br/da-especializacao-a-vocacao.htm> . Acesso em: 21.09.2008

[31] KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. 8 reimp. Argentina: FCE, 2004.

[32] GUATTARI, Félix. **Plan sobre el planeta**. Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

[33] LELOUP, Jean-Yves; BOFF, Leonardo. **Terapeutas de deserto**. Petrópolis: Vozes, 1997. LELOUP, Jean-Yves. **Cuidar do ser**. Petrópolis: Vozes, 1997.

[34] Trecho de livre tradução. Na obra consultada: “*El significado de las crisis es la indicación que proporcionan de que há llegado la ocasión para rediseñar las herramientas*”*In* KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. 8 reimp. Argentina: FCE, 2004, p. 127.

[35] “*las crisis son una condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías*” *In* KUHN, Thomas. Op.cit. p.128.

[36] KUHN, Thomas. Op.cit. p. 212.

[37] “*En la subjetividad consciente y inconsciente de los individuos y de los grupos sociales, no dejarán de aparecer mutaciones de consecuencias imprevisibles*”. *In* GUATTARI, Félix. **Plan sobre el planeta**. Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004, p. 68

[38] “*La revolución molecular es portadora de coeficientes de libertad inasimilables e irrecuperables por el sistema dominante*” *In* GUATTARI, Félix. Op. cit. p. 69.

[39] CREMA, Roberto. **Da especialização à vocação**. A educação do século XXI. Disponível em <http://www.cuidardoser.com.br/da-especializacao-a-vocacao.htm> . Acesso em: 21.09.2008.

[40]CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 11.

[41] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Op.cit. p. 208-209.

[42] Remetemos, novamente, ao texto de Guillermo O'Donnell, livremente traduzido: "Impressionados por sua ineficácia, inclusive pelas violações recorrentes de muitos direitos fundamentais na América Latina (assim como em outros lugares no Sul e no Leste, vários autores têm questionado a conveniência de definir com o título de "democracia" a maioria dos países desta região [...] Emanam, por um lado, de uma indignação justificada fruto de uma miserável situação que, em termos dos direitos básicos dos frágeis e pobres, há sido amplamente documentada". No original, "*Impressionados por su ineficácia, e incluso por las violaciones recurrentes de muchos derechos fundamentales en América Latina (así como en otros lugares en el Sur y en el Este, varios autores han cuestionado la conveniencia de definir con el título de "democracia" la mayoría de los países de esta región. [...] emanan, por un lado, de una indignación justificada fruto de una miserable situación que, en términos de los derechos básicos de los débiles y los pobres, ha sido ampliamente documentada*". In O'DONNELL, GUILLERMO. **La irrenunciabilidad del estado de derecho**. Revista Instituciones y Desarrollo nº8 y 9. Institut Internacionalde Governabilitat de Catalunya, 2001, págs. 43-82, também Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:otvFbUbJp0kJ:www.iigov.org/id/attachment.drt%3Fart%3D187545+guillermo+o%2%B4donnell+la+irrenunciabilidad&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5&gl=br> Acesso: 06/06/2008.

[43] Op.cit. p. 209.

[44] CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. Op. cit. p. 20.

[45] Sobre este assunto, conferir GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito e Magia. **In Revista da faculdade de direito**. V XXVIII/2. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1987.

[46] Consultar BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de direito administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[47] Conferir BONAVIDES, Paulo – Prefácio do livro de autoria de MORAES, Germana de Oliveira Moraes - "Controle Jurisdicional da Administração Pública, 2 ed. Dialéctica, São Paulo, 2004, p. 10.

[48] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 287.

[49] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Op.cit. p. 242.

[50] "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais

e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

[51] Ver a obra de GUATTARI, Félix. **Plan sobre el planeta**. Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

[52] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Op.cit. p. 267.

[53] Consta do discurso de Ulysses Guimarães – “O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.(...)Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. (...) É a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.(...) É a Constituição Coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.” Disponível em-
www2.camara.gov.br/internet/plenario/discursos/...1987.../Ulysses%20Guimaraes%20%20DISCURSO%20%20R. Acesso: 26.09.2008.

[54] AZEVEDO, André Gomma. O Componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na auto-composição penal, *In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, organizadores André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa, Universidade de Brasília, 2007.

[55] WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca** – ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p.31.

[56] MORAES, Germana de Oliveira Moraes - palestra **Direito e Poesia**, proferida em novembro de 2004, no Seminário de Direito, Arte e Cultura da UNIFOR - Universidade de Fortaleza, em Fortaleza, Ceará.

[57] BOFF, Leonardo. **Ethos mundial** – um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 109.

[58] CREMA, Roberto – **Cuidar da paz**, *In A Paz como caminho*, organizado por Dulce Magalhães, Qualytymark Editora, Florianópolis, 2006.

[59] LELOUP, Jean-Yves; BOFF, Leonardo. **Terapeutas de deserto**. Petrópolis: Vozes, 1997. LELOUP, Jean Yves -Cuidar do ser, Vozes, Petrópolis, 1997

[60] BOFF, Leonardo. **Ethos mundial** – um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 109.

[61] KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. 8 reimp. Argentina: FCE, 2004.

[62] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 430.

[63] No original, “*L’idée de solidarité est irremplaçable, la traversée de son histoire permet de comprendre pourquoi. Elle résume en les articulant les conditions d’existence d’une société d’individus, une société qui reste une société, toute constituée de libres individus qu’elle est, une société où la liberté de ses membres suppose en fait pour se réaliser le resserrement des liens qui les unissent*” In BLAIS, Marie-Claude. **La solidarité**. Histoire d’une idée. France: Éditions Gallimard, 2007, p. 15.

[64] Na edição em inglês, “*Only reciprocal relations are compatible with its postulate of autonomy. Fraternity is not compassion, and solidarity is not mercy, but a right (...) the revolutionary slogans of fraternity and solidarity refer directly to the specifically modern combination of freedom and politics*” In BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**. From civic friendship to a global legal community. Translated by Jeffrey Flynn. Cambridge: MIT Press, 2005, p. 3.

[65] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

[66] BOFF, Leonardo. **A Ética da vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005, p. 125.

[67] *Idem, ibidem*.

[68] BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, pp. 105 a 109.

[69] CORTINA, Adela. MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

O MAPEAMENTO DA INTEGRAÇÃO ENTRE PÓS-GRADUAÇÃO E GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: A UTILIDADE DAS BASES DE DADOS DA CAPES E INEP*

LA CARTOGRAFÍA DE LA INTEGRACIÓN ENTRE LOS POSGRADO Y GRADO EN DERECHO EN BRASIL: LA UTILIDAD DE LAS BASES DE DATOS DE CAPES Y INEP

**Ivan Dias da Motta
Annelise Cristine Emidio Sander
Luiz Geraldo do Carmo Gomes**

RESUMO

A investigação levantou hipóteses de análise sobre o fenômeno da integração entre os níveis de ensino superior jurídico no Brasil (Pós-graduação e Graduação), tomando como campo de amostragem os dados oficiais produzidos pela CAPES (avaliação trienal-2007, ano base 2004-2006) sobre os 62 Programas de Direito credenciados em 2007 e pelo INEP/MEC (ENADE 2006). Comparou resultados da graduação no ENADE, com os resultados qualitativos obtidos na base de dados da CAPES do indicador de integração com a graduação. A partir dos resultados, argumenta acerca da cultura institucional sobre o papel indutor da Avaliação no Sistema de Educação Superior Brasileiro e propõe uma reflexão sobre novos indicadores de qualidade para mensuração do nível de integração entre Graduação e Pós-graduação para a ficha de avaliação dos Programas de Direito pela CAPES.

PALAVRAS-CHAVES: AVALIAÇÃO; ENSINO SUPERIOR; PÓS-GRADUAÇÃO; ENADE.

RESUMEN

La investigación ha planteado posibilidades de análisis sobre el fenómeno de la integración entre los niveles de la educación jurídica en el Brasil (Post-grado y de posgrado), teniendo como campo de muestreo de los datos oficiales producidos por la CAPES (de tres años de evaluación-2007, año base 2004-2006) En todos los programas 62 de lo Derecho en 2007 y acreditado por INEP / MEC (ENADE 2006). En comparación los resultados de los estudios en ENADE, con los resultados cualitativos obtenidos en la base de datos de la CAPES indicador del grado de integración. A partir de los resultados, argumenta acerca de la cultura institucional sobre el papel inductor

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Sistema de Evaluación de la Educación Superior en Brasil y propone una nueva reflexión sobre los indicadores de calidad para medir el nivel de integración entre pregrado y postgrado a la ficha de evaluación de los programas de lo Derecho por la CAPES.

PALAVRAS-CLAVE: EVALUACIÓN; EDUCACIÓN SUPERIOR; POSTGRADO; ENADE

1. INTRODUÇÃO: CONTEXTO E CONCEITOS ESTRUTURANTES

No ano de 2006, com a divulgação dos resultados do exame nacional de curso pelo INEP e em 2007, com a política de divulgação das fichas de avaliação trienal dos programas pela CAPES, abriu-se um campo de investigações quanto à relação de qualidade entre Pós-graduação e Graduação em Direito no Brasil. Algumas certezas do campo científico passam a ser possíveis de constatação, ou inferências empíricas. Dentre elas destacam-se para a presente comunicação:

- O modelo de universidade de pesquisa como referência de qualidade na indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão;
- A verticalização dos níveis de ensino superior implicaria na melhor qualidade de formação docente, bem como na melhor qualidade de ensino;

Como derivação destas certezas o paradigma de qualidade que representa o Programa de Pós-graduação para o ensino de graduação em uma IES, também pode começar a ser aferido quantitativa e qualitativamente.

O INEP em recentíssima ação estruturante da avaliação do ensino superior brasileiro criou indicadores intermediários de qualidade denominados IGC – indicador geral de cursos e CPC – conceito preliminar de cursos, **expressando a combinação de dados das bases públicas da educação superior, tanto da graduação (INEP), como da Pós-graduação (CAPES)**, a saber:

IGC - Indicador de qualidade das instituições de educação superior

O Índice Geral de Cursos da Instituição (IGC) é um indicador de qualidade de instituições de educação superior que considera, em sua composição, a qualidade dos

cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado e doutorado). No que se refere à graduação, é utilizado o CPC (conceito preliminar de curso) e, no que se refere à pós-graduação, é utilizada a Nota Capes. O resultado final está em valores contínuos (que vão de 0 a 500) e em faixas (de 1 a 5).

O CPC tem como base o Conceito Enade (40%), o Conceito IDD (30%) e as variáveis de insumo (30%). O dado variáveis de insumo – que considera corpo docente, infra estrutura e programa pedagógico - é formado com informações do Censo da Educação Superior e de respostas ao questionário socioeconômico do Enade. Foi calculado o CPC de cursos de graduação que fizeram o Enade em 2007, 2006 e 2005. Apenas os CPCs dos cursos que fizeram Enade em 2007 foram divulgados (em 6 de agosto) e servirão para definir visitas in loco para renovação de reconhecimento. Os demais foram calculados apenas para a composição do Índice Geral de Cursos da Instituição.

A Avaliação dos Programas de Pós-graduação, realizada pela Capes, compreende a realização do acompanhamento anual e da avaliação trienal do desempenho de todos os programas e cursos que integram o Sistema Nacional de Pós-graduação, SNPG. Os resultados desse processo, expressos pela atribuição de uma nota na escala de "1" a "7" fundamentam a deliberação CNE/MEC sobre quais cursos obterão a renovação de "reconhecimento", a vigorar no triênio subsequente. A nota da Capes é referente à avaliação do triênio de 2004 a 2006.

O IGC de cada IES do Brasil será divulgado anualmente pelo Inep/MEC, sempre em momento imediatamente posterior à divulgação dos resultados do Enade e do CPC.[1]

A CAPES em 2007 concluiu avaliação do triênio (2004-2006) de avaliação dos programas de pós-graduação.

Em 2006, o CTC – Conselho Técnico-Científico da CAPES compôs uma Nova Ficha de Avaliação que foi utilizada em 2007, para avaliação do Triênio (2004-2006), com as seguintes orientações:

1. A nova Ficha faz parte do esforço que vem sendo desenvolvido pela Capes no sentido de ajustar e atualizar seu sistema de Avaliação à realidade e às perspectivas de desenvolvimento da pós-graduação nacional. Vencidas as etapas finais de concepção da nova Ficha, sua adoção será um avanço importante para a atuação da Capes, uma vez que os quesitos e itens que compõem esse instrumento especificam os aspectos a serem considerados na avaliação do desempenho dos Programas de uma forma mais simples e objetiva e melhor definida e sistematizada do que o fazia o antigo modelo.

2. A utilização da nova Ficha pelas Comissões de Área deverá ser orientada pelo propósito de dar cumprimento aos seguintes princípios que a Capes vem imprimindo ao processo de avaliação:

A garantia de uma base de uniformidade e de padronização do processo de avaliação, o que pressupõe a observância, por todas as Áreas, dos pontos básicos para esse fim definidos pelo CTC;

A ampliação do nível de integração das Áreas no âmbito de sua respectiva Grande Área, estabelecendo-se, sob a coordenação dos Representantes de Grande Área, as bases para a harmonização dos conceitos e orientações a serem por elas adotados.

O atendimento das especificidades de cada Área, respeitado o estabelecido pelo CTC e o acordado no âmbito da respectiva Grande Área.[2]

Os critérios de avaliação utilizados são divididos em cinco quesitos/dimensões, que posteriormente são subdivididos em itens/indicadores de avaliação:

I – Proposta do Programa;

II – Corpo Docente;

III – Corpo Discente, teste e dissertações;

IV - Produção Intelectual;

V – Interação Social.

Esta nova ficha de avaliação trouxe como critério de qualidade uma política de uniformização em nível macro, por assim dizer, e no âmbito específico induz uma política de valorização da **integração dos programas com a graduação**. O quesito 5, da dimensão II (Corpo Docente) da Nova Ficha de Avaliação proposta pelo CTC, informa:

Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na GRADUAÇÃO (no caso de IES com curso de graduação na área), com particular atenção à repercussão que este item pode ter na formação de futuros ingressantes na PG.

(Orientação do CTC: Avaliar a participação dos docentes nas atividades de ensino na graduação e de iniciação científica. Considerar as implicações positivas dessa participação, e também os efeitos negativos, sob a ótica das necessidades e interesses do programa de PG, decorrente de eventual excesso de dedicação dos docentes a tais atividades. Cada área deve definir suas exigências neste nível de atuação).

O Comitê da Área de Direito definiu o quesito 5 acima nos seguintes termos:

Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na GRADUAÇÃO (no caso de IES com curso de graduação na área), com particular atenção à repercussão que este item pode ter na formação de futuros ingressantes na PG.

(Avaliar a participação dos docentes nas atividades de ensino na graduação e de iniciação científica. Considerar as implicações positivas dessa participação, e também os efeitos negativos, sob a ótica das necessidades e interesses do programa de PG, decorrente de eventual excesso de dedicação dos docentes a tais atividades. Cada área deve definir suas exigências neste nível de atuação)

Esse item trata da relação orgânica que o nível stricto sensu da pós-graduação deve ter com os demais níveis de ensino, especialmente a graduação, a partir de inserções através de ensino, pesquisa e extensão. Deve ter também ser verificado se a IES não está exigindo uma demasiada participação dos docentes nas atividades da graduação.

Indicativo possível MUITO BOM: Entre 70% e 100% do corpo docente deve ministrar disciplinas e orientar alunos da Graduação.

Indicativo possível BOM: Menos de 70% e acima de 60% do corpo docente deve ministrar disciplinas e orientar alunos da Graduação.

Indicativo possível REGULAR: Menos de 60% e acima de 50% do corpo docente deve ministrar disciplinas e orientar alunos da Graduação.

Indicativo possível FRACO: Menos de 50% e acima de 40% do corpo docente deve ministrar disciplinas e orientar alunos da Graduação.

Indicativo possível DEFICIENTE: Menos de 40% do corpo docente deve ministrar disciplinas e orientar alunos da Graduação.

Assim, os critérios de avaliação definidos pelo Comitê da Área do Direito focalizou a questão da integração ou *relação orgânica* entre Pós-graduação e Graduação em 2 (dois) indicadores: a) o corpo docente deve ministrar disciplinas na graduação, e b) o corpo docente deve orientar alunos na graduação; que foram quantificados entre as faixas deficiente, fraco, regular, bom e muito bom, representativo das notas 1 a 5, respectivamente.

Cumprе ressaltar, a título de introdução, que o mais recente Projeto de Lei da Reforma do Ensino Superior, PL n. 7.200[3], traz em seu artigo 6º a transição deste tema da Política de Estado, a saber:

Art. 6º. A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES elaborará, a cada cinco anos, plano nacional de pós-graduação, sujeito a homologação pelo Ministro de Estado da Educação, contemplando necessariamente:

I - a articulação da pós-graduação stricto sensu com a graduação;

II - a previsão para expansão do ensino de pós-graduação stricto sensu, inclusive com o aumento de vagas em cursos de mestrado e doutorado, acadêmicos ou profissionais, compatível com as necessidades econômicas, sociais, culturais, científicas e tecnológicas do País e, em especial, com as exigências desta Lei, para o gradativo incremento de mestres e doutores no corpo docente das instituições de ensino superior;

III - os meios necessários para assegurar a manutenção e o aumento da qualidade tanto nos cursos já existentes quanto nos que venham a ser criados;

IV - a consideração das áreas do conhecimento a serem incentivadas, especialmente aquelas que atendam às demandas de política industrial e comércio exterior, promovendo o aumento da competitividade nacional e o estabelecimento de bases sólidas em ciência e tecnologia, com vistas ao processo de geração e inovação tecnológica; e

V - o desenvolvimento prioritário das regiões com indicadores sociais, econômicos, culturais ou científicos inferiores à média nacional, de modo a reduzir as desigualdades regionais e sociais.

Parágrafo único. A autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos e programas de pós-graduação stricto sensu pelo Conselho Nacional de Educação contarão com relatório exarado em caráter conclusivo pela CAPES, a quem compete a verificação e a avaliação das condições institucionais de atendimento dos padrões de qualidade.

Portanto, está aberto o campo de pesquisas sobre a “articulação, integração entre os níveis da educação superior no Brasil”, aferindo-se das bases de dados públicas, diversos indicadores de qualidade e efetiva contribuição, bem como os atores sociais e suas funções, seus desempenhos e as metas no horizonte possível.

1.1. METODOLOGIA

A pesquisa adotou no plano metodológico o método de pesquisa do tipo *survey* exploratória: “*investigar, igualmente, até que ponto tais variáveis podem ser medidas e, em caso afirmativo, como seria possível realizar tal mediação.*” [4] Seguiu-se roteiro metodológico:

1. Iniciamos a pesquisa nos dados oficiais obtidos nas fichas de avaliação dos programas de Pós-graduação *stricto sensu* disponíveis no *site* da CAPES[5].
2. A análise dos dados constantes das fichas a partir de critérios quantitativos e qualitativos para se verificar as possibilidades de categorização e relações entre critérios qualitativos e quantitativos significativos para demonstração da realidade no quesito integração entre Pós-graduação e Graduação, comparados com os resultados obtidos pelos alunos no ENADE, por estas Instituições de Ensino Superior.
3. A partir da categorização dos dados e demonstrações estatísticas, passamos à análise propositiva dos critérios utilizados nas fichas de avaliação como potencialidade de melhoria da qualidade do ensino de graduação.

A amostra utilizada é completa, porque se examinou a ficha de avaliação da totalidade dos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, ou seja, então em número de 62 programas. A amostra apresentou algumas distorções estruturais que serão relatadas em tópico específico abaixo, porque relevantes para os resultados alcançados.

2. O QUE MOSTRAM OS DADOS OFICIAIS DA CAPES E DO INEP/ENADE SOBRE A INTEGRAÇÃO ENTRE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

Para a finalidade e os limites da presente comunicação, elaborou-se 3 (três) conjuntos de relações hipotéticas que se demonstraram mais significativas para as proposições formuladas na introdução, a saber:

1. HIPÓTESE 1: se a natureza das IES, públicas ou privadas, possibilita localizar o problema da integração com a graduação, a partir das conceitos obtidos pelos programas no indicador 5, quesito II – Corpo Docente da ficha de avaliação da CAPES (INDICADOR DE INTEGRAÇÃO).
2. HIPÓTESE 2: se a relação entre notas obtidas no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO e as NOTAS GERAIS obtidas pelos Programas[6], confirmam que os melhores programas são também os melhores no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO com a Graduação;
3. HIPÓTESE 3: se a relação entre notas obtidas no indicador 5, quesito II – Corpo Docente da Ficha de Avaliação da CAPES e as notas obtidas pela Graduação destas IES no ENADE, confirmam a idéia de aumento da qualidade de ensino a partir da integração dos docentes permanentes na Graduação;

2.1. DO TRATAMENTO DA AMOSTRA E DISTORÇÕES CONSTATADAS

A amostra é constituída das fichas de avaliação do Triênio 2004-2006, da avaliação realizada e divulgada em 2007 pela CAPES, dos Programas de Pós-Graduação em Direito do País. A amostra contém os 62 programas então credenciados e avaliados à época. A tabela abaixo é representativa da amostra, elaborada a partir das notas alcançadas na dimensão II, indicador 5, já referido na introdução supra:

IES	CAPES Item 5 Quesito II	INE	
		M	D Categoria ENADE 2006
USP	Muito Bom	6	6 Estadual 0
FEESR	Bom	4	- Particular 0
FDC	Deficiente	4	- Particular 0
ITE	Muito Bom	5	4 Particular 0
UFC	Regular	3	- Federal 0
IDP	* s/ ficha	3	- Particular 0
UEA	Fraco	4	- Estadual 0
EDESP/FGV	* s/ ficha	3	- Particular 0
FDMC	Fraco	3	- Particular 0
UFPR	Muito Bom	6	6 Federal 1
UNIMES	Bom	4	4 Particular 2
PUC/PR	Muito Bom	4	4 Particular 2
UNIMAR	Regular	3	- Particular 2
UGF	Deficiente	4	4 Particular 2
UNAERP	Muito Bom	3	- Particular 2
UNAMA	Deficiente	3	- Particular 2
UNIB	* s/ ficha	3	- Particular 2
UNIBRASIL	* s/ ficha	3	- Particular 2
UNIFIEO	Deficiente	3	- Particular 2
UNIPAR	Deficiente	3	- Particular 2
CEUMAR	Deficiente	3	- Particular 3
FMU	* s/ ficha	3	- Particular 3
PUC/RS	*erro ao abrir o arquivo	4	- Particular 3
UCAM	Deficiente	3	- Particular 3
UCB	Muito Bom	4	- Particular 3
FADISP	Bom	4	- Particular 3
UNESA	Muito Bom	5	4 Particular 3

IES	CAPES Item 5 Quesito II	INEP		
		M	D Categoria ENADE 2006	
UNICEUB	Muito Bom	4	-	Particular 3
PUC/RS	Bom	5	5	Particular 3
UCS	Bom	3	-	Particular 3
UNIMEP	Fraco	3	-	Particular 3
UNIFOR	Bom	3	4	Particular 3
UNISAL	Fraco	3	-	Particular 3
UNISANTOS	Bom	4	-	Particular 3
UNISC	Bom	4	-	Particular 3
UNISINOS	Muito Bom	5	5	Particular 3
UNITOLEDO	Deficiente	3	-	Particular 3
UNIVALI	Bom	4	-	Particular 3
FIC	Regular	3	-	Particular 3
FDV	Deficiente	3	-	Particular 4
PUC/MG	Muito Bom	5	5	Particular 4
PUC-RIO	Muito Bom	5	5	Particular 4
UNICAP	Não Aplicável	3	-	Particular 4
URI	Muito Bom	3	-	Particular 4
UFAL	Bom	3	-	Federal 4
UFPA	Bom	5	5	Federal 4
UFPE	Muito Bom	5	5	Federal 4
UFSC	Muito Bom	6	6	Federal 4
PUC/SP	Fraco	5	5	Particular 5
UNESP/FR	Muito Bom	3	-	Particular 5
UFBA	Muito Bom	4	4	Federal 5
UFES	Deficiente	3	-	Federal 5
UFG	* s/ ficha	3	-	Federal 5
UFMG	Bom	5	5	Federal 5
UFPB/J.P.	Fraco	4	-	Federal 5
UFRGS	Deficiente	4	4	Federal 5
UFRN	Deficiente	4	-	Federal 5
UNB	Muito Bom	5	5	Federal 5
FUNDINOPI	Fraco	3	-	Estadual 5
UPM	Bom	4	-	Particular 5
UERJ	Muito Bom	5	5	Estadual 5
UEL	Regular	4	-	Estadual 5

Cumpra-se a partir da qualidade de dados obtidos nas FICHAS DE AVALIAÇÃO, separar a amostra que permite fazer as análises das hipóteses formuladas como objeto da pesquisa. Constatou-se que:

1. IES “sem ficha” ou “com ficha inacessível” na base de dados, representam 11% do universo das IES avaliadas;
2. IES “conceito não aplicável”, dada a sua situação de “Programa Novo” sem o ciclo trienal completo no momento da avaliação, nos termos da orientação do CTC, representam 2% do universo das IES avaliadas.

Assim, a amostra foi reduzida de 62 programas para 54 programas, nos quais o indicador de integração do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* e a Graduação foi efetivamente avaliado.

Também, para o fim de análise, categorizou-se as IES em 3 faixas: **DESEJÁVEL**, ou seja aquelas que obtiveram nota 5 – Muito Bom; **ACEITÁVEL**, ou seja aquelas que obtiveram notas 3 e 4 – Boa e Regular, logo há espaço para melhoria; e **INDESEJÁVEL**, ou seja aquelas que obtiveram notas 2 e 1 – Fraco e Deficiente, logo é imperiosa a melhoria.

Os gráficos abaixo são representativos dos dados apurados e da amostra elaboradas para proceder-se as verificações que constituem objeto desta pesquisa:

AMOSTRA UNIVERSAL DOS DADOS

sem conceito	deficiente	fraco	regular	bom	muito bom	Total
8	12	7	4	13	18	62
12,9%	19,4%	11,3%	6,5%	21,0%	29,0%	100,0%

**AMOSTRA
DISTORÇÕES**

SEM

indesejável	aceitável desejável Total		
19	17	18	54
35,2%	31,5%	33,3%	100,0%

2.1.1. DISTORÇÃO QUALITATIVA: CONSISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DOS INDICADORES DE AVALIAÇÃO

O CTC – Conselho Técnico-Científico da CAPES nas orientações fixadas na Nova Ficha de Avaliação (reunião 07/06/2006), no item 4 apontou as seguintes orientações sobre a consistência no momento da avaliação:

4. Os aspectos a seguir apresentados deverão ser observados por todas as Áreas na definição de suas propostas de detalhamento da nova Ficha de Avaliação.

(...)

4.4. Sobre a coerência entre os atributos de itens e quesitos:

a) Quando da realização da avaliação, o atributo final consignado pela Comissão de Área a um determinado quesito (Muito Bom, Bom, Regular, Fraco ou Deficiente) deverá ser **consistente com aqueles imputados aos itens que o compõem, considerados os pesos a estes correspondentes**, (sugeridos na proposta da Área de detalhamento da Ficha e aprovados, em última instância, pelo CTC).

b) A nota final do Programa, por sua vez, também deverá ser **consistente com os atributos imputados aos diferentes quesitos, considerados os pesos a estes correspondentes** (sugeridos na proposta da Área de detalhamento da Ficha e aprovados, em última instância, pelo CTC)[7].

O órgão avaliador deve manter a coerência interna ao instrumento de avaliação, mas a consistência também deve estar presente no conjunto da avaliação.

No momento da aferição qualitativa sobre as considerações do Comitê de Área do Direito quanto ao Indicador de Integração, apurou-se inconsistência entre os critérios de avaliação em uma parte pequena da amostra. As inconsistências são percebidas na análise comparativa entre as considerações e os conceitos atribuídos, ou seja, não há uma coerência entre análise qualitativa e análise quantitativa.

Como se trata de avaliação qualitativa os motivos das incoerências decerto podem ser justificados, porém as razões precisam estar mais bem posicionadas nos documentos oficiais a fim de cumprir o seu papel fundamental que é fazer público e inteligível o critério avaliativo.

Trataremos de forma casuística os eventos encontrados dentro do grupo das inconsistências apuradas:

Primeiro Caso. Na ficha da PUC/RS do programa de Direito na análise do item 5 (Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na GRADUAÇÃO) do quesito 2 (Corpo Docente):

Item 2.5

Como já apontado na avaliação de 2005 docentes do corpo permanente continuam sem desenvolver qualquer atividade junto à graduação. Indicativo bom;[8]

Como a IES, com o corpo permanente, que não possui desde o triênio anterior, nenhum tipo de desenvolvimento de atividades junto à graduação, tem-lhe atribuído o conceito “BOM”, que deveria ser somente para as IES que desenvolvessem uma participação inferior a 70% e superior de 60%.[9] A comissão responsável para a avaliação desta IES aplicou erroneamente o item 5 quesito 2[10], apontando assim uma deficiência nas avaliações.

Segundo Caso. As IES neste caso apresentaram nas apreciações sobre o INDICADOR DE INTEGRAÇÃO, aspectos idênticos: *a indicação da excessiva carga horária dos docentes permanentes nas atividades realizadas junto à graduação.* Como demonstrado acima, trata-se de uma preocupação do CTC, quando da elaboração da Nova Ficha de Avaliação, uma vez que a excessiva dedicação à graduação leva poderia prejudicar o tempo de pesquisa dos docentes e a conseqüente baixa produtividade.

Essa indicação é expressa em cerca de 6 IES. Sendo elas: FDMC, FEESR, UEL, UFMG, UNICAP, e URI. Neste caso a **inconsistência** decorre da comparação entre as Fichas de Avaliação. Embora, cada uma delas apresenta-se apreciações semelhantes apontando a demasiada carga horária dos docentes permanentes dos programas de pós-graduação nas atividades da graduação, **os conceitos atribuídos ao INDICADOR DE INTEGRAÇÃO apresentaram uma amplitude surpreendente.**

Instituição de Ensino – IES	Conceito de Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na Graduação
FDMC	FRACO
FEESR	BOM
UEL	REGULAR
UFMG	BOM
UNICAP	NÃO APLICÁVEL
URI	MUITO BOM

Para melhor exemplificar a situação acima descrita, seguem as apreciações das respectivas IES:

FDMC: Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na GRADUAÇÃO (no caso de IES com curso de graduação na área ou em áreas afins), com particular atenção à repercussão que este item pode ter na formação de futuros ingressantes na PG: São nove docentes sem participação na Graduação. O índice é fraco (entre 50 e 60%). Além disso, a carga de docência da Graduação foi três vezes maior do que na Pós, como média (1.10,00 horas X 2.964,00 horas do Pós), com evidente sobrecarga para os docentes. Fraco.

FEESR: Item 2.5: Praticamente todos os docentes permanentes atuam em atividades de ensino e orientações na graduação. Observa-se, no entanto, que a carga horária atribuída aos docentes permanentes junto à graduação é elevada. Isto se reflete diretamente na falta de produção de seu corpo docente, que é muito baixa. Recomenda-se que a IES faça ajustes neste item diminuindo a carga horária de seus docentes na graduação. Requisito atendido parcialmente;

UEL: A participação dos docentes permanentes na graduação é excessiva. As atividades de docência na graduação, e, especificamente, a participação de docentes permanentes nas atividades da graduação, que seria um indicador de qualificação do PPG, tornou-se, neste caso, o indicador de uma de suas próprias deficiências. O corpo docente tem a seu cargo 14 disciplinas na pós-graduação, respondendo por 22 disciplinas na graduação. Ocorre um desequilíbrio na distribuição da carga horária, quando se constata que dos 14 permanentes, 6 não ministraram aulas na pós-graduação, mas 13 ministraram aulas na graduação. O indicativo da área é Regular, mas deve-se atentar para o fato de que a IES está exigindo uma demasiada participação dos docentes da pós-graduação no ensino da graduação.

UFMG: 2.5. É elevado o número de DP que lecionam na Graduação, o que é bom (mais de 90%). Contudo, a carga horária na graduação é elevada, o que pode prejudicar a dedicação dos DP ao Programa. Neste sentido, o indicativo é BOM, considerado no seu conjunto.

UNICAP: 2.5.- Participação dos docentes nas atividades de ensino e pesquisa na Graduação (no caso da IES com curso de graduação na área), com particular atenção à repercussão que este item pode ter na formação de futuros ingressantes. Os docentes permanentes desenvolvem, de fato, atividades de ensino e pesquisa na Graduação. De forma até demasiada. Como se trata de Programa novo, esta concentração pode e deve ser corrigida. Todos os docentes permanentes estão excessivamente comprometidos com atividades de ensino na Graduação, com carga horária variável de 420 (2 docentes) a 180 (1 docente) horas. 4 (quatro) docentes estão comprometidos com 390 horas, 6 (seis) com 360 horas e 1 (um) com 300 horas. 1 (um) docente do grupo permanente e os professores colaboradores não estão com carga horária na Graduação. O número elevado de orientações de Monografias por docente permanente (37, 39, 41, 45, 58, 60, 75) agrava sobremaneira a concentração demasiada na Graduação. O PPG deve equilibrar esta relação, sob pena de comprometer no futuro as atividades dos docentes permanentes na Pós - Graduação. Em razão do tempo de atividade e da conseqüente parcialidade do cumprimento deste aspecto do Programa, este quesito não pode ainda ser objetivamente avaliado.

URI: 2.5-Todavia quanto a este nível de ensino, o de graduação, o programa evidencia adotar parâmetros de atuação docente muito longe de configurarem incentivo e possibilidade de que seus docentes possam efetivamente desenvolver atividades de pesquisa e se dedicarem à sua produção científica largamente considerada. Isto porque há docentes que chegam a ministrar 6 disciplinas de graduação (3 docentes nesta condição) e outros 4 ministram 4 disciplinas, sendo que outros 2 ministram 3 disciplinas. A instituição deve oferecer condições de trabalho e carreira docente que permitam a seu CDP reais possibilidades de dedicação à pesquisa e atividades correlatas ao perfil acadêmico necessário à pós-graduação. A excessiva participação em atividades de graduação, como parece ser o caso é nefasta a estes propósitos.

Pode-se concluir, com a análise destas distorções que em um Sistema Avaliativo que amplia o uso da métrica informatizada para viabilizar o volume de avaliações, faz-se necessário o cuidado com o tempo de análise dos dados, bem como o tempo de análise da consistência do resultado apurado. O mundo dos números sempre será uma redução das realidades humanas no projeto de avanço das fronteiras da ciência. A estatística, neste contexto, é diagnóstico e não avaliação. Avaliação é decisão entre conjunto de valores humanos, de processos humanos produzidos por serem humanos.

Na seqüência, desta comunicação, passamos à análise estatística os dados apurados nos bancos de dados da CAPES e INEP, a fim de verificar as hipóteses que indicam o nível de integração entre a Pós-Graduação Stricto Sensu e as Graduações em Direito, no Brasil.

2.2. HIPÓTESE 1: INDICADOR DE INTEGRAÇÃO COM A GRADUAÇÃO NAS CATEGORIAS DE IES PÚBLICAS E IES PRIVADAS

Das 54 (cinquenta e quatro) IES que compõem a amostra de dados, a 36 (ou 66,7%) são privadas e 18 (33,3%) são públicas. As análises serão feitas dentro de cada categoria e comparadas em termos proporcionais, para apurar diferenças qualitativas significativas.

As IES PÚBLICAS apresentam os seguintes resultados, quanto ao INDICADOR DE INTEGRAÇÃO:

IES PÚBLICAS			
Indesejável	Aceitável	Desejável	Total
6	5	7	18
33,3%	27,8%	38,9%	100,0%

Por sua vez, as IES PRIVADAS apresentam o seguinte cenário de integração Graduação/ Pós – Graduação:

IES PRIVADAS			
indesejável	aceitável	desejável	Total
13	12	11	36

36,1% 33,3% 30,6% 100,0%

Comparado as categorias utilizadas para análise, tem-se:

INDICADORES	PORCENTAGEM	FAIXAS	
		IES PÚBLICAS	IES PRIVADAS
MUITO BOM	38,9	30,6%	DESEJÁVEL
BOM e REGULAR	27,8	33,3%	ACEITÁVEL
FRACO e DEFICIENTE	33,3	36,1%	INDESEJÁVEL

RESULTADO 1: A HIPÓTESE 1 não se confirma, ou seja, os resultados demonstram que a natureza das IES, não se constitui Categoria de análise significativa para o exame do Problema da INTEGRAÇÃO DA PÓS-GRADUAÇÃO e da GRADUAÇÃO. Pode-se afirmar que aproximadamente 1/3 dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* possuem níveis indesejáveis de integração com a Graduação, e que as categorias pública e privada, não afetam significativamente este resultado, ou seja, trata-se de um problema comum aos Programas das IES's Públicas e Privadas do Sistema Nacional de Pós-Graduação em Direito, organizado pela CAPES.

2.3. HIPÓTESE 2: RELAÇÃO ENTRE NOTA GERAL DO PROGRAMA E CONCEITO DO INDICADOR DE INTEGRAÇÃO

A partir da amostra representada pela tabela 1 supra, ensaiou-se a relação entre as categorias de agrupamento das IES, em “DESEJÁVEL – Muito Bom”; “ACEITÁVEL – Bom e Regular” e “INDESEJÁVEL – Fraco e Deficiente” como conceitos obtidos no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO, com as Notas Gerais obtidas pelos Programas, na escala de 1 a 7, sendo que os programas credenciados do Sistema Nacional de Pós-Graduação devem manter nota 3 para permanência no sistema; nota 4 e 5 para criar ou permanecer com o Curso de Doutorado; e nota 6 e 7, para ser reconhecido como Excelência.

A amostra apurada para a presente comunicação revelou notas entre 3 a 6, atualmente atribuídas aos 62 programas, então pertencentes ao Sistema Nacional de Pós-graduação em Direito, na CAPES. Os resultados obtidos são os seguintes:

Nota	Notas do indicador 5, Quesito II - Corpo Docente - Fichas		%	Aceitável %	Desejável %	Total %		
	Programa	Indesejável						
3	12	22,2%	6	11,1%	3	5,6%	21	38,9%
4 e 5	7	13,0%	11	20,4%	12	22,2%	30	55,6%
6	0	0,0%	0	0,0%	3	5,6%	3	5,6%
Total	19	35,2%	17	31,5%	18	33,3%	54	100,0%

Dos resultados pode-se inferir o seguinte:

1. 33,3% dos Programas obtiveram conceito DESEJÁVEL no Indicador de Integração, sendo destes 83,4% do Indicador de Integração foram atribuídos a Programas com NOTAS 4 A 6, sendo que 100,0% dos Programas com Nota 6, obtiveram Indicador de Integração DESEJÁVEL;

2. 35,2% dos Programas obtiveram conceito INDESEJÁVEL no Indicador de Integração, sendo que destes 63,2% do Indicador de Integração foram atribuídos a Programas com NOTA 3.

Para evidenciar a análise a partir de cada categoria de Programas Nota 3, Nota 4 e 5 e Nota 6, elaborou-se as seguintes representações:

Indicador	Nota do Programa	%	4 e 5 %	6 %	Total %		
Integração 3							
Indesejável	12	63,2%	7	36,8%	0 0,0%	19	100,0%
Aceitável	6	35,3%	11	64,7%	0 0,0%	17	100,0%
Desejável	3	16,7%	12	66,7%	3 16,7%	18	100,0%
Total	21		30	3	54	100,0%	

A partir destes resultados pode-se inferir:

1. Os Programas com NOTA 3, obtiveram 16,7% dos conceitos DESEJÁVEL, 35,3% dos conceitos ACEITÁVEL e 63,2% dos conceitos INDESEJÁVEL;
2. Os Programas com NOTA 4 e 5, obtiveram 66,7% dos conceitos DESEJÁVEL, 64,7% dos conceitos ACEITÁVEL e 36,83% dos conceitos INDESEJÁVEL;
3. Os Programas com NOTA 6, obtiveram 16,7% dos conceitos DESEJÁVEL, sendo que esta amostra representa 100% dos Programas com NOTA 6.

RESULTADO 2: A HIPÓTESE 2 se confirma pelos dados da CAPES lançados na amostra, ou seja, os Programas de Pós-Graduação em Direito com NOTAS 4, 5 e 6, obtiveram 84,3% dos conceitos MUITO BOM (DESEJÁVEL), atribuídos na avaliação/2007 e 65,0% dos conceitos BOM/REGULAR (ACEITÁVEL), atribuídos na avaliação/2007. Logo, a partir da análise estatística, os Programas de Pós-Graduação em Direito com melhores NOTAS GERAIS possuem os melhores conceitos no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO. Os Programas de Pós-Graduação em Direito com NOTA 3, obtiveram 63,2% dos conceitos FRACO/DEFICIENTE (INDESEJÁVEL), atribuídos na avaliação/2007 para o INDICADOR DE INTEGRAÇÃO, confirmando a hipótese.

2.4. HIPÓTESE 3: RELAÇÃO ENTRE O CONCEITO DO INDICADOR DE INTEGRAÇÃO E O CONCEITO DO ENADE

A partir da amostra representada pela tabela 1 supra, ensaiou-se a relação entre as categorias de agrupamento das IES, em “DESEJÁVEL – Muito Bom”; “ACEITÁVEL – Bom e Regular” e “INDESEJÁVEL – Fraco e Deficiente”, dos conceitos obtidos no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO e as notas do ENADE (1 a 5), obtidas pelas Graduações das IES que participam da amostra.

Os resultados obtidos são os seguintes:

**Notas do
indicador 5,
NOTA Quesito II -
Corpo Docente
- Fichas**

ENADE Desejável		%	Aceitável %		Indesejável %		Total %	
-	2	11,1%	2	11,8%	3	15,8%	7	13,0%
1	1	5,6%	0	0,0%	0	0,0%	1	1,9%
2	2	11,1%	2	11,8%	4	21,1%	8	14,8%
3	4	22,2%	8	47,1%	5	26,3%	17	31,5%
4	5	27,8%	2	11,8%	1	5,3%	8	14,8%
5	4	22,2%	3	17,6%	6	31,6%	13	24,1%
Total	18	100,0%	17	100,0%	19	100,0%	54	100,0%

Dos resultados pode-se inferir o seguinte:

1. No âmbito geral:

- a. 70,4% dos programas confirmam notas 3 a 5 no ENADE, sendo 24,1% com notas 5 (excelência);
- b. 29,6% dos programas confirmam notas 0 a 2 no ENADE, o que impõe impôs às IES avaliações de Supervisão pela SESu/MEC[11].

2. No âmbito das categorias de análise:

- a. 27,8% dos programas considerados DESEJÁVEL (muito bom) no indicador de integração, as Graduações apresentaram notas 0 a 2 (deficientes) no ENADE;
- b. 50% dos programas considerados DESEJÁVEL (muito bom) no indicador de integração com a graduação, as Graduações apresentaram notas entre 3 e 5, sendo apenas 22,2% efetivamente com nota 5 no ENADE;
- c. 36,9% dos programas considerados INDESEJÁVEL (fraco e deficiente) no indicador de integração, as Graduações apresentaram notas 0 a 2 (deficientes) no ENADE;

d. 63,2% dos programas considerados INDESEJÁVEL (fraco e deficiente) no indicador de integração com a graduação, as Graduações apresentaram notas entre 3 e 5, sendo apenas 31,6% com nota 5 no ENADE.

A tabela abaixo representa as constatações:

		Notas do indicador 5,							
NOTA		Quesito II -		Corpo Docente		- Fichas			
ENADE	Desejável	%	Aceitável	%	Indesejável	%	Total	%	
-	2	11,1%	2	11,8%	3	15,8%	7	13,0%	
1	1	5,6%	0	0,0%	0	0,0%	1	1,9%	
2	2	11,1%	2	11,8%	4	21,1%	8	14,8%	
		27,8%		23,6%		36,9%			
3	4	22,2%	8	47,1%	5	26,3%	17	31,5%	
4	5	27,8%	2	11,8%	1	5,3%	8	14,8%	
		50,0%		58,9%		31,6%			
5	4	22,2%	3	17,6%	6	31,6%	13	24,1%	
		22,2%		17,6%		31,6%			
Total	18	100,0%	17	100,0%	19	100,0%	54	100,0%	

RESULTADO 3: A HIPÓTESE 3 não se confirma, ou seja, não se pode afirmar que os Programas avaliados pela CAPES, com os melhores indicadores de integração (quantidade de docentes permanentes na graduação), obtiveram um melhor resultado no ENADE em suas Graduações. A relação entre ENADE e INDICADOR DE INTEGRAÇÃO por FAIXAS de Programas (3 a 6), revela que a tendência que afirmar que os melhores Programas de Pós-Graduação também possuem as melhores graduações é **falsa**.

Os dados apresentam que 31,6% dos Programas de Pós-Graduação que foram avaliadas como FRACAS ou DEFICIENTES no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO, obtiveram

Conceito 5 (Máximo) no ENADE, e, contraditoriamente, 27,8% dos Programas de Pós-Graduação que forma avaliados como MUITO BOM no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO, obtiveram Conceitos 1 e 2 (deficiente) no ENADE, e suas GRADUAÇÕES deverão passar por processo de supervisão nos termos do art. 45 e seguintes, do Decreto n. 5.773/2006.

Logo, pode-se concluir que o INDICADOR DE INTEGRAÇÃO (quantidade de professores permanentes que ministram aulas e orientam alunos da graduação), **não tem a função de indicativo de qualidade de desempenho de alunos na Graduação em Direito.**

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção científica reveste-se da maior importância no conjunto das atividades universitárias, porque é através dela, preferencialmente, que o conhecimento produzido é espargido e democratizado[12].

Em tempos de expansão da oferta do ensino superior jurídico no Brasil, e da constatação do baixo desempenho dos alunos da graduação nos processos de avaliação oficial (INEP/MEC) e nos processos de avaliação do mundo corporativo (OAB), a presente comunicação tem por objetivo expressar os resultados da investigação sobre o campo da **integração entre os 2 níveis de ensino superior**. A pesquisa elaborada pelo método *survey exploratória*, com base nos dados oficiais da CAPES e do INEP, sobre dos Cursos de Graduação e Programas de Pós-Graduação na área do Direito, construiu hipóteses que envolvem a idéia generalizada de que os Programas de Pós-Graduação representam uma melhoria nas Graduações a eles vinculadas. Testou-se o indicador de qualidade proposto pelo CTC/COMITÊ DE DIREITO, consistente no item 5, Quesito II – Corpo Docente da Ficha de Avaliação da Pós-Graduação em Direito, comparando-se na amostra universal da Área de Direito da CAPES.

As hipóteses e respostas alcançadas são sintetizadas a seguir:

1. HIPÓTESE 1: se a natureza das IES, públicas ou privadas, possibilita localizar o problema da integração com a graduação, a partir das conceitos obtidos pelos programas

no indicador 5, quesito II – Corpo Docente da ficha de avaliação da CAPES (INDICADOR DE INTEGRAÇÃO).

RESULTADO NEGATIVO: A categoria “natureza da IES” como pública ou privada, não se mostra significativa para o fim de localizar o problema da Integração entre Pós-graduação e Graduação na área do Direito, porque os dados mostraram que nestas categorias os problemas são os mesmos em proporções muito próximas.

2. HIPÓTESE 2: se a relação entre notas obtidas no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO e as NOTAS GERAIS obtidas pelos Programas, confirmam que os melhores programas são também os melhores no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO com a Graduação;

RESULTADO POSITIVO: Os dados demonstram que os melhores Programas de Pós-Graduação, aqui entendidos aqueles com NOTAS GERAIS (Conceito Final) entre 4 a 6, possuem os melhores resultados no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO.

3. HIPÓTESE 3: se a relação entre notas obtidas no INDICADOR DE INTEGRAÇÃO da Ficha de Avaliação da CAPES e as notas obtidas pela Graduação destas IES no ENADE, confirmam a idéia de aumento da qualidade de ensino a partir da integração dos docentes permanentes na Graduação.

RESULTADO NEGATIVO: Os dados demonstram que o INDICADOR DE INTEGRAÇÃO (docentes permanentes do programa que ministram disciplina e orientam alunos) da CAPES/COMITÊ DE DIREITO não é significativo para a melhoria da qualidade de desempenho dos alunos no ENADE.

Portanto, as causas do alto ou baixo desempenho dos alunos das Graduações das IES com Programas de Pós-Graduação em Direito não são reveladas pelo INDICADOR DE INTEGRAÇÃO (quesito II – Corpo Docente, item 5, da Ficha de Avaliação da CAPES). Assim, se o objetivo do INDICADOR DE INTEGRAÇÃO criado pelo CTC verificar *a repercussão que este item pode ter na formação de futuros ingressantes na PG*, para a área de Direito, a indução revelou-se ineficaz.

É fundamental a criação do campo de discussão acerca da contribuição efetiva que os Programas de Pós-Graduação em Direito estão proporcionando às suas Graduações, já

que as políticas recentes do INEP[13] para a avaliação da Graduação, supervalorizaram a titulação do doutor e o tempo integral destes docentes como indicador de qualidade capaz de induzir melhorias na Graduação em Direito.

Por fim, fica a sugestão para a comunidade da Pós-Graduação em Direito pensar a oportunidade da reformulação do indicador de integração entre Pós-Graduação e Graduação, a fim de ampliar a visibilidade dos resultados que a formação de professores está alcançando em seu conjunto, já que a formação de docentes integrais (ensino, pesquisa e extensão) continua sendo a função principal deste nível do ensino superior.

REFERÊNCIAS

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Base de Dados da Avaliação. Disponível em <http://www.capes.org.br/avaliacao>.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Quando a empiria é necessária?*. Artigo apresentado no XV Congresso Nacional do CONPEDI, em Manaus. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais>.

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Base de Dados do ENAD. http://www.inep.gov.br/superior/enade_areaigc/.

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Base de Dados do Índice Geral de Cursos e Conceito Preliminar de Cursos. <http://www.inep.gov.br/superior/areaigc/>.

LIMA, Manolita Correia. Monografia: a engenharia da produção acadêmica. São Paulo, SP: Saraiva. 2003.

MASETTO, Marcos T. Formação pedagógica do docente do ensino superior e paradigmas curriculares. p. 455-470. in: BARBOSA, Raquel L. L. Formação de Educadores. Artes e técnicas – ciências e políticas. São Paulo: Editora UNESP. 2006.

SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: da concepção à regulamentação / [Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira]. 4. ed., ampl. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2007.

SOUZA, Paulo Renato. *Revolução Gerenciada: educação no Brasil, 1995-2002*. São Paulo: Prentice Hall. 2005.

[1] Disponível em <http://www.inep.gov.br/areaigc/> e ver com profundidade a Nota Técnica também disponível no site.

[2] Disponível em: <http://www.foprop.org.br/web/index.php>, acesso em 18/09/2008.

[3] Disponível em: http://www.abmes.org.br/Textos/Manuais/Reforma_Universitaria, acessado em 12/09/2008.

[4] LIMA, Manolita Correia. *Monografia: a engenharia da produção acadêmica*. São Paulo, SP: Saraiva. 2003.

[5] Disponível em <http://www.capes.gov.br>, acessado em 03/08/2008.

[6] Nos Programas com Cursos de Doutorado e Mestrado, foram consideradas a maior NOTA para fins de relação.

[7] Disponível em: <http://www.foprop.org.br/web/index.php>, acesso em 18/09/2008.

[8] Citação retirada da ficha da análise da CAPES da IES PUC/RG, programa de Direito, do triênio de 2004-2006.

[9] Critérios de Avaliação de Direito (trienal 2004-2006), CAPES, citado acima.

[10] Item 5 quesito 2

[11] Decreto nº 5.773 de 9 de maio de 2006, art. 45 e seguintes.

[12] Disponível em: <http://www.uefs.br/portal/ensino/pesquisas-e-projetos/producao-cientifica>, acesso em 19/08/2008.

[13] Disponível em http://www.inep.gov.br/download/superior/condicoesdeensino/Direito_autorizacao.pdf. Referente à Portaria n. 840, de 4 de julho de 2008.

CAMINHOS DO DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR E INTERCULTURAL NA ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR*

UNA PROPUESTA DE DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR Y INTERCULTURAL EN LA ASSESSORÍA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR

Assis da Costa Oliveira

RESUMO

O presente artigo reflete sobre as possibilidades de diálogo entre diferentes campos de conhecimentos nas práticas das Assessorias Jurídicas Universitárias Populares (AJUP's) na educação popular em direitos humanos. Partindo da caracterização das AJUP's como entidades de extensão universitária historicamente sediadas no campo do Direito, que possuem – majoritariamente – estudantes oriundos de tal área, faz-se uma provocação acerca de novos desafios e tendências das AJUP's à maior abertura para o diálogo interdisciplinar, o que significa a inserção no debate/atuação extensionista de outros saberes científicos, como a psicologia, serviços sociais e pedagogia. Traçando uma panorâmica do espaço ideológico em que tal debate se insere, é dizer, na tendência que seu discurso tem-se difundindo na Rede Nacional das Assessorias Jurídicas Universitárias (RENAJU) – pelo seu fomento nos últimos encontros da Rede, além da produção bibliográfica sobre o tema – passa-se, então, a discutir quais as possibilidades de sua efetivação, bem como das correlatas dificuldades e delimitações. Para tanto, faz-se necessário delimitar ou conceituar tanto o que seja interdisciplinaridade, quanto, e de maneira mais ampla, o que seja interculturalidade. Porque, se por um lado a interdisciplinaridade tem por função romper com a atomização dos vários aspectos do real perpetrados pelas disciplinas do conhecimento científico através de interação e colaboração entre distintos campos da cultura científica, por outro, a interculturalidade remete a uma compreensão mais ampla de diálogo entre saberes culturalmente diferenciados, de um conjunto de epistemologias no qual o saber científico é somente mais um deles. É nessa diferenciação e nas possibilidades de suas intercalações que buscamos situar e reposicionar algumas questões que se apresentam nas práticas cotidianas das AJUP's, principalmente nas do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular Aldeia Kayapó (NAJUPAK/UFPA), sendo elas: Como a AJUP se presta a ser interdisciplinar, principalmente com relação a resignificação de sua identidade jurídica e estratégias de expansão universitária?; Quais as possibilidades do trabalho intercultural em educação popular em direitos humanos?

PALAVRAS-CHAVES: AJUP – INTERDISCIPLINARIDADE –
INTERCULTURALIDADE – EDUCAÇÃO POPULAR EM DIREITOS HUMANOS –
NAJUPAK

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUMEN

Este artículo intenta reflexionar sobre las posibilidades del diálogo entre los diferentes campos del conocimiento en las prácticas de la Assessoria Jurídica Universitária Popular(AJUP) en la educación en derechos humanos. A partir de la caracterización de lo que sea AJUP como estágio acad~emico que ocurre históricamente en la educación jurídica superior, y que tienen - en su mayoría - estudiantes de esta zona, haremos una provocación sobre los nuevos retos y tendencias de la AJUP para una mayor apertura para el diálogo interdisciplinar, lo que significa la integración en el debate y acción de otros conocimientos científicos, tales como la psicología, los servicios sociales y la educación. Entonces, vamos a debatir lo que las posibilidades de su realización, así como los problemas conexos y se esbozan. Para ello, es necesario definir o conceptualizar lo que es el trabajo interdisciplinar, y también, lo que es el trabajo intercultural. Porque, mientras que el enfoque interdisciplinario es la de romper con la atomización de los diversos aspectos de la realidad perpetrada por las disciplinas del conocimiento científico a través de la interacción y la colaboración entre los distintos ámbitos de la cultura científica, por la otra, el intercultural se refiere a una comprensión más amplia de el diálogo entre los distintos conocimientos culturales, una serie de epistemologías en lo cual el conocimiento científico es sólo más uno de ellos. Con ello, iremos proponer respuestas a las siguientes preguntas: ¿Cómo AJUP se presta a ser interdisciplinaria, en particular con respecto a significación de su identidad legal y las estrategias para la ampliación en la universidad?; ¿Cuáles son las posibilidades de trabajar una educación intercultural en derechos humanos?

PALAVRAS-CLAVE: AJUP - INTERCULTURALIDAD - EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS - NAJUPAK

Introdução

Trabalhar a diferença é uma reflexão tão importante quanto trabalhar com a diferença. Afinal de contas, se as distinções entre as pessoas começam pelos gostos que assumem, os ideais pelos quais lutam e as limitações físicas e psíquicas que possuem, um trabalho coletivo não pode abdicar desta diferença se não quiser cair no rótulo pós-moderno de homogeneidade forçada, tendo que saber e aprender a encontrar meios de valorizar, respeitar e dar funcionalidade a estas diferenças, com vista a obtenção dos objetivos traçados.

As Assessorias Jurídicas Universitárias Populares (AJUP's) são entidades – portanto coletivo de pessoas – voltadas para atividades de extensão, pesquisa e ensino em assessoria jurídica popular, o que podemos traduzir, na maior parte das vezes, como trabalhos de educação popular em direitos humanos junto a comunidades e grupos socioculturalmente vulnerabilizados.

Tal conceituação já nos permite tecer diversas problematizações com relação ao papel da diferença nas entidades de AJUP. De forma superficial, diríamos que uma primeira constatação é que ela é composta por um coletivo de pessoas, vindo a ser espaço onde o

trabalho com a diferença é existencial (se assim nos permitem tal uso os existencialistas). A presença de pessoas diversas, com suas subjetividades e identidades plurais, no entanto, não é o principal ponto de debate deste artigo. Aqui colocamos em evidência seu outro ponto: nossa curiosidade epistemológica está no *trabalhar a diferença*, compreendendo quais as repercussões e as compreensões que a atuação interdisciplinar e intercultural possibilitam às AJUP.

Atualmente, tem-se uma percepção crítica – fundamentalmente devido alguns trabalhos acadêmicos que tem possibilitado um melhor recorte histórico destas entidades, em especial os desenvolvidos por Wladimir Luz (2006, 2008) e Luis Otávio Ribas (2008) – de que historicamente estas entidades se constituíram a partir dos cursos de Direito existentes em universidades públicas e privadas do país. Desde a primeira AJUP fundada, o *Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (SAJU/UFRGS), em 1950, até as mais recentes entidades, que se aglutinam dentro da Rede Nacional das Assessorias Jurídicas Universitárias (RENAJU),[1] todas trazem o traço genealógico do surgimento *natural* no ambiente dos seus respectivos cursos de Direito, contendo quase que a totalidade de seus membros advindos desta área do conhecimento.

Todavia, a *natural* hegemonia jurídica no seio destas entidades vem sendo posta a prova ou em distanciamento crítico ante a profusão do debate na Rede da importância do trabalho interdisciplinar e os correlatos desafios de incorporação ou ampliação das AJUP's para outros saberes científico.

Tal demanda por interdisciplinaridade ganha suporte, também, nas perspectivas que o trabalho conduzido apenas por estudantes de Direito (de)limita, onde as carências de conhecimentos, por mais que provoquem uma responsabilidade nos estudantes em enfrentarem a problemática, não deixam de evidenciar que as AJUP's não possuem uma boa definição estratégica para o acolhimento de estudantes universitários oriundos de outros cursos científicos e pouco conhecem o potencial que tal empreendimento possibilita para dar eficiência as suas práticas.

Caímos no vício ou prepotência gnosiológica, apontado por Ivan Furmann (2007), da má compreensão da dimensão funcional e teórica da interdisciplinaridade que permeia grande parte da educação jurídica universitária.

“A questão da interdisciplinaridade no ensino jurídico aparece como um dos pontos mais urgentes na reforma cultural. Os professores de Direito, antes de buscarem o diálogo com professores de outras áreas do conhecimento, preferem ser interdisciplinar lendo, sozinhos, obras de outras áreas do conhecimento. Essa atitude retira da interdisciplinaridade todo o seu sentido. O jurista lendo um livro de antropologia, antes de ponderar pela sua metodologia de pesquisa e conhecimento, cita frases como se o antropólogo fosse um jurisconsulto romano. Essa atitude revela uma certa ‘arrogância’ acadêmica, na qual o jurista concebe-se como intelectual superior. A origem dessa ‘arrogância’ talvez tenha suas raízes históricas, todavia não existe justificativa para mantê-la. Interdisciplinaridade exige diálogo entre pessoas que pensam de forma diferente, porém nunca de forma inferior.”[2]

A exigência do diálogo d'*a diferença* no plano interdisciplinar é um primeiro desafio que tomamos para reflexão. Uma exigência que se inicia desde a própria denominação

das AJUP's, pela presença do “J” – de jurídico – que não deixa de nos lembrar a identidade jurídica inscrita em nossas entidades e que, num possível levante de acolhimento e diálogo com o diferente na ciência, acaba, muitas vezes, sendo mais uma barreira do que um instrumento impulsionador.

Por outro lado, pôr a mão na “ferida” da interdisciplinaridade nos invoca a correlata apreciação reflexiva do papel da interculturalidade na AJUP. Esta é outra maneira de abordar a relação entre conhecimento científico e conhecimento popular que de tantas formas nos é problematizada pelos suportes teóricos de Paulo Freire (1987, 1990, 1996, 2004).

Antes de tudo, a pergunta: que significa interculturalidade e diálogo intercultural? Uma prudente resposta a estas indagações deve vim pressuposta por outro questionamento: o que entendemos por cultura?

Sem querer antecipar pontos que serão esmiuçados mais adiante, fato é que a simples constatação de que nossas ações estão envoltas – conforme proferimos anteriormente – no trabalho de educação popular em direitos humanos junto (o mesmo que *com*) às comunidades e grupos vulnerabilizados socioculturalmente, já nos põe em sintonia de que existem outros – além muros universitários – com os quais estabelecemos parcerias solidárias, outros aos quais nos acostumamos – em virtude das influencias teóricas incorporadas da educação popular freireana e de aportes das teorias críticas do Direito – a denominar de sujeitos de saber popular.

É este popular e a dicotomização que com ele fazemos para com os sujeitos de saber científico, que nos remete diretamente para a questão do diálogo intercultural. Nesta reflexão, a problemática da educação popular em direitos humanos encontra ancoragem, assim como a referência a uma preocupação maior em entender os meandros de complexidade que se esconde por trás da denominação generalizante de popular.

Interdisciplinaridade em AJUP

Interdisciplinaridade, eis algo que se deve apreender nas rigorosas delimitações teóricas de sua dimensão, a fim de não extrapolar o discurso com promessas impossíveis ou consumistas de materialização.

Em sentido amplo, interdisciplinaridade é a base genérica conceitual que aglutina diversas espécies de trabalho conjunto entre os saberes científicos.

Anteriormente, deixamos expressa a crítica para com a dimensão historicamente construída do trabalho interdisciplinar em AJUP, mais convergente à adoção de doutrinas de outros saberes científicos do que dos sujeitos desses saberes. Na atualidade, a resignificação desta perspectiva metodológica pode encontrar subsídios naquilo que denominamos por demanda de ampliação do diálogo *corporal* da diferença científica em AJUP.

Dizemos *corporal* – sublinhado – para marcar o corte desta demanda. Não temos dúvida que o trabalho em AJUP já seja (quase que inerentemente) interdisciplinar, o próprio recorte das teorias que embasam sua fundação nos confirma.

Neste sentido, Wladimir Luz (2008) aduz que os marcos teóricos das Assessorias Jurídicas Populares militantes e universitárias[3] se iniciam pela “sociologia geral e das profissões, culminando no marco epistemológico da sociologia jurídica crítica”,[4] nomeadamente, nesta última, pelos aportes do marxismo clássico e gramsciano, pelas teorizações sobre acesso à justiça formuladas por Celso Campilongo, Fernando Rojas Hurtado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, além dos ideais sobre pluralismo jurídico e movimentos sociais desenvolvidos pela corrente dialética do direito (ligada, principalmente, ao pensamento de Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Sousa Júnior).

Já Ivan Furmann (2003) sistematiza como referenciais teóricos das AJUP’s os aportes do pensamento político de Gramsci, da pedagogia desenvolvida por Paulo Freire e da compreensão de Direito por Roberto Lyra Filho.

Em todo caso, esta rápida velejatura pelas indicações teóricas que fundamentam o trabalho em AJUP nos fazem constatar que sociologia e pedagogia trazem substanciais contribuições para a disposição orgânica destas entidades, em especial após a fundação da RENAJU, em 1998.

Ainda assim, constatar o óbvio não significa revelar os limites desta apreensão interdisciplinar das AJUP’s. Tal diálogo se desenvolveu muito mais em termos abstratos do que subjetivos ou corporais, é dizer, foram (quase) sempre incorporações de idéias e muito pouco das pessoas de onde advêm estas idéias.

A fim de problematizar a limitação interdisciplinar das AJUP’s, é necessário, antes de tudo, termos uma compreensão mais aprofundada da interdisciplinaridade, postulada neste início de conversa de uma forma genérica, é dizer, como o conjunto das maneiras de colaboração e cooperação de *trabalhar a diferença* ao *trabalhar com a diferença*.

Uma primeira questão para compreensão do que seja a interdisciplinaridade está em empreender sua *localização espaço-temporal*, por assim dizer. O discurso da interdisciplinaridade remete indubitavelmente ao campo científico, a qual historicamente foi

“atribuída a função de romper com a atomização de vários aspectos do real [condicionados pelo paradigma positivista de fazer ciência], favorecendo a uma visão global e não fragmentada da realidade. Isso pressupõe o reconhecimento de que os aspectos focados por cada disciplina particular não possuem significado próprio, e sim no contexto de que fazem parte.”[5]

Não se trata de proceder uma homogeneização politicamente correta, mas de intentar articular os conhecimentos científicos de forma solidária, a fim de superar as barreiras ideológicas que condicionavam (e condicionam) as possibilidades da análise científica.

Precisamos dar ênfase a este primeiro ponto: falar de interdisciplinaridade significa *localizar* este discurso no campo da cultura científica, nas possibilidades de *interação* entre as *disciplinas* científicas.

Localizado o dragão, é preciso atribuir suas espécies. A interdisciplinaridade como proposta de estatuto teórico e metodológico de cooperação e coordenação científica encontra distintos graus de complexidade da abertura *à diferença*.

Assumimos a classificação de Eduardo Mourão Vasconcelos (2002), para quem é possível distinguir cinco tipos de crescentes diálogos interdisciplinares: multidisciplinaridade, pluridisciplinaridade, interdisciplinaridade auxiliar, interdisciplinaridade em sentido estrito[6] e transdisciplinaridade.

O adjetivo *crescente* não está aí só para abrilhantar esteticamente o texto, ela é outro recorte que demarca posicionamentos críticos na abordagem da interdisciplinaridade. As modalidades acima descritas estão posicionadas numa hierarquia *crescente* de cooperação e coordenação das disciplinas, desde sua configuração *menos* interativa (multidisciplinaridade) até a *mais* interativa (transdisciplinaridade).

Menos e mais, outros adjetivos que pecam por uma apreçoção evolutiva que impregna certa tendência modista de entender essas modalidades como degraus de uma escada a ser percorrida até seu cume, sempre. Seja onde estivermos, ou como nos classificarmos, o “ideal” (propagandeado) está em alcançar a forma transdisciplinar, na clássica alusão de que os fins podem justificar os meios. E nisto, a inocente pergunta: que equívoco há em desejar trabalhar de forma transdisciplinar?

Sejamos certos na resposta: a cegueira. Estas injeções de animo evolutivo nos cegam a consciência para o fato de que não se localiza a forma de atuação pelo desejo de seus participantes, mas sim pelo objeto no qual atuam, subsidiado pelos enfoques teóricos empregados e a problemática que sobre ele é feita.

Este subsídio é antes constitutivo do objeto sobre o qual se trabalha, e não o inverso. Se Ferdinand de Saussure (1995) quis nos transmitir algo com o aforisma de que é “o ponto de vista que cria o objeto”, [7] foi no sentido de deslocar para a linguagem a função de construção do objeto, tornando-o, assim, duplamente parcial: devido à impossibilidade de apreensão da totalidade do objeto e pelas implicações que a historicidade dos sujeitos tem na fundação do objeto – historicidade está que emerge tanto pelos enfoques teóricos que embasam sua lente analítica, quanto pela problemática – portanto, dúvida – que lançam sobre os seus objetos.

Tais considerações impõem uma verdadeira responsabilização aos sujeitos no ato interpretativo, um comprometimento ético estabelecido na compreensão das amarras subjetivas que condicionam o discurso sobre o objeto e o poder das verdades que acreditamos dele desvendar.

Então, qual seria o objeto das AJUP's? Só podemos responder a esta pergunta – ou será pegadinha? – se reconhecermos que ele se constitui pelos enfoques teóricos empregados e a problemática que sobre ele é feito.

Sobre os enfoques teóricos, estes foram demarcados acima, apesar de termos consciência de que cada AJUP constrói seus enfoques teóricos a partir de seus contextos próprios, e que as generalizações demarcadas pelos autores trabalhados são constatações teóricas dependentes da dinâmica conjuntural.

No tocante a problemática levantada sobre os objetos, bem, para isto é necessário saber que objeto seria este, previamente, ainda que tal problemática funcione de forma dialética na delimitação deste objeto.

De modo temerariamente direto podemos então argumentar que as AJUP's possuem, em verdade, duplo objeto: os direitos humanos e a realidade social dos grupos com os quais se trabalha.

Retornemos, dialeticamente, a problemática. Qual seria? Para defini-la, devemos recuperar a conceituação de AJUP feita na *Introdução* deste artigo, pois ele nos é de grande valia não só para definir a problemática, como também para amarrar os objetos. Assim a apresentamos: como realizar um trabalho de educação popular em direitos humanos junto a comunidades e grupos sócio culturalmente vulnerabilizados?

Não queremos aqui nos delongar muito sobre as questões da problemática, enfoques teóricos e objetos das AJUP's. Porém, foi dito que elas são os referenciais que devem pautar a definição do tipo de interdisciplinaridade que embasa essas entidades.

Para tanto, seria necessária uma conceituação prévia de cada uma das cinco modalidades de interdisciplinaridade. Pelos limites do presente artigo, abstermo-nos desta tarefa, sem deixar de reconhecer que isto talvez dê impressão de que estamos “forçando a barra” de nosso encaminhamento teórico.

Na verdade, a prudência na indicação da modalidade se dá na exata medida em que constatamos que somente a teoria não é capaz de levar-nos a ela, por isso, a exigência da prática, de como cada AJUP reflete sobre suas atuações e atua fundamentado em suas reflexões ou reelaborando-as, aqui está um suporte adquirido da educação popular freireana e que utilizamos para além dela: a *práxis*.

Nosso entendimento – fundamentado pela teoria e prática de nossa experiência – é de que direitos humanos e realidade social dos grupos com os quais trabalhamos nos inserem em nossas *práxis* a perspectiva de um trabalho *interdisciplinar estrito senso*, é dizer, compreendendo que eles são questão de interesse mútuo de campos distintos das ciências e que possuem saberes (enfoques teóricos) que podem ser aplicados na tarefa de solucionar materialmente a problemática levantada. Cabe aqui uma definição mais precisa do que seja a interdisciplinaridade estrito senso:

“A *interdisciplinaridade* [estrito senso], por sua vez, é entendida aqui como estrutural, havendo reciprocidade, enriquecimento mútuo, com uma tendência à horizontalidade das relações de poder entre os campos implicados. Exige a identificação de uma problemática comum, com levantamento de uma exigência axiomática teórica e/ou política básica e de uma plataforma de trabalho conjunto, colocando-se em comum os princípios e os conceitos fundamentais...”[8]

Neste ponto, é preciso entender que tomar consciência da dimensão interdisciplinar em que as AJUP's se situam é uma garantia que visa, acima de tudo, proceder na melhoria interna da interação entre as disciplinas. Não se pode cair no engodo de entender esta escada evolutiva como algo que as ações desenvolvidas necessariamente devem percorrer. Mais do que ser o melhor – na tradução capitalista de almejar a transdisciplinaridade consumível – é preciso melhorar dentro dos limites estabelecidos, o que não representa fraqueza de espírito ou conservadorismo, porém rigor científico, correlato impulsionador da imaginação sociológica.

Contudo, este posicionamento a favor de uma interdisciplinaridade possível não invalida a compreensão do respeito à autonomia e criatividade interna que cada campo do saber científico atuante deve ter, indicando que as especializações não podem ser abdicadas, mas controladas. Há pontos da atuação em que a interdisciplinaridade estrito senso (ou qualquer outra das modalidades) não é possível, onde a autoridade de um saber específico se mostra determinante para a eficiência do trabalho. Detectar estes espaços é tão importante quanto elaborar seus locais de confluência.

As questões até aqui debatidas não são mais do que um *pano de fundo*, uma segunda introdução com delimitações teóricas que trazem a devida sustentação para emprendermos o debruçamento sobre os desafios interdisciplinares do trabalho em AJUP.

Afinal de contas, como a AJUP se presta a ser interdisciplinar, principalmente com relação à resignificação de sua “identidade jurídica” e estratégias de expansão universitária?

Nossa velejatura teórica passa a incidir sobre o desafio da ampliação e acolhimento de sujeitos de saberes científicos diferentes do hegemonicamente presente nas AJUP's. Se os pontos anteriormente debruçados remetem as atividades político-educacionais (ou externo) das AJUP's, os agora apresentados conectam-se em seu âmbito mais administrativo (ou interno).

Uma das grandes preocupações das AJUP's que pelo Brasil afora se impõe o compromisso de cativar sujeitos de fora do curso de Direito é a denominação de *Jurídico* inserido na nomenclatura AJUP, trazendo consigo diversos significados e simbolismos que, dependendo do ponto de vista, podem não ser tão benéficos para o processo de expansão interdisciplinar da entidade.

Duas são as principais linhas justificativas que mais se repetem na confrontação ou manutenção do jurídico na designação. A primeira é a crítica radical ao Jurídico inserido no AJUP, no sentido de buscar sua retirada do nome e da definição da nossa identidade. Com isto, pleiteia-se, através da exclusão, a superação das barreiras (simbólicas) que impedem muitas pessoas de outros cursos de adentrarem em AJUP's, ou pelo menos, de se cativarem a ponto de buscar conhecê-las, já que os parece, de antemão, que tais entidades são feitas por e para estudantes de Direito.

A segunda crítica nasce da própria análise da história das AJP e se consolida na visão da nomenclatura Jurídico como sendo estratégica para demarcar tanto o espaço em que historicamente foi, é e, possivelmente, ainda será, a seara inicial de criação destas entidades, ou seja, os cursos de Direito e, além disso, demarcar seus participantes que

hegemonicamente a compõe: os estudantes de direito. Possibilitando, deste modo, um grau de coerência na demarcação da identidade, que permite definir os rumos da Rede e de suas entidades, e dar maior sustentação pública.

Esta discussão nem de longe é consolidada, trata-se, na sua essência, de discutir a própria concepção do que seja AJUP, de nossa identidade.

Todavia, aqui propomos uma terceira posição, cuja equidistância para as duas primeiras se dá na medida em que incorpora traços de ambas: por um lado, a terminologia *jurídico* não é retirada, mas também não continua significando tão somente a ciência e os estudantes do Direito; por outro, sua manutenção é estratégica mas não para estreitar sua definição senão para ampliá-la e fazer caber em si muito mais do que a ciência ou a dogmática do direito, antes a realidade social.

Na reconstrução deste ideal de jurídico ou direito (agora, intencionalmente com *d* minúsculo), nada se mostra mais relevante do que a diferenciação entre direito e lei. Para nós o direito é algo maior do que a lei, não podendo ser nunca confundido e reduzido a esta. Neste sentido, corroboramos com a proposição traçada por Roberto Aguiar no vídeo da série “Direito achado na rua”:

“A lei é uma expressão estatal de determinado tipo de direito. Enquanto o direito é este processo político e social de constituição de novas conquistas e novos avanços da sociedade”^[9].

O direito, nesta perspectiva, ao estar além da dogmática jurídica também se constitui para além da ciência do direito, este é o jurídico que nos interessa, aquele que admitimos estar dialeticamente imbricado na sociedade para sua manifestação, legitimação e, só então, mas nem sempre, positivação. Há quase cem anos atrás, Eugen Ehrlich (1986) já o definia de forma brilhante em um de seus memoráveis escritos:

“Hoje, como em qualquer tempo, o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não está na legislação, na ciência do direito ou na jurisprudência, mas na sociedade mesma”^[10].

É, portanto, na chamada teoria dialética do direito que buscamos subsídios pra alargar a compreensão que temos do jurídico. Nossa principal base, como não poderia deixar de ser, é Roberto Lyra Filho, do qual aprendemos a entender que a crítica as limitações ao direito positivista é, na verdade, a abertura crítica das possibilidades do direito enquanto instrumento de libertação social. Por isso mesmo, a propósito da caracterização da identidade da Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), teceu Roberto Lyra Filho definições do direito e da norma que muito nos tem ajudado quando dialogamos com os demais saberes do *por quê* da necessidade da presença do Jurídico na terminologia de AJUP: “a) não tomamos a norma pelo direito; b) não tomamos a norma pela sanção”^[11]

Este posicionamento traz consigo a ampliação da definição de direito e o resgate da dignidade deste. O direito ou jurídico não se reduz ao judiciário e nem tampouco deve ser olhado apenas como regulação que media os conflitos através de sanções negativas onde sempre um perde e outro ganha – regra geral dos litígios judiciais – cuja predominante função é regular os conflitos.

Discordamos desta ideologia por acreditar que o conflito judicial é somente uma das facetas do jurídico. Há um aspecto mais constitutivo e criativo do *fazer* direito, aspecto este que subtrai dos aparentes conflitos – de não efetivação de direitos positivados ou não – a fonte para o (re)estabelecimento da harmonia ou confluência do jurídico, pois sua importância está na sua capacidade de ser instrumento de melhoria do convívio social, de promover, em suma, uma verdadeira educação popular em direitos humanos.

O direito se torna solidariedade na oportunidade e oportunidade de humanização. Vislumbramos, então, um direito para além da

“(…) noção mutiladora do Direito como veículo de dominação e, portanto, rompe[mos] o ‘bloqueio’ tradicional e ‘livra[mos] o Direito da caracterização como ideologia [no sentido marxista tradicional]’. Em suma: realiza-se a devolução ao Direito da sua dignidade política”^[12].

Sem embargo, é numa segunda contribuição de Roberto Lyra Filho que completamos, ideologicamente, nossa percepção da ampliação e *dignificação* do direito que buscamos apresentar. A primeira de suas cinco preposições que balisam a NAIR.

“a) que o Direito é, antes de tudo, liberdade militante, a afirma-se, evolutivamente, nos padrões conscientizados de justiça histórica, dentro da convivência social de indivíduos, grupos, classes e povos – e isto quer dizer que o Direito é, então, em substância, processo e modelo de liberdade conscientizadora ou conscientização libertadora na e para a práxis transformativa do mundo”^[13]

O direito torna-se pluralidade. Sua dogmática não tem como fonte tão somente o Estado. Sua ciência não encerra a compreensão analítica de sua dimensão porque esta está na sociedade, na convivência e transformação social. Ele é a oportunidade histórica que só se realiza quando tem consigo a pluralidade de saberes e sujeitos, de espaços e tempos. Por isso inclui em si a psicologia, serviço social, medicina, saberes indígenas, quilombolas, ribeirinhos, e tantos outros.

É que se compreendemos por jurídico um instrumento que possibilita, em último grau, a vida, para tal efetivação todos e todas são responsáveis.

Substitua a expressão “direito” pela “oportunidade” e ter-se-á nítida esta capacidade do direito de conter em si o germe da realidade social, de sua manutenção (não somente dominadora) e de sua transformação, mas, acima de tudo, de sua possibilidade enquanto instrumento do cotidiano, referencial último da educação popular em direitos humanos cuja problemática embasa as AJUP’s.

Apresentar o *jurídico* desta forma, reformando-o para desmistificar percepções dogmáticas do que é o fenômeno jurídico, possibilita traçar estratégias de expansão interna que partam da necessidade de manutenção do *jurídico* sem que, com isto, se restrinja ou reduza o grau interlocação interdisciplinar, pois mais do que valorizar uma disciplina do conhecimento, o que se pretende é compreender seu fenômeno num para além da ciência e dogmática jurídica, o que o uso dos direitos humanos tão bem alcança.

Interculturalidade em AJUP

Hodiernamente, cultura e diversidade são termos altamente cotados nos manuais de como realizar boas pesquisas científicas e nos de condutas humanitárias “politicamente corretas”. Daí que muito do significado científico atribuído a essa palavra, especialmente pelos cientistas, imiscuiu-se e transformou-se sucessivas vezes nos usos cotidianos. Assim, muito se discute na mídia e na academia sobre as diferenças culturais dos índios, camponeses, quilombolas, africanos, orientais, etc., assim como da importância do respeito a essas diferenças.

Enveredar por este campo, exige um trabalho de “espanar o senso comum”, no sentido de entender sobre que bases científicas estamos nos apropriando e utilizando para pensar um *trabalho com a diferença* no eixo da interculturalidade.

Uma prévia compreensão de interculturalidade invoca o debruçamento sobre a cultura, ou melhor, de que forma se a compreendemos.

Num breve balanço histórico e epistemológico do conceito, Roque de Barros Laraia (2006) nos informa que por cultura já se apre(e)nde: a) Como conjunto de informações transmitidas entre as gerações e apreendidas pelos membros da sociedade para moldar-lhes a personalidade, perspectiva da escola culturalista americana; b) Como conjunto de práticas que possibilitam a socialização dos indivíduos dentro de um recorte de sociedade composta por um sistema de papéis e relações sociais previamente dispostos, os quais os indivíduos vão assumindo e configurando seus *status* e posição social, perspectiva da escola estrutural-funcionalista

Todavia, o sentido pleiteado por Laraia (2006) para o entendimento do que é cultura em tempos pós-modernos pode ser definido como simbólico ou semiológico, de percepção da cultura “como uma lente através da qual o homem vê o mundo”, [14] composta por uma herança feita de apreciações de ordem moral e valorativa, de formas de comportamentos sociais e posturas corporais com significância simbólica que ganha e oferta sentido as experienciais sociais e individuais.

Neste plano, a definição proposta por Clifford Geertz parece-nos resumir, ou enfeixar, esta perspectiva simbólica da cultura. Para ele, a cultura seria

“...um sistema ordenado de significados e símbolos... em cujos termos os indivíduos definem seu mundo, revelam seus achados e fazem seus julgamentos; um padrão de significados, transmitidos historicamente, incorporados em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam-se, perpetuam-se e desenvolvem seu conhecimento sobre a via e definem sua atitude em relação a ela...” [15]

Logo, sendo um sistema simbólico, os processos culturais podem ser interpretados e, por este ato, fundados a partir do ponto de vista (no sentido saussuriano) assumido. Por isso, mais do que almejar a articulação de *como é* o mundo, a perspectiva simbólica da cultura procura oferecer diretrizes sobre *como agir* nele, revelando a diversidade de modos de representação da realidade e de padronização dos comportamentos em constante produção.

É aqui que traçamos um corte para levantar a questão da interculturalidade. Se a diversidade cultural é um dado antropológico e, retomando expressão usada anteriormente, quase que existencial, seu diálogo e relação entre as diferentes cultural encontram muita dificuldade de se efetivarem numa perspectiva de respeito e valorização democrática.

A interculturalidade ou a interação entre as culturas compreende a existência de múltiplos traços interpessoais de identificação (e, por conseguinte, também de estranhamento), que se ratificam ou se excluem, que podem tanto coexistir e dialogar entre si de modo harmônico e enriquecedor quanto de forma conflitante e etnocentricamente assimétrica.

O reconhecimento das diferenças culturais não impediu a formalização de um discurso jurídico internacional em prol da afirmação mundial dos direitos humanos. Em verdade, com a agudização da globalização socioeconômica, a firmação universal dos direitos humanos vem ganhando reforço frente ao particularismo jurídico de cada cultura e sociedade.

Mais do que adentrar na pendência teórica entre universalismo e particularismo dos direitos humanos, assumimos aqui a compreensão de Boaventura de Sousa Santos (2006), para quem

“... enquanto foram concebidos como direitos humanos universais em abstracto, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemónica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemónica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como interculturais.”[16]

Nesta concepção, a interculturalidade compreende a relatividade de todas as culturas, abordando a questão da multiplicidade cultural não como um problema a ser amenizado ou apaziguado, mas como uma potencialidade de trabalho que deve ser, o mais exaustivamente possível, explorada pelos agentes sociais em seus trabalhos, em especial quando estes compreendem a educação.

A luz desta concepção, colocamos novamente a problematização acerca de onde situamos a prática de AJUP nessa perspectiva de diálogo entre costumes e valores diferentes.

Balisados pelos postulados teóricos de Boaventura de Sousa Santos (2006) e de Paulo Freire, (1987) mais do que o simples reconhecimento de uma diversidade cultural, as atuações das AJUP's, por mais diferentes que sejam as frentes em que figurem, implicam em uma troca dialógica, cooperação e trabalho integrado entre as várias culturas abrangidas nos Círculos de Cultura.[17]

Partindo da premissa da necessidade de uma interdisciplinaridade em sentido estrito no trato científico da educação popular em direitos humanos, a questão que nos colocamos é acerca dos sujeitos culturalmente diversos que constroem esta prática educacional. Quem são esses sujeitos, ou melhor, que diferentes culturas são essas?

Vemos mais recentemente embates ideológicos de concepções *culturais* diversas de atuações ‘ajupanas’ que explicitam uma dialogicidade polemica entre a valorização do saber científico e a do saber empírico (ou melhor seria popular?). Ora, é justamente pela consciência de que cultura sendo uma apreensão simbólica e que tais apreensões são pautadas pela incompletude interpretativa dos fenômenos, é dizer, pela compreensão de que as *lentes culturais* invocam valores próprios e, por isso mesmo, parciais, sobre o mundo, que é possível estabelecer um diálogo intercultural na educação popular em direitos humanos onde se assuma tal educação como prática que se desenrole com um pé numa cultura (científica) e outra, noutra (popular, empírica).

Alias, termo correto seria definir estes espaços simbólicos culturais de forma plural, como culturas científicas e culturas populares, justamente porque mesmo internamente – como já vimos acerca da interdisciplinaridade – estas práticas quase nunca apresentam unicidade (de origens, formas, propósitos e alcances), evidenciando a presença da interculturalidade dentro das sociedades modernas, sintonizando uma visão mais elástica das culturas populares – pois as científicas foram vistas no tópico anterior – ao entende-las

“... como uma miríade de processos sociais concretos, originados no passado ou propostos por elementos modernos, que respondem a necessidades concretas dos grupos que as produzem e dela se alimentam em sua luta pela sobrevivência.”[18]

Assim, *popular*, ou melhor, *populares* não são traços homogêneos e igualitários em perfeita oposição aos *científicos* e *eruditos*, mas feixes de caracteres que se distinguem dos métodos meticulosamente controlados destas outras culturas e cuja variabilidade interna se dá na exata proporção também perceptível nas demais. A diversidade interna do popular remete a diversidade da compreensão do que ou de quem seja *povo*, dependente dos interesses específicos de quem os pronuncia e das posições ocupadas pelos emissor(es) e sujeitos ou grupos enquadrados em tal assertiva.

Por isso mesmo, a resignificação do diálogo intercultural na educação popular em direitos humanos parte da resignificação da compreensão científica e popular do que seja popular e povo, deslocando-se dos refúgios idealizadores ou positivistas para o da diversidade epistemológica assentada no reconhecimento de que existem “diferentes modos de conhecer, sendo [estes] necessariamente parciais e situados, ...[tendo] consequências diferentes e efeitos distintos sobre o mundo.”[19] Necessariamente um reconhecimento da igualdade das diferentes formas epistemológicas de compreender e significar o mundo, promovendo contornos horizontais nas relações entre saberes científicos e populares.

Daí a complexidade do trabalho em AJUP nos moldes interculturais, haja vista a maior parte dos universitários serem oriundos de uma cultura valorizadora do saber científico e erudito, sendo formados em um meio acadêmico e academicista da universidade, onde também se valorizam apenas aqueles conhecimentos que podem ser provados e comprovados após detalhados testes e exaustivos debates.

Nesse momento de ‘mudança de paradigma’[20], no qual se ressalta a valorização do não popular e o questionamento das verdades científicas – por muito tempo tidas como dogmaticamente absolutas -, a questão da diferenças entre as culturas científicas e populares ganha especial relevância. Entendemos, pois, *os populares* e *os científicos* não

apenas como formas de conhecimento pedagógico, mas como elementos caracterizadores de culturas que se opõem e ao mesmo tempo se interligam na construção do *real* e dos direitos humanos.

Há, pois uma multiplicidade cultural de ambos os lados: ao mesmo tempo que o trabalho de AJUP tem um viés científico em sua origem, tem um lado popular que se revela tanto no seu objeto quanto nos sujeitos participantes.

Isto tudo, requer, por certo, uma forma diferente de processo de criação de conhecimento, a qual as AJUP obtiveram pela incorporação em suas práticas da metodologia pedagógica de Paulo Freire (1987), principalmente no que tange as compromissos políticos que tal prática deve assumir, respeitando e valorizando, metodologicamente, as diferenças culturais no enfrentamento das desigualdades socioeconômicas, pelo fomento da dialogicidade pedagógica que conduz ao fortalecimento da autonomia e solidariedade dos sujeitos participantes – fazendo dessas duas condições (autonomia e solidariedade) não um dicotomia, mas alternativas que se complementam.

Com Paulo Freire (1987) aprendemos o valor da função humanizadora da educação: função de libertação dos sujeitos que se (re)conhecem na mediação de suas leituras de mundo; de condicionamento do ato de conhecer como um direito, o direito de conhecer, que exige sua democratização, ou seja, a ampliação do direito de participação na produção do conhecimento, de conhecerem melhor o que já conhecem^[21] e de se reconhecerem como sujeitos históricos, ou seja, atores construtores dos rumos de suas históricas coletivas e individuais.

Tais aportes metodológicos estimulam a produção de uma educação de qualidade quebre (criticamente) as relações hierárquicas das culturas participantes e instaure relações horizontais entre educador-educando e educando-educador,^[22] invocando o desvelamento das situações-limites da realidade local para daí retirar os temas geradores (conteúdos programáticos) das oficinas. Tudo isso permeado pelos princípios do diálogo e da conscientização, dois pontos nodais de todo o processo, de toda politização da educação e dos direitos humanos.

Assim, trabalhar os direitos humanos em práticas pedagógicas de cunho freireano significa reivindicar sua universalidade sem transformá-lo em abstração discursiva, logo, localizando-a ou contextualizando-a com as exigências da realidade comunitária dos participantes.

Exige, por outro lado, a necessidade da tomada de *consciência de classe dos direitos humanos e da educação*, é dizer, refletir sobre os condicionantes políticos e ideológicos que permeiam suas normas e ações sociais produzidas, questionando-se sobre *quem* os produz, *para quem* e a *serviço de quem*. Fazendo dos direitos humanos um discurso político de indignação frente as violências que acossam direitos e de proposição crítica e criativa do novo, da práxis transformadora.

Conclusão

As questões levantadas sobre interdisciplinaridade e interculturalidade em AJUP no presente artigo devem ser recebidas como formas introdutórias de abordagem dos assuntos, como articulações teóricas cuja recepção prática ainda carece de maior efetivação e difusão, logo, como uma (quase) utopia, que almejamos tornar-se, em breve, uma situação democraticamente consolidada e pensada pelas demais AJUP's inseridas no rol dos membros da RENAJU.

Em boa medida, compreendemos que a recepção do dialogo intercultural se mostra mais frutífero do que o interdisciplinar, pois as AJUP's trazem – ao menos a partir da reformulação pela qual passaram o SAJU/UFRGS e o SAJU/UFBA[23] entre 1995 e 1996 – o arraigado compromisso de expansão e comunicação extra-muros universitários, perceptível já pela alcunha de *popular* na terminologia de tais entidades.

Enfrentar e confrontar os desafios e idéias propostas no presente artigo é algo tão ou mais desejado do que sua pura aplicação ou consenso. Precisamos avançar naquilo em que pouco compreendemos ou valorizamos, avançar na expansão interna universitária e na resignificação do jurídico, avançar nas estratégias de consolidação do acolhimento nas AJUP's de sujeitos de saberes científicos diversos do jurídico e das possibilidades de educação popular em direitos humanos que respeitem e valorizem o diálogo intercultural.

O devir (tornar-se) histórico desses acontecimentos é pressuposto pelas suas incompletudes e pela obrigação da (auto)reflexão constante sobre os caminhos e riscos assumidos, sobre os erros e acertos tidos e sobre, principalmente, as opressões e libertações realizadas – uma forma de mostrar que o trabalho em AJUP se constrói dialeticamente, consciente de que a todo momento a educação popular em direitos humanos precisa ser reconstruída pela ótica da diversidade; da (re)união das *lentes* na comunhão da utopia ultima de concretização de um mundo melhor, um mundo onde muitos outros mundos sócio culturalmente diversos saibam coexistir.

Bibliografia

COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural**. São Paulo: Iluminuras Ltda., 1997.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UNB, 1986.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leituras)

_____. **Pedagogia da tolerância**. Organização e notas Ana Maria Araújo Freire. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. ; MAZZA, Débora; NOGUEIRA, Adriano. **Fazer escola conhecendo a vida**. 5.ed. Campinas: Papyrus Ed., 1990.

FURMANN, Ivan. *Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política*. Curitiba: monografia apresentada ao curso de Direito da UFPR, 2003.

_____. **Ensino (de(o)) Direito!?: a busca por novos referenciais para a pesquisa**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6475>. Acesso em: 04 fev. 2007.

KUPER, Adam. **Cultura: a visão dos antropólogos**. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. Bauru: EDUSC, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 19.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

LIMA, Maria Cristina Abreu Martins de. A multidisciplinaridade na construção da cidadania. In: COSTA, Alexandre Bernardino (org.); SOUSA JR., José Geraldo de (org.). **Direito à moradia e a moradia: realização de Direitos Humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento de Telebrasil**. Brasília, DF: Teixeira Gráficas e Editoras, 1998, p. 57-75.

LUZ, Wladimir de Carvalho. Formação da Assessoria Jurídica popular no Brasil. In: SERVIÇO DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS. Edição especial, nº.5. *Revista do Saju: para uma visão crítica e interdisciplinar do direito*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2006, p.97-114.

_____. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. A Nova Escola Jurídica Brasileira. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Direito e avesso: boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira**. Brasília: NAIR Ltda., ano I, n.1, 1982, p. 151-158.

MATTA, Patrícia Helena Duarte da. *Círculo de Cultura: Educação Popular com catadores de materiais recicláveis*. Disponível em: http://www.cereja.org.br/premiounibanco/proj_case3_patricia.pdf Acesso em: 13 mai. 2008.

RIBAS, Luiz Otávio. **Assessoria Jurídica Popular Universitária e Direitos Humanos: o diálogo emancipatório entre estudantes e movimentos sociais (1988-2008)**. Porto Alegre: monografia apresentada ao curso de especialização em Direitos Humanos da Escola Superior do Ministério Público da União, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum; v.4).

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. Serviço social e interdisciplinaridade: o exemplo da saúde mental. In: ROSA, Lúcia Cristina dos Santos, PEREIRA (org.), Ivana Carla Gascia, BISNETO (org.), José Augusto, VASCONCELOS (org.), Eduardo Mourão (org.). **Saúde mental e serviço social: o desafio da subjetividade e da interdisciplinaridade**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 35-67.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[1] Até o X ERENAJU, ocorrido em São Luís, em março de 2008, a RENAJU tem em seu quadro de membros 22 AJUP's.

[2] FURMANN, 2007: 12.

[3] Distinção estabelecida por Wladimir Luz (2006, 2008), para quem o campo dos serviços legais universitários consiste naquele composto por entidades divididas internamente entre as enquadradas no modelo inovador – como o Serviço de Apoio Jurídico Gratuito da Universidade Federal da Bahia (SAJU/UFBA) e o Serviço de Apoio Jurídico Gratuito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS) – e as pertencentes ao modelo tradicional – nomeadamente incluídas no rol dos escritórios-modelo –, por outro lado, nos serviços legais militantes convergem organizações não-governamentais (ONG's) de perfil combativo-contestatório, “com forte atuação comunitária e em defesa dos Direitos Humanos” (2006: 101) – destacando, no rol de entidades, o Instituto de Apoio Jurídico Popular (IAJUP/Rio de Janeiro) e o Gabinete Avançado de Assessoria ao Movimento Popular (GAJOP/Pernambuco).

[4] LUZ, 2008: 03.

[5] LIMA, 1998: 60.

[6] Em verdade, o autor denomina apenas como interdisciplinar. Nós, no intuito de garantir a sustentação didática do artigo, preferimos renomear para interdisciplinaridade estrito senso para que não haja confusão com a forma ampla de nomear o conjunto dessas possibilidades de diálogo, a interdisciplinaridade.

[7] SAUSSURE, 1995: 15.

[8] VASCONCELOS, 2002: 47.

[9] Vídeo Direito achado na rua, s/d.

[10] EHRLICH, 1913: prólogo.

- [11] LYRA FILHO, 1982: 152.
- [12] LYRA FILHO *apud* WOLKMER, 2002, 100.
- [13] LYRA FILHO, *Op. Cit.*: 153.
- [14] LARAIA, 2006: 67.
- [15] GEERTZ *apud* KUPER, 2002: 132.
- [16] SANTOS, 2006: 441- 442.
- [17] A origem dos Círculos de Cultura se deve aos trabalhos coordenados por Paulo Freire junto ao Movimento Cultural Popular (MCP), vinculado a Universidade Federal de Pernambuco, na década de 60. Consiste numa renovação do espaço educacional “no qual os educadores e educandos constroem um espaço de interação da cultura popular, aquisição e produção de conhecimento.” (MATTA, 2008: 08).
- [18] COELHO, 1997: 121.
- [19] SANTOS, *Op.Cit.*: 148.
- [20] Sobre a questão da mudança no paradigma científico conferir o livro *Um discurso sobre as ciências* de Boaventura de Sousa Santos (2004).
- [21] Cf. FREIRE (1987; 68-120).
- [22] “Dessa maneira, o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em dialogo com o educando que, ao ser educado, também educa.” FREIRE (1987: 68).
- [23] *Serviço de Apoio Jurídico Universitário da Universidade Federal da Bahia* (SAJU/UFBA), fundado em 1963, a segunda AJUP mais antiga.

**O PRINCÍPIO DA ORALIDADE VISTO SOB UMA PERSPECTIVA
EMPÍRICA: UMA ALTERNATIVA METODOLÓGICA DE PESQUISA EM
DIREITO* ****

**LE PRINCIPE DE L' ORALITÉ VU SOUS LA PERSPECTIVE EMPIRIQUE:
UNE ALTERNATIVE MÉTHODOLOGIQUE DE RECHERCHE EN DROIT**

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

RESUMO

A principal proposta deste trabalho é contrastar o discurso dogmático produzido no campo do Direito com os rituais judiciais verificados cotidianamente nos muros circunscritos dos Tribunais, a fim de tentar entender e explicitar os motivos da absoluta ausência de diálogo e de identidade entre o mundo dos livros e o mundo das práticas. Para possibilitar o uso da comparação e ilustrar a distância entre aquilo que o Direito teoriza e aquilo que se pratica na rotina forense, valho-me dos resultados de uma pesquisa de campo por mim conduzida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de etnografia e observação participante, cujo foco esteve voltado para as manifestações orais do processo, mais especificamente, para a materialização do Princípio da Oralidade no Processo Civil. Os dados empíricos demonstram que, de fato, inexistente comunicação entre “teoria” e “prática” no campo jurídico, bem como que, em relação à oralidade, o referido princípio é incorporado pela dogmática como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciais o descartam, sugerindo ser o mesmo um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a oralidade é, ao mesmo tempo, valorizada no campo teórico e desconsiderada na prática forense, o que sugere ser, o Direito, um campo de conhecimento regido por lógicas contrárias, embora, harmoniosas, fato, no mínimo, curioso sob o ponto de vista acadêmico. A metodologia de pesquisa por mim utilizada me permitiu perceber aspectos do nosso sistema judiciário que eu não teria notado se não tivesse ido a campo e verificado rituais que não estão codificados, nem, tampouco, absorvidos pelos manuais produzidos pela dogmática. A importância de pesquisar o Direito sob essa perspectiva empírica é o ponto de destaque deste paper, onde pretendo chamar a atenção para o aspecto de que operadores e juristas precisam dialogar, sob pena de se eternizar a crise de legitimidade do Judiciário, cada vez mais desconhecido e, portanto, desacreditado pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO; ORALIDADE; PESQUISA; EMPÍRICA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho

ABSTRACT

L'objectif principal de ce travail est de mettre en contraste le discours dogmatique produit dans le champ du droit avec les rituels judiciaires vérifiés quotidiennement dans les murs circonscrits des tribunaux, à fin d'essayer comprendre et d'explicitier les raisons de l'absence totale de dialogue et d'identité entre le monde des livres et le monde des pratiques. Pour permettre l'utilisation de la comparaison et visant illustrer l'écart entre ce que la loi théorise et ce qui est pratiqué en routine du tribunal, je me sers des résultats d'une recherche sur terrain réalisée par moi dans la Cour de l'Etat de Rio de Janeiro, par le biais de l'ethnographie et de l'observation participante, dont l'accent a été axé sur les manifestations orales du procès, plus spécifiquement, par la matérialisation du principe de l'oralité dans la procédure civile. Les données empiriques montrent que, en fait, il n'y a pas de communication entre "théorie" et "pratique" dans le champ judiciaire, et que, par rapport à l'oralité, ce principe est consacré par la dogmatique comme une garantie des citoyens à un procès équitable et démocratique, alors que les rituels judiciaires s'en débarrassent, ce qui suggère un obstacle à la fourniture rapide de la justice. Dans ce sens, l'oralité est à la fois valorisée dans la théorie et méconnue dans les pratiques juridiques, ce qui place le droit dans un domaine de la connaissance régie par des logiques contraires, quoique harmonieuses, fait, au moins, curieux du point de vue académique. La méthodologie que j'ai utilisée pour la recherche m'a permis de comprendre des aspects de notre système judiciaire que je n'aurais pas saisis si je ne m'étais pas permise de vérifier les pratiques, qui ne sont pas cryptées ni même absorbé par les manuels produits par la dogmatique. L'importance de la recherche dans le droit sous une perspective empirique est le point central de cet ouvrage, qui souhaite attirer l'attention sur le fait que des opérateurs et des juristes doivent dialoguer, sous peine de perpétuer la crise de légitimité du pouvoir judiciaire, de plus en plus inconnu et donc discrédité par la société.

KEYWORDS: PROCÈS; ORALITÉ ; RECHERCHE ; EMPIRIQUE

1. INTRODUÇÃO

A principal proposta deste trabalho é contrastar o discurso dogmático produzido no campo do Direito com os rituais judiciais verificados cotidianamente nos muros circunscritos dos Tribunais, a fim de tentar entender e explicitar os motivos da absoluta ausência de diálogo e de identidade entre o *mundo dos livros* e o *mundo das práticas*.

Para possibilitar o uso da comparação e ilustrar a distância entre aquilo que o Direito teoriza e aquilo que se pratica na rotina forense, valho-me dos resultados de uma pesquisa de campo por mim conduzida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de etnografia e observação participante, cujo foco esteve voltado para as manifestações orais do processo, mais especificamente, para a materialização do Princípio da Oralidade no Processo Civil.

Os dados empíricos demonstram que, de fato, inexistente comunicação entre "teoria" e "prática" no campo jurídico, bem como que, em relação à oralidade, o referido princípio

é incorporado pela dogmática como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários o descartam, sugerindo ser o mesmo um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a oralidade é, ao mesmo tempo, valorizada no campo teórico e desconsiderada na prática forense, o que sugere ser, o Direito, um campo de conhecimento regido por lógicas contrárias, embora, harmoniosas, fato, no mínimo, curioso sob o ponto de vista científico.

A metodologia de pesquisa por mim utilizada me permitiu perceber aspectos do nosso sistema judiciário que eu não teria notado se não tivesse ido a campo e verificado rituais que não estão codificados, nem, tampouco, absorvidos pelos manuais produzidos pela dogmática. A importância de pesquisar o Direito sob essa perspectiva empírica é o ponto de destaque deste *paper*, onde pretendo chamar a atenção para o aspecto de que operadores e juristas precisam dialogar, sob pena de se eternizar a crise de legitimidade do Judiciário, cada vez mais desconhecido e, portanto, desacreditado pela sociedade.

Acredito que a pesquisa empírica se justifica na área do Direito porque, justamente, os métodos de ensino e de pesquisa desse campo deveriam partir de observações da realidade presente, viva, não apenas daquilo que se apresenta no conjunto das leis, da doutrina ou da jurisprudência, pois o Direito não pode ser estabelecido como uma esfera à parte das relações sociais, uma vez que ele as integra, interferindo, inclusive, de forma direta, no cotidiano das pessoas, que têm habitualmente os seus conflitos submetidos à administração dos Tribunais. Assim, dissociar a pesquisa do Direito ao seu campo de atuação é, no mínimo, impróprio (AMORIM, KANT DE LIMA, MENDES, 2005; KANT DE LIMA, 1983).

A partir dessa idéia, como já mencionado, a minha intenção é, através da investigação empírica, buscar compreender os motivos e as repercussões da absoluta falta de identidade entre aquilo que os juristas idealizam que o Direito seja; aquilo que os operadores acham que o Direito produz; aquilo que a sociedade espera que o Direito ofereça; e, finalmente, aquilo que, de fato, o Direito é.

Para tanto, optei por estudar um instituto jurídico importante, o Princípio da Oralidade Processual, visualizando-o de forma conjugada. Quero dizer, através da teoria produzida sobre o tema e da observação das práticas judiciárias orais efetivamente manifestadas no curso do processo.

Essa preocupação – de realizar pesquisa de campo em Direito - é academicamente relevante porque entender a forma como o Direito se materializa; a forma como a sociedade com ele se relaciona e a forma como ele é ensinado e reproduzido por seus operadores é crucial para que possamos, com efeito, tentar identificar a crise de legitimidade pela qual o Direito passa e, talvez, perceber caminhos possíveis para o seu necessário e cada vez mais premente aprimoramento.

É certo que a mera desarmonia firmada entre “*Teoria do Direito*” e *práticas judiciárias* não é, isoladamente, o foco principal do meu estranhamento, mas as conseqüências empíricas desse dissenso sim. Isto me parece uma questão fundamental para ser pesquisada.

O Direito, visto como campo do conhecimento, caracteriza-se como um conjunto normativo-ideal e, nesta condição, se afasta tanto da possibilidade de ser questionado quanto da necessidade de ser concretizado.

O Direito é um campo do saber que visa ao *dever-ser* e, nesse sentido, se concebe como um ideal que não tem ou não precisa ter qualquer compromisso com a realidade. Dessa forma, a sua inaplicabilidade se justificaria, embora, para mim, tal circunstância continue parecendo estranha, especialmente pelo fato de o Direito ser uma disciplina essencialmente pragmática, tendo em vista que as regras jurídicas interferem diretamente nas relações sociais.

Quero dizer: o Direito tem como principal objetivo a administração dos conflitos da sociedade, de modo que, como tal, foi concebido para resolver problemas cotidianos, nos quais estão envolvidos seres humanos, de carne e osso, que se valem do Judiciário para esse fim. Logo, pensar este campo do conhecimento de forma abstrata, absolutamente desatrelada da empiria, me parece algo paradoxal.

Além disso, a imensa carga de trabalho que assola o Judiciário automatiza os operadores do campo, impedindo-os de pensar sobre suas próprias atividades e, no caso específico dos magistrados, sobre o resultado da jurisdição que prestam.

A pesquisa de campo procede, justamente, à observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem no mundo real, bem como à coleta de dados referentes aos mesmos e, finalmente, à análise e interpretação desses dados, com base numa fundamentação teórica consistente, objetivando compreender e explicar o problema pesquisado.

Acho que somente assim, quer dizer, explicitando as práticas judiciárias e estranhando o que parece natural, é que será viável aprimorar o nosso sistema de administração judicial de conflitos.

Enquanto a visão do Direito estiver vinculada, exclusivamente, a ideais que apontem como as coisas *deveriam ser*, pouco progrediremos no campo da pesquisa. Identificar as falhas é algo que só será possível se conhecermos o funcionamento do sistema na sua prática. Quero dizer: se entendermos bastante bem a sua lógica, a sua estrutura e as suas rotinas.

Pois bem, no caso específico deste trabalho, analisando as práticas, me foi possível perceber que, especificamente, em relação ao princípio da oralidade, a dogmática[1] atualiza a questão de uma forma absolutamente distinta daquela depreendida pela empiria.

A doutrina reconhece a oralidade como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários a descartam, sugerindo ser esta forma de manifestação um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.

A celeridade, igualmente, é um princípio de Direito Processual alçado à categoria de garantia constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República), sendo a sua finalidade precípua, nos termos sustentados pela dogmática, assegurar aos cidadãos a “duração razoável do processo”.

Nesse contexto, o que as práticas judiciárias apontam é um nítido conflito entre princípios processuais, em que a oralidade cede espaço à celeridade porque, em sendo assegurados às partes todos os atos processuais orais legalmente previstos, a celeridade acabaria por não se efetivar e, no sistema vigente, a “duração razoável do processo” é um requisito essencial à prestação jurisdicional.

Ou seja, se o enfoque deste *paper* tivesse como único referencial o estudo da dogmática, a conclusão dos leitores acerca do tema seria necessariamente no sentido de que o processo civil brasileiro é oralmente construído a partir do diálogo efetivado entre magistrados, advogados e cidadãos, estes últimos tendo, inclusive, participação ativa no curso do processo, quando, na verdade, é cediço que basta assistir a uma simples audiência no foro do Rio de Janeiro para se perceber que a teoria que rege a prática judiciária é outra, que não aquela apregoada e idealizada pela doutrina jurídica nos manuais de processo.

Nesse sentido, pretendo explicitar neste trabalho, outrossim, que, embora o princípio da oralidade seja estudado, teoricamente, como uma garantia processual que estimula o diálogo entre o Juiz e as partes, na realidade, a sua efetivação não produz consenso, pois aos cidadãos, raramente, é concedida a oportunidade de falar.

Diante da exigência da celeridade, o Juiz não tem tempo de ouvir as partes, razão pela qual os rituais descartam, ao máximo, eventual contacto entre Tribunal e sociedade, que se mantêm distantes, fato que cria, cada vez mais, obstáculos à legitimação do Direito, dos Tribunais e das decisões do Judiciário.

A oralidade, consoante se descreverá, é expropriada pelo Estado, que, ao impedir a participação ativa das partes no curso do processo, impõe uma verdade, produzida por escrito, através da sentença, demonstrando que o monopólio de dizer e de interpretar o Direito (e desvendar a verdade) é exclusivo do Juiz.

Às partes, impõe-se o cumprimento das decisões judiciais, mesmo que estas sejam tomadas sem levar em conta a sua mínima participação.

O abissal descompasso firmado entre o que a doutrina jurídica idealiza e o que as práticas judiciárias demonstram é o que, de forma mais significativa, conforme destaquei outrora, pretendo explicitar neste trabalho. É esta a minha preocupação acadêmica e é isto que pretendo, de alguma forma, compartilhar neste *paper*.

2. A VISÃO DOGMÁTICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Em sede doutrinária, conforme asseverado, a oralidade é alçada à categoria de princípio norteador de um processo justo e democrático[2]^[3], estando reproduzida por uma série de procedimentos que, supostamente, propiciam a sua supremacia.

A doutrina, como esperado - pois é assim que o Direito se estrutura - tem uma visão poética e utópica do princípio da oralidade no processo civil. Ao ler as

manifestações dogmáticas tem-se a sensação de que a oralidade é a solução de todos os males do sistema e o fim do abismo que notoriamente separa as pessoas e o Judiciário. No entanto, esta sensação se esvai, de imediato, como mencionei, quando se assiste a uma única audiência ou julgamento no foro estadual do Rio de Janeiro e se verifica que nada do que se escreve se realiza, ao contrário, trata-se – a lógica que orienta a prática – de uma outra forma de atualizar o instituto, completamente dissonante daquela filosoficamente almejada pela doutrina.

O procedimento oral é visto como uma garantia de autodefesa da parte, proporcionada por um “diálogo humano e público com o juiz da causa” (GRECO, 2005). A oralidade seria, então, o instrumento capaz de possibilitar ao juiz não só ouvir, mas, especialmente, “sentir” as partes e as testemunhas e, por conseguinte, avaliar melhor as provas diante dele produzidas e formar, com mais certeza e precisão, o seu convencimento[4].

A oralidade é representada, na dogmática, como um método que proporciona “à luta judiciária [o processo] o seu genuíno caráter humano, que comunica vida e eficácia ao processo [...]” (MORATO, 1938); é um sistema em que o juiz participa ativamente do processo, entretanto, à sua autoridade pública sobrepõe-se a soberania individual das partes (LEAL, 1938); trata-se de um mecanismo que possibilita “uma justiça rápida, *perfeita* e barata”, é, na verdade, “um remédio heróico” (CUNHA BARRETO, 1938); é o que possibilita a palavra viva em sobreposição à escrita morta, eis que “na palavra viva fala também o vulto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas. A mímica, a eloquência do corpo, são mais verídicas do que as palavras [...]” (CHIOVENDA, 1938); a oralidade, afinal, “garante uma justiça intrinsecamente melhor; faz do juiz partícipe na causa e permite-lhe dominá-la melhor [...] assegura melhor a veracidade e a sinceridade dos resultados da instrução [...]”.

A escrita, ao revés, está costumeiramente atrelada à idéia de um instrumento que impede a efetivação da justiça. A escrita é representada no Direito como sendo a documentação do processo, estando, pois, reproduzida na frieza dos autos processuais[5], cujo registro é preto e branco. Por isso, dissera Morato (1938), “a escrita não faz palpitar o fato na sua humanidade, em sua expressão mais espontânea e pura, pois carece do **colorido da voz**, da manifestação da convicção íntima, do ardor do justo [...]”. (grifou-se)[6]

Percebe-se uma alta carga de sensibilidade, nos juristas, ao estudarem e lecionarem sobre a aplicação desse princípio[7]^[8]. Toda a leitura doutrinária aponta – o que não é possível verificar na reflexão sobre outros institutos jurídicos – uma emotividade intensa, de forma que a aparente proximidade que o sistema oral estabelece entre o Judiciário e a sociedade faz nascer uma atmosfera que parece contagiar os operadores. Na prática, entretanto, nem sempre é assim que o processo se materializa, inclusive porque a escrita prevalece, em função, justamente, da necessidade, cada vez mais premente, de celeridade na prestação jurisdicional.

A dogmática identifica o princípio da oralidade, basicamente, como um metaprincípio que se subdivide em outros quatro, sem os quais ela não se caracteriza: o da identidade física do juiz, o da concentração, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o

da imediatidade, sendo este o de maior relevância, por supostamente permitir a aproximação do juiz com as partes e com as provas produzidas no processo, isto é, garantir a coleta direta da prova pelo juiz e, por conseguinte, a sua maior afinidade com a causa. Trata-se, com efeito, do mais representativo e característico princípio do sistema oral.

A oralidade, portanto, só se configura, na visão dogmática: 1) se o juiz que colher as provas orais for o mesmo que julgar a causa (identidade física do juiz); 2) se os atos processuais forem concentrados em único momento, a fim de que o juiz preserve-os em sua memória até o momento da prolação da decisão (concentração); 3) se o processo não for truncado por constantes interrupções advindas da interposição de recursos à instância superior (irrecorribilidade das decisões interlocutórias); 4) se o juiz colher a prova oral pessoalmente, participando, de forma efetiva e direta da fase instrutória do processo (imediatidade).

Neste ensejo, adianto, desde logo, que o princípio da oralidade, tal como imaginado ou interpretado pela dogmática, só existe no “mundo dos manuais”. As práticas judiciais sugerem que, por diversos fatores - notadamente, como dito acima, a necessidade imperiosa da celeridade do processo - a materialização desse ideal dogmático é irrealizável e, por conseguinte, a aplicação desses quatro subprincípios, uma ficção, motivo pelo qual se impera, no processo civil, a supremacia da escrita, como apontam os rituais judiciais[9].

3. A VISÃO EMPÍRICA DA ORALIDADE E AS SUAS DISTINTAS CATEGORIZAÇÕES

Nas entrevistas realizadas com juízes e advogados, pretendi verificar qual seria a representação do conceito de oralidade no campo.

A impressão que a doutrina causa sobre a aplicação da oralidade no processo não corresponde à percepção empírica que se tem da representação desse princípio.

É muito curioso o que ocorre quando comparamos o discurso dogmático com o empírico porque na dogmática – como se viu - a oralidade tem uma conotação imensamente positiva, ela é romanceada pelos doutrinadores, ao passo que no discurso dos operadores, que lidam com a oralidade em seu cotidiano – e aqui se verifica isso muito mais no discurso dos juízes do que no dos advogados - ela é opostamente vista com uma conotação negativa. É tida como algo que atrapalha o bom andamento do processo e que não tem destinação, de fato, útil.

No discurso dos advogados entrevistados ainda se vislumbram resquícios positivos acerca da oralidade. O conceito de oralidade, para eles, vincula-se à realização dos atos processuais, em audiência ou em julgamentos, na forma não escrita. A oralidade é, para esses operadores, “a prática dos atos processuais previstos no Código de Processo Civil, sendo que de forma não escrita.”; estando “representada por toda e qualquer ‘palavra’ dita verbalmente em audiência ou em sustentações realizadas nos

tribunais”; significando “a instrumentalização dos atos processuais, mediante o uso da palavra oral, preferencialmente, sem a sua redução a termo nos autos.”.

Aparece, curiosamente, com bastante frequência, atrelada ao aspecto da imediação e da celeridade processuais, destacando-se nos discursos a idéia de que: “a oralidade é o instrumento que objetiva dar maior celeridade ao processo, pois as partes, ao invés de apresentarem defesa escrita, apresentam-na oralmente”; “trata-se de um mecanismo célere na condução da lide, por parte do julgador”; sendo certo que “o conceito de oralidade significa a introdução de fases no processo em que se privilegie o contacto direto do juiz com as partes”, bem como “a minimização das burocracias”.

Nesse contexto, a oralidade é vista, pelos advogados, como o instrumento que viabilizaria a rapidez do trâmite dos processos e que permitiria o contacto físico e direto entre o juiz e as partes, evitando a burocracia[10]. Ou seja, exatamente o inverso daquilo que sustentam os Juízes quando justificam os motivos pelos quais não consideram relevante a realização de audiências, por exemplo.

Portanto, no discurso dos magistrados, ao contrário, o que se verifica não é uma representação vantajosa do tema.

O conceito de oralidade, na visão dos juízes que entrevistei[11], possui uma vinculação direta com o tema da prova[12]. A oralidade é vista, pelos Juízes, simplesmente como um meio de prova a ser produzido no processo, na fase de instrução, isto é, em audiência. Todavia, como um meio de prova que atrapalha o curso do processo, por ser ineficaz, que dificulta a “distribuição da justiça” e que, ao final, impede que realizem um bom trabalho.

“Eu entendo a oralidade como sendo a própria produção da prova oral. Ela é a aproximação do juiz com a parte, do juiz com a testemunha ... mas, eu tenho uma visão um pouco restrita da oralidade. Para mim, oralidade é colheita de provas. O contacto da parte com o Juiz numa audiência de conciliação apenas, para mim, não retrata um aspecto da oralidade.”.

(Juiz titular de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Eu acho que, na prática, nem precisaria de oralidade. Em vara cível. Digo pelas varas cíveis. Isso se resumiria à fase de audiência. Como eu vou ficar fazendo uma petição inicial oral, contestação oral, uma réplica oral? Não tem cabimento, entendeu? Não sei a que se resumiria isso. Qual seria o benefício disso em Vara Cível? Tem tantas outras coisas que a gente pode fazer para diminuir o volume, para diminuir o tempo de processamento, sabe? A nossa lei permite um monte de recursos que não deveriam existir. Nossa, a gente espirra e dá uma decisão de qualquer besteira, vem agravo, agravo, agravo ... O processo fica um monstro por causa de todos os incidentes que vão acontecendo [...] até porque também, a nossa natureza está arraigada de provas, documentos, papéis [...] e também não é só isso ... é que é uma prova não muito útil

mesmo. A prova oral não é muito útil. Você perde tempo, 1h ou 1h e meia e não vem a contribuição que você quer”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Eu sei que há autores que defendem uma maior oralidade nos processos. Eu confesso a você que eu penso de forma diferente. Para mim, a oralidade é só nos casos estritamente necessários porque a oralidade ela acaba sendo um entrave para o normal prosseguimento dos processos. Não vejo a oralidade como algo necessário. Aliás, acho que pode ser até prejudicial”.

(Entrevista formal concedida por um Juiz titular de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Toda a rotina do Direito Brasileiro é baseada nos documentos e nas peças escritas. Não adianta. Essa rotina vem do Direito Português, é uma tradição, ao contrário do *common law*. É difícil você fazer um profissional do Direito sair de sua rotina. Então, o princípio da oralidade é consagrado, mas não tem aplicabilidade por causa dessa rotina, dessa tradição”.

(Entrevista formal concedida por um Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

“Eu acho que é um princípio válido, que tem os seus benefícios, só que eu acho que no nosso sistema processual, principalmente estando em uma Vara Cível, ele mais atrapalha do que ajuda. No processo civil mesmo, regido pelo Código, ele é um princípio que não funciona. Nós temos uma tradição de Direito escrito. É um princípio muito bem intencionado, mas acho que na prática ele não funciona”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

A prova oral é extremamente desvalorizada no processo civil tanto porque a “mentira” é o pressuposto vigente no sistema, quanto porque tal meio probatório é tido como subsidiário à escrita. Ou seja, os Juizes pressupõem que as pessoas vão ao Judiciário mentir, por estarem, necessariamente, comprometidas com alguma das partes, sendo, logo, “parciais”. Além disso, há um comportamento estereotipado que deve ser adotado por todos diante do Juízo, sob pena de desconfiança. Se, por acaso, as testemunhas - ou mesmo as partes - forem a Juízo e não confirmarem o que consta, por escrito, nos autos processuais, ou titubear, ou gaguejarem, quando perguntadas sobre os fatos que ensejaram a ação judicial, supõe-se que estão mentindo e,

conseqüentemente, desconsidera-se o seu depoimento. Assim, trata-se de uma prova ineficaz. É esta a concepção do campo.

“Na audiência deve-se confirmar oralmente as declarações já anunciadas por escrito [...] Frequentemente, a declaração oral não será mais que um evocar das escritas, uma referência às escrituras [...]”. (CHIOVENDA, 1938, p. 56)

“Se eu tenho um documento dizendo uma coisa e vem aqui uma testemunha que eu não sei nem quem é e me diz outra, é óbvio, eu vou acreditar no documento. A menos que essa testemunha seja muito, mas muito valiosa mesmo ... assim, que seja uma testemunha muito especial, se for uma testemunha comum não [...] teria que ser alguém de muita confiança mesmo, alguém por quem eu tivesse muita credibilidade.”

O fator preponderantemente influente na desvalorização da prova oral no processo civil, diz respeito, portanto, à descrença dos Juizes nos depoimentos prestados. Isso se dá porque, na concepção jurídica, a verdade não é revelada pelas partes, ela é desvendada pelo Juiz. A verdade jurídica está acima das partes e, portanto, as pessoas não podem contribuir para a sua descoberta. É próprio do sistema inquisitorial, cujas raízes se fazem presentes em nossos procedimentos, desqualificar e desconfiar do discurso dos tutelados. Mas este tema, embora relevante, não será aqui abordado.

O discurso de outro magistrado que entrevistei corrobora a idéia:

“Raramente eu me surpreendo com o que ocorre na audiência. Em geral, está tudo no processo. Você já sabe, na verdade, o que o cara vai dizer. Você sabe ... ele vai dizer o que está sustentando no processo. Se não é assim, ele vai ou mentir ou omitir ou dizer que não lembra. O ser humano é muito previsível, ele é previsível por natureza. Você sabe mais ou menos o que ele vai dizer. Aí, nesse sentido, o ato da audiência não serve muito. Por isso.”

(Juiz Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

A verdade é fruto dos operadores, cabendo às partes, apenas acatá-la. A oralidade não pode, portanto, operando neste sistema, ser categorizada como uma forma consensual de construção da verdade jurídica, pelas partes.

E aí surge uma questão recorrente: a necessidade de o Juiz ter um “feeling” para perceber quando a pessoa está falando a verdade e quando ela está mentindo.

A idéia dos Juízes como representantes e ministros da verdade (GARAPON, 1997) relaciona-se a esse fato e acaba por conformar esse sistema. Entende-se que o Juiz é uma pessoa com sensibilidades aguçadas e especiais, de modo que tem facilidade para enxergar as verdadeiras intenções do depoente e vislumbrar se o que diz é ou não verdade.

O discurso dos Juízes, em campo, coaduna essa lógica:

“A impressão pessoal do Juiz conta muito. Na verdade, também pode falhar porque é um ser humano. Às vezes você faz uma leitura de que uma pessoa deu um depoimento coerente e não é. Tem também a análise do depoimento junto com todos os demais fatores. O que a testemunha fala não é lei. Mas o Juiz, pela experiência, acaba sabendo. A gente acaba desenvolvendo um “feeling”. O Juiz tem que ter aquele “feeling” para valorar a prova oral. Para tanto, ele até adverte a testemunha de que tem o crime de prestar falso testemunho. O Juiz tem que ter o “feeling” para ver como é que está a colheita daquela prova e, inclusive, se for necessário, até fazer uma acareação, colocar uma testemunha na frente da outra. Eu nunca tive esse problema não, mas ... o juiz pode também fazer isso.”

(Juíza Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Desse modo, enquanto o processo buscar uma verdade transcendente, a ser revelada unicamente pelo Juiz, na decisão judicial – conforme se demonstrará mais adiante – e enquanto estiver fulcrado no princípio do contraditório (que exige a interferência de um terceiro na relação processual, com poder de autoridade, para escolher a tese prevalecente), as próprias partes envolvidas no conflito não chegarão a consenso algum e a sua participação ficará, necessariamente, condicionada à de terceiros, que elas representam, ficando silente a sua própria voz.

É também por isso que, na prática, se opta pela prevalência da escrita, que é tida como um meio de prova mais seguro. O discurso dos juízes, inclusive, aponta essa notória preponderância empírica da escrita no processo civil.

“Realmente, não há lugar hoje para aquele juiz de antigamente que fazia as audiências, falava ... Eu prefiro no papel, é muito mais produtivo. Enquanto no papel eu saneio dez processos eu talvez não consiga sanear nem a metade se eu tiver de fazer audiência. Não há lugar, simplesmente não há lugar para aquele juiz que conversa ali ... imagine se tivermos de fazer isso em todos os processos! Agora, o que a gente faz, o que a gente deve fazer? Bom, através do próprio processo eu despacho e peço esclarecimentos. Eu vou compondo a situação através dos esclarecimentos escritos dos advogados. Agora, há situações em que não há como prescindir dessa oralidade, mas só no caso em que há efetivamente a necessidade de uma prova oral. Senão, o escrito é muito melhor, muito mais produtivo.”

(Juiz em exercício em Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Além dessas questões, impõe destacar outro fator que, somente o “campo”, foi capaz de me fazer entender ou visualizar: os inúmeros significados que a oralidade possui dentro do próprio Direito; significados estes encobertos no discurso jurídico, que parece acreditar ser a oralidade uma categoria de dimensão única.

Os dados coletados durante a pesquisa demonstram que a oralidade se apresenta de diferentes formas no processo e que, por conseguinte, esta categoria jurídica requer sejam feitas algumas especificações (e distinções) que, por sua vez, nem a Lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência sobre o tema destacam; o que, aliás, reforça a necessidade de se pesquisar os institutos jurídicos conjugando-os à empiria, sob pena de não serem compreendidos por completo.

No momento em que se investigam os rituais e as práticas judiciárias, as inúmeras representações acerca da oralidade exsurtem com clareza e o discurso dos interlocutores, destacando as práticas, também as absorve.

Um exemplo disso já foi apontado: os advogados consideram-na como um mecanismo que atua em favor da celeridade processual, ao passo que os magistrados, ao contrário, absorvem-na, justamente, como um obstáculo à efetivação do princípio da celeridade.

O campo aponta, além disso, outras especificidades.

Uma modalidade de oralidade no Direito Brasileiro que a pesquisa de campo ajudou a perceber é a que acontece na 1ª instância e se caracteriza, basicamente, pela mera presença das partes, dos advogados e das testemunhas diante do Juiz, como ocorre nas audiências, onde a oralidade é reconhecida mesmo quando as partes e testemunhas – presentes fisicamente – não têm a oportunidade de falar.

A oralidade, na 1ª instância, é, pois, materializada através das audiências. Vale dizer que a presença física das partes, do juiz, das testemunhas ou dos advogados, por si só, não a define, tendo em vista que, muitas vezes, estão desvinculadas. Há muitos atos processuais que exigem apenas a presença das partes, estando estas na audiência e o juiz não (audiências conciliatórias). Há momentos em que o juiz está com os advogados na audiência e as partes não (audiência do art. 331). Há atos em que apenas as testemunhas estão presentes, sem os advogados e sem as partes (audiências específicas para a oitiva de testemunhas, quando realizadas, por exemplo, por via de carta precatória). E, mesmo assim, em todos esses casos, a oralidade se caracteriza, independentemente da presença física simultânea de todos os “atores” do processo.

Destarte, não é necessariamente a presença de todos os atores do processo no Tribunal que caracterizam a materialização da oralidade, entretanto, mais especificamente, a realização da audiência, em si, conforma, para o campo, a observância da oralidade no processo[13].

Outra modalidade de oralidade é, por exemplo, caracterizada na 2ª instância e se manifesta apenas internamente no âmbito do julgamento, ou seja, entre os operadores integrantes do cenário: os advogados das partes e os desembargadores. Nesta modalidade de oralidade, os desembargadores[14], por força de lei, permitem que os advogados das partes usem a palavra oral para defendê-las, desde que se atenham ao trato da questão em causa e às técnicas processuais a ela pertinentes, não havendo qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensada nesta fase.

Quer dizer, o significado das manifestações processuais orais na 1ª instância diverge, completamente, daquele da 2ª instância e, para a problemática da construção da verdade jurídica, a possibilidade de o sistema reproduzir lógicas discrepantes (e veladas) é bastante significativo, de modo que “esconder” as especificidades que diferenciam a oralidade, não contribui e não ajuda a entender o sistema em que ela se materializa.

Como visto, portanto, o princípio da oralidade não só possui definição dependente daquela exposta em relação aos subprincípios dele derivados, como também, atua sob distintas categorizações, que impedem uma conceituação única do tema, como a dogmática costuma sustentar.

4. A DESCONSTRUÇÃO DO IDEÁRIO DOGMÁTICO: INAPLICABILIDADE DOS SUBPRINCÍPIOS

Como demonstrado, a oralidade é definida pela doutrina a partir dos subprincípios que a caracterizam, sem os quais, o seu conceito não subsiste. São eles: imediatidade; identidade física do Juiz; concentração; e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Os procedimentos aqui descritos sugerem que, nos termos sustentados pela dogmática, nenhum desses princípios processuais se materializa.

O processo civil pode tramitar do início ao fim sem que a parte sequer compareça ao foro, ou seja, é viável, legítimo e jurídico que um processo transcorra do início ao fim sem que as partes jamais vejam o Juiz. A imediatidade, nesse sentido, não se manifesta, tendo em vista que a sua representação doutrinária demanda um contacto físico, direto, entre as partes e o Juiz, o que não ocorre. Nesse sentido, a empiria descarta a dogmática.

Na maioria das vezes – salvo na prova oral – o Juiz delega, inclusive, a função de conduzir as audiências e de analisar os autos processuais aos seus secretários, de modo que, nem sempre, as provas são, de fato, por ele sopesadas, avaliadas ou até mesmo deferidas ou indeferidas. A imediatidade está legislada, estando consagrada no art. 446, inciso II, que dispõe: “Compete ao juiz em especial [...] II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas [...]”, no entanto, ainda assim, sua materialização é descartada pelos Juízes:[15]

“Não acho que tenhamos que ter esse contacto pessoal com as partes não. Não acho isso importante para o processo. Para a parte o que importa é a sentença e não fazer audiências é uma forma de agilizar a produção[16] de sentenças. A maioria das ações são ações em que você não precisa nem da prova testemunhal. Poucas vezes a prova testemunhal influencia no processo. Veja você mesma: estou aqui com, o quê? Acho que aqui deve ter uns 40 processos. Desses todos só marquei audiência em três. Nos outros, não preciso ouvir ninguém, não preciso marcar audiência nem nada. Tudo é por escrito e isso não me impede de julgar adequadamente a lide.”.

No processo civil, o Juiz que profere a decisão nem sempre é o Juiz que proleta a sentença, tendo em vista as exceções previstas na própria legislação. O art. 132 do CPC, como citado, prevê as diversas hipóteses que excluem a possibilidade de a sentença ser prolatada pelo mesmo Juiz que colheu a prova oral. É certo, também, que o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que “em qualquer hipótese, o Juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”. No entanto, a carga de trabalho que afoga os Tribunais impede que eles realizem até mesmo as audiências corriqueiras, delegando-as a funcionários, quanto mais somar à rotina diária casos excepcionais. Isso, empiricamente, não ocorre.

Nota-se, daí, a relativização ao princípio da identidade física do Juiz, reconhecida, inclusive, por parte da dogmática. Laspro (1995, p. 124) descreve: “Dentro do atual sistema judiciário, a identidade física dessa forma aduzida seria verdadeira utopia [...]”.

As audiências não são unas e indivisíveis. O campo mostrou isso. É raro que na mesma audiência o Juiz decida sobre nulidades, incidentes, colha provas e ainda prolate a sentença. As audiências destinadas ao saneamento dos processos e ao deferimento ou indeferimento de provas vêm sendo delegadas, de forma que aos Juízes cabe, quase exclusivamente, presidir as audiências de instrução e julgamento, onde são colhidos pessoalmente os depoimentos orais das partes, testemunhas e peritos. De fato, na prática, as audiências de instrução sempre são presididas pelo Juiz. No entanto, a realização destas tem se restringido a casos excepcionais. A regra é não haver a produção de prova oral e, por conseguinte, não haver a audiência de instrução, resumindo-se o processo a um conjunto de atos escritos, delegados, que terminam na prolação de uma decisão judicial.

Como dito outrora, o processo tem-se limitado à troca de petições escritas entre os advogados e o Juiz, bem como a um ilimitado número de decisões judiciais escritas, muitas vezes proferidas por funcionários que, ao final, em algum momento determinado, acabam em uma sentença. Daí que a concentração de atos tem sido cada vez menos executada, fazendo cair por terra a previsão dogmática também deste princípio.

Por derradeiro, convém destacar que o princípio da irrecorribilidade das decisões judiciais - ainda estudado pela dogmática como um subprincípio sem o qual não se conceitua a oralidade - também não se concretiza. Aliás, este é o que menos se manifesta no processo civil brasileiro contemporâneo. O que mais há (e isto é amplamente divulgado como um tremendo obstáculo à celeridade) são recursos. Recursos estes que suspendem o curso do processo, atravancando-o até que seja

proferida uma decisão na seara recursal que permita a continuidade do processo em 1º grau de jurisdição. Desde o Código Processual de 1939 as decisões proferidas no curso do processo são passíveis de recurso (mandado de segurança e agravos, de instrumento e retidos). Falar em irrecorribilidade de decisões interlocutórias como uma característica crucial da oralidade é desconhecer minimamente os rituais judiciários.

Na verdade, melhor dizendo, ao que me parece, a dogmática descreve os institutos jurídicos desconsiderando a empiria e trata o saber jurídico como um campo abstrato do conhecimento, cuja pretensão é explicitar a forma como as práticas “devem ou têm de ser”, não como de fato são. Cuida-se de uma maneira peculiar de lidar com o conhecimento, voltada a categorizações ideais, não pragmáticas, tal como, por exemplo, se verifica no estudo da Filosofia.

Esta pode ser uma justificativa para o fato de o campo “teórico” do Direito desconsiderar que todas essas questões práticas aqui destacadas estão acontecendo e permanecer sustentando que o princípio da oralidade – garantia fundamental do processo - se configura a partir da materialização dos subprincípios que o suportam.

Os dados trazidos demonstram que tanto a legislação quanto as práticas judiciárias legitimam um processo do qual as partes, efetivamente, não participam. A integração dos maiores interessados na solução do conflito levado ao Judiciário – as partes - não se concretiza, empiricamente, no 1º grau de jurisdição. Sempre que possível, a sua representação é feita através de seus advogados e, igualmente, toda vez que se faz viável a adoção de práticas escritas no lugar de manifestações orais que permitiriam um diálogo ou um contacto entre todos os “atores processuais”, estas são apartadas em prol daquelas.

Um processo não transcorre sem a participação dos advogados; sem a participação do Juiz; sem a participação do perito; sem a participação dos funcionários; mas o seu curso se verifica, normalmente, sem a participação das partes, seja autora seja ré.

A presença física das partes no sistema processual vigente é absolutamente descartável e a audiência, característica fundamental da oralidade, transcorre perfeitamente sem o seu comparecimento.

Nesse contexto, a oralidade prestigiada na teoria é, ao revés, afastada. É certo que existem rasgos de oralidade no processo civil; existe uma participação efetiva do Juiz na condução do processo; existe um contacto físico dele com as provas e com os advogados; existem manifestações processuais orais; mas a intensidade com que essas manifestações ocorrem não é nada parecida ao que sustenta a dogmática, razão pela qual, alçar a oralidade à categoria de garantia, é desvirtuar e anular aquilo que se infere no cotidiano dos Tribunais.

É deveras prejudicial à oralidade o fato de as partes não atuarem na condução do processo. Elas são nitidamente afastadas da relação processual, exercendo um papel de mero espectador dos atos processuais. As partes, em nosso sistema, são representadas pelos advogados; suas falas são traduzidas pelos Juizes; seu comportamento é controlado; suas manifestações subjetivamente interpretadas; sua voz não é ouvida. Assim, as partes não partilham o processo com os demais atuantes, esperando a verdade ser ditada pelo Juiz; um terceiro que, através da sua convicção íntima, escolhe qual

versão dos fatos deve prevalecer (a do autor ou a do réu) na sentença. Um Juiz por mim entrevistado durante a pesquisa, esclareceu-me: “Verdade só tem uma. Você tem que buscá-la. Você usa os instrumentos jurídicos para dar a cada um o que é seu.”

A pesquisa apontou que “verdade” é aquilo que o Juiz diz que é na hora de julgar. Nesse sentido, a verdade no processo brasileiro é formada ao arbítrio das partes.

Na 2ª instância, fase recursal do processo, igualmente, os cidadãos são descartados, sendo inexistente a sua participação, o que se dá com ainda mais intensidade do que na instância inicial do processo.

Muitas vezes, os julgadores (vogais) desconhecem o processo que vão julgar e, mesmo assim, são capazes de, em minutos, reformar decisões proferidas pelos Juízes de 1ª instância em processos que levaram anos para serem instruídos.

Segundo ressalta Leonardo Greco (2005, p. 298-299), em “A falência do sistema de recursos”, os Tribunais imprimem cada vez mais mecanismos para emperrar o processo e não deixar as partes recorrerem, tentando atingir uma rápida prestação jurisdicional, sem lograr êxito, pois:

“Os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de discuti-las colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e votos dos seus próprios membros. O próprio STF naufraga nessa avalanche.”

Tudo isto aponta um fato curioso, ao menos, em minha opinião: o de que os Tribunais atuam independentemente dos cidadãos. Quiçá, *apesar* dos cidadãos, sendo este aspecto um importante dado para se pensar a crise de legitimidade desse campo.

O cotidiano dos Tribunais é normalmente constituído de rituais desconhecidos pelos cidadãos, e até mesmo pelos acadêmicos de Direito, que, embora com eles não sejam socializados, a eles têm de se curvar, o que cria um sério problema de legitimidade para este campo, que quer se impor a qualquer custo, sem, no entanto, dialogar com aqueles a quem se destina.

O campo do Direito está preso à idéia de que a verdade que as partes esperam é a sentença. Um Juiz por mim entrevistado disse-me isso literalmente: “O que as partes querem é a sentença.”. No entanto, ao revés, os dados mostraram que o diálogo e o consenso seriam o caminho que proporcionaria a construção de uma verdade consensual e a legitimidade do Judiciário. Muitas pessoas por mim entrevistadas disseram-me que, para elas, o mais importante, seria ter a oportunidade de se manifestar diante do Juiz.

Um magistrado por mim entrevistado durante a pesquisa, querendo justificar que o contacto dos cidadãos com o Judiciário não resolveria o problema da administração dos conflitos pelos Tribunais, acabou por descrever o contrário, manifestando-se:

“Essa questão da parte ter acesso direto ao juiz é lógico que é muito importante, mas ela não é a solução de todos os problemas não. **Às vezes a parte vem aqui e não está preocupada em convencer o julgador, ela quer aproveitar aquela oportunidade para convencer a outra parte de que ela que está certa** e isso não interessa. Ela tem que convencer o julgador, não a parte contrária. Então, você tem que intervir e mostrar a elas **‘vocês estão perdendo muito tempo porque o convencimento tem que ser do julgador**, não da parte, então, não adianta bater boca’. **A audiência para elas é uma catarse. As partes esquecem que não têm que resolver o problema entre elas. Elas acham que têm que falar entre elas o que querem; como estão com os seus advogados, sentem a liberdade para falar o que desejam; quando na verdade a finalidade do processo não é essa; é uma pacificação social através da concretização do Direito** e isso aí é um problema sociológico, não sei, uma assistência social, enfim ... Mas as partes aproveitam o encontro no Tribunal para fazer isso, discutir.”

Essa passagem guarda em si uma interessante contradição. Os Juizes estão de tal forma atuando mecânica e inconscientemente, que sequer percebem: o que fazem, para que fazem e por que o fazem.

O Direito não enxerga, mesmo quando é tão óbvio, que a finalidade do Judiciário é outra, que não pacificar conflitos sociais. Administrar o conflito entre as partes do processo, por via do consenso, já seria um importante papel a ser exercido pelos Tribunais. Se o Direito se contentasse com essa função, já estaria executando bastante bem o seu ideal.

O problema está, talvez, entre o que o Direito quer oferecer e o que a sociedade quer que ele ofereça. A narrativa contada pelo Juiz aponta que as partes queriam conversar e aproveitaram-se daquele momento com esse intuito. Entretanto, o Juiz, representante do Estado na administração do conflito, queria buscar a verdade e desvendá-la, através da sentença, sendo certo que, nesse objetivo, a participação das partes é descartada, de modo que o diálogo entre elas configura mais um empecilho do que uma solução.

Infere-se do discurso dos magistrados que as partes são, a todo o momento, afastadas da administração do conflito, que é transferida ao Estado, na pessoa do Juiz.

Nesse sentido, nota-se que a busca da verdade jurídica é um resultado a ser alcançado pelo operador do Direito - através do seu convencimento sobre as provas constituídas no curso do processo - e não pelas partes diretamente interessadas na solução do conflito levado ao Judiciário, por via de um diálogo consensual.

Por derradeiro, encerro este item com a manifestação de magistrados que apontam com clareza tanto a desconstrução do discurso dogmático quanto a relativização dos

subprincípios que, para não sustentar que são absolutamente inaplicáveis, vale dizer, têm, no mínimo, uma aplicação bastante tímida se comparada ao discurso dogmático.

“Eu só acho que no nosso sistema jurídico, com a quantidade de recursos que a gente tem e com a quantidade de incidentes que a gente tem, principalmente em varas cíveis, a oralidade fica bastante reduzida, bastante reduzida mesmo. O que o juiz pode fazer para que ela se materialize mais é em sede de audiência, mas é praticamente nulo o princípio da oralidade no processo civil, em varas cíveis. A gente não utiliza ele mesmo, você, certamente, vai ver isso na sua pesquisa. E eu acho muito difícil que venha a se implantar em vara cível o princípio da oralidade de forma mais intensa, pelo menos acho que nos próximos 20 anos isso realmente não vai acontecer”.

(Juíza titular de Vara Cível da Comarca da Capital)

“Um juiz hoje não pode se dar ao luxo de ficar fazendo as audiências porque as partes querem, ou ouvir todo mundo porque as pessoas querem falar. Não pode. Não pode. Ele pode dar uma bela sentença escrita. Ele pode ser uma pessoa excepcional; dar uma bela decisão. Mas se ele não tem pulso, se ele deixa que coisas inúteis se produzam no processo, ele, no fundo, está prejudicando a distribuição da justiça.”.

(Juiz em exercício em Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“O nosso código, ele não adotou o princípio da oralidade na sua pureza. Por quê? Primeiro, porque o art. 132 do CPC, apesar até de acolher a identidade física do juiz, diz quais são os casos em que esse princípio pode ser mitigado. Então, muitas vezes, aquele juiz que fez a audiência não vai ser aquele juiz que vai dar a sentença. O art. 132 prevê as hipóteses. A questão da concentração em uma ou poucas audiências, a gente vai ver isso mais especificadamente no procedimento sumário. Aí sim, o princípio da oralidade pode ser visto mais claramente. A 1ª vez que ele vem ao processo, ele já comparece em uma audiência. Mas mesmo no procedimento sumário, essa concentração dos atos ela também fica mitigada, porque se houver necessidade de provas, vai ter que se fazer outra audiência. O próprio procedimento fere esse princípio da oralidade. E a irrecorribilidade das decisões, isso não existe no nosso código. As decisões interlocutórias são passíveis de recurso. O nosso CPC não adotou o princípio puro da oralidade.”.

(Juíza titular de Vara Cível da Comarca da Capital)

5. CONCLUSÃO

“A via privilegiada para perceber uma cultura jurídica continua a ser, incontestavelmente, os seus rituais, visto que é através deles que ela se manifesta quase às claras.”. (GARAPON, 1997, p. 155).

Descrever as práticas judiciárias é, sem dúvida, uma importante forma de definir a subjetividade e a construção do saber e da verdade de uma determinada cultura (FOUCAULT, 2003).

Imbuída dessas concepções, percebi que o estudo do Direito estava demasiado restringido aos manuais de procedimentos e que as práticas cotidianas dos Tribunais não estavam na pauta de discussões desse campo do saber. Compreendi que era necessário entender como a nossa sociedade administra os seus conflitos rotineiramente.

Ao fazer isso, focalizando o estudo do Princípio da Oralidade, aplicado ao processo civil, percebi que, com efeito, os discursos dogmático e empírico são como retas reversas, que, jamais, em ponto algum, se encontram, por estarem em planos absolutamente diferentes. Ocorre que, transpondo essa lógica matemática ao Direito, vê-se que, na verdade, o problema está exatamente no fato de que não se trata de planos diversos! A teoria e a empiria não deveriam ser planos tão distintamente considerados, mas apenas formas diferentes de manifestação do conhecimento e, como tal, por partirem e partilharem do mesmo objeto – o Direito – não poderiam se relacionar como se fossem retas reversas, sendo este, pois, um problema sério desse campo, especialmente no que diz respeito à legitimidade que o Tribunal espera ter diante da sociedade.

A nossa cultura jurídica, com efeito, representa a coexistência de um “direito formal pouco aplicado e de um direito consuetudinário nunca formulado”. (GARAPON, 1997, p. 179).

A oralidade está subjugada no nosso sistema judiciário e, na minha hipótese inicial de trabalho, ela poderia ser um importante instrumento de aproximação entre os Tribunais e os cidadãos. Ocorre que, no choque com o princípio da celeridade, a oralidade perde e, diante disso, vem sendo, cada dia mais, pelas práticas, descartada, cabendo, ao cidadão, nada mais do que se sujeitar às decisões judiciais, ainda que elas sejam tomadas sem a sua participação e sem considerar o seu efetivo pleito.

Fundamentalmente, creio que a principal questão que envolve o tema da oralidade, nesse contexto, diz respeito à constatação de que neste sistema não há processo consensual de formação da verdade jurídica, pois, nas palavras de Kant de Lima (2004-a):

“Os fatos descritos não são construídos pelo acordo sistemático entre as partes litigantes, mas são fruto das representações obrigatoriamente contraditórias delas, registradas nos autos através das interpretações que as autoridades judiciárias fazem a partir da perspectiva dos participantes – operadores jurídicos, partes ou testemunhas – quando reduzem a termo os atos processuais. Assim, sempre uma tese (oposição) perde e outra ganha: não pode haver consenso.” (KANT DE LIMA, 2004-a, p. 14)

Nesse sentido, o processo civil brasileiro se apresenta predominantemente de forma escrita e, mesmo os rasgos de oralidade que perduram na legislação são, empiricamente, por força dos rituais, tolhidos e, em sendo assim, a administração dos conflitos é imposta à sociedade, através da decisão judicial, de modo que, em não sendo legitimada pelos interessados, o conflito é devolvido do Judiciário para a própria sociedade, em vez de ser solucionado (KANT DE LIMA, AMORIM, BURGOS, 2003).

A ausência de comunicação é característica de sistemas jurídicos que abrigam procedimentos inquisitoriais e de “consensualização minimizada”, inexistindo, por conseguinte, uma ética discursiva no campo do Direito (AMORIM, KANT DE LIMA, BURGOS, 2003).

Diferentemente do que se infere no modelo da *common law*, onde a “oralidade, a explicitação e a literalidade” são a força condutora do processo, aqui no Brasil as partes são excluídas da discussão do conflito que lhes diz respeito (KANT DE LIMA, 1996). A verdade é, pois, fruto da interpretação do julgador a respeito dos fatos que a ele chegam em forma de versões contraditórias.

Garapon (1997, p. 213-214) chama a atenção para a necessidade cada vez mais premente de participação ativa dos cidadãos na administração dos conflitos sociais:

“a justiça deve esforçar-se em criar novas maneiras mais dialogadas e participativas para garantir a ordem social [...] é o uso público da palavra que hoje é exigido. É certamente o sujeito político, o cidadão, que é solicitado e não o indivíduo. E isso só é possível na condição de reconhecê-lo como autor de uma palavra própria, capaz de ser dita, de promover convenções [...]”.

Tenho a sensibilidade – despertada pela pesquisa - de que enquanto o Direito se utilizar dos seus próprios mecanismos teóricos para buscar o aprimoramento do seu sistema, as mudanças não se efetivarão.

O princípio da oralidade poderia ser um instrumento eficaz a proporcionar uma nova forma de administração dos conflitos pelo Judiciário, legitimada pelo consenso, mas, por enquanto, por mais paradoxal que possa parecer, a oralidade está restrita aos papéis impressos nos manuais da dogmática.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica**: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, introdução.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann

(Org.). **Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil:** ensaios interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003, introdução.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei Agostinho. **O juiz na audiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. O Direito a partir de um outro olhar: as contribuições da antropologia na pesquisa jurídica. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.21, p. 43-66, dez. 2007.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n.1/2, p. 94-113, nov. 1992.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Processo sem autos:** oralidade no processo. Curitiba: Juruá, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 41-64, maio 1938. Rio de Janeiro.

CUNHA BARRETO. Oralidade e Concentração no Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 65-76, maio 1938. Rio de Janeiro.

DAMATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? In: _____. **Carnavais, Malandros e Heróis:** para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 139-193.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____ ; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France**: deux cultures juridiques distinctes. França: Odile Jacob, 2003.

GAULIA, Cristina Tereza. O Princípio da Oralidade na Lei nº 9.099, de 26/9/1995 – Uma Releitura Substancialista. In.: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: A Constituição como *Locus* da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 511-524.

GEERTZ, Clifford. O Impacto do Conceito de Cultura sobre o Conceito de Homem. In: _____. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 45-66.

GOODY, Jack. **Domesticação do Pensamento Selvagem**. Lisboa: Editorial Presença Ltda., 1988.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Massangana, 1983. p. 89-116.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n.1/2, p. 94-113, nov. 1992.

_____. **A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Pluralismo jurídico e construção da verdade judiciária no Brasil: inquirição, inquérito, júri. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: territórios da língua portuguesa – culturas, sociedades, políticas, IV, 1996, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, set. 1996, p. 165-171.

_____. **Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, p. 49-59, 2004-a.

LEAL, Vitor Nunes. Ignorância, rotina e chicana – os três maiores inimigos do Processo Oral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 251-254, maio 1938.

LIMA, Lana Lage da Gama. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999.

MORATO, Francisco. A Oralidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 141-148, maio 1938.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Oralidade e Tradição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 93-95, maio 1938. Rio de Janeiro.

SANDERS, Barry. A mentira em ação: Chaucer se torna autor. In: OLSON, David R.; TORRANCE, Nancy. **Cultura escrita e oralidade**. São Paulo: Ática, 1995, p. 123-141.

[1] A expressão dogmática equivale à doutrina jurídica, que, no Direito, significa “o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o objetivo meramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com o escopo prático de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação” (Diniz, 1994:284). Na verdade, em síntese, pode-se dizer que a dogmática é um normativismo, inspirado na teoria positivista Hans Kelsen.

[2] Oralidade como garantia da parte a um processo justo: ver GRECO (2005).

[3] Tive a oportunidade de verificar – através do discurso de alguns operadores do campo – que, na prática, a oralidade não tem correlação com um processo democrático. Destaco um trecho de uma entrevista concedida por uma magistrada, que assim se manifestou: “Acho que a presença mais permanente da oralidade no processo não facilitaria o alcance de um processo mais democrático. O processo democrático é aquele em que todos têm acesso a tudo e têm todos os meios de prova ao seu alcance. Se a gente enfatizar o princípio da oralidade, esses meios de prova vão ser muito reduzidos. Então, eu acho que não tem uma coisa a ver com a outra. Acho que até prejudicaria um pouco. Se bem que, não sei, não sei como isso seria implantado em sede de varas cíveis propriamente. Mas se fosse como ocorre em juizados, acho até que aqui, em vara cível, atrapalharia, não seria uma forma democrática não. E digo isso não por causa da demora, mas por causa da pobreza das provas orais.”

[4] Em estudo realizado especificamente sobre a aplicação da oralidade nos juizados especiais, Tereza Gaulia (2003) afirma: “O princípio da oralidade deve antes de privilegiar a palavra falada, assegurar o direito de fala do cidadão, e mais, assegurar sobremodo o *dever de escuta* de seu juiz natural.”. (grifou-se). A magistrada vê o princípio da oralidade – nos juizados - como o instrumento que sedimenta um DEVER de serventários e juizes de ouvir o cidadão, tendo em vista que, a seu ver, o sistema especial da Lei 9.099 pretende permitir que o cidadão possa expressar “suas dores e mazelas comuns ao juiz.”.

[5] Os autos processuais são a representação física do processo. É o conjunto das peças do processo, correspondendo à sua efetiva materialização. Guedes (2003) menciona que os autos possuem “demais de um valor real, palpável e quantificável, outro imaterial, intangível e simbólico, um valor ‘sagrado’, que ultrapassa sua finalidade imediata e prática. Como representação gráfica do litígio, é cercado na sua formação por normas e formalidades [...]”.

[6] O formalismo aparece como fruto do processo escrito, no entanto, reputo relevante destacar que, mesmo a oralidade, quando aplicada no processo, é repleta de exigências formais. Há toda uma “etiqueta” exigida pelo campo para que as manifestações orais sejam realizadas. Por exemplo, a parte tem de chamar o Juiz de Excelência e, além disso, tem assento específico. Se um advogado, em uma sessão de julgamento no Tribunal de Justiça, desejar esclarecer para o Desembargador Relator do seu processo algum fato que tenha ficado obscuro, precisa pedir a palavra ao Presidente da Câmara, pronunciando, necessariamente, a expressão “Pela ordem, Sr. Presidente”. E, aqueles que não se atêm a essas normas, são veementemente repreendidos, como se tais regras fossem de conhecimento público e somente pessoas desqualificadas não as conhecessem; o que parece absurdo, tendo em vista que as pessoas não são socializadas para entender o Direito e as suas regras, tão próprias e peculiares.

[7] Tereza Gaulia ressalta que “[...] somente a partir desta nova fórmula, é que o Magistrado passará a estar mais próximo dos problemas sociais da comunidade em que atua, uma vez que conseguirá, através da multiplicidade de problemas e conflitos cotidianos da população, em primeiro lugar, vivenciar a alteridade, que os gabinetes e a própria estrutura corporativa do Judiciário impossibilitam, e, em segundo plano, reconhecer as aflitivas situações que se abatem sobre as pessoas comuns.”. Embora não seja, diretamente, o assunto que me propus a tratar, o final da manifestação da magistrada sugere uma idéia - de certa forma presente no campo do Direito - de que os juízes não são “pessoas comuns”.

[8] No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metuculoso e calculado dos autos, mas sim do diálogo franco e aberto entre o julgador, as partes e as testemunhas, de modo que o livre convencimento do magistrado apareça firmemente enraizado à situação concreta posta sob sua apreciação, e não decorra de alguma reflexão fria sobre “o que se disse que é a causa [...]”. Ver: REIS, Nazareno César Moreira. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis Federais . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 373, 15 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5439>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

[9] CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 329) chamam a atenção para a inaplicabilidade desses princípios na prática judiciária: “[...] certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais.”.

[10] A problemática da burocracia – tida como inerente aos processos escritos - aparece, também, nas entrevistas realizadas com os juízes, destacando-se o seguinte trecho de uma que me foi concedida por um Juiz titular de uma das Varas Cíveis da Comarca do Rio de Janeiro: “O sistema é burocrático, tem muito papel. Foi feito para burocratizar tudo. Mesmo quando você quer fazer coisas para simplificar, às vezes não consegue. Por mais que você tente, você não consegue só com boa vontade. Eu já cheguei a essa conclusão há muito tempo, você não consegue um resultado melhor só com a sua vontade pessoal.”.

[11] A pesquisa, como adrede asseverado, foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo que, mais especificamente, observei as práticas efetivadas nas Varas Cíveis da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

[12] Esta representação assimila a idéia constante na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil que mitiga a oralidade, tornando-a prevalecente apenas em audiências onde seja necessária a produção de prova oral.

[13] Chiovenda (1938, p. 177) explicita “[...] dizer processo oral é designar a ‘audiência’ como o campo de ação das partes e do juiz [...] dizer oralidade é quase o mesmo que dizer concentração.”. Gonçalves de Oliveira (1938, p. 93) destaca que o processo civil, por ser misto, tem uma base escrita e uma oral, sendo esta materializada na audiência. De igual sorte, Cunha Barreto (1938) e Antonio Pessoa Cardoso (2002) ressaltam, respectivamente, “oralidade e concentração são a mesma coisa” e “oralidade significa concentração”. A concentração é, justamente, o subprincípio configurador da oralidade que consiste na realização da audiência. A concentração se configura por

“colocar o juiz em contacto com as partes, testemunhas, peritos, não como se processa no regime da escrita, onde este contacto existe de modo inexpressivo [...] é um contacto real, no qual o juiz colhe, com sua experiência, sangue frio, bom senso e agudeza de observação, a emotividade dos gestos e das palavras, podendo aquilatar sua sinceridade.” (CUNHA BARRETO, 1938, p. 202).

[14] São denominados desembargadores os magistrados que atuam no Tribunal de Justiça do Estado.

[15] Outra exceção ao princípio da imediatidade se verifica na colheita da prova testemunhal através de carta precatória. Quando a testemunha reside em outra Comarca, ela não é obrigada a comparecer ao Juízo onde o processo tramita para prestar depoimento. Nesses casos, o Juiz que conduz o processo solicita, mediante carta precatória, a um Juiz da Comarca onde reside a testemunha, que a ouça e colha o seu depoimento, registrando-o em ata a ser reencaminhada ao Juízo onde originalmente tramita o processo (art. 410, inciso II do CPC c/c arts. 202 a 212 do CPC).

[16] Atualmente, é comum a preocupação do Judiciário com as estatísticas. Trata-se de uma nova forma empresarial de administração da Justiça que vem sendo implementada sob a coordenação da Fundação Getúlio Vargas. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro existe o projeto de **implantação do sistema de gestão da qualidade e certificação ISO 9001**.

O MAL-ESTAR DO DIREITO: TEOLOGIA PEDAGÓGICA, PENSAMENTO DOGMÁTICO, SIMBOLISMO DESPÓTICO E FETICHE PROCESSUAL * **

LAW AND ITS DISCONTENTS: PEDAGOGICAL THEOLOGY, DOGMATIC THOUGHT, DESPOTIC SYMBOLISM AND "PROCEDURAL FETISH"

Caleb Salomão Pereira Silva

RESUMO

Resumo: O Direito foi acometido de um mal-estar decorrente da negação e mesmo da contenção de seu potencial utópico e emancipatório. Essa sensação se acentuou a partir da percepção da incapacidade da Modernidade de materializar seus compromissos de progresso e ordem num ambiente de fraternidade e solidariedade. Instrumento fundamental da Modernidade, o Direito foi arrastado e submetido a um processo de aprisionamento no seu mundo construído dogmaticamente à luz das instituições romano-católicas, numa primeira onda, e dos filosofemas e epistemas iluministas, posteriormente. Sua estrutura e sua crise estão ontologicamente associados (i) ao caráter teológico da metodologia pedagógica prevalecente nas instituições de ensino jurídico, (ii) ao racionalismo promitente de certezas supostamente alcançáveis por meio de ritos formalísticos esvaziados da essência teleológica do Direito, bem como (iii) a uma perversa mercantilização da produção do saber jurídico após a segunda transferência de responsabilidade: na Modernidade migrou da Igreja para o Estado, na contemporaneidade saiu do Estado para a iniciativa privada. Essas migrações, promovidas a partir de uma ótica desprovida da ética que o valor do Direito demanda, têm corroído as potencialidades emancipatórias do Direito e retirado do ser humano, seu sujeito, as possibilidades de sua instrumentalização para a construção de uma sociedade sã.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: TEOLOGIA – PEDAGOGIA – MODERNIDADE – ENSINO JURÍDICO.

ABSTRACT

Abstract: Law has been attacked by an illness arising out of the denial and even the restraint of its utopian and emancipative, latent power. Such feeling is emphasized beginning at the sense of incapacity experienced by the Modernity in accomplishing its commitments towards progress and order in an environment of fraternity and solidarity.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Fundamental tool of the Modernity, Law has been dragged and subordinated to a process of imprisonment in its world dogmatically built firstly from the standpoint of the Roman-Catholic institutions, and later of the philosophical statements and knowledge that bloomed with the Illuminism. The framework and crisis of Law are ontologically united to (i) the theological vein pertaining to the pedagogic methodology that persists in the institutions of juridical education, (ii) to the rationalism that promises certainties supposedly reachable by means of ritual acts idealistically empty of the teleological essence of Law, as well as (iii) to a vicious commercialization as to the origination of juridical knowledge after the second transfer of responsibility: by the time of the Modernity, it migrated from the Church to the State, in the Contemporaneity, notwithstanding, it left the State and moved to the enterprise. Such migrations, fomented by a sight destitute of ethics which the worth of Law claims for, have consumed the emancipative potentialities from Law and taken from human being, its subject, the possibilities of its instrumental character for the composition of a healthy society.

KEYWORDS: KEY-WORDS: THEOLOGY – PEDAGOGY – MODERNITY – JURIDICAL EDUCATION.

Introdução

Mal-estar é substantivo definido por Houaiss[1] como *sensação desagradável de perturbação do organismo; indisposição que não chega a configurar doença; incômodo, indisposição*. Noutro sentido, diz-se que é *estado de inquietação, de aflição mal definida; ansiedade, insatisfação*. Na compreensão do senso-comum, há mal-estar quando algo não vai bem, no sentido shakespeariano ou não; quando há um sentimento de incompletude, de baixa realização e, em muitos casos, de subexploração das potencialidades capaz de gerar sentimento de impotência, de incapacidade para gerir os próprios recursos e habilidades.

Na literatura há dois momentos de acertado uso da expressão para traduzir a sensação de “mal-estar existencial”. O primeiro desses usos se deu na obra de Sigmund Freud, cujo título definitivo em alemão é *Das Unbehagen in der Kultur*. O substantivo alemão *Unbehagen*, vertido para o português[2], nos leva a *mal-estar*. Partindo do original alemão e da versão inglesa da obra, nominada *Civilization and its Discontents*, o leitor em português conheceu a obra intitulada *O mal-estar na Civilização*. Segundo Zygmunt Bauman, a obra veiculou reflexões de Freud sobre a *modernidade* e suas promessas, seus verdadeiros compromissos e suas conseqüências (BAUMAN, 1998, p.7). Bauman, assim como Freud, aproxima ontologicamente as expressões-fenômenos *Modernidade* e *Civilização*, chegando mesmo a afirmar que *civilização moderna* é uma expressão pleonástica, numa redundância originada da confusão ontológica entre substantivo e adjetivo.

Essa confusão semântica é eloqüente e faz-nos refletir sobre a Modernidade como movimento fundador do que se conhece como *civilização ocidental*, com todo o seu aparato de ordem e controle dirigido pela idéia de progresso e calcado nos postulados da

razão. Freud referia-se à cultura e à civilização ocidental manipulando símbolos da Modernidade e demonstrando o desconforto existencial decorrente da preeminência dos valores por ela cinzelados nos dois séculos que antecederam sua obra.

Do próprio Bauman partiu o segundo uso da expressão, o que se deu no trabalho denominado *O mal-estar da pós-modernidade* acima referida. Se Freud diagnosticou o *Zeitgeist*[3] europeu no começo do século XX, identificando a substituição da primazia da sociedade pela valorização extremada do indivíduo, sensibilizando-se com os eflúvios emanados da sociedade de homens da qual fazia parte e que se preparava para o exercício da barbárie, Bauman critica os extremos do individualismo enganoso e lança argutos olhares para o tempo presente, marcado por percepções do esgotamento e de insuficiência dos valores modernos, o que lhe valeu o epíteto adjetivo de *pós-modernidade*.

Na *modernidade* diagnosticada por Freud, após o exaurimento de suas expectativas e o esvaziamento da esperança por ela insuflada, restou um *pós*, uma sensação de algo irrealizado, de incompletude; uma *modernidade incompleta*. Esses mal-estares têm se apresentado em escala global, confirmando as impressões desoladoras de Freud e as reflexões crítico-descrentes de Bauman, ora se esgueirando pelas frestas da cultura de massa, ora desorganizando as comportadas intenções de controle sóciopolítico institucionalizadas pelos aparelhos estatais. Sempre, porém, marcando com certo amargor o banquete providenciado pelos arautos da racionalidade luminosa que têm conformado a história da humanidade.

O Direito, considerada sua conformação moderna desenvolvida ao longo do último século – consolidando os ideais dos séculos XVII a XIX –, quando seu caráter positivista foi exacerbado na composição dogmática até do constitucionalismo, movimento essencialmente político que eclodiu anti-dogmático, não se manteve imune às causas do mal-estar, seja aquele diagnosticado por Freud ou seja aquele assistido pela sociedade que ingressou no século XXI. Sua ontologia, calcada em valores organizacionais e teológicos militares e eclesiásticos, deu ao Direito feições compatíveis com os apelos e compromissos da Modernidade, realçando seu viés conservador da ordem como promessa de progresso, *lato sensu*.

O apego aos *dogmas*, tão caro ao rígido mundo eclesiástico, assim como o apego à *ordem*, fundamento também do universo militarista, incrustou-se na superfície do Direito moderno de maneira tão envolvente que todos os espaços de multiplicação do saber jurídico, no Brasil inclusive, permaneceram esterilizados por um discurso dicotômico entre o mundo sóciopolítico conservador e repressor e o universo jurídico-dogmático, supostamente asséptico e objetivamente imparcial. A transposição da crença em dogmas jurídicos se deu como fenômeno conseqüente da substituição das milícias nobiliárquicas e também da Igreja pelo Estado como ente ordenador das sociedades. O mimetismo político entre Igreja e Estado não fugiu à fina percepção de pensadores como Carl Schmitt (2006, p. 35), que categorizou:

Todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido da teologia para a teoria do Estado, à medida que o D'us onipotente

tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática, cujo conhecimento é necessário para uma análise sociológica desses conceitos.

O pensamento revelado na passagem acima é pressuposto do presente trabalho, no qual se considerará que, realmente, a teoria do Estado nascente do século XVIII absorveu conceitos teológicos, além de militares, e também que, sendo o Direito o elemento estruturante e regulador desse Estado, as estruturas axiológica, teológica e metodológica da teologia chegaram ao Direito por meio de uma *teologia política*. Confirmando as aspirações deificantes do racionalismo, mesmo com o advento dos filosofemas iluministas o Estado e seu Direito não perderiam essa característica.

Sabe-se que até o século XVIII as autoridades monárquicas e aristocráticas das sociedades européias atribuíam os processos de *reprodução do saber* às autoridades eclesiásticas. Igualmente, é do senso comum que o desmonte iluminista do século XVIII provocou a transferência dessa atribuição para o Estado. Sendo o Estado de Direito o resultado da construção político-teórica dos filósofos iluministas, muitos deles doutrinados a partir das metodologias escolásticas, alguns afinados com a teologia de então, conseqüente lógico foi o surgimento de uma *teologia política*, organizadora das novas instituições a partir de velhos modelos, inclusive o conciliarista que inspiraria o constitucionalismo (SKINNER, 1996, p.397), e também de uma *teologia pedagógica*, constituída pelo caráter permeável das instituições ditas laicas responsáveis pela ação pedagógica sob controle do Estado, que – sem tradição em processos pedagógicos, se viram induzidas a emprestar do clero seu *know-how* educacional, de perfil doutrinador e totalizante. A práxis pedagógica do universo laico necessariamente incorporaria elementos axiológicos e metodológicos da teologia, elegendo como seu *télos* também o doutrinamento dos discípulos, senão nos dogmas religiosos, nos novos dogmas que interessavam aos novos detentores do poder político.

Decorrencia dessa teologia pedagógica perceptível no mundo do Direito tem sido a própria estruturação da relação ensino-aprendizagem, objetiva e subjetivamente considerada. Nessa relação, sobressai-se um simbolismo despótico, derivado do pretense domínio exclusivo de um sobre o universo do saber jurídico – hermético, distante, dogmático – do qual o outro tenta se abeirar. A analogia com o sacerdote – íntimo de Deus e conhecedor das verdades sacrossantas – é inevitável, no nível lingüístico e também metalingüístico. Como sói acontecer em relações despóticas, o conhecimento transmitido é hermético e dogmático, razão da segurança do *mestre* que somente franqueará o acesso ao conhecimento àqueles que se submeterem à sua condução segura e promissora de libertação da ignorância jurídica.

Revelação desse cenário pedagógico *jesuítico* é a proeminência, no meio jurídico-educacional brasileiro, das disciplinas que tratam dos instrumentos de promoção e garantia dos Direitos. Há uma conformação intelectual – com suporte acadêmico-institucional e mercadológico-editorial – que reconhece valor no destaque conferido ao *direito processual* em detrimento, inclusive revelada na carga horária nos cursos de graduação em Direito, do *direito material*. A ortodoxia jurídico-educacional encontrou, no *direito processual*, o seu fetiche esterilizante da reflexão política, capaz de justificar, pelo abandono do enfoque zetético e valorização do enfoque dogmático, o esvaziamento do Direito de seus valores humanos: o processo importa, podendo por meio dele,

inclusive, negar o próprio Direito material que se sabe pertencente à parte litigante. A substância, antes de ser garantida pela forma, muitas vezes é, por ela, negada.

Essas quatro reflexões – (i) perpetuação do modelo teológico de relacionamento presente no ensino do direito, decorrência inevitável da teologização dos métodos políticos e pedagógicos ocorrida mesmo no Estado laico, (ii) a valorização do pensamento dogmático em detrimento do pensamento zetético como fio construtor de um Direito que diz perseguir o equilíbrio social, (iii) o poder simbólico que deriva da postura sacerdotal dos profissionais de Direito que se tornam professores de Direito, o que freqüentemente conduz à abusiva *violência simbólica* no ambiente pedagógico e (iv) o direito processual como revelação de um fetiche dogmático que esvazia de sentido político, pelo apego à simples forma, uma ciência que tem sua origem na política: o constitucionalismo, freqüentemente na história tido como gênese da Lei Magna, é um movimento social e político por excelência – orientarão a construção do pensamento que será exposto nas linhas seguintes.

A metafísica teológica, é inegável, está entranhada na concepção moderna do mundo, apesar dos esforços racionalistas dos renascentistas e dos iluministas, cuja luz não ofuscou o flerte do homem com a idéia de divindade e submissão. A constelação de valores exibida no universo jurídico não ilumina a contento o caminho que trilham os atores da formação jurídico-educacional.

1 Teologia pedagógica: *liturgias* e educação

A rabugice bem-humorada de Arthur Schopenhauer levou-o a escrever, em meados do século XIX: “Quando observamos a quantidade e variedade dos estabelecimentos de ensino e de aprendizado, assim como o grande número de alunos e professores, é possível acreditar que a espécie humana dá muita importância à instituição e à verdade.” (2007, p. 19). É provável que algum arguto observador tenha dito ou venha a dizer, analogamente, diante do grande número de igrejas, que a espécie humana é verdadeiramente religiosa e confere especial *status*, em seu comportamento social, aos princípios éticos de suas religiões. Talvez nenhuma das duas hipóteses seja verdadeira, mas é correto afirmar que os dois tipos de estabelecimento dedicam-se a práticas semelhantes: doutrinar os seus freqüentadores.

D’us poderia receber, aqui, unicamente tratamento metafórico diante de figuras símiles, em poder, conhecimento e presença, como o rei, o bispo, o burocrata graduado e o professor, este considerado o detentor das *luzes do conhecimento*. Antes das analogias possíveis, contudo, importa atentar para o fato de que a própria visão humana dos deuses é metafórica. Às narrativas fabulosas da Bíblia – em especial aquelas contidas no Pentateuco -, e também àquelas frutificadas no helenismo, o próprio homem já ofertou interpretações *heréticas*, a exemplo de Feuerbach (1982, p. 105), para quem o “verdadeiro sentido da teologia é a antropologia”, não havendo diferença entre os predicados do ser divino e os predicados do ser humano, sendo eles, D’us e homem, idênticos.

Esse entendimento conduz-nos a outro, igualmente elaborado por Feuerbach, desta vez ao desenvolver seu conceito de *alienação* denunciando a troca de papéis entre criador e criatura, a partir da qual as qualidades humanas são alienadas nas qualidades divinas e por meio da qual o homem atribui aos deuses características que lhe são próprias, conferindo-lhes caráter de onipotência. O homem, assim, não se bastaria como ser pretensamente onipotente, sendo necessário exteriorizar no *Outro* as suas próprias qualidades. Partindo dessas premissas, Karl Marx diria que o segredo da religião é a humanidade, e não um D'us transcendente (*apud* MORRISON, 2006, p. 292), síntese que denuncia uma imbricação ontológica entre Criador e Criatura.

Essa correspondência ontologicamente biunívoca certamente conduziu o homem a teologizar – em homenagem a si ou em homenagem a si visto na figura do *Outro* – suas relações com o próximo. Evidentemente, a analogia pretendida para demonstrar essa transferência de modelo organizacional das instituições ganha realce quando consideramos religiões e sociedades monoteístas, sem nos esquecermos de que o Direito Romano – base metodológica do Direito Canônico – e as instituições do Império Romano, com suas estruturas de poder e de gestão que viriam a inspirar o mundo europeu, em especial a Igreja Católica, possuíam um caráter centralizador e absolutista mesmo tendo se originado de uma sociedade politeísta.

A construção da sociedade europeia deu-se sobre postulados teóricos cujos modelos conformaram as sociedades colonizadas, e esses postulados podem ser identificados com (i) o Império Romano e sua assombrosa influência no território europeu, (ii) os efeitos de seu declínio, que permitiu o *renascimento* de específicas autonomias político-ordenativas em certas regiões da Europa e (iii) a ereção de um modo particularmente novo de organização social estribado em conceitos eclesiásticos, tendo a Igreja Católica como centro de poder. A própria razão iluminista, causa futura da erosão dos fundamentos teológicos explicativos da sociedade, com seus vícios intrínsecos voltados ao atendimento dos interesses de uma determinada ordem social, é tributária desses conceitos, a exemplo do *conciliarismo* que guiou parte dos séculos de hegemonia católica e que fez perceber o potencial do movimento assemblear, de caráter político-civil, posteriormente denominado *constitucionalismo* (SKINNER, 1996, p. 394).

Nas reformulações dos Iluministas, inspirados por pensadores católicos medievais – a exemplo de Guilherme de Occam, Jean Gerson e Huguccio –, presente estava a percepção de que o Estado nascente, cujo desenho era ensaiado nas cidades-estado italianas, pressupunha a existência de autoridades (HOMEM, 2006, p. 47). A autoridade suprema no período que mediou entre o declínio do Império Romano e o advento do Iluminismo, passando pela ascensão e queda do Estado Absolutista, era D'us, cuja existência e mandamentos conferiam legitimidades às figuras de poder, a exemplo do Rei.

Da figura de autoridade centralizadora, sabe-se, não estava imune nem mesmo o conceito de democracia, pois, embora a semântica sugira, o *povo* em sua expressão maior dela não fazia parte. António de Sousa Macedo – em *Armonia Política dos Documentos Divinos com as Conveniências de Estado: Exemplar de Principes no Governo dos gloriosissimos Reys de Portugal*, de 1737 – demonstrou o conceito de Estado nos setecentos: “Um Estado não é outra coisa senão uma sociedade de muitos homens debaixo de um Rei [que é a monarquia] ou de principais [que é a aristocracia],

ou de toda a multidão [que é a democracia].” (*apud* HOMEM, 2006, p. 47). Esse desenho hierárquico – militarista e eclesiástico por excelência – moldaria a organização institucional do Ocidente, com ecos em todos os continentes a partir do colonialismo europeu. Todas as instituições estatais que dominariam o mundo ocidental haveriam de amoldar-se a essa geometria.

A Igreja Católica Apostólica Romana converteu-se no principal agente do poder na Alta Idade Média com seus representantes postando-se como porta-vozes do *Todo-poderoso*. A imagem de representantes de D’us adquiria especial força ao se pensar no medo existencial e espiritual e na ignorância secular que então dominavam as mentes. A Igreja desenvolveu, assim, não apenas uma teologia, mas um modo de gerir as sociedades sobre as quais impôs seu tacão com mitra. Posteriormente, quando a razão teológica sucumbia ante os apelos da razão Renascentista e, pouco depois, também ante os abalos causados pelos teoremas e filosofemas do Iluminismo, as instituições religiosas, monárquicas e aristocráticas, assistiram ao seu desmantelamento e várias atribuições anteriormente reconhecidas à Igreja foram transferidas para as novas instituições moldadas sob a forma da Modernidade. Exemplo desse fenômeno incluiu as atividades de *educação*, que passaram à responsabilidade do Estado com o advento das revoluções seiscentistas e setecentistas.

O rigor da doutrinação religiosa aplicado pela Igreja em seus tempos de hegemonia sempre foi visto como eficaz, especialmente quando se depara com a portentosa obra educacional da *Companhia de Jesus*, cuja envergadura se inseriu na cultura ocidental sob formas não apenas devocionais. Os jesuítas desenvolveram metodologia própria para a sua pedagogia de conteúdo confessional e secular, com métodos que se revelaram frutíferos e pelos quais se tornaram “insuperados na história da educação” (BARZUN 2002, p. 66). Insuperados na história se tornaram também sob outras formas, na obra educacional da Companhia de Jesus, cuja em. Ensinando matérias seculares e também a doutrina da Igreja, os jesuítas moldaram a pedagogia ocidental, direta e indiretamente, imprimindo às suas ações pedagógicas um perfil litúrgico aplicado tão eficientemente no doutrinamento pedagógico como o fizeram no doutrinamento teológico. Veja-se o registro do historiador Jacques Barzun (2002, p. 66):

Os jesuítas fundaram centenas de escolas. Na Europa de meados do século XVII havia mais escolas e alunos do que em meados do século XIX. Com efeito, logo se ouviram queixas de que havia escolas demais para a população. A todos os jovens, ricos ou pobres, eram facultados os méis para frequentar a escola, e os méritos do sistema não tardaram a ser comprovados na galáxia de brilhantes espíritos que ele produziu. De Descartes a Voltaire e mais adiante, um considerável número de filósofos e cientistas foi educado pelos jesuítas.

A disciplina própria da doutrinação para o ensino e preservação da fé católica inspiravam a dedicação ao ensino e aprendizagem do conhecimento secular, de modo que o próprio ato de ensinar, a *ação pedagógica* em sentido lato, desenvolveu processos similares ao ato de evangelização, em seus pressupostos metafísicos e em sua reprodução

do *argumento de autoridade*: Deus, padre e professor se confundiam, assim como as atividades se misturavam. A julgar pelos resultados, ainda que aferrados à *liturgia* eclesiástica da pedagogia que desenvolveram e emprestaram às instituições educacionais após o seu declínio, os esforços educacionais dos jesuítas – ainda que carregado de opressão simbólica – contribuíram para a transformação de seu mundo, conforme nota Barzun: “Alguns desses brilhantes alunos dedicar-se-iam depois a abalar os dogmas que tinham tão bem aprendido; tornaram-se os líderes do Iluminismo do século XVIII, para quem a Igreja era a ‘coisa infame’ que eles deveriam esmagar” (2002, p. 66).

Os reflexos da ação pedagógica jesuítica, não obstante seu caráter eclesiástico e conservador, criaram bases intelectuais que – mesmo preservando a estrutura simbólica de poder no ambiente pedagógico, à qual se fez referência linhas acima – permitiram a eflorescência de idéias libertárias.

Católica ou protestante, a pedagogia que transitou da Baixa Idade Média para a Idade Moderna ganhou colorações ambíguas, pois continha em sua metodologia os rigorosos elementos litúrgicos próprios dos seus principais atores – quase sempre mestres com formação teológica e estudantes com ânsia de inserção e ascensão social – e também a *vontade* de conferir à pedagogia um caráter libertário, de perfil *messiânico* tanto na mensagem quanto na conduta do seu portador. Exemplo dessa pretensão pedagógica libertária contida num ambiente religioso e conservador, portanto autoritário no sentido eclesiástico – é a obra *Emílio* ou *Da Educação*, de Jean-Jacques Rousseau, na qual o autor busca definir a educação apropriada para os cidadãos – a terminologia aqui é específica, pois se tratava de uma proposta republicana para o Estado nascente. Tratando a religião como paixão, em seus escritos Rousseau lembra que dois terços da humanidade não são cristãos, nem judeus, nem maometanos, para concluir que Deus não pode ser possessão exclusiva de qualquer seita ou povo, revelando idéias libertárias que conduziram *Emílio* à condenação pelo bispo de Paris.

No Brasil ecoaram as principais idéias sobre doutrinação religiosa, pela Igreja, e doutrinação pedagógica secular, pela Igreja inicialmente e depois por entidades laicas. Uma sociedade submetida a um governo colonial agravava certos aspectos autoritários de ambas as iniciativas de doutrinação, resultante da mentalidade portuguesa que tratava a possessão como “a fazenda do rei” (SKIDMORE, 1998, p. 44). Aqui também, no século XVI, os jesuítas “se tornaram a influência católica dominante pelo seu controle da educação (suas escolas eram chamadas *colégios*) e sua criação de missões indígenas” (SKIDMORE, 1998, p. 45). O sistema colonial organizado externa e internamente – respectivamente, a partir de Portugal e com o apoio da elite ansiosa para obter favores do Estado – era orientado pela idéia de que a educação em massa não era possível nem desejável. Segundo Skidmore, “a idéia da educação como um investimento em capital humano, que estava começando a se firmar nos Estados Unidos e na Europa ocidental, era totalmente desconhecida” (1998, p. 46).

A confluência de esforços e interesses privados fizeram eclodir, a partir do século XVIII, uma crise do sistema colonial com profundos reflexos no perfil da sociedade brasileira, atingindo em cheio as instituições educacionais e as práticas pedagógicas coloniais. Um partidário do despotismo esclarecido – Sebastião José de Carvalho e Melo, Conde de Oeiras, em 1759, e depois Marquês de Pombal, em 1770 – implementou grandes mudanças no Reino Português, incluindo suas colônias, incluindo

sua coleção Portuguesa arqual com profundos reflexos no perfil da sociedade brdos e na Europa ocidental, era totalmnia. Seu projeto de secularização da política, cujo fim era a colocar os assuntos das monarquias católicas acima dos interesses da Santa Fé (VAINFAS, 2000, 378), levou ao alijamento da Companhia de Jesus do centro de influência religioso e educacional também no Brasil, num processo que afastou o protagonista mas preservou os métodos, apesar dos esforços de autores com pendores pedagógicos como Luís Verney, cuja obra *O Verdadeiro método de Estudar*, de 1746, em muito contribuiu para por fim à hegemonia jesuítica. Considera-se que este fato – a transferência, para o Estado, da responsabilidade de educar os brasileiros – marcou o surgimento do *ensino público* no Brasil.

Jovens colonos filhos da elite brasileira voltavam da Europa embriagados pelas idéias iluministas. Esse fato criou no Brasil – especialmente na província mineradora de Minas Gerais – um cenário propício às tensões que marcaram a colônia nos fins do século XVIII e início do XIX. As pressões exercidas pelos filhos da elite aliadas ao tormentoso ambiente europeu causado por Napoleão aceleram as transformações na colônia, que cresciam no mesmo ritmo das tensões entre a elite brasileira e seus senhores em Lisboa. Efeito claro das transformações porque passava a Europa, com marcantes influências no Brasil, foi o deslocamento da família real portuguesa e parte de sua corte que, chegando ao Brasil em 1808, contribuíram para o desenvolvimento de uma nova sociedade. Já em 1808 foram fundadas duas faculdades de Medicina – no Rio de Janeiro e na Bahia – e em 1827 as duas faculdades de Direito, em São Paulo e Pernambuco, na cidade de Olinda.

Nesses embriões do ensino superior no Brasil seria gerado o núcleo da futura burguesia local (SKIDMORE, 2000, p. 61). E neles se veria, ao longo dos séculos, a reprodução, qual um atavismo filosófico, das estruturas e metodologias pedagógicas que marcaram – positiva e negativamente – a história da educação, vincadas por um apelo *teológico* em sua forma e pretensão. O Direito, por seu objeto e potencialidades políticas desde sempre dissimuladas, sucumbiria ao modelo pedagógico tradicional, que o instrumentalizaria com o escopo de formar a elite brasileira, os quadros profissionais do Governo e para a reprodução dos valores caros à classe dominante.

2 Cientificismo e Razão: A Reprodução do Saber desidratado e o Direito na Gaiola Dogmático-positivista

A fragmentação do conhecimento em especialidades técnicas que se seguiu às formulações iluministas, com o reforço das doutrinas positivistas, emoldurou a educação superior numa instrumentalidade voltada para a realização dos desígnios individualistas e materialistas. Essa *instrumentalidade* foi forjada sem que se perdesse de vista o potencial catequizador da ação pedagógica. Assim como a prática pedagógica jesuítica visava a preparar os homens da *terra brasilis* para o serviço de Deus e o serviço d'El-Rei (PAIVA, 2000, p. 44), visava também à reprodução da visão católico-lusitana.

Decerto o mais destacado aspecto teológico das práticas pedagógicas identificadas na fase *religiosa* – jesuítica e pluriconfessional – da educação brasileira, bem como na fase pública, é aquele que prometia aos responsáveis pela sua implementação uma tranqüila reprodução dos valores e da mentalidade que *conservava* a sociedade em seus paradigmas favoráveis à promoção de interesses exclusivistas. Esse aspecto foi percebido por Paulo Freire como “um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e os educadores os depositantes” (FREIRE, 1987, p.58), a partir do que ele desenvolveu seu conceito de *educação bancária*; e por Louis Althusser, inspirado nas contundentes reflexões de Karl Marx, como um dos *aparelhos ideológicos do Estado*, que não se confunde com o *aparelho repressivo do Estado* (ALTHUSSER, 1985, p. 67), pois não funcionam pela violência propriamente dita, mas sim através da ideologia, numa bem engendrada forma de reprodução de padrões culturais. Esse conceito seria reelaborado por Pierre Bourdieu (2004, p. 9).

De fato, o pensamento francês formularia o conceito de *violência simbólica* para designar a ação pedagógica de um poder arbitrário como escopo de impor um *arbitrário cultural*, isto é, um valor eleito por certo grupo de poder como incontestável, como axiomático, como um *dogma* (BOURDIEU et PASSERON, 1982, p. 20). Depositava-se, nos educandos, os arbitrários culturais por meio da violência dissimulada praticada por um dos *aparelhos ideológicos do Estado*, os meios educacionais. Essa formulação conceitual, em que pesem ressalvas de cunho ideológico, é bastante apropriada para a necessária crítica às metodologias impostas aos processos educacionais no interior dos cursos de Direito.

Visto como a *positivação* da política com fins de organização e controle social, o Direito, no Brasil, encontrou na formulação de um saber dogmático, abrigado sob proteção dos princípios da legalidade, um indispensável instrumento de (i) desidratação do seu caráter político e (ii) de conservação das estruturas de poder que viabilizavam a imposição de certo modo de organização social. A opção epistemológica dos sistematizadores do ensino jurídico no Brasil, desde o princípio, não fugiu, em primeiro lugar, do molde derivado do Direito Romano e do Direito Canônico, e posteriormente, da perspectiva iluminista inspirada na filosofia moderna positiva e voltada para o conhecimento científico-instrumental.

O ensino jurídico local saiu, então, de um cenário no qual a política cultural da metrópole lusitana inibia qualquer “iniciativa que pudesse significar algum apoio à criação literária e científica”, sendo que “nenhuma instituição educacional e cultural tinha guarida e até modestas tipografias eram proibidas” (SEVERINO, 1999, p. 58), para um cenário emoldurado pelo racionalismo científico de feição naturalista, “uma espécie de idolatria da ciência, desprovida do necessário senso crítico” caracterizando o “cientificismo vulgar que também teve vigência no Brasil” (CRUZ COSTA *apud* SEVERINO, 1999, p. 61).

Assim, como saldo da *modernidade* tardiamente conhecida, o ambiente cultural no qual amadureceram os cursos jurídicos no Brasil emparedou o conhecimento de Direito, engaiolando-o a partir de um modelo constituído sobre as ruínas de um sistema canônico de educação e de uma visão científica *sem senso crítico*:

[...] pode-se dizer que o embate cultural mais amplo que se configura no Brasil a partir de 1930, é aquele que compõe a cosmovisão católica tradicional. Estas são as duas referências básicas que servirão de parâmetro para as discussões de fundo da cultura brasileira, podendo-se observar então que, enquanto a cosmovisão católica atua em regime de resistência, a visão científica vai se impondo cada vez mais e impregnando todos os setores da vida social e cultural do país. (SEVERINO, 1999, p. 62).

Os pressupostos epistemológicos da racionalidade derivada do positivismo – que antecederam a sistematização promovida por Augusto Comte – fundaram-se num todo de regras e técnicas cuja gênese está no método experimental-matemático da ciência. Esse modelo de racionalidade importado por nossa elite cultural lusitana repete todos os vícios e virtudes já conhecidos na Europa, aqui agravados por condições socioeconômicas depauperadas econômica e culturalmente.

O Direito estava contido no *paradigma da modernidade*, “um projeto ambicioso e revolucionário, mas também um projeto com contradições internas”, cuja “ousadia de um propósito tão vasto contém em si a semente do seu próprio fracasso” (SANTOS, 2000, 50). Segundo esse mesmo autor, as promessas de progresso material concomitante com libertação individual e coletiva na modernidade foram reduzidas quando sua trajetória se enredou no capitalismo que emergira no século XIV (SANTOS, 2000, 119), algo que atingiu profundamente o modo de conceber a educação – inclusive no Direito – e os próprios processos de produção normativa, na medida em que o apelo por *ordem* como elemento indispensável à preservação dos interesses da capital conduziu à prevalência da *regulação* sobre a *emancipação*.

Boaventura Santos, identifica no paradigma da modernidade uma tensão entre duas formas principais de conhecimento que conduziriam o homem do estado de ignorância ao estado de saber; no conhecimento-emancipação a trajetória sairia do estado de ignorância denominado *colonialismo* dirigindo-se para o estado de saber denominado *solidariedade*. No conhecimento-regulação o estado de ignorância é o *caos* e o estado de saber é a *ordem*. Segundo o autor: “A hegemonia do conhecimento-regulação significou a hegemonia da ordem, enquanto forma de saber, e a transformação da solidariedade – a forma de saber do conhecimento-emancipação – numa forma de ignorância e, portanto, de caos.” (SANTOS, 2000, 119). A rigidez exigida pelo senso de ordem encontraria no positivismo o meio propício à proliferação do pensamento acrílico.

A salutar tensão entre *regulação* e *emancipação* identificada por Boaventura de Souza Santos certamente se originava do conflito entre mudança e conservação de certos paradigmas sóciopolíticos. Com a primazia de um paradigma sobre o outro – especificamente, do paradigma moderno-positivista, o qual *desidrata* a ciência dos seus componentes humanísticos – assistiu-se à opção, a partir do Estado moderno e seu modo de produzir o Direito, por um modelo de interação com as fontes sociais do Direito baseado num enfoque *dogmático*, afeito à introdução de axiomas jurídicos como que numa repetição dos construtos teológicos e religiosos de outrora.

Remetendo o leitor à divisão já clássica de Theodor Viehweg, deve-se observar que a opção se deu por um modelo de produção e ensino do Direito que privilegia a

investigação de um problema a partir do aspecto *resposta*, num enfoque denominado de *dogmático* e favorável à instalação e preservação dos dogmas, em detrimento do aspecto *pergunta*, num enfoque denominado *zetético*, hipótese em que “aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica” (FERRAZ JR., 1994, p. 40).

À toda vista, o enfoque *dogmático* exsurtiu como instrumento adequado à reprodução dos valores já incrustados nas estruturas dominantes da sociedade que elegeram a propriedade e o modo de produção próprio do sistema capitalista como seus guias normativo-reguladores. Noutra percepção, o enfoque *zetético* foi preterido porque sua natureza perquiridora comungava com os objetivos e pressupostos do *conhecimento-emancipação* referido.

O Direito, por essa via, tornou-se hospedeiro da ideologia dominante de caráter ora liberal, ora autoritário, mas em todo momento voltado ao atendimento dos interesses exclusivistas em prejuízo das políticas de caráter mais abrangente, democrático e social. A ideologia do Direito assim construída fez surgir o que se tem designado como *senso comum teórico dos juristas*, a traduzir as “condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escrituração do Direito” (WARAT, 1994, p.13). Esse *senso comum teórico* – de matriz racional-positivista cujo método exclui de suas equações tudo o que não seja experimental-matematicamente demonstrado – encontrou seu *habitat* a partir das formulações justeoréticas do início do século XX e que marcaram as discussões desenvolvidas no *Debate de Weimar*, quando o positivismo jurídico, liberado por Hans Kelsen, recebeu oposição de diferentes propostas metodológicas, marcando um conflito cuja origem inequívoca estava na “crise, então patente, sobre os pressupostos, método e sentido das ciências humanas, em geral, e do Direito, em particular.” (BERCOVICI, 2003, p.86). Gilberto Bercovici (2003, p. 86) trata da conhecida crise da Teoria do Estado vivida pelos alemães nas primeiras décadas do século XX, e seus efeitos sócio-jurídicos – que perdurariam nas décadas seguintes – estão delineados no seguinte excerto:

O positivismo jurídico de Gerber e Laband esqueceu-se do substrato social do Estado, impondo o método jurídico como o único possível. Embora fosse privilegiado o rigor científico, todos os problemas concretos da Teoria do Estado foram banidos como metajurídicos. A impossibilidade de aplicação do método para Heller ficava evidente: se o método positivista fosse levado realmente a sério, tornaria impossível uma disciplina como a Teoria do Estado.

A fabulosa construção teórica de Kelsen, e de outros teóricos juspositivistas, efetivamente concebeu o cenário propício ao desenvolvimento de um senso comum teórico, dominante no Direito, que refutou as abordagens do Direito fora do seu método. O Direito, de feições *positivas*, se prestaria ao enrijecimento dos dogmas liberais, como se deu, elidindo-se o anacronismo, nos tempos de ataques da burguesia às monarquias européias por meio do Constitucionalismo, impedindo que o exercício de enfoques zetéticos flexibilizassem a sólida construção teórica que sustenta o Direito contemporâneo.

Esse sectarismo que se instalou no Direito, alijando as reflexões *interna corporis* de valores metajurídicos, censurou abruptamente o caráter emancipatório que nele naturalmente se poderia entrever a partir das considerações de que o Direito é receptáculo, é depositário dos anseios políticos de uma dada sociedade politicamente organizada. Capturado, em sua origem, por estruturas de poder que reconhecem sua importância para a fixação das regras de ordenação social, o Direito se vê engaiolado numa cela de dogmas cuja imutabilidade vem assegurada pela educação jurídica que se organiza na reprodução destes dogmas e que se realiza por meio de ações pedagógicas concebidas para afastar a problematização necessária sobre a *raison d'être* contemporânea do Direito, que deveria enfatizar seu caráter emancipatório. Ensimesmado em seu dogmatismo, o Direito permite que sobre ele sejam feitas reflexões críticas tão contundentes quanto verdadeiras, como a que se segue:

Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – ‘o senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios a ocultar o componente político da investigação das verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder. (WARAT, 1994, p.15)

O pensamento político brasileiro nutriu-se dessa tensão entre um Direito asséptico, desidratado e dogmático, escamoteador de sua gênese, de seu meio e de seu fim, e aquele Direito que se sonhou emancipador, que estabeleceria uma relação simbiótica com a política, que se manteria permeável pelos anseios sociais, superando o conservadorismo liberal, estático o suficiente para evitar ameaças ao *status quo*, que marcaria o pensamento hegemônico brasileiro.

Conforme se disse acima, o caráter teológico do Estado aspergiu suas concepções no Estado, no Direito e na própria pedagogia do Direito. Ilustra bem esse pensamento político, no caso brasileiro num momento de transformações sociais e políticas do século passado, os comentários feitos por Francisco C. Weffort sobre um dos formuladores das políticas do Estado Novo, Oliveira Viana, que “não apoiava a ditadura pela ditadura; antes se enquadrava na ‘visão ibérica de inspiração católica [...] uma visão leiga da sociedade e da política, embora informada por valores ligados à tradição católica medieval” (WEFFORT, 2006, p.270). Oliveira Viana, aliás, reconhecia a influência das encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno* na sua atuação no Ministério do Trabalho do Estado Novo (WEFFORT, 2006, p. 271). Sem qualquer crítica de cunho religioso, o destaque se faz unicamente com o objetivo de sublinhar o perfil teológico das ações do Estado, que não excluía as ações pedagógicas no campo do Direito, ações estas que construiriam uma ortodoxia jurídico-educacional capaz de atuar como agente fossilizador do próprio Direito.

3 Simbolismo despótico: o poder simbólico em sala de aula

Para obnubilar a percepção do positivismo jurídico, calcado na dogmática do Direito, como uma forma inacabada de epistemologia das regras de conduta e organização social e humana, indispensáveis se mostrariam, desde os primórdios da pedagogia do Direito no Brasil, estratégias semelhantes àquelas adotadas pelos religiosos que doutrinavam os fiéis nos dogmas centrais da fé, cuja implementação visa ao afastamento das dúvidas. Nesse sentido, certos mitos comporiam as fundações da pedagogia que reproduziria os valores jurídicos, a exemplo dos mitos da certeza e da neutralidade e imparcialidade do Direito.

Se a liturgia do ensino religioso exigia a disciplina inspirada pela história, postura e aspecto onisciente do clérigo, nada mais apropriado para a práxis da metodologia pedagógica tradicional e para a reprodução dos dogmas nas mentes e corações dos futuros *operadores do Direito* do que a presença de um ser que encarna aquelas mesmas qualidades. Se o clérigo representava, na pedagogia teológica, as instituições divinas e o próprio Deus, traduzindo o *verbo* numa linguagem hermética e autoritária, porque dogmaticamente inquestionável, na pedagogia jurídica indispensável seria o docente capaz de, numa linguagem hermética e enigmática, porque igualmente dogmaticamente inquestionável, reproduzir os *arbitrários culturais* constituídos pelas instituições a quem serve, desde as instituições ditas educacionais até o Estado.

Essa analogia pretendida entre teologia e política, teologia e Direito e, por conseqüência, entre liturgia religiosa e pedagogia teológica com a pedagogia do Direito serve também para nos fazer lembrar do Direito como um fenômeno androcêntrico, tendo no homem, em gênero, seu principal protagonista, justamente porque a sociedade também assim se revela. Sob o ponto de vista ontológico e legislativo, interpretativo e educacional, o Direito baseia-se nas premissas divinas de onisciência e onipotência, repetindo uma característica da cultura ocidental judaico-cristã, na qual se sobressai o poder simbólico do patriarca, do *pater familiae* e da Divindade, sempre conferindo um caráter *falocrático* a toda a estrutura jurídico-estatal, numa repetição das estruturas militares e eclesiásticas. Esse caráter certamente deriva do fato anotado por Boaventura de Souza Santos: ‘Para além de ocidental e capitalista, a ciência moderna é sexista’ (SANTOS, 2000, p.87).

A teologia contida nessa pedagogia de feições androcêntricas, mesmo quando protagonizada por representantes do sexo feminino, ganha contornos fenomenológicos que se expressam pela instituição de processos de ensino e aprendizagem calcados numa pressuposta expressão de poder do *ensinante* como decorrência de sua também pressuposta superioridade existencial, a ser ratificada além dos muros da instituição de ensino. Pode-se afirmar que mais que em outro curso superior, no Direito ocorre mesmo um abuso daquela prática de considerar apto ao exercício do processo de ensino – e somente deste, já que se esquece que se dá um processo de mão dupla nos fenômenos educacionais – um profissional bem sucedido em suas atividades jurídicas, do qual se presume que, *por saber fazer, poderá saber ensinar*. Dessa presunção, entre outros

fatores, decorre a falsa inferência de que os *profissionais do Direito* estão preparados para o sensível processo educacional. A prática desautoriza a presunção.

Essa ratificação tem como necessária, para credibilidade do processo educacional, que o docente incorpore o *arquétipo do guerreiro vitorioso*: saindo de seu gabinete ou escritório, o bem-sucedido profissionalmente advogado, promotor de justiça, procurador, defensor ou magistrado, dirige-se ao templo do ensino em seu bólido reluzente e chega à sala de aula embevecido pelos símbolos do poder, consciente de que ele próprio encarna esse poder, simbolizando-o, ao ostentar poder econômico e social – obtido a partir do jogo de poder que o Direito permite – e receber do Estado e da Sociedade uma fração de seu poder.

No ambiente próprio para o exercício da ação pedagógica, adota um professoral discurso positivista calibrado por uma bem encenada crença no mito da certeza, da imparcialidade e da neutralidade do Direito e seus agentes. Ali, diante de tanto simbolismo – utópico, litúrgico, lingüístico etc. -, seu censurável distanciamento da realidade social se esfumaça; diante daquele ser absolutamente superior, num ambiente constituído para viabilizar acriticamente a reprodução do *sensu comum teórico dos juristas*, toda reflexão questionadora é inibida, todo enfoque zetético tornado herético, o aluno vê materializar-se – ainda que sem compreender – o conceito de Bourdieu e Passeron: “Toda ação pedagógica é objetivamente uma violência simbólica, enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbitrário cultural.” (BOURDIEU e PASSERON, 1982, p.20).

O professor, se olhasse para sua atividade docente com os olhos dos dois autores por último referidos, ver-se-ia como parte de um sistema de ensino que é “capaz de dissimular sua função social de legitimação das diferenças de classe sob sua função técnica de produção das qualificações” (KIPPER, 2001, p.146), pois conforme Bourdieu e Passeron, também citado pela autora, “cada agente, sabendo ou não, querendo ou não, é reprodutor de ações que são produto de um *modus operandi* do qual ele não é o produtor e nem tem o domínio consciente” (KIPPER, 2001, p.148).

Essa estrutura de reprodução de valores está a serviço, ao mesmo tempo em que é orientada, de uma crença dogmatizante segundo a qual o Direito e suas estruturas estão aptos a promover a Justiça, e os que atuam no Direito – verdadeiros *sacerdotes* do saber jurídico – teriam a capacidade de dotar de certeza o bruxuleante e incerto mundo jurídico. Revela-se, também na crença da capacidade do Direito de gerar certezas, seu caráter teológico e reforça a simbologia do poder contida no exercício das funções jurídicas: aquele homem, engravatado, bem-sucedido intelectual e financeiramente é um representante da fonte primária de certezas, ele é figura semi-divina. O aluno, aprendiz de *homem-de-certezas*, anseia por obter do professor a certeza jurídica, tanto quanto o fiel almeja receber o consolo pelas palavras dogmáticas do sacerdote e, em última instância, do próprio D’us. Esse perfil divinizante conferido ao Direito ao longo dos séculos, e que atingiu o ápice no positivismo dogmático, impôs os que ousam desenvolver o processo de “ensinagem”[4] do Direito uma dura realidade: seus “fiéis”, de modo geral, não almejam aprender, mas tão somente ser “ensinados”.

Por vezes, a postura dos alunos em sala de aula assemelha-se à dos fiéis ante o sacerdote, à das ovelhas ante o pastor: exibem necessidade de certezas, de condução, e não de uma construção dialética de respostas possíveis ante a realidade fática e seus

efeitos jurídicos. Por exemplo, uma aula que fuja dos tradicionais métodos didático-expositivos, baseada em estudos de casos, com o docente abstenendo-se de professar sua opinião de autoridade e de sublinhar a opinião dominante nos tribunais sobre o assunto específico, certamente causará grande insatisfação na maioria dos alunos, pois não terão saciada sua *segurança jurídica*, por certezas. O senso comum teórico que circunda e envolve o Direito e seus processos de ensino e de aprendizagem são contrariados se a simbologia teológico-jurídica contida na figura do professor não realizar as expectativas de certezas.

4 Processo como *fetich*e e consumação dogmática

Num dos surtos de radicalismo propiciados pelos ideais iluministas, surgiram teses que defenderiam a abolição dos profissionais do Direito como forma de preservar as leis das deturpações das interpretações (RODRIGUEZ, 2005,p.57). Seyés, com seu élan revolucionário, formulou reflexões sobre a substituição das *gens de loi*, pois os Códigos – outra iniciativa radical iluminista – falariam por si diante dos *júris populares*. Tal não se deu, e os profissionais do Direito, vulgo *operadores do Direito*, se converteram nos destinatários e intérpretes dos enunciados normativos, operando o Direito especialmente no campo instrumental estruturado por normas e no âmbito de um dos poderes do Estado. De fato, no desenvolvimento da organização do Direito como *ciência social aplicada*, erigiu-se um valor inegociável: o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos cidadãos. Além de *traçar a norma de conduta*, a um outro poder do Estado se reconheceu o monopólio da função pacificadora a ser exercida diante das situações litigiosas (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.6).

Segundo a processualística italiana, lide é o conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, ocasião em que o Estado é chamado a aplicação à lei ao caso concreto, seu objetivo imediato, e restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a paz da sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.6). O *processo* é o método desenvolvido pelo Estado para o exercício de tão nobre função, valorizada às alturas depois de ameaçada pelo pragmatismo democrático dos iluministas franceses, conforme comentado. E a este método – do qual derivam as normas processuais, dentre as quais muito se destacam aquelas de natureza civil, que recebem o nome de *formais* ou *instrumentais*, em apoio àquelas ditas *materiais* ou *substanciais* – as linhas abaixo dedicarão algumas reflexões.

Em nome da *ordem jurídica justa*, que tem caráter material, diga-se, de modo intermitente, ao longo dos tempos, certas disciplinas jurídicas têm exibido notável, conveniente e adulada hipertrofia. O caso do *processo civil*, contudo, é realmente raro, especialmente porque se apropria de dois valores reconhecidamente lógicos e fundamentais – a saber: a efetividade da tutela do Direito e a finalidade do processo – e desenvolve-se dentro de si mesmo, num deplorável eclipsar, em termos acadêmicos, das abordagens do Direito material e de temas metajurídicos, essenciais, é certo, para melhor preparar as *gens de loi*. Saber derivado, que se posiciona como adjetivo das disciplinas substantivas que compõem a ciência do Direito, tem adquirido grandeza absolutamente proporcional à inaptidão administrativa e legislativa dos poderes constituídos.

Os Direitos, materialmente considerados, de qualquer dimensão e com destaque para aqueles de natureza fundamental e social, não recebem do Poder Executivo a atenção prometida, e os Legisladores se esmeram em demonstrar grande vocação ao arbítrio quando legislam sem a bússola constitucional. No Judiciário, há décadas assiste-se a um demorado e genérico *pedido de vistas*, o que levou à criação – como parte do próprio Poder Judiciário! – de um Conselho Nacional de Justiça, supostamente concebido para reduzir os apelos nem sempre bem-intencionados por um *controle externo do Judiciário*.

Arqueando sob filosofemas e epistemas juspositivistas, o Processo é autopoietico, no sentido *luhmanniano*, em termos de dogmas que balizam seus procedimentos. Ao encontro dessa assertiva, vai o termo *fetichê* aplicado no título deste capítulo. Ilhado em pretensas e exageradas importância e auto-suficiência, o *processualismo* se dogmatiza naturalmente, uma vez que seu exercício está embebido de duas *certezas* dogmaticamente concebidas pelo Direito positivo a partir do enquadramento epistemológico positivista: a objetividade e certeza do próprio Direito e a imparcialidade do aplicador, o Poder Judiciário.

Dessa crença fetichista derivam evidências de onipotência ou, no mínimo, de certeza e conveniência de uma atuação alheia ao sistema sóciopolítico. A síndrome do sacerdote – isolado em seu claustro e, portanto, alheio ao seu entorno, mas *discursivamente* fiel a D'us – é revelada na ontologia do processo, pois sua vocação para a pacificação social parece não ser condicionada, aos olhos de muitos de seus teóricos, pela sociedade no qual ele opera e sobre a qual gera seus efeitos só processualmente, e não materialmente, considerados.

Fornida por uma bem aparelhada indústria editorial, abrigada sob benesses fiscais de expressiva potência e duvidosa utilidade prática, uma vez que os livros técnicos da área jurídica são dos mais caros no mercado editorial, essa disciplina dominou de tal forma o cenário jurídico-educacional que se assistiu a uma inaceitável, mas eloqüente e reveladora, inversão: o acessório superou o principal, o adjetivo suplantou o substantivo, o instrumental tomou o lugar do material.

Expressando eloqüentemente uma ignorância humanística, as instituições de ensino jurídico, como que a decretar o reconhecimento da incapacidade dos seus alunos para o exercício intelectual sobre o conteúdo material do Direito e suas inegáveis interações com as *humanidades*, optaram por uma super-oferta – talvez para atender a uma super-demanda, pois estamos falando também de sociedades empresariais que precisam sustentar-se pelo lucro – de cursos nos quais pontifica a disciplina *processo civil*, o que ainda ocorre tanto na composição do currículo da graduação quanto na pós-graduação, *stricto e latu sensu*.

Convoca a atenção a linguagem peculiar desenvolvida no âmbito desse que é o ramo mais hipertrofiado das ciências adjetivas do Direito. O veio teórico-processual conhecido por *instrumentalidade das formas* traz um encontro semântico de conteúdo pleonástico à primeira vista. É que nesse âmbito, pôs-se em discussão, ao uso de letras garrafais, uma obviedade ontológica: o processo civil deve suas origens à necessidade do direito de instrumentalizar seus modais deonticos, ou seja, intrinsecamente direito é dotado de instrumentalidade, especialmente se se tratar de Direito Processual. O *processo*, nessa teoria, trai a sua forma e, “entre dois valores – forma do ato processual

e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação.” (BEDAQUE, 2006, p. 59). O instrumento teria nascido, então, incapaz de cumprir sua finalidade instrumental.

Curioso notar que, nos primórdios, discutia-se até mesmo a autonomia desse ramo do Direito. Entretanto, o *processo civil*, assim como, no exemplo acima, uma sua subárea, a *instrumentalidade*, ganhou o mundo acadêmico e profissional com ares de relevância somente possível num cenário científico-pedagógico profundamente debilitado por décadas de ausência de reflexões sobre cidadania, humanidades e Direitos cuja efetividade não deveria depender tanto, como de fato não dependem, de um instrumento de força do Estado. Por isso mesmo, a *doutrina do processo* avança e passa a se desenvolver sobre os aspectos *formais* e materiais da instrumentalidade, num reconhecimento de circunstancial e possível insuficiência da instrumentalidade formal diante da apreciação, pelo Poder Judiciário, de um caso concreto, seja no confronto da questão processual com uma norma substancial (BRASIL JÚNIOR, 2007, p.63), ou seja por simples inadequação dos enunciados processuais.

Atente-se, é claro, para a *instrumentalidade* do instrumento, ou a instrumentalidade das formas do instrumento – pois o processo, em que pese o nó semântico epistemologicamente importado da processualística europeia, e sua operação no nível das formalidades ameaçadoras para o próprio Direito material, revela uma preocupação com efetividade dos Direitos, conforme disserta Theodoro Júnior (2006, p. 9):

Idéias como instrumentalidade e efetividade passaram a dar tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de ‘garantia de um processo justo’, mais do que um ‘processo legal’, colocando no primeiro plano idéias éticas em lugar do estudo sistemático penas das formas e solenidades do procedimento.

Desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação, segundo Theodoro Júnior, têm sido o propósito das reformas do Código de Processo Civil, numa positivação de mais esforço para substantivar o adjetivo: a busca por um *processo civil de resultados*. Evidencia-se, novamente, o esforço intelectual da teoria desse ramo do Direito, por extrair dos estreitos limites de sua teologia, uma mitificação de feições fetichistas, exibida na omissão, pela semântica, na própria natureza do processo e seus procedimentos. Afinal, ao se reconhecer ontologicamente o processo, é inevitável reconhecer também sua natureza de resultados, sempre *justos* na ótica de um jurisdicionado e dialeticamente *injustos* sob o ponto de vista de outro.

O processo tem seu curso, e seus recursos, justamente para atingir a um resultado, qual seja, assegurar seus objetivos imediato e mediato: restabelecer a paz entre os particulares e manter a paz da sociedade. Equivale a dizer: o processo caminha para resultado, desde sua concepção. Movimenta-se teologicamente, rumo a resultados supostamente previsíveis. Sendo assim, qual o significado epistemológico da expressão *processo civil de resultados justos*? A indagação ganha tons invectivos quando vemos o Poder Judiciário, estribado no discurso processualístico, alienadamente exhibir estatísticas que apontam para o incremento do *acesso à justiça*, estimulado quase

sempre por uma prestação jurisdicional desbussolada que não gera resultados justos, mas perpetua agressões a Direitos. Veja-se o que ocorre, *exempli gratia*, no caso dos Direitos do Consumidor, em que as empresas que mais os ferem recebem sanções esdrúxulas ao mesmo tempo em que mantêm em seus balanços a rubrica *despesas com processos judiciais*.

José Rogério Cruz e Tucci, escorado em Alcalá-Zamora y Castillo afirma que “um dos fatores que mais complicam, sob vários aspectos, o estudo do direito é a imprecisão terminológica” (TUCCI, 1998, p.41). Ao se entregar a formulações cerebrinas lastreadas numa linguagem nitidamente redundante, o processo encontra-se em crise, mesmo, com reflexões de Cruz e Tucci, quando é “o nível de desenvolvimento de uma ciência afere-se pelo refinamento do respectivo vocabulário” (CRUZ E TUCCI, 1998, p.42) e sugere um esgotamento de sua capacidade fetichista, o que pode significar uma humanização do processo como efetivo instrumento de amparo àqueles que têm no Judiciário o último recurso, com o perdão do trocadilho, para assegurar os seus direitos. Contudo, o desempenho desse Poder tem se prestado mais a justificar sua manutenção e crescimento, pois, por meio de seu instrumento-maior, o *processo*, a *efetividade* que se realiza de modo precário e narcisante, é a do próprio instrumento, quando sua teleologia deveria apontar para a efetividade material, inibindo práticas lesivas ao universo jurídico do cidadão. O fetiche o impede.

5 Conclusão: Educação e *Laissez-faire*

O ensino superior brasileiro, jurídico ou não, e suas vastas deficiências – materiais, intelectuais e éticas – é o resultado concreto da teologia pedagógica identificada nas práticas de ensino que, divorciadas das preocupações com a *educação*, balizam a gestão educacional desde muito tempo. O ensino superior, em verdade, representa a foz desorganizada da torrencialidade de deficiências oriundas da errática pedagogia praticada nos níveis anteriores do processo educacional. Assolado por décadas de dogmatismo, fetichismo e promessas não cumpridas, o ensino superior brasileiro agoniza ante o abandono do Estado e a voracidade do anarco-capitalismo, agora erodindo os pressupostos princípios da educação. Convém tecer reflexões sobre o tema.

5.1 Lógica liberal, pedagogia do atraso

O esvaziamento das funções do Estado atingiu frontalmente o Direito à educação, e isso por duas vias: (a) endividado e empobrecido o Estado, os cânones econômicos neoliberais impuseram uma política de crescente *estado mínimo* segundo a qual a administração dos recursos financeiros seria guiada por investimentos em outros setores – normalmente ligados ao pagamento de dívidas e infra-estrutura e classificados de *essenciais* segundo a lógica do *Consenso de Washington*, após o que não restaram recursos para investir em educação e (b) essa *minimização* do Estado e o esvaziamento

do poder político, submetido ao poder econômico, não permitiu sequer a instituição de políticas públicas visando à simples preparação da economia e das sociedades para o *mercado educacional*, isto é, o Estado não apenas deixou de promover diretamente investimentos expressivos em educação superior, mas também não criou estruturas de aferição da qualidade do serviço educacional ofertado pelas instituições privadas de ensino superior e, ainda menos, mecanismos efetivos de sanção.

A confluência desses dois efeitos do giro neoliberal, ao permitir a *universalização do ensino superior*, debilitou profundamente o sistema educacional universitário, pois o submeteu a uma lógica apequenada, utilitarista e destruída dos valores que poderiam apontar para a pedagogia emancipatória. Reitera-se o registro: as políticas minimalistas, impostas como moeda para o jogo do indisciplinado capital transnacional, afetaram toda a estrutura educacional, acentuando deficiências do sistema público desde as séries iniciais e criando oportunidades aos investidores para atender a uma demanda deliberadamente reprimida.

Dos cursos de ensino superior, é provável que nenhum tenha se proliferado tanto quanto os cursos jurídicos nos últimos anos. Schopenhauer repetiria aquela sua frase sobre o aparente *amor à instrução e à verdade*. Isso se deve, certamente, aos custos relativamente baixos na instalação do curso de Direito, além do retorno financeiro expressivo, uma vez que – em decorrência do imaginário popular relacionado a este curso – a grande demanda permite, mesmo num ambiente econômico quase saturado pelo excesso de oferta, a fixação de mensalidades rentáveis. A demanda, sendo medíocre, permite que a qualidade se sobreponha à qualidade, o que induz à existência de cursos que não cumprem o mínimo esperado, senão pelo estudante, pelo sistema que pretenderá recebê-lo como profissional.

O sistema educacional universitário privado, com a anuência – ou cumplicidade – do Ministério da Educação, no Brasil, lançou-se à ampliação da oferta do curso de Direito sem destinar qualquer consideração diferenciada das peculiaridades do curso e suas implicações sociais. Certos vícios pedagógicos denunciados, e.g., por Marcos Tarciso Masetto (MASETTO, 2003) abundam naquelas instituições de ensino superior que decidiram, baseadas unicamente em questões mercadológicas, *montar* um curso de Direito. Há uma lógica, de rasas feições capitalistas, que desconsidera qualquer ajuste de estrutura e das práticas pedagógicas às vicissitudes sóciohistóricas que afetam o mundo jurídico, no qual os egressos destes cursos vão interagir.

O mercado editorial brasileiro que se dedica à área jurídica, por sua vez, também nunca se esmerou por promover edições de livros cujas idéias e autores formulem críticas científica e socialmente adequadas e necessárias à superação do discurso dogmático e reducente-positivista. Nesse sentido, as editoras do ramo converteram-se em convenientes cúmplices de uma estrutura decrépita cuja crise já se faz sentir. As empresas que dominam o mercado editorial jurídico se empenham com maior vigor na promoção dos livros didáticos de conteúdo estéril e infenso a críticas de maior amplitude sóciohistórica, porque excessivamente dogmáticos, restando aos autores cujo posicionamento intelectual é crítico as editoras menores, com poder de marketing e de distribuição diminutos, sem falar na tímida penetração nas instituições de ensino superior e nas estruturas do Poder Judiciário. O mercado editorial francamente privilegia a literatura propícia à prática de *educação bancária*, para referirmos à expressão antitética à abordagem sócio-cultural e plural que o Direito tem desprezado.

Guiado por essa lógica, seria ingênuo considerar que os gestores da área educacional, outra vez com ressalva às exceções confirmadoras da regra, dedicariam tempo e dinheiro ao aperfeiçoamento pedagógico de seus docentes, exigindo-lhes conduta profissional – no sentido de aplicação das melhores técnicas no cumprimento do seu mister – ética e intelectualmente qualificadas na relação com o corpo discente.

Já nos processos seletivos dos cursos de Direito – dada a *quantidade* de oferta supra mencionada – há um vício de gênese que termina por alastrar-se ao longo do curso, e conseqüentemente, após a graduação. Ávidas por preencher suas vagas nos cursos jurídicos, as instituições de ensino afrouxam os critérios de ingresso, permitindo que os candidatos muitas vezes desclassificados intelectualmente – por culpa do próprio sistema – adentrem suas salas de onde passarão a contribuir financeiramente para a instituição na expectativa, via de regra atendida, de obter o seu diploma de bacharel após o decurso do prazo de cinco anos.

Essas características são potencialmente nocivas aos universitários que buscam aprender ciências jurídicas porque (a) impedem o desenvolvimento de estruturas curriculares preocupadas com outros aspectos do processo de educação, que transcendem a técnica, a exemplo do aprendizado afetivo-emocional, de habilidades sócio-pessoais e desenvolvimento de atitudes ou valores (MASETTO, 2003, p.81), além de reflexões insertoras do cidadão em seu meio; (b) o objeto essencial do Direito – a cidadania – depende, para sua completa realização, de formação humanística, valor materialmente ausente dos cursos jurídicos na configuração em que hoje são ofertados aos *consumidores* e (c), por último, mas não menos importante, até mesmo o aprendizado do conhecimento técnico-jurídico tem sido prejudicado pela insuficiência de gestão empresarial, metodológica e didática reconhecida na expressiva maioria destes cursos, nos quais a preocupação-guia não tem sido a preparação profissional – e ainda menos pessoal – daquele que busca formação em Direito.

5.2 Sintomatologia do mal-estar na pedagogia do Direito

Vê-se, portanto, que é assertiva de fácil comprovação a de que o sistema educacional na área jurídica não tem funcionado massivamente a contento, nem mesmo no que diz respeito às questões técnico-profissionais. A descrença em certas categorias profissionais operativas do Direito, a desvalorização das carreiras, inclusive aquelas de caráter liberal e o mau funcionamento da máquina jurídico-pedagógica são evidências de um *mal-estar crescente*.

A *Ordem dos Advogados do Brasil* – OAB e outras instituições, a exemplo dos *Tribunais de Justiça*, dos *Ministérios Públicos* e de órgãos da *administração pública*, que aplicam provas em concursos – cuja função é medir especificamente o percentual de acerto de questões extraídas do currículo técnico – não se cansam de exibirxx números tristemente eloqüentes sobre aprovação e nível intelectual dos candidatos aos respectivos cargos para os quais a formação jurídica é pré-requisito.

Decorre desse primeiro item a proliferação *microbiana* de *cursinhos preparatórios* para o exame exigido pela OAB, oferecidos não raro pelas próprias instituições de ensino superior e em suas próprias instalações, numa eloqüente e atrevida assunção de incapacidade funcional e de descumprimento contratual. A utilidade desses cursinhos já foi comprovada, tendo como efeito colateral a confirmação da insuficiência didático-pedagógica dos cursos de graduação em Direito. Uma aberração foi oficializada, possivelmente por razões nada *republicanas*: com o advento da Portaria 2.146/04, do Ministério da Educação, o estudante que se dedica a um curso com fins exclusivos de preparação para concursos obtém o título de especialista, não em curso preparatório, mas numa disciplina que, dentre as tantas que ele cursou, ele escolha e para a qual prepare um trabalho de conclusão de curso.

A proliferação citada gera um perverso efeito até para o mercado que demanda serviços jurídicos, que tem dificuldades em contratar quadros profissionais competentes que unam conhecimentos técnicos a habilidades essenciais ao exercício qualificado das profissões jurídicas. A regra tem sido: findos os cinco anos, o recém-formado não está preparado para nada além de funcionar como um estagiário mais qualificado. Cada vez mais são contratados, sob remuneração vil, advogados, ou bacharéis em Direito, literalmente colocados à margem do mercado de serviços jurídicos, evidenciando que o país tem vivido uma impune *fraude* coletiva em termos de prestação de serviços de educação, ou melhor, de ensino jurídico.

Conseqüente lógico dessa conjuntura é a massiva expressão de desejo, muitas vezes frustrado em decorrência do despreparo acachapante, dos egressos dos cursos de graduação por ingressar nas carreiras públicas como meio de profissionalizar-se no seu ramo. Sentem-se inseguros para ingressar num mercado concorrido que exige habilidades que a instituição pela qual obtiveram o grau não lhes proporcionou. Nem se diga que isto é reflexo apenas da conjuntura econômica, pois o mercado se ressentiu de egressos do sistema jurídico-educacional preparados para compor seus quadros, sabendo que a sua formação será completada no exercício da profissão, mas sem deixar de apresentar exigências mínimas.

O aprendizado indigente é que não comporta a demanda inteligente da maioria dos centros de negócios, que necessitam de *soldados do capital* devidamente preparados para proteger os interesses dos empresários e investidores, ou o seu contrário, pois essa demanda inteligente também é feita por outras entidades, a exemplo de organizações não-governamentais e também por pessoas físicas. Essas, talvez por não terem, ainda, profissionalizado suficientemente suas demandas, têm sido mais complacentes com as deficiências dos recém-formados.

Quase inexistentes são os esforços de interdisciplinaridade considerando o currículo do próprio curso de Direito, o que muitas vezes impede que o estudante se veja dentro de um sistema de conhecimento específico que opera em articulação orgânica interdisciplinar, ou ainda, que ele perceba uma certa transversalidade de matérias propedêuticas que *costuram* o corpo de conhecimentos jurídicos. Se assim é *interna corporis*, o que dizer do diálogo do curso de Direito com outras disciplinas que são, por assim dizer, auxiliares no exercício das atividades profissionais jurídicas? No ambiente corporativo, e.g., é indispensável que o profissional do Direito domine rudimentos de saberes como contabilidade, economia empresarial, finanças empresariais, marketing,

tecnologia da informação, recursos humanos etc. Sem isso, o diálogo com seus clientes internos fica prejudicado.

As grades curriculares não têm dedicado nenhuma atenção a essas demandas específicas, sem que desperte qualquer reação, de qualquer autoridade ou interessado direto. Pesquisa como forma de complementação das atividades intelectuais desenvolvidas pelos discentes é exercício que não tem encontrado espaço na gestão acadêmica de muitas instituições de ensino superior. Muito freqüentemente, o próprio docente não possui as habilidades intelectuais, ou a própria experiência, para realizar ou conduzir a realização de pesquisas, ou ainda lhe falta estrutura administrativa e tempo para tanto.

Há pouco tempo, a Resolução 09/2004, do MEC, decerto arqueando sob as pressões dos setores políticos subsidiados pelas instituições de ensino superior, prestou suspeito desserviço aos estudantes e ao sistema jurídico brasileiro ao promover lamentável substituição do trabalho acadêmico exigível ao final do curso, fixando como obrigação a entrega de um trabalho sem qualquer densidade científica e eximindo o formando de empreender outros esforços intelectuais.

Para além de uma irresponsável política educacional guiada pela lógica do mercado e implementada a partir de 1995 pelo Ministério da Educação – e segundo a qual educação é serviço e seu oferecimento pode se sustentar numa relação mercadológica de baixa qualidade –, o indigente cenário atual dos cursos jurídicos é fruto não apenas da vocação das instituições de ensino superior de tratar educação como simples negócio e da omissão do Estado na regulação da atividade, mas também do despreparo dos docentes, que permanecem – com as exceções que toda regra comporta – aferrados a hábitos antiquados de *ensino*, sem o refinamento de sua ação docente que deveria, como Marcos Masetto adverte, evoluir para a uma atuação de *mediação de aprendizagem* ou de *ensinagem*, no feliz neologismo aplicado por Selma Garrido Pimenta, concentrando-se nas demandas pessoais e intelectuais do aprendiz, e não nas vaidades intelectuais daquele que deseja apenas *ensinar*, despreocupando-se com a *aprendizagem* (MASETTO, 2003, p.76). Efetivamente, na área jurídica educacional é perceptível um grande distanciamento dos docentes em relação às questões pedagógicas. As práticas didáticas não se renovam e parecem sempre estar imbuídas de uma auto-suficiência míope e nefasta, refratárias à evolução como os milenares dogmas religiosos.

A simbologia contida na imagem dos profissionais da área jurídica e a curtida opinião de relevância histórica da *república dos bacharéis*, também contribuem para um certo flerte vaidoso dos egressos do ensino médio com os cursos jurídicos. Essa mesma simbologia tem, tradicionalmente, aparelhado os professores universitários do núcleo jurídico das instituições de ensino com certa prepotência intelectual verificada mesmo na relação estabelecida nos processos de *ensino* e de avaliação, normalmente meros exercícios de poder que permitem a prática da complacência *daquele que muito sabe* para com *aquele não sabe*. O docente jurídico assume, via de regra, uma posição de antístite perante o aluno, visto como um súdito fiel cujo único dever é colher as maravilhas do seu discurso hermético, dogmático e promissor das maravilhas do seu discurso hermético, dogmático e promissor das maravilhas e certezas do Direito.

Não há como olvidar Karl Marx quando diz que as atividades econômicas determinam as idéias: as relações de poder estabelecidas por estes profissionais em seus ambientes

de trabalho, são normalmente transferidas para o ambiente de aulas, numa reprodução do ambiente opressor criticado por Freire, Bourdieu e outros.

Justamente por essa simbologia do poder contida nas profissões jurídicas – lembrar que os professores dos cursos jurídicos são, quase todos, profissionais do Direito que dissertam verbalmente sobre sua profissão –, os cursos de Direito agonizam sob conhecidas distorções pedagógicas, que parecem radicalizar o enrijecimento epistemológico e metodológico e aumentar o caráter refratário às mudanças que os tempos em transformação exigem daqueles que se decidem por contribuir com a formação intelectual, profissional e pessoal dos jovens egressos dos vestibulares – ou de outras formas de ingresso nos cursos superiores, sendo este mais um sinal de radicais mudanças no cenário acadêmico brasileiro.

A equação revista acima tem se prestado, historicamente, à manutenção do paradigma dogmático-positivista. Mais que isso, as estruturas do ensino superior jurídico, com seus protagonistas e coadjuvantes, têm se constituído num local perfeito para naturalizar entre os discentes a falsa idéia e a fluida percepção, captada subliminarmente, de que há um *império do monismo pedagógico-jurídico*, não existindo vida além do positivismo-dogmático reducente que nos trouxe até aqui, como se esse *aqui* fosse o satisfatório resultado da realização de todas as promessas feitas ao homem que se quer contemporâneo. Esse *locus* tem sido, inclusive, impermeável à ética, um dos fundamentos ontológicos do Direito.

A pedagogia do Direito continua com os grilhões que lhe foram postos quando de seu surgimento no Brasil colônia. O apelo intelectual do positivismo tem um quê de teológico, pois a ele os homens se apegaram na esperança de que sua estrutura lógico-semântica precisa e polida lhes assegurasse um mundo livre de tantas incertezas.

Ocorre que a matéria de que é feito o Direito, - humana, demasiadamente humana, como diria certo filósofo – é caótica e, por mais que pretenda, o Direito criado pelo homem à imagem de sua relação com D'us não promove o modo asséptico de organizar o mundo. O Direito é plural. O Direito é transversal. O Direito é caos em esforço de organização. Somente a partir da percepção do caos o Direito poderá aspirar a estabelecer alguma ordem pluriarticulada capaz de conter em si a humanidade ética, moral e culturalmente dispersa. A pedagogia do Direito tem essa potencialidade. É preciso, porém, por abaixo as pretensões de completude e reconhecer suas deficiências que somente serão tratadas a partir do reconhecimento de que é Direito é a política positivada.

6 Referências

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985

BARZUN, Jacques. **Da Alvorada à Decadência**. São Paulo, Campus: 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição dirigente a crise da teoria da Constituição**, in **Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**, de Cláudio Pereira S. Neto e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma Teoria do Ensino**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

FEUERBACH, L. **L'essence du Christianisme**. Tradução de J.-P. Osier, 1o. ed. Paris: Maspero, 1982.

FREIRE, Paulo. **A pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HOMEM, António Pedro B. **O Espírito das instituições – Um estudo de história do Estado**. Coimbra: Almedina, 2006.

KIPPER, Aline. **O discurso jurídico na sala de aula: o convencimento de um único paradigma**, in **Ensino jurídico: leituras interdisciplinares**. Org. Capellari, Eduardo e Prando, Felipe C.M. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

PAIVA, José Maria de. **Educação jesuítica no Brasil colonial**, in **500 anos de educação no Brasil**, org. Lopes, Eliane Marta Teixeira e outros. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MASETTO, Marcos Tarciso. **Competência pedagógica do professor universitário**. São Paulo: Summus, 2003

RODRIGUES, J.R. Por uma pedagogia da incerteza. **Revista Prisma Jurídico**. São Paulo, 2005, vol.4, pp. 49-60.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a Ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

SKIDMORE, Thomas. **Uma História do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José R. Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1994.

WEFFORT, Francisco C. **Formação do pensamento político brasileiro**. São Paulo: Ática, 2006. o ofuscou o flerte do homem com a id dos elaçfissionais de Direito que se tornam professores de Direito, o que freqr o pr

[1] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2002.

[2] *Langenscheidts Taschen-wörterbuch Portugesiesisch*. München: Langenscheidt KG, 1988.

[3] “Espírito da época”, cfe. *Langenscheidts Taschen-wörterbuch Portugesiesich*. München: Langenscheidt KG, 1988.

[4] Rica expressão aplicada por Selma Garrido Pimenta e Léa das Graças Camargos Pimenta, no livro *Docência no ensino superior*, São Paulo: Cortez Editora.

A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA DOGMÁTICO DA CIÊNCIA DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO JURISTA*

THE INFLUENCE OF THE DOGMATIC PARADIGM IN THE SCIENCE OF THE RIGHT ON THE DEVELOPMENT OF A LAYER

Evander Dias

RESUMO

A reprodução, pelo ensino jurídico brasileiro, do paradigma dogmático da ciência do Direito tem influenciado negativamente a formação do jurista, haja vista a redução do conhecimento ao conjunto normativo, enfatizando-se apenas os aspectos formais das leis e suas interpretações. Este ensino dogmático interessa sobremaneira à classe dominante, pois os discentes oriundos deste aprendizado geralmente são apáticos, sem senso crítico, alheios aos problemas sociais, e totalmente inertes às mudanças de poder, tornando-se desta maneira passíveis de alienação pelo sistema capitalista, servindo como peça fundamental para mantê-lo e reproduzi-lo. A alienação ainda atinge e agrava a crise do Poder Judiciário, pois os juristas provenientes do ensino dogmático são os agentes políticos responsáveis pela aplicação do Direito, fato que causa temor e descrédito. Para ruptura deste paradigma, a metodologia do ensino jurídico tem papel fundamental, mais precisamente através da atuação do professor universitário, grande responsável por tornar a busca pelo conhecimento prazerosa e, ainda despertar no aluno o verdadeiro significado da prática educativa juntamente com a real importância do jurista na efetivação da justiça.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: DOGMÁTICA JURÍDICA; ENSINO JURÍDICO; ALIENAÇÃO; CRISE DO PODER JUDICIÁRIO; METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO.

ABSTRACT

Reproduction by the Brazilian juridical teaching dogmatic paradigm of science of law has negatively influenced the formation of the lawyer, there is a view, the reduction of Knowledge to all regulatory, emphasizing it is only the formal aspects of the laws and their interpretations. This dogmatic teaching interests particularly the ruling class, as the students from this learning are generally apathetic, Without critical sense, independent of the social problems, and completely inert in a change of power, becoming thus likely to alienation by the capitalist system, serving as Key to Keep and reproduced it. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

alienation still reaches and exacerbates the crisis in the Judiciary, because the lawyers from the dogmatic teaching are the politicians responsible for implementing the law, a fact that causes fear and disruption of this paradigm discredit. For the methodology of juridical education is fundamental role, more precisely through the role of university professor, much responsible for making the quest for Knowledge and pleasurable, even awakening in the real meaning of the student educational practice with the real importance of the lawyer in the effectiveness of justice.

KEYWORDS: KEYWORDS: JURIDICAL DOGMATIC; JURIDICAL TEACHING; ALIENATION; CRISIS IN THE JUDICIARY; METHODOLOGY OF JURIDICAL TEACHING.

INTRODUÇÃO

O ensino jurídico ministrado pelas universidades do Brasil é constantemente matéria de debate, críticas, e busca por soluções; seja em razão da sua precariedade, da metodologia utilizada pelos docentes, ou ainda pela costumeira reprodução do paradigma[1] dogmático, mas efetivamente pouco se faz para sanar os problemas existentes, deixando distante o sonho de um ensino qualificado e eficaz.

A preocupação com o ensino jurídico vem de longa data: desde sua origem os cursos de Direito buscaram um fim estritamente ideológico e de poder, sem qualquer comprometimento com os reais anseios da prática educativa, estabelecendo-se um paradigma normativista-formalista da dogmática jurídica, na qual há uma valoração apenas dos aspectos lógico-formais do Direito positivo, restringindo o conhecimento as questões de validade, eficácia e interpretação da norma.

É oportuno salientar que a reprodução da dogmática jurídica pelo ensino universitário interessa principalmente à elite dominante, pois os estudantes provenientes do ensino dogmático geralmente são pessoas dóceis, obedientes, pouco criativas, totalmente inseguras e despreocupadas com as mudanças sociais; fato que facilita a alienação da sua força de trabalho à classe dominante.

A formação dogmática do jurista atinge ainda o Poder Judiciário, já que os agentes políticos responsáveis pela concretização da justiça através da sentença judicial limitam-se exclusivamente ao conjunto normativo, elegendo a norma como verdade absoluta e inquestionável.

No entanto a crise jurisdicional está alicerçada no aspecto deontológico, sendo a metodologia do ensino jurídico o meio capaz de modificar este cenário, através da ruptura do paradigma dogmático da ciência do Direito reproduzida pelo ensino jurídico, despertando no futuro jurista o senso crítico, e o seu real significado nas transformações sociais.

Portanto, buscar-se-á no presente trabalho demonstrar a influência da dogmática jurídica reproduzida pelo ensino universitário na formação do jurista, e por consequência a crise do sistema judiciário brasileiro.

1. O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL E O PARADIGMA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

O paradigma da dogmática jurídica guarda estreita correlação com o ensino jurídico ministrado pelas universidades do Brasil, surgindo desta forma a necessidade de uma explanação sobre os caminhos percorridos pelo ensino do Direito, da sua gênese até os dias de hoje, destacando suas complexidades e reflexos.

O passado, o presente e o futuro do ensino jurídico em nosso país causam temor e preocupação, pois desde sua origem seus propósitos encontram-se viciados, mais precisamente, desde o tempo do Império, onde os magistrados que compunham a máquina judiciária possuíam a missão principal de interpretar e aplicar a lei estatal, preservar a segurança do sistema e sanar conflitos de interesses da classe dominante. Estes eram figuras privilegiadas da elite imperial.[2]

Dentro desta perspectiva, foram implantados os primeiros cursos de Direito no Brasil, um em São Paulo e outro em Olinda – este foi depois transferido para o Recife, cujo objetivo se resumia em preparar os acadêmicos para assumirem os cargos públicos e defenderem os propósitos da elite dominante: “a criação dos cursos de Direito aconteceu com objetivos políticos e ideológicos, desprovidos de preocupação natural que deve haver com o corpo discente, ficando o ensino jurídico dessa forma desvinculado da realidade social”. [3]

Os cursos jurídicos procuraram um fim restritamente ideológico e de poder, não possuindo qualquer comprometimento com os reais anseios da prática educativa, qual seja, a preocupação como os interesses antagônicos das classes sociais, sua dinâmica e organização; além da luta pela modificação das relações de poder.[4]

Desde sua implantação até os dias de hoje, o cenário do ensino jurídico no Brasil pouco se alterou, os cursos de Direito são verdadeiros exemplos de como não deve ser o ensino universitário, continuam a reproduzir a velha tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do Direito positivo e enfatizando somente as questões da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas e da eliminação das antinomias.[5]

O Ensino Jurídico limitou-se ao estudo exclusivo da Ciência Jurídica na perspectiva do paradigma dogmático, sendo influenciado pelo positivismo e a sua concepção de ciência e verdade. A metodologia de ensino e o currículo também estão fortemente marcados pelo dogmatismo, a primeira através da técnica do código comentado, já o segundo pela ênfase normativista.[6]

Vera Regina Pereira de Andrade discute a conceituação de Dogmática Jurídica e a existência deste paradigma na Ciência Jurídica, ou seja:

Faz-se mister, pois, fixar previamente o conceito de Dogmática jurídica cuja configuração e identidade procuraremos reconstruir. E fixá-lo tomando por referente – acreditamos ser o critério autorizado – a própria imagem compartilhada pelos juristas

dogmáticos sobre o trabalho que realizam (auto-imagem), pois é precisamente este acordo que evidencia a existência do paradigma dogmático na Ciência Jurídica.

Assim, na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.[7]

A conceituação corroborada pelos juristas é de que a Dogmática Jurídica seria a parte do Direito que lida com as certezas e verdades, não passando de uma forma de conhecimento prático e teórico que elege a norma jurídica como único objeto de estudo científico, sendo inquestionáveis os seus pressupostos e as suas premissas.

Esclarece Ferraz Júnior que:

É preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades profissionais (o juiz, o advogado, o promotor) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização fechada e formalista.[8]

Como a dogmática jurídica elegeu apenas o conjunto normativo como objeto de estudo da Ciência do Direito, evidenciou-se desta forma a predominância do dogmatismo, servindo este de norte ao Ensino Jurídico, real produtor deste paradigma.

Melo Filho descreve que o ensino jurídico:

Continua a ser ministrado através do árido e fatigante método formalístico e dogmático dos monólogos catedráticos de docentes imobilizados numa posição didática que os petrifica em desoladora estagnação cultural. Na monotonia desse aprendizado “nocionístico” apodera-se dos estudantes, da geração mais nova, difuso sentimento de dúvida, de desconfiança, de despreparo ou de rebelião.[9]

Salienta Ferreira Sobrinho que “professores lêem fichas empoeiradas, monotonamente, como se a ciência jurídica estivesse congelada no tempo”. [10] Alude o mesmo autor que os estudantes, reflexo do paradigma dogmático, não demonstram qualquer emoção, rabiscam anotações, vagam os pensamentos, evidenciam olhares distantes, como se assistir aula fosse algo muito doloroso.

A reprodução do paradigma dogmático pelo ensino jurídico resulta na formação de um modelo padrão (protótipo) de jurista, qual seja: pessoas dóceis, pouco criativas e

ontologicamente inseguras.[11] Sendo o público estudantil encorajado a decorar regras e conceitos como se isso constituísse um aprendizado real da Ciência do Direito.

Aguiar afirma que:

“Esses pobres profissionais do direito são profissionais de um direito pobre. Seu mundo é o da lei estatal. Ela é o direito para eles. O direito real que emerge das lutas, das utopias realizadas, do sofrimento histórico dos povos, não é jurídico para eles, pois seu lar é a estabilidade, sua cama a harmonia, mesmo que as vidas pessoais sejam instáveis, as sociedades contraditórias e a história um risco dinâmico e mutável”.[12]

Para Ferreira Sobrinho[13] o ensino universitário não passa de uma farsa, que começa no plano docente e termina na própria sociedade, já que receberá de volta os estudantes vestidos de “doutores”. A farsa não termina nos bancos universitários, continua na advocacia, no Ministério Público e na Magistratura. Veja-se, a propósito, a composição de certas cortes. Honram, sem dúvida, o modelo ianque.

Neste panorama a precariedade do ensino jurídico no Brasil tende a propagar-se e perpetuar-se, pois continuam a reproduzir o paradigma dogmático da Ciência Jurídica e o senso comum teórico dos juristas, trazendo assim conseqüências relevantes na órbita do Direito, dentre as quais merece destaque a alienação do jurista e a crise do Poder Judiciário.

2. ALIENAÇÃO DO JURISTA

A reprodução do paradigma dogmático pelo ensino jurídico interfere sobremaneira na formação do jurista, já que os discentes oriundos dos bancos universitários geralmente são pessoas dóceis, obedientes, pouco criativas e totalmente inseguras, tornado-se assim presas fáceis a alienação pelo sistema capitalista, fato que interessa as elites dominantes para conquista dos seus anseios.

Antes da acentuação dos percalços oriundos da “alienação” do jurista, torna-se indispensável à averiguação do sentido emprestado a este termo, ou seja:

A alienação consiste portanto na substituição, no conteúdo da consciência, do que é próprio pelo que é alheio, do pessoal pelo social, do *ser-em-si* pelo *ser-em-função-dos-outros*, da pessoa espontânea pela pessoa reconstruída como parte da ordem social e por esta determinada. O homem alienado não reconhece os símbolos e instituições por ele criados como produtos de sua atividade, mas como algo alheio a si e que o domina. Assim sendo, a alienação é a negação da autonomia é a fidelidade perante si mesmo, a consciência do próprio ser e da medida de sua determinação heterônoma. A alienação não é propriamente a heteronomia, mas a inconsciência da heteronomia, o que destrói a individualidade e nega o homem como pessoa moral.[14]

Desta forma, o termo “alienação” é utilizado no sentido de trabalho alienado; de trabalho posto a soldo; de força de trabalho despida de identidade própria; de energia intelectual, ou braçal, alienada (vendida) a um sistema (de produção); de atividade profissional descompromissada com as próprias verdades, mas totalmente comprometida com o sistema a que pertence, em razão de ser pago por ele.[15]

Comenta Puggina que:

É alienado, quando se insere a serviço de um sistema econômico e político mantendo-o e reproduzindo-o. É alienado, quando o Juiz, a pretexto de cumprir a lei, abre mão da sua capacidade crítica. É trabalho alienado sempre que, a pretexto de cumprir a lei, a sentença não opera a justiça, embora o justo corresponda ao Direito e às verdades interiores de quem a prolata. A sentença que não corresponder ao senso interno de justiça do Juiz é uma sentença despersonalizada, sem identidade própria. A sentença assim proferida não ‘tem a cara’ de quem a subscreve, mas a cara do sistema que é, na verdade, de quem a dita.[16]

O trabalho alienado é fortemente caracterizado pela inércia do jurista fruto do dogmatismo, distanciando-se do senso crítico motivador das lutas ideológicas, entendendo o Direito como um restrito conjunto normativo, fazendo o caminho inverso do que preconiza a teoria crítica do Direito.

Esta teoria enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder, preconizando ainda a militância do operador jurídico em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, alertando-o sobre a dominação, que disfarçada por uma linguagem a faz parecer natural e neutra.[17]

Segundo Apple “os sistemas de dominação e exploração persistem e se reproduzem sem que isto seja conscientemente reconhecido pelas pessoas envolvidas”. [18]

Corroborando Streck menciona que:

[...] o Direito instrumentalizado pelo discurso dogmático, consegue (ainda) aparecer, aos olhos do usuário/operador do Direito, como, ao mesmo tempo, seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional. Em contrapartida, o preço que se paga é alto, uma vez que ingressamos, assim num perverso de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas.[19]

O protótipo de jurista dogmático, “escravo” do positivismo jurídico ensinado nos bancos universitários, não percebem o permanente estado de alienação em que se encontram, transformando-se na peça fundamental do sistema de produção capitalista.

Ressalta Podvolotsky[20] tratar-se ? o sistema capitalista ? de um conjunto de normas criadas e protegidas pelo poder do Estado da classe dominante, almejando à sanção, à regulação e à consolidação dessas relações e, por consequência, o fortalecimento da

dominação de uma determinada classe social. Numa sociedade capitalista, o sistema burguês de Direito, criado e protegido pelo poder da classe dominante, regula e consolida as relações de capitais e a dominação de classes.

Esclarece Pereira Filho que “a burguesia apodera-se do direito de dizer o que é certo ou errado, através de um sistema normatizado com substrato de dogmas encarregado de estipular, manipuladamente, o convívio na sociedade”. [21]

A dominação exercida, nos campos político e econômico, pela classe dominante (burguesia) não deveria ser novidade. O golpe ideológico atinge inclusive a capacidade de discernimento da "elite" cultural jurídica encarregada de discutir os contornos da atuação do poder da esfera judiciária. [22]

Interessa para o sistema aqueles juristas que se intitulam de simples aplicadores da lei, “o que não está nos autos não está no mundo”, “a lei é dura mais é a lei”, limitando o seu senso de justiça apenas ao caráter interpretativo dos dispositivos legais, sem qualquer discernimento crítico do direito.

Resta, na prática, um poder judiciário mantenedor da coerência do sistema (= estrutura do poder = Estado = classe dominante), seja através da legitimação dos atos estatais (inclusive os geradores de injustiças e distorções), bem como a conviência diante da dominação de classe. [23]

Ante o papel exercido pelo poder judiciário, composto por juristas alienados advindos de um ensino precário, a conseqüências não poderia ser outra, qual seja, crise e descrédito da Instituição, pairando a insegurança e desconfiança sobre o seu exercício jurisdicional.

3. CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A somatória de diversos fatores, tais como o dogmatismo jurídico, a precariedade do ensino superior, a alienação do trabalho jurisdicional, contribuíram sobremaneira para o agravamento da crise do Poder Judiciário.

Para Passos:

Falar sobre crise do Poder Judiciário é algo que comporta mais de uma abordagem. É possível inseri-la na crise mais ampla do próprio modelo de Estado em que ele se insere. Pode, outrossim, configurar-se como uma crise que lhe seja específica, localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito ou na institucionalização dos agentes políticos por ele responsáveis, como pode simplesmente ser um problema menor, relacionado com os procedimentos adotados naquele processo constitucional já referido. [24]

Interessa, no momento, enfatizar especificamente a crise jurisdicional proveniente da institucionalização dos agentes políticos, já que estes são responsáveis pela aplicação do

Direito, e em virtude de sua alienação não percebem o grau de importância da função exercida para a concretização da justiça e paz social.

Neste contexto, a dogmática jurídica propalada nas universidades de direito traz resultados nocivos ao poder judiciário, pois os futuros juristas, em seus primeiros passos na faculdade, já se deparam com uma realidade totalmente adversa ao seu idealismo, pois a finalidade dos cursos concentra-se especificamente aos valores mercadológicos, não recebendo assim o ensinamento do verdadeiro sentido da disciplina chamada “Direito”, qual seja o comprometimento com as mudanças sociais e a efetivação da justiça.[25]

Salientam muitos estudiosos da nossa história sócio-político-econômica, que o Brasil é, inacreditavelmente, o único país do mundo em que o sistema capitalista concretizou-se sem ter havido previamente a revolução burguesa. Permanecemos, até os dias de hoje, não como uma sociedade de classes, mas sim como uma sociedade “estamentária”. Sendo típico nessas sociedades assegurarem-se privilégios, colocando empecilho na competição à base da competência, resultando a impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos, todos eles protegidos pelas elites, que lhes assegura o seu próprio autocontrole, ou seja, não tendo qualquer controle social. Nesse diapasão o acréscimo de poder aos magistrados, como responsável pelo processo jurisdicional de produção do direito, é nada mais nada menos do que um acréscimo de arbítrio, fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos.[26]

Sena[27] aponta como uma das crises do judiciário justamente a falta de responsabilização dos magistrados, que não apenas detêm o monopólio da potestade jurisdicional como também gozam de uma grande discricionariedade no exercício de suas funções. Destaca ainda a falta de responsabilização na esfera administrativa, civil e penal. Aponta que, de outro lado, os advogados que deveriam estar interessados no controle da atividade jurisdicional, são na verdade coniventes com a situação para defender interesses próprios.

A crise jurisdicional apresenta um vasto rol de fatores contributivos. Passos[28] aponta alguns, quais sejam: a falta de independência ou autoridade do juiz de primeiro grau em face de seus superiores, sendo que o sucesso na carreira depende de subserviência aos tribunais; um sistema de recursos engendrado para fortalecer a posição dos tribunais; a forma de recrutamento e aperfeiçoamento dos magistrados, permitindo que jovens mal saídos de faculdades que lhe dão formação mais que deficiente assumam cargos, a falta de seriedade neste recrutamento permite que pessoas com quatro anos de formada já façam parte dos assentos dos tribunais.

O Poder Judiciário passa ainda por uma crise de credibilidade: a imagem desta Instituição perante os brasileiros é de uma diferenciação de tratamento entre o rico e o pobre.[29]

Em pesquisa feita pelo Instituto Vox Populi em 1995, na qual foram ouvidas 3.075 pessoas distribuídas entre as cinco regiões do Brasil, obtiveram-se os seguintes resultados: para 80% dos entrevistados, a Justiça é mais rigorosa para os pobres do que para os ricos, e, para 61%, é mais rigorosa para os negros do que para os brancos.[30]

O resultado é desesperador e de difícil solução: não basta uma reforma do judiciário para sanar o problema. O erro vai muito além da modificação do conjunto normativo, diversos fatores mencionados anteriormente (dogmática jurídica, precariedade do ensino superior, protótipo do jurista, alienação pelo sistema capitalista, tratamento desigual, etc.) contribuíram e contribuem para a crise neste Órgão, sendo assim necessária uma mudança na gênese da problemática, ou seja, na metodologia do ensino jurídico, para futuramente os agentes políticos terem consciência do papel fundamental que exercem na concretização da tão sonhada sociedade justa.

4. UMA PROPOSTA: A METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO

Dentre os problemas apontados, uma proposta emerge para minorar este triste cenário do Judiciário, e a possível solução para o problema não está nas mãos de um Presidente, Governador, Ministro ou magistrado, e sim ao alcance de uma figura pouco valorizada dentro da sociedade, mas de importância imensurável para ruptura do paradigma dogmático, qual seja, o professor universitário.

Este poderá por meio de uma metodologia eficaz despertar o senso crítico no aluno, valorizando os reais anseios da prática educativa descrita por Libâneo, ou seja:

A prática educativa, portanto, é parte integrante da dinâmica das relações sociais, das formas da organização social. Suas finalidades e processos são determinados por interesses antagônicos das classes sociais. [...] O que devemos ter em mente é que uma educação voltada para os interesses majoritários da sociedade efetivamente se defronta com limites impostos pelas relações de poder no seio da sociedade. Por isso mesmo, o reconhecimento do papel político do trabalho docente implica a luta pela modificação dessas relações de poder.[31]

O papel essencial do docente na formação do jurista torna-se evidente, e para concretização dos fins almejados deverá realizar várias operações didáticas, investigando os fundamentos, condições e modos de realização da instrução e do ensino.

Para que o professor possa atingir efetivamente os objetivos, é necessário que realize um conjunto de operações didáticas coordenadas entre si. São o planejamento, a direção do ensino e da aprendizagem e a avaliação, cada uma delas desdobrada em tarefas ou funções didáticas, mas que convergem para a realização do ensino propriamente dito, ou seja, a direção do ensino e da aprendizagem.[32]

A didática desenvolvida pelos professores na atualidade está distante dos anseios da prática educativa; na realidade, as salas de aula das faculdades revelam diversos aspectos pedagógicos que merecem ser repensados, pois continua reproduzindo exclusivamente o paradigma da dogmática jurídica.

As aulas são sempre expositivas, com simples reprodução de conteúdos, leitura de textos, inibindo a capacidade indagadora.[33] A utilização exclusivamente deste método é encontrado em grande parte das universidades, mantendo assim a parte mais interessada da relação, o aluno, totalmente alheio a construção do conhecimento, perdurando desta maneira a pedagogia tradicional.

“Na Pedagogia Tradicional, a Didática é uma disciplina normativa, um conjunto de princípios e regras que regulam o ensino. A atividade de ensinar é centrada no professor que expõe e interpreta a matéria. Às vezes são utilizados meios como a apresentação de objetos, ilustrações, exemplos, mas o meio principal é a palavra, a exposição oral”.[34]

Uma figura comum neste ambiente de ensino tradicional é a do professor catedrático, vitalício e inamovível que ocupa os cargos e funções mais altos da universidade, ungido na cátedra, se mantém distantes de seus alunos, impedindo assim o fluxo de informações e a dialética necessária ao entendimento da realidade humana.[35]

“Em termos pedagógicos, esse ensino massificador é veiculado pelas tradicionais *aulas magistrais*, nas quais os professores costumam falar para classes silentes que, passivamente, limitam-se a anotar o que ouvem. Trata-se de um esforço absolutamente desnecessário, pois quase tudo que é dito na sala não passa de repetição pasteurizada do conteúdo de manuais mais elementares. As técnicas pedagógicas inerentes às *aulas magistrais* têm, assim, uma característica peculiar: elas permitem transferir o conteúdo das notas do professor diretamente ao caderno do aluno, sem a intermediação das informações pela ‘cabeça pensante’ dos alunos. É por esse motivo que as aulas tendem a se converter numa farsa bem encenada, em que cada uma das partes desempenham seu papel de modo banalizado.”.[36]

Para o rompimento deste paradigma, necessário se faz a reformulação da metodologia do ensino jurídico reprodutor do dogmatismo, despertando nos alunos “capacidades mais complexas, pensamento crítico, julgamentos conscientes, desenvolvimento de identidades flexíveis, trabalho independente e coletivo e distinção de cursos de ação em situações ambíguas”.[37]

O ensino como pesquisa e a comunicação em sala de aula também são ferramentas indispensáveis para o professor comprometido com a formação de um discente crítico, pesquisador e preocupado com os problemas sociais.

O ensino é uma atividade voltada para a formação de um conhecimento que auxilie a descobrir o mundo que vivemos, incorporando as experiências da vida e o saber já acumulado pela história humana e ajudando a resolver os problemas atuais que a vida apresenta. Para isso, é preciso considerar que a pesquisa é uma atividade da vida cotidiana que se sistematiza e amplia o conhecimento, mas que também pode desenvolver muito o ensino e, finalmente, é necessário considerar que o ensino precisa apoiar-se na pesquisa.[38]

Os professores que se autodenominam professor-pesquisador são unânimes em afirmar que a pesquisa é para integrante do ensino.[39]

O conhecimento do aluno se consolida através da construção das idéias (estudo e reflexão sobre as informações que lhe foi apresentada), seja através do professor, ou da pesquisa. O diálogo com os alunos é fundamental para induzir os estudantes a pensarem, promovendo o debate e a discussão, sendo isto possível por meio de construção de grupos de trabalho, seminários, solução de casos concretos, resenhas, e outros trabalhos que despertem no aluno a busca pelo conhecimento, que este seja construído juntamente com o professor.

Salienta Cunha: “Aprender é aprender a criar e o que faz da aprendizagem algo criativo é a pesquisa. A verdadeira aprendizagem é aquela construída com esforço próprio através da elaboração pessoal”.[40]

A reforma do ensino jurídico se faz necessária para romper o paradigma dogmático, começando esta árdua tarefa pela peça fundamental na relação ensino/aprendizagem, qual seja o educador, que por meio de sua postura e conscientização em sala de aula conscientizará o acadêmico da sua importância no contexto social.

O educador não pode parar de estudar: precisa constantemente renovar seus conhecimentos, e aperfeiçoar seus métodos. Deve agir, estar presente e ser eficaz, mas sem tomar posição de destaque. Deve procurar não alunos que se lhe assemelham, porém seres livres, profundamente diferentes dele. Sua autoridade não tem com base elementos exteriores a ele, tais como a roupa, o tipo de vida, os títulos, a disciplina, os exames, a pressão social. Esta autoridade deve provir do valor pedagógico, intelectual e humano.[41]

O educador tem de estar ciente da sua árdua missão e do compromisso de formar cidadãos com caráter, senso crítico e preocupado com a realidade social, para no futuro concretizarmos a real finalidade do ensino jurídico.

No futuro o ensino de Direito definir-se-á pela busca da solução para problemas [...] o professor não vai chegar á sala para mandar o aluno abrir um Código Civil e ler determinados dispositivos. Ele narrará ou colocará um problema para ser solucionado juridicamente. O ensino do direito no futuro partirá do estímulo para resolver problema. O professor de Direito chegará em classe não para ensinar propriamente as leis, mas para ensinar o aluno a resolver problemas e com base nas leis e no conhecimento jurídico interpretativo. Esse é o futuro de nosso aprendizado.[42]

Desta forma, a metodologia do ensino jurídico tem papel fundamental na ruptura do paradigma dogmático da ciência do Direito, pois através do educador poderá despertar no estudante o senso crítico, tornando prazerosa a busca pelo conhecimento através da pesquisa, e ainda incentivando o acadêmico da necessidade de mudanças sociais, libertando-o da alienação proporcionada pelo sistema capitalista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caminhada do ensino jurídico no Brasil causa temor, desconfiança e apreensão, o paradigma dogmático da ciência do Direito segue a passos largos para sua perpetuação, cada vez mais o sonho da mudança se torna utopia, a incessante busca pelo lucro prospera, a justiça social é assunto supérfluo, a crise jurisdicional uma realidade.

O sistema concretizado pelo capitalismo ao longo dos anos findou em uma barreira quase que intransponível, seu alcance devastador atingiu também o ensino jurídico, transformando-o em reprodutor dos seus ideais.

O ensino universitário resumiu a ciência jurídica ao conhecimento de leis, sua interpretação e aplicabilidade; ocasionando desta maneira a alienação do pobre jurista, que sem ter noção da armadilha engenhada, defende os dogmas estabelecidos como verdade absoluta e não passível de questionamento.

O reflexo da precariedade do ensino dogmático não termina nos bancos escolares, estende-se ainda para a esfera do poder judiciário, já que esta Instituição é composta pelos agentes políticos alienados advindos das universidades, resultando na crise jurisdicional.

No entanto, a esperança para romper este panorama está nos ideais de raras exceções que acreditam na mudança e são os principais responsáveis pela ruptura do paradigma dogmático jurídico reproduzido pelo ensino do Direito. E dentro desta perspectiva emerge uma figura capaz de reverter esta situação periclitante, o professor universitário.

E para alcançar seus objetivos, necessário se faz repensar vários aspectos metodológicos, principalmente o arcaico sistema de aula exclusivamente expositiva, pois a formação do conhecimento do aluno emerge através da construção das idéias em conjunto com o professor, ou através da pesquisa. Fazer os estudantes pensarem é fundamental, promovendo no ambiente escolar: debates, discussões, seminários, solução de problemas, resenhas, e outros trabalhos que despertem no acadêmico o senso crítico e o desejo de mudança social.

Neste diapasão, a metodologia do ensino jurídico é a grande proposta para ruptura do paradigma dogmático, cabendo ao professor universitário a ciência do seu significado nesta transformação, ensinando o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder, preconizando a militância do jurista em nome da racionalidade, da ordem, e da justiça.

O Direito não pode ser restringido ao conjunto normativo, ele pode existir independentemente da proteção estatal e sua mensuração pela posituação, o pensamento crítico será o combustível na luta contra a alienação e o sistema capitalista burguês, onde o Direito será visto como fruto de lutas ideológicas e mudanças sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginário dos juristas. **Revista de Direito Alternativo**. ed. acadêmica. São Paulo, n. 2, 1993, p. 18-27.

_____. A contemporaneidade o perfil do advogado. *In*: OAB, Ordem dos Advogados dos Brasil. **OAB Ensino Jurídico**: novas diretrizes curriculares. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 129-137.

ANDRADE, Vera Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

APPLE, Michael W. **Educação e Poder**. Trad.: Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.

BARROSO, Luís R. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e suas personalidades históricas: uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. *In*: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Ensino jurídico OAB**: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília, 1997. p. 35 - 55.

CHIZZOTTI, Antonio. Metodologia do ensino superior: o ensino como pesquisa. *In*: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (Orgs.). **Temas e textos em metodologia do ensino superior**. 2. ed., Campinas: Papyrus, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Maria Isabel da. **O professor universitário na transição de paradigmas**. 1. ed., Araraquara: JM Editora, 1998.

FARIA, José Eduardo. (Org). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

_____. Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico**. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1993. p. 53-59.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1997.

GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. A crise do ensino jurídico. **Opinio Verbis**. Porto Velho, v. 1, n. 2, p. 5-12, jul./dez. 2004.

HARGREAVES, Andy; EARL, Lorna; RYAN, Jim. **Educação para mudança**. Trad. Letícia Vasconcellos Abreu. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. O profissional do Direito no Terceiro Milênio. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **O Direito no Terceiro Milênio**. Canoas: ULBRA, 2000.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. **A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros**. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5066>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

MAZAFERRA, Luiz Braz. **Uma proposta para o ensino do direito**. Itu: Ottoni Editora, 2004.

MELO FILHO, Álvaro. **Novas diretrizes para o ensino jurídico**. Revista de Processo, São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, n. 74. p. 102-111, abr./jun. 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos**. 2001. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2987>>. Acesso em 30 jan. 2008.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O poder do juiz: ontem e hoje. **AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, p. 19-33.

PODVOLOTSKI, Ivan P.. **Direito enquanto instrumento de dominação de classe: direito burguês e direito proletário**. Trad.: Emil Asturig von Munchen. 2006. Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/PECAP13.htm#_ftnl>. Acesso em: 30 jan. 2008.

PUGGINA, Marcio de Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **AJURIS**, Porto Alegre, v.59, nov. 1993, p.169-198.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

SENA, Jorge F. Malem. A reforma do judiciário: a corrupção dos juízes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXXVI, n. 108, p. 157-170, out.-dez. 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIELLA, Maria dos Anjos Lopes. Das intenções aos objetivos educativos. *In: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (Orgs.). Temas e textos em metodologia do ensino superior*. 2. ed., Campinas: Papirus, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

[1] "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (Kuhn, 2001, p.13).

[2] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

[3] GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. A crise do ensino jurídico. **Opinio Verbis**. Porto Velho, v. 1, n. 2, p. 5-12, jul./dez. 2004, p. 08.

[4] LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994.

[5] FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1997; FARIA, José Eduardo. (Org). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

[6] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

[7] ANDRADE, Vera Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

[8] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 49.

[9] MELO FILHO, Álvaro. **Novas diretrizes para o ensino jurídico**. Revista de Processo, São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, n. 74, abr./jun. 1994, p. 103.

[10] FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1997, p. 144..

[11] AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade o perfil do advogado. *In: OAB, Ordem dos Advogados dos Brasil. OAB Ensino Jurídico: novas diretrizes curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

[12] AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginário dos juristas. **Revista de Direito Alternativo**. ed. acadêmica. São Paulo, n. 2, 1993, p. 19.

- [13] FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Metodologia do ensino jurídico e avaliação em direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1997.
- [14] COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 520-521.
- [15] PUGGINA, Marcio de Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **AJURIS**, Porto Alegre, v.59, nov. 1993.
- [16] PUGGINA, Marcio de Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **AJURIS**, Porto Alegre, v.59, nov. 1993, p.172.
- [17] BARROSO, Luís R. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- [18] APPLE, Michael W. **Educação e Poder**. Trad.: Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002, p. 29.
- [19] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91.
- [20] PODVOLOTSKI, Ivan P.. **Direito enquanto instrumento de dominação de classe: direito burguês e direito proletário**. Trad.: Emil Asturig von Munchen. 2006. Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/PECAP13.htm#_ftn1>. Acesso em: 30 jan. 2008.
- [21] PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O poder do juiz: ontem e hoje. **AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, p. 23.
- [22] PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O poder do juiz: ontem e hoje. **AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006.
- [23] PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O poder do juiz: ontem e hoje. **AJURIS**, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006.
- [24] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais**: avanços e retrocessos. 2001. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2987>>. Acesso em 30 jan. 2008, p. 01.
- [25] JUNQUEIRA, Eliane Botelho; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. O profissional do Direito no Terceiro Milênio. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **O Direito no Terceiro Milênio**. Canoas: ULBRA, 2000.
- [26] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais**: avanços e retrocessos. 2001. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2987>>. Acesso em 30 jan. 2008.
- [27] SENA, Jorge F. Malem. A reforma do judiciário: a corrupção dos juízes. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXXVI, n. 108, p. 157-170, out.-dez. 1997.

- [28] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- [29] MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. **A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros**. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5066>>. Acesso em: 30 jan. 2008.
- [30] MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. **A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros**. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5066>>. Acesso em: 30 jan. 2008.
- [31] LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994, p. 21.
- [32] LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994, p. 72.
- [33] VIELLA, Maria dos Anjos Lopes. Das intenções aos objetivos educativos. *In*: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (Orgs.). **Temas e textos em metodologia do ensino superior**. 2. ed., Campinas: Papyrus, 2001.
- [34] LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994, p. 64.
- [35] MAZAFERRA, Luiz Braz. **Uma proposta para o ensino do direito**. Itu: Ottoni Editora, 2004.
- [36] FARIA, José Eduardo. Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. *In*: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico**. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1993, 54-55.
- [37] HARGREAVES, Andy; EARL, Lorna; RYAN, Jim. **Educação para mudança**. Trad. Letícia Vasconcellos Abreu. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001, p. 178.
- [38] CHIZZOTTI, Antonio. Metodologia do ensino superior: o ensino como pesquisa. *In*: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (Orgs.). **Temas e textos em metodologia do ensino superior**. 2. ed., Campinas: Papyrus, 2001, p. 103.
- [39] CHIZZOTTI, Antonio. Metodologia do ensino superior: o ensino como pesquisa. *In*: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia (Orgs.). **Temas e textos em metodologia do ensino superior**. 2. ed., Campinas: Papyrus, 2001.
- [40] CUNHA, Maria Isabel da. **O professor universitário na transição de paradigmas**. 1. ed., Araraquara: JM Editora, 1998, p. 88.
- [41] MAZAFERRA, Luiz Braz. **Uma proposta para o ensino do direito**. Itu: Ottoni Editora, 2004, p. 24.
- [42] BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e suas personalidades históricas: uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. *In*: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Ensino jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília, 1997, p. 54.

A ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DOS BACHARÉIS*

THE BRAZILIAN ILLUSTRATION AND THE ACTING OF THE GRADUATES

**Flávio Bento
Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches**

RESUMO

A partir da tese A ilustração brasileira e a idéia de universidade, de Roque Spencer Maciel de Barros, este estudo visa apresentar um breve relato sobre a evolução das idéias que caracterizaram o período denominado por ilustração brasileira, e da atuação dos bacharéis e doutores nesse contexto. As questões que concentram a atenção deste trabalho são, essencialmente, a relevância da intelectualidade brasileira na fase final do Império, e a contribuição dos bacharéis na construção dessa história das idéias. Constatou-se que nas últimas décadas da época imperial, iniciou-se no Brasil uma importante mudança de mentalidade, que produziu relevantes conseqüências na política e nas ciências, e, especialmente, na educação superior. Nesse contexto, aparece com destaque a ação dos bacharéis na sustentação desses novos ideais, que ditaram os rumos das instituições nacionais no período que antecede o advento da República.

PALAVRAS-CHAVES: ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA. ENSINO JURÍDICO. HISTÓRIA DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO. HISTÓRIA DO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO.

ABSTRACT

Based on the thesis A ilustração brasileira e a idéia de universidade, by Roque Spencer Maciel de Barros, this study intends to present a short report about the ideas of evolution which is called “Ilustração Brasileira”, (Brazilian Illustration) and also the importance of undergrad’s and PHDS in this context. The issues that call its attention are essentially, the lack of brazilian intellectuals during the end of Imperorlism, and contributions in building this history of ideas. The report concluded that he last decades of the Imperiorism an important change started in Brazil, especially related to a higher education. It appears with anoutstanding contribution from the undergrad’s new ideas which dictated the course of the national institutions during this period before the Declaration of the Republic.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: BRAZILIAN ILLUSTRATION. JUDICIAL TEACHING. HISTORY OF BRAZILIAN JUDICIAL TEACHING; HISTORY OF UNDERGRADUATE AND GRADUATE TEACHING.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, idealizado a partir da tese *A ilustração brasileira e a idéia de universidade*, de Roque Spencer Maciel de Barros, tem como objetivo apresentar uma breve análise do desenvolvimento das mentalidades que caracterizaram o período da ilustração brasileira, e da atuação dos bacharéis nesse contexto. É necessário destacar, ainda, que este trabalho se limitou a investigar somente a primeira parte da obra, que recebeu do autor o título *Panorama da ilustração brasileira*. A tese em questão é uma investigação sobre a história das idéias no Brasil, que compreende o ciclo denominado por ilustração brasileira, época que vai de 1870 até a primeira Grande Guerra. A pesquisa, entretanto, limitou-se aos anos de 1870 a 1889. Nesse estudo sobre a história das idéias, o autor indicado conferiu atenção especial à educação, particularmente à superior, e às correntes ou tendências ideológicas que ditaram os rumos da instrução superior brasileira nessa fase.

O livro *A ilustração brasileira e a idéia de universidade* representa o trabalho com o qual Roque Spencer Maciel de Barros concorreu à livre-docência em História e Filosofia da Educação, na então Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, que hoje integra a Universidade de São Paulo. Trata-se de uma das mais importantes teses em sua área, o que, por si só, justifica o seu estudo.

No prefácio à publicação da tese, Laerte Ramos de Carvalho observou que a pesquisa representava uma adequada revisão da seguinte posição, que se tornou bastante comum entre os pensadores brasileiros no início do século XX: que a mentalidade limitada de nossos bacharéis, influenciada pelas doutrinas estrangeiras, alheia às questões nacionais, era a principal responsável pelas deformações das instituições nacionais (1959, p. 5-6). O exemplo típico dessa visão é a tese do historiador Francisco José de Oliveira Viana, expressa no livro *O idealismo da constituição*. O autor entendia que as discussões antigas e de sua época, sobre os problemas da organização do Estado, estavam sustentadas em posições frágeis, porque se apresentavam dissociadas da realidade nacional; eram baseadas em um idealismo utópico. O grande problema da política, da democracia brasileira, era a organização das fontes de opinião: imperava no Brasil a desorganização da opinião.

Os povos contemporaneos, ou melhor, as democracias contemporaneas podem ser classificadas em dous grupos: as democracias de opinião organizada e as democracias sem opinião organizada. Os ingleses e os americanos pertencem ao primeiro grupo. Nós pertencemos ao segundo grupo - o das democracias de opinião infusa, inorganica, inarticulada. (VIANA, 1939, p. XV).

Para Oliveira Viana, esse idealismo era consequência de uma educação, especialmente a superior, baseada em valores europeus, tanto a jesuítica, do período colonial, como a de Coimbra, que formou os grandes destaques da política que lançaram as bases da primeira Constituição brasileira. O idealismo político era ditado conforme os modelos estabelecidos pelos pensadores franceses, ingleses e norte-americanos. No Brasil, dentre os centros irradiadores desses pensamentos, os mais importantes eram as academias de Direito. Os novos bacharéis herdaram o idealismo utópico de seus mestres, que foram formados em Coimbra, e o disseminaram pelo país. Outra descrição da influência estrangeira nos bacharéis e doutores da época pode ser lida nas obras de Gilberto Freyre. Este autor chegou a descrever os bacharéis, “valorizados pela educação européia” (FREYRE, 1936, p. 303), como “uns sofisticados, trazendo com o verdor brilhante dos vinte annos, as ultimas idéas inglesas e as ultimas modas francesas” (FREYRE, 1936, p. 304). Afirmou, ainda, que “a ascensão do bacharel ou doutor afrancesado trouxe para a vida brasileira muita fuga da realidade atravez de leis quasi freudianas. Leis copiadas das francesas e das inglesas. (FREYRE, 1936, p. 311).

Nesse contexto, os principais assuntos que se apresentam para análise são: a relevância da intelectualidade brasileira no período; e, o papel dos bacharéis na construção dessa história das idéias.

A ILUSTRAÇÃO BRASILEIRA

Roque Spencer Maciel de Barros indicou a data de 1870 como um marco, não necessariamente exato, da consolidação de novas idéias, de uma mudança de mentalidade que iria produzir consequências especialmente na política e nas ciências. Esse movimento intelectual persistiu após o advento da República, e só seria superado por novas realidades e novos problemas que surgiram com a primeira Grande Guerra.

O período de novas idéias e de mudança de mentalidade indicado é denominado pelo autor por “ilustração brasileira”, ou movimento “ilustrado”, uma época que se mostrou apenas semelhante ao iluminismo europeu do século XVIII, e que deste se destacou por uma dimensão nova: a dimensão histórica. Conforme o autor, a ilustração brasileira recebeu como herança do iluminismo a crença no poder das idéias, a reação científica ou espírito científico[1], a consciência da importância da educação, “acrescida de uma visão histórica que seria fundamental para a nossa imagem do mundo” (BARROS, 1959, p. 23).

Os defensores desses ideais se propuseram a mudar o país pela ciência, pela cultura, pela educação. E, nesse contexto, a escola era a base natural dessa transformação. Era preciso, entretanto, reformar o ensino, aperfeiçoar a instrução, superar o atraso cultural, avançar, ver adiante no tempo, preparar-se para o futuro.

Uma das características da ilustração brasileira foi a universalização de seus ideais. Não havia para o movimento ilustrado um idealismo nacional, singular, e

essa mentalidade foi duramente criticada por Oliveira Viana na obra *O idealismo da Constituição*. Roque Spencer Maciel de Barros, entretanto, observou que:

[...] compreendendo que o Brasil era, como é, uma nação tipicamente ocidental – e não apenas ‘portuguesa’, como muito menos o era ‘indígena’ ou ‘africana’ – estes homens buscaram os instrumentos capazes de integrar-nos, de vez, na grande comunidade euro-americana; ao invés de entregarem a uma suposta realidade brasileira, procuravam criá-la pela ação educativa da lei, da escola, da imprensa, do livro. (1959, p. 25-26)

É importante observar a relevância conferida à instrução superior no período, em detrimento das instruções primária e secundária. Advertiu o autor que a independência do Brasil não foi um movimento popular. Com o desligamento oficial do Brasil do Império Colonial Português, havia a necessidade de organizar o Estado, de provê-lo de pessoas capazes de executar as atividades estatais. E só com a educação superior se poderia superar essa exigência. Conforme o autor, após a independência:

O momento seguinte exigia a organização do estado, a formação de uma burocracia à altura das responsabilidades – e esta não poderia esperar pelo longo trabalho de organização dos diferentes graus de ensino e pela sua eficiente articulação: era imperativo resolver, fosse como fosse, o problema da instrução superior. Daí a criação dos cursos jurídicos que, acrescentando-se aos cursos médicos já existentes, e que mais tarde passariam a Faculdades de Medicina, deveriam, formar, imediatamente, a elite dirigente. (BARROS, 1959, p. 27)

É necessário considerar, também, que a ilustração não foi um movimento popular. A ilustração surgiu da elite, e esta necessitava de pessoas preparadas, e uma instrução superior adequada para formar essa classe. Daí ser perfeitamente compreensível a prioridade conferida à educação superior no período imperial, inclusive na fase do movimento ilustrado.

O movimento ilustrado e as demais correntes ideológicas que existiram no período investigado suscitaram o surgimento de tipos característicos da época, favoráveis ou contrários aos ideais da ilustração. O autor apresentou três tipos fundamentais que imperaram nessa fase: o católico-conservador, o liberal, e o cientificista. O tipo católico-conservador, cujo centro de interesse era a religião, representou a posição anti-ilustrada, que rejeitava os ideais da ilustração. O tipo liberal, e o tipo cientificista, este fundado na valorização da ciência, representaram o “tipo ilustrado”. A análise desses tipos e de seus elementos essenciais será realizada nos itens que se seguem.

A MENTALIDADE CATÓLICO-CONSERVADORA[2]

A ilustração representou uma séria ameaça ao catolicismo, então já bastante enfraquecido na consciência da população. Não obstante o catolicismo representar, na época, a religião oficial, o Brasil era, como ainda é, um país de múltiplas crenças. O artigo 5º da primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824, estabelecia que “a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”. Uma das atribuições do imperador era “nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos” [artigo 102]. Estava previsto no juramento do imperador, “manter a religião católica apostólica romana” [artigo 103]. Este mesmo juramento era feito pelo “herdeiro presuntivo, em completando 14 anos de idade” [artigo 106], e pelos conselheiros de Estado [artigo 141]. As eleições ocorriam por meio de assembléias paroquiais; assim, só podiam votar e ser votados os católicos. (BRASIL, 1980, p. 198, 210-214, e 218).

A disciplina de Direito Público Eclesiástico, ou Direito Eclesiástico, integrou os currículos do curso jurídico até 14 de novembro de 1890, quando o Decreto n. 1036-A, “considerando que, decretada a separação da igreja e do Estado, teem desaparecido os motivos que determinavam o estudo do direito ecclesiastico, resolve supprimir a cadeira daquela disciplina nos cursos juridicos” (BRASIL, 1891, p. 3710-3711). Estudava-se, nessa disciplina, entre outros temas, os princípios do Direito Eclesiástico, as relações entre a Igreja Católica e o Estado, as pessoas eclesiásticas [o papa, o pároco etc.], os diversos preceitos do Direito Eclesiástico [cânones], os sacramentos, o poder judiciário da Igreja [como, por exemplo, o poder de decidir os conflitos que tratavam da nulidade de casamentos], os delitos eclesiásticos e suas penas [a heresia, os sortilégios ou superstições, a blasfêmia etc.] (ARAUJO, 1857; PHILLIPS, 1855).

Os valores católicos orientavam as leis, as instituições, as organizações oficiais, mas estavam cada vez mais distantes de representar os concretos ideais da população. Tem-se, então, duas situações: a força do catolicismo, representada pelas instituições, até então não ameaçadas, e, sua fraqueza, que correspondia à não existência de uma consciência de organização dos católicos e de um sistema doutrinário forte e coerente. A mentalidade ilustrada, ao combater as idéias dominantes e demonstrar as contradições e fragilidades das instituições e dos ideais do catolicismo, provocou a reação dos católicos, que passaram a se organizar, a procurar expor um sistema doutrinário coerente, a justificar a mentalidade conservadora então prevalecente. Assim, como expôs Roque Spencer Maciel de Barros:

[...] enquanto liberais e cientificistas procuram, no domínio religioso, transformar as instituições para atender às reivindicações das consciências; enquanto lutam para por o país ao nível do século, os católicos se entregam à tarefa de conservar as instituições, de impedir que o fermento liberal, laico, o ideal cientificista, renovem a face do país. (1959, p. 40)

O momento mais importante desse conflito entre a mentalidade católico-conservadora e o espírito liberal foi a chamada "questão religiosa". De um lado, a Igreja Católica, que: defendia a supremacia dos decretos eclesiásticos; proclamava a infalibilidade papal, definida no primeiro concílio do Vaticano, em 1870, durante o pontificado de Pio IX; combatia os ideais liberais; proibia a presença dos maçons em seus cultos. Do outro lado, o Estado defendia o seu direito de negar validade às determinações da Igreja que contrariassem a Constituição[3], e insurgia-se contra as restrições à maçonaria. É importante observar, também, que a luta entre o liberalismo e o catolicismo era um enfrentamento universal, representado pela resistência do catolicismo diante de seu enfraquecimento perante os ideais da civilização moderna. O papa Pio IX foi um ferrenho combatente das ideologias modernas, sobretudo por meio da encíclica *Quanta Cura*, de 1864.

Um dos meios de reação católico-conservadora foi o exercício do magistério superior, as cátedras das escolas superiores. Escreveu o autor que:

Na Faculdade de Direito do Recife, já em 1868, Tarquínio de Souza registrava com prazer que a 'escola de Kant e seus sequazes Zeiller, Ahrens e outros, que por tanto tempo dominou exclusivamente entre nós, se não tem sido completamente substituída, vai ao menos sendo contrabalançada pelas doutrinas da escola que chamarei cristã, e a cuja frente tem estado em nosso século o douto Taparelli, de saudosa memória, Liberatori, Benza e últimamente o modesto anônimo autor das excelentes Institutas de Direito Natural'..., etc. Em outros termos, substituíam-se as doutrinas liberais pelas ultramontanas no campo da filosofia do direito. (BARROS, 1959, p. 44).

Spencer Vampré relatou a atuação do professor José Maria Correa de Sá e Benevides, um ferrenho defensor da monarquia, baseada no direito divino, e católico ultramontano, que não admitia:

[...] transigência alguma com os positivistas, ou 'republicanos encapotados', expressão de que muito usava. Combater o positivismo, era uma das mais tenazes preocupações de sua inteligência, e, em todas as aulas, a propósito de nada, lá surgiam remoques a Augusto Comte, Littré, Lafitte, e também a Herbert Spencer, a Stuart Mill, e a outros philosophos da época. (1924, v. 2, p. 214)

Os fundamentos doutrinários da mentalidade católico-conservadora podem ser assim sintetizados: a religião era o núcleo da cultura; o direito divino deveria orientar a organização da sociedade, e somente a Igreja era o seu intérprete legítimo e autorizado; a lei eclesiástica deveria prevalecer sobre a lei civil; o Estado deveria estar subordinado à Igreja; só se admitia a sociedade teocrática, baseada na orientação divina.

No campo jurídico, a doutrina em questão era contrária à liberdade de expressão e de imprensa, à liberdade de culto, à liberdade de associação, à instituição do casamento civil, à secularização dos cemitérios, à liberdade de votos, à emancipação da mulher, e se mostrava indiferente à questão da libertação do trabalho, que envolvia a abolição da escravidão e o incentivo à imigração, pois todas essas questões representavam ameaças ao catolicismo ou contrariavam valores tradicionais da fé católica.

No campo do ensino, esse tipo de mentalidade defendia que a educação deveria ser confiada somente àqueles que seguissem a orientação da Igreja Católica. Os católico-conservadores temiam a intensificação da propagação dos novos ideais nas escolas, e eram contrários à idéia da instrução obrigatória, e à prática do ensino das ciências naturais e até das ciências humanas emancipadas da teologia e da filosofia.

A atenção de todas as mentalidades estava concentrada na cultura superior. Com relação à liberdade de ensino, os católico-conservadores acabaram decidindo por defendê-la, não obstante representar a condenação da liberdade de ensino a posição mais coerente com os interesses e os ideais do catolicismo. Parece que seria mais adequado à Igreja, na época, combater o ensino livre, a criação de faculdades livres, postulados expressamente liberais, e defender uma política de controle das escolas superiores pelo Estado. Os católicos, entretanto, foram defensores das faculdades livres e do controle do Estado sobre o ensino superior, para que se impedisse a propagação das "doutrinas subversivas" (BARROS, 1959, p. 62). As faculdades deveriam ser capitaneadas pela Igreja e por aqueles que defendiam os seus valores. Observa-se que pelos menos duas situações justificaram essa postura dos católico-conservadores: no período em estudo, as faculdades estavam comprometidas com a Igreja (BARROS, 1959, p. 60-61); e, como a religião oficial, consagrada na Constituição, era a católica, todo o ensino deveria estar de acordo com suas doutrinas (BARROS, 1959, p. 62). Esse compromisso das faculdades era atestado pelos Estatutos dos Cursos Jurídicos. Os artigos 126 e 127 dos Estatutos previam penas, inclusive a de prisão, aos alunos que praticassem, "dentro do edifício da Faculdade actos offensivos da moral pública e da Religião do Estado, [...]" (BRASIL, 1854a, p. 188). No mesmo sentido seguiam os Estatutos das Escolas de Medicina, artigos 161 e 162 (BRASIL, 1854b, p. 223).

Spencer Vampré relatou um caso de ato ofensivo à religião do Estado praticado por acadêmico.

Um incidente ocorreu nos actos do segundo anno, o qual deu logar a processo academico.

Cahira por sorte ao estudante Francisco Peixoto de Lacerda Werneck o ponto - liberdade de religião, - e, professando idéas positivistas, escreveu topicos neste teor: - 'esses ignorantes sem caracter, isto é, aquelles que ensinam a moral, baseada na existencia de um ente supremo, chamado Deus, como dizem esses ignorantes sem caracter'.

Terminava a prova, declarando que expunha as suas idéas, sem ceder 'às suggestões mesquinhas de interesses egoistas', e que, si se afastara da doutrina dos mestres, assim procedera 'com a convicção da boa consciencia'.

Iniciou-se o processo academico, por queixa de Arcipreste Andrade.

A Congregação, composta de, - Ramalho, director interino, Antonio Carlos, Falcão Filho, Sá e Benevides, Dutra Rodrigues, Vieira de Carvalho, Leite de Moraes, Rubino, João Monteiro e Americo Brasiliense, - condenou o estudante, por offensa á religião do Estado, a perder dois annos de estudos, na fôrma do art. 127 dos Estatutos. (1924, v. 2, p. 444-445)[4]

O Governo Imperial, baseado na legislação então vigente, determinava quais compêndios deveriam ser adotados nas Academias. Spencer Vampré narrou um incidente entre a Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo e o Governo, sobre a adoção de compêndio de economia política. Em resposta à Congregação, que decidira pela adoção de compêndio indicado somente se o professor assim entendesse, o Ministro João de Almeida Pereira Filho censurou a atitude da Congregação, e afirmou, em aviso ministerial de 29 de dezembro de 1860, que:

[...] a autonomia da Congregação, pelo modo por que ella quer entendida, não existe, nem poderia jamais existir. Os estatutos a repellem. A adopção dos compendios não é direito exclusivo ou positivo, dos lentes; porque importaria isto privar Governo de exercer interferencia e inspecção, a respeito de uma materia tão transcendente no ensino publico, o que é inadmissivel. (1924, v. 2, p. 113)

O episódio narrado retrata a questão das leituras proibidas, que foi bem discutida por Alberto Manguel (1997, p. 311-323). Em diversas situações na história, os detentores do poder [as elites governantes] tentaram controlar a leitura, como forma de coibir a propagação de idéias contrárias aos interesses dessa classe dominante. O objetivo desse controle sempre foi o de divulgar apenas as opiniões que estivessem em consonância com o que fosse adequado à elite e dificultar o desenvolvimento de opiniões próprias, de reflexões críticas contra o estado de coisas. Segundo Alberto Manguel, “os poderes absolutos exigem que todas as leituras sejam leituras oficiais” e “a censura [...] é o corolário de todo o poder” (1997, p. 315). Nesse sentido, o Governo Imperial determinava os autores que poderiam ser estudados nas Academias e exercia uma firme censura contra qualquer ato que representasse afronta a esse controle das leituras nos cursos jurídicos.

Vários artigos dos Estatutos dos cursos atendiam aos interesses de controle, inclusive das leituras, que era exercido pelos adeptos da mentalidade católico-conservadora. Como exemplos podem ser destacados os artigos 12, número 12, 21, números 1 e 2, 37, entre outros[5]. No artigo 21, número 1, consta que a Congregação

deveria inspecionar a parte científica do curso, inclusive quanto “aos livros e compendios seguidos nas aulas” (BRASIL, 1854a, p. 173).

Pode-se entender que esse controle também era exercido por meio das leituras que eram disponibilizadas aos acadêmicos. Segundo Richard M. Morse, a biblioteca da Academia de São Paulo, por volta de 1840, era bastante limitada

compreendendo principalmente a coleção franciscana um tanto atacada pelos bichos, e as doações do Bispo D. Mateus e de Toledo Rendon. Kidder achou que aproximadamente a metade era de ‘volumes sobre teologia, que ninguém lera nem leria’. Livros contemporâneos, inclusive obras de jurisprudência, eram poucos; a literatura e as ciências estavam escassamente representadas. O diretor, entretanto, queixara-se veementemente ao Ministro do Império (1970, p. 96).

Esse controle também foi destacado por José Eduardo Faria, que se referiu ao “autoritarismo governamental que controlou os recursos, o currículo, o método de ensino, a nomeação de professores, os programas e os livros” (1984, p. 161).

A MENTALIDADE LIBERAL

A ilustração brasileira gerou dois tipos principais de mentalidades liberais: os liberais clássicos, baseados no direito natural, e os liberais cientificistas, sustentados na orientação científica. Existiam, portanto, diferentes visões liberais, com fundamentos teóricos distintos.

O tipo liberal clássico sustentava sua teoria no direito natural, isto é, na previsão de direitos originários, pré-existentes, de caráter individual, que resultavam da natureza humana, e que o Estado devia respeitar. Ocorre que os fundamentos do direito natural foram suscitando novas discussões. Conforme observou o autor, Jean-Jacques Rousseau desenvolveu uma outra visão do direito natural, fundada no pacto social, no interesse comum. Para Emanuel Kant, o direito era um produto histórico e cultural, fruto de reivindicações sociais e econômicas; as características do direito natural passaram a ser a autonomia da vontade, a racionalidade, a razão pura (BARROS, 1959, p. 67-72). Assim, os fundamentos do liberalismo passaram por uma reanálise, em função dessa evolução da teoria do direito natural. Os liberais precisaram conciliar a atenção conferida por essas novas visões à coletividade, com um dos princípios basilares do liberalismo: a individualidade.

Um problema central no novo liberalismo é a questão genérica das relações entre o indivíduo e o Estado. Nesse contexto, surgiu a questão da liberdade de ensino, pois, enquanto se defendia essa liberdade, que propõe a não intervenção estatal na área educacional, surgia a idéia do princípio da educação elementar obrigatória e

gratuita. Assim, "ao mesmo tempo que se protesta contra o estado-educador, consagra-se a sua necessidade" (BARROS, 1959, p. 81). Era necessário, portanto, conciliar e liberdade de ensino e a intervenção estatal. Como hipótese de solução para esse impasse, despontou a idéia do "germanismo francês". Os franceses indicavam a organização universitária alemã como o modelo mais adequado de conciliação ente a liberdade de ensino e a intervenção do Estado, baseados na excelência do ensino universitário alemão e na superioridade de sua ciência. Roque Spencer Maciel de Barros reconheceu que:

De fato, o regime alemão garante a plena liberdade doutrinária e seu segredo está em trazer o princípio da 'livre-concorrência', a 'oferta' e a 'procura', reguladas apenas pela competência demonstrada na obtenção do título de '*privat-docenten*', para o seio mesmo da universidade. E a universidade é o Estado; êste não abdica, de forma alguma, do seu papel educador - apenas não impõe doutrinas; garante para tôdas elas a possibilidade de se fazerem ouvir, de florescer, dependendo o seu triunfo ou seu malôgro de suas virtudes intrínsecas e não da coação do poder. (1959, p. 86)

Acaba-se, enfim, por reconhecer que a intervenção estatal, além de necessária, é o principal fator da própria liberdade de ensino.

A apresentação das observações anteriores, vinculadas ao liberalismo europeu, mostrou-se necessária para a análise que se seguirá, do liberalismo clássico brasileiro.

A preocupação central dos liberais clássicos brasileiros referia-se às instituições político-sociais, aos costumes políticos, especialmente à forma de governo, na época representada pela monarquia absolutista. Para o liberalismo, o progresso social e econômico só seria possível por meio de mudanças políticas, da democratização do país, o que importava a superação da organização imperial.

Outra luta dos liberais clássicos era pela liberdade individual; "a luta pela libertação da consciência e das forças tolhidas da individualidade, no plano religioso, intelectual, social, moral, econômico" (BARROS, 1959, p. 96). O primeiro grande embate era contra a religião oficial. Predominaram, nesse ponto, as teses regalistas, que defendiam a ingerência do chefe de Estado nas questões religiosas. Uma questão também importante era a libertação do trabalho, que somente seria possível com a abolição da escravatura. O fim da escravidão exigiria estímulos à política de imigração, e havia a consciência de que era preciso mudar as condições políticas do país, de forma a atrair imigrantes de países mais civilizados, especialmente do ocidente. Era preciso, ainda, promover a liberação do comércio e da indústria, estimular a atuação da iniciativa privada, a livre concorrência.

No que concerne à educação, dois foram os princípios basilares desta mentalidade: a obrigatoriedade da educação elementar, aliada à sua gratuidade; e, uma ampla liberdade de ensino. A Constituição de 1824 já havia previsto que "a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos" (BRASIL, 1980, p. 226); mas era necessário

"reconhecer, ainda, além do 'direito' à educação, o 'dever' da educação" (BARROS, 1959, p. 106); era preciso "que a gratuidade, existente nas leis, possa tornar-se realmente efetiva, multiplicando-se as escolas, criando-se o máximo de oportunidade de educação" (BARROS, 1959, p. 106).

Quanto ao ensino superior, não obstante alguns terem defendido o controle e a intervenção do Estado, o liberalismo brasileiro lutou pela liberdade irrestrita do ensino.

A MENTALIDADE CIENTIFICISTA[6]

O estudo da mentalidade científicista centrou-se em duas bases do pensamento social e político do movimento ilustrado: o novo liberalismo[7], e o positivismo.

Na obra *Curso de filosofia positiva*, Augusto Comte formulou a lei dos três estados, que caracterizam a história da humanidade: os estados teológico, metafísico e positivo. A filosofia positivista de Augusto Comte influenciou importantes pensadores brasileiros da época. No sul do país, a evolução do positivismo se concentrou de forma mais marcante nos campos político e pragmático[8]. A "filosofia da história, aplicada à realidade nacional, bem como as medidas práticas dela decorrentes" (BARROS, 1959, p. 131), concentravam a atenção desses pensadores, especialmente Luís Pereira Barreto, Miguel Lemos, Raimundo Teixeira Mendes. No norte, o positivismo teve um caráter mais cultural e literário, e foram seus condutores Tobias Barreto e Silvio Romero.

As idéias positivistas reconheciam a importância da educação para o progresso da nação. Era necessário, entretanto, transformar a realidade política, social, mental e educacional. Dentre os postulados do positivismo, que se transformou em religião, por meio da Igreja Positivista do Brasil, estavam a liberdade de ensino. Como observou Roque Spencer Maciel de Barros, "o resultado de tal política levaria o país à república e o colocaria decididamente no limiar do estado definitivo da humanidade" (1959, p. 130-131).

Para comparar a influência do positivismo na mentalidade nacional, observe-se o exemplo de Luiz Pereira Barreto. Conforme Roque Spencer Maciel de Barros, a obra do autor citado representou um "[...] esforço de interpretar, à luz da filosofia positivista da história, a vida brasileira, integrando-a no esquema geral da evolução da humanidade" (1959, p. 125). E acrescentou:

O plano de Barreto é 'apresentar sucessivamente à apreciação do intelecto brasileiro a filosofia teológica, a filosofia metafísica e a filosofia positiva', que se referem, a primeira 'aos conservadores, os representantes do antigo passado; a segunda aos liberais,

os representantes do passado moderno; a terceira aos contemporâneos efetivos da ciência natural, os representantes do presente e do futuro'. (BARROS, 1959, p. 125-126)

Outro exemplo significativo da influência positivista na mudança da mentalidade brasileira está no programa da Igreja Positivista do Brasil, elaborada por Miguel Lemos. Seus principais propósitos eram:

[...] luta pela transformação política do país, de império em república; preparação para a completa separação entre o poder espiritual e o temporal, pela decretação do registro e do casamento civis e da secularização dos cemitérios; completar a obra de emancipação dos escravos, iniciada pela lei Paranhos. (BARROS, 1959, p. 130)

A influência positivista na inteligência brasileira, especialmente entre os nossos bacharéis ilustrados, foi, aos poucos, perdendo forças, ao ser superada por novas correntes filosóficas, como o darwinismo e o spencerismo (BARROS, 1959, p. 146). Como afirma Roque Spencer Maciel de Barros, o positivismo foi, gradativamente, se transformando em cientificismo (1959, p. 145).

Roque Spencer Maciel de Barros apontou como contribuição fundamental do cientificismo brasileiro, a formulação de uma nova concepção do direito. A evolução do pensamento humano exigia uma mudança de fundamentação do direito, conforme a nova visão científica do universo. De acordo com Clovis Bevilacqua, os nossos bacharéis, influenciados por novos pensadores, sentiam a necessidade de “enquadrarem o direito na interpretação científica que tinham do mundo” (*apud* BARROS, 1959, p. 148). Tobias Barreto foi o primeiro grande combatente para a concretização dessa mudança. O professor da Faculdade de Direito do Recife repudiou a clássica idéia do direito natural e originário, para defender uma concepção “culturalista” do direito: o direito como produto histórico-cultural da humanidade, produto das lutas e combates da sociedade (BARROS, 1959, p. 149-157).

A mentalidade cientificista passou a analisar a validade de nossas instituições à luz da ciência e de sua evolução histórica. Uma das características dessa mentalidade é a atenção à perspectiva histórica. Para seus defensores, a realidade nacional necessitava ter em vista sua integração à civilização, à humanidade, mediante um programa de mudanças que deveria ser realizado. Entendia-se que era necessário ocorrer transformações em vários níveis: cultural, jurídico, econômico, educacional, social, político (BARROS, 1959, p. 164-169). Dentre os seus principais postulados destacavam-se: o regime republicano-democrático, o sufrágio universal, as liberdades de consciência e espiritual, o trabalho livre, a abolição da escravatura, a imigração, a emancipação da mulher, entre outros (BARROS, 1959, p. 169-185).

No que se refere à educação, os cientificistas defenderam a liberdade de ensino, o ensino livre, baseado em uma ampla formação intelectual e científica, como forma de superar os problemas fundamentais do país. O Decreto n. 7.247, de 19 de abril

de 1879, reformou o ensino superior no Brasil imperial e permitiu a associação de particulares para a fundação de cursos superiores (BRASIL, 1880, p. 206). Esses cursos, após atenderem alguns requisitos estabelecidos no referido Decreto, poderiam alcançar o título de Faculdade livre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, como observou Laerte Ramos de Carvalho no prefácio da tese *A ilustração brasileira e a idéia de universidade*, Roque Spencer Maciel de Barros, ao estudar as idéias que marcaram a fase final do Império, preocupando-se especialmente em analisar a evolução da educação superior e a questão do surgimento tardio da universidade no Brasil, conseguiu resgatar, de forma bastante apropriada, a importância da atuação dos bacharéis nesse período de relevantes transformações. Mesmo sem demonstrar qualquer preocupação explícita com a valorização dessa atuação [em nenhuma parte da obra há qualquer indicação clara desse propósito], Roque Spencer Maciel de Barros, ao tratar do “sentido prospectivo” da ilustração, e da função “educadora” da lei, que, muitas vezes, estabelece situações como preparação para o futuro, considerou que “a ‘consciência jurídica’ liberal, uma das principais molas da ilustração brasileira, não era uma forma de alienação, mas um princípio civilizador” (BARROS, 1959, p. 25).

O entendimento expresso neste estudo, quanto à utilidade da tese *A ilustração brasileira e a idéia de universidade*, poderia representar somente mais uma manifestação a ser somada ao senso comum, que a considera um dos textos clássicos da história e da filosofia da educação no Brasil. Observa-se, entretanto, que, considerando o enfoque primordial desta análise, centrado na argumentação da atuação dos bacharéis e na influência do ensino jurídico nesse período de mudança de mentalidade, foi possível discorrer com maior atenção acerca da observação lançada por Laerte Ramos de Carvalho sobre a importância da tese, para corrigir a inadequada compreensão do papel que o bacharel e o próprio ensino jurídico representaram nessa fase. Nesse sentido, o texto analisado possui um valor especial.

Observa-se que Roque Spencer Maciel de Barros conseguiu construir, de maneira didática, aprofundada e original, a história desse importante período de mudança de mentalidade que, no final da fase imperial, produziu relevantes conseqüências na política e nas ciências, e que foi denominado de ilustração brasileira. Percebe-se que um instrumento destacado dessa evolução foi a educação superior, quer em função da atuação de professores e acadêmicos, quer por representar a instrução uma das instituições que exigiam transformações. A mentalidade brasileira, na época, evoluiu do tipo católico-conservador, que defendia os ideais da monarquia e do catolicismo, para uma intelectualidade atenta às idéias científicas, aos avanços do conhecimento moderno. As cátedras das escolas superiores, especialmente as academias dos cursos jurídicos, conforme bem demonstrado por Roque Spencer Maciel de Barros, eram utilizadas pelos pensadores para divulgar e defender seus ideais[9].

Esse confronto de idéias envolvia a discussão sobre as instituições então vigentes, especialmente a educação, o conceito de direito e seus fundamentos e diversas questões jurídicas; o que atesta a importância dos bacharéis nesse processo de transformação.

A obra de Roque Spencer Maciel de Barros procurou retratar os avanços da intelectualidade brasileira, buscando compreender seus principais elementos, de acordo com a realidade da época, relatada pelos homens de então. Diferentemente da tese de Francisco José de Oliveira Viana, expressa na obra *O idealismo da constituição, A ilustração brasileira e a idéia de universidade* demonstrou o valor dos bacharéis na sustentação dos novos ideais que ditaram os rumos das instituições nacionais no período que antecede o advento da República, especialmente na área da educação.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues d'. *Elementos de direito ecclesiastico publico e particular*. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães, 1857. 3 v.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. *A ilustração brasileira e a idéia de universidade*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1959.

_____. A ilustração brasileira revisitada. In: MONARCHA, Carlos. (Org.). *História da educação brasileira: formação do campo*. Ijuí: Unijuí, 1999.

BRASIL. Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854. Dá novos Estatutos aos Cursos Jurídicos. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1854*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1854a. Tomo XVII. Parte II.

_____. Decreto n. 1.387, de 28 de abril de 1854. Dá novos Estatutos às Escolas de Medicina. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1854*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1854b. Tomo XVII. Parte II.

_____. Decreto n. 1.036-A, de 14 de novembro de 1890. *Decretos do governo provisorio da republica dos Estados Unidos do Brazil: de 1 a 30 de novembro de 1890*. Rio de Janeiro: Nacional, 1891. [decimo primeiro fasciculo].

_____. Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879. *Collecção de leis do Imperio do Brazil de 1879*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1880. Tomo XLII. Parte II.

_____. Constituição (1824). MIRANDA, Jorge (org.). *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.

CARVALHO, Laerte Ramos de. In: BARROS, Roque Spencer Maciel de. *A ilustração brasileira e a idéia de universidade*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1959, p. 5-6.

DORIA, Luiz Gastão D'escragnolle. Fundação dos cursos jurídicos. *Revista do Instituto Historico e Geographico de São Paulo*, São Paulo, v. 16, p. 404-409, 1914.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadencia do patriarchado rural no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. Tradução de Pedro Maia Soares.

MORSE, Richard M. *Formação histórica de São Paulo*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

PHILLIPS, Georges. *Du droit ecclésiastique: dans ses principes généraux*. 10. ed. Paris: Jacques Lecoffre, 1855. 3 v. Tradução de J. P. Crouzet.

VAMPRÉ, Spencer. *Memorias para a historia da academia de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 1924. 2 v.

VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

[1] A educação superior brasileira, baseada na tradição portuguesa, não sofreu, com a urgência e a intensidade necessárias, as influências da reação científica. Em nota explicativa, o autor destacou a observação do pensador Raimundo Teixeira Mendes, pertinente à época, sobre o atraso da instrução superior em relação ao espírito científico. Escreveu Teixeira Mendes, que "a atividade política fazia concorrer a mocidade para as academias de direito, que, privadas de toda base científica, não permitiram a emancipação dos futuros estadistas" (BARROS, 1959, p. 30-31, nota 22).

[2] O autor, não obstante ter reconhecido a propriedade da denominação "mentalidade tradicionalista", sugerida por outros estudiosos para não identificar uma ideologia com a religião católica, manteve sua preferência pela denominação original, e chegou a manifestar sua preferência por outra, a "mentalidade ultramontana", porque seu objetivo era mesmo "o de aproximar essa religião da ideologia" (BARROS, 1999, p. 26).

[3] O artigo 102 da Constituição previa, como uma das atribuições do imperador, "conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas e quaisquer outras constituições eclesiásticas que não se opuserem à Constituição; e precedendo aprovação da Assembleia se contiverem disposição geral" (BRASIL, 1980, p. 213).

[4] Esse mesmo episódio foi apresentado por Ivan Lins: "Distinguiu-se também como positivista em Recife Francisco Peixoto de Lacerda Werneck que, em 1882, fôra condenado, na Faculdade de Direito de São Paulo, a perder dois anos de estudos por ofensa à Religião do Estado, visto haver escrito numa prova sôbre liberdade de religião: 'Êsses ignorantes sem caráter, que ensinam a moral baseada na existência de um ente supremo, chamado Deus' ..." (1964, p. 132).

[5] "Art. 12. Incumbe ao Director, além de outras atribuições marcadas nestes Estatutos: [...] 12º Velar na observancia destes Estatutos; e propor ao Governo tudo quanto for concernente ao aperfeiçoamento do ensino, e ao regimen da Faculdade, não só na parte administrativa, que lhe he pertencente, como ainda na parte scientifica; devendo, neste ultimo caso, ouvir previamente a Congregação (BRASIL, 1854a, p. 172). Art. 21. Compete á Congregação, além das outras funcções que por estes Estatutos lhe são conferidas: 1º Exercer a inspecção scientifica da Faculdade no tocante ao systema e methodo de ensino, aos livros e compendios seguidos nas aulas, propondo quaesquer reformas ou alterações que forem aconselhadas pela experiencia ou pelo progresso das sciencias sociais e juridicas. 2º Empregar a maior vigilancia a fim de evitar que se

introdução praticas abusivas na disciplina escolar e no regimen da Faculdade; [...] (BRASIL, 1854a, p. 173). Art. 37. Só poderão ser admitidos ao concurso os cidadãos brasileiros que, entando no gozo dos direitos civis e politicos, tiverem o gráo de Doutores pelas Faculdade de Direito do Imperio. Para provar estas condições, os candidatos deverão apresentar ao Secretario da Faculdade, no momento da inscripção, seus diplomas ou publica formas destes, justificando a impossibilidade da apresentação dos originaes; certidão de baptismo, e folha corrida do lugar de seus domicílios” (BRASIL, 1854a, p. 176).

[6] O autor abandonou a utilização dessa expressão, e passou a empregar outra que, no seu entender, mostrou-se mais adequada: cientismo (BARROS, 1999, p. 24).

[7] "Crença na liberdade, cientificamente demonstrada, tomado o conceito na sua acepção política, e fé na ciência - aí estão, unidos, os motivos dominantes do novo 'liberalismo', mais adequado as solicitações do século" (BARROS, 1959, p. 75).

[8] Quanto à influência do positivismo nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, merece destaque a obra de Ivan Lins, *História do positivismo no Brasil* (1964, p. 127-133, 138-174).

[9] Observou Luiz Gastão D’Escragnolle Doria que “com o curso dos tempos, com os progressos da cultura e do liberalismo, as academias de direito ouviram, na cathedra, sustentadores da liberdade religiosa. Criticaram a infalibillidade papal e muitissimas outras questões, melindrosas para a época” (1914, p. 407).

ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO*

STRATEGIC ANALYSIS OF LAW

Frederico de Andrade Gabrich

RESUMO

Resumo do texto Análise Estratégica do Direito: As relações tratadas pelo direito sofreram mudanças radicais nas últimas décadas. A interpretação e a aplicação do direito não evoluíram na mesma proporção, especialmente no Brasil. É necessária uma nova maneira de encarar o direito e as normas jurídicas. É fundamental o pensar jurídico estratégico, direcionado para a estruturação dos objetivos traçados pelas pessoas, empresas e Estado. É urgente uma evolução das metodologias de ensino jurídico, com relativização da abordagem legalista, repetitiva e pouco criativa. Essa evolução metodológica pode ser realizada por meio do estudo jurídico dos objetivos das pessoas, das empresas e do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: HERMENÊUTICA. ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO. ESTUDO JURÍDICO DE OBJETIVOS.

ABSTRACT

Abstract: The relationships regulated by law have changed radically in the last decades. The interpretation and application of the law did not grow in the same pace, specially in Brazil. It is necessary a new method to face the law and its norms. It is fundamental to think the law strategically, directed to the structuring of goals established by people, firms and the State. It is urgent an evolution of the methodology by which the law is taught, with the relativization of the legalistic approach, which is repetitive and little creative. This methodologic evolution can be reached through the study of the goals of the people, firms and the State.

KEYWORDS: KEY-WORDS: HERMENEUTICS. STRATEGIC ANALYSIS OF LAW. LAW STUDY OF GOALS.

1. INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O século XXI, desde o início, vem demonstrando a eficácia e as conseqüências de todas as mudanças ocorridas na civilização humana a partir da segunda metade do século passado, na esteira de todas as alterações políticas, econômicas, sociais, culturais e tecnológicas verificadas especialmente a partir do final da segunda Guerra Mundial. Desde então, a vida em sociedade sofreu inúmeras modificações significativas, cujos resultados passaram a ser sentidos em todas as suas dimensões, paradigmaticamente, a partir do início deste século. A falência do Estado como agente econômico, social e político, os novos conflitos ideológicos marcados pela falta de razão do terrorismo internacional, as novas relações sociais e familiares, as novas e imediatas formas de comunicação e informação, o domínio da lógica capitalista, são apenas alguns exemplos marcantes dessa realidade.

Incrivelmente, essas realidades incontestáveis não vêm sendo observadas com a devida intensidade e importância pela ciência do Direito e pelos seus agentes, especialmente no Brasil. O Direito, em regra, continua sendo compreendido como um sistema normativo de fonte essencialmente legal, ditado pelo Estado e usado como fundamento não para a prevenção e solução de conflitos, mas, o que é terrível, preferencialmente para o fomento de novas e intermináveis controvérsias judiciais, que promovem, na prática, a inoperância do Poder Judiciário e a insatisfação da maioria dos cidadãos.

No Brasil, com raríssimas exceções, o Direito continua sendo encarado, compreendido, utilizado e ensinado da mesma forma como ocorria no século XIX. As pessoas, em geral, continuam vendo no juiz um mero aplicador dos termos estritos da lei. Muitos magistrados reforçam e nutrem diariamente essa convicção da maioria, por meio de um trabalho realizado sem motivação ou paixão, de forma absolutamente mecanizada e repetitiva, com viés essencialmente legalista e sem qualquer tipo de reflexão. Os advogados, agora contados às centenas de milhares e em muito breve aos milhões, geralmente não recebem a melhor formação e disputam o mesmo (limitado) mercado de trabalho, em uma verdadeira carnificina que os rebaixa à simples condição de leiloeiros do menor preço, do trabalho gratuito ou baseado apenas e tão-somente na participação em eventuais resultados econômicos de seus clientes. Pior: tudo isso já é considerado como absolutamente natural e normal. Os advogados continuam sendo considerados pela maioria dos cidadãos como verdadeiros “chatos”, que insistem na arte de complicar a vida das pessoas por meio de textos longos e incompreensíveis, ou por intermédio de uma linguagem rebuscada, hermética, técnica, antiga e desprovida de pragmatismo. Por isso, quase sempre, o advogado somente é lembrado no momento em que surge o conflito, ou, sempre que comparece à residência o oficial de justiça munido de um mandado de citação para mais um daqueles intermináveis processos judiciais.

O “não” continua sendo a palavra mais usada pelos juristas, quando, na realidade, o “sim” deveria ser a palavra de ordem. *“Não” faça isso ou eu levo você às barras de um tribunal, para lhe exigir o pagamento de uma indenização por danos morais e patrimoniais... Isso “não” é assim, isso “não” é permitido pela lei ou pela jurisprudência.* Esse, infelizmente, ainda é o discurso dominante.

A jurisprudência, agora massificada e standartizada por meio de permissivo constitucional, aparece sob a forma das súmulas vinculantes, dos

enunciados, das orientações jurisprudenciais e de outros instrumentos que declaradamente visam apenas acabar com o processo. Muito pouco, quase nada é imaginado ou utilizado para prevenir ou resolver o conflito, para determinar a paz e a felicidade das pessoas.

O ensino jurídico (especialmente na graduação), também massificado, mecanizado, repetitivo e oferecido sem qualquer tipo de reflexão, “avança” baseado em fórmulas pré-concebidas, na repetição mecanizada do texto da lei, na ausência de utilização dos avanços da tecnologia e em provas de simples escolha (equivocadamente chamadas de provas de múltipla escolha). As faculdades e seus professores insistem em pregar e indicar aos alunos *a luta pelo direito*, o massacre das disciplinas processualistas[1] e a redução de tudo a um processo. Melhor: a milhões de processos judiciais, caros, infundáveis e absolutamente ineficazes para determinação da felicidade das pessoas. Muito pouco, quase nada, se fala ou se ensina (inclusive nos cursos de pós-graduação) a respeito da razão de ser do Direito, da felicidade da maioria, dos meios extrajudiciais de mediação, de arbitragem e de solução de conflitos. Pouquíssimos ensinam a ouvir, pensar, interpretar, refletir, sistematizar, planejar, aplicar, resolver. Por isso, os profissionais do Direito continuam, em sua avaçaladora maioria, falando sempre de um caso, de uma disputa, de uma briga, de um processo, de um juiz, de uma audiência ou julgamento. Quase nunca abordam ou tratam da felicidade, da harmonia e do amor decorrente de seu trabalho. Triste.

A pesquisa científica e a extensão, fora de moda, distanciaram-se perigosamente da realidade da vida. Os títulos das teses e dissertações exigem um glossário para serem realmente compreendidos. Trata-se muito de soberania, de paradigmas da democracia e da liberdade[2]. Muito pouco se pesquisa sobre a prevenção efetiva e eficaz de conflitos da realidade paupável das pessoas. A interdisciplinariedade é ainda apenas um ideal. No âmbito dos ramos que tratam da vida empresarial, por exemplo, os comercialistas não pesquisam em conjunto com os tributaristas, economistas, contabilistas e administradores. Nem mesmo conversam amenidades, pois normalmente não têm oportunidade de se encontrarem nos campus universitários. Pior: os seus alunos, que também jamais realizam qualquer tipo de atividade, pesquisa ou reflexão em conjunto, serão naturalmente obrigados a trabalhar e a planejar juntos (pasmem) a vida das organizações e das pessoas.

Sintomaticamente, as faculdades de direito, que nos últimos anos brotaram em projeção aritmética incontrolável, transformaram-se apenas em estágio geralmente ruim, mas obrigatório, para o “cursinho” preparatório, destinado à aprovação para o exame de suficiência da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e, logicamente, para os concursos públicos obrigatórios para o ingresso dos despreparados para as carreiras de juiz, promotor, procurador, delegado, etc. A (suposta) fiscalização do Ministério da Educação (confirmada por provões e outros exames com nomes risíveis), bem como a análise meramente visual das salas (absolutamente lotadas) dos “cursinhos” preparatórios comprovam essa sofrível realidade que, inclusive, é pública, notória e, por isso, independe de prova documental insofismável.

É necessário um basta. É absolutamente necessário mudar o prisma de análise, interpretação, aplicação e, sobretudo, da maneira como o Direito é ensinado nos cursos de graduação e de pós-graduação. A mudança de paradigmas é urgente e requer o trabalho idealista e obstinado de alguns cientistas e

operadores do Direito que certamente serão ridicularizados e chamados pela maioria de “loucos”, “malucos” e “anormais” (para que não se escreva tudo o que será dito a respeito deles).

Somente a análise estratégica do direito, combinada com uma evolução do sistema de ensino jurídico podem permitir essa mudança.

2. PLANEJAMENTO E ANÁLISE ESTRATÉGICA

A cultura brasileira é refratária ao planejamento. Quanto mais ao planejamento estratégico. Em regra[3], o brasileiro comum reage às crises que se sucedem ao longo da vida. O mesmo acontece com o Estado (em todas as esferas e poderes). As pessoas que planejam os passos da vida, que elaboram cenários, que galgam os degraus de qualquer planejamento mais detalhado, são consideradas como “anormais” e “sistemáticas”. *Deixe a vida me levar* é a regra de ouro do imaginário coletivo.

A maioria avassaladora dos negócios dos empresários individuais e das sociedades empresárias são constituídos e administrados sem qualquer tipo de planejamento jurídico (societário, tributário, contratual ou trabalhista), financeiro, contábil ou administrativo. Somente algumas poucas organizações empresariais, inseridas no capitalismo internacional, têm uma atitude um pouco diferente.

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a determinação de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados.

Por outro lado, a palavra *estratégia* tem origem na arte de coordenar a ação das forças militares, políticas, econômicas e morais implicadas na condução de um conflito ou na preparação da defesa de uma nação, tendo evoluído com o tempo, especialmente no plano negocial e empresarial, para hoje ser compreendida como a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista.[4]

Atualmente, após evolução que teve início na década de 1950 com a *escola do planejamento financeiro*, evoluiu na década de 1960 por meio da *escola do planejamento a longo prazo*, continuou seu caminho por intermédio da *escola do planejamento estratégico* na década de 1970, consolidou-se na década de 1980 com a *escola da administração estratégica*, o planejamento estratégico finalmente sedimentou-se, a partir da década de 1990, com a *escola da gestão estratégica*. De acordo com essa última *escola da gestão estratégica*, o **planejamento estratégico**:

estabelece um meio sistemático para a tomada de decisões, visando garantir o sucesso da empresa em seu ambiente atual e futuro. Tal planejamento não diz respeito a decisões futuras, mas a implicações futuras de decisões presentes. O grande problema do executivo não é decidir o que sua empresa deve fazer no futuro, e sim o que deve fazer hoje para estar preparada para as incertezas do futuro. Uma das características da

gestão estratégica é a utilização do planejamento flexível. O planejamento não é um fim em si mesmo, e sim um meio para que a empresa possa atingir os seus objetivos.[5]

Dessa maneira, como a definição econômica de empresa é organização do capital e do trabalho, e como isso é possível tanto à iniciativa privada, quanto ao setor público (diretamente por meio do Estado e indiretamente por intermédio das autarquias, fundações de direito público, empresas públicas e sociedades anônimas de economia mista), a gestão sistêmica e estratégica das organizações públicas e privadas constitui uma possibilidade desejável, cujos benefícios são incontestáveis. Não obstante, é sempre importante ressaltar que apesar da gestão estratégica ser uma realidade evidente no plano teórico e acadêmico, ela ainda não é exercida de maneira plena no âmbito privado, e ainda inicia os seus primeiros movimentos no setor público, especialmente quando se trata da administração estatal direta.

Basicamente, o planejamento estratégico exige um conjunto de ações por meio das quais se busca:

- a) conhecer a organização (estatal ou privada), por meio de um diagnóstico empresarial que pesquise todas as informações relacionadas com a mesma e determine no plano externo as *oportunidades* e *ameaças*, e no plano interno as *forças* e as *fraquezas*;
- b) conhecer os negócios e os mercados nos quais a organização atua;
- c) definir os objetivos da organização e do planejamento que se propõe desenvolver;
- d) definir as metas que serão perseguidas para que sejam atingidos os objetivos propostos pela organização;
- e) elaborar um planejamento estratégico sistêmico, por meio de cenários factíveis que descrevam o custo, o benefício e as alternativas (políticas, econômicas, sociais, culturais, financeiras e jurídicas) existentes para sua implementação eficaz;
- f) elaborar e implementar um plano de ação, pois todo planejamento somente faz sentido se for aplicado visando maximizar os resultados do negócio no qual o mesmo se insere. *O mais importante não é a idéia em si, mas o que se faz com ela.*[6]

Tudo isso exige um “*pensar estratégico*” de todas as pessoas e ciências envolvidas na realização da atividade (pública e privada).

Esse *pensar estratégico* pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico de que se dispõe e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos preestabelecidos. E esses objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso.

No plano jurídico, o *pensar estratégico* exige uma mudança radical da maneira de conceber o direito, tanto pelos próprios juristas, quanto e, principalmente, pelas pessoas responsáveis pela gestão do Estado e das empresas privadas.

Nesse sentido, em primeiro lugar, é necessário compreender a nova hermenêutica, a multiplicidade das fontes, a abertura do sistema jurídico, o caráter normativo dos princípios jurídicos e a relativização do princípio da legalidade (agora transformado em princípio da normatividade).

Em segundo lugar, o *pensar estratégico* exige, no plano jurídico, a necessidade de encarar o direito como um conjunto de alternativas colocadas à disposição do jurista para estruturação de empresas, negócios e pessoas (físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado), de maneira a permitir que os objetivos traçados sejam alcançados com o menor custo possível, como, inclusive, é proposto pela escola da análise econômica do direito. Nesse aspecto, inclusive, é importante destacar que a análise estratégica do direito utiliza vários elementos propostos pela análise econômica do direito, mas com ela não se confunde. A análise estratégica do direito vê no sistema normativo um conjunto de alternativas colocadas à disposição para a realização dos objetivos propostos pela pessoa, empresa, Estado ou qualquer tipo de organização pública ou privada. E essas alternativas devem ser avaliadas sob vários aspectos e cenários, antes da decisão de implementação, dentre os quais se destacam as análises políticas, culturais, sociais e, logicamente, também de custos e benefícios econômicos.

Em terceiro lugar, é fundamental reconhecer o caráter supletivo, subsidiário e verdadeiramente instrumental das disciplinas processuais e do processo (especialmente o judicial), para se atribuir a devida e fundamental importância especialmente aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos, tais como a mediação e a arbitragem.

Além disso, em quarto lugar, é preciso atribuir a devida importância ao trabalho de auditoria jurídica, uma vez que ele é absolutamente fundamental para conhecer profunda e juridicamente as pessoas, negócios e empresas que se pretende estruturar, bem como para facilitar ou permitir a realização eficaz dos objetivos previamente estabelecidos.

Finalmente, é necessário se estabelecer uma nova metodologia do ensino jurídico, para permitir a graduação e a pós-graduação dos profissionais que terão condições de implementar essa nova maneira de interpretar e aplicar as normas jurídicas: a análise estratégica do direito.

3. A NOVA HERMENÊUTICA

A imposição da análise estratégica do direito exige um *pensar estratégico* que reconheça que existe uma nova hermenêutica. Segundo essa hermenêutica contemporânea o sistema jurídico é um conjunto ordenado de normas jurídicas, constituídas por princípios e regras, cujo objetivo maior é a determinação da maior felicidade possível, para o maior número possível de pessoas.

Segundo essa nova concepção da interpretação e aplicação das normas jurídicas, estas existem para solucionar ou prevenir conflitos da vida real. Por isso a interpretação deve ser útil e pragmática.

Por outro lado, não há como negar que a vida contemporânea é marcada pelo pluralismo de idéias e pelos dinamismo frenético das situações fáticas.

Não obstante, convém observar que os textos das normas são estáticos e muitas vezes não acompanham o dinamismo absurdo da vida contemporânea. O texto da norma é estabelecido de acordo com as finalidades econômicas e sociais que justificaram a sua promulgação, em decorrência de um acordo de vontades decorrente da *vontade geral*.^[7] ^[8] Entretanto, essas finalidades econômicas e sociais evoluem na mesma proporção da pluralidade e do dinamismo da vida contemporânea. Como o texto da norma é estático, somente a interpretação pode adequar as necessidades da vida à regulação normativa, para determinar a paz social e a felicidade das pessoas;

A análise estratégica do direito, especialmente no âmbito do direito empresarial, deve considerar não apenas as finalidades econômicas e sociais que justificaram o surgimento do texto da norma, mas, também e, principalmente, a necessidade de composição de interesses dos sócios, empregados, consumidores e demais *stakeholders*,^[9] de acordo com as novas finalidades e interesses, sempre observando que, de acordo com a lógica do direito privado, o que não é proibido expressa ou implicitamente pelas normas jurídicas – existentes, válidas e eficazes em um determinado ordenamento jurídico – é permitido;

Contudo, vale observar que a nova hermenêutica atribui aos princípios o caráter normativo e impositivo, identificando neles um *dever ser*, com uma norma de conduta dotada de caráter coercitivo e não apenas com caráter programático e idealista.

Além disso, de acordo com essa nova hermenêutica, o sistema jurídico não é constituído apenas por um sistema normativo baseado em leis ditadas, aplicadas e cobradas fundamentalmente pelo Estado. Essa nova hermenêutica reconhece o pluralismo das fontes do direito e atribui à lei, à jurisprudência, aos usos e costumes, aos contratos, aos atos administrativos e à doutrina a função de determinação das normas jurídicas que devem ser aplicadas aos casos concretos.

A hermenêutica contemporânea também reforça o entendimento de que toda interpretação normativa deve ser útil, economicamente sustentável e estabelecida de forma sistemática e teleológica.

E mais, a nova hermenêutica reconhece que o texto da norma não é a norma jurídica, pois esta decorre sempre de interpretação.

Nesse sentido, segundo essa vertente contemporânea do estudo, da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, para a perfeita percepção do alcance, do significado e da importância das normas jurídicas em geral e dos

princípios em particular, é fundamental não confundir ‘norma jurídica’ com o ‘texto da norma jurídica’, ou ‘texto normativo’.

Não obstante, segundo observação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, embora o positivismo jurídico radical não corresponda à concepção doutrinária mais aceita, a concepção dominante da norma jurídica continua a vê-la como sinônimo do texto normativo e, principalmente, como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto ao qual ela deverá ser aplicada.[10] O perfeito entendimento do alcance normativo da nova hermenêutica (fortemente marcada pela principiologia jurídica) e de sua capacidade para regular os casos da prática exige uma desmistificação dessa concepção positivista e radical da norma jurídica.

Assim, a partir do texto normativo contido no artigo 24 da Constituição da República portuguesa – *a vida humana é inviolável* – Canotilho demonstra que “uma só disposição (formulação, enunciado) pode exprimir uma ou outra norma, segundo as diversas possibilidades de interpretação”. [11] O referido autor demonstra que o enunciado que estabelece que a vida humana é inviolável pode significar (1) que a vida é inviolável desde o momento do nascimento da pessoa humana até a morte, (2) que a vida humana deve ser protegida desde a concepção até a morte, e (3) que a vida humana merece proteção e salvaguarda desde o momento em que, de acordo com dados cientificamente comprováveis, começa a haver vida intra-uterina até o momento da morte.

Por isso, nessa linha de raciocínio, é fundamental reconhecer que muitas disposições normativas exprimem não apenas uma única norma, mas várias normas conjuntamente,[12] ou aquela norma que o intérprete determina quando atribui um significado específico ao texto escrito e aos fatos que lhe são correlatos, com a devida consideração de todos os elementos históricos, culturais, religiosos, morais, econômicos, etc., que compõem o âmbito normativo no caso concreto.

Dessa maneira, a norma não decorre imediatamente do texto normativo, mas é construída – e, muitas vezes, reconstruída e atualizada – de acordo com as necessidades sociais, por meio de interpretação. O texto da norma é apenas um sinal lingüístico, pois a norma é o significado atribuído a esse sinal, por meio de interpretação.

Nesse sentido, Canotilho, valendo-se das lições de Friedrich Müller, afirma que:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no ‘processo de densificação’ de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do ‘texto da norma’ (do seu enunciado) para uma norma concreta – ‘norma jurídica’ – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da ‘norma de decisão’ para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta <<concretização normativa>> é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o ‘o lado <<técnico>> do procedimento’ estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim, a ‘construção de uma norma jurídica’.[13]

Amparado pelas mesmas lições, Eros Roberto Grau estabelece, no mesmo sentido, que:

Inicialmente caminhamos do ‘texto da norma’ até ‘a norma jurídica’. Em seguida caminhamos da ‘norma jurídica’ até ‘a norma de decisão’, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a ‘concretização da norma’, ou seja, mediante a ‘produção de uma norma jurídica geral’, no quadro da solução de um caso determinado.

A ‘concretização’ do direito não é mero descobrimento (Rechtsfindung) do direito, mas a produção de uma ‘norma jurídica geral’ no quadro de solução de um caso determinado [Müller 1993:168-169].

Assim, a ‘concretização’ envolve também análise do ‘âmbito da norma’, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a ‘norma’ é produzida, no curso do processo de ‘concretização’, não a partir exclusivamente dos elementos do ‘texto’, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada.[14]

De qualquer maneira, independentemente da importância fundamental da interpretação do texto normativo para a determinação da norma a ser aplicada ao caso concreto, é importante destacar que o jurista contemporâneo deve reconhecer a possibilidade da existência, da validade e da eficácia das normas jurídicas sem disposição normativa e sem enunciado lingüístico. São as normas jurídicas implícitas no ordenamento, cuja determinação depende não apenas de interpretação, mas, antes, antecedem a identificação. Essa identificação das normas jurídicas sem disposição é realizada pelo jurista por meio de um trabalho indutivo e dedutivo, baseado na análise das fontes do Direito que estabelecem textos normativos análogos, nos quais é possível a determinação indireta da norma, ou, ainda, por meio da observação dos textos das normas declaradas e concretizadas pela jurisprudência, com fundamento nos casos da prática.

Logo, a identificação e, sobretudo, a determinação de eficácia da norma jurídica exigem atualmente não só a análise indutiva e dedutiva das diversas fontes do Direito e dos textos normativos que elas declaram, mas, também, a interpretação sistêmica dessas expressões lingüísticas – que considera todos os valores e elementos históricos, econômicos, morais, dentre outros, inerentes aos textos e às normas deles decorrentes –, bem como a realidade na qual estão inseridos os fatos submetidos à regulação normativa.

Isso é fundamental para que sejam potencializadas todas as possíveis conseqüências normativas derivadas do ordenamento jurídico contemporâneo, especialmente no que diz respeito aos princípios e às suas aplicações finalísticas, consentâneas com os valores que lhes são subjacentes e com os seus objetivos concretos de ordem econômica, social, política, etc.

Tradicionalmente, a análise convencional do direito é marcada fortemente por uma visão legalista e judicial. De acordo com essa análise tradicional, em virtude do princípio da legalidade, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República).

Entretanto, a análise estratégica do direito exige do jurista uma concepção diferenciada e contemporânea das normas previstas no ordenamento, pois a nova hermenêutica é considerada, em toda a sua dimensão, na determinação de limites positivos e negativos, a partir dos quais as pessoas (de direito público e de direito privado), empresas e negócios são estruturados juridicamente.

Nesse sentido, o princípio que antes era da legalidade passa a ser compreendido como princípio da normatividade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de norma jurídica, existente, válida e eficaz.

E são esses novos padrões de hermenêutica que devem ser considerados pelo intérprete para dizer se uma determinada estratégia pode ser implementada ou não, por meio das diversas alternativas jurídicas colocadas à disposição para a concreção e eficácia dos objetivos traçados pelo estrategista.

4. AUDITORIA JURÍDICA

Basicamente, a análise estratégica do direito deve ser estabelecida para:

- a. Reconhecer os objetivos, propósitos e estratégias gerais dos interessados; e
- b. Usar os instrumentos previstos nos textos das leis e nas normas jurídicas (princípios e regras) em geral, para compor e atingir os interesses, objetivos, propósitos e estratégias das pessoas (físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado), das empresas e dos negócios, de modo a prevenir e solucionar conflitos, preferencialmente fora do âmbito judicial. Nesse sentido, o processo judicial deve também ser analisado e usado estrategicamente, mas idealisticamente como última alternativa possível para a solução dos conflitos;

Para tanto, faz-se fundamental o diagnóstico dos fatos e/ou das pessoas que serão regulados pela norma. E isso pode ser obtido por meio da anamnese dos fatos e das pessoas e/ou por intermédio do trabalho de auditoria (jurídica, contábil, de procedimentos administrativos, etc.). Por isso, a auditoria jurídica integra uma das etapas iniciais da análise estratégica do direito.

Daí o motivo pelo qual há uma estreita ligação entre o trabalho do estrategista jurídico e do auditor jurídico.

Basicamente, a auditoria jurídica consiste na análise e no diagnóstico das empresas, negócios e pessoas, dos fatos e dos atos jurídicos, e da adequação dessas pessoas, fatos e atos às normas existentes, válidas e eficazes no ordenamento jurídico, considerando a interpretação corrente na doutrina, na vida negocial e na jurisprudência. A auditoria jurídica é, portanto, etapa fundamental no processo de conhecimento da empresa, negócio ou pessoa (física ou jurídica, de direito público ou de direito privado) que será objeto de uma análise estratégica do direito.

Nesse sentido, a auditoria jurídica pode consistir, dentre outras, na análise de:

- a) instrumentos de constituição jurídica das pessoas (contratos e estatutos sociais, registros da pessoa na Junta Comercial e/ou no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas);
- b) contratos celebrados com empregados, prestadores de serviços, fornecedores e clientes;
- c) processos judiciais e extrajudiciais em curso;
- d) certidões negativas ou positivas com efeito de negativas (fornecidas pela Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Cartórios de Protestos);
- e) certidões de registro e/ou propriedade de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos (marcas, patentes e bens de propriedade intelectual).

A partir da auditoria jurídica e considerando os objetivos gerais e específicos do negócio e da pessoa do empreendedor, o estrategista jurídico, utilizando as alternativas jurídicas estabelecidas no ordenamento, estabelece as possibilidades de implementação desses objetivos, com o menor custo e com o maior proveito possível.

Para realizar a análise estratégica do direito e propor alternativas jurídicas para a realização eficaz dos objetivos traçados, o jurista deve não apenas conhecer a pessoa, empresa ou negócio, mas também as normas jurídicas existentes, válidas e eficazes no ordenamento, bem como a doutrina e a jurisprudência relativa à essas normas. Além disso, o jurista deve ter conhecimentos básicos de outras ciências (economia, administração, contabilidade, psicologia, dentre outras), deve ter capacidade de trabalhar em equipe e deve, necessariamente, ser ativo, reflexivo e criativo.

5. ESTUDO JURÍDICO DE OBJETIVOS: METODOLOGIA COMPLEMENTAR DO ENSINO JURÍDICO

A análise estratégica do direito exige do jurista um *pensar estratégico*, bem como o conhecimento da nova hermenêutica, além de uma postura ativa, reflexiva e criativa.

De fato, o conhecimento jurídico é a base sobre a qual todas as soluções do estrategista jurídico devem estar assentadas. Sem esse conhecimento sólido, como é óbvio, o trabalho não pode ser realizado de forma eficaz nem de acordo com a lógica tradicional de análise do direito, nem tão pouco a partir de uma análise estratégica.

Além disso, o conhecimento básico de outras ciências é fundamental para que o jurista, em uma análise estratégica, possa identificar as necessidades de atuação conjunta ou complementar com outros profissionais. Isso, inclusive, reforça a necessidade do trabalho em equipe, que é absolutamente fundamental para o sucesso da análise estratégica do direito.

Como se não bastasse, o jurista não pode mais se conformar com uma atitude passiva e repetitiva a respeito de seus conhecimentos e de suas habilidades e funções profissionais. Cabe também ao jurista uma atitude ativa e criativa, baseada em uma lógica reflexiva, propositiva e crítica a respeito das normas, da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, é fundamental destacar que, no século XXI, a criatividade é uma das principais características de sucesso dos profissionais, nas mais diversas áreas do conhecimento. Na ciência do direito não é diferente, pois o jurista contemporâneo deve ser criativo para realizar a análise estratégica do direito e para apresentar alternativas jurídicas viáveis para a concretização dos objetivos propostos. O estrategista jurídico não pode apenas e sempre repetir as soluções do passado, pois normalmente elas foram estabelecidas a partir de outras circunstâncias de fato e de direito, e, por isso, nem sempre preenchem as condições necessárias para a regulação eficaz de outra ou da mesma situação, em outro momento.

Todavia, o grande problema é que o ensino jurídico (na graduação e na pós-graduação) não está preparado para essa nova realidade.

De fato, com raríssimas exceções, as faculdades de direito continuam graduando e pós-graduando profissionais de acordo com uma lógica absolutamente desconectada das novas necessidades. O ensino jurídico, tradicionalmente, continua em grande medida vinculado à lógica do passado, com a utilização de metodologias que não favorecem a formação do jurista que hoje precisa ser preparado para realizar a análise estratégica do direito. Na prática, com as raras exceções de sempre, os professores de direito continuam apenas repetindo o que assistiram no passado e inovam e evoluem muito pouco e lentamente.

Nesse sentido, os cursos e professores de direito continuam utilizando, principalmente nos cursos de graduação, as seguintes metodologias e critérios de ensino, dentre outros:

- a) Leitura e interpretação literal do texto da lei;
- b) prioridade absoluta para as aulas expositivas, com pequenas aberturas para o questionamento;
- c) repetição exaustiva de conceitos;
- d) super utilização de apostilas e/ou esquemas;
- e) limitação e/ou simplificação das indicações bibliográficas;
- f) prioridade para provas com questões de simples escolha;
- g) sub-utilização da demonstração de casos e exemplos da prática;
- h) sub-utilização do debate e da reflexão crítica das normas, da doutrina e da jurisprudência;

- i) sub-utilização dos recursos multimídia;
- j) sub-utilização das atividades em equipes;
- k) sub-utilização das atividades interdisciplinares e integradas;
- l) prioridade para a difusão de uma visão legalista, conflituosa e processualista do direito.

Nenhum desses critérios ou características principais do processo de aprendizado do Direito no Brasil favorecem a formação de profissionais capacitados para realização da análise estratégica do direito.

Sem abandonar totalmente os critérios tradicionais do ensino jurídico, faz-se necessária uma mudança bastante radical ou uma sensível evolução das metodologias tradicionalmente aplicadas ao ensino jurídico. E mais: é absolutamente necessário que os cursos de pós-graduação formem profissionais capacitados a lecionar de acordo com essa nova abordagem do direito.

Nesse sentido, paralelamente às aulas expositivas e conceituais, que são necessárias especialmente à formação básica dos conhecimentos jurídicos, algumas mudanças são necessárias e urgentes, dentre as quais destacam-se as seguintes:

- a) propagação da nova hermenêutica, com menção constante, em todas as disciplinas, da multiplicidade das fontes e da importância da interpretação sistemática, teleológica, útil e estratégica do direito;
- b) prioridade para as exposições críticas e reflexivas das normas, da doutrina e da jurisprudência;
- c) maior espaço para a participação dos alunos, por meio de perguntas e debates;
- d) apresentação sistemática de exemplos práticos de interpretação e aplicação estratégica do direito;
- e) análises integradas do direito e de outras ciências;
- f) maior utilização dos recursos multimídia, com destaque para a internet em sala de aula, além da utilização desse recurso como instrumento de estudo, pesquisa e extensão;
- g) maior utilização das atividades em equipes;
- h) realização de atividades interdisciplinares e integradas, especialmente com alunos e professores dos cursos de ciências afins, tais como: economia, administração, ciências contábeis, dentre outras;
- i) prioridade para a difusão de uma visão normativa ampla, anti-conflituosa e anti-processualista do direito;

- j) desenvolvimento constante de projetos de pesquisa e de extensão, concatenados com as linhas de pesquisa da instituição e, principalmente, voltados para solução ou para prevenção de problemas da vida real das pessoas;
- k) vinculação de alunos, professores e instituições de ensino em projetos sociais e comunitários.

Além disso, sugere-se a utilização da **metodologia de estudo jurídico de objetivos**, que, de fato, pode permitir uma importante evolução na formação dos profissionais do Direito.

De acordo com essa metodologia, em substituição ao mero estudo de casos do passado, geralmente utilizado nos sistemas de *common law* e que normalmente é baseado na análise das soluções judiciais dos conflitos, deve-se promover o estudo jurídico dos objetivos futuros e pretendidos pelas pessoas (físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado).

Dessa maneira, imediatamente após a demonstração expositiva, reflexiva e crítica dos conceitos, das normas, da doutrina e da jurisprudência, o professor deve (estar preparado para) apresentar caso teórico ou preferencialmente prático, no qual, com a participação ativa do corpo discente (tanto na graduação, quanto na pós-graduação):

- a) identifica a pessoa física ou jurídica (de direito público ou de direito privado) envolvida no caso;
- b) identifica a empresa ou negócios realizados pela pessoa;
- c) aponta os objetivos futuros pretendidos pela pessoa;
- d) identifica e apresenta cenários possíveis ou viáveis, com análise das circunstâncias fáticas e jurídicas relacionadas;
- e) discute e apresenta, com a participação ativa dos alunos, as alternativas jurídicas de estruturação, bem como as normas jurídicas existentes, válidas e eficazes para a estruturação da pessoa, empresa ou negócio, de maneira a atingir os objetivos almejados;
- f) identifica custos e benefícios teóricos das alternativas jurídicas propostas.
- g) elabora um plano de ação;
- h) simula a implementação do plano de ação, mediante a realização, também simulada, de auditoria jurídica, da elaboração de contratos, de mediação e arbitragem para solução de eventuais conflitos.

Para que o método seja seriamente considerado pelos alunos (especialmente dos cursos de graduação), sugere-se que as provas exijam dos discentes a demonstração da capacidade de pensar o direito de forma estratégica, apresentando soluções jurídicas para estruturação de pessoas, empresas e negócios, a

partir de objetivos demonstrados nas questões. O mesmo critério de avaliação pode ser utilizado nos cursos de pós-graduação, por meio de seminários, debates e monografias voltadas para o estudo jurídico dos objetivos, para demonstração das alternativas jurídicas possíveis para a implementação eficaz desses objetivos e para uma análise estratégica do direito

A grande vantagem dessa metodologia é que a mesma não está apegada às soluções do passado, favorece uma visão estratégica, preventiva e anti-conflituosa do direito, e não abandona totalmente a tradição das aulas exclusiva e essencialmente expositivas e conceituais.

6. CONCLUSÕES

Inquestionavelmente as relações tratadas pelo direito sofreram e ainda sofrem mudanças radicais nas últimas décadas.

A interpretação e a aplicação do direito não evoluíram na mesma proporção.

É necessária uma nova maneira de encarar o direito e as normas jurídicas. É fundamental o *pensar jurídico estratégico*, direcionado para a estruturação dos objetivos traçados pelas pessoas, empresas e Estado.

Existe uma importante evolução no campo da hermenêutica que, todavia, não foi objeto da devida propagação e imposição no meio jurídico.

A multiplicidade das fontes do direito, a importância da interpretação sistemática e teleológica, útil e pragmática para a determinação da norma jurídica concreta, bem como a superação da legalidade estrita pelo princípio da normatividade, a abertura do sistema por meio de cláusulas gerais e dos princípios, o caráter normativo e impositivo dos princípios, são exemplos de abordagens que merecem ser reforçadas no ensino de todas as disciplinas, sistematicamente.

Além disso, o ensino jurídico precisa relativizar a abordagem legalista, conflituosa e processualista, em proveito da prevenção e da solução extrajudicial de conflitos, para determinação da felicidade da maioria das pessoas.

O ensino jurídico brasileiro é praticamente o mesmo desde o início. As metodologias aplicadas ao ensino jurídico não têm capacidade de motivação do aluno, nem tão pouco de permitir a formação de um profissional habilitado a realizar a análise estratégica do direito.

É urgente uma evolução das metodologias de ensino jurídico, com relativização da abordagem legalista, conflituosa, repetitiva e pouco criativa.

O estudo jurídico dos objetivos das pessoas, empresas e do Estado, bem como das possibilidades jurídicas de estruturação desses objetivos, tem

todas as condições para favorecer a evolução do ensino jurídico e da análise estratégica do direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DRANOVE, David, MARCIANO, Sonia. *Estratégia*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980.

GOVINDARAJAN, Vijay, TRIMBLE, Chris. *Os 10 mandamentos da inovação estratégica: do conceito à implementação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2001.

LOBATO, David Menezes. MOYSÉS FILHO, Jamil. TORRES, Maria Cândida Sotelino. RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. *Estratégia de empresas*. Rio de Janeiro: editora FGV, 6ª edição, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[1] As disciplinas processualistas, na maioria das faculdades e para parte significativa da doutrina, deixaram de ser consideradas disciplinas instrumentais e passaram a ser encaradas como a própria razão de ser do curso de direito.

[2] Não foi dito que isso não seja importante.

[3] É sempre bom ressaltar que *não existe direito sem limite, nem, tão pouco, regra sem exceção*.

[4] HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2001, p. 1261.

[5] LOBATO, David Menezes. MOYSÉS FILHO, Jamil. TORRES, Maria Cândida Sotelino. RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. *Estratégia de empresas*. Rio de Janeiro: editora FGV, 6ª edição, 2005, p. 30.

[6] GOVINDARAJAN, Vijay, TRIMBLE, Chris. *Os 10 mandamentos da inovação estratégica: do conceito à implementação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.17.

[7] Segundo Jean-Jacques Rousseau, em seu clássico *O Contrato Social: princípios do direito político* (São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 129), há uma diferença fundamental entre o *pacto social*, que exige uma deliberação unânime e permite e justifica a existência do Estado, e a ‘vontade geral’, que é estabelecida pela maioria das pessoas (não é necessária a unanimidade) e dita as leis (e também os valores) que regulam a vida do povo que forma o Estado.

[8] Em tese, segundo o modelo teórico ideal traçado por Rousseau, a ‘vontade geral’ deveria ser estabelecida pela vontade da maioria das pessoas de um povo. Na prática, contudo, mesmo em um ambiente de normalidade democrática e capitalista, o que se observa é que a vontade geral não é a vontade da maioria das pessoas, mas vontade daqueles que detêm o poder, mais especificamente o poder privado econômico. Esse poder econômico privado é capaz de financiar campanhas publicitárias, políticas e, sobretudo, ideológicas, de maneira sub-reptícia, mas muito eficiente e eficaz na determinação da “vontade” da maioria das pessoas de um determinado povo. Nesse sentido, as normas jurídicas estabelecidas para controlar o exercício abusivo do poder privado econômico, tal como a Lei n. 8.884/94, são capazes, em tese, de conter a formação de preços, a dominação de mercados e a eliminação da concorrência, mas inermes frente à capacidade de formar opinião e decidir o rumo da vida da maioria das pessoas, mediante a imposição da ideologia daqueles que detêm esse poder privado econômico. Além disso, segundo Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 87), não existe critério científico para a determinação exata da vontade da maioria da população a respeito de uma determinada regra social de conduta, ou de uma norma (moral ou jurídica). Por isso, não há como dizer que a definição dos valores (e das normas jurídicas) sempre é estabelecida pela vontade livre da maioria das pessoas.

[9] *Stakeholders* são as pessoas que estão submetidas, direta ou indiretamente, ao campo de influência de uma sociedade empresária, tais como sócios, investidores, empregados, consumidores e comunidade na qual a sociedade está inserida.

[10] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et al.* *Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. p. 7.

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1168.

[12] *Ibidem*, p. 1.168.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.165.

[14] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 64-65.

**A CRISE DO DIREITO E O SEU REFLEXO NA QUALIDADE DO ENSINO
JURÍDICO NO BRASIL***

**THE CRISIS OF LAW AND ITS REFLECTION ON THE QUALITY OF
LEGAL EDUCATION IN BRAZIL**

**Luciana Vieira Nascimento
Graça Léia Melhado Tovo**

RESUMO

Os problemas enfrentados pelo ensino jurídico no Brasil, um ensino positivado, voltado apenas à reprodução do que as normas jurídicas estabelecem, afastados do estímulo à pesquisa, à análise crítica do direito e da realidade social, nada mais é do que o reflexo da crise do direito. Este direito despido de qualquer segurança jurídica, baseado em normas e decisões com objetivos estritamente políticos, um judiciário despreparado, formado por juízes que não estão inseridos na realidade social ou comprometidos com uma ordem jurídica justa, sem deixar de mencionar o excesso de formalismo jurídico. Nunca houve interesse do Estado em formar cidadãos críticos à realidade que o direito e a situação do país nos apresenta. O que esperar de um ensino jurídico que foi criado para funcionar como aparelho ideológico do Estado. Um ensino mercantilizado, encontrando-se, na sua maioria, nas mãos de instituições privadas que formam nada mais do que mão-de-obra técnica para o mercado capitalista. Não há qualquer incentivo à pesquisa, não há qualquer análise mais acurada do direito e de seus fundamentos, não há qualquer estímulo. Assim, a partir desta relação da crise do direito e da realidade do ensino jurídico no Brasil, procura-se atentar para a importância da atuação conjunta dos professores, alunos e das instituições de ensino na busca de uma saída para esta alienação jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: CRISE; DIREITO; ENSINO JURÍDICO.

ABSTRACT

The problems faced by the legal education in Brazil, a positive teaching, turned only to the reproduction of what the legal patterns determine, distant from the incentive to research, to the critical law analysis and the social reality, the problems are nothing more than a reflex of the law crisis. This law denuded of any legal security, based in patterns and decisions with strictly political objectives, a judicial staff not prepared formed by judges not inserted in the social reality or compromised with a right judicial

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

order, not to mention the excess of judicial formalism. The State have never had the interest to form critical citizens towards the reality that the law and the situation of the country present us. What to expect from a legal education that was born to work as a State ideological machine. A marketable education, it's in most cases, in a private institutions hands, that forms nothing else than technical hand labour to the capitalist market. There isn't any research incentive there isn't any more accurate analysis of the law and it's basis, there isn't any stimulus. This way, from the relation of the law crisis and the reality of legal education in Brazil, it is tried to pay attention to the importance of the whole performance of teachers, pupils and educational institutions searching for a way for this judicial alienation.

KEYWORDS: CRISIS; LAW; LEGAL EDUCATION.

INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido nesta oportunidade busca demonstrar em que medida a crise do direito influencia na questão do ensino jurídico no Brasil.

Este direito despido de qualquer segurança jurídica, baseado em normas e decisões puramente políticas que visam apenas aos interesses dos detentores do poder, o despreparo do judiciário e o excesso de formalismo não poderia resultar em outra coisa senão num ensino jurídico que, desde a sua criação, visa nada mais do que funcionar como aparelho ideológico do Estado.

O ensino jurídico voltado à mera repetição, à visão puramente positivista, que não direciona o aluno na realização de uma análise crítica da norma, que não estimula a pesquisa, não formará senão técnicos, operadores do direito. A visão positivista da ciência coloca o aluno numa posição de neutralidade em relação ao objeto estudado.

Não obstante o desinteresse, seja do Estado ou das instituições privadas de ensino, em reverter o quadro catastrófico do ensino jurídico no Brasil, uma mudança de comportamento dos professores e dos próprios alunos é o primeiro passo para que as instituições de ensino se voltem à realidade social e se curvem a um ensino baseado na pesquisa e na análise crítica, tanto da sociedade como dos próprios institutos do direito.

Somente a atuação conjunta dos professores, alunos e instituições de ensino possibilitará o desvio deste longo caminho que o ensino percorreu limitado apenas à reprodução das normas jurídicas, direcionando-o às reais necessidades da sociedade.

1- CRISE NO BRASIL: O DIREITO E O ENSINO JURÍDICO

Longe de cumprir a sua função, o direito inviabiliza o acesso a uma ordem jurídica caracterizada pelo direito à informação, acesso a uma justiça organizada, formado por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa, bem como a ordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos.

Ponto importante e imprescindível de ser considerado é a celeridade processual, que muitas vezes acaba por impedir uma resposta satisfatória para as partes envolvidas. A lentidão do judiciário não se resolverá somente por meio de decisões proferidas rapidamente, mas, importante que estas, uma vez prolatadas, sejam efetivamente cumpridas. De que serve o direito simplesmente proclamado se não se pode vê-lo efetivado no caso concreto. Necessário o direito realizado, isto é, o efetivo acesso ao bem da vida assegurado pela regra jurídica.

Infelizmente, esta figura da celeridade da justiça não se encontra dentro das prioridades do Estado Contemporâneo. E, por outro lado, quando o tema é tratado somente são postos em discussão aspectos de natureza técnico-jurídico, não se relacionando o problema da efetividade do processo com questões de ordem política, econômica e cultural.

Um exemplo é o fato de que quando se coloca em jogo questões de maior interesse econômico ou político, para as classes dominantes são criados procedimentos especialíssimos para a solução dos litígios, escapando ao procedimento demorado e ineficiente.

As regras voltam-se a possibilitar um processo mais célere através de tribunais de conciliação, possibilitando que demandas contratuais entre empresas, por exemplo, não necessitem da resposta do judiciário, tornando a solução destas questões muito mais rápida, atendendo ao ideal de justiça. Por outro lado, vemos pessoas carentes que, necessitando do judiciário, vêem-se impossibilitadas de uma resposta imediata.

A segurança jurídica, cujo princípio tem conexão direta com os direitos fundamentais tem, também, ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico, tais como a irretroatividade da lei, o devido

processo legal, o direito adquirido, entre outros. Decisões conflituosas entre os Tribunais Regionais e Superiores, por exemplo, acarretam incertezas tanto aos investidores nacionais como aos estrangeiros.

São inúmeros casos em que os Tribunais Superiores rejeitam a própria jurisprudência decidindo em contrário a entendimentos já estabelecidos. Um exemplo da insegurança que as decisões dos Tribunais Superiores nos apresentam é o caso sobre a Súmula 276 do STJ, que isentou as sociedades civis de prestação de serviços profissionais do recolhimento da Cofins. Confiando na súmula, essas sociedades programaram-se para não pagar o tributo. E agora, vem o Tribunal e simplesmente diz o contrário, volta atrás de seu entendimento, fazendo com que os contribuintes tenham que pagar o tributo, com multa, juros e correção monetária.

Diante das dificuldades para a efetivação de valores, tais como o da segurança jurídica, igualdade entre as partes no processo, devido processo legal, acesso ao poder judiciário, efetivação das decisões proferidas, dentre outras, não é rara a constatação de que muitas vezes a atuação dos próprios juízes acabe por impedir o cidadão de ver o seu direito reconhecido pelo judiciário.

Exemplo recente que demonstra que o judiciário está cada vez mais afastado da realidade social é o caso, que se tornou famoso, de um certo juiz do trabalho na cidade de Cascavel/PR que cancelou uma audiência por ter constatado que o reclamante, um trabalhador rural, calçava nos pés uma sandália de dedo. O argumento utilizado pelo juiz foi no sentido de que o reclamante compareceu em Juízo com calçado incompatível com a “dignidade do Poder Judiciário”.

Quando tratado anteriormente acerca da necessidade do judiciário ser formado por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa, foi justamente para chamar a atenção para casos como este, que impede o cidadão o acesso ao judiciário.

Diante deste cenário do direito brasileiro, baseado em normas que visam ao amparo dos interesses da minoria, isto é, daqueles que detém o poder, bem como um judiciário amesquinçado, subserviente que profere decisões políticas sem observar o Princípio da Segurança Jurídica, é possível afirmar que esta crise do direito não poderia deixar de refletir nos ensino de graduação. E, segundo Rodrigues (1993, p.92) o “ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo é o ensino desse direito em crise”.

E ainda, para Rodrigues:

Conseqüentemente a crise do ensino jurídico é também uma crise política. A visão positivista ortodoxa no Brasil é fruto da necessidade que tem o sistema de fundamentar seus mecanismos de poder através do Direito. Com ela substituem a legitimidade pela legalidade. (RODRIGUES, 1993, p.103)

Desde a criação do ensino jurídico a meta foi fazê-lo funcionar como aparelho ideológico do Estado. Já nas discussões parlamentares que antecederam a sua criação, bem como nos Estatutos do Visconde de Cachoeira, fica claro o objetivo que levou à opção pela sua implantação, qual seja, a reprodução da ideologia de sustentação do estado nacional.

Na sessão realizada na Assembléia Constituinte de 1826, sob a presidência do Sr. Pereira da Nóbrega, cujo debate versava sobre a distribuição das cadeiras – estrutura curricular – disposto no art.1º do projeto de lei que visava a criação de dois cursos de ciências jurídicas e sociais no Brasil (um em São Paulo e outro em Olinda), cujo texto final foi publicado em 11/08/1827, o Sr. Bernardo Pereira de Vasconcelos deixa claro o interesse dos detentores do poder em manter a população distante da análise crítica das leis, do poder e do direito, mencionando que: “os presidentes não gostam muito dessa difusão de luzes: eles sabem muito bem que quanto mais luzes, menos mando absoluto, e mais quem note seus erros e comportamento.” (BASTOS, 1977, p. 233).

Segundo Rodrigues:

Uma leitura crítica da história do Brasil e do surgimento das academias de direito em 1827, evidenciará de plano o ensino jurídico na época como integrante do sistema ideológico, político e burocrático do Estado em formação.

Ao lado da função política a que serviam, tinham elas uma outra finalidade básica: propiciar aos grandes senhores latifundiários do Império a oportunidade de fornecerem aos seus filhos o ensino superior, sem que para tal estes tivessem que se deslocar além-mar. Permitia, dessa forma, o controle do Estado pela elite econômica do país. Os bacharéis eram oriundos da elite nacional econômica e eram eles as pessoas preparadas para assumirem os cargos superiores da burocracia do Estado Nacional. (RODRIGUES, 1993, p. 100-101).

Não obstante a criação das primeiras instituições voltadas ao ensino do direito no Brasil já se encontrarem despidas de interesses diversos que não a reprodução e concretização das ideologias do Estado, nos vemos agora o ensino do direito mercantilizado, acomodado na sua maioria nos bancos de instituições privadas que, da mesma forma que em 1827, não estão preocupadas na “difusão de luzes” (BASTOS, 1977), mas sim em formar mão-de-obra técnica para o mercado capitalista.

Para Freire, quanto aos interesses dos opressores:

Para estes, o fundamental não é o desnudamento do mundo, a sua transformação. O seu humanitarismo, e não humanismo, está em preservar a situação de que são beneficiários e que lhes possibilita a manutenção de sua falsa generosidade a que nos referimos no capítulo anterior. Por isto mesmo é que reagem, até instintivamente, contra qualquer tentativa de uma educação estimulante do pensar autêntico, que não se deixa emaranhar pelas visões parciais da realidade, buscando sempre os nexos que prendem um ponto a outro, ou um problema a outro. (FREIRE, 2005, p.69)

Em sua maioria as faculdades não oferecem um ensino jurídico voltado ao questionamento, à crítica, seja às normas, às formas de atuação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), ou mesmo à passividade da sociedade e a sua falta de informação.

O que o mercado universitário visa é formar profissionais, os quais serão arremessados no mercado de trabalho, porém, sem nenhuma visão crítica, nenhuma noção do que a formação jurídica deveria representar para a sociedade.

Nos bancos das faculdades não se formam juristas, mas sim “operadores do direito”, como se a profissão de advogado, juiz, promotor se resumisse em seguir uma cartilha (código civil, tributário, penal), e assim, simplesmente operacionalizar o direito.

Traçando uma analogia com a medicina, poderia mencionar que admitir que o ensino jurídico se limite a formar operadores do direito seria o mesmo que aceitar que nas universidades de medicina simplesmente ensinem aos futuros médicos a compreenderem o bulário.

Não obstante pareça cômica, esta analogia é tão real quanto preocupante.

Não há humanização no ensino, não se discute direitos humanos, matérias como sociologia e filosofia quando presentes nos currículos das faculdades não são levadas a sério, nem pelos alunos, nem pelos professores e, o que mais surpreende, nem mesmo pelas instituições de ensino.

A maioria dos alunos ingressantes nas faculdades particulares são jovens de 17 anos, que estudaram em escolas públicas, cujo ensino deficitário os impossibilitaram de competir em igualdade de condições por uma vaga nas universidades públicas. São aqueles que vivem a dura realidade da maioria dos brasileiros. São o reflexo da sociedade brasileira que, embora na sua maioria não tenham condições de fazer uma análise crítica da sua própria realidade, bem como da realidade do país, fruto da desinformação e falta de estímulo, buscam por uma possibilidade de ascensão, na ilusão de que cursar uma faculdade de direito lhes permitirá uma vida mais digna, com melhores salários e oportunidades.

Os cursos de direito, no entanto, estão longe de oferecerem aos seus alunos o que eles realmente precisam. É este o ponto a ser tratado, a desinformação, a falta de estímulo, a dificuldade destes alunos em ter uma visão crítica da realidade do país, estes são alguns dos problemas que não são sanados pelas faculdades.

Eles conhecem a realidade, afinal de contas muitos deles fazem parte diretamente desta realidade, o problema reside no fato de que o papel que deveria ser cumprido pelo ensino superior em formar indivíduos críticos, lúcidos, cientes das injustiças e protecionismos, imbuídos de responsabilidade social, simplesmente não existe. Mesmo porque, a quem importa existir?

Os cursos de direito hoje se resumem em reproduzir o direito posto, o direito ora em vigor. Deveria, porém, estimular a visão crítica e não o conformismo à insatisfação. Não se pode admitir a formação de operadores do direito, expressão que nem mesmo deveria existir, mas sim formação de juristas capazes de transformar o que é preciso, o que se faz urgente.

Esta postura dogmática dos professores e das instituições de ensino, somada a alienação dos alunos, obviamente não resultará em um ensino jurídico voltado à sociedade, à realidade, ao combate ao desrespeito aos direitos humanos.

Para Rodrigues:

Um dos maiores problemas dos cursos jurídicos, apresentado historicamente, é o fato de não acompanharem eles a mudança da estrutura social, permanecendo com o mesmo estilo de ensino que foi implantado quando de sua instalação. Isso lhes outorga pouca eficiência e validade. Na verdade o ensino neles ministrado tem sido marcado por sua desvinculação perene da realidade social. (RODRIGUES, 1993, p.102)

A transformação de um processo de ensino e aprendizagem voltado à crítica, à responsabilização social, é talvez o meio mais eficaz para a transformação desses operadores do direito em cientistas, investigadores, questionadores.

É muito fácil para um professor de direito tributário, por exemplo, expor para seu aluno que a cobrança de um tributo deve respeitar o Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva - princípio que 'garante' que cada indivíduo contribua para as despesas públicas na exata proporção de sua capacidade econômica -, sem, no entanto, levantar qualquer questionamento, ou demonstrar se essa capacidade contributiva efetivamente é verificada no caso concreto.

Ou mesmo, um professor de direito civil simplesmente expor para os alunos que a Constituição Federal garante uma indenização justa e prévia para as desapropriações de bens imóveis que não cumprem sua função social, sem levantar uma discussão acerca de que tais indenizações estão longe de serem consideradas justas.

Estes são apenas alguns exemplos em que é possível verificar que em todas as áreas do direito, a realidade social, assim como a análise crítica acerca dos institutos jurídicos devem ser colocadas para o alunos.

Para Faria:

Embora existam diferenças marcantes entre as faculdades públicas e as privadas, seu denominador comum continua sendo o mesmo de sempre: a mediocridade generalizada, decorrente da incapacidade dos responsáveis pelo programa curricular de conjugar disciplinas formativas com disciplinas informativas.

Em nome de um ensino basicamente profissionalizante mas, organizado em total descompasso tanto com as necessidades do mercado quanto com a própria realidade sócio-econômica do país, o ensino jurídico despreza a discussão relativa à função social das leis e dos códigos, contentando-se em valorizar somente seus aspectos técnicos e procedimentais. Sem densidade teórica e sem rigor lógico-formal, esse tipo de ensino se destaca pelo seu senso comum normativista, pela reprodução de uma vulgata positivista e pelo recurso a uma erudição ligeira, retórica, burocrática, sempre subserviente aos clichês e estereótipos dos manuais. (FARIA, 1993, p. 54)

Questões tais como direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, bem como todos os direitos e garantias fundamentais devem fazer parte de todo o contexto das matérias. É preciso mostrar que é possível falar de tributos e, ao mesmo tempo, de direitos humanos.

Segundo Rodrigues:

Para que se possa ter um ensino transformador é necessário que ele deixe de ser um aparelho ideológico do Estado – mera instância reprodutora – e se transforme em uma instância orgânica de construção de um novo imaginário social criativo e comprometido com os valores da maioria da população. (RODRIGUES, 1993, p.199)

Os alunos precisam enxergar que o direito não se resume a códigos, muito pelo contrário, questões como justiça e direito estão, por vezes, muito longe do teor dos dispositivos legais.

Para Freire:

Quanto mais se exercitem os educandos no arquivamento dos depósitos que lhes são feitos, tanto menos desenvolverão em si a consciência crítica de que resultaria a sua inserção no mundo, como transformadores dele. Como sujeitos.

Quanto mais se lhes imponha passividade, tanto mais ingenuamente, em lugar de transformar, tendem a adaptar-se ao mundo, à realidade parcializada nos depósitos recebidos. (FREIRE, 2005, p.68)

Diante de um ensino, sem pé nem cabeça, a superação dos códigos como metodologia é um primeiro passo. Porém, modificações administrativas para a redução do número de alunos em sala de aula, preparação didático-pedagógica dos professores e o incentivo à pesquisa, devem ser medidas conjuntas que, infelizmente, talvez não interessem às escolas mercantilizadas.

Somente assim, com o ensino voltado à realidade social, será possível a formação de um profissional preparado e atualizado com as necessidades sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a crise no ensino jurídico nada mais é do que o reflexo da crise do direito. A adoção do exercício do direito voltado à concretização dos interesses dos detentores do poder, só poderia acarretar um ensino jurídico que não estimula os alunos a repensar o próprio direito.

O presente artigo buscou demonstrar os interesses que amparavam a criação do ensino jurídico no Brasil, nada mais representando como um mero aparelho ideológico do Estado.

O que esperar de um ensino que não é voltado para as realidades sociais, em que se observa uma total incompatibilidade ou falta de sintonia com as mudanças ocorridas a cada dia na sociedade?

O que mais surpreende é a inércia do desenvolvimento metodológico do ensino do direito. Já é tempo da superação do ensino baseado estritamente no que os códigos estabelecem, cujo objetivo é colocar no mercado mão-de-obra técnica, e o que é pior, nem sempre qualificada.

Não há desenvolvimento de uma postura crítica dos alunos, talvez até pela inexistência de tal postura aos próprios professores. É superficial a forma como se discute direitos

humanos nos bancos das faculdades, nem mesmo existe debate acerca de questões voltadas à política brasileira.

O ensino jurídico voltado à mera repetição, à visão puramente positivista que não direciona o aluno na realização de uma análise crítica da norma, coloca o aluno em posição de neutralidade em relação ao objeto estudado.

Com o desenvolvimento tecnológico os jovens encontram acesso mais fácil às informações, no entanto, não há estímulo nem orientação à pesquisa.

É evidente a sempre presente falta de interesse seja do Estado, das instituições de ensino ou mesmo dos professores em focar o ensino no estímulo aos alunos na busca do saber, voltado à pesquisa, deixando aos mesmos o papel de meros espectadores de informações.

Os cursos de direito estão longe de oferecerem aos seus alunos o que eles realmente precisam. É este o ponto a ser tratado, a desinformação, a falta de estímulo, a dificuldade em construir uma visão crítica da realidade do país. Estes são apenas alguns dos problemas que não são sanados pelas faculdades.

A necessidade de um ensino mais democrático e de qualidade é a chave para a cura da moléstia da desigualdade social, possibilitando a transformação do meio social. E, para tanto, é necessário o estímulo ao espírito crítico, ao não conformismo, possibilitará ao aluno problematizar a sua própria realidade, para então, e somente assim, superá-la.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Centro de Documentação e Informação; Rio de Janeiro: publicado em convênio com a Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Estudos sobre ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: S. Fabris, 1987.

_____. Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. In: *Ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1993.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. *Metodologia do ensino jurídico: aproximação ao método e a formação do Conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito?: reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MELLO, Reinaldo Irapua Camargo. *Ensino jurídico: formação e trabalho docente*. Curitiba: Juruá, 2006.

MELO FILHO, Álvaro. *Reflexões sobre o ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria & prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

A INTERDISCIPLINARIEDADE COMO FERRAMENTA DE COMPREENSÃO DOS MECANISMOS DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. *

INTERDISCIPLINARY ANALYSIS AS A TOOL TO UNDERSTAND THE MECHANISMS OF CIVIL PROCESS

Gretha Leite Maia

RESUMO

O presente artigo tem por objeto uma proposta de compreensão dos fenômenos jurídicos pela abordagem multidisciplinar. É dado essencial ao entendimento do Direito a percepção de como a sociedade se move, por isso o trabalho propõe um estudo multidisciplinar de determinados fenômenos processuais. Verificou-se o tratamento jurídico dado ao valor celeridade, com a elevação do princípio da duração razoável do processo à qualidade de norma constitucional e a necessidade de tutela para novos direitos, especialmente o direito do consumidor. Analisaram-se os procedimentos de estabilização subjetiva da lide, ou seja, a definição do pólo ativo e do pólo passivo de uma relação processual, especialmente àquelas de natureza coletiva e difusa, e o instituto do amicus curiae. São apresentadas outras maneiras de abordar as causas que se anunciam como motivadoras das reformas processuais que deram nova feição ao processo civil no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. PROCESSO. ENSINO. INTERDISCIPLINARIDADE.

ABSTRACT

The present article proposes the understanding of judicial phenomenon through a multidisciplinary approach. The perception of how society evolves is an essential facet for the understanding of the Law, thus this article uses a multidisciplinary approach to study judicial process. We found the judicial value of speedy process, with the promotion of the principle of reasonable duration to the level of constitutional norm; along with the need for new objects, such as consumer rights. We analyzed the procedures of subjective stabilization of the dispute, the definition of active and passive poles in the process relations, specially those of collective and diffuse nature, and the institutes of interventions of third-parties and friends of the court. We present other approaches to deal with the causes responsible for the motivation for process reform that shaped the civil process in Brazil.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: LAW - PROCESS - TEACHING - INTERDISCIPLINARY.

INTRODUÇÃO

A proposta de compreensão do processo civil moderno remete, antes de tudo, ao entendimento da estruturação do direito na modernidade, sob o signo da racionalidade. Falar de processo civil contemporâneo ultrapassa até a fronteira da racionalidade, pois é preciso conhecê-lo sob o signo da técnica, sofisticação da contemporaneidade para garantir a racionalidade. Somente uma interpretação multidisciplinar, que permita uma investigação dos fenômenos processuais inseridos na lógica do mundo contemporâneo, torna inteligíveis as opções do direito e, conseqüentemente, a estruturação do processo que o efetiva. O triunfo do homem sobre a técnica só se assegura pela *prontidão dos sentidos* e pela busca incessante de compreender o mundo que o rodeia.

Considerados como técnica de solução de conflito, os mecanismos processuais devem ser capazes de traduzir alguma utilidade e devem ser dotados de sentido para a realidade vivida. As formas jurídicas seguem a mesma lógica da finalidade dos demais atos estatais: devem orientar-se ao atendimento do bem estar do corpo social. Em linguagem da acadêmica jurídica, estamos falando da festejada efetividade do processo, objetivo anunciado da reestruturação processual civil que iniciou em meados da década de noventa do século passado.

Escolhemos três aspectos que nos parecem exemplificar a importância da ampliação do discurso meramente jurídico para o atingimento da compreensão mais precisa das modificações processuais: o mito da velocidade, a proteção aos novos direitos e a estabilização dos sujeitos de uma relação processual, num breve estudo sobre o *amicus curiae* e sua utilização para a efetivação, no controle abstrato de constitucionalidade, da participação da sociedade civil organizada. A perspectiva da interdisciplinariedade permite atender a essa proposta metodológica de compreensão do direito.

01. COMPREENDENDO O QUE VAI PELO MUNDO: A NECESSIDADE DA INTERDISCIPLINARIEDADE

A perda da influência da filosofia na formulação das ciências sociais findou por empobrecer e dificultar a compreensão do comportamento humano em sociedade por parte de toda uma geração de juristas. Em especial o direito, como ciência social aplicada, distanciou-se da sua inspiração filosófica, que traziam as discussões sobre a justiça das decisões e das dimensões econômica e social que seriam atingidas pela decisão judicial. O direito e o processo são apresentados aos acadêmicos durante o curso de graduação como técnicas de solução de conflitos. A indagação sobre o que gera o conflito está ausente das discussões de nossas salas de aula.

Não é lícito ao estudioso do direito nos dias atuais o desconhecimento do mundo que o rodeia, sob pena de uma compreensão fragmentada dos fenômenos ao redor dos quais vai gravitar. Não é mais razoável aos que efetivam o direito, por meio processual, a ignorância dos fenômenos econômicos, culturais e sociais que escoram os conflitos levados aos Tribunais e serão atingidos pela sentença. A primeira noção que gostaria de desenvolver fora da seara jurídica é a do mundo da competitividade e a sua relação com a explosão de litigiosidade.

Numa organização social com alta carga de competitividade prepondera a ética pragmática individualista. Na esfera da sociabilidade, as relações interpessoais são orientadas pelo utilitarismo, conduzindo o Homem a adotar como regra a necessidade de competir em todos os planos. O estado final a que se chega é o da *confusão do espírito*, fazendo surgir uma sociedade de litigantes, que, com o afrouxamento a tessitura social e a desorganização da sociedade civil, deposita no Poder Judiciário as expectativas de solução dos conflitos já instaurados. Essa sociedade de litigantes empurra o Estado brasileiro no sentido de alargar a máquina jurisdicional e super estruturar o ordenamento jurídico material e processual, ao limite da conversão da técnica em mistério, acessível a poucos privilegiados que se constituem como uma elite, paradoxo inaceitável em uma sociedade que procura reorientar-se pela lógica da democracia.

O que ocorre na seara teórica do direito é uma reação de natureza tecnicista para atender ao volume de demandas. Assim, o direito distancia-se mais ainda da noção de justiça e avizinha-se da noção de técnica de controle social. Parece-nos que se torna indispensável à eficácia das nossas ações que ela esteja fundada em uma orientação normativa, porque somente assim teríamos a sensação de segurança.

A convivência social viabilizada pela técnica, entretanto, cada vez mais exclui o aleatório e exige dos homens comportamentos previsíveis. Ora, aumentando a inflexibilidade dos comportamentos, inexoravelmente surgirá um mal-estar no corpo social, enrijecido em suas pulsões, deixando de ser o espaço também das singularidades humanas.

Por outro lado, como um fenômeno paralelo, a solução que vem por meio de mais normas, gera uma demanda desesperada por regras e uma oferta alucinante de novas formas institucionais, novas definições e novos vocábulos. Vivemos num oceano de regras... Assistimos ao império das normas, mas também ao conflito entre elas, desnortando os indivíduos, produzindo uma atmosfera diferente da ordem, mais identificada com caos e pela impossibilidade de compreensão.

Outros saberes já denunciam as limitações do projeto da racionalidade: *uma boa parcela da humanidade, por desinteresse ou incapacidade, não é mais capaz de obedecer às leis, normas, regras, mandamentos, costumes derivados dessa racionalidade hegemônica* (SANTOS: 2008, 120). O limite da racionalidade é a perda da razão. O racionalismo tecnocrático faz gerar os ilegais, os informais, os irregulares que teimam em proliferar.

A sociedade da técnica reserva um lugar de destaque para o uso do tempo. Tempo é o bem da vida mais desejado por cada um de nós. Quando se vive em organizações sociais onde predomina o uso da técnica para ordenação dos indivíduos, aqueles que dominam a técnica dominam a velocidade.

A relação com o tempo tem sido um dos assuntos mais investigados por pensadores do nosso tempo, difundindo-se a noção de tempo e espaço contraídos.[1] A velocidade da era tecnológica se exterioriza no estudo do processo pela busca da celeridade processual.

A celeridade processual foi o objeto de adoração mais festejado dessas reformas. No embate com a segurança jurídica – pseudo embate, por ambos serve a uma mesma lógica de ordenação – ganhou a celeridade, que postergou o contraditório, erigiu a condição de regra a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, encurtou o procedimento probatório e, o clímax, virtualizou o processo. Tudo em nome da velocidade do mundo contemporâneo:

Na família dos imaginários da globalização e das técnicas, encontra-se a idéia, difundida com exuberância, de que a velocidade constitui um dado irreversível na produção da história (...). Na verdade, porém, somente algumas pessoas, firmas e instituições são altamente velozes, e são ainda em número menor as que utilizam todas as virtualidades técnicas das máquinas. Na verdade, o resto da humanidade produz, circula e vive de outra maneira. (SANTOS: 2008, 121)

A velocidade, ademais, não é um bem que se permita distribuir equanimente, de forma generalizada. As diferenças que se estabelecem por seu uso geram um novo critério de desigualdade entre os homens, nos fazendo ressentir a ausência de um discurso de Jean-Jacques Rousseau sobre o tema.

Não custa lembrar que no caso específico do processo, o sentido de urgência não só não é uma constante como se encontra, também, em uma lógica de oposição entre os que litigam: só uma parte tem pressa pela solução. A outra normalmente aproveita a demora. Daí falar-se em *redistribuição* do ônus da demora natural do processo enquanto técnica de solução de conflito que afasta soluções instantâneas. Assim surgiu a tutela cautelar e depois as antecipações dos efeitos de tutela final.

Veloz é o tempo da mídia, pela banalização do processo produtor de informações. Há um processo de massificação na produção das informações midiáticas. A atividade do juiz é completamente diferente até mesmo por ser solitária. A reconstituição dos fatos que fundamentam um pedido requer um procedimento especial de cognição de fatos

passado, reconstituídos em um procedimento probatório que deve desenvolver-se em um determinado espaço de tempo, em que ambas as partes tenha condições de produzir os meios de provas que suportam as suas alegações. Para o próprio conflito há o tempo de maturação, dentro do qual a solução pode até surgir, sem necessidade de uma intervenção jurisdicional.

Afinal, a quem aproveita o tempo que se ganha com a tecnologia? Duas respostas são possíveis: ao bem estar da humanidade ou lógica da produção de bens materiais. O despotismo do relógio é, também, mais uma imposição misteriosa da contemporaneidade.

03. A DEFESA EM JUÍZO DE “NOVOS DIREITOS”: O DIREITO DO CONSUMIDOR.

Inicialmente, ressalto que entendo por novos direitos o fenômeno da atribuição de valor jurídico a bens da vida que antes eram indiferentes aos interesses de tutela do Estado. Não é correto afirmar que tais bens não existiam. Agressões ao meio ambiente e relações de consumo são universais e ancestrais. O que podemos afirmar é que o tempo em que vivemos é muito complexo, no sentido de ser marcado na ordem material pela incessante multiplicação do número de objetos dos quais nos acercamos e acreditamos não só precisar, mas depender. Assim, um fenômeno que deveria ser analisado para além dos limites jurídicos é o destaque dado para a defesa do consumidor.

Gostaria de iniciar meu argumento sob a premissa de que demandas do consumidor em juízo têm como causa principal a sensação de engano, de logro, por parte do consumidor, que, atendendo ao chamado incessante do consumo, acredita estar adquirindo um produto com determinadas qualidades e descobre ao final que os predicados não faziam parte da essência do bem adquirido.

Vou sugerir então que a abordagem do fenômeno “explosão de demandas consumeristas” deve iniciar com a seguinte provocação: o impacto do incentivo da publicidade como o fator determinante na tomada de decisão pela compra (isto é, o impulso para consumo). Milton Santos nos diz que *todas as coisas no comércio acabam por ter essa composição: publicidade+materialidade; publicidade + serviços, e esse é o caso de tantas mercadorias cuja circulação é fundada numa propaganda insistente e freqüentemente enganosa* (SANTOS: 2008, 49).

Assim, que cidadania realmente tem o consumidor que se vê obrigado a levar a juízo ações originadas, na verdade, pela exposição desabrida de uma publicidade perniciosa? Na verdade, há uma oposição fundamental entre a figura do consumidor e a figura do cidadão, pois são identificadores do Homem em dois sistemas de organização social orientados por lógicas diametralmente opostas.

Os homens têm sido classificados pela sua capacidade de consumir, fundando uma nova determinação de prioridade de tutelas jurídicas para aqueles que são consumidores, portanto, incluídos na lógica da sociedade capitalista contemporânea. E os excluídos dessa lógica?

Vale à pena investigar no Brasil as origens do fenômeno da ascensão do direito do consumidor, identificada com a cristalização de nossa classe média urbana. A expressão *milagre brasileiro* identifica um período de expansão da capacidade de consumo e crédito para uma determinada parcela da população, a classe média. Estruturalmente, o país aumentava a produção industrial e agrícola, acelerando o comércio e gerando emprego e renda. O que queremos apontar como mais importante é que *todos da classe média estavam cômicos de sua ascensão social e esperançosos de conseguir ainda mais* (SANTOS: 2008, 135). Lembramos que o país vivia uma ditadura que negava acesso à participação política a essa mesma camada da população, que se “distraía” com o aumento de sua capacidade de consumo. Arremata Milton Santos:

Forma-se dessa maneira uma classe média sequiosa de bens materiais, a começar pela propriedade, e mais apegada ao consumo que à cidadania, sócia despreocupada do crescimento e do poder, com os quais se confundia. Daí a tolerância, senão a cumplicidade, com o regime autoritário. O modelo econômico importava mais que o modelo cívico. Eram essas, aliás, condições objetivas necessárias a um crescimento econômico sem democracia. (SANTOS: 2008, 137).

Ocorre que a classe média vai encontrar a experiência da escassez - afinal tratava-se de um milagre - e o desassossego entranha-se no seu cotidiano. A reação cega é direcionada para os conflitos privados, aumentando o número de contratos descumpridos, às fraudes trabalhistas, endividamentos estimulados pelo marketing de bens que asseguram status de pertencimento a determinados grupos sociais.

O Estado brasileiro dá a esta massa de descontentes o Código de Defesa do Consumidor e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para causas de menor complexidade (eu me pergunto o que define uma causa como sendo *menor de idade complexidade*) e menor potencial ofensivo – outra expressão que me intriga. Não vejo impropriedade em afirmar, portanto, que tais institutos são projeções do individualismo da sociedade brasileira, e não manifestações de cidadania.

04. O *AMICUS CURIAE* E A BUSCA PELA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA CULTURA JURÍDICA DEMOCRÁTICA.

Neste item abordarei o movimento de alargamento dos conceitos de legitimidade processual e interesse de agir esboçado nas decisões do próprio Judiciário. Manteremos o estudo na esteira da compreensão de fenômenos jurídicos interpretados sob a ótica do

discurso político. Especificamente, analisarei as hipóteses de aplicação do *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade, entendendo-o como instrumento processual de uma cultura jurídica democrática, que leva ao Judiciário a expressão dos grupos de pressão que se constituem na sociedade civil brasileira.

O tratamento doutrinário do *amicus curiae* o identifica como um *terceiro especial* que pode intervir no feito desde que demonstre um interesse objetivo relativamente à questão jurídico constitucional em discussão. Na lógica das dinâmicas sociais *apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão a penetrar no mundo fechado, estreito e objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade.* (CUNHA JÚNIOR: 2004, 158). Na compreensão do próprio STF:

A admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupo, classes ou extratos sociais. (Assim – MC 2.130 – SC – rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001, p.000145).

Muito apropriada o uso da expressão *legitimação social das decisões* do Tribunal Constitucional, pois revela uma tendência da nossa mais alta Corte no sentido de perquirir como anda nossa ordem social e se suas decisões estão em sintonia com o que vai pelo mundo. A preocupação com a legitimidade das decisões implica reconhecer a importância da aceitabilidade dos julgados pela sociedade, pois para ela se resolvem problemas por meio de processo judiciais. Dá-nos a idéia de utilidade do Tribunal para o corpo social, inclusive porque um dos maiores problemas do processo é a colaboração das partes e de terceiros envolvidos do cumprimento das decisões. A cada decisão que emana do Poder Judiciário é preciso o reconhecimento e o acatamento pela sociedade, sob pena do comprometimento da própria razão de existência dos Tribunais.

A Lei nº 9868/99 admite duas espécies de intervenção do *amicus curiae*: aqueles que participam do processo por impulso do juiz (arte. 9º e 20) e aqueles que intervêm voluntariamente, em exercício a direito próprio de manifestação (art. 7º, § 2º da LADIn). A segunda hipótese é que nos interessa, pois prevê a intervenção daqueles que voluntariamente desejem exercer o *direito próprio de manifestação*. A incorporação da previsão de intervenção de grupos ou indivíduos que desejem participar da construção da decisão de uma corte constitucional movidos pelo exercício do direito próprio de manifestação pressupõe uma sociedade civil razoavelmente politizada, que tenha suas práticas pautadas para atender o ideal da democracia, entendida como participação na construção dos atos do poder.

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá escreveu um interessante artigo, analisando decisão do Ministro Cezar Peluso que indeferiu o ingresso de diversos clubes de futebol na qualidade de *amice curiae* em sede de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Partido Progressista, que questionava alguns dispositivos do Estatuto do Torcedor.[2]

O que chama mais atenção é a expressão utilizada na redação da decisão: a *intervenção sistemática do disposto no §2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do parágrafo único do art.6º.*

Devemos nos perguntar quem são os que vêm a juízo voluntariamente no exercício do próprio direito de manifestação. Somente numa sociedade que constitui corpos intermediários entre o Estado e o povo podemos divisar os que vêm ao Judiciário porque sabem que gozam de um direito próprio de manifestação. De que nos adianta a titularidade coletiva reconhecida nos mecanismos processuais de tutela de direitos difusos – como a defesa do meio ambiente – se a sociedade brasileira não se articula num movimento político de inserção e tomada de posição nas dinâmicas do poder? A discussão retorna para o que foi explorado no item anterior: a ausência de uma formação cívica na atual sociedade brasileira impede a melhoria das relações sociais no Brasil, emperrando nas dinâmicas participativas que caracterizam uma democracia. O ensino jurídico não pode limitar-se às fronteiras das técnicas legais, porque o ordenamento é reflexo de uma opção política e, portanto, se sujeita a tornar-se refém de ideologias, mas o ensino deve ser sempre crítico e libertador do espírito humano.

Ainda no tocante ao direito processual de estar em juízo nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, temos que é o direito próprio de manifestação assegurado na Lei nº 9868/99 que constitui o critério de identificação de acesso às discussões do procedimento que orientam a construção da decisão. Trata-se de um reflexo da opção do povo brasileiro, reunidos seus representantes em Assembléia Nacional Constituinte, pela forma democracia de exercício do poder. Assim, não poderia ser o critério *interesse de agir*, nos moldes dos Artigos 50 e 54 do Código de Processo Civil, fator impeditivo da participação do *amicus curiae* nas ADIns. Não se pode confundir interesse público de controle com interesse jurídico. O primeiro é essencialmente um direito político de participação decorrente da democracia; o segundo é decorrente de uma relação que dois ou mais sujeitos estabelecem em razão de uma relação jurídica que os vincula.

A figura do *amicus curiae* nas ações declaratórias de inconstitucionalidade refere-se, aliás, a discussões objetivas, em que não se discute interesse jurídico de nenhuma das partes. O que há é o interesse público de controle do ajustamento da ordem jurídica à ordem política, isto é, o atendimento a lógica democrática que orienta as dinâmicas de exercício do poder.

Investigar a tomada de posição dos Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, quanto à aceitação, na formação subjetiva do processo, da participação do *amicus curiae*, está longe de ter conotações somente doutrinárias, sendo indicativo de um movimento de inclusão da sociedade civil brasileira que esteve alijada das discussões políticas por 25 anos. No caso do controle de constitucionalidade é preciso ainda não se afastar da perspectiva pluralista do controle abstrato de normas: o debate em torno de questões que vão ser decisivas para o destino de um povo não pode excluí-lo da arena de debates.

Caso bastante emblemático foi a recente movimentação no STF para o julgamento da constitucionalidade de lei que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias, onde se adotou a forma das audiências públicas, outro instrumento que prestigia o

princípio democrático, e debates públicos que antecederam aos votos dos Ministros. Excluindo os julgamentos criminais (especialmente os do Júri Popular, pela audiência que garantem), provavelmente o julgamento da constitucionalidade de lei que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias foi o julgamento mais acompanhado, nas últimas décadas, pela mídia impressa e televisiva, tendo havido um número razoável de debates na comunidade acadêmica.

Quanto aos graves transtornos ao procedimento, expressão também usada pelo do Ministro Cezar Peluso em seu voto supra mencionado, é preciso lembrar que o formalismo do procedimento também deve atender a princípios de funcionalidade e instrumentalidade do processo[3]. E que mudanças causam transtornos...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil brasileiro, ultrapassando o contorno de instrumento disposto para efetivação do direito, garantidor da racionalidade das decisões, alcança o status de técnica procedimental que garante a solução mais adequada ao conflito juridicamente qualificado. Como toda técnica, porém, é mais aceita do que compreendida, adquirindo ares de mistério, afastando mais ainda o cidadão litigante da possibilidade de compreensão. Aumenta também a carga especulativa dos institutos, alimentando um imaginário labiríntico, somente acessível aos iniciados, explodindo um mercado editorial e confundindo o espírito das pessoas.

As reiteradas reformas da legislação processual brasileira revelam, na verdade, um crescente desencanto com a técnica, que esperamos seja acompanhado por uma gradativa recuperação do bem senso. A técnica é um artifício humano, e deriva de nossas ações, não sendo razoável a inversão destes lugares, onde a técnica determina a ação. A prática alienada de técnicas processuais torna o artifício humano algo desprovido de sentido, que permanecerá vigente até o momento em que a tensão social gerada pelo seu desencanto trate de mover o mundo em outra direção, abandonando simplesmente o direito e suas técnicas falidas.

A interdisciplinariedade como ferramenta de compreensão dos mecanismos do processo civil contemporâneo garante a obtenção de uma visão sistêmica do universo jurídico para além do ordenamento, permitindo ao estudioso do direito a possibilidade de enxergar as situações e causas atuantes como fenômenos conjuntos e de localizá-los como um todo, mostrando sua interdependência. O estudo técnico do direito só permite divisar um mundo fragmentado, compreendido aos pedaços.

O ensino jurídico deve abandonar as práticas docentes de apresentação da direito como ciência demonstrativa de regras genéricas e coercitivas, permitindo ao acadêmico divisar o direito como uma ciência que tem por objeto o comportamento humano, e é essencialmente compreensiva da realidade. O movimento de mudança deve partir das academias, formando no jurista um pensador do seu tempo e de seu espaço.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DIDIER JR, Fredie (coord). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ARRUDA, Samuel Miranda. Direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília Jurídica, 2006.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DIDIER JR, Fredie (coord). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiro no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e o *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DIDIER JR, Fredie (coord). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e Assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DIDIER JR, Fredie (coord). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal, 15 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. Tempo e Processo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos problemáticos: partes ou terceiros? (análise de algumas situações complexas de direito material), in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DIDIER JR, Fredie (coord). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

[1] Recomendo a leitura do livro “Direito fundamental à razoável duração do processo” de Samuel Arruda e “Por uma outra globalização” de Milton Santos, citados nas referências.

[2] Para ver decisão na íntegra: STF – ADIn 2.937/DF – rel. Min. Cezar Peluso – DJ 23.09.2003, p. 00027.

[3] Obras de referência sobre o tema são “A instrumentalidade do processo” de Cândido Rangel Dinamarco, publicado pela editora Malheiros, e “Do formalismo no processo civil” de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, publicado pela editora Saraiva.

O PROCESSO DE PRODUÇÃO CIENTÍFICO-JURÍDICA – O PROBLEMA É O PROBLEMA *

THE PROCESS OF SCIENTIFIC AND JURIDICAL PRODUCTION - THE PROBLEM IS THE PROBLEM

Julia Maurmann Ximenes

RESUMO

O presente artigo analisa elementos para a definição do problema no processo de construção do conhecimento jurídico-científico. Inicialmente são abordadas questões relacionadas ao caráter científico da pesquisa jurídica, diferenciando ciência e senso comum. Em seguida defende-se o tripé: problema-hipótese e marco teórico como metodologia necessária para o resgate do caráter científico da pesquisa jurídica, incluindo a relevância da produção científica, e não apenas da reprodução dos dados disponíveis. Esta abordagem é destacada como uma iniciativa essencial ao pesquisador jurídico na construção do saber científico hoje. Por fim, várias dicas e exemplos são apontados para o aluno-pesquisador que está definindo seu problema de pesquisa, com vistas a evitar equívocos metodológicos que inviabilizam o verdadeiro caráter científico da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVES: CIÊNCIA – PROBLEMA CIENTÍFICO – PESQUISA JURÍDICA

ABSTRACT

The present article analyses elements for the definition of the problem on the process of building a scientific and juridical knowledge. The introduction approaches topics related to the scientific character of the juridical research, as difference between science and common sense. Next, it supports a tripod: problem-hypothesis-theory frame, as a necessary methodology to redeem the scientific character of the juridical research, embracing the relevance of the scientific production, and not only reproduction of the data already available. This approach is emphasized as an essential enterprise for the juridical researcher on building the scientific knowledge today. To finish, various tips and examples are given to the student-researcher that is defining its research problem, in order to avoid methodological mistakes that makes the true scientific character of a research impracticable.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de elaboração do conhecimento científico advém da dúvida. É a inquietação sobre uma determinada questão da realidade que motiva o pesquisador na construção científica. Consoante Popper (1996): “nunca começamos por observações, mas sempre por problemas: por problemas práticos ou por uma teoria que deparou com dificuldades – quer dizer, uma teoria que criou, e frustrou, certas expectativas” (p. 124).

Desta feita, o conceito de “dúvida” é a motivação do presente trabalho. Isto porque nem sempre é fácil encontrar o problema a ser resolvido no trabalho científico e é muito comum entre os alunos pesquisadores do campo jurídico uma dificuldade em diferenciar tema de problema.

Nosso objetivo é contribuir para a definição do “problema”. Muitas vezes o aluno demonstra medo diante do marco teórico, mas com um problema bem definido, o marco teórico passa a ser o instrumento no processo de produção científica, que se resume a responder ao problema de forma sistematizada e fundamentada com este arcabouço teórico.

Na verdade, o objeto de pesquisa será melhor delimitado quando estiver adequadamente problematizado. O tema por si só é bastante genérico, e pode constituir apenas um aprofundamento de estudos. Ademais, quando bem formulado e delimitado, o problema contém o próprio marco teórico da pesquisa. (GUSTIN; DIAS, 2006)

Assim, iniciaremos traçando considerações sobre o próprio processo de construção de uma pesquisa científica, a saber: a relação ciência-senso comum e os principais elementos definidores do processo: tema-problema-hipótese-marco teórico. A metodologia proposta no presente trabalho vislumbra estes elementos como primordiais para a construção do processo científico que culminará na apresentação de um trabalho científico, não importando o grau, monografia, dissertação ou tese. Para nós, em todos os níveis será preciso um mínimo de disciplina na organização e definição destes elementos, que constituem o ponto de partida para o processo de pesquisa e a redação propriamente ditos.

Em um segundo momento, adentraremos o objeto principal deste trabalho: a definição do problema, utilizando dicas e exemplos, para finalizar com as especificidades relacionadas à pesquisa científica no campo jurídico.

O pano de fundo do tema apresentado no presente trabalho é o pluralismo jurídico. Esta corrente, capitaneada por diversos autores contemporâneos¹ sustenta a necessidade de rompimento com o paradigma do positivismo jurídico e uma maior visibilidade da complexidade da sociedade do século XXI. Esta complexidade é perceptível nas relações entre sociedade-Estado-Direito e conseqüentemente deve estar refletida nas pesquisas jurídicas.

Contudo, ainda existe um lastro positivista que influencia a pesquisa jurídica hoje. Com vistas à necessidade de ruptura com a tradição positivista na cultura jurídica brasileira, que também realçamos a importância da melhor definição do problema por parte dos alunos-pesquisadores do campo jurídico.

Com freqüência o caráter científico da pesquisa jurídica é questionado, e isto decorre da própria dificuldade de problematizar adequadamente, não se satisfazendo com a simples reprodução do já existente, mas buscando soluções a problemas da realidade. Portanto, a nosso ver a definição mais precisa da problemática resultará em uma pesquisa jurídica científica de qualidade, nos termos que exporemos a seguir.

2 – A PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O processo de produção do conhecimento científico implica em várias idas e vindas entre o conhecimento sistemático e argumentativo representado pela ciência, e o senso comum. Senso comum é o conjunto de informações não sistematizadas, que fazem parte da história de vida de cada indivíduo, uma “carga genética” individual que inclui ideologias, crenças, valores, preconceitos². Boaventura de Souza Santos (1989) define o senso comum como prático e pragmático: “reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma de confiança e dá segurança” (p. 40)

Normalmente, a ciência se constrói contra o senso comum ou a partir dele, modificando-o. O caráter científico deste senso comum modificado é alcançado a partir da construção de um quadro argumentativo, de um arcabouço teórico que sustenta as afirmações do autor do texto científico na busca a resposta de uma questão da realidade colocada como problema do trabalho científico. A construção deste arcabouço teórico

representa a ruptura epistemológica, ou seja, a constituição de uma grade conceitual nova, de um sistema de conceitos e de relações entre conceitos.³

O senso comum é a base sobre a qual se constroem as teorias científicas. Estas teorias se distanciam tanto quanto possível das valorações e opiniões, gerando um conhecimento mais ou menos racional, entendendo racional como argumentativo e coerente. Este conhecimento, por sua vez, interage com o senso comum e modifica-o, sendo absorvido parcial e totalmente, dependendo do seu grau de esoterismo. Assim, o senso comum vai progressivamente se modificando ao longo das gerações, incorporando novas informações e eliminando aquelas que se tornam imprestáveis para as explicações. (MATTALO JR, 1994, p. 18)

Portanto, a ruptura epistemológica implica na definição do próprio marco teórico: os conceitos utilizados para a solução do problema científico levantado. Assim, o marco teórico pressupõe a própria definição do problema de forma clara e concisa, que retomaremos em seguida.

Uma segunda questão importante nesta etapa inicial de definição do processo de construção do conhecimento científico é a questão do distanciamento do objeto sob análise. De forma alguma queremos defender aqui a neutralidade absoluta do cientista, paradigma já superado no âmbito da epistemologia da ciência. A atividade científica é uma atividade humana e social como qualquer outra e, portanto, impregnada também de ideologias, juízos de valor, argumentos de autoridade, de dogmatismos ingênuos, etc.. (JAPIASSU, 1975). “O pesquisador preocupado com o estatuto científico de sua produção deve produzir rupturas com os saberes que representam poder e dominação, quando detectadas contradições entre a realidade social e o conteúdo das normas” (MOLL, 2007, p. 148).

Contudo, é preciso ter em mente uma “vigilância epistemológica”, estar ciente do caráter científico da pesquisa que se está elaborando e o que isto demanda. E quais são estas demandas? Em que sentido o aluno-pesquisador deverá estar “vigilante”? Apontamos abaixo alguns critérios reconhecidos como científicos por Pedro Demo (1995) no âmbito das ciências sociais e que utilizamos como parâmetro para apontar as dificuldades de aplicação destes critérios no campo da pesquisa jurídica, utilizando autores que têm se preocupado com o caráter científico dos trabalhos jurídicos, como João Maurício Adeodato (1999), Luciano Oliveira (2003), e Marcos Nobre (2003).

Quadro 1 – Critérios internos de cientificidade

CRITÉRIOS INTERNOS	SIGNIFICADO	PESQUISA JURÍDICA
COERÊNCIA	Propriedade lógica: a falta de contradição; argumentação bem estruturada; corpo sistemático e bem deduzido de enunciados; desdobramento do tema de modo progressivo e disciplinado, com começo, meio e fim; dedução lógica de conclusões.	Recorrente utilização da história de forma desconectada com o tema jurídico do trabalho científico. ⁴ Implica na integração entre os conceitos utilizados na argumentação, todos com “conexão de sentido” entre si e com o tema-problema.
CONSISTÊNCIA	Capacidade de resistir a argumentações contrárias; incluindo a atualidade da argumentação.	Conhecido como “reverencialismo”, que retoma o argumento de autoridade, ou seja, o pesquisador escreve o trabalho científico tratando sua hipótese como estivesse defendendo uma causa.
ORIGINALIDADE	Produção não tautológica, inventiva, baseada na pesquisa criativa e não apenas repetitiva.	Conhecido como “manualismo”, ou seja, tendência na pesquisa jurídica de repetir o que já existe sobre o tema, sem uma “produção” propriamente dita, que implica em “criar”. Ademais, os trabalhos tendem apenas ao “aprofundamento” do tema, sem problematização do mesmo.
OBJETIVAÇÃO	A tentativa, nunca completa de descobrir a realidade social assim como ela é, mais do que como gostaríamos que fosse. É preciso ter consciência das ideologias, mas é preciso controlá-la pois a meta da ciência é conhecer a realidade e não a sua deturpação.	Trata-se do dever-ser no campo jurídico, ou seja, a tendência ao “profetismo” e a defesa de opiniões, de escolha de argumentos necessários para defender um cliente, como se faz em um parecer. ⁵

Percebe-se dos critérios acima os desafios da pesquisa jurídica brasileira, ainda impregnada do lastro positivista, que tende ao argumento de autoridade, de cunho dogmático-formal. Neste sentido, inclusive, que muito se questiona sobre o próprio

caráter científico do Direito. Neste específico tema podemos incluir a própria importância da definição da problemática, objeto do presente trabalho.

Isto porque sem adentrarmos o debate sobre a cientificidade do Direito propriamente dita, podemos apontar a possibilidade de construir um conhecimento jurídico de caráter científico, a partir da problematização. A dogmática “pura”, ou seja, a norma vigente e válida, não é suscetível de problematização, mas o Direito não se resume a ela. Na compreensão ora proposta, não há como excluir o Direito do âmbito do conhecimento científico: conhecer uma determinada questão da realidade a partir de conceitos sistematizados, utilizando uma argumentação sólida e bem articulada.

Uma distinção que permite também resgatar a compreensão do caráter científico da pesquisa jurídica ora proposta é distinguir entre pesquisa instrumental e pesquisa científica (MOLL, 2007). Assim, a pesquisa instrumental busca por respostas já dadas pela legislação, doutrina e jurisprudência, como na defesa de uma “causa”. A pesquisa científica implica na construção do pesquisador, implicando na própria construção social da ciência, “uma vez que visa a emergência do fato, buscando-o através das fontes históricas, sociológicas e econômicas, com o fito de entender as condições de possibilidade do fato jurídico que desse contexto emergiu” (p. 142)

Trata-se de evitar a postura do advogado que defende uma causa, que já sabe a solução da questão, utilizando, por exemplo, a jurisprudência não como objeto de análise e reflexão, mas a título de ilustração. (NOBRE, 2005).

Portanto, o cerne da pesquisa jurídica no Brasil hoje reside na preocupação metodológica com o seu caráter científico, evitando reproduções de manuais e meros aprofundamentos do material já existente, buscando sim problematizar os temas e conseqüentemente produzir conhecimento e não apenas reproduzi-lo, extrapolando o já existente nos manuais.

3 – O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO – DEFININDO O PROBLEMA

Após estas definições preliminares, com o intuito de salientar a importância do caráter científico na pesquisa jurídica atual no Brasil, passaremos ao processo de construção do conhecimento científico. Normalmente, este processo faz parte de um projeto de pesquisa. Não adentraremos os elementos de um projeto, nosso objetivo é traçar a própria construção racional e mental do conhecimento científico.

Trata-se de uma proposta metodológica: visualizar o processo racional-mental de definição dos elementos de um projeto de pesquisa, seja ele para uma monografia, uma dissertação ou uma tese, antes mesmo de redigir o projeto.

Sem a pretensão de esgotar o tema, nossa idéia é trazer a lume as principais dificuldades encontradas pelo aluno-pesquisador em uma fase interna complexa, onde inúmeras idéias afloram, mas nem todas poderão ser utilizadas.

Portando, iremos encarar o processo de construção do conhecimento científico a partir do seguinte tripé: problema-hipótese-marco teórico⁶. Partimos do pressuposto de que o aluno-pesquisador já encontrou seu tema e o delimitou da melhor forma possível. Agora resta “construir” o caráter científico do tema: a definição de uma pergunta que inclua conceitos relacionados entre si e que, após a pesquisa propriamente dita, possa comprovar ou não a hipótese levantada.

A práxis do pesquisador é o momento epistemológico que determina a delimitação do objeto, bem como o modo de interrogá-lo, uma vez que não há separação entre teoria e prática, e refletir teoricamente sem uma prática é idealismo. Posicionar-se praticamente reflete uma teoria como substrato. Não há como pensar teoria e prática em momentos distintos. O dito popular “na prática a teoria é outra” é verdadeiro quando significa que quem analisa a prática equivoca-se quanto à teoria que a está sustentando. Sempre que se atua sobre a realidade parte-se das idéias, preconcebidas, e estas são em síntese uma ou um conjunto de teorias que se tornaram senso comum par ao pesquisador ou que foram escolhidas como referencial teórico, após a realização de uma revisão bibliográfica sobre o tema escolhido e sobre o objeto recortado. (MOLL, 2007, p. 152)

O sub-título do texto ora apresentado – o problema é o problema - advém de uma constatação empírica da autora: a dificuldade dos alunos na definição do problema. Muito frequentemente os alunos se preocupam com a definição do tema e excluem das suas angústias a definição do problema, incorrendo em um grave erro metodológico que acarretará problemas no decorrer da pesquisa.

Quando o aluno, após a escolha e delimitação do tema se depara com a necessidade de definição de um problema ele não consegue encontrar uma pergunta que norteará sua pesquisa, e às vezes se satisfaz com a reprodução simples do conhecimento já existente, as noções de “manualismo” e “aprofundamento” retratadas anteriormente.

A pesquisa não pode ser um amontoado de dados sobre um determinado tema, e o problema que guiará o aluno pesquisador não poderá ser resolvido com a simples leitura do acervo bibliográfico, mas sim a integração entre as categorias de análise ou referenciais teóricos que compõem o marco teórico, além de dados empíricos, quando for o caso.

Portanto, o desafio é encontrar a inquietação, a própria dúvida que motivou o aluno-pesquisador na escolha do tema. A definição do problema sofrerá a influência de nossas experiências, o senso comum, que será modificado a partir do conjunto de conhecimentos (conceitos e teorias, o marco teórico) utilizados como quadro de referência, uma grade de leitura pela qual o pesquisador percebe o real.

Assim, o problema deve ser levantado e formulado de forma interrogativa e delimitado com indicações dos referenciais teóricos que sustentam as relações entre os diversos estudos que serão abordados. Trata-se de “um processo contínuo de pensar reflexivo, cuja formulação requer conhecimentos prévios do assunto ao lado de uma imaginação criadora” (LAKATOS; MARCONI, 1990, p. 24).

Este processo de construção, portanto, permitirá a própria delimitação do marco teórico. Outro importante elemento deste processo: a definição da hipótese.

Portanto, a hipótese, diferentemente do que o senso comum costuma imaginar, não é uma pergunta. Ao revés, é uma solução prévia dada pelo pesquisador. O fato pode parecer estranho aos que não são familiarizados com a atividade de pesquisa. Para quê me ponho um problema se já possuo a sua resposta? Os que pensam assim, desconhecem a provisoriedade da hipótese. A prática científica busca acabar, pelo menos por determinado período de tempo, até que outras investigações demonstrem o contrário, com a precariedade da resposta adotada. Isso porque a hipótese outra coisa não é senão a solução prévia ao problema, passível de ser confirmada ou não. Portanto, a atividade de pesquisa é a busca da confirmação ou rejeição da hipótese elaborada. (FRATTARI, 2008)

E como é feito este processo? Não existe um manual sobre a elaboração do problema, mas tentaremos expor algumas posições que permitirão ajudar o aluno-pesquisador neste processo, tendo como principal parâmetro a pesquisa jurídica.

QUADRO 2 – A formulação do problema

TAREFA	ERRO COMUM NA PESQUISA JURÍDICA
1 elabore uma pergunta ao tema que inclua o próprio objetivo almejado para o trabalho científico, conectando-o à esfera empírica (viabilidade)	Perguntas excessivamente amplas, que traduzem um alto teor valorativo: o que pensa o Supremo sobre a eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão?
2 utilize expressões “em que medida” e “como” para se comprometer com a análise do tema como um “processo”, sem respostas do tipo sim-não	Perguntas do tipo: Qual a eficácia do pronunciamento da corte constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador?
3 inserir no mínimo duas categorias de análise/conceitos relacionando-os	Perguntas que não esclarecem os referenciais teóricos utilizados.
4 verificar a viabilidade da resposta (hipótese): disponibilidade temporal – disponibilidade material – caráter científico	Perguntas que não correspondem a uma construção, mas sim a reprodução do já existente: qual é a corrente utilizada pelo Supremo na análise da omissão inconstitucional?

Assim, as tarefas 1 e 4 estão interligadas – é preciso encontrar um problema de pesquisa que se possa “resolver” com conhecimentos e dados já disponíveis ou com aqueles factíveis de serem produzidos. Já há consenso na epistemologia da necessidade de renúncia à completude na ciência, ou seja, de limitação do próprio conhecimento científico.⁷ Assim, deve-se evitar a idéia já apontada de “profetismo”, bem como as tentativas de “solucionar” questões demasiadamente valorativas.

E aqui encontramos o problema: o problema. O problema científico não visa solucionar um problema da realidade de forma genérica e abstrata. “O sistema penitenciário brasileiro está recuperando os sentenciados que nele permanecem? (GUSTIN;DIAS, 2006, p. 63). Trata-se de um problema extremamente amplo e que carrega consigo uma carga valorativa que não permite um arcabouço teórico consiste para respondê-la. E na esfera empírica ele também é inviável, pois existem inúmeras variáveis envolvidas que não poderão ser submetidas a teste e comprovação. Um problema é científico quando envolve variáveis que podem ser testadas.⁸

Nos exemplos utilizados no Quadro 2, sobre a omissão inconstitucional percebe-se a dificuldade de “criar” nas hipóteses que poderiam ser apresentadas. Como o problema não foi bem elaborado, o trabalho se restringiria a reprodução das teorias existentes para a intervenção do Supremo na esfera da omissão inconstitucional, e não na construção de uma análise fundamentada em conceitos pré-estabelecidos.

Portanto, ao selecionar o problema predeterminando as categorias de análise utilizadas, os conceitos e a relação entre eles, o aluno-pesquisador já está definindo o seu marco teórico. Trata-se da terceira tarefa apontada anteriormente. Quando o problema não expressa estas categorias, será difícil visualizar a própria hipótese – a partir do que posso defender uma resposta a um problema científico sem referenciais teóricos?

No exemplo apontado, existem três possíveis respostas ao problema, sendo impossível, sob o aspecto científico determinar qual é a “verdadeira”, pois sempre existirão variáveis que poderão conduzir a outra teoria... em um círculo vicioso interminável. Trata-se da tendência na pesquisa jurídica de formular problemas que na verdade implicam apenas na reprodução das teorias já existentes: assim, se argumentaria a favor de uma ou de outra teoria, reproduzindo o que já existe sobre o tema, sem problematizá-lo.

Portanto, para encerrar o círculo vicioso mencionado, basta definir exatamente sob qual ótica se analisará a omissão inconstitucional. O problema passará a ser, então: Como caracterizar uma omissão inconstitucional sem incorrer na separação dos poderes? Uma ressalva importante para este específico tema e problema – como já foi alvo de inúmeros estudos, o importante é o aluno-pesquisador ter em mente a necessidade de encontrar uma resposta no processo de pesquisa. Uma boa dica seria utilizar a jurisprudência como parâmetro para definição da omissão inconstitucional, além de outros referenciais teóricos, como a força normativa da Constituição, por exemplo.

Um exemplo bem sucedido de construção do tripé já apontado no tema “A jurisprudência do STF no tocante a legitimidade ativa para propor ADI e a teoria da sociedade aberta de intérpretes de Peter Haberle”. As variáveis seriam a jurisprudência do Supremo, o paradigma teórico de Haberle, e a legitimidade ativa na proposição da ação direta de inconstitucionalidade. Na tentativa de relacionar as variáveis o problema seria: em que medida a legitimidade ativa estabelecida pela Constituição de 1988 a partir do modelo de Haberle é refletida na jurisprudência dominante no Supremo?

Para ilustrar mais ainda as dificuldades encontradas pelo aluno-pesquisador no processo de construção do problema, elencamos três problemas que não são problemas científicos da forma como foram elaborados, pois representam problemas de valor ou porque representam a obviedade, ou seja, estão previstos na norma e não representam uma dúvida/inquietação de cunho científico. Os problemas de valor indagam se uma coisa é

boa, má, desejável, indesejável, certa, errada, ou se é melhor ou pior que outra. Enfim, inviáveis de uma resposta direta, apesar de serem suscetíveis de problematização quando utilizando a relação entre referenciais teóricos pertinentes.

Quadro 3 – Problemas não científicos

TEMA	PROBLEMA NÃO CIENTÍFICO	“DEFEITO”
Processos Constitucionais analisados à luz da evolução dos direitos fundamentais	Onde estão os direitos fundamentais? Quem os obedece? Quem os garante?	Obviedade
Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas	Qual a teoria mais adequada ao sistema jurídico?	Juízo de valor
Dano ambiental e responsabilidade do Estado	Como melhor responsabilizar o Estado pelo dano ambiental?	Juízo de valor
Segurança Pública e os direitos fundamentais	Como tornar a segurança pública mais eficiente dentro do aspecto jurídico?	Juízos de valor e inúmeras variáveis não-jurídicas

Outro “problema” recorrente na formulação do problema na pesquisa jurídica, e que já apontamos de forma indireta: a reprodução sem problematização propriamente dita. O aluno-pesquisador elenca uma série de perguntas que representam os próprios referenciais teóricos, sem relacioná-los e sem procurar responder a uma questão central. Por exemplo: o tema ações afirmativas e o princípio da igualdade. Os problemas propostos são: quando se verifica a necessidade da criação de ações afirmativas? (a resposta é dada pelo próprio conceito de ação afirmativa); as ações afirmativas diminuíram as diferenças entre os desiguais? (valorativo e de difícil comprovação diante das inúmeras variáveis envolvidas). Um único e bem elaborado problema é mais do que suficiente para a construção de uma pesquisa de cunho científico de qualidade.

Assim, apontamos vários exemplos e questões que deverão ser evitadas no processo de construção do problema científico, como os juízos de valor, a obviedade, as variáveis “incontroláveis”, problemas cuja “solução” está prevista na própria norma.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos depreender a importância do processo de construção do problema no próprio processo de construção do conhecimento científico. Tendo como parâmetro a necessidade de “cientificar” os trabalhos elaborados no campo da pesquisa jurídica, torna-se salutar resgatar a importância da problematização.

O caráter científico reside naquilo que for discutível. Portanto, os resultados não são definitivos, podendo ser refutados; as ciências sociais não param no discurso, mas devem assomar como diálogo, ou seja, comunicação de conteúdos; não há como separar teoria e prática, salvo quando a pretensão é esconder jogo de interesses; e por fim, o estudo dos problemas está relacionado com suas soluções (proposta de hipótese) (DEMO, 1995).

Portanto, é necessária a distinção entre a pesquisa profissional, mais afeita ao campo da dogmática jurídica, mas sem o critério da cientificidade.

...a pesquisa científica procura resolver problemas criados pela própria legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, no mesmo passo em que investiga por respostas a problemas todavia não pensados ou resolvidos pela sociedade civil ou pelo Estado, pois se vale primordialmente das fontes primárias, materiais. Isto é, a cientificidade do Direito reside no campo científico do Direito como área de conhecimento da realidade, trabalha com fatos e sua prática e formula teorias. Trata-se de uma concepção científica culturalista do Direito. (MOLL, 2007, p. 143)

A tendência no campo jurídico é de permanecer na defesa de “causas”, dos clientes, quando na pesquisa jurídica o objetivo é confirmar ou não uma hipótese, por intermédio de um arcabouço teórico robusto (marco teórico) e se necessário, pesquisas empíricas. Mas a confirmação ou não da hipótese e a própria definição do marco teórico advém da precisa circunscrição de um problema da realidade que norteará o pesquisador no processo de construção do conhecimento científico.

Urge uma conscientização no campo da pesquisa jurídica do caráter científico da pesquisa, da necessidade de produção “criativa” do conhecimento, eliminando o caráter reprodutivo dos temas, que se referenciam demasiadamente nos manuais, sem o olhar de “problematização”.

Assim, podemos resumir nossas dicas para a formulação do problema em apenas dois itens:

1. procure um problema a partir de uma inquietação individual percebida da realidade e inicie um processo de perguntas a esta inquietação, sempre buscando delimitar em referenciais teóricos relacionados entre si;
2. evite juízos de valor, obviedade, reproduções e aprofundamento (“manualismo”) – “defeitos” de um problema sem cunho científico.

A partir destas dicas será possível delimitar melhor ainda o tema, adiantar o marco teórico da pesquisa e permitir uma comprovação ou não de hipótese de forma sistematizada e fundamentada, enfim, observando os critérios científicos na pesquisa jurídica. O problema deixará de ser “o problema”.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. Brasília. n 7. jan/abr. 1999, p. 143-150.

CHALMERS, A. **O que é ciência afinal?** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 2000.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1995.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese?** 16 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRAGALE FILHO, Roberto. Quando a empiria é necessária?. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2005. p. 323.

FRATTARI, Raphael. Breves Considerações sobre projetos de pesquisa em Direito: afinal, o quê é marco teórico? **Centro de Atualização em Direito – Pós-Graduação “lato sensu”**. Disponível em: www.cadireito.com.br/artigos/art70.htm. Acesso em fevereiro 2008.

GUSTIN, Miracy B. de Souza, DIAS, Maria Tereza F. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KERLINGER, Fred N. Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais – um tratamento conceitual. São Paulo: Pedagógica e Universitária Ltda., 1980.

KUHN, T. S. **A estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1982.

MATTALO JR., Heitor. A problemática do conhecimento. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Construindo o saber** – metodologia científica – fundamentos e técnicas. 4 ed. Campinas: Papyrus, 1994, p. 13-28.

_____. Mito, metafísica, ciência e verdade. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Construindo o saber** – metodologia científica – fundamentos e técnicas. 4 ed. Campinas: Papyrus, 1994, p. 29-38.

MOLL, Luiza Helena Malta. Projeto de pesquisa em Direito. In: CARRION, Eduardo Kroeff Machado; MEDINA, Ranier de Souza (org). **Reforma Constitucional e Efetividade dos Direitos**. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 141-176.

NOBRE, Marcos *et al.* **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, nr. 66, julho 2003, p. 145-154.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, p. 299-330, 2003.

POPPER, Karl. **O mito do contexto** – em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

1 Ver no Brasil, por exemplo, WOLKMER, Antonio Carlos, **Introdução ao pensamento jurídico crítico**, São Paulo: Saraiva, 2001.

2 Preconceitos no sentido de Hans-Georg Gadamer (**Verdade e Método**, Petrópolis: Vozes, 1997): constitutivos do nosso ser e da nossa historicidade e, portanto, não podem ser negligenciados.

3 Boaventura de Souza Santos (1989) critica a ruptura epistemológica bachelardiana (v. BACHERLARD, Gastón. **O novo espírito científico**. Lisboa: Edições 70, 1986) apontada aqui, questionando o paradigma que se constitui contra o senso comum. Para o autor é preciso um reencontro da ciência com o senso comum. Não adentraremos este debate aqui, mas também não negamos a influência que o senso comum tem sob o indivíduo, inclusive o cientista-pesquisador.

4 Também comum na pesquisa jurídica e que pode ser incluído neste item é a referência ao Direito Comparado, muitas vezes desnecessariamente por dois motivos: primeiro pela ausência de relevância com a hipótese apresentada, segundo, pela insuficiência de investigação no Direito Comparado, ou seja, uma análise superficial de como o tema é abordado pela legislação em outros países, sem nenhuma adequação às peculiaridades brasileiras.

5 NOBRE (2005) busca traçar a diferença entre parecer a trabalho científico justamente quanto a este tema: no trabalho científico não é possível “escolher” os argumentos constantes na doutrina e na jurisprudência por mera convicção, com vistas a tese a ser defendida, ou seja, já se sabe a resposta.

6 Marco teórico é a grade conceitual utilizada pelo autor do trabalho científico para argumentar a relação entre problema e hipótese. Adeodato (1999) levanta a possibilidade de delimitar o tema a partir de um autor, o que é possível em temas com literatura mais robusta e tradicional. Contudo, na pesquisa jurídica às vezes é difícil encontrar “grandes autores” que representem significativamente o tema escolhido – aqui o marco teórico se resumirá aos conceitos principais utilizados, cuja relação deverá já estar clara na definição do problema.

7 Por algum tempo se acreditava na busca pela verdade absoluta na ciência. “Construir ciências sociais não é pretender produtos acabados, verdades definitivas, mas cultivar um processo de criatividade marcado pelo diálogo consciente com a realidade social que a quer compreender, também para a transformar.” (DEMO, 1995, p. 14)

8 Cumpre salientar que para o presente texto, categorias teóricas, referenciais teóricos e variáveis são sinônimos, compreendendo ainda os conceitos que constituem o marco teórico da pesquisa científica. Contudo, variáveis também representam os elementos externos a pesquisa e que poderão ser controlados ou não, medidas ou manipuladas, por intermédio de pesquisa empírica.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA. *

ENVIRONMENTAL EDUCATION AS MEANS OF ENVIRONMENTAL JUDICIAL PROTECTION AND ACCESS TO CITIZENSHIP

Juliana Terezinha da Silva Medeiros

RESUMO

A reflexão sobre os problemas ambientais nas relações político-econômico e sociais tem se intensificado, trazendo o surgimento de uma vasta legislação visando tanto à conservação quanto à preservação ambiental e estabelecimento de regras que assegurem o desenvolvimento econômico com sustentabilidade. Neste sentido o Brasil dedicou um capítulo da Constituição Federal de 1988 especialmente ao meio ambiente, o qual a educação ambiental. O presente trabalho visa a discutir alguns pontos da legislação ambiental brasileira, mas precisamente da Política Nacional de Educação Ambiental instituída pela lei 9.795/1999 e o papel fundamental das instituições de ensino, superior, no processo de criação de uma consciência ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO AMBIENTAL, PROTEÇÃO JURÍDICA, CIDADANIA.

ABSTRACT

The reflexion about the environmental problems in the political, economics and social relationships has increasing all over the world, and it comes along with legislation to assecure economical development with sustentability. Brazil has wide environmental legislation with constitucional garantees of healthy environmental and ambiental education. This paper intend to present the brazilian National Politics on Environmental education according the ley 9.795/1999 and the importance of Law universities in the process of environmental concern.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL EDUCATION, LAW PROTECTION, CITIZEN.

1. Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O início da intensificação da atividade industrial mundial não foi acompanhada da preocupação com o bem estar social ou mesmo questões ambientais. A tutela jurídica do meio ambiente só se inicia quando a degradação ambiental se torna uma ameaça à própria sobrevivência humana, forçando todos os países a implementar ou criar uma legislação ambiental eficaz. Acompanhando esse processo expande-se a consciência ambientalista, alertando os vários setores da sociedade e o Poder Público para o problema da destruição ambiente natural e cultural, o que abrange problemas de mudanças climáticas, extinção de espécies da fauna e flora, destruição de florestas inteiras, poluição indiscriminada de recursos hídricos e do ar, armas atômicas e energia nuclear, guerras desencadeadas por disputas de recursos naturais, dentre outros problemas.

A preocupação ambientalista mundial que se desencadeou abrangeu o meio ambiente natural e artificial global e as causas de sua degradação, gerando a preocupação de se alcançar o desenvolvimento econômico sustentável: economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto. Isto tudo visando a garantir a preservação da cultura, a qualidade de vida e do meio ambiente para as futuras gerações (princípio da ética intergeracional do Direito Ambiental) juntamente com o crescimento econômico a que todos os povos almejam e tem direito.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 no art. 225 determina ao Poder Público e à Coletividade a proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Neste sentido é importante destacar o papel das pessoas, do povo de modo geral, pois meio-ambiente e políticas ambientais são um dos poucos assuntos que devem envolver a participação de cem por cento as sociedade: da infância até a terceira idade, empresas e Poder Público.

Em relação às pessoas, o presente estudo defende que estas só terão condições de desempenhar participação ativa no processo de pensar o desenvolvimento econômico e social do local onde vivem e do país aliado à variável ambiental, na medida em que tiverem condições de obter conhecimento e criar a consciência de seu papel ativo na melhoria da qualidade de vida, de incentivo à tomada de atitudes visando à proteção e preservação do meio ambiente. Esta consciência só se consegue eficazmente quando há condições de acesso a um programa de educação ambiental baseada na interpretação da realidade em que se vive, aliada a condições plenas de exercício de cidadania; valendo a máxima de que conhecimento/informação é poder.

O direito à educação é a todos garantido pelo art. 205 da Constituição Federal, além de ser dever do Estado e da família. O artigo acima também cuida do aspecto de ser ela promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Considerando o enunciado no art. 206, inciso III, de que o ensino será ministrado com base no princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, a educação ambiental há que incentivar a vivência, a inovação e a adaptação de soluções inovadoras de defesa do meio ambiente à realidade local, enfim, a busca de soluções para os problemas ambientais de forma crítica.

Neste sentido, para assegurar a efetivação do direito constitucional à educação no que tange ao meio ambiente, dentre outras medidas, o Brasil instituiu uma lei federal que cuida da organização de uma política totalmente voltada à inclusão da educação ambiental em todos os níveis de ensino brasileiros, em caráter formal e não-formal, disponibilizando também meios para que a sociedade exija a sua efetivação.

Este estudo propõe apresentar o tratamento legislativo dado à educação ambiental no Brasil e o papel que sociedade e Poder Público tem em formar cidadãos conscientes em relação às questões ambientais, de preferência, desde a infância por meio da educação ambiental, além de ser uma forma indireta de efetivação de vários outros direitos individuais e coletivos já constitucionalmente garantidos; garantias e remédios constitucionais que muitas vezes não são utilizados por falta de conhecimento de grande parcela da sociedade. Para isso serão analisados os principais itens constitucionais e infra-constitucionais, os princípios gerais do Direito Ambiental que norteiam o direito à educação ambiental e uma breve apresentação dos principais meios processuais disponíveis para cobrança deste direito.

2. Legislação da educação ambiental

2.1 Princípios internacionais de proteção ambiental

Os 26 princípios da Declaração do Meio Ambiente constituem prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Adotada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo em junho 1972, constitui em resumo, um clamor feito aos governos e aos povos para que reúnam seus esforços no sentido de melhorar a qualidade do meio ambiente para a posteridade.

Estes 26 princípios fundamentais de proteção ambiental influíram na elaboração do capítulo do meio ambiente na Constituição Federal brasileira de 1988. Todos eles estão ligados à criação de consciência ambiental subjetiva e coletiva efetivadas através de políticas públicas que visam ao desenvolvimento econômico de modo sustentável. Dentre estes princípios destaco que 04 deles estão interligados à questão da educação ambiental e do papel importante a ser desempenhado pelas universidades, em especial na Região Amazônia - berço da maior biodiversidade do mundo, visando a alertar a população amazônica sobre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e aos meios de se ter informações que as faça participar das questões públicas que envolvem mudança no meio ambiente natural e artificial.

Princípio 19 – É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, dirigido seja às gerações jovens, seja aos adultos, o qual dê a devida atenção aos setores menos privilegiados da população, a fim de favorecer a formação de uma opinião pública bem informada e uma conduta de indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade para com a proteção e melhora do meio em toda a sua humana dimensão.

Quanto ao papel das instituições de ensino, em especial das universidades neste processo, destaco os três princípios abaixo, pois as universidades são por excelência espaços de produção de novas tecnologias, de debates sobre questões sociais, enfim, espaços de produção de conhecimento.

Princípio 17 – Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com a finalidade de melhorar a qualidade do meio.

Princípio 18 – Como parte de contribuição que é lícito esperar da Ciência e da Tecnologia para o desenvolvimento econômico e social, deve elas ser utilizadas para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio, para a solução dos problemas ambientais e para o bem comum da Humanidade.

Princípio 20 – Devem ser fomentados em todos os países, especialmente nos em desenvolvimento, a pesquisa e o progresso científico referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais quanto multinacionais. A esse respeito o livre intercâmbio de informações e experiências científicas atualizadas deve ser o objeto de apoio e de assistência a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais; a tecnologia ambiental deve ser colocada a serviço dos países em desenvolvimento em condições tais que favoreçam sua ampla difusão e sem representar, por outro lado, uma carga econômica excessiva para esses países.

Já o princípio nº 21 da Convenção trata do direito soberano que cada Estado possui de explorar seus recursos de acordo com sua Política Ambiental; esta soberania só é alcançada plenamente com o domínio da ciência e da tecnologia adequadas à exploração racional de suas riquezas e com uma população consciente de seus deveres e responsabilidade ambientais, o que exige direito à educação em sentido amplo e formação de consciência ambiental estritamente.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento/92 reafirmou todos os princípios de Estocolmo e adicionou outros relacionados ao desenvolvimento sustentável e meio ambiente - correlacionando principalmente o direito ao desenvolvimento e à sadia qualidade de vida, com destaque para o princípio número 10 que estimula a difusão de informação, a participação e a educação ambiental.

O princípio 10 A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos.

Neste sentido importante é a participação das universidades, principalmente as de Ciências Humanas e Jurídicas no processo de democratização do conhecimento e da idéia de que o ambiente em que se vive, trabalha, de lazer influi na própria qualidade de vida.

Através das pesquisas de campo, dos projetos sociais em que o corpo discente e docente tem participação ativa é que as informações chegam a comunidades distantes dos grandes centros urbanos – que não representam significativo mercado consumidor para nenhum ramo da economia, e, às vezes, com a omissão das prefeituras locais, só a comunidade acadêmica das universidades é o elo de ligação entre essas pessoas e o mundo fora de sua comunidade.

2.2 O direito constitucional à educação ambiental

O Brasil atualmente possui uma vasta legislação ambiental que se iniciou, sem grande expressão, já no século XIX e continua sofrendo profunda transformação, ultrapassando deste modo um estágio em que predominava a desproteção total. Para atuar em defesa da proteção do meio ambiente, o Poder Público haveria de mudar a concepção puramente privada do direito de propriedade, necessariamente mitigando-o, tendo em vista a função social que a mesma deve exercer. Neste contexto surgiram as primeiras

normas do direito civil que regulavam o direito de vizinhança, o Código Florestal, o Código das Águas, o Código de Mineração, a lei de Crimes Ambientais dentre outras.

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 não cuidavam de forma específica sobre a proteção do meio ambiente natural ou artificial. Encontrava-se orientações sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre a água, floresta, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis como as acima citadas – visão de meio ambiente, dos recursos naturais associado às relações privadas e civis, que merecem atenção e regulamentação apenas na medida em que influenciam o direito de propriedade e nunca como um bem de uso comum do povo, que diz respeito e influencia toda a coletividade.

A Constituição Federal de 1988 foi, portanto, a primeira na história deste país a tratar da questão ambiental de forma expressa. Trata a matéria de forma moderna, isto porque as questões ambientais estão presentes em quase todo o conteúdo do texto constitucional, inclusive de forma implícita quando trata de questões referentes à inspeção do trabalho, proteção à saúde ou proteção de bens de valor histórico, cultural, artísticos ou paisagísticos (meio ambiente artificial), sendo um vasto campo de pesquisa.

Um dos capítulos da Constituição Federal de 1988 – CF/88, inserido no título a Ordem Social, é expressamente dedicado à tutela do meio ambiente. O Capítulo IV – Do meio ambiente, é composto do art. 225 que afirma no *caput* que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para proporcionar efetividade do direito enunciado no “caput” do artigo, o §1º e seus incisos estatui os instrumentos de garantia daqueles direitos. Não se trata de normas meramente processuais, são normas-instrumentos da eficácia do princípio, que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto. Proporcionam ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dentre estes instrumentos, encontra-se **a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente** (art. 225, § 1º, IV da CF/88). José Afonso da Silva quando trata da significação geral dos incisos do art. 225 da Constituição Federal, ensina que o inciso VI implica em:

Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente constitui meios de conscientização ecológica que propiciará, no futuro, o exercício de práticas conscientemente preservacionistas;²

A Constituição do Estado do Amazonas no capítulo voltado ao meio ambiente também trata da educação ambiental:

Art. 230 Para assegurar o equilíbrio ecológico e os direitos propugnados no art. 229, desta Constituição, incumbe ao Estado e aos Municípios, entre outras medidas:

I – promover a educação ambiental e difundir as informações necessárias à conscientização pública para as causas relacionadas ao meio ambiente;

2.3 Lei da educação ambiental

Para regulamentar o inciso VI, § 1º do art. 225 da CF/88, a lei 9.795 de 1999³, instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental objetivando viabilizar a conscientização ambiental em todos os níveis de ensino, formal ou não-formal.

Segundo texto da lei, entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação ambiental, devendo estar presente de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

A educação ambiental não se limita a tratar de questões somente científicas. Ela forma a consciência cívica dos educandos e da população, como se vê na Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Matéria do Meio Ambiente. Essa Convenção também chamada Convenção de Aarhus/98, prevê que **“cada Parte favorece a educação ecológica do público e o sensibiliza com referência aos problemas ambientais a fim de que especialmente saiba como proceder para ter acesso à informação, participar no processo decisório e pleitear justiça em manteria ambiental”** (art. 3º, n.3)⁴ (grifo meu)

A Lei de educação ambiental brasileira – 9.795/99, prevê oito princípios básicos: o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; concepção do meio ambiente em sua totalidade – meio natural, cultural, sócio-econômico sob o prisma da sustentabilidade; pluralismo de idéias e concepções pedagógicas; vinculação entre ética, trabalho, educação e práticas sociais; garantia de continuidade e permanência do processo educativo (o que não será possível sem a presença de instituições sérias e pessoas preparadas/engajadas com a causa educacional e ambiental, bem como gestão participativa na administração dos recursos naturais e concessão de licenciamento para as atividades que potencialmente causem degradação do meio ambiente); a permanente avaliação crítica do processo educativo (seria resultado natural da formação da consciência ambiental); abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais (isto implica na concepção do Direito Ambiental como um direito internacional, de que os danos ambientais podem ser transfronteiriços, daí todos os países adotarem a solidariedade quando do tratamento de seus recursos, vez que as conseqüências da irresponsabilidade e dos danos ambientais podem se estender a vários países: poluição de água, do solo, do ar, chuvas ácidas entre outras); o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural (retrata o papel social da educação ambiental: a de formar pessoas melhores, cientes de seus deveres e conhecedoras dos meios administrativos e jurídicos de pleitear a justiça em matéria ambiental).

Os objetivos expressos da lei de educação ambiental brasileira estão todos correlacionados aos princípios. São eles: proporcionar a compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações; garantia da democratização das informações ambientais; estímulo e fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social; incentivo à participação individual e coletiva responsável na busca por qualidade de vida melhor; estímulo a cooperação entre as diversas regiões do país, visando a uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios tais como a liberdade, democracia e sustentabilidade.

2.4 Educação ambiental x direito de informação e participação.

O direito à educação ambiental vincula-se ao direito constitucional à educação *lato sensu* (art. 205 a 214 da CF/88) e a não disponibilidade deste direito implica em responsabilização da autoridade competente e, uma população informada terá mais condições de exigir seus direitos. Neste caso a ação civil pública, a ação popular ou o mandado de segurança coletivo seriam os meios processuais adequados para cobrança de que o Poder Público disponibilize condições de se ministrar a educação ambiental de maneira eficaz.

Logo, a educação ambiental possui relação direta com dois dos princípios gerais do Direito Ambiental: princípio da informação e o da participação. Todos tem direito ao acesso à informação.

A lei 10.650/2003 ⁵regula o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, ficando todos eles obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, especialmente as relativas a qualidade do meio ambiente; políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; acidentes, situações de risco ou de emergência ambiental, dentre outras.

A disponibilidade de meios de acesso à informação ambiental e a publicidade dos atos, sem resistência, por parte do Poder Público e do meio empresarial é que dará efetivamente condições de a sociedade formar opinião e, achando conveniente, pronunciar-se sobre a questão informada tanto perante a Administração Pública quanto ao Poder Judiciário. O Tratado de Cooperação Amazônica – TCA em seu art. VII, por exemplo, enuncia que tendo em vista a necessidade de que o aproveitamento da flora e da fauna da Amazônia seja racionalmente planejado, a fim de manter o equilíbrio ecológico da região e preservar as espécies, as Partes contratantes decidem promover uma série de ações tais como pesquisa científica e intercâmbio de informações, estabelecimento de um sistema regular de troca adequada de informações sobre as medidas conservacionistas que cada Estado tenha dotado ou adote em seus territórios amazônicos.

Desta feita, manter a sociedade informada sobre questões ambientais é garantir a participação da população na análise crítica das decisões administrativas e judiciais relacionadas ao meio ambiente, bem como na defesa e gestão de seus interesses - interesses difusos e coletivos.

2.5 Educação ambiental e efetivação de direitos

A lei 9.795/1999 em seu art. 9º enuncia a educação ambiental no ensino formal como aquela desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, que abrange as educações básica, superior, especial profissional e de jovens e adultos.

Quanto à educação ambiental no ensino superior, legalmente garantida, não se pode com toda a segurança afirmar que a disciplina Direito Ambiental ministrada na maioria dos cursos de Direito supre a necessidade dos futuros profissionais de uma visão consciente sobre o meio ambiente. Entendo que esta deveria ser complementada com disciplinas referentes à gestão ambiental, desenvolvimento sustentável, políticas públicas em matéria ambiental e sua real efetivação, direitos e populações indígenas e comunidades tradicionais, tudo isto visando a garantir também aos advogados formação jurídica e humanista no que tange ao Direito Ambiental.

Analisando a relação entre o direito à educação ambiental e o princípio do Direito Ambiental à informação e participação, destacamos a importância do ensino jurídico ambiental, não somente aquele realizado nas universidades aos futuros bacharéis, ou a pós-graduando, mestrando ou doutorando em Direito.

Destaca-se o ensino jurídico ambiental a ser realizado fora dos muros das universidades, por meio de divulgação nas associações de bairros, nos condomínios, nas escolas do ensino fundamental e médio, nos programas de rádio e televisão, como forma de fazer com que os meios de proteção jurídica ambiental sejam conhecidos pela população, uma vez que há fundamentação legal para isso, vez que a lei brasileira de educação ambiental em seu art. 13 apresenta a definição de educação ambiental não formal⁶

Art 13. Entende-se por educação ambiental não formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

O tipo de ação acima destacado haveria de ser feito preferencialmente por estudantes de Direito, bacharéis ou advogados, mas não necessariamente. Isto porque o próprio instrumento jurídico, a lei de educação ambiental, indica implicitamente que a efetivação da educação ambiental não-formal se dará por diversas categorias profissionais. O art. 13, parágrafo único e seus incisos, demonstram que não só as instituições de ensino superior, mas precisamente as faculdades de direito, são importantes neste processo.

Quando a lei em seu art. 13, § único, inciso I, por exemplo, cita que o Poder Público nas três esferas incentivará a difusão por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente, certamente refere-se a radialistas e apresentadores de programas de TV. Porém, a presença dos profissionais atuantes na área das ciências jurídicas e sociais será imprescindível no momento de eventual explanação acerca dos meios processuais de individuais e coletivos de tutela do meio

ambiente, como a ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo ou qualquer questionamento que envolva matérias jurídicas.

O art. 13, § único, inciso II, refere-se a ampla participação que já que ter a universidade na formulação e execução de programas e atividades vinculadas à educação ambiental não-formal. Neste sentido, também destaco a participação ativa que as universidades de Direito de todo o país devem ter em difundir conhecimento, incentivar a pesquisa e extensão na área jurídico ambiental envolvendo principalmente comunidade, estudantes e profissionais.

3. Considerações finais

Resta claro que a educação na área ambiental leva ao despertar da consciência ambiental e construção da cidadania, sendo um importantíssimo instrumento de proteção jurídica ambiental e de construção de cidadania. Porém, em muitos casos, ainda é necessário aprimorar e adequar as soluções para os problemas ambientais à região em que se vive, sendo importante a participação da comunidade jurídica acadêmica no processo de difusão de conhecimento, principalmente dos meios processuais de tutela jurídica ambiental.

A divulgação dos instrumentos jurídicos que o Brasil já possui, tais como legislação voltada à promoção da educação ambiental, e a tentativa de relacioná-los com as recomendações internacionais é uma forma de fomentar debates e discussões, bem como de trocar experiências no sentido de comparar/avaliar, segundo diferentes visões e olhar social, a eficácia legislativa e os meios de aplicação destas políticas no Brasil e compará-las entre as diversas regiões, visando à integração regional. Daí ser válida a participação das faculdades de Direito, seu corpo docente e discente, e os profissionais desta área neste processo de difusão da educação ambiental formal e não-formal pelo país.

4. Bibliografia

Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988.

Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993 (D.O.U de 26.02.93)

Lei 4.717 de 29 de junho de 1965 (D.O.U de 05.07.1965)

Lei 4.771 de 15 de setembro de 1965 (D.O.U de 16.09.1965)

Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 (D.O.U de 13.02.1998)

Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. (D.O.U de 28.04.1999)

Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. (D.O.U de 28.04.1999)

Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 (D.O.U de 25.07.1985)

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental** – 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

BENCHIMOL, Samuel. **Zênite ecológico e Nadir econômico-social – Análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia**. Manaus: Valer, 2001.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2 ed. rev - São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREIRE, William e Daniela Lara Martins (coord). **Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente**. Editora Mineira de Livros Jurídicos LTDA, 2003.

GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces**. 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12ª ed. rev. ampl. e atual – São Paulo, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário** – 3ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed, 2ª tiragem – São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Edson Lamas. **Direito socioambiental. Tratado de Cooperação Amazônica**. Curitiba: Juruá, 2005.

TOCANTINS, Leandro. **O rio comanda a vida – Uma interpretação da Amazônia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Americana:, 1973.

1 Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL e mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA

2 **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53

3 Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. Publicação: Diário Oficial da União de 28.04.1999

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 97

5 Lei 10.650 de 16 de abril de 2003. Publicada no Diário Oficial da União de 17.04.03

6 Lei 9.795 de 27 de abril de 1999. Publicada no Diário Oficial da União de 28.04.1999.

O ENSINO JURÍDICO E A FUNÇÃO SOCIAL DA UNIVERSIDADE*

LA ENSEÑANZA JURÍDICA E LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD

Moacir Spadoto Righetti

RESUMO

Este artigo tem o propósito de apresentar uma breve análise da metodologia do ensino jurídico no Brasil, sob o aspecto da função social da Universidade na formação dos alunos, com a consequente interação não apenas dos discentes, mas também das instituições universitárias com a comunidade, na busca de soluções para os problemas sociais, de ordem jurídica. Apontar uma metodologia de ensino do Direito alternativa, baseada em método ativo de ensino-aprendizagem, indicando do APB (Aprendizagem Baseada em Problemas) como formação acadêmica dos futuros profissionais que atuarão na área jurídica, demonstrando que a prática, a partir do estudo de problemas, pode ser um fator preponderante na consolidação dos conhecimentos teóricos aprendidos na graduação, bem como, a sua efetiva aplicação no exercício profissional.

PALAVRAS-CHAVES: ENSINO JURÍDICO. FUNÇÃO SOCIAL. UNIVERSIDADE.

RESUMEN

Este artículo tiene el propósito de presentar un análisis breve de la metodología de la enseñanza jurídica en Brasil, bajo el aspecto de la función social de la Universidad en la formación de los estudiantes, con la interacción consecuente no sólo del estudiante, pero también de las instituciones el estudiante universitario con la comunidad, en la búsqueda de soluciones para los problemas sociales, de orden jurídico.

Para apuntar una metodología de enseñanza del Derecho alternativo, basó en el método activo de enseñanza-aprendizaje y indica de ABP (Aprendiendo Basado en Problema) como formación académica de los futuros profesionales que ellos actuarán en el área jurídica y demostrarán que la práctica, empezando del estudio de problemas, puede ser un factor preponderante en la consolidación del conocimiento teórico aprendida en la graduación, así como, su aplicación eficaz en el ejercicio profesional.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CLAVE: ENSEÑANZA JURÍDICA. FUNCIÓN SOCIAL. UNIVERSIDAD.

O ensino jurídico no Brasil inicia-se com a instalação dos Cursos Jurídicos, criados por Lei em 11 de agosto de 1827 e, efetivamente instalados em 1828 no Convento de São Francisco, em São Paulo (SP) e no Mosteiro de São Bento, em Olinda (PE) e fortemente influenciado pelas universidades européias (Roma, Bolonha, Paris, Montpellier e principalmente Coimbra).

Antes da instalação dos cursos no Brasil, os jovens deslocavam-se para estudos naquelas universidades, sendo acessíveis somente àqueles oriundos das classes dominantes e mais abastadas (latifundiários e comerciantes) e, a partir da instituição não mais precisariam cruzar o oceano para buscar formação acadêmica. Foram os primeiros acadêmicos a se formarem no país em 1832.

Saliente-se mais, que o momento político à época exigiu a formação de bacharéis voltados a postos de comando na estrutura política e administrativa do então novo Estado, recém proclamado independente da coroa portuguesa (1822), ou seja, a formação daqueles novos acadêmicos era destinada à composição de uma elite intelectual para a condução da nação.[1]

Diante de tais circunstâncias e da difusão do liberalismo europeu “transportado” para o Brasil, então de forma distorcida pela coexistência dessa doutrina com o regime latifundiário e escravagista, à época vigentes, e a completa dominação do Estado pelas elites detentoras de patrimônio não foi possível a condução de projetos sociais, políticos e econômicos que diminuíssem as desigualdades de classes.

Por sua vez, a universidade distanciada das questões e da participação popular, impediu significativas mudanças na estrutura do poder ou mesmo na hierarquia social.

Na Europa, as universidades nasceram da necessidade da busca pelo saber, livre da ingerência de qualquer poder, nas quais se concentravam os melhores mestres e estudantes para o único objetivo de desenvolverem o conhecimento.[2]

O diálogo era primordial, não apenas entre os estudantes e mestres, mas também com a participação direta do povo, exemplificada pela instituição regular da *disputatio*, que em linhas gerais era a possibilidade de argumentação e contra-argumentação tanto pelo mestre expositor de uma determinada tese, quanto por parte de seus contendores e até mesmo pelo público, sempre de forma regulamentada e frise-se, sempre no campo do diálogo. [3]

Portanto, enquanto que o ensino superior se expandiu ao longo da história na Europa preocupando-se com o desenvolvimento da sociedade, solidificando os padrões culturais[4], no Brasil, foi instituído para atender a demanda de uma elite dominante, preocupada em manter-se no poder, deixando de lado o verdadeiro objetivo da universidade, ou seja, a sua própria essência, que é o aprimoramento do conhecimento, do saber, em prol da coletividade.

Esse modelo de instituição de ensino, apesar de algumas tentativas de mudança, como a reforma do regime político, passando de imperial para republicano e posteriormente com as mudanças econômicas, como por exemplo, a industrialização, permanece, na sua essência, inalterado, pois as diferenças sócio-econômicas ainda são expressivas e a universidade fica, também, inacessível para a maioria da população.

Por outro lado, as transformações político-econômicas, influenciam a formação dos novos acadêmicos, que outrora era voltada para ações políticas e administrativas da estrutura governamental, agora passa a ser enfatizada a qualificação técnico-jurídica, capacitando os profissionais do direito a acompanharem o desenvolvimento tecnológico com a correspondente rapidez de seu avanço, mas ainda, deixando de focar o ensino jurídico nas questões sociais.

A metodologia aplicada no ensino do direito, apesar de toda a transformação tecnológica vivenciada nestes dois últimos séculos, ainda muito se assemelha daquela utilizada desde a instituição dos cursos jurídicos, no século XIX.

A proposta do presente trabalho é o rompimento com o método tradicional do ensino do direito, pois este difere sobremaneira dos demais campos do ensino, e contribuir para a diminuição da distância entre o aprendizado acadêmico e a prática efetiva, favorecendo maior proximidade entre o que se aprende na universidade com a realidade social.

Perseguir objetivos como melhorar a formação dos discentes, proporcionando-lhes uma visão universal, depois de fomentar a ampla discussão dos temas em estudo, trazendo problemas extraídos do cotidiano e fazendo uma abordagem teórica para, aliando-se o caso real com as teorias aplicáveis, chegar a soluções que realmente atendam aos interesses não somente daqueles diretamente envolvidos na questão abordada, mas que também seja apropriado a outras questões semelhantes, deverá nortear a nova abordagem de ensino jurídico.

Para tanto é necessário fomentar, por meio de metodologias alternativas, a efetiva participação não apenas dos discentes, mas também do corpo docente e por fim, da própria instituição acadêmica, nas discussões e na apresentação de soluções possíveis para as questões sociais.

O currículo das instituições de ensino, na maioria das vezes, não é amplamente pensado e discutido, e por fim elaborado pelos docentes responsáveis (encarregados) pelo ensino, de forma a atender às necessidades dos alunos em formação, bem como da comunidade em que a universidade está inserida, pelo contrário, em grande parte estão atrelados a um currículo mínimo, outrora imposto pelos órgãos governamentais, repita-se, por vezes inadequado à plena formação do discente.

Despertar nos docentes e dirigentes das instituições de ensino, a visão ou sentido filosófico de projeto pedagógico alternativo, a fim de que possam transformar a metodologia do ensino do direito, é fundamental para o aprimoramento não só da universidade (instituição de ensino de educação superior), como também dos acadêmicos e da população destinatária das ações decorrentes do conhecimento desenvolvido naquela instituição.

O desenvolvimento da área do direito pode ser auxiliado pela aplicação das teses da dupla ruptura epistemológica e da aplicação edificante da ciência, na medida em que, considerando-se que o ensino do direito tende muito mais à continuidade da metodologia do ensino, do que à sua própria reorientação, ou seja, investir em pesquisas e debater propostas de solução para os problemas sociais, no campo jurídico, e, ao mesmo tempo, buscar novas orientações para firmar as bases da universidade.

Em primeiro lugar, romper com os parâmetros atuais de ensino do Direito, proporcionando, principalmente aos alunos, o desenvolvimento da capacidade de participação, o conhecimento do meio social em que vivem e a construção de regras práticas de convivência, e a partir daí, apontar as possíveis soluções.

Essa ruptura deve ter um caráter de transitoriedade, traduzindo-se em base para o inter-relacionamento entre universitários e os cidadãos, em harmonia, com a finalidade de se alcançar um modelo pragmático-político no qual os fins e os meios sejam plenamente negociados entre cidadãos e a comunidade científica, sem qualquer hierarquização ou imposição, espelhando-se, com a necessária adequação, na *disputatio* que orientou os trabalhos acadêmicos na Europa medieval, ou seja, não simplesmente implementando tal prática, mas adequando e compatibilizando com as tecnologias hodiernamente disponíveis, bem como, respeitando as diferenças culturais decorrentes do tempo decorrido, pois a simples transposição de conceitos mostra-se inadequada, tanto pelas diferenças culturais, como também pela transformação que tais conceitos estão sujeitos com o passar do tempo, conforme afirma Antonio Manoel Hespanha[5] (1997, p. 19).

Uma vez que o Direito está intimamente ligado ao cotidiano de todas as pessoas e embora o ensino esteja, por vezes, dissociado dessa realidade, a adoção de uma nova metodologia de ensino contribuirá para trazer para dentro da universidade a realidade social, colaborando sobremaneira para um intercâmbio mais estreito entre o cidadão comum e o universitário.

Ainda, a crise metodológica pela qual o ensino do direito passa atualmente, nos mostra que é possível aprender fazendo, isto é, aprender a partir de situações concretas, fomentando o desenvolvimento da competência em cada aluno, munindo-o de habilidades para enfrentar situações complexas e não apenas preparando-o para se inserir num mercado de trabalho, ainda orientado por uma elite dominante, hoje composta não apenas por latifundiários e comerciantes, mas principalmente pelos detentores do capital financeiro e de instituições internacionais, como exposto por Boaventura de Sousa Santos[6] (2006, p. 61).

Por fim, capacitar o profissional do direito para que possa direcionar seu trabalho, seja qual for o campo de atuação, para minimizar as diferenças sociais ainda existentes e persistentes por conta de políticas sociais, econômicas e culturais que são difundidas para a manutenção do atual estado em que se encontram os indivíduos, diga-se, estado de miserabilidade, é o objetivo da proposta de alteração radical na metodologia do ensino jurídico.

O método *PBL* (*Problem-based learning* / ABP - Aprendizado Baseado em Problemas) tem como ponto de partida a iniciativa de utilização da reflexão sobre as experiências vivenciadas como fonte de aprendizado.

Desenvolvido nos anos 1950-1960, o *PBL* enfatiza a importância de aprender a resolver problemas, motivando os alunos quanto à aprendizagem, tornando-o o próprio agente ativo nesse processo, ou seja, propondo uma mudança na relação ensino-aprendizagem, no qual usualmente o professor é o agente ativo e os alunos são agentes passivos.

O método *PBL* (ABP - aprendizado baseado em problemas), é estruturado a partir de algumas características básicas, embora, por ser um método ativo, admite alguma variação da formatação original.

As turmas de alunos são subdivididas em GRUPOS TUTORIAIS, que variam entre um mínimo de 5 a 7 alunos e um número máximo de 12, a fim de permitir a ampla participação de todos.

Os professores formam um grupo de trabalho coordenado por um deles (preceptor), que tem por objeto elaborar e apresentar aos discentes o problema, que é o ponto de partida para o aprendizado, conforme o nível de conhecimentos ao longo do curso, desses alunos.

Os problemas podem ser hipotéticos ou reais, ou seja, problemas elaborados pelos próprios docentes, ou observados no cotidiano das pessoas ou comunidade inter-relacionada com a Universidade (IES).

O aluno é sujeito ativo no processo de ensino-aprendizagem, deixando de ser o professor o centro desse processo. Com isso cada grupo tutorial irá indicar um relator, que tem por finalidade anotar as questões suscitadas durante a discussão pelo grupo, sempre de forma ordenada, evitando-se a dispersão nas exposições e repetições desnecessárias sobre determinados temas. Neste ponto a participação do tutor é extremamente importante, no sentido de orientar o grupo dentro dos objetivos e metas traçados pelo próprio grupo.

São designados encontros com o tutor, que inicialmente apresenta ao grupo o problema e acompanhando as discussões, sem revelar os objetivos traçados durante a elaboração daquele problema pelo corpo docente, ao mesmo tempo, fazendo com que o grupo tutorial não se afaste daqueles objetivos.

O tutor não precisa ser um especialista no assunto objeto do aprendizado. O que se espera, é que tenha condições de acompanhar o grupo para que este consiga traçar objetivos, que sejam convergentes com aqueles inicialmente propostos e proporcionar ao grupo um direcionamento no sentido de atingir seus objetivos.

Uma avaliação constante, subdividida em auto-avaliação e entre os membros que compõem o grupo é extremamente importante, pois tem a finalidade de indicar aos próprios alunos, o nível de conhecimento adquirido a partir daquele problema, bem como, se é necessário reforçar algum tema discutido ou determinada matéria estudada.

Segue-se uma avaliação (prova) para todos os alunos de uma mesma etapa, que tem por finalidade, verificar se os diversos grupos tutoriais estão atingindo aqueles objetivos inicialmente propostos pelo corpo docente, em outras palavras, se os alunos tiveram um aproveitamento satisfatório, que permite o pleno exercício da atividade profissional em que estão se formando.

A motivação para aprender tende a aumentar a quantidade de estudo e conseqüentemente, auxilia na busca dos objetivos finais que se resumem no aprendizado a longo prazo, de forma contextual, bastante próximo da realidade a ser vivenciada pelo profissionais que estão se formando.

O método propõe uma maior integração entre alunos e professores, estes passando a atuar como tutores, permitindo uma incorporação de novos conhecimentos, quer pela interação com os outros participantes, quer junto ao tutor.

A interação entre o professor e os alunos é fundamental, pois por meio dos debates e discussões fomentadas se pode prestigiar a aquisição de conhecimento de forma criativa e refletida.[7]

Tais soluções podem ser alcançadas por meio de um planejamento decorrente da reflexão individual ou em grupo, o que implica realizar reuniões periódicas para refletir, discutir, escrever e expor a respeito da relação interdisciplinar do conteúdo da matéria lecionada com as demais propostas no curso, além de ver a disciplina a partir de uma ampla perspectiva histórico-cultural, sem deixar de buscar as possíveis soluções para os problemas estudados nos fundamentos teóricos e filosóficos.

Outro ponto como solução válida é o conhecimento adquirido por meio da pesquisa realizada, capacitando-se o docente a transmitir estes conhecimentos adquiridos, construídos e refletidos, baseados nas pesquisas elaboradas, focando o aluno nesse processo.

As soluções apontadas são válidas iniciando-se pelo sentimento de gratificação pelo próprio desenvolvimento da atividade de docente pelo profissional do ensino, pois dessa forma terá uma melhor produção e com maior qualidade, incentivando e prestigiando o desenvolvimento dos alunos.

São requisitos para um conteúdo da formação dos futuros profissionais do direito, em princípio, o conhecimento específico e domínio da área, a pesquisa, a atualização e a produção de novos conhecimentos na área, a valorização e colaboração com os demais alunos, professores e cidadãos.

Ter os alunos como centro e sujeitos do processo educacional, estabelecendo uma parceria sólida e com responsabilidade no desenvolvimento do aprendizado e contribuir para a formação de profissionais conscientes de seus deveres e desempenhando suas atividades com ética e respeito à dignidade das pessoas, contribuindo com o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais justa, é o objetivo que deve pautar a formação dos futuros profissionais.

Referências:

BALZAN, Newton César. *O conceito de planejamento e sua aplicação aos sistemas educacionais e às atividades ensino-alcance e limites no século XXI*. Educ. Brás. Brasília, 18(37): 151-172, 2º. Sem. 1996.

BERBEL, Neusi Aparecida Navas. *Metodologia da problematização: Uma alternativa metodológica apropriada para o ensino superior*. Revista Semina: Ci. Soc./Hum., Londrina, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *A crise (tríplice) do ensino jurídico*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS, jul/dez 2002

HESPANHA, Antonio Manuel – *Panorama histórico da cultura jurídica europeia* – Ed. Publicações Europa-América, Ltda. – Portugal – fev/1997

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério público e ensino jurídico* – Del Rey – Belo Horizonte – 2000.

MARIN, Alda Junqueira. *Projeto pedagógico: um elemento estratégico para política de educação*. Unesp, Araraquara.

MASETTO, Marcos T. *O professor universitário e sua formação pedagógica*.

NALINI, José Renato (Coord.) – *Formação Jurídica* – Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 1999.

NEVES, Sâmara Agapto das. *Uma análise sobre o ensino do direito e o exame da ordem frente o papel do advogado na sociedade*. Marília: 2008. 157p.

PINHEIRO, Antonio Carlos da Fonseca Bragança e BURINI, Elaine Rinaldi Vieira – *uma proposta de aprendizado baseado em problemas para o ensino interdisciplinar nos cursos de administração*. - em [http:// www.dee.ufma.br/](http://www.dee.ufma.br/) Acesso em 26/11/2007.

POZZOLI, Lafayette – *Maritain e o Direito* – Edições Loyola – São Paulo – 2001.

SANCHES, Samyra Haydee Dal Farra Napolini – *O papel do ensino jurídico na reprodução do paradigma dogmático da ciência do direito*. São Paulo: s.n, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa – *A gramática do tempo para uma nova cultura política* – Cortez Editora – São Paulo – ago/2006

SEVERINO, Antonio Joaquim. *A pós-graduação, o conhecimento e a formação do professor*.

SILVA, José Carlos Tavares da Silva; LINS, Elizabete do Rego; FERNANDES, José Rodrigues – *ead para capacitação de professores de nível superior ligados à saúde pública* – em <http://www.feso.br/> - acesso em 26/11/2007.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Verdade e conhecimento* – Martins Fontes – São Paulo – 2002.

VALE, José Misael Ferreira do. *Projeto pedagógico como projeto coletivo*. Unesp, Bauru.

[1] Sob o aspecto político ideológico é então importante notar que o ensino do direito, iniciado aqui na fase imperial, tinha no jusnaturalismo, especialmente no de origem teológica, seu único paradigma filosófico, que norteava o pensamento jurídico então reproduzido ainda no modelo coimbrão. Com efeito, o ensino jurídico no império caracterizou-se a) pelo controle do governo central; b) pela tradição jusnaturalista; c) pela metodologia centrada na aula-conferência; d) por ter sido o local de formação dos filhos das elites para assumirem a direção do país; e e) por permanecer desvinculado das estruturas sociais. Machado, Antonio Alberto – Ministério Público, democracia e ensino jurídico – Ed. Del Rey – Belo Horizonte/MG – 2000 – pág. 78.

[2]No início do século XIII, e parcialmente já no anterior, tinha-se iniciado em torno dos melhores colégios superiores diocesanos uma espécie de “reação em cadeia”: para

lá afluíam os melhores estudantes, e, em consequência, lá se formavam e se estabeleciam os melhores mestres. Em pouco tempo, estudantes e professores resolveram erigir uma corporação de ofício própria, que os libertasse da ingerência dos poderes civis e eclesiásticos. Nascia a *universitas*, a “totalidade” dos professores e dos estudantes de determinada cidade. – Tomás de Aquino, Santo – Verdade e Conhecimento – Tradução de Luiz Jean Lauand – Martins Fontes – São Paulo – 2002 – pág. 11.

[3] Já aí se mostra o caráter paradigmático e atemporal (e atual...) da *quaestio disputata*, a essência da universidade, assim discutida por Pieper: “Houve na universidade medieval a instituição regular da *disputatio*, que, por princípio não recusava nenhum argumento e nenhum contendor, prática que obrigava, assim à consideração temática sob o ângulo universal. – Tomás de Aquino, Santo – cit. – pág. 17.

[4] Contudo, o direito e a doutrina jurídica não se limitavam a receber o senso comum e idéias difusas. Uma vez recebidos, desenvolviam e elaboravam estes materiais «brutos” (ruda aequitas, equidaderule) numa teoria harmônica e argumentada. De certo modo, os juristas tornavam explícito aquilo que a vida quotidiana mantinha implícito, se bem que activo. Tal como os analistas, que revelam em discursos explicados o inconsciente individual, eles explicitavam em teorias o inconsciente social. E, feito isto, devolviam-no à sociedade sob a forma de uma ideologia articulada que se convertia em norma de acção, reforçando ainda o primitivo imaginário espontâneo. Muitas vezes, fazem isto sob a forma de uma literatura altamente sofisticada; outras vezes, apenas por meio de ditos soltos (brocarda) ou de mnemônicas. De uma forma ou de outra, eles desempenham um papel importantíssimo na reprodução de padrões culturais e na construção de esquemas mentais que permanecerão activos, durante séculos, na cultura europeia. E é por isto que a história do direito não pode ser ignorada sempre que se tenha em vista a compreensão, global ou sectorial, da antiga sociedade europeia. Hespanha, Antonio Manuel – Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia – Ed. Publicações Europa-América, Ltda. – Portugal – fev/1997 – pág. 30.

[5] Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu valor facial (i. e., com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, família, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade terminológica, existem rupturas decisivas no seu significado semântico. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem, são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.

Assim, essa alegada continuidade das categorias jurídicas actuais - que parecia poder ser demonstrada pela história - acaba por não se poder comprovar. E, caída esta continuidade, cai também o ponto que ela pretendia provar, o do carácter natural dessas categorias. Afinal, o que se estava a levar a cabo era a tão comum operação intelectual de considerar como natural aquilo que nos é familiar (naturalização da cultura). - Hespanha, Antonio Manuel – Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia – Ed. Publicações Europa-América, Ltda. – Portugal – fev/1997 – pág. 19.

[6] A mesma explosão aparentemente errática das escalas ocorre também no campo das opções. No domínio da economia, a fatalidade com que se impõem certas opções, como, por exemplo, as políticas de ajustamento estrutural ditadas pelo Banco Mundial ou pelo Fundo Monetário Internacional, e as drásticas conseqüências que elas produzem fazem com que a pequena escala se amplie até à grande escala e que o curto prazo se transforme numa longa duração instantânea. Para os países do Sul, o ajustamento estrutural, longe de ser uma opção, é uma raiz transnacional que envolve e asfixia as raízes nacionais e as reduz a excrescências locais. Por outro lado, o contrato social - a metáfora da contratualização das raízes políticas da modernidade fora das antigas zonas coloniais - está hoje sujeito a grande turbulência. O contrato social é um contrato-raiz assente na opção partilhada pelos cidadãos de abandonar o estado de natureza. Duzentos anos depois, o desemprego estrutural, o recrudescimento das ideologias reaccionárias, o aumento abissal das desigualdades sócio-económicas entre os países que compõem o sistema mundial e dentro de cada um deles, a fome, a miséria e a doença a que está, atada a maioria da população dos países do Sul e a população dos "terceiros mundos interiores" dos países do Norte, tudo isto leva a crer que estamos a optar por excluir do contrato social uma percentagem certa e significativa da população dos nossos países, fazendo-a voltar ao estado de natureza, convencidos de que nos saberemos defender eficazmente da agitação que essa expulsão provocar. – Santos, Boaventura de Sousa – A gramática do tempo para uma nova cultura política – Cortez Editora – São Paulo – ago/2006 – pág. 61.

[7] A aprendizagem guiada por problemas, conhecida como abordagem PBL (Problem Based Learning) [PBLI Group, 1999] é muito utilizada nas escolas de Medicina, no exterior, mas não é exclusiva da área biomédica. É uma metodologia educacional centrada na discussão e na aprendizagem que deriva de problemas de domínio específico de conhecimento. É também um método que encoraja a auto-aprendizagem e dá ao aprendiz condições de praticar seus conhecimentos, aplicando-os a situações práticas, fazendo com que compreenda suas falhas de conhecimento, de compreensão quando se trata de problemas práticos e oferecendo condições para o aprendiz se esmerar na busca de solução, pesquisando o material que lhe foi orientado, compreendendo a situação problema e agindo individualmente ou em grupo para alcançar competência na compreensão e na solução de problemas. Assim, o aprendiz é levado a conhecer em profundidade as questões relativas ao assunto, apresentando interesse, aplicando conhecimento de diversos domínios correlatos e quebrando assim a cadeia linear produzida pela organização curricular tradicional. A metodologia se compõe de atividades-problema que são colocadas como desafios aos grupos de trabalho. Cada atividade-problema deve consistir de redação clara e objetiva quanto ao propósito a que se destina e deve estar ligada a uma atividade típica do trabalho e habilitação específica dentro da profissão. – Silva, José Carlos Tavares da Silva; Lins,

Elizabete do Rego; Fernandes, José Rodrigues – EAD para capacitação de professores de nível superior ligados à saúde pública – em <http://www.feso.br/> - acesso em 26/11/2007.

A DISCIPLINA NA PEDAGOGIA DE KANT - UMA CONTRIBUIÇÃO MODERNA PARA A DISCUSSÃO DE PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS*

THE PEDAGOGY IN THE DISCIPLINE OF KANT - A CONTRIBUTION TO MODERN DISCUSSION OF CONTEMPORARY ISSUES

Paulo Francisco de Oliveira

RESUMO

Uma das críticas mais temidas atualmente pelos professores é a de autoritarismo. Ser autoritário está associado à repressão, métodos de ensino tradicionais, disciplina militar, enfim ao período da ditadura, no qual os estudantes não tinham nem voz nem vez. Com medo dos antigos fantasmas, os educadores ou evitam ou se constroem ao falar do papel da disciplina no contexto pedagógico. Fugindo de uma educação escravizante e subserviente, deparamo-nos hoje na escola com os problemas de desordem e de transgressão de limites. Foi-se de um extremo a outro. Levando em conta esse contexto trazemos para a discussão o pensamento do filósofo alemão, do século XVIII, Immanuel Kant. Para ele, a disciplina exerce um papel fundamental no processo educacional. Procurando esclarecer e justificar essa posição, deter-nos-emos em alguns momentos de sua teoria pedagógica, estabelecendo vínculos com o restante de sua filosofia. Mostraremos como, para Kant, a disciplina é condição necessária para a autonomia do sujeito enquanto agente moral.

PALAVRAS-CHAVES: DISCIPLINA; PEDAGOGIA; EDUCAÇÃO

ABSTRACT

One of the most dreaded by teachers today is to authoritarianism. Be authoritarian is associated with repression, traditional teaching methods, military discipline, in short the period of dictatorship, in which the students had no voice or no time. Afraid of the old ghosts, the educators or prevent or hamper is the talk of the role of discipline in the educational context. Fleeing from an education and subservient slave, we are currently in school with the problems of disorder and transgression of limits. It's gone from one extreme to another. Taking into account this context we bring to discuss the thought of German philosopher of the eighteenth century, Immanuel Kant. He says the discipline has a key role in the educational process. Seeking to clarify and justify that position, we will hold in some moments of his pedagogical theory, establishing links with the rest of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

his philosophy. We'll show you how to Kant, the discipline is a necessary condition for the autonomy of the subject as a moral agent.

KEYWORDS: DISCIPLINE, PEDAGOGY, EDUCATION

INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura, o sistema educacional (principalmente no ensino público) enfrenta sérios problemas, no que diz respeito ao seguimento de regras e da indisciplina por parte dos alunos. Fugindo de uma educação escravizante e subserviente, hoje, na escola, os problemas de desordem e transgressão de limites são constantes, podendo dizer que caminhamos de um extremo a outro.

No intuito de trazer uma contribuição moderna para uma discussão contemporânea, é pertinente, neste contexto, colocar em pauta o pensamento do filósofo alemão, do século XVIII, Immanuel Kant. Para Kant, homem é a única criatura que precisa ser educada. diferentemente dos outros animais que, logo que começam a sentir suas forças (graças a um impulso instintivo) usam-nas da maneira mais conveniente, Kant sempre atribuiu grande importância à pedagogia. Segundo ele, a pedagogia é o problema mais árduo e grave que o homem pode propor-se. Antes de qualquer coisa, deve-se considerar que a educação está estreitamente ligada à formação moral. Desse modo, educar moralmente uma criança é despertar a consciência da lei moral que está dentro dela mesma.

Somente assim é afirmado que, no futuro, ela tenha a possibilidade de ser um sujeito autônomo e moral.

No presente trabalho, será feita uma caracterização geral de alguns aspectos da Filosofia Prática de Kant, no intuito de mostrar que o conceito de disciplina desempenha um papel central, vinculando as questões pedagógicas e morais de sua filosofia. Para tanto, a exposição acentua a idéia de que a disciplina é a capacidade para contrapor-se à pretensão imediata da inclinação. Em outros termos, a disciplina pode ser definida como a condição necessária, mas não suficiente para o agir moral do homem.

I. A PEDAGOGIA KANTIANA

A educação do homem faz parte das grandes preocupações de Kant, pois segundo ele, os homens só poderiam ser felizes na medida em que se tornassem morais e sábios, o que somente seria possível por meio da educação. Sendo que a felicidade aqui deve ser entendida como um máximo de bem estar no nosso estado presente e em toda a nossa condição futura. Contudo, Kant discorda que a felicidade seja associada à satisfação de

todos os nossos desejos e inclinações, pois a vida moral torna-nos dignos de ser felizes, mas não constitui a felicidade em si, sendo felicidade e bondade coisas bem distintas. Todo o ser humano tem o desejo da felicidade, porém não deve sobrepor esse desejo ao cumprimento do dever, de forma que se o dever fosse subordinado à felicidade, a atitude moral estaria transformando-se num ato interesseiro. Nem sempre o bem estar está relacionado ao bem fazer. Com efeito, uma pessoa moral é aquela que faz uso continuado da boa vontade para dar prioridade ao sumo bem. A noção de boa vontade apresenta-se como centro da filosofia moral kantiana, porque é a única coisa que pode ser considerada boa, sem quaisquer restrições, ela quem distingue um ato virtuoso de um ato mau.

Ora, Kant uma distinção entre a boa vontade da felicidade, mas não as opõe. A boa vontade conduz sempre à virtude, mas o bem estar pode conduzir ao vício. A primeira torna-nos dignos da felicidade esta última deve estar sempre associada à virtude. Quando isso acontece, estamos diante do supremo bem. A moral kantiana entende que não basta ser virtuoso para alcançar a felicidade nem tão pouco basta procurar a felicidade para se ser virtuoso. A prática da virtude gera um contentamento de si, que se assemelha à felicidade e que é muito superior àquilo que sentimos quando nos limitamos a ser escravos das nossas inclinações e das nossas paixões, que podem dar-nos um prazer momentâneo, mas deixam, muitas vezes, um vazio ainda maior do que aquele que se julgou preencher. Essencialmente, a lei moral tende a afastar o homem dos seus instintos e das suas inclinações naturais. O verdadeiro bem consiste então na união da virtude e da felicidade, mas é sempre a virtude que constitui o elemento principal. Para se ser digno da felicidade é necessário ser-se virtuoso e a virtude baseia-se na autonomia da razão. Terá de ser, portanto, desinteressada e não pode depender de nenhuma autoridade externa, tão pouco se condicionada pelo medo ou pelo interesse.

O filósofo então define o homem filosoficamente pela necessidade da educação, ou seja, para que o homem se distinga das demais criaturas, é preciso que adquira aquilo que moralmente o torna homem, a educação. A formação e transformação do homem são atribuídas à educação, que tem a incumbência de proporcionar os meios adequados para o exercício de sua liberdade, autonomia e humanidade. Pela capacidade que sua condição humana lhe permite de vir a ser muitas coisas, a tendência do ser humano é estar sempre transpondo limites e desfrutando de todas as qualidades naturais que por excelência pertencem à humanidade e, por isso têm necessidade de utilizar-se de sua razão, sua liberdade. Uma vez que o homem só age moralmente porque é livre, porque a razão é quem vai determinar a conduta, não havendo forças exteriores, mas sim uma consciência moral indicando que o indivíduo tem que agir de tal maneira para garantir a ordem universal na convivência humana.

A educação é o motor propulsor para o progresso histórico e o desenvolvimento histórico-social, na medida em que a destinação natural do homem não decide a sua essência, e por isso se faz necessário que seja educado não um indivíduo de forma isolada, mas tendo em vista a humanidade de maneira global, educando-se a espécie e não um homem no singular, realizando-se um processo contínuo, a logo prazo, que deve ser transmitido de geração a geração.

Educar implica em civilizar, atividade imprescindível à condição humana e, somente dispondo de um sistema educacional adequado é que se pode pensar em progresso universal, pois a educação é que livra os homens do espírito servil, uma vez que a

ignorância é companheira da escravidão. Através desse processo emancipatório, homem então se torna o autor de seu destino, sendo o único responsável por sua história, não devendo atribuir a qualquer outra fonte, a sua destinação. Daí a necessidade de instruir-se o homem para que este seja capaz de um convívio social, conduzido à maioria por meio da educação, tornando-o capaz de pensar e decidir sozinho, agindo agora não por inclinações externas, mas por sua razão que adquiriu uma formação moral no decorrer do processo educativo.

1.1. Estágios e subdivisões da Educação

Kant, inicia a obra *Sobre a Pedagogia* afirmando que "*o ser humano é a única criatura que precisa ser educada*"[1]. Segundo ele, o homem não pode se tornar um verdadeiro homem senão pela educação, sendo o indivíduo aquilo que a educação o torna. Ao contrário do animal que, pelo seu instinto, desde que nasce já é tudo o que pode vir a ser, o homem originariamente não é nada, embora tenha sempre a possibilidade de vir a ser múltiplas coisas, e por ser detentor exclusivo da liberdade tem uma multiplicidade infinita de caminhos para seguir. Isso significa dizer que o homem em si mesmo não é nada, mas pela sua liberdade pode tornar-se infinitas coisas. Por não ser capaz de desenvolver sozinho suas potencialidades, o ser humano necessita ser moldado pela educação para que possa vir a utilizar as suas possibilidades infinitas.

A educação sob a perspectiva kantiana implica fundamentalmente em dois momentos, que são a disciplina, o que ele vai chamar de parte negativa e, a instrução, parte positiva da educação. Diferente dos demais animais, cuja finalidade da existência está pré-estabelecida pela natureza, o homem deve estabelecer por si mesmo o projeto de sua existência e, para isso ele não pode abrir mão da racionalidade. Por não conseguir fazer isso por conta própria e de modo imediato, torna-se indispensável a presença do outro que tenha sido educado e o eduque. A saber, uma geração educa a outra no intuito de desenvolver as disposições naturais existentes no ser humano, o qual ainda não possui a noção de moralidade. Estas disposições, entretanto, só podem ser desenvolvidas em seu pleno sentido visando à espécie humana como um todo, de forma que a espécie humana é obrigada a extrair de si mesma pouco a pouco, com suas próprias forças, todas as qualidades naturais, que pertencem à humanidade. Uma geração educa outra.

Conforme nos afirma o autor, a educação pode ser entendida sob duas perspectivas fundamentais: Educação Física e Educação Prática ou moral. Com efeito, a física é aquela que se preocupa com a formação de hábitos de higiene, cuidados com a saúde e conservação do corpo. A educação prática ou moral é aquela em que a formação do caráter se torna a preocupação fundamental. Ele atribui à educação o papel de desenvolver a racionalidade da natureza humana, já que o ser humano é uma criatura indeterminada, passiva tanto de desenvolver e aperfeiçoar as suas potencialidades naturais, como de adquirir novas habilidades, determinando-se a si mesmo ao longo e sua existência. Entretanto, não há como falar-se em educação kantiana sem falar-se em moralidade, visto que para o filósofo, a condição para uma vida em sociedade está em derivar da razão as leis morais que determinam as ações humanas. Então Kant introduz os princípios de sua filosofia moral à sua proposta educacional, a qual possui como princípio e fim uma moralidade autônoma. Mas adverte que para alcançar essa autonomia de pensamento é necessário que o homem se habitue a desde criança, agir

segundo máximas e para isso descreve em *Sobre a Pedagogia* os estágios e divisões do processo educativo.

1.2. Educação Física

A Educação física consiste propriamente nos tratos maternos prestados às crianças pelos pais ou babás. Ela não denomina simplesmente nosso físico, como nosso corpo, por exemplo, mais ainda com referência *physis* dos gregos, que diz respeito à totalidade da natureza.

O **cuidado** consiste no primeiro estágio da educação, abrangendo o primeiro estágio da vida humana. A maior parte dos animais requer nutrição, mas não necessita de cuidados que implica em não deixar que faça uso nocivo de suas forças. Mas o homem, no entanto, precisa de ambos. Aqui Kant refere-se ao cuidado que os pais devem ter com os filhos para que estes não venham a fazer qualquer uso prejudicial de suas forças. Ele descreve a maneira correta de lidar com os bebês incluindo a alimentação, a forma de vestir e até de ninar a criança. Já o segundo estágio da educação é a **disciplina** ou treinamento, que vai transformar a animalidade em humanidade. Não que se vá extinguir a animalidade natural do ser humano, mas disciplinar significa aqui evitar que a animalidade venha causar danos à humanidade. O autor chama à atenção para que a disciplina não seja entendida como uma forma de tornar as crianças escravas, mas sim faça com que elas se sintam livres, porém com a noção de que sua liberdade não deve ultrapassar à dos outros.

Ressalta ainda o autor o fato de alguns pais se irritarem com perguntas que freqüentemente as crianças fazem e as repelem ou ainda, negam tudo aos filhos a fim de discipliná-los. E isso é totalmente negativo para a sua formação, tendo em vista que crianças não têm nenhuma noção de vergonha ou conveniência. Então essas repressões só servirão para tornar a criança tímida, com receio em conversar com os pais ou responsáveis e insegura. Ao invés de querer estar sempre próximo dos pais, elas vão buscar auxílio com outras pessoas e acabam aprendendo as coisas de maneira errada. Ao contrário, os pais têm que mostrar à criança que ela não irá conseguir nada por meio de gritos ou chantagens emocionais. O que significa dizer que se ela for educada de modo que nada possa conseguir gritando, ela se torna livre, sem ficar sem vergonha e, modesta, sem ser tímida. Não se deve negar tudo aos filhos, exigindo um exercício de paciência, antes convém orientá-los para que eles se acostumem a agir sempre de modo socialmente aceito. Trata-se de fazer com que a vontade da criança aprenda a curvar-se diante dos obstáculos naturais, devendo desde cedo incentivá-la a agir sob máximas de ação, a princípio na família, na escola e, posteriormente na sociedade na qual está inserida.

1.3. Educação Prática

A Educação prática é aquela pela qual o homem deve ser formado a fim de que possa viver como um ser que age livremente, abrangendo o que Kant chama de cultura positiva, que inclui a habilidade, prudência e moralidade.

A **cultura** compõe o terceiro estágio da educação. É através da cultura que o homem se distingue dos demais animais. A cultura é também denominada por Kant como a obtenção de habilidades, sendo estas consideradas obtidas quando as pessoas alcançam com sucesso todos os seus fins escolhidos. Entretanto, o autor ressalta que para o desenvolvimento da habilidade a primeira e principal regra é dispensar ao máximo o uso de instrumentos pela criança, pois o uso de instrumentos causa danos à habilidade natural.

Então Kant recomenda que se dispensem os carrinhos ou "andadeiras" para a criança, deixando assim que ela exercite sua própria habilidade de andar. Deve-se evitar também que sejam utilizados instrumentos para calcular, medir distâncias, espaço ou tempo. Até mesmo nas práticas lúdicas, devem ser introduzidas atividades que desenvolvam as potencialidades da criança, permitindo assim que esta exercite seu raciocínio, bem como desenvolva o uso voluntário dos órgãos dos sentidos.

É preciso que desde o início se utilize poucos instrumentos para permitir que a criança desenvolva sua habilidade natural, aprendendo as coisas por si mesmas, pois quanto mais são utilizados os meios artificiais, tanto mais o homem ficará dependente deles. Ainda em relação à cultura, é feita uma distinção entre cultura geral e um outro tipo de cultura que o autor chama de civilização, forma de cultura tem como finalidade, não somente a habilitação, mas também a prudência.

A **prudência** forma o quarto estágio da educação, consistindo na faculdade de uma pessoa utilizar-se de suas habilidades de um modo socialmente aceito para alcançar seus objetivos. O filósofo define que os pré-requisitos de uma pessoa civilizada são os comportamentos socialmente aceito e a capacidade de ser pragmático, isto é, a prudência através da qual o homem utiliza-se das habilidades de outros seres humanos para o seu propósito final. Refere-se à capacidade do homem de interagir com outros da mesma espécie.

Por fim, o autor trata da **moralização**. Na verdade, para Kant todas as etapas da educação visam basicamente à moralização, que implica na formação de caráter. E caráter na perspectiva kantiana implica na aptidão que o ser humano possui de agir em consonância com máximas que inicialmente são estabelecidas na família e na escola e em seguida na sociedade. Isso porque Kant, acredita na educação moral como pressuposto da confiabilidade entre as relações que os indivíduos da mesma espécie mantêm entre si, onde "*os homens que não se puseram certas regras não podem inspirar confiança; não se sabe como se comportar com eles*". Entretanto, para que o homem tenha essa inclinação para agir de acordo com máximas, é necessário que desde cedo a criança seja incentivada a obedecer leis, estabelecendo-se a princípio horários para brincar, trabalhar, dormir, estudar, etc. De maneira que as determinações apresentadas à criança, jamais sejam revogadas

Nosso filósofo concorda com alguns docentes quando estes afirmam que as orientações devem ser apresentadas às crianças de maneira que elas as cumpram por inclinação. Porém, ele adverte que muitas orientações devem ser apresentadas a elas como dever. Embora o filósofo admita que o entendimento absoluto do discente sobre o agir como dever somente será possível ao longo do tempo. A obediência cega da criança deve, desde que possível, ceder lugar à obediência voluntária do adolescente, que reconhece o dever de obedecer à lei moral.

II. ADESTRAMENTO E LIBERDADE

“Um dos maiores problemas da educação é o poder de conciliar a submissão ao constrangimento das leis com o exercício da liberdade. Na verdade, o constrangimento é necessário”[2]. O ideal, nesse caso, é que se formasse na criança a idéia de um autoconstrangimento. Pois, conforme consta na “Introdução à Doutrina da virtude”, o “conceito de dever já é o conceito de um constrangimento (coação) de livre escolha através da lei”[3].

A palavra adestramento significa, de um modo geral, simplesmente treinar ou domesticar. Entretanto, segundo Kant, “o homem pode ser ou treinado, instruído mecanicamente, ou ser em verdade ilustrado. Treinam-se os cães e os cavalos; e também os homens podem ser treinados. (...). Entretanto, não é suficiente treinar as crianças; urge que aprendam a pensar”[4] de modo que aprendam a ser livres.

De fato, se quisermos considerar a humanidade do ponto de vista da natureza do homem, a fim de que o verdadeiro homem se realize e se tornem manifestas aquelas altas prerrogativas que o distinguem do animal (a razão e a liberdade), é necessário educá-lo, uma vez que o homem somente se realiza plenamente através da educação. Mas que fique claro, que educar e adestrar são duas coisas completamente distintas.

III. EDUCAÇÃO NEGATIVA E EDUCAÇÃO POSITIVA

A educação, segundo Kant, compreende os *cuidados* e também a *formação* das crianças. No primeiro caso, ela diz mais respeito à disciplina, no que tange às regras para corrigir defeitos. Nesse caso, ela pode ser chamada de educação negativa e, portanto, sempre diz respeito à privação de alguma coisa, e indica necessariamente o que não se deve fazer. Ela se baseia, pois, em um constrangimento exterior.

A educação negativa não consiste em negar a educação posterior. Absolutamente, é justamente devido ao pendor à “liberdade que se precisa o mais cedo possível, disciplinar o homem e polir sua rudeza. (...). Prepara-se então, através da

coerção, o exercício de um arbítrio verdadeiramente livre”[5]. Segundo consta na *Crítica do Julzo*, a cultura da disciplina “*Zucht*” (*Diszplin*) é negativa e consiste na libertação da vontade em relação ao despotismo dos desejos, pelos quais nós nos prendemos a certas coisas da natureza e somos incapazes de escolher por nós mesmos, enquanto permitimos que os impulsos sirvam para nos prender, os quais a natureza nos forneceu como fios condutores para não descuidarmos em nós a determinação da animalidade ou não a ferirmos, já que somos até suficientemente livres para a atrair ou abandonar, prolongá-la ou encurtá-la, segundo aquilo que exigem os fins da razão.

No que se refere à educação positiva, referente à instrução e ao direcionamento, ela sempre está relacionada à cultura. “O *direcionamento* é a condução prática daquilo que foi ensinado”[6]. Aqui, nasce a diferença entre o professor e o governante. “O primeiro ministra a educação da escola; o segundo a da vida. (...). No primeiro momento o constrangimento é mecânico; no segundo, é moral”[7].

IV. PEDAGOGIA ESCRAVIZANTE E PEDAGOGIA LIBERTADORA

Disciplinar não é submeter a criança à escravidão. Além do mais, isso vai de encontro à dignidade humana. Segundo Kant: “Quanto à educação da índole, que pode, em certo sentido, se chamar de física, é preciso sobretudo cuidar para que a disciplina não trate as crianças como escravos, mas sim que faça com que elas sintam sempre a sua liberdade, mas de modo a não ofender a dos demais”[8].

Kant fala nas preleções *Sobre a pedagogia*, dos vários planos propostos na educação, para encontrar o melhor método educativo. Segundo ele, é completamente errado deixar uma criança fazer o que bem entender. Uma criança deve ser submetida às regras de disciplina. “A criança deve brincar, ter suas horas de recreio, mas deve também aprender a trabalhar”[9] uma vez que, um dia, ingressará na vida em sociedade e, por isso, precisa, desde cedo, habituar-se às ocupações sérias.

V. A DISCIPLINA NA PEDAGOGIA DE KANT

Um dos pontos fundamentais da pedagogia de Kant é, sem dúvidas, a questão da disciplina. Não por acaso, logo na primeira página de seu texto *Sobre a Pedagogia*, Kant afirma que é através da disciplina que o homem transforma a animalidade em humanidade. Justamente por isso, a disciplina é, segundo Kant, “o que impede ao

homem de desviar-se do seu destino, de desviar-se da humanidade, através das suas inclinações animais”[10]. Lembremos que os desejos são, para os homens, múltiplos e contraditórios. Justamente por isso um recém-nascido pode machucar-se; e, para evitar isso, é necessária a intervenção dos adultos. Faz-se necessário impor uma ordem e uma medida a seus movimentos.

Os animais, ao contrário dos homens, são dotados de uma força instintiva determinante para toda sua vida. Os instintos animais comandam toda ação da vida de um animal. Segundo Kant, isso marca a maior diferença entre os homens e os animais, visto que para os homens, a natureza deu a razão. De uma maneira geral, o homem não é dotado de um instinto nos mesmos moldes do instinto animal. Ele possui desejos, mas estes não são regulados e ordenados pelos instintos. Como exemplo disso podemos pensar na atividade sexual dos animais, geralmente determinadas, instintivamente conforme as estações do ano, temperatura, condições climáticas, etc. Os homens não são obrigados pelo instinto a manter uma atividade sexual em apenas determinadas situações naturais. O homem mostra sua liberdade ao afastar-se das determinações instintivas da natureza.

Como não podem contar com os instintos para determinar e garantir sua vida e segurança, os recém-nascidos dependem exclusivamente de outros para não prejudicarem a si mesmos. Assim, os cuidados oferecidos pelos adultos para as crianças representam o primeiro momento da educação apresentada por Kant. E esse primeiro momento, que mostra o homem como dependente de outros, também serve para reforçar a idéia que o homem é um ser completamente inacabado. A criança é um ser que ignora o modo de manter-se, mas nem por isso é um ser inferior. Ao contrário, segundo Kant, o fato do homem ser por natureza inacabado e deficiente é indício de sua dignidade e da força de sua razão. Se a natureza deu ao homem a condição de inacabado, emprestou, ao mesmo tempo, a necessidade de que ele se desenvolvesse. Ora, isso mostra o quanto o homem é digno de respeito, pois pode, por si mesmo, atingir seu fim último, sem precisar ser determinado desde seu nascimento pelos instintos.

Se o homem é por natureza obrigado a determinar-se por si mesmo, então uma das condições básicas aqui inscritas é a de que ele possa obedecer e respeitar uma regra em geral.

Pois apenas assim colocará em prática suas próprias decisões. Não devemos esquecer que essas decisões implicam uma reflexão autônoma. Cabe ao homem a tarefa de determinar-se a si próprio, e de maneira autônoma. A reflexão, que ajuda a consecução da realização da ação, é um ato racional, não impulsivo e muito menos intuitivo. Todo valor da razão encontra aqui sua justificação. A reflexão permite ao homem ser seu próprio mestre. O processo necessário de um desenvolvimento autônomo da razão é visto, através da reflexão, como o caminho possível para se atingir a finalidade da educação em Kant. O pensar por si mesmo é trazido à luz como o verdadeiro fim da educação. Com isso, a reflexão mostra que o homem não é simplesmente submisso aos impulsos do momento. Ela implica, de uma outra forma, uma espécie de abandono à satisfação dos desejos mais imediatos. Através da reflexão racional o homem é capaz de dominar seus impulsos e desejos, freando as disposições naturais de agir precipitadamente.

A tarefa máxima da disciplina na educação em Kant é justamente fazer as crianças poderem aprender a obedecer. A disciplina favorece o surgimento da obediência. Não

uma obediência cega e totalmente heterônoma. Muito menos uma obediência a impulsos e desejos imediatos, mas uma obediência às regras racionais autônomas. A disciplina não é apresentada por Kant como uma espécie de escravidão, mas como um processo necessário para a compreensão que devemos sempre seguir regras. E, para segui-las, devemos aprender a respeitá-las. Em outros termos, não há como respeitarmos leis se não sabemos como respeitar.

Através da disciplina, Kant nos ensina que os homens aprendem a agir de modo organizado e refletido.

O hábito que a criança vai adquirir através da disciplina é um hábito formal, isto é, um hábito de impor uma certa forma à sua ação. O mais importante na disciplina da criança não é fazê-la cumprir o que foi determinado, mas fazer com que ela consiga controlar seus movimentos espontâneos e respeitar uma regra. Justamente por isso a disciplina na escola deve ensinar o aluno a ter paciência e tranquilidade. Quando Kant afirma que o primeiro momento da disciplina está em fazer o aluno ficar quieto em seu lugar, está implícita a idéia que a obediência deve vir acompanhada de um sentimento de paciência. A intranquilidade favorece a obstrução do pensamento. Só com tranquilidade e calma o aluno pode pretender a tarefa de bem pensar. Apenas respondendo a seus instintos mais imediatos, o aluno não reflete, e não refletindo não propicia o bom desenvolvimento da razão, único meio possível para o esclarecimento. É por isso que a disciplina deve coagir o aluno, num primeiro momento, a obedecer, a restringir seus impulsos e desejos imediatos.

Nesse primeiro momento, disciplinador, a educação pode ser vista como negativa. A disciplina traz consigo a coação, necessária também no processo de afastamento do estado primitivo selvagem do homem natural. A coação aqui cumpre a tarefa de limitar a liberdade, mas não a liberdade em sentido moral, porém a liberdade selvagem, liberdade anárquica, instintiva e irresponsável. Essa liberdade é aquela liberdade selvagem, encontrada no estado sem leis, onde reina a desordem, a violência e a brutalidade. É a liberdade no sentido do sem-lei. A educação, por seu turno, deve se opor à brutalidade e à selvageria. A condição proposta por Kant é simples, ou seja, “quem não tem cultura de nenhuma espécie é um bruto; quem não tem disciplina ou educação é um selvagem” [11]. O papel da disciplina é tão importante, no pensamento de Kant, que podemos ler na seqüência: “A falta de disciplina é um mal pior que a falta de cultura, pois esta pode ser remediada mais tarde, ao passo que não se pode abolir o estado selvagem e corrigir um defeito de disciplina”[12].

A partir da idéia de disciplina, temos que a tarefa da educação é a de vencer os impulsos anárquicos da liberdade nativa. A fim de cultivar a razão, desde a infância, é necessária a aplicação da disciplina e da coação. O processo todo de educação, que visa desenvolver a totalidade das disposições do homem e, sobretudo, do uso da razão, está, portanto, fundado na operação da disciplina.

O papel fundamental da disciplina é, portanto, conciliar e possibilitar ao homem a convivência com os impulsos imediatos e prazerosos do mundo empírico com a obediência racional do mundo moral. Ou seja, a disciplina afasta o mais possível a influência das tendências exteriores (heterônomas) em nossos atos. Tudo aquilo que se mostra mais fácil, que é mais rápido de ser atingido, ou numa linguagem popular, é mais gostoso, geralmente provém de situações que não são justas para todos. É inegável

que existe uma tensão que contribui para uma dificuldade na consecução da lei, seja ela uma lei moral ou uma lei jurídica. E essa dificuldade impediria a moralidade mesma, o que implica que a possibilidade de uma sociedade legal de direito e, portanto livre, também enfrenta problemas devido a essa tensão. A disciplina visa justamente a superação, ou ao menos a diminuição dessa tensão. É apenas graças à disciplina que pode vir a ser forjado o caráter moral do homem. Caráter esse necessário para o desenvolvimento de um estado de paz perpétua. Em outras palavras, podemos afirmar que a disciplina nos oferece a oportunidade de domarmos nossos impulsos mais animais. Através da disciplina nos afastamos da tendência natural de preguiça, típica dos homens, e nos aproximamos de uma situação de maior esclarecimento. Com isso, caminhamos rumo a uma sociedade justa, formada, finalmente, por homens esclarecidos.

A disciplina, entendida como o primeiro momento da educação, mas, que apesar de ser primeiro, não se acaba de imediato, devendo permanecer em todo processo de educação, é, desta forma, fundamento de possibilidade do bom desenvolvimento do homem. O caráter positivo da educação encontra aqui toda sua força, isto é o mesmo que afirmar que sem disciplina, dificilmente teremos como formar o verdadeiro cidadão, e muito almejar uma sociedade justa e de paz. Kant nos ensina que a finalidade última da educação é a formação moral dos indivíduos e a possibilidade de seu esclarecimento. A disciplina possui um caráter determinante e fundamental em todo esse processo. Com ela podemos esperar um caminho possível, e talvez o único caminho possível, para o esclarecimento.

Segundo Kant, a disciplina serve para impedir que o homem se jogue selvagememente ao perigo. Devido a essa principal característica de impedir um mal ao homem, a disciplina é considerada a parte negativa da educação. De acordo com Kant, “A disciplina submete o homem às leis da humanidade e começa a fazê-lo sentir a força das próprias leis. Mas, isso deve acontecer bem cedo. Assim, as crianças são mandadas cedo à escola, não para que aí aprendam alguma coisa, mas para que aí se acostumem a ficar sentadas tranqüilamente e a obedecer pontualmente àquilo que lhes é mandado, a fim de que no futuro elas não sigam de fato e imediatamente cada um de seus caprichos”. Ora, é claro o objetivo da disciplina em Kant: ensinar a obedecer e a domar seus impulsos. O grande problema que se coloca a partir de uma análise parcial da obra de Kant é que não percebemos que o dever, a fim de nos obrigar a obedecer, deve ensinar a obedecer. Pois, caso considerássemos a obediência de modo a priori, correríamos o risco de estabelecer que há algo anterior e externo responsável pela razão. A compreensão da disciplina como possibilitadora da obediência é fundamental para o estabelecimento do esclarecimento. Deste modo, podemos afirmar que a educação em Kant se apresenta em dois momentos, inicialmente distintos, mas relacionados necessariamente, a saber, em um primeiro momento a educação das crianças – disciplina, e num segundo momento a educação dos adultos – esclarecimento.

Podemos perceber, portanto, que a disciplina deve ser colocada desde cedo, pois do contrário é “muito difícil mudar depois o homem. Ele seguiria, então, todos os seus caprichos”[13]. Kant insiste em afirmar que a disciplina é essencial para a perfeição da humanidade, visto que sua falta não pode ser remediada posteriormente, ou seja, podemos dizer que a falta de disciplina impedirá o homem de esclarecer-se, visto que se não conseguir dominar seus caprichos não alcançará a liberdade.

A disciplina é, então, fundamental para a possibilidade do esclarecimento. Mas, não podemos esquecer que a disciplina requer alguém que a instaure. Esse alguém deve justamente ser uma autoridade competente, portanto, esclarecida. Aqui podemos perceber a relação entre a disciplina e o esclarecimento, relação esta que se mostra como ponto básico para uma análise do moral e do político em Kant. A autoridade política deve ser moralmente estabelecida. A autoridade moral é a própria razão. Mas, não podemos obedecer à lei moral antes de aprendermos a obedecer, aprendizado este que se coloca como possível a partir da ação da autoridade política no processo educacional. Se a disciplina é fundamento de possibilidade do esclarecimento, este é, por sua vez, fundamento de possibilidade daquela. E, mais importante, ambos se dirigem necessariamente para a consecução da moralidade e da legalidade.

O papel fundamental da disciplina é conciliar e possibilitar ao homem a convivência com os impulsos imediatos e prazerosos do mundo empírico com a obediência racional do mundo moral. O caráter essencial da autonomia é o de garantir que as ações tenham como móveis um imperativo categórico. Kant não exclui a existência e, muito menos, a influência dos imperativos hipotéticos em nossos atos. Entretanto, o caminho para o pleno desenvolvimento das disposições do homem, bem como a possibilidade de uma sociedade justa requer a maior influência por parte de imperativos categóricos. A disciplina justamente afasta o mais possível a influência das tendências exteriores (heterônomas) em nossos atos. É inegável que existe uma tensão que contribui para uma dificuldade na consecução da lei moral. E essa dificuldade impediria a moralidade mesma, o que implica que a possibilidade de uma sociedade legal de direito e, portanto livre, também enfrenta problemas devido a essa tensão. A disciplina e o processo mesmo da educação em Kant visam justamente a superação, ou ao menos a diminuição dessa tensão. É apenas graças à disciplina que pode vir a ser forjado o caráter moral do Homem. Caráter esse necessário para o desenvolvimento de um estado de paz perpétua.

Assim, a garantia de uma educação que vise o fim último do homem, fim que possui como norteador a idéia de uma sociedade justa, formada por homens morais, deve ter seu início na disciplina. Através da disciplina o caminho encontra-se aberto. Não devemos pensar, ingenuamente, que basta isso para encontrarmos um reino dos fins na terra. Kant é ciente da dificuldade, e até mesmo da impossibilidade disso. Mas, sem dúvidas, a disciplina é ponto fundamental para a busca, que caracteriza a vida humana. Só com a educação poderemos sonhar em atingir um estado de paz. E, sem disciplina, a educação não completa sua finalidade. Deste modo, a disciplina é, em Kant, fundamental e garantidora de uma educação que busque atingir seu fim último. Sem disciplina não há progresso. Sem disciplina não há educação. Sem disciplina não há esclarecimento.

CONCLUSÃO

De um modo geral, a disciplina é entendida, em Kant, como uma capacidade que tem por objetivo “evitar que o homem permaneça no estado selvagem”[14].

Nesse mesmo sentido, a disciplina pode também ser justificada em relação à vida social. Visto que uma das maiores dificuldades em uma sociedade civil é a administração do direito. Na *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, Kant faz uso de uma metáfora

esclarecedora a esse respeito:

“(…) tal como as árvores num bosque, justamente por cada qual procurar tirar à outra o ar e o sol, se forçam a buscar por cima de si mesmas e assim conseguem um belo porte, ao passo que as que se encontram em liberdade e entre si isoladas estendem caprichosamente os seus ramos e crescem deformadas, tortas e retorcidas. Toda a cultura e toda a arte, que ornamentam a humanidade, e a mais bela ordem social são frutos da insociabilidade que por si mesma é forçada a disciplinar-se”[15]

Portanto, a disciplina exerce um papel fundamental, não só no que diz respeito à educação, em Kant, mas também em todo o sistema de sua filosofia prática.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Trad. por Antônio R. Rosa e Antônio B. Coelho. Vol. 7. 4ª ed., Lisboa: Abril, 2000.

BENDA, J. *O pensamento vivo de Kant*. São Paulo: USP, 1976.

DALBOSCO, Cláudio Almir. “Da pressão disciplinada à educação moral: esboço sobre o significado e o papel da pedagogia no pensamento de Kant”. In: *Educação e sociedade*, Campinas, v. 25, n. 89, Set./Dez., 2004: (1333 – 1356).

DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant. O saber e a filosofia*. Lisboa: Ed. 70, 2000.

GALETTI, R. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: UNB, 1983.

GRAYEFF, Felix. *Exposição e interpretação da filosofia teórica de Kant: um comentário às partes fundamentais da Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Ed. 70, 1987.

HENNING, Leoni Maria Padilha (org). *Apoio ao Ensino de Filosofia nas séries Iniciais*. Londrina: UEL, 1999.

LACROIX, J. *Sobre Kant*. São Paulo: EDUSP/ Iluminuras, 1993.

LEBRUN, Gerard. *Kant e o fim da metafísica*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIPMAN, M. *A filosofia vai à escola*. São Paulo: Summus, 1990.

_____. *A filosofia na sala de aula*. São Paulo: São Paulo: Nova Alexandria, 1994.

_____. *O pensar na educação*. Petrópolis: Vozes, 1995.

KANT, Immanuel; **TERRA**, Ricardo R; **LEBRUN**, Gerard; **GIANNOTTI**, Jose Arthur. *Idéia de uma historia universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, **1986**.

_____. *A religião nos limites da simples razão*. Edições 70, Lisboa, 1793.

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Édson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1986.

_____. *Sobre a pedagogia*. Trad. Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: UNIMEP, 2004.

PASCAL, Georges. *O Pensamento de Kant*. Trad. por Raimundo Vier. 6ª ed. Petrópolis: Vozes. 1999.

VINCENT, Luc. *Educação e Liberdade: Kant e Fichte*. São Paulo: Unesp, 1994.

ZINGANO, M. A. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

[1] KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia*. Piracicaba: UNIMEP, 2004, p. 11.

[2] KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia*. Piracicaba: UNIMEP, 2004, p. 32.

[3] Idem., *A Metafísica dos Costumes*. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 223.

[4] Ibid., 2004, p. 27.

[5] VICENTI, Luc. *Educação e liberdade: Kant e Fichte*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1994, p. 23.

[6] Ibid., 2004, p. 29-30.

[7] Ibidem.

[8] Ibid., 2004, p. 50.

[9] Ibid., 2004, p. 60.

[10] Ibid., 2004, p. 12.

[11] Ibid., 2004, p. 16.

[12] Ibidem.

[13] Ibid., 2004, p. 13.

[14] DALBOSCO, Cláudio Almir. “Da pressão disciplinada à educação moral: esboço sobre o significado e o papel da pedagogia no pensamento de Kant”. In: *Educação e sociedade*, Campinas, v. 25, n. 89, Set./Dez., 2004, p. 1346.

[15] KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 29

FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO

**APONTAMENTOS ACERCA DA ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA PENAL:
UM EXCERTO SOBRE O PENSAMENTO DE LOURIVAL VILANOVA ***

**NOTES ON THE LOGICAL STRUCTURE OF THE CRIMINAL LAW: A
SUMMARY ON THE THOUGHT OF LOURIVAL VILANOVA**

Alice Quintela Lopes Oliveira

RESUMO

O presente trabalho tenciona expor a estrutura lógica da norma jurídica segundo o pensamento de Lourival Vilanova, dando especial ênfase à estrutura da norma penal. Adotando o conceito de norma jurídica como o produto do processo de interpretação, busca-se estruturá-la de forma bímembre, tal qual idealizado por Hans Kelsen, provando-se a existência da norma primária (dispositiva e sancionadora) e da norma secundária. Semelhante raciocínio será seguido no que concerne à norma jurídico-penal. Abordados os tópicos preliminares quanto ao tema, e tendo como norte a teoria da linguagem, será montada a estrutura lógica da norma penal em consonância com o idealizado pelo mestre pernambucano.

PALAVRAS-CHAVES: NORMA JURÍDICA; ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA JURÍDICA; NORMA PENAL; ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA PENAL; LOURIVAL VILANOVA

ABSTRACT

The present work intends to expose the logical structure of the law according to Lourival Vilanova, especially the criminal law. Adopting a concept of law as product of the interpretation process, this paper will present it's double structure, containing two parts: the primary part (dispositive and sanctioning) and the secondary one. Same reasoning will be followed and adopted with criminal law, witch means, criminal law will be seen through the eyes of Lourival Vilanova. Treated preliminary topics and adopting the theory of language, will be mounted the logical structure of the criminal law according the author named.

KEYWORDS: RULE OF LAW; LOGICAL STRUCTURE OF LAW; CRIMINAL LAW; LOGICAL STRUCTURE OF CRIMINAL LAW; LOURIVAL VILANOVA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A realidade compõe-se de fatos, eventos que se passam no “mundo real”. Estes fatos são revelados através de signos, apreendidos e organizados logicamente pelo homem.

Signos são todos os artifícios que possibilitam o “conhecimento” da realidade, através da interação entre dois sujeitos ou entre um sujeito e um objeto. Um fenômeno, natural ou não,[1] relacionado com outro. Poder-se-ia falar que não há outro modo de se “conhecer” ou de se “apreender” a realidade senão por intermédio dos signos.

Umberto Eco traz uma série de conceitos que podem ser atribuídos ao vocábulo “signo”, mola-mestra da Teoria da Linguagem, tais como, sintoma, indício, gestos, atos, dentre tantos outros que denotam o caráter polissêmico do epíteto.

O signo pode se apresentar como ícone – possui semelhança com o objeto representado; como índice – mantém vínculo existencial com o objeto representado; e, por fim, como símbolo – possui relações convencionais com o objeto.[2]

O símbolo, por sua vez, constitui o signo cuja representação é atribuída diretamente pelo homem, através de um processo de imputação. São signos artificiais, dependentes de, ao menos, uma aceitação tácita pelo grupo social. Por exemplo, ao avistar um sinal de trânsito na cor vermelha, significa que temos que parar o veículo, ao passo que este mesmo semáforo na cor verde indica que podemos seguir. Todas estas interpretações são criadas por nós e aceitas pela sociedade, uma vez que necessárias à harmônica convivência.

Toda relação humana se dá através da linguagem que, por sua vez, compreende um conjunto de signos, ou símbolos, ordenados segundo uma determinada estrutura, que servem à comunicação.

As linguagens consubstanciam sistemas ou conjunto de símbolos convencionais, vale dizer, não existe uma relação necessária entre palavras e objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos, em relação aos quais as palavras cumprem suas múltiplas funções.[3]

Como regulador das relações humanas e voltado à decidibilidade dos conflitos[4], o Direito também se apresenta como linguagem.[5] Nesta ordem de idéias, a norma jurídica vem a ser a unidade mínima da linguagem jurídica.

Neste sentido, Gregório Robles:

En efecto, no es posible expresar el Derecho sino mediante el lenguaje. El lenguaje es la forma en que el Derecho existe en sociedade es, sobre todo, como um conjunto de expresiones o proposiciones de lenguaje cuya misión es regular o dirigir las acciones humanas[6]

Eros Grau acentua que a relação básica entre Direito e linguagem pode ser encarada em diversos sentidos: a) no primeiro, considera-se que o Direito tem uma linguagem, tomando o vocábulo como significativo, concomitante, de língua e discurso; b) no segundo, assume-se a existência de um Direito de linguagem, no qual esta aparece como objeto de disciplina normativa – e não lógica ou gramatical; c) no terceiro, cogita-se o Direito enquanto linguagem, o que leva à afirmação da tese da intranscendentalidade da linguagem.[7]

Dada a multivocidade ínsita a qualquer epíteto, faz mister efetuarmos um pacto semântico quanto ao termo Direito no presente trabalho. Seguiremos a definição de Jhering que atinge perfeitamente o essencial, tendo em vista tratar-se de um trabalho de Dogmática Jurídica: *A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial.*[8]

Isto posto, diante dos objetivos propostos neste trabalho, o Direito será estudado pelas lentes da norma jurídica, numa concepção dogmático-normativa do Direito.[9]

2. DA NORMA JURÍDICA

Norma jurídica é conceito fundante e imprescindível do Direito. Segundo Norberto Bobbio, para se chegar ao conceito de Direito, deve-se partir da conceituação de norma jurídica.[10] A Dogmática, ao estudar a norma, observa-a em sua integralidade, tanto no seu aspecto estático, quanto sob a feição dinâmica.

A expressão norma enfrenta problemas de polissemia, por sua multiplicidade de significados. Mesmo que se restrinja seu conteúdo, adicionando-lhe um complemento e tornando-a um termo composto (norma jurídica ou norma de conduta, p. ex.), ainda assim restará imprecisa, dada a largueza semântica que continua a comportar.

Imperioso que se ressalte que o gênero norma, do qual as normas jurídicas são espécies, apresenta-se necessariamente em linguagem. Sem linguagem – na pluralidade das suas formas, oral, mímica, escrita – inexistente proposição do dever-ser. Estudar a norma implica, pois, o ingresso na linguagem de que ela se reveste.[11]

Norberto Bobbio conceitua norma jurídica como espécie de proposição prescritiva.[12] Marcos Mello, por seu turno, define norma jurídica como proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos).[13]

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de Direito Positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado do processo de interpretação. A norma é exatamente o juízo que a leitura do texto provoca em nosso espírito, isto é, consiste na própria proposição.

A lei não é o que interpretamos dos dispositivos legais, mas os próprios dispositivos. É o texto normativo, o enunciado prescritivo, o veículo que introduz a norma na ordem jurídica. Os textos são enunciados prostrados em silêncio, em estado de dicionário, aguardando que alguém lhes dê sentido.[14]

Normas jurídicas são, portanto, proposições prescritivas extraídas dos textos de lei, dos enunciados prescritivos. Trata-se da mensagem prescritiva (significação), dotada de uma específica estrutura lógica, que se constrói a partir da leitura, da interpretação dos textos de um dado sistema jurídico.[15]

Quando abrimos o Diário Oficial, encontramos leis publicadas. Essas leis contêm enunciados prescritivos que veiculam normas. Não vemos as normas, porquanto o que se abre a nossos olhos são os textos prescritivos por meio dos quais elas são transmitidas.[16]

Os enunciados prescritivos são transmitidos por meio da Constituição, das leis, dos decretos etc. Tais instrumentos, que veiculam os enunciados prescritivos, são veículos introdutores de normas.[17]

Os enunciados são o conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstanciam a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.[18] Não contêm, em si mesmos, significações, ensejando-as apenas quando percebidos pelos nossos órgãos sensoriais.

Assim sendo, é errônea a afirmação de que dos enunciados prescritivos podemos extrair o conteúdo, o sentido e o alcance dos comandos jurídicos, já que é impossível retirar conteúdos de entidades meramente físicas. Apenas a partir dos enunciados construímos significações, sentidos, num processo conhecido por interpretação.[19]

Os enunciados são formados através do processo de enunciação. A enunciação constitui o enunciado sendo, por isso, anterior a ele. Consiste na fonte do texto normativo, vale dizer, procedimento e sujeito que, juntos, criam o documento normativo.

O processo de enunciação consiste na elaboração do texto normativo. Por ser procedimento, se esvai no tempo, restando apenas indícios que demonstram o que um dia foi. No caso do instrumento normativo lei ordinária, a enunciação consiste no seu processo de elaboração, votação, promulgação e publicação realizado pelas autoridades competentes que, obrigatoriamente, desaparece no tempo para que a lei ordinária possa esurgir; o texto, as palavras contidas na lei formarão o enunciado.

A norma, desarte, não se confunde com seu veículo introdutor – lei, p. ex., ou com o enunciado – texto da lei. Tampouco se confunde com as proposições jurídicas que a ciência produz ao descrever a norma.

2.1. Da linguagem do Direito Positivo e da Ciência do Direito

Direito Positivo e Ciência do Direito não se confundem. São institutos essencialmente diversos. Para Paulo de Barros Carvalho, são dois corpos de linguagem, dois discursos lingüísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas.[20]

O Direito Positivo consiste no conjunto de normas jurídicas válidas num dado Estado. A Ciência do Direito, por outro lado, representa o ramo científico que se ocupa do estudo das normas jurídicas de um dado ordenamento.

O Direito Positivo regula o comportamento humano através de um plexo de proposições que impõem, proíbem ou permitem condutas. A fim de disciplinar o relacionamento humano, o Direito Positivo utiliza-se da linguagem prescritiva, à qual corresponde a lógica deôntica (do dever-ser, linguagem própria das normas).

À Ciência do Direito cabe o estudo dessas proposições normativas, vale dizer, seu objeto de investigação é o próprio Direito Positivo. Por isso, seu trabalho é eminentemente descritivo, debruçando-se sobre as normas jurídicas válidas e vigentes.

Assim como o Direito Positivo – e todos os demais fenômenos sociais – a Ciência do Direito se reveste de linguagem. Sua linguagem, d’outra banda, apresenta-se descritiva, própria da lógica clássica ou apofântica, uma vez que transmite conhecimentos, comunica informações, isto é, informam como as normas são, de que forma se relacionam, sem perspectiva de modificar o comportamento humano.

Por ser uma linguagem que cuida do estudo de outra forma de linguagem – o Direito Positivo -, pode-se dizer que a Ciência do Direito é uma metalinguagem ou sobrelinguagem.

Bobbio identifica três funções da linguagem: descritiva, expressiva e prescritiva. Para o autor, a linguagem prescritiva é reservada às normas reguladoras de condutas; a expressiva às manifestações artísticas e, por fim, a descritiva às ciências. Nas palavras do filósofo: *a linguagem científica tende a despir-se de toda função prescritiva e expressiva, onde nasce o ideal científico que, segundo Espinosa, não chora e não ri, e é indiferente às conseqüências práticas que possam derivar de suas próprias descobertas.*[21]

Por almejar descrever a realidade, a linguagem descritiva, própria da Ciência do Direito submete-se, constantemente, a uma verificação empírica ou racional (lógica ou teoria da demonstração), sujeitando-se à valoração de verdadeira ou falsa. Por outro lado, a linguagem prescritiva, Direito Positivo, não se submete aos conceitos de verdade ou falsidade, mas validade ou invalidade, justiça ou injustiça – justificação formal ou material (retórica ou teoria da argumentação), uma vez que ordena condutas, impõe comandos.

2.2 Do critério diferenciador das normas jurídicas

A preocupação em identificar os critérios que diferenciam as normas jurídicas das demais normas reguladoras de condutas pode ser encontrada nos mais diversos autores.

Kant identifica que as normas jurídicas são imperativos hipotéticos heterônomos, já que são ações destinadas a um fim, impostas por um sujeito distinto daquele que irá cumprir a norma, ao passo que as normas morais são imperativos categóricos autônomos, uma vez que são ações boas em si mesmas, em sentido absoluto, impostas pelo mesmo sujeito que irá cumprir a norma.[22]

Há quem entenda, como Kelsen, que as normas jurídicas seriam juízos hipotéticos e que as normas morais seriam comandos. Há, ainda, quem afirme ser a norma jurídica um juízo de valor.[23]

A primordial diferença existente entre as normas jurídicas e as demais normas de conduta, para Pontes de Miranda, seguido por Marcos Bernardes de Mello, consiste na possibilidade de incidir, transformando um fato em fato jurídico. Ocorrendo os fatos previstos na norma jurídica, a incidência é automática e infalível, passando-se no mundo dos pensamentos.[24]

Por outro lado, segundo Bobbio, posição apoiada por nós, a primordial diferença entre as normas jurídicas e as demais espécies de normas consiste na resposta à violação, vale dizer, na sanção. A sanção representa a ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar as conseqüências danosas.[25]

Em consonância com o autor, a sanção moral é interior e consiste num descontentamento pessoal, não repercutindo externamente, sendo, pois, pouco eficaz. A sanção social, por outro lado, é externa; problema reside na falta de proporção entre a violação e a resposta conferida, o que gera incerteza quanto ao seu êxito e inconstância de sua aplicação. A sanção jurídica, por sua vez, distingue-se da sanção moral por ser externa e da sanção social por ser institucionalizada.[26]

O filósofo reconhece que nem todas as normas são providas de sanção, contudo, o ordenamento, como um todo, prevê sanções para a violação de todas as normas. Considerando que a norma é o produto da interpretação, Bobbio afirma que há regras sem sanções, mas normas não.

Além das características já apresentadas, a norma impescinde de um pressuposto formal, referente à sua estrutura lógica. O revestimento verbal das normas jurídicas não se reveste de uma forma padrão, por isso a necessidade de uma estrutura formalizada de linguagem. Nas palavras de Lourival Vilanova: *Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S' deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir a conduta C ante outro sujeito S''*. [27]

3. DA ESTRUTURA LÓGICA DAS NORMAS JURÍDICAS

As estruturas lógicas, segundo Beclate Oliveira, não são questiúnculas acadêmicas. Segue o autor:

Na realidade, toda vez que se produz o direito, a sua formulação, na versão deôntica, faz-se presente, mesmo que o agente produtor não saiba o que faz. A sua existência é um poderoso instrumento auxiliador do modo de pensar juridicamente.[28]

Todas as normas apresentam a mesma estrutura sintática, o que se altera é o conteúdo das normas. Daí porque se afirma que o Direito se apresenta como um sistema cujas unidades – as normas jurídicas válidas – possuem homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica. A primeira se justifica pelo fato de que as normas apresentam idêntica estrutura lógica; a segunda decorre da diversidade de conteúdos dirigidos à região material da conduta social nas suas iminentes relações de intersubjetividade.

O Direito Positivo destaca-se pela intrínseca homogeneidade sintática de seus elementos: toda norma jurídica apresenta idêntica estrutura hipotético-condicional, isto é, associa, num nexó de causalidade jurídica (imputação), a descrição de um fato de possível ocorrência no mundo objetivo (hipótese) a uma relação deôntica (consequência). É limite sintático.[29]

A estrutura que atende a todas as normas jurídicas pode ser assim resumida: Se A, então deve ser B. Em que A representa a hipótese e B a tese, ligadas entre si por um conectivo interproposicional. Analisaremos cada um desses elementos no tópico a seguir.

3.1. Da hipótese

A hipótese ou antecedente[30] cuida da descrição de fatos de possível ocorrência no mundo. Trata-se da previsão legal do fato, elaborado abstratamente, que se situa no âmbito das idéias, no altiplano das construções normativas gerais e abstratas.

O antecedente assenta no modo ontológico da possibilidade. Os eventos reais nele recolhidos terão de pertencer ao campo do possível. Se a hipótese fizer previsão de fato de impossível ocorrência, a consequência, prescritora de uma relação deôntica entre dois ou mais sujeitos, nunca se instalará, não podendo a regra ter eficácia social.[31]

Porque se reporta a situações fáticas, a hipótese mostra-se de forma descritiva e não prescritiva, apresentando um fato de possível ocorrência no futuro ou no passado (norma abstrata) ou que já tenha de fato ocorrido no passado (norma concreta).

3.2. Do consequente

Se o Direito existe para regular as relações humanas, para bem orientá-las em direção a certos valores que a sociedade anela, e se é no prescritor que encontramos essa disciplina, então eis aí uma categoria fundamental do conhecimento jurídico. A relação prevista no prescritor é da substância mesma do Direito.[32]

Ocorrendo o fato previsto na hipótese de uma norma de conduta, instala-se uma relação entre um sujeito ativo e um sujeito passivo que devem, necessariamente, ser pessoas diferentes.

Tendo em vista que se cuida da regulação de condutas intersubjetivas, pode-se assegurar que o núcleo do conseqüente é formado por um verbo pessoal, exibindo uma ação em relação com uma causa produtora, com uma pessoa gramatical, obrigando-a, permitindo-a ou proibindo-a. Equivale dizer, por almejar regular a conduta humana, o conseqüente apresenta-se eminentemente prescritivo, diferentemente da hipótese.

Vale mencionar que os autores vêm reconhecendo a existência de apenas três modais deônticos, permitido, proibido, obrigado, excluindo a faculdade como um quarto modal, vez que se trata de uma permissão bilateral.[33]

3.3. Do functor deôntico

O dever-ser (operador deôntico interproposicional) consiste no conectivo da estrutura da norma jurídica, composta por uma hipótese e uma tese, ligadas por um vínculo de implicação. Não expressa nenhum juízo de valor, visto que não se reporta ao valor intrínseco do que deve ser, referindo-se tão-somente à imputação neutra de um fato a outro, de modo que o segundo deve ser porque o primeiro é.[34]

O seu caráter de neutralidade repousa no fato de que o dever-ser não se apresenta sob as formas permitido, obrigado ou proibido.

Mister aludir que podemos encontrar outro dever-ser expresso num dos operadores deonticos, mas inserto no conseqüente da norma, dentro da proposição-tese, ostentando o caráter intraproposicional e aproximando dois ou mais sujeitos, em torno de uma previsão de conduta que deve ser cumprida por um ou pode ser exigida pelo outro. Este dever-ser triparte-se nos modais proibido, permitido e obrigatório, diferentemente do primeiro, responsável pela implicação e que nunca se modaliza.[35]

Nos limites desta estrutura lógica, a norma jurídica pode se mostrar como um juízo hipotético condicional, disjuntivo ou conjuntivo. A idéia que prevalece, não ausente de cizânia doutrinaria, consiste na norma jurídica como juízo hipotético condicional, cujo maior defensor foi Hans Kelsen.

3.4. Da estrutura bimembre da norma jurídica

Considerando a norma como juízo hipotético condicional, e seguindo o escólio de Kelsen e Cossio, a norma jurídica é expressa sob a forma bimembre: norma primaria e norma secundaria.

Diferentemente de Kelsen, e seguindo Lourival Vilanova, entendemos que a norma primária (endonorma de Cossio) estabelece a conduta devida e a secundária (perinorma) possui como pressuposto a inobservância da conduta prescrita e estabelece a consequência sancionatória a cargo do Poder Público.

O ser da norma jurídica pressupõe bimetridade constitutiva, uma vez que a norma primária sem a secundária se desjuridiciza; ao passo que a secundária sem a primária reduz-se a mero instrumento, sem finalidade material.[36]

É a licença científica que permite a cisão metodológica desta estrutura complexa, na série de normas que compõem o sistema do Direito Positivo. O primeiro membro denominamos norma primária; o segundo, norma secundária. Apresentam ambas idêntica estrutura sintática, mas composição semântica distinta.

A norma primária se divide em norma primária dispositiva e norma primária sancionadora. A primária dispositiva prevê a descrição de um fato ou conjunto de fatos de possível ocorrência no mundo e suas consequências jurídicas.

A norma primária sancionadora, por sua vez, como a norma secundária, tem por pressuposto o não-cumprimento de deveres ou obrigações; carece, entretanto, da eficácia coercitiva daquela. Nas normas primárias situam-se as relações jurídicas de direito material (substantivo), nas normas secundárias, as relações jurídicas de direito formal (adjetivo ou processual) em que o direito subjetivo é o de ação (em sentido processual).[37]

As normas primárias, portanto, estabelecem relações jurídicas de direito material decorrentes de ato ou fato lícito e de ato ou fato ilícito. Aquela que tem pressuposto ilícito, denominamos norma primária sancionadora, pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não-cumprimento de um dever jurídico – enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatório, convencionamos chamar norma primária dispositiva.[38]

4. DA NORMA JURÍDICO-PENAL

A concepção de que lei e norma são conceitos absolutamente distintos, no âmbito penal, remonta ao século XIX, com Karl Binding, que contou com a posterior adesão de Franz Von Liszt quando da diferenciação entre ilicitude material e formal.

Aludia Binding que o criminoso não infringia a lei, já que, com sua conduta, realizava exatamente o que ela previa, p.ex., matar alguém. Na verdade, o criminoso violava algo que estava por trás da lei, algo superior a ela, vale dizer, a norma jurídica que já representava o conteúdo da lei.

Inobstante o respeitável avanço da doutrina penal durante o século XIX, a Dogmática Penal sofreu um notável declínio durante os séculos que se seguiram e o estudo da norma penal foi relegado a segundo plano.

Assim sendo, a principal fonte do Direito Penal passou a ser a lei; lei se transformou em sinônimo de norma; e toda a teoria da norma se limitou a normas penais incriminadoras e normas penais não-incriminadoras, o que foi repetido continuamente e lecionado nos centros de produção acadêmica.

O objetivo do presente trabalho consiste em retirar as lentes da tradição dogmático-penal e estudar a norma jurídico-penal por intermédio dos conceitos da teoria geral, aplicando-os e observando até que medida são compatíveis.

Tradicionalmente, as normas penais podem ser divididas em normas penais incriminadoras e normas penais não-incriminadoras. As primeiras são aquelas que definem as infrações penais, proibindo (crimes comissivos) ou impondo (crimes omissivos) a prática de condutas, sob a ameaça expressa e específica da pena.[39]

Por intermédio das normas incriminadoras, o Direito Penal descreve as condutas que são consideradas ilícitas, atribuindo-lhes uma sanção específica. Conforme esposado alhures, o legislador penal não utiliza a expressão “é proibido matar”, mas afirma que “Dado o fato de matar alguém, deve ser a sanção X”.

Deste modo, a norma penal se apresenta em conformidade com o defendido no presente trabalho: um antecedente ligado a um conseqüente por um conectivo interproposicional.

4.1. Da norma primária

Analisando o texto do artigo 121 do Código Penal, por exemplo, que estabelece: *Matar alguém – Pena: reclusão de 6 a 12 anos*, podemos criar a seguinte estrutura lógica: *Dado o fato de matar alguém, deve ser a pena de reclusão de 6 a 12 anos*.

A partir do texto susomencionado, podemos elaborar a seguinte norma primária: *não matar*. Conforme aludido no decorrer do presente trabalho, observamos que a norma primária pode ser dividida em norma primária dispositiva e norma primária sancionadora.[40] *Não matar* seria a norma dispositiva, vale dizer, aquela que estabelece a conduta devida.

Por outro lado, a norma primária sancionadora tem por pressuposto o não-cumprimento do comando dispositivo, *in casu*, *Dado o fato de matar alguém, deve ser a pena de reclusão de 6 a 12 anos*. A norma sancionadora não se confunde com a norma secundária, nem dispõe da coercibilidade ínsita àquela, uma vez que se cuida de sanção de direito material, relacionado diretamente à parte dispositiva.

Tem-se, assim, a seguinte estrutura lógica da norma primária: $D(p - q). (-q - r)$. Deve ser que dado p , deve-ser q e não dado q , deve-ser r . [41] A primeira ($p - q$) representa a norma primária dispositiva; a segunda ($-q - r$) representa a norma primária sancionadora. A segunda não seria a secundária, pois a sua averiguação independe de atuação judicial. No âmbito penal, o que nos interessa é a norma primária dispositiva, posto que a sanção penal, como a sanção cível, prevista na norma secundária é de conteúdo processual, conforme se verá.[42]

Traduzindo para o exemplo aludido: *Dado o fato de alguém – ser humano – nascer com vida, deve ser o respeito ao bem jurídico vida*. Trata-se da norma primária dispositiva, que estabelece o conteúdo desejado pelo legislador, vale dizer, *não matar*. Seu antecedente estabelece um fato de possível ocorrência no mundo – *Dado o fato de alguém – ser humano – nascer com vida* – e o conseqüente estabelece uma relação jurídica entre todos aqueles que vivem em sociedade e aquele cujo bem jurídico almeja tutelar – *deve ser o respeito ao bem jurídico vida*.

É no conseqüente da norma primária dispositiva que se estabelece o objeto da relação jurídica. No campo penal, este objeto pode ser dividido em objeto material e objeto jurídico. O objeto material consiste na pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta delitiva.[43] O objeto jurídico, por outro lado, consiste no próprio bem jurídico, ou seja, o valor que a norma pretende proteger[44] (no caso do exemplo dado, o bem jurídico objeto de proteção da norma produzida com base no artigo 121 do Código Penal é a vida)

Não observada a parte dispositiva da norma primária, pode ser construída a parte sancionadora: *Dado não-respeito ao bem jurídico vida, deve ser a sanção de reclusão de 6 a 12 anos*. Seu antecedente tem por pressuposto o não-cumprimento do conseqüente da norma primária dispositiva. Cuida-se, deste modo, de um ilícito. Seu conseqüente relaciona-se com o sancionamento deste ilícito (Ressalte-se: Cuida-se de uma sanção penal material, não relacionada às instâncias judiciais, ainda).

4.2. Da norma secundária

Mister aduzir que no âmbito penal, a norma secundária dispõe de capital importância, já que a imposição da pena criminal é de competência exclusiva do Poder Judiciário que deverá observar uma série de imposições constitucionais, tais como, devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.

A norma secundária, não é demais repisar, tem natureza de direito processual, de “direito adjetivo”, como prefere Vilanova.[45] Tem por destinatário o Poder Judiciário que deverá aplica-lo quando da imposição da pena.

A norma secundária tem por pressuposto o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar voluntariamente. Como no campo criminal, o réu não pode se auto-sancionar e voluntariamente cumprir sua pena, então a norma secundária sempre irá existir (e por isso sua curial importância), exigindo que o órgão estatal efetive o dever constituído na norma primária.

No antecedente da norma secundária encontra-se, portanto, um ilícito penal, vale dizer, uma conduta violadora do conseqüente da norma primária dispositiva. Seu conseqüente estabelece a sanção penal e os modos de implementá-la.

Partindo dos pressupostos estipulados por Lourival Vilanova, de que a norma jurídica é aquela formada por duas estruturas hipotéticas unidas pelo disjuntor ou, podemos afirmar, no âmbito penal, que esta pode ser escrita da seguinte forma: D (A - C) v (-C - S). Dado o fato de alguém, ser humano, nascer com vida (A), deve-ser o respeito ao

bem jurídico vida (C); ou (v) tendo alguém, de forma típica, ilícita e culpável, causado a morte de outrem (-C), deve-ser a pena de 8 anos de reclusão, aplicada pelo Estado-Juiz ao agente, respeitadas as regras do devido processo legal, mediante decisão transitada em julgado que reconheça a existência do antecedente da norma secundária. Eis a norma penal completa do crime de homicídio.[46]

5. CONCLUSÃO

Dada a diversidade semântica das normas jurídicas, faz-se necessária a criação de uma estrutura lógica única para servir às normas jurídicas. Tal estrutura é: Se A, então deve-ser B. O antecedente descreve os fatos de possível ocorrência no mundo, ao passo que o conseqüente prevê as conseqüências jurídicas da concreção da hipótese.

As duas partes da norma são conectadas por um dever-ser neutro, que revela o vínculo de implicação ou imputação entre o antecedente e o conseqüente.

A norma jurídica apresenta um juízo dúplice, formando-se a partir de uma norma primária – que descreve a conduta desejada - e outra secundária – sancionadora.

Tais construções podem e devem ser aplicadas ao Direito Penal, uma vez que se cuida de produção da teoria geral.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamento sobre a estrutura lógica da norma jurídica. **Revista do mestrado em Direito. V. 1, n. 1, dez. Maceió:Nossa Livraria, 2005.**

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Vol.I. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. Enunciados, Normas e Valores. *Revista de Direito Tributário*. n. 69. São Paulo: Malheiros.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 16.ED. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1998.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I, 4. ed. 2ª tiragem. RT: São Paulo: 1983.

ROBLES, Gregório. **Teoria del derecho (fundamentos de teoria comunicacional del derecho)**, Vol. I, Madri, Editorial Civitas, 1990.

SILVA, Beclaute Oliveira. Dimensões da linguagem e a efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**. V. 02, n. 02, jun. 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

_____. Norma jurídica penal: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, UFAL. N. 19, jul.dez, Maceió: MPEAL, 2007, p.71.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris editor, 1995.

[1] Umberto Eco entende que signos não são fenômenos naturais, que, sozinhos, nada representam. Dependem da interpretação, do entendimento humano para se tornarem signos. Ricardo Guibuirg e cia, por outro lado, entendem plenamente aceitável a existência de signos naturais – ou, ao menos, são deliberadamente aceitos como tais -, trazendo como exemplo o fato de que a queda das folhas constituem signo da estação outono.

[2] SILVA, Beclaute Oliveira. Dimensões da linguagem e a efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**. V. 02, n. 02, jun. 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

[3] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1998, p. 56-57

[4] Tércio Sampaio Ferraz Júnior atribui ao Direito a função de pôr fim aos conflitos, mas não a de solucioná-los, uma vez que, após o pronunciamento final, uma das partes restará insatisfeita, dado que seu interesse não foi privilegiado, cedendo face à outra parte. **Teoria da norma jurídica: Ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

[5] A identificação do Direito como linguagem encontra nascedouro em Hans Kelsen, quando se separa nitidamente o Direito Positivo da Ciência do Direito. WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris editor, 1995.

[6] **Teoria del derecho (fundamentos de teoria comunicacional del derecho)**, Vol. I, Madri, Editorial Civitas, 1990. p. 66.

[7] GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1998, p. 56.

[8] Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

[9] Não se ignora, mesmo em Hans Kelsen, a influência da outros fatores na formação do conceito de Direito. Todavia, estes agentes serão, por ora, olvidados, haja vista cuidar-se de um trabalho de Dogmática ou Teoria Geral do Direito.

[10] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 32.

[11] DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[12] Op. Cit. p. 72.

[13] **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19.

[14] IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 48.

[15] O próprio Kelsen reconhece que a interpretação dos textos se dá seja no ato de aplicação estatal, seja no atendimento voluntário aos comandos da lei, já que os indivíduos, para observarem a lei, devem determinar o sentido das normas jurídicas, interpretando-as. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 387-388.

[16] IVO, Gabriel. Op, cit. p. XXXIII.

[17] IVO, Gabriel. Op. Cit. p. 75.

[18] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

[19] CARVALHO, Paulo de Barros. Op. Cit. p. 19.

[20] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

[21] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

[22] Apud BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 83.

[23] BOBBIO, Norberto. Op. Cit. P. 82.

[24] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19.

[25] BOBBIO, Norberto. Op.Cit. p. 153.

[26] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001,p. 163.

[27] **As estruturas lógicas e o Sistema Positivo**. São Paulo: Max Limonad, p. 95.

[28] Norma jurídica penal: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, UFAL. N. 19, jul.dez, Maceió: MPEAL, 2007, p. 68.

[29] DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

[30] Na linguagem ponteana, a hipótese é denominada suporte fático e a tese é chamada preceito.

[31] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

[32] CARVALHO, Paulo de Barros. Op. Cit. p. 30.

[33] Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho, Luis Cesar Souza de Queiroz, Eurico di Santi etc.

[34] ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamento sobre a estrutura lógica da norma jurídica. **Revista do mestrado em Direito**. V. 1, n. 1, dez. Maceió: Nossa Livraria, 2005.

[35] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28-29.

[36] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 124.

[37] DI SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

[38] DI SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12

[39] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Vol.I. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

[40] A divisão entre normas primárias dispositivas e primárias sancionadoras é de criação de Eurico di Santi.

[41] DI SANTI, Eurico Marcos Diniz. Introdução: norma, fato, relação jurídica, fontes e validade no Direito. **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12-13.

[42] SILVA, Beclate Oliveira. Norma jurídica penal: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, UFAL. N. 19, jul.dez, Maceió: MPEAL, 2007, p.71.

[43] BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 105.

[44] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Vol.I. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 164.

[45] **Causalidade e Relação no Direito**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 123.

[46] SILVA, Beclaute Oliveira. Norma jurídica penal: apontamentos a partir do pensamento de Lourival Vilanova. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, UFAL. N. 19, jul.dez, Maceió: MPEAL, 2007, p.78-79.

UMA ABORDAGEM DA FILOSOFIA LATINO AMERICANA ACERCA DOS DISCURSOS FUNCIONAIS E CRÍTICOS AO SISTEMA DE EXCLUSÃO*

AN APPROACH OF THE AMERICAN LATIN PHILOSOPHY CONCERNING THE FUNCTIONAL SPEECHES IS CRITICAL TO THE SYSTEM OF EXCLUSION

Alvaro dos Santos Maciel

RESUMO

O artigo percorre um viés filosófico e dispõe acerca da ética e da filosofia da libertação esculpida nos países subdesenvolvidos com enfoque crítico e direcionado à temática abordada. Demonstra o alijamento do “Outro”, também chamado de alter, representado por uma parte significativa da humanidade encontrada na América Latina, Ásia e África, onde estão os verdadeiramente excluídos. Apresenta ainda que a ética da libertação norteia os povos culturalmente empobrecidos para a superação de suas misérias, e, para tanto, Dussel propõe a ética material ao inverter sistemas convencionais formais que se associam a governos ditatoriais e sistemas políticos totalizadores. Por sua vez, Lévinas divide seus estudos em três fases, sendo que na primeira ao Outro é possível a interpelação uma vez que os seres humanos são “sensibilidade” e captam as “exterioridades” fenomênicas na tentativa de serem agentes de transformação. Todavia, esta “sensibilidade” sobrepõe-se à mera análise comportamental extrínseca o que faz enxergar o Outro a partir de sua transcendentalidade. Na segunda fase, dotado com mais dramaticidade, Lévinas leciona que o outrora interpelado agora assume papel de “perseguido” por causa do Outro, por causa da vítima, e, finalmente num terceiro momento, o autor eleva não mais tão somente a pessoa como um rosto chagado pela dor, e sim o ser humano enquanto vítima num todo absoluto, e reforça as idéias obrigatoriais de responsabilidade para com o outro.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA DO DIREITO, PESSOAS EXCLUÍDAS, AMÉRICA LATINA.

ABSTRACT

The article covers a philosophical inclination and it disposes concerning the ethics and of the philosophy of the liberation sculpted at the underdeveloped countries with critical focus and addressed to the thematic approached. It demonstrates the jettison of the "

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Other ", also call "alter", represented by a significant part of the humanity found in Latin America, Asia and Africa, where they are the truly excluded. Presents although the ethics of the liberation orientates the people culturally impoverished for the overcoming of your poverty, and, for so much, Dussel proposes the material ethics when inverting formal conventional systems that associate to dictatorial governments and systems political totalizers. For your time, Lévinas divides your studies in three phases, and in the first to the Another is possible the request of help once the human beings are " sensibility " and they capture phenomena of the differences in the attempt of they be transformation agents. Though, this " sensibility " is put upon to the mere analysis extrinsic of behavior the one that does see the Other starting from yours metaphysical positions. In the second phase, endowed with more drama, Lévinas teaches that that the formerly questioned now it assumes paper of " having pursued " because of the Other, because of the victim, and, finally in a third moment, the author elevates not so more only the person as a bruise face for the pain, but the human being while victim in an all absolute one, and it reinforces the ideas of obligation of responsibility to the other.

KEYWORDS: PHILOSOPHY OF THE RIGHT, EXCLUDED PEOPLE, LATIN AMERICA.

1. Os discursos ao sistema de exclusão e a análise crítica de Enrique Dussel

Um problema ético está implícito na história da América Latina, e advém de uma interdisciplinaridade de conflitos que resulta no deflagramento de vítimas e reflete na exclusão de classes, tais como o pobre, o assalariado, a mulher submissa ao marido da sociedade machista, os idosos, os deficientes físicos, dentre outros.

Enrique Dussel, marcado pelas influências de Heidegger, Lévinas e Ricoeur, explora a temática através de sua obra intitulada *Ética da Libertação*, em que apresenta a necessidade de superação da ordem aplicada, ou seja, visa um rompimento com o modelo tido como eurocêntrico, para que uma nova conjuntura seja instituída e haja a possibilidade de inclusão consubstanciada na realidade latino-americana de países subdesenvolvidos.[1]

Consoante as idéias expostas pelo autor, para a consumação dessa ruptura, o “Outro”, também chamado de *alter*, representado por uma parte significativa da humanidade encontrada na América Latina, Ásia e África, onde estão os verdadeiramente excluídos, exerce função proeminente, já que a necessidade de viabilizar essa “libertação” somente ocorrerá com o reconhecimento da pessoa considerada enquanto pessoa.[2]

A dignidade do “Outro” – daqueles que são considerados como Totalidade, porém estão em locos periféricos – deve transcender a condição particularizada e romper com o paradigma vigente na sociedade brasileira, dentre outros países subdesenvolvidos.

Ao considerar, especialmente, a condição humana de “um ser diferenciado de todos os demais seres da natureza, porque é o único dotado de liberdade, inteligência e vontade, esta diferença nos faz ‘dignos’ da condição humana.”[3]

Ademais, cumpre ressaltar acerca da extensão do princípio constitucional da dignidade humana, que apresenta um sentido de ambigüidade e vagueza da expressão, pois se deduz que este discurso legal, socioideologicamente construído, detém lacunas do que deva ser entendido como “dignidade da pessoa humana”. [4] Entretanto, pela análise do critério de dignidade, para certo número de pessoas, de certa localidade, pode-se pontuar contornos e visualizar determinadas condições de ‘libertação’ do excluído, que não atingiria a Totalidade, o que torna o princípio ineficiente, mormente pela ausência de proteção das pessoas que não possuem condições de dignidade. [5]

Afirma DUSSEL que a filosofia latino-americana deve adotar a ética que se formula a partir da teoria do “face-a-face”, e preconiza:

Na passagem diacrônica, desde o ouvir a palavra do Outro até a adequada interpretação (e a filosofia não é senão saber pensar reduplicativamente essa palavra injetando-lhe nova mobilidade desde a consciência crítica do mesmo filósofo), pode ver-se que o momento ético é essencial ao método mesmo. Somente pelo compromisso existencial, pela práxis libertadora no risco, por um fazer próprio, discipularmente, o mundo do Outro, pode ter-se acesso à interpretação, conceituação e verificação de sua revelação. [6]

A partir de um relato experimentado por Rigoberta Menchu [7], reitera DUSSEL que o marco inicial da Ética da Libertação:

(...) acontece mais-além da ontologia, do mundo e do ser vigente ou dominador ou da comunidade de comunicação hegemônica. O ponto de partida é o Outro, mas não simplesmente como outra 'pessoa-igual' na comunidade argumentativa, mas ética e inevitavelmente (apoditicamente) desde o Outro em algum aspecto dominado (principium oppressionis) e afetado-excluído (principium exclusionis), desde a experiência ética da 'exposição' no face-a-face: 'Chamo-me Rigoberta Menchu', ou o 'Eis-me aqui!' de Lévinas. [8]

Logo, resta estabelecido como marco inicial de sua teoria o afetado, o dominado e o excluído. O *afetado* é o que sofre as conseqüências de um acordo válido alcançado. Ser dotado de consciência que é afetado é reflexo de um processo de libertação. Destarte, o ponto de partida radical é "(...) a situação na qual o/a afetado/a *não tem consciência de ser afetado/a*. Tal é o escravo que acredita ser por 'natureza' escravo." [9] O *dominado* é o afetado dentro de um sistema, como a mulher sob o machismo, a classe operária sob o capitalismo. O *excluído*: "Por último há afetados que estritamente estão ou não em *relação* de dominação, e que são *excluídos* (há, efetivamente, graus de exterioridade e subsunção)" [10], como o pobre excluído do processo produtivo, bem como os deficientes físicos faticamente excluídos da convivência social democrática.

Para Dussel, que corrobora neste aspecto os ensinamentos de Heidegger, a análise ontológica deve ser aplicada ao mundo do afetado, do dominado e excluído, mas que não se deve vê-lo tão somente sob o foco da exterioridade formal, sendo necessário prestar uma atenção *positiva* à sua realidade enquanto exterioridade cultural.[11]

A ética da libertação norteia os povos culturalmente empobrecidos para a superação de suas misérias, e, para tanto, Dussel propõe a ética material ao inverter sistemas convencionais formais que se associam a governos ditatoriais e sistemas políticos totalizadores.[12]

Estabelece que a conscientização crítica do indivíduo oprimido deriva de “(...)um processo ético 'material': a vida é o tema, o meio, o objetivo, a alegria alcançada (...) situando-se no 'lugar' de onde a crítica ética é possível, como é evidente, o sujeito é tal quando se torna origem da transformação da própria realidade.”[13]

Verifica-se, portanto, que se trata de um processo concreto e objetivo, e de acordo com as lições de TORRES:

Descobrir-se oprimido só começa a ser processo de libertação quando esse descobrir-se oprimido se transforma em compromisso histórico..., inserção crítica na história para criá-la... Conscientização implica esta inserção crítica no processo, implica um compromisso histórico de transformação.[14]

Entende-se que a abertura de um novo sistema se concretiza como práxis construtiva de libertação, decorrente de razão estratégica, visão ético-discursiva e dotada de instrumentos que se articulem de modo a beneficiar a coletividade e efetivar a democracia.

Neste sentido, DUSSEL assevera que:

(...) a participação dos não-participantes não se efetua por simples 'inclusão' na mesma comunidade, mas por criação da nova, onde os antigos 'afetados-dominados-excluídos' são agora parte plena (...) Por isso não se trata nem de mera afirmação ontológica da *Lebenswelt* (seja hegemônica como em Taylor, seja popular como em Scannone), nem de mera transcendentalidade (Apel) ou universalidade (Habermas) do dado, que é afirmação reflexiva do 'Mesmo', mas da afirmação da exterioridade (do afetado-dominado-excluído) na relação com o sistema que o nega, e, desde a potência dessa afirmação do Outro, a negação da negação (analética), para culminar na superação a uma nova situação de justiça e igualdade (eminência ana-dialética).[15]

Por conseguinte, a consciência da efetividade do direito e da justiça, percorre o caminho da consciência do “Outro”, analisado em sua individualidade e considerado como pessoa humana, dotada de dignidade e não apenas enquanto valor.[16] Todavia, para emanar a libertação há a necessidade de convergência entre o “Outro” e ele mesmo, considerada como ato ou procedimento prático pelo qual o não-livre passa a ser um agente da liberdade.[17]

O princípio *‘Liberte hic et nunc o oprimido!’* que traduz-se em *‘Faça com que o atingido/excluído também participe!’* exige a realização de um procedimento em prol da coletividade.[18]

Para Dussel, o homem perfeito, plenamente realizado em seu poder-ser, é a medida que mede todo o projeto humano ontológico e será aquele que por sua plenitude antropológica e por sua bondade abre-se ao “Outro” como outro que é, não por motivos fundados em seu próprio projeto de Totalidade, mas por um amor que ama primeiro alternativamente: *‘o amor-de-justiça’*. [19]

Visando ao resgate do sentido de filosofar face aos atuais fenômenos da mundialização, da globalização e da vitimização, é de valia destacar o pensamento de Francisco Miró Quesada:

Toda autêntica racionalidade conduz à libertação humana. Neste sentido o pensamento latino-americano contribui para esclarecer o sentido último do filosofar e mostrar a relação profunda entre racionalidade e condição humana. A filosofia latino-americana, culmina nesta direção, em um verdadeiro humanismo, no único humanismo que merece seu nome: um humanismo universal, aplicável a todos os seres humanos e que, em consequência, só pode realizar-se na prática mediante a libertação de todos os oprimidos do mundo.[20]

Trata-se, portanto, de uma concepção racional de que todo ser humano deve ser respeitado integralmente em sua alteridade e de que a filosofia promove, constantemente, desafios visando à promoção e qualificação dos exercícios éticos de liberdade de cada pessoa em todos os lugares.

2. Sensibilidade e alteridade em Emmanuel Lévinas

O mundo contemporâneo vivencia a dilatação de violências oriundas de intolerâncias e dogmatismos em inúmeros países e, vivencia ainda, a miséria e exclusão social em várias outras sociedades marcadas pela indiferença, pelo ceticismo e individualismo.

O conceito de libertação e inclusão social está no pensamento crítico da realidade latino americana, que visa uma ética que envolva a parte mais carente e oprimida desta sociedade marcada por contrastes.

Outro marco teórico é Emmanuel Lévinas, sobrevivente do holocausto judeu, e apresenta seus ideários em três momentos distintos adiante expostos. Em síntese, dedicou seus estudos:

“Em memória dos seres mais próximos entre os seis milhões de assassinados pelos nacional-socialistas, junto com milhões e milhões de humanos de todas as confissões e nações, vítima do próprio ódio do outro ser humano, do próprio anti-semitismo”. [21]

Este outro grita por estar excluído da sociedade e por ser agredido invariavelmente ao ser objetivado por um ser qualquer.

Todos eles simplesmente gritam por justiça: Tenho fome! Não me mates! Tem compaixão de mim! – É o que exclamam esses infelizes (...) Estamos na presença do escravo que nasceu e que nem sabe que é uma pessoa. Ele simplesmente grita. O grito – enquanto ruído, rugido, clamor, protopalavra ainda não articulada, interpretada de acordo com o seu sentido apenas por quem “tem ouvidos para ouvir” – indica simplesmente que alguém está sofrendo e que do íntimo de sua dor nos lança um grito, um pranto, uma súplica. É a “interpelação primitiva”. É evidente que alguém deverá possuir “uma resposta ao apelo do outro”. É toda uma questão de “consciência ética” e para isso ele terá de afirmar a si mesmo. (..) A “responsabilidade” ou o “assumir-o-outro” é anterior a qualquer consciência reflexa. Só respondemos com “responsabilidade” à presença do infeliz quando este já nos comoveu”. [22]

Lévinas, num primeiro momento, esclarece que:

O outro metafisicamente *desejado* (*désiré*) não é outro como o pão que se come... O *desejo metafísico* (*désir métaphysique*) tende totalmente para *outra coisa, para o absolutamente outro*... À base do desejo, segundo seu sentido cotidiano, encontra-se a necessidade (*besoin*)... O *desejo* metafísico não aspira a nenhum retorno, pois é um desejo por um país em que jamais nascemos... O *desejo* metafísico não repousa sobre nenhuma herança prévia. *Desejar* que não pode ser satisfeito...[23] O desejar é desejo de um ser já feliz: o desejar é a infelicidade (*malheur*) do feliz.[24]

A expressão “infelicidade” é explicada a partir de um pensamento irônico em que aquele que detém a responsabilidade de auxiliar o “outro” deve retirar-se de sua própria paz e segurança visando à praticidade de Justiça em prol dos excluídos tais quais a viúva, o pobre, o órfão, dentre outros.[25]

Todavia, compete à sociedade dotar-se de consciência de que a dignidade humana se concretiza, inclusive, com a inclusão das classes alijadas, e tornando-se sensível aos apelos das minorias.

O ser que se expressa se impõe, precisamente chamando-me a partir de sua miséria e nudez sem que possa fechar meus ouvidos a seu chamado... Deixar seres humanos sem comida é uma falta que nenhuma circunstância pode atenuar, aqui não se aplica a distinção do voluntário e involuntário (...)[26]

No que se refere a teoria do “face-a-face”, Lévinas leciona:

A razão vive na linguagem... Na oposição face a face flui a racionalidade primeira, o primeiro inteligível, a primeira significação.; é o infinito da inteligência que se apresenta (isto é, me fala) no rosto.[27]

Ao Outro é possível a interpelação uma vez que os seres humanos são “sensibilidade” e captam as “exterioridades” fenomênicas na tentativa de serem agentes de transformação. Todavia, esta “sensibilidade” sobrepõe-se à mera análise comportamental extrínseca o que faz enxergar o Outro a partir de sua transcendentalidade.[28]

A aparição do Outro:

não é uma mera manifestação mas uma revelação; a captação não é compreensão mas hospitalidade; diante do outro a razão não é representativa, mas presta ouvido sincero à sua palavra.[29]

Com o amadurecimento de idéias, Lévinas vivencia um segundo período de construções teóricas, agora dotado com mais dramaticidade, uma vez que o outrora interpelado agora assume papel de “perseguido” por causa do Outro, por causa da vítima. Neste período, o interpelado é vítima da vítima, torna-se refém. Trata-se de entregar a própria vida para “pagar resgate” pela vida de um escravo. Eleva a “dor” como forma de demonstrar sensibilidade.

A dor é o outro lado da pele, é a nudez, a mais denuda de todo despojamento; existência que de sacrifício imposto – sacrificado mais que sacrificante, porque precisamente constringido à adversidade ou à dor – é sem condição. A subjetividade do sujeito é a vulnerabilidade, exposição à afeição, sensibilidade, passividade mais passiva que toda passividade, tempo irrecuperável, dia-cronia inabarcável pela paciência, expansão sempre a expor, exposição a expressar e assim a dizer, e assim a dar. (...) A dor é o começo da criação. Ela é com-tato do outro. Estar em contato: nem investir o outro nem anular sua alteridade, nem suprimir-me diante do outro. No próprio contato, o estar tocando e o tocado se separam, como se o tocado se afastasse, sempre já ali, não tendo comigo nada em comum. Como se sua singularidade, e por isso não antecipável, e, por conseguinte, não representável, não respondesse senão à designação. [30]

E no ápice de seus ensinamentos, Lévinas, agora em terceiro momento, eleva não mais tão somente a pessoa como um rosto chagado pela dor, e sim o ser humano enquanto vítima num todo absoluto, e reforça as idéias obrigacionais de responsabilidade para com o outro.[31]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, a ética e a filosofia da libertação revelam-se elaborações teóricas contributivas para o fortalecimento da democracia ao incluir a minorias que clamam por igualdade a todo instante.

A sociedade brasileira ocupa uma posição de “exclusão” se comparada à filosofia da Totalidade Eurocêntrica. Contudo, internamente, a própria sociedade não está suficientemente adequada para lidar as diversidades e políticas de inclusão das minorias, o que deflagra uma progressão de vitimização.

É fato que o ordenamento jurídico tem se aperfeiçoado visando à integração e equiparação de direitos de todos os cidadãos.

Revela-se importante o envolvimento de toda a sociedade para que seja minimizada a exclusão visando à gradativa extinção e a implantação concreta da igualdade de oportunidades para a totalidade dos indivíduos o que por certo atingirá o escopo máximo do que é ser democracia.

Referências bibliográficas

DUSSEL, Enrique. América Latina - Dependencia y Liberación. Buenos Aires, Fernando Garcia Cambeiro, 1973.

_____. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela, Lisboa, 1986.

Lévinas, E. Autrement qu'être ou au-delà de l'essence, Nijhoff, Haia (trad. esp. De outro modo que ser o más allá de la esencia, Sígueme, Salamanca, 1987.

_____. La signification et le sens, em Revue de Métaphysique et de Morali, 1964.

_____. Totalité et infini. Essai sur l'extériorité, Nijhoff, Haia (trad. esp. Totalidad e Infinito, Sígueme, Salamanca, 1977).

LOWENTHAL, Anamaria Valiengo. Exame da expressão 'a dignidade humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político. São Paulo: Loyola, 2001. p. 333. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

QUESADA, Francisco M., Posibilidad y limites de una filosofía latinoamericana, in VÁRIOS. La Filosofía en América..., p. 167-172; Constança Marcondes CESAR, Filosofia na América Latina - Polêmicas. Reflexão. Campinas, N. 30 (Ano 9) set-dez 1984, p. 51-56 e Raul FORNET-BETANCOURT, Problemas Atuais da Filosofia na Hispano-América. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 1993.

SIDEKUM, Antonio. Informe - O Programa do Diálogo da Ética do Discurso e a Filosofia da Libertação, Libertação-Liberación. Campo Grande - MS, N.1 (Ano 3) jan/dez 1993.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Os direitos naturais do homem e da família. Notas y Documentos. Venezuela, 63-64, p. 179/192, Jan/Dez 2002.

TORRES, C. La praxis educativa de Paulo Freire, Gernika México, 1992.

[1] DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 89-299.

[2] Ibidem, p. 530 et seq.

[3] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Os direitos naturais do homem e da família*. Notas y Documentos. Venezuela, 63-64, p. 179/192, Jan/Dez 2002, p. 179.

[4] LOWENTHAL, Anamaria Valiengo. *Exame da expressão 'a dignidade humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica*. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). *Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 333. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

[5] Ibidem.

[6] DUSSEL, Enrique. *América Latina - Dependencia y Liberación*. Buenos Aires, Fernando Garcia Cambeiro, 1973, p. 121

[7] Texto elaborado por Elizabeth Burgos, *Me llamo Rigoberta Menchu y así me nació la conciencia*, Siglo XXI, México, 1981.

[8] SIDEKUM, Antonio. *Informe - O Programa do Diálogo da Ética do Discurso e a Filosofia da Libertação, Libertação-Liberación*. Campo Grande - MS, N.1 (Ano 3) jan/dez 1993, p. 163-166. Conforme Dussel, "A ética ontológica parte do já sempre do mundo pressuposto; a Ética do Discurso parte da já sempre pressuposta comunidade de comunicação; a filosofia latino-americana do 'nós estamos' [formulada por Scannone] parte de uma cultura sapiencial popular afirmada e analisada desde uma interpretação hermenêutica. A Ética da Libertação tem por ponto de partida, em troca, a 'exterioridade' do horizonte ontológico ('realidade' mais além da 'compreensão do ser'), o mais além da comunidade de comunicação ou de uma mera sabedoria afirmada ingenuamente como autônoma ('estando' concreta e historicamente reprimida, destruída em seu núcleo criador, sendo marginal e dificilmente reproduzível, ignorar estes fatos é cair em uma 'ilusão')." Ibidem, p. 155.

[9] Ibidem.

[10] Ibidem.

[11] Citando inúmeros capítulos do relato de Rigoberta, comenta Dussel que "(...) o Outro oprimido e excluído não é uma realidade formal vazia: é um mundo pleno de sentido, uma memória, uma cultura, uma comunidade, o 'nós-estamos-sendo' como realidade 'resistente'." Ibidem, p. 156.

[12] DUSSEL, 2002, opus citatum, p. 93-145.

[13] Ibidem p. 440.

[14] TORRES, C. 1992. *La praxis educativa de Paulo Freire*, Gernika México, apud DUSSEL, opus citatum, p. 441.

[15] SIDEKUM, Antonio. *Informe - O Programa do Diálogo da Ética do Discurso e a Filosofia da Libertação, Libertação-Liberación*. Campo Grande - MS, N.1 (Ano 3) jan/dez 1993, p. 163.

[16] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela, Lisboa, 1986, p. 77.

[17] DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 111.

[18] *Ibidem*, p. 117.

[19] *Ibidem*, p. 43.

[20] QUESADA, Francisco M., *Posibilidad y limites de una filosofia latinoamericana*, in VÁRIOS. *La Filosofia en América...*, p. 167-172; Constança Marcondes CESAR, *Filosofia na América Latina - Polêmicas. Reflexão*. Campinas, N. 30 (Ano 9) set-dez 1984, p. 51-56 e Raul FORNET-BETANCOURT, *Problemas Atuais da Filosofia na Hispano-América*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 1993.

[21] *Ibidem*, apud Lévinas E. 1974, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Nijhoff, Haia (trad. esp. De outro modo que ser o más allá de la esencia, Sígueme, Salamanca, 1987), p. 45.

[22] *Ibidem*, p. 19.

[23] *Ibidem*, apud Lévinas E. 1964, *La signification et le sens, em Revue de Métaphysique et de Morali*, 2 (1964), p. 125-156.

[24] *Idem*, *Ibidem*, 1968, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, Nijhoff, Haia (trad. esp. *Totalidad e Infinito*, Sígueme, Salamanca, 1977, p. 34.

[25] *Ibidem*.

[26] DUSSEL, apud Lévinas, E., 1968, p. 175.

[27] DUSSEL, apud Lévinas, E., 1968, p. 183.

[28] Dussel, apud Lévinas, E., 1968, p. 158.

[29] *Ibidem*.

[30] *Ibidem*, apud Lévinas E. 1974, p. 64, 108, et.seq.

[31] *Ibidem*, apud Lévinas E. 1974, p. 69.

KELSEN, LEITOR DE KARL MARX: INTERPRETAÇÃO POSITIVISTA DA NOÇÃO MARXIANA DE DIREITO, ESTADO E DEMOCRACIA *

KELSEN, READER OF KARL MARX: POSITIVE INTERPRETATION OF THE MARXIST CONCEPT OF LAW, STATE AND DEMOCRACY

Éder Ferreira

RESUMO

Este artigo é resultado de pesquisa descritivo-bibliográfica, tendo como principais fontes as seguintes obras de Hans Kelsen: *Socialismo y Estado*; *Teoria comunista del derecho y del Estado*; e *A democracia*. O objetivo central da pesquisa foi identificar as críticas de Kelsen à concepção marxiana de direito, Estado e democracia. O trabalho consistiu no levantamento das críticas kelsenianas com posterior exposição dos argumentos que as sustentam. Como principal resultado pode-se citar que a crítica que Hans Kelsen interpõe à teoria marxista apóia-se na interpretação literal das definições de Estado e direito ao longo das obras de Marx. Sua crítica incide, principalmente, sobre o método; as relações entre realidade (infra-estrutura) e ideologia (superestrutura); e as contradições decorrentes de oscilação semântica no emprego de alguns termos como direito, Estado e democracia.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; ESTADO; DEMOCRACIA; SOCIALISMO; TEORIA MARXIANA

ABSTRACT

This article is the result of research-descriptive literature, with the main sources the following works of Hans Kelsen: *Socialism and State*; *Theory communist of right and state*; and *Democracy*. The central objective of the research was to identify the critical of Kelsen the marxist conception of law, state and democracy. The work consisted in the removal of the criticisms kelsenians with subsequent exposure of the arguments that contend. As the main result may be that a criticism of Hans Kelsen takes the Marxist theory is based on the literal interpretation of the definitions of state and right along the works of Marx. His criticism focuses, especially on the method, the relationship between reality (infrastructure) and ideology (superstructure) and the contradictions arising from fluctuation in the semantics of some terms such as employment law, government and democracy.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: LAW; STATE, DEMOCRACY, SOCIALISM; MARXIST THEORY

1. Introdução

O presente trabalho é resultado de pesquisa científica cujo objetivo central consistiu no estabelecimento dos contornos da crítica de Hans Kelsen à teoria marxiana, no que tange às categorias “direito”, “Estado” e “democracia”, localizando suas dimensões, influências e ligações mais evidentes. Quanto aos objetivos, esta pesquisa pode ser classificada, pois, como descritiva, ou seja, “é um levantamento das características conhecidas que compõem o fato/fenômeno/processo” (SANTOS, 2006, p. 26).

Como o objeto científico da pesquisa constitui questão filosófica (crítica kelseniana a textos marxianos), as fontes utilizadas foram livros e artigos científicos de autoria de Hans Kelsen, Karl Marx e de interpretes seus. Desse modo, quanto às fontes e aos procedimentos de coleta de dados, esta pesquisa situa-se no rol das pesquisas bibliográficas.

Apesar de ser uma pesquisa despreziosa quanto a seus objetivos – não se fecha sobre aspectos explicativos de causas de efeitos e as variações possíveis dessas ligações – sua importância reside no fato de que seu objeto – a crítica de Hans Kelsen à teoria marxiana – constitui assunto inexplorado na literatura nacional[1].

Vale destacar que Kelsen publicou três[2] importantes obras cuja discussão central incidia diretamente ou dependia do debate sobre as concepções de direito, Estado e democracia na obra de Karl Marx, a saber: *Socialismo y Estado*; *Teoria comunista del derecho y del Estado*; e *A democracia*, sendo que os dois primeiros textos não possuem versão traduzida para a língua portuguesa.

Em *Socialismo y Estado*, publicado pela primeira vez em 1923, Hans Kelsen intenta uma crítica à teoria política de Karl Marx centrada no exame do método, do conceito de Estado e da relação entre Estado e sociedade, mediante a interpretação d’*O manifesto do partido comunista* e de seus escritos políticos – principalmente *A questão judaica* e *A guerra civil na França*.

Já na obra *Teoria comunista del derecho y del Estado* (1955), Kelsen propõe uma crítica à teoria marxista apoiada na interpretação literal das definições de Estado e direito ao longo das obras de Marx. Sua crítica incide, principalmente, sobre o método; as relações entre realidade (infra-estrutura) e ideologia (superestrutura); e as contradições decorrentes da oscilação semântica no emprego de alguns termos como direito, Estado e democracia.

Por fim, na coletânea de textos denominada *A democracia* (1956), Kelsen, ao discutir os fundamentos da democracia, faz uma incursão acerca do “problema da economia e da democracia” que consiste na questão de determinar se existe uma relação essencial entre a democracia e um dos dois sistemas econômicos da modernidade: capitalismo e socialismo. Para tanto, a crítica kelseniana é focada, majoritariamente, no princípio da primazia do econômico sobre o político; na doutrina da transição (ditadura do proletariado como democracia); e na ausência de liberdade econômica no socialismo.

A proposta desta pesquisa foi, após uma exploração inicial sobre o tema, identificar a crítica kelseniana à teoria de Karl Marx, a partir da obra *Teoria comunista del derecho y del Estado*, a qual sintetiza em seu primeiro capítulo o conjunto das críticas opostas aos textos marxianos nas três obras destacadas (*Socialismo y Estado*; *Teoria comunista del derecho y del Estado*; e *A democracia*).

Foram, pois, identificadas – no trecho selecionado da obra *Teoria comunista del derecho y del Estado* – todas as críticas elaboradas por Kelsen em desfavor das construções teóricas de Karl Marx. Essas críticas foram, então, dispostas conforme apareciam no desenvolvimento do texto kelseniano mediante a intervenção de observações acerca dos argumentos utilizados na formação de referidas críticas. Dentre essas observações, conforme se verificava a homogeneidade e a importância da discussão, foram introduzidos comentários sobre os argumentos e as análises empreendidas por Kelsen nas demais obras destacadas (*Socialismo y Estado*; e *A democracia*).

O fato de ter adotado uma obra – *Teoria comunista del derecho y del Estado* – como referência à crítica de Kelsen ao marxismo não prejudicou a pesquisa uma vez que – exceto pela maior tensão intelectual existente em *Socialismo y Estado*, pois fora produzida enquanto era construída a teoria pura do direito – as críticas teórico-políticas e teórico-jurídicas dirigidas ao marxismo permaneceram, ao longo das obras, globalmente invariáveis, garantindo um caráter unitário à crítica kelseniana (MANERO, 1986, p.193)[3].

Antes de iniciar o percurso pelas críticas à teoria marxiana, é necessário lembrar que Kelsen é um intérprete formalista, isto é:

1. prefere sempre a interpretação literal e não se aventura a indagar a “vontade do legislador” (neste caso do autor criticado); 2. Tendenciosamente atribui às palavras significados não deduzidos do contexto, mas extraídos de uma linguagem extra-textual já codificada (a linguagem da *Teoria Pura do Direito*); 3. Não assinala quase nunca oscilações léxicas e imprecisões semânticas. (GUASTINI, 1989, p. 81 – livre tradução)

Isso quer dizer que a crítica kelseniana é limitada ao cotejamento de definições marxianas (como direito, Estado, democracia, por exemplo) situadas em diferentes obras, mas desconsiderando-se o contexto em que são empregadas. É, pois, em geral, uma crítica lógico-literal.

Outro aspecto que merece menção é o fato de que Karl Marx não elaborou “uma abordagem mais precisa e completa do próprio Direito, enquanto processo inserido no fluxo histórico-social” (WOLKMER, 2000, p.152), e que “toda vez que o intérprete ou Marx mesmo, em textos diferentes ou até no mesmo texto, põem, sob o termo único – Direito – coisas diversas e isoladas, em lugar da totalidade dialética do fenômeno jurídico” (LYRA Fº *apud* WOLKMER, 2000, p.152).

Feitas as advertências, os resultados podem ser conferidos nas páginas subsequentes.

2. Apontamentos críticos de Hans Kelsen aos textos marxianos

Hans Kelsen, no Capítulo I – *La Teoría del Estado y del derecho de Marx-Engels* – da obra *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*, de 1955, centra sua crítica na opção epistemológica da teoria marxiana do direito e do Estado, a qual se desdobra em 28 pontos de crítica, levando em consideração a análise da realidade social soviética, a partir do conjunto das obras de Marx e Engels, em especial a *Contribuição à crítica da economia política*, *O Capital* e a *Origem da família, da propriedade privada e do Estado*.

Kelsen, já no prefácio da obra, indica que a crítica empreendida em relação à teoria comunista do direito e do estado possui caráter exclusivamente científico, isto é, isenta de juízos de valor, quer moral, quer político.

Meus estudos intentam uma crítica científica, isto é objetiva, que não envolve nenhum juízo de valor moral ou político em favor ou contra o sistema social comunista, o qual deve ser distinguido, como realidade social, de sua ideologia. É lógico que toda crítica pressupõe um valor; mas o valor pressuposto por uma crítica científica não é um valor moral ou político, mas sim lógico; o valor de verdade, não de justiça. (KELSEN, p. 9-10, 1957 – livre tradução)

No trecho acima, o jurista austríaco esclarece o tipo de ciência a que ele se refere, a ciência positiva, caracterizada pela cisão entre ciência e política e cujo método empregado é o lógico. Pretende, pois, que sua análise crítica seja objetiva, isto é, livre dos pré-juízos de ordem ético-política, diferentemente da proposta marxista de ciência.

Kelsen afirma, ainda, existir expressiva influência do *materialismo histórico*[4] sobre as ciências sociais no século XX, embora discorde de tal perspectiva sob a acusação de que, na União Soviética, tenha *degradado a ciência ao papel de cúmplice do poder*. Essa crítica inicial à não-objetividade da ciência na perspectiva do marxismo aparece estampada no trecho que segue:

Existe, por parte de quem se dedica às ciências sociais, certa propensão a reduzir as relações humanas que a ética e o direito apresentam como deveres, responsabilidades ou direitos estabelecidos por normas legais ou morais, a relações fáticas e de poder político ou econômico; e a caracterizar os juízos de valor sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, como posições relativas a fatos observáveis mediante a psicologia individual ou social, em lugar de interpretá-los como juízos de conformidade ou desconformidade com uma norma que se propõe válida. (KELSEN, p. 13, 1957 – livre tradução)

Claro está, no texto de Kelsen, o corte epistemológico conferido à teoria jurídica em sua concepção: a norma como objeto de estudo do direito e, portanto, como limite à interpretação científico-jurídica, em cuja essência está assente a indiferença à historicidade, à legitimidade, à eficácia e ao resultado da aplicação da norma, dentre outros fatores considerados meta-jurídicos.

Mas antes de adentrar, com mais vagar, na discussão sobre o método, Hans Kelsen preocupa-se com as definições de “Estado” e “direito” no conjunto da obra de Marx e

Engels. Tais definições ensejaram o primeiro ponto de crítica de Kelsen (1957, p. 22 – livre tradução): “o Estado e o Direito são fenômenos sociais pertencentes à infra-estrutura, ou seja, à base real, ou à superestrutura ideológica?”.

Para compreender o primeiro ponto de crítica kelseniana à teoria comunista do direito e do Estado, é necessário identificar o lugar da infra-estrutura e da superestrutura na teoria marxista.

De acordo com Kelsen (1957, p. 17 – livre tradução), a teoria marxista do direito está vinculada de modo inseparável da teoria do Estado, as quais se baseiam na idéia de que a produção econômica e suas relações sociais correspondentes determinam a origem e o fim do Estado, isto é, “nenhum de ambos fenômenos é um elemento essencial da sociedade humana; existem apenas sob condições econômicas específicas”. Essas condições, conforme aponta Wolkmer (2002, p. 146), referindo-se à crítica de Kelsen à Marx, coincidem com o contexto de uma sociedade dividida em duas classes antagônicas: os exploradores, proprietários dos meios de produção e os trabalhadores, explorados.

Nessa sociedade de classes, o Estado e o direito constituem uma máquina coercitiva que pretende conservar a exploração de uma classe sobre a outra, ou seja, Estado e direito são instrumentos de dominação da classe exploradora, a qual se torna, pois, classe dominante politicamente.

Kelsen (1957, p. 18 – livre tradução), interpretando a teoria marxista do direito e do Estado, afirma que, para Marx, “o poder político da burguesia é efeito de seu poder econômico; que a burguesia chega a ser a classe politicamente dominante porque é a classe economicamente dominante”.

Essa primazia da economia sobre a política, que caracteriza a interpretação materialista da sociedade, possui assento na metáfora marxiana acerca da superestrutura política e jurídica fundada a partir das *relações de produção*[5], que constituem a estrutura econômica da sociedade[6].

As ‘ideologias’ formam a superestrutura, enquanto a base, a infra-estrutura, representa a realidade social. [...] As ‘superestruturas’ são ‘formas de consciência social’ que Marx caracteriza mais adiante como ‘formas ideológicas nas quais os homens tomam consciência’ da realidade social. Admite-se habitualmente que Marx, ao referir-se a ‘superestruturas jurídicas e políticas’ refere-se ao direito e ao Estado. (KELSEN, 1957, p.19 – livre tradução)

Assim, a ideologia significa para Marx, segundo Kelsen (1957, p. 23), o conteúdo da consciência humana sobre a realidade (social) que se forma em sua mente; mas a consciência ideológica é falsa[7], justamente por ser determinada pela situação social do homem em cuja mente esteja refletida a realidade, especialmente pelos interesses da classe à qual ele pertença.

A isso equivale dizer que a existência social determina a consciência, no sentido de que uma mudança nas condições de existência material, nas relações sociais acarreta uma

mudança nas idéias, concepções e conceitos humanos. Marx compara a consciência humana a um espelho que reflete a realidade, admitindo que a existência social provoque distorções neste espelho.

Uma ideologia é uma forma de consciência que reflete a realidade social de uma maneira deformada, que cria falsamente algo que não existe na realidade, que vela a realidade ou parte de dela em lugar de desvelar-lhe; é um engano e até um auto-engano e, sobretudo, é uma consciência ilusória. (KELSEN, 1957, p. 21 – livre tradução)

Marx admite, pois, haver uma contradição entre realidade e consciência ideológica, advertindo para a necessidade da ciência como meio de desvelar a realidade, superando a ideologia.

Hans Kelsen (1957, p.21) qualifica como “ingênua opinião epistemológica” a de que a consciência do homem reflita a realidade social, sintetizando-a em duas expressões marxianas ditas, por ele, famosas: “O modo de produção na vida material determina o caráter geral do processo social, político e espiritual da vida” e “Não é a consciência (Bewusstsein) dos homens que determina sua existência (Sein), mas pelo contrário sua existência social (gesellschaftliches Sein) que determina sua consciência” (Marx apud Kelsen, 1957, p.21-22 – livre tradução).

Mas o jurista austríaco, ao cotejar essas expressões, reconhece que ambas não são iguais. Identifica em cada uma delas o fator determinante e o determinado: na primeira, somente o modo de produção é determinante e o processo espiritual, o social e o político são determinados; na segunda, a existência social íntegra é determinante e somente é determinado o processo espiritual da vida (consciência). Organizando essa análise em uma tabela, temos:

Tabela 1 - Opinião epistemológica marxista

Expressão marxiana “ingênua”	Fator determinante (infra-estrutura)	Fator determinado (superestrutura)
“O modo de produção na vida material determina o caráter geral do processo social, político e espiritual da vida.”	Modo de produção.	de Processo espiritual, o social e o político.
“Não é a consciência (Bewusstsein) dos homens que determina sua existência (Sein), mas pelo contrário sua existência social (gesellschaftliches Sein) que determina sua consciência.”	Existência social íntegra.	Processo espiritual da vida (consciência).

Fonte: KELSEN, Hans. Teoría comunista del derecho y del Estado. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 22.

O direito e o Estado, segundo Kelsen (1957, p. 22), são instituições sociais e, como tal, constituem o processo social e político da vida. Assim, conforme a *tabela 1*, na primeira expressão, o direito e o Estado integram a superestrutura da realidade social, enquanto na segunda expressão integram a infra-estrutura social. Kelsen afirma haver, então, quanto à relação entre realidade e ideologia na teoria marxista, uma “estranha ambigüidade”, a saber, se Estado e direito pertencem à super- ou à infra-estrutura social.

Essa questão desdobra-se, então, conforme se oriente pela primeira ou pela segunda expressão da opinião epistemológica marxiana. Se considerarmos a segunda expressão, por exemplo, isto é, “Não é a consciência dos homens que determina sua existência, mas pelo contrário sua existência social que determina sua consciência”, resta impossível que haja uma consciência verdadeira, já que a consciência do homem é ideológica por estar determinada por sua existência social.

Esse constitui o segundo ponto de crítica kelseniana à teoria marxiana do direito e do Estado: “Não pode haver nenhuma teoria da realidade em geral, e da realidade social em particular que seja verdadeira, isto é, objetiva” (KELSEN, 1957, p. 22-23). Isso porque a afirmação de que “a existência social determina a consciência do homem” deve ser uma teoria verdadeira, isto é, não determinada pela existência social de quem fez a afirmação.

Dessa constatação lógica kelseniana, surge o terceiro ponto de crítica que pode ser resumido na seguinte afirmação: “não se pode duvidar que Marx apresente sua teoria social como uma descrição não-ideológica, correta, da realidade social; como uma ciência” (KELSEN, 1957, p.23). Marx, segundo Kelsen, recusa que sua existência social tenha determinado sua consciência, ao produzir sua teoria social.

Ainda, no que se refere à relação entre realidade e ideologia na teoria marxista, Kelsen antecipa algumas discussões, adiantando que Marx pretende explicar as deficiências de uma consciência ideológica por meio da explicação das deficiências da realidade social sob as quais ela (consciência ideológica) foi erigida. Mas, se Marx admite que na sociedade comunista perfeita do futuro não haverá consciência ideológica e sim consciência, isto é, ciência; então, a ciência – conteúdo da consciência – deve ser concebida como ideologia, não no sentido depreciativo do termo, mas no sentido de que a consciência é diferente de seu objeto – a realidade social. Eis, assim, o quarto ponto de crítica kelseniana: “O vocábulo ideologia pode ser utilizado não apenas no sentido de uma consciência falsa, ilusória, mas também no sentido de uma consciência cientificamente correta” (KELSEN, 1957, p. 23 – livre tradução).

Outra questão suscitada por Kelsen no campo da contradição entre realidade e ideologia refere-se à descrição de Marx-Engel, n’*O Manifesto do Partido Comunista*, de que “uma parte da burguesia, e em particular uma parte dos ideólogos burgueses, que tenham se elevado a um nível suficiente para compreender teoricamente o movimento histórico em seu conjunto, convertem-se em proletariado” (MARX *apud* KELSEN, 1957, p. 23 – livre tradução).

Com essa conversão, os ideólogos burgueses passariam a produzir a verdadeira ciência do movimento histórico, ao invés de ideologia. Essa questão ensejou o quinto ponto de crítica de Kelsen à teoria marxista, que consiste em: “como é possível tal metamorfose, como podem os ideólogos escapar à lei fundamental segundo a qual sua existência

social, ou seja, o fato de pertencer à classe burguesa, determina sua consciência social?” (KELSEN, 1957, p. 24 – livre tradução). Para o jurista austríaco, isto seria “um milagre”.

Mas, retornando à questão inicial, o direito e o Estado na teoria marxista integram a realidade social ou a consciência ideológica? Examinemos, pois, o Estado e o direito como realidade. Para apreciar essas duas categorias, Kelsen parte de uma constatação de Marx na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, obra na qual a religião, ideologia típica e mais característica, aparece como “teoria geral deste mundo”, “consciência perversa do mundo”, “o ópio do povo”, “uma ilusão” (MARX *apud* KELSEN, 1957, p.24 – livre tradução). Nesta obra, Marx afirma, ainda, segundo Kelsen, que a religião e a ciência constituem a existência teórica do homem em contraposição à sua existência prática (realidade).

A partir dessas considerações, Kelsen conclui que apenas podem constituir ideologias uma teoria, uma função do conhecimento, uma forma de consciência e não o seu objeto, isto é, a realidade.

Portanto, apenas determinada – falsa – teoria do Estado ou determinada – ilusória – filosofia do direito, não o Estado ou o direito, podem ser concebidos como ideologias. [...] Aqui o Estado é apresentado como uma realidade social sobre a qual se erige, como superestrutura ideológica, uma ilusória filosofia legal. (KELSEN, 1957, p. 24-25 – livre tradução)

Essa assertiva constitui o sexto ponto crítico de Kelsen à teoria marxista, ou seja, o Estado e o direito, segundo o jus-filósofo positivista, não podem ser considerados ideologias uma vez que integram a realidade social sobre a qual são produzidas determinadas teorias do Estado e filosofias do direito, respectivamente. Kelsen, na realidade, aproveitou a distinção marxiana entre ideologia e realidade, para distinguir Estado de teoria do Estado e direito de filosofia do direito. Essa distinção aparece claramente no texto de Wolkmer:

Kelsen adverte para certa balbúrdia que surge entre a “teoria especial do direito” (ideologia jurídica como função do pensamento e do imaginário dos juristas burgueses/certo modo invertido de interpretação das normas) e o Direito em si (criado por um legislador e aplicado pelos tribunais, não sendo produto de ideólogos e doutrinas “ideológico-especulativas”). (WOLKMER, 2000, p.147)

Nesse sentido, o Estado e o direito apresentam-se como realidade social, isto é, infra-estrutura sobre a qual se fundam as ideologias (teoria do Estado ou filosofia do direito). “O direito não é uma expressão falsa e ilusória, uma expressão que se encontra em contradição com o objeto que expressa. A expressão da realidade econômica que é o direito está em harmonia com a realidade, corresponde à realidade” (KELSEN, 1957, p. 25-26 – livre tradução).

Marx rejeita, então, a idéia de que os soberanos produzem as leis que regulamentam a economia, afirmando que, ao contrário: “A legislação, tanto política, quanto civil, não pode senão expressar a vontade das relações econômicas” (MARX *apud* KELSEN, 1957, p. 26 – livre tradução).

Inicialmente, Kelsen critica a expressão “vontade das relações econômicas” atribuindo-lhe o predicado de “metáfora bastante problemática”. Depois, considerando que o direito seja expressão das relações econômicas; se essa expressão é correta, isto é, se corresponde à realidade econômica, não há que se falar em direito como ideologia (falsa correspondência com a realidade).

O direito é, pois, segundo Marx, reflexo das relações de produção, mas produz, também efeitos sobre a realidade, conforme se pode ler n’*O Capital*:

Ao fazer madurar as condições materiais e a combinação em escala social do processo de produção, [o direito] faz madurar as contradições e antagonismos do modo capitalista de produção, e com isto fornece, junto com os elementos para formar uma nova sociedade, a força para fazer explodir a antiga. (MARX *apud* KELSEN, 1957, p. 26 – livre tradução)

Kelsen (1957, p.27) acredita que Marx, ao acentuar essa harmonia entre a lei e as relações de produção, caracteriza a lei positiva como lei natural. Nesse sentido, Kelsen afirmou ser “uma ironia o fato de que Marx tome de Hegel precisamente esta negação do dualismo entre realidade [Wirklichkeit] e valor e apresente seus postulados ético-políticos revolucionários como leis de desenvolvimento que se realizam por uma vontade natural” (KELSEN, 1982, p.184).

Para reforçar seu argumento, o filósofo do direito, cita um trecho em que Marx afirma que as leis inglesas que regulam as fábricas são produtos tão necessários à indústria moderna como os fios de algodão, os dispositivos automáticos e o telégrafo elétrico. Marx admite que se uma lei não estiver em harmonia com as condições reais de produção, perde sua eficácia.

Aí está enunciado o sétimo ponto da crítica de Kelsen à teoria de Marx: “a lei é um efeito da realidade econômica e tem, por sua vez, efeitos sobre essa realidade, ou seja, se a lei está dentro da cadeia de causas e efeitos, está dentro da realidade, e pertence, portanto à infra-estrutura da superestrutura ideológica” (KELSEN, 1957, p.27 – livre tradução).

Por outro lado, no *Manifesto do Partido Comunista*, Marx refere-se ao Estado e ao direito como categorias integrantes da superestrutura ideológica, juntamente com a religião, a moral e a filosofia[8]. Marx chegou a afirmar que o direito é apenas um “sintoma”, uma expressão de outras relações, nas quais está baseado o poder do Estado (relações de produção).

Disso decorre o oitavo ponto de crítica positivista sobre a teoria marxiana: “Se o direito forma parte da superestrutura ideológica como algo diferente da infra-estrutura e oposta a esta, que é a realidade social constituída pelas relações econômicas, não pode ser

efeito dessas relações e, em especial, não pode ter, por sua vez, efeitos sobre elas” (KELSEN, 1957, p. 30 – livre tradução).

Ora, se o direito interage com a economia que constitui a base real – infra-estrutura da realidade social – direito e economia são integrantes da realidade social. Então não se aplica a esses fenômenos sociais, segundo Kelsen, os planos da infra- e superestrutura.

A questão desdobra-se, então, em outra (nona crítica de Kelsen a Karl Marx), a saber: “a ideologia é ‘realidade’ no mesmo sentido que as relações econômicas que Marx identifica com a realidade; e Marx necessita identificar a realidade com as relações econômicas a fim de opor estas relações, como ‘realidade’, àquelas que deseja desacreditar como ‘ideologia’; sobretudo a religião” (KELSEN, 1957, p.31 – livre tradução).

Ora, se há acontecimentos, por meio dos quais o direito é criado ou aplicado que influem na vida social, e do mesmo modo a vida social influi na formação do direito, então, de acordo com o jurista austríaco, na realidade social há elementos econômicos e legais em uma relação de interação ou interdependência. Assim, direito e Estado são da mesma ordem que as relações de produção (economia), constituindo estratégia da teoria marxiana o tratamento conferido às demais relações como ideologia, para criticá-las.

Em verdade, Kelsen entendeu haver uma verdadeira confusão entre direito e teoria do direito em Marx. Assim, reforçando a questão (sexto ponto de crítica) de que Estado e direito integram a realidade social e que as teorias sobre esses fenômenos é que podem receber, ou não, o predicado de consciência ideológica, Kelsen formulou o décimo ponto de crítica ao materialismo dialético:

Se a função característica de uma ‘ideologia’ consiste em representar erroneamente a realidade, refletir – como um espelho defeituoso – a realidade em forma desvirtuada, nem o Estado nem o direito como instituições sociais reais podem ser ideologias. Apenas uma teoria como função do pensamento, mas também da vontade, pode ser uma ideologia. (KELSEN, 1957, p. 32 – livre tradução)

Para explicar esse ponto considerado contraditório na teoria marxiana, o jus-filósofo positivista centra-se na análise do fenômeno “direito”. Segundo Kelsen, quando Marx aborda o “direito”, na verdade está se referindo a certa teoria do direito, a uma interpretação do fenômeno jurídico e não ao direito em si.

Isso ocorre porque Marx dedicou-se à crítica da moral e do direito, enquanto normas de vida produzidas pela classe dominante aplicáveis, por generalização/extensão à classe dominada, como meio de manter as condições sociais dadas e como instrumento de dominação. O direito enquanto norma, vale dizer, é o direito como valor moral, ordem justa. Daí a afirmação que o direito é uma ideologia, quando, em verdade, segundo Kelsen, a interpretação dos ideólogos burgueses acerca do direito é que se caracteriza como ideologia na medida em que, para eles, o direito é uma norma e, portanto, justo.

Ou seja, o direito é ideologia porque o legislador, mesmo refletindo as relações econômicas, imagina que o direito criado é expressão de um *princípio a priori*, isto é, de um princípio que não possui influência da história, da cultura, da economia, enfim, de um princípio que possui validade universal. Essa imaginação deformada (teoria) de que o direito advém de princípios *a priori* é que constitui uma ideologia.

Então, a ideologia jurídica seria a idéia dos legisladores de que o direito é expressão de princípios *a priori*. Então, Kelsen interpõe o décimo primeiro ponto de crítica à teoria marxina do direito: “Mas há criadores de direito burguês e juristas burgueses que não crêem, nem fazem os demais crer, que o direito é a expressão de princípios *a priori*, pois não crêem na existência de princípios *a priori* de direito” (KELSEN, 1957, p. 33 – livre tradução).

Desse modo, Kelsen afirma que a confusão de Marx ocorre na medida em que ele, assim como os ideólogos burgueses, identifica direito com valores morais e, portanto, direito com justiça. Diferentemente, foi a postura adotada por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* que, segundo o próprio autor, constitui uma teoria burguesa do direito de caráter anti-ideológico, uma vez que identifica o direito como norma, não em sentido moral, mas em sentido lógico, isto é, de vinculação entre condição e consequência nas regras de direito. Desse modo, para Kelsen, a ciência do direito descreve – como toda ciência – o seu objeto de conhecimento, o direito que é uma realidade: a realidade jurídica.

Assim, outra questão observada por Kelsen, que suscitou o décimo segundo ponto de crítica à teoria comunista do direito, diz respeito à relação entre direito e realidade:

Se a relação entre uma norma jurídica que prescreve ou permite certa conduta humana real que corresponde a essa norma, é comparada com a relação entre um objeto real e a sua imagem refletida em, ou por, um espelho, a norma jurídica como idéia na mente do homem, ou na consciência do homem, não representa o papel de espelho que reflete a imagem de um objeto depois que esse objeto tenha sido colocado ante o espelho. Pois primeiro há que se estabelecer a norma e só então pode haver uma conduta real que corresponda a essa norma, é dizer, uma conduta real similar à prescrita ou permitida pela norma jurídica. (KELSEN, 1957, p. 35 – livre tradução)

É que, para Kelsen, a conduta real é que reflete a norma, ou a conduta por ela descrita, não podendo, pois, ser o direito reflexo da realidade. A tabela abaixo pode esclarecer a questão:

Tabela 2 - Norma Jurídica e Conduta Real na metáfora marxiana do espelho

Teoria	Objeto real	Reflexo
Comunista (Karl Marx)	Conduta humana (relações de produção)	Direito
Positivista (Hans Kelsen)	Direito (como norma posta)	Conduta humana

Fonte: KELSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 35.

Conforme enuncia a *tabela 2*, Karl Marx pretende que o direito seja reflexo das relações de produção (infra-estrutura), mas Kelsen afirma que o direito é pré-existente às condutas humanas, exemplificando que a própria criação de normas jurídicas depende de uma norma anterior, ou seja, a conduta que é o reflexo da norma, não podendo haver distorção entre objeto real e reflexo, uma vez que a conduta deve guardar conformidade com a descrição da norma. Para Kelsen não há, pois, espaço para o emprego do termo “ideologia” – no sentido marxiano – no que tange à relação entre a conduta real e o direito como norma jurídica.

Nesse sentido – direito como norma posta – Kelsen fala em realidade jurídica, uma vez que o significado dos atos de conduta tem lugar no tempo e no espaço (regras espaço-temporal de aplicação de normas, isto é, territorialidade e vigência) e uma ordem jurídica somente é válida se a conduta humana por ela regulada corresponder exatamente a essa ordem.

Após definir “realidade jurídica”, Kelsen a diferencia da “realidade natural”: a partir desta, a conduta humana é interpretada de acordo com as leis de causalidade; e segundo aquela, de acordo com as normas jurídicas, conforme demonstra a tabela abaixo:

Tabela 3 - Realidade Jurídica e Natural

Espécie de Realidade Fato interpretado Paradigma de interpretação

Natural	Conduta humana	Leis de causalidade
Jurídica	Conduta humana	Normas Jurídicas

Fonte: KELSEN, Hans. Teoría comunista del derecho y del Estado. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 36.

Diferentemente, Hegel, segundo Kelsen, embasado em uma perspectiva religiosa, no entanto, equipara a realidade jurídica à natural ao afirmar que a realidade natural surge em conformidade com uma norma divina, transcendente, ou seja, emanada do espírito universal – ser supremo. É que, para Hegel, o mundo real é o reflexo da idéia do espírito universal – deus.

Essa postura de Hegel é criticada por Marx que, ao contrário, como já fora mencionado, acredita que as idéias formuladas na cabeça do homem sobre a realidade natural são um mero reflexo dessa realidade. Nesse ponto, Kelsen concorda com Marx, embora não admita a aplicação desse mesmo raciocínio quanto à realidade jurídica, uma vez que a conduta real é a realização do direito – conduta conforme a norma jurídica.

Desse modo, Kelsen afirma que a teoria marxista da ideologia é duplamente contraditória: de um lado, porque considera direito e Estado ora como pertencentes à superestrutura, ora como à infra-estrutura; por outro lado, porque o antagonismo entre realidade e ideologia às vezes é apresentado como imanente à própria realidade. Kelsen apõe, assim, sua décima terceira crítica à teoria marxiana:

Se a idéia é imanente à realidade e forma portanto parte dela, a realidade se compõe de dois elementos muito heterogêneos; e se a idéia adquire caráter de ‘ideologia’, como algo contraditório com a realidade, a especulação chega ao conceito absurdo de uma realidade contraditória consigo mesma. (KELSEN, 1957, p. 37-38 – livre tradução)

Essa crítica parte da formulação marxiana de que há uma contradição entre a forma visível em que aparecem as coisas (aparência) e a verdadeira essência, velada pela superfície ilusória, constituindo tarefa da ciência descobrir os fenômenos disfarçados pela aparência externa. Nesse sentido, a ideologia reflete apenas a aparência externa, com a crença de que esta seja a realidade (essência). Assim, Kelsen conclui que a contradição existe entre as formas de pensar a realidade, não na realidade em si, afirmando ser um “absurdo” que a realidade seja contraditória a si mesma.

Segundo Kelsen, essa construção deve-se ao fato de que tenha sido projetada na realidade uma ideologia que a contradiz. Desse modo, o jurista austríaco faz uma constatação, aqui caracterizada como a décima quarta crítica ao materialismo dialético:

A contradição em que pensa não é a contradição da realidade consigo mesma, mas a contradição de duas ideologias opostas. [...] Em conseqüência, não há autocontradição dentro da realidade representada pelo Estado, mas uma contradição entre duas ideologias, a capitalista e a socialista. (KELSEN, 1957, p. 40-41 – livre tradução)

A explicação de Kelsen dá-se a partir da análise de Marx quanto à contradição do Estado. Segundo Marx (*apud* KELSEN, 1957, p. 41 – livre tradução), o Estado pretende realizar a razão, havendo, então, uma contradição entre seu destino ideal e suas condições reais: “Desse conflito do Estado político consigo mesmo em todas as partes, pode fazer-se surgir a verdade social”.

Kelsen assevera que não é o Estado que pretende realizar a razão, mas uma teoria apologética do Estado (burguesa). Do mesmo modo, a contradição entre “realidade existente” (capitalismo) e “realidade verdadeira” (socialismo) revela o ideal marxiano. Assim, tais teorias do Estado constituem ideologias e não o Estado em si. Existe, na verdade, para Kelsen, uma contradição entre duas ideologias: a capitalista e a socialista.

Kelsen constata, então, haver duas versões da doutrina da ideologia na obra de Karl Marx, conforme se pode observar na tabela abaixo:

Tabela 4 – Versões da doutrina da ideologia em Marx

Doutrina da ideologia	Contradição essencial Ideologia	Explicação
1ª Versão	Superestrutura X Infra-estrutura Direito	Uma teoria ideológica apresenta o direito como norma.
2ª Versão	Realidade social em autocontradição Realidade existente	A realidade existente (aparência) oculta a realidade verdadeira

(essência).

Fonte: KELSEN, Hans. Teoría comunista del derecho y del Estado. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 41-2.

Explicitando o conteúdo da *tabela 4*, tem-se que, de acordo com a primeira versão, uma contradição básica entre a estrutura ideológica e a realidade, constituindo o direito uma ideologia, uma vez que se apresenta como norma, isto é, um valor moral; conforme a segunda versão, a realidade apresenta uma autocontradição entre “realidade existente” e “realidade verdadeira”, em que esta é ocultada por aquela e, nesse caso, a realidade verdadeira é uma norma correspondente ao ideal marxista de justiça.

É justamente com base na segunda versão da doutrina da ideologia que Kelsen formula o décimo quinto ponto de crítica a Marx, assim sintetizado: “Quando Marx aplica ao Estado a distinção entre a realidade existente, meramente externa, e a realidade verdadeira, oculta como *Sollen*, destino ideal da realidade, adota exatamente o mesmo esquema interpretativo que a doutrina do direito natural” (KELSEN, 1957, p. 42 – livre tradução).

A doutrina do direito natural, segundo Hans Kelsen, caracteriza-se por três elementos: 1º) pressupõe que a justiça/razão é imanente à realidade apresentada como natureza; 2º) é possível deduzir da natureza o direito justo/natural; 3º) constitui tarefa da ciência do direito descobrir referido direito natural oculto na natureza.

A comparação entre a doutrina comunista do direito e a doutrina natural pode ser encontrada na tabela abaixo:

Tabela 5 - Doutrina comunista e natural do direito

Doutrina do Direito	Imanência da Justiça	Justiça dedutível	é Tarefa da ciência	Homem
Comunista	Realidade econômica	Relações de produção	Desvelar a realidade verdadeira disfarçada pela realidade existente	Livre (pré-história)
Natural	Realidade natural	Natureza	Descobrir o direito natural ocultado na natureza	Livre (naturalmente)

Fonte: KELSEN, Hans. Teoría comunista del derecho y del Estado. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 42.

O conteúdo da *tabela 5* revela, segundo Kelsen (1957, p.43), que a teoria comunista do direito “é genuína doutrina de direito natural”. A conclusão kelseniana se dá pelo fato de que, tanto na doutrina do direito natural, quanto na comunista, somente se pode deduzir da natureza ou da realidade social uma pressuposição que tenha sido projetada

previamente sobre ela, isto é, a justiça não é deduzida da natureza ou da realidade social, mas da consciência do jurista[9].

Quanto ao homem, a doutrina do direito natural o considera naturalmente livre, por vontade divina. E, como o homem é a imagem de deus, ele é, por natureza, bom/justo (existe uma identidade entre liberdade e justiça). Assim, o mal não tem origem na natureza do homem, mas fora dele. A serpente do Éden, de acordo com Kelsen, simboliza a exterioridade do mal. A postura de Marx parece ser coincidente com a adotada pela doutrina do direito natural, segundo Kelsen, na medida em que acredita que os defeitos da existência humana não têm origem na natureza humana, mas em circunstâncias exteriores à sua vida (relações de produção).

Igualmente, ambas as doutrinas acreditam na pré-existência de um estágio em que o homem era perfeitamente livre (estado de natureza ou pré-história) que se restabelecerá (Estado político desenvolvido ou comunismo).

Kelsen propõe, então, a décima sexta crítica à teoria comunista: “A filosofia social de Marx é, em seus pontos essenciais, uma doutrina de direito nacional” (KELSEN, 1957, p. 45 – livre tradução). Isto é, segundo Kelsen, o Estado (nacional) possui papel fundamental na teoria marxiana já que é nele que a liberdade será restabelecida mediante a coletivização (estatização) da propriedade dos meios de produção. Por isso, a teoria comunista do direito de Marx é considerada não apenas uma doutrina de direito natural, mas também de direito nacional.

Mas há, na teoria marxiana, uma identidade entre o Estado e a contradição entre as *forças produtivas*[10] e as relações de produção, uma vez que no comunismo o fim de tal contradição coincide com o fim do Estado. A harmonia, em que se encontram as forças produtivas e as relações de produção no comunismo, informa a inexistência de contradição da realidade consigo mesma, razão pela qual implica a inexistência de uma superestrutura ideológica.

Ademais, já fora mencionado que o Estado, na teoria comunista, é um poder estabelecido com a finalidade de manter o conflito entre a classe dominante e a dominada, nos limites da ordem, ou seja, o Estado é instrumento de dominação. Isso implica que a contradição da sociedade em si é a contradição entre as classes sociais (burguesia e proletariado).

Essa é a décima sétima questão posta por Kelsen como uma falha da teoria marxiana do direito e do Estado: “A contradição da sociedade, que é a condição de existência do Estado, é aqui a contradição entre duas classes, não a contradição entre as forças produtivas e as relações de produção” (KELSEN, 1957, p. 48 – livre tradução).

Em verdade, conforme Kelsen, essas contradições relacionam-se, e ambas, se consideradas no período de transição para o comunismo (ditadura do proletariado), revelam que o Estado como integrante da realidade social não representa necessariamente uma roupagem ideológica, porque, nessa etapa, o Estado não apresenta nenhuma classe de pretensões e se apresenta como a ditadura de um grupo sobre outro (não há divisão da sociedade em classes). Isto é, não há contradição entre o aparente e o verdadeiro, não deixando de existir, no entanto, o Estado.

Durante essa transição de ditadura do proletariado, o poder político da sociedade é o poder da maioria (proletariado), conquistado pela revolução que é um meio exclusivamente político. Nesse caso, o poder político não advém do poder econômico, mas ao contrário, o poder econômico é efeito do poder político adquirido por meio da revolução, com a finalidade de arrancar da burguesia a propriedade dos meios de produção e concentrá-la no Estado (coletivização).

Com base nessa tese marxiana, Kelsen averigua a existência do décimo oitavo ponto controverso na teoria marxista do direito e do Estado: “isto significa a primazia do político sobre econômico, a qual é dificilmente compatível com uma interpretação econômica da sociedade” (KELSEN, 1957, p.50 – livre tradução).

É que, durante referida ditadura, enquanto não são totalmente abolidas as classes sociais (processo gradual), ainda existe, em certa medida, o proletariado como classe politicamente dominante e economicamente dominada e a burguesia como classe politicamente dominada e economicamente dominante, o que representa, segundo Kelsen, um abandono da interpretação econômica da sociedade.

Então, tomado o poder pelo proletariado e, uma vez abolidas a exploração e, por conseguinte, as classes e coletivizada a propriedade dos meios de produção, a interferência do poder estatal limitar-se-á a eliminação dos resquícios do sistema capitalista e a completar a socialização dos meios de produção.

O Estado, assim, é caracterizado como meio coercitivo de eliminação da exploração, o que instigou a décima nona crítica de Kelsen à teoria de Marx:

A contradição que resulta em definir o Estado como um mecanismo coercitivo para manutenção da exploração e, ao mesmo tempo, declará-lo como mecanismo coercitivo para a abolição da exploração. [...] De modo, pois, que a ditadura do proletariado é um Estado, mas ao mesmo tempo não é um Estado. (KELSEN, 1957, p. 53-55 – livre tradução)

Essa crítica refere-se à definição de “Estado” em dois momentos: no capitalismo e na ditadura do proletariado. No primeiro momento, o Estado é um mecanismo coercitivo pelo qual a burguesia mantém as condições de exploração da classe proletária; no segundo momento, o Estado é um aparelho coercitivo pelo qual o proletariado, até abolir-se, extirpa gradualmente a exploração. Mas, segundo Kelsen, se o Estado caracteriza-se essencialmente pela manutenção da exploração, não pode, em outro momento, caracterizar-se por sua abolição. Isto é, do ponto de vista lógico, se o Estado o é pela manutenção da exploração, não pode sê-lo por sua abolição.

Do mesmo modo, Kelsen identifica a existência de dois conceitos de democracia na teoria marxista do Estado, razão pela qual suscitou o vigésimo ponto de crítica a essa teoria:

A nova ‘democracia’ é em verdade uma ditadura. [...] o conceito de democracia se transforma, de governo da maioria sobre a minoria, em governo de interesse de todos, a cumprir-se mediante a opressão da minoria pela maioria. Se esta interpretação da

ditadura do proletariado é correta, há na teoria política do marxismo dois conceitos contraditórios de democracia, assim como há dois conceitos contraditórios de Estado. (KELSEN, 1957, p. 56 – livre tradução)

O que ocorre é que Marx refere-se à ditadura do proletariado ora como dominação esmagadora da maioria sobre uma minoria, ora como governo em benefício da totalidade do povo. Há, pois, duas definições de democracia, as quais estão organizadas na *tabela 6* abaixo:

Tabela 6 - Definições burguesa e proletária de democracia

Definição	Essência	Direitos da Minoria
Burguês-capitalista	Governo da maioria	Existência e participação no governo
Proletário-socialista	Governo da maioria	Não há direitos e a minoria deve ser eliminada

Fonte: KELSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p. 56.

Conforme a *tabela 6*, na primeira definição, a democracia pressupõe o direito de a minoria participar na formação da vontade do Estado (conceito burguês-capitalista); enquanto na segunda, a minoria não só carece de tal direito, como deve ser abolida pela força (conceito proletário-socialista).

A ausência dos direitos da minoria (existência e participação) torna incompatível, na perspectiva kelseniana, a afirmação de que o regime de governo na ditadura do proletariado seja democrático, uma vez que a democracia pressupõe referidos direitos.

Cabe ressaltar, no entanto, que Hans Kelsen, no item *Democracia e economia*, da obra *A democracia* (1956), centra sua análise na questão de determinar se existe uma relação essencial entre a democracia e um dos dois sistemas econômicos característicos da civilização moderna: capitalismo e socialismo (problema da economia e da democracia). Para analisar tal questão, como lógico que é, Kelsen fraciona seus argumentos, na medida em que fraciona as teses das doutrinas capitalista e socialista do Estado e, por conseguinte, do direito.

Entretanto, Kelsen (2000, p.254), desde a introdução afirma que sua análise “tende a mostrar que nem o capitalismo nem o socialismo estão essencialmente relacionados, isto é, relacionados por sua natureza, a um sistema político definido”.

Antes de iniciar sua crítica, Kelsen trata de definir cada um dos sistemas econômicos, para, então, verificar sua compatibilidade, ou não, com a democracia. As definições de Kelsen encontram-se sistematizadas na tabela abaixo:

Tabela 7 - Sistemas econômicos da civilização moderna

Sistema econômico	Propriedade dos meios de produção	Economia	Relação entre Estado e economia
Capitalismo	Privada	Livre (Iniciativa/Concorrência)	Ausência de intervenção direta
Socialismo	Estatal (Pública)	Planificada	Regulação/Controle

Fonte: KELSEN, Hans. *A democracia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.253.

Kelsen identifica, conforme *tabela 7*, três características basilares dos dois sistemas econômicos da modernidade. Quanto ao capitalismo, destaca a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade econômica expressa nas liberdades de iniciativa e concorrência e, por fim, a ausência de intervenção estatal direta na economia.

No que tange ao socialismo, os meios e processos de produção e distribuição são controlados pelo Estado, isto é, a economia é planificada pelo poder público nacional e os meios de produção são de propriedade comum, destacando-se como característica central a restrição econômica e um incisivo controle estatal da vida econômica. Cada um dos dois sistemas apresenta, pois, uma doutrina correspondente, no que concerne à democracia e à teoria política em geral.

De acordo com a doutrina capitalista, a democracia é incompatível com o socialismo, sendo a forma específica de governo do sistema capitalista. Conforme a doutrina socialista, por sua vez, a democracia verdadeira somente pode materializar-se no socialismo, sendo possível no sistema capitalista a existência de uma democracia meramente formal.

Kelsen (2000, p. 254) adverte, ainda, que a democracia enquanto forma de governo é um sistema político, isto é, “um processo ou método para a criação e aplicação de uma ordem social”. A isso equivale dizer que a democracia é um pressuposto para a elaboração e realização do direito.

Assim, afirma Kelsen, não há uma relação essencial entre um dado sistema econômico e um dado sistema político, ou seja, em regra, não há incompatibilidade entre um sistema político democrático e os sistemas econômicos socialista ou capitalista.

Entretanto, mesmo admitindo-se a impossibilidade de democracia durante a ditadura do proletariado, Kelsen adverte que Marx trata a ditadura do proletariado como um período de transição no qual o Estado gradualmente extingui-se-ia.

E, ao tratar da extinção do Estado, não foi feita uma descrição detalhada do processo e como (vigésimo primeiro) ponto de crítica, Kelsen observou:

O prognóstico foi formulado sem referência à possível situação internacional na qual o Estado proletário, por efeito da socialização dos meios de produção, vai se extinguindo. [...] Marx não se preocupava muito com a situação que, em sua opinião, haveria de apresentar-se em um futuro remoto. (KELSEN, 1957, p. 58 – livre tradução)

Kelsen percebeu que a extinção do Estado era resultado da socialização dos meios de produção e abolição da exploração no seu interior, restando, segundo ele, como ponto cego da teoria marxiana do Estado a questão da situação internacional no contexto dessa extinção.

Além disso, a questão do futuro do direito, nas obras de Marx, também chamou a atenção de Kelsen. Muito embora Marx não tenha dedicado muita atenção à questão jurídica, a partir do conjunto de sua obra pode-se dizer, segundo Kelsen, que provavelmente o direito e o Estado estão essencialmente vinculados.

Nesse sentido, o direito, como ordem coercitiva e instrumento do Estado, somente existe em uma sociedade dividida em classes, com um vínculo de exploração. Portanto, com o estabelecimento do comunismo, o direito passaria por certo progresso, não abandonando totalmente seu conteúdo burguês, até que, na mais elevada fase do comunismo, deixaria de existir.

Mas, pelas formulações marxianas, não resta clara a seguinte questão (vigésimo segundo ponto de crítica):

... nessa fase de evolução do comunismo não haverá direito, porque o direito é por sua natureza direito burguês, o que significa direito de classe. [...] também pode ser [...] que na perfeita sociedade comunista haverá direito, mas não direito burguês, ou seja, uma ordem coercitiva que garanta a exploração de uma classe por outra, à qual uma doutrina ideológica apresenta-se como realização da justiça. (KELSEN, 1957, p. 59 – livre tradução)

Do mesmo modo, no que se refere ao Estado, a teoria de Marx pode ser interpretada, segundo Kelsen, no sentido de que na futura sociedade comunista existirá Estado, mas não esse Estado que domina a sociedade, ao contrário, um Estado dominado pela sociedade, assim como existirá um direito justo.

Kelsen aponta, então, dois possíveis futuros para o direito e o Estado na teoria marxiana, conforme se pode observar na tabela abaixo:

Tabela 8 - Direito e Estado na futura sociedade comunista

Futura sociedade comunista	Fundamento
Existe direito e Estado	Se a propriedade coletiva dos meios de produção há de ser uma instituição da futura sociedade, deve haver um direito que garanta este <i>status</i> .
Não existe direito e nem Estado	A ordem social não terá caráter coercitivo, nem sequer normativo, conforme a tendência anarquista das obras de Marx.

Fonte: KELSEN, Hans. Teoría comunista del derecho y del Estado. Buenos Aires: Emecé Ed., 1957, p.63-64.

A *tabela 8* informa que, segundo Kelsen, a teoria marxiana do direito e do Estado permite uma dupla projeção do futuro desses dois fenômenos que pode implicar ou sua extinção pelo fim da contradição básica da sociedade, ou uma alteração substancial em seu conteúdo, isto é, do nível da superestrutura ideológica para o de realidade verdadeira. Há, pois, uma imprecisão no que tange ao futuro do direito e do Estado.

Quanto à possibilidade de uma sociedade sem direito e sem Estado na teoria comunista, Kelsen não apenas a adjetiva como utópica[11], mas também apresenta duras críticas (vigésimo terceiro ponto de crítica):

[...] primeiramente, que a socialização dos meios de produção aumentará a produção [...]; e segundo, que as perturbações da ordem social são causadas somente pelas circunstâncias econômicas [...]. Nenhuma nem outra suposição encontra fundamento em nossa experiência social. (KELSEN, 1957, p. 64-65 – livre tradução)

Quanto à socialização dos meios de produção como fator de aumento da produção, Kelsen afirma que há uma tendência oposta – de redução – uma vez que Marx afirma que haverá, na futura sociedade comunista, o fim da divisão do trabalho, que constitui um dos meios mais eficazes de aumento quanti-qualitativo da produção.

No que tange à tese de que as “perturbações da ordem social” são causadas somente pelas circunstâncias econômicas, Kelsen informa que a psicologia criminal aponta as circunstâncias econômicas como uma de suas causas – mas não a única – juntamente com o sexo e a ambição, ocupando referidas circunstâncias o mesmo patamar de relevância, com a ressalva de que, resolvida a questão econômica, as demais devem representar um papel mais importante.

Além disso, Kelsen afirma que a tendência anárquica da teoria marxiana, por meio da negação do direito e do Estado burguês, é elemento básico da crítica social, apontando como vigésimo quarto ponto crítico o fato de que:

Esta crítica tem um caráter claramente moral; baseia-se numa evolução moral da realidade social e culmina com um postulado moral: a realização da liberdade e da igualdade. O caráter moral da crítica feita por Marx à realidade social existente manifesta-se na indignação fortemente emocional com que condena como escravidão a exploração capitalista, e a ideologia burguesa que pretende justificá-la. (KELSEN, 1957, p. 69 – livre tradução)

Kelsen qualifica a crítica marxista como moral e, portanto, não-científica na medida em que se baseia num ideal de igualdade e de liberdade. Nesse sentido, a teoria comunista apresenta uma suposta descrição do caminho evolutivo necessário (liberdade pré-

histórica –escravidão capitalista – liberdade comunista) da sociedade, por meio da qual se tenta disfarçar um postulado político-moral apresentando-o como ciência, isto é, verdade objetiva.

Dessa constatação kelseniana, surge a vigésima quinta questão posta em relação à filosofia social de Marx:

Marx, ao fazer a crítica da ideologia, destrói por completo a autoridade da religião, mas não renuncia, para sua surpresa, à ajuda de uma autoridade efetiva. A única autoridade que sua crítica deixa intacta é a ciência. Para ele seu socialismo simula ser ciência e coroa com o halo desta autoridade seu produto: a sociedade comunista do futuro. (KELSEN, 1957, p. 73 – livre tradução)

Kelsen acusa, pois, Marx de, a pretexto de fazer ciência, fazer política, para tanto, protegendo o *status* da ciência como meio de desvelar a realidade social apresentada à mente humana de forma distorcida. Essa acusação constitui o vigésimo sexto ponto de crítica à teoria marxista: “Desse modo, a ciência se mescla desde o começo com a política. A ciência é destinada conscientemente a ser um instrumento da política. [...] A função da crítica científica ou ciência crítica de Marx é efetuar uma revolução social” (KELSEN, 1957, p. 73 – livre tradução). É o que Kelsen chamou de “confusão consciente de ciência e política”, ou ainda, de ideologia no sentido pejorativo empregado pelo próprio Marx na medida em que julga a realidade a partir de um valor previamente idealizado.

Kelsen, alertando para essa questão da confusão entre ciência e política, afirma que a ciência na perspectiva do materialismo dialético é “uma teoria política que propõe o problema – decisivo para o socialismo – de como devem agir os homens, porque devem agir precisamente desse modo e não de outro, e porque não se deve agir como a teoria política do capitalismo afirma que se deve agir” (KELSEN, 1982, p.183). Assim, fica evidente, de acordo com Kelsen, como a ciência marxiana converte-se em instrumento a serviço da proposta política socialista.

Outra questão (vigésima sétima), que não escapou à análise de Kelsen, refere-se à contradição entre a situação legal e a situação econômica no sistema do socialismo científico, assim expressa:

Não menos flagrante é a contradição, no sistema do socialismo ‘científico’, entre a situação legal da sociedade comunista do futuro, que presumidamente será de anarquia individualista, e a situação econômica, que consistirá na substituição da ‘anarquia da produção capitalista’ por uma produção altamente organizada sobre a base da propriedade coletiva dos meios de produção, concentrada necessariamente nas mãos de uma autoridade central. (KELSEN, 1957, p. 77 – livre tradução)

Kelsen destaca que uma interpretação econômica da realidade, como é o caso da teoria marxiana, não permite a separação entre o aspecto econômico da organização social

(relações de produção) e o político, ou seja, é impossível negar a autoridade no campo político e admiti-la no campo econômico.

Essa e as demais contradições identificadas por Kelsen na teoria comunista do direito e do Estado[12], deveriam constituir um princípio metodológico da dialética, como o é na filosofia de Hegel. Mas Karl Marx, ao rejeitar a identidade entre ser e pensamento, segundo Kelsen, rejeita também a idéia de que haja contradições lógicas inerentes à realidade compreensível. Essa formulação representa o décimo oitavo ponto de crítica de Kelsen à filosofia social de Marx e pode ser resumida na seguinte assertiva: “Mas no interior do quadro da filosofia materialista de Marx e Engels, que rejeitam tal identificação [entre ser e pensamento], é absurdo interpretar como contradições lógicas as forças antagônicas ou os interesses em conflito na sociedade” (KELSEN, 1957, p. 79 – livre tradução).

3. Considerações Finais

A crítica que Hans Kelsen interpõe à teoria marxista apóia-se na interpretação literal das definições de Estado e direito ao longo das obras de Marx. Sua crítica incide, principalmente, sobre o método; as relações entre realidade (infra-estrutura) e ideologia (superestrutura); e as contradições decorrentes de oscilação semântica no emprego de alguns termos como direito, Estado e democracia.

Percebe-se que essas críticas teórico-políticas e teórico-jurídicas formam uma unidade, visto que permaneceram invariáveis ao longo das obras kelsenianas (*Socialismo y Estado*; *Teoria comunista del derecho y del Estado*; e *A democracia*).

Isso, porque a crítica intentada por Kelsen limitou-se, quase integralmente, ao cotejamento de definições marxianas – como direito, Estado, democracia – situadas em diferentes obras e nos mais variados contextos, caracterizando-se como uma crítica lógico-literaL.

Essa interpretação formalista de Kelsen ignora o fato de que Karl Marx não elaborou uma abordagem precisa e completa do direito, isto é, uma teoria jurídica propriamente dita, razão pela qual empregava indistintamente a expressão “direito” para designar fenômenos diversos.

Mas, não obstante essas constatações, que são preliminares à realização da pesquisa, destacam-se como críticas de Kelsen à obra de Karl Marx as seguintes:

1. Quanto ao método: a) o materialismo marxiano não permite o emprego da lógica dialética de Hegel, na medida em que rejeita a identidade entre “ser” e “pensamento” (realidade e ideologia); b) há uma confusão consciente entre ciência e política que caracteriza a ciência como instrumento político a serviço do socialismo; c) como a consciência é determinada pela existência, é impossível que haja uma teoria da realidade social que seja verdadeira, isto é, objetiva.

2. Quanto ao Estado: a) a contradição da definição marxiana, ora como superestrutura ideológica, ora como realidade social; b) seu futuro nas projeções de Marx, ora com a transformação de seu conteúdo (de aparelho de coerção sobre a sociedade para aparelho

a serviço da sociedade), ora com sua extinção; c) sua função, ora como de manutenção da exploração de uma classe sobre a outra, ora como de abolição dela – exploração.

3. Quanto ao direito: a) a contradição da definição marxiana, ora como superestrutura ideológica, ora como realidade social; b) seu futuro nas projeções de Marx, ora com a transformação de seu conteúdo (de burguês-capitalista para proletário-socialista), ora com sua extinção; c) sua função, ora como de instrumento do Estado para manutenção da exploração de uma classe sobre a outra, ora como de realização da justiça (fim do caráter burguês do direito).

4. Quanto à democracia: a) a apresentação da ditadura do proletariado, ora como ditadura, ora como forma democrática de governo; b) a inconsistência da primazia do econômico sobre o político que, embora fundamente a impossibilidade de democracia no capitalismo, desmorona ao garantir que a revolução é o meio – exclusivamente político – de o proletariado tornar-se classe econômica dominante.

4. REFERÊNCIAS

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GUASTINI, Ricardo. Marx y Kelsen. In: CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. México: UNAN, 1989, p. 79-97.

KELSEN, Hans. Democracia e economia. In: _____. **A democracia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253-297.

_____. La teoría del Estado y del derecho de Marx-Engels. In: _____. **Teoría comunista del derecho y del Estado**. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957, p. 17-80.

_____. **Socialismo y estado**: una investigación sobre la teoría política del marxismo. México: Siglo XXI Editores, 1982.

MANERO, Juan Ruiz. Sobre la crítica de Kelsen al marxismo. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 3, s/l., 1986, p. 191-231. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_14.pdf>. Consulta em: 16/12/2007.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1996.

_____. Prefácio. In: _____. **O Capital**: crítica da economia política. Livro I. v. I. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 15-21.

SANTOS, Antonio Raimundo. **Metodologia científica**: a construção do conhecimento. 6.ed. São Paulo: DP&A, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Uma discussão crítica: Kelsen, Marx e o direito. In: _____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146-170.

[1] No Brasil, a única obra expressiva – do ponto de vista da adesão acadêmica – que abordou esse tema foi a *Introdução ao pensamento jurídico crítico* de autoria de Antônio Carlos Wolkmer. E, nessa obra, cuja proposta foi “tão-somente apontar algumas linhas muito genéricas”, foram destinadas apenas cinco páginas para a apresentação preliminar da crítica kelseniana aos textos de Marx.

[2] Ressalte-se que essas obras aqui destacadas não as únicas nas quais Kelsen dedica-se a criticar/dialogar o/com o pensamento marxiano e marxista. A referência e uma análise das demais obras kelsenianas de crítica à teoria marxista podem ser encontradas em: GUASTINI, Ricardo. Marx y Kelsen. In: CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. México: UNAN, 1989, p. 79-97.

[3] Segundo Manero (1986, p. 194), a unidade da crítica de Kelsen ao marxismo convive com três elementos diferenciadores, quais sejam: “(1) na implicação pessoal mostrada por Kelsen em relação ao socialismo; (2) no tratamento do sistema político soviético; (3) na posição adotada a respeito da possibilidade de integração de sua própria construção teórico-jurídica na concepção materialista da história”. Tais elementos não constituíram fatores relevantes no trabalho empreendido por esta pesquisa, já que seus objetivos foram, exclusivamente, identificar e comentar as críticas kelsenianas aos escritos de Marx.

[4] Trata-se, segundo Kelsen (1957, p.13), de uma interpretação econômica da realidade social inaugurada por Karl Marx, que possui um caráter antinormativo e que permitiu uma reaproximação entre o direito e a sociologia jurídica.

[5] “As relações de produção são constituídas pela propriedade econômica das forças produtivas. No capitalismo, a mais fundamental dessas relações é a propriedade que a burguesia tem dos meios de produção, ao passo que o proletariado possui apenas a sua força de trabalho. A propriedade econômica é diferente da propriedade jurídica, pois está referida ao controle das forças produtivas” (BOTTOMORE, 2001, p. 157).

[6] Quanto à adoção do princípio da primazia do econômico sobre o político, no que se refere à *doutrina marxista de que a democracia só é possível sob um sistema político socialista*, Kelsen (2000, p. 254-256) esclarece tratar-se de uma aplicação da interpretação econômica da sociedade cujo resultado consiste na concepção de Estado e direito como superestrutura ideológica formada sobre a realidade constituída pelas relações de produção. A partir dessa concepção, a sociedade capitalista, caracterizada pela propriedade privada dos meios de produção, tem como classe econômica dominante uma minoria (burguesia) que se torna, pois, dominante politicamente. O governo numa sociedade capitalista não pode, então, ser democrático uma vez que é o governo de uma minoria sobre a maioria.

[7] Quanto ao significado atribuído por Marx à ideologia, por não coincidir com o sentido amplo de idéia, mas de falsa consciência, Kelsen (1957, p.20 – livre tradução) afirma ser de “franca desaprovação”.

[8] “Segundo este ponto de vista, o direito – e não uma ilusória filosofia jurídica – é uma superestrutura ideológica erigida sobre a realidade social, as relações de produção” (KELSEN, 1957, p. 29 – livre tradução).

[9] Para Kelsen, a realidade de Marx é “como a cartola de um mágico, tem um duplo fundo, do qual é possível sacar qualquer coisa mediante artes mágicas” (KELSEN, p. 1957, p. 42).

[10] “O conceito de forças produtivas de Marx abrange os meios de produção e a força de trabalho. O desenvolvimento das forças produtivas compreende, portanto, fenômenos históricos como o desenvolvimento da maquinaria e outras modificações do PROCESSO DE TRABALHO, a descoberta e exploração de novas fontes de energia e a educação do proletariado. Restam, porém, vários elementos cuja definição é discutida. Alguns autores encaram a própria ciência como uma força produtiva (e não as transformações dos meios de produção que dela resultam), e há quem considere o espaço geográfico como força produtiva” (BOTTOMORE, 2001, p.157).

[11] Kelsen (1957, p. 65) afirma, em tom de ironia, que a “predição de uma sociedade de justiça perfeita, sem Estado e sem direito, é uma profecia utópica, como o messiânico Reino de Deus, o paraíso do futuro”.

[12] “[...] o Estado é por sua própria natureza um instrumento para manter a exploração e, ao mesmo tempo, o Estado, como Estado proletário, é o instrumento específico para abolir a exploração; que o Estado proletário é uma ditadura e, ao mesmo tempo, é uma democracia; que o comunismo é a realização da liberdade individual e, ao mesmo

tempo, é a organização da autoridade coletiva; apresentar a teoria do socialismo como uma ciência moralmente indiferente e, ao mesmo, proclamar em nome da ciência a verdadeira justiça, da liberdade e da igualdade; afirmar que não pode haver ciência objetiva e, ao mesmo tempo, gabar-se de haver promovido o socialismo de desejo utópico ao grau de ciência objetiva” (KELSEN, 1957, p. 79 – livre tradução).

A GÊNESE DA FILOSOFIA DOS VALORES NO SÉCULO XIX E SEU IMPACTO NO DIREITO*

LA GENESE DE LA FILOSOFIA DE LOS VALORES EN EL SIGLO XIX Y SU IMPACTO EN EL DERECHO

Felipe Magalhães Bambirra

RESUMO

A Filosofia Crítica de Kant contestou toda a tradição Ética clássica, afirmando não ser possível, através dos usos da Razão, construir conhecimentos sólidos de uma Ética de bens e fins. Emergeu-se, então, uma ética formalista, a partir do a priori e do imperativo categórico kantiano. Após o impacto causado pela obra do filósofo de Königsberg, surge a Filosofia dos Valores como uma resposta à insuficiência deste formalismo para a praxis do homem. O presente artigo examinará a gênese da Filosofia dos Valores, suas principais correntes e expoentes. Ao final, destacar-se-á como a consciência da imprescindibilidade dos valores na construção do Direito permite apontar para uma transição da Jurisprudência dos Interesses para a Jurisprudência dos Valores.

PALAVRAS-CHAVES: AXIOLOGIA; FILOSOFIA DOS VALORES; ÉTICA; DIREITO E VALOR; JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES.

RESUMEN

La Filosofía Crítica de Kant ha objetado toda la tradición Ética clásica, afirmando no ser posible, por medio de los usos de la Ración, construir conocimientos sólidos de una Ética de bienes y fines. Emergió, así, una ética formalista, a partir del a priori y del imperativo categórico kantiano. Después del impacto causado por la del filósofo de Königsberg, surge la Filosofía de los Valores como una respuesta a la insuficiencia de esto formalismo para la praxis del hombre. El presente escrito examinará el nacimiento de la Filosofía de los Valores, sus principales tradiciones e exponentes. Al final, se resaltaré como la conciencia de la necesidad de los valores en la construcción del Derecho permite apuntar a una transición de la Jurisprudencia del interés hasta una Jurisprudencia del Valor.

PALAVRAS-CLAVE: AXIOLOGÍA; FILOSOFÍA DE LOS VALORES; ÉTICA; DERECHO Y VALOR; JURISPRUDENCIA DE LOS VALORES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução: O Problema entre a Axiologia e o Direito

O Direito é essencialmente uma ordem de regulação da conduta humana, e, assim, apresenta-se como uma das manifestações do *ethos*, “que significa sinteticamente ‘toda produção *normativa* da cultura’”. Produto da cultura, é construído no âmago da processualidade histórica como “a racionalidade (inteligibilidade ou idealidade) imanente do direito positivo que se processa no tempo histórico”.

Resultado da razão, portanto, o Direito deve ser entendido, contemporaneamente, ligado de modo intrínseco à idéia de justiça, cuja síntese – construída em todo o percurso histórico ocidental, entre o embate do “poder como liberdade unilateralizada e o direito como liberdade bilateralizada” – dá-se no Estado Democrático de Direito e em seu corolário, os direitos fundamentais.

O Direito não pode ser mais compreendido sob a estreita dimensão lógico-formal, cujas influências remontam à Kant, à Revolução Científica e ao Iluminismo. Como Ciência Humana, deve ser estudado por meio de uma metodologia própria, o que já preconizava Wilhelm Dilthey, no século XIX. E mais, compreender o fenômeno jurídico em-si, como essência, só é possível através da Filosofia, em sua eterna *aporia* de conhecer o todo, rumo ao absoluto.

É através da preocupação com o conteúdo material do jurídico que desenvolvemos este artigo. Assim, partimos da concepção cultural do homem, que como ser racional e livre, abandona a natureza para escolher seus próprios fins, autodeterminando-se a partir de *valores*.

O estudo da cultura e dos valores remonta suas raízes na tradição alemã do historicismo, que “vê na *cultura*, da qual o *ethos* é uma forma fundamental, o campo privilegiado para o exercício da reflexão ética”. Será sobretudo após a cisão entre Razão Teórica e Razão Prática, em Kant, que se buscará uma solução especulativo-histórica ao problema ético e, conseqüentemente, humano.

Por este caráter teleológico da cultura, do *ethos*, do direito e, enfim, do homem, torna-se imperativo o aprofundamento da influência do estudo dos valores, empreendido pela Filosofia dos Valores – também tratada como Teoria dos Valores e Axiologia – como subsídio para o estudo do aspecto material do Direito, visto aqui como conteúdo essencialmente ético.

Veja que o tema dos valores é vastíssimo, delimita-se este artigo a um momento de importância singular: o século XIX, quando a Axiologia buscar ganhar um *status* epistemológico próprio dentro das áreas da Filosofia. Ao final, ressaltar-se-á a influência da Axiologia no Direito, o que leva KARL LAREZ a sustentar a transição da *Jurisprudência dos Interesses* à *Jurisprudência dos Valores*.

2. A Ética Formalista de Kant e os Valores

Para se compreender a retomada do estudo dos valores no século XIX, é imprescindível delinear os contornos da análise que o gênio de KANT empreendeu contra a construção

da ética clássica que o precedeu. A Filosofia kantiana é marcada pelo criticismo, ou seja, opõe-se frontalmente ao dogmatismo. Busca-se construir uma filosofia não a partir de conceitos já dados, mas, antes disso, é necessário indagar-se acerca das próprias faculdades da Razão e, conseqüentemente, das possibilidades e limites do conhecimento.

Kant formula sua filosofia transcendental – cuja preocupação se dá menos com os objetos em si, mas com a possibilidade e o modo do sujeito conhecê-los – em sua obra *Crítica da Razão Pura*. A teoria do conhecimento kantiana pode ser descrita como um círculo, que tem o sujeito conhecedor, ou a Razão, em seu centro, e é a própria Razão que se examina, inquirindo como e até onde é possível a ela conhecer seguramente. O próprio Kant denominará este fato como a revolução copernicana na Filosofia, pois “não é o sujeito que se orienta pelo objeto (o real), como quis a tradição, mas o objeto que é determinado pelo sujeito”.

Segundo Lima Vaz, é a partir da *Crítica da Razão Pura* que se começa a delinear a ética kantiana, numa leitura em que se privilegia o final da obra, a Dialética transcendental e a Doutrina transcendental do Método, em detrimento da Analítica. Além de perfazer uma crítica do conhecimento científico, a *Crítica da Razão Pura* aponta para o uso prático da Razão Pura, a Razão Pura prática, demonstrando a preocupação ética que envolveu os trabalhos do filósofo.

Desta forma, na *Crítica a Razão Pura*, os três elementos que conformam a Metafísica kantiana, Deus, a alma imortal e a liberdade, são alcançados necessariamente pela razão humana, pois

“eles podem ser *pensados* (*denken*) e a razão pura é levada mesmo incoercivelmente a pensá-los; mas não podem ser *conhecidos* (*erkennen*), uma vez que não verificam as condições de possibilidade estabelecidas pela Estética e pela Analítica para o conhecimento dos objetos *reais* [...] Como, por outro lado, Deus, a alma imortal e a liberdade são a garantia para o necessário uso prático de nossa razão [...], a crítica da razão *pura* ou especulativa termina por impor obrigatoriamente a busca de outro caminho para assegurar racionalmente o uso da razão *prática*, que a Ética tradicional fundava na Metafísica ‘dogmática’”.

Este outro caminho não-dogmático não pode ser provado, não pode ser aquela espécie de conhecimento verificável laboratorialmente, e a liberdade deve ser demonstrada como “idéia *transcendental* definida por sua espontaneidade absoluta”.

É a Razão prática pura que guiará o homem em seu devir ético, “prescrevendo à liberdade leis *morais* procedendo *a priori* da própria Razão”, leis estas que “tem a forma de um mandamento absoluto, legislando sobre o que *deve ser*, em contraposição às leis da natureza que legislam sobre *o que é*”. A lei moral para Kant assumirá a possibilidade do *imperativo categórico*, máximas que ditam “incondicionalmente a necessidade de uma ação em razão dela mesma”, e não enquanto meio para se alcançar um determinado fim (imperativo hipotético).

Considerando o homem como fim em si mesmo e como valor absoluto da moralidade, KANT chegará ao imperativo categórico, assim expresso: “age com respeito a todo o

ser racional (a ti mesmo e aos demais) de tal modo que ele em tua máxima valha ao mesmo tempo como fim em si”.

O imperativo categórico, parte central da ética de KANT, é reconhecido como a lei universal que se transforma em dever, obrigação. A conclusão kantiana é que não é possível basear a lei moral em um princípio material, mas tão-somente formal, como afirma Lima Vaz:

“Kant tenta recuperar assim, de alguma maneira, a história da Ética para mostrar a insuficiência de todas as propostas até aqui formuladas para fundar a lei suprema da moralidade num princípio *material*. Resta, pois, um único princípio *formal* e esse não pode ser senão o *imperativo categórico* como expressão da autonomia ou faculdade autolegisladora da vontade capaz de dar à própria ação a forma pura do *dever*”.

Por esta razão se afirma que a ética kantiana é formalista, o imperativo categórico é a diretriz para a ação humana. Kant não se preocupa diretamente com as “virtudes”, tratadas em todo seu esplendor na filosofia clássica e medieval. Pelo contrário, Kant deseja mesmo é se libertar desta metafísica dogmática dos antigos, refundar o conhecimento a partir do exame da Razão, suas possibilidades e modos de conhecer.

A Ética pós-kantiana, que tentará encontrar respostas a este formalismo ético, que pouco ajuda o homem a se guiar e se decidir moralmente, irá se fundamentar, resumidamente, em três grandes paradigmas: o empirismo inglês, o racionalismo francês e o historicismo alemão.

Será também a Filosofia dos Valores, da qual trataremos a seguir, uma tentativa de resgatar o conteúdo material da ética, tomando os valores como seu objeto. Também dentro dela se verá a influência destes três paradigmas, empirista, racionalista e historicista. E, se por um lado o formalismo kantiano abre espaço para o ressurgimento de uma ética material, ou seja, impulsiona negativamente esta busca como resposta à insuficiência desta teoria para a *praxis* do homem, ele também contribui decisivamente, e de modo positivo, à Filosofia dos Valores, ao deslocar à consciência a idéia de valor, como testemunha Hessen:

“A consciência moral torna-se a verdadeira pátria dos valores éticos. É esta a convicção que se exprime naquele trecho célebre de Kant: ‘nada, em parte alguma do mundo, ou fora dele, pode sem restrição ser julgado bom, excepto uma boa vontade’. Mas o valor ético não é para Kant apenas algo de subjetivo. O filósofo de Königsberg está, pelo contrário, profundamente convencido da sua especial dignidade metafísica. A Metafísica moral de Kant, tal como se acha formulada na sua doutrina acerca dos ‘postulados da razão prática’, assenta na convicção de que a realidade se move, em última análise, em torno dos valores da nossa consciência moral, e de que o ser, na sua íntima essência, e o bem, afinal, coincidem”.

3. A Filosofia dos Valores no Século XIX

Após a crítica da metafísica empreendida por Kant, buscar-se-ia fundamentar a Ética prioritariamente de forma não-metafísica, através das diversas correntes que compõe o horizonte filosófico dos séculos XIX e XX. O problema dos valores ganha ainda

atenção especial com Nietzsche, em sua crítica dilacerante à moral, que culminará na proposta de uma completa inversão axiológica.

Cabral de Moncada afirma que a Filosofia dos Valores

“é uma orientação geral, principalmente metodológica, de contornos esfumados, um amplo movimento de idéias, mais que uma doutrina, ou como que um largo rio de margens indecisas que, embora tenha uma nascente bem determinada – o idealismo transcendental de Kant – todavia conduz, como o próprio kantismo, às mais variadas atitudes e posições filosóficas”.

Nada obstante, a literatura filosófica não diverge em afirmar que o valor será inicialmente teorizado pelo filósofo Rudolf Hermann Lotze (1817-1881), que introduz a distinção conceitual entre *valor* e *valer* na filosofia. Para Lotze o mundo dos valores e dos seres distinguem-se de modo rigoroso, e enquanto se apreende “o ser por meio da inteligência, apreendemos o valor por meio de uma particular forma de sentir espiritual”. Afirma Lotze que:

“nesta forma particular de sentir espiritual, neste sentimento dos valores das coisas e das suas relações, a nossa razão possui o segredo de uma revelação tão eficaz como o é o instrumento que ela também tem ao seu dispor, nos princípios fundamentais do entendimento, para elaborar os dados da experiência”.

Contudo, Hessen afirma que para Lotze *ser* e *valor* possuem uma raiz em comum, e cita a seguinte passagem que confirma tal afirmação:

“a essência das coisas não consiste no pensamento; a essa o pensamento do homem não consegue apreendê-la; só o espírito na sua totalidade (*der ganze Geist*), só esse, conseguirá talvez aprender, por meio de outras formas da sua actividade e impressionabilidade, o sentido essencial de todo o ser e obrar”.

Outro importante impulso à Filosofia dos Valores é dado por Franz Brentano (1838-1917) com sua obra *A Origem do Conhecimento Moral*. BRENTANO influenciará decisivamente as várias correntes de pensamento axiológicos.

A discussão por ele empreendida iniciou-se a partir do convite formulado pela Sociedade Jurídica de Viena para participar de um Congresso que discutiu o ensino jurídico na Áustria, em 1889, e cujo tema era *Da Sanção Natural do Justo e do Moral*, inspirado por uma busca de opinião divergente da expressada por Rudolf Von Ihering, em 1884, que negava completamente a existência de um Direito Natural. Mais claramente que Lotze, Brentano reconhece no valor um fenômeno *sui generis*, e exercerá influência decisiva nos pensamentos axiológicos vindouros.

Seu pensamento será percebido de modo categorial nas correntes psicologista e fenomenológica dos valores. Foi ele quem desenvolveu o conceito de intencionalidade, base da Fenomenologia, desenvolvida pelo seu aluno Husserl. Além disso, defendeu a idéia do homem dotado de razão e sentimentos,

“e o lugar privilegiado que esses ocupam no campo axiológico, a classificação dos fenômenos psíquicos, com a importante abertura de um lugar ímpar para as emoções, a

questão do fenômeno da preferência, as considerações sobre o bem supremo e os caminhos de sua apreensão”.

O filósofo distingue três classes de fenômenos psíquicos entre as referências intencionais, retomando tema tratado nas *Meditações* cartesianas, mas até então ignorado. A primeira destas classes é a das *representações*, tanto intuitivas como aquelas que obtemos por meio dos sentidos; a segunda é a dos *juízos*, os quais implicam sempre um representar, mas nem sempre relacionando uma representação à outra, em termos de sujeito e predicado, como é o caso das diferentes proposições “Deus é justo” e “Deus existe”; por último, há a classe das *emoções*, que Brentano toma em sentido amplo, abarcando “desde a simples atração e repulsão, ao pensar um pensamento, até a alegria e tristeza baseada em convicções, e os mais complicados fenômenos de eleição de fins e meios”.

A idéia contida na classe psíquica será determinante à teoria psicológica do valor, pois como afirma Brentano, a referência intencional

“é um amor ou um ódio, um agrado ou desagrado. Amor, agrado, ódio, desagrado, existem na mais simples atração e repulsão, na alegria vitoriosa e na tristeza desesperada, na esperança e no temor, como também em toda manifestação de vontade”.

Vista, ainda que de forma sumária, a contribuição de Franz Brentano, passaremos ao exame de algumas correntes da Filosofia dos Valores que se destacam. Como disciplina relativamente recente, esta encontra-se num estado verdadeiramente anárquico, existindo várias tendências com ponto de vistas completamente destoantes. Examinaremos a diante algumas das quais consideramos mais relevantes para compreender a formação da Axiologia, e em seus pontos centrais apenas.

3.1 O Psicologismo

O iniciador da corrente psicologista dos valores foi Alexius Von Meinong (1835-1921), discípulo de Brentano e influenciado decisivamente pelo seu mentor. A partir da classe psíquica de julgar de Brentano, MEINONG, em sua obra *Investigações Psicológico-Éticas para uma Teoria do Valor*, afirmará que implicitamente a toda valoração há um juízo positivo ou negativo de existência do objeto, e a valoração, baseada neste juízo existencial, estabelece um sentimento de prazer ou de dor no homem. Aquilo que causa prazer no homem deve existir e é portanto valioso. O que causa dor é desvalioso, e “o valor é, na verdade, um estado subjetivo, de ordem sentimental, mas mantém-se uma referência ao objeto através do juízo existencial” .

Para Meinong o valor se confunde com o agradável ou com o prazer relacionado a algo que existe, e esta tese será combatida por Christian Ehrenfels (1852-1932), também discípulo de Brentano, e que aprofundará a concepção psicologista do valor. Ehrenfels nega a relação estabelecida entre valor e ser, pois é impossível para o valor se reduzir ao *agrado*, “devido à evidência de nossa valoração dos objetos inexistentes. A riqueza que não possuo, o poder que não tenho, a saúde ausente, estes são os maiores valores: os que se não tem”. Afirmará que são valiosas as coisas que *desejamos*, e não somente as que nos proporcionam agrado.

A esta crítica, Meinong obtempera que valorizamos também aquilo que já temos, e não podemos desejar aquilo já possuímos. Ehrenfels então fará uma famosa distinção: o valor não é o que é desejado, mas o que é *desejável*. Meinong em princípio concordará com Ehrenfels, e afirmará que “O valor de um objeto consiste na capacidade para se determinar o sentimento do sujeito, não só pela existência do objeto, mas também por sua não-existência”.

Ehrenfels então definirá valor como

“a relação, falsamente objetivada pela linguagem, entre um objeto e a disposição de desejo de um sujeito, segundo a qual seria desejado pelo sujeito ao mesmo tempo que o sujeito perderia a certeza da existência do objeto”.

Meinong empreenderá uma virada em sua teoria, aceitando que haja valores objetivos em sua obra póstuma, intitulada *Fundamentação da Teoria Geral do Valor*, publicada em 1923. Para Meinong, “o sentimento de valor é senão o aspecto fenomenal do valor, o único acessível pela experiência”, e, além disso, admitir-se-á valores impessoais (*Würde*, dignidade), que são legítimos para todos, ou seja, universais, como a verdade, a beleza e o bem moral. Assim, vê-se que a teoria de MEINONG torna-se menos psicologista que objetivista do valor, mas também agnóstica quanto ao que está para além da experiência psicológica.

Na transição entre o século XIX e XX, Ralph Barton Perry (1876-1957), um importante pensador do realismo filosófico, dará continuidade à doutrina psicológica do valor, adicionando a ela um viés pragmático, e terá grande influência nos Estados- Unidos. Publicará duas importantes obras: *Teoria Geral dos Valores* e *Reino dos Valores*. Para Perry, há a completa identificação entre *valor* e *interesse*:

“Aquilo que é um objeto de interesse é *ipso facto* investido de valor. Qualquer objeto, qualquer que seja ele, adquire valor quando sobre ele houver um interesse – qualquer interesse.”.

O objeto, portanto, não tem *em-si* qualquer característica que o torne valioso. Pelo contrário, ele o será somente quando houver algum interesse, que o fará adquirir esta qualidade. O interesse aparecerá de múltiplas formas, como desejo, aversão, concordância, discordância *etc.* Mas, independentemente de como o fenômeno psicológico se dará, será a atitude tomada pelo sujeito que determinará a existência do interesse: “O valor não é conferido ao objeto por um ato de julgamento tal como ‘isso me interessa’, mas pela própria atividade interessada, pela atitude polarizada do sujeito”. O filósofo exemplifica da seguinte maneira:

“O silêncio do deserto carece de valor até o momento que algum viajante errante o encontra desolado e aterrador; o mesmo sucede com a catarata até que uma sensibilidade humana a encontra sublime”.

A tese psicológica-pragmática de Perry resvalará ao final numa fundamentação sociológica da gênese e mutação do interesse. O bem supremo será uma integração de todos os interesses, tomados em conjunto e consolidados em uma federação universal dos sujeitos. Afirma Ruyer que

“Nos surpreende notadamente, em Perry, a passagem natural do psicologismo ao sociologismo. Perry passa mesmo ao sociologismo estrito. O bem supremo (*the highest good*), equivalente pragmático do Deus dos metafísicos e teólogos, não é senão a integração completa de todos os interesses por uma Federação Universal de Sujeitos. Esta integração não é mais que um ideal, mas todo homem pode pretender se tornar uma *all benevolent will* [vontade toda benevolente], a qual, se adotada, poderá trazer a harmonia universal”.

A concepção axiológica de John Dewey (1859-1952) seguirá a mesma linha de Perry, mas com o caráter pragmático mais acentuado. Os interesses se encarregarão de coordenar eficazmente o plano de ação do indivíduo, e o bem não será o fim ideal deste plano de ação, mas o próprio plano de ação, enquanto eficazes e coordenados.

As teorias psicológicas em torno do valor, seja subsumindo-o ao prazer, desejo ou interesse, são insatisfatórias e reducionistas, e não obtêm o êxito de explicar o complexo fenômeno axiológico. Se o que tem valor é aquilo que é prazeroso, desejável, ou objeto de interesse, a teoria psicologista mostra-se como simplesmente hedonista ou utilitarista. Não dá conta de explicar valores tais como a caridade, amor e a verdade. Estes seriam tão-só reflexo do desejo ou interesse do sujeito. Trazida ao Direito, a tese é mais absurda, pois valores consagrados atualmente como a vida e a dignidade humana só seriam válidos se, conforme a situação, fossem apazíveis, interessantes ao sujeito. Mas, na verdade, são tidos como quase-absolutos.

Outro ponto crítico da teoria é que se o valor depende somente do sujeito, como explicar que obras de arte como uma *Monalisa*, de Da Vinci, a *Tocata e Fuga*, de Bach, ou a *Nona Sinfonia* de Beethoven, tenha uma beleza praticamente inconteste? Não é possível pensar o valor do belo prescindindo por completo de características do objeto, como querem os subjetivistas. A máxima *de gustibus non est disputandum* – que se adequa tão bem a esta corrente de pensamento – não tem valia à Filosofia, pois o conhecimento filosófico pretende tudo compreender, e vez que só não há diferença naquilo que é idêntico, não pode ser tida como uma autêntica atitude filosófica o se negar a discutir, tomando qualquer que seja o objeto como impassível de ser pensado e criticado.

No século XX, com a conversão de Meinong ao objetivismo, e a partir da refutação do psicologismo empreendida por Husserl, em suas *Investigações Lógicas*, o objetivismo prevalecerá dentre os filósofos continentais, persistindo uma parcela de subjetivistas, cujo fundamento do valor será buscado na metodologia científico-empirista.

3.2. O Empirismo Lógico

O empirismo lógico – ou positivismo lógico – surge como conseqüência da filosofia analítica, que se é albergada predominantemente nos países de língua inglesa e cujas raízes encontram-se na filosofia de Leibniz (1646-1716) e no desenvolvimento e fundamentação das ciências naturais na matemática. Justifica-se a partir da crítica a toda forma de idealismo e da tentativa da substituição da metafísica pela análise lógica da linguagem, como único meio possível de se criar conhecimentos válidos. Liga-se umbilicalmente ao Círculo de Viena, grupo de filósofos e cientistas que se reúnem sob a liderança de Schlick, Neurath e Carnap, e cujo objetivo é

“desenvolver um projeto de fundamentação das teorias científicas em uma linguagem lógica, e de discutir questões filosóficas através de uma análise lógica rigorosa que levasse à solução, ou melhor, à dissolução dessas questões tal como formuladas tradicionalmente [...]A física, enquanto ciência empírico-formal, forneceria o paradigma de cientificidade para todas as formulações teóricas que se pretendessem científicas, formulado em uma linguagem lógica, rigorosa e precisa verdades objetivas sobre a realidade”.

Rudolf Carnap (1891-1970) foi um dos fundadores do Círculo de Viena, e escreveu uma obra especificamente sobre Axiologia, intitulada *Sintaxe Lógica da Linguagem e Filosofia e Sintaxe Lógica*. Para Carnap, juízos de valor não são mais do que verdadeiras normas imperativas, porém construídas linguisticamente de forma diferente. Assim, afirmara que “entre o juízo de valor ‘matar é mal’ e o imperativo ‘não mates’, não há qualquer diferença de conteúdo, mas tão só de formulação”.

Igualmente, a norma não possui qualquer conteúdo cognoscitivo, apenas expressa e ordena um desejo, e é exatamente isto que é um juízo axiológico. Não se pode dizer, portanto, que qualquer juízo desta natureza seja verdadeiro ou falso, pois ele não é verificável, e, conseqüentemente, carece de significado. Carnap afirma que tal juízo sobre valores absolutos difere de conseqüências prováveis de determinadas condutas, pois chamar de mal ou bom alguns atos pode significar que estes são ou não a via adequada para se atingir fins predeterminados:

“Por exemplo, matar é mal pode querer dizer o mesmo que ‘matar não é um modo adequado para promover a vida harmoniosa da comunidade. Se [o valor] fundamenta-se numa interpretação desta natureza, é dizer, se se fala em termos de função instrumental ou de interesse humano, ou algo semelhante, um juízo de valor tem, por certo, conteúdo factual, cognoscitivo”.

Para Carnap, enquanto os valores são meros imperativos que expressam desejo e não tem nenhum conteúdo ou significado, estes não podem constituir uma filosofia, ou uma ciência filosófica – como quer o Círculo de Viena – pois é impossível dizer se são verdadeiros ou falsos. Podem, se muito, serem objetos de explicações causais, como assinalou o cientista, e assim objeto de estudo de historiadores, psicólogos e sociólogos.

Alfred Ayer (1910-1989) terá uma concepção axiológica próxima à de Carnap. Também para Ayer o juízo axiológico não afirma nada, simplesmente expressa um sentimento do agente. Não é confundido com os subjetivistas tradicionais, porquanto estes acreditam que o valor seja o estado de ânimo causado no agente. Já para Ayer, a mera afirmação de que exista este estado anímico, independente da sua real existência, é suficiente para expressar o juízo ético, que por sua vez, não terá também qualquer significado e não será nem verdadeiro nem falso, mas simplesmente a expressão de um estado de espírito.

Ayer também afirma que não há disputas axiológicas, mas disputas “de fato”. Segundo ele, quando alguém pratica alguma ação quanto à qual estamos em desacordo, não tentamos demonstrar que a pessoa tem um sentimento ético equivocado, mas que ela não tem compreensão dos fatos no entorno do caso concreto. É, por exemplo, o argumento de que alguém fez aquilo porque calculou mal os efeitos, ou então que devemos compreender a situação especial que aquele agente se encontrava.

Isto ocorre porque, em nosso cotidiano, as discussões se dão com pessoas que tiveram uma vivência, educação e, assim, possuem uma tábua de valores semelhante à nossa. Mas no caso do interlocutor não possuir uma tábua de valores coincidente – como acontece com pessoas de diferentes culturas –,

“temos que abandonar a tentativa de convence-lo por meio da razão. Sustentaremos que sua tábua de valores é errônea, ou que a nossa é superior, mas não haverá nenhum modo de provar que efetivamente é assim, pois tal afirmação é um juízo de valor que não podemos respaldar com nenhuma tábua”.

Desta feita, a possibilidade de discussão sobre valores está condicionada à existência de uma tábua de valores comum, e não dos valores *em-si*, mas apenas dos fatos em relação a estes valores. Por esta concepção axiológica, Ayer chegará à conclusão de que uma Ética é impossível, e os problemas dos valores seriam resolvidos, bastando, para tal, uma investigação das reações que provocam e os sentimentos que expressam, tarefas essas consagradas à psicologia e sociologia. Podemos apenas indagar qual a tábua de valor de determinada pessoa ou grupo, e as conseqüências daí advindas, nada mais.

Outro importante filósofo que seguirá uma linha bem próxima ao empirismo lógico, por sua atitude cientificista frente à Filosofia, é Bertrand Russell (1872-1970). Sua teoria dos valores foi exposta na obra *Religião e Ciência*, e Russell sustenta que a problemática dos valores passa ao largo do problema científico, não porque esteja adstrita à Filosofia, mas porque os valores “estão inteiramente fora do domínio do conhecimento”.

Para Russell, a Ética será a tentativa de conferir o aspecto universal a certos desejos pessoais. Quando há a afirmação “isto é bom em-si”, para ele não se trata de uma proposição como “o triângulo tem três lados”, mas equivale à expressão que pretende universalizar o desejo, como “quero que todos desejem isto”. O autor afirma que a semelhança entre as afirmações de que o “triângulo tem três lados” e “isto é bom em-si” correspondem, respectivamente, aos enunciados “todos os chineses são budistas” e “acredito que todos os chineses são budistas”. Enquanto é possível provar que nem todos os chineses são budistas, trazendo um exemplo de um chinês taoísta, isto não seria suficiente para desmoronar a afirmação de que “acredito que todos os chineses são budistas”. As afirmações éticas, que desejam a universalização de um querer, não terão nenhum conteúdo cognoscitivo, conforme Russell. O próprio filósofo afirmou que, de fato, sua doutrina se constitui como subjetivista, e que se dois homens discordam sobre valores, não estão em jogo verdades, mas apenas diferenças de gostos.

Apesar da crença na impossibilidade de se conhecer os valores, Russell tem uma preocupação ética, que não conseguirá compatibilizar com sua atitude filosófica. Ele afirmará a necessidade de que a obrigação moral, para interferir de maneira positiva em nossa conduta ética, não exista apenas como crença, mas como verdadeiro desejo de praticá-la. E também afirma que, através dos exemplos, as pessoas devam ser incentivadas a nutrir desejos impessoais. Afirma também que a questão de ser “bom” geralmente está ligada à aprovação social, ou a trazer certas conseqüências gerais que desejamos.

A resposta de Russell é insatisfatória, não há a tentativa de responder quais seriam estas “conseqüências gerais que desejamos”, restando apenas o critério sociológico. Afirma

Fronzizi que há em Russell um critério axiológico, pois como se explica o incentivo às ações movidas pelo desejo impessoal, por meio do “cultivo de desejos grandes e generosos mediante a inteligência, a felicidade e a liberação do medo”? Pela sua atitude cientificista, o filósofo não admite que a realidade extravase a abstenção cognoscitiva erigida pelo empirismo lógico. A unificação das ciências pretendida pelo Círculo de Viena vê-se fracassar ao querer limitar o objeto de conhecimento apenas àqueles que esta metodologia científica consegue dar alguma resposta satisfatória, negando a realidade que não se adequou à sua metodologia construída *a priori*.

A teoria empirista dos valores se aproxima, e por vezes se iguala – como ficou explícito em Russel – ao notório subjetivismo que resvala a corrente psicologista dos valores. Carnap e Ayer também sustentam que os juízos de valor diferem apenas em sua formulação das expressões de desejos e imperativos. Não conseguem perceber, como afirma Frondizi, que

“Se há alguma relação entre as normas e os juízos de valor, tal relação consiste em que as normas, para terem validade, devem apoiar-se nos correspondentes juízos de valor. Daí que a investigação teórica procede à normativa”.

Ayer também comete um erro categórico ao afirmar que as disputas humanas se dão em relação aos fatos, e não aos valores. Isto no universo jurídico é muito claro e não carece de uma análise aprofundada, pois é exatamente o que se passa quando há choque de princípios, enquanto os fatos são incontrovertidos.

Russell, acompanhado de vários filósofos filiados ao positivismo-lógico, recai no mesmo erro, pois

“Ao se negar Russell a aceitar a existência de um critério axiológico, devido à falta de provas, está supondo – sem provar, por certo – a superioridade do valor lógico sobre os demais valores. Por que havemos de negar valor ao que não se pode provar logicamente? Se pode provar que o que se prova tem maior valor que aquilo que não pode provar?”

Enfim, o empirismo-lógico não obteve sucesso ao explicar o fenômeno axiológico, até porque chega a negar a possibilidade de um estudo sobre este, limitando-se debruçarem sobre o aspecto linguístico-normativo dos valores, através das proposições.

3.3. O Neo-Kantismo

Os neo-kantianos se dividem em duas correntes: a representada pela Escola de Marburgo e a da Escola de Baden. A primeira valorizará a *Crítica da Razão Pura*, e terá influência direta na obra do positivismo-lógico (como Carnap), e, no campo jurídico, no positivismo jurídico, como em Rudoulf Stammler. A Escola de Baden, por sua vez, preocupar-se-á com a ética kantiana, a partir da leitura da *Crítica da Razão Prática* e da *Metafísica dos Costumes*. Essa segunda corrente que trará importantes contribuições à teoria dos valores, e contribuirá para a formação axiológica do Estado Democrático de Direito:

“Soam os ecos de Baden: a grande marca da atualidade é a descoberta do plano do valor jurídico, conecta à Filosofia dos Valores característica do século XX, cuja vertente neo-kantiana e idealista terá significativo impacto no Direito, a partir da Escola de Baden”.

Para estes, os valores estarão ligados diretamente ao dever-ser, como exigências puramente espirituais e livres de atos psicológicos, e “pertencentes a um domínio próprio, irreal ou de não-realidade efectiva, de validade incondicionada”.

Cabral de Moncada assinala que, como convergência, as escolas de Baden e Marburgo são ambas representantes do idealismo crítico kantiano “no que ele tem de mais fundamental, ou seja: a rejeição da dualidade pensamento-coisa, consciência-mundo real, e portanto a rejeição de toda metafísica”. Por outro lado,

“ao passo que os neo-kantianos de Marburgo se deixaram fortemente influenciar pelo pensamento naturalista do século XIX e se conservaram profundamente racionalistas, continuando a fazer derivar o objeto do pensamento das formas gerais do próprio pensamento (como, entre os juristas, Stammler e Kelsen), os da escola sudocidental afirmam, pelo contrário, que não é o pensamento quem cria só por si o seu objeto, mas que acima dele há necessariamente alguma coisa em harmonia com a qual o pensamento se move e se rege, em ordem a atingir o valor da verdade”.

Este “alguma coisa” é algo transcendente, uma realidade, mas um dever-ser puro, um valor. E são estes valores que regem o pensamento “e lhe permitem alcançar objetividade”, impulsionando a Escola de Baden em direção a uma Filosofia da Cultura, na qual tais valores não são dados. Dessarte, em síntese,

“os neokantianos de Marburgo olham mais para o conhecer e para o conhecimento nos seus quadros e na suas leis gerais a priori; descendem mais da ‘Razão pura teórica’. Baden e os idealistas da cultura olham mais para os valores no que estes têm de individual e intuitivo e descendem mais da ‘Razão pura prática’”.

Hessen afirma que foi Wilhelm Windelband (1848-1915) o fundador da corrente neokantiana dos valores, influenciado, tal qual Bretano, por Lotze. Teve como discípulo e sucessor Heinrich Rickert (1863-1936), que desenvolveu uma teoria logicista do valor, querendo “valor” dizer o mesmo que “validade lógica”.

O valor será pensado como ente ideal, e o verdadeiro, o bom, o belo e o santo serão válidos aprioristicamente, universais, objetivos e supra-históricos, negando-se a eles qualquer pretensão de relatividade, e “uma atitude regida por normas é assim realização de valores, mesmo que haja a obscura potência do contra-valor”.

Rickert afirmará que “o que é o valor para si não se pode definir num sentido rigoroso”, pode-se apenas circunscrevê-lo, e é “interpretar o sentido da vida trazer à consciência os valores que lhe conferem sentido”. Assim, afirmará Heinemann, sobre a compreensão de Rickert, que

“a sua exposição [do valor] pode carecer de ser completada e, por isso, só pode falar-se de um ‘sistema aberto’. Em todo o caso, o carácter de dever ser é aqui o primário que percebemos numa “consciência em geral” e que, depois, nos mostra o que devemos reconhecer como valor. A sua fundamentação repousa, assim, na sua validade formal-

transcendental, não na apresentação de fenômenos de essência, quantitativo-materiais. Cada vez mais se exige incondicionalidade, para ‘o reino dos valores’, que deve proteger a filosofia do perigo de ‘cair da Cila do psicologismo na Caribdis do historicismo’.

Contudo, foi “somente com o neokantismo [que] o conceito de cultura pôde combinar-se com o de história, mesmo com as insuficiências de Rickert no tocante a este e com as omissões de Dilthey no concernente àquele”.

A Escola de Baden já prenuncia a importância que os valores terão na filosofia do século XX e XXI, e funcionará como contra-peso ao crescente formalismo filosófico, científico e jurídico que emerge. Para além da preocupação com a norma, a afirmação destes neo-kantianos, que distinguem o valor do dever-ser, será mais um passo na direção de se pensar o valor de maneira autônoma, fugindo da fórmula kantiana do imperativo categórico.

3.4. A Teoria dos Valores de Scheler

Max Scheler despontará como importante pensador axiológico que defende a objetividade dos valores. Soergueu-se contra todo subjetivismo, seja ele lógico ou empírico, e combateu as correntes que brevemente apresentamos acima. Afirma NELSON SALDANHA que

“As doutrinas objetivistas surgem como uma reação contra o relativismo implícito na interpretação subjetivista e da necessidade de se construir uma ordem moral estável. Parecia que o homem necessitava ajustar sua conduta a princípios que o transcendem, e que o mérito da moral consistia em sobrepor-se aos chamados da própria subjetividade”.

Scheler filia-se a uma corrente *Emocionalista* dos valores, e lutará contra o racionalismo, pelo menos como tradicionalmente entendido, trazendo, na trilha de Agostinho e Pascal, a questão da sensibilidade e da emoção como capazes de atos de cognoscibilidade.

Scheler foi discípulo de Husserl e Brentano, e daí seu método fenomenológico, ainda que desenvolvido de modo peculiar, uma vez que se recorre à intuição emocional, como o filósofo afirma:

“O espírito que anima a ética que aqui se expõe é de um objetivismo e um absolutismo ético rigoroso. Em outro aspecto pode chamar-se o ponto de vista do autor ‘intuitivismo emocional’ e ‘apriorismo material’. Por fim, para o autor a importância do princípio aqui exposto de que todos os valores, incluídos todos os valores possíveis das coisas, e também os das organizações e comunidades impessoais, estão subordinados aos valores pessoais, é de tal monta que se chegou a intitular o presente trabalho como *Novo ensaio de um personalismo*”.

É em sua *Ética* que Scheler desenvolverá de forma mais acabada seu pensamento, ainda que o apresente apenas como uma “*fundamentação*, mas não o desenvolvimento da disciplina ética, dentro da amplitude da vida concreta”. Pode-se ver a obra de Scheler como uma continuação do pensamento kantiano, mas com vistas a superá-lo. É, alias, no constante diálogo que SCHELER trava com Kant que se busca demonstrar os erros

do filósofo de Königsberg, mas também louva-o em seus acertos, afirmando ser dele o pensamento ético mais bem acabado da modernidade:

“Ainda nas passagens críticas partiu-se em todo caso o autor da premissa de que a ética de Kant – e de ninguém mais entre os modernos filósofos – é a que representa, até o dia de hoje, o mais *perfeito* que possuímos, não na forma de concepção de mundo ou consciência religiosa, mas sim, na forma do conhecimento mais estrito e científico que cabe na ética filosófica”.

Por outro lado, Scheler tem a consciência de que o conhecimento kantiano não pode ser entendido fora da história, com a pretensão de validade universal e atemporal que se auto-referencia:

“Os caminhos históricos e psicológicos daqueles cujas raízes Kant se acreditou autorizado a buscar na mesma razão pura, de validade geral para todos os homens, era simplesmente o enraizamento do *ethos*, rigidamente delimitado étnica e historicamente, do povo e do Estado em uma época determinada da história da Prússia (o que não retira em nada a grandiosidade e excelência deste *ethos*)”.

A grandiosidade de Kant reside em sua refutação a toda ética de bens e fins, que são contingentes e, portanto, incapazes de dar uma resposta efetiva à ação ética:

“Sempre que a bondade ou maldade moral de uma pessoa, de um ato volitivo, de uma ação, etc., a fazemos depender de sua relação com um mundo (posto como real) de bens – ou males – existentes, fazemos também depender a bondade ou maldade da vontade da existência particular e contingente deste mundo de bens, e, ao mesmo tempo, do conhecimento empírico deste mundo [...] assim, pois, toda modificação neste mundo de bens modificaria também o sentido e a importância de ‘bom’ e ‘mau’”.

Contudo, Kant também equipara erroneamente “os bens com os valores, e opina que os valores devem considerar-se como abstraídos dos bens”, e é discordando desse pressuposto que Scheler constrói uma *ética material dos valores*, que seja apriorística, mas não formal, vez que estes conceitos não são idênticos. Scheler ressalta que Kant não está certo ao supor que “o moralmente justo e injusto, o bom e o mal, são tão só relações formais existentes entre os fins (unidades e harmonia em oposição à contradição e desarmonia)”. Isto porque esta idéia kantiana esquece-se completamente da fase de formação da vontade humana, que, antes mesmo de ter consciência do fim proposto, já é capaz de ser impulsionada segundo valores. Assim, reforça Scheler que nem “toda ética material deve ser forçosamente ética dos bens e dos fins”.

Para demonstrar que o *a priori* não significa necessariamente o formal, e que, portanto, é possível uma ética material *a priori*, Scheler buscará abstrair os valores dos bens, como categorias independentes, sendo os segundos apenas depositários dos primeiros.

Para tanto, Scheler compara os valores às cores para demonstrar que são qualidades que existem independentemente de seus depositários. Pode-se referir a qualquer cor, como o vermelho, independente de haver uma superfície vermelha qualquer. E não é através de indução generalizante que podemos chegar à idéia de um dado valor, bastando, muitas vezes, apenas um único objeto, portador daquele valor (sendo, portanto, um bem), para

se ter a dimensão significativa do que seja tal valor. Conclui assim que não extraímos a beleza das coisas belas, mas a beleza as antecede.

Conclui Scheler que os valores são independentes dos bens, apresentando-os como qualidades *a priori*. A existência dos valores não depende de serem conhecidos do homem, tal como os números, existem *de per se*. Tampouco os valores são cambiantes de acordo com modificações ocorridas em seu depositário, ou da sua consciência daquele que pratica atos. Portanto, da mesma forma que uma tela azul não destrói a cor azul caso seja pintada de vermelho, a traição de um amigo não altera o valor da amizade. Valores são imutáveis e absolutos, apenas nosso conhecimento acerca deles é que pode ser variável.

Os valores são captados pelo homem não apenas na dualidade de percepções estruturadas desde Platão, na oposição entre razão e sensibilidade. Há, para o filósofo alemão, um *tertium*, do qual já haviam falado Agostinho e Pascal, com sua *ordre du couer*, que é capaz de compreender – não de forma caótica – independente da razão ou da sensibilidade:

Através da emoção, além de se captarem os valores, é possível também compreender a hierarquia *a priori* em que estes se organizam. Scheler chega inclusive a propor uma tábua de valores, em cujo vértice radicariam os valores religiosos – o santo e o profano – seguido por valores espirituais, referentes ao conhecimento, à justiça e da beleza, pelos valores vitais tal como a saúde e, por fim, no nível mais baixo, estão os valores do agradável e desagradável.

O mérito de Scheler está em sua luta contra a doutrina científico-subjetivista, que na Ética dá suporte ao niilismo e ao desencontro do homem consigo mesmo, largando-o sem um devido amparo para suas ações. Ao criticar Kant, empreende um esforço para a fundamentação de uma ética que se liberta do formalismo vazio – que tampouco se apresenta como uma resposta eficiente à *praxis* humana.

Cai, entretanto, e apesar de seu *a priori* fenomenológico (que não pretende exterminar de vez a experiência na construção de seu pensamento), num absolutismo axiológico exagerado, a ponto de afirmar a existência de valores independentemente da existência humana. Em que pese a consciência da historicidade do *ethos*, o que fica claro em sua posição sobre a ética de Kant, o filósofo não trata especificamente da cultura enquanto *locus* privilegiado de construção axiológica. Decerto que Scheler afirma trazer somente a fundamentação para uma ética material, e não pretende elaborar um verdadeiro sistema filosófico, completo e acabado. De toda sorte, seu personalismo eleva a dignidade do homem, considerando a pessoa como o *em-si* valioso, devendo a comunidade exatamente permitir esta finalidade última.

4. Conclusão: Da Jurisprudência dos Interesses à Jurisprudência dos Valores

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, marca-se definitivamente a entrada no mundo jurídico dos valores, que são positivados e espraiam-se pelas Constituições nacionais. Este movimento decerto enfraquece a clássica dicotomia direito natural-positivo, uma vez que os direitos naturais se encontram positivados nos ordenamentos, principalmente na forma de princípios, verdadeiras normas dotadas de alto conteúdo axiológico.

A questão da metodologia jurídica já não poderá buscar arrimo no Direito natural nem tampouco no mero positivismo normativista. Assim, Larenz nota que a discussão metodológico-jurídica contemporânea fará a transição da “jurisprudência dos interesses à jurisprudência de valoração”, que, segundo o autor, “continua a ser tida como pacífica e é reconhecida sobretudo no domínio da atividade jurisprudencial”. A Axiologia passa a ocupar posição de centralidade no pensamento de importantes juristas, como DWORKIN, ALEXY, dentre outros.

No mesmo sentido, afirma Reale que vige atualmente um

“entendimento amplo e flexível da vida jurídica em sentido de integralidade, para o qual tem contribuído notavelmente a compreensão do Direito em termos axiológicos, a tal ponto que já se pode admitir uma passagem da Jurisprudência de Interesses para a Jurisprudência de Valores”.

Horta, ao analisar a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito, demonstra como a Nova Hermenêutica e a Jurisprudência dos Valores, também denominada Jurisprudência dos Princípios, que se interpenetra com a Jurisprudência dos Problemas (Tópica), estão presentes na atual concepção constitucionalista e jusfilosófica, e cita Reale, para quem “o advento da Jurisprudência de Valores é consequência imediata do papel que o valor da pessoa humana vem desempenhando em todos quadrantes do direito positivo”.

Várias contribuições ao estudo do Direito relacionado à Jurisprudência dos Valores serão trazidas por diferentes correntes de pensamento, como a Hermenêutica – a partir das obras de Schleiermacker, Husserl, Dilthey, Gadamer, Betti –, a Teoria da Argumentação Jurídica, com Viehweg, Zippelius, Perelman, e outros, buscando na tópica a na retórica aristotélica sua matriz. Grande parte delas tratam do valor de um modo particular, mas há a tendência de não mais considerar o Direito como um sistema fechado de normas.

No Brasil, a influência da Filosofia dos Valores foi enorme, a exemplo de Miguel Reale, que construiu a notável Teoria Tridimensional do Direito, em que fatos e valores se inter-relacionam e, a partir de uma dialética de implicação-polaridade, dão origem à norma. Esta teoria, segundo o filósofo, significa o

“superamento das análises em separado do *fato*, do *valor* e da *norma*, como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que é *logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores [...]* Consoante se verá, nossa teoria culminará na precisa determinação da tridimensionalidade como sendo uma das notas essenciais e características da experiência jurídica”.

Antonio Joaquim Severino afirma que Reale se filia à corrente culturalista, acompanhado por nomes como Tobias Barreto, Djacir Menezes, Nelson Saldanha, Lourival Villanova e outros, e busca sua inspiração no resgate do idealismo transcendental alemão na busca da superação do positivismo. Para esta corrente, “cabe à filosofia criticar as condições de certeza da ciência, [e] sua intenção primeira é atingir o valor essencial das coisas e dos atos, seu problema central é o valor”.

Como novidade, a Jurisprudência dos Valores traz muitas dúvidas e embates, os quais guardam em grande parte correspondência com os problemas levantados pela Filosofia dos Valores. Dentre eles, indaga-se se o critério axiológico pode ser supralegal; se a própria valoração em si não é uma opção pessoal, impassível de fundamentação racional; se é possível falar em uma Ciência do Direito, em um método que verdadeiramente auxilie o juiz a julgar objetivamente; se a interpretação dos comandos normativos não é discricionária, portanto, arbitrária; se é o juiz que caso a caso interpreta e aplica a norma, não seria então a idéia de supremacia da lei uma ilusão.

Respostas no sentido de que os valores não possam ser fundamentados racionalmente, e, via de conseqüência, o Direito não é ciência (ou como tal é algo inútil), a supremacia da lei é uma ilusão, ou ao juiz corresponde uma discricionariedade e arbítrio, só serão alcançados

“quando se sustente, sem limite algum, a posição de que os valores não são susceptíveis de fundamentação e, assim, passíveis de controlo racional, pelo menos em certa medida. A maioria dos defensores da ‘Jurisprudência de valoração’ não vai todavia nesta linha”.

A Jurisprudência dos Valores tende, portanto, a seguir pelos mesmos trilhos da Filosofia dos Valores, ao buscar superar o mero subjetivismo e a caminhar a um objetivismo, ainda que diferente daquele pretendido pelas ciências exatas. Em relação aos valores jurídicos há, ainda, uma vantagem em relação aos demais valores, como os éticos e estéticos, pois o Direito é uma ordem de conduta objetiva, e os valores encontram-se, ou podem ser, positivados através normas, sobretudo princípios. Além disso, há ainda mais algum grau de densidade para estes valores enquanto são referidos pela doutrina e jurisprudência.

Não há que se falar, pelo menos nos atuais Estados Democráticos de Direito, em valores ou princípios supralegais, até mesmo porque o direito juridiciza tudo aquilo que a ele é trazido, e mesmo se surgirem novos princípios, estes adquirirão contornos jurídicos, e poderão ser assumidos pelo Direito.

Tampouco é válido imaginar que remanesça qualquer margem de discricionariedade (e arbitrariedade) ao aplicador do direito, exceto quando a lei assim preveja. As razões de determinada escolha deverão fundamentar a decisão, sendo a motivação, portanto, requisito de caráter indispensável.

Conclui-se afirmando que, se os valores formam-se e desenvolvem-se na cultura, através de complexos processos históricos, de maneira intersubjetiva, é por meio do Direito que adquirem objetividade, e esta objetividade deverá guardar relação com a concreção deste direito. Há, portanto, uma relação dialética entre a formação axiológica e o próprio Direito, vez que este – enquanto parte do *ethos* – também produz valores que influenciam no horizonte axiológico cultural. Diante disto, é imprescindível que as pesquisas jurídicas, sobretudo no âmbito da Filosofia do Direito, abarquem o mundo cultural, para que se possa apreender o fenômeno jurídico em sua totalidade.

5. Bibliografia

AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e Os Valores (Reflexões inspiradas em Franz Bretano, Max Scheler e Hans Kelsen). In: *Revista do CAAP*. Ano IV, n. 7. Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena – Faculdade de Direito da UFMG.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRENTANO, Franz. *El origen del conocimiento moral*. Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Revista de Occidente, [s/d].

BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRONDIZI, Risieri. *¿Qué Son Los Valores? Introducción a la axiología*. 1. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1958

HEINEMANN, Fritz. *A Filosofia no Século XX*. Trad. Alexandre F. Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

HESPANHA, Manoel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967.

HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito: Uma investigação Tridimensional do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Crítica da Razão Pura*. 3. ed. V. I, II. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moonsburger. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Ética & Direito*. São Paulo: Loyola, 2002

MACEDO, Ubiratan. *Introdução à Teoria dos Valores*. Editora dos Professores: Curitiba, 1971.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 4. ed., v. I. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RUYER, Raymond. *Philosophie de la Valeur*. Paris: Armand Colin, 1952

SALDANHA, Nelson. *Historicismo e Culturalismo*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1986

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como Maximum Ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHELER, Max. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. T. I e II. Trad. Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio in: BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 15.

“Afirmar que o ethos é co-extensivo à cultura significa afirmar a natureza essencialmente axiogênica da ação humana, seja como agir propriamente dito (*práxis*), seja como fazer (*poíesis*)”, cf. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética & Direito*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 33.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como Maximum Ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.

Loc. cit.

Assim vê o Direito SALGADO, que constrói de forma magistral sua idéia de justiça no mundo contemporâneo, v. *ibidem*, *passim*.

A diferença entre o esclarecer (ou explicar), e o compreender, distinção metodológica que deve ser observada quer se cuide, respectivamente, das ciências naturais ou ciências do espírito, ficou famosa com WILHELM DILTHEY, porém encontra precedentes em RANKE e K. J. DROYSEN, Cf. CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 19-21. LIMA VAZ ainda considera DILTHEY como “o grande patrono da chamada filosofia culturalista nos fins do século XIX e inícios do século XX”, LIMA VAZ, *Ética & Direito, cit.*, p. 336.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica*. 2. ed. São Paulo: Loyola. 2002, p. 354-5

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 354.

Neste sentido, Salgado falará do Direito como o *Maximum Ethicum* de uma cultura, v. SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo...*, cit., e Brochado se referirá à *Éticidade do Direito*, v. BROCHADO, *Direito e Ética...*, cit.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3. ed. V. I, II. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moonsburger. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MARCONDES, *Iniciação à...*, cit., p. 209.

LIMA VAZ afirma que “o grande interesse de Kant estava voltado para a Metafísica, que não era nem ciência das formas nem ciência dos fenômenos, mas na sua concepção tradicional, representada pela metafísica racionalista leibnzo-wolffiana, pretendia ser a ciência *a priori* dos princípios e objetos puramente inteligíveis, sendo portanto, a ciência própria da Razão pura”, cf.

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 327.

Loc. cit.

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 335.

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 333.

Loc. Cit.

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 339.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 68.

LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia IV...*, cit., p. 344-5.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1967, p. 26.

MONCADA, Cabral de. Prefácio in: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 4. ed., v. I. Coimbra: Armênio Amado, 1961, p. 14.

Cf. HESSEN, *Filosofia dos Valores*, cit., p. 26; AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e Os Valores (Reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen). In: *Revista do CAAP*. Ano IV, n. 7. Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena – Faculdade de Direito da UFMG, p. 19-20; MACEDO, Ubiratan. *Introdução à Teoria dos Valores*. Editora dos Professores: Curitiba, 1971, p. 5; FRONDIZI, Risieri. *¿Qué Son Los Valores?* Introducción a la axiología. 1. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1958, p. 35. Certo é que mesmo antes disto, o valor já era tratado na Economia e preocupação dos físicos, a exemplo de “valor de uso”, “valor de troca”, “mais-valor”, e da tentativa de BERNOUILLI de calcular fórmula da riqueza material e riqueza moral, cabendo à primeira crescer em progressão geométrica, e a segunda em

progressão aritmética. Mas foi LOTZE quem primeiro introduziu o valor na Filosofia, distinguindo ser e valor, pois ontologicamente, o ser do valor é o valer.

HESSEN, *Filosofia dos Valores*, cit., p. 26.

LOTZE, Rudolf Hermann. *Mikrokosmos* (ed. de R. Schmidt), I, p. 275, *apud* HESSEN, *Filosofia dos Valores*, cit., p. 26-7.

LOTZE, *Mikrokosmos*, cit., p. 243, *apud* HESSEN, *Filosofia do Direito*, cit., p. 27.

Cf. HESSEN, *Filosofia dos Valores*, p. 28; o título original da obra de BRENTANO é *Von Ursprung sittlicher Erkenntnis*.

AFONSO, O Direito e os Valores..., *in: op. cit.*, p. 22.

HESSEN, *Filosofia dos Valores*, p. 28.

AFONSO, O Direito e os Valores..., *in: op. cit.*, p. 23.

AFONSO, O Direito e os Valores..., *in: op. cit.*, p. 27.

Afirma BRENTANO que “Os casos em que há mera representação se distinguem daqueles em que julgo, porque nestes há uma segunda referência intencional ao objeto representado, que consiste em admití-lo ou rejeitá-lo. Quem nomeia Deus, dá expressão à representação de Deus, mas quem diz ‘existe um Deus’ dá expressão à sua crença ele”, *cf.* BRENTANO, Franz. *El origen del conocimiento moral*. Trad. Manuel G. Morente. Madrid: Revista de Occidente, p. 36.

Loc. Cit.

BRENTANO, *El origen del conocimiento...*, cit., p. 37.

HESSEN identifica-se pelo menos seis correntes como sendo as mais importantes: 1) a psicológica; 2) a neokantiana; 3) a neofichteana; 4) a fenomenológica; 5) a derivada da “ciência fundamental”; e 6) a neo-escolástica, *cf.* HESSEN, *Filosofia dos Valores*, p. 29-32.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, cit., p. 35. Adverte FRONDIZI que EHRENFELS havia publicado o *Wertheorie und Ethik* (Teoria dos Valores e Ética) um ano antes da obra de MEINONG, em 1893, mas que, entretanto, esta foi baseada nos seminários que MEINONG ministrou.

O título original da obra é *Psychologische-ethische Untersuchungen zur Werttheorie*. V. I. Graz: Leuschner U. Lubensky, 1894.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, cit., p. 38-9, tradução livre do original: “El valor es, en verdad, un estado subjetivo, de orden sentimental, pero se mantiene una referencia al objeto a través del juicio existencial”.

EHRENFELS exporá sua crítica contundente à tese de MEINONG em 1897 e 1898, quando publica sua obra *System der Werttheorie e Grundzüge einer Ethik*, cf. *loc. cit.*

MACEDO, Ubiratan. *Introdução à Teoria dos Valores*. Editora dos Professores: Curitiba, 1971, p. 18.

Cf. FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 40.

Loc. Cit.

RUYER, Raymond. *Philosophie de la Valeur*. Paris: Armand Colin, 1952, p. 155.

Loc. Cit.

PERRY, Ralph Barton. *General Theory of Values*. 2. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1950 *apud* FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 48.

PERRY, Ralph Barton. *Realms of Values: A Critique of Human Civilization*. Cambridge: Harvard University Press, 1954 *apud loc. cit.*

PERRY, *General Theory of Values*, *cit.*, p. 115-6, *apud* FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 47.

RUYER, *Philosophie de la Valeur*, *cit.*, p. 162.

PERRY, *General Theory of Values*, *cit.*, p. 125, *apud* FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 49.

RUYER, *Philosophie de la Valeur*, *cit.*, p. 164.

Loc. Cit.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2005, p. 261. Afirma também FRONDIZI, que como precursores antigos figuram-se os sofistas e epicuristas, e na idade média o nominalismo. Cita ainda como precursores modernos a corrente inglesa: HOBBS, LOCKE, HUME, BENTHAM e JOHN STUART MILL; e a francesa: BACON, DESCARTES, BAYLE, D'ALAMBERT, COMTE e POINCARÉ; de qualquer forma, cita o autor que WITTGENSTEIN é tomado como ponto convencional de partida, cf. FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 51.

MARCONDES, *Iniciação à...*, *cit.*, p. 262.

Logische Syntax der Sprache e Philosophy and Logical Syntax.

FRONDIZI, ¿*Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 58.

Loc. Cit.

Trecho de carta escrita por CARNAP, cf. LEPLEY, R. *Verifiability of Value*. New York: University Press, 1944, p. 137-8, nota 14, *apud loc. cit.*

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 60.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 61.

Loc. cit.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 63.

RUSSELL, Bertrand. *Religión y ciência* (Breviário n. 55), p. 142, *apud*, FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 66.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 67-8.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 68.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 69.

RUSSELL, *Religión y ciencia... cit.*, p. 142, *apud*, FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 70.

RUSSELL, *Religión y ciencia... cit.*, p. 148, *apud, loc. cit.*

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 106.

Loc. Cit.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, *cit.*, p. 108-9.

HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito: Uma investigação Tridimensional do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 171-2.

HEINEMANN, Fritz. *A Filosofia no Século XX*. Trad. Alexandre F. Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.424-5.

MONCADA, prefácio in: RADBRUCH, *Filosofia do Direito, cit.*, p. 15-6.

MONCADA, prefácio in: RADBRUCH, *Filosofia do Direito, cit.*, p. 16.

Loc. cit.

MONCADA, prefácio in: RADBRUCH, *Filosofia do Direito, cit.*, p. 16-7.

HESSEN, *Filosofia dos valores, cit.*, p. 29-30.

HEINEMANN, *A Filosofia no Século XX, cit...*, p. 425.

RICKERT, Heinrich. *Do sistema dos Valores*. I, 1921, p. 113, *apud* HEINEMANN, *A Filosofia no Século XX, cit.*, p. 425.

RICKERT, *Do sistema dos Valores, cit.*, p. 142, *apud loc. cit.*

HEINEMANN, *A Filosofia no Século XX, cit...*, p. 425.

SALDANHA, Nelson. *Historicismo e Culturalismo*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1986, p. 28.

RUYER, *Philosophie de la Valeur, cit.*, p. 194.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?..., cit.*, p. 73.

MACEDO, *Introdução à Teoria dos Valores, cit.*, p. 33-7.

A Fenomenologia significa para SCHELER a superação do logicismo transcendental kantiano, e do empirismo psicologista, v. FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?..., cit.*, p. 74-5.

SCHELER, Max. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. T. I e II. Trad. Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948, p. 14. O título da obra no original é *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, tradução livre: “O formalismo na ética e a ética material dos valores”.

Ibidem.

SCHELER, *Ética...*, T. I, *cit.*, p. 7.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?..., cit.*, p. 78.

SCHELER, *Ética...*, T. I, *cit.*, p. 8..

Ibidem.

SCHELER, *Ética...*, T. I, *cit.*, p. 35.

Ibidem.

SCHELER, *Ética...*, T. I, *cit.*, p. 38.

Ibidem.

Ibidem.

Cf. FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?..., cit.*, p. 81.

FRONDIZI, *¿Qué Son Los Valores?...*, cit., p. 84. FRONDIZI criticará esta absolutização dos valores questionando, por exemplo, se realmente a beleza de uma obra de arte independe, completamente, dos materiais nela utilizados.

SCHELER, *Ética...*, T. II, cit., p. 24-35.

SCHELER, *Ética...*, T. II, cit., p. 151-7.

SCHELER, *Ética...*, T. II, cit., p. 306-10.

Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170-4.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163. A jurisprudência dos interesses não rompe com o positivismo, mas apenas tenta dar uma resposta aos problemas relativo às lacunas e à interpretação do direito, que devem jungir-se aos interesses que se contrapõem juridicamente, através de uma ponderação destes com base na lei, não como propunha a pandectística – por meio da dedução, mas por um construtivismo que considera a valoração legal e sua extensão ao caso concreto, cf. HESPANHA, Manoel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997, p. 198-9.

LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 163.

REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, *apud* HORTA, *Horizontes jusfilosóficos...*, cit., p. 172.

HORTA, *Horizontes jusfilosóficos...*, cit., p. 173.

REALE, *Nova Fase...*, cit., *apud loc. cit.*

REALE, *Filosofia do Direito*, cit., p. 513.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *A Filosofia Contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 148-50.

SEVERINO, *A Filosofia Contemporânea...*, cit., p. 153.

LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 164-6.

LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 167.

Não há discricionariedade quando se trata de “conceitos jurídicos indeterminados”. Tais conceitos estão presentes em todos os ramos jurídicos, e exemplos são a boa-fé, interesse público, conduta ilibada *etc.* Estes conceitos, na verdade, vinculam o aplicador, a partir de seu conteúdo jurídico-semântico. Só haverá discricionariedade no âmbito do direito quando se tratar de “indiferentes jurídicos”, hipótese em que “a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito”, como é o caso, por exemplo, da escolha do Reitor das Universidades

públicas a partir de uma lista tríplice, *cf.* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 85.

**DIREITO, MORAL E POLÍTICA: O DEBATE ENTRE AS CORRENTES
PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA***

**LAW, MORAL AND POLITICS: THE DEBATE BETWEEN THE
PROCEDURE AND SISTEMIC UNDERSTANDINGS**

**Francisco Carlos Duarte
Luiz Henrique Urquhart Cadernartori**

RESUMO

O artigo sustenta-se na idéia de que a crítica procedimental de Habermas à limitação de clausura do subsistema do Direito, formulada por Luhmann não reconhece, por paradoxal que seja, o grau de abertura, admitida por este último, que permite exatamente a interação entre política e direito. A partir do estabelecimento do fator constitucional como chave hermenêutica, é possível compreender que a complexidade do subsistema jurídico não pode prescindir das condições de existência impostas pelo subsistema político. Segundo Luhmann, o equilíbrio histórico dos sistemas sociais e do próprio Estado está vinculado às configurações constitucionais, que definem exatamente a relação entre direito e política, num processo concreto de superação do paradoxo da autoreferenciabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ADMINISTRATIVO; TEORIA DOS SISTEMAS, NEOCONSTITUCIONALISMO; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; DIREITO PÚBLICO; FILOSOFIA DO DIREITO.

ABSTRACT

The article is sustained in the idea that the Habermas' procedural criticism to the limitation of the enclosure of the subsystem of Law, formulated by Luhman does not recognize, for paradoxical it may be, the degree of openness, admitted by him, that allows exactly the interection between politcs and law. From the establishment of the constitutional factor as a hermeneutic key, it is possible to understand that the complexity of the juridical subsystem cannot do without the conditions of existence imposed by the political subsystem. According to Luhmann, the historical balance of the social systems and of the own State is linked to the constitutional configurations, that define exactly the relation between law and politics, in a concrete procedure of superation of the paradox of self-reference.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE LAW / DIREITO ADMINISTRATIVO; SYSTEMS THEORY / TEORIA DOS SISTEMAS, NEOCONSTITUCIONALISM / NEOCONSTITUCIONALISMO; PUBLIC ADMINISTRATION / ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PUBLIC LAW / DIREITO PÚBLICO; PHILOSOPHY OF LAW / FILOSOFIA DO DIREITO.

INTRODUÇÃO

A necessidade de estabelecer novas demarcações institucionais entre os territórios da Política, da Moral e do Direito vem gerando algumas incertezas, dentro do contexto brasileiro, nas formas de orientar os campos de atuação dos poderes estatais. Isto se verifica considerando situações-limite onde as fronteiras entre uma ou outra das esferas constitucionais de atividade — legislativa, executiva e judiciária — não estão claramente explicitadas no que se refere às possibilidades de entrecruzamento e graus de influência da esfera de competências de um poder estatal sobre o outro.

Algumas distorções ocorrem, por exemplo, quando se procura estabelecer critérios para orientar o tratamento de questões políticas, ou econômicas, a serem abordadas em decisões judiciais e seus respectivos limites de interferência em assuntos cuja competência precípua é dada ao Executivo ou Legislativo. O mesmo ocorre, também, quando se remetem, essas decisões, a dimensões consideradas externas ao Direito, tais como a dimensão dos valores morais.

A esse respeito existe toda uma tradição positivista, oriunda do pensamento jurídico, que proclama a sujeição do Direito aplicado aos estritos termos da lei, sob uma concepção formalista voltada a conceitos jurídicos abstratos e deduções lógicas refratárias à realidade social, sempre que as remissões legais se projetem, direta ou indiretamente, aos campos da moralidade, da economia ou da política, por exemplo.

Essas questões definiriam: entre outras coisas, os parâmetros de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo e Executivo, constituindo, assim, um campo de problemas insindicáveis pelo Judiciário posto que estariam protegidos por juízos subjetivos atinentes a questões “extrajurídicas” por serem políticas, econômicas, morais ou culturais, conforme o já afirmado.¹ Trata-se, portanto, de uma concepção doutrinária e jurisprudencial reducionista a qual idealiza três poderes constitucionais, mais do que harmônicos, organizados de forma estanque e rigorosamente fechados nas suas atribuições.

Para tentar elucidar toda esta problemática à luz de novas tendências que constatarem que o aumento de complexidade social não mais comporta uma forma de tratar seus problemas decorrentes a partir de critérios simplistas, isolando cada conflito social a ser equacionado e decidido pelo Direito, em mônadas despidas de fatores políticos, éticos, culturais ou econômicos, se utilizarão duas matrizes teóricas as quais se debruçam sobre o fenômeno do Direito e seus entrecruzamentos com os campos da Moral e da Política. Visando tal fim, se tratará, inicialmente, da concepção procedimental-comunicativa de Jürgen Habermas.

A seguir e considerando as observações críticas do citado autor, se analisará a relação entre as dimensões da Política e do Direito sob a ótica do paradigma sistêmico de Niklas Luhmann, a partir de uma análise sobre a evolução e as implicações do fenômeno constitucional, dentro de tais campos, empreendida por este sociólogo. Tal metodologia será adotada por considerar-se que a Constituição se apresenta, hoje, como uma unidade simultânea de organização política e regulação jurídica nas esferas social e estatal sendo que ambas as esferas também estão permeadas por múltiplos fatores tais como os de ordem econômica, axiológica e cultural dentro de uma arquitetura institucional que ainda não teve todas as suas possibilidades de interpretação e consecução esgotadas.

É precisamente a partir da análise constitucional que a teoria de Luhmann responderá, em parte, à crítica à sua concepção sistêmica do Direito formulada por Habermas, teorias estas que serão objeto de resumida análise e contraposição, neste estudo. Considerando-se, então, as reflexões de Jürgen Habermas,² ao tratar das relações traçadas entre as dimensões da Moral e do Direito, o filósofo alemão afirma a insuficiência do postulado weberiano segundo o qual, uma suposta racionalidade autônoma e isenta de conteúdo moral inserida no Direito constitui-se, por si só, em fundamento legitimador da legalidade. Em verdade, a sua força legitimadora decorre de mecanismos processuais os quais garantem a institucionalização das argumentações discursivas do Direito.

Para tanto, é preciso desenvolver um núcleo racional, no sentido prático-moral ou da razão prática kantiana, no interior do discurso jurídico e isto será dado ao observar-se como a idéia de imparcialidade da fundamentação das normas e da aplicação das regulamentações desenvolve uma relação construtiva entre o Direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do Direito. Visando tal objetivo, o autor propõe uma teoria procedimental da justiça, onde os processos comunicativos revelam-se vitais, sendo que estes ocorrerão, na medida em que se observe um Direito procedimentalista dependente de uma fundamentação moral de princípios e vice-versa.

Disso decorrerá a constatação de que a legalidade somente estará apta a produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica possa reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do Direito, ou seja, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais. Essa forma de entrelaçamento, entretanto, não esgota todo o fenômeno do Direito atual, posto que, este também se relaciona com o campo da Política e, neste caso, algumas diferenciações tornam-se necessárias.

Segundo o entendimento de Habermas³, o Direito por depender da política possui um aspecto instrumental diverso das normas morais, as quais são sempre um fim em si mesmas. De modo diverso, as normas jurídicas também se prestam como meios para atingir fins políticos eis que além de existirem para solucionar — em caráter imparcial— conflitos de ação, como no caso da moral, também se prestam para a efetivação de programas políticos.

Isso significa que o caráter de obrigatoriedade dos objetivos coletivos e das medidas de implementação políticas passa a ser configurado a partir de uma forma jurídica. Por ser assim, o autor conclui que o Direito situa-se entre a Política e a Moral e, para tal afirmação, ancora-se em Dworkin,⁴ ao afirmar que o discurso jurídico se constrói não

apenas com argumentos políticos visando o estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral.

Essas conclusões, aliás, não deixam de guardar certas relações de aproximação com as reflexões de Luhmann ao abordar as conexões entre Direito e Política. Entretanto, Habermas formula uma crítica a este autor,⁵ aparentemente, desconhecendo a maneira como Luhmann desenvolve estas formas de interação, o qual considera primordialmente o fator Constituição, subestimado o seu papel em Habermas⁶ para efeito de tais análises, como forma de estabelecer as conexões entre Política e Direito e conseqüentemente, como instrumento de solução recíproca da autoreferenciabilidade paradoxal destes sistemas.

A fim de avaliar tais questões, torna-se necessário começar pela descrição da análise empreendida por Habermas, da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Segundo Habermas,⁷ a teoria de Luhmann vislumbra o Direito como sistema “autopoiético” portanto, como modelo fechado em si mesmo e cujas condições de existência são nele autoproduzidas, ou seja, sem a interferência de outros subsistemas oriundos do sistema social. Tal análise é esquematizada em três características conceituais básicas: a) o dever ser normativo é redefinido a fim de tornar-se passível a uma análise funcionalista; b) como decorrência, o paradigma positivista passa a ser concebido como um sistema jurídico diferenciado, funcional e autônomo; c) a sua legitimidade é explicada pela via da legalidade, concebida esta como uma espécie de “auto-engano” estabilizador do sistema, necessariamente derivado de um código jurídico apoiado nos elementos binários válido-inválido ou lícito-ilícito e recoberto pelo próprio sistema jurídico.

Não obstante essa constatação, Habermas reconhece que a teoria sistêmica não nega, necessariamente, o fenômeno comunicativo que é gerado no interior dos aparatos parlamentares e tampouco sua influência sofrida pelas esferas pública e política, mas, segundo ele, as descrições de Luhmann quanto a estes fenômenos são apenas constatações da impotência do poder comunicativo. Isto ocorreria porque o sistema político pode prescindir de fontes autônomas do Direito legítimo, após a sua completa positivação.

Ou seja, a política, através de um rumo diverso e sob a configuração de outros sistemas funcionais, tornou-se independente, estruturando-se em um círculo de comunicação fechado em si mesmo. Dessa forma, embora ligado ao sistema do Direito, sendo este o responsável pela garantia da legalidade, o sistema político apóia-se apenas na sua auto-referência, extraindo de si próprio tudo o que lhe é necessário a fim de legitimar-se.⁸

Pelo que se observa a respeito dessa descrição da teoria sistêmica, elaborada por Habermas, cabe destacar que este autor, ao formular a sua crítica, afirma que, no modelo teórico de Luhmann, o sistema jurídico funciona como sistema parcial, que por produzir-se a si próprio, somente elabora informações exteriores na medida do seu próprio código. Tal fato acarreta, então, um paradoxo, sendo este desencadeado a partir do conceito de regra de reconhecimento oriunda da teoria jurídica de Herbert Hart,⁹ segundo o qual, aquilo que é observado externamente (ao sistema jurídico) e que se apresenta, então, como fato social, característica emergente ou prática costumeira

contingente, torna-se critério de validade quando visto a partir de dentro do mesmo sistema.

O paradoxo se explicita, então, na seguinte situação, considerando os fundamentos de validade do direito positivo: se a função do Direito é a de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como quer Luhmann, como poderá essa mesma função ser preenchida por um direito vigente passível de modificação, a qualquer momento, por uma simples decisão do legislador político? Pelo que se observa, a solução deste paradoxo pressuporia alguma forma de conexão estabilizador ou interação momentânea entre as instâncias política e jurídica, algo que, na crítica de Habermas, não seria admissível segundo a concepção sistêmica e auto-referencial de Luhmann. Ocorre que, ao contrário do que sustenta o filósofo alemão, a teoria de Luhmann admite tais interações sem, no entanto, comprometer o seu modelo sistêmico e autopoiético.

Para tanto, o elemento-chave que soluciona o paradoxo da auto-referenciabilidade de sistemas fechados tais como o Direito e a Política, segundo Luhmann, se remeterá à Constituição, concebida como uma espécie de interface entre os sistemas. A partir dessa constatação, o sociólogo alemão passa a analisar a Constituição como fenômeno histórico e evolutivo, perscrutando as razões do seu advento e, mais tarde, o entrecruzamento das suas dimensões Política e de Direito, bem como suas especificidades.

Para descrever, então, essa investigação, torna-se necessário uma incursão pelos estudos de Niklas Luhmann¹⁰ a respeito do fenômeno constitucional na sua evolução histórica e seus desdobramentos no âmbito atual. E de se destacar como um dos importantes aspectos das reflexões deste autor, a esse respeito, as conexões traçadas entre Política e Direito, a partir de um paradigma constitucional que dispensa, tanto uma explicação jusnaturalista, quanto totalitária ou ainda voluntarista a respeito de tais relações.

A tese do autor sustenta um percurso evolutivo da Constituição a partir de um complexo mecanismo baseado em processos de variação, seleção e estabilização adequados às mutações pelas quais passa o Estado no seu devir histórico como forma de garantir o equilíbrio de todo o sistema social, ou seja, adaptando-se evolutivamente ao aumento e variação de complexidade deste. Partindo de uma análise histórica sobre a origem do constitucionalismo, o autor questiona a concepção vigente de que a Constituição, no seu sentido moderno, teria nascido apenas no século XVIII, tendo como fato desencadeador a necessidade de tutela dos direitos individuais mediante a limitação do poder estatal.

Com efeito, na Inglaterra, onde não se verifica o surgimento de uma Constituição nesse sentido, o elemento citado sempre fora destacado. A rigor, estudando-se esse fenômeno à luz da sua linguagem, na história desse conceito surgem várias tradições. Esquemáticamente podem ser distinguidos dois usos do termo *constitutio* um uso lingüístico jurídico e um uso ético-político ou jusnaturalista.

Na jurisprudência, o termo *constitutio* referia-se a decretos de direito positivo com força de lei, no equivalente inglês de *statute* ou *ordinance*. Na linguagem política, este termo que também pode ser mencionado como *constitution*, dizia respeito à estrutura ou constituição corpórea, seja do corpo humano ou do corpo político.

Ainda nessa segunda acepção, a constituição do corpo segundo uso ainda atual, pode ser medida. pelos critérios de saudável / doente, o que teria, segundo Luhmann, estimulado movimentos sectários a atacarem a Igreja e o Estado, atingindo-lhes as respectivas constituições. Com os conflitos políticos e religiosos da Inglaterra no século XVII, o uso do termo *constitution* tornou-se corrente sem, entretanto, traduzir-se em uma forma juridicamente aplicável.

Aponta-se como marcos históricos de inovação lingüística do termo constituição, as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) as quais, no entanto, terminaram por confundir tradição jurídica com tradição política. Em outros termos, ambas as terminologias se interpenetraram na medida em que tornou-se necessário lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política já que consideravam a esta como ordenamento jurídico.

No que se refere ao contexto da América, até o final do século XVIII, não existia, no âmbito local, nenhuma outra forma de administração além dos tribunais o que justificava a distinção entre *judge* e *jury*, mas não a distinção entre Política e Direito ou ainda entre jurisdição e administração, vale dizer, Política e Direito se constituíam em um único sistema sendo o Direito a forma de reação aos inconvenientes políticos tais como o perigo de recair no estado de natureza.

Mesmo considerando-se o contexto da sua revolução, a América a partir de tal evento, passou a basear-se na idéia — de origem medieval — segundo a qual não era lícito ao soberano violar o Direito. Em realidade, verificou-se todo um processo de mudanças e adaptações institucionais que veio a culminar, com o advento do século XIX, no chamado Estado Legislativo¹¹ em que toda a potência soberana do príncipe absolutista transferiu-se para o Parlamento sob um ordenamento que reduziu o Direito à Lei e conseqüentemente submeteu a ela, todas as outras fontes do Direito.

Nesse contexto, o princípio da legalidade exprimia a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível e, por isto mesmo, não sendo possível a oposição a ela de nenhum alegado direito, independente do seu fundamento ou forma. Assim é que em todas as manifestações desse novo Estado de Direito, a lei se apresentava como expressão da centralização do poder político, sem considerar as suas determinações históricas, posto que a força da lei vinculava-se a um Poder Legislativo com capacidade de decisão soberana em nome de uma função ordenadora geral e abstrata.

Diante desse quadro, o dado original que um segundo salto evolutivo da Constituição no seu sentido moderno, iria inaugurar — com o advento do chamado Estado Constitucional como superação do Estado Legislativo — viria a ser o seu poder de limitar juridicamente, as possibilidades de ação de qualquer outro órgão do Estado, inclusive o próprio Parlamento. Se mesmo em épocas passadas já se verificava a existência de leis importantes e até fundamentais, de outra parte, não se constatava a existência de uma Lei tida como medida de conformidade ao Direito de todas as outras leis e atos normativos. Observar-se-á, então, em esquemática retrospectiva, as diferentes fases evolutivas da Constituição, até chegar a esse ponto.

Considerando-se a situação histórica anterior, até metade do século XIV no interior dos órgãos de poder consultivos, eram debatidas questões organizacionais que não se revestiam de um nível constitucional. As regras fundamentais quanto à sucessão

dinástica, por exemplo, sim o eram, e não pairavam dúvidas sobre o fato de o monarca obrigar-se a respeitar o Direito no seu exercício de poder.

Ocorre que, ao mesmo tempo, lhe era lícito modificar ou derogar esse mesmo Direito, posto que, a própria retórica da soberania lhe oferecia formas de legitimidade para tanto, situação esta que conduziu a um paradoxo da soberania com poder ilimitado de autolimitação, questão esta a ser abordada mais adiante. Partindo-se desse quadro, a novidade evolutiva da Constituição, consistiu na crescente importância que esta, em um processo histórico paulatino, passou a conferir à legislação, a qual, na Inglaterra, levou ao reconhecimento da soberania do Parlamento (com a consolidação do Estado Legislativo, já observado) e no continente, a desautorização da idéia de uma concentração nas mãos do monarca, dos poderes de jurisdição e legislação. Isso conduziu, também o continente, a essa nova forma de Estado, no qual se tornou evidente a subordinação da jurisdição à legislação, bem como à redução do sistema jurídico a uma diferença assimétrica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário (com a predominância do primeiro sobre o segundo, conforme já se viu) culminando este processo na positivação de todo o Direito.¹²

Todo esse processo, em verdade, terminou por gerar uma confusão maior, tanto para a dimensão da Política como para a dimensão do Direito. Ocorre que, a partir desse momento, a jurisdição passou a submeter-se à pretensão política da soberania, sendo que esta deslocou-se do Monarca para o Parlamento tal como já apontado no Estado Legislativo.

A fim de equacionar esse problema e a sua forma de solução através da Constituição como aquisição evolutiva que restabeleceu os canais de comunicação entre duas dimensões sob uma organização difusa, a saber: Política e Direito, Luhmann vislumbra a consolidação de dois sistemas distintos.

Nessa medida, constata que no interior do sistema jurídico, internamente fechado, desenvolveu-se uma complexidade própria que não pôde renunciar à distinção entre jurisdição e legislação a qual não é controlável nem mesmo pela vontade política que, por sua vez, também encerrou-se em outro sistema. E precisamente em função disso que persistiu o problema da soberania (como detenção e exercício de poder), posto que ela se alojou no interior do sistema político. O problema consistiu na verificação de entraves de auto-referencialidade que também afetaram o sistema jurídico.

Explicando melhor: nenhum sistema, segundo Luhmann, pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente auto-referenciais. Isto significa que, todo sistema fechado se caracteriza por apresentar uma fundamentação paradoxal. Em outros termos, Luhmann afirma que todos os sistemas autológicos são caracterizados por uma circularidade fundamental e pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema no seu interior.

Com base nisto, conclui que os sistemas Político e do Direito, por apresentarem tais características, deles também decorrem tais efeitos. No âmbito do sistema político, a fórmula da soberania se expressa em uma tautologia que afirma: “eu decido como decido”. Caso se queira acrescentar uma negação a isto, surge então um paradoxo, qual seja, “eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes, inclusive para mim a partir do momento em que faço parte do sistema”.

No modelo incipiente de Estado, a soberania ilimitada do sistema político, tornou-se independente do sistema jurídico. Nesse contexto, o sistema político agia tanto conforme o Direito quanto em desacordo a ele. Esta situação poderia agravar-se ainda mais, caso houvesse a transferência da soberania do monarca para o povo.

Por essa razão é que, somente após a perda do rei absolutista, se passou a buscar a proteção na Constituição. Diante disso, o paradoxo da soberania não foi acolhido em detrimento do direito positivo mas, ao contrário, resolvido por seu intermédio. Tal situação passou a demandar toda uma reengenharia institucional do Estado na medida em que se criaram unidades de ação dotadas de competências próprias; organizando-se a separação de poderes e estabelecendo-se formas de conexão entre os cargos estatais, os quais passaram a subordinar-se a uma adequação ao Direito nas suas decisões e isto, por seu turno, requereu tribunais constitucionais para dirimir conflitos, no âmbito do sistema jurídico.

O sistema do Direito, por sua vez, modelou-se e, ainda hoje, apresenta-se sob um código binário direito / não-direito ou lícito / ilícito) dentro do qual não se questiona o fundamento de validade do próprio código. Em realidade, o sistema jurídico não faz nada além do que desenvolver sua função de distinguir, através de várias operações, o Direito do não-Direito, sendo que esta última categorização (aquilo que não é Direito), ao mesmo tempo em que deveria ser colocada fora do sistema, posto que o nega, é estabelecida dentro dele e é neste ponto que reside o seu paradoxo. Ou seja, as operações desse sistema jogam dentro de uma lógica de exclusão e inclusão sem permitir que se postule se o próprio código é ou não Direito e essa forma de reagir é que lhe confere sua positividade.

Esta categoria é que afirma a autodeterminação operacional do Direito, ao contrário de teorizações que pretendem fundamentar sua validade através de um ato de arbítrio político (Carl Schmitt)¹³ ou mesmo sob uma fundamentação extra-sistêmica tal como o apelo a uma norma hipotética fundamental (Kelsen)¹⁴ apontada por Luhmann como uma construção teórica supérflua. Portanto, caso se queira conhecer o direito vigente, não há que se apelar à Política e sim ao próprio Direito. Isto será possível independente do reconhecimento de que, tal como no passado, o sistema jurídico continua a exigir instâncias reguladoras superiores tais como a esfera política, o Estado, o Povo, a Natureza ou a Razão, mas estas passaram a assumir uma relevância absolutamente secundária.

Entretanto, como já se observou, tais sistemas fechados apresentam como limites às suas fundamentações, situações paradoxais. O salto evolutivo da Constituição neste novo contexto reside, precisamente, em tornar possível uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema autológico do sistema do Direito. Em outros termos, percebe-se, agora, a necessidade de desativar os paradoxos e assim, reconquistar a possibilidade de uma observação externa dos sistemas.

Dessa forma, o paradoxo da limitação da soberania ilimitada ou o paradoxo jurídico do código direito/ não-direito, generalizado sob a forma constitucional/ inconstitucional devem ter sua auto-aplicação bloqueada o que levará a pressupor, no caso do Direito, uma instância extrajurídica — fora da equação autológica — a qual, no novo contexto estatal se apresenta como um povo politicamente unido. Já, no campo político, caso ele

queira alcançar sucesso, não poderá desconsiderar o aparato jurídico, posto que este, através de uma legislatura politicamente influenciável, deverá ajustar-se às contínuas pressões oriundas da política e reenviar a ela diversos dados para sua modificação.

O processo acima descrito somente poderia funcionar através de uma nova mudança evolutiva constitucional a qual veio a superar o seu estágio anterior onde se verificava uma rigorosa hierarquia na arquitetura do sistema sob o contexto do positivismo clássico, característico do Estado Legislativo. No contexto *jus-político* atual, com o aumento da complexidade do Estado Constitucional, torna-se obrigatória uma nova conformação sistêmica visando reduzir a complexidade, em que se observa a passagem de uma ordem hierárquica para uma ordem heterárquica, abandonando, assim, os modelos “supra” e “infra”; “sobre” e “sob”, pois que agora, é preciso lidar com subsistemas sociais parciais e acoplados de forma limitada, cujos acoplamentos não obedecem tal ordem hierárquica.

Para entender esse processo, é preciso observar a dinâmica do acoplamento de sistemas, no caso dos subsistemas sociais Político e do Direito. Os acoplamentos estruturais fundamentam-se na inevitável simultaneidade de funcionamento dos sistemas sendo que os subsistemas social, político, econômico e jurídico, por exemplo, manifestam-se simultaneamente, cada qual no seu ambiente interno.

Os sistemas do Direito e da Política, os quais, quando situados no ambiente social maior são chamados de subsistemas do sistema social, já se encontram adaptados considerando a existência de uma Constituição e a partir dessa base comum, procedem de forma análoga. O acoplamento funciona como uma espécie de intersecção entre subsistemas sociais autoreferentes situados no ambiente social maior. Tais acoplamentos entre os subsistemas no ambiente são absolutamente compatíveis com o seu fechamento operacional o que pressupõe, a cada acoplamento, uma troca de dados decorrentes dessas “perturbações” no interior de cada um não comprometendo sua integridade estrutural, ou seja, sistêmica, fechada e auto-referencial.

Observa-se que o sistema jurídico, em função desses acoplamentos, tolera um sistema político tendente a uma configuração de Estado regulador o qual não deixa passar tudo aquilo que possa se submeter às suas próprias operações. O sistema político, por seu turno, e em função do mesmo acoplamento, tolera um sistema jurídico que continuamente lida com processos autônomos protegidos da interferência política, tão logo a questão direito/ não-direito ou lícito/ ilícito se apresente.

Estas descrições resumem uma teoria dos sistemas operacionalmente fechados, porém, incidentalmente suscetíveis a perturbações de sistemas outros através da lógica dos acoplamentos, mais do que uma teoria que afirme determinações recíprocas entre sistemas, posto que cada um possui uma lógica operacional que lhe é própria.

Por ser assim, Luhmann compara as relações entre sistemas, tais como a Política e o Direito, a bolas de bilhar. Apesar da contínua freqüência com que se chocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho em separado. Isto, segundo o autor, revela-se mais exato se compararmos a gêmeos siameses somente capazes de se mover conjuntamente.

Depreende-se disso que a Constituição na sua conformação evolutiva atual apresenta-se como uma interface a comunicar dois mundos (político e jurídico), sempre que

problemas limites de fundamentação — o que poderia corresponder, dependendo das circunstâncias, a problemas de legitimação como, por exemplo, em Habermas — em cada um deles não possam ser encaminhados internamente, ou seja, sob sua exclusiva lógica operativa.

Estas implicações entre Direito, Política e seus parâmetros de fundamentação, são abordados por Habermas a partir, precisamente, do prisma da legitimidade e não como forma de solucionar o paradoxo de sistemas fechados. Entretanto, tais interações entre Política e Direito, segundo este filósofo, não se resolvem, em termos de garantias de legitimidade ou soluções de paradoxos reciprocamente distribuídas, sem considerar para tanto, uma base de fundamentação moral.

Esta constatação, inclusive, serve como base para uma formulação crítica, a esse respeito, direcionada ao modelo luhmanniano, na medida em que, segundo Habermas, a idéia de uma autolegitimação da instância política a partir do aparato estatal passa a sofrer “rachaduras” a partir do momento em que a teoria sistêmica confronta-se com a tarefa de pensar uma teoria do Estado sob a perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética.¹⁵ Explicitando melhor esta questão, ainda na esteira da concepção habermasiana, com o advento da modernidade, o Direito correria o risco de reduzir-se à política caso suas normas estivessem apenas condicionadas às ordens do legislador político.

Caso isto ocorresse, o próprio conceito do político se diluiria. Assim sendo, o poder político não mais poderia ser concebido como poder legitimado pelo Direito na medida em que um Direito inteiramente posto à disposição da Política, perderia sua força legitimadora.

A partir do momento em que se remete a noção de legitimação a um produto oriundo e consubstancial à Política, *forçarmo-nos a abandonar nossos conceitos de Direito e de Política,*¹⁶

Situação análoga se percebe ao observar-se esta questão sob o prisma do Direito, no qual se tenta verificar se o positivismo poderia manter a sua normatividade em caráter auto-suficiente, isto é, pela via de um dogmatismo totalmente independente da Política e da Moral.

A resposta dessa questão é a de que: caso se pretendesse desvincular a noção de validade do Direito das noções de justiça que se colocam além das disposições legislativas — ou seja, questões oriundas do campo da moral — a tentativa de configurar o Direito sob tal conformação, tornar-se-ia por demais difusa. Isso ocorreria em razão de que, sob tal contexto, perder-se-iam os pontos de vista legitimadores que equacionam o sistema jurídico visando manter uma estrutura de irradiação do Direito.

Entretanto, a forma como se entrecruzarão as instâncias da Moral e do Direito não mais obedecerá os parâmetros típicos do paradigma jurídico anterior, qual seja, o do jusnaturalismo racional, em que o Direito é concebido como uma série de normas metafísicas, suprapositivas e, portanto, axiológicamente imutáveis.

No âmbito do Direito contemporâneo — sob o paradigma do positivismo atual, o qual, para alguns juristas, pode ser chamado de pós-positivismo — a Moral emigra para este

Direito sem perder sua identidade. Não obstante isto, a moralidade que, ao contrário de se contrapor, se estabelece no âmago do Direito, assume uma natureza procedimental.

Sob essa nova roupagem, a moralidade abandona todos os seus conteúdos normativos pré-determinados e sublima-se em processos de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. É precisamente nessa relação dinamicamente concebida que o Direito e a Moral, agora procedimentalizada, podem controlar-se mutuamente.

Analisando esse fenômeno, Habermas constata que, nos discursos jurídicos, o encaminhamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, em certo sentido, pelo encaminhamento da institucionalização do Direito sob o qual as questões morais passam a sofrer limites.

Tal sistemática de limitações, a partir de parâmetros processuais, é esquematicamente formulada nos seguintes tópicos: a) metodicamente, através das conexões morais com o Direito vigente; b) objetivamente, no que diz respeito aos temas e encargos de prova; c) socialmente, na medida em que são traçados pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, no que se refere à fixação de prazos de decisão.

Em resumo, pode-se dizer que, para Habermas, um dado ordenamento jurídico não pode auferir uma forma de autonomia sistêmica que o isole de um tipo de fundamentação baseada, institucionalmente, em argumentações morais, o que, caso ocorresse, somente deixaria para o Direito um tipo de autonomia sistêmica nos moldes da teoria de Luhmann. Segundo a sua concepção, o sistema jurídico não possui uma autonomia somente para si mesmo, ou seja, fechada. Em realidade, o sistema somente se concebe como autônomo, na medida em que os diversos processos institucionalizados tais como os da legislação e jurisdição, possam garantir uma formação imparcial da opinião e da vontade, o que daria vazão à entrada de uma racionalidade moral e procedimental nos âmbitos do Direito e da Política em que não será possível o advento de um Direito autônomo sem a consolidação da democracia como modelo de organização social e político.

Não obstante essa crítica ao modelo sistêmico, é preciso ressaltar que ela procede quanto à negativa do papel da moralidade, subtraída aos mecanismos de estabilização de expectativas generalizadas, segundo as concepções de Luhmann a respeito do sistema do Direito, bem como dos mecanismos de aprendizagem e aceitação de decisões judiciais.¹⁷

Contudo, estabelecendo-se uma linha de comparação entre o modelo sistêmico de Luhmann e a teoria procedimental-comunicativa de Habermas, pode-se encontrar alguns pontos de convergência, no que se refere ao aspecto processual, utilizado por ambos os autores para admitir as inter-relações entre Direito, Moral e Política, conforme o já observado em Habermas, e como se verá no modelo teórico de Luhmann: Direito, Economia e Política.

Para tanto, torna-se necessário retomar as digressões do sociólogo alemão a respeito das trocas de informações decorrentes dos acoplamentos sistêmicos, conforme já vinha sendo observado. Para Luhmann, o mecanismo que viabiliza a troca de dados, quando

do acoplamento sistêmico, sem desestabilizar toda dinâmica do sistema social maior, consiste nos diversos procedimentos comunicativos previstos no próprio ordenamento estatal e configurados como processos judiciais, administrativos e políticos, por exemplo. Também com os demais sistemas parciais, o fenômeno se verifica como resposta a um aumento crescente de complexidade social o qual requer mecanismos de redução de complexidade visando à manutenção do equilíbrio no ambiente.

Como exemplo do que foi dito, pode-se observar que além das dimensões política e jurídica nas quais as interações são possíveis, constata-se que o Estado contemporâneo renuncia à possibilidade de subtrair diretamente da economia recursos politicamente condicionados e, através do acoplamento estrutural entre os sistemas político e econômico, cria o instrumento jurídico da tributação, o qual por estar instituído pela Constituição, torna-se juridicamente controlável ao mesmo tempo em que preserva a *autopoiesis* do sistema econômico, isto é, as condições de integridade e auto-reprodução desse sistema.

Isso ocorre porque delega-se ao sistema jurídico a competência de controlar sobretributações, superfaturamentos, ou o volume de divisas que entram ou saem, ou ainda, as taxas de juros as quais tornam-se passíveis de gerar problemas políticos de base econômica tais como inflação ou fuga de empresas e capitais, por exemplo.

Diante do constatado em toda essa dinâmica, deve pressupor-se uma diferenciação funcional através da separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídico, político e econômico. Ao mesmo tempo, esta dinâmica implica uma alta probabilidade de aprendizado nessas trocas de dados nos momentos de perturbações estruturais.

Explicitando melhor, pode-se dizer que os sistemas afetados ativam sua memória a fim de observar o ambiente do sistema a eles acoplados, sendo que as perturbações atribuíveis a ele podem ser, então, facilmente interpretados e resolvidos com a ajuda da memória. Essas mesmas perturbações são reguladas ou normalizadas direcionando-se rumo às alternativas disponíveis.

Exemplificando este fenômeno nos sistemas Político e do Direito, Luhmann afirma que a permanente exposição aos impulsos políticos na criação de novas leis pode ser equacionada pelo sistema jurídico seguindo as regras da própria legislação a qual não tolera tudo o que seria desejável no plano político. A política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas; a declaração de inconstitucionalidade de uma dada lei (politicamente importante), por exemplo, e pode somar-se a isto, a título de exemplificação para o contexto brasileiro os casos de leis em que ocorram crimes de responsabilidade fiscal ou responsabilidade política, ou ainda, de improbidade administrativa cujo caráter de interferência e regulação dos âmbitos político e econômico é consideravelmente alta.

Portanto, dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais, tais distúrbios ocorrem como sendo algo “familiar” posto que se configuram como problemas para os quais já existem soluções previstas, aplicáveis de forma plausível e mantendo regulado o equilíbrio sistêmico. É importante ressaltar que toda essa marcha evolutiva constitucional também terminou por configurar-se em um modelo democrático estruturado em um conjunto variado de regras e procedimentos. Eles permitem o

entrecruzamento de esferas tais como as jurídica e política sem desestabilizar o sistema no seu todo e, ao mesmo tempo, garantindo a participação em grau razoavelmente paritário dos interessados em cada conflito da esfera social. Saliente-se que, por óbvio, tal modelo de democracia ainda apresenta muitas distorções o que nada mais é do que um efeito sintomático de um processo evolutivo que, como tal, não é um dado pronto e acabado.

De qualquer modo, tal paradigma procedimental e de mobilidade sistêmica representa um melhor mecanismo de equilíbrio institucional em relação a modelos caracterizados por exigências obtidas de forma excessivamente direta. Isto ocorreria em um sistema puramente ou predominantemente plebiscitário em que as garantias de cidadania básicas pudessem ser flexibilizadas ou negociadas ao sabor de vontade de maiorias contingentes manipuláveis por líderes políticos carismáticos, tradicionais ou mesmo totalitários, fenômenos ainda muito presentes em alguns âmbitos nacionais.

Todas essas reflexões, enfim, podem servir como suporte racional para uma definitiva superação de um modelo institucional jurídico-político como o brasileiro, em que ainda se colocam barreiras intransponíveis as decisões judiciais que adentrem em aspectos políticos ou econômicos, ou ainda, que considerem valorações morais, no controle de atos advindos de outros poderes, mesmo quando normas processuais constitucionais e infraconstitucionais — garantem a integridade da troca de dados entre sistemas diferentes. Em realidade, verifica-se nestas situações distorções em direções opostas. Ou se tem uma indevida interferência entre medidas judiciais sob mascarada influência política ou econômica por não estarem caracterizadas constitucionalmente tais trocas sistêmicas de dados jurídicos, econômicos ou políticos, ou por motivos variados, opera-se a total cisão entre tais esferas, mesmo quando configura-se uma situação de acoplamento estrutural.

Ante tais situações pode-se operar, agora, com uma observância racional sobre as medidas de influência efetivadas nos diversos campos de atividade social e as decisões judiciais a partir de um novo paradigma constitucional, bem como pela observância de uma consciência moral a qual, no dizer de Habermas, submete o Direito vigente a princípios transpostos para um nível de racionalidade procedimental. Cabe ressaltar que é, precisamente no ordenamento constitucional onde residem, de forma suprema e auto-aplicável, tais princípios baseados em valores *jusfundamentais* e cuja operatividade — a partir de toda uma nova corrente principiológica — já vem sendo desenvolvida, tanto na jurisprudência, como também em diversos trabalhos doutrinários, por parte de juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona; Ariel, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Gustavo Bayer. Brasília:

Universidade de Brasília, 1980.

_____. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo;

PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). *IL Futuro della Costituzione*. Torino:

Einaudi, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. México: Nacional, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

1 Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 132-140.

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1997, v. II, p. 214 e ss.

3⁵ Idem, p. 218.

4 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en, serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 1989, p. 154 e ss.

5 Em realidade, as críticas de Habermas dizem respeito a outra obra de Luhmann, (cuja versão nacional é: LUFIMANN, Niklas. *Sociologia do direito — vols. I e II*. Rio de Janeiro: Coleção Estudos Alemães, ed. Tempo Universitário, 1985) aqui não abordada, e que não trata das relações entre Direito e Política no prisma constitucional e sob o

enfoque teórico que veio a ser desenvolvido em artigo posterior sob o qual se baseia este estudo.

6 Segundo Habermas, a Constituição, hoje em dia, se apresenta como uma totalidade dinâmica em que os conflitos entre bens particulares e coletivos devem ser solucionados *ad hoc* via princípios superiores e sob uma compreensão holística do fenômeno constitucional. Nesse diapasão se dissolveram as relações hierárquicas entre as normas constitucionais e comuns, sendo que, dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de forma diversa a partir da ordem de valores da Lei Fundamental. Isto traz uma antecipação do sentido do todo, via princípios fundamentais, o que geraria grande insegurança jurídica ao dissolver-se o poder apoiado na legalidade da lei e da medida pelo poder apoiado na legitimidade sancionado por intermédio de juízes. HABERMAS, op. cit., p. 211.

7 Idem, p. 222 e ss.

8 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p.73

9 Cf. HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

10 LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.) *I / Futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

11 Conferir o desenvolvimento do conceito de Estado Legislativo, seus antecedentes, evolução e superação rumo ao chamado Estado Constitucional em ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

12 A esse respeito, Bobbio afirma que o positivismo jurídico surge quando o “direito positivo” e o “direito natural” não mais se identificam como direito, dentro de um contexto sociopolítico que antes admitia ambos, mas, a partir da sua consolidação, o direito positivo passa a ser o único direito considerado em sentido próprio. Ou seja, por obra do positivismo jurídico se opera a redução de todo o direito a direito positivo sendo o direito natural excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir desse contexto, O acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se, então, um pleonasma. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

13 SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. México: Nacional, 1981.

14 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

15 WILKE, H. *Ironie des Staates*, Frankfurt/M, 1992, p. 12. *Apud* HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 73.

16 *Ibidem*

17 Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

**LUTA OU POLÍTICA DE RECONHECIMENTO? O DEBATE ENTRE
JÜRGEN HABERMAS E CHARLES TAYLOR SOBRE O
RECONHECIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO***

**STRUGGLE OR POLITICS OF RECOGNITION? THE DEBATE BETWEEN
JÜRGEN HABERMAS AND CHARLES TAYLOR CONCERNING THE
RECOGNITION IN THE CONSTITUTIONAL DEMOCRACY**

**Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Juarez Monteiro de Oliveira Júnior**

RESUMO

Esse trabalho parte do seguinte diagnóstico feito por Jürgen Habermas: as Constituições modernas partem de uma idéia segundo a qual os cidadãos, por vontade própria, se ligam a uma comunidade de homens livres e iguais. E é essa mesma Constituição que legitima os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito. Assim, para Habermas, o direito moderno é fundamentado em relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas por via estatal, os direitos que daí decorrem asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, e não coletivamente. Daí surge a pergunta: será que uma teoria dos direitos de orientação tão individualista pode dar conta de lutas por reconhecimento as quais parece tratar-se sobretudo da articulação e afirmação de identidades coletivas? Para respondê-la, reconstruímos o debate entre Jürgen Habermas e Charles Taylor sobre o “reconhecimento”.

PALAVRAS-CHAVES: HABERMAS E TAYLOR – LUTA POR RECONHECIMENTO – POLÍTICA DE RECONHECIMENTO – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

The present study arises from the following diagnosis done by Jürgen Habermas: the modern Constitutions start from an idea that states that the citizens, for their own will, connect themselves to a community of free and equal individuals. And it is that same Constitution that legitimates the rights that the citizens need to recognize mutually, if they want to regulate in a legitimate way their conviviality through the right. Thus, for Habermas, the modern right is based on relationships of intersubjective recognition sanctioned by the state, and the rights that happen from that assure the integrity of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

respective subjects in particular, and not collectively. From that arises the question: Can such an individualistic theory of the orientation rights afford for the struggle for recognition, which seems to handle mainly the articulation and statement of collective identities? To answer to this question, we restore the debate between Jürgen Habermas and Charles Taylor on the "recognition".

KEYWORDS: HABERMAS E TAYLOR – STRUGGLE FOR RECOGNITION – POLITICS OF RECOGNITION – CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva reconstruir os principais argumentos desenvolvidos por Jürgen Habermas acerca das “lutas por reconhecimento”[1] no capítulo VIII do livro *A Inclusão do Outro*, datado de 1996[2]. Nesse texto, antes de expor seus argumentos, Habermas faz o seguinte diagnóstico: as Constituições modernas partem de uma idéia segundo a qual os cidadãos, por vontade própria, se ligam a uma comunidade de homens livres e iguais. E é essa mesma Constituição que legitima os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito. Assim, para Habermas, o direito moderno é fundamentado em relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas por via estatal, os direitos que daí decorrem asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em *particular*, e não *coletivamente*. Daí surge a pergunta: “Será que uma teoria dos direitos de orientação tão individualista pode dar conta de lutas por reconhecimento nas quais parece tratar-se sobretudo da articulação e afirmação de identidades coletivas? (HABERMAS, 2004, p. 137)

O ponto inicial da discussão de Habermas é o artigo escrito por Charles Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, que avança consideravelmente as discussões acerca das “políticas de reconhecimento”[3]. Segundo Habermas, a questão que Taylor responde no artigo e que é o marco da discussão proposta pelo filósofo alemão, é a seguinte: as formas de vida marginalizadas, as minorias culturais, portanto, deveriam ser protegidas por uma espécie de “direitos coletivos” que, assim, explodiriam nossa autocompreensão do Estado democrático de direito, moldado em direitos subjetivos e, conseqüentemente, de caráter liberal?

De acordo com Habermas, a própria resposta apresentada por Taylor é ambígua:

Ele [Taylor] diferencia duas formas de compreensão do Estado democrático de direito, que denomina liberalismo 1 e liberalismo 2. A denominação sugere que a segunda forma de compreensão (favorecida por Taylor) vem simplesmente corrigir um entendimento indevido das proposições de base do liberalismo. Contudo, ao se observar atentamente a leitura feita por Taylor, percebe-se que ela ataca esses próprios princípios e que põe em questão o cerne individualista da compreensão moderna de liberdade. (HABERMAS, 2004, p. 239)

2. A “POLÍTICA DO RECONHECIMENTO” TAYLORIANA

Habermas parte da declaração de Amy Gutmann, que afirma:

O reconhecimento público pleno conta com duas formas de respeito: 1) o respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de sexo, raça ou procedência étnica; e 2) o respeito pelas formas de ação, práticas e visões de peculiares de mundo que gozam de prestígio junto aos integrantes de grupos desprivilegiados, ou que estão intimamente ligados a essas pessoas...’ (GUTMANN *apud* HABERMAS, 2004, p. 240)

Habermas identifica vários desses grupos, como, por exemplo, os trabalhadores estrangeiros e estrangeiros de forma geral na Alemanha, Croatas na Sérvia, curdos na Turquia, homossexuais, etc[4], chamando atenção para o fato de esse reconhecimento não visa um “igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se.” (HABERMAS, 2004, p. 240) Um dos problemas do não-reconhecimento cultural é que os grupos não-reconhecidos geralmente são marginalizados e discriminados, de modo que a exclusão social e cultural caminham juntas, alimentando-se uma da outra. A questão polêmica é saber se a exigência 2 (o respeito às práticas e visões de mundo dos grupos desprivilegiados) resulta da exigência 1 (o respeito pela identidade individual), ou se essas exigências devem colidir em algumas ocasiões.

O argumento de Charles Taylor é no sentido de que o asseguramento de identidades coletivas é concorrente com o direito a liberdades subjetivas, individuais, portanto, de modo que inevitavelmente entrarão em colisão em algum momento e, nesse caso, será preciso decidir sobre a prevalência um sobre o outro. Taylor esmiúça a oposição entre identidades coletivas e individuais – oposição construída sem razão plena, segundo Habermas – de acordo com conceitos de bom e justo, advindos da teoria moral. Para Habermas

Liberais da grandeza de Rawls ou Dworkin propugnam por uma ordem jurídica eticamente neutra que deve assegurar chances iguais a todos, de modo que cada um possa orientar-se por uma concepção própria do que seja bom. Em face disso, comunitaristas como Taylor e Walzer contestam que haja neutralidade ética no direito e permitem-se, portanto, esperar do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver, caso isso se faça necessário.[5] (HABERMAS, 2004, p. 241)

O exemplo que Taylor se refere é o da minoria canadense francófona que, na província de Quebec, são maioria. Assim, para assegurar a integridade de sua forma de vida – ameaçada pela cultura anglo-saxã da maioria, esse grupo reclama o direito de constituir no Canadá, especificamente em Quebec, uma “sociedade de natureza própria”. (HABERMAS, 2004, p. 241) Para tanto, pretendem proibir, através de regulamentos, que a população francófona e imigrantes matriculem seus filhos em escolas inglesas e que empresas com mais de 50 empregados utilizem outra língua além do francês como língua oficial. Pretensões dessa natureza entram em choque com as teorias do direito que exigem respeito à “identidade inconfundível” de cada indivíduo, o que faz com que Taylor sugira um

modelo alternativo que sob determinadas condições admit[a] haver garantias de status restritivas aos direitos fundamentais, quando isso se dá em favor da sobrevivência de formas de vida culturais, e que permite haver políticas “ativamente empenhadas em gerar integrantes desses grupos, desde que dedicadas, por exemplo, a que gerações futuras também se identifiquem como sendo francófonas. (HABERMAS, 2004, p. 241-242)

Antes de problematizar as implicações dos argumentos de Taylor, Habermas se dedica a demonstrar que “uma teoria dos direitos, se entendida de forma correta, jamais fecha os olhos para as diferenças culturais.” (HABERMAS, 2004, p. 242)

A interpretação dos sistemas de direito feita por Taylor é, segundo Habermas, paternalista, uma vez que o princípio do direito igual para todos encontra validação “tão-somente sob a forma de uma autonomia juridicamente apoiada, à disposição do uso de qualquer um que pretenda realizar seu projeto de vida pessoal.” (HABERMAS, 2004, p. 242) Além do mais, ela corta pela metade o conceito de autonomia, uma vez que os destinatários do direito só podem ganhar autonomia se eles próprios se compreenderem como autores das leis aos quais eles estão sendo submetidos. O liberalismo 1, de Taylor, ignora a “equiprocedência das autonomias privada e pública” (HABERMAS, 2004, 242)

É somente após tomarmos consciência da coesão interna entre o Estado de direito e a democracia que ficará claro que o sistema de direitos não ignora as diferenças culturais. Para Habermas:

Sob essa premissa, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, até nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. E sem os

movimentos sociais e sem lutas políticas, vale dizer, tal realização teria pouca chance de ocorrer. (HABERMAS, 2004, 242)

A partir do exemplo das lutas por reconhecimento do movimento feminista, Habermas (2004) conclui que, melhor do que uma luta sobre a melhor forma de assegurar a autonomia das pessoas do direito, é que haja uma “*concepção procedimentalista do direito*” [6], segundo a qual o processo democrático pode assegurar *a um só tempo* a autonomia privada e pública.” (p. 245) Não basta, portanto, que alguns direitos intersubjetivos sejam concedidos; é apenas com a participação dos envolvidos, as mulheres, nas discussões públicas sob os aspectos relevantes para a equiparação de gêneros que o Estado assegurará, a cidadãos iguais, sua autonomia privada.

O problema de Taylor é que ele desconsiderou essa relação, entendendo, erroneamente, que o universalismo dos direitos fundamentais nivelaria as diferenças, tanto culturais quanto sociais.

3. LUTAS POR RECONHECIMENTO – OS FENÔMENOS E OS PLANOS DE SUA ANÁLISE

Na segunda parte de seu ensaio, Habermas identifica os diversos grupos que lutam por reconhecimento, aparentados entre si mas com importantes diferenças. Assim, o autor se detém a explicar e analisar os fenômenos do feminismo, multiculturalismo [7], nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo.

(a) O primeiro grupo apresentado é o das mulheres. Embora não possa ser considerado um movimento de uma minoria, o feminismo é um fenômeno que se volta contra uma cultura dominante, que trata de forma desigual os gêneros, sendo o feminino prejudicado na igualdade de direitos. Para Habermas

A diferenciação de situações de vida e experiências peculiares ao gênero não recebe consideração adequada, nem jurídica, nem informalmente; tanto a autocompreensão cultural das mulheres quanto a contribuição que elas deram à cultura comum estão igualmente distantes de contar com o devido reconhecimento; e com as definições vigentes, as carências femininas mal podem se articular de forma satisfatória. (HABERMAS, 2004, p. 246)

(b) A luta política por reconhecimento começa “como luta pela interpretação de interesses e realizações peculiares aos diferentes gêneros” (HABERMAS, 2004, p. 246);

à medida que obtém êxito, a identidade coletiva das mulheres se modifica, uma vez que as mesmas passam a ter consciência de seu papel na sociedade e com isso muda-se também a relação entre os gêneros e, conseqüentemente e de forma imediata, muda-se a autocompreensão dos homens. Assim, os valores da própria sociedade entram em discussão, o que faz com que as áreas centrais da vida privada sejam atingidas, alterando também os limites estabelecidos pelas esferas pública e privada.

Em relação às minorias étnicas e culturais, cabe uma observação:

Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa. De sua perspectiva, no entanto, a interpretação modificada das realizações e interesses *dos outros* não precisa modificar tanto seu papel como a reinterpretção da relação entre os gêneros modificou o papel do homem. (HABERMAS, 2004, p. 247)

Habermas chama atenção para o fato de que os movimentos em prol do reconhecimento das minorias étnicas e culturais não são homogêneos. Eles apresentam desafios diferentes de acordo com a situação. Assim, por exemplo, as minorias endógenas podem conscientizar-se a respeito de sua identidade, ou podem surgir novas minorias com a imigração. Se o Estado se autocompreende como de imigração a tarefa do reconhecimento das minorias pode caber a ele; ou então ela pode caber a Estados cuja autocompreensão nacional tenha primeiro que se adaptar à integração de culturas estrangeiras. O certo é que quanto maiores forem as diferenças entre maioria e minoria, maiores serão as dificuldades que ambos os lados enfrentarão. O maior perigo que esse processo de reconhecimento enfrenta é que algum dos lados (ou ambos) tenha uma postura fundamentalista e intolerante. Outra situação dolorosa ocorrerá caso a minoria precise, antes, “despertar a consciência em proveito da articulação de uma nova identidade nacional, gerada por uma construção através da mobilização de massa.” (HABERMAS, 2004, p. 247)

(c) O terceiro movimento é o nacionalismo de minorias, “grupos étnicos e lingüisticamente homogêneos” (HABERMAS, 2004, p. 247) que desejam manter sua identidade como povo organizado e capaz de agir politicamente. Habermas separa os movimentos nacionalistas “tradicionais”, que constituíram a maioria das nações, como, por exemplo, os que advieram do movimento republicano após a revolução francesa, as nações que surgiram após o período de descolonização ocorrido depois da Segunda Guerra Mundial, bem como os que surgiram com a queda de impérios, como o otomano e o soviético, dos movimentos que nasceram em virtude da criação dos Estados nacionais, como curdos e bascos.

(d) Por fim, Habermas chama atenção para os temas do eurocentrismo e predomínio da cultura ocidental, importantes para uma luta por reconhecimento internacional.

O caso analisado por Jürgen Habermas no ensaio, a disputa entre francófonos e anglófonos no Canadá, situa-se entre as classificações (b) e (d), uma vez que a minoria dos falantes do francês deseja uma emancipação cultural muito próxima à formação de

um outro Estado. A descentralização estatal é requerida por uma minoria que quer fazer-se maioria, o que, por sua vez, criaria outras minorias.

Após expor os fenômenos descritos por Taylor, Habermas comenta os planos de sua análise. As considerações de Taylor dizem respeito a três discursos inflamados: o debate sobre as *political correctness*; discursos filosóficos e o discurso jurídico.

(a) Sobre o primeiro discurso, Habermas chama atenção para o fato de que as duas partes não gostariam de levar adiante a modernidade como projeto irrenunciável. Temos de um lado os “radicais”, afoitos para a passagem para a pós-modernidade, e os “tradicionalistas”, que argumentam que só uma volta às tradições clássicas poderia superar a crise da modernidade. Esse debate, explica Habermas, em nada contribui para a análise das lutas por reconhecimento e muito pouco para a solução política dessas lutas.

(b) O segundo discurso é o filosófico em sentido estrito, que ilustra bem os problemas em se ter um acordo mútuo intercultural, esclarecem questões éticas e morais, trazem à baila a velha pergunta se podemos transcender o contexto de nossa língua e cultura... De fato, os discursos filosóficos nos ajudam a investigar as condições de uma “política de reconhecimento”, uma vez que discute termos importantes como “bom” e “justo”, mas a sugestão de Taylor, afirma Habermas, nos remete a outro plano de referência: o do direito e o da política.

(c) Assim, o problema das minorias torna-se uma questão jurídica. O direito positivo torna-se, portanto, o meio para se concretizar as políticas que visam o reconhecimento das minorias. O direito moderno, como explica Habermas (2004), é formal, individualista, positivo e procedimental. (p. 250) Da mesma forma, mesmo só exigindo comportamentos legais, o direito tem que ser legítimo. E só é legítimo, segundo Habermas,

quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. (HABERMAS, 2004, p. 251-252)

Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia.[8] Por sua vez, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito aos direitos fundamentais.

O desafio levantado nesta segunda parte do ensaio é como tratar juridicamente de forma igual grupos culturalmente definidos – e portanto diferentes uns dos outros – uma vez que os integrantes *querem* distinguir-se dos demais grupos para, desta forma, preservar sua identidade.

4. A IMPREGNAÇÃO ÉTICA DO ESTADO DE DIREITO

Na terceira parte do seu ensaio Habermas chama atenção para a questão da “*neutralidade ética* da ordem jurídica e da política” (HABERMAS, 2004, p. 251), tema importante ao se falar em multiculturalismo. Habermas chama de éticas, nesse caso, “todas as questões que se referem a concepções do bem viver ou da vida não-malograda” e que não se deixam julgar sob o ponto de vista ‘moral’ que se pergunta se algo é ‘igualmente bom para todos’”. (HABERMAS, 2004, p. 251) Será a partir do conflito canadense entre os francófonos e anglófonos que o autor irá abordar a exigência liberal da neutralidade ética do direito.

Habermas explica que a neutralidade do direito – e, além dela, da neutralidade do procedimento democrático de privação do direito – é às vezes entendida como se as questões políticas de natureza ética devessem ser afastadas da agenda política por meio das “ordens de silêncio” ou *gag rules*, uma vez que seriam incompatíveis com uma regulamentação jurídica imparcial. Assim, o Estado, no sentido do liberalismo 1, só deverá garantir a liberdade individual ou o bem-estar e a segurança individual de seus cidadãos. Já o modelo alternativo, denominado liberalismo 2, exige que o Estado garanta esses mesmos direitos fundamentais, mas que além disso fomente e se empenhe na “preservação” de “determinada nação, cultura ou religião, ou então de um número limitado de nações, culturas e religiões.” (HABERMAS, 2004, p. 252) Esse modelo (liberalismo 2) é tido por Michael Walzer como fundamental pois permite aos cidadãos, em certos casos, decidirem sobre direitos individuais. Deste modo, Walzer compartilha com Taylor a opinião de que é possível haver colisões entre duas orientações normativas básicas e que nesses casos só o liberalismo 2 consegue decidir favoravelmente às identidades coletivas – que teriam precedência sobre as individuais – e ter, ainda, consideração sobre elas. Realmente, na teoria dos direitos há uma precedência absoluta dos direitos em relação aos bens comuns, o que não é suficiente, diz Habermas, para que comunitaristas como Walzer e Taylor afirmassem que o sistema de direitos “ignoraria reivindicações de defesa em prol de formas culturais de vida e identidades coletivas” e agiria com indiferença frente a elas, carecendo, portanto, de correção (HABERMAS, 2004, p. 252).

O exemplo das políticas femininas de igualdade serve como comprovação de que “a configuração democrática do sistema de direitos acata não apenas demarcações políticas de objetivos em geral, mas também fins coletivos que se articulam em lutas por reconhecimento” (HABERMAS, 2004, p. 252). Para comprovar essa afirmação, cumpre aqui fazer uma diferenciação entre normas morais e jurídicas: enquanto as normas morais dizem respeito à relação entre sujeitos capazes de agir e falar, as normas jurídicas regulam a relação de uma sociedade concreta. Isso porque

Normas jurídicas remontam a decisões de um legislador local; estendem-se a uma coletividade socialmente delimitada de integrantes do Estado, no interior de um território estatal geograficamente determinado; e levam decisões políticas – efetivas para a própria sociedade estatal organizada que as toma – a integrar-se em programas coletivamente vinculativos, no âmbito dessa área de validação claramente circunscrita. (HABERMAS, 2004, p. 252)

As normas jurídicas não são surdas aos apelos da sociedade, ou seja, elas são também uma expressão de uma forma de vida particular, no caso o da sociedade na qual está inserida, e não somente uma abstração neutra e universal dos direitos fundamentais. Assim, mesmo sendo as decisões do legislador político uma efetivação do sistema de direitos, quanto mais suas políticas aproximarem de uma situação concreta, mais a autocompreensão da coletividade e suas concepções de vida boa serão evidentes. As razões éticas, portanto, têm um importante papel na justificação das decisões políticas. E já que as razões éticas estão inevitavelmente inseridas na políticas, é previsível que surjam conflitos com as minorias culturais e étnicas que se defendem da cultura majoritária. Mas o que irá desencadear essas “batalhas” não é a neutralidade ética do Estado, como argumentam os comunitaristas, mas sim a dita “impregnação ética” da sociedade, inevitável, conforme exposto, e sua relação com a efetivação democrática dos direitos fundamentais.[9]

A segregação das minorias de um Estado resulta das circunstâncias históricas que moldaram a cultura ético-político da nação. “É ela que decide sobre o conjunto básico de pessoas que convivem em um único território e que estão vinculadas por meio de uma única Constituição” (HABERMAS, 2004, p. 254). Os cidadãos do Estado aceitam essa Constituição implicitamente – pelos cidadãos – e até mesmo explicitamente – no caso dos imigrantes – e concordam em dar continuidade ao projeto constitucional já existente.

As pessoas, ou melhor, as estruturas de personalidade formam como que junções dos fios de uma rede ágrafa[10] de culturas e tradições, de concatenações vitais e experienciais intersubjetivamente partilhadas. E esse contexto é também horizonte dentro do qual os cidadãos do Estado, queiram eles ou não, desenvolvem seus discursos de auto-entendimento ético-político. Quando se altera o conjunto básico de cidadãos, também se altera esse horizonte, de tal modo que se desenvolvem outros discursos sobre as mesmas questões e se almejam outros fins. As minorias, ao menos intuitivamente, têm consciência dessa circunstância; ela constitui um importante motivo para reivindicação de um Estado próprio, ou mesmo para exigência do reconhecimento enquanto “distinctive society” tal como revelou o projeto constitucional de Meech Lake, que a propósito não teve êxito. (HABERMAS, 2004, p. 255)

Habermas conclui, então, que caso a minoria dos falantes do francês do exemplo canadense, se constituíssem como comunidade jurídica própria, ela conseguiria formar,

democraticamente, outras majorias e alterar as regulamentações que existem hoje no Canadá.

Diferentemente do que ocorreu com outras minorias[11], no caso do Canadá não há a vontade de, por meio de violência, conquistar o reconhecimento. Ao contrário, é pela via democrática que a minoria francófona deseja validar uma concepção do bem e não impor uma forma de vida em detrimento de outra. Para Habermas (2004), “a disputa não ocorre em torno desse princípio da igualdade de direitos, mas sim em torno do tipo e da amplitude das competências estatais que se devam transferir a província do Québec.” (p. 256)

5. COEXISTÊNCIA EQUITATIVA *VERSUS* PRESERVAÇÃO DA ESPÉCIE

A opção pela federalização só pode ser tida como solução quando os integrantes dos diversos grupos de minorias étnicas e culturais estão de acordo com relação ao espaço em que cada grupo habita. Na maior parte das sociedades multiculturais isso não acontece. E será menos ainda, diz Habermas (2004), “para países em que a composição étnica da população vem se modificando (como na Alemanha) sob a pressão de fluxos migratórios em nível mundial” (p. 257). A segmentação das culturas não é necessária para que as minorias sejam preservadas, basta que os integrantes dos grupos se unam voluntariamente, formando uma opinião pública eficiente que pode, democraticamente, fomentar discursos de auto-entendimento. Assim, ao se efetivar os direitos subjetivos, estes serão estendidos para que se possa “assegurar uma coexistência equitativa de diferentes grupos étnicos e suas formas culturais de vida” (HABERMAS, 2004, p. 257) Culturas autóctones ameaçadas podem fazer valer em defesa própria razões morais específicas, uma vez que, historicamente, foram oprimidas por uma cultura dominante. Da mesma forma pode-se usar uma “discriminação lícita” para reparar e inserir na sociedade grupos explorados historicamente, como os antigos escravos[12].

Essas obrigações são jurídicas, não morais, e não dependem de nenhuma apreciação valorativa. Como afirma Susan Wolf:

ao menos um grande dano perpetuado pelo não-reconhecimento tem pouco a ver com a questão sobre a importância geral que possam ter para a humanidade os seres humanos e a cultura aos quais se nega o reconhecimento. E a necessidade de reparar esse dano não se deve à suposição – ou à aceitação da suposição – de que determinada cultura tem um valor especial para as pessoas que não pertencem a ela.” (WOLF *apud* HABERMAS, 2004, p. 258)

O tipo de direito coletivo necessário para preservar os diferentes grupos étnicos e culturais ultrapassaria os limites de uma teoria de direitos pensada para atender pessoas individuais. Além do mais, afirma Habermas, caso se acatassem tais direitos coletivos eles seriam não só desnecessários, mas questionáveis sob o ponto de vista normativo. Isso porque a defesa das formas de vida geradoras de identidade devem servir para o reconhecimento individual, não coletivo. Não se quer e não se pode preservar uma tradição como se preserva um parque ecológico, cercando-o e impedindo a entrada de qualquer elemento externo. Uma tradição se perpetua na medida em que convence os indivíduos a se apropriarem dela e de continuarem reproduzindo cultura, hermeneuticamente, dentro dessa tradição. Qual é o papel do Estado, então? “O caminho do direito estatal nada pode senão possibilitar essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais.” (HABERMAS, 2004, p. 258) Caso o Estado garantisse a sobrevivência de determinada cultura, ele necessariamente retiraria dos indivíduos desse grupo a possibilidade de optar pela manutenção de sua própria cultura. Seria como se um Estado, por exemplo, proibisse os índios de usarem roupas ou de falarem uma língua não nativa, sob o argumento de que estes perderiam sua tradição.

Quando há a coexistência equitativa das formas de vida nas sociedades multiculturais cada integrante de cada cultura tem a possibilidade de dar continuidade a tradição na qual está inserido, ou transformá-la, ou, ainda, romper com ela, caso queira. A velocidade de transformação do mundo moderno torna impossível a sobrevivência de qualquer cultura estacionária. As culturas só sobrevivem, diz Habermas (2004), “se tiram da crítica e da cisão a força para uma autotransformação.” (p. 260) É somente o indivíduo que tem a força de regenerar e perpetuar uma cultura ou tradição e essa força, como bem afirma Habermas (2004), “não nasce do isolamento em face do estrangeiro e de pessoas estrangeiras, mas nasce também – e pelo menos em igual medida – do intercambio entre eles” (p. 260).

O resultado mais extremo das tentativas de se preservar “pura” uma cultura é o fenômeno do fundamentalismo, que, nos diz Habermas (2004) “é uma tentativa irônica de, com meios restaurativos, conferir ultra-estabilidade ao próprio mundo vital” (p. 260). O fundamentalismo é incompatível com o Estado de direito, uma vez que este reivindica para si a posse exclusiva da verdade, não estando aberto para outras formas de vida nem de outros valores. As visões de mundo fundamentalistas não possibilitam o diálogo com outras culturas; na verdade, nem mesmo os integrantes de uma mesma comunidade discursiva podem refletir acerca de sua relação com o outro e, ainda, torna desnecessária as justificações racionais, descambando em um dogmatismo cego e perigoso.

Essas concepções fundamentalistas são incompatíveis com o paradigma do Estado democrático de direito, o qual só admite visões de mundo tolerantes que possam coexistir com as mais diversas convicções, sendo que a coexistência equitativa dessas formas de vida

exige o reconhecimento recíproco das diversas condições culturais de concernência ao grupo: também é preciso reconhecer cada pessoa como membro de uma comunidade integrada em torno de outra concepção diversa do que seja o bem, segundo cada caso em particular. A *integração ética* de grupos e subculturas com cada uma das identidades

coletivas próprias precisa ser desacoplada do plano de uma *integração política* abstrata, que apreende os cidadãos do Estado de maneira equitativa. (HABERMAS, 2004, p. 261)

É a integração dos cidadãos do Estado que assegura a lealdade desses em relação a uma cultura política comum. Essa cultura política está radicada em uma interpretação dos princípios constitucionais assumidos e cumpridos por cada nação estatal – de forma que o contexto histórico de cada cultura tem, ao contrário do que é afirmado pelos comunitaristas, grande relevância – tornando difícil, portanto, a neutralidade ética do Estado. Na verdade, os cidadãos possuem um “horizonte de interpretação” no qual os princípios são interpretados e dentro do qual, publicamente, são discutidos desejos e preferências, refletindo acerca da autocompreensão dos cidadãos da república. (HABERMAS, 2004, p. 262) Os direitos e princípios fundamentais é que, diz Habermas (2004), “constituem o sólido ponto de referência para cada patriotismo constitucional que situe o sistema de direitos no contexto histórico de uma comunidade jurídica” (p. 262). O patriotismo constitucional[13] serve como pano de fundo que manterá coesa a associação de pessoas livres e iguais, que devem preservar, consciente e racionalmente, aqueles mesmo direitos e princípios fundamentais.

Se, como visto, o patriotismo constitucional não pode ser eticamente neutro, ele também não pode obstar a “neutralidade da ordem jurídica em face das comunidades eticamente integradas em nível subpolítico;” (HABERMAS, 2004, p. 262) A compatibilidade do patriotismo constitucional com uma sociedade pluralista é possível pois, através da construção de uma identidade constitucional comum na qual se poderia articular uma unidade da cultura política dentro de um caldeirão multicultural. Habermas (2004) destaca que a diferença entre os dois planos – eticidade da cultura política e a ordem jurídica – é imprescindível para a manutenção da pluralidade, uma vez que, caso coincidissem, a cultura majoritária, utilizando, nesse caso, uma ordem jurídica parcial, oprimiria as outras formas de vida culturais, impossibilitando seu reconhecimento. E como pode ser mantida a neutralidade do direito? Habermas responde que, nas sociedades modernas, a totalidade dos cidadãos não pode se manter coesa através de um consenso sobre o que seja a vida boa, ou sobre determinados valores; o consenso que pode ser alcançado é sobre qual *procedimento* relativo às ações jurídicas legítimas e ao exercício do poder. Para Habermas:

O universalismo dos princípios jurídicos reflete-se, com certeza, em um *consenso procedimental* que certamente precisa estar circunscrito por um *patriotismo constitucional* – por assim dizer –, no contexto de uma perspectiva cultural política historicamente determinada. (HABERMAS, 2004, p. 263)

6. IMIGRAÇÃO, CIDADANIA E IDENTIDADE NACIONAL

A partir do artigo de Taylor, Habermas é instigado a responder uma importante questão: justifica-se as políticas de isolamento contra imigrantes? Partindo da constatação de D. J. van de Kaa, que demonstra que cada vez mais os países europeus endurecerão as políticas de imigração e de concessão de asilo, Habermas discute a questão *in abstracto* para, no final, dedicar-se ao tema do asilo político nos anos de 1992/1993 na Alemanha.

Como já foi dito, as ordens jurídicas são eticamente impregnadas, uma vez que refletem a vontade política e a forma de vida de uma comunidade jurídica concreta. Essas ordens não afetam a pluralidade, pois o *Ethos* do Estado não poderá entrar em contradição com os princípios e direitos fundamentais do cidadãos. Destarte, o teor ético de uma integração política que uma comunidade de cidadãos livres e iguais deve ser “neutro” em relação às diferenças entre os distintos grupos culturais presentes nessa sociedade, que possuem, cada uma, uma concepção de bem e vida boa. Importante, como já dito, é o desacoplamento dos planos da cultura das comunidades (que são várias) e da cultura política (que é uma só). As instituições de liberdade do Estado não podem ser impostas juridicamente, somente por força de uma *lealdade* ao próprio Estado, o chamado *patriotismo constitucional*.

Uma vez que é justamente essa “autocompreensão ético-político da nação” que é afetada pela imigração, como contrapô-la ao direito à auto-afirmação de uma nação que poderia ter sua índole alterada pela chegada de pessoas sem a dita *lealdade*? (HABERMAS, 2004, p. 265)

Habermas analisa a questão sob uma perspectiva da comunidade que acolhe os imigrantes, e o primeiro ponto é o da naturalização. É com esse instrumento que “o Estado controla a ampliação da coletividade, definida justamente mediante os direitos à cidadania.” (HABERMAS, 2004, p. 265) A questão, portanto, desconsiderando as restrições usuais – contra a criminalidade, por exemplo – é: em que medida um Estado democrático de direito, em defesa da integridade da forma de vida de seus cidadãos, pode exigir que o imigrante se assimile? Antes de responder a questão, Habermas distingue duas formas de assimilação:

(a) o da concordância com os princípios da constituição no interior do espaço de atuação interpretativo que se determina em dado momento por meio da autocompreensão ético-política dos cidadãos e pela cultura política do país;

(...)

(b) o nível seguinte de uma disposição à aculturação, ou seja, não apenas adequar-se externamente, mas a compenetrar-se amplamente do modo de viver, das práticas e costumes da cultura local; (HABERMAS, 2004, p. 266).

A única integração que o Estado democrático de direito permite é a descrita em (a), pois ela preserva a identidade da república que, necessariamente, deve ser mantida intocada,

uma vez que firmada em princípios constitucionais ancorados na cultura política, e não nas orientações individuais ou coletivas do bem ou da vida que predominam no país. “De acordo com isso, só é preciso esperar que dos imigrantes que eles se disponham a arraigar-se na cultura política de sua nova pátria, sem que com isso tenham de renunciar à forma de vida cultural de sua origem.” (HABERMAS, 2004, p. 265) Essa cultura política, partilhada por todos, inclusive os recém chegados, é o fio condutor que evita que a sociedade seja segmentada em diversas culturas sem quaisquer vínculos umas com as outras ou que grupos sejam excluídos.

Uma vez que a assimilação apresentada em (b) não é permitida, as tradições dos imigrantes, bem como suas visões de vida, a longo prazo, modificam a identidade coletiva, alterando, portanto, o horizonte no qual os cidadãos interpretam os princípios constitucionais que têm em comum. Assim, diz Habermas:

Sucedo a isso uma interferência do mecanismo segundo o qual se altera o contexto a que se refere a autocompreensão ético-política da nação como um todo, tão logo se modifique a composição cultural do conjunto de cidadãos ativos. “As pessoas vivem em comunidades com liames e limites, que, entretanto, podem ser de diferentes tipos. Numa sociedade liberal, os liames e limites devem ser compatíveis com os princípios liberais. A imigração aberta modificaria o caráter da comunidade, mas não a deixaria sem nenhum.” (HABERMAS, 2004, p. 267)

Dito as condições que um Estado democrático de direito pode exigir para a aceitação de imigrantes, surge uma outra pergunta: Quem, no entanto, tem direito à imigração?

Habermas não se manifesta sobre as razões morais para a concessão de asilo político “no sentido do art. 16 da Lei Fundamental, que deve ser interpretado com remissão à defesa da dignidade humana garantida no artigo 1º e ao direito à garantia de defesa legal, firmada no art. 19)” (HABERMAS, 2004, p. 267), mas sim sobre a condição e definição dos refugiados. Segundo a Convenção Sobre Refugiados, de Genebra, tem direito a asilo todo aquele que foge de países em que sua vida ou sua liberdade pudesse estar ameaçada por causa de sua raça, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo cultural ou étnico ou ainda por causa de suas convicções políticas. Habermas acrescenta ainda as mulheres que fogem dos estupros em massa e dos refugiados de guerras civis. Mas a maior contribuição de Habermas diz respeito a equiparação dos imigrantes que tentam escapar de uma existência miserável a refugiados. Esses imigrantes, que fogem da pobreza de seus países em busca de condições mais dignas de sobrevivência, são justamente os mais afetados pelas políticas antiimigração dos Estados mais desenvolvidos da Europa.[14]

Habermas (2004) aduz, então, que o problema da imigração deve ser visto sob a perspectiva dos que chegam em busca de salvação, e não com o olhar dos habitantes de países abastados. O problema intensifica-se porque o anseio por imigração ultrapassa muito a disposição do acolhimento, restando a pergunta: há um direito legítimo à integração?

As razões morais em favor da aceitação dos imigrantes são várias, sendo uma delas as pessoas só emigram porque estão em grande dificuldade em sua terra nata. Além disso, Habermas (2004) mostra que o continente europeu, entre os anos de 1800 a 1960, participou com cerca de 80% de participação nos fluxos migratórios intercontinentais, e tirou proveito disso, enriquecendo. A Europa, portanto, sempre se beneficiou desses fluxos migratórios. (p. 268-269)

Se esses argumentos não permitem justificar a garantia de um direito individual à imigração que possa ser exigido judicialmente, eles podem justificar um comprometimento moral com uma política liberal de imigração que abra a sociedade para os imigrantes refugiados. Habermas conclui que:

Da fundamentação moral de uma política de imigração liberal resulta, além disso, a obrigação de não limitar os contingentes de imigração às carências econômicas do país que acolhe os imigrantes, mas sim de limita-los segundo critérios aceitáveis a partir da visão de todos os envolvidos. (HABERMAS, 2004, p. 270)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos culturais servem para garantir que todos os cidadãos tenham acesso igualitário às tradições e manifestações culturais, mesmo que minoritárias, uma vez que o acesso a esses bens são imprescindíveis para o exercício e manutenção da identidade pessoal de cada cidadão. O tipo de direito necessário para preservar os diferentes grupos étnicos e culturais é sempre subjetivo, ou seja, deve atender a pessoas individuais e não a coletividade. Além do mais, afirma Habermas, caso se utilizasse direitos coletivos para o reconhecimento de minorias, eles seriam não só desnecessários, mas questionáveis sob o ponto de vista normativo. (2004, p. 258) Não se quer e não se pode preservar uma tradição como se preserva um parque ecológico, cercando-o e impedindo a entrada de qualquer elemento externo. A defesa das formas de vida geradoras de identidade deve servir para o reconhecimento individual, não coletivo.

Pois o reconhecimento – que exige respeito recíproco ao outro – é fundamental para um pluralismo saudável que não seja simplesmente “imposto” pelo Estado, mas que seja sempre uma via de mão dupla na qual, ao mesmo tempo que afirma a identidade cultural de uma minoria, não a isola da comunidade. Para tanto, é imprescindível que todos, grupos minoritários e majoritários, se vejam como cidadãos de iguais direitos de uma mesma comunidade política. É a integração dos cidadãos do Estado que assegura a lealdade desses em relação a uma cultura política comum. Essa cultura política está radicada em uma interpretação dos princípios constitucionais assumidos e cumpridos por cada nação estatal – de forma que o contexto histórico de cada cultura tem, ao

contrário do que é afirmado pelos comunitaristas, grande relevância – tornando difícil, portanto, a neutralidade ética do Estado. Na verdade, os cidadãos possuem um “horizonte de interpretação” no qual os princípios são interpretados e dentro do qual, publicamente, são discutidos desejos e preferências, refletindo acerca da autocompreensão dos cidadãos da república. (HABERMAS, 2004, p. 262) Os direitos e princípios fundamentais é que, diz Habermas (2004), “constituem o sólido ponto de referência para cada patriotismo constitucional que situe o sistema de direitos no contexto histórico de uma comunidade jurídica” (p. 262).

8. REFERÊNCIAS:

ASSY, Bethânia; FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006. p. 705-710

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI, Marcelo. Coesão interna de direito e democracia na teoria discursiva de Jürgen Habermas. *In*: CATTONI, Marcelo (coord). **Jurisdição e Hermeneutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 171-188.

CATTONI, Marcelo. Patriotismo Constitucional. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006a. p. 623-625.

CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factidade e validade. Trad. Beno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 2. ed. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: ed. 34, 2003.

MEDEIROS, Ana Leticia Narauna Duarte. Multiculturalismo. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006, p. 588-592.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. trad. Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O Direito à Diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. *In*: **Argumentos Filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241-274

[1] Sobre o tema, ver HONNETH, 2003.

[2] HABERMAS, 2004.

[3] Foi o filósofo canadense Charles Taylor o responsável pelo ressurgimento do conceito de reconhecimento na filosofia política, com o texto *The Politics of Recognition*. Segundo Assy e Feres Júnior, Taylor, nesse texto, diz que “a negação do reconhecimento não corresponde somente a uma demonstração de desrespeito, pois ela

tem uma consequência grave que é a de diminuir a capacidade que a pessoa, ou grupo de pessoas, que é objeto dessa negação tem de construir sua auto-estima: ‘o reconhecimento não é somente uma cortesia que devemos às pessoas, ele é uma necessidade humana vital’”. (ASSY; FERES JÚNIOR, 2006, p. 705-710) Sobre a política do reconhecimento, ver TAYLOR, 2000, p. 241-274.

[4] Podemos identificar facilmente esses grupos no Brasil como os homossexuais, pessoas portadoras de deficiência, negros, indígenas, mulheres, etc.

[5] Sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia nas tradições republicana e liberal, ver, sobretudo, CATTONI, 2000, especialmente o capítulo 2, Republicanismo e Liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno, p. 49-68.

[6] “Com o paradigma procedimentalista do Estado democrático de direito, (...) a Constituição, para articular-se com uma visão procedimentalista da política deliberativa e da democracia, deve ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de uma mistura de direitos de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma; ou seja, das condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo democrático.”(HABERMAS, 1997)

[7] Conforme Medeiros, “o multiculturalismo é um fenômeno social contemporâneo positivo, que tem possibilitado a convivência pacífica entre culturas distintas, num mesmo lugar. Assume, dependendo do local em que se manifeste, múltiplas facetas, e *não está na esfera da fundamentação filosófica*”. (MEDEIROS, 2006, p. 590)

[8] Ver o ensaio do próprio autor sobre o tema: HABERMAS, 2004b, 293-305. Ver, ainda, CATTONI, 2004, 171-188.

[9] Por exemplo, no caso brasileiro é impossível afirmar a neutralidade do Estado uma vez que no preâmbulo da própria Constituição é mencionada a expressão “sob a proteção de Deus” e em nossa moeda há a expressão “Deus seja louvado” (local inoportuno para o ato de fé, diga-se de passagem), desconsiderando expressamente os cidadãos ateus. Esses indícios – e existem vários outros – nos permitem afirmar que o Estado brasileiro endossa uma religião monoteísta em detrimento das demais. Essa impregnação ética, longe de ser uma discriminação ilícita (conforme ROSENFELD, 2003 e SOUZA CRUZ, 2005. p. 24) uma vez que é fruto da limitação cultural do Poder Constituinte.

[10] Não escrita.

[11] Essas minorias (os curdos, por exemplo) são um “problema” que só desaparece com o extermínio dos seus integrantes, uma abominação no ponto de vista político-moral. A independência dessas minorias é tentada, via de regra, por meio de guerra civil ou outros meios não democráticos, sendo as ações do grupo terrorista basco ETA um bom exemplo

[12] Sobre as chamadas “ações afirmativas”, ver SOUZA CRUZ, 2005.

[13] Segundo Cattoni, o patriotismo constitucional, para Habermas, “envolve justamente a construção de uma cultura ético-política pluralista com base na Constituição democrática de uma república de cidadãos livres e iguais, é expressão de uma forma de integração social, que se dá, pois, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por formas de vida e identidades ético-culturais diversas e mesmo divergentes, que convivem entre si, desde que adotem uma postura não fundamentalista de respeito recíproco umas com as outras”.(CATTONI, 2006a, p. 625) Sobre patriotismo constitucional, ver CATTONI, 2006b.

[14] Segundo Bauman, “Apenas três décadas atrás Portugal era (juntamente com a Turquia) o principal fornecedor de ‘trabalhadores convidados’ [os *Gastarbeiter*], que os *Bürger* alemães temiam saquear suas cidades e destruírem o pacto social, pilar de sua segurança e conforto. Hoje, graças ao aumento significativo de sua riqueza, Portugal passou de exportador a importador de mão-de-obra. As dificuldades e humilhações sofridas quando era preciso ganhar a vida no exterior foram rapidamente esquecidas: 27% dos portugueses declararam que os bairros infestados do crime e de estrangeiros constituíram sua principal preocupação, e Paulo Portas, um recém chegado à arena política, jogando uma carta única, violentamente contrária à imigração, ajudou a conduzir ao poder uma coalizão neodireitista (da mesma forma que ocorreu com o Partido do Povo Dinamarquês de Pia Kiersgaard, com a Liga Norte de Umberto Bossi na Itália e com o Partido do Progresso na Noruega, radicalmente antiimigrantes – todos em países que não muito tempo antes enviavam seus filhos a terras distantes para ganhar o pão que eles próprios eram muito pobres para oferecer). (BAUMAN, 2004. p. 145)

CONHECIMENTO E POLÍTICA: ANTAGONISMOS FUNDAMENTAIS EM CARL SCHMITT* **

KNOWLEDGE AND POLITCS: FUNDAMENTAL ANTAGONISMS IN CARL SCHMITT

Helena Colodetti Gonçalves Silveira

RESUMO

A construção “adversarial” do pensamento de Carl Schmitt, antagônica desde a gênese de um modo específico de pensar e conhecer o mundo, será analisada a partir do tratamento que o jurista alemão dá aos temas da exceção, soberania, decisão e ordem jurídica. O objetivo será demonstrar que o conflito marca não apenas uma concepção específica do político, conjuntural, mas se volta reflexivamente para a maneira de “filosofar” de Schmitt, constituindo uma premissa estrutural de uma epistemologia um tanto paradoxal: um conhecer que dispensa as categorias da filosofia do sujeito e prescinde da racionalidade, pois crente que o político, no fim das contas, exige uma profissão de fé indemonstrável, e, portanto, apenas existencial. O foco do trabalho será argumentar que não há como dissociar filosofia política e teoria política como dois momentos distintos, na medida em que seu pensamento não apenas se volta para as estruturas políticas, mas ao fazê-lo, acaba inaugurando uma maneira *sui generis* de conhecer o mundo. O pensar para Schmitt é sempre político, ou seja, antagônico. E esse exercício de reflexão epistemológica possibilita a inserção do direito num contexto ampliado de radicalização total da política como própria forma de apreender a realidade, o que contribui para sua adequada articulação com outros conceitos chaves da teoria schmittiana, podendo se valer das ferramentas dadas pela metacrítica filosófica.

PALAVRAS-CHAVES: EPISTEMOLOGIA, POLÍTICO, CONFLITO, SOBERANIA, ESTADO DE EXCEÇÃO, ORDEM JURÍDICA, FILOSOFIA POLÍTICA, TEORIA POLÍTICA.

ABSTRACT

The “adversarial” construction of Carl Schmitt’s thought, antagonistic since the genesis of a specific way of thinking and knowing the world, will be examined from the perspective that the German Jurist develops themes like exception, sovereignty, and law. The purpose is to demonstrate that the conflict not only stresses a specific form of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio)

the political, merely conjectural, but instead turns itself reflexively towards the way Schmitt "philosophises", constituting a structural premise of a somewhat paradoxical epistemology: a knowledge that dismisses the categories of the philosophy of subject and rationality, because believes that the political, at the end of the day, requires an act of faith indemonstrable, and therefore only existential. The focus will be thus arguing that there is no way of separating political philosophy and political theory as two distinct moments. The thought is always for Schmitt political, that is, antagonistic. And as one does this exercise of epistemological reflection, the role of law is inserted in a larger context of total radicalisation of the politics as a form of knowing the reality, which contributes to its links with other key concepts of the schmittian theory, profiting also from the tools given by the philosophical metacritics.

KEYWORDS: EPISTEMOLOGY, POLITICAL, CONFLICT, SOVEREIGNTY, STATE OF EXCEPTION, LAW, POLITICAL PHILOSOPHY , POLITICAL THEORY.

I - Introdução

Falar sobre Schmitt vem acompanhado de uma nota introdutória, quase que obrigatória, na qual o expositor se defende preventivamente sobre a ausência de correlação entre o estudo do jurista alemão e a adesão à sua biografia controversa. A divisão entre o texto e o autor deve ser estanque, e não gerar dúvidas quanto às intenções do comentador em reavivar a discussão dos escritos, mas não do passado proscrito do seu criador, figura maldita, cuja obra deve ser reapropriada num contexto político de extremos, sem, contudo, ser indulgente quanto aos caminhos pessoais trilhados por Schmitt no passado.

A “exposição de motivos” da reflexão sobre Schmitt é toada repetida, a qual se deve fazer coro, evitando, contudo, os maniqueísmos daqueles vêem na biografia tumultuada uma certa causalidade nas conclusões teóricas, prenúncio do mau agouro das suas escolhas, embora não se negue também que uma parte de sua produção esteja essencialmente ligada à fundamentação da sua trajetória de vida.

Para além do fatalismo biográfico, comentar Schmitt é se deparar com um pensamento radical, incisivo, que elege seus adversários e coloca contra eles o espelho hiperbólico de seus cânones, e através do exagero expõe as premissas ocultas e as implicações frágeis daquilo que se procura criticar.

A construção do pensamento schmittiano é por assim dizer “adversarial”, antagônica desde a gênese de um modo específico de pensar e conhecer o mundo, na qual a presença do outro, do adversário, está a todo momento presente em sua filosofia política sempre litigante. O conflito, como será adiante desenvolvido, marca não apenas uma concepção específica do político, conjuntural, mas se volta reflexivamente para a maneira de “filosofar” de Schmitt, constituindo uma premissa estrutural de uma epistemologia um tanto paradoxal: um conhecer que dispensa as categorias da filosofia do sujeito e prescinde da racionalidade pois crente que o político, no fim das contas, exige uma profissão de fé indemonstrável, e, portanto, apenas existencial.

E contra quem ou o quê combate Schmitt? Primeiramente, contra o liberalismo e racionalismo iluminista. Schmitt refuta com veemência a falsa despolitização operada pelo liberalismo burguês que procura pacificar o impacificável, dando ao político uma conotação consensual e racional. Daí decorrem também suas críticas específicas em relação à democracia representativa, ao humanitarismo, ao Estado de Direito, ao normativismo fundador da ordem jurídica, enfim, aos desdobramentos da cegueira em relação ao que é próprio do político: o seu antagonismo fundamental representada pelo agrupamento amigo/inimigo.

O Schmitt quer, portanto, é o retorno do político, parafraseando Chantal Mouffe (1993), não porque ele havia desaparecido, mas porque foi ocultado pela falsa imanência do racionalismo liberal. O retorno do político, neste sentido, é o resgate do desarrazoado, do que não pode ser ponderado, que não admite solução pela via da deliberação racional, enfim, daquilo que se apresenta como uma atitude metafísica, sem fundamentos extramundanos. Como um Deus na Terra, o político e o seu soberano colocam-se como uma teologia secularizada, cuja forma operativa não é a demonstração, mas a crença na decisão criadora de uma ordem política e jurídica objetiva.

O presente trabalho terá como objetivo descortinar o elemento adversarial com que Schmitt se contrapõe, e é constitutivo da suas idéias, a partir do tratamento que dá ao tema da exceção, soberania, e decisão. O que se procurará demonstrar é que a teoria e filosofia política de Schmitt são inseparáveis, na medida em que seu pensamento não apenas se volta para as estruturas políticas, mas ao fazê-lo, acaba inaugurando uma maneira específica de conhecer este mundo político.

II - Crítica ao egocentrismo moderno

A teoria de Schmitt sobre a exceção e a soberania, conforme assinalado anteriormente, se insere num contexto maior de crítica filosófica à modernidade liberal, e, mais ainda, de uma postura reativa do nosso autor ao imobilismo e apatia do sujeito burguês quanto à ordenação do mundo.

Schmitt volta seu estilo cortante contra o egocentrismo racionalista que fez apenas dispensar a metafísica tradicional fundada no Deus ordenador do mundo, refutando uma ontologia cristã, para substituí-la por uma metafísica do sujeito que autodetermina o conhecimento da experiência. Segundo Schmitt, rompe-se o elo com o Deus transcendente, mas restabelece-se uma atitude metafísica dentro do próprio sujeito: será o indivíduo autônomo que irá fundar a ordem do real. A singularidade racional passa a ser a medida de todas as coisas, tarefa que antes era desempenhada pela divindade:

a realidade mais elevada e segura da antiga metafísica, o Deus transcendente, estava eliminada. Mais importante do que a controvérsia dos filósofos foi a pergunta por quem assumiu a sua função como realidade mais elevada e segura e, portanto, como o ponto

último da legitimação na realidade histórica (Schmitt, *Politsche Romantik*, apud FERREIRA, 2004:84).

Esta paradoxal metafísica do sujeito, entronizado no lugar de Deus, e radicalizado pelo romantismo[1], teve para Schmitt o efeito perverso de tensionar o dualismo pensamento e realidade, consciência e experiência, para o pólo subjetivo, retirando da realidade qualquer substância. Esta se tornaria uma “experiência individual” (FERREIRA, 2004:87), incapaz de fornecer parâmetros de decisão para além da reserva subjetiva. O sujeito emancipado liberal é o senhor de si mesmo que vivencia a realidade também como uma experiência subjetiva privada e ocasional.

É contra esse particularismo da ordenação do real que Schmitt se insurge, buscando a reabilitação de uma ontologia secular através da política. Seu projeto filosófico, e, quiçá, epistemológico, é de resgate de uma realidade objetiva, na qual seja possível imprimir uma certa regularidade e direção, compreendendo-a de maneira substantiva, para além da experimentação individualista.

Schmitt sustenta que a metafísica do sujeito racional kantiano, ao pulverizar a experiência de acordo com as várias orientações do sujeito egocêntrico, igualmente abdicou de uma postura normativa sobre o real, na medida em que não pode haver verdadeira ordenação que não parta de uma fonte única de comando. A normatividade, para Schmitt, não pode ser tributária de uma multiplicidade de perspectivas sobre a ordenação da realidade. A pluralidade de competências reguladoras da experiência significa para ele uma renúncia à capacidade de comandar a experiência humana. Esta apenas pode ser reconquistada se a normatividade for reconduzida para uma instância supra-individual, ou, ainda, individual coletiva, a dizer, um soberano capaz de objetivar a decisão, que deixa de ser uma experiência privada, e passa a se alinhar com uma visão ontológica da política, ou seja, através de uma política ontologizada é que se funda uma realidade objetiva.

Para Schmitt, o racionalismo iluminista, ao proclamar a soberania do indivíduo sobre a realidade, teve o efeito perverso de renunciar a vivência da experiência humana como algo objetivo. Ao se tornar senhor de si e criador da realidade, o homem racional moderno se transformou, paradoxalmente, no maior servo da história, incapaz de dar um rumo à sua existência objetiva, justamente porque não consegue fundar uma ordem normativa, isto é, de decidir politicamente.

É possível notar em Schmitt uma postura combativa em relação a uma pseudo-imanência[2] do liberalismo racional. O compromisso iluminista com o sujeito implica para Schmitt em compromisso nenhum com a experiência humana, compreendida para além da circularidade da consciência. O pensamento adversarial, neste momento de evidente crítica política-filosófica, elegeu como inimigo a própria arquitetura do racionalismo, se fortalecendo a partir das diferenças colocadas a mostra. Em Schmitt, a crítica é sempre entrincheirada, de maneira que não se pode compreendê-la sem levar em consideração o elemento a que se combate; aquilo ou aquele a quem se pensa contra, enfim, sem o estabelecimento de pares antagônicos. É o que será melhor explicitado nos itens que se seguem.

III - A política como existência: exceção, decisão e soberania

Toda a crítica de Schmitt ao liberalismo burguês e sua filosofia do sujeito racionalista, vai agora ser retomada num projeto de recuperação de um certo realismo pela via da política, enfraquecido ou mascarado pelo normativismo transcendente e egocêntrico moderno.

O existencialismo do político, neste sentido, significa abandonar a passividade e o relativismo racionalista, e resgatar a idéia de uma realidade concreta, existente além da norma criada pelo sujeito, e, por isso mesmo, um lastro objetivo para a ordenação da experiência humana.

Schmitt vai começar demonstrando o equívoco da precedência da norma sobre a realidade, e para tanto vai desenvolver o conceito limite da “exceção”.

Segundo ele, nenhum conteúdo normativo possui condições de se autovalidar, pois precisaria pressupor um consenso *a priori* sobre valores dentro de uma sociedade histórica. O que existe na verdade para Schmitt é um meio homogêneo que é criado para que este consenso possa ser obtido através da interpretação histórica dos conceitos normativos. Assim, a validade de um sistema normativo é algo que ocorre num segundo momento, depois de fornecido o contexto em que irão viger essas normas. Em outras palavras, é necessária a instituição de condições factuais para dar sentido e extensão aos conteúdos normativos.

É possível observar que esse “contexto” não pertence à norma em si, mas está fora dela, embora na maioria das vezes passe despercebido como algo naturalizado, não problematizado. Apenas no momento em que se abandona as circunstâncias normais, é que essa extranormatividade é percebida como distinta da ordem jurídica. Ou seja, no instante em que se perturba o elemento factual é que se vislumbra que o que dá sustentação à ordem jurídica não é propriamente jurídico, mas sim algo além da normatividade, algo que possui existência objetiva: o político.

O nome deste momento de ruptura da normalidade que põe em evidência a precedência da política sobre a ordem jurídica é a *exceção*. Esta seria o caso extremado na qual as condições de validade da norma são suspensas. Dita de outra maneira, as normas jurídicas são apenas válidas sob determinadas condições normais, cuja ultrapassagem importa em suspensão da ordem jurídica. A validade do ordenamento, assim, não é incondicionada, mas situacional. Não está fundada em nenhuma ordem de princípios universais, mas na própria imanência do contexto dado pela política:

A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um “mero pressuposto” que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicada ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante. Todo Direito é “direito situacional” (SCHMITT, 2006:13/14).

É importante destacar que a exceção não se confunde com o caos, nem com o estado de natureza hobbesiano. A exceção constitui a situação-limite em que as condições outrora vigentes de validade normativa são suspensas, para que possam numa outra circunstância, cessado o conflito extremado, ser restabelecidas ou mesmo realinhadas. Pode-se dizer que no estado de exceção há uma interrupção da ordem jurídica, mas não do direito. A exceção não elimina a noção de normatividade própria de uma organização estatal, substituindo-a inteiramente pela facticidade da política. Ao contrário, a existencialidade da política, pela excepcionalidade das condições, vai preferir a garantia de uma ordem pública, mesmo que não jurídica, para atingir um novo ponto de normalidade em que então será possível restabelecer o campo do normativo. A juridicidade, mesmo pela ausência, se faz presente na exceção como algo por vir a ser novamente:

Para Schmitt, o estado de exceção constitui um “caso de conflito” (PT, 13), uma situação em que a ruptura das bases da convivência social inviabiliza a efetivação de nenhum princípio normativo. No caso de exceção, se observaria um conflito no sentido forte da palavra, ou, como diria Schmitt, um “autêntico conflito” (VL, 371), que não poderia ser solucionado através de uma regra aceita por todos (...) Nesse sentido, ele pode dizer que, “na sua feição absoluta, o estado de exceção se apresenta quando é preciso criar a situação em que as proposições jurídicas possam ter vigência (PT, 19)” (FERREIRA, 2004: 107).

O estado de exceção possibilitaria enxergar na normatividade jurídica uma ligação com a existência concreta, representada pela política. A normatividade não estaria assim descolada dessa realidade substantiva, ontologizada, defendida por Schmitt. Haveria um reentrar da experiência concreta no campo normativo sob o signo da validade imanente do direito obtida pela decisão política.

Essa realidade concreta é para Schmitt essencialmente conflitiva. E por conta dessa contingência que não pode ser definitivamente pacificada é que o direito se depara com suas limitações. Não sendo a norma capaz de prever todas as suas condições de sua validade, na situação extrema, jamais reduzível a uma regra, o elemento normativo cede lugar ao realismo da exceção. Diante da contingência da vida real, a manutenção da unidade política pede uma pacificação provisória pela via da decisão excepcional. A perplexidade da exceção suplanta a ordenação racionalista do direito, e impõe uma direção ao conflito que nega a ordem jurídica para depois restabelecê-la.

O estado de exceção representa, portanto, um paradoxo: é algo que tem uma existência política concreta mas também repercussão jurídica (embora não seja norma); é factual sem abandonar a referência à norma que quer revalidar; é o elemento irracional e imponderável mas que também se articula com a ordem racional, enfim, é a negação da norma que busca reafirmá-la. Como diz AGAMBEN:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema da sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (2007:39).

A posição da exceção na ontologia política de Schmitt é análoga ao milagre na religião. Levando a sério a idéia provocativa de uma teologia política, a exceção é justamente o momento em que o esquema racionalista do direito e da política é confrontado com suas limitações, expondo sua insuficiência no trato da circunstância imponderável, irracional e contingente. Diante dessa força do real, a atitude metafísica auto-referente do sujeito não é capaz de fornecer respostas normativas. A situação pede outra postura, teológica, de uma fé secularizada na decisão do soberano. A exceção, dentro desse contexto, representa o surgimento do “novo” que perturba as relações de inferências racionais já estabelecidas e força o normativo para um contato com a realidade. O excepcional, assim, pode ser compreendido como a circunstância que faz a mediação entre “justiça normativa e a realidade concreta” (FERREIRA, 2004:109). É o que proporciona ancorar o normativo na experiência humana.

Nessa empreitada de tirar do indivíduo o cetro da soberania sobre o mundo, o problema para Schmitt, portanto, não é quais seriam os princípios de uma justiça universal. Essa interpelação ignora o pano de fundo da homogeneidade que é algo absolutamente precário e contingente, revelando o equívoco de se buscar para o direito condições auto-referentes de validação, desconectadas da existência política. Se é a exceção que fornece os parâmetros de validade da ordem jurídica como um todo, a questão se desloca em Schmitt para quem decide sobre a normalidade, ou, inversamente, quem decide sobre o estado de exceção.

É preciso destacar que a decisão sobre o estado de exceção, por transbordar o direito, não pode ser ela mesma compreendida como decisão sobre normas, ou aplicação destas. “Decisão” para Schmitt não encontra seu lugar no âmbito normativo. Decidir é completamente autônomo em relação à norma, aliás, a decisão é o que funda a norma, sendo exemplo concreto da pura existencialidade da experiência humana. Decidir é ação do político, pois para Schmitt a política é o lugar em que se ontologiza o conflito, e este só pode existir quando se identifica seu par antagônico. A disputa impacificável que marca o político implica na polarização dos contendores fundamentais, o agrupamento amigo/inimigo. É a decisão, portanto, que fixa o conflito substancial determinando o grupamento de opostos.

Decidir é assim tanto constitutivo da ordem jurídica como da ordem política. Ela, ao mesmo tempo em que estabelece o padrão de normalidade que irá validar o direito, igualmente determina a unidade da diferença da essência política: o par amigo/inimigo. Como bem identificou Bernardo Ferreira, “decisão pode ser pensada como fator de “fixação ontológica” da realidade concreta” (2004:121). Isto é, a decisão possui uma força de criação que é expressão do intento schmittiano de ordenação do real. Decidir sobre o político, ou, em outros termos, sobre o antagonismo amigo/inimigo, excluindo o adversário e restabelecendo a normalidade, é performance pura da atribuição de sentido

à experiência humana. É o *fiat* criativo que não parte da transcendência divina, mas como tal inaugura a realidade ordenada a partir de um ato de vontade soberana[3].

Mas a decisão é sempre uma experiência coletiva, e não privada. Daí quem decide é sempre quem tem autoridade. Arelada à decisão está a figura do soberano. Se a decisão é a ação do político, o soberano é o seu sujeito. Mais que uma “pessoalidade”, o soberano é “um lugar público de decisão a ser ocupado no interior do sistema jurídico-político” (FERREIRA, op.cit., p.173). Neste caso, o soberano tem o papel funcional de decidir e criar o político. E o momento político por excelência é aquele que decide sobre o estado de exceção: suspende a normalidade por conta da identificação do inimigo que deve ser eliminado. O soberano é aquele que determina as chaves operativas do político, ou seja, que estabelece a forma do “conflito existencial” (Schmitt, apud FERREIRA, 2004:124) para além da esfera normativa, mas que ao solucionar a controvérsia de ordem pública, proporciona o retorno do normativo pela neutralização, mesmo que temporária, do conflito que havia suspenso a ordem jurídica. O soberano possui a competência de tanto identificar o antagonismo quanto de eliminá-lo por um ato de vontade soberana porque decisiva. Soberania e decisão são, portanto, indissociáveis: ação e lugar do político; matriz que traça a distinção ontológica e não racional do político, enfim, a fratura inaugural conflitiva de uma realidade substantiva[4]; o par amigo/inimigo.

A postura metafísica tradicional da criação da ordem a partir de um ato de vontade transcendente de Deus permanece, só que agora realocado na imanência do sujeito coletivo soberano. A teoria da soberania de Schmitt pode ser compreendida como o ápice do seu combate ao sujeito absoluto individual burguês:

enquanto a transformação do sujeito individual em ponto último de legitimação da realidade aniquila todo e qualquer fundamento, pulveriza e, finalmente, anula o Deus tradicional da metafísica cristã, a decisão soberana, mal ou bem, significa, para Carl Schmitt, um caminho de volta até ele. O soberano, nessa perspectiva, pode ser visto com um metassujeito, supra-individual e público, como um lugar de decisão pessoal a ser ocupado no interior da ordem jurídico-política, e, ao mesmo tempo, situado acima dela (FERREIRA, 2004:127).

Como aquele que cria a ordem política, o soberano tem ele mesmo uma validade factual: se constitui como tal se for capaz de decidir sobre o estado de exceção, isto é, sobre a diferenciação amigo/inimigo. Logo, é a partir da capacidade de decidir que o soberano constitui a ordem política e jurídica, mas também se autoconstitui como uma autoridade metafísica secularizada. O que Schmitt quer evitar é qualquer auto-referência solipcista do racionalismo liberal, que prescinde da realidade como critério de fundamentação da autoridade e da verdade, se isolando no interior de um sujeito egocêntrico. O soberano é a própria expressão dessa abertura à contingência da experiência humana, na medida em que sua condição de autoridade provém da

capacidade de traçar distinções factuais, mas não arbitrárias, sobre o conflito que é a marca do político.

Ao mesmo tempo, o soberano representa o triunfo da reconquista de uma autêntica emancipação humana: ele é capaz de ordenar a realidade pela decisão. Não se trata aqui de uma pseudo-ordenação liberal, ao contrário, a força do soberano advém do real que ele não negará, mas que procurará dar sentido através de sua vontade decisiva exercida publicamente, suplantando as múltiplas dimensões privadas do indivíduo burguês. Segundo Schmitt, a soberania liberta todo o potencial criativo do gênero humano pois constitui uma ordem pública a partir de um vazio normativo. Diante da perplexidade da ausência de um fundamento que antecede a decisão, a experiência política se mostra como pura contingência, libertada de esquemas racionalistas universais, e, por isso mesmo, apta a fazer a mediação entre realidade e justiça, pois não isola o elemento normativo na tautologia do mentalismo liberal. Ao revés, a força da realidade objetiva é preservada através do paradoxo da ordem jurídica que encontra sua gênese num ato de vontade soberana que determina suas condições de validade, isto é, decide sobre o estado de exceção.

IV – A epistemologia de Schmitt: “o pensar contra”[5]

A centralidade que Schmitt dá ao conflito entre amigo/inimigo como nota distintiva do político é sintomático de um tipo de pensamento que se constrói através de antagonismos.

Schmitt seguirá no caminho do imponderável como característica do político. Sua recusa à fundamentação racional ou principiológica da dominação soberana faz com que o “conceito do político” não possa ser encontrado numa lógica da identidade estacionária. Ao contrário, Schmitt definirá o político através de uma diferença dinâmica, mais ainda, uma diferença conflitiva: o agrupamento amigo/inimigo[6].

O cerne do político está neste conflito fundamental, absolutamente contingente, que não pode ser capturado pela norma, nem ser pacificado pela identificação com alguma instância fundante transcendente. O político surge assim do embate, do choque de opostos, de uma dialética que não possui síntese, já que não poderá ser superada. É do fluxo do conflito que se alimenta a política.

Segundo ele, da real possibilidade de aniquilamento através da guerra é que nasce a política como aquela atividade capaz de identificar o par antagônico fundamental. Tal como a exceção, a guerra é uma situação-limite que proporciona dar vislumbre ao que é propriamente político. Na sua ontologia política, a luta pelo aniquilamento do inimigo faz com que surja da decisão sobre os lados hostil/amigo o elemento político:

A guerra não é pois um fim ou uma meta, ou tão apenas o conteúdo da política, mas sim o seu pressuposto sempre presente como possibilidade real e que determina de modo particular o pensamento e ação do homem, provocando assim um comportamento político específico (SCHMITT, 1984:31).

Obviamente que o conflito amigo/inimigo não se trata de uma disputa dentro de uma ordem jurídica, e, assim, capaz de ser resolvido por ela. O antagonismo mencionado é muito mais fundamental, e se liga à própria existência mortal humana. O político representa para o homem a consciência da sua finitude e das condições de sua sobrevivência. Mas ao reafirmar sua existência em face do inimigo, o homem está ao mesmo tempo afirmando “sua condição de ator coletivo na história” (FERREIRA, op. cit, p. 47), pois o inimigo é um inimigo público, e se torna público por um ato de decisão política soberana. O caráter político da decisão sobre o grupamento amigo/inimigo, ao mesmo tempo em que se debruça sobre a existencialidade humana litigiosa, igualmente a ultrapassa sem negá-la, pois inaugura a partir dela uma esfera normativa. Com efeito, a decisão política não se desengata da experiência humana, mas lhe atribui um sentido, que é político e coletivo. É o primeiro ato de normatividade que não surge de outra norma, mas da contingência de uma realidade conflitiva[7].

O “conceito do político” de Schmitt demonstra toda a força do seu projeto de resgate de uma ordenação do mundo pela via da política. O ato político fundamental, a distinção amigo/inimigo, representa a fusão de um momento cognitivo e normativo. O primeiro, no reconhecimento de uma experiência humana litigiosa que não pode ser aprisionada de acordo com os esquemas racionalistas; e o segundo, na decisão que estabelece os padrões de normalidade\exceção, atribuindo valor ao que antes era pura existência.

Agora chegamos no ponto que será possível radicalizar ainda mais a importância dos antagonismos em Schmitt. Todas as distinções, os pares de opostos delineados por Schmitt, embora possam ter existência factual, não são meros dados contextuais. Ao revés, podem ser compreendidos como uma forma específica de construção de um pensamento.

Para além da experiência política, o “adversário” para Schmitt é estruturante de uma epistemologia que procura no antagonico a compreensão do seu oposto. O conhecimento para Schmitt se dá sempre através do contraste, cujo efeito é radicalizar as diferenças, e, por isso mesmo, torná-las mais evidentes pelo exagero expressionista, como bem definiu Habermas (1989:128). O pensar em Schmitt sempre se dá em relação a um outro, inimigo, que funciona como uma espécie de interlocutor provocativo. A unidade do pensamento de Schmitt, utilizando o léxico sistêmico, é uma unidade da diferença, uma forma com dois lados opostos que se definem pela exclusão de um pelo outro.

Na base da sua filosofia política está uma alteridade epistemológica, um adversário que tem uma função de estruturação do pensamento. A inimizade, por assim dizer, faz parte do modo de formulação e organização da sua reflexão filosófica:

A atitude polêmica que marca o pensamento de Carl Schmitt resulta de uma concepção política do conhecimento. Dito em outros termos, a polêmica não é apenas a forma que esse pensamento assume ao se dirigir às circunstâncias políticas em que está inserido, não é apenas a maneira pela qual responde às questões do seu tempo e se confronta com o seu contexto intelectual; ela é uma atitude epistemológica através do qual a natureza agonística da vida política se incorpora ao próprio ato de conhecimento e se torna condição estrutural da criação teórica (FERREIRA, op. cit., p. 49).

Esse “pensar contra” confere à polêmica um traço de distinção da forma de conhecimento proposta por Schmitt que perpassa toda a sua obra, e é fundamental para a compreensão dos temas sob análise. Segundo ele mesmo esclarece:

Em primeiro lugar, todos os conceitos, as expressões e os termos políticos, possuem um sentido polêmico; têm presente uma conflituosidade concreta, estão ligados a uma situação concreta, cuja conseqüência extrema é o agrupamento na polaridade amigo-inimigo (que se manifesta na guerra e na revolução) Termos como estado, república, sociedade, classe e outros: soberania, estado de direito, absolutismo, ditadura, plano, estado neutro ou total e outros, são incompreensíveis se não se sabe quem em concreto será atacado, negado e enfrentado através desses mesmos termos. O caráter polêmico domina sobre todo o emprego lingüístico do próprio termo “político” (SCHMITT, 1984:27/28).

O conhecimento para Schmitt se organiza tal como o conflito político, aliás, o conhecimento é para ele conhecimento político. Schmitt dá a política não apenas a medida para o estabelecimento de distinções fundamentais (amigo/inimigo, normalidade/exceção, etc) que possibilitarão dar rumo à existência humana, mas também transforma seu próprio pensamento num pensamento organizado politicamente, isto é, estruturado segundo polêmicas. O adversário é para Schmitt uma categoria epistemológica. Neste ponto, não há como dissociar filosofia política e teoria política como dois momentos distintos. O pensar é sempre político, ou seja, antagônico.

Em Schmitt, a radicalização da política é total e ela se transforma também em forma de conhecimento do mundo.

V - BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2007 (Estado de Sítio).

CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Boas. *Liberalismo político no pensamento de Carl Schmitt: amigo ou inimigo?* Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol. 20 nº 59, p. 158-162.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Duas Europas, duas Modernidades*. P. 87-109. In *Império*. 7.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *The horror of autonomy: Carl Schmitt in English*. In HABERMAS, Jürgen NICHOLSEN, Shierry Weber. *The new conservatism: cultural criticism and the historians' debate*. Cambridge, Mass. : MIT Press, c1989. 270p.

MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. Londres: Verso, 1993.

_____. *The challenge of Carl Schmitt*. London ; New York: Verso, 1999. vii, 212 p. (Phronesis).

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. São Paulo: Editora 34, 1996. 138 p.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo "político"*. México: Folio Ediciones, 1984.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 152 p. (Del Rey internacional).

STRAUSS, Leo. *The political philosophy of Hobbes : its basis and its genesis /*. Chicago : University of Chicago Press, 1984. 172p.

[1] Segundo Ferreira, “o romantismo representa não apenas uma modalidade de reação ao racionalismo moderno, mas também um desdobramento e uma exarcebação dos dualismos inaugurados por este último. Romantismo e racionalismo deixam de ser vistos apenas como movimentos antagônicos e podem ser compreendidos também como realidades solidárias cujo sentido estaria associado a um mesmo processo histórico: a *Geistgeschichte* moderna” (2004:85).

[2] A fragilidade da imanência iluminista decorreria para Schmitt da manutenção de uma atitude transcendente dentro do próprio sujeito, que passou ocupar o lugar de Deus. A substituição de um teísmo pelo deísmo não implicou numa mudança de postura, mas apenas de titularidade da onipotência: “A idéia do Estado de Direito moderno ocupa-se com o deísmo, com uma teologia e metafísica que repele o milagre do mundo e recusa o rompimento das leis naturais contido no conceito de milagre, o qual instituiu uma exceção através de uma intervenção direta, assim como a intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente. O racionalismo do Iluminismo repudiava o caso excepcional em toda forma. A convicção teísta dos escritores conservadores da contra-revolução pôde, portanto, fundamentar, ideologicamente, com analogias de uma teologia teísta, a soberania pessoal do monarca” (SCHMITT, 2006:35).

[3] Resta indagar se a decisão e seu soberano estão fora da história. Aqui se percebe o reentrar da transcendência com toda força no pensamento schmittiano, própria de uma construção que se organiza conforme uma ontologia cristã secularizada. A política surge da decisão sobre amigo/inimigo. Fica a pergunta se o ato de criação irracional do político não constitui um puro ato de vontade, ordenador e normativo. O legislador supremo escolástico se transforma em Schmitt no legislador imanente, mas com o mesmo descolamento transcendente da ontologia tradicional, e, portanto, não historicizado.

[4] Também Rancière desenvolve a idéia da política como rompimento, fratura, um dano inaugural que escapa à racionalidade sendo pura continência: “A política existe quando a ordem natural da dominação é interrompida pela instituição de uma parcela dos sem-parcela. Essa instituição é o todo da política enquanto forma específica de vínculo. Ela define o comum da comunidade como comunidade política, quer dizer, dividida, baseada num dano que escapa à aritmética das trocas e das reparações. Fora dessa instituição, não há política” (1996:26/27). Mais adiante: “O litígio em torno da contagem dos pobres como povo, e do povo como comunidade, é o litígio em torno da existência da política, devido ao qual há política. A política é a esfera de atividade de um comum que só pode ser litigioso, a relação entre as partes que não passam de partidos e títulos cuja soma é sempre diferente do todo” (op.cit., p. 29). Por fim: “o fundamento da política, se não é natureza, não é tampouco convenção: é a ausência de fundamento, é a pura contingência de toda ordem social. Há política porque simplesmente nenhuma ordem social está fundada na natureza, porque nenhuma lei divina ordena as sociedades humanas” (op. cit., p. 30).

[5] A expressão “pensar contra” deve ser creditada a Bernardo Villas Boas em nossa conversa sobre Schmitt que muito me auxiliou neste trabalho.

[6] “O inimigo é o simplesmente o outro, o estrangeiro [der Fremde], e basta a sua essência que seja existencialmente, em um sentido particularmente intensivo, algo outro ou estrangeiro, de modo que, no caso extremo, sejam possíveis com ele conflitos que não possam ser decididos nem através de um sistema de normas preestabelecidas nem mediante a intervenção de um terceiro “descomprometido e por isso “imparcial” (SCHMITT, 1984:23).

[7] A opção pela precariedade da existência humana, e a necessidade de decidir sobre ela de uma maneira ativa, isto é, pela decisão política, fez com que Leo Strauss (1984) sustentasse uma certa concepção antropológica de homem em Carl Schmitt. Segundo o Strauss, o homem schmittiano é em certa medida também um homem hobbesiano, que se relaciona com os demais na potencialidade do conflito. Assim, ocultado pela política estaria em Schmitt uma concepção moral negativa da natureza humana. Sobre uma crítica à Strauss ver Ferreira (2004:187-193).

ESTADO E LIBERDADE EM HEGEL*

STATE AND FREEDOM IN HEGEL

**José de Magalhães Campos Ambrósio
Maria Clara Oliveira Santos**

RESUMO

O presente trabalho visa expor o pensamento de Hegel em um ponto crucial para sua filosofia política: a relação necessária entre Estado e Liberdade. Aqui, como em toda sua filosofia, o pensamento hegeliano surpreende pela grandeza e complexidade, o que torna mais incisiva e profícua a compreensão do mundo atual. O Estado é, para o autor alemão, o absoluto, a racionalidade, a morada da liberdade na história. É o único momento do caminhar lógico do Espírito em que se conjugam ordem objetiva (direito) e vontade subjetiva. Procura-se demonstrar como Hegel conjuga o Estado antigo (modelo grego, organicista) com a subjetividade iniciada exteriormente pelo direito romano e concluída teoricamente na modernidade. Procurou-se desmistificar certos mitos acerca do Estado Racional de Hegel, dado por muitos como totalitário e apologista do status quo. Foram delineados os momentos lógicos que compõe sua perspectiva estatal: a família e a sociedade civil. Além disso, procura-se demonstrar os reflexos de sua teoria do Estado nos modelos Constitucionais e Democráticos da contemporaneidade. Para tanto, foi necessário recuperar adequadamente as categorias da filosofia hegeliana: a dialética, a vontade, a idéia e o conceito para entendermos como se processa e se estrutura o Estado na filosofia de Hegel. Por fim, procurou-se ir além (mas usando suas categorias) da concepção hegeliana de Estado para compreender o Estado Democrático de direitos fundamentais como o maximum ético de nossa cultura.

PALAVRAS-CHAVES: FILOSOFIA. DIREITO. ESTADO. LIBERDADE. CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

This paper aims to explain the thinking of Hegel in a crucial point for his political philosophy: the necessary link between State and Freedom. Here, as throughout his philosophy, the hegelian thinking surprised by the magnitude and complexity, making the world comprehending more effective and fruitful. The State is, for the german philosopher, the Absolute, the rationality, the home of freedom in history. It is the only logical time to move the spirit in which are together objective order (right) and

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

subjective will. It seeks to demonstrate how Hegel combines the ancient State (Greek Model) with the subjectivity initiated externally by Roman law and complete by the modern theorization. We sought to dispel certain myths about the Rational State of Hegel, taken by many as totalitarian and apologist of the status quo. We outlined the moments that make up its logical state: the family and civil society. Furthermore, we demonstrate the consequences of his State theory in models of Constitutional and Democratic contemporaneity. To that end, it was necessary to adequately recover the categories of hegelian philosophy: the dialectic, the wish, the idea and concept to understand how it is carried out and whether the State structure in the philosophy of Hegel. Finally, it was beyond (but using their categories) hegelian concept of State to comprehend the democratic rule of fundamental rights such as the maximum of our ethical culture.

KEYWORDS: PHILOSOPHY. LAW. STATE. FREEDOM. CONSTITUTION.

1. Introdução

O presente trabalho visa expor o pensamento de Hegel em um ponto crucial para sua filosofia política: a relação necessária entre Estado e Liberdade. Aqui, como em toda sua filosofia, o pensamento hegeliano surpreende pela grandeza e complexidade, o que torna mais incisiva e profícua a compreensão do mundo atual. Isso porque a teoria política contemporânea teima em discutir o Estado no âmbito da sociedade civil, seja justificando-a (liberais) seja criticando-a (marxistas).

Compreender sua filosofia política é emergencial ante o avanço do *poiético* que, sendo contingente e situado no mundo das necessidades, não pode realizar a liberdade objetivamente. No Estado racional proposto por Hegel, o indivíduo “não é apenas livre no seu ter, mas sujeito livre no seu ser.”[1]

A história é a história da liberdade e Hegel se propõe a captar a racionalidade desse caminho de descoberta com um fio unificador de sentido das contingencialidades de cada tempo: a dialética.

A dialética da história capta, nas experiências vividas no seio da cultura ocidental, os momentos lógicos do desenvolvimento do Espírito rumo ao saber de sua liberdade. Esses momentos não são estabelecidos em função de espaço e de tempo meticulosamente considerados, mas em uma necessidade lógica de articular as figuras históricas como exemplares na formação do Espírito rumo ao Saber Absoluto, ao conhecimento de si mesmo como verdade do mundo.[2]

Nas palavras de Lima Vaz[3]:

“A ação histórica, atribuição própria do sujeito histórico, não é, portanto, para Hegel, o simples agir de qualquer ator na espessura da história empírica, cuja significação se esgota no seu próprio acontecer ou em alguma conseqüência aleatória que dela possa seguir-se no domínio da ilusão, da falsidade, da opinião etc. A verdadeira ação histórica

se exerce no tempo do mundo como instância de edificação do Espírito objetivo, ou seja, do mundo propriamente humano, “segunda natureza”, como se exprime Hegel, retomando uma locução aristotélica, e *verdade* da Natureza que nele se humaniza. A ação histórica é, eminentemente, uma ação *racional* (no sentido hegeliano). Ela se exerce segundo um conteúdo determinado da *racionalidade*, que constitui a estrutura inteligível do Espírito objetivo. (...)”

O desenvolvimento do Espírito como consciente de sua liberdade só é possível dentro de uma esfera que una o Eu com o Nós, ou seja, de uma esfera em que a consciência-de-si possa reconhecer outra consciência-de-si como livre, como igual. Esse lugar é o Estado, que articula dentro de si os momentos dialéticos fundamentais do Espírito objetivo (Direito abstrato, Moralidade, Eiticidade) através do desenvolvimento do indivíduo como pessoa jurídica (fruto do mundo romano) e como consciência moral (herança cristã) às formas comunitárias da Eiticidade, ou seja, a Família, a Sociedade civil.

A família é a substância ética imediata do espírito que tem sua unidade no amor. Ele toma consciência, sensivelmente, de sua unidade com outras, está entrelaçada a elas. O indivíduo existe nela “como membro, não como pessoa para si.”[4] A família se dissolve quando o filho é educado e se torna para si, autônomo para perseguir seus interesses privados.

A sociedade civil é o jogo dos interesses privados, é o momento social eminentemente econômico e mecânico do Estado em que “predomina o direito à particularidade do interesse individual”[5]. O homem produz para a comunidade para satisfazer seus interesses particulares, suas paixões e desejos. A concepção de Estado baseada nesse tipo de organização[6] é de um Estado do entendimento, que administra os indivíduos justapostos socialmente. Até mesmo o trabalho, que para Hegel é libertador das amarras naturais, passa a ser uma abstração, na qual o “homem é substituído pela máquina, [...] o homem toma lugar da máquina no trabalho que lhe sobra, de modo a se inserir numa cadeia de determinações necessárias ou “numa necessidade total: contrária a liberdade.””[7]

Diante desse quadro o pensamento político de Hegel surge como inexecedível a todos os outros, o Estado é o reino da liberdade, é ordem política e ética. O Estado suprassume a família e a sociedade civil encontra sua verdade na essência política do poder estatal.

O que passaremos a expor como concepção de Estado e de Liberdade em Hegel significa a nobre tentativa de retomar o político, único capaz de “captar o universal na particularidade dos interesses individuais, ou seja, superar a particularidade técnica pela universalidade do bem ou da ordem justa.”[8]

2. O Estado Ético clássico e sua cisão: a subjetividade

O projeto de Hegel na Filosofia do Direito é “unidade dialética da eticidade clássica e da subjetividade moderna. A eticidade clássica era forma objetiva de vida, na qual o

indivíduo se inseria e que, ao mesmo tempo, era interiorizada pelo indivíduo no processo de educação, a *paideia*.”[9] Mesmo a produção econômica era apenas um instrumento servidor do poder e da vida política.

Desso modo, a dialética que se impõe na compreensão do Estado nessa retomada clássica coloca-o logicamente antes dos momentos família e sociedade civil e como resultado desses, “o Estado é anterior e posterior, é fundamento e é fim, por isso é vontade.”[10] [11] Hegel[12] expõe nessas palavras: “É por isso que, na realidade, o Estado é, em geral, o primeiro. Na sua intrinsecidade, a família desenvolve-se em sociedade civil, e o que há nestes dois momentos é a própria idéia do Estado.”

O itinerário da Filosofia do Direito é a idéia de justiça como liberdade realizada na forma do Estado. Salgado afirma que a liberdade hegeliana é a liberdade do pensar, que já é liberdade efetiva, real, pois “não poderia o Espírito saber que é livre se já não fosse em si livre e se já não estivesse no momento histórico concreto da realização da liberdade.[13]

O grande desafio enfrentado por Hegel é mostrar como a idéia de liberdade é realizada em um momento histórico ou como o Espírito se objetiva, que são os valores que possibilitaram a liberdade na sociedade (igualdade na diferença) e o processo de instauração e efetividade: o trabalho.

A participação do Estado Ético Clássico na teoria do Estado de Hegel é a recuperação do elemento político como primordial à vida gregária. Junto a isso, Hegel introduz o inevitável elemento subjetivo desenvolvido “vivencialmente pelo cristianismo, juridicamente pelo direito romano e teoricamente pela filosofia moderna, [...], essa mesma recuperação é também feita por meio de uma ruptura com essa tradição, pela introdução, no movimento do Espírito objetivo, da nova realidade da vida econômica européia desenvolvida pelo capitalismo e sua versão política efetivada pela Revolução Francesa.”[14]

Muitas críticas sem razão foram dirigidas a Hegel afirmando que sua idéia de Estado esmagava o indivíduo, ou seja, a subjetividade. De fato, encarar a tarefa de reunir o Estado grego com a força que o indivíduo assumiu nos tempos modernos é árduo e, para muitos, inconciliável. Inconciliação só superada pelo modo especulativo de pensar hegeliano que concilia a liberdade objetiva na forma de ordem e subjetiva que se efetiva na esfera do indivíduo. Vejamos:

O Estado de Hegel é substância ética; é a idéia ética (*sittliche Idee*) – no plano da eticidade não se limita a moralidade subjetiva – ou o *ethos* compreende todas as formas de vida criadas por um povo na sua totalidade. Como totalidade orgânica é o objetivo das instituições que o corporificam e o subjetivo das vontades dos indivíduos que dele são membros. [15]

A substância da eticidade é a liberdade e decorre dela, é tornar concreta a liberdade na unidade do mundo objetivo e da consciência subjetiva. Essa liberdade, concreta e real, foi revelando-se na história do Espírito como Estado. Hegel elege a figura do Estado grego como o ponto inicial da história do Espírito (e, portanto, do Estado), seguindo por sua cisão na formação do Estado moderno e finalmente na reunião dos elementos objetivos e subjetivos no Estado pós-revolucionário.

No Estado grego, “a ordem objetiva e a liberdade subjetiva estavam de tal modo integrados que a ação do cidadão tinha como finalidade a ordem ética da *pólis* e esta se voltava para a realização dos interesses do indivíduo.”[16] Esse Estado não considerava a subjetividade como um momento importante na realização da vida política, ainda que Hegel demonstre que Sócrates já era sinal de vontade individual ao julgar as leis da Cidade.

O caminhar da consciência rumo a se conhecer como Espírito como desponta no contexto histórico de Hegel como subjetividade. Da irrupção dessa subjetividade surge o Estado liberal, que rompe a bela totalidade ética da *pólis* ao opor o universal (Estado) e o singular (sociedade civil). A subjetividade é importante para Hegel porque a liberdade põe em relevo uma condição do exercício da liberdade: a escolha da atividade do indivíduo na sociedade. Isso não era possível no ideário platônico porque era a autoridade, dotada de razão, quem determinava a atividade dos indivíduos.[17]

O Estado moderno, morada do individualismo, tem seu gérmen no *daimon* socrático que se acentua progressivamente na consciência de si estóica seguida da interioridade cristã na forma exterior do direito romano até chegar em sua primeira formulação teórica com o *cogito* cartesiano e na prática pelas revoluções burguesas do século XVIII. Com o indivíduo como fim em si mesmo, o Estado passa a ser um mero detalhe, um meio para as realização dos interesses individuais, o indivíduo aliena sua essência na propriedade, algo fora dele.

Salgado[18] coloca Rosseau como o primeiro que tentou desfazer o conflito entre liberdade individual e a ordem sem, no entanto, levá-la as últimas consequências. Para o filósofo francês o fundamento do Estado é a vontade livre. A dupla tarefa do Estado seria realizar a liberdade e proteger a propriedade. Tal vontade geral, diferente do contratualismo corriqueiro que é somente a soma das vontades, mas passado pelo crivo da razão como autodeterminação e pertencente à essência do homem como livre, é vontade universal do povo elevada a abstração. Hegel ataca essa posição na nota do § 258 afirmando:

Mas (Rousseau) ao conceber a vontade apenas na forma definida da vontade individual (o que mais tarde Fichte também faz), e a vontade geral não como o racional em si e para si da vontade que resulta das individuais quando conscientes – a associação dos indivíduos no Estado torna-se contrato, cujo fundamento é, então, a vontade arbitrária, a opinião e uma adesão expressa e facultativa dos indivíduos, de onde resultam as consequências puramente conceituais que destroem aquele divino que em si e para si existe das absolutas autoridades e majestades do Estado.[19]

Agora, a teoria do Estado tem de assumir em seu bojo a força gigantesca da subjetividade, que, alçada ao mundo na pessoa de direito romana “encontra plena efetividade no homem livre moderno, não só como capaz de direitos privados e liberdade puramente interior, mas sujeito que produz sua liberdade, pelo seu exercício, na escolha livre da profissão ou do trabalho, no acesso livre aos órgãos do Estado.”[20]

3. A Ordem: Liberdade objetiva

O Estado moderno com suas bases na sociedade civil, portanto situado no reino das necessidades e determinismos, pode, com o tempo, acentuar de tal maneira o caráter meramente técnico e aproximar os homens da natureza (ora, o trabalho por eles desempenhado não contém a idéia transformadora da natureza), e na natureza cruel, não há liberdade nem história.

Salgado esclarece que a liberdade só é efetiva na identidade do eu (subjetividade) e do nós (ordem) pela mediação do mundo e é através do Estado (objetivação do nós) que o caminhar da liberdade se dá na história. É por isso que não se pode falar em história do indivíduo separado abstratamente do Espírito corporificado no Estado; o precedente histórico é a própria sociedade concreta de indivíduos. Salgado salienta que “como começo da história, [...], a afirmação de indivíduo isolado seria, na versão de Hegel, tão absurda como a afirmação de uma sociedade sem indivíduos.[...] A história é a história do Espírito, vale dizer, a história é a história do Estado.”[21] A liberdade encarada sobre esse prisma estatal será tão mais efetiva quanto mais o povo for a encarnação do Espírito universal, ou seja, na identidade do eu e do nós organizado racionalmente na forma do Estado. Hegel diante da figura de Napoleão dirá que viu “cavalgar o espírito do universo”: refere-se ao líder do Estado francês, primeiro a realizar a liberdade em uma organização racional.

Ordem e liberdade relacionam-se dialeticamente e, uma vez realizadas racionalmente e plenamente é que o Estado pode ser um promotor do justo. A ordem, antes de ser ordem limitadora, é ordem de liberdade que tanto mais livre é quanto mais racional for; e somente a civilização ocidental conseguiu integrar ordem racional e liberdade individual no conteúdo estatal.

À Filosofia do Direito de Hegel cabe a tarefa de captar o Espírito, isto é, a liberdade perfeita, no seu momento de objetividade e organização institucionalizada em seu conceito: o Estado. Trata-se de superar a liberdade meramente formal (arbítrio), carente de si mesmo, e encontrar sua verdadeira essência, sua efetividade. Como forma objetiva do Espírito desenvolvido pela filosofia, o Estado é o Absoluto na história.

É nesse sentido que Hegel se distancia dos filósofos que o precederam. Para esses últimos (notadamente Kant, Fichte e Bentham) cabe construir o Estado no plano do dever-ser, estruturando projetos para futuro de Paz Pêrpetua na medida em que, fundado na liberdade, a força estatal realiza cada vez mais liberdade possibilitando, assim, um projeto. Para Hegel, não cabe ao filósofo construir projeto de Estado direcionados para o futuro, ele ensina como devemos conhecer o Estado, como captá-lo no seu conceito, o que significa captar a própria liberdade.

Salgado[22] salienta que o “Estado é sempre a organização da sociedade que realiza a liberdade, ainda que essa realização seja precária, como no Estado oriental, ou somente na forma de existência (*Dasein*) e não da efetividade (*Wirklichkeit*) como ocorre no Estado liberal do entendimento.”

O Estado hegeliano é o que realiza a liberdade plena, fim supremo de cada um, na superação dialética da sociedade civil e seu jogo de interesses pessoais. É na medida em que participa do Estado que o indivíduo é livre efetivamente, pois é só ali, segundo Hegel, que ele tem objetividade, verdade e moralidade. Hegel[23], em passagem marcante de sua Filosofia da História, afirma:

“O Estado é o que existe, é vida real e ética, pois ele é a unidade do querer universal, essencial, e do querer subjetivo – e isso é a moralidade objetiva. O indivíduo que vive nessa unidade possui uma vida ética, tem valor, o único valor que existe nessa substancialidade. [...] O fim do Estado é, pois, que vigore o substancial na atividade real do homem e em sua atitude moral, que ele exista e se conserve em si mesmo. [...] É preciso saber que tal Estado é a realização da liberdade, isto é, finalidade absoluta, que ele existe por si mesmo; além disso, deve-se saber que todo o valor que o homem possui, toda realidade espiritual, ele só tem mediante o Estado.”

Expressar o Estado como *idéia* e não apenas descrever ou projetar o mesmo a partir de suas contingências históricas é o que propõe Hegel. Bourgeois[24] afirma que “a filosofia política de Hegel, longe de ser uma insensata consagração do empírico, esforça-se assim por “conceber e apresentar o Estado como algo que é em si racional.”“.

4. O Estado Racional ou o Absoluto na História

O Estado fruto da Revolução Francesa é decorrente do caminhar do Espírito na certeza de sua liberdade, que é de todos, por isso o Estado é expressão da própria liberdade, “o absoluto mostra sua face plena como liberdade revelada.”[25] Por isso a polêmica frase de Hegel ao dizer: “O Estado é o caminhar de Deus no mundo; seu fundamento é a força da razão que se realiza como vontade.”[26]

Em parágrafo irretocável, Salgado[27] mostra o caminhar do Estado como Absoluto:

“O Estado é o revelar-se do Espírito como resultado de um processo histórico (*Gang*) pelo qual o Espírito se mostra como absoluto, como razão ou liberdade que a representação religiosa denomina Deus (*Gott*) e que encontra seu momento de plena realização na sociedade humana ou no mundo. O Estado realiza assim o absoluto, o Espírito na sua totalidade como instituição necessária e não como criação particular contingente. Como todo orgânico é resultado do processo de formação, interno a ele mesmo, cujos indivíduos não são partes anexas umas às outras ou justapostas por vínculo externo, mas momentos do todo, de modo que “cada parte é o todo e o todo é cada parte”. À guisa do que ocorre com o ser vivo (Lima Vaz), o todo é impensável sem a parte (tem sua essência na parte) e a parte é impensável sem o todo (tem sua essência ou fundamento no todo). Trata-se de deixar claro que na *Filosofia do Direito* se expõe o Estado na sua idéia, não se referindo a um Estado em particular na realidade histórica.”

A mera existência do Estado não o faz Estado na acepção hegeliana do termo, assim como a mão fora do corpo existe como tal, mas não é efetiva, a existência não significa a realização estatal na vida de seu conceito. Por isso é um erro reduzir o Estado à sociedade civil em que predominam os interesses particulares (nas relações empíricas)

sobre o interesse comum e o direito de igualdade inscrito racionalmente no fundamento da humanidade.

Nas palavras de Bourgeois[28], Estado “(...) por seu ser, seu simples ser,(...) permite assim todo agir espiritual. A razão disso é, precisamente, que o Estado é o ser, a efetividade, a existência objetiva na universalidade (da lei...) constitutiva do espírito. (...) Universal realizado, o Estado faz com que todo o universal, o universal inteiro, beneficie-se de seu ser, e, por ser assim o ser do universal, mesmo em seu sentido ou conteúdo não-político, ele pode, num sentido amplo do termo, designar toda a esfera que ele faz existir.”

Nesse momento, para provar sua existência como Estado efetivo, como encarnação do absoluto, os membros da comunidade têm um desafio: a guerra. A guerra como necessidade lógica da realização da eticidade, como renovar ou restaurar da liberdade na entrega da vida pelo membro da sociedade política. “O risco do elemento material do *Dasein* da liberdade do indivíduo, o risco da como sua negação é a própria afirmação da liberdade como absoluto, na forma do Estado.”[29]

5. O Estado Racional e o Estado Prussiano

Uma das maiores (e falsas) controvérsias acerca da teoria hegeliana do Estado diz respeito a relação de Hegel com o Estado prussiano na afirmação de Haym de que Hegel realizava, através da identificação real-racional, uma apologia à situação política mantida pelo governo do imperador Friedrich Wilhelm III, dando-lhe a dignidade da razão, além da anulação do indivíduo.

Obviamente se trata de uma visão inacabada e mal feita da filosofia de Hegel que reduz o real ao existente. A realidade profunda, apreendida em sua dinâmica, não pode se restringir ao meramente dado. O real, real efetivo, significa que o mesmo só pode ser dito como racional na medida em que seja transparente a idéia de liberdade. Portanto, “não se trata de simplesmente representar o presente e transcrevê-lo, mas de interpretar seu interior, decifrando a forma hieroglífica em que se apresenta.”[30] O Estado não é nem realidade empírica, contingencial por excelência, nem ideal abstraído da realidade existente somente presente na mente subjetiva que projeta o futuro.

Apesar de Hegel criticar os modelos ideais de dever-ser, no qual a razão apenas julga a realidade e a representa num plano apartado da realidade, seu modelo de idéia, que é a que deve-ser e que se exterioriza na forma das instituições, também seria um projeto, logicamente mais bem arquitetado. Ora, “ a filosofia não abençoa as falhas nas instituições. Essas devem, na verdade, ser mudadas na direção de uma maior perfeição ou aproximação com a idéia ou maior racionalidade da vida social.” [31] É projeto na medida em que o Estado, no seu caminhar, pode encontrar diversos obstáculos para ser a encarnação do Espírito, ou melhor, para corresponder ao seu conceito. Hegel[32] mesmo, no acréscimo ao § 258 da Filosofia do direito diz que “ o Estado existe no mundo; com isso, existe na esfera do arbítrio, do acaso e do erro; ações perversas podem desfigurá-lo de muitos lados os lados.” Por isso, o Estado é o que deve ser.

Assim, se podemos notar um traço de apologista do Estado em Hegel, tal traço se justifica na contingencialidade histórica do próprio filósofo ao ver a sua Alemanha elevada ao mais sublime status de liberdade e afirmação.

Salgado[33] esclarece que se retirarmos o “acidente do homem situado” veremos que o Estado a que Hegel se refere é o Estado francês pós-revolucionário. O mesmo foi concebido como ação na França e como conceito na Prússia, elevando a Revolução a uma dimensão universal. A filosofia de Hegel, na medida em que é a filosofia que capta a realidade que muda, não é aquela que propõe uma ação política para mudar a realidade, mas decodifica o significado universal do real-efetivo. Até mesmo a crítica que Hegel faz ao liberalismo é filosófica no sentido de não lidar com as contingencialidades por ele decorrentes, mas no sentido de considerá-la visão unilateral do mundo, divisionista da realidade. [34]

É por isso que devemos olhar Hegel na totalidade de sua estrutura lógica e não em detalhes que seus detratores, por não estarem no mesmo patamar da grandeza de sua filosofia, tentam apegar-se para desconsiderá-la.

6. O Estado Racional e o Estado Constitucional.

Não há história sem Estado, o ser humano que não é membro do Estado está em sua pré-história. Um povo só entra na história se se realiza como Estado, realizador da liberdade. “O Estado é a realização da liberdade concreta. Fora dele é o mundo selvagem, próximo da natureza ou mesmo nela situado, [...] e nele, só nele é possível realizar-se o sujeito particular como universal”[35]

O Estado, mesmo em sua figura fundacional na Grécia antiga e obedecendo à processualidade dialética, já é Estado realizador (em alguma medida) da liberdade. A imediatidade grega, passada pela reflexão do sujeito até chegar a totalidade orgânica do Estado contemporâneo.

No entanto, a corrente avassaladora do individualismo gera uma tensão na organicidade do Estado tendente a sua dissolução, que seria absurda. É por isso que Hegel tenta compor a universalidade do todo ético com a particularidade do indivíduo, concebendo “o Estado que contém em si a diferença na identidade – verdade da identidade imediata (Estado antigo) e da reflexão da diferença (Estado liberal do entendimento) – como razão que realiza na esfera do espírito objetivo.”[36]

Para tanto, compor a ordem objetiva com a vontade subjetiva exige uma expressão estatal que não havia no mundo clássico: o Estado Constitucional. A Constituição é o conceito escrito do Estado, racionalidade apurada que ultrapassa o momento imperfeito e imediato da constituição (sim, com letra minúscula) costumeira. Portanto, e coerentemente com a teoria hegeliana, a Constituição é a realidade do Estado, o que se coloca fora dela é mera contingencialidade a se conformar com o real. Aliás, a necessidade de uma boa Constituição (racional) coloca Hegel em posição de vanguarda ante os seus críticos, ora, o texto constitucional que expressa a realidade do Estado é grande obstáculo ao exercício ilimitado dos reis e mais um argumento que não

o coloca como apologista de uma Prússia que até o momento não tinha sentido a necessidade de possuir uma Constituição.

A Constituição não pode ser apenas letra morta, deve ser expressão viva do povo e da liberdade que nele vive. Para Salgado[37] isso se realiza em dois momentos dialéticos: “1) ser racional, realizando de forma acabada a liberdade; 2) corresponder ao espírito do povo, que é a consciência da sua unidade e da sua identidade real.”

7. O Estado Racional e o Cidadão.

O Estado de Hegel, fruto da processualidade histórica que se iniciou com na *pólis* grega, passou por sua cisão a partir mundo romano que, desenvolvendo por todo medievo até os tempos modernos afirmou a individualidade, enfrenta um novo desafio na recuperação da totalidade orgânica na nova sociedade política pós-revolucionária: preservar no seu interior a individualidade de seus membros como cidadãos. E por isso, o ponto chave para a questão é o conceito de liberdade.

A liberdade hegeliana, como já dissemos, não é aquela correspondente ao arbítrio (fazer o que se quer), mas sim segundo o já falado conceito de vontade (querer-que-se-sabe) e assim conservar o aspecto universal.

Salgado[38] explicita afirmando que “liberdade concreta é liberdade do indivíduo, não isolado, mas inserido no contexto da universalidade da liberdade objetivada na ordem jurídica e encimada pela constituição escrita, na medida em que esta constituição realize o *ethos* do povo. A liberdade individual consiste, de um lado, nos direitos que o indivíduo pode fazer valer diante da universalidade da sociedade e, de outro, no cumprimento do dever de cada um, correspondente ao direito da totalidade social.”

Hegel[39], em dois parágrafos da Filosofia do Direito deixa clara essa questão:

§ 260 - É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integrais por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim.

§ 261[...] Na verdade, não deve o interesse particular ser menosprezado e banido, mas sim conservado em concordância com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados. O indivíduo que pelos deveres está subordinado, no cumprimento deles como cidadão obtém a proteção da sua pessoa e da sua propriedade, o respeito pelo seu bem particular e a satisfação da sua essência substancial, a consciência e o orgulho de ser membro de um todo.

O cidadão desse Estado não se liga a ele agora imediatamente pelo amor como na família, a reflexão pela qual o indivíduo passa no âmbito da sociedade civil o faz retornar a uma igual similaridade orgânica, na elevação do conceito. É semelhante ao familiar mas com a acréscimo de que agora o indivíduo integra-se de forma autônoma e tem seus direitos reconhecidos universalmente por todos ao tempo em que reconhece o direito de todos como participantes do Estado: é o reconhecimento universal do ser humano em particular.

A família é suprasumida na sociedade civil, conservando sua existência e sua base ética; a sociedade civil é suprasumida pelo Estado, que conserva a individualidade refletida e a base econômica. Ambos os momentos, família e sociedade civil estão assumidos no Estado seu fim político.

A família é o momento da identidade imediata que tem como tarefa fundamental a educação de base; a sociedade civil é o momento da diferença, no qual o indivíduo escolhe sua atividade ou profissão para convergirem no âmbito elevado do Estado como liberdade.

Aqui Hegel coloca a educação como essencial para a formação do cidadão. Educação oposta a concepção pestalozziana expressada no *Emílio* de Rousseau, permissiva e individualista, porque “a educação é forma de aquisição de liberdade, pois a criança, livre em si, pela educação eleva-se da imediatidade do seu viver natural, para formar sua “personalidade livre e autônoma” e fazer-se dotado de personalidade livre.” A educação forma éticamente para a vida estatal e tecnicamente para a sociedade civil, é “um segundo nascimento” que o faz participar do mundo do Espírito, portanto cidadão, seu objetivo fundamental. [40]

Enfim, “é cidadão na relação de participação do Estado (todos são e devem ser por adesão de sua vontade), de modo que, cumpridos os deveres de cidadão, isto é, atendendo ao interesse público, receba a satisfação dos interesses privados.”[41]. Com razão Bourgeois[42] afirma que “longe de ser pelo cidadão que o Estado é Estado, é pelo Estado que o cidadão é cidadão; o Estado é o universal que ultrapassa o indivíduo e lhe permite ultrapassar-se como cidadão, sem o que ele permaneceria encerrado em sua particularidade *natural*.”

8. O Estado Racional e o Estado Democrático

Compreender o princípio democrático inserido na teoria hegeliana do Estado não é simples, principalmente diante do que presenciamos no dia-a-dia na crueldade de uma democracia competitiva, sorrateira e individualista, que nos apresenta representantes saídos de comerciais de sabão em pó.

Essa é a concepção democrática fruto da tradição liberal, que relacionou diretamente o indivíduo com a universalidade do Estado sem a mediação das corporações (que seriam os órgãos estatais). O Estado não é a somatória de indivíduos, é universalidade concreta em que os membros exercem função de órgão, cuja finalidade é a vida do todo e das mesmas partes.

Diferenciando-se do conceito grego, no Estado racional o cidadão tem a participação mediante seus representantes no parlamento, assim “num Estado constitucional, [...], o processo de formação de vontade é dos órgãos de representação do Estado; não se dá diretamente pela multidão que decide pela maioria empírica, mas por uma estrutura racional, pela da qual se possa, de modo pleno, realizar a liberdade. Isso se dá através de corpos intermediários, cuja natureza é a dos partidos que se formaram e se desenvolveram nos Estados democráticos.” [43]

Do mesmo modo, mesmo as decisões das instâncias de representação necessitariam de um segundo nível de mediação: o do Chefe de Estado (seja ele monarca, presidente etc.). Tal construção se justifica para evitar a fragmentação do Estado em várias instâncias de estabelecimento e expressão da vontade de sua vontade universal, ou seja, evitar a dissolução do próprio Estado como tal. Papel do Chefe de Estado seria somente o de dizer que uma vontade universal foi constituída, essa função não é arbitrária e está vinculada ao conteúdo concreto das decisões. Esse critério adotado por Hegel visa anular qualquer tipo de exterioridade ao poder do Estado, ou seja, paralelo a ele, como acontecia com os Oráculos gregos, ou no mundo contemporâneo com o “direito achado na rua”.

Sinteticamente, na Filosofia do Direito, Hegel[44] explana sobre a divisão e as funções dos poderes:

273 - Divide-se o Estado político nas seguintes diferenças substanciais:

- a) Capacidade para definir e estabelecer o universal - poder legislativo;
- b) Integração no geral dos domínios particulares e dos casos individuais - poder do governo;
- c) A subjetividade como decisão suprema da vontade - poder do príncipe. Neste se reúnem os poderes separados numa unidade individual que é a cúpula e o começo do todo que constitui a monarquia constitucional.

Demonstrando que a forma democrática da sociedade civil é somente “forma”, Salgado afirma que a teoria liberal de democracia alcança de alguma maneira o princípio democrático, mas, ainda assim o que para Rousseau e Kant era a regra de decisão da maioria pelo respeito à minoria, para Hegel é princípio de decisão/ação em que a liberdade é o exercício de direitos do sujeito, a democracia é a forma do Estado justo, direito na sua pura racionalidade, não o puramente posto como regra.

A democracia é representativa porque, deixando a decisão para a multidão de interesses (primordialmente de classes) conflitantes e contingentes, o Estado cairia novamente para a esfera da sociedade civil, como parece acontecer, infelizmente, no mundo atual.

Ainda que pareça belo um sistema de democracia direta, essa é superficial para Hegel. Sua concepção democrática abarca uma série de outras variáveis:

Caracteriza-se a teoria democrática de Hegel por considerar as estruturas racionais de um Estado de direito, entendido este não só como o Estado em que se faz valer a lei

(sem privilégios, inclusive para o próprio Estado) mas também o Estado em que os direitos do indivíduo se garantem; e não apenas no sentido de direitos individuais mas também no de sociais, por ter o Estado hegeliano como elemento básico de sua estrutura, o trabalho livre como direito e a ordenação do interesse privado pelo interesse comum. Assim sendo, o trabalho é o único legítimo modo de participar da riqueza social; ao Estado cabe evitar a massa informe de indivíduos sem meios de subsistência, pois constituiriam um *partido*, que divide e contesta o Estado na sua real substância.[45]

Ou seja, Hegel admite e encoraja a intervenção do estatal na economia porque enquanto sistema mecânico, é caótico e necessita da sua administração superior e livre, submetendo as contingências econômicas à sua vontade, protegendo o Estado de sua degenerescência ética que hoje se vê na estrutura do “Estado *poiético*”. Isso implica dizer que também o valor do trabalho não pode ficar a mercê das leis do mercado, devendo-se distribuir a riqueza segundo os méritos avaliados pela dimensão ética do social, ou seja, no Estado.

9. Conclusão

Enfim, o Estado que Hegel concebeu no conceito agrega como fundamento primeiro a liberdade individual que se integra e tem a plena realização da liberdade no Estado enquanto garantidor do desenvolvimento de todas as dimensões das individualidades. Para tanto, cabe ao Estado superar a força impiedosa e desumana da necessidade natural advinda do sistema econômico para assumi-lo na verdade do político, retirando do caminho do homem o que pode obscurecê-lo no caminhar da efetivação de sua liberdade. “O Estado Racional não é simplesmente um Estado que se dirige para uma liberdade individual abstrata, mas o Estado cuja função é a garantia e a promoção das condições de realização da vida dessa individualidade livre, sem cuja consideração seria um Estado abstrato. Nessa perspectiva, o direito ao trabalho aparece também como sua preocupação. O estado hegeliano contém os princípios de um Estado democrático-social.”[46]

Concluimos com a passagem do professor Salgado, avançando com, mas também além de, Hegel, acerca do papel da Filosofia do Direito nesse caminhar infinito da história universal:

À Filosofia do Direito basta conceber a liberdade na forma de direitos, isto é, o direito como momento ético necessário (sem perda da forma e do conteúdo da liberdade), de superação do *poiético*, determinista, por isso mesmo contingente, vale dizer, a liberdade é *necessária*, pois não justifica por causas fora dela, é *causa sui*. Eis por que o sistema de necessidades determinantes de interesses e da satisfação dos desejos ao modo do mal infinito abstrato (no sentido hegeliano)(Lima Vaz) não pode dar a unidade da comunidade política e jurídica, exigindo-se o plano ético da liberdade na comunidade internacional, só alcançável num modelo de justiça universal concreta, pela efetivação dos direitos universais de sujeitos de direitos universais, cujo momento imediato de desenvolvimento é, no plano ético estrito, a pessoa moral.[47]

10. NOTAS

[1] SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 387.

[2] HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo de Menezes. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 335.

[3] LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. A estrutura dialética da ação histórica segundo Hegel. In Ivan Domingues, Paulo Roberto Margutti Pinto, Rodrigo Duarte (orgs.). *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 303 – 304.

[4] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.149.

[5] DRUMMOND, Arnaldo Fortes. Liberdade e Economia na Filosofia do Direito de Hegel. *Síntese*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 107, p. 413-434, 2006, p. 421.

[6] SALGADO. Joaquim Carlos *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 403. Para Salgado não chega nem mesmo a ser uma organização, ante a condução cega do querer particular.

[7] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 377.

[8] SALGADO. Joaquim Carlos. Estado Ético e Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XVI, n. 2, v. 27, 1998, p. 38.

[9] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 318.

[10] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 388.

[11] Vontade aqui não é entendida no sentido de querer das paixões individuais (livre-arbítrio) porque nela está presente a razão, que é dimensão essencial da liberdade, capaz de lidar com a particularidade e evitar a abstração, é o querer que-se sabe. “A vontade é o aspecto ativo do pensar ao dirigir-se a exterioridade. Pelo agir a vontade determina-se ou põe a diferença, mas só pode expressar um querer se representa o objeto, e só representa o objeto se se move pelo querer. Cf. SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 242.

[12] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 215

[13] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 388.

[14] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 390-391.

[15] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 391.

[16] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 392.

- [17] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 393.
- [18] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 299.
- [19] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 218-219.
- [20] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 395.
- [21] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 396.
- [22] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 400
- [23] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 39-40
- [24] BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos. 1999, p. 98.
- [25] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 402.
- [26] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 220.
- [27] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 402.
- [28] BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel... Ibidem*, p. 117.
- [29] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 403.
- [30] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 405.
- [31] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 406.
- [32] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 232.
- [33] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 410.
- [34] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 409.
- [35] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 412.
- [36] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 415.
- [37] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 421.
- [38] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 418.
- [39] HEGEL. G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 225-228.
- [40] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 420.
- [41] SALGADO. Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 422.

- [42] BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel... Ibidem*, p. 93-94.
- [43] SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 423.
- [44] HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito... Ibidem*, p. 246-247.
- [45] SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 426.
- [46] SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel... Ibidem*, p. 428.
- [47] SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 264-265.

11. Referências

BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999

_____. *Hegel – os atos do espírito*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004

DRUMMOND, Arnaldo Fortes. Liberdade e Economia na Filosofia do Direito de Hegel. *Síntese*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 107, p. 413-434. 2006.

HEGEL, G.W.F. *Filosofia da História*. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

_____. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo de Menezes. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

_____. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. A estrutura dialética da ação histórica segundo Hegel. In Ivan Domingues, Paulo Roberto Margutti Pinto, Rodrigo Duarte (orgs.). *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte : Editora UFMG, 2002, p. 299-308

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. Estado Ético e Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XVI, n. 2, v. 27, 1998, p. 38.

_____. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

**A TEORIA DO DIREITO NATURAL DE SANTO TOMÁS DE AQUINO: UMA
REFLEXÃO A PARTIR DAS CRÍTICAS DE HANS KELSEN AO
JUSNATURALISMO***

**SAINT THOMAS AQUINAS' NATURAL LAW THEORY: A REFLECTION
BASED ON HANS KELSEN'S CRITICISMS TO JUSNATURALISM**

**Júlio Aguiar de Oliveira
Bárbara Alencar Ferreira Lessa**

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a compreensão clássica de Direito Natural a partir da crítica de Hans Kelsen à chamada “doutrina jusnaturalista”. O trabalho apresenta as razões pelas quais as objeções de Kelsen, embora adequadas às construções modernas (jusnaturalismo moderno ou jusracionalismo), não alcançam a teoria de Direito Natural elaborada por Santo Tomás de Aquino no contexto do realismo jurídico clássico. Nesse sentido, evidencia-se o distanciamento entre o pensamento jusfilosófico moderno e o clássico, que levou à perda dos contextos que justificavam os conceitos utilizados no discurso moral moderno e contemporâneo. Por fim, o artigo defende a tese de que a teoria de Direito Natural de Santo Tomás de Aquino, baseada na filosofia antropológica de Aristóteles, corresponde a uma elaboração genuína sobre a natureza humana e a realidade que a envolve.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO NATURAL. SANTO TOMÁS DE AQUINO. ARISTÓTELES. NATUREZA HUMANA. REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO.

ABSTRACT

The present article aims to examine the classic understanding of Natural Law, starting from the criticism of Hans Kelsen to the so-called “Natural-Law doctrine”. The work presents the reasons why Kelsen’s objections, although adequate to the modern constructions (modern jusnaturalism or jusrationalism), do not work against the theory of natural law elaborated by Thomas Aquinas in the context of the classic legal realism. Thus, the article highlights the gap between the modern and the classical jurisprudence, which led to the loss of the contexts that justified the concepts used in modern and contemporary moral discourse. Finally, the article tries to demonstrate that the theory of natural law of St. Thomas Aquinas, based on the anthropological philosophy of Aristotle, is a genuine elaboration on human nature and the reality that involves it.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: NATURAL LAW. THOMAS AQUINAS. ARISTOTLE. HUMAN NATURE. CLASSIC LEGAL REALISM.

1. Introdução

O Direito Natural, ao longo dos séculos, foi, no contexto de diferentes tradições, compreendido de maneiras diversas. Somente durante o recente predomínio do positivismo jurídico, algo que não data de antes do século XIX, o Direito Natural foi visto como uma ficção a ser definitivamente eliminada, uma vez que o fenômeno jurídico deveria ser compreendido exclusivamente como o conjunto de normas postas pelo Estado.

Hans Kelsen, em várias de suas obras, levou ao extremo essa compreensão do Direito, dirigindo duras críticas às doutrinas jusnaturalistas (KELSEN, 2001; 2000; 1998). Em “A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência”, Kelsen (2001) afirma que os teóricos do jusnaturalismo, visando encontrar um critério absoluto para o problema da justiça, procuram deduzir da natureza as regras para o comportamento humano. Para Kelsen, este não é um projeto aceitável pelo tribunal da ciência.

No entanto, é necessário verificar a extensão das objeções de Kelsen ao jusnaturalismo, investigando se, no conjunto daquilo que Kelsen compreende como “doutrina do Direito Natural”, pode ser incluído o pensamento jusfilosófico clássico.

Dessa forma, o que se pretende neste trabalho é, refletindo tanto sobre a concepção moderna de Direito Natural como sobre a concepção clássica de Direito Natural, especialmente considerando o Direito Natural em Santo Tomás de Aquino, defender a tese de que o verdadeiro objeto das críticas de Kelsen é a concepção moderna de Direito Natural. Isto é, embora bem elaboradas na medida em que dirigidas às concepções modernas do Direito Natural (jusnaturalismo moderno ou jusracionalismo), as críticas de Kelsen não alcançam as elaborações clássicas do Direito Natural, mais especificamente, não alcançam a elaboração teórica do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino.

2. As objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo

2.1. Um direito “ideal” e “imutável”

Hans Kelsen, em “O problema da justiça”, afirma que a doutrina do Direito Natural é uma “doutrina jurídica idealista”. Da forma como Kelsen a compreende, a doutrina do Direito Natural afirma a existência de “um direito ideal, imutável, que identifica com a justiça” e identifica na natureza a fonte da qual emanam seus preceitos (KELSEN, 1998, p. 71).

Essa caracterização adéqua-se bem às concepções modernas do Direito Natural. Não obstante, para Santo Tomás de Aquino, o Direito Natural não tem absolutamente nada de ideal. Pelo contrário, sua definição, que tem raízes no pensamento aristotélico, envolve observação e estudo das manifestações da realidade. De acordo com Michel Villey:

Realista e nem um pouco idealista, [Aristóteles] pratica um método de observação: à maneira de um botânico, colhe as experiências dos impérios e das polis de seu tempo. Prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. *O direito natural é um método experimental* (VILLEY, 2005, p. 54).

Diferentemente das doutrinas modernas de Direito Natural, para Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, os preceitos naturais não são deduzidos de princípios *a priori*. Nem Aristóteles nem Santo Tomás de Aquino se deixam levar por abstrações. O Direito Natural, na perspectiva aristotélica, como também na tomista, é descrito com base em conceitos concretos, conceitos decorrentes da observação da realidade como, por exemplo, o de natureza humana. Se as características da abstração e do idealismo podem ser atribuídas a alguma teoria jusnaturalista, elas podem ser atribuídas à descrição moderna do Direito Natural, não à clássica. Em suas diversas variantes, a teoria jurídica moderna esvaziou o conteúdo dos conceitos constitutivos da definição de Direito Natural, tornando-os ambíguos e afastando-se, definitivamente, da perspectiva antropológica do aristotelismo.

Sobre isso, Anthony Lisska afirma que um dos pressupostos para se compreender a teoria naturalista de Santo Tomás de Aquino é admitir a possibilidade de uma metafísica realista, consistente em uma verdadeira antropologia filosófica derivada de Aristóteles.

Nesse sentido, Javier Hervada sustenta que a teoria de Santo Tomás de Aquino enquadra-se no realismo jurídico clássico, pois se refere às “coisas naturalmente adequadas ao homem”. Assim, “o direito natural é o justo ou adequado à natureza humana pela natureza das coisas” (HERVADA, 2008, p. 347). Nessa perspectiva, o conhecimento do Direito Natural implica o conhecimento da verdadeira essência do homem e das coisas que constituem o mundo real.

Outra característica conferida por Kelsen às teorias jusnaturalistas é a imutabilidade dos preceitos naturais. Também este aspecto não pode, de maneira alguma, ser atribuído à descrição de Santo Tomás do Direito Natural e da Lei Natural. Existe, sim, um núcleo inalterável formado pelo preceito primário e geral da Lei Natural, da qual derivam os

demais princípios. O homem, na medida em que possui a capacidade inata de conhecer juízos práticos, capta, infalivelmente, um princípio fundamental. Esse princípio, imutável sem dúvida, não diz outra coisa senão: o bem deve ser buscado e o mal evitado.

A partir deste primeiro preceito, o homem avalia, através da razão prática e, portanto, *a posteriori*, coisas como boas ou como más, conforme se dirigem ou não aos fins próprios do ser humano. Assim, estes preceitos secundários podem variar.

Sobre a variabilidade dos preceitos secundários da Lei Natural, Santo Tomás de Aquino afirma que,

(...) quanto aos primeiros princípios da lei da natureza, a lei da natureza é totalmente imutável. Quanto, porém, aos preceitos segundos, que dizemos ser como que conclusões próprias próximas dos primeiros princípios, assim a lei natural não muda sem que na maioria das vezes seja sempre reto o que a lei natural contém. Pode, contudo, mudar em algo particular, e em poucos casos, em razão de algumas causas especiais que impedem a observância de tais preceitos, (...). (*Suma Teológica*, Ia IIae, q. 94, a. 5)

Por derivarem da razão prática e não da razão especulativa, os preceitos naturais são mutáveis, e devem ser mutáveis. A razão especulativa volta-se para o necessário, o universal, e, portanto, para aquilo que é imutável.

A razão prática, contudo, trata das coisas contingentes, nas quais se compreendem as operações humanas, e assim, embora exista alguma necessidade nas coisas comuns, quanto mais se desce às próprias, tanto mais se acha a falha. Dessa maneira, na especulativa é a mesma a verdade em todos tanto nos princípios quanto nas conclusões, (...). Nas práticas, não é a mesma a verdade ou retidão prática em todos quanto às coisas próprias, mas apenas quanto às comuns, e naqueles junto dos quais a retidão nas coisas próprias é a mesma, não é igualmente conhecida em todos. (*Suma Teológica*, Ia IIae, q. 94, a. 4)

A concepção clássica de razão prática é radicalmente diferente da concepção moderna, que tem em Kant seu principal expoente. A filosofia moral kantiana baseia-se num conceito de razão prática no qual não cabem aspectos sensíveis e empíricos. As leis morais são, nesse sentido, regras formuladas *a priori* e dependem, exclusivamente, da própria consciência do homem. Já a filosofia moral clássica pressupõe uma aproximação da ordem natural do mundo, na medida em que os preceitos naturais são derivados da razão prática e se encontram vinculados à natureza do homem e das coisas. A razão prática, na perspectiva aristotélica, vincula a sabedoria e a práxis, tendo como fator primordial a experiência e a observação da realidade.

Por derivarem da razão prática e não da especulativa, o conhecimento da Lei Natural se produz em relação a questões contingentes e, portanto, pode variar conforme as circunstâncias do contexto histórico no qual se insere a conduta. Segundo Javier Hervada:

Para compreender o sentido desta historicidade – ou, em termos mais clássicos, mutabilidade -, é preciso observar que no pensamento tomista a historicidade que pode afetar os preceitos de lei natural é aquela que afeta os estados na natureza, visto que a lei natural é regra tirada da natureza: enquanto a natureza humana pode acidentalmente variar (idade, saúde ou doença, corrupção moral com as seqüelas da violência etc.), há uma possível adequação da lei natural a esses estados (HERVADA, 2008, p. 349)

Essa natureza contingente das escolhas morais responde a objeções dirigidas, principalmente por empiristas, à teoria do Direito Natural de Aquino, segundo as quais as diferenças culturais entre os homens impediriam o reconhecimento de uma essência humana. Para Santo Tomás de Aquino, como a determinação dos preceitos naturais se dá por meio da razão prática, que diz respeito ao particular, admitir a conexão da lei natural com a natureza humana não implica em dizer que a escolha entre o certo e o errado deva ser a mesma para todas as pessoas, em qualquer contexto. Neste sentido, as circunstâncias culturais das condutas deverão influenciar a determinação das escolhas morais.

Críticas, no mesmo sentido, dirigidas à teoria clássica do Direito Natural afirmam que admitir a existência de uma natureza humana implica em negar a historicidade do homem. Tal afirmação baseia-se no fato de que o homem está em constante evolução, tanto ao longo dos tempos, quanto ao longo da vida. No entanto, segundo a teoria clássica, reconhecer a existência de uma natureza humana não implica em dizer que o homem não modifica sua existência ao longo do tempo, tampouco nega o fato de que os homens sejam diferentes entre si. É simplesmente admitir, a partir de uma observação primária da realidade, um fato incontestável: o de que existem certos elementos específicos inerentes ao ser humano, que permitem identificá-lo como homem.

2.2. A “autoridade legiferante”

Hans Kelsen, em suas obras sobre as doutrinas de Direito Natural, afirma que o jusnaturalismo atribui à natureza a função de autoridade legiferante, como se os preceitos naturais fossem “normas que já nos são dadas na natureza anteriormente à sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis” (KELSEN, 1998, p. 71). Em outro texto, Kelsen procura demonstrar que estas doutrinas sustentam que seus preceitos derivam da autoridade de Deus:

A Doutrina do Direito Natural é caracterizada por um dualismo fundamental de Direito positivo e Direito natural. Acima do Direito positivo, imperfeito, criado pelo homem, existe um Direito Natural, perfeito (porque absolutamente justo), estabelecido por uma autoridade divina. (KELSEN, 2001, p. 142).

Para Santo Tomás de Aquino, os preceitos naturais não derivam de nenhum tipo de autoridade – seja ela humana ou supra-humana. A lei natural vincula-se à natureza humana e sua força deriva da razão prática. Dessa forma, a teoria clássica do Direito Natural não se apóia em qualquer tipo de voluntarismo, não sendo necessário, portanto, recorrer à vontade de nenhum ente dotado de autoridade para que se conheçam os princípios naturais. Conforme assinala Anthony Lisska, um dos pressupostos filosóficos desta teoria é: “a razão tem prioridade teórica sobre a vontade” (LISSKA, 1996, p. 85, tradução nossa).

Dessa forma, sob a perspectiva clássica, é equivocada a idéia de que as normas do Direito Natural preexistem ao homem, como tivessem sido criadas e postas por uma entidade superior, prontas para serem conhecidas por meio da razão. Segundo Roberto P. George, “[a lei natural] é intrínseca aos seres humanos; suas referências fundamentais são os bens humanos que constituem o bem-estar e a completude humanos e, precisamente como tais, são causas para a ação” (GEORGE, 2004, p. 241, tradução nossa).

Além disso, a lei natural, entendida como participação da lei eterna na criatura racional, não deve ser compreendida como se os seus preceitos estivessem impressos no ser humano. O que está impresso é a capacidade de conhecer tais preceitos. Isto pressupõe, portanto, que o homem conheça os princípios naturais de forma ativa, por meio da razão prática, e não apenas os deduza, passivamente.

2.3. A “desnecessidade” do Direito Positivo

Cumprido esclarecer também a relação entre Direito Natural e Direito Positivo na teoria jurídica clássica. Segundo Hans Kelsen, as teorias jusnaturalistas invocam a existência de um Direito natural superior e perfeito, ao lado do Direito Positivo. A partir disso, o autor questiona a necessidade das leis positivas, já que existe um Direito Natural, constituído de normas universais:

Se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural – descobrir as regras do Direito natural por meio de uma análise da natureza; (...) então o Direito positivo é inteiramente supérfluo. Diante da existência de um ordenamento justo da sociedade, inteligível na natureza, a atividade dos legisladores positivos equivale a uma tentativa tola de fornecer iluminação artificial em pleno sol (KELSEN, 2001, p. 142).

Na doutrina tomista, é evidente a necessidade da Lei Humana (positiva). Santo Tomás de Aquino argumenta que é necessário que os homens estabeleçam leis para sua própria paz e para o desenvolvimento das virtudes (*Suma Teológica*, Ia, IIae, q. 95, a. 1). Robert P. George expõe duas razões pelas quais Santo Tomás de Aquino defende a existência de leis postas pelos homens:

Aquino sustenta que a lei positiva é necessária *tanto* porque os seres humanos, algumas vezes, precisam da ameaça da punição para impedi-los de fazer algo que a lei natural já proíbe (ou requer que eles façam algo que ela prescreve) como uma questão de justiça, *como também* porque estipulações impositivas são freqüentemente necessárias para coordenar a ação para o fim do bem comum (GEORGE, 2004, p. 250, tradução nossa).

E, mais do que isso, as leis humanas devem ser derivadas dos princípios da Lei Natural. Santo Tomás de Aquino argumenta da seguinte forma:

Nas coisas humanas, diz-se que algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão. A primeira regra da razão, entretanto, é a lei da natureza, como fica claro pelo acima dito. Portanto, toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei. (*Suma Teológica*, Ia IIae, q. 95, a. 2)

2.4. A “falácia naturalista”

Uma objeção comum às teorias de Direito Natural, e também presente na crítica de Kelsen, sustenta que as teorias jusnaturalistas incorrem na chamada “falácia naturalista”. Isto quer dizer que, ao realizarem a “dedução” de valores a partir da natureza (mundo fático), isto é, ao derivarem um dever-ser do ser, cometem um erro lógico:

O valor não é imanente à realidade natural. Portanto, o valor não pode ser deduzido da realidade. Não se conclui, do fato de que alguma coisa é, que ela deva ser ou deva ser feita, ou que não deva ser ou não deva ser feita. (...) Não existe nenhuma inferência lógica a partir do ‘é’ para o ‘dever-ser’, da realidade natural para o valor moral ou jurídico (KELSEN, 2001, p. 140).

No entanto, esta objeção não pode ser imputada à teoria naturalista clássica. Seguindo a ética aristotélica, os valores – isto é, os fins ou bens buscados pelo homem – não se encontram em uma ordem distinta do mundo fático. Esses bens ou valores (“ordem do dever-ser”) nada mais são do que desdobramentos da realidade (“ordem do ser”), pois são os fins aos quais se dirigem as inclinações componentes da natureza humana.

Alasdair MacIntyre, em *Depois da Virtude*, afirma que os juízos sobre o que é bom ou justo, na ética aristotélica, são “declarações factuais”, baseadas em uma biologia metafísica e, por isso, não correspondem a nenhuma falácia:

Os seres humanos, bem como os membros de todas as outras espécies, têm uma natureza específica; e essa natureza é tal que eles têm certos objetivos e metas, de modo que se movimentam pela natureza rumo a um *telos* específico. O bem é definido segundo suas características específicas (MACINTYRE, 1980, p. 253).

Anthony Lisska (1996) desenvolve o mesmo argumento, sustentando que a dicotomia fato/valor não se adequa à descrição clássica de Direito Natural, pelo fato desta implicar em uma análise metafísica realista da natureza humana. Segundo Lisska, compreendendo a natureza humana como um conjunto de propriedades dinâmicas e desenvolvendo em direção a determinados fins (bens), não se pode inferir que um valor foi derivado de um fato:

Não há fato/valor dicotomia porque o ‘valor’ – neste caso, o ‘fim’ do processo natural – é o resultado do normal desenvolvimento do fato – neste caso, a propriedade disposicional. Não há nenhuma bifurcação radical entre fato e valor porque o valor – i.e. o ‘bem’ – nada mais é do que o desenvolvimento do processo estruturado pela natureza do conjunto de disposições. Segue-se, então, que um valor não é derivado de um fato através do processo de ‘adição’ de um valor ao fato. (...) O ‘fato’ desenvolve-se para o ‘valor’, tudo no plano natural. (LISSKA, 1996, p. 199, tradução nossa)

Michel Villey (2005) demonstra que a doutrina aristotélica, na qual Santo Tomás se baseia, oferece uma noção de natureza muito diferente daquela desenvolvida pelos teóricos modernos neokantianos. A natureza, entendida como princípio da operação, não é um dado estático, como a modernidade a compreende. Sua compreensão exige, também, o estudo das causas finais, ou seja, os fins aos quais se destinam todas as coisas. Neste sentido, a observação da natureza constitui uma atividade valorativa, na medida em que exige a diferenciação entre aquilo que é conforme os fins e aquilo que, por desviar-se de sua finalidade, é ruim ou injusto. Partindo desta compreensão de natureza, é plenamente possível estabelecer um “dever-ser” a partir de um “ser”, já que os valores são uma decorrência necessária da natureza.

A afirmação de que os juízos de valor decorrem, naturalmente, do mundo fático é perfeitamente compreensível, sob a perspectiva da filosofia clássica. No entanto, é algo que os teóricos modernos e seus seguidores não aceitam. Na verdade, é uma idéia que o pensamento contemporâneo, no contexto do liberalismo transformado em tradição (MACINTYRE, 1991) não consegue assimilar bem. Nesse sentido, é preciso compreender as objeções de Kelsen às teorias jusnaturalistas dentro do contexto específico da filosofia moral moderna e contemporânea, isto é, dentro da tradição liberal. Suas críticas, do ponto de vista da tradição aristotélico-tomista, são a expressão da desordem em que se encontram as idéias e as discussões morais na Modernidade.

Alasdair MacIntyre (1981) sustenta que aconteceu, na passagem da Idade Média para a Modernidade, uma ruptura com a tradição aristotélica, levando à perda dos contextos que justificavam os conceitos utilizados no debate moral. As tentativas mal-sucedidas de justificar racionalmente os juízos morais culminam com a aceitação geral e implícita da tese emotivista. A tese emotivista defende que “*não existe e não pode existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem*” (MACINTYRE, 1991, p. 43). E mais, segundo MacIntyre, a nossa cultura absorveu essa tese a tal ponto que podemos afirmar que vivemos em uma cultura predominantemente emotivista (MACINTYRE, 1991, p. 48).

Dessa forma, prepondera a tese de que o que é certo ou errado depende das convicções pessoais de cada um. Percebe-se, portanto, nas críticas de Kelsen às teses jusnaturalistas, a presença constante dos pressupostos emotivistas. Ao tentar demonstrar que o problema da existência da justiça absoluta é insolúvel, não só pelas doutrinas jusnaturalistas, como também pelas positivistas “relativistas”, Kelsen afirma:

A circunstância de que este relativismo nos ‘deixa em apuros’ significa que ele nos obriga a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base de nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; (...) É este o verdadeiro sentido de autonomia da moral (KELSEN, 1998, p. 114).

Outra passagem deixa evidente a influência do emotivismo no pensamento kelseniano. O argumento de Kelsen contra a fundamentação do Direito Natural a partir das inclinações naturais do homem baseia-se exclusivamente na sua crença na inexistência de padrões morais objetivos:

Se se considera um impulso como dirigido a um fim, se se admite que o ser ao qual é inato o impulso visa, com o seu impulso, realizar um fim, este só pode ser um fim subjetivo, isto é, não um fim que deva ser realizado, não um fim objetivo, mas apenas um fim que este ser pretende realizar. (KELSEN, 1998, p. 81)

Somente o resgate à ética clássica é capaz de recuperar os pressupostos da filosofia moral aristotélica a fim de demonstrar que é possível justificar racional e impessoalmente os juízos morais. É o que a teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino evidencia ao apoiar-se em conceitos como o de natureza humana, inclinações naturais, bem, justo, virtude. É possível, dessa forma, justificar a existência de normas de condutas justas. De acordo com MacIntyre, na perspectiva clássica,

(...) ser justo é dar a cada pessoa o que ela merece; e os pressupostos sociais do florescimento da virtude da justiça numa comunidade são, portanto, dois: que haja critérios racionais de mérito e que haja um acordo quanto a quais sejam esses critérios (MACINTYRE, 1981, p. 259).

3. A compreensão moderna de Direito Natural

A partir da análise das principais objeções de Hans Kelsen às teorias jusnaturalistas, não é difícil constatar que elas não atingem a doutrina clássica de Direito Natural. Elas se dirigem, exclusivamente, às teorias modernas e, mais do que isso, a crítica, como um todo, reflete como a Modernidade compreende o fenômeno jurídico e o quanto esta compreensão se afastou do pensamento jurídico e filosófico clássicos.

O pensamento moderno entende o Direito como nada mais do que um conjunto de normas postas pelo Estado. O Direito Natural, aos poucos, é reduzido a uma filosofia e seus preceitos se tornam princípios *a priori* deduzidos da razão. Mas essa compreensão do Direito Natural é, não apenas recente em termos históricos, como também desconectada da tradição clássica do Direito Natural.

Desde a antiguidade, em Aristóteles, passando pela jurisprudência romana e culminando em Santo Tomás de Aquino, o entendimento predominante era o de que o Direito Natural consistia uma parte do sistema jurídico, ou seja, era Direito vigente. Apenas recentemente, com o surgimento do positivismo jurídico, inicia-se um processo de verdadeira distorção da concepção de Direito Natural.

Este processo começa com o humanismo jurídico, a partir do século XVI, depois de um período no qual o tema esteve esquecido. Hugo Grócio, rejeitando o realismo jurídico de Aristóteles, oferece uma concepção imanentista do Direito Natural, segundo a qual o justo não está nas coisas, mas na razão do homem. As regras jurídicas só podem ser deduzidas da razão, que é essência da natureza humana (VILLEY, 2005, p. 651). Porém, a natureza humana, aqui, deixa de ter o sentido aristotélico de natureza externa, para passar a se referir apenas à natureza interna do homem, sem qualquer conexão com a ordem natural das coisas (VILLEY, 2005, p. 651). Essa deformação do conceito de

natureza humana é uma das noções nas quais as escolas de Direito Natural subsequentes irão se apoiar para construir suas teorias.

Segundo Javier Hervada, é com a Escola moderna ou Escola Racionalista (Locke, Hobbes, Rousseau, dentre outros) que a compreensão do Direito Natural passa por uma radical transformação:

O que buscaram foi um sistema de direito de acordo com a razão, deduzido dela, que em muitos tinha a tendência reformista em relação ao direito estabelecido. Surgiu assim a idéia – ausente na época anterior – da existência de dois sistemas jurídicos: o natural e o positivo. Para as coordenadas do século XVIII, isso supunha um direito racional, obtido à luz da razão, oposto até certo ponto ao direito tradicional (HERVADA, 2008, p. 25).

Hervada acrescenta que, sob essa perspectiva, os preceitos naturais, partem de princípios supremos inerentes ao traço fundamental da natureza humana. E este traço, que consistia na base do sistema do Direito Natural, poderia variar conforme a escola ou autor: “a sociabilidade, a fragilidade do homem no estado natural, a liberdade natural” (HERVADA, 2008, p. 25). Nota-se o esvaziamento do conceito de natureza humana, que deixa de possuir o caráter concreto e ontológico que a filosofia clássica lhe atribuía, para se tornar um termo vazio que, na verdade, pode significar qualquer coisa.

O Direito Natural passa a ser confundido com a moral. Essa mudança de conteúdo se concretiza com a filosofia moral kantiana. Para Kant, os preceitos naturais são princípios *a priori* do Direito, sem qualquer conexão com elementos empíricos. A dedução dos princípios naturais passa a ser uma atividade meramente lógica e racional. O Direito Natural, como um conjunto de princípios orientadores da conduta humana, se torna filosofia e não uma parte do sistema jurídico. E essa nova compreensão harmoniza-se com a corrente de pensamento que emergia, a partir de Hobbes, sustentando a existência exclusiva de normas postas pelo Estado: o positivismo jurídico.

Somente recorrendo ao pensamento clássico, é possível ter a percepção de que o Direito Natural, conforme entendem os teóricos modernos, é, na verdade, uma distorção do Direito Natural clássico. Seria inconcebível, no contexto da teoria aristotélica, sequer pensar a possibilidade de dedução dos preceitos naturais diretamente da razão pura do homem. Um dos motivos para isso é o próprio método utilizado por Aristóteles, que é oposto ao moderno, derivado de Descartes e Kant. De acordo com Anthony Lisska:

Resumidamente, Descartes começa com um método epistemológico. Ele enfatiza o papel que idéias claras e distintas exercem na natureza da investigação filosófica. O resultado deste começo determina sua análise fundamental. Aristóteles e Aquino, por outro lado, começam com o método metafísico; a epistemologia deles é construída sobre a metafísica. Descartes procede na direção oposta. [...] Este argumento separa radicalmente muitos filósofos gregos e medievais dos seus semelhantes na recente filosofia moderna (LISSKA, 1996, p. 50, tradução nossa)

Assim, segundo o método cartesiano, o estudo de um objeto depende, antes de tudo, da maneira como ele é conhecido (método epistemológico). Privilegia-se, dessa forma, o “sujeito” que deve partir de idéias claras e precisas. Já para Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, a observação do objeto (método metafísico) precede seu conhecimento. Tanto é que o Direito Natural, na perspectiva clássica, é conhecido a partir da observação da realidade, expressa na *polis*, o que não ocorre na perspectiva moderna.

4. A compreensão clássica do Direito Natural

Ao analisar as críticas de Kelsen às teorias de Direito Natural e constatar que sua compreensão do jusnaturalismo se reduz ao jusnaturalismo moderno ou jurracionalismo, foi possível esclarecer algumas características do pensamento de Santo Tomás de Aquino sobre a questão. Dessa forma, evitam-se possíveis equívocos quanto à utilização de conceitos que foram utilizados, durante toda a Modernidade, com o sentido completamente diferente do que o atribuído pelo pensamento clássico. Esclarecidas estas questões, pode-se passar à definição de Direito Natural e Lei Natural segundo Santo Tomás de Aquino.

4.1. O Direito Natural e o resgate do pensamento jurídico clássico

A análise do Direito Natural volta a ter importância no campo da filosofia moral. No entanto, as discussões travadas neste sentido, durante a Modernidade, ainda não foram ainda capazes de chegar a conclusões consistentes. Segundo a tese de MacIntyre, a linguagem da moralidade encontra-se fragmentada, destruída por uma verdadeira catástrofe, que a levou à perda dos contextos que localizavam e justificavam os conceitos utilizados no discurso moral contemporâneo. Por isto, somente o resgate à ética clássica é capaz de contextualizar o debate e fornecer respostas a questões elementares sobre a vida e o comportamento humanos.

Rosalind Hursthouse (1999), diante de possíveis indagações sobre o porquê dessa redescoberta, enumera temas que a filosofia moral moderna, polarizada por deontologistas (inspirados em Kant) e utilitaristas (derivados do pensamento de Bentham e J. S. Mill), ignorou ou colocou em segundo plano:

motivos e caráter moral; [...] educação moral, sabedoria moral ou discernimento, amizade e relações de família, um conceito profundo de felicidade, o papel das emoções

na nossa vida moral, e questões sobre que tipo de pessoa devo ser e como devo viver minha vida. E onde estes temas são discutidos? Pasmem, em Platão e Aristóteles (HURSTHOUSE, 1999, p. 3, tradução nossa).

A tradição do pensamento clássico, representada por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, compreende o Direito Natural como uma parte do Direito vigente, ao lado do Direito Positivo. Nisto reside uma diferença fundamental entre a compreensão moderna e a clássica. Por isso, antes de analisar o conceito de Direito Natural, é preciso esclarecer a concepção de Direito, na perspectiva clássica.

4.2. A definição de Direito (*ius*)

O Direito, na concepção aristotélica e tomista, tem um conteúdo bem distinto daquele que lhe é atribuído pelos teóricos modernos. A definição de Direito, segundo o pensamento jurídico moderno, está intrinsecamente ligada ao poder e à vontade do soberano, que se manifestam por meio de leis. No entanto, para filósofos como Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, o Direito não se reduz a um sistema de normas jurídicas postas. A redução do Direito à lei é um fenômeno exclusivamente moderno, difundido e consolidado pelo positivismo jurídico.

Na doutrina jurídica clássica, o Direito (*ius*), em seu sentido principal, não tem qualquer cunho potestativo e vincula-se diretamente com a virtude da justiça. *Ius* significa, primordialmente, a coisa justa, o *suum* na fórmula romana da justiça “*suum cuique tribuere*” (a cada o que é seu). É, portanto, objeto da virtude da justiça, ou seja, a coisa na qual recai a ação justa. A lei, por sua vez, é uma das dimensões do fenômeno jurídico e consiste em certa regra ou medida do Direito.

O fenômeno jurídico, assim compreendido, refere-se a coisas concretas, conforme destaca Javier Hervada:

Quando falamos da justiça e do justo, não estamos fazendo referência a idéias mais ou menos vagas ou não-concretas. (...) O justo é o cumprimento preciso das leis, o pagamento exato pelo devedor, a pena aplicada ao delito de acordo com as leis penais, o pagamento do salário ajustado etc. O justo é, por sua natureza, uma coisa concreta e determinada. E, se algumas vezes se apresenta como obscura ou difícil, a coisa é determinável mediante o processo judicial (HERVADA, 2008, p. 143).

Esta definição de Direito implica na vinculação da arte jurídica com duas virtudes: a justiça e a prudência. A virtude moral da justiça, segundo Santo Tomás de Aquino, “é o

habitus, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito”. (*Suma Teológica*, IIa IIae, q. 58, a. 1).

A prudência é uma virtude intelectual, que consiste na reta razão que orienta o agir humano:

(...) como e por quais caminhos o homem que age pode atingir o meio-termo da razão compete à virtude da prudência. Com efeito, ainda que atingir o meio-termo seja o fim da virtude moral, no entanto este meio-termo não é encontrado senão pela reta disposição dos meios. (*Suma Teológica*, IIa IIae, q. 47, a. 7)

Nesta perspectiva, arte jurídica é a arte própria do homem justo e prudente, que quer e sabe dar a cada um o que lhe é devido. De acordo com Hervada:

Se a ação jurídica ou ação justa consiste em dar a cada um o seu, seu Direito, o qual é obra da justiça – baseada na vontade –, o saber agir corretamente – saber dar a cada um o seu no momento e prazo adequados – é próprio da prudência jurídica ou jurisprudência (HERVADA, 2008, p. 58).

Conforme alerta Anthony Lisska, essa definição de *ius* possui uma diferença fundamental em relação ao conceito moderno de Direito. Uma das dicotomias fundamentais da doutrina jurídica moderna é a distinção entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Este último refere-se a uma prerrogativa individual, isto é, a uma condição que permite alguém de reivindicar algo em face de outrem. Na perspectiva clássica, *ius* não possui esse caráter subjetivo e “refere-se a um objetivo estado das coisas” (LISSKA, 1996, p. 229, tradução nossa).

4.3. As definições de Direito Natural e de Lei Natural

Como já foi dito, um dos pressupostos fundamentais da teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino é o reconhecimento da necessidade de uma investigação metafísica acerca da natureza humana. Neste sentido, admite-se que existam certas qualidades essenciais pertencentes ao ser humano que o identificam como tal.

Essas substâncias primárias, enquanto disposições, não são estáticas, mas estão em pleno desenvolvimento. A natureza humana é constituída por inclinações naturais que se orientam sempre em direção à realização de um fim (*telos*), consistente em um bem. O fim supremo buscado pelo homem, de acordo com suas inclinações naturais, é a *beatitudo* ou, na terminologia aristotélica, a *eudaimonia*, traduzida como felicidade ou ‘florescimento’.

Santo Tomás de Aquino, na *Suma Teológica*, apresenta um estudo aprofundado sobre o Direito Natural (*ius naturale*) e sobre a Lei Natural (*lex naturalis*). No Tratado da Justiça (IIa IIae q. 57), o Aquinate, a partir da definição de *ius* como o justo ou aquilo que é adequado e proporcionado a outra coisa, afirma que existem duas maneiras pelas quais uma coisa pode ser adequada ao homem: a primeira de acordo com a natureza da coisa e a segunda por convenção ou comum acordo. Uma refere-se ao Direito Natural e a outra ao Direito positivo. O Direito Natural é, nesse sentido, um conjunto ordenado de princípios da razão prática.

No Tratado das Leis (Ia IIae q. 90 ss.), Santo Tomás de Aquino elucida sobre o conceito de lei (*lex*) e suas quatro manifestações: Lei Eterna (*lex aeterna*), Lei Natural (*lex naturalis*), Lei Divina (*lex divina*) e Lei Positiva (*lex humana*). Em primeiro lugar, cumpre dizer que a *lex* é um ordenamento da razão voltado para o bem comum e promulgada por quem tem o cuidado da comunidade. Nessa perspectiva, a lei, enquanto medida ou regra do Direito, deve conduzir os homens, guiando suas ações, em direção ao fim supremo – felicidade ou bem-estar - da comunidade.

Nesse contexto, a Lei Natural é a participação da Lei Eterna na criatura racional sendo esta última, por sua vez, um conjunto de arquétipos, análogo ao mundo das Idéias, que são encontrados como as idéias divinas na mente de Deus (LISSKA, 1996, p. 92). As inclinações naturais do ser humano resultam da impressão (*impressione*) da lei eterna na natureza humana e orientam o ser humano a participar da divina providência. “(...) a alma racional é a própria forma do homem, é inerente a qualquer homem a inclinação natural a que aja segundo a razão. E isso é agir segundo a virtude” (*Suma Teológica*, Ia IIae, q. 94, a. 3).

Os preceitos naturais são “os princípios primeiros das obras humanas” (*Suma Teológica*, Ia IIae, q. 94, a. 1) e o primeiro destes é: o bem deve ser perseguido e o mal evitado. O bem é, assim, o fim buscado pela ação humana, por meio da razão prática. Dessa forma, o que nos faz distinguir o bem e o mal nada mais é do que a impressão da luz divina nos seres humanos, ou seja, a lei natural.

Deste primeiro preceito, são derivados, por meio da razão, todos os demais. No entanto, essa derivação não é uma atividade meramente passiva por parte do homem. Javier Hervada alerta que o que é impresso na natureza humana não são os preceitos naturais em si, mas “a capacidade de raciocínio do intelecto humano e a virtude da *sindérese*” (HERVADA, 2008, p. 348), que permitem captá-los.

O Direito Natural é, nesse sentido, um conjunto ordenado de princípios da razão, que dizem respeito ao comportamento humano. Por se conectarem à razão prática, e não à teórica, esses princípios naturais referem-se a questões contingentes e a ações a serem levadas a efeito em um contexto particular. Assim, quanto à razão prática e aos silogismos que a constituem, “há sempre um contexto de incerteza e individualidade na conclusão” (LISSKA, 1996, p. 213, tradução nossa).

5. Conclusão

Baseando-se no realismo das teorias jurídicas clássicas, o Direito Natural consiste em uma parte do ordenamento jurídico vigente. Ele não pode ser entendido como um conjunto de preceitos meramente abstratos que apenas orienta o sistema jurídico positivo. Para Javier Hervada (2008), o Direito Natural é o “núcleo de juridicidade natural” inerente a todo sistema jurídico. E é este núcleo que possibilita a existência do Direito Positivo. As normas postas devem, assim, se conformar aos preceitos de Direito Natural obtidos conforme as inclinações naturais humanas.

A reflexão de Santo Tomás de Aquino sobre o ser humano e os fenômenos a ele referentes baseia-se na contemplação da realidade, isto é, naquilo que as coisas são, e não apenas naquilo que o homem produz. A filosofia moderna parece hostilizar o conhecimento que se baseia nesta atividade da contemplação, dando uma primazia injustificada àquilo que é cultural. E isto tem reflexos no fenômeno jurídico: para as teorias modernas, o Direito reduz-se àquilo que é posto pelo homem – o Direito Positivo. Assim, as teorias jurídicas da modernidade resistem em admitir a existência de um Direito Natural válido e vigente, que integraria a totalidade do fenômeno jurídico, juntamente com o Direito Positivo.

Além disso, uma característica preponderante do pensamento jurídico moderno é a separação entre os domínios da realidade e da norma. Hans Kelsen, exemplo de teórico do Direito capaz de reunir e levar ao extremo, com coerência e profundidade, as características típicas da Modernidade, acredita na validade da premissa na qual se afirma que: “da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja” (KELSEN, 2003, p. 6).

Essa premissa não existia - e não poderia existir - no pensamento clássico. Para Aristóteles era perfeitamente possível derivar um valor a partir da realidade. As normas de conduta humana eram uma decorrência natural do desenvolvimento da natureza humana em direção a determinados fins. A ruptura do pensamento moderno com a ética aristotélica levou à incapacidade de compreender essa noção dinâmica da realidade. Quando, nas teorias jusnaturalistas modernas, os preceitos naturais são derivados da natureza, esta já não mais se refere a uma ordem externa, mas à natureza individual do homem e à sua razão interna, que se quer libertada de todas suas “superstições”.

E é exatamente dessa incapacidade de compreender que os valores podem decorrer naturalmente da realidade e, por isso, terem um fundamento objetivo e impessoal, que deriva a necessidade das teorias modernas em atribuir o fundamento das normas à vontade de alguém ou de uma coisa. Conforme Villey, tendo em vista que o Direito, na perspectiva moderna, não se define como o justo e, portanto, não é encontrado nas coisas, é preciso descobrir outra fonte (VILLEY, 2005).

Assim, as teorias jusnaturalistas modernas, distorcendo os conceitos aristotélicos, percorreram vias diferentes, sem encontrarem uma solução: ou dotam a natureza de vontade; ou atribuem à divindade a autoridade de criar e impor as leis naturais; ou mesmo atribuem à razão pura humana a capacidade de deduzir suas próprias normas, sem qualquer compromisso com o mundo exterior. Por outro lado, isso fica ainda mais explícito no pensamento daqueles que nem mesmo admitem a existência de um direito natural, isto é, o pensamento juspositivista. O Direito é apenas um: aquele que é posto

pelos homens. Admitir que existe algo além disto, seria uma desvirtuar o fenômeno jurídico.

Porém, as falhas do pensamento jurídico moderno estão sendo explicitadas. A partir da compreensão do pensamento jurídico clássico, é possível perceber que, se existe alguma distorção do fenômeno jurídico, ela foi empreendida pelos teóricos modernos. As críticas de Kelsen às doutrinas de Direito Natural são apenas uma amostra dessa distorção.

Desde Aristóteles e Santo Tomás de Aquino até os dias atuais, muitos conceitos e noções em torno do Direito se perderam. E muitas outras teorias triunfaram, abolindo todo o contexto do pensamento clássico do imaginário dos juristas atuais. As teorias jusnaturalistas modernas revelam-se, assim, simulacros do verdadeiro Direito Natural (VILLEY, 2005, p. 752). Apesar de utilizarem conceitos como natureza humana e razão prática, seus sentidos e contextos foram perdidos no passado. E para suprir o vazio deixado por esse afastamento, foram criados verdadeiros dogmas - como a separação entre valores e realidade, a redução do Direito à norma posta pelo Estado, o individualismo - dos quais é preciso, hoje, se desvencilhar.

Referências

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 1ª parte da 2ª parte. v. 4. 2 ed. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 2ª parte da 2ª parte. v. 5. 2 ed. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980a.

GEORGE, Robert P. **Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine**. In: GOYETTE, John, LATKOVIC, Mark S., MYERS, Richard S. **St. Thomas Aquinas & the natural law tradition: contemporary perspectives**. Washington: The Catholic University of America Press, 2004.

HURSTHOUSE, Rosalind. **On virtue ethics**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução Sérgio Tellaroli. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISSKA, Anthony. **Aquina's theory of natural law**: An analytic reconstruction. Oxford: Oxford University Press, 1996.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A DETURPAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NA TEORIA CONSTITUCIONAL MODERNA. *

THE DISTORTION IN THE STATE OF EXCEPTION IN CONSTITUCIONAL TEORY

Lucas Piccinin Lazzaretti

RESUMO

Dentre os tantos institutos que foram recepcionados pelos modernos, advindos do direito romano, se encontra também o que hoje entendemos por Estado de Exceção. Porém esse instituto que na República Romana era conhecido por dictator vem causando diversos problemas, tais como a falsa legitimação de atrocidades cometidas por alguns Estados. Apresenta-se uma tentativa de delimitar o que seria de fato o Estado de Exceção na sua origem romana para demonstrar os erros ocorridos na recepção moderna. Para tanto será usado de dois exemplos práticos – Weimar, Constituição Brasileira de 1937 – com fim de provar o quanto as normas constitucionais empregadas nesses casos são vagas e deturpadas, o que afasta os estudos e compreensões corretos deste instituto que foi usado por aproximadamente quinhentos anos em Roma.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO, EXCEÇÃO, DICTATOR

ABSTRACT

Inside of many institutes that has been received by the moderns, from the roman law, it's been the thing that in now a days we know for State of Exception. But this institute that in the Roman Republic was knows for dictator causes many problems, like the fake lawful of atrocity committed by some States. Introduce here an attempt to delimitate what should be the State of Exception in their roman ancestry to demonstrate the mistakes committed by reception of the moderns. So, it will be used two practical examples – Weimar, Brazilian Constitution of 1937 – with the intuit of prove how much the constitutional norms used in this cases are dubious and fakes, what deviate the comprehension and good study in this institute that was been used for approximate five hundred years in Rome.

KEYWORDS: STATE, EXCEPTION, DICTATOR

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. A EXCEÇÃO ROMANA.

Antes de realmente entrarmos no assunto supracitado é necessário fazer uma ressalva. Ao analisar Roma comparativamente com os tempos modernos, não pretendemos fazer um recorte temporal agigantado, o que seria por muitos criticado. Queremos de fato é fazer um recorte ideológico, que torna pertinente a comparação dentre o tema citado. Temos ciência da ampla diferença sócio-cultural entre Roma antiga e Ocidente Moderno, no entanto a teoria a ser observada parte do mesmo pressuposto; sendo um Estado Republicano que sofre de uma necessidade emergente requerendo solução.

Feita a ressalva é importante então explicarmos em que contexto nasce a idéia de um estado de exceção, como também de explicar os mecanismos que regulam o estado comum[1] e a eventual intervenção de um estado excepcionado.

É invocado do saber histórico que por volta de 509 a.C. Roma deu início ao que ficou por nos convencionalmente conhecido como período Republicano. A república romana conferia como forma de governo um Senado que por votação elegia dois Cônsules que governariam em igualdade a república. Caberia a esses chefes de governo tarefas como o comando do exército a convocação do Senado, entre tanta outras.

Porém os romanos notaram que por viverem em um tempo e em uma sociedade predominantemente bélica – baseada em guerras de conquistas – era muitas vezes posto em dúvida a divisão do poder entre os dois cônsules. Como se essa dualidade equitativa não fosse de caráter decisório suficiente para os tempos de crise. Então, logo após a criação da República os romanos incluíram como instituto na sua magistratura a figura do *dictator*. Esse instituto foi criado com o intuito de em tempos de necessidade ser colocado pelo Senado, com poderes ampliados se comparados aos Cônsules, e depois de dada a solução, ou um tempo determinado transcorrido, o *dictator* se afastaria do cargo.

Para entender o caráter excepcional do *dictator* antes se faz necessário entender o mecanismo regular de chegada ao poder ou *cursus honorum*, tal como era concebido em Roma.

O *Cursus Honorum* era tido como o caminho das honras, ou seja, uma seqüência de magistraturas exercidas pelos políticos da Roma Antiga. Para a ascensão aos cargos existentes havia certas restrições, tal como uma idade mínima para ocupar o cargo. No caso do Cônsul a idade mínima era 43 anos. Percebe-se aí uma regularidade normativa criada para a ocupação do cargo de Cônsul. O *dictator* já se inicia pela exceção pelo simples fato de que esse instituto nem ao menos se encontra no *cursus honorum*. Não há pré-requisitos para um *dictator*, ou pelo menos não há um pré-requisito formal, já que a idéia que se tem de um homem possível de ocupar o cargo de *dictator* é que no mínimo seja alguém com amplo conhecimento na área necessitada.

O primeiro *dictator* que temos conhecimento foi Titus Larcus em 501 a.C., apenas oito anos depois do início da República. No entanto o primeiro *dictator* a ficar conhecido foi Lucius Quinctius Cinccinatus, em 439 a.C. Ao todo foram dez ditadores, sendo que o último foi Gaius Julius Caesar que se nomeou ditador vitalício.

Voltando-se mais para a teoria do estado de exceção romano encontraremos algumas diferenças substanciais se comparadas com as teorias modernas. Já é de conhecimento que o *dictator* era uma magistratura fora da ordem formal e regular, no entanto, como podemos perceber foi usada recorrentemente durante os seus quinhentos anos de existência. Devemos entender que Roma era voltada para guerras de conquistas e disso dependia o seu poder imperial, conseqüentemente muitos eram os inimigos a forçarem o Senado para um estado emergencial. Surgindo a necessidade que muitas vezes os Cônsules em voga não fossem capazes de sanar o problema, até porque o poder de um Cônsul ficava limitado ao poder do seu igual, e mais o Senado. Com um problema de grande repercussão em vista era preciso que alguém tomasse o controle da situação e resolvesse da melhor forma possível. Para tanto os romanos vislumbraram que a melhor forma de liquidar uma afronta dirigida ao Estado Romano era revidar com alguém que deteria toda a força do Estado Romano. Por isso a criação de um instituto que tinha poderes decisivos concentrados em uma só pessoa, representando toda a força do Estado Romano. Para que o *dictator* fosse realmente livre para cometer os atos que viriam a repelir o perigo ele ganhava uma imunidade para suas decisões, sendo que não responderia depois por represálias políticas e criminais no sentido de o acusarem por excessos cometidos. Até aqui, a teoria nada difere da moderna, como veremos mais tarde. A diferenciação fica a ser estudada nas restrições que os romanos estipularam para os seus governantes excepcionados, ao contrário dos modernos.

O *dictator* era nomeado em tempo de necessidade pelos cônsules do ano, e ainda deveria ser autorizado pelo Senado em forma de *senatus consultum*, em caso de crises militares ou econômicas. Muito semelhante ao que vai ser usado posteriormente na constituição de Weimar. Porém, os romanos sabiam que entregar todo o poder do Estado nas mãos de um único homem era passível de corromper qualquer homem – por mais nobre que fosse – o encaminhando para tirania. Então, limitações foram criadas para o bom funcionamento do *dictator*, visando preservar a República. Por mais que o *dictator* fosse o único cargo que não estivesse sujeito aos princípios da colegialidade e responsabilidade, tendo os seus atos isentos de punição, ele sofria sérias limitações bélicas e temporais. A primeira limitação que não foi recepcionada pela teoria moderna é a demarcação de um tempo específico para a permanência no cargo. Os romanos fixaram o tempo de seis meses como o limite para ocupação do cargo. Esse prazo máximo coincide com o tempo de duração das guerras na antiguidade, em cada ano. Poderia ser eventualmente estendido por mais seis meses, mas após esse tempo transcorrido o *dictator* deveria se retirar do cargo e voltar aos seus afazeres anteriores. A segunda limitação imposta é na área bélica. O *dictator* possuía plenos poderes e comando do exército com exceção da cavalaria. Pode nos parecer irrisório o fato do *dictator* não ter em seu poder a cavalaria, mas deve se levar em conta que a cavalaria romana era uma de suas maiores forças. Ficava então a cargo do *dictator* nomear alguém para comandar a cavalaria, sendo esse cargo denominado *magister equitum*. Essa limitação tinha também um caráter traumático para os romanos, pois nos tempos monárquicos era prerrogativa dos antigos Reis de Roma o comando da cavalaria, o que lembrava aos republicanos a autocracia antes existente.

Visto então as características do *dictator* romano podemos avançar para os tempos modernos e tentar levantar onde nós falhamos como teóricos de um estado de necessidade. Visto que tal como nos tempos modernos a teoria romana nasceu da visão de uma necessidade eminente que afronta diretamente o Estado estabelecido. No entanto ao criar a possibilidade de comando de uma só pessoa com poderes aumentados e penas

isentas os romanos vislumbraram a possibilidade de tirania, colocando então limites essenciais ao seu instituto de exceção.

2. A EXCEÇÃO MODERNA

Para dar início a explicação do que se trata o estado de exceção moderno é pertinente situar em que forma de estado ele virá à tona nos nossos tempos. Hoje o Ocidente em sua maioria adota uma forma de Estado denominado Estado Democrático de Direito. Hans Kelsen destaca muito bem o que seria um Estado de Direito; “O Direito é uma ordem da conduta humana”[2] seguindo esse raciocínio, “O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam a sua conduta.”[3]. Ou seja, o Estado é a máxima aplicação do Direito e o Direito encontra o seu respaldo na existência do Estado. Uma organização normativa regulamentará tal e como deve ser o Estado por ela criado. Essa constitucionalização é que dará os parâmetros de diretrizes da estrutura estatal, como também de como devem se comportar – ou deixar de se comportar – os cidadãos que desejam se inserir nesse Estado. Já para se chegar à noção de Estado democrático antes tem que conhecer os princípios da soberania popular e da representação popular, que hoje são as bases fundamentais do que conhecemos por democracia. Não queremos entrar no mérito se este de fato é a melhor forma de democracia, sendo que existem vários caminhos para essa discussão, queremos, ao contrário, expor que essa é a forma predominante no Ocidente Moderno, e devemos trabalhar a exceção dentro da regra já existente. Para sintetizar, O Estado de Direito Democrático é aquele “Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito”[4], sendo que a constituição existe por ser a emanção do poder popular através da escolha de seus representantes legais. Tendo isso em mente, fica mais fácil o caminho que nos levará para o entendimento da exceção.

Na modernidade dois autores se destacaram por teorizar e estudar o Estado de Exceção nas suas diversas nuances. Um deles acreditando na força política de todo o movimento social estabelecia o Estado de Exceção como a escolha do soberano. Argumentava, “soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção.”[5] No entanto, um outro autor faz os seus estudos voltados para uma avaliação de como se comporta o Estado de Exceção em comparação com as normas e leis existentes, ou seja, não compreende o Estado de Exceção como um mero joguete político, mas sim como uma possibilidade viva que muitas vezes decorre da ordem social estabelecida sobre a forma de corpo normativo. Para ele, “o soberano tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora dela”[6]. Entre essa disputa teórica travada entre Carl Schmitt e Giorgio Agamben, nós nos colocaremos como observadores guiados pelo viés de Agamben, porém não negaremos em nenhum momento o importante caráter político que há nesse assunto, somente não o colocaremos como fonte primordial.

Percebe-se que os dois teóricos do Estado de Exceção aqui expostos abordam a figura do soberano, devido a isso faremos uma sucinta explicação do que de fato é o soberano

e de como ele se comporta em estado comum e no estado de exceção. Posteriormente abordaremos uma outra figura, criada – ou ressuscitada – por Agamben conhecida por *Homo Sacer*.

O soberano pode ser entendido não só como um único homem, nem tampouco como um cargo a ser ocupado. O soberano é antes de tudo os atos que tomam os homens que ocupam um lugar de superioridade hierárquica e física. De nada adianta um sujeito denominar-se soberano se suas decisões não são acatadas com total precisão sendo cumpridas imediatamente. Quando Schmitt postula que o soberano é quem decidirá sobre o estado de exceção ele não está de todo errado, mas é de se fazer a ressalva que para que ele alcance o estado de exceção é preciso que ele se coloque nesse “cargo” e para tanto ele precisa ter a soberania presente antes mesmo da existência do estado de exceção, ou seja, o soberano é quem tem não só o poder de decisão e comando sobre o estado de exceção, mas é também aquele que define quando é momento de decretar e implantar o estado de exceção. Invoca-se então a máxima hobbesiana, “*Autoritas, non veritas facit legem*”. O soberano faz a lei, pois tem a autoridade necessária para tanto, como também é quem afastará as leis criadas em um Estado de Direito Democrático em caso de necessidade. Nenhum homem deve ir contra o soberano. Caso, de alguma forma, o soberano seja afrontado, terá legitimidade para qualquer eventual condenação por ele decidida. Sendo assim, se um súdito tentar depor seu soberano e por isso for morto, é esse súdito o autor de sua própria morte.

Vemos que existindo um soberano os outros homens se comportam, por imposição, de forma submissa para com as decisões desse soberano. A esses homens submissos, ou súditos que chamamos de *Homo Sacer*. A figura do *homo sacer* situa-se entre uma tênue linha que sempre balançará pendendo uma hora para a permanência da vida, hora para a finalidade da morte. *Homo sacer*, segundo concebe Agamben, é aquele homem que para ser morto não é necessário o cumprimento do ritual requerido pelas normas prescritas no rito, e qualquer homem poderia eliminá-lo. Essa é uma figura obscura do direito romano arcaico, mas tentando fazer uma analogia com nossos tempo é possível dizer que qualquer pessoa pode matar o *homo sacer* sem cometer um homicídio condenável pelo ordenamento jurídico existente. A vida que não precisa de um “sacrifício” normatizado e é totalmente matável é a vida sacra.

Se colocadas em comparação as figuras do soberano com o *homo sacer* muitas são as óbvias semelhanças, tal como nenhum dessas figuras precisam de um rito prescrito para sua eliminação física, seja porque de um lado o soberano não pode nunca ter sua eliminação cogitada, ou porque por outro lado o *homo sacer* dispensa essas necessidades devido as suas características. O que deve ser realmente comparado é como se comportarão esses personagens em um estado de exceção. Da parte do soberano não é difícil de fazer a visualização, pois afinal será o soberano quem imporá a condição de *homo sacer* para os outros. Resta-nos a pergunta; quem se comportará como *homo sacer*? E a resposta nos é rápida. Todos se comportaram como *homo sacer*. Mais uma vez elucidada Agamben, “soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos.”[7]

Tendo em vista que já explicitamos os papéis e características do soberano e do *homo sacer* como também oferecemos um breve comentário sobre em que estado comum se dará o estado de exceção nos nossos tempos, julgamos pertinente explicarmos um

princípio que rege o direito e, portanto, é de noção basilar no Estado de Direito Democrático, sendo a nosso ver uma das principais diferenças entre o estado comum e o estado de exceção.

Esse princípio é conhecido como Princípio de presunção de inocência. Tal como pontua Alexandre de Moraes no princípio da inocência “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.”[8] O que tiramos desse ensinamento é que em um Estado de Direito Democrático não pode haver exacerbação por parte do Estado a ponto de condenar o indivíduo sem o devido processo legal. Mais do que isso é a presunção de inocência, que coloca o estado como o agente requerido a provar a possível culpa do indivíduo. Esse ônus da prova será invertido na transição do estado comum para o estado de exceção.

Dado por explicados os agentes e as bases que serão alteradas no estado de exceção, já é possível demonstrar quais serão os motivos geradores de uma exceção.

Em um estado comum tal como o conhecemos, a ordem está estabelecida e de certa forma vem sendo aplicada buscando alcançar o mais alto nível de organização. No entanto, é de se compreender que toda ordem, por mais segura e estável que seja tem em si a eterna presença da desordem. Pode se dizer que toda regra trás junto de seu corpo essencial uma exceção pulsante. No caso do estado comum acontece da mesma forma. Todos os integrantes do estado comum já organizado anseiam por um aprimoramento na sua organização e nunca uma debandada para o caos, porém sempre existe a possibilidade – por mais mínima que seja – de algo vir a interferir nessa organização a tal ponto que afeta diretamente o cerne estrutural gerando um perigo real e eminente. Esse perigo pode vir de fora – uma guerra internacional – ou até mesmo de dentro – guerra civil e crise econômica –. Então, levando em conta que essa possibilidade de exceção existe e quando presente oferecerá um dano real e eminente a existência do estado estabelecido, os modernos criaram teorias e mecanismos de proteção aos seus tão prezados estados.

A teoria fundamental do estado de exceção é que; o estado sempre que sofrendo uma ameaça real e eminente a sua estrutura e existência, o colocando assim em situação de necessidade, permite que um soberano afaste a ordem então existente, e tome medidas e atitudes rígidas e eficientes na busca de restituir a ordem afastando o caos próximo. Para tanto o soberano, que como foi visto, é o agente capaz para essa atitude, e será ele quem se colocará como aquele que afastará a ordem jurídica (direito) e ditará leis através de suas decisões. Essas decisões tidas pelo soberano terão o que é chamado por Agamben de “força de lei”. O autor explica, “O conceito “força de lei”, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua “força”.”[9] Os súditos então se comportarão como um *homo sacer* e estarão sujeitos não só a força de lei empregada pelas decisões do soberano, mas principalmente pela capacidade de coação que o soberano possui tendo a máquina do estado em suas mãos, sendo, assim, para ele fácil usar do maior poder que um estado possui para com os seus integrantes, a detenção da força física.

Se em tempos de estado comum, os governantes e governados devem relacionar em nível de equidade, no estado de exceção o governante tem grandes ressalvas para com o governado. Em estado de exceção o caos deixa de ser uma possibilidade viva e torna-se uma realidade eminente. Baseado nisso o estado já não pode pressupor que os seus súditos terão atitudes benéficas e idôneas, direcionadas ao estado, por isso em estado de exceção a presunção de inocência é afastada. Em tempos organizados e pacíficos o estado tem estrutura para suportar eventuais danos que possam ser tentados contra ele, e tanto é capaz de suportar esses danos que ainda tem a capacidade de dar aos seus agressores um devido processo legal. Porém no estado de exceção a necessidade presente coloca o estado em posição de defesa também necessária. Quaisquer meras tentativas de danos que sejam voltados contra o estado e contra o poder do soberano têm caráter máximo, ou seja, os pequenos detalhes tomam proporções exacerbadas. “Dado que a vida sob uma lei que vigora sem significar assemelha-se à vida no estado de exceção, na qual o gesto mais inocente ou o menor esquecimento podem ter as conseqüências mais extremas.”[10]

Chega-se então a um questionamento crucial. Como pode o estado exceção estar presente dentro do corpo normativo se, na verdade, ele só se efetuará realmente com o completo afastamento do corpo normativo existente? A resposta tem um tom completamente filosófico. A idéia de regra que antes foi apresentada aqui é novamente utilizada. O estado de exceção de fato não é a regra, no entanto, a regra em um certo tempo, precisará do estado de exceção para que continue existindo. A regra se faz regra, pois há algo que assegure a sua existência predominante. Essa seguridade quem dará é o estado de exceção, que vem com a intenção não de rechaçar por tempo indeterminado o ordenamento jurídico, mas pelo contrário tem como função a reorganização do estado comum. É o caos que busca o cosmo através da utilização do caos. “O estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à sua situação normal.”[11]

Seguindo então a premissa que o estado de exceção sempre existiu dentro do ordenamento jurídico do estado comum, pois é ele quem assegura a sua existência, o fato de simplesmente normatizá-lo e tirá-lo da condição virtual que possui não é um erro mortal para o ordenamento jurídico, como podem pensar os positivistas mais exacerbados, mas sim é o bom senso de concretizar o que em essência sempre existiu.

O estado de exceção moderno não é visto como um cargo a ser ocupado em tempo de necessidade, como era tido pelos romanos republicanos. O estado de exceção moderno é uma condição a ser preenchida em tempos de necessidade, sendo que o soberano tem a responsabilidade de restituir a organização abalada, usando da violência que lhe é entregue na forma de controle da coação física. Como também essa condição a ser preenchida não apresenta em nenhuma das teorias modernas limitações para a sua existência, Carl Schmitt a tudo explica com as decisões políticas e Agamben encontra no ordenamento a legalidade para a “força de lei” soberana. Assim, a democracia e a seguridade fornecida pelo direito só são possíveis devido a uma legitimação autoritária e muitas vezes arbitrária. Essa falta de limitação no estado de exceção moderno é o que explicará os casos práticos, como também a dependência política individual dos tempos modernos.

3. A EXCEÇÃO EM WEIMAR.

A Alemanha saiu da primeira guerra mundial derrotada, sendo obrigada a ser signatária de um tratado que a colocaria em uma posição de inferioridade perante os seus adversários na guerra, no caso os Aliados. O Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919, estipulava certas regras que impossibilitavam o crescimento bélico e econômico alemão. Além de perder colônias fora da Europa, teve também que pagar perdas e danos aos países Aliados, e teve também alguns pedaços que antes eram integrados ao seu país entregues a países do lado Aliado, como Alsácia-Lorena que passou a fazer parte da França.

Esses humilhantes termos de paz geraram no povo alemão uma indignação enfraquecendo assim o governo democrático. Em 11 de agosto de 1919, entrou em vigor a constituição de Weimar. Apesar de ter em seu corpo concreto algumas ambigüidades e fraquezas, a constituição de Weimar exerceu grande influência nas evoluções de instituições políticas e constitucionais no Ocidente. O que ficou conhecido por Estado de democracia social, advém da forte preocupação de Weimar em assegurar direitos tais como a dignidade humana, e impedir que ideologias extremistas – tanto comunistas, como liberal-capitalistas – impossibilitassem melhorias como a complementação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais. Foi também a constituição de Weimar quem pela primeira vez na história do constitucionalismo estabeleceu a regra de igualdade jurídica entre marido e mulher e equiparou os filhos ilegítimos aos legítimos tidos no casamento.

É de fácil visualização a importância histórica voltada para garantias fundamentais que teve a constituição Alemã de Weimar. Mas, no entanto, há também pequenos espaços em sua concretude que possibilitaram a tomada do poder por parte de grupos extremistas como os nazistas. Lógico que não devemos atribuir toda a culpa das atrocidades mais tarde cometidas a bem intencionada constituição de Weimar, pois um olhar crítico e minucioso ao olhar os fatos históricos verá que muito mais do que uma simples brecha constitucional foi o Tratado humilhante de Versalhes somado com ideologias exacerbadas e uma forte crise econômica o causador do governo nazista.

Antes de entrarmos no mérito de como o estado de exceção efetuou-se na Alemanha nazista esboçaremos os motivos geradores da crise e por consequência da exceção.

Logo após o término da primeira grande guerra, Tratado de Versalhes e Constituição de Weimar a Alemanha – o começo dos anos de 1920 – se encontrava em grande crise econômica. O governo com muito esforço mesmo sofrendo forte oposição conseguiu estabilizar-se e em 1928 já tinha o seu nível de produção industrial semelhante ao bom nível anterior a primeira guerra mundial. Mas o *crash* de Wall Street em 1929 provocou no mundo todo a “Grande Depressão”, obviamente atingindo a Alemanha. Em 1932 o desemprego era alarmante chegando a seis milhões de pessoas. A inflação era gigantesca. A crise econômica deu maior respaldo para a instabilidade política alemã. O partido conservador apoiado pela elite e os setores médios sociedade pressionaram o então presidente Hindenburg que usou do artigo 48 da constituição de Weimar e nomeou Adolf Hitler chanceler. Hitler convenceu o parlamento a aprovar a “lei dos

plenos poderes” que conferia ao seu governo capacidade plena legislativa. Havia se consumado o Estado de Exceção.

Uma vista por sobre o artigo 48 da constituição de Weimar é pertinente:

Artigo 48. Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente (erheblich) perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais (Grundrechte) definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153.

Com base no que antes teorizamos sobre o que é um soberano e como ele agirá em um estado de exceção, vemos que o artigo 48, por mais que confira poderes que buscam solucionar um problema real e eminente, não caracteriza em toda a forma o soberano capaz. Esse artigo dá diretrizes e faz com que com sua existência os ocupantes do poder público tenham em vista a possibilidade de exceção, mas não demarca suficientemente o soberano do estado de exceção. Onde se diz “medidas necessárias” pode ser entendido de ampla forma, por mais que em seguida ele delimita a possibilidade do uso das Forças Armadas. No mais, o que realmente viabiliza a tomada do poder por parte de um possível soberano para o estabelecimento de um estado de exceção é o afastamento “total ou parcial” dos direitos fundamentais.

Hitler ao ser nomeado chanceler, foi a ferramenta que se imaginava possível para acalmar os ânimos políticos e econômicos da época. Mas não bastou usar do artigo 48 para invocar um estado de exceção e tomar as medidas que foram tomadas. O artigo 48 não confere ao presidente o poder soberano que é teorizado na modernidade. Hitler só atinge essa situação de soberania quando além de ter as Forças Armadas em seu comando e afastar os direitos fundamentais ele chama para si a capacidade e legitimidade legislativa com a “lei dos plenos poderes”. Só então Hitler será o soberano por poder ter atitudes soberanas. Possui com ele o poder da coação física, é isento de responsabilidade punitiva e suas decisões possuem “força de lei”. Vemos que Carl Schmitt não estava de todo errado. O soberano – no caso Hitler – chega a soberania com advento da política. Porém, não é só a política quem deu respaldo ao seu estado de exceção, já que havia um dispositivo legal prevendo essa possibilidade, por mais falho que fosse. As atitudes tomadas por Hitler durante o seu estado de exceção são deploráveis e a discussão da extensão exagerada do estado de exceção será depois vista na comparação crítica. Buscou-se deixar elucidadas as razões e legitimidades da soberania hitlerista sobre o estado de exceção alemão.

4. A FALSA EXCEÇÃO BRASILEIRA.

O Brasil em muitos momentos históricos esteve em vivência de verdadeiras opressões. Essas opressões deram-se de todas as formas políticas, sociais, entre tantas outras. Um momento conhecido é a ditadura do Estado Novo com início em 1937 e tem como principal articulador um dos maiores estadistas que o país já conheceu, Getúlio Vargas. No entanto, remeter a esse período histórico – que se assemelha em época a ditadura nazista – uma característica de excepcionalidade governamental é uma falha grotesca.

Como antes foi visto, para que o soberano tenha além do cargo um ato também soberano é preciso que ele tenha em si três capacidades. Capacidades que Getúlio não possuiu por completo, como será percebido.

Getúlio Vargas entrou no comando do Brasil através da revolução de 30 liderada pelos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que culminou com o golpe de Estado depondo por fim o presidente paulista Washington Luís em 24 de outubro de 1930. Getúlio assumiu a chefia do “governo provisório”. Tanto se manteve nessa chefia que em 1932 os paulistas iniciaram a Revolução Constitucionalista que visava a derrocada do regime provisório de Getúlio e desejava implantar um regime constitucional, devido a supressão da Constituição de 1891, que havia sido afastada pela revolução de 1930. Os paulistas foram derrotados, mas Getúlio viu a necessidade de formar uma constituição, dando início ao projeto que resultaria na Constituição de 1934, que por mais bem intencionada que fosse, pouco tempo ficou em vigor.

Sempre buscando se manter no poder Getúlio Vargas outorga em 1937 uma nova constituição e dá início a Ditadura do Estado Novo. A constituição de 1937 que ficou conhecida como “Polaca”, teve forte influência da constituição autoritária da Polônia. Concentrava os poderes na mão do chefe do executivo e centralizava indicações hierárquicas.

O autoritarismo de Getúlio não pode ser entendido como um estado de exceção. O seu paternalismo – que cabia no Brasil daquela época – não tinha em si as características de um soberano, como teorizamos. Em síntese pode se dizer que Getúlio tinha as suas decisões acatadas com uma certa “força de lei” e ainda também possuía o domínio da coação física. Mas ao criar um corpo normativo que legalize os seus atos ao invés de afastar um existente, Getúlio não se enquadra na última característica necessária para um soberano. A sua coação física e sua “força de lei” não advêm de uma necessidade, ou de um perigo real e eminente, mas sim de um corpo normativo autoritário, tal como foi concebido. A decisão política mais uma vez se mostra, mas não como acesso ao estado de exceção.

5. COMPARAÇÃO CRÍTICA

Ao expor os dois casos supracitados temos boas exemplificações de como o estado de exceção se dá nos tempos modernos, e de como ele por pouco conhecimento pode ser visto em sombras onde não há nem vestígios de sua presença. Sempre que observamos algo como uma instituição estatal excepcional de suma importância não podemos nos ater a olhar idéias que beiram os nossos pés. Nossos olhos devem ir além do horizonte

estabelecido, ou muitas vezes pré-estabelecido. Quando fazemos uma visita a república romana não é pretensão pedante de nossa parte, mas é realmente lá que se encontra a maior semelhança de estado de exceção que podemos abarcar. Não somos parvos de imaginar que poderemos aplicar plenamente as teorias e características romanas nos nossos tempos, até porque a República Romana era mais do que um Estado, era na verdade um sentimento, uma idéia a ser preservada. Idéia essa que era baseada na magistratura colegiada. Não podemos negar nossas influências, tal como a idéia de um Senado, preservada e empregada até os nossos dias.

Quando ao observarmos o estado de exceção em nossos dias e visualizarmos todas as atrocidades que ele foi capaz de nos infringir nos é requerido no mínimo atenção e cautela ao lidar com uma teoria que pode ter repercussões tão drásticas. O holocausto nazista matou aos milhares alegando estar solucionando uma necessidade real e eminente. Etnias são facilmente caçadas sem o menor escrúpulo devido a essa legitimação mórbida. E quando pensamos que a perseguição étnica é algo do passado vemos o mesmo erro se repetir sobre a mesma argumentação de excepcionalidade, usada por um dos mais fervorosos combatentes do nazismo. O Estados Unidos da América está perseguindo pessoas de origem advinda do Oriente Médio alegando sua segurança. A necessidade é algo de caráter muito amplo e pode ser chamada a dar respaldo em diversas ocasiões. Quando um estado fornece subsídios para a existência de um soberano tal como teorizamos fornece ao mesmo tempo a existência do *homo sacer*. Toda a segurança que antes era presumida e tão veemente defendida em um Estado de Direito Democrático não tem o menor sentido. A democracia só terá validade aos que não estiverem se comportando forçosamente como *homo sacer*, e o corpo normativo baseado em igualdade irá ruir com tanta desigualdade.

Em segunda parte, como o exemplo brasileiro mostra, é sempre pertinente conhecer a teoria não apenas para melhorá-la e humanizá-la da melhor forma possível, como também para que não permita aos detentores de um poder autoritário que aleguem excepcionalidade normativa. O estado de exceção visa preservar um corpo normativo e nunca estabelecer outro. O caos gerado pela exceção tem uma direção e sempre deve ser a direção da reorganização.

Quando Carl Schmitt coloca a política como motor base de toda nossa sociedade é como se estivesse jogando fora todas as nossas seguranças institucionais criadas. Não podemos admitir um mecanismo social movido por arbítrio do soberano. As conquistas humanitárias não são joguetes nas mãos do soberano.

Se Roma conseguiu criar um instituto capaz de sanar os problemas de necessidade real e eminente sem colocar em perigo a estrutura da república, porque nós modernos não podemos alcançar tal grau de evolução? Bem sabemos que os pessimistas terão os olhos voltados para Roma somente no período do seu último *dictator*, Gaius Julius Caesar, que por fim levou a ruína dessa instituição. Mas por que não olhamos para os quinhentos anos de acertos? Por que não olhamos os tantos homens honrados que ocuparam o cargo de *dictator* e depois de resolvido o problema afastaram-se bem como deveria ser. Por que não aceitamos a possibilidade de limitação ao soberano, como fizeram os romanos? A nossa teoria moderna de estado de exceção não impõe nenhuma limitação ao soberano, nem em âmbito temporal, nem em âmbito bélico. Essa falta de limitação é o que leva a arbitrariedade. Independente se os motivos que levaram os nossos teóricos modernos a se acovardarem para as limitações cabíveis colocando-se

como meros espectadores dos acontecimentos, ou porque consentiram com as atrocidades cometidas, nós não podemos nos reservar a essa posição. A exceção sempre existirá intrínseca na regra. A responsabilidade para com os atos cometidos em tempos de necessidades é dos teóricos e estudiosos que deixam de observar as idiosincrasias danosas e as possíveis falhas do estado de exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O Estado de Exceção em nosso tempo é mais do que uma simples teoria ou ferramenta em prol da organização e estrutura do Estado. Pode também ser o respaldo para atrocidades vergonhosas. Donde todos os direitos sociais, políticos e humanitários que foram até hoje adquiridos são suplantados, por supostas necessidades.

A política ainda tem um caráter importantíssimo na nossa sociedade. Mas não podemos nos limitar a imaginar que decisões políticas são o suficiente para o nosso progresso e organização. Até mesmo as normas bem intencionadas têm falhas enrustidas que podem vir a aflorar em momentos inoportunos, como foi visto em no caso de Weimar. A vida de milhares de pessoas não pode ser transformada de agente cidadão para *homo sacer* sacrificável sem nenhuma proteção. Nossa igualdade deve prevalecer mesmo em tempo de necessidade.

Por isso a busca por limitações ao Estado de Exceção. Como vimos não há como eliminar a exceção, já que ela está furtivamente viva na regra, no entanto, podemos buscar formas de amenizar a arbitrariedade do soberano que decidirá sobre o Estado de Exceção. O conhecimento de fatos históricos e idéias jurídico-filosóficas são imprescindíveis para a criação de uma normatização madura e segura a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Editora Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer – o poder do soberano e a vida nua**. Editora UFMG, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**. 16. ed. Vozes, 2005.

_____. **Iniciação ao Direito Romano**. 2. ed. Editora Lumen Juris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo, Abril Cultural, 1974. (col. Os pensadores)

KELSEN, Hanz. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. 21. ed. Atlas S.A. , 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

_____. **La Dictadura – desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletária**. Editora Alianza, 2007.

[1] Para “estado comum” entenda-se o estado organizado em que não há a presença de uma necessidade eminentemente danosa ao estado.

[2] KELSEN, Hanz. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 5.

[3] KELSEN, Hanz. *Op. cit.*, p. 272.

[4] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 98.

[5] SCHMITT, Car., *Teologia Política*, p. 7.

[6] AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua*, p. 23.

[7] AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, p. 92.

[8] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 107.

[9] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, § 2.3, p.. 60.

[10] AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder do soberano e a vida nua*, p.. 60.

[11] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, § 2.3, p.

SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE BOBBIO: PESQUISA ENRIQUECIDA POR APONTAMENTOS EXTRAÍDOS DE ENSAIO INÉDITO NO BRASIL, SANZIONE, CEDIDO PELA FAMÍLIA DO AUTOR AO CENTRO DE ESTUDOS NORBERTO BOBBIO, EM SÃO PAULO. *

SANCTION IN THE THEORY OF RIGHT TO BOBBIO: SEARCH ENRICHED BY NOTES FROM THE TEST UNPRECEDENTED IN BRAZIL, SANZIONE, ASSIGNED BY THE FAMILY OF THE AUTHOR TO THE CENTER FOR STUDIES NORBERTO BOBBIO, IN SAO PAULO.

Marcel Vitor de Magalhães e Guerra

RESUMO

Um dos temas mais atormentantes do direito é sem dúvida a busca pelo seu conceito ideal. O conceito de direito representou e representa substancial papel na história da filosofia do direito e da teoria geral do direito. O que se pode dizer, com certeza, é que o que mais se aproxima de um denominador comum entre todas as teorias acerca do tema é a importância da norma jurídica nesses estudos. O presente trabalho consiste basicamente em um estudo detalhado de um aspecto da teoria desenvolvida por Norberto Bobbio acerca do que seja direito. Reportaremos-nos a suas investigações e conclusões acerca da sanção, instituto de fundamental importância para a escola analítica. Bobbio aprofunda-se no estudo de sanção e apresenta um novo conceito que o permite idealizar e justificar um novo projeto de Ciência Jurídica. O escopo desta análise é buscar demonstrar o processo evolutivo do pensamento do mestre italiano acerca do direito, especificamente através da sanção; tarefa árdua tendo em vista que Bobbio jamais escreveu um tratado ou, de forma unificada, uma Teoria Geral do Direito, sendo a maioria de seus livros coletâneas de artigos ou compilações de cursos, mas, ao mesmo tempo, deveras gratificante considerando a envergadura do autor e o brilhantismo e a atualidade de suas idéias. O presente trabalho conta com importante contribuição da família do autor que, recentemente, doou ao Centro de Estudos Norberto Bobbio, em São Paulo, o texto “sanzione” publicado na Novíssimo Digesto Italiano, em 1968, pela Editrice Torinese, inédito no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: SANÇÃO. BOBBIO. ORDENAMENTO JURÍDICO. SANÇÃO POSITIVA. ANÁLISE FUNCIONAL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

One of the most tormentantes of law is without doubt the search for his ideal concept. The concept of law and is represented substantial role in the history of philosophy of law and the general theory of law. What can be said with certainty is that what comes closest to a common denominator among all the theories about the theme is the importance of law in these studies. This work is basically on a detailed study of one aspect of the theory developed by Norberto Bobbio about what is right. Reportaremos us to their investigations and conclusions about the penalty, Office of fundamental importance to school systems. Bobbio deepens in the study of sanction and presents a new concept that allows develop and justify a new project of Legal Science. The scope of this analysis is to demonstrate the evolutionary process of thinking about the Italian master of law, specifically through the sentence; arduous task in view that Bobbio never wrote a treaty or on a unified, a General Theory of Law, and the majority coletâneas of their books, articles or compilations of courses, but at the same time, indeed gratifying considering the scale of the author and brilhantismo and currency of their ideas. This work has important contribution of the author's family that recently donated to the Center of Studies Norberto Bobbio, in Sao Paulo, the text "sanzione" Novissimo Digesto published in Italian in 1968, by Editrice Torinese, unprecedented in Brazil.

KEYWORDS: SANCTION. BOBBIO. PLANNING LAW. SANCTION POSITIVE. FUNCTIONAL ANALYSIS

1 INTRODUÇÃO

1.1. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO EVOLUTIVO DA TEORIA DE BOBBIO ATÉ A ELEIÇÃO DA SANÇÃO COMO MOTE DE UMA TEORIA

A obra *Teoria della norma giuridica* é fruto de cursos ministrados por Bobbio em dois biênios, 1957/1958 e 1959/1960 sobre norma jurídica e ordenamento jurídico. Importante, portanto, contextualizar seus escritos. Nessa época, Bobbio se dedicava mais detidamente a uma concepção estrutural do direito. Isso significa o estudo do direito do ponto de vista normativo, ou seja, o corte metodológico de sua pesquisa excluía a análise de questões axiológicas e sociais; considerando a norma jurídica somente na sua estrutura, independente do seu conteúdo. Por isso, alguns comentadores optam por ressaltar outros pontos em Bobbio, analisando sua teoria do Direito a partir da teoria analítica[1], pela metodologia[2] etc. O foco escolhido pelo estudo, será a sanção, mas antes, algumas premissas utilizadas pelo autor que caracterizam sua forte relação com o juspositivismo.

Para o jurisfilósofo de Turim, o elemento característico da *experiência jurídica* é o fenômeno da normatização. Experiência jurídica consiste no conjunto de regras de conduta provenientes do Poder Soberano que regulam uma determinada sociedade

(normas jurídicas). Não obstante, ressalta que as normas jurídicas representam apenas uma parte da experiência normativa de uma sociedade.[3]

Experiência normativa, por outro lado, consubstancia todas as normas de uma sociedade, suas regras de conduta, como por exemplo, os dez mandamentos, determinadas prescrições médicas ou artigos de uma Constituição. Ou seja, engloba as normas jurídicas, mas engloba também preceitos religiosos, regras morais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras de boa educação, etc.[4] Daí sua afirmação: "a experiência jurídica é uma experiência normativa." [5]

Portanto, repita-se, em um primeiro momento, o elemento característico do direito, para Bobbio, é a norma; seu estudo, em Teoria da norma jurídica, foca-se na dimensão formal da norma. Para Bobbio, a norma pode ser submetida a três valorações distintas, três ordens de problemas independentes entre si: quanto à justiça; validade e eficácia.

A justiça como um problema relacionado à correlação da norma aos valores que fundamentam um ordenamento jurídico, portanto, um problema deontológico do direito. A eficácia, por outro lado, está correlacionada com a capacidade de observância social de uma norma, um problema, portanto, fenomenológico. Por fim, a validade de uma norma está ligada a sua existência como regra jurídica, a sua estrutura formal, destarte, um problema ontológico do direito.

Bobbio se dedica, principalmente na década de 60, à estrutura da norma, ao problema ontológico do direito, ressaltando, contudo que o ponto de vista formal não é um modo exclusivo de considerar a norma jurídica, é apenas o escolhido por ele para análise.

Dessa forma, segue afirmando que do ponto de vista formal, a norma é uma proposição, conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade.[6] Dentre todos os tipos de proposições, Bobbio escolhe os comandos, proposições cuja função é influir sobre o comportamento alheio no intuito de modificá-lo. A linguagem desses comandos, segundo Bobbio, das três possíveis, (descritiva, expressiva e prescritiva) é a prescritiva, única cuja função corresponde à linguagem de comandos, *fazer fazer*. Trata-se de velha doutrina, conhecida pelo nome de teoria da imperatividade do direito, normas jurídicas como comando.[7]

Preocupado com uma das questões que mais desafiavam os lógicos nos últimos tempos, Bobbio analisou as principais diferenças entre linguagens descritivas e prescritivas e suas repercussões para o Direito. De forma sucinta, pode-se abstrair que proposições descritivas têm como função informar alguém, enquanto proposições prescritivas, modificar comportamentos. O principal caráter distintivo, todavia, é no que se refere ao critério valorativo. Verdade e falsidade não são atributos das proposições prescritivas, mas somente das descritivas. Os critérios de valoração de uma norma jurídica, segundo Bobbio, critérios para consentimento, estão relacionados com a validade da norma, não demonstrável através de uma verificação empírica, mas apenas passível de persuasão, através da retórica.[8]

Em última análise, estatui que a diferença entre a verificação das proposições descritivas e a justificação das proposições prescritivas está na maior objetividade da primeira em relação à segunda; enquanto a primeira tem como último ponto de referência o que é observável, o que está contido no domínio da percepção, a segunda

encontra o seu último ponto de referência no que é desejado, apetitoso, objeto de tendência ou inclinação, e pertence ao domínio da emoção ou do sentimento. Pode-se dizer para marcar esta diferença, que a verdade de uma proposição científica pode ser *demonstrada*, enquanto sobre a justiça de uma norma, pode-se somente procurar *persuadir* os outros (daí a diferença, que vem se firmando, entre *lógica*, ou teoria da demonstração, e *retórica*, ou teoria da persuasão).

Após selecionar, para o conceito de norma, a categoria das proposições prescritivas em detrimento das descritivas. Bobbio passa a precisar o caráter das prescrições. Intensifica a idéia de que a categoria das prescrições é vastíssima compreendendo tanto as regras morais quanto as regras da gramática, tanto as normas jurídicas quanto as prescrições médicas, por exemplo. Conclui que é possível encontrar em um sistema vários tipos de normas, mas todas com algo em comum, a linguagem prescritiva. [9]

Bobbio analisa a teoria de Kelsen de que a norma jurídica não é comando, mas juízo hipotético e conclui que na verdade não há incompatibilidade com a teoria de norma como proposição prescritiva, já que “o juízo em que se expressa a norma é sempre um juízo hipotético prescritivo e não descritivo, isto é, um juízo que na sua segunda parte contém uma prescrição (*...deve ser B*).”[10]

Bobbio estuda a fundo as diversas teorias que criticam a teoria imperativista, que identifica a norma jurídica como comando. E conclui que nenhuma consegue “*superar o recife da pertinência da linguagem de um sistema jurídico à linguagem prescritiva.*”[11] De forma conciliadora, analisa as diversas teorias e sentencia que todos os tipos de normas pertencem ao gênero das proposições prescritivas distintas das descritivas.

Bobbio, contudo, relega à teoria da instituição, que propugna o direito como um fenômeno social, que tem origem na sociedade organizada, o mérito de colocar em foco o ordenamento como eixo, ao invés da norma, ou seja, de:

pôr em relevo o fato de que somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. [12]

Bobbio refuta as teorias que buscam encontrar a característica diferencial das normas jurídicas de outros tipos de normas no estudo meramente formal das proposições normativas. Explica que para se cogitar tal possibilidade, seria preciso que as prescrições jurídicas tivessem, enquanto prescrições, uma característica que as distinguisse de outros tipos de prescrições, algo que as identificasse formalmente.

Com efeito, a conhecida fórmula Kelseniana de norma, “Se é A, deve ser B”, pode ser aplicada em qualquer prescrição, como por exemplo, a prescrição gramatical: “Se na oração regente há um tempo principal, na dependente *deve-se* usar o presente do conjuntivo.” Daí, Bobbio conclui que o que caracteriza uma norma jurídica, para Kelsen, não é sua fórmula, “se é A, deve ser B”, mas sim o entendimento que A representa o ilícito e B a sanção, o que é uma interpretação da fórmula e não a fórmula propriamente dita.

Após rechaçar o critério formal para definição da norma, Bobbio analisa outros critérios, como o do fim da norma, do conteúdo da norma, da justiça da norma, apontando, caso a caso, suas deficiências e concluindo no sentido de que tais critérios, na verdade, não podem ser vistos de forma exclusiva, mas de forma integrativa, devendo ser valorados pelo critério da oportunidade.

A partir desta análise, o autor italiano, finalmente, identifica um novo critério para a definição do direito, qual seja, o momento da resposta à violação, a chamada sanção, inaugurando uma concepção diferente, evoluída, mais funcional do Direito e não mais essencialmente estrutural.

No próximo tópico, expõe-se um resumo das principais idéias do Autor, desenvolvidas em um ensaio intitulado '*sanzione*' em que desenvolve análise criteriosa sobre o instituto da sanção, que lhe permitiu a supra mencionada evolução conceitual do Autor. Assim, a análise é importante, pois fixa as principais premissas que permitiram ao mestre lançar uma nova concepção de Direito, em que quebra com a concepção Kelseniana de sanção, reduzida ao uso da força e, portanto, sem espaço, por exemplo, para medidas que prescindem do uso da força, como as sanções positivas, cada vez mais recorrente nos Estados de Direito modernos.

Como se verá, Bobbio, apesar de manter-se ligado ao positivismo, acrescenta ao estudo do Direito, a teoria da função (análise funcional absolutamente excluída da Teoria do positivista de Kelsen), e o faz através da sanção. Interessante, contudo, abrir um parêntesis, em relação à sua classificação como positivista. Ele mesmo comenta uma afirmação que lhe foi feita no sentido de que: "Bobbio não pode ser classificado em nenhuma das correntes filosóficas contemporâneas"[13] E prossegue dizendo: Essa observação foi apresentada como uma crítica, mas eu a considere um elogio. Os 'ismos' fecham"[14] Respondendo a Reale, Bobbio afirma que "considero-me mais positivista que neopositivista. Entretanto, sou positivista no sentido jurídico, não no filosófico"[15] Bobbio preferia, entre tantos rótulos, o de um "positivista inquieto".

2 SANÇÃO

Bobbio sistematiza o termo sanção, na linguagem jurídica, principalmente, em dois significados: em um senso técnico, próprio do Direito Constitucional e um não técnico. Sanção, pelo senso técnico, é o instrumento com o qual o Rei dá aprovação a uma lei já aprovada pelo Parlamento. É considerada como uma prerrogativa do poder régio, instituto próprio da forma monárquica de governo. [16]

Por outro lado, em uma República Constitucional, como a vigente na Itália, o poder sancionatório corresponde ao poder de veto do Presidente da República que pode ser resolutivo ou somente suspensivo (art. 74 da Constituição Italiana). Ou seja, a diferença

está no momento da formação da lei. O chefe do Poder Executivo não interfere diretamente na formação da lei, atividade própria do Poder Legislativo e, sim, apenas quando a lei já está formada, no intuito de obter o seu anulamento ou revisão, ao passo que a sanção, expressão do poder do Rei, é um momento da formação da lei.

Em outro senso menos técnico, mais comum e flutuante, o termo sanção, não exclusivo da linguagem jurídica, já que comum à linguagem moral e da ciência social, é usado na Teoria Geral do Direito como indicativo de algumas medidas predispostas, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico, a aumentar a observância da própria norma e, eventualmente, a corrigir os efeitos da inobservância de uma norma.[17] Essa segunda concepção é a tratada, especificamente, por Bobbio.

O autor assevera que em geral, se dá o nome de sanção aos mecanismos que todo sistema normativo adota para a própria conservação; expedientes que um sistema normativo recorre para obter o máximo de observância de seus preceitos ou impedir o máximo de inobservância dos mesmos. A partir da sistematização de todos esses mecanismos, estabelecerá, de forma mais rigorosa, o conceito de sanção.

2.1 MEDIDAS DE CONTROLE SOCIAL

Bobbio divide as medidas que um sistema normativo pode recorrer para obter a máxima observância de suas regras em duas: preventivas e sucessivas. As preventivas são as medidas que vêm antes da violação de uma norma e podem ser de duas categorias: materiais (ou meio coativos ou de fiscalização) ou psicológicas (ou de desencorajamento). Já as medidas sucessivas, por sua vez, podem ser: reparativas (indenizatórias) ou punitivas. Formando, assim, quatro categorias de medidas.

Explica, contudo que essas medidas podem se integrar e cumular mais de uma característica, exercendo funções diversas, como, por exemplo, uma medida reparativa pode ter a função psicológica de desencorajar também, misturando caracteres.

O autor italiano explica que uma tipologia das medidas de reforço de um sistema normativo somente pode ser completa tendo em conta outros dois elementos: primeiro, o fato que a norma que cuja observância se trata pode ser um comando de fazer (comando em sentido estrito) ou um comando de não fazer (proibição) e, segundo que, a depender do tipo de norma a tutelar, as medidas podem ser positivas ou negativas.

Somente com essas especificidades a tipologia das medidas de reforço de um sistema normativo pode ser precisa. Conclui, explicando as possíveis combinações que um sistema normativo pode fazer para alcançar o controle de suas normas. Cada uma das quatro categorias acima mencionadas pode ser multiplicada por dois, por três ou até por

quatro, secundo se possa considerar as medidas positivas e negativas ou os comandos e as proibições.[18]

Voltando à sua sistematização, o autor apresenta, dentro da espécie das medidas preventivas, duas sub-espécies: as medidas de fiscalização (materiais ou de vigilância) e as de desencorajamento (psicológicas). As medidas de fiscalização são divididas em medidas de controle e medidas de preclusão. A diferença está na intensidade, aquelas criam uma situação difícil à transgressão de uma norma, enquanto esta última torna a transgressão impossível, intransponível.

Ao lado das medidas de fiscalização, as medidas de desencorajamento (ou de encorajamento). Ao contrário das medidas de fiscalização, as medidas de desencorajamento se valem, exclusivamente, de expedientes psicológicos. Toda a forma de fiscalização é exercida sobre o exterior de um potencial infrator. As medidas de encorajamento ou desencorajamento são formas de pressão que se exerce sobre o comportamento mental. A típica técnica de desencorajamento, por exemplo, consiste na representação de uma consequência desagradável da inobservância de uma norma, uma pena. Veja que não é a pena propriamente dita e, sim, a representação da pena.

Bobbio subdivide essas medidas em dissuasivas e intimidativas. Explica, através da terminologia de Kelsen, que a diferença entre as duas corresponde à diferença entre a relação de causalidade e de imputação de uma norma. A proposição prescritiva reforçada com uma representação de um mal causado por uma infração e prescrição reforçada com a representação de um mal imputado por uma infração. O primeiro funciona como uma recomendação, aviso, característica das medidas dissuasivas, enquanto a segunda funciona como um comando, uma ordem, um preceito, são as medidas intimidativas.

O direito se vale prevalentemente das medidas intimidativas, sem, contudo, excluir as medidas dissuasivas. Bobbio explica que todo ordenamento jurídico faz uso da técnica de desencorajamento, através das medidas dissuasivas, mais especificamente, com emprego das chamadas normas técnicas. Normas técnicas seriam aquelas que prescrevem comportamentos idôneos necessários para se alcançar um fim desejado; a infração a essas normas tem como consequência natural o não alcance do fim desejado. Qualquer ordenamento jurídico compreende um número muito grande de normas técnicas, justamente aquelas que estabelecem formalidades ou certas condições sem as quais não se alcança os efeitos jurídicos desejáveis.

O que caracteriza as normas técnicas é a desnecessidade de outra norma para a imputação de uma infração, a chamada norma secundária, o desrespeito a uma norma técnica tem como consequência imediata a ausência de efeitos jurídicos, sem a necessidade de uma outra norma (secundária) para imputar-lhe uma consequência ruim. Bobbio chama as demais normas, de categóricas, as que precisam da intervenção de outra norma para assegurar a sua observância. [19]

Muitas normas técnicas são ligadas à figura do ônus, que é uma situação jurídica passiva frequentemente lembrada para diferenciar do dever. A norma técnica constitui uma categoria de norma em si mesma, por isto não oferece um particular interesse em um ensaio sobre sanção, que demanda a atuação de uma outra norma, uma norma secundária, visando à conservação do sistema.

Após terminar as sub-classificações das medidas chamadas preventivas, Bobbio começa a dissecar a outra classe de medidas, as medidas sucessivas, aquelas cuja a intervenção é *post factum*, ou seja, suas hipóteses de incidência se dão ou quando as medidas preventivas de vigilância ou de desencorajamento não tenham obtido sucesso, ou quando as medidas de incentivo tenham obtido os seus efeitos.

O autor divide essas conseqüências ou medidas sucessivas, em duas: aquelas inspiradas no princípio da **retribuição** que consiste em recompensar o bem com o bem, como o prêmio, a recompensa, pena etc. E, as inspiradas no princípio da **reparação** (ou indenização) que consistem na eliminação ou pelo menos na atenuação do mal que a transgressão da norma causou à sociedade.

Explica que as medidas retributivas são comumente chamadas de medidas punitivas e a fantasia humana, na invenção dessas medidas, não encontrou limites, sendo impossível, portanto, uma enumeração precisa. Bobbio expõe que as medidas retributivas se inspiram no princípio que infligir um mal é uma justa resposta a um mal infligido, situações que, muitas vezes, não podem ser desfeitas, irreparáveis.

O autor, então cria uma classificação, que considera mais adequada, das medidas retributivas, já que leva em consideração os diversos tipos de bens que as diversas medidas afetam.

A partir deste critério divide as penas em econômicas, sociais, jurídicas e físicas. As penas econômicas que vão desde uma multa de poucas liras (antiga moeda da Itália) até o confisco total do patrimônio; as penas sociais que tendem a minorar a posição que uma pessoa tem em um grupo social pertencente, e vai desde a uma mera desaprovação até o banimento. As penas físicas que vão do golpe de bastão do maestro nos dedos de seus alunos à pena de morte e as penas jurídicas que veremos com mais detalhes à frente.

Salienta que em decorrência dos diferentes graus de medidas não se pode dividir com um corte limpo e, na verdade, em muitos casos as medidas se integram e se completam. Várias medidas de controle social constituem um *continuum*, não sendo possível estabelecer limites nítidos entre um tipo e outro.[20]

O desencorajamento se funda na ameaça de uma punição (ou de uma reparação), bem como a punição (ou reparação) é conseqüência do insucesso do desencorajamento. Além de tornar-se, após a implementação, novo motivo de desencorajamento para os demais membros do grupo social, para que não repitam, no futuro, a mesma infração. Ou seja, punições (ou reparações) só são implementadas quando o desencorajamento não dá certo, mas também são elas próprias ameaçadoras, apresentando, na prática, uma função psicológica.

Assim, punição (medida retributiva) e reparação apesar de abstratamente se distinguirem pela função, na prática, muitas vezes, se sobrepõem. Um prêmio, na classificação do mestre italiano, pode assumir o aspecto de reparação pelo esforço, assim como também uma indenização por danos causados pode também ter a aparência de uma punição. Conclui, sentenciando que é bastante difícil estabelecer in concreto *dove finisce il premio e dove comincia l'indennizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione*. [21]

Bobbio sintetiza que qualquer sistema regulamentar prevê, a par e para além das medidas retributivas, as medidas reparativas (indenizatórias). As primeiras afetam a ação (ou omissão) ilícita. Enquanto as segundas incidem sobre a consequência que a ação (ou omissão) ilícita haja produzido.

Por fim, classifica as medidas reparativas (ou indenizatórias) em duas: aquelas que visam a eliminar ou a minorar a gravidade do ato danoso ou compensar suas consequências nocivas, são as medidas *reparativas* propriamente ditas; e aquelas que visam a eliminar a consequência ilegal do ato criando a condição necessária para sua legalização, são as medidas *sanatórias*.

O autor, então sistematiza as formas de implementação das medidas *reparatórias*, a maneira como interferem no produto da conduta ilícita. A partir deste critério o mestre italiano analisa as obrigações de fazer e de entrega de coisa. Aduz que a característica principal para a implementação destas obrigações é a coação, podendo ser coações diretas, quando se inflige na própria pessoa do infrator, e coações indiretas, quando a pessoas diversas, estas caracterizadas pelas medidas *sub-rogatórias*.

Outra análise que o mestre italiano faz sobre as medidas reparatórias é sobre a perspectiva do dano. Quando o dano for mensurável em dinheiro, chama de *ressarcimento*, quando não o for, como, por exemplo, no caso dos danos morais por ofensa à personalidade decorrente de difamações ou injúrias, a reparação não visa ao ressarcimento em sentido estrito, mas a uma *compensação* cuja função é atenuar a dor da ofensa e não reintegrar uma diminuição patrimonial.

Ao final desta sistematização das medidas de controle social, ressalva o autor que um elenco exauriente tanto das medidas retributivas, como das reparatórias, seria impossível, não tendo, sua tipologia, essa pretensão. O mestre italiano, após apresentar uma tipologia das medidas com as quais um ordenamento normativo tende a provocar os comportamentos desejados e a impedir os comportamentos indesejados, passa a delimitar quais delas estariam dentro do conceito habitualmente empregado de sanção.

Nesse desiderato exclui as medidas de fiscalização e as sanatórias. Dentro das medidas de desencorajamento, exclui também as medidas de dissuasão. Já que, a área recoberta pelo termo sanção é aquela que se estende, basicamente, a ameaças, coações, indenizações, compensações e afins.

Aduz que a única maneira de se entender o que significa sanção é respondendo à questão: para que serve? Ou seja, qual sua função. Só assim seria possível alcançar um conceito unitário de sanção e, ao mesmo tempo, legítimo, no sentido técnico da palavra[22].

Para o autor, este elemento unitário (comum) consiste no reforço da observância de uma norma através do mecanismo de resposta ou de reação que o sistema normativo institui a favor do observador da norma ou contra o infrator. Consiste em uma modalidade específica, contudo não exclusiva, da função geral de conservação de um sistema.

3 SANÇÃO E DIREITO

Para uma análise mais detida de sanção sob a perspectiva do direito, dois problemas fundamentais serão analisados: a natureza da sanção jurídica como sanção eventualmente específica e diversa de outro tipo de sanção e o problema da sanção como elemento característico do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, se trata de saber se, de um lado, o direito caracteriza um certo tipo de sanção e, de outro, se a existência desta sanção caracteriza o direito.

Bobbio expõe opinião corrente na doutrina no sentido de que o único elemento discriminante da sanção jurídica é a coação[23], ou seja, constranger o recalcitrante através do uso da força. Reduzindo-se o termo sanção jurídica a ato coativo.[24]

Como se verá a seguir, mais detidamente, o autor italiano discorda da tese que identifica a sanção com o uso da força, sendo, para esta teoria, o uso da força elemento característico do direito.[25] Basicamente porque a força também é utilizada com escopo sancionatório em sistemas sociais diversos dos jurídicos.

O autor ao conceituar sanção, mantém uma distância do conceito Kelseniano, “a sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias.”[26]

Esta visão de sanção como uma conseqüência à violação da norma, ao ato ilícito, é para Bobbio, o critério que permite identificar as normas jurídicas, já que a partir dos tipos de sanções, identifica os tipos de sistema normativo. Implica em dizer que Bobbio, de pronto, fixa como premissa a regra de que todo sistema normativo, para ser normativo, funda-se em técnicas sancionatórias.

Todavia, explica o autor que o conceito de sanção, como resposta à violação, não significa limitadamente o uso da força. Para o autor, sanção se resolve com uma obrigação de fazer ou de entrega de coisa, ou seja, em uma obrigação secundária. O pagamento de uma multa, o ressarcimento de um dano, demolição de um muro não são medidas provenientes do uso da força e sim, simplesmente, do adimplemento de uma obrigação secundária. No momento em que o contraventor recolhe uma multa, a sanção é perfeitamente realizada.

A conseqüência desagradável que consiste na resposta à violação é unicamente de natureza patrimonial. Assim o que caracteriza a sanção jurídica é o fato que seu adimplemento é garantido, em última instância, pela ameaça do uso da força.[27] Ou seja, pela ameaça de colocar em ação o aparato estatal dotado de meios coativos caracterizados pelo uso da força que garantem o adimplemento da obrigação secundária, através de uma obrigação alternativa ou substitutiva.

Isso significa que sanção jurídica (leia-se resposta a uma violação), não é sinônimo de coação (leia-se uso da força), já que quando um infrator paga uma multa

espontaneamente, isso não significa que a multa deixou de ser uma sanção, só porque não houve o uso da força.

Conclui o mestre italiano, portanto, que a função da sanção em qualquer ordenamento jurídico é de prover a conservação do próprio sistema, só variando o grau de institucionalização das sanções. Assim, a única classificação de sanção que assume relevância para o autor é a que distingue sanção informal e espontânea da formal, organizada e institucionalizada. [28]

Nesse sentido, Bobbio apresenta uma análise das chamadas sanções morais, sociais e, finalmente, das sanções jurídicas.

3.1 ADESÃO ESPONTÂNEA

Bobbio, no desenvolver de suas idéias, enfrenta as possíveis críticas a sua teoria, a partir das concepções existentes da Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, inicia com a análise de uma corrente não-sancionista (que não enxerga a sanção como elemento constitutivo do direito), a da *Adesão Espontânea*.

A teoria basicamente fundamenta-se na idéia de que a obediência às regras não se dá em função do temor à sanção, mas por consenso. Ou seja, seus seguidores não crêem possível um ordenamento cuja eficácia se calcasse somente na força, haja vista que os casos de violação são exceção, e não regra, esta seria, pelo contrário, o respeito às regras de conduta, o que demonstraria o acerto da corrente no sentido de que o consenso, na verdade, é o que constitui o direito, e não a sanção.

Bobbio afasta a corrente suscitando que, na verdade:

quem sustenta ser a sanção organizada o caráter distintivo dos ordenamentos jurídicos, não nega a eficácia das regras deste ordenamento através da simples adesão espontânea; afirmam que o ordenamento conta, em última instância, com a eficácia obtida através do aparato das sanções.[29]

Defende que a sanção não precisa ser sempre necessária para ser elemento constitutivo do direito, basta que esteja à disposição como instrumento que assegure a eficácia das normas relativas. Bobbio, com a habilidade que lhe é peculiar, retira o foco da discussão acerca do consenso, para demonstrar que a característica principal do ordenamento jurídico não é a liberdade do espírito, se a adesão é ou não espontânea, mas sim, a existência de um aparato que garanta a adesão, o consenso.

3.2 PROCESSO AO INFINITO

Interessante destacar que Bobbio se utiliza da mesma idéia exposta no item anterior para afastar outra objeção dos não-sancionistas à sua corrente, a do processo ao infinito.

Processo ao infinito porque partindo da concepção que sanção é elemento constitutivo do direito, toda norma primária precisa de uma outra norma, norma secundária, que garanta sua eficácia, e esta, por sua vez, precisa de uma outra norma, terciária, que garanta a eficácia da norma secundária, e assim sucessivamente, até chegar em uma norma última que não terá uma norma ulterior para lhe garantir a eficácia, ou seja, uma norma sem sanção.

Bobbio, então, refuta a crítica com os mesmos contra-argumentos já apresentados e conclui:

[...] se a sanção implica a presença de um aparato coercitivo, a presença do aparato coercitivo implica, em última instância, a presença de um poder de coação que não pode ser, por sua vez, constrangido, e que, portanto, a existência de normas não sancionadas no vértice do sistema é o efeito da inversão da relação força-direito que se verifica na passagem das normas inferiores às normas superiores.[30]

Explica que um sistema precisa da adesão espontânea a certos tipos de normas, caso contrário nenhum sistema poderia se sustentar; tipifica esses tipos de normas como superiores; destinadas aos que governam, caracterizadas pela ausência de sanção. Para comprovar seu raciocínio repete uma pergunta que sintetiza essa questão: "quem governará os que governam?"[31].

Para Bobbio, força e consenso são os dois fundamentos do poder e, não obstante, ser possível, na teoria, idealizar um ordenamento sem força ou sem consenso, a realidade histórica e atual demonstra que esses dois elementos sempre se mesclam, mesmo nos Estados mais despóticos, sempre houve um mínimo de consenso. De modo que, sua teoria, de que existem normas superiores sem sanção, se fundamenta nesse mínimo de consenso existente em qualquer tipo de ordenamento jurídico, mesmo nos calcados primordialmente na força. Ou seja, sem um mínimo de consenso, nenhum Estado poderia sobreviver.

3.3 NORMAS SEM SANÇÃO

Uma das críticas mais fortes à teoria que enxerga na sanção um elemento constitutivo do direito é a existência, em qualquer ordenamento jurídico, de normas desconstituídas de sanção.

Bobbio, mais uma vez, não nega o fato em que se fundamenta a crítica, de que há normas no ordenamento sem sanção, apenas aponta que isso não desnatura a sua teoria, a de que o direito é um conjunto de regras com sanção organizada.[32]

Explica que a solução é apenas de perspectiva, ou seja, basta considerar que quando se fala que a sanção organizada é o elemento caracterizador do direito, refere-se ao ordenamento jurídico tomado em seu conjunto e não à norma singular.

De modo que a sua teoria não implica dizer que toda as normas possuem sanção, e sim que a maior parte das normas existentes possuam. Isso é possível porque Bobbio coloca a sanção não como critério de *validade* de uma norma, mas apenas de *eficácia* da mesma.[33]

De modo que entende perfeitamente possível normas sem sanção, normas sem eficácia, característica natural de um sistema. Perceba que há uma quebra com a teoria de Kelsen, para quem o Direito era analisado sob o foco da norma jurídica, a partir da força. A visão de Bobbio sobre ordenamento jurídico é diferente.

4 SANÇÃO JURÍDICA

Diante da escassa eficácia das sanções internas (morais) e dos problemas das sanções sociais, Bobbio explica que a sociedade, finalmente, no intuito de contornar as deficiências daqueles sistemas, criou regras específicas para a aplicação da sanção social, organizando-as e retirando a insegurança que lhes era própria, institucionalizando-a.

Daí, conclui que o tipo de sanção pode distinguir os vários tipos de normas. A norma que possui uma sanção externa e institucionalizada é uma norma que pertence a um grupo organizado, institucionalizado, pertencendo a um ordenamento jurídico, portanto,

uma norma jurídica. “Diremos então, com base nesse critério, que ‘normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.[34]

Aduz que a institucionalização da sanção acarretou o fim da sanção espontânea e imediata, própria das sanções sociais, trazendo maior eficácia das normas relativas, o que ele chama de *eficácia reforçada*, já que livre das impropriedades identificadas nos outros tipos de sanções.

O mestre italiano divide em duas, as teorias que tratam de sanção jurídica: a teoria da **institucionalização**, que se caracteriza pela afirmação de que a sanção também é regulada por normas do próprio sistema e a teoria da coação cuja característica principal foi identificar sanção jurídica com **coação**, isto é, com força física.

Hart faz uma dura crítica à teoria coercitiva do Direito, destacando que a redução à coerção, gerou uma série de falhas simplificações demasiadas, que impediram o entendimento do Direito em sua complexidade.[35]

Como visto, Bobbio segue uma mistura das duas teorias, ou melhor, uma terceira corrente que é, na verdade, uma simbiose das duas acima descritas, sendo sanção jurídica, portanto, uma **coação institucionalizada**.

Como se viu em tópico específico, Bobbio apresenta uma nova interpretação de sanção jurídica em termos de coação, no intuito de possibilitar a inclusão das sanções positivas no conceito de sanção jurídica, o que pontua uma quebra com a Teoria de Kelsen e demais positivistas.

5 SANÇÕES POSITIVAS - ENFOQUE FUNCIONALISTA DO DIREITO

Em função das várias críticas que o positivismo recebeu ao longo dos anos, principalmente, pós segunda guerra mundial[36], culminado com as transformações sociais e culturais que transformaram o paradigma liberal e, principalmente, a postura estatal frente às necessidades sociais, Bobbio, readequa sua visão de direito, ou melhor, apresenta uma nova perspectiva do direito, não mais meramente estrutural, mas funcional.

Conquanto a nova perspectiva, aparentemente, afronta as premissas Kelsenianas, Bobbio aduz que não se trata de uma perspectiva incompatível à visão estrutural do direito, mas apenas complementar, reflexo de uma aproximação da sociologia ao direito, necessária diante das novas tendências e problemas de um Estado que não mais se limita a exercer uma função meramente repressora:

Não creio que exista necessidade insistir no nexos estreitíssimo entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, por um lado, e teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, por outro: basta pensar na expulsão do ponto de vista sociológico na teoria pura do direito de Kelsen[37]

A visão analítica do direito, que basicamente considera o direito como coação, apresenta, de forma dominante, uma concepção repressiva do direito. Daí a importância exclusiva das sanções negativas.

Kelsen, contudo, não ignorava a existência de sanções positivas nos sistemas normativos, todavia, para o autor “elas têm uma importância secundária no interior desses sistemas, que funcionam como ordenamentos coercitivos”[38]

Com efeito, quando se analisa o papel do direito em um Estado sob a égide dos princípios liberais clássicos, a técnica das sanções negativas é a mais adequada; caracterizando-se por uma atuação passiva, focada em proteger interesses mediante a repressão de atos desviantes. Um ordenamento, majoritariamente, com função protetivo-repressiva.

Bobbio, antes de desenvolver sua nova concepção de sanção, entendia o Direito como um conjunto de regras que tem o objetivo de regulamentar o uso da força na sociedade. Nesses moldes, o Direito tinha como papel fundamental regulamentar o exercício da força, estipulando quem, quando, como e quanto, a força deveria ser exercida.[39] Bobbio afirmava, “todos os que têm alguma familiaridade com o direito sabem que a maior parte das normas jurídicas, ou mesmo todas, são normas que regulam o uso da força.”[40]

A introdução de técnicas que não se resumem a repreender, mas a encorajar determinadas condutas representou uma transformação na função do sistema normativo, reflexo de um novo Estado de caráter mais assistencial e participativo. O controle social deixou de ser exclusivamente passivo/repressivo, para ser, também, ativo, no sentido de empreender técnicas de estímulo e propulsão a atos considerados desejados pela sociedade.[41]

Essa mudança no comportamento estatal, na teoria de Bobbio, deu-se através das sanções positivas. Para o autor, as sanções negativas representam uma reação a uma ação má, portanto, própria do Estado liberal cujo direito resumia-se a uma função protetora/repressiva. Enquanto a sanção positiva, por outro lado, permitiu ao Estado exercer um novo papel na sociedade, incluindo entre suas funções, a de incentivar e estimular condutas eleitas como positivas e conformes, passando, desta forma, a agregar uma função promocional e não mais exclusivamente protetora. [42]

Interessante notar que a inclusão das sanções positivas entre as sanções jurídicas, é perfeitamente possível graças à quebra com os positivistas clássicos, já que, como já dito anteriormente, Bobbio apresenta uma nova interpretação de sanções jurídicas em termos de coação. Eis a dissensão:

quem de fato entende, como Kelsen, que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada, é obrigado, ainda que não se dê conta disso perfeitamente, a excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas.[43]

Bobbio aduz que a sanção jurídica consiste em uma reação à violação que é garantida pelo uso da força, e não a força diretamente. A coação, para Bobbio, é a garantia do cumprimento da sanção e não a sanção propriamente dita:

a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para "forçar" o recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força.[44]

Desta forma, acredita o autor ser possível incluir a sanção positiva no conceito de sanção jurídica, mantendo intacto seu conceito de direito e ampliando seu conceito de sanção jurídica, apresentando uma nova interpretação de coação. E conclui:

Tal como uma sanção negativa, uma sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária - lá, no caso de violação; aqui, no caso de supercumprimento de uma obrigação primária. Isso significa que podemos falar de sanção jurídica positiva quando a obrigação secundária, que é a sua prestação, é uma obrigação jurídica, isto é, uma obrigação para cujo cumprimento existe, por parte do interessado, uma pretensão à execução mediante coação.[45]

Em função dessa nova interpretação de coação, Bobbio explica que há medidas que não se encaixam no conceito de sanção jurídica, já que não há espaço para o constrangimento pela força ou para a força propriamente dita, são as medidas de controle direto e as de controle indireto do tipo *facilitação* ou *obstacularização*. Explica que essas últimas não obstante terem em comum com as sanções jurídicas o fato de se utilizar da pressão para atingir o objetivo, se diferenciam em decorrência de a pressão se limitar ao psicológico e não ao físico, sendo portanto do gênero 'influência', e não do gênero 'coação'.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um estudo aprofundado da sanção, Bobbio procura implementar uma revisão crítica ao positivismo jurídico, na tentativa de superar o juspositivismo Kelseniano. O mestre italiano apresenta, através da sanção, um novo conceito de Direito, destoante do conceito do positivismo clássico, enraizado na coerção.

Bobbio busca construir um novo conceito de Direito a partir da função do Direito na sociedade, observando a evolução paradigmática do Estado moderno cuja função não mais se limita a meramente impor penalidades, mas também a encorajar condutas desejadas pela sociedade, através das sanções positivas.

O jusfilósofo italiano, sensível ao novo papel desempenhado pelo Estado moderno, percebeu a superação da Teoria analítica, e desenvolveu nova teoria que acrescenta, através da sanção, análise funcional do Direito, expediente absolutamente incompatível com a teoria 'pura' do Direito.

O objeto do presente trabalho tenta demonstrar a fase mais evoluída dos estudos do autor sobre sanção, quando apresenta conceito que abarca as chamadas sanções positivas, característica de um novo modelo de Estado de Direito.

Bobbio, apesar de se manter fiel a muitas premissas juspositivistas, identifica a incompatibilidade da Teoria com a nova função e realidade do Estado que é a promoção de comportamentos, inaugurando uma nova Teoria, através da sanção.

É possível perceber a construção de um novo caminho metodológico com o propósito de superar os obstáculos apresentados à Teoria analítica. Trata-se de um reflexo da influência, na visão de Bobbio, inevitável, das ideologias na ciência do Direito[46].

Para o mestre italiano, o jurista não poderia negar a influência da sociologia, sob pena de não vislumbrar, de fato, os reais contornos do Direito. Nesse sentido aduz:

não existe uma teoria tão ascética que não deixe intuir elementos ideológicos que nenhuma pureza metodológica chega a eliminar por inteiro. Inclusive a teoria pura do Direito de Kelsen, em que encontrei minha fonte principal de inspiração para uma Teoria Geral do Direito e que sempre tenho presente como modelo, também nos meus escritos de teoria política, toma como ponto de partida o pressuposto, que bem pode ser considerado ideológico, de que o Direito enquanto tal, inclusive se é definido de forma neutra como técnica de organização social, tem uma função social axiologicamente positiva, até o ponto de que pode ser considerado um meio necessário para alcançar e conservar o bem coletivo como a paz interna e a paz internacional.[47]

Dessa forma, a grande contribuição de Bobbio para a Teoria Geral do Direito foi criar uma correspondência entre a função promocional do Estado, característica do Estado social e o aumento da técnica premial ou de incentivo, através da sanção positiva, o que demandou um novo conceito de sanção.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Luiz. **8 perguntas a Norberto Bobbio**. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho. N. 2, 1985.

BECCARIA, C. Dos delitos e das penas. (trad. Torrieri Guimarães). São Paulo, Livraria Exposição do Livro, s/d.

BORSELLINO, Patrizia. **Norberto Bobbio: metateorico del diritto**. Milano, A. Giuffrè, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. (Trad. Fernando Pavan Baptista.) Bauru: Edipro, 2003, p.25

O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. (trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues). São Paulo, Ícone, 1995.

Sanzione. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfico. Editrice Torinese,

As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e força. Trad. João Ferreira. São Paulo/Brasília: Polis, Unb, 1988.

Derecho e fuerza. In: Contribucion a la teoria de derecho. Valencia, Fernando Torres, 1980.

Da Estrutura à Função. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Barueri: Manole, 2007.

_____. **Prólogo.** In: Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio. Madrid, Marcial Pons, 1998

_____. **La funzione promozionale del diritto revisitata.** Rivista Sociologia del diritto. Vol. XI, n. 3, 1984.

COTTA, Sergio. **Há il diritto uma funzione própria? Linee di um'analisi ontofenomenologica.** Rivista Internazionale di Filosofia del diritto. LI, n. 3, 1974.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** 3 ed., RJ. Forense, 1999.

GREPPI, Andrea. **Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio.** Madrid, Marcial Pons, 1998.

HART, Helbert L. A. **O conceito de Direito.** (Trad. A. Ribeiro Mendes). 3 ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

LAFER, Celso. **Norberto Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico.** Revista de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP, V. 2, 2003.

KANT, E. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (trad. Paulo Quintela) Lisboa, Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (Trad. João Baptista Machado). São Paulo, Martins Fontes, 1994.

_____. **Teoria Geral das Normas** (Trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1986.

MATA MACHADO, Edgar de Godói. **Direito e coerção**. São Paulo: UNIMARCO, 1999

MIGUEL, Afonso Ruiz. **Filosofia e derecho en Norberto Bobbio**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito: Lições preliminares de Direito**. 22 ed., São Paulo, Saraiva, 1995

SANTOS, BOAVENTURA SOUZA. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed., Porto: Afrontamento, 1995.

[1] BORSELLINO, Patrizia. **Norberto Bobbio: metateorico del diritto**. Milano, A. Giuffrè, 1991.

[2] GREPPI, Andrea. **Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio**. Madrid, Marcial Pons, 1998.

[3] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003, p.25.

[4] Ibidem, p. 26.

[5] Ibidem, p.23.

[6] Ibidem, p. 73.

[7] BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. (trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues). São Paulo, Ícone, 1995.

[8] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003, p. 80.

[9] Ibidem, p. 89.

[10] Ibidem, p. 139.

[11] Ibidem, p. 144.

[12] Ibidem, p. 145

- [13] BOBBIO, N. In: **Norberto Bobbio, um filósofo de nosso tempo**. pg. 31.
- [14] Ibidem, p. 31.
- [15] Ibidem, p. 32.
- [16] BOBBIO, Norberto. **Sanzione**. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfica. Editrice Torinese, 1968. pg.4.
- [17] Ibidem, p. 5.
- [18] Ibidem, p. 8.
- [19] Ibidem, p. 11.
- [20] Para Bobbio, a distinção entre medida punitiva ou reparativa e nulidade corresponde à diferença entre ilicitude e invalidade. Ato ilícito é aquele não conforme a uma norma cuja violação comporta como consequência que o efeito jurídico deste ato é contrário ao querido pelo infrator. Ato inválido é aquele não conforme a uma norma cuja violação comporta como consequência o desaparecimento do efeito jurídico desejado. BOBBIO, Norberto. **Sanzione**. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfica. Editrice Torinese, 1968. pg.12.
- [21] BOBBIO, Norberto. **Sanzione**. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfica. Editrice Torinese, 1968. pg 18.
- [22] Ibidem, p. 25.
- [23] O jusfilósofo italiano não diferencia coerção de coação, como também o faz grande parte dos autores de influência Kantiana, pois para o filósofo de Königsberg existia sinonímia entre os dois termos. (MATA MACHADO, Edgar de Godói. **Direito e coerção**. São Paulo: UNIMARCO, 1999.)
- [24] Para Miguel Reale “sanção é toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório. Sanção, portanto, é somente aquela consequência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar a regra. Quando a medida se reveste de uma expressão de força física, temos propriamente o que se chama de coação. A coação de que tanto falam os juristas é, assim uma espécie de sanção, ou seja, a sanção de ordem física.” REALE, Miguel. **Filosofia do Direito: Lições preliminares de Direito**. 22 ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- [25] BOBBIO, N. **As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e força**. Trad. João Ferreira. São Paulo/Brasília: Polis, Unb, 1988.
- [26] Ibid, op. cit. pg. 153.
- [27] BOBBIO, Norberto. **Sanzione**. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfica. Editrice Torinese, 1968. pg. 28.

- [28] Ibidem, pg. 32.
- [29] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003, p. 174.
- [30] Ibidem, p. 175.
- [31] Ibidem, p. 176.
- [32] BOBBIO, N. **Derecho e fuerza**. In: Contribucion a la teoria de derecho. Valencia, Fernando Torres, 1980. p. 335.
- [33] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2003, p. 167.
- [34] Ibidem, pg. 60
- [35] HART, H. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001. p.57.
- [36] Importante ressaltar que até a década de sessenta Bobbio se dedicou “ao aprofundamento da análise estrutural, de cujo ventre fecundo nasceu até mesmo uma disciplina nova e fascinante, a lógica deôntica.” Iniciando, de fato uma nova fase em 1969, com o ensaio sobre a função promocional do direito – *Sulla funzione promozionale del diritto*. BOBBIO, N. **A função promocional do Direito** In: Da Estrutura à Função. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Barueri: Manole, 2007.
- [37] BOBBIO, N. **Análise funcional do Direito: tendências e problemas**. In: Da Estrutura à Função. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Barueri: Manole, 2007. pg. 90.
- [38] KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 1994.
- [39] BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo. Ícone, 1995.
- [40] BOBBIO, N. **As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e força**. Trad. João Ferreira. São Paulo\Brasília: Polis, Unb, 1988.. p.100.
- [41] BOBBIO, N. **Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito**. In: Da Estrutura à Função. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Barueri: Manole, 2007. pg. 137.
- [42] BOBBIO, N. **Sanção positiva**. In: Da Estrutura à Função. Trad. de Daniela Beccaria Versiani; Barueri: Manole, 2007. pg. 29.
- [43] Ibidem, p. 28.
- [44] Ibidem. p. 29.

[45] Ibidem, p. 32.

[46] Nesse sentido, v. SANTOS, BOAVENTURA SOUZA. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed., Porto: Afrontamento, 1995.

[47] BOBBIO, N. **Prólogo**. In: Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio. Madrid, Marcial Pons, 1998. pg. 8.

A LIBERDADE NO PENSAMENTO DE HEGEL*

LIBERTY IN THE THOUGHT OF HEGEL

Marcelo Maciel Ramos

RESUMO

A liberdade é, sem dúvida, uma das palavras mais recorrentes nos discursos da atualidade. Todavia, a tentativa de definir o seu sentido ainda gera certo embaraço, em função da pluralidade de significados que lhe são atribuídos. Embora a liberdade tenha sido estudada por praticamente todos os pensadores modernos, é Hegel, contemporâneo da Revolução Francesa, quem vai, em seu grandioso sistema filosófico, apresentar uma compreensão da idéia de liberdade que procura ser expressão fiel da totalidade dos vários sentidos desenvolvidos pelo espírito humano. E não obstante a sabida dificuldade de se enfrentar o complexo sistema filosófico de Hegel, suas lições sobre a liberdade, uma vez superados alguns obstáculos iniciais, apresentam uma substancial explicação para essa palavra. Desse modo, no presente artigo, procuramos apresentar algumas reflexões de Hegel sobre a liberdade, a fim de prestar um auxílio àqueles que desejam se iniciar no intrincado pensamento hegeliano.

PALAVRAS-CHAVES: HEGEL, LIBERDADE, RAZÃO.

ABSTRACT

Liberty is, undoubtedly, one of the most common words in the current debates. However, the attempt of defining its sense still generates certain perplexity, due to the plurality of meanings that are to it attributed. Although liberty has been studied by nearly all modern theorists, it is Hegel, contemporary to the French Revolution, on his great philosophical system, who presents a comprehension of the idea of liberty that seeks to be the faithful expression of the totality of meanings developed by the human spirit. And despite the acknowledged difficulty of facing Hegel's complex philosophical system, his lessons about liberty, once a few initial obstacles are overcome, present a substantial explanation for that word. Therefore, in this article, some reflection on Hegel's thoughts about liberty are presented, aiming to provide some help to those who wish to get initiated on the intricate thought of Hegel.

KEYWORDS: HEGEL, LIBERTY, REASON.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. O problema da Liberdade

A liberdade é, sem dúvida, uma das palavras mais recorrentes nos discursos da atualidade. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, fez ecoar o ideal iluminista, marcadamente liberal, proclamando a liberdade (ao lado da igualdade, da segurança e da propriedade) direito sagrado e inalienável do homem[2].

Desde então, a liberdade entrou definitivamente na pauta dos inflamados discursos políticos, passou a ocupar posição de destaque nas Constituições dos Estados nacionais e a figurar em praticamente todo pleito jurídico.

Por outro lado, a liberdade, estrela da modernidade, quando finalmente saíra dos escritos dos seus pensadores para tomar seu lugar no mundo político, parece ter rompido os laços com suas fontes originárias, afastando-se tragicamente do conteúdo que a alimentara. Retirou-se dos debates filosóficos, manancial renovador do seu sentido substancial, passando a apresentar-se como uma fórmula quase que sagrada, um rito obrigatório dos discursos, desprovida, todavia, de um significado próprio.

É como se a vaga lembrança de seu valor nos fizesse ter certeza de sua necessidade e nos impulsionasse sempre em sua defesa, embora o seu sentido, esquecido pelo debate acadêmico, se empalidescesse nas mentes que a pronunciam. O que é, afinal, a liberdade? O que há nesse sonho humano que, embora entendido e defendido por todos, não se pode explicar?

É na modernidade que a liberdade entra definitivamente no rol dos debates filosóficos. Não que os pensadores antigos e os cristãos não houvessem refletido sobre o tema. De fato, o fizeram. Mas é no período moderno que a liberdade torna-se o centro das reflexões éticas. É a partir de então que o homem ocidental inicia sua longa batalha por libertação[3]. Primeiro contra a castração ética imposta pelo cristianismo, que afirmava a sua incapacidade racional e moral, subjulgando-o completamente à palavra de Deus. Depois contra o poder absoluto (e divino) dos governantes, que afastavam os homens das decisões políticas, sob o mesmo argumento da incapacidade moral.

Vale anotar que essa luta coincide com o momento de emancipação[4] racional vivida pela Filosofia ocidental a partir do Renascimento. É o momento no qual o homem, após resgatar muito do pensamento antigo, começa a restabelecer a crença na sua capacidade racional, isto é, na aptidão de encontrar verdades, seja sobre as coisas do mundo, seja sobre sua ação na relação com o outro. É o momento no qual este homem se redescobre como autor de seu próprio destino e passa a recobrar sua essência racional e ética, por tanto tempo alienada a quem supostamente seria o único detentor de toda a verdade: Deus e, por delegação dele, os governantes.

De todo modo, é preciso ter muita cautela ao tratar de uma idéia tão complexa, que se manifestou (e se manifesta) de tantas formas, ou como dirá Hegel, em diferentes momentos. Isto porque, segundo o filósofo, cada um desses diferentes momentos “compõem” a liberdade em seu conceito, isto é, em seu momento resultante, que não é senão a totalidade dos momentos anteriores.

Embora a liberdade tenha sido estudada por praticamente todos os pensadores modernos, é Hegel, contemporâneo da Revolução Francesa, quem vai, em seu grandioso sistema filosófico, incorporar toda a tradição filosófica ocidental que o antecedeu, incluindo-se aí os modernos.

Encontramos em Hegel o desenvolvimento de uma idéia de liberdade que procura ser expressão fiel da totalidade dos seus vários momentos de manifestação no mundo. E não obstante a sabida dificuldade de se enfrentar o complexo sistema filosófico de Hegel, suas lições sobre a liberdade, uma vez superados alguns obstáculos iniciais, apresentam uma substancial compreensão dessa palavra que, há tanto, o sonho humano alimenta.

2. O Sistema Hegeliano

A grande chave para compreender o pensamento de Hegel está na afirmação de que a estrutura do real é racional, isto é, de que a história não está entregue ao acaso, mas de que o mundo da inteligência e da vontade consciente mostra-se a luz da razão. Não se trata, conforme alerta o próprio filósofo, de um conhecimento que se instaura sobre um pressuposto, mas de um auxílio àqueles que se iniciam no saber filosófico e ainda não conhecem a totalidade do processo que expõe ou revela a razão que o constitui[5].

Além disso, é preciso estar atento para o fato de que o objeto da filosofia hegeliana é o real tal qual ele se manifesta no mundo. Mas, em se tratando de um mundo que é eminentemente humano, é o real enquanto pensado pelo homem. Isto não implica, todavia, na distinção entre o real em sua essência, enquanto objetivamente dado, e a substância pensada, nos limites dos condicionamentos subjetivos de quem o pensa. Em Hegel, o real (o ser) apresenta a mesma estrutura do pensar[6].

Conforme esclarece Bernard Bourgeois:

"Pensar o Ser é, portanto, oferecer o meio universal, translúcido, do pensamento a seu autodesenvolvimento que integra nele todas as diferenças, em particular a do pensamento e da realidade. Eis por que pensar alguma coisa como sendo *somente pensado*, oposto à realidade, *não é pensar*. Pensar o Ser é pensar a identidade do ser e do pensamento, como movimento pelo qual a identidade se diferencia nela mesma e a partir dela mesma, isto é, retomando-se incessantemente fora de sua diferença – cujo elemento é a realidade"[7].

Por esta razão, a ciência por excelência – a Filosofia – só pode, segundo Hegel, ser ciência do Espírito ou, em outras palavras, do mundo da cultura. Pois o homem, na medida em que é capaz de pensar o mundo da natureza, assume-o e eleva-o ao mundo da cultura. Com isso, tem-se que a natureza está contida, ou, melhor, espiritualizada no mundo humano[8].

Portanto, a tarefa da Filosofia é, segundo Hegel, demonstrar como o espírito supera o dado exterior ao sujeito, assumindo-o e transformando-o em obra sua. O efetivo (ou o real) a que se refere o filósofo não está, pois, fora do homem, mas é tal qual pensado por ele e só é, só tem sentido, porque pensado por ele.

Note-se, apenas, que este homem não é o sujeito tomado em sua particularidade, mas o homem universal, ser racional, capaz de apreender racionalmente a racionalidade do real – superando e assumindo em si as determinações aparentemente contingentes e exteriores – e, ainda, capaz de ordenar racionalmente sua vontade e ação. Por outro lado, não se trata de um homem ou de uma humanidade ideal e abstrata, mas do homem concreto, isto é, do homem situado em seu ambiente espiritual (em sua cultura). Portanto, trata-se de um homem que, em sua finitude, em sua particularidade histórica, é expressão do caráter universal e infinito do Espírito.

Desse modo, Hegel, conforme esclarece Hyppolite, não se prende ao acontecimento histórico, mas procura compreender seu sentido profundo na evolução e na mudança das instituições e valores, a fim de captar na multiplicidade a razão do seu devir[9].

É por esta razão que Hegel não se ocupa em produzir (ou deduzir), a partir de um método previamente estabelecido, uma idéia abstrata de liberdade. Tampouco a apresenta como um pressuposto da razão. É que para Hegel, no estudo da liberdade, não se pode pressupor a representação da vontade livre[10], isto é, tomar a liberdade como uma estrutura lógico-formal *a priori* e estabelecer a partir dela uma definição fundamental, como o fez Kant. Ao contrário, o que quer o filósofo é descrever a sua manifestação no mundo, compreender a razão inerente ao seu movimento.

A Filosofia, como ciência do efetivo, isto é, como conhecimento que busca captar o real em sua verdade, não pode ter, segundo o filósofo, pressupostos, sob os quais se pretendesse construir raciocínios válidos, condicionados às conjecturas do entendimento[11]. Muito menos se propor a estabelecer previamente um método capaz de garantir um conhecimento válido do objeto, sem nele "mergulhar". O conhecimento tratado como um *instrumento* ou *meio* capaz de conhecer a essência, acaba por modificá-la e conformá-la aos seus meios (à sua forma), mostrando-se, portanto, incapaz de captá-la como é em si[12].

Portanto, é preciso ter claro que para Hegel a liberdade não é um pressuposto do qual se deduzem os seus raciocínios e as suas verdades. Ao contrário ela é um fato do mundo humano que se desenvolve na história. O que Hegel procura é o manifestar da liberdade no mundo, considerando-a não como um objeto estático (seja de uma perspectiva empírica, seja de uma perspectiva idealista), mas como um movimento concreto, dotado de racionalidade.

3. O Aparecimento da Liberdade

Não se pode olvidar do fato de que, para Hegel, é da alçada da Filosofia tomar a história apenas do ponto em que a racionalidade passe a manifestar-se na vida, não como mera possibilidade, mas como vontade e ação. Desse modo, a história começa para a Filosofia com o aparecimento do Estado, no qual a realidade é produzida pelo homem, enquanto ser capaz de saber e querer objetos universais, isto é, pelo homem livre[13].

Esse Estado a que Hegel se refere é a *polis* grega, onde pela primeira vez a racionalidade manifestou-se efetivamente na vida, seja na produção de conhecimento, seja na determinação da ação. Só ali o homem libertou-se verdadeiramente da natureza, na medida em que passou a determinar sua vontade e seu destino, a partir dos critérios

de sua própria razão. Só então o homem tornou-se apto a saber e querer objetos universais, isto é, racionais.

Por isso para a Filosofia, ciência do universal, a história começa ali, junto com o aparecimento do Estado, enquanto ordem verdadeiramente humana, pois estabelecida e justificada pela autoridade da própria razão do homem, e não mais pela força implacável da natureza, mimetizada na vontade dos deuses, a qual só os sacerdotes-governantes poderiam conhecer e aplacar.

Esclarece Salgado que:

"O fato de Hegel iniciar a reflexão sobre a história na sua forma de organização política a partir da *polis* tem significado cultural e metodológico. **É a cultura ocidental que tornou possível a forma filosófica de conhecer a realidade, não mais nos esquemas de representações religiosas, mas na esfera do pensar, em virtude do qual o 'objeto não mais se move em representações ou figuras, mas em conceitos, isto é, num ser-em-si [*Ansichsein*] diferente, mas que não é, para a consciência, diferente dela mesma'**[14]. [...] O mundo greco-romano é para Hegel o começo próprio da história do Espírito e o fim que o seu esforço e trabalho alcançou no longo período da sua pré-história, que constitui o tempo anterior ao nascimento da civilização ocidental"[15].

No mundo grego, "embora não existisse a liberdade subjetiva, existia a liberdade entendida como autonomia, pela qual o cidadão criava as suas próprias leis"[16]. Ali a vontade individual do sujeito adapta-se imediatamente à vontade objetiva da *polis* (costumes e leis). Todavia, neste momento a moralidade objetiva ainda não havia sido conquistada na luta pela liberdade subjetiva[17]. Trata-se, pois, do **momento do Espírito Imediato**, no qual a **liberdade é a unidade imediata da liberdade objetiva e da liberdade subjetiva**. Imediata porque, neste momento, esta distinção ainda não havia se instaurado no Espírito (no mundo da cultura), e sem essa cisão não seria possível a negação mútua dos vários aspectos da liberdade. Desse modo, ainda não se tem aí a mediação (a negação), sem a qual o Espírito não pode saber de si mesmo, pois, antes, precisará cindir-se para poder reunir-se novamente no conceito.

Todavia, é preciso ter em vista que, segundo Hegel, embora a liberdade apareça no mundo no momento em que o pensar se liberta das determinações exteriores, ela só se efetivará em seu conceito, em sua totalidade, no Estado contemporâneo pós-revolucionário. Por essa razão a liberdade deve ser considerada dentro do seu movimento de manifestação no mundo, na totalidade de seus vários momentos e não apenas em um dos seus aspectos particulares.

Conforme ensina Salgado:

"Hegel define a liberdade ou a atividade do pensar enquanto é livre como o estar em si, consigo mesmo. **Liberdade não é simplesmente arbítrio**. Desde o início da Lógica, Hegel desfaz qualquer dúvida quanto ao dualismo entre necessidade e liberdade. O pensamento é a um só tempo universal e livre. **Pensar é realizar a liberdade, porque é estar em si mesmo, não alienar-se no exterior, no outro; é *bei sich sein*, estar consigo no seu próprio elemento**"[18].

E, mais adiante, completa:

"**A liberdade é autodeterminação da razão** e, como autodeterminação, é a atividade própria, pela qual, necessariamente, isto é, por um processo interior, a razão se determina. **A razão, por ser livre, não se determina exteriormente por um objeto que lhe é estranho, dado do exterior**"[19].

Veja-se que no momento em que o sujeito, sede do pensamento, passa a agir segundo o seu pensar, aparece o mundo da cultura (o Espírito) e com ele a liberdade, ainda que de forma precária, em seu momento imediato[20].

4. Os Momentos da Liberdade

O estoicismo[21] aparece, segundo Hegel, como a primeira forma de **liberdade interior**. Tendo desaparecido a **liberdade como autonomia (Momento do Espírito Imediato)**, pela qual o cidadão participava das decisões sobre o destino da cidade, o homem precisou buscar em si a razão de seu agir moral que se destacava da ação política, agora a cargo do imperador. Além disso, tendo alienado toda a sua liberdade exterior à um outro, ao senhor do Império, restava-lhe apenas descobrir em si um aspecto da liberdade, que ainda não havia se manifestado, a liberdade interior (liberdade de pensar), a qual nenhuma força externa poderia constranger. A liberdade neste momento é, portanto, abstrata, pois aparece apenas como parte da liberdade, embora se afirme como sendo toda a liberdade e se contraponha à liberdade exterior. Desta forma instaura-se o conflito entre a liberdade interior e a liberdade exterior.

Essa cisão manifestou-se, ainda, sob a forma do direito privado desenvolvido pelos romanos, a garantir as liberdades individuais (materializadas na propriedade privada) em oposição à progressiva avocação do poder político pelo Imperador[22].

É importante perceber que, neste processo, o homem, diante da impossibilidade de encontrar em si a totalidade da verdade (o absoluto ou a essência), remete-lhe para o além, alienando-a a outrem, a um senhor a quem se submete totalmente (**Momento do Espírito estranho a si mesmo**).

Para o estoicismo este senhor é o senhor do mundo, personificado na figura do imperador. Na concepção cristã, desenvolvida posteriormente, este senhor, o absoluto, é um “ente” separado do mundo sensível, ao qual tudo deve ser atribuído. Surge aí, o que Hegel chama de *consciência infeliz* (ou consciência religiosa infeliz), que reconhece a si mesma como vazio (como nada) e reconhece o absoluto transcendente como o tudo, como a essência.

Esta é a cisão mais profunda do Espírito, que se torna estranho à sua própria essência, abandonando-a a um “ente” transcendente, ao qual atribui todas as coisas (o seu próprio trabalho e os frutos dele decorrentes; o mundo e a si mesmo).

Porém, segundo Salgado, a consciência do seu nada é ainda consciência. E esse é o começo da consciência de ser tudo[23]. Pois, ao chegar a este extremo da alienação, atribuindo tudo, inclusive sua própria essência ao transcendente, o Espírito descobre que tudo isso é ele mesmo.

Conforme ensina Salgado:

“Descobre-se, portanto, como universal, não na forma de uma individualidade abstrata e exclusiva – pois experimentou a sua bifurcação ou teve a experiência do universal fora de si – mas na forma de um nós”[24].

Esta descoberta dá-se através do *processo de reconhecimento*, no qual, conforme ensina Salgado, a consciência de si, na relação com outra consciência de si, relaciona-se consigo mesma (pois descobrirá que o outro é ela mesma); é o processo no qual a consciência de si volta-se reflexivamente para si, conhecendo-se como tal. Esse processo de reconhecimento realiza-se dialeticamente em dois momentos: 1º) na *luta de vida e morte*, pela qual se instaura a desigualdade e 2º) no *trabalho*, pelo qual se recupera a igualdade das consciências de si. Eis a *Dialética do Senhor e do Escravo*, utilizada por Hegel para ilustrar os momentos lógicos (e não cronológicos!) da dialética da liberdade.

Na luta de vida e morte, o homem tem como finalidade a afirmação da sua consciência de si como independente, como livre. Nada obstante, a vida não pode ser sacrificada, pois sem vida não há liberdade. Deste modo, na luta de vida e morte entre duas consciências de si, apenas a vencedora afirma-se como livre. O vencido (o escravo – coisa) aliena sua liberdade pela vida, submete-se ao vencedor (o senhor – consciência de si). O escravo torna-se consciência de si dependente, pois renunciara à liberdade pela vida, passando a ter a vida e a liberdade dependentes do senhor; ele deixa de ser para si para ser para o outro, alienando ao senhor a substância do seu ser. O senhor torna-se consciência de si independente, livre.

Deste modo, nesse primeiro momento, a ação da consciência de si consiste em excluir o outro (negar a vida do outro): é um ser para si que é igual a si mesmo, excluindo de si tudo que é o outro.

No segundo momento, o objeto do trabalho do escravo é tratado diversamente: o senhor frui o objeto, consumindo-o pelo desejo; o escravo forma o objeto, dominando o seu desejo, pois não pode dele fruir. Ao dominar o desejo, o escravo forma a si mesmo como consciência de si livre, pois, superando o temor, vê a si mesmo no senhor. Este segundo momento inverte as posições do primeiro: o senhor passa a depender da consciência de si escrava (do fruto do seu trabalho); o escravo forma a si mesmo através do trabalho, tomando consciência de si como igual. Nada obstante, a independência da consciência escrava é, a princípio, interior (reconhece a si mesma como universalmente igual, mas de forma abstrata). O escravo mira no senhor sua própria imagem e vê que é consciência de si livre como o senhor. É o escravo quem vai empreender a luta pela reconquista do seu para si, pois o senhor não pode ver no escravo a sua própria imagem. Esta luta se dará pelo trabalho, que é, segundo Hegel, o elemento mediador.

Portanto, a *consciência de si* só é *em si* e *para si* (isto é, livre), quando o for tanto para ela, quanto para o outro (outra consciência de si) que a reconhece como tal e reivindica para si tal reconhecimento. Este é o duplo sentido do reconhecimento: a consciência de si tem diante dela outra consciência de si, na qual reconhece a si mesma[25]. Eis o **Momento do Espírito Mediato**, momento no qual o Espírito (a consciência de si) após passar pela cisão, pela negação (mediatização) de si, alcança o saber de si (de sua liberdade), enquanto totalidade dos momentos do processo (negados, assumidos e elevados ao conceito – ao saber de si).

5. A Liberdade Concreta

Desse modo, para Hegel, a liberdade se efetiva na sua totalidade, no seu conceito, no momento do Espírito em que se realiza a **liberdade individual universalmente reconhecida**.

Embora a liberdade apareça no momento em que nasce o Espírito (o mundo da cultura), ela só será efetiva, só chegará ao conceito de si mesma, após operada a *cisão* interna dos seus aspectos, a *negação* mútua deles e, enfim, o *reconhecimento* na contradição (no outro de si) da necessidade de cada um de seus sucessivos momentos e a *suprassunção*[26] deles na unidade da unidade e da multiplicidade. O conceito da liberdade é, pois, tomado como o aparecimento efetivo do Espírito livre no mundo, Espírito que, após ter enfrentando a cisão de si, sabe, enfim, de sua liberdade.

Vale anotar que o conceito é, em Hegel, o resultado do processo de manifestação de um conteúdo no mundo, e não sua representação elaborada abstratamente[27].

Henrique C. de Lima Vaz, em nota à sua tradução da *Fenomenologia do Espírito*, esclarece que:

"O conceito hegeliano não deve ser confundido, evidentemente, nem com o 'conceito universal' aristotélico nem com a 'categoria' kantiana. Ele é "a totalidade mediatizada (e, portanto, concreta) do ser e da essência e, como tal, é objeto da razão (*vernunft*) na sua oposição ao entendimento (*verstand*)"[28].

Portanto, o conceito da liberdade é a sua totalidade concreta. Assim, a **liberdade concreta** é, conforme esclarece Salgado, a unidade da **liberdade subjetiva do indivíduo** e da **liberdade objetiva na sociedade**[29]. Em outras palavras, é o momento no qual a vontade individual se torna vontade universal, isto é, momento no qual ela passa a identificar-se (e não mais contrapor-se) com a vontade objetiva, com o *ethos* do qual ele é ao mesmo tempo obra e artífice. Além disso, é o momento no qual o *ethos* social, expresso nas normas e nas instituições, se identifica com a liberdade subjetiva e a realiza.

Segundo Salgado, "só posso ser livre quando o objeto da minha liberdade é também sujeito da minha liberdade"[30]. Isto é, quando o objeto e o sujeito da minha liberdade sou eu mesmo. Todavia, não se trata de um eu individual, mas de um eu universal, que é universal porque é racional, capaz, portanto de agir não mais conforme sua vontade natural, mas conforme sua razão (vontade universal). Esse eu universal – que superou o momento da individualidade abstrata, isto é, dos vários eus que, ao reivindicarem para si toda a essência, negam os outros eus – identifica-se com a totalidade dos indivíduos, reconhecendo cada um como igual.

Bourgeois explica que:

"Sou livre apenas na medida em que afirmo a liberdade dos outros e sou reconhecido como livre pelos outros. A liberdade real pressupõe numerosos seres livres. A liberdade só é uma liberdade efetiva, existente, no seio de uma pluralidade de homens. [...] A vontade livre quer somente determinações da vontade universal. Com essas

determinações da vontade universal são assim estabelecidas a liberdade civil, o direito racional, a constituição segundo o direito"[31].

A liberdade é, portanto, o bem maior a ser fruído totalmente, na unidade da liberdade subjetiva e da liberdade objetiva, e não abstratamente, isto é, em partes. Não se trata de um bem que possa ser partilhado igualmente entre os homens, como propunha Kant[32], mas que somente pode ser vivido integralmente por homens universais (racionais) que sabem de si, como resultado do processo de formação da cultura na qual estão assumidos e integrados.

A liberdade não é, em Hegel, uma idéia da razão prática separada da razão teórica (uma exigência ou um postulado da razão) como quer Kant. O pensar é, em Hegel, teórico e prático. "Ser e dever-ser não se separam, mas se completam como dois aspectos da dialética do pensar"[33]. Desse modo, a ação envolve o pensar e a vontade num movimento dialético: "o pensar determina o querer, e o próprio pensar é em si mesmo ato de vontade"[34].

O que distingue a idéia de liberdade de Kant da de Hegel é justamente o reconhecimento. Enquanto em Kant a liberdade é autonomia (limitação do próprio arbítrio), em Hegel a liberdade é autonomia reconhecida no outro e pelo outro[35].

Ensina Bourgeois que:

"O jovem Hegel, repleto da bela imagem antiga, sabe já que a liberdade não pode ser trazida ao homem do exterior, essa determinação pela exterioridade sendo precisamente o contrário da liberdade, a necessidade, a destruição da unidade, a deformidade mesma. A liberdade deve nascer do interior, antecipando-se ela própria como *sentido da liberdade*. Aquele que dirá no fim de sua vida que não há revolução sem reforma percebe desde Tübingen [primeira fase da Filosofia de Hegel] a necessidade de uma *educação* da consciência existente para a liberdade"[36].

Afinal, a imposição exterior da liberdade é justamente a não-liberdade.

Vale anotar, por fim, a magistral lição de Salgado:

"A liberdade do Espírito só é real se ele sabe da sua liberdade, como liberdade de todos, no plano do universal e não no da particularidade, pela qual o homem livre é determinado pela contingência do nascimento; ou, se não determinada a liberdade pelo nascimento, fato natural, é ela puramente interior (estóica). Somente no momento do saber da liberdade de todos, a liberdade se torna para-si e se realiza. A liberdade, o Espírito livre é efetivo não pelo simples saber abstrato, mas pelo saber efetivo que se realiza na história. Por isso, não é suficiente o saber da liberdade puramente estóica, ou, como Hegel esclarece, *ter* a liberdade, mas *ser* a sua efetividade. Isso se dá no saber especulativo ou no saber da Idéia (*Wissen von der Idee*)[37].

Portanto, a liberdade não pode mais ser confundida com o simples arbítrio ou com a ausência de obstáculos para ação. Nem, tampouco, como um saber abstrato, seja como algo puramente interior e individual, seja como um ideal a ser alcançado e distribuído externamente aos indivíduos pelos Estados.

A liberdade é o saber historicamente efetivado de que todos são livres. Dito de outro modo, ela é o resultado do processo histórico em que o homem alcança a consciência de si como ser capaz de autodeterminar racionalmente a própria vontade e ação, concretizando por meio das instituições políticas tal autonomia. Todavia, não se trata de um saber meramente individual, mas de um saber dialeticamente construído que, a partir do embate entre várias individualidades, reconhece o outro como igualmente livre e compreende o sentido comum da razão da qual é, ao mesmo tempo, produto e produtor. Desse modo, constrói-se um sentido objetivo de liberdade, que assume e garante, através das normas e instituições, as várias liberdades individuais, inclusive as suas renovadas contradições, a reconstruir constantemente o sentido comum objetivamente estabelecido.

Referências Bibliográficas

BOURGEOIS, Bernard. *O Pensamento Político de Hegel*. Trad. Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (1830): A Ciência da Lógica*. V. I. Trad. Paulo Meneses. Edições Loyola, 1995.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito* (Prefácio, Introdução e Caps. I e II). Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HEGEL, G.W.F. *Filosofia da História*. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. 2 ed. Brasília: UnB, 1999.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HYPOLITE, Jean. *Introdução à Filosofia da História de Hegel*. Trad. José Marcos Lima. Lisboa: Edições 70, 1995.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

RAMOS, Marcelo Maciel. *Dialética Especulativa*. Belo Horizonte: FDUFG, 2007 (artigo apresentado no I Congresso Mineiro de Filosofia do Direito).

RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética Grega e Cristianismo na Cultura Jurídica do Ocidente*. Belo Horizonte: FDUFG, 2007 (dissertação de mestrado).

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Seminários Hegelianos: notas de aula*. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFG, 2005-2007.

[1] MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

[2] *Vide a* Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na íntegra em <http://pt.wikisource.org>.

[3] É interessante perceber que a libertação buscada pelo antigo implicava numa luta contra si mesmo, contra suas paixões, suas necessidades, suas opiniões irrefletidas (*doxa*). O homem era livre na medida em que conformava sua ação aos critérios de sua razão, razão esta que comparecia aos fóruns de decisão da cidade, nos quais o cidadão podia determinar o seu próprio futuro, isto é, o futuro da cidade. O cidadão era livre se sua cidade o fosse, e isso significava não se submeter ao arbítrio (fosse ele de uma nação estrangeira, fosse de um ditador), mas aos ditames da razão nascida do embate democrático (o qual se alimentava, não raro, do embate filosófico tão presente).

[4] Talvez fosse mais adequado dizer reabilitação racional, pois a verdadeira emancipação ocorrera na antiguidade, quando os gregos libertaram-se dos seus medos e opiniões irrefletidas, retirando-se do julgo da autoridade sagrada dos deuses, e passaram a conhecer o mundo e a determinar suas ações a partir de um recurso encontrado no próprio homem (e não mais no sobrenatural): o discurso racional.

[5] HEGEL, G.W.F. *Filosofia da História*. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. 2 ed. Brasília: UnB, 1999, p. 17-18.

[6] SALGADO, *Seminários Hegelianos*: notas de aula.

[7] BOURGEOIS, Bernard. *O Pensamento Político de Hegel*. Trad. Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 95.

[8] SALGADO, *Seminários Hegelianos*: notas de aula.

[9] HYPOLITE, Jean. *Introdução à Filosofia da História de Hegel*. Trad. José Marcos Lima. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 29. Convém lembrar, apenas, que a racionalidade da história só será percebida, segundo Hegel, no final do seu processo, no qual se chega à unidade da multiplicidade de seus momentos, os quais se tomados isoladamente, levam a uma enganosa afirmação das suas contradições. O filósofo chega a notar que os momentos de aparente irracionalidade e retrocesso não são mais que a manifestação da astúcia da razão que precisa negar a si mesma para chegar ao saber de si, estágio no qual se assumem todas as contradições. Por isso, diz-se que o conceito da razão é a unidade da razão e da irracionalidade, isto é a totalidade do processo em que ela se manifesta. O mesmo vale para as considerações acerca do justo e da liberdade.

[10] HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 12 (§ 4).

[11] Segundo Hegel: "A filosofia não tem a vantagem, de que gozam as outras ciências, de poder *pressupor* seus *objetos* como imediatamente dados pela representação". *Cf.*

HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (1830): A Ciência da Lógica*. V. I. Trad. Paulo Meneses. Edições Loyola, 1995, p. 39 (§ 1).

[12] SALGADO, *Seminários Hegelianos: notas de aula*.

[13] HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 57.

[14] HEGEL, *PhG*, 3, p. 156 *apud* SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 277 (grifo nosso).

[15] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 276-277 (grifo nosso).

[16] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 392.

[17] Embora esses elementos já suscitasse, segundo Hegel, o mais alto grau de contradição (*Cf.* HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 95), como na afirmação da subjetividade como critério socrático-platônico para julgar as leis da cidade e no enfrentamento de Antígone (como figura da vontade subjetiva) à lei do Estado (*Cf.* SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 393).

[18] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 469 (grifo nosso).

[19] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 472 (grifo nosso).

[20] O **Espírito imediato** é o Espírito que ainda não sabe de si mesmo. Vale anotar que, em Hegel, o Espírito, em seu desenvolvimento, não se manifesta em nenhum momento desnecessariamente. As contradições manifestadas no seu evoluir, *mediatizam* o momento imediato do Espírito, que é o momento em que, embora o Espírito apareça na sua totalidade e unidade, ele ainda não sabe de si. Este Espírito precisa cindir-se, desdobrando-se em vários aspectos, cada qual reivindicando para si toda a verdade (e negando, em conseqüência, a verdade do outro). Todavia, em Hegel, cada um desses momentos do Espírito é manifestação da verdade (mesmo que parcial). Deste modo, os contrários não são eliminados, mas vistos como momentos necessários da formação do Espírito e é só pela oposição dialética deles, que o Espírito pode alcançar o saber de si, no qual ele assume cada uma das suas figuras, elevando-as e superando-as na unidade do conceito. *Cf.* SALGADO, Joaquim Carlos. *Seminários Hegelianos: notas de aula*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2005-2007.

[21] O estoicismo é uma das escolas filosóficas do Helenismo, período que se estende desde a dissolução da cidade antiga no século IV a.C (e juntamente com ela da bela totalidade ética, na qual estavam completamente integradas a esfera privada e a pública da vida do homem, bem como a política, a moral e a religião), seguida da instauração do Império alexandrino e alguns séculos mais tarde do Império romano, até a consolidação da Filosofia cristã, no século IV d.C. A propósito do tema *vide* RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética Grega e Cristianismo na Cultura Jurídica do Ocidente*. Belo Horizonte: FDUFG, 2007 (dissertação de mestrado).

[22] HYPPOLITE, *Introdução à Filosofia da História de Hegel, cit.*, p. 31-33.

[23] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 271.

- [24] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 272.
- [25] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 255-257.
- [26] **Suprassumir** é assumir (incorporar) os diversos momentos do processo e elevá-los – superando as particularidades – à unidade, à totalidade. A superação das particularidades não significa, todavia, supressão ou exclusão das mesmas. Em Hegel, a contradição é incorporada, é vista como parte integrante do movimento do ser, e não como negação de sua essência, como em Parmênides.
- [27] HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito, cit.*, p. 3 (§ 2).
- [28] HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito* (Prefácio, Introdução e Caps. I e II). Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 333.
- [29] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 387.
- [30] SALGADO, *Seminários Hegelianos: notas de aula.*
- [31] HEGEL, *Einleitung in die Geschichte der Philosophie*, Hamburgo, F. Meiner, 1959, p. 234 *apud* BOURGEOIS, *O Pensamento Político de Hegel, cit.*, p. 102.
- [32] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 388.
- [33] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 238.
- [34] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 241.
- [35] SALGADO, *Seminários Hegelianos: notas de aula.*
- [36] BOURGEOIS, *O Pensamento Político de Hegel, cit.*, p. 40-41.
- [37] SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 242

DO ETNOCENTRISMO AO ETNOCÍDIO: A TOTALIDADE E SUA BANALIDADE*

FROM ETHNOCENTRISM TO ETNOCIDE: TOTALITY AND ITS BANALITY

Nadieje de Mari Pepler

RESUMO

O presente artigo retoma o debate sobre o julgamento de Eichmann, em Jerusalém, proposto por Hannah Arendt, para discutir, a partir das categorias da Totalidade e da Exterioridade presentes na Filosofia da Libertação, a presença temerária do etnocentrismo na mentalidade jurídica vigente, procurando expor suas consequências excludentes e antidemocráticas no âmbito jurídico intercultural. A temática entrelaça a Teoria do Direito, a Filosofia, a Antropologia e o Pluralismo Jurídico, na tentativa de compreender basicamente quatro categorias reveladoras, a saber, o Etnocentrismo, o Etnocídio, a Totalidade e a Exterioridade. Afirma-se a necessidade de identificar, enfrentar e repensar os problemas decorrentes de um etnocentrismo jurídico - negação do pluralismo jurídico - conducente ao etnocídio. Nesse sentido, é de se perguntar: quantos Eichmanns há entre nós?

PALAVRAS-CHAVES: TOTALIDADE, EXTERIORIDADE, MENTALIDADE JURÍDICA, ETNOCENTRISMO, ETNOCÍDIO, PLURALISMO JURÍDICO, ANTROPOLOGIA, FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO

ABSTRACT

In this article, Hannah Arendt's "Eichmann debate" serves as a departure point for a discussion, based upon the categories of Totality and Exteriority - both from the Philosophy of Liberation ("Filosofia da Libertação" or "Filosofia de la Liberación") - about the dreadful presence of ethnocentrism in the mentality of the law and of lawyers, trying to expose its consequences upon the intercultural legal arena. The article's theme builds links between the Theory of Law, Philosophy, Anthropology and Legal Pluralism, trying to understand, basically, four revealing categories: Ethnocentrism, Ethnocide, Totality ("Totalidade") and Outerness ("Exterioridade"). This work claims, thus, the need to identify, to fight and to re-think the problems that arise from a legal ethnocentrism - the negation of legal pluralism -, that leads to ethnocide. Therefore, a question is to be made: how many Eichmanns are here among us?

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: TOTALITY, EXTERIORITY, MENTALITY OF LAW, ETHNOCENTRISM, ETHNOCIDE, PLURALISM LEGAL, ANTHROPOLOGY, PHILOSOPHY E THEORY OF LAW

INTRODUÇÃO

Ao ler “Eichmann em Jerusalém”, de Hannah Arendt, a primeira questão que nos (des)estabiliza é a seguinte: existe um Eichmann dentro de nós? Em outras palavras, quantos “Eichmanns” existem no judiciário brasileiro? Tantos quantos forem seus operadores? Uma esmagadora maioria (da qual, é claro, nós não fazemos parte)? Uma minoria de cunho (neo)fascista? Todos aqueles que sofrem, em maior ou menor grau, de “psicose fria”? Bom, ao percebermos que Eichmann era um “homem de bem” do regime fascista, começamos a sentir o peso da problemática levantada por Hannah Arendt, que identifica, no lugar de um “monstro impenitente fascista” (pelo qual todos esperavam, exatamente, no primeiro grande julgamento realizado pelo Estado de Israel – ato de soberania – e não por estados “emprestados”, por assim dizer), um Eichmann que se revela, ao contrário do signo do “monstro”, um pacato funcionário mediano, “um arrivista medíocre”, incapaz de refletir sobre seus atos ou de fugir aos seus clichês burocráticos[1], por isso, questiona-se: um “monstro”?

Diante dessas provocações, pode-se pensar a temática, já proposta, que entrelaça a Teoria do Direito, a Filosofia, a Antropologia e o Pluralismo Jurídico, na tentativa de compreender basicamente quatro categorias reveladoras, a saber, o Etnocentrismo, o Etnocídio, a Totalidade e a Exterioridade.

O objetivo do presente trabalho é traçado a partir do esforço de não apenas reproduzir essas categorias, mas deixar-se envolver em suas dimensões, de forma a perceber suas interações, seus limites, suas complexidades – a partir de um fio condutor, que significa pensar o direito e produzir inteligibilidade a partir do Pluralismo Jurídico e da Ética da Alteridade.

Por isso, opta-se pela divisão do trabalho em dois momentos: o diálogo com a Antropologia e a Filosofia da Libertação, que nos permite relacionar o etnocentrismo e a Totalidade; logo após, segue-se com a Teoria do Direito, que nos remete a uma análise do percurso que vai da “política do amigo/inimigo” à política da negação do conflito, e ao etnocídio. Busca-se, com essa reflexão, conclusões, ainda que suspensas, que nos permitam traçar algumas pistas, no sentido de superar as barreiras que impedem o exercício pleno da diversidade cultural e, aqui em especial, do pluralismo jurídico.

1 Etnocentrismo e Totalidade

Ao explicar o conceito de etnocentrismo, Viveiros de Castro cita uma anedota de Lévi-Strauss, que nos revela uma cena interessante:

Nas grandes Antilhas, alguns anos após a descoberta da América, enquanto os espanhóis enviavam comissões de inquérito para investigar se os indígenas tinham ou não uma alma, estes se dedicavam a afogar os brancos que aprisionavam, a fim de verificar, por uma demorada observação, se seus cadáveres eram ou não sujeitos à putrefação.[2]

O antropólogo estruturalista em suas investigações sobre a humanidade do *Outro*, “percebe que os brancos apelavam para as ciências sociais, os índios para as ciências naturais; se os primeiros concluíam que os índios eram animais, os segundos se contentavam em desconfiar que os brancos fossem divindades. ‘*À ignorance égale*’, conclui o autor, a última atitude era mais digna de seres humanos”[3], mas a anedota nos revela algo mais:

(...) No tempo em que Lévi-Strauss escrevia essas linhas, a estratégia para se fazer valer a plena humanidade dos selvagens, e assim indistinguí-los de nós, era mostrar que eles faziam as mesmas distinções que nós: a prova de que eles eram verdadeiros humanos. Como nós, eles distinguiam a cultura da natureza, e também achavam que os *Naturvölker* são os outros. A universalidade da distinção cultural entre natureza e cultura atestava a universalidade da Cultura como Natureza do humano.[4]

Em nossa sociedade, porém, tudo mudou. Os ditos “selvagens” não são mais etnocêntricos, mas “*cosmocêntricos*”, como identifica Viveiros de Castro, ao estudar o “*Perspectivismo Ameríndio*”[5] e constatar que em lugar da necessidade de provar que os povos indígenas são humanos porque se diferenciam dos animais, trata-se agora de verificar quão *pouco* humanos somos *nós*, que contrapomos humanos e não humanos de um modo que os povos indígenas nunca fizeram: “para eles, natureza e cultura são parte de um mesmo campo sóciocósmico. Os ameríndios não somente passariam ao largo do Grande Divisor cartesiano que separou a humanidade da animalidade, como sua concepção social do cosmos (e cósmica da sociedade) anteciparia as lições fundamentais da ecologia, que apenas agora estamos em condições de assimilar.”[6]

Rocha nos aponta um conceito que entende o *etnocentrismo* como *visão do mundo* que parte do referencial do *nosso próprio grupo*, tomado como *centro de tudo* (o “mesmo”). Observa que todos os *outros* são pensados e sentidos através dos nossos próprios valores, modelos e definições do que é a *existência*; acrescenta que “no plano intelectual, pode ser visto como a dificuldade de pensarmos a diferença; no plano afetivo, como sentimento de estranheza, medo, hostilidade, etc.”[7] Já Shirley entende que o *etnocentrismo* é simplesmente a crença firme na verdade da própria cultura[8] de alguém, mas destaca que a Antropologia nos ensina que o etnocentrismo não deve proceder porque todas as culturas são, em geral, iguais, pois nenhuma cultura ou sociedade possui o “‘monopólio da verdade’ e que, de qualquer forma, todas elas merecem respeito.”[9]

Quando ouvimos falar em etnocentrismo nos lançamos logo ao desafio de superar o evolucionismo que nos remete, automaticamente, ao pensamento de Darwin e seu livro *A Origem das Espécies*, ao biólogo Monet de Lamarck, na seleção natural, na sobrevivência dos mais aptos e na origem do homem. Nota-se que o evolucionismo foi idéia dominante durante o século XIX, mas não faltaram as teorias sobre a evolução, com marcas evidentes de otimismo com relação ao futuro da humanidade[10]. Daí decorre a necessidade de compreender melhor o sentido de “evolução” que se deseja superar. A temática do etnocentrismo nos permite desconstruir, desde logo, o modelo de desenvolvimento do evolucionista *Lewis Henry Morgan* (EUA, 1818-1881):

MODELO DE MORGAN[11]

Períodos	Estágios
Selvageria (Antigo)	Superior ou Alto: desde a invenção do arco e flecha. Ex: Polinésios
	Médio: desde a dieta do peixe e o uso do fogo. Ex: Australianos
	Inferior ou Baixo: desde a infância da humanidade. Ex: Pré-hominídas
Barbárie (Intermediário)	Superior ou Alto: desde a fundição do ferro como uso de ferramentas. Ex: Gregos Homéricos
	Médio: desde a domesticação dos animais e culturas do milho e plantas, por meio da irrigação. Uso de tijolos, adobe e pedras. Ex: Zunis
Civilização (Recente)	Inferior ou Baixo: desde a invenção a cerâmica. Ex: Iroqueses
	Desde a invenção do alfabeto fonético, com o uso da escrita, até os nossos dias. Ex: As Culturas modernas em todo seu desenvolvimento.

Sobre o evolucionismo, importa destacar a crítica do antropólogo Kant de Lima ao modelo de Morgan – modelo em que se imagina a humanidade evoluindo *em uma única linha evolutiva* que pode ser dividida em estágios denominados de "*selvageria*", "*barbárie*" e "*civilização*", cada um deles dividido em *inferior*, *médio* e *superior* de acordo com diversas características tecnológicas, selecionadas, obviamente, por Morgan. No topo do esquema evolutivo, a "*civilização superior*", estava "naturalmente" a *sociedade vitoriana do século XIX, monoteísta, parlamentar, monogâmica, capitalista, contratual* e, claro, *conhecedora e apreciadora das teorias do autor*. No estágio mais "baixo" estava a "*selvageria inferior*", que era exatamente o oposto disso, caracterizando-se por rótulos como a "*promiscuidade sexual*", o "*comunismo primitivo*", a "*anarquia política e jurídica*, as "*superstições*", *incoerentes* etc. Ainda segundo Kant de Lima, é evidente que nunca nenhuma evidência empírica foi encontrada da existência dessas formas desorganizadas de vida em sociedade.[12] Observa o antropólogo carioca, de forma brilhante, que a classificação de Morgan é *parcial*.

Não obstante, é importante destacar que foi Tylor quem conceituou o termo cultura, distinguindo-o de raça. O evolucionista nos aponta que "cultura ou civilização, no seu sentido etnográfico escrito, é este todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, leis, moral, costumes e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelos homens enquanto membros da sociedade." [13] Mesmo diante da instrumentalidade de tal conceito notamos que é importante estudá-lo para acompanharmos mais de perto essa trajetória do etnocentrismo, com lentes histórico-críticas.

É possível sinalizar, assim, que o etnocentrismo apresenta-se não como um fenômeno isolado – ocidentalizado, por assim dizer – mas que faz parte de uma reação de *estranhamento* entre culturas diversas em realidades múltiplas. Com clareza, é possível perceber que o etnocentrismo atinge o campo jurídico dos povos, isso nos permite pensar na categoria do etnocentrismo jurídico enquanto negação do pluralismo.

1.1 Etnocentrismo Jurídico

O *etnocentrismo jurídico* consiste no não-reconhecimento do *pluralismo jurídico* e esse fenômeno manifesta-se como negação da diversidade cultural, e como violência hegemônica da totalidade de um sistema jurídico monista contra a exterioridade do direito comunitário das diferentes etnias que compõem um determinado território nacional. A subordinação do *direito local comunitário* (saber local) ao *direito oficial* (Estatal) ou a retirada do poder de decisão local (jurisdição comunitária), bem como qualquer política jurídica integracionista, ou de assimilação cultural, caracterizam o *etnocentrismo jurídico*. [14]

A compreensão *antropológica do pluralismo* reconhece que o direito é um elemento cultural que interage com os seres humanos, seus valores, seus objetos, suas verdades e seus interesses marcados pela essência da diversidade (porque cada grupo étnico

mantém um estilo próprio de vida, uma linguagem própria, usos e costumes específicos).

Por isso, o direito não pode ser *uno* em uma realidade social que é de fato *diversa*. Segundo Norbert Rouland, em seu livro “*Nos Confins do Direito*”, a Antropologia Jurídica vai além da visão clássica do Estado de Direito (que se esgota no monismo jurídico) e propõe uma teoria pluralista, que explica melhor a possibilidade de uma *limitação do Estado* pelo *direito* ou, mais exatamente, *pelos direitos*: “as teorias do pluralismo jurídico possuem no plano científico um inegável valor operatório: verdadeiras ou falsas, despertam o interesse ou a reprovação, permitem compreender melhor o que é o direito e como ele funciona, *urbi et orbi*”[15] (grifo nosso).

A perspectiva pluralista não só defende a autonomia dos rumos jurídicos de cada etnia, como previne o etnocídio[16] jurídico cultural. Wolkmer nos ensina, em seu texto “*Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia*”, que:

En la medida en que las transformaciones científico-tecnológicas y las mudanzas socioeconómicas determinan una realidad mundial cada vez más fragmentada y globalizada, se abre el espacio para la discusión de paradigmas alternativos acerca de una nueva organización social y de un nuevo modo de legalizar la vida material. La exigencia de discutir y buscar un nuevo “modo de vida” estimula e introduce la incursión en nuevos procedimientos políticos, nuevos modos de reglamentación social, y nuevas prácticas de realización de la justicia. [17]

Rouland nos aponta que existem em nossa sociedade muitas outras manifestações de *pluralismo jurídico*, mas que é possível pensar o pluralismo em sua “versão fraca” (quando alude à existência, no seio de determinada sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes aplicados a situações idênticas – tais como um contrato comercial que se aplica segundo regras mais maleáveis para determinados cidadãos e mais prejudiciais para os “não-cidadãos”, por exemplo) e em sua “versão forte” (que aponta para a possibilidade de diferentes grupos sociais verem cruzar-se em seu seio múltiplas ordens jurídicas: o direito estatal, mas também aquele produzido por outros grupos, direitos que podem coincidir ou divergir – a exemplo de um estrangeiro que deve receber suas garantias previdenciárias tuteladas pelo direito francês, mas distribuí-las conforme critérios consuetudinários, leia-se de forma monogâmica ou não, que divergem do direito estatal vigente)[18].

O que se pretende aqui é advogar uma concepção do Pluralismo Jurídico enquanto Exterioridade. Não se pretende concebê-lo como um fenômeno estanque, que nega o Estado e por consequência a sua interação com os grupos étnicos que habitam o

território nacional, mas necessariamente reconhecer que o monismo jurídico é a negação da diferença jurídica cultural dos povos e da sua autonomia (é a Totalidade[19]), ou seja, não se confunde monismo com “todo o direito advindo do Estado”. Nas palavras de Ludwig, é possível perceber que:

A exterioridade assim posta, além do horizonte da totalidade, requer em cada nível um projeto de *libertação* e não meramente de *emancipação*, pois a emancipação consiste num caminho dialético progressivo na busca de um “novo lugar”, situado no interior da totalidade vigente. Admitindo-se que uma determinada totalidade vigente é estruturalmente injusta, a emancipação não rompe com a injustiça. A emancipação, ainda que necessária, como projeto revela-se insuficiente, porque consiste num movimento interno à lógica da totalidade, fundado em “o mesmo” – opera-se um eterno retorno do mesmo. A alternatividade (o alternativo ao “mesmo”) só se dá a partir de novo fundamento: com novas bases históricas que surgem desde a exterioridade, como projeto libertador situado “além” da totalidade totalizada vigente, ainda que seja caracterizada como ‘comunidade de comunicação’, porém não se limitando ao cotejo entre comunidade “real” posta e a “ideal” pressuposta (conceitos caros a Habermas e Apel), mas na comunidade de comunicação “histórica” possível (segundo concepção de Dussel). [20]

A teoria crítica se faz crítica, exatamente, quando percebe que é necessário defender o *direito à diferença* jurídica e cultural como um *direito historicamente conquistado* pela luta e resistência dos povos da América Latina, que sofreram com o colonialismo[21] (que desembarcou por aqui com as “ordenações Filipinas”, desconstituindo o direito local, dizimando suas lideranças, escravizando seu povo e conquistando suas terras) e padecem, hoje, com o neocolonialismo centrado na barbárie capitalista[22] (que privilegia, antes de tudo, um direito seletivo que prega a *liberdade* para contratar (\$), a *igualdade* para possibilitar a venda da força de trabalho e o encarceramento para depositar o seu excedente no sistema penal e, é claro, a *fraternidade* – vilipendiada – tanto quanto prometida).

Em contraponto, é interessante observar que Shirley distingue três padrões de legalidade no Brasil, a saber: 1º) as *leis formais* das escolas de Direito e do governo – as leis da elite urbana; 2º) as *leis dos coronéis*, dos grandes proprietários de terra e da elite comercialmente ativa, que são muitas vezes os soberanos absolutos de suas propriedades; 3º) por fim, a *legislação comunitária*, ou seja, a lei popular, as leis consuetudinárias dos pequenos agricultores, agregados, camponeses, caipiras e dos pobres das zonas urbanas[23] – é necessário incluir nesse padrão os direitos consuetudinários indígenas e quilombolas, referências importantes nos estudos do Pluralismo Jurídico e da Antropologia Cultural/Social.

Nota-se que a estatalidade do Direito desenvolveu-se como princípio concomitantemente com a *doutrina política da soberania*, como característica essencial do Estado. Destaca Coelho que “o Estado Moderno define-se em função de sua competência de produzir o Direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social”[24]. Nesse âmbito do Direito oficial, cabe aqui lembrar, que por meio do conhecido “jeitinho” brasileiro, a classe dominante, ao monopolizar o Estado, esteve quase sempre acima de qualquer lei formal[25].

Diante dessas contradições do *direito posto, imposto e não posto* [26], como explicar o *mito da unidade do direito*, se ele se realiza nas sociedades muito divididas, aquelas que comportam a pluralidade de campos sociais, que é uma das características fundamentais das sociedades estatais? Indaga-nos Rouland. A resposta do pesquisador francês da Antropologia Jurídica aponta que, justamente para realizar seu domínio sobre as sociedades fortemente heterogêneas, o Estado deseja ter o controle dessas divisões que são obstáculos ao seu poder, daí porque essa necessidade se impõe menos nas sociedades tradicionais: elas também são plurais, mas a sua pluralidade é um pouco menos intensa, e, nelas, de todo modo, a autoridade política é menos diferenciada que nas sociedades modernas, e possui uma ambição diretiva menor.[27] A esse respeito, Rouland aponta-nos uma questão essencial para sua realidade francesa:

O monismo jurídico oferece vantagens e autoriza o repouso das certezas: o que pode ser mais tranquilizador que um único astro no céu fixo? O pluralismo, em sua versão forte, abre-nos as portas de um universo vertiginoso, povoado de galáxias jurídicas que se afastam umas das outras ou, ao contrário, se atraem, misturando às vezes seus braços. **A visão clássica do direito seria tão ultrapassada quanto o geocentrismo?** Devemos em todo caso interrogar-nos sobre as razões que, de modo muito particular na França, levaram a acorrentar o direito ao Estado (grifo nosso).[28]

Rouland é muito feliz em sua analogia, que compara o *monismo jurídico* ao *geocentrismo*: podemos pensar que o *saber pluralista* que nos desafia é comparado ao desafio da “Virada de Copérnico”. Sem correr o risco de uma comparação anacrônica, poderíamos dizer que a mentalidade dos juristas pouco se alterou “de lá para cá” e, sem perder o bom humor, poderíamos afirmar que a mentalidade jurídica “neo/pós” positivista ainda acredita que o direito *gira* em torno das leis (*legiscentrismo*).

2 Da política do “amigo/inimigo” à política da “negação do conflito”: o etnocídio

Para compreender o fenômeno do etnocídio, que é peculiar às sociedades capitalistas ocidentais (diferentemente do etnocentrismo que, como vimos, manifesta-se ao longo da história de forma mais difusa e menos particularizada) – a experiência que optamos por analisar aqui é, sem dúvida, uma das mais perversas que a humanidade já vivenciou, a saber, a política totalitária do nazismo. Para compreender o entrelaço da política do “Amigo/Inimigo” desvelada por Schmitt[29] e propor, na arena democrática radical, uma política que desnude a violência simbólica da negação do conflito, apresenta-se como ponto de partida e chegada o pluralismo jurídico enquanto manifestação da Exterioridade das vítimas.

Verifica-se, no pensamento de Michel Foucault, uma análise da sociedade nazista, em que essa, apesar de todos os horrores totalitários, torna-se extraordinariamente inquietante, ao passo que constituiu uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder, mas que generalizou, ao mesmo tempo, o *direito soberano de matar*. “Os dois mecanismos, o clássico, arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da regulamentação, em suma, o novo mecanismo de biopoder, vêm exatamente a coincidir. De sorte que se pode se dizer isso: o Estado nazista tornou absolutamente co-extensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, cultiva biologicamente, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar quem quer que seja – não só os outros, mas os seus próprios.”[30]

A história do julgamento de Eichmann é contada por Hannah Arendt de forma inquietante, nota-se, primeiramente que o personagem central dessa obra era:

Otto Adolf, filho de Karl Adolf Eichmann e Maria, em solteira Schefferling, capturado num subúrbio de Buenos Aires na noite de 11 de maio de 1960, voou para Israel nove dias depois, foi levado a julgamento na Corte Distrital de Jerusalém e 11 de abril de 1961, objeto de cinco acusações: ‘entre outros’, cometera crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, durante todo o período do regime nazista e principalmente o período da Segunda Guerra Mundial. A Lei (de Punição) dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, de 1950, sob a qual estava sendo julgado, previa que ‘uma pessoa que cometeu um desses [...] crimes [...] está sujeita à pena de morte’. A cada uma das declarações, Eichmann declarou-se: ‘Inocente no sentido da acusação’.[31]

Nota-se, pela voz de Arendt, que a atitude de Eichmann era diferente porque, primeiramente, a acusação de assassinato estava equivocada, disse o, até em tão,

acusado: “Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu – nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse um judeu fosse um não-judeu; simplesmente não fiz isso”. Eichmann repete em vários momentos que só poderia ser acusado de “ajudar e assistir” à aniquilação dos judeus, a qual, declarou ele em Jerusalém, fora “um dos maiores crimes da história da Humanidade” .[32] Verifica-se que essa “psicose fria”[33] do nosso “personagem” identifica sempre um distanciamento do agente, que se esconde através do enunciado: “fiz o que era para ser feito, diante das minhas limitações de subordinado, diante da norma vigente, nada podia fazer” – esse discurso nos parece tão familiar nos dias atuais. Quantos se calam frente ao massacre carcerário brasileiro? Quantos juristas clamam pela condenação dos excluídos do sistema, pelo aniquilamento da vida humana, sem se quer se questionar sobre as condições desumanas de nossos cárceres? Quantos de nós sofremos dessa “psicose fria”? Essas são questões que (des)estabilizam nossas certezas de justo, mas que são necessárias para se contrapor ao “direito de matar do Estado” de que falava Foucault na análise do Biopoder (matar aqui não apenas no sentido de tirar a vida propriamente dita, mas também de aniquilar a vida civil, de retirar garantias constitucionais, de torturar, de impedir o mundo da vida, na forma de violações contra Direitos Humanos – aqui entendidos não de forma “ocidentalizante”, “universalizante”, imperialista, por assim dizer, mas de forma ampla, embebidos no respeito à diversidade cultural dos povos, no princípio da não-agressão, da não-dominação, enfim, dentro do “Paradigma da Vida” que defende Enrique Dussel, com as lentes da Filosofia da Libertação e não com o abominável, ainda presente em nossos dias, direito de matar).

Como se sabe, esse biopoder que se materializa no “direito de matar” fez do próprio Eichmann uma vítima da política amigo/inimigo que o Estado de Israel não tarda em perpetuar (em especial, em nosso presente, quando pensamos na questão palestina por exemplo). Por hora, nos cabe analisar o discurso da “sentença final” do julgamento de Jerusalém que condenou Eichmann também à “solução final” (leia-se morte):

“Felizmente não precisamos ir tão longe. Você próprio não alegou a efetiva, mas apenas a potencial culpa da parte de todos que vivem num Estado cujo principal propósito político se tornou a perpetração de crimes inauditos. E a despeito das vicissitudes exteriores ou interiores que o levaram a se transformar em criminoso, existe um abismo entre a realidade do que você fez e a potencialidade do que os outros poderiam ter feito. Nós nos ocupamos aqui apenas com o que você fez, e não com a natureza possivelmente não criminoso de sua vida interior e de seus motivos ou com as potencialidades criminosas daqueles à sua volta. **Você contou sua história como uma história de dificuldades e, sabendo das circunstâncias, até certo ponto dispostos a admitir que em circunstâncias mais favoráveis é altamente improvável que você tivesse de comparecer perante nós ou perante a qualquer outra corte criminal.** Suponhamos, hipoteticamente, que foi simplesmente a má sorte que fez de você um instrumento da organização do assassinato em massa; mesmo assim resta o fato de você ter executado, e portanto apoiado ativamente, uma política de assassinato em massa. Pois não é um jardim-de-infância; **em política, obediência e apoio são a mesma coisa.** E, assim como você apoiou e executou uma política de não partilhar a Terra com o povo judeu e com o povo de diversas outras nações – como se você e seus superiores tivessem o direito de

determinar quem devia e quem não devia habitar o mundo – **consideramos que ninguém, isto é, nenhum membro da raça humana, haverá de querer partilhar a Terra com você. Esta é a razão, e a única razão, pela qual você deve morrer na forca.**” (grifo nosso)[34]

E assim, o inimigo Eichmann morreu na forca e o Estado de Israel segue, com sua política belicosa, ao encontro de mais inimigos que devem ser eliminados (em especial, os palestinos) dentro de uma lógica separatista (muros), armamentista, economicista, punitiva/vingativa, entre tantas outras, desumanas. O povo judeu, vítima do holocausto, vítima de uma política nazista, do biopoder, assistiu ao julgamento produzido pelo Estado de Israel que negou o direito de viver de Eichmann, nesse julgamento soberano, com “ventos de universalidade” (afinal, a corte julga em nome de todos nós ao dizer que *“nenhum membro da raça humana, haverá de querer partilhar a Terra com você. Esta é a razão, e a única razão, pela qual você deve morrer na forca”*), o que se pode aprender é que realmente, em política, “obediência e apoio são a mesma coisa”, mas, ao contrário dos que se sentem o “umbigo do mundo”, devemos partilhar a Terra com Todos, de forma a valorizar a vida muito mais que o direito de matar. Devemos e podemos encontrar soluções para os problemas da humanidade, não nos escondendo atrás do velho Direito Penal, que tenta conter de forma risivelmente ingênua o fenômeno do Terrorismo, por exemplo, a partir da “ameaça carcerária internacional”, instituída pelo TPI (Tribunal Penal Internacional) - que, com ou sem os EUA, selecionará seus réus tal como o Direito Penal Nacional e Seletivo faz. O que segura um homem bomba? O que segura a força da cultura? A força da lei? Que lei?

Essa pretensão da democracia liberal para com valores universais é criticada por Chantal Mouffe, que contrapõe essa pretensa universalidade com a eclosão de incontáveis pluralismos. Até porque postular a universalização ameaça a eliminação do político, que porta especificidade na dimensão do “conflito/decisão.” A pensadora belga acolhe aportes de Carl Schmit, cuja crítica da democracia liberal constitui um desafio que não podemos ignorar, ao constatar que a abordagem da democracia pluralista absorve da própria relação amigo/inimigo de Schmitt o papel central à dimensão do político, à medida que presentifica o elemento de hostilidade. Nota-se que o campo político é inerente à sociedade, observa-se que:

Se aceitarmos que todas as identidades são relacionais e que a condição de existência de qualquer identidade é a afirmação de uma diferença, determinação de um ‘outro’ que desempenhará o papel de ‘elemento externo constitutivo’, torna-se possível compreender a forma como surgem os antagonismos. No domínio das identificações coletivas, onde o que está em causa é a delimitação de um ‘nós’ pela delimitação de um ‘eles’, existe sempre a possibilidade de esta relação nós/eles se transformar numa relação do tipo amigo/inimigo; por outras palavras, pode sempre se tornar política, no sentido que Schmitt dá ao termo.[35]

Defende-se, assim, a existência de uma ordem política democrática pluralista em mundo de inerentes antagonismos, baseada na distinção “inimigo” e “adversário”. O adversário não é “um inimigo a destruir, mas um adversário cuja existência é legítima e tem de ser tolerada. Lutamos contra as suas idéias, mas não poremos em causa o seu direito a defendê-las”. [36]

Parte-se, por isso, da constatação do *caos* como afirmação da necessidade da ação política na perspectiva da *democracia radical*, do poder como “*lugar vazio*” [37], da indeterminação, da contingência e de uma abertura no *campo político*, das *sociedades complexas* contemporâneas, para se constatar a *necessidade de estabilização*, ainda que parcial, ainda que provisória – na linha de pensamento de Jacques Derrida – Kozicki afirma, com isso, que o sujeito e as identidades coletivas são inerentes ao reconhecimento do *pluralismo* e da *indeterminação de sentidos* (todas as identidades são relacionadas, co-dependentes e afirmadas pelo reconhecimento do *outro* [38]).

2.1 A violência simbólica da negação do conflito: *política da mobilização do viés*

Diante da negação do conflito, destaca-se que o *outro* deixa de ser um *inimigo* a ser eliminado, mas jamais é completamente reconhecido – vivencia uma verdadeira violência simbólica, velada – como nos ensina Katya Kozicki ao pensar a Filosofia da Diferença :

Se as democracias contemporâneas são razoavelmente capazes de **conviver com a diferença** (para isto as mesmas recorrem a diferentes **artifícios**, sendo um dos mais importantes a criação da figura **impessoal do sujeito de direito**, concebido abstrata e formalmente como ‘**livre e igual perante a lei**’, ainda assim as mesmas não reconhecem o outro em toda a sua significação, bem como tratam a **diferença e a diversidade** como **desvalores**, situações a serem **toleradas**, já que as mesmas não podem ser superadas, dentro do espírito liberal de respeito e tolerância. Nesta ótica, ainda dentro das democracias liberais existe uma lógica de **violência implícita**, a qual não pode ser jamais eliminada em sua perspectiva política. [39] (grifo nosso).

Sobre violência simbólica, vale destacar que o presente trabalho advoga pela superação da *negação do conflito* por entender que a arena posta não reflete apenas um dilema conceitual (*pluralismo x monismo*), e sim de um *conflito ideológico* (acompanhado de suas implicações *materiais*), que quando omitido/negado serve apenas para a manutenção do *status quo*, de uma política neocolonial; que serve, em outras palavras, para a manutenção da violência hegemônica que impede o *direito à diferença* e propositalmente aplica a *invisibilidade* como instrumento de encobrimento do *Outro*[40].

Schattschneider, citado por Hasenbalg, em um ensaio clássico chamava atenção para o fato de que o problema crucial da política é a *administração do conflito* e uma das maneiras mais eficientes de controlar um conflito é *não providenciar uma arena para o mesmo*, nem criar uma agência pública com poder para fazer algo a seu respeito. Chamou a isto de “*mobilização do viés*”:

Todas as formas de organização política têm um viés a favor da exploração de certo tipo de conflitos e supressão de outros porque organização é a mobilização do viés. Algumas questões são organizadas dentro da política ao mesmo tempo que outras são excluídas dela.[41].

Com isso é possível entender como a racionalidade eurocêntrica tende a *negar os conflitos*, pois o Direito Estatal é resultado da “*íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade do direito, que conduz à coesa e predominante doutrina do monismo.*” [42]

Nesse dissenso que entrelaça o direito estatal e o direito dos povos oprimidos, identifica Marés a legitimidade dos novos sujeitos:

O direito coletivo e dos povos que renascem despindo-se da vergonha e humilhação que os cobriam e atavam por séculos, indicam, apontam esse novo caminho, e reescrevem a nova lógica de Estado, que há de fazer com que não seja o sonho dos homens e das mulheres de construir uma sociedade fraterna, porque humana, igual, porque tolerante, livre, porque justa.[43]

Ao se pensar o Pluralismo Jurídico é essencial expor sua identidade, que se forma a partir de um *Direito de Resistência* das vítimas da Modernidade Colonizadora (e da sua

contraditória irracionalidade), um Direito que parte da *exterioridade* (plural / diferença) que se faz contraponto a *totalidade* (monista/colonizadora).

Considerações finais

Ao buscar compreender nossa realidade, nossa cultura e nosso papel histórico como juristas, verificou-se uma mentalidade tradicional centrada na Totalidade (monista), no etnocídio e no etnocentrismo (que consagra a categoria do *etnocentrismo jurídico*, definido como *o não reconhecimento do pluralismo jurídico*, que se manifesta como *negação da diversidade cultural* e como *violência hegemônica da Totalidade*), mediações que servem de fundamento à permanência do paradigma do *conservador monismo jurídico* – que se manifesta seja sob as formas teóricas da coesa doutrina monista, entre outras vertentes, seja sob a forma do simples preconceito elitista – sempre divorciado das condições materiais a que é necessário responder, e da alteridade que urge construir, expressando assim a falta de consciência do real e a ausência do compromisso com o *Outro*.

A perspectiva do *pluralismo jurídico*, por sua vez, não significa apenas romper com o monismo, mas também a superação de uma mentalidade elitista, conservadora e mantenedora do *status quo* da lógica da Totalidade, ao reconhecer a produção do Direito por instâncias sociais dotadas de autonomia e identidade própria. Assim, um pluralismo que se restrinja ao “multiculturalismo” e à afirmação do “direito à diferença” em velhas práticas reivindicatórias, nas quais estejam ausentes *novos valores e novas formas de fazer política*, pode levar os Movimentos Sociais a incorrer nas armadilhas da mentalidade jurídica tradicional punitiva (monista), que reduz o conflito social ao binômio *ordem/desordem*.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALENCAR, José Maria; BENATTI, José Heder. Os crimes contra etnias e grupos étnicos: questões sobre o conceito de etnocídio. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **Iniciação à Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**, Curitiba: HDV, 1996.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**; tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GALLIANO, A. Guilherme. **O Método Científico – Teoria e Prática**. São Paulo: Harbra, 1986.

GÓMEZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto: Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. México, D.F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1999.

HASENBALG, Carlos. Entre o Mito e os Fatos: Racismo e Relações Raciais no Brasil. Texto apresentado no IV Congresso Afro-brasileiro, Recife, de 20 de abril de 1994, **Revista de Ciências Sociais**, nº 38 (2), 1995, p. 355-374.

KOZICKI, Katya. *A política na perspectiva da filosofia da diferença*. In: OLIVEIRA, Manfredo (org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 141-160.

_____. *A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LIMA, Roberto Kant de. *Por uma Antropologia do Direito, no Brasil*. In: FALCÃO, J. (org.). **Pesquisa Científica e Direito**, Recife: Ed. Massangana, 1983.

LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. *Discurso e direito: o consenso e o dissenso*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o Olhar Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da Eticidade. Seguido de Grupos Étnicos e suas Fronteiras de Fredrik Barth**; tradução Elcio Fernandes. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROULAND, Norbert. **Anthropologie juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

_____. **Nos Confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade**; tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos para o Direito**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia. In: **Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial**. *Elotro Derecho* N° 26-27. Bogotá, Colombia: ILSA, 2002, p. 135-147.

_____. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[1] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[2] LÉVI-STRAUSS, Claude. In: CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002, p.368.

[3] CASTRO, E. V. *Op. cit.*, p. 369.

[4] CASTRO, E. V. *Idem.*

[5] *Perspectivismo ameríndio* é “a concepção indígena segundo a qual o mundo é povoado de outros sujeitos ou pessoas, além dos seres humanos, e que vêem a realidade diferentemente dos seres humanos. (...) Era possível perceber também que o tema mitológico da separação entre humanos e não humanos, isto é, cultura e natureza, não significava a mesma coisa que em nossa mitologia evolucionista. A proposição presente nos mitos é: os animais eram humanos e deixaram de sê-lo, a humanidade é o fundo comum da humanidade e da animalidade. Em nossa mitologia é o contrário: nós humanos éramos animais e ‘deixamos’ de sê-lo, com a emergência da cultura, etc. Para nós, a condição genérica é a animalidade: ‘todo mundo é animal’, só que uns são mais animais que os outros, e nós somos os menos. Nas mitologias indígenas, todo mundo é humano, apenas uns são menos humanos que os outros. Vários animais são muito distantes dos humanos, mas são todos ou quase todos, na origem humanos, o que vai ao encontro da idéia do animismo, a de que o fundo universal da realidade é o espírito.” CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. cit.*, p. 480 -481.

[6] CASTRO, E. V. *Ibidem.*

[7] ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p.7.

[8] “Cultura, no sentido antropológico, é o conjunto de conhecimentos, crenças e valores de uma sociedade, porque todas as pessoas crescem aprendendo uma cultura e por isso entende-se que o etnocentrismo é a idéia de que a própria cultura e crenças de cada um são “a verdade” ou, pelo menos, a maneira superior de lidar com o mundo. É perfeitamente natural acreditar que aquilo que lhe foi ensinado quando criança, sua religião, seus valores, seus modos de conduta são os melhores, os mais corretos e verdadeiros, e que a cultura de outros povos é errada, supersticiosa e inferior.” SHIRLEY, Robert Weaver. *Op. cit.*, p. 5.

[9] SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.5.

[10] “a teoria do progresso circular é um exemplo disso. Esta, na expressão de Eva M. Lakatos, ‘sustenta que a história da humanidade passa por ciclos: as culturas atravessam uma série de estágios sucessivos, voltando ao ponto original e recomeçando o ciclo (escritos indianos; doutrina budista; doutrina dos estóicos gregos e filósofos

romanos, especialmente Marco Aurélio)”. MELLO, Luís Gonzaga de. **Antropologia Cultural: iniciação, teoria e temas**. 13^a ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 201.

[11] Modelo de Morgan extraído de ALVES, Elizete Lanzoni e SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. **Iniciação à Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 21.

[12] LIMA, Roberto Kant de. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: FALCÃO, J. (org). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Ed. Massangana, 1983, p.93.

[13] ROCHA, E. P. G. *Op. cit.*, p.30.

[14] PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o Olhar Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

[15] ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade**; tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185.

[16] “Em etnologia o conceito de etnocídio foi introduzido e já tem curso há mais de duas décadas. A literatura especializada atribui a Robert Jaulin o mérito dessa construção. (...) Etnocídio (...) é a imposição forçada de um processo de aculturação a uma cultura por outra mais poderosa, quando esta conduz a destruição dos valores sociais e morais tradicionais da sociedade dominada, à sua desintegração e, depois, ao seu desaparecimento. O etnocídio foi e é ainda frequentemente praticado pelas sociedades de tipo industrial com o objetivo de assimilarem, ‘pacificarem’ ou transformarem as sociedades ditas ‘primitivas’ ou ‘atrasadas’, geralmente a pretexto da moralidade, de um ideal de progresso ou da ‘fatalidade evolucionista’.” ALENCAR, José Maria; BENATTI, José Heder. Os crimes contra etnias e grupos étnicos: questões sobre o conceito de etnocídio. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 213.

[17] WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia. In: **Pluralismo Jurídico y Alternatividade Judicial**. *Elotro Derecho* N° 26-27. Bogotá, Colombia: ILSA, 2002, p.135.

[18] ROULAND, Norbert. *Op. cit.*, 2003, p. 158.

[19] Nas palavras de Ludwig, segue a crítica à *matriz grega*, que fundamenta a *desigualdade* em “o ser é, o não ser não é”, ao fundamentar a Totalidade: “na obra *Método para uma Filosofia da Libertação*, explicita o *método analético* e sua relação com a dialética. Em síntese, no propósito de reformular a dialética, a partir da perspectiva daquilo que se situa para *além* de toda a *totalidade*, Dussel fala do *método analético* como *momento analético da dialética*. O método *analético* objetiva afirmar um âmbito da *exterioridade* metafísica do outro – alteridade irreduzível à lógica da totalidade e ponto de apoio para a construção de uma lógica da diferença, evitando, assim, a redução de tudo *ao mesmo*. O novo método consiste na afirmação da negatividade do outro, pois inclui o momento alterativo, desde uma *anterioridade* (é um movimento *ana-dialético*), movimento que indica a passagem da negação da negação desde um *lugar* que está além do sistema, ou seja, do outro, do pobre, do oprimido, do excluído, da vítima, enfim” LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 149-150.

[20] LUDWIG, Celso. *Op. cit.*, 2006p. 175.

[21] MARX diz: “O capital é trabalho morto que só se vivifica, à maneira do vampiro, ao chupar trabalho vivo, e que vive tanto mais quanto mais trabalho vivo chupar. O descobrimento das regiões auríferas e argentíferas da América, o extermínio, escravização e soterramento nas minas da população aborígene, a conquista e o sangue das Índias Ocidentais, a transformação da África num couro reservado para a caça comercial de peles negras, caracterizam os albores da era (do sexto sol) da produção capitalista”. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “Invasão” da América aos Sistemas Penais de Hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 310.

[22] “É a América Latina, a região das veias abertas. Desde o descobrimento até nossos dias, tudo se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal tem-se acumulado e se acumula até hoje nos distantes centros do poder.” GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**; tradução de Galeano de Freitas. Patagônia.: Col. Sabotagem, 1978, p. 5.

[23] SHIRLEY, R. W. *Op. cit.*, p. 83.

[24] COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1.996, p. 258.

[25] Sobre a política do “jeitinho” ver: ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[26] O direito *posto* é o direito vigente *formal* (que se manifesta nas decisões e homologações do poder judiciário, que via de regra são mantenedoras do *status quo* social injusto e segregador, com raras e acertadas decisões que contemplam uma visão emancipatória do direito) e *informal* (que se materializa em práticas jurídicas informais, emancipatórias ou não). O direito *imposto* é aquele que exerce a “espada estatal” desumana, que contraria os direitos humanos, mas é de certa forma legitimado pela ordem jurídica vigente, muito comum nas questões carcerárias, nos manicômios, nos asilos, enfim, nas instituições asilares, ou seja, “depósitos humanos” de segregação social. E, por último, mas não menos importante, há o direito *não posto*, invisível por não ter reconhecimento externo, embora seja rico de legitimidade cultural; é o direito que o pluralismo jurídico crítico, participativo, comunitário e libertário busca estudar e propor como uma alternativa para a convivência harmônica com a *diversidade cultural*. PEPLER, Nadieje de Mari. *Op. cit.*, p. 10.

[27] Tradução livre no corpo do texto, do francês original: “Dans ces conditions, comment expliquer que le mythe de l’unité du droit se soit réalisé dans les sociétés les plus divisées, celles qui comportent le plus de champs sociaux, ce qui est une des caractéristiques fondamentales des sociétés étatiques? A notre sens, parce que justement, pour étendre son emprise sur des sociétés fortement hétérogènes, l’Etat a besoin de nier ces divisions qui font obstacle à son pouvoir, alors que cette nécessité s’impose moins dans des sociétés traditionnelles, elles aussi plures, mais à un moindre degré, et où, de toute façon, l’autorité politique est moins différenciée que dans les sociétés modernes et possède une ambition directive moins grande.” ROULAND, Norbert. **Anthropologie juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, p. 84.

[28] ROULAND, Norbert. *Op. cit.*, 2003, p. 159-174.

[29] “Para Carl Schmitt, la definición que identifica lo político y lo estatal es una expresión del período histórico en el que impera el ‘Estado clásico europeo’ (el Estado absolutista). Este tipo de Estado es el que logra adquirir el poder soberano y, con él, el monopolio de lo político. Dicho monopolio significa que sólo la autoridad estatal, que encarna el poder soberano, puede decidir, en última instancia, que debe valer como derecho al interior de la nación. De esta manera, según Schmitt, se otorga al Estado la facultad que permite regular y encauzar los conflictos sociales.” GÓMEZ, Enrique Serrano. **Consenso y Conflicto: Schmitt, Arendt y la definición de lo político**. México, D.F.: Centro de Estudios de Política Comparada, 1999.

[30] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 311.

[31] ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 32.

[32] ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 33.

[33] Expressão que conheci pela voz do psicanalista Mauro Mendes.

[34] ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 301-302.

[35] MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 13.

[36] MOUFFE, Chantal. *Op. cit.*, p. 15.

[37] “Desde a revolução democrática se tem reconhecido que o poder, na modernidade, tornou-se um lugar vazio, indeterminado, não sujeito a um processo de ocupação mítica, organicamente identificado com o soberano ou com quem quer que o substitua em diferentes formas de organização política.” KOZICKI, Katya. *A política na perspectiva da filosofia da diferença*. In: OLIVEIRA, Manfredo (org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 82.

[38] “Desta forma esse ‘outro’ representa uma posição de exterioridade quando da constituição da identidade, ao mesmo tempo que se opõe a esta, ele também lhe possibilita a formação de sentido.” KOZICKI, K. *Op. cit.*, p. 143.

[39] KOZICKI, K. *Op. cit.*, p. 142.

[40] Sobre o encobrimento do Outro argumenta Dussel: “ano de 1492 – sua mundialização empírica, a organização de mundo colonial, e o uso fruto da vida de suas vítimas, num nível pragmático e econômico. A modernidade nasce realmente em 1492: essa é a nossa tese. Sua real superação (como Subsumtion e não meramente como Aufhebung hegeliana) é subsunção de seu caráter emancipador racional europeu transcendido como projeto mundial de libertação de sua Alteridade negada: a ‘Transmodernidade’ (como novo projeto de libertação político, econômico, ecológico, erótico, pedagógico, religioso, etc.). Propomos então dois paradigmas contraditórios: o da mera ‘Modernidade’ eurocêntrica, e o da Modernidade subsumida a partir de um horizonte mundial, onde o primeiro desempenhou uma função ambígua (por um lado como emancipador, e, por outro, como cultura mítica da violência). A realização do segundo paradigma é um processo de ‘Transmodernidade’. Só o segundo paradigma inclui a ‘Modernidade/Alteridade’ mundial.” DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p.188.

[41] HASENBALG, Carlos. Entre o Mito e os Fatos: Racismo e Relações Raciais no Brasil. Texto apresentado no IV Congresso Afro-brasileiro, Recife, de 20 de abril de 1994, **Revista de Ciências Sociais**, nº 38 (2): 355-374, 1995, p.239.

[42] WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p.46.

[43] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos para o Direito**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 1998, p. 201.

AS PROPOSTAS TEÓRICAS DE DELIMITAÇÃO DA JURIDICIDADE NO PLURALISMO JURÍDICO*

THE THEORY ON THE BORDERS OF THE RIGHT IN THE LEGAL PLURALISM

Renata Ovenhausen Albernaz

RESUMO

O Pluralismo Jurídico, enquanto uma nova alternativa teórica de leitura da realidade do direito nas mais diversas formas associativas humanas, traz em si, não só a possibilidade da crítica da teoria e da prática do direito tradicionalmente em vigor, como também o desafio de reconstruir esta teoria e prática de um modo que seja coerente com suas constatações e defesas. Neste intento de reconstrução da teoria do direito, este artigo se propõe a analisar a questão teórica da delimitação do fenômeno da juridicidade de acordo com as abordagens do Pluralismo Jurídico, com destaque àquelas que se filiam a um teor de pluralismo emancipatório e independente. A análise da delimitação do fenômeno da juridicidade no Pluralismo Jurídico foi feita através de quatro dimensões delimitativas, quais sejam: (1) o da definição do direito diante da pluralidade e diversidade de suas manifestações; (2) o da identificação das unidades sociais que podem ser consideradas como aptas a gerar um direito próprio; (3) o da delimitação, ou o da relação, do direito com as demais normas sociais; e (4) o da delimitação, entre si, das várias formas de juridicidade que coexistem. Para esta análise, precedeu-se a um estudo revisionista sobre as principais obras de autores do Pluralismo Jurídico, considerados clássicos ou contemporâneos, a fim de elencar as soluções que estes autores propõem a tais questões delimitativas. Como resultados pode-se constatar: (1) que não há acordo entre os Pluralistas acerca destas questões básicas de delimitação teórica; (2) que há uma certa tendência a buscar um enfoque praxiológico, em detrimento de reflexões teóricas abstratas, quando se trata destas questões delimitativas; (3) disto decorre que o primeiro problema delimitativo a que se expõe o Pluralismo Jurídico é antes operacional – o de como fazer delimitar, concretamente, as várias formas de juridicidade a fim de que elas possam existir e coexistir – do que epistêmico – ou o de como delimitar o fenômeno jurídico em face de outros fenômenos sociais.

PALAVRAS-CHAVES: PLURALISMO JURÍDICO; DELIMITAÇÃO DO DIREITO; DEFINIÇÃO DO DIREITO; UNIDADE SOCIAL JURÍGENA; NORMAS SOCIAIS; FRONTEIRAS ENTRE DIREITOS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The Legal Pluralism, as a new form of analysis of the right in several human groups, it makes possible not only the critic of the theory and of the practice of the current right, as well as the challenge of redoing this theory and practice in a coherent way with their evidences and defenses. In this challenge of redoing the theory of the right, this article aims at to analyze the problem of the delimitation of the right in agreement with the approaches of the Legal Pluralism, with prominence of the approaches of the Independent Legal Pluralism. The analysis of the delimitation of the right in the Legal Pluralism was made through four dimensions of borders, which are: (1) the definition of the right when there is diversity in their expressions; (2) the definition of the social groups able to generate right; (3) the separation between the right forms and the other forms of social control; and (4) the borders among the different rights of the different social groups. For this analysis, it was made a theoretical research in the authors' of the Legal Pluralism, classic and recent main works, to elaborate a map on these dimensions of border of the right in the Legal Pluralism. As results are verified: (1) there is no agreement among the Pluralists on these borders of the right; (2) there is a tendency to treat of the borders in the own social practice and not in theoretical definitions, because (3) the borders among the different right experiences are the largest problem of the contemporary Legal Pluralism.

KEYWORDS: LEGAL PLURALISM; DEFINITION OF THE RIGHT; SOCIAL GROUPS PRODUCING OF LAWS; FORMS OF SOCIAL CONTROL; BORDERS AMONG RIGHTS.

1. Introdução

O Pluralismo Jurídico é antes uma situação de fato do que uma construção teórica. Ele se revela, tanto na historicidade existencial de cada unidade coletiva concreta em seu empreendimento de configurar uma expressão de juridicidade que acomode suas sociabilidades, anseios ou interesses, quanto no conjunto, ou no somatório, não necessariamente harmonioso e nem coerente, destes vários empreendimentos coletivos tomados em conjunto. Ele, assim, está intimamente correlacionado com a emergência social das experiências concretas de juridicidade e, enquanto abordagem teórica, seus pensadores se propõe a refletir sobre essas experiências e sobre as conseqüências e críticas que elas ensejam ao sistema do monismo jurídico do estado predominante na modernidade ocidental.

Nesta abordagem do Pluralismo Jurídico, a definição dos fenômenos aos quais ela se refere, no entanto, não é unívoca. O núcleo para o qual converge esta abordagem, no entanto, é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de juridicidade, destacando-se a produção normativa gerada por grupos organizados semi-autônomos que compõe a tessitura social. Afirma-se, assim, na maioria das frentes pluralistas, a crença de que os grupos sociais têm um papel central no processo político, apresentando quantidades significativas de poder capazes de os tornarem agentes importantes de resultados sociais.[1] Pode-se perceber no Pluralismo Jurídico, ainda, o pressuposto comum de que apenas uma pequena parcela das inúmeras expectativas que regem a vida social, e não necessariamente as mais importantes delas, ou as mais importantes para

todos os grupos, encontram guarida no Direito Positivo Estatal; diante dos hiatos que esta situação gera, a maior parte dessas expectativas acaba por ser resguardada por meio de outras regulações jurídicas e sociais, gestadas e organizadas nos próprios grupos, de modos mais ou menos formal.

Incluem-se no Pluralismo Jurídico desde autores das primeiras décadas do século XX, entre eles jusfilósofos como Otto von Gierke, Maurice Hauriou, Santi Romano e Giorgio Del Vecchio, e sociólogos do direito como Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch; antropólogos do direito, das décadas de 1940 a 1960, como Bronislaw Malinowski e Sally Falk Moore, juristas como Leopold Pospisil, John Griffiths, John Gilissen, Sally Engle Merry, e nas últimas décadas, autores como Boaventura de Sousa Santos, Norbert Rouland, André-Jean Arnaud, Gunther Teubner, Antonio Carlos Wolkmer, José Geraldo de Sousa Jr., Oscar Correias, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Edgar Ardila Amaya entre outros.

Há que se distinguir, no entanto, alguns dos principais contrastes existentes entre as correntes e discursos que podem ser enquadrados no Pluralismo Jurídico. Segundo a análise de Wolkmer (2007, p. 24), é necessário, primeiramente, distinguir o *Projeto Conservador* e o *Projeto Emancipatório* de Pluralismo Jurídico. No primeiro, de cunho neoliberal, a ênfase se dá sobre processos como a desregulamentação estatal, a globalização e a acumulação flexível de capital, a formação de blocos econômicos, as políticas de privatização, a flexibilização do trabalho, a regulação social reflexiva e supra-nacional; neste projeto conservador, seu cunho individualista gera, como resultado, a dispersão da identidade e da força política dos grupos e movimentos sociais, o que diminui o poder de organização das massas e acaba por dificultar o exercício de uma participação democrática ampla, autêntica e real. Contrariamente, o Projeto Emancipatório de Pluralismo Jurídico sugere a sua edificação com base em práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação de necessidades humanas essenciais, e uma reordenação, desconcentração e descentralização do espaço público no sentido de multiplicar os seus *locus* e ampliar seu cunho democrático.

Vanderlinden (1971, pp. 47-50) também vê contraste entre o que ele denomina de *Pluralismo Jurídico Independente* e *Pluralismo Jurídico Controlado*. Enquanto o Pluralismo Controlado é aquele em que a pluralidade de leis é absorvida pela força estatal, sendo uma legalidade complementar, pois os seus elementos podem ser reconciliados em uma unidade (no caso, a unidades das leis do Estado), o Pluralismo Jurídico Independente pode ou não ser antagônico ao Estado, mas seus elementos são autônomos e mutuamente contraditórios. Distinções semelhantes a essa de Vanderlinden também são percebidas por outros autores do Pluralismo, entre eles: Wolkmer (2001, p. 224), com o destaque da diferença entre um *Pluralismo Jurídico Comunitário* e um *Pluralismo Jurídico Estatal*; Hoekma (2002, p. 70-71) com a distinção entre um *Pluralismo Jurídico Formal Unitário* e um *Pluralismo Jurídico Formal Igualitário*; Griffiths (1986, p. 8) que traça uma distinção entre o *Pluralismo Jurídico Forte* e o *Fraca*; e Rouland (2003, p. 158), que, também se valendo desta terminologia de Griffiths, mas com um sentido diferente, atribui à versão fraca de Pluralismo Jurídico o fato da existência de mecanismos jurídicos diferentes para situações idênticas, e à versão forte, ao fato de que os diferentes grupos sociais vêm cruzar em seu seio múltiplas ordens jurídicas.

Há, ainda, outro contraste importante, que, segundo Santos (2001, p. 216-217), consiste na distinção entre um *Pluralismo Jurídico Antropológico* – que destaca as várias unidades sociais geradoras de direito, mas tende a ver-lhas de maneira autônoma ou, às vezes, até mesmo, isolada – e um *Pluralismo Jurídico Pós Moderno* – que aborda a interlegalidade, ou seja, a multiplicidade e a intersecção de direitos incidindo sobre um mesmo espaço social.

Diferenças metodológicas também geram diferentes Pluralismos quando algumas de suas vertentes tendem a um *Pluralismo Jurídico Descritivo* – muito comum nos estudos latino-americanos – como sendo o que se propõe a dar visibilidade a determinadas realidades sociais concretas marcadas pela existência de uma juridicidade específica, sem intentos prescritivos, e quando outras se dedicam a configurar uma proposta de um *Pluralismo Jurídico Prescritivo*, formulando projetos de uma organização jurídica total pluralista.

Em perspectivas que pugnam por um pluralismo jurídico emancipatório, independente, antropológico, ou mesmo pós-moderno, descritivo ou prescritivo, elas acabam tendo que engendrar novas propostas de delimitação teórica ao direito, que não as convencionalmente aceitas na ciência jurídica moderna centrada no Estado, pois é necessário um novo arcabouço categórico para identificar e para localizar as múltiplas formas de juridicidade, suas diferentes manifestações e suas respectivas unidades sociais geradoras. Para analisar estas propostas de delimitação teórica do direito construídas pelas perspectivas deste Pluralismo Jurídico, propõe-se, neste texto, fazê-lo discutindo as seguintes questões ou dimensões delimitativas: (1) a da identificação do fenômeno do direito, em face do problema da multiplicidade de suas manifestações; (2) a da identificação das unidades sociais originárias de juridicidade, em face de sua diversidade substancial; (3) a da relação de distinção ou de aproximação entre o direito e as outras esferas de normatividade social, em face da desmistificação da idéia de direito puro pugnada pelos Pluralistas; e, ainda, (4) a dimensão da articulação das múltiplas formas de juridicidade distintas entre si, em face da negatória pluralista de que esta articulação seja feita, apenas, segundo a idéia de unidade.

Em termos das correntes teóricas e dos estudos do Pluralismo Jurídico, essas questões ainda se apresentam resolvidas de maneira dispersa, de tal modo que um estudo revisionista que as contemple em conjunto, compondo um arcabouço teórico de delimitação teórica do direito no Pluralismo Jurídico se apresenta como oportuno e necessário. Tal análise revisionista e compositiva das soluções já apresentadas pelos mais importantes estudiosos do Pluralismo Jurídico na contemporaneidade é o que será feito a seguir.

2. Desenvolvimento.

2.1. As soluções dos pluralistas para a delimitação do fenômeno jurídico

2.1.1. O problema de definir o direito diante da pluralidade de suas manifestações

Neste problema, pode-se dizer que os pensadores acerca do Pluralismo Jurídico já desde há muito sobre ele se atentam,[2] de tal modo que a doutrina é expressiva nesse assunto

de redefinir o direito de forma a comportar, de maneira adequada e não arbitrária, as múltiplas experiências jurídicas que uma visão pluralista advoga coexistirem. Os estudos sociojurídicos e de antropologia do direito, do mesmo modo, ao objetivarem a juridicidade dos diversos grupos, têm reconhecido que ela não se pode subsumir a uma única expressão ou definição de direito, pois eles constataam a existência de experiências jurídicas organizadas e materializadas de maneiras bastante distintas. A busca de uma definição transversal do direito que contemple essa diversidade de manifestações jurídicas, no entanto, divide os pesquisadores.

Uma das primeiras saídas adotadas por um dos autores originários no Pluralismo Jurídico – Gurvitch (1946, p. 79) – foi a tentar se valer do *método da redução fenomenológica*, por meio do qual ele buscou reduzir dos fatos sociais os fatos jurídicos, no intento de determinar precisamente o que constituía a estrutura formal da experiência jurídica imediata e o que era a característica universal dos valores jurídicos. Deste intento ele chegou às seguintes considerações. A primeira é a de que “a experiência jurídica imediata consiste nos atos coletivos de reconhecimento dos valores espirituais como encarnados, incorporados nos fatos sociais em que se realizam”, e que este reconhecimento se dá, primeiro, como experiência volitiva-emocional (a violação de um sentido de justo é geralmente acompanhada de indignação por aqueles que compartilham este sentido), e depois, como experiência cognoscitiva (que é mediadora entre a experiência volitiva-emocional dos valores e as experiências intelectuais das idéias lógicas) que os ordenam. Daí que, para se reconhecer um fato normativo, deva-se percebê-lo como algo que exprime uma reconciliação de valores, mesmo que instável e precária, e tal reconciliação é ultimada em um sentido de justiça mais logicizado, quantificado e generalizado, a fim de que outros valores também possam ser equilibrados. Em segundo lugar, Gurvitch (1946, pp. 80-81) destaca que a justiça, ou a experiência dos valores jurídicos, é variável em função das oscilações nas experiências dos valores, nas experiências das idéias lógicas e intelectuais e nas diferentes relações estabelecidas entre elas; os únicos princípios imanentes à idéia de justiça são os princípios de ordem e segurança, mas mesmo eles variam em uma extensa gama de graus e sentidos de uma sociedade para outra. Se na moral há a liberdade construtora de infinitos valores, a justiça pega deste amálgama alguns dos mais importantes valores, os correlaciona e os reconcilia entre si, estabilizando-os, mantendo-os, generalizando-os, tudo isto orientada por um certo esquematismo intelectual e lógico. Dessas considerações, a definição de direito proposta por Gurvitch (1946, p. 86) se expressa da seguinte forma:

O direito representa uma tentativa para realizar, numa dada ambiência social, a idéia de justiça (que é preliminar e essencialmente, a reconciliação variável dos valores espirituais em conflito, assimilados a certa estrutura social), através de um normativismo multilateral imperativo-atributivo baseado em laço determinado entre deveres e direitos; essa regulação extrai sua validade dos fatos normativos que dão uma garantia social de sua eficácia e podem em certos casos executar suas exigências por coerção precisa e externa, porém não a supõe necessariamente.

Outra saída para encontrar uma concepção transversal de juridicidade foi a de tentar situar o *locus* de manifestação do direito nas sociedades humanas. Negando a exclusividade desse *locus* na legislação estatal, nesse impulso emergiram as explicações do direito como determinada *função social*, como forma de *representação e*

compreensão coletivamente compartilhada, como *prática social*, como *sistema de comunicação*, além de outras.

A *versão funcionalista* do direito, que teve como sua referência as explicações de Parsons, Bredemeier, Luhmann e Llewellyn, afirmava a juridicidade como toda e qualquer forma e conteúdo social estabelecidos para cumprir as seguintes funções: (a) a de integração e controle social, buscando corrigir os comportamentos desviados da ordem e para garantir a paz que dela emana; (b) a de resolução de conflitos, pois, sendo os conflitos inevitáveis, a função jurídica seria a chamada para resolvê-los; (c) a de regulação ou orientação social, orientando comportamentos para evitar conflitos; (d) a de legitimação do poder social, ou a de aceitação das decisões de autoridade; e, por fim, a função de (e) promoção social para a realização das condutas lícitas e socialmente desejáveis.

Alguns autores do Pluralismo Jurídico seguem essa versão funcionalista que localiza o direito no cumprimento de determinadas funções sociais existentes em todos (senão, em vários) tipos de associação humana. Entre esses autores, destaque deve ser dado ao empenho de Santos (1988) em obter um conceito operativo de direito que, mesmo não sendo capaz de representar “a essência do jurídico”, possibilitasse, pelo menos, um primeiro aproximar-se de experiências que, nos diversos grupos, pudessem revelar alguns aspectos de sua juridicidade própria. Segundo este sociólogo (1988, p. 88), o direito seria assim,

o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados ‘justificáveis’ num determinado grupo, que contribuem para a criação (?) e prevenção de litígios e para a sua solução por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.

A ênfase de Santos é dada sobre os *modos de solução e prevenção de conflitos*, e o direito seria definido como sendo os diversos modos que as unidades sociais criam para lidar com este funcionamento social. Autores como Arnaud & Dulce (2000, pp. 160-165) também compartilham dessa idéia de direito atrelado aos modos de solução de conflitos, evocando que, na análise dessa função social, para não se cair em reducionismos, deve-se considerar todo o *campo sócio-jurídico* do qual emerge a juridicidade, ou seja, todas as funções, instituições e práticas sociais (normativas ou não) relacionadas à regulação de comportamentos e à prevenção ou tratamento dos conflitos sociais.

O fenômeno do direito, na visão de outros estudiosos da sociologia e antropologia jurídica, se manifestaria na *esfera simbólica e representativa da vida social*. Nessa linha, Telles (1994, p. 93) define o direito como sendo a *representação*: (1) das formas como as relações sociais se estruturam e se avaliam; (2) do reconhecimento, daí advindo, de que os sujeitos são dotados de alguns interesses válidos naquela sociedade; e (3) da regulação das práticas sociais, das reciprocidades esperadas e da própria linguagem pública pelo estabelecimento de critérios sobre os quais os mais diversos dramas da existência são julgados, tipificados e resolvidos. Destaque ainda deve ser dado à contribuição de Geertz (1988, pp. 180-185), no campo da antropologia, que define o direito como um sistema de significados, um código cultural para a interpretação do mundo, sendo assim um *sistema de compreensão de símbolos e significados sociais* que criaria uma *sensibilidade jurídica* específica de cada unidade de

vida humana associada. Assim, o antagonismo fatos/normas não existiria, pois todas as palavras que representam esses fatos são chaves para a compreensão das instituições sociais e das formulações culturais, e seriam normativas, não só por conta dessa hermenêutica, como também porque nelas se veiculam expectativas sociais; o direito seria essa hermenêutica dos fatos sociais e, nessa versão hermenêutica aplicada a situações de pluralidade jurídica, o direito seria o processo de “*discurso poliglota*” (Geertz, 1988, p. 223) para a fixação dos significados quando estes estão justapostos ou em confronto.

Além de função e de representação social, o direito também é localizado, por alguns autores pluralistas, nas próprias *práticas sociais*, exigindo, assim, métodos de constatação material/empírico para a análise de sua facticidade e consistência. Deste ensejo advêm as contribuições de um grande leque de pesquisas realizadas sobre o direito de grupos concretos, nas quais a saída encontrada para perceber tal fato é a de se valer de uma maior recursividade nas pesquisas. Nestas, segundo um *ponto de vista praxiológico*,^[3] os estudiosos se utilizariam, no máximo, de poucas categorias iniciais de trabalho, estas que seriam apenas os pontos de partida – às vezes bastante precários – na constatação e no tratamento das diversas experiências de juridicidade; a maior parte da definição adviria, não dessas categorias iniciais, mas da dicção da própria realidade estudada. Borrero (1991, pp. 51-53), em seus estudos sobre as comunidades indígenas colombianas, partindo dessas premissas, chegou a afirmar:

A evidência demonstra que cada comunidade ou cada povo possui uma compreensão particular daquilo que aplica como direito. Em outras palavras, não há a possibilidade de se determinar, com certo grau de certeza e generalidade, o que poderia constituir o seu corpo conceitual. Essas considerações gerais indicam um campo em completa transformação. Isto coloca a conceitualização em quadros diferentes dos usados pelos tratadistas tradicionais. A relação entre norma e realidade estaria subordinada à eficiência e não à sistematicidade. (...) mais importante do que reconhecer em termos legais a existência de um direito consuetudinário, seria preferível estimular sua aplicação real no interior das comunidades. Que sejam as próprias comunidades que determinem sua vigência e marquem os seus limites e não seja o Estado oficial quem postule seus limites ou campos de aplicação. Em todo o caso, o essencial é que este direito consuetudinário corresponda efetivamente aos padrões de vida cultural atual desejados pelas coletividades, respeitando e integrando a tradição aos desafios colocados pela transformação do meio social e técnico.

Nesta corrente praxiológica também surgem as grandes críticas às linhas funcionalistas do Pluralismo. Tamanaha (2000, p. 313), denunciando o teor essencialista das definições que tentam impor um conteúdo, geralmente advindo desses vieses funcionalistas, ao direito, advoga uma *versão não essencialista* deste, ou seja, aquela que não o especifique a partir de um conteúdo pré-determinado, mas vislumbre apenas um critério de sua localização e delimitação, critério este que ele sugere como sendo o das “práticas sociais” concretas. O autor, em seus próprios termos, diz:

a non-essentialist concept of law thus requires that law be conceived in a way that is empty, or that at least does not presuppose any particular content or nature. (...) Law is whatever people identify and treat through their social practices as ‘law’ (or recht, or droit, and so on).

Considerando deste modo, segundo defende o autor, o direito será sempre o que as pessoas de uma determinada arena ou campo social pensam sobre seus usos comuns e sobre suas práticas sociais, não sendo, assim, uma construção da ciência social ou da teoria jurídica. O estado de Pluralismo Jurídico, segundo o autor (2000, p. 315), “*exists whenever more than one kind of ‘law’ is recognized through the social practices of a group in a given social arena*”. Deste modo, o que qualificaria o Pluralismo Jurídico não seria a multiplicidade de manifestações de um só fenômeno (o direito) em um mesmo espaço social, mas a coexistência social de “diferentes fenômenos qualificados como o direito” (*different phenomena going by the label ‘law’*); sua abordagem sugere que se busque na própria existência social o que é o direito, cuja discordância coletiva acerca do que ele seja não aparece habitualmente.

Essa visão do direito como se manifestando nas próprias práticas sociais, em oposição as abordagens jurídicas positivistas e funcionalistas, que as pré-conceituam abstratamente, rendeu reflexos em algumas importantes propostas de redefinir o direito segundo uma *Teoria Crítica* engajada com o reconhecimento de determinados tipos de juridicidade de grupos sociais silenciados ou oprimidos historicamente em sociedades marcadas pela desigualdade e pela dominação. É o caso, da definição de direito sugerida por Antonio Carlos Wolkmer. Afastando-se das versões funcionalistas que afirmam a juridicidade como um fenômeno atrelado aos sistemas de autoridade, de controle social e de solução de conflitos, exclusivamente, Wolkmer (2001, p. 90-91 e 161) atenta também para o elemento *transruptivo*, ou para a *função emancipatória do direito*, no sentido de que, sendo a sua fonte as aspirações e reivindicações acerca da satisfação de necessidades humanas essenciais, o direito seria, ao mesmo tempo, a exigência feita pelos grupos oprimidos e marginalizados da ruptura com um sistema que lhes mantém em estado de carência, ou de insatisfação dessas necessidades, e a afirmação da força e do teor jurídico de suas práticas sociais construídas para supri-las. O autor identifica, portanto, que é no reconhecimento e na reivindicação de satisfações de um conjunto de “necessidades humanas fundamentais” – ou seja, daquelas que se manifestam na “falta, ausência ou privação, tanto ‘objetivamente’ de bens materiais e não materiais inerentes à produção humana em sociedade, quanto ‘subjettivamente’ de valores, interesses, desejos, sentimentos e formas de vida” – que surgem os direitos; ou ainda, que “o direito é fator articulador que internaliza a passagem da necessidade à reivindicação”. Tais direitos, ou fatos jurídicos, segundo Wolkmer (2001, p. 155), se manifestariam na informalidade de ações concretas de atores coletivos, em um “*locus*” político independente de mediações e procedimentos formais institucionalizados, pois a juridicidade emergiria das diversas formas de ação comunitária, em processos sociais auto-reguláveis, associações civis e profissionais, corpos intermediários, organizações sociais etc.; seu formato seria, portanto, de uma juridicidade que se manifestaria de modo mais informal e mutável, em expressões como “pactos setoriais, negociações coletivas, arranjos sócio-políticos e convenções normativas”, e sua legitimidade decorreria, em termos formais, de seu valor emancipatório – ou seja, do fato de que, mesmo sendo tal direito advindo de necessidades de várias naturezas, a satisfação destas não poderia implicar a instrumentalização do outro – e em termos materiais, a legitimidade adviria dos critérios gerados a partir de valores, objetivos e interesses do todo comunitário; a definição do direito, assim, envolveria, não apenas os direitos estatais, mas também os “novos direitos” e os “direitos alternativos” ao estatal.

Por fim, mas muito longe de esgotar o assunto, estariam as definições de juridicidade no Pluralismo Jurídico advindas das novas teorias sistêmicas, entre elas a do *direito como*

sistema autopoietico, que se distancia não só do positivismo legal, como também das correntes funcionalistas-sistêmicas e sociojurídicas, e que é defendida por autores como Niklas Luhmann (1927-1998) e Gunther Teubner. Niklas Luhmann (1983) sustentou uma autopoiese específica aos sistemas sociais, estes constituídos não por indivíduos e suas relações, mas por comunicações[4], cuja base reprodutiva seria o sentido. Esta abordagem se sustenta sob os pressupostos de que a comunicação, ao se tornar intersubjetiva, desprende-se dos sujeitos e ganha existência própria e de que, na organização social, o sistema pode ser utilizado como um recurso de organização da vida humana em um código significativo que reduza a complexidade e a contingência do ambiente por meio de um ato de eleição das suas possibilidades e de suas relações de sentido.

A partir do sistema social, e por conta de uma diferenciação funcional na sociedade, surgiriam os outros subsistemas, estes que ganhariam sua autonomia quando alcançassem um código binário que lhes fosse específico, e que pudesse direcionar suas auto-reproduções sistêmicas. Haveria, assim, funcionando em autonomia, a fim de garantir suas identidades, os subsistemas econômico, jurídico, político, e outros, de acordo com a segmentação funcional necessária a cada sociedade, sem que nenhum deles fosse dominante sobre os demais. Teubner (2000; 2005) se apropria dessas idéias de Luhmann, mesmo que com ressalvas, para defender o sistema jurídico como uma realidade estruturada circularmente, na qual se dá uma “incessante sucessão de correlações internas operadas numa rede fechada de elementos em permanente interação, cuja estrutura sofre constantes mutações graças a infinitas áreas ou meta-áreas entrelaçadas em articulação estrutural” (TEUBNER, 1989, p. 64); O autor (1989, p. 58), porém, admite que esta indeterminação e autonomia se formariam em graus até alcançar o estado em que o sistema se tornaria, de fato, autopoietico, conseguindo, então:

constituir seus elementos – ações, normas, processos, identidades [doutrina] – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo.

Tais abordagens têm sido enquadradas na perspectiva do Pluralismo Jurídico porque, relacionando o sistema jurídico a um sistema de comunicação atrelado ao código binário lícito-ilícito, elas conduzem a entender que, onde quer que as pessoas estabeleçam esse código e ele ganhe sua autonomia sistêmica, haveria direito, não atrelando juridicidade simplesmente ao direito estatal. Neste sentido, Tamanaha (2000, pp. 304-308) chega a afirmar que, em relação à definição de Santos acerca da juridicidade no Pluralismo Jurídico, a definição de Teubner não é essencialista, pois que não determina uma função *a priori* ao jurídico – apesar da autopoiese, que é seu marco teórico, ser eminentemente funcionalista.

Este rol, apenas exemplificativo, das mais importantes definições que os autores pluralistas têm se valido para localizar os fenômenos jurídicos servem para exaltar as seguintes considerações. A primeira é a de que a juridicidade pode se manifestar em várias realidades, entre elas, nas diversas formas operativas das funções de controle social e de solução de conflitos, nas formas de representação de posições sociais, em outras naturezas de práticas sociais consolidadas, nos sistemas de comunicação sobre a licitude/ilicitude, na afirmação dos meios de satisfação de necessidades e dos espaços de liberdades, etc. A outra consideração é que o direito positivo estatal não é o superior ou

o elemento organizador destas várias manifestações de juridicidade, haja vista que cada uma delas, e também o direito estatal, teria o seu âmbito de atuação e de legitimidade próprios; deste modo, o problema envolve mais uma necessidade de delimitação do que uma proposta de hierarquização.

As várias soluções ao problema de se definir ou de se localizar o direito descritas acima, no entanto, sugerem não só que ainda não se tem uma concordância sobre o conceito de juridicidade, e sobre as realidades que ele representa, no Pluralismo Jurídico, como também que os conceitos que se dispõe conferem uma delimitação pouco precisa de onde cessa o direito e de onde começa o âmbito da vida social. Esta discordância, segundo observam Tamanaha (2000, p. 298) e Merry (1988, p. 878), gera uma série de problemas e ambigüidades quando do tratamento teórico e epistêmico do direito no Pluralismo Jurídico. Em termos teóricos, esta falta de um acordo entre seus autores sobre o que consistiria o direito em si, denota, não um Pluralismo Jurídico, mas uma *Pluralidade de Pluralismos Jurídicos*; em termos epistêmicos, esta falta de precisão do conceito torna as pesquisas empíricas impraticáveis, pois elas cumulam a imprecisões delimitativas entre o direito e os demais fenômenos sociais. Apesar desses problemas de pesquisa, e até mesmo operativos, esta diversidade conceitual pode também ter sua razão de ser, haja vista que a posição anti-unitarista que assumem os autores afetos ao Pluralismo Jurídico contaminaria, do mesmo modo, os seus elementos operatórios, como são suas categorias e definições. De tal maneira que haveria sim, não um Pluralismo Jurídico, mas *Pluralismos Jurídicos*, de modo que, de acordo com as diferentes unidades de análise que se tomariam em conta para descrever uma mesma realidade social concreta, pluralidades jurídicas diversas poderiam ser destacadas.

2.1.2. O problema de identificar as unidades sociais capazes de gerar direito.

Em se considerando que nem toda diferenciação social justifica o Pluralismo Jurídico (o Monismo Jurídico contempla a diferenciação social, apesar de controlada) e que, mesmo diante de uma verdadeira pluralidade de formas sociais, pode haver aquelas que não engendram formas jurídicas de normatividade, o pluralismo também traz à baila, em termos delimitativos, a questão do reconhecimento da unidade social jurígena – ou seja, da unidade a partir da qual se produz, ou é possível se produzir um direito próprio. Rouland, Pierré-Caps e Poumarède (2004, p. 457), neste sentido, chegam a afirmar que a “determinação sociológica de um grupo humano e sua qualificação jurídica são dois processos de natureza diferentes”, pois enquanto a primeira encontra seu fundamento em alguns dados empíricos, a outra impende o reconhecimento positivo desses dados e a atribuição de algumas competências a estes grupos em termos de sua viabilidade jurídica. A questão a que se coloca neste item, portanto, é a de quais são essas competências. Uma das discussões acerca disso se refere a necessidade, ou não, de que, para um grupo ser reconhecido como capaz de produzir direito, haja ele alcançado um *certo grau de estabilização, institucionalização ou organização social*. A questão divide os estudiosos afetos ao Pluralismo, ou que podem com ele colaborar.

Não se pode deixar de observar que nos primeiros estudos de sociologia que refletiam sobre questões elementares ou originárias de juridicidade, o aspecto de organização pareceu ser uma dessas capacidades necessárias para que uma forma associativa humana chegasse a compor ou viesse a precisar de um direito. Neste sentido, Durkheim

(1966, pp. 105-107) defendia que “a vida social, em qualquer parte onde exista de maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a organizar-se, e o Direito não é outra coisa senão esta organização mesma, no que tenha de mais estável e precisa”; e advertia: “se, pois, há tipos de solidariedade social que os *mores* bastam a manifestar, eles são certamente muito secundários; ao contrário, o Direito reproduz todos os que são essenciais, e estes são os únicos que temos necessidade de conhecer”. Roscoe Pound (apud Santos, 1988, p. 71), por sua vez, entendendo que o direito é “o controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada”, pressupunha que as sociedades nas quais esse grau de organização ainda não houvesse sido consolidado não teriam capacidade de gerar direito. No rumo desta discussão, também está Pitirin Sorokin (1968, pp. 102-135), segundo o qual os processos de interação encontrados no universo social podem ser de tipo “inorganizado”, “organizado” ou “desorganizado”. Afirma ele (1968, p. 107) que o que conferiria o caráter de organização a estes processos de interação seria, justamente, a existência de normas jurídicas que “definiriam, com precisão, todas as ações e reações relevantes dos indivíduos interagentes, em suas relações recíprocas, com os estranhos e com o mundo em geral”, sendo tais normas “efetivas, obrigatórias, e, se necessário for, impostas pela força na conduta das pessoas interagentes”. Em assim sendo, percebe-se que grande parte dos grupos sociais que ainda não alcançaram este grau de organização permaneceria na forma inorganizada ou desorganizada, e seriam amorfos à formação do direito.

A defesa de que a juridicidade é um fenômeno exclusivo de grupos organizados, ou seja, daqueles que constituem um sistema institucional de criação e aplicação de normas coativas, não é compartilhada, no entanto, por uma outra importante corrente de autores do Pluralismo Jurídico. Em seus estudos na Ilha Trobriand, pequeno arquipélago no noroeste de Nova Guiné, Malinowski (2003), por exemplo, constatou a existência de uma real normatividade jurídica em sociedades não organizadas por um estado, e independente do direito dos colonizadores. O antropólogo polonês partia de uma definição de lei jurídica como modo de *controle social*, e afirmava que haveria lei em todas as sociedades humanas onde houvesse este controle social a determinar as obrigações de uma pessoa e os direitos correlatos da outra. Assim, para o autor (2003, p. 68), a lei jurídica incluiria todas as regras de juízo e de ação seguidas rigorosamente como obrigatórias em cada grupo, pois, segundo ele:

deve existir em todas as sociedades um conjunto de regras demasiado práticas para serem apoiadas por sanções religiosas, demasiado pesadas para o seu cumprimento ser deixado à boa vontade dos indivíduos, demasiado vitais para as pessoas para serem aplicadas por uma agência abstrata. É este o domínio das regras jurídicas e aventuro-me a antecipar que a reciprocidade, a incidência sistemática, a publicidade e a ambição virão a ser considerados os principais fatores da maquinaria compulsória do direito primitivo.

Atrelar a idéia de direito somente às formas organizadas de juridicidade em grupos socialmente evoluídos seria, portanto, na visão de Malinowski, uma limitação arbitrária ao fenômeno da juridicidade, e que faria escapar à percepção a juridicidade de grupos não organizados e selvagens, estes que teriam, sim, um direito, apesar de não estatal.

Advogando a experiência jurídica, do mesmo modo que Malinowski, também como um direito espontâneo, vivo e dinâmico, estavam os estudos de Ehrlich e Gurvitch. O

primeiro, com sua “teoria do direito vivo”, entendia que o direito era, acima de tudo, uma questão de controle social, sendo, portanto suscetível de ser encontrado em todos os tipos de associação humana. Gurvitch, por sua vez, em *La Déclaration des Droits Sociaux*, sustentava que cada grupo, independentemente de seu tamanho ou complexidade, teria a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica autônoma para regular sua vida interna, haja vista ele considerar que a comunidade e o direito nasciam juntos, sendo inseparáveis; o direito, no entanto, apareceria quando estas associações humanas desenvolvessem *formas de sociabilidade ativas* (em *sociabilidades de fusão parcial* ou *de oposição parcial ativas*), ou seja, aquelas caracterizadas por haver uma obra comum a levar à cabo e por prevalecer, nas relações sociais, as volições ativas e racionais sobre as afetivas.

Além da questão organizativa, as discussões sobre a capacidade para uma unidade social ser geradora de direito também refletem sobre o aspecto da “*autonomia*”, ou “*semi-autonomia*” desta em relação a outras unidades sociais maiores. Historicamente, na perspectiva moderna, o sentido de autonomia que importava enquanto fator a partir do qual se geraria juridicidade era o político, de tal modo que somente *sociedades politicamente organizadas* seriam consideradas como *soberanas* e, assim, como constituintes originárias de direito. As discussões pluralistas ampliaram este sentido restrito de autonomia jurídica para incluir em seu sentido as diversas expressões de *auto-regulação nas unidades sociais* (seja essa regulação sobre a totalidade da ordem social ou apenas sobre alguns aspectos específicos desta). Deste modo, nesta amplitude, o conceito de autonomia jurídica ganhou uma flexibilidade que possibilitou vislumbrá-la, não como uma situação exclusivista – como era a idéia binária e mutuamente excludente de soberania *versos* não soberania – mas como um *continuum* de “n” situações que se estende desde a autonomia absoluta (que coincide com a soberania) a uma dependência absoluta (situação na qual não haveria a geração de direito), envolvendo, entre esses dois extremos, infinitos pontos de *semi-autonomia* (onde há expressões jurídicas próprias, mesmo que não totalizantes ou absolutamente independentes).

Em meio às discussões acerca da autonomia jurídica, encontra-se um dos grandes marcos do Pluralismo Jurídico, que é o trabalho *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, da antropóloga Sally Falk Moore, publicado em 1973. Este trabalho foi o resultado de uma pesquisa empírica, realizada entre os anos de 1968-1969, na qual a autora comparou as produções normativas legais ou ilegais de dois grupos bem distintos: um povoamento tradicional de Chagga de Monte Kilimanjaro,[5] em Tanzânia, África, e um grupo de uma pequena indústria do setor de vestuário feminino, em Nova York, Estados Unidos da América. Partindo do estudo de Malinowski, que houvera constatado a juridicidade em grupos “autônomos” (independentes), Moore investigou a hipóteses de que, em sociedades complexas, haveria também campos sociais geradores de uma juridicidade própria, apesar de “semi-autônomos” (interdependentes), ou seja, de sofrerem alguma interferência da sociedade maior na qual estavam incluídos. Nestes campos sociais semi-autônomos (*semi-autonomous social fields*) haveria a geração de normas próprias, estas que seriam eficazes na capacidade de induzir comportamentos, mesmo coativamente, por meio de instrumentos e sanções considerados legítimos por aqueles a quem se aplicavam; e eles seriam identificados, não por suas organizações (pois eles podem ser organizações ou não), mas por sua *característica processual de gerar regras e impor submissão a elas*. Para Moore (1973, p. 720):

The approach proposed here is that the small field observable to an anthropologist be chosen and studied in terms of its semi-autonomy – the fact that it can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded. The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a large social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes at the invitation of persons inside it, sometimes at its own instance. The analytic problem of fields of autonomy exists in tribal society, but it is an even more central analytic issue in the social anthropology of complex societies. All the nation-states of the world, new and old, are complex societies in that sense. The analytic problem is ubiquitous.

Assim, apesar do Estado instituir para si o monopólio do exercício da força física para coagir o cumprimento de suas normas, outros meios de indução de conduta existiriam e seriam praticados em campos sociais de ação, estes que, inclusive, seriam os filtros dessas normas estatais, haja vista Moore (1973, p. 721) ter constatado que:

the inspection of semi-autonomous social fields strongly suggests that the various processes that make internally generated rules effective are often also the immediate forces that dictate the mode of compliance or noncompliance to state-made legal rules.

Isto viria a demonstrar que é um mito a idéia de que a mudança legislativa produz, por si só, mudanças no comportamento: as relações de poder estabelecidas firmemente e por um longo tempo não são fáceis de mudar com um simples ato de modificação legal.

Para além dessas discussões abstratas acerca das idéias de organização e de autonomia como capacidades das unidades sociais para gerar juridicidade, outra vertente de estudo localiza os focos de geração de direito por meio de *constatações empíricas* ou por *identificações contingenciais*. Aqui se encontra boa parte das pesquisas do Pluralismo Jurídico Latino-Americano, e também correntes sociológicas pós-colonialistas, jurídicas ou não, que se empenham no esforço de dar voz e reconhecer a força emancipatória e os direitos de grupos historicamente oprimidos e dominados. Wolkmer (2001, p. 122), neste empenho, apesar de reconhecer a juridicidade advinda de vários grupos, associações e comunidades, enfatiza, dentre esses grupos, e na contingência de sociedades periféricas e desiguais latino-americanas, a importância da ação jurídica dos *novos movimentos sociais*. Importância que se dá não só porque tais sujeitos coletivos, de base popular, têm empreendido uma luta contra a condição que, historicamente, legou considerável parcela da população de sociedades do capitalismo periférico a se ver tolhida de seus direitos ou da efetividade deles, como também porque tal empreendimento se faz em uma mobilização consciente na qual esses sujeitos afirmam a sua autonomia e identidade. José Geraldo de Souza Jr. (1991, pp. 138-139), em uma defesa que se soma a esta de Wolkmer, pugna para que se reconheça nos movimentos sociais a figura de um “*sujeito coletivo de direito*” (em alternativa à exclusividade do “sujeito individual de direito” moderno), pois que não só sua emergência decorre da percepção de uma carência social entendida como negação de direitos, e, assim, como uma injustiça social a ser reparada, como também porque:

(em primeiro lugar) Sua prática os põe com sujeitos sem que teorias prévias os houvessem constituído ou designado. Em segundo lugar, porque se trata de um sujeito coletivo e descentralizado, portanto, despojado de duas marcas que caracterizam o

advento da concepção burguesa da subjetividade: a individualidade solipsista ou monádica, como centro de onde partem ações livres e responsáveis, e o sujeito como consciência individual soberana, de onde irradiam idéias e representações postas como objeto, domináveis pelo intelecto. O novo sujeito é social; são os movimentos populares em cujo interior, indivíduos, até então dispersos e privatizados, passam a definir-se e a cada efeito resultante das decisões e atividades realizadas. Em terceiro lugar, porque é um sujeito que, embora coletivo, não se apresenta como portador da universalidade definida a partir de uma organização determinada, que operaria como centro, vetor e *telos* das ações sócio-políticas, e para a qual não haveria propriamente sujeitos, mas objetos ou engrenagens da máquina organizadora.

Nesta perspectiva, aliás, é consenso ao Pluralismo Jurídico Latino-Americano que é preciso se atentar, na atualidade, para a formação de um “direito insurgente” (Pressburger, 1990) ou o “direito dos oprimidos”, sussurrado nas vozes de grupos secundários que, não encontrando nas regras jurídicas normais a possibilidade de desempenhar o papel que a si mesmos atribuíram, modificam, consciente ou inconscientemente, as normas do direito comum mediante prescrições paralegais ou até francamente ilegais (Levy-Bhrul, 1997).

Por fim, não se pode deixar de fazer referência neste quesito de identificar as unidades sociais geradoras de juridicidade no Pluralismo Jurídico a algumas *tentativas de especificar essas unidades sociais* contemporaneamente. E aqui se enquadra a importante classificação de novos espaços de juridicidade, no bojo de sociedades do capitalismo atual, sugerida por Santos (2001). Verificando que há três pluralidades básicas no conjunto desta sociedade – as pluralidades de ordens jurídicas, de formas de poder e de formas de conhecimento –, este sociólogo do direito elabora o que ele chama de *mapa de estrutura-ação das sociedades capitalistas no sistema mundial*, algo que revelaria os espaços de estrutura-ação como algumas das mais relevantes unidades sociais demarcadas como “lugares de produção de domínio tópico” (estrutura) e espaço dos agentes criadores da realidade (ação). Tal mapa é estabelecido segundo duas principais coordenadas cartesianas – os “espaços estruturais”, no total de seis, e que incluem o “espaço doméstico”, o “espaço da produção”, o “espaço de mercado”, o “espaço da comunidade”, o “espaço da cidadania” e o “espaço mundial” – e as suas dimensões constitutivas – “unidade de prática social”, “instituições”, “dinâmica de desenvolvimento”, “forma de poder”, “forma de direito” e “forma epistemológica”. No que se refere à forma de direito, cada um destes diferentes espaços estruturais gerariam uma composição distinta entre os três elementos que perpassam a juridicidade – a retórica, a burocracia e a violência – estes que manteriam entre si articulações tanto em cada espaço estrutural quanto na relação entre eles. Haveria, assim, seis ordens jurídicas contemporaneamente relevantes: (1) a do direito doméstico; (2) a do direito da produção; (3) a do direito da troca; (4) a do direito da comunidade; (5) a do direito territorial (estatal); e, por fim, (6) a do direito sistêmico, associado ao espaço mundial.

Pode-se constatar, assim, que, também no que tange à definição das unidades sociais geradoras de juridicidade no Pluralismo Jurídico, não há um consenso na doutrina. Há, inclusive, uma tendência para se considerar que capacitações mínimas – em termos de organização, autonomia e reivindicação – já configurariam a presença de uma forma de juridicidade específica para determinada unidade social. Segundo observa Merry (1988, p. 871), esta tendência faz com que todas as sociedades tenham que ser vistas como Pluralistas, pois em qualquer uma há múltiplos grupos que preenchem requisitos assim

tão mínimos para serem atores de juridicidade. De qualquer forma, há não só uma *prevalência comunitarista no Pluralismo*, ou seja, aquela que enfatiza que entre os extremos do *indivíduo* e o da *sociedade* existem grupos intermediários que criam modos de sociabilidade e normas jurídicas tão ou mais eficazes que as sociabilidades impostas nas normas estatais, como também uma ênfase na *dicção da realidade* concreta, em detrimento de qualquer sistema de idéias e conceitos.

2.1.3. O problema de delimitar o direito em relação a outras esferas de normatividade social.

A definição do direito, questão delimitativa primeira, abre ensejo a sua diferenciação de outras formas de regulação do comportamento social. Mas, é possível, ou mesmo necessária, esta distinção no Pluralismo Jurídico? A questão também divide os estudiosos.

Nas ciências sociais modernas há uma certa convergência em se diferenciar as regras legais das demais regras da vida social. E partindo deste entendimento, surgiram, inicialmente, as proposições de um certo *gradualismo das normas sociais* para explicar esta diferenciação e o momento a partir do qual surgiria a necessidade coletiva das experiências jurídicas. Considerando as normas como mecanismos de controle social, Mannheim (1966, p. 49) observa que em cada sociedade se verifica uma diversificada importância das formas de controle social, e que estas podem ser manipuladas de acordo com diferentes posições chave; os controles mais simples são os controles mútuos, realizados pelos próprios membros da sociedade, haja vista que estes ainda não foram transferidos para uma agência controladora. Sociedades maiores e mais complexas exigiriam uma forma um pouco mais organizada de controle social, o que evocaria a noção de autoridade e a sua afirmação, sendo que as fontes dessa autoridade podem ser diversas (leis, tradições, religião); Os costumes são uma das formas desse controle social, sendo de grande eficiência quando de sociedades simples em que os contatos interpessoais são constantes e em que, pelo fato de serem constituídos com lentidão, eles podem penetrar profundamente nas redes de relações humanas e envolver emocionalmente todos os membros do grupo. Summer (1966, p. 52) denominou *folkways* como sendo os costumes permanentes, tradicionais, que predominam em um grupo e que definem o que é o modo certo ou errado de satisfazer seus interesses e de fazer as coisas. Os *folkways* nos grupos, provavelmente, devem ter surgido de forma acidental e espontânea, a partir dos modos de ação empregados para solucionar necessidades precisas do grupo. Quando um *folkway* passa a ser considerado essencial para a vida do grupo e, assim, a representar formas “sagradas” e indiscutíveis de comportamento, ele se torna um *mores*. Os *mores* são “o verdadeiro centro da vida grupal, seu ‘coração’ por assim dizer, sua vitalidade” (PIERSON, 1966, p. 55). A desobediência a um *mores* gera uma reação adversa do grupo social muito mais forte (indignação, choque, revolta) do que a violação de um *folkway* (riso, ridicularização), e isto é, inclusive, um modo de distingui-los. Esses *folkways* e *mores* podem representar os mais variados valores a orientar a vida social, sejam eles de cunho ético, místico, estético, técnico, lógico ou jurídico; e eles seriam as bases das matérias tratadas juridicamente. De certa forma, acompanhando esse *gradualismo das normas sociais*, a “Teoria do Mínimo Ético”, de Jeremias Bentham e Georg Jellinek, afirma que o direito representaria este mínimo da moral declarado obrigatório para uma sociedade

sobreviver, este que, sendo indispensável para assegurar a convivência social, teria as violações das suas normas tratadas com mais vigor do que as violações das normas morais e costumeiras.

Habermas também se adere a esta solução gradualista quando trata do problema de definir a partir de que momento, na vida associativa, os modos não jurídicos de regular a integração se tornariam ineficazes e o direito se faria necessário, inclusive, na sua visão, com a imprescindibilidade da figura do Estado. Segundo ele (s.d., p. 33), nas comunidades onde haja um elevado grau de racionalidade comunicativa, esta situação gera, como resultado, a possibilidade maior de se coordenar as ações sem o apelo a modos coercitivos e de se resolver conflitos consensualmente. Assim, em termos mais incisivos, e com base na teoria discursiva, só seria possível coordenação social eficiente quando houvesse entendimento e consenso sobre a forma e o conteúdo dessa coordenação. Mas – e aí se encontra a graduação – essa zona de convergência e de consenso *a priori* é cada vez menor à medida que a sociedade se amplia em complexidade e em convivência de múltiplas perspectivas e pontos de vista. O núcleo comum se torna restrito a muito poucos aspectos tomados como inquestionáveis, e a ação comunicativa amplia seu espaço de ser e suas possibilidades de opção. A estabilização da validade de uma ordem social a qual, por sua complexidade e autonomia das ações, não é mais capaz de se sustentar apenas no mundo da vida dá-se, prega Habermas, por meio do Direito – este que é também uma ordem da ação social, mas podendo ser entendido ora como um texto de proposições ao entendimento e à interpretação, ora como uma instituição reguladora da ação em uma comunidade abstrata (a criada por suas próprias normas jurídicas).

Esta proposição gradualista é bastante aceita na sociologia e filosofia jurídica tradicionais, de tal modo que é difícil aos autores do Pluralismo ignorá-la, principalmente tendo-se em conta que ela não leva a uma suposição necessária que confunda Estado e Direito – apesar de que esta confusão derivou de teses gradualistas como estas.

A outra possibilidade de tratar dessa relação entre as normas jurídicas e as demais normas sociais é a da negação de tal gradualismo ou separação, sustentada em uma expressiva corrente de estudos antropológicos do Pluralismo Jurídico. Nesta corrente, entende-se que tais distinções não são necessárias e nem são passíveis de serem demonstradas em estudos empíricos. Woodman (1988, p. 45) compartilha dessa idéia, afirmando que na questão dessas distinções, *“a more defensible answer is that, if there is no empirically field of social control, we must simply accept that all social control is part of the subject-matter of legal pluralism”*. O autor continua dizendo que, mesmo dificultando a operação científica, essa constatação deve ser aceita, porque não se pode inventar cientificamente uma linha divisória que não esteja de acordo com uma factual distinção, o que o leva a concluir que apenas estudos antropológicos poderão traçar o perfil, caso-a-caso, das relações e distinções entre as várias normas de controle social, ou que se deve adotar a tese de que o direito é aquilo que o grupo considera como sendo o tal. A única distinção cabível de categorização no Pluralismo Jurídico é àquela que diferencia o direito estatal do direito não estatal, este albergando, em princípio, todas as formas de normatividade possíveis na vida de uma unidade social. Assim, Segundo Woodman (1998, p. 45), deve-se considerar *“that ‘law’ covers a continuum which runs from the clearest form of state law through to the vaguest forms of informal social control”*. Dupret (2007, p. 17), por seu turno, sobre a questão desses limites

sociológicos do jurídico, afirma que esta questão “está desprovida de relevância sociológica”, pois que “*any study of law should basically look at what people do and say when practicing what they call law*”.

Tal posicionamento de indeterminação é, inclusive, confirmado nos estudos antropológicos, onde se verifica o caráter imbricado entre o que se tinha como sendo o direito em relação às demais normas sociais. Suescún (1998, p. 103), por exemplo, reconhece tal imbricamento, haja vista que seus estudos constataram que:

El orden jurídico de los chibchas se bajaba en un orden social comunitario y religioso. Sus fundamentos centrales eran la comunidad y el concepto religioso de que todo el universo era de naturaleza divina y que la conducta dos hombres podía alterar su equilibrio y provocar, eventualmente, su destrucción. Era un derecho no escrito, constituido por instituciones y normas de carácter consuetudinario emanadas por una larga tradición de costumbres y comportamientos sociales, que hacían parte integral de la ética y la religión, y que habían demostrado ser eficaces para mantener la convivencia de la sociedad y resolver sus conflictos. Tales normas eran de obligatorio cumplimiento par todos.

Além disso, estes estudos também destacam que o processo jurídico envolve uma retomada de várias normas sociais ao mesmo tempo, quando da emergência de conflitos, não se constituindo a juridicidade, necessariamente, de um corpo fixo de normas e nem sendo elas aplicadas apenas por um corpo ou instituição especializada.[6]

No que tange à relação entre o Direito e estas demais formas de regulação social, portanto, pode-se perceber duas tendências teóricas bem demarcadas nas abordagens sócio-jurídicas contemporâneas. Em uma delas, de cunho mais gradualista e afeta a uma visão do direito como privilégio de sociedades organizadas, afirma-se que, à medida que as sociedades se ampliam e se complexificam, as normas sociais não organizadas começam a se desintegrar e a ser questionadas (pois elas pressupõem uma certa homogeneidade social), surgindo a necessidade de instrumentos formais de controle coletivo (leis, Tribunais, Polícia, etc.). A supor a continuidade deste evolucionismo, e no cenário da globalização, tal como observa Arnaud (1999, p. 218), mesmo essa lei (estatal) passa a já não ser mais suficiente para cumprir a função de regulação social para a qual ela foi erigida; primeiro, porque se percebe que problemas mundiais e interesses comuns (ambientais, de mercado, de ameaças nucleares e do terrorismo) não podem ser deixados à gerência (ou ingerência!) de um ou de outro Estado; segundo, porque o cenário dos mercados já não mais se estabelece em um ou poucos territórios, firmando uma rede complexa de produção, investimento, comércio, renda, trabalho, distribuídos por diversas partes do mundo e em constante fluxo. Faz-se necessário, portanto, *algo superior ao Direito Estatal*, em termos de regulação, para tratar dessa sociedade global hipercomplexa e infinita territorialmente, o que, no entanto, segundo o autor (1999, p. 220), não tende a ser um super-direito (pesado institucionalmente e inchado de regulações), pois a “tendência pós-moderna é a de torná-lo mais leve”, cedendo parte de sua tarefa a outros tipos de regulação. Outras correntes teóricas sociojurídicas, no entanto, não afetam a esse evolucionismo, e advogando a existência de uma juridicidade espontânea, entendem que *a regulação jurídica e as regulações de outras naturezas convivem em qualquer tipo ou tamanho de realidade social*. As distinções entre o Direito e as demais normas sociais, assim, só poderiam ser feitas

caso-a-caso, pois o Pluralismo Jurídico as trata como uma matéria de fato, e não como conceitos ideais ou objetos científicos.

Portanto, o Pluralismo Jurídico poderia sugerir a passagem de uma “visão estanque e cientificista”, que compartimenta essas diversas normatividades, para uma “visão complexa e concreta”, que tome em conta as reais interações e interdependências entre elas, nos diferentes graus e condições em que elas ocorrem em cada grupo. Assim, delimitar o jurídico em face de outras esferas de normatividade, no pluralismo, não se confundiria com “purificar o direito”, isolando-o de suas relações sociais e dos fenômenos que a ele se aproximam, mas implicaria averiguar essas reais relações, as condições e processos de seu estabelecimento, e o “porquê” e o “como” elas se instauram juridicamente ou deixam de fazê-lo. Daí as possibilidades, no intento delimitativo da juridicidade, de se contatar nos casos estudados: a) os diversos graus de envolvimento entre essas formas regulativas; b) a não determinação do direito por certo formato ou conteúdo material; e c) o reconhecimento da autonomia de esferas sociais não jurídicas e do descentramento do direito como nível superior a elas.

2.1.4. O problema de delimitar, entre si, os vários sistemas jurídicos coexistentes

Por fim, o pluralismo jurídico se apresenta notoriamente problemático na questão da convivência entre esses múltiplos sistemas de direito que ele sugere coexistir e da delimitação deles entre si, cujas fronteiras e contatos se acentuam, principalmente, nas situações de conflito interdireitos. Quando essas diversas ordens de direito entram em confronto, ou seja, quando regulam uma mesma conduta ou conformam uma mesma relação jurídica de maneira distinta e, às vezes, até contraditória, nos casos de sujeitos e relações de fronteira, como proceder? O conflito, neste caso, se acentua pela impossibilidade dupla na contemporaneidade: 1) seja de atomizar, em termos absolutos, as unidades sociais, fechando-as a espaços relacionais restritos e rompendo as comunicações intergrupos, em um mundo que tende a ser permeável a uma comunicação e interação global; 2) seja de criar uma hierarquização, *a priori*, das normas em conflito. O Pluralismo Jurídico, combate, em termos às vezes radicais, essa e qualquer outra hierarquização. Apesar disto, não se pode negar que ele não atente para a necessidade de algum sistema, mecanismo, processo, instituição ou critério para a harmonização e articulação dessas múltiplas ordens jurídicas. As soluções para tal harmonização e articulação, no entanto, são bastante variadas nos pluralistas.

Uma dessas soluções articuladoras dos vários direitos conviventes entre si no Pluralismo Jurídico é a de um *Direito Positivo Estatal radicalmente democrático somado a um Pluralismo Jurídico Independente ou pelo menos integrado*. Ela suscita um duplo processo: o de um direito estatal mais poroso e permeado pelos inúmeros pleitos e demandas materiais dos diversos grupos sociais que ele regula; e o do funcionamento de um direito dos grupos, não só o permitido pelo Estado, como também o independente ou autônomo dele.

Na visão de um *Pluralismo Jurídico Independente*, a proposta envolve ampliar o escopo de autonomia jurídica às diversas formas de juridicidade coexistentes, de tal modo que poderiam surgir – e afirma-se que isto geralmente ocorre – ordens jurídicas *contralegem* ou não articuláveis ao direito estatal, inclusive como fontes de recusa de prescrições

legais tidas como ideologicamente comprometidas. Um marco nesta proposta é o modelo de *Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo* de Wolkmer (2001), este que inclui, não só a defesa de organizações jurídicas independentes, em seu teor de um *Pluralismo Jurídico Comunitário*, como também uma proposta paralela de *Pluralidade legal no Estado*, de acordo com a necessidade de reforma democrática radical em todas as esferas do poder público. Esta duplicidade importa, principalmente, em face da própria contingência dos sujeitos coletivos de direito em sociedades periféricas e desiguais como as latino-americanas e brasileira: eles não podem dispensar o estado, pois que advém das camadas mais vulneráveis da população, sendo certo que, apesar de sua identidade, autonomia e força emancipatória, ainda um “significativo número de reivindicações implicam alguma espécie de interferência do Estado como único modo de negociação e solução” (Wolkmer, 2001, pp. 145-146).

A segunda solução possível para articulação jurídica total em um cenário Pluralista é a do *Pluralismo Jurídico Integrado*, cuja autonomia das diversas ordens jurídicas estaria condicionada a uma certa posição ou validação estatal. Esta posição estatal, no entanto, variaria, segundo os diversos autores, em um *continuum* que vai desde o simples reconhecimento formal pelo Estado da existência e validade das diversas formas de direito, atuando em seu âmbito específico, sem sobre elas interferir, até a exigência de uma concordância material dessas ordens com as prescrições das normas fundamentais do direito estatal, em um sentido gradualista de positivação e seletivista da pluralidade jurídica existente. O reconhecimento de ordens jurídicas antagônicas à do Estado é mitigado, pois, nestas perspectivas integradas, busca-se uma *sociedade viável* nesta fragmentação jurídica.

Olgiati (1996, p. 85) é um pensador que se aproxima desta solução. Ele defende a idéia da existência de “ordens sócio-jurídicas semi-autônomas”, em uma versão autopoiética, na qual tais ordens (1) se diferenciariam da ordem jurídica estatal por sua identidade, razão, lógica e meio-ambiente próprios, (2) regulariam as relações sociais de uma perspectiva funcional e substantiva (ao invés de coercitiva e formal), e (3) adotariam, nas disputas e conflitos, uma abordagem tópica (e não a geral e sistêmica). Elas, no entanto, seriam ordens semi-autônomas, pois dependeriam, nas suas articulações, do reconhecimento do direito positivo, este, que, porém, somente reconheceria a existência dessas ordens se elas complementassem, melhorassem a eficácia, mantivessem a coerência e/ou reforçassem a aceitação das normas do direito estatal. Também a proposta de Cárcova (1998, p. 120) se nega a conferir independência aos direitos comunitários, defendendo que a melhor opção é a de que os ordenamentos jurídicos plurais se articulem “como uma unidade descontínua e fragmentada”, e não como unidades diferenciadas e autônomas; a multiplicidade dos ordenamentos estaria implicada na situação de serem eles justapostos, e de terem seus limites tênues, senão inexistentes, de modo a sugerir uma composição dinâmica, acolhedora, ao invés de uma pluralidade quase que atomizada. Ainda, nesta linha, Hoekma (2002, pp. 70-71) pugna por um Pluralismo Jurídico Formal Igualitário no qual o direito oficial reconheceria: 1) a validade das diversas formas de juridicidade e o poder comunitário para criá-las e aplicá-las; 2) a sua fonte como sendo a comunidade; e 3) o direito destas comunidades de aplicarem suas ordens jurídicas próprias dentro de seus específicos âmbitos sociais. Mas, estas formas de juridicidade não seriam independentes, pois seu poder deveria ser reconhecido e afirmado pelo Estado, como forma de garantir seu reconhecimento fora de suas fronteiras. As diversas formas de juridicidade constituiriam um complexo ordenativo jurídico, envolvendo uma simultaneidade igualitária entre elas, mas que,

para serem viáveis em suas convivências recíprocas, deveriam ser reconhecidas pelo Estado e, assim, pela sociedade inteira.

Sem negar a existência do direito estatal – com o podem fazer algumas propostas anarquistas – o Pluralismo Jurídico, com destaque ao Latino-Americano, o recoloca para fazê-lo conviver com os vários direitos e, no caso do Pluralismo Integrado, o chama para a tarefa de integrá-los entre si. Neste modelo, e pela abertura que ele sugere ao Estado e ao Direito, a organização jurídica total acaba por ficar sobrecarregada dos mais variados tipos de normas – sejam as advindas dos direitos autônomos independentes ou reconhecidos sejam as democraticamente positivadas –, e o desafio é o de procurar manter, pelo menos, uma síntese instável entre essas normas. Esta ordem jurídica composta, excessivamente pluralizada, no entanto, não deixa de ser problemática em sua operacionalização, pois avaliza juridicidades advindas das diferenças culturais e sociais, mas é chamada a harmonizar, na prática, os conflitos entre eles no convívio entre si, harmonização que, sem um processo delimitativo apropriado torna-se, às vezes, impossível. Além disso, um direito substancialmente pluralizado não consegue ser coerente, de tal modo que suas próprias antinomias internas o podem demolir por dentro, atravancando sua operacionalização e a legitimidade de suas decisões. Apesar desses problemas, não se pode negar a importância de lidar com os desafios necessários à consolidação desse direito mais complexo e pluralizado, principalmente no cenário latino-americano no qual importantes movimentos sociais populares, proclamam a necessidade de uma sociedade e de um direito mais inclusivos.

Além dessas duas soluções, mais latino-americanas, outra bastante referenciada neste problema da articulação e delimitação entre si das várias formas de juridicidade é a proposta do *Interdireito* ou da *Interlegalidade* advogada, entre outros[7], por Santos (1999). Atentando-se para as zonas de fronteira ou de contato entre a pluralidade social e jurídica, e tendo em conta o fenômeno da globalização, o autor destaca, não a pluralidade jurídica atômica ou particularista (como defendem os autores afetos a um Pluralismo Jurídico Independente), mas o fenômeno da relação dinâmica entre os vários sistemas e formas de direito. Falar de *interdireito* ou *interlegalidade*, segundo o autor (2001, pp. 216-217), é dizer que as sociedades modernas atuais são, em termos sociojurídicos, formações ou constelações jurídicas, ou seja, ao invés de serem reguladas por um único ordenamento jurídico, elas o são por uma pluralidade de ordenamentos inter-relacionados e distribuídos de várias maneiras.

Não se trata aqui do pluralismo jurídico desenvolvido pela antropologia jurídica tradicional, onde as diferentes ordens jurídicas aparecem concebidas como entidades separadas coexistindo num mesmo espaço político, mas sim de uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, que se interpenetram e misturam tanto na nossa consciência como na nossa acção, em ocasiões positivas ou negativas de nosso trajeto existencial, assim como na triste rotina da vida quotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa, ou de porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transações e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela intersecção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, pela interlegalidade. A interlegalidade é a contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico, sendo por isso este o segundo conceito-chave duma concepção pós-moderna do direito. Ela reflete um processo altamente dinâmico, porque os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando daí uma mistura desigual e instável de códigos jurídicos.

Este pluralismo jurídico de *interlegalidade e interdireito* se dá por conta das seguintes condições vigentes nos dias atuais. Uma delas é que, no plano nacional, o Estado está fragmentado, sendo composto como uma “configuração de microestados” de tal modo ativos, que ele mesmo – como é o caso de alguns países latino-americanos – tem adotado políticas de descentramento com o intuito de reforçar ou revitalizar a gestão e a regulação comunitária ou coletiva. Estes microestados (ou espaços de estruturação [infra]), porém, seriam apenas os *geradores* deste poder, conhecimento e direito, e não os *limites de sua aplicação*; isto porque: (1) eles estão inseridos em uma realidade global de intensa comunicação e trocas econômicas, políticas e culturais, o que instiga interferências constantes neste poder, conhecimento e direito; e (2) os sujeitos desses microestados não são fixos ou uni-determinados, não só porque convivem com seu pertencimento, às vezes problemático, a várias unidades coletivas, como também porque a modernidade, principalmente a modernidade globalizada, dotou-os de uma extrema mobilidade e adaptação cultural. A outra condição desse Pluralismo Jurídico do *Interdireito* ou da *Interlegalidade* é o fato de que, nas relações internacionais, ele se manifesta na “Transnacionalização do Estado”,[8] ou seja, que muitas das decisões tomadas em alguns estados nacionais são fortemente influenciados por outras decisões e acontecimentos ocorridos fora dele.

Portanto, nesta visão de *interdireito e internormatividade* parte-se do pressuposto que não há como fugir desta condição de direitos e normas sociais intrincados na atualidade; casos em que existe o isolamento jurídico são raros, quando não, decorrem de percepções erradas e simplistas da realidade complexa na qual ele surge e se desenvolve.[9] A harmonização das várias constelações ou fontes de normas entre si, no máximo, poderia ser feita caso a caso, não se lhe creditando a uma estrutura estanque ou instituição, e não se admitindo limites fixos e bem delineados para determinar os espaços de cada uma delas; para operar esta harmonização, poder-se-ia pensar em se valer da idéia de “Hermenêutica Diatópica”,[10] proposta por Santos e Nunes (2003, p. 441).

Outra solução a este problema de articular a pluralidade social e jurídica em um todo sustentável, em termos de convivência entre si, é a da *recolocação do direito estatal* (ou algo similar), não como ente regulador, mas *como ente facilitador, mediador e articulador das diferentes unidades sociais*. Para assumir esta posição, este Estado se pautaria em dois primados na busca de não se permitir que as sociedades totais caiam nos extremos dicotômicos e perigosos do “essencialismo da igualdade ou da diferença” (Scherer-Warren, s.d.): o primeiro seria o de garantir a manutenção da pluralidade social, possibilitando a emergência e a defesa dos direitos coletivos da particularidade; o segundo primados seria o de garantir direitos individuais e sociais de universalidade.[11] O empenho articulador do Estado (ou do que faça as suas vezes) seria o desta dupla composição jurídica. Na perspectivas de seus autores, esta recolocação do Estado e do Direito é mais importante, até, do que se tratar de pluralismos políticos e jurídicos de maneira isolada, pois que ela é, até, condição de suas existências. É neste sentido a proposta de um Regime Político de Tolerância, defendida por Walzer (1999, p. 17), regime que implicaria não apenas aquela resignada ou indiferente aceitação do diverso – pois assim não se sustentaria um cenário de pluralismo intenso – mas um ponto avançado no *continuum* que vai da mais discreta até a mais ampla das formas de tolerância. A tolerância ampla – em função da qual a sociedade como um todo deveria se encaminhar por meio de seus arranjos sociais e disposições institucionais (estado, direito, educação, política, etc.) – corresponderia a

uma abertura ao outro, a um espírito de curiosidade a seu respeito a partir do qual se dispõe a ouvi-lo. Além da tolerância, para Walzer (2003, pp. XV-XVII) este Estado articulador deveria se pautar pelo princípio da igualdade, esta não como uma homogeneização, mas como um compromisso de uma “política abolicionista”, ou a que busque suprimir aquilo que dá capacidade a um grupo de pessoas ou de sociedades de dominar aos seus semelhantes; seu objetivo é estabelecer uma ordem social total livre da superioridade, ou seja, aquela na qual nenhum bem social possa ser erigido à qualidade de bem geral, e servir, assim, de meio de dominação por aqueles que o retêm.

Uma ordem jurídica total pluralizada, portanto, impende ser articulada de modo a garantir duas questões básicas: a primeira é a manutenção de condições de existência das sociabilidades e individualidades diversas, esta que depende da supressão das desigualdades que as pode condenar serem exterminadas por grupos dominantes ou majoritários. Assim, políticas de igualdade e tolerância são as bases dessa ordem jurídica, o que, somadas a uma ética da solidariedade na distribuição e troca de recursos e bens sociais, buscam assegurar a manutenção de uma convivência sustentável e humanitária entre a diversidade. Esta é, assim, uma ordem jurídica menor, mais enxuta, pois não está voltada a ser preenchida com direitos materiais gerais para regular toda e qualquer especificidade ou conflito; estes conflitos, apesar de expostos e freqüentes, são mediados nas negociações realizadas pelos próprios envolvidos sob a mediação deste direito mais formal, na personificação da instituição que o representa.

3. Conclusões

Deste mapa acerca da dicção dos autores afetos ao Pluralismo Jurídico sobre as dimensões delimitativas pelas quais se pode identificar, constatar a origem, diferenciar e separar as várias manifestações de juridicidade que eles constatarem como coexistentes, pode-se chegar a algumas conclusões. A primeira delas é que ainda não há consensos na doutrina sobre estas questões delimitativas básicas. Talvez em virtude do fato de que o Pluralismo Jurídico ainda se encontra em fase de constatação da realidade à qual ele se refere, de tal modo que é difícil para a doutrina, neste momento, realizar sínteses sobre uma realidade que ainda está sendo desvelada e cujas descobertas, bastante diferenciadas umas das outras, somam-se dia a dia. A tendência dos estudos acaba sendo a de generalizar as bases experimentais sobre as quais este estudo se deu, o que viola os princípios científicos vigentes de generalização. Isto se verifica tanto nas discordâncias sobre a definição do direito, quanto sobre a identificação dos grupos sociais jurígenos. Além disto, a pluralização, princípio do Pluralismo Jurídico, também dificulta a configuração de conceitos unitários e totalizantes, de modo que se deve refletir se este modelo categórico unitário para representar um fenômeno, predominante na ciência moderna, é adequado, ou não, para uma ciência jurídica pluralista.

A segunda conclusão advém do compromisso social e concreto do Pluralismo Jurídico. Isto se manifesta em várias proposições. Uma delas está na forte defesa dos Pluralistas sobre uma epistemologia praxiológica, que enfatiza, não os conceitos e os sistemas de conhecimento, mas a realidade, tal qual é, na observação, imediata e apenas parcamente dirigida, das experiências sociais concretas; entretanto, a multiplicidade de fenômenos tidos como “o jurídico”, desta forma assimilados, é denunciada, por parte da doutrina, como um obstáculo: (1) às pesquisas e à própria reconstrução teórica da ciência jurídica delas advinda, pois o direito acaba por abarcar uma miríade decomposta de fatos sociais; (2) à operacionalidade prática do Pluralismo Jurídico, pois, nesta abertura

conceitual quase que ilimitada, poder-se-ia, em um extremo, chegar ao paradoxo da defesa de um Pluralismo Jurídico Individual. Outra proposição que evidencia este compromisso social do Pluralismo Jurídico é a da defesa de uma ciência jurídica engajada, ou seja, voltada a dar voz e legitimidade às soluções jurídicas reclamadas e construídas pelos grupos sociais da atualidade. Não é a toa, portanto, que estudos mais recentes tendem a trabalhar a questão da delimitação da pluralidade jurídica (e também social) mais com a preocupação de garantir-lhes a existência e uma convivência viável entre si do que em traçar fronteiras firmes e cerradas em torno dessas diversas experiências. Assim, a questão delimitativa do direito no Pluralismo Jurídico ainda importa mais em termos de delimitação prática, ou seja, de processos e mecanismos de garantir a viabilidade e a convivências dessas experiências pluralizadas de formas de juridicidade, do que em termos de delimitação teórica.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, A. Introdução. In. TEUBNER, G. **O direito como um sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989. p. I a XXIV.

ARNAUD, A-J. **O Direito entre a modernidade e globalização**. Lições de filosofia do direito e do

ARNAUD, A-J.; DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BORRERO, C. A pluralidade como direito. **Qual Direito?** Seminários, n. 16, Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1991. pp. 45-59.

CÁRCOVA, C. M.. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 120.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer e Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006

DUPRET, B. *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification* **European Journal of Legal Studies**. n. 1. April/2007.

DURKHEIM, É. O direito como símbolo visível da consciência coletiva. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 90-107.

GARCIA, M. D. P. V. Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones em torno a una experiencia). **El otro derecho**. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. N. 26-27, abril/2002, pp. 113-134.

GEERTZ, C. **O Saber Local**. Novos ensaios em Antropologia interpretativa. Petrópolis, Vozes, 1998.

GRIFFITHS, J. *What is legal pluralism?* **Journal of Legal Pluralism**, n. 24, 1986, p. 1-55.

GURVITCH, G. **A vocação atual da sociologia**. Cosmos/Martins Fontes: Lisboa/Santos, 1979.

_____. **Sociologia Jurídica**. Tradução e prefácio da edição portuguesa por Djanir Meneses. Rio de Janeiro: Livraria Kosmos Editora, 1946.

HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Buenos Aires: Taurus. s.d. v. 1.

HOEKMA, A. J. *Hacia um Pluralismo Jurídico formal de tipo Igualitário*. **El otro derecho**. *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. n. 26-27, abril/2002, pp. 63-98.

LÉVY-BRUHL, H. **Sociologia do Direito**. Tradução Antonio Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. v. 1. Tradução G. Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

[MALINOWSKI, B.](#) **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. São Paulo: [IMESP](#) Editora, 2003.

MANNHEIM, K. Os fatores da estabilidade social. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 46-51.

MERRY, S. E. *Legal Pluralism*. **Law and Society Review**. v. 22. n. 5. 1988. pp. 870-896.

MOORE, S. F.. *Law and social change: tehe semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*. **Law and Society Review**. Verão de 1973. pp. 719-746.

OLGIATI, V. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um .engate operacional. Para uma sociologia do direito europeu, In. FARIA, J. E. (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo, Malheiros Editores, 1996. pp. 87-88.

PIERSON, D. “Folkways”, “Mores” e “Leis”. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 54-60.

PRESSBURGER, T. M. Direito Insurgente: O direito dos oprimidos. **Seminários**. n. 14, Rio de Janeiro, 1990.

ROULAND, N. (org.); PIERRÉ-CAPS, S.; POUMARÈDE, J. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Tradução de Ane Lize Spaltemberg; Ver. de R. M. Pereira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

ROULAND, N. **Nos confins do direito**. Antropologia jurídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, B. S. **O discurso e o poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **La globalización Del derecho**. *Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Tradução de C. Rodríguez. Colômbia: ILSA, 1999.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003, pp. 427-463.

SANTOS, B. S.; NUNES, J. A. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 25-68.

SCHERER-WARREN, I. **Para uma metodologia de pesquisa dos movimentos sociais e educação no campo**. UFSC. Núcleo de Pesquisa em Movimentos Sociais. Texto de aula.

SMITH, M. J. *Pluralismo, pluralismo reformado y neopluralismo. El papel de los grupos de presión en la elaboración de políticas*. **Revista Zona Abierta**. Madrid, n. 67/68, 1994

SOROKIN. P. A. **Sociedade, cultura e personalidade**. Sua estrutura e dinâmica; sistema de sociologia geral. Tradução: João Batista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968. v. 1 e 2.

SOUZA Jr., J. G.. Movimentos Sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In. ARRUDA JR. (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, pp. 131-142, pp. 138-139.

SUESCÚN, A. **El derecho Chibcha**. Siglo IX – Siglo XVI. Tomo I, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, 1998.

SUMMER, W. G. Os “Folkways” são “Certos”. Os “Direito”, a Moral. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp.52-73.

TAMANAH, B. Z. *A Non-Essencialist version of Legal Pluralism*. **Journal of Law and Society**. v. 27. n. 2. jun./ 2000, pp. 296-321.

TELLES, V. S. Sociedade Civil e a Construção de espaços públicos. In. DAGNINO, E. (org.). **Os anos 90**: política e sociedade no Brasil. São Paulo:Brasiliense, 1994. pp. 91-102.

TEUBNER, G. As duas faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós-Moderna. In. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Tradução de Dotothee Susanne Rüdiger e outros. Piracicaba: Editora da UNIMEP, 2005.

_____. **O direito como um sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989.

TOURAINÉ, A. **Poderemos viver juntos?** Iguais e diferentes. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 1998.

VANDERLINDEN, J. *Le pluralism juridique: essai de synthèse*. In. GILISSEN, J.(ed.) *Le Pluralism Juridique*. Bruxelas: L'Université Bruxelles, 1971, pp. 19-51.

WALZER, M. **Esferas da Justiça**. Em defesa do pluralismo e da Igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão Técnica de Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Da tolerância**. Tradução Almiro Piseta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

_____. Pluralismo Jurídico; nuevo marco emancipatorio en América Latina. In. RANGEL, Jesús Antonio de la Torre.(org.) **Pluralismo Jurídico**. Teoria y Experiências. San Luis Potosi – México: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2007, pp. 17-32.

WOODMAN, G. R. Ideological Combat and social observation. Recent debate about Legal Pluralism. **Journal of Legal Pluralism**. n. 42. 1998, pp. 21-72.

[1] Frentes renovadas do Pluralismo Jurídico, neste ponto, afirma Smith (1994, p. 155), reconhecem que há certas áreas políticas que admitem maior competição entre os grupos e outras que, estando marcadas por relações mais institucionalizadas (como a política sobre questões econômicas nas quais as empresas capitalistas vêem seus interesses reconhecidos com facilidade pelo Estado, em especial no caso Latino Americano), são mais fechadas ao acesso dos pleitos de grupos marginalizados. Há ainda que se ter em conta, como destaca Randeria (2003, p. 474) em seu estudo sobre o caso Indiano, que, em matéria de investimento, os tratados comerciais, os poderes adjudicativos da OMC, e as decisões do FMI e do Banco Mundial fazem parte de uma nova arquitetura do governo global, esta que segrega certas matérias, principalmente as econômicas, do âmbito político dos Estados Nacionais tidos como fracos, e se apropria delas, como se fossem apenas matérias técnicas, causando, nestes casos, uma limitação do teor democrático das decisões sobre tais assuntos.

[2] Merry (1988, p. 876-877) apresenta um traçado dessas discussões na Europa. Segundo ela, à seguinte pergunta se viram lançados os Pluralistas: Se as formas não estatais de ordem legal não são simplesmente costumes ou leis costumeiras, como nós

podemos denominá-las? Em um Simpósio, em 1978 (*The Social Consequences of Imposed Law*), chegou-se a conclusão que o simples conceito de Lei (Law) não poderia ser usado, em virtude das múltiplas formas de regulação jurídica que assumem diferentes sociedades. Em 1981, em uma conferência sobre o Direito das gentes e o Direito do Estado, discutiu-se a possibilidade de se usar o termo Direito do Povo (*Falk Law*), mas chegou-se a conclusão que seria melhor não pensar em unidades extremas, mas na idéia de um *continuum* na diferenciação entre organização, geração e aplicação de normas, tal como proposto por Galanter. A mais perdurante noção que foi aceita é a de Sally Falk Moore, dos Campos Sociais Semi-Autônomos (*Semiautonomous social field*), para descrever os sistemas de ordem em sociedades complexas.

[3] Segundo Dupret (2007, pp. 19 e 26-27), no “ponto de vista praxiológico” a análise é baseada e validada nas orientações, características e conhecimentos advindos dos próprios participantes, ou da própria realidade social investigada. Este ponto de vista é importante, segundo o autor, porque o Pluralismo não é uma construção conceitual acadêmica, mas uma realidade social que deve ser observada e descrita. Seguindo Stephen Hester e Meter Eglin, o autor identifica quatro princípios que caracterizam um enfoque praxiológico. Primeiro, a atenção ao aparato de produção e reconhecimento da ação, ou seja, ao meio de produzir uma ação que seja reconhecida pelos demais; em segundo lugar, tratar os fatos sociais como fruto da integração, ou seja, como um processo contínuo de produções sociais mutuamente constituídas em uma forma auto-organizada; em terceiro lugar, em vez de predefinir os fenômenos sociais, a praxiologia trata de descrever até que ponto os participantes se orientam por um entorno de significados e como ele entra em suas percepções, ações e responsabilidades; em quarto lugar, pressupõe-se que os atores sociais usam as normas, não sendo “criaturas” determinadas pelas normas. O rigor metodológico deve se encontrar, não em um logicismo mentalista pré-definido, mas na sua capacidade de reproduzir as características dos fenômenos observados.

[4] Segundo ANTUNES (1989, p. XII), o ato comunicativo seria toda interação simbolicamente cristalizada que, ainda que de forma não voluntária, sucede a gerar e a desenvolver um determinado padrão intersubjetivo de conduta. Logo que um tal padrão de conduta passe a orientar prospectivamente as relações intersubjetivas (ou seja, o padrão das interações passadas passe a operar como pressuposto e limite das relações futuras), assistimos a emergência de um sistema comunicativo. Ora é nisso justamente que consiste o sistema social: um sistema autopoietico de comunicação.

[5] Esta tribo não era um grupo isolado ou selvagem; pelo contrário, a Tribo Chagga era, à época, a mais próspera e mundialmente bem relacionada tribo da Tanzânia, tendo recebido influência de teorias políticas, de comunicações culturais (pelo rádio), de missionários cristãos católicos e evangélicos, tendo se destacado como importante região produtora e comercializadora de café, inclusive no comércio mundial. Tais condições, além das mudanças sociais que elas começaram a causar, fizeram com que Governo Independente da Tanzânia procurasse exercer um maior controle sobre a região, estabelecendo leis de cunho fortemente socialista sobre esses povos; foi uma tentativa empreendida por este governo de se valer da lei como “instrumento de engenharia social” em face desses grupos tradicionais que habitavam a região. A autora pesquisa então o fato de que esta legislação trouxe poucos e limitados efeitos a essas tribos tradicionais, e os efeitos que houve sofreram a mediação dos costumes e das leis tradicionais do grupo.

[6] No que tange a esta constatação, um estudo realizado por Maria Del Pilar Valencia Garcia (GARCIA, Maria Del Pilar Valência. Justicia embera, identidad y cambio cultural (reflexiones em torno a una experiencia). **El otro derecho**. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. N. 26-27, abril/2002, pp. 113-134) sobre os povos indígenas Embera, que se localizam, atualmente, na Cordilheira Ocidental, ao longo do Pacífico, entre os países do Panamá, Equador e Colômbia, também é interessante. Em sua pesquisa, a autora constatou que: a) a geração das normas, neste povo, tem origem na solução de problemas concretos, não sendo, assim, ao contrário do direito positivo, de caráter geral, impessoal e abstrato; b) a norma é apenas uma pauta de referência para a análise de casos semelhantes, não sendo fixa, nem se aplicando de maneira mecânica a todos os casos; c) a administração da justiça é mais flexível e não se baseia em um corpo de normas acabadas, tendo-se em conta alguns padrões mais permanentes (frutos da identidade cultural, da cosmovisão e da memória histórica) e outros fatores mais flexíveis e dinâmicos; d) há uma simultaneidade entre a geração, a modificação e a aplicação da norma, pois, com base no direito consuetudinário, ele se confirma, e se modifica também, no exato momento da sua aplicação; e) as decisões são tomadas em espaços comunitários, e, mesmo havendo órgãos de governo e de administração de justiça, estes não gozam do nível de especialização da justiça estatal, além de que, suas decisões podem ser reformadas na Assembléia geral .

[7] Merry (1988. p. 883) também constata a mútua interpenetração entre a lei estatal e as demais ordens ou leis sociais, pois entende que as leis são constituídas por uma pluralidade de formas sociais, em oposição e em convergência entre si, de tal modo que “há uma abertura entre a lei e outras formas sociais”, e a lei de fato adviria desta interação ordenativa.

[8] O pluralismo da transnacionalização dos campos jurídicos, segundo Santos (1999, pp. 81-82), inclui várias constelações de direitos que se interferem entre si, em maior ou menor intensidade, e em sentidos hegemônico e contra-hegemônico, e que consistem no Direito Estatal Transnacionalizado, no Direito de Integração Regional, na Lex Mercatoria, no Direito das Gentes em Movimento, no Direito Infraestatal Transnacionalizado, no Direito Cosmopolita e na dimensão do *Jus Humanitatis*.

[9] Aliás, em sua leitura de “sociedade em redes”, Castels (2006) ratifica enfaticamente esta posição de imbricamento nas sociedades contemporâneas, entendendo que diante da era informacional em que se encontra a humanidade, dificilmente um estado ou sociedade podem escapar dos efeitos interferentes dos atores globais, como também podem deixar de interferir, de certo modo, na realidade econômica, social e cultural global..

[10] Sobre tal hermenêutica, partindo da premissa de que cada cultura é marcada por alguns universos de sentido, representados por suas constelações de *topois* fortes, Santos & Nunes (2003. pp. 443-451) advogam que, no contato cultural, a pretensa totalidade de cada cultura é problematizada, haja vista que os universos de sentido das demais a faz tornar-se consciente das incompletudes e dos vazios do seu universo; é, então, nestes vazios mutuamente constatados que as culturas se abrem umas às outras, a fim de se completarem nas trocas de soluções diferentes a problemas comuns; para este intento de “colaboração cultural”, no entanto, os grupos precisam encontrar um meio de comunicabilidade e entendimento, haja vista lidarem com campos simbólicos e significativos distintos. Já que não há uma razão universal a proceder essa mediação de

sentido, a hermenêutica diatópica é, justamente, o processo de aproximação dos diferentes universos de sentido culturais que dão respostas distintas a problemas comuns, possibilitando suas trocas culturais e sua convivialidade recíproca; ela poderia ser usada, assim, para a elaboração, à medida em que se realizassem os contatos e surgissem seus conflitos, de algumas soluções a tais conflitos construídas de forma legítima, pois respeitantes de todos os universos de sentido envolvidos, sempre no intento maior, pressuposto como querido pelos grupos, de se manter a comunicação e as trocas culturais positivas. É claro que tal hermenêutica pressupõe, como bem lembram os autores, e como se evoca em todo este trabalho, que se leve em conta a necessidade da superação dos silêncios culturais, historicamente impostos a certos grupos, para que estes recuperem sua condição de sujeitos dialogantes, e não de passivos receptores de *topois* alheios, como foram obrigados a ser até então.

[11] Essa dupla exigência que, assevera Touraine (2006, p. 175), é comum aos movimentos sociais quando estes reclamam, ao mesmo tempo, reconhecimento e retribuição, ou seja, exigências culturais ou morais e exigências econômicas. Assim, eles pugnam pela conquista de novos direitos, além dos políticos e econômicos (que são direitos da igualdade) – são os direitos culturais (ou os direitos à diferença).

**HERMÊNUTICA, CONSTITUIÇÃO E
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS**

A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO À EDUCAÇÃO*

JUDICIARY INTERFERENCE FOR THE RIGHT OF EDUCATION

Alessandra Matos de Araújo

RESUMO

O principal objetivo do presente artigo é discutir a viabilidade de alguns mecanismos de controle jurisdicional das políticas públicas direcionadas à promoção dos direitos sociais, em face da omissão pelo Poder Público, especialmente do direito à educação, diante da crise da democracia representativa e até mesmo da participativa. A discricionariedade governamental para formulação e execução das políticas públicas em matéria de direitos sociais e a escassez de recursos orçamentários têm dificultado a concretização dos direitos sociais. Ao largo da posição entre o tudo e o nada quanto ao atendimento aos direitos prestacionais, surge ainda a constatação do protagonismo do Poder Judiciário na esfera social, subtraindo desta sua autonomia e pondo em risco, por conseguinte, a possibilidade de realização em um ambiente democrático e plural, motivo pelo qual o propósito é estabelecer mecanismos de controle para que o Poder Judiciário possa desempenhar um relevante papel na concretização do direito à educação.

PALAVRAS-CHAVES: EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO; PODER JUDICIÁRIO; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to discuss the feasibility of some control mechanisms of public policies directed at the promotion of social rights, due to the omission of the Public Authority, especially regarding the right to education, in the context of the present crisis facing representative democracy and even participative democracy. Governmental discretionary ability for the formulation and execution of public policies regarding social rights and the scarcity of budgetary resources made it difficult to turn social rights into realities. Because of the all or nothing attitude regarding the addressing of service provisioning rights, the protagonism of the Judiciary in the social sphere has come into evidence, subtracting from its autonomy and consequently, risking the possibility of its fulfillment in a plural and democratic environment, because of that, the purpose is to establish control mechanisms so that the Judiciary may perform a relevant role in the concretization of the right to education.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATION; JUDICIARY, FEDERAL SUPREME COURT

INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar um problema de dimensões extremamente relevantes para a sociedade: a efetividade dos direitos sociais. Como se sabe, inúmeros fatores têm embaraçado os passos do Judiciário em direção a um papel mais protagonista e efetivo na busca pela garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, denominados de direitos de segunda geração, dentre eles o direito à educação.

A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. A liberdade de expressão, por exemplo, será substancialmente protegida na medida em que o Poder Público não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, nesse caso, será fundamental. Todavia, quando se trate de direitos sociais a situação é bastante diversa, na medida em que para serem implementados depende de ações por parte do Poder Público e, principalmente, dispêndio de recursos públicos.

As atividades legislativa e jurisdicional envolvem a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. Ao legislador incumbe a tarefa de disciplinar os mais variados temas de acordo com os princípios constitucionais. O magistrado tem por missão aplicar a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar da maneira que melhor realize os fins constitucionais.

Compete à Administração Pública atuar para que sejam atingidos os objetivos constitucionais inseridos no art. 3º da Constituição Federal, e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, a fim de, por exemplo, garantir a prestação de determinados serviços. Ocorre, todavia, que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados.

Verifica-se que a doutrina diverge acerca da possibilidade do Poder Judiciário apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, considerando a necessidade de alocação de recursos e o fato de vivermos em uma sociedade pluralista, com diversos valores, interesses e, em consequência, múltiplas necessidades a serem atendidas.

Neste contexto, autores como Flávio Galdino e Gustavo Amaral sustentam que determinados direitos que demandam prestações estatais podem entrar em choque, sendo inevitável uma *escolha trágica*, já que algum acabará não sendo atendido, na medida em que se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infra-estrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, sendo muitas vezes

necessário optar por um ou alguns deles e que nas decisões judiciais não são cogitados os efeitos econômicos.

É imperiosa a necessidade de se definir claramente os mecanismos da intervenção judicial no tocante ao direito à educação, até mesmo diante da crise da democracia representativa e participativa.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO

Sustenta Luiz Roberto Barroso (2006, p. 80-84) que as normas materialmente constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias: normas constitucionais de organização (organiza o exercício do poder político), normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas (veiculam princípios desde logo observáveis ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos não gerando para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas os investem na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham às diretrizes traçadas, sendo desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras.

A consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais cujo desenvolvimento teórico e positivo se deu ao longo desse século, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919 marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, surgindo para o Estado e para a sociedade certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.

O direito à educação passa por um importante momento de transição. Essa transição vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

É preciso deixar claro que toda norma constitucional é dotada de eficácia ou no postulado de José Afonso da Silva (1998, p. 82-83) “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia.”

A controvérsia doutrinária está na aplicabilidade e na eficácia da norma ou das normas que contêm, em sua substância, o direito à educação.

José Afonso da Silva (2008, p. 180) inclui as normas de direito fundamental nas de eficácia contida, ou seja, “aquelas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”. De acordo com o citado autor, *in verbis*:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as

outras e exercem revelante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Canotilho (1998, p. 1049-1051) defende a morte das normas programáticas, o que foi endossado por Eros Grau (1988, p. 126), sob a alegação de que embora a Constituição Federal tenha contemplado de maneira explícita o direito à educação como direito social, conforme previsto nos arts. 6º e 205, há de ser entendido como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, na condição de direito público subjetivo. Nesse contexto, os referidos autores entendem que o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão, é um direito fundamental de suma importância para que o ser humano possa atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual.

Até o advento da atual Constituição Federal, embora se reconhecesse a importância da educação como fator de mudança social, não havia, excetuando a obrigatoriedade de matrícula, nenhum instrumento de sua exigibilidade, delegando as normas constitucionais a sua regulamentação às leis ordinárias.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, declarou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito é um direito social. Mas será que esse direito é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, ou seja, exigível judicialmente se não for prestado pela Administração?

A atual Constituição estabeleceu a responsabilidade pessoal das autoridades competentes quando do não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (art. 208, §2º), acrescida da aplicação compulsória de percentuais mínimos da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 208 e 212). Houve ainda uma nítida preferência constitucional pelo ensino público, sendo a iniciativa privada, neste âmbito, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213).

A Constituição Federal Brasileira (art. 227) prevê a responsabilidade do Estado, da sociedade e da família na educação da criança visando o seu pleno desenvolvimento.

A educação escolar brasileira de acordo com a Constituição Federal de 1988 está dividida em dois níveis: educação básica e educação superior. A educação básica compreende a educação infantil ou pré-escola; o ensino fundamental (1ª a 9ª série) e o ensino médio (1º ao 3º ano).

É mister ressaltar que a Constituição Federal de 1988 considerou como obrigatório e gratuito apenas o ensino fundamental, admitindo, no entanto, a progressiva gratuidade do ensino médio (art. 208, I e II, com a redação da Emenda Constitucional nº 14/96).

Diante da previsão constitucional da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV), resulta a adoção de dois sistemas fundamentais de ensino: o público, que é mantido pelos entes federativos e o privado, aberto à iniciativa particular, sendo normatizado e fiscalizado pelo poder público.

De acordo com a Constituição atual, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 208, o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. A Constituição

Federal de 1988 ao classificá-lo como direito público subjetivo, atribuiu-lhe força vinculativa e conferiu-lhe o correspondente direito de ação (SIFUENTES, 2001, p. 58).

Como já disse Bobbio (1992, P. 25) o problema do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas de protegê-los. Não se trata de saber quais são os direitos, mas sim “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. A questão, então, está em considerá-los de aplicação direta e imediata, passível de satisfação/proteção por meio da interferência do Poder Judiciário.

2 A EXPRESSÃO “DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO”

O conceito de “direito público subjetivo” foi por muito tempo entendido em consonância com o direito de ação, o que significa dizer que a falta do direito de ação implicava na própria inexistência ou inexigibilidade do direito. No entanto, essa visão foi aplicada em relação aos direitos individuais, que, via de regra, para a sua proteção era exigida apenas uma abstenção à autoridade administrativa, sendo, portanto, possível a intervenção do Judiciário. Entretanto, quando se cuida dos direitos sociais, considerou-se inicialmente que eles representavam normas programáticas, em virtude da sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais que nem sempre ele poderia cumprir, por carência ou limitação de meios e recursos (SIFUENTES, 2001, p. 60).

Os direitos sociais, classificados como direitos fundamentais de segunda geração, segundo a concepção clássica, não podiam ser postulados judicialmente, porque apenas refletiam uma determinação de objetivos estatais, vinculando primeiramente o legislador e não o administrador. (HESSE, 1998, p. 170-171)

Ocorre que houve uma mudança na concepção dos direitos sociais, conforme o escólio de Paulo Bonavides (1999, p. 518-519), já que enquanto as constituições anteriores não previam instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdades, as constituições modernas, dentre elas a brasileira, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e, desse modo, segundo o autor, os direitos sociais acabaram se tornando exigíveis judicialmente tanto quanto os direitos fundamentais da primeira geração.

É cediço também que a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Desse modo, no que concerne aos direitos sociais, a sua eficácia depende de uma ação concreta do Estado, por meio de políticas públicas, e não de uma mera possibilidade de agir em juízo, ao classificá-lo como direito público subjetivo.

Conforme esclarecedora lição de Clarice Seixas Duarte (2006, p. 267-268) com esteio na doutrina do jurista alemão Georg Jellinek, esta figura jurídica pode ser definida como sendo “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”. Isso significa dizer que o direito público

subjetivo confere a possibilidade de o indivíduo transformar a norma que é de caráter geral e abstrata prevista no ordenamento jurídico (direito objetivo) em seu direito (direito subjetivo). Em virtude disso, o direito público subjetivo pode ser considerado como o instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, possibilitando ao titular do referido direito constrianger o Estado a executar o que deve.

O importante, contudo, não é o reconhecimento da exigibilidade individual do direito à educação, mas a interpretação do atual sentido de uma figura jurídica (direito público subjetivo) que embora tenha surgido para proteger direitos individuais, a fim de resguardar o cidadão contra as interferências abusivas do Estado na sua esfera de liberdade, está inserida em um novo contexto.

A Constituição Federal de 1988 adotou os princípios do Estado Social e Democrático de Direito. Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro diversas ações judiciais servem para tutelar os direitos difusos e coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção) possibilitando, com isso, a participação social na gestão da coisa pública, fazendo com que o direito de ação contra o Poder Público seja um instrumento de participação política, consagrando, desse modo, outras formas de participação popular que não seja apenas a democracia participativa e a meramente representativa em nosso sistema jurídico (BUCCI, 2006, p. 273).

Sobreleva notar que a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não só os beneficiários diretos do serviço (alunos), mas também a coletividade como um todo, já que a educação contribui para o oferecimento de condições de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social do ser humano, bem como proporciona melhores oportunidades de emprego, possibilitando o desenvolvimento econômico da nação.

A concretização dos direitos sociais, dentre eles, o direito à educação, é uma das novas tarefas impostas aos Poderes Públicos, que não se limitam mais à produção de leis ou normas gerais, mas abrangem a elaboração e implementação de políticas públicas, que se tornam os grandes eixos orientadores da atividade estatal (COMPARATO, 1998, p. 39-48).

A enunciação do ensino fundamental como direito público subjetivo traz como consequência o reconhecimento da exigibilidade coativa e imediata perante o Poder Judiciário. A teoria clássica das normas programáticas, portanto, não é aplicável no caso do direito à educação. Senão vejamos.

O “Plano de Metas Compromisso de Todos pela Educação” previsto por meio do Decreto n. 6.094, de 24 de abril de 2007, publicado em 25 de abril de 2007, estabelece a conjugação dos esforços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atuando em regime de colaboração, das famílias e da comunidade, em proveito da melhoria da qualidade da educação básica.

Acrescente-se, ainda, que nos termos da Lei n. 11.494/2007 que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), foi estabelecida a descentralização de competência entre as entidades federativas no tocante à responsabilidade pelo oferecimento do acesso

à educação. O referido fundo, que atende desde a creche até o ensino médio, está em vigor desde janeiro de 2007 e se estenderá até 2021.

As políticas públicas podem ser conceituadas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 241). Consta-se ainda que a criação de um programa faz surgir interessados, titulares de direitos específicos a medidas contempladas no programa, onde antes havia apenas titulares de direitos em abstrato, motivo pelo qual, conforme sustenta Maria Paula Dallari Bucci, a existência de uma política de valorização do ensino fundamental pode fazer surgir o direito à matrícula numa escola em determinada região onde antes se poderia falar apenas em titularidade do direito à educação.

O direito ao ensino fundamental gratuito é previsto na Constituição Federal de 1988 que chega a afirmar tratar-se de direito público subjetivo. Verifica-se que o objetivo pretendido pelo dispositivo não é apenas assegurar que seja oferecido o ensino fundamental, mas que todos tenham efetivamente acesso a ele, por isso a referência no dispositivo à obrigatoriedade e, com o mesmo propósito, ao oferecimento obrigatório em horário noturno e sob forma didática adequada, a fim de que também os adultos não alfabetizados tenham oportunidade de obter ao menos essa formação básica. (BARCELLOS, 2008, p. 201-202).

Dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável da existência digna de todos aqueles que vivem em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de “mínimo existencial”.

As opções políticas do Constituinte, no entanto, não têm o condão de engessar o contínuo desenvolvimento de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista. Respeitadas as decisões fundamentais consagradas na Constituição Federal de 1988, nada impede a constante renovação da vontade popular, com a conseqüente expansão das concepções ideológicas outrora prevaletentes (GARCIA, 2004, p. 169).

Neste sentido, foi editada a Lei nº 8.609, de 13 de julho de 1990 que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e que teve por objetivo ampliar em relação às crianças e adolescentes o rol de direitos previstos no texto constitucional. Em relação ao direito à educação o art. 54 do Estatuto repetiu com pequenas alterações redacionais, os termos do art. 208 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

(...)

Enquanto o Poder Constituinte optou por indicar o “mínimo existencial” com a utilização do designativo “direito subjetivo”, o legislador infraconstitucional chegou a resultado similar por meio diverso.

Na ordem de prioridades constitucionais, afora o ensino fundamental, o legislador infraconstitucional reconheceu, implicitamente, para um desenvolvimento digno das crianças e dos adolescentes, a necessidade de serem adotadas as medidas possíveis à imediata implementação do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, dentre outros.

3. A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PELA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA “CRISE” DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E PARTICIPATIVA.

O núcleo da teoria democrática é condensado pelo princípio da soberania popular (ou princípio democrático), reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988 através da fórmula: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. De acordo com os ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006), o princípio da soberania popular implica compreender a democracia como forma de estado (“todo poder emana do povo”) e de governo (“que o exerce...”), de modo que tanto a organização do poder, quanto seu exercício efetivo devem ser conduzidos à vontade popular.

O problema central de Rousseau e a partir dele de todos os teóricos da democracia é como justificar o exercício da autoridade numa comunidade formada por iguais (no sentido moral), pois se todos os homens são livres e iguais “nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante” (Capítulo III, Livro I).

A grande questão é “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum as pessoas e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a

todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”. O próprio Rousseau dirá que “este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social” (Capítulo VI, Livro I).

A lei geral passa a ser considerada como o veículo idôneo da expressão da vontade geral, no entanto, a democracia republicana de Rousseau é algo distinto da mera agregação de interesses privados por intermédio da vontade da maioria. Trata-se de um regime voltado à construção do bem comum, o que exige não apenas a transformação do homem em cidadão, por intermédio do processo de participação na coisa pública, mas também a construção da vontade geral que somente poderá ser manifestada por meio da lei geral.

É cediço que a democracia participativa e republicana proposta por Rousseau demanda uma cidadania muito mais intensa, extremamente ativa e participativa, bem como ética, o que significa dizer que o cidadão é obrigado a demonstrar virtudes cívicas que permitam a construção coletiva do bem comum.

O conceito de democracia direta, com a participação intensa de cidadãos iguais e imparciais na formulação do bem comum será criticada no século XIX. Schumpeter (1942) considera que esta versão clássica da democracia, além de idealizada e inatingível, é também indesejável, pois incompatível com uma sociedade pluralista, em que exista mais de uma noção de bem comum. Em virtude disso, ele considera que o momento de participação cidadã resume-se à escolha eleitoral entre os candidatos preestabelecidos pelos partidos.

Apesar de Paulo Bonavides defender a efetivação de uma democracia participativa em larga escala, com a utilização de instrumentos de democracia direta diante da atual crise da democracia representativa, verifica-se que a aplicabilidade dessas técnicas participativas a saber: o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular, prevista no parágrafo único do artigo 1º, bem como no artigo 14 da Constituição Federal, teria sido bloqueada e negada ao povo, à nação, à soberania, por obra de um esbulho. (2003, p. 41).

A idéia de manifestação da vontade popular e, conseqüentemente, do que venha a ser bem comum, não se restringe mais àqueles que detêm mandato eletivo ou representatividade eleitoral conferida pelo voto, à medida que se abrem diversas outras oportunidades para o pleito de tais direitos. No processo de implementação de políticas sociais inclusivas, é possível, a participação da sociedade e do Poder Judiciário, como agentes transformadores da realidade vigente no país, mediante a concretização de direitos.

Verifica-se conforme sustentado por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 269) que “o processo administrativo de formulação e execução de políticas públicas é um processo político, cuja legitimidade e ‘qualidade decisória’, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.”

Sobreleva notar que segundo o conceito de autonomia pública as normas são legítimas quando os próprios destinatários participam da sua elaboração, quando há identidade entre governantes e governados. (SOUZA NETO, 2006)

É importante destacar que a teoria democrático-deliberativa exige não só a igualdade de “possibilidades” para participar da vida pública, mas também a igualdade de “capacidades” para fazê-lo efetivamente – o que pressupõe um contexto econômico e cultural razoavelmente igualitário. O aporte deliberativo justifica tanto políticas redistributivas, quanto políticas de reconhecimento. Se não há igualdade material razoável e igual reconhecimento, não há real motivação para cooperar e o processo democrático se reduz ao padrão “amigo-inimigo” (SOUZA NETO, 2006, p. 297).

Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 225), além disso, define o conceito democrático-deliberativo de Constituição, nos seguintes termos:

A teoria democrático-deliberativa resgata o esforço de racionalização normativa, mas o concebe de modo dinâmico, democrático, discursivo e reconstrutivo. Com isso, logra operar com mais consistência e equilíbrio uma síntese entre os principais dualismos da teoria constitucional – descrição v. prescrição, normatividade v. realidade, estática v. dinâmica. Fixados esses pressupostos, tal teoria pode estabelecer o seguinte conceito de constituição:

A constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre de todos os cidadãos na deliberação democrática.

No entanto, é indubitável que não atingimos esse amadurecimento, já que uma quantidade significativa da população habilitada formalmente a participar do processo democrático vive em situação de pobreza extrema. Segundo informação disponível no site do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, mais de 11 milhões de famílias receberam o benefício do Bolsa-Família, que se destina a famílias que tenham renda *per capita* mensal de até R\$120,00 (cento e vinte reais), constata-se que a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático está amplamente prejudicada pelas condições de extrema pobreza ou miserabilidade, bem como pela ausência de níveis básicos de educação e informação.

Nesse contexto, o controle social ou até mesmo o exercício de democracia participativa apresentam graves dificuldades de funcionamento. Ademais, fixada a premissa de que o direito à educação foi elevado à categoria de direito público subjetivo, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 208 da Constituição Federal e dos já mencionados preceitos da Lei n. 8.069/90, é preciso saber como os cidadãos em geral podem exigir, judicialmente, a implementação de políticas públicas, por meio da prestação de serviços públicos como é o caso do direito à educação, já que o Estado nas hipóteses de cumprimento de um direito prestacional, vale-se da limitação concernente à cláusula da “reserva do possível”.

A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado Contemporâneo já foi antecipada por Karl Loewenstein (1965, p. 42), ao mostrar que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu, em que o juiz não passa de uma inanimada boca que pronuncia as palavras da lei, já não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, sendo necessário estabelecer

uma nova “separação dos poderes” que leve em consideração as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*).

Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) destaca ainda que a teoria da constituição da democracia deliberativa busca superar o impasse fundamental do debate constitucional brasileiro contemporâneo no que concerne à definição do papel do Judiciário na concretização da Ordem Constitucional, ao defender que como a democracia implica, além da atribuição de poder decisório às maiorias, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais, é na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial, contribuindo, desse modo, para o aprimoramento das práticas democráticas.

É mister ressaltar que uma das principais objeções à noção de que cabe ao Judiciário a concretização de direitos sociais prestacionais diz respeito justamente à legitimação democrática, já que a concretização de direitos sociais implica a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos, e se concretizar os direitos sociais implica decidir, estabelecer prioridades, implementar políticas públicas, essa tarefa caberia ao Legislativo e ao Executivo, que foram eleitos para tanto e refletem, em suas deliberações, a vontade da maioria. Essa crítica existe também em relação à prerrogativa de a jurisdição constitucional invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo legitimado democraticamente .

As críticas, no entanto, podem ser superadas sob o prisma da própria teoria democrática, pois se considerarmos que certos direitos sociais são condições para a cooperação democrática, então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Assim como o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é legítimo agir diante de sua inércia, quando esta implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. (SOUZA NETO, 2006).

O Poder Judiciário, particularmente o Supremo Tribunal Federal, vem reconhecendo que o direito à educação por ser um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, não pode se converter em promessa constitucional incosequente.

No caso do direito à educação, há quem sustente, tal como Dirley da Cunha Júnior que nem a reserva do possível, nem a reserva de competência do legislador podem ser invocados como óbices.

Consideramos, no entanto, que não pode o magistrado dispensar o argumento da reserva do possível ao empregar o conceito do mínimo existencial, daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 271-272):

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete **deverá** levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. **Por outro lado**, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter

recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, **é exatamente realizar** os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas e da Carta de 1988 em particular, **pode ser resumida**, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, **cujo ponto** de partida **está em assegurar** as condições de sua própria dignidade, **que inclui**, além da proteção dos direitos individuais, **condições materiais mínimas de existência**. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (**o mínimo existencial**), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. **Apenas depois** de atingi-los é que se poderá discutir, **relativamente** aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. **O mínimo existencial**, como se vê, **associado** ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, **é capaz** de conviver produtivamente **com a reserva do possível**. (grifos nossos).

Como não é possível estudar o direito de forma isolada, já que nem a melhor hermenêutica pode fazer surgir os recursos que por acaso inexistam, é preciso considerar na interessante expressão de Flávio Galdino que “direitos não nascem em árvores, nem caem do céu”, bem como o fato de que todo direito demanda recurso, já que não só os direitos sociais, mas também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, motivo pelo qual em virtude da escassez de recursos, *escolhas trágicas* haverão de ser feitas, sendo tal questão extremamente complexa.

Considerando o fato de que a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente o direito à educação como direito público subjetivo, será que ela quis reconhecer o direito a uma pretensão individual (uma vaga na escola) ou à realização de políticas públicas?

O reconhecimento expresso do direito à educação como direito público subjetivo autoriza a possibilidade de acionar o Poder Judiciário em caso de ocorrência de uma lesão, sendo que isso não é objeto de polêmica até porque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal prevê que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A Constituição centra-se na proteção ao “direito”, motivo pelo qual o Poder Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. A jurisprudência brasileira em matéria de políticas públicas é de difícil pesquisa na medida em que muitas decisões a ela relacionadas não são indexadas como tais, mas como questões de aplicação do direito comum, porque muitas vezes não consideram tais questões como de políticas públicas, preferindo tratá-las como questões legais, envolvendo a competência dos Poderes Públicos, em ações civis públicas e outras ações coletivas, como mandado de segurança coletivo, dentre outros.

Consultando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da ADPF 45, cujo relator foi o Ministro Celso Mello, o Pretório Excelso enfrentou o tema ao reconhecer a “função política da jurisdição constitucional” e considerou a ação de descumprimento de preceito fundamental como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

É mister ressaltar que o STF já reconheceu em várias ocasiões o acesso a creche e à pré-escola e não apenas o ensino fundamental como direito subjetivo. A título de ilustração, é mister trazer à baila a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 677.274-8/SP, na qual põe em relevo não só os fundamentos jurídicos da limitação do Poder Judiciário para a ingerência no poder discricionário do Executivo – a separação ou independência de poderes, nos termos do art. 2º da Constituição, mas também as limitações financeiras para a implementação do direito.

Verifica-se, desse modo, que para prolatar o referido acórdão, o Supremo Tribunal Federal levou em conta o caráter fundamental dos direitos em questão (direitos da criança e do adolescente, art. 208, IV, da CF, já que a lide era referente à matrículas de menores em rede municipal de educação infantil), logo diante do reconhecimento do caráter fundamental dos direitos da criança e do adolescente, considerou-se que o acesso a creches públicas e ensino pré-primário pode ser considerado um direito público subjetivo, estendendo o conceito do mínimo existencial, que até então era restrito apenas ao ensino fundamental.

Observa-se, ainda, que a técnica decisória utilizada assemelha-se, mas não é igual àquela aplicada no controle judicial dos atos administrativos, em que são sindicáveis não o mérito do ato, mas os vícios alegados, como, por exemplo, o desvio de poder. Observa-se que o acórdão deixa claro essa estratégia:

(...) Considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes, não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, §2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças de zero a seis anos de idade”. (CF, art. 208, IV).

Acrescente-se ainda que a Corte Constitucional está atenta à questão pertinente à reserva do possível, ao admitir a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, especialmente em relação ao direito à educação. No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconhece que em se tratando da concretização dos direitos que integram o conceito de mínimo existencial, “não se mostra lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir da indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou

político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos de condições materiais mínimas de existência.”(ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF n. 345/2004).

Neste contexto, a “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, mas apenas na hipótese de ocorrência de justo motivo objetivamente aferível de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, a fim de justificar a falta da imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Segundo o eminente Relator, o Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo recusa ao fornecimento do referido serviço público sob a alegação de deficiência de caixa, exceto, se demonstrado de forma objetiva a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, a justificar a falta da imediata efetivação do comando fundado no texto constitucional.

Restou demonstrado, desse modo, que os Poderes Públicos estão obrigados a incluir em suas previsões orçamentárias rubricas capazes de atender a essa necessidade, e estabelecer as metas relacionadas com o oferecimento do acesso à educação, observando-se de forma prioritária aquilo que se considera “mínimo existencial”.

O Poder Judiciário, por seu turno, além do controle da quantidade de recursos a ser investida no momento do estabelecimento das metas, a fim de verificar se foram observados os percentuais mínimos estabelecidos pela Constituição (art. 202, CF), também pode controlar a eficiência administrativa na utilização dos recursos públicos investidos ou destinados a políticas públicas relacionadas à educação, com o objetivo de avaliar o resultado final alcançado em relação às metas estipuladas, tendo em vista o disposto nos incisos I, VI, VII e §§ 1º e 2º do art. 208 da Constituição Federal.(BARCELLOS, 2007, p. 617-626).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ressaltado todas as políticas públicas devem ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo.

Verifica-se conforme sustentado por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 269) que “o processo administrativo de formulação e execução de políticas públicas é um processo político que depende do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.”

Como ainda não atingimos esse almejado amadurecimento de participação, utiliza-se de uma categoria consagrada como a do direito público subjetivo em relação ao direito à

educação, a fim de possibilitar o reconhecimento da exigibilidade coativa e imediata perante o Judiciário.

É evidente, no entanto, que não se pode ignorar o argumento da “reserva do possível”, já que o crescimento de conflitos jurisdicionais, mesmo quando agregados os interesses coletivos sob a representação processual do Ministério Público, pode ensejar que o dispêndio de recursos públicos (escassos) ocorra de forma desordenada e sem uma racionalidade explícita e consciente.

Os trabalhos publicados que defendem as posturas “ativistas”, apesar de bem intencionados, por pretenderem, a qualquer custo, a concretização de direitos, acabam por pagar um preço demasiado elevado, pois ao desconsiderarem inclusive a disponibilidade financeira do Poder Executivo que é totalmente diversa da disponibilidade orçamentária, acabam adotando, muitas vezes, opções trágicas.

Como o presente trabalho aborda de forma específica o controle judicial do direito à educação, excluindo os demais direitos sociais, sobreleva notar que a proteção constitucional conferida ao direito à educação, considerado como direito público subjetivo, de caráter obrigatório e gratuito, se o Executivo, mesmo tendo implementado uma política pública para garantir o referido direito, deixar pessoas privadas de vagas nas escolas, estará sujeito à interpelação judicial, seja por conta do exercício de uma pretensão individual ou coletiva.

A Interferência do Poder Judiciário em relação ao direito à educação, conforme mencionado, pode incidir seja previamente no momento do estabelecimento das metas, observando-se a aplicação dos percentuais mínimos, seja posteriormente, mediante a análise do resultado final alcançado e aquele esperado em matéria de políticas públicas associadas ao direito à educação, a fim de constatar o eventual descumprimento das referidas metas.

Acrescente-se ainda que a teoria da constituição da democracia deliberativa implica, além da atribuição de poder decisório às maiorias, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais e é na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial, contribuindo, desse modo, para o aprimoramento das práticas democráticas.

O presente artigo demonstrou também que à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o direito à educação pode ser implementado pelo Poder Judiciário por ser considerado um dos componentes do conceito de mínimo existencial e que, em determinados casos, o argumento da reserva do possível pode ser levado em consideração desde que comprovada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, a fim de justificar a falta da imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. ampl., rev. e atual, Rio de Janeiro:Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 14. ed., São Paulo:Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica**. São Paulo:Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo:Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra, Ed. Almedina, 2. ed., 1998.

COMPARATO. Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília:Senado Federal, n.138, p. 39-48, abr./jun., 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público:em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2.ed. rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.**Direitos Humanos Fundamentais**. 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson (Org). **Efetividade dos Direitos Sociais**.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, 1988.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2.ed., Chicago: Univ.Chicago Press, 1965.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova York: Harper & Brothers, 1975.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo:Malheiros, 3. ed., 1998.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **O Acesso ao Ensino Fundamental no Brasil: um Direito ao Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo:Malheiros, 2006.

A importância da educação justifica até mesmo a punição, civil e criminal, dos pais que não diligenciam acerca da formação escolar de seus filhos conforme o disposto no art. 24 da Lei nº 8.069/90 (ECA).

Disponível em: www.mds.gov.br. Acesso em 23.07.2008.

Um outra discussão que não é possível travar nesse artigo diz respeito ao resultado efetivo produzido pela prestação do serviço, ou seja, se os alunos efetivamente aprendem, pois o controle do resultado da ação administrativa e não apenas a verificação formal da existência das atividades-meio, é um tema que exige desenvolvimento específico

A fim de comprovar a revelância na implementação do direito à educação, a Constituição Federal estabelece os percentuais mínimos de recursos que devem ser

investidos nesta área, nos termos do art. 212 da CF/88. No entanto, nota-se que é possível distinguir um tratamento constitucional diverso entre o ensino obrigatório e as demais prestações de ensino que o seguem na lista de prioridades estabelecidas pela Constituição e pela Lei n. 8.069/90.

**HERMENÊUTICA JURÍDICA: A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE
PETER HÄBERLE NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS
INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO***

**HERMENÉUTICA JURIDICA: LA CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO
PETER HÄBERLE EN LO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO PARA
LA CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS
INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN**

**Caroline Müller Bitencourt
Mônia Clarissa Hennig Leal**

RESUMO

O presente artigo tem como escopo estudar a contribuição do pensamento do renomado doutrinador alemão Peter Häberle, para a democratização da interpretação constitucional e, conseqüentemente do próprio Direito. Frente à constatação que os métodos tradicionais apresentados pela velha hermenêutica jurídica não atendeu às necessidades da sociedade contemporânea, onde uma de suas principais característica é o pluralismo, a proposta de Häberle vem ao encontro das necessidades sociais e democráticas refletidas na Constituição de 1988, como a realização da cidadania, a garantia da liberdade, o respeito às diferenças através da dignidade da pessoa humana. Assim constata o autor que vivemos em um entorno cultural, onde a realidade influencia e é influenciada pela Constituição. Portanto, nesta sociedade aberta, os indivíduos, mais do que destinatários da norma constitucional, passam a ser seus autênticos intérpretes, pois segundo Häberle, todo aquele que vive a Constituição cotidianamente é um intérprete constitucional. É neste sentido, que a nova hermenêutica constitucional da sociedade aberta dos seus intérpretes vem a romper com antigos dogmas do Direito, através do reconhecimento de que a Constituição, e, conseqüentemente o próprio Direito, é indissociável da realidade cultural em que vive, motivo pelo qual considera a Constituição um fenômeno cultural, um dever-ser que necessita também refletir e ser refletida pela imagem o ser humano neste Estado Constitucional. Somente diante desta interação, será possível a concretização dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL, SOCIEDADE ABERTA, PLURALISMO E
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUMEN

El presente artículo tiene como interés estudiar la contribución del pensamiento del renomado doctinador alemano Peter Häberle para la democratización de la interpretación constitucional en nombre de la concretización de los derechos fundamentales. Frente a la constatación que los metodos tradicionales presentados por la vieja hermenéutica juridica no sirve a las necesidades de la sociedad contemporánea, donde un de sus principales características es el pluralismo, la propuesta de Häberle viene al encuentro de las necesidades sociales y democráticas reflejas en la Constitución del año 1988, como la realización de la ciudadanía, la garantia de la libertad. El respecto a las diferenças través de la dignidad de la persona humana. Asi, dice el autor que vivimos en un entorno cultural donde la realidad influencia y es influenciada por la Constitución. Por lo tanto, nesta sociedad abierta, los individuos, más que destinatários de la regla constitucional, passan a auténticos intérpretes, una vez que, segundo Häberle todo aquél que vive la Constitución cotidianamente es un intérprete constitucional. Es neste sentido que la nueva hermenéutica constitucional da la sociedad abierta de sus intérpretes viene a romper con los antiguos dogmas del Derecho, través de su reconocimiento de que la Constitución y, por consecuencia, el propio derecho, es indisociable de la realidad cultural en que vive, razón por la cual considera la Constitución un fenómeno cultural, un dever-ser que necesita también reflejar y ser reflejada por la imagen el ser humano en este Estado Constitucional. Solamente con esta interacción sera posible la concretización de los derechos fundamentales nel constitucionalismo contemporáneo.

PALAVRAS-CLAVE: CONSTITUCIÓN, INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL, SOCIEDAD ABIERTA, PLURALISMO Y
CONCRETIZACIÓN DE DERECHOS

Notas introdutórias

Há muito o direito não vinha apresentando respostas satisfatórias através da tradicional hermenéutica constitucional. Reconhecer a individualidade e a complexidade das relações sociais trouxe um novo desafio ao direito: preparar suas próprias estruturas para abertura de dogmas e conceitos fechados, bem como o dever de chamar e abrir-se a realidade e participação social, com intuito de realizar justiça e concretizar os direitos fundamentais. Fazer isso isoladamente no campo jurídico, seria restringir e aprisionar estas questões, no entanto, se o direito e a jurisdição constitucional proporcionarem a devida abertura para o exercício da cidadania, uma nova forma de ver e viver a Constituição poderá estar nascendo. Motivo pelo qual, a velha hermenéutica, como ensina Bonavides mostra-se superada, e abre espaço para uma nova hermenéutica mais construtivista e concretizadora dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenéutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito

Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido. Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica[1].

É certo, porém, que a jurisdição tem se ocupado de um campo de tensão entre direito e política e, sob a égide de uma democracia, requer constantes debates e deliberações. A ampliação do papel da cidadania, a legitimidade das instituições investidas do direito de propor os remédios constitucionais, a própria participação de técnicos para melhor compreensão de questões específicas, o instituto ainda recente do *amicus curie* e, essencialmente, o debate público que ocorre em face das polêmicas que giram em torno da questão da atuação do Judiciário na efetividade de direitos têm demonstrado a necessidade de uma democratização da jurisdição, devendo estar aberta na busca da melhor solução condizente à democracia. A grande dificuldade reside no fato que estes mecanismos e possibilidades ainda não são devidamente explorados e efetivamente incorporados à prática cotidiana da jurisdição e da própria cidadania.

Visando compreender de que forma deve se dar a abertura do Direito a estes novos fenômenos culturais e sociais da sociedade pluralista, *mister* as idéias propostas pelo renomado doutrinador alemão acerca de que forma apresenta-se a sociedade democrática e de que forma o Direito deve se comportar para que a Constituição atinja sua eficácia material, refletindo a realidade e os verdadeiros anseios da sociedade aberta e pluralista, onde a Constituição deve ser vista como um fenômeno cultural vivenciado por todos seus intérpretes.

1 A abertura da interpretação constitucional

Em se tratando da superação do positivismo e da nova proposta hermenêutica de abertura dos seus conceitos através do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios constitucionais, referencial é a doutrina de Peter Häberle[2], que em suas obras tem procurado demonstrar que a Constituição tem de ser vivida cotidianamente, da forma que a Constituição influencia a realidade social, e, também será influenciada por ela. Segundo sua concepção, todo aquele que vive a Constituição em seu cotidiano é um intérprete constitucional, pois vivemos sob a égide de uma sociedade pluralista em constante mutação.

Com efeito, na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.

A liberdade também se viu afetada desde que se desfez a singularidade da face subjetiva dos direitos fundamentais, hoje direitos de dupla dimensão ou dupla face: a subjetiva e a objetiva, sendo esta, a certos aspectos, a que mais renovou os fundamentos do direito constitucional contemporâneo[3].

Acerca do pluralismo da sociedade, cabe uma referência expressa por Galuppo, para melhor compreensão da importância da proposta de Häberle para esta forma de sociedade, como é o caso da sociedade democrática brasileira:

Exatamente por causa da pretensão inerente aos vários grupos hegemônicos, uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade *pluralista*, se for, também, uma sociedade tolerante. Pois somente em uma sociedade tolerante é possível a coexistência de projetos distintos sobre realizar a vida boa e, mais que isto, somente em uma tal sociedade é possível que tais projetos se atualizam na maior medida possível. O pluralismo, não é de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma *convivência* desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. Se um projeto não puder ser realizado de forma alguma, por limitações impostas pelo grupo que assume o poder central, então os projetos minoritários são fadados a desaparecerem, e com eles o próprio pluralismo (...) Evidentemente, a defesa do pluralismo é uma característica do Estado Democrático de Direito, paradigma que a Constituição do Brasil prescreve não só como modelo de Estado, mas também como um projeto para a sociedade[4].

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, na apresentação da obra do autor, Häberle propõe pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à nova sociedade que nos é apresentada, extremamente pluralista, também chamada de sociedade aberta. Esse é o motivo da necessidade de uma revisão da metodologia jurídica tradicional, a fim de satisfazer as exigências dos conflitos que se apresentam nesta sociedade. Refere-se que, por mais importante e indispensável que possa ser a interpretação aplicada por juízes no exercício de sua atividade jurisdicional, não é e nem deve ser a única, pois todo aquele que vive a Constituição é por sua vez, seu legítimo intérprete[5]. Em suas palavras:

Häberle anota que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que coloca-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (...) Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. O peculiar significado da proposta de Häberle para uma democratização da interpretação constitucional, ou se quiser, para a hermenêutica constitucional da sociedade aberta[6].

Segundo o renomado autor, a teoria da interpretação de uma sociedade que se apresenta fechada, reduz o espaço para a interpretação, pois ficará apenas no âmbito do poder judiciário e nos procedimentos formalizados. Busca uma teoria que considere a Constituição, bem como a realidade Constitucional, e que para tanto, necessita da incorporação das ciências sociais e das teorias jurídico-funcionais, e de métodos hermenêuticos que despertem o interesse e sejam voltados precisamente ao entendimento dos cidadãos, na realização do bem-estar de todos[7]. Assim:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for à sociedade[8].

Häberle entende que há duas formas de interpretação: sentido lato e estrito. Não deixa de reconhecer a importância das duas no processo de concretização da constituição, mas chama a atenção ao risco que ficar adstrito apenas às formas tradicionais no sentido de enriquecer a Constituição ao pluralismo cultural, estratificando seu próprio desenvolvimento. Por isso, deve a interpretação em sentido lato e em sentido estrito coexistir, muito embora considere a segunda de maior importância, podendo esta englobar a primeira no processo interpretativo, mas sempre subsistirá à jurisdição constitucional em fornecer a última interpretação da constituição que, para ser legítima, deve estar de acordo com a primeira[9]. Como explica Bonavides acerca das duas formas de interpretação:

A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa todos os métodos tradicionais enunciado por Savigny, de procedência civilista. A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação, tendo sido habitualmente ignorada ou desprezada pelos conceitos do jurista técnico, de visão formalista, que fica assim tolhido de conhecer a verdade constitucional em sua essência e fundamento. Essa última modalidade, considerada a mais importante, acaba absorvendo a primeira ou, segundo os críticos da teoria, dissolvendo a normatividade e eficácia da norma constitucional (...). A interpretação da Constituição nessa acepção lata é realmente

“interpretação”, visto que serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete ao jurista, como hermeneuta profissional. Com isso se faz juridicamente relevante a interpretação viva do cidadão em face daquela que compreende, por via cognitivas e racionais o jurista habilitado, a primeira impessoal, a segunda, exercida consciente e personalizadas. A interpretação em sentido estrito, que o juiz leva a cabo o desempenho ordinário de seu trabalho profissional, padece do influxo da própria interpretação (...) Unidas as duas interpretações, podem então os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levada efetivamente a sério[10].

No tocante ao fato de quem vem a ser os intérpretes na interpretação lata, não jurídica, embora deva pertencer a todo aquele que vive a Constituição em seu cotidiano, Häberle enumera outros participantes que exercem grande influência neste processo, tais como: as pessoas que tem direito de manifestação em um processo, os estudiosos e *experts* que compõem as Comissões especiais, os peritos, os convidados a representar interesses nas audiências públicas, grupos de pressão organizados, requerentes ou partes nos procedimentos administrativos, a opinião pública pluralista e democrática, bem como, a própria doutrina constitucional por participar em vários níveis no processo, bem como por estimular a participação de outros agentes e de outras forças.[11]

O entendimento que a interpretação da Constituição deve ser a mais aberta possível, não devendo restringir-se no âmbito da jurisdição, exsurge do fato que, segundo o autor, a Constituição é um produto cultural, de nossa vivência em sociedade. Para tanto, para compreender melhor sua doutrina, *mister* entender o conceito de cultura.

2. O conceito de cultura segundo Häberle

Há muitas formas de se conceituar a cultura. No entanto, a cultura que influencia a Constituição no entendimento do autor, é um conceito significativamente amplo que procura abarcar a realidade social em todos os seus aspectos. Como preleciona:

Evidentemente, cuando se piensa en la cultura no se parte ni del concepto jurídico ni del estatal, sino todo lo contrario: se pasa de la idea de cultura a la del Derecho, completando las ideas cotidianas con datos y definiciones sociológicos y antropológicos; y es ahí, justo entoces, cuando aparecen rápidamente los estrechos límites de la definición seleccionada (y ello por muy asequible que resulte el concepto jurídico de la cultura en la práctica)[12].

E apresenta assim a seguinte definição:

(...) la cultura debe ser contemplada *primero* a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; *segundo*, a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo cada uno de los respectivos valores e ideales de conducta; *tercero*, a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares; *cuarto*, a nivel estructural entendido éste como conjunto de modelos de organización de la propia cultura, o bien a nivel genético, entendido éste en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos. Estamos seguros mediante el empleo exclusivo de los susodichos parámetros antropológico-sociológicos, que pretenden sintetizar lo que deba ser entendido por <<cultura>>, apenas podrá resolverse sin problemas la operatividad del << Estado cultural>> ni su respectivo Derecho Constitucional[13].

Dessa forma, nos apresenta um conceito que envolve a vivência dos cidadãos, tanto no aspecto histórico, ontológico, considerando as regras que são estipuladas pela sociedade, como também o aspecto psicológico no sentido que se vive e do que se aprende nas experiências cotidianas. Por óbvio, o autor reconhece a cultura em sentido educacional, aquela que em consenso nos é transmitida seja pela experiência histórica ou como forma de regulamentação social, mas ele traz a multiplicidade de aspectos que podem envolver e influenciar tudo que vemos e vivemos.

A cultura também se apresenta por diferentes aspectos, considerando o Direito Constitucional Cultural em sua estruturação, que ocorre a nível jurídico-individual, com relação à liberdade subjetiva do indivíduo de entender, criar, expressar-se, recebendo boa formação; no sentido jurídico-institucional, que se refere à formação de todos enquanto povo, nação; e, no sentido jurídico- corporativo, que fazem referência as garantias efetivas ao direito de associações culturais, de participação cultural dos cidadãos[14].

Dessa forma, está superado o antigo entendimento de que cultura é algo que somente existe e deve estar à disposição dos cidadãos mais instruídos. O conceito aberto de cultura significa a cultura de todos e para todos. Nesse aspecto, abarca tanto a cultura tradicional transmitida institucionalmente nas escolas, como também a cultura popular, fruto do cotidiano dos cidadãos, bem como o que se chama de cultura “alternativa ou subcultura”, que ocorre tanto no tempo de trabalho, como no tempo do ócio[15].

Outra preocupação que o autor apresenta, é de que forma se deve dar e a quem caberá a proteção dessa cultura em sentido *lato*. Motivo pelo qual, esta deverá ser a preocupação do Direito Constitucional Cultural, com suas preocupações e programas a nível de federação em se tratando de estados nacionais, em um primeiro momento. Assim diz: “*La riqueza de toda esta multiplicidad cultural pervive gracias al <<Derecho constitucional cultural>> ya consolidado a nivel federal, junto com todos sus elementos como el del libertad cultural, pluralismo y división de poderes*”[16].

Contudo, em outro de seus escritos, Häberle demonstra de que forma poderá se dar a proteção internacional dos bens culturais. Segundo ele, a proteção nacional que se dá através dos textos jurídicos- constitucionais, por sofrerem influência da realidade, estão em constante mutação, vivos em desenvolvimento. É através desta proteção nacional que se obtém a proteção internacional dos bens culturais da humanidade como um todo, dos patrimônios universais, bem como das culturas nacionais e transnacionais, pois ambas se completam mutuamente[17]. Neste sentido tece sua linha de raciocínio:

Cuando más diversa y efectiva se ala protección nacional de los bienes culturales se consigue la protección internacional no sea <<platônica>>. Y vice versa, cada Estado constitucional se ve precisado, por causa de la protección internacional de los bienes culturales y las consecuentes obligaciones jurídico-internacionales a construir, tomarse en serio y derrarrolar una protección nacional. Los nuevos textos constitucionales han sido muy útiles para este propósito. Así pudiera llegarse a un orden de reciprocidad que recuerda al de la *regra aurea*, a una comunidad de bienes culturales mundiales gracias a la protección de los bienes culturales y los drechos humanos cuando nos encontramos en una época de progresivo economicismo y creciente caída en la barbarie[18].

Contudo, ao se tratar de proteção dos bens culturais e conseqüentemente dos direitos fundamentais, antes de entender de que forma ocorre a relação da Constituição com a cultura em sentido amplo, recorre-se a outra obra do autor[19], pois é salutar entender como é atualmente o Estado Constitucional, para compreender porque se tutela em favor dos direitos culturais e da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.

3. Qual é nosso tipo de Estado Constitucional?

Até então foi explanado acerca da necessidade da abertura da interpretação constitucional à sociedade, dado o entorno cultural que influencia a Constituição, que por sua vez também influencia esta cultura constitucional.

Contudo, seguindo os ensinamentos de Häberle, o atual Estado constitucional somente existe, graças a todas as mudanças paradigmáticas ocorridas com a Revolução Francesa de 1789, que mudaram também a história cultural de parte da humanidade. Como Explana:

El tipo *Estado Constitucional* es la producción comunitaria, formalizada em textos jurídicos y contextos culturales, de muchos tiempos y muchos lugares; merece admiración, así como nuestro esfuerzo para poder valorar la relativa contribución de 1789[20].

Ensina que o conjunto de textos constitucionais pós - 1789, tanto em sentido *lato*, que se referem à filosofia, à música, à literatura, contribuem como campo de força cultural às codificações para dogmática jurídica, pois esta realidade refletida nestes campos será recepcionada e inclusa nos textos constitucionais. No sentido dos textos da dogmática jurídica, esse suporte que empresta aos textos constitucionais, constitui em um chamado “fermento”, fator impulsionador da realidade constitucional. Contudo, podem recepcionar como também reformar as idéias de 1789, em distintos países, com o intuito de prevenir para que não se chegue novamente a extremos como em um passado remoto. Por isso a realidade histórica-cultural nos remete a intangibilidade de certas cláusulas fundamentais para a realidade de um Estado Constitucional, tais como a soberania popular, os direitos fundamentais, entre outros[21].

Quanto ao que forma e compõe o conteúdo de um Estado Constitucional importante a seguinte explanação do autor:

Existen muchas fuerzas, muchos partícipes, muchos médios pluralistas de la opinión pública, cada vez más y en constante renovación, que textual y contextualmente han contribuido a acuñar intensamente el curso- considerado abierto – de la Historia con relación al Estado en su derrollo como tipo, y aún influyen como *sociedad abierta de intérpretes y creadores de la Constitución* – por evidentes y lacerantes que sigan resultando los déficits de pluralismo. Tal pluralidad traza las líneas de fuerza en las que se sitúan todas las provisionales manifestaciones finales hasta hoy, del tipo *constitucional*[22].

Vê-se então, que o “tipo” de Estado Constitucional que se vive, mais do que estar relacionado com todos os direitos e garantias contidos na carta Magna, delineados pelos princípios que a norteiam, tem também relação à pluralidade cultural que se vive, em face da forma de sociedade aberta de intérpretes e criadores da Constituição, permitindo que estes direitos tomem forma ao ser vivenciados na realidade desta sociedade. Assim:

Si en materia de dignidade humana, libertad, igualdad, fraternidad, pero también de justicia social y bien común, se pone a prueba el tipo *Estado constitucional* mediante *trial and error*, éste puede adoptar en formas democráticas un perfil relativamente logrado. Cabe así mismo estructurar ese tipo a la luz del paradigma de la *sociedad abierta de intérpretes y creadores de la Constitución* en sus procesos de aparición, despliegue y crecimiento: muchas fuerzas han aportado históricamente en formas y modos de incidencia paralelos contribuciones textuales e contextuales que hoy mantienen vivo al *Estado Constitucional*[23].

Dessa forma, afirma o autor, que o tipo de Estado Constitucional que se vive, tem fortes reflexos das conquistas de 1789 e delas não pode retroceder, com todas suas garantias e direitos que passam a ser fundamentais a existência dessa forma de Estado, tais como princípios da soberania popular, liberdade, igualdade, democracia, direitos fundamentais. Também, ensina que pode apresentar estas conquistas em diferentes lugares de forma distinta, haja vista que, o pluralismo cultural também terá influência na sociedade aberta dos intérpretes constitucionais e conseqüentemente na realidade do conteúdo desta Constituição.

4. A Constituição como um produto cultural.

A jurisdição constitucional é apenas uma parte integrante do processo interpretativo da Constituição. A legitimidade da jurisdição é vista através da amplitude que inclui conceitos centrais como a noção de Constituição e a noção de sociedade, pois é onde ocorre – também - a atividade hermenêutica. A Constituição é analisada sob um prisma cultural, sendo que ela tanto condiciona e influencia a realidade, como também por ela é influenciada. Significa dizer que qualquer alteração na realidade cultural de uma nação influenciará a interpretação constitucional, o que justifica as diversas interpretações possíveis, de um mesmo texto legal[24], em diferentes tempo e espaço. Häberle considera:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimento que, depois se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma[25].

**NO MESMO SENTIDO, OUTRO AUTOR ENSINA A IMPORTÂNCIA
DOS CIDADÃOS NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO E DE
CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO:**

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade histórica do seu tempo. A pretensão da eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade. A Constituição Jurídica não configura apenas a expressão de uma realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também são limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever (*Sollen*)[26].

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade que pretende retratar. A essência da Constituição repousa na sua vigência, na sua prática cotidiana, quer dizer, na situação que ela pretende concretizar na realidade social. Dessa forma, ela se constitui num dever-ser, pois ao mesmo tempo em que reflete a realidade social, a realidade é refletida por ela. Isso remete à sua eficácia enquanto norma fundamental e, por conseqüência, ela não pode ser desvinculada das condições históricas em que se dá a sua realização[27]. Ainda:

A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presente na consciência em geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional[28].

Nesta esteira, salutares as considerações de Häberle no que concerne ao argumento de que tanto a realidade cultural quanto o cidadão possuem importância na vivência da Constituição: *“La realidad jurídica del Estado constitucional representa solo una parte de la realidad de una Constitución viva, que, en profundidad, es de naturaleza cultural. Los textos constitucionales deben ser literalmente cultivados para que resulten una Constitución”*. [29]

Dito de outro modo, a concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, não deve ficar condicionada, adstrita aos órgãos e funções estatais, embora, “a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade [30]”. Portanto, também na vivência e exercício da democracia os cidadãos cumprem um papel decisivo na realidade da Constituição, na medida em que a realidade cultural e social vivenciada terá influência e por ela será influenciada. Permite-se, assim, que um mesmo texto legal tenha diferentes interpretações e aplicação, estando em constante mutação. Assim, Hennig Leal ensina:

A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar, como um direito público, aberto, por excelência. Mais do que isso: na compreensão de Häberle, uma constituição em sentido amplo, que não é só do estado em sentido estrito, senão que engloba e estrutura a sociedade como um todo (e, indiretamente, também a esfera privada) – como é o caso da Constituição democrática- não pode fazê-lo tão somente em sentido passivo, isto é, ela não pode incorporar estes elementos exclusivamente como objetos, ela precisa incorporá-los, também, de forma ativa, enquanto sujeitos [31].

Outra questão de extrema relevância que Häberle coloca para a compreensão da Constituição como ciência da cultura, é que os seres humanos não vivem apenas sua cultura de forma isolada, na verdade, vivem no que o autor denomina de entorno cultural:

Ahora bien, es un hecho que el hombre sólo vive de cultura; sin embargo, sí vive esencialmente en un entorno cultural, que es producto tanto de generaciones anteriores como de las actuales. La cultura es y crea toda una gama de posibilidades al poner en práctica sus propios logros en el seno de una historia concebida como realidad abierta [32].

Portanto, vê-se que o Direito Constitucional Cultural é uma norma jurídica dotada de garantias e força coercitiva, mas não se pode reduzi-lo a isso, em face de todos elementos reais, ideais, sociais e também estatais que ele compreende e que se localizam no tipo de Estado Constitucional simultaneamente, visando se chegar a um tipo de “ser” mais adequadamente possível, e ainda, a um tipo de “dever-ser” ótimo. Para tal tarefa o direito Constitucional deve ser tomado como ciência, possuindo elementos que lhe são essenciais para seus objetivos de dever-ser[33]:

Sus elementos son: 1º) *la dignidad humana* como premissa que deriva de la cultura de todo un puebo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendido como vivencia de la individualidad o especificidad de un puebo determinado que logra su identidad tanto en la tradición histórica como en sus propia experiencias, y que refleja sus esperanzas en forma de deseos y aspiraciones de futuro; 2º) *el principio de soberanía popular*, pero no entendido como la competencia propia y exclusiva de hacer lo que como tal le plazca, ni tampoco como magnitud mística a imponer a sus ciudadanos, sino como fórmula identificadora de una colaboración que se renueva cada vez de forma abierta y responsable; 3º) *la Constitución como pacto*, en cuyo marco se formulan objetivos educacionales y valores orientativos posibles y necesarios; 4º) *el principio de división de poderes*, tanto en su acepción estatal más estricta como e su sentido plural más amplio; 5º) *el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho*, dándose en ellos también el principio de cultural estatal <<abierta>> (o principio de la apertura de la cultura estatal) y demás garantías de los derechos fundamentales (...) Todos estos elementos se ensablan en el seno de una democracia constitucional basada en el pluralismo como principio[34].

Ante todo exposto, a Constituição é muito mais do que uma ordem jurídica que deve conduzir o exercício dos cidadãos nos seus direitos e obrigações para com a sociedade; a Constituição é a expressão cultural de um povo, sua autorepresentação, seu legado cultural e também o que fundamenta suas esperanças e desejos para o futuro. Pode-se dizer que a realidade jurídica é apenas uma parte da Constituição; a autêntica Constituição é composta pela letra viva, que é resultado da vivência dos seus intérpretes na sociedade aberta, como expressão e instrumento mediador da cultura e depósito de vivências, saberes, experiência para uma geração futura. A cultura constitucional será o somatório de toda tradição das experiências, vivências, esperanças e possibilidades reais de realização futura numa escala de valores e expectativas tanto dos seus cidadãos, como das associações, órgãos estatais, na tarefa de interpretar a Constituição nesta sociedade aberta e pluralista[35].

Pois bem, aqui já se tratou da abertura da interpretação, diante do fato que a realidade cultural tem influência na Constituição e ao mesmo tempo a Constituição influencia esta

realidade. Também foi abordado qual o tipo de Estado Constitucional que vivemos diante da influência de 1789 e do pluralismo da atual sociedade. A consideração da Constituição como um fenômeno cultural, faz com que os intérpretes desta sociedade aberta possuam um papel decisivo na realidade que esta pretende retratar, mas questiona-se de que forma o ser humano, que também será o intérprete da Constituição necessita se “sentir” e “se ver” nesse processo, para realizar seu papel nesta forma de sociedade aberta e da Constituição como produto cultural.

5. A imagem do ser humano e o Estado Constitucional

Para tratar desta questão, recorre-se a uma distinção importante traçada por Häberle, das imagens do ser humano dentro do Estado Constitucional.

Explana o autor, que são três as imagens que se identifica: a *imagem de Deus*, que tanto nas Constituições mais antigas, como nas nossas mais modernas, o Estado Constitucional pressupõem e se baseia em uma certa imagem de Deus, pelas fortes influências do cristianismo nos países ocidentais . Esta imagem hoje em dia, é tão aberta e plural, que pode dizer ser a imagem do ser humano se encontra dentro de seu contexto cultural. A outra diz respeito à imagem do ser humano e a *imagem do mundo*, como codeterminante e codeterminado, como é o caso da Declaração Universal de 1789, bem como a Declaração das Nações Unidas de 1948, que nos diz que o “mundo” comunga ideais que prezam o respeito ao direitos humanos e a sua dignidade. E, a *imagem do povo*, que está relacionada à idéia de democracia, unidas pelas idéias de direitos naturais como pelas tradições culturais. Está ligada a idéia de ser humano como possuidor dos direitos fundamentais e de direitos políticos de participação.[36]

A forma de identificação do ser humano no Estado Constitucional reflete-se através de sua normatividade que pode se misturar em diferentes épocas retratando contextos culturais diferentes, proporcionando também assim, uma dinâmica do seu texto, pois historicamente sofrem modificações. Também, pode-se observar na história através da necessidade do ser humano de proteção de certos bens, como foi a liberdade e democracia em 1789, a dignidade essencialmente a partir de 1919, a proteção internacional dos direitos culturais, o direito ao meio ambiente nas mais recentes Constituições. Portanto, deve-se ter sempre em mente, qual a imagem que necessitamos ter dentro do Estado Constitucional que está sempre aberto a modificações e influências culturais. Contudo:

El tipo *Estado Constitucional* no establece ninguna *imagem unitaria del ser humano*; más bien, presupone un ser humano que es tan complejo como contradictorio y lo capta solo en aspectos *parciales*. Además, en cada caso, de acuerdo a un campo particular de problemas, lo capta en un sentido *valedero*. Quiera tomar el ser humano tal como es, o tal como se ha vuelto en la naturaleza y la cultura (quizá también hasta cierto punto gracias al desarrollo del Estado Constitucional como tipo). El Estado Constitucional, con su *imegem* del ser humano, rechaza implícitamente todas las ideologías de creación de un *nuevo hombre*, sea como fuera este[37].

Explica que muito se discute acerca da questão do dever-ser no Estado Constitucional, da questão existente entre o direito e a realidade que este pretende retratar, pois todas estas implicações têm influência na natureza em conceitos como função social, na interpretação constitucional que deve ser orientada pela realidade, bem como a relação existente entre programa normativo e âmbito normativo. E, é justamente, a diferenciação entre o direito e a realidade que constitui a ciência do direito, pois é ela que reclama status de validez. Embora o normativo reclame e tenha autonomia frente à realidade, não se pode olvidar que assim como ele determina una realidad, también o Derecho será transformado por ella. Motivo pelo qual, as teorías jurídicas tendem a se adaptar com a confrontação da práxis com o passar do tempo, pois também afeta a questão da problemática da imagem do ser humano no Estado Constitucional[38], no seguinte sentido:

Para nuestra problemática de la *imagen*, este significa que el jurista trabaja con la imagen del ser humano y de la comunidad, así como la imagen del mundo, al nivel del *deber*, pero en perspectiva a un *ser*. El <<establecimiento de los hechos>>, junto la obtención de la norma es el ámbito central de la concepción jurídica del mundo, siendo el caso, que ya aquí al procedimiento diferenciado (por ejemplo, de las normas processuales) la corresponde una fuerza determinante. (...) El jurista conoce *sus* normas y realidad *aludida* en ellas a partir de otros fenómenos culturales como, pro ejemplo, la moral y las costumbres, asimismo sabe diferenciar sus demandas y realidades aunque su paulatina diferenciación a partir de una unidad e identidad previas representa un gran logro de la cultura jurídica occidental: lo cual ha traído la libertad individual y ha hecho posible el pluralismo ideal y real[39].

A questão de que o objeto do próprio direito, do trabalho e atuação do jurista, vem a ser o ser humano e suas condutas na sociedade em que vive, regida por normas

pré-estabelecidas em uma sociedade pluralista que influencia o Direito e por ele também é influenciada, torna indissociável o dever-ser do ser humano, que também é intérprete constitucional, da realidade em que vive e se identifica e todo o seu entorno cultural.

6. O que muda para o Direito Constitucional com a doutrina de Peter Häberle

Nestes poucos parágrafos, pode-se ter uma idéia da proposta inovadora do renomado autor, que traça um perfil da sociedade contemporânea, e procura através da abertura da interpretação constitucional rever antigos conceitos e adequar o Direito ao pluralismo da sociedade de cada tempo.

A ousadia de sua proposta hermenêutica está justamente no fato, que a interpretação constitucional deve sofrer um processo de “democratização”, no sentido de ser mais ampla e participativa possível, sob pena de ficar adstrita aos órgãos jurisdicionais causando uma estratificação na evolução da Constituição, do próprio Direito e conseqüentemente da sociedade. Como melhor elucida Hennig Leal:

Segundo ele, até hoje a teoria da interpretação constitucional sempre se centrou muito na sociedade “fechada” de intérpretes, fixando seu foco no aspecto jurídico e formal, em que a interpretação é uma atividade de cunho predominantemente estatal e institucional. Se o tema quiser ser levado a sério, no entanto, é preciso que se considerem, igualmente, a formação e a realidade constitucionais, o que implica, necessária e conseqüentemente, a formação de um amplo e pluralista círculo de intérpretes, onde cada um vivencia a norma – cidadão, grupos, órgão estatais – é, também, o seu intérprete legítimo, direta e indiretamente. Esta viragem, que rompe com a noção puramente institucional e insere tal atividade numa esfera aberta, formada por pessoas concretas, é, por seu turno, cunhada por Häberle, como “personalização” (*Personalisierung*) da jurisdição e da interpretação constitucional[40].

Ainda no entendimento de Hennig Leal, antes de sua doutrina, a questão da interpretação Constitucional, prioritariamente girava em torno de duas questões principais, que eram as funções e objetivos da interpretação e sobre de que forma se dá o procedimento, os métodos de sua aplicação, ou seja, o ponto central era de “como” e “para quem”. Com a proposta inovadora de Häberle, o ponto fulcral a ser acrescentado na questão da interpretação será “quem”, procurando identificar quem são e serão os participantes deste processo de interpretação e prática jurídica. Dessa forma, fala-se de

democratizar a tarefa de interpretar a Constituição; e ainda, segundo o autor, não há interpretação sem o reconhecimento desta potencialidade, pois é condição de legitimadora à própria interpretação a participação do maior número de pessoas neste processo. É neste sentido, que a incorporação da realidade à interpretação constitucional alarga o círculo aberto dos seus intérpretes[41].

HÄBERLE logra en tres interesantes pasos una casi completa disolución de la Constitución como norma. En primer lugar – primer paso – el círculo de partícipes en la interpretación constitucional se extiende a >>todos los órganos del Estado, a todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos<<, la llamada sociedad abierta de la interpretación constitucional. El Pueblo mismo, y precisamente como magnitud plural, se coloca en el lugar de los >>pensadores racionales y justos<< como portadores de consenso de la argumentación tópica. Desde esta apertura democratizadora de la interpretación resulta – segundo paso – que la interpretación no sólo se convierte en un proceso abierto, sino también público; quién vive y actualiza la Constitución, también la interpreta. Finalmente, la Constitución misma va a parar – tercer paso –, lógica inmanente, a la >>realidad constituida y lo público<<, al >>proceso público<<. Todas las fuerzas realmente relevantes que actúan sobre la Constitución, tienen también relevancia teórica, son partícipes legitimados de la interpretación constitucional. La Constitución se convierte en >>espejo de lo público y real<<, pero >>no sólo espejo, sino también fuente de luz<<. El espejo es, sin embargo, siempre sólo un *reflejo*, nunca una fuente de luz propia. La interpretación jurídica de la Constitución sólo mediatiza >>lo público y la realidad plurales, las necesidades y posibilidades de la comunidad<< que se sitúan ante, en y tras el texto constitucional. >>El jurista-constitucional es sólo un intermediario<<[42].

Por sua vez, é incisivo na questão do reconhecimento do Direito Constitucional, como também sendo um direito cultural. Insiste na tese que o pluralismo deve ser protegido pelo Estado como forma única para a manutenção e realização material da democracia. Na medida em que se reconhece o pluralismo da sociedade e o fato que vivemos sob a influência de um entorno cultural em constante mutação, dado seu entendimento de “cultura” visto em item anteriormente abordado, torna-se nítido o fato que ao viver e cumprir as normas, os indivíduos passam a ser também seus intérpretes, capazes de influenciar e serem influenciados. Segundo sua tese, é impossível separar norma e realidade social. Assim:

Tal assertiva encontra o seu fundamento no fato que, em um Estado democrático, também a questão da legitimidade deve ser colocada numa perspectiva democrática, sendo que a democracia não se envolve unicamente a partir de aspectos formais; antes pelo contrário, ela se dá cotidianamente na política e na práxis. Dentro deste contexto,

em que a supremacia do povo não se dá somente no dia da eleição, a interpretação aparece como um espaço de exercício desse mesmo elemento democrático, de modo que - pode-se afirmar – na democracia, o cidadão é interprete da Constituição![43]

Com a proposta de Häberle, a jurisdição constitucional não pode mais ser vista de forma fechada, restrita as instituições e seus órgãos. A legitimidade do que será decidido no âmbito da jurisdição constitucional dependerá do quanto foi considerado do processo aberto de interpretação que ocorre antes mesmo de se chegar à esfera jurisdicional. Dessa forma, mais do que democratizar a Constituição, ele propõe democratizar os órgãos jurisdicionais na medida em que se reconhece a importância de se trazer a realidade ao direito, à Constituição, o próprio judiciário tende se abrir às novas mudanças e exigências dessa sociedade pluralista e democrática. Bonavides diz: “A democracia de Häberle, sensível a uma espécie de metodologia tópica concretista, a que serve de escudo, não é a do povo-massa, absoluto, possuidor de um novo gênero de Direito divino, mas a do povo cidadão (...)”[44]

Impende, nesta seara argumentativa as considerações expostas pelo autor para a contribuição do entendimento da proposta de Häberle:

A força produtiva do pluralismo nasce, segundo aquele publicista, do jogo alternativo do dissenso e do consenso, que estabelece por igual unidade –aberta da *res pública*, pressupondo-se nessa concepção um desenvolvimento contínuo do pluralismo como teoria e práxis da Constituição. Deixa-nos o novo método concretista a impressão de que ele se fez para tornar mais fácil por via interpretativa a mudança constitucional, com uma subordinação precariamente dissimulada da Constituição formal à Constituição material[45].

Por óbvio que a proposta de Constituição aberta de Häberle, se aperfeiçoa na medida e que a democracia se realiza na vivência cotidiana dos seus cidadãos. A compreensão da importância da cultura para a interpretação constitucional, bem como a fundamentalidade do papel dos cidadãos, no exercício da cidadania e da suas liberdades nesta forma de Estado, é primordial e decisiva para a concretização material da Constituição, da forma como clama a sociedade pluralista.

Considerações finais

Diante da apresentação de algumas das principais idéias de Peter Häberle para a concretização da Constituição nesta sociedade pluralista, nota-se grandes inversões de dogmas e paradigmas do Direito com sua inovadora proposta hermenêutica.

O fato de abrir o leque de intérpretes constitucionais, até então adstrito aos órgãos e instituições oficiais, passa a desenvolver um processo de democratização da interpretação, da Constituição de do próprio Direito. Algo que sem dúvida vem ao encontro de uma sociedade altamente pluralista onde seus conflitos têm acentuado cunho cultural, e que se encontra em permanente transformação.

Segundo o renomado autor, mais do que vivenciar uma cultura, o ser humano, o intérprete constitucional da sociedade aberta, vive em um entorno cultural, onde diariamente influencia e será influenciado por diferentes culturas, vivências e realidades. Como para ele a realidade é indissociável do Direito, da Constituição, na medida em que a Constituição passa a ser influenciada pela realidade e esta também sofre influência da Constituição, da normatização, este fenômeno alarga o círculo dos seus intérpretes, uma vez que, a realidade que se apresenta é pluralista, altamente complexa nos seus atores e interlocutores sociais.

E, é justamente essa fusão de realidade, Constituição, Direito e seus novos intérpretes na sociedade pluralista, que permitirá que a Constituição esteja em constante transformação evolutiva, capaz de acompanhar as mudanças culturais, histórias e sociais dos seres humanos ao seu tempo. Sempre que se restringe a interpretação dos fenômenos sociais a um pequeno grupo que se diz ter legitimidade e competência para tanto, a Constituição e a própria sociedade tendem a sofrer um processo de estratificação, ou um processo de involução social.

Por estes, e tantos outros fatores condicionantes, que a proposta do renomado autor é significativamente contributiva a evolução do Direito e da hermenêutica Constitucional, na medida em que se reconhece a importância do Direito acompanhar os fenômenos sociais e culturais do seu tempo, onde mais do que aplicar a norma, o direito passa a se preocupar em quais as reais necessidades que a realidade reclama através dos intérpretes constitucionais da sociedade aberta e pluralista.

7. Referências Bibliográficas

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales- Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventario y critica*, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Mallheiros, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional - Estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Trad. Carmen Zanala. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

_____. *Teoria de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

_____. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. *La Protección Constotucional y universal de los Bienes Culturales: un analisis comparativo*. In: *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*. Ano 18. Núm. 54. Sietembre-Dieciembre. Madrid, 1998.

_____. *Liberdad, Igualdad e Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Inácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

[1] BONAVIDES Paulo. Curso de Direito Constitucional, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 592.

[2] Sua obra mais difundida é *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

[3] BONAVIDES Paulo. Curso de Direito Constitucional , 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007. p. 633.

[4] GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional - Estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

[5] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 09.

[6] *Ibidem*, p. 10.

[7] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 11.

[8] *Ibidem*, p. 13.

[9] *Ibidem*, p. 41-43, *passim*.

[10] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Mallheiros, 2007. p. 510.

[11] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 20-23.

[12] HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p.24.

[13] Ibidem. p.25-26.

[14] HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p. 29-30.

Ibidem, p. 29- 30.

[15]Ibidem, p.30-31

[16] Ibidem, p. 31.

[17] HÄBERLE, Peter. *La Protección Constotucional y universal de los Bienes Culturales: un analisis comparativo*. In: Revista Espanhola de Derecho Constitucional. Ano 18. Núm. 54. Sietembre-Dieciembre. Madrid, 1998. p.26.

[18]HÄBERLE, Peter. *La Protección Constotucional y universal de los Bienes Culturales: un analisis comparativo*. In: Revista Espanhola de Derecho Constitucional. Ano 18. Núm. 54. Sietembre-Dieciembre. Madrid, 1998. p. 26-27.

[19] A obra a que se faz referência é “*Liberdad, Igualdad e Fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. Inácio Gutiérrez Gutiérrez.Madrid: Editorial Trotta, 1998.

[20] HÄBERLE, Peter. *Liberdad, Igualdad e Fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. Inácio Gutiérrez Gutiérrez.Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 68.

[21] HÄBERLE, Peter. *Liberdad, Igualdad e Fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. Inácio Gutiérrez Gutiérrez.Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 72-73.

[22] Ibidem, p. 74

[23]HÄBERLE, Peter. *Liberdad, Igualdad e Fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. Inácio Gutiérrez Gutiérrez.Madrid: Editorial Trotta, 1998. p.74-75

[24] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 114-115.

[25] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 27.

[26] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p.24.

[27] Ibidem. p. 15.

[28] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 05.

[29] HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 Como História, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional*. Tradução: Ignacio Gutierrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 47.

[30]Idem, *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997 p. 31.

[31] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 115-116.

[32] HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p.31.

[33] Ibidem, p.32-33

[34] Ibidem, p. 33-34

[35] HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p.33-36. *passim*.

[36] HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Trad. Carmen Zanala. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.p. 26-32, *passim*.

[37] Ibidem, p. 61.

[38] HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Trad. Carmen Zanala. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.p. 49-50.

[39] Ibidem, p.50-51.

[40] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 116-117.

[41] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 117.

[42] BÖCKENFÖRDE. Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales- Lós métodos de la interpretación constitucional – Inventario y critica*, 1993, p. 24-25.

[43]Ibidem, p. 117-118.

[44] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Mallheiros, 2007. p. 515.

[45] Ibidem, p.516

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESTUDOS SOBRE A COMPLEXIDADE SOCIAL E DECISIONISMO NO UNIVERSO JURÍDICO*

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN DEMOCRATIC STATES: CONCERNING SOCIAL COMPLEXITY AND DECISIONISM INTO THE JURIDICAL FIELD.

Daniel Barile da Silveira

RESUMO

O constitucionalismo moderno trouxe consigo para a contemporaneidade complexas questões consoante às diversas formas de entendimento de um texto constitucional. Em Dworkin, a compreensão da Constituição como integridade é peça central na estruturação de uma sociedade aberta e plural de indivíduos que se consideram mutuamente iguais (modelo pós-convencional de comunidade). Dessa comunidade emanam princípios, sempre compreendidos como normas, não como valores. Assim, o presente trabalho visa demonstrar qual a inadequabilidade de entender uma comunidade não como constituída por princípios, mas como se fosse uma “ordem concreta de valores” (Alexy), demonstrando quais os riscos que tal concepção carrega para o constitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO – PRINCÍPIOS – CONSTITUIÇÃO COMO INTEGRIDADE.

ABSTRACT

Modern constitutionalism has brought itself to the current ages difficult questions about constitutional interpretation, which denotes a “crisis of sense” into the juridical discussion of how to conceive and interpretate the constitutional law commands. R. Dworkin established a paradigm which concerns in conceiving the Constitution as integrity, extremely important to solve numerous problems of our complex society. In other hand, R. Alexy understands Constitution as a order of values, which brings a new conception of the whole constitutional hermeneutics. The present article intends to confront these paradigms and search for a respected solution into the modern juridical debate.

KEYWORDS: CONSTITUTION – PRINCIPLES – CONSTITUTION AS INTEGRITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Segundo Pierre Clastres (1990), as sociedades inventam leis, símbolos e regras e, inadvertidamente, acabam ficando presas a elas. Neste mesmo sentido, Max Weber, com extrema sutileza própria de seu pensamento voltado ao contínuo processo de racionalização das estruturas sociais, simboliza tal compreensão ao preconizar que a razão humana, levada em suas últimas instâncias de desmistificação da vida prática moderna, encerra em sua lógica uma indelével “jaula de ferro” (1999, último capítulo), ou seja, engendra uma sorte de encarceramento de toda vida social, mormente produzida pelo atávico comportamento dos indivíduos de sempre buscar transformar nossa vivência mundana em um emaranhado de categorias de pensamento e de prescrição de comportamento e de valores, cujo deslinde se demonstra empiricamente de difícil constatação.

A tradição do pensamento jurídico positivista dos novecentos é uma demonstração fática de tais assertivas. O Positivismo Jurídico, enquanto doutrina paradigmática que marcou uma ruptura com a ordem tradicional de cariz consuetudinário, ou de magificação e revelação do Direito interpretado das sagradas escrituras, trouxe consigo a concepção de que o critério do justo e da submissão às ordens políticas da autoridade apenas poderiam ser efetivadas se normas gerais e abstratas pautassem o comportamento dos indivíduos em suas relações privada e pública. Instaurando o reino da norma laicizada como o único mecanismo de prescrição de condutas pela autoridade política de forma universalmente válida, os indivíduos lentamente se depararam com uma gradual alteração das estruturas sociais, sendo que, recém desligados dos laços de tradição que organizavam suas vidas na medievalidade, verificava-se, à luz do que pregavam os positivistas clássicos, que seus comportamentos sofreriam a uma intensa e paulatina regulamentação jurídica de toda sorte, abrangendo praticamente todas as áreas do comportamento humano.

Neste sentido, a existência de leis que ordenassem a vida coletiva tornou-se, com a consolidação do pensamento positivista, requisito essencial para a implantação da ordem e paz sociais em uma dada associação política. Com tal visão em voga, a simples *forma* da lei vigente garantiria que sua observância estrita desencadeasse conseqüentemente a satisfação da regra da Justiça: comportamento conforme à lei = justo/ contrário à lei = injusto. Hans Kelsen, maior expressão dessa corrente teórica, defendia que todo comportamento humano pode ser reduzido a uma relação binária de “permitido-proibido”, tendo como referencial a subsunção dessas determinadas condutas àqueles preceitos formalmente prescritos em lei[1]. A forma do Direito, consubstancializada na mera existência de um ordenamento válido no cerne do sistema jurídico de um povo, revelava-se, destarte, como um fim em si mesmo, bastando sua imediata imposição pela autoridade estatal, não importando quem fosse este governante responsável pela produção normativa (FIORAVANTI, 2001, p. 155). Para Kelsen e para todo positivismo clássico, o Direito poderia ser produzido por qualquer autoridade, sendo a questão da *forma* da lei a única observância para a garantia de sua validade.

E nesta seara é que a concepção de Estado de Direito Moderno surge como fruto desse movimento, tendo a ordenação legal refletida na supremacia da Constituição seu nascituro mais imediato. Conforme nos lembrou com muita acurácia Niklas Luhmann (1996), com o advento da modernidade, Direito e Estado encontram-se permanentemente ligados, tendo a Constituição o ponto de convergência que acopla estruturalmente Direito e Política, permitindo tanto o reconhecimento da legitimidade do poder do governante em ser obedecido pelos indivíduos, bem como fornece o critério de validade das normas jurídicas, submetidas estas a um arquétipo hierarquizado em que a própria Constituição se encontra no ápice da estrutura desse sistema. Nesta conjuntura, portanto, é com a Constituição que se é permitida a autoridade impor legalmente seus mandamentos a toda uma coletividade, sendo, ademais, um instrumento de compreensão e de validade de todo o arcabouço jurídico, peça fundamental de estruturação das sociedades hodiernas.

Como se pode perceber, Direito e Estado nascem teoricamente quase de uma unção unívoca da existência de um ordenamento jurídico formal que lhes dêem organização institucional e legitimidade. A existência de uma ordem legal assentada em bases formal-constitucionais representou na modernidade uma insígnia de importância fundamental para instaurar toda sistemática jurídica, constituindo também peça-chave para a subsistência de um sistema de dominação político dotado de legitimidade, importante para a asserção de determinados direitos e valores reivindicados na época.

Ocorre que a tradição legada pelo positivismo jurídico trouxe-nos sérias conseqüências ao devotarmos suprema validade a textos legais formalmente concebidos, especialmente no que toca a como lidar não apenas com a *forma* da lei – que certamente é fundamental para a estruturação de nossa sobrevivência coletiva –, mas se mostrou imprescindível também se reclamar pela apreensão do *conteúdo* expresso no corpo desses estatutos legais, especialmente tratando-se da Constituição de um Estado, como sendo uma forma lúdima de efetivamente garantir direitos em meio a uma sociedade complexa de cariz contemporâneo.

Neste ponto reside, em especial, a problemática da interpretação constitucional. Sob a perspectiva do paradigma positivista em um Estado de Direito, sucintamente descrito anteriormente, como bem nos ensina Menelick de Carvalho Neto, a atividade hermenêutica tem a característica, por essência, de ser uma atividade de compatibilização da norma com a realidade fática, através de um processo automático de subsunção, “uma atividade mecânica resultante da leitura dos textos que deveriam ser claros e distintos” (1998, p. 24). Ao juiz, nestes casos, reserva-se apenas a única tarefa de ser mera “bouche de loi” (1998, p. 24).

Com o advento das sociedades contemporâneas (ou pós-modernas – a acepção conceitual é indiferente para os fins aqui propugnados), como sendo sociedades complexas por excelência, a existência formal de uma Constituição, bem como sua aplicação estrita e vinculada a uma subsunção “mecânica” não se faz necessário para a solução dos problemas surgidos, reclamando-se por novas formas de compreensão de como solucionar os conflitos sociais. Daí o pensamento jurídico conceber a Constituição não apenas como normas estritamente consideradas, mas como um conjunto de princípios e normas que irão ter aplicabilidade no deslinde dos casos práticos, o que não raro suscitam problemáticas profundas para o enfrentamento das situações cotidianas. Nesta conjuntura, toda solução litigiosa constitui um caso de difícil

decisão (*hard case*), sendo que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, regras e princípios colidem-se e competem entre si para a solução do caso concreto.

1 A PERSPECTIVA DE ALEXY – A CONSTITUIÇÃO COMO UMA ORDEM DE VALORES

Conforme Robert Alexy preconiza, as Constituições democráticas modernas possuem em seu bojo, como fundamentos constituintes do núcleo duro dos direitos individuais, dois componentes essenciais para o entendimento da interpretação constitucional: de um lado, as *regras*, aplicáveis a todo sistema jurídico; e, por um outro lado, os *princípios*, de “construção extensa e holística” (2003, p. 132), que se difundem no interior de uma dada ordem jurídica. Em sua concepção – e aqui é importante frisar – os princípios integram a Constituição em sua essência como “*uma ordem objetiva de valores*” (2003, p. 132), estando estes sempre em constante colisão. Conforme assevera, “toda colisão ente princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa”, complementando que “princípios e valores são para tanto o mesmo, contemplando um caso sob um aspecto deontológico, e no outro sob um aspecto axiológico” (1998, 145, tradução nossa).

Sob tal perspectiva, Alexy entende que, levando-se em conta que a Constituição nos é apresentada como uma ordem concreta de princípios, que nada mais são do que valores objetivamente considerados em última instância, o único mecanismo de se solucionar as questões postas seria a de escolher qual valor possui mais peso, qual princípio que sobressalta no caso concreto. Deste modo, como valores e princípios tendem a colidir constantemente, sua resolução apenas pode ser efetuada a partir do “balanceamento” ou “ponderação” dessa tensão. Para o deslinde das situações fáticas, na visão de Alexy, seria necessário “um balanceamento de interesses” (2003, p. 134), permitindo ao órgão julgador decidir um caso difícil da melhor maneira possível. Em sua obra mais conhecida, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, esclarece que:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – *um dos princípios tem que ceder ante o outro*. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que introduzir uma cláusula de exceção. Mas bem o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar além da dimensão da validade, na dimensão do peso (1997, p. 89, tradução e grifos nossos).

Esta perspectiva lançada por Alexy suscitou inúmeras controvérsias no âmbito jurídico. Ao tratar como uma ordem “concreta de valores” a Constituição, devendo os casos práticos ser solucionados por intermédio da ponderação, Alexy acaba levando sua argumentação a problemas extremamente delicados quando analisada a sistemática jurídica em uma sociedade complexa. Uma das peculiaridades essenciais de acepção

desse pensamento se dá sob a perspectiva de que, ao se tratar princípios como valores, ponderando-os para encontrar-se a solução adequada ao caso concreto, ao descermos do nível da abstração teórica para a prática, verifica-se que a multiplicidade e o antagonismo de valores acabam por transformar a decisão judicial em um artifício arbitrário por excelência. Como em cada magistrado residem concepções diferentes da realidade social, um valor possui mais valor do que outro em seu íntimo, vislumbrando na questão prática diferentes hierarquizações axiológicas impossíveis de serem objetivadas universalmente. Nestes casos, abrir-se-ia uma janela fecunda para o extravasamento da subjetividade, o que deveras exsurge como pano de fundo o questionamento sobre a própria racionalidade desse procedimento decisório. Como consequência lógica, um princípio excluiria o outro, trazendo graves incoerências na vida cotidiana. Ademais, se partirmos do princípio que uma colisão entre princípios deve ser dirimida a partir de seu balanceamento, apenas poderemos ponderá-los se os concebermos em seu ponto ótimo, em sua maximização, o que inviabiliza na prática sua validade como veículo de aplicação. Isto se justifica na medida em que, como se verifica empiricamente, tais princípios sofrem interferências e minimizações por outros princípios, quase nunca se vislumbrando a otimização de princípios, como quer Alexy. Assim entendido, o conteúdo normativo dos princípios acaba não recebendo a devida atenção, esvaziando o texto da Constituição dessa força mandamental.

Jürgen Habermas enfrentou este último problema com maior ênfase. Conforme entendia, o fato de se considerar a Constituição como receptáculo de princípios entendidos como valores, devendo se resolver as questões surgidas a partir de suas colisões por intermédio do balanceamento, encerra em sua origem, necessariamente, o enfraquecimento do conteúdo deontológico desses princípios. Habermas asseverava que

[...] se princípios manifestam um valor que deve ser realizado da melhor forma possível, ou seja, otimizado, e se as próprias normas não regem a extensão, a medida, em que se deve cumprir essa prescrição de otimização, a aplicação de tais princípios nos limites do que é faticamente possível torna necessária uma ponderação voltada para os fins, para os objetivos (apud ALEXY, 2002, p. 388).

E continua na argumentação ao afirmar que este objetivo colimado em proceder ao balanceamento orientado aos fins “permite que direitos individuais sejam sacrificados a finalidades coletivas” (2002, p. 388). Tal lógica faria com que os princípios perdessem sua força normativa, fato que apenas poderia ser sanado se tratarmos os princípios não como valores, mas como *regras*.

Um outro ponto combatido por Habermas reside na questão da irracionalidade da decisão submetida ao procedimento do balanceamento. Como não existiriam padrões racionais para a ponderação, este procedimento apenas poderia ser efetivado se uma certa dose de subjetividade do órgão julgador atuasse no caso concreto, o que proporcionaria julgamentos múltiplos. Tal sistema torna-se, no mínimo, instável. Princípios e valores, sustenta Habermas, não podem se confundir, posto que aqueles assumem caráter normativo no julgamento dos casos concretos. Assim dizia:

O código de preceitos que distingue o certo do errado (right and wrong), tal como analogamente o que discerne a verdade da falsidade, e a correspondente incondicionalidade da pretensão de validade normativa vinculada a tais preceitos não é afetada se se limita a esfera de validade a uma determinada comunidade jurídica. A lei,

o Direito, ainda confronta os seus destinatários com uma pretensão de validade que não permite que os direitos sejam "sopesados" como se fossem "valores jurídicos" com distintos graus de prioridade. A forma como nós avaliamos nossos valores e decidimos o que é "bom para nós" e o que é "melhor," em uma dada época, muda todos os dias. No momento em que reduzimos o princípio da igualdade jurídica a um simples bem dentre outros, direitos individuais podem vir a ser por vezes sacrificados a finalidades coletivas. Assim resulta que não podemos ver como um direito poderia se submeter a outro (we do not see that one right can yield to another right), sem perda de validade, quando os dois eventualmente conflitem (HABERMAS, 1996, p. 19).

Por fim, Habermas ainda critica a posição defendida por Alexy no que toca ao processo de justificação das decisões proferidas pelo magistrado. Ao se tratar da resolução da colidência de princípios através de um mecanismo de ponderação destes, automaticamente se retiraria de maneira definitiva as decisões da relação dúplice própria do Direito, consistente no binômio "certo-errado" ("correção-incorreção"), mudando-as para conceitos como "adequado-inadequado", campo correspondente à descrição (ALEXY, 2003, p. 135). Deste modo, não basta descrever a aplicação de princípios em um caso dado a partir de ponderações, porém essencialmente deve-se justificá-los, indicando não um juízo em relação ao "resultado" mas todo seu processo justificativo (ALEXY, 2003, p. 135).

Tais críticas de Habermas produziram um profundo debate sobre como conceber o Direito organizado segundo ordens de valores em meio a sociedades complexas, trazendo problemas consigo de maneira a se repensar não só as contribuições do paradigma positivista, mas promovendo uma efetiva releitura da teoria constitucional com vistas a se buscar melhores critérios para o encontro de uma decisão mais justa no enfrentamento das questões práticas.

2 A PERSPECTIVA DE DWORKIN – A CONSTITUIÇÃO COMO UMA ORDEM DE PRINCÍPIOS

A mais contundente teoria que obteve maior êxito na contestação da idéia de se conceber a Constituição como uma ordem concreta de valores, contrariando o pensamento de Alexy, foi sem dúvida a de Ronald Dworkin. Segundo tal pensador, em uma Constituição concebida sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, tanto os princípios quanto as regras devem necessariamente ser entendidos como *normas*, jamais como valores. Em sua visão, a Constituição é composta por um sistema de regras e princípios que adotam caráter de força normativa, sendo que se distinguem pela característica de que as primeiras são aplicadas em um binômio de "tudo ou nada", enquanto que os segundos podem sobreviver perfeitamente na solução de um caso concreto, sem que haja a necessidade de um excluir o outro. Enquanto que em um ordenamento jurídico as regras não admitem seus opostos, por um outro lado, os princípios permitem essa conciliação sem que haja a supressão de um ou de vários deles para a exurgência de outro(s) quando da análise de uma situação corrente.

O ponto de partida de Dworkin se mostra viável a resolver a problemática suscitada sobre o conceito de ponderação de Alexy na medida em que aquele autor visa demonstrar como se obter um certo grau de racionalidade na solução de questões

jurídicas com recorrência aos princípios. Para Dworkin, a atividade jurisdicional deve buscar basicamente não um mecanismo de “ponderação” ou “balanceamento” de princípios para se chegar a uma solução plausível, objetivando aplicar o princípio de maior peso, mas deve estar pautada fundamentalmente por um sentido que permita a coexistência de diversos princípios – próprio de uma sociedade plural e complexa como a contemporânea –, sem que se perca, em contrapartida, a “certeza” do Direito, correspondente aos sentidos de segurança da ordem jurídica e de efetivação da Justiça.

Conforme o pensamento jurídico herdado de Klaus Günther, Dworkin vai adotar a concepção de que existe uma profunda divisão nas atividades legislativa e judiciária. Enquanto que na atividade legislativa há uma forte predominância de seu caráter justificativo – marcado pela generalidade, abstração e universalidade em relação à produção de leis que são válidas *erga omnes*, e por isso são normas que não possuem a previsão explícita de todos os comportamentos na lei abstratamente prescritos –, o mister jurisdicional assume um cariz de concretude e irrepetibilidade, posto que cada caso é único, historicamente singular, marcado por seu caráter de aplicabilidade a um dado caso *sub judice* (ALEXY, 1993)[2]. Daí o porque, na visão concebida por Dworkin, a tarefa primordial do magistrado é de verificar no caso concreto que norma é aplicada a cada caso, em um processo de interpretação de princípios e revisão de todo texto com vistas a se buscar uma única decisão aplicável. Nesta visão, cada caso é um caso único, devendo ser tratado sempre como um *hard case*.

Para se constatar uma lícita aplicação do direito ao caso posto sob a tutela jurisdicional do Estado, Dworkin propõe que o Direito deve ser entendido como uma ordem de princípios, marcada pela sua “integridade”. Cada decisão judicial deve ser considerada válida conquanto reduza a complexidade do Direito e sua conseqüente indeterminação conforme esteja pautada pela reconstrução que o magistrado realiza da ordem jurídica, determinando qual a norma aplicável ao caso conforme um conjunto de princípios extraídos desse sistema íntegro. Neste sentido, na concepção de Dworkin, o magistrado não pode pender para a discricionariedade no caso de a norma não ser clara o suficiente para o deslinde das situações práticas, diferentemente como pregava a doutrina positivista em seu ápice, mais especificamente vislumbrada no caso de seu antecessor, H. Hart. Ao juiz não é legítimo ditar normas, função esta própria da esfera legislativa. A incerteza do Direito deve ser compensada por critérios utilizados pelo magistrado que justifiquem sua tomada de decisão de forma consistente com o sistema jurídico como um todo. Trata-se de uma “interpretação construtiva”, como bem nos ensina Vera Karam de Chueiri (1997, p. 182). Assim afirma Dworkin:

Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros participantes da criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça e da equidade (*fairness*) e do devido processo legal, mas isso não significa que, em algumas das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior a outras virtudes. O legislativo deveria ser guiado pelo princípio legislativo da integridade, [...] [sendo que] nunca deve, sejam quais forem as circunstâncias, tornar o direito mais

incoerente em princípio do que ele já é. [...] O princípio da integridade na prestação da justiça não é de modo algum superior ao propósito do que os juízes devem fazer cotidianamente. Esse princípio é decisivo para aquilo que um juiz reconhece como direito. Reina, por assim dizer, sobre os fundamentos do direito [...]. O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos definitivos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm, em princípio, de ter seus atos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma só voz. (2003, p. 261-3)

Tais pensamentos nos remetem a uma reflexão importante sobre os rumos que o constitucionalismo tem tomado neste último século. Ao conceber o Direito como uma ordem de princípios, Dworkin afasta terminantemente a tese de Alexy ao repousar tal concepção como uma ordem concreta de valores (base teórica da chamada “jurisprudência de valores”). O pano de fundo que permeia sua obra, sem dúvida, estabelece-se na certeza do Direito, essencial para se garantir a construção de uma associação política organizada e crente na realização da Justiça em meio à sempre crescente complexidade social[3].

Um ponto que se pode levantar para desautorizar a praticidade de se conceber uma teoria da Constituição como sendo formada por uma ordem concreta de valores se dá no caso de entender os princípios como comandos “otimizáveis”. Essa concepção alexyana, conforme demonstrado anteriormente, acaba por resultar no fato de que, em uma colisão de princípios, como resultado, um deve prevalecer sobre o outro – através do balanceamento para se determinar aquele que possui maior peso –, sendo que a coexistência destes não ganha lugar em sua teses. Como consequência mais próxima, vislumbra-se que o exercício regular de um direito atribuído a uma pessoa pode colidir com este mesmo exercício efetuado por outro indivíduo. Nesta conjuntura, difícil seria distinguir o abuso de direito, bem como o sistema de princípios entraria em um paradoxo profundo conquanto a como proceder a uma ponderação racional que não seja desvirtuada como uma decisão irracional por princípio, especialmente ante a dificuldade de se afastar o elemento subjetivo quando da solução do confronto de direitos. A ponderação, aqui, remontando a Dworkin, deve focar não nos direitos, em qual um deve prevalecer em detrimento do outro, porém atém-se aos argumentos, revelando qual o melhor caminho para se decidir o caso concreto sem que haja prejuízo para ambas as partes litigantes.

Um outro problema já comentado e que se mostra de fundamental importância para o entendimento de um constitucionalismo compatível com as exigências sociais de um Estado Democrático de Direito é de que, ao entendermos o sistema jurídico a partir de um ponto de vista axiológico, constituindo princípios como valores propriamente ditos, cai-se em um grave risco por não se observar tanto a pluralidade de hierarquização desses valores pelos indivíduos, bem como reduz toda complexidade social a uma mera contingência de valores universalizáveis por uma dada sociedade. Melhor explicando, como os direitos estão vinculados a valores e estes brotam da formação cultural de uma dada comunidade política, ao considerar estes como critérios determinantes do que é justo/injusto, certo/errado, acaba-se por sufocar a vontade do indivíduo em constituir seu projeto existencial de forma diversa dos valores estabelecidos por essa sociedade. Como vivemos em uma sociedade pluralista, formada por diversas crenças, valores e

concepções de vida, definir direitos de forma universal com referência a valores que pesam mais que outros, destrói com qualquer possibilidade de afirmação do indivíduo enquanto ser dotado de liberdade de escolha, pois vincula seus direitos com o senso geral da sociedade sobre uma hierarquia de valores pré-fixada. Cada pessoa, assim, tem direito de desenvolver-se sem a interferência da sociedade, e a visão preconizada por Alexy, por exemplo, vai de encontro com essa problemática.

3 Conclusão

Assim entendido, tais questões são suscitadas ao se entender a Constituição como uma ordem de valores universalmente válidos. Os riscos de se levar tal pensamento às últimas conseqüências certamente vem em desalinho com os reclamos de uma sociedade complexa pela certeza do direito e pela satisfação justiça nos casos levados a juízo. O paradigma do Estado Democrático de Direito requer, para sua própria subsistência, uma pluralidade de valores regentes na tessitura social que, quando postos em confronto na esfera judicial, não desencadeiem o aniquilamento de uns para a glória suprema de outros, o que traria como conseqüência o perigo da concretização oficial de sérias injustiças soberanamente oficializadas pelos órgãos de Estado. A crença da segurança jurídica requer um mínimo de racionalidade procedimental no deslinde de controvérsias pelos órgãos julgadores, buscando sempre a mais justa adequação dos códigos aos fatos. Caso contrário, havendo prevalência de decisões “mecânicas”, conforme se depreende do modelo positivista, ou ainda axiológica da jurisprudência de valores, cairíamos no sério risco de se engessar nossos direitos, submetendo-os à indevassável “cela de ferro” da insensibilidade jurisdicional e permitindo fenecer os ideais de justiça de uma comunidade pós-moderna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. In: **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003, p. 131-40.

_____. Justificação e aplicação das normas. In: **Ratio Juris**, v. 6, n. 2, jul.,1993, p.157-70.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: **Doxa**, v. 5, 1988, p. 139-51.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Uma teoria dos direitos constitucionais. In: **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. Pósfácio. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002, p. 288-425.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista **Notícia do Direito Brasileiro***, v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998, p. 25-44.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 153-95.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. cap. 6 e 7. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-331.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: dela antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Resposta aos participantes do simpósio no Benjamin N. Cardozo School of Law. Trad. William Regh. In: **Cardozo Law Review**, n. 17, mar., 1996, [1-34].

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Torino: Einaudi, 1996.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais, 1999.

[1] “Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de ‘prescrita’), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma. [...] Uma norma objetivamente válida, que

fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo” (2000, p. 18-9)

[2] Conforme nos ensina Menelick de Carvalho Netto, “[...] A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato que Klaus Günther denomina *sensu de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador ao tomar suas decisões” (1998, p. 39).

[3] Já dizia Habermas em “Faticidade e Validade” ao analisar a vigência do paradigma da jurisprudência de valores no seio das argumentações da Suprema Corte Alemã: “Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. [...] Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o Tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (1997, 320-2).

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NUMA PERSPECTIVA VALORATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS : ALGUNS PRESSUPOSTOS*

THE BEGINNING OF THE SOLIDARITY IN A VALUE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS: SOME PRESSUPOSED

**Josiane Petry Faria
Eliane Fontana**

RESUMO

Partindo-se da visão dos direitos fundamentais enquanto garantias reconhecidas pela Constituição de 1988 que estabelecem condições mínimas à população no campo social, serão levantados alguns pressupostos onde o princípio da solidariedade, descrito no artigo 3º da Constituição de 1988 como um contributo imbuído de valor moral e ético, se apresenta como expressão valorativa dos preceitos fundamentais na medida em que os direitos sociais são notadamente sustentados por deveres de solidariedade. O valor-solidariedade, entendido como um conjunto de princípios e valores se coloca a serviço de uma jurisdição compromissada com a realidade ciente da crise de solidariedade. Por meio de uma hermenêutica filosófica, aberta e valorizadora das peculiaridades que cada texto propõe é que se estabelecerá a ligação entre os direitos fundamentais e a solidariedade. Através do método hermenêutico serão trazidos alguns pressupostos que compreendam o princípio da solidariedade como expressão valorativa para a realização dos direitos sociais

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE:. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA. INSTRUMENTO-SUBSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. VALOR-SOLIDARIEDADE.

ABSTRACT

Starting of the vision from fundamental rights while recognized warranties by the Constitution of 1988 that they establish minimum conditions to the population in the social field, they will be lifted up some presupposed where the beginning of the solidarity, described in the 3rd article of the Constitution of 1988 as a dipped contribution of ethical and moral value, it comes as value expression of the fundamental precepts in the measure in that the social laws especially sustained by solidarity duties. The value-solidarity, expert as a group of beginnings and values if it puts to service of a compromised jurisdiction with the aware reality of the solidarity crisis. Through a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

hermeneutics philosophical, open and valorized of the peculiarities that each text proposes it is that it will settle down the connection between the fundamental rights and the solidarity. Through the hermeneutics method some will be brought presupposed that understand the beginning of the solidarity as expression valorativa for the accomplishment of the social laws.

KEYWORDS: KEYWORD: SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS; PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS; INSTRUMENT-SUBSTANCE; BEGINNING OF SOLIDARITY; VALUE- -SOLIDARITY.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe, de maneira rápida, alguns pressupostos para que o princípio da solidariedade seja um referencial expressivo na busca pela realização dos direitos sociais, de inegável importância para o estabelecimento da unidade social, haja vista os direitos prestacionais serem aspirações sociais a serem elaboradas e realizadas pelo Estado.

Mister a necessidade da retomada do valor-solidariedade, que embora surgido em meios às palavras de ordem da Revolução Francesa, possui na atualidade uma roupagem nova, mas de igual importância moral, ainda mais diante do plano desigual e plural em que se encontra a sociedade. Independente das teorias que surgem na doutrina acerca do princípio da solidariedade, o que se impõe é que ele não mais seja apenas um referencial moral constante na Constituição de 1988, mas, que encontre um lugar valioso nas relações entre sociedade e Estado, e assim possam dar sustentabilidade para o processo de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais. Atua, a solidariedade, como fundamento último dos direitos fundamentais, todavia, não no sentido normativo, mas sim, como força propulsora imbuída por a sociedade.

Em que pese o tema sempre merecer destaque, tamanha a importância de seu conteúdo, o que impulsionou a realização desta pesquisa foi a considerável empatia pelos assuntos interligados, principalmente pela função que exerce o princípio da solidariedade na realidade tão complexa e diversificada em que se encontra a sociedade e também pela inquietação em saber se a solidariedade pode realmente otimizar a realização social tão perseguida.

Serão levantados alguns pressupostos que possibilitam a ligação entre o princípio da solidariedade e os direitos fundamentais através de uma rápida incursão pela hermenêutica filosófica, citada sempre que se enaltecer a importância da interpretação aberta e receptiva, necessária diante da hodierna sociedade complexa que se apresenta.

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NUMA PERSPECTIVA VALORATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS : ALGUNS PRESSUPOSTOS

Inicialmente, cabe explanar algumas colocações acerca dos direitos fundamentais sociais, de maneira rápida, porém, dando parâmetros para a elucidação deste ensaio. Em seguida, se analisará as questões que se coadunam ao princípio da solidariedade, mormente ser este o foco principal dos pressupostos a serem discutidos no que tange a expressão valorativa dos princípios fundamentais, de maneira geral.

Ao iniciar o século XX se delineia o Estado do Bem-Estar Social[1], e com ele uma nova etapa de direitos que demandam prestações estatais positivas a fim de proporcionar condições mínimas à população no campo social[2]. A partir do impacto das Constituições mexicanas de 1917[3] e de Weimar de 1919[4], sentiu-se no mundo a necessidade de abranger o elenco dos direitos da representação das liberdades públicas[5], e então, numa perspectiva evolutiva, os direitos fundamentais sociais surgiram a partir da inserção do indivíduo na sociedade.

Em busca de um Estado mais pujante nas realizações social, imbuído nas lutas por melhorias que abrandassem anos de aniquilação às garantias de liberdade, a sociedade passou a pressionar por modificações estruturais. Não era plausível que o documento mais importante do país não contivesse um rol expressivo de direitos onde o “homem socialmente reconhecido” tivesse suas liberdades garantidas.

Os direitos fundamentais sociais são normatizações necessárias[6] para se possam afirmar os direitos do homem enquanto cidadão, protegido do poderio do *homem pelo próprio homem*. Embora algumas liberdades garantidas pela conquista histórica dos direitos fundamentais[7] pudessem ter desencadeado profundas transformações sociais aos povos ocidentais, pois não havia cadência no cuidado pela situação do homem numa dimensão coletiva.

As gerações de direitos conquistadas historicamente ao passar dos tempos convivem de entre si, jamais com a idéia de superação, mas, do contrário, agregando importâncias diferentes (em momentos diferentes) na história[8] em consonância com a história do próprio homem - ser histórico que acumula conhecimentos durante sua trajetória - de maneira em que possa usufruí-los quando lhes aprouver, o que ocorre, naturalmente, em momentos diferentes da vida.

Nesse lanço, nunca é demais lembrar que, embora possam ser gozados na dimensão individual[9], os direitos fundamentais devem ter a sua defesa potencializada na esfera coletiva[10], e o mesmo pensamento se tem em relação aos direitos sociais[11], que pertencendo a natureza de direitos difusos, guardam ligação com a proteção - e preocupação - guarnecida por todos, e portanto, imbuídos na idéia de solidariedade.

A par disso, diante da complexa realidade social vivenciada hodiernamente, torna-se primaz a retomada dos valores fundamentais do ordenamento, inscritos sob forma de princípios, como determinação de condutas que aplaquem a crise social – vivenciada amplamente em sede dos direitos sociais prestacionais - todavia, agregados ao valor-solidariedade[12], representado pelo princípio da solidariedade. Este, munido a uma interpretação constitucionalmente aberta[13], sugere uma saída ao individualismo excessivo que domina as interpretações jurisdicionais, e as relações entre Estado-sociedade, do que refletiu no fenômeno global do consumo, na competitividade a qualquer preço e na conseqüente desigualdade econômica.

Com o propósito de adentrar aos aspectos relevantes da solidariedade e na possibilidade de realizá-la como expressão valorativa dos direitos sociais – a qual defende este pequeno ensaio - como adjetivo moral pertencente ao Estado[14] em prol de uma efetiva realização dos direitos fundamentais sociais[15], a doutrina menciona situá-la como instrumento-substância[16] para uma adequada prestação jurisdicional[17] , ou seja, a solidariedade, ao mesmo tempo em que é instrumento, serve, também, como objetivo último (substância) para uma decisão imbuída de valores solidários, em contraponto às conflitantes situações da sociedade contemporânea, como demonstra Baggio[18] em seus estudos:

O “instrumento-substância” da solidariedade está situado, então, no nível dos princípios, em um senso geral (entendidos aí, princípios e valores), em nosso ordenamento jurídico. E colocado, em função da necessidade de reação hodierna a crise de solidariedade ou fraternidade em um ponto dentre os mais elevados na região onde gritavam esses princípios fundamentais, em face à sua função fundamental nessa reação.

A maior utilidade deste instrumento é a usualidade dos princípios e valores, aqui entendido também o valor-solidariedade, a serviço de uma jurisdição compromissada com a realidade ciente da crise de solidariedade[19]. Assim, a jurisdição que se comprometa a realizar os compromissos constitucionais efetivamente concretizam a busca de uma sociedade constitucionalmente pensada.

A mais das vezes, destaca-se também, a noção de solidariedade erigida dos estudos de Santos onde o autor expõe a questão da solidariedade como forma de conhecimento, de maneira que a realização do princípio fraterno[20] faz desenvolver o domínio multicultural no combate às diferenças e à desigualdade social e econômica.

Santos[21] assim identifica a função da solidariedade como uma forma de conhecimento:

Como a solidariedade é uma forma de conhecimento que se obtém por via de reconhecimento do outro o outro só pode ser conhecido enquanto produtor de conhecimento. Daí que todo o conhecimento – emancipação tenha uma vocação multicultural.

Ao descrever a ação solidária como conhecimento emancipação, Santos reconhece a abertura multifacetada que poderá emergir caso esse princípio oriente as ações dos indivíduos. É preciso não esquecer que a busca por esta expressão fraterna precisa ser de tal maneira a interagir nas relações entre o povo com o próprio povo, além, é claro, das relações entre Estado e sociedade, tendo em vista não se tratar de um aparato legal, mas, de um atributo moral que somente alcança seu propósito quando imbuído de força geral do Estado e seus componentes elementares.

De sobremaneira, a utilização do valor-solidariedade[22], por mais de vezes, se faz presente no discurso para a realização dos direitos sociais cuja necessidade impera a harmonização[23] das decisões. Todavia, essa busca pela harmonização não se faz de maneira padronizada, mas contanto com instrumentos que levem em consideração os fundamentos constitucionais e a necessidade de realização dos direitos sociais em vista de uma sociedade menos desigual.

A construção de uma nova realidade pujante e aberta às mutabilidades sociais, culturais e econômicas de um novo mundo é descrita por Azevedo:

É impossível cogitar-se validamente do direito sem pensar na sociedade sobre que atua e de que recebe o influxo. Direito e sociedade são realidades historicamente situadas, mutáveis e perfectíveis, em que de modo necessário se insere o homem interagindo com o seu semelhante na construção da vida cultural. Não há, pois, modo de compreender o direito senão em sua moldura histórica e global[24].

Vê-se, com isso, que as mudanças históricas que tanto pulsaram forças na busca por direitos históricos conquistados em cada dimensão do tempo, são, também, parâmetros a serem observados quando da realização dos direitos em cada caso em particular[25]. A solidariedade surge para otimizar este processo de integração, onde para cada um é dado o que lhe é de direito, porém, na medida das finalidades constitucionais previstas e do princípio da solidariedade imbuído na esfera moral.

Busca-se, com a retomada dos valores solidários imiscuídos ao processo de construção das decisões judiciais, muito mais do que equalizar a distribuição dos direitos sociais. O que perquire é o equilíbrio das relações sociais, que pode - e deve - ser restabelecido pelo Poder Judiciário[26]- senão como alento às agruras causadas pela crise de solidariedade desencadeada pelo mundo econômico[27] desenfreado - mas, principalmente, pela finalidade primeira constante na Constituição pátria em seu artigo 3º que propõe a construção de uma sociedade justa e solidária.

A idéia acima acolhida encontra respaldo na doutrina contemporânea, como em Torres[28]:

Mas também penetra na idéia de justiça, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais. A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos de fraternidade.

O que se percebe, é que interligam-se as considerações acerca dos direitos sociais nos estudos do princípio da solidariedade, principalmente pela característica difusa desses direitos. Trazidos à contemporaneidade como vertente de solidariedade, os valores de fraternidade, surgidos em meio às palavras de ordem da Revolução Francesa, são sustentáculos dos direitos sociais. Trata-se de um princípio totalmente abstrato, com uma carga ético-valorativa bastante forte e que permeia todo o texto constitucional

O fulcro principal do princípio da solidariedade, como se observa, é sua função otimizadora no reconhecimento dos direitos sociais frente às limitações criadas pelo Estado ao seu total desenvolvimento[29]. A busca pela identificação do papel deste princípio tão umbilicalmente ligado ao social, à cidadania, requer uma análise bastante cuidadosa, levantando todos os aspectos destacados pela doutrina brasileira.

Ademais, é importante realçar que, o *norte* a ser traçado para que o princípio da solidariedade seja a força impulsionadora – junto aos demais princípios constitucionais – de um ordenamento realizador dos direitos fundamentais sociais previstos[30] só será efetivamente concretizado se aliado a um processo pujante que reúna as forças sociais, inclusive, além de ações estatais nobres e igualitárias[31]. A Constituição deve ser entendida como uma unidade importante cujo conteúdo estabelece os princípios necessários para a convivência harmoniosa do homem enquanto ser social e o trabalho mais importante que se deve buscar é fazer desse elo uma verdadeira aplicação dos direitos lá estabelecidos.

Por fim, a solidariedade não se apresenta como um altruísmo excedente, mas como uma finalidade, reconhecida no artigo 3º da Constituição atual, imbuída de carga moral edificadora de um Estado de Direito. A ligação da sustentabilidade do princípio da solidariedade na realização dos direitos sociais – via processo interpretativo[32] – é de sobremaneira importante haja vista que, por detrás da realização de quaisquer dos direitos - constitucionalmente previsto - está a mais fundamental das garantias do cidadão, ou seja, a dignidade da pessoa humana, que se apresenta não somente como concretização material na qualidade de vida do indivíduo, mas, mais do que isso, à ela se refere a aceitação do homem como cidadão, integrado a comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização dos direitos fundamentais sociais, constantes na Constituição de 1988, sempre interessou a sociedade. Sua implementação reflete em desenvolvimento nas estruturas sociais, jurídicas, políticas, econômicas e culturais de todo o país, motivo pelo qual, todo o avanço quanto a otimização dos direitos sociais se faz receptivo[33]. Assim, quando por meio de uma interpretação valorativa, o princípio da solidariedade pode alimentar o preceito valorativo dos direitos sociais, mister o ser reconhecimento.

Acrescenta-se, ainda, a verificação de que a contemporaneidade trouxe velocidade nas transformações sociais, e diante de novos desafios, requer-se instrumentos que permitam haver um elo vigoroso entre os compromissos contidos na Constituição vigente e a pacificação social. A perpetuação do *status quo*, através de métodos repetitivos de interpretação, como quer o modo tradicional de hermenêutica, não se coaduna com o perfil transformador da realidade querida com o desafio de imiscuir o princípio da solidariedade na busca pela realização dos direitos sociais, motivo pelo qual faz-se necessário o uso da hermenêutica de cunho filosófico.

Em derradeiro, tanto o valor-solidariedade, projetado para que haja uma referência solidária nas decisões, quanto o conhecimento-emancipação ou mesmo o instrumento-substância - descritos como alguns dos pressupostos levantados pela doutrina como capazes de serem parâmetros ao reconhecimento valorativo da solidariedade no tocante aos direitos sociais – tornam-se necessários na medida em que a solidariedade não é mais um aparato estatal para se exigir desenvolvimento social, mas sim, um contributo moral constante na Constituição atual que necessita ser preceito usual de todos os setores da sociedade a fim se rechaçar o excesso de individualismo e buscar a realização equilibrada dos direitos sociais.

Por fim, a solidariedade, vista como um atributo moral, pode fazer muito pelo desenvolvimento social, todavia, há de ser levantada amplamente, em todos os setores da sociedade organizada. Não há de se realizar, nem mesmo através da hermenêutica filosófica, qualquer valor de solidariedade, se não houver receptividade, responsabilidade e senso de equilíbrio para a sua opção, completamente desvinculada de métodos ou obstáculos puramente formais embarcem a prática solidária. Nesse lanço, é preciso insistir que o trabalho em torno da utilização do princípio da solidariedade não se faz pelo caráter normativo, visto como mais uma exigência legal do Estado para a efetivação dos direitos[34], mas, de outro modo, a solidariedade se coloca como *razão de ser* dos direitos fundamentais, numa perspectiva de modificação do cenário social, mormente as promessas incumpridas da modernidade[35].

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2.ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). **Revista de direito social**. Porto Alegre, ano VII, n. 25, p. 11-118, Jan./Mar. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do ministério público*. Porto Alegre, n.53, p.49-69, maio/set. 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista do direito do trabalho**. São Paulo, ano 31, n. 117, p. 149-167, jan./mar. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos humanos-aspectos jurídicos. **Revista brasileira de direito constitucional**. n. 4, p. 24-30, jul./dez. 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Vol. 1, 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 223, p. 153-168, Jan. /Mar. 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007

TORRES, Ricardo Lôbo (org.) Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[1] Atribui-se ao *Welfare State*, ou *Estado do bem Estar Social*, ou ainda, *Estado Providência*, o desequilíbrio orçamentário sentido após a crise de 29 e refletido na economia até hoje pelos países desenvolvidos, como França, Itália e Espanha, por exemplo. Ocorre que , passaram os Estados a emitir moeda para cobrir o déficit no orçamento, causado pelas despesas sociais, por conta do surgimento de um novo paradigma de Estado, agora voltado para abrandar as desigualdades sociais degradantes refletidas no pós-guerra. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos humanos-aspectos jurídicos. *Revista brasileira de direito constitucional*. n. 4, jul./dez. 2004, p. 26.

[2] SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, Jan. /Mar. 2001, p. 157.

[3] O modelo da Constituição mexicana alargou o elenco dos direitos sociais, inclusive com a pormenorização das questões trabalhista, envolvendo horas extras, por exemplo, além dos direitos previdenciários, embora esses, em menor grau de especificações. Nesse ponto é bom lembrar que em muito se parece a Carta mexicana com a atual Constituição, tendo em vista a forma abrangente de elencar os direitos. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista do direito do trabalho. São Paulo, ano 31, n. 117, p. 149-167, jan./mar. 2005, p. 152.

[4] A Constituição de Weimar mesmo tendo marcado a efervescência dos direitos sociais, não pautou tão descritivamente os direitos sociais como a Constituição Mexicana, enunciando a justiça social como princípio, porém remetendo para o legislador infraconstitucional a função de concretizá-lo. Todavia, muitas inovações no direito dos trabalhadores surgiram a partir de 1919, como a jornada de trabalho limitada e a criação de justiça especializada.

[5] A simples abstenção do Estado já não assegurava efetivamente a dignidade da pessoa humana.

[6] Tendo em vista ser a sociedade mutável, plural e desigual vivida num Estado Social Democrático de Direito, os direitos, tal qual descritos na Constituição, são normatizações necessárias mormente a necessidade das relações igualmente se fazerem democráticas, apesar do conhecido desequilíbrio entre os Poderes- de uma modo geral – e seus governados.

[7] Marcada pelas Revoluções que desembocaram nas Declarações de direitos - de 1789 e de 1948 - cuja proteção aos direitos humanos refletiu em sua inclusão nas Constituições escritas que as sucederam.

[8] BIGOLIN, Giovani. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revista do ministério público. Porto Alegre, n.53, maio/set. 2004, p. 50.

[9] Enquanto patrimônio jurídico pertencente a toda a sociedade.

[10] Garantir as prestações contidas na Constituição sob forma de direitos requer um aparato completo de controle de gastos por parte do Estado, bem como de normas que assegurem tais prestações positivas. O fato de as normas constitucionais serem dotadas de eficácia aumenta ainda mais a determinação do Estado frente a realização dos direitos sociais.

[11] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista do direito do trabalho. São Paulo, ano 31, n. 117, jan./mar. 2005, p. 151.

[12] É necessário esclarecer que o princípio da solidariedade, tomado neste trabalho, representa um valor, igualmente a uma das significações dos princípios fundamentais e se traduz, basicamente- embora para tanto haverá espaço no terceiro capítulo deste trabalho monográfico- num *norte*, numa *ação*, perseguida pelo operador jurídico, a fim de realizar as finalidades constitucionais contidas no artigo 3º. Assim, ao se falar em valor-solidariedade, quer se expressar, inspirando-se nas idéias de Baggio, que o valor não pode ser dito em palavras, mas, como expressão concreta da realização da

solidariedade constitucionalmente prevista utilizando-se, para tanto, interpretações baseadas na dignidade humana e conseqüente ponderação dos princípios constitucionalmente previstos. STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 79.

[13] Embora não seja objeto deste estudo, a melhor orientação interpretativa se faz através da hermenêutica ontológica – ou filosófica – baseada na existencialidade, nos padrões heideggerianos-gadamerianos que comportam as pré-compeensões e compreensões que o intérprete possui por conta do seu ser-no mundo. Segundo a hermenêutica de cunho filosófico, a linguagem é o elo do homem com o mundo, ocupando, ao lado – não em dualidade de sentidos – com o sujeito e objeto, uma linha equilibrada de realização aberta das questões a serem interpretadas. O expoente conhecido na doutrina nacional que defende as Teorias de Heidegger e Gadamer é Lênio Streck, principalmente em sua obra *Hermenêutica e(m) Crise*.

[14] Que por sua vez é composto não apenas de Governo – e governantes – mas de Povo e Território e que, por isso, toda a maneira de perfectibilizar as relações sociais interessam, de modo geral, a qualquer cidadão.

[15] Prestacionais, em que pese as questões que envolvam limitações estatais, já debatidas, que se chocam ao pleno labor dos direitos sociais.

[16] Explica-se que o instrumento-substância idealizado pelo autor toma corpo como *norma*, que *vincula*, ou melhor, como uma ação que não pressupõe um resultado correto ou idealizado, permitindo ao deslinde da ação, muitas possibilidades, dependendo do caso concreto envolvido e conseqüente realidade social estabelecida na questão.

[17] BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). Revista de direito social. Porto Alegre, ano VII, n. 25, Jan./Mar. 2007, p. 80.

[18] BAGGIO. Moacir Camargo. *Op. Cit.* p.8

[19] BAGGIO. Moacir Camargo. *Op. Cit.* p. 82.

[20] Segundo Torres, o princípio da solidariedade foi conhecido, inicialmente, como fraternidade, por ocasião dos ideais da Revolução de 1789, todavia, ressurgiu em meados do século XX como solidariedade, expressando um valor abstrato – de carga puramente moral – (2001, p. 245) constante nos idéias do ordenamento brasileiro, descritos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

[21] SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Vol. 1, 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 30

[22] Contido em uma visão aberta da ciência do direito, em que se levam em considerações conhecimentos sociológicos, filosófico, bem como toda a gama de intelectualidade suficiente para extrair a justiça do caso concreto. Na verdade é a negação ao exacerbado positivismo, que trazia respostas prontas e iguais para questões

complexas e diferentes, sendo, nesse caso, um descompasso para a realização das finalidades contidas no artigo 3º da Constituição Federal.

[23] O sentido de harmonização aqui se faz como equilíbrio de valores, contabilizando as diferenças, então, o que é harmônico não é, necessariamente, igual.

[24] AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do direito e contexto social. 2.ed., 2º tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92.

[25] Os valores mais nobres de nosso ordenamento, como o da dignidade da pessoa humana, bem como a democracia, são igualmente mutáveis, segundo a perspectiva interpretativa de cada momento histórico em que se vive. A mesma percepção dos princípios não pode ser sentida se passados décadas de movimentos transformadores da sociedade. Por conta disso, os conceitos se acomodam na realidade do tempo em que se vive.

[26] Ao propósito, se um cidadão dirige-se ao Poder Judiciário a fim de lograr êxito em sua demanda, na espera pela realização de seu direito, independentemente da questão envolvida, o mínimo que se deve garantir a esse indivíduo e uma resposta equilibrada, coerente com o caso concreto. Este adequado papel de ligação entre a demanda e seu respectivo resultado se dá pela via interpretativa e, mais uma vez, reforça-se a opção razoável em uma hermenêutica que trabalha com os pré-juízos do intérprete, com a linguagem imbuída no movimento da compreensão

[27] A descrição resumida trazida por Sarmiento é bastante adequada para este espaço, ele diz “ a globalização econômica é o resultado vertiginoso de um processo histórico muito provavelmente irreversível, que desacelerou vertiginosamente nas décadas finais do milênio que se encerra [...] vivemos em um mundo menor – mas nem por isso mais hospitaleiro e acolhedor – , onde o que ocorre a milhares de quilômetros, fora dos limites do nosso Estado, pode influenciar, em tempo real, a nossa vida cotidiana” SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 223, Jan. /Mar. 2001, p. 153. Talvez tenha sido justamente a globalização - e seus reflexos nas relações sociais- que eclodiram no resgate urgente do princípio da solidariedade, haja vista ser o seu oposto a vazão mais forte do fenômeno globalizante.

[28] TORRES, Ricardo Lôbo (org.) Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 280.

[29] A saber, o *mínimo existencial*, a *reserva do possível* e a *proibição do retrocesso*, fazem frente, por vezes, na realização dos direitos sociais, dependendo da interpretação dessas limitações pelo Estado, haja vista, a argumentação mais equilibrada é a de não utilizar-se de limites para a não realização de direitos constitucionalmente previstos,

[30] Sem se esquecer, naturalmente, da luta contra o individualismo, que afasta das relações os laços solidários contidos no artigo 3º da Constituição atual, este, propulsor das finalidades que devem ser buscadas em nome do Estado Democrático e Social de Direito.

[31] Seria muito bom se parte expressiva da Constituição de 1988 se efetivasse, já que nela há uma construção – reconhecida – amplamente includente, porém, pouco realizada no mundo dos fatos.

[32] Ao optar pela hermenêutica filosófica na busca pela realização dos direitos sociais, reconhece-se um processo interpretativo que aceita as transformações da realidade social[32], bem como as compreensões do intérprete diante da realidade por ele sentida, sem intermediações metodológicas

[33] Algumas considerações são paradoxos no que tange à evolução social. Ao mesmo tempo em que se vê avanços nas mais diversas áreas de pesquisa, como na ciência e tecnologia, o ser humano parece distanciar-se mesmo é dos semelhantes. Com a expansão mundial da rede de computadores, o que mais observa é a crise de solidão, a depressão, o isolamento dos indivíduos – tomado o termo em sua acepção – contrariando a finalidade natural de relações sociais pujantes, mormente a tecnologia. É, de sobremaneira interessante que, a sociedade e o Estado buscam a pacificação social – inclusive neste trabalho que emprega a solidariedade como caminho – ao mesmo tempo em que se observa o individualismo exacerbado. Nada mais natural, então, citar Bauman, *quando diz que os medos, ansiedades e angustias contemporâneos são feitos para serem sofridos em solidão. Não se somam, não se acumulam numa “causa comum”, não têm endereço específico, e muito menos óbvio. Isso priva as posições de solidariedade.* BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 170. É preciso lembrar, ainda, que o mesmo autor descreve as relações sociais pós-modernas de *fluidas*, pois se apresentam dissolvidas, ou seja, facilmente modificadas, numa metáfora que se harmoniza com a reflexão causada pela expressão *evolução*, quando deparada com as transformações contemporâneas. Se há evolução no campo social, até que ponto ela se deu?

[34] Que já são legalmente reconhecidos.

[35] Usando o termo já conhecido de Streck em seu *Hermenêutica E(m) Crise*, quando se refere ao catálogo de direitos e garantias constantes na Constituição pátria.

HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA CONCRETUDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA BRASILEIRA *

HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE POUR LE CONCRETUDE DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL ECONOMIQUE BRÉSILIEN

**Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer**

RESUMO

O artigo aborda a tipologia dos métodos jurídico-interpretativos, destacando Escolas e regras próprias para a concretização do Direito, em especial, aplicáveis para o entendimento dos Princípios da Ordem Constitucional Econômica Brasileira. Destaca, além da interpretação tradicional, jurídico-formal do Direito, a técnica analítico-interpretativa da Law and Economics (LaE), adequada para a concretude da superestrutura jurídica. Dar entendimento ao Direito Econômico constitucionalizado e, por consequência, eficiência e dinamismo à sociedade, exige inovação nos métodos instrumentais que processam a matéria jurídico-legal. Justifica-se, então, a abordagem hermenêutica do Direito, seja em termos interpretativos, seja em âmbito de inovadora Teoria Geral do Direito; analisando-se itens como a concretude do Direito; a hermenêutica jurídica, a classificação dos métodos e Escolas de interpretação, as regras de interpretação, os princípios da interpretação constitucional, a moderna interpretação constitucional, bem como, em segundo momento, a moderna técnica analítico-interpretativa: LaE. Como metodologia, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento exploratório e explicativo.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA JURÍDICA, INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO, DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO.

RESUME

L'article aborde la typologie des méthodes juridique-interprétatives, en détachant des Écoles et des règles propres pour la matérialisation du Droit, surtout, des applications pour la compréhension des Principes de l'Ordre Constitutionnel Économique Brésilien. Il ressort, au delà de l'interprétation traditionnelle, juridique-formel du Droit, la technique analytique-interprétative du Law and Economics (LaE), approprié pour le concretude de la superstructure juridique. Donner la compréhension au Droit Économique Constitutionnel et, par conséquence, l'efficacité et le dynamisme à la

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

société, il demande de l'innovation dans les méthodes instrumentales qui traitent la matière juridique-légale. Il est justifié, alors, l'approche herméneutique du Droit, soit dans les termes interprétatifs, soit dans l'ampleur de l'innovatrice Théorie Générale du Droit; en analysant des articles comme la concretude du Droit; l'herméneutique juridique, la classification des méthodes et Écoles d'interprétation, les règles d'interprétation, les principes de l'interprétation constitutionnelle, la moderne interprétation constitutionnelle, aussi bien que, dans le deuxième moment, la moderne technique analytique-interprétative de la Law and Economics. Comme méthodologie, on utilise la méthode de l'approche déductive et la méthode de procédure d'exploration et d'explication.

MOT-CLES: HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE, INTERPRÉTATION ÉCONOMIQUE DU DROIT, DROIT CONSTITUTIONNEL ÉCONOMIQUE.

Introdução

Em tempos de globalização e neoliberalismo, de flexibilização das relações de produção, de real expansão do poder econômico transnacional e de busca dos novos paradigmas jurídicos capazes de acompanhar a efervescente fenomenologia social, não se deve descuidar da ampliação do espaço democrático e da conscientização das massas populares quanto aos seus direitos e garantias fundamentais. Para tanto, de grande mister é a existência e eficácia dos institutos jurídicos devidamente interpretados e apropriados para o efetivo exercício da cidadania.

No Brasil, paradoxalmente, a liberdade econômica recrudescer o ordenamento jurídico econômico, baluarte da defesa de diversos princípios constitucionais, dentre os quais: manutenção da soberania nacional, instituição e garantia da propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, entre outras.

Como superação das crises do Sistema Capitalista imperioso no início do Século XX, a mudança de comportamento do Estado pela implantação do *Welfare State* acarretou, no Direito, reflexos de grande importância. O poder econômico Estatal ergueu-se sobre complexo Direito Econômico, instrumento de efetiva programação dessa natureza, substituindo-se princípios e estruturas jurídicas, que passaram a condicionar a ação dos agentes e dos sujeitos de direito com vistas à superação das debilidades e ao fortalecimento estratégico dos países no cenário político mundial. Da mesma forma, ocorreu a introdução de inovadoras técnicas analítico-interpretativas do Direito, bem como, a mudança de função de institutos jurídicos tradicionais.

O dirigismo econômico verificado no Século XX, mormente entre o primeiro e o penúltimo quarto, caracterizou-se pela superação do modelo liberal, segundo incisiva participação do Estado na vida dos particulares, regulando, fiscalizando e, inclusive, agindo como agente econômico. Dessa forma, restou evidente a necessidade de

instrumentalização e modernização do discurso jurídico para que esse apropriasse as diretrizes estatais em detrimento das liberdades subjetivas. Em um primeiro momento, o Direito viu-se impostado por nova roupagem conforme o Direito Econômico e, hodiernamente, conforme a *Law and Economics (LaE)*, inclusive aplicada ao próprio Direito Econômico como, de resto, a todos os demais ramos do Direito. Justifica-se, portanto, que o Estado, seja intervencionista ou neoliberal, identifica modelo jurídico específico que, na forma de Direito Econômico ou segundo premissas flexibilizadoras das relações de produção, deve sujeitar-se a adequado processo hermenêutico, inclusive de ordem constitucional. Como metodologia, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento exploratório e explicativo.

1 *Welfare State* versus Estado Neoliberal: Mudanças no modelo jurídico e na Hermenêutica Constitucional

Efetivamente, participando ativamente da vida econômica, o Estado, não raras vezes, exerceu atividades que poderiam ser realizadas pela iniciativa particular. Entretanto, ao que consta, não foi o Estado-empresário que caracterizou o *Welfare State*, mas o que caracterizou tal mudança foi a política jurídica dirigista.

Eros Roberto Grau, discordando da ‘visão imobilista do Direito’, o entende como “instrumento de organização social”^[3]. Reconhece, pois, a dinâmica da realidade social refletindo mudanças no ordenamento jurídico e defendendo sua constante superação como baluarte dos ideais de justiça. O Estado retrógrado de pensar o Direito foi modificado pelo evoluir da realidade que influenciou ou caracterizou o “despertar do Direito [...] em contínua evolução [...] dinamizando como instrumento de edificação da vida social, a interpretação criadora de novos sentidos normativos, o florescimento das análises de Direito Comparado e o movimento de intervencionismo econômico e social.”^[4]

Dessa forma, no *Welfare-State*, a vocação do Direito passou de instrumento para a harmonização de interesses e para ferramenta voltada à realização de fins determinados, sendo que, o Direito Econômico, especialmente, passou a ser instrumento de intervenção social e econômica^[5]. Eros Roberto Grau justifica, assim, a existência do novo ramo jurídico denominado Direito Econômico que conceitua como “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica”^[6]. Destaque-se, ainda, que existe real necessidade de inovação do Direito segundo os ditames de cada época e segundo a evolução da sociedade.

Em um segundo momento, a partir dos anos oitenta, o liberalismo econômico-social passou, novamente, a ser a tônica. Lembre-se que, momentos sócio-políticos de grande instabilidade como os conflitos armados do Vietnã, a instabilidade política nas ditaduras militares da América Latina, a queda do muro de Berlim (1989), o fim da Guerra Fria, dentre outras causas, levaram à busca de novos rumos para a existência sócio-político-econômica dos países e dos indivíduos. Ademais, também conduziram ao repensar do instituído, pugnando-se pelo minimalismo de Estado, pelo liberalismo econômico-

político próprio dos governos de Ronald Reagan e de Margaret Thatcher, pelo processo de globalização de mercados e, conseqüente, flexibilização do jurídico-instituído.

O Estado e seu respectivo Direito passaram a não mais poder ser obstáculo próprio para a imobilização do efervescer do tecido social. Nos primeiros anos do Século XXI, a liberdade econômica é palavra de ordem, porém, paradoxalmente, para a manutenção da liberdade, ao Estado e ao Direito, ainda que mínimos, compete à regulação e a regulamentação da ação dos sujeitos de Direito de forma a vencer o imobilismo estatal e obstaculizar a ação privada socialmente negativa, empreendendo e incentivando a internalização das externalidades sociais, coibindo o abuso de poder político-econômico e dinamizando o necessário desenvolvimento sustentável.

Especificamente no campo da *Common Law*, lembre-se do ensinamento de Bruce A. Ackerman que alude à mudança no discurso juricista em conformidade com o Estado intervencionista remodelando-se a linguagem familiar da agenda do jurista e adaptando-se, a própria *Common Law*, “ao novo discurso administrativo que a inundou”^[7]. Isso foi resultado do intervencionismo Estatal norte-americano e da institucionalização dos *statutories* que passaram a ser comuns na *Common Law*, ao estilo do que a doutrina chamou de velha Análise Econômica do Direito - voltada para práticas *antitrust*. Entretanto, ensina Bruce A. Ackerman^[8], já em um movimento reconstrucionista do Direito, a *Common Law* passou a ser abordada sob os auspícios da nova Análise Econômica do Direito em que o realismo jurídico foi posto em dúvida, em detrimento de idéias inerentes ao construtivismo do discurso economicista geral e caracterizador de efetiva Teoria Geral do Direito.

Ainda, na apreciação evolucionista ou, mesmo revolucionária do Direito, Orlando Gomes e Antunes Varela destacam a função renovadora do Direito, detectando, porém, a dicotomia do pensar entre conservadores e progressistas. Os autores lembram da específica controvérsia entre Savigny e Bentham^[9] e criticam os posicionamentos radicais inerentes à “cegueira dos legisladores e juristas para as mudanças sociais e variações no clima da opinião pública; reconhecem o equívoco que proclama a substituição servil da superestrutura da sociedade à sua infra-estrutura, bem como, condenam a idéia de que os sistemas jurídicos constituem expressão de idéias e realidades políticas [...]”^[10]; ainda detectando o ‘esvaziamento dos conceitos romanistas’.

Assim, surgiu a necessidade do novo pensar para o Direito em termos de influência interativa entre o econômico-social e o jurídico. Inicialmente, segundo premissas macroeconômicas ao estilo do chamado Direito Econômico e; posteriormente, segundo a *LaE*, com a possibilidade de tomada de decisões jurídico-políticas eficientes. A partir de então, o novo discurso neoliberal com ênfase indiscutível à liberdade de mercado se fez evidente. No Direito, esses novos tempos levaram ao desenvolvimento da *LaE* como possibilidade de entendimento do jurídico-instituído a partir de visão liberal e menos intervencionista preocupada, agora, com as considerações microeconômicas do atuar da sociedade em tempos de flexibilização de direitos e de integracionismo econômico-político.

Deduz-se, pois, que este estado de mudança e de insatisfação em relação ao jurídico-instituído pesado e conforme o *Welfare-State* indicou novos caminhos elaborativos e analítico-interpretativos, já sob perspectiva de inovadora Teoria Geral do Direito ou,

ainda, como expediente técnico-racional justificante de ordem jurídica, assim, instrumentalizada e interpretável à luz da Ciência Econômica. Da mesma forma, em meio às cíclicas estruturas econômico-jurídico-sociais, permeia-se entre o dirigismo e o liberalismo econômico com respectivo arcabouço jurídico-institucional próprio ora para a manutenção empedernida do *status quo*, ora para atitude progressista de inclusão social em detrimento do abuso de poder político-econômico. É nesse contexto que se estuda a interpretação ou hermenêutica jurídica em busca da necessária ‘concretude do Direito’, segundo velhas e novas opções de interpretação jurídico-formal ou, mesmo, segundo a *LaE* como possibilidades na realização da Ordem Constitucional Econômica.

Justifica-se tal abordagem a partir de J. J. Canotilho aludindo-se que as normas jurídicas, no caso do Direito Econômico, muito especialmente, apresentam-se, em sua grande maioria, programáticas e inseridas em sistema jurídico-normativo aberto de regras e princípios, dinâmico e dialógico.

Constatado o sistema jurídico composto de regras e princípios^[11] e, especialmente, no caso tratado neste trabalho, enfatizada a principiologia econômica constitucionalmente adotada, tem-se a análise do que Canotilho denomina de princípios constitucionais impositivos^[12]. Articulando-se princípios e regras segundo seus diferentes graus de concretização e de forma a densificá-los, torna-se compreendida e exequível a ordem constitucionalizada destacando-se seu caráter e poder normativo conforme ensinado por Konrad Hesse^[13]. Assim, justificam-se métodos e teorias que tornem concretamente realizável, o Direito.

Em última análise, exorta-se o Direito Constitucional apropriado à realidade social, dinâmico em sua normatividade e concretizado segundo sua capacidade de controlar e induzir o comportamento social. Para tanto, várias alternativas apresentam-se, dentre as quais, o que Canotilho chama de “metódica jurídico-constitucional de concretização”^[14] ou, também, a nova Análise Econômica do Direito.

Necessários conhecimentos instrumentais da vislumbrada *background theory* sobre a existência de específico ramo do Direito – Direito Econômico – e a possibilidade de constitucionalização de seus princípios na Ordem Constitucional Econômica vigente de determinado país, em especial, do Brasil, trate-se de referir, inicialmente, à hermenêutica jurídica como possibilidade de concretude do Direito.

Problema crucial na existência humana é o da comunicação. Estando o indivíduo inserido em dado grupo social, deseja, absolutamente, fazer-se compreender de forma a transmitir suas experiências, alegrias e angústias. Diversas são as maneiras pelas quais o ser humano pode se manifestar buscando, por fim, a receptividade de seu interlocutor: a comunicação oral, gráfica, escrita, entre outras. Realidade outra, é a de que esse mesmo indivíduo insere-se em uma ordem, seja ela qual for: natural, econômica, social, legal, entre outras.

Conseqüência das premissas anteriores é a necessidade inarredável, para esse ser comunicativo de conviver com regramentos e normas, fazendo sujeitar aos demais, bem como, sujeitando-se, também. Observa-se, pois, que indispensável se faz a adoção de métodos interpretativos que possibilitem a concreção das ditas normas tornando exequível, assim, o seu entendimento harmonioso, eliminando as possíveis dubiedades, indeterminações, vaguezas e polissemias observáveis nos textos normativos. No

presente estudo, cumpre destacar a possibilidade de aplicação de método denominado Interpretação Econômica do Direito para a concreção da norma jurídica constitucional.

Concorda-se com Nelson Saldanha afirmando que devem ser relacionados “historicamente, os momentos de crise e as formulações hermenêuticas, assim, a hermenêutica por seu turno se reformula sempre”^[15]. Não se pretende, no campo da hermenêutica jurídico-formal tradicional, ainda que, tratando, ocasionalmente – por necessidade de compreensão acadêmica ou pela inerência do assunto – discutir a atuação do magistrado em relação à lei, nem mesmo, profundamente, abordar os problemas intrínsecos do discurso, da linguagem e da teoria dos signos – Semiologia. Por outro lado, lembre-se – apesar da diminuta diferença, se é que existe – entre a interpretação extensiva e a integração da lei^[16].

2 A Interpretação do Direito Constitucional

Ab initio ressaltem-se dois aspectos enumerados por Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao observar distinção da interpretação jurídica em geral da interpretação constitucional, “de um lado, o denominado elemento político, que impregna as normas constitucionais; de outro, as categorias das normas constitucionais ou, como ensina a doutrina, a tipologia das normas constitucionais”^[17]. O Direito Constitucional, por sua natureza, admite interpretação criativa, “pois a Constituição, além de conter um conjunto de normas, constitui ela própria uma grande norma aberta, sendo a sua interpretação um processo de constante legitimação de valores históricos”^[18]. De outro lado, Celso Bastos enumera quatro singularidades das normas constitucionais vistas sob o ângulo da sua interpretação:

a) Inicialidade pertinente à formação originária do ordenamento jurídico em grau de superioridade hierárquica. b) Conteúdo marcadamente político, visto ser a constituição o “estatuto jurídico do fenômeno político” na feliz síntese conceitual de Canotilho, c) Estrutura da linguagem caracterizada pela síntese e coloquialidade e d) Predominância das chamadas “normas de estrutura”, tendo por destinatário habitual o próprio legislador ordinário.^[19]

O mestre Paulo Bonavides afirma que a “interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional”^[20]. Transformações sensíveis observam-se a partir de novos métodos interpretativos mesmo mantendo-se a lei constitucional. Aliás, a importância da interpretação constitucional está, também, vinculada ao fato de flexibilizar-se, assim, à rigidez das Constituições, acomodando-as às exigências do meio político-econômico-social. Evidente, pois, que incorre em erro, o jurista que tenta interpretar a norma constitucional sem considerar os aspectos político-ideológicos. É ponto pacífico, entre os doutrinadores, a magnitude do problema inerente à interpretabilidade do Direito Constitucional devido ao fato de suas normas possuírem

conteúdos tão abrangentes. Meirelles Teixeira pondera sobre a aplicação de normas em sociedade tão dinâmica como a atual: “a mesma norma constitucional deve aplicar-se a contingências, situações e circunstâncias históricas por vezes mui diversas, e daí a necessidade de sua adaptação a essas condições especiais de cada época.”^[21]

De acordo com Canotilho e Vital Moreira, a interpretação, “ ‘discurso’ ou ‘processo’ complexo que incide sobre um enunciado lingüístico, tendo, por objeto, uma disposição e, resultado, uma norma; parte ele das premissas básicas de interpretação constitucional em que a ‘Constituição é uma lei’ formada por um ‘conjunto de normas’”^[22]. Referindo-se aos problemas de interpretação, aplicação e concretização do Direito Constitucional, Canotilho chama a atenção para o fato de que tal discussão se dá em torno de duas correntes doutrinárias: os interpretativistas e os não-interpretativistas, traduzindo maior ou menor liberdade para o atuar dos julgadores^[23].

Quanto ao objetivo, tem-se que manifestar o pensamento sobre a interpretação constitucional é, em última análise, pensar em interpretação da Constituição com vistas à sua concreção; quer dizer, sua realização e aplicabilidade ao caso concreto, mesmo, quando da elaboração da normatividade infraconstitucional. Na perspectiva de Canotilho, o objeto da interpretação da Constituição é “uma disposição (ou parte dela) ou um conjunto de disposições da lei constitucional, procurando captar o seu significado, isto é, a norma (ou um fragmento ou um conjunto de normas).”^[24]

Norma, assim, não é a simples disposição legislativa, mas também o entendimento que se tem do dito texto legal em relação, também, ao meio social. Destarte, necessária se faz detectar a existência de princípios mais comuns observáveis em nível de interpretação constitucional. É de lembrar que cada método, se abordado particularmente, tem suas peculiaridades e princípios próprios. Nesse sentido, cumpre destacar alguns princípios.

1. Princípio da unidade da Constituição: no processo interpretativo deve-se buscar um sentido caracterizador da vontade unívoca da Constituição. Segundo Celso Bastos é necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Alertando, ainda, para o fato das Constituições compromissórias apresentarem princípios que expressam ideologias diferentes, o autor observa que, do ponto de vista jurídico são passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias do direito^[25]. Canotilho também ensina que o princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa, afastando-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de Constituição como ordem de valores. Este princípio “significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade”^[26].

2. Princípio da inexistência de normas inúteis na Constituição: todas as normas têm um mínimo de conteúdo jurídico apreciável.

3. Princípio de interpretação conforme a constituição: ensina Celso Bastos que “se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de modo a torná-la harmoniosa com a Lei Maior”^[27]. Já, aqui, fica evidente o entendimento de que a norma não pode ser interpretada extensivamente quando se possa, assim, ferir o todo Constitucional sob pena de ter-se a chamada ‘inconstitucionalidade da norma constitucional’. Assunto

polêmico esse da discussão de normas ou princípios que possivelmente estejam antagônicos nos textos constitucionais.

4. Princípio da concordância prática: Vieira de Andrade, citado por Raquel D. Stumm, assim diz que na defesa de todos os valores constitucionais deve-se proceder a “um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore alguns dele, para que a Constituição (essa sim) seja preservada na maior medida possível.”^[28]

5. Princípio da hierarquização axiológica: em que se tem como dada uma escala de valores para os princípios e regras.

6. Princípio do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política^[29]. Denota-se um caráter político que tem supremacia sobre o entendimento último de justiça.

7. Princípio da máxima efetividade: princípio que abre um grande número de possibilidades em uma atitude interpretativa de resultados maximizados em relação à concretude da norma. Nesse caso, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”^[30].

8. Princípio da justeza ou da conformidade funcional: dentro da ótica da divisão de poderes, tal princípio “[...] tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas.”^[31]

9. Princípio da força normativa da Constituição: com este princípio, Canotilho ensina que “deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”^[32].

Em termos de interpretação constitucional, é muito árdua a tarefa de estabelecer critérios absolutos. Isto se dá, até mesmo, em função do caráter político-jurídico das normas a serem interpretadas. Paulo Bonavides lembra que a “interpretação constitucional se move, pois, no plano delicado da dicotomia [...]: de um lado o jurídico, doutro, o político, ambos [...] demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos na balança constitucional”^[33]. Muitas vezes, as próprias decisões dos Tribunais Constitucionais revestem-se de caráter eminentemente político em detrimento de um ideal maior de justiça, que não se resume ao caráter meramente formal.

A interpretação constitucional caracteriza-se como reação ao positivismo lógico-formal que prosperou na época do Estado liberal garantindo o *status quo*, mas que, obviamente, apresenta-se, hoje, ineficiente em tempos de neoliberalismo, pós-*Welfare State*. As Constituições, hodiernamente, têm por escopo estabelecer a ligação do Direito com a Sociedade; do Estado com a *praxis* inerente à legitimidade e do governo com os valores, as exigências e necessidades do meio social. Neste afã, os juristas devem primar por adaptarem as Constituições normatizadas às Constituições reais. Para tanto, variados são os métodos de interpretação em geral.

Inicialmente, em relação ao Método Integrativo ou científico-espiritual, destaca-se a figura de Rudolf Smend cuja concepção é sistêmica e espiritualista. Aqui, a Constituição compõe-se de distintos fatores integrativos com diferentes graus de legitimidade^[34]. Assim, prepondera a conexidade da norma individual e o contexto Constitucional, passando, essa, a ser mais política do que jurídica. Releva-se, portanto, o sistema de valores sócio-político-econômicos reais da sociedade.

O Método Interpretativo de concretização, por sua vez, apresenta três elementos básicos: a) a norma que se vai concretizar; b) a compreensão prévia do intérprete; e, c) o problema concreto a resolver. Esse método torna a constituição maleável na medida em que propicia, racionalmente, por via técnica, sem compromissos inibitórios de limitação jurídica rígida, os fins do Estado em toda a requerida e almejada amplitude. “O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição”^[35]. Três autores alemães destacaram-se na concepção deste método: Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Konrad Hesse prescreve ao Direito Constitucional, referindo à sua interpretação como concretização, expondo, literalmente:

A interpretação da Constituição é concretização. [...] A concretização e a compreensão só são possíveis em face de um problema concreto, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário dos outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados.^[36]

Quanto ao Método tópico de interpretação constitucional^[37], destaca-se a obra de Theodor Viehweg, em 1953, denominada *Topik und Jurisprudenz* e a de Josef Esser. Esse último afirma:

[...] pensar o problema constitui o âmago da tópica. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca em primeiro lugar, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle de certeza racional, pelo menos o único que não engana.^[38]

Trata-se então de técnica voltada ao problema concreto que, uma vez encontrado, recebe solução com base na eleição de critérios recomendáveis. O Direito anglo-americano do *case-law* exemplifica esta escola. Com a tópica dá-se a hegemonia do caso concreto sobre a norma e o sistema. O Método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição trata-se da junção da Tópica de Viehweg com a corrente científica – espiritualista de fundamentos realistas de Rudolf Smend. O método concretista de inspiração tópica, por sua vez, vem de Friedrich Müller e interpreta a

norma, concretizando-a, em uma amplitude que foge à simples análise do texto. É o método racionalista e concretista em que entram em jogo:

[...] os seguintes elementos de concretização da norma: os elementos metodológicos numa acepção estrita (os da interpretação gramática, histórica, genética sistemática e "teleológica", a par de alguns princípios isolados de interpretação constitucional), os elementos do âmbito da norma, os elementos dogmáticos, os teóricos ou de uma teoria da Constituição, os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais.^[39]

O Método concretista da Constituição aberta, de Peter Häberle, democratiza o processo interpretativo segundo três pontos principais: a) a possibilidade de muitos intérpretes da Constituição; b) a interpretação representa método aberto e público; e, c) a Constituição traduz-se na realidade e na publicização. O Método da interpretação conforme a Constituição, por sua vez, preconiza a interpretação das normas infraconstitucionais conforme o Texto Constitucional, favorecendo a proximidade com seu conteúdo. O Método clássico é encabeçado por ForsthoFF que se utiliza dos mesmos métodos hermenêuticos de interpretação das leis ordinárias conforme desenvolvido por Savigny, enquanto que o Método da teoria dos valores leva em conta os valores consagrados na sociedade. No dizer de Raquel D. Stumm “a recepção da ordem social exerce um papel marcante no sentido da legitimação da concretização adaptada a uma realidade histórico-cultural.”^[40]

O Método de interpretação sistemática trata da exegese da Constituição segundo seus princípios fundamentais que devem se revelar eficazes ou efetivos. Juarez Freitas ilustra o processo hermenêutico em sede de Direito Constitucional afirmando:

[...] ao lidar com a Lei Maior, haverá de ser pronunciadamente principiológica e marcada por uma hierarquização inclusive de princípios, que será tanto melhor e mais legítima quanto mais sistemática e apta a conferir ao sistema a sua coerência interna e aquela abertura para a melhor sintonia com as justas e legítimas aspirações da sociedade. Em síntese, por conseguinte, na seara da interpretação constitucional, é de se enfatizar, nesta breve ilustração, que: a) a interpretação sistemática opera, no exame da Constituição, hierarquizando princípios, normas e valores (pelo metacritério hierárquico axiológico), priorizando aqueles considerados fundamentais e escalonando-os entre si, quando em antinomia ou para evitá-la; b) a tarefa primeira do intérprete consiste, pois, em fixar o catálogo tópico de princípios, aprimorando-o, constantemente, para fazê-lo cumprir a precípua função sistematizadora intrínseca ao processo interpretativo, ainda que reconhecendo, neste mister científico e rigoroso, tratar-se – sua elaboração mesma – de um projeto aberto às mutações axiológicas; c) o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, nada mais representa do que o controle de sistematicidade do Direito como um todo, fato especialmente claro no processo objetivo de controle direto.^[41]

O Método Construtivista de J. H. Meirelles Teixeira conceitua o “interpretar a Constituição como um compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento das suas expressões, de acordo com suas finalidades, e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época”.^[42] Referindo-se ao construtivismo constitucional, o autor cita Black afirmando:

A expressão construção constitucional é de origem norte-americana . O eminente Black ,que escreveu sobre o assunto uma obra monumental, hoje clássica na matéria, denominou-a *Handbook on the construction and interpretation of the laws*, isto é, Manual de construção e interpretação das leis. Eis aí a distinção, comum à generalidade dos autores norte-americanos, entre interpretação e construção constitucional. Para os autores que admitem essa distinção, a interpretação é a mera análise e pesquisa do sentido de um texto, mas isoladamente, isto é, considerado em si mesmo, em sua letra, em seus elementos gramaticais e lógicos , a fim de esclarecer-se alguma ambigüidade ou incerteza. [...] o mesmo autor define a construção como “a arte ou processo de descobrir e expor o sentido e a intenção dos autores da lei tendo em vista sua aplicação a um caso dado, onde essa intenção se apresente duvidosa, quer por motivo de aparente conflito entre dispositivos ou diretivas , quer em razão de que o caso concreto não se ache explicitamente previsto na lei”.^[43]

Finalmente, a metódica jurídica normativo-estruturante de Canotilho explica textualmente os postulados básicos desta metodologia.

1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); 2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa “decisão prática” (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); 3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; 4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; 5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); 6) mas, a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; 7) Conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica) ; outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).^[44]

A título de crítica aos modernos métodos de interpretação constitucional é possível afirmar que a compreensão sistêmica pode levar a um fechamento da ação revisora em termos de interpretação constitucional, principalmente em tempos de instabilidade político-social, ainda mais em países em desenvolvimento. Conforme ensina Paulo Bonavides, “a Constituição é aí um meio de resistência (autoritarismo de reação) ou um meio de transformação (autoritarismo de mudança)”^[45]. Quanto à Tópica, argumenta-se negativamente em relação ao seu caráter anti-sistêmico. Diedereichsen, citado por Paulo Bonavides, apresenta três objeções: “com o conceito de tópica não se exaure por inteiro a substância íntima da jurisprudência; [...] seríamos injustos com a jurisprudência se estreitássemos, de modo unilateral, seu conceito de sistema e, enfim, a tópica nenhum método representa em condições de fazer mais segura a aplicação do direito”^[46].

No que diz respeito aos métodos positivistas de interpretação da norma, diga-se que eles abordam a Constituição tão-somente como “sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma, conforme acrescenta Müller, um ato de vontade do Estado expresso em forma de lei. (*‘ein Willensakt des Staates in Gesetzesform’*). A Ciência do Direito nada tem que ver nessa concepção com os fatos históricos e sociais contemporâneos. Se o Direito não os nega, lhes é, contudo, indiferente”^[47].

Em função do exposto, verifica-se que, no campo da interpretabilidade do Direito, o homem divide-se entre o utópico e o prático. Ora, assume postura realista e voltada ao pragmatismo que busca a solução fática e não raras vezes segundo a letra fria da norma; ora, assume posição idealista inovadora e modificadora do instituído.

3 A Moderna Técnica Analítico-Interpretativa Constitucional

Explicar a respeito da possibilidade de aplicação da *LaE* à Ordem Constitucional Econômica Brasileira, no que concerne aos seus princípios basilares previstos no art. 170 e seus incisos, torna-se possível uma vez respondida a seguinte pergunta: a *LaE* trata, em verdade, de referir a uma Teoria Geral do Direito inerente ao caráter ontológico do Ordenamento Jurídico ou pode ser vista como mero instrumental metódico adequado à nova interpretação jurídico-formal?

A doutrina não é absolutamente concorde quanto a real influência da Economia sobre o Direito^[48]. Três posições relacionando os dois conteúdos podem ser identificadas. A primeira trata de absoluta relação de causalidade entre a Economia e o Direito, na qual a primeira é a estrutura sobre a qual se ergue o segundo (determinismo Marxista); a segunda pode ser vista em Rudolf Stammler como relação de integração, na qual a parte substancial (Economia) soma-se à parte formal (Direito) para formarem um único todo em relação à realidade social e, finalmente, uma relação de interação, no qual os efeitos da Ciência Econômica anulam os efeitos Jurídicos e vice-versa.

A própria *LaE*, enquanto movimento, também apresenta variações de entendimento quanto à influência questionada, entretanto, a corrente majoritária de Posner^[49] defende absoluta supremacia do econômico sobre o jurídico de forma a justificar-se uma Teoria Geral do Direito embasada no critério de eficiência. A dúvida, que surge, então, é

quanto à transposição da *LaE* para a sua utilização em função de análise de direitos codificados próprios da *Civil Law*. Nesse caso, deve e pode ser tida como Teoria Geral justificada a partir de máximas economicistas; mormente, no caso da abordagem Posneriana de maximização da riqueza, como valor maior para o Direito; ou, deve ser aplicada, sim, mas com o intuito meramente interpretativo do Direito posto e teorizado sobre demais princípios estruturantes de Teoria Geral própria lógico-formalista.

Guiomar T. E. Faria manifesta sua preocupação, inicialmente, questionando a respeito da significação do próprio nome da disciplina a ser traduzido por Análise Econômica do Direito ou Interpretação Econômica do Direito^[50]. Pelo exposto por aquela autora e, pelo decorrente deste trabalho, resultam distintas as operações de interpretar e de analisar e parece que a resposta do enigma está na abordagem positiva ou normativa do Direito.

De outra forma, Guido Alpa refere ao assunto afirmando que “Interpretação Econômica do Direito, Análise Econômica do Direito, são fórmulas homólogas para traduzir, na língua italiana, uma expressão há algum tempo introduzida no uso e que é até corrente na nossa doutrina: *Economic Analysis of Law*.”^[51]

Santos Pastor, em seu ensinamento, alega esgotamento e insuficiência dos processos jurídico-formais tradicionais de interpretação do Direito afirmando, ainda, que tais métodos constituem em análise da estrutura da própria norma – *doctrinal analysis* – seja através da *legal doctrine* ou da *legal analysis* (porém, sem recorrer-se a outro campo do conhecimento). Continua, defendendo o exame do Direito de uma sociedade, especialmente para o que entende como ciência e política jurídicas, através de métodos e técnicas próprios das ciências sociais tais como a Sociologia, a Antropologia, a História, a Psicologia e a própria Economia^[52].

Juan Torres López ensina sobre a necessidade de socorrer do método econômico-científico da Ciência Econômica para entender, conhecer, interpretar e valorar os atos jurídicos. Nesse sentido, chama a atenção para a intervenção do Estado na vida social e faz com que o jurista tenha de abandonar seu hermético dogmatismo para assumir uma perspectiva teleológico-funcional^[53] capaz de superar a defasagem entre a realidade legal e a realidade social. Em verdade, o autor reconhece evolução quanto à tradicional metódica interpretativa do Direito até culminar esta, com a *LaE*. Afirma que, “salvo intentos de Sociologismo Jurídico, a imponente tradição do pensamento jurídico-formal amparado no formalismo normativo Kelseniano, na jurisprudência de conceitos ou na teoria da argumentação jurídica, tem levado a Ciência do Direito mais bem pela senda do autoconfinamento distante do encontro com outras ciências sociais”^[54]. Justificando o concurso da Ciência Econômica para entender o Direito ensina o autor espanhol:

Para captar o sentido autêntico da norma jurídica haverá de se atender aos objetivos político-econômicos do Estado e isso obriga, inclusive, a incorporar as categorias econômicas ao próprio discurso jurídico. Em particular, cobra especial significação a interpretação e valoração da norma de acordo com os princípios que conformam os textos constitucionais onde se incorporam os princípios que constituem o ordenamento econômico [...]. Esta perspectiva funcional que o Estado intervencionista apresenta, obriga a que o jurista deva internalizar, em maior ou menor medida, os próprios

discursos econômicos; deva assumir certa forma de pensar “econômica” que garanta a coerência de seu discurso e efetivo acoplamento de sua interpretação e valoração com os condicionantes teleológicos que contêm a norma em virtude de sua vinculação com os objetivos da Política Econômica que persegue o Estado. Se produz, pois, um autêntico e importante ponto de inflexão doutrinário: já não é que o Direito preocupe-se pelos fatos econômicos tomando-lhes em maior ou menor grau de consideração, senão, que se trata de, a Ciência Econômica, quer dizer, o modo científico de conhecer os fatos econômicos e sociais em geral, é necessária para conhecer, interpretar e valorar os atos jurídicos. ^[55]

Ainda, é interessante trazer o ensinamento de Washington A. P. de Souza no sentido da existência de um método analítico substancial de interpretação e elaboração do Direito Econômico embasado na metodologia economicista:

[...] análise como método comum ao Direito e à Economia, quando nos encontramos diante de normas jurídicas relativas aos fatos econômicos [...]. Esta análise penetrará o fato econômico, enquanto considerado como substância ou conteúdo das normas de Direito Econômico. Daí chamarmos de Método Analítico Substancial o que leve em consideração estas peculiaridades, assim como, o julgarmos o mais convincente a este ramo do Direito, pois que oferece como características: a) Partir da observação para a explicação do fato econômico, utilizando-se dos métodos da Ciência Econômica, b) Elaborar as hipóteses jurídicas relativas ao fato observado, utilizando-se dos métodos do Direito. Estaremos diante de uma metodologia pluridisciplinar, baseada sobre a análise econômica e sobre a análise jurídica. Mas, esta particularidade não compromete de forma nenhuma, o sentido aceitável da metodologia, pois o que importa é que conduz ao satisfatório conhecimento tanto das estruturas jurídicas formais, como das estruturas jurídicas substanciais. A norma jurídica e o seu conteúdo econômico revelam-se ao conhecimento nas expressões formal e substancial, sendo que esta última sempre está condicionada à natureza econômica do fato ou ato regulamentado pelo Direito. ^[56]

Em outra passagem, o autor expressa sobre dois trabalhos a serem desenvolvidos, o do exegeta e o do analista:

A Ciência Econômica fornecerá, pois, o conteúdo da norma jurídica porque são suas as leis de verificação do fato que o Direito vai limitar em termos da ação humana que o produzirá ou da redação que o próprio fato deve provocar. Percebe-se, então, que se pode desenvolver todo um estudo da Economia com o fim precípua de ser utilizado pelo Direito. [...] o principal objetivo, em decorrência, seria fornecer ao legislador e ao juiz a visão científico-econômica correta do fato ou da ação posta sob sua análise. E o cientista do Direito encontra neste tipo de estudo aqueles elementos de racionalidade que a simples observação dos costumes ou da realidade social atual não lhe permite concluir com a segurança de informações desejável. Do mesmo modo, o exegeta

recorrerá a tais ensinamentos para interpretar o verdadeiro sentido do texto legal sobre elementos cientificamente obtidos. O analista terá instrumentos para o seu comentário, que o libertam do perigo das apreciações pessoais. E o sintetizador poderá concentrar nas sumas que oferece, o verdadeiro espírito do fato que o direito procura exprimir.^[57]

Assim, o Direito Econômico, como de resto, todos os demais ramos do Direito, embasado metodologicamente sobre a Ciência Econômica – que, no entender de Keynes “é um método mais que uma doutrina”^[58] – estuda o fato social e oferece ao aplicador e intérprete da lei condições de entendimento não arbitrárias ou pessoais, mas, eminentemente técnicas; de forma a obter-se a “concretização, pela aplicação da lei, daqueles princípios fundamentais que se subentende tenham sido fixados pelo legislador constituinte como a expressão da vontade da maioria, e, portanto, como a decisão da própria sociedade a cujos membros e órgãos executivos se deva impor”^[59].

A doutrina da *LaE* oferece condições analítico-metodológicas suficientes para o elaborar positivo ou normativo do Direito. As normas jurídicas podem, efetivamente, refletir realidade positivamente observada e, inclusive, previsível. De outra banda, também podem ser elaboradas conforme política previamente traçada segundo a ideologia adotada de forma a darem, ao Direito, um caráter funcionalista e consequencialista. Assim, o Direito passa de mero controlador social, para indutor de políticas através de sistemas de incentivos e desestímulos normativos.

Do exposto sugere-se que existem duas abordagens quanto à natureza da *LaE* que pode ser vista. Inicialmente, como Teoria Geral do Direito universalizante, justificando-lhe enquanto conhecimento ôntico embasado em racionalidade econômica cuja metodologia encerra a combinação de individualismo metodológico, lógica dedutiva e empirismo. Em segundo momento, pode identificar-se, na própria *LaE*, a metódica compreensivo-interpretativa do fenômeno jurídico que se adapta aos demais métodos dogmático-jurídicos, mormente aqueles que priorizam o fenômeno social.

A *LaE* não sendo mero método interpretativo de normas, mas estando ligada à raiz racional fundamentante do Direito enquanto Ciência e Política, entretanto, não desconhece a possibilidade de utilização dos diversos métodos de interpretação – tais como citados na primeira parte deste estudo – para o entendimento e valoração das normas tomadas especificamente. Lembre-se que a interpretação tem por escopo a norma de forma exclusiva. Contudo, em termos de *LaE*, a preocupação se dá em função da estruturação de uma Teoria Geral do Direito embasada na Ciência Econômica, quando da criação dessa norma com função voltada a resultado previamente definido – normatividade Calabresiana ou da interpretação judicial da realidade como se apresenta e segundo o enfoque metodológico economicista-positividade Posneriana.

Os métodos interpretativos evoluem ora restringindo o entendimento normativo-jurídico, ora ampliando esse entendimento, conforme a necessidade política de fugir da determinação das normas ou de garantir sua imperatividade. Portanto, a metodologia interpretativa do Direito perpassa diversas orientações desde Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo até às Escolas de reação e finalísticas, destacando-se, por exemplo, o Sociologismo de Roscoe Pound e o Direito Livre de Kantorovicz.

Dentro da Sociologia, a Economia já se apresentava com sua metodologia para o entendimento de determinados campos do Direito, mormente, o do Direito Econômico, conforme visto na abordagem de Washington A. P. de Souza e seu Método Analítico Substancial. Hodiernamente, no entanto, a *LaE*, antes de ser instrumental interpretativo, apresenta-se como embasamento teórico-justificador do Direito em termos normativistas, conforme proposta de Calabresi e, pode ser vista, também, como racionalidade instrumental interpretativa em termos de análise positiva defendida por Posner.

Em resumo, responde-se ao questionamento inicial afirmando que a *LaE*, conforme concebida por Posner, trata de nova Teoria Geral do Direito, embora, relevando-se sob outra ótica, a *LaE* não deixa de resultar em metodologia interpretativa própria (método econômico). Ademais, há a possibilidade de utilização de outros métodos ou Escolas interpretativas conforme descritas anteriormente, desde que relevadas e priorizadas as novas orientações da natureza economicista do Direito.

4 *Law and Economics* e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica Brasileira

Ao aplicar-se a *LaE* aos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica almeja-se, em última instância, a concretização constitucional da Constituição dirigindo-se superando-se o problema metodológico, descrito por Canotilho como sendo problema inerente à realização constitucional ou, mais especificamente, “à normação ou regulação e à aplicação-interpretação”^[60]. Queixando-se da falência dos métodos e princípios da interpretação dogmático-jurídicos, o autor destaca a divergência entre o momento interpretativo e o aplicativo do Direito condenando os extremismos e arbitrariedades. Dessa forma, intenta-se firmar o processo concretizador da lei fundamental sobre uma metódica estruturante positivista e sobre Teoria Geral do Direito embasada na racionalidade econômica. Busca-se, pois, obter consenso entre a prática legislativa e a realidade verificável no meio social de forma a obter-se a chamada governança ou governabilidade própria para a satisfação das necessidades; mas, com suporte de recursos suficientes para não se incorrer na utopia^[61].

A exequibilidade de tal intento pode ser verificada a partir da elaboração normativa pelo parlamentar ou algum representante dos outros poderes – executivo e judiciário – dentro das suas esferas de competência ou por algum membro do judiciário, quando da apreciação judicial do caso concreto, relevando-se como Princípio Geral do Direito a eficiência econômica. Ressalte-se que sob a ótica Posneriana – mais conservadora – tal Princípio estruturante do sistema jurídico passa a ser decisivo na alocação de todos os recursos disponíveis; enquanto que a teoria de Calabresi defende outras variantes, além do critério efficientista, como, por exemplo, a equidade. Vale dizer, Calabresi sustenta a idealização do sistema tratando-se de utilizar a Ciência Econômica como instrumental próprio para detectar objetivos alcançáveis segundo normatividade finalística.

Assim, adotada a corrente economicista para a estruturação do Direito Pátrio, ainda serão compatíveis as máximas principiológicas constitucionais dos artigos 1º e 4º, assim

como, os direitos e garantias do art. 5º, desde que sejam considerados os parâmetros de eficiência. A Constituição, como Lei Magna, em função da generalidade com que trata os assuntos, apresenta-se como verdadeiro estoque de capital normativo que – justamente por não tratar, especificamente, as particularidades do mundo real – tem garantida sua durabilidade e primariedade dentre as diversas disposições normatizantes do sistema de forma a não depreciar-se em curto prazo.

Deve, portanto, ser analisada e interpretada de forma não restritiva a ponto de não reconhecer a mudança social e, ainda, conforme a uma pragmática que lhe exclua de uma utopia questionável. Para tanto, os Princípios Gerais do Direito, a analogia, os costumes, a manutenção do *status quo* eqüitativo e os processos interpretativo-dogmáticos devem ajustar-se a uma visão econômico-jurídica própria dos tempos atuais neoliberais, de forma a instrumentalizar o discurso jurídico para a realidade da escassez de recursos e excesso de demandas.

Dessa forma, em um sistema de *Civil Law* como o brasileiro, resta, à Constituição, determinar as linhas mestras – princípios – que permitam ao Estado e aos particulares proceder defendendo direitos, contudo, direitos racionalmente instituídos, úteis e apropriados a um mundo não estagnado na inércia da incompetência e do mau uso da riqueza.

Quanto à dívida social do sistema – toda espécie de não privilegiados, de desvalidos e de excluídos – resta ainda, para o legislador, a ação normatizante de cunho social reparatória das situações de disparidade social e vindicadoras de melhor posição – ótimo de Kaldor-Hicks – para os referidos indivíduos que, por fim, devem ser reintegrados no sistema de forma a obterem seu lugar no processo produtivo.

De outro ângulo, ainda, compete aos magistrados, no julgamento dos casos concretos, considerarem os reais efeitos de suas decisões na realidade de suas comarcas de forma a atuarem conformes as possibilidades de recursos existentes e interagindo com a sociedade, evitando desperdícios e práticas que, por fim, venham onerar a sociedade em nome de uma justiça individualista e irascível segundo os novos padrões de reequilíbrio dos agentes econômicos.

Fugindo aos extremismos, no entanto, e ainda acusando diversidade no seio da própria utilização da Análise Econômica quanto ao Direito; propõe-se (para o Direito Constitucional Pátrio) não uma estrita Teoria Geral do Direito de cunho economicista, mas, a consideração, em nível interpretativo-analítico das premissas econômicas no alcançar do derradeiro ideal de justiça vez que, possivelmente, decisão puramente econômica não seja de todo justa, mas, certamente, decisão que não tome em consideração os diversos caracteres e circunstâncias envolvidas, dentre os quais, o econômico, pode ser injusta.

Considerações Finais

A interpretação do Direito Constitucional reveste-se de grande importância na medida em que, como norma fundamental, dela emana todo o arcabouço princípio-normativo do Direito conformador das relações sociais de dado País. O Direito tem, pois, que ser revelado segundo mínimo de racionalidade que não lhe impeça, no entanto, de contemplar o ideal de justiça que pulsa no tecido social. A Constituição deve ser interpretada com fins de justiça e harmonia espiritual, mas que não relegue a um plano distante a realização material da condição humana.

Incursionou-se, acima, pelas veredas da interpretação do Direito procurando o delineamento do pensar contemporâneo para justificar os diversos caminhos possíveis que levem à elucidação e concreção da lei. Escolas, métodos, princípios e regras são abundantes, assim como, também o são as ambigüidades normativas a serem resolvidas.

Do exposto, deve permanecer a idéia de que o Direito é dinâmico e que, assim o sendo, faz urgir acompanhamento *pari passu*, por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos a fim de que a letra da lei não se torne obsoleta e ineficiente junto ao meio social, seja qual for a Teoria Geral em que este Direito esteja embasado.

A aplicação da *LaE* aos princípios constitucionais da Ordem Econômica Brasileira, seja como metodologia interpretativa, seja como estrutura analítica própria da estrutura jurídico-legal, significa concretizar o Direito otimizando recursos pela criação e aplicação eficiente da Norma Constitucional. Disciplina-se, assim, a ação dos sujeitos de direito voltada para o uso racional da riqueza, fluidez das relações de produção, uso eficiente da propriedade e maximização de resultados; ainda, sob auspícios da inclusão (no cálculo econométrico próprio), para a tomada de decisão jurídico-legal, das externalidades ocasionalmente impostas pela ação ou omissão do agente. Ao Estado, resta, por fim, intervir, segundo sejam altos os custos de transação e permitir adequada transação de interesses promovida que seja a sociedade civil forte.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Tradução de Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.

ALPA, Guido. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: 1994.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERRAZ, Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Forense, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros. 1995.

GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

SALDANHA, Nélon. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS PASTOR. *Sistema Jurídico y Economía : Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos, 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987

[1] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/S.C.; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/M.G.; Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires – UBA/ Bs. As. – Argentina; Professor de Direito Internacional Público e de Direito Econômico na FURG/R.S.; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos – CEJE da Faculdade de Direito FURG/R.S.

[2] Doutora e Mestre em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC). Professora na graduação e na pós-graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Professora e coordenadora do Curso de Especialização em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior. (UNIVALI).

[3] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pp.3-7.

[4] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, pp.10-11.

[5] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, pp. 12.

[6] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, pp. 31.

[7] ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Tradução de Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel, 1988, pp.13-40.

[8] Em sua obra, o autor demonstra grande senso crítico em relação ao novo discurso jurídico-economicista da LaE afirmando: (...) De onde equivocaram-se os discípulos da escola de Chicago é no modo em que podem preencher o vazio deixado pela desintegração de sentido da situação realista. (...) Diferentemente dos partidários da economia aplicada, não podemos reduzir o diálogo legal a um jogo de opiniões sobre negociações "ex ante" que as partes possam ter alcançado em um mundo coaseano sem fricções - conflitos. Ver: ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, p. 124.

[9] Savigny defende Direito cauteloso em relação à consagração das práticas sociais em função do costume popular para posterior internalização no discurso jurídico; enquanto Bentham defende a utilização das leis reformadoras do meio social. para este último, portanto, o Direito deve promover reformas sociais antes mesmo de ser mero mantenedor do *status quo*.

[10] GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 193-202.

[11] Canotilho distingue regras de princípios segundo: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética. Em sua obra, o constitucionalista luso ensina o entendimento de princípios distintos das regras segundo a função de cada um, seu grau de diferença ou diferenciação qualitativa, destacando, neste último caso, como segue: "[...] (1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma 'otimização', compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: 'applicable in all-or-nothing fashion'); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu 'peso' e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras

contêm a validade simultânea de regras contraditórias; (4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas). CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 166-168.

[12] Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por “preceitos definidores dos fins do Estado” (assim Scheuner: “Staatszielbestimmungen”), “princípios directivos fundamentais” (Häfelin) , ou “normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 173.

[13] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

[14] CANOTILHO, J.J. Gomes . *Direito Constitucional*, pp. 193 e ss.

[15] SALDANHA, Nélon. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80.

[16] Celso Bastos observa muito bem: Interpretação e integração mantêm certos elementos de conexão, como o diz Canotilho: "Ambas são voltadas à obtenção do direito constitucional" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 171). Contudo, não se deve, como faz aquele mestre, caminhar muito no sentido da relativização destas categorias. Se é certo, como ele o faz, afirmar as dificuldades existentes em distinguir uma interpretação extensiva de uma interpretação analógica, ainda assim é forçoso reconhecer-se que estamos diante de realidades lógicas profundamente diferentes. A interpretação transcorre dentro do âmbito normativo, (...). Já com relação à integração o de que se cuida é de encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela Lei Fundamental. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 108.

[17] FERRAZ, Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Forense, 2005, p. 25.

[18] STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.16.

[19] BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p p. 103-6.

[20] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 417.

[21] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991, p.266.

- [22] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: 1991, p.51.
- [23] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p.197.
- [24] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA , Vital. *Fundamentos da Constituição*, p. 51.
- [25] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. p. 99. Da mesma forma: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, pp. 165-177.
- [26] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 191.
- [27] CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito Constitucional*, p. 102.
- [28] STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.58.
- [29] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 227.
- [30] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 227.
- [31] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 227.
- [32] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 229.
- [33] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.422.
- [34] Rudolf Smend *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.436.
- [35] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.439.
- [36] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 439.
- [37] Método analisado como tópico-problemático em: CANOTILHO. *Direito Constitucional*, p. 213.
- [38] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 448.
- [39] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.464.
- [40] STUMM. Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*, p.25.
- [41] FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros. 1995, pp. 145 -151.
- [42] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, pp.268-69.

[43] TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 269. Da mesma forma os princípios do método construtivista podem ser observados em: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, pp.216-18.

[44] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p.215.

[45] BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 442.

[46] BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 451.

[47] BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 458.

[48] Concorda-se com o posicionamento do Professor Washington A. P. de Souza que expressa: “Se retomamos as tentativas, até aqui realizadas, de sobrepor a Economia ao Direito ou vice-versa, assim como as de reduzi-los a um campo único, vemos que nada se conseguiu além de desviar o raciocínio de sua verdadeira dificuldade. Julgamos, neste particular, que o conhecimento econômico, obtido pelos seus métodos próprios e no campo próprio da Economia, deva ser utilizado pelo conhecimento jurídico, por sua vez obtido em seu campo próprio e por métodos próprios. Um não exclui o outro no conhecimento da realidade social. E, por isso, a Economia Aplicada ao Direito será uma modalidade de estudo da Economia, pela qual a aquisição do conhecimento econômico esteja motivada para explicar a sua manifestação quando na área do Direito. Aproveitará igualmente ao jurista e ao economista, porque dará também a este último, a dimensão que decorre da permanente preocupação para com a realidade social de que se ocupa, libertando-o da ilusão de soluções abstratas que padecem de exequibilidade por violarem princípios culturais arraigados. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 32. Canotilho opõe-se tanto à supremacia de uma teoria econômica da política sobre o Direito como à crítica da economia política conforme adverte: “[...] a “ativa efetividade do direito”, em geral, e a força conformadora-normativa do direito constitucional, em particular, pressupõem a sua ‘relativa autonomia’, pois se o direito se identificasse ou fosse sempre ‘congruente’ com as relações de produção ou com outras relações sociais sobre as quais vai atuar, então ele próprio não se poderia considerar como fenômeno social autônomo nem ter eficácia socialmente conformadora. Quer dizer: a relação de ‘condicionalidade’ e a ‘reciprocidade de efeitos’ não justifica uma ‘economização do direito’ e muito menos, uma determinação econômico monocausal. Este é o ponto de partida adequado à compreensão da constituição dirigente – uma lei fundamental com ‘aspirações retoras’, logicamente não dissolvidas nas ‘relações econômicas’ existentes no momento da sua gênese. Em termos estruturalistas: o sistema jurídico é um sistema de mediação com um ‘espaço de jogo’ relativamente autônomo. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: 1994, p. 51.

[49] POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

[50] FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, pp.11- 15.

[51] ALPA, Guido. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982, pp. 1-27.

- [52] SANTOS PASTOR. *Sistema Jurídico y Economía : Una introducción al Análisis*, pp. 29-30.
- [53] TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, pp. 14-15.
- [54] TORRES LÓPES, Juan . *Análisis Económico del Derecho*, p. 13.
- [55] TORRES LÓPES, Juan . *Análisis Económico del Derecho*, p. 15.
- [56] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 61
- [57] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 31.
- [58] No mesmo sentido: TORRES LÓPES, Juan . *Análisis Económico del Derecho*, p. 9.
- [59] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 247.
- [60] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente*, p.59.
- [61] FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. *

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A TOOL OF REALIZATION OF SOCIAL RIGHTS THROUGH CONSTITUTIONAL JURISDICTION.

Filipe Madsen Etges

RESUMO

A evolução dos direitos fundamentais, em especial a passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social (Welfare State), de onde surgiram os direitos de segunda geração, trouxe uma série de dificuldades relativas à concretização destes direitos em seu âmbito material. Neste contexto, a responsabilidade ampla e ativa de garantir a eficácia dos direitos sociais incide sobre o Estado. Entretanto, ainda hoje se discute o caráter programático destes direitos e a dificuldade de eficácia concreta – seja por ação ou omissão –, o que leva ao Poder Judiciário, em especial os Tribunais Constitucionais, a tarefa de atuar na questão. Uma vez que a garantia dos direitos sociais, muitas vezes, necessita de valorações por parte da jurisdição constitucional, tal situação gera críticas de afronta ao princípio da separação dos poderes e de subjetivismo por parte do Poder Judiciário. Para enfrentar o problema da legitimação, a fim de garantir a possibilidade de atuação jurisdicional, são propostos mecanismos que tenham o condão de dar objetividade e segurança jurídica às decisões, bem como formas de atuação coadunadas com o princípio democrático. Assim, muitos autores irão defender a possibilidade de uma jurisdição mais aberta à participação social direta na construção das valorações judiciais, bem como a utilização de instrumentos procedimentais, como o princípio da proporcionalidade, que possam conferir essa legitimidade. Com uma análise crítica, partindo da premissa da supremacia dos direitos fundamentais, entende-se que a atuação da jurisdição, buscando uma intervenção verdadeiramente democrática e garantidora de segurança jurídica, deverá se dar sempre que existir o enfraquecimento das garantias contidas na Constituição, que não podem ter sua eficácia relegada a disputas de legitimidade entre os poderes constituídos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS. ESTADO SOCIAL. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The evolution of fundamental rights, especially the passage of Liberal State for the Welfare State, from which emerged second generation's rights, brought a series of difficulties for the realization of these rights in its scope. In this context, the broad and active responsibility to ensure the efficacy of social rights falls on above the state. However, nowadays, we are still discussing the programmatic nature of these rights and the difficulty of effective completion - whether by action or omission - which leads to the Judiciary, especially the constitutional courts, the task of acting on the issue. Since the guarantee of social rights, often needs assessments by the constitutional court, this situation leads to criticism of affront to the principle of separation of powers and subjectivism by the Judiciary. To face the problem of legitimacy in order to ensure the possibility of court action, are proposed mechanisms that have the capacity to do objectivity and juridical certainty to decisions, and how to act in line with the democratic principle. Thus, many authors defend the possibility of a court more open to social participation in the construction of direct judicial evaluations and the use of procedural tools, such as the principle of proportionality, which could give it legitimacy. With a critical analysis, based on the premise of the supremacy of fundamental rights, it is understood that the actions of the court, seeking a truly democratic action and guarantor of legal certainty, should be given where there is a weakening of the guarantees contained in the Constitution, which can not have its effectiveness relegated to disputes of legitimacy between the powers.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS. WELFARE STATE. CONSTITUTIONAL JURISDICTION. PROPORTIONALITY.

1 Introdução

O presente estudo aborda a possibilidade de efetivação dos direitos sociais a partir de uma perspectiva de atuação jurisdicional, em especial dos Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, torna-se proeminente ressaltar a maneira como os direitos de segunda geração iniciaram sua trajetória de inserção no contexto dos direitos fundamentais. Na busca de alternativas para o problema da falta de efetividade jurídica destes direitos é que se pretende vislumbrar a quem compete implementá-los e sob que forma de legitimação. Superada tal questão, o passo seguinte será apontar quais instrumentos hermenêuticos podem auxiliar nesta tarefa.

Desde o advento do Estado Social e com ele o surgimento dos direitos sociais - os quais presumem uma prestação de cunho positivo por parte do Estado, no sentido de assegurar direitos como saúde, educação, segurança - é que são discutidas as formas de atuação do Estado no sentido de concretizá-los.

A relevância do estudo dá-se pela necessidade, ainda hoje, da implementação de forma abrangente da maioria dos direitos sociais. Em um ambiente permeado pela discricionariedade e subjetividade de uma atuação estatal estritamente política e desacompanhada de efetividade jurídica com relação a muitos direitos fundamentais, a discussão em torno de novas alternativas acerca da efetivação destes direitos é de

extrema importância e contemporaneidade ímpar. Nessa esteira, é que o papel da jurisdição constitucional deve ser analisado e discutido.

O trabalho objetiva, primeiramente, situar e conceituar os direitos sociais realizando a devida análise dos problemas inerentes a esse evento. Em seqüência, questiona-se a possibilidade de uma atuação legítima do poder judiciário no sentido de auxiliar na concretização de tais direitos. No último ponto do estudo, indaga-se a utilização do Princípio da Proporcionalidade como forma de atingir tal objetivo.

2. A VIABILIZAÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL.

2.1 Um novo paradigma frente ao liberalismo: o surgimento do Estado Social.

A construção dos direitos sociais necessita, para uma melhor compreensão do contexto onde foram gestados, da análise do momento de transição do Estado Liberal para o chamado Estado Social.

Conforme Plínio de Oliveira, de forma abrangente e apropriada para iniciar o tema, afirma que “as aspirações francesas de 1789, liberdade, igualdade e fraternidade, correspondem, respectivamente, a etapas evolutivas dos direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração”.^[1] Assim, traça, na seqüência de seu raciocínio, a linha evolutiva dos direitos fundamentais, pois,

[...] enquanto o Estado absolutista cedeu espaço ao Estado liberal, garantindo liberdades públicas e individuais e projetando os direitos civis e políticos, já apregoados por Locke e Grotius; o Estado de Direitos, inicialmente moldado pela filosofia liberal e pelo *laissez faire laissez passer*, reconheceu, mais tarde, pelo Estado Democrático de Direito, a necessidade de implementar o direito de igualdade de oportunidade aos cidadãos no âmbito dos direitos sociais, dando lugar à fraternidade solidária, para que a máquina estatal, outrora omissa e indiferente, assumisse, ainda que tardiamente, compromissos solenes e impostergáveis de estabelecer políticas públicas destinadas não apenas em assegurar a liberdade, mas eliminar as desigualdades sociais e promover fraternalmente, em todos os setores, a dignidade da pessoa humana em sua integralidade, promovendo, assim, o bem comum, isto é, proporcionar os meios necessários para se atingir os fins humanos.^[2]

No entanto, essa passagem para o Estado Social, não ocorreu de forma natural e sem turbulências, visto que “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças”. [3] A liberdade de desenvolvimento econômico, imposta pelo liberalismo, “acarretou todas as formas de abusos e opressão social, representados por cartéis, trustes, monopólios, lucros ilimitados e extorsivos e exploração do trabalho humano”. Diante desse novo panorama social, “constatou-se que a opressão não era mais exercida pelo Estado, mas ao contrário, vinha de certas forças libertadas do seu controle”. [4]

As constituições liberais representavam um documento “eminente jurídico cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos”. Assim, a ela cabia “estabelecer a estrutura básica do Estado, com seus poderes e suas respectivas competências, proclamando, na relação indivíduo-Estado, a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados”. [5]

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam esse Estado Liberal, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do séc. XIX, “gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”, no sentido de não mais evitar a sua intervenção na esfera da liberdade, mas sim de proporcionar o “direito de participar do bem estar social”. [6]

Com o crescimento das cidades, vão surgindo sujeitos sociais que “não se caracterizam pela passividade ou aceitação do que lhes é imposto pelo ritmo de crescimento da sociedade industrial estabelecida”, esses sujeitos “procuram e postulam” seus direitos, contrapondo os interesses burgueses, sempre em ascensão, aos interesses públicos, “pois pertencentes à grande massa de cidadãos-trabalhadores”. [7]

Diante das desigualdades sociais geradas pela “noção de igualdade jurídica deixada entregue ao livre desenvolvimento do mercado, começam os movimentos sociais a reclamar uma atuação mais forte por parte do Estado”, surgindo assim, o Estado do Bem-Estar Social (ou *Welfare State*). Tal Estado “deixa de ser compreendido meramente sob a perspectiva formal para converter-se em elemento material, isto é, ele não se entende mais realizável senão mediante a igualdade social, o que quer dizer que a igualdade não se dá tão-somente perante a lei, mas, fundamentalmente, através dela”. [8]

Assim, os direitos fundamentais, que, em um primeiro momento, sustentaram - material e formalmente - as Constituições Liberais, limitando a autoridade estatal e declarando aqueles relativos à liberdade vão, com o advento das Constituições sociais, alcançando “*status* de direitos fundamentais (direitos de segunda geração), fundamentados no princípio da igualdade”. Estes direitos sociais são recepcionados pelo ordenamento constitucional, sendo protegidos e garantidos pela estrutura de um Estado de Direito. [9]

Nessa nova concepção, “o Estado está obrigado a intervir diretamente nas questões sociais, sendo devedor de uma prestação positiva, não se aceitando mais a idéia de que a ordem social e econômica seja capaz de produzir justiça por si mesma”. [10]

Uma das influências mais importantes do Estado Social pode ser encontrada, por um lado, “pela doutrina formulada pela Igreja Católica em vários documentos pontifícios, a partir encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891, pelo papa Leão XIII”, e por outro lado pela contestação imprimida pelos indivíduos “marginalizados e explorados pelo mercado das relações de produção capitalista”. [11]

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, “que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais”. Nesse período foi que as Constituições começaram a ser concebidas como comunitárias dando origem à chamada Teoria Material da Constituição que “propõe levar em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição”. Assim, assumem um conteúdo político englobando, além da organização, os princípios de legitimação do poder. [12] A Constituição passa a ser atribuída uma nova função no sentido de ser um programa de ação para governados e “governos”, ocasionando um processo de aproximação entre Estado e sociedade. [13]

Por fim, para deixar bem claro que o surgimento dos direitos sociais na fase de transição do Estado Liberal para o Estado Social serve, simplesmente como marco, mas que não exaure a sua gênese, cabe utilizar-se da bela lição de Norberto Bobbio:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. [14]

2.2 Direitos sociais: uma nova face dos direitos fundamentais.

Uma vez estabelecida, mesmo que de forma sucinta, o contexto histórico onde se iniciou a inserção dos direitos sociais na ordem jurídica, cabe uma conceituação mais clara do que compõe tais prestações positivas.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. [15]

Clóvis Gorczewski complementa que “enquanto os direitos de primeira geração conferiam uma titularidade individual, os de segunda geração correspondem ao reconhecimento dos direitos de caráter coletivo, vinculam-se ao princípio da igualdade”. São direitos que “exigem do Estado uma participação, não sendo mais considerados individualmente, mas em seu caráter social, tendo como objetivo assegurar à sociedade melhores condições de vida”. [16]

No mesmo sentido, Luiz Bolzan Moraes, “os direitos de segunda geração afluem no século XX como direitos sociais, culturais e econômicos, sendo próprios da coletividade e ligando-se ao princípio da igualdade”. Acrescenta que eles “têm o caráter de exigência de determinadas prestações por parte do Estado e estão próximos à construção do que apontamos como Estado do Bem-Estar Social”. [17]

Em conferência pronunciada na Universidade de Jaén em 29 de abril de 1999, o autor espanhol Luís Sanchis explica que os direitos sociais “articulan algún género de ayuda material frente a la adversidad”, são direitos que “no tienen un titular universal, sino que atienden a sujetos específicos en cuya definición se han de tener en cuenta, y mucho, las condiciones materiales de existência”. E faz também clara relação do caráter econômico que permeiam tais direitos afirmando que estes constituem “en la prestación de bienes o servicios que, si se tuvieran medios económicos, se encontrarían también en el mercado, de manera que su reconocimiento y protección pública no interesa a todos por igual”. [18] Porém, na ausência destas condições, ou meios econômicos, e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. [19]

Os direitos de segunda dimensão “não englobam apenas direito de cunho positivo, mas também as denominadas liberdades sociais” (sindicalização, direito de greve, ...). Os direitos sociais, embora a expressão, “se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão [20]”, sendo assim chamados por “serem considerados uma densificação do princípio da justiça social”. [21]

Ao Estado Social “corresponde igualmente um determinado modelo jurídico e uma ideologia”, sendo que seu modelo jurídico possui, como uma de suas características fundamentais, “o esbatimento da distinção entre o direito público e o direito privado e a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos”. [22]

2.3 Crítica aos direitos sociais

A consolidação dos direitos sociais não foi tarefa simples, sendo que muitas críticas foram e são formuladas, conforme se vê na divisão de Clóvis Gorczewski distinguindo que as críticas técnico-jurídicas “afirmam o caráter relativo e variável dos direitos sociais, pois dependentes da estrutura econômica e do grau de desenvolvimento de um país”. As críticas de cunho filosófico-políticas “questionam, além do enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais, a intervenção estatal, do ponto de vista

ético-político, na esfera do mercado, alterando de forma artificial a livre concorrência, deixando de assegurar as liberdades clássicas”. Ao fim, as críticas de caráter empírico atacam o fato de que os direitos sociais, “do ponto de vista de sua articulação institucional, tendem a excluir determinados sujeitos do seu desfrute pleno, agravando, em muitas vezes, as desigualdades”. [23]

Entretanto, uma das principais críticas formuladas e que será matéria de um ponto específico do trabalho é de que “a programaticidade do constitucionalismo social acabou por dissolver, em certo sentido, o conceito jurídico de Constituição como documento legal dotado de plena normatividade”. Neste sentido, o principal desafio que se impõe é a possibilidade de conciliação entre o âmbito jurídico e o político. [24]

Tal contexto coloca em evidência a discricionariedade do Executivo e do Legislativo na concretização dos direitos sociais, o que acabou por reclamar “um resgate e uma revalorização da normatividade do texto constitucional”. [25]

Assim, estando claro do que tratamos e em que contexto surgiram os direitos sociais, é que se busca verificar de que forma podem atuar os poderes constituídos, em especial o Judiciário, com o escopo de sua garantia. Além disso, perceber se existe legitimidade para tal atuação e dentro de quais parâmetros.

3 A IDÉIA DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA E EFETIVA.

3.1 A programaticidade e a crise de jurisdicção das constituições: o problema da efetivação dos direitos sociais.

Conforme o analisado sobre os direitos sociais, sua inclusão na ordem constitucional, em um novo contexto onde o texto constitucional tem uma função conformadora da ação do governo e dos governados [26], que acaba por gerar uma crise de positividade que dificultou, e ainda hoje dificulta, seu âmbito de aplicação.

Os direitos sociais “concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico”. No entanto, as declarações que os consagravam não se prestavam a uma redução jurídica fácil, posto que não possuíam aplicabilidade direta e imediata. [27]

Esse processo deu-se fundamentalmente no segundo pós-guerra, “cujo reflexo foi a incorporação e positivação, pelos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhada pela desconfiança com relação ao critério da maioria, utilizado como

elemento de legitimação do nazi-fascismo” havendo assim, uma “redemocratização dos países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais.”[28]

No entanto, “a queda do grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das constituições”.[29] Estas normas programáticas, “às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, [...] constituem o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política”. Essa dificuldade, muitas vezes serve de “pretexto cômodo à inobservância da Constituição”. [30]

Não devemos esquecer, embora as inconveniências atuais que as normas programáticas representam no sentido de sua efetivação, que elas “nasceram abraçadas à tese dos direitos fundamentais” [31], ou seja, elas representaram um avanço como porta de entrada dos direitos sociais.

Dentro deste novo contexto de programaticidade de certas normas, em especial “onde o ponto central é a concretização dos direitos fundamentais”, o papel do Poder Judiciário passa a ser fundamental.[32]

Tal situação é bem encaminhada por Lênio Streck:

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário ou os tribunais constitucionais a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente, nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.[33]

A idéia do pós-positivismo consagra a integração de um sistema jurídico calcado na Lei, mas orientado por diretrizes éticas e valorativas consuetâneas com os ideários políticos, constitucionais e humanos reclamados.[34]

Esse conjunto de fatores faz o Poder Judiciário, através dos Tribunais Constitucionais, figurar na arena política para realizar a guarda da vontade geral, “encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica”.[35]

Nesse sentido, Alexy, em conferência proferida no Brasil, estabelece como a proporcionalidade, questão que será adiante tratada, pode ser usada como instrumento da efetivação dos direitos sociais através da jurisdição constitucional:

Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, como base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios, que em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. E, assim, sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade.[36]

Apresentadas as dificuldades geradas pela inclusão dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais - em especial os de segunda geração - passamos agora a analisar, tendo em vista o papel Fundamental do Poder Judiciário na sua efetivação, de que forma este Poder pode ser considerado legítimo em tarefa que lhe é, inicialmente, estranha.

3.2 A legitimação da Jurisdição Constitucional: uma premissa da constitucionalidade de suas decisões.

A atuação jurisdicional dos tribunais constitucionais tem sido criticada, por alguns teóricos, “visto que a legitimidade do Poder Legislativo, em virtude de seu caráter eletivo e representativo, é maior do que a dos órgãos que integram a jurisdição constitucional”. Em virtude dessa legitimação democrática é que “as decisões importantes sobre conteúdos e valores, em uma sociedade plural e complexa, deveriam caber ao primeiro, limitando-se e restringindo-se a desta última”.[37] No entanto, abordando tal entendimento, temos o pensamento de alguns autores contemporâneos que aceitam a regularidade de tal atuação hermenêutica, desde que baseada em alguns pressupostos, conforme veremos adiante.

A obra do autor alemão Peter Häberle, em a “*Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*” oferece como forma de legitimação da atuação jurisdicional uma interpretação constitucional que seja realizada por uma sociedade aberta dos intérpretes no sentido de que toda a sociedade deve participar deste processo.

A interpretação constitucional atual, segundo o autor, tem sido realizada apenas pelos intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. No entanto, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou, até mesmo diretamente, um interprete dessa norma.[38]

Assim, Haberle define os intérpretes constitucionais em sentido lato: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público, a opinião pública, etc, mas ressalta que subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação.[39]

A ampliação do círculo dos intérpretes é consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. Desta forma, a legitimação destas forças pluralistas da sociedade se dá uma vez que representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição^[40]. Isso representa que “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”. Portanto, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas”^[41].

Nessa nova hermenêutica, a Ciência Constitucional tem como tarefa auxiliar na possibilidade de participação dos intérpretes formulando suas contribuições de forma acessível, para que possa ser apreciada e criticada na esfera pública.^[42]

O processo constitucional formal não é mais o único, uma vez que os participantes do processo de interpretação desenvolvem o direito constitucional material, assim, os métodos tradicionais assumem nova função: filtros que disciplinam e canalizam a influência dos diferentes participantes do processo.^[43] A teoria constitucional vai a busca do consenso e da obtenção de unidade política, com base na aceitação do conflito, sendo um direito de conflito e compromisso, onde a função é vincular normativamente as forças políticas apresentando-lhes “bons” métodos de interpretação.^[44]

A intensidade do controle judicial que será imposto pela jurisdição constitucional vai depender do nível de participação, assim sendo “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional”^[45].

Ao fim, Häberle resume as condições básicas de legitimação da jurisdição constitucional dentro de um contexto democrático como sendo “uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual”, e, logicamente, pela possibilidade de participação da sociedade aberta dos intérpretes.^[46]

Por sua vez, o autor Rogério Gesta Leal dá sua contribuição ao analisar o pensamento de Habermas onde afirma que “o problema fundamental da invasão do Poder Judiciário no âmbito de relações sociais que deveriam estar marcadas pela decisão político-representativa, é que o conceito de direitos subjetivos está forjado numa concepção do paradigma liberal da autonomia privada”. Dessa forma todos os interesses são transformados em disponíveis e passíveis de tutela jurisdicional invasiva e intervencionista.^[47]

Nas palavras de Leal, “em grande parte dos países de modernidade tardia e economia dependente, como o Brasil, é possível visualizar o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinar demandas individuais e coletivas”. Estes comportamentos da jurisdição são importantes numa análise de cumprimento de sua função social, mas, no entanto, “não podem ser tomados como fórmulas substitutivas dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas”.^[48]

Não se trata de afirmar que Habermas é contra a jurisdição constitucional, no sentido que sejam garantidores das promessas do Texto Político, mas é entender que, na

perspectiva de uma sociedade republicana e democrática habermasiana, marcada pela radicalização dos espaços de participação e interlocução, a idéia de uma instância privilegiada de dicção dos *standarts* e pautas deontológicas normativas é tão arbitrária quanto a centralização do Poder nas mãos de um Parlamento ou Executivo imperiais. [49]

Enfim, Habermas vai dizer que somente em uma “sociedade em que a comunicação política se dá de forma autônoma, com mecanismos de visibilidade plana e incluyente, por óbvio que os institutos da Democracia Representativa ganham força e relevo”. Assim, “o Parlamento resgata sua dimensão de formulador das ações voltadas ao atendimento dos interesses comunitários”; o Poder Executivo “mantém-se adstrito às suas funções concretizadoras do projeto de vida eleito pela Sociedade” e o Judiciário, por fim, “opera sua condição republicana, no sentido de dar guarida às regras do jogo das ações e tensões vigentes no espaço público da vida cotidiana”. [50]

Mônia Leal, em sua obra, propõe, quanto à legitimidade da jurisdição constitucional, que esta “passa não tanto pela discussão acerca de seus limites, mas, antes, pela discussão de suas possibilidades, isto é, por *como* se dá esse controle”. [51]

Neste sentido, a referida autora contribui com algumas propostas no sentido de legitimar essa atuação jurisdicional através do método empregado na sua efetivação afirmando, assim como Häberle, que é necessário “ampliar a noção de ‘sociedade aberta dos intérpretes’ da Constituição”. Assim, é premente que se possa ampliar a participação, não só na interpretação em sentido lato, mas também na própria esfera institucional até então restrita aos interpretes oficiais da Constituição. Tal integração passa por uma “valorização e por uma potencialização desses espaços de ação constitucionais, bem como por uma real e efetiva possibilidade de exercício das prerrogativas resultantes da abertura interpretativa”. [52]

Esse “*locus* privilegiado de atuação” pode ser implementado através da “criação e a consolidação de ações constitucionais específicas, [...] permitindo uma participação direta dos cidadãos no questionamento de temas fundamentais à sociedade”. [53]

Nessa esteira, a “abertura dos canais internos do próprio Judiciário para com a comunidade e para com os argumentos trazidos para dentro do processo” se torna imprescindível. Em se tratando de temas constitucionais fundamentais, que afetam a sociedade, para uma comunicação efetiva deve o magistrado “abrir espaços para o diálogo e, principalmente, estar aberto a ele”. [54]

A partir dessa atuação legitimada pela participação popular, a jurisdição constitucional fica autorizada a atuar valorativamente, pois sua fundamentação não é mais somente baseada em “valores extraídos do senso comum ou da convicção pessoal do juiz, [...] mas sim de uma jurisdição que pauta suas decisões valorativas em processos abertos de discussão e de conteúdo”. [55]

Conforme o que foi visto até agora, hodiernamente se propugna por uma maior atuação do Poder Judiciário, notadamente através dos tribunais constitucionais. Dessa forma,

alguns instrumentos colaboram para tornar sua atuação menos subjetiva e, portanto, mais legitimada, como o princípio da proporcionalidade.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

4.1 A Gênese do Princípio da Proporcionalidade e sua relação com os direitos sociais.

Como visto, esse novo Estado de Direito, “que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”, ressaltando o princípio da constitucionalidade em detrimento do positivismo vinculado ao princípio da legalidade[56], além de dar papel especial à jurisdição na efetivação dos direitos fundamentais sociais, “fez nascer, “após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade”. [57]

As bases do princípio da proporcionalidade podem ser encontradas pela análise das ponderações e reflexões feitas, já no século passado, por von Jehring, nas obras intituladas *O Fim do Direito (Der Zweck im Recht)* e a *Luta pelo Direito (Der Kampf ums Recht)*, entretanto, ligado ao Direito Administrativo, ainda não diretamente voltado à aplicação constitucional. [58]

O princípio da proporcionalidade ou ponderação adquire especial papel na mediação entre os direitos sociais, visto que “os direitos que impõem obrigações positivas diferenciam-se das obrigações negativas (direitos de defesa), pois quando algo é proibido, como é o caso destes, toda ação que significar uma violação deste direito protegido, é proibida”. Em contrapartida, “quando algo é imposto numa dimensão positiva, no sentido de promover ou proteger o direito, então nem toda e qualquer ação que proteger esse direito é tida como devida”. Ou seja, quando existe uma obrigação de efetuar um ato, logicamente que a escolha ou preponderância de direitos entrará em jogo, o que conduz a uma ponderação. [59]

Os direitos fundamentais para serem efetivados precisam ser percebidos “em sua relação com os demais conteúdos e princípios estruturais nela insculpidos, de maneira que esta harmonização também pode, portanto, se dar por meio de e, ao mesmo tempo, implicar uma limitação de alguns desses mesmos direitos”. [60]

É nesse contexto que o juiz, ao contrário do legislador, ampliou o seu espectro de atuação, “fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas”. Assim, contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material a fim de “prover exigências de transformações extremamente velozes, e doutra

parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional”.[61]

4.2 O Princípio da Proporcionalidade *lato sensu*.

O autor francês, Xavier Philippe, ao afirmar que existem princípios mais fáceis de compreender do que definir, enquadrava o princípio da proporcionalidade nesse patamar.[62]

O Direito Constitucional alemão dá ao princípio da proporcionalidade a “qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”.[63]

Sua principal função é, dentro da esfera dos direitos fundamentais, proteger a liberdade fornecendo o critério das limitações à liberdade individual. Assim, como cânone constitucional, permite que “os juizes corrijam o defeito da verdade da lei”, bem como “as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos-fundamentais”. É consolidado pela doutrina como uma “regra fundamental de apoio e proteção aos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito”, sendo, dessa maneira, um princípio essencial da Constituição.[64]

A própria ordem constitucional é que providencia os critérios de avaliação e ponderação a serem utilizados, no entanto, “nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações”, ocorrendo o risco ou a tentação de avaliações subjetivas do juiz em substituição à decisão legislativa. [65]

Uma decisão com base na aplicação dos direitos fundamentais deve ser, por parte do intérprete, debatida e fundamentada. Tal decisão, se não resultar de uma hermenêutica adequada, será insuficiente e inconstitucional. “O sistema democrático, num Estado de Direito, reclama a fundamentação/motivação adequada das decisões”, pois aí “reside um outro elemento: a necessidade de convencer”.[66]

O controle de validade das decisões está ligado a sua devida fundamentação, sendo que o “emprego de uma metodologia por todos conhecida possibilita a fiscalização da decisão ao revés do arbítrio, muitas vezes travestido de pseudomotivação”.[67]

Nesse sentido a proporcionalidade pode ser um instrumento fundamental a embasar a necessária fundamentação que reclama a atuação concretizadora relativa aos direitos fundamentais. E mais, além de forma de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, pode também, segundo Bonavides, ser utilizada como método interpretativo na medida que “volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais”.[68]

4.2 Os sub-princípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

Nas palavras de Paulo Bonavides, buscando amparo da doutrina francesa e alemã, estabelece que tal a **adequação** exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. Ou seja, que “mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado”. A **necessidade** impõe que “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”, ou, uma medida para ser admissível deve ser necessária. Assim, se deve escolher “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim” aquela que seja mais suave ou menos nociva aos interesses do cidadão. Por fim, a **proporcionalidade *stricto sensu*** aduz que “a escolha recaí sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”. Neste subprincípio reside uma imposição dual, pois, ao passo que é uma obrigação e uma interdição, “obrigação de fazer uso dos meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados”. [69]

Segundo Alexy, no modelo chamado Lei de Colisão [70], o processo intelectual da ponderação é constituído de três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito. A realização das fases consiste, quanto à **adequação**, em “determinação (‘mensuração’) do grau de não satisfação ou não realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de ‘quantificar’ o grau de intensidade da intervenção ou da restrição”. Em relação à **necessidade**, “avaliação da importância (‘peso’) da realização do outro princípio (o princípio oposto)”. Enfim, quanto à **proporcionalidade em sentido estrito**, “a demonstração de se a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido”. [71]

Em uma leitura com base nos ensinamentos de Alexy, Paulo Leivas afirma que “o preceito da **adequação** (*Geeignetheit*) pressupõe a investigação da prova de aptidão do ato e sua conformidade com o fim que motivou a sua adoção”. O preceito da **necessidade** (*Erforderlichkeit*) exige um exame comparativo. Um meio será necessário caso o seu fim não possa ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo”. “O preceito da **proporcionalidade em sentido estrito**, ou seja, o mandado de ponderação, segue-se da relativização com respeito às possibilidades jurídicas e a ordem da ponderação, quando princípios opostos entram em colisão”. [72]

Em aprofundada obra sobre o assunto, o constitucionalista português Jorge Reis Novais também estabelece sua contribuição no sentido de que, quanto à **adequação** [73], as medidas restritivas da liberdade individual devem ser aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição. A **necessidade** [74] impõe que se recorra, para atingir um fim constitucionalmente legítimo, ao meio necessário, exigível ou indispensável, no sentido do meio mais suave ou menos restritivo que precise ser utilizado para atingir o fim em vista. A **proporcionalidade em sentido estrito** consiste na necessidade de indagar acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou duas grandezas. A importância ou premência do fim que se pretende alcançar com a medida restritiva e, do outro, a gravidade do sacrifício que se impõe com a restrição. A justa medida entre os bens e interesses em colisão, a relação entre o prejuízo e o benefício. [75]

Em outras palavras, Gilmar Mendes, fundamentando suas afirmativas no pensamento dos autores alemães Pieroth e Schlink, diz que o meio não será *necessário* “se o objetivo almejado puder ser alcançado com adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”. Na prática, afirma o autor, não possuem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação adequação e necessidade. Assim, “apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*”. Sendo positivo o teste da *necessidade*, não será negativo o teste da *adequação*. Por outro lado, se o teste quanto à *necessidade* revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de *adequação* não mais poderá afetar o resultado definitivo. De qualquer maneira, um resultado definitivo para o teste da ponderação só poderá ser resultado da *proporcionalidade em sentido estrito*, refletida em uma “rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”. Essa ponderação final assume um “controle de sintonia fina” a indicar a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.[76]

Enfim, a regra da proporcionalidade produz uma controvertida preponderância do juiz, que executa a justiça material, sobre o legislador sem “chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes”. Com efeito, essa limitação ao legislador não fere os princípios lançados por Montesquieu, “porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada”. Tudo, entretanto, sob a regência dos valores dispostos na Constituição.[77]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estando consagrada a supremacia dos direitos fundamentais, desde a Revolução Francesa, em relação aos direitos de primeira geração, e desde o Estado do Bem Estar Social, em relação aos direitos de segunda geração, não se pode negar-lhes implementação tendo em vista sua consolidação nos textos constitucionais.

A doutrina de Montesquieu não está ultrapassada ou questionada, apenas houve uma inversão de paradigma para afirmar que os freios e contrapesos impostos mutuamente aos poderes constituídos são no sentido de efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, no momento que um dos poderes falha em tal concretização surge o direito legítimo dos outros poderes em atuar em tal espaço de omissão, seja através de políticas públicas, pelo viés da legislação ou pela jurisdição e hermenêutica constitucional. Entretanto, em qualquer faceta dessa atuação deverá estar presente a participação da sociedade em exercício de cidadania.

A referência aos direitos fundamentais acaba por atribuir à Constituição “uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demanda, por sua vez, uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos”. [78]

Assim, tem-se no presente estudo um traçado, uma hipótese, para a discussão acerca da concretização dos direitos sociais: a atuação jurisdicional dos tribunais constitucionais legitimada dentro de um pressuposto de ampliação do espaço de participação social que transponha as instâncias formais. Tal ação deve utilizar mecanismos compreensíveis a todos de maneira a permitir uma comunicação eficaz entre os atores envolvidos, onde o exemplo da utilização do princípio da proporcionalidade poderá ser usado no sentido de justificar e fundamentar tal atuação. Essa hermenêutica vai permitir que a Constituição se mantenha permanentemente conectada com a atualidade, perenemente viva, aberta e efetivadora de direitos que surgem permanentemente em uma sociedade complexa.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

CORRÊA, Plínio de Oliveira; FILHO, Plínio de Oliveira Corrêa. Direitos Fundamentais e sua proteção no direito brasileiro e na convenção americana. *Revista da Faculdade de Direito – UFRGS*. vol 23, Porto Alegre: Sulina, 2003.

COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, tomo 6, 2006.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. [S.I.:s.n.].

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

_____, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Porto alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed., Lisboa: Coimbra, 2003.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, tomo 6, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos. GARCIA, José Antonio López y REAL, J. Alberto del (eds.). *In: Los Derechos: Entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA. José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 18ª ed., São Paulo – SP: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOFFANELLO, Rafael Dias. Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais Programáticas. *Direito do Estado. Novas tendências*. v. IV, n. VII, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

[1] CORRÊA, Plínio de Oliveira; FILHO, Plínio de Oliveira Corrêa. Direitos Fundamentais e sua proteção no direito brasileiro e na convenção americana. *Revista da Faculdade de Direito – UFRGS*. vol 23, Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 202.

[2] Ibidem, p. 202.

[3] SILVA. José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 18ª ed., São Paulo – SP: Malheiros, 2000, p. 119.

[4] TOFFANELLO, Rafael Dias. Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais Programáticas. *Direito do Estado. Novas tendências*. v. IV, n. VII, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 270.

[5] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 29-30.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

- [7] LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997, p. 65.
- [8] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 31.
- [9] COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, tomo 6, 2006, p. 1705.
- [10] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 32-33.
- [11] LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil..., op. cit.*, p. 62.
- [12] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 30-31.
- [13] *Ibidem*. p. 34.
- [14] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.
- [15] SILVA, José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional ..., op. cit.*, p. 289.
- [16] GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 74-75.
- [17] MORAIS, Jose Luiz Bolzan. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 164.
- [18] *Ibidem*, p. 39.
- [19] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.
- [20] Cabe esclarecer, posto que os direitos de terceira dimensão não são objeto do presente estudo, que, segundo SARLET, estes são os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade destinado a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), tendo como destinatário precípua o “gênero humano”. São exemplos: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida.
- [21] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 50.
- [22] MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed., Lisboa: Coimbra, 2003, p. 29.
- [23] GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humano..., op. cit.*, p. 75-76.

- [24] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 36.
- [25] *Ibidem*, p. 37.
- [26] *Ibidem*, p. 34.
- [27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.
- [28] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 41.
- [29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.
- [30] *Ibidem*, p. 245.
- [31] *Ibidem*, p. 246.
- [32] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 40.
- [33] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148.
- [34] REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, tomo 6, 2006, p. 1647
- [35] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 41-42.
- [36] ALEXY, *Kollision und Abwägung als Grundproblem de Grundrechtsdogmatik*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10-12-1998, APUD MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 3^a ed., 2004. p. 27.
- [37] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 207.
- [38] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 13.
- [39] *Ibidem*, p. 14.
- [40] *Ibidem*, p. 33.
- [41] *Ibidem*, p. 14.
- [42] *Ibidem*, p. 35.

- [43] *Ibidem*, p. 42.
- [44] *Ibidem*, p. 51-53 *passim*.
- [45] *Ibidem*, p. 46.
- [46] *Ibidem*, p. 49.
- [47] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Porto alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2007, p. 55.
- [48] *Ibidem*, p. 57-58.
- [49] *Ibidem*, p. 60-61.
- [50] *Ibidem*, p. 62-63.
- [51] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 203.
- [52] *Ibidem*, p. 203-204.
- [53] *Ibidem*, p. 204.
- [54] *Ibidem*, p. 205.
- [55] *Ibidem*, p. 206.
- [56] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398.
- [57] *Ibidem*, p. 399.
- [58] *Ibidem*, p. 393.
- [59] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta... op. cit.*, p. 75-76.
- [60] *Ibidem*, p. 71.
- [61] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 399-400.
- [62] *Ibidem*, p. 392.
- [63] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.
- [64] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 395-396.
- [65] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 50.

[66] REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. In: Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, tomo 6, 2006, p. 1645-1646.

[67] *Ibidem*, p. 1661.

[68] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 426.

[69] *Ibidem*, p. 396-398.

[70] Leia-se colisão de princípios. “quanto maior for o grau de não-realização ou restrição de um princípio, maior terá de ser a importância da realização do princípio que com ele colide”. (Vide REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica..., *op. cit.*, p. 1652).

[71] REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica..., *op. cit.*, p. 1654.

[72] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

[73] O autor denomina princípio da idoneidade ou da aptidão.

[74] O autor denomina princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo.

[75] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 729-752 *passim*.

[76] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 50-51.

[77] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 399.

[78] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional...*, *op. cit.*, p. 53.

**A (NOVA) TEORIA DA CONSTITUIÇÃO:FRAGMENTOS DE (NOVOS)
CONCEITOS PARA OUTRAS APROXIMAÇÕES ENTRE A SOCIEDADE
CIVIL E O ESTADO***

**THE (NEW) THEORY OF THE CONSTITUTION: FRAGMENTS OF (NEW)
CONCEPTS FOR OTHER CORRESPONDENCE BETWEEN THE STATE AND
CIVIL SOCIETY**

**Gabrielle Bezerra Sales
Gilvan Linhares Lopes**

RESUMO

Este trabalho se propõe ao estudo crítico do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, notadamente a partir dos fundamentos jurídicos ancorados no texto constitucional de 1988. A matéria da referida Carta Política deu uma feição muito particular ao Estado brasileiro, sem abjurar os traços indelévels presentes em nossa cultura jurídica, tendo ênfase na experiência republicana do Brasil, porém induzindo na criação de um amálgama próprio entre as esferas, pública e privada. Trata-se, portanto, de uma análise dos desdobramentos da Teoria da Constituição contextualizada com as atuais manifestações plurais da Sociedade Civil, suas demandas e seus enfrentamentos.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO; CONSTITUIÇÃO; SOCIEDADE CIVIL; SISTEMA CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

This work is proposed to study critical of contemporary Brazilian constitutional law, especially from the legal foundations anchored in the constitutional text of 1988. The tax policy of the Charter has a very special feature to the Brazilian state, without abjurar indelible traces present in our legal culture, with emphasis on republican experience of Brazil, but inducing the creation of an amalgam between the spheres, public and private. It is therefore an analysis of developments in the Theory of the Constitution contextualized with the current events plurals Civil Society, their demands and their confrontations plural

KEYWORDS: STATE; CONSTITUTION; CIVIL SOCIETY; CONSTITUTIONAL SYSTEM

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

O Direito Constitucional, devido à sua atual complexidade[1], tem sido considerado por muitos não apenas como uma disciplina curricular, senão como um autêntico interdito, fardo imposto àqueles que se lançam no estudo das ciências jurídicas[2].

Esse fenômeno captado na experiência acadêmica e na experiência forense doméstica é crítico e preocupante, uma vez que desafia a análise que permite detectar e conhecer os elementos causais da nova ordem jurídica objetiva, justificadores dessas dificuldades[3] colhidas.

Nesse sentido, enfatizando a ruptura dos paradigmas jurídicos, Barroso[4] sentencia que:

No Direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação,. No direito privado, o código civil perde a sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica- e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido- sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e da discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema resolvido.

No tocante aos obstáculos enfrentados na abordagem do Direito Constitucional brasileiro, os fatores sofrem variações pontuais que podem ser diagnosticados e, de uma feita, ordenados em função da complexidade objetual, pois, de fato, o núcleo operativo do Direito Constitucional, leia-se a Constituição, despreendeu-se da configuração dada a partir da metodologia clássica, característica do primeiro período da teoria constitucional.

Atualmente, é notória a hibridez com que as cartas constitucionais mais recentes têm-se revestido, no sentido de envolver novos conteúdos e novas conceituações advindas de realidades mutantes, transitórias e fluidas, próprias da pós-modernidade[5].

Esse fato, de *per si*, permite estabelecer um novo marco epistemológico do Direito Constitucional, preenche de possibilidades, que exige dos operadores uma sensibilidade científica que se desdobra em apelos por uma formação transdisciplinar e, de fato, mais consistente.

Oportuno advertir que, embora estejamos tratando de tema cujo acervo normativo nos conduz necessariamente a específico sistema de matriz normativa publicista, nessas primeiras linhas, já se pode concluir que o Direito Constitucional não se deixa mais apropriar e qualificar como um sistema jurídico fechado, contido por normas de regulamentação das relações travadas pelo Estado, semelhante dizer, o Direito Constitucional como marco regulatório do Poder Público institucionalizado.

Dessa constatação não resulta uma proposta de corte entre Constituição e Estado ou entre Estado e Direito[6]. O que ocorre nas fronteiras constitucionais, seja quanto à sua forma, seja quanto ao alcance de sua matéria, é uma expansão que autoriza afirmar que ela, como núcleo normativo da atividade estatal passa, igualmente, a ser da própria Sociedade Civil.

Esse movimento convergente dessas duas realidades sociais provocou um desprestígio dos cânones presentes nas estruturas de conhecimento constitucional clássico, que hoje representa apenas uma etapa da evolução da teoria constitucional.

A reelaboração teórica constitucional remanescente que orientou o estudo desse ramo do Direito e que se reproduziu no espaço público de sua atuação viável foi marcada pelo aniquilamento das concepções mecanicistas, binárias, maniqueístas e pela posterior eclosão de teses pluralistas, aptas a compreender esse fenômeno de atração entre a Constituição e a Sociedade Civil.

Se a vida que pulsa no espaço público, representada pela Sociedade Civil organizada, é concebida em sua fenomenologia como um processo dinâmico de constante integração entre os seus membros, qualificados na realidade como cidadãos ou não, e que geralmente expõe a vitimização de bens materiais e imateriais, valores jurídicos e direitos fundamentais, é porque os marcos regulatórios infraconstitucionais não se mostram suficientemente eficazes ou aptos para tutelar ou reparar tais violações.

Resta, naturalmente, nesse caso, a idéia de Constituição como pressuposto supraempírico de balizamentos da conduta social para preservar a causalidade normativa(dever-ser) útil e necessária, estatuída pelas normas jurídicas constitucionais[7].

Ocorre que uma nova espécie de efetividade constitucional não poderia ser alcançada sem o rompimento com as categorias anteriormente hegemônicas que determinaram a pedagogia pertinente ao estudo substantivo do Direito Constitucional[8].

Moraes[9] ilustra, argumentando, que:

A esse respeito, é de se ressaltar a tábua axiológica trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Guerra. Nesse novo ambiente, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial.

A rigor, o trabalho árduo de construção e justificativa de uma nova pedagogia do Direito Constitucional consumiu não só tempo, mas também o emprego de pesquisa para o ensaio de novas teses que, enfim, logrou uma eclosão extraordinária de revisão de todos os paradigmas técnicos que tangenciaram as bases da teoria constitucional e igualmente da teoria do Direito.

Conforme registro anterior, as alterações nas Cartas constitucionais da segunda metade do século passado revelaram uma nova teoria das normas constitucionais, duplicando via padronizada dominante, em que se lêem duas classes normativas: norma-regra e norma-princípio. Nesse novo cenário introduziu-se, quase simultaneamente, dentro da doutrina constitucional o discurso da força normativa no âmbito das normas constitucionais.

Os princípios constitucionais abrigam não só a idéia de mandamentos de otimização, de acordo com a forma elaborada por Alexy[10], mas igualmente podem evocar a síntese axiológica do ordenamento jurídico. Deles, resulta formalmente, a unidade e a harmonia do sistema, suas possibilidades integrativas e atenuações das tensões intrassistemáticas. Advém deles a orientação para o intérprete e o aplicador, na medida em que elucida as condições de sopesamento, proporcional e razoável[11].

Portanto, o fenômeno de revisão de referências constitucionais exige, igualmente, nos meios acadêmicos e forenses, uma revisão dos compêndios e delimitações conceituais da hermenêutica constitucional. De fato, face à repercussão teórica e sua importância para o processo de concretização do Direito positivo, ela erigiu-se em linha de investigação autônoma dentre os demais ramos jurídicos, notabilizando-se atualmente.

Importa, pois, considerar a compatibilidade com o ideário jurídico dessa alvorada do século XXI, o qual estampa a abertura do sistema normativo como traço distintivo, e também a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinado à realização dos valores abrigados no ordenamento. Nesse caso, não se trata de reconhecer a suprapositividade valorativa como pressuposto, antes a positividade como razão necessária e suficiente para a estruturação do sistema.

No tocante à abertura, diz-se:

A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça[12].

Este trabalho se propõe ao estudo crítico do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, notadamente a partir dos fundamentos jurídicos ancorados no texto constitucional de 1988. A matéria da referida Carta Política deu uma feição muito particular ao Estado brasileiro, sem abjurar os traços indelévels presentes em nossa cultura jurídica, tendo ênfase na experiência republicana do Brasil, porém induzindo na criação de um amálgama próprio entre as esferas, pública e privada.

Prima facie, pode-se aduzir que a Carta Política de 1988 repercute e reflete o panorama cultural brasileiro, historicamente[13] construído. Dessa forma, espelha o grau de amadurecimento da Sociedade Civil, na medida em que a acolhe em seu teor normativo, adjetivando-a como justa, livre e solidária, incluída em sua nascente principiologia fundamental. É dizer, com a Carta Política de 1988 a República Federativa do Brasil é real, fundada numa programaticidade que trata da Sociedade Civil de uma forma material e similarmente idealizada.

DESENVOLVIMENTO

Das considerações acima, já se depreende o apelo didático para o desenvolvimento de uma dogmática constitucional compatível com o neoconstitucionalismo vigente, e também com a nova hermenêutica e suas recentes estratégias de captação e de compreensão do sentido normativo. Numa hipótese de enfrentamento da necessidade de uma nova metodologia constitucional que, além do compromisso com a concretização integral do texto, considere a perplexidade da contingência dogmática da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Isso se insere numa perspectiva crítica de interrogar-se a respeito da causalidade da relação intencional ou racional que se estabelece concretamente entre a Sociedade e a Constituição. Ou em uma outra vertente, acerca da idealidade de um tipo de sujeito constitucional. Ainda é possível inquirir a respeito do tipo de relação entre a Constituição e o Estado, ou também entre o Estado e o Direito.

A orientação contemporânea mais razoável é partir da Constituição como a medida do Universal-concreto-sistêmico-jurídico, ou seja, como um documento fundante que traduz a universalidade na esfera humana co-existencial, erigindo e erigida a partir do novo conceito de Estado, o Estado de direito. Trata-se de objeto do pensamento lógico que inspira o modelo não somente da institucionalização do Estado, mas lanceia e re-dimensiona a Sociedade Civil.

A Constituição é, cumpre esclarecer, como um antecedente necessário e indispensável, apresentando-se como um conjunto de regras, princípios e procedimentos ordenados, segundo um plano de-cisional, histórico e racionalmente construído que informa o domínio jurídico, tendo em vista os fins e os objetivos da Sociedade Civil.

Nessa redefinição da esfera pública, a Sociedade Civil brasileira começou a amadurecer seus padrões de inserção no jogo político e, simultaneamente, houve a passagem da Constituição para a posição central intrassistemática. O seu estudo se tornou vinculativo e obrigatório, uma vez que aumentava a força da irradiação de seu conteúdo em todos os demais ramos do Direito[14].

Já não cabia considerá-la como um conjunto de aspirações políticas ou uma mera convocação dos poderes públicos, exigindo-se, assim, um real desenvolvimento de técnicas interpretativas compatíveis com a transformação político, jurídico e, eminentemente, social do Estado brasileiro.

Sem descurar de uma técnica precisa e clara, colhe-se o desafio de conhecer a relação de causalidade constitucional ou normativo-constitucional que não se confunde com a causalidade empírica ou natural. Essa causalidade é a contraface daquela.

A causalidade não-normativa é aquela que se caracteriza menos pelo apelo léxico da expressão, senão por nela encontrarmos igualmente normas cujo grau de complexidade para reger seus fenômenos, fatos, é de calibre inoponível, exato. É uma espécie de relação causal que se trava na natureza.

A natureza não se deixa inteiramente traduzir como um plexo de coisas qualificadas tão somente por critério de sua complexidade e amplitude, mas também correspondente a um feixe de acontecimentos submetidos a uma inflexível causalidade. Trata-se de uma técnica prescrita para uma prática, que não só pré-determina e mas também pré-constitui uma prática, que atuará como decisivo critério de existência dessa prática. *Exempli gratia*, visualizamos o Homem que, segundo essa causalidade da natureza, é apenas um Ser-Humano, daquilo que é e não possa vir a Ser-em-Construção.

Assim, quando a atitude cultural se apropria pela racionalidade inspirada numa causalidade que alimenta um processo de construção permanente de valoração, em que se empresta as leis causais da natureza um caráter meramente utilitário, permite alavancar o Homem à condição de Ser-Pessoa, valorado, e, dessa forma, essência e existência.

A existência, todavia, não se confunde com a experiência, enquanto que a essência a precede. Nesse sentido, somente pode ocorrer na imanência, ou seja, no espaço político organizado com características amplamente definidas. É entender a existência da Pessoa Humana nos limites cruciais de espaço e tempo, simultaneamente, privado e público. Esse aspecto representa uma idéia-chave na construção da ação da Sociedade Civil, entendida como um reduto político que afiança as condições mínimas para a consecução dos fins do Estado, por meio do exercício de seus direitos[15].

A causalidade natural (Ser) é inatingível pela via racional, pois, da observação de seus fenômenos, gera uma infundável e exaustiva relação de antecedentes causais, o que não ocorre com a causalidade normativa(Dever-ser), veiculada numa equação lógico-formal, contida, positivamente, na idéia de um sistema jurídico. Assim, podemos afirmar que a causalidade normativa é a causalidade natural qualificada, agregada à idéia de dever que não exclui a de ser.

Diante da causalidade normativa, os fenômenos somente existem, têm valor ou valem dentro das fronteiras formais e materiais cunhados pelo sistema jurídico, que se apóia no dogma da Constituição como antecedente jurídico-positivo, garante a harmonização e a manutenção da unidade e independência do sistema, apesar de sua inerente abertura.

Canaris[16] salienta, nesse sentido, que:

O sistema jurídico não é fechado, mas antes aberto. Isso vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o sistema objetivo. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.

A Constituição é, portanto, não somente um núcleo operatório instrumental, finalisticamente predeterminado, mas também interdito sistêmico para os outros sistemas sociais, conformando-os a uma axiologia própria.

O que glosa o *status* de Pessoa conferido ao Homem encontrado na Sociedade Civil é mais do que um adjetivo, senão um valor daquele que, dotado de personalidade, deve ocupar a posição de sujeito na relação jurídica, sendo aquele que empresta sentido a tudo o que o cerca, a quem o próprio Estado constituído se faz penhorado.

Essa condição sela um pacto coletivo de uma nova civilização em que uma nova modalidade de razão universalizante é o pressuposto de uma experiência coletiva da existência humana[17]. Uma racionalidade complexa, isto é, interligada e holística, na medida em que considera a pluralidade da existência humana, sua integridade e grandeza, indiferentemente do valor igualmente conferido às demais espécies que compartilham a esfera terrestre.

Nesse diapasão é que surge o novo Direito Constitucional o qual se redesenha a partir das constatações do caos conceitual e da fragmentação das idéias jurídicas atualmente, da eclosão das novas classes e dos sujeitos, erigindo-se como um paradigma amplo e plural em que são cabíveis as perspectivas de cada povo politicamente organizado. Um Direito Constitucional que, em sua *performance*, seja capaz de alinhar uma ordem social e estabelecer um *modus operandi* de uma prática sindicável *a posteriori* quando contrastada em seus elementos pelas normas jurídicas.

Observa-se, entretanto, que há limites para a ação libertária do movimento constitucionalista, tendo em vista os traços da Sociedade brasileira que tem contido o desenvolvimento pleno de sua democratização, desacelerando igualmente todas as possibilidades de inclusão social.

Enumera-se, nesse sentido, traços de baixa auto-estima crônica, aliada à idéia da mera importação de institutos jurídicos como solução direta dos problemas locais e sem a devida compatibilização, síndrome da desigualdade eterna que condiciona uma estratificação cruel, verticalizada e incapaz de *re-conhecer* a alteridade, ações preconceituosas veladas e explícitas, incapacidade de optar pelo processo de subjetivação, arcando com as conseqüências advindas do processo de personificação do ser humano.

Além desses aspectos impeditivos à ação do constitucionalismo brasileiro, arraigados da condição de colônia, há ainda a inversão do Interesse Público como sendo o interesse daqueles que se mantêm no poder, ou seja, há a corrupção disseminada e institucionalizada dentre nós, gerando a perversão do conceito de esfera pública. No Brasil, as esferas pública e privada se encontram simbioticamente misturadas, não no sentido de reaproximação de um novo *modus vivendi*, mas em função de uma incapacidade, desde tempos imemoriais, de cultivar o hábito da compreensão kantiana da limitação do arbítrio de um face ao de outrem.

É nesse contexto um tanto ameaçador que a teoria da Constituição porta um novo sentido e assume toda a sua acuidade. Compreende-se, assim, que a índole do pensamento constitucional sempre se deixou aprisionar dentro de limites culturalmente

históricos, pelo que se orienta com distinção nos diversos sistemas jurídicos, cujo combate teórico-constitucional está sempre a recomençar, sem jamais se deixar arrebatado.

Rosenfeld[18] orienta,

Uma tradição adequada para uma ocasião pode não mais o ser para a próxima, ou, pelo menos, pode não mais ser adequada se tomada no mesmo nível de abstração. Em síntese, a identidade constitucional se desenvolve e se reinventa- ao condensar no processo de fusão conjunta fragmentos de tradições pré-constitucionais, a contradição constitucional e os novos elementos carentes de um lastro passado na tradição nos tipos específicos de tradição- sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível.

Pontua-se, na perspectiva neopositivista e neoconstitucionalista, notadamente no panorama brasileiro atual, que Constituição é, simultaneamente, ruptura e ligação. Dessa forma, num primeiro momento, as forças sociais que a proclamam e que irão moldar-se às novas fôrmas constituídas que elas mesmas hão de perseguir, serão aquelas que contribuirão para desconstituí-la mediante novos modelos constituintes[19], expressando a sua dinamicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da primazia da Constituição como postulado-limite da Sociedade-Civil, conforme antevisto, adota como suporte um conhecimento teórico apoiado na concepção consolidada de Carta Magna, afiançadora de direitos e de liberdades das pessoas humanas.

A dogmática jurídica tradicional[20], em seus preceitos pseudo-objetivos e puros, não se presta mais a solucionar as novas faces e as demandas da Sociedade Civil em sua pluralidade e em seu dinamismo. A crítica às concepções teóricas do período revolucionário gerou uma desmistificação[21] dos potenciais normativos e, ao mesmo tempo, reestruturou-se sob uma nova roupagem teórica.

Nesse sentido, adianta-se que o pós-positivismo consagra um conjunto de idéias difusas, ressaltando a importância dos valores, o pluralismo político e jurídico, o reconhecimento da normatividade da principiologia[22] constitucional, sopesamento de interesses e a centralidade dos direitos fundamentais, especialmente da Pessoa Humana.

Bonavides[23] adianta que:

Vamos preparar, pois, o advento de uma nova idade: a do direito social, entendido como a suprema concretização axiológica de uma forma de Estado: portanto, conceito mais largo e profundo de ordenação jurídica que o estado social da tradição deste século. Com efeito, conjugando justiça, igualdade, democracia, liberdade, fraternidade e pluralismo, o direito social se faz, por conseguinte, a representação valorativa do Estado social no mais subido grau de sua legitimidade e teorização. Hoje o Estado social, amanhã direito social. Assim se há de qualificar, na pauta dos regimes políticos, o elemento estruturante mais acabado do poder da cidadania, em sua fórmula de universalidade e expansão dos valores fundamentais da convivência humana.

Repita-se, o objeto do Direito Constitucional é a Constituição, porém a sua metodologia de análise pede uma conformação atualizada com a Sociedade Civil, seu destinatário natural. Nesse modelo não há como descartar a discussão ética, a nova hermenêutica e a transversalidade dos direitos fundamentais, tornando-os mais do que aliados, de fato, seu sentido mais evidente.

Eis a razão de dizer-se que a nova teoria da Constituição deve comportar necessariamente a idéia de mutação tanto para prevenir-se de futuros atentados à sua matéria quanto para adequar-se à realidade social, escapando da condição de simulacro que geralmente é colocada em países que, como o Brasil, tem se destacado pela instabilidade política e pela tradição anti-democrática.

O constitucionalismo brasileiro, especialmente nesses últimos vinte anos, tem adquirido, todavia, os próprios contornos e o amadurecimento, a partir dos enfrentamentos e das conquistas já historicamente consolidadas. Coincidente com o processo de redemocratização, o constitucionalismo pátrio, no estágio atual, é fruto de dois pontos de partida imprescindíveis para a continuidade e a perpetuação de seus avanços, ou seja, a busca da máxima eficácia das normas constitucionais e o fortalecimento das estratégias[24] de compreensão do sentido normativo, especialmente o uso da hermenêutica e da nova retórica[25].

Finalmente, convém asseverar que o Estado constitucional não comporta mais a forma que se sustenta no simples apelo ao caráter eminentemente patrimonial, reduzido às funções de realizador de uma feição da justiça meramente punitiva. Cabe ainda e cada vez mais urgentemente à Constituição, mediante a aferição de um novo *logos*, selar a idéia de um Estado merecedor de respeito e prestígio, justificado pela missão primordial de resgate da condição humana e, dessa feita, enlaçado pela Sociedade que o instituiu.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro(Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 julho de 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANARIS, V. Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, J. Baptista Machado(Trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2003

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Roberto Machado(Trad.), Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979

KAUFMANN, ARTHUR. LA FILOSOFIA DEL DERECHO EM LA POSMODERNIDAD, COLÔMBIA: EDITORIAL THEMIS S.A., 1998

MARQUES, Claudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: **Cidadania e Justiça**, n.6, 1999.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha(BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

PERLIGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. 1997

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Menelick de Carvalho Netto(Trad.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALES, Gabrielle Bezerra. Teoria da Norma Constitucional. São Paulo: Manole, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo-RDA**, 215/19,1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os Direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

[1] O termo *complexidade* deve ser entendido a partir do pensamento de Edgar Mourin, instando a uma nova percepção do Todo, complexo porque composto por uma teia em que tudo está interligado, com-plexos.

[2] MARQUES, Claudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: **Cidadania e Justiça**, n.6, 1999.

[3] SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo-RDA**, 215/19,1999.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro(Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 julho de 2006.

[5] MARQUES, Claudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: **Cidadania e Justiça**, n.6, 1999. Segundo a autora, o uso do termo pós-modernidade é uma espécie de tentativa de re-significar o mundo, descrevendo o grande ceticismo, o fim do racionalismo moderno, o vazio teórico, o caos conceitual. Explica ainda que se trata de identificar uma ruptura(*Umbruch*), muito embora na incerteza do paradigma que do *devoir*; KAUFMANN, Arthur. La filosofía del derecho em la posmodernidad, Colômbia: Editorial Themis S.A., 1998, p. 17.

[6] SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os Direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, P. 176. O autor enfatiza que: “Sem que se esclareça plenamente qual é o conceito de constituição e de direitos fundamentais de que se parte, a tarefa está, já no seu início, fadada à incontrolabilidade intersubjetiva.”

[7] SALES, Gabrielle Bezerra. Teoria da Norma Constitucional. São Paulo: Manole, 2004, p. 142.

[8] NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha(BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247.

[9] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 139.

[10] ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. 2 Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75.

[11] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro(Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista**

Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. disponível em : <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de julho de 2006. Conforme o autor, resumidamente: “Estes são os papéis desempenhados pelos princípios:a)condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”

[12] BARROSO, Ibid, p. 24.

[13] COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209-210. “Mas, sobretudo, a qualidade ou característica essencial das duas guerras mundiais foi bem distinta. A de 1914-1918 desenrolou-se, apesar da maior capacidade de destruição dos meios empregados(sobretudo com a introdução dos tanques e aviões de combate), na linha clássica das conflagrações imediatamente anteriores, pelas quais os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos. A 2ª Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Demais, o ato final da tragédia- o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente- soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder destruir toda a vida na face da terra.”

[14] PERLIGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. 1997, p. 06. Daí, “O código civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de referência publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.”

[15]BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231. “A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.”

[16] CANARIS, V. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, J. Baptista Machado(Trad.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian ,1996, p. 281.

[17] MONDIN, Battista. O Homem, quem é ele?: elementos de antropologia filosófica. R. Leal Ferreira e M.A. S. Ferrari(Trad.), São Paulo: Paulus, 1980, p. 325. “O homem consciente da morte pergunta-se: constitui ela o fim de todo o homem ou não? A essa pergunta, à primeira vista, parece que se deva responder sim, porque o homem assim como o conhecemos, o experimentamos, o vemos, tem estrutura corpórea que parece essencial e essa estrutura lhe é tirada com a morte. Todavia, a nossa anterior reflexão

metafísica apreendeu no homem a presença de um elemento espiritual, a alma, que é elemento dotado de ato de ser próprio. E essa descoberta nos levou a concluir que o elemento espiritual não depende do somático, mas o comunica ao corpo.” A seguir, o autor conclui que: “A análise metafísica põe-nos, portanto, em condições de reconhecer a sobrevivência de uma parte do homem: a alma. Essa sobrevivência dá sentido ao movimento de autotranscedência que registramos continuamente no homem. Ela fornece, ademais, base ontológica à aspiração, à permanência no ser que está presente em todos e que é amplamente documentada pela história do pensamento humano e pela antropologia cultural”.

[18] ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Menelick de Carvalho Netto(Trad.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 107.

[19] No centro da construção teórico-constitucional clássica deixa-se, então, perceber o pulsar de um ritmo racional que reconduz diretamente a uma racionalidade constitucional, cuja nascente tem registro no século XVI ainda nos domínios das ciências não-culturais, e que se prenunciava no século XVIII e século XIX no âmbito das ciências jurídicas, inclusive, e assim, distinguir-se do senso comum.

[20] Extraída dos escritos inspiradores dos movimentos libertários, a tese do constitucionalismo é a medida hegemônica de cognição que permite o equilíbrio das relações sociais na esfera pública e privada, propiciando uma espécie de harmonização entre os distintos grupos e classes e re-fundando a idéia de Estado.

[21] FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Roberto Machado(Trad.), Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 171.

[22] SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os Direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36-37. “(...) Isso porque o conceito de princípio não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não da sua fundamentalidade.”

[23] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 228.

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

[25] MONTEIRO, Cláudia Servilha. Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 34-36.

EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA QUE RECONHECE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

JURIDICAL EFFICACY OF THE NORM THAT RECOGNIZE THE STRIKE RIGHT OF THE PUBLIC SERVANTS IN THE BRAZILIAN JURIDICAL ORDINANCE

Hermano de Oliveira Santos

RESUMO

Este trabalho procura compreender a capacidade da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos de produzir efeitos jurídicos na realidade social brasileira; e procura fornecer subsídios hermenêuticos para uma interpretação/aplicação da referida norma em conformidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um estudo de caso em que se verificam evidências acerca, não da realização de greves por servidores públicos, mas da interpretação/aplicação corrente da norma que lhes reconhece o direito de realizá-las. Partiu-se tanto da atividade jurisdicional correspondente, quanto do conhecimento teórico produzido, com o objetivo de confirmar ou rejeitar as teses sobre a natureza do direito e sobre o grau de eficácia jurídica da norma, assim como de usar/testar a hipótese de que o aspecto efetividade dessa norma é um fator de interpretação/aplicação tanto quanto seu aspecto aplicabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: EFICÁCIA JURÍDICA; NORMA JURÍDICA; DIREITO DE GREVE; SERVIDORES PÚBLICOS.

ABSTRACT

This work seeks to understand the capacity of the norm that recognize the strike right of the public servants of produce juridical effects on the Brazilian social reality; and seeks to provide hermeneutic subsidy to a interpretation/application of the referred norm according to the Brazilian juridical ordinance. It is a study case in that they are verified evidences about, not of the public servants strikes, but of the interpretation/application current of the norm that recognize them the right of realize that. It was started as much of the corresponding jurisdictional activity, as of the produced theoretical knowledge, intending to corroborate or to reject thesis about the nature of that right and the gradation of juridical efficacy of that norm, and used/tested the hypothesis of that effectivity aspect of this norm is a interpretation/application factor as much as its applicability aspect.

KEYWORDS: JURIDICAL EFFICACY; JURIDICAL NORM; STRIKE RIGHT; PUBLIC SERVANTS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Ao se estudar a eficácia jurídica da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos no ordenamento jurídico brasileiro^[1], há de se analisar de que modo essa norma é aplicada e efetivada na realidade social brasileira.

Na interpretação/aplicação dessa norma, tem sido recorrente considerá-la de eficácia limitada, declarando-se que ela não seria aplicável por si só, pois careceria de outra que integralizasse sua normatividade, para só então se tornar capaz de produzir efeitos jurídicos. Exemplos dessa interpretação/aplicação são muitos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), os quais apenas declaram a omissão legislativa, comunicando esse fato ao Congresso Nacional, o que não representa, em absoluto, decisão dos casos concretos levados a julgamento. Assim, a omissão do legislador e a timidez do julgador revertem contra um número considerável de sujeitos, que não têm certeza quanto ao reconhecimento de seu direito pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, greves de servidores públicos ocorrem amiúde, algo amplamente noticiado pela imprensa e cujos efeitos são sentidos pela sociedade. No entanto, a falta de uma lei disciplinadora, a estabelecer termos e limites ao exercício desse direito, tem implicado conseqüências negativas quando da efetivação da norma que o reconhece. Também é fato, porém não muito noticiado ou conhecido, que greves de servidores públicos por vezes geram conseqüências jurídicas negativas, o que ocorre quando órgãos da Administração Pública “punem” o exercício do direito, como se os servidores públicos estivessem a cometer um ato ilícito[2].

Em julgamentos que envolvem a interpretação/aplicação dessa norma, o STF por muito tempo a considerou de eficácia limitada, e só recentemente passou a considerá-la de eficácia restringível. A doutrina sempre esteve dividida entre quem entende que se trata de norma de eficácia limitada (principalmente doutrinadores constitucionalistas e administrativistas) e quem entende que se trata de norma de eficácia restringível (principalmente doutrinadores trabalhistas, e alguns constitucionalistas). A questão passa ainda pela definição da natureza dessa norma; pela indispensabilidade, ou somente conveniência, de outra norma que contenha sua normatividade; e pelo papel do STF, diante da possível, até provável, continuação da controvérsia.

Dito isso, entende-se possível afirmar que não é porque não há lei disciplinadora que não há direito, priorizando-se não a não-definição de termos e limites para o seu exercício, mas o seu reconhecimento por uma norma constitucional. Fundamenta-se tal afirmação num expediente hermenêutico, a título de **hipótese de trabalho**[3]: a partir do entendimento de que a norma em questão tem eficácia restringível, e não limitada, pode-se concluir que o aspecto efetividade, tanto quanto o aspecto aplicabilidade, é um fator para sua interpretação/aplicação.

Apontam-se como **objetivos do trabalho**: (i) caracterizar analiticamente os conceitos norma jurídica e eficácia jurídica, de acordo com as teorias da norma jurídica, da efetividade e da aplicabilidade das normas constitucionais; (ii) compreender a capacidade da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos tem de produzir efeitos jurídicos na realidade social brasileira; e (iii) fornecer subsídios hermenêuticos para uma interpretação/aplicação da referida norma em conformidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

1. INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO ART. 37, VII, DA CF PELO STF

Existem dois julgamentos emblemáticos que refletem o entendimento do STF acerca do direito de greve dos servidores públicos. O primeiro deles foi realizado em 19/5/1994, nos autos do **Mandado de Injunção (MI) 20-4/DF**[\[4\]](#), tendo como relator o Min. Celso de Mello, que proferiu o voto vencedor[\[5\]](#), nestes termos:

A regra inscrita no art. 37, VII, da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – constitui, pois, preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado. O Congresso Nacional desempenha, nesse contexto, a relevantíssima função de sujeito concretizante da vontade formalmente proclamada no texto da Constituição. Sem que ocorra a *interpositio legislatoris*, a norma constitucional de eficácia limitada não produzirá, em plenitude, as conseqüências jurídicas que lhe são pertinentes (*apud* RAPASSI, 2005 : 91).

Como diz Rinaldo Rapassi, essa decisão declara a **indispensabilidade da normatização integralizadora** por parte do Poder Legislativo, antes do que “não se revela possível nem legítimo o direito subjetivo contemplado” (RAPASSI, 2005 : 92). Assim, pois, argüido quanto à eficácia jurídica da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos no ordenamento jurídico brasileiro, o STF diz tão-somente que lhe cabe comunicar a falta de integralidade normativa dessa norma ao Congresso Nacional (o qual, entretanto, omite-se de integralizá-la), e que essa falta demonstra a impossibilidade de exercício daquele direito, sendo ilegais greves realizadas por servidores públicos.

Pelo exposto, pode-se perceber a **inocuidade da decisão citada**, uma vez que ela não implica a imposição de legislar, tampouco a total ilicitude do exercício do direito.

No tocante à primeira implicação apontada, a **não-imposição de legislar**, argumenta-se que não poderia o STF, órgão do Poder Judiciário, impor uma ação ao Congresso Nacional, órgão do Poder Legislativo, sob pena de infirmar-se o **princípio da divisão de poderes**[\[6\]](#), presente na Constituição Federal (CF)[\[7\]](#).

Alguns doutrinadores constitucionalistas argumentam que não se trataria de interferência de um Poder sobre outro, mas de conferir efeitos concretos a uma decisão judicial em julgamento de MI. Nessa questão, refere-se às **correntes não-concretista e concretista** de interpretação dos efeitos do MI. No STF, a primeira corrente prevaleceu até 30.8.2007; a partir dessa data, quando do julgamento do **MI 721/DF**, tendo como relator o Min. Marco Aurélio,

Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, **asseverou-se caber ao Judiciário**, por força do disposto no art. 5º, LXXI, e seu § 1º, da CF, **não apenas emitir certidão de omissão** do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, **mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito**, afastando as conseqüências da inércia do legislador (BRASIL, 2008c [Informativos 442 e 450]; grifo nosso).

Já no que se refere à segunda implicação apontada, a **ilicitude do exercício do direito**, tem-se que aquela decisão do STF, também nesse sentido, não produz efeitos concretos, uma vez que nem sempre a Administração Pública, pela prática do ato ilegal que seria a greve, “pune” os servidores públicos grevistas.

Como assinala Odete Medauar (*apud* RAPASSI, 2005 : 93), “várias greves de servidores vêm ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem que as autoridades administrativas se valessem da orientação jurisprudencial para instaurar processos administrativos contra seus participantes”.

Nesse sentido, Rinaldo Rapassi resume o que, a seu ver, seriam **conseqüências do entendimento do STF** acerca do tema:

a mera **participação em greve** representa, no mínimo, o **descumprimento de deveres funcionais** do agente público, gerando, em tese, o dever de impor **sanção disciplinar administrativa** e, constatada a necessidade temporária de excepcional interesse público, contratar pessoal, por tempo determinado, para substituição dos grevistas. Se é causado dano à Administração Pública ou à sociedade, haveria o dever de exigir do servidor envolvido a **reparação civil**. E se, por fim, o servidor incidir em **ação** ou **omissão tipificada** na legislação criminal, há o poder-dever do Estado de **responsabilizá-lo penalmente** (RAPASSI, 2005 : 93 e 94; grifos em itálico no original).

Observando que isso não vem ocorrendo como seria de se esperar, ele indaga “por que, na prática, a Administração Pública não tem seguido a orientação jurisprudencial do STF no que se refere ao comando constitucional em tela e, em grande parcela dos casos, não pune os grevistas” (Idem, 94). Ao que responde que

para a Administração Pública e a maior parte do Poder Judiciário, [aparentemente] predomina a interpretação do inciso VII do art. 37 da Carta da República que corresponde àquela esposada pelo Min. Sepúlveda Pertence e pelo Min. Marco Aurélio nos aludidos mandados de injunção^[8] no que, vencidos, não conheceram do mérito por entenderem que o direito de greve já pode ser amplamente exercido. A limitação desse direito está a cargo da livre interpretação, conforme o caso e considerados os demais direitos fundamentais ameaçados (Idem, 94 e 95).

Ainda segundo Rinaldo Rapassi, essa **liberdade interpretativa**, que se escora na mencionada inocuidade da decisão do STF, implica um grave problema de **insegurança jurídica**, tanto para os servidores, quanto para a Administração Pública, como para a sociedade^[9]. Nesse ponto, convém mencionar que há casos, entretanto, em que a decisão do STF no julgamento do MI 20-4/DF constitui verdadeiro permissivo para uma tal punição, a exemplo do julgamento da **ADI 1696/SE**, em 16.5.2002, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence. Nesse caso, questionou-se a constitucionalidade de um decreto do Governador do Estado de Sergipe, decreto este que, diante de uma greve de servidores públicos, impôs “exonerações de grevistas em estágio probatório, exoneração de funções de confiança etc.” (CARVALHO, 2007 : 3198), partindo-se da premissa de que a paralisação fora ilegal, e sob o argumento de que o referido decreto

não está a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar [*sic*, lei específica] prevista no art. 37, VII, da Carta de 1988 (*apud* CARVALHO, 2007 : 3198).

Pelo exposto, pode-se perceber que o **discurso do Direito** produzido pelo STF, em termos de **interpretação autêntica**, representa a **ideologia estática da interpretação jurídica**, aferrando-se à **vontade do legislador** constituinte original, quando da elaboração da CF, e do constituinte revisor, quando da promulgação da Emenda Constitucional (EC) 19/1998[10]. Diz-se, por conseguinte, que essa opção pela **teoria dogmática da interpretação**, limitando-se ao **método de interpretação lógico-sistemático**, e deixando de lado os métodos de interpretação histórico-sociológico evolutivo e teleológico-axiológico, serve como **interpretação restritiva**.

José Afonso da Silva informa que na história constitucional brasileira sempre houve resistência em admitir o direito de greve dos servidores públicos, relatando ainda que “As Constituições anteriores [à atual CF] vedavam expressamente a greve no serviço público e nos serviços essenciais”[11] (SILVA, 2002 : 678 e 679). Ele diz também que “Resquício dessa resistência transparece no texto constitucional que reconhece o direito de greve dos servidores [públicos]”, e que a CF, ao admitir esse direito, “não avançou senão timidamente”, dado que o teor do mencionado dispositivo “é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque, se a lei [específica exigida] não vier, o direito inexistirá; segundo porque, vindo, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto pode ser mais aberta como mais restritiva” (Idem, 679). Não obstante essas constatações, ele acredita que “é melhor constar o direito com esses condicionamentos do que não ser constitucionalmente reconhecido” (Idem, ibidem). Desse modo, vê-se que, enquanto a atribuição de **validade jurídica** é comemorada, a **eficácia jurídica** da norma é motivo de preocupação por parte da doutrina.

Classificando essa norma de acordo com sua eficácia jurídica, o STF, contrariando as expectativas dos sujeitos do direito, tende a considerá-la **norma constitucional de eficácia limitada**[12] (sem maiores desdobramentos, diga-se de passagem). Esse entendimento, desmerecendo a força normativa daquele dispositivo constitucional, restringe-lhe os efeitos jurídicos, atribuindo-lhe **efeito proibitivo**, em lugar de reconhecer-lhe efeito permissivo positivo, ou seja, confere **função de bloqueio** a sua norma-decisão, negando a função de resguardo daquela outra norma[13].

Pelo exposto, pode-se afirmar que esse entendimento do STF acerca do direito de greve dos servidores públicos, por meio da interpretação/aplicação do disposto no art. 37, VII, da CF, está aquém, a um só tempo, do aparato hermenêutico a sua disposição e das possibilidades do conteúdo normativo da norma constitucional respectiva, como será visto mais adiante, no item 2.

Embora se considerem pertinentes essas constatações, cumpre demonstrar em que medida recente decisão do STF vem representar mudança em seu entendimento, notadamente no que tange à classificação da norma em questão segundo sua eficácia jurídica. Trata-se aqui do julgamento que o STF proferiu nos autos dos **MIIs 670/ES, 708/DF e 712/PA**, em 25/10/2007, os dois primeiros relatados pelo Min. Gilmar Mendes, e o último, pelo Min. Eros Grau. Nesses MIIs, pretendeu-se

fosse garantido (...) o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF (...). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e **propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989**, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. No **MI 670/ES** e no **MI 708/DF**, prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. (...) **a Corte, afastando-se da orientação inicialmente**

perfilhada, no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, **passou**, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, **a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário**. (...). Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a **adoção, como alternativa provisória**, para esse impasse, **de uma moderada sentença de perfil aditivo**. (...) Assim, tendo em conta que **ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional**. (...) No **MI 712/PA**, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos [impetrantes] e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no **MI 670/ES**, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional (BRASIL, 2008c, [Informativo 485]; grifo nosso).

Ao dispor que “ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve [aos servidores públicos], podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina”, o Informativo 485 do STF sugere que o Tribunal deixou de considerar a norma em questão como de eficácia limitada, passando a considerá-la como de **eficácia restringível**. Adverte-se, entretanto, que essa decisão do STF, como nela mesma se dispõe, “é uma alternativa provisória”, ou seja, não dispensa a edição, por parte do Congresso Nacional, da lei específica exigida pelo art. 37, VII, da CF.

Em suma, o STF decidiu pela licitude do exercício do direito de greve dos servidores públicos, por analogia, nos termos e limites definidos pela Lei 7.783/1989, chamada Lei de Greve (LG)[14] (BRASIL, 2008b). Nesse sentido, passou a desautorizar atos da Administração Pública que, sob o argumento de que a greve seria um ato ilícito, venha a punir servidores públicos grevistas.

A dúvida gerada pela insegurança jurídica de não se saber, objetivamente, se os servidores públicos poderiam realizar greves, foi em parte afastada por essa decisão do STF. No entanto, resta aberta a discussão a respeito da indispensabilidade, ou apenas conveniência, de uma legislação específica.

Ricardo Carvalho manifesta preocupação quanto à possibilidade de uma tal lei específica limitar demasiadamente esse direito, a ponto de conter a norma que o reconhece em limites estreitos demais (CARVALHO, 2007 : 3195-3198). Fundamenta essa sua preocupação no histórico da disputa entre Administração e servidores públicos, dado que por vezes se observam medidas autoritárias por parte do primeiro, e prejuízos de toda natureza impostos aos segundos (Idem, ibidem).

Assim, pois, vê-se que a citada decisão do STF não faz cessar, *in totum*, a discussão quanto à eficácia jurídica da norma em questão, principalmente no que tange àqueles aspectos do direito que não se coadunam à disciplina da LG[15] (BRASIL, 2008b). Ou seja, a interpretação/aplicação dessa lei, por analogia, não responde a todas as questões do problema de que se ocupa neste trabalho. Acredita-se que ela carece do aporte de alguns parâmetros teóricos.

2. “INTERPRETAÇÃO VERDADEIRA”

Tércio Ferraz Jr., tendo em vista a possibilidade, sempre presente, de “divergências interpretativas” na interpretação/aplicação das normas jurídicas, usa a noção de “interpretação verdadeira” para designar aquela interpretação pela qual se ajusta, congruentemente, a “mensagem normativa” à realidade social, e assim se decide qual, dentre as interpretações divergentes, há de ser aceita ou rechaçada (FERRAZ JR., 2003 : 281-284). Seguindo essa formulação teórica, pode-se afirmar que a norma do art. 37, VII, da CF, vem sendo decodificada pela Administração Pública como código fraco, atendendo ao interesse de lhe atribuir vaguidade^[16], e pelos servidores públicos como código forte, na tentativa de defini-la como permissão positiva ou faculdade^[17]. Por muito tempo, prevaleceu como interpretação verdadeira a decodificação feita pela Administração Pública, sendo consideradas divergentes as interpretações feitas pelos servidores públicos; atualmente, os pólos se inverteram, por intermédio da decisão do STF no julgamento dos MIs 680/ES, 708/DF e 712/PA, mas ainda de forma precária, uma vez que persiste a possibilidade, até mesmo probabilidade, de continuação da controvérsia. Consoante à “função social da Hermenêutica”, de “neutralização dos conflitos sociais”, da qual fala Tércio Ferraz Jr. (Idem, 309), e entendendo-se como interpretação verdadeira a interpretação feita com o objetivo de ajustar a mensagem normativa à realidade social^[18], tentar-se-á testar as interpretações divergentes apresentadas, e afinal usar/testar a hipótese deste trabalho.

Inicialmente, cumpre demonstrar porque a continuação dessa controvérsia é um problema de pesquisa, e também um problema prático (termos usados por PRADO, 2007 : 1044). Pode-se afirmar que subsiste um **problema de pesquisa**, uma vez que há questões abertas a tratar, questões que são evidências, e não dogmas^[19], como as características da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos e a indispensabilidade, ou somente conveniência, de outra norma que contenha sua normatividade; pode-se afirmar também que, subjacente a esse problema de pesquisa, encontra-se o **problema prático** de saber como o direito de greve pode ser exercido pelos servidores públicos e o que esperar da Administração Pública em face dessa liberdade de escolha e atuação.

Uma **primeira evidência** a verificar é o entendimento de que o direito de greve dos servidores públicos é um direito social fundamental. Para tanto, mister analisar as características da norma que o reconhece, assim como do que vem a ser um direito social fundamental.

Entende-se que todo dispositivo que integra o texto constitucional, enquanto texto normativo, vem a constituir uma norma jurídica, mais ainda, uma norma constitucional, do tipo regra ou princípio. Desse modo, a norma de que se trata aqui é, inegavelmente, uma norma jurídica, especificamente, uma **regra constitucional**^[20]. Nada obstante ser uma **proposição na forma declarativa**, ela tem **função prescritiva**, pois prescreve um comportamento a seu destinatário, e se não descreve uma ação diretamente, implicitamente a permite ou faculta^[21].

Aqui se propõe que assim poderia ser classificada essa norma: **geral e abstrata**, ou seja, universal em relação aos destinatários (os servidores públicos, à exceção dos militares^[22]) e universal também em relação à ação prescrita (não se pode delimitar com precisão o que é o ato greve^[23]); **permissiva positiva**, por permitir a ação de fazer

greve; **categórica** para os sujeitos do direito (os servidores públicos), porque não subordinada a qualquer condição para a titularidade[24], e **hipotética instrumental** para os sujeitos do dever jurídico co-respectivo[25] (o Estado, representado pela Administração Pública), os quais não podem obstruir o exercício do direito, que se trata de um meio (a greve)[26] para alcançar um objetivo (aumento de proventos, por exemplo); **de reconhecimento**, pois não tem por objeto uma ação, mas o reconhecimento de que dada ação (fazer greve) é permitida no ordenamento jurídico; **dependente**, por não esgotar a disciplina do direito que reconhece, antes exigir outra que lhe complete a normatividade (“lei específica”, isto é, lei ordinária que trate especificamente da matéria); **particular**, pois trata do possível comportamento de um grupo de pessoas (os servidores públicos grevistas); **nacional**, já que incide sobre todo o território nacional, abrangendo a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios; **permanente**, por ter força normativa ou vigor indefinido; **de incidência mediata**, visto que careceria preencher alguns requisitos, segundo os que a consideram de eficácia limitada, **ou de incidência imediata**, para aqueles que a consideram de eficácia restringível; **dispositiva**, pois só incide se invocada pelos interessados (os servidores públicos); **de conduta**, por disciplinar um comportamento, ou a possibilidade dele (a greve); e **permissão forte**, pois, reconhecendo um direito subjetivo, confere uma faculdade aos sujeitos do direito, e **não permissão fraca**, pois não se trata de uma situação jurídica dependente, o que só resultaria se a conduta fosse regulada negativamente[27].

Lembrando idéia de Eros Grau sobre “interpretação sistêmica” (GRAU, 2005 : 127), cumpre demonstrar como é formado o enunciado da norma em questão.

Freqüentemente, diz-se que seu texto normativo é o inc. VII do art. 37 da CF, *in verbis*: “Art. 37 (...): (...); VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 2008a). Mas falta amplitude sintática a esse dispositivo, quando isoladamente considerado, de modo que é necessário integrá-lo ao *caput* do referido art. 37, *in verbis*:

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

E seguem 22 incisos, entre os quais o citado inc. VII.

É necessário, também, identificar quem seria o titular do mencionado “direito de greve”. Parece uma obviedade, mas essa identificação cumpre uma importante função, que será vista em detalhes mais adiante: titulares desse direito são todos os servidores públicos, vinculados à Administração Pública direta e indireta do Estado brasileiro[28].

Nesse passo, vale citar o § 3º do art. 39 da CF, que trata dos servidores públicos, *in verbis*: “Art. 39 (...) § 3º Aplica-se aos ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX (...)” (BRASIL, 2008a).

O mencionado art. 7º relaciona os direitos dos trabalhadores, alguns dos quais, conforme ao disposto no citado § 3º do art. 39, são extensíveis aos servidores públicos, como a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo (inc. VII); décimo terceiro salário

(VIII); gozo de férias anuais remuneradas (XVII); licença à gestante (XVIII) etc. Todos esses direitos fazem parte de um direito mais amplo, que é o direito ao trabalho, tal como disposto no art. 6º, também da CF.

Enquanto o art. 6º dispõe que “Art. 6º São direitos sociais (...) o trabalho (...)”, o *caput* do art. 7º relaciona alguns direitos específicos, de forma exemplificativa, dispondo que “Art. 7º São direitos dos trabalhadores (...), além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, e seguem 34 incisos, entre os quais os mencionados no parágrafo anterior (BRASIL, 2008a).

Desse modo, pode-se concluir que os servidores públicos também são trabalhadores, com estes compartilhando alguns direitos previstos no art. 7º, assim como outros que visem à melhoria de sua condição social. Assim sendo, também o direito de greve, tal como disposto no art. 9º da CF: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores [entre os quais os servidores públicos] decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

Os citados arts. 7º e 9º estão insertos no Capítulo II, Título II, da CF, onde se dispõe sobre os direitos sociais fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Daí se dizer, portanto, e com razão, que **o direito de greve dos servidores públicos é um direito social fundamental**[\[29\]](#).

Integrando esses **textos normativos**, obtém-se o seguinte **conteúdo normativo**: Todo servidor público brasileiro, em coletividade, visando à melhoria de sua condição social, no que tange ao trabalho, tem direito de fazer greve contra a Administração Pública direta e indireta do Estado brasileiro, cabendo-lhe decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que por meio dele pretendam defender, desde que obedecidos os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública. A partir desse conteúdo normativo, pode-se conhecer então a **norma jurídica** que se procura: Se uma coletividade de servidores públicos brasileiros, visando à melhoria de sua condição social no que tange ao trabalho, decide fazer greve para defender um seu interesse, obedecendo aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública, esse ato deve ser respeitado pelo(s) órgão(s) da Administração Pública direta e indireta do Estado brasileiro a que estejam vinculados.

Assim sendo, tem-se que: (i) todo servidor público brasileiro, em coletividade, tem o direito de fazer greve, e a Administração Pública direta e indireta do Estado brasileiro tem o dever de respeitá-lo; (ii) a greve é um meio para defender interesses coletivos dos servidores públicos relacionados a sua condição de trabalho; (iii) cabe aos servidores públicos decidir sobre o momento de fazer greve; e (iv) a greve deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública, sob pena de configurar um ato despropositado, quando não ilícito.

No tocante à observação (iv) feita no parágrafo anterior, pode-se afirmar que os princípios citados, princípios da administração pública[\[30\]](#), constituem **limites do direito de greve dos servidores públicos**[\[31\]](#), de modo a se dizer que uma greve não pode: (a) albergar ilegalidade, por exemplo, não pode promover baderna, o que seria um abuso de direito; (b) ser um ato pessoal de antipatia, contra um agente político, por

exemplo; (c) afrontar a moralidade pública, por exemplo, não pode consistir no ato de defender a prática, de resto ilegal, de cobrar um valor pecuniário para a prestação de um serviço público gratuito; (d) ocorrer sem publicidade, sem comunicação de que o ato ocorrerá, a partir de tal dia e qual hora e em que lugares; e (e) prestar-se à folga, isto é, não pode representar descompromisso com o serviço público, o que seria abandono de trabalho. No mais, é possível dizer que a greve, como fenômeno social que é, tem sua dinâmica própria, em razão do que se afirma que cada greve é única, com propósitos diferentes, de maneira que limitações rígidas tendem a desconfigurar o direito respectivo^[32].

Quanto a saber se a norma em questão é uma norma superior ou inferior dentro do ordenamento jurídico, pode-se responder que se trata de uma **norma superior**, não apenas por estar inserta no texto constitucional, e assim ser uma norma constitucional, mas também porque fundamenta a edição de ao menos uma outra norma, a “lei específica” ordinária que venha a definir “termos” e “limites” ao direito que reconhece^[33]. Desse modo, até mesmo por ser uma norma hierarquicamente superior, em relação a qualquer outra norma que trate da mesma matéria, não se admite conflito real com qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro, seja o total, seja um dos parciais^[34]. Ademais, como se trata de uma norma que reconhece um direito social fundamental, sua validade jurídica, e conseqüentemente aplicabilidade, é conferida por uma relação de imunização^[35] com o disposto em outra norma, que vem a ser o § 1º do art. 5º da CF, *in verbis*: “§ 1º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; isso quer dizer que, promulgada a CF, estão revogadas todas as disposições contrárias ao direito de greve dos servidores públicos no ordenamento jurídico brasileiro^[36].

Já no que se refere a sua **função eficaz prevalente**, pode-se dizer que, em razão de reconhecer um direito subjetivo, essa norma tem **função de resguardo**, visto que tem o sentido de assegurar certa conduta, lembrando que, como é um caso de norma constitucional que reconhece direito fundamental, tem **função de resguardo primária** e **função de bloqueio secundária**, no sentido de que impede a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito. Pode-se afirmar ainda que essa norma é **observada espontaneamente** pelos sujeitos do direito, uma vez que os servidores públicos, desde a promulgação da CF em 5.10.1988, vêm entendendo que têm o direito de fazer greve, e agora também é **observada impositivamente** pela Administração Pública, haja vista a citada decisão do STF no julgamento dos MIs 680/ES, 708/DF e 712/PA^[37].

Nesse sentido, os efeitos normativos^[38] dessa norma são: **permissivo positivo** (concedendo-se aos servidores públicos a possibilidade de fazer greve) e **obrigação de omissão** (obrigando a Administração Pública a não-impedir, de qualquer modo, uma greve de servidores públicos feita dentro dos limites apontados acima, e de outros que venham a ser definidos por lei específica); **não-retroativo**, abrangendo apenas os atos e sujeitos após a promulgação da CF, ou seja, desde 5.10.1988 em diante; **total**, pois, como norma nacional^[39], tem eficácia em todo o território do Estado brasileiro; **erga omnes**, uma vez que se impõe em face de todos, e cujos efeitos podem incidir sobre todas as situações, sejam elas individuais ou coletivas; e **constitutivo**, por constituir^[40] uma relação jurídica entre os servidores públicos e o Estado, representado pela Administração Pública.

Uma **segunda evidência** a verificar é o entendimento de que a norma em questão tem eficácia limitada.

Como se viu no item 1 acima, esse foi o entendimento adotado pelo STF entre o julgamento do MI 20-4, em 19.5.1994, e o julgamento dos MIs 680/ES, 708/DF e 712/PA, em 25.10.2007. É também o entendimento defendido por alguns doutrinadores constitucionalistas e administrativistas, a exemplo de Manuel Gonçalves Ferreira Filho (sob o argumento de que se trata de “uma norma de caráter programático, não tendo aplicabilidade imediata”, e que “o direito de greve do servidor público só poderá ser exercido depois de editada lei específica para regulá-lo”) e Maria Sylvia Di Pietro (sob o argumento de que o direito de greve do servidor público “somente surgirá no mundo jurídico quando for editada a lei específica, e isso porque somente essa lei é que fixará os contornos do direito e os meios através dos quais poderá ser regularmente exercido”, uma vez que esse direito “constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade”) (*apud* CARVALHO, 2007 : 3190 e 3191).

Quanto à norma em questão ter eficácia limitada, ou ser norma programática, e não ter aplicabilidade imediata, convém analisar o que diz José Afonso da Silva a respeito. Segundo ele, normas de eficácia limitada

são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (SILVA, 2003 : 82 e 83). Essas normas ou fazem remissão a outra norma, por meio de expressões do tipo “a lei indicará..., regulará..., disporá...”, ou “estabelecem apenas uma finalidade, um princípio”, sem impor ao legislador “a tarefa de atuá-las”, apenas requerendo “uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados” (Idem, 83 e 84). Assim as “normas de princípio institutivo” e “norma de princípio programático”: as primeiras são as que “se inserem na parte organizativa da constituição”; as segundas “versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.)”^[41] (Idem, 84).

Assim, vê-se que a norma em questão, consoante o que se disse um pouco mais acima, não apresenta as características de normatividade das normas de eficácia limitada, como o são as normas programáticas, e, ainda que se admita que ela tem eficácia limitada, ou que é norma programática, deve-se reconhecer que, por ter o “mínimo de eficácia” de que fala José Afonso da Silva (ver nota 41), ela reconhece o direito de greve do servidor público, ao passo que obriga a Administração Pública a respeitá-lo; permite a realização de greve pelos sujeitos do direito, independentemente de lei que a discipline; e impede atos que neguem ou limitem o exercício desse direito, sejam eles administrativos ou judiciais.

Desse modo, vê-se que resta prejudicado o entendimento de alguns doutrinadores administrativistas, para quem o direito de greve dos servidores públicos não existiria no ordenamento jurídico brasileiro. Também não tem fundamento a opinião segundo a qual o direito de greve consistiria exceção, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público. Nesse sentido, cabe dizer que a norma que reconhece aquele direito não seria uma norma excepcional desse princípio, mas uma norma especial: a continuidade do serviço público não seria excepcionada pelo

exercício do direito de greve dos servidores públicos; ter-se-ia apenas uma situação especial, dadas as circunstâncias sociais e as exigências trabalhistas, em que coexistiriam a prestação de serviço público e o exercício do direito de greve pelos servidores públicos^[42].

Uma **terceira evidência** a verificar é o entendimento de que a norma em questão tem eficácia restringível. Lembre-se que as normas desse tipo são normas que “prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”, ou seja, estão “sujeitas a restrições previstas ou [são] dependentes de regulamentação que limite sua eficácia”, e “cuja eficácia é [dir-se-ia pode ser] contida pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.)” (SILVA, 2003 : 82, 83 e 85).

Nesse ponto, pertinentes as seguintes indagações feitas por Rinaldo Rapassi:

é possível que uma norma clara careça de toda eficácia só em razão da demora do legislador? É possível que um direito social fundamental, reconhecido na Constituição da República, seja negado enquanto a lei não se digna a dizer de que maneira poderá ser exercido? Não seria mais acertado dizer que, enquanto não se edita a lei, o direito de greve já reconhecido constitucionalmente pode ser exercido (...)? (RAPASSI, 2005 : 95).

Segundo a opinião de José Afonso da Silva,

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. **O problema situa-se**, justamente, **na determinação desse limite**, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma (SILVA, 2003 : 76; grifo nosso).

Citando Saverio De Simone e Vezio Crisafulli, ele diz também que,

Do mesmo modo que se pode afirmar que **não há norma constitucional alguma de todo ineficaz**, “porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação a seus destinatários”, como assinala De Simone, também se pode sustentar que **nenhuma é, em si, completa**, como nota Crisafulli, visto que “não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente” (Idem, *ibidem*; grifo nosso).

Desse modo, vê-se que a doutrina constitucionalista admite que as normas constitucionais, por serem gerais e abstratas, não são normativamente completas, sempre admitindo normatização futura, seja para integralizá-las, seja para restringi-las, e que nesse sentido a interpretação (dir-se-ia interpretação/aplicação) que se faz delas cumpre o papel de verificar suas características de normatividade, isto é, sua força, limite e âmbito normativos^[43].

No que se refere a essa questão, convém analisar o que diz José Afonso da Silva a respeito. Segundo ele, normas de eficácia restringível são diferentes “das de eficácia

plena e das de eficácia limitada” porque, embora se assemelhem às primeiras “sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios”; e porque, embora se assemelhem às segundas “pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade” e ainda “porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia” (SILVA, 2003 : 104). Enumerando as **características das normas de eficácia restringível**, ele diz que

I – São normas que, em regra, **solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura**; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos. II – **Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena**; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva. III – **São de aplicabilidade direta e imediata**, visto que o **legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam**. IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo) (Idem, 104 e 105; grifo nosso)^[44].

Nesse mesmo sentido, como se respondesse às indagações feitas por Rinaldo Rapassi, apresentadas um pouco acima, Luís Roberto Barroso diz que os direitos sociais “tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social”, investindo os jurisdicionados em certas “posições jurídicas”, como as que “geram situações prontamente desfrutáveis”, caso este que, segundo ele, “é o menos comum”, no qual

a relação jurídica que se estabelece é, em tudo e por tudo, semelhante à que resulta dos direitos individuais. O dever jurídico, co-respectivo do direito assegurado, **consiste não em uma atuação, mas em uma omissão, um não-fazer, normalmente dirigido ao Estado. Tal é o exemplo do direito de greve (...). Ao Estado cabe abster-se de reprimir e punir os que o exercem**, o que não apresenta nenhuma dificuldade num quadro institucional normal^[45] (BARROSO, 2003 : 108; grifo nosso).

Dito isso, e pelo que se tem verificado neste item, vê-se que a norma de que aqui se trata, ao reconhecer um direito subjetivo coletivo, um direito social fundamental, é juridicamente eficaz, nada obstante ser uma **norma de eficácia restringível**. Trata-se de uma norma que reúne tanto requisitos técnico-normativos (sua aplicabilidade é direta e imediata, conferida pela CF por uma integração de dispositivos, segundo uma interpretação lógico-sistemática, não havendo no ordenamento jurídico outra norma que a contenha), quanto requisitos sócio-normativos (sua efetividade é observada espontaneamente pelos sujeitos do direito, e agora também impositivamente pela decisão do STF, segundo uma interpretação teleológico-axiológica), de modo que, se e enquanto não sobrevier normatização restritiva, ela pode produzir seus efeitos jurídicos próprios.

Uma **quarta evidência** a verificar é o entendimento de que é indispensável a edição de uma lei específica para a interpretação/aplicação da norma em questão.

Rinaldo Rapassi chega a falar em “urgência da legislação infraconstitucional”, aduzindo que “a ausência de lei específica a regular o direito [de greve dos servidores públicos] causa consideráveis **prejuízos socioeconômicos**”: para os servidores públicos, uma vez que causaria insegurança jurídica, “debilitando sobremodo o exercício do direito garantido constitucionalmente, ante a ameaça de o seu titular sujeitar-se, eventualmente, a sanções desproporcionais, injustas”; para a Administração Pública, dada a “maior dificuldade de gestão dos recursos humanos postos à disposição do Estado, tão necessários à consecução do interesse público”; para a sociedade, gerando a “desorganização do movimento [grevista] e, em muitos casos, a efetiva quebra de continuidade na prestação dos serviços públicos que, por sua importância, foram reservados à execução pelo Estado”; e para a democracia, pois causaria “danos à imagem de suas instituições, principalmente no que se refere ao papel dos Poderes Legislativo e Judiciário” (RAPASSI, 2005 : 95 e 96; grifo nosso).

Apontados como fundamentos da indispensabilidade da edição de uma lei específica para disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos brasileiros, esses possíveis prejuízos não dizem respeito à eficácia jurídica da norma que reconhece esse direito, antes se referem a sua eficácia social, tanto que são considerados prejuízos socioeconômicos, acrescentar-se-ia também sócio-políticos^[46]. Diante desse quadro, e do enfoque adotado neste trabalho, cabe analisá-los não pelo que representam (razões de ordem econômica e política), mas pelo que podem significar, no que tange a uma possível ressonância jurídica.

Nesse sentido, afirma-se que **a edição de uma lei específica**: (i) **não representaria** maior segurança jurídica para os servidores públicos, no sentido de possibilitar tranquilidade ao exercício do direito de greve, (a) seja porque se trata de uma situação-limite, já que a greve é um expediente usado para reivindicar, quando os canais de comunicação preestabelecidos são impraticáveis, por exemplo, quando outros direitos não estão sendo respeitados, e não há possibilidade ou vontade de diálogo; (b) seja porque os grevistas sempre estarão sujeitos a sofrer conseqüências negativas, ainda que seu ato transcorra dentro dos limites do exercício do direito de greve, obedecendo aos princípios da administração pública, isso porque tais conseqüências são impostas pela Administração Pública, cujos atos serão sempre passíveis de constituir abuso de poder, ainda que não mais se chegue ao extremo de considerar ilícito o exercício desse direito; (ii) **não teria o condão**, por si só, de facilitar a gestão dos recursos humanos postos à disposição do Estado, ou contribuir para uma melhor organização do movimento grevista em face dos interesses do restante da sociedade, pois “a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias” (MELLO, 2005 : 72), constituindo dever da Administração Pública, como conjunto de instituições, e não propriamente dos servidores públicos, que são seus colaboradores, de modo que a ela, e não a estes, cabe o ônus de manter em funcionamento a máquina administrativa, o que lhe é exigível em situações ainda mais extremas que o exercício do direito de greve, como ocorre com situações de calamidade pública, cabendo-lhe exigir, a título de exemplo, em qualquer dessas situações, e do modo que considerar conveniente, sempre dentro dos limites da legalidade, a manutenção de um efetivo mínimo entre os grevistas; e (iii) **não representaria** um reforço para a imagem das instituições democráticas, tendo em vista que o embate entre servidores públicos e Administração é um conflito democrático, e como tal há de ser solucionado pacificamente pelas instituições constituídas, tocando-lhe o dever institucional de promover, a um só tempo, a paz social e o bem comum (ver arts. 2º e 3º

da CF; BRASIL, 2008a), o que significa conduzir a bom termo aquele embate, no exercício das funções legislativa (não restringindo um direito subjetivo, nem exarcebando um poder-dever), administrativa (não coibindo ou punindo como ilícito um ato lícito, desde que circunscrito à legalidade) e jurisdicional (não se prestando a decidir contrariamente ao ordenamento jurídico, ingerido por pressões administrativas).

Vale dizer também que uma tal lei específica, enquanto norma constitucional limitativa, não poderia conter demasiadamente o exercício desse direito, reconhecido por norma de eficácia restringível. Isso quer dizer que, se de um lado o direito de greve dos servidores públicos configura-se como uma das “situações jurídicas subjetivas de vantagem aos governados (...) e situações de vínculo ou negativas aos agentes do Poder Público” (SILVA, 2003 : 189), de outro lado uma lei que venha a disciplinar seu exercício não pode desconfigurá-lo, como adverte Ballardore Pallieri, curiosamente sobre o mesmo direito de greve: “A lei poderá opor [repita-se poderá] limitações, mas o direito fundamental de greve deverá ser salvaguardado, e seria inconstitucional a lei que a vetasse, ou a circundasse de tais restrições que praticamente alcançasse o mesmo resultado” (*apud* SILVA, 2003 : 189).

Pelo exposto, pode-se afirmar que **não é indispensável a edição de lei específica** que venha a definir termos e limites para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, visto que se trata de um direito reconhecido por norma constitucional de eficácia restringível, de aplicabilidade direta e imediata, não-obstante ser de efetividade não-integral, o que é dizer que ela mesma, dadas suas características de normatividade, ao reconhecer esse direito social fundamental, impõe determinados limites para seu exercício.

Não obstante essa conclusão, tendo em vista a eficácia social dessa norma, a partir da observação da ocorrência freqüente de greves de servidores públicos, entende-se poder afirmar que, **embora não indispensável, torna-se conveniente** a edição de lei específica que discipline o exercício do direito respectivo, pelos motivos que se passa a expor.

Primeiro, **para desestimular o abuso por parte dos servidores públicos**. Estes, como destinatários em situação jurídica de vantagem, tendem a interpretar a norma de modo extensivo, podendo implicar: (i) desvirtuamento de sua finalidade, que é a de possibilitar a defesa de um seu interesse, visando à melhoria de sua condição social no que tange ao trabalho; e (ii) ocorrência de transtornos sociais, com a suspensão de serviços públicos urgentes, e o conseqüente estado de abandono. Nesse sentido, uma lei específica, prevendo obrigações de fazer aos grevistas, reconheceria que o livre exercício do direito de greve dos servidores públicos não pode representar falta com seus deveres funcionais; e, prevendo punições aos grevistas infratores, estabeleceria parâmetros para o exercício do direito dentro da legalidade.

Segundo, **para coibir o arbítrio do poder-dever pela Administração Pública**. Este, como destinatário em situação jurídica de abstenção, tende a interpretar/aplicar a norma de modo restritivo, podendo implicar punição arbitrária dos grevistas e, no limite, esvaziamento teleológico-axiológico do direito de greve. Nesse sentido, uma lei específica, prevendo obrigações de não-fazer à Administração Pública, estabeleceria limites de comportamento às autoridades, permitindo-lhe, a um só tempo, respeitar o exercício do direito e desincumbir-se de sua função pública.

Terceiro, **para orientar**^[47] **sua interpretação/aplicação pelo julgador**. Este tende a interpretar/aplicar a norma de modo meramente especificador, o que implica baixo grau de solução, ou solução ineficiente do conflito. Nesse sentido, uma lei específica, estabelecendo parâmetros de eficácia jurídica à norma em questão, facilitaria uma interpretação/aplicação mais conforme a suas características de normatividade e a seus efeitos normativos.

Uma **quinta evidência** a verificar é a hipótese de que o aspecto efetividade, tanto quanto o aspecto aplicabilidade, é um fator para a interpretação/aplicação da norma em questão.

Como se viu no item 1 acima, no julgamento dos MIs 680/ES, 712/DF e 720/PA, pode-se dizer que o mais importante, do ponto de vista teórico, não foi o STF ter decidido, quanto ao direito de greve dos servidores públicos, pela aplicação analógica da LG, mas ter passado a impor observância à norma que reconhece esse direito.

Essa decisão do STF representa a aplicação concreta do entendimento segundo o qual é possível, até desejável, em casos de omissão legislativa, sobretudo a que implica prejuízo para sujeitos de direitos, proferir-se sentença normativa em jurisdição constitucional^[48].

Já Luís Roberto Barroso sugeria isso ao propor o seguinte:

Para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias políticas, sociais e jurídicas. Vale dizer: são imprescindíveis instituições, atitudes e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma. (...) É igualmente relevante para a efetividade [aqui eficácia social^[49]] das normas constitucionais a conscientização e a atuação construtiva da sociedade civil. Esta participação pode se dar por via não-institucional, como, *e.g.*, através das formas legítimas de pressão política; por via institucional, pela utilização de mecanismos como a iniciativa popular do processo legislativo, o plebiscito e o referendo; e **por via judicial, com a tutela coletiva de interesses pelas associações, entidades de classe e sindicatos**. (...) Ao longo dos últimos anos, **o Poder Judiciário**, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, **tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe cabia**. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais^[50] serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes (BARROSO, 2003 : 280 e 281; grifo nosso).

Como diz Tércio Ferraz Jr.,

A concepção da lei como principal fonte do Direito chamará a atenção para a possibilidade de o Direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o Direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o Direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna (FERRAZ JR., 2003 : 74; grifo nosso).

Atualmente, como diz Tércio Ferraz Jr., tem-se em vista que “uma concepção geral da decisão jurídica é correlata de uma concepção de conflito jurídico”, pela qual se

percebe que “conflitos aparecem então como interrupções na interação, ou porque quem transmite recusa-se a transmitir o que se espera, ou porque quem recebe recusa-se a receber, criando-se expectativas desiludidas” (FERRAZ JR., 2003 : 313). Ele diz também que

Em situações sociais pouco complexas, a estrutura [do conflito] é simples, mas o aumento da complexidade traz para o conflito jurídico uma segunda característica: a possibilidade de conflito sobre a própria estrutura, o que significa a possibilidade de escalada conflitual (...) [inclusive quanto a saber] se a Constituição é ou não legítima. Ele não é apenas conflito institucionalizado – conforme a normas –, mas também o procedimento decisório correspondente envolve um conflito também institucionalizado: conflito sobre o procedimento de decisão do conflito. (...) [Nesse sentido], a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim [aos conflitos jurídicos], não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação. Ela não os elimina por meio de uma dissolução, mas os soluciona, pondo-lhes um fim (Idem, 314).

Desse modo, vista a “decisão jurídica”, a atividade do Poder Judiciário, não como mera subsunção da realidade social à lei, e sim como solução de conflitos jurídicos, mais ou menos complexos, em última análise, “como um sistema de controle do comportamento”, “decisão e conflito são dois termos correlatos que se centralizam na noção de controle: poder de decisão de conflitos institucionalizados” (Idem, *ibidem*)^[51].

Aduz-se, por conseguinte, que o julgador não está sozinho, ele e a lei, para conformar juridicamente a realidade social. A seu lado estão co-intérpretes e a interpretação que eles fazem da lei e da realidade social. Parece ser essa a proposta de “interpretação constitucional aberta” de Peter Häberle. Parece ser esse o entendimento adotado pelo STF no julgamento dos MIs 680/ES, 712/DF e 720/PA.

Como propõe Peter Häberle,

quem vive a norma acaba por interpretá-la ou co-interpetá-la (...). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada (...): **cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...)** representam forças produtivas de interpretação (...); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como **pré-intérpretes (...).** **Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional,** que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas (HÄBERLE, 2002 : 13 e 14; grifo nosso).

Verificando sua tese, e antecipando-se a possíveis objeções que se façam a ela, como aquela que assevera que, “dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional [aberta] poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de intérpretes”, ele diz:

Essas objeções devem ser avaliadas de maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição. A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão, formal, oficial ou competencialmente nomeados para a exercer a função de intérpretes da Constituição (Idem, 29).

E segue, aduzindo que sua tese é confirmada tanto pelo “ponto de vista da teoria do Direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação”, quanto por “reflexões teórico-constitucionais”, como pela “teoria da democracia” (Idem, 30-40). Em outras palavras, ele demonstra que a pluralidade de intérpretes da constituição é legitimada, concluindo que

Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. **Não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes** (Idem, 31 e 32; grifo nosso).

Afinal, aponta as seguintes conseqüências para a Hermenêutica Constitucional:

O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo (...). Na posição que antecede a interpretação constitucional dos juizes (...), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” (...) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. **A esfera pública pluralista (...) desenvolve força normatizadora** (...). Posteriormente, **a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública** (Idem, 41; grifos nossos).

Por todo o exposto, entende-se poder afirmar que o STF, no julgamento dos citados MIs 680/ES, 712/DF e 720/PA, interpretou/aplicou a norma em questão valendo-se da efetividade, tanto quanto da aplicabilidade, como fator^[52] de interpretação/aplicação, ou seja, passou a reforçar a observância espontânea dessa norma (por parte dos servidores públicos) com a observância imposta por sua decisão (a toda a Administração Pública brasileira).

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, em que se procurou verificar evidências acerca da eficácia jurídica da norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se o seguinte:

(i) **Confirma-se a evidência de que esse é um direito social fundamental**, reconhecido por uma norma que pode ser assim enunciada: Se uma coletividade de servidores públicos brasileiros, visando à melhoria de sua condição social no que tange ao trabalho, decide fazer greve para defender um seu interesse, obedecendo aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública, esse ato deve ser respeitado pelo(s) órgão(s) da Administração Pública direta e indireta do Estado brasileiro a que estejam vinculados;

(ii) **Refuta-se a evidência de que a norma em questão tem eficácia limitada, não sendo norma programática**, pois não apresenta as características de normatividade dessas normas, **nem reconhecendo um direito excepcional**, pois não prevê uma exceção e sim uma situação jurídica especial;

(iii) **Confirma-se a evidência de que a norma em questão tem eficácia restritiva**, dado que reúne requisitos técnico-normativos e sócio-normativos, que a tornam apta a produzir efeitos jurídicos por si só, até quando não sobrevier normatização restritiva;

(iv) **Refuta-se a evidência de que é indispensável a edição de lei específica para a interpretação/aplicação da norma em questão**, pois ela mesma, dadas suas características de normatividade, impõe determinados limites para o exercício do direito que reconhece; não obstante essa conclusão, a edição de uma tal lei específica é conveniente, com o objetivo de: (a) desestimular o abuso por parte dos sujeitos do direito; (b) coibir o arbítrio do poder-dever do legislador e do administrador; e (c) orientar sua interpretação/aplicação pelo julgador; e

(v) **Confirma-se a hipótese de que o aspecto efetividade, tanto quanto o aspecto aplicabilidade, é um fator para a interpretação/aplicação da norma em questão**, haja vista que o STF passou a reforçar a observância espontânea dessa norma com a observância imposta por sua decisão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BENEDET, Renata. “Lei Nacional e Lei Federal: a repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. **Revista Novos Estudos Jurídicos** (jul-dez 2006), vol. 11, n. 2, p. 301-311. Itajaí : UNIVALI, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2.ed.rev. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru : Edipro, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm. Acesso em: 31 maio 2008a.

_____. **Lei 7.783, de 28/6/1989** (Lei de Greve – LG). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Acesso em: 31 maio 2008b.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Informativos 442, 450 e 485. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo>. Acesso em: 31 maio 2008b.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. “O Livre Exercício do Direito de Greve pelos Servidores Públicos”. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 16, 2007. Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. p. 3183-3202. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/ricardo_motta_vaz_de_carvalho.pdf. Acesso em: 31 maio 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo : Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio Século XXI** (Versão 3.0 do Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI). Nova Fronteira (Lexiton Informática Ltda.) : Rio de Janeiro, 1999.

FILARDI, Hugo. “Mandado de Injunção e Efetividade dos Direitos Fundamentais”. In: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (abr/mai/jun 2007), n. 71, p. 54-63. Rio de Janeiro : TJ-RJ, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo : Martins Fontes (Coleção Justiça e Direito), 2005.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. “Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito”. In: **Revista da ESMAFE da 5ª Região**, n. 12, p. 97-107. Recife : ESMAFE, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed.rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo : Acadêmica, 1994.

PELICIOLO, Ângela Cristina. “A sentença normativa na jurisdição constitucional”. In: **Revista de Informação Legislativa** (abr-jun 2007), ano 44, n. 174, p. 35-47. Brasília : Senado Federal, 2007.

PRADO, Daniel Nicory do. “O Uso de Hipóteses na Pesquisa Jurídica”. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 16, 2007. Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. p. 1040-1060. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_nicory_do_prado.pdf>. Acesso em: 31 maio 2008.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. **Direito de Greve de Servidores Públicos**. São Paulo : LTr, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. São Paulo : Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. atual., 2.tir. São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21.ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2002.

[1] Identifica-se como tal a norma constante do art. 37, VII, da CF, o qual dispõe que “Art. 37 (...): (...); VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 2008a).

[2] Exemplo desse fato ocorreu no Estado de Sergipe em 2002, quando servidores públicos, ao realizarem uma greve, foram exonerados por meio de decreto do Governador do Estado. A entidade de classe respectiva, com representatividade nacional, impetrou ação pugnando pela inconstitucionalidade desse decreto. O STF julgou a ação improcedente, assim reconhecendo a constitucionalidade do decreto impugnado, nos autos da ADI 1696/SE, rel. Min. Sepúlveda Pertence (*apud* CARVALHO, 2007).

[3] Vale-se dessa hipótese de trabalho como “orientadora da investigação”, “proposta pelo investigador para a solução do problema”, tendo como “fonte” tanto a observação (do comportamento dos servidores públicos e da ação/omissão da Administração Pública), quanto o resultado de pesquisas anteriores, como as teorias científicas disponíveis (ver PRADO, 2007 : 1045-1047).

[4] No mesmo sentido, os MIs 438-2/GO, 485/MT e 585-9/TO (*apud* RAPASSI, 2005 : 92).

[5] Rapassi (2005 : 92) anota que “A decisão, todavia, não foi unânime. Foram vencidos, em parte, o Min. Carlos Velloso, que também reconhecia a mora do Congresso Nacional e, desde logo, fixava as condições necessárias ao exercício desse direito, bem assim o Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Marco Aurélio, que não conheciam do pedido, por entenderem que o preceito do inciso VII do art. 37 da CF/88 ostenta eficácia contida”.

[6] Por exemplo, no julgamento do MI 586-5, rel. Min. Ilmar Galvão, segundo o qual o STF “não pode obrigar o Legislativo a legislar” (*apud* FILARDI, 2007 : 57). No mesmo sentido, os MI 284/DF, rel. Min. Marco Aurélio, e MI 191-0/RJ, rel. Min. Celso de Mello.

[7] Dispõe o art. 2º da CF, *in verbis*: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2008a). Silva (2002 : 106) diz que as expressões Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm “sentido duplo”, pois “Exprimem, a um só tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional, e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos Poderes” (Título IV da CF). Diz também que, no caso do presidencialismo brasileiro, trata-se de “divisão ou separação de poderes”, e não simplesmente de “distinção de funções do poder”, o que representa tanto “especialização funcional” como “independência orgânica”, adotando-se as “técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes”, harmonia esta que significa, objetivamente, o estabelecimento do chamado “sistema de freios e contrapesos”, com o qual se busca o “equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (Idem, 108-110). A esse respeito, as seguintes observações: “Como já sabido, a ordem constitucional não é garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pelo seu conflito, razão porque a própria Constituição garante o controle jurisdicional das leis e atos normativos dos poderes políticos. O Supremo Tribunal Federal se torna, então, de certa forma, o centro de convergência dos Poderes Executivo e Legislativo, atuando, em última instância, como efetivo defensor dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal, para efetivar sua função de guardião da Constituição, exerce, além da função

jurisdicional, comum a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de interpretação com efeito vinculante e a função normativa” (PELICIOLO, 2007 : 36); “Afim, a consagração da interdependência e harmonia entre os poderes deflagra o *checks and balances*, permitindo sim que uma atuação omissiva do legislador seja sanada concretamente a favor do jurisdicionado através de uma decisão judicial” (FILARDI, 2007 : 56).

[8] Rever nota 6 acima.

[9] A esse respeito, ver item 2 abaixo.

[10] A redação original do dispositivo era esta: “Art. 37. (...): (...); VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”. Após a promulgação da EC 19, em 4.6.1998, passou a ser esta: “Art. 37 (...): (...); VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 2008a). A diferença está em que, na redação original, falava-se em lei complementar, enquanto, na atual redação, trata-se de lei ordinária (CARVALHO, 2007; RAPASSI, 2005). Carvalho (2007 : 3196 e 3197) assinala ainda que a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos não parece ter muita importância para os “governantes e partidos majoritários”, os quais teriam optado “pela omissão na regulamentação do direito de greve como estratégia de defesa, tendo tido o Supremo Tribunal Federal como importante aliado a partir da polêmica decisão proferida no Mandado de Injunção 20-4/DF”. Nesse sentido, pois, é que se diz: (i) a vontade do legislador constituinte é considerada restritivamente pelo legislador ordinário, pelo administrador e pelo julgador; e (ii) esse entendimento considera a norma que reconhece esse direito como um dos vários exemplos de “frustração constitucional”, seja por “inflação jurídica”, “insinceridade normativa” ou “juridicização do fato político”, de que fala Barroso (2003 : 47-73), ou, em outros termos, de “constitucionalização simbólica”, no sentido de “insuficiente concretização” do texto constitucional, como diz Neves (1994 : 83-86), e o que se tem, em consequência, é o enfraquecimento da força normativa da CF.

[11] Segundo Carvalho (2007 : 3185), é o que acontecia no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide das Constituições de 1967 (art. 157, § 7º) e 1969 (art. 162), as quais expressamente “vedavam a greve no setor público”. Para uma visão mais detalhada do histórico constitucional brasileiro acerca do tema, ver Rapassi (2005 : 34-45). Carvalho (2007 : 3184) informa também que “São comuns as limitações ao direito de greve dos servidores públicos em outros países. Nos Estados Unidos da América, a Lei *Taft-Hartley*, de 1947, alterada pela Lei *Landrum Griffin*, de 1959, proíbe a greve dos funcionários públicos federais, sob pena de demissão e impedimento para retornar ao serviço público por três anos, sendo que a legislação de 40 Estados e a do Distrito de Colúmbia veda a greve dos seus funcionários públicos. Nos Estados restantes a greve só é proibida nos serviços públicos de saúde e de segurança. Na França, a greve é proibida a seis grupos de funcionários públicos em leis de 1947 a 1972, adotadas para conter os abusos verificados com o amplo direito antes assegurado aos servidores do Estado. Na Espanha, o novo art. 222 do Código Penal considera delituosa a greve dos funcionários que tenham a seu cargo ‘a prestação de qualquer tipo de serviço público de reconhecida e inadiável necessidade’”.

[12] Esse entendimento é partilhado por doutrinadores constitucionalistas, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem a norma em questão é “de caráter programático, não tendo aplicabilidade imediata”; e por doutrinadores administrativistas, como José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Di Pietro, que entendem que aquela norma “é de eficácia limitada”, ressaltando-se a necessidade de lei regulamentadora, “que fixará o contorno do direito e os meios através dos quais poderá ser regularmente exercido pelos servidores [públicos]”, uma vez que, para eles, esse direito constituiria, “por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade” (*apud* CARVALHO, 2007 : 3189 e 3191). Em sentido contrário, entendendo que a norma tem eficácia restringível, alguns doutrinadores trabalhistas, como

Arion Sayão Romita, Arnaldo Sússekind e Amauri Mascaro Nascimento (Idem, 3190 e 3191), e Silva Neto (2006 : 356-358).

[13] Para uma crítica a essa classificação, ver item 2 abaixo.

[14] Como há muito vinha sendo sugerido por parte da doutrina trabalhista, a exemplo de Arion Sayão Romita e Octávio Bueno Magano (*apud* CARVALHO, 2007 : 3190 e 3191).

[15] Cumpre lembrar que a decisão do STF não foi unânime, sendo voto vencido o Min. Ricardo Lewandowsky, que entende que a LG deve aplicar-se “somente ao setor privado”, e que o próprio relator do MI 712/PA, o Min. Eros Grau, considerou que essa lei “não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve dos servidores públicos” (*apud* CARVALHO, 2007 : 3198 e 3199).

[16] Nesse sentido, tanto a decisão do STF no julgamento do MI 20-4/DF e similares quanto a EC 19/1998. Sobre a noção de vaguidade das normas jurídicas, ver nota 47 e passagem do item 1.3 acima.

[17] Falando em emissão/recepção da mensagem normativa, que tal se dá segundo uma relação autoridade-emissora/sujeito-receptor, Tércio Ferraz Jr., citando Isaac Epstein, diz o seguinte: numa relação de poder como essa, podem ser identificados três agentes comunicativos: “o agente de dominação, o paciente e as organizações estatuídas”; “quando um agente [de dominação] emite uma norma, esta pode ser captada pelo paciente de diversos modos”; essa relação não é direta, “mas mediada pelas organizações estatuídas”; a emissão da norma é feita num código explícito, que tem de ser decodificado, “para que a norma se cumpra”; “Os códigos tornam comuns as orientações de agentes comunicativos”, orientações essas que podem ser marcadas pela restrição ou pela ampliação, pois não se exclui uma “relativa liberdade” na decodificação; isso ocorre porque os códigos explícitos são dotados de “rigor denotativo e conotativo”, conferindo-se aos agentes comunicativos o poder de decodificá-los como código forte (uma prescrição com sentido estrito) ou código fraco (uma prescrição pouco rigorosa e flexível): se o agente de dominação, procurando “dar um sentido unívoco à prescrição”, decodifica o código explícito como código forte, o paciente, querendo flexibilizá-la, pode decodificá-lo como código fraco; diferentemente, se o agente de dominação, “procurando ‘cercar’ o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido”, decodifica o código explícito como código fraco, o paciente, para ter “espaço de manobra”, pode decodificá-lo como código forte; como se vê, a decodificação não é rigorosa, no sentido de absoluta, “mas pode variar, conforme as circunstâncias” (FERRAZ JR., 2003 : 283 e 284).

[18] Dir-se-ia realidade normativa, por considerar os elementos sócio-normativos da respectiva norma, ou seja, como se viu na nota 105 e item 1.3 acima.

[19] Referindo-se nesses termos, é preciso lembrar o seguinte: “o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um resultado que só existe e se realiza numa prática interpretativa”; “suas definições teóricas superam-se à medida que deixam de ser guia para a ação”; a Ciência do Direito “não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele”; assim, a atividade científica no âmbito do Direito está sempre “às voltas com perguntas e respostas, problemas que pedem soluções, soluções já dadas que se aplicam à elucidação de problemas”; acentuando o aspecto pergunta, tem-se o enfoque zetético, em que “os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida”, pois são evidências a ser verificadas, isto é, comprovadas ou refutadas; já acentuando o aspecto resposta, tem-se o enfoque dogmático, em que “determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida”, “são postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto”, pois são estabelecidos, arbitrariamente, como dogmas (FERRAZ, 2003 : 39-43). Curiosamente, Tércio Ferraz Jr. vale-se da discussão acerca do direito de greve dos servidores públicos para

exemplificar a distinção entre zetética e dogmática. Diz ele que a questão de saber se o servidor público “pode ou não fazer greve tal como qualquer trabalhador é uma questão aberta, na qual a legislação sobre o assunto é um dado entre outros, o qual pode ou não servir de base para a especulação”, de tal modo que, “Sem compromisso [acrescentar-se-ia imediato] com a solução de conflitos gerados por uma greve de fato, ainda que legalmente proibida”, o zetético “se importará com outros pressupostos, podendo, inclusive, desprezar a lei vigente como ponto de partida para explicar o problema”; por outro lado, o dogmático, “por mais que se esmere em interpretações, está adstrito ao ordenamento vigente”, no sentido de que “Suas soluções têm de ser propostas nos quadros da ordem vigente, não a ignorando jamais”, mesmo sabendo que “A ordem legal vigente, embora não resolva a questão da justiça ou injustiça de uma greve” de servidores públicos, “põe fim às disputas sobre o agir, optando por um parâmetro que servirá de base para as decisões”, “ainda que a dúvida permaneça no plano dos fatos e das avaliações sociais” (Idem, 43).

[20] A respeito dos termos usados aqui, ver Grau (2005 : 39-51).

[21] A respeito dos termos usados aqui, ver Bobbio (2003 : 79).

[22] Os militares, que também são servidores públicos, não podem fazer greve, ou seja, o ordenamento jurídico não lhes reconhece esse direito, antes proíbe a ação correspondente, por força do disposto expressamente no art. 142, IV, da CF: “Art. 142. (...): § 3º (...): (...); IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve” (BRASILa). A propósito de serem os militares servidores públicos, ver Silva (2002 : 680), que os considera “servidores públicos em sentido amplo”, ou “agentes públicos militares”, diferentes dos “agentes públicos civis”.

[23] Rapassi (2005 : 56) define a greve “como a recusa, total ou parcial, pacífica, temporária, voluntária e coletiva de cumprir obrigações decorrentes do contrato [dir-se-ia também estatuto] de trabalho, decidida por empregados [dir-se-ia também servidores públicos] e pré-declarada por seu sindicato ou por assembléia geral visando à não-depreciação, à melhoria das próprias condições de trabalho ou, ainda, ao mero cumprimento, em seu próprio favor, das disposições legais ou convencionais já em vigor”. Sobre a negociação coletiva envolvendo servidores públicos, ver Rapassi (2005 : 79-89).

[24] Com a expressão direito subjetivo, no sentido de “interesse juridicamente protegido”, compreendem-se “diferentes situações subjetivas, entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas em seu agir”, os quais se vêem dotados de “faculdades jurídicas” (FERRAZ JR., 2003 : 147-154). Em outras palavras, “o direito não passa de um reflexo subjetivo de uma norma permissiva” (BOBBIO, 2003 : 42). Para maiores detalhes acerca do tema, ver Bobbio (2003 : 121, 123 e 125-132) e Kelsen (2005 : 107-128).

[25] Um direito subjetivo está sempre relacionado a um dever jurídico, dado que “A relação jurídica, enquanto direito-dever, remete sempre a duas regras de conduta, dentre as quais a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever. Que depois, de fato, destas duas normas seja suficiente que se enuncie uma só, que o momento em que se atribui um direito a um sujeito implica sempre a atribuição de um dever a outros sujeitos, e vice-versa, não altera em nada a questão substancial, isto é, que direito e dever são as figuras subjetivas nas quais se refletem a presença de uma regra” (BOBBIO, 2003 : 42 e 43). Ver também Kelsen (2005 : 83-102).

[26] Como diz Silva (2002 : 464), “o direito de greve é um direito-garantia, na medida em que ele não é uma vantagem, um bem, auferível em si pelos grevistas, mas um meio utilizado pelos trabalhadores para conseguir a efetivação de seus direitos e melhores condições de trabalho”.

[27] A respeito dos termos usados aqui, ver Bobbio (2003 : 178-188) e Ferraz Jr. (2003 : 123-132).

[28] O citado art. 37 encontra-se na Seção I, Capítulo VII, Título III da CF, onde se trata das disposições gerais sobre a Administração Pública de todo o Estado brasileiro (BRASIL, 2008a). Numa definição da figura do servidor público, diz Rocha (1999 : 78 e 79) que “Servidor público é a pessoa física que participa de uma relação jurídica trabalhista de caráter não-eventual com uma pessoa estatal, sob regime de Direito público ou determinado por princípios de Direito Administrativo, investindo-se em cargo público de natureza civil”. Sobre a inclusão dos militares na categoria de servidores públicos, rever nota 159 acima. Em termos mais abrangentes, a definição de Rapassi (2005 : 68-78), chamando de agentes públicos os agentes políticos (membros dos Poderes do Estado), os agentes administrativos (pelos regimes estatutário e trabalhista) e os particulares em colaboração com a Administração Pública, seguindo, entre outros, o entendimento de Mello (2005 : 228-237).

[29] Silva (2002 : 285 e 286) diz que “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas [dir-se-ia ou negativas] proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. A respeito do entendimento do direito de greve dos servidores públicos como direito social fundamental, ver Rapassi (2005 : 56-68).

[30] A respeito dos princípios da administração pública, ver Silva (2002 : 646-656) e Rocha (1999 : 69-300). Pode-se dizer que esses princípios informam as relações jurídicas entre a Administração Pública e os administrados, de modo que aquela tem o direito, e estes o dever, considerados reciprocamente, de uma administração pública legal, impessoal, moral, publicista e eficiente. Os servidores públicos, na qualidade de colaboradores remunerados, tanto tem deveres para com a Administração Pública e os administrados, quanto tem direitos em face da primeira, como conjunto de instituições que os remuneram, de modo que sua atividade também é informada por aqueles princípios, perante a Administração Pública e os administrados.

[31] Sobre os “fundamentos sócio-jurídicos do direito de greve e de suas limitações”, ver Rapassi (2005 : 46-56).

[32] Exemplo de auto-administração eficiente do instituto greve no serviço público é a intitulada **Cartilha da Greve**, elaborada pelo Professor da Faculdade de Direito e então Diretor-Geral do Departamento de Pessoal da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), William Pinheiro (*apud* Rapassi, 2005 : 97 e 98).

[33] A respeito dos termos usados aqui, ver Kelsen (2005 : 181-199).

[34] A respeito dos termos usados aqui, ver Benedet (2007).

[35] A respeito da expressão “relação de imunização”, ver Ferraz Jr. (2003 : 183 e 184).

[36] Quer dizer também que o disposto no citado § 1º do art. 5 tem o seguinte “valor”: “Em primeiro lugar, significa que elas [as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais] são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes” (SILVA, 2003 : 165).

[37] A respeito dos termos usados aqui, ver Ferraz Jr. (2003 : 200 e 201). Ver mais detalhes adiante.

[38] Por efeitos normativos entenda-se aquela categoria de efeitos que a norma jurídica, em estado de potência, pode produzir, diferentemente de efeitos jurídicos, que seriam a categoria de efeitos que a norma jurídica, em ato, de fato produz.

[39] Diz-se aqui que é nacional a norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos no ordenamento jurídico brasileiro, não outras normas que tratem desse mesmo direito, a exemplo de “lei específica” ordinária que venha a definir-lhe “termos” e “limites”. Em relação a essa outra norma, Silva (2002 : 670), citado por Rapassi (2005 : 96 e 97), diz que cada Ente da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) tem “autonomia para estabelecer a organização e o regime jurídico de seus servidores”, inclusive, acrescente-se, no que tange a seu direito de greve.

[40] Constituir, para Hans Kelsen; disciplinar, para a doutrina tradicional (*apud* Ferraz Jr., 2003 : 164-170). Prefere-se a idéia de instituição ou constituição do direito, embora se use o termo reconhecimento em referência à entrada do direito de greve no ordenamento jurídico brasileiro, com ele pretendendo aplicar a classificação das normas jurídicas propostas por Herbert Hart (*apud* Ferraz Jr., 2003 : 124). Barroso (2003 : 99-117), em sua classificação das normas constitucionais, fala em “normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos”.

[41] Falando em “condições gerais de aplicabilidade” das normas de princípio institutivo, ele diz que se pode “asseverar que elas são aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade. Convém, contudo, afastar uma possível confusão que esse fenômeno pode gerar: a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica” (SILVA, 2003 : 135). Falando em “condições gerais de aplicabilidade” das normas de princípio programático, ele diz que “sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências (...). Sendo também dotadas (...) de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo (...) [e] têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração [do Executivo] e do Judiciário; VI – criam situações subjetivas de vantagem ou de desvantagem” (Idem, 163 e 164).

[42] A respeito dos termos usados aqui, ver Ferraz Jr. (2003 : 126-128).

[43] Entenda-se por características de normatividade da norma jurídica a força normativa, ou impositividade, ou vigor; limite normativo, temporal (ou vigência) e territorial; e âmbito normativo, quanto à extensão subjetiva (*erga omnes* ou *inter partes*) e quanto à legitimidade subjetiva (titularidade ou representatividade).

[44] Falando nas “condições gerais de aplicabilidade” dessas normas, diz que “São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma posterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida [ou restringível]) que posteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram” (Idem, 116). Diz também que “O sistema de contenção da eficácia das normas constitucionais (...) tem sua razão de ser fundada nos fins gerais e sociais do Estado moderno. Mas este, ao limitar a autonomia dos sujeitos privados, visa, essencialmente, a tutelar a liberdade de todos, de modo a que o exercício dos direitos por uns não prejudique os direitos dos demais (...). O Estado tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos indivíduos” (Idem, 114 e 115). Por fim, diz que essas normas “têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias (...), são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem” (Idem, 116).

[45] Nesse sentido, diz-se que “é recomendável que uma Constituição reserve o vocábulo direito, com exclusividade, para designar as situações jurídicas (...) que propiciam a exigibilidade efetiva de determinada conduta, correspondente ao dever jurídico de outrem, realizável por prestações positivas ou negativas [e que, onde assegure um direito], saber-se-á que se encontra ele [o sujeito do direito, sujeito ativo] investido no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo deixar de satisfazê-la. Onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada, por via direta ou indireta, a palavra direito” (BARROSO, 2003 : 113 e 115). Não por outra razão “Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não-exigível (...) Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico [dir-se-ia força normativa] da norma que o confere (...). Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática permeada por princípios e conceitos da teoria da Constituição e do Direito (...). O sistema jurídico é um sistema lógico. Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizável viola a lógica do sistema. Não pode, portanto, integrá-lo validamente” (Idem, 116; grifo nosso). Seria um caso de uma norma que atingiria a coerência do ordenamento jurídico, representando um indesejável problema de antinomia. Como se pode ver, esse não é o caso da norma em questão, que se encontra validamente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro.

[46] Entende-se que existem duas formas de eficácia relacionadas às normas jurídicas, uma que nelas tem apenas uma causa, e é chamada de eficácia social (de caráter político, econômico etc.), e outra propriamente jurídica, que por essa razão é chamada de eficácia jurídica

[47] Utiliza-se o termo orientação no sentido definido por Eros Grau: “A lei é então concebida como orientação a ser seguida por quem deve” decidir, isto é, pelo julgador (GRAU, 2005 : 66).

[48] A esse respeito, ver Kelsen (2005 : 210-215), Barroso (2003 : 267-271), Peliccioli (2007 : 43 e 44).

[49] Lembre-se que Luís Roberto Barroso identifica efetividade e eficácia social, nestes termos: efetividade significa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2003 : 85).

[50] Trata-se aqui do citado § 1º do art. 5º da CF (BRASIL, 2008a).

[51] Nesse sentido, cabe citar o que diz Capograssi a respeito: aplicar a lei significa para o juiz, para o administrador, para o jurista prático, encontrar e formar a norma particular adequada ao caso particular e a lei é apenas o critério dado ao juiz para regular-se melhor ao resolver a busca que o caso particular suscita (*apud* GRAU, 2005 : 66).

[52] Na definição lexicográfica de fator, um dos sentidos é: “2. Aquilo que contribui para um resultado” (FERREIRA, 1999).

UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS FOR MATERIALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Jussara Seixas Conselvan

RESUMO

Ao completar vinte anos, a Constituição da República do Brasil apresenta, ao mesmo tempo, boas perspectivas e grandes desafios. Entre estes, os dispositivos não regulamentados, uma vez que, segundo a Câmara dos Deputados, sessenta e seis dos duzentos e cinquenta artigos precisam de regulamentação. No entanto, nem tudo precisa de lei complementar. Imprescindível realmente é a vontade política de aplicação, donde a proposta deste trabalho de uma Hermenêutica Constitucional que concretize os Direitos Fundamentais e viabilize a edificação do Estado Democrático de Direito. Certamente este paradigma não está pronto e caberá, em grande escala, à Hermenêutica Constitucional concretizar os direitos que o fundamentam. É mister, portanto, que se apreenda o significado desse modelo estatal e que há dois pilares em que ele se apóia: a Democracia e os Direitos Fundamentais. Por isso, analisa-se a função da Hermenêutica Constitucional para a concretização dos direitos fundamentais. Aquela se distingue da hermenêutica tradicional face às suas particularidades, especialmente pela existência de regras e princípios na Constituição. Ao verificar as escolas, faz-se a distinção entre a velha e a nova hermenêutica, e examina-se a teoria dos princípios, pois um ponto crucial é exatamente a sua normatividade. Nesse sentido, o juiz, como um dos intérpretes da Constituição, deve estar apto a trabalhar com princípios e com o problema concreto e deixar de ser mero aplicador de leis. Na concretização dos Direitos Fundamentais, devem ser utilizados como critérios os princípios da interpretação constitucional, especialmente os indicados por Konrad Hesse. Postula-se, assim, uma Hermenêutica Constitucional para a concretização dos direitos fundamentais e edificação do próprio Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA; CONSTITUCIONAL; CONCRETIZAÇÃO; DIREITOS; FUNDAMENTAIS; ESTADO; DEMOCRÁTICO

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The Constitution of the Republic of Brazil is twenty years old and presents, at the same time, good perspectives and great challenges. For example, according to the House of Representatives, sixty six of two hundred fifty articles need regulation. However, not everything needs complementary law. Really essential is the political will of application. Thus, the proposal of this work is a Constitutional Hermeneutics that materialize the Fundamental Rights and makes possible the construction of the Democratic State of Right. Certainly this paradigm is not ready and materialize those rights is a task of Constitutional Hermeneutics. It is necessary to understand the meaning of this state model and that it has two pillars: Democracy and Fundamental Rights. Thus, the function of the Constitutional Hermeneutics for the effectiveness of the fundamental rights in the Democratic State is analyzed. Constitutional Hermeneutics is different of traditional hermeneutics due to its particularities, especially for the existence of rules and principles in the Constitution. The development of this differentiated hermeneutics is necessary. To demonstrate this need, the hermeneutic schools are covered, showing the distinction between old and new hermeneutics. The theory of principles is examined, because a crucial point is the normativity of the principles. Therefore, the judge, as one of the interpreters of the Constitution, must be able to work with principles and the concrete problem and is not a mere applicator of laws. In new hermeneutics, the principles of the constitutional interpretation are used as criteria, especially the ones indicated by Konrad Hesse. It is claimed, finally, a constitutional hermeneutics for materialization of the fundamental rights and construction of the Democratic State of Right.

KEYWORDS: HERMENEUTICS; CONSTITUTIONAL; MATERIALIZATION; RIGHTS; FUNDAMENTAL; STATE; DEMOCRATIC.

1 INTRODUÇÃO

Para discorrer sobre o papel da hermenêutica constitucional para a concretização dos direitos no Brasil, é necessário que se observe a Constituição Federal e o paradigma estatal nela estabelecido, qual seja o Estado Democrático de Direito, que se diferencia dos modelos que o antecederam.

Qualquer análise deve considerar o modelo de Estado em que se está inserido e quais os princípios, fundamentos e pilares que o sustentam, os quais, evidentemente, não são os mesmos dos modelos anteriores.

Nesse sentido, desponta o Estado Democrático de Direito, como superação dos paradigmas anteriores.

Há dois pilares em que se apóia o Estado Democrático de Direito: a Democracia e os Direitos Fundamentais. Assim, é imperativo que sejam considerados os princípios, valores e fundamentos ínsitos ao Estado Democrático de Direito, a fim de se efetivar os direitos fundamentais.

Acrescente-se a isso o fato de que a Constituição é permeada por princípios, que devem ser respeitados no momento de sua interpretação. Uma vez que o paradigma estatal não

é o mesmo e a Constituição é principiológica, não há como se ater à velha hermenêutica.

Pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, a teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais. O seu benefício é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica, sendo que Konrad Hesse e Friedrich Müller são representantes dos métodos da concretização constitucional.

Diante disso, postula-se uma nova Hermenêutica Constitucional, capaz de concretizar os direitos fundamentais.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O SIGNIFICADO DESTES PARADIGMA ESTATAL

O Estado Democrático de Direito é um paradigma estatal que surge como Superação dos modelos Liberal e Social. Para se compreender a diferença desse modelo, é necessário verificar primeiramente as características daqueles que o antecederam.

Streck e Morais classificam o Estado Moderno em Absolutista e Liberal, subdividindo o Liberal em Estado Legal e Estado de Direito. Sob o aspecto do conteúdo, o Estado de Direito não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas a ela são agregados conteúdos. Nesse sentido, dividem-no em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (STRECK e MORAIS, 2004, p. 87 e 95).

Bonavides, por sua vez, entende que, no Estado Moderno, há a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional (em que o poder já não é de pessoas, mas de leis) e que este apresenta três modalidades essenciais: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático-Participativo (BONAVIDES, 2004, p. 41).

No Estado Liberal, segundo Streck e Morais, o Estado se separou da Sociedade Civil pelo Direito, e este passou a ser um ideal de justiça. As liberdades individuais passaram a ser garantidas e consideradas como direitos do homem mediadores entre indivíduos e Estado. A Democracia surge com o ideário da soberania da nação advindo da Revolução Francesa e implica na aceitação da origem consensual do Estado, sinalizando para a idéia de representação e controle hierárquico da produção legislativa pelo controle de constitucionalidade. O Estado tinha um papel reduzido, denominado Estado Mínimo, e assegurava a liberdade de atuação dos indivíduos (STRECK E MORAIS, 2004, p. 90).

Nesse Estado omissivo, as pessoas não tinham condições mínimas para uma vida digna, pois até mesmo a escravidão era legalizada (GOMES, 2005, p. 78).

No liberalismo, a atividade estatal, quando ocorre, objetiva a manutenção da ordem e segurança e, portanto, o papel do Estado é negativo, restringindo-se apenas à proteção dos indivíduos. Por isso, denomina-se Estado Mínimo (STRECK E MORAIS, 2004, p. 56 - 58).

Já o Estado Social é provedor do bem estar social. Tem um caráter intervencionista, inclusive na economia. Confere direitos, coagido pela pressão das massas, tais como: trabalho, previdência, educação. Esse modelo de Estado provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na dependência de seu poderio econômico, político e social. Estende sua influência a quase todos os domínios que pertenciam à iniciativa individual (BONAVIDES apud GOMES, 2005, p. 75).

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, é formado por três elementos: o Estado, a Democracia e o Direito.

Segundo Canotilho, no Estado Democrático de Direito há dois princípios constitucionais estruturantes: o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático (CANOTILHO apud GUERRA FILHO, 2005, p. 61).

Streck e Morais ressaltam que não se trata de mera oposição de conceitos, mas que há um conteúdo próprio onde estão presentes as Garantias Jurídico-Legais, as Conquistas Democráticas e um terceiro elemento fundamental, que é a Preocupação Social. Isso significa que quando o Democrático qualifica o Estado, os valores da democracia são irradiados sobre todos os seus elementos constitutivos e também sobre a ordem jurídica, nos dizeres de José Afonso da Silva. A democracia também implica em solução do problema das condições materiais de existência (STRECK E MORAIS, 2004, p. 92-93).

Streck e Morais enumeram os Princípios do Estado Democrático de Direito: Constitucionalidade (vinculação a uma Constituição); Organização Democrática da Sociedade; Sistema de Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos; Justiça Social; Igualdade; Separação de Poderes ou de Funções; Legalidade; Segurança e Certezas Jurídicas (STRECK E MORAIS, 2004, p. 93).

Streck indica, por fim, os dois pilares em que se apóia o Estado Democrático de Direito: a Democracia e os Direitos Fundamentais, afirmando que não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais sem democracia (STRECK, 2004, p. 110).

Após verificar as características de cada modelo estatal, cabe estudar de que forma foram instituídos os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Comparando-se o Estado Democrático de Direito com modelos estatais anteriores, no tocante aos direitos fundamentais, verifica-se que o Estado Liberal era omissivo, não adotava instrumentos para compensar as desigualdades e só reconhecia direitos civis e políticos dos proprietários dos meios de produção. Já no Estado Social, os interesses eram grupais, da classe trabalhadora, não de cada indivíduo, como pessoa humana, e só eram reconhecidos alguns dos direitos sociais (GOMES, 2008, p. 267).

Dessa forma, ambos os paradigmas de Estado foram insuficientes, pois nenhum dos dois mostrou-se adequado à realização dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito surge, então, como Superação dos modelos anteriores. Supera porque cria um conceito novo, incorporando um componente Revolucionário de Transformação do *Status Quo*, ou seja, tem um conteúdo Transformador da Realidade, é um *Plus Normativo* (STRECK E MORAIS, 2004, p. 92-93).

Nesse sentido é o Preâmbulo da Constituição do Brasil, em que os constituintes declaram que se reuniram para instituir o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos individuais e sociais, os civis, políticos, econômicos, culturais, coletivos, a democracia, o pluralismo.

Ademais, as Constituições que adotaram a fórmula política do Estado Democrático de Direito, criaram mecanismos para a limitação do poder e positivaram o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocando-o como princípio fundamental do ordenamento jurídico. Exemplo disso é a Constituição do Brasil que, em seu artigo 1º, explicitamente consignou o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado.

O art. 3º, por sua vez, determina como objetivo fundamental "construir uma sociedade livre, justa e solidária", além de trazer a "prevalência dos direitos humanos", no art. 4º, como princípio que rege suas relações internacionais.

Os direitos e garantias fundamentais são relacionados no Título II da Constituição Federal de 1988, mas há outros espalhados por todo o texto e há a ressalva no § 2º do artigo 5º, que inclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, bem como dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

Cabe lembrar que os direitos fundamentais são assim classificados: primeira dimensão (direitos civis e políticos); segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais); terceira dimensão (direitos coletivos – fraternidade ou solidariedade - direito à paz, direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito à solidariedade universal, à comunicação, ao desenvolvimento); quarta dimensão (direito à democracia direta, ao pluralismo e à informação).

Os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade, isto é, os direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são faculdades ou atributos da pessoa.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos pelo Estado Social. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à assistência e previdência social.

Os direitos de terceira dimensão, de solidariedade ou fraternidade, têm por destinatário o gênero humano, ou seja, têm uma titularidade indefinida e indeterminada.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão podem ser reivindicados pelo próprio indivíduo; os de segunda dimensão têm a sua titularidade atribuída às diversas coletividades existentes; os direitos de solidariedade são direitos de alcance difuso, pois não é possível estabelecer objetivamente quem são os seus titulares.

Para Bonavides, os direitos fundamentais de quarta dimensão são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Desses direitos depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de universalidade (BONAVIDES, 2003, p. 571).

Ressalve-se que há autores que não compartilham com Bonavides e entendem que os direitos de quarta dimensão são, na verdade, novos direitos de terceira dimensão, já que os direitos fundamentais de solidariedade não são taxativos nem exaustivos, podendo incluir os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Gomes é preciso no sentido de esclarecer qual é o papel dos direitos fundamentais nesse modelo de Estado, ao dizer que o Estado Democrático de Direito é a fórmula política que tem em sua base e razão de ser o Princípio da Dignidade Humana a sustentá-lo e a orientá-lo no exercício do poder. Cabe a este promover a concretização dos Direitos Fundamentais em todas as suas modalidades: civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc. (GOMES, 2005, p. 96).

Explica, ainda, que somente no âmbito deste, a dignidade merece respeito e conta com o aparato dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais que a estes protegem, tutelando assim a própria pessoa naquilo que tem de mais essencial: seu próprio ser, com todos os atributos que lhe são inerentes (GOMES, 2005, p. 64).

Guerra Filho esclarece que há um compromisso na harmonização de interesses que se situam nas três esferas fundamentais: 1) a esfera pública, onde está o Estado; 2) a esfera privada, ocupada pelo indivíduo; 3) a esfera coletiva, onde se encontram os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros (GUERRA FILHO apud GOMES, 2005, p. 76).

Ao Estado Contemporâneo é atribuída uma função social, a qual pode ser caracterizada, com Pasold, como “ações que – por dever para com a sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito, atendendo ao seu Objeto e realizando os seus Objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano” (PASOLD apud STRECK E MORAIS, 2004, p. 72).

Nesse paradigma, portanto, o Direito tem Função Transformadora, qual seja, a proteção e implementação dos direitos fundamentais e Tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.

3.1 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, § 1º, consagra aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata.

Com isso, “aponta com firmeza e determinação - pelo menos no que pertine à Constituição brasileira - para a realização dos direitos sociais-fundamentais” (STRECK, 2004, p. 143).

No entanto, alguns entendem, especialmente em relação aos direitos de segunda dimensão, que a responsabilidade do Estado dependeria da existência de recursos no orçamento do Estado, uma vez que a realização de tais direitos implica em implementação de políticas públicas. Tais direitos não seriam auto-executáveis, dependendo da ação do Estado, razão pela qual apresentam um acentuado déficit de exequibilidade e justiciabilidade (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 118).

Assim, teriam uma força normativa duvidosa, posto que estabelecidos em normas programáticas, destituídas de eficácia imediata, e simbolizando um compromisso do Estado com a possível realização dos programas sócio-econômicos.

Todavia, justamente para corrigir esse caráter meramente programático dos direitos fundamentais sociais e econômicos, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Mesmo assim, são os que mais sofrem da falta de eficácia social, pela dificuldade de concretização no plano formal, pela dificuldade de aplicação adequada de recursos necessários à plena efetividade dos mesmos. Os direitos de segunda dimensão apresentam uma eficácia social, ou efetividade, reduzida (MEDEIROS, 2006, p. 118).

Some-se a isso o fato de que, segundo a Câmara dos Deputados, sessenta e seis dos duzentos e cinquenta artigos da Constituição Federal precisam de regulamentação, inclusive muitos relativos aos Direitos e Garantias Fundamentais, dentre eles os seguintes artigos e incisos: 5º - VI; XV; XVIII; XXVIII; XXXVIII; XLVI; LI; LXI - 7º - I; XIX; XXI; XXIII; XXVII - 8º, IV; VIII; parágrafo único - 12, II, a (<http://www2.camara.gov.br/legislacao/produtos/regulamentacao/conteudo>).

No entanto, no Estado Democrático de Direito, não basta a mera proclamação dos direitos fundamentais na Constituição. Estes são positivados na Constituição para serem efetivados na realidade social, a fim de que, assim, se concretize uma Democracia Substancial e não apenas Formal (GOMES, 2001, p. 70).

Assim, o intérprete constitucional deve estar compromissado com a efetividade da Constituição, ou seja, entre interpretações aceitáveis, deve escolher aquela que favoreça a atuação da vontade constitucional, evitando se justificar na não auto-aplicabilidade da norma ou na existência de omissão do legislador (BARROSO, 2003, p. 364).

Ademais, nem tudo que é citado como “carente de regulamentação” precisa realmente de lei complementar. Muitas vezes, o que é mesmo imprescindível é a vontade política de aplicação. Como exemplo, cite-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre proibição do nepotismo e que começa a ser aplicada pelo país.

Nos outros casos, é preciso a mobilização de toda a sociedade, até mesmo como intérpretes da Constituição, na concepção de Peter Haberle, para cobrar do Congresso Nacional as regulamentações necessárias.

Por fim, “[...] para ‘dar vida à Constituição’ do Estado Democrático de Direito, exige-se uma hermenêutica que combata a morte do ideário democrático” (GOMES, 2006, p. 343).

Passemos, então, a verificar o papel da Hermenêutica Constitucional.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Para que se apreenda o papel da Hermenêutica Constitucional é preciso conferir em que consiste, observar a evolução das suas escolas e traçar as distinções entre a velha e a nova hermenêutica.

Como acena Gomes, o paradigma do Estado Democrático de Direito não está pronto:

"Apresenta-se como um processo em construção. Nesse urgente empreendimento há um largo espaço a ser ocupado pela hermenêutica constitucional. O papel desta decorre dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, que devem ser interpretados e concretizados na máxima extensão e profundidade possível (otimização)" (GOMES, 2008, p. 289 e 290).

Por isso, constata-se a necessidade de desenvolver uma Hermenêutica Constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional.

Primeiramente há que se examinar o que se entende por hermenêutica e interpretação constitucionais.

Hermenêutica para Heidegger "é o estudo do compreender. A Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso" (HEIDEGGER apud GOMES, 2001, p. 28).

Para Bastos, a hermenêutica "tem por objeto os enunciados, aquelas fórmulas jurídicas que serão utilizadas pelo intérprete", enquanto a interpretação "tem sempre em vista um caso determinado" (BASTOS, 1999, p. 79).

Com semelhante entendimento, diz Nader: "enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica" (NADER apud GOMES, 2001, p. 28).

Assim, não há que se falar em hermenêutica desvinculada da interpretação, pois a primeira provê os meios adequados para a realização da segunda, que também não se exaure em si mesma, pois se justifica na efetiva aplicação das normas jurídicas em situações concretas (GOMES, 2001, p. 29).

A interpretação constitucional, por sua vez, é fundamental, pois pelo caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do ordenamento cujas normas são mais detalhadas (HESSE, 1983, p. 36).

A interpretação constitucional não ignora a interpretação jurídica geral, mas apresenta algumas particularidades que legitimam um tratamento especial, tais como: caráter

inicial da Constituição como fundamento de validade das demais leis; adoção em grande escala de princípios ao invés de regras; caráter aberto das normas; linguajar sintético e existência de lacunas; jurisdição constitucional e opções políticas na Constituição (BASTOS, 1999, p. 49-63).

Verifica-se, ainda, uma multiplicidade de intérpretes da Constituição devida ao seu nível hierárquico superior, pois todos estão submetidos aos seus mandamentos, especialmente os órgãos públicos responsáveis pela sua aplicação. Portanto, há a Interpretação Político-Legislativa, a Interpretação Jurisdicional (Juízes e Tribunais), a Interpretação pelo Poder Executivo, a Interpretação Doutrinária e Fontes Interpretativas Genéricas - partes e representantes no processo judicial, opinião pública, cidadãos, grupos de interesse, sistema público, etc. (BASTOS, 1999, p. 65-77).

Para Peter Haberle, a interpretação constitucional deve ser um elemento da sociedade aberta, já que nesse processo estão vinculados todos os órgãos estatais, cidadãos e grupos sociais, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição. Não é um evento exclusivamente estatal, devendo ser acessível a todas as forças da sociedade. Por exemplo, o cidadão que interpõe um recurso constitucional é intérprete da norma constitucional (BASTOS, 1999, p. 65-77).

Entre as finalidades da interpretação, estão o cumprimento da Constituição e a atualização histórica de conceitos constitucionais. As normas constitucionais são empíricas e abstratas. E encontram plena efetividade mesmo quando não incidem em casos concretos, mas disciplinam, por exemplo, a atividade legiferante como um todo e as competências dos órgãos estatais (BASTOS, 1999, p. 90-91).

Vista a conceituação, sua importância e finalidades, importa conferir as escolas hermenêuticas.

4.1 ESCOLAS HERMENÊUTICAS

Herkenhoff classifica as Escolas Hermenêuticas tendo como critério o maior ou menor aprisionamento do intérprete ou aplicador do Direito à lei e as divide em três grupos (HERKENHOFF, 2004, p. 33):

Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo: refletem o positivismo jurídico na hermenêutica e, como o próprio nome indica, são presas a um estrito legalismo ou dogmatismo. São três, surgidas na França, Alemanha e Inglaterra, respectivamente: Escola da Exegese (Demolombe, Zachariae), Escola dos Pandectistas (Windscheid, Gluck, Brinz), Escola Analítica de Jurisprudência (John Austin).

Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo. São três: Escola Histórico-Dogmática (Savigny, Hugo); Escola Histórico-Evolutiva (Kohler, Saleilles); Escola Teleológica (Ihering).

Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre. São sete: 1) Escola da Livre Pesquisa Científica (Gény); 2) Escola do Direito Livre (Stammler, Kantorowicz, Magnaud); 3) Escola Sociológica Americana (Pound, Holmes, Cardozo); 4) Escola da Jurisprudência de Interesses (Heck, Rumelin, Stampe); 5) Escola Realista Americana

(Frank, Llewellyn); 6) Escola Ecológica (Carlos Cossio); 7) Escola Vitalista do Direito (Luis Recaséns Siches).

Para Vigo, a teoria jurídica predominante em matéria de interpretação é o modelo dogmático, constituído pelas escolas exegética, histórica, o primeiro período de Ihering, a jurisprudência dos conceitos, sendo notável a influência de Kelsen (VIGO, 2005, p. 36).

Diante das posturas assumidas pelas diferentes escolas, a doutrina aponta a existência de uma “Nova Hermenêutica” em contraposição à “Velha Hermenêutica”. Para os autores que fazem essa distinção, é relevante a teoria dos princípios, que será esclarecida na seqüência.

4.2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Para diferenciar a Velha e a Nova Hermenêutica, é imprescindível destacar a relevância da Teoria dos Princípios.

A juridicidade dos princípios passou por três fases: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. O pós-positivismo corresponde às Constituições promulgadas no final do século XX, que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que são a base de todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2003, p. 264).

Calsamiglia prefere denominar “pós-positivistas” as teorias contemporâneas que acentuam os problemas da indeterminação do direito e a relação entre direito, moral e política. Mais que a superação do positivismo, há um deslocamento da agenda de problemas que interessam e, em alguns casos, certo distanciamento de algumas teses que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas (CALSAMIGLIA, 2007, p. 209-210).

Camargo denomina pós-positivismo as correntes que consideram a aplicação do direito como atividade criadora e se opõem ao positivismo Kelseniano e ao modelo lógico-dedutivo (CAMARGO, 2001, p. 140).

No pós-positivismo há o progresso, portanto, da Nova Hermenêutica, em que os valores são considerados na fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, em bases axiológicas, a Lei com o Direito (BONAVIDES, 2003, p. 266).

Com isso, entende-se que os valores e princípios são características distintivas dessa Nova Hermenêutica, o que será visto mais detalhadamente a seguir.

4.3 DISTINÇÕES ENTRE A VELHA E A NOVA HERMENÊUTICA

Na Velha Hermenêutica, os princípios carecem de normatividade, tendo caráter meramente programático. A sua crise refere-se à normatividade dos princípios. Como exemplo, pode ser citado Emílio Betti, mestre clássico da Velha Hermenêutica, que, de forma absoluta, antagoniza a normatividade dos princípios (BONAVIDES, 2003, p. 258, 268, 269).

A velha hermenêutica é impregnada da concepção dogmática, que vê na lei escrita a expressão racional da vontade do legislador. A lei contém a solução certa para as soluções de conflito que se apresentam (COELHO, 2007, p. 150).

O velho Direito Constitucional do positivismo alega uma neutralidade normativista. O juiz é mero aplicador de leis que, ao sentenciar, apenas deduz e subsume (BONAVIDES, 2001, p. 22). Na Velha Hermenêutica as regras são extremamente importantes (BARROSO, 2003, p. 332).

Nas tradicionais regras de interpretação, é feita a abstração do problema concreto a ser decidido, deve haver a subsunção do fato para se chegar à conclusão silogística. Para esse objetivo, são utilizadas as interpretações gramatical (texto), sistemática (conexão), teleológica (finalidade) e histórica (processo de criação), que se complementam (HESSE, 1983, p. 38-39).

Na forma tradicional surgem dificuldades, pois os métodos de interpretação são insuficientes. Também não é clara a relação dos métodos entre si. É preciso decidir qual deve ser seguido em cada caso, quando conduzem a resultados diferentes. Por isso, restringir-se a regras tradicionais supõe desconhecer a finalidade da interpretação, sua estrutura interna e condicionamentos do processo interpretativo, porque só se resolve de forma imperfeita a tarefa de interpretar segundo princípios seguros (HESSE, 1983, p. 39-42).

No modelo dogmático há uma visão unidimensional da matéria, sobre a qual se projeta e se constrói a interpretação. Essa visão unidimensional constitui um problema, uma vez que é possível descobrir até cinco dimensões na interpretação jurídica: a propriamente jurídica ou reguladora; a fática; a axiológica; a lingüística ou semiótica; a lógica. O juiz cumpre uma função meramente cognitiva, declarando o sentido outorgado pelo legislador à lei (VIGO, 2005, p. 40 - 62).

Já a dogmática moderna enquadra as normas em duas categorias diversas: princípios (maior abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações) e regras (conteúdo mais objetivo), e o estado jurídico ideal se consubstancia numa distribuição equilibrada de regras e princípios, para alcançar a segurança jurídica e a realização da justiça (BARROSO, 2003, p. 337).

As cláusulas constitucionais possuem conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade. Na Nova Hermenêutica, o sentido da norma será determinado pelos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados, buscando a solução adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2003, p. 332).

No neoconstitucionalismo há uma forte carga valorativa, axiológica, que reforça um conceito não positivista do Direito, em que o sistema jurídico está vinculado conceitualmente à moral. O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste, assim, na recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral sob a forma de direitos fundamentais (FIGUEROA, 2003, p. 165).

A nova interpretação constitucional não significa abandono do antigo método clássico (fundado na aplicação das regras), nem dos elementos tradicionais da hermenêutica

(gramatical, histórico, sistemático e teleológico), pois desempenham papel fundamental na busca do sentido das normas e na solução dos casos concretos. Mas o método clássico não é suficiente, donde a necessidade de se agregar novas idéias (BARROSO, 2003, p. 377).

A Hermenêutica Contemporânea inicia na esteira da filosofia hermenêutica pela revisão do próprio conceito de Constituição, que deve incluir as transformações do mundo atual, considerando que “esse entendimento é resultado de um processo dialético: é interpretando a Constituição que se a define, e é definindo-a que se estabelece sua metodologia” (COELHO, 2007, p. 161).

Na Nova Hermenêutica, o juiz intérprete, ao estabelecer a norma, é legislador: legisla entre as partes, e o direito vivo, norteado em princípios, prevalece sobre a regra (BONAVIDES, 2001, p. 22).

Diante das regras e princípios existentes na Constituição, que têm uma natureza diferenciada, é imperioso desenvolver uma Hermenêutica Constitucional também diferenciada da hermenêutica tradicional, a qual requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional (GUERRA FILHO, 2005, p. 76).

É imprescindível, portanto, um novo juiz no Estado Democrático de Direito, que, “em razão de sua Constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios. Trata-se, portanto, de uma nova hermenêutica” (GOMES, 2006, p. 391).

Tendo em vista que os princípios constituem objeto de máximo relevo nessa nova hermenêutica, passa-se ao estudo de parâmetros para essa interpretação.

5 UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Bonavides, pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, os de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, concretizam-se (BONAVIDES, 2003, p. 572).

A teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais, sendo que a sua virtude é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica.

Assim, a jurisdição constitucional tem a missão de concretizar os direitos fundamentais. A concretização constitucional é um método e um processo. Método porque estabelece diversos parâmetros hermenêuticos para a interpretação da constituição e processo quando estabelece a utilização prática do método proposto (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 194).

Os métodos concretistas de interpretação constitucional têm contribuído para uma aproximação da Constituição com a realidade social, à luz dos elementos axiológicos e teleológicos e dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse e Friedrich Müller são representantes dos métodos da concretização constitucional e contribuíram para a Nova Hermenêutica.

A nova hermenêutica constitucional, fundada em valores e princípios e na reelaboração doutrinária da norma jurídica, encontra-se na obra de Muller, um dos arquitetos dessa reconstrução com a sua obra Teoria Estruturante do Direito. É um dos juristas alemães que buscaram fundamentar uma teoria material do Direito, para se afastar das correntes formalistas, originadas do formalismo kelseniano (BONAVIDES apud MEDEIROS, 2006, p. 195).

Na teoria de Müller, a interpretação produtiva e criativa não é arbitrária, mas deve seguir um padrão de racionalidade, ainda que se reconheça ao julgador uma margem de liberdade não existente no positivismo. Buscou superar, com base na filosofia de Heidegger e Gadamer, o elevado grau de generalidade e abstração da teoria da Constituição aberta de Peter Haberle, de modo a fixar padrões novos de racionalidade jurídica e criar nova concepção tanto da hermenêutica quanto da norma jurídica, de modo a evitar o casuismo interpretativo (MEDEIROS, 2006, p. 195).

Hesse, por sua vez, formulou uma teoria da concretização constitucional partindo do pressuposto de que a Constituição não é somente um pedaço de papel, como afirma Lassalle, mas uma Constituição jurídica possuidora de efetiva força normativa, que é a aquela “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 9-11).

Para Hesse, a interpretação constitucional é concretização, ou seja, o conteúdo da Constituição deve ser determinado mediante a incorporação da realidade a ser ordenada. Nesse sentido tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só fica completo com sua interpretação, mas a atividade interpretativa fica vinculada à norma. Há duas condições da interpretação constitucional. A primeira pressupõe compreensão do conteúdo da norma a concretizar e não deve se desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do processo concreto a resolver. A segunda condição é que só é possível compreender e concretizar em relação a um problema concreto. Trata-se de um procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma, que possibilita chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis (HESSE, 1983, p. 42-47).

No entanto, a maior dificuldade na interpretação-concretização dos direitos fundamentais é a definição do que seja uma concretização adequada dos direitos fundamentais. Para Galindo, a interpretação constitucional adequada é aquela que promova a denominada eficácia ótima da norma constitucional, tendo em vista a força normativa da constituição (GALINDO apud MEDEIROS, 2006, p. 202-203).

Para Gomes, a melhor interpretação, no âmbito do Estado Democrático de Direito,

"É aquela que dignifica a pessoa humana, vista como fundamento maior do referido paradigma estatal, instituído para compor um modo de vida coerente com a *natureza*, *necessidades* e *condição* do ser humano. Por isso, há de se compreender que os objetivos da República, positivados no art. 3º da Constituição, configuram uma teleologia que tem por meta final a salvaguarda da *dignidade* reconhecida em cada indivíduo, o qual, no âmbito da democracia é visto como *pessoa*. É isso que justifica a

defesa e a concretização dos *direitos fundamentais* em todas as suas dimensões. E é esta também a razão maior para a existência do próprio Estado" (GOMES, 2008, p. 315).

Para isso, além dos conhecimentos técnico-jurídicos, é necessária uma postura ética e uma interdisciplinaridade com a ciência política, a sociologia e a filosofia e demais ciências relacionadas ao processo de concretização da Constituição.

Como orientação, Hesse apresenta princípios da interpretação constitucional, que serão analisados no próximo tópico.

5.1 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante de uma constituição principiológica e do fato de que os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, são imprescindíveis critérios ou princípios da interpretação constitucional, de acordo com as lições de Konrad Hesse.

Esses critérios orientam e canalizam o processo de relação, coordenação e valorização dos pontos de vista que devem levar à solução do problema (HESSE, 1983, p. 47).

Em primeiro lugar, encontra-se o Princípio da Unidade da Constituição. A relação e interdependência entre elementos da Constituição obrigam a contemplar não só a norma isolada, mas também o conjunto em que deve ser situada, para que se evitem contradições (HESSE, 1983, p. 48).

Intimamente relacionado ao anterior, está o Princípio da Concordância Prática. Os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados para que na solução do problema todos conservem seu valor. Onde houver colisões, não se deve através de uma precipitada ponderação de bens ou abstrata ponderação de valores, realizar um à custa do outro. O princípio da unidade exige um trabalho de otimização: é preciso estabelecer os limites de ambos os bens para que ambos alcancem uma ótima efetividade. A fixação deve responder em cada caso concreto ao Princípio da Proporcionalidade, que significa que em uma relação entre duas grandezas variáveis, deve prevalecer concretamente aquela que melhor responda à tarefa de otimização (HESSE, 1983, p. 48-49).

Outro Critério que deve ser observado é o da Correção Funcional. Se a Constituição regula as tarefas dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve respeitar o limite das funções a ele determinadas; não deverá modificar a distribuição das funções através do modo e do resultado da interpretação. Este critério deve ser observado nas relações entre legislador e tribunal constitucional (HESSE, 1983, p. 49-50).

Pelo Critério de Eficácia Integradora, entende-se que, se a Constituição se propõe a criar e a manter a unidade política, os pontos de vista que promovam e mantenham a unidade devem ter preferência na solução dos problemas. Esta tarefa não terá sido cumprida corretamente quando só possa ser alcançada por vias não constitucionais, pois com isso os limites da interpretação constitucional seriam ultrapassados (HESSE, 1983, p. 50).

Considerando-se o Critério da Força Normativa da Constituição, dá-se preferência a pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a terem eficácia máxima sob as circunstâncias de cada caso (HESSE, 1983, p. 50-51). Esse princípio é importante

diante da evolução social, que requer, “se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo” (GUERRA FILHO, 2005, p. 79).

O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição repele interpretações contrárias a alguma norma constitucional, mesmo que privilegie outras. Esse princípio também estabelece a conservação de uma norma inconstitucional quando seus fins possam ser harmonizados com preceitos constitucionais. Fixa, ainda, como limite à interpretação constitucional as regras infraconstitucionais, para que não haja uma interpretação *contra legem* (GUERRA FILHO, 2005, p. 80).

Os direitos fundamentais, objeto deste estudo, têm uma força especial caracterizada pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais com a sua aplicabilidade imediata. Dessa forma, a atividade hermenêutica do juiz deve se submeter ao Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, o que tem dois significados: a lei infraconstitucional deve ser sempre interpretada tornando-a compatível com a Constituição e os resultados concretos devem ser adequados ao que determinam os direitos fundamentais (LIMA GUERRA apud GUERRA FILHO, 2005, p. 75).

Para a interpretação das normas que consagram os direitos fundamentais, é de fundamental importância o Princípio da Máxima Efetividade ou Princípio da Eficiência ou da Interpretação Efetiva, indicado por Guerra Filho e Canotilho, pelo qual se deve conferir à norma o sentido com maior eficácia, não sendo admissíveis normas na Constituição como simples exortações morais ou declarações de princípios e promessas para o futuro (GUERRA FILHO, 2005, p. 79).

É importante ressaltar que esses princípios servem de parâmetros para o intérprete, uma vez que são orientações para a solução do problema. Tendo parâmetros ou critérios, evita-se, inclusive, a arbitrariedade e é possível o desenvolvimento de uma hermenêutica eficiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma estatal em que o intérprete constitucional deve estar compromissado com a concretização da Constituição, não utilizando como óbice para isso a justificativa da não auto-aplicabilidade da norma ou da existência de omissão do legislador. Pelo contrário, deve ser conjugado o caráter superior das normas fundamentais com a sua aplicabilidade imediata.

O Estado Democrático de Direito supera os modelos anteriores, pois visa a assegurar os direitos fundamentais. Ademais, positivou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocando-o como princípio do ordenamento jurídico, determinando como objetivo "construir uma sociedade livre, justa e solidária", além de trazer a "prevalência dos direitos humanos", como princípio que rege suas relações internacionais.

O Sistema de Direitos Fundamentais é um Princípio do Estado Democrático de Direito e é um dos seus dois pilares, juntamente com a democracia, sendo que ambos são indissociáveis.

Portanto, cabe ao Estado Democrático de Direito promover a concretização dos Direitos Fundamentais em todas as suas modalidades. A dignidade humana é amparada justamente pelos direitos fundamentais e pelas garantias constitucionais. Não basta a mera positivação dos direitos fundamentais na Constituição. Eles têm que ser efetivados na realidade social, especialmente através da Hermenêutica Constitucional.

No entanto, a teoria jurídica predominante em matéria de interpretação ainda é o modelo dogmático, em que os princípios carecem de normatividade, as regras são extremamente importantes, o juiz é mero aplicador de leis, que apenas deduz e subsume.

Mas, para que os direitos fundamentais sejam concretizados, postula-se uma nova hermenêutica.

Diante de uma Constituição principiológica e das diferenças entre regras e princípios, é necessária uma Hermenêutica Constitucional diferenciada da hermenêutica tradicional, com a utilização dos princípios da interpretação constitucional. É imprescindível, conseqüentemente, um novo juiz capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios.

Na Nova Hermenêutica, o sentido da norma será estabelecido pelos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem efetivados. Não se defende o abandono do método clássico, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica, mas são apontadas as suas insuficiências.

Pelo caráter principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, os de segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, mas concretizam-se. A teoria da concretização é considerada adequada para a interpretação das normas de direitos fundamentais. A sua virtude é tentar estabelecer um meio termo entre as teorias hermenêuticas clássicas e as demais teorias da Nova Hermenêutica, sendo que Konrad Hesse e Friedrich Müller são representantes dos métodos da concretização constitucional.

Diante de uma constituição principiológica e do fato de que os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, Hesse indica princípios da interpretação constitucional, que deverão ser observados nessa nova Hermenêutica Constitucional, tais como o Princípio da Unidade da Constituição, o Princípio da Concordância Prática, o Princípio da Proporcionalidade, o Critério da Correção Funcional, o Critério de Eficácia Integradora, o Critério da Força Normativa da Constituição, o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.

O Princípio da Máxima Efetividade ou Princípio da Eficiência ou da Interpretação Efetiva desponta como de fundamental importância para a interpretação das normas que estabelecem os direitos fundamentais, pois através dele se deve conceder o sentido com maior eficácia à norma, não sendo admissíveis simples exortações morais ou declarações de princípios e promessas na Constituição.

Dessa forma, a nova Hermenêutica Constitucional cumprirá o seu papel para a Concretização dos Direitos no Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, n.21. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 01/08/2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá: 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002

FIGUEROA, Alfonso García. *La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo*. In: CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, 2ª ed. Rio de Janeiro, 2001.

GOMES, Sergio Alves. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, nº. 51, 2005.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. *Da Jurisdição Constitucional: Uma Análise da Concretização dos Direitos Fundamentais à luz da Hermenêutica Constitucional*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, disponível em http://bdtd.bczm.ufrn.br/tesdesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=716, acesso em 26/09/2008.

PORTAL da Câmara dos Deputados, disponível em (<http://www2.camara.gov.br/legislacao/produtos/regulamentacao/conteudo>), acesso em 26/09/2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do Modelo Juspositivista-Legalista do Século XIX às Novas Perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

**ATLETAS E ENTIDADES DESPORTIVAS - ABORDAGENS NA DIMENSÃO
CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E EMPRESARIAL * ****

**ATHLETES AND SPORTING ENTITY - CONSTITUTIONAL, LABOR AND E
BUSINESS APPROACHES**

**Lutiana Nacur Lorentz
Rubia Carneiro Neves**

RESUMO

O presente artigo defende autonomia relativa do Direito Desportivo, que como um microsistema pode ser aplicado de forma principal, porém depende de bases subsidiárias como as regras do Direito do Trabalho, do Processo do Trabalho, do Direito Empresarial e sobretudo da principiologia Constitucional. Em relação ao contrato do atleta desportivo de 14 (quatorze) a 21 (vinte e um) anos de idade, concluiu-se haver no Direito Desportivo uma regra inconstitucional, pois reconhece a possibilidade de celebração do contrato sem vínculo empregatício entre o atleta e a entidade desportiva empregadora (entidade de prática desportiva). Esta regra tensiona – se com a Constituição da República do Brasil, art. 7º, XXXIII porque admite que adolescentes de 14 (quatorze) a 16 (dezesesseis) anos venham a trabalhar por meio do contrato de aprendiz, um contrato especial de emprego que gera muito além do direito à “bolsa de aprendizagem”, também todos os direitos previstos na legislação desportiva: direito de arena, direito à imagem, luvas, “bicho” e direito de passe até 25 de março de 2001, remuneração, FGTS, etc. Com relação aos menores de 16(dezesesseis) até 18 (dezoito) anos têm direito ao vínculo de emprego com ou sem aprendizagem, mas coibindo – se trabalhos noturnos, perigosos e insalubres e finalmente de 18 (dezoito) até 21 (vinte e um anos) não há motivos para negar – se o vínculo de emprego entre atletas e entidades de prática desportiva, porque estes sequer são menores de idade. A partir de uma combinação de critérios de hermenêutica, em relação ao direito empresarial, analisou-se detidamente a definição legal de empresário e a regulamentação desportiva para concluir que as entidades desportivas exercem atividade empresária, portanto, devem adotar um dos tipos de sociedades empresárias previstos no ordenamento jurídico brasileiro e que independente dessa adoção submetem-se à falência. Por outro lado, somente poderão utilizar-se do instituto da recuperação de empresa quando regularmente transformadas em sociedades empresárias há mais de dois anos.

PALAVRAS-CHAVES: ATLETAS - ENTIDADES DESPORTIVAS - DIMENSÃO -
CONSTITUCIONAL - TRABALHISTA - EMPRESARIAL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas (FUMEC/FCH)

ABSTRACT

This article supports the relative autonomy of Sports Law, which, as a micro-system, can be applied as a principal source of law; however, it also receives subsidies from the rules of Labor Law, Labor Procedural Law, Business Law and above all, from constitutional principles. With regards to sports contracts for athletes between the ages of 14 (fourteen) and 21 (twenty-one), the article concludes that there is an unconstitutional rule in Sports Law, since it recognizes the possibility of signing a contract without an employment relationship between the athlete and the employer sporting entity (sporting entity). This rule conflicts with the Constitution of the Republic of Brazil, article 7, section XXXVIII, because it allows adolescents between the ages of 14 (fourteen) and 16 (sixteen) to work through an apprenticeship contract, a special employment contract that creates much more than the right to “an apprenticeship contract”, but also creates all the rights set forth in sporting legislation: media rights, image rights, signing fee, “bonus for results” and transfer rights until March 25, 2001, remuneration, FGTS, etc. With regards to minors between the ages of 16 (sixteen) and 18 (eighteen), they have the right to an employment relationship with or without an apprenticeship, but night work and dangerous and unhealthy conditions are prohibited. Finally, from the age of 18 (eighteen) through 21 (twenty-one), there is no reason to deny the employment relationship between athletes and sporting entities, because they are not even legally considered minors. Based on a combination of hermeneutics criteria, in relation to business law, the legal definition of business owner was examined in detail and the conclusion was reached that sporting entities exercise a business activity, and must therefore adopt one of the types of business companies established in the Brazilian legal system, and that regardless of this adoption, they are subject to bankruptcy. On the other hand, they may only benefit from corporate reorganization rules when they have been regularly transformed into business companies for more than two years.

KEYWORDS: ATHLETES - SPORTING ENTITIES - CONSTITUTIONAL - LABOR - BUSINESS - APPROACHES

Item I) Atletas Desportivos Adolescentes, Princípios e Regras Constitucionais e o Direito e do Processo do Trabalho:

I.1) O microssistema do Direito Desportivo - Aspectos Gerais:

O Direito Desportivo tem previsão constitucional no art. 217, da Constituição da República do Brasil de 1988 e nos princípios constitucionais que serão citados neste artigo e em dimensão infraconstitucional fundamenta - se em três grandes pilares de

regras jurídicas: a Lei nº. 9615, de 24 de março de 1998, chamada "Lei Pelé", a Lei nº.10671, de 15 de maio de 2003, chamada de "Estatuto do Torcedor" e no Código Brasileiro de Justiça Desportivo - CBJD, fundado na Resolução CNE, nº. 1, de 23 de dezembro de 2003.

Na verdade, em que pese várias doutrinas neste sentido[1] [2] [3], este artigo não considera o Direito Desportivo como um ramo do direito completamente autônomo e absolutamente independente dos demais e sim como um microssistema que ora deverá ser aplicado de forma principal, porém usando como bases subsidiárias outras regras e ora nem será usado, nas situações de omissão ou de inconstitucionalidade das regras de Direito Desportivo nos quais deverão ser aplicadas regras concernentes a ramos independentes do direito e os princípios constitucionais. Neste sentido, a Lei nº. 9615, de 24 de março de 1998 é um microssistema do Direito e Processo do Trabalho, ou seja, usará como base subsidiária a CLT e a Lei nº.10671, de 15 de maio de 2003 e a "Lei Pelé" outro microssistema que usará como base subsidiária ora o Direito do Consumidor, ora o Direito Empresarial, ou seja, ora a Lei nº. 8078/90, ora o Código Civil de 2002 e as leis especiais do Direito Empresarial e sempre os princípios constitucionais[4]. TEPEDINO[5] assevera que o termo microssistema é utilizado para denominar a atual crise de fontes normativas, em oposição ao monossistema vigente no século XIX que era capaz de agregar todas as regras sociais em um só código (o Código Civil). Outra doutrina também explica a Teoria dos Microssistemas[6]:

"A existência de microssistemas no ordenamento jurídico nacional tornou-se uma realidade. Isto se dá, por exemplos, com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor[7] (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente[8] (ECA[9]) e o Estatuto do Idoso.[10] A criação destes microssistemas é uma pontuação aos longos Códigos, que funcionam, no particular, como regra geral, fonte de sustentação e até de aplicação analógica. Estes sistemas específicos atendem, outrossim, a necessidade de se observar peculiaridades de certas matérias que, pelo altíssimo grau de especialização, acabam por desprenderem-se do diploma geral.

Com relação ao processo coletivo isto se deu por uma interpretação sistemática e de unidade do ordenamento jurídico, especialmente quando da edição do CDC. Assim, com a junção da Constituição Federal (CF), da Lei de Ação Civil Pública[11] (LACP), do aludido CDC e da lei complementar n.º 75/1993 (EMPU[12]), formou-se um microssistema processual de proteção aos interesses e direitos metaindividuais[13]. O Código de Processo Civil (CPC) e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), **como diplomas gerais, têm suas aplicações solicitadas para preencherem vazios normativos àquele microssistema, sempre quando apresentarem regras compatíveis** com a visão de processo coletivo..."[14] (Negritos Nossos).

Ou seja, o microssistema suplica a aplicação principal de um diploma legal (de regras principais específicas), mas com aplicação subsidiária de outras regras e princípios (sobretudo constitucionais), ora de um ramo do direito ora de outro, desde

que haja omissão e compatibilidade com o texto principal. Este artigo sustenta que também deverão ser aplicados dispositivos de outro ramo do direito, não só na hipótese de omissão do texto do microsistema, mas também nos casos em que este contenha disposição inconstitucional segundo CARVALHO NETO[15], porque é a mesma hipótese "mutatis mutandis" de omissão.

No que concerne a tensão entre regras do sistema principal do Direito Desportivo (microsistema) com princípios constitucionais este artigo remete - se a doutrina de GALUPPO[16] que desvela as teorias jurídicas sobre conflitos de regras e princípios nas dimensões quantitativas e qualitativas sobretudo com base da teoria de ALEXY[17]. Para o presente artigo, de acordo com a doutrina de CANOTILHO[18] e BOBBIO[19] o conflito citado de regras do Direito Desportivo com princípios constitucionais deve ser resolvido, no caso, pela prevalência dos princípios não só porque são de hierarquia superior (constitucional), mas também porque os princípios são mais gerais que as regras e estruturais, dando uma leitura de harmonia ao próprio sistema jurídico, inclusive, é claro aos microsistemas.

No que concerne aos contratos de emprego dos atletas com seus empregadores - entidades de prática desportiva e com os possíveis liames jurídicos com entidades de administração de desporto (sobretudo nas possibilidades de aplicações de sanções) entendemos que deverá ser usada como fonte principal a Lei nº. 9615, de 24 de março de 1998 e subsidiariamente o sistema do Direito e do Processo do Trabalho, conjuntamente com os princípios constitucionais, o que também irá ocorrer no que pertine a possibilidade de falência de entidades desportivas, através do uso do sistema subsidiário do Direito Empresarial. Caso haja inconstitucionalidade de regra do microsistema desportivo deverão ser aplicados como bases principais a CLT, na dimensão de matéria trabalhista e havendo omissão ou previsão expressa, o Código Civil de 2002 e legislação especial, no que concerne a matéria empresarial, todos sempre junto aos princípios constitucionais.

I.2) O trabalho da criança e do adolescente na dimensão das normas, regras e a principiologia constitucional:

A Constituição do Brasil, de 1988 adotou várias regras no que concerne ao trabalho da criança e do adolescente e também vários princípios jurídicos porque a Teoria da Igualdade deve levar em conta as diferenças não só etárias, mas sobretudo considerá-los como seres humanos em formação. Sobre a Teoria da Igualdade e aprofundamento no tema remete-se a doutrina de GALUPPO[20]. Dentre os princípios que foram adotados pela Constituição no tema de menores, os mais relevantes são: o Princípio da Proteção Integral, o do Melhor Interesse, da Absoluta Prioridade e do Interesse Público Primário.

O Princípio da Proteção Integral[21] é sistematizado na doutrina de CAVALLIERI como a proteção à criança e ao adolescente como seres em formação não só nas situações de conflito (concepção antes adotada pelo vetusto Código de Menores de 1979), mas também em toda e qualquer situação, preferencialmente, em situações de prevenção. Outra diferença substancial é que os menores são considerados não como meros objetos passivos do assistencialismo alheio, mas sim agentes e detentores de direitos revestidos de exigibilidade. O Princípio da Proteção Integral aplica - se a todo menor, sendo na verdade, direito não dos mesmos mas da sociedade como um todo que tem na formação de seus jovens um dos objetivos principais. Foi neste sentido que o art.227 da Constituição do Brasil, de 1988 elegeu como metas principais da sociedade democrática vedação a exploração do trabalho do menor, art. 7º, inciso XXXIII (com alterações da EC de n.º 20, de 15/12/98), além disto, a Lei n.º. 8069/90 também entendeu de proibir o trabalho da criança e de proteger, através do contrato especial de emprego, o trabalho dos adolescentes (o que após a Lei n.º. 11.180/05 passou a abranger, erroneamente, no nosso entender, também adultos até 24 (vinte e quatro) anos e pessoas portadoras de deficiência sem limite etário).

O Princípio da Absoluta Prioridade[22] define ser dever não apenas do Estado, mas também da família e de toda a da sociedade dar **preferência total** e em qualquer circunstância não só à proteção, mas também prevenção para realização dos direitos dos menores, através, inclusive, de sua participação, neste sentido também há a regra constitucional do art. 227.

O Princípio do Melhor Interesse, consoante preleciona PEREIRA[23], consagra a prevalência dos interesses que são mais consentâneos com aqueles que a Constituição da República do Brasil, de 1988 escolheu para os menores, ainda que em tensão com os interesses imediatos escolhidos pelos pais ou até pelos próprios menores. Caso clássico é a temática concernente ao trabalho de menores. Ainda que os pais ou os próprios menores optem em trabalhar premidos, amiúde, pelas necessidades alimentares mais comezinhas, este Princípio escolheu que o mais adequado aos menores é não trabalhar e sim estudar e brincar, ou se maiores de 14 (quatorze) a 16 (dezesesseis) anos podem até trabalhar (embora na visão deste artigo o mais adequado fosse o cumprimento da prioridade dos mesmos estudarem, o que inclusive foi adotado na dimensão sistêmica da Constituição, arts. 212 e 227, bem como a legislação infraconstitucional adotou algumas bolsas de "não trabalho", tal como o PETI [24] e pela Lei n.º. 10.836, de 09/01/04 (Lei do Programa Bolsa Família - PBF).

Neste sentido, a Constituição da República do Brasil, de 1988 determinou não só que Estado, sociedade e famílias velem por cumprimento e aplicação de **medidas proibitivas** de trabalho prejudicial ou em desconformidade com o modelo legal para os menores, art. 7º, XXXIII, CF/88, etc. mas também que velem pela aplicação de **medidas positivas em prol dos mesmos**, notadamente a aplicação dos recursos

tributários em prol da educação, **art. 212, CF/88**, pela concessão dos recursos do PETI, programas Bolsa Escola, etc., porém, na visão deste artigo os valores concedidos por estes programas são pífios e não se prestam ao fim colimado, necessitando de urgente revisão.

Por fim, o Princípio do Interesse Público Primário^[25] assegura que independente das escolhas feitas pelo gestor público que mantém (momentaneamente) o mandato eletivo como chefe de executivo, o que indica o Interesse Público Secundário, o Interesse Público Primário no que afeta a crianças e adolescentes indica que as escolhas com relação aos mesmos já foram feitas de forma anterior, pelos ditames da Constituição da República do Brasil, de 1988.

I. 3) O trabalho do adolescente atleta desportivo - Aspectos específicos à luz do Direito Desportivo e do Direito e do Processo do Trabalho:

A Lei nº. 9615, de 24 de março de 1998, chamada "Lei Pelé" e contém as seguintes regras específicas sobre o trabalho de adolescentes:

"Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com esse, a partir de dezesseis anos de idade, o primeiro contrato de trabalho profissional, cujo prazo não poderá ser superior a cinco anos. [\(Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003\)](#)...§ 4º **O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade**, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, **sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)**". (Negritos Nossos).

Este trabalho entende que o art. 29, §4º, da Lei nº. 9615/98 está frontalmente em tensão com o art. 7º, XXXIII, da Constituição do Brasil, de 1988 (EC n.º 20, de 15 de dez. de 1998):

"Art.7º...XXXIII- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, **salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos;**"(negritos nossos).

Apesar dos benefícios conferidos aos adolescentes descritos no restante do art. 29, da Lei nº. 9615/98 a declaração desta regra de impossibilidade de vínculo de emprego (especial, de aprendiz) entre o adolescente e a entidade de prática desportiva é completamente inconstitucional porque ofensiva ao art. 7º, XXXIII, da Constituição da República do Brasil, de 1988 e **sobretudo aos Princípios Constitucionais concernentes a temática do menor**, já citados. Dessarte, o microsistema do Direito Desportivo mostra - se omissivo (já que contém regra inconstitucional) no particular, merecendo a aplicação do Direito e do Processo do Trabalho (e é claro dos Princípios Constitucionais), que conceitua o contrato especial de emprego nos arts. 428 da CLT, art. 66 da Lei nº 8.069/90, Convenção 138 da OIT, ratificada pelo Brasil e a Recomendação nº 57, de 1939, da OIT.

Neste sentido, este artigo extrai três conseqüências jurídicas desta inconstitucionalidade da regra do art.29, §4º, da Lei nº. 9615/98: primeiro, para o menor de quatorze até dezesseis anos; em segundo lugar, do menor de dezesseis anos até dezoito anos; e terceiro, para o maior de dezoito até vinte e um anos.

Para os menores de quatorze até dezesseis anos a inconstitucionalidade apontada implica que eles têm direito, desde que trabalhem com onerosidade, não eventualidade e subordinação (arts.2/3, CLT) ao contrato especial de emprego de **aprendizagem** e a todos os consectários legais que vão muito além da concessão de mera "bolsa de aprendizagem" prevista no artigo e da concessão de assistência médica, odontológica e psicológica, bem como contratação de seguro de vida e ajuda de custo para transporte. Na verdade, pelo Princípio da Proteção[26] do Empregado, somado a todos os princípios constitucionais e regras já citadas estes adolescentes deveriam ter aplicação dos seguintes direitos básicos assegurados pela Lei nº 10.097/2000, combinada com Dec. nº. 5598/05, Portaria nº. 702/01 e **Instrução Normativa SIT nº 26, de 20 de dezembro de 2001**, do Ministério do Trabalho e Emprego, todos estes dispositivos combinados com os direitos específicos[27] [28] ditados pela Lei nº. 9615/98, ou seja: assinatura de CTPS, contrato especial de aprendizagem (com todas as conseqüências), remuneração ampla, incluindo o direito de arena, direito a imagem, luvas, "bicho" e até 26 de março de 2001, o direito ao "passe" (e extinto após 26 de março de 1998, nos casos de resolução contratual, falta de pagamento de salários por mais de três meses), FGTS (com 2% de recolhimento ao mês, Lei nº 8036/90), férias, 13º salário, RSR, etc.

Com relação aos menores entre dezesseis anos até dezoito anos eles têm direito, desde que trabalhem com onerosidade, não eventualidade e subordinação a terem todos os direitos empregatícios assegurados como aprendizes, ou como empregados normais, mas desde que não trabalhem em horário noturno, insalubre ou perigoso. Evidentemente que têm direito a todas as parcelas do complexo remuneratório descrito na Lei nº 9615/98 (direito de arena, imagem, luvas, "bicho" e passe, até 26/3/01, nos moldes já descritos) e também a todos os direitos descritos na CLT: assinatura de CTPS, FGTS (com 8% de recolhimento ao mês, Lei nº 8036/90), férias, 13º salário, RSR, etc.

Finalmente, com relação aos maiores de dezoito até vinte e um anos eles sempre foram considerados como maiores de idade para a CLT, arts. 402, 439 e 793, CLT e após o ano de 2002 para o CCB arts. 5º passaram a ser também considerados maiores para feitos civis, portanto a exclusão do vínculo de emprego para com os mesmos (desde que tenham, é claro os pressupostos da relação de emprego (onerosidade, não eventualidade e subordinação, arts.2/3, CLT) é totalmente sem fundamentação. Ressalte-se que de dezoito até vinte e quatro anos, após a Lei n. Lei nº 10.097/2000 é possível que estes maiores sejam contratados como aprendizes, ou como empregados normais (tendo como consequência que eles têm todos os direitos da CLT e mais os específicos da Lei Pelé).

De toda forma, este artigo defende a inconstitucionalidade da exclusão do vínculo de emprego normal e também do de aprendiz feito pela regra do art. 29§4º, da Lei nº 9.615/98, tendo os mesmos os seguintes direitos especiais, além de todos previstos na CLT, ora explicitados:

O direito de arena é o direito do atleta (ainda que menor) de receber um percentual não inferior a 20% (vinte por cento) dos valores pagos pelo direito de transmissão do espetáculo, devendo ser repartido entre os atletas participantes do mesmo, Lei nº. 9615/98, art.42, §1º, tendo classificação jurídica de remuneração, sendo equiparada às gorjetas, sendo que, em virtude disto, o TST, pela Súmula 354, tem restringido sua incidência às parcelas: de FGTS, férias, 13º salário e INSS.

O direito de imagem é o direito de exploração da imagem individual do atleta que não pode ser cedido para exploração de terceiros por mais de um ano, tendo nítida natureza salarial, art. 28, Lei nº. 9615/98.

As luvas são os valores pagos ao atleta em virtude do desempenho profissional que o mesmo já demonstrou, Lei nº. 9615/98, art.31, §1º, parte da doutrina o aproxima do "fundo de comércio" devido ao locatário por ter feito o "ponto do comércio" cognominando o mesmo de "fundo de trabalho"[\[29\]](#) e apesar de ter feição salarial similar inclusive à de gratificações, o TST vem negando ao mesmo esta classificação jurídica, considerando - o simplesmente salário por antecipação para assinatura do contrato. Este artigo reconhece que é difícil que um adolescente de 14 (quatorze) a 16 (dezesesseis) anos já tenha sua boa fama a tal ponto pré-constituída de modo a receber as luvas, mas em âmbito de hipótese jurídica ele tem este direito. Porém, de toda forma é possível que um menor de 16 (dezesesseis) até 18 (dezoito) anos tenha tal direito e sobretudo para os maiores de 18 (dezoito) até 21 (vinte e um anos).

O "bicho" é o direito a receber prêmio pela participação em jogos, seja pela vitória, às vezes pelo empate, e excepcionalmente até mesmo tendo perdido a partida, mas é paga pelo empenho, pela garra e determinação demonstrada pelo atleta está prevista no art.31, §1º da Lei nº. 9615/98, tendo natureza salarial equiparada a prêmio individual.

Finalmente, com relação ao controvertido instituto do passe, com gênese na Lei nº. 6354/76, art.11, mantida pela Lei nº.9672/93 ("Lei Zico") e extinta pela Lei nº. 9615/98, art.28, §2º, após três anos em casos normais e imediatamente em casos de inadimplemento salarial (mais de três meses), o atleta teria direito a receber pelo menos 15% (quinze por cento) do valor do passe, exceto se já tivesse recebido importância de passe nos últimos 30 (trinta) meses anteriores, ou se tivesse dado causa a resolução contratual, art. 35, da Lei nº. 9615/98.

Na verdade, o atleta com o contrato de emprego especial de aprendizagem teria, assim, todos os direitos trabalhistas iguais aos outros empregados, exceto os recolhimentos de FGTS que é a base não de 8% (oito por cento) ao mês da remuneração e sim de 2% (dois por cento), Lei nº. 8036/90, art. 15, §7º. Além disto, o aprendiz tem direito a toda a carga teórica concernente à aprendizagem e condições especiais de trabalho ditadas nas regras já citadas. Como já citado os menores de dezesseis até vinte e um anos podem ser contratados como aprendizes, ou empregados normais, sendo que de dezesseis até dezoito anos há limitações, ou seja, vedações a trabalho noturno, perigoso e insalubre.

Conclusão, o Direito Desportivo é um microssistema e no que concerne às relações trabalhistas do atleta quatorze a dezoito anos merece aplicação dos princípios e regras da Constituição da República do Brasil de 1988, aqueles notadamente Princípios da Proteção Integral, do Melhor Interesse, da Prioridade Absoluta e do Interesse Público Primário e este notadamente pela aplicação do art. 7º, XXXIII, o que acarreta a possibilidade de aplicação aos mesmos de todos **os direitos** trabalhistas especiais previstos pela Lei nº. 9615/98, somados aos direitos previstos na CLT. Com relação aos maiores de dezoito até vinte e um anos a exclusão de possibilidade de vínculo de emprego é totalmente desprovida de fundamentação.

Item II) Entidades Desportivas e o Direito Empresarial.

II.1) Conceito de empresário.

De acordo com o art. 966, do Código Civil de 2002, considera-se empresário o profissional que exerce atividade econômica e organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O Código Civil de 2002 não explica os significados

de profissional, de atividade econômica e organizada, fato que por si só tem causado uma enorme confusão quanto à conceituação de cada um deles.

A confusão acirra-se ainda mais, quando se observa o § único, do art. 966, do Código Civil de 2002, pois afasta a possibilidade de serem enquadrados como empresário, os profissionais intelectuais, os artistas, os cientistas e os literários, mesmo que contém com o auxílio de colaboradores, salvo quando reunirem o elemento de empresa. Tal estipulação é feita sem a definição destas quatro atividades, muito menos de elemento de empresa. Arte, ciência e literatura são atividades com concepção nítida para as pessoas em geral.

Quanto à dúvida em relação aos profissionais intelectuais, PEIXOTO[30] sugere uma conclusão dizendo que:

"de conformidade com o art. 2229 do Código italiano, as atividades intelectuais não empresárias são aquelas cujo exercício depende de inscrição em órgãos próprios de controle profissional ou na expressão das normas tributárias brasileiras (ex-Decreto-Lei n. 1705/79, art. 1º; a Lei n. 9430/96, art. 55 e o Decreto n.3009/99, art. 146, §3º.), "profissões legalmente regulamentadas."

Mas, o próprio PEIXOTO[31] reconhece que a inscrição do profissional intelectual em órgão próprio ou a regulamentação legal da profissão intelectual não são exigências constantes da redação do Código Civil. Reconhecer que a profissão intelectual é aquela que demanda inscrição ou regulamentação legal decorre de um critério de interpretação, que pode ser perfeitamente afastado por qualquer outro.

Um critério de interpretação possível pode partir da análise da vontade do legislador para a busca do significado dessas expressões que definem o empresário. E nesse caso concreto, o jurista MARCONDES[32], autor em 1972, do livro Direito de Empresa do anteprojeto do Código Civil de 2002, publicou uma obra que viabiliza ainda mais adotar esse tipo de investigação. De acordo com as justificativas do doutrinador, por atividade profissional, entende-se a atividade exercida de forma reiterada, habitualmente, sem ser esporádica.

É claro que existem certas atividades que demandam um espaçamento de tempo maior entre a prática de um ato empresarial e outro, como é o caso de uma determinada indústria de aviões que fabrica apenas uma unidade por ano, mas isso não lhe retira a condição de habitual, apenas não é diária.

Sobre o aspecto temporal, SZTAJN^[33] contribui dizendo:

"atividade se exerce no tempo, tem início e fim, mesmo quando integrada por atos com dimensão temporal, eles não a desnaturam, sendo possível que haja atos ou séries de atos entre si relacionados por nexos jurídicos que Buonocore denomina atividade dentro da atividade."

Interpretando sistematicamente os artigos 44, 53, parágrafo único, do artigo 62, 966 e 981, do Código Civil de 2002, conclui-se ter o legislador pretendido dizer por atividade econômica como aquela que promove circulação de riqueza com fim de reversão do resultado positivo decorrente do exercício da atividade para o patrimônio do empreendedor ou empreendedores.

O art. 44, do Código Civil de 2002 define quais são as pessoas jurídicas de direito privado: associações, fundações, sociedades, entidades religiosas e partidos políticos.

Especificando o campo de atuação, o art. 53 do Código Civil de 2002 reserva às associações as atividades de fins não econômicos. O parágrafo único, do art. 62 do Código Civil de 2002 estabelece que as fundações somente possam ser constituídas para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. O art. 981 do Código Civil de 2002 atribui às sociedades a função de exercerem atividade econômica para a partilha dos resultados.

Ora, como os partidos políticos e as entidades religiosas, pela própria essência, não desempenham qualquer atividade econômica, muito menos podem visar lucro para ser partilhado, conclui-se que a palavra econômica está sendo utilizada tanto no art. 966 quanto no art. 981, ambos do Código Civil de 2002, no sentido de atividade com finalidade de lucro. Ou seja, a atividade é exercida para que haja distribuição de lucro.

Nesse sentido, admite-se que as associações, as fundações, os partidos políticos e as entidades religiosas até podem ter lucro, como aquela parcela que excede o custo de uma operação, ou seja, podem ter um resultado positivo no exercício de suas atividades. Contudo, como não desempenham atividades econômicas, devem re-investir seu eventual lucro, diretamente em sua missão institucional, em seu objeto social.

REALE[34] deixa claro ser esse o significado da palavra econômica, quando asseverou:

"de acordo com o art. 53 do novo Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos". Denominam-se sociedades as reuniões organizadas para finalidades econômicas."

É claro que a palavra "organizada" não está sendo utilizada como a antítese de desorganizada. Por atividade organizada, deve - se entender como aquela que é exercida com a reunião dos fatores de produção: capital, trabalho, tecnologia, natureza, de um modo preponderante, a ponto de funcionar a organização desses fatores independente da pessoa que a reuniu. A expressão "elemento de empresa" traduz essa organização de fatores de produção. Trata-se de organização desses fatores de um modo tal que o seu funcionamento não está diretamente relacionado à intelectualidade do profissional que montou a estrutura econômica organizada.

MARCONDES[35] explica que na sua concepção:

"há, porém pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários - referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual - pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores da produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem - embora sejam profissionais e produzam serviços - ser considerados empresários."

Nos termos do § único do art. 966, do Código Civil de 2002, esses profissionais (artistas, cientistas, literários e profissionais intelectuais) podem vir a ser empresários se organizarem elemento de empresa. Em relação a eles, MARCONDES[36] explica:

"a não ser que, organizando-se em empresa, assumam veste de empresários. Parece ser um exemplo bem claro a posição do médico, que quando opera ou faz diagnóstico, ou dá à terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, um capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes, etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou

titular desse hospital (...), será considerado empresário porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços."

Embora a explicação do articulista seja boa e até convincente por um momento, há que se admitir uma enorme falha na construção dessa concepção. Ainda que o profissional intelectual utilize preponderantemente sua intelectualidade, acabará organizando, de algum modo, os fatores de produção. Concorde-se com SZTAJN[37] quando critica a referida concepção:

"Hospital é empresa, clínica médica pode ser empresa, ou não. Eis aí a insegurança do direito. O que significa organizar os fatores de produção que não seja contratar formas de ter poder para usá-los ou determinar sua utilização? Por que o médico que, em conjunto com outro, da mesma especialidade, que alugam o imóvel onde exercerão a atividade, contratarão recepcionista, dividirão o custo de equipamentos, até mesmo trocarão informações sobre diagnóstico e terapêuticas, não seriam empresários? Qual a prestação personalíssima quando um deles pede ao outro que atenda seus pacientes?"

PEIXOTO[38] também critica a utilização do exemplo médico-hospital. Segundo ele:

"praticamente, todos os autores apresentam como exemplo dessa transmutação a hipótese do médico ou sociedade de médicos que também explora hospital, acrescentando, alguns, que esta demandaria uma organização tal que justificaria a transformação. (...), não entendemos que a maior ou menor complexidade no exercício da atividade intelectual seria suficiente para transformá-la em empresa."

Realmente a falta de definição legal do que vem a ser atividade organizada e elemento de empresa gera esse tipo de dúvida.

SZTAJN sugere não priorizar o critério da organização, mas investigar se a prestação do serviço é fungível. Interessante a sugestão, mas sabe-se que em certas circunstâncias da execução da atividade intelectual, o serviço é fungível pois muitas vezes o profissional principal é assistido e, até mesmo, substituído por outros.

Melhor se o Código Civil não tivesse instalado a distinção entre atividade econômica e atividade empresária. Dever-se-ia chamar todas as atividades que fazem gerar riqueza

de atividade econômica, ou de empresária e estabelecer a incidência tributária a partir do fato gerador praticado pelo agente econômico.

O problema de conceituação do que vem a ser atividade empresária tem amplos reflexos, inclusive na hipótese de incidência tributária[39].

Assim, para este artigo, admitida a dificuldade para se estabelecer um conceito de empresário, conclui-se que deve ser uma pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente atividade de produção e, ou comercialização de mercadorias e, ou a prestação de serviços, com organização de capital, trabalho, tecnologia e natureza, visando à obtenção de lucro. Partindo dessa conclusão, cumpre avançar para análise da possibilidade ou não de as entidades desportivas serem obrigadas a se registrarem como sociedades empresárias.

II.2) Entidades desportivas como organizações empresariais: faculdade ou obrigatoriedade?

A Lei nº. 9.615/98 ("Lei Pelé") determinou a obrigatoriedade de transformação das entidades desportivas em sociedades comerciais. O art. 27, da Lei n. 9.615/98 previa em sua redação original:

"as atividades relacionadas a competições de atletas profissionais eram privativas de: I - sociedades civis de fins econômicos; II - sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor; III - entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo. Parágrafo único. As entidades de que tratam os incisos I, II e III que infringirem qualquer dispositivo desta Lei terão suas atividades suspensas, enquanto perdurar."

Referindo-se a alteração dessa obrigatoriedade, OLIVEIRA[40], conta que:

"temendo-se que fosse declarada sua inconstitucionalidade, antes mesmo de entrar em vigência, houve alteração do texto, retornando a transformação em empresa como algo facultativo."

A Lei n. 9981/2000 alterou a n. Lei 9615/98. O art. 27, da Lei n. 9981/2000 passou a facultar às entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais a:

"I - transformar-se em sociedade civil de fins econômicos; II - transformar-se em sociedade comercial; III - constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais."

Atualmente, o referido art. 27, com redação dada pela Lei n. 10.673/2003, em seu §9º estabelece que

"é facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos art. 1039 a 1092 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002."

Como se pode observar de uma análise inicial, o regime da facultatividade prevaleceu. Contudo, o § 11, acaba por trazer certa obrigatoriedade para as entidades desportivas se organizarem regularmente como um dos tipos de sociedades empresárias, pois institui a sanção da despersonalização com a conseqüente responsabilidade ilimitada e solidária para os sócios da entidade.

Isto porque, o § 11, do art. 27, da Lei n 9615/98 com a redação dada pela Lei n. 10.672/03, passou a considerar que

"apenas as entidades desportivas profissionais que se constituírem regularmente em sociedade empresária na forma do §9º (art. 27) não ficam sujeitas ao regime da sociedade em comum e, em especial, ao disposto no art. 990 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil."

A Sociedade em Comum é o tipo estabelecido no Código Civil de 2002 para revestir as sociedades que estão em situação de irregularidade porque não tiveram seus atos constitutivos registrados nos órgãos próprios. O Código Civil de 2002 previu várias conseqüências para os sócios da sociedade em comum. No art. 987, previu que os sócios somente podem fazer prova da sociedade entre eles por documento escrito, não cabendo aí a prova testemunhal, ao passo que terceiros podem usar qualquer meio de prova contra os sócios. No art. 988, há a instituição de um patrimônio especial, o que significa que embora não haja constituição de uma pessoa jurídica, o capital investido por cada um dos sócios forma um condomínio, uma propriedade comum, não integrando mais o patrimônio pessoal de cada um com exclusividade. E a pior conseqüência, veio estipulada no art. 990, referente à responsabilidade pelas dívidas contraídas no exercício da atividade negocial, que recai ilimitada e solidariamente sobre sócios.

As entidades desportivas estão, de certa maneira, obrigadas a organizar-se sob a forma de uma das sociedades empresárias: em nome coletivo, em comandita simples, em comandita por ações, limitada ou anônima. A Lei 10.672/03 entrou em vigor na data de sua publicação, isto é, 15 de maio de 2003, do que se pode concluir de acordo com a atual redação do § 11, do art. 27, da Lei n 9615/98, que as entidades desportivas profissionais que não se transformaram em sociedades empresárias estão em situação de irregularidade, podendo seus gestores, dirigentes serem acionados por dívidas da mesma.

Alegando autonomia das entidades desportivas com fundamento no art. 217 da Constituição da República do Brasil, OLIVEIRA^[41] defende:

"que a compulsoriedade de adoção de qualquer regime societário imposto às associações carece de fundamento constitucional e, agora, até mesmo de coerência jurisprudencial."

Segundo ele^[42]:

"esse fato cria, por conseguinte, o reconhecimento de passivos ocultos que dificultam qualquer forma de aproximação com investidores ou parceiros, visto que reina a mais completa e absoluta insegurança jurídico-tributária ao já depauperado futebol existente em *terra brasilis*, em completo desvirtuamento das conquistas obtidas desde os movimentos do séc. XVIII."

O art. 22, inciso I, da Constituição da República do Brasil atribui ao Poder Legislativo Federal à competência privativa de legislar sobre o Direito Civil e o Direito Comercial, o que por si só é suficiente para afastar a alegação de inconstitucionalidade da Lei n 10.672/03.

O Código Civil de 2002 mudou o regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado e as associações devem se destinar a revestir entidades que exerçam atividades não econômicas, ou seja, aquelas atividades que não visem à obtenção de lucro.

Independentemente da imposição da Lei 10.672/03, o próprio Código Civil, nos artigos 44, 53, 62, 966 e 981, oferece respaldo para poder analisar e concluir sobre o seguinte problema: se as entidades desportivas profissionais podem ou não ser consideradas como entidades empresárias. Para análise e resposta desta "vexata quaestio" basta responder aos seguintes questionamentos: a) as entidades de prática desportiva, clubes de futebol exercem uma atividade profissional? b) essa atividade é econômica? c) é organizada?

De acordo com o art. 1º da Lei n. 9.615/98, o desporto brasileiro abrange práticas formais e não-formais. O §1º do art. 1º da Lei n. 9.615/98 prevê que

"a prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto."

O § único, do art. 26 da Lei n. 9615/98 estabelece que a competição será profissional quando for promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo. Assim, as entidades desportivas que promovam competições profissionais, conseqüentemente estão desempenhando uma atividade habitual e recorrente enquadrando-se na definição de profissional do art. 966, do Código Civil de 2002.

É certo que as entidades desportivas exercem atividade econômica no sentido amplo da palavra, primeiro por expressa disposição no § único, do art. 2º, da Lei n. 9.615/98^[43], depois porque para ser entidade desportiva profissional precisa participar de competições profissionais, que por sua vez, assim são classificadas, se visarem à obtenção de renda.

Adotando o sentido estrito da palavra "econômica", que seria atividade que visa obter lucro com reversão do mesmo para o patrimônio do empreendedor, poder-se-ia descartar a atividade das entidades desportivas profissionais como econômica, porque os associados não participam da divisão dos lucros. É claro que se tornando uma sociedade conforme determina a Lei 10 672/03, a repartição dos lucros, se existentes, será obrigatória.

Com toda certeza, pode-se dizer que atividade das entidades desportivas profissionais é organizada nos termos do art. 966, do Código Civil, pois reúne os fatores de produção de modo preponderante, não se vinculando estritamente a intelectualidade dos atletas,

tanto que eles trocam de entidades de prática desportiva, assim como, os técnicos. O serviço não é infungível, ao contrário, se não está desempenhando adequadamente seu papel, o atleta ou o técnico são substituídos.

Assim, exceto quanto ao aspecto da distribuição de lucros a atividade das entidades desportivas é absolutamente passível de ser considerada empresária. Vale ressaltar que atualmente a quase totalidade dessas entidades está organizada irregularmente sob a forma de associação, o que ensejaria o impedimento da distribuição de lucros. Esse impedimento, no entanto, pode ser afastado desde que atendam ao preceito impositivo de se transformarem em sociedades empresárias.

Seguindo essa linha de raciocínio, cumpre responder afinal, se as entidades desportivas profissionais sujeitam-se à falência e à recuperação de empresas previstas na Lei nº. 11.101/05.

II. 3) Entidades desportivas, organizações empresariais - sujeição à falência e à recuperação de empresa.

O art. 1º, da Lei 11.101/05, prevê o seu campo de abrangência é a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Como asseverado, as entidades desportivas profissionais são suscetíveis de serem consideradas como entidades empresárias, ou por certa imposição legislativa ou por interpretação ampliativa do conceito de atividade econômica, porque exercem atividade profissional com a reunião de fatores de produção.

De acordo com a Lei n. 10.672/03, as entidades desportivas devem se transformar em sociedades empresárias o que as leva estar sujeitas aos artigos 968 e 973, do Código Civil de 2002. O art. 968 do Código Civil de 2002 determina que o empresário e conseqüentemente a sociedade empresária se registre na Junta Comercial da sua sede antes do exercício da atividade. A falta desse registro acarreta uma situação de exercício irregular da atividade empresarial, se estiverem praticando sua atividade habitual.

Sobre essa irregularidade incide o comando do art. 973 do Código Civil de 2002, segundo o qual "a pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de

empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas". Isso significa dizer que as entidades desportivas podem ser partes passivas em ações de falência.

Observe ademais, que o art. 94, da Lei nº. 11.101/05 ao enumerar as causas que ensejam a decretação da falência faz referência a devedor. Deve-se entender por devedor, o empresário e a sociedade empresária, regulares ou irregulares. De outro modo, não se pode concluir da mesma maneira em relação à recuperação de empresa, pois tanto art. 48 quanto o art. 161, da Lei nº. 11.101/05 exigem para a recuperação judicial e para a recuperação extrajudicial, a condição de exercício regular da atividade empresarial há mais de 2 (dois) anos, além de outros requisitos.

Comprova-se o exercício regular da atividade empresarial com certidão extraída junto ao Registro Público de Empresas (art. 51, V, Lei nº. 11.101/05).

É claro que ao se registrarem na Junta Comercial, com adoção de uma das formas societárias empresarias e tendo completado o período de 2 (dois) de exercício regular, e preenchidas as demais condições como a de não estar declarada falida, as entidades desportivas poderão se beneficiar dos institutos da recuperação de empresa, judicial e extrajudicial. Não somente deles, mas também dos outros benefícios destinados com exclusividade aos empresários, como a prova em juízo com livros contábeis particulares.

Considerando como notória a situação de crise financeira de alguns clubes (entidades de prática desportiva) de futebol brasileiros, pode-se afirmar que o instituto jurídico da recuperação de empresa seria uma boa medida para reverter essa realidade e promover a sua recuperação e por fim àquelas entidades desportivas que não apresentam condições de serem recuperadas.

As entidades desportivas se encaixam nos parâmetros estipulados no art. 966, do Código Civil para a caracterização de empresário e não exercem atividades de assistência, benemerência, políticas, culturais ou religiosas. Ao contrário, exercem atividade que visa à obtenção de renda, por isso, devem ser consideradas empresárias, suscetíveis à falência e se regularmente inscritas na Junta Comercial, há mais de 2 (dois) anos, à recuperação de empresa também.

Item III) Conclusões Finais:

Este artigo assevera que o Direito Desportivo é um microssistema e no que concerne às relações trabalhistas do atleta de quatorze a dezoito anos existe uma inconstitucionalidade no art. 29, §4º, da Lei nº 9615/98 merecendo aplicação dos princípios e regras da Constituição da República do Brasil de 1988, aqueles notadamente Princípios da Proteção Integral, do Melhor Interesse, da Prioridade Absoluta e do Interesse Público Primário e estas notadamente pela aplicação do art. 7º, XXXIII, o que acarreta a possibilidade de aplicação aos atletas menores de idade de todos **os direitos** trabalhistas especiais previstos pela Lei nº. 9615/98 e subsidiariamente pela aplicação de os direitos previstos no contrato de emprego especial de aprendizagem da CLT e demais direitos nela previstos para empregados não aprendizes. Da mesma maneira, é necessário aplicar as regras e os princípios do Direito Empresarial às entidades desportivas para efeito de considera -las como sociedades empresárias nos termos do art. 966, do Código Civil de 2002 e nos termos do art.1º, da Lei nº.11.101/05 reconhecer a sujeição das mesmas à falência e se regularmente inscritas na Junta Comercial, há mais de 2 (dois) anos, à recuperação de empresa também.

Item IV) Bibliografia:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho**.3ª ed., São Paulo: LTr, 2008

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (Coord.) **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Contributi ad un dizionario giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1994.

_____. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO NETTO, M. . Requisitos Pragmáticos Da Interpretação Jurídica Sob O Paradigma Do Estado Democrático De Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Repartição de competência na Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, ano 1, v. 1, p. 123-142, junho/94

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** - Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Tradução de A. MENEZES CORDEIRO, 3.^a Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Microsistema processual para tutela de Direitos Coletivos. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v.18, n. 35, p. 11-37, mar. 2008

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma no Instituto da Aprendizagem no Brasil: anotações sobre a Lei nº 10.091/2000. **GÊNESIS**, Curitiba, nº 98, p. 161-320, fev./2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos - A contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. I, n. 2, p. 134-142, 2º semestre de 1998

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I.

_____. A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito. *In*: Habermas, **A inclusão do outro** - Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Estado nacional europeu - Sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. *In*: Habermas, **A inclusão do outro** - Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann. Paris: Dalloz, 1962.

_____. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 2, p. 361-369, mar./1998

MARCONCES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo: Aspectos Teóricos e Práticos**. SP: IOB Thomson, 2006

_____. **Desporto na Nova Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Piraci. Liberdade e autonomia associativa e a inconstitucionalidade na transformação obrigatória dos clubes em empresas. **Revista brasileira de Direito Desportivo**. v. 4, n. 8, jul./dez. 2005, São Paulo: IOB Thomson: Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, 2002.

PEIXOTO, Euler da Cunha. Empresário individual e sociedade empresária. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, n. 11, 2005, p.114-115.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. Historia do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROSA, Edgard Lincoln de Proença. Aspectos do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 71, p. 177-185, jul.-set./1981.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 02, p. 37-69, abr.-jun./1998.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença** - As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas com deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. n. 25, p. 243-245.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os Chamados Microssistema e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa**. In: **Problemas de Direito Civil**. RJ: Renovar, 2001

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VOGEL, Juan Joaquín. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEY. **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ZAINAGHI, Domingos Savio. **Os Atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998

_____. **Nova Legislação Desportiva. Aspectos Trabalhistas**. 2ª edição, SP: LTr, 2004.

[1] -MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo: Aspectos Teóricos e Práticos**. SP: IOB Thomson, 2006, p.27 -54

[2]- ZAINAGHI, Domingos Savio. **Os Atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p.10-40

[3] -MELO FILHO, Álvaro. **Desporto na Nova Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990. p. 10-50

[4] - CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Tradução de A. MENEZES CORDEIRO, 3.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

[5] - TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os Chamados Microssistema e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa**. In: **Problemas de Direito Civil**. RJ: Renovar, 2001, p. 1 e seg.

[6] - Esta teoria não se confunde com a Teoria Sistêmica do Direito de NIKLAS LUHMAN *APUD* TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

[7]- Lei n.º 8.078/1990.

[8] -Lei n.º 8.069/1990.

[9] -Nomenclatura proposta pela doutrina especializada em face do duplo significado que se verificava com a sigla ECA, que, por vezes, era utilizada em tom pejorativo.

[10] -Lei n.º 10.741/2003.

[11] -Lei n.º 7.347/1985.

[12] - Estatuto do Ministério Público da União.

[13] -Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite, que divide os atuais sistemas processuais laborais em três espécies, a saber: a) jurisdição trabalhista individual (voltada para as demandas de caráter singular); b) jurisdição trabalhista normativa (destinada para os dissídios coletivos); e, c) jurisdição trabalhista metaindividual (vocacionada para os direitos e/ou interesses metaindividuais). **In Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. LTr: São Paulo, 2006, p. 133-135. Ressalte-se que Celso Antonio Pacheco Fiorillo denomina este microsistema de jurisdição civil coletiva e considera a sua existência pela formação do CDC e LACP (**Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 348).

[14] -FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Microsistema processual para tutela de Direitos Coletivos. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, v.18, n. 35, p. 11-37, mar. 2008.

[15]-CARVALHO NETTO, M. Requisitos Pragmáticos Da Interpretação Jurídica Sob O Paradigma Do Estado Democrático De Direito. Revista Brasileira de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

[16] - GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos - A contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. I, n. 2, p. 134-142, 2º semestre de 1998

[17] -ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997. p. 81.

[18] -CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1995. p. 165.

[19] -BOBBIO, Norberto. Contributi ad um Dizionario Giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1994

[20] -GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

20 -Neste sentido Cavallieri CAVALLIERI, A. Direito do menor: um direito novo. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p. 384-440, maio/1979. *Apud* MOURA COELHO, Bernardo Leôncio. As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a Lei nº 10.097/2000. GENESIS, Curitiba, n. 98, fev./2001, p. 178, assevera existirem três teorias principais que visavam justificar as opções legislativas:...a) a doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela ONU, na qual a lei asseguraria a satisfação de

todas as necessidades das pessoas de menor de idade, nos seus aspectos gerais; b) a doutrina do direito Penal do "Menor", pela qual o direito só se ocupa do "menor" a partir do momento em que pratique um ato de delinquência; c) doutrina intermediária da situação irregular, em que os "menores" são sujeitos de direito quando se encontram em estado de patologia social, definida legalmente.

21 - CURY, Munir (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 8ª Ed., SP: Malheiros, 2006, p. 40- 41

22 - PEREIRA, Tânia Silva (coord.). O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar. SP: Renovar, 2000, p.1 - 102

[24] -O programa do PETI está disponibilizado a todos os **municípios** por meio da identificação das situações de trabalho infantil, cabendo à Secretaria Municipal de Assistência Social realizar o cadastramento das famílias, crianças e adolescentes no CadÚnico e ofertar o serviço socioeducativo no âmbito de seu território...o Incluir as famílias nas ações da rede socioassistencial., in [Portaria nº 458, de 4 de outubro de 2001](#) ... [Portaria nº 666 de 28 de dezembro de 2005](#) - Disciplina a integração entre o Programa Bolsa-Família e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e [Instrução Operacional Conjunta Senarc/SNAS MDS Nº 01, de 14 de março de 2006](#) .

25-"Art. 212. A União aplicará, anualmente, **nunca menos de dezoito**, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **vinte e cinco por cento, no mínimo**, da **receita resultante de impostos**, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do **ensino...**" (Negritos Nossos)

26 -PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. [Tradução Wagner D. Giglio e Edson Alkimim Cunha]. 3ª edição atualizada. São Paulo: LTr, 2000.

[27] -BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho.3ª ed.Paulo: LTr, 2008, p.115-117 e 123-124

[28] -ZAINAGHI, Domingos Sávio. Nova Legislação Desportiva. Aspectos Trabalhistas. 2ª edição, SP: LTr, 2004, p.29-40 e 51-59

[29] - BARROS, *Op. cit.*, p.116.

[30] -PEIXOTO, Euler da Cunha. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 11, 2005, p.114-115.

[31] PEIXOTO, Euler da Cunha. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 11, 2005, p.115.

[32] MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

[33] SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*. n. 25, p.243.

[34] REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith. *Historia do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 225.

[35] MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

[36] MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

[37] SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*. n. 25, p.247.

[38] PEIXOTO, Euler da Cunha. Empresário individual e sociedade empresária. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 11, 2005, p.115.

[39] REsp 872.311-RJ, 2a. T., rel. Min. Castro Meira, DJ 26/04/2007, p. 3 do voto.

[40] OLIVEIRA, Piraci. Liberdade e autonomia associativa e a inconstitucionalidade na transformação obrigatória dos clubes em empresas. *Revista brasileira de Direito Desportivo*. v. 4, n. 8, jul./dez. 2005, São Paulo: IOB Thomson: Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, 2002.p.34.

[41] OLIVEIRA, Piraci. Liberdade e autonomia associativa e a inconstitucionalidade na transformação obrigatória dos clubes em empresas. *Revista brasileira de Direito Desportivo*. v. 4, n. 8, jul./dez. 2005, São Paulo: IOB Thomson: Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, 2002.p.35.

[42] OLIVEIRA, Piraci. Liberdade e autonomia associativa e a inconstitucionalidade na transformação obrigatória dos clubes em empresas. *Revista brasileira de Direito Desportivo*. v. 4, n. 8, jul./dez. 2005, São Paulo: IOB Thomson: Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, 2002.p.36.

[43] Lei n. 9615/98. "Art. 2o. (...) parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios: I - da transparência financeira e administrativa; II - da moralidade na gestão desportiva; III - da responsabilidade social de seus dirigentes; IV- do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional; V- da participação na organização desportiva do País."

SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL*

ABOUT THE UNCONSTITUTIONAL THING JUDGED

Marcella Alves Mascarenhas

RESUMO

Pretende-se, através do presente trabalho, analisar a chamada coisa julgada inconstitucional bem como suas múltiplas implicações no sistema jurídico. A inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado pode decorrer de declaração posterior pelo Supremo Tribunal Federal de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma em que se baseou a demanda ou, até mesmo, da violação de princípio ou norma constitucional pelo magistrado ao prolatar o julgado. Faz-se necessária, portanto, a compreensão do aludido fenômeno para que seja ponderada a admissibilidade da relativização da coisa julgada em alguns casos particulares. O conflito que se vislumbra entre a necessidade de manutenção e preservação da segurança jurídica versus a busca pela justiça da decisão será utilizado como base das argumentações, assim como o exame de alguns posicionamentos doutrinários divergentes.

PALAVRAS-CHAVES: SENTENÇA, COISA JULGADA, INCONSTITUCIONALIDADE, RELATIVIZAÇÃO.

ABSTRACT

It is intended, through the present work, to analyze what is called unconstitutional thing judged as well as its multiple implications in the legal system. The unconstitutionality of the sentence passed into adjudged may elapse of a later declaration from the Supreme Federal Court of constitutionality or unconstitutionality of norm which was based the demand or, even though, of the violation of principle or constitutional rule by the judge when pronouncing the judgement. It is necessary, therefore, the comprehension of this phenomenon in order to consider the admissibility of the relativization of thing judged in some particular cases. The conflict between the need for maintenance and preservation of legal certainty versus the pursuit of justice in the decision will be used as the basis of arguments, as well as the examination of some diverge doctrinal positions.

KEYWORDS: SENTENCE, THING JUDGED, UNCONSTITUTIONALITY, RELATIVIZATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A essência do presente trabalho está em definir o fenômeno da coisa julgada inconstitucional em seus diversos aspectos, suas hipóteses de ocorrência, bem como as conseqüências que lhe são inerentes. Por conseguinte, serão apontados parâmetros de reflexão acerca da admissibilidade da relativização da *res judicata* como forma de preservação da constitucionalidade dos atos estatais sem que haja uma afronta direta ao princípio da segurança jurídica.

É de grande importância para o Poder Judiciário fazer com que as decisões prolatadas pelos seus tribunais sejam definitivas, levando-o assim a adquirir credibilidade e sentido perante a sociedade. Além do mais, um Poder Judiciário sólido e eficaz é pressuposto de um Estado Democrático de Direito tendente a resguardar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

É nesse contexto que se insere a garantia constitucional da coisa julgada, que, além de pressuposto lógico da segurança jurídica, é instrumento hábil a salvaguardar os direitos reconhecidos nas relações jurídicas travadas em juízo e a defender a manutenção do resultado da prestação jurisdicional.

Serão abordadas a seguir algumas questões preliminares acerca do instituto da coisa julgada, como sua natureza e peculiaridades, bem como sua proteção constitucional, para finalmente adentrar-se no estudo da hipótese em que a sentença transitada em julgado se mostrar contrária à Constituição, seja por trazer este vício desde o momento de sua prolação ou, até mesmo, em virtude de declaração posterior pelo Supremo Tribunal Federal de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma em que se baseia o julgado. A doutrina se divide com relação à necessidade ou não de relativizar a coisa julgada nesses casos, com suas devidas implicações.

Serão analisados a seguir estudos realizados por alguns autores nesse sentido, de modo a cristalizar, ao final, o entendimento fruto da presente proposta.

2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA.

2.1. Natureza e Peculiaridades.

O princípio da autoridade da coisa julgada, tão caro e tão reverenciado em todos os ramos do direito, se relaciona com a necessidade imprescindível da manutenção da ordem e da paz social e se justifica através do pressuposto de que deve haver uma resposta final e definitiva para cada matéria levada à apreciação do Judiciário.

Como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco sobre a coisa julgada, esta "resolve-se em uma situação de estabilidade, definida por lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas." [1]

De acordo com o Direito Romano, a coisa julgada era entendida como a indiscutibilidade subsequente de um provimento jurisdicional. Isso se dava sem qualquer preocupação em atribuir uma presunção de verdade à resposta judicial, mas por um motivo eminentemente prático: a necessidade de certeza e segurança para a sociedade. [2]

Atualmente, ainda no mesmo sentido atribuído pelos romanos, a coisa julgada é também evidada de cunho político, revelado através de uma exigência prática cotidiana.

Conforme o entendimento do jurista Vicente Greco Filho [3]:

"O fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios"

Através das considerações tecidas acima, pode-se compreender com clareza os principais fundamentos do princípio da intangibilidade da coisa julgada, quais sejam, a segurança jurídica, através do qual se procura evitar a eternização dos processos, e a garantia da tutela jurisdicional efetiva [4].

A busca pela segurança jurídica tem-se demonstrado uma das principais tendências da história do Direito. Isso porque as pessoas precisam da certeza de que não serão novamente chamadas para discussão de uma causa já finda. Caso isso ocorresse o Judiciário careceria de legitimidade e credibilidade perante a sociedade. Além do mais, não se deve esperar que a definitividade da sentença decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da excelência do julgado. Esta situação, embora ideal na teoria, nunca poderia ser aplicada na prática.

Sobre o tema, já se manifestou o Prof. Leonardo Greco [5]:

“A coisa julgada é garantia fundamental do processo porque se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufruí-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (art. 5º, inciso I, da Constituição), pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.”

Desta forma, e ainda hoje, o valor da justiça da decisão não é levado em consideração para a configuração desse instituto, o que não significa que este seja essencialmente injusto.

2.2. Definição

De acordo com a lição de Eduardo Talamini[6], o instituto da coisa julgada foi, por muito tempo, entendido como sendo um efeito da sentença. Assevera o autor que Liebman[7] foi o responsável pela completa superação dessa noção, alegando que a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da decisão, e não um de seus efeitos. Uma prova disso é que os efeitos da decisão podem se produzir mesmo antes da formação da coisa julgada, portanto, esta última vai além do que os efeitos por si só já proporcionam.

Ensina ainda que Barbosa Moreira[8] fez um reparo na teoria de Liebman no sentido de que, para ele, a coisa julgada não consistiria na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade de seu conteúdo. Isso porque, mesmo que os efeitos se modifiquem ou se extingam, o mesmo objeto não poderá ser apreciado novamente. No entanto, os dois concordaram em relação à distinção da coisa julgada com os efeitos da sentença.

Por fim, Talamini aponta a teoria de Ovídio Baptista[9], segundo a qual a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai apenas sobre a declaração contida na sentença. “Aquilo que Barbosa Moreira denominou de ‘conteúdo’ da sentença, que se torna imutável, seria, a rigor, o seu elemento declaratório”.

Em síntese, foi constatada a possibilidade de que os efeitos da sentença fossem alterados ou extintos pela vontade das partes sem que constituísse afronta à autoridade da coisa julgada. E conclui:

“Evidencia-se também estar superada toda e qualquer concepção que pretenda relacionar a coisa julgada com o conceito de ‘verdade’. A coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional[10]”.

3. A COISA JULGADA E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI, estatuiu a garantia à coisa julgada como forma de preservar a segurança jurídica nas decisões judiciais transitadas em julgado, como anteriormente ressaltado, sendo esse um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Através de uma interpretação sistemática do referido dispositivo, pode-se observar que a intenção do constituinte foi a de proibir a alteração do conteúdo do julgado pela lei após a formação da coisa julgada. Ou seja, editada a sentença sobre determinado caso concreto, nada importa que a lei disciplinadora do assunto seja alterada, uma vez que a solução prescrita pela sentença, ainda que tenha que produzir seus efeitos no futuro, é intocável, não podendo lhe opor comando diferente, ainda que editado por lei.

Com base no entendimento do ilustre Prof. José Afonso da Silva[11]:

“Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica. A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional”.

Conforme se depreende da lição do supracitado autor, o instituto da *res judicata* não deve ser tido como absoluto. O dispositivo constitucional adquire a finalidade de impedir o legislador de prejudicar a coisa julgada ao legislar.

São explícitos, novamente, os valores da economia e segurança jurídica tutelados pela proteção à coisa julgada, tendo a Carta Magna obstaculizado ao legislador ordinário a edição de normas colidentes com os casos já decididos pelo Judiciário, sobre os quais operou-se a coisa julgada. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados.

Necessário se faz ressaltar o fato de que a proteção dada ao instituto é restrita ao teor do julgado, e não à amplitude da coisa julgada propriamente dita. Caso prevalecesse a segunda hipótese, a ação rescisória seria inconstitucional, uma vez que se trata de remédio jurídico que tem como único objetivo desconstituir a coisa julgada. Da mesma

forma, seria inconstitucional o instituto da revisão criminal, dado que a revisão pode ser requerida em qualquer época, não se configurando obstáculo a ela a própria *res judicata*. Nesse sentido, e mais além, conclui Tesheiner[12]:

“A ação rescisória poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se se entendesse essencial a existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição como se ela apenas protegesse a chamada *coisa soberanamente julgada*, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevocáveis pelo decurso de tempo. Mas a proteção constitucional da coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevocáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material”.

Em síntese, importa o fato de que não é aceitável a sentença transitada em julgado ser reformada com base em ofensa à lei superveniente.

Porém, não se está com isso a defender que somente possui caráter de norma constitucional a proteção contra a atuação do legislador. Isso porque parte da doutrina tem oferecido certa resistência quanto à aceitação do caráter de garantia constitucional do instituto da *res judicata*. Aduzem que o constituinte somente elevou a esse grau a proteção da coisa julgada contra o ataque do legislador, deixando o restante da matéria a ser disciplinada pela lei infraconstitucional, adquirindo, portanto, esse *status*. Este é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior[13]:

“A preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova”.

No mesmo sentido, é a lição de José Augusto Delgado[14]:

“O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada”.

Ainda nesta esteira reside a tese de Paulo Roberto de Oliveira Lima[15]:

“Trata-se, pois, de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador ou seja, ao legislar é interdito ao Poder Legiferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária”.

Não parece plausível proteger o instituto contra atos do Poder Legislativo e, em contrapartida, deixá-lo imune a ataque pelo Judiciário, que está muito mais suscetível a fazê-lo em sua atividade. Mais do que isso, não parece ter sido esta a vontade do constituinte.

O intérprete da Constituição não deve se ater apenas às palavras secas da lei, mas deve analisá-las de forma a compreender todo o contexto da sua formação. Como profundamente salientado acima, o instituto da coisa julgada é pressuposto indispensável da segurança jurídica. Esta, por sua vez, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo, pois, de tamanha importância. Tanto que fora inscrita no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, entre as mais importantes garantias fundamentais. Desta forma, assim como o Prof. Leonardo Greco[16], entende-se residir aí o caráter de norma constitucional da coisa julgada, sendo pressuposto indispensável da segurança jurídica. Segundo o autor,

“A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

E ainda assevera que “a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988[17]”.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso argumenta que o intérprete constitucional deve se posicionar como guardião da coisa julgada, velando pela confiança, estabilidade, previsibilidade e igualdade que tornam a vida civilizada. Explica ainda que a *res judicata* encontra-se sob a proteção do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, uma vez que sua intangibilidade teria sido consagrada no art. 5º, XXXVI, do mesmo diploma[18].

Por fim, cabe salientar o estudo de Luiz Guilherme Marinoni[19] no tocante à presente discussão. Para ele, “como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares. Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em ‘princípio da intangibilidade do caso julgado’ como garantidor da ‘segurança jurídica’[20]”.

4. SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Tem sido motivo de discussão pela doutrina a situação em que a sentença transitada em julgado se revela contrária à Constituição Federal. Deverá ou não a coisa julgada ser relativizada nesses casos? Para se chegar a uma conclusão acertada nesse sentido cabe, primeiramente, uma breve análise das questões que o cercam.

Diz-se haver coisa julgada inconstitucional quando uma decisão judicial transitada em julgado se mostrar contrária a princípio ou norma constitucional. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a sentença se basear em norma inconstitucional, em interpretação incompatível com a Constituição, em violação direta de norma constitucional, ou até na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma. A situação se torna ainda mais controversa quando a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal que afeta o teor do julgado é emanada após escoado o prazo para propositura de ação rescisória.

Seria correto dizer, teoricamente, que a coisa julgada inconstitucional somente poderia ocorrer quando a declaração do STF acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma se desse após seu trânsito em julgado. Isso porque, caso a declaração já fosse conhecida com o processo em trâmite, as partes ainda teriam a oportunidade de argüi-la e o magistrado teria a obrigação de fazê-lo *ex officio*. Até porque, as decisões do Supremo (seja em controle abstrato, seja através de controle incidental) possuem efeito vinculante. O mesmo se diga em se tratando de violação direta de norma constitucional, em que a situação fica ainda mais evidente e, da mesma forma, as partes ainda dispõem das vias recursais e da ação rescisória para sanar o vício. Ocorre que, infelizmente, o controle de constitucionalidade sempre teve como alvo principal os atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, ficando o Judiciário um pouco alheio a tal mecanismo. Destarte, a inconstitucionalidade de sentenças transitadas em julgado está suscetível de ocorrer em ambos os casos.

Como já observou Carlos Valder do Nascimento, em referência à obra de Paulo Otero, “o Poder Judiciário há de moldar-se ao modelo do Estado de Direito, de sorte que esse regime só pode ser a admissibilidade de controle das referidas decisões com fundamento em inconstitucionalidade e a sua inerente modificabilidade”. [21] Caso isso não ocorra estar-se-ia por admitir que o Judiciário se encontra acima da Constituição, representando um verdadeiro poder constituinte paralelo, ou, no mínimo, a sua superioridade em relação aos demais poderes, violando profundamente o princípio constitucional da separação de poderes.

Da mesma forma é o entendimento de Pedro Antunes de Siqueira[22]:

“Como os atos típicos dos Poderes Legislativo (leis) e Executivo (atos administrativos) se submetem ao controle de constitucionalidade, não se pode pretender atitude diferente para com o ato por excelência do Poder Judiciário: a sentença. Do contrário, estar-se-ia violando o art. 2º, CF. Assim, tendo em vista a igualdade com que devem ser tratados os Poderes do Estado e, especialmente, seus atos típicos, também a coisa julgada se submete ao crivo da Constituição. Caso a contrarie, deve ser retirada do ordenamento jurídico vigente, como ocorre com os atos normativos dos demais poderes”.

No mesmo sentido, é pertinente a lição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria[23]:

“Há, com efeito, uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado, donde deve ser maior a preocupação com a constitucionalidade e legalidade de suas decisões, não se podendo mais deixá-las à margem de um controle efetivo.”

Entretanto, a partir do momento em que a sentença inconstitucional transitou em julgado o problema passa a ser outro. É certo que, como asseverado acima, o ordenamento jurídico não pode ceder espaço a atos do Judiciário que contrariem a Constituição, o que deve ser remediado através de um mais rígido controle. Porém, quando se forma a coisa julgada entram em questão outros fatores de grande relevância, como a segurança jurídica, formando um conflito de valores que poderia ser sintetizado no já conhecido “justiça *versus* certeza” da decisão. Por ser esta uma questão mais complexa e merecedora de maior atenção, outros pontos serão discutidos antes de partir para sua análise aprofundada.

4.1. Natureza Jurídica

De acordo com o entendimento de alguns autores, a sentença eivada de vício de inconstitucionalidade seria juridicamente inexistente e, por conseguinte, não estaria apta a produzir efeitos e nem poderia transitar em julgado. Entende-se que, do mesmo modo que o sistema jurídico não tolera lei inconstitucional, também não pode haver essa tolerância em relação a sentenças inconstitucionais.

Nesta esteira se encontra a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina[24], onde defendem que as sentenças inconstitucionais são desprovidas de possibilidade jurídica do pedido, por abrigarem pedidos inconstitucionais. Ressaltam que, nesses casos, o magistrado deveria extinguir o feito sem resolução de mérito sob pena de ser a sentença inexistente. Além do mais, observam que a sentença nunca

atingiria o patamar de coisa julgada, visto que inexistente a sentença e, desta forma, não seria necessária sua desconstituição através da ação rescisória.

Não parece acertado esse entendimento que, como numa reação em cadeia, leva a uma série de conclusões equivocadas por derivação.

Primeiramente cumpre ressaltar que, as sentenças eivadas de vício de inconstitucionalidade são, sim, existentes. Isso se comprova pelo fato de que estas estão aptas a produzir efeitos normalmente no mundo jurídico no caso de não lhes faltar componente material imprescindível para sua ocorrência.

É válido frisar que a desconformidade com a Constituição não é falta de elemento material indispensável para sua existência, como o seria a falta de assinatura do magistrado ou a sua prolação por pessoa não investida de jurisdição. Desta forma, uma vez prolatadas e, não havendo discussão acerca da violação à Carta Magna, as sentenças inconstitucionais seguirão seu curso normal e transitarão em julgado. Isto se dá pelo simples fato de que a inconstitucionalidade é causa de nulidade, e, como tal, deve ser declarada por órgão competente para que seja reconhecida, da mesma forma como acontece com a lei inconstitucional. Caso assim não fosse, estar-se-ia a admitir que qualquer pessoa poderia se recusar a observar uma lei que considerasse inconstitucional, pelo simples fato de julgá-la inexistente. Da mesma forma que, caso se admitisse não haver o trânsito em julgado em virtude da suposta inexistência, qualquer juiz poderia constantemente violar a coisa julgada, inclusive de decisões prolatadas por tribunais superiores. Estar-se-ia a ameaçar, deliberadamente, a segurança jurídica.

Como assevera o constitucionalista português Paulo Otero[25]:

“Os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões judiciais inconstitucionais”.

Portanto, uma vez reconhecido o vício da inconstitucionalidade, deve o mesmo ser declarado pelo tribunal competente para que então o julgado seja considerado inválido e não apto a produzir efeitos jurídicos.

Partindo então do pressuposto de que são existentes e transitam em julgado, existe a possibilidade de desconstituir tais decisões através de ação rescisória caso ainda não escoado o prazo para propositura.

Cumpre, entretanto, analisar em quais situações será justificável e razoável a desconstituição da coisa julgada em virtude da inconstitucionalidade da decisão.

4.2. Da Relativização da *res judicata*.

O tema da relativização da coisa julgada despertou grande interesse entre os doutrinadores, trazendo algumas controvérsias e muitas questões relevantes a serem analisadas.

Como já anteriormente salientado, a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado pode advir de duas situações. Primeiramente há a situação em que, ao prolatar o julgado, o magistrado desrespeita princípio ou norma contemplados na Carta Magna. A segunda hipótese pode ocorrer de duas formas: quando a lei ou a interpretação utilizada como base na sentença é, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; ou quando o julgado se baseia na inconstitucionalidade de uma norma que posteriormente é reconhecida como constitucional pelo Tribunal Supremo.

Há de lembrar-se que, dentro da hipótese em que o magistrado fere disposição constitucional ao prolatar a sentença, também se encontra aquela situação em que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo STF de uma norma é emitida no decurso do processo. Nesses casos, o magistrado teria a obrigação de acolher tais declarações, visto que têm efeito vinculante. Entretanto, no caso de não haver essa observância, nem pelo juiz e nem pelas partes (eis que dispõem ainda das vias recursais), a sentença será tida como inconstitucional.

Com relação à primeira hipótese, em que a sentença afrontou princípio ou norma constitucional, ou em que a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade sobreveio no decurso do processo, a situação parece mais grave. Isso porque, ao analisar o caso concreto, o julgador deveria ter ciência da existência da norma constitucional, e, mais do que isso, tinha o dever de respeitá-la. O juiz não pode estar acima da lei, e, muito menos, da Constituição. Ao magistrado é imposta a obrigação de zelar pela correta observância das normas constitucionais. “Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição”[26]. Diante disso se mostra totalmente inadmissível a ocorrência de dita situação, que parece ser fruto da ausência de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário.

Entretanto, não se pode distanciar das situações reais e acreditar que o Poder Judiciário não está passível de atentar contra a Carta Magna. Isso porque a realidade cada vez mais revela situações em que os juizes estão a adquirir um papel muito mais ativo em sua função de interpretar o direito e de fazê-lo acompanhar o avanço da sociedade. O conceito de magistrado que apenas aplica a letra da lei já se encontra, há muito, ultrapassado.

Em vista disso qual a forma correta a se proceder perante uma sentença transitada em julgado que se mostre contrária à Constituição Federal? Diante do conflito segurança jurídica *versus* justiça da decisão, qual valor deve ser relativizado?

Pois bem. Como brilhantemente salientado pelo Professor Leonardo Greco, “o tema deve ser analisado a partir de certas premissas, sem as quais o intérprete e o jurista podem ser levados a encarar o problema emocionalmente, movidos pelo nobre sentimento da busca incessante da justiça, mas na verdade muitas vezes influenciados por uma prévia e subjetiva valoração do justo e do injusto, que vai em busca dos argumentos para fundamentar conclusões previamente estabelecidas”[27].

Primeiramente deve-se reconhecer a enorme importância da segurança jurídica para a manutenção da paz social. A sociedade precisa obter a crença de que do Poder Judiciário emanam soluções certas e definitivas para os conflitos em geral. A coisa julgada, como garantia constitucional que é, não pode ser constantemente ameaçada através da abertura de exceções para o seu caráter definitivo. Na verdade, a própria essência da exceção já revela a ineficácia da regra. De acordo José Maria Rosa Tesheiner[28], “observa-se, no Brasil, forte tendência no sentido de mitigar ou relativizar o instituto processual da coisa julgada”. No mesmo sentido, assevera o Prof. Leonardo Greco[29] que “a coisa julgada no Direito brasileiro sempre foi e continua sendo ainda muito frágil”. Para ele, entretanto, “a fragilidade da coisa julgada parece inevitável para corrigir erros de uma justiça sem credibilidade, afogada no excesso de causas, que justifica a perda da qualidade e da confiabilidade das suas decisões e propicia que se consolidem julgamentos iníquos”.

Vale, também, trazer à baila as palavras de Nelson Nery Júnior[30], em que o autor se refere ao problema da abertura de exceções no ordenamento jurídico brasileiro:

“Desconsiderar-se a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando de dar-se aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, *caput*). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus espectros – vide MS para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou *regra*, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro – , de sorte que amanhã poderemos ter como *regra* a não existência da coisa julgada, e como *exceção*, para pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão dos valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito, não é providência que se deva prestigiar”.

Desta forma, para que não haja tamanho descrédito ao instituto da *res judicata*, acredita-se na necessidade de haver uma maior cautela ao proceder à sua relativização. Assim como nenhuma regra ou princípio é absoluto, também não o são a segurança jurídica e a coisa julgada. Entretanto, diante de um conflito, um dos caminhos admissíveis é a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho[31]:

“A proporcionalidade pode ser considerada como um princípio de contenção das atividades estatais coibitivo do excesso cometido em nome da vontade do Estado, empregado, assim, no equacionamento de questões envolvendo direitos fundamentais ou o desencontro entre princípios. Nesse diapasão, e a fim de não permitir o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o princípio dos princípios, no campo do direito: o princípio da proporcionalidade”.

O princípio da proporcionalidade, através de seus sub-princípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pode servir de parâmetro para avaliar se seria cabível o afastamento da coisa julgada em caso de flagrante inconstitucionalidade. No caso de, ao prolatar a sentença, o magistrado lesar importante direito fundamental que se sobreponha à segurança jurídica, razoável será a relativização da coisa julgada. O mesmo se diga em relação ao processo penal, no caso de se encontrar equivocadamente comprometido o direito fundamental do réu à liberdade. Para isso existem os institutos da ação rescisória e da revisão criminal. Já com relação aos casos em que a segurança jurídica se mostre mais relevante do que a disposição constitucional afetada, a coisa julgada deverá prevalecer intacta e soberana. Como já reconheceu Tesheiner[32], “O que absolutamente não pode prevalecer é a idéia de que possa qualquer juiz ou tribunal desrespeitar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou erronia”.

Entendimento diverso possui o ministro José Augusto Delgado[33], onde assevera:

“Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoro ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa”.

Com certeza, como expresso nas lições do autor, o sentimento de injustiça que advém da violação dos ditames constitucionais é lastimável, porém, parece que o ministro acabou por encarar o referido problema emocionalmente, como alertado acima nas palavras do Prof. Greco.

Entretanto, o que não foi observado pelo autor é que, tão ou mais lastimável do que permanecer inerte perante uma sentença transitada em julgado que afronte a Constituição seria reformá-la após transcorrido o prazo para rescisória. Isso porque se estaria novamente violando a Carta Magna. Não reformar sentenças inconstitucionais que já foram atingidas pela coisa julgada não significa ignorar a Constituição, mas agir

segundo seus ditames preservando a segurança jurídica. É claro que isto, como já salientado, quando dessa violação não advenha lesão a direito constitucional mais importante que a própria segurança jurídica, hipótese em que a relativização é razoável. Nesse caso, quando não mais cabível a ação rescisória, poderá, excepcionalmente, ser utilizada a ação declaratória de nulidade.

Relevante também se mostra o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara[34], no qual o autor ressalta que não se pode admitir a relativização da coisa julgada diante da mera alegação de injustiça da sentença. Segundo ele, citando a obra de Othmar Jauernig[35]:

“É mais suportável que uma sentença incorrecta exista e deva aceitar-se, que qualquer sentença possa ser impugnada a todo o momento. Assim, o caso julgado garante que, mesmo no caso concreto, domine a segurança jurídica e desse modo um elemento essencial do Estado de Direito”.

No entanto, assim como muitos outros autores, Alexandre Câmara mantém seu posicionamento no sentido de admitir a relativização da coisa julgada sempre que se observar que houve afronta à Constituição. Argumenta que “a inconstitucionalidade é o mais grave vício de que pode padecer um ato jurídico, não sendo possível aceitar a idéia de que o trânsito em julgado de uma sentença que contraria a Constituição seja capaz de sanar tal vício” [36].

Assim como o autor, entende-se inequívoco que a inconstitucionalidade é um grave vício que não é sanado com o manto da coisa julgada. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que o sistema jurídico concede várias oportunidades para que tal afronta seja corrigida. Conforme ensina Tesheiner[37],

“Há consenso, entre nós, no sentido de que temos recursos demais. A assertiva é geralmente referida aos recursos em sentido estrito, mas deve ser estendida aos recursos *lato sensu*, pois compõem todos eles o vasto arsenal de que dispõem partes e advogados para atacar decisão interlocutória ou sentença”.

Desta forma, quando não mais admissíveis as vias recursais, dispõem ainda as partes da ação rescisória, com prazo de dois anos para ser interposta. Acredita-se ser esse tempo razoável para que seja reconhecida a inconstitucionalidade, quando não alegada durante o processo e, tampouco, através dos inúmeros recursos disponíveis.

Faz-se importante reconhecer que é chegado um determinado momento em que a discussão precisa ter fim para que a parte possa definitivamente obter a tutela

jurisdicional efetiva. Caso contrário estar-se-ia a prestigiar a inércia daquele que deveria ter alegado o vício através das várias oportunidades que teve e não o fez, deixando eternamente aberta a porta para fazê-lo e ameaçando o direito de outrem que fora reconhecido. Mais do que isso, seria o mesmo que favorecer a morosidade do Poder Judiciário e atentar contra o direito fundamental à razoável duração do processo.

Ainda de acordo com a lição de Tesheiner, “a negativa de coisa julgada apresenta-se como o recurso dos recursos, o mais extraordinário dos recursos, pois dispensa prazo e abre as portas para novas alegações e provas” [38].

No entanto volta-se a insistir que a prevalência pela segurança jurídica não deverá ocorrer nos casos em que, da inconstitucionalidade, advenham graves lesões a direitos fundamentais.

Cabe aqui colacionar trechos da tese de Cândido Rangel Dinamarco[39]:

“Se salienta a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais, a partir da idéia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua um valor em si mesmo. Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo *etc.* É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável”.

E o referido autor conclui, asseverando:

“Não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae* mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários”.

Nessas hipóteses “extraordinárias e raras”, aplicado o princípio da proporcionalidade e comprovado que o valor em questão se mostre mais relevante que a própria segurança jurídica, a coisa julgada deverá ser, justificadamente, relativizada.

Há de ser analisada, igualmente, a situação específica em que, operada a coisa julgada sobre determinada sentença, sobrevenha declaração de constitucionalidade ou

inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de norma a que se refere o julgado.

A questão não é tão simples quanto parece. O problema em torno do qual procura-se apontar soluções é no sentido de que, como já observou o Ministro Gilmar Mendes[40], em razão da multiplicidade de instâncias e entendimentos do sistema difuso de controle de constitucionalidade, a definição de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou interpretação consome tempo significativo. Essa demora para fixação do entendimento do STF faz com que muitas decisões acabem por transitar em julgado antes mesmo da consolidação de um posicionamento definitivo pela Corte Suprema. E, pior do que isso, muitas vezes a formação do entendimento do STF se dá após escoado o prazo para a propositura de ação rescisória.

Ademais é sabido que, para se conseguir acesso ao órgão máximo do Poder Judiciário através do recurso extraordinário, temos como requisito de admissibilidade, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a comprovação da repercussão geral da matéria constitucional levada à análise. Isso significa uma maior dificuldade dos jurisdicionados de levar as questões para o STF e, conseqüentemente, um maior favorecimento na formação da coisa julgada inconstitucional, pela demora da fixação do entendimento do Tribunal sobre determinada matéria.

Diante disso, novamente vislumbra-se o conflito entre os valores da justiça *versus* segurança jurídica. Faz-se imprescindível, portanto, que seja estabelecida uma solução objetiva com vistas a superar tais situações e tornar a questão incontroversa.

A ação rescisória é o meio processual que tem como finalidade precípua a desconstituição da coisa julgada. Tem previsão constitucional (art. 102, I “j”), e, dentre suas hipóteses de cabimento, se encontra a situação onde houver violação de literal disposição de lei (art. 485, V, CPC). Entende-se que também se enquadra nessa hipótese a violação de norma constitucional, visto que significa lesão muito mais grave e significativa para o sistema jurídico. Há de ser lembrado, entretanto, que nessas hipóteses não deverá ser aplicada a súmula 343 do STF, visto que esta não dispõe sobre controvérsia de lei constitucional[41].

Entretanto, é sabido que o prazo para a propositura da ação rescisória é de dois anos. Já se tentou superar a situação acima descrita, da complicação proveniente da demora da fixação do posicionamento do STF, através da ampliação desse prazo, o que, obviamente, se revelou ineficaz[42].

Portanto, inequívoco o prazo previsto para a interposição da referida ação, este deve ser respeitado, sendo que somente nesse interregno será admitida a relativização da coisa julgada com base em declaração superveniente do Supremo Tribunal Federal. Vislumbra-se aí algumas exceções, como no caso da revisão criminal em favor do réu onde, sobrevindo declaração favorável do STF, a coisa julgada será relativizada em prol da liberdade de locomoção.

Ademais, a utilização da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada nos casos de declaração superveniente pelo STF de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma não significa atentar contra a segurança jurídica, visto que a própria Constituição prevê a sua admissibilidade, obviamente, em caráter excepcional.

Transcorrido o prazo de dois anos, a opção do constituinte foi no sentido de se preservar a segurança jurídica, não mais havendo possibilidade de relativização.

Nesse sentido, a lição do Professor Leonardo Greco[43]:

“A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura.”

Também no mesmo sentido o entendimento do Ministro Gilmar Mendes[44], onde assevera que “em razão da chamada separação de planos da validade da lei e do ato concreto, tem-se que os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.

Portanto, conforme se depreende, apesar da declaração da Suprema Corte possuir eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, ela não está, por si só, apta a desconstituir provimentos cobertos pela garantia da coisa julgada.

Conforme entendimento de Luiz Guilherme Marinoni[45]:

“É óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores das que as pontuais e raras levantadas pela doutrina.

(...)

O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.”

Uma última análise merece ser feita acerca do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo foi inserido recentemente no sistema jurídico através da lei 11.232/2005 (anteriormente através da Medida Provisória nº 2.180, de 24 de agosto de 2001) e estatuiu a inexigibilidade do título executivo judicial “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”.

A inovação trazida pelo dispositivo foi no sentido de se admitir, paralelamente à ação rescisória, os embargos à execução como meio hábil a relativizar a *res judicata* quando esta se basear em norma declarada posteriormente inconstitucional pelo STF.

Observa-se, diante desse contexto, uma tendência a ampliar a possibilidade de impugnação dos atos concretos inconstitucionais transitados em julgado quando fundados em leis inconstitucionais ou em interpretações tidas como incompatíveis com a Constituição. Porém, nessa hipótese há a restrição do alcance da medida para o processo condenatório, onde a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida através do controle direto ou indireto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se pretende questionar a idoneidade do instituto para o fim a qual se destina, qual seja, desconstituir a coisa julgada, visto que o mesmo está previsto e apto a produzir os devidos efeitos. Entende-se, no entanto, que tal instituto deve ser utilizado com cautela de modo a preservar a segurança jurídica. Para tanto, não pode comportar interpretações extensivas, de modo a tornar-se um meio alternativo para quando escoado o prazo de propositura para a ação rescisória. Deve-se, pois, manter sua aplicação nas únicas condições dispostas pelo legislador, sem que haja ampliação a seu âmbito de incidência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo analisar o instituto da coisa julgada inconstitucional, suas hipóteses de relativização, bem como suas implicações e questões incidentes.

Muitos autores defendem a relativização da *res judicata*, nos casos em que a sentença se mostre inconstitucional, por uma questão lógica de que o sistema jurídico não pode abrigar atos de qualquer dos poderes que se mostrem contrários à Carta Magna. Isso porque todos os atos dos poderes estatais encontram-se subordinados ao princípio da constitucionalidade.

Entretanto, outra parte dos juristas julga arriscada a relativização, sob pena de atentar contra o princípio da segurança jurídica, insculpido no *caput* do art. 5º da CF/88. Além do mais, consistiria esse ato em um desrespeito à garantia da coisa julgada e poderia quebrar a confiança que a sociedade deposita na resolução judicial.

Acredita-se, assim como esta segunda parte dos juristas, que a relativização poderá ocorrer nos casos em que houver severa violação de direitos fundamentais pelo magistrado prolator do julgado inconstitucional. Isso quando, aplicado o princípio da proporcionalidade, o direito fundamental lesado se mostrar mais relevante do que a própria garantia da segurança jurídica. Somente nesse caso a coisa julgada poderá ser

relativizada quando esgotado o prazo para a propositura de ação rescisória, e deverá ser feito através de ação declaratória de nulidade.

Ademais, em se tratando da existência de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal posterior à prolação do julgado, fazendo com que este se torne inconstitucional, a relativização da *res judicata* somente poderá ocorrer por meio de ação rescisória, no prazo previsto legalmente de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença, ou através de embargos do devedor, nos termos do artigo 741 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único.

Em se tratando de hipótese de inconstitucionalidade que, além de não trazer em seu bojo transgressão a relevante direito fundamental, não mais seja passível de desconstituição através de ação rescisória, estar-se-á diante da situação em que se mostra muito mais razoável a preservação da segurança jurídica como forma de garantia da tutela jurisdicional efetiva, a qual é dever de qualquer Estado que se diga Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2ª ed.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípio Constitucionais. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. *In: Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível na Internet:

http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=85. Acesso em 15 de julho de 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2ª ed.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *In: Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. (organizadores). Belo Horizonte: Fórum, 2006

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Paulo Eduardo Pinheiro Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). *In Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Relativização da Coisa Julgada*. Disponível na internet: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm>. Acesso em 17/07/2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador), Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed.

WANBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada, Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material, In.: *Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador) Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 54/55.

[2] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 154.

[3] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 242.

[4] GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.225/286.

[5] *Ob. cit.*, p. 225/286.

[6] TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193.

[7] LIEBMAN, Enrico Túlio. *Apud* TALAMINI, Eduardo, *ob. cit.* p. 195.

[8] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apud* TALAMINI, Eduardo, *ob. cit.* p. 197.

[9] SILVA, Ovídio Baptista da. *Apud* TALAMINI, Eduardo, *ob. cit.* p. 200.

[10] TALAMINI, Eduardo. *ob. cit.* p. 201.

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- [12] TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 237.
- [13] THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed, p. 88.
- [14] DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípio Constitucionais. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed, p. 37.
- [15] LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Apud DELGADO, José Augusto. ob.cit.* p. 37.
- [16] GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. *In Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 557/582.
- [17] *Ob. cit.* p. 557/582.
- [18] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2ª ed. p.409.
- [19] MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=85. Acesso em 15 de julho de 2008.
- [20] CANOTILHO. José Joaquim Gomes *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*
- [21] OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) Coisa Julgada Inconstitucional. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed, p. 4.
- [22] SIQUEIRA, Paulo Eduardo Pinheiro Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-8.
- [23] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. *ob. cit.* p. 77.
- [24] WANBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada, Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31.
- [25] OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 64.
- [26] CANOTILHO. José Joaquim Gomes *apud* MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 2ª ed, p. 98.
- [27] GRECO, Leonardo. *ob. cit.*

[28] TESHEINER, José Maria Rosa. *Relativização da Coisa Julgada*. Disponível na internet: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm>. Acesso em 17/07/2008.

[29] GRECO, Leonardo. *ob. cit.*

[30] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 599-600.

[31] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 92.

[32] TESHEINER, José Maria Rosa. *ob. cit.*

[33] DELGADO, José Augusto. *ob. cit.* p. 58-9.

[34] CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 5ª ed, p. 145.

[35] JAUERNIG, Othmar. *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *ob. cit.* p. 145.

[36] CÂMARA, Alexandre Freitas. *ob. cit.* p. 146.

[37] TESHEINER, José Maria Rosa. *ob. cit.*

[38] TESHEINER, José Maria Rosa. *ob. cit.*

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel. *ob. cit.* p. 62.

[40] MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *in Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. (organizadores). Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 87.

[41] Durante o julgamento da Ação Rescisória nº 1572/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.9.2007, o Plenário afastou, por unanimidade, a Súmula 343/STF em tema constitucional, inclusive citando o acórdão ora embargado. Na oportunidade, a eminente relatora destacou: “No que concerne ao argumento de descabimento do pedido rescisório e incidência da Súmula 343 deste STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’), recordo que esta Corte já deixou assinalado a inexistência de tal óbice quando em jogo interpretação de matéria de cunho constitucional. Destaco, nesse sentido, precedente da 2ª Turma (RE 328.812-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 11.04.2003) assim ementado: ‘Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação

do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.’ Anoto que, nesse julgamento, fez-se referência a julgado oriundo do Plenário desta Casa que já proclamara não invocável o verbete da Súmula 343 no debate de matéria constitucional (RE 89.108, rel. Min. Cunha Peixoto, Plenário, maioria, DJ de 19.12.1980). Nem se diga que tais precedentes somente apreciaram a questão em sede recursal, como decorrência da busca da coerência entre julgados dos demais tribunais e os paradigmas constitucionais fixados pelo Supremo Tribunal. A razão de ser do afastamento da Súmula em matéria constitucional, como explicitado nos precedentes, diz com a própria realização da força normativa da Constituição. Não presta homenagem à eficácia do texto constitucional uma interpretação que coíba o dissenso entre os demais tribunais e esta Corte, mas o admita no âmbito interno desta Casa. Rejeito, portanto, a pretensão de incidência da Súmula STF n° 343, para impedir a apreciação deste pedido rescisório.” (voto da Min. Ellen Gracie, AR 1572/RJ, Pleno, DJ 21.9.2007).

[42] MENDES, Gilmar Ferreira. *ob. cit.* p. 87.

[43] GRECO, Leonardo. *ob. cit.*

[44] MEDES, Gilmar Ferreira. *ob. cit.* p. 99.

[45] MARINONI, Luiz Guilherme. *ob. cit.*

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA JURÍDICA GARANTISTA E SUA CONCRETIZAÇÃO ATRAVÉS DA TÓPICA DE THEODOR VIEGWEG*

THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE LEGAL THEORY GARANTISTA AND ITS CONCRETION THROUGH THE TÓPICA OF THEODOR VIEGWEG

Mariana Falcão Soares

RESUMO

A extrema rapidez com que se alteram os cenários político e econômico, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel do Direito e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente liberal, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de direito inclusivo, que assume obrigações perante os cidadãos, resguardando os direitos fundamentais. Diante de tal cenário, o presente artigo pretende discutir o abismo existente entre normatividade e efetividade na seara dos direitos fundamentais, um dos grandes problemas enfrentados pelo direito na atualidade. Para solucionar tal desiderato, faz-se necessário analisar a técnica de hermenêutica elaborada por Theodor Viegweg, a qual, na ótica de Alexandre da Maia, apresenta-se como o único caminho para se aplicar a Teoria Garantista proposta por Luigi Ferrajoli.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; TEORIA JURÍDICA GARANTISTA; TEORIA TÓPICA

ABSTRACT

The extreme rapidity with that if they modify the scenes economic politician and, allied to the increasing complexity of the society contemporary, has demanded a deep change of the paper of the Right and the legal institutions in the social body. That legal model of predominantly liberal matrix, in more than the times indifferent to the pressures of the popular masses and to the fights for the right to have rights, comes being gradually supplanted for a model of inclusive Rule of law, that assumes obligations before the citizens, protecting the fundamental rights. Ahead of such scene, the present article intends to argue the existing abyss between the norm dispatches by post and the effectiveness in seara of the fundamental rights, one of the great problems faced for the right in the present time. To solve such desideratum, one becomes necessary to analyze the hermeneutics technique elaborates for Theodor Viegweg, which, in the optics of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Alexander of the Mayan, presents as the only way to apply the Garantista Theory proposal for Luigi Ferrajoli.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; LEGAL THEORY GARANTISTA; THEORY TÓPICA

1. INTRODUÇÃO

Até a segunda metade do século XX a idéia de limitação do poder, resultante da Revolução Francesa, permaneceu inabalável, até o momento em que nasce na Europa, após a segunda guerra mundial, um novo pensamento constitucional, tendente a conceder as Constituições uma supremacia material e valorativa. Tal supremacia reveste a Constituição de força normativa, condicionando a validade e a compreensão de todo ordenamento jurídico, além de firmar deveres de atuação para o Estado.

Nasce assim o Estado Constitucional de Direito, que suplantando o Estado legislativo que se baseava na legalidade, subordina a própria legalidade à Constituição.

A hermenêutica deixa de ser a mera aplicação do Direito, que consistia em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada, para se respeitar o cerne do ordenamento que é a Constituição.

O resultado da tensão constante entre segurança, de um lado, e justiça, do outro, é o pós-positivismo, o qual é um movimento de reação ao legalismo positivista.

Diante desta falta de efetividade do modelo proposto pelo positivismo, Luigi Ferrajoli elaborou a teoria garantista, destacando-se o sistema penal garantista baseado em princípios axiológicos interligados e que devem ser seguidos pelos Estados de Direito, garantindo a liberdade individual frente ao exercício arbitrário de poder, em prol de um ordenamento que reduza a distância entre normatividade e efetividade.

Muito antes da elaboração do garantismo, Theodor Viehweg desenvolveu o método tópico, o qual, através do pensamento dedutivo-sistemático, partindo dos problemas inseridos no sistema e suas soluções, almeja indicar as possibilidades, as premissas, tendentes a auxiliar o magistrado a escolher a mais justa dentre as possibilidades auferidas, a serem aplicadas no caso concreto.

Tomando como ponto de partida as teorias acima tratadas, de forma introdutória buscar-se-á analisar a idéia formulada por Alexandre da Maia que defende que os conteúdos de direitos fundamentais apresentados por Ferrajoli são vagos e imprecisos e para suprir tais falhas da teoria, o citado autor aponta como solução a aplicação do método tópico ao garantismo, possibilitando dessa forma, a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O GARANTISMO JURÍDICO

2.1 A TEORIA GERAL GARANTISTA DE FERRAJOLI

Proeminente estudioso do Direito e de ciências afins, Luigi Ferrajoli elaborou uma teoria denominada “Garantismo”. Com bases filosóficas e políticas, esta teoria vem ganhando admiradores e estudiosos em todo mundo, quer seja por suas reflexões e propostas, quer seja pelo destaque que vem auferindo.

O autor assim a declara:

“Garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta à divergência existente entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores, e às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.[1]

Consiste em uma teoria ideal que sugere um sistema normativo dotado de garantias e racionalidade, separando direito de moral. Revela-se como referência de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.[2] Sugere diretrizes a serem seguidas pelos Estados de Direito, fundadas na liberdade individual frente às diversas formas de exercício arbitrário de poder.

O modelo garantista foi concebido como um sistema logicamente aberto, suscetível de ser ulteriormente aperfeiçoado e reforçado, no plano teórico e normativo, pela inclusão de outras garantias.

Apesar de ser uma Teoria Geral do Direito, o Garantismo ganha destaque na seara penal, na qual recebe a denominação de Sistema Garantista (SG). Tal Sistema apóia-se em um modelo axiomático fundado em dez princípios. A ofensa a um desses princípios caracteriza a ofensa ao Estado de Direito pelo fato de tais princípios estarem interligados, formando um todo sistemático que não pode ser violado.[3]

Ferrajoli parte em sua teoria da adoção de princípios axiológicos, estes definem o modelo garantista de direito e incorporam-se às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.[4]

De forma clara, Ferrajoli valeu-se da análise combinatória para obter dezenas de teoremas frutos da combinação realizada entre os termos existentes nos princípios axiológicos, resultando em uma série de direitos fundamentais penais que devem ser resguardados.

O modelo garantista descrito em SG apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.[5]

A falta ou debilidade de algum dos limites na atuação estatal representa o autoritarismo. O garantismo, por seu turno, identifica-se no Estado de Direito, onde há um ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial e submetidos a um plano processual.[6]

Na concepção de Ferrajoli, um ordenamento pode conviver com os dois modelos: autoritário e garantista. Entretanto, o autor vai além, declara que a tendência atual do direito é a coexistência entre os extremos.

Nos ordenamentos dos modernos Estados de Direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores (garantismo) e, a outra, os níveis normativos inferiores (autoritarismo), e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos.[7]

Tendo por idéia inaugural o modelo garantista, pode-se extrair três significados diversos para a expressão “garantismo”.

Portanto, a primeira acepção do termo “garantismo” indica um modelo normativo de direito, pautado na estrita legalidade. Funda-se um Estado de Direito submetido às leis e que possui um governo exercido por meio de leis gerais e abstratas; logo, os poderes públicos estão submetidos aos direitos fundamentais.

Porém não é só, a lei condiciona-se aos conteúdos substanciais, quais sejam: os direitos fundamentais. Frise-se que o Estado de Direito Garantista impõe limites ao Estado Democrático, visto que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo por maioria.

Daí entende-se que a luta pelo direito pode manifestar-se em seu sentido mais extremo, o exercício do direito de resistência, pois “rebelar-se é justo quando é injusta a lei”.[8]

Quanto ao segundo significado para a palavra “garantismo” corresponde uma teoria do direito, pautada no juspositivismo contra o arbítrio. A teoria Garantista compreende o vigor, a validade e a efetividade da norma como institutos diversos. Nesse caso, o juiz não deve aplicar uma lei inválida, ou seja, quando se apresentar em desacordo com a constituição.

De acordo com o garantismo, a existência reporta-se ao juízo de fato enquanto que a validade refere-se ao juízo de valor da norma.

Não obstante, há situações em a norma deve ser afastada, são os casos de antinomias onde ocorrem violações por comissão. Quando a norma for violada por omissão nasce a situação qualificada como lacuna, e sendo assim, deve ser colmatada.[9]

O último sentido em que se emprega o vocábulo garantismo trata-se de uma filosofia política, na medida em que fundamentam os sistemas políticos heteropoiéticos, no qual o Estado apresenta-se como um meio instituído para a tutela dos fins e valores da sociedade.

Na consecução de legitimar a garantia dos direitos fundamentais, separa o direito da moral, negando o valor intrínseco do direito apenas por ser vigente, direcionado a satisfação da realização dos direitos fundamentais.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA GARANTISTA

O Estado de Direito tem sua origem na Europa do século XVIII, nascendo com o intuito de subordinar o poder político às regras do Direito. Assim, a administração política identifica no Direito os limites para a atuação do Estado, em respeito aos Direitos reservados aos cidadãos.

Ao longo das formações do Estado Contemporâneo acresceu-se ao Estado de Direito diversas qualificadoras, tais como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

Ao modelo de Estado Liberal, baseado no individualismo patrimonialista e nos preceitos de não-intervenção estatal nas relações privadas, acresceu-se um caráter social, que outorgou ao Estado o papel de promovedor do bem-estar social, idéia impulsora do Welfare State neocapitalista.

Se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto que na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum.

As estruturas sociais e a intervenção estatal não só não são compatíveis com um marco jurídico de garantias individuais, como, ao contrário, requerem a imposição de limites próprios do Estado de Direito à atividade positiva de ingerência estatal.

O Estado de Direito sob a égide garantista não se apresenta apenas como um “Estado legal” ou “regulado por leis”, mas um exemplo de Estado fruto das novas constituições e individualizado pelo princípio da legalidade. Está todo poder público submetido às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. A grande inovação do Estado de Direito reside na positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais do cidadão.[10]

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais

exclusivamente “naturais” mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele.[11]

A exigência de obrigações e proibições direcionadas aos poderes públicos resulta na intitulada constituição rígida dos direitos fundamentais, na medida que realizam de fato a democracia em sua dimensão “substancial”, a qual se agrega a dimensão “procedimental”.

As normas de dimensão substancial instituem os princípios e direitos fundamentais, asseguram a perspectiva material da “democracia substancial”, ao passo que estabelecem os limites do que não pode ser decidido e o que deve ser decidido, compelindo a legislação a obedecer aos direitos fundamentais e aos princípios deles decorrentes.[12]

Na medida em que transparece a vontade da maioria, refletida nos seus interesses e necessidades vitais, o Estado de Direito corresponde à democracia.

Ocorre que na atualidade, as necessidades e vontades sociais não correspondem às antigas, hoje o elenco de bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida.[13]

Direitos fundamentais (...) aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão.[14]

A expansão dos direitos e garantias não corresponde à expansão da efetividade. O autor assevera de forma importante que isto decorre da absoluta impossibilidade das vontades serem atendidas plenamente, defende então a busca de um ordenamento tão garantista quanto possível, entretanto jamais será plenamente garantista.

Conseqüentemente os princípios garantistas e os direitos fundamentais representam valores, e como tais, integram em si utopias, já que não se apresentam plenamente concretizados.[15]

É próprio dos valores o fato de não serem nunca realizáveis perfeitamente ou de vez por todas, de admitirem sempre uma satisfação apenas imperfeita, isto é, parcial, relativa e contingente. Precisamente por isto os valores são universais e imperecíveis.(...) Não sendo nunca os escopos e valores justificativos plenamente realizados, a legitimação política do poder no Estado de direito, mais ainda sua legitimação jurídica, é sempre por sua natureza, apenas tendente e irremediavelmente imperfeita.[16]

Com base no fundamento de que os valores jamais serão uniformes, a satisfação social plena apresenta-se como algo inatingível. Ferrajoli profere que: “garantismo e democracia são sempre modelos normativos imperfeitamente realizados; e valem, portanto, tanto como parâmetros de legitimação, quanto como parâmetro de perda da legitimação política”. [17]

No dizer de Ferrajoli, uma satisfatória democracia consiste na medida de garantia concedida aos direitos fundamentais que correspondem a valores e carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados.[18]

Tais direitos fundamentais aparentam a forma jurídica positiva que os direitos naturais assumiram, são garantias enquanto direitos subjetivos constantes nas Constituições modernas. A democracia valoriza o indivíduo frente ao Estado e se manifesta em todas as esferas de relação Estado-indivíduo, revelando-se como a revalorização do homem.

Outro ponto relevante do Sistema Garantista reside no papel do cidadão. A cidadania não resume a participação política, pois também importante é a participação jurídica do cidadão, exercitada através da autodefesa e do controle das atividades do poder público, seja ele legislativo, executivo ou judiciário.[19]

A experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.[20]

Pugna pelo exercício da democracia direta em detrimento da democracia representativa, representando aquela uma força social em prol da efetividade das garantias, enquanto que esta exprime um consenso social vazio e passivo.[21]

Na teoria garantista ocorre uma redefinição dos direitos fundamentais como sendo aqueles direitos cujo respeito qualifica-se como indispensável à satisfação dos valores das pessoas e a efetivação da igualdade.

Segundo o teórico, o que difere os direitos fundamentais dos demais, como os patrimoniais, é o fato de não serem passíveis de negociação e se referirem a todos os indivíduos da mesma forma, outorgando assim, a qualidade de pessoa a cada um.

Ferrajoli vai além, ao redefinir os direitos fundamentais ele o decompõe analiticamente, de modo a identificar as diversas figuras contidas neles.

A categoria dos direitos fundamentais é um recipiente no qual tomaram lugar figuras ligadas pelo seu nexosom a igualdade e com os valores da pessoa, mas, de resto, em tudo heterogêneas: do direito à vida ao de liberdade pessoal, dos diversos direitos de liberdade – de opinião, de expressão, de imprensa, de culto, de reunião, de associação, de circulação e de greve – à inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondência; dos direitos políticos aos direitos civis da capacidade jurídica e da capacidade de agir; dos direitos sociais individuais – ao trabalho, à saúde, à casa, à instrução e a um adequado salário – até aos direitos sociais coletivos, como os direitos à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação.[22]

O que determina o limite do tolerável reside na relação entre igualdade e valores da pessoa humana. Historicamente ocorreu uma ampliação no campo do intolerável, isso se deu, sobretudo, na seara dos direitos sociais. Importante frisar, que a relação entre direitos fundamentais e igualdade se dá no binômio: a igualdade é constitutiva dos

direitos fundamentais, e conseqüentemente, os direitos fundamentais são constitutivos da igualdade.

Independentemente de o garantismo ter ganhado destaque na esfera penal, o qual Ferrajoli esquematizou, de forma matemática, uma enorme análise combinatória entre as garantias penais, que permitiu obter a delimitação precisa do rol dos direitos fundamentais, o doutrinador também deixa evidenciado quais são os direitos fundamentais para a teoria geral do direito, são os resultados alcançados nas conquistas históricas, são aqueles que guardam estreita relação entre a igualdade e os valores da pessoa humana.

Ferrajoli enfatiza que nenhuma garantia jurídica governa-se exclusivamente por normas. Nesse caso, os direitos fundamentais não resistem se não forem defendidos por seus titulares e pelas forças políticas e sociais, pois por mais perfeito que seja um ordenamento ele não garante nada por si só.

Por derradeiro, há que se asseverar que cabe inclusive aos poderes privados respeitar os direitos fundamentais, pois, a atuação desses poderes está limitada, material e substancialmente, pelos direitos fundamentais, trata-se da sua atuação no âmbito privado.

A limitação privada encontra-se subordinada a justificação e a legitimação, não apenas alcances e vínculos normativos, mas principalmente limites em relação aos direitos dos cidadãos, igualdade e valores da pessoa humana.

Os preceitos fundamentais expostos pelo Estado Democrático de Direito caracterizam-se por serem inalienáveis e indisponíveis. O mais importante é que os direitos fundamentais constitucionais são invioláveis tanto por parte do poder público como pelo privado, apesar de não serem universais, já que são historicamente determinados.

3. O MÉTODO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG

3.1 A TÓPICA E SUA CONTRIBUIÇÃO À APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O objetivo central da hermenêutica jurídica consiste em oferecer a melhor compreensão possível da norma jurídica. Através dela se realiza a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.[23]

Por outro lado, a hermenêutica jurídica serve de subsídio à atividade de interpretar, esta consiste na realização prática do que se depreende dos enunciados normativos. Sendo assim, hermenêutica e interpretação guardam uma relação de dependência entre si, uma não existe sem a outra.

Não basta apenas haver esta relação de dependência entre hermenêutica e interpretação. Essa insuficiência decorre da necessidade de se realizar a interpretação através de um método, baseado em critérios ou premissas, que proporcione uma adequada e segura aplicação da norma jurídica.

Dentre os métodos desenvolvidos no campo jurídico destaca-se o método tópico, desenvolvido por Theodor Viehweg, em 1953, quando da publicação da obra intitulada de *Tópica e Jurisprudência*.

Viehweg deslocou radicalmente o foco da discussão metodológica, até então centrada no formalismo sistemático de índole lógico-dedutivo, em que se fundava o positivismo jurídico, para focá-la na argumentação dialética moderna (característica da tópica).

Sem dúvida, a tópica tem a finalidade de oferecer alternativas para a superação dos paradigmas existentes no positivismo jurídico, já enfraquecido nos fins do século XIX. O método tópico nasce da insuficiência do positivismo tratar de toda a realidade do direito a partir de normas jurídicas positivas.

Viehweg define o problema como toda questão que aparentemente permite mais de uma solução, a qual advém de um conjunto de deduções inseridas num sistema, consistindo no reconhecimento de que o problema se encontra inserido em um sistema.

Como consequência há que se selecionar quais os tipos de problemas que poderão servir ao raciocínio dedutivo, já que apenas os problemas dotados de soluções podem adentrar nos sistemas, fazendo com que aqueles fiquem isentos das intervenções dos enfoques fáticos pendentes de interpretações para as suas soluções.

Pode haver um vínculo entre problema e sistema, o que não pode haver é a confusão entre eles.

Viehweg pactua do entendimento, antes defendido por Vico, da imprescindível combinação da tópica com o pensamento dedutivo-sistemático. A tópica proporciona uma expansão no rol de conteúdos conceituais em detrimento da total e simples adoção da dedução que restringe de forma rígida as premissas possíveis.

Da adoção de um pensamento problematizado, tem-se que mesmo diante de conceitos jurídicos precisos e determinados ter-se-á um direito aplicado, mas capaz de atender ao ideal de justiça, pois mais ajustado às características específicas de cada caso concreto.

Pelo que se extrai, ao se esbarrar com um problema, deve-se recorrer às premissas que sejam apropriadas e produtivas, aptas a orientar pontos de vista diretivos, são as denominadas *topois*.

Conforme expõe Viehweg, isso acontecerá de maneira implícita. Trata-se da qualificada tópica de primeiro grau, na qual a sustentação ocorrerá na sua forma mais simples, por meio de um repertório de pontos de vistas já preparados de antemão e que produzirão os catálogos de *topoi*.^[24] Apresenta-se como uma margem de soluções permitidas para cada problema no caso concreto.

Ao aproximar o direito da moral privilegiam o uso de *topoi* como base para o raciocínio, isto é, idéias amplamente aceitas pelo auditório a que se destinam, aptas a garantir a adesão dos interlocutores. Na realidade, os *topoi* referem-se a valores sedimentados culturalmente, e que, por isso, podem ser identificados como princípios, embora não positivados, a servirem de premissas que, pela força da verossimilhança, são capazes de comandar o raciocínio lógico.[25]

A técnica denominada tópica, na esteira de Viehweg, consiste em uma arte de desvendar premissas, os referenciais ou *topoi* que nortearão a solução dos problemas no caso concreto. Dessa maneira, quando não se mostra possível obter formas para a solução do problema, o juiz pode recorrer aos *topois*, no intuito de revelar o verdadeiro sentido do direito e alcançar uma decisão pautada na justiça.

Grosso modo, a tópica apresenta-se como uma técnica que busca apontar possibilidades, as premissas, que tendem a facilitar a escolha justa do magistrado dentre as possibilidades auferidas.

Ao se analisar o caso concreto, percebe-se que o magistrado vislumbra todos os argumentos possíveis, selecionando aquele que aparenta ser mais adequado, convincente, ou dotado de maior credibilidade, fortalecendo, depois, sua argumentação.[26] A argumentação tópica não se caracteriza como rígida, mas flexível às diversas situações concretas.

A discussão em torno da racionalidade do saber remonta a Aristóteles, quando este procura diferenciar apoditicidade (ciência) de dialética.[27] O direito, sendo resultado da ética e da moral, mostra-se dialético ao procurar resultados por meio da razão prática. Viehweg retoma aos gregos na medida em que o direito se envolve com os valores.

Viehweg resgata a tópica aristotélica, pois, embora se saiba que o pensamento tópico difere-se do lógico pelo atributo da sistematicidade, ao distinguir dialética (raciocínio que tem por base opiniões aceita) de apodexis (raciocínio baseado em proposições primeiras ou verdadeiras). A dialética proporciona a análise do caso sob diversos ângulos a partir da disputa de opostos que culminam no convencimento, em contrapartida, o método apodítico parte de preposições verdadeiras que são simplesmente demonstradas.

Desse modo, a tópica parte do problema em busca de premissas, supostamente verdadeiras, enquanto o raciocínio do tipo sistemático apóia-se em premissas já dadas, trata-se de um catálogo fechado de possibilidades. Tem-se então que a tópica, por ser uma técnica aberta, permite a revelação de diversas premissas.

Viehweg pactua do entendimento exposto por Vico a cerca da necessária combinação entre a tópica e o pensamento dedutivo-sistemático. Empregar apenas a dedução resultaria em uma rigidez das premissas, em contrapartida a tópica proporciona um leque de conteúdos conceituais. Dessa forma, ao se utilizar um raciocínio problematizado o resultado será um direito apto a servir ao ideal de justiça, já que o poder da interpretação ajusta os problemas a cada caso concreto.

A natureza dialética do discurso em Viehweg é preconizada na denominada argumentação dialética moderna, consistente na preocupação em penetrar

compreensivamente o contexto da realidade. Com inspiração na antiguidade, não se apresenta possível construir a jurisprudência de conseqüências previstas em regras ou princípios previamente estabelecidos, mas somente a partir dos problemas que são apresentados. Em conseqüência desse enfoque dialético, estabelece-se um modelo jurídico metodológico capaz de dissolver os sistemas de pensamento prefixados e pô-los novamente em movimento.

Para o citado autor, o pensamento dialético promove a invenção na medida em que se foca os mecanismos persuasivos que orientam e dão forma ao discurso jurídico. Portanto, as conclusões giram em torno dos problemas.

Viehweg parte da idéia de que o problema permite, aparentemente, mais de uma solução, sendo assim “a tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática”. [28]

O problema aparece inserido em um conjunto de deduções do qual se extrairá a única solução, aquela que se julgar mais adequada. Destaque-se que o conjunto tal como apresentado limita as espécies de problema que se ajustam ao raciocínio dedutivo, ou seja, apenas os problemas dotados de solução podem fazer parte dos sistemas, ou melhor, o problema busca livremente o seu próprio sistema. [29]

A forma implícita de selecionar premissas ante um problema denomina-se de tópica de primeiro grau, onde há um rol de soluções de antemão que resultam em *catálogos de topoi*. [30] Trata-se de uma margem de atuação na utilização da técnica por parte do magistrado.

Em conseqüência a utilização desses catálogos através de um procedimento, Viehweg adjetivou de tópica de segundo grau, por meio da qual é possível aos juristas construir o direito alicerçado na aporia fundamental da justiça, maneja os catálogos de acordo com a especificidade dos problemas.

Dentro do procedimento tópico está inserida a argumentação da autoridade, corresponde à doutrina e à jurisprudência, elas representam opiniões reconhecidas e dotadas de credibilidade. [31]

A jurisprudência é entendida como uma incessante discussão de problemas, estes determinam a sua estrutura, na medida em que os conceitos e as preposições da jurisprudência só podem ser aplicados numa situação que mantenha sua conexão com o problema. [32]

Viehweg constata a necessidade da tópica no ordenamento jurídico, além de ser um crítico do sistema positivista de valores validos por si só, pretende dar maior concreção ao direito e à solução do problema em função dos valores que o ensinam.

Dá-se assim, uma nova posição ao jurista, qual seja, a de construir o direito de forma responsável, a dedução resulta imprescindível em todo pensar por problemas e a aporia fundamental do direito é a justiça.

Diante do fecundo campo jurídico pós-positivista aflora o desapego em buscar a vontade da lei, ao passo que vem ganhando crédito a interpretação sociológica[33], pautada nos valores conquistados historicamente pela sociedade.

4. A TÓPICA DE VIEHWEG COMO INSTRUMENTO DO GARANTISMO

4.1 A TEORIA GERAL DO GARANTISMO E SUA APLICABILIDADE ATRAVÉS DA TÓPICA NA PERSPECTIVA DE ALEXANDRE DA MAIA

Concernente à aplicabilidade do Garantismo Jurídico de Ferrajoli, o Professor Doutor Alexandre da Maia escreveu um artigo intitulado de *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*, no qual o autor tece algumas observações sobre o garantismo, afirmando o comprometimento do garantismo com o Estado Democrático, mas frisando a inconsistência de concretude da referida teoria.

Após apresentar esclarecimentos sobre as acepções do garantismo, o referido autor questiona a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais na teoria de Ferrajoli, afirmando que “há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los”. [34] É o que o autor chama de vazio ontológico.

Alerta o autor que teorias, como a garantista, que não delimitam seus conteúdos, permitem sua manipulação por ideologias completamente diversas da almejada por Ferrajoli, já que cada Estado poderia definir quais seriam seus interesses fundamentais.

A conseqüência da imprecisão dos conteúdos de direitos fundamentais resultaria no fato de que “cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli”. [35]

Sendo assim, a falha na teoria garantista poderia ocasionar o fortalecimento de bases teóricas de regimes totalitários, acarretando na impossibilidade de se evitar situações como a que se sucedeu, na primeira metade do século XX, com Kelsen, que foi visto como um teórico que “deu as bases de fundamento de regimes totalitários nazista e fascista, regimes estes que o perseguiram por ser judeu e por suas idéias, forçando-o ao exílio nos Estados Unidos”. [36]

Dessa forma, por apresentar conteúdos vagos e imprecisos, no que tange aos direitos fundamentais, dá margem à inserção dos mais diversos conteúdos no rol de direitos fundamentais. Conseqüentemente, tornar-se-ia possível legitimar qualquer forma de interesse público, mesmo que incorreto.

Diante da imprecisão garantista, Da Maia afirma que a utilização da Tópica proposta por Viehweg seria a técnica adequada para a delimitação dos direitos fundamentais,

pois, a tópica pode ser de grande valia para uma determinação dos chamados direitos fundamentais como elemento substancial de validade e vigência no direito a partir da análise de cada problema existente.[37]

Devido à vagueza e a ambigüidade do termo “direitos fundamentais”, mostra-se necessário aplicar a tópica para que seja analisada a amplitude do direito fundamental dado no problema enfrentado concretamente.

Daí a grande importância da tópica, pois sua estrutura aberta às argumentações e aos elementos retóricos permite ao magistrado decidir de forma a conciliar a segurança e a justiça no direito.

Há que asseverar, conforme o autor, que apesar da teoria garantista apresentar falhas, ela serve de alento aos teóricos, haja vista que abre possibilidades argumentativas para a configuração de direitos fundamentais a cada problema específico, se tomarmos a tópica como referência.[38]

O Professor Alexandre da Maia ao tomar por base a Constituição brasileira de 1988, analisa que o texto constitucional permite ampliar o elenco de direitos fundamentais, por conseguinte, abre-se um leque argumentativo de construção tópica dos direitos fundamentais[39], na medida em que juizes podem firmar direitos fundamentais decorrentes de um caso concreto específico e resolve-o através da tópica.

Interessante destacar que o citado professor afirma que o garantismo encontra respaldo não só no âmbito filosófico, mas também na seara constitucional brasileira, exibindo-se como meio de inclusão de premissas até então ausentes na interpretação jurídica diante de casos concretos.

5. CONCLUSÃO

Tanto a teoria garantista como o método tópico surgem no movimento do pós-positivismo, tendo como característica comum o objetivo de suprir as lacunas do positivismo e efetivarem os valores humanos.

O fato do garantismo, proposto por Luigi Ferrajoli, defender a elaboração de um sistema geral do garantismo, pautado no Estado de Direito, que tem por fundamento e fim a tutela do indivíduo às variadas formas de exercício arbitrário do poder os Estados de Direito, tendo como limite os direitos fundamentais.

Por sua vez, o método tópico busca, através do pensamento dedutivo-sistemático, partindo dos problemas inseridos no sistema e suas soluções, indicar as possibilidades, as premissas, suficientes para auxiliar o magistrado a escolher a mais justa dentre as possibilidades avistadas. Percebe-se, portanto, que na tópica de Viehweg a norma passa a ser coadjuvante e a realidade – caso concreto – desempenha o papel principal.

Embasado neste último, Alexandre da Maia desenvolveu uma crítica ao garantismo, sustentando que os alicerces dos direitos fundamentais demonstrados por Ferrajoli são vagos e imprecisos, possibilitando aos regimes não democráticos introduzir no rol dos direitos fundamentais diversos conteúdos arbitrários.

Ocorre que os direitos fundamentais tratados pelo garantismo não carecem de valoração legal, cabe sim ao juiz fundamentar sua decisão de forma racional e comprovável, amparado na norma. Em termos gerais, visa reduzir a distância entre a efetividade dos direitos e a sua normatividade, isso é o garantismo.

É evidente, a desnecessidade da tópica para a aplicação do garantismo, mesmo porque os direitos fundamentais estão previstos legalmente e o fato deles serem fruto de um desenvolvimento histórico confirma apenas o caráter aberto do rol de direitos fundamentais. O que se manifesta como fundamental para a sociedade de hoje pode não ser para a de amanhã.

Arbitrário seria a imutabilidade dos conteúdos dos direitos fundamentais, já que eles são o resultado de uma sociedade dinâmica que os constrói historicamente, por meio de conflitos e revoluções. Ferrajoli não só delimita, muito claramente, quais são os direitos fundamentais, como vai adiante ao deixar patente, em sua teoria garantista, que as necessidades humanas estão em constantes mudanças, assim sendo, a busca pelo justo tem que acompanhar a evolução dos valores sociais.

6. REFERÊNCIAS

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial*. Revista 2007.1 (UFBA), n. 14 – Prof. Edvaldo Brito, 2007.

STECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

[1] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

[6] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

- [7] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.83.
- [8] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 755.
- [9] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 703.
- [10] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.
- [11] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.
- [12] STECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.
- [13] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.
- [14] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 727.
- [15] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 695.
- [16] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 710.
- [17] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 710.
- [18] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 733.
- [19] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 735.

- [20] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 753.
- [21] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 757.
- [22] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 733.
- [23] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 04.
- [24] DE OLIVEIRA, Elayne Leal. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial*. Revista 2007.1 (UFBA), n. 14 – Prof. Edvaldo Brito, 2007, p. 214.
- [25] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138.
- [26] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 480.
- [27] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137.
- [28] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 16.
- [29] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.
- [30] DE OLIVEIRA, Elayne Leal. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial*. Revista 2007.1 (UFBA), n. 14 – Prof. Edvaldo Brito, 2007, p. 214.
- [31] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154.
- [32] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 104.
- [33] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.
- [34] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 44.

[35] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 44.

[36] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 44.

[37] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 45.

[38] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 45.

[39] MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Revista de informação legislativa. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/553>. Acesso em 10 de junho de 2008, p. 45.

**A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO
ECONÔMICO À LUZ DO EFETIVO MODELO DE ESTADO PREVISTO NA
CARTA CONSTITUCIONAL DE 1.988***

**THE CONSTITUTIONALITY OF STATE INTERVENTION IN FIELD IN THE
LIGHT OF EFFECTIVE ECONOMIC MODEL OF STATE
CONSTITUTIONAL LETTERS OF EXPECTED IN 1988**

Miguel Salihel Kadri Teixeira

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, encerrou, no “caput” de seu Art. 1º, um novo paradigma de modelo Estatal aplicável ao Estado que ali se formava, o Estado Democrático de Direito. Todavia, não se pode afirmar ser tal modelo puro, pelo que se faz necessário estudo sobre o real modelo, ou seja, deve-se observar se estão presentes as características e demais conseqüências de um Estado Democrático de Direito, ou, em igual forma e importância, a presença de outros modelos de Estado, em especial o Absolutista, Liberal, Social e de Bem-Estar Social. A outro, importante também será a definição das formas pelas quais a Administração Pública, a serviço dos interesses da comunidade brasileira, ao menos em tese, estaria legitimada para intervir frente ao Domínio Econômico, sem, todavia, verificar de forma estafante, a maneira pela qual esta intervenção ocorre. Outrossim, observados o efetivo modelo de Estado previsto no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, bem como os meios pelos quais a máquina pública pode intervir em relação ao Domínio Econômico, há que se questionar, de maneira clara e objetiva, acerca se é constitucional tal atividade interventiva, eis que o modelo de Estado, previsto e/ou almejado, por se tratar de norma programática, deve ser o norte para a realização de todos os preceitos constitucionais, inclusive no que pertine à forma de atuação do Estado no Domínio Econômico, chegando-se, ao final à conclusão de que por se tratar que no caso brasileiro vislumbra-se um modelo híbrido, observa-se que a atividade intervencionista do Estado é absolutamente constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; MODELOS; ESTADO;
INTERVENÇÃO; CONSTITUCIONALIDADE

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The Federal Constitution of 1988 consecrates in the text of its first article, a new paradigm as a model of State applicable to the State that was formed at that moment: The Democratic State of Law. However, it could not be seen as a pure model, which needs a direct study on the actual model. In other words, it must be observed if the characteristics and other consequences of a democratic state of law are present, or, equally and importance, the presence of other models of State, in particular the Absolutist, Liberal, Social and Welfare. On the other hand, it will also be important to define ways in which the Government, in service of the interests of the Brazilian community, at least in theory, would be legitimate to intervene in Economic matters, without, however, verifying it on an exhausting form, the way for which this intervention occurs though. Equally, the observed effective model of state laid down in the bulge of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as the mechanisms by which the Public Power can intervene in Economic matters, it is necessary to question, in a clear and objective way, if it is constitutional the interventionist activity, once that the model of state, planned and / or desired, because its programmatical standard, must be a north in order to the achievement of all constitutional precepts, including the form of the performance of the State in Economic matters. At the end, it can be concluded that, in Brazil, according to its hybrid model, the activity of the state is absolutely constitutional.

KEYWORDS: CONSTITUTION; MODELS; STATE; INTERVENTION; CONSTITUTIONALITY.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, trouxe no “caput” de seu Art. 1º o modelo de Estado a ser almejado e buscado por meio de seus dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, asseverando que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado democrático de direito (...)**”.

Desta simples, porém complexa, assertiva, decorre a logicidade e complementariedade de praticamente todas as normas que se seguem, eis que tal Estado Democrático de Direito será o substrato ideológico e filosófico que fomentará o Estado brasileiro e, por conseguinte, a análise do conceito deste modelo estatal, bem como de todos aqueles que o antecederam, será de crucial importância para a delimitação de toda a atuação deste Estado, ensejando sua (i)legitimidade e (in)constitucionalidade para diversos atos.

Para isto, porém, inicialmente há que se analisar ainda se o modelo previsto pelo “caput” do Art. 1º do Texto Constitucional de 1.988 é o único previsto no seio da Constituição, eis que, conforme expressa a melhor doutrina, dificilmente um texto constitucional possui uma clara e única matriz ideológica e filosófica, seja ela liberal, neoliberal, social, democrática, etc, havendo doutrinadores ainda, como Lourival Villanova, que afirmam não ser a concepção de determinado modelo de Estado forma crucial ou não para a delimitação de possibilidade ou impossibilidades da atuação de tal Estado.

Ao depois, de forma sucinta e não exaustiva, pretende-se trazer uma simples demonstração das formas pelas quais o Estado se faz presente no Domínio Econômico, ou seja, a maneira pela qual atua, direta ou indiretamente, sobre a economia brasileira.

Partindo-se destas premissas iniciais poder-se-á tentar melhor compreender o modelo de Estado previsto pelo texto constitucional brasileiro vigente, observando-se neste, por conseguinte, qual o modelo, ou modelos, corrente(s), bem como esmiuçar-se acerca das conseqüências que tal construção pode ensejar no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que se refere à intervenção do Estado em relação ao Domínio Econômico.

Ademais, há ainda que se ter em conta que o presente estudo pressupõe, desde logo, a informação de que, para com o interlocutor, será utilizada uma metalinguagem do que se encontra textualmente escrito na Carta Constitucional de 1.988, ou seja, vale-se o presente estudo, das afirmações contidas em diversos teóricos do Direito, sem querer aqui admitir as mesmas como verdades absolutas, no sentido de que há vasta diferença entre texto de lei e norma, sendo esta última a construção interpretativa, baseada em toda sorte de teorias existentes e aplicáveis pelo interprete, para a concepção do real significado do frio texto da lei, corrente esta seguida por diversos doutrinadores e filósofos do Direito, podendo ser citados, apenas para exemplificar, Gadamer, Willis Santiago Guerra Filho, Eros Roberto Grau, Luis Lenio Streck, dentre tantos outros. Aliás, neste sentido, é salutar observar preciosa passagem encontra-se na vasta obra de Streck (2005, p.18), quando este afirma que:

Com Eros Roberto Grau, faço a distinção entre texto (jurídico) e norma (jurídica). Isto porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não sem completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do *texto*. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do *texto* normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua *inserção no mundo da vida*. As normas resultam sempre da interpretação. É a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, *é um conjunto de interpretações*, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma *ordem jurídica apenas potencialmente*, é um *conjunto de possibilidades*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.

Feitas tais considerações iniciais, há que se passar ao efetivo estudo, superficial, do efetivo (ou efetivos) modelo(s) de Estado preconizados pela Carta Política de 1.988, além da verificação da efetividade destes no corpo da aludida Constituição, bem como, e finalmente, da incidência que tal construção enseja sobre a atividade intervencionista Estatal em relação ao Domínio Econômico.

1. O(s) efetivo(s) modelo(s) de Estado previsto(s) na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988

Inicialmente há que se delinear qual o real modelo de Estado previsto na Carta Constitucional de 1.988, em outros termos: seria efetivamente a Constituição da

República Federativa do Brasil uma carta que apregoa o modelo de Estado Democrático de Direito, ou seria a mesma um modelo diverso, híbrido, simples? O apontamento para uma resolução do problema apresentado poderá ser delineada nas linhas que se seguem.

O Estado democrático de direito preconiza, em tese, uma forma de superação do modelo proposto pelo Estado social, ou seja, assentado nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais, surgiu como uma forma de barrar a propagação de regimes totalitários cuja base era do Estado Social, e, com isso, feriam as garantias individuais, maculando a efetiva participação popular nas decisões políticas, onde coexistem harmonicamente o Princípio da Soberania Popular, aplicado através do regime democrático e o da Legalidade, herança do Estado Liberal.

Todavia, da análise sistemática da Constituição, bem como da conjuntura vivida hodiernamente em solo brasileiro, tem-se que a realidade é absolutamente diversa, ou seja, aplicando-se os mais variados métodos interpretativos ao texto legal disposto no “caput” do art. 1º da Constituição Federal do Brasil vigente, conclui-se que a norma ali disposta possui significante diverso do significado.[1]

Desta forma, afirmam Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p. 99) que

Uma análise sistemática do texto constitucional faz ver, no entanto, que um grande número de dispositivos constitucionais palmilhou claramente o caminho do chamado estado do bem-estar social.

Segundo essa ótica, a Constituição identificou como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Tais objetivos foram incorporados, ainda uma vez, pelas regras constitucionais da economia (arts. 170 e s.), que, por disposição textual, ficou jungida à valorização social do trabalho e à realização da justiça social. Além disso, a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, para integrar o rol de Direitos Fundamentais do cidadão.

E continuam (Araújo; Nunes Jr., 2006, p. 100):

Com efeito, na medida em que um Estado passa a reconhecer e proteger os Direitos Fundamentais, tais direitos passam a demarcar o perfil desse Estado, renunciando a sua forma de ser e agir e de como ele se relaciona com os indivíduos que, na sua dimensão subjetiva, o integram.

Assim, além de objetivos sociais claros, a Constituição empalmou com grande pujança amplo catálogo de direitos sociais, cujo reconhecimento e proteção concorrem para demarcar o Estado desejado pelo constituinte.

Como se vê, a busca do bem-estar social permeia toda a Constituição Federal de 1.988, de tal modo que esse aspecto não pode ser desconsiderado na tarefa de delimitar o perfil constitucional do Estado brasileiro.

Todavia, inicialmente, cumpre esclarecer que permeiam tais autores na infeliz confusão apresentada por alguns doutrinadores, quando apresentam o Estado do Bem Estar Social

como sinônimo do Estado Social, o que não se pode admitir, haja vista as inúmeras diferenças existentes entre tais modelos de Estado, especialmente no que se refere à ideologia, origem e forma de atuação, sendo que, por ser assunto de ordem diversa do tema aqui proposto, não serão tecidos maiores comentários acerca de tal temática, em que pese sua absoluta influência sobre o tema aqui proposto.

Desta forma, a tergiversação apresentada por tais autores apresenta-se como clara definição de Estado social, como modelo a ser aplicado na Carta Constitucional de 1.988, eis que afirmam ainda, claramente que “parece inquestionável que a Constituição do Brasil institui um Estado Democrático de Social de Direito.” (Araújo; Nunes Jr., 2006, p 100).

Neste sentido é a sempre clara e precisa lição de Paulo Bonavides (2007, p. 371), veja-se:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas das suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Portanto, a “alma” da Constituição brasileira promulgada em 05 de outubro de 1.988 é de natureza social, ou seja, a pretensão da Carta Política de 1.988 é a instituição de um Estado Democrático **Social** de Direito.

Todavia, há que se ter em mente que há uma diferença enorme entre a pretensão de denominado modelo de Estado com a forma efetivamente prevista no Texto Constitucional de 1.988, motivo pelo qual, sucintamente, há que se permear alguns artigos da Carta Política para observar a presença de não apenas um, mas de diversos modelos de Estado.

Há que se ter em mente ainda que quando da construção do modelo de Estado liberal, deu-se a gênese dos denominados “direitos fundamentais de primeira geração”, ou seja, toda sorte de direitos que visa garantir a individualidade dos sujeitos em si, bem como sua extensão e viabilização no seio da sociedade.

Desta forma, tais direitos de primeira geração, encontram-se arraigados já no Título II do Texto Constitucional de 1.988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mais especificamente no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), sendo que o “caput” do Art. 5º demonstra claras influências do ideário liberal preconizado na França, quando afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

Logo, observa-se claramente que estão previstos, e claros, os ideais liberais, o que vem a ser corroborado, posteriormente, pela atuação mínima do Estado, tão somente no

âmbito em que é considerado essencial, ou seja, apresenta-se agora não mais como Estado liberal, mas sim como Neoliberal.

Tal afirmação é confirmada pelo Art. 173 do Texto Constitucional, quando este determina, pormenorizadamente, as áreas em que deverá atuar o Estado diretamente como agente econômico, sendo consideradas **apenas** aquelas ditas como de “imperativo para a segurança nacional ou relevante interesse coletivo”.

Ademais, tão importante quanto, senão mais para o ideário Neoliberal, é a disposição contida no Art. 174, quando versa sobre a Intervenção indireta do Estado no Domínio Econômico, cabendo aqui destacar a clara dicção Neoliberal do “caput”, onde se afirma que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

De mais a mais, a condição de Estado social, é confirmada claramente no Capítulo II da Carta Constitucional de 1.988 (Dos Direitos Sociais), quando, apenas como exemplo, em seu Art. 6º estabelece objetivamente que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Tal posicionamento é corroborado pela visão de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 29), veja-se:

O Estado Moderno apresenta como traço característico a concentração de poder de coordenar e conduzir a sociedade, que se traduz num poder dentro de uma perspectiva governativa. Em outras palavras, ressaltamos uma das características que conforma o Estado Moderno, qual seja, a existência de “uma autoridade com poder sobre todas as pessoas e sobre a maioria das ações que aconteçam na área de sua jurisdição”.

Nada obstante, em que pese estarem diversos direitos fundamentais dos cidadãos presentes na Constituição; a existência de formas mínimas de ingerência do Estado no Domínio Econômico; bem como estarem claros a presença de diversos direitos no âmbito social, o que traz a lume e importa na efetiva verificação dos modelos de Estado previstos anteriormente, ainda resta a demonstração, talvez mais clara e precisa que se possa ter atualmente, da presença do Estado absolutista.

No que se refere às atribuições do Presidente da República, chefe do Executivo, leciona Fernando Capez (2005, p. 138) que:

As atribuições do Presidente da República estão enumeradas no art. 84 da Constituição da República. Embora a sua principal função seja a atividade administrativa, o Poder Executivo exerce outras atividades, dentre as quais se destacam a edição de medidas provisórias e o desempenho de funções próprias dentro do processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação). Ressalte-se dentre outras competências, a de expedir decretos e regulamentos para a execução da lei.

Outrossim, há que se destacar neste ponto, especialmente, que o Art. 84 encarta uma característica muito clara do modelo de Estado absoluto, quando determina que é prerrogativa do Presidente da República nomear corpo de Ministros de Estados, os quais

terão papel simplesmente consultivo, posto que a palavra final é sempre do Presidente, o que remonta claramente ao absolutismo.

A outro, e talvez até mais importante, destaca-se atualmente a forma como vem agindo o chefe do Executivo, na qualidade de legítimo soberano absolutista, quando impõe ao Congresso Nacional, outrora também conhecido como Poder Legislativo, uma avalanche de medidas provisórias (todas supostamente tratando de matérias de cunho urgente e de relevante interesse), as quais tem que ser votadas, sob pena de trancamento da pauta de votações, a qual, quando do interesse do chefe do Executivo, é destrancada com o envio, logo em seguida, de projetos de Lei em regime de urgência, que deverão ser analisados rapidamente, ou seja, o Legislativo, como no Estado absolutista, tem transformado-se, cada vez mais, em órgão simplesmente consultivo das decisões tomadas pelo Executivo, que se utilizando do orçamento (cuja competência para a elaboração legislativa é unicamente sua), faz dos membros do Legislativo refêns, posto que somente votam as leis e políticas de governo determinadas pelo chefe do Executivo, ou seja, afigura-se claramente um Estado absolutista, aglutinando-se assim, numa só pessoa (soberano), praticamente toda a soberania interna do Estado, coadunando assim com o conceito de soberania estatal apregoado por Carl Schmitt (1988, pp. 39-40), onde a “soberania estatal não deve ser juridicamente definida propriamente como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão.”

Logo, como visto, em que pese tenha a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 “alma” predominantemente voltada ao modelo de Estado social, a mesma encarta em si características e textos de lei que ensejam a presença de vários outros modelos de Estado, como visto, o liberal, social, neoliberal e absolutista.

Diante de todo este arcabouço de informações acima consignadas há que se fazer novamente uma das questões que movem a produção do presente artigo, qual seja: é o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito?

Como destacou-se ao longo do presente trabalho, especialmente segundo os ensinamentos do eminente jurista Paulo Bonavides, a força motriz da Constituição Federal é o Estado Social, o que pode ser afirmado até mesmo quando se observa que há somente vinculação orçamentária constitucional quando se trata das áreas da saúde e da educação, as quais, conforme acima afirmado, constituem-se em direitos sociais (terceira geração), previstos inicialmente no Art. 6º do Texto Constitucional de 1988.

Todavia, como também observado, encontram-se presentes ainda no Texto Constitucional vigente no Brasil os modelos de Estado liberal, neoliberal, democrático de direito e absolutista, de forma que deve ser formulado o seguinte questionamento: há dialeticidade entre tais modelos? A resposta, como observar-se-á a seguir é positiva.

Afirma claramente Paulo Bonavides (2007, pp. 372-373) que

Em se tratando de Estado social, concordamos, por inteiro, com Tomandl e Franz Horner quando dizem que um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem.

Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso vê, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos.

Lenio Luiz Streck (2005, p. 24) também tece pesadas críticas ao atual modelo de Estado brasileiro, observe-se:

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. [2]

E Streck (2005, p. 27) continua :

Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente se entende como Estado Democrático de Direito.

Porém, Streck (2005, pp. 39-40) também apresenta rara definição sobre a constituição do que se pode entender por Estado democrático de direito, ao afirmar que:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissolúvelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção de condições de possibilidades para suprir lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade.

Nada obstante, há que se ter em conta que o problema vai além da instrumentalidade dos direitos preconizados pelo Estado social, posto que, à luz da moderna doutrina pós-positivista (ou neoconstitucionalista), há que se dar maior atenção e clareza à aplicação imediata dos princípios e normas constitucionais.

Desta forma, em razão do até aqui exposto, pode-se concluir que o **Estado Democrático de Direito** preconizado pelo “caput” do art. 1º da Carta Constitucional de 1.988, nada mais é do que a pretensão da construção de um **Estado Social**, mas que, para tanto, utiliza-se a Constituição, em diversas passagens, de fortes influências dos **Estados Liberal** e **Neoliberal**, o qual, todavia, para a concretização destes ensejos, faz uso, eminentemente, de uma forma de governo claramente preconizada pelo **Estado Absolutista**, ou seja, o modelo de Estado previsto na Constituição de 1.988, após a construção da norma interpretação do texto constitucional como um todo, é híbrido, não se podendo falar unicamente em um ou outro determinado modelo, em que pese haja, na essência da Constituição (e não em sua consubstancialização), a prevalência do modelo social, como já exposto anteriormente.

2. As formas de intervenção do Estado em relação ao Domínio Econômico

Feitas as considerações iniciais acerca do efetivo modelo de Estado previsto no bojo da Carta Constitucional de 1.988, há que se tecer, mesmo que de forma sucinta, tergiversações acerca das formas como se afigura a atividade intervencionista do Estado em relação ao Domínio Econômico, haja vista que, como bem consignam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2006, p. 471):

A economia, organizada e tutelada pelo Estado, é uma realidade do capitalismo moderno, determinada quer por razões de caráter estritamente econômico, quer por aspectos relacionados à proteção de determinados grupamentos sociais: trabalhadores, usuários, consumidores etc.

Assim, partindo-se desta realidade tão clara e precisa, tem-se que o Estado, através dos ditames constantes dos arts. 170 a 192, referentes ao Capítulo da Constituição Federal de 1.988 que versam sobre a Ordem Econômica e Financeira, passou a regulamentar e atuar na economia nacional.

Sobre a atuação do Estado na economia, leciona José Afonso da Silva (2002, p. 213) que esta se dá

(...) sob duas formas: pela *intervenção* e pela *participação*. Pela primeira fundada no art. 174, em que aparece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica, com normas especiais sobre a política urbana (art. 182) e a política agrícola e fundiária e reforma agrária (art. 184 a 191). A segunda com base nos arts. 173 e 177, caracterizando o Estado administrador da atividade econômica, sistema segundo o qual o Estado explora atividade econômica por meio de empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas. (...)

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 784), veja-se:

O Estado atua de duas formas na ordem econômica.

Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o ***Estado Regulador***.

Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode estar mais ou menos aproximada à atuação das empresas privadas. O certo, porém, é que não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas ingressa efetivamente no plano da sua execução. Seja qual for a posição que assuma, o Estado, mesmo quando explora a atividades econômicas, há de ter sempre em mira o interesse, direto ou indireto, da coletividade. Podemos considerá-lo nesse ângulo como ***Estado Executor***.

Nada obstante, há que se fazer, por oportuno, um pequeno esclarecimento no que se refere à atuação indireta do Estado, ou seja, do Estado definido por Carvalho Filho (2007, p. 784) como “Estado Regulador”, posto que este mesmo autor define-o como sendo “aquele que, através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica, com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.”

Há que se ter em conta ainda que não se pode confundir a atuação indireta do Estado como se fosse um sinônimo de regulamentação, eis que são realidades absolutamente distintas, no sentido de que a intervenção pela via indireta pode ocorrer de forma sistemática e sazonal, enquanto que a atividade regulatória é orgânica e permanente. Neste sentido é a sempre precisa lição de Marçal Justen Filho (2006, p. 465), “in verbis”:

A intervenção indireta ou normativa na ordem econômica consiste no exercício pelo Estado de sua competência legislativa e regulamentar para disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou privada. Seu fundamento constitucional direto está no art. 174.

A regulação consiste na opção pela intervenção indireta. Mas intervenção estatal indireta não é sinônimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover intervenção de modo permanente e sistematizado.

Por conseguinte, pode-se concluir que a intervenção do Estado no Domínio Econômico pode efetivar-se de duas maneiras, ou seja, de forma indireta ou direta, sendo que no que se refere à intervenção pela via indireta, a mesma encontra-se regulamentada pelo art. 174 do Texto Constitucional vigente, e a forma de atuação direta, encontra-se regulamentada em âmbito constitucional por meio dos arts. 175 e 173, ou seja, através de serviços públicos e, mais especificamente, através da atuação empresarial na atividade econômica, seja por meio do regime de concorrência, seja através do regime de monopólio da atividade econômica.

3. A influência do modelo de Estado na atividade intervencionista

Do até aqui exposto, pode-se concluir que após a efetiva construção do efetivo modelo de Estado previsto no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, é que se poderá verificar acerca das conseqüências daí advindas, que serão de elevada monta e apreço, posto que tal medida influenciará na constituição de todas as políticas, não só de governo, mas também de Estado, chegando-se, quiçá, à efetividade do texto constitucional, por meio de uma substantiva e pretérita construção das reais normas ali existentes.

Por conseguinte, estar-se-ia diante de uma dúvida objetiva: haveria inconstitucionalidade de diversos dispositivos constitucionais ante a contradição entre o modelo de Estado apregoado pelo “caput” do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, posto que, conforme consigna Streck (2005, p. 27) “em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a

inefetividade dos dispositivos da Constituição”, ou seria apenas esta uma diretriz a ser seguida quando da construção deste modelo utópico de Estado, cuja construção paulatina e interminável dar-se-ia no dia a dia da nação?

Com efeito. A princípio, cumpre denotar que a simples previsão de um modelo de Estado, sem a delimitação de quais as conseqüências lógicas, filosóficas e práticas tal prática resulta, implica na afirmação de que tal construção do saber nada mais é do que uma meta a ser alcançada, eis que não se pode admitir que, do dia para a noite, altere-se toda a conjuntura social de uma nação, unicamente em razão da alteração de um determinado modelo de Estado, razão pela qual este funcionaria como uma diretriz, uma meta a ser perseguida, ou seja, trata-se de uma “norma programática”, cuja qual, na lição de Pontes de Miranda (1970, pp. 126-127), poderia ser conceituada como

Aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hã de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Neste sentido, cabe destacar o escólio de Luís Roberto Barroso (2006. p. 114), veja-se:

Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe a condições de vida em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais, outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas preposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.

Ainda sobre o assunto, em bela passagem, assevera José Afonso da Silva (2002, pp. 141-142) que

As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinada Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. Esta é o fim que os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social. (...)

Não é que seja destituída de valor jurídico e de eficácia a determinante constitucional de que as ordens econômica e social objetivem realizar a justiça social. Esta é uma

determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. E mais releva essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece a *justiça social* se erige em fator de legitimação constitucional. A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor, fim das ordens econômica e social, a fim e que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem.

Neste jaez, onde consideram-se as normas programáticas como princípios a serem seguidos, seja na produção de normas, seja, como observado, como meta a ser alçada, importante trazer à guisa os ensinamentos de Roque Antonio Carraza (2004, p. 43), para quem

O princípio possui, pois, uma função especificadora dentro do ordenamento jurídico; ele é de grande valia, como vimos, para a exegese e perfeita aplicação assim dos simples atos normativos, que dos próprios mandamentos constitucionais. O menoscabo de um princípio importa a quebra de todo o sistema jurídico. E que o Direito forma um sistema é um postulado que sequer precisa de demonstração, já porque postulado (de universal acatamento, diga-se de passagem), já pela proibição lógica do *regressum ad infinitum* (da infinita reciclagem das premissas eleitas) (Geraldo Ataliba).

Outro não é o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 842), veja-se:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Por conseguinte, levando-se em conta a discussão acerca de qual efetivamente é o modelo de Estado brasileiro, admitindo-se, para fins deste estudo, que se trata de um modelo híbrido, não único, ou seja, não se resume à subsunção a um único modelo de Estado previamente definido, é que se deve ter em mente que a delimitação de um efetivo modelo de Estado é parâmetro necessário não só para delimitação de constitucionalidade das normas delimitadoras da atividade interventiva concebida pelo Texto Constitucional de 1.988, mas também, e especialmente, para determinar quais os fins que devem ser almejados com tal conduta Estatal, afigurando-se esta atividade como um meio para a consecução de um determinado objetivo e não apenas arrecadadora de impostos e limitadora de direitos individuais.

Conclusão

Após as linhas acima estabelecidas, faz-se necessário tecer algumas conclusões acerca do estudo aqui proposto, a primeira delas refere-se ao fato de que o modelo de Estado previsto na Carta Constitucional, em que pese a mesma possuir em si a clara tendência ao modelo de Estado social, enquanto seu fim maior, deve-se, oportunamente, destacar

que a mesma encerra em si corolários, substratos e fins previstos pelos modelos de Estado absolutista, liberal, neoliberal, social e de bem-estar social, modelos diversos uns dos outros e com fins absolutamente diferentes.

Portanto, em que pese a “alma” de Estado Social, prevista no bojo da Carta Constitucional brasileira de 1988, onde, para muitos, não se encontra um Estado Democrático de Direito, mas sim um Estado Democrático Social de Direito, deve-se admitir que os meios que se apresentam necessários para a consecução de tal fim são atingidos através de garantias liberais e sociais, através de um Estado cujo aparato é eminentemente neoliberal, bem como a mentalidade para alcançar suas metas demonstra estar claramente atrelada, inclusive no que tange aos preceitos inseridos no Texto Constitucional, previstos desde sempre pelo modelo absolutista.

Assim, diante de tal amontoado de modelos que, fundidos, formam o “Estado Democrático de Direito” previsto na Carta Constitucional de 1988, no “caput” do art. 1º, é que se tem o ponto de partida para vislumbrar a constitucionalidade da intervenção do Estado no Domínio Econômico, prevista pelos arts. 173 a 175 da Carta Magna.

Com efeito. Ademais, vislumbrou-se que as normas que permeiam o modelo de Estado brasileiro podem ser delimitadas como programáticas, afigurando-se como um fim a ser atingido, não um meio, ou seja, servem de parâmetro para a construção das normas que serão necessárias para a construção do Estado almejado pelo Texto Constitucional de 1988, ou seja, um Estado Social, mas que, em momento algum, podem ser desrespeitadas, sob o pueril argumento de que seriam simples princípios, sem qualquer função normativa. Há que se consignar, por oportuno, clara lição de Luís Roberto Barroso (2006, p. 151) acerca da importância dos princípios na visão do intérprete, veja-se:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espalham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Desta forma, cabe asseverar, finalmente, que ante o modelo de Estado híbrido inserido no Texto Constitucional, onde admitem-se várias vertentes, ou seja, absolutista, liberal, neoliberal, social, bem-estar social e democrática, há que se assumir como absolutamente constitucional a forma em que se afigura a atividade interventiva prevista nos arts. 173 a 175 do mesmo texto, haja vista que pressupõem a consubstancialização do bem maior previsto na Carta Constitucional brasileira, ou seja, a transformação do Estado brasileiro em um Estado Social, que pelas vias democráticas respeita as normas legitimamente editadas.

Neste sentido, cumpre destacar a lição de Marçal Justen Filho (2006, p. 472), quando fala acerca daquilo que denomina como “segunda onda regulatória”, “in verbis”:

Essas concepções foram objeto de intensa revisão, a propósito do que se poderia identificar como uma *segunda onda intervencionista*. Trata-se da *regulação social*, que assume outras propostas. Constatou-se que o mercado, ainda que em funcionamento perfeito, pode conduzir à não-realização de certos fins de interesse comum.

A realização de inúmeros outros fins, de natureza sociopolítica, também é buscada pela regulação, que não pode restringir-se a preocupações meramente econômicas.

É necessário proteger o meio ambiente, por exemplo, a racionalidade econômica imediatista conduz à destruição deste.

A regulação também se orienta em garantir direitos de minorias e a promover outros valores políticos, sociais e culturais.

Portanto, em linhas conclusivas, pode-se dizer que, à luz da prevalência, mesmo que utópica, do modelo de Estado Social, efetivamente no que se refere ao fim último colimado pelo Estado brasileiro, há que se admitir como constitucionais as regras que permitem e delimitam a intervenção do Estado em face do Domínio Econômico, eis que criadas com o fito de garantir a justiça social, através da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, valores (princípios) estes inseridos como molas mestras da ordem econômica, através do que consta no “caput” do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. Dissertação de concurso para professor titular, Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo: Mimeo, 1972.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SCHIMITT, Carl. **Théologie Politique. Quatro Chapitres sur La Théorie de La Souveraineté**. Paris: Gallimard, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[1] Sobre o tema vide DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. Dissertação de concurso para professor titular, Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo: Mimeo, 1972.

[2] Observe-se nesta pequena citação que o citado autor apresenta clara confusão entre os modelos de Estado Social e Estado do Bem-Estar Social, conjugações, como já afirmado, claramente distintas.

**A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE CONVIVÊNCIA DAS NORMAS:
UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO***

**THE CONSIDERATION AS MECHANISM OF COEXISTENCE OF NORMS: A
NEW PARADIGM TO THE BRASILIAN CONSTITUTIONAL RIGHT**

**Vivian Bacaro Nunes Soares
Norma Sueli Padilha**

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em demonstrar que o pós-positivismo, implica em uma mudança de paradigmas na hermenêutica constitucional, na busca de justiça e efetividade, sempre levando em conta a transcendência da interpretação positiva. Neste contexto, destaca-se a superação do legalismo bem como a ascensão e reconhecimento de valores fundamentais expressos através de princípios, aos quais é conferida normatividade pelo ordenamento jurídico, outorgando assim, unidade ao sistema e determinando a atividade do intérprete. Sendo assim, um grande desafio surge ao operador do direito: a melhor interpretação; o advogado, na busca dos interesses de seu cliente, o promotor, na defesa dos interesses da sociedade; o magistrado, no empenho de adequação objetivando um sentido de correção para atendimento da tutela jurisdicional. Este estudo se baseia na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, que propõe os princípios como fonte interpretativa, sob a perspectiva da ponderação.

PALAVRAS-CHAVES PRINCÍPIOS - PONDERAÇÃO - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The objective of the present work consists of demonstrating that the post-positivism, implicates in a change of paradigms in the constitutional hermeneutics, in the search of justice and effectiveness, always taking into account the positive interpretation transcendence. In this context, it's emphasized by the overcome of the legalism as well as the ascension and recognition of fundamental values expressed through principles, to the which is attributed normativeness by the juridical ordering, granting unit to the system and determining the interpreter's activity. In this way, a great challenge appears to the operator of the right: the best interpretation; the lawyer, in the search of his customer's interests, the prosecutor, in the defense of the interests of the society; the magistrate, in the adaptation pledge aiming at a correction sense for service of the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

jurisdictional protection. This study is based on the Juridical Argumentation Theory of Robert Alexy's, that proposes the principles as interpretative source, under the perspective of the consideration.

KEYWORDS: PRINCIPLES - CONSIDERATION - CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS.

INTRODUÇÃO

A evolução social, política e científico-tecnológica, movimento que marcou o processo de civilização, denota características que revelam a permanente insatisfação humana. Em virtude dessa vitalidade incontrolável e quase sem limites, nós humanos, lançamo-nos na busca de superação de limites e de novos horizontes, nas mais diversas áreas e campos do conhecimento.

O atual estágio de desenvolvimento econômico confirma os limites e insuficiências dos modelos normativos e instrumentais, de forma que os paradigmas, calcados no idealismo individual, no racionalismo liberal e no formalismo positivista, são questionados e substituídos por novos padrões de referência e legitimação, uma vez que não mais oferecem respostas ou orientações às demandas existentes (WOLKMER, 1995).

A orientação dada pela Constituição de 1988 permeou os mais variados campos do tecido social, nesse contexto, um tema de profunda relevância, dadas as implicações sociais dele resultantes é o da normatividade dos princípios, de forma a verificar seus antecedentes teóricos e filosóficos bem como a possibilidade de ponderação visando à convivência das normas.

O paradigma jurídico transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular do problema a ser resolvido, justificando assim, a importância de um estudo voltado à integração de um sistema jurídico fundado na lei, mas orientado por diretrizes valorativas com os ideários políticos, constitucionais e humanos, traçando assim os aspectos de uma nova hermenêutica constitucional voltada à valorização dos princípios, sua incorporação, pelos textos constitucionais, implícita ou explicitamente.

Objetivando ordenar nosso trabalho, abordaremos o tema em três tópicos a seguir: o Tópico 1 em uma abordagem acerca da pós modernidade e Direito, apontando fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro; no Tópico 2 descreveremos os princípios como mandatos de otimização; no Tópico 3 analisaremos a ponderação de princípios como um novo paradigma da ordem constitucional brasileira, concluindo ao final com opiniões acerca da teoria dos princípios como mecanismo de convivência das normas.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 A PÓS- MODERNIDADE E O DIREITO

No início do séc. XIX revela-se a pós-modernidade, que segundo BARROSO (2003, pág.2), consiste no rótulo genérico que abriga a mudança de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado, traduzindo assim, a era da velocidade, da imagem acima do conteúdo, mas que, entretanto, representa um tempo sem verdades seguras, aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-Kelseniana, pós-freudiana.

A vida social é dinâmica, caracterizada pelas transformações que as interações humanas acarretam, há uma complexa interação de fatores – econômicos, políticos, ideológicos – que configuram o espaço em que o Direito atua com o objetivo de emprestar o máximo de segurança e previsibilidade às opções sócio-econômicas institucionalizadas pelo grupo social.

Com a crescente transnacionalização dos mercados, o entendimento de que o poder inerente à produção normativa é uma instância autônoma em relação à economia e à política, torna-se incoerente.

Como bem observa PASSOS (2003, pág. 39):

“O Direito fenomenaliza-se no conflito, associado à solução institucional que lhe é dada, e estrutura-se não como fato estritamente econômico, político, ético ou jurídico, sim como um substrato existencial que exige seja compreendido e vivido necessariamente em *todas essas dimensões*.”

Neste contexto, ano 20 da Constituição de 1988, o constitucionalismo vive um momento de intensa ascensão científica e política. Momento em que o intérprete não pode desconsiderar que toda interpretação é produto de uma época, que o conteúdo de uma norma não pode ser compreendido a partir de um ponto situado fora da existência histórica, senão a partir da situação histórica em que se encontra, bem como dos fatos envolvidos, das próprias circunstâncias do intérprete.

Visualizar o Direito como algo inerente à vida em sociedade, e que por isso deve ser estudado à luz desta, dos valores que a inspiram, bem como dos problemas sociais que com ele se pretende resolver, é impreterível e traduz a idéia de uma “dogmática” [1] jurídica moderna, que supera a idéia de que o Direito se exprime através das normas e se limita às mesmas, bem como a descrevê-las como dogmas.

As normas são vistas como o aspecto técnico pelo qual o Direito se exprime e a ciência não apenas as descreve e compreende, mas também as aperfeiçoa, ou seja, é a ciência que confere os meios para buscar a correção do Direito positivo, seja por via da interpretação, seja pela da reforma legislativa. (MACHADO SEGUNDO, 2008, pág. 63)

Destaca-se, portanto, o entendimento de BARROSO (pág.9), para quem:

“A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (...) O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação”.

O Direito, não consiste simplesmente na revelação do sentido de uma norma pré-existente, ou seja, em um simples ato de conhecimento (silogismo), mas também em um ato de vontade, na escolha de uma possibilidade dentre várias que se apresentam[2].

Acerca deste Novo Direito Constitucional Brasileiro, BARROSO (2003) aponta os fundamentos teóricos (1. a dogmática jurídica tradicional e sua superação e 2. a teoria crítica do direito) e filosóficos (1. ascensão e decadência do jusnaturalismo, 2. ascensão e decadência do positivismo jurídico e 3. pós-positivismo e a normatividade dos princípios), a seguir explicitados.

Bases Teóricas:

1. A dogmática jurídica tradicional e sua superação

O Direito moderno, em suas principais categorias, consolida-se no séc. XIX, sob forte influência positivista em que o Estado é a única fonte do poder e do Direito, sendo a lei vista como expressão superior da razão; a dogmática jurídica[3], separada da filosofia, volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seus fundamentos e legitimidade.

BARROSO (2003, pág. 12-13) aponta de forma sintetizada, o que entende ser as principais características do Direito na perspectiva clássica: “a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude, d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete”.

A dogmática tradicional tem por objeto de estudo as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto de partida para a determinação do Direito Positivo, normas estas que veiculam preceitos que devem ser tidos como obrigatórios pelo simples fato de serem vigentes, a dogmática parte assim da norma e renuncia a questionamentos.

Destaca-se que as normas jurídicas são de grande relevância, entretanto, não se quer dizer que sejam objeto exclusivo das atenções dos cientistas do Direito, que devem compreendê-las à luz da realidade factual nelas disciplinada, e dos valores que orientam esse disciplinamento. Será à luz do caso concreto que o intérprete determinará a norma, não sendo possível falar que ela seja, para ele, um dogma. (MACHADO SEGUNDO, 2008, pág. 46)

2. A teoria crítica do direito

Os primórdios de uma Teoria Crítica encontram toda sua fundamentação na tradição idealista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética hegeliana, pelo materialismo histórico marxista e pelo subjetivismo psicanalítico freudiano. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica.

A Teoria Crítica surge como uma teoria dinâmica, pois não se atém apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais. Seus pressupostos de racionalidade são “críticos” na medida em que articula, dialeticamente, a “teoria” com a “práxis”, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica.

Aplicado ao Direito, a Teoria Crítica pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal imperante em uma época ou em um determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições para o amplo processo pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência” e “emancipação”. A Teoria Crítica do Direito não só analisa as condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão de cientificidade do Direito vigente, como, sobretudo, propõe novos métodos de ensino e de pesquisa que conduzem à desmistificação e à tomada de consciência dos operadores jurídicos. (WOLKMER, 2005)

No Brasil, os mesmos fundamentos filosóficos que inspiraram o pensamento europeu foram compartilhados pela teoria crítica do direito, de forma a denunciar o Direito como instância de poder e dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. (BARROSO, 2003)

As concepções da crítica jurídica em muito contribuíram, criando condições para se passar de um paradigma legal tradicional a um novo paradigma, voltado a uma análise exploratória das potencialidades positivas da dogmática jurídica, investida de interpretação principiológica, fundada em valores e na razão possível, modificando e elevando o patamar do conhecimento convencional.

Bases filosóficas:

1. Ascensão e decadência do jusnaturalismo

O jusnaturalismo funda-se na existência de um direito natural, válido em si e legitimado por uma ética superior que estabelece limites à própria norma estatal. Ao longo da Idade Média, o jusnaturalismo passa por múltiplas variantes, apresentando-se fundamentalmente em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão.

Assim, a partir do séc.XVII, se consolidam as bases de uma nova cultura, que enfatiza a natureza e a razão humanas e, não mais a origem divina (submissão à teologia cristã), constituindo um dos marcos da Idade Moderna. Cresce o ideal de conhecimento fundado na razão, o de liberdade, em confronto com o absolutismo.

Não mais predominava, na relação política, o ângulo do soberano, mas do cidadão, em consonância com a afirmação de que o homem possui direitos naturais, ou seja, um espaço de liberdade a ser respeitado pelo próprio Estado, fundamento este das teorias de cunho individualista que enfrentaram o absolutismo monárquico.

A partir das Revoluções burguesas do século XVIII, caracterizadas por defender a liberdade do indivíduo diante do Estado, é que se consolida o Estado liberal de Direito, em substituição ao Antigo Regime, momento em que se inicia a trajetória do constitucionalismo moderno.

Observa BARROSO (2003, pág. 22) que: “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram também, a sua superação teórica”.

2. Ascensão e decadência do positivismo jurídico

O positivismo jurídico, ou seja, a pretensão de se criar uma ciência jurídica, funda-se no positivismo filosófico, que segundo BARROSO (2003, pág. 23), tem como teses fundamentais:

“a) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; b) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; c) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experiência, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais”.

A busca por objetividade científica afastou o Direito da moral e de valores transcendentais, de forma a considerar que Direito é norma, ato emanado do Estado, com caráter imperativo e força coativa, não sendo do âmbito do Direito discussões acerca de legitimidade e justiça.

O positivismo teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, como observa Tércio Sampaio Ferraz Jr. “dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea”.

O que caracteriza o positivismo jurídico de Kelsen[4] é não admitir uma fundamentação racional de juízo de valor no âmbito da dogmática jurídica ou ciência do direito, de forma que a consideração sobre justiça, valores morais, no limite último não têm justificação racional, o que não implica em dizer que referido autor se recuse a admitir a possibilidade de se falar em juízo de valor no âmbito da dogmática jurídica, uma vez que o faz, mas no sentido de admitir um valor objetivo decorrente da relação entre condição e conseqüente, bem como da criação da lei.

O positivismo tornou-se a filosofia dos juristas nas primeiras décadas do séc. XX, empenhados no desenvolvimento de conceitos dogmáticos, na busca da cientificidade anunciada, o Direito, reduzia-se ao conjunto de normas em vigor.

A idéia de que o debate sobre justiça se encerra na positivação da norma, de um ordenamento jurídico indiferente a valores e da lei como uma estrutura meramente formal, não tem mais aceitação no final da Segunda Guerra Mundial, abrindo caminho para uma gama de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Da-se assim, o pós-positivismo, caracterizado por BARROSO (2003, pág. 27), como a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

3. Pós-positivismo e a normatividade dos princípios

A ligação entre Direito e norma e sua rígida separação dos valores, caracterizando uma hermenêutica tradicional reconhecidamente positivista, na segunda metade do séc. XX, não corresponde às necessidades do processo civilizatório voltado ao patrocínio de causas da humanidade.

O pós-positivismo traduz a idéia de transposição do ideário positivista[5], ou seja, de superação do conhecimento convencional, mas que ao mesmo tempo não implica em seu abandono integral, posto que guarda deferência relativa ao ordenamento positivo, nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

A idéia do pós-positivismo consagra a integração de um sistema jurídico fundado na lei, mas orientado por diretrizes valorativas com os ideários políticos, constitucionais e humanos, traçando assim os aspectos de uma nova hermenêutica constitucional voltada à valorização dos princípios, sua incorporação, pelos textos constitucionais, implícita ou explicitamente.

Conforme aduz BARROSO (pág.29):

“O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.”

O pós-positivismo é marcado pela superação do legalismo bem como pela ascensão e reconhecimento de valores fundamentais expressos através dos princípios, aos quais é conferida normatividade pelo ordenamento jurídico, outorgando assim, unidade ao sistema e condicionando a atividade do intérprete, o que implica em uma mudança de paradigmas na hermenêutica constitucional, na busca de justiça e efetividade.

Desta forma, para que se consiga imprimir ao sistema jurídico a justiça e efetividade almejadas, é necessário encontrar melhor compreensão da teoria dos princípios que, mitigados pelo positivismo, dado o seu alto grau de abstração, ressurgem com ampla força no cenário jurídico.

1.2 OS PRINCÍPIOS COMO MANDATOS DE OTIMIZAÇÃO

1.2.1 Distinção entre normas, regras e princípios

Dos vários modelos existentes acerca da distinção entre normas, regras e princípios há praticamente um consenso de que as normas constitucionais ou infraconstitucionais se categorizam em dois grupos, quais sejam regras e princípios, o que equivale a dizer que princípios e regras são espécies do gênero norma.

Constitui um dos pilares da dogmática constitucional moderna, na busca da superação do positivismo legalista, a distinção entre regras e princípios, a Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios, permeável a valores jurídicos suprapositivos, em que a idéia de justiça e efetivação dos direitos fundamentais passa a desempenhar papel central. (BARROSO, 2003, pág. 30)

Essa concepção das normas jurídicas divididas em espécies encontra desenvolvimento na obra de Robert Alexy – Teoria dos Direitos Fundamentais – que, diante da dificuldade interpretativa dos direitos fundamentais, cujas formulações se mostram vagas e ambíguas, impeditivas de um sentido unívoco, procura formular uma teoria geral dos direitos fundamentais, com assento nos positivamente válidos, inserida no âmbito da dogmática jurídica, dividida para o autor, em três dimensões: a) analítica; b) empírica; e c) normativa. Para os limites deste trabalho, importa primordialmente a diferenciação que Robert Alexy faz de regras e princípios.

Nesse caso, tanto regras como princípios constituem normas^[6], pois apresentam-se como fundamento para juízos concretos do dever ser, contudo, manifestam diferenças de caráter qualitativo. Enquanto as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, pág. 91), os princípios se materializam por normas que:

“ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2008, pág. 90)

CANOTILHO (2003, pág. 1160), ao dispor sobre a Constituição como sistema aberto de regras e princípios aduz que:

“A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.

Robert Alexy desenvolve sua teoria de forma a considerar princípios como “mandatos de otimização”, ou seja, constituem normas que em condições ótimas (realizadas no máximo possível), ordenam algo que seja realizado considerando variáveis reais e jurídicas. Desta forma, enquanto mandato de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, de forma que esta medida é dada pelo ordenamento jurídico.

Princípios são cumpridos em graus diferentes, por isso devem ser sopesados, enquanto as regras não, obedecem à lógica do tudo ou nada. A aplicação dos princípios é um processo de ponderação que não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto, havendo a possibilidade de, em outra hipótese, de colisão dos mesmos princípios, a decisão ser em sentido oposto, mantendo-se os princípios no ordenamento jurídico, diversamente da aplicação das regras, que se dá por subsunção.

1.2.2 Colisão entre princípios

Os princípios constitucionais, reconhecida pela dogmática jurídica moderna sua normatividade, passam a constituir a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, de forma a espelhar os postulados básicos e fins da sociedade, o que demonstra ser a Constituição um sistema aberto de regras e princípios, pois consiste em um sistema dinâmico de normas, com uma estrutura que traduz a disponibilidade das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade, bem como constitui um sistema normativo, pois a estrutura referente a valores, pessoas, funções, se dá através de normas que podem revelar-se tanto sob a forma de princípios como de regras.

Desta forma, o fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua que podem existir fenômenos de tensão entre os princípios, que não obedecem, em caso de colisão, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, conforme seu peso e as circunstâncias do caso.

Neste sentido é a teoria estrutural de Robert Alexy, na medida em que propõe o conceito de ponderação entre direitos fundamentais colidentes na qualidade de um procedimento racional de ponderação, decorrente da concepção de princípio como mandato de otimização que, como tal, implica para sua concretização a aplicação de um critério que determine o resultado racional de cada caso.

Na colisão de princípios, diferentemente do que acontece no conflito de regras que somente pode ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das regras ou mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras

(ALEXY, 2008, pág. 92), a solução dar-se-á por meio da ponderação, que busca estabelecer o peso de cada um dos princípios contrapostos, à vista do caso concreto, de forma a fazer concessões recíprocas, sacrificando o mínimo de cada um deles na busca de um resultado socialmente desejável[7].

A colisão de princípios exige uma ponderação de bens, uma vez que segundo Alexy, nenhum princípio tem precedência absoluta, assim, consideradas as circunstâncias de fato e de direito, um princípio irá adquirir precedência sobre o outro através da força do melhor argumento, ou seja, face boas condições se justifica sua precedência. Assim, a consequência jurídica é o estabelecimento de uma regra que resolve o conflito entre princípios.

Quando da análise da teoria da colisão de Robert Alexy, expõe Norma Sueli Padilha (2006, pág.115):

“Assim sendo, a ponderação não é um procedimento, que em cada caso, conduza exatamente a um resultado, já que estabelece uma relação condicionada de precedência, mas se trata de um procedimento racional, já que permite a fundamentação racional dos enunciados que estabelecem precedência condicionadas entre valores e princípios opostos. O discurso jurídico racional aparece então, como uma exigência da racionalidade prática – de um método que garanta a racionalidade da argumentação e do resultado - , mas não uma única resposta correta”.

A colisão entre princípios não é quantificável, ou seja, só pode ser resolvida com base na ponderação. Isto aproxima a teoria dos princípios da teoria dos valores, pois está amparada em motivos que justificam racionalmente a precedência de um sobre o outro.

Há um peso argumentativo maior que é posto em determinados princípios, sempre que comparados a outros, entretanto, esta carga argumentativa não é absoluta uma vez que limitado pelo ordenamento jurídico (a consideração de um princípio deve sempre levar em consideração outros princípios), que oferece mecanismos para a fundamentação, de forma que o que vai variar é a argumentação (a justificação da fundamentação é que a justifica como racional) e, no processo de ponderação, a especificidade consiste na argumentação de um enunciado de precedência.

Quanto aos princípios jurídicos, qualquer que seja sua indeterminabilidade, não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição, uma vez que permitem projecções ou irradiações normativas com certo grau de discricionariedade, mas sempre limitados pela juridicidade objetiva dos princípios. (CANOTILHO, 2003, pág. 1183)

1.3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: UM NOVO PARADIGMA DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A ponderação como mecanismo de convivência das normas, através do qual o magistrado, considerando a importância que os bens jurídicos têm, tanto em tese quanto no caso concreto, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais, passando o direito constitucional a ser visto sob a ótica deste novo paradigma.

Cumprido esclarecer o sentido da palavra paradigma, de forma a justificar sua utilização no presente trabalho. Segundo Ovídio Batista (2006, pág. 30), ao fazer relevantes abordagens sobre o conceito de paradigma, é importante ter presente a conclusão de Thomas Kuhn de que toda concepção científica estará, necessariamente, alicerçada em determinados pressupostos, aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. Argumenta ainda, que sobre estas premissas, indicadas por Kuhn como *paradigmas*, é que a ciência não apenas se constrói, mas somente através delas se torna possível como ciência normal, em oposição ao que Kuhn denominou de “ciência revolucionária”, que é demonstrada através da passagem do autor segundo o qual:

“As revoluções científicas ocorrem esporadicamente, quando um determinado *paradigma* deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas, provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência. A quebra de um determinado *paradigma* e sua substituição por outro é o que ele denomina “revolução científica”. Vê-se portanto que, para Thomas Kuhn – esta é a consequência de maior relevo de sua teoria – , a ciência, qualquer que ela seja, estará necessariamente comprometida com um determinado *paradigma*. As verdades científicas são, segundo ele, produtos históricos obtidos pelo trabalho de uma ou várias gerações, a partir, porém, de certas premissas que lhe servem de suporte e que, enquanto *paradigma*, não são questionados pelos cientistas”.

No momento em que os paradigmas são aceitos pelos cientistas, a ciência ingressa, segundo Faria (2004), num período de *normalidade* e o trabalho intelectual se limita à resolução dos problemas e eliminação de incongruências com os esquemas conceituais, teóricos (...). Entretanto, no momento em que os paradigmas não conseguem mais lidar com fatos novos, nem fornecer orientações, estabelecer normas, entram em crise, emergindo novos paradigmas no horizonte científico, o que é denominado por Kuhn de “revolução científica”.

Face ao dinâmico processo social, é que se visualiza, na teoria dos princípios, por meio da ponderação, a satisfação à demanda por legitimidade e por justiça, sem o abandono ao direito legislado ou de regras, o que constitui um novo paradigma presente na hermenêutica constitucional.

O mecanismo de ponderação é racional, entretanto, não é um procedimento que em cada caso conduza a uma única solução, visto que segundo Alexy, a ponderação é um procedimento aberto e a abertura se refere ao sistema material determinado pelas normas de direito fundamental, portanto, a um sistema aberto frente à moral; e esta irradiação dos direitos fundamentais no sistema jurídico, significa a inclusão de justiça no próprio direito positivo.

Entretanto, a abertura fornecida ao sistema jurídico pelos direitos fundamentais é uma abertura qualificada, o que não submete o resultado à pura arbitrariedade da decisão.

“A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação de outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância, da satisfação do princípio ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância”. (Alexy, 2008, pág. 171)

A percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, sendo a constituição um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, faz com que a idéia de abertura se comunique com a constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. (BARROSO, 2003, pág. 35)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ondas sociais que se seguiram ao segundo pós-guerra, bem como a perspectiva crítica associada à boa doutrina, deram ao Direito uma dimensão transformadora, trazendo a transposição do positivismo para o pós-positivismo, assim concebido como um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da denominada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos Direitos Fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Era cômoda a posição hermenêutica-epistemológica do positivismo, na exata medida de suas adstrições aos métodos clássicos de interpretação, vez que esses, calcados no primado da aplicação legalista justificavam o resultado. A ascensão dos princípios e o reconhecimento de seu status normativo foi fator decisivo para a supressão do modelo eminentemente positivista e a tomada de sua função no cenário jurídico foi mais rápida do que a elaboração de metodologias capazes de administrar o correto cumprimento das funções das regras e dos princípios na dogmática jurídica.

Desta forma, face ao dinâmico processo social, é que se visualiza, na teoria dos princípios, por meio da ponderação - como mecanismo de convivência das normas, através do qual o magistrado, considerando a importância que os bens jurídicos têm, tanto em tese quanto no caso concreto, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos -, a satisfação à demanda por legitimidade e por

justiça, sem o abandono ao direito legislado ou de regras, o que constitui um novo paradigma presente na hermenêutica constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (Tradução Virgílio Afonso da Silva) 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. (org.) **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo; Renovar, 2003:

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1 edição, 4 tiragem, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Tradução João Batista Machado) 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Prova do Sofrimento: Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 09 de Junho de 2008. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 30.09.2005

[1] Importante destacar entendimento de Machado Segundo (2008, pág. 67-68) acerca da utilização do termo dogmática jurídica, ao sintetizar em suas conclusões que: “a) Dogmática jurídica, no vocabulário jurídico-científico, geralmente designa o ramo da ciência jurídica que se ocupa de um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinada comunidade. O cunho dogmático de tal conhecimento decorreria do fato de que as normas não serão discutidas, nem serão aceitas soluções que delas não decorram. Perquire-se, em suma, em torno do direito que é, e não daquele que deveria ser. B) Seu uso seria importante para designar o estudo voltado a determinado ramo do Direito positivo, em oposição a um estudo totalizante do Direito, seja ele científico ou filosófico. (...) g) Mais adequado para evitar tal confusão, e para afastar o dogmatismo do âmbito do Direito, é simplesmente deixar de se fazer referência ao estudo do Direito, em qualquer de suas vertentes ou modalidades, como sendo dogmático. O Direito pode ser estudado por diversos prismas ou abordagens, não tendo nenhum deles caráter dogmático.”

[2] Referida conclusão tem a adesão de Kelsen, Hans (1998, pág. 391-394): “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação do conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha ente as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. Aliás, Kelsen reconhece amplo papel criativo ao intérprete, embora afirme que, ao desempenhar essa necessária tarefa criadora, ele não esteja fazendo ciência mas política jurídica.

[3] Dogmática jurídica é definida por FARIA (2004, pg.43 – nota de rodapé n. 23), como o resultado da convergência entre (a) a consolidação de um conceito moderno,

voltado não tanto ao problema da verdade ou falsidade das conclusões do raciocínio científico, mas ao seu caráter sistemático e lógico-formal; (b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direitos e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; (c) a separação entre teoria e práxis e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; (d) a ênfase à segurança jurídica como sinônimo de certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma.

[4] Sua obra-prima: Teoria pura do Direito (primeira edição datada em 1934, tendo sido publicada a segunda edição em 1960, com a incorporação de conceitos novos), se dá em um momento em que Kelsen encontra-se em uma fase caracterizada pela posição radical de que o Direito não fala com fatos, portanto, não tem nenhum parentesco com a norma científica natural. Tem como objetivo discutir e propor princípios e métodos da teoria jurídica, na tentativa de conferir um método e um objeto próprios à ciência jurídica. O Direito para Kelsen, deveria ter como premissa básica a norma (e não fato social ou valor transcendente), considera a noção de Direito como conjunto de normas que dependem de outra para sua validação.

[5] Acerca da decadência do positivismo destaca-se importante passagem trazida por BARROSO e BARCELLOS (2003, pág. 335) “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses dois movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento jurídico esclarecido.”

[6] No mesmo sentido aduz Canotilho: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworking: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à – lógica do tudo ou nada -), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos”. (2003, pág. 1161)

[7] “Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras

condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, 2008, pág. 93-94)

**HERMÊNUTICA, TEORIA E FILOSOFIA DO
DIREITO**

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA “NATUREZA DAS NORMAS” À IDENTIDADE PROBLEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO*

CONSTITUTIONAL MUTATION: FROM THE “NATURE OF NORMS” TO THE PROBLEMATIC IDENTITY OF THE CONSTITUTION

Ana Katarina Fonteles Soares
Paulo Antonio de Menezes Albuquerque

RESUMO

O conceito de mutação constitucional designa modos complexos de alteração da constituição, dentro dos limites de consistência semântico-normativa e pertinência ao ordenamento. Dotadas de uma escala variante de alto grau de abstratividade, as normas constitucionais permitem o surgimento de espaços intertextuais, capazes de abrigarem conteúdos extra-jurídicos e sentidos inovadores, pelo que fatores “internos” e “externos” afluem na atividade interpretativa, criando reservas de futuras modulações de sentido, à disposição de um espaço de conflitos e ambigüidades da vida político-constitucional. A idéia de mutação constitucional revela-se, assim, como apropriada para expressar os modos pelo quais as concepções do direito e da própria constituição vão-se ajustando mutuamente ao longo das experiências vividas no processo histórico de afirmação do Estado de Direito. O presente trabalho analisa a mutação interpretativa como fator de adequação das disposições constitucionais à realidade social, buscando identificar os mecanismos normativo-funcionais que regem as mudanças, ao tempo em que sejam capazes de conter voluntarismos ou intervenções monopolizadoras da parte do intérprete.

PALAVRAS-CHAVES: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; INTERPRETAÇÃO; LIMITES.

ABSTRACT

The concept of constitutional mutation refers to complex ways of changing the constitution, involving ways of modifying the Constitution, the constitutional texts and the diretrix of their logical-normative unicity being maintained, as well the pragmatic-contextual meaning changes, at the other. Constitutional norms are disposed with a high abstractive level in order to allow the coming up of intertextual spaces, which may so embed extrajudicial contents and proper law-renewing senses, so that “internal” and “external” factors are switched together in the interpreter’s activity and, at the same time, they preserve future sense-modulations toward conflicts and ambiguities of political-constitutional life. The idea of constitutional mutation appears, thus, as

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

appropriate to express the means by which the concepts of Law and of Constitution itself go adjusting one another during the experiences relied to the historical affirmation process of the Rule of Law State – which one expects to be also democratic – in the range of one figured society. The present paper analyses interpretation as an adequate factor of constitutional dispositives to social reality, trying to identify the normative-functional mechanisms which may rule the sense of informal change and also form them in order to content voluntarisms or monopolizing interventions of the interpreter.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL MUTATION; JURIDICAL INTERPRETATIVE PROCESSES; LIMITS.

INTRODUÇÃO

Como estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, a Constituição delimita a estrutura normativa de (re)produção do Direito e a intercessão jurídico-política de atuação do respectivo estado. Daí porque se presume seja ela dotada de estabilidade, exigência indispensável à chamada segurança jurídica. Essa estabilidade, entretanto, não pode significar fixidez excessiva das normas constitucionais, já que a própria ordem social constrói-se sobre um permanente devir de institucionalidades. As constituições, dessa forma, embora com pretensão de permanência, possuem também um caráter dinâmico, na medida em que não podem assumir postura alheia às mudanças da realidade social, sob pena de promoverem uma ruptura da ordem fundamental positivada.

A mudança constitucional mostra-se, pois, indissociável das demais vivências da sociedade, advindo daí uma tensão permanente entre o texto normativo e a busca de efetividade das disposições previstas constitucionalmente. Além de ser dotado de caráter “estático” - na forma da disponibilidade de um modelo ideal de criação de hierarquias normativas, competência e atribuições - o ordenamento constitucional apresenta, simultaneamente, caráter “dinâmico” - por meio de processos efetivos de mudança e interpretação - não se podendo dispensar neste o enfoque cognitivo de conteúdos sociológicos/ políticos/ econômicos/ culturais implícitos, que põem em íntima relação o direito e a sociedade em constante transformação[1]. Como destacam Eckhoff e Sundby, em relação a processos de justificação normativa de conteúdos (1988, p.148), *seria aqui talvez mais acertado dizer que não há propriamente uma norma, mas um campo normativo, que envolve a decisão individual, e diminui a “força de campo” a partir de seu centro.*

Nesse contexto, Canotilho (2002, p. 1143) compreende a constituição como um *sistema aberto*, pautado em uma *estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.*[2] Na tradição realista, o acento era deslocado à busca de consonância da ordem constitucional aos chamados *fatores reais do poder*, na conhecida expressão de Lassale (2006, pp. 19 e ss.) – originariamente vistos como de correspondência mútua.[3]

Ao destacar o liame entre constituição e realidade, Häberle (1997, pp. 12/13) almeja uma “sociedade aberta” de intérpretes, ao tempo em que prega uma hermenêutica da

integração da realidade ao processo de interpretação, expungidas determinadas condições que prescreve ou pressupõe.[4] Neste sentido retoma o caminho trilhado por Hesse (1991, pp. 13 e ss.), quando este autor dispôs que a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade onde pretende ser concretizada, havendo um *condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*, assinalando, ainda, que *a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo.*

Mutáveis por “natureza”, as constituições mostram-se permeáveis a determinadas forças sociais, de tal sorte que a segurança e a estabilidade podem ser alcançadas quando garantida uma margem flexível de progressivas alterações. As mudanças que se fazem necessárias, todavia, não acontecem apenas conforme os processos formais de mudança (revisão e emenda), previamente estabelecidos pelo próprio texto constitucional, segundo procedimento solene e rígido. Neste aspecto, diferenciam-se as adaptações que modificam o texto da constituição daquelas que, mantendo a redação intacta, modificam o significado da norma. Na primeira hipótese, fala-se comumente em reforma constitucional; no segundo caso, em mutação constitucional.

A experiência demonstra que um dado preceito da constituição pode sofrer mudanças em seu sentido, significado e alcance, independentemente de reformas constitucionais formais, em regra mais complexas e morosas. De fato,

[...]resultaria gravemente errôneo considerar que as únicas modificações dos ordenamentos constitucionais são as determinadas pelas **reformas formais** propriamente ditas dos textos de suas Constituições. Com efeito, se se quer realmente conhecer o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado, é necessário também ter presentes as múltiplas modificações não formais das normas constitucionais, que sempre têm lugar em medida mais ou menos acentuada segundo os diversos ordenamentos. (Di Ruffia, 2000, p. 560).

A modificação de um dado preceito constitucional - em seu sentido, significado e alcance - pode dar-se, portanto, sem a necessidade de se recorrer à revisão ou emenda do respectivo preceito. Estas mudanças informais também são conhecidas como *transição constitucional* ou *revisão informal* (Canotilho, 2003, p. 231), *processos oblíquos* (Ferraz, 1986, p. 12) ou *vicissitude constitucional tácita* (Miranda, 1991, p. 133), que atingem a sua substância, sem, contudo, modificar-lhes a letra expressa. Por sua vez, Bulos (1997, p.196) entende a mutação constitucional como

[...]o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à sua letra, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Vale destacar o conceito de Ferraz (1986, p.12), que utiliza as terminologias processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado. Pode-se, então, precisar o fenômeno da mutação constitucional como o conjunto de alterações materiais do texto constitucional,

produzidas pela atuação do poder constituinte difuso[5], sem vulnerar o enunciado lingüístico da norma, atingindo tão-somente o significado, o sentido ou o alcance de seus preceitos - em outras palavras, por meio da (re)construção empreendida pelos tribunais, órgãos intra-estatais, entidades de representação de interesses, corporações, grupos de interesse, usos e costumes etc,[6] as constituições também são modificadas quanto à substância, sem, contudo, alterar o enunciado de suas disposições. Daí a importância de se estudar o fenômeno da mutação constitucional, como modalidade interpretativa, notadamente no que se refere à sua utilização para adequar disposições constitucionais à realidade social e aos reclamos populares e anseios de atendimento à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO

Atendendo às necessidades de flexibilização e convicção de continuidade do documento escrito, evidencia-se o problema de conciliar dinamicidade e evolução com a permanência da letra constitucional. Por intermédio de simples adaptação semântica [7] pode-se atribuir ou suprimir das palavras um determinado conteúdo, visando intencionalmente ou não uma adequação a determinada realidade; também é possível restringir ou ampliar a significação da norma, sem que isso importe modificação textual. A atividade interpretativa confere assim potência em ato à “letra morta” da norma jurídica, proporcionando dinamismo ao sistema normativo.

Quanto mais difíceis apresentam-se as técnicas[8] de reforma, mais fortemente aparecerão os meios difusos de modificação constitucional para adaptação do texto constitucional às exigências prementes da sociedade[9]. Nesse particular, Coelho (1997, p. 39) defende que a necessidade de se atribuírem novas acepções a um mesmo termo jurídico está intimamente ligada ao mister de que rápidas soluções sejam encontradas às novas exigências da sociedade:

À luz da experiência jurídica, verificamos que isso ocorre em razão das mudanças que se operam, continuamente, no prisma histórico-social de aplicação do direito, exigindo soluções novas e imediatas, que não podem aguardar as sempre demoradas decisões legislativas.

A própria morosidade ínsita ao processo legislativo torna-se um entrave à modificação formal, pois, como salienta Silva (2007, p. 157), *não se apresenta suficientemente célere para atender de imediato às novas exigências da sociedade, principalmente no tocante ao desenvolvimento tecnológico, de modo que tal situação acaba por se tornar um substrato favorável ao desenvolvimento da interpretação como fator de atualização das normas constitucionais*. Também Hesse (1991, p. 22) vê limitações nos processos formais de reforma da Lei Maior, elegendo, em contrapartida, a interpretação constitucional como meio precípua de se alcançar a adequação da norma à realidade, na medida em que se devem preferir os mecanismos informais de atualização da constituição. Elucida o autor que

[...]a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. (...) Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.

Contudo, é preciso ressaltar que à interpretação não é dado, *per si*, promover mutação constitucional. O que ela pode é revelar, num exercício de adaptação das normas constitucionais às exigências de novos conceitos da realidade por elas pensadas,

[...]que o objeto a ser conhecido se transformou, quer porque a realidade a que se refere evoluiu e requer que o objeto normativo se acomode a ela, se tiver elasticidade suficiente para tanto, ou porque palavras ou expressões normativas sofreram mudanças semânticas que exigem que o seu novo sentido seja explicitado pela interpretação (Silva, 2007, p. 291).

Não há dúvidas de que uma constituição encontra-se numa relação de coexistência com as demais estruturas do estado e da sociedade, e, se estas estruturas sociais, econômicas, políticas e éticas mudam, deverá também ela, dentro de certos limites, alterar-se, com ou sem reformas formais, para que não se promova uma divergência problemática. [10] Por outro lado, surge a questão de como a interpretação das disposições constitucionais deva incorporar as reflexões da metodologia interpretativa, salvaguardando eventual redirecionamento da vontade constituinte, à margem da efetiva realização dos princípios constitucionais.

No direito constitucional essa evolução se processa habitualmente não tanto por meio da posituação de novos direitos fundamentais no texto das constituições, mas, sobretudo, em nível de uma mutação semântica, deslocamento de conceitos por meio de distinções procedimentais, redefinição de termos, aditamento de conteúdos e “remapeamento” de competências para a decisão jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Nesse entre meio, desponta a relevância da interpretação como meio de modificação informal das constituições, pois que tem o potencial de, sem vergastar o texto constitucional, conferir-lhe novos significados, sentidos e alcances, com vistas à realização efetiva dos preceitos constitucionais e à atualização da própria ordem jurídica.

2 LIMITES NORMATIVOS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA

Ao transcender limites interpostos pelo poder constituinte originário, a mutação constitucional interpretativa, como meio de alteração informal da constituição, também enfrenta a questão de limitações de cunho normativo, eis que a esta não se pode sobrepor, alterando-lhe a letra ou turbando-lhe a identidade[11], sob pena de manifestação ilegítima e ruptura da ordem jurídica vigente. Se é necessária a adaptação do texto à realidade social, sobretudo por meio da atividade interpretativa empreendida pelos juízes e, em especial, pelos tribunais superiores, não menos necessários serão mecanismos de contenção jurídica, em face da coerência metodológica de observância das leis escritas, do perigo de “travamento” das funções estatais ou mesmo do inflação de práticas retórico-simbólicas, sem correspondência praxiológica com as relações entre as comunidades jurídicas entre si.

O fato de o texto constitucional conter enunciados, em regra, *abertos, indeterminados e polissêmicos* (Coelho, 1997, p. 38) finda por ampliar a atividade do intérprete, que, em seu mister concretizador, afigura-se responsável pela delimitação do conteúdo das normas. No entanto, a despeito dessa abertura semântica e forte carga valorativa das disposições constitucionais, há a vinculação ao texto, à expressão literal e à sistemática de integração, na medida em que o *teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis* (Müller, 2005, p. 64). Daí Streck (2006, p. 299) assinalar *que o texto já traz 'em si' um compromisso - que é a pré-compreensão que antecipa esse 'em si' - e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto.*

Torna-se, pois, relevante a diferença entre texto e norma (sentido do texto) no que pertine ao labor interpretativo, na medida em que o sentido - significado - não se afigura como algo prévio à atividade interpretativa, dependendo, antes, das valorações e decisões do intérprete, as quais devem, no entanto, ater-se aos limites traçados pela densidade dos elementos lingüísticos do texto constitucional.[12] Em outras palavras, o intérprete, *ao realizar seu mister, não pode ir além da expressão literal da norma interpretada (...). Caso o faça, o intérprete atuará como legislador positivo, e não como intérprete, pois estará criando uma nova norma jurídica, ao invés de descobrir o sentido da norma constitucional analisada.*” (Bastos; Meyer-Pflug, 2005, pp. 163-164). Com efeito, admitir-se o triunfo do fato sobre a norma como forma de mutação constitucional seria negar o próprio conceito de constituição, pelo desprezo à sua força normativa e supremacia no contexto do ordenamento jurídico, numa verdadeira “fraude à Constituição”, na expressão de Lie-Vieux (1943, p. 116). Por outro lado, a eventual supervalorização do jurídico em detrimento do fático implicaria a perda paulatina da força normativa da constituição. A respeito Garcia (2008, p. 448) propõe uma solução parcial de superação, consistente

[...]na consideração e absorção do fático em todos os contornos passíveis de serem enquadrados no jurídico, efeito característico da mutação constitucional. Naquilo em que o fático se mostre irremediavelmente destoante do jurídico, a solução será a reforma da disposição da disposição constitucional com a utilização do método corrente de modificação formal, qual seja, a reforma da Constituição.

A propósito, Vega (1991, p.208) ressalta a necessidade de preservar o vetor orientativo da noção de supremacia constitucional:

enquanto a tensão sempre latente entre o fático e o normativo não se apresenta em termos de conflito e incompatibilidade manifesta, as mutações constitucionais podem coexistir com o princípio da supremacia constitucional, sem que este sofra deterioração importante. O problema dos limites da mutação começa quando a tensão entre os fatos e normatividade se converte social, política e juridicamente em um conflito que põe em risco a mesma noção de supremacia. É então quando aparece como única alternativa possível a de, ou bem converter a prática convencional (a mutação) em norma através da reforma, ou bem negar o valor jurídico da mutação, em nome da legalidade existente.

Ainda acerca dos limites à atividade interpretativa, Hesse (1991, p. 23) também cuidou de traçar limites às mutações constitucionais por meio da atividade interpretativa, ao sustentar que:

[...]uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade, com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a falecer, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Em outra obra (1962, pp. 99 e ss.), Hesse expõe idéias acerca de limites epistemológicos das mutações constitucionais:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto forma parte do âmbito normativo, se o 'programa normativo' resulta a esse respeito determinante e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá ser modificado no interior do marco traçado pelo texto. (...)Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional.

Torna-se evidente, desse modo, que o processo de mutação constitucional por meio da atividade exegética dá-se de forma gradual e dentro de certas limitações. Por mais que as normas constitucionais sejam dotadas de alto grau de abstratividade e imprecisão, o intérprete não pode ir além da expressão literal da norma[13], de forma a desfigurar a finalidade almejada pela norma constitucional, pois se as mudanças, de alguma forma, afrontarem a identidade constitucional e em seu verdadeiro núcleo – a capacidade da constituição estabelecer constantes clivagens entre política/direito, sociedade/estado, e as próprias disputas de competências das funções estatais – tanto mais se estaria caminhando para uma transformação nominal da constituição ou, até mesmo, para a ruptura da própria ordem jurídica.[14]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a eventual rigidez do texto constitucional, as constituições estão sujeitas às modificações necessárias à sua adaptação às exigências sociais e permeabilidade de conceitos indeterminados para as diversas situações decisórias. A mutação constitucional interpretativa adquire, pois, relevância, eis que premente a adaptação dos textos às exigências sociais e, às tentativa de afirmação e concretização das disposições emanadas da Carta Política em vigor, mormente pela luta em prol da concretização dos direitos e garantias fundamentais nela positivados[15].

Nesse contexto, os processos informais de mudança constitucional, notadamente os interpretativos, mesmo sem alterar a literalidade expressa, conferem ao respectivo texto novos significados, sentidos e alcances, com vistas à realização dos preceitos constitucionais. O *poder constituinte difuso* (Bourdeau) não se confunde com os

poderes constituintes originário e derivado, apresentando-se como expressão jurídica maior da sociedade de um estado, haja vista seu papel transformador da ordem constitucional vigente. Tal transformação adquire um patamar tão valioso quanto o das alterações formais da constituição, por vezes mais democrática e condizente com as mudanças sociais, adequando as disposições constitucionais sem vergastar-lhes a letra, sem modificá-las ao alvedrio de atitudes meramente políticas, movidas por interesses inconfessáveis, mas potencializando interpretações antes impensadas ou impossíveis para o momento de criação da norma constitucional[16].

Destaque-se, no entanto, que isso não significa permitir que a realidade imponha-se contra a constituição. Admiti-lo seria, em última análise, negar a própria *força normativa da constituição* (Hesse, 1991), instituindo a insegurança jurídica.

Pela via interpretativa, admitem-se atualizações ao texto constitucional, em virtude da incorporação dos elementos substanciais (realidade social). Isto, contudo, se não preserva a constituição e o direito do transbordamento politizador ou mesmo no extremo de um “travamento” institucional das funções estatais ou mesmo de um “cinismo” social no uso do direito, representa um “centro de gravidade” pela qual tende a ser preservada a identidade da norma dentro dos limites traçados pelo próprio texto dentro de um marco sistêmico de sentido e finalidade dos preceitos constitucionais, configurando assim uma racionalidade que rejeita interpretações discricionárias, ou que coloquem em risco a mera possibilidade de decidir de forma diferente no futuro, independentemente de qualquer consciência “estratégica”.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. “Hermenêutica constitucional e semântica da efetividade no quadro da práxis democrática contemporânea”. In: MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (coord.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”. In: SILVA, Luís Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DI RUFFÍA, Paolo Biscaretti. *Introducción al derecho comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

ECKHOFF, Torstein; SUNDBY, Nils Kristian: *Rechtssysteme*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Limites de la mutación constitucional*. In *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1962.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Tradução de Leandro Farina. 3. ed. São Paulo: Minelli, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Renovar, 2005.

PAINE, Thomas. *Rights of man*. New York: Penguin Books, 1984.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos: *O paradoxo de Rousseau. Uma interpretação democrática da vontade geral*, Rio de Janeiro, Rocco, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a constituição. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUSTEIN, Cass R. “Constitutions and democracies: an epilogue”. In: Jon Elster & Rune Slagstad (org.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1991.

VIEUX, Lie. “La fraude à la Constitución”. In *Revue du Droit Public*, 1993.

WHEARE, K.C. *Modern Constitutions*. New York: Oxford University Press, 1966.

[1] Discorrendo sobre a *perenidade* e a *variabilidade* características do direito, Del Vecchio (1995, p. 22) compara um sistema jurídico a um organismo, acrescentando ser esta *a razão daquele “perpétuo trabalho”* (...) que visa a *coordenar ou harmonizar entre si as normas vigentes e aquelas que promanam continuamente da vida social no seu perene fluir com o fim de integrar as primeiras*. Trabalho que, pode-se acrescentar, recria a relação mesma das normas entre si, e portanto o modo como o “organismo” é visto.

[2] Note-se aqui a mudança epistemológica: são as normas que “aprendem”, portanto estão inseridas em um contexto implícito de *comunicações normativas*, embora não seja esclarecido que partes compõem o diálogo nem o critério de “abertura”, que permanece ele próprio “em aberto”.

[3] Neste sentido Santos (2007, p. 14ss, 19) comenta o equívoco, tantas vezes presente no debate político, da identificação direta da democracia política como condição de igualdade econômica, desconhecendo inclusive as diferentes premissas que regem a vontade de participação em sociedades ricas e sociedades subdesenvolvidas, vez que nestas, mais do que naquelas, a democracia atende a uma vontade de reconhecimento social e proteção de liberdades políticas elementares.

[4] Como observa Diniz (1998, p. 259), *a teoria pluralista de Häberle chama a atenção para um dado que não se pode deixar de levar em conta, na hermenêutica constitucional: a necessidade de evitar a cisão entre as dimensões normativa e política da Constituição, cuja unidade decorre do próprio conceito (de Constituição). Ela, de fato, é a lei fundamental da sociedade e do Estado. Daí porque a jurisdição constitucional, quando a interpreta, não pode - pelo menos, não deve - menosprezar as conseqüências de suas decisões, que inevitavelmente afetam toda a comunidade*.

[5] Como explica Bulos (1997, p.171/172), citando Georges Burdeau, o poder constituinte difuso é assim adjetivado *porque não vem insculpido nos textos constitucionais, mas, mesmo assim, está presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos. Apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, aparecendo apenas quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais*

competem aplicar a Constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.

[6] Tais espécies de mutação constitucional são discriminadas por Bulos (1997, pp. 93 e ss.). Silva (2007, p. 288) tem como válidas as mutações constitucionais provenientes: *a)* da interpretação e da construção jurisprudenciais; *b)* dos atos de complementação constitucional; *c)* das práticas político-sociais convertidas em convenções constitucionais. Milton Campos (apud SILVA, 2007, p. 287) distinguia entre as mutações *a)* por construção judiciária; *b)* por complementação legislativa; e *c)* por consenso costumeiro. Jellinek (1991, pp. 16, 37, 45, 55) admitiu mutações constitucionais em decorrência de: *a)* prática parlamentar inconstitucional; *b)* convenções constitucionais; *c)* desuso das competências constitucionais; e *d)* necessidade de cobrir lacunas constitucionais. Hsü-Dau-Lin (1998, p. 31), a seu turno, diferenciou quatro tipos de mutações constitucionais: *1) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución;* *2) Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente;* *3) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución;* e *4) Mutación de la Constitución mediante su interpretación.*

[7] Ferraz Junior (2001, p. 256) ressalta que interpretar *é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva.* Maximiliano (1980, p. 108), a seu turno, já destacara que a utilização de línguas em atividade exigem um conhecimento profundo das técnicas do seu manejo, além das implicações da variante ligada ao seu processo de construção e incessante aperfeiçoamento, o que implica modificação de verbetes *no tempo e no espaço.* Daí afirmar que *afirme, novamente em metáfora biológica, que a língua moderna possui a sua própria anatomia e fisiologia; mas, ainda, a sua patologia. Até as enfermidades da linguagem precisam ser conhecidas pelo intérprete e expositor do direito.*

[8] Vejam-se a respeito as considerações de Wheare (1966, p. 99): *It may be said in general, however, that where communities have lived under constitutional government, where, that is to say, the Constitution has been in effective operation and where it has been regarded with respect, the process of formal amendment has seldom proved too difficult for the necessary adaptation of the Constitution to any strongly felt needs in the community. When a Constitution has been suspended or destroyed it would be difficult to say that a too rigid amending process had contributed to its disappearance. But it may be emphasized that one reason why the process of formal amendment has proved adequate in most Constitutions is that it does not operate alone.*

[9] Milton Campos (apud SILVA, 2007, p. 284) discorre sobre uma verdadeira flexibilização das Constituições rígidas, quando afirma que *os processos indicados [mutacionais] se destinam a pôr as Constituições em estado de eventual flexibilidade para se adaptarem, sem deformações maliciosas e sem subversões traumatizantes, às mutações da vida dos povos.* Ressalta (p. 282) que, *ao lado do processo do processo direto de reforma existem os processos oblíquos de adaptação da Lei Fundamental às infundáveis mutações da realidade. São esses os processos mais fecundos, porque constantes e revelados por meio de vagarosas germinações.*

[10] A discussão sobre a mudança *versus* estabilidade constitucional remonta aos pródomos da modernidade. Thomas Paine (1984, p. 16), no final do século XVIII, já indicava que *a vaidade e presunção de governar para além do tûmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias. Os homens não têm propriedade sobre os homens; também nenhuma geração tem propriedade sobre as gerações que estão por vir.* Daí a necessidade de equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a adaptabilidade dos princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico, evitando assim os temores de que os mortos pudessem impor sua vontade aos vivos, expressados por Thomas Jefferson. Para este, *cada geração é tão independente da que a precede como esta é daquela que a precedeu. Cada uma, como todas as outras, tem o direito de escolher para si própria a forma de governo que acredita melhor lhe promova a felicidade* (apud Susteim, 1998, p. 327).

[11] Admite-se que a atividade a ser realizada pelo intérprete não poderá, mesmo que não altere o texto em si, malferir os elementos que compõem a identidade e a estrutura essenciais da constituição, notadamente seus princípios fundamentais, direitos fundamentais, bem assim a forma de estado e de governo adotada. Nessa mesma linha de pensamento, Canotilho (2002, p. 1125) entende que a *“essência constitucional” é constituída pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, princípio da regra maioritária) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão.*

[12] Albuquerque (2005, p. 667), ao tratar da interpretação como a tematização do próprio ato de comunicação, dispõe sobre *a constatação da impossibilidade tanto de regressar ao infinito na busca de fundamentação, como também de prever as fases em que se desdobrará a aplicação de um enunciado normativo.*

[13] *Courts, it must be emphasized, cannot amend a Constitution. They cannot change the words. They must accept the words, and so far as they introduce change, it can come only through their interpretation of the meaning of the words. Courts may, by a series of decisions, elaborate the content of a word or phrase; they may modify or supplement or refine upon their previous decisions; they may even revoke or contradict previous decisions. But throughout they are confirmed to the words of the Constitution.* (WHEARE, p. 105).

[14] Neste sentido pode-se perceber no recente debate acerca dos efeitos potenciais da súmula vinculante no Brasil a necessidade de estabelecer uma correlação entre as tendências de extrapolação do poder normativo de parte da cúpula do poder judiciário, de um lado, frente à dinâmica mesma da regulação “intera” do instituto, de outro, sob pena de desconhecer a existência de um limite extremo além do qual haveria uma “sabotagem” da capacidade mesma do judiciário de estabelecer uma “zona de exclusão” em torno de si próprio, de modo a assegurar a continuidade de sua participação episódica nos grandes conflitos políticos e sociais – condição mesma de sua atuação.

[15] Tal função acentua-se ainda mais em países em desenvolvimento, como o Brasil, marcados por intensas desigualdades e exclusão social, onde, a despeito da positivação de longo rol de direitos e direitos e garantias fundamentais, verifica-se deficiências da atuação do estado para garantir e efetivar esse catálogo de direitos constitucionalizados, notadamente os de cunho prestacional, que têm por objeto uma conduta positiva por

parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa.

[16] Para Milton Campos (apud SILVA, 2007, p. 282), *ao lado do processo do processo direto de reforma existem os processos oblíquos de adaptação da Lei Fundamental às infundáveis mutações da realidade. São esses os processos mais fecundos, porque constantes e revelados por meio de vagarosas germinações.*

ANÁLISE METODOLÓGICA DE PETER HÄBERLE*

METHODOLOGICAL ANALYSIS OF PETER HÄBERLE

**Christine Oliveira Peter da Silva
André Pires Gontijo**

RESUMO

Artigo científico elaborado com o escopo de realizar uma análise metodológica do jurista alemão Peter Häberle, a partir de perguntas direcionadas para o conhecimento acerca do autor, do seu argumento de pesquisa, contra quem direciona seu discurso, além de identificar quem o influencia, qual o seu conceito de verdade, qual a sua definição de Direito, bem como qual o seu papel no desenvolvimento do problema e das hipóteses de pesquisa no pensamento jurídico. A dignidade da pessoa humana constitui a premissa (metodológica) cultural e antropológica do Estado Constitucional Cooperativo, que é o modelo teórico proposto por Peter Häberle para desenvolver seu pensamento em torno da proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Com fundamento na lógica da cooperação, busca aperfeiçoar os Estados de Direito existentes com elementos que possibilitem uma aproximação entre os povos por meio do elemento cultural. A teoria da Constituição como ciência da cultura oferece as chaves de natureza científico-cultural que explicam a racionalidade das construções constitucionais, opõe a natureza cultural do constitucionalismo ao decisionismo, identifica sua teoria com um intenso diálogo interdisciplinar, e sublinha a relevância da teoria cultural da Constituição enquanto gera segurança para a norma suprema e para o Estado. O conceito de direito pode ser entendido a partir das reflexões do constitucionalismo aberto e plural, onde a Constituição é um processo público que resulta de uma concepção democrática e pluralista, em que vários agentes atuam no desenvolvimento e na construção do texto constitucional, sendo uma sucessão de interpretações plurais, com a contraposição sociológica (Ferdinand Lassalle) e jurídica (Konrad Hesse), a fim de abarcar o máximo de conceitos para o desenvolvimento (de todos os sentidos) da sociedade. A interpretação constitucional requer a ampliação e o aprofundamento em função da dimensão do público, uma vez que os direitos fundamentais são entendidos como interesses públicos (com duplo caráter de proteção – subjetivo-individual e objetivo-institucional), cujo objeto da interpretação é a Constituição, sobre a qual se fundamenta a coisa pública e todas as forças públicas se conectam a seus procedimentos. Peter Häberle compreende a Constituição como a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, abarcando tudo aquilo que constitui a sociedade positivamente estabelecida, compreendendo as estruturas básicas de qualquer sociedade pluralista. Com a Constituição como processo público no âmbito do Estado Constitucional Cooperativo, Häberle propõe uma releitura do Estado

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Nacional e dos seus elementos, transformando-o em um Estado aberto, plural e em busca do diálogo. Cuida-se de uma releitura da soberania, que leve em conta a abertura do Estado Constitucional para o contexto internacional.

PALAVRAS-CHAVES: PETER HÄBERLE E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL; TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMO CIÊNCIA DA CULTURA; ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO.

ABSTRACT

Essay about methodological analysis of the Peter Häberle, from questions directed to the knowledge about the author, his argument on research, against whom directs his speech, and identify who the influence, which the their concept of truth, what is your definition of right and what is their role in the development of the problem and opportunities for research. The dignity of the human person is the premise (methodological) cultural and anthropological of the Cooperative State Constitutional, that is the theoretical model proposed by Peter Häberle to develop their thinking around the draft constitution as a theory of science of culture. Based on the logic of cooperation, seeks to improve the states existing law with elements that allow a rapprochement between peoples through cultural element. The theory of the Constitution as science culture provides the key to scientific and cultural nature that explain the rationality of constitutional construction, opposes the cultural nature of constitutionalism to decision-making, identifies his theory with an intense interdisciplinary dialogue, and expresses the importance of cultural theory Constitution generates as security for the supreme norm and the state. The concept of law can be extracted from reflections of constitutionalism open and plural, where the Constitution is a public process that results of a democratic and pluralistic design, in which various actors act in the development and construction of the constitutional text, with a succession of diverse interpretations, as opposed sociological (Ferdinand Lassalle) and legal (Konrad Hesse), in order to cover as much of concepts for development (in all senses) of society. The constitutional interpretation requires the expansion and deepening according to the size of the public, since fundamental rights are understood as public interests (with dual character of protection - subjective and objective-individual and institutional), whose object is to interpret the Constitution, on which it is based on public affairs and government forces all connect to its procedures. Peter Häberle understands the Constitution as the fundamental law of the State and society, covering everything that is the society positively established, including the basic structures of any pluralistic society. With the Constitution as public process in the Cooperative Constitutional State, Häberle proposes a rereading of the State National and its elements, transforming it the State in an open, pluralistic and in search of dialogue. That is a rereading of sovereignty, which takes into account the opening of the State Constitution to the international context.

KEYWORDS: PETER HÄBERLE AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION; THE THEORY OF THE CONSTITUTION AS CULTURE SCIENCE; COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa realizar uma análise metodológica de Peter Häberle, a partir de perguntas direcionadas para o conhecimento acerca do autor, do seu argumento de pesquisa, contra quem direciona seu discurso, além de identificar quem o influencia, qual o seu conceito de verdade, qual a sua definição de direito, bem como qual o seu papel no desenvolvimento do problema e das hipóteses de pesquisa.

Além disso, a análise metodológica deve ser feita com o exame crítico de autores utilizados na compreensão dos fundamentos de metodologia da pesquisa em Direito. Para tal desiderato, foram escolhidos a idéia de paradigma, de Thomas Kuhn[1], a decidibilidade e o pensamento tecnológico da ciência do direito, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[2], e os atores e suas respectivas funções no âmbito do direito, de Carlos Santiago Niño[3].

A justificativa pessoal, acadêmica e social para a escolha de Peter Häberle como referencial teórico se associa às palavras de Gadamer[4]. Häberle é um dos poucos autores que vêm “além do horizonte” e sua análise metodológica, a ser desenvolvida no âmbito dessa pesquisa, tem como objeto responder a presente indagação de pesquisa: o Estado de Direito, a partir da premissa da dignidade da pessoa humana, pode se tornar um “Estado Constitucional Cooperativo”, aberto e plural, em busca do diálogo com o ambiente internacional?.

É por meio desta análise metodológica, juntamente com o exame crítico dos referenciais teóricos metodológicos que se pretende contextualizar este questionamento e, de certa maneira, contribuir para o fortalecimento do debate acadêmico em torno do pensamento de Peter Häberle.

1 PETER HÄBERLE: UM JURISTA PARA O SÉCULO XXI

Peter Häberle[5] é um jurista para o século XXI, em função da amplitude de seus aportes para a ciência do Direito – além da quantidade de problemas que suas teorias permitem antecipar e solucionar – justificam este predicado. Dificilmente se pode entender o conceito central de Peter Häberle – a relação indissociável entre Constituição e cultura – sem ter presente sua formação filosófica, artística, literária e jurídica.[6]

Esta afirmação talvez seja uma das mais importantes que Peter Häberle já fez. Em entrevista concedida ao catedrático da Universidade de Granada, Francisco Balaguer[7], Häberle se declara “discípulo de seus discípulos”. Não se trata de falsa modéstia, ou de jogo de palavras, mas de uma constatação: a construção normativa, a partir do momento em que a doutrina de um referencial teórico é desenvolvida de maneira criativa por outros autores.[8]

É aplicado a Häberle o conceito grego de *paideia*, que se identifica como cultura, civilização, ciência, literatura ou educação. As grandes obras da *paideia* se expressam em poesia, ciências, arte, política, leis, e acabam sendo uma morfologia genética das relações entre o ser humano e a *polis*. A teoria de Häberle é compreendida como uma nova leitura do mundo clássico, como um novo grande retorno à origem do pensamento ocidental, o que faz dela uma expressão renascentista, pois é a primeira das grandes construções teóricas da Constituição que resgata os autênticos valores e princípios do

classicismo. Certamente, Häberle conseguiu ver mais do que aqueles que o ensinaram. Seu grande valor está em saber o que os outros dizem e inovar com maestria. Em sua teoria, estão presentes as pulsações de um saber acumulado por séculos, bem como novas idéias que servirão para fixar o roteiro da ciência constitucional nos anos que se seguem. Por isso é considerado um jurista do século XXI.[9]

1.1 QUAL A SUA PREMISA METODOLÓGICA?

A dignidade da pessoa humana constitui a premissa (metodológica) cultural e antropológica do Estado Constitucional, que foi influenciada por Kant (imperativo categórico) e Hegel (“só uma pessoa respeita aos demais como pessoas”). A dignidade humana se sustenta no modelo de Constituição escrita – que se inspira em textos religiosos (como a Bíblia) –, ante o respeito que demonstram e o grau de aceitação de milhões de pessoas, precisamente a partir de uma cultura que confere à palavra escrita uma função central na vida espiritual de todas as sociedades.[10]

Häberle possui um apreço pela relação entre a idéia de democracia e a dignidade humana: “a democracia é a conseqüência organizativa da dignidade do homem”. O valor da dignidade humana se justifica em virtude do contexto pós-bélico que a Alemanha passou. Ter em um documento escrito a simbologia da dignidade humana como na Lei Fundamental de Bonn é uma conseqüência para as Constituições de países que passaram por severas crises de princípios éticos.[11]

Com efeito, Häberle se baseia nos textos clássicos e recentes para defender esta concepção antropocêntrica de Constituição. Tanto os textos tradicionais sobre os direitos fundamentais, como os textos recentes, mais funcionais, se dirigem plenamente a serviço do ser humano, de sua dignidade, de sua liberdade e igualdade. Logo, todos os textos constitucionais, todo o Estado constituído e limitado por eles, todas as normas de organização e procedimento, assim como todas as tarefas do Estado estão ordenadas em função do ser humano.[12]

Esta valorização do sujeito como centro das discussões jurídicas e a relevância que se confere à sua dignidade atingem diretamente o aspecto econômico: requer-se uma teoria constitucional do mercado que determine as fronteiras do pensamento econômico unilateral e resgate o conceito de dignidade do homem[13], a fim de se estruturar um mundo humanamente digno e que se pretenda proteger o meio ambiente, ou seja, transformar a proteção ambiental em uma tarefa cultural para efetivar a dignidade humana às futuras gerações[14].

Logo, o Estado Constitucional realiza a dignidade humana tornando os cidadãos sujeitos de sua atuação.[15]

1.2 QUAL ARGUMENTO UTILIZA?

O Estado Constitucional Cooperativo é o modelo teórico proposto por Peter Häberle para desenvolver seu pensamento em torno da proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Como modelo teórico, o Estado Constitucional – que tem como fundamento a lógica da cooperação – busca aperfeiçoar os Estados de Direito existentes com elementos que possibilitem uma aproximação entre os povos por meio do elemento cultural.

A teoria da Constituição como ciência da cultura oferece as chaves de natureza científico-cultural que explicam a racionalidade das construções constitucionais, opõe a natureza cultural do constitucionalismo ao decisionismo, identifica sua teoria com um intenso diálogo interdisciplinar, e sublinha a relevância da teoria cultural da Constituição enquanto gera segurança para a norma suprema e para o Estado. Trata-se de converter as convicções de liberdade, dignidade, seguridade, justiça e equidade que sustentam uma comunidade em conduta e norma de garantia. A dimensão cultural da Constituição impede flutuações arbitrárias da norma, faz previsível e controlável o funcionamento das instituições, reduz a tensão entre governantes e governados, deixa clara a natureza da luta pelo poder, e reforça o Estado de Direito mediante um sistema espontâneo, geral, e duradouro de adesão à norma.[16]

O Estado Constitucional Cooperativo é uma forma de Estado Constitucional ocidental, que se apóia na garantia de uma democracia pluralista, nos direitos fundamentais, nos elementos da divisão de funções estatais de poder, em um Judiciário independente, os quais devem ser ampliados no âmbito da sociedade. Encontra sua identidade também no Direito Internacional – no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais –, na percepção da cooperação, da responsabilidade internacional e da solidariedade. Ele integra o Estado como tipo e como ideal relativo no Direito Internacional Comunitário, correspondendo, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.[17]

O Estado Constitucional Cooperativo *vive* da cooperação com os outros Estados, comunidades e organizações internacionais. Toma para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário sem perder os seus próprios contornos. Confere prosseguimento à “constituição” do Direito Internacional Comunitário sem supervalorizar as possibilidades deste. Trabalha no desenvolvimento de um “Direito Internacional Cooperativo”, a caminho de um “Direito Comum de Cooperação”. [18]

A partir do Estado Constitucional Cooperativo, Häberle propõe uma releitura do Estado Nacional e dos seus elementos: ao invés de se fechar em seu sistema jurídico, o Estado deve ser aberto, plural e em busca do diálogo. Cuida-se de uma nova releitura da soberania, uma soberania que leve em conta a abertura do Estado constitucional para o direito internacional.

Este modelo teórico necessita de uma *sociedade aberta* de intérpretes, um tipo de sociedade em que exista a participação ativa do cidadão no âmbito do processo de tomada de decisão. Uma sociedade informada que tenha em mente o seu papel perante a Constituição, de modo a efetivá-la, por meio da interpretação aberta e plural, como elemento constitutivo de um processo público.

O Estado Constitucional Cooperativo se baseia, em um primeiro momento, em dois motivos e pressupostos: (i) o sociológico-econômico; e (ii) o ideal-moral. O Estado Constitucional Cooperativo se realiza por meio das inter-relações econômicas e as efetiva conjuntamente com sua evolução, pois o conhecimento das formas econômicas de cooperação e sua aplicação em conceitos, processos e competências jurídicas adequadas exige a interligação com métodos e objeto da Teoria Geral do Estado.[19]

Por outro lado, os pressupostos ideais morais do Estado Constitucional Cooperativo apenas podem ser apontados. São obtidos pela construção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no âmbito da sociedade aberta. Por essa razão, Häberle afirma que

a “sociedade aberta” apenas adquire o predicado “aberta” quando também for uma *sociedade aberta internacionalmente*. Os direitos fundamentais e os direitos humanos remetem o Estado e seus cidadãos ao “outro”, ao chamado “estrangeiro”, isto é, a outros Estados com suas sociedades ou cidadãos estrangeiros. O Estado Constitucional Cooperativo vive de *necessidades* de cooperação no plano econômico, social e humanitário, bem como – em consonância com a premissa antropológica da dignidade da pessoa humana – se sustenta da consciência e de cooperação, como a internacionalização da sociedade, da rede de dados, opinião pública mundial, da política e da legitimação externas.[20]

O Estado Constitucional Cooperativo se realiza no âmbito do direito internacional. Como modelo teórico, a possibilidade de cooperação permite “exportar” os elementos constitutivos do Estado Constitucional – direitos fundamentais, democracia pluralista, Jurisdição Constitucional – e até compartilhar as experiências destes elementos com os outros Estados Constitucionais. Contudo, Häberle salienta a necessidade de se ter temperamentos com a “importação” destes elementos constitutivos: devem ser eles adaptados à realidade cultural de cada Estado.[21]

Logo, a proposta do Estado Constitucional Cooperativo esboça a seguinte tipologia de elementos que devem estar inseridos nas constituições dos Estados:

- (1) Preâmbulo que reconhece a inclusão da comunidade ou família de povos, bem como finalidades educacionais;
- (2) Reconhecimento da tarefa de cooperação regional;
- (3) Artigo sobre solidariedade;
- (4) Recepção de pactos de direitos humanos regionais ou universais;
- (5) Integração de normas de direito internacional universalmente reconhecidas;
- (6) Artigo sobre a primazia ou a colisão em favor do direito internacional, em especial dos direitos humanos;
- (7) Normas de interpretação de acordo com o direito internacional, mas não apenas em favor dos direitos humanos;
- (8) Artigo sobre fontes do direito aberto ao direito internacional;
- (9) Cláusulas de interpretação abertas ao direito estrangeiro.[22]

A discussão sobre a presença desses elementos nos diversos Estados se intensificou no ano de 1989. Nesse ano *mirabilis*, que representa um novo eixo histórico no mundo, que gera uma tendência para transformar o Estado Constitucional naquilo que defende[23], no âmbito em que diversos autores refletem sobre a formação de comunidade global de nações[24] (ou “quadro global dos Estados Constitucionais”), Häberle propõe o “quinto” método de interpretação constitucional: a *comparação* dos direitos fundamentais no âmbito da etapa evolutiva do Estado Constitucional.[25]

A comparação jurídica deve ser incorporada de maneira efetiva e aberta na interpretação dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Federal – TCF, que antes exercia um papel solitário nesta empreitada, agora é acompanhado pela doutrina e prática do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre os direitos fundamentais, os quais são obtidos de uma “comparação jurídica valorativa”, como “princípios gerais de direito”. Por outro lado, as Constituições que surgiram no final dos anos 70 e início dos anos 90 fazem remissão expressa a alguns dos grandes textos de direitos fundamentais[26]. A propósito, confira-se um pequeno quadro analítico sobre algumas Constituições:

CONSTITUIÇÃO DISPOSITIVO

Espanha	Art. 10, inciso 2: As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretam de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha
Cantão de Jura (Suíça)	Preâmbulo: O povo de Jura se inspira na Declaração de Direitos do Homem de 1789, na Declaração Universal das Nações Unidas de 1948 e na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950
Guatemala (1985)	Art. 46: Se estabelece o princípio geral de que em matéria de direitos humanos, os tratados e as convenções aceitados e ratificados pela Guatemala tem preeminência sobre o direito interno
Brasil	Art. 5, § 2º: Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte[27]

Então, qual a importância da comparação para Häberle???

O método comparativo constitui importante ferramenta de interpretação constitucional de cunho cooperativo, ao estimular a análise crítica do ordenamento interno, a compreensão das diferenças e, em última análise, ao revelar a compreensão do sujeito intérprete sobre o próprio conceito de Constituição.

Por meio do método comparativo, compartilham-se experiências positivas nos diversos Estados Constitucionais, de modo que se pode alcançar com estas receitas de sucesso um “direito comum de cooperação”, cujo enfoque se estabelece no desenvolvimento da proteção dos direitos humanos. O prestígio do Estado Constitucional Cooperativo cresce com sua força para a realização cooperativa dos direitos fundamentais. A estatalidade ganha, nesse aspecto, um novo patamar de legitimação. O “direito comum de cooperação” recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos; integra-os para “tarefas da comunidade” e tem neles um garante confiável.[28]

No âmbito internacional do Estado Constitucional, o intérprete dos direitos fundamentais tem que levar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos. A abertura dos conteúdos e das dimensões dos direitos fundamentais é consequência da evolução do “Estado Constitucional Cooperativo”. Desse modo, surge uma comunidade de interpretação dos direitos fundamentais, isto é, a sociedade aberta dos intérpretes dos direitos fundamentais se faz internacional, e se diferencia de acordo com as convenções regionais dos direitos humanos e com a afinidade cultural.[29]

A comparação constitucional é a via pela qual as diversas Constituições podem se comunicar. Os processos de criação e recepção não se realizam por si só, pois requerem que os atores no procedimento de recepção busquem – de maneira aberta e sensível – observar as qualidades típicas e individuais do Estado Constitucional “vizinho”. Assim, os processos de recepção requerem a comparação jurídica, a qual somente pode ter êxito se realizada como comparação cultural. Na comparação, os atores podem se concentrar na política jurídica (legislador) ou na atividade interpretativa (juízes e teóricos), de modo que no campo de forças do Estado Constitucional, a comparação jurídica conquistou a posição de “quinto” método de interpretação, ao lado dos métodos propostos por Savigny.[30]

No Estado Constitucional Cooperativo, a soberania passa por uma releitura: o elemento nacional-estatal é relativizado, e a pessoa (“*idem civis et homo mundi*”) avança para além das fronteiras estatais, para o ponto central e comum da atuação estatal: a “realização cooperativa dos direitos fundamentais”[31]. A soberania, que tinha um aspecto histórico constitucional e internacional isolados, passa agora a ter uma integração entre o aspecto constitucional e o internacional: a partir de sua releitura, a soberania constitui a autodeterminação do indivíduo como elemento central da dignidade humana, sobretudo no que diz respeito ao seu papel como cidadão ativo no Estado Constitucional e na comunidade política que o sustenta, em especial no que tange à garantia dos direitos fundamentais[32].

1.3 CONTRA QUEM ESTÁ FALANDO?

Häberle não dirige seu discurso contra um autor específico, mas sua teoria se contrapõe aos defensores do Estado Constitucional “egoísta”, individualista (internamente) e agressivo (externamente), um Estado Totalitário, “Selvagem”, de “sociedade fechada”. Enfim: o discurso se dirige contra os defensores do modelo de Estado Nacional (Liberal).[33]

Com efeito, o discurso abrange pontos considerados estratégicos para a teoria de Häberle. Também em 1989 (quando propôs seu método de comparação constitucional), uma corrente de teóricos se aproveita do fenômeno histórico que o *annus mirabilis* representa para desarticular o Estado Constitucional. O desprestígio das grandes burocracias, a corrupção desenvolvida com o pretexto do Estado de bem-estar, o autoritarismo institucionalizado são os elementos contra quem a teoria de Häberle fala, e contra quem o impulso do Estado Constitucional se dirige.[34]

Logo, o modelo do Estado Constitucional Cooperativo busca se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional. Ele constitui a resposta jurídico-constitucional à mudança no Direito Internacional: a passagem do “direito de coexistência” entre os

Estados para a cooperação na comunidade de Estados. Cada vez mais imbricada e constituída, o Estado Constitucional Cooperativo desenvolve com ela e nela o “direito comum de cooperação”, de modo que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição torna-se uma sociedade aberta internacional.[35]

2 QUEM O INFLUENCIA?

Peter Häberle “confessa”, em entrevista a Francisco Balaguer, sua “árvore genealógica”. Considera-se “neto” de Rudolf Smend, o qual foi mestre de Konrad Hesse, seu mestre. Mesmo seguindo o conceito de integração pessoal criado por Smend, Häberle se dissocia de “seu avô” na medida em que Smend concentra o poder nas mãos de uma pessoa – tornando-a símbolo nacional – o que é rejeitado por Häberle.[36]

Hermann Heller inspirou Häberle no plano científico, com a Teoria do Estado culturalmente integrada. A partir daí, Häberle continuou o desenvolvimento do pensamento por meio de uma teoria científico-cultural da Constituição. Heller constrói sua teoria em torno da relação entre normalidade e normatividade. Assim como não se pode separar a dinâmica e a estática, tampouco pode se dizer em relação à normatividade e à normalidade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição, que inclui os fatores culturais como parte da realidade. Heller formula, em 1934, a distinção entre Constituição normativa e Constituição não-normativa. Esta última é a Constituição real, que pode consistir em uma normalidade sem normatividade. A Constituição normativa, por outro lado, pode ser jurídica ou extrajurídica (costume, moral, urbanidade, moda...). As implicações de Heller são claras: a normalidade (o que ocorre) deve corresponder à normatividade (o que deve ocorrer).[37]

Häberle se distancia de Kelsen em relação ao aspecto metodológico; contudo, adota a “construção escalonada do sistema jurídico”, que conduz ao conceito de Constituição e Norma Hipotética Fundamental (norma de normas). Quanto a Carl Schmitt, se distancia veemente de sua Teoria da Constituição.[38]

Häberle se manifesta sobre Jellinek e a grande importância que a sua teoria dos *status* dos direitos fundamentais (negativo, positivo, ativo, passivo) para o desenvolvimento de sua obra. Robert Alexy, a partir da proposta por Jellinek, identifica outros autores com novas formulações de teorias sobre *status*: (a) *status constituens*, de Denninger; (b) *status* de direito constitucional e de direito político geral, de Konrad Hesse; (c) *status libertatis*, de Grabitz; e (d) *status activus processualis*, de Peter Häberle. Alexy defende Häberle em sua crítica a Jellinek, pois acredita que a teoria dos quatro tipos de *status* não abarca a situação completa do cidadão ativo em que as normas de direitos fundamentais devem posicionar o indivíduo.[39]

Ferdinand de Saussure[40] também influencia Peter Häberle com sua teoria lingüística, tendo em vista que o autor alemão introduz entre as categorias de análise do Estado Constitucional a idéia de tempo, isto é, o Estado Constitucional vive no “curso do tempo” para ter em seu âmbito a dialética entre estática e dinâmica, entre conservação e mudança. Nesse sentido, depreende-se que a Constituição traduz-se em um duplo processo cultural: (1) uma parte de natureza temporal; e (2) outra de natureza espacial, em que ambos apresentam certa dualidade. Na parte temporal que Saussure se manifesta, implicitamente há: (a) um elemento diacrônico, que resulta da experiência histórica; e (b) outro sincrônico, que corresponde ao processo constituinte. Com efeito,

cada Constituição tem como antecedente cultural a soma das experiências próprias que o constituinte leva em conta para selecionar as instituições e dar-lhes um conteúdo determinado, bem como inclui uma série de demandas e expectativas que são produzidas na sociedade no instante em que se leva ao fim o ato constitutivo.[41]

Enquanto ao processo espacial, ao longo da obra do professor Peter Häberle identifica-se os elementos que diferentes atos constituintes não aportando ao Estado Constitucional do nosso tempo. Pode-se falar de padrões culturais, cuja gênese corresponda a uma sociedade em especial e que se irradia ao resto das sociedades para se converter em valores comuns, o que já vem sendo incorporado seletivamente por diferentes sociedades. A contribuição de cada sociedade – em cada etapa histórica – tende a incorporar-se à cultura partilhada, sem prejuízo do que cada sociedade, ao interiorizar as experiências alheias, tenha incorporado suas próprias experiências e gerando novos elementos que se associam ao intercâmbio crescente de padrões culturais, cada vez homogêneos no âmbito dos Estados Constitucionais, o que faz do Estado Constitucional um produto multicultural. Os direitos fundamentais e o federalismo são exemplos concretos disso.[42]

A partir de 1982, Häberle inicia o esforço programático para configurar a teoria da Constituição como uma ciência cultural, tendo como suportes Hermann Heller e Max Weber. Entre as idéias que direcionam esta indagação, Häberle se apóia na tese de Rudolf Smend, no sentido de que ainda que as normas ou Constituições se expressem nos mesmos termos, não possuem necessariamente o mesmo significado. Nesse aspecto, Jellinek já havia assinalado que uma mesma norma pode ter sentido distinto em tempos diferentes. Smend, por sua vez, estendeu a pluralidade de conteúdos da norma ao estabelecer que mesmo em momentos coincidentes, a norma pode variar conforme o lugar de aplicação. Logo, um mesmo texto pode mudar conforme as condições temporais e espaciais, pois a explicação da variação está no elemento cultural.[43]

Acerca da Constituição do pluralismo, Häberle assinala como referência Karl Popper, de quem se inspira para construir a idéia de sociedade aberta. Häberle afirma que Popper não aborda o problema de que toda a sociedade aberta requer de um “consenso cultural fundamental” (a ordem constitucional) que seja possível a abertura e a coesão.[44]

Um ponto importante a ser estudado é a relação entre as teorias de Ferdinand Lassalle (o discurso de 1862), de Konrad Hesse (o ensaio de 1959) e de Peter Häberle. Inocêncio Mártires Coelho defendeu a vinculação expressa entre os três[45], muito embora reconheça a inexistência, por parte de Häberle, de citação expressa a Lassalle. A problemática de Lassalle mundialmente conhecida é a resposta para a pergunta “O que é uma Constituição?”, cuja resposta é “a Constituição é a soma dos fatores reais de poder”, identificando categorias que exercem o poder de fato, podendo transformar a Constituição em um mero pedaço de papel. A intenção de Lassalle era harmonizar a idéia de Estado de Hegel com o espírito das teorias econômicas de Marx, para culminar em um “Estado do proletariado”. Para Lassalle, o novo fator real de poder deveria ser o povo organizado para a democracia, pois segundo ele “só na democracia reside o direito, e nela residirá também, em toda a sua integridade, o poder”.

Por outro lado, Hesse alude à questão da Constituição com o direito constitucional, a tensão entre norma e realidade. Com a “Força Normativa da Constituição”, Hesse

demonstra o condicionamento mútuo entre a “Constituição real” e a “Constituição jurídica”, por meio de uma via de ida e volta, que consiste na “adaptação inteligente às circunstâncias” por parte da Constituição jurídica, e em “converte-se em uma força atuante” sobre a Constituição real. Diego Valadés assevera que os limites da força normativa da Constituição se encontram onde a norma deixa de identificar-se com a realidade, ou porque não a reconhece, ou porque não pode influir sobre ela.[46]

Não concordamos com Valadés e com grande parte dos que compreendem a teoria de Hesse desse modo. Acreditamos que Hesse não escreveu um ensaio indo de encontro à proposta de Lassalle. Pelo contrário: a crítica de Hesse é complementar à exposição de Lassalle, no sentido de que a Constituição não seria uma mera folha de papel, mas um instrumento influenciador da realidade, porque antes teria sido construída por esta realidade, construída pelos fatores reais de poder. Häberle fala que não existe liberdade cultural sem cultura! Logo, não existe Constituição sem realidade! No momento em que a Constituição foi feita, a realidade determinou o seu conteúdo e as formas de competência e regência. Na medida em que estas formas não são observadas pela realidade, haverá uma mutação constitucional: uma modificação no sentido da interpretação conferida ao texto da Constituição. Assim, a força normativa da Constituição se perfaz na forma de um círculo constitucional, em que a Constituição busca elementos da realidade para se manter viva e a realidade é conformada pela força normativa emanada pela fonte de luz constitucional:

(FIGURA COM CÍRCULO, CONTENDO AS PALAVRAS CONSTITUIÇÃO E REALIDADE COM SETAS INDICATIVAS DO FORMATO CIRCULAR. A FIGURA NÃO SE ADAPTOU AO SISTEMA PUBLICADIREITO).

Em relação a Hesse, Häberle dá um passo a mais para assinalar (de maneira direta e expressa) a vinculação ampla, dinâmica e construtiva entre Constituição e cultura.[47]

Diego Valadés defende que entre a proposta de Lassalle e a de Häberle não se pode estabelecer relação alguma, pois Lassalle defenderia as relações de força, enquanto Häberle se filia aos vínculos culturais.[48] Discordamos de Valadés, pois Häberle utiliza-se dos fatores reais de poder em sua teoria ao colocar o cidadão como elemento integrante do processo de tomada de decisão. O “povo organizado” pode participar da interpretação constitucional, pois para Peter Häberle[49], o povo é concebido como uma “grandeza pluralística”, uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas (partidos, igrejas, associações, pessoas ou grupos formadores de opinião, vontades, correntes políticas) que atuam nos momentos do processo de tomada de decisão. Häberle defende o princípio da esperança, o qual consiste no dever de cada cidadão (o povo) tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam, a fim de possuir o *status activus*

processualis para possibilitar a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.[50]

Assim, Häberle é um defensor da proposta de Lassalle em harmonizar a idéia de Estado de Hegel[51] com o espírito das teorias de Marx[52], pois a utopia marxiana de uma sociedade sem classes está presente na sociedade aberta de intérpretes: ao ter a participação do cidadão no processo de tomada de decisão como elemento cultural comum nas diversas sociedades, não se levará em conta qual classe o cidadão pertence, e sim a qualidade de sua contribuição para solucionar a questão inerente ao processo de interpretação. Logo, a presença do cidadão como fator real de poder constitui a influência de Lassalle que se apresenta como elemento cultural na teoria da Constituição de Peter Häberle.

A teoria häberliana corresponde a um tipo evoluído de sociedade. Cuida-se de uma teoria européia de interpretação, cuja sociedade aberta de intérpretes tem que ser uma sociedade altamente informada e integrada. Desse modo, tem como uma de suas origens o protestantismo de Lutero, em que a origem da sociedade informada se encontra na poderosa tradição protestante que interpretava diretamente dos textos bíblicos, sem a necessidade de terceiros assumirem o papel de exegetas. Para uma sociedade que teve sua origem “na captação viva da Bíblia”, a possibilidade de ampliar a gama de intérpretes constitucionais está dentro de seus padrões de normalidade.[53]

A tese häberliana dos intérpretes constitucionais reforça a teoria da relação entre Constituição e cultura, a qual sofre a influência da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que se baseia em um “processo cooperativo de comunicação”. Os participantes relativizam sua interpretação que consideram sua validade “posta em juízo” por parte dos outros intérpretes. No processo cooperativo de interpretação, os agentes sociais que a praticam não fazem para dissolver ou atomizar a sociedade e sua ordem normativa, mas para integrar e conferir coesão ao sistema. Este é um ponto de convergência entre Smend, Habermas e Häberle: por vias distintas se orientam a identificar os elementos que permitem ou explicam a integração da sociedade.[54]

A interpretação constitucional aberta de Häberle encontra um importante reforço no conceito de cultura de Habermas, o qual tem como cultura o acervo do saber em que os participantes da ação comunicativa se alimentam de interpretações para compreender algo sobre o mundo. Este conceito constitui um reforço para a interpretação aberta porque esta, ao invés de fragmentar ou criar tensões, busca a coesão. A interação dos intérpretes ocorre dentro de um marco cultural provido por instrumentos homogêneos de interpretação. Isto representa uma garantia mínima para manter a identidade cultural do conjunto, sem limitar a liberdade de cada um dos agentes da interpretação. A teoria de Häberle conta, portanto, com uma base sólida que permite aplicá-la com as reservas de circunstância espacial e temporal nos diversos âmbitos culturais.[55]

O método comparativo com fundamento no elemento cultural também foi influenciado por Roscoe Pound, o qual participou do Congresso da *American Bar Association* em 1919. Pound asseverou que o jurista se depara com quatro elementos jurídicos: (1) regras (editadas pelo legislador ou por um tribunal); (2) princípios (imperativos genéricos que resultam de um conjunto de regras); (3) conceitos (enunciados abstratos); e (4) *standard* (medida média que corresponde a uma conduta social correta). Com fundamento em Pound, Tunc observou que os *standards* estão intimamente associados a

processos culturais, com o qual coincide a afirmação de Häberle, no sentido de que “o direito comparado se converte em cultura comparada”. Pode-se afirmar que o *standard* é uma regularidade cultural que caracteriza um núcleo de normas dentro de um sistema jurídico e permite identificar e valorizar o que socialmente se estima adequado, sendo uma pauta suscetível de ser adotada pelo direito constitucional comparado.[56]

O ponto mais relevante e original que Häberle apresenta quanto à Jurisdição Constitucional consiste na responsabilidade do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão – TCF), enquanto Corte Constitucional, na garantia e na atualização da Constituição como expressão do contrato social. Esta forma de enxergar o papel das Cortes Constitucionais é inédita e confere a elas uma função central na vida dos Estados Constitucionais. Esta tese se coaduna com a perspectiva cultural da Teoria da Constituição, além de ser compreensível que o órgão do Estado que tem como função exercer a fiscalização da constitucionalidade, ao interpretar a norma constitucional, vá incorporando novos elementos que surgem de várias fontes: os atores em juízo, a renovação da composição da Corte, as forças políticas e os múltiplos agentes que conferem forma à vida política de uma sociedade em cada momento de sua história.[57]

Nesse ponto se concentra a proposta häberliana: a Constituição em um sistema democrático é a elaboração normativa que se funda no “pacto ou contrato social”. Este construto explica as liberdades individuais e as liberdades públicas, de sorte que toda a estrutura e o funcionamento das instituições têm que se basear na assunção desse contrato, pois se a função da Corte Constitucional é proteger a Constituição, em última instância cabe a ela zelar pelo contrato social. Dessa forma, Häberle atualiza o significado da teoria contratual e lhe imprime um novo alcance, diferentemente do que sustentam as correntes atuais do neocontratualismo. Pode-se dizer que as bases do pacto social residem no princípio de que os bens sociais fundamentais devem ser compartilhados em igualdade de condições, sendo necessário possuir regras sociais comuns, cujas instituições por elas reguladas constituem o ponto de equilíbrio e manutenção deste pacto.[58]

A influência de Kant com o contratualismo no bojo da paz perpétua é notória na obra de Häberle. A comunidade mundial dos Estados culturais oferece um novo fundamento para a cooperação internacional: o contrato social mundial em matéria de cultura e natureza, que é central para a preservação do planeta e representa uma nova dimensão do contratualismo. A liberdade mundial por meio da cultura introduz uma dimensão muito mais ampla que a proposta de “aldeia global” de Marshall McLuhan, que só se fundamenta pela ação dos meios de comunicação. A proteção universal do patrimônio cultural, que “justifica” a proteção das minorias, a percepção da humanidade no Estado Constitucional, que confirma a força expansiva dos direitos humanos, a construção da humanidade a partir da proteção internacional dos bens culturais, com a relação de interdependência com a proteção nacional, tudo isso constitui uma influência do ideário da paz perpétua de Kant.[59]

Por fim, os textos clássicos (Hegel, Locke, Montesquieu, Sieyès, Kant) e os contra-clássicos (Hobbes, Rousseau, Marx) influenciam faticamente no processo de formação e interpretação das Constituições dos Estados Constitucionais. Os textos clássicos são “textos constitucionais” em sentido amplo, atuam como “contexto escrito” na relação com o texto constitucional. Os textos dos clássicos são fundadores de paradigmas no

sentido de Thomas Kuhn[60], pois designam os problemas e proporcionam aspectos parciais para sua solução. Os clássicos auxiliam o cidadão (o “intérprete constitucional em sentido amplo”) em sua relação com a Constituição. Toda a Constituição em um Estado Constitucional tem seus textos clássicos indispensáveis, pois permitem a racionalização da vida constitucional. Os textos clássicos dão vida às Constituições. São formas de comunicação da experiência e, fundados antropológicamente, se encontram abertos na dimensão temporal, de modo que a qualidade de um texto clássico se estende ao futuro.[61]

3 QUAL O TIPO DE VERDADE?

A verdade se coloca como uma questão central no constitucionalismo contemporâneo. Nesse aspecto, tem o Estado Constitucional competência para exigir a verdade? Seus representantes devem atuar sempre de acordo com a verdade? Os cidadãos dispõem sobre um direito à verdade? Existe um direito fundamental à verdade? O Estado Constitucional deve se guiar pela verdade, assim como faz em relação à justiça e ao bem comum? A verdade se exemplifica em uma sentença filosófica, verificável de uma maneira lógica, ou por meio da análise lingüística, ou ainda por algum tipo de experimentação? Significa a verdade a correspondência do enunciado com o mundo externo, ou se trata de uma questão de significado, algo à maneira da postura extrema do positivismo do Círculo de Viena (primazia da verdade), ou da teoria dos jogos lingüísticos de Wittgenstein (primazia do significado)? Se deve indagar a verdade segundo às distintas disciplinas científicas? Não haverá verdades paralelas, uma na ciência e outra possível (como coloca Gadamer)? Como se define a verdade?[62]

Häberle inicia sua problematização com a definição de Schopenhauer:

“O mundo é minha representação e nenhuma verdade é uma certeza absoluta, independente de tudo quanto haja e pouco necessita de demonstração, como tudo aquilo que é matéria de conhecimento, isto é, o mundo inteiro se constitui unicamente em objeto com relação a um sujeito, percepção do sujeito que percebe.”[63]

Por outro lado, Häberle apresenta também o enfoque da “teoria da coerência”, no âmbito do positivismo lógico, em que a verdade situa-se como a inclusão coerente de uma oração dentro do complexo de enunciados científicos. Há também a teoria do consenso de Jürgen Habermas, na qual a verdade se mostra como a conformidade da afirmação – ou a capacidade de consenso – dos participantes na ação comunicativa, sempre que a comunicação se encontra guiada pela idéia de uma “comunicação livre e universal”. [64]

O direito à verdade se funda na liberdade de juízo do destinatário da comunicação. Desse modo, é praticamente impossível construir um sistema constitucional democrático que não pressuponha a salvaguarda do direito individual e coletivo à verdade. Assim, a verdade é um princípio incorporado ao direito à informação. O direito à verdade é uma expressão mais de reconhecimento da dignidade como direito fundamental.[65]

A verdade é um conceito polissêmico que representa um valor essencial do direito contemporâneo. Seja qual for o conceito que se adote, a verdade funciona como um elemento integrador das relações sociais em todos os níveis, e sem ela não é viável o

desenvolvimento da cultura. Häberle ainda problematiza com a proposta de sete modalidades de expressão normativa em consonância com a verdade: (1) cláusulas de banimento da ideologia do Estado; (2) cláusulas do pluralismo; (3) obrigação dos servidores públicos de se conduzir com a verdade; (4) cláusula de neutralidade científica; (5) cláusula de liberdade de informação e correção; (6) cláusula de responsabilidade judicial; (7) cláusula de objetividade política (separação entre o Estado e os partidos).[66]

Häberle adverte que sua teoria sobre o Estado Constitucional não tem sido elaborada com pretensões de universalidade. Todo o modelo teórico agrega e expressa uma verdade parcial e provisória, circunscrita no tempo e no espaço, considerando o Estado Constitucional como um “projeto tendencialmente universal”.[67]

Por seu “ideal platônico”, a verdade poderia ser considerada um conceito irrelevante para o direito. Mas para Häberle, a verdade é um valor cultural do Estado Constitucional e irrenunciável, ante a experiência do Estado Totalitário e a “mentira” acerca de *Auschwitz*.[68]

Logo, o jurista não pode ficar satisfeito em receber uma definição do que seja verdade. O intérprete tem a obrigação de tomar consciência do debate filosófico em torno da verdade. As concepções de verdade variam segundo a especialidade científica, mas para o constitucionalista, a busca de consensos básicos, seguindo o sentido dos consensos éticos mínimos, pode conduzir à compreensão do conceito de dignidade humana. O esboço de Häberle, nesse sentido, busca conscientizar o constitucionalista da relevância que o problema da verdade – em seus diversos níveis filosóficos – representa para o constitucionalismo, de modo que estas diferenças de conceito remetam o intérprete a uma “verdade relativa”, mas que leva à busca, pelo intérprete, da verdade como conceito vinculante para a liberdade, a justiça e o bem-estar do Estado Constitucional e da proteção da dignidade humana.[69]

4 QUAL O CONCEITO DE DIREITO?

O conceito de direito (e o seu objeto – a norma jurídica) pode ser visto na obra de Peter Häberle a partir das reflexões do constitucionalismo aberto e plural que se extrai da sua proposta de Teoria da Constituição como ciência da cultura.

Na perspectiva de Häberle, a norma é uma forma de auto-representação cultural da sociedade. Nesse sentido, a norma é o meio pelo qual se vale a sociedade para articular sua organização e funcionamento e a expressão mesma da forma de ser da sociedade.[70]

Na sua visão, a Constituição é um processo público que resulta de uma concepção democrática e pluralista, em que vários agentes atuam no desenvolvimento e na construção do texto constitucional, sendo uma sucessão de interpretações plurais, com a contraposição sociológica (Ferdinand Lassalle) e jurídica (Konrad Hesse), a fim de abarcar o máximo de conceitos para o desenvolvimento (de todos os sentidos) da sociedade.

A interpretação constitucional requer a ampliação e o aprofundamento em função da dimensão do público, uma vez que os direitos fundamentais são entendidos como

interesses públicos (com duplo caráter de proteção – subjetivo-individual e objetivo-institucional), cujo objeto da interpretação é a Constituição, sobre a qual se fundamenta a coisa pública e todas as forças públicas se conectam a seus procedimentos.[71]

Peter Häberle compreende a Constituição como a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, abrangendo tudo aquilo que constitui a sociedade positivamente estabelecida, compreendendo as estruturas básicas de qualquer sociedade pluralista. Assim, as relações dos grupos sociais (estabelecidas na base da tolerância pluralista), a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, as instituições que evitam o abuso do poder (público e privado), a divisão de poderes, a cultura política, a proteção do meio ambiente, a prática parlamentar, os juízos públicos dos políticos e da mídia, as linhas diretivas dos grupos econômicos, tudo isso são fatores que estruturam uma sociedade nos moldes do espírito “aberto” de Popper.[72]

Nesse sentido, Häberle aponta elementos concretos do constitucionalismo, com as seguintes variantes nacionais: (1) a dignidade do homem, pois tudo começa com a importância do ser humano (premissa antropológica cultural), colocando-o no centro do debate; (2) democracia pluralista, em razão das inúmeras influências e visões, fruto da teoria possibilista; (3) capacidade postulatória do homem de buscar os direitos fundamentais (o *status activus processualis*); (4) a divisão dos poderes; (5) a independência (autonomia) dos tribunais, porque a justiça constitucional exerce um papel definitivo nas decisões de poder; (6) visão de Estado (Constitucional) Democrático de Direito; (7) direito organizatório das ordenações (estruturas) constitucionais – competências e procedimentos da Constituição; (8) federalismo, regionalismo e autonomia municipal.[73]

Nesse contexto, a interpretação constitucional é um processo público, o qual parte da ideia de formação e transformação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, cujo contexto contém processos públicos muito complexos, nos quais os mais concretos são os processos constitucionais que se referem a controvérsias no âmbito científico-jurídico e da própria comunidade cidadã. Dessa forma, a exegese constitucional deve ser entendida de maneira ampla, não contemplando apenas o sentido estrito do processo jurídico no âmbito dos Tribunais, mas em todos aqueles em que os cidadãos participam de maneira ativa ou passiva, no sentido do *constitucional law public in action*. [74]

A interpretação constitucional como processo público significa programa – realidade e atualidade – dos intérpretes constitucionais de toda a sociedade aberta. Assim, esta forma de compreensão normativa processual e pluralista permite um direito relativo, que se complementa com toda uma estrutura da interpretação pública conduzida ao bem comum e à pluralidade de opções sociais.[75]

Com efeito, este modelo de interpretação exige ampla reestruturação das leis em favor do pluralismo, uma jurisprudência auto-consciente e uma cidadania democrática mais ativa, mediante a configuração do *status activus processualis* entre os cidadãos e os poderes públicos.[76]

Para se vivenciar a Constituição é necessário conferir liberdade ao intérprete para concretizar os princípios jurídicos, os quais – em um contexto de *não-interpretativistas* – podem ser invocados legitimamente com o compartilhamento de outros valores, como

justiça, liberdade e igualdade, atribuindo ao intérprete uma competência interpretativa em sentido forte, que realça o sentido forte da Constituição.[77]

A atualização da Constituição por meio da liberdade vivida pelos cidadãos e da força normativa do âmbito público exige muito de todos, podendo o intérprete fazer mais para garantir a liberdade dos cidadãos e projetá-la no âmbito social. O cidadão, por sua vez, tem que ser parte ativa na positivação das liberdades existentes no Estado e na sociedade, contribuindo para assegurá-la e garanti-la, pois isso constitui um dos objetivos primordiais de seu papel como intérprete constitucional.[78]

5 QUE TIPOS DE METODOLOGIA PODEM SER APLICADAS AO PENSAMENTO DE PETER HÄBERLE?

Há 04 (quatro) tipos de metodologia que podem ser usadas para o estudo metodológico do Direito[79]: (a) metodologia da pesquisa científica; (b) metodologia de produção de um trabalho; (c) metodologia no sentido de interpretação e aplicação das normas, de proceder à operação do direito; (d) metodologia no sentido de processos lógicos e quase-lógicos mentais.

Com efeito, um dos objetivos desta pesquisa é saber qual(is) dos tipos de metodologia é(são) aplicado(s) à Peter Häberle?

A teoria de Häberle se amolda ao terceiro modelo. Com a teoria da Constituição como ciência da cultura, Häberle propõe uma nova forma de interpretar o direito. Além disso, a comparação jurídica posta como quinto método de interpretação constitucional tem o intuito de associar o elemento cultural häberliano à interpretação da Constituição.

Para tal desiderato, Häberle propõe a construção do modelo teórico denominado de Estado Constitucional Cooperativo: um Estado em que a herança constitucional se amolda ao espírito cosmopolítico que o direito internacional carrega consigo. Nesse ponto de vista, a idéia de Häberle em somar aportes do constitucionalismo de diferentes Estados e adicioná-los ao modelo de Estado Constitucional Cooperativo carrega consigo os elementos que Thomas Kuhn[80] define como paradigma: ao invés de fechar o sistema jurídico, Häberle propõe uma releitura do Estado Nacional e dos seus elementos, transformando-o em um Estado aberto, plural e em busca do diálogo. Cuida-se de uma releitura da soberania, que leve em conta a abertura do Estado Constitucional para o ambiente internacional[81].

Por outro lado, o papel de destaque que Häberle confere à Jurisdição Constitucional corrobora com o terceiro aspecto metodológico. Indicando a Jurisdição Constitucional autônoma como responsável pela moralização das instituições, Häberle admite que as Cortes Constitucionais assumam a função de jurisdicionarizar a política e, ao mesmo tempo, de jurisdicionarizar o direito internacional.

Nesse aspecto, Häberle compreende o fenômeno jurídico em consonância com Tércio Sampaio Ferraz Júnior[82] e Carlos Santiago Niño[83]: o problema central da “ciência jurídica” está na decidibilidade, isto é, na manifestação do pensamento tecnológico (premissas do pensamento científico, encontradas em Thomas Kuhn, associadas com a relevância prática) que permitem tomar decisões: dogmatiza os pontos de partida e problematiza a aplicabilidade na solução de conflitos.[84]

Logo, é possível encontrar nos textos de Häberle inferências semelhantes aos três modelos da ciência do direito, propostos por Ferraz Júnior[85]:

(1) *Analítico* – decidibilidade é uma relação hipotética entre conflito e decisões – são condições de adequação em meio às necessidades; cuida-se de sistematização de regras e soluções possíveis, na busca pela harmonização;

(2) *Hermenêutico* – decidibilidade e sua relevância significativa estão inseridas no sentido entre a hipótese do conflito e a hipótese da decisão, entre o agir comunicativo e linguagem, em que a atividade interpretativa busca construir um sistema compreensivo do comportamento humano;

(3) *Empírico* – decidibilidade constitui-se em uma busca por condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético; nesse contexto, o sujeito é dotado de funções, o qual se adapta por meio de uma contínua evolução e transformação às exigências do ambiente; a norma é vista como procedimento decisório, em que o pensamento jurídico se concretiza como um sistema explicativo do comportamento humano.

A partir destes três padrões de decidibilidade, a ciência do direito pode ser compreendida como (1) teoria da norma (modelo analítico), (2) teoria da interpretação (modelo hermenêutico), e (3) teoria da decisão (modelo empírico). Enquanto Tércio apresenta tais modelos, Häberle, como acima explicado, realiza inferências em seus textos, em especial quando cuida da interpretação constitucional perante as Cortes Constitucionais. Nesse ponto teórico, se observa a relação com Santiago Niño: os atores da reflexão de Niño são atores da reflexão do direito, motivo pelo qual estão presentes em quase todas as estruturas jurídicas. Mas o que há de semelhante com Niño diz respeito à função desempenhada por esses atores. Não só o advogado é responsável pela “arquitetura das estruturas sociais”, e sim o intérprete, o sujeito proveniente da sociedade aberta, que compreende e valoriza a premissa metodológica da dignidade da pessoa humana, e que vislumbra os métodos de decidibilidade diante do processo de tomada de decisão: este será um dos arquitetos responsáveis pela estruturação da sociedade aberta de intérpretes e, conseqüentemente, de completar o modelo teórico do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle.

CONCLUSÃO

A proposta de realizar uma análise metodológica é relativamente nova no âmbito da pesquisa científica. Mas esta novidade carrega consigo a força que impulsiona e emprega ânimo e esperança à pesquisa científica. Ânimo por ver que todos os “chutes”, todas as hipóteses levantadas no trabalho de pesquisa estão respaldadas em uma construção teórica, composta de diversos textos e ensaios, que demonstram o pensamento do autor sintonizado na construção de um modelo de Estado e de sociedade que sejam abertos, plurais, que respeitem o multiculturalismo e realizem um intercâmbio entre a esfera interna e a internacional.

A esperança se alia a uma espécie de “obrigação moral kantiana-häberliana”. Como “discípulos” daquele que se considera “discípulo de seu discípulo”, a tarefa de continuar o desenvolvimento do pensamento de Peter Häberle é árdua e encontra obstáculos. Todavia, como todos nós somos intérpretes dos valores constitucionais, isto nos remete

a uma soma elevada de poderes, em especial para aqueles que escolheram Peter Häberle como principal referencial teórico. Por isso, a necessidade de se viver a Constituição como legítimos intérpretes.

Portanto, restou comprovado que as idéias de Häberle, apresentadas nessa análise metodológica, têm o condão de se adequar ao espírito gadameriano expresso na introdução dessa pesquisa: Häberle é um autor cujas idéias enxergam “além do horizonte”. Sua serena e segura orientação conduzem o intérprete da sua teoria à dedicação e ao aperfeiçoamento dos seus aportes, que fazem dele um jurista apropriado a resolver os problemas que se apresentam no século XXI.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2. ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder. *Universitas/Jus*, n. 06, p. 27-42, jan./jun. 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse / Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Direito público*, v. 02, n. 07, p. 21-33, jan./mar. 2005.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Cf. HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2223>>. Acesso em: 26.1.2008.

HÄBERLE, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, Espanha, a. 03, n. 05, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>>. Acesso em: 28.7.2006.

HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008.

HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa*. Lisboa, 26.4.2006.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 26.1.2008.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

SANTIAGO NIÑO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 9. ed. Trad. Antônio Chelini et al. São Paulo: Cultrix, s./a.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle*. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. *Informativo 449*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01.11.2007.

VALADÉS, Diego (org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1854>>. Acesso em: 10.2.2008.

[1] Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

[2] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

[3] Cf. SANTIAGO NIÑO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

[4] “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo padrões de próximo e distante, de grande e pequeno”, citado por Diego Valadés, em seu estudo preliminar do livro de HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008.

[5] Peter Häberle nasceu em 1934 em Göppingen, Alemanha. Estudou nas Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (França) e Freiburg. Em 1961 obteve o título de Doutor na Universidade de Freiburg, com uma tese sobre a garantia do conteúdo essencial do artigo 19, parágrafo segundo, da Lei Fundamental alemã. Em 1969 foi habilitado como catedrático da Universidade de Freiburg e designado catedrático de Direito Público da Universidade de Marburg. Ocupou posteriormente diversas cátedras em outras universidades e desde 1981 ocupa a de Direito Público na Universidade de Bayreuth, que compatibiliza com a Universidade de St. Gallen, na Suíça. Em 1994 recebeu o título de Doutor Honoris Causa da Universidade de Tesalónica, na Grécia (em 2005, o mesmo título foi-lhe conferido pela Universidade de Brasília – UnB). Em 1995 foi publicado na Suíça um livro em sua homenagem: *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, que contou com a colaboração de alguns de seus discípulos e amigos, dentre eles, do seu antigo Professor e mestre, Konrad Hesse. O livro foi resultado de um colóquio celebrado no ano anterior por ocasião dos seus sessenta anos. Em 1996 Häberle foi condecorado pelo Presidente da República Italiana. Professor visitante em diversas universidades e conferencista em diversos países, a sua obra tem uma difusão universal. São diversos os idiomas em que se encontram as obras de Häberle, como, além de outros, o grego, o polaco, o japonês e o coreano. Atualmente dirige o Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica Européia da Universidade de Bayreuth, é professor deste centro, assim como da Faculdade de Direito de St. Gallen, na Suíça. (Esta referência biográfica pode ser encontrada em pelo menos três obras de Peter Häberle: VALADÉS, Diego (org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1854>>. Acesso em: 10.2.2008; HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008; e HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

[6] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXII.

[7] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Um jurista europeu nacido en Alemania. In: VALADÉS, Diego (org.). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1854>>. Acesso em: 10.2.2008.

[8] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXII.

[9] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXXV-LXXVI.

[10] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LVII.

[11] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXVII.

[12] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 115-116.

[13] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXV; de maneira específica, ver HÄBERLE, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Granada, Espanha, a. 3, n. 5, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>>. Acesso em: 28.7.2006.

[14] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 115-116.

- [15] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 171.
- [16] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXIII.
- [17] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2-5.
- [18] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9-10.
- [19] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.
- [20] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 19.
- [21] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20-22.
- [22] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 57-58.
- [23] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXXVII.
- [24] Em especial, ver BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999; DELMAS-MARTY, Mirelle. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- [25] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 162.
- [26] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 163.
- [27] A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição. Ele aumenta uma discussão entre constitucionalistas conservadores e internacionalistas (ou agora constitucionalistas/ internacionalistas) sobre a interpretação constitucional que se realiza acerca dos tratados de direitos humanos. Antes desse dispositivo, boa parte da doutrina defendia que os tratados em matéria de direitos humanos possuíam *status* de

norma constitucional; com este dispositivo, os constitucionalistas conservadores afirmaram que os internacionalistas sempre estiveram errados, e que qualquer tipo de tratado, ao ingressar no sistema jurídico brasileiro, possuía eficácia de lei federal. O Supremo Tribunal Federal, na discussão do RE 466343/SP, está mudando sua orientação quanto à recepção do direito internacional no sistema jurídico interno, no que tange à proteção dos direitos humanos, classificando os tratados internacionais de direitos humanos com uma eficácia supralegal, situando-os entre a legislação ordinária (*status* que o Brasil recebe os tratados internacionais) e a Constituição. Com esta tese, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que a legislação conflitante com os tratados internacionais de direitos humanos torna-se inaplicável, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, o que revela uma “eficácia paralisante” dos direitos fundamentais em relação à legislação infraconstitucional. Por outro lado, adepto à internacionalização dos direitos humanos, o Ministro Celso de Mello defende que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos tenham *status* de norma constitucional, em função de seu conteúdo material. Atualmente, o processo se encontra em pedido de vista com o Ministro Menezes Direito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. *Informativo(s) 449 e 498*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28.7.2008).

[28] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63-65 e 70.

[29] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 163-164.

[30] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 164-165.

[31] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71.

[32] Esta concepção é desenvolvida por Markus Kotzur, professor doutor da Universidade de Leipzig e orientando de Peter Häberle. Kotzur acredita que só uma concepção instrumental da soberania, a serviço do ser humano, pode justificar qualquer forma de exercício do poder (Cf. KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003, p. 112-113. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 26.1.2008).

[33] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

[34] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXXVII.

[35] HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71.

[36] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXII-XXIII.

[37] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXIII.

[38] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXIII-XXIV.

[39] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXIV.

[40] Saussure elenca a sincronia (estática) e a diacronia (evolução) como objeto do estudo sobre lingüística. A *lingüística sincrônica* se ocupa das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam sistema, tais como são percebidos pela consciência coletiva; a *lingüística diacrônica* estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si (Cf. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 9. ed. Trad. Antônio Chelini et. al. São Paulo: Cultrix, s./a.).

[41] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXV-XXVII.

[42] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXVII-XXVIII.

[43] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em:

<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXVI.

[44] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXVI.

[45] Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder. *Universitas/Jus*, n. 06, p. 27-42, jan./jun. 2001; COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse / Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Direito público*, v. 02, n. 07, p. 21-33, jan./mar. 2005.

[46] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXIX.

[47] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXIX.

[48] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXX.

[49] Häberle conceitua povo em um contexto de um catálogo sistemático de intérpretes da esfera pública pluralista. Nesse sentido, ver HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19-28; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 94-97.

[50] Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Mínima Trotta, 1998. De maneira atual e combativa, ver SILVA, Christine Oliveira Peter da. Interpretação constitucional no século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência de Peter Häberle. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 02., n. 08, p. 05-39, abr./jun. 2005.

[51] Um dos motivos de se pretender comparar as idéias de Hegel e Marx na dissertação é devido ao próprio Häberle, o qual, ao explicar o desenvolvimento de seu pensamento, convida a todos os seus discípulos a percorrer o caminho teórico realizado, dentre eles, está Hegel, ao utilizar a dialética hegeliana para explicar o conceito de espaço público na defesa do direito constitucional comum (Cf. HÄBERLE, Peter. México y los

contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 43).

[52] Marx constitui o pano de fundo da proposta cooperativa de Häberle. A doutrina socialista do Direito Internacional influencia a teoria de Häberle no aspecto da cooperação entre os Estados, que transcendem a mera coexistência pacífica – a delimitação dos âmbitos nacionais de soberania – e indicam a diluição do esquema interno-externo para uma abertura dos Estados ao Direito Internacional (Cf. HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20-21 e 47).

[53] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXV.

[54] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXIX.

[55] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXIX-XL.

[56] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXVI-XXXVII.

[57] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LI.

[58] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LI-LII.

[59] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXX.

[60] Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

[61] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008, 46-48.

[62] HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 1-7.

[63] SCHOPENHAUER, A. *Die Welt als Wille und Vorstellung* Apud HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 7.

[64] HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 7-8.

[65] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXV.

[66] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXV-LXVI.

[67] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. XXXVIII.

[68] HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 142-144.

[69] HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1876>>. Acesso em: 26.1.2008, p. 145-150.

[70] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 26.1.2008. Estudo preliminar de Diego Valadés, p. LXXI.

[71] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 87.

[72] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 87-88.

[73] Cf. HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. *Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa*. Lisboa, 26.4.2006.

[74] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 89.

[75] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 102.

[76] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 102.

[77] Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2. ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 83.

[78] Cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 102-103.

[79] Este pensamento, elaborado na prática cotidiana da orientação de pesquisa na graduação e na pós-graduação *lato sensu* em Direito, se associa com as pesquisas do Prof. (Pós) Dr. Roberto Freitas Filho na disciplina Fundamentos de Metodologia da Pesquisa em Direito, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

[80] Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

[81] Cf. HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 9, p. 113-139, 2005.

[82] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

[83] Cf. SANTIAGO NIÑO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

[84] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 45.

[85] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 47-48.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E CONSTRUÇÃO DO SUJEITO NA PÓS-MODERNIDADE: *

JURIDICAL HERMENEUTIC AND THE CONSTRUCTION OF THE SUBJECT IN THE POS-MODERNITY:

Carolina Grant Pereira

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o pensamento de três importantes autores da pós-modernidade: Stuart Hall, Edgar Morin e Michel Miaille e a contribuição dos seus trabalhos para consolidação do paradigma emergente (Boaventura de Sousa Santos), inserido no contexto de virada linguístico-filosófica, que corrobora para a construção de um modelo de pensamento circular-espiral, dialógico, dialético e de construção e reconstrução (caos, ordem, desordem e organização). Este modelo de pensamento vai ao encontro de tudo o que se tem discutido, hoje, no âmbito da reflexão epistemológica acerca do Direito e da Ciência (Social Aplicada) do Direito, e não só destes, mas da reflexão de todo o modelo de pensamento das Ciências Sociais, com destaque para a construção de um paradigma jurídico-hermenêutico contextual e capaz de compreender a plural, complexa e dinâmica sociedade atual.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DIREITO; HERMENÊUTICA; COMPLEXIDADE; PÓS-MODERNIDADE; SUJEITO.

ABSTRACT

This paper intends to make a critical study of the intellectual contributions of three important writers of pos-modernity: Stuart Hall, Edgar Morin and Michel Miaille. It also intends to study their work's contribution to the consolidation of the "paradigma emergente" (Boaventura de Sousa Santos), in the ambit of de linguistic and philosophical turn, that corroborates for the construction of a model of circulate-spiral thought, "dialógico/dialético" and of construction and reconstruction (chaos, order, disorder and organization). This "thought model" is going to the encounter from everything that it have been discussing, today, in the extent of the epistemological reflection, concerning about the Right and the Science (Social Applied) of the Right, and not only of these, but of the reflection of the whole model of thought of the Social Sciences, with prominence for the construction of a paradigm juridical-hermeneutic contextual and capable deal with the plural, complex and dynamics current society.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEY-WORDS: RIGHT; HERMENEUTIC; COMPLEXITY; POWDER-MODERNITY; SUBJECT.

1. Formação da identidade cultural na pós-modernidade: a eterna dialética de reconstrução do sujeito pós-moderno.

No texto a “Identidade em Questão”, o foco central de análise é a “*crise de identidade*” que se tem processado na chamada modernidade *tardia ou pós-modernidade*, na ótica de Stuart Hall; na medida em que:

[...] as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno [o qual, por sua vez, é composto por identidades multifacetárias] [...]. A assim chamada ‘crise de identidade’ é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social. (HALL, 2006, p.7).

Ou seja, Hall, na referida obra, parte de uma análise contextual, das mudanças paradigmáticas da sociedade como um todo (“caráter da mudança na modernidade tardia”), para a repercussão destas mudanças na formação da identidade do próprio indivíduo. E faz, também, num processo dialético/dialógico, o caminho contrário, de análise da repercussão das mudanças que se operam no interior do indivíduo para com a realidade social. Dessa forma, tem por objetivo discutir a grande questão da formação da identidade, com enfoque na *identidade cultural moderna*, “formado através do pertencimento a uma cultura nacional” (HALL, 2006, p.22) e num contexto de transformações sociais no âmbito da modernidade tardia e da globalização.

Para tanto, afirma que “um tipo diferente de mudança estrutural” está se operando nas sociedades modernas, transformando-as, no final do século XX. Tais mudanças estariam fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, haviam constituído as bases sólidas do indivíduo social. Sem esta referência social sólida, o próprio “eu” interior do indivíduo estaria suscetível a “crises de identidade”, de referência, participando, também, deste processo de deslocamento/fragmentação. É o chamado *duplo deslocamento* – “descentração dos indivíduos tanto do seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos” –, outro ponto basilar da teoria defendida por Stuart Hall em sua obra “A identidade cultural na pós-modernidade”.

No intuito de caracterizar e contextualizar historicamente a “crise de identidade” e elaborar uma noção sobre a identidade na pós-modernidade, Stuart Hall trabalha e analisa *três concepções de identidade*: a identidade do sujeito do Iluminismo, do sujeito sociológico e do sujeito pós-moderno. O *sujeito do Iluminismo* fundamentava-se numa concepção *individualista* de identidade, essencialista, centrada, unificada e estanque/imutável, a qual nascia com o indivíduo e com ele morria sem grandes transformações, praticamente idêntica. O *sujeito sociológico*, por sua vez, trabalhava com uma concepção fundada na *interação sujeito-sociedade*; isto é, ainda existiria um núcleo ou essência interior do “eu” – o “eu real” –, mas este não se constituía mais de

forma autônoma e auto-suficiente e sim num processo dialógico, de mútua influência e projeção, com a realidade sociocultural à sua volta. Esta concepção representa um avanço em termos de configuração da identidade individual/social, uma vez que concebe a relação dialógica (mas ainda não dialética, na medida em que objetiva alcançar um estágio estabilizado de interação, estanque, em que sujeito e sociedade encontrem-se unificados e predizíveis) entre indivíduo e sociedade da seguinte forma:

[...] O fato de que *projetamos a ‘nós próprios’ nessas identidades culturais, ao mesmo tempo que internalizamos valores*, tornando-os ‘parte de nós’, contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural. [...] [A Identidade] Estabiliza tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam, *tornando ambos reciprocamente mais unificados e predizíveis*”. (HALL, 2006, p.12 – grifo nosso).

Por fim e diante do exposto, Stuart Hall chega à definição (elabora uma noção, “provisória e aberta à constatação”) da identidade na pós-modernidade, do **sujeito pós-moderno**. Para tanto, afirma que as próprias *concepções unificadas e estáveis* estão em crise e que a idéia de identidade unificada, completa, segura e coerente não passa de mera fantasia. Afinal:

“[...] à medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma *multiplicidade* desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar [...]” (HALL, 2006, p.13 – grifo nosso).

Ou seja, o sujeito pós-moderno é multifacetário, se integra num contexto multicultural, complexo, e acaba sendo formado não por uma única, mas por várias identidades, algumas até contraditórias ou não-resolvidas. Com efeito, a identidade deste sujeito não se explica biologicamente, deterministicamente, mas, sim, pela sua trajetória de vida, pelo seu processo histórico; não há mais uma identidade fixa, essencial ou permanente, mas uma “celebração do móvel”:

“[...] formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam [...]”. (HALL, 2006, p.13).

E ainda:

“[...] O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático”. (HALL, 2006, p.12).

Enfim, a **concepção de identidade pós-moderna** já não pode ser concebida como estática, mas sim **dinâmica**; não mais simples, mas **complexa**; e não mais biológica e, sim, **histórica e cultural**.

“Este livro é escrito a partir de uma posição basicamente simpática à afirmação de que as identidades modernas estão sendo ‘descentradas’, isto é, deslocadas ou fragmentadas. [...]”. (HALL, 2006, p.8).

Toda esta discussão acerca da formação da identidade pode ser enquadrada dentro de um contexto ainda mais amplo, como já foi citado, e que Hall chama de modernidade tardia (ou pós-modernidade); em particular, no que diz respeito à globalização e seu impacto sobre a identidade cultural.

Com efeito, como o próprio Hall afirma, “o argumento principal é que a mudança na modernidade tardia tem um caráter muito específico” (HALL, 2006, p.24). E para caracterizar tal especificidade, cita Marx:

“[a modernidade tardia] é o permanente revolucionar da produção, o abalar ininterrupto de todas as condições sociais, a incerteza e o movimento eternos [...]. Todas as relações fixas e congeladas, com o seu cortejo de vetustas representações e concepções, são dissolvidas, todas as relações recém-formadas envelhecem antes de poderem ossificar-se. Tudo que é sólido se desmancha no ar...” (Marx e Engels, 1973, p.70 in HALL, 2006, p.14 – grifo nosso).

Isto é, a *modernidade tardia*, contexto em que surge e se transforma, constantemente, o sujeito pós-moderno e a nova concepção de identidade, caracteriza-se pelo seu dinamismo, complexidade (E. Morin) e mudanças, rápidas e permanentes, configurando-se estas características como a principal distinção entre as sociedades “tradicionais” e as modernas. E é **Giddens** ^[1] que faz esta clara distinção sociedade tradicional *versus* sociedade moderna, citado por Stuart Hall:

[...] nas sociedades tradicionais; o passado é venerado e os símbolos são valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um meio de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na *continuidade* do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados por práticas sociais recorrentes. (GIDDENS, 1990, pp.37-8 in HALL, 2006, pp.14-5 – grifo nosso).

Já nas sociedades modernas:

“[...] as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente, seu caráter”. (GIDDENS, 1990, pp.37-8 in HALL, 2006, p. 15).

Nesse contexto, Giddens, ainda, indica o ritmo e o alcance, em particular, da mudança, na medida em que todo o globo apresenta-se interconexo (devido ao fenômeno da *globalização*) e as transformações sociais atingem virtualmente toda a superfície do planeta. Tal situação representa aquilo que Giddens convencionou chamar de “*desalojamento do sistema social*” – “a ‘extração’ das relações sociais dos contextos locais de interação e sua reestruturação ao longo de escalas indefinidas de tempo-espaço” (GIDDENS, 1990, p.21).

Diante de tamanha complexidade e interação, gerando ainda mais dinamismo nas transformações socioculturais em todo o globo, como Giddens bem ressaltou na diferenciação entre sociedades modernas e tradicionais, não dá mais para conceber a idéia de continuidade dos acontecimentos – inseridos numa linearidade evolutiva simplista e reducionista. O que se prega na pós-modernidade é a *descontinuidade* – e para confirmar esta hipótese, Hall cita **Giddens, Harvey** ^[2] (com a noção de “rompimento

impiedoso com toda e qualquer condição precedente” e, indo além, com um “processo sem-fim de rupturas e fragmentações internas no seu [da modernidade] próprio interior” – HARVEY, 1989, p.12) e *Laclau* ^[3] (com o conceito de “deslocamento”, em que o centro deslocado não é substituído por outro, mas por uma *pluralidade* de centros – LACLAU, 1990). A pós-modernidade é a era da ebulição dos conflitos sociais, mais dispersos – descentralizados – e plurais, a era dos antagonismos, das diferenças, o que gera no indivíduo a crise de identidade diante de identidades multifacetárias, diante de pluri-identidades.

É esse o contexto em que se discute a **formação da identidade cultural na pós-modernidade**, um contexto repleto de incertezas, mas extremamente favorável a novos “estudos culturais”, a novas análises e a novas transformações. O conceito de identidade que se discute hoje pode não ser o mesmo de amanhã; contudo, essa característica de descontinuidade, fragmentação, ruptura e deslocamento (e também complexidade, dinamismo, pluralidade e multiculturalismo), é positiva, uma vez que permite e se insere numa mudança paradigmática maior, em que se saiu de um determinismo estanque, de uma imutabilidade monótona e ineficaz para a compreensão dos novos contextos contemporâneos; para uma nova forma de concepção da realidade inserida no *pensamento complexo* de Edgar Morin, no *paradigma emergente* de Boaventura de Souza Santos e na *virada lingüístico-filosófica* bem trabalhada por Margarida Maria Lacombe e Lenio Streck, em suas obras sobre a possibilidade de uma renovada, crítica e contextual hermenêutica jurídica.

2. A inserção (contextualização histórico-paradigmática) do pensamento de Stuart Hall na virada lingüístico-filosófica: um novo paradigma hermenêutico para a pós-modernidade.

Como já foi explanado anteriormente, os textos de Stuart Hall são repletos de dados contextuais e apenas mediante a análise de tais contextos podem ser compreendidos. O texto “A Identidade em Questão” não fica de fora desta regra geral. Dessa forma, para que se faça uma análise crítica deste texto e se possa assumir um posicionamento diante do mesmo, vale aprofundar um pouco mais (ainda que em linhas gerais) o que foi dito no último parágrafo do item anterior.

A discussão acerca da identidade cultural na pós-modernidade, e da formação da identidade em geral, insere-se num contexto de transição paradigmática e virada lingüístico-filosófica. A transição de paradigma é bem delineada por *Boaventura de Sousa Santos* ^[4] e se dá do Paradigma Dominante para o Paradigma Emergente; isto é, de um paradigma epistemológico cujas bases foram lançadas por René Descartes (daí ser conhecido também como paradigma cartesiano), no bojo da Revolução Científica (séc. XVII), e compreende, dentre outras, as seguintes características:

ü Cientificismo – Aplicação do método desenvolvido para o estudo das Ciências Naturais, método dedutivo-empirista, a todas as demais “ciências”, inclusive às humanidades;

ü Objetividade, Neutralidade e Descrição – [tentativa de] Separação entre Sujeito e Objeto;

ü Nas ciências jurídicas: método técnico-jurídico ou lógico-abstrato^{[[5]]} – Ciência Jurídica compreendida como lógico-formal e dogmática (ao extremo) como única opção;

ü Determinismo/Mecanicismo – Verdades Absolutas/Dogmas; Leis gerais e universais que regem as relações tanto naturais quanto humanas;

ü Epistemologia Monocultural^{[[6]]}.

Para um novo paradigma ainda em construção, o *Paradigma Emergente*, que, segundo Boaventura Santos, além de se contrapor a cada um dos itens apresentados como caracteres do paradigma dominante (com destaque para a valorização do *caos* e do *princípio da incerteza* – Heisenberg – ou da entropia de Prigogine, em oposição ao determinismo e à necessária previsibilidade do paradigma dominante; e para a *epistemologia multicultural* – necessidade de inter/transdisciplinaridade, defendida por Andrea Semprini, contra a concepção retrógrada de monoculturalismo^{[[7]]}), apresenta quatro idéias basilares:

ü **Todo conhecimento científico-natural é, também e impreterivelmente, científico-social** – Isto é, todo conhecimento só pode, de fato, ser compreendido quando inserido no seu respectivo contexto, e não apriorística e abstratamente;

ü **Todo conhecimento local é, também, total** – O que converge com a teoria de Hall, acerca da *globalização*, e de Giddens, sobre a interconexão das diferentes partes do globo, numa interação e interferência mútua entre as mais diversas esferas socioculturais;

ü **Todo conhecimento é autoconhecimento** – Isto é, para que se compreenda, de fato, aquilo que é produzido pelo homem e que este se propõe a compreender, é preciso levar-se em consideração os pressupostos intelectuais deste sujeito – é preciso aproximá-lo do objeto de conhecimento/compreensão; é preciso inserir o sujeito do conhecimento numa *tradição* (Heidegger e Gadamer *in* Lacombe^{[[8]]}), numa *situação histórica*. Só com esta aproximação entre sujeito e objeto e com a valorização do contexto histórico-social em que se insere o sujeito, a qual, de fato, influencia a sua concepção de mundo e compõe os “óculos” com que este enxerga a realidade à sua volta, é possível efetivar-se uma verdadeira compreensão/entendimento.

ü **Todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum** – Isto é, visa tornar-se acessível, compreensível e útil à sociedade em que se insere o sujeito que o produziu e à sociedade em geral (global).

A referida discussão (acerca da identidade) também se insere no contexto de *virada lingüístico-filosófica*, a qual converge para as mudanças propostas pelo paradigma emergente e se configura, especificamente, na transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, segundo o crítico autor *Lenio Streck*, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*^{[[9]]}, quando discorre sobre a “crise de dupla face do Direito”: uma crise de modelo (liberal-individualista-normativista) e de paradigma (filosofia da consciência), seguindo a tese geral dos autores supracitados de que tais modelos, tal realidade da esfera jurídica (abstracionista, idealista^{[[10]]}, imbuída de “astúcia da razão dogmática” – Tércio Sampaio), não mais corresponderiam às

demandas da sociedade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica, em que os conflitos tornam-se muito mais transindividuais – coletivos – e exigem a contextualização, a compreensão da realidade social em que se inserem, para serem, de fato, compreendidos, interpretados e julgados segundo o princípio maior da *Justiça Social* e uma nova hermenêutica jurídica, mais adequada às novas realidades da pós-modernidade de Stuart Hall ou à sua modernidade tardia, também referida e componente do pensamento de Lenio Streck.

Sobre a dicotomia filosofia da consciência x filosofia da linguagem, afirma Streck:

A reviravolta lingüística vai se concretizar com uma nova concepção [...] do sentido. Esse sentido *não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si* independentemente de um processo de comunicação [paradigma metafísico-essencialista], mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades lingüísticas, sempre comunicamos reciprocamente, assinala D. Böhler [filosofia da linguagem] [...], essa virada [se dá] rumo à explicitação de um *caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana* [...]. Tanto em Wittgenstein como em Heidegger, a linguagem passa a ser entendida, em primeiro lugar, como ação humana [...]. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, [mas] como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão. [...]. (STRECK, 2007, p. 63 – grifo nosso).

Dessa forma, e diante do que foi elucidado acima, pode-se inferir que Stuart Hall, em seu texto “A Identidade em Questão”, posiciona-se criticamente (e nesse sentido tem o seu posicionamento endossado pela autora deste projeto) e corrobora com a tese que propõe uma nova abordagem dos fenômenos que se inserem na modernidade tardia (pós-modernidade ou realidade contemporânea), os quais, por sua vez, só podem ser compreendidos de forma descontínua, fragmentada e contextualizada, à luz do contexto sócio-histórico-cultural, dinâmico, plural e multifacetário em que surgem, e, acima de tudo, sob a ótica, também, da *complexidade* (principalmente no que diz respeito à formação das pluri-identidades do sujeito pós-moderno).

3. Contributos do Movimento Crítico do Direito (Michel Miaille) para a construção do novo paradigma jurídico-hermenêutico da pós-modernidade.

Em linhas gerais, o movimento crítico de Miaille tem grande influência marxista. O criticismo jurídico repudia o Direito fechado, apartado da realidade e desprovido de valoração. Questiona, ainda, a separação entre a “Ciência Jurídica” e a Ética, e entende o direito como um instrumento de libertação social. Contrapõe, também, o Positivismo Jurídico, de cunho legalista, acabado, estático e a-ético, a um novo entendimento do direito, plural, em permanente construção, dinâmico e vinculado à ética.

Em sua obra “Introdução Crítica do Direito” – já referenciada acima –, Michel Miaille personifica o movimento crítico ao qual pertence, na medida em que se propõe a uma *abordagem crítica do Direito*; isto é, uma abordagem diferenciada, longe do tecnicismo

formalista, abstracionista e anti-reflexivo, que tem predominado no estudo deste objeto, tão amplo e tão *social* quando *jurídico*. Com efeito, a análise proposta por Miaille leva em consideração o contexto social em que se insere o Direito e a aproximação entre sujeito e objeto (negando o empirismo cego e atóxico). Dessa forma, é possível afirmar-se que o desenvolvimento teórico de Michel Miaille, em seu estudo crítico do Direito, também se insere no novo contexto paradigmático-filosófico de abordagem do Direito, da Ciência e dos fenômenos da pós-modernidade (modernidade tardia) em geral.

Nesse contexto, Miaille inicia (mais uma vez) um debate epistemológico acerca da Ciência Jurídica, destacando, inicialmente, três obstáculos que sintetizam o seu pensamento e a corrente crítica supracitada, e também se referem às deficiências notadas no contexto de emergência de um novo paradigma epistemológico (Boaventura Santos e Lenio Streck, dentre outros). São estes obstáculos:

ü **A Falsa Transparência do Direito** – a tentativa infrutífera e ineficaz da Ciência Jurídica de realizar-se enquanto ciência empírico-descritiva, simplista e acrítica, utilizando a corrente do Positivismo como principal modelo de direito, o qual, por sua vez, pressupõe a neutralidade (mito), a objetividade e a exegese, pragmatismo, como modelo hermenêutico e de compreensão da realidade e dos fenômenos jurídicos.

ü **O Idealismo Jurídico** – a realidade da Ciência Jurídica, tal qual descrita no subitem anterior, só pode ser compreendida (enquanto teoria simplista e acrítica do direito) quando inserida num contexto *idealista*, isto é, apartada da realidade social que a rodeia, enxergando esta realidade através de percepções, imagens distorcidas que, de fato não correspondem ao real. Nesse sentido, visualiza-se os conflitos sociais sob a ótica das *abstrações*, da “astúcia da razão dogmática” de Tércio Sampaio, que aponta para a descontextualização destes conflitos (para a sua dissolução no âmbito jurídico^[11]), em que não se fala, por exemplo, de Movimento Sem Terra e ocupação de propriedades latifundiárias (conflitos históricos envolvendo a disputa, a luta, pela terra, pela sobrevivência e pela soberania alimentar), e, sim, em réu, esbulho possessório e invasão de propriedade privada, perdendo-se, desta maneira, o caráter histórico-social dos conflitos sociais.

ü **A Independência da Ciência Jurídica** – este obstáculo epistemológico relaciona-se diretamente com a discussão acerca do Direito e *autopoiesis*, suscitada (mais uma vez) por Castro Farias. Com efeito, significa que a Ciência Jurídica tem sido compreendida como ramo independente do conhecimento; independente da realidade social e independente dos demais ramos do conhecimento (monoculturalismo). Configura-se como ciência autônoma, auto-suficiente, enclausurada e “encastelada” – acima da realidade social e seus conflitos e preocupando-se unicamente com o seu “poder simbólico” (*Pierre Bourdieu*^[12]), com a sua validade legal de direito posto por um Estado coercitivo, que detêm o uso “legitimado” da força. Ou seja, a ciência jurídica, tal qual vinha sendo concebida, descartava a hipótese da legitimidade, ficando apenas com a estrita legalidade – positiva e dogmática – e supervalorizando-a.

4. Direito, Ética e Complexidade – Uma análise crítica do pensamento de Edgar Morin, através das intervenções e observações do autor J. F. Castro Farias.

Uma das grandes propostas da obra “Ética, Política e Direito”, de José Fernando de Castro Farias, é a de flexibilização e inter-relação direito-indivíduo-sociedade da Ciência Jurídica, em face do pensamento complexo de *Edgar Morin* ^{[[13]]} (principal autor a fundamentar, teoricamente, o fragmento de texto em questão), para que a esfera jurídica possa, de fato, abarcar a gama de conflitos plurais de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica. Castro Farias, então, retoma o debate epistemológico semelhante ao do seu orientador, mas com argumentos próprios e uma nova abordagem. Nesse contexto, inicia o seu texto afirmando que:

Tradicionalmente o direito é pensado como uma realidade coerente, fechada e que exclui toda a possibilidade de contradição e incerteza. Essa concepção de direito não corresponde às mudanças verificadas no pensamento contemporâneo [transição paradigmática/ virada lingüístico-filosófica]. Para darmos conta do direito, temos que passar pelo desenvolvimento da hipótese da complexidade [...]. Em vez de separar os objetos entre si, o objeto e o sujeito, devemos vislumbrar um método capaz de fazer as ligações, as articulações, as solidariedades e as interdependências entre os objetos e entre o objeto e o sujeito. [...]. (FARIAS, 2004, p. 256 – grifo nosso).

Dessa forma, quando fala em *método*, propõe um novo caminho a ser trilhado no estudo e compreensão do Direito; um caminho que leve em consideração não mais o pensamento linear, simplista e redutivista, mas um pensamento circular, nos seguintes termos:

[...] Essa perspectiva nos indica que o *pensamento é circular*. Não se trata de um círculo vicioso, mas um *círculo virtuoso* [...] [o qual] recusa o discurso linear como ponto de partida e fim; *recusa a simplificação abstrata*, trata-se de ‘respeitar as condições objetivas do *conhecimento humano, que comporta sempre, algures, paradoxo lógico e incerteza*’. Ao contrário do círculo vicioso, *o círculo virtuoso constitui uma espiral em que o regresso ao começo é precisamente aquilo que afasta do começo*. (FARIAS, 2004, pp.256-7 – grifo nosso).

Ou seja, Castro Farias propõe um pensamento não apenas **circular**, mas **dialógico** e, acima de tudo, **dialético** e capaz de superar os dualismos ilusórios que predominavam no antigo paradigma. É nessa dialética de complementação e interação entre opostos, entre *sujeito* e *objeto*, entre *ideal* e *real*, marcado por inúmeras contradições, que se constrói, de fato, o verdadeiro conhecimento e a verdadeira compreensão, uma vez que a realidade é complexa e contraditória em si e só por meio de um pensamento igualmente complexo e que abarque as suas contradições e delas se alimente num processo contínuo e aberto de construção e reconstrução, de “harmonia de movimentos contrários” – como queriam *Heráclito*, *Hegel* e *Marx* –, pode ser verdadeiramente contemplada.

É isso o que Castro Farias pretende realizar quando propõe o seu **modelo de espiral**, porque num movimento circular-espiral de compreensão, parte-se do sujeito para relacioná-lo dialeticamente com o objeto, com o contexto histórico e sociocultural em que está inserido, num processo de mútuas interferências/influências/interações, e, a partir daí, voltar-se para o ponto de partida, para o próprio sujeito inserido na tradição (*Gadamer*) e no *dasein* (“ser-no-mundo” – *Heidegger*), que já não é mais o mesmo, já não enxerga a realidade com os mesmos “óculos”, posto que em interação com tantas influências que lhos modificaram as lentes, e, nesta etapa, ele volta ao início da sua

observação/compreensão, mas não da mesma forma que delas partiu, porque aquilo que o faz retornar ao começo é justamente o que o afasta e lhe clareia o pensamento, agora contextualizado, repensado e refletido dialeticamente. Este modelo de pensamento circular-espiral nos remete à idéia de **círculo hermenêutico**, aplicado ao Direito e trabalhado por *Margarida Maria Lacombe*, o qual também indica a necessária interação entre sujeito e objeto e a valorização do contexto histórico-social do sujeito, da sua tradição e o compreende apenas sob a ótica do *dasein*. Apenas este, para Lacombe, seria o caminho ideal para a realização de uma verdadeira hermenêutica jurídica, tendo o Direito como objeto do seu conhecimento.

Outro ponto da teoria desenvolvida por Castro Farias é a valorização do **caos** e da **desordem**, como elementos conformadores da própria ordem jurídica ou social, na medida em que dão abertura à emergência de novas possibilidades, novas realidades e fatores, que podem ser negativa(o)s ou positiva(o)s, mas que precisam ser compreendida(o)s, pois fazem parte do dinamismo da própria sociedade. Esta valorização de um elemento até então repudiado como indicador de falha de um sistema ou pensamento, também está presente, como já foi demonstrado acima, no pensamento de Boaventura Santos, em contraposição à falsa idéia de necessário determinismo e previsibilidade dos fenômenos jurídicos ou sociais, quando do debate acerca da dicotomia paradigma dominante *versus* paradigma emergente.

Assim afirma o próprio Castro Farias:

Essa interpretação da noção de entropia [caos, incerteza, desordem] nos indica que devemos seguir um caminho complementar *capaz de fazer a articulação entre ordem, desordem e organização*, vislumbrando, como diz Edgar Morin, a idéias de ‘desordem organizadora’ [...]. (FARIAS, 2004, p.260 – grifo nosso).

E ainda:

A desordem, o acaso e o risco são também fatores de organização da vida social e jurídica. O direito pode ser visto justamente como um mecanismo de equilíbrio entre ordem e desordem, pois o direito utiliza constantemente a desordem e o acaso como referência da sua organização. [...] a organização da vida social e jurídica é marcada pela imprevisibilidade, pela indeterminação provocada pela desordem e por aquilo que é acidental. A teoria do direito deve partir da idéia de que a sociedade articula constantemente a desordem, a ordem e a organização. (FARIAS, 2004, p.261 – grifo nosso).

A sociedade também deve ser compreendida nessa lógica de articulação entre desordem, ordem e organização, uma vez que se configura num *sistema*, mas num sistema indubitavelmente *complexo*. Isto é, a sociedade representa uma **unidade complexa**, “segundo a qual não podemos reduzir nem o todo às partes nem as partes ao todo, nem o uno ao múltiplo, nem o múltiplo ao uno, mas tentar conceber em conjunto, de modo simultaneamente complementar e antagônico, as noções de todo e partes, de uno e diverso” (FARIAS, 2004, p.262).

O sistema social é uma circularidade ao mesmo tempo aberta, fechada, simples e complexa, em que a ordem não é pensada separadamente da desordem, o estático fora do dinâmico, a unidade sem a diversidade, o todo sem as partes e estas sem aquele. [...]

Na sociedade complexa [,] elementos contraditórios são constantemente articulados, desenrolando-se uma trama social vivente e flutuante formada pela interpenetração de tensões e movimentos de diferentes graus de intensidade. (FARIAS, 2004, p.264).

A complexidade social discutida até então não é uniforme, ela se manifesta no seu próprio crescimento e diminuição, em momentos diversos, cíclicos. Daí poder-se afirmar que o sistema social constitui-se numa *dupla potencialidade de crescimento e diminuição de complexidade*, que se manifesta em momentos de “**crise**” e estas crises constituem a mola propulsora da própria sociedade contemporânea, da própria modernidade tardia, sendo inerente ao dinamismo do contexto social – faz-se, aqui, um paralelo com o pensamento de **Stuart Hall**, quando fala na crise de identidade como fruto da crise do indivíduo social, que perde as suas referências sólidas diante da nova realidade deslocada e fragmentada, isto é, também *em crise*.

O **Direito**, por sua vez, se insere neste contexto social complexo, dinâmico, plural e impulsionado por diversas e constantes crises na tentativa de estabilizá-lo e reduzir, em parte, estas crises. No entanto, embora se conceba a relevância do Direito neste sentido, não se pode esperar respostas prontas, definitivas e estanques para os conflitos sociais que emergem do dinamismo social; afinal, outras crises surgirão e colocaram em xeque as repostas produzidas até o momento, suscitando a necessidade de novas estratégias heurísticas e soluções provisórias, mas nunca finais.

Por isso que o Direito só pode ser pensado em termos de complexidade, isto é, ao mesmo tempo em termos de debates, estratégias, conflitos, consenso, dissenso e negociações permanentes. *O direito como parte do sistema social não é imobilidade, ele é equilíbrio no movimento, ele se organiza a partir de “equilíbrios”*; de forma que os equilíbrios sociais, políticos, econômicos e jurídicos são constantemente construídos. *É preciso um processo permanente de construção e de reconstrução*. (FARIAS, 2004, p. 266 – grifo nosso).

E Castro Farias vai além e chega ao ponto chave da questão, ao afirmar que:

[...] *A complexidade social pressupõe um direito como sistema aberto, criativo e baseado em equilíbrios. Sua forma de regulação contém mecanismos de ajustamentos permanentes para melhor promover a democracia, a cidadania, a justiça e a solidariedade, a fim de realizar a relação do todo com as partes, e das partes entre elas, bem como deixar a sociedade sempre aberta para que as **identidades dos diversos grupos e indivíduos** possam encontrar aí regras e princípios adequados de conduta*. (FARIAS, 2004, p. 267 – grifo nosso).

Mais uma vez, pode-se estabelecer um paralelo entre as idéias de **Farias e Hall**, no sentido de compreender o direito inserido numa realidade plural e complexa, e passível de identificação por parte das diversas identidades individuais e coletivas presentes no seio social, uma vez que a validade do Direito, neste novo paradigma, é muito mais fundada na *legitimidade social* do que na legalidade ou na imposição estatal.

Enfim, chega-se ao último ponto de discussão de Castro Farias, neste tópico sobre a relação entre Direito e complexidade, que é referente ao já supracitado debate acerca do Direito e *autopoiesis*.

Inicialmente, Castro Farias expõe o pensamento de *Niklas Luhmann* ^{[[14]]}, para quem seria possível adaptar-se o conceito de *autopoiesis* (auto-produção) à análise sociológica, defendendo uma *visão funcional-estruturalista da sociedade*; isto é, a sociedade seria compreendida como um amplo sistema composto por subsistemas autônomos e que tenderiam a separar-se. O Direito, por sua vez, seria, portanto, um destes sistemas, nos seguintes termos:

O direito é concebido como um sistema autopoietico, como um sistema auto-referenciado e autônomo. Do ponto de vista operacional, o sistema jurídico é fechado, mas, do ponto de vista cognitivo, ele é aberto. O sistema jurídico é entendido do ponto de vista funcional, tendo a função de reduzir a complexidade do sistema social global, imunizando os conflitos presentes nas sociedades, estabilizando as expectativas de comportamento e especializando-se em generalizar consensualmente expectativas na dimensão temporal, social e objetiva, a fim de permitir uma solução de conflitos contingentes a partir do código binário: lícito/ilícito ou direito/não direito. (FARIAS, 2004, pp.267-8 – grifo nosso).

Ou seja, na concepção de Luhmann, o Direito se enquadraria justamente naquilo que Michell Miaille critica, numa ciência (campo de conhecimento e atuação) pretensamente independente, auto-suficiente e que se presta a um decisionismo tecnicista e acrítico, na tentativa de estabilizar os conflitos sociais e normá-los, isto é, enquadrá-los numa rígida moldura nos moldes kelsenianos.

Habermas ^{[[15]]}, citado por Farias, faz a crítica contundente e apoiada pela autora deste trabalho:

[...] O sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, delimitar-se-ia auto-referencialmente em relação aos seus mundos circundantes, de tal modo que passaria a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. [...] [o Direito] perderia seu sentido social-integrador. Como sistema autopoietico, o direito só poderia reagir a problemas próprios, os quais poderiam, quando muito, ser provocados a partir de fora, não podendo levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo. (FARIAS, 2004, p.269).

E Farias vai além ao afirmar que:

Nessa perspectiva, para Habermas, a abordagem sistêmica de Luhmann, por um lado, privaria o direito de suas conotações normativas e, por outro, deduziria a validade do direito de modo positivista, a partir do direito vigente, negligenciando todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam o nível do processo judicial. *Não haveria um output que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações; nem haveria um input que o sistema jurídico recebesse na forma de legitimações, pois o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes cujas linguagens são estranhas ao sistema jurídico.* (FARIAS, 2004, p.269 – grifo nosso).

Nesse contexto, Castro Farias conclui o seu pensamento posicionando-se intermediariamente entre as teses de Luhmann e Habermas, com fundamento em Morin (“o aberto se apóia sobre fechado”), não descartando a idéia de *autopoiesis* no Direito e

na Ciência Jurídica, mas não mais a concebendo de forma totalmente fechada, isolada e enclausurada, acima da realidade social.

Nesse sentido, não podemos compreender o sistema jurídico (como subsistema social) sem compreender o sistema social como um todo, ou os outros subsistemas (econômico, político, etc.), da mesma forma que não podemos compreender o sistema social como um todo sem compreender o sistema jurídico, pois o sistema jurídico traz em si informações importantes que ajudam a compreender o sistema social como um todo. *De um lado, não podemos esquecer o aspecto normativo do direito, e, de outro, não podemos deduzir a validade do direito de modo positivista, a partir do direito vigente, negligenciando todas as dimensões que ultrapassam o nível da norma jurídica e do processo judicial.* É preciso haver um *output*, na forma de normatizações, e um *input* que o sistema jurídico recebe de outros subsistemas que formam mundos circundantes, cujas linguagens são estranhas ao sistema jurídico, *mas que devem traduzir-se no sistema jurídico.* (FARIAS, 2004, pp. 270-1 – grifo nosso).

5. Conclusão.

Em caráter conclusivo, tem-se o posicionamento crítico diante do pensamento do autor Castro Farias, em síntese do que foi exposto ao longo deste trabalho.

Com efeito, apesar de Castro Farias ainda conceber o Direito como subsistema de um sistema mais amplo que é a sociedade *lato sensu* e não descartar a hipótese da *autopoiesis*, como faz Habermas, reservando a este Direito certa autonomia e independência, a sua tese voltada para a complexidade, apontando e endossando a abordagem defendida por Morin, representa extremo avanço no estudo crítico do Direito (*Michel Miaille*) e na tentativa de aproximar a esfera jurídica da realidade social contemporânea, de fato, complexa, dinâmica e plural.

E, nesse contexto, se enquadra, também a **Ética**, num âmbito em que se nega o tecnicismo/objetivismo ingênuo, acrítico e ilusório, e a pretensa neutralidade, dando vazão à emergência consciente e crítica de abordagens valorativas e de juízos de valor pertinentes e contextualizados (tradição, *dasein*), sendo o próprio juízo de valor em si um dos principais objetos da Ética, tal qual a compreendemos hoje, num conceito também amplo e complexo como o meio em que se insere (e sob a ótica do multiculturalismo). O próprio Edgar Morin, em entrevista à revista CULT ^{[[16]]}, já se posicionou e teorizou a relação existente entre a Ética e a complexidade, compreendidos num novo conceito a “**ecologia da ação**”, nos seguintes termos:

Fui levado à ética, pois acho que ela também não pode ser concebida de forma simples, ou seja, da forma como *Kant* a concebeu, na qual há um dever, o ‘faça o que se deve fazer’; o ‘aja pelo interesse de todos’; o ‘faça de forma que aquilo que se quer de outro seja válido para você também’, etc. Essa é a ética do dever moral. Essa ética é muito conhecida, podemos dizer que ela já está presente nas religiões, no sentido que não devemos matar, que devemos ser bons etc. **O que ainda muitos não se deram conta, porém, é o que chamo de caráter complexo da ética.** Essa complexidade manifesta-se juntamente no plano de ação, naquilo que chamo da ecologia da ação. **Uma ação não depende somente da vontade daquele que a pratica, depende também dos contextos em que ela se insere, das condições sociais, [...] culturais, políticas que podem mudar o sentido daquilo que é a nossa intenção.** Dessa forma,

as ações podem ser praticadas para se realizar um fim específico, mas podem provocar efeitos contrários aos fins que pretendíamos. [...] **A ecologia da ação implica que não é suficiente apenas ter boa vontade. Temos de tentar examinar as condições em que se dá a ação, e então, de acordo com a necessidade, poderemos segui-la, ou transformá-la, ou ainda abandoná-la.** Portanto, há duas idéias importantes na ética: uma, quando nos decidimos por uma ação pelo bem, fazemos um balanço dos efeitos de nossa ação, e assim, ao tornarmo-nos conscientes de seus efeitos, podemos rever nossas ações ou decisões. Em segundo lugar, a idéia de que é preciso traçar uma estratégia de ação, ou seja, ficar atento aos elementos novos e às transformações que se somam à situação. (MORIN, 2007).

Por fim, as suas idéias acerca da flexibilização da ciência jurídica, as noções de *output* e *input* e a sua evidente inserção no contexto do paradigma emergente e da virada lingüístico-filosófica, tal qual elucidada acima, por meio da proposta de um modelo de pensamento circular-espiral, dialógico, dialético e de construção e reconstrução (caos, ordem, desordem e organização), vão ao encontro de tudo o que se tem discutido hoje no âmbito da reflexão epistemológica acerca do Direito e da Ciência (*Social Aplicada*) do Direito, e não só destes mais da reflexão de todo o modelo de pensamento das Ciências Sociais, em que se insere, também, a discussão acerca da “crise de identidade” do sujeito pós-moderno, na modernidade tardia, deslocada e fragmentada de Stuart Hall.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (dentre outras obras deste autor).
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- HARVEY, David. *The Condition of Post-Modernity*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- LACLAU, Ernest. *New Reflections on the Revolution of our Time*. Londres: Verso, 1990
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. [s.l.]: Estampa – Imprensa Universitária, [s.d.].

MORIN, Edgar. *O Método: A Natureza da Natureza*. Vol. 1. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa América, 1990. (dentre outras obras do mesmo autor).

MORIN, Edgar. Pensar, Criar, Viver: O pensamento complexo de Edgar Morin. [Entrevista]. *Revista CULT*. São Paulo, ano 10, n. 111, p. 9-15, mar. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SEMPRINI, Andrea. *O nó górdio epistemológico*. [s.n.t.].

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

[[1]] GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.

[[2]] HARVEY, David. *The Condition of Post-Modernity*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

[[3]] LACLAU, Ernest. *New Reflections on the Revolution of our Time*. Londres: Verso, 1990.

[[4]] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

[[5]] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

[[6]] SEMPRINI, Andrea. *O nó górdio epistemológico*. [s.n.t.].

A **Epistemologia Monocultural**, para Andrea Semprini, compreende os seguintes aspectos como principais e caracterizadores desse modelo epistemológico:

- 1 – A realidade existe independentemente das representações humanas;
- 2 – A realidade existe independentemente da linguagem;
- 3 – A verdade é uma questão de precisão de representação;
- 4 – O conhecimento é objetivo;
- 5 – Uma redução do sujeito às suas funções intelectuais e cognitivas;
- 6 – Uma desvalorização dos fatores culturais e simbólicos da vida coletiva;
- 7 – A crença numa base biológica do comportamento;
- 8 – Orgulho pelas conquistas do pensamento ocidental.

[[7]] Tais idéias de valorização do caos e da incerteza, e da necessidade de se praticar a transdisciplinaridade como forma de compreender a totalidade das relações da sociedade contemporânea – sempre vista como um todo –, é fortemente endossada por **Edgar Morin**, o teórico da complexidade, em sua tese sobre o *pensamento complexo*, em que defende, tal qual Semprini, com o multiculturalismo, que esta seria a única forma possível de se conceber a realidade hoje. Mas este autor será abordado com mais profundidade em item posterior.

[[8]] Heidegger e Gadamer são autores utilizados por **Margarida Maria Lacombe** para compor e dar embasamento teórico à sua abordagem acerca da proposta de uma nova hermenêutica jurídica (crítico-reflexiva e contextualizada, adequada à realidade social) – círculo hermenêutico, num contexto de *virada [lingüístico-] filosófica* rumo à ontologia e ao existencialismo (*dasein* – Heidegger). Para mais informações, ver: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[[9]] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[[10]] MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. [s.l.]: Estampa – Imprensa Universitária, [s.d.].

[[11]] Nesse sentido, **Lenio Streck** também aponta criticamente para esta dissolução/descontextualização dos conflitos sociais dentro de um *Sentido Comum Teórico* dos juristas (conceito formulado por Alberto **Warat** – supracitado), o qual representa, justamente, o conjunto de saberes acumulados, convenções acerca do Direito e da Sociedade elaborados e estabelecidos pelos juristas, propiciando a emergência de ideologias – tradicionalistas e retrógradas – no processo de interpretação/hermenêutica acrítica. E para fazer a crítica contundente, Lenio cita **Bourdieu**: “[...] Isto porque, segundo Bourdieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de *modo confortável e acrítico* o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz o exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou

seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de ‘capital simbólico’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma integração combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos”. (grifo nosso). Para mais, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[[12]] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

[[13]] MORIN, Edgar. *O Método: A Natureza da Natureza*. Vol. 1. 3ª ed. Mira-Sintra: Publicações Europa América, 1990. (dentre outras obras do mesmo autor).

[[14]] LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996.

[[15]] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (dentre outras obras deste autor).

[[16]] MORIN, Edgar. Pensar, Criar, Viver: O pensamento complexo de Edgar Morin. [Entrevista]. *Revista CULT*. São Paulo, ano 10, n. 111, p. 9-15, mar. 2007.

"DIREITO COMO INTEGRIDADE" E "ATIVISMO JUDICIAL": ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *

"LAW AS INTEGRITY" AND "JUDICIAL ACTIVISM": SOME PROBLEMS ABOUT A DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL

Cláudio Ladeira de Oliveira

RESUMO

No presente trabalho discorro sobre o paradigma jurídico do “Direito como Integridade”, desenvolvido pelo filósofo e jurista norte-americano Ronald Dworkin, relacionando-o ao “ativismo judicial” manifestado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do recente julgamento da ADI nº 3510. Pretendo demonstrar que, mesmo um autor tão identificado com a crítica ao positivismo jurídico e a defesa de uma jurisdição que recorre a argumentos controversos de moralidade, como é o caso de Ronald Dworkin, não respalda uma usurpação de competências legislativas como a que resulta do modelo da “representação judicial discursiva”, defendido por Robert Alexy e adotado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na referida ação judicial. Enfim, podemos extrair do modelo “anti-positivista” do “direito como integridade” uma rejeição ao componente anti-democrático inerente ao “ativismo judicial” brevemente defendido pelo referido ministro.

PALAVRAS-CHAVES: RONALD DWORKIN, DIREITO COMO “INTEGRIDADE”, “ATIVISMO JUDICIAL”, “JURISTOCRACIA”, PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

ABSTRACT

In the present paper we will look into the juridical paradigm of “Law as Integrity” developed by Ronald Dworkin, in an attempt to link him to the “activism judicial” manifested by the Supreme Federal Court of Law in the occasion of the ADI no 3510. We intend to demonstrate that, even an author who is compromised to a critic of the “juridical positivism” and to the defense of a jurisdiction that uses controversial arguments of morality, like Dworkin, does not support an usurpation of the legislatives competencies as the one that results from the model adopted by the minister Gilmar Mendes to justify his vote his in the Adi 3510. Finally, we can extract from the “anti-

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Positivist” model of “the law as Integrity” a rejection to the anti-democratic component of the “judicial activism” defended by Mendes.

KEYWORDS: RONALD DWORKIN, “LAW AS INTEGRITY”, ROBERT ALEXY, “JUDICIAL ACTIVISM”, JURISTOCRACY, JURIDICAL PRINCIPLES.

Introdução.

Em 25 de Maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu os debates na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, movida em maio de 2005 pelo então procurador-geral da República Cláudio Fonteles e, por maioria, julgou-a improcedente. A ação sustentava a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei Federal 11.105, a chamada “Lei da Biossegurança”. Eis o dispositivo questionado:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Segundo a inicial da ADI, os dispositivos contrariavam os direitos, constitucionalmente assegurados, “à vida” (CF/88, art. 5º, *caput*) e à “dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º, III), e isso porque “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, com o que seria inconstitucional uma lei que permitisse a pesquisa científica com embriões humanos.

À época em que foi proposta, em maio de 2005, a ação chamou a atenção de diversos setores da sociedade civil e recebeu certo destaque nos meios de comunicação, especialmente em virtude da concessão da liminar suspendendo os efeitos dos

dispositivos questionados. No entanto, toda a atenção pública dispensada à aprovação da Lei, à propositura da ação e à concessão da medida liminar não se comparam à visibilidade adquirida quando o Supremo Tribunal Federal iniciou sua primeira audiência pública para discutir o tema. Durante dois dias de Abril de 2007 os ministros do tribunal assistiram exposições de diversos “*amici curiae*” representando entidades e grupos com visões diferentes e mesmo antagônicas sobre a questão fundamental: as “células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos”, tratadas pela Lei, são “seres humanos”? De fato, além de tratar de um tema naturalmente controverso, a realização da audiência pública ampliou consideravelmente a repercussão sobre esta ADI que recebeu uma cobertura midiática verdadeiramente inédita.

Além do debate acadêmico sobre o tema principal, parte considerável dos comentários foi dedicada a enaltecer a prática das audiências públicas, que o relator da ação no STF, min. Carlos Aires Britto, denominou, sem maiores considerações, de “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa.” Bem, é plausível reconhecer no instituto das audiências um componente democrático, mas seria assim tão “notável” seu caráter de democracia “direta” ou “participativa”? Ao menos à primeira vista, esta é uma imagem um tanto improvável. Mesmo supondo que tanto a qualidade do debate quanto a percepção que dele fizeram os ministros tenha sido elevada, ainda assim podemos levantar ao menos dois problemas: (1) os participantes dos debates, aqueles que contribuíram diretamente fornecendo opiniões fundamentadas cientificamente, não fazem parte do corpo de eleitores que ao final participou efetivamente da decisão, os 11 ministros do STF; (2) por sua vez, a legitimidade que os 11 ministros possuem para tomar tal decisão, se é que a possuem, não resulta de alguma capacidade para “representar” os debatedores, o que torna particularmente difícil explicar o atributo de “participativa”; por fim (3) coube ao próprio STF decidir quais representantes da sociedade civil poderiam participar do “notável mecanismo de democracia participativa”. Em igual sentido foi a interpretação do presidente da corte, ministro Gilmar Mendes, que não hesitou em afirmar que o STF “pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento”. Trata-se de uma afirmação que Mendes extraiu do filósofo e jurista alemão de Robert Alexy:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprove os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como

instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Mas é plausível esperar que um Tribunal composto por apenas 11 pessoas seja capaz, em virtude das regras que definem os debates no tribunal, da disposição pessoal de seus membros ou da exuberância argumentativa demonstrada nos debates, realmente representar “argumentativamente” o povo? Não seria tal afirmação, oriunda de um de seus membros, uma auto-atribuição de uma competência política sem o necessário respaldo dos representados? Foge ao tema do presente trabalho questionar a tese da “representação discursiva” de Alexy, não obstante possamos questionar se tal “representatividade discursiva” foi, em algum instante, pactuada com os “discursivamente representados”, ou se estes foram apenas “discursivamente informados”, de que a partir de agora estariam representados pelo STF de um modo mais elevado que poderiam ser pela “mera” representatividade de parlamentares eleitos. Mais que isso, como poderíamos ignorar que, por um lado, os procedimentos parlamentares incluem essencialmente procedimentos de debates e enfrentamentos discursivos, e, por outro lado, os debates judiciais, por melhor que seja sua qualidade, costumam não alcançar um consenso, o que obriga os tribunais a lançar mão do mesmo mecanismo adotado nos parlamentos, a votação majoritária?

Nenhuma dessas observações prova que a prática das audiências públicas é inevitavelmente anti-democrática (certamente ela não é) ou que é completamente irrelevante em termos de efetiva melhora da qualidade da decisão, destinando-se mais a conferir “visibilidade” e “respeitabilidade” política ao próprio tribunal, dotando tal instituição de um “capital político” que pode ser empregado para justificar outras decisões mais politicamente controversas (penso que é uma hipótese a ser seriamente considerada). O que tais observações provam é que não existem razões para adotar uma abordagem tão laudatória como a que prevalece nas opiniões acima mencionadas.

Talvez um dos resultados práticos da audiência pública tenha sido a transformação de uma discussão sobre (1) “a célula tronco embrionária é um ser humano vivo?” num debate sobre (2) “quando inicia a vida humana?”, uma questão consideravelmente mais ampla e controversa que a primeira, sobre a qual a rigor o Congresso Nacional não se pronunciara e cuja resposta não era necessária para fornecer uma decisão ao pedido apresentado na inicial da ADI 3510. Acredito que a própria realização da audiência, a visibilidade adquirida pelos “debates”, a ampla cobertura pelos meios de comunicação, contribuiu para isso. Neste processo o STF apresentou-se publicamente como uma

instância capaz de deliberar racionalmente sobre assuntos moralmente controversos de um modo que outras instituições não são capazes, e tal imagem um tanto auto-condescendente foi celebrada publicamente pela quase totalidade dos juristas e da grande mídia. A decisão final foi apresentada como a “conclusão” dos debates “científico-filosófico-jurídicos” travados na audiência entre especialistas e perante os ministros, uma imagem contraposta aos debates “meramente políticos” que antecederam a “decisão” parlamentar que aprovou a Lei. Esta longa introdução ilustra parte do problema de que trato neste trabalho: qual seria a correta postura adotada por tribunais ao decidir casos politicamente controversos?

1. O “ativismo judicial” é realmente um problema?

Antes no entanto caberia uma observação preliminar. Afinal, pode parecer um contrasenso ressaltar os riscos que o judiciário pode oferecer à soberania popular, especialmente se esta crítica é apoiada numa ideia normativa da política legislativa. A sensação de que esta crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta especialmente dos seguintes fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política “prática” ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de “extravagância de intelectual” à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito mas também em grande parte na sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público são vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção. Some-se a isso o fato do acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente ser mais efetivo que o acesso aos parlamentos. Com isso seria mera extravagância intelectual criticar o ativismo judicial. Mas, tal conclusão é mesmo correta?

Estas percepções generalizadas possuem certamente uma boa parcela de verdade e, em todo caso, não quero contestar verdades elementares como “o judiciário é importante para a democracia” e “há corrupção na política”. Minha intenção é outra e acho que um modo de começar a apresentá-la é chamando a atenção para dois fatos geralmente obscurecidos no debate. Em primeiro lugar, quanto ao tema “corrupção na política”, não há nenhuma razão minimamente séria para crer que ela seja hoje maior que em outros períodos de nossa história, não obstante a ênfase com que o tema tem sido tratado nos últimos 20 anos. Na verdade, é mesmo razoável supor que comparativamente com os anos 1970 a corrupção tenha diminuído consideravelmente, em parte em virtude do controle pela imprensa que *agora* é efetivamente livre, em parte das ações do MP –

especialmente na forma que assumiu após a CF/88 – e em parte também pelas ações de uma sociedade civil que pode atuar livremente, ainda que não o faça sempre, todas estas características inexistentes nos anos de chumbo. Em segundo lugar, e este ponto é mais importante, a independência do Ministério Público e do Judiciário, a possibilidade de uma sociedade civil atuante e uma imprensa livre foram conquistas eminentemente políticas, em grande parte resultantes da atividade política legislativa, cujo maior resultado foi a CF/88. Ou seja, algumas das características mais costumeiramente apontadas como “prova” da superioridade do poder judiciário face à “mundana” política prática são exatamente o resultado de procedimentos políticos, disputas partidárias e negociações parlamentares. Este é um problema bem expresso por Jeremy Waldron:

As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

Waldron afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre (1) uma imagem de um judiciário bastante idealizado (ou melhor, de um *juiz* ideal, no singular, sem atentar para a pluralidade da composição das cortes superiores) versus (2) uma descrição “crua” da política realmente existente, atenta a seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não o faz. Em poucas palavras: “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” Colocados diante de uma opção assim elaborada, é quase inevitável aderir a teses como as sustentadas pelo presidente do STF. Acresça por fim, que esta oposição unilateral conta, entre nós, com o respaldo de um ambiente generalizado de criminalização midiática da política, o qual não é de todo desligado de motivações políticas. Mas este é um fenômeno cada vez mais percebido e criticado por vozes ainda isoladas na imprensa:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a "racionalidade" do STF conteria a "irracionalidade" da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o "clamor público", e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio

venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF.

Em suma, estamos acostumados à ideia de que o judiciário falha em promover as instituições democráticas quando se recusa a fiscalizar ações dos demais poderes (legislativo e executivo) permitindo que o poder administrativo atue com desrespeito para com os direitos dos indivíduos, ou que maiorias políticas possam subjugar com violência grupos minoritários. Estas idéias possuem, sem dúvida, imensa parcela de verdade e não pretendo rejeitá-las. Mas é importante investigar também o problema oposto: o risco de uma postura inversa por parte do judiciário, isto é, os obstáculos criados para o Estado Democrático de Direito por parte de um judiciário que assume uma postura ativa na interpretação de cláusulas abstratas de direitos fundamentais.

As questões até aqui apontadas chamam a atenção para o risco de uma “juristocracia”: um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. Tal questão é muito antiga. Podemos, por exemplo, encontrá-la no debate sobre a ratificação da Constituição Norte-Americana ou, no âmbito da jurisprudência, a decisão proferida pela Corte Suprema estadunidense em “*Marbury versus Madison*”. Por ocasião dos debates sobre a ratificação da Constituição norte-americana os “Antifederalistas”, que se opunham ao texto proposto, já chamavam a atenção para o risco de “superioridade do judiciário sobre o poder legislativo” que poderia resultar da estrutura institucional estabelecida pela Constituição cuja ratificação era debatida, a qual estabelecia o seguinte: “Esta Constituição (...) é a Lei suprema da nação, e os juízes em cada Estado deverão estar vinculados a ela”. Atribuir competência ao judiciário para decidir, em última instância de apelação, sobre o significado do direito, e portanto para decidir sobre a validade das ações dos cidadãos, poderia representar um problema político grave pois devido à vitaliciedade os juízes estariam isentos de toda forma de controle democrático, mesmo se decidissem atuar politicamente. Em *O Federalista* James Madison tenta rebater este argumento, afirmando que tais riscos seriam afastados mediante uma correta compreensão do modo como tal poder deveria ser utilizado pelos juizes. Para ele caberia ao poder judiciário funcionar como “um intermediário entre o Povo e o legislativo”, mantendo este último nos limites estabelecidos pelo primeiro na Constituição. Nos casos em que o Tribunal invalidasse uma lei por inconstitucionalidade não haveria conflito entre a vontade do legislativo e do Judiciário, mas sim entre a vontade do Povo (expressa na constituição) e a vontade de seus representantes (legislativo). Ainda assim, Madison está alerta para o risco de que os juízes substituam o JUÍZO pela VONTADE.

Esta questão entrou na ordem do dia da política prática a partir do paradigmático caso *Marbury versus Madison*, que fixou jurisprudencialmente a possibilidade de que a Corte Suprema invalidasse leis e atos do legislativo e executivo. Interpretando a Constituição

os membros do tribunal decidiram – muito embora isso não esteja expresso em momento algum no próprio texto – que eles próprios, os membros do tribunal, possuíam tal poder. No Brasil não possuímos o mesmo problema técnico-jurídico que nos EUA, uma vez que aqui o controle de constitucionalidade e as “cláusulas pétreas” são previstas explicitamente pela própria Constituição. No entanto ainda podemos discutir o *modo* como estas competências devem ser exercidas, e isso não é pouca coisa. Poderia ser discutido, por exemplo, o fato de que a constituição – ao menos de suas cláusulas mais abertamente políticas – não é um mero artefato técnico cuja interpretação deva ser monopolizada pelo poder judiciário e em última instância pelos onze indivíduos membros do Supremo Tribunal Federal (STF). Por que os representantes do povo, e principalmente este próprio, não deveriam possuir em algum momento a palavra decisiva? Afinal, é certo que “compete ao STF, precipuamente, a guarda da constituição”, e que além disso o tribunal pode julgar inconstitucionais atos administrativos e leis aprovadas pelos representantes do povo. Porém isso não significa necessariamente que o poder judiciário tenha a competência exclusiva para definir o significado de princípios constitucionais abstratos como “dignidade da pessoa humana”. Por que deveríamos pensar que, na interpretação de mandamentos como “promover o bem de todos” a palavra de uma maioria de seis membros, dentre o colegiado de onze ministros, deveria possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos diretamente pelo voto popular?

Na filosofia jurídica contemporânea Ronald Dworkin é reconhecido, dentre os teóricos contemporâneos, como um dos principais defensores de mecanismos institucionais como o do controle judicial de constitucionalidade das leis, bem como de uma perspectiva de atuação que reconhece nos tribunais a competência para fundamentar suas decisões recorrendo a controvertidos juízos de moralidade. É o que resulta da tese que Dworkin denominou “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos “devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal.” Também esta idéia é capaz de comprometer Dworkin com a defesa preferencial de uma espécie de ativismo judicial: a constituição de um estado democrático de direito incorpora princípios morais abstratos e portanto tal constituição deve ser interpretada moralmente pelos tribunais. Esta tese da “leitura moral” é, inclusive, expressamente citada no voto do min. Gilmar Mendes como um argumento que justifica a seguinte afirmação:

(...) o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), *sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias*, e que assim teriam maior legitimidade democrática. (grifei)

Não é possível, nos limites deste trabalho, discutir a espantosa afirmação de que não podemos nem mesmo “cogitar” que uma questão como a “fidelidade partidária” possa, sim, ser decidida pelas instituições parlamentares representativas. Afinal, na totalidade das democracias, onde quer que exista alguma espécie de fidelidade partidária, ela foi o resultado exclusivo de uma decisão parlamentar, jamais uma imposição judicial. O problema que me interessa aqui é mais modesto, a saber: o modelo interpretativo proposto por Ronald Dworkin o compromete com o tipo de jurisdição “ativista” até aqui discutida?

2. Ronald Dworkin e o Ativismo Judicial.

Cass Sunstein é um dos críticos que corroboram esta imagem do “paradigma da integridade”, e tanto é assim que classifica Dworkin como um expoente do “perfeccionismo”, que segundo Sunstein significa o seguinte:

Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível.

De fato algumas explicações fornecidas por Dworkin estimulam esta compreensão. Por exemplo, em “Levando os Direitos a Sério”, ao comentar o debate entre os defensores do “ativismo judicial” e da “moderação judicial”, Dworkin expõe tal disputa do modo seguinte. Em primeiro lugar, trata-se de uma opção excludente: a filosofia do direito ou recomenda uma postura “ativista” ou “moderada” (ainda que certas considerações possam flexibilizar tal oposição) e tais termos são definidos do seguinte modo.

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (...) Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das

decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Em segundo lugar, o próprio Dworkin, não hesita em tomar partido na disputa:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Para Dworkin devido à necessidade de fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes são constrangidos a tentar “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática.” O modelo do direito como “integridade” afirma que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”. E como tais princípios “implícitos” devem ser utilizados pelos juízes e tribunais para fundamentar suas decisões em casos difíceis, deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.

Em temas moralmente sensíveis, como o tratamento igualitário de grupos politicamente minoritários, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjagam minorias politicamente impotentes. Em face disso, nessas hipóteses “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”. Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma “classe pequena e especial de decisões políticas”.

Para muitos críticos de Dworkin tais teses carregam um grande risco de “juristocracia”. Em primeiro lugar, existem dúvidas de que a referência a “princípios” capazes de oferecer uma justificativa global para o sistema jurídico seja uma tarefa acessível aos magistrados “realmente existentes”. Isso porque para empreendê-la precisam recorrer inevitavelmente ao considerável arsenal de teorias já disponíveis. Ora, a persistência da discordância entre teorias sobre direitos, moralidade, justiça e política “é a característica mais proeminente não apenas da política moderna, mas das próprias interações dos filósofos políticos com colegas quando estão debatendo as questões de direitos e justiça, sobre as quais se supõe que sejamos todos [os filósofos políticos] especialistas?”. Acrescente-se que, nas palavras do professor Lawrence Tribe, a quantidade de “teorias” à disposição dos juristas constitucionais é tamanha que cria uma situação de “constrangedora riqueza” para todos os interessados em Direito Constitucional: “tem ocorrido uma verdadeira enchurrada de obras sobre questões constitucionais – ensinamentos que não podemos nos dar ao luxo de ignorar mas que é demasiadamente abundante para ser inteiramente assimilado”

Se a referência a princípios de moralidade é tema fortemente controverso, pois ainda que rejeitemos o ceticismo moral restarão divergências sobre quais princípios morais são os corretos, então o modelo perfeccionista depara-se com um problema considerável. Acrescente-se que, em casos controversos, em geral os tribunais decidem qual é a “melhor teoria” através da votação majoritária, ou seja, mediante o mesmo mecanismo utilizado por parlamentos para decidir questões similares. Sendo assim, não é possível aceitar argumentos como o de Samuel Freeman, para quem o controle judicial de constitucionalidade das leis deva ser considerado um “contra-peso” aos processos políticos de decisão mediante a regra da maioria: tribunais constitucionais também praticam cotidianamente a “regra da maioria”, ainda que com um número bastante restrito de eleitores. Além disso, se a interpretação judicial do direito positivo é guiada por princípios abstratos de moralidade e estes são definidos pelos próprios juizes, então é real o risco apontado por Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado

e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Em sentido similar, Brian Donohue afirma que o modelo da “leitura moral” permite que o poder judiciário assuma o papel de autoridade última no regime democrático.

3. Interpretando a “integridade”.

É um equívoco vincular o modelo interpretativo da “integridade” com a jurisprudência “ativista”, exemplificada especialmente com o voto do min. Mendes na ADI 3510. Se interpretado corretamente o modelo da “integridade” não apenas não se adapta a tal “ativismo” como, mais importante, trata de rechaçá-lo.

Para Dworkin a “integridade” é uma exigência do Estado de direito, uma virtude raramente reivindicada explicitamente nos livros teóricos porém efetivamente sentida na prática jurídica, e que está relacionada a outras virtudes mais conhecidas, especialmente a “justiça”, a “equidade” e o “devido processo”. A “justiça” é uma virtude política relacionada à correta distribuição dos recursos existentes entre os membros da sociedade, ou seja, está relacionada à decisão final tomada pelas instâncias políticas representativas da comunidade. Já a “equidade” trata dos procedimentos políticos mediante os quais a comunidade toma suas decisões, procedimentos igualitários que atribuem aos cidadãos a mesma medida de poder político: “Because people disagree about justice, societies need what Ronald Dworkin calls principles of fairness”. A importância desta segunda virtude é tanto maior por que numa comunidade complexa é razoável supor que seus membros divergem profunda e irremediavelmente sobre questões de justiça, como é visível na discussão sobre a “dignidade da pessoa humana” do embrião de células-tronco. Por fim o “devido processo” é uma virtude que diz respeito aos procedimentos para julgar corretamente os cidadãos quando acusados e afrontar as leis estabelecidas. Assim, as decisões políticas da comunidade podem ser criticadas segundo cada uma destas virtudes. Um decreto-lei que distribui de modo igualitário a propriedade rural pode ser “justo” mesmo quando promulgado por um governo ditatorial, ou seja, mesmo quando não é “equânime”. Por sua vez, uma lei que estabelece a segregação racial nas escolas públicas pode ser “equânime”, pois aprovada após deliberação por um congresso democraticamente eleito, e ao mesmo tempo ser “injusta” por ferir a igualdade entre seus cidadãos. E mesmo uma lei que estabeleça uma

obrigação “justa” e que resulte de um processo legislativo “equânime” pode ser aplicada de modo parcial. Estas seriam as virtudes tradicionalmente associadas ao Estado democrático de direito.

Mas e a “integridade”? Qual seria sua utilidade e como explicar sua existência? Essa virtude nasce do fato de que os membros da comunidade não apenas divergem sobre quais propostas legislativas são “justas” mas também, e principalmente, do fato de que os procedimentos equânimes pelos quais a comunidade toma suas decisões levam, invariavelmente, a uma progressiva adoção, no tempo, de decisões que resultam de concepções divergentes sobre a justiça. De fato, em nosso caso possuímos inúmeras instâncias legislativas (federal, estadual, municipal), que competem também com poderes mais limitados atribuídos ao executivo (edição de medida provisória) e mesmo ao judiciário (controle judicial de constitucionalidade, quando o STF pode atuar como “legislador negativo”. E os procedimentos políticos são tais que é praticamente impossível que uma única força política (portanto uma única concepção de “justiça”) possua, a um só tempo, uma clara maioria em todas essas instâncias. Além disso, a cada nova legislatura não há – o que seria impossível em termos práticos – uma revisão geral de toda a legislação anteriormente aprovada para uma total adequação das leis em vigor à concepção de justiça da maioria atualmente eleita. No entanto, mesmo diante desta inevitável divergência de concepções de justiça, estamos acostumados a exigir dos Estados de direito que tratem com igualdade perante a lei a todos seus cidadãos, mesmo nos casos em que as leis em vigor foram aprovadas por legislaturas às vezes tão radicalmente distintas. Dworkin ilustra a pertinência desta virtude a partir de uma analogia com uma situação individual:

No trato cotidiano conosco, queremos que nossos vizinhos se comportem do modo que consideramos correto. Mas sabemos que as pessoas até certo ponto divergem quanto aos princípios corretos de comportamento, e assim fazemos uma distinção entre essa exigência e a exigência distinta (e mais frágil) de que ajam com integridade nas questões importantes, isto é, segundo as suas convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo, e não de modo caprichoso ou excêntrico. É evidente que a importância prática desta última exigência entre as pessoas que sabem que divergem sobre a justiça. A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo portanto, um requisito prévio de civilização.

De acordo com o modelo do “Direito como integridade”, o Direito de uma comunidade deve ser visto pelos juízes que o interpretam nos casos concretos não como um conjunto esparso e incoerente de decisões políticas passadas. O ideal de integridade não fornece diretamente respostas aos casos concretos mas sim uma recomendação aos juízes para que concebam o Direito como um todo. Assim, as decisões judiciais estão limitadas pelo dever de justificar suas opções com uma teoria coerente, a qual também deve poder ser justificada. Decisões não podem ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias: devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis.

Esta é a exigência de que o Estado atue, no tratamento de seus cidadãos, de acordo com um único e coerente conjunto de princípios e não de modo arbitrário. O Estado não pode tomar decisões que expressam princípios contraditórios. Vejamos algumas definições importantes da “integridade”:

“O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

“A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio como direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. (...) Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa”.

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos

brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.”

É necessário perceber que a “coerência” exigida pela integridade é um tanto flexível. A “integridade” não afirma que a coerência do Direito positivo pode ser simplesmente “descrita”, que juízes podem passivamente descrever um conjunto de normas que já é coerente, como se houvesse já uma consistência lógica na legislação, a qual deveria simplesmente ser descrita pelos intérpretes. Os juízes não se limitam a uma adequação mecânica às decisões políticas do passado. Ao contrário, a “integridade” recomenda aos juízes que atuem, “na medida do possível, como se” o Direito fosse estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade. A adequação ao passado é “construída” ao invés de “encontrada” já previamente à nossa disposição. Para a integridade o passado institucional é muito importante mas as decisões judiciais não podem ser tomadas apenas “descrevendo” este passado. Interpretar o direito é “mostrá-lo a sua melhor luz”:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue (...) que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem (...). Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos (...). Um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica.

É necessário portanto compatibilizar o respeito às decisões políticas da comunidade com as necessárias inovações que os juízes terminam por inserir no conjunto do direito vigente. E para explicar este processo que conjuga criação e manutenção Dworkin utiliza o exemplo de uma obra literária redigida sucessivamente por diversos autores, a “chain novel”. O primeiro autor redige o primeiro capítulo da obra e, portanto, dispõe de imensa liberdade para impor seu estilo particular, criando as personagens principais e a trama inicial da obra. Cabe ao segundo autor dar sequência à obra, redigindo o capítulo seguinte. Também este autor necessariamente inovará a obra, acrescentará ao menos problemas novos, desenvolverá a trama num sentido até certo ponto não previsto pelo autor anterior e eventualmente criará novos personagens, efetuará correções de rumo na trama, impondo seu estilo – mais dramático ou sarcástico, por exemplo. O

mesmo ocorrerá com os diversos autores dos capítulos subsequentes: cada um inovará a obra num sentido até então imprevisto, impondo seu estilo particular. No entanto, a partir do segundo autor, a liberdade para criar não será absoluta, sob pena de que os vários capítulos percam o caráter de uma única obra redigida por vários autores e transforme-se num agregado incoerente de textos sem relação alguma entre si. Assim, o autor do 8º capítulo deve, antes de redigir seu texto, interpretar os sete capítulos já existentes supondo que se trata de uma obra escrita por um único autor, deve criar hipóteses interpretativas que apresentem a obra como dotada de coerência, mesmo quando ele sabe que esta coerência não foi o resultado cuidadosamente planejado coletivamente pelos sete autores que o antecederam. Mais que isso: ele pode imprimir à obra uma coerência que até mesmo seus parceiros na empreitada sequer haviam imaginado. Enfim, há liberdade para redigir cada capítulo mas há também o constrangimento da necessária coerência em relação aos capítulos já redigidos. Para construir sua decisão o intérprete deverá respeitar duas limitações, chamadas por Dworkin de “dimensão de ajuste” e “justificativa”. Para satisfazer a dimensão de ajuste ele deve prosseguir a história institucional e não recomeçá-la do zero, deve – de boa fé – articular uma interpretação que seja coerente com o restante das decisões políticas da comunidade e, para tanto, deve apresentar “princípios” capazes de justificar estas decisões, princípios que não necessariamente foram desejados pelos legisladores do passado mas que são capazes, atualmente, de apresentar as várias decisões com alguma coerência e valor. Por exemplo, nenhuma interpretação de nossa Constituição que ignore as competências legislativas explicitamente definidas em vários de seus artigos é uma interpretação adequada. No entanto, é natural supor que várias “construções” justificadas por princípios serão capazes de superar esta fase e então é necessário realizar alguma opção. Esta é a tarefa da “justificativa”. Nos casos difíceis sobra mais de uma interpretação aceitável. Mas se a escolha não pode ser arbitrária então intérprete deve escolher, entre as interpretações viáveis, qual delas mostra o direito da melhor forma do ponto de vista da moralidade política (ex. não é uma boa interpretação justificar o controle de constitucionalidade por seus efeitos profissionais e de status benéficos para os advogados, juízes etc.). E tal escolha precisa ser justificada segundo princípios.

Mesmo um crítico, como é o caso de Jeremy Waldron, pode reconhecer que de tal modelo não resulta uma atribuição desinibida de poderes legislativos aos tribunais, capaz de transformá-los em derradeiras instâncias de valoração moral da sociedade. Trata-se de uma teoria capaz de inspirar uma avaliação atenta do problema:

Os capítulos centrais de *O Império do Direito* não se limitam a apresentar uma teoria – o Direito como Integridade – de um modo tal que devemos adotá-la integralmente ou abandoná-la de todo. Eles iluminam uma característica importante da vida política numa sociedade plural: nós não apenas divergimos sobre a justiça mas também os procedimentos equânimes produzem visões divergentes sobre a justiça e que devem governar a sociedade durante um certo tempo. Os capítulos delineiam fundamentos para tratar a incoerência que poderia resultar disso. Eles propõem uma heurística particular para enfrentar esta possibilidade, nomeadamente, que ao utilizar as decisões do passado

como um fundamento para decisões contemporâneas, nos devemos proceder de um modo que constrói o passado como um corpo coerente de princípios.

O próprio Waldron destaca dois pontos que são importantes nesta discussão. Em primeiro lugar, o modelo da Integridade presta o devido respeito ao fato das divergências morais inerentes a uma sociedade complexa. O modelo de “comunidade de princípios”, que expressa o valor da integridade,

insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político. Para tais pessoas a política (...) é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente (...) na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. (grifamos)

E as responsabilidades de cidadania que esta “comunidade de princípios” exige “que ninguém seja excluído; que ninguém pode ser sacrificado (...), como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total”. Waldron interpreta tais afirmações como uma rejeição explícita de que os juizes, ao articular os princípios necessários às decisões nos casos difíceis, possam impor suas próprias convicções de justiça, realizando os valores que consideram os mais elevados moralmente, sem considerar devidamente as decisões políticas adotadas pela comunidade. Tribunais não podem valer-se do poder jurisdicional que lhes foi atribuído para “fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível”, pois isso seria algo como levar adiante uma “cruzada pela justiça total”, uma indevida imposição de visões particulares de justiça em nome de toda a comunidade, ignorando os princípios de “equidade”.

Estas considerações captam corretamente o ponto fundamental do paradigma da integridade, o qual rejeita uma coerência de princípios “a partir do ponto de vista da justiça apenas”, isto é, sem considerar os procedimentos de equidade, mediante os quais uma comunidade dividida quanto às opções de justiça decide de maneira vinculante para todos. Considerar os princípios, capazes de apresentar as decisões da comunidade à sua melhor luz, exclusivamente a partir do ponto de vista da justiça seria praticar uma espécie de integridade que Dworkin denomina de “pura”, já que seu objeto seria conferir coerência exclusivamente às decisões de “justiça” fixadas pela comunidade, ignorando os procedimentos “equânimes”. Tal modelo é explicitamente rejeitado em benefício de uma integridade “inclusiva”, a qual leva em conta os princípios de

“equidade”. A consequência prática é extremamente relevante para nossa discussão: uma integridade “inclusiva” pode obrigar os juizes a deixar de lado mesmo aqueles princípios que, a seu ver, forneceriam uma justificativa coerente para as decisões de “justiça” adotadas pela comunidade. Tal ocorre se é necessário para respeitar princípios de “equidade” também aceitos, como por exemplo o princípio da “supremacia legislativa”.

Estas são as razões pelas quais Ronald Dworkin, não obstante sua afirmação acima citada em “Levando os Direitos a Sério”, termina por rejeitar explicitamente o que em “O Império do Direito” ele denomina “ativismo judicial”. É certo que o “passivismo judicial” permanece rejeitado mas isso não impede que também o “ativismo” deva ser rejeitado:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juizes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política (...). Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade e virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

4. “Direito como Integridade” versus “Tribunal parlamentar”.

Se interpretado corretamente, o paradigma da integridade leva à rejeição da ideia do “Tribunal representante do povo” (TRP) e a referência à ADI 3.510 pode ilustrar tal fato. Recordemos o início de nossa discussão. De acordo com as considerações laudatórias de Mendes, a audiência pública “provou” que:

- O tribunal é capaz de fundamentar suas decisões racionalmente, dada a elevada qualidade dos debates.

- O tribunal pode representar o povo do mesmo modo que o parlamento, com a peculiaridade de que sua representação é “argumentativa” e não “política”.

Porém, de acordo com o modelo da integridade:

- Nos casos difíceis o juiz deve construir princípios capazes de justificar aspectos importantes de nossas instituições e deve aplicar tais princípios nos casos difíceis que se lhe apresentam. Tais princípios não podem simplesmente corresponder às suas convicções particulares de justiça.

- Os juízes devem rejeitar uma espécie de “cruzada moral”, devem levar em conta decisões de justiça do passado ao invés de simplesmente “fincar sua própria bandeira”, estabelecer suas próprias convicções, em detrimento das decisões políticas da comunidade.

- A integridade defendida é a “inclusiva”, e não a “pura”. Os procedimentos políticos (“equidade”) devem contar, até mesmo para afastar aquela que seria a interpretação mais coerente (exclusivamente) dos princípios de justiça adotados no passado, se tal interpretação menos coerente se ajusta também aos princípios de “equidade”. Tal é compatível com a ideia de que se constituição não é clara, alguma precedência deve ser atribuída ao trabalho legislativo.

- Se os princípios necessários para justificar alguma alternativa de decisão contrariam os princípios necessários para justificar o restante de nossa prática, então tal opção deve ser rejeitada.

A tese do “tribunal representante do povo” (TRP) autoriza o STF a realizar o mesmo tipo de juízo político que o poder legislativo, permite que ao tribunal rever as decisões do parlamento como o senado revê as decisões da câmara. Afinal, já que ambos

representam o povo, porque motivo apenas um deles poderia realizar tais juízos? Acrescente-se o agravante de que TRP reivindica para o STF uma autoridade política que nega ao parlamento: ambos são “representativos”, mas só o STF é “representativo” e “argumentativo”, e poderíamos dizer, “a-político”. Implícita neste argumento está a imagem tecnocrática da política como atividade inevitavelmente criminosa e das atividades “técnicas” como *per se* virtuosas, a que nos referimos na citação em epígrafe. O que não deixa de ser uma contradição em termos, já que o Tribunal, ao celebrar publicamente tal imagem, que outra coisa está fazendo senão “política”? Mas acima de tudo, a criminalização da política não se coaduna com o espírito de uma Constituição que é reconhecida como “Constituição cidadã”, isto é, resultado da atividade política.

Já para o modelo da integridade, o Tribunal é um parceiro na construção do direito, mas que deve respeitar as decisões políticas da comunidade. Isso autoriza, em algumas situações, a declará-las inconstitucionais, mas jamais a exercitar juízos políticos como um representante em iguais condições.

A justificativa necessária para aceitar a tese do tribunal discursivo não é compatível com o restante da carta. Se aceita a tese TRP o tribunal se torna não apenas uma “terceira casa”, mas uma casa originária auto-suficiente, um governo tipicamente aristocrático. Afinal, se o tribunal é um representante em condições idênticas às do parlamento, mas se seus membros não são eleitos diretamente entre o povo, se os mandatos dos membros terminam apenas com a aposentadoria compulsória aos 70 anos ou com sua própria renúncia, se é o próprio tribunal que decide quem participa (como “palestrante”) das audiências públicas (o mecanismo supostamente responsável pelo controle discursivo das decisões), e – especialmente – se não há instituição superior ao tribunal com capacidade para controle, então disso resulta uma juristocracia. Esta imagem leva à supremacia de um dos poderes por sobre toda a sociedade, já que nenhuma outra instituição seria capaz de controlar seus atos, o que é incompatível com uma constituição que estabelece harmonia entre poderes, e também com a atribuição explícita de competências legislativas a outros poderes.

Os princípios necessários para justificar TRP não se coadunam com nossa história constitucional nem com seu texto. Os defensores de tal tese precisariam explicar por que motivo misterioso um parlamento eleito pelo voto popular, a Assembleia Nacional constituinte, delegaria tamanho poder ao STF, um grupo de pessoas não eleitas cuja legitimidade seria técnica e contra cujas decisões não existe recurso! Afinal, a Assembleia Constituinte estava imbuída do propósito de estabelecer um governo que, ao contrário da ditadura que fundava, não seria o governo de técnicos supostamente mais sábios que os cidadãos comuns mas sim o governo de pessoas eleitas pelos voto popular.

Ora, qualquer princípio que compreenda a constituição como fruto de uma ciência acessível apenas a um grupo de sábios e não como o fruto das decisões políticas da comunidade é um princípio incompatível com nossa história institucional inaugurada em 1988 bem como com os aspectos mais elementares do texto em vigor.

Da justificativa para TRP que ao tribunal basta convocar uma audiência pública e, por maioria de votos, adotar qualquer espécie de decisão, justificando seus votos com base em princípios abstratos e na sua representatividade igual. Se a justificativa apresentada por Mendes é válida então não é possível criticar o tribunal, seja qual for a matéria política controversa da qual trate. Daí resulta que o tribunal é supremo em relação à totalidade da sociedade, e não apenas “igual” ao parlamento. Ele não é igual ao parlamento pois definiria o que é a constituição, sem possibilidade de recurso. E desconsiderar os debates parlamentares travados no congresso nacional, não lhes atribuir força vinculante alguma, implica fincar sua bandeira numa espécie de cruzada da justiça.

Assim, do modelo TRP e da integridade resultam procedimentos diferentes, que poderíamos ilustrar do modo seguinte:

· TRP: (1) o STF é representante do povo em igualdade de condições com o parlamento; (2) o STF escutou palestras e debates de alguns conselheiros tecnicamente respeitados; (3) portanto, cada ministro deve agora, expressar sua opinião particular, decidir, sobre o que é “dignidade humana”? A resposta a esta questão vale como norma constitucional.

· Integridade: (4) o STF possui competência para controlar e invalidar atos legislativos quando estes contrariam a Constituição; (5) a Constituição não atribui ao Tribunal a condição de representante do povo em iguais termos do parlamento; [qualquer interpretação do direito que negue (4) ou (5) é uma rejeição de nossa prática constitucional e não uma interpretação dela; (6) dos princípios necessários à justificativa das decisões políticas da comunidade não resulta que a pesquisa é proibida; (7) de parte da constituição resulta explicitamente que o parlamento possui a competência para legislar sobre esta matéria.

É importante recordar que a Dworkin rejeita a possibilidade de que juízes exerçam suas competências constitucionais como se fossem guerreiros numa “cruzada moral”, impondo sua própria visão sobre o que é a justiça, negando a “integridade” que é devida aos cidadãos. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que apela com impressionante ligeireza a “valores”, “princípios” ou “direitos fundamentais” e de tais expressões extrai diretamente um significado extremamente particular, que corresponde integralmente às

convicções do “intérprete”. E tal pode ser apresentado, retoricamente, como “interpretação” da constituição. A estrutura do argumento é simples. Imagine um membro do STF (ministro “W”) que, como cidadão, crê que a proposta legislativa apresentada pelo deputado federal “X” produziria, se aprovada, bons frutos para toda a comunidade. No entanto, a maioria dos deputados da legislatura pensa diferente e rechaça a proposta: “não X” é que prevalece como decisão política da comunidade. Ou ainda, suponha que, diante de uma esperada derrota, o deputado sequer apresente sua proposta de Lei, aguardando uma legislatura mais favorável. Ora, se a corte constitucional também “representa” o povo, ainda que “discursivamente”, e se de acordo com nosso arranjo institucional ela possui competências para revisar os atos legislativos, então “basta” argumentar do modo seguinte:

1. A proposta “X” é algo que “decorre” ou pode ser “extraída” de algum princípio constitucional abstrato, por exemplo da “dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º)
2. O legislador “meramente político”, quando rejeita a proposta “X” ou decide manter uma situação de “não X”, incorre em “inércia legislativa”. Ele se recusa a atuar de um modo “exigido” pela constituição, “concretizando” a “dignidade humana” com a proposta “X”.
3. O legislador não pode, com sua “inércia”, “sonegar” algum direito expresso constitucionalmente.
4. Cabe ao “representante discursivo” do povo, o tribunal constitucional do qual faz parte o cidadão e ministro “W”, preencher esta “lacuna” gerada pela “inércia legislativa”.
5. Como quem controla a qualidade argumentativa do tribunal é o próprio tribunal, basta que mais cinco ministros estejam de acordo com nosso personagem imaginário, que compartilhem de seu ideal particular de justiça, e a derrota legislativa está revertida.
6. A conclusão deste raciocínio, tão em voga atualmente, é que se um tribunal constitucional é compreendido como “representante do povo” em iguais condições dos representantes “meramente” políticos, então é natural que tal tribunal se comporte como uma casa legislativa mais elevada, a instância legislativa decisiva, contra cujas decisões políticas não haverá recurso algum, exceto é claro atos de desobediência civil ou revolução.

Neste caso, tal tribunal sequer atua de acordo com o rechaçado modelo da “integridade pura”, que desconsidera a necessidade de adequar suas interpretações aos princípios de equidade, isto é, aos mecanismos legislativos adotados pela comunidade. Trata-se já de uma aberta juristocracia, que nega aos cidadãos precisamente o tratamento igualitário que a “integridade” pretende assegurar.

Enfim, se a sociedade juristocrática que resulta da “tese do tribunal representante do povo” seria uma melhor sociedade, esta é outra questão. Acredito que não. Mas o que importa é que tal modelo não foi fixado pela carta de 1988 e que perante ela tal modelo é inconstitucional.

Conclusão.

Não pretendi, no presente trabalho, oferecer uma defesa do modelo jurídico da “integridade”. Minha intenção foi bem modesta: apenas demonstrar que, mesmo um autor tão identificado com a crítica ao positivismo jurídico e a defesa de uma jurisdição que recorre a argumentos controversos de moralidade, como é o caso de Ronald Dworkin, não poderia respaldar uma usurpação de competências legislativas como a que resulta do modelo da “representação judicial discursiva”, defendido pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto já citado. Assim, não foi minha intenção afirmar que as teses de Dworkin sobrevivem às críticas lançadas por autores como Jeremy Waldron e Cass Sunstein. Em todo caso, acredito que tal esclarecimento possui sua utilidade.

Como foi possível perceber, o modelo da integridade “inclusiva”, defendido por Dworkin, os controversos princípios de moralidade que os juízes devem usar para justificar suas decisões nos casos difíceis, possuem uma dupla limitação. Em primeiro lugar, eles não podem ser uma mera expressão do desejo contingente de justiça de alguns magistrados. Na atividade de construção destes princípios o passo inicial é dado pelos demais membros da comunidade: os juízes devem apresentar princípios de justiça capazes de apresentar de um modo coerente as decisões políticas adotadas pela comunidade, articulando de modo coerente as convicções de “justiça” fixadas, de tempos em tempos, por exemplo, por representantes eleitos. Em segundo lugar, a coerência pretendida pela integridade não se resume a oferecer a melhor concepção (a mais coerente) do conjunto de decisões sobre “justiça” adotadas pela comunidade. Faz parte da atividade do juiz respeitar também os princípios de “equidade” e “devido processo”. Especialmente no caso da “equidade”, que define os procedimentos democráticos de legislação, respeitar tais princípios pode fazer com que juízes se deparem com princípios de “justiça” que, não obstante não seja perfeitamente coerente

em relação às demais decisões sobre “justiça”, ainda assim deva prevalecer em virtude dos princípios de “equidade” que também prevalecem. Enfim, a explícita previsão constitucional das competências legislativas deve ser levada em conta de modo mais enfático do que ocorre quando é aceita a tese da “representação judicial discursiva”.

Seria possível supor que uma das razões que justifica a popularidade, entre juristas, de teses como a da “representação judicial discursiva” é que uma de suas consequências é a atribuição de maior poder político não apenas a juízes mas aos advogados e professores em geral? De fato, se o direito é o resultado de “princípios” e “valores” esotéricos então os “especialistas” neste assunto intrincado adquirem uma relevância que de outro modo jamais possuiriam. Como afirmam Cláudio Michelin, Conrado Mendes e Marcos Veríssimo, no ambiente acadêmico brasileiro contemporâneo é bastante difícil advogar uma espécie de raciocínio e argumentação judicial que preze a coerência sistemática e o cuidado argumentativo:

Poder-se-ia objetar que um tal projeto de inserção da argumentação jurídica em uma estrutura que, senão é rígida, é ao menos coerente e sistemática vai de encontro aos “costumes argumentativos brasileiros”. No país em que o bacharelismo ainda é um importante componente da vida social, onde o argumento de autoridade é um dos mais persuasivos e efetivos cânones argumentativos, defender uma forma de argumentação [não rígida porém coerente e sistemática] (...) poderia ser considerado algo inadequado ou, ao menos, fútil. A cultura jurídica no Brasil parece ser um ambiente particularmente inóspito para formas não personalistas de argumentação em razão da predominância da autoridade e da erudição (em decisões judiciais, em pareceres etc) como indicadores da qualidade de um argumento. A já referida estrutura fragmentária da argumentação jurídica, resultante da multifacetada crítica ao formalismo, foi terreno fértil para o crescimento desse personalismo. A certeza que não se podia mais encontrar nas razões do Direito passou a ser encontrada em pessoas. O governo dos homens (no caso, dos professores, dos juriconsultos, dos grandes juízes etc.) subordina, em alguma medida, o governo das leis.

Se uma tal concepção prevalece, o ideal do “Estado Democrático de Direito” termina por ser substituído pela realidade de um Estado que é “judicial”, ao invés de democrático, e de convicções particulares e contingentes, ao invés de “direito”. Afinal, se é verdade que sobram razões para rejeitar o ideal já tão combatido de um juiz “boca da lei” (que de resto não é viável), por outro lado tal constatação não autoriza sem mais o salto em direção à imagem de tribunais e juízes como “oráculos dos princípios e valores”. Se podemos extrair algo do modelo “anti-positivista” do “direito como integridade” é que ele, definitivamente, rejeita o componente politicamente obscurantista inerente ao ideal juristocrático.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. *In: Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, in VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, pp. 17 – 42.

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin's Freedom's Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002, p.267-282.

DUTRA, Delamar Volpato. *Controle de Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas*. In PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato. **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-93.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard Universtiy Press, 1997

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

E.U.A. Constituição. Artigo VI, 3.

E.U.A. Suprem Court. (1 Cranch) 137 (1803)

FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

HERSHOVITZ, Scott (org). **Exporing Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LEO, Sérgio. “*Aneel, uma agência sem loteamento político*”. Valor Econômico. Segunda-feira, 22 de Setembro de 2008, A2.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008

MADISON, James. The Federalist Papers, nº 78. in <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, acesso em 10/03/2006.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7.

MICHELON, Cláudio. MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Retórica e o Estado de Direito no Brasil*, apresentação de MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. XV – XXIII.

NASSIF, Maria Inês. “*Os Perigos da Demonização da PF*”. Valor Econômico, 17 de Julho de 2008.

SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O povo**: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. Tese de doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Março de 2006, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juizes.pdf>

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000,

VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Did Dworkin Ever Answer the Critics?* in HERSHOVITZ, Scott (org). **Exporing Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**, pp. 155 – 181.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

Artigo inédito, apresentado ao XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos cursos de graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

FONTELES, Cláudio. Inicial da ADI 3510, p. 2.

Instituto previsto pela lei nº 9.868/99, Art. 9º, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Como observou uma das ministras da Corte após as audiências, a ADI 3510, “pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque *sui generis* de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto”. GRACIE, Ellen. Voto na ADI 3510.

BRITTO, Carlos A., voto na ADI 3510.

MENDES, Gilmar. Voto na ADI 3510, página 3. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

Cf. WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, caps. 2 – 6

“primeiro porque o parlamento é um e fica, para a maioria, a quilômetros de distância. De fato, o cidadão dificilmente vê seu congressista e se o vê, as ações do mesmo terão pouca eficácia sobre as demandas daquele cidadão (...) Em sentido oposto a isso, o juiz mora nas mais remotas cidades do Brasil e o judiciário é acessível a todos, seja diretamente, seja por advogado e, gratuitamente, quando necessário for.” DUTRA, Delamar Volpato. *Controle de Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas*. In PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato. **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-93.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 2.

NASSIF, Maria Inês. “*Os Perigos da Demonização da PF*”. Valor Econômico, 17 de Julho de 2008. E, num contexto similar: “O uso da palavra «político» como pejorativo vem agarrado a fiapos do entulho ideológico que, no regime autoritário, sempre viu a representação popular como uma escolha inferior às determinações da tecnocracia. Não é por ser apartidário que um técnico ganha diploma de honestidade ou de eficiência.” LEO, Sérgio. “*Aneel, uma agência sem loteamento político*”. Valor Econômico. Segunda-feira, 22 de Setembro de 2008, A2.

Para a expressão “juristocracia” cf. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. “The expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants, and/or the populace has not only become globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made police-making through constitutional rights jurisprudence and judicial

redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed “judicial activism” has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing throughout world.” HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**, p. 222. Para um tratamento do ativismo judicial no Brasil, cf.: CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, in VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, pp. 17 – 42. SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Março de 2006, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juizes.pdf>

5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. EUA. Constituição. Artigo VI, 3.

Cf. “The Anti-Federalist Papers”, “Brutus”, nº 12, in <http://www.constitution.org/afp/brutus12.htm>, acesso em março de 2008

MADISON, James. The Federalist Papers, nº 78. in <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, acesso em 10/03/2008

CR/88, art. 102, *caput*.

CR/88, art. 3º, III.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, p. 7.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, p. 9

MENDES, Gilmar. Voto na ADI 3510, p. 3.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005, p. 32

Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 215.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 231.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 112.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 255

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263. Em formulação similar: “Um juiz (...) tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.” DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 15.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 27

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 30

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3^a ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000, p. 2. “An embarrassment of riches confronts anyone interested in Constitutional law; there has been a veritable cascade of writing on constitutional issues – scholarship that one cannot afford to ignore, but that is too abundant fully to assimilate.”

Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press: Oxford, 1999, pp. 149-208

Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 88-118

Cf. FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7.

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282): “suppose a constitution makes no provision for a final authority and the judiciary declares itself to be the final authority for the moral reading. This declaration is reaffirmed in subsequent decisions. Suppose further that tere are no competitors on the political landscape that make a countervailing claim. The esoteric nature of law has left the general populace in a state of ignorance and/or confusion as the court moves inexorably towards assuming its status s ultimate authority.” DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 188.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 200 e ss

Cf. WALDRON, Jeremy. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, p. 189.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 202

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 294 e ss.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 271-272

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 273-274

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 305

DWORKIN, R. ID 63-64. E ainda: “conceitos interpretativos também exigem que as pessoas compartilhem uma prática: eles devem convergir atualmente tratando o conceito como interpretativo. Mas isso não significa convergir na aplicação do conceito. As pessoas podem compartilhar um tal conceito mesmo quando elas divergem dramaticamente sobre suas instancias. Assim uma teoria útil de um conceito interpretativo – uma teoria sobre a “justiça” o sobre “vencer um round” – não pode simplesmente descrever o critério que algumas pessoas utilizam as instancias ou simplesmente escavar a estrutura profunda do que as pessoas crêem que seria uma interpretação, o que é muito provavelmente controverso, da prática na qual o conceito figura. Para mim, [o conceito de Direito] funciona como um conceito interpretativo, ao menos em comunidade políticas complexas. Nos compartilhamos tal conceito como atores numa prática politica complexa que nos exige que interpretemos estas práticas de modo a decidir como podemos continuá-las melhor.” “Interpretive concepts also require that people share a practice: they must converge in actually treating the concept as

interpretive. But that does not mean converging in the application of the concept. People can share such a concept even when they disagree dramatically about its instances. So a useful theory of an interpretive concept – a theory of justice or of winning a round – cannot simply report the criteria people use to identify instances or simply excavate the deep structure of what people mainly be an interpretation, which is very likely to be controversial, of the practice in which the concept figures. In my view [o conceito de Direito] functions as an interpretive concept, at least in complex political communities. We share that concept as actors in complex political practices that require us to interpret these practices in order to decide how best to continue them.” DWORKIN, Ronald **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. 11

DWORKIN, **O Império do Direito**, pp. 275 – 279 e **Uma Questão de Princípio**, pp. 217 – 249.

Para a crítica de Waldron cf. Especialmente WALDRON, J. **Law and Disagreement**, caps. 9 – 13, e WALDRON, Jeremy. *Did Dworkin Ever Answer the Critics*, in HERSHOVITZ, Scott. **Exporing Law’s Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**, 155 – 181.

“The central chapters of *Law’s Empire* do not simply present a theory – law as integrity – in a “take it or leave it” fashion. They highlight an important feature of political life in a pluralistic society: not only do we disagree about justice, but fair procedural principles allow disparate views about justice to hold force in society at a given time. The chapters outline grounds for concern about the incoherence that may result from this. They propose a particular heuristic for dealing with that possibility: namely, that in using past decisions as a ground for present ones, we should do so in a way that constructs the past as a coherent body of principle.” WALDRON, J. **Law and Disagreement**, p. 191.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 254

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 257.

Cf. WALDRON, J. **Law and Disagreement**, p. 206

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483 e ss.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483

“A equidade exige deferência para com as características estáveis e abstratas da cultura política nacional, isto é, não aos pontos de vista de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política específica. Se a segregação racial ofende os princípios de igualdade aceitos pela maioria da nação, a equidade não é violada quando as maiorias de alguns estados vêm negado seu direito de segregar. (...) O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Dever ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não tem direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 451.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 452

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

MICHELON, Cláudio. MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Retórica e o Estado de Direito no Brasil*, apresentação de MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. XXII-XXIII.

**INTERPRETANDO A DISCRICIONARIEDADE (ADMINISTRATIVA) E OS
CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS (?) SOB A ÓTICA DA
FILOSOFIA DA LINGUAGEM***

**A INTERPRETATION OF DISCRETIONARITY (ADMINISTRATIVE) AND
UNDETERMINED (LEGAL) CONCEPTS BASED ON PHILOSOPHY OF
LANGUAGE**

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

RESUMO

O presente trabalho teve como finalidade primordial (re-)analisar a significação da discricionariedade e dos conceitos indeterminados, adotando como referenciais teóricos o positivismo jurídico de Herbert Hart, a ontologia heideggeriana e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Partindo da premissa, com base na teoria semiótica, de que a indeterminação de um conceito (jurídico ou não) só pode ser aferida na dimensão pragmática da linguagem e em termos de noções consensuais, visamos a questionar a idéia positivista de que a discricionariedade teria origem numa técnica legislativa de elaboração de diplomas legais dotados do que Hart chama de “textura aberta”, os quais possibilitassem uma maior margem de flutuação semântica do administrador em sua atuação. Para tais desideratos, fez-se mister tratar do processo interpretativo sob uma ótica fenomenológica, visando a demonstrar a inexistência de conceitos jurídicos per se indeterminados e suas conseqüentes implicações para a doutrina da discricionariedade administrativa. Realizados tais passos, foi possível concluir que o advento da viragem lingüística torna descabida a discussão sobre a discricionariedade nos moldes tradicionais, visto a norma ser construção valorativa do intérprete, não existindo aprioristicamente. Por fim, apontamos como se dá o controle do processo de interpretação/compreensão/aplicação e como ele pode ser conformado ao ideal de segurança jurídica, sem descambar para uma suposta libertinagem administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: DISCRICIONARIEDADE; CONCEITOS INDETERMINADOS; SEMIÓTICA; CONSENSO; FENOMENOLOGIA; VIRAGEM LINGÜÍSTICA; ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

This work had as its primary goal (re)analyzing the meaning of discretionarity and undetermined legal concepts, taking as theoretical marks Herbert Hart's positivism, Martin Heidegger's ontology and Hans-Georg Gadamer's Philosophic Hermeneutics. Based on semiotics, we understand the idea of undetermined legal concepts only makes sense when it takes into account relevant notions such as the pragmatic dimension of language and consensus. Chosen that notion as a paradigm, we aimed to question the assertive that discretionarity is born of one who legislates' intention of constructing open-textured legal texts, making the range of interpretation wider by using vague word such as "public interests" and "human dignity". Fulfilling those tasks demanded taking into account the process of interpretation as Fenomenology knows it, intending to demonstrate that undetermined legal concepts don't exist on their own and the effects that conception has on the administrative discretionarity doctrine. Those objectivs accomplished, we concluded the linguistic turn nullifies the argument about discretionarity as its traditionally taken, since norms are creative and valorative products of one who interprets. At last, we describe the way the process of interpretation/understanding/application, which is inevitably based on pre-understanding, is controlled and how it can be balanced with legal security.

KEYWORDS: DISCRETIONARITY; UNDETERMINED LEGAL CONCEPTS; SEMIOTICS; CONSENSUS; FENOMENOLOGY; LINGUISTIC TURN; INTERPRETATION AND CREATIVITY

1. PRESSUPOSTOS FILOSÓFICO-HERMENÊUTICOS

O presente texto objetiva um redimensionamento da noção de "conceitos jurídicos indeterminados" e do seu papel na doutrina da discricionariiedade administrativa. Este trabalho, em seu desiderato renovatório, adotou os pensamentos filosóficos de Herbert Hart, Hans Kelsen, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer como matrizes filosóficas. Seguimos demonstrando as premissas adotadas, de maneira a apresentar a inexorabilidade de um interpretar constituído lingüística e, doravante, comunicativamente, sem, no entanto, desprezar os contributos do Normativismo à compreensão do melindroso tema.

1.1 A DISCRICIONARIEDADE NA OBRA DE HERBERT HART

A introdução do conceito de discricionariiedade no âmbito jurídico origina-se no campo do Direito Administrativo. A partir dela, Herbert Hart irá desenvolver o fundamento do caráter positivista de seu pensamento jurídico-filosófico. Senão, vejamos.

A discricionariedade consiste, conforme a doutrina administrativista clássica, em um “juízo de conveniência e oportunidade” a ser realizado por uma autoridade competente para o cumprimento de uma dada função. Em certas situações, as autoridades estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, não estarão plenamente adstritas a uma regra superior que fosse capaz de tolher qualquer margem de flexibilidade em sua atuação. Percebamos que a noção de autoridade competente está intrinsecamente ligada ao paradigma hermenêutico do Positivismo Jurídico Normativista, sob o qual se inserem, dentre outros, as obras de Hans Kelsen e de Herbert Hart, o que denota a relação entre a doutrina da discricionariedade e o pensamento deste último autor em especial.

Apenas como ilustração, busquemos o conceito de autorização, que consiste em um ato administrativo mediante o qual o Estado outorga ao indivíduo a faculdade de praticar determinado ato. Ora, a autoridade administrativa pratica tal ato, classificado como discricionário pela doutrina, se, quando e como achar conveniente e oportuno para os interesses do Estado. Percebamos que, longe de uma espécie de arbitrariedade – ao menos em um plano ideal –, a discricionariedade administrativa (supostamente) advém de uma reserva, mediante uma técnica legislativa lingüística e conceitualmente aberta, de uma maior margem de flutuação à autoridade, a ser preenchida diante do caso concreto. Tal política seria um meio de evitar a rigidez e a burocracia excessivas, bem como uma discrepância entre o campo da idealidade, em que se encontrariam as normas caso todas elas fossem elaboradas visando a uma vinculação estrita por parte das autoridades que delas fossem destinatárias, e a esfera factual.

No campo do Poder Legislativo brasileiro, poder-se-ia tomar como exemplo a deflagração do processo de *impeachment*, o qual, além de ser proposto pelos legitimados para tanto, deve ser admitido pelo Congresso Nacional. O juízo a ser realizado pelas autoridades competentes, nesse caso, não passará meramente pela constatação de pressupostos estritamente objetivos. Ao contrário, consistirá em uma atividade essencialmente política, na medida em que calcada nos ditames da conveniência e da oportunidade, pressupostos que, embora, *lato sensu*, objetivos, consubstanciam-se em fórmulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados. De tal maneira, a verificação de tais elementos por parte dos parlamentares não prescinde de uma análise valorativa e contingencial, embora sem que se deva perder de vista o interesse estatal em questão^[1], mormente se o alvo do hipotético *impeachment* for o Presidente da República.

A atividade jurisdicional, por sua vez, possui uma relação extremamente complexa com a noção de discricionariedade. Ora, o *civil law* contemporâneo, malgrado todas as modificações decorridas ao longo do tempo, baseia-se ainda no ideal moderno de direito impessoal, racional, formal; todas as mudanças decorridas em tal modelo desde a Escola de Exegese ocorreram nos planos fático, legislativo e jurisdicional lentamente, quando muito sob o manto de reformas, e não de revoluções – as quais se detiveram ao plano epistemológico. De tal maneira, a preocupação com a segurança jurídica possui um pano de fundo histórico que data da revolução burguesa contra a tirania característica do Absolutismo, ao mesmo tempo em que se fundamenta em toda a gama de arbitrariedades costumeiramente verificáveis nas mais diversas contingências. A partir do momento, pois, em que vemos a mídia alardear a prisão de um juiz por corrupção, visamos ainda mais a limitar a esfera de atuação de tais autoridades, teoricamente sob pena de nos tornarmos reféns de sua subjetividade. Feitas tais considerações, podemos

entender o porquê da sociedade e de muitos juristas em geral rechaçarem veementemente a presença da discricionariedade na atividade jurisdicional. Ocorre que Hart, cujo pensamento, de certa forma, aparenta remar contra tal maré – guardadas as devidas diferenças entre o sistema de *common law*, que sua obra enfoca, e o do *civil law* –, veio a admitir a discricionariedade como um aspecto inerente à concretização da atividade jurídica, seja ela perpetrada nas esferas administrativa, legislativa ou jurisdicional; a segurança jurídica, por sua vez, continuaria sustentada, tal qual no pensamento positivista kelseniano, nas noções de autoridade competente e de sistema predominantemente procedimental, dinâmico.

A ótica de Herbert Hart passa pela noção de que a valoração do intérprete/aplicador é uma espécie de característica intrínseca da atividade hermenêutica, e não uma mera "invasão" da moral no direito; se a linguagem jurídica é naturalmente vaga, há uma necessidade de preencher essa "textura aberta" da norma, agindo discricionariamente – e, portanto, subjetivamente – para decidir entre uma das várias possibilidades jurídicas de sua aplicação^[2]. Adotando o pensamento do autor como paradigma, poder-se-ia concluir que a discricionariedade do intérprete aumentaria proporcionalmente à "dificuldade" do caso. Numa hipótese ideal (pensemos em um exemplo básico de *easy case*, do tipo: "matar alguém - 6 a 20 anos", em que tal conduta se configurasse de maneira "clara e indiscutível") não seria necessário utilizar essa discricionariedade, porque um mero silogismo, tal qual no pensamento da escola de Exegese, resolveria a questão. Qualquer coisa um pouco menos óbvia, no entanto, já exigiria uma parcela de discricionariedade. Como Hart trabalha muito com as noções de jurisprudência e de precedentes - até mesmo por ter como base o *common law* –, o melhor critério para identificar o grau de discricionariedade presente na aplicação de uma norma a um caso concreto seria uma análise do entendimento prévio dos tribunais sobre os casos semelhantes àquele. No caso de a situação se configurar como incomum ou, ao menos, de haver uma possibilidade mais clara de divergência, a discricionariedade incidiria naquela decisão, na medida da indeterminabilidade da tendência jurisprudencial

Malgrado o risco de incorrer em certo simplismo, diríamos, portanto, que, tendo como premissa o pensamento de Hart, os *hard cases* pressuporiam uma parcela acentuada de discricionariedade no processo interpretativo, a qual inexistiria em absoluto em uma situação ideal – *easy case*. Nos casos situados entre essas duas situações-limite, no entanto, haveria uma espécie de "gradação". De qualquer forma, desafortunadamente para Hart, tal situação ideal não encontra correspondência no plano fático; mesmo que se tomasse como absolutamente verdadeiras as idéias do autor sobre a discricionariedade, a aceitação de que ela não incide sobre os *easy cases* presumiria a possibilidade de realização de interpretações *prima facie*, ou seja, em abstrato, anteriormente ao enfoque do caso concreto. O seu pensamento, pois, cai em contradição se encararmos a interpretação/compreensão/aplicação como um processo uno e contínuo, deixando para trás a dicotomia sujeito-objeto, conforme os pressupostos do paradigma epistemológico da filosofia da linguagem, capitaneado, dentre outros, por Hans-Georg Gadamer.

1.2. A ONTOLOGIA HEIDEGGERIANA, A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA E UMA NOVA COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO

Martin Heidegger acreditava que a identificação do ser e a compreensão deste ser ocorriam de maneira indissociada, formando o círculo hermenêutico; Hans-Georg Gadamer acreditava no círculo hermenêutico formado pela interpretação/compreensão e pela pré-compreensão.

Com base nos pensamentos de Heidegger e Gadamer, cunhou-se a concepção jushermenêutica de que o intérprete do direito não atua como um mero aplicador, mas sim realizando uma atividade efetivamente criativa. Para compreendermos melhor tal construção, faz-se necessário estabelecer certos pressupostos sobre a produção filosófica realizada por cada um desses autores.

O *dasein* heideggeriano é influenciado por suas experiências anteriores; o que ele diz sobre o ente, atribuindo-lhe um ser, possui uma carga valorativa construída desde o seu primeiro momento de manifestação enquanto *dasein*, um conjunto de valores edificado no decorrer do tempo. O *dasein* (no caso, o homem, único ser que se manifesta como *dasein*) é um ser temporal; existe-aí, de maneira a caracterizar a vivência cotidiana do homem neste mundo, de acordo com sua temporalidade existencial.

Gadamer, por sua vez, considera a tradição como um elemento fundamental na construção da pré-compreensão. O filósofo acredita que a cada momento de interpretação/compreensão (para ele, coincidentes) os horizontes de compreensão do sujeito se expandem e se fundem, enriquecendo a sua pré-compreensão; ao mesmo tempo em que a pré-compreensão influencia a interpretação, a interpretação influencia a pré-compreensão (círculo hermenêutico). A tradição, por ser composta por um conjunto de elementos culturais manifestados cotidianamente por cada povo, consiste numa série de valores a influenciar o sujeito do conhecimento desde a sua concepção, impregnando, pois, a sua pré-compreensão.

Para Gadamer a linguagem é o *médium* onde se desenvolve a interpretação, por isso, para que se extraia o sentido de um texto tem-se que conhecer a linguagem por meio da qual ele nos fala. (...) A função da linguagem não é apenas indicar coisas nem exteriorizar subjetividades, mas sim revelar o mundo, que é transpessoal, entendido como a compreensão partilhada pelas pessoas. Essa é a chamada *linguisticidade da experiência humana do mundo*, que é a possibilidade de se ter um mudo, já que todo objeto de conhecimento é englobado no horizonte da linguagem, e essa não pode ser considerada como uma experiência particular, mas sim no mundo no qual ela se revela^[3].

Hans-Georg Gadamer acredita que a pretensão de neutralidade axiológica característica do pensamento moderno é impossível de se realizar, posto que nenhum ser humano consegue afastar sua carga pré-compreensiva ao agir. A tradição é tudo aquilo que foi incorporado ao horizonte interpretativo do sujeito desde o seu nascimento. Insere-se, pois, nesse âmbito tudo o que compuser um conhecimento adquirido, independentemente da forma dessa aquisição; todas as experiências de vida, os costumes do meio cultural onde vive, a influência do pensamento das pessoas a seu redor, especialmente os seus familiares e, especialmente, o conhecimento de senso

comum, ojerizado pelo pensamento racionalista. O resgate da tradição, pois, faz-se importante não apenas para explicar o processo interpretativo, mas também na aferição das diferenças das interpretações de cada “sujeito” em relação a um mesmo “objeto”. A carga axiológica, pré-compreensiva, impressa pelo sujeito no objeto da interpretação é determinante para a (re)construção deste, sendo elemento essencialmente correlacionado a tais discrepâncias, inexoráveis.

Outro pressuposto do pensamento de Hans-Georg Gadamer é a historicidade do ser. A cadeia comunicativa em que se insere o sujeito traça os limites e arestas de sua compreensão, dando origem à noção de ser finito. Tal pensamento contrapõe-se ao historicismo característico do pensamento iluminista e sua busca por verdade absoluta; visto que o horizonte interpretativo é limitado pela tradição (entrega) – e também dotado de possibilidades de expansão por esta – a verdade absoluta e universal é inexistente, dando lugar a uma infinita gama de interpretações que podem ser construídas e reconstruídas no contexto do movimento contínuo da espiral hermenêutica.

Postas tais premissas, indaga-se: qual a relação entre o círculo hermenêutico – e, por extensão, a pré-compreensão – e o direito?

O processo de compreensão de um fato como jurídico constitui-se de maneira unitária, nunca fragmentada. De tal processo resulta o que se denomina de norma de decisão, a qual é criada pelo intérprete/aplicador a partir da leitura do texto normativo, que, se pensado abstratamente, não passa, até o momento da interpretação, de um mero ente, suporte físico. Tal processo interpretativo/aplicativo pressupõe a impressão de uma carga axiológica por parte do intérprete, a qual integrará a criação mesma da norma, inexoravelmente voltada para o caso concreto e, justamente por tal motivo, dotada de unicidade. Não há, pois, norma apriorística que sirva de modelo para as soluções jurídicas de diversos casos concretos, mas sim um texto normativo ao qual o intérprete atribui significado na pragmática de um caso concreto, visando a resolvê-lo. É no bojo desse processo dialógico entre os fatos – também dotados de unicidade – aos quais o intérprete atribui juridicidade e o ordenamento jurídico que se dá a criação valorativa de uma norma *única*, a qual serve especificamente e apenas para solucionar aquele caso à luz do qual foi criada. Configura-se, assim, um círculo hermenêutico fato-norma – o qual, obviamente, desenrola-se dentro do contexto do ordenamento jurídico), em consonância com a noção heideggeriana.

O ser-aí, histórico, finito e inserido numa cadeia comunicativa desde o nascimento, não interpreta mediante um modelo fragmentado e sistemático que admita a alteridade do objeto a ser interpretado; não há interpretação precedente à compreensão, e sim interpretação/compreensão, processo hermenêutico único, interpenetrado e circular (ou espiral). A dicotomia proposta pelo modelo da Filosofia da consciência consubstancia-se e, paradoxalmente, cai por terra, quando assume como pressuposto último das relações lingüísticas um momento determinado da criação da linguagem pelo homem, momento esse posterior ao surgimento deste mesmo homem. Ora, o homem só se comunica mediante linguagem; não há existência humana factível na ausência de linguagem, posto que a própria linguagem constitui condição de existência desse mesmo homem – retomando Heidegger, o homem existe-aí, para o *dasein* e mediante linguagem.

O objeto da interpretação, visto que manifestado fenomenicamente mediante linguagem, existe para o ser que o interpreta, no âmbito das condições de possibilidade de compreensão de tal ser. Explica-se, pois, a infinita diversidade de interpretações possíveis de serem realizadas pelo leitor (leitor que nunca é passivo, adotando um posicionamento protagonista, de autoconhecimento, no processo de interpretação) e pelo próprio autor (que acaba por assumir a posição de leitor cujo horizonte interpretativo se expandiu desde a conclusão da obra até o momento da (re)leitura); da historicidade do ser decorre, pois, a própria historicidade do objeto interpretado mediante o processo de (re)construção, que culmina em verdade histórica, em contraposição à pretensão iluminista de verdade absoluta.

Portanto, ao contrário do que preconizava o Barão de Montesquieu, o intérprete/aplicador não atua de forma mecânica, tal qual um mero reproduzidor do texto positivado na lei; ele, como todo *dasein*, está imbuído de uma carga valorativa construída no decorrer do tempo. Pode-se, pois, inferir que o intérprete, ao analisar o caso concreto, emite uma decisão impregnada pela sua visão de mundo, pelos valores em que acredita. Assim, torna-se relevante a importância da noção de pré-compreensão no âmbito de aplicação do direito. Quando o fato entra na clareira do *dasein*, ele se torna jurídico mediante uma relação dialógica entre a parte e o todo (fato-ordenamento) imbuídos da carga valorativa do intérprete, o qual compreende o fenômeno conformando os elementos do ordenamento e elabora uma norma de segunda redução de complexidade, aplicada ao caso concreto. Tal carga valorativa é a pré-compreensão, a qual influencia o modo como o intérprete compreende o fato jurídico. E a cada compreensão, jurídica ou não, o intérprete expande seus horizontes interpretativos, enriquecendo a sua pré-compreensão e modificando a carga que o agente da interpretação atribuirá aos entendimentos posteriores, justificando a teoria do círculo hermenêutico e da pré-compreensão gadamerianas.

A noção de questionamento constitui um elemento diferencial da concepção hermenêutica gadameriana em relação à hermenêutica tradicional. O paradigma hermenêutico impregnado no senso comum (teórico?) é o da resposta; o texto nos é apresentado como elemento acabado cuja essência(!), consubstanciada na intenção do autor, deve ser captada, resultando no alcance de uma resposta. Tal concepção vai de encontro à atuação protagonista do intérprete, tornando-o, por via transversa, um sujeito cognoscente quase-passivo (embora ativo do ato mecânico de ler).

A obra de Gadamer não se limita a corresponder à pretensão protagonista da teoria da compreensão; a inversão do papel de sujeito quase-passivo para o de sujeito ativo em Gadamer transcende a simples busca por respostas, de maneira a fazer ingressar o elemento questionador no processo de interpretação/compreensão.

O intérprete, pois, visa a encontrar a pergunta que dota de sentido o texto, pergunta tal que não é absoluta, e sim (re)elaborada – posto que elaborada pelo autor quando da produção textual e respondida por ele em dada contingência histórica – no desenrolar do processo interpretativo. Pergunta-se: queres dizer então que o elemento questionador apenas interpõe-se à busca pela resposta consubstanciada no texto? Tal equívoco justifica-se apenas dentro do paradigma da filosofia da consciência, no qual vigora a fragmentação do interpretar/compreender. A busca pelo questionamento feito pelo texto funde-se à procura por respostas no interior do círculo hermenêutico gadameriano, transpondo a unicidade do ser para a esfera do caminho interpretativo percorrido pelo

interprete, cujo desafio é realizar a interpretação fato-ordenamento sem deixar que os elementos da pré-compreensão prejudiquem sua decisão; a pré-compreensão deve ser usada de maneira a auxiliar o intérprete, e não a atrapalhá-lo, na busca de concretizar a união entre a justiça e a objetividade, num processo calcado em uma racionalidade material de valorações.

2 – A CONCEPÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Partindo do paradigma da Filosofia da Linguagem, analisaremos o tradicional estabelecimento de uma relação entre as noções de discricionariedade e “conceitos jurídicos indeterminados”. Para tanto, partimos do paradigma epistemológico da Filosofia da Linguagem, visando a uma dialética entre um consenso comunicativo e a subjetividade inerente à decisão tanto, as contribuições do pensamento normativista à evolução da doutrina sobre o tema.

2.1 – UM (META) CONCEITO DE “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS”

A alegoria da “textura aberta” trazida por Herbert Hart, ao mesmo tempo em que se baseia no conceito de discricionariedade trazido do Direito Administrativo, acaba por funcionar como instrumento deveras adequado à abordagem do assunto a partir de uma perspectiva hermenêutica. Ora, a vagueza citada pelo autor está intrinsecamente ligada à noção de “conceitos jurídicos indeterminados”, que consubstancia o elemento central das polêmicas semânticas referentes ao tema. Analisando primeiramente o (meta)conceito da referida expressão lingüística, poderemos partir em seguida para a análise das implicações da discricionariedade no âmbito da hermenêutica de aplicação do direito.

Conceitos jurídicos indeterminados, partindo do pressuposto de que a linguagem se dá no bojo de uma cadeia comunicativa cujos integrantes possuem a dimensão existencial de *dasein*, seriam aqueles cujo aspecto semântico se encontra como enevoadado na concepção consensual de uma dada comunidade (lingüística) em dada configuração espaço-temporal. Ora, o elemento consensual é o único critério passível de aceitação para que se configure aprioristicamente a interpretação jurídica – voltada, inexoravelmente, para o caso concreto – de um dado termo como “mais indeterminada” do que a de outros signos.

Partindo dessas premissas de que a linguagem não apenas indica coisas, nem existe em função de nossa subjetividade, entende-se que o termo *discricionariedade* não pode ser

manejado da forma que se quer e ao sabor de nossas conveniências, mas sim em correspondência com essa compreensão partilhada, que nada mais é do que o mundo em que vivemos, e é para esse mundo que o termo *discricionariiedade administrativa* revelará seu sentido^[4].

Em *ultima ratio*, sob a perspectiva da filosofia da linguagem, todo termo é dotado de indeterminação, sendo na dimensão pragmática – mesmo que representada meramente pelo subliminar aspecto do consenso comunicativo – que se dá a determinação semântica dos termos. Ocorre que, nesses casos específicos, a interpretação voltada para o caso concreto já apresenta, no horizonte interpretativo do sujeito, tal consenso como pré-conceito, possibilitando a configuração dessa ficção que denominamos, atecnicamente, de conceitos jurídicos indeterminados. Tal concepção encontra fundamento político-sociológico no pragmatismo administrativo e na busca desenfreada pela segurança jurídica, tendo como espelho a filosofia da consciência, analisada sob prismas distintos. Ora, conceitos não existem *per se* e aprioristicamente, e sim na interação entre as três dimensões da linguagem, sejam elas a sintaxe, a semântica e a pragmática^[5].

2.2 – A SIMBIOSE ENTRE O SUBJETIVISMO DO MOMENTO AMETÓDICO E A PRAGMÁTICA DO CONSENSO

Adotando como ponto de partida a concepção de que a indeterminação dos signos constitui pressuposto da atividade hermenêutica, resta analisar como se configura fática e existencialmente a interpretação dos textos normativos, mormente, para o nosso foco, os que tratem da atividade administrativa. Ora, possui o intérprete/aplicador a prerrogativa de atuar discricionariamente quando da aplicação de dada norma jurídica cujo texto contenha aquilo que se chama de “conceito jurídico indeterminado”, não por uma característica intrínseca, essencial, do termo, mas pela dimensão lingüística que esse obtém em dada cadeia comunicativa e pela conseqüente confirmação ou refutação de dada linha interpretativa reiteradamente – nesse aspecto, doutrina, jurisprudência e senso comum teórico dos lingüistas realizam papel premente. Não havendo *vagueza per se* de certos termos, mas sim uma reduzida taxa de consenso entre os membros da cadeia comunicativa ao partilhar e construir a compreensão habitual do signo, temos como superada a discussão sobre a atribuição de espaço para o exercício da discricionariiedade pela presença de conceitos jurídicos indeterminados. Não há como admitir a existência de uma única possibilidade de interpretação de um termo – justamente por não haver determinação apriorística por força de uma “essência” ou alteridade – ao contrário do que poderiam pregar aqueles dotados de um arsenal argumentativo de raiz dworkiniana^[6].

A *vagueza*, sendo natural da linguagem, dá margem a infinitas possibilidades interpretativas dentro do universo comunicativo em que se dá a interpretação daquele elemento semântico. Sendo assim, ao contrário do que se pode depreender após uma análise do pensamento de Hart, aquilo que se chama de discricionariiedade no âmbito da

interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados não é propiciado pela norma tendo como fonte uma atividade legislativa deficiente ou propositalmente permissiva. O máximo que pode fazer o legislador é utilizar termos cuja consensualidade se dá de maneira parca na cadeia comunicativa em que exerce sua atividade legiferante, tornando ainda mais diversas as variações semânticas. Inexiste, no entanto, a possibilidade de um dispositivo ser redigido de maneira tão fechada que impossibilite o exercício dessa discricionariedade, guardando, de certa forma, semelhanças com o momento ametódico que Hans Kelsen descreve ao solucionar o aparente paradoxo de sua Teoria Pura do Direito[7].

Sendo assim, sempre haverá certa margem de discricionariedade na atividade de interpretação do direito, se considerarmos tal termo como a impressão de carga axiológica – subjetiva – visando a preencher a vagueza inerente aos termos lingüísticos e à escolha dentre uma de várias possibilidades de preenchimento da moldura normativa^[8]. É neste ponto que se torna importante a viragem lingüística, visto uma admissão da perspectiva hermenêutica preconizada pelo normativismo implicar precisar lidar com certo abandono dos valores justiça e, ironicamente e em *ultima ratio*, segurança jurídica. E como poderia a Moderna Teoria da Linguagem solucionar tal problema?

2.3 – A NORMA JURÍDICA COMO CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA

Considerando que a norma jurídica é criação do intérprete, o qual encara o dispositivo como mero ente do qual a norma constituirá um ser, muda-se o foco da preocupação para com estes valores e em direção à aceitação de que o processo interpretativo é inevitavelmente criativo. Sendo a linguagem meio e fim, instrumento e conteúdo, possibilidade, processo e resultado criativo, faz-se natural que o resultado do processo de interpretação/compreensão/aplicação da norma jurídica seja subjetivo, axiológico, influenciado e determinado pelo horizonte interpretativo do intérprete. Podemos passar, assim, da preocupação hipócrita com as exigências de isenção do intérprete e de neutralidade axiológica tão caras ao ideal moderno para o estágio de aceitação e inevitabilidade de tais características da interpretação. O administrador cria uma norma ao atuar dentro dos ditames de sua atividade, e tal papel pressupõe a compreensão e atribuição de significados ao dispositivo sintaticamente estruturado, significados esses cuja construção se dará em um determinado contexto espaço-temporal, o qual representa a dimensão pragmática da linguagem no caso em questão. Ora, o administrador, por força de tal dimensão pragmática, é sempre direcionado a agir com discricionariedade, ou seja, atuar da maneira que considerar melhor e mais adequada aos fins da administração pública. E é com base na soma desses ditames dados pela dimensão consensual geral – do senso comum, da doutrina, da jurisprudência, etc... – de qual seja o papel do administrador e pela dimensão consensual especial – o caso concreto – que ele construirá a norma no momento de sua atuação administrativa^[9]. Sendo assim, a discussão entre univocidade e multivalência^[10] configura-se como esgotada, visto ser inevitável considerar que não há, aprioristicamente, caminho melhor a ser seguido pelo administrador, nem, por outro lado, diversos caminhos previamente delimitados pela

moldura normativa, dentre os quais o administrador, fundado em seu poder discricionário, escolheria com base em um juízo de oportunidade e conveniência.

3 – CONCLUSÃO

Estaríamos, então, propondo uma libertinagem administrativa? E como limitaríamos a arbitrariedade, a improbidade a desonestidade de nossos administradores? Pelo controle jurisdicional,oras. Mas como se daria esse controle jurisdicional?

Primeiro, ele não se daria de maneira distinta da atual, malgrado não seja exatamente isso o que aparente. Ora, a decisão jurisdicional não se diferencia fundamentalmente da proferida pela administração, no tocante à questão hermenêutica. De tal maneira, o julgador atua também com base em sua pré-compreensão, naquilo que é comumente considerado como sua função e na interpretação dos dispositivos jurídicos, criando, assim, a norma a ser aplicada à luz do caso concreto. O juiz, pois, não faz nada mais do que utilizar-se dos argumentos e concepções consensualmente aceitos pela comunidade – inclusive, mas não apenas, a jurídica – sobre determinados temas, fundidos a seu horizonte interpretativo, e aprecia o caso em questão. Os critérios utilizados manifestamente são aqueles consensualmente aceitos – tais como a avaliação da consonância com o que se espera da conformação dos elementos dos atos administrativos –, adquirindo daí sua legitimidade, enquanto os parâmetros implícitos fazem parte da tradição pessoal do intérprete/aplicador. É pela explicitação conseqüente dessa tradição que nos posicionamos, de maneira que os motivos reais de determinadas decisões possam nos permitir desvelar melhor o que leva a conclusões aparentemente atécnicas ou hermeneuticamente acéfalas por partes de certos administradores/juízes. Sendo assim, a atividade estatal se torna mais explícita e o embate de idéias se torna rarefeito de máscaras insuperáveis, sem que para tanto, obviamente, seja necessário desprezar em definitivo os argumentos tidos como “técnicos”.

Tomando como paradigma o pensamento de Gadamer, a pré-compreensão, já que impossível de ser eliminada, deve ser utilizada pelo intérprete a favor de uma união entre justiça e objetividade consensual como padrão de legitimidade. Assim, o intérprete/aplicador intentaria buscar ao máximo despir-se dos pré(-)conceitos e de convicções ideológicas, religiosas, morais, etc... que possam influenciar negativamente o processo de construção da norma de decisão. Por óbvio que a impossibilidade de neutralidade axiológica, pressuposto de uma compreensão do fenômeno como jurídico baseada no paradigma da Filosofia da Linguagem, impede o aplicador de levar ao máximo tal tentativa, mesmo porque alguns pré-conceitos, inevitavelmente, serão sempre inconscientes. No entanto, como diria Mario Quintana, “Se as coisas são inatingíveis... Ora! Não é motivo para não querê-las... Que triste os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!”.

Faz-se premente, pois, que o aplicador se liberte do senso comum teórico dos juristas vigente e de sua mitologia, composta por ficções, como a neutralidade axiológica, o juiz perfeito, “boca da lei”, o legislador racional e a separação estática dos poderes, assumindo uma postura protagonista no processo de aplicação da norma, posto que

construída por ele mesmo, embora dentro dos limites do mínimo semântico textual. De tal forma, estará apto a entender que cabe a ele unir justiça e objetividade – mesmo sendo a sua noção de objetividade inexoravelmente subjetiva, posto que impregnada de pré-conceitos - em sua decisão, não podendo isentar-se, seja por acreditar ingenuamente na concepção do “juiz axiologicamente neutro”, seja por má-fé, da responsabilidade por sua decisão.

Concluimos do presente estudo que é preferível aceitar uma explicitação do caráter axiológico da interpretação/compreensão/aplicação e evitar que percamos tempo buscando derrubar teses e manobras jurídicas tecnicistas, as quais visam apenas a justificar decisões facilmente refutáveis caso viessem expressamente acompanhadas por suas verdadeiras motivações, nos moldes da teoria de Esser. Poderemos, de tal forma, superar o inconveniente de que eventuais administradores/juízes justifiquem o resultado de sua atuação com base meramente na vontade da lei ou do legislador, mediante a assunção de sua verdadeira e inexorável situação de intérprete/aplicador criador de direito.

4. REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Loyola, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

GARCIA, EMERSON (coord.) **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. “Os limites da razão histórica (1949)”. In: **Hermenêutica em Retrospectiva: a virada hermenêutica**. Petrópolis, Vozes, 2007.

_____. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. De Flávio Paulo Meurer. Editora Vozes, 1999.
HART, Herbert, O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.
HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*, tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Ser e Tempo, vol. I e II*, Trad. de Marcia de Sá Cavalcante. Petrópolis, Vozes, 4ª edição, 1993.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito – introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 4, ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Lx. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, trad. de José Lamego, revisão de Ana de Freitas, 1989.

MENDES, Antônio Celso. Direito: linguagem e estrutura simbólica. Curitiba: Champagnat, 1996.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Compreensão e Finitude? Estrutura e Movimento da Interpretação Heideggeriana**. Rio Grande do Sul: Ed. Unijui, 2001.

_____. Seis Estudos sobre Ser e Tempo. 3º Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/em_agis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2007.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Verdade e Consenso**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

[1][2] “Com isso, não pretendemos dizer que na discricionariedade o administrador esteja liberto de buscar, entre as alternativas válidas existentes, aquela que para ele se define *subjetivamente* como a melhor alternativa a ser seguida. O que estamos afirmando é que no exercício do poder discricionário jamais existirá uma alternativa passível de ser definida, em padrões de *objetividade jurídica* ditados pela boa *interpretação normativa*, como “melhor” ou “ótima”. Aqui, a escolha do melhor caminho será feita, exclusivamente, por critérios *subjetivos, valorativo, de política administrativa* ou *governamental*, próprios da autoridade legalmente definida como competente para a decisão.” CARDOZO, JOSÉ EDUARDO MARTINS. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, EMERSON (coord.) **Discricionariedade Administrativa**. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2005. pp. 52-3.

[2][3] “...se a exegese nos revelar que o *dever jurídico de boa administração* será respeitado em diferentes alternativas, todas elas “ótimas” e “boas” para o Direito e postas de modo a que objetivamente inexistam um critério jurídico-interpretativo capaz de nos conduzir a um caminho “melhor”, estaremos diante de um autêntico caso de *discricionariedade*”. *Idem*.

[3][4] DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 124.

[4][5] *Idem*, p. 125.

[5][6] Para aprofundamento mais vasto sobre o tema da semiótica jurídica, consulte-se FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.

[6][7] Longe de criticarmos o juiz Hércules dworkiniano de maneira leviana e radical, entendemos seu papel na obra do autor como o de uma entidade ideal que serviria de modelo para a persecução de um determinado fim. A conduta do juiz normal deveria, pois, ser pautada pela otimização da qualidade de sua interpretação, visando sempre à perfeição hercúlica, a qual, obviamente, nunca poderá ser alcançada por um humano – o que já se depreende pela própria menção ao semi-deus. Ocorre que a proposta de Dworkin, tendo como pressuposto um juiz de intenção e objetivos ideais e bem-intencionados visando a resultados otimizados, acaba por tratar de um dever-ser ético-hermenêutico, e não de um estudo sobre o desenvolvimento do processo hermenêutico. Dworkin utiliza o consenso e as idéias de direito como Integridade e romance em cadeia visando a uma análise ética, muito mais do que interpretativa ou lingüística.

[7] Nesse ponto, Kelsen aproxima-se de Herbert Hart, que considera o aspecto formal da norma uma “janela normativa”, a qual deve ser preenchida de acordo com a discricionariedade do aplicador. Tal discricionariedade também implica valoração, único meio de suprir a vagueza característica da linguagem; a norma possui uma margem de indeterminação. Kelsen, que considera a moldura um “marco de possibilidades”, chega a indicar que o legislador, não raramente, elabora a norma de forma intencionalmente vaga, com o fim de conferir a seu aplicador maiores possibilidades de aplicação.

[8][8] “...a partir da formação desse ‘universo de alternativas discricionárias’, o administrador terá liberdade de decidir dentro dos seus próprios *standards*, ideologias ou, mais propriamente, políticas administrativas que tiver como mais adequadas para a espécie. Se o próprio ato de interpretação, aliás, não pode ser visto como um ato de conhecimento puro e neutro, o processo decisório de natureza discricionária jamais poderia ter uma dimensão de “razão pura”, entendida a expressão como um ato de conhecimento asséptico, liberto de qualquer “poluente” ideológico, político, cultural ou axiológico”. CARDOZO, JOSÉ EDUARDO MARTINS. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, EMERSON (coord.). op. cit., pp. 52-3.

[9][9] E aqui, sim, faz-se pertinente o aproveitamento do juiz (assim como o administrador ou o legislador) Hércules dworkiniano, o qual, caso não corresponda às expectativas, terá sua decisão eventualmente revista pelas instâncias de controle designadas para tanto.

[10][10] Desse conflito doutrinário, como bem precisou Antonio Francisco de Sousa, sedimentou-se o surgimento das duas principais correntes que até hoje se entrecrocaram no Direito alemão, em controvérsia que se espalhou para o mundo: a *teoria da multivalência*, com raízes em Bernatzik, que afirma que ‘na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário’, e a *teoria da univocidade*, fundada em Tezner, que sustenta que na interpretação e aplicação desses conceitos só existe ‘uma única solução correta’ (poder vinculado). Partindo-se do pressuposto da *multivalência*, portanto, *grosso modo*, pode-se dizer que a decisão administrativa tomada com base nas várias interpretações possíveis de um *conceito jurídico indeterminado* seria uma decisão marcada pela *discricionariedade* e não passível de ser revista por qualquer forma de controle judicial. Ao revés, considerada também de modo simplista a tese da *univocidade*, seria correta a afirmação de que só existiria um único sentido correto e próprio para os *conceitos jurídicos indeterminados*. Esse sentido único seria revelado exclusivamente por uma atividade de inteligência ou de interpretação jurídica do conceito, o que, naturalmente, permitiria sempre o controle judicial da decisão administrativa tomada (grifos do autor). *Ibidem*, pp. 68-9.

LEI E ÉTICA*
LAW AND ETHICS

Érico Marques de Mello

RESUMO

Pesquisa a respeito da influência exercida pela lei formalizada, tendo em vista a possibilidade de regulamentação da conduta do indivíduo. A influência dos instrumentos normativos foi apresentada de maneira diferenciada, por diversos autores, em razão dos seguintes critérios: valorização de parâmetros racionais, mediante previsão legal; ou razão prática, por meio das relações sociais concretas, em caráter ontológico. A aplicação do direito em muitos locais priorizou a valorização das relações sociais concretas; enquanto em outros, o aspecto racional, na qualidade de ideal legal positivo. O direito não surge como instrumento de determinação da conduta humana, mas como finalidade, no sentido de garantir a preservação das relações sociais concretas, tal objetivo pode ser cumprido tanto com a constatação de não efetividade de determinada lei, quanto com a inovação legislativa instituída com alteração prática e efetiva de comportamento social concreto.

PALAVRAS-CHAVES: LEI, RAZÃO PRÁTICA, DIREITO, RELAÇÕES SOCIAIS CONCRETAS, CONDUTA HUMANA

ABSTRACT

This paper aims at researching the Law influence in light of the possibility of human behavior regulation. The influence of regulatory tools was presented as differentiated by many authors due to the following criteria: valorization of rational principles by legal dispositions, or practical reasoning by means of concrete social relations, ontologically. Many times, the application of law prioritized concrete social relations, while other times, the rational aspect as a positive legal ideal. Law does not appear as a determination tool of human behavior, but as purpose in order to guarantee concrete social relations keeping. This purpose can be achieved both by finding the inefficacy of a given law, or by legal innovation established by practical and effective alteration of the concrete social behavior.

KEYWORDS: RULE, PRACTICAL REASONING, LAW, CONCRETE SOCIAL RELATIONS, HUMAN BEHAVIOR

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Este texto tem a finalidade de investigar a importância da lei na concretização do comportamento social. Sua relevância está relacionada à importância da moral na relação social concreta.

Como consequência, pretende-se responder ao seguinte questionamento: se por meio de parâmetros legais é possível alteração de costume.

O primeiro capítulo versa acerca da influência da lei no período clássico. Já no segundo, é observada a modernidade. No terceiro, será apresentado o problema do positivismo jurídico enfrentado após Kelsen. Por fim, no último capítulo será apresentada abordagem prática, com indicação de relação ética com lei.

1 ÉTICA E NATUREZA

A ideia de estado da natureza repercute em orientação normativa, tanto que a valorização do estado da natureza corresponde a uma normatização prática, em que implicitamente há definição de comportamento de valorização da conduta. Quando se observa a justiça segundo concepção inicial, na perspectiva da filosofia clássica, constata-se que não havia preocupação com o cumprimento de leis, mas em preservar uma vida equilibrada, tendo em vista expectativa e realização, que partiam de parâmetro coletivo e convergiam para o indivíduo[1].

Não se pode olvidar que a lei formal, para concepção grega, confunde-se com a perspectiva da natureza, que precede a própria ideia de sociedade civil contratualista. A espontaneidade da natureza, atrelada aos costumes, fundamentava uma auto-organização, de modo que a obediência voluntária de uma lei moral, atrelada à observância global, é que determinava uma conduta prática obrigatória. [2]

Afinal, qual seria a conduta ideal para os gregos da antiguidade? Em um primeiro momento, acreditava-se na liberdade, a partir da capacidade do homem na escolha ideal, baseada na virtude. Em um segundo momento, o surgimento da legislação formal impôs dúvida relevante entre um dever legal positivado e a virtude. É importante ressaltar que a legislação é imprescindível para a valorização de toda relação social – os gregos já sabiam disso -, entretanto, a ideia de conduta ideal não surge qualificada pela lei, mas em comportamento humano fundado na razão prática, tendo em vista a virtude.

Cumprir registrar a diferença entre a concepção de liberdade para Agostinho e Aristóteles. Isso porque, para Aristóteles, diferente da concepção da Idade Média, a liberdade não estaria exatamente em uma escolha direta entre o “certo e o errado” (como sugeriu Agostinho), mas no meio termo, ou seja, na capacidade do ser humano de agir entre um comportamento que valoriza o seu desejo particular e ao mesmo tempo o bem comum.^[3]

A legislação, para a filosofia clássica, não tinha finalidade racional, no sentido de que não determinava um comportamento deontológico, uma vez que exercia a função de acompanhar o cidadão, na perspectiva de adotar condutas coerentes com o bem comum.

A idéia de justiça, assim, não estaria relacionada ao texto da lei, mas à interpretação presa a uma conduta ontológica, comportamental e restrita à perspectiva ética.^[4]

Dessa forma, a filosofia clássica valoriza a virtude como elemento determinante do comportamento ideal do homem^[5], tendo em vista a razão prática. A virtude em si não estaria restrita ao bem comum, ou afastada do particular, mas no meio termo entre uma ação egoísta e um comportamento ideal esperado pelo ser humano. Na verdade, a virtude seria o meio termo existente entre um desejo particular egoísta e o bem comum.^[6]

Aristóteles acreditava na capacidade de escolha do homem, tendo em vista a dissociação do bem. Tanto que o próprio surgimento do Estado decorreu da escolha do homem, em relação ao bem comum, e a sua incapacidade diante das limitações impostas pela natureza. A própria existência do Estado decorreu da associação do homem, a partir da necessidade real de bem comum.^[7]

Entretanto, enquanto no período clássico acreditou-se em um ser humano virtuoso, que agiria segundo as leis da natureza, a idade média indicou exatamente o contrário. A própria idéia de livre-arbítrio^[8] de Agostinho pressupõe que o ser humano conhecesse a virtude^[9] e a razão prática, o que não significa que aja de acordo com o bem comum. A idéia de livre-arbítrio definida por Santo Agostinho indica ausência de liberdade, ou seja, a possibilidade de escolha entre uma conduta que atenda às expectativas da virtude e uma oposta a idéia de virtude. O que fundamenta a legislação é justamente a idéia de livre-arbítrio de Agostinho.

É importante ressaltar que a idéia de razão prática, relativa à orientação normativa, não é observada de forma abstrata e genérica^[10], pois o que a conduta idéia pressupõe é a valorização de conduta específica, para determinado momento, também, específico. Em outras palavras, a legitimidade de qualquer sistema normativo decorre da consciência prática específica e aplicada a determinada conduta, considerada orientação obrigatória em maior ou menor grau, dentro da sociedade.

Portanto, desde o período clássico, o julgador invariavelmente se depara com circunstâncias fáticas não previstas, ou regulamentações destoantes da pretensão normativa inicial, em que sua função é estabelecer relação entre a função exercida pela legislação e a circunstância fática encontrada.^[11]

2 RACIONALIDADE E ÉTICA

2.1 A MODERNIDADE E O POSITIVISMO

Segundo a teoria contratualista de institucionalização da sociedade civil, a normatização tornou-se elemento fundamental de observância obrigatória, tendo em vista a regulamentação das relações sociais. Racionalmente, observaram-se leis positivas que deveriam ser respeitadas, em caráter deontológico. Na perspectiva ontológica, a razão prática prevaleceu sob forma de concepção de justiça intrínseca ao ser humano, jusnaturalismo.^[12]

Com a teoria contratualista, há a idéia hipotética de passagem de um estado da natureza para a sociedade civil, por meio do contrato social. O contrato social seria instrumento

pelo qual a sociedade define as instituições e estabelece parâmetros internos, além de orientar a distribuição de riquezas. Então seriam dois os elementos essenciais para institucionalização da sociedade civil, por meio do contrato social: existência de posição original, formada por particulares, pessoas racionais; e, consenso, mediante a idéia predominante de outorga de poderes a ente supra-sensível com representatividade.[13]

A existência de um Estado passou a ser justificada pela idéia de renúncia parcial da liberdade em privilégio da sociedade. Não se pode olvidar que a definição do Estado como ente soberano estabelece restrições a antigos direitos naturais. Dessa forma, a questão essencial passa a ser a influência do direito natural no estado civil organizado.[14]

Diferentemente do parâmetro medieval e clássico, em que o problema da lei formalizada estaria relacionado à efetividade, em face da perspectiva ética, as teorias modernas já estabelecem diretamente a influência ética, por meio do jusnaturalismo. O conflito moderno seria entre o contrato social e o jusnaturalismo.[15]

Para Hobbes o contrato social seria necessário para proteção da vida. A vida deveria ser protegida do próprio ser humano, em razão da permanente vocação humana de destruição do próximo. Caso houvesse respeito mútuo, diferente da realidade observada, o Estado Natural seria perfeito, de sorte a sociedade civil organizada jamais existiria. Entretanto, a sociedade organizada é necessária, em razão das características inerentes ao próprio ser humano.[16]

Verifica-se em Locke a institucionalização da sociedade civil com a finalidade de proteger os particulares em face de incertezas, razão pela qual há garantias, em privilégio de vantagens já estabelecidas. A prioridade da legislação estaria na proteção de fundamentos anteriores ao próprio direito natural.[17]

Para Rousseau haveria a necessidade de concessão de parte da liberdade, de cada membro da coletividade, em benefício da constituição da sociedade civil. O que caracteriza o estado civil é a restrição da liberdade individual, cedida pelo particular em benefício de toda coletividade. O fator determinante seria o consenso, em que a estrutura estatal seria resultado da coletividade.[18]

A influência ética sempre determinou a aplicação concreta da legislação, tendo em vista as relações sociais concretas, desde o período clássico. Entretanto, observou-se na modernidade, principalmente em Hobbes, um respaldo legalista para incidência do direito, ou seja, a legislação concreta determinou a regulamentação das relações concretas[19]. Para Hobbes a lei é de orientação determinante, que não admite qualquer influência prática, ou observância ética.

Destaca-se aproximação entre Hobbes e Locke, em razão do pressuposto de proteção incondicional da vida. Tanto que o próprio fundamento inicial de Locke seria a vida como propriedade. A impossibilidade de escravidão, assim como possibilidade de concessão de membros do corpo, ou qualquer forma de domínio em face da vida ou dignidade alheia estaria evidenciada, sob fundamento de que ninguém poderia conceder poderes de que dispõe. [20]

Como conclusão, a regulamentação formal das relações sociais concretas, a partir do contrato social, é observada de forma simples. A necessidade de proteção individual de todos os particulares, bem como a valorização de modelo que privilegiasse o direito natural, tinha fundamento na própria razão de ser da lei. A função exercida pela norma positiva seria a própria proteção do direito natural.^[21]

2.2 ENTRE KANT E KELSEN

Para estudo e definição de qualquer parâmetro normativo, um dos elementos mais importantes é a liberdade do particular em estabelecer as relações sociais. A partir da liberdade, e das relações sociais preestabelecidas, pode-se especular acerca da incidência normativa, tendo em vista a conduta do indivíduo. Entretanto, não é imprescindível a existência formal de norma de regulamentação, pois são identificados padrões baseados em razão eminentemente prática, que estabelecem normas obrigatórias ao indivíduo.^[22]

Assim, a liberdade é aduzida como elemento essencial, identificado por Immanuel Kant, para a razão prática. Kant identifica uma causa legisladora universal, também, determinante do livre-arbítrio, observada como elemento determinante da vontade. Conseqüentemente, trata-se de orientação de natureza normativa não institucionalizada e de atenção efetivamente obrigatória.^[23]

É antiga a concepção acerca da desnecessidade de legislação, uma vez que há autorregulamentação da relação social. Assim, apresenta-se a questão: até que ponto a norma de natureza moral deve ser levada em consideração? Na teoria de Kant, a norma moral é de cumprimento obrigatório^[24] e atenção incondicional, ou seja, a razão prática pode ser definida como elemento determinante da conduta, tendo em vista leis morais universais.^[25]

O objetivo da legislação formalizada está na solução de conflitos, tendo em vista necessidade de prevenção quanto à circunstância fática, a partir de previsão específica e solução coerente^[26]. Cada situação de fato está diretamente relacionada à norma específica. Em razão da imperfeição da forma como as relações sociais são desenvolvidas surge à necessidade da lei, e uma segunda questão seria: a lei adequada seria de natureza kantiana; ou, seria a lei um mal necessário.

A função da lei é servir de parâmetro para decisão judicial, em face da concretude das relações sociais, de forma que na ausência de lei específica cabe ao juiz descobrir o direito adequado^[27]. Dessa forma, a importância da legislação está relacionada a parâmetros, tendo em vista a necessidade de incidência e o fato concreto.

Tanto que a conduta definida pela lei é ideal, sem relação com o fato concreto, pois se trata de avaliação quanto ao valor moral, sem relação alguma com resultado específico encontrado, ou eventual expectativa. A lei se manifesta como elemento anterior ao ato. A conduta ideal do ser humano não pode ser avaliada pelo resultado, nem pelos parâmetros ideais positivados.^[28]

Então, do ponto de vista teórico, a existência do direito positivo manifesta-se como desnecessária, pois o comportamento é determinado por uma lei moral universal, em que a vontade máxima de todo ser racional se converge para o bem comum.^[29]

A questão essencial do direito é a coação, em privilégio da própria sociedade, a partir do momento que a instituição do poder judiciário é levada para solução de conflitos entre particulares[30]. Entretanto, o que é exigido do ser humano no caso concreto é de constatação complexa, visto que a verificação adequada quanto à conduta estaria relacionada a elementos intrínsecos ao fato.

A evolução do direito impõe atuação estatal para solução de conflitos entre particulares, mediante poder jurisdicional, inserido na sociedade de forma determinante.[31] Assim, a evolução do direito tem fundamento em critério moral, mas – de forma contraditória – na prática se baseia em soluções racionais alheias à expectativa ética.

O “ser” (fundamentado nas relações sociais concretas) e o “dever ser” (imposição legalista do ordenamento jurídico) apresentam-se como dois lados da mesma moeda, em que, no momento inicial, a legislação aparece com a finalidade de realizar a estabilidade das relações sociais[32]. No entanto, na prática, evoluem em direções distintas, e determina dupla instabilidade no ordenamento jurídico, senão vejamos: em primeiro lugar o “dever ser” é frágil por não atender às expectativas sociais concretas, em razão da constante evolução social; em segundo lugar, as relações sociais estão em crise, e a solução ideal muitas vezes não pode decorrer da expectativa ética em razão da prática de atos viciados.[33]

Dentro da estrutura apresentada, qual seria a função da lei formalizada? A lei está relacionada à capacidade racional do ser humano[34], de forma a estabelecer um parâmetro ideal de determinação e orientação de conduta nas relações sociais. A lei formalizada, portanto, seria de incidência específica, após verificação concreta da expectativa social, tendo em vista associação da lei ao fato encontrado, de modo a não privilegiar, de forma incondicional, a lei; nem, exclusivamente, o aspecto ontológico da sociedade, isto é, deve ser buscado o conteúdo ideal da norma, por meio de trabalho reconstrutivo do direito, apresentado a seguir.

3 O PARADIGMA ATUAL DO DIREITO

O que determina a estrutura social, tanto no que tange à legislação, quanto em relação à interação social, é a comunicação[35]. A comunicação estabelece conexão entre as pretensões, bem como se torna instrumento inicial para reivindicar. Toda realização social se implementa a partir da comunicação. Então, trata-se da comunicação como reconstrução da sociedade, a partir das prioridades desenvolvidas e estabelecidas, politicamente, ou não.[36]

O aspecto comunicativo é essencial, em razão de uma interação lógica, a fim de que se reconstrua permanentemente a realidade social. A questão é estabelecer a diferença entre esta e o aspecto legislativo, para que haja aplicação específica de acordo com parâmetros que apresentem soluções ideais a cada caso particular. Tal perspectiva não está restrita ao legislador e tampouco ao julgador, mas à sociedade, dentro de parâmetro epistemológico.[37]

Então, a conduta do indivíduo é associada a um agir estabelecido por meio de interação entre os demais membros da coletividade (ou grupo), os quais estabelecem uma prática momentânea, tendo em vista o parâmetro ideal encontrado na sociedade[38]. O parâmetro é estabelecido para determinada circunstância, para o dado momento e

submete o indivíduo a um resultado específico, como determinação de conduta também específica.

A constituição do grupo ocorre, de forma que a influência exercida no indivíduo é resultado estabelecido coletivamente. A influência da coletividade é determinante nas pessoas de convívio particular, na estrutura de cada familiar ou na religião. Constatação essa evidente, afinal, os valores sociais são inseridos coletivamente, com determinação de padrões éticos.[39]

Os grupos se tornam elementos de definição do indivíduo, em meio à sociedade. A identidade de interesses e as limitações estabelecidas determinam aproximações informais entre membros da sociedade, de forma que a determinação da existência de grupos se dá com a identidade de interesses, ainda que estabelecida por pessoas de realidades distintas.[40]

A organização de grupos pressupõe ente complexo, cujo aparato de representatividade não é definido de forma direta, sobretudo em razão da dificuldade da manutenção dos interesses de cada membro. Trata-se de ente inconstante e de difícil governo, com representatividade quase impossibilitada.[41]

Ademais, as massas são destituídas de raciocínio, pois agem pelo inconsciente, em meio à crença, que determina a própria conduta, ou seja, não é necessária a verdade, mas apenas a fé. Como consequência, é verificada a intolerância, como característica da organização coletiva. Como segunda consequência, da ausência da razão, a autoridade na estrutura do grupo define a autoridade e a conduta da massa, não por meio da repressão, mas pelo exercício da autoridade, a partir da expectativa de força. A possibilidade de suprimir a reivindicação é elemento essencial para se aferir a capacidade da massa, que é ente descontrolado que não necessariamente se compromete com a virtude.

Logo, a legislação é de aplicação condicionada a diversos fatores, principalmente no que tange às organizações coletivas, de modo que a simples existência da legislação não significa nenhuma norma imperativa. A eficácia da lei exige uma interação social, ainda que mínima. A verdade é que a legislação decorre de um procedimento de autodeterminação, cujo papel do cidadão é definitivo e determinante, por meio do fator comunicação.[42]

A partir deste tópico, afirma-se a participação ativa dos membros da coletividade, tanto na construção da legislação, quanto na incidência efetiva de cada lei existente. O indivíduo, os grupos e a coletividade tornam-se determinantes na realização política, em razão de dois únicos fatores: a identidade de interesses, em que há a definição e extensão de determinada coletividade; e a comunicação que estabelece identidade entre indivíduos, grupos e coletividade.

3.1 TEORIA ARGUMENTATIVA

A incidência da lei não corresponde à atividade de criação, mas da descoberta de um direito existente. Não cabe ao aplicador atividade inovadora, mas apenas estabelecer relação entre os diversos discursos e as oportunidades legais. Assim, os direitos implícitos devem ser observados e descobertos pelo aplicador.[43]

A definição da norma também não se apresenta tão-somente após a mera existência formal. A observação da estrutura argumentativa é relevante, para observação da convicção social em caráter coletivo, de incidência da norma, por meio da adaptação do “dever-ser” ao “ser”, ou seja, a partir das convicções internas, estabelece-se o conteúdo normativo, a partir da convicção social exteriorizado pela razão prática.[44]

A observação da teoria argumentativa se dá tanto na expectativa imediata, quanto em relação à orientação das premissas. Trata-se de dupla justificação estabelecida não apenas pelo encadeamento lógico imediato das diretrizes particulares envolvidas, como também pela adaptação sistemática, no sentido de corresponder também a fatores externos, bem como ao próprio ordenamento jurídico.[45]

A justificação interna decorre da própria estrutura argumentativa, tendo em vista os pressupostos legais observados em caráter formal. A estrutura argumentativa é orientada pelas bases e fundamentações já existentes, de modo que internamente se trata da concretização dos requisitos já apontados.[46]

A teoria da argumentação interna à dogmática do direito tem função de estabilização, tendo em vista considerações racionais de solução imediata. Entretanto, tal consideração afasta a ética universal, bem como o pressuposto de justiça, em privilégio a soluções dogmáticas, que seriam observados pela justificação externa.[47]

A estrutura argumentativa tem a finalidade de estabelecer equilíbrio entre justificação interna e externa, de sorte que haja observância da expectativa coletiva, por meio da incidência de uma ética universal, que não mais é que a adaptação da moral universal kantiana em caráter coletivo. O que determina a incidência do princípio universal é justamente a justificação interna e externa da estrutura básica do argumento jurídico.[48]

A imputação da norma válida pressupõe o atendimento particular, por meio de comportamento espontâneo. Assim, a norma afastada da perspectiva ética pode não ter validade[49], por ser norma alheia ao comportamento particular, definido pela moral. Mas a questão não se esgota no comportamento voluntário do particular, a partir do momento que existe uma lógica específica, tendo em vista razão comunicativa, de forma a estabelecer o comportamento considerado adequado.

3.2 O LEGISLADOR PODE ALTERAR COSTUME POR MEIO DE LEI?

É evidente que determinadas orientações normativas não são aplicadas, por inequívoca vontade dos membros da sociedade. Muitas leis são aprovadas sem expectativa real de coação, uma vez que são consideradas injustas. A questão do descumprimento voluntário de lei corresponde à desobediência civil.[50]

A desobediência civil decorre de convicção da sociedade em não se submeter à determinada orientação legal, na qualidade de comportamento consciente, o que não constitui ameaça ao Estado, de modo que, em que pese violação da lei, a estrutura do Estado permanece a mesma. A desobediência civil decorre de um sentimento social contrário aos parâmetros legais, exteriorizado por comportamento específico de não atendimento de orientação legal.[51]

A desobediência civil é resultado de conjunto de fatores, definidos coletivamente, pela auto-organização social. A construção dos fatores inerentes à expectativa normativa está associada à inserção do indivíduo em coletividade, em ambiente instável de permanente reconstrução, em razão da coletividade.[52]

Dessa forma, a orientação normativa decorre da concretização das relações sociais, por meio de reconstrução dos valores sociais observados em dois momentos: o primeiro, do indivíduo, enquanto membro da coletividade; o segundo, da coletividade a partir da interação dos diversos indivíduos. A conduta observada pelo indivíduo – como obrigatória - não possui subordinação em relação à legislação existente, em razão de uma perspectiva cultural.[53]

A esfera pública, assim, não dispõe de liberdade na elaboração de instrumentos normativos, nem autonomia de controle e regulamentação do comportamento social. A legislação é construída por processo complexo, em que há a captação de determinado problema na sociedade, tendo em vista processo comunicativo. A captação do problema, por parte da estrutura política, determina atuação governamental.[54]

Então, duas são as questões: a legislação é determinada pela sociedade, a partir da interação dos indivíduos entre si, em grupos; a legislação é resultado do valor de aspecto ontológico inerente às relações sociais concretas. É fato que caso a legislação não corresponda às pretensões sociais, não disporá de aplicação efetiva; da mesma forma, toda legislação existente é interpretada de forma a extrair um conteúdo específico, capaz de atender às expectativas sociais.[55]

Chega-se ao ponto objeto de discussão: o legislador pode estabelecer novo parâmetro de comportamento, por meio de lei? De forma autônoma é evidente que não, mas a partir de parâmetros comunicativos, o legislador pode identificar determinado problema inserido na sociedade e propor inovação legislativa. Como consequência, a sociedade, que antes vislumbrava a faculdade de agir de forma diversa, passa a seguir a referida inovação.[56]

O legislador não pode alterar a relação social concreta, uma vez que à expectativa da coletividade representa poder soberano. De fato as opiniões das massas determinam a própria capacidade de atuação por parte do Estado, de modo que tanto as leis quanto as realizações, na esfera política, devem corresponder aos interesses delas.[57]

Inicialmente, a dificuldade conceitual estaria na identificação do agir comunicativo, razão comunicativa, que não estabelece liame entre a norma e a moral, apesar de estar situado entre o direito e a moral, tendo em vista o poder democrático. O agir comunicativo se encontra nos discursos inseridos na sociedade, em que, a partir da identificação dos diversos discursos formadores de opinião, serão estabelecidos parâmetros de decisão, com valorização da expectativa democrática.[58]

O agir comunicativo[59] seria um valor central, entre o direito e o contexto social, que estabelece reconstrução de interesse, tendo em vista observação de problema específico. Assim, é identificado determinado fato, bem como a respectiva valoração ideal, por meio de uma solução legal. A partir de tal estrutura Habermas observa a relação entre a legislação existente e o agir comunicativo, que resulta na “tensão validade facticidade”.

A solução adequada dos conflitos decorre de método procedimental que o julgador adota, no interesse de particulares dos membros da sociedade (coletividade). É verificado um método racional em que um funcionário da administração exerce atribuições com poder de decisão. Mas o poder do julgador é submetido a limitações, de acordo com aspectos baseados na legitimidade, esta é orientada pela “tensão validade facticidade”.[60]

Da mesma forma em que o julgador não aplica indistintamente toda e qualquer orientação normativa, por limitação ontológica, determinada lei pode alterar o próprio aspecto ontológico, caso a inovação legislativa corresponda à expectativa social definida em campo discursivo, ou seja, uma inovação legislativa pode estar de acordo com o bem comum, e determinar mudança no próprio aspecto ontológico, alterando o costume. Diante do exposto, defende-se a tese de que o legislador pode alterar costume por meio de lei.

3.3 APLICAÇÃO PRÁTICA

A questão apresentada versa acerca dos limites de atuação do legislador. Em um primeiro momento é observado que a incidência da lei não é definida tão-somente pela existência formal, uma vez que inúmeros fatores são determinantes na incidência concreta. Em um segundo momento, é afirmado que o legislador pode, por meio da lei, alterar costume.

Quanto ao poder do legislador, indicado no parágrafo anterior, afirma-se que a inovação legislativa pode determinar mudança do aspecto ontológico. Inicialmente, observa-se que até o ano de 1997 [61], no Brasil, não havia preocupação quanto à necessidade de dirigir com o uso de cinto de segurança, de modo que a legislação interna assim passou a regulamentar. O uso do cinto de segurança, na condução de veículos, passou a ser privilegiado em razão do reconhecimento interno de bem comum.

Posteriormente, a legislação de trânsito foi alterada novamente [62], com a proibição de condução de veículos automotores após ingestão de álcool, bem como obrigatoriedade de teste do “bafômetro” para verificar o consumo de álcool. O não uso de álcool, em razão da condução de veículos automotores, tem sido observado como critério obrigatório de conduta. A proibição de álcool já é amplamente reconhecida em privilégio do bem comum. Destaca-se que o próprio judiciário admite as diretrizes da “lei seca” em caráter incondicional. [63]

Dessa forma, é possível alteração de costume por meio de inovação legislativa, por parte do legislador, conforme se observa nos exemplos acima indicados. Se por um lado a incidência da lei não se dá de forma incondicional; por outro, é possível uma lei alterar o próprio aspecto ontológico, e elidir a permanência de costume observado socialmente.

CONCLUSÃO

A partir da presente dissertação, apresentam-se as conclusões abaixo relacionadas.

1 A razão prática apresentada por Aristóteles indica norma de conduta, definida pelo ser humano racionalmente, observada como direito natural.

2 Com o positivismo jurídico, permanece a influência do direito natural, agora jusnaturalismo, que passa a exercer influência determinante no comportamento individual.

3 A legislação é observada como regulamentação de conduta, de modo que não há aplicação irrestrita. A incidência de normas em geral decorre de um conteúdo observado nas relações sociais concretas, isto é, a existência formal de uma lei não é elemento suficiente para determinar efetividade.

4 Da mesma forma que a legislação encontra na relação social concreta um limitador, no que tange à efetividade, o legislador, a partir da percepção das expectativas sociais, pode alterar costume, por meio da lei, de modo que a inovação legislativa - conforme observado no presente trabalho - pode alterar costume.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Livre-Arbitrio*. Tradução: Nair de Assis Oliveira. 2ed. SP: Paulus, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

AMARAL, Gisele. *Sentido Espiritual de Lei em Filo de Alexandria*. Em torno da Metafísica. Organização: Marta Luzie de Oliveira Frecheiras e Márcio Petrocelli Paixão. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 1ª Parte da 2ª Parte. Tradução: Alexandre Corrêa. Rio Grande do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourença de Brindes, 1980.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Política*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Tradução: Janete Melasso Garcia. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL [LEI N. 11.705 \(2008\)](#). *Lei Federal Ordinária n. 11.705 (2008)*. Brasília: Senado, 2008.

BRASIL [LEI N. 9.503 \(1997\)](#). *Lei Federal Ordinária n. 9.503*. Brasília: Senado, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREUD, Sigmund. *Psicologia de Grupo e Análise do Ego (1921). Além do Princípio de Prazer, Psicologia de Grupo e outros Trabalhos*. Tradução: Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. 1v. 2ed. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005.

GÜNTHER, Kaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003.

HOBBS, Thomas. *Diálogos entre um Filósofo e um Jurista*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Leopoldo Holzboch. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LE BON, Gustave. *Psicologia das Massas*. Tradução: Rosária Morais da Silva. Lisboa: Ésquilo, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RAWLS, John. *Uma Teoria e Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22 ed. rev. amp. São Paulo: Cortez, 2002.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução: Rigis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. 2v. São Paulo: UnB, 2004.

[1] Gisele AMARAL. *Sentido Espiritual de Lei em Filo de Alexandria*. Em torno da Metafísica. Organização: Marta Luzie de Oliveira Frecheiras e Márcio Petrocelli Paixão. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001. p. 119: “(...) os homens ‘não precisavam de leis e sequer conheciam a escrita’(...) a ausência de lei escrita nos remete igualmente a um tempo longínquo em que os homens eram pouco numerosos e que, sem conhecerem a inveja nem a disputa, viviam como pastores nas montanhas (...) sentido de uma distribuição equilibrada, portanto, justa.”

[2] *Ibidem*. p. 120: “(...) natureza não pertencendo, por isso, a nenhuma legislação tipicamente humana. (...) hábito de uma comunidade não havia ainda a necessidade de transformar numa ‘lei escrita’. (...) costumes de um povo funcionavam como ‘leis intermediárias’ entre as leis escritas’, já promulgadas, e as leis que ainda viriam a sê-lo. A obediência a essas leis dava-se, por conseguinte, de maneira voluntária.(...)”

[3] ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 82: “(...) o homem ideal, tal qual as outras pessoas virtuosas, dá tendo em vista o que é nobre, e dá como deve, pois o faz às pessoas certas, as quantias que convém e no momento devido, com todas as condições que acompanham o ato de dar acertadamente.” (p. 82)

[4] *Ibidem*. p. 41: “(...) os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem. Esse é o propósito de todos os legisladores, e quem não consegue alcançar tal meta, falha no desempenho de sua missão, e é exatamente neste ponto que reside a diferença entre a boa e a má constituição”

[5] *Ibidem*. p. 46-47: “(...) não somos chamados bons ou maus por causa das nossas paixões, e sim por causa das nossas virtudes ou vícios; e não somos louvados ou censurados por causa das nossa paixões (...) a virtude do homem também será a disposição que o torna bom e que o faz desempenhar bem a sua função (...)”

[6] *Ibidem*. p. 49: “(...) A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática.”(p.49)

[7] *Idem*. *Política*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 14: “(...) O que, especificamente, diferencia o homem e que ele sabe distinguir o bem do mal, o justo do que não o é, e assim todos os sentimentos dessa ordem cuja comunicação forma exatamente a família do Estado.

Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte. Levantai a todo: dele não restará nem pé nem mão senão no nome, como se poderá afirmar, por exemplo, que a mão separada do corpo senão pelo nome. Todas as coisas são definidas pelas suas funções; e desde o instante em que elas venham a perder os seus característicos, não mais se poderá afirmar que são as mesmas; somente ficam entendidas sob a mesma denominação. De maneira evidente, o Estado está na ordem da natureza e antecede ao indivíduo; pois, se cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente, o mesmo modo acontecerá com as partes em relação ao todo. Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado - é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim com que todos os homens se associem. Ao que primeiro estabeleceu essa fórmula se deve o bem maior; pois se o homem, chegado à sua perfeição, é o mais ímpio e o mais feroz de todos os entes vivos; não sabe, para sua vergonha, mais do que amar e comer. A justiça constitui a base da sociedade. Dá-se o nome de julgamento à aplicação do que é justo.”

[8] Santo AGOSTINHO. *Livre-Arbítrio*. Tradução: Nair de Assis Oliveira. 2ed. SP: Paulus, 1995. p. 75: “Assim, quando deus castiga o pecador, o que te parece que ele diz senão estas palavras: ‘Eu te castigo porque não usaste de tua vontade livre para aquilo a que eu o concedi a ti’? Isto é, para agires com retidão. Por outro lado, se o homem carecesse de livre-arbítrio da vontade, como poderia existir esse bem que consiste em manifestar a justiça, condenando os pecados e premiando as boas ações: Visto que a conduta desse hoem não seria pecado nem boa ação, caso ao fosse voluntário. Igualmente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o hoem não fosse dotado de vontade livre. Ora, era preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja fonte é Deus.”

[9] Tomás de AQUINO. *Suma Teológica*. 1ª Parte da 2ª Parte. Tradução: Alexandre Corrêa. Rio Grande do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourença de Brindes, 1980. p. 1745: “(...) os homens são bons pela virtude, que torna bom quem a tem, como diz Aristóteles. Ora, a virtude do homem, vem-lhe de Deus, que a produz em nós, sem nós, como se disse a propósito da definição da virtude. Logo, não compete à lei tornar os homens bons.”

[10] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. SP: Martin Claret, 2004. p. 104: “um homem somente é perfeito quando está de acordo com a sabedoria prática e com a virtude moral, pois esta faz com que nossa objetividade seja certa, e a sabedoria prática, com que escolhamos os meios certos”

[11] Ibidem. p. 125: “...toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. (...) quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.”

[12] Norberto BOBBIO. *Locke e o Direito Natural*. Tradução: Sérgio Bath. Tradução: Janete Melasso Garcia. Brasília, 1997.

[13] John RAWLS. *Uma Teoria e Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12: São esses princípios que

peçoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição original de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer.”

[14] Norberto BOBBIO. *Locke e o Direito Natural*. Tradução: Janete Melasso Garcia. Brasília: UnB, 1997. p. 95: “(..) a razão fundamental da passagem do estado natural ao estado civil é a renúncia às disposições sobre as coisas indiferentes e a sua atribuição ao soberano, sem qualquer limite e, portanto, sem a sobrevivência dos direitos naturais.”

[15] Ibidem. p. 151: “A teoria política de Locke é um monumento levantado às leis naturais que presidem à formação das principais instituições, regulamentando a vida do homem, e das quais as leis positivas não passam de um reflexo.”

[16] Ibidem. p. 171: “Se os homens fossem como deveriam ser, o estado da natureza seria o estado perfeito; não necessitaríamos de outro. Mas, como os homens são como são, o estado da natureza degenera-se em um estado de convivência miserável e precária, sendo necessário, se não extingui-lo, pelo menos corrigi-lo.”

[17] Norberto BOBBIO. *Locke e o Direito Natural*. Tradução: Janete Melasso Garcia. Brasília: UnB, 1997. p. 232: “Ora, como o poder civil é um poder derivado – ao contrário do que acontece com o poder sobre as coisas, que é originário -, seu conteúdo não pode exceder o que está contido nos poderes naturais do homem que vive no estado da natureza. Em consequência, enquanto resultante da renúncia dos poderes naturais, o poder civil transforma-se na confluência dos dois poderes naturais transferidos do indivíduo para o corpo político.”

[18] Jean-Jacques ROUSSEAU. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 35: “(..) o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. (...) nossas compensações, cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral; e a possessão, que é só efeito da forma, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo.

(...) ajuntar à aquisição do estado civil a liberdade moral, que só o faz o homem verdadeiramente senhor de si; pois o único estímulo do apetite é a servidão, e a obediência à lei prescrita é liberdade: mas já falei muito acerca desse artigo, e não é de meu presente assuntos o sentido filosófico da palavra liberdade.”

[19] Thomas HOBBS Malmesbury. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Paulo e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 105: “O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmo sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela misera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível, capaz de os manter em

respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto.”

[20] John LOCKE. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 36: “(...) o homem não tem poder sobre a própria vida, não tem autoridade, por pacto ou por consentimento, de escravizar-se a quem quer que seja, nem se colocar sob o poder arbitrário absoluto e outrem, que lhe tome à vida a seu bel-prazer. Ninguém pode dar mais poder do que possui; e quem não pode tirar de si a própria vida não pode conceder qualquer poder sobre ela.”

[21] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 126: “(...) o contrato social é um ‘fim em si mesmo’. Pois ele fundamenta ‘o direito dos homens (a viver) sob leis coercitivas públicas, através das quais pode ser determinado a cada um o que é seu e assegurado contra a usurpação por parte de todos os outros’ (...) o contrato social não tem, por sua natureza, um conteúdo especial, pois ele constitui em si mesmo o modelo para uma socialização sob domínio do princípio do direito (...)

(...) o contrato social serve para a institucionalização do direito ‘natural’ a iguais liberdades de ação subjetivas.”

[22] Immanuel KANT. *Crítica da Razão Prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 29: “(...) as leis práticas referem-se exclusivamente à vontade, sem ter em conta o que é feito pela sua causalidade, podendo-se abstrair-se dessa causalidade (como pertencente ao mundo sensível) para ter puras essas leis práticas.”

[23] Ibidem. p. 44: “Ora, convenhamos: é inegável que todo querer deve ter também um objeto, por conseguinte, uma matéria; mas nem por isso constitui o princípio de determinação e a condição da máxima; porque, se o fosse, ela não poderia representar-se na forma legisladora universal, pois, nesse caso, a esperança da existência do objeto seria a causa determinante do livre-arbítrio e, como fundamento do querer, deveria pôr-se a dependência da faculdade de desejar relativamente à existência de alguma outra coisa qualquer, dependência esta que só pode ser buscada em condições empíricas, não podendo, por isso, conferir fundamento a uma regra necessária e universal.”

[24] Immanuel KANT. *Crítica da Razão Prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 47: “A lei moral, entretanto, ordena a cada um a mais pronta obediência. Dessa forma, o juízo do que cumpre fazer, de acordo com ela, não deve ser tão difícil que entendimento mais comum e menos exercitado não seja capaz, mesmo sem ter conhecimento do mundo.”

[25] Ibidem. p. 28: “(...) princípios da determinação da vontade, os princípios que são feitos para si mesmo nem por isso constituem ainda leis, às quais inevitavelmente se estaria submetido, porque a razão na ordem prática refere-se ao sujeito, isto é, com a faculdade de desejar, segundo cuja constituição especial a regra pode se estabelecer por muitos modos. A regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação como meio para o efeito, considerando como intenção...Entretanto, para um ser no qual a razão não é o único princípio da determinação da vontade, essa regra é um imperativo,

ou seja, é uma regra designada por um dever...que exprime a obrigação...objetiva da ação, e significa que, se a razão determinasse completamente a vontade, a ação ocorreria inevitavelmente conforme tal regra. Assim, os imperativos têm um valor objetivo e são inteiramente distintos das máximas, enquanto estas são princípios subjetivos. Os imperativos determinam ou as condições da causalidade do ser racional como causa eficiente, unicamente em consideração do efeito e capacidade para produzi-lo, ou então determinam apenas a vontade, seja ou não ela suficiente para o efeito. Os primeiros seriam imperativos hipotéticos e conteriam simples preceitos de habilidade (...); os segundos, ao contrário, seriam categóricos e unicamente leis práticas. Assim, as máximas certamente são princípios (...), mas não imperativos. Porém, os próprios imperativos, quando condicionados, isto é, quando não determinam a vontade apenas como vontade, mas somente em vista de um efeito desejado, ou seja, quando são imperativos hipotéticos, constituem sem dúvida preceitos práticos, mas não leis.”

[26] Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5: “(...) o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida.”

[27] *Ibidem*. p. 5: “(...) A lei aplica-se a todas as questões jurídicas para as quais contenha, segundo a sua letra ou a sua interpretação, um preceito (...) deve o juiz decidir de acordo com o direito consuetudinário e, na falta deste, segundo a norma que ele, como legislador, teria elaborado”.

[28] Immanuel KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Leopoldo Holzboch. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 28: “(..) o valor moral da ação não reside no efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio da ação que precise tomar seu fundamento determinante nesse efeito esperado. Pois todos esses efeitos (o agrado do estado próprio, ou inclusivo o fomento da felicidade alheia) poderiam ser alcançados também por outras causas, e para tal não precisaria, portanto de um ser racional, em cuja vontade, e somente nela, se pode encontrar o bem supremo incondicional. Por conseguinte outra coisa não há senão a representação da lei em si mesmo, a qual só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, o fundamento da vontade, podendo constituir o bem excelente a que chamamos moral, que se faz presente já na própria pessoa que age segundo essa lei, as que não se deve esperar de nenhum efeito da ação.”

[29] *Ibidem*. p. 29: “Mas qual pode ser essa lei, cuja representação mesmo sem tomar em consideração o efeito que se espera dela, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem a menor restrição? Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-lo do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa mais deve ser o único princípio da vontade, isto é: não devo agir de modo que possa desejar que minha máxima deva se converter em lei universal. Aqui é a mera legalidade em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas ações) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir como princípio, para que o dever não seja em qualquer parte ilusão vã e conceito quimérico; com isso, equilibra-se perfeitamente a comum razão humana em seus juízos práticos, e o citado princípio jamais deixa o seu campo de visão.”

[30] Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5: “(...) o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem cõo consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executada mesmo contra vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante emprego da força física, é o critério decisivo.”

[31] Ibidem. p. 6: “(...) uma pacificação da comunidade jurídica somente aparece numa estágio mais elevado da evolução jurídica, a saber, naquele estágio evolutivo em que a autodefesa passa a ser proibida, pelo menos em princípio, e, por isso, nos encontramos em face de uma segurança coletiva em sentido estrito.”

[32] Hugo GROTIUS. *O Direito da Guerra e da Paz*. 1v. 2ed. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 45: “(...) as leis foram inventadas pelo temor de ser vítima de uma injúria e que os homens se sentem impelidos por uma espécie de força para cultivar a justiça. (...) todos juntos predominam sobre aqueles aos quais cada um deles não seria capaz de resistir sozinho. (...) o direito é a vontade do mais forte. Isto quer dizer que o direito carece de seu efeito exterior se não tiver a força que lhe dê sustentação. (...)”

[33] Ibidem. p. 109-110: “(...) proclamar e relembrar os princípios do direito de natureza apagados por uma prática viciada.”

[34] Hans KELSON. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 6: “(...) 'norma' (...) significa que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira (...) conferem poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. (...) 'dever' é aqui empregado com uma significação mais ampla que a usual.”

[35] Martin HEIDEGGER. *A Caminho da Linguagem*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003. p. 7-8: “(...) a linguagem é o que faculta o homem a ser o ser vivo que ele é enquanto homem.

(...) A linguagem encontra-se por toda parte.

(...) a linguagem não significa tanto conduzir a linguagem, mas conduzir a nós mesmos para o lugar de seu modo de ser, de sua essência: recolher-se no acontecimento apropriador.”

[36] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 21: “(...) conceito de razão comunicativa que situo no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade.”

[37] Ibidem p. 23: “(...) Arrastada para cá para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada têm a dizer umas às outras. A tensão entre princípios normativos, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto.”

[38] Ibidem. p. 277: “(...) ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros.”

[39] Sigmund FREUD. *Psicologia de Grupo e a Análise do Ego*. Tradução de Chrisiano Monteiro Oiticica. Além do Princípio de Prazer, Psicologia de Grupo e outros Trabalhos. 18v. Rio de Janeiro: IMAGO, 1996. p. 81: “O indivíduo (...) cai sob a influência de apenas um só pessoa ou de um número bastante reduzido de pessoas, cada uma das quais se torna enormemente importantes para ela.”

[40] Gustave LE BON. *Psicologia das Massas*. Tradução: Rosária Morais da Silva. Lisboa: Ésquilo, 2005. p. 41-42: “(.) a sua organização varia não somente segundo a raça e a composição das colectividades, mas ainda segundo a natureza e o grau de excitantes a que são submetidas.

(...) o simples facto de serem transformados em massa dota-os de uma espécie de alma colectiva. Esta alma fá-los sentir, pensar e agir de uma forma totalmente diferente daquela que cada um deles, isoladamente, sentiria, pensaria ou agiria. (...) A massa psicológica é um ser provisório, composto por elementos heterogêneos unidos num dado momento, tal com as células de um corpo vivo formam através da sua união um novo ser que manifesta característica muitíssimo diferentes daquelas que cada umas das células possui.”

[41] Ibidem. p. 51: “Esta inconstância das massas torna a sua governação muito difícil, sobretudo quando uma parte dos poderes públicos já lhes caiu nas mãos.”

[42] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 20: “(...) O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos (...) o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediata através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo.”

[43] Günter KLAUS. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 410: “O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário, nem com uma intenção legislativa usurpadora. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é conseqüente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto, inacessíveis à alteração positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e consideração iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade. A competência de positivação normativa e a faculdade jurisdicional precisam, por sua vez, ser justificadas de novo à luz desse princípio, tal como as leis e os jurízos antecipados necessitam ser considerados ao decidir-se um caso isolado.”

Vide DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129: “Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípios, por um lado, e argumento de política (...) por outro.”

[44] Robert ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. p. 186: “Como já se apontou na discussão da relação entre uma teoria do discurso empírica e normativa, o problema principal da maneira da fundamentação empírica está na consideração de uma norma que rege de fato ou que corresponde às convicções realmente existentes, como racional. Aqui se trata de um caso especial da derivação de um dever-ser a partir de um ser. Esta derivação só poderia ser possível aceitando a premissa de que a práxis existente é racional.”

[45] Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164-165: “Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, cuja função e natureza são muito semelhantes ao conceito das características de um jogo. Eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta, como os conceitos de contrato e de propriedade. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância para a presente argumentação. O primeiro é a idéia de ‘intenção’ ou ‘propósito’ de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da idéia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos forem criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que ‘subjazem’ às regras positivas do direito, ou que nelas estão ‘inscritos’. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função ainda que muito especial, dos direitos políticos. Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico – isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema – ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos.”

Robert ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. p. 218: “Nos discursos jurídicos trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas. Podem distinguir-se dois aspectos da justificação: a justificação interna (internal justification) e a justificação externa (external justificatio). Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação, o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.”

[46] Robert ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild

Silva. São Paulo: Landy, 2008. p. 224: “As regras e formas descobertas até agora se referem à estrutura formal da fundamentação jurídica. O ponto decisivo é o da segurança da universalidade. Podem-se designá-las por isso como ‘regras e formas da justiça formal’.”

[47] Ibidem. p. 258: “(...) A função de estabilização se cumpre na medida em que, com a ajuda de enunciados dogmáticos, se fixam e se fazem, portanto, reprodutíveis, determinadas soluções a questões práticas. Isso é possível porque a dogmática opera institucionalmente. Dessa forma, podem estabelecer-se, durante longo tempo, determinadas formas de decisão. Isso é de considerável importância, levando em conta o amplo campo das possibilidades discursivas. Se se tivesse de discutir de novo a cada vez surgiria a possibilidade de que a cada vez – sem que se violassem as regras do discurso jurídico e do discurso prático geral – se alcançarem resultados diferentes. Isso contradiz o princípio da universalidade e, por isso, um aspecto elementar do princípio da justiça. A dogmatização do Direito, ou algo semelhante do ponto de vista da função de estabilização, é uma exigência que deriva de princípios práticos gerais.”

[48] Ibidem. p. 277: “(...) As regras e formas da justificação interna submetem-se ao princípio da universalidade (...) o que corresponde à sua subordinação ao princípio de justiça formal de tratar igualmente o igual. As regras e formas de justificação interna são a estrutura básica da argumentação jurídica. Com isso, o mesmo princípio constitui o fundamento tanto do discurso prático geral como do discurso jurídico.”

[49] Importante observar que não se discute uma perspectiva positivista, apenas há registro de que a lei não tem efetividade apenas por existir, em contrapartida afirma-se também que um comportamento social determinado pode ser alterado pela existência de uma norma legislada. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 130: “(...) um programa que dependa basicamente de princípios, como um programa contra a discriminação, pode refletir a idéia de que os direitos não são absolutos, e não vigoram quando suas conseqüências para a política pública forem muito graves (...)”

[50] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 170: “(..) Se um ato de desobediência civil pode alcançar seu objetivo sem punição, isso geralmente é melhor para todos os envolvidos.

(...) atos considerados como desobediência civil são efetivamente protegidos pela Constituição, ainda é viável quando os tribunais determinaram que esses atos não contam, a seu ver, com tal proteção.”

[51] John RAWLS. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 406: “(..) a desobediência civil é a expressão de convicção profundas e conscientes; embora possa avisar e admoestar, ela não constitui por si só uma ameaça.

(...) A lei é violada, mas fidelidade à lei é expressa pela natureza pública e não violenta do ato, pela disposição de aceitar as conseqüências jurídicas da própria conduta. Essa fidelidade à lei ajuda a provar para a maioria que o ato é de fato politicamente consciente e sincero, e que intencionalmente se dirige ao senso de justiça do público.”

[52] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 59: “A teoria do pluralismo já tornara como base um conceito empírista de poder. Para ela, uma compreensão instrumentalista da política, segundo a qual o poder político e administrativo constituem apenas formas diferentes de manifestação do poder social, forma o elo entre o modelo liberal de democracia, introduzido acima, e a realidade social.”

[53] Ibidem. p. 61: “(...) a teoria do sistema elimina os derradeiros laços do modelo normativo que servira de ponto de partida, limitando-se essencialmente aos problemas de regulação de um sistema política declarado autônomo e reassumindo os problemas da velha teoria do Estado (...) uma racionalidade auto-reflexiva da regulação, que corrói o conteúdo normativo da democracia, permitindo apenas uma distribuição alternada do poder entre governo e oposição.”

[54] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2v. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003. p. 97: “(...) captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas. (...) pelo aparelho do Estado, de cuja regulação dependem os sistemas de funções sociais, que são complexos e insuficientemente coordenados. (...) uma linguagem existencial, na qual é possível equilibrar, em nível de uma história de vida, os problemas gerados pela sociedade.”

[55] Ibidem. p. 105: “(...) na esfera pública liberal, os atores não podem exercer poder político, apenas influência. E a influência de uma opinião pública, mais ou menos discursiva, produzida através de controvérsias públicas, constitui certamente uma grandeza empírica, capaz de mover algo. (...) essa influência pública e política tem que passar antes da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção testada sob o ponto de vista de generalizações de interesses e capaz de legitimar decisões políticas. (...)”

[56] Ibidem. p. 146: “(...) só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos.”

[57] Gustave LE BON. *Psicologia das Massas*. Tradução: Rosária Morais da Silva. Lisboa: Ésquilo, 2005. p. 146: “(...) Hoje em dia, os autores perderam toda a influência e os jornais limitam-se a reflectir a opinião. Quanto aos homens de Estado, longe de a dirigirem, procuram segui-la. O seu medo da opinião chega por vezes ao terror e elimina qualquer tipo de constância na sua condução.

A opinião das massas tende pois a tornar-se cada vez mais o supremo regulador da política. Actualmente, chega mesmo a impor alianças, como o vimos no caso da aliança russa, que saiu quase exclusivamente de um movimento popular.”

[58] Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 21: “(...) o conceito de razão comunicativa que situo no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade (...) a razão prática adquire um novo valor hermenêutico. Não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral (...) ele se

transforma num fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores de opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito.”

[59] *Ibidem*. p. 24: “(...) a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso (...) A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade.”

[60] Max WEBER. *Economia e Sociedade*. Tradução: Rígis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. 2v. São Paulo: UnB. 2004. p. 100: “(...) influência das formas de demonação políticas sobre as qualidades formais do direito. (...) Quanto mais o aparato de dominação dos príncipes e hierarcas era de caráter racional, administrado por 'funcionários', tanto mais tendia sua nifluência (...) a dar à justiça um caráter racional quanto ao conteúdo e à forma (...) os interesses de sua própria administração racional lhes indicavam este caminho (...) onde se encontravam numa aliança com poderosos grupos de interessados no direito (...)”

[61] BRASIL. [LEI N. 9.503 \(1997\). Lei Federal Ordinária n. 9.503. Brasília: Senado. 1997](#): “Art. 65. É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN.

(...)

Art. 167. Deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança, conforme previsto no art. 65:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator.”

[62] BRASIL [LEI N. 11.705 \(2008\). Lei Federal Ordinária n. 11.705 \(2008\). Brasília: Senado. 2008](#): “Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da [Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997](#), que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da [Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996](#), que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do [§ 4o do art. 220 da Constituição Federal](#), para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.

Art. 2º São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

(...)

Art. 5º A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes modificações:

I - o art. 10 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXIII:

Art. 10.

.....

XXIII - 1 (um) representante do Ministério da Justiça.

.....' (NR)

II - o caput do art. 165 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

.....' (NR)

III - o art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.' (NR)

IV - o art. 277 passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 277.

.....

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.' (NR)

V - o art. 291 passa a vigorar com as seguintes alterações:

[‘Art. 291.](#)

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.’ (NR)

VI - o art. 296 passa a vigorar com a seguinte redação:

[‘Art. 296.](#) Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.’ (NR)

(...)

VIII - o art. 306 passa a vigorar com a seguinte alteração:

[‘Art. 306.](#) Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

.....
[Parágrafo único.](#) O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.’(NR)

Art. 6º Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac.

Art. 7º A Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º-A:

[‘Art. 4o-A.](#) Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção.’”

[63] “**HABEAS CORPUS: 0581/2008**”.

IMPETRANTE : BEL. CLAUDINEI DOS SANTOS PEREIRA

PACIENTE : CLAUDINEI DOS SANTOS PEREIRA

Vistos.

CLAUDINEI DOS SANTOS PEREIRA, brasileiro, divorciado, Advogado, qualificado no exórdio mandamental fl. 01, manejou ordem de *habeas corpus preventivo*, argumentando a existência de constrangimento ilegal imputando como autoridades coatoras os Srs. Secretário de Segurança Pública do Estado de Sergipe e Secretário Municipal de Transportes e Turismo.

Sustentou a impetração, em suma, que em virtude da vigência da Lei n.º 11.705/2008 que acrescentou diversos dispositivos no Código de Trânsito Brasileiro ‘...ferindo princípios basilares do Direito e da Justiça, atentando contra garantias e liberdades fundamentais.’ Nasceu para o paciente o constrangimento ilegal a ser remediado por esta via mandamental (fl. 02).

Alegou que ‘...as autoridades policiais de todo país estão obrigando cidadãos a soprarem um tal ‘bafômetro’, ao ensejo de verificarem se o mesmo bebeu em excesso, o que, no caso da lei poderá ser até licor de um bombomzinho comercial...’ (fl. 02).

O impetrante discorreu, em inúmeras laudas decalcadas da petição inicial da ADI 4103, sobre a inconstitucionalidade da Lei n.º 11.705/2008 frente ao art. 5º da *Lex Legum*, sobre a falta de razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sobre o princípio da intervenção mínima do Estado, a valoração dos princípios da isonomia e a individualização das penas.

Discorreu ainda que seria ‘...absurda punição contra aquele que se nega a produzir prova contra si mesmo...’, pois, em seu pensar, ‘...não pode permanecer em nosso ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, que viola a razoabilidade e a proporcionalidade, assim como o interesse público, pela afronta à cultura e aos costumes populares, absolutamente corriqueiros e lícitos.’ (fl. 13).

Ao fim, pugna pela concessão de liminar no escopo de não ser obrigado a se submeter ao teste do bafômetro, a comparecer à repartição policial ou Instituto Médico Legal para realização de exame de sangue e não seja lavrada a multa do art. 165 do Códex de Trânsito Brasileiro.

Tudo visto e examinado. Decido.

O *habeas corpus* deve atender certas condições para a adequação do manejo desse remédio heróico, tais como a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

Por medida de economia dissertativa, ater-me-ei apenas a um breve exame relativo à última das condições retromencionadas: o interesse de agir.

Se os pressupostos ao exercício desse instrumento de natureza garantística, de sede constitucional, concentram-se na infligência de uma concreta e possível ameaça ou

violação à liberdade de locomoção e seus desdobramentos por ilegalidade ou abuso de poder, ausentes tais elementos configuradores da violação do direito do pretense paciente, mingua-lhe o interesse de agir.

Intuo que estou a defrontar-me com essa hipótese de vacuidade de causa a substanciar a pretensão deduzida.

Se não, vejamos.

Prima facie, a exigência do aferimento via bafômetro a quem está conduzindo veículo automotor de via terrestre, promana do cumprimento da lei pelas autoridades e agentes administrativos encarregados da segurança do trânsito, a teor do quanto disposto na Lei. N.º 11.705/2008.

Ademais, se o condutor do veículo não aquiescer em submeter-se ao teste do bafômetro, não poderá ser fisicamente coagido a fazê-lo e, por isso mesmo, sua liberdade de locomoção não estará a sofrer nenhuma ameaça.

Se, por essa negativa poderá seu veículo ser apreendido, o será apenas enquanto não for apresentada outra pessoa, indicada pelo próprio pretense paciente, com carteira de habilitação, que poderá conduzir o veículo apreendido e neste abrigar o próprio ex-condutor do mesmo.

A insurgência quanto à pena pecuniária por não se submeter ao teste do bafômetro refoge à proteção pela via do habeas corpus.

Lei existe e as autoridades encarregadas de fazê-la cumprir agem no exercício regular de direito e se desincumbindo do dever imposto pela sua condição de agente público com o *munus* de realizar, administrativamente, a aplicação da lei.

Não há, pois, falar-se em ilegalidade ou abuso de poder por parte de quem cumpre apenas a lei, nos limites por ela estabelecidos.

Também não vejo como erguer-se qualquer barreira de natureza constitucional contra a mencionada lei cognominada de “Lei Seca”.

O seu fim social é elevadíssimo, buscando proteger o bem jurídico de maior importância: a própria vida e, ao protegê-la, realiza o caríssimo princípio fundamental de preservação da dignidade humana (art. 1º, III, CF), de exercício civilizatório a compor o princípio da cidadania (art. 1º, II, CF), inscrevendo-se a *mens legis* na busca da realização do objetivo fundamental da República que diz com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I CF).

Não colima, pois, a lei hostilizada limitar a liberdade de locomoção dos condutores de veículos; antes os protege e a terceiros contra eventuais sinistros que possam ocorrer não pela mínima quantidade de álcool acaso detectada por ocasião do eventual teste do bafômetro, mas por ulterior adição a esse teor étílico de outras doses capazes de metabolizar no organismo o efeito da substância ingerida, o que não me parece de remota plausibilidade.

É, portanto, de saudável prevenção que se cuida, em nome da preservação da vida.

Entre o desconforto de submeter-se a esse teste e o alcance social que o justifica, parece-me afastada a alegação de sacrifício desproporcional causado a condutor de veículo, nessas circunstâncias.

O bem a ser protegido nutre-se de tamanha carga axiológico-valorativa que, a meu ver, numa sociedade civilizada e num Estado Democrático de Direito, unge-se tal exigência, da benção consagrada à defesa do bem comum, notadamente quando esse bem defendido é a própria vida.

Na aplicação dessa lei, é inescindível, pois, a perspectiva do fim social ao qual ela se dirige incidindo, também, a inteligência do art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil.

A vida em sociedade supõe alguns incômodos ou mesmo sacrifícios individuais no interesse da sinergia social, do bem comum, do interesse público, da almejada paz social.

Imperiosa, portanto, a conscientização dos valores em nome dos quais são exigidos esses incômodos e esses sacrifícios cometidos ao indivíduo, para perquirir-se da sua legitimação pela ordem jurídica.

É que a colisão de princípios resolve-se na dimensão de valores.

Tenho como presente neste caso, a colisão entre o princípio da liberdade de conduzir veículo e a exigência do teste do bafômetro voltado para a proteção da vida, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da cidadania.

Nessa colisão, a supremacia da proteção desses outros valores enaltecidos pelos princípios constitucionais aqui reportados é inquestionável.

Vejo como oportuno o escólio de **Hélio Tornaghi**, lembrando o direito que:

‘...tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum, como foi mostrado no capítulo anterior. Podem eles recair sobre o patrimônio (impostos) podem consistir na prestação de serviços (jurados, testemunhas, soldados), podem até exigir o holocausto da própria vida (como no caso do militar que morre na defesa da Pátria). Ninguém diria que há injustiça em tudo isso, porque todos compreendem que esta abnegação é o preço da vida em sociedade e o homem somente na sociedade pode viver. Para o bem comum cada qual entra com uma parcela de si mesmo.’ (In, Instituições de Processo Penal, vol. 3, p. 177, Ed Saraiva, 2ª edição).

Com estas considerações, não vislumbrando qualquer ameaça na Lei n.º: 11.705/2008 ao direito de locomoção de qualquer condutor de veículo; igualmente, não descortinando ilegalidade ou abuso de poder por parte das autoridades apontadas como coatoras no eventual exercício de dar cumprimento à sobredita lei, observados seus limites, carece de interesse de agir.

Se, acaso houver abuso de autoridade no ato da diligência empreendida por tais agentes administrativos, sejam eles civis ou militares, somente quando concretamente plausível

tal procedimento irregular, admitir-se-á o manejo do remédio heróico, sob pena de, genérica e abstratamente, expedir-se salvo-conduto em face de uma mera possibilidade (não de uma probabilidade) de excesso cometido por qualquer agente público no exercício de suas funções.

Neste toar, imprescindível citar o Mestre Julio Fabbrini Mirabete, que descreve com maestria o significado da iminência de restrição ao direito de locomoção, *ad litteram*:

‘o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, de ameaça de prisão. Temor vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dá lugar a concessão de habeas corpus preventivo.’ (in, Processo penal. São Paulo, Atlas, 2000. 10ª ed. p. 714).

Avistando os pedidos supracitados, é de clareza solar que não há perspectiva de violação iminente ao *status libertatis* do paciente, pois o objeto aqui exposto não se afigura entre os tutelados por esta via estreita que visa, repise-se, proteger o direito de locomoção.

À evidência do exposto e sem mais delongas, **extingo o processo sem julgamento de mérito**, ante a ausência de interesse legítimo à utilização do remédio heróico reclamado.

Aracaju, 25 de julho de 2008.

DESEMBARGADOR NETÔNIO BEZERRA MACHADO

RELATOR”

UMA CONCEPÇÃO PÓS-ILUMINISTA DE RAZÃO NA REFLEXÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE O DIREITO MODERNO*

A POST-ENLIGHTENING CONCEPTION OF REASON IN THE CONTEMPORARY REFLEXION ON MODERN LAW

Guilherme Scotti

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discutir o sentido contemporâneo da idéia de razão, face às tentativas pós-modernas de sua superação, defendendo sua atualidade numa concepção pós-iluminista, especialmente no âmbito de racionalidade prática próprio do direito moderno. O potencial emancipatório dos princípios gerais e abstratos de liberdade e igualdade que irrompem com a modernidade pode ser resgatado numa leitura contemporânea que se aproprie das idéias de universalidade e racionalidade numa perspectiva intersubjetiva e dialógica, ciente da complexidade e dos riscos inerentes às suas concepções. Dessa forma a noção de progresso pode ser relativizada, de forma a se evitar a falácia-naturalista, e resgatada como elemento de compreensão de uma história evolutiva do sentido prático-moral dos direitos fundamentais na sociedade moderna.

PALAVRAS-CHAVES: MODERNIDADE, RAZÃO, ILUMINISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMPLEXIDADE.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to discuss the contemporary meaning of the concept of reason, facing the post-modern attempts to overcome it, and defending its up-to-date post-enlightening conception, especially in the scope of practical rationality proper to the modern law. The emancipatory potential of the general and abstract principles of freedom and equality that emerge in the rise of modernity can be rescued in a contemporary reading that assumes the ideas of universality and rationality in an intersubjective and dialogical perspective, aware of the complexity and the risks that are inherent to its conceptions. In this way the notion of progress can be relativized, in order to prevent the naturalist fallacy, and be rescued as an element of comprehension of the evolutive history of the practical-moral meaning of basic rights in the modern society.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: MODERNITY, REASON, ENLIGHTENMENT, BASIC RIGHTS, COMPLEXITY.

I

“Progresso” se tornou uma palavra perigosa, se não maldita, em tempos de “mal estar da modernidade”. As experiências totalitárias, o Holocausto, o risco de aniquilação nuclear, a questão ambiental, dentre tantos outros fenômenos do século XX, despertaram boas razões para se desconfiar da razão, bem como do “progresso” que dela decorreria. Como deixou claro Marcuse, todo o progresso técnico acumulado pela civilização não significou necessariamente progresso humanitário ou autêntica felicidade. De Agamben a Zizek, passando por Boaventura Santos e Michel Rosenfeld, a “despedida da modernidade” se anuncia muitas vezes como fato consumado.

Boaventura de Souza Santos, ao refletir sobre o direito moderno – e ligando umbilicalmente a modernidade ao capitalismo – mostra-se bastante cético quanto ao seu potencial emancipatório e restritivo quanto ao tipo de racionalidade nele presente:

Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico.

Mas, afinal, terão a modernidade e seu par, a razão, de fato expirado, esgotado toda a sua força explicativa e normativa? Sua derrocada pode fornecer algum substituto funcional que não implique no retorno à pré-modernidade? Defenderemos nesse artigo a relevância da idéia de razão para o pensamento moral e jurídico comprometido com os insuperados ideais de igualdade e liberdade. Nesse sentido a modernidade pode ser considerada, com Habermas, um projeto (permanentemente) inacabado. Em que sentido pôde a modernidade se repensar, conscientizar-se de seus excessos iluministas?

II

Para os filósofos do Iluminismo a autonomia do homem estava em sua essência: o indivíduo seria responsável pelo próprio destino, pelo seu desenvolvimento racional e, por extensão, pelo bem estar de seus pares. A idéia de pecado original lhes soava absurda, seria um resquício medieval conceber o Homem como um pecador por natureza. Pela educação e pela participação política, e não pela oração, o homem poderia buscar a reforma da humanidade. A sociedade não mais seria vista como uma família dos filhos de Deus, obrigada a manter sua unidade religiosa e social como requisito para sua estabilidade, ao custo muitas vezes do expurgo de infieis e detratores. A idéia de hierarquia social como algo natural, divinamente ordenada, era o alvo principal dos ataques à tradição. “Razão, habilidade, e mesmo sorte, e não o nascimento,

eram os critérios pelos quais os philosophes queriam que os homens fossem julgados na sociedade”.

Para Sérgio Paulo Rouanet, o pensamento moral da ilustração, em suas variadas vertentes, caracterizava-se por ser cognitivista, individualista e universalista. O cognitivismo, grosso modo, postula a possibilidade de se conhecer princípios morais seculares de forma categorialmente idêntica ao conhecimento de fatos do mundo físico. Para Kant a mesma razão rege o mundo físico e o mundo ético, embora com usos diversos, uma racionalidade pura regendo o conhecimento do mundo físico e uma racionalidade prática capaz de conhecer as leis morais. A concepção de homem do Iluminismo era atomística, individualista, e esse era um elemento de radical ruptura com as eras antecessoras, onde prevaleciam noções holísticas e organicistas da sociedade e a idéia de indivíduo moderno seria totalmente implausível. Se para Aristóteles o homem era um *zoon politikon*, já em sociedade política enquanto homem, para os modernos o “como viver em sociedade” passa a ser a questão crucial. Segundo Menelick de Carvalho Netto,

É claro que as pessoas já viviam e vivem em sociedade quando colocam esse problema, esse enorme problema de como se constituir a sociedade, de como viver em conjunto. Inventar-se o indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo no mercado, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo, a sociedade.

O caráter universalista do Iluminismo fica patente em suas pretensões cosmopolitas. Além disso, uma concepção unitária da natureza humana, igual para todos, marca o pensamento dos *philosophes*, tanto em vertentes mais otimistas, como em Rousseau, para quem o homem é no estado de natureza essencialmente bom, ou pessimistas, como em Voltaire, para quem o egoísmo e o ímpeto destrutivo estão na raiz da condição humana. Os critérios de validação das normas, tanto para as correntes jusnaturalistas, empiristas, e racionalistas também subscreviam à pretensão universalista, pois seja quanto ao conteúdo ou quanto aos procedimentos todas se baseavam na universalidade da razão humana.

Mas se a Revelação não poderia mais cumprir o papel de alicerce moral da sociedade, com a lei divina servindo de parâmetro para a correção normativa mundana, qual o seu substituto funcional? O Iluminismo se valeu de três indicadores principais para a fundamentação moral: a idéia de lei natural, o conceito de interesse e a própria razão. A lei natural seria objetiva, inscrita na própria natureza humana, como defendido por Rousseau. As concepções baseadas no interesse remetem aos sentidos, numa análise empirista. A obediência às normas se explicaria pela lesão ou satisfação dos interesses dos agentes. Essa é a vertente adotada por *philosophes* como d’Alembert, Hume e Bentham, principal representante do utilitarismo iluminista. Já Immanuel Kant fundamenta a moral na própria razão, única instância capaz de gerar normas verdadeiramente autônomas. Leis naturais seriam dados externos, e os interesses humanos contingentes, portanto ambos os fundamentos levariam a uma moral heterônoma. O procedimento racional capaz de servir de fonte para normas morais autônomas seria, para Kant, o imperativo categórico, verificador do potencial de universalidade das regras de conduta. “*age de modo a que a máxima de tua vontade possa em cada momento valer ao mesmo tempo como o princípio de uma legislação universal.*”

III

Numa leitura contemporânea, Habermas resgata a tradição kantiana de razão prática, compreendendo a *moral* como o âmbito de atribuição de validade a normas universais. O faz, entretanto, não mais nos termos de uma filosofia da consciência – que tomava o sujeito cognoscente como ponto de partida e referencial epistêmico – mas de uma filosofia da linguagem – que se baseia no caráter intersubjetivo de validação de todo saber –, valendo-se de uma compreensão de racionalidade comunicativa potencialmente emancipadora, ancorada no mundo da vida, portanto gerada e operada intersubjetivamente. Para o autor

A teoria da ação comunicativa é mais ampla que uma teoria da moral. Ela é diferente da filosofia prática como a conhecemos de Aristóteles e de Kant. Ela não fundamenta simplesmente normas morais ou ideais políticos. Ela tem, adicionalmente, um sentido descritivo, identificando na própria prática cotidiana a voz persistente da razão comunicativa, mesmo em situações em que essa está subjugada, distorcida e desfigurada. Insisto nos potenciais de racionalidade da ‘Lebenswelt’ (do mundo vivido), em que as fontes da resistência conseguem regenerar-se, mesmo sob condições desesperadoras.

A validação discursiva das normas morais resgata a herança universalista do imperativo categórico de Kant, mas não é mais um procedimento monológico *a priori*, pois passa a depender de um discurso público a ser desenvolvido em condições de liberdade e igualdade comunicativas. Na ética do discurso habermasiana o princípio verificador da universalidade de pretensões normativas é o princípio “U”, assim enunciado: *“todas as normas válidas precisam atender à condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que presumivelmente resultarão da observância geral dessas normas para a satisfação dos interesses de cada indivíduo possam ser aceitas não-coercitivamente por todos os envolvidos”*.

Habermas sustenta o caráter universalista dos direitos fundamentais – positivados nas constituições modernas – contra pretensões fortemente relativistas, bem como seu papel de precedência incondicionada diante de argumentações ético-políticas, embora reconheça a impregnação ética das diversas ordens jurídicas como constitutiva das identidades coletivas. Levando-se em conta que os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais são determinados em abstrato, Habermas ressalta, todavia, que os mesmos só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos específicos. Por meio de sua teoria discursiva, o autor dá continuidade à pretensão universalista do Iluminismo de reconhecimento de igual dignidade a toda pessoa, enquanto sujeito de direitos, numa perspectiva política de igualitarismo liberal, não comunitarista, afinal *“um acordo sobre normas (...) não depende da estima mútua de performances culturais e estilos de vida culturais, mas apenas da suposição de que toda pessoa, enquanto pessoa, tem o mesmo valor”*.

IV

Os estudos realizados por Lawrence Kohlberg na Universidade de Chicago foram de grande relevância para o desenvolvimento de um corpo teórico analítico empiricamente embasado capaz de comprovar o sentido prático de teorias morais formalistas. Em sua tese de doutorado, onde estudou o desenvolvimento moral em crianças e adolescente de 10 a 16 anos, Kohlberg ampliou e desenvolveu conceitos sobre o desenvolvimento cognitivo e moral trabalhados por Jean Piaget. Posteriormente, estendeu seus estudos empíricos para grupos de crianças e adolescentes de diversas culturas ao redor do mundo, comprovando o caráter universal das etapas de desenvolvimento descobertas por ele.

Trabalhando com a idéia de distintos níveis de percepção do caráter heterônomo ou autônomo das normas sociais, verificáveis tanto no desenvolvimento dos indivíduos quanto no das sociedades, a teoria de Kohlberg delinea a diferença entre os níveis pré-convencional, convencional e pós-convencional, sendo cada nível subdividido em dois estágios. Apenas no terceiro nível, o pós convencional, os princípios de conteúdo universal adquirem papel central na auto-compreensão normativa das sociedades. Ao estudarmos as teorias jurídicas mais importantes da contemporaneidade, podemos perceber como elas se localizam nos níveis e estágios, combinando muitas vezes elementos de mais de um deles

Apenas no estágio 6 o modelo de *comunidade de princípios*, como descrito por Dworkin, pode ter pleno curso. O tipo de obrigação existente entre os cidadãos e entre a coletividade e seus membros não mais se baseia apenas em acordos de tipo contratual traduzidos em regras, entendidas como limites, mas remete a princípios de conteúdo moral e com apelo universalista. Num modelo de comunidade *de fato*, em que as pessoas não se sentem vinculadas por nenhuma responsabilidade em especial, e num modelo de comunidade *de regras*, em que a responsabilidade recíproca se baseia em meras convenções contratuais, o tipo de vínculo existente entre os cidadãos e de responsabilidade exigível da comunidade não remete necessariamente a princípios de conteúdo moral. A postura adotada pelos membros da comunidade de fato pode ser puramente estratégica; na comunidade de regras, o puro pragmatismo é balizado por acordos de tipo contratual, vistos como *limites* à ação; apenas numa comunidade de princípios as normas estabelecidas podem ganhar conteúdo universal e serem vistas como condição de possibilidade para a liberdade e a igualdade, para além de limites convencionais, e passam a requerer a integridade na compreensão de seus princípios.

V

Valendo-se de uma linguagem própria da tradição filosófica do *realismo moral*, Dworkin pode afirmar que direitos humanos (*moral rights*) “existem”, isso é, seu conteúdo pode ser considerado “verdadeiro” – o que para a teoria de Habermas só pode ser lido como expressão da “validade” e da “legitimidade” de tais direitos, já que normas situam-se primordialmente no plano da *validade*, e não da *faticidade*:

Ambos compartilhamos a crítica aos enfoques não cognitivistas. Mas, enquanto o professor Dworkin adota a linguagem do realismo moral, ou pelo menos não encontra

nenhuma razão para deixar de fazê-lo, eu acredito que se deveria evitar falar sobre fatos morais. Creio que a razão para tanto seja evidente, e gostaria de formular de algum modo o ponto em disputa. Não existe nada que corresponda à afirmação “ninguém deveria participar de um extermínio étnico”. Não há nenhum fato que corresponda a uma afirmação como essa. Tais afirmações não dizem como são as coisas ou como as coisas estão conectadas entre si (para usar uma expressão do nosso amigo Rorty). Elas nos dizem o que devemos ou não devemos fazer. Em casos como esses, ao invés de levar adiante um discurso que afirma a existência de fatos, em lugar de dizer: “existem tais e tais direitos”, prefiro dizer que nós criamos estes e aqueles direitos, dos quais alguns, inclusive, merecem reconhecimento universal.

Para ambos os autores a *razão prática* implica a possibilidade de um ponto de vista moral, universalista e deontológico, indicador da prevalência normativa do *justo* sobre o *bom*, a exigir que a sociedade – por meio de suas instituições, no caso do Direito – trate a todos os seus membros como merecedores de *igual respeito e consideração*.

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista.

Como podemos perceber, se levarmos em conta as distintas tradições e escolas teóricas, o debate sobre a relação entre direito e moral de Habermas e Dworkin redundante, no fim das contas, essencialmente terminológico. Para ambos os autores, portanto, é o conteúdo moral *traduzido* para o código especificamente jurídico que confere aos direitos fundamentais o status de incondicionalidade em face dos demais bens ou valores sociais. Da incondicionalidade dos *direitos* resulta seu funcionamento como *trunfos* em face de possíveis abusos justificados com base em *políticas* de maximização de finalidades coletivas.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral.

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não é *extra-jurídica* na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento. Além disso, o fato de Dworkin entender os Direitos Humanos como princípios universais, dotados de conteúdo moral, não significa que a interpretação e densificação dada a eles pelas diversas ordens jurídicas não possa legitimamente variar. Para o autor torna-se relevante a distinção entre interpretações de boa-fé e de má-fé atribuídas pelos governos aos direitos e às ações justificadas por eles; o compromisso, ao menos em princípio, com o respeito pelos Direitos Humanos demonstrado por um governo ou instituição mostra-se relevante para a interpretação de seus atos. O direito humano fundamental é, para Dworkin, o de ser tratado pelas instituições detentoras de autoridade com uma certa

atitude ou postura, qual seja, a que reflita o igual respeito e consideração pela dignidade de cada um.

VI

No texto “*Para a reconstrução do materialismo histórico*”, de 1975, Habermas procura demonstrar como a idéia iluminista de “progresso”, mesmo numa concepção de pretensão emancipatória como a marxista, foi construída de forma reducionista quanto à concepção de racionalidade que lhe embasava. Numa fase em que o autor buscava ainda salvaguardar a força explicativa de categorias marxistas, num exercício reconstrutivo, revelam-se significativos avanços em sua reflexão rumo à Teoria do Agir Comunicativo e, posteriormente, à teoria discursiva do Estado Democrático de Direito.

Debatendo a tese marxista de que a evolução dos meios de produção levaria necessariamente à evolução da organização social, Habermas retoma as teorias de Piaget e Kohlberg para mostrar a diferenciação dos processos de aprendizado cognitivo e moral. Quanto ao mecanismo de aprendizado cognitivo-instrumental, afirma o autor que

esse mecanismo de aprendizado não é capaz de explicar como podem ser resolvidos os problemas surgidos. A introdução de novas formas de integração social - como, por exemplo, a substituição do sistema de parentesco pelo Estado – requer um saber de tipo prático-moral, não um saber tecnicamente valorizável, que possa ser traduzido e implementado em regras de agir instrumental e estratégico. Ela requer não uma ampliação de nosso controle sobre a natureza externa, mas um saber que possa se encarnar em estruturas de interação: em poucas palavras, uma ampliação da autonomia social em face de nossa própria natureza interna.

Além disso, no âmbito prático-moral a relação entre meios e fins se estabelece de forma mais complexa que no plano cognitivo-instrumental, devendo a análise sobre o possível significado social de “evolução” estar atenta para essa complexidade. No plano comportamental, explica Habermas

Assim como os fins constituem o teste do comportamento adaptativo que dá origem à revisão das idéias comportamentais, do mesmo modo as idéias comportamentais podem, por vezes, constituir um teste da adequação dos fins e levar à sua revisão.

Essa distinção se mostra importantíssima para a discussão de progresso social, com significativo impacto na reflexão jurídica contemporânea. As teorias jurídicas *realistas* se valem de análises empíricas para buscar os elementos extrajurídicos cuja explicitação revelaria os verdadeiros condicionantes e fundamentos das decisões judiciais, com especial atenção aos *interesses* presentes na sociedade. A análise desses elementos externos permitiria também aos observadores *prever* as decisões, ao observar dados indicadores de padrões históricos, psicológicos, econômicos etc. Trata-se, portanto, de uma concepção extremamente cética quanto à possibilidade de uma fundamentação jurídico-racional das decisões públicas. A lógica interna do Direito é não apenas relativizada, mas tida como quimera, e a distinção entre *direito* e *política* não pode

então ser traçada de maneira clara, restando sem sentido uma pretensão de legitimidade que remeta a *direitos*. Dessa forma,

A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico.

Como podemos observar especialmente em teorias de base realista e concepção utilitarista, a pretensão de racionalidade das decisões não é abandonada, mas completamente deslocada para a lógica de outros sistemas, como a economia, atribuindo de forma não problematizada caráter *normativo* a elementos *supostamente* não-normativos, não sujeitos eles próprios a fundamentação ou crítica moral ou propriamente jurídica.

Um problema na leitura pragmática como a defendida por Richard Posner é a concepção científica positivista da própria Economia. A algum ou alguns aspectos (certamente de conteúdo normativo) é dada total primazia, seja ao "bem comum", à "riqueza", ao "welfare", como se a Economia não lidasse com conceitos normativos que, no final das contas, ensejam divergências morais, ou propriamente jurídicas, e não simplesmente técnicas. Dessa forma um conceito não problematizado (mas certamente problemático) de "evolução econômica" adquire o status de norma fundamental. Trata-se de uma problemática dedução naturalista. Diferentemente do estudo biológico sobre a evolução natural, não podemos simplesmente recorrer a um objetivo fundamental como "sobrevivência" ou "saúde", como bem coloca Habermas. Por isso Dworkin acusa Richard Posner de ser o novo "bulldog" de Darwin. Não obstante a grandeza teórica de Charles Darwin nas ciências naturais, o que faz essa comparação não ser um elogio, no caso, é que Posner é um jurista. E portanto, seu erro é submeter as normas jurídicas às leis supostamente "naturais" da economia. Como se os próprios conceitos econômicos não fossem carregados de uma normatividade que nada tem de natural, que não são análogos à lei da gravidade ou à lei da seleção natural; são criações humanas, de cunho eminentemente interpretativo e fruto de duras lutas sociais. Ao tratar a filosofia do direito e a teoria constitucional como uma bobagem, algo inútil, Posner naturaliza os fundamentos do direito. Por mais interessante e valioso que seja o conhecimento da natureza e de suas intrincadas leis, para Dworkin nem todas as respostas se encontram dadas na natureza, teremos sempre que carregar o fardo de ter que (re)inventar nossas práticas, arcando com suas sempre problemáticas conseqüências. Mais uma vez, podemos ver como o "realismo moral" de Dworkin nada tem de realismo, de naturalismo ou de metafísica – normas não se encontram na natureza como fatos morais, pois são construções sociais.

VII

O resgate reflexivo do conteúdo normativo da modernidade e da própria idéia de razão se mostra fundamental para a compreensão do papel dos princípios na argumentação

jurídica contemporânea e na fundamentação da democracia. Para tanto se faz necessária uma releitura crítica dos princípios inaugurados pela modernidade, em especial com o movimento iluminista do século XVIII, identificando seus potenciais emancipatórios e os problemas advindos de uma concepção metafísica de razão, hoje perceptível como irracional.

Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto,

É preciso realizar o iluminismo do Iluminismo, para usar os termos de Niklas Luhmann (*Der Aufklärung der Aufklärung*). Saber que a nossa racionalidade é humana, sabê-la histórica, limitada, datada, ela própria uma construção social vinculada a determinadas tradições, práticas, vivências, interesses e necessidades, no mais das vezes naturalizados e apenas pressupostos. O positivismo, no afã de eliminar os mitos, dando curso ao projeto iluminista de iluminar as trevas, pretendendo que tudo fossem luzes, criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto, como se fôssemos capazes de produzir algo eterno, imutável, perfeito, enfim, divino. Somos homens, datados, com o olhar datado, marcados por aquilo que vivemos. Só podemos ver o que a nossa sociedade permite que vejamos, o que a nossa vida concreta permite que vejamos. Qualquer luz necessariamente projeta sombras.

Dessa forma, o potencial emancipatório dos próprios princípios gerais e abstratos de liberdade e igualdade que irrompem com a modernidade pode ser resgatado numa leitura contemporânea que se aproprie das idéias de universalidade e racionalidade numa perspectiva intersubjetiva e dialógica, ciente da complexidade e dos riscos inerentes às suas concepções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADDIN EN.REFLIST BLACKBURN, Simon (1997). Realismo moral. Dicionário Oxford de filosofia. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2001). *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo(16).

CARVALHO NETTO, Menelick de (2003). *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos **88**: 81-108.

CHUEIRI, Vera Karam de (2004). Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Graduate Faculty of Political and Social Science. New York, New School University. **Ph.D.:** 262.

DWORKIN, Ronald (1996). *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. Philosophy & Public Affairs **25**(2): 87-139.

DWORKIN, Ronald (1998). *Darwin's new bulldog*. Harvard Law Review **111**: 1718-1738.

DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald (2002). *Taking rights seriously in Beijing*. The New York Review of Books **49**(14).

DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press.

DWORKIN, Ronald, HABERMAS, Jürgen, et al. (1999). *¿Impera el derecho sobre la política?* Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella **1**(1).

GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.

GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press.

HABERMAS, Jürgen (1983). *Para a reconstrução do materialismo histórico*. In Para a reconstrução do materialismo histórico. Jürgen Habermas. São Paulo, Brasiliense: 111-162.

HABERMAS, Jürgen (1989). *Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro - Entrevista por Barbara Freitag*. Revista Tempo Brasileiro **1**(98): 5-21.

HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola.

KANT, Immanuel (2002). *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo, Martins Fontes.

KANT, Immanuel (2005). *Sobre la paz perpetua*. 6ª ed. Joaquin Abellan. Madrid, Tecnos.

KOHLBERG, Lawrence (1958). The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16. Department of Psychology. Chicago, University of Chicago. **Ph.D.**: 491.

MARCUSE, Herbert (2001). *A noção de progresso à luz da psicanálise*. In Cultura e psicanálise. Herbert Marcuse. São Paulo, Paz e Terra: 99-122.

MARRAMAIO, Giacomo (2007). De Weltgeschichte à Modernidade-Mundo. O problema de uma esfera pública global. Crítica do Contemporâneo. Conferências Internacionais Serralves, Fundação Serralves.

POSNER, Richard (1998). *Against constitutional theory*. NYU Law Review **73**(1): 1-22.

ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro **1**(98): 23-78.

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

“Felicidade administrada” é o interessante termo empregado por Marcuse para designar os efeitos perversos de um estado dominador das dimensões pública e privada da vida. Cf.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>MARCUSE</Author><Year>2001</Year><RecNum>395</RecNum><record><rec-number>395</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">395</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>MARCUSE, Herbert</author></authors><secondary-authors><author>Herbert Marcuse</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Isabel Loureiro</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>A noção de progresso à luz da psicanálise</title><secondary-title>Cultura e psicanálise</secondary-title></titles><pages>99-122</pages><edition>3^a ed</edition><dates><year>2001</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Paz e Terra</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>MARCUSE, Herbert (2001). *A noção de progresso à luz da psicanálise*. In *Cultura e psicanálise*. Herbert Marcuse. São Paulo, Paz e Terra: 99-122.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>SANTOS</Author><Year>2000</Year><RecNum>139</RecNum><record><rec-number>139</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">139</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>SANTOS, Boaventura de Sousa</author></authors></contributors><titles><title>A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência</title><secondary-title>Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática</secondary-title></titles><volume>1</volume><num-vols>4</num-vols><dates><year>2000</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Cortez</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 1. São Paulo, Cortez., pp. 119-20.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>GAY</Author><Year>1969</Year><RecNum>61</RecNum><record><rec-number>61</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">61</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>GAY, Peter</author></authors></contributors><titles><title>The enlightenment : An interpretation: the science of freedom</title></titles><pages>705</pages><dates><year>1969</year></dates><pub-

location>New York</pub-location><publisher>W W Norton</publisher><isbn>0-393-00875-

4</isbn><urls></urls><language>English</language></record></Cite></EndNote>GA Y, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton., p. 399 - "Reason, ability, even luck, rather than birth, were the criteria by which the philosophes wanted men to be judged in society".

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>ROUANET</Author><Year>1989</Year><RecNum>65</RecNum><record><rec-number>65</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">65</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>ROUANET, Sérgio Paulo</author></authors></contributors><titles><title>Ética iluminista e ética discursiva</title><secondary-title>Revista Tempo Brasileiro</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Tempo Brasileiro</full-title></periodical><pages>23-78</pages><volume>1</volume><number>98</number><dates><year>1989</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78., p 30

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>CARVALHO

NETTO</Author><Year>2001</Year><RecNum>71</RecNum><record><rec-number>71</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">71</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>CARVALHO NETTO, Menelick de</author></authors></contributors><titles><title>A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição</title><secondary-title>Fórum Administrativo</secondary-title></titles><periodical><full-title>Fórum Administrativo</full-title></periodical><number>16</number><dates><year>2001</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>CARVALHO NETTO, Menelick de (2001). *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo(16).

Cf.

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>KANT</Author><Year>2005</Year><RecNum>394</RecNum><record><rec-number>394</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">394</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>KANT, Immanuel</author></authors><subsidiary-authors><author>Joaquin Abellan</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Sobre la paz perpetua</title></titles><edition>6^a
</edition><dates><year>2005</year></dates><pub-location>Madrid</pub-location><publisher>Tecnos</publisher><isbn>8430911766</isbn><urls></urls></record></Cite></EndNote>KANT, Immanuel (2005). *Sobre la paz perpetua*. 6^a ed. Joaquin Abellan. Madrid, Tecnos.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>ROUANET</Author><Year>1989</Year><RecNum>65</RecNum><record><rec-number>65</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">65</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>ROUANET, Sérgio Paulo</author></authors></contributors><titles><title>Ética iluminista e ética discursiva</title><secondary-title>Revista Tempo Brasileiro</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Tempo Brasileiro</full-title></periodical><pages>23-78</pages><volume>1</volume><number>98</number><dates><year>1989</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78., p. 48

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>ROUANET</Author><Year>1989</Year><RecNum>65</RecNum><record><rec-number>65</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">65</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>ROUANET, Sérgio Paulo</author></authors></contributors><titles><title>Ética iluminista e ética discursiva</title><secondary-title>Revista Tempo Brasileiro</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Tempo Brasileiro</full-title></periodical><pages>23-78</pages><volume>1</volume><number>98</number><dates><year>1989</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78., p. 29 e ss.

Cf. ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>KANT</Author><Year>2002</Year><RecNum>69</RecNum><record><rec-number>69</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">69</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>KANT, Immanuel</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Valério Rohden</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Crítica da razão prática</title><secondary-title>Clássicos</secondary-title></titles><dates><year>2002</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Martins Fontes</publisher><orig-pub>Kritik der Praktischen Vernunft (1788)</orig-pub><isbn>85-336-1497-7</isbn><urls></urls></record></Cite></EndNote>KANT, Immanuel (2002). *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo, Martins Fontes.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1989</Year><RecNum>67</RecNum><record><rec-number>67</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">67</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors></contributors><titles><title>Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro - Entrevista por Barbara Freitag</title><secondary-title>Revista Tempo Brasileiro</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Tempo Brasileiro</full-title></periodical><pages>5-21</pages><volume>1</volume><number>98</number><dates><year>1989</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>

dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (1989). *Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro - Entrevista por Barbara Freitag*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 5-21. p. 9.

A reflexão de Giacomo Marramao sobre a relação entre o “local” e o “global” o leva à instigante idéia de “universalismo da diferença”. Cf ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>MARRAMAIO</Author><Year>2007</Year><RecNum>398</RecNum><record><rec-number>398</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">398</key></foreign-keys><ref-type name="Conference Paper">47</ref-type><contributors><authors><author>MARRAMAIO, Giacomo</author></authors></contributors><titles><title>De Weltgeschichte à Modernidade-Mundo. O problema de uma esfera pública global</title><secondary-title>Crítica do Contemporâneo. Conferências Internacionais Serralves</secondary-title></titles><dates><year>2007</year></dates><publisher>Fundação Serralves</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>MARRAMAIO, Giacomo (2007). De Weltgeschichte à Modernidade-Mundo. O problema de uma esfera pública global. Crítica do Contemporâneo. Conferências Internacionais Serralves, Fundação Serralves.

Dworkin compreende a **dignidade humana** como um princípio de duas dimensões, correspondentes ao princípio de que cada pessoa deve ser tratada como portadora de valor intrínseco (como na concepção kantiana de “fim em si mesmo”), e ao princípio da responsabilidade pessoal, segundo o qual cada pessoa tem especial responsabilidade pela realização de seus objetivos de vida. ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>2006</Year><RecNum>54</RecNum><record><rec-number>54</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">54</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors></contributors><titles><title>Is democracy possible here? : principles for a new political debate</title></titles><pages>xii, 177 p.</pages><keywords><keyword>Political participation United States.</keyword><keyword>Political culture United States.</keyword><keyword>United States Politics and government 1989-</keyword><keyword>Democracy United States Citizen participation.</keyword><keyword>Church and state United States.</keyword><keyword>Terrorism United States.</keyword><keyword>Social justice United States.</keyword></keywords><dates><year>2006</year></dates><pub-location>Princeton, N.J.</pub-location><publisher>Princeton University Press</publisher><isbn>0691126534 (alk. paper)9780691126531 (alk. paper)</isbn><urls><related-urls><url>http://www.loc.gov/catdir/toc/ecip0612/2006012026.html</url><url>http://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy0654/2006012026-d.html</url></related-urls></urls></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press., p. 9 e ss.

Vera Karam de Chueiri assim define a moderna democracia liberal e a sua articulação entre direitos e democracia: “Modern liberal democracy articulates two different

traditions: the democratic and the liberal one. The democratic tradition goes back to the ancient world and is ordinarily identified with the right to directly participate in the administration of the *res publica*. The most known picture of it is that of an assembly of individuals to deliberate about their community's (public) affairs. The very idea of public has to do with this gathering for deliberating in a place accessible to every man. However, the democratic picture gains a new contour with the liberal trace. Liberalism, especially from the nineteenth century on, implies the idea of representation in the domain of the *res publica*, the idea of liberty and, accordingly, the idea of pluralism (it is possible to have more than one notion of the good)." - ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>CHUEIRI</Author><Year>2004</Year><RecNum>153</RecNum><record><rec-number>153</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">153</key></foreign-keys><ref-type name="Thesis">32</ref-type><contributors><authors><author>CHUEIRI, Vera Karam de</author></authors><tertiary-authors><author>NIKULIN, Dmitri</author></tertiary-authors></contributors><titles><title>Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)</title><secondary-title>Graduate Faculty of Political and Social Science</secondary-title></titles><pages>262</pages><volume>Ph.D.</volume><dates><year>2004</year></dates><pub-location>New York</pub-location><publisher>New School University</publisher><urls></urls><language>English</language></record></Cite></EndNote>CHUEIRI, Vera Karam de (2004). Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Graduate Faculty of Political and Social Science. New York, New School University. **Ph.D.:** 262., p. 219.

ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>2004</Year><RecNum>20</RecNum><record><rec-number>20</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">20</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Milton Camargo Mota</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Verdade e justificação: ensaios filosóficos</title><secondary-title>Humanística</secondary-title></titles><volume>7</volume><dates><year>2004</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Edições Loyola</publisher><isbn>85-15-02623-6</isbn><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola., p. 326

ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>KOHLBERG</Author><Year>1958</Year><RecNum>369</RecNum><record><rec-number>369</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">369</key></foreign-keys><ref-type name="Thesis">32</ref-type><contributors><authors><author>KOHLBERG, Lawrence</author></authors></contributors><titles><title>The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16</title><secondary-title>Department of Psychology</secondary-title></titles><pages>491</pages><volume>Ph.D.</volume><dates><year>1958</year></dates><pub-location>Chicago</pub-location><publisher>University of Chicago</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>KOHLBERG,

Lawrence (1958). The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16. Department of Psychology. Chicago, University of Chicago. **Ph.D.:** 491.

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>1999</Year><RecNum>18</RecNum><record><rec-number>18</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">18</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Jefferson Luiz Camargo</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>O império do direito</title><translated-title>Law's empire</translated-title></titles><keywords><keyword>Common law.</keyword><keyword>Direito - Filosofia.</keyword><keyword>Jurisprudência.</keyword></keywords><dates><year>1999</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Martins Fontes</publisher><isbn>85-336-1012-2</isbn></urls></urls></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 252 e ss.

“Aplicação do realismo aos juízos da ética e, entre outras coisas, aos valores, obrigações e direitos que são apresentados nas teorias éticas. A idéia principal é ver **a verdade moral como algo fundado na natureza das coisas**, e não nas reações humanas, subjetivas e variáveis, às coisas. Como acontece ao realismo em outras áreas, o realismo moral é suscetível de muitas formulações diferentes. Podemos dizer que, de uma maneira geral, **o realismo tem a aspiração de proteger a objetividade dos juízos éticos** (opondo-se ao subjetivismo e ao relativismo); pode equiparar as verdades morais às da matemática, pode ter a esperança de que elas tenham aprovação divina (...), ou vê-las como algo que é garantido pela natureza humana”. (ADDIN EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>BLACKBURN</Author><Year>1997</Year><RecNum>50</RecNum><record><rec-number>50</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">50</key></foreign-keys><ref-type name="Dictionary">52</ref-type><contributors><authors><author>BLACKBURN, Simon</author></authors><secondary-authors><author>Danilo Marcondes</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Trad. Desidério Murcho</author><author>Pedro Galvão</author><author>Ana Cristina Domingues</author><author>Pedro Santos</author><author>Clara Joana Martins</author><author>Antônio Horta Branco</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Realismo moral</title><secondary-title>Dicionário Oxford de filosofia</secondary-title></titles><dates><year>1997</year></dates><pub-location>Rio de Janeiro</pub-location><publisher>Jorge Zahar Ed.</publisher><isbn>85-7110-402-6</isbn></urls></urls></record></Cite></EndNote>BLACKBURN, Simon (1997). Realismo moral. Dicionário Oxford de filosofia. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., p. 336, grifei).

Jean Piaget considera o “realismo moral” como a concepção de existência das regras morais de forma independente dos sujeitos, sendo típica do segundo estágio de consciência normativa no desenvolvimento infantil, onde a relação da criança com as normas é cunhada autoritariamente (ADDIN EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>GÜNTHER</Author><Year>1993</Year><RecNum>128

</RecNum><Pages>p. 115</Pages><record><rec-number>128</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">128</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>GÜNTHER, Klaus</author></authors><subsidiary-authors><author>Trans. John Farrell</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>The sense of appropriateness : application discourses in morality and law</title><secondary-title>SUNY series in social and political thought</secondary-title></titles><pages>xviii, 353 p.</pages><keywords><keyword>Appropriateness (Ethics)</keyword><keyword>Norm (Philosophy)</keyword><keyword>Prudence.</keyword><keyword>Law Philosophy.</keyword></keywords><dates><year>1993</year></dates><pub-location>Albany</pub-location><publisher>State University of New York Press</publisher><isbn>079141552X (pbk. acid-free)0791415511 (acid-free)</isbn><urls></urls></record></Cite></EndNote>GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press., p. 115).

ADDIN EN.CITE
 <EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>1996</Year><RecNum>13</RecNum><record><rec-number>13</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">13</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors></contributors><titles><title>Objectivity and Truth: You'd Better Believe It</title><secondary-title>Philosophy & Public Affairs</secondary-title></titles><periodical><full-title>Philosophy & Public Affairs</full-title></periodical><pages>87-139</pages><volume>25</volume><number>2</number><dates><year>1996</year></dates><urls><related-urls><url>http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1088-4963.1996.tb00036.x</url></related-urls></urls><electronic-resource-num>doi:10.1111/j.1088-4963.1996.tb00036.x</electronic-resource-num></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald (1996). *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. *Philosophy & Public Affairs* 25(2): 87-139.

ADDIN EN.CITE
 <EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>1999</Year><RecNum>358</RecNum><record><rec-number>358</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">358</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author><author>HABERMAS, Jürgen</author><author>GÜNTHER, Klaus</author></authors></contributors><titles><title>¿Impera el derecho sobre la política?</title><secondary-title>Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella</full-title></periodical><volume>1</volume><number>1</number><dates><year>1999</year></dates><work-type>Interview</work-type></work-type></urls></urls></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald, HABERMAS, Jürgen, et al. (1999). *¿Impera el derecho sobre la política?* *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella* 1(1)., grifei – “*Ambos compartimos la*

crítica a los enfoques no cognitivistas. Ahora bien, mientras que el profesor Dworkin adopta el lenguaje del realismo moral, o al menos no encuentra ninguna razón para evitarlo, yo creo que se debería evitar hablar sobre hechos morales. Creo que la razón es evidente y quisiera formular de algún modo el punto en disputa. No existe nada que se corresponda con la afirmación nadie debería participar en un exterminio étnico'. No hay ningún hecho que se corresponda con afirmaciones como ésta. Tales afirmaciones no dicen cómo son las cosas o cómo las cosas están conectadas entre sí (para usar una expresión de nuestro amigo Rorty). Ellas nos dicen qué es lo que debemos o no debemos hacer. En estos casos, en lugar de llevar adelante un discurso que afirma la existencia de hechos; en lugar de decir: 'hay tales y tales derechos', prefiero decir que nosotros creamos estos y aquellos derechos, de los cuales algunos incluso merecen un reconocimiento universal".

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1997</Year><RecNum>28</RecNum><record><rec-number>28</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">28</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Flávio Beno Siebeneichler</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Direito e democracia: entre facticidade e validade</title></titles><volume>v. 1</volume><num-vols>2</num-vols><dates><year>1997</year></dates><pub-location>Rio de Janeiro</pub-location><publisher>Tempo Brasileiro</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 252 e ss.

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1997</Year><RecNum>28</RecNum><record><rec-number>28</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">28</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Flávio Beno Siebeneichler</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Direito e democracia: entre facticidade e validade</title></titles><volume>v. 1</volume><num-vols>2</num-vols><dates><year>1997</year></dates><pub-location>Rio de Janeiro</pub-location><publisher>Tempo Brasileiro</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 256-7.

ADDIN

EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1997</Year><RecNum>28</RecNum><record><rec-number>28</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">28</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Flávio Beno Siebeneichler</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Direito e democracia: entre facticidade e validade</title></titles><volume>v. 1</volume><num-vols>2</num-vols><dates><year>1997</year></dates><pub-location>Rio de Janeiro</pub-location><publisher>Tempo Brasileiro</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 256-7.

Janeiro</pub-location><publisher>Tempo Brasileiro</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 256.

Sobre a postura de sistemático derrespeito pelos direitos humanos na China, cf. ADDIN EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>2002</Year><RecNum>135</RecNum><record><rec-number>135</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaax9d">135</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors></contributors><titles><title>Taking rights seriously in Beijing</title><secondary-title>The New York Review of Books</secondary-title></titles><periodical><full-title>The New York Review of Books</full-title></periodical><volume>49</volume><number>14</number><dates><year>2002</year></dates><urls><related-urls><url>http://www.nybooks.com/articles/15692</url></related-urls></urls><access-date>25/9/2007</access-date></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald (2002). *Taking rights seriously in Beijing*. The New York Review of Books **49**(14).

ADDIN EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>2006</Year><RecNum>54</RecNum><record><rec-number>54</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaax9d">54</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors></contributors><titles><title>Is democracy possible here? : principles for a new political debate</title></titles><pages>xii, 177 p.</pages><keywords><keyword>Political participation United States.</keyword><keyword>Political culture United States.</keyword><keyword>United States Politics and government 1989-</keyword><keyword>Democracy United States Citizen participation.</keyword><keyword>Church and state United States.</keyword><keyword>Terrorism United States.</keyword><keyword>Social justice United States.</keyword></keywords><dates><year>2006</year></dates><pub-location>Princeton, N.J.</pub-location><publisher>Princeton University Press</publisher><isbn>0691126534 (alk. paper)9780691126531 (alk. paper)</isbn><urls><related-urls><url>http://www.loc.gov/catdir/toc/ecip0612/2006012026.html</url><url>http://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy0654/2006012026-d.html</url></related-urls></urls></record></Cite></EndNote>DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press., p. 35.

ADDIN EN.CITE

<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1983</Year><RecNum>396</RecNum><record><rec-number>396</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaax9d">396</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><secondary-authors><author>Jürgen

Habermas</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Carlos Nelson Coutinho</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Para a reconstrução do materialismo histórico</title><secondary-title>Para a reconstrução do materialismo histórico</secondary-title></titles><pages>111-162</pages><dates><year>1983</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Brasiliense</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>>HABERMAS, Jürgen (1983). *Para a reconstrução do materialismo histórico*. In Para a reconstrução do materialismo histórico. Jürgen Habermas. São Paulo, Brasiliense: 111-162.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1983</Year><RecNum>396</RecNum><record><rec-number>396</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">396</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><secondary-authors><author>Jürgen Habermas</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Carlos Nelson Coutinho</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Para a reconstrução do materialismo histórico</title><secondary-title>Para a reconstrução do materialismo histórico</secondary-title></titles><pages>111-162</pages><dates><year>1983</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Brasiliense</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>>HABERMAS, Jürgen (1983). *Para a reconstrução do materialismo histórico*. In Para a reconstrução do materialismo histórico. Jürgen Habermas. São Paulo, Brasiliense: 111-162., p. 126.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1983</Year><RecNum>396</RecNum><record><rec-number>396</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">396</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><secondary-authors><author>Jürgen Habermas</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Carlos Nelson Coutinho</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Para a reconstrução do materialismo histórico</title><secondary-title>Para a reconstrução do materialismo histórico</secondary-title></titles><pages>111-162</pages><dates><year>1983</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Brasiliense</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>>HABERMAS, Jürgen (1983). *Para a reconstrução do materialismo histórico*. In Para a reconstrução do materialismo histórico. Jürgen Habermas. São Paulo, Brasiliense: 111-162., p. 153.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1997</Year><RecNum>28</RecNum><record><rec-number>28</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">28</key></foreign-keys><ref-type name="Book">6</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><subsidiary-authors><author>Trad. Flávio Beno Siebeneichler</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Direito e democracia: entre facticidade e validade</title></titles><volume>v. 1</volume><num-

vols>2</num-vols><dates><year>1997</year></dates><pub-location>Rio de Janeiro</pub-location><publisher>Tempo Brasileiro</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote> HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 249.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>HABERMAS</Author><Year>1983</Year><RecNum>396</RecNum><record><rec-number>396</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">396</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>HABERMAS, Jürgen</author></authors><secondary-authors><author>Jürgen Habermas</author></secondary-authors><subsidiary-authors><author>Carlos Nelson Coutinho</author></subsidiary-authors></contributors><titles><title>Para a reconstrução do materialismo histórico</title><secondary-title>Para a reconstrução do materialismo histórico</secondary-title></titles><pages>111-162</pages><dates><year>1983</year></dates><pub-location>São Paulo</pub-location><publisher>Brasiliense</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote> HABERMAS, Jürgen (1983). *Para a reconstrução do materialismo histórico*. In *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Jürgen Habermas. São Paulo, Brasiliense: 111-162., pp. 156-7.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>DWORKIN</Author><Year>1998</Year><RecNum>390</RecNum><record><rec-number>390</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">390</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>DWORKIN, Ronald</author></authors></contributors><titles><title>Darwin's new bulldog</title><secondary-title>Harvard Law Review</secondary-title></titles><periodical><full-title>Harvard Law Review</full-title></periodical><pages>1718-1738</pages><volume>111</volume><dates><year>1998</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote> DWORKIN, Ronald (1998). *Darwin's new bulldog*. *Harvard Law Review* **111**: 1718-1738.

“Não se faz necessário nada tão pretensioso que assegure o nome de teoria para que se decidam casos em que o texto ou a história da Constituição garantem orientação inequívoca. (...) Questões interpretativas um pouco mais complexas podem ser resolvidas de forma bastante direta ao se considerar as conseqüências das interpretações em disputa”.

ADDIN EN.CITE
<EndNote><Cite><Author>POSNER</Author><Year>1998</Year><RecNum>307</RecNum><record><rec-number>307</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pzna09refdeox5v05r2eadeaax9d">307</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>POSNER, Richard</author></authors></contributors><titles><title>Against constitutional theory</title><secondary-title>NYU Law Review</secondary-title></titles><periodical><full-title>NYU Law Review</full-title></periodical><pages>1-22</pages><volume>73</volume><number>1</number><dates><year>1998</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote> POSNER, Richard (1998). *Against*

constitutional theory. NYU Law Review **73**(1): 1-22. - “*Nothing pretentious enough to warrant the name of theory is required to decide cases in which the text or history of the Constitution provides sure guidance. (...) Somewhat more difficult interpretive issues (...) can be resolved pretty straightforwardly by considering the consequences of rival interpretations*”.

ADDIN EN.CITE <EndNote><Cite><Author>CARVALHO NETTO</Author><Year>2003</Year><RecNum>397</RecNum><record><rec-number>397</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5dpdt2pznaf09refdeox5v05r2eadeaaxx9d">397</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>CARVALHO NETTO, Menelick de</author></authors></contributors><titles><title>Racionalização do ordenamento jurídico e democracia</title><secondary-title>Revista Brasileira de Estudos Políticos</secondary-title></titles><periodical><full-title>Revista Brasileira de Estudos Políticos</full-title></periodical><pages>81-108</pages><volume>88</volume><dates><year>2003</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote>

CARVALHO NETTO, Menelick de (2003). *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. Revista Brasileira de Estudos Políticos **88**: 81-108.

TEORIA GERAL DO DIREITO E SUAS RELAÇÕES COM A NOVA HERMENÊUTICA E O (NEO)CONSTITUCIONALISMO*

GENERAL THEORY OF LAW AND ITS RELATIONS WITH THE NEW HERMENEUTICS AND NEW CONSTITUCIONALISM

**Ivan Martins Tristão
Zulmar Fachin**

RESUMO

A teoria geral do direito possibilita uma visão ampla sobre uma proposta de estudo, auxiliando na particularização de conceitos gerais. Ela se relaciona de variadas formas com a Filosofia do Direito, embora nos últimos anos tenha ganhado autonomia. A dogmática jurídica diminuiu a criação de regras de direito com base em simples operações do tipo lógico-dedutivo, pois está se flexibilizando em parâmetros tipológicos que incluem valores, permitindo maior efetividade na sociedade. A análise dessas relações tem contribuído para a construção de uma teoria que integralize a teoria do direito e a filosofia jurídica e a fomentação da atividade hermenêutica. Neste contexto, as teorias hermenêuticas do direito têm se mostrado bastante eficazes, justamente porque inclui em seu discurso a influência de elementos valorativos, viabilizando, inclusive, uma reflexão sobre a relação concreta da norma jurídica com sua aplicação na realidade. A disciplina da teoria geral do direito tem objeto, conteúdo e utilidade para fundamentar a análise sobre o fenômeno jurídico da nova hermenêutica e o (neo)constitucionalismo, tendo papel importante na formação do novo jurista, por instruí-lo com conhecimentos suficientes para superar o normativismo dogmático e orientá-lo por um caminho mais adequado. Com efeito, pretende-se demonstrar que a nova hermenêutica é um dos melhores caminhos a ser trilhado pelos juristas para superação de tal paradigma, pois é amparada por valores legítimos de uma sociedade democrática de direito. Para tanto, apresenta-se a noção de positivismo e seu modelo de superação, o pós-positivismo, onde os princípios passam a ser tratados como direito, viabilizando a introdução de valores no ordenamento jurídico e a resolução dos casos de forma mais justa. Na seqüência, é exposto que a hermenêutica jurídica está em crise diante dos insuficientes meios para enfrentá-la, sendo a nova hermenêutica e a constitucionalização do direito o caminho para superação dos problemas, tendo na Constituição um norte para interpretação do sistema jurídico, pois é amparada por princípios arraigados de carga axiológica. Por fim, é apresentada a distinção entre a velha e a nova hermenêutica, demonstrando-se que é através dos princípios que se poderá encontrar uma solução constitucionalmente adequada para o problema, além de viabilizar uma melhor atuação do Direito, e, ao final, a constitucionalização do direito, que é justamente o processo e o resultado da transformação do Direito como um todo

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

causado pela Constituição. Portanto, o trabalho pretende demonstrar a evolução do direito e o resgate dos valores, em que a teoria dos princípios é utilizada para a construção de uma nova hermenêutica, tendo no constitucionalismo um esforço de superação, de forma a acompanhar a dinâmica evolutiva da sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA GERAL DO DIREITO; HERMENÊUTICA; CONSTITUCIONALISMO; PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

The general theory of law allows a broad view on a proposal of study, helping in going into details of general concepts. It is related in various ways with the philosophy of law, although in recent years has gained autonomy. The dogmatic legal decreased the establishment of rules of law based on simple operations logical-deductives, as it is easing itself in parameters of types that include values, allowing greater effectiveness in society. The analysis of these relations has contributed to the construction of a theory that complement the theory of law and legal philosophy and fomentation of activity hermeneutics. In this context, the hermeneutics of law theories have proven quite effective, precisely because it includes in its speech the influence of elements of values, enabling a reflection about the concrete relationship of legal standard with its application in reality. The discipline of the general theory of law has object, content and utility to support the analysis of the legal phenomenon of the new hermeneutics and the new constitutionalism, having a important role in shaping the new lawyer, by instructing him with enough knowledge to overcome the Normative dogmatic and guide him in a way more appropriate. Indeed, it is intended to demonstrate that the new hermeneutic is one of the best paths to be pursued by lawyers for overcoming this paradigm, as supported by legitimate values of a democratic society of law. To that end, it is presented the notion of positivism and its model of overcoming, the post-positivism, where the principles are being treated as law, enabling the introduction of values in law and the resolution of cases in a fair way. In sequence, it is exposed that legal hermeneutics is in crisis ahead of insufficient means to confront it, being the new hermeneutics and the analysis of law with basis on Constitution the path to overcoming the problems, taking the Constitution as a northern to interpretation of the legal system, as supported by axiological entrenched principles. Finally, there is a distinction between the old and new hermeneutics, demonstrating that it is through the principles that we can find a constitutionally adequate solution to the problem, apart from achieving a better performance of law, and in the end, the interpretation of law based in Constitution, which is precisely the process and outcome of the transformation of law as a whole caused by the Constitution. Therefore, the paper aims to demonstrate the evolution of the law and the rescue of values, where the theory of the principles is used for the construction of a new hermeneutics, having in constitutionalism an effort to overcome in order to attend the dynamic evolution of society.

KEYWORDS: GENERAL THEORY OF LAW; HERMENEUTICS; CONSTITUTIONALISM; PRINCIPLES.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende revisitar alguns dos temas mais importantes da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica, com o objetivo de instigar a reflexão sobre a evolução do Direito, a fim de constatar o atual estágio do Direito e o seu direcionamento para o futuro.

Para tanto, no primeiro tópico são expostas as discussões voltadas à teoria geral do direito, abordando-se sua natureza jurídica; relação com a filosofia do direito e a dogmática jurídica; objetivo, conteúdo e utilidade, e, por fim, é apontado seu papel na formação no *novo* jurista.

No segundo tópico, se fez necessária uma abordagem sobre o positivismo, tendo-se como norte as lições de Norberto Bobbio e Hans Kelsen, para, na seqüência, no terceiro, tópico, ser exposta a noção de pós-positivismo. No quarto tópico, adentra-se à concepção da nova hermenêutica e a da constitucionalização do Direito, apontando-se ao final a conclusão do trabalho, que, espera-se, contribua para fomentar a discussão sobre o tema, tão importante para que os novos rumos do Direito sejam construídos não por acaso, mas de forma sólida e bem fundamentada.

1. TEORIA GERAL DO DIREITO

1.1 Natureza jurídica da teoria geral do direito

A teoria geral do direito fornece uma visão do todo. Evita a fragmentação do conhecimento e possibilita uma visão mais ampla e certamente menos parcial e limitada sobre uma proposta de estudo. Com efeito, antes de adentrar na temática enunciada, interessa apresentar qual a posição adotada em relação à concepção acerca da teoria geral do direito. Conforme Antônio Luís Machado Neto, a referida disciplina é de *indiscutível natureza epistemológica*[1], o que não significa afirmar que esta posição seja unânime, pois existem vozes abalizadas em sentido contrário, a exemplo de Jean-Louis Bergel[2].

Machado Neto demonstra que a teoria geral do direito é uma *enciclopédia de conhecimentos científicos*, sendo seu conteúdo sociológico, histórico e filosófico-jurídico, o que, para ele, confirma que ela não é uma ciência, por lhe faltar uma unidade de objeto, embora contenha os conhecimentos daquelas três ordens científicas. Mas,

então, questiona o próprio jurista, porque a teoria geral do direito é uma disciplina epistemológica? Para elucidar a questão é importante apresentar sua concepção de epistemologia:

Se por epistemologia se entende – o que sua etimologia grega parece ratificar plenamente – uma *teoria da ciência*, isto é, a parte da filosofia que tem por objeto o estudo dos pressupostos do saber científico em geral e de cada ciência em particular – que esse é o sentido mais próprio e atual do termo e não o que o apresentava como sinônimo de gnosiologia, noética ou teoria geral do conhecimento.[3] (g.n.)

Argumentando mais detalhadamente sobre sua concepção, o supracitado autor chega a duas importantes conclusões: a primeira de que “tratar de direito é fazer ciência jurídica, dogmática ou jurisprudência, mas tratar da ciência do direito, ainda que para o mister elementar de defini-la, é fazer epistemologia”[4], e, a segunda de que “a tarefa de definir e precisar os conceitos fundamentais do direito, de que o jurista se há de utilizar para a elaboração da ciência jurídica, também essa é uma temática epistemológica”[5], sendo esse estudo conhecido, pois, sob a rubrica de *teoria geral do direito*. Como visto, é epistemológica porque seu campo de atuação é genérico[6] e consiste em particularizar os conceitos gerais. Seu estudo é sobre os *pressupostos* da ciência jurídica, não pertencendo especificamente a qualquer dos ramos do direito, pois utilizados por todos como um dado prévio.

No confronto quanto à natureza da teoria geral do direito, se é uma ciência ou epistemologia, Machado Neto é contundente em defender a segunda opção, pois, além do que já foi exposto, frisa que ela deve ser entendida “como teoria filosófica da ciência jurídica – teoria fundamental do direito, como prefere Luís Recaséns Siches”[7], o que não significa dizer que a epistemologia jurídica esgota a imensidão da filosofia, mas, sim, que é parte desse estudo especialmente voltada para a ciência do direito.

1.2 Relação da teoria geral do direito com a filosofia do direito e a dogmática jurídica

Sobre a relação Teoria e Filosofia do Direito, Giuseppe Zaccaria, ao tratar das implicações filosóficas da teoria contemporânea do Direito, assevera que tais disciplinas, nos últimos vinte e cinco anos, sempre mostraram, e seguem mostrando, *múltiplas e relevantes conexões*[8]. Nos últimos tempos tem ocorrido um vasto processo de *diferenciação e especialização*, que tem conduzido a teoria do direito a uma relativa autonomia em relação à filosofia jurídica, em razão de alguns temas clássicos terem migrado do *tronco* desta para aquela[9] e porque a própria teoria do direito vem se fracionando em uma vasta série de disciplinas e de teorias parciais e particulares[10].

Por sua parte, a dogmática jurídica vem perdendo espaço como um sistema auto-suficiente, produtor de novas regras de direito mediante simples operações do tipo lógico-dedutivo, pois está adquirindo um grau de flexibilidade cada vez maior, se agarrando a parâmetros tipológicos que incluem *valores*, os quais permitem uma verificação da legitimidade das soluções delineadas pela práxis e uma confrontação assídua com as transformações e as diferenciações do ambiente social.

Com isso, Giuseppe Zaccaria percebe um paradoxo: *a crescente diferenciação-especialização das disciplinas jurídicas e teorias-jurídicas e as inúmeras tentativas de aprofundar as linhas de demarcação entre as mesmas terminaram involuntariamente por favorecer o redescobrimto de suas conexões e por recriar uma situação propícia ao esforço de construir uma teoria capaz de voltar a integrar a teoria do direito com a filosofia jurídica.*[11]

O autor conclui que vários temas estão sendo tratados pela teoria do direito, o que justifica afirmar sua relativa autonomia em relação à filosofia; porém, considerando que as questões teórico-jurídicas possuem um substrato filosófico e não dispõem de um critério unívoco e satisfatório que possibilite delimitar de forma rigorosa em qual das disciplinas elas se incluem, tem-se que referidas questões também seguem pertencendo ao vasto âmbito da filosofia do direito[12].

Zaccaria segue em sua obra argumentando que esse desenvolvimento das implicações filosóficas da teoria do direito tem apresentado resultados coerentes dentro da própria teoria do direito. Isso porque o juspositivismo e o realismo jurídico têm se mostrado uma via morta, sendo suplantados por novas tendências da teoria contemporânea do direito, ou seja, a teoria analítica do direito e a teoria sistêmico-funcionalista do direito.

Não obstante, mais eficazes e persuasivas tem se mostrado as teorias hermenêuticas do direito, as quais são protagonistas do debate mais atualizado sobre o raciocínio jurídico, uma vez que reconhecem e incluem como fator constitutivo de seu discurso a influência dos *elementos valorativos* no procedimento de individualização do direito, possibilitando o intérprete fundamentar, racionalmente, uma decisão considerada justa.[13]

Outros pontos importantes destacados no enfoque hermenêutico são as capacidades de iluminar a complexidade fenomenológica e conceitual do direito e de criticar a visão dogmática. A hermenêutica abre com eficácia na ciência jurídica a dimensão da racionalidade argumentativa, mas, sobretudo, a dimensão prática, viabilizando uma reflexão sobre a relação concreta da norma jurídica com sua aplicação na realidade. Essa preocupação em formular uma teoria do direito dirigida à práxis jurídica também é um aspecto que fomenta o pós-positivismo.[14]

Enfim, seguindo essas conexões cada vez mais profundas entre teoria e prática, o Zaccaria conclui que se realiza uma ampla conversão da filosofia jurídica em teoria do direito, porém, como contraponto, as implicações filosóficas da teoria contemporânea do Direito, responsáveis pela aproximação entre Teoria e Filosofia do Direito, resulta, entre outros aspectos, na fomentação da atividade hermenêutica.

Ainda sobre as relações existentes sobre as disciplinas supracitadas, oportuno trazer à baila a concepção de Arthur Kaufmann, o qual entende que a Dogmática Jurídica e Filosofia do Direito possuem uma relação de *alteridade*. A primeira não se preocupa com o que é Direito e tampouco com as circunstâncias, a extensão e o modo de existência do conhecimento jurídico; sua argumentação é sempre infra-sistemática, em que o sistema permanece intocado.

A segunda, por sua vez, se ocupa dos problemas fundamentais, “mas não se pode daí concluir que na filosofia se trata de coisas ‘mais importantes’ do que nas ciências dogmáticas especializadas”[15], pois elas se associam, tendo um permanente intercâmbio, o que justifica a afirmação de que possuem uma relação de alteridade. Quanto à relação entre Filosofia do Direito e Teoria do Direito, Kaufmann entende que a diferenciação é muito imprecisa:

A diferença entre a filosofia do direito e a teoria do direito é de resto muito imprecisa. É certamente correcto dizer *cum grano salis* que a filosofia do direito está mais direccionada para os conteúdos, e a teoria do direito, para as formas, mas visto que não existe matéria sem forma nem forma sem matéria, não se pode obter deste modo nenhuma delimitação precisa.[16]

Elas se relacionam em razão de ambas não se limitarem ao Direito vigente; elas procedem fundamentalmente de forma *transistemática*. Kaufmann, ainda aponta que a teoria do direito se distingue da filosofia do direito em razão do seu motivo, ao pretender emancipar-se em relação à filosofia geral para tratar de questões jurídicas, mas reconhece que esse critério não delimita qualquer distinção precisa ou satisfatória.

Com efeito, verifica-se que Kaufmann também aceita certa autonomia da teoria do direito, tanto que enumera algumas discussões travadas no seu âmbito[17], porém conclui pela existência de uma íntima relação entre elas, inclusive porque algumas das questões ali tratadas também são debatidas no campo filosófico. Mas essa relação próxima entre a teoria e filosofia do direito também não é unânime, pois há quem perceba nítida distinção entre elas, conforme posição de Bergel[18].

A diferença proposta por Bergel, com a devida vênia, não se apresenta suficiente, pois além de focar meramente uma distinção entre a filosofia geral e a teoria geral do direito, ou seja, entre pólos extremos, o próprio jurista reconhece que “a teoria geral do direito não ignora a importância da filosofia do direito e deve referir-se com frequência aos fundamentos e às diversas finalidades do direito, mas a filosofia não é seu objeto principal”[19]. Verifica-se, pois, que o autor também aceita que as disciplinas se relacionam e são próximas, o que reforça e dá maior razão às concepções apontadas inicialmente.

1.3 Objetivo, conteúdo e necessidade da teoria geral do direito

A grande contribuição que se pode extrair do pensamento de Bergel são seus apontamentos sobre o objetivo e conteúdo da teoria geral do direito, além da demonstração de sua necessidade. O autor explica que nos países anglo-saxões o termo “jurisprudência” significa a “ciência do direito”, e, por isso, “foi definida como a ciência cujo objetivo é a exposição dos princípios, das noções e das distinções que são comuns aos diversos sistemas de direito.”[20] Para nós, apresenta o seguinte objetivo:

Consideramos aqui que a teoria geral do direito tem o objetivo de apreender o fenômeno jurídico mediante o estudo de sua razão de ser, de suas finalidades, de seus conceitos fundamentais, de sua utilização, de seus instrumentos, de seu método etc. Em suma, estuda a ordem jurídica em sua globalidade, através de seu “por quê” e de seu “como?”. É uma construção intelectual metódica e organizada fundamentada na observação e na explicação dos diversos sistemas jurídicos e destinada a definir os grandes eixos da construção e da aplicação do direito. Seu estudo não poderia deixar de lado aspectos essenciais da metodologia jurídica.[21]

Em relação ao conteúdo da teoria geral do direito, Bergel sustenta que ela deve ser apreendida dentro de uma perspectiva metodológica, tendo como objetivo estudar as grandes questões dos elementos comuns do direito, tais como a definição de direito, as fontes de direito, os princípios gerais do direito, as regras de direito, o meio geográfico, temporal e social do problema jurídico, as instituições, os conceitos e as categorias, a linguagem jurídica, a relação entre o fato e o direito, o juiz, o processo, certos tipos particulares de raciocínio etc.[22]

Por fim, Bergel defende que a teoria geral do direito se faz necessária tanto no aspecto *conceptual* quanto no *prático*. A necessidade conceptual é importante para optar entre uma concepção substancial (razão de ser, origem, justificação, finalidade do direito) e uma concepção formal do direito (segurança jurídica e regras de direito positivo), ou para conciliar essas duas abordagens. A necessidade prática, por sua vez, é importante para que os juristas recorram imperativamente à teoria geral, a fim de descobrir, interpretar e executar as soluções possíveis, não se limitando, assim, a ler e interpretar a lei, pois a execução do direito é indissociável de uma boa compreensão do fenômeno jurídico.[23]

1.4 O papel da teoria geral do direito na formação do *novo* jurista

O papel da teoria do direito, juntamente com a filosofia do direito, ante os estreitos laços existentes entre elas, conforme já demonstrado, na formação do *novo jurista* é instruí-lo com conhecimentos suficientes para superar o normativismo dogmático e orientá-lo por meio de um caminho que traga a necessária segurança jurídica, visando, claro, a consecução da justiça e a pacificação social.

Nesse contexto, são elucidativas as considerações de Nicolás M. López Calera, que demonstra haver certa *descrença e desencanto do Direito*, isto é, “el descubrimiento de que el derecho no es lo que dicen que es, una realidad normativa y moral al servicio de la justicia.”[24] Isso, não só porque não serve à Justiça, mas também em razão de ser gravemente ineficaz para servir à Justiça. *A ineficácia do direito pode ser debitada a um escondido interesse do mesmo sistema sócio-econômico que evita a solução dos grandes problemas da justiça por meio do direito, porque talvez a solução desses problemas significaria a troca do sistema e do modelo sócio-econômico.*[25]

Outrossim, pode ser debitada à incomensurável dimensão que têm os grandes problemas da justiça no mundo contemporâneo, a exemplo da negação dos direitos humanos. Além disso, há uma excessiva formalização da solução jurídica dos conflitos sociais. O aparato jurisdicional do Estado de Direito se vê sobrecarregado de complexas normas técnico-formais que devem ser interpretadas e aplicadas para resolver os casos concretos, cada vez mais complexos. Assim, a sociedade não crê na administração da justiça, que se mostra ineficaz diante de conflitos que surgem vertiginosamente e que demandam soluções rápidas.[26] Por isso e por tantas outras considerações, Calera apresenta vários motivos para defender a *necessidade de uma teoria crítica do Direito*:

Uma teoria crítica del derecho, esto es, una filosofía del derecho con una vocación crítica y utópica, enormemente respetuosa del pluralismo filosófico, puede ser un factor decisivo para promover una formación progresista del futuro jurista, sobre todo para abrirle la posibilidad de un uso más racional de las normas jurídicas a través de un conocimiento crítico de los efectos, finalidades, intereses y valores que el derecho pone en juego. Pensar sobre el derecho desde una teoría crítica es intentar que el jurista sea algo más que un mero experto em una técnica de organización social.[27]

Com efeito, um dos principais motivos que levam o autor a defender a necessidade de uma teoria crítica do Direito é a constatação de que a realidade jurídica não se esgota e não pode se esgotar numa simples análise científica das instituições jurídicas, das normas jurídicas, dos ordenamentos jurídicos. O Direito também é uma realidade política, moral, econômica, cultural, histórica, ou seja, uma realidade dificilmente compreensível em sua totalidade apenas numa perspectiva científica. A teoria do direito deve transcender o mero direito normativo, deve-se filosofar o direito, ou seja, valorar e adentrar os caminhos da crítica e da utopia.[28]

Para cumprir esse desiderato, a *nova hermenêutica* hodiernamente analisada e debatida pelos juristas parece ser o melhor caminho, inclusive porque amparada pelos valores mais legítimos de uma sociedade democrática de direito, algo suficiente para conseguir, com segurança jurídica, exercitar a questão da superação da normatividade-dogmatismo, não raras vezes frio e distante dos anseios da sociedade.

2. POSITIVISMO

2.1 Noções sobre o positivismo com Norberto Bobbio

Antes de adentrar na temática envolvendo a nova hermenêutica, importa apresentar algumas considerações sobre o positivismo jurídico e suas influências no modo de se conceber o direito e a ciência que o estuda. A tarefa não é simples, por isso opta-se em apontar as principais questões envolvendo o tema com base na lição de Norberto Bobbio e Hans Kelsen, ressaltando que este autor é considerado por aquele como *o clímax do movimento juspositivista*[29], e, por isso, certamente ambos fornecem uma boa noção do que se pretende expor. Bobbio[30], aponta sete *pontos fundamentais da doutrina positivista*, que podem ser resumidos, na sua essência, da seguinte forma:

1) *modo de abordar, de encarar o direito*: o positivismo jurídico ao elucidar esta questão considera o direito como um fato e não como um valor. Uma vez considerado o Direito um conjunto de fatos análogos àqueles do mundo natural, o jurista deve se abster de formular juízos de valor, o que significa dizer que o termo “direito” é avalorativo. Disso decorre a *teoria da validade do direito*, em que se funda na forma do direito, sem se preocupar com o conteúdo;

2) *definição do direito*: “o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do direito*.”[31] Considerando que o direito é um conjunto de fatos análogos aos do mundo natural, ele é concebido como o que vige como tal numa determinada sociedade;

3) *fontes do direito*: o positivismo jurídico afirmou a *teoria da legislação como fonte preeminente do direito*. Esta teoria problematiza as outras fontes do direito, que não desapareceram totalmente, surgindo, assim, uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume, das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário. Além disso, aborda o problema das fontes denominadas *pressupostas* ou *aparentes* do direito, tal como a equidade e a natureza das coisas ou dos fatos;

4) *teoria da norma jurídica*: a norma é considerada um comando pelo positivismo jurídico, dando origem à *teoria imperativa do direito*, que é subdividida em várias outras *subteorias*;

5) *teoria do ordenamento jurídico*: a norma não é considerada de forma isolada, mas como o conjunto de normas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico fundamenta a *teoria da coerência e da completude* do ordenamento jurídico, em que se afirma a inexistência de normas contraditórias, bem como a exclusão de lacunas no direito, em razão da possibilidade do juiz extrair uma *regula decidendi* para resolver qualquer caso;

6) *método da ciência jurídica*, isto é, *o problema da interpretação*: o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, em que prevalece o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito;

7) *teoria da obediência*: se resume no aforismo *lei é lei*. Ao invés de se cogitar de positivismo jurídico, deve-se falar em *positivismo ético*, pois se trata de uma afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica; além de ter origem diferente, no pensamento racionalista do século XVII.

Bobbio, ao tratar do positivismo jurídico como abordagem avalorativa do Direito, aduz que o termo *Direito* é absolutamente avalorativo, “isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”[32]. O positivismo tenta transformar o estudo do direito em uma *ciência*, tendo como característica sua *avaliatividade*, ou seja, a distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor*, e, para tanto, afirma que se devem excluir estes últimos para a ciência se fazer de forma adequada.

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.[33]

Os juízos de valor são sempre subjetivos (ou pessoais), enquanto os juízos de fato desejam ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, por isso a ciência exclui aqueles de seu âmbito, uma vez que o positivista jurídico pretende estudar o direito tal como ele é, e não como deveria ser, ou seja, estuda-se o direito como *fato* e não como *valor*. Nestes termos, o positivismo jurídico se contrapõe ao jusnaturalismo, pois não está preocupado em saber se existe um direito ideal, justo ou injusto.

Bobbio, também frisa que a teoria do ordenamento jurídico é própria do juspositivismo, a qual se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência* e a *completude*, sendo “estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.”[34]

Vale mencionar que citado jurista ao abordar o *positivismo como ideologia do direito* adverte que se deve ter em mente a existência de diferença entre a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ético (aspecto ideológico do juspositivismo), uma vez que a maior parte das críticas somente se referem à primeira versão, a qual consiste em afirmar o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal.

O jurista italiano prefere falar em positivismo ético ao invés de ideologia juspositivista, pois a questão não está na doutrina científica, mas, sim, na ética do direito. O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positiva também que a obrigação de obedecer a uma lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral. Mas na concepção juspositivistas, ao contrário da tradicional, na definição da lei não está compreendido o requisito da justiça, somente o da validade, ou seja, *a lei é justa porque é válida*. Por outro lado, a versão moderada do positivismo ético, se distingue da anterior por tratar-se de um valor instrumental, senão vejamos:

Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) seja sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da *ordem* (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem). Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para sua versão extremista trata-se de um *valor final*, para a moderada trata-se de um *valor instrumental*. [35]

Por último, interessa observar que o positivismo ético moderado não considera somente o direito como o instrumento necessário para realizar a ordem, pois sustenta que a lei também seja a forma mais perfeita de direito [36].

2.2 Relação entre valor e norma para Hans Kelsen

Para Kelsen, em sua clássica obra *Teoria Pura do Direito*, ao analisar a relação entre norma e valor, o que importa é o valor do objeto em si (não na relação sujeito-coisa), que é relativo à norma jurídica positiva, pensada no modo do dever ser (e não do ser). Da norma decorre o valor e o valor não implica uma relação entre realidade e norma, ou seja, entre o dever ser e o ser. A prescrição de uma norma pode ou não ser observável, casos em que a conduta real (fática) pode corresponder à norma (juízo de valor positivo; conduta é *boa*, valiosa) ou contrariá-la (juízo de valor negativo; conduta é *má*, desvaliosa).

Com efeito, “uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo.”[37] Os juízos de valor, positivos ou negativos, devem ser distinguidos da realidade que, “sem referência a uma norma considerada objetivamente válida enunciam que algo é ou como algo é.”[38] Para Kelsen, o objeto de valoração se refere apenas à conduta real, pois as normas são estabelecidas por atos de vontade humana, e, por isso, apenas constituem valores relativos, conforme explica:

A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia, na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários.[39]

Kelsen, entende que a norma considerada em si mesma não é falsa ou verdadeira, mas vigente ou não vigente, ou, ainda, válida ou não válida, ou seja, devem-se abstrair os valores envolvidos na aplicação da norma, pois ela mesma funciona como um juízo de valor. A produção das normas jurídicas está baseada em outras normas jurídicas; “e que a norma fundamental, que constitui o fundamento de validade destas normas, nem sequer é estatuída de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico.”[40] A relação que tem um objeto, e particularmente uma conduta humana, com um fim, é tido como um valor. O juízo relativo entre a causa e o efeito é um juízo de valor (subjetivo ou objetivo).

3. PÓS-POSITIVISMO

Ainda antes da abordagem sobre a nova hermenêutica, de forma sucinta, interessa ao presente estudo apresentar, mesmo que em linhas gerais, algumas concepções e significados sobre o *pós-positivismo*. Este movimento representa um esforço de superação do embate entre o positivismo e o jusnaturalismo, tendo, para este fim, grande relevância a teoria dos princípios.

Paulo Banavides, expõe que na fase pós-positivista os princípios passam a ser tratados como direito e que neste período a doutrina do Direito Natural e a do velho positivismo ortodoxo vieram abaixo, sobretudo pelas críticas de Ronald Dworkin. Este reconhece a “possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.”[41]

A teoria dos princípios se converteu no coração das Constituições, passaram a ser considerados o *oxigênio das Constituições* na época do pós-positivismo. Dworkin, trabalha a distinção entre princípio como *peso* e regra como *valor*, ou seja, enquanto o princípio não sofre prejuízo ao resolver um conflito, inclusive em razão de preponderar um ou outro em determinado caso, a regra está atrelada à noção do tudo ou não, ou é válida ou não[42].

Albert Calsamiglia, por sua vez, dispõe que pode ser considerada pós-positivista toda aquela teoria que ataca as duas teses mais importantes do positivismo conceitual: 1) a tese das fontes sociais do direito; 2) a não conexão entre direito e a moral. O autor, não obstante, denomina pós-positivista as teorias contemporâneas que põem em discussão os problemas da indeterminação do direito e as relações entre o direito, a moral e a política[43]. A primeira tese citada pretende responder à questão dos limites do direito, defendida por Herbert Lionel Adolphus Hart. Com base nesta concepção, Calsamiglia demonstra que as doutrinas pós-positivistas estão mais interessadas nos problemas que origina a indeterminação do direito do que em descrever as convenções do passado[44].

Não se ignora a institucionalização do direito, mas o que interessa é aquilo que está além dos limites estritamente institucionalizados. Enfim, o pós-positivismo dá atenção na pergunta: *o que se deve fazer diante de um caso difícil?* O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem respostas a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver estes casos.

Calsamiglia argumenta que Dworkin insistiu na leitura moral da constituição, manifestando o papel da moral na leitura dos problemas constitucionais e denunciando a hipocrisia do pressuposto de neutralidade proposta pelo positivismo[45]. Pode-se dizer que no pós-positivismo o intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise.

Em relação à segunda tese, Calsamiglia destaca considerações que demonstram ser campo para calorosos embates entre o direito e a moral, que pode ocorrer de várias formas. A mais relevante é que o direito não perde sua juridicidade por ser injusto, ou seja, uma coisa é o direito que é e outra muito distinta é o que deve ser. Por tudo isso, aludido autor conclui que o pós-positivismo é herdeiro do positivismo e desloca seu centro de atenção até problemas que sugerem uma retificação ou matização de algumas de suas teses mais importantes: a indeterminação do direito e a conexão entre o direito e a moral estão na agenda prioritária da reflexão atual[46].

Dworkin, um dos grandes vertentes do pós-positivismo, ataca o positivismo tendo como alvo os argumentos de Hart[47]. O autor trabalha com a análise dos princípios de direito, regras e política, atribuindo aos primeiros uma força normativa, com a questão dos valores. Dworkin denomina princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”[48]

Margarida Maria Lacombe Camargo, assevera que o pós-positivismo é um movimento que encerra o predomínio da dogmática jurídica, tendo a visão de que o “direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida

eu é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial.”[49] Vale destacar que a autora supracitada aponta duas vertentes para o pós-positivismo, embora tenham pontos de convergência, nos seguintes termos:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao modelo kelseniano de negação a valores, abre-se a duas vertentes. Uma delas, que segue a linha de Dworkin e Alexy, busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. A outra procura, nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais, sua força lógico-legitimante, como faz Chaim Perelman, por exemplo.[50]

Guerra Filho, entende que pós-positivista, em teoria do direito, é a Teoria (ou Doutrina) Estruturante[51] do Direito de Friedrich Muller, em que “se consuma a desconstrução do objeto por excelência das teorias positivistas normativistas, *à la Kelsen [...].*”[52] *A norma não se identifica com o texto normativo, pelo contrário, ela se origina a partir do texto, sendo finalizada com a criação da “norma-decisão”.*

4. A NOVA HERMENÊUTICA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

4.1 As múltiplas teorias, escolas e métodos de interpretação e o relativismo.

Sobre as escolas hermenêuticas, João Baptista Herkenhoff ensina que elas surgiram após a promulgação dos códigos de Napoleão, especialmente o Código Civil, como resultado teórico da disputa entre os diversos métodos ou técnicas de interpretação de Direito, ressaltando que as escolas anteriores ao século XIX cuidaram do problema hermenêutico apenas de forma incidental[53]. O autor classifica as Escolas Hermenêuticas tomando como baliza o maior ou menor *aprisionamento* do intérprete ou aplicador do Direito à lei, dividindo-as em três grupos[54], o que justamente, quiçá, evita o relativismo na interpretação.

4.2 A crise da hermenêutica jurídica e os meios para enfrentá-la: a contribuição de Lenio Luiz Streck e sua nova proposta.

A obra de Lenio Luiz Streck é paradigma na abordagem e reflexões sobre a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade. Ao tratar especificamente sobre a crise hermenêutica jurídica, o autor argumenta que “os operadores jurídicos também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas de produção do sentido”[55], pois consideram que somente devem reproduzir os sentidos previamente atribuídos por aqueles que possuem a *fala autorizada* (*skeptron*) (os hermeneutas).

A crise brasileira pode ser explicada em razão do direito ter ensejado demandas que se tornaram inviáveis de serem resolvidas pelo modelo liberal-individualista-normativista de produção de Direito, tendo em vista que o *modo de produção* é instruído por um *campo jurídico* que sustenta as práticas dogmático-jurídicas, que não permitem a realização dos direitos sociais e fundamentais.[56]

Muitos outros pontos identificam a crise hermenêutica, na concepção de Streck, porém, fugiria dos objetivos da presente pesquisa apontá-los exaustivamente, sendo os exemplos citados suficientes para a noção ora almejada. Da mesma forma, o autor indica vários meios para enfrentar a crise hermenêutica, não obstante, também serão ilustradas somente algumas delas, na tentativa de melhor compreensão da temática em discurso.

Streck, aduz que *a construção das condições de possibilidade de uma razão emancipatória para o Direito passa*, por exemplo, pelas seguintes *visões*: a Constituição garante as relações democráticas entre o Estado e a Sociedade, e, por conseguinte, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”[57]; os princípios se relacionam com validade e regras com vigência, isto para frisar que “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica”[58].

E não é só, a infração a um princípio é mais grave do que a violação a uma regra jurídica, pois todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia; considerando que o texto constitucional é dirigente e vinculativo, tem-se que “todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional”[59], ou seja, estar conforme o conteúdo material da Constituição.

Ademais, deve-se ter como visão que a Constituição é tida como norma primária da produção jurídica, paralelamente, suas normas materiais conduzem “à exigência da conformidade substancial dos atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição”[60]; a Constituição tem a tarefa de proteger os direitos conquistados (e não só pensar no futuro), o que pode ser feito mediante a utilização da principiologia constitucional.

Diante disso, Streck afirma que “a especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e princípios) deve-se auto-sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele.”[61]

O autor argumenta que as supracitadas posturas crítico-hermenêuticas não são suficientes para superar a dicotomia sujeito-objeto, por isso propõe a alteração do *campo jurídico* por meio da introdução de um novo paradigma denominado *viragem lingüística*[62], através do estudo da semiótica (teoria da significação) e da hermenêutica filosófica, na qual o sentido é dado pela compreensão. Por fim, vale citar que Streck finaliza suas reflexões com o seguinte pensamento, que é um norte na sua obra: “*hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplicá-lo no mundo da vida!*”[63] (g.n.)

4.3 Distinções entre a velha hermenêutica e a nova hermenêutica

Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, apontam que a grande distinção na interpretação constitucional, entre a velha e a nova hermenêutica, não se refere ao método clássico (o *subsuntivo*[64], fundado na aplicação de regras), tampouco aos elementos tradicionais da hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas, sim, *na virada de interpretação*, que ocorreu a partir da constatação de que “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem.”[65]

O intérprete, de uma mera função de revelar o conteúdo preexistente na norma, sem qualquer papel criativo na sua concretização, passa a analisar os elementos do caso concreto, os princípios e os fins a serem realizados, para, desta forma, encontrar uma solução *constitucionalmente* adequada para o problema a ser resolvido.

Para Bonavides, o juiz que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes, na velha hermenêutica tinha um espaço limitado ao ser considerado mero aplicador da lei, porém, na nova hermenêutica, o juiz passa a ser o *legislador por excelência*, amparado pelos princípios e valores contidos na constituição. Com efeito, o judiciário, como guardião da supremacia constitucional e da ordem democrática, recompor-se-á a esfera de harmonia e equilíbrio entre os Três Poderes:

Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.[66] (g.n.)

Em relação à legitimidade do intérprete, Bonavides aduz que “a nova legitimidade assenta, pois, a democracia participativa em instrumentos ou órgãos de concretização como a Nova Hermenêutica Constitucional, indubitavelmente sua mais sólida coluna de sustentabilidade.”[67] Enquanto na velha hermenêutica o elemento interpretativo relativo à formação da legitimidade ou era desconhecido em matéria constitucional ou menoscabo, tendo natureza acessória, adjetiva e instrumental; na nova hermenêutica os conteúdos políticos e jurídicos constituem a parte substantiva do sistema.[68]

Além disso, Bonavides argumenta que a velha hermenêutica tem cunho formalista e jusprivatista, e, ainda, que “omissa, distante e ausente das controvérsias constitucionais por incapacitação de solvê-las, a velha hermenêutica pouca ou nenhuma serventia tinha toda vez que se tratava de aplicá-la à matéria constitucional.”[69] Seus métodos de interpretação formavam uma hermenêutica dedutivista e silogística, inspirada mais na lógica que na tópica de Aristóteles. De outro norte, a nova hermenêutica dá sustentáculo à construção teórica da democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional, com elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas:

A construção teórica da democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional demanda o concurso de elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, os quais confluem todos para inserir num círculo pragmático-racionalista o princípio da unidade material da Constituição, o qual impetra, de necessidade, para sua prevalência e supremacia, uma hermenêutica da Constituição ou *Nova Hermenêutica Constitucional* [...].[70]

Bonavides chega a propor uma nova hermenêutica. Isso porque a destruição da base, dos princípios e valores constitucionais, em razão do processo globalizador e das categorias axiológicas do neoliberalismo, acabará com o povo, a cidadania e a nação. Por isso professa um Direito Constitucional de libertação, ou seja, o *Direito Constitucional da democracia participativa*[71], em que a luta e resistência é amparada pela bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social. Bonavides assinala quatro princípios cardeais compondo a estrutura constitucional da democracia participativa, todos importantes para a nova hermenêutica constitucional: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da soberania popular; princípio da soberania nacional; e princípio da unidade da Constituição.

Colhe-se de uma das obras de Luiz Fernando Coelho que a velha hermenêutica estava baseada na metodologia da interpretação lógico-sistemática; enquanto a nova hermenêutica, baseada numa hermenêutica filosófica, passou a abranger os processos sociais de criação de direito. Nesta perspectiva, o direito é a lei interpretada, conforme explica referido autor:

A hermenêutica filosófica enriqueceu a fundamentação onto-fenomenológica da crítica que então se esboçava da hermenêutica jurídica, a qual deixou de limitar-se à velha metodologia da interpretação lógico-sistemática, para abranger os processos sociais de criação do direito. Na perspectiva hermenêutico-filosófica, a interpretação de enunciados deônticos e de textos jurídicos, levou ao entendimento de que o produto da interpretação levada a efeito pelo jurista intérprete passa a integrar o próprio ser da norma jurídica. Ou seja, o direito é a lei interpretada.[72]

Além disso, “os textos legais e, em especial, os da constituição, deixaram de ser concebidos ao nível semântico da vontade do legislador ou constituinte originário, para adquirir vida própria integrante do próprio ser social ao qual se referem”[73], ampliando, assim, as possibilidades de interpretação, sem se olvidar das necessidades atuais da sociedade e da dura realidade frequentemente oculta pela ideologia jurídica. Isso fez com que resgatasse a unidade do direito com a sociedade.

4.4 Constitucionalização do Direito

Alfonso García Figuerola, tendo como referência a teoria de Robert Alexy, aduz que um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) das suas versões anteriores reside no fato do direito ter adquirido uma forte carga axiológica, reforçando um conceito não positivista do Direito, em que o sistema jurídico está vinculado na moral conceitualmente. O constitucionalismo tradicional era, sobretudo, uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto que o constitucionalismo atual tem se convertido numa teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico como método[74].

Com efeito, para Figuerola *se denomina constitucionalização o processo e o resultado da transformação do Direito causado pela Constituição*[75]. Para referido autor um sistema constitucionalizado possui as seguintes características gerais: uma constituição rígida; uma garantia judicial da Constituição; uma força vinculante da Constituição; *sobreinterpretação* da Constituição; a aplicação direta da Constituição; a interpretação das leis conforme a Constituição; a influência da Constituição nas relações políticas.

A constitucionalização do ordenamento jurídico não tem se limitado a transformar o Direito, pois também pretende essa mudança em relação ao pensamento de juristas e teóricos do Direito. *A constitucionalização do pensamento jurídico tem dado lugar ao constitucionalismo*. [76] Se tem denominado genericamente *constitucionalismo* (mais precisamente *neoconstitucionalismo*, com o fim de acentuar o novo caráter que tem adquirido na atualidade) *a teoria ou conjunto de teorias que tem proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa na constitucionalização do Direito em termos normalmente positivistas*[77]. Ou, ainda de

forma mais abrangente (com o mesmo norte constitucional), “o termo neoconstitucionalismo abrange uma vasta gama de fenômenos jurídicos associados à consolidação do modelo de Estado Constitucional de Direito contemporâneo.”[78]

No desenvolvimento deste constitucionalismo tem influenciado certos aspectos implícitos na constitucionalização. Entre eles, destacam-se os aspectos: *material* (o Direito tem adquirido uma carga axiológica; concepção não positivista do Direito; *estrutura e funcional* (a estrutura das normas constitucionais permite expandir o âmbito de influência dos princípios; e os princípios constitucionais dão ensejo a uma forma distinta de aplicar o Direito: a ponderação); e *político* (deslocamento do poder do Legislativo ao Judicial). Oportuno citar que Figueroa tipifica o constitucionalismo conforme a contraposição ao positivismo que se questiona, encontrando, assim, os seguintes tipos: constitucionalismo teórico, ideológico e metodológico.

Outrossim, Streck afirma que “o constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto que o constitucionalismo atual [neoconstitucionalismo] tem se transformado em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método”[79], assumindo relevância, nesse contexto, os princípios constitucionais, que incidem tanto sobre o ordenamento quanto na aplicação do ordenamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria geral do direito é disciplina de natureza epistemológica, a qual tem o condão de instruir e orientar o jurista numa visão mais ampla e ao mesmo tempo específica sobre o Direito. Entrementes, a intertextualidade apresentada entre os autores apontados ao longo do presente estudo demonstrou um pouco da evolução do direito e o *resgate dos valores*, tendo, atualmente, a teoria dos princípios sido utilizada como fundamento para uma nova hermenêutica.

Da época do positivismo, onde imperava o normativismo e o dogmatismo absoluto das leis, as quais eram consideradas avalorativas, mediante o aforismo *lei é lei*, passou-se após grandes embates com o jusnaturalismo para a fase do pós-positivismo[80], como movimento de superação, de *sucessão*, onde a teoria dos princípios assume grande relevância e passam a ser tratados como direito e discussões axiológicas ganham amplo espaço.

Mas a hermenêutica está em crise, conforme destaca Streck, surgindo em tempos mais contemporâneos discussões envolvendo a velha hermenêutica e a nova hermenêutica. Alguns autores chegam a propor novos horizontes, a exemplo de Bonavides, com sua Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Não obstante, vem assumindo grande destaque as temáticas envolvendo a constitucionalização, que têm dado lugar ao constitucionalismo (neoconstitucionalismo), num esforço de renovação, ou seja, adaptação das normas à realidade constitucional contemporânea, sem abandonar os postulados centrais[81], de forma suficiente para acompanhar a

dinâmica evolutiva da sociedade, e visando, conforme Bonavides, a produção de solução constitucionalmente adequada.

Como visto, os princípios, valores e objetivos constitucionais são as bases da *nova hermenêutica constitucional*, que busca melhor interpretar e concretizar o ordenamento jurídico, conforme sustenta Sérgio Alves Gomes[82]. Este, ainda demonstra que a hermenêutica constitucional, quando preocupada com a efetividade da Constituição, é *construtora da Democracia*[83].

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Filosofia e Metodologia Jurídicas. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CALERA, Nicolas M. Lopes. Derecho y teoria del Derecho en el contexto de la sociedade contemporânea. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade.* São Paulo: Malheiros, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo.* Revista eletrônica Doxa, Alicante, n. 21. Disponível em <http://cervantesvirtual.com/serlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 01/08/2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição.* Curitiba: Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Trad. de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático.* 2. ed. Rio de Janeiro, 2001.

_____. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, n. 51, abril-jun, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como filosofia. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O Poder das Metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Culbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1418, 20 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>. Acesso em: 13 out 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZACCARIA, Giuseppe. *Razón Jurídica e Interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.

[1] “Assim, temos também por demonstrado que o estudo dos conceitos básicos da elaboração científica do direito, que constituem a temática da teoria geral do direito – o centro vital, o próprio nervo da cadeira de Introdução à Ciência do Direito –, *é de indiscutível natureza epistemológica*. E se acaso uma teoria geral do direito comporta ainda uma enciclopédia jurídica, isto é, o estudo dos vários ramos do direito em seu conceito, sua fundamentação, sua temática etc. que envolve, para efeito de exemplificação, certa dose de conhecimento propriamente jurídico e – por que não? – um capítulo dedica à conceituação da técnica jurídica, da teoria da interpretação, da integração e da aplicação (direito intertemporal e interespaçial), nada disso modifica o seu caráter básico de estudo epistemológico.” (grifos nossos) (MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 9).

[2] “Cumprir ainda distinguir a teoria geral do direito da epistemologia jurídica. A epistemologia é um estudo crítico dos princípios, dos postulados, dos métodos e dos resultados do conhecimento do direito. Consagra-se apenas ao estudo dos modos de conhecimento do direito e é destinada a dirigir o pensamento jurídico, afastando-se das realidades da vida e das necessidades perceptíveis para só considerar as noções puras, ordená-las nelas mesmas, isoladamente dos interesses concretos que elas representam, a chegar a uma construção jurídica unicamente pelos esforços do pensamento. A epistemologia e, pois, também mais orientada para o que o direito deveria ser do que para o que ele é. A teoria geral do direito é mais próxima da fenomenologia do direito, ou seja, de um método consistente em ‘voltar às próprias coisas’, em observá-las em sua realidade concreta sem idéia preconcebida.” (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XXI).

[3] MACHADO NETO, *op. cit.*, 1975, p. 4.

- [4] MACHADO NETO, *op. cit.*, 1975, p. 5.
- [5] MACHADO NETO, *op. cit.*, 1975, p. 5.
- [6] “Neste sentido genérico, Willis Santiago Guerra Filho trabalha com a idéia de que epistemologia corresponde a uma teoria do conhecimento, ao argumentar que ela é *disciplina voltada ao estudo e ao controle das condições de possibilidades e validade do conhecimento científico*. Ao trabalhar com a etimologia da palavra, o autor conclui que epistemologia é *o estudo da posição adequada exigida em relação a algo para estudá-lo*. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22-24, *passim*).
- [7] MACHADO NETO, *op. cit.*, 1975, p. 6
- [8] ZACCARIA, Giuseppe. *Razón Jurídica e Interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 17.
- [9] “Temas clásicos de la reflexión filosófica sobre el derecho – como la teoría de las normas, de la legislación, del lenguaje jurídico, de la ciencia, del conocimiento, de la argumentación y de la decisión del derecho – se fueron separando progresivamente del tronco de la filosofía jurídica, y, gracias a un proceso de ‘migración’ – como eficazmente lo definió Hans Ryffel – son ahora corrientemente discutidos y encarados bajo el rótulo definitorio de teoría del derecho.” (ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 18.)
- [10] “De la antropología jurídica a la lógica deóntica, de la lingüística a la informática jurídica, de la semiótica a la tópica y a la retórica jurídica, el término teoría general del derecho hoy si se quiere, no significa más que la ‘parte general’ de una teoría más integral del derecho, que incluye todas las disciplinas arcaicas recién mencionadas.” (ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 18-19).
- [11] ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 21 (tradução livre).
- [12] ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 22.
- [13] ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 27.
- [14] ZACCARIA, *op. cit.*, 2004, p. 28-29.
- [15] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 19.
- [16] KAUFMANN, *op. cit.*, 2004, p. 19-20.
- [17] “Basicamente, apenas se pode enumerar casuisticamente o que actualmente é discutido sob a designação ‘Teoria do direito’, como por exemplo: a teoria das normas, a teoria pura do direito, a teoria da decisão, a epistemologia jurídica, a teoria dos sistemas, a teoria analítica do direito, a teoria marxista do direito, a teoria da linguagem jurídica, a teoria da argumentação, a teoria da legislação, a teoria semântica do direito, a retórica jurídica... Apesar disso, muitos destes domínios continuam a ser tratados no âmbito da filosofia do direito.” (KAUFMANN, *op. cit.*, 2004, p. 20).

[18] “A teoria geral do direito *se distingue então nitidamente* da filosofia do direito, concebida como uma metafísica jurídica. A teoria geral parte da observação dos sistemas jurídicas, da investigação de seus elementos permanentes, da articulação deles, para extrai-lhes os conceitos, as técnicas, as principais construções intelectuais... A filosofia do direito, por sua vez, é mais filosófica do que direito. Tende a despojar o direito de ‘seu aparelho técnico a pretexto de melhor atingir sua essência para descobrir seu significado metajurídico’, os valores que ele deve perseguir, seu sentido com relação a uma visão total do Homem e do mundo (...).” (g.n.) (BERGEL, *op.cit.*, 2001, p. XX).

[19] BERGEL, *op. cit.*, 2001, p. XX.

[20] BERGEL, *op. cit.*, 2001, p. XVIII.

[21] BERGEL, *op. cit.*, 2001, p. XVIII-XIX.

[22] BERGEL, *op. cit.*, 2001, p. XXIV.

[23] BERGEL, *op. cit.*, 2001, p. XXV-XXX, *passim*.

[24] CALERA, Nicolas M. López. Derecho y teoría del Derecho em el contexto de la sociedade contemporánea. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997, p. 42.

[25] CALERA, *op. cit.*, 1997, p. 43.

[26] CALERA, *op. cit.*, 1997, p. 43.

[27] CALERA, *op. cit.*, 1997, p. 46.

[28] CALERA, *op. cit.*, 47-48, *passim*.

[29] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198).

[30] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 131-134.

[31] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 131.

[32] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 131.

[33] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 135.

[34] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 198.

[35] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 230.

[36] BOBBIO, *op. cit.*, 1995, p. 231.

- [37] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19.
- [38] KELSEN, *op. cit.*, 2006, p. 19.
- [39] KELSEN, *op.cit.*, 2006, p. 19.
- [40] KELSEN, *op. cit.*, 2006, p. 24.
- [41] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 265.
- [42] BONAVIDES, *op.cit.*, 2003, p. 282.
- [43] CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Revista eletrônica Doxa, Alicante, n. 21. Disponível em <http://cervantesvirtual.com/serlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 01/08/2007.
- [44] CALSAMIGLIA, *op. cit.*, 2007.
- [45] CALSAMIGLIA, *op. cit.*, 2007.
- [46] CALSAMIGLIA, *op. cit.*, 2007.
- [47] “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35).
- [48] DWORKIN, *op. cit.*, 2002, p. 36.
- [49] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140.
- [50] CAMARGO, *op. cit.*, 2001, p. 141.
- [51] “A teoria estruturante levanta a pretensão – de vital importância para a realização de um Estado de Direito que não seja apenas formal, mas sim um Estado Democrático de Direito – de ir além da simples demarcação de uma ‘moldura’ (*Rahmen*), a partir dos textos normativos, dentro da qual caberiam diversas interpretações, dentre as quais não haveria meios de se optar, cientificamente, por nenhum, determinado, se não a interpretação correta, pelo menos a melhor, a mais adequada ao cumprimento dos imperativos maiores de uma ordem jurídica.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como filosofia. *In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O Poder das Metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: L. Advogado, 1998. p. 62).
- [52] GUERRA FILHO, *idem*, 1998, p. 62.

[53] Herkenhoff lembra, por exemplo, as seguintes escolas anteriores ao século XIX: Escola dos Glosadores, Escola dos Comentaristas, Escola da Culta Jurisprudência (ou Escola Culta, ou Escola dos Humanistas), Escola dos Feudistas, Escola Holandesa. (HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32, em nota de rodapé).

[54] Herkenhoff apresenta a seguinte classificação em sua obra, à qual indicamos para um estudo mais pormenorizadamente: *a) escolas de estrito legalismo ou dogmatismo* (Escola da Exegese; Escola dos pandectistas; Escola Analítica de Jurisprudência); *b) escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo* (Escola Histórica do Direito – Escola Histórico-dogmática e Escola Histórico-evolutiva; e Escola Teleológica); *c) escolas que se abrem a uma interpretação mais livre* (Escola da Livre Pesquisa Científica; Escola do Direito Livre; Escola Sociológica Americana; Escola da Jurisprudência de Interesses; Escola Realista Americana; Escola Ecológica; Escola Vitalista do Direito). De bom alvitre ressaltar que o autor não inclui o Direito Alternativo como uma das *escolas hermenêuticas*, pois, na verdade, ela é melhor designada como *Movimento do Direito Alternativo*, vez que se fosse escola perderia sua natureza, de crítica, de questionamento. (HERKENHOFF, *op. cit.*, 2004, p. 33-79).

[55] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 236.

[56] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 242-243, *passim*.

[57] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 245.

[58] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 246.

[59] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 250.

[60] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 253.

[61] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 259-260.

[62] Basicamente, a idéia pode ser resumida na afirmação de que a linguagem não deve estar somente entre o intérprete/sujeito e objeto como uma terceira coisa, mas, sim, mergulhada na linguagem. O referido autor fundamenta a viragem lingüística nas teorias de Gadamer, Eidegger e Habermans. O primeiro destaca que a hermenêutica privilegia a experiência humana da interpretação jurídica, partindo do sujeito (e não do objeto). O segundo, colocando o texto em contato com os valores do mundo da vida, conforme a razão comunicativa do terceiro.

[63] STRECK, *op. cit.*, 2005, p. 286.

[64] Os próprios autores explicam a expressão em nota de rodapé: “Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando

uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331).

[65] BARROSO; BARCELLOS, *op. cit.*, 2003, p. 331-332.

[66] BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

[67] BONAVIDES, *op. cit.*, 2001, p. 36.

[68] “O elemento interpretativo, ínsito à formação da legitimidade, era dantes, na *velha Hermenêutica*, ou desconhecido em matéria constitucional ou menoscabo, aí, por sua natureza acessória, adjetiva e instrumental; já, os conteúdos políticos e jurídicos, estes sim perfazem, com a *Nova Hermenêutica*, a parte substantiva do sistema e, por conseguinte, formam os esteios da nova legitimidade definindo a maneira como se concretiza a democracia participativa.” (g.n.) (BONAVIDES, *op. cit.*, 2001, p. 36-37).

[69] BONAVIDES, *op. cit.*, 2001, p. 42.

[70] BONAVIDES, *op. cit.*, 2001, p. 42.

[71] “Em suma, a democracia participativa configura uma nova forma de Estado: o Estado democrático-participativo que, na essência, para os países de periferia é a versão mais acabada e insubstituível do Estado social, este que a globalização e o neoliberalismo tanto detestam e combatem, argumentando contra todos os elementos conceituais de sua teorização. O Estado democrático-participativo organizará, porém, a resistência constitucional dos países de periferia arvorando a *bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social*. Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.” (g.n.) (BONAVIDES, *op. cit.*, 2001, p. 19).

[72] COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

[73] COELHO, *op. cit.*, 2007, p. 153.

[74] FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 165.

[75] FIGUEROA, *op. cit.*, 2003, p. 163.

[76] FIGUEROA, *op. cit.*, 2003, p. 164.

[77] FIGUEROA, *op. cit.*, 2003, p. 164.

[78] TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1418, 20 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>. Acesso em: 13 out 2007.

[79] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101-102.

[80] “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica entre valores, valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” (BARROSO; BARCELLOS, *op. cit.*, 2003, p. 336)

[81] “Concluimos que, partindo dessas duas premissas, dois caminhos distintos podem ser enxergados atualmente na teoria do direito. O primeiro prega a superação do paradigma positivista tradicional, tendo como representação principal as concepções de Alexy e Dworkin. Preferimos designar esse primeiro eixo de *pós-positivista*, pois o acréscimo do prefixo *pós* indica a idéia de sucessão de algo novo frente ao termo referenciado, que é deixado para trás. O segundo eixo, o qual preferimos chamar *neo-positivista*, procura estabelecer uma reformulação do positivismo jurídico, a fim de adaptá-lo à realidade constitucional contemporânea, sem contudo abandonar seus postulados centrais, os quais identificamos com a tese das fontes sociais do direito e da separação (possível entre direito e moral. O prefixo *neo* afigura-se mais adequado nesse caso, porque indica uma renovação, mas com a manutenção do termo referenciado. (TAVARES, *op. cit.*, 2007, p. 10).

[82] GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001, p. 65.

[83] “Assim, a Hermenêutica Constitucional passa a ser fator fundamental na construção da democracia, ao orientar, por meio de seus princípios, como se devem interpretar as normas vigentes, a fim de se dar efetividade aos princípios constitucionais, postos como pilares básicos da ordem democrática.” (GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 3).

OS PRÉ-CONCEITOS SUBJETIVOS DO INTÉRPRETE*

THE PRE-CONCEPTS OF THE INTERPRETER

João Henrique Vasconcelos Arouck

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir em como a investigação da estrutura subjetiva dos pré-conceitos dos intérpretes pode significar um campo profícuo de investigação no âmbito da Filosofia e da Teoria do Direito. Objetiva-se demonstrar até que ponto isto se torna possível frente aos limites teóricos da Filosofia e da Teoria do Direito. A investigação dos pré-conceitos tem como parâmetro a tradição hermenêutico-filosófico de ordem gadameriana. Entretanto, de maneira análoga a esta tradição, a busca pela humanização da ciência do Direito a partir da incorporação de conhecimentos e elementos antropológicos – no sentido de uma ciência humana – elevar a produção dos saberes jurídicos ao conhecimento pleno dos sujeitos efetivos que participam de seu processo cultural.

PALAVRAS-CHAVES: PRÉ-CONCEITOS; HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; CIÊNCIAS HUMANAS.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the pre-concepts of the interpreter as possible field of investigation to the Philosophy and the general Theory of Law. This kind of proposition is related to the possibilities of the Law knowledge in a sense of a human science, taking under consideration a model of investigation proper to Philosophy of Law and to Law Theory as well. First, it is essentially related to the philosophical hermeneutic tradition in a gadamerian sense. Going further, it is also related to a possible humanization of law knowledge, focusing the real interpreters of law's cultural process in a effective way. It means: take under analysis the essential aspects of man-kind in an anthropological way as a contribution to understand all the aspects of a hermeneutic phenomena.

KEYWORDS: PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS; PRECONCEPTS; HUMAN SCIENCES

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO.

O trabalho tem como objetivo discutir o tema dos pré-conceitos do intérprete como aspecto fundamental do processo de interpretação de textos legais e conteúdos de significação do conhecimento jurídico em geral. Defende-se aqui sua legitimidade enquanto tema de investigação da Filosofia do Direito e, conseqüentemente, da própria Teoria do Direito.

Como discussão contemporânea esta temática já se encontra discutida – reflexamente – em textos de Arthur Kaufmann [1] e Fritjof Haft [2] como se verifica, p. ex, na “Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas”, a partir dos artigos “Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica” e “Direito e Linguagem”, de ambos os autores, em respectivo.

Em Kaufmann já se pode encontrar a referência à questão dos pré-conceitos – no sentido de pré-juízos estruturados no sujeito – como fator relevante – senão indispensável - para o entendimento de conteúdos de significação no âmbito da hermenêutica e da epistemologia jurídica.

A questão dos pré-conceitos torna-se um tema atual de investigação da Filosofia e da Teoria do Direito na medida em que a hermenêutica recente – resultante do pensamento filosófico europeu-continenta de tradição eminentemente alemã – faz emergir, em nível teórico, aspectos fundamentais da experiência da interpretação de textos e conteúdos de significação em geral.

Isto quer dizer que ao invés de proporcionar novos dogmas da “arte” hermenêutica – como, por exemplo, magistralmente fez Emilio Betti [3] na *Attualità di una teoria generale dell'interpretazione* publicada em 1964– a hermenêutica filosófica possibilita a compreensão de certos fenômenos que repercutem de maneira fundamental na experiência do interpretar.

Assim, para a hermenêutica filosófica o processo ou fenômeno da interpretação é tratado – no discurso gadameriano - naquilo que “é” (ou naquilo que se propõe a ser) enquanto se manifesta como experiência e fenômeno. Em contrapartida, na hermenêutica jurídica de índole relativista – como exemplificado na obra de Emilio Betti – o processo da interpretação é vislumbrado como algo que deve ser, ou seja, como arte regrada e intencionalizada que visa, ao final, a boa aplicação da norma interpretada.

Entretanto, mesmo a despeito da distinção (contemporânea) de tratamento da questão hermenêutica, é possível verificar grandes possibilidades de confluência e transversalidade destas posturas mais do que a diferenciação estanque de disposições filosóficas incomunicáveis.

Para a configuração do conhecimento jurídico esta questão se torna fundamental na medida em que a norma jurídica ganha suas formas possíveis pelo sentido dado após o

processo hermenêutico de textos jurídicos. A norma se torna presença – ou seja: aparece à apreensão de todos os sujeitos em grau absoluto – a partir de seu sentido configurado dentro do processo de interpretação de textos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Para por em maior relevo a importância da questão dos pré-conceitos do sujeito é possível ir mais além dizendo que: qualquer investigação acerca da teleologia das leis, das finalidades do sistema normativo abstrato, da eficácia da norma legal etc., deverá levar em consideração os processos imanentes, precedentes e subjacentes aos sujeitos históricos e efetivos que tecem as possibilidades de significação das normas em todas as práticas sociais do Direito, ou seja, no âmbito do ensino, da produção de saberes teóricos e principalmente no domínio da prática jurisdicional.

Pelas considerações exemplares de Kaufmann acerca da Filosofia do Direito e sua relação indispensável com a Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica – ligando-se, assim, três vértices de correspondência mútua – torna-se relevante situar a questão dos pré-conceitos como um tema atual de investigação da Filosofia e mesmo da Teoria do Direito.

Sob esta perspectiva, é viável realizar apontamentos acerca da hermenêutica filosófica de tradição alemã e em como o tema dos pré-conceitos – como condicionante da experiência hermenêutica – torna-se relevante para o conhecimento jurídico como se pode inferir da obra Hans-Georg Gadamer. Kaufmann mesmo pode ser considerado como um dos recentes teóricos que, em sua geração, encontram-se bastante influenciados pela tradição que o autor de *Verdade e Método* conseguiu delinear com maestria.

Ao se investigar a constituição estrutural dos pré-conceitos no sujeito efetivo que interpreta textos legais é indispensável que se leve também em consideração a dimensão lingüística do Direito e as possibilidades que a filosofia da linguagem oferece tanto para *análise* – no sentido amplo de uma Filosofia Analítica – quanto para a *compreensão* da linguagem enquanto constituinte elementar da estrutura subjetiva que promove o sentido (lingüístico) dos textos legais, tal como estabelecido no pensamento filosófico europeu-continental. Isto quer dizer que a própria questão dos pré-conceitos - emergindo nas inúmeras possibilidades de sentido das decisões - também pode e deve ser vislumbrado a partir de sua imanência e configuração lingüística.

Desta feita, propõe-se desenvolver as pontuações necessárias sobre a questão dos pré-conceitos – sob a perspectiva hermenêutico-filosófica - como condicionante da experiência interpretativa, defendendo-a como investigação legítima da Filosofia do Direito, ou seja, tratar das repercussões teóricas maiores que a investigação do sujeito efetivo possui para o conhecimento.

Interessante perceber que tal discussão não é isolada. É sempre possível realizar, proficuamente, contrapontos dialogais com a tradição mais relevante da Filosofia e da Teoria do Direito, no sentido de perceber na linha teórica inaugurada por Kelsen [4], Hart[5] e Norberto Bobbio [6], por exemplo, a necessidade de se investigar a respeito do *espaço da subjetividade*; da estrutura subjetiva daqueles que estão envoltos na experiência do Direito, que constituem, desta forma, um campo válido de investigação teórica, embora ainda não trabalhado à exaustão no pensamento *objetivista e formal*

desta experiência, permanecendo através de sua reformulação pelo pensamento sistemático de Canaris [7] a Luhmann.

2. FILOSOFIA DO SUJEITO E FILOSOFIA DO OBJETO.

Kaufmann (2002, p. 38), ao tratar das origens da filosofia e da filosofia do direito, promove uma distinção de grande valia para iniciar a discussão sobre a compreensão das possibilidades e do problema que envolve a reflexão filosófica em prol do fenômeno jurídico. Trata-se da divisão da filosofia enquanto ontologia – o mundo em objetividade – e como subjetividade, a partir da teoria do conhecimento ou de uma filosofia da consciência.

O significado desta distinção vai muito além do didatismo e da metódica. É possível dizer, de antemão, que as possibilidades de produção teórica no Direito concentram-se sobre estas duas disposições fundamentais, ou seja, ora é um suposto desenvolvimento (em um mesmo ou diferentes discursos) pautado na objetividade da manifestação jurídica, ora traz à tona, ainda de maneira incipiente, o sujeito que aparece como centro da presença e do fenômeno do Direito.

Contemporaneamente, muito se tem criticado a respeito da disposição filosófica que conforma o pensamento jurídico (no Brasil, acentuadamente) e a produção dos saberes sobre o Direito. No atual criticismo, discute-se até que ponto a filosofia da consciência – outra forma de denominar a tradicional epistemologia e teoria do conhecimento – tornam-se óbices para a realização de toda a teleologia do Direito e para a discussão de seu sentido.

Na linha do atual criticismo, é comum a referência ao modelo da epistemologia tradicional como esquema formal dualista de um sujeito soberano interposto ao objeto de conhecimento e apreensão. A soberania do sujeito funda-se em um esquema transcendental de disposição: a temporalidade – no sentido da historicidade – é mitigada em prol do estabelecimento do sujeito epistemológico idealizado em uma a-temporalidade formal que atuaria sempre a partir de categorias transcendentais e formalizadas no discurso como a verdade científica do tempo.

Isto significa que o sujeito efetivo – enquanto ego autônomo e individualizado – é dissipado em categorias formais que, apenas discursivamente, neutralizariam sua real presença e disposição. Quer dizer: nunca é o autor quem fala, mas sim uma subjetividade a-temporalizada e genérica. É o sujeito universal quem, desta forma, produz o discurso e que, ficticiamente, afastado da subjetividade efetiva, apreende com ciência e neutralidade o objeto manifesto da presença jurídica.

A linguagem, neste modelo, fala apenas como instrumento, como *medium* conceitual. Muito aquém de uma legítima linguagem de análise – no sentido filosófico-analítico – o modelo lingüístico da produção teórica do Direito ao mesmo tempo em que parece ser neutra, impessoal e generalizada; contraditoriamente ainda se pauta no caráter lúdico e literário da oratória forense, em prejuízo de toda a necessidade de uma efetiva comunicabilidade do discurso.

No entanto, a aparência discursiva se constitui em mera superficialidade quando se discute a questão essencial: como é possível reformular – desconstruir ou reconstruir – a subjetividade transcendental produtora dos saberes jurídicos? A essencialidade do tema está no fato da questão ser resolvida apenas por trabalhadas reflexões em nível propriamente filosófico, ou seja, não é um problema da prática do discurso em si.

Quando se pergunta “Quem fala? Quem produz o saber jurídico?”. É possível responder elencando cada autor, ou mesmo dizer que é a própria *história* do pensamento (jurídico) a produtora maior do atual estágio de saber sobre o Direito. Entretanto, tais respostas têm valia apenas quando a questão é encarada sob um ponto de vista meramente retórico.

Trata-se, na verdade, de uma discussão essencial na filosofia contemporânea e que repercute diretamente na produção do conhecimento jurídico. Seguramente, pode-se dizer que quem fala é a *linguagem*, como o elo sutil que promove a comunicabilidade e o reconhecimento intersubjetivo. A forma como ela se apresenta na inter-subjetividade é a pedra de toque da questão. Quais são os limites e as possibilidades da filosofia do sujeito?

As respostas não são fáceis nem simples: o modo do conhecimento – a epistemologia das produções dos saberes – não se modifica ao talante de seus praticantes. Qualquer giro – como contemporaneamente se fala em “giros” lingüístico, ontológico e hermenêutico – se manifestam como paradigma do conhecimento de forma lenta e inesperada, como processo de ordem cultural que escapa a qualquer observação atenta.

Assim, a filosofia do sujeito ainda permanece como modo fundamental da produção cultural do pensamento – ainda mais no âmbito jurídico e no contexto brasileiro – e a investigação de seus limites e possibilidades torna-se de grande valia para a compreensão de toda a problemática da produção teórica do direito e de sua prática – como será visto a respeito do processo interpretativo entendido como cerne da experiência jurídica.

O sujeito – fundamentado na transcendência – manifestando-se em formas atemporais do discurso; envolto na articulação pré-moldada de categorias formais que além de preestabelecer o âmbito do que é discutido em matéria jurídica – a substância da forma teórica é pré-delimitada - proporcionam a racionalidade formatada do discurso jurídico. Todos falam da mesma forma, tratam dos mesmos assuntos porque é preciso dissipar a individualidade na egoidade transcendental que fala por si mesma e detém o objeto do discurso e o próprio discurso.

Frente a isto, é possível interpelar pela questão de que até que ponto a originalidade do conhecimento – que depende da liberdade consciente do sujeito produtor – pode eclipsar-se e perder-se nos enquadramentos pré-concebidos da tradicional epistemologia promotora da produção dos saberes.

Como na filmografia de Jean-Luc Godard – particularmente em: *Alphaville, une étrange aventure de Lemmy Caution* [8] (1965) – onde é metaforizada a perda coletiva da autonomia individual a partir de uma ditadura tecnocrática: a teia lingüística e comunicativa que relaciona os indivíduos entre si é substituída por um programa

coletivo de computador que visa à previsão e controle de toda a individualidade possível.

A ficção futurística e bizarra de Godard, nesta obra, podem bem ilustrar – em um nível artístico e extremo – as reflexões já efetuadas no decorrer de décadas acerca de todos os problemas referentes a sociedades industriais de massa. A diversidade e a complexidade passam a ser vivências compartilhadas em todas as comunidades modernas. A legislação – como *normatividade* – perde em integridade e coerência em prol da intensa necessidade de regulamentação estatal para todos os fatos mundanos.

A matéria de trabalho do jurista foge a qualquer tentativa de controle, a cientificidade de seu conhecimento regrado e claro perde-se na massificação de seus próprios instrumentos de trabalho, podendo ocorrer possíveis contradições como, por exemplo, o desconhecimento da Lei pelo próprio jurista tanto por ausência da qualidade quanto pela quantidade: as leis multiplicam-se de forma que nem mesmo a divisão do trabalho é capaz de prover o conhecimento do jurista da maneira como seu papel foi moldado pela cultura contemporânea.

Torna-se possível trabalhar a hipótese de que toda a problemática do Direito – ineficácia, problemas de coerência e conhecimento inseguro p. ex – tem como causa maior um problema externo, inevitável e imprevisível onde, portanto, a estrutura subjetiva tradicional não se torna capaz (no sentido de sua limitação) de promover a compreensão plena do fenômeno jurídico à maneira de sua presença na temporalidade.

É por este motivo, ainda, que se pode e deve justificar-se toda crítica ao modelo epistemológico que promove a tecnologia dos saberes jurídicos. Estes paradigmas, como sabido e discutido atualmente, provém de uma longa tradição metafísica questionada radicalmente pelos giros da filosofia contemporânea, no âmbito ontológico, lingüístico e hermenêutico.

Kaufmann (2002, p. 38) provê boas lições iniciais acerca do significado da Filosofia do Sujeito referindo-a como teoria do conhecimento ou como visão de mundo a partir da subjetividade. A referência paradigmática desta disposição é a filosofia cartesiana e kantiana. Em Descartes, o estabelecimento da dúvida progressiva do conhecimento subjetivo. Em Kant, a representação dualista do processo epistemológico a partir do sujeito pensante e do objeto de conhecimento. Conforma-se, nestas tradições, a tão discutida filosofia da consciência.

O que é interessante notar em Kaufmann, contudo, é o caráter decadente das filosofias subjetivas que emergem – como se infere da história – em momentos de crise. Nestas épocas o ser dos entes – as coisas tais como aparecem – são tomados como produtos da consciência, do sujeito e não do mundo (em um sentido ontológico). Veja-se a referência de Kaufmann (2002, p.39) a Goethe em se tratando do assunto:

(...) E uma tal filosofia, que já não apreende o ser com confiança, antes permanece presa na eterna dúvida, é um sinal claro de que o apogeu de uma época foi ultrapassado para começarem a surgir tendências fracturantes. “Quero revelar-lhes algo” – disse Goethe

certa vez a Eckermann – “e o senhor vê-lo-á várias vezes confirmado na sua vida. Todas as épocas de retrocesso e dissolução são subjectivas; em oposição, todas as épocas de progresso têm uma orientação objectiva”. E o seu contemporâneo Kant acrescentou: “toda a nossa época é retrógrada porque é subjectiva”.

Como se percebe, além de um problema objetivo em relação ao Direito – sua manifestação complexa no cerne das sociedades tecnológicas contemporâneas – soma-se, ainda, o problema concernente ao próprio conhecimento jurídico. Não é coerente afirmar, portanto, que os pontos de nós da atual problemática reduzem-se apenas a sua conformação na contemporaneidade, tampouco está tão somente relacionado à questão da cognição e compreensão subjetiva dos sujeitos atuantes.

O debate salutar sobre a presença da Justiça e a eficácia do Direito, corre o risco de se limitar a inúteis divergências subjetivas de teorias gerais divergentes sobre um objeto de difícil compreensão, ou sobre antigas tradições teóricas como o positivismo e o jusnaturalismo em seu inabalável conflito. A questão de divergência no que se refere a sua inautenticidade ou autenticidade já se encontra discutida na obra de Ronald Dworkin [9] como exemplo atual do problema sobre interpretação e sobre a discussão de possíveis posturas interpretativas para a compreensão do Direito.

Para além das críticas inócuas dos discursos positivistas e à sua tradição teórica, talvez a questão primordial seja a de discernir até que ponto é possível uma Filosofia do Direito para a *objetividade* ou para a *subjetividade*. Existem períodos necessários para que cada postura se apresente? Na experiência da produção teórica esta diferença pode manifestar-se plenamente? A objetividade e a presença total do Direito podem tornar-se discursos – e comunicação – sem a inevitável e temporal interferência de subjetividades atuantes? Até que ponto a subjetividade modelar – que efetivamente produz acima do ego que teoriza – pode ampliar-se para toda a possibilidade que a linguagem, enquanto *lógos* e modo de ser do homem podem legar? Pode haver dialética entre discursos que se opõem, em aparente divergência, mesmo que provenham dos mesmos pressupostos epistemológicos?

Kaufmann (2002, p.37) ao tratar da filosofia enquanto objetividade segue os traços do giro ontológico na medida em que suscita a questão pelo discurso heideggeriano sobre o ser dos entes. Ao falar em um “estar aí” remete-se ao *Dasein* do *ser* do humano que “é” na forma que “está aí” (Da-Sein). Da mesma maneira o *ser* do humano que *é* (sendo sempre no Tempo) encontra-se imergido na *presença* dos entes – da entidade, da objetividade – que como seu próprio ser, estão igualmente “sendo” na temporalidade que proporciona a condição do *ser* em geral.

Fala-se de um “espantar-se” com a situação de “estar-aí” – jogado na condição de simplesmente *ser* – e na falta de justificação prévia do sentido de que as coisas, a entidade do mundo e o ser humano, *sejam* algo. Este tipo de reflexão – ou espanto – pode surgir do simples e velho questionamento: por que *Tudo*; e não (antes) *Nada*?

Na dimensão inescapável da *presença* – da totalidade de tudo que é – o Direito, a Lei, o Estado, a Justiça e muitas outras teorizações emergem como entes que se ligam entre si pelas suas significações ontológicas. Quando se fala sobre o vocábulo “Direito” já se

deve pressupor a complexidade de sua manifestação; do modo como se presentifica por entre os seres da compreensão (o ser humano). Portanto, em se tratando do fenômeno jurídico o *nominalismo*, como postura interpretativa do fenômeno, torna-se uma tarefa impossível, a não ser que o produtor do discurso suponha, de antemão, a sua efemeridade e já adiante as possibilidades dialógicas da divergência em prol do ser que pretende desvelar na maneira como este se manifesta pela presença ôntica do mundo.

Conclui então Kaufmann (2002, p. 37) pelo seguinte:

(...) “a ontologia é uma filosofia baseada na confiança do ser, parte do princípio de que alguma coisa “é”, que existe independentemente do nosso pensamento. Ela não se dirige à consciência, mas ao ser, que, em princípio, está *indisponível* e só está à disposição do homem na medida em que respeita leis implantadas no ser (na “natureza”). Compreende-se uma tal filosofia, que repousa na confiança do ser, que se orienta pela realidade objetiva, só seja possível numa época consistente em si mesma, alicerçada em fundamentos estáveis; que, sobretudo, também tenha confiança em si própria. Por isso, é nas épocas de maior fulgor intelectual e cultural que a ontologia representa a corrente de pensamento dominante: no esplendor da Antiguidade Clássica com Aristóteles, na alta escolástica com S. Tomás de Aquino, no auge do idealismo alemão com Hegel.”

Vê-se, por Kaufmann, que, ao revés da filosofia do sujeito, a postura filosófica objetiva se manifesta em períodos de confiança e segurança tanto no ser existencial que compreende quanto no ser que é desvelado e compreendido.

Na história do pensamento jurídico, não há ainda uma distinção clara entre produções que seguem disposições objetivas ou subjetivas de maneira completamente nítida. Verifica-se sempre o apreço em formalizar a dualidade metafísica da filosofia da consciência nos meandros do discurso. O controle da subjetividade ordenadora do produtor do discurso pressupõe, de antemão, a pré-delimitação do objeto a ser linguisticamente manifesto. Toda a objetividade do fenômeno e da sua presença na contemporaneidade é reduzida pela pré-ordenação subjetiva do produtor que, ao final, acaba por restringir as manifestações do ente na pré-dominância da forma conceitual que lhe aprouvera escolher para a efetivação do discurso e manipulação científica do que lhe parece objeto de investigação, conhecimento e apreensão instrumental.

Ao falar em pré-conceitos do intérprete, portanto, é preciso que se atente para sua significação e extensão: trata-se não apenas de um problema hermenêutico – no sentido da tradição própria e distinta da hermenêutica jurídica – concerne também à questão da compreensão na prática do Direito, ou seja, não somente na interpretação que visa à reivindicação/declaração do direito ou para a resolução sentencial nos casos concretos da jurisdição, mas, ainda, na produção dos saberes jurídicos que, ao final, possibilita sua tecnologia e seu discurso.

Não seria prudente afirmar que a investigação dos pré-conceitos repousaria na disposição objetiva ou subjetiva de maneira absoluta já que é pela objetividade do mundo que o intérprete detém e constitui sua estrutura subjetiva. Ao mesmo tempo, a

subjetividade – o ego efetivo e produtor – ainda possui, mesmo que na postura mais livre, um papel ordenador próprio da natureza puramente lingüística de seu ser.

O problema do elo ontológico existente entre o sujeito, o objeto e a linguagem encontra-se como cerne da discussão sobre as possibilidades conscientes das ciências humanas – ou a todo conhecimento que se refira ao ser humano na efetividade de seus aspectos fundamentais.

No debate contemporâneo Michel Foucault [10] é um dos que se propõem a reafirmar as ciências humanas em todas as suas possibilidades a partir do reavivamento do caráter essencialmente antropológico deste saber. As reflexões sobre as estruturas formais subjetivas são somadas à busca pelo conhecimento pleno do sujeito efetivo que promove este conhecimento e que ao mesmo tempo se encontra no centro ou mesmo como objeto da discussão de uma *filosofia antropológica* vislumbrada em um sentido próprio e original.

Neste aspecto, de se privilegiar a estrutura efetiva da subjetividade, em um sentido filosófico e antropológico, a investigação acerca dos pré-conceitos do intérprete – ou de outras manifestações do sujeito em si – podem ter pontos de partidas próprios de uma filosofia *do* sujeito, mas, como já exposto, aquém da configuração metafísica tradicional, ou seja, da transcendência da subjetividade em formas ideais de disposição para o conhecimento das entidades do mundo.

A investigação do sujeito efetivo pode ter desta forma, fundamentos sólidos em um conhecimento de caráter filosófico e antropológico. Como, por referência, se infere das palavras de Foucault (1992, pag. 370) sobre a natureza e objeto das ciências humanas:

“O objeto das ciências humanas não é, pois, a linguagem (falada, contudo apenas pelos homens), mas, sim, esse ser que, do interior da linguagem pela qual está cercado, se representa, ao falar, o sentido das palavras ou das proposições que enuncia e se dá, finalmente, a representação da própria linguagem.

Vê-se que as ciências humanas não são uma análise do que o homem é por natureza; são antes uma análise que se estende entre o que o homem é em sua positividade (ser que vive, trabalha, fala) e o que permite a esse mesmo ser saber (ou buscar saber) o que é a vida, em que consistem a essência do trabalho e suas leis, e de que modo ele pode falar”.

É como desdobramento necessário da discussão sobre os saberes a respeito do ser humano que se pode situar a investigação dos pré-conceitos como estrutura subjetiva condicionante da experiência jurídica no âmbito da compreensão de textos e conteúdos gerais de significação.

É neste ponto ainda que, ousadamente, se pode afirmar que a tradição da ciência do direito pode ainda se tornar – senão pelo menos aproximar-se de – um modelo autêntico de uma das ciências humanas possíveis. Mesmo com todo o aparato

intelectualista e formal – modelar ao conhecimento jurídico – a ciência humana do Direito também seria um modo de conhecer a *inter-subjetividade* para além da esquematização formal. Seria uma maneira de radicalizar o conhecimento da subjetividade, ou seja, buscar a conhecer mais o primado já identificado por Kelsen (1998 p.85) quando defendera na sua *Teoria Pura* as situações de relação inter-subjetivas – mesmo em sentido amplo - como objetividade a ser conhecida pela ciência jurídica.

Assim aduz o mestre austríaco:

“Quando, contudo, se procede à análise das nossas afirmações sobre a conduta humana, verifica-se que nós conexionamos os atos de conduta humana entre si e com outros fatos, não apenas segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito, mas também segundo um outro princípio que é completamente diferente da causalidade, **segundo um princípio para o qual ainda não há na ciência uma designação aceita.** Somente se é possível a prova de que um tal princípio está presente no nosso pensamento e **é aplicada por ciências que têm por objeto a conduta dos homens entre si enquanto determinada por normas**, ou seja, que tem por objeto as normas que determinam essa conduta, é que teremos fundamento para considerar a sociedade como uma ordem diferente da [ordem] da natureza e para distinguir das ciências naturais as ciências que aplicam na descrição de seu objeto este outro princípio ordenador.” [Grifo nosso]

É preciso atentar-se, todavia, que para a hermenêutica filosófica – na linha traçada por Gadamer – a consciência teórica dos pré-conceitos possui significação muito peculiar à sua própria obra e à discussão das chamadas “ciências do espírito” (*geisteswissenschaften*) onde a ciência jurídica compartilharia desta tradição em seu aspecto hermenêutico, e mesmo, em sua configuração geral.

Em Gadamer o diálogo com a tradição propriamente alemã da filosofia e da hermenêutica é o que caracteriza a sua obra. Entretanto, isto não significa distância e impossibilidade de se pensar diferentes situações a partir da alta reflexão gadameriana. A consciência teórica dos pré-conceitos pode ser um dos caminhos para expandir e consolidar o conhecimento do direito em sua matriz antropológica a partir da investigação da subjetividade efetiva e do jogo de inter-relações humanas.

Neste âmbito, objetividade e subjetividade têm como intermédio a própria linguagem que nada seria senão o ser humano em seu horizonte de possibilidades comunicativas e de determinações ontológicas.

3. OS PRÉ-CONCEITOS E SEU SIGNIFICADO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO.

Gadamer, na *Verdade e Método*, suscita a discussão dos pré-conceitos do sujeito como parte essencial da teoria da experiência hermenêutica – já refletida em nível filosófico – elevando-a a condição de princípio da compreensão.

De outra forma, significa que os pré-conceitos tornam-se um problema conceitual digno de apurada investigação filosófica. Seu significado vai além da mera proposição do que deve ocorrer no processo interpretativo e da simples enunciação do que, de fato, acontece na experiência da interpretação em geral.

O pré-conceito como discussão da Filosofia, emerge da obra de Heidegger. Fala-se inicialmente em “estrutura prévia da compreensão” no sentido de compreender a entidade do mundo a partir da temporalidade do *Ser-aí* (Dasein). Não se trata de uma teorização epistemológica ou de afirmar que o sujeito cognoscente possui – algebricamente – representações de pré-conceitos X1, X2, X3 (...) que serão somadas à representação Y1, Y2 (...) da cognição ou apreensão do objeto cognoscível.

O cerne da questão é a discussão sobre a condição ontológica em seu aspecto existencial inerente ao ser humano enquanto único ser da compreensão. O sentido obtido com a compreensão - ou com a interpretação de um texto - resulta de um processo circular entre a subjetividade estruturada em pré-conceitos da *vivência* com a alteridade do texto ou do fato que se pretende interpretar e compreender.

Disto decorre que o fenômeno da interpretação de textos envolve sempre um ato de projeção de sentido. A primeira aferição de um sentido da “parte” de um texto encontra-se de imediato com a pré-projeção do sentido de um “todo” resultado dos pré-conceitos subjetivos. Daí o caráter circular da compreensão. Tal questão é discutida – a partir de sua importância para as ciências do espírito (geisteswissenschaften) - desde o projeto hermenêutico de Schleiermacher no século XIX.

A inevitabilidade dos pré-conceitos deve, contudo, ser conscientemente apurada pelo sujeito da interpretação. O mérito da discussão encontra-se na possibilidade de aproximação do sentido original do texto a partir da consciência, levada a cabo pelo intérprete, de todos os pré-juízos que condicionam a interpretação e o processo do conhecimento. Assim, a consciência do pré-conceito significa a consciência da possibilidade do erro e do afastamento da verdade da própria coisa interpretada e mediada pela linguagem textual.

O primado de se ater às coisas mesmas provém da tradição fenomenológica que se reinventa na obra inicial de Heidegger – como em *Ser e Tempo*. De outra forma significa ater-se às coisas mesmas a partir da forma de sua *presença*. Eis que a condição dos pré-conceitos – como acontecimento fundamental no processo da interpretação e compreensão – pode afastar ou aproximar o intérprete da verdade e das manifestações possíveis da *entidade*.

Indo além, Gadamer (2005, p. 356) trata sobre o processo de eliminação ou aniquilamento dos pré-conceitos e na possibilidade do óbice à experiência plena da interpretação e da obtenção do sentido:

“quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra objetividade a não ser a confirmação

que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? **A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias.** Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.” [grifo nosso]

Dada a estrutura dos pré-conceitos – expressa no uso costumeiro e subjetivo da linguagem confrontada com a linguagem do texto (presume-se que o sentido de uma palavra no texto por um autor é o mesmo utilizado pelo sujeito que lê em *seu* uso costumeiro da linguagem) – há o inevitável o risco de que o sentido do texto (da verdade da coisa tratada) perca-se no “circuito fechado” das opiniões prévias.

Para Gadamer, a dificuldade só pode ser transposta quando o intérprete, ao invés de se deixar levar pelo arbítrio das próprias opiniões, torna-se disposto à alteridade do texto e para a opinião do *outro*. No viés da consciência hermenêutica importa o apropriamento, pelo sujeito, de seus pressupostos (pré-conceitos) para que estes sejam conscientemente confrontados com a alteridade do texto e para que o sentido da coisa traçada nas entrelinhas transpareça como a *diferença* daquilo que o intérprete tem como verdade pressuposta. A verdade do objeto – pressuposta na semelhança e na identidade do que pensa o sujeito – passa a ser a da diferença, do outro que transparece para além do pré-conceito subjetivo.

Todavia, não se sabe objetivamente até que ponto é possível o exame preliminar – e consciente – de pré-conceitos pelo próprio sujeito que interpreta o texto ou um fato que, por exemplo, envolva uma questão de valor e suponha uma predisposição subjetiva para o entendimento. Há sempre o risco de que a análise preliminar consciente – racional – tornar-se, no indivíduo, outra estrutura subjetiva de pré-conceitos. *O exame dos próprios pré-conceitos rumo a uma clarificação conceitual plena é, sem dúvida, uma tarefa ainda obscura e que deverá ser pontuada por outras formas de conhecimento sobre o ser - humano.*

No sentido estritamente gadameriano, a questão dos pré-conceitos, é o ponto de partida fundamental para se levar o problema hermenêutico à sua mais alta clarificação. Isto porque a *tradição* do ser e do ente “fala” a partir do texto pressupondo-se, entretanto, a percepção aguda dos pré-conceitos pelos sujeitos da interpretação. Para a hermenêutica em seu âmbito filosófico o encontro com a coisa mesma (entrelaçada no *textum*) se realiza plenamente com a *percepção* dos pré-conceitos da subjetividade.

Perceber a imanência de conceitos precedentes é a pedra de toque da questão: não há como prescrever um método (no sentido da metodologia tradicional) para perceber os próprios pré-conceitos bem como os conceitos prévios de outrem. Tal manifestação terá sempre um caráter hermenêutico ainda mais pelo fato de que as importantes repercussões (interpretações) de um texto se conformam em outros que recomencem sua valência hermenêutica em uma linha contínua, como em um texto único.

Para a Filosofia do Direito o potencial discursivo dos pré-conceitos possibilita investigações relevantes. Desde simples ofícios, documentos públicos e sentenças judiciais, o caráter discursivo da interpretação gera sempre mais textos. Uma investigação histórica – em sentido arqueológico – de textos legais e sentenças a partir de uma livre disposição hermenêutico-filosófica pode resultar em *análises* interessantes acerca da história de uma categoria jurídica teórica ou de direitos abstratamente considerados. Somando-se à objetividade dos documentos ensimesmados em sua historicidade particular, ter-se-ia, por esta análise, como alcançar – hermeneuticamente – a subjetividade efetiva e produtora daqueles documentos.

Há ainda a possibilidade de: compreendendo os pré-conceitos que se entrelinham nos textos, tentar alcançar a verdadeira manifestação objetiva do Direito no passado e no presente. Isto porque a partir do discernimento dos conceitos prévios separam-se os sujeitos de seus objetos, resultando assim na compreensão da *subjetividade* histórica produtora dos discursos (como os que se encontram presentes nos textos legais) da *objetividade* teórica pré-delimitada por estes sujeitos e, por fim, do ente que se manifesta e se apresenta em sua realidade plena, para além do sujeito efetivo tal como defende Gadamer (2005: 367) no sentido de que “para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação”.

Para a Filosofia do Direito, o tema da investigação dos pré-conceitos do intérprete não está diretamente ligado com propósitos propedêuticos ou metodológicos. Serve para estabelecer a consciência autônoma dos que atuam em profissões jurídicas e onde a interpretação de textos (como no caso do advogado, do juiz, do promotor e de qualquer cidadão que queira acompanhar qualquer jogo processual político ou jurídico) torna-se sua atividade essencial. Serve para reconhecer em si mesmo os óbices de sua subjetividade quando se tratar da experiência da interpretação de textos e de significações do conhecimento jurídico. Serve ainda (e este é o aspecto mais importante da possibilidade deste tipo de investigação) para aproximar ainda mais os sujeitos produtores dos saberes jurídicos e partícipes diretos da produção cultural do Direito no mundo. Reconhecer no outro o que está em si mesmo – investigando os pré-conceitos da subjetividade de uma época encontro os meus próprios – pode significar uma contribuição relevante para o que seja uma *Razão Inter-subjetiva*.

A subjetividade transcendental que, culturalmente, apropriou-se do espaço subjetivo daqueles que resolvem processos, produzem e disseminam saberes e reivindicam direitos, pode ser gradualmente mitigada em prol da própria egoidade daqueles que produzem o sentido do Direito. A fantasia retórica e a lúdica do *old fashioned way of speaking* podem ser substituídas pela divergência direta e legítima entre egos produtores de saberes.

Evidentemente, isto pressuporia um ativismo consciente, uma disposição inter-subjetiva para o diálogo enquanto *lógos* -. Desta maneira, a racionalidade e sua relação com o que seja a *verdade* aproxima-se – no debate dos saberes jurídicos – daquilo que ela traz de originário. Mitiga-se a crosta cultural, o medo da crítica racional e legítima, a defesa política que cada um faz de seu ego amedrontado pela vontade de poder, em prol do debate aberto, em outras palavras: da inter-subjetividade que promove o sentido do mundo e do consenso que gera novas possibilidades para o ser humano em sua atual qualificação ontológica.

O tema da razão inter-subjetiva – situado de maneira transversal à questão dos pré-conceitos – é de grande importância para refletir o conhecimento jurídico enquanto ciência propriamente humana. Isto significa ir além dos esquemas tradicionais da filosofia da consciência, da extrema objetivação do discurso e de todo o apego aos sistemas formais decorrentes do sujeito e do objeto. O estruturalismo francês, e sua reflexão sobre as ciências humanas – pensada, ressalte-se, em um sentido transversal às *geisteswissenschaften* de tradição alemão – pode ser uma das vias para aproximar o conhecimento jurídico dos sujeitos efetivos que produzem seu saber e proporcionam a atualidade cultural do Direito.

Assim, de muita valia são os dizeres de Merleau-Ponty (1989, pag. 135):

“Mas, as ciências do homem (para não falar das outras) mostraram que todo conhecimento do homem pelo homem **não é contemplação pura, mas é inevitavelmente retomada, segundo as possibilidades de cada um, dos atos do outro**, é reativação, a partir de signos ambíguos, de uma experiência que não é sua, apropriação de uma estrutura – a priori da espécie, esquema sublinguístico ou espírito de uma civilização – cujo conceito não é formado distintamente pelo conhecedor, que o restitui como um pianista treinado decifra uma música desconhecida: sem que ele próprio possa apreender os motivos de cada gesto e de cada operação, sem poder despertar todo o saber sedimentado que usa nesse momento. Aqui não há mais posição de um objeto, mas comunicação com uma maneira de ser. A universalidade do saber não está mais garantida em cada um pelo reduto da consciência absoluta onde o “eu penso” kantiano, por mais ligado que estivesse a certas perspectivas espaço-temporais, assegurava-se *a priori* como idêntico a todo “eu penso” possível. **É diante de nós, na coisa onde somos colocados por nossa percepção, no diálogo em que somos lançados em nossa experiência do outro, num movimento cujas molas não são conhecidas por nós em sua totalidade, que se encontra o germe da universalidade ou a luz natural, sem as quais não haveria conhecimento. Há metafísica a partir do momento em que, cessando de viver na evidência do objeto – seja o objeto sensorial ou o objeto da ciência – apercebemos indissolavelmente a subjetividade radical de toda nossa experiência e seu valor de verdade.**” [grifo nosso]

Desta forma, ainda não há como prever até que nível de formalização a disposição objetivista do conhecimento jurídico pode chegar, nem até que ponto a segurança operacional da ciência do direito pode ser afetada a partir de uma disposição subjetiva, não em seu sentido filosófico transcendental, mas sim a partir da efetividade dos elementos antropológicos que, mesmo em nível apenas teórico, podem cada vez mais humanizar o conhecimento do Direito em prol do ser-humano, em todas as suas manifestações e contextos.

É seguro dizer, todavia, que o espaço da subjetividade precisa ser discutido para além da abstração do homem como sujeito universal de direitos, da fictícia neutralidade hermenêutica e de todas as posturas que relegam a complexidade do Direito a uma fantasia abstraída de uma realidade que apesar de ser o fundamento da ciência torna-se cada vez mais pouco confrontada pela produção dos saberes jurídicos.

4. CONCLUSÃO

As reflexões em prol do conhecimento disposto para a subjetividade efetiva – seja pelo discurso próprio da tradição hermenêutico-filosófica alemã, seja pela discussão sobre as ciências humanas (levada a cabo pelo estruturalismo francês p. ex) - não podem ser encaradas como vão ecletismo.

A validade (como sentido) do conhecimento jurídico deve sempre ser colocada em questão pela Filosofia e pela Teoria do Direito, aliás, para a Teoria, tais reflexões tornam-se ainda mais importantes na medida em que é partir de pressupostos e disposições (filosóficas) legítimas que as teorias sobre o Direito se automatizam e disseminam seus saberes em prol da formação dos partícipes do processo cultural jurídico.

Como bem lembrou Kelsen, ainda falta um espaço no conhecimento jurídico para as relações dos homens entre si que mesmo a tradição da sociologia jurídica ainda não conseguiu delimitar como investigação prioritária. Não há como reduzir a complexidade do fenômeno humano a esquemas formais de operação de conceitos mediante a linguagem terminológica do Direito.

É preciso que cada vez mais se avance em prol da investigação de toda a antropologia presente e inerente aos saberes jurídicos. Os pré-conceitos subjetivos – como eixo da reflexão hermenêutico-filosófica – podem ser o ponto de partida para que cada vez mais o centro de toda a problemática seja o próprio sujeito.

Na complexa diversidade cultural do mundo contemporâneo, é preciso que se enfrente toda a problematicidade que envolve a teleologia do Direito. As discussões sobre os significados da justiça para além de uma postura objetiva ou subjetiva devem pautar-se na inter-subjetividade de todos aqueles que participam diretamente dos processos culturais do Direito. O tema dos pré-conceitos, bem como a tentativa de uma humanização gradual do conhecimento jurídico pode ser visto como um dos âmbitos necessários de toda esta discussão.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistêmico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996. Cap. 2 – O conceito de sistema. P. 25-102

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. 2 – “Conceitos de Interpretação

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer.- 7ª Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback.– Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2002.

HAFT, Fritjof. *Direito e Linguagem* in KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. . Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 303-326.

HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25-53.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PONTY, Merleau. *O Metafísico do Homem*. Trad. Marilena Chauí. – São Paulo: Nova Cultura, 1989.

RAMBERG, Bjorn. GJESDAL, Kristin. *Hermeneutics*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics/>. Acesso em 01/07/2008.

[1] KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25-53.

[2]HAFT, Fritjof. *Direito e Linguagem* in KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. . Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 303-326.

[3]Cf. RAMBERG, Bjorn. GJESDAL, Kristin. *Hermeneutics*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics/>. Acesso em 01/07/2008. “One example is Emilio Betti. Publishing his *Teoria della interpretazione* in 1964, Betti approaches hermeneutics from a non-ontological point of view, explicitly connecting himself to the legacy of Schleiermacher and Dilthey. Hermeneutics, for Betti, should confine itself to the epistemological problems of interpretation, and not try to engage with the deepest conditions of human existence. Speech and texts, Betti argues, are objectified representations of human intentions. To interpret their meaning is to breathe life into these symbolically mediated intentions. This is possible because although the interpreter's individuality and the individuality expressed in the text are constitutively different, the interpreter may overcome her own point of view in order to get a grasp on the meaning of the text. At issue is an attempt to re-create the original process of creation: not in order to reach the psychological state or content of the author, but to get at the true and only meaning of the text”.

[4]KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[5]HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

[6]BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

[7]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996. Cap. 2 – O conceito de sistema. P. 25-102

[8]Sobre informações básicas da obra: <http://www.imdb.com/title/tt0058898/> . Acesso em 03/07/2008.

[9]DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Cap. 2 – “Conceitos de Interpretação”.

[10]FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1992.

**O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NA CASUÍSTICA DA ADI Nº 3510: UMA ETNOGRAFIA
CONSTITUCIONAL***

**THE PROCESS OF DECISION-MAKING IN THE BRAZIL'S SUPREME
COURT IN THE CASE OF ADI Nº. 3510: AN ETHNOGRAPHY
CONSTITUTIONAL**

**Luiz Eduardo de Lacerda Abreu
Larissa Maria Melo Souza**

RESUMO

A pesquisa é desenvolvida na égide na filosofia do direito, tendo por objeto o processo de tomada de decisão na ADI nº 3510 julgada pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo do artigo é suscitar a reflexão no meio acadêmico sobre o processo de tomada de decisões no Supremo Tribunal Federal. A intenção é que, por meio da etnografia constitucional, seja identificado o processo constitucional de tomada de decisões no âmbito da Corte Constitucional brasileira ponderando fatores internos e externos que determinam a decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei de Biosegurança (ADI nº 3510), com base em Luiz E. de L. Abreu, Pierre Bourdieu e Adam Przeworski. A metodologia utilizada é sócio-jurídica por estabelecer conexão entre os fenômenos do direito e o meio social em que se insere. O tema restringe-se à análise do processo de tomada de decisões na casuística da ADI nº 3510, na busca dos fatores internos e externos ao campo jurídico, bem como de racionalidade humana que determinaram a escolha do interesse preponderante a ser defendido na decisão por parte dos ministros que compunham a Corte Constitucional. A pesquisa é desenvolvida no âmbito do grupo de pesquisa lei e Sociedade, em seu subgrupo Etnografia Constitucional e Internacionalização do direito, em seu subgrupo Tradição e Direito. Para atingir, em primeira reflexão, os elementos influenciadores do processo de tomada de decisão na ADI nº 3510 o trabalho foi desenvolvido em cinco partes. Em primeiro momento, desenvolvem-se, com base em Louis Favoreu, conceitos sobre Corte Constitucional e se desenvolve o enquadramento do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Constitucional mista. Além disso, destrincha-se a função do processo constitucional e sua importância para o STF no processo de tomada de decisão, conforme J. J. Gomes Canotilho. Em segundo, apresentam-se elementos influenciadores do processo de tomada de decisão do ponto de vista externo com base em Pierre Bourdieu, Luiz E. de L. Abreu, Ronald Dworkin, Paul Ricoeur e Gérard Fourez, ponderando a relativa autonomia do campo jurídico. Em terceiro, apresenta-se os fatores ditos internos por tratarem da racionalidade do intérprete que toma a decisão, por meio dos conceitos teóricos apresentados por Adam Przeworski. Em seguida, oferece-se

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

primeiros conceitos sobre a etnografia constitucional, sua importância e técnicas por meio das obras de Kim Lane Sheppelle, Robert Emerson; Rachel Fretz e Linda Shaw. Por fim, procede-se uma primeira análise etnográfica sobre a casuística da ADI nº 3510 de conclusões não definitivas sobre os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Britto.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES, ETNOGRAFIA CONSTITUCIONAL, PROCESSO CONSTITUCIONAL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

The research is developed in the Philosophy's Law, whose the object is the decision-making process in the Unconstitutionality Direct Action against the law for Biosafety (ADI nº 3510), judged by the Brazil's Supreme Court (Supremo Tribunal Federal). The purpose of this paper is to raise the academic reflection about the decision-making in the Brazil's Supreme Court. The intention is that a constitutional ethnography study, could be possible identify the constitutional process of decision-making at the Brazil's Supreme Court, considering internal and external factors that determine the decision of ADI nº 3510, based on Luiz E. de L. Abreu, Pierre Bourdieu and Adam Przeworski. The methodology is socio-legal, because it's down a connection between the phenomenon of field's law and field's social, considering that the first is immersing in the second. The theme is limited to the analysis of the decision-making in the case of ADI nº 3510, in search of internal and external factors of the law's field, as well as human rationality that determined the choice of predominant interest to be defended by the decision of the ministers who composed the Brazil's Supreme Court. The research is developed as part of the research group Law and Society, in it's subgroup Constitutional Ethnography and Internationalization of Law, in it's subgroup Tradition and Law. To achieve at first, the elements influencing the decision-making in ADI nº 3510, the work was carried out in five parts. In the first moment, there are, based on Louis favoreu, concepts Constitutional Court and is developing the framework of the Brazil's Supreme Court as a mixed Constitutional Court. Additionally, developing is the function of the constitutional process and it's importance for the Brazil's Supreme Court in the decision-making process, as J. J. Gomes Canotilho. In the second, sets out external factors influencing the decision-making, based on Pierre Bourdieu, on Luiz E. of L. Abreu, on Ronald Dworkin, on Paul Ricoeur and on Gérard Fourez, weighing the relative autonomy of the judicial field. Thirdly, it's the internal factors some by the rationality of interpreter who takes the decision, by means of theoretical concepts presented by Adam Przeworski. Then, it offers the first constitutional concepts of ethnography, it's importance and techniques, through the works of Kim Lane Sheppelle, Robert Emerson, Rachel Fretz and Linda Shaw. Finally, it is an ethnographic analysis on the first series of ADI Nº 3510, with no definitive conclusions about the votes of Ministers Celso de Mello and Carlos Britto.

KEYWORDS: KEYWORDS: DECISION-MAKING PROCESS, ETHNOGRAPHY CONSTITUTIONAL, THE CONSTITUTIONAL PROCESS, THE OF BRAZIL'S SUPREME COURT.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, a instituição analisada será o Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente sobre o processo constitucional na perspectiva do processo de tomada de decisões na casuística da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei de Biosegurança (ADI nº 3510). O estudo busca compreender o processo de tomada de decisão na conformação das regras escritas e não escritas na casuística da ADI nº 3510, por meio da pesquisa etnográfica constitucional. A observação do processo de tomada de decisão no processo constitucional faz-se necessária ao passo que a análise pautada puramente na lei é insuficiente para compreensão do processo, principalmente por não considerar as regras não escritas que permeiam o campo.

Consiste esse trabalho, portanto, em um estudo de caso sobre o processo de tomada de decisão no STF. Para tanto, partimos do princípio de que uma interpretação pluralista e legítima, nos moldes defendidos pelas teorias pós-modernas (corresponde ao momento pós-segunda guerra mundial), carece de certo controle para alcançar efeitos no plano da realidade. Em outras palavras, a abertura procedimental, que pretende uma interpretação pluralista e legítima acerca das decisões de questões constitucionais relevantes ao Brasil, necessita ser analisada, no sentido de que sejam estudadas as decisões do processo constitucional, em suas fundamentações e em suas controvérsias (inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas).

Para desenvolver o a análise do processo de tomada de decisão restringiremos a análise à casuística da ADI nº 3510. Isso, pois há um relevante contexto social, além dos efeitos de âmbito nacional da decisão e do tema da ADI ser de relevância internacional, tendo em vista que a decisão do STF foi a primeira Corte Constitucional a enfrentar a questão.

Além disso, quando nos referimos a “teorias pós-modernas” indicamos um momento de expansão da jurisdição constitucional que ocorreu em razão da redefinição do lugar da Constituição ao fim da Segunda Guerra Mundial até metade do Século XX, e, conseqüentemente, influenciou na estruturação do Estado. Nesse momento, ocorreu uma aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia, formando uma nova organização política: o Estado Constitucional (HÄBERLE, 2001).

Em razão dos novos horizontes da jurisdição constitucional, juristas como Konrad Hesse (1998) adquiriram espaço, formando teorias tendentes à procedimentalização do direito, bem como realizando produções teórico-jurisprudenciais sobre o crescimento científico do direito constitucional entre os países romano-germânicos. Além disso, desenvolveram-se críticas ao modelo positivista de Hans Kelsen (1998) por desconsiderar os momentos pré e pós-normativos [1]. Nessa conjuntura, a redemocratização no Brasil veio com a Constituição de 1988 e com as feições advindas do momento pós-segunda guerra mundial, acredita-se que a Constituição Cidadã alcançou a travessia do Estado de Polícia para o Estado Democrático de Direito, em seu marco de mais longo período de estabilidade constitucional. Isso, pois, apesar de crises institucionais, não se cogitou a possibilidade de mudar o Estado Constitucional, percorrendo-se vários ciclos de atraso, como defende Luís Roberto Barroso (2005).

A Carta Política de 1988, de fato, propiciou a expansão da jurisdição constitucional, pois ampliou o rol dos legitimados para proporem as ações constitucionais – que antes era só do Procurador Geral da República – somado às novas figuras de controle concentrado (CF, art. 103). Essas ações compreendem a ação declaratória de constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além da repercussão geral, instituto criado com a EC. n. 45 para o recurso extraordinário (CF, art. 102, §3º) e as súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) (BARROSO, 2005). Desse modo, a constituição federal de 1988 se inseriu no diapasão da teoria constitucional dos países europeus do momento pós-segunda guerra mundial.

Nesse sentido, o que vemos é a jurisdição constitucional, desde o fim do Século XX, direcionada para a consolidação de sua atuação em âmbito global, com a abertura procedimental. Quando falo em “abertura procedimental” quero dizer que o processo constitucional sofreu alterações de forma a propiciar a abertura da decisão no processo constitucional para a sociedade. Essa abertura é intensamente defendida por Peter Häberle, entre outros autores, em sua obra “Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição” (HÄBERLE, 2002).

Com base nesses primeiros esclarecimentos acerca da do processo constitucional e da abertura procedimental, a dinâmica do estudo nos leva a primeiramente esclarecer alguns pontos sobre o STF. Nesse sentido, o primeiro passo é compreender os conceitos de Corte Constitucional para então, em segundo momento, chegarmos ao processo constitucional que se desenvolve nessa Corte. Depois veremos os conceitos básicos sobre a etnografia constitucional para então chegar à análise do processo de tomada de decisão na casuística selecionada da ADI nº 3510.

Por fim, o estudo do processo de tomada decisão da ADI nº 3510 compreende certa complexidade, o que ensejou a utilização da etnografia constitucional para buscar as informações necessárias para um mínimo de compreensão do objeto em estudo. O entendimento das razões de uma decisão está além das expostas nos votos, o que também não restringe os fatores determinantes ao meio social que cerca o julgador, pois é preciso conjugar a isso a racionalidade inerente a cada ser humano. Assim sendo, essa pesquisa está em um estágio inicial, devido a sua complexidade, comportando uma primeira articulação sobre o tema.

Dessa forma, dedicaremos a primeira parte do texto à compreensão do STF como Corte Constitucional e à importância do processo constitucional para a Corte. Em segundo capítulo trataremos das influências do campo jurídico na conformação do entendimento do intérprete, para então em terceiro capítulo desenvolvermos os fatores internos correspondentes a racionalidade do intérprete. Em seguida, enfocaremos em conceitos básicos da etnografia constitucional, para então em último capítulo tecermos uma análise sobre a casuística da ADI nº 3510 e algumas primeiras conclusões sobre o processo de tomada de decisão no STF.

1 A CORTE CONSTITUCIONAL

Para fazermos a etnografia da ADI nº 3510, é necessário antes esclarecer alguns pontos sobre o STF enquanto Corte Constitucional. Nesse aspecto, a Corte Constitucional “é

uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos” (FAVOREU, 2004. p. 15). Atualmente, verifica-se a existência de dois modelos de jurisdição constitucional, que influenciam de forma direta o procedimento no âmbito da Corte Constitucional brasileira: a Suprema Corte dos Estados Unidos e os Tribunais Constitucionais da Europa.

A diferença do modelo estadunidense para o europeu é que no primeiro a jurisdição constitucional é entregue ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, enquanto no segundo há um Tribunal de competência originária e concentrada, com o único intuito de definir os contornos da matéria constitucional (FAVOREU, 2004). Logo, a relevância dos dois modelos para esse trabalho é evidente, tendo em vista que no Brasil há uma convivência dos dois moldes, sem que um anule o outro. Dizemos que há essa convivência, pois há um sistema difuso à medida que é possível discutir questão constitucional desde a primeira instância do Poder Judiciário até ao Supremo Tribunal Federal por meio, por exemplo, do recurso extraordinário; e, ao mesmo tempo, funciona um sistema concentrado de constitucionalidade cuja competência é do STF, onde se reclamam diretamente à Corte Constitucional questões de cunho constitucional, por meio de ações propriamente constitucionais.

Diante da configuração da jurisdição constitucional em estudo, o processo constitucional revela-se como elemento importante para a efetivação desta coexistência. Assevera J. J. Gomes Canotilho a importância do estudo do Processo Constitucional, pois sua função é de “(...) garantir a constituição contra normas inconstitucionais (...)” (CANOTILHO, 2003. p. 969), bem como estabelecer competências previstas no texto constitucional e assegurar a própria funcionalidade do controle de constitucionalidade.[2]

Nesse sentido, por meio dessas funções, verificamos um balanço e um equilíbrio entre os modelos americano e europeu de jurisdição constitucional os quais, na lição de Canotilho concretizam-se na forma de relacionados princípios não exaustivos, ao processo constitucional, como os princípios: do Pedido[3], da Instrução [4], da congruência ou adequação[5], da individualização[6] e do Controle material[7]. Com efeito, para desenvolver os princípios gerais, indicados por Canotilho perfilham a independência ao processo constitucional (CANOTILHO, 2003) e, segundo Luis F. Castillo Córdova, constituem base para esse ramo (CASTILLO CÓRDOVA, 2006).

Acerca do processo constitucional, cumpre esclarecer a existência da distinção entre o Direito Processual Constitucional (CANOTILHO, 2003) e Direito Constitucional Processual. Segundo Canotilho, o primeiro é “um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 965); enquanto o segundo refere-se a de regras e princípios processuais presentes no texto constitucional (CANOTILHO, 2003).

A importância da compreensão de onde se insere esse estudo está na percepção de em qual desses dois conceitos os ministros julgadores do processo constitucional da ADI nº 3510 se inserem. Desse modo, se esclarece que centrei a investigação, na verificação da procedimentalização da jurisdição constitucional, no que tange à fiscalização e conformidade dos atos normativos com a prática. Desse modo, os ministros se inserem

no primeiro conceito – direito processual constitucional – tendo em vista que é nesse espaço em que o processo de tomada de decisão de ações constitucionais encontra relevo.

Com base nesses esclarecimentos sobre o STF e a importância do processo constitucional para sua funcionalidade, passamos a compreensão da perspectiva do processo de interpretação para que seja possível entender o processo de tomada de decisão, que compõe o processo constitucional. Ocorre que é preciso considerar a ponderação entre as influências internas e externas ao intérprete para alcançarmos o processo de tomada de decisão. Primeiramente, voltarei a discussão para a perspectiva das influências externas.

2 O CAMPO JURÍDICO COMO ELEMENTO INFLUENCIADOR DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Luiz Eduardo de Lacerda Abreu (2008) estuda a tradição jurídica brasileira e o diálogo na comunidade brasileira entre o direito e a política, fazendo interessantes ponderações quanto a decisões nos tribunais brasileiros assim como ocorre na ADI nº 3510. Segundo o autor, o direito e a política possuem laços estreitos, e que, principalmente, em uma tradição brasileira, o direito não pode ser entendido sem política, pois estão em um mesmo sistema (ABREU, 2008).

Nesse sentido, partimos da premissa verificada por Abreu na tradição jurídica brasileira, de que, não obstante o constante diálogo entre a política e o direito, há uma negação, com base no positivismo jurídico, do diálogo do direito com os demais campos (político, econômico, social, etc.) (ABREU, 2008). Portanto, a tradição jurídica brasileira possui um discurso de alienação, ou seja, de estranhamento para sistematicamente e explicitamente[8] se descontaminar de tudo o que o envolve, do próprio mundo social que está inserido. Esse estranhamento se justifica justamente na busca de explicar a essência dos institutos e instrumentos na história, precisamente por não se poder admitir que o processo de interpretação e aplicação da norma depende do mesmo que a cria: o homem (ABREU, 2008).

Mais importante que isso, é que esse procedimento de distanciação é intencional, mesmo que inconscientemente por nossa parte (ABREU, 2008). Dessa forma, faz parte do mundo jurídico brasileiro negar sua contaminação pelo mundo que lhe envolve em seus fatores econômicos, sociais e políticos, em âmbito interno e externo (ABREU, 2008).

A parcialidade no momento da decisão, de definição do interesse preponderante e dos fatores que pressionam a conformação do entendimento a ser adotado, tanto existe e é incontornável que, segundo Abreu, fazemos justamente ao contrário do que os manuais de direito dizem: nós exercemos um diálogo, a todo tempo, com a realidade que nos rodeia, como quando nos julgamentos políticos no Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal, etc., que se argumenta juridicamente, mas, claramente, são de decisões permeadas de fatores circundantes que em especial conversam com o campo da política (ABREU, 2008).

Quanto a essa inserção no meio social, é preciso antes compreender que a interpretação é feita por meio da linguagem do campo, pois esta determina o que vemos (o texto da lei), desse modo o direito não pode ser tido como proposto pelo positivismo jurídico em uma dimensão individual (estranho ao meio social), mas, ao menos de um padrão de objetivismo que se determina pelos parâmetros sociais (FOUREZ, 1995). Ou seja, considerando o contexto social em que o direito se insere, mesmo porque os recursos para interpretar este, encontram-se mergulhados no meio social, sem, no entanto, desconsiderar por completo a racionalidade do intérprete, ou seja, os fatores individuais que compunham a decisão (ABREU, 2008, RICOEUR, 1977 e PRZEWORSKI, 1988).

Mas veja-se que esse pensamento não basta. Quando consideramos o direito correlacionado ao campo da política negamos uma perspectiva de autonomia do campo jurídico. Sobre o campo jurídico e sua autonomia, Bourdieu fala que este funciona com base em relações de força entre os atores internos (incluindo entre si) e externos, em busca da competência jurídica e, pela parte dos detentores e profissionais do direito, do poder simbólico que permeia o meio (BOURDIEU, 2000). Para tanto, é preciso compreender uma visão individual dos interesses em jogo de cada ator e as tensões do jogo que conformam as decisões e até mesmo a criação das leis. Nessa perspectiva, não é o legislador que faz a lei, ou o juiz que define a solução à lide, pois além da parte individual do ator, é preciso considerar as influências geradas pelo meio que os pressionam para a conformação de determinada lei ou decisão (BOURDIEU, 2000).

Dessa forma, o movimento do campo jurídico nas relações de força em busca do poder simbólico e da competência jurídica não se definem simplesmente por interesses éticos ou econômicos, mas puramente pelas relações do campo, pela manutenção do poder simbólico e do domínio da situação pelos possuidores da competência jurídica (em relação aos demais atores inseridos no campo que buscam alcançar tal competência) (BOURDIEU, 2000).

Ponderando os ensinamentos de Bourdieu e sua análise sociológica sobre o campo jurídico, podemos compreender certas relações da tradição jurídica brasileira. Assim como o Bourdieu descreve sobre o sistema jurídico, vimos que Abreu nos demonstra que encontramos no Brasil um arcabouço doutrinário baseado no positivismo jurídico ocupado da arte de definir institutos e desenvolvimento histórico dos mesmos como uma forma de justificar o estranhamento entre o direito e a moral na legitimidade do que é antigo e afastado do intérprete (ABREU, 2008).

O desenvolvimento crítico de Bourdieu já pode ser encontrado entre os juristas pós-modernos, que propõem uma releitura do direito considerando os fatores sociais, econômicos e políticos que envolvem os processos de tomada de decisões, para criação da norma e no momento em que propriamente se interpreta (cria) o direito, levando-se em conta o sujeito de historicidade[9] que o intérprete involuntariamente constitui (DWORKIN, 2007).

Entretanto, esse posicionamento se encontra em um processo de aceitação na tradição jurídica brasileira que tende, ainda, para uma concepção positivista pura, onde a lei é criadora do direito e não o intérprete da lei. A intenção pós-moderna é enfrentar a complexidade do direito, considerando a sua vinculação com o meio social que o circunda e impregna, bem como reconhecer a necessidade de uma teoria argumentativa adequada para o procedimento de interpretação (DWORKIN, 2007). Nesse mesmo

sentido, é preciso reconhecer a importância da aceitação da existência das influências do campo, não em uma intenção de negar o direito, mas de demonstrar a importância do controle sobre a prática jurídica interpretativa (BOURDIEU, 2000).

Mas novamente preciso reconhecer que não basta um entendimento do campo jurídico nos moldes de Bourdieu. O direito realmente está imerso quer queiramos ou não no conjunto de relações que o constitui, mas esta percepção sociológica do campo, mesmo casada com as concepções de interação do direito e da política de Abreu é insuficiente quando consideramos a existência de uma terceira perspectiva: a racionalidade do intérprete.

Até este momento centrei a reflexão no ponto de vista das influências do meio no processo de tomada de decisão, ou seja, dos fatores internos (no sentido de pertencer ao meio social do direito) e externos ao campo no contexto desenvolvido por Bourdieu (2000) e Abreu (2008). Desse modo, interessante agora esclarecer sobre o ponto de vista pessoal, da racionalidade humana que conjuga com as influências do meio para a tomada de decisão. Isso, pois como nos revela Adam Przeworski que não possuímos somente os fatores do meio social, mas os interiores de escolha racional (PRZEWORSKI, 1988).

3 REFLEXÕES SOBRE A RACIONALIDADE HUMANA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES

A proposta de Adam Przeworski é, com base na utilização do individualismo metodológico[10] para captar as escolhas racionais dos indivíduos (*rational choice*), buscar compreender, pela técnica da teoria dos jogos, os interesses em questão no âmbito de um órgão público sem, no entanto, desconsiderar os atores coletivos do processo de tomada de decisão, ou seja, um meio termo entre a ênfase da decisão tomada por indivíduos e coletividades, sendo que prepondera uma perspectiva da escolha racional (PRZEWORSKI, 1988).

A questão da racionalidade no momento da escolha – determinação do interesse preponderante – faz-se muito relevante quando se trata da escolha pública (*public choice*), como ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Para Przeworski, a escolha racional reconhece o resultado de cada decisão tomada por cada indivíduo, entretanto, é preciso ponderar sobre os atores coletivos, no intento de não caminarmos para os extremos. Neste caso, a decisão da ADI nº 3510 não é uma decisão do STF, mas uma escolha racional movida por interesses de cada um dos ministros que compunham a Corte e, ao mesmo tempo, cada decisão em perspectiva individual resulta de um contexto social tanto de formação desses indivíduos como dos fatores presenciais de pressões sociais, econômicas e políticas, que compõem juntas a decisão do STF (PRZEWORSKI, 1988; BOURDIEU, 2000).

Segundo Przeworski, ao considerarmos que vivemos em uma sociedade estruturada de forma multidimensional, podemos concluir que cada um dos ministros não está dentro de uma determinada classe, mas em suas complexas relações estão em patamares distintos (PRZEWORSKI, 1988). Com base nessa estrutura arraigadamente complexa, cada um dos membros do STF julgou a ADI nº 3510.

Além disso, os vários fatores existentes nos diversos níveis de relação de cada indivíduo não torna necessariamente a decisão irracional, pelo contrário, sua escolha racional reconhece a existência dessas pressões que irão convergir para uma decisão que se funda em um interesse, em uma perspectiva pessoal, e em fatores sociais, econômicos e políticos (PRZEWORSKI, 1988). No caso dos votos da ADI nº 3510, em geral, o discurso jurídico utilizado pelos ministros negou a segunda perspectiva, qual seja a correlação entre o meio social e a decisão tomada, partindo do pressuposto de que as razões para sua decisão são dogmáticas, estritamente pautadas na lei, negando que a lei em si não é nada, pois é o intérprete que a determina (ABREU, 2008). De mesmo modo, a decisão da ADI nº 3510 só não afasta a perspectiva do indivíduo racional, por se fundarem na concepção positivista de racionalidade extrema na aplicação da lei, ou seja, pressupõem que os ministros estão julgando de forma imparcial, como se fossem estranhos ao meio social que os circundam, e isso se faz por uma tradição do próprio campo jurídico na manutenção do poder simbólico e da competência jurídica (BOURDIEU, 2000).

Nesse contexto da tradição jurídica brasileira captada dentro do STF, torna-se interessante a compreensão do processo de tomada de decisão, em especial, nos julgamentos cujos contextos se assemelham ao da ADI nº 3510. Isso, pois os fatores internos e externos ao intérprete legitimado para questão constitucional geram impactos a toda a sociedade submetida ao regime constitucional vigente. Nesse liame, conjugando as três perspectivas da autonomia do campo (BOURDIEU, 2000) da interação do direito e da política (ABREU, 2008) e da racionalidade humana no processo de tomada de decisão (PRZEWORSKI, 1988), a proposta da etnografia constitucional, proporciona a captação de quais são esses fatores que levaram a determinada decisão pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em análise, a ADI nº 3510.

4 A ETNOGRAFIA CONSTITUCIONAL

A etnografia constitucional questiona as instituições na prática, frente ao que a lei prevê. Portanto, quando escolhemos o campo jurídico, estamos pensando o direito a partir do seu resultado jurídico. O estudo etnográfico constitucional possui como objeto os regimes constitucionais[11], no intento de comparar suas estruturas em finalidades teóricas (formação de banco de dados) e sociais (SCHEPPELE, 2004).

A etnografia constitucional é o “estudo dos elementos centrais das políticas legais, usando métodos que sejam capazes de captar os detalhes vividos na paisagem político-jurídica” (SCHEPPELE, 2004. p. 395). Dessa forma, quando estudamos o campo jurídico do STF, a etnografia constitucional se centra nas complexas relações políticas, jurídicas, históricas, sociais, econômicos e culturais que revelam contextos para além da lógica da simples correlação entre o Supremo e os demais atores (SCHEPPELE, 2004).

Nesse sentido, Kim Lane Scheppele leciona que o trabalho etnográfico constitucional traz um prognóstico do alcance e da escala dos processos de governação de uma determinada instituição, com determinado regime constitucional a ser pesquisado, sem desmerecer a evolução histórica que levou a conformação do arranjo revelado pelo estudo (SCHEPPELE, 2004). Portanto, a etnografia constitucional revela a forma como a instituição é gerida, desse modo, estaremos descobrindo a governação do STF pelo estudo de seu processo de tomada de decisões.

Quanto ao método etnográfico a ser utilizado para estudo, utilizei os arquivos dos julgamentos gravados do STF, entrevistas, reportagens e notícias sobre a instituição, bem como me utilizei da observação do campo. Quando ao método da observação, Robert Emerson, Rachel Fretz e Linda Shaw revelam técnicas de anotação em sua obra “Writing Ethnographic fieldnotes”. (EMERSON, 1995). Esses etnógrafos lecionam sobre as *fieldnotes* que são campos de anotações. Para obter as *fieldnotes*, o etnógrafo precisa conviver com as pessoas do campo para fazer uma descrição desse meio, para então realizar o processo de retirada da experiência do campo para a transformação da mesma em conhecimento (EMERSON, 1995).

Portanto, o etnógrafo deve pensar a construção desse conhecimento, como captar os fatos do campo e transformá-lo em um conhecimento para compreensão do campo. Depois, diante dessas anotações o etnógrafo passa a pensar sobre essas *fieldnotes* para fazer novas *fieldnotes*. A intenção é captar o que permanece constante nas diversas *fieldnotes* (EMERSON, 1995).

Com base nessa breve esclarecimento sobre a etnografia constitucional vemos que a análise possui suma importância, para além das ressaltadas por Scheppele, ao passo que possibilita a compreensão dos aspectos conformadores das decisões das instituições, tais como o STF, que possuem repercussões nacionais. Assim, passarei agora a fazer breves considerações das primeiras anotações de campo que obtive sobre o STF e a casuística da ADI nº 3510.

5 CASUÍSTICA DA ADI Nº 3510

Primeiramente esclareço que o foco do estudo, de certo, é o pleno do STF, mas devido à complexidade das relações é preciso considerar os fatores que os meios sociais dos gabinetes trouxeram para o julgamento do caso concreto selecionado, mesmo porque, não me insiro no meio da política, vivenciado pelos ministros, minha captação de dados se restringe a de “mero telespectador”, sem ter acesso aos detalhes mais reservados.

Na casuística selecionada da ADI nº 3510, o julgamento pelo pleno do STF ocorreu em três sessões: uma ordinária e duas extraordinárias, além de uma audiência pública sobre células-tronco e participação de *amici curie*[12].

A constitucionalidade da lei de Biosegurança foi contestada por meio da ADI nº 3510 em virtude de autorizar a utilização de células-tronco de embriões humanos provenientes de fertilização *in vitro*, considerados descartáveis pela comunidade científica. A discussão, portanto, reside no direito à vida destes embriões, pois, caso sejam considerados como “vida humana” são protegidos pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988; e, caso não, a lei resta constitucional. Por outro lado, a utilização dessas células-tronco permite a formação de diversos tecidos humanos artificialmente para tratamentos de saúde, o que também é direito fundamental preservado pelo art. 5º da CF/88.

Ora, a questão por detrás da ADI nº 3510, discute, desse modo, o direito à vida, no âmbito do antigo impasse doutrinário do direito privado, qual seja, em que instante a vida começa. A vida passa a ser protegida pelo direito brasileiro após o “nascimento com vida” (art. 2º do CC/02), o que implica a criança nascer e respirar, ao menos uma vez (FARIAS, 2005). Entre os próprios cientistas há divergência quanto ao momento do

surgimento da vida, por exemplo, para um biólogo, negar a vida ao momento da fecundação é extremamente ofensivo, pois há multiplicação de células, ou seja, aos olhos do biólogo há vida desde o momento da primeira divisão celular, naquela primeira célula há todas as informações genéticas necessárias para formar o ser humano, incluindo sua personalidade; ao passo que para o geneticista, a vida humana se inicia com a formação de sistemas essenciais à sobrevivência de um ser humano, logo, a vida se inicia quando o feto apresenta perspectivas de nascimento com vida, nos moldes definidos pelo direito brasileiro.

No concernente à prática do controle concentrado brasileiro (o que inclui o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade como a ADI nº 3510), as ações são julgadas pelo pleno da Corte Constitucional, composta por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. Nesse sentido, é sensível que a composição desse Tribunal é política, sem, entretanto, desmerecer o conhecimento jurídico dos escolhidos.

O STF possui sede na Praça dos Três Poderes no centro de Brasília, capital do Brasil. O Pleno da Corte possui um teto arredondado, as cadeiras dos ministros são dispostas em um quadrado que fica aberto na parte da frente para as cadeiras destinadas ao público e à tribuna para sustentação oral. No fundo do quadrado sentam-se o Presidente do STF, o Procurador Geral da República e o secretário, sendo que o secretário fica à esquerda do Presidente e o Procurador Geral da República à esquerda em um nível abaixo do Presidente. Nas laterais do quadrado se dispõem os demais ministros, por ordem de antiguidade, da direita do Presidente para esquerda. Esse quadrado possui um espaço no meio, onde um servidor realiza seus trabalhos taquigráficos de audiência, além disso, fica disposto em um nível superior ao piso das cadeiras destinadas ao público, tanto da frente do quadrado como dos lados. Note-se que a disposição do pleno demonstra como os ministros falam entre si, e não para o público, pois o “círculo” (quadrado) de debate é fechado entre os ministros de modo que todos os ministros estão sempre de costas para a maior parte do público que se instalam nas laterais do pleno.

A cadeira de cada ministro possui um computador, um microfone, e uma mini-estante de livros para consulta. Isso nos trás a impressão de que aqueles livros são importantes para os julgamentos, mas na verdade o importante está nos computadores. Isso, pois o STF possui um sistema de conversação *intranet* que possibilita que os ministros conversem entre si e com seus assessores.

No dia do julgamento, sejam nas turmas ou em plenário os gabinetes ficam cheios de “burburinhos” sobre as perguntas dos ministros. Todo bom assessor deve saber quando o processo que fez entra em pauta para se preparar para prestar esclarecimentos ao ministro durante a sessão, ou ajudá-lo no caso de um debate oral com outro ministro. Isso acontece porque, na prática, os ministros não resolvem todos os casos.

Quando o processo entra em determinado gabinete do STF é distribuído entre os assessores de acordo com a matéria do processo: competência originária ou recursal em seus diversos focos (penal, civil, trabalhista, etc.) que repassará parte desses processos a seus funcionários (estagiários, analistas judiciários ou técnicos administrativos). Mas a dinâmica de cada gabinete é muito distinta da outra, cada gabinete é um meio social com suas próprias regras e organizações. Por exemplo, há ministros que fazem todas as

decisões e outros que passam para os assessores os processos de controle difuso, ou seja, advindos de recursos extraordinários.

De qualquer modo, quando o caso é polêmico o assunto é debatido entre os assessores e o ministro. Portanto, na maioria das vezes o ministro recebe as informações sobre o processo que é de sua relatoria nas turmas ou no pleno após um dos funcionários ter produzido a decisão, seja para lhe convencer do deferimento ou não do pleito. Esse debate com o ministro não é de acesso a todos os funcionários do gabinete, de acordo com as preferências de cada ministro. Mas com base no que é exposto desses debates, ou em despachos dos advogados com o ministro, este vai para a sessão, lê o voto preparado pelo funcionário ou por si próprio. Esse ponto nos recorda os ensinamentos de Bourdieu, da essencialidade dos profissionais jurídicos para desenvoltura das decisões públicas, ou seja, quando o preparo é pelos profissionais jurídicos, estes que estão fazendo a decisão pública acontecer, nas palavras de Bourdieu (BOURDIEU, 2000).

Não podemos deixar passar que não é qualquer um que tem acesso aos ministros. Mesmo sendo do gabinete, permeiam-se no campo regras não-escritas que determinam quando se pode ou não falar com o ministro. Os gabinetes funcionam com base no que chamarei de estamentos: o dos “elegidos” e dos “não elegidos” para debater com o ministro. Para chegar até o ministro, é preciso agradar uma série de estamentos anteriores a ele, que detém o acesso à sala do ministro.

Por outro lado, os despachos dos advogados são muito importantes do processo de tomada de decisão. Em verdade, o advogado prepara um memorial sobre o caso, explicando a litigância, de forma a favorecer sua parte. Geralmente, os advogados enviam esses memoriais, ou despacham com os ministros sobre o processo que defendem quando perto dos julgamentos, no intento de refrescar a memória dos julgadores sobre o tema em lide.

Voltando a importância da *intranet*, pode acontecer do ministro ser pressionado por outro a se pronunciar sobre determinado aspecto de seu voto ou um debate oral. Nesses momentos, vem a importância do computador e a razão de seus olhares estarem sempre centrados na tela em um julgamento mais complexo.

No caso da ADI nº 3510, como uma pressão cultural e em certa parte social a declaração da constitucionalidade da lei de Biosegurança foi desconfortável para algumas instituições da sociedade brasileira, como a Igreja. Neste caso, o próprio Papa da igreja Católica em um de seus pronunciamentos divagou sobre “a ofensa as leis de Deus pelas pesquisas que envolvem a vida humana, em virtude do sacrifício de vidas inocentes”. Mas um mero comentário do Papa, em um Estado laico não pressiona as instituições, correto? Errado, não podemos nos ater ao texto constitucional do Brasil para definir suas instituições imparciais a pressões religiosas. Apesar do Brasil se declarar laico na Constituição Federal de 1988, seu próprio preâmbulo usa a expressão “sobre a proteção de Deus”.

A realidade brasileira é de uma população claramente cristã, dessa forma, quando o próprio Papa termina seu discurso completando que os poderes dos Estados que aprovarem projetos que levam ao aborto seja como for, constitui motivo para

excomunhão, há uma clara e forte pressão para a decisão tanto pelo receio de parte dos julgadores como pelos olhares internacionais para o panorama que se configurará.

Ainda sobre o caso da ADI nº 3510, podemos considerar que o próprio ministro-relator, Ministro Carlos Britto, indicou a necessidade de uma audiência pública sobre o tema, bem como abertura para *amici curiae*, no sentido de alcançar “decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”. Porém, quando analisamos seu voto notamos que apesar de ponderar no relatório sobre as perspectivas apresentadas por biólogos e geneticistas, se restringe no teor do voto a análises dos textos legais e constitucionais que indicariam a adoção de uma teoria sobre o momento do surgimento da vida, para determinar a constitucionalidade da Lei de Biosegurança[13].

Quando nos deparamos com a incitação para a abertura de audiência pública e abertura da Corte para *amici curiae*, nos induzimos a pensar que haverá uma ponderação sobre as influências dos demais campos (sociais, econômicos, religioso, político, etc.) sobre o tema levado ao campo jurídico sobre a roupagem das teses sobre o momento do surgimento da vida. Esse pensamento induzido é um erro, pois o voto do ministro Carlos Britto pode até mesmo ter envolvido um processo de sopesar desses fatores externos e internos a própria racionalidade do julgador, no entanto, ao tempo da motivação, por onde podemos controlar e compreender a decisão, não há demonstração das influências, mas tão somente um jogo de articulação da letra da “lei” e do que “ela” revela.

Nesse sentido, o voto do ministro recai no processo apontado por Bourdieu, ao passo que afasta os elementos morais e valorativos que envolvem o entendimento do momento do surgimento da vida humana, em nome da equidade da lei, neste caso na própria constituição que por si já emanaria a força descrita por Bourdieu: “a lei pela lei”. (BOURDIEU, 2000).

De mesma forma, outros ministros demonstraram um processo de tomada decisão não explicitado no voto. Por exemplo, em miúdos, o Ministro Celso de Mello afirma em segunda sessão, um dia após o seu voto, que “a população interpreta-me mal, pois não votei pela improcedência por não considerar a suposta vida do feto, mas porque existem instrumentos na lei de controle por meio de conselhos que definiram os parâmetros, bem como a descrição de crime para quem ultrapassar esses limites”. Ora, até que ponto uma dessas figuras públicas, destinadas a tomar uma *public choice* podem veemente afirmar que sua decisão não se pauta em um interesse escolhido racionalmente, mas pela letra da lei? Acontece que a lei em si não existe, ela passa a existir quando interpretadas por nós por meio da linguagem, impregnada dos fatores sociais do campo (ABREU, 2008). Por isso, passamos a analisar, brevemente, então os fatores sociais envolta da decisão.

O julgamento da ADI nº 3510 foi compreendido motivado de forma vaga, pois tentavam justificar suas escolhas dogmaticamente da lei, ao passo que suas decisões eram eminentemente políticas e pautadas na escolha do melhor interesse. Não obstante, não podemos esquecer que o direito é uma atividade que decorre da política.

Afirmar que as decisões são “em verdade políticas”, também é superficial, afinal todo ser humano é político. Mas, o que ocorre no campo jurídico é a necessidade de se firmar

imparcial às influências do campo, de modo que, o estranhamento seja tamanho que os interesses determinantes da escolha sejam libertos do campo social em que se inserem (ABREU, 2008). Portanto, podemos concluir que as decisões são realmente políticas, mas não pára por aí. Pois é preciso buscar os elementos que determinaram a escolha de assentado interesse em detrimento de outras opções, caso existentes, não só do ponto de vista do indivíduo, mas das influências que o circundam.

No caso da ponderação sobre seu voto do Ministro Celso de Mello: quais foram os fatores que definiram o seu voto? Caso não seja, realmente, a dogmática da lei, por que esconde esses fatores?

Veja-se que o ministro negou, em seu voto, as implicações sociais e as pressões exercidas pela Igreja Católica e pela comunidade científica sobre a decisão. O que conluo, em verdade, é que quando vamos a campo por meio da etnografia constitucional e retiramos dados, percebemos que os fundamentos utilizados foram restritos a julgamentos de conformidade à Constituição, negando o diálogo com a política, tanto pela Corte, quanto sobre a casuística em tela.

No caso no Ministro Celso de Mello, acredito ter me aproximado de um dado que pode esclarecer quanto a seu posicionamento veemente a favor da Lei de Biosegurança. Acontece que no meio do campo, na colheita de dados com pessoas que possuem convivência com os ministros do STF de forma direta, obtive informação de que o ministro Celso de Mello não se importa com as ameaças do Papa ou de quem quer que seja da igreja Católica por já ser excomungado.

Apesar de todos assim dizerem, não consegui encontrar dados oficiais que comprovassem a excomunhão do ministro. De fato, não consegui confirmar esse dado oficialmente, e é claro que essa informação pode estar viciada, mesmo porque não foram apresentadas as razões da suposta excomunhão do ministro Celso de Mello, mas de toda forma, essa informação, caso verdadeira, explica a tranquilidade para o ministro dizer em entrevistas a revista Época que "[...] 'a organização política do Estado laico nem sempre coincide com a ética fundada em princípios de teologia moral, cuja aplicação projeta-se a uma dimensão estritamente espiritual a que a República secular não pode nem deve ficar sujeita', afirmou. 'O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado'"[14].

Os comentários do Ministro nessa reportagem revelam um certo ar de repúdio a submissão de seus pensamentos as regras morais defendidas pela Igreja Católica, talvez não de todas, mas com toda a certeza daquelas que lhe impedem a liberdade de agir e pensar da forma como sua razão indica com mais relevante no momento em que se encontra e pela manutenção de um Estado laico. Afinal as afirmações do ministro são veementes, mas como poderia se afastar o Estado da religião quando seus súditos possuem arraigado seguimento religioso, ou quando consideramos que a própria constituição é permeada de valores que são retirados da comunidade que se submete a determinado regime constitucional? De certo modo, a própria constituição ressalta que há liberdade religiosa, mas não pode esta restringir direito (art. 5º. VIII, CF/88), logo, a crença religiosa não poderia impedir a pesquisa por um lado, pois é o direito a saúde de vários cidadãos que podem usufruir dos resultados das pesquisas, mas por outro lado a constituição de 1988 não diz quando se inicia a vida, dessa forma, em um debate

constitucional, é possível alegar a violação constitucional do direito a vida, consubstanciado no art. 5º, *caput*, CF/88.

Portanto, podemos dizer que há um espaço do processo de tomada de decisão que não está exposto no voto. Quando o ministro expõe um discurso jurídico, em sua competência jurídica, se utilizando do poder simbólico, obtemos um estranhamento ao do meio jurídico, social e político, porém, como Bourdieu afirma a autonomia do campo jurídico sempre estará relativizada pelas constantes intervenções externas. Ou seja, restam perdidos, nesse estranhamento, os fatores externos que determinaram o resultado do voto, fatores estes que precisam ser conhecidos para que os verdadeiros motivos das *public choices* sejam conhecidos (BOURDIEU, 2000; RICOEUR, 1977 e ABREU, 2008).

Com base na breve análise que fizemos com os exemplos selecionados, podemos concluir que em verdade resta perdido uma parte das motivações da decisão tomada pelos ministros. De fato, a pesquisa se encontra em estágios iniciais e não possui conclusões definitivas sobre os votos dos ministros Carlos Britto e Celso de Mello na casuística em tela, quando menos de todos os julgadores. Por conseguinte, há um longo caminho a percorrer até que alcancemos uma conclusão mais matura, mas os estudos até aqui desenvolvidos revelam um ponto de partida, qual seja a lacuna das razões da decisão.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Tradição, Direito e Política*. Mimio. Brasília, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi. Teresina, a. 9, n. 851, 01.11.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15.12.2007.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociologia del campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandesm, Instituto Pensar, 2000. p. 153-220.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis F. Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la ley 28237. *Cuestiones constitucionales*, n. 14, enero-junio 2006, p. 297-311. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst14/CUC1413.pdf>>. Acesso em: 17.01.2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EMERSON, Robert M.; FRETZ, Rachel L.; SHAW, Linda L. *Writing Ethnographic fieldnotes*. Chicago: Chicago Guildes, 2007.

FARIAS, Christiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências. Introdução à filosofia e a ética das ciências*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: UNESP, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Trad. Marco Antônio Casanova. Vol. 1 e 2. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 20.01.2008.

_____ El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 09, p. 113-139. Madrid: 2005.

_____ Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Republica Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PRZEWORSKI, Adam. Marxismo e escolha racional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 6, v. 3, p. 5-25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law and Society Review*, Vol. 38, pp. 389-406, 2004. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=upenn/wps>. Acesso em: 23.08.2008.

[1] Essa crítica se funda no capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen (1988) quando o filósofo exclui de sua teoria os momentos pré e pós-normativos.

[2] Quanto à forma que o controle de constitucionalidade é garantido, ensina Canotilho que: ao estabelecer “as ‘regras do jogo’ da jurisdição constitucional, selecionam-se os

princípios processuais estruturantes, e fornece-se a abertura para, através do processo, se legitimar o Estado Constitucional e se dinamizar a juridicidade do Estado de direito”. (CANOTILHO, 2003, p. 970).

[3] Consiste no pedido a entidade competente para que declare a inconstitucionalidade de norma. (CANOTILHO, 2003. p. 971).

[4] Trata-se de princípio pelo qual o juiz pode ex officio buscar a verdade material independente do que lhe apresentem ao suscitarem a questão de inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2003).

[5] Por ele o julgamento deveria estar em acordo com o pedido, todavia, frente ao processo constitucional com as inconstitucionalidades por arrastamento, o princípio toma nova forma. Nesse sentido, a limitação é somente quanto a generalizações de inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2003).

[6] Implica em o juiz julgar com correspondência ao pedido. (CANOTILHO, 2003).

[7] Por esse princípio o Tribunal Constitucional fica adstrito a questão de inconstitucionalidade, não apreciando o que já foi decidido nas instâncias inferiores. (CANOTILHO, 2003).

[8] Quando me refiro a estranhamento “sistemática e explicitamente” me refiro à Teoria Pura de Hans Kelsen (KELSEN, 1988), especificamente ao plano normativo por esse autor desenvolvido.

[9] Para compreender as concepções de “sujeito de historicidade, veja-se a teoria de Gadamer (1995).

[10] O individualismo metodológico é uma teoria da ação. Esta se funda no intuito de elucidar as razões das decisões individuais sob circunstâncias próprias de cada ser humano para fundamentar a teoria da história (PRZEWORSKI, 1988).

[11] Segundo kim Lane Scheppele, o estudo etnográfico constitucional pode estudar qualquer instituição, mesmo que não ligada diretamente ao Estado, desde que busque compreender seu processo de governo, ou seja, sua governança (SCHEPPELE, 2004).

[12] Tal instituto está consagrado na lei 9.868/99 nos artigos 7º, §2º e 9º §1º. Cf. BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso 30.03.2008.

[13] O voto do Ministro Carlos Britto não se encontra disponível em forma de jurisprudência, o seu uso ainda permanece restrito. Para ter acesso, basta fazer o *download* da audiência no site da TV Justiça: <http://www.tvjustica.gov.br/>.

[14] O artigo da revista que revela as palavras do Ministro Celso de Mello encontra-se disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT695764-1664-3,00.html>. Acesso em: 12.09.08.

**UM OLHAR SOBRE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: PELA
NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO A PARTIR DE
SUAS RAÍZES***

**A LOOK THROUGH THE PHILOSOPHIC HERMENEUTICS: BECAUSE OF
THE NECESSARY QUESTION ABOUT THE POS-POSITIVISM FROM ITS
BASICS**

Luiza Ferreira Campos

RESUMO

Análise dos conceitos-chave da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, tendo em vista o acesso a seu projeto de compreensão enquanto experiência que constitui marco na filosofia da segunda metade do século XX, inserida no paradigma da filosofia da linguagem em oposição à filosofia da consciência. Concebe-se a hermenêutica gadameriana como fator desencadeador de significativas alterações no campo da teoria do direito, desdobrando-se em um fortalecimento da concepção do direito sob o prisma da teoria da interpretação, contribuindo para a crítica anti-formalista e o declínio das concepções positivistas. Mais do que isso, identifica-se na hermenêutica gadameriana o lastro filosófico de hodiernas teorias interpretativas que, além de refletirem acerca das condições e possibilidades da atividade jus-interpretativa, buscam os fundamentos de controlabilidade da mesma. Esse conjunto de teorias forma importante elemento integrador do denominado pós-positivismo jurídico, que merece análise detalhada por parte da teoria e da filosofia do direito, tendo em vista a sua incipiente nitidez e a necessidade de prudência na adoção de novos conceitos e modelos, dada a possibilidade de tratar-se de formas mais elaboradas de sublimação e escamoteamento da violência simbólica. Para além da reflexão acerca da teoria do direito, a reflexão acerca de seus fundamentos filosóficos.

PALAVRAS-CHAVES: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; CONCEITOS-CHAVE; PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO; TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO.

ABSTRACT

Analysis of the most relevant concepts of the Hans-Georg Gadamer's Philosophic Hermeneutics, to access his project of comprehension as experience; a relevant point of the philosophy of the second half of the XX century, inserted in the paradigm of the philosophy of the language in opposition of philosophy of conscious. The gadamerian

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

hermeneutics is the starting point of relevant changes in the theory of law, which has contributed to the enlargement of interpretation theory's approach of the law. Has contributed, as well, to the anti formalistic critics and decline of positivist concepts. Also we can identify in the gademerian hermeneutics the philosophic code basis of actual interpretive theories that besides to reflect about the conditions and possibilities of interpretation activity of the law, looks for controllability fundamentals of that. These theories compose an important element of the denominated law pos-positivism, which deserves detailed analysis from the part of the law philosophy and theory, keeping in mind the missing of clarity and the necessity of prudence in the adoption of new models and concepts, because of the possibility of cover more elaborated approaches of symbolic violence's camouflage. Further the reflection of the law theory, the reflection of its philosophic basics.

KEYWORDS: PHILOSOPHIC HERMENEUTICS; MOST RELEVANT CONCEPTS; POS-POSITIVISM; THEORIES OF INTERPRETATION

INTRODUÇÃO

É próprio da eficácia simbólica, como se sabe, não poder exercer-se senão com a cumplicidade – tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo mais subtilmente extorquida – daqueles que a suportam.

Pierre Bourdieu

O cenário jurídico nacional vem gozando de certos consensos ou lugares-comuns. Apontar as falhas e incongruências do positivismo jurídico soa, em geral, como “bater em cachorro morto” (será mesmo?). Há uma certa euforia a respeito das possibilidades de se empreender processos de tomada de decisão de forma segura e racional, seja através da interpretação principiológica ou da argumentação formalmente controlável.

Todavia, apesar da significativa produção na área, resta, no ar, a dúvida incômoda de se estaríamos realmente muito distantes dos dogmas positivistas ou, ainda, das quimeras jusnaturalistas. Não seriam essas teorias argumentativas e interpretativas renovadas construções simbólicas capazes agora de, com o fôlego renovado, escamotear a violência e arbitrariedade envolvidas no processo de concretização jurídica (BOURDIEU, 1998, p. 224)?

Tendo em vista o melhor esclarecimento dessa questão e o delineamento posterior de possíveis respostas, toma-se, como pré-condição, a tarefa de análise dos fundamentos filosóficos em que se encontram assentadas essas construções teóricas.

O trabalho que segue apresenta os resultados da investigação da obra Hans-Georg Gadamer, notadamente dos seus conceitos-chave, como forma de possibilitar o acesso ao projeto de compreensão enquanto experiência que constitui marco fundamental na

filosofia da segunda metade do século XX, com reflexos e desdobramentos importantes em um vasto número de teorias interpretativas do direito.

As reflexões serão apresentadas da seguinte maneira: de início, algumas considerações sobre Hans-Georg Gadamer, tendo por finalidade uma melhor contextualização de sua obra; em seguida, uma introdução a respeito das implicações entre hermenêutica filosófica e teoria do direito, especialmente a partir da segunda metade do século passado; por fim, apresentação dos conceitos-chave da teoria gadameriana. A título de conclusão, explorar-se-á a problematização das hipóteses iniciais de resposta para o problema inicialmente posto.

1. Hans-Georg Gadamer: uma breve apresentação

Hans-Georg Gadamer (1900-2002), filósofo alemão, desempenhou um destacado papel no estudo da hermenêutica no século XX. Graduado pela Universidade de Breslau em 1918, com doutoramento pela Universidade de Marburg em 1922, ensinou em Marburg, Kiel, Leipzig, Frankfurt-am-Main e Heidelberg, tornando-se, após sua aposentadoria, professor visitante em algumas universidades, na maioria norte-americanas e, em especial, na Universidade de Boston.

Com formação inicial no pensamento neo-kantiano, prevalecente na Alemanha do início do século XX, e formação em filologia clássica, teve sua obra profundamente marcada pelo estudo dos gregos clássicos, em especial Platão e Aristóteles, e pela ontologia existencial de Martin Heidegger, tendo sido professor assistente deste último e seu discípulo mais destacado.

Além da Hermenêutica Filosófica, seu interesse primordial, dedicou-se à história da filosofia, notadamente Platão e Aristóteles, e ao estudo da estética e filosofia da arte.

“Verdade e Método” (*Wahrheit und Methode*), publicada em 1960, constitui a obra-base de seu trabalho. Nesta, partindo da análise da dimensão estética, elabora uma ontologia da obra de arte desprendida da questão da verdade fundada na subjetivação moderna. Tendo por norte a extensão desse desprendimento para o campo das ciências do espírito, efetua um estudo histórico preliminar da hermenêutica, em especial do método hermenêutico na Modernidade, passando por Schleiermacher – hermenêutica enquanto ciência universal – e Dilthey – hermenêutica metodológica historicista – para, então, apresentar a superação dessa concepção a partir da fenomenologia hermenêutica heideggeriana.

Por fim, apresenta seu projeto de hermenêutica enquanto experiência realizada na linguagem, dialogicamente, e fundada na pré-compreensão do intérprete, enquanto condição inelutável da condição existencial do mesmo.

2. Hermenêutica e teoria do direito: proximidade e relevância

A produção teórica jurídica até meados do século passado era fortemente monopolizada pela *teoria da norma*, na qual as atenções eram voltadas para conceitos como sistema, ordenamento, norma, completude, coerência, entre outros. Com o surgimento do Estado Social e a ênfase no direito constitucional, novas questões começaram a ser postas e estas não encontravam respostas satisfatórias nas teorias dominantes da época.

Deu-se, então, a emergência de dois *novos* grandes pilares: a *teoria da argumentação* e a *teoria da interpretação* (FERRAZ JR., 2001, p. 91). Ambas endereçavam robustas críticas ao positivismo jurídico, seus dogmas e fundamentos, contribuindo ainda mais para o declínio da teoria da norma. Como decorrência, viam-se diante da questão que, ainda hoje, vem monopolizando as reflexões na teoria do direito: se o ordenamento não consiste em um sistema completo e coerente cuja concretização é empreendida de forma neutra e científica, idéia até então dominante, qual seria, afinal, a feição do processo decisório?

O pilar da Teoria da Argumentação teve seu pontapé inicial com a publicação de “Tópica e Jurisprudência”, em 1953, por Theodor Viehweg, e de “Nova Retórica: Tratado da Argumentação” de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em 1958, seguindo-se um significativo surgimento de correntes e teorias das mais diversas que, de uma forma geral, chamavam a atenção para os aspectos argumentativos presentes na prática e produção teórica e doutrinária do direito.

A teoria da interpretação, por sua vez, vem rondando o direito, de forma mais presente, há mais tempo. Desde o declínio da Escola de Exegese que a necessidade de interpretar o direito, e não somente aplicá-lo, passou a ganhar cada vez mais espaço. De início, a hermenêutica jurídica versava, basicamente, sobre os métodos interpretativos capazes de assegurar um correto entendimento do texto normativo e, conseqüentemente, a vontade da lei ou do legislador e, portanto, a justiça e a soberania popular. Tratava-se de uma concepção claramente calcada na idéia de método moderno e produção de conhecimento de forma clara, segura e racional.

Com a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem e o delinear do giro lingüístico (STRECK, 2005, p. 161-170), a reflexão acerca da hermenêutica jurídica ganhou significativo espaço. O surgimento e expansão de teorias interpretativas voltadas para o fenômeno do direito levaram ao extremo de se questionar: “seria o direito interpretação?”.

A linguagem passou a gozar de importância extraordinária. Não era mais, apenas, o instrumento utilizado pelo sujeito para conhecer o objeto e, portanto, capaz de ser manuseada, controlada e direcionada de acordo com os interesses do sujeito racional. Ao revés, passou a ser vista como constitutiva da realidade, nela se dando todo acontecer e conhecer.

No direito, como desdobramento de tais mudanças, deu-se o questionamento dos chamados métodos interpretativos. A compreensão de um texto normativo não podia ser tratada como uma atividade científica, completamente ordenada por métodos que garantiam um resultado correto, caso aplicados. Seja pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, dos atos de fala de Austin ou da hermenêutica filosófica de Gadamer, o que os pensadores ligados à filosofia da linguagem expunham era que a forma como até

então pensávamos que pensávamos era distorcida pela visão moderna de ato cognitivo descritivo e controlado metodologicamente, e de linguagem como representação de uma realidade dada.

No presente artigo, como já exposto, estaremos concentrados nas contribuições da hermenêutica filosófica gadameriana. Não se trata de uma teoria interpretativa geral, muito menos de uma teoria interpretativa do direito, mas as suas conclusões afetaram e afetam enormemente um grande número de teorias interpretativas, em especial, jurídicas.

Josef Esser, civilista e teórico do direito alemão, é considerado um dos primeiros juristas a utilizar-se das reflexões gadamerianas para repensar a teoria da interpretação e o raciocínio jurídicos. Sua obra “Pré-compreensão e escolha do método no processo de obtenção do direito”, publicada em 1970, dá início à corrente teórica que viria a ser conhecida como Jurisprudência Hermenêutica. Esta, partindo das críticas anti-formalistas, dedicava-se a repensar as condições de possibilidade do processo decisório enquanto processo de compreensão e, como desdobramento, desvelar a práxis da atividade interpretativa e buscar parâmetros de controlabilidade da mesma que garantissem o respeito aos princípios e a consecução dos fins do direito. Desta corrente também fariam parte nomes como Friedrich Müller, Karl Larenz, Konrad Hesse, Peter Häberle e outros (JUST, 2006, p. 282-284).

No Brasil, os reflexos da Hermenêutica Filosófica também se fizeram presentes, em especial, nas obras de Lênio Luiz Streck, Eros Roberto Grau.

3. Hermenêutica filosófica gadameriana e seus conceitos-chave

“O decisivo não é entrar no círculo, mas entrar no círculo de modo adequado.”

Martin Heidegger

A palavra hermenêutica tem raízes profundas que remontam à antiguidade grega e uma vasta polissemia, mas, de forma geral, está atrelada ao processo de transmissão, explicação e compreensão de mensagens, ao processo de tornar-se compreensível.

Interessante a exposição de Richard Palmer (1969, p. 43) das seis definições modernas do termo:

1. uma teoria da exegese bíblica;
2. uma metodologia filológica geral;
3. uma ciência de toda a compreensão lingüística;
4. uma base metodológica dos Geisteswissenschaften;
5. uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial;
6. sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.

Dentre os conceitos fornecidos, dois têm particular relevância: o da hermenêutica como ciência da compreensão lingüística – ligada à tradição de Schleiermacher e de Dilthey – e como fenomenologia da compreensão existencial – ligada à ontologia existencial de Martin Heidegger. Enquanto o primeiro tem em mente um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação, o segundo vê a hermenêutica como uma exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda a compreensão, levando em consideração o modo de ser do *Dasein*.

É nessa segunda tradição que se insere a obra gadameriana. Nesta, a hermenêutica não configuraria uma ciência, nem estaria atrelada a regras de interpretação textual ou a metodologias, mas sim a uma explicação fenomenológica da própria existência humana, um “encontro com o Ser através da linguagem”, mergulhado em “problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade”. (PALMER, 1969, p. 52).

No prefácio à 2ª edição de “Verdade e Método”, Gadamer (2004, p.14) esclarece que ao versar sobre hermenêutica

[...] não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais capaz de descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou que pudesse até guia-lo. (...) minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer.

Gadamer, portanto, não estuda a hermenêutica enquanto ciência metodológica voltada para a interpretação de textos lingüísticos, todavia não desfaz desse estudo, afirmando expressamente: “longe de mim negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico dentro das assim chamadas ciências do espírito” (2004, p. 15).

Trata-se, portanto, de uma opção e não de uma negação taxativa e a priori da “corrente oposta”. Todavia, ao efetuar seu estudo, questionará, de forma inequívoca, certos pontos da visão metodológica da hermenêutica e da própria epistemologia.

A hermenêutica filosófica gadameriana não se destina a resolver problemas hermenêuticos práticos, mas sim, a construir uma teoria acerca de questões preliminares ligadas ao fenômeno da compreensão, “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão” (GADAMER, 2004, p. 391). Trata-se, portanto, de um saber essencialmente filosófico e não tecnológico.

Os fundamentos para essa análise das condições ontológicas da própria atividade interpretativa residem na analítica da pre-sença (*Dasein*), empreendida por Martin Heidegger. Voltado para a tarefa de questionar o próprio ser em seu sentido e a clareira (HEIDEGGER, 1999, p. 102-108) que constitui a abertura e a disposição pré-ontológica que caracteriza a pre-sença – o ser do ente que somos nós – Heidegger desenvolve uma analítica desta última, como pré-requisito para a concretização do pensamento a respeito do ser.

Em “Ser e Tempo”, obra publicada em 1927, as estruturas existenciais da pre-sença são identificadas e entre elas a compreensão: o modo de ser da pre-sença é compreensão a partir de uma posição, visão e disposição prévias (HEIDEGGER, 1989, p. 207), perfazendo um movimento circular a partir do qual toda interpretação e predicação se movem de forma inelutável.

O círculo, portanto, não seria uma imperfeição do pensamento humano a ser evitada, tal como se entendia até então, mas uma decorrência da constituição do homem enquanto ente cujo modo de ser no mundo é abertura, disposição e compreensão.

É sobre esse alicerce que Gadamer irá construir seu projeto de uma hermenêutica enquanto experiência existencial fundada na linguagem, cujos traços fundamentais serão apresentados a seguir, de forma introdutória e panorâmica.

3.1 A pré-compreensão do intérprete

Segundo Gadamer, toda compreensão de um texto inicia-se pela pré-compreensão do intérprete, vez que este se encontra imerso na historicidade e na tradição, não sendo capaz de se colocar frente ao texto de uma forma neutra, desprovida de pré-compreensões e pré-conceitos. São, justamente, estas pré-compreensões que vão guiar a atividade interpretativa.

Nas palavras de Gadamer (2004, p. 356),

Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Assim, Gadamer contesta a idéia de que o sujeito possa alcançar o verdadeiro e único sentido do texto, mediante uma interpretação objetiva, seguindo regras e princípios pré-ordenados. Tal situação é inconcreta, pois a compreensão seria fruto de uma relação dialógica entre dois sujeitos: o texto e o intérprete. Trata-se de um diálogo, no qual o texto irá responder de acordo com as perguntas formuladas pelo intérprete.

Cada compreensão, destarte, depende das perguntas formuladas, e estas são conseqüências, justamente, da vivência e das expectativas do sujeito que questiona.

Para que haja interpretação é necessário que haja dúvida. O sujeito que julga já saber não interpreta, pois não questiona o texto. Ele pode até remeter-se ao texto, lê-lo, porém se já possui uma resposta prévia, nada perguntará e o texto permanecerá em silêncio. Não houve qualquer compreensão aqui, mas apenas a utilização de um resultado de uma compreensão prévia feita pelo intérprete.

Quem deseja realmente compreender um texto deve estar aberto para o que este irá dizer. Deve se colocar à disposição de rever seus pré-conceitos no decorrer da atividade interpretativa.

Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem se confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão (GADAMER, 2004, p. 356).

O fundamental, portanto, não é evitar as opiniões prévias, pois essas são inelutáveis, em virtude da configuração pré-ontológica do homem, mas ter consciência do projeto prévio e colocar-se disponível para dialogar com o texto. O escamoteamento dos pré-conceitos sob o manto da neutralidade prejudica a compreensão, em função da arbitrariedade e do formalismo do intérprete.

A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicie não forem arbitrarias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade (GADAMER, 2004, p. 356).

O que Gadamer empreende aqui é um resgate e re-significação do termo pré-conceito, que fora considerado enquanto conceito não fundamentado, próprio ao senso comum, em contraposição aos conceitos formulados pela racionalidade científica. Pretendia libertá-los, portanto, do aspecto de falsos juízos a serem evitados em prol da verdade só alcançável através da utilização da razão de forma metodológica e disciplinada.

Os pré-conceitos constituiriam juízos formados antes do exame definitivo, passíveis de serem valorados positiva ou negativamente, e inerentes à realidade histórica do ser.

Partindo da re-significação da distinção clássica entre preconceitos por *precipitação* e *de autoridade*. Gadamer (2004, p. 372) chega à noção de tradição, como uma das formas de autoridade, sendo, esta anônima e determinante de nossas instituições e comportamentos.

Tal como Heidegger (1989, p. 48) havia esboçado, a tradição desempenha função inafastável na experiência da compreensão. A pré-compreensão, na hermenêutica filosófica, não é apenas um elemento da compreensão, é uma das condições hermenêuticas, no dizer de Gadamer, “a primeira de todas as condições hermenêuticas” (2004, p. 390).

O que o autor faz é denunciar a nossa exposição, desde sempre, a essa autoridade anônima e difusa e alertar para a necessidade de se estar atento para, simplesmente, seguir o fluxo de pensamento e comportamental hegemônico na tradição em que se está inserido.

O primeiro passo, portanto, é reconhecer-se enquanto sujeito histórico, absolutamente marcado pelas idéias de seu tempo, ambiente e tradição, é dizer, reconhecer que traz consigo uma série de conceitos e idéias já construída no decorrer da vida, nos quais acredita e se reconhece.

Em seguida, cabe ao intérprete reconhecer que, justamente, por seu caráter histórico, tais pré-idéias não são absolutas, mas pertencentes a um tempo, no qual estas são consideradas verdades, validadas por outros tantos conceitos pertencentes àquele tempo/espço.

Por fim, ao enveredar por um processo de compreensão, o intérprete deve manter-se alerta para escutar o texto, evitando “introduzir acriticamente” (GADAMER, 2004, p. 356) seus hábitos de linguagem e suas pré-compreensões. Deve procurar escapar do que Gadamer chama de “circuito fechado de nossas próprias opiniões prévias” (2004, p. 357).

Não se trata de abandonar as idéias prévias, mas sim, de colocá-las em diálogo com o texto. O sujeito está imerso na tradição e não poderá desvencilhar-se desta, deve, por conseguinte, considerá-la a partir do texto, da “própria coisa em questão” (GADAMER, 2004, p. 359).

No dizer de Gadamer (2004, p. 356),

Uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa, nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.

Assim, o “critério” de interpretação seria a coisa em questão. Segundo o filósofo, a atividade hermenêutica “ganha um solo firme sob seus pés” (GADAMER, 2004, p. 356) quando aquele que compreende não se entrega ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto.

3.2 A historicidade enquanto princípio hermenêutico

A estrutura prévia da compreensão, aludida no item anterior, é apresentada como inserida no elemento histórico da compreensão. Além desta, Gadamer ainda disserta sobre a distância temporal e a história efetual no fenômeno hermenêutico.

Assim, a compreensão de um texto é determinada “pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo o curso objetivo da história” (GADAMER, 2004, p. 392), desse modo, a pré-compreensão do sujeito, a tradição e o curso da história exercem papéis fundamentais na atividade hermenêutica.

Richard Palmer (1969, p. 180), ao tratar sobre a historicidade em “Verdade e Método” escreve que

O presente só é visto e compreendido através das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu. A hermenêutica de Gadamer e a sua crítica à consciência histórica, sustentam que o passado não é um amontoado de factos que se possam tornar objeto da consciência; é antes um fluxo em que nos movemos e participamos, em todo o acto de compreensão.

Acerca da “distância temporal”, Gadamer coloca que, anteriormente, a distância temporal entre o primeiro acontecer do texto e a sua confrontação com o intérprete era posta como um obstáculo a ser superado. Tratava-se de um abismo que o sujeito deveria transpor se quisesse empreender a compreensão do objeto.

Em “Verdade e Método”, reconhece-se na distância temporal “uma possibilidade positiva e produtiva de compreender” (GADAMER, 2004, p. 393). O sujeito que se encontra distanciado historicamente do texto possui maiores condições de ter uma visão panorâmica, pois já não é mais atingido pelas opiniões objetivas que dominavam aquele momento.

Esse distanciamento permitiria uma espécie de filtragem das distorções sobre “o verdadeiro sentido” (GADAMER, 2004, p. 395) do texto, eliminando as fontes de erro e possibilitando a distinção entre “os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos” (2004, p. 395).

A distância temporal permitiria a expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota a chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. (...) A distância temporal que permite essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão (GADAMER, 2004, p. 395).

Essa distância histórica determinaria a situação do intérprete, estando este, portanto sob os efeitos da “história efetual”, atuando no fenômeno hermenêutico mesmo que o sujeito não esteja consciente disso, crente da objetividade metodológica. Neste caso, a história efetual atuará sem limites postos pelo sujeito, podendo resultar na “deformação do conhecimento” (GADAMER, 2004, p. 398).

A consciência da história efetual é a própria consciência da situação hermenêutica do intérprete que, da mesma forma que a pré-compreensão, deverá ser vista e pensada por este.

3.3 O fenômeno hermenêutico enquanto experiência

A experiência que, tradicionalmente, vem interessando à ciência é aquela que pode ser reproduzida, aquela que pode ser repetida por qualquer pessoa, sob as mesmas condições objetivas, destituídas de qualquer historicismo ou subjetividade, obtendo-se o mesmo resultado. Seria esta a experiência capaz de conduzir o homem à verdade.

Gadamer, todavia, questiona “até que ponto é possível o emprego puro de nossa razão, procedendo segundo princípios metodológicos e acima de qualquer preconceito ou atitude preconcebida, sobretudo os de caráter verbal” (2004, p. 455)? Como se livrar da historicidade própria do ser para a realização de uma experiência completa, fechada e verdadeiramente absoluta?

A experiência é, em verdade, “a experiência da própria historicidade”. É através desta que “o homem se torna consciente de sua finitude”, abrindo-se para novas experiências, sem alcançar um fim ou um conhecimento absoluto, desvendando os limites de toda previsão e de todo saber (GADAMER, 2004, p. 467). O homem que se abre para as experiências contrapõe-se àquele que está preso a dogmas.

A experiência hermenêutica guarda esses mesmos caracteres. Gadamer afirma que a experiência hermenêutica tem a ver com a tradição – e diríamos com o texto, “objeto” da interpretação. Como estes são linguagem, eles falam por si mesmos, constituindo, cada um, um tu e não um o objeto.

O tu a ser experienciado enquanto tu, atento ao que este lhe fala, e não lhe antecipando o significado. Esta abertura mútua é o que permitiria a realização da compreensão. A inserção do intérprete na tradição não limitaria a liberdade do conhecer, mas a tornaria possível.

3.4 O círculo hermenêutico

A compreensão, segundo Gadamer possui natureza circular. É resultado do diálogo entre dois sujeitos, o intérprete e o texto, que constroem uma *relação circular* entre si.

A pré-compreensão determina todo este movimento circular, daí a importância da tradição na qual, invariavelmente, o intérprete encontra-se inserido. No dizer de Gadamer, “a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão” (2004, p. 388). A compreensão seria, dessa maneira, o “jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete” (GADAMER, 2004, p. 388).

O movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo (GADAMER, 2004, p. 388).

Gadamer, em sua obra “Verdade e método”, defende a estrutura de círculo concêntrico, e não de outra forma qualquer, como a espiral, pois o ponto central deste deve ser o

texto. Segundo a teoria gadameriana, “cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo” (GADAMER, 2004, p. 386), daí a concentricidade do círculo hermenêutico.

Essa ampliação do círculo e, portanto, da própria compreensão, será determinada pela pré-compreensão do intérprete. A questão que se apresenta é como distinguir “os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e a levam a mal-entendidos” (GADAMER, 2004, p. 391). Esta é apontada, por Gadamer, como a “verdadeira questão crítica da hermenêutica” (2004, p. 395).

Segundo o filósofo, tal distinção deve ocorrer na própria compreensão, uma vez que os preconceitos do intérprete não estão à disposição deste, mas apenas serão destacados e confrontados quando inseridos no processo hermenêutico.

A princípio, o intérprete não é capaz sequer de reconhecer os pré-conceitos que o determinam. Ele se encontra em uma determinada “situação hermenêutica” (GADAMER, 2004, p. 399p.) e precisa tornar-se consciente dessa situação. Todavia, o intérprete não se acha frente à situação e sim inserido nesta, o que impede que possua um conhecimento objetivo a respeito.

Dessa forma, a elucidação dessa situação, pelo intérprete, nunca será realizada plenamente. No entanto, para empreender a compreensão, é preciso questionar-se, provocar-se, para então destacar – na medida do possível – seus pré-conceitos.

Segundo Gadamer, destacar um pré-conceito implica justamente suspender sua validade, questionar os fundamentos dos juízos do próprio intérprete, tidos até então como dados, como dogmas. É preciso, portanto, que o intérprete duvide da própria validade de seus pré-juízos. Logo, a estrutura de pergunta é o que possibilita a suspensão dos pré-juízos e o diálogo com o texto; é uma pergunta que dá início ao círculo hermenêutico e à compreensão (GADAMER, 2004, p. 396p).

“A essência da pergunta é abrir e manter abertas possibilidades” (GADAMER, 2004, p. 396). O intérprete possui um projeto prévio, um horizonte que poderá ser ampliado em direção às possibilidades criadas a partir das perguntas formuladas.

Horizonte “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto” (GADAMER, 2004, p. 399). O intérprete encontra-se em um determinado ponto de tempo/espaço de onde pode enxergar o mundo. Terá, por conseguinte, uma determinada visão única, característica do ponto que ocupa. O mundo não é o mesmo para todos, mas será visto segundo pontos de vista.

Ao questionar o que é o mundo, como ele se apresenta, a um empresário paulistano, a um guru indiano, a um estudante europeu, a um aborígine australiano e a uma criança africana, certamente teremos respostas tão díspares que nos questionaremos se todos habitam o mesmo planeta.

A posição que o ser histórico e finito ocupa limita as suas possibilidades de ver, estabelecendo seu horizonte. Este, por seu turno, pode ser ampliado através do diálogo no qual se dá o encontro do horizonte do intérprete com o horizonte do texto.

A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move (GADAMER, 2004, p. 402).

Não se trata de abandonar o horizonte originário do intérprete, mas sim, de ampliá-lo a partir do seu encontro com o horizonte textual. O intérprete não irá adotar o horizonte do texto, fazendo “uma abstração de si mesmo” (GADAMER, 2004, p. 403) e colocando-se no lugar do autor. Não há que se empreender “um retrocesso à subjetividade do outro” (GADAMER, 2004, p. 387). Se assim o fosse, não haveria diálogo, pois o intérprete estaria eximindo-se de si próprio – o que, deveras, apresentasse como impossível. O intérprete deve, sim, deslocar-se até o horizonte textual.

É esse deslocamento, essa fusão de horizontes, que permite a compreensão; “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mas para precisamente vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos” (GADAMER, 2004, p. 403).

Assim, a compreensão é caracterizada por essa “fusão de horizontes” (GADAMER, 2004, p. 404), constituindo um verdadeiro “acontecer” (2004, p. 408). Segundo Gadamer, esta fusão é marcada pela tensão entre o texto e o presente. A tarefa hermenêutica consistira, justamente em não dissimular essa tensão, mas desenvolvê-la conscientemente. A realização da fusão de horizontes deve ser, portanto, controlada, no que Gadamer denomina de “vigília da consciência histórico-efetual” (2004, p. 405), ou seja, em uma vigília do saber-se histórico, finito e limitado.

Ademais, a tensão texto/presente desemboca em um outro aspecto apontado pelo filósofo, qual seja, o aspecto da aplicação enquanto elemento inseparável da atividade hermenêutica.

De acordo com Gadamer, a *velha tradição da hermenêutica*, que se perdeu completamente no pensamento atual, dividia o problema hermenêutico em: *subtilitas intelligendi*, compreensão, *subtilitas explicandi*, interpretação e *subtilitas applicandi*, aplicação (2004, p. 406). Continua afirmando que, tradicionalmente, reconhece-se a unidade existente entre a compreensão e a interpretação – “compreender é sempre interpretar (...) a interpretação é a forma explícita da compreensão” (2004, p. 406) – privando, todavia, o caráter hermenêutico da aplicação.

Gadamer opõe-se a esta idéia, defendendo que toda compreensão envolve uma aplicação, pois o diálogo com o texto implica em relacioná-lo com a situação presente – a tensão entre o texto e o presente acima mencionada. Deste modo, a aplicação não é um momento posterior à compreensão, ao contrário, integra-lhe.

A atividade hermenêutica adequada à consciência histórica é aquela que se atém à identidade da coisa e à situação histórica, ao momento da tradição na qual esta será compreendida, não pode, assim, ser meramente reprodutiva ou descritiva, mas exige uma interligação com o presente, que é, justamente, a aplicação. No dizer de Gadamer,

“um texto só pode ser compreendido se em cada caso for compreendido de uma maneira diferente” (2004, p. 408)

Em alusão à hermenêutica jurídica, Gadamer afirma que a lei deve ser compreendida em consideração ao instante concreto da interpretação, e complementa dizendo que “uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica” (GADAMER, 2004, p. 408).

3.5 A estrutura de pergunta e resposta do fenômeno hermenêutico

Não é apenas a suspensão dos pré-juízos que é empreendida através da estrutura de pergunta, consoante acima referido. Todo o fenômeno hermenêutico se daria por meio de uma lógica de pergunta e resposta: o intérprete é, inicialmente, interpelado pelo texto; este o coloca uma pergunta e, caso o intérprete julgue já saber a resposta, como anteriormente dito, não haverá compreensão, pois não haverá diálogo.

No entanto, se diante da pergunta posta pelo texto o intérprete comece a também interpellá-lo, aí sim a seqüência de perguntas e respostas, o diálogo, terá início.

Gadamer afirma que compreender um texto implica em compreender a pergunta para qual este é a resposta; implica alcançar um “horizonte do perguntar” (2004, p. 482), no qual o sentido do texto poderá ser fixado. Quando o intérprete alcança esta pergunta, ele, por si mesmo, a formula, questiona-se, e, ao perguntar, abre-se para as possibilidades de resposta, não estando mais restrito à resposta original do próprio texto, à resposta do autor.

A reconstrução da pergunta que irá possibilitar a compreensão passa, necessariamente, segundo Gadamer, pelo perguntar do intérprete, pois o texto “precisa ser compreendido como resposta a uma pergunta real” (2004, p. 488) e não como a resposta da pergunta formulada pelo autor.

Assim, “compreender uma pergunta significa colocar essa pergunta. Compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta” (GADAMER, 2004, p. 488 p).

Ressalta ainda que as possibilidades advindas do horizonte do perguntar devem ser vistas como tal, isto é, todos os possíveis sentidos devem estar realmente em suspenso, inclusive o projeto prévio do intérprete. Não se trata de um “*teste probatório*” (GADAMER, 2004, p. 489), no qual o sujeito só deseja confirmar sua idéia, mas sim de um verdadeiro questionar, a pergunta a ser feita deve ser autêntica e não meramente retórica.

O sentido dado pelo autor do texto também não deve ser reproduzido sem este questionamento, isto porque “assim como os acontecimentos da história em geral não coincidem com as imagens subjetivas daquele que está e atua na história, também as tendências de sentido de um texto ultrapassam o que o autor podia ter em mente” (GADAMER, 2004, p. 485). Não se pode acolher a mera reprodução, ignorando os efeitos da distância temporal e da história efetual.

O acontecer histórico revela os novos sentidos possíveis do texto, “os novos aspectos significativos do conteúdo transmitido” (GADAMER, 2004, p. 487). Cada novo compreender do texto apresenta-se como um novo aspecto significativo deste, mas a obra continua a mesma; não é ela que muda, mas sim, suas possibilidades de sentido.

No dizer de Gadamer (2004, p. 487),

Pelos acentos que recebem através da compreensão, os textos se inserem num autêntico acontecer (...) é o que na experiência hermenêutica havíamos caracterizado como o momento da história efetual. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido. A própria finitude histórica da nossa existência implica estarmos conscientes de que depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua a ser sempre a mesma.

O intérprete deve possibilitar que o texto fale, formulando a pergunta para a “resposta latente no texto” (GADAMER, 2004, p. 492). Como o texto não fala como se fosse um tu em uma conversação com o eu, caberia ao intérprete trazê-lo à fala. O modelo de conversação entre duas pessoas seria o verdadeiro guia do fenômeno hermenêutico.

3.6 O papel da linguagem na atividade hermenêutica

A linguagem na teoria gadameriana é o próprio horizonte onde ocorre o acontecer do fenômeno hermenêutico na perspectiva ontológica. Para o autor, toda a atividade do intérprete só é possível por causa da linguagem e na linguagem, sendo esta a condição de toda experiência humana.

Tal entendimento contrapõe-se à idéia de mera instrumentalidade da linguagem. Nesta, a linguagem é vista como criação humana de símbolos que servem para designar e controlar os objetos ao seu redor e como forma de expressão do pensamento humano. No dizer de Palmer, “a linguagem é vista, em última instância, como um instrumento da subjetividade totalmente separada do ser da coisa que é pensada” (1969, p. 205).

A experiência, para Gadamer, é inerentemente lingüística. A formação das palavras que designam a experiência não é fruto do pensamento humano, mas da própria experiência, sendo uma expressão do próprio ser. Daí a posição de condição da experiência ocupada pela linguagem.

É através da linguagem que o homem possui um mundo e é através desta que toda experiência humana se dá. O mundo do homem é lingüístico, é por meio da linguagem que este entra em entendimento com si próprio e com o mundo a sua volta. Segundo Gadamer, o mundo só é mundo quando vem à linguagem, pois o *estar-no-mundo* do homem é lingüisticidade (2004, p. 572).

Gadamer, no entanto, não diz que não há mundo sem linguagem, o que não há, nesse caso, é o mundo humano, o *estar-no-mundo*. É dizer, não se trata da negação de um

mundo físico pré-existente e independente da linguagem, o que está sendo afirmado é que este não é o mundo do homem.

Nega-se, assim a possibilidade de se alcançar a compreensão do *mundo em si*, do mundo físico, da *realidade absoluta*, tal como pretendido pela ciência moderna. O mundo ao qual o homem tem acesso é aquele que pode ser por ele compreendido e toda compreensão se dá na linguagem.

O que Gadamer chama de mundo é o mundo compreendido, construído, compartilhado. Daí a sua não existência anterior à linguagem. O ser apenas é ser na linguagem e só sendo ser poderá construir e compreender o seu mundo. Assim, tudo que vemos de físico e material só existe tal como compreendemos após ter sido significado, quando, então, passa a integrar o mundo de cada um.

Assim cada homem constrói seu mundo na linguagem e passa a experienciar neste e com base neste. Ao se relacionar com outrem, dois mundos distintos se relacionam, duas visões de mundo que irão influir na compreensão e no entendimento entre os sujeitos.

No dizer de Gadamer (2004, p. 577):

Em qualquer linguagem que nos movamos, jamais alcançaremos outra coisa além de um aspecto cada vez mais amplo, uma ‘visão’ do mundo. Essas visões de mundo não são relativas no sentido de que se pudesse opor-lhe o ‘mundo em si’, como se a visão correta que se possuiria a partir de alguma possível posição fora do mundo humano da linguagem pudesse alcançá-las em seu ser em si (...) A multiplicidade dessas visões de mundo não significa relativização do mundo. Ao contrário, aquilo que o próprio mundo é não é nada distinto das visões em que ele se apresenta.

Dessa forma, apesar de o homem ter apenas uma visão de mundo por ele construída, esta não pode ser vista como incompleta ou relativa em comparação com o mundo em si, pois esta visão é o mundo do ser e, portanto, real.

Assim como toda experiência humana, a experiência hermenêutica também só se pode dar na linguagem. A compreensão é um acontecer lingüístico. Gadamer é categórico ao afirmar que “todo esse processo – hermenêutico – é um processo de linguagem” (2004, p. 497).

Não há como haver compreensão sem diálogo entre texto e intérprete e, por conseguinte, sem a linguagem. Esta é condição indispensável, é o meio no qual a fusão de horizontes acontece, é o campo de interação.

No caso da interpretação de textos escritos, Gadamer entende que estes constituem “manifestações da vida fixadas de modo permanente” (2004, p. 502), e que travam um tipo de conversação peculiar. Como aqui não se trata de duas pessoas – que podem travar um diálogo audível, com o desenvolvimento de uma cadeia de argumentos que levem ao entendimento mútuo – mas sim de uma pessoa e um texto, este último só pode falar através do seu próprio intérprete. Daí a importância do intérprete estar aberto ao

que o texto lhe fala, pois só deste modo serão realizados o entendimento e a compreensão.

O texto só ganha sentido novamente ao vir à fala, ao ser questionado e ao responder. O texto deve ser, portanto, reconvertido em linguagem[1]. Isto é o que Gadamer denomina de “*conversação hermenêutica*” (2004, p. 502). A fusão de horizontes, tratada acima, ocorre nessa conversação, na linguagem. Esta é o “médium universal em que se realiza a própria compreensão” (GADAMER, 2004, p. 503).

CONCLUSÕES

Apresentados os traços fundamentais do projeto hermenêutico gadameriano, cabe, agora, levantar os principais pontos que dão ensejo a uma elaboração teórica que problematiza as condições interpretativas dos textos normativos e, mais do que isso, que se questiona a respeito de sua controlabilidade.

É possível destacar, nesse sentido, a referência de Gadamer a um “critério de interpretação” que estaria cristalizado na “própria coisa em questão” (2004, p. 359). Deste modo, apesar do “**verdadeiro sentido que há na coisa**” (2004, p. 395, grifo nosso) ser histórico e infinitamente definível, segundo o filósofo, o que transparece é que, ao menos naquele instante, dadas certas condições históricas e de tradição, há uma **escolha justa e verdadeira** que deve prevalecer.

Como já ressaltado, não há a elaboração de um método que possibilite o alcance dessa prevalência, no entanto há indicações de critério e atitudes a serem adotadas, como a elaboração de “**projetos corretos e adequados às coisas**” (GADAMER, 2004, p. 356, grifo nosso); o “dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua **alteridade**, podendo confrontar **sua verdade** com as opiniões prévias pessoais” (2004, p. 356, grifo nosso); e a concordância de cada particular com o todo” (2004, p. 388).

É possível identificar nessas considerações uma espécie de reserva de proteção a um núcleo de força do texto, bem como os elementos que inspiraram os integrantes da Jurisprudência Hermenêutica.

A obra de Karl Larenz, jurista alemão, é bastante ilustrativa das primeiras manifestações desse panorama. Em sua obra “Metodologia da Ciência do Direito” (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), a circularidade da compreensão é admitida, bem como a impossibilidade de neutralidade do intérprete diante do texto (LARENZ, 1983, p. 377), tendo em vista a inafastabilidade da pré-compreensão. O dever de “correção” da interpretação, por sua vez, permanece (1983, p. 379), devendo para tanto serem observados “critérios de interpretação” dado que esta “não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável” (1983, p. 384).

A Jurisprudência Hermenêutica, em sua feição inicial, encontrava-se intimamente relacionada a uma noção de ciência, mas de ciência numa suposta concepção ampliada. No dizer de Larenz (1983, p. 379), “enquanto atividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter enunciados ‘corretos’, isto é, adequados, a

interpretação só é atividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista da ciência”

No panorama atual, o ponto de equilíbrio e segurança das teorias interpretativas que partem da obra gadameriana encontra-se na Constituição. O controle da pré-compreensão e, portanto, da atividade interpretativa, advém do filtro da noção de constitucionalidade, da consistência do arcabouço principiológico que o intérprete carrega. Nas palavras de Lênio Streck (2005, p. 322), “Quando olho (interpreto) um texto, este já me vem filtrado a partir da idéia que tenho da Constituição, isto é, minha interpretação está condicionada pela minha pré-compreensão (...)” .

A crítica que aponta para um suposto desencadeamento de relativismo e insegurança[2] é afastada por essas teorias que continuam a conceber o processo interpretativo de forma controlável; agora, não mais em nome da manutenção de um *status quo* e da segurança jurídica esvaziada e formal, mas sim em nome da realização do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais.

Desta forma, verifica-se, mais apuradamente, que a Hermenêutica Filosófica não deu ensejo apenas à crítica formalista. No âmbito do direito foi propulsora de teorias que, partindo da análise da experiência compreensiva, passaram a questionar-se a respeito das condições e possibilidades do processo de interpretação dos textos normativos e, como decorrência, acerca das condições de controlabilidade das decisões jurídicas.

Assim, entrevia-se nas frestas de “Verdade e Método” a conservação da possibilidade de um processo racionalmente ordenado de interpretação e de construção de uma teoria que resguardasse a segurança, certeza e ordem necessárias à legitimação e sustentação do próprio direito.

Chegava-se, então, por um caminho distinto, ao mesmo norte da reflexão que parte da Filosofia Analítica e da Teoria da Argumentação racional, é dizer, a preocupação com a decisão correta, a resposta certa.

Em que medida é realmente possível retirar da obra de Gadamer um alicerce seguro para a construção de teorias propositivas no sentido de resguardar a validade das interpretações resultantes do processo compreensivo, constitui questionamento ainda a ser enfrentado.

Essencial, portanto, o entendimento da obra de Gadamer para uma melhor compreensão da atual produção doutrinária e jurisprudencial brasileira. Trata-se de peça importante no movimento anti-formalista e crítico dos últimos 50 anos. Mais do que isso, constitui parâmetro para a reflexão do paradigma que começa a se consolidar e vem sendo denominado pós-positivismo.

Como um mosaico, cuja nitidez ainda não se faz presente, o pós-positivismo agrega um emaranhado de contribuições: a hermenêutica constitucional principiológica, o processo argumentativo racionalmente controlado, a hegemonia do princípio da razoabilidade.

O fator possibilitador, quando não as raízes dessas construções, encontra-se justamente nas teorias filosóficas empreendedoras ou amplificadoras do giro lingüístico, dentre elas, o projeto hermenêutico gadameriano.

Concepções, hoje, quase consensuais, como a distinção entre texto e norma e a inseparabilidade entre interpretação e aplicação, que reconfiguram o aspecto da teoria e da prática jurídicas, constituem desdobramentos de idéias contidas em “Verdade e Método”.

Assim, para além de refletir a teoria do direito atual, é preciso refletir sobre os fundamentos filosóficos sobre os quais esta vem assentando-se.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In. _____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. Cap. 8, p. 209 – 254.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo I. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

_____. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In. **Os pensadores: Martin Heidegger**: conferências e escritos filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova cultural, 1999. p. 89-108

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2004.

JUST, Gustavo. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 282-285

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[1] Todo escrito seria uma forma de fala alienada, cabendo à interpretação reverter os signos em sentido. A palavra falada carrega, em grande parte, a sua própria interpretação pelo tom utilizado por quem fala, pela cadência, pela forma de ser pronunciada e pela própria circunstância em que isso ocorre. O mesmo não se dá com a escrita, daí a importância da “‘arte’ de escrever”. No entendimento do autor, os textos confusos e mal escritos não constituem casos paradigmáticos nos quais a hermenêutica atingiria seu ápice, mas sim “casos-limite” nos quais a univocidade do sentido referido – condição do êxito hermenêutico – perde a segurança.

[2] O historiador do direito Emílio Betti foi uma das primeiras e mais significativas vozes levantadas contra o projeto gadameriano. Em sua concepção, a teoria gadameriana introduzia uma relatividade insensata, decorrente da concentração de importância na função do intérprete de atribuição de sentido ao objeto, prejudicando a “integridade de resultados objetivamente válidos” (PALMER, 1969, p. 65) nas ciências humanas. Gadamer teria se perdido na “*subjetividade existencial sem quaisquer regras*” (PALMER, 1969, p. 67).

RACIONALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA *

RATIONALITY AND ADMINISTRATIVE DISCRETIONARITY

Marcel Moraes Mota

RESUMO

Este artigo almeja discutir as relações entre os conceitos de racionalidade e discricionariedade administrativa. Para atingir esse propósito, é necessário compreender como diferentes teorias do direito estão relacionadas a diferentes concepções de racionalidade. Em conformidade com um ponto de vista normativista, sustentado pela teoria do direito kelseniana v.g., não se reconhece a existência da racionalidade prática, de modo que o conceito de racionalidade se reduz ao conceito de racionalidade teórica, a qual serve apenas para descrever o direito. A partir de uma perspectiva distinta, que pode ser chamada de pós-positivista, reconhece-se que a razão prática guia o intérprete a decidir corretamente. Todavia, no campo do pós-positivismo, não há consenso sobre o papel da razão prática, já que Dworkin acredita que é possível encontrar sempre somente uma resposta correta, ao passo que teorias discursivas negam essa possibilidade. Através do estudo da evolução do conceito de discricionariedade, encontram-se três elementos: margem de livre decisão, dever-poder jurídico e ponderação. Cotejando-se esses elementos com as diferentes concepções de racionalidade, pode ser notado que uma concepção positivista de racionalidade torna a margem de livre decisão mais forte, enquanto que uma concepção pós-positivista de racionalidade pode reduzi-la até zero. Portanto, de acordo com a concepção de racionalidade adotada, há diferentes conseqüências práticas com relação ao controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária. Um juiz positivista se permitiria a invalidar um ato administrativo, mas se recusaria a substituí-lo. Um juiz pós-positivista, a seu turno, consideraria perfeitamente possível não somente anulá-lo, mas também substituí-lo, se isso for racionalmente exigido. Após exame crítico, conclui-se que o ponto de vista pós-positivista baseado em uma teoria discursiva deve ser aceito.

PALAVRAS-CHAVES: RACIONALIDADE; POSITIVISMO; PÓS-POSITIVISMO; DISCRICIONARIEDADE.

ABSTRACT

This article aims to discuss the connections between the concepts of rationality and administrative discretionarity. In order to achieve that purpose, it is necessary to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

understand how different theories of law are related to different conceptions of rationality. According to a normativist point of view, sustained for instance in Kelsen's theory of law, there is not such thing as practical rationality, so the concept of rationality is reduced to the concept of theoretical rationality, which serves only to describe the law. From a different perspective, which may be called post-positivist, it is recognized that practical reason guides the interpreter to decide correctly. However, in the post-positivist field, there is no consensus about practical reason's role, since Dworkin believes it is possible to find always only one correct answer, while discursive theories deny that possibility. By studying the evolution of administrative discretionarity concept, it is found three elements: margin of free decision, juridical duty-power and balance. Comparing those elements with the different conceptions of rationality, it can be remarked that a positivist conception of rationality makes the margin of free decision stronger, while a post-positivist conception may reduce it until zero. Therefore, in accordance with the conception of rationality adopted, there are different practical consequences with regard to judicial review of discretionary activity. A positivist judge would allow himself to invalidate a administrative act, but would refuse to replace it. A post-positivist judge, for his part, would consider perfectly possible not only to invalidate, but also to replace a administrative act, if it is rationally required. After critical evaluation, it is concluded that the post-positivist point of view based on a discursive theory should be accepted.

KEYWORDS: RATIONALITY; POSITIVISM; POST-POSITIVISM; DISCRETIONARITY.

Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir as relações entre as concepções de racionalidade presentes em teorias do direito positivistas e pós-positivistas e o conceito de discricionariedade administrativa.

Com vistas a esse escopo, de início se expõem as concepções de racionalidade, valendo-se da distinção entre razão teórica e razão prática. Procurar-se-á evidenciar de modo que esses conceitos são compreendidos nas teorias do direito escolhidas para a presente pesquisa.

Em seguida, são realizadas incursões nas concepções de discricionariedade administrativa, destacando-se sua evolução histórica, assim como seus elementos característicos.

Posteriormente, convém especificar de que maneira as diferentes concepções de racionalidade influem na compreensão no conceito de discricionariedade administrativa, na apreensão de seus elementos, avaliando-se também sua repercussão na extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária.

Ao final, enumeram-se conclusões, que resumem os resultados alcançados no desenvolvimento deste estudo.

1 Concepções de racionalidade

A relação entre racionalidade e decisão jurídica constitui um dos temas mais relevantes da teoria do direito. Conforme o referencial teórico adotado, o papel da racionalidade no discurso de aplicação do direito apresenta contornos distintos. Propõe-se, neste estudo, destacar as concepções de racionalidade nas perspectivas do positivismo jurídico normativista, assim como no âmbito das teorias pós-positivistas.

1.1 Positivismo normativista e racionalidade

Na seara do positivismo jurídico normativista, em que avultam as teorias elaboradas por Kelsen e Hart, privilegia-se a racionalidade teórica, de cunho descritivo, que serve para apontar as possibilidades jurídicas de decisão.

Sob o prisma positivista, caberia ao jurista estabelecer as proposições descritivas sobre o ordenamento jurídico, o que se realiza mediante o uso da razão teórica, mas não lhe seria possível indicar critérios racionais para escolher uma das possibilidades jurídicas de decisão em vez da outra, na medida em que, de acordo com doutrina positivista em questão, a racionalidade serve somente para conhecer, logo não se prestaria a estabelecer parâmetros para a ação humana,[1] de forma que as decisões sobre o direito, nos casos difíceis, estariam invariavelmente ligadas a elementos voluntaristas.

Assim, para Kelsen, cabe ao conhecedor do direito tão-somente descrever as possibilidades jurídicas de decisão que se encaixam na moldura normativa, tendo em vista que, conforme sustenta, saber qual decisão juridicamente possível deve prevalecer não seria tarefa de quem conhece o direito, mas questão de natureza política.[2]

De forma semelhante, Hart entende que a aplicação do direito, dada a textura aberta das normas jurídicas, não prescinde da complementação discricionária do órgão aplicador, o que caracteriza a doutrina da legislação intersticial.[3]

Portanto, na esteira do positivismo normativista, a aplicação do direito envolve certa margem de discricionariedade, de liberdade que se não deixa suprimir pelo sistema jurídico, cujas normas teriam a estrutura de regras. A discricionariedade da decisão jurídica seria desempenhada, dentro dos limites assentados pela descrição da ordem jurídica válida, de acordo com a vontade do tomador de decisão. Não se reconhece, nessa linha de pensamento, que a racionalidade possa ditar parâmetros juridicamente vinculantes, pelos quais uma decisão juridicamente possível possa ser preferível em face de outra.

1.2 Pós-positivismo e racionalidade

As teorias pós-positivistas, entre outros critérios, distinguem-se das teorias positivistas, por promoverem a revalorização da racionalidade prática,[4] o que resulta da assunção da existência de elementos morais no conceito de direito.[5]

A idéia de que é possível balizar racionalmente as discussões jurídicas se manifesta já na retomada da tradição retórica, que é feita, v.g., tanto por Viehweg como por Perelman.

Com seus estudos sobre a tópica, Viehweg explora uma técnica de argumentação jurídica orientada aos problemas,[6] que são examinados a partir de diversos pontos de

vista, a fim de que se extraíam soluções. Dessa maneira, torna-se claro o caráter controvertido dos casos difíceis.

Por sua vez, Perelman procura conferir racionalidade às discussões jurídicas, que se situam no terreno da argumentação,[7] ao predicar caráter materialmente lógico à retórica. Uma determinada solução, para a uma questão jurídica difícil ou não, seria racional se conseguisse obter a adesão espiritual do auditório universal. Supera-se, assim, a concepção cartesiana de racionalidade.

As contribuições trazidas pela perspectiva tópico-retórica constituem um quadro teórico precursor às teorias da argumentação jurídica racionais contemporâneas,[8] que se caracterizam pelo perfil dialógico da racionalidade prática.

Dentre as teorias pós-positivistas, ao lado das concepções dialógicas da racionalidade prática, apresenta-se a concepção monológica de Dworkin, encarnada na figura sobre-humana do jurista Hércules,[9] que seria capaz, com base nos princípios jurídicos, de apontar a única solução correta nos casos difíceis.

Trata-se de concepção ultra-racionalista, em comparação às teorias racionais procedimentais, uma vez que estas não têm a pretensão de fundamentar, em todos os casos, somente uma solução correta. Em verdade, de acordo com as concepções procedimentais da razão prática, admite-se a possibilidade de mais de uma solução correta, ou de mais de uma solução racionalmente fundada, tendo em vista a existência do campo do discursivamente possível.[10]

Em vez da razão centrada no sujeito, que caracteriza o período da filosofia da consciência, surge, no paradigma pós-positivista, o conceito de razão comunicativa, que vem a ser a razão prática mediada pela linguagem, o que pressupõe o elemento da intersubjetividade. A melhor solução racional seria aquela que recebesse a força do melhor argumento.[11]

Conforme a sugestão de Aarnio, que se mostra compatível com as concepções do discurso racional, um critério pelo qual uma solução racionalmente possível seria considerada melhor do que outra solução pertencente ao campo do discursivamente possível consistiria na aceitabilidade social.[12]

Dessa forma, no marco das teorias pós-positivistas, compreende-se que as questões jurídicas se deixam regular pela razão prática. Há divergência sobre o alcance dessa regulação. Para Dworkin, *v.g.*, o uso da razão conduz ao conhecimento da única solução correta. De acordo com as concepções procedimentais da razão prática, remanesce a possibilidade da ocorrência da pluralidade de soluções corretas.

2 Concepções de discricionariedade administrativa

O conceito de discricionariedade administrativa enseja diversas definições diferentes, a depender do contexto político-ideológico em que essas definições foram forjadas. Importa, nesta seção, analisar brevemente a evolução histórica do conceito de discricionariedade, para, depois, discutir quais são os elementos que o compõem, a fim de que se forme um quadro claro sobre as concepções relativas a esse conceito.

2.1 Evolução histórica do conceito de discricionariedade

A definição de discricionariedade administrativa guarda relações com as transformações políticas do Estado, que imprimem contornos diversos à relação entre legalidade e discricionariedade.

No período do Estado liberal, a discricionariedade administrativa era compreendida como aquela área de livre apreciação da administração pública, em que atuava sem vinculação a padrões jurídicos, que serviriam apenas para estabelecer os limites dentro dos quais a atuação discricionária se desenvolveria.

Trata-se da idéia de vinculação negativa da administração pública, uma vez que inexistiria qualquer parâmetro jurídico com base no qual o agente administrativo deveria escolher uma possibilidade jurídica de decisão em vez de outra.

Data dessa época o entendimento de discricionariedade administrativa como poder discricionário, insusceptível de controle jurisdicional, a exemplo da definição de Roger Bonnard, para quem:

Há poder discricionário para a administração, quando a lei ou o regulamento, prevendo para a administração uma certa competência à ocasião de uma relação jurídica com um particular, deixa à administração um livre poder de apreciação para decidir se ela deve agir ou se abster e em que momento ela deve agir, como ela deve agir e qual conteúdo ela dará a seu ato. O poder administrativo consiste portanto na livre apreciação deixada à administração para decidir o que é oportuno de fazer ou de não fazer. Ele consiste na livre apreciação pela administração da oportunidade de sua atividade.[13]

Em oposição à definição negativa de discricionariedade administrativa, típica do Estado liberal, no Estado social se destacou a compreensão positiva da discricionariedade administrativa, que consistiria em realizar somente aquilo que a lei permite, não devendo haver quaisquer ações de órgãos administrativos que não possam ser fundamentadas em parâmetros legais.

No Estado Democrático de Direito, contexto no qual se situa a ordem jurídica brasileira por força da Constituição de 1988, são expressamente positivadas normas jurídicas com estrutura de princípios, que se destinam a regular a atuação da administração pública. Com isso, a relação entre legalidade e discricionariedade passa a ser concebida de forma diferenciada, porquanto deve levar em consideração a vinculação da discricionariedade a padrões jurídicos principiológicos, como decorrência da passagem da legalidade estrita para legalidade em sentido amplo.

Com respeito aos Estados constitucionais democráticos contemporâneos, é correto afirmar que se observa a transformação do direito por regras para o direito por princípios,[14] que se traduz no reconhecimento da força normativa das normas principiológicas em nível constitucional.[15]

Sustenta-se, então, que a discricionariedade administrativa deve ser exercida de forma a observar a eficácia jurídica dos princípios jurídicos pertinentes, dentre os quais se destacam os princípios constitucionais da administração pública, que podem estar explicitados no texto constitucional, ou podem estar positivados de maneira implícita.

Ora, se o exercício da discricionariedade administrativa deve ser pautado pela força normativa das normas com estrutura de princípios, freqüentemente será necessário o recurso a ponderações entre os princípios,[16] cujas possibilidades jurídicas de realização se restringem mutuamente.

2.2 Elementos do conceito de discricionariedade

Através de um exame diacrônico, constatam-se três elementos no conceito de discricionariedade. Decorre do Estado liberal a idéia de margem de livre apreciação conferida ao órgão administrativo. Deriva do Estado social a feição positiva da discricionariedade, de dever-poder jurídico, ou dever-poder fundado na lei. Nas Constituições democráticas, são positivados princípios constitucionais, de modo que a ponderação seria outro elemento a figurar no conceito de discricionariedade, a ser reformulado com base na noção ampla de legalidade, ou de *legalità senza legge*. [17]

Conforme o aviso de Germana Moraes, os elementos característicos do conceito de discricionariedade seriam os seguintes: “o complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes” [18].

O conceito de previsão aberta da norma tem clara relação com o reconhecimento da textura aberta das normas jurídicas levado a feito por Hart. Significa por exemplo que, a partir do texto normativo, mais de um sentido poderia ser extraído, o que ensejaria a fundamentação de mais de uma norma. Sem dúvida, com base em elementos puramente lingüísticos, haja vista a porosidade da linguagem utilizada nos textos jurídicos, que utiliza freqüentemente noções da linguagem natural, não é possível fixar, de antemão, para a imensa maioria dos casos, apenas um sentido lingüístico possível. Questão de natureza diversa reside em saber se dos textos normativos deriva somente uma possibilidade de juridicamente válida ou não, já que seria possível sustentar que, embora a textura aberta da norma jurídica seja compatível com mais de um sentido, apenas um deles seria juridicamente devido, tendo em vista outros critérios de interpretação.

O elemento da margem de livre decisão recebe influência da doutrina liberal da discricionariedade, segundo a qual a discricionariedade se caracterizaria pela vinculação negativa, como se expôs anteriormente. Convém ressaltar que se não afiguram compatíveis a afirmação da existência de uma margem de *livre* decisão e o reconhecimento de parâmetros em razão dos quais uma possibilidade jurídica decisão deva ser escolhida no lugar de outra. Se se diz que o administrador está livre para decidir qual possibilidade jurídica deve adotar, então não faz sentido dizer que sua decisão está vinculada de modo positivo, apenas de modo negativo, como decisão que se realiza livremente, observadas certas barreiras ou determinados limites.

Prestigia o elemento da margem de livre decisão o conceito proposto por Maria Sylvia di Pietro, que é vazado nos seguintes termos:

faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito. [19]

Se se admite que a administração pode escolher entre alternativas juridicamente válidas, qualquer solução por ela adotada será conforme ao direito, desde que se atenha a uma das possibilidades jurídicas válidas. Conseqüentemente, haverá vício de discricionariedade, se a solução eleita pelo administrador desbordar os limites da moldura normativa.

Considerada a discricionariedade como função administrativa, como atividade exercida pelos órgãos da administração pública com vistas à consecução do interesse público e, portanto, em benefício dos administrados, o elemento da margem de “livre” apreciação deve ser reinterpretado, afinal o administrador não estaria completamente livre para escolher uma solução dentre as soluções possíveis, vez que ele teria o dever de escolher aquela mais adequada.

Nesse sentido, a definição elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, em cujos termos:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.[20]

De acordo com esse entendimento, o administrador seria livre no sentido de que a solução a ser adotada no caso concreto não foi fixada previamente pela norma, de forma que se deve reconhecer-lhe uma possibilidade de escolha.[21] De qualquer modo, essa margem de escolha não é completamente livre, porquanto o órgão administrativo tem o dever-poder de eleger a solução mais idônea ao atendimento do escopo normativo.[22]

Coaduna-se com a caracterização da discricionariedade administrativa como sendo um dever-poder do administrador, a ser exercido como instrumento de realização da finalidade legal, em benefício dos administrados, a afirmação da existência do direito fundamental à boa administração. Como todo direito fundamental, o referido direito à boa administração possui a dimensão subjetiva, de modo que o administrado seria titular de uma posição jurídica, em virtude da qual o órgão administrativo estaria obrigado a escolher a melhor dentre as soluções juridicamente possíveis.[23]

Se se afirma que a ponderação de interesses faz parte do conceito de discricionariedade administrativa, deve-se admitir que o administrador, no exercício de sua competência discricionária, não está livre para escolher entre indiferentes jurídicos, ao contrário, tem o dever de escolher aquelas soluções que resultarem devidas após a realização de ponderações.

Se a ponderação é uma atividade racional e se a ponderação pode apontar, ou não, a única solução correta são questões que só podem ser respondidas com base em determinada concepção de racionalidade.

Impende examinar a relação entre as concepções de racionalidade e as definições de discricionariedade administrativa, expediente que contribuirá para o melhor entendimento dos elementos do conceito de discricionariedade.

3 Concepções de racionalidade e discricionariedade administrativa

Conforme se discutiu acima, na teoria do direito, podem ser identificadas distintas concepções de racionalidade nas teorias positivistas e nas teorias pós-positivistas. Caracterizam-se as doutrinas positivistas a que se fez referência anteriormente por reduzir a racionalidade à razão teórica. No quadro das teorias pós-positivistas, entende-se que as questões jurídicas são regidas sobretudo pela razão prática, podendo ser destacadas duas versões: a racionalidade monológica dworkiniana e a racionalidade dialógica das teorias discursivas.

3.1 Positivismo normativista e discricionariedade administrativa

Consoante a doutrina do positivismo normativista, o órgão aplicador do direito preenche, através de um ato de vontade, a textura aberta da norma jurídica. Relativamente às diversas possibilidades jurídicas que se encaixam na moldura normativa, o órgão administrativo não disporia de quaisquer critérios racionais, com base nos quais deva escolher uma possibilidade juridicamente válida em vez de outra.

Dessa forma, a discricionariedade consistiria na faculdade conferida à administração pública para escolher livremente entre indiferentes jurídicos. Não se cogitaria de ponderar os interesses concorrentes, até porque, no âmbito do positivismo normativista, compreende-se que o sistema jurídico é composto pelo entrelaçamento de regras, que são normas que não admitem ponderação em relação às suas possibilidades jurídicas, uma vez que são mandados definitivos.

Dizer que a discricionariedade deve respeitar padrões principiológicos implica a afirmação da presença de elementos morais no conceito de direito, o que é negado por teses positivistas, que pretendem separar o direito da moral. Ora, se os princípios representam a abertura do direito em relação à moral, não haveria como compatibilizar a idéia de que existem normas principiológicas no sistema jurídico com a tese positivista da separação.[24]

Como conseqüência do conceito positivista de discricionariedade, não se poderia cogitar acerca do direito do administrado a que órgão administrativo escolha a melhor solução jurídica para o caso concreto.

Assim, o controle jurisdicional da atividade discricionária em situação alguma teria o condão de substituir a solução adotada pelo administrador,[25] sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, já que nada justificaria a sobreposição da vontade do órgão jurisdicional sobre a vontade do órgão da administração pública.

3.2 Racionalismo dworkiniano e discricionariedade administrativa

A partir do racionalismo monológico sustentado por Dworkin, seria possível complementar a previsão aberta da norma jurídica através única solução correta. Assim, quando o exercício da função administrativa discricionária se sujeitasse a parâmetros normativos de estrutura principiológica, o administrador, de forma racional, deveria escolher a solução adequada à consecução do interesse público, a qual, frise-se, seria única.

Sendo assim, no conceito de discricionariedade, não estaria presente o elemento da margem de livre decisão, sempre que a competência discricionária se deixasse regular por princípios. Não disporia, portanto, o administrador de qualquer faculdade para a eleição das possibilidades de decisão, já que somente uma delas seria, na realidade, juridicamente válida.

Deriva dessa concepção de racionalidade a justificação do direito subjetivo do administrado à única solução correta, de modo que decorreria do direito fundamental à boa administração a posição de exigir do órgão jurisdicional que, sendo o caso, substitua o ato administrativo por outro ato, a fim de que seja observada a solução condizente com os princípios jurídicos pertinentes.

No conceito de discricionariedade administrativa construído com base na concepção monológica de racionalidade em tela, sem dúvida o elemento da ponderação está presente. A ponderação de princípios consistiria em procedimento indispensável para a definição de qual padrão principiológico deve prevalecer, verificando-se uma colisão de princípios. Através da ponderação, encontrar-se-ia, de modo seguro, o princípio mais importante.

Como consequência dessas idéias a discricionariedade só existiria, quando a atuação administrativa se pautasse em critérios insusceptíveis de parametrização jurídica, quando a prática ou a abstenção do ato administrativo obedecesse somente a critérios extrajurídicos, com base nos quais o órgão administrativo avaliaria a conveniência e a oportunidade de sua atuação, de caráter comissivo ou não.

Nos casos em que a atuação administrativa fosse pautada por princípios, em verdade não haveria discricionariedade, vez que seria reduzida a zero,[26] haja vista que somente uma solução seria correta, de modo a suprimir-se por completo a margem de apreciação da administração pública.

Desses pressupostos, resulta logicamente a possibilidade do órgão jurisdicional atuar tanto na função de administrador negativo, como na de administrador positivo, pois, se assim o exigirem os princípios relativos ao caso concreto, o ato praticado pela administração deverá ser substituído, por via jurisdicional, por aquele que seja adequado, em face dos princípios constitucionais da administração pública.

3.3 Teorias discursivas e discricionariedade administrativa

A concepção de racionalidade que alicerça as teorias discursivas é dita procedimental, porquanto se cinge a estabelecer as regras que devem balizar a discussão racional sobre questões práticas, entre as quais se situam as questões de natureza jurídica.

Conforme essas regras do discurso, distinguem-se três campos: discursivamente impossível, discursivamente necessário e discursivamente possível. Assim, o discurso envolvendo a aplicação dos princípios apresentará ordinariamente soluções impossíveis e soluções meramente possíveis do ponto de vista racional. Em situações excepcionais, dadas as peculiaridades do caso concreto, pode ser que somente uma alternativa de solução seja considerada correta quanto à racionalidade, enquanto que as demais não o seriam. Contudo, essa situação, convém salientar, não é corriqueira, dada a circunstância que as regras do discurso tendem a se mostrar compatíveis com diversas

soluções, mesmo com as limitações promovidas pelo procedimento legislativo e pelo discurso jurídico.

Seguindo-se a concepção de racionalidade prática das teorias do discurso, o administrador deve escolher, dentre as soluções presentes no campo do discursivamente possível. O critério dessa escolha varia de acordo com a teoria adotada. Um critério seria a força da melhor argumento. Nessa hipótese, o órgão da administração pública deve escolher a melhor solução dentre aquelas racionalmente possíveis, motivando a expedição de seu ato, de forma a convencer algo como uma comunidade ideal de diálogo, a traduzir a exigência de que sua justificação deve ser apta a convencer a coletividade a que se dirige.

Compatível, portanto, a discricionariedade compreendida em termos discursivos com direitos subjetivos do administrado, que seria titular da posição jurídica de exigir do administrador a melhor solução em meio às racionalmente possíveis. Sendo o caso de colisão de princípios, a aplicação do procedimento da proporcionalidade, que pode chegar ao mandado da ponderação, pode auxiliar o órgão administrativo a tomar a melhor decisão, mas nem sempre poderá ditar a solução correta.

Com relação à extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária, as teorias discursivas servem para fundamentar a possibilidade, de caráter excepcional, de substituição do ato administrativo viciado pelo órgão jurisdicional.

3.4 Apreciação crítica

Uma vez expostas as conseqüências da adoção de cada uma das teorias mencionadas com referência ao conceito de discricionariedade administrativa, importa asseverar qual teoria deve ser aceita.

Descartam-se as propostas positivistas apontadas, seja por não compreenderem adequadamente a importância da racionalidade prática, seja por constituírem obstáculos à caracterização do ordenamento jurídico como sistema composto pelos níveis das regras, dos princípios e dos procedimentos.

Por sua vez, o racionalismo solipsista presente na teses dos direitos dworkiniana padece de confiança excessiva na capacidade da racionalidade prática estabelecer qual a solução correta. Somente uma teoria substantiva poderia fundamentar a prevalência de certos princípios em relação a outros, mas esse tipo de teorização não se combina com as sociedades pluralistas contemporâneas, regidas por Constituições democráticas. Assim, o racionalismo hercúleo não deixa de ser uma idealização.

Como alternativa superior em relação às anteriores, apresentam-se as teorias discursivas. De fato, em vários casos não é possível afirmar que somente uma solução é correta, devendo-se conferir discricionariedade ao administrador para escolher aquela que, diante das peculiaridades do caso concreto, melhor se ajuste aos princípios pertinentes, aos interesses concorrentes, através de uma ponderação comparativa. Dessa forma, resta justificado entendimento segundo o qual a atuação do órgão jurisdicional como administrador positivo, ainda que possível, é de caráter excepcional.

Conclusões

1. No âmbito do positivismo normativista, reduz-se racionalidade à razão teórica, de modo que a escolha das possibilidades jurídicas se dá por um ato de vontade.
2. No quadro das teorias pós-positivistas, há formulações monológicas e dialógicas da racionalidade prática, exemplificadas, respectivamente, pelo racionalismo dworkiniano e pelas teorias discursivas. Naquele, seria possível encontrar a única solução correta; com base nestas, fundamenta-se a pluralidade de soluções corretas.
3. A discricionariedade no Estado liberal era compreendida como vinculação negativa. No Estado social, como vinculação positiva. No Estado Democrático de Direito, destaca-se a importância das normas principiológicas.
4. Apontam-se como elementos da discricionariedade: margem de livre decisão, dever-poder jurídico e ponderação.
5. De acordo com a concepção de racionalidade positivista apresentada, a discricionariedade se destaca pela margem de livre apreciação, que só ensejaria controle jurisdicional, quando desbordasse os limites das regras.
6. Segundo o racionalismo dworkiniano, de forma geral seria possível chegar à única solução correta, de modo que não haveria margem de livre decisão, quando a questão fosse regulada por padrões jurídicos, reduzindo-se a discricionariedade a zero.
7. Em consonância com as teorias discursivas, não se pode eliminar a possibilidade da pluralidade de soluções corretas. Pode-se sustentar que a discricionariedade consistiria no dever-poder de escolher a melhor alternativa possível, tendo em vista os princípios pertinentes, com vistas ao atendimento do interesse público.
8. As teorias discursivas se afiguram como alternativas teóricas superiores em relação às demais.

Referências

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Alber GmbH, 2005.

. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

. *La institucionalización de la justicia*. Trad. de José Antoneo Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2002.

BONNARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif comparé*. Paris: Dalloz, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coordenador). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University, 1978.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts uns des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS, 2006.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 16. ed. München: C.H. Beck, 2006.

MELLO, Celson Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SALA, Giovanni. *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*. Milano: Giuffrè, 1993.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2006.

VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 4. ed. München: C.H. Beck, 1969.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

[1] Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 10, “Por meio da razão podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de atos de vontade, podem-se produzir conceitos, mas não se podem produzir normas”.

[2] Id. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 393, “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do Direito”.

[3] HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997. p. 272.

[4] MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 20.

[5] ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Alber GmbH, 2005. p. 17.

[6] VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 4. ed. München: C.H. Beck, 1969. p. 1, “A tópica é uma técnica do pensamento problemático desenvolvida a partir da retórica”. Traduziu-se. No original: “*Die Topik ist eine von der Rhetorik entwickelte Techne des Problemdenkens*”.

[7] PERELMAN, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 15-17.

[8] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2002. p. 59.

[9] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University, 1978. p. 125.

[10] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1991. p. 256.

[11] HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 187 e ss.

[12] AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 188 e ss.

[13] BONNARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif comparé*. Paris: Dalloz, 2006. p. 57. Traduziu-se. No original: “*Il y a pouvoir discrétionnaire pour l'administration lorsque la loi ou le règlement, prevoyant pour l'administration une certaine compétence à l'occasion d'un rapport de droit avec un particulier, laisse à l'administration un libre pouvoir d'appréciation pour décider si elle doit agir ou s'abstenir et à quel moment elle doit agir, comment elle doit agir et quel contenu elle va donner à son acte. Le pouvoir discrétionnaire consiste donc dans la libre appréciation laissée à l'administration pour décider ce qu'il est opportun de faire ou de ne pas faire. Il consiste dans la libre appréciation par l'administration de l'opportunité de son activité*”.

[14] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 109-111.

[15] Além das regras e dos princípios, o sistema jurídico é composto por procedimentos, que são necessários, por exemplo, para aplicação da proporcionalidade, cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 173.

[16] A estrutura da ponderação pode ser descrita com o auxílio de uma fórmula de peso, cf. Id. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

[17] SALA, Giovanni. *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 229 e ss.

[18] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 41. De forma semelhante, Luciano Ferreira Leite afirma que “discricionariedade é a margem de escolha implicitamente atribuída à autoridade detentora de competência em ordem a que ela, tanto por meio de critérios subjetivos como objetivos, estabeleça, por si mesma, a finalidade contida de forma não expressa no ordenamento legislativo”, cf. LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS, 2006. p. 82.

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

[20] MELLO, Celson Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

[21] POLTRONIERI, Renato. *Discrecionalidade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 117, “A discrecionalidade seria pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da norma jurídica positiva poder determinar sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar à finalidade da regra de direito público. Tendo em vista que a norma é finita em suas contingências, não pode identificar sempre, em todo e qualquer caso, a providência idônea para atender com exatidão absoluta às necessidades do administrado em comum”.

[22] Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho sustenta: “o poder discricionário reflete, ao mesmo tempo, um dever de agir (*facere*), ou seja, o poder e o dever de escolher a conduta mais adequada à satisfação do interesse público”, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discrecionalidade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coordenador). *Discrecionalidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 41.

[23] Nesse sentido, Juarez Freitas salienta: “Importa reiterar que as escolhas são igualmente válidas somente em abstrato, presumida a constitucionalidade da norma que as admite como tais. Já na justificativa das opções assumidas, no plano concreto, impende verificar se a escolha, aparentemente válida, não se mostra transgressora dos princípios, especialmente tendo em mente o direito fundamental à boa administração pública”, cf. FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 124.

[24] Para lidar com as normas com estrutura de princípios, o positivista, então, teria de sustentar uma tese mais fraca que a tese da separação, precisamente a tese da separabilidade, segundo a qual o direito poderia conter elementos morais, mas essa circunstância seria meramente contingente, não seria conceitualmente necessária, como defenderia um pós-positivista, como um representante não-positivista. Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. de José Antoneo Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005. p. 20.

[25] Rita Tourinho compartilha da opinião segundo a qual o controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária deve se limitar à invalidação do ato, defende que o juiz “jamais poderá dizer substitutiva e positivamente como o administrador deveria ter agido, sob pena de ingressar na esfera própria da Administração Pública”, cf. TOURINHO, Rita. *Discrecionalidade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 50.

[26] MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 16. ed. München: C.H. Beck, 2006. p 142-143, “Discrecionalidade significa que a Administração tem a escolha sobre diferentes tipos de comportamento. No caso particular pode todavia a possibilidade de escolha reduzir-se a uma alternativa. Então esse é o caso, quando somente uma decisão é livre de vícios de discrecionalidade, ao passo que todas as outras decisões conteriam vícios de discrecionalidade. O administrador é portanto obrigado a ‘escolher’ aquela decisão remanescente. Fala-se nesses casos de ‘redução de discrecionalidade a zero’, ou de ‘diminuição da discrecionalidade’“. Traduziu-se. No original: “*Ermessen bedeutet, daß die Verwaltung die Wahl zwischen verschiedenen Verhaltensweise hat. Im Einzelfall kann sich jedoch die Wahlmöglichkeit auf eine Alternative reduzieren. Das ist dann der Fall, wenn nur noch eine Entscheidung ermessensfehlerfrei ist, alle anderen*

Entscheidungen ermessensfehlerhaft wären. Die Behörde ist dann verpflichtet, diese eine ihr noch verbleibende Entscheidung zu ‚wählen‘. Man spricht in diesen Fällen von ‚Ermessensreduzierung auf Null‘ oder ‚Ermessensschurumpfung‘.

**JURISDIÇÃO, RACIONALIDADE E HERMENÊUTICA: COMENTÁRIOS À
REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSÃO DOS
RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS À LUZ DO DEBATE
HABERMAS/GADAMER***

**JURISDICTION, RATIONALITY AND HERMENEUTICS: COMMENTS ON
THE OVERALL EFFECT AS EFFECT AS A REQUIREMENT FOR THE
ADMISSIBILITY OF CONSTITUTIONAL APPEALS IN LIGHT OF THE
HABERMAS/GADAMER DEBATE**

Paulo Henrique Blair de Oliveira

RESUMO

Este artigo comunica o núcleo de uma tese de doutorado em andamento. Ele parte da repercussão geral dos recursos extraordinários como requisito de sua admissibilidade, tal como delineada pela Emenda Constitucional 45/2004, e examina as pretensões institucionais e de senso comum postas sobre este instrumento, questionando-as sob a perspectiva filosófico-hermenêutica. Uma vez que a interpretação da parte é necessariamente reconstrutiva do todo que ela integra, e uma vez que a linguagem é reconstrutiva da leitura de mundo, as contradições de um pretense controle absoluto da interpretação jurídica a partir do Supremo Tribunal Federal revelam a fragilidade do que se tem esperado de tal instrumento processual. Esta fragilidade, contudo, não dispensa a busca de um papel constitucionalmente adequado para tal repercussão geral, principalmente ante a força vinculante dada às decisões do Supremo Tribunal Federal neste campo. O que se pergunta é se a seletividade que venha a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal nessas circunstâncias pode ser efetivamente democrática. Tal pergunta é voltada para a relação entre hermenêutica e linguagem e para o papel crítico e complementar que hermenêutica filosófica e teoria discursiva reciprocamente possuem. Assim, algumas das questões teóricas tratadas no debate entre Jürgen Habermas e Hans-Georg Gadamer, quando transpostas para o tema, esclarecem porque a noção do que se pretende como “repercussão geral” de um recurso extraordinário deve estar sempre aberta, reconduzindo principiologicamente o debate travado em cada caso examinado pela corte ao significado que as garantias fundamentais assumem naquelas circunstâncias específicas. Isso leva ao menos a três conseqüências. A primeira é a absoluta ilegitimidade – e mesmo impossibilidade – de que a decisão tomada em determinado caso seja aplicada automaticamente para “casos idênticos”. A segunda conseqüência é que, ao se permitir à corte selecionar os casos que examinará, não se gera uma redução antidemocrática ou inconstitucional da obrigação de fundamentar suas decisões, mas uma maior visibilidade do que foi pautado pela corte. Essa maior visibilidade incrementa a responsabilidade da corte na construção de sua pauta e a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

expõe de forma mais incisiva ao juízo crítico da esfera pública. A terceira é uma maior clareza, no curso da adjudicação de direitos, da relação entre a pragmática social e a formação de uma memória sobre o sentido de nossos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, HERMENÊUTICA FILOSÓFICA, TEORIA DISCURSIVA, DEBATE HABERMAS-GADAMER, RACIONALIDADE, DEMOCRACIA, MEMÓRIA, LINGUAGEM, INTERPRETAÇÃO.

ABSTRACT

This article communicates the core of an ongoing PhD research. It takes the overall effect as a requirement for the admissibility of constitutional appeals, as outlined by Constitutional Amendment 45/2004, to examine the institutional and common sense claims that have been put on this instrument in order to question such claims from the philosophical-hermeneutical perspective. Once the interpretation of a part necessarily reconstructs the whole from which the part was taken, and since the language also reconstructs our view of the world, one can see the contradictions of an effort from the Supreme Court in the search of an absolute control of the legal interpretation. This also shows the fragility of what has been expected from such procedural instrument. This weakness, however, does not preclude the search for a constitutionally appropriate role for such instrument, especially when considered binding power given to the Supreme Federal Court in those decisions. In short, the question is whether the selectivity that will be exercised by the Supreme Court in these circumstances can actually be democratic. This question is focused on the relationship between language and hermeneutics and the critical and complementary role that philosophical hermeneutics and discourse theory respectively have. Thus, part of the debate between Jürgen Habermas and Hans-Georg Gadamer allows the conclusion that the understanding of what is "general impact" of a constitutional appeal must be always open, renewing in the debate of each case examined the meaning of our civil liberties under those specific circumstances. This brings to three the least consequences. The first is the absolute illegitimacy - and even impossibility - that the decision in any particular case is applied "automatically" to "similar cases". The second consequence is that, allowing the court to select the cases that will be examined does not create an undemocratic and unconstitutional reduction of the court's obligation to state its reasons, but a higher visibility of the court's agenda setting, increasing its responsibility and exposing it to a more incisive critical assessment of the public sphere. The third is a greater clarity in the way by which constitutional liberties can be claimed, and the relationship between social pragmatic and the formation of a memory on the meaning of our fundamental rights.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW, PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS, DISCOURSE THEORY, GADAMER-HABERMAS DEBATE, RATIONALITY, DEMOCRACY, MEMORY, LANGUAGE, INTERPRETATION.

1. Introdução

A Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 102, da Constituição Federal, o presente parágrafo terceiro, instituindo como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários a demonstração da "...repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso" (BRASIL, 2006). Tal medida foi recebida expressamente como meio de contenção seletivo dos recursos extraordinários, de modo a viabilizar uma redução no volume de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, e, deste modo, permitir que sejam examinadas sob a via do controle difuso de constitucionalidade, no âmbito daquela corte, apenas questões de maior relevância e repercussão. Manifestações de juristas carregam, não sem polêmica, a expectativa de que esta medida contribua para uma maior celeridade nos feitos e para um aprofundamento do papel de análise de matérias estritamente constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo a atual Presidente da corte, Ministra Ellen Gracie, vem ratificando essa análise (ERDELYI, 2006).

As expectativas que acompanham a regulamentação do artigo 102, § 3º, da Constituição Federal demonstram a relevância do tema. Espera-se nada menos que este critério de seletividade resolva em definitivo a chamada "crise do recurso extraordinário", acrescentando racionalidade, segurança e celeridade à jurisdição de uma forma geral e, em particular, ainda aprofundando o perfil estritamente constitucional do Supremo Tribunal Federal. Contudo, já as primeiras normas processuais e procedimentais internas ao STF que foram editadas sobre o tema fazem surgir dúvidas quanto aos caminhos trilhados na compreensão deste instituto, isto é, se esta regulamentação não revelaria pretensões de controle da atribuição de sentidos às normas jurídicas fundadas em uma racionalidade que, por desconhecer seus próprios limites, torna-se irracional. De fato, a redação dada ao art. 543 –A, do Código de Processo Civil, pela Lei 11.418/06 (que objetivou adequar aquele estatuto processual às disposições constitucionais atinentes à repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários), embora confessando a complexidade que o termo "repercussão geral" carrega[1], assevera que tal repercussão só faz presente sempre que houver sido contrariada uma súmula do Supremo Tribunal Federal. Ela ainda afirma que, negada a existência desta repercussão, serão indeferidos liminarmente todos os "casos idênticos" em curso naquela corte, o mesmo ocorrendo com os processos que contarem com recursos extraordinários já interpostos nos tribunais de origem e cuja admissibilidade esteja ainda pendente. Aliás, quanto a tais tribunais, a norma os permite encaminhar ao Supremo Tribunal Federal recursos que sejam "representativos" de uma controvérsia que se entenda repetitiva, sobrestando o andamento de todos os demais "recursos idênticos" até o pronunciamento do STF.

Por sua vez, as normas regimentais internas do STF, adaptadas a tal lei, aparentemente aprofundaram as razões para inquietação. Problematizando-se o tema sob a perspectiva de parte dos debates da teoria constitucional contemporânea, há uma estranheza no fato de que estas normas regimentais prevêm que os ministros da corte apresentem, em meio eletrônico interno, as razões da existência ou inexistência de repercussão geral nos recursos extraordinários que lhes forem distribuídos (salvo, evidentemente, os que já possuam outra causa de trancamento) para que, no prazo de 20 dias, o silêncio da maioria dos ministros seja tomado como afirmativa da existência desta repercussão[2]. Aqui, é evidente que a opção da corte foi atribuir a seu silêncio

eloqüente um sentido diametralmente oposto àquele que é atribuído pela Suprema Corte dos EUA no exercício do mecanismo de seletividade de casos de maior experiência histórica contínua no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, que é o *writ of certiorari*. Em tal sistema, a simples devolução do feito à instância anterior representará a afirmação da corte de que a decisão tomada não merece reforma, e que, portanto, o caso não possui a repercussão para que aquela corte, naquele momento, interviesse no tema (GREENBERG, 1997, p. 68-69).

É claro, portanto, que a lei em questão assenta-se em duas premissas parciais: a de que uma multiplicidade de casos possa ser tomada como efetivamente idêntica e a de que decisões tomadas pelo STF, quando reduzidas a texto, sejam todas elas tomadas em um sentido unívoco, e aplicadas de modo idêntico e uniforme a esta multiplicidade de casos. Estes fundamentos parciais, por sua vez, remetem a uma premissa maior: a de que a interpretação e a linguagem possam ser centralmente controladas.

Ora, tais premissas aparentam ser, quando menos, extremamente questionáveis sob a perspectiva filosófico-hermenêutica. Além do imenso horizonte de sentidos que a definição dada pela norma processual civil à “repercussão geral” pode assumir, considere-se, apenas como exemplo de sua complexidade e dos paradoxos possíveis em sua leitura, o fato de que, sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica, qualquer interpretação de uma parte é sempre reconstrutiva do todo o qual ela integra, o que é especialmente visível na aplicação de normas jurídicas, eis que a linguagem é sempre o *medium* constitutivo de uma leitura de mundo, e não um objeto que esteja à disposição daquele que se vale dela (GADAMER, 1999, p. 461 e 559). Nem mesmo a norma regimental do STF que afirma a irrecorribilidade das decisões (mesmo que monocráticas) que concluem pela inexistência da repercussão geral pode suplantar esta fragilidade[3], na medida em que, por força da norma 93, IX, da Constituição Federal (que exige fundamentação de toda decisão judicial, inclusive, é claro, as decisões tomadas pelo STF), este mesmo regimento interno exige que as razões da inexistência desta repercussão geral sejam integradas ao acórdão ou à decisão monocrática proferida no recurso extraordinário, e, mais que isto, que sejam elas divulgadas de forma ampla e específica, integrando inclusive um banco de dados eletrônico específico sobre a definição do que seja repercussão geral nos mais diversos casos.[4] A existência e importância de uma “base de dados eletrônica” sobre o tema já sinaliza um *insight* contraditório da corte ao tratar da repercussão geral em seu regimento interno: a de que, fatalmente, as razões de decidir que se pretendiam aplicáveis a uma multiplicidade de casos iguais em verdade sejam, doravante, objeto de análises diferenciais nos inúmeros recursos vindouros que, caso a caso, procurarão estabelecer distinções (ainda que sutis, porém alegadamente relevantes) entre os argumentos aplicados na decisão originária e aqueles em debate em um outro processo.

As contradições (e as possibilidades) desta pretensão de controle interpretativo, ainda que assentadas em pretensões frágeis, não dispensam a análise do papel constitucionalmente adequado para o instrumento que já se acha constitucionalmente previsto e já em pleno uso pelo Supremo Tribunal Federal[5], mormente diante da força vinculante que, como se viu, foi dada a tais decisões na mesma Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Mas, se há um potencial enriquecedor para a relação entre Direito e Democracia neste instrumento, ele certamente requer que a racionalidade aplicada em sua compreensão aponte para um incremento de complexidade no sistema do Direito e requeira do aplicador uma distinção ainda mais sofisticada quanto à

diferença entre discursos de formação e de aplicação do Direito (GÜNTHER, 2004, p. 81 e seguintes). Vale dizer, é necessário que a enunciação da “repercussão geral” como critério de seletividade aplicável aos recursos extraordinários cumpra um papel na formação de uma memória sócio-institucional sobre o sentido dos direitos fundamentais. Isto, por sua vez, põe em evidência a relação entre tempo, norma e interpretação, e nos indaga qual racionalidade pode simultaneamente lidar com a contingência do tempo histórico-social, com a complexidade resultante da aceleração deste tempo social, e, simultaneamente, ainda guardar um potencial crítico com relação aos sentidos construídos por aquela memória jurídica gerada institucionalmente.

O presente texto pretende tratar de quais pretensões e qual racionalidade deve ser empregada na compreensão da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, sob o fio condutor da seguinte pergunta: a seletividade exercida em meio à condição hermenêutica pode ser efetivamente crítica? É por força desta pergunta que o debate Habermas/Gadamer pode servir, pelos temas versados nele, como fio condutor desta análise.

2. História e produção de sentido: nada refoge à hermenêutica?

A investigação gadameriana, ao examinar a forma de produção de sentido e sua inserção no tempo, situa dois elementos fundamentais para a questão histórica: a) tudo o que podemos apreender do mundo somente pode ser compreendido a partir de uma mediação lingüístico-interpretativa; e b) nossa própria historicidade torna toda observação do passado um diálogo que, para atribuir sentido aos eventos já acontecidos, termina por reconstruí-los:

Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido.

...

O diálogo que travamos com o passado nos coloca diante de uma situação fundamentalmente diferente da nossa – uma situação “estranha” diríamos – que conseqüentemente exige de nós um procedimento interpretativo. (GADAMER, 2003, p. 20-21)

Para Gadamer, a questão central do problema da compreensão não é, portanto, uma questão que pode ser investigada nos limites de uma filosofia da consciência, mas apenas nos limites de uma filosofia que pense a consciência em sua inserção histórica:

A consciência que hoje temos da história difere fundamentalmente do modo pelo qual anteriormente o passado que se apresenta a um povo ou a uma época. Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo o presente e da relatividade de toda opinião. (GADAMER, 2003, p. 16).

Tal condição hermenêutica inescapável põe em xeque a possibilidade de uma racionalidade absoluta, e faz da ciência um ícone tão frágil quanto característico da modernidade. Esta racionalidade científica agora somente pode ser vista como sempre datada, sempre aberta à refutação, sabedora de seus limites (ou, quando menos, de que tais limites existem). Ela é incapaz de “domar a linguagem”, é incapaz de controlar o processo de atribuição de sentidos dos temas que são objeto da investigação científica (GADAMER, 1983, p. 99). Neste sentido, a modernidade que “faz nascer” a razão, também dá origem à crise desta mesma razão, porquanto a liberdade dos modernos é a liberdade para contrapor racionalidades distintas, tornando-se impossível falar em uma racionalidade que seja unívoca ou universal (MOURA, 2006, p. 93-94).

Na perspectiva gadameriana, portanto, o mundo é vivenciado como texto a ser interpretado, e assim os sentidos que ele apresenta jamais refogem à hermenêutica, precisamente porque nossa ponte de conexão lingüística com o mundo faz da interpretação a nossa única porta de acesso a ele:

O que constituiu uma autêntica associação entre as pessoas é do fato de cada um ser primeiramente uma espécie de círculo de linguagem para si. Só então esses círculos se tocam e vão fundindo-se cada vez mais. Nesse caso o que fica de pé é sempre de novo a linguagem, com seu vocabulário e gramática, como antes e agora, e jamais sem a infinitude interna do diálogo que está em curso entre o que fala e seu interlocutor. (GADAMER, 2004, p. 269).

Assim, depois de ultrapassada a abordagem hegeliana quanto a um "devir" histórico marcado por uma causalidade fixa, a experiência histórica pode ser abordada através de uma pragmática discursiva, isto é, de usos semânticos em uma perspectiva diacrônica. A significação destes usos é, por sua vez, o objeto da filosofia hermenêutica, e nisto são estabelecidos pontos de contato entre ela e o paradigma de investigação histórico.[6] A pretensão inicial de Gadamer nesta relação é bastante assimiladora: ele propõe ver a histórica como uma narrativa hermenêutica, já que a compreensão do mundo é mediada pela linguagem, e toda a tematização de sentidos que se possa fazer requererá o uso de mais linguagem, em uma complexidade hermenêutica progressiva e inevitável, e assim história conceitual e filosofia são ambas narrativas que se reportam a tradições formadoras de pré-concepções, as quais são visíveis apenas em uma análise das práticas sócio-discursivas.[7] Se a modernidade não apenas se põe como uma nova visão no tempo, mas como uma nova visão *do* tempo, em que o futuro não é mais a repetição do passado. Há nele um horizonte em aberto e está conseqüentemente aberta a necessidade de que uma reconstrução de sentidos dados no passado a um determinado texto seja

investigada. É bem verdade que Gadamer reconhece que toda a aproximação hermenêutica, embora principie como um estranhamento do "outro", vai buscar anular esta distância[8]. Esta abertura para o "outro" é para ele condição necessária à visibilidade dos próprios limites do intérprete[9]. Esta aproximação poderá ser sim temporal (uma "presentificação"), até porque a forma de a modernidade compreender o futuro (como "aberto") é também a forma como uma modernidade tardia adquire reflexividade, ao ver na linguagem também esta mesma abertura.[10] É interessante notar que esta reflexividade, uma vez que pressupõe a idéia do "outro", não pode ser a objetivação do conhecimento. Portanto a tradição, no seu sentido gadameriano, não há de ser sempre confirmada hermeneuticamente. Ainda que ela não possa ser afastada dos elementos que são tematizados no processo de interpretação, a própria interpretação pode levar à dissolução, ruptura ou mudança da tradição ao ser ressignificada a identidade a partir da observação e compreensão do "outro" (GADAMER, 2003, p. 12-13).

Esta universalidade que Gadamer atribui à hermenêutica e esta abertura necessária a todo processo de compreensão propõem para Habermas um dilema. Esta inafastável contingência histórica do "ser-aí" heideggeriano, no ver de Habermas, corrói o racionalismo ocidental e se constitui em um obstáculo à possibilidade da crítica. Examinando estes obstáculos, Habermas, comentando a adesão de Heidegger ao nacional-socialismo alemão, aponta que

Uma simples reavaliação moral e política do nacional-socialismo teria atacado os fundamentos da ontologia renovada e questionado a sua base teórica. Se, ao contrário, a decepção se destacasse da esfera em evidência do juízo de da ação responsáveis, e o erro desvelado pudesse ser estilizado como um erro objetivo, um erro fatal, não correria risco a continuidade com as posições iniciais de *Ser e tempo*. Heidegger elabora sua experiência histórica com o nacional socialismo de tal modo que não questiona a pretensão elitista de um acesso privilegiado do filósofo à verdade. O fato de o mais resolutivo dos filósofos só aos poucos abrir os olhos para a natureza do regime é uma lição atrasada da história universal, cuja autoria deve ser assumida precisamente pelo próprio curso do mundo, não a história concreta, mas uma sublimada promovida à altura dos olhos da ontologia. Com isso nasceu o conceito da história do Ser. (HABERMAS, 2002, p. 223-224).

O que preocupa Habermas é precisamente isto: se nada refoge à hermenêutica, como estabelecer a crítica das experiências mais traumáticas da história, tal como o regime nacional-socialista alemão? Para ele, a importância dada a Gadamer ao papel da tradição na formação de pré-compreensões nas quais a linguagem se assenta esvazia fortemente a crítica, quando o materialismo histórico – mesmo após suas revisões – demonstra a imprescindibilidade de um ponto para além destas tradições nos quais a crítica possa ser elaborada (HABERMAS, 1990, p. 255 e p. 273). Naquele momento de suas reflexões, Habermas ainda tende fortemente para o que Hekman qualifica como a procura para algo além do pré-conceito que possa servir como fundamento para as ciências sociais em sua dimensão crítica (HEKMAN, 1990, p. 191).

Em resposta, Gadamer recusa que a hermenêutica seja um obstáculo à crítica e, simultaneamente, nota que mesmo as críticas de Habermas à universalidade hermenêutica é feita a partir da (e fundada na) mediação interpretativa da linguagem que, por sua vez, também compõe um pano de fundo de pré-compreensões. Na avaliação gadameriana, portanto, não apenas a hermenêutica subsiste em sua pretensão de universalidade, como esta pretensão não exclui a possibilidade de crítica (GADAMER, 2004, p. 279 e p. 283). A insistência de Habermas, contudo, é a de que, tal como faz a psicanálise, o materialismo histórico poderia reconstruir lingüisticamente e sob uma perspectiva suficientemente objetiva, a narrativa sobre traumas sociais, tais como a exploração do trabalho pelo capital:

Certamente, Marx indicou as condições objetivas sob as quais os comunistas já esclarecidos teoricamente poderiam proceder à organização do processo de esclarecimento para as massas dos trabalhadores. A coerção econômica à formação de “coalizões de trabalhadores” e a socialização do trabalho no sistema fabril produziram uma situação comum na qual os trabalhadores se viram obrigados de uma forma natural a aprenderem a defender os seus interesses comuns; a “submissão real do trabalho assalariado sob o capital” produziu a base igualmente real a partir da qual os próprios interessados poderiam atingir a consciência do sentido político de suas lutas econômicas. (HABERMAS, 1990b, p. 42)

Mas a perspectiva habermasiana de que “enfermidades” histórico-sociais devam ser tratadas trazem em si o pressuposto de que se possa imputar um *pathos* social a terceiros. Isto desencadeia uma reação veemente de Gadamer:

Na realidade, a objeção que fiz é óbvia. Eu disse que o paciente e o médico estariam envolvidos e limitados a um determinado jogo de papéis sociais, suposto que o trabalho de reflexão emancipatória seja exercido com responsabilidade profissional. Não pertence à legitimação social do médico (ou do analista leigo) ultrapassar seu âmbito terapêutico e a partir da reflexão emancipatória “tratar” a consciência social dos outros como “doentia”. (GADAMER, 2004, p. 301).

O que resta, porém, de fundamental neste embate é que Habermas, ao tempo em que acolhe as objeções de Gadamer, prossegue na busca de um ponto de apoio para a teoria crítica e, embora não mais calcado no materialismo histórico, ele o faz, como nota Cameron, aprofundando-se na situatividade lingüístico-hermenêutica dos processos de construção de sentido, particularmente no modo como são formados e complexificados, desde a infância, os juízos de valor e os juízos normativos. Habermas, assim, pôde enunciar algo que de fato é universal – ainda que de uma universalidade intramundana – em um momento no qual se reconhece que a mediação hermenêutica da linguagem nos constituiu a nós e não nós a ela: o princípio do discurso, que incorpora uma razão suficientemente ciente de sua falibilidade, a qual é mais bem capacitada para lidar com

a modernidade (CAMERON, 1996, p. 164 e p. 166). Tal racionalidade reconhece que o discurso da modernidade sobre si mesma - e sobre a sua ressignificação do passado - é simultaneamente aberto histórica e lingüisticamente, e a filosofia hermenêutica permite articular esta simultaneidade. Não obstante, contudo, o princípio discursivo ainda abriga a possibilidade de crítica, e o faz exatamente por pretender menos da razão, já que não é possível admitir que seres humanos historicamente inseridos exerçam "controle" da história.[11] E, posto desta forma, é necessário agora observarmos como tanto o princípio discursivo como a hermenêutica filosófica podem, por partilharem desta racionalidade reflexiva, tematizar um requisito de seletividade narrativa no processo judicial (como é a exigência de "repercussão geral" no tema versado em recursos extraordinários), criticando as pretensões postas sobre ele e abrindo o debate sobre suas possibilidades em uma democracia constitucional.

3. Princípio discursivo e seletividade da narrativa judicial: hermenêutica e ativação da memória.

A questão sobre a relevância da ativação da memória no Direito pressupõe uma outra pergunta: se, mesmo ante a autonomia que a modernidade lhe confere, o Direito estende-se por todos os pontos da experiência humana, é possível falar-se em uma memória jurídica - ou mesmo em uma história do Direito? Esta questão é enfrentada por Bretone, que, para respondê-la, parte da proposta de que a norma jurídica seja vista não como um objeto da reconstrução histórica, mas sim como um indício para o desvelamento de nexos não expressos entre o passado e o presente. Trata-se, assim, de contrapor-se à idéia de uma "história dos dogmas", para abraçar o conceito de uma história social, precisamente para que a história do Direito não seja reduzida, em sua possibilidade de validade, a uma "história dos juristas", sendo esta a forma na qual Bretone repele os argumentos de Bloch e Momigliano (BRETONE, 2000, p. 135 e p. 140-141). Até mesmo porque se a totalidade do fenômeno social não pode ser esgotada historicamente, tampouco o Direito pode fazê-lo. Estes limites não fazem cair por terra o *status* epistemológico de validade de uma história do Direito. Bretone aqui aponta na direção do que foi afirmado por Popper: a divisão do conhecimento em campos seletivos é um artifício necessário ao conhecimento, e os limites destes campos são operados apenas como tensões, porém nunca como uma aquisição a ser incorporada (BRETONE, 2000, p. 135 e p. 140-141 e p. 144).

Logo, e se o tempo se incorpora ao imaginário social e à memória[12], a pergunta de GADAMER quanto às condições em que é feita a "transmissão do pensar" no sentido diacrônico (isto é, as condições de ativação da memória) também é um ponto em que se faz possível entrever uma relação entre história e hermenêutica. Ele aponta, com acerto, que monumentos são obras humanas voltadas à ativação da memória, evidenciando que a ativação desta memória não é um processo "naturalizável", porquanto uma "história do universo" não é, necessariamente, a história humana (GADAMER, 1995, p. 158). Ou, dito de forma mais específica: a ativação da memória é ela própria uma artificialidade (já que uma "história do universo" contada por homens será, aí sim, uma história humana) e uma artificialidade que faz uso da abertura hermenêutica. Não é por acaso que Gadamer faz referência à memória a partir de monumentos, os quais com frequência se valem da arte, e a arte por definição, guarda uma abertura hermenêutico-

filosófica, sendo, aliás, um dos pontos de partida da reflexão gadameriana (GADAMER, 1999, p. 92-98 e p. 147).

Neste ponto já se pode introduzir a idéia de que a distância entre o observado e o observador - requisito necessário a um estranhamento que dá início à compreensão - pode ser vista também como uma distância temporal (BRAUDEL, 1992, p. 57). A ativação da memória vai lidar com esta distância, ou, melhor dizendo, com uma trajetória percorrida no encurtamento desta distância. Sob a perspectiva hermenêutica, esta ativação faz apenas emergir temas de um pano de fundo de silêncio que antes era, ao menos lingüisticamente, consensual.[13] Esta ativação, portanto, busca o imaginário em fontes que hermeneuticamente são todas reduzíveis a texto - embora o imaginário possa ter fontes iconográficas ou escritas em sentido estrito, consoante indica Platagean. Aliás - e isto interessa particularmente à ativação da memória do Direito - esta historiadora relembra que, segundo demonstrou Foucault, a modernidade utiliza seu próprio imaginário para fazer a distinção entre o "normal" e o "louco", o que indica que este imaginário moderno também tem a pretensão de abrigar o parâmetro da normatividade (PLATAGEAN, 2001, p. 293 e p. 303).

Ginzburg, ao recordar Aristóteles e Hume, aponta que a distância a que se referiu acima problematiza "sentimentos morais" de um imaginário que Plateagean (2001, p. 305) aponta como "naturalizado", sendo capaz de tornar estes sentimentos mais agudos ou mais difusos - impactos que são maiores nas distâncias temporais do que nas espaciais e ainda mais agudos quando esta distância é passada do que quando ela é ainda futura. Portanto, e considerada a modernidade, e a explicitação de seus riscos, um alerta importante ao que se debruça sobre nos limites desta distância é este: o distanciamento que me permite ver o "outro" pode servir também para ocultá-lo do horizonte de nossas decisões, como sugerem os exemplos que Ginzburg elenca sobre a forma "tecnológica" da guerra contemporânea ou sobre a despersonalização que é operada pela burocracia administrativa. Este distanciamento do intérprete é precisamente o oposto da aplicação que o princípio discursivo busca do direito - e, ainda assim, é um risco presente a todo instante. Mesmo a memória não mais pode ser tida como uma reserva "inalterável" de verdade, se os vestígios dela podem sofrer os efeitos da ação humana (GINZBURG, 2001, p. 202-203, p. 210-211, p. 213-214 e p. 216).

A operatividade da memória - sua ativação, como se denominou acima - faz ver a natureza fugidia deste conceito. De fato, memória existe apenas em uma perspectiva operacional, de sorte que, finda a reconstrução que se propôs fazer, ela não mais é visível como memória, mas como tema enunciado lingüisticamente. É esta articulação memória-linguagem que faz Le Goff (2005, p. 421 e p. 469) afirmar que uma "amnésia" social é certamente danosa às próprias identidades coletivas. Se se pretende ativar a memória do intérprete do Direito, é importante recordar que mitologicamente o *mnemon* é um auxiliar que, a todo instante, recorda o herói da saga de qual ou de quais normas divinas não devem ser desobedecidas no curso das ações que estão sendo praticadas, sob pena de que o herói incida na ira divina. Assim, *mnemones* são repositórios da memória normativa. Para o aplicador do Direito, em particular, a abertura que a modernidade dá quanto ao futuro tem reflexos na ressignificação do passado e na ativação da memória. Ela não mais pode ser pré-orientada para um *telos* determinado de antemão, e, de outra parte, os caminhos de sua ativação não mais se resumem à imagem ou à disposição de um ordenamento conceitual, já que, com o advento e difusão dos meios de imprensa e de transmissão da palavra, um leitor é exposto a um volume de textos maior do que

jamais poderá explorar (LE GOFF, 2005, p. 433-436 e p. 452). Isto torna retirada a possibilidade de precisar uma linha causal direta na reconstituição dos caminhos pelos quais a memória foi ativada em interpretações passadas, sendo possível apenas extrair dos indícios uma inter-relação de fatores. Mesmo esta inter-relação já assume a sua precariedade na origem, eis que, metodologicamente, a sua reconstrução requererá sempre um "recorte" específico.

Mas, quando se deseja que o saber sobre o Direito não seja mera técnica, é necessário torná-lo reflexivo, e isto é particularmente verdadeiro quanto à questão da memória do jurista, se a jurisprudência, como define Bretonne, é uma das expressões do pensamento jurídico em movimento, acumulando, selecionando, conservando ou inovando sentidos. A resposta construída por ele é a de que a ativação da memória do intérprete do Direito, tal como nos demais processos mnemônicos, não é fruto de uma técnica intencional ou de um paradigma científico, mas sim é uma interação lingüística destas mentalidades (BRETONNE, 2000, p. 16, p. 30 e p. 34). É neste momento que a racionalidade discursiva se apresenta como complementar à historicidade que preside a hermenêutica filosófica.

De fato, a racionalidade moderna, no dizer de Habermas, libera um potencial democrático mediante a força comunicativa para a qual ela necessariamente apela o que, no que toca à adjudicação de direitos, representa a incorporação da tensão entre a certeza do direito e a adequação de sua interpretação nos diversos casos concretos. Isto faz do papel da jurisdição constitucional não a afirmação ou construção de uma identidade constitucional que se possa compreender como completa, mas precisamente a manutenção de sua incompletude, de sua abertura (HABERMAS, 1998, p. 197 e p. 280). A evasividade de uma identidade constitucional não é, nesta perspectiva, uma questão a ser solvida, mas sim a ser incorporada à prática interpretativa dos direitos fundamentais. Visto o processo de adjudicação de direitos como uma narrativa - e ele, em sua forma operativa, é precisamente isto - Rosenfeld lança mão de nossa própria articulação narrativo-lingüística sobre a autocompreensão de nossa identidade. A negação, a metáfora e a metonímia são modos pelos quais construímos e reconstruímos as noções sobre nós mesmos, dando-lhes sentidos que, em última análise, não são inatos, mas sim construídos e que deste modo permanecem abertos:

(...) Paradoxalmente, uma das maiores virtudes da tradição enquanto conformadora dos direitos constitucionais do *Due Process*, é a sua abertura aos fins, a suja maleabilidade, a sua porosidade. De fato, o próprio processo de sobredeterminação é sensível às diferenças de tempo e lugar. (...) Uma tradição adequada para uma ocasião pode não mais o ser para a próxima, ou, pelo menos, pode não ser mais adequada se tomada no mesmo nível de abstração. Em síntese, a identidade constitucional se desenvolve e se reinventa - ao condensar no processo de fusão conjunta fragmentos de tradições pré-constitucionais, a contradição constitucional e os novos elementos carentes de um lastro passado na tradição nos tipos específicos de tradição - sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 107)

Neste sentido, a noção de igualdade constitucional somente pode ser percebida como uma incorporação (não uma redução) da diferença, e o papel da adjudicação de direitos fundamentais é precisamente operar de modo contínuo o respeito à diferença e a manutenção de sua existência (ROSENFELD, 2007, p. 39-40). É por este motivo que os discursos de ódio à diferença são tão ameaçadores ao constitucionalismo, especialmente quando busca usar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional (ROSENFELD, 2006, p. 63).

De outra parte, foi a negação desta igualdade constitucional que posteriormente permitiu que se visse tal igualdade para além de sua exterioridade, para além do formalismo de uma doutrina que admitia a separação como forma de afirmação da igualdade (*separated but equal*) como se deu em *Plessy v. Ferguson*. Mas, mesmo naquele momento um sentido de igualdade que já desafiava esta separação foi objeto da manifestação minoritária do *justice* John Marshall Harlan:

A separação arbitrária de cidadãos com base na raça em via pública rotula-os como servos de modo completamente inconsistente com a liberdade civil e a igualdade perante a lei estabelecidas pela Constituição. Ela não pode ser justificada por quaisquer fundamentos jurídicos.

(...)

Sou da opinião de que a lei do Estado da Louisiana é inconsistente com a liberdade pessoal dos cidadãos, brancos e negros, no Estado, e hostil tanto ao espírito quanto à letra da Constituição dos Estados Unidos. Se leis desta mesma natureza fossem editadas por diversos outros Estados da União, o efeito seria altamente danoso. Escravidão, como instituição tolerada pelo direito já teria, é verdade, desaparecido de nosso país, mas ainda remanesceria um poder nos Estados de, por meio de uma legislação sinistra, de interferir no gozo pleno das bençãos da liberdade de livremente regular seus direitos civis, comuns a todos os cidadãos, com base em distinções de raça, e colocar em condição de inferioridade uma boa parte do corpo de cidadãos americanos, que agora constituem parte da comunidade política chamada de Povo dos Estados Unidos, para os quais e pelos quais, através de representantes, nosso governo é exercido. Um sistema desta natureza é incongruente com a garantia dada pela Constituição de cada Estado quanto a uma forma republicana de governo, e pode ser afastada por uma ação do Congresso, ou pelas cortes no exercício de seus deveres solenes de manter a lei suprema da nação, descartando qualquer coisa nas leis ou constituições estaduais que lhe seja contrária. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006b, p. 562-563, tradução livre. Cf. ainda PRATT JR, 2005, p. 739)

A preocupação que tal voto vencido manifestou quanto ao futuro da igualdade em termos constitucionais não era de modo algum infundada. A experiência norte-americana de refundação da igualdade e da liberdade a partir da estratégia de invocar apenas a sua reafirmação deixa, segundo George Fletcher, ainda por serem superados os estigmas da discriminação e da servidão, eis que as ambições expressas no discurso de

Gettysburg por Lincoln ainda estavam (e embora medida estão) por realizar (FLETCHER, 2002, p. 224). Esta tarefa ocuparia um foco central na célebre decisão que reverteu a opinião da corte quanto à aceitabilidade constitucional da separação racial. Trata-se de *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que o debate versava sobre a constitucionalidade da manutenção de dois sistemas públicos racialmente separados de ensino. A decisão da corte foi sintetizada na seguinte forma por seu redator, *chief justice* Earl Warren:

Segregação de crianças brancas e negras em escolas públicas de um estado apenas com base em sua raça, em virtude de lei estadual que permite ou requeira tal segregação, denega às crianças negras a igualdade perante a lei garantida pela Emenda Quatorze - mesmo que as instalações físicas e outros fatores "tangíveis" de escolas brancas e negras sejam iguais. A questão posta nestes casos deve ser decidida não com fundamento nas condições existentes quando a Emenda Quatorze foi promulgada, mas à luz do completo desenvolvimento da educação pública e de seu papel atual na vida americana por toda a nação. Quando um Estado chama a si a responsabilidade de prover oportunidades de educação em suas escolas públicas, esta oportunidade é um direito que deve ser tornado disponibilizado de forma equânime. Segregação de crianças em escolas públicas somente como base em sua raça retira das crianças daquela minoria racial a igualdade de oportunidades educacionais, mesmo que as instalações físicas e outros fatores "tangíveis" sejam iguais. A doutrina "separados porém iguais", adotada em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, não tem lugar no que tange à educação pública (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006a, p. 486, tradução livre).

A estatura de verdadeiro ícone da jurisdição constitucional norte-americana que esta decisão atingiu pode, por vezes, obscurecer a importância de que as condições para uma resignificação da identidade constitucional do povo norte-americano estavam em boa parte presentes, como demonstra a forte atuação da NAACP no caso (*National Association for the Advancement of Colored People*, Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor), tal como é descrito por Hutchinson (2005, p. 111-113). Contudo, é igualmente necessário compreender que a abertura propiciada naquela decisão permitiu, mais tarde, que uma nova reflexão crítica sobre outros casos em que a igualdade constitucional foi posta de lado em prol de uma identidade nacional em sentido mais estrito. Este potencial crítico renovado é observado por Sunstein ao estabelecer uma relação comparativa entre *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Korematsu v. United States*[14], no qual ficou visível que ainda não foi superado o argumento da Corte de então ao impor àquele que afirma ter sido discriminado o ônus da prova, para além de toda dúvida razoável, de que a sua igualdade constitucionalmente assegurada foi de fato violada (SUNSTEIN, 2002, p. 175). O que é mais relevante, portanto, é notar que a tomada de decisão sob o prisma de uma identidade constitucional aberta não é capaz de solver em definitivo as questões relativas à inclusão e à igualdade constitucional precisamente porque, quando uma discriminação injustificável é suplantada, uma outra se torna então visível.

E, contrariamente ao receio kelseniano, esta contínua abertura não obstrui a coerência na adjudicação do direito – ao contrário, permite que a cada hipótese interpretativa seja

dada solução que lhe é específica e tão única como sejam igualmente singulares as especificidades do caso e, simultaneamente, o conjunto destas decisões singulares guarde entre si uma coerência narrativa que, como toda obra escrita, absorva as mudanças e faça do inesperado um enriquecimento na obra narrada (DWORKIN, 2000, p. 212 e p. 258; 1999, p. 276).

De outra parte, ao contrário do que temia Schmitt quando se opunha a um pluralismo constitucional, a abertura desta identidade não esmaece a força de uma constituição e nem lhe retira seu papel. Isto porque

Por si mesma, uma constituição democrática não garante uma boa vida para os cidadãos. Tampouco ela garante justiça. A despeito disto, uma constituição faz muito. Como enfatizei, uma de suas principais virtudes é responder à ameaça constante que resulta das dificuldades no processo deliberativo. Ela faz isso reduzindo parcialmente a probabilidade de uma polarização entre grupos e parcialmente pela criação e promoção de argumentos teóricos ainda abertos – tornando possível que diversas pessoas atinjam um acordo onde ele é necessário e tornando desnecessário às pessoas atingir um acordo onde tal acordo é impossível. (SUNSTEIN, 2001, p. 246, tradução livre)

Tome-se com exemplo aqui, na jurisdição constitucional brasileira, aquilo que se tornou conhecido como “Caso Elwanger”, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (HC de número 82-424-2/RS), no qual todo um extenso debate sobre a cientificidade do conceito de raça é deixado de lado pela decisão da maioria da Corte para identificar o problema como, em sua síntese, uma hipótese na qual a igualdade constitucional estava em jogo e que, como acontece freqüentemente nos discurso de ódio racial, o agressor buscou articular a constituição contra ela própria, tomando refúgio para sua prática discriminatória no mando da liberdade de expressão (BRASIL, 2007c, p. 524). Há nesta decisão, na redação média do entendimento da Corte, não apenas um indicativo de que uma interpretação sobre o sentido de direitos fundamentais não está atrelada a uma “objetivação científica” dos elementos violadores das garantias constitucionais (no caso, a igualdade), como também abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender o que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento co-dependente e complementar da esfera de autonomia do indivíduo (que é a garantia de um espaço público deliberativo não será apropriado por parte dos que dispõe de maiores poderes) e da esfera pública (que serve ela, consoante demonstrado nos exemplos referidos neste texto, como garantidora do respeito à diferença e à autonomia privada dos indivíduos)[15]. O papel de uma Corte Constitucional é, desta forma, evitar que, na adjudicação dos direitos fundamentais, alguém proceda ao fechamento deste processo hermeneuticamente aberto e se aproprie, por assim dizer, da identidade constitucional, sempre atenta ao risco de que é ela mesma, a própria Corte, quem mais sofre a possibilidade de, em sua experiência institucional, proceder em torno de si mesma o encerramento desta identidade constitucional.[16] Neste sentido, pode-se dizer que, na tensão entre jurisdição constitucional e democracia, a igualdade somente pode ser afirmada, nesta modernidade tardia, como o respeito à diferença.

4. Conclusões

O debate Habermas/Gadamer resultou na complementaridade entre as racionalidades hermenêutico-filosófica e discursiva, e disto ao menos duas observações críticas podem ser feitas quanto à forma pela qual o legislador federal e o Supremo Tribunal Federal têm compreendido o conceito de “repercussão geral” dos recursos extraordinários. Sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica, é visível que toda e qualquer causa judicial debate pretensões que se afirmam (mesmo que indiretamente) como constitucionais, ou do contrário incidiriam na contradição de requerer a adjudicação de direitos que não possuíssem amparo na ordem constitucional – isto é, a adjudicação de “não-direitos”. Deste modo, toda causa judicial contribui para a formação de uma memória do direito, reconstruindo a compreensão do sentido dado a princípios constitucionais e a direitos fundamentais. Logo, a compreensão do que seja “repercussão geral” de um recurso extraordinário situa-se ela própria imersa em uma tensão: não pode ser de antemão definida[17], e ainda assim é necessário dar-lhe uma definição a cada novo caso examinado.

Desta forma, a definição em norma de lei do que seria esta “repercussão geral” somente pode ser tomada ela própria como uma definição aberta, que expressa princípios que, resumidamente, devem reconduzir à seguinte pergunta: o debate travado na causa examinada aborda o significado de princípios fundamentais que a corte deva abordar neste momento?

Posta desta forma a pergunta, duas conseqüências se abrem. A primeira é a absoluta ilegitimidade – e mesmo impossibilidade tanto hermenêutica quanto discursiva – de que, tal como pretendeu o legislador e a norma regimental do Supremo Tribunal Federal, a decisão tomada em determinado caso sobre o sentido de sua repercussão para o sistema de direitos fundamentais seja aplicada “automaticamente” para “casos idênticos”. Até porque, sob a perspectiva hermenêutica estrita, não existem casos idênticos, mas narrativas que, por sua seletividade, assemelham casos entre si. Além disto, esta aplicação meramente reprodutiva dos enunciados gerados sob a forma de uma “base de dados sobre a repercussão geral”, ao pretender ofertar ao jurisdicionado a fundamentação extensiva de negativa de sua pretensão, expõe-se ela mesma à crítica de que as peculiaridades dos demais casos não foram examinadas. Vale dizer, é prometida ao jurisdicionado uma certeza unívoca (e célere) quanto ao sentido dos direitos fundamentais que emerge da corte constitucional, porém a frustração que se segue ao não atingimento destas promessas atua como uma armadilha gerada pela opacidade teórica com a qual o tema foi tratado.

Esta opacidade pode ser medida na análise de Bárbara Smith, que a situa na consecução de um objetivo da epistemologia clássica (a produção de uma “verdade” que transcenda a história, as culturas e as circunstâncias humanas) e revela que a frustração neste objetivo pode levar aquele que julga tanto a justificar a sua recusa ao debate interpretativo, como também pode servir de amparo à redução da argumentação a um ato de decisão política, ambos sob o pressuposto que, de todo modo, não é possível amparar adequadamente qualquer juízo sobre a aplicação de normas (SMITH, 1998, p. 31-32 e p. 34). Mas, se para esta mesma autora, “... nenhum juízo é ou poderia ser

objetivo no sentido clássico de ser justificável em bases totalmente transcendentais com relação ao contexto e independentes do sujeito” (SMITH, 1998, p. 39-40),

...a pressuposição alternativa, a simetria normativa e/ou epistêmica, não é a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são “igualmente bons” ou “igualmente válidos”, mas a idéia de que todos os juízos e crenças, incluindo os nossos próprios, são produzidos e operam igualmente de modo contingente, ou seja, são formados em resposta a condições mais ou menos particulares e variáveis (experenciais, históricas, culturais, discursivas, circunstanciais e assim por diante) e operam com maior ou menor validade (em uma acepção de aplicabilidade, força e adequação) em relação a tais condições. (SMITH, 1998, p. 41).

É na proposta contida neste trecho que se situa a segunda (e talvez mais rica) conseqüência da pergunta que se fez sobre o modo de compreendermos o que seja repercussão geral dos recursos extraordinários. Tanto a hermenêutica filosófica quanto o princípio do discurso podem complementarmente servir ao aprofundamento do debate sobre o modo construção de juízos sobre o sentido dos princípios e direitos fundamentais. Permitir à corte selecionar os casos que examinará (e devolver os demais casos às instâncias anteriores), não representa uma “redução antidemocrática ou inconstitucional da obrigação de fundamentar”, até porque, a rigor, a simples invocação de enunciados prévios e resultantes de processos anteriores, sem maiores considerações sobre as especificidades do novo caso em exame tampouco poderia ser considerada uma efetiva fundamentação neste sentido. Ao contrário, assumir-se esta possibilidade (tal como o faz a corte de maior tradição no uso dos instrumentos de jurisdição constitucional difusa, que é a corte norte-americana) dá, a um só tempo, visibilidade ao que foi pautado pela corte como também a torna responsável pela construção desta pauta, sujeitando-a neste particular à crítica da esfera pública. A visibilidade absolutamente intencional que emerge do exame pela corte norte-americana de casos como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, pôde ser comparada, guardadas as devidas proporções, com a visibilidade do *habeas corpus* no qual a corte brasileira examinou o chamado “caso Elvanger”. O difere tais situações, contudo, é o fato de que a corte brasileira em nada é institucionalmente responsável pela visibilidade de tal *habeas corpus*, cujo destaque ficou na dependência dos órgãos de mídia e que, de outra sorte, poderia findar literalmente soterrado sob as milhares de outras decisões que emanam daquela corte a cada ano.

É imprescindível refletir sobre o modo como se articulam, na adjudicação de direitos, memória e experiência. Ricoeur relembra a proximidade entre a narrativa história e a narrativa em que consiste o processo judicial, para notar que ambos são tributários de uma forma da ativação da memória – todavia, uma memória que nunca é transcendentalizada de modo kantiano, mas sempre mediatizada por experiências que articulam tempo histórico e espaço ocupado na narração. O que, em outras palavras, significa que a memória é parte do processo (tanto histórico, quando judicial), mas não os esgota (RICOEUR, 2004, p. 146-147). Se, na observação de Ricoeur, o testemunho “abre um processo epistemológico, a partir da memória, que passa pelo arquivo e por documentos, e se completa na prova documental”, estes testemunhos ao final apenas se

integram a uma narrativa, uma representação do passado. Por este motivo, todo o testemunho – carreador primário de uma memória presencial – assume uma posição dialógica curiosa: aquele que como testemunha invoca a memória de fatos em verdade já o faz na posição de seu narrador e, implicitamente, fundamenta a sua narrativa no pedido de ela seja aceita com verdadeira (RICOEUR, 2004, p. 161 e p.164). É possível assim concluir que a narrativa processual pretende não apenas uma descrição de fato, mas uma verdadeira atribuição de sentidos às experiências narradas. É uma narrativa que em si já incorpora um paradoxo: ela pretende ser o instrumento cognitivo e de persuasão do sentido que ela mesma constrói.

Trata-se, contudo, de um paradoxo rico de possibilidades, bastando notar que a chamada à memória do sofrimento (que não pode ser descrito de forma precisa, mas - e se e quando tanto - apenas interpretativamente narrado) permite o exercício de um papel restaurativo que requer necessariamente a ativação da memória. Ricoeur (2004, p. 412) pontua, com grande acerto, que esta ativação faz a diferença entre perdão e esquecimento, e apenas o primeiro é judicializável, já que o segundo nem mesmo pode ser expresso dialogicamente. De fato, em outro de seus textos Ricoeur resgata a relação narratividade/temporalidade/linguagem, dizendo ser esta última não o meio carregador das primeiras, mas antes o que atribui sentido às duas primeiras, através do sentido wittgensteiniano da expressão “jogos de linguagem” (RICOEUR, 1999, p. 180). Daí ser mais correto falar, hermeneuticamente, que a própria identidade do narrador não é reproduzida como um *idem* no texto (reprodução esta que seria invariável temporalmente), mas como um *ipsis*, isto é, com sentidos que estão temporalmente abertos e que podem viver a sua confirmação ou a sua revisão a depender de circunstâncias futuras absolutamente imprevisíveis de antemão (RICOEUR, 1999, p. 215-216).

Se, por um lado, a hermenêutica filosófica – tratada sem os cuidados limitativos de uma racionalidade reflexiva, tende a uma ontologização do ato de julgar[18], a aplicação das conclusões habermasianas sob o papel crítico do princípio discurso nas democracias constitucionais deve ser compreendido como um alerta para as possibilidades e riscos presentes no uso da repercussão geral como critério de admissibilidade de recursos ordinários. É imperativo que, neste uso, assumam-se uma racionalidade que admite a presença de incertezas nos sentidos dados aos direitos fundamentais, tanto para que o sentido de direitos mantenha-se aberto à resignificação como para que a corte constitucional disponha de um instrumento que lhe permita participar institucionalmente da visibilidade de sua pauta, e, simultaneamente, assumir pública responsabilidade pelos temas que são por ela pautados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO PINTO, Cristiano P. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao>. Acesso em: 19 nov. 2006.

_____. Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 de dezembro de 2006, Seção 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acessado em 29 nov. 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF2007.pdf>>. Acessado em 27 nov. 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Publicação de livros. Antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Constituição. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. HC 82.424-2/RS, Siegfried Elwanger v. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Correa. Disponível em <www.stf.gov.br> Acessado em 10 jan. 2007c.

BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história*. Trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina da Mora. Rev. Angélica Diogo Pretel e Vara Lúcia B. Bolognani. São Paulo: Editora Perspectiva, 2ª ed., 1992.

BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Trad. Agencia Literaria Eulama. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 1ª reimp. 2000.

CAMERON, W. S. K. On communicative actors talking past one another: the Gadamer-Habermas debate. **Philosophy Today**. Chicago. v. 40, n. 1, p 160-168, primavera, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDERLYI, Maria F. Pauta seletiva: repercussão geral vai tirar briga de vizinho do STF. **Consultor Jurídico**, 4 mai. 2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em : 7 nov. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Appeal from The United States District Court for The District of Kansas, 347 U.S. 483, Brown v. Board of Education of Topeka. Relator: Chief Justice Warren. 18 mai. 1954. Disponível em <<http://supct.law.cornell.edu>> Acessado em 10 jan. 2006a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Certiorari to The Circuit Court of Appeals for The Ninth Circuit., 321 U.S. 760, Korematsu v. United States. Relator: Justice Black. 18 dez. 1944. Disponível em <<http://www.tourolaw.edu/patch/Korematsu/#op>> Acessado em 8 jan. 2007.

_____. Suprema Corte. Error to The Supreme Court of The State of Louisiana, 163 U.S. 537, Plessy v. Ferguson. Relator: Justice Brown. 17 mai. 1954. Disponível em < http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0163_0537_ZD.html> Acessado em 10 jan. 2006b.

FLETCHER, George P. *Our secret contitution: how Lincoln redifined american democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El Giro Hermenéutico*, trad. Arturo Parada. Madri: Ediciones Cátedra, 2ª ed. 1995.

_____. *O problema da consciência histórica*. Organização: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2ª ed. 2003.

_____. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

_____. *Verdade e método II*. Trad. Enio Paulo Giachini, rev. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2ª ed. 2004.

GINZBURG, Carlo. *Olhos de Madeira: nove reflexões sobre a distância*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª ed. 2ª reimp. 2001.

GREENBERG, Ellen. *The Supreme Court explained*. Nova York/Londres: W. W. Norton & Company, 1997.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Revisão: Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

_____. *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Tecnos, 1990.

_____. *Teoria y práxis*. Trad. Salvador Torres e Carlos Moya. Madri: Tecnos, 1990b.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed. 2002.

_____. On law and disagreement. Some comments on “interpretative pluralism”. **Ratio Júrís**. Oxford, v. 16, n. 2, p. 187-194, junho de 2003.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Trad. Luís Manuel Bernardo. Rev. trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1990.

HUTCHINSON, Dennis J. *Brown v. Board of Education*. In: HALL, Kermit L. (org.). **The Oxford companion to The Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KOSELLECK, Reinhardt. e GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenêutica*. Trad. Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1987.

LE GOFF, Jaques. *História e memória*, trad. Irene Ferreira, Bernardo Leitão e Suzana Ferreira Borges. Campinas: Ed. Unicamp, 5ª ed., 1ª reimp. 2005.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate et al. Cidade do México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2ª ed. 2005.

MAUSS, Ingrid. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, N.º 58, p. 183-202, novembro de 2000.

MOURA, Carlos A. R. *A invenção da Crise*. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise da razão**. São Paulo: Cia das Letras e MINC/FUNARTE, 1ª ed., 2ª reimp. 2006.

PATLAGEAN, Évelyne. *A história do imaginário*. In: LE GOFF, Jacques (org). **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2ª tir. 2001.

PRATT Jr, Walter F. *Plessy v. Ferguson*. In: HALL, Kermit L. (org.). **The Oxford companion to The Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

RICOEUR, P. *Historia y narrativa*. Trad. Gabriel Aranzueque Sahuquillo. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *Memory, history, forgetting*. Trad. Kathleen Blamey e David Pellauer. Chicago: Chicago University Press, 2004.

_____. *O justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Cassimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

_____. *Equality and the dialectic between identity and difference in multiculturalism and law: a critical debate*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=804488>>. Acessado em 12 jan. 2007.

_____. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939>. Acessado em 10 dez. 2006.

SMITH, B. H. *Crença e resistência: a dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea*, trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Repercussão geral. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/listarServicos.asp>>. Acesso: 10 jan. 2008.

SUNSTEIN, Cass R. *Concurring the judgement*. In: BALKIN, Jack M. (org). **What *Brown v. Board of Education* should have said**. Nova York: New York University Press, 2002.

_____. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

[1] A norma legal afirma que esta repercussão está presente quando a questão constitucional versada em uma causa ultrapassar os interesses subjetivos presentes nela, sob o ponto de vista de sua relevância econômica, política, social ou jurídica (BRASIL, 2007a, p. 1).

[2] cf arts. 323 e 324, do RI STF (BRASIL, 2007b, p. 149).

[3] Esta irrecurribilidade está prevista no art. 326, do RI STF (BRASIL, 2007b, p. 150).

[4] Cf. arts. 325, par. único, e 329 do RI STF (BRASIL, 2007b, p. 150-151).

[5] No momento de redação deste texto, já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal cinco temas nos quais a repercussão geral se faz “sempre presente”: a) a exigência de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições sociais (art. 146, inc. III, da Constituição) para constituição do crédito tributário e da respectiva ação de cobrança; b) a controvérsia sobre a inconstitucionalidade, declarada na origem, da expressão “observado, quanto ao artigo 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005; c) o alcance de imunidade quanto à Contribuição Social sobre o Lucro no que a Corte de origem refutou a não-incidência do tributo; d) a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo e e) a subsistência do artigo 13 da Lei nº 8.620/93, a prever a responsabilidade solidária dos sócios ante contribuição social devida por pessoa jurídica a revelar sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Por outro lado, em dois outros temas foi afirmada a “inexistência definitiva” de tal repercussão geral: a) a redução de ofício da multa fixada pelo juiz, em mandados de segurança, com fundamento no art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil e b) a responsabilização por danos materiais e morais, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, nos casos que envolvem a gestão desportiva praticada pela Confederação Brasileira de Futebol (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

[6] KOSELECK; GADAMER, 1987, p. 9-10.

[7] idem, ibidem, p. 18-20.

[8] BRETONE, 2000, p. 173.

[9] GADAMER, 2003, p. 14-15.

[10] KOSELECK; GADAMER, p. 106.

[11] Em um diálogo interessante com NIETZSCHE, GADAMER vai apontar que o estranhamento da razão se faz pela própria razão, e, ao invés de reduzi-la ao mito, a melhor alternativa é posicionar esta precariedade da razão histórica - esta temporalidade - no centro da reflexão filosófica, retirando dela pretensões de saberes absolutos que "suspendam o passado" o que dele disponham ao seu bel-prazer (GADAMER, 1995, p. 117-121).

[12] Neste sentido, a observação de Araújo Pinto sobre a utilização política das mudanças de calendários (ARAÚJO PINTO, 2002, p. 124-125).

[13] Sobre a tematização lingüística de sentidos que se achavam imersos em um pano de fundo consensual, cf. GADAMER, 1999, p. 636-662.

[14] Em tal caso, foi debatida pela Corte a constitucionalidade de uma ordem de seclusão de um cidadão nipo-americano, no período da II Guerra Mundial, nos campos de internação destinados à detenção daqueles que, por sua ascendência étnica, poderiam em tese representar riscos aos esforços iniciais de guerra dos EUA para com os países do "eixo", dentre eles, obviamente, o Império do Japão. Na sua apreciação, a Corte, em decisão redigida pelo *Justice Black*, prevaleceu o entendimento de que não havia prova da existência de uma discriminação racial, mas sim o atendimento de um imperativo de segurança nacional em tempo de guerra, segundo poderes que o parlamento havia concedido ao chefe do executivo em vista do esforço de guerra (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2007),

[15] Cf. Habermas (1998, p. 84-89)

[16] Esta é, em síntese, a afirmação de alerta de Ingeborg Maus ao examinar a tendência de comportamento da Corte Constitucional Alemã (MAUS, 2000, p. 191-193).

[17] Nem o deve ser, quando internamente se pretende manter aberta a identidade do sujeito constitucional (HABERMAS, 2003, p. 293) e, sob uma perspectiva externa, manter-se o próprio sistema do direito aberto para futuro (LUHMANN, 2005, p. 188).

[18] Este alerta vem do próprio Ricoueur: "Creio, então, que o acto de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que divide a minha parte da vossa e o que, por outro lado, faz com que cada um de nós tome parte na sociedade. É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do acto de julgar: por um lado cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer cada um a parte que o

outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade.” (RICOEUR, 1995, p. 168-169).

**A VERDADE DA ARTE NA HERMENÊUTICA DE GADAMER E SUA
APLICAÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO***

**THE TRUTH OF ART IN HERMENEUTIC OF GADAMER AND YOUR
APPLICATION TO THE SCIENCE OF LAW**

**Viviany Almeida Loureiro
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa**

RESUMO

O presente artigo parte da experiência da arte no trabalho de Hans-Georg Gadamer e da hermenêutica a ela inerente, no intuito de apresentar uma forma de interpretação do direito vinculada à dimensão histórica com revalorização do sujeito, da dimensão do conflito e do caso concreto. Na primeira parte é feita uma síntese da hermenêutica em sua trajetória para em seguida expor a libertação da subjetivação estética em Gadamer através da recomposição dos elementos que pressupõe a compreensão da verdade da arte. Conceitos como o de gosto, gênio, símbolo e alegoria são vistos a partir da estética Kantiana para uma clara compreensão da arte vivencial, do jogo que envolve a compreensão da obra de arte, que passa pela representação para se revelar como verdade sui generis que se dá através da configuração. No terceiro capítulo é que todos esses elementos conceituais serão aplicados à interpretação jurídica através da utilização de um ensaio do jurista Ronald Dworkin, qual seja a fábula da cortesia, como exemplo desta tendência interpretativa onde a metodologia aplicada segue os caminhos que devem ser trilhados para o encontro da verdade da obra de arte.

PALAVRAS-CHAVES: HANS-GEORG GADAMER, INTERPRETAÇÃO, VERDADE, CONFIGURAÇÃO.

ABSTRACT

This article from the experience of art in the work of Hans-Georg Gadamer's hermeneutics and her inherent in order to present a way of interpreting the law linked to the historical dimension of the subject to revaluation, the scale of the conflict and the case. The first part is a summary of hermeneutics in his trajectory to then explain the release of subjectivity in aesthetic Gadamer through the recomposition of the elements that requires an understanding of the truth of art. Concepts such as taste, genius, symbol and allegory are seen from the aesthetic Kantian for a clear understanding of the living art of game that involves the understanding of the work of art, such as the representation

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

to prove how true that is sui generis done by the configuration. In the third chapter is that all these conceptual elements will be applied to the legal interpretation through the use of a trial of lawyer Ronald Dworkin, which is the tale of courtesy, as an example of this trend where the interpretative methodology applied follows the paths that must be tracks for the encounter the truth of the work of art.

KEYWORDS: HANS-GEORG GADAMER, INTERPRETATION, TRUTH, CONFIGURATION.

I - INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a refletir a questão da experiência da arte em Hans-Georg Gadamer como método adequado ao campo do direito. O autor, que é consagrado por sua exploração da hermenêutica atual, faz uma exposição crítica da estética moderna mostrando que mesmo quando se usou um método na ciência das artes, este método cumpria uma função auxiliar em relação à experiência. A estética está subordinada a hermenêutica, pois a experiência com a obra é uma experiência de compreensão.

O antigo modelo hermenêutico, que nas ciências jurídica foi preconizado por Emilio Betti, era de caráter metodológico e o que se valorizava era a intenção do autor. Era uma hermenêutica epistemológica que também foi desenvolvida por Schleiermacher e Dilthey e que via a hermenêutica como um corpo de princípios metodológicos que subjazem a interpretação. Era como uma decodificação de informações simbólicas dadas, baseado no princípio da autonomia do objeto. Também pode ser considerada normativa, uma vez que se partia das regras à interpretação, os princípios eram orientadores da compreensão.

Gadamer usa a estética para conduzir a ruptura com a filosofia centrada no sujeito e na consciência. Para ele a hermenêutica é uma exploração filosófica das características necessárias a toda compreensão. A compreensão é tida como um modo peculiar da existência do ser. O que ele estava disposto a estudar, mais que métodos e princípios hermenêuticos, era o que ocorre quando compreendemos. A nova hermenêutica gadameriana realça o caráter histórico, sendo que em toda interpretação há uma opção valorativa e uma influência inafastável da experiência de vida do interprete. O sujeito inserido no mundo interpreta os seus pré-conceitos.

Gadamer propõe uma hermenêutica que rompe com o tecnicismo da velha hermenêutica, contrapondo-se aos cânones empregados no processo interpretativo e negando a existência de uma interpretação verdadeira calcada na objetividade com que é aferida. Trata-se de uma oposição a idéia de hermenêutica como estudo epistemológico que visa antes de tudo a intenção do autor, do artista, cuja consequência tende a ser um conjunto não unísono, mas restrito, de resultados.

Recorremos a hermenêutica de Gadamer onde a interpretação esta vinculada a uma dimensão histórica, o que representa uma revalorização do sujeito, da dimensão do conflito e da importância do caso concreto.

Este artigo está dividido em três partes sendo a primeira uma síntese da trajetória da hermenêutica desde a antiguidade, que deu substrato a construção da teoria de Gadamer. O segundo capítulo é um apanhado principais idéias expostas na primeira parte de Verdade e Método, especialmente onde apresenta um enfoque para além da experiência estética preconizada por Kant. Sob o título de “Libertação da questão da verdade a partir da experiência da arte” Gadamer vai propor uma libertação da subjetivação da estética para, através do deleite artístico, nos mostrar que o que acontece quando compreendemos algo é uma verdade mágica, para muito além da caracterização transcendental abstrata que querem os filósofos da estética.

A terceira parte apresenta a natureza do conhecimento e a peculiaridade do método no âmbito artístico. Reflete a arte enquanto perspectiva de atualização metodológica como possibilidade de trazer elementos que possam apoiar a compreensão do direito. O que já tem sido feito por contemporâneos autores do direito como é o caso de Ronald Dworkin que, em seu livro “O império do direito” faz uso da interpretação de auferir a verdade de uma prática social realizada costumeiramente. Para demonstrar o uso da hermenêutica dialética no direito será feita ainda nesse capítulo uma demonstração de como Dworkin usou a arte para introduzir o direito a partir de uma nova metodologia.

II - BREVE HISTÓRICO DA HERMENÊUTICA.

Como palavra derivada do grego, possui inúmeros significados e em primeiro lugar pode-se traduzir hermenêutica como prática ligada a uma arte, a arte do anúncio do que se encontrava obscuro ou duvidoso. Outro sentido é o que liga a palavra a Hermes, o mensageiro dos deuses, que traduzia os estranhos recados divinos e os traduzia em linguagem compreensiva aos homens.

Segundo Danilo Marcondes “a influência e importância da noção de interpretação em nossa tradição origina-se sobretudo do tratado aristotélico *Peri Hermeneias*, traduzido pelos latinos como *De Interpretationes*”, o qual foi objeto de diversos comentários e deu origem à noção semântica de interpretação. A noção hermenêutica de interpretação em Aristóteles, no entanto, só se deu a partir do famoso tratado da *Poética* e apenas no séc. III temos relatos da hermenêutica como exegese através da Escola Cristã de Alexandria que se utilizava da hermenêutica de Aristóteles na análise e comentário de textos sagrados das Escrituras, o Novo e o Velho Testamento.

Foi na execução destes trabalhos que surgiu a noção de que nenhum texto é claro o suficiente, há sempre um texto oculto em um texto manifesto e que precisa ser desvelado pela interpretação.

Desta forma, pode-se dizer que é de certo modo nesse momento que começa a surgir e a se generalizar, a partir do campo exegético bíblico, a concepção de que no fundo nenhum texto é transparente, autoevidente, mas requer sempre um processo

interpretativo, depende de uma hermenêutica, processo este que gera novos textos e que é potencialmente infinito (MARCONDES, 0000 p. 200-201).

Na idade moderna, com Descartes e Locke, a tradição semântica atribui um papel central a subjetividade do significado no processo de interpretação. É o chamado idealismo, o qual marcará todas as teorias deste período até o advento da filosofia da linguagem já no séc. XIX. Portanto, pode-se dizer que, enquanto projeto filosófico, foi apenas no séc. XIX com, Friedrich Schleiermacher (1768-1834) e Wilhelm Dilthey (1833-1911), que a hermenêutica passou a ser mais que uma prática interpretativa ainda arraigada aos cânones metodológicos. Hegel e a interpretação histórica da cultura fez com que as ciências humanas fossem vistas caracteristicamente como ciências fundadas na interpretação das manifestações da cultura em seus contextos, sempre carregada de um caráter essencialmente simbólico. É neste momento que a hermenêutica abandona o título de método interpretativo de textos para tornar-se filosofia.

Heidegger deu seu contributo oferecendo uma interpretação antropológica, e da mesma forma muitos outros como Paul Ricoeur que, segundo Javier (1993), elabora um teoria do texto com a qual espera superar as limitações que crê descobrir na hermenêutica de Heidegger e Gadamer, estabelecendo uma mediação entre a explicação e a compreensão.

Numa divisão da história recente da hermenêutica Ricoeur vê dois momentos distintos, um primeiro com uma tendência ampliativa do âmbito da hermenêutica (das hermenêuticas regionais à hermenêutica geral) e que tem uma preocupação epistemológica. É o que ele chama de etapa de ‘generalização’ e que é representada pelas obras de Schleiermacher e Dilthey. A segunda fase na divisão de Ricoeur é a chamada etapa de ‘radicalização’, onde *compreender* deixa de ser um modo de conhecer para converter-se em uma *maneira de ser* de comportar-se com relação aos entes e ao ser, ou seja, passa da epistemologia à ontologia.

Essa segunda etapa é representada por Heidegger e Gadamer, sendo que a reflexão filosófica deste se propõe a reabrir o debate das ciências do espírito a partir da ontologia de Heidegger. Gadamer se propõe a reabrir o debate sobre as ciências do espírito e a lutar contra o distanciamento alienante das consciências estética, historiográfica e verbal, com um enfoque especial para o estudo da consciência historiográfica e as condições de possibilidade das ciências do espírito.

Karl-Otto Apel no início dos anos 70 dedicou parte de sua obra a comparar as concepções de Heidegger e Ludwig Wittgenstein sobre o giro hermenêutico e pragmático da linguagem criticando a insuficiente reflexão de ambos no que diz respeito ao *logos* e ao *jogo de linguagem discursivo da filosofia*. Seus argumentos são no sentido de que nenhum dos dois pensadores reconheceu a principal exigência do *logos* (jogo de linguagem) filosófico, qual seja, a reflexão estrita, e sempre articulável no meio de linguagem público, sobre aquilo que se faz, com o que se conta e se pressupõe quando se apresentam perguntas e temas filosóficos. Acusa-os de uma paralisação da razão pós-convencional por não aprofundarem os problemas hermenêuticos e afirma que em tais autores há um déficit de reflexão sobre a racionalidade do discurso argumentativo que mostra que os mesmos continuam arraigados ao paradigma metafísico.

Transgredindo esta crítica de Apel a eleição por Gadamer identifica neste autor a proposta de uma nova hermenêutica baseada numa compreensão do sujeito inserido em seu mundo. Ele procura pensar o próprio acontecimento da compreensão e não a busca do sentido original que deve ser desvendado pelo interprete. Essa maneira de interpretação tem uma perspectiva ontológica como caminho em direção à pergunta: o que acontece quando eu compreendo?

Como a resposta carece de um objeto o autor usa as artes e as escolhe porque, como o direito, é uma ciência do espírito e que, portanto, requer métodos próprios, distintos dos usados no conhecimento e compreensão das ciências naturais. Parte da experiência da arte e da tradição histórica para desenvolver a hermenêutica das ciências do espírito, não no sentido tradicional epistemológico-metodológico.

O que o autor quer demonstrar é a diversidade e intensidade de sentidos que acontece quando compreendemos algo. Assim a reflexão sobre o que é a verdade nas ciências do espírito passa por um reconhecimento da consciência histórica.

Por ser uma hermenêutica voltada à compreensão através da prática do filosofar é que a hermenêutica filosófica se aproxima da antiga tradição da filosofia prática. Como em Aristóteles, a filosofia está situada no acontecer e desta forma podemos dizer que o autor faz um apelo à recuperação do âmbito prático da filosofia.

A noção de verdade presente na experiência de compreender e interpretar não se esgota na verdade possível de ser estabelecida no domínio das ciências. A verdade hermenêutica não é subjetiva, é intersubjetiva.

II – A VERDADE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA ARTE.

O conceito de objetividade da ciência exige ater-se ao cânon determinado pela *mens auctoris*. Mas será esse cânon realmente suficiente? O que se dá, por exemplo, na interpretação de *obras de arte* (...)? Pode-se, por acaso, negar que o artista executor “interpreta” a criação original, não se limitando a fazer dela uma nova criação? ... Com que direito podemos excluir da ciência esse sentido reprodutivo da interpretação?(GADAMER, 2005, p.126-127 II).

Ao ler um texto se é capaz de reconhecer verdades. Mas essas verdades e esse conhecimento não são legitimados em face da cientifização que prevalece nos tempos modernos, onde qualquer verdade deve estar estribada no método. A investigação de Gadamer tem a intenção de restaurar as formas de verdade que não se subsumem à formatação metodológica tradicional, uma verdade da configuração que ela alcança.

A natureza do conhecimento e a peculiaridade do método no âmbito da arte são representadas pela dinâmica do jogo que compreende as verdades articuladas e que dão sentido às configurações. A verdade da obra de arte é, portanto, a configuração em que

esta se transforma e assim é capaz de envolver a platéia num universo simbólico e não racional. A verdade deixa de ser empírica para ser configuração.

Mas surge o problema da legitimidade e assim as ciências do espírito¹ juntam-se a experiências que estão fora da ciência por manifestarem uma experiência da verdade que não pode ser verificada metodologicamente.

A preocupação com o resgate da especialidade desses saberes conduz o autor a dirigir sua investigação ao conhecimento no âmbito da arte e refletir sobre o método a elas apropriado. Assim, a primeira parte de *Verdade e Método* trata da experiência da arte porque tanto esta quanto a filosofia mostram a insuficiência da verdade metodológica. A proposta é um estudo da hermenêutica partindo da experiência da arte e da tradição histórica. O autor chega a delimitar que o objeto de sua reflexão não é a consciência estética, mas a experiência da arte, e juntamente com ela a questão do modo de ser da obra de arte.

Para introduzir a discussão da obra de arte Gadamer faz uso de conceitos básicos do humanismo, tais como: formação, *sensus communis*, juízo e gosto. Dá maior enfoque ao gosto para introduzir a visão kantiana que será o ponto de partida para a exposição da verdade na experiência da arte.

Tanto o juízo como o gosto são julgamentos individuais com vistas a um todo, a ver se ele se ajusta a todas as outras, se combina. Mas o gosto é considerado uma capacidade de discernimento espiritual, uma transição do prazer dos sentidos ao sentimento ético, o mais animalesco e o mais íntimo dos sentidos, não é um mero instinto, está entre o instinto sensorial e a liberdade espiritual. A moda, por exemplo, é um fenômeno estreitamente vinculado ao gosto.

A noção de gosto foi mais fortemente influenciada por Kant, ele apoiou a auto-reflexão das ciências do espírito na metodologia das ciências da natureza. Trata da universalidade subjetiva do gosto estético e para ele só importa o puro juízo do gosto. O gosto é o verdadeiro sentido comum que reside na universalidade, tem uma função transcendental.

A abordagem do gosto em Kant tem um apelo à universalidade e ao caráter comunitário, o gosto vai além do que pode ser provado metodologicamente, não possui uma universalidade empírica, é uma capacidade própria e pessoal.

A demonstração kantiana de que o belo agrada sem conceituação alguma não impede, de forma alguma, que nos interessemos só pela beleza que nos atinge significativamente. É justamente o reconhecimento da ausência de conceituação do gosto que nos permite superar uma estética do mero gosto. (GADAMER, 2007, p. 91)

Assim ele acaba por negar ao gosto qualquer significado cognitivo sendo um jogo livre de imaginação e compreensão. Enuncia também a teoria da beleza livre e dependente, onde o gosto puro é diverso do gosto intelectualizado. Quando se atribui finalidade a algo já se restringe o prazer estético, da mesma forma o julgamento dos sentidos é diferente do julgamento do pensamento.

Kant definia a arte como a bela representação das coisas, mas, para além disso, é algo que ultrapassa todo conceito. Gadamer, por sua vez, afirma que a o ideal de beleza só existe com relação à figura humana:

Somente da figura humana, justamente por ser a única capaz de uma beleza fixada pelo conceito teleológico, existe um ideal de beleza! Essa teoria elaborada por Winckelmann e Lessing, ganha na fundamentação da estética de Kant uma espécie de posição-chave. (GADAMER, 2007, p. 87)

Também Hegel é convidado a participar das reflexões a respeito da arte, diz que é da essência da arte se confrontar consigo mesmo, e na mesma linha, Kant nega o prazer sensorial como sendo a razão da estética. A estética da perfeição tem sua beleza no encontro do homem consigo mesmo, na natureza e no mundo humano-histórico.

Enfim, Kant acentua a vantagem do belo natural sobre o belo artístico no estudo do juízo estético, afirmando ser o belo natural moral por natureza, desperta um interesse imediato, *a priori*. Dá uma significação moral para o belo natural porque sendo natural é um fim em si mesmo.

2.1 – O GÊNIO.

No trato da concepção de gênio na arte Kant não se limita à psicologia da criação artística, mas enfoca a irracionalidade da criação. O gênio é um modo de manifestação desse espírito vivificador que através do livre impulso cria o novo. Numa relação entre gosto e gênio temos que o gosto é universal na significação de seu conceito enquanto que o gênio restringe-se ao caso especial da beleza artística. Ele restringe assim o conceito de gênio à criação artística que envolve, mais do que métodos, a inspiração.

Numa análise histórica do conceito de gênio Gadamer adverte que Kant vinculava o conceito de gênio à natureza enquanto Schiller elevou ao primeiro plano o ponto de vista da arte. E assim os conceitos de gosto e gênio ganham nova roupagem. “O conceito mais abrangente passa ser o de gênio, enquanto que se começa a desvalorizar o fenômeno do gosto” (p.99). O conceito de gosto passa a ocupar um segundo plano quando a arte começa a ser o centro, ao que Kant chama de ‘gosto consumado’ e que é criticado por Gadamer face a constante mutabilidade do gosto. “Se há algo que é um testemunho da mutabilidade de todas as coisas humanas e da relatividade de todos os valores humanos, este algo é o gosto”(p.101).

A conclusão a que se chega é de que o conceito de gênio desenvolvido por Kant como um princípio transcendental para o belo artístico é muito mais apropriado que o de gosto, já que este não satisfaz a fundamentação kantiana da estética. O conceito de gênio passa a ser mais abrangente e se começa a valorizar o fenômeno do gosto. O interesse pela natureza dá lugar ao encontro do homem consigo mesmo, claramente descrito por Hegel.

A preocupação essencial de Kant era produzir uma fundamentação da estética autônoma, livre dos padrões conceituais e isso diferencia sua concepção de gênio da do séc. XIX onde o romantismo-idealista reduzia o conceito de gênio ao autor. Em Kant o conceito de gênio passa a ser um conceito de vida abrangente, e a vivência é tida como a genuína realidade da consciência.

2.2 – A PALAVRA VIVÊNCIA E A ARTE VIVENCIAL.

A palavra começou a ser utilizada no séc. XIX especificamente em relação a literatura biográfica, no sentido de se compreender uma obra a partir da vivência. A palavra vivenciar da qual é derivada é mais antiga na literatura alemã no sentido de imediatividade ou de conteúdo permanente do que é vivenciado, duração. Dilthey foi quem primeiro atribuiu uma função conceitual a esta palavra, mas o fez através da obra de Goethe. O uso desta palavra transparece claramente uma crítica a filosofia racionalista do *Alfklarung* na medida em que implica uma vinculação com a infinitude e a totalidade.

Gadamer se antecipa a dizer que “Algo se transforma em vivência na medida em que não somente foi vivenciado mas que o seu ser-vivenciado teve um efeito especial, que lhe empresta um significado permanente” (p.106). Mas outros filósofos trazem o conceito de vivência. Dilthey, por exemplo, o apresenta em dois momentos, um primeiro que se caracteriza pelo panteísmo onde se vê a vivência em tudo, e um segundo momento positivista de cunho empirista, o qual visa ao resultado. Husserl faz uma abordagem fenomenológica da vivência quando enfoca a vivência popular. Ambos buscam um significado teleológico para a palavra.

Mas o que há de mais intrigante no conceito de vivência, e que só é observado por Gadamer, não é seu caráter epistemológico e sim sua referência interna com a vida.

Se examinarmos a exata determinação daquilo que aqui se chama vida e o que disso opera no conceito de vivência, será fácil ver que a relação entre vida e vivência não é uma relação entre um universal e um particular. A unidade da vivência determinada pelo seu conteúdo intencional encontra-se, antes, numa relação direta com o todo, com a totalidade da vida (GADAMER, 2007, p.115).

A estrutura da vivência possui uma afinidade com o modo de ser do estético, uma aventura que arrebatava o ser humano de si mesmo sem, no entanto, aliena-lo de sua própria vivência. Trata-se de uma experiência que representa o todo, e assim a arte vivencial é considerada a verdadeira arte.

2.2.1 – Símbolo e alegoria.

O conceito de arte vivencial traz a tona uma discussão sobre o símbolo e a alegoria. Kant trouxe o conceito de representação simbólica quando descobriu que a linguagem

trabalha de maneira simbólica e afirmou que o belo é o símbolo do eticamente bom. Deste modo o conceito de símbolo ocupa uma posição central na filosofia da arte. Mas à medida que o símbolo foi sendo valorizado a alegoria sofreu uma depreciação. Esta razão é procurada por Gadamer de forma minuciosa, perpassando autores que trabalharam com estes dois termos.

Há uma semelhança muito grande entre símbolo e alegoria. Ambos representam uma coisa através de outra. A diferença é que na alegoria o significado externo ao objeto utilizado enquanto no símbolo é o ser próprio e manifesto que tem significado, ele exibe um significado e não utiliza metáforas, retórica, para dizer algo. “No conceito de símbolo ressoa, porém, um pano de fundo metafísico que se afasta totalmente do uso retórico da alegoria”(p.121).

Gadamer entende que Goethe influenciou a idéia do simbólico como um conceito artístico positivo e o alegórico como um conceito artístico negativo e, num passeio histórico pelos dois termos chega à conclusão de que a arte no séc. XIX estava baseada na alma e por isso sua ligação como o simbólico, em contrapartida o barroco é um estilo carregado de alegoria.

Apesar dessa conclusão o autor não se fecha em suas constatações e, como sábio hermeneuta, continua seus questionamentos acerca da verdade estética que encontrara no processo de análise histórica dessas duas palavras. “Será que podemos aplicar o conceito de consciência estética a essas configurações sem diminuir seu verdadeiro ser? (p.130)”.

2.3 – ARTE E VERDADE.

O que chamamos de obra de arte e vivenciamos esteticamente repousa, portanto, sob um produto da abstração. Na medida em que se abstrai de tudo em que uma obra se enraíza, como seu contexto de vida originário, isto é, de toda função religiosa ou profana em que se encontrava e em que possuía seu significado, então se tornará visível a “pura obra de arte”. Nesse sentido, a abstração da consciência estética produz algo que é, para si mesmo, positivo. Permite ver e existir por si mesmo aquilo que é a pura obra de arte. Chamo a esse produto se “distinção estética” (GADAMER, 2007, p.135).

A arte para Gadamer vem carregada da simultaneidade da vivência estética que através da autoconsciência dá origem a abstração. Essa abstração é necessária para que se tenha a real vivência estética que só é alcançada quando se distingue a intenção estética de tudo que não é estético. Mas para que seja realmente arte a estética tem de ultrapassar a si mesma e renunciar a pureza do estético rumo a valorização da vivência, do encontro consigo mesmo. Nisto consiste a verdadeira experiência da arte para Gadamer.

Como sempre, ele não deixa de considerar as ambigüidades que podem advir de cada conceito, como o faz com o conceito de gênio, de vivência estética, bem como na relação entre símbolo e alegoria. Afirma que a experiência da arte, apesar de interior, de revelar o homem a si mesmo, não deve ser relegada à falta de comprometimento da

consciência estética. A subjetivação do juízo estético que teve início com Kant não pressupõe que não deva haver nenhum conhecimento ou pretensão de verdade na arte, mas que a experiência da arte é uma forma de conhecimento *sui generis*.

2.4 – “A OBRA DE ARTE É JOGO”.

Um dos pontos abordados por Gadamer no estudo das artes e o uso do jogo como explicação ontológica da obra de arte. Justifica a importância do conceito de jogo para o estudo da obra de arte na constatação de que em uma contraposição da consciência estética com um objeto, o resultado obtido não corresponder ao real estado das coisas. Todo jogo pressupõe um campo de jogo onde entram em vigor certas regras, isso implica que o jogo é formado por uma série de elementos numa riqueza que impede o surgimento de relações unilaterais. Da mesma forma que é impossível se dizer que alguém é um bom jogador de futebol apenas por mostrar habilidades com a bola, sem demonstrar sua real atuação em um jogo, toda e qualquer compreensão sempre acontece no âmbito de um campo de jogo histórico-linguístico.

A idéia de jogo é importante na tradição da teoria estética alemã, principalmente em Schiller e Kant, mas, segundo Gadamer sua origem remonta a antropologia de Huizinga que discorre sobre a importância do jogo em todos os aspectos da vida cultural. Gadamer fala de jogo como o modo de ser da própria obra de arte, o que inclui além do jogo nos esportes organizados, uma infinidade de sentidos, inclusive os sentidos metafóricos: “o jogo das luzes, o jogo das ondas, o jogo das peças de um maquinário, o jogo atribulado dos membros, o jogo das forças, do jogo das moscas, até mesmo o jogo das palavras” (p.156).

O jogo aqui não é uma mera atividade recreativa, mas algo sério e que exige envolvimento. Como uma dança, a idéia de jogo em Gadamer envolve sujeitos e um vai-e-vem de movimentos, sem esforço e que não encontra ponto fixo, de modo que o significado dos trabalhos de arte é aquilo que é revelado e exposto na oscilação constante entre o trabalho de arte e o intérprete.

Nota-se que a idéia de jogo proposta pelo autor envolve um duplo movimento: de um lado a dinâmica entre os jogadores e o jogo, e de outro a relação entre os jogadores e os expectadores. “É sobretudo desse sentido medial do jogo que resulta a referência ao ser da obra de arte. Na medida em que existe sem finalidade, sem intenção e inclusive sem esforço, e enquanto um jogo que sempre se renova, a natureza pode aparecer como um modelo de arte”(p.159). Na mesma linha, Gadamer afirma que todo jogar é um ser-jogado na medida em que o jogo se assenhora do jogador e o atrai com o risco que o jogo proporciona.

O jogo também implica representação, pois no jogo há regras e tarefas que devem ser cumpridas pelo sujeito que joga. Esse representar assume um aspecto de auto-representação do jogador através da representação do jogo. Ainda que não exista relação de fim, que representar seja o próprio jogo, todo representar pressupõe um representar para alguém, para um terceiro, o que Gadamer chama de “representar para...”. É importante esclarecer que esse expectador não existe de fato no jogo exposto pelo autor, ele é apenas uma condição para que o jogo se realize, uma espécie de mediação. “Por

sua própria natureza, a representação da arte é tal que se endereça a alguém mesmo quando não há ninguém que a ousa ou assista” (p.165).

Mas a verdadeira mediação se dá quando o jogo se transforma em configuração, ou seja, ele se torna realmente arte quando se mostra liberto da atitude representativa para se configurar o no próprio jogo e sua intenção lúdica. Gadamer prefere a palavra transformação à modificação, pois entende que na transformação há mais renovação que na modificação. “Assim a transformação em configuração significa que aquilo que era antes não é mais”(p.166) a identidade daquele que joga é absorvida pelo jogo de modo que se anula a distinção entre o que representa e o que é representado.

Esse processo de representação em Gadamer é cuidadosamente explicado e passa de metafísico a algo palpável como uma mágica que acontece como compreendemos algo.

Mas não compreendemos o que é reconhecimento, em sua essência mais profunda, se atentarmos apenas ao fato de que ali reconhecemos algo que já conhecíamos, isto é, o fato de que o conhecido é reconhecido. A alegria do reconhecimento reside, antes, no fato de identificarmos *mais* do que somente o que é conhecido. No reconhecimento, o que conhecemos desvincula-se de toda casualidade e variabilidade das circunstâncias que o condicionam, surgindo de imediato como que através de uma iluminação, sendo apreendido em sua essência. Ele é reconhecido como algo. (GADAMER, 2007 p.170)

Através da exposição do conceito de representação, o qual passa pelo conceito de *mimesis* grega (imitação), Gadamer procura demonstrar que representar é a verdadeira essência do jogo, que a arte só pode ser, arte ontologicamente falando, se for representada através do jogo. Ele ressalta a mútua pertença entre configuração e jogo, a dupla *mimesis*, pois a representação que se dá na execução de uma obra é o que atribui materialidade ao que esta obra buscava. A experiência da obra de arte leva em conta o seu todo e assim se torna indiferente a boa ou má execução da obra pelo ator frente às infinitas possibilidades de ser da própria obra, pois todas as possibilidades de representação encontram-se subordinadas a representação concreta. Todas as representações são simultâneas à obra e todas as significações a ela pertencem.

O jogo da compreensão envolve o fato de a compreensão se encontrar incessantemente em jogo. Isso quer dizer que o verdadeiro ser da obra de arte não é separável de sua representação e que na representação surge a unidade e identidade de uma configuração. A dependência da representação faz parte da essência da arte de modo que toda repetição é tão original quanto a própria obra de arte. A dinâmica característica deste ser e da ciência neste âmbito compreende verdades incompatíveis com a idéia normativa estática do método. Configuração envolve sentido, experiência, vivência e acima de tudo verdade.

III – DWORKIN E A FILOSOFIA DA CORTESIA.

Retórica, argumentação e linguagem são representações que, no campo do direito visam alcançar configurações e assim fazer sentido ao auditório. O discurso racional e simbólico é compreendido em sua dimensão não racional, não consciente, de forma que autores contemporâneos, atentos a esta nova e inevitável tendência que vem se mostrando cada vez mais promissora, começam a superar métodos tradicionais, que foram e ainda são de grande importância para a dogmática e para a ciência do direito como um todo.

Na obra intitulada “O império do direito”, o jurista norte-americano Ronald Dworkin apresenta uma possibilidade de construção metodológica aplicada à experiência dentro de uma hipótese do âmbito da arte. É a interpretação construtiva como instrumento apropriado ao estudo do Direito enquanto prática social.

Também ele aspira um método de interpretação para as ciências do espírito e para demonstrar a utilização do método apresentado, o autor utiliza uma fábula sobre a prática da cortesia em uma sociedade. Neste exemplo, as pessoas vivem em uma sociedade em que dá determinado valor a esta prática sem, no entanto, se questionar a respeito do sentido, do significado de tal comportamento.

O processo de interpretação segundo Dworkin envolve 3 etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. A construção de tal árvore interpretativa deve começar pelo tronco, o qual é composto pela essência, o mais abstrato a que se possa chegar para lhe tirar a gênese, a finalidade, regras e padrões, enfim, dados brutos. Nesta fase, é importante que haja um forte consenso sobre o que constitui o tronco, para que a partir daí possam ser retirados os dados brutos que darão sustentação ao processo de interpretação. Daí o autor denominar essa fase de pré-interpretativa, usando, contudo, a palavra entre aspas, já que esta fase já traz em si um processo interpretativo. Na sociedade imaginária de Dworkin a cortesia teria em comum em suas diversas formas no tempo e no espaço a noção de respeito.

O segundo passo é o interprete se concentrar numa justificativa geral para os principais elementos da prática rumo a ajustá-la aos dados brutos que foram propostos na etapa pré-interpretativa. Trata-se de uma fase de argumentação sobre a conveniência ou não de se buscar uma prática com essa forma geral onde precisará de convicções sobre até que ponto os ditos dados brutos se ajustam as características gerais da prática. Não pode haver nesta fase uma diferença muito grande entre a convicção das pessoas no que respeita a essa adequação, o que nos permite dizer que aqui também é preciso haver consenso, mesmo que se permita de certa forma o surgimento de alguns galhos neste tronco.

Por fim a pessoa tenta impor significado à instituição, ajustando as idéias àquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que constituiu o tronco da análise. Esta fase é denominada pós-interpretativa ou reformuladora, justamente por este caráter de reestruturação da significação com base na interpretação realizada nas duas etapas anteriores. Este é o local onde pode viver a divergência. Aqui não é preciso que as convicções sejam tão compartilhadas pela comunidade, elas são apenas concepções ligadas a um mesmo conceito e que seguem seu rumo apesar de terem galhos e troncos comuns.

À parte todas as considerações que o autor entende serem necessárias para que se comece a interpretar algo, o ponto de convergência entre o trabalho de Dworkin e a hermenêutica de Gadamer é a preocupação com uma verdade escondida dentro de algo que pela complexidade que envolve, como são as práticas sociais e a obra de arte, não podem ser resolvidas através dos convencionais métodos até então usados.

Para Dworkin o direito é um conceito interpretativo e a melhor interpretação do direito é a construtivista ou criativa. O autor resume na expressão interpretação criativa a interpretação artística e a interpretação de práticas sociais. Atribui este nome porque, segundo seu entendimento, ambas tem o intuito de interpretar algo criado por seres externos ao interprete, não se trata de interpretar algo que não foi criado ou o que as pessoas dizem, como outrora, nos processos interpretativos apresentados. Diversamente, na interpretação criativa a preocupação é com o propósito (porque ele está me dizendo isso, onde ele quer chegar) e não com a causa (o que fez com que ele chegasse a essa conclusão). Dworkin defende uma visão inversa onde a interpretação criativa é uma interpretação construtiva e o propósito buscado não é o do autor, mas o do sujeito intérprete, portanto o propósito nesta visão seria resumido através da pergunta ‘o que posso entender disso que ele está me dizendo?’.

Vale lembrar que a usual técnica interpretativa onde o que se busca saber é o que o autor da obra quis dizer, não passa de uma técnica de interpretação conversacional comum. Esta visão da interpretação criativa é uma espécie de objetivação que não se sustenta já que ao interpretar o objeto artístico somos levados a concebê-lo da melhor forma que ele seja capaz de se apresentar. Assim, não se pode, mesmo a propósito de se buscar uma interpretação isenta da intenção do autor, fugir da nossa própria noção individual, a qual sempre contamina o resultado por ser o mesmo uma interpretação subjetiva nossa em essência.

O que pretende o autor explicar, é que o ser humano não pode fugir ao imperativo de interpretar as coisas a partir de seus conceitos, levar as conclusões em direção a suas concepções do que, da melhor maneira possível, queria dizer o autor. O gênio aqui, como na evolução a que chegou Kant no conceito de gênio das artes, é o interprete e não o legislador.

Deste modo, a interpretação artística não é apenas a busca do que quis dizer o autor, isso pressupõe que o valor da obra está no próprio autor e seu pensamento, como queriam no século XIX e XX os interpretes da arte moderna que atribuíam ao gênio que a criou o valor de uma obra, o gênio aqui é a essência da arte. A intenção do autor como método de interpretação, como acima se procurou demonstrar, não passa de um engano, pois na busca da intenção de autor o que se encontra é sempre a intenção o observador. Nesta perspectiva a interpretação é sempre uma questão de intenção, seja do emissor da mensagem ou de seu receptor.

CONCLUSÃO

A verdade do compreender nas ciências do espírito pede um estudo do conjunto de procedimentos dessa ciência e é isso que o autor faz ao questionar a consciência estética. Quando se pergunta pela verdade da arte o que se está a fazer é preparar o estudo do fenômeno hermenêutico para além do método científico.

Gadamer é fiel aos autores precursores da teoria estética e os cita em toda sua profundidade a fim de dar substrato científico a seu trabalho. Aos que pensam ser ele um relativista falta um conhecimento mínimo, pois uma leitura, ainda que superficial, deixa claro o compromisso científico da teoria hermenêutica gadameriana que, embora rompa com o método tradicional da razão científica, não se deixa perder em abstrações.

A coerência do autor não o permite seguir engegueirado por suas próprias convicções. Além do cuidado em citar os teóricos que antes dele vieram discorrer sobre a experiência da arte está sempre reconsiderando seu posicionamento e questionando-se sobre as possíveis falhas de um estudo a-histórico. Na sua própria obra ele dá exemplo do cuidado que um hermenêuta deve ter com seus próprios preconceitos na análise de um objeto como ciência.

A hermenêutica gadameriana não é uma técnica para extrair o sentido oculto dos textos ou deduzi-los de determinados indícios, mas uma postura, um modo de ser que entrelaça a compreensão do bem, do belo, da verdade, como sua realização, por meio da prática do diálogo. Ele não nega a importância da hermenêutica enquanto método em sentido estrito, ele a fundamentou como uma ontologia da finitude, que é, portanto, relacional e histórica, e que tem por objetivo descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido diante da disputa sobre os métodos.

Gadamer constituiu seu próprio projeto de hermenêutica filosófica. Para ele, mais que uma arte de compreensão e interpretação de textos no sentido clássico, interpretar é um fenômeno da experiência do homem com o mundo. E isso faz dele o precursor da hermenêutica como filosofia voltada para um novo paradigma da ciência com grande possibilidade de influenciar também a ciência do direito rumo ao encontro com a verdade, com a justiça, que se realiza sempre na interpretação do texto-lei juntamente com o texto que representa o caso concreto.

Do mesmo modo, a realização do direito deveria implicar não numa interpretação *secundum legem* ou *contra legem* como querem os manuais de interpretação forense. Também na interpretação do direito deve-se estar consciente do jogo e dos elementos que nele estão envolvidos. As partes, o caso concreto, os princípios do direito e a própria disposição legal pertinente, jogam neste campo que é a realização da justiça de uma determinada questão.

A proposta de uma nova hermenêutica das ciências do espírito é de grande utilidade para o direito. A hermenêutica jurídica ainda tem uma ligação muito forte com a dogmática e o projeto das ciências do espírito é justamente uma libertação da dogmática. Gadamer acredita que “a hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito”(p. 430) uma vez que a ciência do direito está diretamente ligada a prática. Interpretar é aplicar, e para tanto o juiz tem um papel fundamental de manter a ordem judicial seguindo as determinações legais e ao mesmo tempo usando da ponderação para que se realize a

verdadeira justiça. Nessa interação feita pelo juiz diante do caso concreto é que consiste a pura hermenêutica.

Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença, não tem sustentação.(GADAMER, 2007, p.433)

Essa imposição dogmática, a qual tem por intuito a preservação da objetividade da investigação, não merece ser destruída como se de nada servisse. A proposta não é uma revolução, mas uma evolução na interpretação, integração e aplicação do direito que, como ciência social não pode viver ainda arraigado à teoria pura. Os conceitos de vivência estão sendo aos poucos permitidos pela legislação como que autorizando o jurisdicional a agir conforme as regras de experiência², com base no que ordinariamente acontece, mas isso não pode nem ser considerada uma manifestação da nova hermenêutica no campo do direito. O que temos é que já se sinaliza a direção para uma nova hermenêutica jurídica mais afinada com a realidade do direito quanto ciência social, mutável e que não pode sobreviver através de formulas.

Assim como Dworkin faz em sua obra, aqui exemplificada pela fábula da cortesia, outros autores como François Ost também vem utilizando elementos externos ao direito para mostrar como este deve ser interpretado. É uma chamada para o fato de que esta ciência está mais próxima da hermenêutica dialógica do que da epistemologia. Não há mais lugar para respostas do tipo “porque o legislador quis”, pensar ainda é a melhor solução diante de um fato. Subsumir deixa de ser tarefa de jurista para se tornar trabalho de técnicos do direito nesse momento em que interpretar exige reconhecimento do momento histórico e demais nuances de um caso concreto.

A cientificidade do direito foi duramente contestada em face do isolamento e da frieza do método, além da pretensa neutralidade que se atribui ao investigador. Hoje já se pode compreender que o direito não pode ser expurgado do campo das ciências pelo fato de o fenômeno jurídico escapar dos limites do laboratório, alcançando e dependendo diretamente da realidade social que pretenda regular, e isto é bem enfocado por Gadamer. O direito é visto como arte pelo simples fato do pensamento jurídico não ter arras em regras-princípios que possam abranger o fenômeno. Alguns autores insistem em afirmar que o Direito não terá leis gerais que o regulem tal como as ciências naturais, por ser este uma ciência social, mas o que existe na verdade é a carência de um método correto para o estudo da ciência do direito.

Nunca se viu tantos cientistas filósofos e isso se deve ao fato de que os olhos estão se abrindo para as peculiaridades que permeiam as ciências do espírito. Diante dessa realidade artística que é o direito positivo, e diante da incapacidade dos legisladores em acompanhar a evolução com seus tipos legais específicos, sem o cultivo da reflexão filosófica, cabe a filosofia aproximar-se da cientificidade do direito estabelecendo um método seguro, princípios que balizem a idéia de direito e reconheçam as relações interdisciplinares desta ciência com as demais. Uma proposta muito bem apresentada por Gadamer e posta em prática por Dworkin através de uma hermenêutica que reconhece a historicidade, a vivência, enfim, o jogo que envolve a compreensão da verdade e do justo em sua complexidade.

REFERÊNCIAS

APEL, Kart-Otto. *Semiótica Transcendental e filosofia primera*. Madrid: Editorial Síntesis, 2002. p.51-90.

AZÚA, Javier Bengoa Ruiz. De Heidegger a Habermas: *Hermenêutica e fundamentación última en la filosofía contemporânea*, Barcelona, Editorial Herder, 1992, p. 83/124.

MARCONDES, Danilo. *Questões relativas à interpretação*. Mimeo, p.197/205. Conferência proferida em 1994(a) na Biblioteca Nacional.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método I: Ttraços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vozes: Petrópolis-RJ, 2007.

_____, *Verdade e Método II: complementos e índice*. Vozes: Petrópolis-RJ, 2007.

1 Gadamer faz uso da expressão “ciências do espírito” para designar uma forma de conhecimento que, em oposição às ciências naturais, não possuem uma verdade lógica que possa ser repetida e assim confirmada empiricamente. As referências apresentadas em *Verdade e Método* afirmam que a expressão “ciências do espírito” foi trazida pela primeira vez pelo tradutor da obra de Stuart Mill em 1863 – no apêndice Mill tenta demonstrar que o método lógico indutivo serve para as ciências do espírito com validade única. Hermann Helmholtz em ‘Um discurso sobre as ciências naturais e as ciências do espírito’, datado de 1862, continuou usando o método indutivo, mas o dividiu em indução lógica e indução instintivo-artística (concluir inconsciente) ainda sem nenhuma derivação histórica. Gadamer afirma que foi com J. G. Droysen que a compreensão profunda do conceito de história se deu. “O historicismo” identificava as ciências do espírito como um grupo independente de ciências. Também Dilthey fala de um método para as ciências do espírito e, apesar de bem influenciado pela lógica de Mill, é historicista e assim sua obra se confronta com a exigência lógica proposta por Mill às ciências do espírito. O que Dilthey queria justificar era a independência metodológica das ciências do espírito, mas deixou-se influenciar pelo modelo das ciências da natureza. Vale ressaltar que Helmholtz e Dilthey seguem Kant porque orientam o conceito de ciência e conhecimento segundo o modelo das ciências da natureza.

2 ART. 335 CPC “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicara as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE – CONSIDERAÇÕES SOBRE TÉCNICA E FILOSOFIA. *

PRINCIPLE OF THE EQUITY LAW - SOME WORDS ABOUT TECNIC AND PHILOSOPHY

**Vinicius da Silva Scarpi
Rogerio Borba da Silva**

RESUMO

Este estudo tem por objeto a análise do princípio da Igualdade, tanto em uma perspectiva pragmática, por meio da técnica jurídica, quanto filosófica, observando suas implicações nas diversas situações do cotidiano e as conseqüências delas advindas. A sua presença ou ausência suscita debates acerca da discriminação entre homens, especialmente em uma sociedade multicultural, passando o princípio Republicano a servir como orientador para a resolução dos conflitos daí advindos. Sob o ponto de vista filosófico, verifica-se a dificuldade de se ater a uma visão meramente formal, esbarrando-se nos diversos ideais de estado e de direito, onde a efetividade adquire importância para o seu reconhecimento e aplicabilidade. A busca incessante de seu ideal oscila entre esses dois aspectos, bem como dos atores sociais e seus desejos, em busca de uma convivência pacífica entre os seres humanos.

PALAVRAS-CHAVES: 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE; 3. FILOSOFIA DO DIREITO.

ABSTRACT

The objective of this studie is to analyse the principle of the equity law, in the formal perspective, through the legal know-how, as much as philosophic, looking at the involvement of the many daily situations and consequences of it. Its presence or not comes discusion about discrimination between men, specialy in a multicultural society, from now on the Republican principle is the guide for the next conflicts. Philosophal point of view has many difficults to maintain the formal vision, because the many ideals of the state and law, were the material law obtain importance for recognition and aplicability. The incessant search of its ideal flows between this two aspects, also the social legitimated and their wishes, looking for a human pacific acquaintance.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: 1. CONSTITUCIONAL PRINCIPLES; 2. PRINCIPLE OF THE EQUITY LAW; 3. LEGAL PHILOSOPHY.

1. Introdução

O princípio da igualdade – ao lado do princípio da liberdade – ocupa um lugar central na teoria política moderna. Em nome deste princípio, revoluções foram feitas, Estados surgiram e se justificaram e, ainda, milhões de pessoas tiveram suas individualidades massacradas pelo discurso igualitário[1]. Por que isso ocorreu? Por que um dos princípios basilares da revolução francesa acabou se tornando o mote de revoluções que, entre outros aspectos, se mostraram extremamente autoritárias e anti-igualitárias?

Muitos responderiam que o mau uso ou o uso cínico do princípio da igualdade é o que levou a certas barbáries. Nisto há que se concordar: não é o princípio em si que deve ser questionado, mas o seu mau uso ou o seu uso irresponsável. A teoria do direito percebe a cada dia a necessidade de relativização dos princípios fundamentais para que esses se harmonizem de acordo com certas razões só verificáveis no caso concreto. Fica rompida com isso qualquer possibilidade de uma hierarquização apriorística dos princípios fundamentais.

Não há como se falar – e se valorizar – somente um princípio fundamental acima de todos[2]. Sendo a dignidade uma e sendo a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica[3] aspectos basilares desse valor, não há como colocar qualquer desses princípios em posição de vantagem, implicando duas coisas: a) só no caso concreto é que se podem verificar as razões para a promoção de um princípio em detrimento de outro; e b) não trabalhando com uma hierarquia de princípios, a tarefa argumentativa do intérprete cresce em importância, o que leva à necessidade de um domínio profundo do conteúdo jurídico dos princípios por parte daquele.

Esse quadro apresenta dois momentos de discussão: um no campo da técnica jurídica e outro no campo da filosofia. Ambas as discussões são importantes e necessárias. Como numa relação entre dogmática e zetética, a técnica sem a filosofia não consegue se justificar e esta sem aquela não consegue operar. E é por isso que aqui não se fará opção entre a técnica jurídica que ensina ao operador do direito o bom uso do princípio da igualdade, e a filosofia que justifica o princípio e, acima de tudo, dá conteúdo e significado a esse princípio.

Dessa forma, será tratado, primeiramente, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade[4] e, segundo, será apresentada uma discussão do campo da filosofia sobre a igualdade como ideal a ser perseguido[5]. No campo da técnica jurídica, se discutirá entre outros aspectos quem são os destinatários do princípio, de que modo o princípio pode ser relativizado e quais os critérios que devem ser observados para um uso racional do princípio. A discussão filosófica, por sua vez, estará voltada para questões do significado da igualdade, a dicotomia igualdade formal/substancial e a relação entre igualdade e liberdade.

2. Operando com o princípio da igualdade

O princípio jurídico da igualdade pode ser construído – ou reconstruído – a partir de alguns textos normativos, entre os quais: art. 5º, caput e I, art. 7º, XXX e XXXI e art. 3º, III e IV,[6] e tem como destinatários tanto o aplicador da lei quanto o legislador[7]; logo, seja na produção de norma concreta individual ou de norma abstrata geral, não se podem diferenciar os indivíduos sem que haja uma razão legítima para tanto.

Assim, definir a regra de igualdade como tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade não é suficiente para o bom uso do princípio da igualdade. Antes se precisa estabelecer quem são os iguais e em que são iguais, e mais, que situações de desigualdade são juridicamente relevantes para que uma norma jurídica trate de forma diferenciada os indivíduos. Surgem pois algumas questões: “qual o critério legítimo que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? Ou de outra forma, quais as discriminações juridicamente intoleráveis?

Num primeiro momento seria tentadora a idéia de afirmar que qualquer tratamento jurídico diferenciado em razão de fatores como raça, sexo e religião se mostraria como injustificável do ponto de vista da isonomia. Não se negam essas desigualdades fáticas, os homens são diferentes em infinitos pontos, mas fatores como, por exemplo, a raça não justificariam um tratamento jurídico diferenciado porque trariam consigo a idéia de um privilégio ou um tratamento caridoso com base numa incapacidade de umas das raças em questão. Explica-se. Imaginando, a título de hipótese, uma sociedade marcada durante séculos pela desigualdade racial e que num determinado ponto histórico conseguiu positivar uma regra que proibiria a discriminação racial, uma vez que os homens são iguais, independentemente da raça, imaginamos duas situações.

Na primeira, uma regra jurídica traria um tratamento diferenciado privilegiando o acesso a uma escola pública para a raça que outrora era “dominante”. Não seria difícil imaginar as vozes contrárias a essa regra que seria taxada de ilegal por ferir a regra de igualdade. Na segunda possibilidade, nessa mesma sociedade se produziria uma regra que estimula o acesso da raça outrora marginalizada a uma escola pública. Não faltariam gritos de condenação a essa regra por considerá-la um atentado ao princípio da igualdade já que teria como pressuposto uma incapacidade da uma raça em competir em igualdade de condições com a outra. Em outras palavras, a regra significaria uma declaração de inferioridade de uma raça[8].

Não se discutindo a validade racional desses argumentos, o que aqui interessa é se a eleição do fator raça – assim como dos fatores sexo e religião – a priori, para produção de um tratamento jurídico diferenciado fere o princípio da igualdade. Imaginem-se duas situações fáticas. Na primeira, lei cria concurso para preenchimento de vagas para a função de juiz de direito, e como requisito coloca o fator sexo, ou seja, só as mulheres podem prestar esse concurso. No segundo caso, lei cria concurso para preenchimento de

vagas para a função de vigia de banheiros públicos femininos e novamente elege o fator sexo, afirmando que apenas as mulheres podem prestar tal concurso. Ambas as leis ferem o princípio da igualdade?

No que pese a simplicidade dos exemplos, os mesmos são suficientes para que se afirme que o desacato ao princípio da igualdade não está no fator escolhido para o tratamento diferenciado. Assim, qualquer elemento “residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”[9]. Ora, se o desacato ao princípio da isonomia não está no fator escolhido para a discriminação, como se compatibiliza, então, uma discriminação legal em razão de um elemento e o princípio da igualdade? Neste sentido:

“as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”[10].

Logo, não se fere o princípio da isonomia pura e simplesmente por ter sido escolhido o fator racial ou religioso como fator de discriminação, mas faz-se necessário – para que esteja maculada a regra da igualdade - que esse tratamento jurídico diferenciado não se justifique do ponto de vista do estado de coisas a ser alcançado prescrito na Constituição. Uma discriminação jurídica que objetiva manter privilégios sociais não se justificaria, mas uma diferenciação jurídica que desejasse superar desigualdades sociais históricas, em tese, estaria justificada constitucionalmente.

Em suma: quando uma lei estabelece um tratamento jurídico diferenciado em razão de um determinado fator e para atingir um determinado fim, há que se observar três questões para que se sentencie se essa lei fere ou não o princípio da igualdade. A primeira questão refere-se ao elemento tomado como fator de discriminação; a segunda diz respeito à correlação lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação e a disparidade estabelecida pela lei e, por último, deve-se observar se a correlação lógica estabelecida está de acordo com os interesses constitucionais consagrados.[11]

Quanto ao fator de discriminação, a lei não deve adotar um critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar[12]. Assim, uma lei que criasse um benefício e apontasse como requisitos para atingir esse benefício traços que somente um indivíduo, sabidamente, possui, e impossíveis de serem atingidos futuramente por outros estaria ferindo o princípio da igualdade. Fique claro que o fato de um só indivíduo fazer jus a tal benefício não fere o princípio da igualdade, o que fere o princípio da isonomia é a impossibilidade de outros – e essa impossibilidade tem de ser conhecida – atingirem tal benefício.

Em relação ainda ao fator de discriminação, o traço diferencial adotado deve, necessariamente, residir na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada; ou seja, elemento algum que não “exista nelas mesmas pode servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”[13]. Esta ressalva se mostra de muita valia na medida em que, constantemente, o fator tempo é apresentado como elemento de discriminação. Ora, tempo não reside nas pessoas e se não reside nas pessoas, essas não podem sofrer tratamento diferenciado em razão do tempo. Da mesma forma, o tempo não reside nas coisas, logo o fato de situações terem ocorrido em momentos distintos não justifica por si só um tratamento jurídico diferenciado.

O tempo é neutro, não é elemento discriminador, mas sim a própria sucessão de fatos ou de estados transcorridos ou a transcorrer. Quando a lei prescreve uma situação a partir de “tal data”, na realidade o fator de discriminação é existir e não existir. A data escolhida faz distinção entre situações que existem e situações que não existem, e o fator existência é que é escolhido como elemento de diferenciação, e não o tempo, por ser este neutro e não residir nas coisas, pessoas e situações.

Com mais razão:

“(…) ao se examinar algum *discrímen* legal, para fins de buscar-lhe afinamento ou desafinamento com o preceito isonômico, o que se tem de perquirir é se os fatos ou situações alojados no tempo transacto são, eles mesmos, distintos, ao invés de se indagar pura e simplesmente se transcorreram em momentos passados diferentes”[14].

E mais:

“(…) Portanto, se a lei confere benefício a alguns que exerceram tais ou quais cargos, funções, atos, comportamentos, em passado próximo e os nega aos que exerceram em passado mais remoto (e vice-versa) estará delirando do preceito isonômico, a menos que existam, nos próprios atos ou fatos, elementos, circunstâncias, aspectos relevantes em si mesmos, que os hajam tornado distintos quando sucedidos em momentos diferentes”[15].

Assim, por ser o tempo neutro – por não ser o tempo uma qualidade – não se podem discriminar com base nesse fator situações sem que com isso fique mitigado o princípio da igualdade[16]. Da mesma forma, o fator espaço também não reside nas pessoas,

situações ou coisas, daí não poder ser também escolhido como fator de discriminação. Há de existir certas situações localizadas num determinado espaço para que exista um tratamento jurídico diferenciado, mas ressalte-se, o fator de discriminação não é o espaço por si só, mas algo que exista no espaço[17].

Ultrapassada a análise do fator de discriminação, deve-se examinar a “correlação lógica entre fator de *discrimen* e a *desequiparação* procedida”. O princípio da igualdade costuma ser ferido não na escolha do elemento que funciona como fator de diferenciação, pois esse, feitas as ressalvas supra, podem, em tese, ser qualquer um. O princípio tende a ser mitigado na relação lógica entre o fator de *discrimen* e o tratamento diferenciado, uma vez que por vezes são estabelecidos tratamentos jurídicos diferenciados que não guardam nexo plausível com a o elemento escolhido para a discriminação. Assim, por exemplo, a escolha do fator altura, por si só, não fere o princípio da isonomia. Se um concurso exige uma altura mínima para a função de guarda presidencial – onde a presença imponente é um requisito válido[18] – não se estará ferindo a regra isonômica, mas se é exigida altura mínima para a função de professor universitário, este tratamento diferenciado não guardará nenhum nexo lógico[19] com o elemento altura, ficando, portanto, maculado o princípio da igualdade.

Deste modo, o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se atém aos elementos escolhidos como fatores de desigualdade, “pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.”[20]

A última questão a ser analisada se refere justamente à razão pela qual se procedeu a um tratamento jurídico diferenciado. Eleito certo fator e produzido tratamento normativo lógico diferenciado em razão desse fator, o que se exige, para que seja celebrado o princípio da igualdade, é que essa *desequiparação* seja fundada numa boa razão, ou seja, que ela seja boa – positiva. A seguinte questão deve ser respondida: o que legitima certa discriminação legal?

Muitas poderiam ser as respostas, desde uma defesa da vinculação do Direito com a Moral até a simples redução da legitimidade a uma legalidade formal. No que pese a tentação de se enfrentar essa discussão, a verdade é que num Estado de Direito é a Constituição que funciona como repertório de valores a serem perseguidos. Diante de uma discriminação legal, o derradeiro teste de validade dessa se dá na concordância do estado de coisas perseguido pela norma e os valores constitucionais. Logo, “exige-se que, *in concreto*, o vínculo de correlação entre o fato diferenciador e o tratamento jurídico diferenciado em razão dele resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa para o bem público”. [21]

Por último, fica o alerta da necessidade de cautela para o bom uso do princípio da igualdade. Não se devem criar diferenciações que a lei não tenha assumido como relevantes, uma vez que, na esfera pública, e assim é também em razão do princípio republicano, a presunção deve ser a da igualdade.

3. Um debate filosófico

Uma vez ultrapassada a técnica jurídica, a discussão sobre a igualdade deve se travar também no campo da filosofia. Afirmar o princípio da igualdade significa não afirmar o da desigualdade ou do privilégio, e, se assim é feito, é porque um longo caminho foi percorrido até que se associasse a igualdade à idéia de justiça. No terreno da filosofia do direito, a igualdade se afirmou de forma mais evidente nas revoluções burguesas do século XVIII e desde então é erigida como pilar dos ordenamentos jurídicos democráticos.

É verdade que a igualdade dos burgueses do séc. XVIII sofreu modificações até os dias atuais. Partimos de uma igualdade formal, inscrita na prescrição de que todos são iguais perante a lei até atingirmos a defesa de uma igualdade substancial, que se apresentou sob formas e conteúdos variados, mas que atualmente se atualiza mais na idéia de um direito ao reconhecimento e à diferença. Esse teria sido pois o caminho percorrido pelo princípio da igualdade desde as primeiras constituições: primeiro uma igualdade formal, depois uma igualdade substancial desejosa de uma distribuição igualitária dos bens, e por último uma igualdade que se aperfeiçoa na diferença e valoriza e reconhece a esta. Mas que fatores fizeram que esse caminho, e não outro, fosse percorrido?

As sociedades burguesas do final do século XVIII início do XIX estavam fortemente influenciadas pela idéia de igualdade. A Constituição representava o pacto de convivência celebrado entre os iguais, e se assim era, nada mais justo que todos fossem iguais perante a lei. Mas quem eram esses todos? Se se toma a sociedade americana da época da independência como exemplo é fácil se perceber a igualdade como ideal político. Os pais fundadores afirmaram a igualdade entre todos e essa igualdade formal se tornou uma das marcas da “sociedade de princípios” que se tornaria a sociedade americana.

Quando se pensava em esfera pública nas sociedades burguesas do século XIX logo se imagina um debate firmado entre iguais. Debate esse produzido pelo parlamento e apoiado pela razão. Fruto da razão entre iguais, a lei não poderia criar privilégios entre os cidadãos que eram “essencialmente” iguais. E neste sentido não havia razões para duvidar dessa igualdade em “essência” na esfera pública. E por que não? Porque todos eram iguais, desde que, evidentemente, todos se referi-se a homens brancos protestantes e proprietários. Não-homens, não-brancos, não-protestantes e não-proprietários não estavam na esfera pública, não participavam das deliberações, o que tornava a cidadania uma igualdade que só se afirmava na exclusão dos desiguais.

Ao se relacionar na esfera pública, o cidadão burguês estava diante do espelho, ele olhava para o outro e via a si mesmo. Não havia necessariamente reconhecimento, mas confusão e identidade, a homogeneidade assegurava a igualdade formal. Mas a homogeneidade na esfera pública não se sustentou, e isso se deve basicamente a dois fatores, um de origem interna e outro, externa. Internamente, grupos antes segregados, como os negros e as mulheres, conseguiram a custa de muita luta e muito sangue serem ouvidos e reconhecidos na esfera pública.

Já na ordem externa, à medida que as potências do norte iam enriquecendo e as do sul empobrecendo grupos sociais promoveram movimentos migratórios em massa em busca de trabalho. Com a migração em massa para o norte, passaram a dividir o mesmo espaço – físico – diferentes grupos culturais, com visões éticas distintas. Como se opera um direito à igualdade em sociedades plurais? Há universalidade de valores e necessidades? O Estado deve se manter inerte, em nome da autonomia privada, ou deve buscar uma postura ativa comprometida com a preservação e a promoção de identidades culturais diversas?

Então, primeiramente, o direito de igualdade se afirmou como uma igualdade formal, igualdade de todos perante a lei, sem possibilidades de privilégios e favorecimentos, o que, sem dúvida, representou uma revolução jurídica e social no campo das relações humanas. Com o avanço do capitalismo, a difusão do marxismo e a organização crescente dos movimentos sociais, cresceram as críticas ao caráter puramente formal da igualdade – vista agora, como mais um instrumento ideológico burguês, pois a afirmação jurídica de igualdade formal na realidade escondia uma desigualdade material crescente e monstruosa.

Ora, foi a época da valorização da igualdade substancial: a igualdade de fato. Não se buscava mais apenas uma igualdade declarada num texto legal, urgia a necessidade de uma crescente melhor distribuição da renda e dos bens. A igualdade formal já não era mais suficiente e já não mais conseguia cumprir o seu papel ideológico de manutenção da ordem. Diante desses fatos, a ideologia burguesa, atenta às novas demandas sociais, promoveu o chamado Estado de Bem Estar Social, que não mais se apresentava como um Estado neutro, inerte, garantidor de contratos, mas como um Estado gigante, forte, ativo na economia e distribuidor de benefícios sociais. Se o Estado neutro do séc. XVIII buscava a guarda da igualdade formal o Estado ativo do séc. XX buscava a promoção também da igualdade, mas em seu aspecto substancial – material.

Com a queda do Muro de Berlim e o colapso das economias “socialistas”, a ameaça vermelha pareceu vencida. Ora, se era justamente em razão da ameaça comunista que os Estados capitalistas liberais tinham se transformado em Estados de Bem Estar Social, agora, vencido o inimigo vermelho, não se fazia mais necessária uma participação tão ativa do Estado na economia. Mais uma vez, seguindo os rumos da realidade política, o direito de igualdade sofreu nova virada em seu conteúdo. Primeiro, era a igualdade formal associada ao Estado liberal, depois a igualdade substancial – material – associada ao Estado de Bem Estar Social e, atualmente, a igualdade substancial – mas ligada a uma idéia de reconhecimento das diferenças, uma igualdade na diversidade – ligada ao Estado Pós-Guerra Fria.

Assim, a igualdade substancial dos tempos de socialismo real foi substituída pela idéia de igualdade substancial dos tempos de neoliberalismo. Esta preocupada com o multiculturalismo, com o direito à diferença e a necessidade de entendimento na diversidade, e aquela preocupada com uma superação das diferenças de classe. Caiu o Muro, o discurso de socialismo foi substituído pelo discurso de cidadania e a dicotomia burguesia/proletariado foi substituída pela idéia de pluralismo – tanto do ponto de vista das determinações morais individuais quanto das realizações éticas dos grupos.

Esse breve panorama já demonstra a dificuldade de se operar com o princípio da igualdade. A igualdade puramente formal se mostra insuficiente diante das demandas de

inclusão social e melhor distribuição de renda. Ainda que não se negue o caráter revolucionário que teve a declaração de igualdade formal, o fato é que diante das mazelas de nosso sistema de produção seria necessária muita insensibilidade social para entendê-la como suficiente.

Declarar a insuficiência da isonomia perante a lei, não significa afirmar ser a igualdade substancial a solução para todas as problemáticas sociais, pois essa também pode ser questionada, tanto do ponto de vista fático quanto do ponto de vista filosófico. Do ponto de vista fático, a primeira grande questão sobre a igualdade substancial – nesse momento entendida como igualdade material – refere-se aos limites econômicos dos Estados, em outras palavras, de que adianta afirmar e prescrever uma igualdade material onde faltam recursos para sua implementação? Além disso, não se deve esquecer que a premissa básica sobre a qual trabalhamos é o capitalismo, ou seja, de que adianta o Direito prescrever a igualdade material se a lógica do sistema econômico – e aqui não se acredita que a lei dirija esse sistema – é justamente o oposto da igualdade material – a acumulação de capital com a conseqüente desigualdade material?

No campo da filosofia – e nesse ponto aqui se adota uma postura zetética – ao se afirmar a igualdade material, a igualdade na distribuição de bens, tem-se que decidir primeiro alguns critérios, entre os quais: igualdade em relação a que bens? Todos os bens ou alguns bens? A cada um segundo a capacidade ou a cada um segundo a necessidade? E no final, por que seria a igualdade no acesso ou na posse de bens superior - do ponto de vista moral – do que a desigualdade?[22] Essas questões deixam clara uma intensa querela filosófica que só pode ser resolvida por um corte arbitrário, que no caso dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos ocorre com a promulgação das Constituições. Em última análise, essa questão é resolvida pelas escolhas constitucionais. Mas embora, as escolhas constitucionais resolvam a questão do ponto de vista filosófico – porque marcam premissas e prescrevem valores – do ponto de vista fático as Constituições parecem inócuas diante da brutalidade do sistema de produção[23].

Ocorre que atualmente – como já destacado no trabalho – a igualdade substancial como igualdade material perdeu terreno para a igualdade substancial como reconhecimento e direito à diferença. Com a igualdade substancial, hoje, não se busca o fim das diferenças, mas sim a promoção dessas diferenças, desde que as mesmas não signifiquem discriminação.[24] Mas essa virada não significou a superação de problemas, mas do contrário, outras questões surgiram!

As sociedades plurais deparam-se com uma necessidade de entendimento, mas o que se observa é uma tendência à intolerância e ao fundamentalismo, o que se apresenta como uma imensa dificuldade, pois como afirma Habermas, um acordo baseado em convicções não é possível[25]. Diante do desafio do pluralismo, existem três grandes correntes de pensamento que sugerem respostas, todas comprometidas com uma prática democrática onde a figura do outro representa um valor a ser preservado e considerado, são elas: o comunitarismo, o liberalismo e a democracia deliberativa.[26]

Os liberais vinculam a idéia de pluralismo às concepções individuais acerca do bem. Cada indivíduo possui sua concepção pessoal sobre uma vida digna e em razão dessa pluralidade de visões individuais, cada um deve ter uma esfera de autonomia privada livre da interferência dos outros indivíduos. Entendendo o pluralismo dessa forma, os

liberais pregam um Estado neutro, que não interfira nas visões substantivas individuais[27].

Não podendo o Estado interferir na esfera privada, o espaço público é formado por valores sob os quais não cabe discussão, ficando, com isso, o processo democrático sempre limitado pelos direitos e liberdades individuais[28]. Há na vertente liberal uma primazia da liberdade sobre a igualdade.

Os comunitários, por sua vez, associam o pluralismo não aos indivíduos, mas aos grupos sociais. Pluralismo, em última análise, refere-se à diversidade de identidades sociais, o que implica a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, como prioritária frente aos direitos individuais[29].

Diferente do Estado liberal que deve ser neutro – pois com isso fica assegurada a autonomia privada dos indivíduos – o Estado comunitário não deve tratar igualmente os grupos com valores culturais distintos – aqui o princípio da igualdade substancial assume a forma de um direito à diferença. O direito de igualdade funcionará no sentido de obrigar o Estado a respeitar as diferenças e atuar de forma distinta conforme os valores compartilhados pelo grupo. A igualdade aqui está numa posição de primazia em relação a liberdade

Os deliberativos – que tem em Habermas sua expressão maior – partem de uma visão de pluralismo que inclui tanto as concepções individuais sobre a vida digna quanto a diversidade das identidades de grupos[30]. Habermas procede a uma releitura dos direitos subjetivos. Para ele, os direitos subjetivos, enquanto elementos da vida jurídica, pressupõe a colaboração entre os sujeitos que mutuamente se reconhecem como co-associados livres e iguais perante o direito[31].

E é justamente na co-originalidade de autonomias pública e privada – igualdade e liberdade - que se explica a legitimidade do direito. O direito legítimo não é aquele que privilegia a igualdade ou a liberdade. Os indivíduos só ingressarão na esfera pública – autonomia pública/igualdade – se tiverem a garantia de que não serão esmagados em sua individualidade – autonomia privada/liberdade - e, da mesma forma, só terão a garantia de que suas individualidades não serão aniquiladas se ingressarem na esfera pública. Em suma, para os deliberativos, igualdade e liberdade são na mesma medida importantes e dependentes. Por fim, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente.

4. Conclusão

Não obstante as dificuldades no tratamento do princípio da igualdade substancial – e essas dificuldades se iniciam com a conceituação imprecisa e variada na doutrina – esse se apresenta como um dos princípios basilares da dogmática jurídica. Poucos ideais tiveram a força propulsora que este princípio teve nas aspirações humanas. Desde muito

a igualdade sempre esteve associada a uma idéia de justo, e, como esta, sempre se apresentou de forma variada, objeto de discussões apaixonantes.

As sociedades contemporâneas deparam-se com o desafio do pluralismo e com a necessidade de inclusão, de solidariedade. A lógica de competição e da busca individual das realizações precisa ser suavizada e relativizada em razão de uma necessidade de ajuda mútua, onde a solidariedade se apresenta como um dever jurídico e não como obra de caridade.

Ao ser consagrado como valor fundamental do sistema, a dignidade da pessoa humana implicou, entre outras coisas, a necessidade de reconhecimento do outro. Reconhecimento esse que não significa assimilação, mas convívio na diferença e, por que não?, celebração dessa diferença. Os indivíduos e os grupos sociais em muitos fatores se assemelham, e nisso devem ser iguais, mas em outros tanto se diferenciam, e nisto devem ter a garantia jurídica que serão respeitados. A garantia jurídica em tela está contida no princípio da igualdade substancial, que diante do pluralismo – seja do ponto das concepções morais individuais ou realizações éticas dos grupos – assegura que os indivíduos e os grupos serão respeitados e não serão marginalizados.[32]

A democracia se realiza contemporaneamente não na idéia de consenso entre iguais, mas sim num exercício contínuo de convivência entre todos os diferentes, principalmente naquilo sob o qual já não se consegue mais o consenso. Ser diferente, reconhecer e ter de conviver é este o desafio das sociedades que buscam no diálogo o procedimento regulatório de sua convivência, e esta convivência, cada dia mais, só se torna possível em razão do princípio da igualdade substancial. É justamente na liberdade e na igualdade – e na sua co-originalidade – que se estabelece o pacto de convivência legítima entre os seres humanos.

5. Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERLIN, Isaiah. “*Dois conceitos de Liberdade*”, in Quatro Ensaios sobre a Liberdade. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BERTEN, Andre. “*Republicanismo e Motivação Política*”, in: Direito e Legitimidade. Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 21-36.

BOBBIO, Norberto. “*Liberdade*”, in Liberdade e Igualdade. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 2ª ed, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003.

CITTADINO, Gisele. “*Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

DENINGER, Erhard. “Segurança , Diversidade e Solidariedade” ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

HABERLE, Peter. “*Libertad, igualdad, fraternidad*” in 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jurgen. “*Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos*” in: Direito e Legitimidade, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 67-82

_____. A Ética da Discussão e a questão da Verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HELD, David. “Modelos de Democracia”. 2ª. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*, Tradução: Alberto da Rocha Barros, 2ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1991.

PETTIT, Philip. *Republicanism – una teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução: Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. “*Republican Freedom and Constestatory democratization*”

SANDEL, Michael J.. “*Democracy’s Discontent – America in search of a Public Philosophy*”. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

SELLERS, M. N. S. “*The Sacred Fire of Liberty – Republicanism, Liberalism and the Law*”. New York: New York Press, 1998.

SKINNER, Quentin. “*Liberdade antes do Liberalismo*”. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1999.

[1] Pode-se citar o discurso igualitário justificador nos casos da China, da União Soviética, Cuba etc.

[2] Neste sentido, talvez só se possa falar em posição favorável *a priori* do princípio da dignidade da pessoa humana.

[3] BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003. p. 85.

[4] Serão usadas como base do trabalho, no que concerne à técnica do direito, as importantes obras de Celso Antônio Bandeira de Mello e Humberto Ávila.

[5] A discussão filosófica se justifica por se entender que a argumentação constitucional positiva não é suficiente. Não que exista a pretensão de se buscar um argumento absoluto para igualdade, mas um argumento suficiente, e este não pode estar calcado apenas na previsão, ainda que constitucional, do princípio, pois, de outro modo, a não

previsão desse princípio serviria como justificativa para sua não perseguição. O argumento positivista é perigoso nesse sentido, já que enquanto o ordenamento é “bom” esse serve, mas o ordenamento nem sempre o é. Dessa forma, não há rigor filosófico numa argumentação desse tipo, que se traduziria da seguinte forma “se a lei é boa ela serve de argumento suficiente, mas se ela é ruim busca-se outro fundamento”. Essa argumentação é fraca por nela já estarem contidos critérios como “boa” ou “ruim” que não são definidos por lei, e ainda por não apresentar um compromisso idealístico. Ou o ideal de igualdade se justifica ou não se justifica, e a previsão legal deve ser encarada como consequência disso e não como fundamento suficiente, afinal, não se pode dizer que as pessoas são dignas apenas por que uma lei assim o declara.

[6] AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 214.

[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9.

[8] Infelizmente, alguns representante da raça negra se manifestaram contrários a lei de cotas nas universidades públicas por considerá-la como uma declaração de inferioridade da raça negra, que não estaria em condições de competir em igualdades de condições com os brancos. Com isso, não percebem que reproduzem o discurso ideológico das elites brancas que querem justamente que o discurso da igualdade funcione como um forte fator ideológico de manutenção das desigualdades sociais. As leis de cotas não declaram a inferioridade de uma raça, mesmo porque a idéia de raça, do ponto de vista biológico e antropológico, talvez não mais se sustente, mas, na realidade, trata-se de não se fechar os olhos para uma discriminação social histórica que colocou o negro numa posição desprivilegiada e que precisa de correção através de um tratamento diferenciado.

[9] Idem p. 17

[10] Ibidem

[11] Ibidem p. 21.

[12] Ibidem p. 23.

[13] Ibidem

[14] Ibidem p. 34

[15] Ibidem

[16] O tempo não reside nas pessoas, mas a idade é sim uma qualidade, servindo, portanto, como elemento de discriminação.

[17] Imaginando dois espaços, um representado por “aqui” e outro por “ali”. Aqui e ali não são qualidades, mas podem existir situações em aqui e ali que os distinga, como exemplo, ser quente ou frio, pobre ou rico, perigoso ou seguro etc. Então, por ser aqui perigoso e ali seguro é que pessoas localizadas nesses espaços podem ser diferenciadas,

e não simplesmente por estarem aqui ou ali, sem as qualidades “perigoso” ou “seguro” não se justifica uma diferenciação.

[18] Ibidem

[19] Celso Antônio lembra que essa correlação lógica não é sempre absoluta...

[20] Ibidem p. 38

[21] Ibidem p. 41

[22] BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 24

[23] Ainda sobre questões relativas a igualdade material, poder-se-ia citar o caráter extremamente autoritário que costumou dar a tônica do discurso igualitário. Nesse sentido, Estados tirânicos costumaram – e costumam – a justificar suas ações em razão da necessidade de promoção da igualdade material, ainda que isso signifique massacre e esmagamento da liberdade dos indivíduos.

[24] DENINGER, Erhard. “Segurança , Diversidade e Solidariedade” ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, p. 29

[25] HABERMAS, Jürgen. “*Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos*” in: Direito e Legitimidade, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, pp. 67-82, p. 82

[26] Nesse sentido Cf. CITTADINO, Gisele. “*Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

[27] Idem p. 85.

[28] Ibidem p. 87.

[29] Ibidem p. 105.

[30] Ibidem p. 109.

[31] Ibidem.

[32] BODIN, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional do. Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2003. pp. 86-88

HISTÓRIA DO DIREITO

A FAMÍLIA REAL E A CONSTRUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL *

A REAL FAMILY AND CONSTRUCTION OF LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

**Ana Paula Araújo de Holanda
Valter Moura do Carmo**

RESUMO

O presente estudo visa demonstrar a relação entre a vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, em 1808, decorrente da pressão exercida em virtude do avanço das tropas francesas na Europa e a expansão do império Napoleônico, e o desenvolvimento do Brasil, elevado de colônia à condição de Reino Unido, com foque no surgimento e desenvolvimento do ensino jurídico brasileiro. Faz-se uma abordagem histórica buscando um comparativo entre a situação do Brasil e do ensino jurídico antes e depois da transferência da corte, partindo do total desestímulo à educação, que inicialmente era exercida praticamente de forma isolada pelos jesuítas, até a instalação das primeiras escolas jurídicas do Brasil, a de Olinda e a do largo de São Francisco em São Paulo em 1828, chamadas de Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais. Tal realidade possibilitou um início de pensamento jurídico no Brasil, ainda que fortemente inspirado no modelo jurídico português da Universidade de Coimbra. Trata-se de pesquisa de levantamento histórico, essencial às ciências humanas e jurídicas.

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA REAL. ENSINO JURÍDICO. BRASIL.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the relationship between the arrival of the Portuguese royal family to Brazil in 1808 - due to the pressure created by the advance of French troops in Europe and the expansion of the Napoleonic empire - and the development of Brazil, which its condition of colony later changed to the status of an United Kingdom, with focus on the emergence and development of the Brazilian legal education. It is an approach seeking a historical comparison between the situation of Brazil and legal education before and after the transfer of the court, on the whole discourages the education that was originally performed almost exclusively by the Jesuits, until the installation of the first law schools in Brazil: Olinda and San Francisco in 1828, in São Paulo, called as Legal Sciences and Social Sciences Degrees. This reality made possible the initial development of a legal thought in Brazil, although it was still heavily inspired by the Portuguese legal model of the University of Coimbra. It deals with historical survey, which is essential to legal and human sciences.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: REAL FAMILY. JURIDIC EDUCACION. BRAZIL.

Introdução

O presente artigo busca demonstrar como a transferência da Família Real portuguesa e sua Corte para o Brasil, em 1808, desencadeou-se na sua maior colônia, a partir de então Reino Unido, profundas e substanciais transformações na economia, no social, no educacional e no poder judicial. E como tal processo impulsionou a criação dos cursos jurídicos em solo brasileiro.

1. Família Real portuguesa em terras para além do mar – 1808

A mudança da família Real Portuguesa e sua Corte para Brasil[1] dão-se em virtude do crescimento da dominação napoleônica na Europa e as fortes ameaças de invasão a Portugal, que permanecia sob a influência econômica da Inglaterra, porém sem romper definitiva com a França recebe o ultimato de Napoleão. Dom João[2] tentou prorrogar a relação ambígua, crê-se que na verdade queria obter mais tempo para reflexão sobre seu deslocamento junto com a Corte portuguesa para América[3]. Fato pensado e sobrepesado em seu auto-exílio no Castelo de Mafra.

Com o avançar das tropas napoleônicas D. João decide-se pelo deslocamento total da Corte para a colônia portuguesa - Brasil[4]. O que tem como consequência o abandono de seus súditos, que ficariam à mercê das tropas de Napoleão[5]. O deslocamento da família Real portuguesa para o Brasil deixa Napoleão sem possibilidades para o seu projeto para com a Península Ibérica e se vê parcialmente fracassado. Segundo Oliveira Lima (2006) é justo considerar a trasladação da corte para o Rio de Janeiro como uma inteligente e feliz manobra política do que como uma deserção covarde.

Após a tomada de decisão pela fuga para América portuguesa a Família Real desloca-se para o Castelo da Ajuda enquanto são realizados os preparativos. A decisão de transferir para o Brasil a capital, deslocou o centro geográfico e político do Reino, deixando Napoleão desconcertado em seus planos hegemônicos no continente europeu. Este ato traz consequências para além da segurança da Família Real como também consequências políticas e econômicas.

A viagem à América transformou-se num conjunto de transtornos, quer de natureza climática, de saúde e acima de tudo do pavor ao novo. Uma nova realidade social teria que ser construída para uma corte que nunca tinha viajado longas distâncias.

Devido ao mau tempo ocorreu uma dispersão da frota, parte dela aportou na Bahia, justamente D. João e parte de sua corte desembarcou a 24 de janeiro de 1808 em Salvador. Como fruto da decisão de deslocamento para o Brasil quatro dias depois, o príncipe regente torna publico a Carta Régia abrindo os portos do Brasil ao comércio de todas as nações amigas[6], o que na prática representou abertura para a Inglaterra, por exigência desta com fortes interesses econômicos no mar da Prata.

Somente em 07 de março de 1808 é que D. João aporta no Rio de Janeiro, destino traçado desde o início. Sendo, por conseguinte formado o primeiro ministério[7].

No dia 1º de maio de 1808, o novo governo dirigiu um manifesto às nações da Europa, explicitando os motivos que condicionaram Portugal a declarar guerra à França, "erguendo a voz no seio do novo império que vinha criar na América.". Neste mesmo dia D. João declara guerra à França[8].

O entusiasmo dos brasileiros pela presença da família real foi logo arrefecendo. É inegavelmente que a trasladação da corte para o Rio de Janeiro trouxe consigo muitos proveitos à antiga colônia, principalmente na ordem material, porém a rivalidade entre portugueses e brasileiros, que sempre existiu vem a toma com a presença da corte e suas regalias[9].

Aos olhos dos brasileiros não passou despercebido o modo como a corte portuguesa de tudo fazia para isolar a colônia das influências separatistas européias e até mesmo da América espanhola de então, com formato político e cultural bem diferente do brasileiro[10].

Quando Napoleão invade a Espanha a América espanhola fica tomada por rebeliões, e D. João passa a tomar medidas para que tais acontecimentos não vinhessem à tona, no entanto por mais que se desejasse escamotear tal situação chegava ao Brasil às notícias, somando-se a isso os fatos que aquele corte e seus nobres estavam a gozar de benesses em detrimento as dificuldades vividas em terra brasileira. Tais ocorrências desencadeiam em alguns patriotas certa revolta e começam a tramar contra. Especialmente em Pernambuco desencadeia-se um protesto formal chamado Revolução Constitucionalista[11].

Para tornar a situação mais grave e embaraçosa em 1820 tem início a Revolução Constitucionalista do Porto[12]. Os portugueses da península não mais suportaram a permanência da corte no Rio de Janeiro[13]. Constitui-se um governo provisório com a adesão geral, tanto do povo como do exército. Em Lisboa, é deposta a regência e instituída uma Junta, em nome do Rei. Essa Junta decreta e em 15 de setembro de 1820 faz jurar uma Constituição provisória[14] para o reino, bem como convoca as cortes, o que não se fazia desde 1698 até a data, a monarquia de outrora era de caráter absolutista, ou seja, tem seu fundamento de validade no "direito divino" sendo a última palavra a do Rei, sem possibilidade de contestação.

Com o processo de constitucionalização a partir deste momento, o Rei tem de jurar obediência à Constituição, ou seja, aos direitos e deveres prescritos no texto da Carta Magna bem como repartir o poder com o parlamento numa visão de separação das funções de Montesquieu. Opera-se um giro epistemológico do absolutismo para o liberalismo com o qual, D. João VI[15] tem que conviver e adaptar-se as novas regras impostas. A primeira Constituição portuguesa passa assim a vigor em Outubro de 1822[16].

Quando do retorno de D. João VI[17] a Portugal deixa seu filho mais velho D. Pedro I como regente do trono no Brasil. Reputa-se tal atitude uma reengenharia política, pois ao deixar seu filho, prepara o Brasil para independência. Podendo então afirmar que foi cúmplice do ato de Independência brasileira, por que não dizer arquiteto. E assim abafa os ânimos federalistas de muitos brasileiros. Com a permanência dos Bragança no país, abafa-se o movimento federalista, ao modelo do americano.

Em seguida em 09 de janeiro de 1822, D. Pedro I anuncia ao povo sua permanência e em 07 de setembro do mesmo ano ocorre a Proclamação da Independência do Brasil. Tais acontecimentos ocorreram pelo fato do Brasil ter passado a ser a sede do governo português, propiciando o ambiente, as condições políticas e sociais necessárias à nossa independência.

1.1 Transformações no Brasil colônia

Durante o chamado período Joanino (1808 – 1820) que corresponde à presença da Família Real, no Brasil, ocorreram mudanças importantes no cenário político, social e econômico, tais como: a abertura dos portos[18], a criação do Banco do Brasil[19], Fábrica Real de Pólvora, a criação da Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios[20], criação da Casa de Suplicação do Brasil[21], criação da Imprensa Régia[22], fundação da Faculdade de Medicina da Bahia[23] e a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido[24], criação da Biblioteca Nacional, criação do Jardim Botânico[25], criação do Teatro São João (atual Teatro João Caetano)[26], fundação da Gazeta do Rio de Janeiro (sob censura régia) e criação do Museu Nacional[27].

Todo este aparato cultural, em suas vertentes formais, cursos acadêmicos, e espaços de pesquisa e saber, proporcionou uma efetiva melhoria nas condições educacionais brasileiras e somado-se a estes fatores o real desejo da sociedade brasileira em libertar-se intelectualmente de Portugal propiciou o amadurecimento do ideário em criar universidades no Brasil e dotá-las especialmente de cursos jurídicos. Conhecimento fundamental para consolidar a Nação brasileira de independência não apenas formal, mas de caráter material, como produção de sua própria elite intelectual, forjada com bases nacionais.

2 Independência do Brasil

O marco inicial de 1822, ano em que foi declarada a independência política do Brasil, momento em que este passa a ser um Estado soberano. Embora só a partir da independência seja apropriado falar de um ensino jurídico brasileiro, é importante tecer alguns comentários sobre elementos do período colonial.

A sociedade brasileira continuava, portanto, a ser dependente de Portugal, no tocante à cultura jurídica, pois só os abastados é que podiam alimentar-se do bacharelismo. O direito não possuía um celeiro próprio para desenvolver suas pesquisas, pois estávamos atrelados aos ensinamentos e doutrinas estudadas em Coimbra, uma espécie de controle ideológico da nação brasileira. É com este precário panorama nacional que se defrontava nosso país após a Independência.

Para o Estado emergente se fazia necessário uma Constituição. Inicia-se o processo constituinte, extremamente fecundo de idéias, porém D Pedro I dissolveu a 1ª Assembléia Constituinte brasileira. Espaço que em muito se discutiu a importância da criação de uma Universidade e depois de cursos jurídicos no Brasil.

E 25 de março de 1824, D Pedro I[28] outorga nossa primeira Carta Constitucional. Ficando a desejar em relação ao movimento de consolidação do Estado de viés democrático, na medida em que instituiu para o Brasil o Poder Moderador, em descompasso com as idéias liberais e a tripartição das funções do Estado. O Poder Executivo exercido Imperador detinha através do Poder Moderador funções em desequilíbrio com os demais, dotando-o de amplos poderes;

3 Ensino em Terra Brasilis

O “abandono intelectual” na maior colônia portuguesa foi de certa forma preenchida pelos Jesuítas, que desenvolveram estudos, com relativo espírito acadêmico entre nós. Formavam em seus Colégios, a partir de 1582, habilitados em letras, “bacharéis”, muito embora os estudos superiores só pudessem ser desenvolvidos na Metrópole, sob a égide dos interesses portugueses, especificamente em Coimbra, escolha esta só plausível à elite colonial.

Este período de controle pedagógico por parte dos Jesuítas colocou-nos à margem do processo de transformação que se passava na Europa – a visão liberal de mundo. Os valores pedagógicos desenvolvidos pelos padres concentravam-se no *ratio studiorum* (sistematização de regras padronizadas), privilegiando a retórica e com pouco lastro bibliográfico, resumindo-se a Aristóteles e São Tomás de Aquino, que contribuíram para formação do modelo bacharelesco formal e retórico.

Em 22 de fevereiro de 1800 criou-se, em Olinda, por Azeredo Coutinho, jurista e economista, quando bispo e governador interino de Pernambuco, um Seminário modelar, no qual se discutia filosofia, latim, literatura e teologia, propiciando, portanto, um relativo desenvolvimento cultural, sendo considerado por Afonso Arinos de Melo Franco (apud PAULO FILHO, 1997), “a mais avançada instituição de ensino no Brasil em princípio do século passado”. A sua influência sobre a mentalidade pernambucana foi profunda tanto do ponto de vista educacional, quanto da propagação das idéias liberais. Capistrano de Abreu (apud BEVILÁQUA, 1977, p. 11-12), no tocante ao Seminário de Olinda, diz que o mesmo: “exerceu extraordinária influência sobre a mentalidade pátria,” constituindo-se, portanto, no embrião do processo de construção de uma cultura própria, brasileira.

3.1 Ensino superior no Brasil: olhares e alhures

Remontam-se aos tempos coloniais as aspirações dos brasileiros por possuírem, dentro do país, estabelecimentos de ensino superior, nos quais pudessem desenvolver seus estudos em harmonia com a cultura local, como já ocorria em algumas colônias da América espanhola[29]. Atribui-se tal fato à centralização política de Portugal, que conduziu a uma cultura local inferior à encontrada na América espanhola, já possuidora, antes de tudo, das fontes deixadas pelos astecas, maias e incas. No dizer do professor Venâncio Filho (1982, p.1) o estudo do ensino jurídico no Brasil não pode prescindir da análise da situação cultural em Portugal, do papel que nela desempenharam as instituições educacionais e o direito, e do modo como esta cultura se transplantou para o Brasil, como forma e tipo de colonização.

Com a vinda da Família Real para o Brasil e seu necessário engajamento na realidade, ainda precária, da cultura nacional, começaram a desenvolver no país estudos com caráter acadêmico. Em 1808, devido ao contexto incipiente, no âmbito acadêmico e intelectual, D. João VI cria as escolas especiais de Medicina na Bahia e a cadeira de Artes Militares no Rio de Janeiro, o que permitiu amenizar a carência do ensino superior brasileiro, pois não se constituíam em pleno ambiente acadêmico, quiçá Universidades[30].

Com a criação da Faculdade de Medicina na Bahia e em seguida no Rio de Janeiro tem-se o início do ensino superior no Brasil[31]. Data marcante para a história da educação em terra *brasilis*. A colônia chamada Brasil vivia em total descompasso educacional com a Europa, tinha apenas ensino básico desempenhado pelos jesuítas, com forte conotação eclesiástica e de tendência a acomodação do *status quo* vigente.

A primeira faculdade do Brasil a Faculdade de Medicina da Bahia – Fameb teve determinado seu enfoque na área Médico-cirúrgico. Tal ato simboliza o início da independência educacional do Brasil e trouxe consigo grandes benefícios à cultura, à ciência e à arte brasileira[32].

Depois de fundar a Fameb, Dom João fez o mesmo no Rio de Janeiro no dia 5 de novembro daquele mesmo ano nascia a Escola de Anatomia, Cirurgia e Medicina atualmente Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro pertencente à Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.

O anseio por instituições de ensino superior/Universidades foi expressado já no processo constituinte, quando a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, a partir da proposta da Comissão de Instrução Pública, formulou, *in verbis*:

Art.1º - Haverão duas universidades, uma na cidade de S. Paulo e outra na de Olinda; nas quais ensinarão todas as ciências e belas-letas.

(...)

Art. 4º - Entretanto haverá, desde já, um curso jurídico na cidade de S. Paulo, para o qual o Governo convocará mestres idôneos, os quais se governarão, provisoriamente, pelos estatutos da Universidade de Coimbra, com aquelas alterações e mudanças que eles, em mesa presidida pelo vice-reitor, julgarem adequadas às circunstâncias e luzes do século.

O debate provocado na Assembléia Constituinte em torno do tema revela a importância social e o anseio de toda sociedade brasileira neste momento representada, o que elevou o debate a uma dimensão nacional, permitindo florescer idéias e examinando em detalhes a pertinência de criação de Universidades, desde a análise do problema, em si, até os seus desdobramentos com as artes e a cultura em geral.

Como se observa, desde o início do Império detecta-se uma carência cultural e um forte clamor social para desenvolver, em solo brasileiro, nossos cursos e ensinamentos voltados para a realidade nacional. Porém, com o processo de dissolução da Constituinte por D. Pedro I, os esforços resultaram inúteis naquele momento.

4 Viagem as arcadas: seus arquivos e suas memórias

Faz-se necessário uma contextualização histórica da necessidade do surgimento dos Cursos de Direito no Brasil[33], para que possamos entender a importância desse movimento na construção de uma identidade intelectual e cultural para o nosso país e o reflexo deste processo na construção do Estado Nacional brasileiro.

O Seminário de Olinda teve um papel fundamental na futura escolha da criação do Curso de Direito em Olinda em 1827, fase as sólidas bases educacionais desenvolvidas em Pernambuco. Sendo motivo de destaque nacional.

Durante o período do Brasil colônia, mesmo quando da elevação para categoria de Reino Unido e início do Império, continuava a dependência intelectual para formação de juristas que bebiam do conhecimento em terras luso, especificamente em Coimbra, trazendo consigo a ideologia do interesse Português. Portanto, os quadros eram formados sob o olhar e acompanhamento de Portugal. Para Lacombe, citado por Sérgio Buarque de Holanda:

A formação de juristas não era urgente. A Universidade de Coimbra forneceu-nos bacharéis em Direito em número suficiente (...). A relação de nossos estadistas, magistrados e professores é toda de bacharéis de Coimbra. Todo o Brasil político e intelectual foi formado em Coimbra, único centro formador do mundo português. Era ponto básico da orientação da Metrópole essa formação centralizada (HOLANDA, 1985, p. 361).

Essa era premissa da corte portuguesa, o que em muito prejudicou o desenvolvimento de pensamento crítico que possibilitasse a construção de um ordenamento jurídico próprio, com matrizes nacionais.

A sociedade brasileira continuava, portanto, a ser dependente de Portugal, no tocante à cultura jurídica, e mesmo assim tal alcance só era concebível aos abastados, só eles podiam alimentar-se do bacharelismo. O direito não possuía um celeiro próprio para desenvolver suas pesquisas, pois estávamos atrelados aos ensinamentos e doutrinas estudadas em Coimbra, uma espécie de controle ideológico da nação brasileira. É com este precário panorama nacional que se defrontava nosso país após a Independência.

A primeira Assembléia Constituinte brasileira, como já foi mencionado, expressou esta carência, seguida de uma indicação de criação de uma Universidade. A proposta partiu do constituinte José Feliciano Fernandes Pinheiro, posteriormente Visconde de São Leopoldo, em sessão de 14 de junho de 1823, e em 19 de agosto do mesmo ano, a propositura foi transformada em projeto de lei. Como em todo processo legislativo muitos debates ocorreram sobre a localização e matriz curricular e só em 04 de Novembro vem a ser aprovado o projeto, porém permaneceu a indicação de Olinda e São Paulo para sediar as universidades. Com sua dissolução ocorre um atraso na efetivação deste sonho pátrio.

Após a outorga da primeira Constituição brasileira, em 9 de janeiro de 1825, por Decreto, foi criado provisoriamente um Curso Jurídico com sede na cidade do Rio de Janeiro, que jamais chegou a funcionar. Mesmo assim, o Visconde de Cachoeira[34] redigiu os Estatutos com este fito. Fato frustrado, muito embora seus estatutos tenham regido os Cursos Jurídicos criados em 1827, vindo a vigorar até 1832.

Era grande o interesse dos intelectuais de que a Corte fosse dotada de um Curso Jurídico, contudo existia um temor das conseqüências de sua instalação na cidade do Rio de Janeiro, ponto de convergência política brasileira e ponto estratégico geográfico. O Corpo Legislativo, durante o ano de 1826, retoma com veemência a discussão sobre a necessidade urgente de sua criação, tendo no deputado mineiro Lúcio Soares Teixeira de Gouveia, apoiado pelo deputado Januário da Cunha Barbosa, autor do projeto que estruturou os cursos jurídicos em cinco anos, fortes defensores desta idéia.

Vários debates foram travados no seio legislativo brasileiro e, ainda em 31 de agosto de 1826, delibera-se, em sintonia com a proposta inicial da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, não somente pela criação de um curso, porém de dois: o de Olinda e o de São Paulo, atendendo desta forma as demandas dispersas na grande

extensão territorial brasileira, um ao Norte e outro ao Sul. O referido Projeto foi aprovado em 4 de julho de 1827.

Esta dicotomia justifica-se pelas características de cada região, pois em Olinda, ainda em 1710, deu-se o primeiro grito de liberdade política em favor da Proclamação da República, mostrando fortemente o sentimento de amor à pátria e às idéias liberais arraigadas no seio do povo pernambucano, o que, posteriormente, influenciou sobremaneira o pensamento de Clóvis Beviláqua (1977, p. 15), pois para ele a influência da Faculdade de Direito de Pernambuco sobre o desenvolvimento mental do Brasil foi mais fecunda e mais enérgica, devido a essas circunstâncias. E a criação do Curso Jurídico em São Paulo deixa um questionamento, por que sediá-lo em uma cidade pobre e distante? Segundo Giselda Hironaka (2007, p. 15) o então Visconde de São Leopoldo, paulista de nascimento, utilizou durante os debates legislativos o argumento de que era necessário recompensar a província que primeiramente apoiara a independência nacional, acreditando-se ser um território no qual desenvolver-se-iam os idéias nacionais do Império.

A partir da Carta de Lei votada pela Assembléia Geral e sancionada por Dom Pedro I, em 11 de agosto de 1827, os primeiros Cursos Jurídicos foram efetivamente criados, denominados então de Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais – art. 1º da referida lei. Fundam-se, nesta data, os ensinamentos jurídicos em solo brasileiro. O Curso de Direito de São Paulo foi instalado no Convento de São Francisco, em 1º de março de 1828, e o de Olinda[35], no Mosteiro de São Bento, em 15 de maio de 1828. O Brasil entra portando numa nova fase, uma nova Nação surge e, por conseguinte, uma nova consciência jurídica começa a ser desencadeada. Os Cursos Jurídicos constituíram-se em pontos de referência da evolução social e cultural brasileiras.

E assim sendo, muito embora o contexto conservador de então, os dois Cursos propiciaram o espaço ideal para a circulação de idéias novas, desencadeando o fortalecimento da unidade nacional, bem como o nascedouro de uma proposta real, engajada no contexto do Estado nacional.

Os Cursos Jurídicos constituíram uma ruptura com o dogma eclesiástico, com forte influência no Império, para assinalar um novo espírito e a possibilidade de uma nova concepção jurídica, tornando-se provedores dos quadros do Estado. Portanto, o leque de opções profissionais que surgiram dos Cursos Jurídicos, como jornalismo, letras, magistério, política, revelam a importância deste momento histórico, responsável pela abertura dos caminhos, quer jurídicos, quer políticos do Brasil Imperial.

Como era desejável, para a superação do atraso cultural vivenciado no Brasil e o desenvolvimento em solo brasileiro de uma elite para suprir a estrutura estatal, quando da instalação oficial dos Cursos Jurídicos, em discurso inaugural, o Dr. Loureço José Ribeiro (apud BEVILAQUA, 1977, p. 26) mostrou a importância social do curso jurídico para o progresso do país, as facilidades trazidas para os que desejassem aprender, sem ter mais necessidade de ir buscar na Europa instituto científico, o que nem todos podiam fazer.

Embora a primeira turma de bacharéis em Ciências Jurídicas de Olinda[36] tenha se formado em 1832, quatro anos após a instalação do curso, no início, a realidade institucional em muito atrasou o pleno desenvolvimento acadêmico, ora em razão da precariedade das instalações físicas, ora dada à falta de lentes ou desatualização dos manuais adotados. Esta era também a realidade vivida no Curso de São Paulo.

Os cursos jurídicos possuíam o mesmo currículo e os professores eram escolhidos aleatoriamente, sem se levar em consideração a preferência de região. Porém o Curso de Pernambuco tomou características notadamente filosóficas, configurando-se no embrião do movimento chamado Escola do Recife[37].

A agitação intelectual de Recife deveu-se à pujança dos jovens que fizeram uma ruptura com a religiosidade, adentrando nas novas correntes que agitavam o século XIX. Fizeram-se livres-pensadores em filosofia, republicanos e abolicionistas em política, constituíram-se numa casta da aristocracia intelectual do Império com forte influência no meio social.

Esta realidade de Recife tem em si o força econômica da época, produção da cana-de-açúcar e do algodão, posteriormente como o deslocamento do eixo econômico para São Paulo, produção do café, ocorre em paralelo uma transformação no curso do Largo de São Francisco dando-lhe pujança e destaque. Segundo Miguel Reale (2000, p. 184), foi em torno dessas duas Casas de Jurisprudência que se desenvolveu toda a vida cultural e humanística do País, não apenas no que se refere ao Direito, mas também em outros campos das Ciências Humanas, desde os estudos filosóficos às criações literárias.

O fluxograma inicial da Academia era distribuído em cinco anos de estudos. No primeiro ano o volume de matérias estudadas, em uma só cadeira, era bastante denso, o que, no entender de Clóvis Beviláqua (1977, p. 20), necessitaria de uma subdivisão em pelo menos três cadeiras: Direito Natural Direito Constitucional e Direitos das Gentes e Diplomacia. Tal era a complexidade desta cadeira que o impossibilitou de concluir seu curso, conforme o previsto na estrutura curricular, no primeiro ano, levando-o a adentrar no ano seguinte.

Neste período predominavam os estudos da metafísica e o método dedutivo, iniciando, portanto os conteúdos pelo direito natural visto ser a primeira matéria elencada no art. 1º da lei de criação das Academias de Direito, com intuito de demonstrar aos discentes os princípios universais e imutáveis. Era a filosofia do direito de então. Tal enfoque doutrinário só viria a mudar com o movimento crítico da Escola do Recife.

Curso de São Paulo[38]

Na opinião de Clóvis Beviláqua, se compararmos a organização dos cursos jurídicos da lei de 11 de agosto de 1827 com os Estatutos para o curso criado pelo decreto de 9 de janeiro de 1825, ter-se-á de reconhecer que esta última é mais lógica e mais completa. Os Estatutos tratavam uma a uma cada disciplina, dando-lhe uma sistemática coerente. Ressalta-se que o currículo dos referidos cursos constituíam-se na quase literalidade do currículo do curso de Direito de Coimbra.

Em 1854 passam as Academias a serem denominadas de Faculdades de Direito e o curso de Direito de Olinda transfere-se nesse ano para Recife, objetivando uma melhoria na qualidade do ensino devido às precárias instalações do Mosteiro de São Bento.

O controle estatal do Império junto às Faculdades era sistemático e centralizado: abrangia desde a órbita administrativa, a metodologia do ensino, a nomeação dos professores, a bibliografia, bem como a estrutura curricular, criando amarras que impossibilitavam inovações no ensino ministrado.

Predominou no Brasil, até a introdução pela Escola do Recife do *evolucionismo-monista* e do positivismo, a doutrina jusnaturalista ortodoxa. Esta doutrina tinha um modelo de ensino arcaico, porém nos moldes de Coimbra, com as chamadas aulas-conferência.

O espaço acadêmico inicialmente serviu de construção e sustentação de uma elite econômica, apropriando-se da estrutura política e ocupando os cargos políticos e administrativos. O bacharel em direito passa a ter importância política na construção do Brasil Império e Brasil República. Tinha então como um dos objetivos a criação dos cursos jurídicos no Brasil a formação de quadros para a estrutura administrativa e governamental do Estado recém nascido.

Porém a realidade acadêmica estava em descompasso com a realidade social, propiciando um abismo entre as teorias estudadas e sua aplicação concreta. Deveria haver uma maior espírito crítico dentro das academias, para que pudéssemos desenvolver uma mentalidade intelectual.

Através do Dec. nº 1.134, de 30 de março de 1853[39], foi alterado o art. 3º dos Estatutos do Visconde Cachoeira, o que permitiu a criação de duas cadeiras novas: Direito Romano e Direito Administrativo. Esta data torna-se um marco histórico nos estudos acadêmicos devido à sua extensão enquanto motivação para uma nova realidade[40], pois um novo cenário acadêmico começava a desenhar-se. Este novo decreto, apesar de não introduzir significativas mudanças no texto anterior, procurou consolidar as duas cadeiras introduzidas, diferentemente do Regulamento de 1831.

O período de 1870 foi decisivo para a história do ensino jurídico. No ano de 1879 vê-se implantada a *reforma do ensino livre*[41], com base na liberdade do discente, permitindo inclusive sua ausência às aulas e a possibilidade de apenas prestar exames periódicos, revogando, portanto os decretos anteriores.

Mesmo com a *reforma do ensino livre*, que começou a ser discutida em 1870[42] e embrionariamente implantada, inicia-se um processo de “reação científica” que, somente após Proclamação da República, é consolidado pelo Decreto republicano nº 1.232 H, de 2 de janeiro de 1891, conhecido por reforma do ensino livre de Benjamin Constant, que se fundamenta na classificação *compteaana* das ciências[43].

Para Clóvis Beviláqua tal classificação peca pela ausência da Psicologia, que para ele é de fundamental importância ao estudo e à formação do discente dos cursos jurídicos, por entender que se trata de um conhecimento necessário ao aprendizado dos conteúdos da filosofia do direito bem como do direito criminal[44].

Já apregoava Clóvis Beviláqua (1976, p. 62) em seus estudos: “Quanto ao direito criminal, suas relações com a psicologia são de tal natureza que nós podemos considerá-la um dos modos mais vastos de aplicação das teorias psicológicas”. O civilista demonstra sua preocupação com a reestruturação dos conteúdos ministrados nas Faculdades de Direito, visto que possuía um pensamento avançado para época, como se nota em sua proposta de inclusão dos estudos psicológicos no direito penal.

Para Clóvis Beviláqua (1977, p. 375) a modificação do ensino promovida por Benjamin Constant:

(...) operou grandes transformações no ensino público do país. Não somente se criaram cadeiras nas Faculdades de Direito, como se imprimiu caráter mais consentâneo com as idéias do tempo, à concepção geral de ensino jurídico. Pela primeira vez se teve, no mundo oficial, a compreensão da real importância da história e da legislação comparada, com o elemento elucidativo da função social do Direito.

Tal mudança trouxe consigo a descentralização educacional. No dizer de Venâncio Filho, a reforma nivelou do *federalismo político ao federalismo educacional*, findando o monopólio de Recife e de São Paulo. Surge, portanto, vários cursos e Faculdades de Direito no Brasil,[45] sem, contudo possuir um efeito unificador, o que serviu como uma recuperação dos postulados das expectativas da elite liberal renovadora do Império.

Este novo modelo também influenciou a Escola do Recife, muito embora a mesma já possuísse matrizes avançadas para a época, tanto no trato pedagógico como no trato doutrinário, o que levou à forte oposição do movimento positivista do Rio de Janeiro, capitaneado por Miguel Lemos, Teixeira Mendes e Benjamin Constant e os adeptos da renovação católica de Carlos Laet e Leonel França, em detrimento da grande maioria do corpo de juristas e sociólogos simpatizantes das idéias defendidas pela Escola do Recife.

Na defesa da Escola o pensamento de Hélio Jaguaribe (1967, p. 33): constitui a escola do Recife, juntamente com o positivismo e, em época posterior, com o catolicismo de Jackson, um dos três únicos exemplos de movimento intelectual brasileiro que formou escola e perdurou além da geração dos fundadores.

O germanismo de Tobias Barreto[46] elevou o acirramento dos opositores por entenderem ser um engajamento por mera vaidade e excesso de bacharelismo do mestre fundador do movimento filosófico-jurídico. Porém, o que almejava Tobias Barreto era apenas uma ruptura com os franceses, produzindo-se uma elevação da cultura nacional com adaptações das correntes germânicas.

Considerações Finais

Nesse sentido, torna-se evidente a contribuição da vinda da corte portuguesa para o Brasil em 1808 e sua elevação à condição de Reino Unido de Portugal no desenvolvimento do ensino jurídico na colônia, como também em todos os outros setores, tais como: economia, indústria, cultura, educação, enfim, nas estruturas mínimas de um Estado-nação.

A lógica da colonização de exploração fazia com que, antes de citado evento, todos esses setores fossem subjugados e até mesmo desestimulados pela metrópole, interessada tão somente na exploração dos recursos brasileiros. Tal situação justifica a demora no desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro, bem como cria um claro ponto de divisão em o antes e depois da vinda da família real para o país, sendo certo que a conjuntura política e economia que levou a tal evento foi benéfica para o Brasil.

Ademais, a manutenção prolongada do vínculo Brasil-Portugal, primeiramente com a elevação à reino unido que retardou em muito a concretização do movimento separatista que se espalhava no mundo, e em seguida com a independência pacífica, até mesmo possivelmente arquitetada por D. João, do Brasil e a manutenção da família Bragança como corte do Império, bem como de relações amistosas entre os países explica a grande influencia exercida pelo modelo jurídico português.

Conclui-se assim, que a presença da corte portuguesa no Brasil teve seus grandes benefícios, notadamente no sentido do desenvolvimento, entretanto gerou problemas como a manutenção do vínculo entre metrópole e colônia, cujos reflexos estão presentes até os dias atuais.

REFERÊNCIAS

BARRETO. Vicente; PAIM, Antônio. **Evolução do Pensamento Político Brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989.

BEVILÁQUA. Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Brasília: INL, 1977.

_____. **Obra filosófica**. São Paulo. Grijalbo: Universidade de São Paulo, 1976a, v.1.

_____. **Obra filosófica**. São Paulo. Grijalbo: Universidade de São Paulo, 1976b, v. 2.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e ensino jurídico: legislação educacional**. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

_____. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. *Un théâtre d'ombres: La politique impériale au Brésil*. Paris: Maison des Sciences de l'Homme, 1990.

_____. **Dom Pedro II**, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CERQUEIRA, Daniel, CARLINI, Angélica; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo (Orgs). **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. Campinas: Millennium. 2007.

CHACOM, Vamireh. **Da escola do Recife ao Código Civil: Artur Orlando e sua geração**. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1969.

CRIPPA, Adolfo et alli. **As Idéias Filosóficas no Brasil**. São Paulo: Convívio, 1978, v. 2.

ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica, 1989, v. 5

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2002.

FERREIRA, Pinto. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: UFPe/Universitária, 1980. Tomos I e II.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrono político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

_____. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, ano VII –Vol. 8, n. 22, maio-agosto, 1977, 167-173.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História da civilização brasileira**. 5. ed. São Paulo: Difel, 1985, tomo II, Vol. 3.

JAGUARIBE, Hélio. **A Filosofia do Brasil**. Rio de Janeiro, 1967.

LAURENTINO, Gomes. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

MELO, Evaldo Cabral de. **Um imenso Portugal: história e historiografia**. São Paulo: 34, 2002.

NOGUEIRA, Alcântara. **O Conceito ideológico do Direito na Escola do Recife**. Fortaleza: BNB, 1980.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília, 1997.

PAIM, Antônio. **História das Idéias Filosóficas no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Convívio, Brasília: INL, Fundação Pró-memória, 1984.

PAULO FILHO, Pedro. **O Bacharelismo Brasileiro (da Colônia à República)**. Campinas: Bookseller, 1997.

REALE, Miguel. **Figuras da Inteligência Brasileira**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1984.

_____. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org). **Ensino jurídico: para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil)**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1987. V/2.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[1] Em 1807 General Junot invade Portugal sob as ordens de Napoleão. Simultaneamente em novembro a Corte portuguesa parte para sua colônia – Brasil. Laurentino Gomes. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

[2] D. João assumiu o Império Português como Príncipe Regente em virtude do afastamento de sua mãe D. Maria I.

[3] Reputa-se que tal atitude de muito era alimentada pelos dirigentes portugueses. Tal feito tinha sido concebido por D. Luiz da Cunha e Pombal. Dom João IV, a rainha Dona Luiza de Guzmán e o padre António Vieira tinham pensado em semelhante idéia diante da persistente guerra de reivindicação espanhola.

[4] A Espanha não toma a mesma decisão, ou seja, fuga para América espanhola. Fica a mercê da invasão napoleônica.

[5] Ver obras de José Murilo de Carvalho: **A construção da ordem**: a elite política imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980. **Teatro de sombras**: a política imperial. São Paulo: Vértice, 1988. **A monarquia brasileira**. Rio de Janeiro: Livro Técnico, 1993.

[6] Na Europa de então só havia duas potências hegemônicas, a França e a Inglaterra. Com tal atitude Portugal se coloca em beligerância com a França, ou seja, os portos foram abertos somente à Inglaterra.

[7] Rodrigo de Souza Coutinho, conde de Linhares é nomeado Ministro da Guerra e do Estrangeiro. Visconde da Anadia da Marinha. D. Fernando de Portugal, a presidência do erário régio e o cargo de Ministro assistente ao despacho, que equivalia ao de Primeiro-ministro.

[8] E, como ato de demonstração de força, foi expedido um corpo do exército contra a Guiana Francesa (na divisa do rio Oiapoque), sob o comando do coronel Manuel Marques, apoiado por uma flotilha comandada pelo capitão James Jeo, com quinhentos homens de desembarque. Em fins de 1808, essas forças chegavam ao rio Oiapoque e, em 12 de janeiro de 1809, em pouco mais de um mês saiu vigorosa, o governador da possessão francesa retira-se para a Europa. Só em 1817, em virtude da Convenção de Paris, a Guiana era restituída à França.

[9] Com a vinda da família real, emigraram para o Brasil, em quantidade, portugueses arruinados com a invasão da península. Legiões de serventuários, de letrados, de militares, de favoritos e protegidos de toda a ordem, enchiam as repartições e, para acomodar todo esse contingente, na corte iam se multiplicando as sinecuras, sem dissimular que os cargos criados se destinavam aos reinóis e não aos nativos. Com semelhante atitude, a corte fazia sua escolha, pois, enquanto os filhos da terra eram excluídos dos empregos públicos e tratados, ainda, como colonos, ou como raça inferior ou conquistada, crescia nos nativos a consciência de que o sonho da pátria futura era incompatível com aquele estado de coisas, já que o próprio governo, mergulhado naquele mar de irregularidades, se mostrava alheio aos destinos da população não privilegiada.

[10] Na época havia uma grande diferença entre a política adotada em Portugal e na Espanha.

[11] Revolução Constitucionalista de 06 de março de 1817 foi imediatamente reprimida por D. João VI. O movimento foi liderado por Domingos José Martins, com o apoio de Antônio Carlos de Andrada e Silva e do Frei Caneca. Os revolucionários conseguiram conquistar Pernambuco e instalaram um governo provisório que tinha como propostas proclamar a República, abolir alguns impostos e elaborar uma constituição que estabelecesse a liberdade religiosa e de imprensa, bem como a igualdade de todos perante a lei. A Revolução Pernambucana de 1817 conseguiu congrega religiosos, militares, intelectuais e populares em torno do ideal comum da emancipação política e do estabelecimento do governo republicano. A atual bandeira de Pernambuco é a mesma que os revoltosos usaram em 1817.

[12] Em Porto localiza-se a região do rio Douro, terra do Infante D. Henrique, é a cidade mais importante de Portugal, depois de Lisboa.

[13] A corte os submetia a uma ditadura militar chefiada pelo Marechal Beresford, tido como alguém de pouco trato e grosseiro.

[14] A Constituição de Cádiz possuía de feições liberais avançadas para Europa da época.

[15] D. João VI retorna a Portugal em 1821.

[16] Fortemente influenciada pela Constituição de Cádiz, bem como pelas Constituições Francesas de 1791, 1793 e 1795, sendo marcante pelo seu espírito amplamente liberal, revogando o modelo absolutista.

[17] O comando das embarcações de retorno em 1821 ficou a cargo do Almirante D. João Manuel de Menezes Marquês de Viana, o mesmo que comandou a nau Martim de Freitas e a fragata Urânia, com a função especial de defesa da nau capitânia que conduziu a Rainha D. Maria I e o Príncipe Regente D. João, quando da vinda para o Brasil - Rio de Janeiro.

[18] Esta decisão consolida a influência inglesa na sociedade e na economia brasileira. Ficando caracterizada pela assinatura dos Tratados de 1810: a) Tratado de Comércio e Navegação e b) Tratado de Aliança e Amizade.

[19] Foi criado por Alvará do Príncipe Regente D. João, em 12 de outubro de 1808, com capital de 1.200 (hum mil e duzentas) ações de um conto de reis cada uma.

[20] Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios é o antigo nome da atual Escola de Belas Artes, hoje integrada a Universidade Federal do Rio de Janeiro. Foi fundada por D. João VI por decreto, em 12 de agosto de 1816, sob orientação da Missão Artística Francesa.

[21] Criada por Decreto de 10 de maio de 1808. O Príncipe Regente Dom João elevou a Relação do Rio de Janeiro (espécie de tribunal de primeira instância) à condição de Casa de Suplicação do Brasil (última instância).

[22] Criada pelo Decreto de 13 de maio de 1808 - Imprensa Régia do Rio de Janeiro, tendo como missão imprimir, com exclusividade, todos os atos normativos e administrativos oficiais do Governo. Em 10 de setembro foi publicado o primeiro Jornal do Brasil – Gazeta do Rio.

[23] Ato que tira o Brasil de uma situação de total descaso educacional. Inexistia ensino superior. Este fato ocorreu sob a influência do pernambucano, o Dr. José Corrêa Picanço, depois Barão de Goiana.

[24] Em 1815 o Brasil é elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, através da Lei de 16 de dezembro de 1815, assinada por D. João VI.

[25] Com o objetivo de aclimatar as especiarias vindas das Índias Orientais, em 13 de junho de 1808, foi criado o Jardim de Aclimação por D. João, Príncipe Regente. Devido à exuberância natural do local logo após a instalação do Jardim, em 11 de outubro do mesmo ano, D. João passa a chamá-lo de Real Horto.

[26] **O Real Teatro de São João** foi inaugurado em 12 de outubro de 1813. Em suas dependências em 1824 foi promulgada, com a presença do Imperador e da Imperatriz, a Primeira Constituição Brasileira.

[27] É a mais antiga instituição científica do Brasil e o maior museu de história natural e antropológica da América Latina. Criado por D. João VI, em 06 de junho de 1818, serviu para atender aos interesses de promoção do progresso cultural e econômico no país. Originalmente denominado de Museu Real, foi incorporado à Universidade do Brasil em 1946.

[28] Durante seu governo, conhecido como Primeiro Reinado derrotou a Confederação do Equador (1824), movimento revolucionário, de caráter emancipacionista e republicano, ou mais certamente autonomista, ocorrido no Nordeste, tendo seu início em Pernambuco. Representou a principal reação contra a tendência absolutista e a política centralizadora do governo de D. Pedro I (1822-1831), expressas na Carta outorgada de 1824. Perdeu o controle sobre a província Cisplatina, atualmente Uruguai. Em 07 de abril de 1831, Dom Pedro I abdicou do trono brasileiro. D. Pedro II, seu herdeiro, tinha apenas 5 anos, portanto, o Brasil foi governado durante quase uma década por quatro regências.

[29] A América espanhola teve cursos superiores desde o início da colonização, cuja primeira Universidade foi fundada em São Domingos em 1538, seguida da Universidade de São Marcos (Lima) em 1551, e da Universidade do México, em 1553. Nosso ensino resumia-se até a fuga da família real aos ensinamentos jesuítas, com a Companhia de Jesus, com o primeiro Colégio estabelecido na Bahia em 1550.

[30] A sociedade brasileira desejava, com a vinda Família Real, a fundação dos Cursos Jurídicos, o que de fato não ocorre. A formação dos bacharéis em Coimbra muito colaborava na manutenção do *status quo*, pois constituía-se num modo de controle ideológico.

[31] Foi prometida uma terceira Escola de Medicina para Maranhão na Carta Régia de 29 de dezembro de 1815, fato que nunca chegou a ocorrer.

[32] O primeiro periódico científico brasileiro data de 1913 – O Patriota.

[33] Com a expansão da colônia, aumenta o número de brasileiros que vão estudar na Universidade de Coimbra, constituindo-se na elite intelectual e política brasileira. Alguns exemplos de brasileiros que ali se formaram: José Bonifácio de Andrade e Silva, Conceição Veloso, Arruda Câmara, Câmara Bittencourt de Sá, Silva Alvarenga, Alexandre Rodrigues Ferreira, José da Silva Lisboa, Cipriano Barata, José Vieira Couto e outros.

[34] Luiz José de Carvalho Melo. **Estatutos dos Cursos Jurídicos**. Instituto dos Advogados, 1977, pp. 11-16. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/panteao/

panteao.htm

[35] Quando da instalação da Academia de Direito em Olinda, permaneciam viva as marcas dos movimentos de 1817, 1821 e 1824, continuando vivo porque não dizer efervescente o ambiente intelectual e político em Pernambuco, que contribuiu ainda mais ao desenvolvimento intelectual e as reflexões políticas.

[36] Em agosto de 1946, as Faculdades de Direito juntamente com as Faculdades de Medicina, de Filosofia, Escolas de Belas Artes e de Engenharia) para compor a Universidade do Recife, primeiro centro universitário do Norte e Nordeste do Brasil. Atualmente Universidade Federal de Pernambuco.

[37] Clóvis Beviláqua, quando do seus estudos preparatórios para o curso superior na cidade do Rio de Janeiro, seria de se esperar que o mesmo optasse pela Faculdade de Direito de São Paulo. Não o fez, opta por Recife devido à efervescência cultural promovida por Tobias Barreto e o novo movimento filosófico por ele desencadeado ESCOLA DO RECIFE. A Faculdade de Direito do Recife tornara-se um centro considerável de difusão da cultura filosófica e jurídica, com respeitáveis professores, muitos já formados em Olinda. Tobias Barreto revolucionou-a, introduzindo novas idéias, hauridas de obras até então desconhecidas no Brasil.

[38] A Faculdade de Direito de São Paulo foi anexada à Universidade de São Paulo, criada em 25 de janeiro de 1934, pelo decreto estadual n. 6283, assinado por Armando Salles de Oliveira, juntamente com as Escolas Politécnica, Agrícola Luiz de Queiroz, a Faculdade de Medicina e o Instituto de Educação. .

[39]Este decreto foi promulgado conforme autorização concedida pelo Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851.

[40]Em 1855 foi publicada por Paula Batista a Teoria e prática do processo civil, uma produção intelectual genuinamente nacional .Era professor da Faculdade de Direito de Olinda.

[41]Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879, assinado pelo Ministro do Império Carlos Leôncio de Carvalho, consagrou a liberdade de ensino. Ver livro O ensino jurídico no Brasil, do professor Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 1998.

[42]É neste período em conexão com a história mundial que se tem o advento da Terceira República na França e a Guerra Franco-Alemã e no tocante ao Brasil o fim da Guerra do Paraguai e a fundação do Partido Republicano.

[43]Augusto Comte, com sua corrente positivista, irradiou no Brasil, desde 1858, quando foi publicado o livro de Antônio Fernão Moniz de Aragão, Compêndio de Matemáticas Elementares, depois dele vem Francisco Brandão Júnior, em 1865, A escravidão no Brasil. Tal reforma permitiu a expansão do ensino.

[44]A compreensão da importância dos estudos psicológicos no direito só será tomada com toda a sua amplitude na reforma do ensino de 1960, e modernamente inserida nos estudos de criminologia e sociologia jurídica, a partir do caráter humanístico que a comissão de especialistas do MEC vem implementando nos curso de direito, com base na Portaria Ministerial nº1886/1994.

[45]Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro e a Faculdade Livre de Direito, Faculdade Livre de Direito da Bahia em 1891, Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais em 1891, A Faculdade de Direito do Ceará em 1903, Faculdade de Direito de Porto Alegre em 1903 e a Faculdade de Direito do Pará em 1903. Criação burocrática da Universidade do Rio de Janeiro.

[46]Teve como fonte inspiradora da teoria alemã, o que para muitos causa estranheza, pois a colonização germânica no Brasil dá-se no Sul e não no Nordeste, muito embora até os tempos modernos permaneça com grandes ligações às escolas alemãs.

ENTRE A RUPTURA E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA NAÇÃO: SISTEMA DE DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NO BRASIL (1824-1916) *

BETWEEN RUPTURE AND INSTITUTIONALIZATION OF THE NATION: PRIVATE LAW SYSTEM AND THE RISE OF THE PUBLIC SPACE IN BRAZIL (1824-1916)

Bernardo Brasil Campinho

RESUMO

A construção da Sociedade-Nação nas Américas passa por um processo de tensão dialógica entre a ruptura com o passado colonial (e a dependência que o status de colônia impõe), e a afirmação nacional a partir de um novo arcabouço institucional-legal, gerando a formação e consolidação de uma esfera pública, onde será debatida a produção legislativa nacional, configurada pelas nascentes instituições parlamentares, pelos tribunais, pelos cursos jurídicos e pelo jornalismo. Um processo particularmente significativo na formação da esfera pública destas novas Nações foi a codificação, a partir do modelo francês Napoleônico, do sistema de Direito Privado, da definição do estatuto do cidadão/proprietário. Este trabalho de pesquisa se propõe, a partir de uma análise histórico-dogmática, a refazer o trajeto da formação do sistema de Direito Privado no Brasil e sua contribuição para a autonomização de uma esfera pública nacional, permeada pelas condições sóciopolíticas que marcaram o país, desde a outorga da sua Constituição em 1824 até a promulgação do primeiro Código Civil em 1916.

PALAVRAS-CHAVES: NAÇÃO; SISTEMA; DIREITO PRIVADO; ESFERA PÚBLICA

ABSTRACT

The development of the Nation in the Américas is a process of tense dialog between cutting the bond that ties the American societies with their colonial past (which includes the dependence that is a trace of the colonial status), and the affirmation as a independent nation, which brings the need of and legal system and its institutions, leading to the formation of a public space, where it will be debated the national legislation, including in its core the legislative institutions, the courts, the Law schools and the newspapers. A relevant process in the formation of the public space in newly independent American nations was the codification of Private Law according to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

model of the French (Napoleonic) Civil Code, which brought out the modern definition of the citizen/property owner. This work focus, base on a historic and legal analysis, in rebuilt the path which lead to the formation of the Brazilian Private Law system and its contribution to the rise of a national public space, crossed by the social and political conditions of the period from the first Brazilian Constitution (1824) to the first Civil Code of the country (1916).

KEYWORDS: NATION; SYSTEM; PRIVATE LAW; PUBLIC SPACE

1. Introdução

O período que vai de 1775, com a batalha de Lexington, nas então colônias britânicas na América do Norte, até 1825, com a derrota final dos espanhóis na América do Sul, marca a derrocada dos três grandes impérios coloniais existentes nas Américas àquele tempo: o britânico, o espanhol e o português[1].

A construção destas novas sociedades, por assim dizer *nacionais*, além de enfrentar um grande período de conflitos políticos e sociais, é marcada também pela busca de uma identidade, na tensão dialógica entre um passado colonial que se buscava superar e a construção vindoura da Sociedade-Nação.

Este processo se revelou através de uma série de manifestações, mas o primeiro desafio imediato era a construção (e delimitação) da extensão destes novos Estados Nacionais e, em consequência, a formatação de instituições e de um sistema jurídico próprio que, ao mesmo tempo que devia ser o sustentáculo das relações sociais, seria também a marca da ruptura com o passado colonial e o marco institucional da identidade nacional (ou sua legitimação burocrático-legal)[2].

Obviamente, este processo se manifestou de forma distinta em cada país das Américas, em momentos distintos (A Revolução Americana é sucedida por um hiato de mais de trinta anos em relação à independência das colônias latino-americanas, que por sua vez foram precedidas pela Revolução Francesa).

Inicialmente, a busca pela construção do sistema jurídico nacional se deu de forma distinta dentro do âmbito de cada um dos antigos sistemas coloniais, muito em razão da diferente relação institucional que cada grupo de colônias tinha com sua metrópole e a própria distinção entre o Direito continental europeu (sistema romano-germânico, do qual descendiam as tradições jurídicas em Portugal e na Espanha) e do Direito inglês (sistema da *common law*).

As colônias britânicas na América do Norte sempre tiveram, desde o século XVII, algum tipo de representação política local, que incluía fazendeiros, manufactureiros e comerciantes, até porque as leis votadas pelo Parlamento de Westminster só teriam validade fora da Inglaterra se assim fosse expressamente declarado. Muitas das colônias acabavam passando leis locais, e a aplicação do precedente judicial (fonte do direito por

excelência no sistema da *commom law*) era temperada, quando não muitas vezes afastadas, pela aplicação dos juízes locais[3].

No caso das colônias espanholas, espalhadas por um território mais vasto do que as treze colônias britânicas na América do Norte, a dualidade entre a metrópole e as colônias era maior, seja em termos de organização judiciária, com autonomia maior para os juízes locais, seja com a distinção clara entre as normas legais que eram aplicadas na Espanha e na América Espanhola. Neste sentido, haviam *compilaciones*, reuniões casuísticas e sem qualquer sistematização de textos legais editados para a Espanha (como a *Nueva Recopilación*, de 1567), ao passo que houve também a reunião dos textos legislativos específicos das colônias em um documento – *la Recopilación de las Leyes de Los Reinos de Las Indias* – datada de 1680 (Lerner, 2002: 13).

Finalmente, o caso da América portuguesa é bastante singular em relação aos demais impérios coloniais existentes ao final do século XVIII nas Américas. Com efeito, conforme explica José Reinaldo Lima Lopes (2000: 237):

“Comparada com a história da América Espanhola, a América Portuguesa é única. Do ponto de vista do direito um traço marcante é a unidade do império português e esta unidade dependeu de inexistir uma separação de cargos entre brasileiros e portugueses e de não se criar uma universidade deste lado do Atlântico. Todos os cargos da carreira de justiça, por exemplo, eram comuns: o tribunal da Bahia, ou de Goa, ou do Porto recebiam desembargadores de qualquer parte do Império. A universidade de Coimbra formava todos os letrados do Império. Finalmente, a compilação das Ordenações de 1603 (chamadas de Filipinas) vigoravam aquém e além-mar, juntamente com o direito comum[4]: nos tribunais criados no Brasil deveria haver além das Ordenações um jogo completo de Bartólos e do Corpus Iuris Civilis[5]. Portanto, a despeito das muitas normas, alvarás, regimentos, cartas-régias especialmente feitos para se aplicar ao Brasil, há uma vida jurídica comum. (...) E embora o Conselho Ultramarino possa interferir em questões de fazenda e guerra, em matéria de justiça a relação é direta com a justiça comum do reino”.

O legado dos sistemas legais coloniais era um fardo a ser esquecido, principalmente pelo seu comprometimento com o Antigo Regime, com o centralismo monárquico que desconhecia os limites do constitucionalismo.

Assim, a tarefa de construir os novos sistemas jurídicos era também uma delimitação daquilo que se queria entender por nacional em contraponto às reminiscências dos antigos impérios coloniais.

O processo de afirmação nacional, a partir de um novo arcabouço institucional-legal, acabou gerando como um produto a formação e consolidação de um esfera pública, onde será debatida a produção legislativa nacional, configurada pelas nascentes instituições parlamentares, pelos tribunais, pelos cursos jurídicos e pelo jornalismo.

Algo particularmente significativo na formação da esfera pública destas novas Nações foi a codificação, a partir do modelo francês Napoleônico, do sistema de Direito Privado, da definição do estatuto do cidadão/proprietário, informada pela noção de povo (na verdade, povo-burguesia) e que construía toda uma centralidade em um Código Civil, onde a matéria pertinente às relações entre particulares, à propriedade, aos contratos e à organização da família se tornava o complemento das declarações de direito e tinha uma função notadamente “constitucional”.

Como explica Michelle Giorgianni:

“(...) No sistema jusnaturalista e racionalista, o Direito ‘Privado’ indicava de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares ou particuliers, ou seja, do indivíduo na órbita do ordenamento jurídico. A ‘prioridade’ do Direito Privado sustentada pelos jusnaturalistas tinha por isso o significado de inclusão, na sua órbita, de todas as normas postas em favor dos indivíduos frente ao príncipe. (...) Deste significado – que com termo moderno podemos decididamente qualificar como ‘constitucional’ – existem traços muito significativos nas codificações oitocentistas (...) assim, as inserções das chamadas disposições preliminares sobre a lei em geral nos códigos civis (que se perpetua ainda na sistemática dos nossos manuais de instituições de Direito Privado), das normas sobre o gozo dos direitos civis, sobre a cidadania, etc., respondiam a uma íntima lógica do sistema de Direito Privado, o qual continha o ‘estatuto’ dos cidadãos e, portanto, os limites da atividade do Estado frente a eles. Basta lembrar que no seio do Código Civil austríaco de 1811 era proclamado que ‘todo homem tem direitos inatos já reconhecíveis pela razão e, portanto, se deve considerar como pessoa’ (§ 16)” (Giorgianni, 1998: 41).

Por outro lado, a propriedade foi o vértice do processo de codificação do Direito Privado, com a afirmação da propriedade enquanto direito positivado sob a ótica do individualismo burguês e consolidando o papel do Estado como garantidor da autonomia da vontade enquanto expressão do espaço privado no qual se desenvolveria o ciclo econômico, dando um novo sentido à dicotomia esfera pública/sociedade civil (burguesa).

Bastante esclarecedora neste sentido é a seguinte passagem de Jurgen Habermas:

“Com as grandes codificações do direito burguês, é desenvolvido um sistema de normas que assegura uma esfera privada em sentido estrito, ou seja, o intercâmbio das pessoas privadas entre si livres de encargos corporativistas e governamentais. Garantem a instituição da propriedade privada e, como seu ponto de ligação, as liberdades básicas de contrato, de empreendimento e de herança” (Habermas, 1984: 95).

Estas influências marcaram também todo o processo histórico de codificação do Direito Privado no Brasil, alimentado não só pelas matrizes filosóficas do jusnaturalismo e do liberalismo político e econômico, mas também pela ruptura com a condição colonial e a necessidade de afirmação nacional e construção de um sistema jurídico próprio do país, pela lógica oligárquica de apropriação privada da esfera pública.

Neste sentido, para que a nossa aspiração nacional através de um sistema jurídico próprio pudesse ser completa, a Constituição Imperial de 1824, no inciso XVIII do art. 179 determinou que se elaborasse, o quanto antes, um Código Civil (e também um Criminal), fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

Assim, este trabalho se propõe, a partir de uma análise histórico-dogmática, a refazer o trajeto da formação do sistema de Direito Privado no Brasil e sua contribuição para a autonomização de uma esfera pública nacional, permeada pelas condições sócio-políticas que marcaram o país, desde a outorga da sua Constituição em 1824 até a promulgação do primeiro Código Civil em 1916, quando todo o sistema normativo das relações jurídico-privadas alcançou a tão sonhada centralidade fundada em um Código, objetivo caro ao ideário liberal, sendo o fim de uma trajetória do Direito Privado enquanto elemento de afirmação da Sociedade-Nação e demarcação simbólica de suas vicissitudes.

2. Nação e codificação: entre a revolução e a tradição

A nação encontra no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª edição, 33ª reimpressão, as seguintes definições: 1. Agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por traços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos; 2. País; 3. O povo de um território organizado politicamente sob um só governo; 4. Pessoa jurídica formada pelo conjunto dos indivíduos, e titular de soberania; 5. Povo ou tribo indígena; 6. Raça, casta, espécie.

Com efeito, Max Weber adverte que a nação é um conceito que, se for possível defini-lo inequivocamente, jamais pode ser definido na base de qualidades comuns empíricas daqueles que se consideram seus membros. Para ele, em primeiro lugar, significa, sem dúvida, no sentido daqueles que o empregam, que de certos grupos de pessoas pode ser esperado, diante de outros, um sentimento de solidariedade específico, pertencendo, portanto, à esfera dos valores. Mas o próprio Weber alerta para o fato de que não há unanimidade nem sobre a questão de como delimitar esses grupos nem sobre a de que tipo de ação social deve resultar daquela solidariedade[6].

O significado fundamental de nação equalizava “o povo” e o Estado à maneira das revoluções americana e francesa, tornando-se parte de seu conceito a idéia de que esta deveria ser “una e indivisa”, como na fórmula francesa (Hobsbawn, 1990: 31). Assim considerada, a “nação” era o corpo de cidadãos cuja soberania coletiva os constituía como um Estado concebido como sua expressão política (Hobsbawn, 1990: 31b).

Se a nação equalizava “povo” e Estado, naturalmente o sentido nacional se relacionava, pelo menos nas experiências das revoluções liberais (francesa e americana), as idéias de cidadania e de pertencimento, que seriam em grande parte definidas a partir do discurso do jusnaturalismo.

A medida para a idéia de povo-cidadão seria a princípio informada pelo paradigma liberal-burguês, alimentado pela retórica da liberdade e da igualdade perante a lei. Nestes termos, tornava-se clara a necessidade de consolidar e uniformizar o entendimento de quem e como se era cidadão, o que foi feito a partir da positivação do Direito Natural através de duas vertentes: os textos constitucionais e, particularmente, as declarações de direitos, que definiam a liberdade civil e limitavam o poder estatal; e as codificações civis, que regulamentavam plenamente a liberdade e a igualdade perante a lei, através da linguagem do sujeito de direito abstrato, cristalizando a noção de cidadão enquanto proprietário e de povo-nação enquanto burguesia.

A França representou o ponto de maior aproximação entre estes dois processos: após a Revolução Francesa, foram lançadas as bases para a afirmação em toda a Europa dos ideais de liberdade e igualdade defendidos pela burguesia. Com a ascensão de Napoleão, o processo revolucionário se encerra, tendo deixado ao mundo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e lançado os fundamentos para a codificação civil de 1804, que combinava a consolidação da Dogmática Jurídica de base romano-germânica a partir da inspiração jusfilosófica do liberalismo e do jusnaturalismo.

Mas a codificação civil encerrou não apenas um papel “constitucional” ou de institucionalização das conquistas da classe burguesa: na França, a codificação desempenhou dois papéis fundamentais: o primeiro, de certa forma já mencionado, foi a outorga aos cidadãos de direitos privados certos e claros, garantindo a estabilidade da vida privada, vida do mercado e da propriedade, assim como à organização familiar burguesa; o segundo diz respeito à superação da grande divisão da França em dois territórios – o norte de direito costumeiro e o sul de direito romano comum (Lopes, 2000: 300), o que reforça a idéia da codificação como a monopolização do sentido nacional e a supressão das diferenças, não só em relação aos privilégios econômicos e sociais do Antigo Regime, mas ainda em relação à própria especificidade da divisão do espaço sócio-cultural do território francês.

O modelo do Código Civil se espalhou pelo mundo através de todo o século XIX, notadamente na Europa e na América Latina, servindo de influência mesmo a países que buscavam uma modernização cultural e política acelerada, como o Japão e a Turquia.

Como define Lerner (2002: 3), a sanção de um código civil em um país não deve ser apreciada como um fato meramente jurídico, pois a codificação não é só um ato legislativo, mas vem a cumprir um outro tipo de função; ao observar os processos codificadores, percebe-se com clareza que eles surgem de uma constelação política de determinadas características: por um lado, toda a codificação revoga a legislação antiga (na Europa, o direito comum; na América Espanhola, o antigo Direito Espanhol), criando assim uma ruptura a partir da tensão entre o novo e o velho; porém a codificação também estaria relacionada à ânsia por unidade nacional e à afirmação do nacionalismo. Na América Latina por sua vez, a codificação seria consequência da organização nacional, a partir da superação das crises e conflitos internos (Lerner, 2002: 3b).

O sentido nacional do Código Civil e da unificação/centralidade do Direito Privado parecem ser a melhor forma de explicar como o modelo francês – liberal, jusnaturalista e revolucionário – atinge sociedades que não conheceram a revolução burguesa ou não estavam organizadas em base do capitalismo moderno e, em alguns casos, sequer tinham raiz na tradição romano-germânica. Assim, a codificação francesa inspira países como Paraguai, Chile, Panamá, Itália, Egito, Japão e Turquia, entre outros.

Há uma tensão dialética entre o passado, altamente penetrado pela tradição e pelos costumes e a aspiração civilizatória, a ausência que marca a busca por um futuro próprio. Os dois não se tornam excludentes, mas podem conviver para criar arranjos altamente simbólicos e singulares onde, sem qualquer aproximação com o modelo liberal-burguês, seus instrumentos jurídicos – os códigos – se tornam elemento chave para a modernização e a afirmação da sociedade-nação.

Daí porque o debate sobre codificação toma corpo nos cinquenta anos posteriores à Independência dos Estados Unidos, como forma de superar a *common law* enquanto legado britânico à cultura política e jurídica da nova nação; ou mesmo o caso da Lousiana, que incorporada aos Estados Unidos após negociação com a França, promulga em 1808 o seu Código Civil, à imagem e semelhança da codificação Napoleônica. Com resultados distintos, o que está em jogo é o diálogo entre tradição e ruptura, entre superação e afirmação[7].

Ainda, em duas nações européias de unificação nacional tardia, Itália e Alemanha, a codificação do Direito Privado se relaciona fortemente com o sentido nacional. No caso italiano, a codificação, promulgada em 1865, antes mesmo da existência fática do Estado italiano, aponta para o objetivo a ser alcançado: um mesmo governo e as mesmas leis para toda a península itálica. Na Alemanha, o Código vem depois da unificação, em 1900, e unifica os interesses da elite agrária militar e a burguesia nascente, é a transição para o capitalismo sem a revolução burguesa. A discussão do Código no Parlamento alemão demora dezoito anos, mas acaba por cristalizar o ideal que remontava ao início do século XIX, presente nos debates entre Savigny e Thibaut, entre o “espírito do povo” (escola histórica) e a pandectística dos professores de Direito e a idéia de sistema.

Finalmente, no processo de afirmação e organização nacional que acaba por acompanhar a discussão sobre a codificação, em particular no Direito Privado, cumpre reconhecer também o fortalecimento e estruturação da esfera pública. Nas palavras de Jurgen Habermas:

“É característico de todos esses códigos que eles não só surgiram no interesse da sociedade burguesa, mas também em seu meio específico: passaram muitas vezes através do debate público das pessoas privadas reunidas num público. Através de concursos e enquetes, a opinião pública também participa na elaboração do Código onde organismos parlamentares não existiam ou, como na França napoleônica, permanecessem ineficazes. Como em Berlim e Viena, também em Paris o projeto de código é apresentado à opinião pública, e não só a um fórum interno de especialistas, para ser avaliado (1800). Sim, os próprios projetos nem sequer foram elaborados pelos representantes tradicionais da jurisprudência, mas por homens cultos de confiança do

governo, de certo modo pessoas de contato com o público já ativo politicamente (Habermas, 1984: 95).

Na experiência latino-americana do século XIX, os códigos eram geralmente entregues a um técnico de confiança do governo, ainda que, como no Chile, passassem por uma comissão de revisão. Os organismos parlamentares, dominados pelas oligarquias agrárias, faziam a discussão com base na aproximação entre a herança espanhola e o Direito civil nacional que se queria construir a partir dos modelos francês e, no final do século XIX, italiano e alemão. Era preciso adaptar as pretensões codificadoras ao sentido nacional que se construía e que já estava em processo de sedimentação após 1850, quando as codificações hispano-americanas começam a ser promulgadas. Ainda, ao mesmo tempo em que precisava fixar uma noção de propriedade próxima dos interesses das elites agrárias, sua discussão circulava na imprensa, como forma de legitimar as regulações sobre as relações sociais privadas com setores das camadas médias urbanas e de, em matéria de família, compatibilizar os institutos com aquilo que havia sido legado pela moral religiosa católica do período colonial. Também havia a necessidade de levar a sua discussão para as faculdade de Direito, para romper com a tradição colonial fundada ainda na universidade medieval.

3. Sistema de Direito Privado no Brasil: singularidade e contradições na busca de um sentido nacional

Fazer o país de alto a baixo era a tarefa dos legisladores brasileiros após 1822 e seguindo o modelo da codificação, sem que houvesse um debate nacional acerca da necessidade ou não dos códigos (Lopes, 2000: 312). A Constituição brasileira de 1824, em parte resgatando os trabalhos da Assembléia Constituinte dissolvida, decidira pela codificação criminal e civil como forma de estruturar o Estado e regular as relações sociais (art. 179, inciso XVIII).

O Estado nacional no Brasil nascia diretamente com o propósito reformador e a ordem antiga precisava de reforma e nascia dentro da tradição unitária do Direito português[8]; os defensores do Antigo Regime já haviam perdido a disputa em anos anteriores a 1824; o que se colocava em pauta era que espécie de nova ordem se desejava, de modo que os legisladores do Império não precisavam cair no romantismo do direito pré-legislado do “espírito do povo” (Lopes, 2000: 312b).

Emergindo de um passado colonial e situado em um contexto internacional cada vez mais interdependente pela expansão do capitalismo, o projeto imperial, antes de qualquer coisa, buscava um mundo que pudesse legitimar a sociedade escravista brasileira; para tanto era preciso partilhar os parâmetros civilizatórios dominantes do Ocidente europeu e, ao mesmo tempo, afirmar a novidade americana do projeto imperial para a sociedade em formação (Salles, 1996: 52).

Diante do exposto, este contexto mostra uma concepção do direito enquanto instrumento de poder e de reforma, algo partilhado pela primeira geração de legisladores, que adotou sem problemas o estilo impessoal da lei; a linguagem voluntarista e pessoal, a ausência de motivos retoricamente produzidos nos artigos, o tom abstrato e imperativo; a legislação brasileira nasce moderna e seus autores parecem convencidos de que com ela irão reformar o país, modernizando no limite da manutenção de uma parte da velha ordem, ou seja, o Direito brasileiro nasce idealista e modernizador (Lopes, 2000: 312c).

No entanto, ao longo do desenvolvimento institucional do país, era preciso acomodar as diversas forças sociais e políticas que emergiram com a independência, fortalecendo a crescente ação do Estado sobre as instituições representativas e a sociedade civil; no entanto, vencer e/ou neutralizar antagonismos pela força e pela incorporação dos interesses secundarizados a um projeto dominante implicou na criação de um Estado vencedor marcadamente forte enquanto elemento de direção política e formado no embate com uma sociedade civil viva e atuante, mesmo que de acesso às classes dominantes e aos ainda pouco expressivos setores médios, o leva a consideração da imprensa com seus inúmeros jornais e periódicos que se tornavam porta-voz de determinados políticos e grupos (Salles, 1996: 56).

A tarefa inicial para delimitar a construção de um sistema jurídico próprio foi a instauração entre 1827 e 1832 da estrutura judiciária, que estaria consolidada após reformas em 1841. Inaugurou-se um Supremo Tribunal de Justiça, mas os Tribunais de Relação (segunda instância) foram herdados do período colonial, localizando em Salvador, no Rio de Janeiro, em Recife e em São Luís (em 1874 foram criadas novas Relações, mas só com a República cada espaço local teria um órgão jurisdicional próprio).

As faculdades de Direito foram implantadas em 1827 e 1828, com currículo pleno imposto pelo Governo Imperial e com a necessidade de aprovação dos professores e dos livros pela própria congregação e pela Assembléia Geral.

O primeiro passo no intento codificador foi o Código Criminal, em 1830, e o de Processo Criminal, em 1832, para delimitar o monopólio estatal da violência diante das conturbações sociais do final do Primeiro Reinado e da Regência. Ainda, representavam uma disputa entre o centralismo imperial e as aspirações locais, na medida em que deram poderes significativos aos juizes de primeiro grau e às Câmaras Municipais.

Até que o Código Civil se tornasse uma realidade, o Brasil teve um sistema fragmentado de leis que constituiriam o nascente sistema de Direito Privado, que começa a tomar corpo a partir da década de 1840, com a pacificação política do país e a expansão da lavoura agroexportadora articulada com o setor mercantil. O que iria, na ausência do Código, regulamentar as relações sociais privadas. Diferente, portanto, da sociedade civil burguesa consagrada pela Revolução Francesa, no Brasil, o empreendimento, a família, a propriedade, o contrato e a herança não estavam articulados e sistematizados em um código enquanto posituação do ideário liberal.

Este era um traço original do projeto codificador brasileiro: o diálogo com a tradição de unidade legada pelas Ordenações Filipinas (que gradativamente sofriam um processo de verdadeira apropriação nacional e de aburguesamento dos seus institutos pela

interpretação jurisprudencial) e também o aspecto fragmentado como forma de interlocução entre os interesses de vários grupos sociais.

Sobressaíram-se o Código Comercial de 1850, que exerceu o papel de centralidade na matéria de ordem econômica, da empresa mercantil e dos contratos e garantias, até mesmo, por analogia, no âmbito civil; o direito público eclesiástico da Igreja Católica, que tratava sobre a família, o casamento, e parcialmente sobre as sucessões; e a Consolidação das Leis Civis, de 1858, elaborada pelo baiano Augusto Teixeira de Freitas, que trazias disposições sobre as pessoas, sobre a propriedade em geral, alguma matéria em termos de contratos e as disposições supletivas sobre família e sobre herança, notadamente sobre testamentos[9].

Deve-se mencionar a importância da Lei de Terras de 1850, que já no seu art. 1º estabelecia que ficavam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não fosse o da compra. Por sua vez, terras devolutas eram definidas no art. 3º como as que não tivessem uso público, nem título legítimo de particular, nem houvessem sido dadas em sesmarias revalidadas, bem como as que não tivessem posse legítima. Finalmente, o art. 5º legitimava as posse constituídas até aquele momento.

Para Emília Viotti da Costa (1994: 141), a Lei de Terras é significativa da transição de um sistema em que a terra deixa de ser domínio da Coroa e título de prestígio para transformar-se no que é modernamente, apropriável como mercadoria.

Ainda segundo Viotti da Costa (1994: 145-146), a Lei de Terras vem não só modernizar o domínio da terra (transformando-a definitivamente em mercadoria, permitindo a hipoteca e o crédito modernos), como especialmente legitimar grandes ocupações e não simplesmente permitir um acesso democrático à terra por parte de quem quer que fosse.

Nestes termos, a Lei de Terras de 1850 representa o cercamento da terra brasileira, isto é, o estabelecimento do sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil (Lopes, 2000: 359). A consolidação da efetiva transição para este sistema de propriedade descrito e em acordo com o paradigma individualista burguês se dá com a promulgação da Lei Geral de Hipotecas, de 1864.

O Código Comercial, promulgado no mesmo ano, representava os interesses mercantis associados à expansão da lavoura cafeeira. No esteio do fim do tráfico negreiro, superando em matéria de contratos e garantias o que estava previsto nas Ordenações Filipinas, acabava por fazer, de forma parcial, o papel de ligação e mediação dentro do sistema de Direito Privado fragmentado que havia. Era comum o seu uso recorrente de forma analógica em matéria contratual, servindo de orientação para os negócios celebrados nos centros urbanos.

Até o final do Império, as questões relativas ao matrimônio e à família se encontravam sob a responsabilidade do tribunal eclesiástico, pois se tratava de assunto da esfera da Igreja, no contexto do regime do padroado e da religião de Estado consagrada constitucionalmente.

As tentativas de codificação civil no Império foram emblemáticas: a primeira, de 1850, se propunha a adotar o Digesto Português (obra doutrinária que reinterpretava e sistematizava o Direito português) e fora apresentada em uma sociedade de advogados,

tendo recebido grande rejeição ali e na imprensa, pois significava o retorno à tradição lusitana que estava associada ao passadismo colonial e dissociada da aspiração nacional.

A tentativa de Teixeira de Freitas de elaborar um Código Civil gerou o Esboço, obra que deveria ser submetida e ratificada pela Assembléia Geral, após o sucesso da Consolidação que, na ausência do Código Civil, formara os juristas brasileiros no Império.

A complexidade do projeto tornado público em 1865 era muito grande e tinha uma aspiração inovadora e sistematizadora excessiva, alongando-se em mais de 4900 artigos (o atual Código Civil brasileiro, de 2002, possui pouco mais de 2000), sendo um trabalho de grande erudição, mas incompatível com a vida forense, que se realizava longe dos gabinetes da Corte. O projeto foi abandonado, embora tenha servido de base para o Código Civil da Argentina e tenha sido estudado por Clóvis Bevilácqua para a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916.

Durante o Império ainda houve os projetos de Nabuco de Araújo (1872) e de Joaquim Felício dos Santos (1878), embora nenhum deles tenha conseguido a influência e a complexidade do Projeto de Teixeira de Freitas (Lopes, 2000: 303).

O Direito legislado, notadamente os parâmetros do sistema de Direito Privado (Código Comercial, Consolidação das Leis Cíveis, Lei de Terras e Lei Geral de Hipotecas), ajudou a formar um espaço público no Brasil, pois as leis promulgadas eram remetidas às Câmaras Municipais, para que fossem tornadas públicas, o que acabava por difundir o seu conhecimento pela população (letrada) em geral. Até que as faculdades de Direito se consolidassem, na década de 1870, a vida jurídica se dava no foro (espaço local) e na Corte (espaço nacional), produzindo um diálogo entre o centro do país e sua periferia, mediado pela circulação e discussão dos projetos na imprensa estabelecida, visto que os periódicos e coletâneas de jurisprudências eram limitados e intermitentes até o início da República. Os projetos aprovados e aqueles que foram abandonados conseguiam mobilizar debate não pouco significativo entre as elites agrárias, os comerciantes, a burocracia do Império, as camadas médias urbanas e os advogados forenses nas províncias.

Este espaço guardava similaridades em seus mecanismos formais com espaços públicos da mesma natureza que haviam se formado ou estavam em formação na Europa burguesa (Salles, 1996: 111). Mas não conseguiam superar dificuldades marcantes que obstaculizavam o processo de codificação: a escravidão, algo estranho ao discurso racional do Direito liberal-burguês e ao seu tom de generalidade e abstração simbolizados pelo sujeito de direito, o que fazia com que o escravo não aparecesse de forma alguma na legislação de Direito Privado (até porque tratava-se do cidadão/proprietário, algo que não abarcava de forma alguma não só os escravos, mas muitos homens e mulheres livres); por outro lado, havia o problema da jurisdição eclesiástica: enquanto esta permanesse, a família, a herança e as questões relativas a filiação não poderiam ser unificadas na centralidade de um Código que buscasse reunir pessoa, propriedade, contrato, família e herança. A jurisdição eclesiástica impedia uma visão da família sob o paradigma liberal, enquanto unidade de produção, e tratava as questões morais e íntimas das relações sociais como assunto público, a ser tutelado pelo Estado. Este legado segue como uma sombra até hoje no Direito de Família, lançando

obstáculo à laicização/secularização completa da tutela normativa das relações familiares no Brasil.

4. Considerações finais: a República, a codificação civil e o fim da fase “nacional” do Direito Privado

O Código Civil propriamente dito só viria a ser promulgado em 1916, a partir de projeto de Clóvis Beviláqua, apresentado ao Congresso Nacional em 1899, tramitando durante quase 17 anos no Poder Legislativo. É o esforço do ideal reformador da República, de pôr fim a tudo que representasse a velha ordem (colonial, imperial e dinástica), representando a afirmação do paradigma liberal-burguês, a partir do modelo da codificação alemã de 1896, definindo a centralidade do Código Civil e dando-lhe o almejado sentido “constitucional” por assim dizer, encerrando o ideal civilizatório europeizante e suprimindo a ausência que marcava o Direito brasileiro.

Retrato dos ideais do século XIX e ponto de encontro entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, o Código Civil de 1916 nascia marcado pelo individualismo e afirmava a idéia de unidade, sistematicidade e centralidade do Direito Privado consolidadas na codificação civil, em um ordenamento apartado quase que simetricamente do Direito Público e dos direitos do cidadão.

Tratava o Código da vida do homem comum e assim, no exercício de sua função “constitucional”, disciplina e regulamentava os direitos de liberdade e propriedade, as relações entre as pessoas, o espaço doméstico, a unidade da família, legitimada pelo casamento civil (o religioso de efeitos civis seriam regulamentado na década de 1940 por lei específica, fora do corpo do Código), afastando quaisquer formas que se afastassem desse modelo e estabelecendo a articulação da vida econômica na própria esfera privada.

A promulgação do Código Civil de 1916 representou o ápice de um processo que se iniciara no século XIX e a plenitude do paradigma liberal no sistema jurídico brasileiro, marcado pela dualidade Constituição política / codificação do Direito Privado (iniciado com o Código Comercial de 1850 e finalizada com o Código Civil de 1916).

Mas, enquanto processo histórico, estava em descompasso com as transformações ocorridas no mundo, com a ascensão do paradigma, ao final da Primeira Guerra Mundial, do constitucionalismo social e sua progressiva afirmação nas Constituições, notadamente a partir do término da Segunda Guerra Mundial, enquanto espaços não só de limites ao Poder estatal, mas também de regulação da vida econômica e de afirmação dos direitos sociais do cidadão.

Ainda, no plano infraconstitucional, havia um hiato entre um documento legal que glorificava o espaço privado livre da iniciativa econômica, em sentido muito próximo `aquele consagrado nas revoluções liberais do século XIX, com a intervenção legislativa e administrativa do Estado, notadamente através do poder de polícia, para delimitar a liberdade econômica, como em casos de saúde e higiene pública.

Sua promulgação põe fim à fase nacional do Direito Civil, onde a codificação era uma afirmação dos propósitos de estruturação de um modelo jurídico que combinasse o legado da unidade do Direito português, a tradição brasileira que ia se forjando de forma original a partir da ruptura marcada pela Independência e a busca dos parâmetros civilizatórios europeus a partir da mediação com valores que estavam sendo construídos no espaço público imperial, o que mostra uma articulação entre o projeto de construção de um sistema de Direito Privado e a institucionalização progressiva da Sociedade-Nação no Brasil.

Bibliografia consultada

COSTA, Emília Viotti da (1994). Da Monarquia `a República – Momentos Decisivos. São Paulo: Brasiliense.

DAVID, René (1996). Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes.

GIORGIANNI, Michelle (1998). O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. Revista dos Tribunais número 747.

HABERMAS, Jurgen (1984). Mudança Estrutural na Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HOBSBAWN, Eric J (1989). Nações e Nacionalismos desde 1780. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

LERNER, Pablo (2002). El Código Civil Italiano de 1942 y las Reformas al Código Civil Argentino. In: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art6.htm.

LOPES, José Reinaldo de Lima (2000). O Direito na História: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad.

SALLES, Ricardo (1996). Nostalgia Imperial: a formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado. Rio de Janeiro: Topbooks.

WEBER, Max (1999). Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

[1] O Império Colonial francês nas Américas já havia sido consideravelmente diminuído ao final da Guerra dos Sete Anos (1756-1763), com a anexação do Canadá pelo Império Colonial Britânico. No curso do processo que se inicia com a Revolução Americana e vai até o final da independência das colônias ibéricas, a França ainda perderia o Haiti, independente desde o início do século XVIII, resumindo suas possessões a algumas ilhas no Caribe e à Guiana que, embora não pudessem ser desprezadas, não se igualavam em extensão territorial e importância política aos impérios coloniais constituídos anteriormente mencionados.

[2] Não se busca aqui reduzir a construção da identidade nacional a um aspecto meramente institucional-legal, seja porque seria artificial, seja porque a questão identitária nas sociedades nacionais das Américas transcenderia em muito este aspecto. Mas não se pode relegar uma certa importância ao Direito enquanto fenômeno social e como um arranjo que reflete, ao mesmo tempo em que também pode influenciar, as questões identitárias. Por isto, este será o enfoque deste trabalho.

[3] Sobre o desenvolvimento histórico do Direito nos Estados Unidos, conferir DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, Martins Fontes, 3ª edição, 1996, São Paulo.

[4] Direito comum foi a denominação recebida para o Direito Romano compilado e recepcionado na Europa Meridional e Central no final da Baixa Idade Média e início da Idade Moderna, retomando o estudo das instituições jurídicas da Roma Antiga, reinterpretadas pelo humanismo e pelo jusnaturalismo renascentista, servindo de base para o estudo e a aplicação do direito, formando uma espécie de razão jurídica européia, que seria extinta com a Revolução Francesa e a queda do Antigo Regime.

[5] *Corpus Iuris Civilis* é a codificação do Direito Romano ordenada pelo Imperador Bizantino Justiniano, no século VI d.C., que reúne e ordena toda a matéria tratada pelos juristas romanos desde os primeiros séculos da Era Cristã e cristaliza a razão jurídica dos textos romanos, influenciada esta pela filosofia grega.

[6] Weber, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 172.

[7] A *common law* se consolidou nos Estados Unidos, mas de forma e sentido bastante originais em relação à Inglaterra e mesmo em outros países de tradição britânica, como Canadá e Austrália. Já o Estado da Louisiana mantém o Código Civil vigente até os dias atuais e, assim como Quebec, representa um enclave do sistema romano-germânico na América do Norte.

[8] Talvez fosse mais apropriado falar em um Direito do Império Português, que tinha vigência tanto na metrópole quanto nas colônias, sendo a legislação específica para estas uma exceção na produção legislativa do Reino.

[9] Na consolidação, inspirado na pandectística alemã do século XIX, Teixeira de Freitas inclui uma parte geral, tratando sobre pessoas e coisas (o que no Código Civil de 1916 se chamou mais apropriadamente de bens), organizando e produzindo ali conceitos jurídicos (Lopes, 2000: 392).

A MEMÓRIA EM DISPUTA E O DIREITO: ENTRE O SILÊNCIO IMPOSTO E O RECONHECIMENTO LEGITIMADO*

MEMORY IN CONFLICT AND THE LAW: BETWEEN THE SILENCE IMPOSED AND THE LEGITIMATE ACKNOWLEDGEMENT

**Daniel Vieira Sarapu
Bernardo Costa Couto Maranhão**

RESUMO

A análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva histórica não deve ser insensível à chamada “história do tempo presente”. Nesse âmbito, um dos temas da maior importância é o da relação entre direito e memória. Este artigo pretende abordar tal relação através de uma reflexão acerca do instituto da anistia. Para tanto, proceder-se-á passo a passo. Inicialmente, para situar o problema num quadro mais amplo, breves referências são feitas ao movimento verificado, a partir de fins do século XIX, de valorização e investigação da memória, na filosofia, nas ciências humanas e nas artes. Em seguida, delineando o campo das relações entre a memória e o direito, o conceito de memória coletiva elaborado por Maurice Halbwachs é tomado em consideração, com destaque para a influência que ele exerce nos estudos jusfilosóficos de François Ost. Entrando mais especificamente no tema central, analisa-se a anistia, em suas afinidades mais evidentes com o esquecimento, de um lado, e o reconhecimento, de outro. Por fim, abordaremos a recente experiência brasileira, para encerrarmos tecendo alguns comentários sobre a figura da “anistia sem amnésia”, que sugere um encaminhamento jurídico especialmente interessante para os recentes conflitos em torno da memória que eclodem em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: TEMPO E DIREITO; MEMÓRIA COLETIVA; ANISTIA.

ABSTRACT

The study of the Law under a historical perspective must not be blind to what is called ‘history of present time’. In this area, a theme of huge importance is the relation between time and Law. This paper aims to study such relation by considering the institution of amnesty. To do so, it will proceed step by step. First, it will make briefly references to the XIXth century movement that enlightened and investigated the problem of memory in philosophy, humanities and arts in a broader sense. Then it will work on the relation between memory and Law by Maurice Halbwachs’ concept of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

collective memory and its implication in François Ost's writings. More into the core of the paper, it will study amnesty and its relation with forgetting, in one side, and recalling, on the other side. In the end we will discuss Brazilian amnesty experience, finishing the work with some commentaries about the so called "amnesty without amnesia", that suggests a nice solution to the recent problems that involve our society.

KEYWORDS: TIME AND LAW; COLLECTIVE MEMORY; AMNESTY.

INTRODUÇÃO

A análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva histórica não deve ser insensível à chamada "história do tempo presente". Nesse âmbito, um dos temas da maior importância é o da relação entre direito e memória. Este artigo pretende abordar tal relação através de uma reflexão acerca do instituto da anistia. Para tanto, proceder-se-á passo a passo. Inicialmente, para situar o problema num quadro mais amplo, breves referências são feitas ao movimento verificado, a partir de fins do século XIX, de valorização e investigação da memória, na filosofia, nas ciências humanas e nas artes. Em seguida, delineando o campo das relações entre a memória e o direito, o conceito de memória coletiva elaborado por Maurice Halbwachs é tomado em consideração, com destaque para a influência que ele exerce nos estudos jusfilosóficos de François Ost. Entrando mais especificamente no tema central, analisa-se a anistia, em suas afinidades mais evidentes com o esquecimento, de um lado, e o reconhecimento, de outro. Por fim, abordaremos a recente experiência brasileira, para encerrarmos tecendo alguns comentários sobre a figura da "anistia sem amnésia", que sugere um encaminhamento jurídico especialmente interessante para os recentes conflitos em torno da memória que eclodem em nossa sociedade.

1. OS QUADROS SOCIAIS DA MEMÓRIA

1.1 Em busca da memória perdida

O tema da memória tem sido objeto de interesse crescente nos últimos tempos. Isto se verifica, por exemplo, na intensificação de pesquisas no âmbito da história oral, na proliferação de iniciativas privadas e políticas públicas voltadas à preservação do patrimônio material e imaterial, nas boas vendas de livros biográficos e romances históricos, até mesmo no impulso dado à moda dita "retrô" (LE GOFF, 2003, p. 466; OST, 2005, p. 53).

Provavelmente, esse interesse especial pela memória desponta no final do século XIX, quando, na Europa, dissolvem-se os impérios tradicionais e se fragmentam os valores e

práticas herdadas de um mundo rural e patriarcal. Datam dessa época a invenção da psicanálise, por Freud, e a publicação de *Matéria e memória* (1896), de Henri Bergson. Alguns anos mais tarde, sob a influência desses autores, Proust escreve *Em busca do tempo perdido* (1913-1927). É possível supor que o crescente esforço desde então verificado na salvaguarda, no estudo e no cultivo da memória seja uma reação contra o processo de esfacelamento das esferas que tradicionalmente asseguravam a permanência do passado nas sociedades (LE GOFF, 2003, pp. 465-466; OST, 2005, p. 54).

Depois da Segunda Guerra Mundial, os estudos sobre a memória ganham força nas ciências sociais, a partir da publicação, em 1950, do livro *A memória coletiva*, de Maurice Halbwachs, psicólogo social do Collège de France, morto pelos nazistas no campo de Büchenwald. Para Halbwachs (1990), toda memória é coletiva, e se forma dentro de quadros de referência criados socialmente. A perspectiva desenvolvida por esse autor propicia ao pensamento jurídico elementos favoráveis ao estudo das conexões entre o direito e a memória. Um exemplo disso é o livro *O tempo do direito*, do jurista e filósofo belga François Ost, publicado em 1999. O primeiro capítulo desse livro, ao tratar das relações entre memória e direito, apóia-se amplamente na obra de Halbwachs.

1.2 A memória coletiva e o direito

Quatro pontos principais, que Ost (2005) qualifica como “paradoxos da memória”, ressaltam da concepção de memória proposta por Halbwachs:

- 1) *a memória é coletiva*. Mesmo as recordações mais íntimas de um indivíduo só são possíveis nos enquadramentos superpostos dados pelos grupos de referência a que esse indivíduo pertence, pela tradição em que se inscreve e pela linguagem que o faz humano;
- 2) a memória é um processo de *reconstrução do passado*, feito a partir de elementos e interesses do presente, e não um passivo retorno de um passado intacto;
- 3) a memória é, assim, um *processo ativo* de evocação do passado, um trabalho posto em marcha intencionalmente;
- 4) *a memória pressupõe o esquecimento*. A memória se desenvolve sobre um fundo de esquecimento. Para se constituir, ela pressupõe a seleção de determinados conteúdos e a supressão de outros tantos, o que confere ao trabalho da memória uma tensão adicional e põe em evidência a importância do recalque na manutenção de uma cultura (HALBWACHS, 1990; BOSI, 2001, p. 53-56; OST, 2005, p. 57-60).

O trabalho de Ost (2005) sobre as relações entre o direito e a memória parte da compreensão do autor quanto ao papel instituinte e garantidor que o direito assume em relação às identidades individuais e coletivas de uma sociedade:

A função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito freqüentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia. (OST, 2005, p. 13)

Merece destaque o modo como, nesse processo de formação e sustentação das identidades, o direito interage com a memória coletiva. A rememoração dos eventos que foram e que são importantes para conferir um sentido – “uma direção e uma significação”, dirá Ost (2005, p. 49) – à existência da coletividade e às trajetórias individuais de vida, dá-se, em grande medida, através da função instituinte do direito:

Uma coletividade só é construída com base numa memória compartilhada, e é ao direito que cabe instituí-la (...). Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e permanente das funções do jurídico. Na falta de tais funções, surgiria o risco de anomia, como se a sociedade se construísse sobre a areia. (OST, 2005, p. 47-49).

Entretanto, um dos aspectos principais da memória coletiva, conforme se viu, é que ela pressupõe o esquecimento. Este é necessariamente o seu pano de fundo, o seu reverso. O jogo entre memória e olvido não se dá, contudo, sem conflitos, sem idas e vindas, sem aquilo que Freud denomina “o retorno do recalcado”. Em seu artigo “Memória, esquecimento, silêncio”, Michael Pollak (1989) refere-se a uma retomada crítica das elaborações teóricas de Halbwachs, com maior sensibilidade para essas tensões que atravessam a constituição da memória coletiva. Pollak relata a emergência, a partir da década de 1970, sobretudo no campo da história oral[1], de trabalhos que ressaltam “a importância de memórias subterrâneas que, como parte integrante das culturas minoritárias e dominadas, se opõem à ‘memória oficial’, no caso, a memória nacional” (POLLAK, 1989, p. 4). Essa abordagem, diversamente daquilo que propõe Halbwachs,

acentua o caráter destruidor, uniformizador e opressor da memória coletiva nacional. Por outro lado, essas memórias subterrâneas que prosseguem seu trabalho de subversão no silêncio e de maneira quase imperceptível afloram em momentos de crise em sobressaltos brutos e exacerbados. A memória entra em disputa. (POLLAK, 1989, p. 4)

As lembranças de grupos específicos ou minoritários, que não se integram na corrente principal da memória oficializada, podem permanecer vívidas durante décadas e mesmo séculos, transmitindo-se nos círculos mais estreitos das famílias ou das associações, em redes afetivas ou políticas de sociabilidade. A fronteira entre o que é publicamente dizível e indizível, confessável e inconfessável, marca a separação entre, de um lado, as memórias coletivas subterrâneas, clandestinas e, de outro, a memória coletiva organizada que corresponde à imagem que o Estado ou os grupos dominantes nele atuam desejam sustentar e propagar (POLLAK, 1989, p. 8)

A alternância de conjuntura política em uma sociedade propicia momentos mais ou menos favoráveis à afirmação pública e ao reconhecimento das várias correntes subterrâneas da memória coletiva. Aqui, ganha destaque a dimensão, já mencionada, da memória coletiva como reconstrução do passado a partir de elementos e interesses do presente.

Distinguir entre conjunturas favoráveis ou desfavoráveis às memórias marginalizadas é de saída reconhecer a que ponto o presente colore o passado. Conforme as circunstâncias, ocorre a emergência de certas lembranças, a ênfase é dada a um ou outro aspecto. Sobretudo a lembrança de guerras ou de grandes convulsões internas remete sempre ao presente, deformando e reinterpretando o passado. Assim também, há uma permanente interação entre o vivido e o aprendido, o vivido e o transmitido (POLLAK, 1989, p. 8)

Convém atentar para o modo como o direito produz o silêncio e o esquecimento, ao desempenhar sua função instituinte no trabalho social de enquadramento da memória. O direito atua na legitimação das memórias coletivas, conferindo proteção a algumas delas, dando a outras um caráter oficial, relegando outras tantas ao desprestígio ou à clandestinidade. É importante considerar a maior ou menor impermanência das diversas narrativas, recordações e versões do passado, sua ascensão, manutenção e queda, sua variância em função das conjunturas políticas, fruto dos embates pelo reconhecimento público – o que Pollak (1989) denomina “a memória em disputa” –, observando o modo como o direito norteia, media, influencia esse jogo de forças.

Discutir a noção de anistia é uma via de acesso privilegiada para se abordar essa tensão entre reconhecimento e esquecimento que se manifesta nas relações entre memória e direito.

2. ANISTIA, DIREITO E MEMÓRIA

2.1 A anistia, entre reconhecimento e esquecimento

François Ost (2005), no segundo capítulo de *O tempo do direito*, encara a anistia como um “*perdão controvertido*” (OST, 2005, p. 171): para alguns, diz ele, a anistia é o perdão por excelência; para outros trata-se de uma conspiração do silêncio, um esquecimento imposto e impostor. A fim de melhor compreender os argumentos próprios aos diferentes lados dessa controvérsia, convém acompanhar passo a passo a reflexão proposta por Ost sobre a anistia.

Ao comentar as anistias de caráter político, ocorridas em torno de eventos históricos pontuais, definidos, o autor observa que há aí duas sub-espécies: a anistia das penas e a anistia dos fatos. A primeira delas intervém após a condenação, interrompendo a execução das penas e apagando a sentença condenatória. Neste caso, comenta ele, houve o processo a seu tempo e, dessa forma, pagou-se um tributo à memória (OST, 2005, p. 172). Já no caso da anistia dos fatos, extingue-se a ação pública, pois os fatos deixam de ser considerados delituosos. Aqui se manifesta em grau contundente o caráter de “*discurso performativo*” e “*ficção operatória*” (OST, 2005, p. 13) de que se reveste o direito: “*(...) o efeito do desempenho jurídico atinge o seu ápice: agimos como se o mal não tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio é imposto à memória*” (OST: 2005, p. 172). Num caso desses, não se pode mais, sem incorrer em difamação, apontar um pretendente a mandato eletivo como torturador em tempos passados, por exemplo. Como fica, nessa situação, a fidelidade à verdade histórica, ou o direito à memória? Não haverá aqui, pergunta Ost, uma manipulação do passado que vem agravar a injustiça, em lugar de atenuá-la?

Como posicionar, portanto, a anistia: ao lado do perdão ou do esquecimento? Há quem considere a anistia como o perdão por excelência, expresso num esforço de toda a sociedade que, a fim de superar suas incompatibilidades internas, escolhe voltar os olhos para o futuro. Nesse sentido a anistia seria um gesto supremo de eliminação do ódio entre os opositores através do perdão recíproco, possibilitando que a sociedade retome o curso da vida em bases pacíficas (OST, 2005, p.173-174).

Já no pólo do esquecimento, é possível conceber a anistia como uma forma de amnésia institucional. De fato, mesmo do ponto de vista etimológico, há um parentesco entre anistia e amnésia. Ost (2005) convoca, a esse respeito, a posição de Paul Ricoeur (1995), para quem a anistia é, sob vários aspectos, a antítese do perdão. Em seu artigo “*Sanction, réhabilitation, pardon*”, publicado em 1995, Ricoeur observa que há algo de mágico e de desesperado nas tentativas de apagar todos os vestígios dos eventos traumáticos da vida de uma sociedade, como se isso fosse de algum modo possível. O que está em vista em tais empreitadas, diz ele, é evidentemente a reconciliação nacional. Nesse sentido, parece-lhe perfeitamente legítimo recorrer ao esquecimento para soldar as fraturas do corpo social.

Mais on peut s'inquieter du prix à payer pour cette réaffirmation (que j'ai dite magique et désespéré) du caractère indivisible du corps politique souverain. C'est dans une conception jacobine d'un État qui identifie sa rationalité présumée avec l'universel qu'il est besoin d'effacer périodiquement les traces des méfaits commis par les uns et par les autres, et don le souvenir constituerait un déni vivant de la prétention de l'État rationel. Le prix à payer est lourd. Tous les méfaits de l'oubli sont contenus dans cette prétention incroyable à effacer les traces des discordes publiques. C'est en ce sens que

l'amnistie est un contraire du pardon, lequel, comme on va insister, requiert la mémoire (RICOEUR, 1995, p. 205-206)[2].

Para exemplificar os delitos do esquecimento que Ricoeur (1995) menciona, Ost (2005) evoca o risco da banalização do crime, bem como o perigo da neutralização de todos os valores, bons ou maus, homogeneizados sob uma medida comum de clemência.

Decidir se a anistia é *“esquecimento forçado ou perdão deliberado, conspiração do silêncio ou gesto de reconciliação nacional”* (OST, 2005, p. 174) é algo que depende da consideração das circunstâncias concretas e singulares de cada evento em que ela se manifesta. Cada lei de anistia é, como observa Ost, *“um texto excepcional (ao qual de resto os juristas reservam uma interpretação restritiva) e efêmero”* (OST, 2005, p. 174), ligado a circunstâncias políticas complexas e específicas, que devem ser levadas em conta na avaliação do teor que reveste o texto jurídico em questão.

Em alguns casos, os processos de redemocratização e avaliação da responsabilidade pelos atos do passado passam ao largo da anistia e envolvem processos criminais em massa, como após a Segunda Guerra Mundial. Em outros, como ao término das ditaduras latino-americanas, predomina a anistia mais ou menos generalizada dos fatos.

A aplicação rigorosa da lei penal tem a seu favor algumas razões, como observa Ost:

um dever moral elementar, a respeito das vítimas que encontram nisso a primeira etapa da recuperação de sua dignidade; a purgação coletiva de um passado traumático que, de outro modo, não deixará de assombrar o inconsciente coletivo; o testemunho da capacidade do novo poder em se impor e fazer prevalecer, para o futuro, os valores da democracia (OST, 2005, p. 175).

Em prol da anistia, por outro lado, afirma-se a idéia de que é necessário virar a página da história e exorcizar os espectros do passado. Acena-se ainda, com os perigos na aplicação apressada da justiça, no calor dos grandes traumatismos políticos, sob os efeitos da comoção coletiva que costuma acompanhar esses eventos.

Essa discussão é de peculiar importância para o Brasil, pois a experiência política do regime militar de 1964-1985 deixou traumas sociais ainda não superados em função das barbaridades aqui ocorridas. É preciso então recapitular esse momento recente da história brasileira e analisar a experiência da anistia em nosso país.

2.2 Reinterpretar a Lei 6.683/79: revanchismo ou imperativo da memória?

No ano de 1979, o contexto político brasileiro acenava para um esgotamento da legitimidade do governo ditatorial vigente no Brasil. Do ponto de vista institucional, o governo militar já havia concretizado seus objetivos de ‘neutralizar a ameaça comunista’. No plano econômico, uma recessão mundial repercutia fortemente na economia brasileira, o que impunha um acentuado déficit às finanças públicas e era responsável por alta inflacionária não acompanhada de crescimento na produção. Diante desse quadro, já não havia mais sustentabilidade para a permanência do regime militar no país.

Dentro do conjunto de medidas necessárias à transição ‘lenta, gradual e segura’ para a democracia, era preciso dar uma solução pacífica para o conflito que durante tantos anos contrapôs os grupos sociais de resistência ao braço institucional da repressão estatal. Durante todo o regime, a perseguição implacável da polícia repressiva aos subversivos e revolucionários valeu-se do odioso mecanismo da tortura física e psicológica como instrumento para obtenção de informações privilegiadas, confissões e delações. Ainda que oficialmente negada pelo Estado, era impossível esconder que a prática da tortura tivesse sido praticada de modo generalizado nas dependências dos “órgãos responsáveis pela segurança nacional” das policiais repressivas (DOI-CODI; DOPS) e do Sistema Nacional de Informações (SNI). Já na época, mesmo sob a forte censura que se impunha à circulação de informações, podia-se sem dúvida afirmar que a tortura havia sido institucionalizada no país[3]. Assim, era preciso evitar que o debate público que sucederia a abertura democrática se voltasse para a apuração dos crimes cometidos por esses órgãos.

Por outro lado, ante a vigência da Lei de Segurança Nacional, a condição dos indivíduos que fizeram e faziam oposição ao regime ainda era a de criminosos políticos. Exilados, presos ou foragidos, os ativistas políticos de esquerda viam no processo de abertura democrática a possibilidade de resgate de uma condição digna de cidadãos brasileiros.

Foi assim que o governo militar editou a Lei nº 6.683/79, também chamada de Lei de Anistia. O diploma concedeu o benefício da anistia “*a todos quanto, no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares*” (BRASIL, 1979).

A única passagem em que a legislação tem a preocupação de adentrar no objeto do benefício da anistia é a que cuida de definir o que seriam crimes conexos aos crimes políticos, ao aduzir que “*consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*” (BRASIL, 1979).

Aproveitando-se da situação desfavorável em que se encontravam os grupos políticos de oposição ao regime, os militares vislumbraram a possibilidade de imunizar os integrantes dos aparelhos de repressão – a chamada polícia política – contra uma ‘vingança’ popular em razão dos crimes de tortura cometidos. Com isso, a interpretação oficial da recém promulgada Lei de Anistia estipulou que os indivíduos que, através de grupos militares e paramilitares, executaram, participaram ou foram responsáveis pela

prática de tortura destinada a obter informações necessárias à defesa da segurança nacional estariam também agraciados pelo benefício da anistia. Em um texto extremamente curto e simplório, a anistia brasileira colocou homicidas e torturadores, que utilizaram a estrutura repressiva estatal para impingir dor, sofrimento e morte, no mesmo patamar que políticos, militares, estudantes, jornalistas, artistas, clérigos, sindicalistas que se engajaram em ações políticas na defesa de um ideal. Em um golpe de pena, o direito arrogou-se capaz de tornar inerte a memória vívida da experiência recente de toda a população que sofreu, direta ou indiretamente, os horrores da tortura no país.

O incômodo trazido pela experiência da tortura durante o regime militar ficou claro ao se verificar os esforços realizados pelas organizações de defesa dos direitos humanos, que denunciaram as brutalidades praticadas pelos órgãos a serviço da segurança nacional. Merece destaque a pesquisa “Brasil: Nunca Mais” (1985), que realizou um relato detalhado da prática da tortura no país. Nesse documento encontram-se detalhes pormenorizados de sevícias relatadas por acusados de envolvimento com as organizações subversivas de esquerda, dos instrumentos de tortura empregados no país, da tolerância dos poderes constituídos para com a prática da tortura em órgãos oficiais da Polícia, de prédios públicos e privados destinados ao encarceramento e à tortura de prisioneiros políticos, de práticas oficiais de encobrimento da tortura por meio da falsificação de laudos de perícia médica. Com essa quantidade de dados e esse grau de institucionalização da tortura no país, obviamente que a mancha deixada pelo regime militar não seria facilmente esquecida pela população brasileira.

No entanto, nos últimos anos do regime militar e durante a abertura democrática, a idéia de uma anistia ampla, geral e irrestrita prevaleceu, o que mostra que no Brasil houve uma anistia dos fatos. A legislação de 1979 pretendeu impor o puro e simples esquecimento do passado. Em nome da estabilidade social e da reconciliação nacional, optou-se por silenciar as lembranças do trauma social causado pela tortura.

O propósito desse modelo de anistia foi confinar a experiência da tortura aos relatos dos sobreviventes da barbárie e tratá-la como fatos isolados e pontuais, impedindo, assim, que fosse publicamente reconhecida essa parte da nossa memória coletiva. Ao evitar um debate público sobre os fatos que fizeram parte da história recente, a narrativa de nossa história tornou-se menos factual do que ficcional. No entanto, é apenas nessa versão censurada de nossa identidade coletiva que não há a mácula desonrosa de uma prática tão cruel como a tortura.

Mas a memória humana, seja ela individual ou coletiva, não é um estoque de informações descartáveis como a memória dos computadores. Como destaca Pollak, os registros da experiência passada formam correntes subterrâneas que, em determinados momentos históricos, podem desencadear o processo de ‘disputa pela memória’. E no Brasil não é diferente, pois há, em nosso ordenamento, uma seqüência de medidas que busca restituir voz aos silenciados pela anistia.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1988), em seu art. 8º e 9º, deu o primeiro tratamento da nova ordem constitucional aos anistiados políticos, concedendo-lhes o direito às reparações de natureza previdenciária e trabalhista pela alteração do curso normal de sua vida profissional e acenando para uma futura indenização patrimonial pelos transtornos sofridos em sua vida pessoal.

Em seguida, o que fora uma promessa da Carta Política brasileira converteu-se em realidade por meio da Lei 10.559/02, oriunda da MPv 65/02. Denominado de ‘Lei do anistiado’, o referido diploma consolida um conjunto de medidas responsáveis por restituir direitos e prerrogativas subtraídos dos que se engajaram na luta política contra as arbitrariedades do regime militar em função da ação repressora e persecutória do Estado de exceção. Dentre elas, a legislação determinou o pagamento da prometida reparação econômica de caráter indenizatório, que efetivamente constituiu-se em uma medida concreta visando o restabelecimento da dignidade de seus cidadãos. Paulatinamente, o direito botava em ação sua capacidade de lembrar as responsabilidades do Estado pelas injustiças cometidas pelo regime militar.

É nesse contexto que atualmente (re)surge o debate sobre o correto alcance da Lei de Anistia. Iniciativas individuais e coletivas e até dos organismos internacionais pretendem o reconhecimento oficial de que a Lei de Anistia é um diploma que precisa ser revisto. A interpretação de que o benefício da anistia teria abrangido toda e qualquer prática efetuada pelos membros da polícia repressiva a serviço do regime, em especial ao se tratar da tortura, torna-se cada vez mais inaceitável. Esse entendimento foi inclusive manifestado pelo atual Ministro da Justiça Tarso Genro em declaração pública:

Esse agente, que entrou em uma casa à noite cumprindo um mandato superior, que realizou uma prisão ilegal, mas que a realizou dentro das normas do regime autoritário, e levou o prisioneiro para um local de interrogatório, até esse momento, estava de acordo com o regime vigente e, por esse ato, não pode ser responsabilizado. Mas, a partir do momento em que esse agente pega o prisioneiro, leva para um porão e o tortura, ele saiu da própria legalidade do regime militar. (GENRO In: LABOISSIÈRE, 2008).

O exemplo brasileiro é uma clara demonstração de que não se pode produzir amnésia coletiva por meio de um discurso fictício sobre o *status* do passado. Ainda que algumas autoridades se amparem nessa possibilidade, ao produzirem um discurso conciliatório de tipo “*Temos de pensar no futuro. O passado já passou. (...) Este é um assunto absolutamente superado*” (JOBIM In: AGÊNCIA, 2008), a memória clama por uma atitude do direito. É somente por meio da anamnese, que enfrenta os traumas do passado, que a identidade coletiva se completa, permitindo que a sociedade aprenda com os erros do passado e amadureça para os desafios vindouros. Sem revisitar o passado a inércia jurídica ganha ares de impunidade e não contribui para aquela que seria, nas palavras de Dworkin, a melhor seqüência para uma narrativa do Direito.

Sob o aspecto moral, impedir oficialmente que sejam apuradas e reveladas ao público práticas infames e aviltantes de abuso de autoridade é inculcar, para todos os efeitos, a vantagem final da injustiça sobre a decência; ou seja, afirmar que a moralidade compensa.

Falar, a respeito da citada lei, em reconciliação nacional é um cínico abuso de linguagem. Moralmente, só pode haver reconciliação quando pactuada entre as partes envolvidas no litígio e perfeitamente cientes dos fatos ocorridos. O que não ocorreu no caso: uma das partes, justamente o conjunto das vítimas das atrocidades cometidas, não foi chamada a dizer se aceitava ou não essa forma de apaziguamento, nem foi informada sobre a identidade dos executores e de seus mandantes. (COMPARATO, 2008, p.1)

Sendo certo que é necessário pesar o alcance e a abrangência desse ‘acerto de contas’ com o passado, é inquestionável, contudo, que a amnésia dos fatos não é a solução adequada para o Brasil. Ainda que não se cogite da penalização dos criminosos, o primeiro passo para uma real reconciliação com o passado é a oficialização das versões silenciadas pelo autoritarismo e pela censura.

3. DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

É impossível decidir abstratamente sobre o melhor procedimento a se adotar, do ponto de vista jurídico, nesses eventos em que a memória entra em disputa de modo contundente. Um caminho promissor, contudo, parece se abrir na esteira dos processos de “anistia sem amnésia”[4]. Nesses processos, procura-se averiguar a verdade dos fatos havidos no período precedente, “não para punir os culpados, mas para dar à verdade seus direitos” (OST: 2005, p. 176). Desse modo, torna-se público o que aconteceu; identificam-se as responsabilidades pelos feitos, sem manipulação do passado e sem imposição arbitrária do silêncio e do esquecimento; encontram-se fundamentos mais nobres para, sob certas condições, conceder-se o perdão aos responsáveis. Nessas circunstâncias,

é com conhecimento de causa que a sociedade faz a escolha do perdão. (...) A opção feita em favor de um futuro reconciliado não se paga com o preço da amnésia; ao contrário, é porque um gesto forte de memória foi colocado em prol do perdão e, então, a liberação dos espíritos pode intervir sem medo de um retorno recorrente do que foi recalçado. Longe de fugir à prova do espetáculo da divisão social, a sociedade, encenando-a sob a forma de uma exposição pública pode, enfim, operar-lhe a catarse (OST, 2005, p. 176).

Ganha evidência aqui o caráter intencional, de processo ativo, de trabalho, que marca a criação e a conservação da memória coletiva. Afinal, trata-se de um esforço para trazer à luz do presente as memórias subterrâneas de um passado até então mantido sob recalque. Nesse processo, os tempos passados e atuais adquirem reciprocamente nova significação, novo sentido, e podem dar novas feições ao horizonte do futuro. Revela-se,

assim, o necessário entrelaçamento que há entre a memória, a identidade e o projeto de uma coletividade. Nesse entrelaçamento, o direito comparece como fator de consistência, através de sua potência instituinte e legitimadora.

CONCLUSÃO

O propósito do presente trabalho foi o de discutir as relações entre o direito e a memória, com apoio nas análises desenvolvidas pelo jurista belga François Ost em *O tempo do direito*. Deu-se especial atenção ao instituto da anistia, como ponto privilegiado de análise das relações entre a memória e o direito. Nessa análise pode-se observar o caso da anistia brasileira, em que a simples anistia dos fatos ainda não produziu uma reconciliação da memória com o passado. Ao final, conclui-se que a figura da ‘anistia sem amnésia’ é uma saída interessante para conciliar os problemas das soluções extremas do revanchismo e do simples esquecimento, revalorizando o papel do direito nessa mediação entre memória e passado.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA ESTADO. Sobre anistia, Jobim diz que devemos pensar no futuro. *Uai*, Belo Horizonte, 14 ago. 2008, Caderno Política, disponível em <http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_3/2008/08/14/em_noticia_interna,id_sessao=3&id_noticia=75595/em_noticia_interna.shtml> Acesso em 20 set. 2008

ARQUIDIOCESE de São Paulo. *Brasil: Nunca Mais*. 3.ed.São Paulo: Vozes, 1985;

BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001;

COMPARATO, Fábio Konder. Crimes sem castigo: não foi estendida anistia criminal aos carrascos do regime militar. *in: Consultor Jurídico*, São Paulo, 2008. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/70038,1>> Acesso em 20/09/2008;

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990 (tradução: Laurent Leon Schafter);

LE GOFF, Jacques. Memória. In: *Memória e História*. Campinas: Unicamp, 2003. pp. 419-475 (tradução: Irene Ferreira, Bernardo Leitão, Suzana F. Borges);

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005;

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 2, nº 3, 1989, pp. 3-15 (tradução: Dora Rocha Flaksman);

RICOEUR, Paul. Sanction, rehabilitation, pardon. In: *Le juste*. Paris: Esprit, 1995, pp. 193-208;

[1]. Destacamos aqui o livro de Paul Thompson, *The voice of the past*. Oxford University Press, 1978.

[2]. Tradução livre: “*Mas pode ser inquietante o preço a pagar por essa afirmação (que eu chamei de mágica e desesperada) do caráter indivisível do corpo político soberano. É dentro de uma concepção jacobina de um Estado que identifica sua presumida racionalidade com o universal que é preciso apagar periodicamente as marcas dos delitos cometidos por uns e por outros, delitos cuja lembrança constituiria uma negação viva da pretensão do Estado racional. O preço a pagar é pesado. Todos os delitos do esquecimento estão contidos nessa pretensão incrível de apagar os vestígios das discórdias públicas. É nesse sentido que a anistia é um contrário do perdão, o qual, como se insistirá, requer a memória*”.

[3] Isso ficou claro para o país em episódios como a morte do jornalista Wladimir Herzog, que faleceu nas dependências do DOI-CODI de São Paulo no ano de 1975. Oficialmente, a *causa mortis* declinada pelo médico legista foi o cometimento de suicídio por Herzog, versão que não se sustentou ante o relato de colegas de encarceramento que presenciaram as sessões de tortura sofridas pelo jornalista. Ainda que sob influência da censura do regime, o caso repercutiu na imprensa e na opinião pública alertando a população para a institucionalização da tortura no país.

[4]. Como exemplos, Ost destaca a instauração da “Comissão Verdade”, no Chile em 1990 e em El Salvador em 1991, e ainda a Comissão *Verdade e Reconciliação*, na África do Sul pós-apartheid (OST, 2005, p. 176).

ÍNDIOS, ESCRAVOS E LIBERTOS: AS “RAÇAS FORMADORAS DO POVO BRASILEIRO” E A PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NACIONALIDADE NA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DE 1823*

INDIANS, SLAVES AND RELEASED SLAVES: THE "RACES THAT FORMED BRAZILIAN PEOPLE" AND THE PROCESS OF BRAZILIAN NATIONALITY FORMATION IN THE CONSTITUENT ASSEMBLY OF 1823

Celso Rodrigues

RESUMO

O artigo discute o processo de construção da nacionalidade brasileira na conjuntura histórica de elaboração dos ordenamentos jurídicos e instituições estatais que envolvem a primeira metade do século XIX. Nesse sentido problematiza as relações entre o pensamento político brasileiro, calcado no “pensamento do século” e a heterogeneidade racial brasileira, destacando as contradições e paradoxos entre o esforço de construção da idéia de nação e a presença estruturante da escravidão no Brasil dos oitocentos. Enfatiza, por fim, a necessidade de compreender a confecção de modelos calcados na harmonia racial das “três raças” a partir das imbricações entre uma modernidade jurídica e política, geradora do ideal de unidade nacional e a realidade social brasileira marcada pela ordem escravocrata.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS –CHAVE IDÉIAS POLÍTICAS – PENSAMENTO MODERNO – CIDADANIA - ESCRAVIDÃO

ABSTRACT

The article discuss the process of brazilian nationality formation in the conjuncture of juridical systems' and state institutions' elaboration which took place during nineteenth century's first half. In this sense, the paper problematizes the relationships between brazilian political thought, supported by “the century's thought”, and brazilian racial heterogeneity, highlighting contradictions and paradoxes between the efforts of constructing the idea of nation and the structuring presence of slavery in Brazil during the nineteenth century. Finally, the article emphasizes the need of understanding the confection of models shaped by the “three races” harmony starting from the implications between juridical and political modernity, which created the ideal of national unity, and brazilian social reality, which is marked by slavery's order.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEY-WORDS POLITICAL IDEAS – MODERN THOUGHT – CITIZENSHIP - SLAVERY

Introdução

A aclamação e coroação de D. Pedro I completaram o processo inicial de entronização da monarquia constitucional nos trópicos. Não obstante a prevalência da corrente política vinculada ao constitucionalismo monárquico a estabilidade da instituição monárquica e a consolidação da emancipação política dependeriam, ainda, do cumprimento de uma extensa agenda política. De imediato urgia a eliminação de focos dissidentes lusos nas províncias, o reconhecimento externo, o encerramento da devassa iniciada pelo ministro José Bonifácio e a elaboração da nova constituição. Segundo as principais lideranças políticas envolvidas, o momento de júbilo e regozijo, que os “sucessos” de 1822 encarnaram, deveria agora ser substituído por um tempo de reflexão e circunspeção, próprio da criação e consolidação de novas instituições políticas e jurídicas.

A ampla mobilização política que compôs o processo de independência, na qual estão incluídos os pronunciamentos civis e militares e as festividades de aclamação e coroação, entre outros eventos emblemáticos, colocaram em movimento o universo social da antiga colônia. Constituiu-se um espaço público no qual o amplo vocabulário do pensamento político moderno entronizou-se às práticas mobilizadoras e reivindicatórias, forjando as primeiras expressões da nacionalidade. Evidentemente o processo revelava-se pedagógico a partir da incorporação dessa sintaxe pública que articulava o passado e o presente a partir de elementos políticos e religiosos que integravam tradições e inovações. Em outras palavras, a atmosfera política envolvia um amplo espectro de rupturas, continuidades e redefinições de hierarquias sociais e políticas que se projetava na contemporaneidade.

A convocação da Assembléia Constituinte de 1823

O movimento pela convocação de uma constituinte insere-se no cenário que delineamos anteriormente. Manifestações capitaneadas pelo Senado da Câmara e pelo ativismo jornalístico de Gonçalves Ledo mobilizaram a opinião pública em torno do tema. O decreto de 3 de junho de 1822, informava que o corpo de representantes estaria “investido daquela porção de soberania que essencialmente reside no povo”[1] para realizar sua tarefa constitucional. A representação apresentada por Ledo e o decreto do príncipe regente preservavam, ainda, uma retórica unionista, o que, naquela conjuntura, era mais uma estratégia discursiva, sugerida pela prudência. De qualquer forma, a

proposta da constituinte alargou os espaços para as ações de mobilização, dinamizando o debate a partir de articulações oriundas da sociedade. Até aquele momento, as iniciativas estiveram concentradas em procedimentos ministeriais combinadas a ações personalistas de cunho tipicamente patrimonial que angariaram apoio da população ao Príncipe Regente[2]. Esboçava-se agora, a possibilidade do processo político adquirir maior ventilação e dinamismo.

Na sessão de 10 de junho do Conselho de Estado Gonçalves Ledo[3] defendeu tenazmente a tese das eleições diretas para a Assembléia Constituinte:

“Quando o povo tem uma vez pronunciado seu juízo é uma necessidade do governo conformar-se com ele. Ousarei dizer a V. A. R. que é uma verdade quase dogmática no regime constitucional, assim como o é também: “Quem governa com o povo governa com a força. O povo tem já no objeto de que se trata expendido seus sentimentos – nomeação direta – é meu dever aconselhar a V. A. R. que não se oponha a torrente impetuosa da opinião pública, não se irrite os ânimos, que começam a acalmar-se”.

Obviamente, Ledo tentava inverter a lógica da hierarquia política até então reinante, impelindo o príncipe a aceitar a soberania do eleitorado, nos marcos de uma leitura diferenciada do constitucionalismo. Nesse sentido, o autor apregoava uma submissão total dos governantes à vontade geral, fundando a nacionalidade sob inspiração de Rousseau[4]: “A vontade do maior número deve ser a lei de todos. O maior número pede eleições diretas, a lei as deve sancionar: só por elas é que se pode dizer que o povo nomeou seus representantes”.

As instruções eleitorais divulgadas em 18 de junho de 1822 contemplaram as eleições indiretas, as quais estavam acompanhadas sintomaticamente de um decreto acerca da liberdade de imprensa. A lei informava que a convocação da Assembléia Constituinte implicava,

“pela suprema lei da salvação pública, evitar que, ou pela imprensa, ou verbalmente, ou de outra qualquer maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranquilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis; que promovendo a anarquia e a licença, ataquem e destruam o sistema, que os povos deste grande riquíssimo reino por sua própria vontade escolheram, abraçaram e me requereram a que eu anuí e proclamei, e a cuja defesa e manutenção já agora eles e eu estamos indefectivelmente obrigados”[5].

Do ato legislativo era possível depreender que considerava-se o Estado institucionalizado a partir da monarquia, para a qual formulava-se uma doutrina legitimadora que estipulava um consenso social *a priori*. Tratava-se, portanto, de uma perspectiva organicista que integrava a sociedade e o Estado, com preponderância desse último, enquanto substância política dotada de anterioridade e de instrumentos reparadores. Além disso, pretendia-se apoiar o decreto numa legitimação de natureza diversa do modelo rousseauiano: a necessidade de combater um mal maior, representado por princípios desorganizadores.

Muitos mais do que a expressão de arcaísmos políticos ou da “esquizofrenia da intelectualidade”, nas palavras de Morse[6], o que a tese vitoriosa expressava era justamente um deslocamento dos fundamentos da legitimidade política. Os rascunhos da nacionalidade eram elaborados sob outras premissas: não apontavam tão somente na direção da temporalidade moderna, mas também dos interditos que por ventura pudessem medrar do cenário político: a desordem social, a fragmentação territorial. Como bem definiu o ministro e conselheiro Martim Francisco, a “salvação pública é a suprema lei do Estado”[7].

A Assembléia Constituinte de 1823: os debates sobre a nacionalidade

A Assembléia Constituinte, foi solenemente instalada no dia 3 de maio de 1823. Dos 107 deputados eleitos, 90 tomaram posse, sendo que as bancadas mais representativas foram, por ordem de representantes, Minas Gerais, Pernambuco, São Paulo, Bahia, Ceará, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Sul. A Assembléia Constituinte reunia, em seu conjunto, vários segmentos sociais: lideranças políticas temperadas na participação em movimentos conspiratórios anteriores, funcionários públicos, profissionais liberais, proprietários rurais, padres, entre outros[8].

A escolha do dia 3 de maio para a instalação da Assembléia Constituinte deveu-se “por ser já distinto na História do Brasil”[9], pois a data era associada ao descobrimento do Brasil. A construção da nacionalidade, a partir da elaboração de um calendário, foi uma preocupação que norteou os trabalhos dos constituintes desde cedo. O deputado Costa Barros[10] requereu, em 6 de setembro, o seguinte:

“Proponho que a Assembléia declare o dia 7 do corrente aniversário da independência brasileira, dia de festa nacional e que se nomeie uma deputação a fim de cumprimentar S. M. Imperial e agradecer-lhe, em nome do Império, o primeiro grito de sua independência, solto por ele nas margens do Piranga”.

Na mesma perspectiva, propunha a Assembléia Constituinte[11] declarar o dia 12 de Outubro dia de festa nacional “não só por ser o da feliz aclamação de sua majestade e grandiosa elevação do Brasil à categoria de Império, mas também pelo faustíssimo motivo de ser o aniversário natalício do mesmo augusto senhor”. Pela fala do deputado é possível perceber os conteúdos patrimonialistas que acompanhavam o processo de construção da nacionalidade: o nascimento da nação em simbiose com o aniversário do imperante.

Os exemplos ilustram o processo de construção da nacionalidade brasileira a partir da elaboração de operações discursivas, isto é, daquilo que Hall[12] denominou narrativa da nação: “estórias, imagens, panoramas, cenários, eventos históricos, símbolos e rituais nacionais que representam ou simbolizam experiências partilhadas, as perdas, os triunfos e os desastres que dão sentido à nação”. Desde o primeiro momento, os constituintes esforçaram-se em construir uma comunidade nacional: a escolha da data

do descobrimento do Brasil visava a unir, num sistema comum de representação, passado e presente, isto é, a continuidade histórica: descobrimento e redescobrimto, nascimento e emancipação do Brasil. Os exemplos enfatizavam a criação de um marco-zero para a história brasileira a partir do qual a nacionalidade seria erigida.

Inevitável, entretanto é anotar o paradoxo inerente de um resgate e/ou negação do passado que o esforço de constituição da nacionalidade engendrava. A independência constituía uma ruptura com o passado colonial, que em parte, não poderia ser levado em conta na construção do sentido da nacionalidade. Ao mesmo tempo, a opção monárquica vinha impregnada de um compromisso com o passado, na figura de um descendente bragantino. Essas contradições tornavam a construção da nacionalidade um fenômeno complexo, garantindo um lugar proeminente ao herói fundacional, encarnado por D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil a que aludem os exemplos referidos anteriormente. Dessa forma há um deslocamento da nação, que é simultaneamente admitida e negada em favor da figura do imperante, fundador da nacionalidade[13].

Como anotou Gauer[14], “a construção da nacionalidade é um processo de dupla natureza, que indica, ao mesmo tempo, o pressuposto real e construído pelos homens nas suas relações e a direção da transformação”. Portanto, esse processo decorre das ações que os homens se vêem obrigados a construir coletivamente, a partir da desigualdade da sociedade. Em outras palavras, as escolhas políticas que foram lentamente sendo definidas pelos grupos sociais envolvidos e implicitamente, os objetivos a serem alcançados, forneceram os elementos constitutivos do processo de construção da nacionalidade brasileira, que, como já foi assinalado, assumiu feições muito específicas.

Em 29 de julho de 1823, por ocasião dos debates em torno da forma de promulgação das leis da Assembléia Constituinte, o deputado baiano Ferreira França[15] afirmava:

“Nós não somos uma nação nova – isto também necessita ser esclarecido. Se por nação nova se entende aquela que se compõe de hordas de homens selvagens, que saídos dos bosques se unem para formar uma única família ou sociedade política, de certo não somos nós uma nação nova nesse sentido; mas se acaso entende isso, como cumpre entender, de uma nação que, quebrando todos os vínculos sociais do direito público que a ligavam, enceta a carreira de uma nova convenção de um novo sistema de governo, então digo que não só somos uma nação nova, senão muito nova”.

Como observou Ferreira França, na melhor tradição do pensamento político moderno, a nação brasileira constituía sua identidade a partir do momento em que se autodeterminava, isto é, tomava para si seu próprio destino, desencadeando uma nova temporalidade[16].

Entretanto, o pronunciamento do constituinte enceta outras indagações. Quais as concepções de nacionalidade presentes nos debates constituintes? Quem deveriam ser os cidadãos brasileiros na concepção dos deputados? Que nação era essa que, segundo o deputado Ferreira França, possuía toda a soberania? Essas questões e outras concernentes estavam desenhadas no horizonte dos debates constituintes desde as

primeiras sessões. No entanto, foi por ocasião da discussão do artigo 5 do projeto de Constituição, iniciada em 23 de setembro, que o tema monopolizou amplamente os deputados.

O projeto de Constituição[17] que fora elaborado por Antonio Carlos e servia de base para os debates definia, em seu artigo 5, que eram brasileiros todos os homens livres habitantes no Brasil e nele nascidos, os portugueses residentes no Brasil antes de 12 de Outubro de 1822, os escravos alforriados e os estrangeiros sob determinadas condições.

O deputado França, que alertava para a necessidade de preservar-se a distinção entre brasileiros e cidadãos brasileiros, neste sentido observou[18]: “Brasileiro é o que nasce no Brasil, e cidadão brasileiro é aquele que tem direitos cívicos. Os índios que vivem nos bosques são brasileiros, contudo, não são cidadãos brasileiros enquanto não abraçam nossa civilização”. O constituinte baiano Montezuma considerava que, assim como os índios, os negros cativos não eram brasileiros e, portanto, não eram súditos do Império; todavia, seu pronunciamento sugeria a necessidade de atrair os silvícolas à civilização. Percebe-se que a discussão sobre quem eram os cidadãos na sociedade brasileira não incluía, evidentemente, os índios e os escravos. Os primeiros, segundo o deputado baiano, “não entram conosco na família que constitui o Império, podem entrar e devem entrar (...). Estabeleça-se um capítulo que contenha os meios de os chamar e convidar ao nosso grêmio”[19]. Caberia aos legisladores a tarefa de integrar os índios à comunidade nacional.

O deputado Maciel da Costa definiu a concepção de cidadania nos seguintes termos[20]:

“Todos os indivíduos que compõem a grande família brasileira, dos quais se trata neste capítulo, têm direito a serem protegidos pela lei no exercício e gozo daqueles direitos para cuja conservação e segurança os homens se uniram em sociedade: liberdade individual, segurança pessoal, direito ou segurança de propriedade (...), mas nem todos os indivíduos podem ter o gozo e exercício dos direitos chamados políticos, entre os quais tem primeiro lugar o direito de eleição e de elegibilidade para terem parte na legislatura do país, porque esses direitos são de convenção social, e dependem de certas condições, que não se encontram em todos os indivíduos”.

Essa diferenciação que encontra suas lições na Revolução Francesa, especialmente na Constituição de 1791, seria apoiada por diversos deputados. Reforçando o exposto afirmou Araujo Lima[21], “É verdade que nem todos têm igual habilidade para desempenharem os ofícios da sociedade, porque a natureza não deu a todos iguais talentos. Isso, porém, prova que nem todos podem exercer os mesmos direitos”.

Os argumentos acima estavam inspirados em John Locke[22], que via nos proprietários justamente aqueles capazes de uma existência plenamente racional, base fundamental para o exercício de todos os direitos na sociedade civil. Em outras palavras, “a propriedade, para John Locke, simbolizava direitos em sua forma concreta, ou, antes, proporcionava a parte tangível dos poderes e atitudes dos indivíduos (...), seu relacionamento com o mundo concreto da liberdade política garantida por acordos políticos”[23]. Essa percepção é explicitada no pronunciamento de Maciel Costa[24]:

“Mas quando há indivíduos, os quais, pelo seu estado, como os criados de servir, não têm a livre disposição de sua pessoa ou do seu tempo, como os jornaleiros, podem eles acusar de injusta a sociedade que não os admite a funções incompatíveis com a sua situação?”.

Aqui o jusnaturalismo moderno revela sua paradoxalidade na medida em que os argumentos da igualdade são vertidos na explicitação das diferenças entre os membros da sociedade.

Os debates no plenário demonstravam que a construção da nacionalidade foi uma das questões mais problemáticas tratadas pelo corpo de representantes da nação. Estes, em sua maioria, representavam o pensamento do século diante das contradições expostas de uma sociedade escravocrata e multirracial, recém-saída do jugo colonial. O pensamento político moderno, representado pelos deputados constituintes, deparava-se com questões de extrema complexidade como a dos escravos libertos, dos índios e da imensa população de mestiços e pobres. Sem dúvida, não eram os mesmos impasses dos constituintes norte-americanos e franceses do final do século XVIII. A complexidade das questões, sua especificidade e originalidade impunham a necessidade de um esforço de acomodação legislativa de difícil consecução.

O deputado Almeida Albuquerque fez um longo discurso, no qual considerava a impossibilidade de pretender-se estender a todos os membros da sociedade a prerrogativa de cidadão[25]: “Indivíduos que não têm certa aptidão para o bem geral da sociedade e que não têm qualidades morais, devem gozar das mesmas prerrogativas que aqueles em quem elas concorrem?”. O caráter evidentemente discriminatório do discurso de Almeida Albuquerque e sua preocupação em conter a extensão da cidadania, longe de ocultar, trazia à luz as dificuldades que a temática apresentou para os deputados. Em outro momento de seu discurso ao estabelecer analogias entre o Estado e a família, na qual “nem todos os seus membros gozam das mesmas prerrogativas”, o constituinte exprimia concepções familistas, apanágio de formas de pensamento típicas do patriarcalismo que não diferenciavam o público do privado. Neste caso a clivagem social emergia de argumentos de natureza distinta, ou seja, as tradições patriarcais marcantes na estrutura social brasileira que se faziam representar no plenário.

O problema dos portugueses residentes no Brasil era mais um elemento dentro da complexa discussão que se realizava. O segundo parágrafo do artigo 5 estabelecia que seriam brasileiros os portugueses residentes no Brasil antes de 12 de outubro de 1822. A questão assumiu contornos problemáticos à medida que se desenrolava, ainda, o conflito militar nas províncias do norte. O antilusitanismo exaltado do deputado Montezuma exigia que os portugueses jurassem a futura Constituição como forma de garantir sua adesão ao Brasil, e o deputado Pereira Cunha conclamava os constituintes a uma postura de tolerância e concórdia que, por fim, sagrou-se vitoriosa. O quadro de referências da elaboração da nacionalidade não incluía ainda, a estigmatização do “outro”, este processo que se desencadeará com virulência somente nos anos finais do I Reinado, quando o antilusitanismo se exacerbará

A data constante do segundo parágrafo do artigo 5, 12 de outubro, foi escolhida por ser aquela a da aclamação do Imperador do Brasil, “pela qual mostrou a nação que, tendo colocado no trono o legítimo sucessor da Monarquia como seu soberano, pronunciava sua emancipação pela declaração de sua independência”[26]. A comissão que elaborou o projeto preferiu a sugestão de adotar-se a data de promulgação da futura constituição como marco referencial. Essa discussão demonstra como o processo de construção da nacionalidade brasileira estava indelevelmente marcado pela força do herói fundacional, representado no Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Império do Brasil. Percebe-se que mesmo o corpo de representantes da nação preferiu abrir mão de concentrar as prerrogativas da nacionalidade, representadas na promulgação da constituição.

O sexto parágrafo do artigo 5, considerando brasileiros os escravos libertos, eletrizou o plenário, gerando uma série de pronunciamentos que nos permitem compreender as diversas concepções de nação presentes entre os constituintes. A tentativa de estabelecer os marcos da nacionalidade numa sociedade caracterizada pela multiplicidade racial implicava redefinir hierarquias sociais, o que trazia à tona contradições da própria sociedade capazes, inclusive, de provocar manifestações das galerias durante os debates do dia 30 de setembro de 1823[27]. Da mesma forma, a ambigüidade no tratamento diferenciado entre o negro (tratado como mercadoria) e o índio era outro aspecto que os legisladores deveriam harmonizar. Assim sendo, a adesão ao pensamento do século, manifestada por inúmeros deputados, era testada em todos as suas variáveis, limites e antinomias por uma realidade social multirracial que extrapolava os parâmetros teóricos da racionalidade moderna.

Para o deputado Costa Barros[28], os escravos libertos só poderiam ser aceitos como brasileiros se possuíssem um ofício ou emprego: “Negros boçais, sem ofício, nem benefício, não são, no meu entender, dignos dessa honrosa prerrogativa; eu os encaro antes como membros danosos à sociedade a qual vêm servir de peso quando lhe não causam males”. Ferreira França admitia apenas os libertos nascidos no Brasil, enquanto Almeida Albuquerque[29] renovou sua retórica discriminatória com a questão religiosa[30]:

“Se os europeus, nascidos em países civilizados, tendo costumes, boa educação e virtudes, não podem, sem obter carta de naturalização, entrar no gozo dos direitos dos cidadãos brasileiros e lhes é mister que professem a religião cristã, como o escravo africano, destituído de todas as qualidades, pode ser de melhor condição?”

O padre cearense José Martiniano de Alencar[31] chamou a atenção de seus pares para a diferenciação de tratamento entre índios e escravos libertos, sendo que os primeiros não sofreriam nenhum óbice para ingressar na sociedade, bastando integrarem-se à civilização enquanto contra os alforriados erguiam-se inúmeras barreiras. Além disso, considerava que a integração dos escravos libertos era o melhor caminho para combater o comércio de escravos, embora admitisse a necessidade de preservação da escravidão, caso contrário “amorteceríamos a agricultura, um dos principais mananciais de riqueza da nação e abríamos um foco de desordens na sociedade, introduzindo nela, de repente

um bando de homens que, saídos do cativo mal poderiam guiar-se pelos princípios da bem entendida liberdade”. Não obstante, a argumentação utilitarista e racionalizada, o deputado cearense trouxe à luz o feixe de problemas que o tema em debate continha. Peremptório, Alencar indagou o que seriam dos escravos libertos se lhe negassem a cidadania: “Estrangeiros certamente não; não têm outra pátria que não seja nossa, nem outra religião se não a que professamos; e, portanto, não sei o que hão de ser”. A dúvida do constituinte revelava uma perspectiva aberta que se depreende das relações complexas entre a heterogeneidade social brasileira e os esforços de preenchimento inerentes a constituição da nacionalidade.

Outro aspecto relevante do debate se refere à temeridade explícita de vários deputados que viam a ordem social ameaçada pelas discussões no plenário. Muniz Tavares[32], padre pernambucano remanescente do movimento de 1817, explicitou seus temores: “Eu julgo conveniente que este artigo passe sem discussão. Lembro-me de que alguns discursos dos célebres oradores da Assembléia Constituinte da França produziram os desgraçados sucessos da ilha de São Domingos”. Maciel da Costa[33] conclamou os colegas a deixar de lado a filantropia e priorizar a segurança política e a defesa do Estado, uma vez que os escravos libertos, uma vez equiparados, “aspirarão a avançar mais adiante na escala dos direitos sociais”.

Não foi apenas nas discussões sobre o artigo 5 que muitos constituintes expressaram seu temor diante das possibilidades de sublevação popular. As camadas de baixa renda, os negros alforriados e os escravos pairavam temerariamente fora do recinto da Assembléia Constituinte, multiplicando as preocupações de vários deputados. Costa Barros foi quem exigiu medidas do governo contra o quilombo de Catumbi, embora tenha sido lembrado por outros deputados que a questão não era de sua competência[34], extrapolando o papel dos poderes constituídos. Outros exemplos ilustram as contraditórias relações entre a Assembléia Constituinte e o povo, que, muitas vezes, lotava as galerias para assistir aos debates. Na sessão de vinte de junho de 1823, o deputado Alencar[35], em defesa do povo que se manifestou nas galerias, afirmou: “Eu creio que é bem claro que não houve de parte do povo nenhuma má intenção, ordenou-se-lhe que se calasse, e ele obedeceu. O povo do Rio de Janeiro sempre aqui tem estado com muita atenção”.

Incontornável nessa questão é observar como no processo de construção da nacionalidade vão sendo forjados atributos da nacionalidade que carecem de qualquer fundamento que não seja a elaboração de dispositivos discursivos de nítida intenção estratégica. Neste caso, o atributo pretende servir de moldura e engessamento da sociedade, mas deparava-se com uma heterogeneidade social dinâmica e híbrida. Escravos, libertos, portugueses, índios, mulatos, brancos, cidadãos “ativos” e “passivos”, normalmente expulsos ou abrigados nas palavras “Povo” e “povo”, eram lembrados para, em seguida, serem esquecidos, chamados às praças para aclamações e pronunciamentos e dispersos pelas armas, tão logo reivindicassem algum protagonismo. Ainda, assim, segundo informava o deputado Ferreira da Veiga[36], em 1828, o povo era incorruptível e “os sentimentos da justiça, da decência e da moralidade existiam gravados, nos corações desse povo”.

Como anotou Leal[37], a grande quantidade de requerimentos e petições sobre os mais diversos assuntos, encaminhados pela população evidenciava o alto grau de legitimidade que a Assembléia Constituinte gozava junto à população. Esse aspecto não escapou aos deputados: já nos primeiros dias de funcionamento da Assembléia Constituinte, foi criada uma comissão com a finalidade de preservar o direito de petição, pois, como afirmou Araújo Lima, “é um direito que todo o governo livre deve proteger com desvelo como um dos mais preciosos de que se pode gozar na sociedade civil e, portanto, não devemos dificultá-lo ao cidadão”[38].

Paradoxalmente, o corpo de representantes da nação, encarregado de estabelecer as normas jurídicas do pacto social, admitia e, simultaneamente, negava a nação. A idéia de que a escravidão deveria ser eliminada gradualmente era defendida por vários deputados, como Antonio Carlos e Silva Lisboa. Entretanto, a inclusão dos escravos libertos nas prerrogativas da cidadania encontrou forte resistência no plenário. Razões de toda ordem foram levantadas: a defesa do Estado, a preservação da “bem entendida liberdade”, os prejuízos à agroexportação, o desejo de que libertos queiram “avançar mais adiante na escala dos direitos sociais” como afirmou Maciel da Costa. Afirmar quem são os cidadãos brasileiros consistiu numa delicada operação, num jogo labiríntico de afirmações e negações que não estavam circunscritas apenas à racionalidade formal-legal. A nacionalidade construía-se nos discursos dos constituintes, naquilo que explicitavam e ocultavam, nas contradições expostas da realidade social que as teorias liberais não conseguiam ordenar. A tensão inerente a esse campo de avoluma quando lembramos que se interpenetravam num mesmo espaço a narrativa da promoção da nacionalidade e o temor de sua apropriação por aqueles a quem se ordenou “que se calassem nas palavras de Alencar”. Em inúmeras oportunidades, constituintes foram advertidos a respeito da tremenda ameaça de subversão social que poderia advir das discussões na Assembléia Constituinte. O silêncio expressado por Maciel da Costa[39] sintetiza na ordem do discurso o paradoxo da representação nacional: ao comentar o perigo dos escravos e libertos que valerem-se de sua “superioridade numérica e consciência de sua força”, interrompeu sua exposição: “Senhores, não avançarei daqui nem só um passo”.

Os constituintes realizavam um esforço de construção da nacionalidade num percurso que, evidentemente, não era linear. Nessa trajetória, as contradições próprias do pensamento político moderno se aviltavam em contato com a especificidade político-social brasileira. Buscavam os representantes deputados construir uma particularidade, uma especificidade histórica, como pré-condição para o ingresso do Brasil no concerto das nações civilizadas. A ambivalência desse processo é evidente: a constituição de um particular como pressuposto para o reconhecimento num processo civilizatório universal. Entretanto, o particularismo era confeccionado a partir de um repertório universalizado, qual seja o pensamento político moderno. No caso brasileiro percebemos que a construção da nacionalidade envolveu uma teia de relações complexas e descontínuas entre tradições e rupturas. Esse aspecto terminava por realçar as ambigüidades inerentes ao processo de construção da nacionalidade.

A complexidade da realidade social brasileira e os condicionamentos impostos pelo processo político, enquanto componentes de uma mesma configuração impunham, portanto, um direcionamento específico à construção da idéia de nação. A tradição inventada e reinventada como sustentáculo das opções políticas e a heterogeneidade da estrutura social condicionaram sobremaneira o processo e a edificação da comunidade nacional, extrapolando os parâmetros dos conceitos consagrados de Estado e nação.

Uma breve análise da idéia de nação, em seus elementos constitutivos, revela-nos uma problemática fluida na qual a mobilidade do conceito é apenas um dos seus aspectos constitutivos. Para Weber[40], o termo nação significa que “podemos arrancar de certos grupos de homens um sentimento específico de solidariedade frente a outros grupos”. Nação refere-se, portanto, a uma condição de pertencimento, na qual seus membros agregam-se em torno de uma particular identidade cultural, que todos compartilham. O desenvolvimento do moderno Estado Nacional introduziu um novo elemento à idéia de nação: a identificação dos grupos sociais como membros de um Estado-nação e a confecção de uma fidelidade política decorrente.

Entretanto, ao encontro do conceito de nação concorrem inúmeros elementos: idioma, estrutura social, origens históricas, sentimento religioso, etc. O que os atravessa é a pretensão de construção de uma unidade, da qual emana uma espécie de “sujeito coletivo”, com o qual todos os membros se identificam. A comunhão entre esses elementos forjaria um “componente étnico” que, articulado às demais unidades, históricas, lingüísticas e sociais, comporia a idéia de nação. O que parece evidente é o fato de que nenhum desses elementos é indispensável nem suficiente em si mesmo para, isoladamente, responder pelo conceito. A nação, concebida como uma comunidade envolve a idéia de que seus membros acreditam em sua civilização, isto é, em seus usos, sua indústria, em sua arte, seu folclore, ou seja, em sua cultura. Conforme afirmava Marcel Mauss[41],

“una nación cre en su civilización, en sus usos, sus artes industriales y en sus bellas artes. Riene el fetichismo de su literatura, de su plástica, de su ciencia, de su técnica, de su moral, de su tradición, en su palabra, de su carácter (...) En suma, una nación completa es una sociedad integrada suficientemente, com un poder central democrático en algún grado, y poseyendo en todos los casos la nación de soberania nacional y cuyas fronteras, en general, son las de una raza, de una civilización, de una lengua, de una moral, en una palabra, las fronteras de un carácter nacional”.

Todo o esforço no sentido de construir um conceito de nação implica a necessidade de recorrer-se a todas as noções possíveis, daí o caráter indeterminado que o compõe. Como anotou Weber[42],

“As razões para que um grupo acredite representar uma nação variam muito, tal como a conduta empírica que na realidade resulta da filiação ou da falta de filiação a uma nação. (...) o sentimento nacional relaciona-se de forma variada com as associações políticas e a “idéia” de nação pode tornar-se antagônica no âmbito empírico de certas associações políticas”.

Diante desse indeterminismo, a tentativa de conceituação de nação é, portanto, o esforço de erigir um dispositivo discursivo, vazado pelo princípio da unidade. Essa unidade vale-se de três conceitos primordiais “a posse comum de um rico legado de memórias, o desejo de viver em conjunto e a vontade de perpetuar, de uma forma indivisa, a herança que se recebeu”[43].

A idéia de nação e, portanto, a construção da nacionalidade equivale à busca incessante de uma homogeneidade essencial, que está associada à superioridade e à exclusividade dos valores culturais da comunidade a que se destina. A filiação dos membros de um grupo social representa, igualmente, sua mobilização na preservação de um espólio cultural, confeccionando uma linha de continuidade entre passado e presente. Essas considerações reforçam a dimensão coletiva e o componente de fidelidade contido na idéia de nação, explicitando seu conteúdo político.

Em busca de um conceito, Weber[44] assim definiu nação: “nação é uma comunidade de sentimento que se manifesta adequadamente num Estado próprio; daí, uma nação é uma comunidade que, normalmente, tende a produzir um Estado próprio”. Essa organização estatal, por sua vez, assume o papel de mantenedor da unidade, superando o conjunto de lealdades e identidades locais e regionais em favor de uma referência superior à nação. A razão de Estado, ao forjar a noção de filiação nacional, fundiu à esfera político-institucional valores culturais que engendraram uma identidade comum, transcendendo-os. O sentimento de fidelidade, que a idéia de nação suscitava, foi instrumentalizado pelo Estado que passa a ser identificado com a nação.

O processo de transformação da idéia de nação está integrado àquilo que Maltez[45] denominou “sementes da estadualidade”. A primeira seria a separação entre público e privado, a distinção entre espaço doméstico e espaço político, sendo que este último incorpora totalmente a soberania. A segunda semente de estadualidade “está na emergência da abstração política, no fato de as pessoas orientarem a sua atividade conforme a representação mental que fazem sobre aquilo que o político deve ser. Nesse caso, admite-se que os homens, em vez de obedecerem a outros homens, devem obedecer, todos, governantes e governados, a uma abstração, entendida como transcendente. Eis que surge o Estado-razão”. Por conseguinte, a noção de um sentimento nacional comum foi absorvida pela emergência da estadualidade que perseguia a construção de uma unidade insuperável.

Todavia, o processo de “politização” da nação não é exclusivamente estatal. Cabe ressaltar que a noção de pertencimento, contida na idéia de nação, impõe a crença na insubstituibilidade dos valores culturais, o que termina por fornecer um impulso unificador ao sentimento nacional. Entretanto, como anotou Hall[46], a idéia de uma nação como uma identidade cultural unificada não corresponde à realidade: “As identidades culturais não subordinam todas as outras formas de diferença e não estão livres dos jogos de poder, das contradições e divisões internas, de lealdades e diferenças sobrepostas”. A nacionalidade representa, portanto, um esforço permanente e constante

dos membros de uma sociedade para construir uma unidade capaz de suplantar tensões e transcender diferenças. O repertório de argumentos vibrados nos debates constituintes exprimia justamente esse esforço de inclusão/exclusão que participava na construção da unidade nacional.

III

Nos parágrafos precedentes, buscamos discutir os conceitos de nação e nacionalidade e suas contradições intrínsecas. Os debates acerca do artigo 5, no plenário da Assembléia Constituinte, representaram o momento privilegiado em que os deputados exercitaram suas concepções de nação e nacionalidade. Em seus pronunciamentos, forneceram um ideário diversificado, não-consensual, eivado das idéias do seu tempo e da compreensão que tinham da sociedade brasileira e do processo político. Evidentemente, o processo que agrega, tenciona e gerencia elementos que venham a compor uma idéia de nação não se restringe exclusivamente, ao campo da política institucional[47]. As discussões travadas pelos constituintes representavam um momento específico, no qual se moldavam alguns desses elementos no processo de confecção da nacionalidade brasileira.

Observamos que, para os deputados Ferreira França e Montezuma, o índio não era um cidadão, embora, mediante a criação de uma legislação apropriada, os silvícolas pudessem, perfeitamente, ser integrados à civilização. Essa estratégia está perfeitamente adequada à cosmovisão de muitos constituintes que, consoante o pensamento do século, enxergavam poderes exógenos nas leis, qual seja, a capacidade de dirimir diferenças sociais. Partilhavam de uma espécie de “otimismo jurídico”, no qual o legislador manejava as ferramentas legais num movimento de positivação. Como observou De Cicco[48], neste contexto, “o legislador deve criar por si fundamentos da própria decisão, deve realizar sua própria legitimação em uma situação que é aberta e indeterminada, seja em vista das possibilidades de consenso, seja em vista dos resultados buscados”. Essa concepção era compartilhada por Montezuma[49], que não admitia o desprezo aos índios, mas via na legislação “os necessários meios de chamá-los à civilização”, concluindo: “Legislemos para eles, porém nesse sentido: ponhamos um capítulo especial para isso em nossa constituição”.

Foi o mesmo Montezuma, mulato e baiano que observou outro aspecto importante da questão da nacionalidade: os índios deveriam ser integrados no seio da sociedade pelo “fato de nascerem conosco” e partilharem a mesma “moral universal”. Montezuma elaborava uma “lógica do pertencimento”, na qual os índios seriam integrados e para a qual invocava fundamentos gerais de justiça e moral próprios do pensamento do século. Ao mesmo tempo, lançava o princípio do mito fundacional na figura do índio, fornecendo ao processo de construção da nacionalidade alguns atributos essenciais: a ênfase nas origens, na continuidade, na tradição e na atemporalidade.

O pensamento político brasileiro, inserido no amplo movimento civilizatório da modernidade comungava da nova etapa de humanização da natureza que a razão moderna engendrara. A idéia de nação começou a formar-se a partir do conceito de “povo” (ou “Povo”, como se grafava à época) e, mais precisamente, quando se acentuou neste conceito, a importância dos fatores naturais e tradicionais em detrimento de princípios de adesão voluntários. A nação seria constituída por vínculos naturais que estariam situados para além das vontades individuais: origens históricas, raça, religião, língua, etc. e tantos outros elementos que poderiam ser agrupados sob o nome de tradição. O núcleo semântico fundamental da nação estava, portanto, atrelado à suposta existência de laços naturais profundos entre as comunidades capazes de justificar um arcabouço de tradições comuns ou culturais. A nação se formulava como uma reivindicação dessas identificações perenes e se apresentava como “destino” que antecedia e pairava sobre os indivíduos, ao qual estes não podiam subtrair-se sem incorrer em traição.

O esforço em busca da construção de uma unidade nacional pode ser perfeitamente identificado no processo de “tupinização” de nomes, que acompanhou a independência do Brasil, quando se tornaram comuns as trocas de nomes de batismo. Francisco Gomes Brandão, futuro visconde de Jequitinhonha, formado em Filosofia e Direito pela Universidade de Coimbra, passou a chamar-se Francisco Gê Acaiaba de Montezuma. O deputado constituinte assumia-se como um paladino, genuíno edificador da nacionalidade: Gê é sinônimo de tapuia; Acaiaba vem do tupi, e Montezuma foi o infeliz imperador asteca supliciado por Cortez na conquista do México. Da mesma forma, Cipriano Barata, eleito para a Assembléia Constituinte em 1823, mas que não assumiu o cargo, primava pela indumentária nativista: só trajava roupas de genuíno algodão brasileiro e cobria-se com um chapéu de palha de palmeira de carnaúba. Uma estética nacionalista de acentos hiperbólicos atingia hábitos de consumo e até mesmo os penteados de cabelo. Percebe-se como para além das paredes da Assembléia Constituinte, o processo de construção da nacionalidade ampliava-se. Inúmeros outros exemplos de nacionalismo invadiram os hábitos sociais e a literatura da época. Como anotou Luiz Felipe de Alencastro[50]: “O nacionalismo brasileiro desenvolveu uma maneira de ser, um comportamento individual, privado que tinha um significado público de afirmação da singularidade nacional”.

Esse movimento de busca das origens autóctones e, ao mesmo tempo, de chamamento do índio à civilização representou um dos primeiros esforços no processo de individualização da cultura brasileira. Tratava-se de integrar, em termos ideais, uma sociedade altamente hierarquizada, atenuando suas hierarquias em favor de uma totalidade harmônica. Nascia a “fábula das três raças”, um sistema explicativo que, segundo Da Matta[51] “possibilita visualizar nossa sociedade como algo singular – especificidade que nos é presenteada pelo encontro harmonioso das três raças”. Além da concepção inequívoca do ideal de unidade, o mito das três raças fornece “as bases de um projeto político e social para o brasileiro por meio da tese de branqueamento como alvo a ser buscado.

Inúmeros deputados defenderam a integração de índios e escravos libertos à condição de cidadãos: Montezuma, José Martiniano de Alencar, Henriques de Resende e Carneiro da Cunha, entre outros. Naturalmente, a referida integração dar-se-ia sob a égide da superioridade da cultura branca à qual as demais etnias se submeteriam. Para Henriques de Resende[52], a prudência impunha a necessidade de integrar os escravos libertos, eliminando a aversão destes para com os antigos senhores: “era necessário fazer com eles tivessem interesse em ligar-se a nós pelos foros de cidadão e neutralizar assim o veneno”. Da mesma forma, Carneiro da Cunha[53] via nos libertos “a presunção do bom comportamento e da atividade, porque cumpriu com suas obrigações e adquiriu com seu trabalho com que comprasse a liberdade, acho que por isso que tais homens bem merecem o foro de cidadãos”. A evidente preocupação dos constituintes em implementar um projeto unificador não era desprovida de intensas temeridades sociais o que explica a ênfase nos atributos de obediência contidos nas lições da nacionalidade constantemente recitadas em diversos contextos[54]. Era o que lecionava por exemplo, Evaristo da Veiga na aguda crise de 1831[55]: “A Constituição seja o nosso norte; com ela tudo venceremos: prudência, concidadãos, moderação, ordem, respeito a todos os nossos chefes”.

A construção da nacionalidade implicava uma busca no sentido de justificar, racionalizar e legitimar diferenças internas. Esse esforço contínuo coaduna-se com a necessidade de “conciliar uma série de impulsos contraditórios de nossa sociedade, sem que se crie um plano para sua transformação profunda”, como anotou Da Matta[56]. Residindo no ideal da unidade o fulcro da nacionalidade pairava sobranceiro sobre as contradições sociais celebrando uma nova temporalidade.

Anotamos, anteriormente, que a busca da nacionalidade implicava a construção de uma particularidade como forma de afirmação perante outras comunidades políticas alienígenas. O amplo período que envolve o processo de independência e a construção do Estado-nação foi, evidentemente, o momento histórico privilegiado no qual a procura pela unidade nacional foi a característica essencial da ação dos constituintes. A nação se constituía dentro de uma conjuntura política flutuante, atravessada pelo temor da fragmentação territorial e da sublevação popular. Como observou Da Matta:

“O movimento de independência provocou toda uma reorientação dos sistemas de hierarquias vigentes no Brasil, fazendo com que a estrutura de poder tivesse como ponto final a Corte do Rio de Janeiro em vez de se prolongar para além-mar, na direção de Lisboa, ponto do qual, anteriormente, partiam todas as ordens e todos os favores”.

A construção desse novo centro e sua instabilidade intrínseca não escapou à percepção dos deputados constituintes, expressando-se inúmeras num jogo dialógico de inclusão e exclusão.

Todavia esse esforço deparava-se com a pluralidade do espaço moderno, no qual a delimitação dos campos de exclusão e inclusão da nacionalidade tornavam-se

problemáticos perante as manobras totalizadoras da nacionalidade. Nesse contexto a “comunidade de sentimento” weberiana identificava-se de forma ambivalente, na comunhão e na discriminação, uma vez que o discurso da nacionalidade implicava uma forma hesitante de “um viver no outro”. A confecção do espaço público moderno no contexto histórico da independência brasileira evidenciou essa configuração social e política.

Os posicionamentos discriminatórios de alguns deputados devem ser entendidos à luz de seu tempo. Em torno da Assembléia Constituinte vibrava, febrilmente, a maior concentração urbana de escravos do mundo, desde o final do Império Romano. A tensão racial, inerente à existência do escravismo, impregnava profundamente o cotidiano, a sociabilidade, a vida familiar e os comportamentos políticos. Nesse contexto, os pronunciamentos dos constituintes revelavam, como observou Alencastro[57], um compromisso com o futuro: “O Império retoma e reconstrói a escravidão no quadro do direito moderno, dentro de um país independente, projetando-a sobre a contemporaneidade”. Dessa forma, ao poder público cabia a tarefa de preservar a ordem privada escravista, acomodando os sistemas de hierarquias sociais à nova situação política, como observou, anteriormente, Da Matta.

A manifestação de um pensamento discricionário, expressado por inúmeros deputados no plenário da Assembléia Constituinte, não pode ser entendida como simples sintoma de “atraso”, ausência dos cânones do pensamento moderno ou expressão de uma “modernidade inacabada”. A exclusão dos índios e dos escravos libertos, invocada por vários deputados, representava a expressão, no plano político, da ordem privada escravista e patriarcal, característica estrutural da formação social brasileira. Não obstante o alerta de Montezuma,[58] que lembrava seus colegas que “não tratamos aqui senão dos que fazem a sociedade brasileira, falamos aqui dos súditos do Império do Brasil”, o patriarcalismo característico das relações sociais introduziu-se no plenário, expressando-se no nível das relações político- institucionais.

Apesar da introdução do pensamento moderno já nas últimas décadas do século XVIII e da modernização encetada, a partir de 1808, com a presença da família real, a família patriarcal mantinha-se, segundo Gilberto Freyre[59], como uma “dessas grandes forças permanentes. Em torno dela é que os principais acontecimentos brasileiros giraram durante quatro séculos, e não em torno dos reis ou dos bispos, de chefes de Estado”. O poder do complexo patriarcal, tutelador e privatista, marcou profundamente nossa formação social à medida que a constante familialista atuou no processo civilizador, na expansão econômica e na preservação da estabilidade. O processo de emancipação política abriu novas instâncias sociopolíticas, no qual o poder patriarcal teve oportunidade de atuar. No plenário da Assembléia Constituinte, a ordem privada encontrava-se com o pensamento político moderno.

O período histórico em estudo é considerado por Gilberto Freyre como uma transição: a urbanização do patriarcalismo, seja pela ação do Estado, que reduziu o poder dos

latifundiários, ou pelo processo de europeização das gerações mais novas de filhos de senhores de engenho, “desertores de uma aristocracia cujo gênero de vida, cujo estilo de política, cuja moral, cujo sentido de justiça já não se conciliava com seus gostos e estilos de bacharéis, médicos e doutores europeizados...”[60]. No âmbito dessa lenta transformação, não ocorreu a total desestruturação do tradicional pelo moderno, o triunfo da modernidade sobre o arcaísmo patriarcal. O que é observável, segundo Freyre, é o equilíbrio entre as duas tendências – a coletivista e a individualista. O processo caminhou no sentido do amalgamento das tendências, e não da simples oposição, diferenciação e, por fim, da exclusão de uma delas. Esse aspecto é relevante para a compreensão da formulação do pensamento político que se elaborava no interior da dinâmica social brasileira.

O complexo patriarcal, cujas bases socioeconômicas eram o latifúndio, a monocultora, a escravidão do negro e a dependência do agregado, tinham como fundamentação jurídica o conceito de pátrio poder e de família herdados do período medieval, que dava ao pai aquilo que De Cicca[61] denominou uma “situação subjetiva” como chefe “sobre sua mulher, seus filhos, seus dependentes, e, é claro, sobre seus escravos, mas não como indivíduo isolado (no que diferia do subjetivismo moderno), e sim como expressão máxima do grupo familiar”. Na estrutura social brasileira o que ocorria, de região para região, eram apenas diferenças de intensidade, e não de qualidade em relação ao poder patriarcal que não diz respeito apenas a figura de um *pátrio-potestas* mas à complexidade das relações que o envolvem[62]. Como observou Gauer[63] “a sociedade brasileira movimentava-se dentro de um quadro de valores onde o relacional sobrepunha-se ao individual; a família constituía-se no centro de todas as relações; o poder patriarcal sobrepunha-se ao Estado e o clientelismo mediava o conjunto de relações sociais”

O processo de construção do Estado-nação não escaparia dessas injunções sociais. Supor o contrário significaria dicotomizar a dinâmica sociopolítica em andamento, opondo Estado e sociedade. Nesse sentido, as referências ao patriarcalismo são fundamentais. O poder patriarcal plasmou-se conforme as manifestações do pensamento do século, integrando-se ao seu repertório e fornecendo-lhe seus referenciais de legitimidade e autoridade e delimitando os parâmetros dos pactos políticos. Em outro ponto dessa configuração, o pensamento político moderno ambicionava integrar o Brasil aos paradigmas da modernidade européia. Ambas as manifestações estavam presentes no processo de construção do Estado-nação, interagindo e produzindo uma nova síntese, conciliatória e sincrética.

A heterogeneidade da sociedade brasileira estava presente nas discussões envolvendo a elevação dos índios e escravos libertos à condição de cidadãos brasileiros. Os posicionamentos dos deputados revelavam as relações complexas entre tradição e modernidade no seio da Assembléia Constituinte. O liame patriarcal revelava-se na defesa da religião, da ordem econômica escravocrata e, sobretudo no temor diante do perigo de uma sublevação popular. Nesse sentido, invocava o silêncio do plenário, o

mesmo silêncio da “estabilidade familiar, que, afirmando-se em casas-grandes rurais, culminou em sobrados rurais e urbanos, mas sempre patriarcais”, conforme anotou Freyre[64].

No mesmo espaço institucional o pensamento político moderno perseguia a racionalização das diferenças sociais dentro do processo de construção da nacionalidade. O esforço implicava o discurso, como definiu Silva Lisboa[65]: “Quando se trata de Causa Liberal não é possível guardar silêncio”. O Visconde de Cairu admitia como a maioria do plenário, a distinção entre direitos políticos (regulados pela propriedade) e cívicos. No entanto, posicionava-se pela inclusão dos escravos libertos na cidadania, isto é, no gozo dos direitos cívicos. Assim sendo, o deputado admoestava seus pares, indagando: “Sr. Presidente: em tempo de Liberalismo será a legislatura menos eqüitativa que no tempo do despotismo?”. Expressando uma cosmovisão tipicamente moderna, Silva Lisboa não partilhava o temor de muitos deputados, face à discussão de temas que poderiam subverter a ordem social. Acreditava nas capacidades superiores da racionalidade, pois “não há risco em ver a verdade combater com a falsidade, e aquela prevalecerá, sendo o duelo sem padrinhos”. A expressão usada por Silva Lisboa – “sem padrinhos” - é emblemática: oferece a força da razão moderna contra a tradição. Ainda nessa perspectiva, concebia a política como uma ação no sentido do aprimoramento social: “A política, que não pode tirar tais desigualdades, deve aproveitar os elementos que acha para nossa regeneração, mas não acrescentar novas desigualdades”.

Finalmente, após oito sessões compreendidas entre 23 de setembro e 2 de outubro, aprovou-se o artigo 5 em suas linhas fundamentais, inclusive com a inclusão dos escravos libertos que adquirissem sua liberdade por qualquer título legítimo. A aprovação dos termos do artigo representou a vitória daqueles que preconizavam a necessidade de integração dos escravos libertos como forma de atenuar diferenças sociais que poderiam comprometer a estabilidade social e política do país. Esse posicionamento foi defendido por Silva Lisboa em seu célebre pronunciamento referido anteriormente, bem como por Henriques de Rezende, Carneiro da Cunha, José Martiniano de Alencar e Antonio Carlos, entre outros. Os termos do artigo constitucional traduzem no plano da juridificação um elemento significativo da cultura brasileira: o pluralismo, a adesão às soluções conciliatórias, a capacidade de integrar sem eliminar os conflitos[66]. Segundo Gauer[67]: “Nosso sincretismo representa a incorporação do conflito, criando um modelo particular em nosso sistema relacional – cultura sincrética – que configura nossa lógica social, em outras palavras, nosso sistema de relações”. O produto híbrido daí resultante propiciou a preservação da ordem escravocrata, ordem privada captada pelo sistema jurídico do Estado, paralelamente à existência de uma significativa população de escravos libertos que se tornavam cidadãos brasileiros, embora excluídos do exercício de direitos políticos. Consubstanciava-se a persistência da tradição hierarquizante da sociedade brasileira, amalgamada no idário do pensamento político moderno.

Considerações Finais

A construção da nacionalidade, no âmbito da Assembléia Constituinte, deve ser compreendida como parte do processo coletivo através do qual a sociedade brasileira redefiniu as hierarquias sociais, momentaneamente abaladas pela emancipação política. Não representou uma ação exclusivamente político-institucional, definida em nível de Estado pela astúcia conservadora de uma minoria de políticos ilustrados no pensamento do século. As soluções adotadas na votação do artigo 5 foram resultantes nascidas da interação entre processos político-sociais, nos quais o tradicional e o moderno amalgamaram-se na confecção de uma síntese única e exclusiva, expressão da plasticidade social e política brasileira.

Os insistentes apelos à brandura e à docilidade do brasileiro, como vimos anteriormente, encerravam uma pretensão em erigir-se uma identidade nacional, justamente numa conjuntura marcada por sucessivos rompimentos. As idéias políticas, que se formulavam naquele período estavam, igualmente, impregnadas pela urgente elaboração dessa “essência identitária”. O caráter obsessivo dessa procura devia-se, não apenas às demandas inerentes ao quadro político, mas principalmente à heterogeneidade social brasileira, marcada pelas relações escravistas. Tratava-se, portanto, de um processo precário: a construção da unidade enfrentava o desafio de introduzir uma domesticação dessas alteridades sociais e políticas.

O recurso recorrente à violência representou o procedimento usual no processo de fixação das identidades nacionais. No entanto, o emprego de instrumentos repressivos implicava a inoculação de uma “culpa” no seio da nacionalidade, por meio do qual o “esquecido” passou a hospedar-se, desajeitadamente na identidade nacional, numa condição de alteridade cerceada e temida pelos poderes do Estado. O pensamento político brasileiro em sua vertente hegemônica, vinculada ao constitucionalismo monárquico, partilhava dessa companhia. Suas seqüelas mais evidentes eram o tabu dos objetos, expresso no exercício dos silêncios e a paradoxalidade entre a eloqüência catastrofista e a invocação constante de um consenso social.

O espetáculo de um passado recente de desdobrara naqueles debates reverberando nos pronunciamentos e silêncios dos constituintes. Em seu relato acerca do cortejo que acompanhou a aclamação de D. Pedro I, informava Sousa:

“A saída do Campo de Santana fora organizada com minúcias que devem ser notadas. Abria o cortejo a Guarda de Honra, composta de paulistas e fluminenses, no seu belo uniforme de inspiração austríaca; vinham depois dois exploradores e oito soldados da mesma guarda, com batedores; seguiam-se três moços de estribeira, “um índio, outro mulato e o terceiro negro”.

O espetáculo criado por iniciativa de José Bonifácio exercitava metaforicamente, o ideal da unidade social. Nascia a “fábula das três raças” um sistema explicativo de

longa duração capaz de lançar as bases fundadoras de um projeto social e político nacional. Ao lado da realocação do patrimonialismo que a aclamação de D. Pedro I fornecia, pela primeira vez se apresentava no espaço público uma metáfora da nação nos marcos do pensamento do século. As três etnias, enfileiradas no cortejo, sugeriam a celebração do ideal político moderno: a união entre Estado e nação

[1] SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Obra Política*. Senado Federal, 1973, V. II p. 85.

[2] Naquela conjuntura D. Pedro ostentava o título de Defensor e Protetor Perpétuo do Brasil, concedido pelo Senado da Câmara fluminense. Essa reedição de Cronwell seria concedida na data natalícia de D. João VI em 13 de maio e evidenciava uma característica do processo de independência: os primeiros atos da entronização da monarquia nos trópicos.

[3] *Atas do Conselho de Estado Senado Federal*, 1972. Organização José Honório Rodrigues. V. I, p. 12.

[4] *Ibidem*, p. 12

[5] SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Op. cit.* V. I, p. 87-88.

[6] MORSE, Richard. *O Espelho de Próspero*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 74

[7] RODRIGUES, José Honório. *Op. cit.* V. I, p. 21.

[8] A heterogeneidade social da Assembléia Constituinte já coloca por terra teses mais tradicionais da nossa historiografia que apontam sempre para a hegemonia política absoluta dos “latifundiários” no processo de independência brasileira.

[9] *Diário da Assembléia Geral e Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*. Brasília: Senado Federal. V. I, p. 7. A partir dessa citação usaremos a abreviatura D. A. G. C. L. I. B para nos referirmos a fonte

[10] D. A. G. C. L. I. B. v. II., p. 722.

[11] D. A. G. C. L. I. B. v. III., p. 230.

[12] HALL, Stuart. *Identidades Culturais na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro, DP & A, 1997, p. 56 – 57.

[13] O juramento de D. Pedro I por ocasião da aclamação é expressivo; “Eu, Pedro I pela graça de Deus e unânime vontade do povo, feito Imperador do Brasil e seu Defensor Perpétuo, juro observar e manter a religião Católica Apostólica Romana. Juro observar e fazer observar, constitucionalmente as leis do Império. Juro defender e conservar com todas as minhas forças, a sua integridade. Assim Deus me ajude, e estes Santos Evangelhos”. RODRIGUES, José Honório. *Op. cit.* v. I, p. 270.

[14] GAUER, Ruth Maria Chittó. A Construção do Estado-Nação no Brasil. A Contribuição dos Egressos de Coimbra. Curitiba, Editora Juruá, 2001, p. 255.

[15] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. II., p. 477.

[16] Locke afirmava que “o verdadeiro ser das coisas” é sua identidade, sua inalterabilidade ao longo do tempo o que implica afirmar que existir implica a exclusão de outros desse mesmo tempo e lugar, afinal “uma coisa não pode ter dois começos de existência, nem duas coisas um único começo”. A identidade, “o mesmo consigo”, nas palavras do filósofo inglês, se individualiza a partir do seu *começo no tempo e num lugar*. As implicações e desdobramentos para a construção dos conceitos como identidade política são notórios.

[17] D.A.G.C.L.I.B. Op cit., v. II., p. 689.

[18] *Ibid.*, v. III., p. 90.

[19] *Ibid.*, v. III., p. 113.

[20] *Ibid.*, v. III., p. 91.

[21] *Ibid.*, v. III p. 106.

[22] LOCKE, John. *Os Pensadores*. São Paulo: Abril, 1983, Cap. 5. p.

[23] LASLETT, Peter. “A Teoria Social e Política dos “Dois Tratados Sobre o Governo”. SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de (org.). *Pensamento Político Clássico*. São Paulo: T.A. Queiroz Editora, 1980, p.217.

[24] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. III., p. 91.

[25] *Ibid.*, v. III., p. 111.

[26] *Ibid.*, v. III., p. 119.

[27] *Ibid.*, v. III., p. 133.

[28] *Ibid.*, v. III., p. 130.

[29] *Ibid.*, v. III., p. 134.

[30] Sempre é oportuno lembrar que o pensamento político moderno desenvolveu-se no Brasil sem romper com a religiosidade católica, caracterizando mais uma vez, em sua dinâmica política, estratégias de conciliação e não de exclusão. Nos debates constituintes esse tema pertencia a “ordem dos consensos” e raras vezes foi trazido à baila. O projeto de Antonio Carlos e a Carta Outorgada de 1824 consagrariam o catolicismo como religião oficial e a união entre o Estado Monárquico e a Igreja Católica.

[31] *Ibid.*, v. III., p. 133.

- [32] *Ibid.*, v. III., p. 133.
- [33] *Ibid.*, v. III. p. 137.
- [34] *Ibid.*, v. III. p. 58.
- [35] *Ibid.*, v. I. p. 262.- 263.
- [36] RODRIGUES, José Honório. Op. cit. V. III, T. I, p. 192.
- [37] LEAL, Hamilton. *História das Instituições Políticas do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1962, p. 100-101.
- [38] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. I., p. 76.
- [39] *Ibid.*, v. III. p. 137.
- [40] WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. H.H. Gerth e C. Wright Mills (org.). Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 202
- [41] MAUSS, Marcel. *Sociedade y Ciencias Sociales*. Obras III. Barcelona: Barral Editores S. A., 1970, p. 300-305.
- [42] WEBER. Op. cit., p. 205.
- [43] HALL. Op. cit., p. 63.
- [44] WEBER. Op. cit., p. 207.
- [45] MALTEZ, José Adelino. *Princípios de Ciência Política*. Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas. s/d., p. 344.
- [46] HALL. Op. cit., p. 70.
- [47] RODRIGUES, Celso. *Razão e Subjetividade na Construção do Pensamento Político Brasileiro*. Porto Alegre: Tese de Doutorado em História. Curso de Pós-Graduação em História, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, 2002.
- [48] De CICCIO, Claudio. *Direito: Tradição e Modernidade*. São Paulo: Ícone Editora, 1993, p. 74.
- [49] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. III., p. 90.
- [50] ALENCASTRO, Luiz Felipe. “Vida Privada e Ordem Privada no Império”. In: NOVAIS, Fernando A (Dir.) *História da Vida Privada no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1997. v. II., p. 60.
- [51] Da MATTA, Roberto. *Relativizando: Uma Introdução à Antropologia Social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1984, p. 69.

[52] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. III., p. 139.

[53] *Ibid.*, v. III., p. 134.

[54] A crença de que escravos, notadamente aqueles oriundos do Gabão, praticassem antropofagia era amplamente disseminada no início do século XIX, segundo observou Koster. O pânico e a insegurança estimulavam, igualmente, outras crenças como o medo, entre os senhores, da possibilidade de envenenamento e, até mesmo, o risco de contrair moléstias terríveis decorrentes de mordidas de escravos. Sobre o tema ver MATTOSO, Katia M. de Queiróz. *Ser Escravo no Brasil*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1988, p. 156-157.

[55] SOUSA, Octávio Tarquínio de. Evaristo da Veiga. Belo Horizonte. Editora Itatiaia, 1988, p. 101

[56] Da MATTA. Op. cit., p. 68.

[57] ALENCASTRO. Op. cit., v. II., p. 17.

[58] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. III., p. 90.

[59] FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mocambos: Decadência do Patriarcado Rural e Desenvolvimento Urbano*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1952, T. I., p. 81.

[60] FREYRE. Op. cit., 1968, p. 18.

[61] De CICCA. Op. cit., p. 73.

[62] A problemática do patriarcalismo ajuda a compreender outras expressões do pensamento político brasileiro tais como a ênfase nas relações patrimoniais, a indeferenciação entre público e privado, a estadualidade marcada pelo personalismo e inclusive, a conciliação com a religiosidade católica, referida anteriormente.

[63] GAUER, Ruth Maria Chittó. “A Contribuição Portuguesa para a Construção da Sociedade Brasileira”. In: *Revista de História das Idéias*. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra: 1997, v. XIX., p. 16.

[64] FREYRE. Op. cit., 1968, p. 14.

[65] D. A. G. C. L. I. B. Op. cit., v. III., p. 134 a 136.

[66] Na elaboração do Código Criminal de 1830 observamos um processo semelhante. Ver: RODRIGUES, Celso. O Tempo do Direito: patrimonialismo e modernidade na ordem jurídica e política brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, 2007, p. 91-105.

[67] GAUER. Op. cit., v. 19., 1997, p. 19-20.

AFIRMAÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO*

HISTORICAL AND LEGAL AFFIRMATION OF THE FREEDOM OF SPEECH

Claudio Mirol Batista de Oliveira Junior

RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em abordar o tema do direito fundamental da liberdade de expressão e seus derivados e a ligação desse instituto com a afirmação histórica dos direitos fundamentais e sua importância para a afirmação do estado constitucional. O trabalho aborda aspectos tanto cunho histórico e jurídico sobre a evolução do instituto nas declarações de direitos, tanto na instância mundial bem como ao longo da história constitucional brasileira, com destaque para os desenvolvimentos nas constituições e declarações de direitos dos países ocidentais.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, ESTADO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MUNDO OCIDENTAL

ABSTRACT

The objective of the present article consists of approaching the subject of the basic right of the liberty of speech and its derivatives and the linking of this institute with the historical affirmation of the basic rights and its importance for the affirmation of the constitutional state. The work approaches aspects as much historical and legal matrix on the evolution of the institute in the bills of rights, as much in the world-wide instance as well as throughout Brazilian constitutional history, with prominence for the developments in the constitutions and bill of rights of the occidental countries.

KEYWORDS: KEY-WORDS: CONSTITUTION, CONSTITUTIONAL STATE, FREEDOM OF SPEECH, FUNDAMENTAL RIGHTS, WESTERN WORLD

1. Considerações iniciais

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O surgimento da idéia de Direitos Fundamentais está intimamente ligado com a garantia constitucional da Liberdade de Expressão exposta no artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988, sendo esta originária de um dos mais antigos institutos de proteção constitucional, remontando a sua origem ao início da Idade Moderna e a própria formação da civilização ocidental.

A afirmação histórica dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos foi acompanhada de perto pela *difusão da Liberdade de Expressão*, não somente como instituto jurídico digno de proteção, mas também, *como idéia indissociável* ao próprio conceito de Estado Constitucional. O instituto, associado à livre circulação de idéias, terminou por criar uma verdadeira tradição no Ocidente essencial à manutenção das liberdades públicas e ao respeito à lei.

O estudo contemporâneo dos institutos da Liberdade de Expressão e dos Direitos Fundamentais acompanha de perto a evolução do Direito Constitucional e encontra-se íntima e necessariamente ligado às repercussões decorrentes do exercício das liberdades públicas e da Jurisdição Constitucional que nascem como necessidade absoluta e condição essencial de existência e sobrevivência do *Estado Democrático de Direito*, o qual surge em torno de um núcleo de direitos fundamentais a serem preservados por um ordenamento jurídico construído ao seu redor.

A Jusnaturalismo serviu como ponto de partida, trazendo os pressupostos de ordem filosófica do Estado liberal, que concretizou os direitos fundamentais de *primeira geração*. Enunciava que todos os homens, por natureza, independentemente de sua própria vontade ou da vontade dos governantes, são titulares de certos direitos tais como a vida, a liberdade e a segurança. Diante disso, o Estado deveria respeitar, se abstendo de invadir essa *esfera individual mínima* e cumprir a sua função de estabelecer e proteger os Direitos Fundamentais, primeiro do indivíduo e depois extendendo-os ao corpo social como um todo.

Na sua origem, com o advento das idéias ligadas ao conceito de Direito Natural, passando pela positivação nos primeiros ordenamentos jurídicos constitucionalizados, o conjunto normativo criado e definido como *direitos fundamentais*, anteriormente restritos ao ordenamento jurídico-positivo interno, tanto nos casos dos direitos de primeira e segunda dimensão passaram ao longo do século XX a assumir uma dimensão mais ampla, tendo alcançado uma estatura de universalidade, notadamente a partir das guerras mundiais mediante uma série de declarações de direitos e tratados envolvendo os estados nacionais e organizações como a ONU, passando estes direitos assumirem a denominação atual de direitos humanos, cuja dimensão é necessariamente transnacional.

Os Direitos Humanos, englobando elementos das três dimensões de Direitos Fundamentais passam necessariamente a liderar aquilo que **Paulo Bonavides**[1] denomina de *globalização dos direitos* que necessariamente deve surgir como complemento da globalização econômica.

Essa modalidade do fenômeno deve vir sentido de criar um *espaço de cidadania global* aonde à pessoa humana venha a ter sua voz e suas reivindicações ouvidas dentro de uma arena política mais ampla.

Cita ainda **Paulo Bonavides**, o *direito à comunicação*, fruto do exercício da liberdade de expressão como de *terceira dimensão*[2] dentro da concepção exposta por Karel Vlasak de *direitos da fraternidade*. Em conexão com este, coloca também um *direito à informação* como pertencente a uma emergente *quarta dimensão de direitos*, sendo ambos tidos como elemento central das novas dimensões de direitos fundamentais, na qual se busca uma globalização política consistente na universalização e institucionalização daqueles direitos.

No tocante a temática vem o constitucionalista expor em sua obra, o tratamento institucional a ser dado aos direitos de dimensão mais recente: “Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.” [3]

Com relação ao tema e expondo em conferência sobre a necessidade de criar um espaço transnacional de direitos fundamentais, é interessante trazer à baila o processo de integração política que se desenrola no interior da União Européia, no qual **Jürgen Habermas** coloca que o processo bem-sucedido de *união econômica* precisa de uma complementação na qual uma *dimensão política* crie um *modelo de cidadania pós-nacional*. [4] Quanto à forma de como se dará estabelecimento deste modelo propõe o autor uma forma de *coordenação positiva* centrada na criação de um tipo *pós-nacional de solidariedade cívica*, de caráter intervencionista, ao contrário da *coordenação negativa*, absenteísta e típica da primeira dimensão de direitos fundamentais.

A *coordenação negativa*, na acepção do autor, já vem atuando com sucesso na esfera econômica ao remover os obstáculos para a integração econômica da União Européia e abre espaço para um aprofundamento da integração política. [5]

Expõe como primeiro passo concreto e bem-sucedido dentro de um novo marco constitucional numa Europa pós-nacional, a adoção da *Carta Européia de Direitos Humanos*, raro caso de consenso entre os países-membros.

2. O DIREITO A INFORMAÇÃO NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

2.1 Resumo Histórico

2.1.1 Antecedentes. Os Direitos Fundamentais e a Liberdade de Expressão nas primeiras Cartas de Direitos

O nascimento do instituto ora em análise encontra intimamente ligado ao nascimento da própria *idéia* de direitos fundamentais e ao surgimento do Estado Constitucional, que veio moldar não somente os estados ocidentais, mas se tornar referência em.

Em que pese o conceito de direitos e liberdades inerentes ao homem, somente tenha sido desenvolvido em profundidade pelas diversas correntes jusnaturalistas, suas raízes são mais profundas, remontando o início da própria Civilização Ocidental que tem *no império da lei*, base do constitucionalismo, uma de suas características essenciais, tal como expostas por **Samuel Huntington**.^[6] Este define civilização como “... o nível mais amplo de identificação com o qual ele se identifica de forma intensa”.^[7]

Esse conceito complementa o estabelecido por **Fernand Braudel** (*civilizações como mentalidades coletivas*).^[8] Em nenhuma outra civilização, a noção de que a lei é um elemento essencial da existência civilizada criou raízes tão profundas, tanto institucionais, quanto no imaginário coletivo, quanto nos estados europeus ou naqueles estabelecidos por seus descendentes através da conquista e da colonização, sendo essa noção herdada diretamente dos romanos. No Ocidente a tradição fez com que a idéia de *Legalidade* fosse tida, *no mínimo*, como tão importante quanto a noção de *Legitimidade*.

Na sua origem, os direitos fundamentais possuem a natureza de *liberdades-privilégios*^[9] na conceituação apropriadamente definida por **Vieira de Andrade**, de determinados estamentos sociais surgindo em plena Idade Média, por meio de documentos de *outorga de direitos* tais como o *Foral do Leão* em Portugal promulgado no reinado de Alfonso IX em 1188, a *Magna Carta* de 1215 da Inglaterra, a *Bula Áurea* do Reino da Hungria de 1222, a *Paz de Fexhe*, no principado eclesiástico de Liège, de 1316 e a *Joyeuse Entrée* do Condado do Brabant, de 1356.

Outros tantos acordos de concessão de prerrogativas e privilégios concedidos às cidades na Alemanha, Itália e Suíça, tal como exposto por **John Gilisen**, tiveram como conteúdo afirmações de *libertas* concedidas aos seus habitantes. Nesses acordos foram ainda enunciados alguns *direitos individuais* tais como o direito por um julgamento justo, o privilégio de *non evocando*, garantindo o direito de não subtração ao julgamento do seu juiz natural, o privilégio de *non arrendando*, de não ser preso, salvo em caso de flagrante delito, o privilégio do *non confiscado*, de proteção aos bens, entre outros.^[10] Nesses documentos, tal como no caso em particular da *Magna Carta*, ficavam estabelecidos conjuntos de direitos e liberdades tais como “... a vida, à herança, à administração da justiça, garantias de processo criminal, liberdade de circulação e de comércio...”.^[11]

Estes direitos eram atribuídos quer seja à Nobreza, à Igreja, às cidades ou às corporações, instituições típicas das ordens sociais do período medieval, na qual cada uma delas resguardava as suas prerrogativas. É de suma importância ressaltar que essas cartas *não reconheciam direitos gerais*, nem *vinculavam o estado aos súditos*, sendo acordos entre *reis e súditos* que estavam sempre sujeitos à confirmação ou até mesmo a revisão ou revogação por parte dos seus sucessores.

Essas *liberdades-privilégios* podem em certa medida ser tratados como *direitos de desigualdade ou estamentais*,^[12] diferindo dos *direitos de igualdade ou fundamentais* consagrados posteriormente pelas constituições ocidentais no tocante ao fato de que estes últimos são atualmente reconhecidos como *direitos dos homens* em caráter geral,

durante um processo que fez com que esses não fossem ligados especificamente às ordens ou estamentos de qualquer espécie, bem como tidos por *universais*, transcendendo primeiro as fronteiras nacionais e depois as de caráter de classe social, de etnia, de gênero ou de religião.

O instituto da liberdade de expressão vai surgindo em primeiro lugar, como o resultado necessário da liberdade de pensamento, sendo a sua forma de *exteriorização* daquela e o seu surgimento não apenas é fruto da criação e consolidação do Estado Constitucional, como também permite o seu desenvolvimento e sua evolução, tanto do ponto de vista histórico como do político, servindo de veículo para as idéias liberais e anti-absolutistas.

O contexto político no qual se insere o surgimento do instituto pode ser situado nas lutas políticas entre o final da Idade Média e o início da idade moderna, com a liberdade de expressão tendo sua gênese intelectual no Renascimento, que em suas especulações político-filosóficas veio romper as amarras do conhecimento, libertando o saber científico do domínio da teologia, fato possível, somente após uma profunda mudança das condições políticas no continente europeu. Afirma **Fernand Braudel** que no Ocidente, o desenvolvimento do racionalismo desde o seu surgimento com a filosofia grega operou uma ruptura profunda entre o religioso e o cultural, que transformou a natureza da relação entre ambos.

De um status de *subordinação* houve uma evolução para outro de *coexistência* “... *entre laicidade, ciência e religião...*”, esta sendo considerado por ele como uma *singularidade do mundo ocidental*. [13]

Esta cisão entre ciência e religião se aprofunda na medida em que o desenvolvimento da filosofia durante o período renascentista fez com o que houvesse um questionamento geral da *visão de mundo medieval*, predominantemente Teocêntrica e até então dominante, com todas as suas convicções e dogmas.

O processo que começou com a emancipação do pensamento em face à teologia põe fim à unidade religiosa e resultou em uma divisão da Europa em campos políticos opostos, alterando ao longo dos séculos XVI e XVIII o equilíbrio político mundial, permitindo o surgimento de novos regimes que rumaram paulatinamente para o constitucionalismo.

A Liberdade de Pensamento e a de Expressão, com a livre difusão e circulação das idéias, contribuiu para alterar a natureza do próprio estado. E esse processo ainda está em curso.

Na luta na qual foi rompida a unidade da cristandade ocidental foram fortalecidas as raízes da liberdade de expressão, uma vez que os conflitos entre a cúpula da Igreja Católica e as nascentes igrejas protestantes giraram inicialmente em torno da *liberdade de pensamento* para uma livre interpretação das escrituras contra a ortodoxia oficial, que buscou calar vozes de dissidentes dentro do clero tais como Martinho Lutero. Em que pese que, após vitoriosas, algumas correntes protestantes, tal como o Calvinismo tenham adotado posturas hermenêuticas tão dogmáticas quanto o catolicismo, este não veio a alterar o fato de que a luta contra o centralismo teológico também implicava numa luta pela *liberdade de consciência*.

Esta liberdade foi reconhecida pelos termos da *Paz de Ausburg* em 1555 que encerrou os conflitos armados entre os principados católicos e luteranos no interior da Alemanha, estabelecendo os princípios da tolerância religiosa no Sacro Império Romano Germânico entre ambas as igrejas, em que pese no início, não tenham sido estendidas às demais correntes protestantes.

O tratado estabeleceu o princípio do *Cuius Regio, Eius Religio* pelo qual os príncipes luteranos mantinham o direito de optar pela religião de sua preferência sendo ainda acordado que os súditos de cada principado deveriam adotar a religião do seu soberano.

Entretanto, foi estabelecido um período de transição durante o qual os súditos poderiam escolher por *emigrar livremente* para outro estado que houvesse adotado a *crença de sua preferência*, permitindo a quebra temporária dos laços feudais, situação até então inédito. Tal faculdade foi disposta no artigo 24 do tratado que estabelecia que "*No caso de os nossos súbditos, quer pertencentes à velha religião ou à confissão de Augsburgo, pretendam deixar suas casas com suas mulheres e crianças por forma a assentar noutra, eles não serão impedidos quer na venda do seu imobiliário desde que pagas as devidas taxas, nem magoados na sua honra*".[14]

O direito de escolher a fé a ser professada, termina por ser em essência o direito de *livremente crer* em uma fé da própria escolha. A partir daí, veio a luta para se estabelecer a liberdade de culto, na qual se pleiteava o direito de *se livremente expressar* a fé escolhida, tornando-se o primeiro caso de posituação de liberdade de pensamento na Idade Moderna. Em consequência, a liberdade de culto começa a se difundir na Europa, principalmente a partir dos *Tratados de Vestfália* que confirmam e ampliam os termos da *Paz de Ausburg*. A partir daí, o foco da luta muda de simples *livre pensamento* para a *livre expressão de opinião* que dará o tom do movimento iluminista ao longo dos séculos XVII e XVIII.

2.1.2 Liberdade de Expressão e Jusnaturalismo. A liberdade de expressão na Inglaterra

Na Inglaterra, por fatores de formação histórica peculiar durante o período feudal que fez com que houvesse um equilíbrio entre realeza e nobreza, os fundamentos do Estado Constitucional vieram a se desenvolver, não apenas de modo precoce, mas também forma mais sólida

Com o tempo foi sendo formado no imaginário social inglês, um vigoroso conceito de fundo consuetudinário de *direitos dos ingleses*, a *Law of the Land*.

Nesse país, de longa tradição de declarações de direitos, criou-se como cita **Gustavo Binenjomb**,[15] uma concepção da lei "*...não como ato de vontade, mas como mero ato declaratório do direito consuetudinário*". Dentro dessa idéia, no sistema de *common law*, as normas costumeiras tem sempre prevalência sobre o *statutory law* (as normas escritas), o que posteriormente veio a criar o sistema de *stare decisis* (vinculação dos precedentes).

Seu desenvolvimento tem origem na Revolta dos Barões que impôs ao Rei John I, Lackland a *Magna Charta Libertatum* que buscava dar um ponto final nas arbitrariedades do cometidas pelo mesmo, tendo esta necessidade se mostrado crescente desde as invasões normandas e as conseqüentes espoliações dos conquistadores, que fizeram surgir à necessidade de se documentar a conduta do rei em face do clero, da nobreza e da nascente burguesia, com o fito de proteger costumes, direitos e propriedades.[16]

Este documento não cria novos direitos, e não deve de modo algum ser compreendido como tendo qualquer viés revolucionário. Constitui antes uma *reafirmação* de costumes e tradições aos quais os súditos ingleses já haviam se acostumados desde o início da formação do país, na Alta Idade Média. A *Magna Carta* não foi aceita facilmente pela realeza, que a considerava particularmente ofensiva, principalmente quando confrontada com o princípio de *governo monárquico absoluto* baseado no Direito Divino dos Reis. Aliás, logo após a assinatura, o próprio rei pediu a sua anulação, sendo esta imediatamente concedida pelo Papa Inocêncio III, desencadeando de imediato uma guerra civil.

Na verdade passou mais de meio século para ser completamente reconhecida e aplicada.[17]

A mesma foi objeto de sucessivas reafirmações por parte dos sucessores do Rei John, que confirmaram o documento em 1216, 1217 e 1225, quando passou a ser conhecida em definitivo na própria Inglaterra pelo seu nome histórico *The Great Charter*. [18]

Esse processo chega ao seu zênite com uma reedição da mesma sob a forma da *Confirmatio Chartarum* de 1297. A mesma somente veio a tomar *status* de documento de natureza constitucional em meados do século XVII. Não obstante, ainda é tida em nossos dias, como o primeiro passo para a criação do Estado Constitucional e marco na afirmação histórica dos Direitos Fundamentais.

Com a idéia de *Law of the Land* consolidada e em franco processo de positivação, esses direitos e liberdades foram bandeiras sempre levantadas quando da ameaça de tirania dos reis, vindo a ser mantida graças a um delicado equilíbrio entre nobreza e realeza, com a primeira passando a ter uma ajuda de uma crescente classe média urbana.

Tais direitos, novamente vieram à tona quando irrompem as lutas políticas e sucessivas guerras civis ao longo do século XVII, entre Rei e o Parlamento inglês, iniciada por uma tentativa de reafirmação tardia do poder monárquico na Inglaterra, que entrava em choque com as prerrogativas garantidas pela *common law*. Nesse sentido foi uma verdadeira luta entre o absolutismo e o estado constitucional, na qual ao final, as estruturas jurídicas herdadas do período medieval foram transformadas em um sistema parlamentar com divisão de poderes, tal como expõe **Marcelo Cerqueira**: “*Na primeira metade do século XVII, embora a Inglaterra não possuísse uma Constituição escrita, o Estado já se encontrava juridicamente constituído: o poder estatal dividido entre o rei, a Câmara dos Lords, a Câmara dos Comuns e a magistratura*”. [19]

Os problemas surgiram quanto ao *âmbito e as competências* para o exercício dos poderes das respectivas instituições. As insistentes tentativas do poder real de se

sobrepôr aos demais instituições terminaram por levar o país à uma série de guerras civis entre Parlamentares e Realistas.

No rastro das vitórias nos campos de batalhas a primazia do parlamento inglês foi sendo aos poucos estabelecida, não sem antes passar por diversos traumas, tais como a Revolução de 1648 que proclamou a república. Foi estabelecida a *English Commonwealth*, entre 1649 e 1653, esta posteriormente substituída pelo *Protectorate* de Oliver Cromwell, o qual implantou nas ilhas britânicas uma ditadura militar. A monarquia é restaurada em 1660, começando o processo de estabilização institucional da Inglaterra e suas dependências coloniais.

Uma série de documentos paulatinamente instituiu direitos de natureza fundamental e institucional a exemplo da *Petition of Right* de 1628, que assegurava uma série de direitos e liberdades que o Parlamento queria ver garantidos por parte do Rei de modo a permitir o livre funcionamento deste e o *Habeas Corpus Act* de 1679, que inaugura o rol das garantias constitucionais, além dos compromissos políticos assumidos ao longo do período como convocação do *Rump Parliament* em 1640, foi sendo organizada a estrutura institucional do estado inglês, sendo criado nesse processo o *primeiro estado constitucional da história* e a primeira monarquia constitucional do mundo, existente até os nossos dias.

Por fim do *Bill of Rights* de 1689, este como resultado direito da *Glorious Revolution* de 1688 e decisiva para o fim da monarquia absoluta na Inglaterra, o poder parlamentar se impôs. Em consequência, houve a reafirmação e a proteção de institutos como os direitos de petição, ao devido processo legal, a limitação ao poder de tributar, a abolição dos tribunais de exceção e o reconhecimento, pela primeira vez, de um direito de *liberdade de expressão*.

A *Bill of Rights* assegurava em seu artigo 9º a liberdade de expressar livremente a opinião (*Right to Speech*) [20] aos representantes da Câmara dos Lordes e da Câmara dos comuns nos debates parlamentares, estando estes livres de qualquer tipo de coação política ou investigação criminal,[21] sendo precursora das modernas garantias institucionais, que protege o efetivo funcionamento de instituto ou contra um poder que conspire para a sua desnaturação.

Vemos aí um exemplo da importância do instituto da liberdade de expressão como veículo para a afirmação de outras liberdades fundamentais, garantindo um verdadeiro *poder de reivindicação*. Por meio deste e pela afirmação do estado constitucional veio a conquista e consolidação de demais Direitos Fundamentais tais como o direito ao respeito à integridade física, ao devido processo legal, à ampla defesa, a proteção da propriedade contra o confisco, entre vários outros que vieram a ser reivindicados no rastro das lutas políticas que vieram posteriormente a culminar com as Revoluções Americana e Francesa.

Dessa forma, a Inglaterra surge como o primeiro estado constitucional da História, sendo essa nascente organização institucional muito influenciada pela obra de John Locke, *Civil Government* de 1690, em que ataca diretamente o absolutismo, buscando justificar ideologicamente a Revolução de 1688. Os seus escritos terão grande repercussão na França e nas colônias inglesas da América do Norte, principalmente as suas noções de *self-government*.

No rastro da influência do *Jusnaturalismo Racionalista*, veio o Estado Constitucional, subordinado ao controle parlamentar, surgindo comprometido com o respeito aos *novos direitos individuais*, sendo esses “...*direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado*”. [22]

A luta pela liberdade de expressão passa a ser incorporada ao corolário de direitos defendido pelos jusnaturalistas, passando a ser ponto de reivindicação de todos os movimentos políticos posteriores, tal como na luta pela emancipação das Províncias Unidas do domínio espanhol ou na Revolução Inglesa, acompanhando o surgimento do nascente constitucionalismo ocidental.

2.1.3 A Positivação dos Direitos de Opinião. As Constituições dos EUA e da França

As colônias inglesas da América do Norte vinham de uma longa tradição de *self-government* que alimentou precocemente um espírito autonomista.

Algumas delas, ainda durante o período colonial, chegaram a adotar *cartas de direitos* sendo conhecidas como *Chartered Colonies*, nas quais algumas liberdades básicas eram reconhecidas aos seus habitantes. Em alguns casos, isto ocorreu desde a fundação dessas colônias como nos casos de Massachusetts, com a formação de uma assembléia ou Rhode Island, que estabeleceu ainda no século XVII a participação política e a tolerância religiosa.

Vale ressaltar que as primeiras colônias inglesas norte-americanas foram fundadas por pessoas que buscavam escapar das perseguições religiosas tão comuns na Europa abalada pela Reforma e Contra-Reforma, na qual os súditos dos estados eram compelidos, sob pena de marginalização, a adotar a religião oficial ou emigrar. A promessa de tolerância religiosa e fim das perseguições políticas tornou-se um poderoso atrativo para estimular a migração para as colônias inglesas do novo mundo, sem falar que veio povoar as mesmas com pessoas com um sentido maior de *autonomia pessoal*, fora das rígidas divisões de classe vigentes em suas nações de origem.

Essas novas colônias vieram a ser organizadas sob o sistema das *Cartas Patentes*. Estas davam aos fundadores das colônias o direito de governar e de legislar, foi exigida aos mesmos que eles redigissem leis em conformidade com as elaboradas na Inglaterra, sem falar a inclusão nesses documentos de garantias que os colonos gozassem de todas as prerrogativas dos súditos ingleses. [23]

Aos poucos foi sendo formado um embrião de *democracia representativa*, no qual cada cidade passou a ter a sua própria câmara de representantes e cada colônia, sua assembléia legislativa, e estas geral tinham uma *base social de representação* mais ampla do que o parlamento da própria metrópole. Na criação e no funcionamento dessas instituições, foi nítida a influência das idéias de *civil government* desenvolvidas por John Locke. Na definição de **Quintão Soares**, acerca do pressuposto de Locke sobre o governo da *commonwealth* “... *a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante*,

isto é, poder de agir somente segundo a vontade e a determinação da maioria, respeitando-se os direitos das minorias".[24]

Aliás, a questão da *representatividade* dos colonos, logo geraria atritos entre as colônias e a metrópole, principalmente no tocante à legitimidade desta para a criação e cobrança de tributos.[25]

Não sendo resolvidos os problemas entre os colonos e a metrópole, no tocante à direitos, impostos e representação, os desenrolar dos acontecimentos culminou com a ruptura entre as colônias e a metrópole. Algumas dessas colônias rebeladas, logo passaram a converter as suas cartas de direitos em autênticas constituições. Em algumas dessas constituições coloniais como a da Virgínia, promulgada em 1776, foram inclusos um *Bill of Rights* estadual que, entre as suas disposições, garantia expressamente como *liberdades públicas fundamentais*, a liberdade individual, a liberdade de consciência, direito à vida, à propriedade, à segurança e a eleições freqüentes.

No seu Artigo 14, foi incluído, com bastante destaque a *liberdade de imprensa*, sendo ressaltado o seu aspecto essencial para o exercício das liberdades públicas e coloca como *elemento essencial* do Estado Democrático.[26]

Tendo sido convocada a Convenção Constitucional pelo Congresso Continental das treze colônias e, uma vez que tanto os Artigos da Confederação de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, *não previam* ou *enumeravam* liberdades públicas, os estados da Virgínia e da Carolina do Norte, ameaçaram não ratificar a constituição federal se não fosse incluída nesta uma declaração de direitos, o que resultou entre 1789 e 1791 na promulgação das *dez primeiras emendas* à constituição propostas por Thomas Jefferson, este redator da constituição e por James Madison, formando um *Bill of Rights* federal.[27]

A Constituição dos EUA, *primeira na história na categoria das constituições escritas nacionais*, foi fortemente inspirada pelas idéias jusnaturalistas teve os seus redatores influenciados pelas idéias de Locke, Rousseau e Montesquieu.

Em sua formação, tomou um viés *fortemente liberal*. As emendas pleiteadas pelos estados foram então aprovadas, sendo que na primeira emenda acrescentada ao texto da constituição, estipularam como liberdades de natureza fundamental a liberdade de religião, de reunião, de petição, ao devido processo legal e as liberdades de *expressão e de imprensa*.

Diretamente influenciada pelas declarações do *common law* inglês[28] a redação da *first amendment* estipulava que "*O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos*".

Tal dispositivo constitui num marco para a positivação da liberdade de expressão e seus derivados dentro da afirmação histórica dos direitos fundamentais, com repercussões de longo alcance tanto nas Américas quanto na Europa, e com repercussões até hoje, notadamente no campo principiologia jurídica.

Sob a influência dos nascentes EUA, a Assembléia Nacional da França, em meio a um processo revolucionário promulgou com pretensões de universalidade a *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen* em 1789, sendo a mesma recepcionada pela sua primeira Constituição em 1791.

Esta declaração tratou expressamente da liberdades de opinião e da *livre comunicação de pensamentos e opinião* em seus artigos X e XI respectivamente,[29]sendo importante não somente por abrir caminho na sua positivação bem como pela ligação feita entre essas liberdades e os direitos humanos fundamentais, tendo o dispositivo a natureza de disposição principiológica.

O documento encerra ainda uma *definição fundamental* em relação ao conceito de constituição e ao Estado de Direito no seu artigo XVI, que é a da garantia de direitos e a da separação de poderes, proclamando que o estado que não atende a esses dois pressupostos *não tem constituição*. [30]

O referido documento teve maior abrangência no tocante a matéria ora em tela do que a constituição norte-americana, servido de preâmbulo para as constituições de 1791, sendo esta a primeira constituição escrita da Europa, vindo a mesma a ter uma vida curta ao contrário de sua congênere norte-americana, sendo objeto de profunda reforma em 1793 e precocemente substituída em 1795, como reflexo da aguda instabilidade política do período revolucionário.

Não obstante e veio a acolher o direito no seu Título I, sobre os direitos civis, o instituto da liberdade de expressão, tendo esta grande importância na história do direito constitucional no sentido de atrelar a idéia de constituição ao conceito de democracia, tal como opina **Cerqueira**. [31] No artigo sétimo rezava que “*O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos...*”. [32]

2.1.4 A Liberdade de Expressão nas Constituições Liberais

No dizer de **Vieira de Andrade**, a resultante desses processos revolucionários de positivação dos direitos naturais, foi a *consagração constitucional dos direitos*, elevando-se os direitos fundamentais à categoria de *direitos constitucionais com valor superior*. [33]

Outras constituições européias posteriormente copiaram no todo ou em parte as disposições das declarações francesas e americanas, incorporando as liberdades públicas, entre as quais se insere a liberdade de opinião e de imprensa, como nas constituições dos Países Baixos (1814-5), Bélgica (1831), Suíça (1848), Itália e Espanha (1876), Alemanha (1871, 1919, 1949), Áustria e Checoslováquia (1919) e Polônia (1921). [34]

Os direitos correlatos à liberdade de expressão são direitos correspondentes e típicos da primeira *dimensão* ou *geração* de direitos, sendo que para efeitos deste trabalho, preferimos adotar o uso da terminologia de “dimensões” tanto em face ao aspecto semântico, quanto à própria natureza do termo. Sobre essa problemática interessante é o posicionamento adotado por **Dimitri Demoulis** e **Leonardo Martins**, que buscam trabalhar a idéia de “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais[35]

Como direitos de primeira dimensão esses direitos podem ser definidos com *direitos de defesa* ou *contra o estado*, que exigem deste ações estatais negativas, para usar a terminologia defendida por **Robert Alexy**. [36] O autor defende ainda que os direitos de defesa são subdivididos em três subespécies, que seriam “... *direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular de direitos; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito*”. [37]

Define **Alexy** a expressão de opinião como pertencente ao *primeiro grupo dos direitos de defesa*, que segundo o mesmo pode ser objeto de *impedimento* ou *dificultação*, colocando que estas podem se manifestar com intensidade variável. [38]

As primeiras garantias constitucionais encartadas vieram no sentido de garantir a plena *fruição* desses direitos.

2.1.5 A Liberdade de Expressão nas Declarações Universais de Direitos

Em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, compilando a maior parte das liberdades conquistadas desde a Revolução Francesa, proclamando a liberdade de opinião em seu artigo 19 nos seguintes termos: “*Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”. Embora seja de grande relevância moral, esta disposição não tem força obrigatória para os seus membros tal como faz questão de ressaltar **Konder Comparato**. [39]

Esta declaração terminou por influenciar documentos posteriores como a *Convenção Européia de Direitos Humanos* adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e em vigor desde 1953, com a finalidade de proteger as liberdades fundamentais e com força obrigatória para os estados signatários. O seu artigo 10 tem redação diretamente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Na mesma linha veio em 1969 o *Pacto de San José*, que instituiu a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, ressaltando a liberdade de pensamento e expressão em seu artigo 13.

Como conseqüência do movimento constitucionalista e ao longo de um processo de construção política que ao longo de três séculos criou o que veio a ser conhecido

atualmente como o *estado democrático de direito* a liberdade de expressão e os seus institutos derivados vieram a se tornar unânimes no mundo ocidental, notadamente no Europa Ocidental e central.

O caráter liberal seus ordenamentos institucionais ajudou a difusão da idéia de liberdade de expressão como direito fundamental básico, entrando no imaginário político ocidental como uma conquista política e social irrenunciável.

Com o triunfo do estado liberal e a consolidação do constitucionalismo, logo veio à necessidade de preservar conquistas obtidas de modo árduo com sacrifícios humanos e materiais. Colocando em risco a preservação do estado de direito e do constitucionalismo, veio à necessidade do controle dos atos dos detentores do poder político. Estes que muitas vezes, abusavam de suas prerrogativas legais e institucionais, desfiguravam o ordenamento jurídico.

Essas distorções criaram regimes pseudo-legalistas, que em essência eram ditaduras de fato, demonstrando as graves falhas institucionais que não protegem a essência do sistema constitucional contra a distorção por parte do legislador, e ainda com um profundo desprezo aos institutos de Direitos Fundamentais, Estado de Direito e da Democracia Representativa, atitude propagada infelizmente até hoje por diversas correntes políticas. Tais atitudes infelizmente estão se tornando comuns, em especial em alguns estados da América Latina, principalmente aqueles que se encontram em franco estágio de retrocesso e mesmo de decomposição institucional.

Em relação ao instituto da liberdade de expressão, os regimes de inspiração nazi-fascistas e marxistas, quase como gêmeos siameses tinham como ponto de consenso, em primeiro lugar, impor a censura oficial, restringindo de imediato todas as liberdades conexas com a livre circulação de idéias e de pensamento, estabelecendo uma *verdade politicamente* correta editada pelo estado.

Após a Segunda Guerra Mundial com a consolidação do estado democrático e social de direito, a liberdade de expressão passou a receber um novo nível proteção dentro dos textos constitucionais, com a difusão do conceito da *supremacia constitucional sobre ordenamento jurídico* notadamente após os trabalhos de **Hans Kelsen**, que buscaram trazer um mínimo de rigor metodológico ao direito, através da unidade e coesão procedimental.

Sob essa premissa deve a legislação infraconstitucional manter um vínculo de pertinência e subordinação, devendo essa ser feita à imagem e semelhança da constituição ou readaptada à nova ordem constitucional quando for o caso.

Esta nova concepção de constitucionalidade chega tardiamente ao Brasil com a Constituição de 1988, que consolida no aspecto institucional o processo de redemocratização do país.

A partir da aplicação deste princípio, o constituinte derivado pátrio veio a dar início a um processo de reestruturação constitucionalizada do ordenamento jurídico tanto através da edição de novas leis como da readaptação de outras que lhe forem compatíveis ou a simples expulsão do sistema quando essa compatibilização não for possível.

A busca pela manutenção da integridade e unidade do texto constitucional foi acentuada após os abusos cometidos em larga escala contra os Direitos Fundamentais durante as duas guerras mundiais, demonstrando a necessidade de documentos de proteção que atuassem em uma escala mais ampla, a universal, dando início a uma efetiva *globalização dos Direitos Humanos*.

3. A Liberdade de expressão e direitos fundamentais na Constituição de 1988

No direito pátrio, veio o instituto a ser inserido pela primeira vez com a Constituição de 1824, no seu artigo 179, que deliberava sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Segundo **Gilmar Mendes Ferreira**, a nossa primeira Constituição e o ordenamento constitucional posterior “... *decorreu da convergência, no mundo ibérico e latino-americano, das doutrinas racionalistas do constitucionalismo francês,...*”,^[40] então em voga nos meios pensantes da época.

Aparecendo em todas as constituições seguintes, com maior ou menor amplitude, os dispositivos correlatos, vieram a serem promulgados da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em sintonia com o constitucionalismo contemporâneo, foi o meio pelo qual o país voltou à sua normalidade institucional, após um longo período histórico de crise institucional contínua. Promulgada ainda sob as conseqüências advindas de duas décadas de regime militar no qual foi exercida a censura, entre outras violações aos direitos humanos, veio a nova Constituição estabeleceu este princípio de modo tal a garantir a liberdade de expressão em sua maior amplitude tendo-a como corolário indispensável para a consolidação no Brasil de um autêntico e sólido estado democrático de direito.

A liberdade de expressão e suas espécies derivadas foram definidas no texto constitucional em seu art. 5º, IX, que estabeleceu como regra primária o reconhecimento deste direito como a liberdade de “*expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença*”.

Na Constituição de 1988 foram estabelecidos limites ao exercício da liberdade de expressão tais como a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação e para que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação.

Impôs ainda, em relação à produção e a programação das emissoras de rádio e televisão determinados parâmetros mínimos como o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família por meio de legislação federal.

Por fim, a Constituição, admite que o Poder Público crie recomendações em relação às faixas horárias ou locais nas quais a exibição deve ser considerada como

inadequada, sem, no entanto, outorgar poderes à Administração para o exercício de cortes ou proibição do conteúdo exibido.

No direito pátrio, como bem alude **André Ramos Tavares**[41], existe certa imprecisão quanto ao significado e a amplitude do próprio conceito *liberdade de expressão*.

Em que pese este problema terminológico é tido pelo autor que o conceito abrange a liberdade de pensamento e a exteriorização dos mesmos, tal como garantido nos termos do art. 5º, IX da Constituição Federal.

Fica entendido que o *writ* é um direito genérico abrangendo várias formas e direitos em conexão, podendo a liberdade de expressão ser encarada como um gênero em face às suas espécies.

As subespécies seriam a liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, mídia, divulgação e radiodifusão. Tal variedade é intrínseca à própria da rica variação que as formas de expressão do pensamento podem tomar.

4. Considerações finais

Os direitos de Liberdade de Pensamento e de Expressão surgem como conseqüência do movimento constitucionalista e ao longo de um processo de construção política que durante mais de três séculos gerou o que veio a ser conhecido atualmente como o *Estado Democrático de Direito*.

Nele, a liberdade de expressão e os seus institutos derivados terminaram por se tornarem unânimes em todo o mundo ocidental, notadamente na Europa Ocidental e nas Américas, difundiu a liberdade de expressão como direito humano e fundamental essencial, entrando no *imaginário político ocidental* como uma *conquista política e social irrenunciável*.

A Liberdade de Expressão em suas diversas variantes constitui elemento essencial da sociedade contemporânea que tem na livre circulação de informações o seu insumo mais valioso, senão essencial, passando a ser irradiada para todo o globo.

Além dessa dimensão, possui uma *relevância política essencial* que é a de *servir de veículo para reivindicar e reafirmar constantemente direitos essenciais da pessoa humana*, bem como denunciar desrespeito aos mesmos, além de constantemente agir no sentido de conscientizar o público de seu caráter de essencialidade e indispensabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos, LOPES, José Reinaldo de Lima e QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Curso de História do Direito**. Editora Método. São Paulo, SP. 2006.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 5ª ed. Ícone Editora. São Paulo, SP. 1989.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Almedina Editora. Portugal. 2004.

AUSBURGO, Paz de. Disponível em<http://pt.wikipedia.org/wiki/Paz_de_Augsburgo>

BINENJOMB, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª Edição. Renovar Editora. Rio de Janeiro. RJ.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.

BRAUDEL, Fernand. **Gramática das Civilizações**. Martins Fontes. 3ª ed. São Paulo/SP. 2004.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História**. 2ª ed. Editora Revan. Janeiro/RJ. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, República Portuguesa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 105.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2007.

PARKER, Geoffrey e BAYLY, Christopher *ET ali*. **Ventos Revolucionários**. Série *História em Revista*, vol. XV. Time-Life/Abril Livros. Rio de Janeiro, RJ, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte, MG. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2007.

[1] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. P. 571.

[2] Ibid. P. 571.

[3] Ibid. P. 569.

[4] HABERMAS, Jürgen. *¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 105. P. 968.

[5] Op. Cit. P. 961.

[6] HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997. P. 84.

[7] Ibid. P. 48

[8] BRAUDEL, Fernand. **Gramática das Civilizações**. Martins Fontes. 3ª ed. São Paulo/SP. 2004.

[9] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Almedina Editora. Portugal. 2004. P. 20.

[10] GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Portugal. 2001. P. 424.

[11] ANDRADE. Op. cit. P. 20.

[12] Ibid. 21.

[13] BRAUDEL. Op. Cit. P. 43.

[14] AUSBURGO, Paz de. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paz_de_Augsburgo>

[15] BINENJOMB, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª Edição. Renovar Editora. Rio de Janeiro. RJ. P. 18 e 19.

[16] ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 5ª ed. Ícone Editora. São Paulo, SP. 1989. P. 147.

[17] Ibid. P. 148.

[18] ACCA, Thiago dos Santos, LOPES, José Reinaldo de Lima e QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Curso de História do Direito**. Editora Método. São Paulo, SP. 2006. P. 30.

- [19] CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História**. 2ª ed. Editora Revan. Janeiro/RJ. 2006. P. 55.
- [20] GILISSEN, John. Op. Cit. Pg. 424.
- [21] “... que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 288.
- [22] BINENBOJM. Op. Cit. P. 17.
- [23] CERQUEIRA, Marcello. Op. Cit. P. 81.
- [24] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte, MG. 2008. P. 61.
- [25] PARKER, Geoffrey e BAYLY, Christopher *ET ali*. **Ventos Revolucionários**. Série *História em Revista*, vol. XV. Time-Life/Abril Livros. Rio de Janeiro, RJ, 1992. P. 99.
- [26] “A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 291.
- [27] GILISSEN, John. Op. Cit. P. 425.
- [28] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Martins Fontes. São Paulo/SP. 2002. P. 453.
- [29] “X. Ninguém pode ser incomodado por causa das suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei. XI. A livre comunicação de pensamentos e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, salvo quando tiver de responder do abuso desta liberdade nos casos previstos pela lei”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 292 e 293.
- [30] “XVI. Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não têm constituição”. Ibid. P. 293.
- [31] CERQUEIRA, Marcello. Op. Cit. P. 144.
- [32] ALTAVILA. Op. Cit. P. 294
- [33] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit P. 22.
- [34] GILISSEN, John. Op. Cit. P. 426.
- [35] DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 2007. P. 35 e 36.

[36] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2008. P. 196.

[37] ALEXY, Robert. Ibid. P. 196.

[38] ALEXY, Robert. Ibid. P. 196 e 197.

[39] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4^a ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005. P. 224.

[40] MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2007, p. 152.

[41] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a Edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2007, p. 549.

MAGISTRADOS E PROCESSO: IMPRESSÕES DA LITERATURA JURÍDICA NACIONAL (1832-1876) *

MAGISTRATES AND PROCESS: IMPRESSIONS OF NATIONAL LEGAL LITERATURE (1832-1876)

Delton Ricardo Soares Meirelles

RESUMO

O direito desempenhou um papel de destaque na construção do Estado brasileiro, quer pela inserção dos juristas enquanto agentes históricos, quer pela participação e envolvimento direto dos “bacharéis” na vida pública e na formação ideológica brasileira. (Neder). A influência desta cultura jurídica pode ser verificada na relação construída entre magistrados e demais atores durante o processo judicial. Com isto, este trabalho analisa os manuais produzidos pelas faculdades de direito de São Paulo e Olinda, entre a promulgação do Código de Processo Criminal do Império (1832) e a Consolidação das Leis processuais do Conselheiro Ribas (1876), verificando-se em que medida tal literatura construída neste período se limitaria a narrar a práxis forense, ou se seria possível perceber uma ideologia construída para legitimar um determinado modelo de Estado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PROCESSUAL - BACHARELISMO - FACULDADES DE DIREITO

ABSTRACT

Law studies have played a significant role in the construction of Brazilian State, both through the insertion of jurists as historical agents as well as the direct participation and involvement of law graduates in Brazilian public life and ideological formation (Neder). The influence of this juridical culture can be noticed in the relationship forged between judges and the other participants in the judicial process. Thus, this paper analyzes the manuals wrote at law schools in São Paulo and Olinda, between the promulgation of the Code of Criminal Procedure of the Empire (1832) and the Consolidation of Procedure Laws of Conselheiro Ribas (1876), examining to which extent such literature created at the time was limited to narrating court practice or whether one could perceive some ideology designed to legitimize a certain model of State.

KEYWORDS: PROCEDURAL LAW - “BACHARELISMO” - LAW SCHOOLS

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Analisar o ensino jurídico brasileiro no séc. XIX é compreender a própria formação do Estado imperial, já que ser bacharel em direito significava muito mais que frequentar um ambiente acadêmico ou adquirir conhecimentos teóricos ou práticos: “*representava oportunidades preferenciais de apropriação de cargos nas diversas instâncias da burocracia estatal, a par de se configurar fonte segura de prestígio e de poder*” (ADORNO, 1988:29). Neste contexto, estudar a formação do direito processual pátrio permitiria uma visão específica de como os juristas imperiais percebiam a função jurisdicional, como integrante da organização do poder estatal.

O presente trabalho, mediante a análise dos manuais produzidos pelas faculdades de direito de São Paulo e Olinda, entre a promulgação do Código de Processo Criminal do Império (1832) e a Consolidação das Leis processuais do Conselheiro Ribas (1876), busca inferir em que medida tal literatura construída neste período se limitaria a narrar a práxis forense, ou se seria possível perceber uma ideologia construída para legitimar um determinado modelo de Estado.

O período escolhido justifica-se pelo estabelecimento de dois importantes marcos para a legislação processual. Em 1832, o inovador Código de Processo Criminal do Império não se limita a regulamentar este ramo do direito, já que também disciplina a organização judiciária e traz importantes contribuições para o direito processual como um todo. É inegável a importância deste código para a formação do direito processual brasileiro. Nas palavras de processualistas atuais,

[...] por sua clareza, simplicidade, atualidade e espírito liberal, [o Código de Processo Criminal] recebeu geral aprovação. Se o próprio Código foi obra de inegáveis méritos, melhor ainda foi a sintética e exemplar “disposição provisória acerca da administração da justiça civil” que a ele se anexou, como título único. Com apenas vinte e sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários, enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil, que, infelizmente, não veio a ser elaborado (CINTRA, DINAMARCO & PELLEGRINI, 1986: 69).

Com ele, aos poucos o direito processual civil brasileiro vai se diferenciando da legislação portuguesa, sendo refinado pelo Regulamento 737 (1850), com sua disciplina do processo das causas comerciais. O marco final deste trabalho ocorre em 1876, quando o Conselheiro. Antonio Joaquim Ribas (professor da faculdade de direito de São Paulo) consegue compilar a legislação processual civil vigente, incluindo duas partes (organização judiciária e forma do processo).

É interessante destacar como a legislação processual civil brasileira é anterior à codificação civil material. Isto se deveria ao fato daquela representar a regulamentação

de uma das funções políticas de Estado (com o necessário rompimento de um sistema processual lusitano), enquanto a legislação civil ainda sofria resistência pela manutenção das instituições familiares das Ordenações. Como relatam NEDER e CERQUEIRA FILHO,

O atraso na modificação do código civil no Brasil deve-se às dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular as restrições que a visão moderna de direitos da pessoa (evitada de individualismo) impôs ao pátrio poder, que no Brasil se manteve fundado numa concepção ainda medieval sobre autoridade na família (2001:118).

Ressalte-se que o texto busca analisar a literatura processual civil construída nesta fase, restando fora do objeto outros campos do direito processual, especialmente o processo criminal, os quais demandariam um estudo próprio.

Pela lei de 11 de agosto de 1827, a segunda cadeira do quinto ano do curso de direito seria *Teoria e Prática do Processo adotado pelas leis do Império*, que não era prevista no projeto apresentado pela Comissão de Instrução Pública (05-07-1826), e só foi incluída após intensos debates na segunda redação do projeto, primeiro com o nome de *Prática Forense*, e depois (29-08-1826) com o nome de *Teoria e Prática do Processo* (BASTOS, 1988:22). Este nome retorna pelo regulamento dos cursos jurídicos de 7-11-1831, sendo novamente modificado pelo decreto nº 1134, de 30-03-1853, o qual passa a prever as disciplinas *Processo Criminal Pátrio* (2ª cadeira do 3º ano) e *Processo Civil* (1ª cadeira do 5º ano). No ano seguinte, o decreto regulamentar do curso de direito nº 1386 passa a aglutinar os processos civil e criminal, incluindo o militar e prática forense. Para Aurélio Wander Bastos, “o currículo aprovado em 1827, visivelmente, desprezava, não propriamente a Prática Forense, mas o ensino do Direito Processual, restrito às aulas de natureza teórica, que mais discutiam como mera técnica de atuação processual do que como pressuposto metodológico de organização do próprio Estado” (1998:31).

No início, ambas as faculdades de direito adotaram o compêndio “*Elementos da pratica formularia ou breves ensaios sobre a praxe do foro portuguez*” (1816), redigido pelo praxista lusitano José Inácio da Rocha Peniz, apesar das críticas ao praxismo presentes no Estatuto do Visconde da Cachoeira, como se percebe nesta passagem:

O professor começará por dar uma história resumida do processo judicial civil e criminal que tem havido entre nós, expondo a sua origem, variações que tem tido, males que tem produzido e quanto por ele tem padecido a administração da Justiça, pela má inteligência que os praxistas têm dado a algumas das leis que o estabelecera, e por alguns defeitos intrínsecos delas.(CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1978:611).

Como a lei de 11 de agosto permitia, em seu art. 10, a utilização deste estatuto, este dava o indicativo do programa das disciplinas e, pelo fato de não haver previsão de uma disciplina de direito processual, acabou-se adotando o programa de prática do direito:

História resumida do processo judicial civil e criminal. Origem, variações, os efeitos negativos dos praxistas e administradores da justiça; como as cautelas e fórmulas que

portem o direito de propriedade e liberdade individual, pelo abuso, se formaram em tropeços e trazem prejuízos aos litigantes; distinguir processo civil do criminal, o ordinário do sumário; nomeará por exercício entre os estudantes dois contendores, autor, réu, escrivão e advogado, em primeira instância, e fará que o advogado proponha ação que fará toda a movimentação judicial, inclusive processo de revista; o papel do promotor nos processos criminais; elaboração de escrituras, testamentos, procurações pelo aluno.

Percebe-se que, mesmo com a edição do Código de Processo Criminal do Império, e com as críticas ao praxismo, este continuou influenciando os cursos de direito processual civil. Deve-se a Pimenta Bueno e Paula Baptista, entre outros, o mérito de construir uma nova visão desta disciplina, buscando sistematizá-la por meio de manuais que se tornaram fundamentais para este novo direito, além de representarem a ideologia predominante na época. Os autores processualistas contemporâneos são unânimes em identificar os juristas analisados como representantes de um marco na história do direito processual. Em manual coletivo, três professores do departamento de processo civil da USP escrevem:

O direito processual sempre foi alvo de grande interesse entre os estudiosos brasileiros. Já no século passado tivemos processualistas como Pimenta Bueno (processo penal), o Barão de Ramalho e Paula Batista (ambos, processo civil), que deram início a um acervo cultural de que as gerações posteriores haveriam de orgulhar-se. O último deles, professor na Faculdade do Recife, é ainda hoje citado e considerado pela sua profunda percepção de problemas fundamentais do processo (ação, demanda, execução civil), descortinando horizontes ainda desconhecidos na própria processualística europeia de seu tempo. (CINTRA, DINAMARCO & PELLEGRINI, 1986:69).

2. O BACHARELISMO BRASILEIRO

Antes de passarmos às obras analisadas, faz-se necessário comentar o bacharelismo jurídico brasileiro. Os cursos jurídicos no Brasil foram criados através da Lei de 11 de agosto de 1827. Inicialmente receberam o nome de Academias de Direito, tendo sido fundados dois cursos, o primeiro em março de 1828, com sede em São Paulo, instalado no Convento de São Francisco e o segundo localizado em Olinda, com sede no Mosteiro de São Bento. Percebe-se, a propósito, só pela localização física dos cursos jurídicos, que nesse período a Igreja desempenha importante papel no cenário nacional, quando realiza a cessão de suas dependências em São Paulo e Pernambuco para que nelas se instalem os primeiros cursos jurídicos no Brasil, evidenciando uma verdadeira estratégia de proximidade com os círculos do poder.

No ano de 1854 os cursos foram denominados de Faculdade de Direito e o curso de Olinda foi transferido para Recife. Os dois primeiros cursos jurídicos do Brasil deram origem a duas escolas bastante diferentes: a escola pernambucana caracterizou-se mais

por um viés erudito e uma maior vinculação dos ideais alienígenas liberais, conforme ressalta NEDER:

Assim, a instalação das Faculdades de Direito em Olinda tomou por base a formação ideológica de Pernambuco, tendo como esteio os movimentos de 1817, 1821 e 1824. As idéias correntes no século XVIII, como por exemplo a da Revolução Francesa, haviam se generalizado, sendo admitidas sobretudo pelos agentes históricos ligados à grande propriedade agrária. A Escola do Recife, instalada no convento de São Bento, recebe fortíssima influência da ideologia liberal. Fato que acaba por lhe conferir particularidade, sobretudo no tocante à sua capacidade de elaborar projetos formulados para todo o Brasil, nos quais “a questão nacional”, aparentemente, sobrepõe-se aos particularismos provincianos. (1995:102)

A escola paulista, diferentemente da escola pernambucana, optou por um caminho mais pragmático, centrado na reflexão e militância política, conforme também destaca NEDER:

No entanto, ressaltamos uma particularidade da “Academia”: o pragmatismo. São Paulo, com “atmosfera de mercadores” abriga uma das duas Escolas de Direito existentes. Em que pese sua adesão formal aos pressupostos liberais vigentes no momento de fundação, a Escola paulista tem, ao longo dos anos, adaptado pragmaticamente estes pressupostos aos interesses dos setores agro-exportadores, num primeiro momento, e aos setores industriais, incorporados num segundo momento. Mesmo esponsando o liberalismo, a “Academia” o pratica com pequenas e significativas alterações no que se refere à Escola do Recife. (1995:103)

Em apertada síntese, podemos afirmar que enquanto a escola pernambucana dedicou-se a uma formação mais humanística e erudita de seus estudantes, na busca de fazer eclodir grandes juristas, a escola paulista pelo seu viés pragmático procurou produzir políticos e burocratas para atender aos interesses da ordem burguesa.

Segundo RODRIGUES (1993), a criação dos cursos jurídicos no Brasil foi uma opção política e tinha funções básicas: a primeira seria sistematizar a ideologia política-jurídica do liberalismo, com a finalidade de promover a integração ideológica do estado nacional projetado pelas elites e a segunda, a formação da burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia, para gestão do estado nacional. VENÂNCIO FILHO acentua que:

Os cursos jurídicos foram, assim, no Império, o celeiro dos elementos encaminhados às carreiras jurídicas, à magistratura, à advocacia, e ao Ministério Público, à política, à diplomacia, espraiando-se também em áreas afins na época, como a filosofia, a literatura, a poesia e a ficção, as artes e ao pensamento social. Constituíram, sobretudo, a pepineira da elite política que nos conduziu durante o Império. Numa frase muitas vezes citada, e algumas vezes deturpada, disse Joaquim Nabuco que “já então (década de 1840 e 1850) as faculdades de Direito eram ante-salas da Câmara. (1982:273)

No mesmo sentido, ADORNO (1988:75), assevera que quanto à concepção inicial implantada pelos cursos jurídicos no Brasil, pode-se dizer que aos poucos, a devoção às razões do Estado foram sendo substituídas pela preocupação de se formar juristas voltados à ideologia jurídico-política do Estado Nacional emergente:

De fato, o liberalismo brasileiro foi, durante longo tempo, quase privilégio de uma categoria de homens: o bacharel que se converteu em político profissional e procurou ascender ao poder por intermédio do partido. Bacharel que fez da política vocação, lutou pelo êxito das causas e que se apaixonou e transformou a política em atividade ética, em verdadeira cruzada civilizatória. No entanto, contrariamente ao que ocorreu no mundo europeu ocidental, na sociedade brasileira a profissionalização da política não foi acompanhada da democratização da sociedade.

NEDER (1995:99), ressalta que a intelectualidade brasileira na virada do século era composta basicamente, de juristas e bacharéis. Bacharéis seriam todos aqueles formados em Direito e Juristas seriam os bacharéis que atingem notoriedade e respeitabilidade, quer pela via política, quer pelo brilhantismo e pela erudição com que pautam sua carreira, geralmente marcando suas atividades com a formulação de argumentos notáveis sobre a organização social e política do país.

Isto denota a importância da compreensão do bacharelismo como um dos principais instrumentos para a construção da ordem burguesa embasada em uma ideologia que poderia ser denominada de “liberalismo caseiro”, na medida em que os ideais liberais eram adaptados às avessas para se adequarem às pretensões da elite:

A intelectualidade no Brasil na virada do século era composta, basicamente, de juristas e bacharéis. Dominando um campo de saber bastante abrangente, eles possuíam formação humanística, o que lhes permitia atuar de forma expressiva no processo de ideologização presente na construção da ordem burguesa no Brasil. Formados pelas Faculdades de Direito, desempenhavam atividades na administração pública, nos foros, na vida política, em cargos legislativos e executivos, nas escolas (ensinavam latim, português, história, geografia, etc.) e, jornais, na literatura e etc.

PIMENTA BUENO E A ESCOLA DE SÃO PAULO

José Antônio Pimenta Bueno (1803/1878) graduou-se pela faculdade de direito do Largo de São Francisco, sendo “*o mais glorioso nome da primeira turma acadêmica*” (VAMPRE, 1924:116). Segundo Spencer Vampré, “*este varão insigne, não somente enche de glória a Faculdade de Direito de São Paulo. Resplandece, como luz fulgentíssima, na magistratura brasileira, de que se mostrou modelo, pela elevada cultura intelectual e pela integridade espartana do carácter*” (1924:118).

Pimenta Bueno veio a “*doutorar-se, onze annos mais tarde, em 1843, com aprovação plena, então a nota mais alta, conferida pela Academia*” (VAMPRÉ, 1924:117). Teve como professor de processo civil Luiz Nicolau Fagundes Varella, formado por Coimbra e deputado eleito pela província do Rio de Janeiro, junto às Cortes Gerais de Lisboa (1821-1823), posteriormente parlamentar ativo na Assembléia Constituinte brasileira de 1823.

Os *Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil* foram publicados em 1850 (e reeditados em 1858), sendo anteriores ao *Compendio* de Paula Baptista (1855) e à *Praxe Brasileira*, de Ramalho (1868).

Além deste manual, também escreveu, dentre outras obras, “*Apontamentos sobre o processo Criminal Brasileiro*” (1857), “*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*” (1857), “*Considerações relativas ao beneplácito e recurso à Coroa em matéria de Culto*” (1873), “*Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às Leis Particulares do Brasil*” (1863).

Conforme observa Vampré, “*poderemos dizer que naturalizou o processo civil, extrahindo dos velhos praxistas portuguezes e dos mestres mais recentes, sobretudo de Pereira e Souza, e Mello Freire, quanto pudesse mostrar-se de utilidade*” (1924:129). Aquele livro pioneiro foi escrito após sua experiência como magistrado, que havia começado em Santos, sendo nomeado seguidamente como juiz de fora, juiz de alfândega, juiz de direito e chefe de polícia. Em 1842 é removido para a comarca do Paraná, promovido em 1844 a desembargador da relação do Maranhão e, em 1847, chega à Corte, aposentando-se dez anos mais tarde.

Pimenta Bueno teve uma intensa atividade política (o que o qualificaria como legítimo representante do bacharelismo), o que permite uma dupla análise do texto. Neste campo, ostenta uma carreira notável, sendo presidente de Mato Grosso (1836-1838), ministro plenipotenciário no Paraguai (1844-1846), deputado (1845-1847), ministro das relações exteriores (1848 e 1870/1871), presidente do Rio Grande do Sul (1850), Senador (1853-1878) e presidente do Conselho de Ministros (1870). Em reconhecimento, foi agraciado por D. Pedro II mediante vários títulos, entre os quais os de Visconde (1867) e Marquês (1872) de São Vicente.

Sua visão judicial está presente, entre outras passagens, no seguinte trecho do prefácio:

Em nosso trabalho da Relação, antes de julgar do fundo das causas, ou merecimento da lide, éramos adstrictos a conhecer e decidir das questões prejudiciaes de nullidade. Esta necessidade continuamente repetida induzio-nos a tomar apontamentos a respeito, procurando discriminar a importância e a razão das respectivas formalidades, para poder avaliar com a possível precisão sua procedência e alcance: eis o nosso trabalho, posto que não completo (1858: III).

Ao longo do livro, Pimenta Bueno rompe com a tradição praxista, defendendo o uso de princípios (“*em verdade o estudo do processo civil é digno de outra sorte e da mediação de illustradas intelligencias. Elle encerra graves questões e elevados princípios, que devem ser luminosamente contrastados*”, 1858:I) e a legalidade (“*si não*

fossem as formalidades da lei, a chicana, a duplicidade, o arbítrio, e a injustiça predominariam com toda a facilidade, por isso mesmo que desde então não haveria regras fixas, nem modo certo e exacto de proceder”, 1858:01).

A subordinação do Judiciário à lei está presente em outras passagens, seja no conceito de jurisdição (*“Jurisdição é synonymo de poder, e este só vem da lei, que é quem o estabelece, e regula a ordem das jurisdições, como importante questão de direito publico e delegação de autoridade jus dicere; ella não pode portanto pender da vontade das partes, nem dos juizes”*, 1858:09), seja nos poderes de seus órgãos

“Os tribunaes judiciários são delegações do poder público, instituídos com o fim de decidir as questões e estabelecer os direitos e obrigações contestados entre os particulares; recebem o poder da lei, e nos termos d’ella(...) Encarregados de tão importante autoridade, que equivale a de decretar leis privadas entre os cidadãos, é de máxima necessidade que os tribunaes se forme, se dirijão e regulem positiva e formalmente pelas leis constitutivas, e condições essenciaes de sua existência, e actos de justiça publica; fora disso, caduca a sua legitimidade e poder” (1858:08).

Mas também é possível identificar a influência de sua vida parlamentar, mesmo se tratando de um manual jurídico e técnico. Pimenta Bueno, parlamentar conservador e de constante oposição aos ministros liberais,

na Câmara temporária, e no Senado, primou como orador substancioso, lógico e de palavra sempre serena. Na tribuna parlamentar foi sempre orador doutrinário; em seus discursos nunca procurou mover paixões, nem excitar entusiasmo; frio e reflectido, era mais conselheiro do que político de partido, e, si peccava, era pelo tom um pouco dogmático, que parecia muitas vezes mais licção de mestre do que argumento de discutidor (Macedo, Joaquim Manoel, in VAMPRE, 1924:121).

Uma interessante passagem do livro revela sua visão de direito: *“destinado, como é, o processo a reduzir as leis civis a actos positivos e práticos, a resolver valiosas contestações e a distribuir exacta e esclarecida justiça, é elle quem assim resguarda e assegura o importante direito de propriedade, pedra angular e primeiro fundamento e base do edificio social.”* (1858:II)

Ainda que defenda as liberdades civis, dizendo que seu livro *“se endereça a despertar os estudos de nossa administração judiciária por um modo mais philosophico, e com elles o conseqüente melhoramento dessa importantíssima parte de nossas leis, que são as que garantem em ultima analyse as liberdades civis dos Brasileiros”* (1858:III). O que, de início, poderia significar um paradoxo, é assim explicado por Gizlene Neder:

Tanto em São Paulo, quando no Recife, os postulados liberais foram invocados na luta contra o monopólio metropolitano na qual engajara-se importantes segmentos ligados à grande propriedade agrária e escravista. O liberalismo foi adotado, no entanto, com limitações e resguardados os privilégios daqueles segmentos sociais e mantida a escravidão. A necessidade de utilização do liberalismo produziu um duplo efeito:

fundamentou a luta contra a metrópole e delineou as linhas mestras da organização do Estado no Brasil. Este liberalismo encontrava-se, portanto, preso a uma camisa-de-força. Basta considerarmos as particularidades de São Paulo, que historicamente sempre definiu de forma clara seus campos de interesses específicos e regionais. Daí o pragmatismo. Consideramos, portanto, a formação jurídica em São Paulo como tendo traços muito mais pombalinos do que liberais. (1998:206)

PAULA BAPTISTA E A ESCOLA DE OLINDA

Francisco de Paula Baptista (1811-1881) graduou-se em Olinda (1834), e no ano seguinte foi nomeado professor substituto, sendo considerada por Bevilaqua “*incontestavelmente, a figura mais alta da Faculdade de Direito do Recife, antes de Tobias*” (1977:311), tendo publicado *Teoria e Prática do Processo Civil e Hermenêutica Jurídica*, reunidos em um mesmo volume (1855).

Curioso notar sua prática docente. O então diretor, Padre Miguel do Sacramento Lopes Gama, o acusa duramente, acusando-o de negligência, já que “*nenhum tão escandalosamente como o Dr. Francisco de Paula Baptista, o qual este ano todo, não chegou a dar mais de 12 a 14 lições*”, além de criticá-lo por ser novo, pois “*que respeito pode granjear de rapazes um lente também rapaz, que acaba de sair da classe e roda de seus colegas?*” (BEVILAQUA, 1977:42). Em outro relatório, informa que “*o dr. Francisco de Paula Batista é de bastante talento, mas reside no Recife, onde advoga, e, por isso, comete faltas repetidas e escandalosas, no desempenho de seu magistério*” (BEVILAQUA, 1977:43).

No prólogo de seu *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil comparado com o Commercial*, diz Paula Baptista:

ora, para que os professores de direito bem intruão seus alumnos nos princípios geraes da sciencia, e d’ahi possam bem explicar as leis, que methodo de ensino deverão seguir? No ensino oral ideas de real interesse quase sempre fogem immediatamente à memória dos ouvintes; ao passo que, quando deduzidas em notas escriptas, permanecem para facilidade e adiantamento do estudo, ficando o autor sujeito à esclarecida crítica, donde possam provir melhores apreciações e combinações para a intelligencia e appllicação das leis e progresso da sciencia.

Ressalte-se que este descomprometimento docente também estava presente em São Paulo, como relata Adorno: “*nunca houve efetivamente ensino jurídico no Império, porém uma vida acadêmica bastante agitada e controvertida; isto é, um ambiente extra-ensino, independente da relação didática estabelecida entre aluno e professor, que foi responsável pela profissionalização do bacharel*” (1988:26/27).

Como tantos outros representantes do bacharelismo, Paula Baptista também foi parlamentar (Deputado provincial entre 1835 e 1865, sendo que em 1850 conquistou

uma cadeira na Câmara dos Deputados Gerais, tendo o seu mandato renovado para a legislatura seguinte (1853-1856), além de advogado. Segundo Clóvis Bevilacqua, *“na Assembléia provincial, como na geral, revelou-se Paula Batista possuidor de extensos conhecimentos, de uma eloquência persuasiva, e de extraordinária agilidade de pensamento”* (1977:309)

Iniciou a carreira como redator de jornal conservador (1843), mas adere posteriormente ao partido liberal. Assim, torna-se duplamente diferente do magistrado conservador Pimenta Bueno.

Além desta diferença, relata Bevilacqua que *“não foi, porém, a política nem o jornalismo, em que se assinalou vantajosamente, nem a oratória, em que primou pela facilidade da expressão, e pelo vigor da dialética, nem outro qualquer gênero de atividade mental, que lhe deu a celebridade. Foram as suas lições na Faculdade de Direito, e os dois compêndios, que publicou, para uso de seus alunos e do foro”* (1977:309).

Apesar de reconhecer a autoridade judicial (*“juiz é a pessoa investida de autoridade publica para administrar justiça; jurisdição é o poder, que para este fim a lei lhe tem conferido; competência é este mesmo poder dentro dos limites, que a lei tem marcado”*, 1872:44) e a segurança jurídica (*“a criação de juizes traz a necessidade indeclinável de certas leis, que regulem a marcha e forma dos negócios a decidir; e tal é o objecto das leis do processo, que são novas precauções e meios de segurança em favor da justiça na luta das paixões e interesses opostos, e contra os erros, e o arbítrio dos juizes”*, 1872:64); resta claro, no decorrer do seu manual, uma visão liberal do direito processual (*“brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, taes são as condições, que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os actos, dilações, demoras, despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em prejuizo do interesse dos indivíduos, das famílias, e da sociedade”*, 1872:64), e a necessidade de controle dos juizes (*“é indispensável que as sentenças estejam livres de toda a suspeita e parciaes e arbitrarias, e para que a confiança publica exista, é mister que cada um se convença de que ellas são proferidas segundo as sabias instruções da lei, e o juiz seja obrigado a dar contas de suas decisões”*, 1872:127), vistos com desconfiança por Paula Baptista

“Se, não obstante esta medida, as nossas execuções passam algumas vezes de uma geração à outra, a culpa é dos juizes, que não querem empregar contra a chicana os poderes que tem. Com tudo, direito, que o melhor systema é o adoptado pelo Dec. cit, de 25 de novembro, isto é, o de regular a marcha das execuções, de modo que não deixe às partes pretexto e occasião de demoral-as. Os meios preventivos sabiamente estabelecidos são sempre preferíveis aos repressivos.” (1872:217).

“É rigorosamente necessário pôr barreiras à autoridade judiciária, para que o direito de interpretar se conserve nos justos limites de verdadeira interpretação doutrinal, e se não converta em violação crua das leis que regulão os direitos e as obrigações dos indivíduos e da sociedade, das leis das jurisdições, e das leis do processo, e esta tríplice barreira, que então já é exigida pela ordem publica, não pode ser bem defendida e guardada, senão por um tribunal essencialmente único em todo o Império, altamente

colocado, estranho aos interesses das partes, ou ao jus litigatorum, e vigilante em restituir as leis toda a sua força e vigor no interesse da sociedade.” (1872:256).

CONCLUSÃO

Os dois manuais analisados representam o bacharelismo presente na cultura jurídica brasileira dos oitocentos. Ambos os autores compatibilizavam uma vida político-profissional intensa com a docência, produzindo manuais que romperam com a tradição praxista sem deixar de lado a visão prática. Entretanto, é possível perceber sutis divergências de pensamentos entre Pimenta Bueno e Paula Baptista.

Influenciado pelo pragmatismo paulista (NEDER), Pimenta Bueno redige sobre um tema bem prático (nulidades), ainda que com certa preocupação principiológica. Além disso, sua atividade política e sua carreira como magistrado influenciam um texto com passagens bem conservadoras. Já Paula Baptista, da Escola pernambucana, produziu um texto mais sistemático, com uma análise mais detalhada do procedimento cível, o que é perceptível no próprio título do livro: teoria e prática do processo civil. Sua experiência como advogado e sua conversão ao Partido Liberal são fatores importantes para a compreensão desta obra, restando clara suas críticas ao juiz arbitrário e intervencionista.

De qualquer forma, estes autores tiveram como mérito a busca por uma literatura processual brasileira, ainda que com concessões ao processo lusitano. Suas idéias influenciaram gerações de profissionais do direito ao longo do século XIX, até a vinda de novas gerações de processualistas inspirados em outras fontes européias, especialmente italianas e alemãs, como João Monteiro (*Theoria do processo civil e commercial*. 1ª ed., 1899-1901) e Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1939), entre outros.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2ª ed. Brasília: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil comparado com o Commercial*. 3ª ed. Pernambuco: s/ed., 1872.

BASTOS, Aurélio Wander. *O Ensino Jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. “Os filhos da lei”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais* nº 45, fev. 2001, p. 113/125

NEDER, Gizlene. “Coimbra e os juristas brasileiros”, in *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: ano 3, nos. 5-6, 1998, pp. 195-214, disponível em < http://gladiator.historia.uff.br/artigos/neder_coimbra.pdf>

NEDER, GIZLENE. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

VAMPRÉ, Spencer. *Memória para a história da Academia de São Paulo*. Vol. I. São Paulo: ed. Saraiva, 1924.

Destaque-se que o *Poder Judicial* como um poder reconhecido pela Constituição (art. 10), e tido como uma função independente (art. 151)

Segundo o art. 7º da lei de 11 de agosto, “os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém à aprovação da Assembléia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo de obra por dez anos.”

Como relata Vampré, “tinha o dr. Fagundes Varela muito má letra, e soffria de cálculos na bexiga, o que lhe tolhia as funções que exerceu, de secretário, e o continuado labor do ensino” (1924:101).

SESMARIAS, LEI DE TERRAS DE 1850 E A CIDADANIA – SISTEMA LEGAL X SISTEMA SOCIAL*

SESMARIAS, LAND ACT OF 1850 AND CITIZENSHIP - LEGAL SISTEM X SOCIAL SISTEM

**Fernanda Cristina Covolan
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez**

RESUMO

O presente trabalho busca, inicialmente, delimitar a idéia de cidadania a partir da doutrina de autores da Idade Moderna, período em que teria surgido a definição contemporânea de igualdade. Em seguida, formulam-se críticas a esta forma específica de conceituação, em decorrência do desenvolvimento havido já na metade do século XX, quando surgiram as teorias clássicas do conceito de cidadania, distinguindo-se os três grupos de direitos básicos para a formação desta: direitos civis, políticos e sociais. Desta delimitação, o artigo procura demonstrar a ligação existente entre a idéia de cidadania e a questão da terra no Brasil Imperial. A seguir, formula-se uma retrospectiva histórica da questão da terra no Brasil, refletindo-se brevemente sobre a colonização portuguesa e o sistema de sesmarias aplicado no país. Como se sabe este sistema foi condicionado por uma formação social e política de características patrimonialistas. O artigo procura demonstrar ainda que, apesar da Independência, não houve no Brasil um processo de democratização no acesso a propriedade de terras, em face da manutenção dos direitos das classes oligárquicas no desempenho de suas posições tradicionais, em estreito vínculo com o Imperador. No período posterior à Independência o artigo aborda algumas das mudanças que motivaram a Lei de Terras de 1850 e as efetivas transformações ocorridas na organização da propriedade, em decorrência daquela Lei, seguindo-se até o fim do período imperial. Finalmente, conclui-se que a construção do processo civilizatório na história brasileira, com seu sistema patrimonialista predominante, foi um empecilho para a formação dos ideais de cidadania, condicionando o modo de pensar da sociedade até os dias atuais.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA; PROPRIEDADE DE TERRA; SESMARIAS; LEI DE TERRAS DE 1850.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

This paper analyses the idea of citizenship from the doctrine of authors of the Modern Age, a period that would have arisen in the contemporary definition of equality. Then formula is critical to this specific form of concept, as a result of the development in the middle of the twentieth century, when the classic theorie of the concept of citizenship was formed, distinguishing it in three groups of basic rights: civil, political and social. In this division, the article seeks to demonstrate the link between the idea of citizenship and the issue of the land in Brazil Imperial. Then, analyses the historical issue of the land in Brazil, reflecting up briefly on the Portuguese colonization and its system of sesmarias applied in the country. As we know this system has been conditioned by training social and political characteristics of patrimonialisme. The article demonstrate that, despite the Independence in Brazil, there was not a process of democratization in access to ownership of land in view of the maintenance of the rights of dominant classes in the performance of their traditional positions, in close link with the Emperor. In this period, after the Independence, the article discusses some of the changes that led to the Land Act of 1850 and the effective changes in the organization of the property as a result of that Act, followed by the end of the imperial period. Finally, it is concluded that the construction of the process of civilization in Brazilian history, with its system patrimonialisme predominant, was an obstacle to the formation of the ideals of citizenship, the conditional mode of thinking of society to this very day.

KEYWORDS: CITIZENSHIP - OWNERSHIP OF LAND - SESMARIAS - LAND ACT OF 1850

INTRODUÇÃO

Na história recente do Brasil, após a superação do período de ditadura militar, e com a promulgação da Constituição de 1988, retoma-se abertamente em nosso país a discussão sobre o exercício pleno da cidadania.

O conceito de cidadania vem tomando forma aos poucos, e tal se dá em função das mutações que as ciências humanas e sociais sofrem constantemente, permeadas que são pela mudança da própria sociedade e suas necessidades.

No que tange à cidadania, porém, a idéia de exercício dos direitos mínimos para existir dentro de seu núcleo social e a idéia de construir-se como parte de um todo, no qual o cidadão se identifique, sendo respeitado por seus congêneres, parece-nos algo que os indivíduos da sociedade intuitivamente compreendem, ainda que não saibam expressar em palavras.

Justamente porque a percepção do que vem a ser cidadania é mais ou menos comum às pessoas, parece-nos surpreendente como a idéia do direito à propriedade privada, a despeito dos interesses sociais, é forte e quase inexpugnável na mente da coletividade.

Isto se dá, entre outras razões, por causa de uma construção histórica em que o direito à propriedade privada misturou-se, na formação da mente coletiva, com um direito quase divino exercido pelas elites.

Assim, como proposta para reconstrução das idéias de cidadania, é necessária outra leitura da história do acesso legal à terra no Brasil, sob o enfoque crítico, recolocando os agentes sociais em seus papéis de origem e devolvendo-lhes a dignidade perdida.

1. CIDADANIA E DIREITO DE PROPRIEDADE

Na Grécia Antiga já se construía uma idéia de cidadania, sendo então cidadão aquele que participava dos processos deliberativos, excluindo-se a maioria da população. Na Idade Média, a idéia de cidadania foi desenvolvida por alguns doutores da Igreja Católica, como Santo Agostinho e São Tomas de Aquino, sempre numa concepção teológico-cristã.

Mas foi na Idade Moderna que ressurgiu a discussão do conceito de cidadania, desta vez abrangendo a igualdade civil de cada participante do povo. Neste sentido, no ato inaugural dos Direitos Humanos na História, artigo primeiro da Declaração da Virgínia, de 12 de Junho de 1776, lê-se:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar a sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios próprios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar obter a felicidade e a segurança.

Tal noção advém da então incipiente noção de povo, de igualdade entre seres humanos, e de que o poder, até então entendido como um direito inerente das classes tidas por superiores, na verdade passa a pertencer a toda e cada pessoa. É deste período a noção de que o Estado, por meio dos seus representantes legais, bem como o sistema judicial, ambos existem para garantir os interesses do povo. [1]

Tal idéia, porém, longe de servir para a concretização do almejado, servia para manter a desigualdade, já que não privilegiava nenhum extrato social, mesmo que parte deles fosse flagrantemente prejudicado no contexto social.

Explica-se: tratar a todos, mesmo desiguais, da mesma maneira, é condená-los à eterna desigualdade, já que não permite uma regulação destas diferenças. Assim, como bem diz Barbalet, “os que são desfavorecidos pelo sistema de classes não podem participar, na prática, na comunidade da cidadania à qual legalmente pertencem como membros”. [2]

Em que pesem as relevantes discussões trazidas por Marx, justamente apontando a problemática da desigualdade do tratamento legal igualitário proposto pelas idéias liberais iluministas, é em Marshall que vemos uma nova teorização de cidadania, que trará a idéia das três frentes de direitos cidadãos – direitos civis, políticos e sociais, mas fundamentalmente que as mudanças na natureza da cidadania são atingidas em face dos conflitos inevitáveis entre instituições sociais e grupos sociais. [3]

A teoria dos três tipos de direitos básicos organizada por Marshall entendia por direitos civis aqueles direitos fundamentais inicialmente argüidos pelas Revoluções do Século

XVI, havidas na Europa e na América, ou seja, direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. A parte política seria o direito de participar da vida política, e por fim “o elemento social de cidadania é constituído pelo direito ao nível de vida predominante e ao património social da sociedade”. [4]

Tal concepção é compreensível quando se reflete que, por ocasião do surgimento da teoria iluminista de cidadania, a classe dominante era feudal, na qual os direitos provinham de relações hereditárias, próprias daquele sistema. As novas conceituações de igualdade delineadas então deram lugar à nova classe dominante, capitalista, baseada na idéia da propriedade privada.

Como é fácil antever, uma verdadeira igualdade não interessava a esta nova classe dominante – nem interessará a qualquer outra, já que implica em diminuição de suas conquistas econômicas.

A cidadania, porém, não permaneceu estática, mas os movimentos sociais dialéticos em cada sociedade incessantemente revelaram as deficiências do anteriormente estabelecido em face das novas exigências de tempos mais atuais.

Em face disto é que quando se observa o processo de cidadania em qualquer país observa-se igualmente uma interação entre os três tipos básicos de Direitos. Não se pode falar em verdadeira liberdade sem o direito de manifestação política plena, nem se falar sobre pleno exercício de habilidades e garantias sociais sem se repensar o direito de propriedade, por exemplo.

Além disso, a cidadania pressupõe mais do que direitos e deveres, pressupõe uma integração entre o corpo social e o indivíduo componente legal desta mesma sociedade, integração esta que precisa ser vivida mais do que prevista em lei.

Neste sentido, ou seja, na direção de uma compreensão mais extensa do significado de cidadania, diz José Murilo de Carvalho:

Ciudadania es también la sensación de pertenecer a una comunidad, de participar de valores comunes, de una historia común, de experiencias comunes. Sin este sentimiento de identidad colectiva – que confieren la lengua, la religión, la historia – no sería posible la existencia de naciones democráticas modernas. [5]

Comparato diz que, contemporaneamente, em face das lutas de classes e do subdesenvolvimento econômico e social, a nova visão de cidadania deverá, além dos direitos individuais inicialmente garantidos pelas teorias liberalistas, “fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação.” [6]

Com base neste conceito de cidadania, a ligação entre esta e o direito à propriedade é facilmente identificável: já não há que se falar num direito inerente de terra de um determinado grupo social em detrimento de outro, mas na liberdade que cada pessoa teria de exercer suas aptidões laborais, de libertar-se da dependência social, política e econômica, habitando num espaço identificado que lhe dê endereço, moradia,

produzindo a terra que lhe circunda, não só para sua própria subsistência, mas podendo, inclusive, produzir a mais para vender e assim auferir riqueza própria.

O mundo contemporâneo possui especificidades no que tange aos meios de subsistência já parcialmente desligados da produção agrária, pelo que a garantia do acesso à terra como modo de subsistência requer outras reflexões e mesmo uma ampliação. Mas visto que a cidadania é fruto da construção histórica de cada sociedade, e visto que a sociedade brasileira apenas parcialmente se desconectou da predominância agrária, a questão do acesso à terra é primordial para esta construção.

Em outras palavras, poder ter sua própria terra significaria adquirir o direito de viver, já que implicaria em liberdade de ser, de existir, de subsistir.

Entendido o conceito de cidadania, e sua ligação com o direito à terra, importa analisar como este direito se desenvolveu no Brasil, historicamente.

2. Propriedade de Terras no Brasil Colonial

Num primeiro momento da colonização brasileira, os portugueses não mostraram grande interesse pelas terras americanas, onde não encontraram as desejadas especiarias nem os cobiçados metais preciosos, mas apenas o pau-brasil, que passou a ser comercializado, sem que, para isso, fosse necessário implantar colonizadores nas terras. [7]

No mesmo período histórico não só os países ibéricos estavam na empreitada de conquista, mas também a França, Holanda e Inglaterra, pelo que, no Brasil logo a Coroa percebeu a necessidade de ocupar as terras e “garantir sua posse e defendê-la da cobiça dos estados rivais, cujas burguesias mercantis buscavam incessantemente novas oportunidades de acumulação.” [8]

O sistema então escolhido foi o de outorga de terras através da concessão de capitânicas, sendo, porém, tal regime “efêmero”, substituído a seguir por outra forma, em que “o povoamento e a ocupação da terra – tudo quanto se liga ao problema fundiário – revelam outra equação – o regime das sesmarias.” [9]

Neste sistema, que perduraria por todo o período colonial, as terras deveriam ser usadas para grandes cultivos de abastecimento das metrópoles, necessidade de uma nova era mercantilista em formação, iniciando-se a produção com a cultura de açúcar, na qual os fazendeiros portugueses em terras africanas já tinham experiência.

3. O Sistema de Sesmarias – da colonização até 1822

Como já dito, a razão da colonização era a expansão territorial com o propósito de explorar maior produção agrícola através de cultivo e de extrativismo de riquezas locais, de modo a abastecer os países europeus.

Para o exercício de controle deste sistema, era necessária a criação de uma regulação que privilegiasse a formação de monopólios, submetidos ao controle estatal.

Monopólios, no caso, porque a organização econômica e social fazia-se para atender aos interesses da Coroa, que desejava a maior lucratividade possível em suas terras conquistadas, o que se garantia apenas com as grandes fazendas, baseadas no trabalho de mão-de-obra escrava, ao invés do trabalho de homens livres, já que estes, além de custosos, verificando as grandes extensões de terras devolutas, se tornariam em breve pequenos proprietários, mais dedicados à própria subsistência do que em atender os desejos de crescimento de Portugal.

Neste sentido, diz Wolkmer:

Efetivamente, o Brasil, sendo colonizado pelo processo de exploração, criou as condições para agricultura tropical centrada economicamente em torno do cultivo das terras, transformando-se numa grande empresa extrativa a fornecer produtos primários aos centros europeus. [10]

Para alcançar este propósito, importou-se, no caso brasileiro, o sistema sesmarial português, de modo a garantir que a distribuição de terras se desse de forma patrimonialista, nisto entendido um sistema em que não se consegue diferenciar o interesse público do privado.

As sesmarias, originariamente feudais, provieram de legislação portuguesa de 1375, que visava identificar as terras vazias e improdutivas por causa da peste negra, e tomá-las para redistribuí-las, no que se poderia notar algum indício de visão da função social da terra.

Ao ser adaptada para sua colônia, a Lei de Sesmarias fugiu a este propósito inicial, já que o território da colônia era vasto e tido, desde o início, como pertencente à Coroa.

No sistema implantado na nova colônia, as terras pertenciam ao Rei e a entrega aos sesmeiros apenas implicava em direito à posse, e não à propriedade.

Porém, visto que as terras eram vastas, e interessava à Coroa a intensificação da produção agrícola, foram dados benefícios e incentivos adicionais aos colonizadores para equilibrar suas despesas com os necessários desmatamentos das terras virgens e o custo com mão-de-obra escrava.

Em face destas peculiaridades, para os colonizadores a terra não era de fato importante por si mesma, já que entendiam e concentravam suas aplicações de capital no mercado de escravos, ao invés de preocuparem-se com a terra que se desgastava pelo uso intenso com a monocultura.

Desta maneira, entre 1548 e 1822, quando foi proibida a concessão de sesmarias, o Brasil já se tornara latifundiário, e os colonizadores legitimados pela Coroa tiveram cada vez mais terras aos seus cuidados, e sob estas terras eram senhores representantes da própria Coroa, usando do artifício de arrendar glebas sob seu poder a lavradores

menores, deles recolhendo rendas, proventos e tributos, ou expulsando-os, quando de seu interesse. [11]

Como os fazendeiros tiveram em suas mãos também o poder político e militar, concedido pela Coroa de forma a manter a ordem e a união da colônia, adquiriram cada vez mais poder, ainda que tal extensão de suas posses contrariasse o texto legal que previa limitações à quantidade de terra a ser concedida a um mesmo fazendeiro.

Além disso, a grandiosidade do território brasileiro e a força utilizada pelos latifundiários tornavam impossível e desnecessária a demarcação das áreas utilizadas.

Disto advieram algumas conseqüências, tais como a inexistência de mercado imobiliário e valor para as terras, o que começaria a mudar a partir de uma lei de 1695, que passava a exigir um tributo pela propriedade comum da terra, gerando assim um pensamento lógico nos colonizadores: se tinham que pagar imposto sob a propriedade comum da terra, era porque esta a eles pertencia - pensamento este que foi se afirmando até ter na Constituição de 1824, e na Lei de Terras de 1850, sua consolidação. [12]

No que diz respeito à constituição legal da posse e propriedade, pode-se dizer que o sistema sesmarial marca o início de um sistema confuso e burocrático, dado a fraudes, que marca toda a história do Direito de propriedade imobiliária no Brasil.

Ao inteirarem-se das lacunas e idiosincrasias da legislação, os latifundiários encontraram formas de exercer a dominação do sistema jurídico, enviando inclusive seus filhos para estudarem em Coimbra e lá aprenderem as técnicas legais, que passam a ser usadas de forma a apropriarem-se de uma quantidade cada vez maior de terras.

Legislação sobrepunha-se à legislação, contudo sem nenhuma efetividade, sendo efetiva apenas contra os homens pobres, na maior parte dos casos, em todo tipo de legislação de regulamentação social.

Já na época das sesmarias, a prática das invasões de terra por parte de pequenos lavradores de agricultura de subsistência se dava de modo corrente, e de certa maneira até mesmo consentida, em face mesmo da quantidade de terras e da produção que obtinham para necessidades locais.

Essa prática era corrente porque o sistema legal era ambíguo, admitindo que as terras assim possuídas poderiam gerar a legitimação da posse, desde que se comprovasse a produção, evidente e regular, de longo prazo.

No longo período acima citado, e contrariando os ditames da época, formaram-se em algumas regiões do país quilombos e reduções, com sistemas de vida e produção que se diferenciavam do padrão patrimonialista e mercantilista estabelecido, contrariando as grandes dominações ao estabelecerem-se e produzirem as terras de acordo com finalidades de subsistência.

Os quilombos, de acordo com WOLKMER[13],

se constituíram em pequenas comunidades rurais povoadas por escravos negros fugidos das fazendas que buscavam defender-se da dominação e repressão colonial. Eram

organizados livremente e de forma auto-suficiente, baseados na ocupação da terra, na propriedade coletiva, na agricultura de subsistência e na luta armada.

Também o mesmo autor esclarece que as reduções

consistiam em comunidades indígenas, muitas das quais apoiadas por padres jesuítas, onde as terras, a propriedade, os bens e os meios de produção eram compartilhados e assumidos em comum, fundados sobre as bases do coletivismo solidário.

Ainda que tais organizações sociais de contestação se tenham formado em diversas partes do território, a verdade é que não tiveram forças para resistir às investidas de dominação e extinção, levadas a cabo pela Coroa.

Assim, durante todo o período colonial em que subsistiu o sistema de sesmarias, a relação entre Coroa e grandes produtores e a interdependência de ambos permitiu a crescente manipulação da legislação, em detrimento do interesse de uma expansão colonizadora com pequenas propriedades de homens livres.

4. O “Império das Posses”

Como já visto, nos anos que antecederam a independência, o sistema sesmarial havia causado confusão e estava desorganizado. O imperador, por ocasião da Independência, suspendeu o sistema de sesmarias sem substituí-lo por qualquer sistema legal que regulasse o acesso à terra, o que somente ocorreria em 1850 com a Lei de Terras. Nesta lacuna temporal, a tomada da terra por apossamento tornou-se o caminho único existente, disseminando-se nas terras brasileiras.

Mesmo com a Constituição de 1824, nenhuma lei infraconstitucional adveio para regulamentar a formação de propriedade, o que provavelmente se justifica pela grande instabilidade sentida não só no território nacional, como também nas relações internacionais do Brasil. [14]

Já em 1821, José Bonifácio apontava a necessidade de uma reforma no sistema de organização da terra, prevendo, inclusive, as modificações que redundariam no fim da escravidão. Sua proposta previa, aliás, privilégios para os europeus pobres, índios, mulatos e negros forros, num projeto que claramente visava privilegiar a imigração. [15]

O problema agravou-se com o recrudescimento por parte da Inglaterra, no sentido de acabar com o tráfico negreiro, não por interesses humanistas, mas pelo interesse em permitir que o continente africano se tornasse um mercado consumidor para os produtos manufaturados que cada vez produzia mais. [16]

A pressão inglesa para o fim da escravidão implicou em embargos ao Brasil, ofensivas aos navios circulantes com bandeira brasileira, até que o país viu-se realmente

compelido a aceitar a nova realidade que se impunha, sancionando a Lei Eusébio de Queiroz, cuja execução significou controle de importações e impedimento da entrada de novas cargas de escravos em território nacional.

É claro que os efeitos da referida Lei só se fariam sentir ao longo dos anos seguintes, com a gradual redução do número de mão de obra escrava, mas já estava claro que o regime escravista estava em seus últimos dias.

Alguns meses depois, não coincidentemente, foi aprovada a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a LEI DE TERRAS.

5. A Lei de Terras de 1850

O advento da Lei de Terras parece ter estado associado à necessidade de mão-de-obra que substituísse os escravos, porém há também outros elementos de ordem econômica, como bem coloca Lígia Osorio Silva, ao dizer que era necessária “uma reformulação no papel exercido até então pelo escravo como bem econômico”, o que demandava uma reformulação “do caos existente em matéria de propriedade territorial”. [17]

À época, os Estados Unidos tinham uma forte política de incentivo à imigração, e suas terras estavam organizadas e podiam ser negociadas e propagandeadas. Embora naquele país ainda se verificasse a escravidão, havia separação entre região de produção rural, com emprego de mão-de-obra escrava, no Sul, e empreendimentos e loteamento das terras do Norte, com trabalhadores livres.

Em nossas terras, o interesse dos latifundiários, acostumados ao sistema escravagista, não caminhava para introdução de pequenos agricultores independentes, eis que aqueles queriam produzir em seus latifúndios - e em alguns casos até mesmo tentaram reproduzir em suas terras, com os imigrantes - formas de trabalho não muito diversa do que alcançavam com escravos, pagando baixíssimos salários e impondo que a compra de bens de consumo se fizesse em negócios administrados por eles.

A partir da Lei de Terras, seriam tidas como pertencentes ao Poder Público todas as terras devolutas, assim consideradas as que não estivessem ocupadas ou cultivadas.

No caso de posse da terra, esta deveria estar cultivada, ou com algum princípio de cultura e morada habitual do posseiro, ainda que as condições anteriormente assumidas por este, enquanto sesmeiro, não se tivessem cumprido adequadamente.

Para separar terras devolutas das terras produzidas, seria necessária a demarcação das terras, de iniciativa do próprio proprietário, e estas informações seriam registradas junto ao vigário da paróquia, enquanto que o governo demarcaria suas próprias terras.

Inicialmente, o governo estabeleceu limites para o tamanho e preço dos lotes, sendo que os preços variariam em função das peculiaridades deste, e os valores obtidos com a venda das terras, por sua vez, patrocinarium a vinda de novos colonos, especificamente para o trabalho nas grandes fazendas.

A referida lei, porém, aprovada após grande discussão e embate entre representantes das elites de produtores rurais, acabou por não estabelecer limites ao tamanho das propriedades de terras dos já possuidores, bem como não estabeleceu nenhum imposto sobre as referidas terras, apenas reconhecendo-lhes o direito de propriedade.

Criticando especialmente esta última cedência do império frente aos congressistas, Lígia Osorio Silva diz:

De fato, parece totalmente injustificado que uma lei que tinha como um de seus objetivos principais financiar a imigração, não instituísse o imposto territorial. Além de reforçar os minguados recursos do Estado imperial, um imposto sobre a terra desestimularia a manutenção de grandes latifúndios improdutivos.[18]

Desta maneira, ao se oferecer as terras para venda aos colonos, a terra pública tinha preços mais altos que a terra particular, de modo que os colonos que comparassem as condições oferecidas pelos Estados Unidos e pelo Brasil, a oferta daqueles pareceria mais interessante, quer pelas garantias legais, quer pelo sistema político, quer pelas condições climáticas.

Mesmo não prevendo cobrança de impostos territoriais, e legitimando as sesmarias cujas obrigações de legitimação não houvessem sido cumpridas, caso as exigências da nova norma fossem atendidas, no que tange a demarcação fundiária e a delimitação das propriedades, a Lei de Terras poderia ter significado grande avanço, já que teria permitido ao Estado distribuir as terras devolutas conforme as necessidades sociais.

A mesma lei previa a legitimação das posses cultivadas, o que permitiria a regularização das pequenas propriedades dos agricultores pobres que viviam de culturas de subsistência. Sem dúvida, a imposição legal do pagamento de taxas para esta regularização representavam ônus econômico possivelmente superior ao suportável por estes elementos sociais, mas o maior impedimento estava na disparidade entre a lei posta e a lei dos homens.

Houve um constante e sistemático bloqueio de efetividade da lei, por parte dos grandes proprietários, e um estímulo à grilagem, representando, no dizer de Lima Lopes, que esta Lei não foi “a democratização da terra brasileira, mas o seu cerceamento, isto é, o estabelecimento do sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil”. [19]

Esse bloqueio se dava de diversas maneiras: não providência das medidas legais de registro das terras que possuíam, ou realização desses registros de forma a burlar o sistema e apossar-se de mais terras do que o legal, bem como pelo impedimento de medições das terras devolutas, que seriam utilizadas para alavancar a colonização com imigrantes.[20]

Ao mesmo tempo, quando a Lei de Terras era reivindicada para regularização das posses de pequenos agricultores, e estes agricultores possuíam terras nas fronteiras dos latifundiários, a máquina legal era utilizada exaustivamente até a supressão dos direitos e expulsão dos agricultores, salvo raras exceções.[21]

Desta maneira, a medição de forças entre grandes e pequenos significou legar aos últimos uma existência nômade, já que vagavam pelo território brasileiro em busca de terras ainda selvagens.

Ora, a legitimação do direito da posse requeria que o posseiro se mantivesse na terra por um período longo, o que implicava não apenas no cultivo da terra, mas principalmente no afastamento de ameaças à permanência, impossível diante das ações de jagunços, mandados pelos grandes coronéis, sendo habitual a utilização da força física como forma de coação.

Como diz ainda Lígia Osorio Silva,

A violência exerceu-se fundamentalmente contra a população pobre do campo, os pequenos posseiros, agregados, ex-escravos e índios. (...) A Constituição de 1891 não garantiu aos índios a posse de seus territórios e a cobiça pelas suas terras motivou o extermínio de tribos inteiras. [22]

Assim, o sistema da Lei de Terras, sem uma política de apoio à implantação e desenvolvimento da pequena propriedade, e sem uma forte estrutura administrativa dedicada ao cumprimento do texto de lei, longe de servir aos interesses do próprio texto legal, acabou por gerar mais desigualdades e prejuízo para os pequenos produtores, excluindo-os da propriedade de terra.

Tal consequência, em vista do já delineado no presente estudo, é facilmente compreensível, já que o sistema de dominação no país manteve-se inalterado, mesmo com as mudanças de sistema político, como bem diz Wolkmer:

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. [23]

Considerações Finais

Do breve estudo histórico da situação da terra no Brasil, vê-se que a força do patrimonialismo brasileiro estendeu-se além do período colonial, contrariando o desenvolvimento histórico mundial observado nos demais países colonizados nas Américas.

Mesmo com a Independência, e posteriormente com o estabelecimento da República, o modelo liberal brasileiro, sempre dominado pelas elites agrárias, como visto, manteria afastadas quaisquer práticas democratizantes, expurgando os setores rurais de pequenos proprietários da sociedade.

Tal se dava pela manipulação do sistema legal vigente, cuja técnica os latifundiários dominavam, exercendo funções políticas, administrativas, legislativas e judiciais, bem

como invocando a lei sempre e apenas em seu favor e contra os interesses das camadas pobres da sociedade.

Leis se sucederam apenas para se observar o fortalecimento das classes senhoriais de terra, cuja capacidade de adaptação implicou na sobrevivência da sua força política e social ao longo do tempo. As mesmas leis significaram o afastamento dos pequenos proprietários, ou de seu isolamento em terras cada vez mais longínquas e afastadas dos grandes centros.

Pela observação de todo o processo, vê-se que se fortaleceu nas populações que vivem à margem das grandes propriedades uma convicção de não serem detentores de direitos. Solidificou-se a estratificação social, de modo que os direitos seriam uma prerrogativa das grandes e antigas famílias latifundiárias, dos que dominavam os meandros legais ou que se utilizavam dos instrumentos de força.

Em face disso, a própria noção intuitiva de direitos que hoje identificamos como de cidadania, que já se desenvolviam mesmo em outras ex-colônias sul-americanas, cujas autonomias vieram à custa de lutas e conflitos, não surge no Brasil senão muito tardiamente.

Alijados da terra desde sempre, e aprofundados os abismos que separavam as classes no Brasil, aqueles que viviam às margens vão se desumanizando, processo este acentuado durante o período imperial, em face da manutenção do sistema patrimonialista.

Por tudo isso, conclui-se que a manipulação dos sistemas legais de propriedade de terras impediu o surgimento das noções de cidadania no Brasil.

Sem dúvida, o afastamento da terra de pequenos produtores e de trabalhadores rurais cujo anseio sempre foi de possuírem seu próprio espaço de subsistência, de terem uma referência geográfica, de assim pleitearem serviços apenas garantidos aos que tem domicílio e residência, e o lançamento destes na miséria das grandes cidades, apenas tem servido, nas últimas décadas, no Brasil, para o agravamento da violência e desigualdade social.

Desta maneira, entende-se que a leitura e compreensão da história brasileira, nesta questão, possa ser mola propulsora para uma conscientização dos interesses envolvidos nas disputas pela Terra, e que também possibilite uma postura crítica apta a reconstruir uma cidadania real no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **A Terra no Campo: A questão Agrária**. In: MOLINA, Mônica Castagna *et al.* (orgs.) *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. Imprensa Oficial São Paulo. Pag. 95 à 106

BARBALET, J.M. **A Cidadania**. Lisboa. Editorial Stampa. 1989.

CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terra de 1850 e a Reafirmação do Poder Básico do Estado sobre a Terra. **Revista Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo do Estado**. São Paulo. Edição nº 2, Ano 1, Junho. 2005. P. 1-7 Disponível em:

<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/LaideTerra.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2007.

CARVALHO, José Murilo. **Desenvolvimento de La Ciudadania en Brasil**. México. El Colégio de México, Fideicomiso Historia de las Américas, Fondo de Cultura Económica. 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva. 2001. 2ª edição, revista e ampliada.

_____. **A Nova Cidadania in Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo. Saraiva. 1996.

COSTA PORTO. **Estudo sobre o Sistema Sesmarial**. Recife. Imprensa Universitária, Universidade Federal de Pernambuco. 1965.

FERES, João Bosco. **Propriedade da Terra: Opressão e Miséria: O Meio Rural na História Social do Brasil**. Holanda. CEDLA. 1990.

HOLSTON, James. **Legalizando o Ilegal: Propriedade e Usurpação no Brasil**. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo. Volume 21. Fevereiro. 1993. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2007.

JONES, Alberto da Silva. **Reforma Agrária e Direito de Propriedade**. In: MOLINA, Mônica Castagna *et al.* (orgs.) **Introdução Crítica ao Direito Agrário**. Imprensa Oficial São Paulo. Pag. 120 à 133

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. São Paulo. Max Limonad. 2002. 2ª edição revista

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Zahar. 1967.

MOLINA, Mônica Castagna. **A legitimidade do conflito: onde nasce o novo direito**. In: MOLINA, Mônica Castagna *et al.* (orgs.) **Introdução Crítica ao Direito Agrário**. Imprensa Oficial São Paulo. Pag. 120 à 133

MOTTA, Márcia Maria Menendes. **Nas Fronteiras do Poder – conflitos de terra e direito agrário no Brasil de meados do século XIX**. Rio de Janeiro. Vício de leitura. Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro. 1998

SILVA, Lúcia Osório. **Terras Devolutas e Latifúndio. Efeitos da lei de 1850**. Campinas. Editora da Unicamp. 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

- [1] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva. 2001. 2ª edição, revista e ampliada. Pag. 48
- [2] BARBALET, J.M. **A Cidadania**. Lisboa. Editorial Stampa. 1989. Pag. 13
- [3] MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Zahar. 1967
- [4] BARBALET, J.M. Op. cit. pag. 19
- [5] CARVALHO, José Murilo. **Desenvolvimento de La Ciudadania en Brasil**. México. El Colégio de México, Fideicomiso Historia de las Américas, Fondo de Cultura Económica. 1995. Pag. 11
- [6] COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania *in* **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo. Saraiva. 1996. Pag. 10
- [7] FERES, João Bosco. Propriedade da Terra: Opressão e Miséria: O Meio Rural na História Social do Brasil. Holanda. CEDLA. 1990. Pag. 22
- [8] SILVA, Lígia Osorio. **Terras Devolutas e Latifúndio. Efeitos da lei de 1850**. Campinas. Editora da Unicamp. 1996. Pag. 23
- [9] COSTA PORTO. **Estudo sobre o Sistema Sesmarial**. Recife. Imprensa Universitária, Universidade Federal de Pernambuco. 1965. Pag. 25
- [10] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro. Forense. 1998. Pag. 38
- [11] LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. São Paulo. Max Limonad. 2002. 2ª edição revista. Pag. 354
- [12] HOLSTON, James. Legalizando o Ilegal: Propriedade e Usurpação no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo. Volume 21. Fevereiro. 1993. Disponível em:
- <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2007.
- [13] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit. pag. 50
- [14] JONES, Alberto da Silva. **Reforma Agrária e Direito de Propriedade**. In: MOLINA, Mônica Castagna *et al.* (orgs.) Introdução Crítica ao Direito Agrário. Imprensa Oficial São Paulo. p. 128
- [15] CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terra de 1850 e a Reafirmação do Poder Básico do Estado sobre a Terra. **Revista Histórica – Revista Eletrônica do Arquivo do Estado**. São Paulo. Edição nº 2, Ano 1, Junho. 2005. Pag. 2. Disponível em:

<<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/LeideTerra.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2007.

[16] SILVA, Lígia Osorio. **Terras Devolutas e Latifúndio. Efeitos da lei de 1850.** Campinas. Editora da Unicamp. 1996. Pag. 119

[17] SILVA, Lígia Osorio. Op. Cit. pag. 124

[18] SILVA, Lígia Osorio. Pag. 144

[19] LOPES, José Reinaldo Lima. Op. Cit. pag. 359

[20] JONES, Alberto da Silva. Op. Cit. pag. 129

[21] MOTTA, Márcia Maria Menendes. **Nas Fronteiras do Poder – conflitos de terra e direito agrário no Brasil de meados do século XIX.** Rio de Janeiro. Vício de leitura. Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro. 1998

[22] SILVA, Lígia Osorio. Pag. 336

[23] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit. pag. 40

ADVENTO DO CASAMENTO CIVIL E O PROCESSO DE SECULARIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL *

THE ADVENT OF CIVIL MARRIAGE AND THE PROCESS OF SECULARIZATION OF LAW IN BRAZIL

Gilson Ciarallo

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar um estudo do advento do casamento civil e suas relações com a secularização do direito no Brasil. A secularização é entendida em sua acepção macro, isto é, como autonomização das esferas sociais em relação à esfera religiosa. Dá-se atenção aos eventos e composições sociais que se estabeleceram ao longo do processo que culminou na codificação de 1916, a qual representou no campo normativo a secularização do casamento na sociedade brasileira. As relações entre Estado e Igreja são acessadas ao longo do estudo, sobretudo através da análise de registros das discussões travadas no Parlamento Brasileiro entre meados do século XIX e primeiras décadas do século XX. Essa perspectiva, por sua vez, contribui para a compreensão da especificidade dos processos de autonomização da esfera jurídica em relação à religião no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: SECULARIZAÇÃO, CASAMENTO, CÓDIGO CIVIL DE 1916.

ABSTRACT

The aim of this article is to present a study of the advent of civil marriage and its relations with the secularization of law in Brazil. Secularization is understood in its macro level, as the autonomization of the social spheres in relation to religion. Attention is given to events and social compositions that took place during the process that culminated in the 1916 codification, which represented, in the normative realm, the secularization of marriage in Brazilian society. The relations between State and church are brought into the study, mainly through the analysis of Brazilian Parliament records from the middle of nineteenth century to the first decades of twentieth century. This approach helps to understand the peculiarity of the juridical sphere autonomization processes in relation to religion in Brazil.

KEYWORDS: SECULARIZATION, MARRIAGE, 1916 BRAZILIAN CIVIL CODE

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

A reflexão que aqui se apresenta tem relações com uma discussão que vem se fazendo presente na sociologia dos últimos cinquenta anos. Refiro-me ao processo de secularização que marcou a história do Ocidente nos últimos séculos. Secularização consiste num desses conceitos que ao longo da história passou por metamorfoses diversas, possibilitando, inclusive, estudos genealógicos (MARRAMAIO, 1997) que contribuíram para o entendimento dos diversos significados que o termo foi ganhando.

O sentido mais recorrente da secularização é aquele que Dobbelaere (1981, 1999) chama de secularização na acepção macro.[1] Neste sentido estrito, secularização significa autonomização das esferas da sociedade em relação à religião. Nos termos de Dobbelaere (1999), cada subsistema da sociedade desenvolve seus próprios valores e normas independentemente das normas religiosas neles outrora vigentes. É o caso da emancipação da educação em relação à tutela eclesiástica, da separação entre igreja e estado, da rejeição dos dogmas da igreja acerca do controle de natalidade e aborto, da evasão do conteúdo religioso anteriormente centrais na literatura e na arte, do desenvolvimento autônomo do conhecimento científico desvinculado de interesses religiosos. Esta acepção da secularização aparece nos estudos de Berger (1985, p. 119):

Por secularização entendemos o processo pelo qual setores da sociedade e da cultura são subtraídos à dominação das instituições e símbolos religiosos. Quando falamos sobre a história ocidental moderna, a secularização manifesta-se na retirada das Igrejas cristãs de áreas que antes estavam sob seu controle ou influência: separação da Igreja e do Estado, expropriação das terras da Igreja, ou emancipação da educação do poder eclesiástico, por exemplo.

O direito no Ocidente, entendido como uma esfera ou subsistema social, também emancipou-se da religião, tendo sofrido o processo de secularização naquele sentido macro. No Brasil grande parte das especificidades da autonomização da esfera jurídica podem ser compreendidas a partir do estudo do advento do casamento civil, ao se atentar para as conjugações sociais, embates, composições e continuidades que se estabeleceram ao longo do processo de codificação relativa à matéria. É com vistas a esse estudo que os parágrafos seguintes são apresentados.

*

A fusão entre os poderes temporal e espiritual – pelo menos até a separação entre Igreja e Estado – pode ser vislumbrada à luz das veiculações do tema do casamento civil. Até o advento da República, culminando na codificação de 1916, em cujo bojo se instaurava decisivamente a instituição do casamento civil, um longo embate envolvendo as duas esferas é travado no seio da política, revelando um panorama de progressiva tendência à autonomização

das esferas. A tensão que se opera, dirigindo-se à secularização do casamento, opõe o caráter sagrado desta instituição, arraigado no quadro dos símbolos e significados processados ao longo dos séculos anteriores, à tendência liberal que marca o período, numa conjugação que requer, para diversas instituições – dentre as quais a do Direito de Família – uma esfera exclusiva, independente do sagrado, ao lado de outros fatores fundamentais deste equacionamento modernizante: separação entre Igreja e Estado, advento da República, liberdade religiosa.

Até o final do século XIX o casamento tinha ainda seu alicerce jurídico principal num direito de tipo canônico, o qual, no Brasil, consolidou-se nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de 1707. Tais Constituições traziam as disposições do Concílio de Trento (1545-1563), marco da Contra-Reforma (NEDER; CERQUEIRA FILHO, 2001; LORDELLO, 2002; OLIVEIRA, 2001; SILVA, 2003).[2] Tendo como assunto a organização da família, o primeiro dos cinco livros que compõem as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, assim determina no artigo 259 do título 62:

O último Sacramento dos sete instituídos por Christo nosso Senhor é o do Matrimônio. E sendo ao princípio um contracto com vínculo perpetuo, e indissolúvel, pelo qual o homem, e a mulher se entregão uma ao outro, o mesmo Christo Senhor nosso o levantou com a excelência do Sacramento, significando a união, que há entre o mesmo Senhor e a sua Igreja, por cuja razão confere graça aos que dignamente o recebem. A matéria deste Sacramento é de domínio dos corpos, que mutuamente fazem os casados, quando se recebem, explicado por palavras, ou signaes, que declarem o consentimento mutuo, que de presente tem.

O matrimônio era, desta maneira, envolto pela aura sagrada, constituindo um dos sacramentos fundamentais da Igreja Católica. Considerando o quadro de formação de símbolos e significados da sociedade da época, tal sacramento se revestia de importância fundamental, pois sacralizava uma instituição básica que regia a formação das famílias. Tem-se, destarte, pelas vias de um rito cotidiano e comum em toda a extensão da sociedade, a esfera do sagrado atribuindo sentido à organização familiar. Afinal, assim como o batismo de crianças e o óbito – também administrados pela Igreja Católica –, era o casamento um evento do qual qualquer indivíduo era levado a participar, seja como protagonista, como testemunha, ou meramente como espectador. Pelas vias deste sacramento tão recorrente, o Catolicismo abarcava decisiva e monopolisticamente o cotidiano da sociedade, arraigando profundamente, na esfera religiosa, os significados constitutivos dessa instituição. Assim era que a esfera religiosa contribuía de maneira tão expressiva para a formação dos símbolos característicos da cultura brasileira, permeando-a a partir de um de seus núcleos estruturantes: a família patriarcal, instituição das mais efetivas na reprodução do tipo de dominação mais aparente nas conjugações desta sociedade.

Saliente-se a afinidade entre a sacralização do casamento operada pela Igreja Católica e o tipo de dominação tradicional predominante nas instituições. O pai de família, o rei soberano, o clérigo, o padrinho e o coronel fazendeiro constituíam, ao longo da extensão da sociedade, uma tendência à homogeneização do caráter sagrado da autoridade. A família – ou “associação doméstica”, nos termos de Weber (1994) – merece destaque como célula reprodutora das relações tradicionais de dominação, pelas vias do arraigamento no sagrado operado pelo ritual pertencente já à obviedade da vida cotidiana.

Compreendida desta forma a importância do casamento nos quadros da sociedade de família patriarcal, cumpre atentar para o modo como se articulavam os poderes temporal e espiritual quanto a esta questão. Os posicionamentos do clero no cenário político revelam que a hierarquia eclesiástica tinha consciência não só da importância da família na ordem social, como também de seu fundamento religioso exclusivamente católico. Essas eram, ademais, fortes justificativas do discurso do clero no Parlamento, em oposição aos movimentos de secularização do casamento, a exemplo da manifestação contra o casamento civil do clérigo deputado Olímpio de Souza Campos, em sessão da Câmara, em 17 de julho de 1885:

Confio assaz que o venerando episcopado brasileiro, o clero e os católicos em geral, não se deixarão permanecer quedos ante o projeto desse casamento civil que abala o verdadeiro elemento de prosperidade de um povo – a família, na frase do exímio conde de Irajá.

Terminando, dirijo aos adversários da Igreja a mesma apóstrofe que De Flotte dirigiu aos legisladores franceses: “Vê-de bem: não receamos afirmar-vos que a instituição do matrimônio, que é absolutamente necessária à nossa ordem social, ainda existe, vós a deveis à idéia cristã, por mais que a tenhais corrompido. Meditai, porém, profundamente no desprestígio da autoridade moral do matrimônio, em nossos dias. Se a idéia religiosa desaparecer desse ato augusto, a vossa família não durará um ano!” A Câmara dos Deputados que delibere como entender em seu patriotismo e sabedoria (BRASIL, *O clero no parlamento brasileiro*, 1979, v. 3, p. 197).[3]

No mesmo discurso, Souza Campos associa enfraquecimento do laço religioso à perda de legitimidade da autoridade. Instituir o casamento civil, tornando-o obrigatório para todo o povo – esse era o teor do projeto, o qual herdava o empenho de sucessivas tentativas anteriores com vistas a secularizar o casamento –, contribuiria para retirar da associação doméstica o seu caráter sagrado. Estando a dominação de tipo patriarcal intimamente ligada à legitimação sagrada operada na associação doméstica, perderia a sua base de legitimidade o tipo de autoridade constituída no século XIX. O clérigo parlamentar não usa tal terminologia. Todavia, repare-se que as implicações por ele previstas seguem este mesmo raciocínio:

Enfraquecido o laço religioso, o ceticismo invade o espírito da massa popular e a incita na rebeldia dos mandamentos da lei; e o povo que não se curva ante o sólio da majestade do céu, não presta, por dever de consciência, atenção às majestades da terra (CPB, 1979, v. 3, p. 190).

A obediência às “majestades da terra” dependem da obediência à “majestade do céu”, no singular. Quais seriam as “majestades da terra”, que Souza Campos associa tão intimamente à “majestade do céu”? Numa palavra, consiste no conjunto de autoridades que exercem o tipo de dominação tradicional, a qual “existe em virtude de crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito tempo existentes” (WEBER, 2001, p. 351). Constituem o conjunto “majestades da terra” o pai de família, o rei soberano, o clérigo, o padrinho e o coronel fazendeiro. A dominação por estes exercida repousa em sua santidade – a íntima colaboração das “majestades do céu” –, intermediada exclusivamente pela Igreja Católica e fixada pela tradição, tornada hábito, obviedade do cotidiano.

Não obstante tal arraigamento no sagrado, promovido pelo sacramento católico, opunha-se a crescente necessidade de despir ao casamento essa sua aura, tão impregnada no simbolismo da sociedade do século XIX. Tal necessidade se fazia premente sobretudo devido à urgência da substituição da mão-de-obra escrava pela do imigrante, o qual em grande parte professava outras crenças.[4] A secularização do casamento, entendida nos quadros do processo de autonomização das esferas em relação à religião, impunha-se sobretudo por uma questão econômica relativa ao funcionamento de um país eminentemente de produção agrária, em que se intensificavam os movimentos abolicionistas.

Em 29 de maio de 1856 o então senador Euzébio de Queiroz vociferava, em sessão parlamentar, contra a política eclesiástica de defesa do sacramento tal como sempre o fora. Rejeitavam os clérigos as modificações requeridas a fim de adequar a lei àqueles de religião diferente da oficial, o que levava Euzébio a acusá-los de impedir o desenvolvimento econômico: “Concebe-se pois [...] a tenacidade com que insistem para estas condições os vigários de Cristo, cujo reino não sendo desse mundo, consideram como o fim de suas leis e governo os interesses espirituais, e não o aumento da colonização, comércio e riqueza pública”. Poder espiritual e temporal, embora tradicionalmente fundidos, começavam a se digladiar, revelando a incompatibilidade entre o regime monopólico de religião oficial e os ventos da modernidade, sobretudo aqueles que sopravam em direção dos interesses econômicos. A tensão entre os poderes aparece bem mais fluente no discurso do Visconde de Maranguape (Caetano Maria Lopes Gama), na mesma sessão de 19 de maio de 1856:

Como se a sociedade não tivesse igual direito, igual obrigação, igual interesse e maior urgência em pôr termo à desordem e abusos que no casamento dos católicos se tem introduzido sem que a Autoridade Eclesiástica possa evitá-los por meio de sua ação toda espiritual [...] o casamento não tem somente efeitos espirituais, tem também outros a que cumpre atender, e todos estes efeitos não podem ser previstos e regulados por um só dos dois poderes, sendo as atribuições de cada um deles tão diferentes como são seus fins, reconhecidos e reclamados pelo nosso Redentor, quando mandou dar a Deus o que é de Deus, e a César o que é de César.

Observe-se que Maranguape – que não era clérigo – discursa em defesa da separação dos poderes espiritual e temporal, mas, para isso, faz uso de fundamentos religiosos, recorrendo ao “nosso Redentor” (Cristo) em circunstância narrada nos textos bíblicos. O movimento em direção à separação das esferas era efetivo, como se pode verificar na contundente defesa de Maranguape. Porém, o próprio contexto no qual tal movimento operava trazia as marcas desta imersão no sagrado, desta inicial indistinção. Ao fundamentar-se em bases religiosas, o discurso favorável à separação entre as esferas traía a si mesmo.

Mesmo assim, num contexto em que o sagrado se fazia tão fluente, as outras forças, sobretudo aquelas ligadas aos interesses econômicos, faziam avançar o processo de secularização do casamento. Nicolau Vergueiro – o qual mantinha colonos protestantes em sua colônia de Ibicaba – unia-se às vozes parlamentares que defendiam o casamento civil a fim de promover a imigração. Para isso, requeria a superação do Direito Canônico, o qual oferecia obstáculos aos casamentos mistos e acatólicos. Na sessão do Senado de 3 de agosto de 1861 mostrava ele preocupação com uma propaganda contra a imigração, a qual devia ser suprimida: “Estas intrigas não se limitão ao Brasil e a Portugal, ellas vão fazer também éco na Allemanha... affectão aos nossos interesses, não só quanto à imigração portuguesa mas quanto à imigração dos outros paízes.”

Há relatos que elucidam a situação dos acatólicos no que tange ao tema do casamento. Um destes relatos é o de Thomaz Davatz, suíço protestante que viveu no Brasil na década de 1850. Era colono na Fazenda de Ibicaba, da qual era proprietário o Senador Vergueiro, o mesmo defensor do casamento civil supracitado. Em sua obra *Memórias de um colono no Brasil (1850)*, Davatz (1858/1980, p. 138) retratou a condição a que eram submetidos os colonos acatólicos:

Os casamentos protestantes não são celebrados em igrejas, mas apenas diante de funcionários civis, na presença de testemunhas escolhidas pelos noivos. Todos subscrevem um contrato onde figura como condição essencial e quase primeira, que os filhos que por ventura venham a nascer do casal sejam educados na religião católica. [...] Ainda mais instrutivo, todavia, é o procedimento do mais alto prelado do Brasil, o bispo do Rio de Janeiro, que em princípios de 1857 foi a ponto de declarar nulo um casamento efetuado em templo protestante, sob o pretexto de que não fora celebrado segundo os cânones do Concílio de Trento. E tudo para que a mulher, depois de ter tido relações irregulares com um católico, pudesse casar-se, enfim, de acordo com a lei da Igreja.

No momento em que Davatz escreve, ainda não havia sido aprovado o regulamento acerca do registro dos casamentos. São longos e tensos os debates sobre esta questão nas sessões parlamentares, uma vez que a aura sagrada a que me referi acima não se dissiparia facilmente. Desse modo, qualquer união fora dos “cânones do Concílio de Trento” era

considerada concubinato. Assim pensavam todos aqueles imersos no simbolismo religioso monopolizado pelo Catolicismo. Estes eram quase a totalidade da população.

O modo de funcionamento da prática matrimonial tridentina, consagrada nas Ordenações do Reino e atualizada nas Constituições baianas, é assinalado por Bruno de Almeida Magalhães (*apud* LORDELLO, 2002, p. 79) em seu *Do casamento religioso no Brasil*, publicado em 1937:

Em effectiva observância as disposições do Concílio Tridentino e das Constituições do Arcebispado da Bahia sobre o matrimônio... só eram reconhecidos no Brasil os casamentos cathólicos e os celebrados em países estrangeiros de accordo com as leis peculiares, o que cerceava consideravelmente a liberdade dos que não professassem a religião official e cujo número cada vez mais, augmentava.

Ao passo que aumentava o número daqueles que não professavam a religião oficial, aumentava também o número de casamentos mistos, a exemplo daqueles entre católicos e protestantes. Estes eram validados somente mediante licença da autoridade eclesiástica. Para isso, a parte acatólica deveria concordar com certas exigências, as quais violentavam suas crenças. Uma destas exigências era a de se comprometer a educar os filhos segundo os ditames da religião católica, conforme narrou Davatz no trecho supracitado.

Circunstâncias como essas garantiam, pelas vias do poder espiritual sobre a instituição do casamento, a conservação do monopólio do sagrado mantido pela Igreja católica até então. Era, afinal, instrumento poderoso com vistas a reproduzir o simbolismo religioso no interior do núcleo familiar, em toda a extensão da sociedade. É por isso que a mera possibilidade de subtrair ao poder espiritual – passando ao temporal – a exclusividade no gerenciamento e regulamentação daquela instituição sacramentada há séculos, fez se levantarem com elevada intensidade as diversas vozes aguerridas dos eclesiásticos nas sucessivas sessões parlamentares.

O prolongamento da discussão sobre os casamentos mistos e casamento civil ao longo das sessões parlamentares indica a tensão que marcava o tema. É de 11 de setembro de 1861 o primeiro ato legislativo referente ao casamento de acatólicos (decreto n. 1.144), reconhecendo seus respectivos direitos civis. Somente em 1870 (lei n. 1.829), porém, tornava-se obrigatório o registro civil de nascimento, óbitos e casamentos. Contudo, a aprovação do regulamento só viria a ocorrer em 1887, tendo sido reformado em 1888. Decorria daí, deste prolongamento na tramitação, as hesitações no cumprimento da lei.

Entrementes, em 20 de julho de 1861, travava-se na Câmara um debate entre os deputados Teófilo Ottoni, defensor da secularização do casamento, e Joaquim Pinto de Campos, clérigo conservador. Teófilo Ottoni falava em favor da legitimação de casamentos entre protestantes e casamentos mistos, discussão levada a cabo sobretudo porque a Câmara prussiana havia votado uma resolução proibindo a emigração para o Brasil caso este não aceitasse certas condições, dentre as quais considerar legais os casamentos entre protestantes e católicos e entre

protestantes, deixando de ser considerados concubinatos. A discussão, ainda que tenha raízes originais na questão da mão-de-obra, revela o quanto estava o casamento imerso em simbolismo religioso, levando os poderes temporal e espiritual a uma imbricação que se alongava na segunda metade do século XIX:

O Sr. Pinto de Campos: - É um escândalo que felizmente o país não terá de presenciar.

O Sr. Ottoni: - A voz do nobre deputado não é a voz da nação.

O Sr. Pinto de Campos: - Posso assegurar-lhe que é.

O Sr. Ottoni: O nobre deputado, ministro do Evangelho, deve dar o exemplo da tolerância.

O Sr. Pinto de Campos: Não há tolerância quando se trata de esmagar o erro; neste ponto sou intolerante.

[...]

O Sr. Ottoni: Tanto mais deploro as dificuldades em que se têm achado diferentes Ministérios para resolverem esta questão, quanto, no meu modo de entender, ela é a mais simples que se pode imaginar.

Em seguida, após debaterem artigos constitucionais acerca da religião oficial e da liberdade religiosa, concluem:

O Sr. Ottoni: - Quem permite admite. [...] No momento, pois, em que a Constituição proclamou que são permitidas no Império as outras religiões, reconheceu como consequência indeclinável que os casamentos abençoados pelos padres das outras religiões também são casamentos legítimos.

O Sr. Pinto de Campos: - Não apoiado; isso é anticatólico, é contra os artigos da nossa fé.

O Sr. Ottoni: - Desde este momento ficou líquido para mim que todo o casamento que tivesse as bênçãos de um padre da religião de um dos cônjuges, dadas segundo o ritual da respectiva religião, é um casamento válido perante a lei.

O Sr. Pinto de Campos: - Misericórdia! (CPB, 1979, v. 5, p. 19-20)

Em 27 de julho de 1861 os dois deputados voltariam aos calorosos debates. Desta vez, motivados pela informação do ministro da Fazenda de que o projeto sobre casamentos entre protestantes seria aprovado pelo Senado naquele mesmo ano:

O Sr. Ottoni: - Estou persuadido de que nesse ponto o Ministério achará o apoio de ambos os lados da Casa [...]

O Sr. Pinto de Campos: - O nobre deputado está muito enganado.[...]

O Sr. Ottoni: - [...] Venha porém o projeto mandado do Senado, e terá grande maioria na Casa.[...]

O Sr. Pinto de Campos: - Todas essas medidas anticatólicas hão de encontrar nesta Câmara a mesma resistência enérgica que sempre encontraram as tentativas heréticas do ex-regente Feijó; resistência que sempre encontrou no Piemonte o há pouco finado conde Cavour, que nunca conseguiu secularizar o casamento. [...]

O Sr. Ottoni: - Eu me admiro do procedimento pouco evangélico dos nobres deputados. Peço que tenham mais caridade com o orador. [...]

Teófilo Ottoni se refere à necessidade de atentar para a legislação francesa, a qual reconhece os efeitos civis de casamentos feitos fora do âmbito da Igreja, ao que o Pe. Pinto de

Campos reagiu, garantindo que “a França não admite, sem a dispensa da Igreja, casamentos mistos”. Conclui a discussão desta maneira o Pe. Pinto de Campos, reclamando a regulação dos atos pelas leis existentes:

Um Sr. Deputado: - Quem não quiser, não se case.

O Sr. Pinto de Campos: - Nada melhor; deixe-se ao arbítrio de cada um; ora essa! No foro da consciência cada um obre como entender, mas no foro externo é preciso que se regulem os atos pelas leis existentes (CPB, 1979, v. 5, p. 21-22)

Prossegue, deste modo, o longo embate acerca do casamento civil, o qual enseja, nos quadros decisórios da política do período imperial, a interpenetração dos poderes temporal e espiritual, tão a gosto das conjugações que se vão delineando ao longo do processo de secularização entendida como autonomização das esferas em relação à religião. Essas esferas, pelo menos nesse período do século XIX, de tal forma estão atreladas e confundidas com a esfera religiosa – pelo menos no que tange ao tema aqui discutido –, que se pode encontrar, paradoxalmente, defesas da secularização do casamento com teor eminentemente religioso, como aquela do Visconde de Maranguape, a que me referi acima. Isto é, no âmbito do processo decisório legislativo há discursos que, para defender o casamento civil, partem de um arcabouço de justificação que tem sua identidade nas concepções de mundo religiosas. A fala de Manuel Pinto de Souza Dantas – que tampouco era clérigo – nas discussões do Senado (sessão de 9 de agosto de 1861) é característica de tal operação de sentidos no jogo dos poderes temporal e espiritual:

Isso (o casamento) nunca foi negócio dos padres... Veiu a lei nova: Jesus Cristo fallou de fornicação, fallou do adultério, fallou do divórcio, mas nele não se encontra uma só palavra que diga que os casamentos deviam ser feitos pelos padres e fosse negócio da Igreja... o matrimônio... fórma um concreto contrato, sacramento é negócio de consciência entre Deus e o homem.

Perceba-se na manifestação de Souza Dantas uma tendência a considerar a esfera jurídica como tendo modos de operar exclusivos, contrastantes e independentes do modo de operar da esfera religiosa. Tal raciocínio ganhará maior consistência nas conjugações sociais posteriores, sobretudo a partir da separação entre Igreja e Estado.

Ao apresentar à Câmara dos Deputados a tão discutida proposta, Diogo de Vasconcellos, na sessão de 30 de julho de 1861, esclarecia os motivos da necessidade do casamento civil para todas as uniões. Sua fala, igualmente enfileirada no movimento de secularização do casamento, apresentava também uma cautela ao referir-se ao poder espiritual, ali presente e pouco diferenciado:

As leis que regulão no Império o matrimônio não podem, sem grave comprometimento dos interesses públicos, permanecer inalteradas. A liberdade de consciência e a tolerância dos cultos são princípios que a Constituição política do Estado proclama e consagra... O governo

Imperial acompanha a Nação em seus sentimentos religiosos, na obediência dos preceitos da Igreja de Jesus Christo, no respeito aos direitos incontestáveis do poder espiritual; e, reconhecendo sua independência, não pôde, por isso mesmo, deixar de pugnar pelo livre exercício das attribuições do poder temporal. É fora de dúvida que, como outras Nações Cathólicas, pôde o Brasil estabelecer o casamento civil e legitamá-lo em todos os seus efeitos. Fiel a taes princípios, o governo Imperial vem solicitar de vossa illustração e patriotismo medidas que protejão a segurança das famílias, seu futuro. [...] a urgência de animar a emigração com solicitude para dar-se desenvolvimento à nossa produção. Incontestavelmente, porém os esforços do governo encontrárao barreira insuperável na satisfação dessa necessidade, se por ventura os estrangeiros que vierem trazer-nos sua indústria e seu trabalho não puderem contrahir os laços de família com certeza de sua legitimidade, e com todos os efeitos que provém do matrimônio legalmente contrahido (é necessário) [...] melhorar esta situação é o dever e o empenho do governo Imperial.

Verifique-se a recorrência aos “sentimentos religiosos”, à “obediência aos preceitos da Igreja de Jesus Christo”, ao “respeito aos direitos incontestáveis do poder espiritual”, em nome do governo. Ainda que expressando, talvez, um cuidado estratégico considerando parte expressiva do parlamento religioso e conservador, vê-se no discurso mais um dado indicador da forte impregnação do elemento sagrado no processo decisório que se delineava naquele período.

A despeito de tal cuidado, de tamanha consideração feita ao tão presente e constante poder espiritual, opunham-se ao projeto de Vanconcellos as forças conservadoras que, por sua vez, requeriam a permanência da instituição imersa no simbolismo religioso. No Senado, Cansação de Sinimbu expressa tal posição conservadora em sessão de 10 de agosto de 1861:

Não acho conveniente que em uma época em que desgraçadamente se nota tão deplorável arrefecimento no sentimento e nas crenças religiosas, se adote uma regra por meio da qual o acto mais importante e solenne da vida do Homem, aquelle que regulando a relação doméstica serve de base e fundamenta a sociedade, deixa de ter a santidade que lhe imprime a condição forçada de ser cotrahido à face da Igreja.

Assim era que o processo de secularização do casamento ia se articulando, não sem a transposição de uma série de obstáculos por conta mesmo do simbolismo religioso que impregnava o tema. Poucas das diversas iniciativas com vistas a institucionalizar o casamento civil, ao longo de grande parte da segunda metade do século XIX, lograram as conseqüências esperadas pelo discurso de tendência liberal. De tal modo que se pode entender porque, segundo A. H. de Souza Bandeira Filho (1876 *apud* LORDELLO, 2002, p. 122), em seu comentário à lei n. 1.144 de 11 de setembro de 1861, “de 1854 até 1861 a proposta primitiva soffresse tantas emendas e tantas modificações que afinal desapareceu de todo a idéia do casamento civil, e ficaram subsistindo sem nenhuma alteração todas as disposições do Direito Canônico relativas aos casamentos mistos”. De acordo com o artigo primeiro do decreto nº 1.144, os efeitos civis –

e não o casamento civil – dos casamentos celebrados na forma das leis do império seriam extensivos:

§1º. Aos casamentos de pessoas que professarem religiões diferentes da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos. §2o. Aos casamentos de pessoas que professarem religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das regiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso. §3o. Aos casamentos de pessoas que professarem religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou as prescripções das religiões respectivas, com tanto que a celebração do acto religioso seja provada pelo competente registro, e na fórma que determinado fôr no regulamento. §4. Tanto os casamentos de que trata o §2o, como os dos precedentes não poderão gozar do beneficio desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Império, naquillo que lhes possa ser applicável, obste ao matrimônio cathólico.

Ficavam, portanto, os efeitos civis subordinados ainda à esfera religiosa. A religião ainda, mesmo que não mais exclusivamente a católica, intermediaria tal reconhecimento. A possibilidade de contrair matrimônio fora dos ditames do sagrado sequer fora cogitada. Os sem religião não teriam meios de fazê-lo. Sobravam-lhes três escolhas: ou a conversão, ou o concubinato, ou o celibato. Aos acatólicos tais efeitos seriam reconhecidos mediante a verificação da celebração do respectivo ato religioso, o qual, por sua vez, não podia obstar ao matrimônio católico. Sobrevivia, por conseguinte, o mesmo direito canônico de sempre, à sombra de Roma.

A voz do clero acerca desse tema na Câmara dos Deputados voltava a se manifestar somente em 1885, na décima nona legislatura. Apenas um clérigo fora eleito para esta curta legislatura, tendo as duas anteriores (1878-1881 e 1881-1884) experimentado a ausência da presença clerical. O parlamento vivenciava, neste momento, o efetivo decréscimo da atuação eclesiástica. A despeito disso, foi longa e expressiva a participação do Pe. Olímpio de Souza Campos no debate sobre o casamento civil. A bem da verdade, sua atividade nesta legislatura ficou quase que restrita a tal debate. A 17 de julho de 1885 protestava contra a idéia da imigração como justificativa para a instituição do casamento civil, afirmando ser ela um falso motivo na voz daqueles que queriam “macular a santidade da família brasileira”:

É muito patriotismo estatuir-se uma lei, sacrificando os hábitos e crenças da totalidade da população, só para satisfazer as paixões de alguns indivíduos! Promovam-se a colonização e todos os melhoramentos morais e materiais, mas não se rebaixe o caráter nacional. Felizmente o honrado ex-ministro da Agricultura, sem querer, deixou patente que para colonização precisa-se de dinheiro e não de casamento civil. [...] Devo acreditar que a colonização não servirá mais de falso motivo para se pretender macular a santidade da família brasileira com uma lei de casamento civil para católicos.

Persista-se na obra da imigração a esmo, sem plano nem economia, mande-se buscar europeus para atirá-los às praias ou despedi-los para as repúblicas vizinhas por não haver terreno demarcado para seu estabelecimento no país, importe-se mesmo mais moedeiros falsos, *caftens*, *Maurers*, e tudo quanto quiserem, mas não se diga que para a consecução deste *desideratum* é mister uma lei, que violenta os sentimentos dos brasileiros, como é o casamento civil (CPB, 1979, v. 5, p. 188-189).

Um episódio dava força ao argumento de Souza Campos: a recusa ao pagamento do transporte de imigrantes europeus, antes prometido pelo Governo Brasileiro. Saliente-se que, a quatro anos do advento da República, o fator imigração continuava sendo elemento propulsor do movimento de secularização do casamento. O poder espiritual, por sua vez, esforçava-se com vistas a desvincular a instituição do casamento civil para toda a população – inclusive para católicos – da necessidade de mão-de-obra estrangeira. De acordo com Souza Campos, a população brasileira, homogeneamente católica, não requeria uma nova lei que mudasse o estado atual das coisas em relação ao matrimônio:

A lei deve consubstanciar a aspiração do povo, conforme suas circunstâncias, hábitos, usos e costumes. Pergunto eu, que solicitações foram dirigidas aos poderes públicos pela maioria da nação para dizer que o casamento civil é *tenaz e instantemente exigido* pela opinião e pelos interesses do país?

Se, pois, o país está satisfeito com a religião que professa, se não reclamou *novidade* alguma, para que essa imposição às suas crenças e hábitos? [...] O país não quer leis contra suas crenças e hábitos. O *espírito moderno*, conhecendo que sua propaganda anticristã não tem achado guarida no *espírito retrógrado* dos brasileiros, quer impô-la em nome da liberdade! Siga outro caminho o liberalismo. Afervore-se na propagação de suas idéias e se conseguir (...) que o casamento não religioso seja verdadeiramente tenaz e instantaneamente exigido pela opinião do país, então se apresente ao Parlamento e o rei, o casamento civil não tem direito de cidade, é uma inovação imprudente, perniciosa, atentatória da lei constitucional, que mantém uma religião, e das crenças dos cidadãos (CPB, 1979, v. 5, p. 194-195).

Utiliza-se de ironia ao contrapor *espírito moderno* e *espírito retrógrado*, reconhecendo às correntes liberais os esforços a fim de secularizar o casamento. Para o clérigo, tal coisa não conseguiria o liberalismo, pois ia de encontro à Constituição, ao princípio de religião oficial do Estado e às crenças dos cidadãos brasileiros. Para atender àqueles de religião diferente da oficial, já havia uma lei, referindo-se ao decreto 1.144, de 1861:

Os religiosos dividem-se em duas classes - católicos e acatólicos. Quanto aos primeiros é desnecessário o casamento civil, já por motivo de consciência, já porque o decreto de 3 de novembro de 1827, aliás excusável *ex-vi* do art. 5.º da Constituição, determina que o Concílio de Trento seja a lei reguladora dos casamentos. Quanto aos acatólicos, ou estes têm pastores de suas seitas ou não; no 1.º caso, o decreto de 11 de setembro de 1861 está para regular-lhes os casamentos... (CPB, 1979, v. 5, p. 195).

Defendendo a exclusividade da jurisdição eclesiástica sobre o casamento, cujas bases aponta na Carta de 1824, Souza Campos é uma das vozes que buscam manter vivo o já caducante direito canônico. Tal estado de coisas, levando em conta as devidas decorrências, faz restar desnecessário o casamento civil. Nessa sua fala vislumbra-se o quanto as instituições jurídicas ainda não secularizadas alimentavam-se mutuamente com vistas à manutenção do seu teor sagrado. Utilizando-se desse expediente, o clérigo sergipano se empenha num raciocínio lógico resistente à argumentação do parecer que admite o casamento civil para toda a população:

1o. Porque quem aceita uma religião está na obrigação de admitir seus princípios (...), não pode paralisar os seus preceitos, e, portanto, deve observá-los; 2o. porque o decreto de 3 de novembro de 1827, admitindo o Concílio de Trento como lei do país, reconheceu *ipso facto* que nenhum direito assiste ao Estado sobre a substância e forma do matrimônio e de nenhum outro sacramento. Em regime de Igreja Oficial, é infidelidade usurpar-lhe a jurisdição sobre os sacramentos. O grande sofisma do parecer está em supor que há católicos que dispensem o casamento religioso. O cidadão que dispensa a bênção da Igreja não é católico, e pode fazer o seu casamento como lhe aprouver. O que não se pode admitir é que o Estado, induzindo os católicos menos fervorosos a desobedecer as leis da Igreja, decrete o sacramento civil, sem cometer uma gravíssima infidelidade para com a sua aliada. Nunca se justificará o casamento civil, mesmo facultativo, entre católicos, porque é preciso supor católicos fora da Igreja católica (CPB, 1979, v. 5, p. 195).

Ao quadro de instituições jurídicas que mutuamente se reconheciam em seu caráter sagrado, adicionam-se a Monarquia e os partidos monárquicos. Neste sentido, secularizar o casamento implicaria contradizer todo este conjunto de instituições, incluindo o próprio governo imperial: “Retirar da Igreja o casamento é ‘descatolicizar’ o Brasil e por conseguinte desmonarquizá-lo no sentido do corifeu da revolução.” Uma vez imersos dentro da mesma base de legitimação – pensava o clérigo –, catolicismo e Monarquia eram igualmente confrontados pela proposta de casamento civil. Os partidos monárquicos, por sua vez, tampouco podiam ser vislumbrados num posicionamento diferente do da Igreja:

Que o partido republicano assoalhe a necessidade do casamento civil, não porque a República seja incompatível com a religião, mas como um meio de conseguir os seus fins [...]; o que não compreende-se é que partidos monárquicos decretem uma lei que é uma violência às crenças da totalidade da população. E quando a religião é proscrita da família, e portanto da comunhão social, se relaxa o dever, desaparece o respeito, a autoridade se desmoraliza e nestas condições exerce o despotismo (CPB, 1979, v. 5, p. 190).

A voz do clero na Câmara, em se tratando do tema casamento civil, não alcançará novamente a mesma expressividade que marcou a 19a legislatura, com a atuação do Pe. Olímpio de Souza Campos. Ele mesmo voltará a ser eleito, juntamente com outros cinco clérigos, para a

20a e última legislatura da Câmara no período imperial (1886-1889). Todos os clérigos participaram dos debates relativos aos projetos sobre o tema, os quais não passaram. Somente com a aprovação do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, seria instituído o casamento civil, já sob os auspícios da República.

*

A exemplo do que ocorre com a voz do clero no que se refere à liberdade religiosa no momento da separação entre Igreja e Estado, também a voz do clero contra a secularização do casamento deixará o espaço parlamentar e se empenhará com vistas a alcançar os fiéis, numa investida de caráter proselitista. A propaganda patrocinada pelo movimento ultramontano em favor do casamento religioso, já expressiva a partir da década de 1860, intensifica-se às vésperas e a partir do advento da República.

Em se tratando do tema secularização do casamento, atente-se para o processo de autonomização das esferas que opera neste período. Não só o Estado – o poder temporal – torna restrita à sua própria esfera a jurisdição sobre as questões civis, como também a própria esfera religiosa – o poder espiritual – passa a direcionar aos fiéis o seu discurso contra o casamento civil. O sagrado deixa o espaço eminentemente político, restringindo-se às atividades de evangelização e pastoreio, estritamente religiosas.

A campanha ultramontana veiculada pelos diversos veículos característicos do métier religioso causou adesão significativa por parte dos fiéis. De tal maneira que grande parte deles estava casando apenas no religioso, sendo a adesão ao casamento civil menor do que se esperava.[5] Portanto, não houve, pelo menos inicialmente, grande alteração em relação ao quadro anterior à separação entre Igreja e Estado.

Em decorrência disso, cinco meses após a oficialização do casamento civil pelo Decreto nº 181, o Governo Provisório estabelecia a obrigatoriedade da precedência do casamento civil pelo Decreto nº 521 de 26 de junho de 1890. Seriam punidos os ministros religiosos que violassem a norma, casando no religioso sem requerer a certidão do casamento civil. Contudo, os eclesiásticos continuaram ministrando casamentos sem atenção à norma e aconselhando os fiéis a casarem somente no religioso. Depois de grande polêmica por ocasião da Constituinte Republicana, tal obrigatoriedade seria abolida. Todavia, havia promotores que, mesmo depois de abolida a obrigatoriedade, recorriam ainda contra padres que casavam fiéis sem a certidão do casamento no civil. Cite-se, a exemplo disso, o Recurso Crime nº 137 de São Manuel pelo promotor público Antônio do Amaral Vieira, em 29 de junho de 1893:

o cônego Manuel Antunes de Siqueira, sacerdote cathólico, residente nesta villa por ter... celebrado na Igreja matriz o casamento do cidadão Aleixo dos Santos com Esperança Maria de Jesus, antes do acto civil, que até agora não foi effectuado. Este facto, altamente criminoso já por ser uma válvula aberta aos mal intencionados, que podem impunemente contrahir grande número de casamentos... já para ser um

óbice à Constituição da Família... protegida por leis do país, as quaes o clero tem opposto grandes embaraços...[6]

Infringiam a norma os clérigos, pois se submetiam ainda ao direito canônico, o qual, tendo suas bases em Roma, era mantido como prevaemente à própria Constituição de 1891. Esta, por sua vez, no parágrafo 4º de seu artigo 72, viria assegurar que “A república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Diante disso, a aguerrida e incansável campanha ultramontana, dez anos depois da instituição do casamento civil, dirigia-se aos fiéis na pastoral coletiva de 1900, buscando ainda fazer valer o mesmo direito de tipo canônico para a questão do matrimônio:

Decreto-se que o Estado, isto é, o Governo de uma nação católica, só reconhecerá o chamado casamento civil, que diante de Deus e da Igreja é pura mancebia, coberta com a proteção das leis. A este concubinato dão elas, nome, foros, privilégios de casamento; só a reconhecem e honram, enquanto nenhum caso fazem do sacramento do matrimônio instituído por Jesus Cristo, fora do qual sacramento toda união do homem e da mulher entre os cristãos é gravíssimo pecado contra o sexto mandamento de Deus (Pastoral Coletiva do Episcopado Brasileiro de 1900, p. 64).

A campanha ultramontana, empenhada na reorientação do catolicismo brasileiro em direção a uma atitude mais afinada com Roma, não chegava de igual maneira em todas as camadas populacionais, espalhadas ao longo do território nacional. As crenças e práticas religiosas da maior parte da população (do chamado catolicismo popular ou rústico) não recebiam as orientações da hierarquia eclesiástica da mesma forma que as classes médias dos centros urbanos. Chegavam, geralmente, na forma de impedimentos às práticas religiosas sobreviventes desde o período colonial, vistas com preconceito pela hierarquia, uma vez que fugiam ao seu controle e ofereciam obstáculos ao tipo de catequese que desejavam fazer preponderar, sob os moldes da ação romanizadora.

Ainda assim, mesmo alheios às devidas influências que sobre eles a campanha ultramontana faria incidir, de tais grupos religiosos surgiram manifestações geralmente contra o processo de secularização que marcava o período. Dentre tais manifestações, havia aquelas contra o casamento civil. Estas, por sua vez, tendiam a levar até as últimas conseqüências os seus esforços, culminando nos enfrentamentos bélicos tão conhecidos da historiografia brasileira.[7]

O radicalismo das expressões religiosas populares contra o casamento civil não se verifica na campanha ultramontana propulsionada pela hierarquia eclesiástica. Esta se deparava, aqui e ali, com a necessidade de obediência às leis do Estado com vistas à manutenção da ordem social vigente, o que requeria subordinação às autoridades constituídas. Seu discurso e sua movimentação deveriam ser cuidadosos quanto a este aspecto, já que a ação romanizadora visava ao estabelecimento, nos fiéis, de um conjunto mais coeso de crenças. Tal preocupação

pode ser encontrada no pensamento dos padres capuchinhos franceses que missionavam nos núcleos coloniais do Rio Grande do Sul, entre 1896 e 1915:

Pela força das coisas, chegou-se a afirmar e a acreditar: a República transferiu do Sacerdote para o Juiz, a faculdade de casar; pode ser que a República fez mal, mas não importa, nós temos o dever de nos sujeitar às leis; o casamento religioso, não tem vez de existir. Tal confusão não é fácil de dissipar. Dizem: “Para que casar duas vezes se não se é viúvo? Antigamente casavam duas vezes? Existe diferença entre o casamento de hoje e o de outrora?” É muito difícil fazer entender a certos espíritos a diferença entre a “estola” do vigário e a “toga” do prefeito da cidade. [8]

Motivado pelas exigências de uma certa coerência doutrinária mínima, este cuidado manifestado pelos padres capuchinhos – alguns dentre tantos outros braços do esforço de romanização em que se empenhava a hierarquia católica –, inexistia nos movimentos do catolicismo popular que emergiram entre o final do século XIX e início do século XX. Acerca dessas manifestações do catolicismo popular em Juazeiro do Norte, Ralph della Cava (1977, p. 68) salienta a relação existente entre o movimento ao redor do milagre da hóstia que sangrava [9] e a reprovação do casamento civil:

A pedra de toque da fé popular propagada pelas beatas era uma visão apocalíptica da iminente destruição do mundo... as beatas chamavam a atenção para a recente derrubada da monarquia brasileira, e para a recém-decretada autoridade da República sobre o matrimônio, o que era, até então, domínio exclusivo da Igreja. Consideravam-se essas duas mudanças como sinais do “juízo final”.

Os milagres, em cuja base se legitimava a autoridade de tipo carismático do movimento religioso em Juazeiro, vinham à tona como revelações de uma condenação divina das inovações republicanas, dentre as quais o casamento civil. Das idéias subjacentes ao movimento que se delineia, a *Segunda Redenção* – direcionada a um “juízo final” – imprimia no movimento o seu caráter messiânico, com expressivo componente escatológico, sustentando a condição de profeta do Pe. Cícero na liderança do movimento. Tais características deram espaço à confrontação com a tradição mantida pela hierarquia, culminando nos conflitos eclesiais que se seguem no período.

Compreende-se, desta maneira, como as idéias contra o casamento civil presentes nesta manifestação do catolicismo popular do Juazeiro ganham o radicalismo que as caracteriza. Estabelecendo-se nas bases dos eventos mágicos – e extracotidianos – que sacralizavam a autoridade do líder carismático, esta expressão religiosa popular conferia a si mesma a missão de reformar uma ordem social corrompida, restaurando-a segundo padrões divinos. E nesta restauração, nesta nova ordem escatologicamente anelada, não há lugar para o casamento civil.

Canudos também foi palco da reprovação do casamento civil. A este respeito, como informa Ataliba Nogueira (1997, p. 189, 192), bradava Antônio Conselheiro:

Estas verdades demonstram que o casamento é puramente da competência da Santa Igreja, que só seus ministros têm poder para celebrá-lo; não pode portanto o poder temporal de forma alguma intervir neste casamento, cujo matrimônio na lei da graça Nosso Senhor Jesus Cristo o elevou à dignidade de sacramento, figurando nele a união com a santa Igreja [...]. Assim, pois, é prudente e justo que os pais de família não obedeçam à lei do casamento civil, evitando a gravíssima ofensa em matéria religiosa que toca diretamente a consciência e a alma. [...] O pai de família, porém, que tem obedecido à lei do casamento civil, se não nota esta comoção bem própria da natureza humana: nesse coração não entra a ternura nem a compaixão. Considerem gravíssima ofensa que tendes para com Deus, se obedecerdes semelhante lei. Como pode dominar em vós a fé tão preciosa diante de Deus se obedecerdes a semelhante lei? Como pode conciliar-se o afeto que devei às vossas filhas, entregando-as ao pecado proveniente de tal lei? Plenamente certo de que, se cometerdes tal procedimento, tendes negado a fé: que peso enorme não deveis sentir na vossa consciência e alma como jóia preciosa diante de Deus? [...] O casamento civil é incontestavelmente nulo, ocasiona o pecado do escândalo, que, segundo diz o Evangelho, Deus não usará de misericórdia quando dá ocasião ao escândalo.

Apregoando a nulidade do casamento civil, Antônio Conselheiro reprovava a ação do poder temporal, o qual retirava ao matrimônio sua aura sagrada. O caráter messiânico desta expressão do catolicismo popular também exigia, como em Juazeiro, o restabelecimento de uma ordem social anterior. O casamento civil, por sua vez, era um dos fatores rebelados contra a ordem divina. Restaurá-lo, junto com a Monarquia e contra a República provia o sentido do movimento, cujos símbolos populares revelavam o arraigamento de sua luta numa inspiração característica da obediência que tem suas bases no profetismo e na revelação salvífica. Repletos deste sentido são os versos que em 1897 foram encontrados em pedaços de papel por entre os mortos do arraial:

Garantidos pela lei
Aquelles malvados estão
Nós temos a lei de Deus
Elles tem a lei do cão

Casamento vão fazendo
Só para o povo iludir
Vão casar o povo todo
No casamento civil!

D. Sebastião já chegou
E traz muito regimento
Acabando com o civil
E fazendo o casamento

O Anti-Christo nasceu
Para o Brasil governar
Mas ahi está o conselheiro
Para dele nos livrar

(CUNHA, 1902/2002, p. 332-333).

Atente-se para a referência ao casamento civil como estando na “lei do cão”, o qual combatiam, arregimentando-se no arraial. Esta era a tendência das expressões religiosas que emergiam do catolicismo popular, freqüentemente ao redor do profeta, cuja revelação redentora abastecia a base de legitimidade em que se sustentava a intrepidez dos seguidores.

No Contestado, movimento de caráter milenarista [10] que também visava à restauração de uma ordem social, um grande número de casamentos era feito (MONTEIRO, 1997). Tendo rompido com os clérigos, tais casamentos eram conduzidos por uma espécie de “juiz de paz rural”, instituído nas bases do próprio movimento, dentro do sentido escatológico que lhe dava força. Nas palavras de Monteiro (1997, p. 77), “o casamento civil da República como que se ‘santificara’ dentro das vilas”. Atente-se, também aqui, para uma rejeição do casamento civil, o qual é, de certa forma, ressacralizado por intermédio do significado sagrado que envolvia o movimento.

Esta operação de reprovação do processo de secularização do casamento proveniente das expressões religiosas populares aponta para a permanência do cotidiano da população numa concepção de mundo religiosa da qual não se desvencilhou tão logo se processaram a separação entre Igreja e Estado, a extinção do Padroado e a própria instituição do casamento civil. Ao passo que se autonomizavam as esferas da sociedade brasileira em relação à religião, não houve contrapartida imediata desta operação na mentalidade popular, a qual se mantinha ainda atada à concepção sagrada da autoridade (monárquica) constituída e de um direito canônico que estabelecia padrões de relações familiares enraizadas no sagrado. Assim é que as idéias acerca do casamento civil tendiam a se estabelecer como pecado, concubinato, coisa do cão, do anticristo.

*

Ainda assim, mesmo diante da resistência inicial da hierarquia eclesiástica, bem como da movimentação característica dos movimentos religiosos do catolicismo popular, os ventos da modernidade prosseguiriam, culminando na formulação do código civil de 1916. Pela primeira vez, vinte e sete anos após a Proclamação da República, estariam as questões civis – inclusive aquelas relativas ao casamento – definitivamente desvinculadas do direito de tipo canônico sobrevivente desde a época colonial. Até então, eram ainda as Constituições baianas de 1707 ativas, em maior ou menor medida, como base jurídica que regulava a ordem familiar.

Neder e Cerqueira Filho (2001, p. 118) atribuem esse atraso na codificação civil “às dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular as restrições que a visão moderna de direitos da pessoa (...) impôs ao *pátrio poder*, que no Brasil se manteve fundado numa concepção ainda medieval sobre autoridade na família.” Impunham-se, portanto, obstáculos ao tipo de direito que se tentava implantar. A “visão moderna de direitos da pessoa”,

marcada, sobretudo na Europa, pela corrente de idéias reunidas sob o título de individualismo, contrastava com a visão tradicional originada em Trento. Entende-se, por conseguinte, porque fora tão atribulada a formulação definitiva do Código que veio à lume somente em 1916.

A permanência insistente do direito canônico nos esforços com vistas à instituição de um Código Civil é explícita no primeiro projeto [11], de 1860, encomendado por D. Pedro II ao jurista brasileiro Teixeira de Freitas.[12] Atente-se para o conteúdo dos seguintes artigos do esboço, listados na Seção II “Dos direitos pessoais nas relações de família”:

*DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO À FACE DA IGREJA
CATÓLICA*

Art. 1261. O casamento entre católicos será celebrado, como até agora, pela forma e com as solenidades que estabelece a Igreja no Concílio Tridêntico, e nas Constituições em vigor no Império.

Art. 1262. Os Párocos receberão à face da Igreja os contraentes, se forem do mesmo Bispado, e ao menos um dêles seu paroquiano, não havendo entre eles impedimento, e depois de feitas as denúncias canônicas, sem que para isso seja necessária qualquer licença dos Bispos, ou de seus delegados.

Art. 1263. Êste Código reconhece como impedimentos para o casamento à face da Igreja Católica os estabelecidos nas leis canônicas, pertencendo à autoridade eclesiástica decidir sôbre a existência de tais impedimentos e conceder dispensa dêles (CCB, 2003, p. 471).

De tal forma estava o esboço ligado ao direito canônico que até mesmo a acusação criminal por motivo de “matrimônio clandestino” não seria admitida “sem que sôbre a clandestinidade se tenha pronunciado no Juízo Eclesiástico sentença passada em julgado”, conforme afirmava o artigo 1272 (CCB, 2003, p. 473). O esboço traz ainda dois artigos (1273 e 1274) sob o título *Da celebração do casamento com autorização da Igreja Católica*, e outros 25 artigos (do 1275 ao 1298) detalhando como proceder nos casos reunidos sob o título *Da celebração do casamento sem autorização da Igreja Católica*. Dentre tais artigos, o 1277 proibía o casamento “entre cristãos e pessoas que não professarem o cristianismo” (CCB, 2003, p. 474). Outros quatro artigos (1419 ao 1422) legislavam acerca da dissolução do casamento, primeiramente “com a autorização da Igreja Católica” e, a seguir, sem tal autorização. O mesmo se daria a respeito da “nulidade do casamento”.

Redigido na mesma época em que se travavam no parlamento imperial as questões acerca da liberdade religiosa, o esboço de 1860 traz marcas nítidas do princípio de religião oficial, bem como o da união entre Igreja e Estado. A este respeito, vale notar que o texto do projeto traz o termo “Igreja Católica” repetido por 38 vezes ao longo de sua redação.

Neder e Cerqueira Filho (2001), referindo-se ainda à dificuldade de gestação do Código Civil, remetem-na a “obstáculos de ordem emocional e afetivo religiosos”, os quais seriam os mais decisivos para o fracasso do primeiro projeto. Tais obstáculos, por sua vez, ganham a

forma de esboço de lei, a qual revela a dificuldade – não só de Teixeira de Freitas, como se pode verificar nos embates parlamentares – de aceitar a instituição do casamento fora do controle da Igreja Católica.

O projeto de Clóvis Beviláqua, o qual seria implantado em 1916 depois de longa tramitação no Congresso Nacional, traria avanços significativos em matéria de Direito da Família. Veja-se, a este respeito, o quanto contrastam as bases de legitimação do casamento proclamadas pelas Constituições baianas, por um lado, a aquelas às quais alude Beviláqua em seu comentário ao Código Civil de 1916 (Quadro 1).

Quadro 1 – Comparação entre as Constituições de 1707 e Comentário de Beviláqua ao Código Civil de 1916

CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS do Arcebispado da Bahia – 1707	Comentário de Beviláqua ao Código Civil de 1916
O último Sacramento dos sete instituídos por Christo nosso Senhor é o do Matrimônio. E sendo ao princípio um contracto com vínculo perpetuo, e indissolúvel, pelo qual o homem, e a mulher se entregão uma ao outro, o mesmo Christo Senhor nosso o levantou com a excelência do Sacramento, significando a união, que há entre o mesmo Senhor e a sua Igreja, por cuja razão confere graça aos que dignamente o recebem. A matéria deste Sacramento é de domínio dos corpos, que mutuamente fazem os casados, quando se recebem, explicado por palavras, ou signaes, que declarem o consentimento mutuo, que de presente tem.	O primeiro effeito que o Código attribui ao casamento, é a legitimidade da família. Sob o ponto de vista social, da organização da vida humana sob a direção ethica, é realmente, esse o objectivo que tem a lei, regulando a união dos sexos, depurando os sentimentos, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole, cercado de respeito a família, sobre a qual repousa a sociedade civil.

Atente-se para a “direção ethica” a que se refere Beviláqua, visando a depurar os sentimentos e a reprimir paixões. A isso tudo visa sem, no entanto, a base sacramental característica do direito canônico representado pelas Constituições baianas. Desta antiga base o aparelho jurídico se vê agora separado. Desta maneira, processa-se a secularização da “ethica” de que fala Beviláqua, pelo menos nos quadros desta nova ordenação jurídica. O próprio Direito de Família aparece agora desvinculado da aura sagrada que anteriormente o envolvia. Em um de seus comentários ao código, Beviláqua acrescentava a seguinte reflexão a título da indissolubilidade do casamento:

Mas o matrimonio, se não é um sacramento para o direito, como para a religião catholica, é o acto mais importante da vida individual. A sociedade cerca-o de cuidados especiais, pelo interesse que elle tem para a vida collectiva, tanto do ponto de vista da solidez da sua organização, quanto do ponto de vista da moral pura.

Reconhecendo a sua importância para a vida individual e coletiva, o autor do projeto ressalta o ponto de vista da “moral pura”, afastando-se, por conseguinte, de referências às bases religiosas dessa moral. O Código de 1916, assim como as Constituições baianas, lista os deveres dos que contraem o casamento, mas o faz abstendo-se de qualquer base na religião. Atente-se, novamente, para o contraste que se revela quando da comparação sob este aspecto (Quadro 2).

Quadro 2 – Comparação entre as Constituições de 1707 e o Código Civil de 1916.

Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia – 1707	Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Lei nº 3071 de 1o de Janeiro de 1916)
Foi o Matrimônio ordenado principalmente para três fins: e são três bens, que nelle se encerrão. O primeiro é o da propagação humana, ordenada para o culto, e honra de Deos. O segundo é a fé, e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos mesmos casados, significativa na união de Christo Senhor nosso com a Igreja Catholica. Alem desses três fins é também remédio da concupiscência, e assim S. Paulo o aconselha como tal aos que não podem ser continentes.	Art. 231. São deveres de ambos os conjuges: I. Fidelidade reciproca. II. Vida em commum, no domicilio conjugal (ats. 233, n. IV e 234). III. Mutua assistencia. IV. Sustento, guarda e educação dos filhos.

Ainda que marcados pelo rompimento definitivo com a tão arraigada tradição do direito canônico, os avanços que marcam o novo Código não se processariam sem dificuldades. Iniciava-se em 1902 a longa e conturbada tramitação do Código de 1916 no Congresso. As dificuldades a que me refiro deixam-se refletir no alongamento e teor dos minuciosos exames. Quanto a isso não é irrelevante considerar que constam de 1191 páginas somente as discussões registradas no âmbito dos trabalhos da Comissão Especial. Tais discussões, por sua vez, revelam que não era de geral acordo o rompimento com o poder espiritual em assuntos tais como o casamento, como se pode entrever na seguinte interrogação do conselheiro Correia: “Deveremos reduzir o casamento a um acto tão leve e rapido como o toque da abelha para sugar o mel das flores? Ou o patriotismo aconselha que se revista de energia, de vitalidade, de firmeza, o vinculo matrimonial?” (CCB, 2003, p. 556).

Embora a parte referente ao Direito de Família não tenha sofrido muitas alterações até a sua aprovação final, foi especialmente significativa a discussão acerca da dissolução do vínculo conjugal. Nos termos do relator do parecer na Câmara, “a questão do divórcio foi a mais solenne de todas as discussões travadas no seio da Comissão”, a qual fora discutida

por toda classe de oradores, por deputados pertencentes ou não à Comissão, advogados, magistrados e professores de direito, apresentando todos os motivos, razões e argumentos a favor ou contra, mesmo assim não foi possível, segundo o relator, achar argumentos novos, originais ou inéditos a respeito desse assunto tão remexido (OLIVEIRA, 2001, p. 118).

Hesitações em abandonar definitivamente o direito canônico podem ser observadas nas falas do mesmo conselheiro Correia, quando se manifestava acerca da questão do divórcio, considerando-a, ele mesmo, “tormentosa”:

Effectivamente a questão do divorcio é tormentosa para a grande maioria dos brasileiros que professam uma religião que condena a dissolubilidade do vinculo matrimonial, e não por frageis motivos, sinão por considerações de maxima relevancia; é tormentosa porque as familias não podem depositar perfeita confiança na união conjugal, é tormentosa para os que, como eu, desejam ver esta Patria engrandecida, á sombra de instituições as mais respeitaveis e dignas. Eu disse que é tormentosa a questão para a maioria dos brasileiros que abraçam a religião catholica, e por motivos da maior monta. Demonstra-o a magistral Encyclica de Leão XIII, o pontifice actual, *Arcanun divinae sapientiae*, que passo a ler, solicitando a benevola atenção da illustrada Commissão... (CCB, 2003, p. 564).

Segue, então, o conselheiro Correia citando cinco parágrafos da referida Encíclica, na qual Leão XIII enumera as “consequencias funestas do divorcio”. Observe-se que mesmo separado do poder temporal, ocupava ainda o poder espiritual parte significativa das atenções no Congresso, sem a presença real do clero, porém.

Também Alencar Araripe e Andrade Figueira acompanhavam conselheiro Correia na oposição ao divórcio, mas o faziam evidenciando o caráter civil e não mais sacramental do casamento. Seus argumentos se mantinham na defesa de uma moral com nítidas bases cristãs, mas removida da esfera sagrada. Neste quadro, havia espaço inclusive para alusões à ciência moderna com vistas à defesa da monogamia e da perpetuidade do casamento, contra sua dissolução. Nos termos de Figueira (CCB, 2003, p. 572):

É, portanto, o casamento uma instituição, é um dogma, é uma instituição juridica, é uma instituição moral, e é, sobretudo, uma instituição social.

Diz - social - porque, sem o casamento, não ha familia, sem familia não ha população, sem população não ha soberania, não ha Estado, não ha exercito, não ha armada.

Portanto, é preciso recorrer ao casamento para manter a perpetuidade de raça e esta perpetuidade, diz a physiologia moderna, que tem apurado este capitulo, está mais garantida com a monogamia catholica do que com a promiscuidade dos sexos, com os amores livres, com o divorcio, com essas polygamias disfarçadas, que não são simultaneas, mas sucessivas.

[...]

A indissolubilidade do casamento, consagrado como sacramento, está fóra de questão; como instituição moral, está claro que as relações dos

conjuges serão tanto mais moralizadas quanto maior fôr o respeito que um possa ter para com o outro, a mutua afeição.

Ora, esta estima e afeição, esta communhão é maior na monogamia que na polygamia.

Admittido o divorcio, ahi vem a polygamia successiva.

Como instituição social, a physiologia demonstra que é mais util, mas este ponto sociologico não nos compete discutir, porque pertenceria mais a um congresso de sociologos.

Há que se considerar que, até o advento da República, quando não raro prevaleciam argumentos calcados nos dogmas da igreja a fim de sustentar o pensamento conservador, prevalecem agora argumentos que a si mesmo se reconhecem alheios ao âmbito do sagrado, fazendo até mesmo uso da moderna ciência – “physiologia moderna” e sociologia –, anteriormente de alguma forma anatematizadas pela Igreja Romana. Ora, tal procedimento seria uma marca do pensamento positivista brasileiro, sobretudo aquele que contribui significativamente para os esforços da “edificação” da República. Tal pensamento, cultivador da ordem e da moral, com vistas ao progresso, parecia querer manter conservados uma moralidade rígida, porém suprimida da aura sacramentada pela Igreja Católica, donde vinha a ordem social original.

Um outro tipo de atitude, aparentemente mais afinada com o ideal liberal, é encontrada em meio aos registros da tramitação do projeto no Congresso. Adolpho Gordo representa a tomada de posição segundo a qual o divórcio, como matéria legislativa, seria questão eminentemente jurídica. Critica a referência às tradições religiosas em assuntos que deveriam ser considerados exclusivamente sob o aspecto jurídico, em decorrência da “completa” separação entre Igreja e Estado:

(...) apreciarei a questão do divórcio exclusivamente sob um aspecto: - o aspecto jurídico. E é esse o aspecto, Sr. Presidente, pelo qual o Congresso na confecção do Código Civil, deve encarar o assumpto, desde que é certo que o nosso regimen é de completa separação da Igreja do Estado, de ampla liberdade de consciência e de cultos, e desde que é certo que a nossa lei fundamental, em termos bem claros e precisos, estabelece - que o único casamento que a República reconhece, é o civil.

O eminente Laurent colocou em seus verdadeiros termos a questão do divorcio. Que importa, diz elle, que a religião catholica prohiba o divorcio, e que importa que os christãos protestantes o admitam? O legislador que estiver convencido de que o instituto do divorcio é contrario à essência do casamento e inconveniente ao interesse público, terá o direito de prohibi-lo, ainda mesmo que a maioria dos cultos o consagre, assim como, si estiver convencido de que motivos jurídicos e interesses de ordem publica o legitimam, deverá admiti-lo, ainda mesmo que seja condemnado pelas crenças religiosas.

É uma consequência inevitável do princípio da secularização. Certo é conveniente que o legislador tenha em consideração as opiniões religiosas dos cidadãos, mas isto é uma questão de prudência política, e em relação ao divorcio, não se trata de resolver um problema político, mas uma questão jurídica.

O pronunciamento de Adolpho Gordo é dos mais lúcidos se se leva em conta o papel da atuação legislativa que a nova composição social requeria. Expressando a mais nítida coerência com os princípios que regem a nova conjugação social, sob a égide da República, da extinção tanto do padroado como do princípio de Religião oficial, além da separação desta em relação ao Estado, este parlamentar reconhecia à esfera do Direito uma operação independente, própria da nova situação resultante do processo de autonomização das esferas. Condiz, destarte, com o processo de secularização.

Imagine-se uma linha limítrofe que passa agora a delimitar as esferas em seus campos exclusivos. Adolpho Gordo parece vislumbrar tal linha nitidamente. Para ele, a esfera do direito basta a si mesma como fornecedora de sentido e de bases para legislar acerca da questão do divórcio. Entretanto, a questão sobre a qual se legisla, bem como o momento em que se legisla merecem uma atenção especial. Estando ainda em franca operação este processo de autonomização das esferas, a colocação de uma questão – o divórcio – que se encontra exatamente na linha limítrofe que passa a separar definitivamente as esferas em relação à religião, compreende-se o aparecimento dos diversos posicionamentos radicais, enraizados eminentemente no sagrado. Afinal, o processo de autonomização das esferas não é instantâneo, como quase tudo na história não o é. Assim é que posicionamentos tão contrastantes com aquele de Adolpho Gordo são encontrados nos registros da Comissão Especial, como se pode entrever nas palavras de Guedelha Mourão (*CCB*, 2003, p. 627-628):

Sou contra o divorcio, por motivo de religião, porque Jesus Christo, supremo legislador de minha religião, estabeleceu a monogamia, estabeleceu a indissolubilidade do vinculo, estabeleceu o casamento com esta dupla propriedade: a unidade e a indissolubilidade.

São as duas columnas que sustentam o edificio que se chama familia.

Sou contra o divorcio, porque a Igreja Catholica, que é a Igreja Christã, que atravessou vinte seculos, ensina a mesma doutrina e fulmina com seus anathemas aquelles dos seus fieis que quizerem usar do divorcio.

[...]

O que a Igreja sempre ensinou foi que o casamento entre christãos, uma vez consummado, é indissoluvel de direito divino.

É esta a verdadeira doutrina. Eu a defenderei com os evangelistas, com as epistolas de S. Paulo, com os concilios, com as encyclicas dos papas e com a tradição christã.

Portanto, para a Igreja, o divorcio é uma instituição má. E, sendo cousa má, está claro que aquelles que seguem a sua doutrina integralmente, não podem desejar ver semelhante cousa má esculpida em uma lei, principalmente em um codigo.

Questões tão polêmicas como era a do divórcio, naquele momento específico, pareciam então deixar borrados os limites que se delineavam entre os poderes temporal e espiritual. É a impressão que se tem ao se ler os registros referentes aos Trabalhos da Comissão Especial. Cabe

salientar, contudo, que não estavam confundidos os legisladores. Sabiam, todos eles, da posição que ocupavam num setor exclusivo do poder temporal:

O Sr. Anizio de Abreu - A incoherencia de V. Ex. está em afirmar que o casamento é um sacramento.

O Sr. M. F. Correia - Não entrei na questão do sacramento.

O Sr. Anizio de Abreu - Baseou-se até nos evangelhos.

O Sr. M. F. Correia - Não. V. Ex. começou por notar que não estávamos em um concílio e eu tratei de accommodar-me com essa opinião.

Não estamos em um concílio, mas em uma casa de legisladores do regimen temporal.

O Sr. Guedelha Mourão - Mas é concílio para atacar a Igreja.

O Sr. Anizio de abreu - Ninguem atacou a Igreja; as instituições civis é que foram gravemente atacadas... (CCB, 2003, p. 618).

Como entender então estes impasses? O que dizer das referências ao sagrado numa esfera dita secularizada? Ora, também nesta esfera se fariam sentir as influências de um simbolismo arraigado no sagrado, como era aquele compartilhado no reservatório de conhecimentos da sociedade brasileira de então. Segundo Lordello (2002, p. 132), marcado por um “sistema de representação cujo simbolismo é o campo privilegiado de manifestações que envolvem o divino”.

A despeito disso, após os trabalhos da Comissão Especial, a indissolubilidade do casamento, mantida após longas disputas, não é sustentada em bases religiosas, como apresenta o relator da Comissão nos Anais da Câmara de 26 de fevereiro de 1902:

A Comissão, em sua maioria, está convencida de que o divorcio, no clássico sentido de dissolução completa do vínculo conjugal, não encontraria apoio em nossos hábitos e tradições; não moralizaria a família; não seria uma solução conveniente a certos males que porventura possam acometer a esta última; poderia ser um fenômeno de desmoralização, facilitando aos maus os meios de pôr em prática os seus desregramentos e aos infelizes outros ensejos de verem renovadas as suas desventuras.

Ainda que mantendo expressivo conservadorismo moral – proveniente da tradição cristã, o que é aspecto importante a considerar – os relatórios finais, bem como a própria Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916, emergem legislando dentro do campo específico do Direito de Família, sem o antigo e tradicional arraigamento no sagrado que marcava as ordenações de Portugal. Estas últimas, neste momento, e somente neste momento, seriam decisivamente substituídas na regulamentação de matérias tão afeitas ao cotidiano da população.

REFERÊNCIAS

- BEOZZO, José Oscar. (1993), A família escrava e imigrante na transição do trabalho escravo para o livre. A igreja católica ante os dois tipos de família. In: MARCILIO, Maria Luiza. *Família, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil*. São Paulo: Edições Loyola.
- BERGER, Peter. (1985), *O Dossel Sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. São Paulo, Paulus.
- BRASIL. CONGRESSO. CÂMARA DOS DEPUTADOS. (1978/1979/1980), *O clero no parlamento brasileiro*. Brasília, Centro de Documentação e Informação; Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa. (5 vols.)
- BRASIL. SENADO FEDERAL. (2003), *Códigos civis do Brasil: do Império à República*. Brasília, Senado Federal. CD-ROM.
- CUNHA, Euclides da. (1902/2002), *Os sertões*. In: SANTIAGO, Silviano (coord.). (2002), *Interpretes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova aguilar.
- DAVATZ, Thomas. (1858/1980), *Memórias de um colono no Brasil: 1850*. Belo Horizonte, Editora Itatiaia; São Paulo, Ed. Da Universidade de São Paulo.
- DELLA CAVA, Ralph. (1977), *Milagre em Juazeiro*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- DOBBELAERE, Karel. (1981), Secularization: a Multi-Dimensional Concept. *Current Sociology*, 29, 2: 1-203.
- DOBBELAERE, Karel. (1999), Towards an Integrated Perspective of the Processes Related to the Descriptive Concept of Secularization. *Sociology of Religion*, 60, 3: 229-247.
- LORDELLO, Josette Magalhães. (2002), *Entre o Reino de Deus e o dos Homens: a secularização do casamento no Brasil do século XIX*. Brasília, Editora UnB.
- MARRAMAIO, Giacomo. (1997), *Céu e Terra: genealogia da secularização*. São Paulo, Fundação Editora da UNESP.
- MONTEIRO, Duglas Teixeira. (1997), Um confronto entre Juazeiro, Canudos e Contestado. In: FAUSTO, Boris (org.) *História geral da civilização brasileira*. Tomo III, 2o volume. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
- NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. (2001), Os filhos da lei. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, nº 45, pp. 113-125.
- NEGRÃO, Lísias Nogueira. (2001), Revisitando o messianismo no Brasil e profetizando o seu futuro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, nº 46, p. 119-129.
- NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. (1997), *Antônio Conselheiro e Canudos: revisão histórica*. São Paulo, Atlas.
- OLIVEIRA, Rita de Cássia de. (2001), *A laicização da sociedade Brasileira e o código civil de 1916: avanços e permanências na concepção de família*. Dissertação de Mestrado. Goiânia: UFG.
- PASTORAL Coletiva do Episcopado Brasileiro. (1900/1981), In: *A Igreja na República*. Brasília, Universidade de Brasília.
- SILVA, B. (Org.). (1986), *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas.
- SILVA, Maria da Conceição. (2003), Catolicismo e casamento civil da cidade de Goiás: conflitos políticos e religiosos (1860-1920). *Revista Brasileira de História*. Vol. 23, nº 46, pp. 123-146.

WEBER, Max. (1922/2001), Os três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez; Campinas, Editora da Universidade Estadual de Campinas.

WEBER, Max. (1994), *Economia e sociedade*. Brasília, Editora Universidade de Brasília. Vol. 1.

[1] A fim de dar conta da complexidade intrínseca ao conceito, há que se levar em conta a distinção de níveis de análise da secularização que se foram constituindo no *métier* da reflexão em sociologia da religião. Seguindo de perto a sistematização de Dobbelaere (1981, 1999), a secularização tem acepções que devem ser situadas em três níveis de análise distintos: o macro, o meso e o micro.

[2] A atualização das disposições do Concílio de Trento nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia era feita sobretudo pelas vias das ordenações do Reino de Portugal. O que fundamenta, portanto, as disposições das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia são as Ordenações Filipinas, de 1603. Até a promulgação do Código Civil, já no século XX, são as Ordenações do Reino que vigiriam, ainda que residualmente.

[3] Nas próximas citações serão utilizadas as iniciais *CPB* para esta obra.

[4] Ao longo do período imperial, os estrangeiros viriam a ocupar 5% da força de trabalho masculina (3% na agricultura, 14% na indústria e 32% no comércio). Vinte e três por cento deste total de imigrantes eram alemães protestantes. Cf. os verbetes “Imigrantes” e “Imigrantismo” do *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, organizado por R. Vainfas.

[5] Dados censitários (Instituto Nacional de Estatística - Anuário Estatístico do Brasil) mostram que o número de casados se manteve linear, mesmo após a norma da obrigatoriedade do casamento civil (1872 - 24,4%; 1890 - 26,5%; 1900 - 26,5%).

[6] *Gazeta Jurídica*, anno I, setembro de 1893, vol. III, p. 89 (apud LORDELLO, 2002, p. 149). Lordello cita ainda outros dois episódios: um em São João do Rio Claro contra o Pe. Elisário Paulo Bueno, pelo promotor Marcos Dolzani Inglês de Souza e outra da Comarca de Casa Branca contra o Pe. Cândido José Correia, pelo promotor José da Costa Pereira das Neves.

[7] Refiro-me aos conflitos armados que envolveram as forças bélicas nacionais. Citem-se, por exemplo, os conflitos de Contestado e de Canudos.

[8] Trecho de *Comunidade indígenas, brasileiras, polonesas e italianas no Rio Grande do Sul (1896-1915)*, de Bernardin D’Apremont e Bruno de Gillonay (apud BEOZZO, 1993, p. 88).

[9] Os “milagres”, como passaram a ser chamados, têm como marco o evento ocorrido por ocasião da celebração em honra do *Sagrado Coração de Jesus*, em 1889, na capela do Juazeiro. No momento em que recebe a hóstia das mãos do Pe. Cícero, uma de suas beatas - Maria de Araújo - verte sangue da boca. Tal evento, considerado extraordinário, repetia-se em diversas outras ocasiões semelhantes, constituindo a base de legitimidade da autoridade do movimento, o qual se distingue por seu caráter carismático, no sentido weberiano. Dentre as interpretações do movimento religioso do Juazeiro, cite-se a o estudo de Ralph della Cava intitulado *Milagre em Juazeiro*. Outro estudo menor, embora importante, é o de Duglas Teixeira Monteiro em *História da civilização brasileira*, Tomo III, 2o volume. Nesta obra este autor analisa o movimento comparando-o com os outros - de características semelhantes - de Canudos e Contestado.

[10] Os movimentos milenaristas são geralmente caracterizados por esperar “a salvação iminente, total, última, coletiva e neste mundo” (*Dicionário de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1987). Visando à reordenação do tempo perfeito ou o regresso à terra perfeita, anela-se pelo *milênio*, o qual se vislumbra antecedido por um período de catástrofes. O movimento do Contestado seria o único com as características do milenarismo. Assim afirmam D. Monteiro (1997) e, num artigo mais recente, L. N. Negrão (2001).

[11] Todas as citações feitas de projetos de códigos civis, de trabalhos da Comissão Especial, dos registros da tramitação no Congresso, bem como do próprio Código de 1916, foram feitas a partir da edição digital dos originais, publicada pelo Senado Federal e intitulada *Códigos Civis do Brasil: do Império à Republica*, a qual neste trabalho aparece nas chamadas de citação através das iniciais *CCB*.

[12] Este primeiro projeto nunca foi implantado no Brasil. Todavia, influenciou a elaboração do Código argentino, através de seu aproveitamento pelo jurisconsulto Velez Sarsfield. Indiretamente, por intermédio da influência argentina, o esboço de Teixeira de Freitas serviu também de orientação para os Códigos Civis uruguaio e paraguaio.

A NOÇÃO HISTÓRIA DO PODER LOCAL NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO*

THE HISTORICAL NOTION OF LOCAL POWER IN BRAZIL AND THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION

Janaína Rigo Santin

RESUMO

A noção histórica de Poder Local no Brasil sempre esteve vinculada ao coronelismo, patrimonialismo e personalismo no exercício do poder político. Porém, em um regime democrático o Poder Local deverá ser visto sob outro ângulo, a partir de noções de descentralização do poder político e de participação do cidadão na gestão político-administrativa. Assim, a pesquisa problematiza os limites e possibilidades de concretização do Poder Local e do princípio da participação nas gestões administrativas municipais, quando confrontados com as práticas históricas do coronelismo, patrimonialismo e personalismo no exercício do poder político. Este artigo busca discutir o princípio da participação no sistema legal brasileiro, analisando a sua eficácia por meio de uma nova base na participação popular, trazendo legitimidade para o gerenciamento administrativo e político. Intenta-se demonstrar que o princípio da participação está perfeitamente contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos institutos que compõem a gestão administrativa moderna na busca de atingir um Estado Democrático de Direito, o qual exige, além da observância da legalidade, um controle da legitimidade das decisões administrativas, que devem corresponder aos anseios dos cidadãos. O método adotado será o dialético, tendo-se como objetivo geral analisar o tratamento histórico dado à categoria do Poder Local no Brasil, confrontando-a com a nova dinâmica em que é analisada em um Estado Democrático de Direito, a partir de noções de descentralização e participação no exercício do poder político. Trata-se de implantar um procedimento democrático e participativo de formação das tutelas jurídico-políticas em âmbito municipal, no qual a sociedade civil e os movimentos sociais passam a ser co-autores das leis e das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA. HISTÓRIA. PODER LOCAL. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The historical notion of Local Power in Brazil has always been linked to coronelismo (term used in Portuguese to explain the power given to a local leader, usually a farmer or businessman who has political and social power), patrimonialismo (the act of using a public resource, facility or device as a private benefit) and personalismo (the act of using a public position to provide advantages for some people in exchange for their votes or political support) in the exercise of political power. But in a democratic system, the local power must be seen through another point of view, beginning from the concepts of decentralization of the political power and popular participation in the political-administrative management. So, the research involves the limits and possibilities related to the enforcement of the local power and the principle of participation in the municipal administrative management, when confronted with the historical practices of the coronelismo, patrimonialismo e personalismo in the enforcement of the political power. This text aims to discuss the participation principle in the Brazilian legal system, analyzing its effectiveness through a new basis on the popular participation bringing legitimacy to the political-administrative management. The attempt is to prove that the participation principle is duly inserted in the Brazilian legal system, acting as one of the institutes that composes the modern administrative management aiming to reach a Democratic State of Rights, which, besides the observance to the legality, demands control of legitimacy in relation to the administrative decisions, that must suit with the citizens needs and wishes. The method to be adopted will be the dialectic one, aiming to analyze the treatment given to the historical category of local power in Brazil, against the new dynamics used to analyze a Democratic State of Rights, based in notions of decentralization and participation in the exercise of the political power. The goal is to implant a new democratic procedure at municipal level, where the civil society and the social movements shall be co-authors of the public laws and polities.

KEYWORDS: CITIZENSHIP. HISTORY. LOCAL POWER. CONSTITUTIONAL PARTICIPATION PRINCIPLE.

INTRODUÇÃO:

O Estado brasileiro tem o clientelismo como uma prática política presente desde os tempos coloniais. Constitui-se na troca de favores entre detentores do poder político e alguns “eleitores”, os quais realizam relações patrimonialistas de trocas de interesses comuns. Ao político interessa o voto, já o eleitor tem em vistas algum tipo de favor, como emprego, vaga na escola, atendimento médico, bens materiais. Trata-se de uma troca de favores.

Uma das características do clientelismo é o personalismo, em que as relações políticas têm natureza eminentemente pessoal, comprometendo o interesse público e a distribuição social dos recursos do país para atender a interesses privatísticos, privilegiando os eleitores que vão trocar seus votos por favores pessoais. Trata-se da apropriação privada da coisa pública.

Da mesma forma, o coronelismo mostrou-se prática histórica no processo político brasileiro. Caminhou junto com o regionalismo, em que o coronel garantia seu poder e dominação em regiões específicas, controlando-as nos três âmbitos de poderes, bem

como exercendo grande influência nas instituições religiosas daquele local. De regra o coronel é figura tradicional na localidade, dominando a todos pelo carisma, poderio econômico, técnico ou intelectual, mas também pelo medo, eis que de regra o coronel também detém influência nos meios policiais, podendo ser eles próprios ou públicos. Assim, recorre-se à violência política para intimidar e manipular a população.

Tanto o clientelismo, como o personalismo, coronelismo e patrimonialismo são distorções inaceitáveis no livre jogo político, prejudicando o equilíbrio e a lisura das disputas eleitorais. Estão ainda muito presentes na política brasileira, em especial quando se observa a necessária aliança com as oligarquias para garantir a eleição, fator ocorrente nas três esferas federativas.

Observa-se que a prática clientelista está presente no processo eleitoral brasileiro até hoje. Nas eleições de 2006 para governadores, deputados federais, deputados estaduais, senadores e presidente da República, o relatório do IBOPE Opinião, fruto de pesquisa encomendada pela Organização Não-Governamental Transparência Brasil e a União Nacional dos Analistas e Técnicos de Finanças e Controle, registrou que mais de 8,3 milhões de eleitores brasileiros receberam oferta de dinheiro, bens ou vantagens em troca de voto.[1]

Para combater tais vícios é preciso pensar em novos paradigmas democráticos de exercício e legitimação do poder político. E esses novos modelos passam necessariamente por uma “reinvenção” do Poder Local, o qual passa a ser analisado a partir das modernas doutrinas democráticas e pela efetivação do princípio da participação.

DESENVOLVIMENTO:

1. O TRATAMENTO HISTÓRICO DO PODER LOCAL NO BRASIL:

O coronelismo, apesar de não constar formalmente como conceito na política brasileira, está presente nas relações políticas, sociais e econômicas em muitas regiões do país. Para melhor explicar o que é coronelismo, utiliza-se do conceito de Félix:

Entendemos por coronelismo o poder exercido por chefes políticos sobre certo número de pessoas que deles dependem. Tal situação visa objetivos eleitorais que permitem aos coronéis a imposição de nomes para cargos que eles indicam. Têm sua autoridade reconhecida pelo consenso do grupo local, distrital ou municipal e, algumas vezes, regional, geralmente devido a seu poder econômico de grandes estancieiros ou grandes proprietários.[2]

Os apadrinhamentos, o favorecimento pessoal do eleitor ou de uma categoria ou classe social em detrimento de outras em troca de apoio ou do voto nas eleições, todas estas características são vícios do coronelismo, e ainda estão impregnados na sociedade brasileira. Esta prática é nomeada pelos historiadores de Poder Local.

a questão do municipalismo no Brasil esteve, portanto, estreitamente ligada à tradição coronelista (...) O município não era entendido como uma unidade político-administrativa prestadora de serviços, mas, sim, como o local onde as autoridades do centro procuravam os votos em períodos eleitorais. Não interessava às autoridades estaduais municípios fortes, que pudessem concorrer ou se rebelar contra o situacionismo estadual. Interessava, sim, fortalecer o poder local por intermédio de coronéis comprometidos com os acordos políticos e eleitoreiros.[3]

Conforme aponta a autora, “o domínio do poder local sobre a população ocorria não apenas pela influência econômica direta do coronel, mas, também, por meio da distribuição do poder entre sua parentela, visando à prestação de favores”[4]. Estas práticas remontam os tempos do caudilhismo e do caciquismo da colonização brasileira, em que se instaurou a tradição patriarcal e o arcaísmo da estrutura agropecuária no interior do país, ganhando força na época do império e tomando conta da cena política na primeira república. Trata-se de um conjunto de ações políticas de latifundiários (chamados coronéis) em caráter local ou regional, os quais aplicavam seu domínio econômico e social para manipulação eleitoral em causa própria ou de particulares. Para Schilling

o cenário que envolvia e promovia o coronelismo era o do mundo rural brasileiro, dominado pelo latifúndio, o engenho, a fazenda e a estância. Um universo próprio, interiorano, bem afastado das grandes cidades, isolado do mundo. O coronel, personificação mais acabada do poder privado no Brasil, mandava num pequeno país do qual ele era um imperador com poder de vida e morte sobre os seus (ainda que não reconhecido juridicamente).[5]

Sabe-se que pela imensa dimensão territorial o Brasil foi constituído de uma série de regiões cujos interesses eram, de fato, locais. Um mundo marcado pela escassez, pobreza e analfabetismo, o que explica a dependência que as pessoas daquela comunidade tinham do coronel, o qual lhes estendia a mão em troca de incondicional fidelidade. Tratava-se de uma astuciosa maneira de fazer política. No entendimento de Wehling,

(...) afirma-se que o poder local constituído a partir do latifúndio e da família patriarcal foi maior e mais forte do que a ação do Estado, diluindo a autoridade deste, a ponto de fragmenta-la por completo. Exemplifica-se essa hipótese com o mandonismo rural dos pequenos déspotas locais, como ocorreu com sucessivas gerações da família Garcia d’Ávila, na Bahia, ou com Rafael Pinto Bandeira, no Rio Grande do Sul.[6]

Mesmo com a precoce burocratização do país, não houve um enfraquecimento do poder local. Quem mandava nas regiões eram os líderes que assumiam papel de senhor de tudo e de todos no espaço que intitulavam seu.

O coronelismo, visto como fenômeno político e social, foi expressão de uma sociedade predominantemente rural e que abrangia a maioria dos municípios brasileiros. O poder privado fortalecia-se em consequência do isolamento, do atraso econômico e da falta de comunicação dessas localidades com os centros mais desenvolvidos. O único contato das populações com o aparelho do Estado dava-se em períodos de eleições, quando o voto significava a possibilidade de obtenção de favores ou de alguma melhoria material.[7]

Assim, ao investigar o desenvolvimento do Poder Local no Brasil torna-se imprescindível remontar à sua evolução histórica, cuja roupagem sempre foi aliada ao coronelismo, personalismo, patrimonialismo e clientelismo no exercício do poder político. Trata-se de práticas ainda hoje presentes nas gestões públicas brasileiras. Nas palavras de Avelar,

se pensarmos em cem anos de política, em cem anos de República, o que percebemos é que hoje, dos cerca de 5.500 municípios brasileiros, nos municípios menores predomina a política tradicional, através dos chefes locais, e a política clientelística, personalista, direta. Nos municípios maiores predomina a política do ‘rouba mas faz’, ou seja, eu faço com os recursos públicos parte do meu trabalho, mas uso esses recursos para continuar a minha dominação eleitoral. [8]

Para combater tais vícios é preciso pensar em novos paradigmas democráticos de exercício e legitimação do poder político. E esses novos modelos passam necessariamente por uma “reinvenção” do Poder Local, o qual passa a ser analisado a partir das modernas doutrinas democráticas.

O enfoque dado ao Poder Local a partir de um Estado Democrático de Direito é bem diferenciado de sua abordagem histórica. Historicamente, o Poder Local assemelhava-se às práticas coronelísticas, exercido pelas elites de coronéis que procuravam o poder político e manipulavam os votos de quem deles dependesse. Atualmente, o Poder Local ganha uma visão de organização comunitária, de reinvenção da cidadania para que se exerça não apenas o controle social sobre os representantes, mas a possibilidade de participação do cidadão no processo de formação das tutelas jurídico-políticas em âmbito Municipal.

2. Governo Local e Poder Local

A categoria governo local é teorizada em conjunto à questão da descentralização administrativa, em oposição ao governo centralizador.[9] Nas palavras de Lima, "descentralizar é pluralizar a autoridade".[10]

O papel do Município na história brasileira variou conforme os regimes políticos adotados. Mas em sua maioria o Município teve um tratamento subalterno, reduzido a corporação meramente administrativa, apesar dos textos constitucionais, em grande parte, preverem uma autonomia “formal”. Assim, no Constitucionalismo brasileiro, até a chegada da Constituição Cidadã de 1988, o município teve reduzida e até extinta sua

autonomia e autogovernabilidade, devido a inúmeros fatores históricos e políticos.[11] Porém, a partir de 1988, conferiu-se ao Município sua característica maior: a autonomia administrativa, política e financeira, com capacidade tributária e competências cumulativas, suplementares e também exclusivas, delimitadas constitucionalmente. Trata-se de um aspecto essencial do federalismo brasileiro, o que o difere do federalismo norte-americano, pois elevou o Município à categoria de ente federativo, destacando o papel da esfera local como estratégia de descentralização administrativa.[12]

Na atribuição de competências aos entes federativos, a Constituição Federal de 1988 definiu as competências da União e dos Estados-Membros, estabelecendo em seu artigo 30, inciso I, que caberá ao Município legislar sobre matéria de interesse local. Ou seja, o princípio delimitador das competências dos entes federativos é o da "predominância do interesse". Caberão, a partir daí, à União as matérias e questões em que o interesse geral e nacional é predominante. Já aos Estados-membros caberão assuntos de interesse regional e, por fim, aos Municípios atribui-se competência às questões de interesse local.[13]

Ao destacar o interesse local como critério definidor das atribuições municipais, apesar de poder existir, mediatamente, interesse também dos demais entes federativos, aumenta-se de modo considerável o âmbito da atuação do Município. Nessa direção é o entendimento de Magalhães, para quem se deve aplicar a lógica do princípio da subsidiariedade no federalismo brasileiro, remetendo o maior número de atribuições estatais possíveis aos entes federados menores. Há uma ampliação da descentralização administrativa, restando aos Estados-membros e à União apenas as matérias mais complexas, de abrangência mais extensa e geral.[14]

Logo, a partir da Constituição Federal de 1988 prioriza-se no Brasil a descentralização para unidades administrativas territoriais menores, em função de sua localização mais próxima aos cidadãos. Nas palavras de Gohn, adota-se este modelo de gestão tendo em vista que o governo local terá melhores condições de conhecer as necessidades locais e, a partir disso, destinar recursos para atendê-las.[15]

No mesmo sentido é o entendimento de Magalhães, o qual afirma que a opção por modelos descentralizados de gestão pública atribui aos entes federativos menores autonomia administrativa, política e financeira, o que traz mais eficiência, agilidade e responsabilidade à gestão pública, com graus maiores de comprometimento das esferas administrativas privilegiadas com a descentralização. Esse mecanismo, embora de maior complexidade no que tange à estrutura administrativa, permite "a simplificação e a aceleração dos procedimentos e decisões administrativas". Afinal, decisões tomadas por estruturas descentralizadas e autônomas permitem a identificação da Administração Pública com a pessoa do servidor público, capaz de decidir ou resolver o problema do administrado. Aproxima-se, com isso, o Estado do cidadão, aumentando a sensibilidade dos poderes estatais às "necessidades, expectativas e comandos da população"[16].

Ou seja, a descentralização aproxima os administrados do poder estatal, possibilitando um maior controle social das decisões administrativas e uma sensibilização das instituições políticas às necessidades daquelas comunidades.[17] É o melhor caminho para democratização estatal, criando no espaço municipal estruturas de permanente participação da população no exercício do poder, direcionando de modo permanente e

contínuo a atuação dos gestores públicos.[18] Portanto, tratar de governo local assemelha-se a tratar de descentralização política e autonomia local,[19] num enfoque governo local *versus* governo central ou centralização.

Por sua vez, a conceituação de Poder Local mostra-se mais abrangente que a de governo local. Poder Local pode abranger tanto o Município quanto algo mais amplo, como uma região; ou ainda algo mais restrito, como um bairro ou vila. Seu caráter é mais sociológico, em contraponto à noção de governo local, que tem um enfoque mais próximo do Direito Administrativo ou Constitucional. Nesse sentido, Gohn afirma que, a partir dos anos 90 o Poder Local passou a ser identificado não somente com a sede político-administrativa do governo municipal, ou seja, as sedes urbanas, cidades ou Municípios, mas também com as formas de participação e organizações populares florescentes, desenvolvidas em especial por redes societárias, unindo uma dimensão sociológica àquela geográfica-espacial. Alguns o identificam, inclusive, com *empowerment*, capacitando a comunidade, em conjunto com o poder público, a produzir políticas auto-sustentáveis de desenvolvimento em âmbito local.[20]

Na reflexão de Fischer e Carvalho, é inegável na noção de local o fundamento territorial, caracterizado pelo âmbito espacial delimitado, o qual poderá ser uma base, território, região etc. Porém, não está resumida ao espaço geográfico, podendo também ser caracterizada como "espaço abstrato de relações sociais", indicando interação entre movimentos ou grupos sociais articulados em torno de interesses comuns. Por certo, é preciso ter em mente a noção de "poder enquanto relações de forças, por meio das quais se processam as alianças e os confrontos entre atores sociais, bem como ao conceito de espaço delimitado e à formação de identidades e práticas políticas específicas".[21] Concluem os autores que o Poder Local é uma interação entre redes sociais e instituições locais, Estado e sociedade-civil, engendrando novas formas sociais de representação e negociação dos interesses das comunidades urbanas. Falando em local visualiza-se o "conjunto de redes sociais que se articulam e superpõem, em cooperação ou conflito, em torno de interesses, recursos e valores, em um espaço cujo contorno é definido pela configuração desse conjunto".[22]

O Poder Local desenvolve-se a partir de uma coalizão de forças estatais e da sociedade civil, em âmbito local, possibilitando uma gestão compartilhada na decisão dos problemas locais, articulando-se elementos do governo local com os da sociedade civil. Um sistema híbrido de tomada de decisões, capaz de inserir novos atores sociais existentes na esfera local, como organizações não-governamentais, movimentos sociais e também entidades privadas, os quais celebrarão parcerias com o poder público no desenvolvimento de projetos e investimentos locais e também na tomada das decisões sobre as tutelas jurídico-políticas locais.

3. PODER LOCAL: UMA NOVA MIRADA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Conforme aponta Bobbio, a palavra democracia, na antigüidade, era completamente diferente do que se tem agora, assentada numa visão liberal e individualista da sociedade. Significava literalmente "o poder do *démos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *demos*".[23] A liberdade democrática é autonomia, que corresponde a

uma liberdade positiva. Segundo esse entendimento, devem os governantes tomar suas decisões às claras, permitindo que os governados vejam como e onde as tomam. Sem transparência democrática e visibilidade no poder nenhum controle é possível. Assim, “a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta”. [24]

Nesse sentido, a Carta Constitucional Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 1.º, que o Estado brasileiro é um "Estado Democrático de Direito", irradiando assim os valores democráticos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre todos os elementos constitutivos estatais. Por sua vez, em seu parágrafo único optou-se pelo regime democrático representativo, isto é, as deliberações coletivas são tomadas não de modo direto pelos integrantes da sociedade, mas por representantes eleitos para esta finalidade. Porém, é importante ressaltar que este mesmo parágrafo tratou de institucionalizar formas de democracia participativa, a fim de que os cidadãos não apenas elessem seus representantes, mas participassem pessoalmente de decisões sobre o interesse da coletividade, visando com isso uma participação democrática mais completa, capaz de ir além do direito de votar e ser votado. Ou seja: o Brasil classifica-se como uma democracia semidireta.

Para atendimento do que é um regime democrático semi-direto, Silva[25] explica que o funcionamento do Estado brasileiro deverá estar submetido à vontade popular, observando que o termo cidadania precisa ser visto com maior amplitude que a mera possibilidade de o cidadão votar e ser votado. A partir dessa visão, os participantes da vida do Estado devem ser reconhecidos como pessoas integradas a uma sociedade estatal, havendo uma conexão entre o conceito de soberania popular (art. 1.º, parágrafo único), o exercício dos direitos políticos (art. 14) e o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Esses elementos serão aliados ao direito à educação (art. 205), consubstanciando-se em base e meta essencial do regime democrático.

Salienta-se que além dos mecanismos de participação previstos no art. 14 da Magna Carta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), há outros dispositivos de democracia participativa indicados na Constituição Federal de 1988, como os direitos fundamentais de acesso de todos à informação administrativa (art. 5.º, XIV e XXXIII) e o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5.º, XXXIV). Mencionam-se ainda: a participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos em que se discutam seus interesses (art. 10); direito de fiscalização pelos contribuintes das contas dos Municípios (art. 31, § 3.º); possibilidade de, na forma da lei, haver a participação do usuário na administração direta e indireta (art. 37, § 3.º); direito de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidade perante as Cortes de Contas (art. 74, § 2.º); obrigatoriedade de o sistema de seguridade social observar o caráter democrático e descentralizado da administração, numa gestão quadripartite (art. 194, VII). Por fim, observa-se a necessidade de uma gestão democrática no campo da saúde (arts. 197, 198, III e 227, § 1.º); da assistência social (art. 204, I); da educação (arts. 205 e 206, VI); da cultura (art. 216, § 1.º); do meio ambiente (art. 225); da criança e do adolescente (art. 227, § 1.º); do aproveitamento de recursos naturais em terras indígenas (art. 231, § 3.º), sendo que aqui estão referidos alguns dos mais relevantes e que vão ao encontro da noção de regime democrático semi-direto.

No entender de Silva[26] houve uma opção pelo constituinte por um modelo de democracia representativa, no qual os partidos políticos protagonizam quase com exclusividade a cena política, amparado por nuances de institutos e princípios de democracia direta, abrindo alguns espaços à participação dos cidadãos no processo decisório governamental. Entretanto, alerta-se o número reduzido destes dispositivos de democracia direta, sendo que os existentes apresentam "baixo teor de eficacidae, patenteando o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar por si mesma".[27] A realidade demonstra que muitos dispositivos constitucionais continuam carentes de regulamentação para sua plena efetividade, e naqueles auto-aplicáveis observam-se as dificuldades das instâncias governamentais em partilhar seu poder decisório com a população que os elegeu, tornando quase que inócuos os dispositivos constitucionais supra elencados.

Para enfrentar essa situação, Hesse dispõe que é preciso fortalecer a força normativa da Constituição. Baseando-se nos ensinamentos de Burckhardt, o autor salienta que aquele que se mostra "disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático".[28]

Logo, não há necessidade de se positivar uma lei específica que regule o princípio da participação, tendo em vista que este é um princípio intrínseco do ordenamento jurídico brasileiro, assim como o são os princípios da supremacia do interesse público ante o privado, da finalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação. Nesses não se exige que estejam dogmatizados para serem reconhecidos e aplicados no regime jurídico-administrativo brasileiro, inclusive num patamar superior ao das regras dogmatizadas.

O que se busca defender no presente estudo é que o princípio da participação popular configura-se como um subprincípio decorrente do princípio democrático, da própria definição do Brasil como sendo um Estado democrático de Direito, no qual o poder é exercido tanto pela forma representativa quanto participativa (art. 1.º da Constituição de 1988). Portanto, é preciso reconhecer a força normativa do princípio da participação, assim como são reconhecidos os demais princípios administrativos constitucionais explícitos e implícitos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido é o entendimento de Canotilho[29], o qual posiciona o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada. Trata-se de algo superior a um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, aspirando tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. Ou seja, para o autor o princípio da participação é uma derivação do princípio democrático, indo ao encontro das noções aqui esposadas. No intuito de democratizar a democracia, Canotilho afirma que deverão ser intensificados os processos da participação direta e ativa dos cidadãos no processo decisório[30]. Afinal, democracia, no dizer de Silva, não é só um valor-fim, mas um meio e instrumento de realização e valores essenciais de convivência humana. Não é um "conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história". Trata-se de um "processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo"[31].

Para tanto, Wolkmer[32] enfatiza a necessidade de se atingir estruturas mais horizontalizadas na gestão pública, capazes de privilegiar uma aproximação maior do cidadão como usuário dos serviços públicos, métodos de gestão mais participativos e a instituição de critérios de avaliação de desempenho da representação política. Permitir, a partir dessa nova realidade, a partilha das decisões administrativas, gerando "dois focos de poder democrático: um, originário do voto; outro, das instituições diretas de participação"[33], inaugurando novos métodos tanto de decisão como de controle do Estado e do governo. Nesse sentido, saltares as considerações de Clève, para o qual

A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.[34]

Assim, o princípio democrático abraça postulados de uma teoria democrática representativa e também participativa, prevendo não só órgãos representativos, eleições periódicas, pluripartidarismo, como também processos capazes de oferecer aos cidadãos condições efetivas de controle e de participação no processo decisório.

Em realidade, em vista do acima exposto, constata-se que, mediante a efetivação do princípio da participação, surge uma "evolução da democracia representativa, exercida a cada quatro anos, para uma democracia participativa e permanente"[35], capaz de combinar a tradição política de democracia representativa (com eleições periódicas) com a participação popular (em formas de co-gestão), "para que os representantes eleitos pelo sufrágio universal e os participantes da democracia direta e voluntária gerem decisões cada vez mais afinadas com os interesses da maioria"[36].

Acompanhando o entendimento de Britto, o princípio da participação popular é tido como expressão de poder político máximo, exercício da soberania do povo. Significa a participação do povo, de forma singular ou associativa, no exercício do poder de criar a norma jurídica estatal e na formação da vontade normativa do Estado. Uma instância deliberativa, exercida em conjunto com os representantes eleitos por esse mesmo povo. A participação popular,

introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou 'participativa' (...) em que setores privados têm sua presença assegurada nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública (...) Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa.[37]

Para a concretização do princípio da participação será preciso elaborar uma articulação dialética entre a sociedade civil e o Estado. Romper-se com o modelo de desenvolvimento paternalista e altamente centralizado de o Estado assumir a responsabilidade total em resolver os problemas dos indivíduos. Reconhecer a idéia de que um Estado que devolve à comunidade o poder de decidir sobre seu futuro, potencializando a cidadania e a participação popular, fortalece-se a si mesmo.[38]

Nesse sentido, o espaço local mostra-se como um *locus* privilegiado para a efetivação dos mecanismos positivados tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional relativo ao princípio da participação na gestão da coisa pública. Ora, por estar o Município mais próximo ao cidadão, facilita-se o controle direto da cidadania sobre os atos de seus gestores públicos, assim como a participação da sociedade civil, tanto individual quanto coletivamente, nas decisões sobre as políticas públicas a serem executadas em âmbito municipal.

Dowbor[39], Genro e Souza[40] apontam como a necessidade da inauguração de uma nova ótica para a análise do Poder Local, tido agora como um novo paradigma no campo político, capaz de criar alternativas às formas de representação tradicionais, em que os próprios indivíduos, mediante sua participação política ativa dentro de seu município, passem a se tornar responsáveis, juntamente com o Poder Público, pelo destino de suas vidas e de sua comunidade. Processos de gestão democrática consciente e ativa, capazes de recuperar a cidadania através do espaço local, reconstituindo os espaços comunitários e concretizando o Princípio Constitucional da Participação. Centros de reprodução de identidades fora do Estado, mas legitimados por ele, os quais desencadeiam um processo de combinação e articulação permanente entre a democracia direta de participação voluntária dos cidadãos e a democracia representativa.

Aplicando a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas[41] (1987) ao presente estudo, com a participação ativa da população na gestão da máquina pública estar-se-á inserindo mecanismos de razão comunicativa dentro do mundo sistêmico estatal, dominado por uma racionalidade instrumental. Habermas busca resgatar o potencial emancipatório da razão comunicativa – fundada na linguagem e na busca do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo – encontrado na esfera cotidiana do “mundo da vida”. Para ele, é necessário fazer cessar a “reificação” e a “colonização” exercida pelo “sistema” sobre o “mundo da vida”, mediante a lógica dialogal da ação comunicativa. E os mecanismos de gestão democrática e de transparência inseridos na proposta deste estudo vão ao encontro da proposta habermasiana, eis que visam conjugar instituições políticas representativas tradicionais com instituições democráticas participativas, públicas e não-estatais.

4. CONCLUSÃO:

A evolução do conceito de Poder Local pode ser observada a partir da prática interdisciplinar entre história, sociologia e direito. Na realidade, mudaram somente o nome das pessoas do jogo, mas as peças continuam as mesmas com nova roupagem. O coronelismo não existe mais em seu sentido conceitual, porém existem outros tipos de

coronéis, outros tipos de elite que dominam, manipulam e exercem seu poder. O indivíduo foi condicionado historicamente a acreditar que as formas de organização de seu cotidiano pertencem naturalmente ao Estado e à sociedade política, independente de sua vontade. Trata-se de uma herança cultural política brasileira resultante do desenvolvimento do processo histórico originário dos municípios brasileiros, que sempre primou pelo distanciamento da sociedade civil das decisões tomadas pelos detentores dos cargos públicos e, por outro lado, pela própria atuação da burocracia institucionalizada que define as responsabilidades dos atores envolvidos no processo. A partir disso o sujeito acaba convencido de que a única opção é inserir-se da forma mais vantajosa possível no mundo tal qual está posto, definido por outros. Porém, quando as decisões são tomadas distantes do cidadão, correspondem muito pouco às suas necessidades, além de serem facilmente corrompíveis por práticas patrimonialistas que tratam da coisa pública como se fosse privada, dos governantes.

A estruturação dos movimentos locais participativos, ao lado de outras estruturas tradicionais como sindicatos e organismos não-governamentais, é indispensável para que as forças populares constituam um “contrapeso” democrático ao poder organizado dos “donos do poder”.

O Poder Local, analisado a partir de noções democráticas, apresenta-se como uma alternativa em que os próprios indivíduos, mediante a participação política ativa dentro do seu município ou comunidade, participam do planejamento de sua cidade e da definição da aplicação dos recursos públicos. Trata-se da elevação da categoria sociológica do Poder Local para o âmbito jurídico e político, aliando a descentralização com a participação popular no exercício do poder político. Uma forma mais democrática de gestão pública, perfeitamente adequada aos principais objetivos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Demonstra-se que o princípio da participação está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988, em decorrência do princípio democrático. É a inauguração de um novo modelo de gestão pública, fundado na emancipação de uma nova cidadania, na emergência de uma sociedade civil organizada e atuante, ao lado do Poder Público, capaz de controlar a gestão pública. Busca-se com a participação do cidadão na gestão político-administrativa verificar se os governantes procedem de forma responsável na condução da coisa pública e se as suas decisões estão afinadas aos interesses da comunidade que os elegeu. Impor ao Estado, pela participação dos indivíduos, o devido controle democrático, no sentido de fazê-lo cumprir com suas obrigações para com todos, sem distinções ou favoritismos, administrando com responsabilidade o dinheiro público, no combate à corrupção e às práticas clientelistas e personalistas.

Necessário verificar a necessidade da concretização do princípio da participação em âmbito local, recuperando-se pelos cidadãos o controle da atividade de seus governantes, com vistas a garantir uma atuação responsável e que as decisões político-administrativas realmente representem os interesses dos eleitores. Entretanto, esta participação encontra-se muitas vezes limitada pelo perfil individualista e excludente da sociedade moderna, o que acarreta um total desengajamento da população em relação à esfera pública.

Não é o cidadão que está a serviço do Estado, mas o Estado que deve servir ao cidadão. Mas tal exigência só se realiza se houver uma cidadania atuante e organizada sob processos participativos de gestão. Dessa forma, o Estado e a máquina administrativa serão tão úteis e eficazes quanto for qualitativa a cidadania organizada que os sustentam.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRAMO, C.W. Compra de votos nas eleições de 2006: corrupção e desempenho administrativo. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/compravotos2006.pdf>. Acesso em 26 mar. 2007.

AVELAR, Lúcia. Entrevista. In: DINES, Alberto; FERNANDES JÚNIOR, Florestan; SALOMÃO, Nelma. Histórias do Poder: 100 anos de política no Brasil. v. 3: visões do Executivo. São Paulo: Ed. 34, 2000.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo y legislación administrativa. Buenos Aires: J. Lajouane & Cia, 1921. Tomo I.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COLUSSI, Eliane Lúcia. Estado Novo e Municipalismo Gaúcho. Passo Fundo: Ediupf, 1996.

DOWBOR, Ladislau. O que é poder local. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FÉLIX, Loiva Otero. Coronelismo, Borgismo e Cooptação Política. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Elementos de direito municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FISCHER, Tânia; CARVALHO, Juvenilda. Poder local, redes sociais e gestão pública em Salvador-Bahia. In: FISCHER, Tânia (Org. e Coord.). Poder local: governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.

GOHN, Maria da Glória. Educação não-formal e cultura política. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vols. 1-2. 1997.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. Porto Alegre: Sulina, 1964.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MELO FILHO, Urbano Vitalino de. Direito municipal em movimento. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MICHAELIS: moderno dicionário inglês-português, português-inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et. Al. Apre(he)ndiendo la Participación Popular: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.

ROCHA, Leonel Severo da. A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro, Liber Júris, 1995.

SANTIN, Janaína Rigo; FLORES, Débora Hartmann. 2006. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o Estatuto da Cidade. Justiça do Direito, 20(1):56-69.

SHILLING, Voltaire. Ascensão e queda do coronelismo. <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/500br/coronelismo2/htm>. Acesso em 28 mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. Formação do Brasil Colonial. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

[1] ABRAMO, C.W. Compra de votos nas eleições de 2006: corrupção e desempenho administrativo. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/compravotos2006.pdf>. Acesso em 26 mar. 2007.

[2] FÉLIX, Loiva Otero. Coronelismo, Borgismo e Cooptação Política. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987. p. 16.

[3] COLUSSI, Eliane Lúcia. Estado Novo e Municipalismo Gaúcho. Passo Fundo: Ediupf, 1996. p. 17-18.

[4] COLUSSI, *op. cit.* p. 20-21.

[5] SHILLING, Voltaire. Ascensão e queda do coronelismo. <http://educaterra.tera.com.br/voltaire/500br/coronelismo2/htm..> Acesso em 28 mar. 2008.

[6] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. Formação do Brasil Colonial. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 309.

[7] COLUSSI, *op. cit.* p. 18.

[8] AVELAR, Lúcia. Entrevista. In: DINES, Alberto; FERNANDES JÚNIOR, Florestan; SALOMÃO, Nelma. Histórias do Poder: 100 anos de política no Brasil. v. 3: visões do Executivo. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 71.

[9] Realizam-se aqui algumas distinções teóricas, a partir dos referenciais de Rafael Bielsa. Há centralização administrativa é quando o Estado administra diretamente os serviços públicos. Há descentralização administrativa quando o Estado transfere os serviços públicos a entidades autônomas ou autárquicas, distintas do Estado. Por sua vez, no que tange à centralização administrativa, esta se divide em centralização burocrática e descentralização burocrática. Há centralização burocrática quando o Estado administra os serviços públicos diretamente, por seus órgãos burocráticos centrais; e há descentralização burocrática quando o Estado atribui a órgãos locais certa competência, poder decisório ou faculdades discricionárias para tomar iniciativas no que tange à prestação dos serviços públicos, sem necessitar de aprovação dos órgãos centrais. O autor defende a conveniência da descentralização burocrática dos serviços públicos no intuito de garantir uma ação estatal oportuna, imediata e solícita, capaz de desenvolver-se onde a necessidade é sentida, economizando tempo e dinheiro, com uma maior responsabilidade dos funcionários locais. Afinal, se essa ação provier do centro burocrático será tardia, ineficaz, custosa e complexa. A descentralização a que refere o Poder Local assemelha-se à definição acima esposada de descentralização burocrática, já que visa destinar tanto a prestação dos serviços públicos quanto a destinação tributária hábil para a concretização dessa descentralização ao ente mais próximo dos cidadãos, o Município. Mostra-se uma salutar medida de eficiência, responsabilidade e também democratização da gestão pública. BIELSA, Rafael. Derecho administrativo y legislación administrativa. Buenos Aires: J. Lajouane & Cia, 1921. p. 70-75.

[10] O autor situa a temática da descentralização no campo da política interna dos Estados, sejam estes unitários ou federados. Assim, poderá haver descentralização política, manifestação do individualismo, quando o governo é restituído aos indivíduos.

E também há a descentralização governamental ou administrativa (que é o que interessa para este estudo), a qual se apresenta sob duas modalidades: a) desconcentração administrativa - multiplicação dos órgãos de manifestação da vontade estatal, disseminando a ação aos Estados-Membros e Municípios; b) descentralização administrativa propriamente dita – distribuição das funções estatais a pessoas jurídicas "ad hoc" criadas pelo Estado, porém que com ele não se confundem. Por exemplo, as bolsas de valores. E salienta o autor que "nem todo o órgão de manifestação da vontade estatal é suscetível de abranger-se sob a rubrica da descentralização administrativa. Descentralização é essencialmente pluralização de autoridade. Onde não se tratar de autoridade estatal, é descabido falar-se em descentralização. Escapam, pois, aos limites conceituais da descentralização os Bancos que o Estado, como qualquer particular, houver incorporado; as empresas industriais que, como qualquer indivíduo, o Estado houver organizado. Em tais entidades, poderá haver órgãos de manifestação da vontade do Estado, mas à vontade do Estado, nesse caso, falta o característico do <imperium>, ou autoridade estatal." – grifo do autor. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. Porto Alegre: Sulina, 1964. p. 145-148.

[11] Para aprofundamento do assunto ver SANTIN, Janaína Rigo; FLORES, Débora Hartmann. 2006. A evolução histórica do município no federalismo brasileiro, o poder local e o Estatuto da Cidade. *Justiça do Direito*, 20(1):56-69.

[12] Sobre o federalismo brasileiro, ver ROCHA, Leonel Severo da. A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro, Líber Júris, 1995. No dizer do autor, que faz uma profunda análise do pensamento de Rui Barbosa, "a única possibilidade de salvação do Império, no início de 1889, era, para RB, a adoção da dicotomia descentralização = democracia, proposta em substituição à dicotomia centralização = despotismo. (...) Neste sentido, a concessão da liberdade (autonomia) administrativa às províncias era a grande exigência para a modernização da política nacional (...) O problema federativo nacional era, então, oposto do que tinha sido o dos Estados Unidos, pois enquanto na América do Norte estados independentes cederam parte de sua soberania à União, no Brasil o governo central deveria ceder parte de sua soberania às províncias" Id. p. 125.

[13] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 476.

[14] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 212.

[15] GOHN, Maria da Glória. Educação não-formal e cultura política. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 31.

[16] MAGALHÃES, op. cit. p. 46-47.

[17] No que tange à discussão entre competência municipal, atribuições aos municípios e repartição de tributos para garantir arrecadação que possibilite a implantação de serviços públicos, relevante a análise de Urbano Vitalino de Melo Filho. "Não obstante a louvável intenção do legislador constituinte de transferir a prestação de determinados serviços para o Município, que, em última análise, é o ente político mais próximo do cidadão e conhecedor das realidades e necessidades locais, é de se verificar que não

houve de maneira idêntica transferência de recursos correspondentes destinados ao atendimento dos mesmos serviços, o que está levando os Municípios a situações financeiras melindrosas. De igual sorte, houve também a transferência ao Município de responsabilidades nas áreas de saúde e trânsito, acarretando-lhe gastos inesperados". MELO FILHO, Urbano Vitalino de. Direito municipal em movimento. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.154.

[18] MAGALHÃES, op. cit. P. 218.

[19] Nas palavras de Ferrari, "pelo princípio da autonomia, as comunidades federadas têm capacidade de gerir seus próprios negócios, de editar suas próprias leis e, o que é mais importante, de elaborar sua própria Constituição, tendo por limite a Constituição Federal" FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Elementos de direito municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 29. Para o Município, uma das maiores expressões de sua autonomia é o direito de elaborar sua Lei Orgânica Municipal, tida como a Constituição de cada Município.

[20] GOHN, op. cit. p. 34-35. A palavra *empowerment* quer dizer autorização. Deriva da palavra *empower*, a qual significa "autorizar, dar poderes ou procuração, capacitar, permitir, habilitar". Nesta feita, pode caracterizar o poder ou autoridade que se dá a alguém para fazer alguma coisa ou controlar a vida dos outros ou a sua própria vida. MICHAELIS: moderno dicionário inglês-português, português-inglês. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000. p. 228.

[21] FISCHER, Tânia; CARVALHO, Juvenilda. Poder local, redes sociais e gestão pública em Salvador-Bahia. In: FISCHER, Tânia (Org. e Coord.). Poder local: governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 153-154.

[22] Id. p. 154.

[23] BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 372.

[24] Id. p. 382.

[25] SILVA, op. cit. p. 104-105.

[26] SILVA, op. cit. p. 145.

[27] BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992. p. 122.

[28] BURCKHARDT apud HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

- [29] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 281-285.
- [30] Id. p. 293.
- [31] SILVA, op. cit., p. 126.
- [32] WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.
- [33] GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997. p. 19.
- [34] CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16-17.
- [35] TARSO; SOUZA. op. cit. p. 28.
- [36] TARSO; SOUZA. op. cit. p. 22.
- [37] BRITTO, op. cit., p. 114-122.
- [38] MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et. Al. *Apre(he)ndiendo la Participación Popular: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización*. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.
- [39] DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- [40] GENRO; SOUZA. op. cit.
- [41] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vols. 1-2. 1997.

PLURALISMO JURÍDICO, ESCRAVIDÃO E LIBERTAÇÃO NO IMPÉRIO DO BRASIL: ESPUMAS FLUTUANTES? *

PLURALISME JURIDIQUE, ESCLAVAGE ET LIBERTÉ DANS LE BRÉSIL IMPÉRIAL: ÉCUMES FLOTTANTS?

Nadieje de Mari Pepler

RESUMO

O presente artigo parte da relação entre as obras dos juristas Augusto Teixeira de Freitas e Friedrich Carl von Savigny para tangenciar, especificamente, a categoria da capacidade jurídica, no contexto do Império do Brasil, século XIX, com o objetivo de compreender a arena da mentalidade jurídica, seus recuos e avanços, no tocante à temática da escravidão. A reflexão proposta considera as obras dos juristas em questão e a legislação do Império como fontes históricas essenciais e verifica, também, trabalhos contemporâneos e academicamente relevantes para tal problemática.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS CHAVES: PLURALISMO JURÍDICO, HISTÓRIA DO DIREITO, ESCRAVIDÃO, SÉCULO XIX, ESPUMAS FLUTUANTES AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

RESUME

Le présent article part de la relation parmi les oeuvres de les juristes Augusto Teixeira de Freitas et Friedrich Carl von Savigny pour pousser, spécifiquement, la catégorie de la capacité juridique, dans le contexte de l'Empire du Brésil, XIX siècle, avec l'objectif de comprendre l'arène de la mentalité juridique, ses hésitations et ses progrès, relatifs à la thématique de l'esclavage. Cette réflexion considère les oeuvres de les juristes en question et la législation de l'Empire comme sources historiques essentielles et vérifie, aussi, les travaux contemporains et académiquement pertinent par cette problématique.

MOT-CLES: LÊS MOTS-CLÉ: PLURALISME JURIDIQUE, HISTOIRE DE LÊ DROIT, ESCLAVAGE, XIX SIÈCLE, ÉCUMES FLOTTANTS, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Ao escutar o som da expressão Pluralismo Jurídico, no Brasil, a primeira questão a se levantar é a seguinte: de que Pluralismo se fala? Do Pluralismo de *Carlos* Wolkmer, *Carlos* Marés, “*Carlos*” Boaventura e tantos outros de “*gauche*”[2] ou do “Pluralismo” Jurídico Mercatório embebido na lógica da globalização neoliberal? Em outras palavras, o ponto de partida, ao se falar de Pluralismo Jurídico, é a *Exterioridade* (das vítimas) ou a *Totalidade* (do capital) – para usarmos categorias da Filosofia da Libertação, presentes nas obras de Dussel e Ludwig[3]? O presente trabalho parte da necessidade, para a qual nos alerta António Manuel Hespanha[4], de *contextualizar* a História do Direito – ou seja, mergulhar na história para refletir sobre problemáticas jurídicas do presente.

Nota-se, assim, que o desafio está posto: não obscurecer o *lado direito* do “pluralismo” jurídico e tampouco deixar de afirmar a *pluralidade esquerda* do direito insurgente das vítimas da Totalidade. Para tanto, a História do Direito, com as lentes da História das Mentalidades, deve nos proporcionar um recorte cirúrgico, por assim dizer, na tentativa de perceber como um dos grandes juristas do Império do Brasil, *Augusto Teixeira de Freitas*, nosso personagem central, observa a *escravidão*, sob as lentes da *capacidade jurídica* - leitura sempre muito referenciada na obra de *Savigny*, no processo de codificação (ou, para alguns, de codificação adiada/obstruída) que Freitas protagonizou. Perceber as teias de uma “importação” doutrinária alemã, envolvida por fontes romanas, para o pensamento jurídico do jovem Império do Brasil é o objetivo central do presente trabalho, que procura entender como a cultura jurídica pluralista expressava ali seus limites e suas possibilidades históricas.

Afinal, o nosso *Augusto* servia aos interesses escravistas, como um dos “Pajens da casa Imperial” (tal como sugere Eduardo Pena, em sua tese de doutorado na Unicamp)? Teria visto o fim da escravidão bem próximo, mas preferiu calar-se e, ao mesmo tempo, propor um “recuo” jurídico na figura do Código Negro? Era ele um defensor ferrenho do fim da escravidão, “jurista dos escravos”, por sua indignação declarada na Introdução da Consolidação das Leis Civis? E o mestre europeu *Savigny*, o que pensava sobre a escravidão? Humanista mesmo, “relativista” do direito orgânico, por assim dizer, tal como o ilustre *Gustav Hugo*, fundador da “Escola Histórica do Direito”? Que pluralidade aí se defende? Era possível relativizar a escravidão? E hoje, é possível “pluralizar” o capital e relativizar seus efeitos nefastos, tais como os da escravidão, na figura do “Pluralismo” Jurídico Mercatório[5]? Diante de tantas indagações, “rotulatórias” talvez, deve-se aqui identificar a *escravidão* como um dos fios centrais dessa teia de inteligibilidade histórica do Império do Brasil, tal como fez *Gediel*, em recente trabalho[6].

Feito o recorte histórico - *escravidão e capacidade jurídica no pensamento de Augusto Teixeira de Freitas e Friedrich Carl von Savigny* - cabe esclarecer, ao leitor menos atento, que o ponto de partida e de chegada da reflexão já proposta é a Exterioridade das vítimas (ser *gauche* na vida).

1 Capacidade jurídica e o princípio do domicílio em Savigny

A opção feita por esse breve tópico tem por intento demonstrar ao leitor não a importância “grandiosa” do jurista Friedrich Carl von Savigny[7], de forma personalista e infrutífera, mas no compasso de suas idéias demonstrar suas complexidades, suas contradições e convicções, direcionando esforços no sentido de produzir uma inteligibilidade que traduza a dinâmica de um relativismo jurídico que se opõe ao universalismo e que, ao mesmo tempo, recai na necessidade de traçar alguns parâmetros excepcionais centrados na idéia da *pessoa em si, sua capacidade jurídica e sua capacidade de agir*. O foco reflexivo é centrado no objetivo de analisar o discurso de Savigny, diante do legado de Gustav Hugo, da “Escola Histórica do Direito”[8], no que tange especificamente à *escravidão* (grande temática do século XIX, tantas vezes encoberta), seu grau de aceitabilidade e repulsa em sua teoria. Por isso, o caminho a ser seguido é o das suas exemplificações aos *limites do princípio do domicílio*, não apenas no que se refere aos escravos negros, mas nas especificidades das relações entre os estabelecidos e os *outsiders* ou, dito de uma forma mais clara: observar o grau de “acidez” gerado pela Exterioridade do *Outro* na teoria do Direito Internacional Privado de Savigny. Isso diante da dúvida sobre se Teixeira de Freitas “importou” um modelo pronto e acabado de *capacidade jurídica*, ou se relacionou os marcos teóricos em questão com seu contexto político, jurídico e econômico local, em maior ou menor medida. Daí surge a opção de se perceber essa “influência” do pensamento de Savigny em Teixeira, partindo-se da relação *entre* Estados, uma posição estratégica para traduzir essa teia de significados e significantes históricos.

Diante desse recorte cirúrgico, porém necessário, deve-se destacar a forma como Savigny formulou a categoria da *capacidade jurídica* diante do *princípio do domicílio* (princípio que interage diretamente com o saber jurídico local da relação jurídica em questão; em outras palavras, diante de um caso embebido de estraneidade a lei aplicável, de forma geral, é a da sede da relação jurídica da pessoa). Explica-se, de forma clara, com as palavras do próprio Savigny que: “Se se perguntar qual é o direito aplicável aos diferentes estados da pessoa que determinam a capacidade jurídica e a capacidade de agir, responde-se: é pura e simplesmente o direito local, ao qual essa pessoa está sujeita por força de seu domicílio”. [9] Nota-se, de forma cristalina, que desse princípio podem surgir diversas polêmicas, críticas e doces ironias, mas por hora é certo registrar que o *princípio do domicílio* foi uma das maiores contribuições feitas por Savigny ao Direito Internacional Privado.

Diante de tamanha contribuição, pretende-se aqui analisar o discurso jurídico de Savigny construído a partir das exceções feitas, exatamente, à aplicabilidade do *princípio do domicílio*, em especial, no que tange a condição humana. A presente problemática se apresenta de forma incisiva na seguinte fala do jurista alemão:

Até aqui consideramos o direito local do domicílio como determinando em geral a capacidade de agir e mesmo nos casos em que muitos autores sustentam uma opinião

contrária (§364). Trata-se agora de colocar os limites desse princípio, ou seja, indicar os casos em que cessa sua aplicação. As delimitações que vou estabelecer poderão me reconciliar com vários dos oponentes que combati até aqui e que talvez não rejeitaram o próprio princípio senão em consideração a esses casos excepcionais.

É exatamente nos então denominados “casos excepcionais” que a contradição se apresenta, que a interrogação vigora, que o relativismo avança e retroage, desestabilizando “verdades históricas”, “rótulos”, concepções positivistas, dentro de uma imagem que Foucault nos sugere como “guerra das classificações” do saber/poder.

Primeiramente Savigny divide seus “casos especiais” em duas classes, a saber:

A) Quando uma lei concernente ao estado da pessoa (a capacidade jurídica ou a capacidade de agir) é uma dessas leis absolutas que, em vista de sua natureza anômala, não entram nos limites da comunidade do direito entre Estados independentes, não é mais o direito local da pessoa que o juiz deve aplicar, mas sim o direito de seu próprio país.[10]

B) Há casos em que o princípio geral não encontra aplicação por que esses casos não pertencem nem à capacidade jurídica nem a capacidade de agir. Desse modo, apesar de uma aparência enganosa, não entram no assunto de que nos ocupamos exclusivamente.[11]

Evidentemente, o presente trabalho tem seu interesse mais dirigido ao primeiro intento (A), que está ligado diretamente à capacidade jurídica e a condição humana. Segue-se agora para uma análise mais detalhada das exceções ao *princípio do domicílio*, consideradas por Savigny como: (1) “Leis de natureza rigorosamente positiva, coativa, que não admitem por isso mesmo essa liberdade de apreciação que não condiz com limites de Estados diversos”[12] ou (2) “Instituições Jurídicas de um Estado estrangeiro, cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por conseguinte, não tem nenhum direito à tutela jurídica em nosso Estado.”[13] Forma-se, assim, o objeto de análise já dos próximos itens.

1.1 Leis de natureza rigorosamente positiva, coativa: as “exceções” ao princípio do domicílio de Savigny

A divisão binária entre a *natureza* e a *origem* das normas jurídicas é muito relevante para se observar os pontos de partida da “Escola Histórica do Direito”, seus avanços e rupturas - presentes na obra de Savigny, em que se visualiza nítida tendência classificatória, em especial quanto aos “casos excepcionais” que se deve observar. Essa exemplificação de Savigny, arriscada do ponto de vista teórico, nos permite, hoje, perceber que valores do “direito local do Estado” estão em jogo e são ameaçados, mutilados – nas entrelinhas das exceções – como único e inatingível direito local estatal (totalizante, por assim dizer) e que, por isso, esses “excepcionais” valores locais não devem atender ao *princípio do domicílio* tão defendido internacionalmente – pelo próprio Savigny, na época, e amplamente em nosso tempo, por diversos juristas do mundo. Ninguém melhor do que o próprio autor do princípio para falar de seus limites. Explica Savigny:

Para saber se uma lei se enquadra nos casos excepcionais, é necessário antes de tudo verificar a intenção do legislador. Se ele a expressou formalmente, essa declaração é suficiente, porque ela tem o caráter de uma lei sobre a colisão, a qual se deve sempre obediência total (§ 348). Como, no entanto, semelhantes declarações raramente existem, devemos reportar-nos às diferenças que a natureza das leis absolutas representa, o que nos conduz a distinção seguinte.[14]

Diante da “imperativa vontade do legislador”, nota-se que a dúvida não deve pairar, para Savigny, mas quando ocorrer a conhecida “omissão da vontade do legislador” as “leis absolutas” devem vigorar:

Há uma classe de leis absolutas cujo único motivo e exclusivo objetivo é garantir por normas certas o exercício dos direitos e que, por conseguinte, são emanadas unicamente no interesse das pessoas que gozam desses direitos. Essas são as leis que restringem a capacidade de agir por causa da idade ou do sexo, etc., aquelas que regulamentam as formas de transmissão da propriedade por simples contrato ou por tradição. Não há nenhuma razão para classificar essas leis entre os casos excepcionais e as colisões a que dão origem podem muito bem ser regulamentadas de acordo com princípio da comunhão mais livre do direito, porquanto jamais um Estado deixará de hesitar em permitir em seu território a aplicação de uma lei estrangeira dessa espécie.[15]

Uma segunda categoria de “leis absolutas” é identificada por Savigny como estando fora do domínio do “direito puro”: as que se referem à moralidade, à ordem pública e, é claro, à economia política (casamento, aquisição de propriedade por judeus, etc.). Afirma Savigny:

Outra classe de leis absolutas tem, ao contrário, seu motivo e seu objetivo fora do domínio do direito puro, entendido no sentido abstrato, de tal modo que são feitas unicamente no interesse das pessoas titulares dos direitos. As leis dessa classe podem ter por base um motivo moral como a lei que proíbe a poligamia, elas podem ser ditadas por um motivo de interesse geral (*publica utilitas*), seja porque têm caráter político, de ordem pública ou de economia política. Dessas fazem parte algumas leis que restringem a aquisição da propriedade de bens de raiz por parte dos judeus.[16]

Ainda, além de destacar, de forma incisiva, que o Estado poderia proibir a poligamia dos estrangeiros – por uma questão evidentemente de cunho moral/religioso - afirma, também, que: “Todas as leis dessa espécie se enquadram nos casos excepcionais mencionados antes, de modo que, com relação à sua aplicação, cada Estado deve ser considerado como absolutamente isolado. (...) Se nossas leis proibem aos judeus a aquisição da propriedade de bens de raiz, nossos juízes devem proibir essa aquisição, não somente aos judeus de nosso país, mas também aos judeus dos Estados estrangeiros onde essa interdição não existe, embora, de acordo com os princípios gerais sobre colisão, a capacidade jurídica pessoal e a capacidade de agir sejam determinadas pelas leis do domicílio da pessoa”[17]. Complementa, ainda, o sentido da regra a partir de um raciocínio jurídico inverso (ou melhor dizendo: invertido), quando afirma que a recíproca é verdadeira, porque “o Estado estrangeiro, cujas leis permitirem aos judeus a aquisição da propriedade de bens de raiz, deverá permitir essa aquisição aos judeus de nosso país, sem levar em consideração a lei restritiva de seu domicílio pessoal”. [18] Na seqüência, cita-se na íntegra todos os casos entendidos como “leis absolutas” por Savigny: as citações são longas, mas indispensáveis para a compreensão do nosso segundo tópico, que avaliará a escravidão propriamente dita. O jurista descreveu suas exceções assim, de forma sistemática:

1) Nos países em que a **poligamia** é legal, um homem casado pode contrair vários casamentos assim ele aplica essa espécie de capacidade **não o direito do domicílio da pessoa**, mas aquele de seu próprio país.

2) Se um indivíduo, **privado em sua pátria da capacidade jurídica como herege**, adquire ou pratica atos jurídicos num país que repele como imoral essa espécie de incapacidade ou mesmo tem como religião a doutrina classificada em outro local de heresia, **o juiz desse país deve então aplicar seu direito nacional e não aquele do domicílio desse indivíduo**.

3) Quando as **leis de um país restringem a capacidade de adquirir estabelecimentos eclesiásticos** (bens de mão morta), os estabelecimentos eclesiásticos dos países estrangeiros são atingidos por essas restrições. De modo recíproco, os estabelecimentos eclesiásticos de um Estado em que existem essas restrições não estão sujeitos a isso nos Estados em que essas leis restritivas não existem. Assim, nos dois casos, a capacidade

de agir é julgada, **não de acordo com o direito do local onde esses estabelecimentos têm sua sede, mas de acordo com o direito do Estado de que depende o juiz convocado para se pronunciar.**

4) Se a lei de um país declara os **judeus incapazes de adquirir imóveis**, essa lei atinge os **judeus estrangeiros tanto quanto os judeus nacionais**, mas estes últimos podem adquirir imóveis nos Estados que não reconhecem essa lei. Assim nos dois casos o **direito local do domicílio da pessoa fica sem aplicação.**

De igual modo, uma lei francesa bem conhecida não permite aos **judeus** de alguns departamentos do Leste (dos quais uma grande parte foi mais tarde unida à Alemanha) **adquirir créditos**, a não ser sob condições restritivas muito rigorosas. Nesses departamentos essa lei obriga todos os judeus nacionais ou estrangeiros. Os judeus nacionais não estão sujeitos a ela nos outros Estados. **Aqui, portanto, não se trata de nenhum modo do direito local domicílio.**[19]

Nota-se que todas as questões aqui levantadas dizem respeito aos judeus, aos hereges, aos estabelecimentos eclesiásticos e à prática da poligamia, ou seja, ao diferente, ao “não estabelecido”, ao “de fora”; mas a argumentação desenvolvida por Savigny reforça que essa idéia vem, de certa forma, ligada à moralidade ou à entusiasmada “ordem pública”. Nota-se que, no segundo momento da explicação de Savigny (dentro da divisão binária encoberta, porém presente, entre *natureza* e *origem* das normas[20]), a temática da *escravidão negra* é dimensionada para um segundo plano, muito provavelmente por aquilo que se convencionou chamar de razões de economia política. Observa-se, no entanto, que essa divisão não é cogente, uma vez que Savigny classifica as questões de ordem judaica na primeira fase (da ordem da moral propriamente dita), mas que são sempre mergulhadas, como se sabe, em questões econômicas. Observamos, então, o que pensa nosso jurista sobre os “estrangeiros” escravos, seu fluxo entre a *liberdade*, investida de capacidade jurídica, e a *escravidão*, investida de incapacidade jurídica, ou seja, condição de coisa a ser exigida.

1.2 Instituições jurídicas de um Estado estrangeiro (escravidão e morte civil) cuja existência “em geral” não é reconhecida na Alemanha de Savigny

Esse é o ponto mais alto da *análise do discurso de Savigny sobre a escravidão e a relação entre Estados*, não apenas porque se apresenta explicitamente, mas porque abre uma série de indagações sobre a relação havida entre o ministro Savigny e o então reconhecido como fundador da “Escola Histórica do Direito”, Gustav Hugo – o que nos

remete ao nosso ponto de partida, que se propõe a perceber a influência do pensamento de Savigny na obra do jurista brasileiro Teixeira de Freitas, especialmente no que tange à capacidade jurídica e sua interação com a problemática da escravidão.

A fonte em tela sugere que Savigny observa o fenômeno da escravidão a partir de um referencial bem delimitado, ou seja, observa a escravidão sob o ponto de vista da Alemanha – a clareza dessa idéia vem explícita já no título apresentado: “Instituições jurídicas de um Estado estrangeiro cuja existência em geral não é reconhecida no nosso”[21]. Percebe-se, assim, que a escravidão não é um tema omitido por Savigny que, ao contrário, dedica-lhe um tópico específico durante a sua análise sobre *capacidade jurídica* em conflitos de Direito Internacional Privado. No entanto, ao observar o “escravo negro”, não faz menção direta ao Tráfico Negreiro, existente de forma intensa ainda no Brasil Império, nem se preocupa em inverter seu raciocínio como faz com os *judeus*, casos já comentados no item anterior. Afirma, primeiramente sobre a morte civil e, a seguir, sobre a escravidão:

O juiz de um Estado que não conhece a **morte civil** da legislação francesa ou russa, **não deverá aplicar a incapacidade jurídica resultante a pessoas condenadas à morte civil na França ou na Rússia**, embora, de acordo com as regras gerais sobre a colisão, a capacidade pessoal dos indivíduos seja determinada pelo direito vigente em seu domicílio.

De igual modo, **num país em que a escravidão é desconhecida, um escravo negro que nele reside não será tratado como propriedade de seu patrão e como incapaz de direito**. Para esse último caso os dois pontos de vista que acabo de expor conduzem ao mesmo resultado. **A escravidão como instituição jurídica, não é reconhecida entre nós e, de acordo com nossas idéias, há imoralidade em tratar um homem como uma coisa**. Este primeiro motivo é aplicável no caso da morte civil que citei há pouco, mas não o segundo, porque a morte civil não é mais imoral que qualquer outra pena demasiadamente rigorosa.

Claramente, Savigny *afirma a imoralidade da escravidão* (leia-se, *em seu país*), mas ao não inverter o raciocínio jurídico, como fez no caso dos judeus, abre-se um clarão de interpretações múltiplas, pelo encobrimento e o distanciamento de uma afirmação mais contundente, no sentido de experimentar outras relatividades tais como: (1) um escravo negro, ao invés de sair “escravo” de seu país e entrar em uma nova terra de liberdade, na Alemanha, por exemplo, e, assim, nesse sentido adquirir o *status* de pessoa (com capacidade jurídica), sair no sentido inverso – podemos imaginar exatamente o contrário: uma *pessoa negra* que “sai” da África (terra de liberdade) e entra no Brasil escravista do século XIX, nesse *outro* caso, adquire a partir daí o *status* de *coisa* perdendo, assim, a sua capacidade jurídica porque o Brasil afirma claramente o instituto jurídico da escravidão? Antes de qualquer conclusão precipitada sobre se

Savigny era ou não um escravista, contextualizada na esteira ortodoxa do “jovem” Marx[22], o mais importante é perguntar o porquê da não-inversão do raciocínio jurídico. Quais as razões do encobrimento? Pensar que *peçoas* podem ser redimensionadas ao *status* de *coisa* (ou vice-versa) a partir de uma mentalidade local “moral” ou “imoral” é, certamente, o caminho mais ingênuo para analisar o discurso de Savigny; o que aí está mais latente (“relampejando”, para usar a expressão de Walter Benjamin) é a presença de fatores políticos e especialmente econômicos, tanto no caso dos judeus como no caso dos escravos negros. No entanto, na tentativa de lançar perguntas, mais do que respondê-las de forma peremptória (ou até *positivista*), é importante destacar aqui, de forma sistemática, a exemplificação detalhada das hipóteses de exceção ao *princípio do domicílio*, estudadas e afirmadas por Savigny:

5) Em todos os casos que acabo de enumerar a lei que se trata de aplicar à capacidade jurídica ou à capacidade de agir é uma lei de uma natureza positiva e rigorosamente obrigatória. Nos casos de que vou falar a exceção à **regra geral do direito do domicílio** se baseia no fato de que uma instituição **particular a um Estado não é reconhecida por outro Estado**.

6) Tal é a incapacidade jurídica ligada à **morte civil** pelo direito francês e pelo direito russo. O juiz de um Estado em que **a instituição da morte civil é desconhecida não fará aplicação dela e assim não terá relação com o direito do domicílio** (§ 349).

7) **Deve-se dizer outro tanto da incapacidade jurídica de um negro escravo, se ela for posta em questão num Estado que não reconhece a instituição da escravatura** (§ 349).[23]

É desse ponto de partida que se percebe a possibilidade de observar a obra de Teixeira de Freitas no cenário do Império do Brasil, porque a influência de Savigny se fez incisiva em sua obra, e mais, por suas contradições teóricas e práticas na temática atinente à *capacidade jurídica* e a *escravidão*. Da invisibilidade proposta em seu “Código Negro” à total omissão sobre a questão indígena, surgem diversas inquietações sobre os mecanismos de poder que formaram a mentalidade jurídica civilista do Império do Brasil.

2 Augusto Teixeira de Freitas: inteligibilidades possíveis e existência visível

Ao iniciar o diálogo histórico com Augusto Teixeira de Freitas, nosso primeiro “estranhamento” aconteceu na biblioteca da Faculdade de Direito; por um instante uma muralha surge sobre um título na tela do computador: “obras raras”. Parece seguir-se, assim, à risca, o rito do capital simbólico, centrado no suspense gerado pelo imaginário da “biblioteca secreta”. Porque não se pode entrar lá? – pergunta a Exterioridade acadêmica. É somente para os doutos, alerta o rito da Totalidade. De qualquer sorte, passada a impressão do saber inatingível, os livros solicitados foram entregues em mãos, a partir dos dados disponíveis no sistema. O primeiro olhar se dirigiu ao primeiro título: Pêlo advogado d’esta Corte, Augusto Teixèira De Freitas Sênior. Vocabulario Juridico, Com Appendices, I – Logár, e Tempo. II – Pessoas. III – Cousas. IV – Factos. 1883. A associação ao ano da Lei Áurea de 1888 (aquela que figura no imaginário social livremente), surgiu a partir de um condicionamento matemático incontrolável, que logo alertou: 5 anos antes! As mãos correram de forma ligeira sobre a fonte histórica com a intenção de responder, de forma imediata, uma única indagação: o que se pensava sobre a escravidão, dentro da lógica do senso comum jurídico (leia-se dicionário) em 1883? Lá estava o verbete de Teixeira de Freitas:

– **Escravidão** *do homem, ou da molhér*, quando o outro Conjuge não tinha conhecimento d’ella, annulla o consentimento nupcial (Consolid. Cit. Nota 3 ao Art. 96) -.

– **Escravos**, pôsto que, como artigos de propriedade, dêvão sêr considerados – *cousas* – não se-equiparão comtudo aos outros semoventes, e muito menos aos objectos inanimados –.[24]

Em história não há fórmulas, nem respostas fáceis em dicionários e o “pouco”, porém “muito”, que dizia aquele singelo dicionário jurídico não dava conta das inquietações próprias de uma pesquisa histórica mais atenta aos significados da teia do pensamento jurídico do Brasil Império. Assim, investiu-se em diversas fontes, tais como o Esboço do Código Civil e a Consolidação das Leis Civis, interligadas com diversos títulos acadêmicos de juristas e historiadores – lentes divergentes e por certo também convergentes.

A intenção parte da idéia central de reunir esforços de historiadores do direito para promover investigações sobre o processo de codificação também do Direito Civil Brasileiro; em seu texto “Código e Complexidade”, Hespanha identifica no campo do Direito, em especial, a *redução da complexidade* durante o projeto da modernidade; nota-se uma analogia entre o binômio codificação/direito e o binômio sistematização/ciência (verificados como fenômenos de mesma ordem). Parte-se, assim, de uma análise tripartite que relaciona os níveis de interação (sintático, semântico e pragmático) dos signos verificados em um sistema simbólico. O nível sintático contempla a análise das normas jurídicas em si mesmas, já o nível semântico trata, especificamente, das valorações jurídicas do sistema simbólico e, por último, o nível

pragmático, que aborda todas as relações entre os signos, os usuários do direito e os operadores jurídicos.[25]

Dentro desse contexto, de *redução de complexidades*, Augusto Teixeira de Freitas[26] entra em cena no presente trabalho, não de forma personalista, positivista, como o grande e “venerável” civilista, mas como um grande mentor intelectual desse processo de codificação civilista brasileiro, com reconhecida influência internacional (projeto/processo esse, que no Brasil foi um tanto quanto “engavetado”, por diversos fatores e múltiplas explicações, desde a idéia de que “*Pedro quer ser Augusto*”[27], passando pelas impossibilidades coloniais e materiais das Faculdades de Direito[28], até chegar ao trabalho incansável de fontes históricas, que identificaram um grande distanciamento entre os *discursos parlamentares* e os *reais interesses do Império brasileiro*, com esforços historiográficos contundentes no sentido de desconstruir o aparente embate político entre *liberais* e *conservadores* e afirmar a anterioridade de uma identidade política centrada em interesses claramente *escravistas*)[29]. Diante dessas inquietações históricas, segue-se rumo ao discurso de Teixeira de Freitas sobre a capacidade jurídica interligada ao *princípio do domicílio* de Savigny.

2.1 Esboço: (in)capacidades, princípio do domicílio e a escravidão como “exceção”

Levi Carneiro abre a publicação do Esboço do Código Civil do Império (que contém uma carta escrita por Teixeira e destinada “Ao público”, na cidade do Rio de Janeiro, em 25 de agosto de 1860), por meio de um “Estudo Crítico-Biográfico” feito para abrir o próprio esboço, o autor é preciso em nos alertar que Teixeira:

No art. 26 apresenta uma de suas **arrojadas inovações**, decorrente do pensamento exposto em a nota ao art. 5º: a capacidade de tôdas as pessoas domiciliadas no Brasil, quer nacionais, quer estrangeiras, seria julgada pelo Código brasileiro, ‘ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro’. Quanto às pessoas domiciliadas no estrangeiro se observaria a lei de seu domicílio, ‘ainda que se trate de atos praticados no Império ou de bens existentes no Império’. **Inspirado por Savigny, afasta, assim, o princípio da nacionalidade**, que vigorava em nosso Direito e o Código Civil ainda manteria, **só o derogando a nova lei de introdução ao Código Civil, em 1942**. Contudo, mesmo esta última lei não avançaria tanto nesse sentido como com o “Esboço”, **pois ressalva certas exceções à observância do princípio da lei do domicílio.**”

A “ponte” entre a obra de Savigny e Freitas fica bem evidente, nessa fala de Levi Carneiro, quando nossas lentes se dirigem, especificamente, ao *princípio do*

domicílio. Percebe-se que a “lei do domicílio” foi recusada no Código Civil de 1916, que adotou o *princípio da nacionalidade*, mesmo quando a escravidão já não reinava de forma institucional nas terras brasileiras, o que nos leva a crer que no “país dos imigrantes” o *princípio da nacionalidade* não tardou em apresentar grandes questões de Direito Internacional Privado, problemáticas que levaram ao seu abandono logo em 1942, com a Lei de Introdução ao Código Civil, que afirma em seu artigo 7º “*A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.*” A problemática dessas “importações doutrinárias” jurídicas européias é traduzida de forma brilhante por Gediel, no seguinte exemplo:

O particularismo do racionalismo jurídico implantado em Portugal, pela Lei da Boa Razão, o romanismo dos cursos jurídicos, a mentalidade colonial e colonizadora dos juristas lusitanos, no Brasil, e a posterior influência da pandectística alemã, parecem ter influenciado, decisivamente, para o perfil do direito privado brasileiro. Somam-se a esses fatores culturais, os limites materiais da economia escravista e a característica autoritária da Constituição Imperial de 1822.

Por um lado, o racionalismo pretendido pela Lei da Boa Razão era, além de autoritário, deslocado das realidades da Colônia e do recém fundado Império brasileiro, porque, evidentemente, preso às razões do Estado português. Por outro lado, a influência das idéias alemãs e o desejo de estarem alinhados à “ciência jurídica” de Savigny afastavam, ainda mais, os juristas de uma reflexão própria.[30]

A erudição de Augusto Teixeira de Freitas era, sem dúvida, fantástica, porém comprometida, talvez, com os interesses escravocratas. A aplicabilidade destoante e arbitrária da Lei da Boa Razão diante da realidade local que Freitas vivenciou fala por si só, por isso fica extremamente difícil deixar de mencionar as contradições entre o discurso e a *práxis* do jurisconsulto do Império do Brasil.

“Das pessoas de existência visível”[31] foi a terminologia que Teixeira de Freitas utilizou para apresentar quais eram os entes providos de “características de humanidade”. Nota-se, que esse signo (“visível”) não é qualquer signo, uma vez que vigora até hoje, quando a crítica requer “políticas de reconhecimento”, de afirmação, que façam frente aos problemas da *invisibilidade do Outro*, da *neutralização do diferente*, da *negação do conflito*, da *mobilização do viés*. Pergunta-se: o que seria uma pessoa de existência *não-visível* no Império do Brasil? Seriam os povos indígenas (ou “bugres selvagens”, para usar uma expressão da época)? Seriam os negros? Essas são questões importantes para perceber uma segunda proposta do jurisconsulto Teixeira de Freitas: o Código Negro – que vamos analisar no próximo tópico. Por hora, é importante destacar que surge nesse Título, claramente, uma preocupação tutelar no seguinte enunciado: “*Art 35. Todos os entes, que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidade ou acidentes, são pessoas de existência visível.*”[32] A primeira impressão indica que se quer proteger alguém com esse artigo,

mas quem? O próprio Teixeira nos explica: “Art. 35. A redação ampla do texto resume tudo quanto se tem escrito verdadeira ou falsamente sobre monstros, hermafroditas, eunucos, etc.”[33] Percebe-se aqui uma preocupação com alguns dos *outsiders* ou *acidentados* da Totalidade eugênica do Império; isso é muito interessante no pensamento de Freitas, que infelizmente não demonstrou tanta coragem para falar das “características de humanidade” dos povos indígenas e dos escravos do Império, e a omissão aqui diz muita coisa. Salvo, no que tange aos escravos, em especial, na Introdução à Consolidação das Leis Civis que devemos analisar já no próximo tópico.

2.2 Consolidação das Leis Civis: (in)visibilidades e o Código Negro

“A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito se os povos houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fora o abuso da escravidão”[34]

A frase acima, é certamente, uma das mais famosas de Teixeira de Freitas. “A liberdade é o homem” – Gustav Hugo fez diversas reflexões sobre essa temática da liberdade e foi duramente criticado por Karl Marx num ponto que foi levantado ainda quando analisamos a “Escola Histórica” e a sua genealogia. Por isso, agora, o signo que mais nos interessa nesse enunciado é, exatamente, essa idéia de *admissibilidade da escravidão*, entendida por Teixeira claramente como um “*abuso*”, uma *instituição opressiva*; a pergunta que se coloca é a seguinte: havia como não ser opressiva a escravidão? Quais eram as expectativas do Código Negro proposto por Freitas? Estabelecer limites aos abusos da escravidão de forma gradual, objetivando seu fim? Seguem-se nossos olhares ao famoso discurso inflamado de Teixeira de Freitas durante o início de sua Consolidação das Leis Civis:

Cumpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Código Negro*.

Ao nos depararmos com o estudo da História do Direito no Império do Brasil, é perfeitamente inteligível a ansiedade de se encontrar nas fontes uma só gota de

resistência à lógica escravista na *práxis* de nossos juristas; surge, assim, um desejo enorme de encontrar um só jurista à frente de seu tempo, apenas um, na tentativa de subverter a ordem do simbólico de “Pajens do Império”, na tentativa de *inverter o estigma*, como fazem os negros nos EUA, como desejam os quilombolas, como quer a política afirmativa; claramente, isso não significa negar as razões históricas e nem tampouco confrontar a melhor historiografia, mas dentro da engrenagem do sistema simbólico encontrar a “contra-mola” que resiste, mesmo que sonâmbula e envolvida até o último fio da teia da tela discursiva encobridora dos reais mecanismos de poder – mas que nos permita, mesmo que só por um instante, imaginar: uma voz jurídica se levantou e disse: “*disposições vergonhosas não podem servir para a posteridade: fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso.*” Signos caros a uma imagem de “pajem”, mas antes de tudo significativos, porque “vergonha” é um signo que se liga diretamente com a “responsabilidade”.

O instante de inversão simbólica do estigma dos “Pajens do Império” já acabou; devemos voltar à nossa reflexão histórica – que percebe, com clareza, as reais necessidades de uma inversão entre significados e significantes, ao atestar que isso não se faz de forma isolada e personalista, e tampouco se faz com a obra de um só autor (“uma gota de resistência no Império do Brasil”), mas que ao estudá-lo abre-se um diálogo interdisciplinar brilhante, entre Luiz Edson Fachin e Eduardo Spiller Pena, por exemplo:

O verbo veiculado entre significados e significantes pode traduzir uma clivagem abissal entre a proclamação discursiva e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica, ao menos naquela que, crítica e consciente, sob o olhar da inquietude se agasalha. Compreendê-lo corresponde arrostar desafios de cidadania onde a formação para o Direito se apresenta, não raro, tomada pelo avesso em salas de aulas e de audiências, nas ante-salas do acesso ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade.[35]

Nota-se, com clareza, que o pensamento de Teixeira de Freitas trata a questão da *escravidão* como uma grande *exceção*; percebe-se, assim, uma influência direta da obra de Savigny em Teixeira – que vem acompanhada de suas exceções ao *princípio do domicílio*, já detalhadas no capítulo anterior, que apresentaram também a *escravidão* como protagonista dos “casos excepcionais” interpretados e sistematizados pelo jurista alemão. Os dois juristas em tela conceberam suas grandes *exceções* sempre imaginando o fim das suas complexidades (entendidas como anomalias) – “*condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota*”; no sentido do múltiplo ao uno, paira uma grande ilusão jurídica, uma vez que “de lá para cá”, sem correr o risco de nenhum anacronismo, sabe-se que a humanidade segue na multiplicidade e entre constantes conflitos étnicos, mesmo que dentro de uma etnicidade encoberta, mesmo que dentro de uma pluralidade mutilada.

Diante desse alerta de Teixeira de Freitas, que afirmou: “não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*”, observa-se que realmente no Corpo do Código proposto (*na letra da “lei”*) não há menção direta à escravidão, mas nas entrelinhas doutrinárias há nitidamente explicações de ordem prática, juridicamente relevantes, com fortes tendências pró-escravistas. Os casos emblemáticos não tardaram em aparecer.[36]

Uma das mais famosas controvérsias sobre *escravidão* e a *práxis jurídica* que envolveu Teixeira de Freitas foi a que resultou na renúncia ao seu cargo de Presidente do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), do qual foi membro fundador. A dúvida que gerou o conflito indagava: “*Se eram livres ou escravos os filhos de uma escrava, que em testamento havia sido libertada, mas com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este vivesse.*” [37] O juriconsulto Augusto Teixeira de Freitas em seu parecer, do alto da cultura erudita romanista, respondeu em latim: “*dig de stat. Hom., partus ventrem sequitur*”, em outras palavras: os filhos, em tais condições (leia-se, exceções) nasciam *escravos*.

Quando ouvimos de Augusto que “o homem é a liberdade”, pensamos que só Augusto não viu que livre é o poeta que mergulha nas espumas flutuantes sem nelas se afogar.

Referências

ALVES, Castro. **Espumas Flutuantes**. São Caetano do Sul/SP: Ateliê Editorial, 1997.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem da modernidade: Conferências de Frankfurt**; tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**; tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen; Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Entre a liberdade discursiva e a prática servil: direito e avesso da escravidão sob o olhar de Eduardo Pena.

Disponível em <<http://www.unicamp.br/cecult/resenhas_vh/resenha_pagens1.pdf>>.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, v. XVII, p. 97-112, 2005.

_____. *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 35, p. 339-369, 2006.

_____. *A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v.44, p. 61-76, 2006.

_____. *A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil do século XIX: relendo os traços do bacharelismo jurídico*. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 35, p. 581-600, 2007.

FRÊITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. Com appendices. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro – Editor, 1883.

_____. **Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Teixeira de Freitas: um Civilista do Império do Brasil**. Texto apresentado durante III Congresso de História do Direito, ainda inédito Curitiba, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Código y Complejidad*. Tradução livre. In: **Codici: uma riflessione di fine millennio**. A cura di CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo. Firenze: Milano – Giuffrè Editore, 2000.

LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MARX K. **O Manifesto Filosófico da Escola Histórica do Direito**. Texto extraído de Gazeta Renana, 9 de agos. 1842. Tradução de Pádua Fernandez. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p 265 –273, 2007.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: O jurisconsulto do Império. 2^a.ed. Brasília, 1983.

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da casa imperial: jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871**. Campinas, Ed. da UNICAMP, 2001.

PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o Olhar Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

ROULAND, Norbert. **Anthropologie juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

_____. **Nos Confins do Direito: antropologia jurídica da modernidade**; tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1949.

_____. **Sistema do direito romano atual – Vol. VIII**; trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SILVA, Claudia Christina Machado e. **Escravidão e Grande Lavoura: o Debate Parlamentar sobre a Lei de Terras (1842-1854)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História. Curitiba, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos para o Direito**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia. In: **Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial**. *Elotro Derecho* N° 26-27. Bogotá, Colombia: ILSA, 2002, p. 135-147.

_____. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[1] ALVES, Castro. **Espumas Flutuantes**. São Caetano do Sul/SP: Ateliê Editorial, 1997.

[2] “Quando nasci um anjo torto, desses que vive na sombra, disse: Vai, Carlos! Ser *gauche* na vida.” Carlos Drummond de Andrade (Poema de Sete Faces).

[3] Nas palavras de Ludwig, segue a crítica à *matriz grega*, que fundamenta a *desigualdade* em “o ser é, o não ser não é”, ao fundamentar a Totalidade: “na obra *Método para uma Filosofia da Libertação*, explicita o *método analético* e sua relação com a dialética. Em síntese, no propósito de reformular a dialética, a partir da perspectiva daquilo que se situa para *além* de toda a *totalidade*, Dussel fala do *método analético* como *momento analético da dialética*. O método *analético* objetiva afirmar um âmbito da *exterioridade* metafísica do outro – alteridade irreductível à lógica da totalidade e ponto de apoio para a construção de uma lógica da diferença, evitando, assim, a redução de tudo *ao mesmo*. O novo método consiste na afirmação da negatividade do outro, pois inclui o momento alterativo, desde uma *anterioridade* (é um movimento *ana-dialético*), movimento que indica a passagem da negação da negação desde um *lugar* que está além do sistema, ou seja, do outro, do pobre, do oprimido, do excluído, da vítima, enfim” LUDWIG, Celso. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 149-150.

[4] Em recente Conferência intitulada "Será que a Democracia e a Constituição ainda são o que eram? Como se Realizam os consensos básicos nas sociedades de hoje", início de setembro de 2008, Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR.

[5] “O “*pluralismo*” *jurídico mercatório* oriundo das transformações econômicas do cenário globalizado, pelas crises das sociedades desorganizadas e atomizadas, pelo processo de ampliação dos espaços de normatividade supranacionais formam as manifestações “plurais” da Totalidade, tais como a especulação capitalista, por isso, não configuram o fenômeno do pluralismo jurídico, mas se revestem de uma “roupagem pluralista” e, ao serem desnudadas, manifestam, em lugar disso, o fenômeno da *lex mercatória*. Pluralismo não podem ser. Segundo Wolkmer, trata-se de uma pluralidade legal dominada por uma forma de ser universalizante da *lex mercatoria*, ou seja, uma produção normativa oriunda de uma nova forma de regulação social, não mais proveniente do Estado nacional (por isso “pluralista”), mas de uma jurisdição flexível e privada – encontrada nas negociações e arbitragens de empresas, corporações transnacionais e agentes econômicos internacionais.” PEPLER, Nadieje de Mari. **Pluralismo Jurídico e o Olhar Antropológico: novas fontes para um Direito de Libertação**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Ver nesse sentido WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001

[6] “A formação da modernidade jurídica luso-brasileira apresenta peculiaridades que irão marcar a trajetória de todos os juristas mais influentes do Império, especialmente a de Teixeira de Freitas, considerado o maior civilista brasileiro do século XIX.

Na tentativa de compreender tais peculiaridades, é possível identificar três blocos de questões: a) a particular inserção dos juristas na transição colonial e na formação do Estado nacional brasileiro; b) a recepção tardia do modelo de ensino jurídico pombalino pelas primeiras faculdades de Direito; c) a centralidade e a longa permanência do escravismo na economia do Brasil pós-colonial.” GEDIEL, José Antônio Peres. **Teixeira de Freitas: um Civilista do Império do Brasil**. Texto apresentado durante III Congresso de História do Direito, ainda inédito Curitiba, 2007, p. 1.

[7] “Friedrich Carl von Savigny (Frankfurt am Main, [21 de fevereiro de 1779](#) – [Berlim, 25 de outubro de 1861](#)) foi um dos mais respeitados e influentes [juristas](#) do [século XIX](#). (...)Savigny era de uma família que teve seu nome ligado à história da [Lorena](#), derivando seu nome do castelo de Savigny perto de Charmes no vale do [rio Mosela](#). Quando ficou [órfão](#) aos treze anos de idade, Savigny foi criado por um tutor até, que em [1795](#), ele entrou para a Universidade de [Marburg](#) para estudar [Direito](#), onde teve como professores [Anton Bauer](#), um dos mais notáveis pioneiros da reforma do [Direito](#) penal alemão, e [Philipp Friedrich Weiss](#), destacado por seu conhecimento em [Direito](#) medieval. À maneira dos estudantes alemães, Savigny freqüentou diversas universidades, notadamente a Universidade de [Jena](#), a de [Leipzig](#), a de [Göttingen](#) e a de [Halle](#); e retornou a [Marburg](#), onde se [doutorou](#) em [1800](#). Em Marburg ele lecionou,

como *Privatdozent*, [Direito penal](#) e a [Pandectas](#). Dentre seus alunos estavam, entre outros, os [Irmãos Grimm](#). Ele exerceu grande influência em suas posteriores carreiras.” (...) Em 1850, por ocasião do jubileu de seu [doutorado](#), surgiu em cinco volumes o seu *Vermischte Schriften*, consistindo de uma coleção de seus trabalhos secundários publicados entre 1800 e 1844. Este evento deu origem a uma série de homenagens por toda a [Alemanha](#) ao "grande mestre" e fundador do Direito moderno. Em 1853 ele publicou seu tratado sobre Contratos (*Das Obligationenrecht*), um suplemento para o seu trabalho sobre o [Direito romano](#) moderno, no qual ele claramente demonstra a necessidade pelo tratamento histórico do [Direito](#). Savigny morreu em [Berlim](#). Seu filho, [Karl Friedrich von Savigny](#) (1814-1875), foi um ministro prussiano de relações exteriores, em 1849. Ele representou a [Prússia](#) em importantes transações diplomáticas, especialmente em 1866.” Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Carl_von_Savigny

[8] “A opinião vulgar considera a ‘Escola Histórica’ uma reação contra o espírito ‘frívolo’ do século ‘XVIII’. A difusão dessa opinião é proporcionalmente inversa a sua verdade. O século XVIII, ao contrário, gerou apenas ‘um’ produto cujo ‘caráter essencial’ é a frivolidade , e esse único produto ‘frívolo’ é a ‘Escola Histórica’.(...) O ‘homem em estado de natureza da Escola Histórica’, que nenhuma cultura romântica amadurece, é ‘Hugo’. Seu manual de Direito Natural é o ‘Velho Testamento’ da Escola Histórica” MARX K. **O Manifesto Filosófico da Escola Histórica do** Direito. Texto extraído de Gazeta Renana, 9 de agos. 1842. Tradução de Pádua Fernandez. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p 265 e 267, 2007.

[9] SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual – Vol. VIII**; trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 128.

[10] SAVIGNY, Friedrich Carl von.. *Op. cit.*, p. 145.

[11] SAVIGNY, Friedrich Carl von.. *Op. cit.*, p. 147.

[12] SAVIGNY, Friedrich Carl von.. *Op. cit.*, p. 53.

[13] SAVIGNY, Friedrich Carl von.. *Op. cit.*, p. 54 .

[14] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. cit.*, p. 55.

- [15] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Idem*.
- [16] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Ibidem*.
- [17] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op.cit.*, p. 55-56.
- [18] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op.cit.*, p. 56.
- [19] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op.cit.*, p. 145-147.

[20] “Porém, enquanto designamos o senhor Hugo como patriarca e criador da Escola Histórica, fazemo-lo no seu ‘sentido próprio’, como prova o programa do jubileu do famoso jurista histórico. Compreendendo o senhor Hugo como um filho do século XVIII, seguimos até o ‘espírito’ desse senhor, conforme ele mesmo atesta, na medida em que se apresenta como um ‘discípulo de Kant’ e afirma que seu direito natural descende da ‘filosofia kantiana’. Analisemos seu manifesto nesse ponto. Hugo ‘entendeu mal’ o mestre Kant e concluiu que, por não podermos conhecer o ‘verdadeiro’, por conseguinte o ‘falso’, caso exista, deve ser considerado válido. Hugo é um ‘cético’ diante da ‘essência necessária’ das coisas, para ter ‘esperança’ de que elas não ‘apareçam acidentalmente’. Por isso, ele não busca, de forma alguma, provar que o ‘positivo é o racional’, e sim provar que o ‘positivo não é racional’. MARX, K. *Op. cit.* p 266.

- [21] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op.cit.*, p. 56.

[22] “Contudo foi descoberta pela névoa dos ‘trabalhos esfumados da mística’, no curso do tempo e da cultura, a rude ‘árvore genealógica’ da Escola histórica. Foi recortada fantásticamente pelo Romantismo, inoculada pela ‘especulação’ e os muitos ‘frutos eruditos’ sacudidos da árvore foram guardados ressecados, soberbos, no grande armazém da erudição alemã. A esse respeito, é necessário, de fato, ter somente um pouco de ‘crítica’ para reconhecer, por todas as perfumadas frases modernas, as imundas e velhas idéias de nossos iluministas do *ancién regime* e por trás de toda exuberante unção, negligente trivialidade. Se Hugo diz que ‘A natureza animal é a marca jurídica que distingue o homem, conseqüentemente o direito é o direito animal.

Afirma-nos os eruditos' modernos' sobre o direito em estado bruto, 'animal', como sendo algo orgânico. Contudo, quem se recorda, em relação ao organismo, que ele é igual ao organismo animal? Quando Hugo assevera que, no casamento e em 'outras instituições 'jurídico-morais', não há razão alguma, da mesma forma os 'modernos' senhores escrevem que essas instituições, com efeito, 'não constituem a razão humana', e sim 'copiam' uma mais alta razão 'positiva' por meio de todos os artigos restantes. Sem diferença alguma, 'todos' pronunciam brutalmente "um" só resultado: "o direito do poder arbitrário". MARX, K. *Op. cit.*, p 272, 2007.

[23] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op.cit.*, p. 147.

[24] FRÊITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. Com appendices. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro – Editor, 1883, p. 72.

[25] HESPANHA, António Manuel. *Código y Complejidad*. Tradução livre. In: **Codici: uma riflessione di fine millennio**. A cura di CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo. Firenze: Milano – Giuffrè Editore, 2000.

[26] “Augusto Teixeira de Freitas ([Cachoeira, 19 de agosto de 1816](#) — Niterói, [12 de dezembro de 1883](#)) foi um dos mais importantes [jurisconsultos brasileiros](#), a ponto de ser reconhecido como o jurisconsulto do império. Formado pela [Faculdade de Direito de Olinda](#) (atual, Faculdade de Direito do Recife), Teixeira de Freitas foi o responsável pela Consolidação das Leis Cíveis brasileiras de 1855 e autor da primeira, e mais impressionante, tentativa de codificação civil que o Brasil já viu. Seu esboço é uma obra colossal de mais de 4.000 artigos influenciando não só as tentativas posteriores, como também o Código Civil brasileiro de 1916, sendo quase que copiado pelos códigos civis da [Argentina](#), do [Paraguai](#) e do [Uruguai](#).” Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Augusto_Teixeira_de_Freitas.

[27] Nesse sentido ler: MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: O jurisconsulto do Império**. 2ª.ed. Brasília, 1983.

[28] Nesse sentido ler: FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, v. XVII, p. 97-112, 2005; *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 35, p. 339-369, 2006; *A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v.44, p. 61-76, 2006 e A formação da cultura jurídica nacional e os

cursos jurídicos no Brasil do século XIX: relendo os traços do bacharelismo jurídico. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 35, p. 581-600, 2007.

[29] Nesse sentido ler: PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e a Lei de 1871**. Campinas, Ed. da UNICAMP, 2001 e SILVA, Claudia Christina Machado e. **Escravidão e Grande Lavoura: o Debate Parlamentar sobre a Lei de Terras (1842-1854)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da UFPR. Curitiba, 2006.

[30] GEDIEL, José Antônio Peres. **Teixeira de Freitas: um Civilista do Império do Brasil**. Texto apresentado durante III Congresso de História do Direito, ainda inédito Curitiba, 2007.

[31] FREITAS, Augusto Teixeira. **Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas**, *Op. cit.*, p. 39.

[32] FREITAS, Augusto Teixeira. **Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas**, *Op. cit.*, p. 39.

[33] FREITAS, Augusto Teixeira. **Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas**, *Idem*.

[34] FREITAS, Augusto Teixeira. **Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas**, p. XXXII.

[35] FACHIN, Luiz Edson. **Entre a liberdade discursiva e a prática servil: direito e avesso da escravidão sob o olhar de Eduardo Pena**. Disponível em <http://www.unicamp.br/cecult/resenhas_vh/resenha_pagens1.pdf>.

[36] Por outro lado, a discussão política ou jurídica sobre a escravidão, no Direito Público ou Privado, vinha sempre recoberta de argumentos emocionais, de cunho religioso ou humanitário, da parte dos opositores, ou de argumentos romanistas ou tradicionalistas, por parte dos defensores do trabalho escravo. Assim a igualdade não figurava no debate e a liberdade era apenas pensada como a “quebra dos

grilhões”. GEDIEL, José Antônio Peres. **Teixeira de Freitas: um Civilista do Império do Brasil**. Texto apresentado durante III Congresso de História do Direito, ainda inédito, Curitiba, 2007.

[37] MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: O juriconsulto do Império**. 2^a.ed. Brasília, 1983, p. 142.

PANDECTISMO NAS DOUTRINAS CIVILISTA E CONCRETA DA AÇÃO*

PANDECTISM IN THE CIVILIAN AND CONCRETE DOCTRINES OF ACTION

Ricardo Adriano Massara Brasileiro

RESUMO

O presente estudo tem como propósito a evidenciação da influência do pandectismo germânico do século XIX sobre a nascente doutrina processual e, em especial, sobre as doutrinas imanentista e concreta da ação. Para tanto, mostrará alguns vínculos entre a idéia da ação contemporânea e da actio romana; falará da enorme força que teve a pandectística no século XIX e da sua expansão para fora da Alemanha; falará das vinculações materiais da actio e da ação; reportará o debate ocorrido entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther acerca da actio romana e da ação contemporânea aos mesmos, expondo a posição básica dos autores, o significado do debate para os estudos romanos, civis e processuais; tratará da concepção imanentista da ação na posição de Savigny, exporá críticas a essa concepção e falará da sua recepção no Brasil; e, por fim, tratará da concepção concreta da ação, nas posições de Wach e Chiovenda, abordando a compreensão desses autores sobre a sentença de improcedência e precisando que nessa concepção a ação é um direito a uma sentença de um conteúdo determinado ou o efeito da sentença de procedência e não o mero direito de acesso ao processo.

PALAVRAS-CHAVES: PANDECTISMO – AÇÃO – CONCEPÇÕES CIVILISTA E CONCRETA

ABSTRACT

The present work has the purpose of evince the influence of the 19th. german pandectism over the nascent processual doctrine, specially over the civilian and concrete doctrines of action. For that, shows some connections between the ideas of contemporary action and roman actio; speaks of the great power of pandectism on 19th. century and of its expansion outside Germany; speaks of the material connections of actio and action; reports the dispute between Bernhard Windscheid and Theodor Muther over the roman actio and the action of theirs times, exposing their basic positions, the meaning the dispute on the roman, civil and processual studies; treats the civilian conception of action on the position of Savigny, exposes critics to that position and speaks of the reception of that position in Brazil; and, finally, treats the concrete

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

conception of action on the positions of Wach and Chiovenda, treating the comprehensions of these authors over the sentence of denial and clearing that in that position action is a right to a sentence of a determined content or the effect of a positive sentence and not a mere right of access to justice.

KEYWORDS: PANDECTISMO, PANDECTISM – AÇÃO; ACTION – CONCEPÇÕES CIVILISTA E CONCRETA; CIVILIAN AND CONCRETE CONCEPTIONS

1. Recondução da ação à *actio*

O comprometimento das hodiernas instituições processuais com o pensamento romano foi já ressaltado por CHIOVENDA, quiçá o mais influente processualista italiano do século passado:

“A idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno; [...] a história do processo entre os povos civilizados modernos se resume num lento retorno à idéia romana.

[...]

A idéia mesma do processo é romana.” [1]

Esse autor assina que, após transcorridos mais de trinta anos do aparecimento de um seu estudo compreendedor da temática, mais afortunado em detalhes e disperso em institutos secundários, chegara já, talvez pelo decorrer dos anos (e isto, segundo CHIOVENDA, “desgraçadamente, o privilégio da idade”),

“a uma visão mais clara e mais simples, segundo poucas linhas essenciais e gerais deste fenômeno: *a romanidade do processo civil moderno*, examinado em sua finalidade, nos seus meios de que se serve para alcançar seu fim, isto é, a prova e as formas, e em seu resultado último, a coisa julgada”. [2]

O anterior estudo a que se refere CHIOVENDA é o fundamental “Romanismo e germanismo no processo civil”, de 1901, estudo que, consoante CALAMANDREI, um dos mais vigorosos discípulos do autor, constitui uma das “duas pilastras de toda a obra chiovendiana”, sendo a outra a célebre prolusão de Bolonha, de 1903, sobre “A ação no sistema dos direitos”. CALAMANDREI ressalta que ambos estudos constituiriam “o ponto de partida daquele admirável movimento científico italiano, que, dos tempos em que o procedimento se reduzia a uma pedestre prática de formulários, levou hoje os

estudos processualísticos a moverem-se nos vastos horizontes da teoria geral do direito”.[3]

Imiscuindo-se no pensamento chiovendiano, vislumbra-se que, para o autor, a finalidade precípua do processo civil, mais do que satisfazer o direito subjetivo supostamente lesado, é antes atuar o direito objetivo, a dita “vontade da lei”, e que o modo ou o meio de fazer atuar esta vontade, que de ordinário não se presta de ofício (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), é a ação, “o direito meio por excelência”, pelo jurista definida como: “*o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*. Definição que, bem examinada, coincide com a das fontes: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*”.[4]

Também COMOGLIO ressalta sobretudo essa derivação romana. Consoante o autor, tanto a própria expressão da ação contida no art. 24, 1, da Constituição italiana (“o ‘poder agir’ em juízo para a tutela de um direito ou interesse legítimo”), como consagradas definições de diversos autores modernos, como TOMMASEO (“a ‘faculdade’ de provocar a autoridade judiciária”), MANDRIOLI (“o ‘direito’ ao processo e à tutela jurisdicional”) e LIEBMAN (“o ‘direito de agir em juízo’ como direito subjetivo processual por excelência”), bem como ainda outras diversas variáveis definitórias, não se parecem afastar, no plano estrutural, da definição acima reproduzida do jurisconsulto CELSO, “pois que identificam essencialmente – em termos estáticos ou dinâmicos – o direito (e o ônus) de iniciativa processual, que toca a quem tenciona volver-se ao juiz para demandar-lhe justiça (e, possivelmente, para obtê-la)”.[5]

2. Apelo pandectista nas teorizações da ação

É intenso, sem dúvida, o vínculo entre o que se teve e o que se tem pela concepção romana da *actio* e os entendimentos sobre a configuração da ação moderna. E, forte era e é o apelo pandectista na compreensão de ambas. O próprio nascimento da dita “ciência processual” defluiu do ambiente pandectista, fruto do trabalho de autores que hoje se consideram clássicos e que estavam amplamente preocupados com o descortino da *actio* com vistas à aplicação em seus respectivos direitos.

O mesmo clássico e influente autor latino há linhas mencionado outrossim já bem ressaltou, para além do vasto comprometimento do direito processual com as noções romanas, o largo débito que se tem com os autores tedescos, cujas investigações contribuíram ademais à postura de sua *Zivilprozessordnung* como a lei processual, dentre as então vigentes, “a mais próxima ao espírito romano”.[6] São seus os termos:

“[...] na idade moderna, é principalmente a doutrina alemã a que tem o grande mérito de reavivar a idéia romana, despojando-a das envolturas germânicas; é a doutrina alemã a que nos ensina o caminho que nos levou de novo ao direito de Roma.”[7]

Ele mesmo, CHIOVENDA, tido como o grande responsável pela guinada à cientificidade sistemática na processualística italiana – de enorme influência em todo o universo linguístico neo-latino – assume a vasta influência exercida pelos métodos e resultados da literatura alemã do século XIX sobre a construção de seu sistema processual. Diz que sua formação jurídica decorreu primeiramente da lições do romanista VITTORIO SCIALOJA e, num segundo momento, por influência deste romanista, daquelas outras provindas da ciência germânica, em especial de ADOLF WACH – também este um autor com formação romanista e historicista[8] –, de quem recolheu parte substancial da doutrina para a formulação da sua concepção da ação. Ainda mais: assina que a própria “ciência processual italiana amadurecera pela absorção dos resultados da ciência estrangeira” (leia-se, alemã). Tudo que se bem apreende pelo mero compulsar das fontes, essencialmente tedescas, validas pelo autor difusamente em toda a sua bibliografia e, de modo especial, na sua conferência bolonhesa sobre a ação.[9]

Tamanha essa influência que já se chegou a estatuir que o próprio interesse pela problemática da ação nas doutrinas italianas, tedescas, espanholas e ibero-americanas, que erigiu-a em “categoria fundamental do direito”, decorre não menos do que da própria derivação de tais ciências da pandectística germânica do século XIX.[10] Isso que, numa ampla perspectiva, não causa qualquer espécie, porquanto, como afirma PUGLIESE, tratar-se da história da ciência jurídica alemã, no que se refere ao século XIX, é quase como tratar-se mesmo da própria história da ciência jurídica européia.[11] De fato, a pandectística, centrada na idéia de elaboração sistemática de um “direito romano atual” (SAVIGNY), muito se difundiu fora da Alemanha, “como um dos mais grandiosos contributos trazidos ao pensamento jurídico europeu que se possa historicamente enumerar após o ensinamento ‘bolonhês’ e a codificação napoleônica”[12]. Ademais, não faltam mesmo os que pensam que “a história da ‘fortuna’ da Pandectística se identifica com a história própria – pela maior parte ainda por se escrever – do constituir-se da consciência jurídica contemporânea”[13], bem como os que ainda enxergam, na firmeza e coerência metodológicas da grande civilística germânica do século XIX, o modelo exemplar de formação dos juristas, ainda que desaparecidos quase todos seus pressupostos culturais e sociais.[14]

Num plano mais específico, como ressalta ORESTANO, a situação é que o próprio “problema da ação – como vem modernamente discutido – nasce da teorização dos direitos subjetivos e da sua construção em sistema nos séculos XVIII e XIX na Alemanha”: elevado o indivíduo com sua liberdade e direitos conaturais independentes do Estado a “princípio ordenante e núcleo essencial do sistema jurídico” pelas doutrinas jusnaturalistas e jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII, restou menoscabado o direito objetivo e cindiu-se a antiga unidade conceitual do direito, propiciando-se uma

construção dum sistema de direito privado, embasado nos direitos subjetivos, e dum outro de direito público, decorrente dos atributos originários do Estado e da soberania. Disso a exclusão da matéria processual das abordagens privatísticas e o aparecimento dos primeiros sistemas processuais. Achado este o estado das coisas, a doutrina pandectística, em alguma reação aos preconcebidos esquemas jusnaturalistas, pretendeu, de certo modo, conciliar a figura dos direitos subjetivos, herdada do jusnaturalismo, com a do direito objetivo, de modo a restarem duas alternativas concernentes à teorização da relação entre o sistema privatístico e o antigo *ius in iudicio persecuendi*: “ou procurar, como respeito ao direito objetivo, uma ‘soldadura’ com o processo, ou construir a ação como ‘direito’ autônomo”. Ambas essas posturas foram assumidas pela pandectística do século XIX e pela “ciência jurídica desta derivada”[15] – e o curioso é que ambas essas posturas foram assumidas não sem respaldo romano!

Numa formulação mais simplificada, pode-se dizer que a pandectística, predisposta à sistematização e à afirmação da primazia do direito privado, centrado na idéia de direito subjetivo, exerceu determinante influência sobre a nascente “ciência” do processo, que por longos anos delineou o sistema processual centrado na teoria da ação,[16] coincidentemente um atributo ora do direito subjetivo, ora do sujeito de direitos.

3. Vinculações materias da *actio* e da ação

Nessa vasta influência exercida pela pandectística e na tradição romana por ela afirmada, a *actio* se fez estreitamente vinculada ao direito subjetivo material, ora com o mesmo se identificando, ora da lesão do mesmo decorrendo. E tal marca se manteve presente, em maior ou menor grau, nas diversas concepções da ação. E expressamente isso o que se buscará ressaltar, notadamente nas concepções imanentista e concreta da ação, porquanto o que, em linhas gerais costuma-se ter por pandectismo no processo civil é, segundo DENTI, a aplicação no “direito público [d]a ordem conceitual elaborada pela pandectística para o direito romano”[17]; ou seja, algo que não refoge ao estigma lançado por SPERL, já em 1927 – mas hoje revisitado pela vaga instrumentalista – ao assinar que os fenômenos processuais estivessem “incastrados a força nas categorias do direito civil e, assim violentados e deformados, perderam os seus caracteres peculiares” e que “os velhos conceitos, que falseiam a verdade e ocultam a verdadeira natureza dos fenômenos processuais, tenham restado a esses atados”, de modo a ser demandado “bastante tempo e muito trabalho para tornar o direito processual plenamente independente e [para] levá-lo ao estado de coordenação orgânica dos outros campos do direito”. [18]

4. Actio e ação no contexto da disputa ENTRE BERNHARD WINDSCHEID E THEODOR MUTHER

4.1 Significado do debate

A problemática moderna concernente tanto à *actio* romana como à ação moderna tem sua "ata de nascimento" na publicação do tomo de WINDSCHEID, intitulado "A *actio* do direito civil romano, do ponto de vista do direito atual", vindo a lume em 1856.[19]

Segundo PUGLIESE, de quem a constatação anterior"[20], quando da publicação de WINDSCHEID, a doutrina, em geral, dava-se por satisfeita com a definição do jurista CELSO, posta no século II, segundo a qual a ação nada mais era do que o direito de perseguir em juízo aquilo que a si devido ("*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*" – D. 44, 7, 51) limitando-se a parafraseá-la. "A possibilidade de uma divergência entre o que os romanos consideravam a *actio* e o que os modernos entendiam por ação (*Klagerecht*) não se considerava seriamente".[21]

Ambos os termos, segundo lembra CHIOVENDA, ordinariamente "se faziam coincidir sobre um só conceito, tomando como característica dominante [...] o elemento da perseguibilidade judicial do direito", isso sem embargo duma sutil diferença entre eles, consistente em se referir propriamente a *actio* a "uma atividade dirigida contra o obrigado", enquanto a *Klage* ou querela não se poder entender "senão dirigida ao Estado". Para CHIOVENDA, enquanto a *actio* romana é "preponderantemente uma afirmação de direito contra o adversário, a *Klage* é uma invocação ao juiz", não devendo-se contudo exagerar na distinção.[22]

Consoante PUGLIESE, a monografia de WINDSCHEID "agitou águas estancadas": abriu ela um debate cujas fases foram muitas e que não se pode ainda dizer encerrado "ao discutir de forma vivaz, seja o paralelismo entre a *actio* romana e a ação moderna (*Klagerecht*), seja a coordenação da *actio* com um direito subjetivo substancial".[23]

Nesta obra, WINDSCHEID traduziu a *actio*, para o seu tempo, como uma figura de direito substancial (*Anspruch*), tendo que assim ela se apresentava no direito romano, um ordenamento mais de ações do que de direitos, um ordenamento em que a ação estava no lugar do direito.

Dentre os diversos opositores surgidos, nobilitou-se MUTHER com uma obra de cunho propositadamente polêmico, que já trazia no subtítulo o propósito de crítica ao estudo de WINDSCHEID.[24] Para MUTHER, a *actio* é a pretensão do titular do direito frente ao pretor, a fim de que este lhe confira uma fórmula para o caso de que seu direito seja lesado, e que pela fórmula se designe e se institua *iudex* e se instaure o *iudicium*; desse modo se devendo entender a concepção de CELSO. (p. 243/246, §§ 12/13)

Tem-se, contudo, que, na realidade, a obra deste opositor mais não fez do que completar a nova crítica dos conceitos então dominantes, enlevada por WINDSCHEID, ao investigar o elemento por este negado[25], ou negligenciado, qual seja, o próprio aspecto processual da *actio*.

O curioso é que, muito embora as preocupações dos autores tenham-se voltado para a “teoria do direito romano atual”, ou seja, malgrado tenham os mesmos visado a doutrina e a prática jurídica de seu próprio tempo, muitas das melhores páginas das obras de ambos foram “dirigidas a reconstruir o pensamento e os institutos jurídicos dos romanos em seu desenvolver-se e modificar-se durante uma larga série de séculos”. Em grande parte da Alemanha de então, conservava-se em vigor muito dum direito romano justinianeu recepcionado, “reelaborado pelos juristas medievais e modernos”, de modo que “não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência às fontes romanas em sua redação justiniana”. [26]

Das teses postas pelos autores, exerceram maior influência, ao longo dos anos, de um modo geral, tanto nos campos dos direitos romano, civil e processual, as lançadas por WINDSCHEID. E isso por ser já autor consagrado; contar com 9 anos a mais do que MUTHER; sobreviver 13 anos a este, que morreu prematuramente aos 50 anos; ter permanecido nos estudos romanistas, ao passo que MUTHER, que quando do debate contava cerca de 30 anos, passou a investigações históricas acerca do processo germânico comum, bem como sobre a ciência jurídica nas universidades alemãs, “investigações muito apreciadas mas que não contribuíram para conferir-lhe uma particular autoridade entre civilistas e romanistas”. [27] Ademais, WINDSCHEID participou da redação do primeiro projeto do BGB, em cujo texto final restou acolhida sua doutrina da *Aspruch* (§ 194), além de a própria estruturação final do código e a ordem de exposição das matérias no BGB seguirem “em máxima parte, o sistema geral construído por WINDSCHEID”, já se havendo dito que o código alemão “outra coisa não é que as *Pandette* de WINDSCHEID reduzidas em parágrafos de lei”. [28] A influência desse autor foi tamanha que deveras concentrou em si “a autoridade que é hoje dividida entre a lei, a jurisdição de última instância, a literatura exegética, os manuais”. [29][30]

4.2 Balanço da disputa

4.2.1 Doutrina da *actio*

A análise das obras de WINDSCHEID revela que o autor possuía uma concepção dupla da *actio* que a aproximava tanto do direito material - ou seja, da pretensão, daquilo que se pode exigir de outro - como da própria persecução judicial de um direito. Isso a despeito de, em suas obras, valorar diferentemente o peso de cada qual aspecto na intelecção global da *actio*.

Por outro lado, a concepção da *actio* de MUTHER a equipara ao direito do lesado frente ao Estado de exigir a tutela judicial, direito este, por certo, condicionado à ocorrência da lesão e à existência e titularidade do direito feito valer.[31]

Tais posições, como se já afirmou, influenciaram muitos autores, havendo ocorrido, contudo, como também já explicitado, uma maior penetração das idéias de WINDSCHEID entre os romanistas. PUGLIESE sustenta que “em geral, pode-se dizer que, ainda hoje, quem se proponha definir o alcance e a posição de *actio* no sistema jurídico romano, quando não reproduza simplesmente as idéias de WINDSCHEID, deixará sentir pelo menos sua influência.”[32]

No entanto, respeitadas as peculiaridades do pensamento de cada autor, pode-se dizer que para ambos, de todo modo, a *actio* estava estreitamente vinculada ao direito material, o que se pode ver com clareza nos pressupostos que cada qual erige para sua existência, no essencial, a própria existência do direito.

É em substância, aliás, o que ressalta a romanística mais atualizada, segundo a qual, faltava para os romanos uma assentada distinção entre os planos do direito material e do direito processual, somente possuindo eles ciência da destrição em “meros aspectos iniciais”. Tanto se explicaria “pelo ‘raciocínio institucional’ dos romanos, que concebem o seu direito menos em áreas sistematicamente estruturadas do que em FIGURAS JURÍDICAS singulares e individuais”, vendo eles cada *actio* “como uma unidade, na qual os pressupostos e conseqüências jurídicas eram concebidas conjuntamente com o procedimento que serve para a sua execução processual” e pelo fato de “grandes partes do direito privado [...], em concreto as *actiones*, as *excepciones* e os outros meios processuais”, estarem “reguladas nos Edictos pormenorizados dos pretores”, em cujos assentamentos “não só se encontram misturados os pressupostos privados e processuais da acção, mas observa-se, da perspectiva do processo, toda a matéria de direito elaborada nesta fonte”.[33]

Em KASER, lê-se, também, que o significado de *actio* “oscila entre o conceito jurídico-processual de **acção** e o conceito jurídico-privado de **pretensão**, isto é, do direito (privado) que se pode fazer valer por via processual. [...] Segundo a concepção romana, a pretensão jurídico privada, que está na base da *actio*, não passou de um puro REFLEXO do facto de a ordem jurídica, sob certas condições, prometer, a outorga de uma protecção jurídica num PROCESSO a iniciar-se com a *actio* (como ato de demanda). Pelo facto de este conceito central de *actio* pertencer simultaneamente ao direito privado e ao direito processual, compreende-se que o direito ‘formal’ (DIREITO PROCESSUAL) e o direito ‘material’ (DIREITO PRIVADO) constituíam, para os

Romanos, em todas as etapas da sua evolução jurídica, uma UNIDADE mais forte do que constituem hoje em dia”.[34]

4.2.2 Repercussões no processo moderno

A mera leitura dos argumentos compendiados dos autores também revela rasgos das idéias da autonomia do direito processual e da ação, idéias estas que se têm amplamente por surgidas, de um modo mais firme, somente alguns anos após: aquela, em 1868, com a obra de OSKAR VON BULOW[35] e esta, em 1877, com a obra de HEINRICH DEGENKOLB e, em 1880, com a obra de A. PLÓSZ.[36] KASER chega mesmo a atribuir principalmente a WINDSCHEID, após alguns precursores “o mérito da nítida separação conceptual entre direito privado e direito processual”.[37] (*id. ibid.*).

Tanto as reflexões de MUTHER, como as de seu contendor, em muito serviram à posterior configuração da ação como direito abstrato, não obstante ter-se a construção da ação abstrata mais tributária ao pensamento de WINDSCHEID, porquanto “se o conteúdo substancial da *actio* se trasfundia na pretensão, em outros termos, se a ação não compreendia já o poder de pedir em juízo o cumprimento do ato ou da omissão prescritos pela norma substancial, formando este poder a essência da pretensão, era fácil deduzir disso o corolário de que na ação havia de contemplar-se uma faculdade ou um poder absolutamente independente do direito subjetivo substancial e correspondente também a quem não tivesse direito algum”.[38]

É mais clara influência de MUTHER na obra dos que conceberam a ação como direito à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) – “que dominou a ciência processualística alemã, no período de seu máximo florescimento”, estando refletida sua doutrina em WACH – [39], bem como nos defensores do direito concreto de agir[40], e em toda a posterior processualística quanto ao direcionamento da ação ao Estado e não ao demandado.[41] Segundo PUGLIESE, se as concepções “meramente processuais ou publicísticas da ação [...] resultaram favorecidas pela absorção do conteúdo substancial da *actio* na noção de pretensão de WINDSCHEID, encontraram, sem embargo, todas elas seu modelo na obra de MUTHER”.[42]

5. Concepções imanentistas da ação

5.1 Derivação pandectista

A concepção civilista ou imanentista da ação é geralmente considerada como tributária direta da tradição romana, nada obstante ela própria ter-se constituído o fundo de que se partiu para as revisões do conceito da *actio* procedidas em primeiro lugar por WINDSCHEID. Esta é a teoria que mais diretamente deflui das elaborações pandectistas enquanto empenhadas em construir o sistema de direito privado e lhe

afirmar a primazia: nela direito subjetivo e ação se confundem, enquanto, v. g. em SAVIGNY, decorre esta da lesão daquele e destina-se à sua defesa.[43]

5.2 Críticas

Esta a razão de ser merecedora da crítica de CHIOVENDA, enlevada pelo ângulo substancial, de que consistiu “numa duplicação inútil do conceito mesmo de direito”, “se à ação se dá por conteúdo uma obrigação qualquer do sujeito passivo do direito”,[44] e da de FAZZALARI, já da vista processual, de que “era uma superafetação: não se podendo vislumbrar, fora da esfera processual, posições e atos voltados a realizar a tutela em juízo”.[45]

Para esta teoria só há ação se há direito insatisfeito ou lesado feito valer em juízo, o que é “inexoravelmente contraditado pela realidade, em que a razão ou a falta de razão não têm, de per si, incidência sobre a ação, já exercitada e consumada ao momento em que uma ou outra são estabelecidas pelo juiz”.[46]

FAZZALARI ainda informa que os paladinos da teoria imanentista não ignoravam, como não o poderiam mesmo fazer, a realidade processual, mas a negligenciavam, não chegando ela a constituir objeto de estudo sistematizado. Os mais sagazes tão-somente individuavam uma ação em sentido formal, mas a excluía do próprio campo, remetendo-a aos processualistas – assim, por exemplo, WINDSCHEID, que no sentido processual a configurava como *Klagerecht*,[47] e SAVIGNY, que, a par da ação identificada como relação resultante da violação de um direito, também designava por ação o próprio exercício do direito, que na hipótese de um processo escrito, coincidia com o ato escrito de incoação do debate judicial, da qual não se ocupa, por integrar a teoria do processo.[48]

5.3 Condições

Por óbvio, em tal concepção condiciona-se a ação à existência dum direito subjetivo do autor contra o réu que tenha sido lesado por este; ou seja, condiciona-se a ação à existência do direito, à legitimidade material das partes e ao interesse na persecução judicial daquele em decorrência da respectiva violação.[49] Nos termos de SAVIGNY, “toda ação implica necessariamente duas condições, um direito e a violação deste direito. Se o direito não existe, a violação não é possível; e se não há violação, o direito não pode revestir a forma especial de uma ação”.[50]

5.4 Recepção no Brasil

Esta é a teoria que seduziu os autores brasileiros até o surgimento, em 1933, da monografia de GUILHERME ESTELLITA, que introduziu as reformulações teóricas em disputa no continente europeu, secundada pelo *Tratado da ação rescisória*, de PONTES DE MIRANDA, de 1934.[51] Também vale mencionar a monografia de BENEDICTO DE SIQUEIRA FERREIRA que debitou à influência da literatura francesa no Brasil a inércia das novas doutrinas em atravessar o oceano.[52] Entre os antigos autores tidos como mais sagazes entre os imanentistas podem-se incluir, no universo do direito brasileiro, PAULA BAPTISTA e TEIXEIRA DE FREITAS. Consoante o primeiro:

“ação e exercício da ação exprimem noções distintas. A ação pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria de que se trate com relação à lei; o exercício da ação é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regime judiciário”. “Assim, dizer que Pedro tem ação contra Paulo importa dizer que aquele tem direito contra este. Ora este direito deverá existir nas leis positivas, que Bentham chama ‘substantivas’. Mas, quanto à ação, perante que juiz deverá ser proposta? Que marcha deverá seguir? Só do estudo das leis constitutivas da organização e forma da justiça, que o mesmo escritor denomina ‘leis adjetivas’, é que nos poderão vir estas e outras noções”.[53]

Por seu turno, o grande civilista brasileiro, que também referencia BENTHAM, destrinça a ação como direito de demandar em juízo (*jus persecuendi in Judicio*), pertinente ao direito teórico, da ação como meio e forma do processo (*medium legitimum persecuendi in judicio jura, quae cuique competunt*), tocante ao direito prático: “A ação, pois, é um direito, é um meio; é simultaneamente, um direito, e um meio. – Como meio, isto é, como fato do homem para reconhecimento judicial de seus direitos, a ação entra na classe dos – atos jurídicos – ”.[54] Sobre o pertencimento da ação na segunda acepção do termo ao direito processual, é célebre a disputa do autor com o VISCONDE DE SEABRA, o que rendeu os volumes da “*Nova apostila à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho, sobre o projeto de código civil português*”, de 1859, e a réplica do Visconde nominada “*Novíssima apostila à diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas, conta o projeto do código português*”.[55]

6. Concepções concretas

6.1 Wach e o direito à tutela jurídica

Tida a ação por autônoma, de modo a ser concebida como um direito subjetivo por si – para o que contribuíram, em larga escala, as reportadas posições de WINDSCHEID e SAVIGNY[56] – ainda assim manteve ela, nas concepções concretas, estreitos vínculos com o direito substancial lesado.

Entre estas percepções, as de maior visibilidade foram as de WACH e CHIOVENDA, a primeira delas, a do dito “direito – ou pretensão – à tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*), muito assemelhada à concepção de MUTHER, por este autor encontrada no direito romano.

Para WACH, há um direito subjetivo público de exigir do Estado a prestação da tutela jurídica (= direito à sentença favorável), que se dirige contra o Estado, mas se exerce em prejuízo do adversário.[57] Nos termos do autor, tem corpo uma “pretensão que o ordenamento vincula ao fato-tipo extraprocessual e que se exerce frente ao Estado para que satisfaça frente ao demandado o interesse de tutela jurídica na forma estabelecida pelo ordenamento processual, a pretensão que se delinea frente ao adversário para que este tolere o ato de tutela”. [58]

Consoante o autor, a pretensão de tutela jurídica não é uma função do direito subjetivo, não estando condicionada a ele, o que se comprovaria tanto com ação declaratória negativa, como com a pretensão de tutela jurídica do réu de rechaçar uma demanda infundada. Os pressupostos da pretensão à tutela jurídica e do direito material somente coincidem na hipótese de direitos já existentes que requeiram satisfação e tutela, incluindo-se aqui, ao que parece, a figura dos direitos ameaçados, mas ainda não lesados, atendíveis por medidas provisórias de segurança. Nesses casos, o direito à tutela jurídica se condiciona à existência prévia de um direito subjetivo de uma parte contra a outra e ao interesse na tutela, consistente esse na própria exigibilidade do direito insatisfeito e lesado, na tutela condenatória, e no estado de incerteza perante terceiros, nas tutelas declaratórias.[59]

No entanto, os esforços do autor de desvincular o direito à tutela jurídica do direito material parecem cair por terra se se analisa com maior detenção também as hipóteses da declaratória negativa e da sentença de improcedência. No primeiro caso, o próprio autor sustenta que a ação declaratória negativa não tem por finalidade a comprovação de um direito subjetivo, mas da “integridade de uma posição jurídica”. Ora, o que não é essa “posição jurídica” senão uma manifestação do direito material? A idéia de que o simples interesse de declaração de certeza, sem pressuposição de direito, é suficiente para a ação declaratória negativa, somente parece concebível se se entende inexistente um direito subjetivo à não perturbação da própria esfera jurídica, ou direito subjetivo à segurança jurídica, o que somente é concebível em uma bastante estreita concepção do direito subjetivo ou da situação subjetiva de vantagem. E é, aliás, esse mesmo direito subjetivo à não perturbação da própria esfera jurídica, ou direito subjetivo à segurança jurídica, o que sustentaria a pretensão à tutela jurídica do réu no sentido de uma sentença que obstaculize uma pretensão infundada do autor e propicie um seu não atingimento ou uma não ofensa da sua esfera jurídica pela pretensão deduzida. Dessa crítica não refoge CHIOVENDA que expressamente refuta um similar direito à integridade da própria esfera jurídica, por ele tida como uma vaga e indeterminada figura.[60]

6.2 Chiovenda

CHIOVENDA, por seu turno, assumiu uma primeira posição imanentista, que revelou no verbete sobre a ação veiculado no *Dizionario del diritto privato* de SCIALOJA: a ação “é o direito próprio feito valer”. [61] Posteriormente – evidenciadas, como já referenciado, suas assunções seja da influência que recebeu de WACH, seja de que sua concepção da ação não refoge mesmo do *ius perseguendi iudicio quod sibi debetur* – configurou a ação “precisamente como um direito contra o adversário, consistente no poder de produzir frente a este o efeito jurídico da atuação da lei”. [62] Para o autor, somente possuem tal direito os que obtêm um pronunciamento favorável, que se subordina à existência das denominadas condições da ação, dentre as quais a existência da vontade concreta da lei, que, de ordinário, corresponde a um direito subjetivo material. Para este autor, as condições da ação ou

“condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”, “normalmente são: 1º. a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º. a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do ré com a pessoa obrigada; 3º. o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos”. [63]

CHIOVENDA, no entanto, pretendeu desvincular a ação do direito subjetivo material por meio das ditas ações meras – aquelas “não correlatas ao direito subjetivo substancial e à sua lesão” (FAZZALARI) –, dentre as quais a declaratória negativa. [64]

6.3 Sentença de improcedência

Interessante é notar que ambos esses autores atribuem a sentença de improcedência a uma ação declaratória negativa do réu [65] – salvo se é dessa natureza a pretensão veiculada e rejeitada do autor –, do que resultaria ampliado o caráter concreto da ação, acaso admitido o direito do réu à integridade da própria esfera jurídica. É curioso que CHIOVENDA chega mesmo a atribuir ação ao réu que não age, ao sustentar que mesmo o revel teve ação quando da sentença de improcedência.

6.4 Coexistência das ações concreta e abstrata nesta concepção

O cuidadoso monografista brasileiro da ação concreta sustenta, com razão, que ambos os autores divisam a mera faculdade de inaugurar um procedimento judicial da verdadeira ação, havendo neles tanto uma “ação abstrata” (faculdade de provocação do juízo/direito a qualquer sentença) como uma “ação concreta”, que somente há ao que tem direito à decisão judicial favorável. [66] WACH, por exemplo, expressamente

reconhece a existência de processo mesmo quando inexistente a relação jurídica material – uma relação distinta da outra pelos sujeitos, conteúdo e causas de nascimento, desenvolvimento e término[67] – e afirma que o direito publicístico e abstrato de acionar é *res merae facultatis* e “não o exercício de um direito e muito menos de um direito a uma sentença de conteúdo determinado”. [68] Nesta senda, se pode bem destringir procedimento e processo da ação verdadeira, mas ficaria esta expulsa do proceder em juízo, porquanto equivaleria ao próprio direito substancial de um contra outrem em estado de exigibilidade (se não o do autor contra o réu, o do réu contra o autor que desarrazoadamente o demanda), de modo similar ao daquelas mais avançadas concepções imanentistas, o que, aliás, bem explica a ação do réu revel que não age posta por CHIOVENDA – não atua em juízo mas possui o direito substancial tal como acertado pela decisão (isso se se admite seu direito à incolumidade jurídica) – e a natureza pública ou privada da ação acompanhando a natureza pública ou privada do próprio direito tutelado, enquanto sempre pública a natureza do processo.[69] Daquela primeira distinção decorreria, outrossim, uma aproximada identificação entre a ação e o objeto do processo, identificação não absoluta, contudo: o objeto litigioso pode existir independentemente da existência da ação, que somente existiria a uma das partes se versasse a sentença sobre o próprio objeto litigioso. Não havendo sentença de mérito não haveria ação. Ainda que regularmente deduzida a demanda, não sendo esta julgada pela não-concorrência de algum pressuposto processual, não teria havido a ação:

“Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação, que permanece injulgada. Nega-se que a ação, NA HIPÓTESE DE EXISTIR [porque só existe posteriormente ao seu reconhecimento], haja podido fazer-se valer nesse processo: não se nega, porém, que possa fazer-se valer imediatamente ou em prosseguimento do mesmo processo, ou em outro processo. A sentença, portanto, que se pronuncia apenas sobre os pressupostos processuais, ou seja, que declara possível pronunciar-se sobre a demanda ou absolve do prosseguimento da causa, não é favorável nem ao autor, nem ao réu; não concede nem recusa nenhum bem; [...] por isso [...] que não produz coisa julgada substancial”.[70]

Por certo, em linhas genéricas, a idéia de estar a ação, ao menos em CHIOVENDA, fora do processo – é o efeito de uma decisão favorável – e de assemelhar-se esta ao objeto do processo não parece desconforme à explicitação do próprio HENNING.[71] Não obstante, tal não afasta as críticas de FAZZALARI, que ressalta a não-ausência de ambiguidade da posição chiovendiana quanto ao caráter concreto da ação e que frisa haver também nessas concepções uma “inexistente, e inútil, duplicação da posição subjetiva *processual* consistente na faculdade de instaurar o processo”. [72]

Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda. In: *Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*. t. II. Instituto de investigaciones jurídicas: México, 1974.

ARGÜELO, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. 3 ed., 7 reimp. Buenos Aires: Astrea, 2000.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3 ed. São Paulo: RT, 1998.

BARROS, Benedicto. *Prática das ações judiciais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BÜLOW. *La teoria de las exceptiones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. (do original alemão de 1868) Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CALAMANDREI, Piero. Estudio sobre la edición italiana: el método. In: CHIOVENDA. *Ensayos de derecho procesal civil*, v. I, cit., p. XIV.

CALMON DE PASSOS. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, [s/d].

_____. Ação. In: *Digesto de processo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. V. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Condições da ação. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 1978.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa*. I. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1982.

- CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. *In: Ensayos de derecho procesal civil*,
_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale (da 2ª ed. italiana). São Paulo: Saraiva, 1942.
- _____. La acción en el sistema de los derechos. *In: Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA/Bosch, 1949,
- _____. La idea romana en el proceso civil moderno. *In: Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA/Bosch, 1949.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Azione e domanda giudiziale. *In: COMOGLIO-FERRI-TARUFFO. Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bolonha: Il Mulino, 1998.
- _____. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. *In: Rivista di diritto processuale*. N 2, anno 48. Padova: Cedam, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.
- CUENCA, Humberto. *Processo civil romano*. Buenos Aires: EJEA, 1957.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. Polêmicas do processo civil. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987.
- ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação, direito de demandar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942.
- FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). *In: Rivista di diritto processuale*. N 4, anno 49. Padova: Cedam, 1994.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERREIRA, Benedicto de Siqueira. *Da natureza jurídica da ação: exposição e crítica*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito de ação. *In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Enciclopédia saraiva do direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

IMPALLOMENI, Giambattista. Pandettistica. *In: AZARA e EULA (Dir.). Novissimo digesto italiano*. v. XII. Torino: Utet, 1965.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. [do original alemão de 1992] Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

MAZZACANE, Aldo. Pandettistica. *In: Enciclopedia del diritto*. XXXI. Milano: Giuffrè, 1981.

ORESTANO, Riccardo. L'azione in generale: a) storia del problema. *In: Enciclopedia del diritto*. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do império*. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983.

MUTHER. *Sobre la doctrina de la "actio" romana, del derecho de accionar actual, de la "litiscontestatio" y de la sucesion singular en las obligaciones: crítica del libro de Windscheid "La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual"*. *In: WINDSCHEID y MUTHER. Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

PAULA BAPTISTA. *Teoria e prática do processo civil e comercial* (reprodução, com linguagem atual, da 3 ed. de 1872). São Paulo: Saraiva, 1988.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5 ed. Atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PUGLIESE. *Introducción*. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. t. 4. 2 ed. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora [s.d.].

_____. *Traité de droit roman*. t. 5. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1846.

TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3 ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1896.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Instituições de processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. [da 2 ed. alemã de 1967] A. M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WINDSCHEID. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

[1] La idea romana en el proceso civil moderno. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA/Bosch, 1949, p. 352/353, § 2

[2] La idea romana en el proceso civil moderno. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 352/353, § 2.

[3] Estudio sobre la edición italiana: el método. In: CHIOVENDA. *Ensayos de derecho procesal civil*, v. I, cit., p. XIV.

[4] CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale (da 2^a ed. italiana). São Paulo: Saraiva, 1942, p. 53, § 6; sobre o escopo do processo, nessa mesma obra, consulte-se o § 11, 4, p. 81/82. Quanto ao constituir a ação “o direito meio por excelência”, asserção que faz o autor em virtude de poder a ação coordenar-se seja a um direito real, seja a um direito pessoal, seja a um outro direito potestativo, categoria em que faz quadrar o autor a própria ação: La acción en el sistema de los derechos. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 30, § 13.

[5] COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. In: *Rivista di diritto processuale*. N 2, anno 48. Padova: Cedam, 1993, p. 467, § 1 – as definições atribuídas aos autores encontram-se no texto mencionado desvestidas de aspas; no mesmo sentido, em termos menos incisivos: COMOGLIO. Azione e domanda giudiziale. In: COMOGLIO-FERRI-TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bolonha: Il Mulino, 1998, p. 225/226, cap. 9, § 1.

[6] CHIOVENDA. La idea romana en el proceso civil moderno, cit., p.372, § 8.

[7] CHIOVENDA. La idea romana en el proceso civil moderno, cit., p. 359, § 4 e *passim*.

[8] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda. In: *Estudios de teoria general e historia del processo (1945-1972)*. t. II. Instituto de investigaciones jurídicas: México, 1974, p. 556, § 3.

[9] *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 12, 13, 16, no prefácio (tratam-se de passagens que reproduzem excertos dos *Principii di diritto processuale civile*) e 53, § 6; Adolfo Wach. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, cit., p. 424/425; La acción en el sistema de los derechos, cit., *passim*. Sobre o ambiente de formação do autor, consulte-se, com proveito, a cuidadosa monografia interpretativa de HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 80/85, § 14.

[10] ORESTANO, Riccardo. L’azione in generale: a) storia del problema. In: *Enciclopedia del diritto*. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 786, col. 1, § 1.

- [11] Introducción. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. XI.
- [12] CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa*. I. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1982, p. 471, parte terza, cap. V, 11.
- [13] MAZZACANE, Aldo. Pandettistica. In: *Enciclopedia del diritto*. XXXI. Milano: Giuffrè, 1981, p. 607, 2 col., § 8. Sobre a penetração da pandectística consulte-se também: IMPALLOMENE, Giambattista. Pandettistica. In: AZARA e EULA (Dir.). *Novissimo digesto italiano*. v. XII. Torino: Utet, 1965, § 4.
- [14] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. [da 2 ed. alemã de 1967] A. M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 429, § 20, IV.4. Nesta obra encontram-se impressivas caracterizações da pandectística e da sua precursora, a escola histórica do direito: quinta parte, em especial, §§ 20, 21, 23.
- [15] L'azione in generale: a) storia del problema, cit., em especial §§ 3, 4 e 7, p. 788/790 e 792/794.
- [16] FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). In: *Rivista di diritto processuale*. N 4, anno 49. Padova: Cedam, 1994, p. 911, § 1.
- [17] *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizione di comunità, 1971, p. 17 (colchetes introduzidos). Apud: DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 151, nota 6, § 19, de quem a tradução.
- [18] SPERL. Processo civile nel sistema del diritto. In: *Studi per Chiovenda* [inexistem maiores referências]. Apud: FAZZALARI. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994), cit., p. 913, § 1.
- [19] *La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.
- [20] PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la "actio"*, cit., p. XIII.
- [21] *Introducción*, cit., p. XI.
- [22] *La acción en el sistema de los derechos*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA/Bosch, 1949, p. 8, § 3 e p. 75, nota 14.
- [23] *Introducción*, cit., p. XII/XIII.
- [24] *Sobre la doctrina de la "actio" romana, del derecho de accionar actual, de la "litiscontestatio" y de la sucesion singular en las obligaciones: critica del libro de Windscheid "La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual"*. In: WINDSCHEID y MUTHER. *Polemica sobre la "actio"*, cit.

[25] CHIOVENDA. *La acción en e sistema de los derechos*, cit., p. 10, § 4.

[26] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XI e XIII; a expressão “teoria do direito romano atual” é de WINDSCHEID. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*, cit., p. 13, §1. Sobre a história da recepção do direito comum na Alemanha e sobre a idéia do *usus modernus pandectarum*, consultem-se: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. [da 2 ed. alemã de 1967] A. M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, segunda e terceira partes, respectivamente; CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in europa*. I. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1982, parte terza, sezione I^a, cap. V; MAZZACANE, Aldo. Pandettistica. In: *Enciclopedia del diritto*. XXXI. Milano: Giuffrè, 1981, p. 593/594, § 2.

[27] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XVII/XX,

[28] IMPALLOMENI, Giambattista. Pandettistica. In: AZARA e EULA (Dir.). *Novissimo digesto italiano*. v. XII. Torino: Utet, 1965, p. 352, 2 col., § 4, com apoio em WIEACKER.

[29] MAZZACANE. Pandettistica, cit., p. 607, col. 2, § 8, com apoio em WIEACKER.

[30] Para uma remissão a autores e obras em que se nota a presença dos contendores: PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XIX/XX; nesta obra encontra-se, também, uma impressiva avaliação crítica do pensamento dos contendores. Outrossim, para uma explanação do reflexo da disputa nas posteriores compreensões da ação, da relação processual e do ordenamento jurídico: DINAMARCO, Cândido R. *Polêmicas do processo civil*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987, p. 224/227, § 122. Para uma mais extensa reprodução do debate que se irá reportar: TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 245/272, parte II, cap. II. Reporta também o debate, de maneira mais breve, contudo, ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação, direito de demandar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942, p 29/38, cap. III.

[31] Noutro sentido, e contrariamente mesmo ao próprio texto de MUTHER – contra em especial as passagens da p. 240 da obra citada, § 11 –, FÁBIO GOMES sustenta que o último autor “apresenta uma concepção da *actio* romana desvinculada do direito subjetivo material” e que, segundo MUTHER, para o direito à proteção do Estado, “não necessitavam os romanos pressupor uma lide”: *Carência de ação*. São Paulo: RT, 1999, p. 24, § 3.1.1. Parece, no entanto, ao contrário do que afirma o autor riograndense, que quando afirma MUTHER, para o período justinianeus, que “até se pode dizer que este direito é ainda mais incondicional que antes, já que toda pessoa pode incoar o processo afirmando simplesmente que houve lesão a um direito” (*op. cit.*, p. 247, § 14), não reconhece o autor tedesco uma desvinculação da ação do direito material, dado que em seu texto, poucas linhas acima, também aduz que ainda neste período se manteve a idéia que fundava a pretensão à assistência estatal, que consistia na noção de “da lesão do direito podia surgir um direito à assistência do Estado, direito que pode imaginar-se como um direito condicionado, nascido junto com o primitivo e preexistente à lesão” (p. 246/247, § 14), ou seja, versa a idéia civilista da ação eventual, sempre pressupondo a existência do direito substancial, como de resto resulta de outra de suas asserções: “o lesado tem direito a que sua ação seja admitida para a persecução de seu direito, e é

seguro que o escrito só podia rechaçar-se sem mais trâmite quando a inexistência desse direito fosse evidente” (p. 247). Com o primeiro excerto reproduzido MUTHER refere-se, seguramente, à circunstância de não mais ser necessário, no processo cognitório *extra ordinem*, o comparecimento do réu para a outorga da fórmula, ou *actio*, dado que sequer não mais existia a fórmula em razão de o processo já não possuir a estrutura bipartida dos anteriores períodos das *legis actiones* e formular.

[32] *Introducción*, cit., p. XVII.

[33] KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. [do original alemão de 1992] Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 427/428, § 80 I 1. No mesmo sentido: ARGÜELO, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. 3 ed., 7 reimp. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 533/534 e ss.; CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996, p. 45 e ss. Contra, dizendo que “a primeira manifestação do direito processual de forma sistemática surgiu com o povo romano”: PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 52. Pela ocorrência da distinção durante os dois primeiros períodos e instauração da confusão pelos jurisconsultos bizantinos, confusão esta que perpassou toda a idade média e durou até o surgimento da polêmica relatada, a partir de quando “começou o movimento de autonomia e *recuperação* do Direito Processual”: CUENCA, Humberto. *Processo civil romano*. Buenos Aires: EJEA, 1957, p. 9/11.

[34] *Direito privado romano*, cit., p. 57, § 4 II 1 a.

[35] *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. (do original alemão de 1868) Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964. Sobre a atribuição feita a BÜLOW: entre outros: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5 ed. Atual. Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. XX.

[36] São as obras desses dois autores, respectivamente: *Einlassungszwang und Urteilsnorm* - “Ingresso forçado (em juízo) e norma judicial e *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* - “Contribuições à teoria do direito de queixa (de ação)”: a versão vernácula é de HÉLIO TORNAGHI. *A relação processual penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 104/105. Muito embora em geral se apresentem, tal como no texto, as datas e os nomes dos fundadores da teoria abstrata, em verdade, trata-se a referenciada obra de PLÓSZ de uma versão alemã de um seu trabalho em húngaro de 1876, acrescida de outras composições: a propósito: CHIOVENDA. *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 83, nota 35. ORESTANO, contudo, identifica mesmo uma clara formulação da teoria abstrata em Fr. HOTTMAN, em 1569: *L’azione in generale: a) storia del problema*, cit., p. 793, col. 2.

[37] *Direito privado romano*, cit., p. 57, § 4 II 1 a.

[38] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XV; no mesmo sentido: DINAMARCO. *Polêmicas do processo civil*, cit., p. 225, § 122.

[39] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XIX/XX.

- [40] DINAMARCO. Polêmicas do processo civil, cit., p. 225, § 122.
- [41] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XIX/XX.
- [42] PUGLIESE. *Introducción*, cit., p. XIX/XX.
- [43] FAZZALARI. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). In: *Rivista di diritto processuale*. N 4, anno 49. Padova: Cedam, 1994, p. 911, § 1; *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 424, cap. VIII, § 2, nota 12. No direito brasileiro, ressaltando a confusão, põe CLOVIS, analisando o direito subjetivo, que: "O direito subjetivamente considerado é um poder de ação assegurado pela ordem jurídica": BEVILAQUA. *Theoria geral do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 62, introdução, § 46.
- [44] CHIOVENDA. La acción en el sistema de los derechos, cit., p. 7, § 3.
- [45] FAZZALARI. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994), cit., p. 911, § 1; *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 424, cap. VIII, § 2, nota 12.
- [46] FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 424, cap. VIII, § 2.
- [47] FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., nota 12; La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994), cit., p. 912, § 1.
- [48] SAVIGNY, M. F. C. de. *Traité de droit roman*. t. 5. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1846, p. 5/6, § CCV; SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. t. 4. 2 ed. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora [s.d.], p. 10, § CCV. Para uma vista da concepção de SAVIGNY, bastante aproveitada por WINDSCHEID: ORESTANO. L'azione in generale: a) storia del problema, cit., item 8, p. 794; nesta concepção o autor identifica a reportada tentativa de "soldadura" do direito substancial e do direito processual.
- [49] No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS, que reporta lição de GALANTE (*Diritto processuale civile*. Nápoles: Lorenzo Alvano, 1909, p. 168), autor imanentista, que tem como condições da ação "a subsistência atual do direito, a exigibilidade ("condizioni di esperabilità del diritto") e a legitimação, cuja falta implica juízo de carência de ação". *Cumulação de ações*. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 59, § 8.3. Do mesmo modo, CALMON DE PASSOS, apoiado em lição de PEREIRA E BRAGA (*Exegese do código de processo civil*. V. 2, p. 130): "se a ação é o próprio direito em atividade, dizer-se que alguém 'carece de ação' é o mesmo que dizer-se 'que carece do direito invocado': Condições da ação. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 390, col. 2, § 3.
- [50] *Traité de droit roman*. t. 5, cit, p. 6, § CCV; *Sistema del derecho romano actual*. t. 4, cit., p. 10, § CCV.
- [51] GOMES. *Carência de ação*, cit., p. 27/29, § 3.1.3. A obra de ESTELLITA é: *Direito de ação, direito de demandar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942; no capítulo I desta obra encontra-se compendiada a doutrina brasileira de até então.

[52] *Da natureza jurídica da ação*: exposição e crítica. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940, p. 8.

[53] *Teoria e prática do processo civil e comercial* (reprodução, com linguagem atual, da 3 ed. de 1872). São Paulo: Saraiva, 1988, p. 20, § 5.

[54] *Consolidação das leis civis*. 3 ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1896, p. XLIII/XLV (notas 20 e 24 da introdução) – a primeira edição é de 1857.

[55] A propósito: ESTELLITA. *Direito de ação, direito de demandar*, cit., p. 22, § 34 – nesta mesma obra informa ESTELLITA que ainda para o civilista “do mesmo modo que a ação não existe sem o direito, não pode o direito existir sem a ação. Mas [e aqui o tirocínio em TEIXEIRA], a forma desta, isto é, o processo, pode existir sem a ação e sem o direito. Muita vez o processo se formou, sem que exista direito para cuja defesa foi proposta a ação” (termos de ESTELLITA – colchetes introduzidos): p. 8, § 7. O autor do anteprojeto do código civil revogado emprestou adesão ao maior civilista brasileiro: BEVILAQUA. *Theoria geral do direito civil*, cit., p. 356/358, § 72. Para um outro informe sobre a disputa de TEIXEIRA DE FREITAS com o VISCONDE DE SEABRA: MEIRA, SÍLVIO. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império*. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983, p. 171/179. Para um raro defensor da teoria imanentista nos dias atuais, consulte-se: BARROS, Benedicto. *Prática das ações judiciais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 2/3, §§ 1/2; na p. 13, § 16, autor este que expressamente rejeita a idéia da autonomia da ação.

[56] ORESTANO. *L'azione in generale*: a) storia del problema, cit., p. 796, col. 1/2, § 11.

[57] HENNING. *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 40/50, §§ 03/05; CHIOVENDA. *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 14, § 6.

[58] WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 42, § 2 IV.

[59] *Manual de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 43/45, § 2 IV; HENNING. *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 40/50, §§ 03/05; CHIOVENDA. *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 14/15, § 6.

[60] *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 43, nota 6.

[61] *Apud*: FAZZALARI. *La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo"* (1864-1994), cit., p. 913, item e. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Direito de ação*. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 173. Nada obstante, ao menos o relato que faz CHIOVENDA do que assentou neste seu anterior trabalho parece não diferir, no substancial, do dito em sua posterior obra: vide: *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 69/70, nota 10, em especial a 3ª acepção do termo.

[62] *La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 18, § 8.

[63] *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 109, § 19.

[64] Sobre esta categoria de ações: CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 57/60, § 7, B); FAZZALARI. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994), cit., p. 914, § 3; mais extensamente: HENNING. *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 137/143, §§ 28/29.

[65] CHIOVENDA. La acción en el sistema de los derechos, cit., p. 20, § 8: WACH. *Manual de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 43, § 2 IV. No direito brasileiro, contrapõe-se a esta posição CALMON DE PASSOS. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, [s/d, mas 1960 ou 1961 – a propósito, do mesmo autor: Ação. In: *Digesto de processo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 6, col. 1, bibliografia, e *Comentários ao código de processo civil*. V. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1], cit., p. 61/86, §§ 23/29. Quanto ao fato de ser declaratória positiva a ação do réu se improcedente a declaratória negativa do autor, diz HENNING que tal distinção “não é tão simples como pode parecer”, porque: “Quando a inexistência da ação declaratória negativa derivar de falta de interesse ou legitimação, parece que a ação do réu seria declaratória negativa *quanto à existência da ação do autor*; só teríamos uma ação declaratória positiva do réu se a ação declaratória negativa do autor inexistisse *em face da existência da vontade da lei por ele negada*”: *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 152, § 31, nota 252.

[66] HENNING. *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., *passim*, mas em especial, § III (da introdução), p. 21/22, e 36, p. 168/170.

[67] WACH. *Manual de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 67/68, § 4 III.

[68] WACH. *Manual de derecho procesal civil*. v. I, cit., p. 46, § 2 V.

[69] CHIOVENDA. La acción en el sistema de los derechos, cit., p. 13, § 5, e 21, § 8.

[70] CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 111/112, § 20 (destacados os termos em capitais e introduzidos colchetes).

[71] *Ação concreta*: relendo Wach e Chiovenda, cit., em especial p. 109/111, § 19, e p. 152/154, § 32.

[72] *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 425, cap. VIII, § 2.

O DISCURSO JURÍDICO E A CRISE DO POSITIVISMO

LGLOBALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS*

GLOBALIZATION AND ITS LEGAL IMPLICATIONS

**Ana Lucia Brunetta Cardoso
Liane Tabarelli
Denise Bittencourt Friedrich**

RESUMO

Este artigo tem por fim demonstrar de que maneira as manifestações da globalização econômica fragilizaram a concepção monista do direito e tornaram insatisfatórias as respostas até então apresentadas pelo direito aos conflitos sociais. A globalização econômica é um fato e, desse modo, impôs a sociedade contemporânea conviver com o risco do imprevisível permanentemente. Em razão de toda essa carga de incerteza, o direito produzido pelo Estado não pode mais ter a pretensão de exclusividade. Há que se conviver com outras formas de regulação provenientes da sociedade, em virtude de uma nova concepção de cidadania, que enseja uma postura mais ativa por parte dos cidadãos, como co-responsáveis pela produção e fiscalização das políticas públicas, solidários uns com os outros e contribuintes do incremento da democracia participativa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; GLOBALIZAÇÃO; CRISE; SOBERANIA

ABSTRACT

This article has finally to demonstrate how the manifestations of the economic globalization fragilizaram the monista conception of the right and had become unsatisfactory the answers until then presented by the right the social conflicts. The economic globalization is a fact and, in this manner, it imposed the society contemporary to coexist the risk of the unexpected one permanently. In reason of all this load of uncertainty, the right produced for the State cannot more have the exclusiveness pretension. It has that to coexist itself other forms of regulation proceeding from the society, in virtue of a new conception of citizenship, that tries a more active position on the part of the citizens, as co-responsible for the production and fiscalization of public politics, solidary ones with the contributing others and of the increment of the participativa democracy.

KEYWORDS: RIGHTS; GLOBALIZATION; CRISIS; SOVEREIGNTY

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Registre-se, inicialmente, que a identificação da natureza das instituições de direito surgidas com a globalização econômica, o mapeamento das práticas normativas emergentes com esse fenômeno e o exame dos inúmeros e complexos desafios teóricos, problemas analíticos e questões metodológicas por elas hoje interpostas ao pensamento jurídico passam, obrigatoriamente, como se vê, pela importante questão da efetividade do próprio princípio da soberania do Estado-nação, enquanto questão epistemológica necessária (ainda que não suficiente) da teoria jurídica moderna. Nação, Estado e soberania, com é sabido, são conceitos conectados ou relacionados com processos econômicos, sociais, políticos e culturais que se implicam e se complementam.[1]

Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais é que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo.

Assim, à medida que os preços dos bens e serviços transacionados nesses mercados passam a ser formados fora do alcance das competências regulatórias estatais, esgarçando-se o vínculo entre a produção e a circulação da riqueza e o território, inicia-se um período histórico em cujo âmbito a economia cada vez mais se impõe sobre o debate público e as agendas governamentais de todos os países.

Nesse novo contexto sócio-econômico, embora em termos *formais* os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos *substantivos* muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória. E, conforme o peso relativo de suas respectivas economias nacionais na economia globalizada, a dimensão de seu mercado consumidor, a capacidade de investimento dos capitais privados nacionais, o controle da tecnologia produtiva, a especificidade de suas bases industriais, o grau de modernidade de sua infra-estrutura básica e os níveis de escolaridade e informação de suas sociedades já não mais dispõem de condições efetivas para implementar políticas monetária, fiscal, cambial, previdenciária de modo independente, nem para controlar todos os eventos possíveis dentro de sua jurisdição territorial. Numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los.[2]

Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, o que é revelado pelo modo como se posiciona no confronto entre os distintos setores econômicos (sejam eles públicos ou privados) mais diretamente atingidos, em termos positivos ou negativos, pelo fenômeno da globalização. Utilizando os meios de persuasão, barganha, confronto e veto de que dispõem e situados em posições-chave no sistema produtivo, tendo, por isso mesmo, poder substantivo de influência na formulação, implementação e execução de políticas públicas, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de

atuar na “economia –mundo” pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de “competitividade sistêmica”.

Entre outras pretensões, eles reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção de programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de “deslegalização” e “desconstitucionalização”. Já os setores defasados tecnologicamente, sem poder de competitividade em nível mundial e, por isso mesmo, dependentes de algum grau de proteção da parte do Estado para sobreviver ou se modernizar, lutam por retardá-los o máximo possível, pressionando pela execução de políticas setoriais e pela manutenção de um mercado local “reservado”, mediante obstáculos jurídicos, administrativos, tarifários e alfandegários à entrada de bens e serviços estrangeiros.

O mesmo também ocorre com as empresas detentoras de “tecnologia de fronteira” que reivindicam uma proteção destinada a ampliar o período em que conseguem extrair rendas de suas inovações. A principal característica desse tipo de confronto é que, quase sempre, ele tende a eclodir fora da arena eleitoral, a se desenvolver independentemente da intermediação do Legislativo e ficar à margem da adjudicação do Judiciário, circunscrevendo-se, basicamente, ao âmbito do Executivo. E, aí, cada vez mais esses confrontos passam a ser equacionados por processos informais de negociação, pouco transparentes ao grande público e fora do alcance dos mecanismos de controle via representação partidária, o que leva as formas universalistas de agregação de interesses típicas da democracia a serem atravessadas e esvaziadas por práticas e arranjos de caráter corporativo. [3]

Por isso mesmo, uma outra importante faceta desse processo de recomposição do sistema de poder do Estado-nação são as recorrentes discussões sobre o sentido, o alcance e o *locus* da democracia representativa no âmbito da economia globalizada; sobre a substituição da política pelo mercado como fator determinante do “âmbito público”; sobre a erosão dos distintos mecanismos de formação da identidade coletiva forjados pela modernidade; sobre os novos tipos de sociabilidade gerados pela mercantilização das mais diversas relações sociais; sobre o impacto fragmentador ocasionado pela diversidade de ritmos, dinâmicas e horizontes temporais com relação às percepções da história e de um futuro nacional; sobre a efetividade da representação parlamentar; e, por fim, sobre o caráter cada vez mais difuso e menos transparente da elaboração das regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial.

Mas não é só. Com os avanços contínuos da tecnologia e da informática, a comunicação global em tempo real tende, igualmente, a desestimular a reflexão; a esvaziar determinadas iniciativas tanto de líderes políticos quanto de autoridade governamentais, que são naturalmente lentas e pausadas por dependerem de inúmeras consultadas e negociações locais para serem levadas à frente; a enfraquecer a capacidade organizativa, agregadora e condutora das agremiações partidárias, peças fundamentais do sistema representativo, incumbidas de canalizar demandas, mobilizar esforços, articular interesses, construir coalizões e expressar a diferenciação social; a solapar, como conseqüência, a mediação por elas promovida entre o Estado e os cidadãos; e, por fim, a precipitar a tomada de decisões sem a devida avaliação de suas conseqüências e sem a devida apreciação de seu próprio desfecho.[4]

Além disso, o teor da comunicação global em tempo real muitas vezes também acaba sendo incompatível com o conjunto de valores de certos países, destruindo consensos, rompendo alternativas políticas e provocando perda de referências básicas. Determinados modelos institucionais podem ser açodadamente irradiados, disseminados e até mesmo aceitos nesta ou naquela nação, em face de sua ressonância mundial, sem maior cuidado com sua adequação ou viabilidade. Procedimentos democráticos há tempos institucionalizados podem ser minados com a crescente independência de empresas, setores econômicos e cadeias produtivas inteiras em relação aos recursos específicos de qualquer território nacional, ao mesmo tempo em que mecanismos, ritos e lógicas políticas tradicionais também correm o risco de perder parte de sua capacidade de articular e “sincronizar” os diversos processos e mudanças sociais. Com a intensificação dos fluxos comerciais e financeiros e de investimentos produtivos e especulativos em escala planetária, como, por exemplo, podem os eleitos num pleito democrático cumprir seus compromissos com os eleitores, uma vez que os mecanismos de controle do movimento dos capitais reais e financeiros no espaço territorial e os instrumentos de implementação e execução de políticas públicas à sua disposição têm sido enfraquecidos em seu poder de execução pela globalização econômica?

Por todos esses motivos, a “unidade” do Estado, mais precisamente o comportamento unitário da esfera pública diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance de sua jurisdição funcional e de suas fronteiras territoriais, passa a ser um *problema* – e não um *fato natural*. Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua *centralidade* quanto sua *exclusividade*.

No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los. Com isso, as intervenções regulatórias, os mecanismos de controle e direção sócio-econômicos e as concepções de “segurança nacional” que instrumentalizam as estratégias de planejamento entre o pós-guerra e os anos 70 perdem vigor e efetividade. As políticas de desenvolvimento de médio e longo prazo, tão comuns nesse período histórico, colidem frontalmente com o cálculo conjuntural e com o sentido de urgência decorrentes da força internacionalizante do capitalismo. Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política econômica nacional, por mais estranho e paradoxal que isso possa parecer, que papel, por exemplo, pode ser exercido por uma “Constituição-dirigente?”

Ou seja: por aquele tipo particular de texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também como uma espécie de estatuto político, estabelecendo *o que, como e quando* os legisladores e os governantes devem fazer para concretizar as diretrizes programáticas e os princípios constitucionais?[5]

O processo de globalização econômica implica uma radical mudança no perfil do Estado contemporâneo, particularmente em seu caráter soberano, o que inexoravelmente

se reflete em sua capacidade de auto-organização.[6] Isso acarreta uma nova concepção de Constituição na era globalizada.

Interessante, pois, analisar acerca de seus reflexos no constitucionalismo e nas Constituições, como documentos básicos e fundamentais ordenadores da vida comunitária e da prática do poder político.

Daí derivam conseqüências significativas na medida em que a fragilização das estruturas estatais e a perda de sua centralidade exclusivista e superior faz repensar a questão constitucional, posto que as constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados Nacionais dotados de um território – elemento objetivo – e de um povo – elemento subjetivo – sobre e para os quais se constituíam e organizavam em um documento legislativo supremo as formas e os conteúdos da vida política e social da comunidade.[7]

Desaparecido, transformado ou minimizado o poder característico do Estado Moderno – a soberania -, pode-se perguntar para onde se dirige o constitucionalismo, em especial quando o agigantamento do poder privado faz sombra à tradicional suprema potestade estatal, implicando, muitas vezes, a sua incapacidade em reagir ou controlar as decisões tomadas alhures, ou mesmo, ter de se adaptar aos interesses e vontades do capital transnacionalizado, em um mundo onde, como diz Faria, a globalização econômica está substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social, onde um pluralismo jurídico marcado pela desinstitucionalização do direito açambarca cada vez mais espaços – *lex mercatoria*, direito marginal etc. ou à *pax americana* imposta pelas possibilidades militarizadas de definir os rumos da política em alguns locais do planeta.[8]

Assim, constrói-se um quadro onde essa soberania compulsoriamente compartilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-nação a rever a sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo, a dimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos.[9]

Nesse quadro dramático de concorrência de *poderes*, a articulação entre esses diversos espaços, muitas vezes aponta para a flexibilização do constitucionalismo, em sentida fragilização das conquistas sociais obtidas ao longo de séculos de luta cidadã.

De outro lado, deve-se ter presente que tais questionamentos devem vir acompanhados de uma leitura estratégica de um dos temas mais centrais para os homens, qual seja os direitos humanos, que conduza a uma percepção não apenas das transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos mesmos, como também a necessidade que temos de dar-lhes efetividade prática, até mesmo lançando mão da perspectiva globalizante utilizada pelo capital, mas, então, sob a lógica humanitária de sua universalização.

Logo, é importante recuperar/retomar o debate acerca da matéria visando a compartilhar algumas preocupações no sentido de buscar mecanismos que nos permitam dar maior efetividade – no sentido dado pelo constitucionalista português Jorge Miranda –

possível aos conteúdos normativos reconhecedores dos direitos humanos em suas diversas expressões.[10]

Pode-se dizer que, para além dessa pretensão primária, muitas outras se colocam, podendo-se aduzir que: a) em primeiro lugar está, sem dúvida, a importância da temática, a qual veicula as preocupações relativas ao que há de fundamental para a construção de um cotidiano digno para o ser humano; b) em seguida, pode-se referir a necessidade de constante revitalização não apenas dos conteúdos próprios destas pretensões humanitárias, mas, sobretudo, aos mecanismos que lhe dão efetividade, sendo indispensável que tenhamos sempre presente a necessidade de construirmos instrumentos cada vez mais facilitadores da colocação em prática e da possibilitação da usufruição destes conteúdos; e, c) por fim, no caso brasileiro, é preciso que se busque, até mesmo pela experiência histórica, instrumentalizar os operadores jurídicos com os meios necessários para uma prática comprometida com a eficácia dos direitos humanos, especialmente a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 que se assenta, fundamentalmente, na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, na esteira, diga-se, do constitucionalismo contemporâneo, estruturado sob a opção do Estado Democrático de Direito. E, mais do que isso, como prática político-jurídica de enfrentamento das estratégias de globalização dominadas pelas práticas do capitalismo financeiro.[11]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, referenda alguns conteúdos que nos conduzem a comprometê-la como inserida no rol daquele constitucionalismo cujo objetivo fundante está nos direitos humanos, os quais devem orientar não apenas os trabalhos dos juristas, como também a atuação das autoridades públicas e da sociedade como um todo.

Deve-se ter presente, para além da carta de direitos fundamentais expressa em seu interior e do caráter eficaz que lhe é atribuído – art. 5º, § 1º da CF/88 -, dentre outros, o disposto no seu art. 5º, § 2º, o qual propugna que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa norma inovadora constitui cláusula constitucional aberta, pois, a partir dela pode-se construir a hipótese que se assenta na perspectiva de que a mesma atribui natureza de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do texto de 88, diante da assunção da dignidade humana e dos direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, o que se vincula à legitimidade material da Constituição – uma fundamentação substantiva para os atos do poder público afirmando-se como um parâmetro material, diretivo e inspirador dos mesmos, o que é fornecido pelo elenco dos direitos fundamentais.[12]

Assim, a atividade do jurista, deve ser a de consignar máxima efetividade às normas constitucionais, ou seja, a uma norma constitucional tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Esse é um fator inafastável para o trato da temática relativa aos direitos humanos e, mais ainda, para a compreensão do papel desempenhado pelos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, em um processo que podemos chamar de internacionalização do direito constitucional que

se complementa pela internalização/constitucionalização do direito internacional público (dos direitos humanos), uma novidade para o constitucionalismo atual.

Nesta mesma linha, pode-se incluir, ainda, o temário relativo aos processos de regionalização dos espaços estatais, ou, de montagem de estruturas supranacionais ao estilo comunitário. Tal circunstância direciona o debate constitucional para um novo aspecto, qual seja o de um constitucionalismo desvinculado dos Estados-nação, ou de um supraconstitucionalismo alicerçado em bases comunitárias e com capacidade regulatória superposta àquelas dos Estados Parte dos blocos comunitários. Assim, no caso da integração regional, não está ocorrendo apenas uma internacionalização do direito constitucional, mas também uma constitucionalização do sistema regional sem, no entanto, a mesma força e intensidade, uma vez que o fortalecimento deste último não vem acompanhado da sua conformação aos princípios constitucionais. Salienta-se ainda, a necessidade de se ter presente o déficit democrático presente na história da construção da União Européia, o que, se transposto para a experiência latino-americana (MERCOSUL, em particular) – despreocupando-se de seu caráter eminentemente econômico até então – agudiza-se diante do trágico histórico autoritário próprio à região.[13]

O ritmo de tal transformação, assim como o seu conteúdo dependerão em muita da capacidade interventiva dos movimentos sociais e do poder de fogo da economia pública regionalizada em contraposição às estratégias e pretensões autonomizantes do capital transnacionalizado e de tendência monopolística.

É a regionalização/comunitarização um novo “mercado” constitucional que se abre, cujas perspectivas ainda se colocam de maneira interrogante, podendo, eventualmente, abrir caminho para um constitucionalismo planetário – o que é uma incógnita e coloca superlativamente a questão democrática.[14]

Atente-se, ademais, que todas ou as principais emendas constitucionais que tramitam ou já foram aprovadas pelo Legislativo dizem respeito à retirada da presença do Estado em determinados setores da economia – petróleo, gás, navegação, energia, telecomunicações etc. -, significando um processo de diminuição do seu papel interventivo ou, também, à redução de custos das prestações mantidas pelo Poder Público – previdência, assistência, saúde, educação etc. -, o que implica a imposição de novas barreiras ao acesso estatal ou a sua privatização. Em outras áreas, prevê-se a sua *desconstitucionalização* ou *flexibilização* – caso dos direitos sociais e da ordem tributária, particularmente.[15]

Retomando o histórico do constitucionalismo, pode-se sugerir três grandes tradições que hoje convivem.

Em primeiro lugar, tem-se aquela da dogmática constitucional liberal – que se poderia chamar de *constitucionalismo clássico* – que vê a Constituição a partir do projeto revolucionário liberal como instrumento de organização e limitação do poder político.

Em segundo lugar, estão aqueles, conseqüentes do *constitucionalismo social*, que orientam suas atenções para um modelo prospectivo e dirigente – no sentido dado por J. J. Canotilho em seus textos mais antigos – sustentado em fórmulas legislativas que expressam programas, objetivos, finalidades etc., para as quais a teoria constitucional,

ainda, apesar dos avanços e recuos, labuta para dar concretude, seja através de uma hermenêutica concretizante, seja por meio de instrumentos procedimentais novos, seja, ainda, pelo reforço de uma postura garantista, sem serem excludentes entre si.[16]

Por fim, está o debate novo de um *constitucionalismo supranacional, mundial*, que congrege a comunidade internacional em uma única ordem legal sustentada em um projeto humanitário.[17]

Há, como querem alguns, um esgotamento do mesmo em razão de uma nova conformação/organização político-econômica onde as bases dos Estados Nacionais, berço do constitucionalismo, esvaem-se abrindo caminho para um pluralismo jurídico desconstitucionalizante e para uma flexibilização generalizada do Direito ou, como otimistamente antevêem alguns, para um projeto político- institucional de caráter mundial/cosmopolita, permeado, ou não, por outros lugares – local, regional, nacional, supranacional.

Desfaz-se o Estado Constitucional e em seu lugar insere-se uma ordem sem limites geográficos e com conteúdos flexíveis, sem espaços próprios predeterminados, sem um pacto estruturante organizador e ordenador do ser-estar no mundo, como um parâmetro de justiça da comunidade, como menciona Oscar V. Vieira, citado por Morais, substituído por um mundo governado única e exclusivamente pelo princípio da utilidade e da eficiência.[18]

Por outro lado, se se pensa a globalização como um projeto civilizatório que conjuga uma perspectiva universal que se constrói em escala mundial e se concretiza no plano local a partir de padrões compartilhados do justo, é-se conduzido a dizer que se estaria, então, diante de uma inevitabilidade caso se deseje construir uma sociedade justa e solidária, sob a paz perpétua kantiana necessária à medida que se apresenta o que Habermas[19] denomina de globalização dos riscos.[20]

Quem sabe se pode falar, a partir da lógica humanitária, em um pensamento universal democrático que não vise à difusão de um modelo único, desde um “lugar” único, mas a emergência em diversos lugares de uma vontade (um desejo) de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos.

Ou seja, é necessário que se perceba que o espaço da democracia, em razão de um processo conjunto de desterritorialização e reterritorialização consectário da complexidade das relações contemporâneas, multiplica-se, não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado-nação, mas incluindo o espaço internacional, comunitário, além das experiências locais – como, e.g., no caso dos projetos de democracia participativa.[21]

Tais premissas demonstram a incompatibilidade das noções clássicas de democracia e de cidadania com a desterritorialização provocada pelas globalizações, o que coloca a necessidade de repensarmos o conteúdo e a extensão de tais noções e práticas.[22]

Referências:

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée Kantienne*. Paris: Du Cerf, 1996.

LEIS, Hector. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. In: SCHERER-WARREN, Ilse e FERREIRA, José Maria Carvalho (Org.). *Transformações sociais e dilemas da globalização: um diálogo Brasil/Portugal*. São Paulo: Cortez, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). In: MORAIS, José Luis Bolzan de; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

_____. O círculo de fogo: Estado Democrático de Direito e neoliberalismo no Brasil algumas interrogações. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 2, p. 87-97, dez. 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

[1] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

[2] *Ibid.*, p. 23.

[3] Ibid., p. 25-27.

[4] Ibid., p. 30.

[5] Ibid., p. 32-33.

[6] MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89.

[7] MORAIS, José Luis Bolzan de. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). In: MORAIS, José Luis Bolzan de; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 89.

[8] Ibid., p. 89-90.

[9] Ibid., p. 90.

[10] Ibid., p. 92.

[11] Ibid., p. 92-93.

[12] Ibid., p. 93.

[13] Ibid., p. 94-95.

[14] Ibid., p. 95.

[15] Idem. O círculo de fogo: Estado Democrático de Direito e neoliberalismo no Brasil algumas interrogações. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 2, p. 87-97, dez. 1994, p. 93.

[16] Idem. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 92.

[17] Ibid., p. 93.

[18] Ibid., p. 93.

[19] HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée Kantienne*. Paris: Du Cerf, 1996, p. 74.

[20] MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 96.

[21] Ibid., p. 97.

[22] Ibid., p. 97.

POSITIVISMO JURÍDICO EM CRISE? A TRADIÇÃO POSITIVISTA EM DEBATE*

¿POSITIVISMO JURÍDICO EN CRISIS? LA TRADICIÓN POSITIVISTA EN DEBATE

Bernardo Abreu de Medeiros

RESUMO

Poucas questões têm sido tão recorrentes no pensamento humano como “o que é e como se aplica o direito?”. A corrente doutrinária do positivismo jurídico vem buscando, através de sucessivos ajustes, tentar aclarar tal questão. O objetivo deste trabalho é realizar um repasso na teoria juspositivista desde sua criação, com foco nas produções de Bentham, Austin, Kelsen e Hart, objetivando demonstrar não só a evolução do pensamento positivista, como desfazer alguns equívocos comuns no tocante à visão atribuída ao positivismo jurídico no âmbito da aplicação do direito, o que ocorre, por muitas vezes, a partir de uma visão “dramatizada” de positivismo jurídico que pretendemos afastar. Por fim, analisaremos brevemente um panorama do positivismo contemporâneo, destacando-se as idéias Raz, Shauer, e Waluchow, questionando até que ponto ele passa por uma crise e a pertinência da subsistência do positivismo jurídico como teoria apta a explicar o direito no estado constitucional em que vivemos.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO JURÍDICO, PÓS-POSITIVISMO, TEORIA DO DIREITO

RESUMEN

Pocas cuestiones son tan recurrentes en el pensamiento humano como "¿qué es y cómo se aplica al derecho?" La tradición del pensamiento positivista busca, tras distintos ajustes, aclarar tal cuestión. El objetivo de este estudio es realizar un repasso en la teoría juspositivista desde su creación, con especial atención a la producción de Bentham, Austin, Kelsen y Hart, para demostrar no sólo la evolución del pensamiento positivista, como disipar algunos conceptos erróneos, pero comunes, acerca de la visión atribuida al positivismo jurídico en la aplicación de la ley, sobre la base de una visión "dramatizada" de positivismo jurídico que buscaremos eliminar. Por último, una breve reseña del panorama de positivismo contemporáneo, sobre todo las ideas Raz, Shauer y Waluchow, cuestionando hasta qué punto él está pasando por una crisis de

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

supervivencia y la pertinencia del positivismo jurídico como una teoría capaz de explicar el derecho en el estado constitucional en que vivimos.

PALAVRAS-CLAVE: POSITIVISMO JURÍDICO, POST-POSITIVISMO, TEORÍA DEL DERECHO

Introdução

O positivismo jurídico constitui um conjunto de proposições teóricas em torno de determinados aspectos fundamentais do ordenamento jurídico, como sua definição e relação com outros fenômenos normativos. Embora diversos de seus autores, como Kelsen, tenham sofrido influência do positivismo filosófico, tal qual definido a partir do pensamento de Auguste Comte e seus seguidores, estes não se confundem. A denominação “positivista”, com destaque Dimitri Dimoulis, não deriva do movimento filosófico, mas do termo *ius positivum* ou *ius positum*, indicando a preocupação com o estudo do direito posto.^[1]

Termos ligados à positividade do direito passam a ser utilizados a partir da terceira década do século XII na Europa, indicando o direito criado e imposto pelo legislador. Já na obra de Hugo de Saint-Victor do ano de 1127 – *Didascalicon* – há menção ao termo *iustitia positiva*.^[2]

É na obra do francês Jean Bodin (1529-1596) – *Os Seis Livros da República* – que idéias positivistas ganham densidade, já que o autor considera que as leis dependem única e exclusivamente da vontade do soberano, embora, para Bodin, o soberano estivesse submetido a leis divinas e naturais. No entanto, Bodin apresenta as leis da sociedade como fruto da vontade do legislador, ao contrário do pensamento dominante da Idade Média que adotava um pluralismo de fontes, entendendo as leis como decorrentes da vontade do povo, da Igreja, dos senhores feudais e dos juristas.^[3]

Thomas Hobbes (1588-1679) também ocupa elevado destaque na consolidação do pensamento positivista. Ele não abre mão da crença na existência de um direito natural, mas faz fortes críticas a ele, centradas, sobretudo, na insegurança gerada. De acordo com Hobbes, o conceito de direito poderia ser estabelecido de forma convencional, ao invés de se partir da observação da realidade.^[4] Apesar de existir uma certa recusa em classificá-lo como um positivista, muitas das idéias de Hobbes estão intimamente ligadas a esta corrente. Ao vincular o direito ao mandato de um soberano, subscreve a tese das fontes sociais. Além disto, o autor nega a existência de alguma forma de justiça objetiva independente do direito. Portanto, em nome da necessidade de garantir os valores pelos quais existem a comunidade política, sobretudo a ordem, a segurança pessoal e a vida dos cidadãos é que se deve refutar uma idéia de direito que o vincule com a de justiça ou injustiça.^[5]

Todas estas premissas teóricas vêm a se consolidar paralelamente ao estabelecimento do Estado Moderno e a correspondente monopolização do poder político pelos aparelhos

estatais, aliados a ideais racionalistas de produção do direito. As codificações do século XIX refletem a materialização deste pensamento.

No século XIX a primazia da análise positivista do direito está com os juristas franceses e belgas da *École de l'Exegese*, que compreendiam o direito como aquilo e apenas aquilo criado pelo legislador. Na Alemanha, o primado do pensamento positivista é atribuída à Escola Histórica do Direito, com forte rejeição ao jusnaturalismo e ao universalismo, centrado suas análises no direito vigente de seu país.

Nos países do *Common Law*, onde o movimento codificador tem traços totalmente distintos da Europa continental, a concepção positiva do direito está ligada ao desenvolvimento da *Jurisprudence*, termo utilizado para designar a teoria geral do direito. Nesse contexto, dois nomes foram decisivos: Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859).

1 -O utilitarismo de Bentham

Jeremy Bentham publica em 1789 a obra *An introduction to the principles of morals and legislation*, ponto de referência na sua concepção jusfilosófica. Bentham desenvolve uma concepção utilitarista e a aplica na produção legislativa, partindo de uma visão antinaturalista e antiracionalista. Sua publicação é fruto da compilação dos textos escritos em 1780 com uma nota sobre a Declaração Americana dos Direitos do Homem.

A obra se abre com a colocação do princípio da utilidade: o bem-estar (felicidade) é o fim último do homem, e, por conseguinte, a busca do prazer e a fuga da dor constituem os motivos de todas as ações.

O princípio da utilidade tem origem no epicurismo. Não sendo o objetivo deste trabalho uma análise do utilitarismo enquanto postura filosófica, podemos apenas indicar três teses que são compartilhadas pelos diversos pensadores desta corrente. A primeira delas sustenta que direito e Estado se baseiam na busca do útil, e não num princípio superior de justiça. Em segundo lugar, não haveria um direito nem um estado sem fim. Esse fim é exatamente a busca do maior bem estar pelo maior número de pessoas. Finalmente, direito e Estado são concebidos como sistemas de equilíbrio social de interesses individuais para assegurar o interesse coletivo.

Particularmente, o utilitarismo de Bentham é centrado na concepção realista do útil, e assim, toda norma jurídica deve ser analisada sob o aspecto do quanto ela é capaz de aumentar o bem estar coletivo, tido como a soma dos interesses individuais. Ele enuncia o princípio da utilidade, afirmando que “a natureza colocou o homem sob domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer”^[6].

Assim, o “princípio da utilidade recorre à sujeição e a coloca como fundamento do sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”^[7]

Bentham tece duras críticas a William Blackstone, que fora discípulo de John Locke e representava um ícone do pensamento jusnaturalista no Reino Unido, concebendo a lei como a vontade de Deus manifestada sobre todas as coisas. Para Bentham, o direito é um instrumento para atingir fins. O direito natural não existiria, sendo apenas expressões vazias de sentido. O Common Law representa incerteza e insegurança.

A figura do soberano deveria se sustentar sobre dois poderes distintos: o poder imperativo, isto é, o poder de produzir normas; e de outro lado um poder físico de infringir sanções. A sanção era tida como o instrumento jurídico de realização do utilitarismo

Além da influência direta de Hobbes, pode-se notar uma forte influência do pensamento de Helvetius, ao fazer da “lei do interesse” a analogia, para o universo moral, das leis do movimento do universo prático; e de Beccaria, que havia retomado a analogia extraíndo conseqüências para legislação, sobretudo penal, confiando-lhe a tarefa de “conduzir os homens à maior felicidade ou à menor infelicidade possível segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.”

A originalidade do pensamento de Bentham não está tanto no estabelecimento de uma teoria utilitarista simplesmente, mas nas severas críticas as teorias do direito natural e seus prolongamentos políticos. Opõe-se diretamente às teses que pretendem fazer da lei natural, e não da utilidade, o princípio da legislação: dizer que há uma regra eterna e imutável do direito, evocar o direito natural, a equidade natural, os direitos do homem, é, com efeito, julgar arbitrariamente que tal ação é boa ou má não porque ela aprove ou contrarie o interesse daqueles em questão, mas porque ela agrada ou desagrade àquele que julga.

O princípio de direito natural é, na verdade, um princípio de “simpatia ou antipatia” - já que aqueles que se valem do direito natural só fazem, graças a noções abstratas que são puras ficções (necessidade do empirismo), ditar seus sentimentos como leis e se arrogar o privilégio da infalibilidade.

São, portanto, as leis positivas, arrumadas pelo legislador com o intuito de maximizar ou minimizar os prazeres, as únicas que dão existência aos direitos. As leis reais dão nascimento aos direitos reais, enquanto o direito natural é apenas uma criação da lei natural, que nada mais é do que uma ficção, logo, já que *ex nihilo nihil sequitur*, o direito natural não é nada.

Declarações de direitos do homem são jargões vazios de sentido, pois não há direitos anteriores às leis. O pretensão benefício das Declarações seria, com efeito, segundo seus autores, julga Bentham, prevenir toda invasão das leis positivas sobre a liberdade dos cidadãos, ou toda ameaça dessas mesmas leis à sua igualdade. Ora, não só essas Declarações são ineficazes e não impedem de maneira nenhuma tais ameaças e tais invasões, como também são geradoras da anarquia por causa da imprecisão de suas noções: dizer que os homens têm direitos naturais à igualdade e à liberdade, sem maiores esclarecimentos, é convidar o indivíduo a se levantar, em nome destes valores abstratos, contra as leis existentes, a negar estas leis reais em nome de uma fictícia lei natural, convida-se assim cada um a erigir seu capricho em uma pretensa lei diante da qual as leis positivas deveriam se destruir.

2 - Austin e a delimitação do direito

Em sua principal obra, *A Delimitação do Objeto do Direito* (1832), Austin busca definir o objeto do estudo do direito, e o faz o limitando ao estudo do direito positivo, isto é o direito imposto por superiores aos seus súditos.

Assim, para Austin, antes de se entender a aplicação do direito se fazia necessário entender a dimensão do direito, separando-o de tudo aquilo que não era direito.

“ O fim ou o propósito das seis lições seguintes consiste em distinguir as leis positivas (o objeto do direito) das coisas antes enunciadas: coisas com as quais se relacionam por semelhanças e analogias, por seu nome comum de ‘leis’ e com as quais, por conseguinte, se mesclam e se confundem com freqüência. Portanto, em virtude de que este é o propósito principal das seis lições seguintes, as denomino, considerando-as em seu conjunto, ‘o objeto do direito’. Já que este é o seu principal propósito, as seis lições intentam trazer o limite que separa o campo do direito das zonas que se encontram em seus confins.”^[8]

Austin é pioneiro em distinguir com clareza a existência de uma norma do seu conteúdo.

“ A existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não, é uma questão; se acomoda ou não a um presumido modelo, é questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que desgostemos dela, ou ainda seja disforme quando a respeito de critério com o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação. Esta verdade, quando se afirma em abstrato, é tão simples e evidente como parece ocioso insistir nela. Porém, apesar de simples e evidente como parece em abstrato, tem sido esquecida em muitos casos concretos, e a enumeração de exemplos chegaria a um volume completo”^[9]

O conceito de lei, para Austin, é dado pelo trinômio desejo, dano e comunicação do desejo, numa estrutura de forte cunho utilitarista, na esteira de Bentham, segundo a qual para evitar uma dor indivíduos racionais se comportariam de acordo com as leis. O desejo a que se refere Austin é a manifestação de vontade de um ser racional, o soberano, a outro ser racional para que faça ou omita algo. Soberano é aquele habitualmente obedecido e fonte de todo o direito. As leis que não se enquadram neste trinômio são consideradas leis anômalas, porque são interpretativas, revogadoras ou imperfeitas.

Austin rejeita as teorias contratualistas, pois constituem uma construção não empírica, tratando-se de uma ficção, uma hipótese desnecessária e supérflua. “o pacto dificilmente obrigaria os súditos originários ou sucessivos (...) toda convenção juridicamente vinculativa (ou qualquer convenção propriamente dita) deriva sua eficácia jurídica de uma lei positiva.”^[10]

Confrontando a postura de Bentham com a de Austin vemos que ambos desenvolvem uma teoria de cunho utilitarista e delimitam o direito como um conjunto de leis, sendo estas aquelas feitas pelo soberano. No entanto, Bentham defende a codificação como forma de dar segurança ao sistema, e Austin não, considera o *common law* racional pois é delegado pelo soberano.

3 - Kelsen e o positivismo do século XX

Uma vez concretizado um primeiro trabalho do positivismo jurídico de delimitar o objeto do direito, vinculando-o ao direito posto pelo soberano, refutando o pensamento jusnaturalista e estabelecendo a distinção entre a existência e o conteúdo das normas, foi possível a teoria juspositivista do século XX avançar sobre novos aspectos.

O principal pensador do positivismo jurídico da primeira metade do século XX foi sem sombra de dúvida Hans Kelsen (1881 – 1973). A Teoria Pura do Direito, mais do que a sua principal obra escrita é um projeto de definição do direito enquanto ciência.

Um esclarecimento inicial necessário em relação à pureza referida. O que Kelsen pretende elaborar é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro. Isto é, a pureza se refere à teoria, à doutrina, à ciência do direito, e não ao direito em si. Kelsen não aceita a existência de direito sem valores

Aclarado este ponto, vale destacar que teoria kelseniana se baseia na existência de dois mundos distintos: o mundo do ser e o do dever ser. O mundo do ser, que é, por exemplo, o da natureza, há uma ligação direta entre um fato e uma consequência. Se eu solto um corpo no ar, ele cai atraído pela gravidade. Já no mundo do dever ser, como a moral, a religião, o direito, há, entre o fato e a consequência, uma imputação. Assim, para os fenômenos da natureza, vale o princípio da causalidade: se “A”, então “B”. Esse é o campo da proposição, da descrição, da ciência. Por outro lado, para os fenômenos normativos, o princípio aplicável é o da imputação, tipo da norma e fruto da vontade.

Kelsen aprimora a definição de direito do legado positivista, estabelecendo três critérios de delimitação do seu objeto: direito é uma técnica social específica, direito usa a força monopolizada pelo estado e direito pertence ao mundo do dever^[11]

Direito não tem uma finalidade em si; é uma técnica de controle social, e como técnica, serve a quem a utiliza. O direito é uma técnica de motivação indireta das condutas

humanas. Indireta porque o comportamento conforme é obtido através do uso de sanções punitivas socialmente organizadas.

“A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição – o princípio da retribuição -, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções.”^[12]

Disso decorre que a paz produzida pelo direito apenas pode ser relativa, porque ao se entender paz como “ausência de força”, utilizando-se o direito necessariamente da força a paz obtida não pode ser absoluta.

“A paz é uma condição em que a força não é usada. Nesse sentido da palavra, o Direito provê apenas a paz relativa, não absoluta – ele priva o indivíduo do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. A paz do Direito não é uma condição de ausência absoluta de força, um estado de anarquia; é uma condição de um monopólio de força da comunidade”^[13]

A segunda característica do direito informa que a sanção não é exclusiva do direito, mas ele monopoliza a força. Se a religião monopoliza a força ela se confunde com o direito como em Estados fundamentalistas. A ordem jurídica se diferencia da ordem normativa moral pelo modo mediante o qual prescreve ou proíbe certa conduta.

“A questão da necessidade do Direito é idêntica à questão da necessidade do Estado. Pois o estado é uma ordem coercitiva, uma ordem jurídica, relativamente centralizada, relativamente soberana – uma comunidade constituída por tal ordem jurídica. Se o estado for definido como uma organização política, isso significará uma ordem coercitiva. O elemento especificamente político consiste em nada mais que o elemento de coerção.”^[14]

Pelo terceiro critério, o mundo do ser significa realidade natural (mundo físico), plano existencial determinado pela ocorrência de um nexos naturalístico necessário, o qual o pensamento humano meramente constata. O mundo do dever é o mundo normativo, explicado pelo princípio da imputação.

“ A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado a uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta, remeto para lei já referida, que descreve a ação do calor sobre os metais. Exemplos de aplicação do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: quando alguém

te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido; quando alguém sacrifica a sua vida pela pátria, sua memória deve ser honrada; quando alguém pecou, deve fazer penitência.”^[15]

Apresentada a sua própria teoria de delimitação do direito, Kelsen passa a apresentar sua estruturação de aplicação do direito, definindo validade e apresentado a dinâmica de aplicação das normas sintetizada na figura da pirâmide normativa e no conceito de norma fundamental.

Validade expressa a compreensão de que determinada norma existe e que, por existir, é juridicamente obrigatória. Para Kelsen há dois tipos de derivação possíveis: o estático e o dinâmico.^[16]

Sistemas jurídicos são dinâmicos porque as normas têm origem numa complexa organização de produção normativa por competência e delegação de competência. Nos sistemas estáticos, como os, morais a derivação normativa é dada por uma seqüência de deduções lógicas (ilações)

“As normas de um ordenamento do primeiro tipo [estático], quer dizer, a conduta dos indivíduos por ela determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudica-lo moral ou fisicamente, devemos ajuda-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor ao próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta., porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral compreensiva. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo de uma norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático. (...)

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental..”^[17]

Seguindo o sistema dinâmico apresentado, a validade de uma norma pode ser rastreada até se alcançar a Constituição histórica primeira, a primeira constituição daquela ordem jurídica, usualmente marcada por um ato de independência de um Estado frente a outro, neste final do caminho, poder-se-ia, outra vez, questionar qual seria o fundamento de validade desta constituição histórica primeira, porque, na falta de alguma fundamentação normativa, todas as demais normas perderiam seus respectivos suportes de validade. Essa busca sem fim constitui o “problema da fundamentação normativa”.

Para dar a resposta a este regresso provocado pelo imperativo de se indicar, sempre, a “norma validamente superior” que Kelsen elabora a “teoria da norma fundamental”. Segundo Kelsen, a norma fundamental corresponde à postura necessária de se considerar válida, e, assim, como marco jurídico-positivo inicial, a constituição histórica primeira não mais em disputa, pois esta é uma pressuposição imprescindível para poderem se identificar as normas da ordem jurídica.^[18]

Todavia, a “teoria da norma fundamental” não é uma construção totalmente original de Kelsen. De fato ela apenas aparece com contornos mais bem definidos em 1920, no seu livro “O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional”. Nele, pode-se encontrar a seguinte frase “ (...) finalmente se atribui a uma norma geral suprema de origem lógica, estabelecida como hipótese a partir da autoridade constituinte” da qual “a constituição recolhe sua validade jurídica”. “Somente o dogmatismo acrítico pode pensar que seja possível um sistema de direito positivo privado de pressupostos”^[19] A idéia da norma fundamental como constituição no sentido lógico-jurídico foi desenvolvida principalmente por Alfred Verdross que reconheceu a norma fundamental como uma hipótese relacionada ao material do direito positivo analogamente à hipótese da ciência natural.^[20]

De todo modo, importa destacar que, apesar de não ter sido Kelsen o precursor da exposição do tema da norma fundamental em termos iniciais, tendo dela feito uso em seus trabalhos, imprimiu-lhe elaboração pessoal.

“Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.”^[21]

Assim, deve-se pressupor em determinado momento a validade da norma fundamental que estivesse atribuindo validade à constituição histórica não mais em disputa. E a consideração de não estar mais em disputa se vincula ao pertencimento a uma ordem jurídica globalmente eficaz, o que ocorre quando preenchidos dois requisitos: a comprovação de que as normas estão servindo de parâmetro de obediência e; nos casos de não estarem sendo obedecidas, se é possível se observar que os funcionários as estão aplicando.

No primeiro teste, a questão é respondida quando se informa se a norma N esta servindo de referência para as condutas. O segundo teste encontra satisfação se responde que os funcionários estão punindo aqueles que não obedeceram a norma N. Se a resposta for positiva, o ordenamento jurídico é eficaz neste particular.

Kelsen dedicou o último capítulo de sua *Teoria Pura* para interpretação do direito, entendendo a interpretação como a operação mental que acompanha a aplicação do direito.

“Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas”.^[22]

Kelsen aponta então para o fato de todo ato jurídico de aplicação do direito ser um ato de criação jurídica, sendo em parte determinado pelo direito, em parte, indeterminado. A indeterminação pode ser intencional, quando se fixa um limite máximo e mínimo para uma multa, por exemplo; ou não intencional, já que o sentido verbal de uma norma não é inequívoco.^[23]

Assim, em todos os casos de indeterminação, seja ela intencional ou não, há sempre um leque de possibilidades de aplicação jurídica. O direito a aplicar formaria assim uma moldura dentro da qual estariam inseridas as possibilidades de aplicação.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...)

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.^[24]

Dessa forma Kelsen refuta a visão da teoria tradicional segundo a qual a interpretação poderia produzir uma única solução correta, ajustada. O aplicador escolhe uma dentre as diversas soluções possíveis dentro da moldura.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única solução correta* (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.^[25]

4 - Hart e a textura aberta

O outro grande nome da doutrina juspositivista do século XX, ao lado de Kelsen, é Herbert Hart (1907-1992). Sua principal obra, *O Conceito de Direito*, foi publicada no ano de 1961, fazendo uma revisão das teses de Austin. Hart considerava insuficientes conceitos-chaves da obra de Austin como a definição de direito tida por “ordens baseadas em ameaças”, assim como o “hábito de obediência ao soberano”.

Hart introduz também o aspecto interno ao direito. A constatação empírica de convergências fáticas é tida como o aspecto externo ao direito, já a relação crítica e a adesão dos participantes representaria seu caráter interno. Assim, por aspecto interno, não compreende uma simples questão de sentimentos, por oposição ao comportamento físico observável externamente, mas uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns.^[26]

Em relação à classificação kelseniana de sistemas estáticos e dinâmicos, Hart propõe uma nova classificação entre sistemas simples, isto é, aqueles que prevêm apenas

normas de condutas primárias ou de conduta; e sistemas complexos, que prevêm também, além das normas de conduta, normas atributivas de poderes ou secundárias.

Assim, introduz seu conceito de “regra de reconhecimento”, que serve para identificar as normas primárias que pertencem à determinada ordem jurídica. Este conceito não se confunde com o de “norma fundamental” cunhado por Kelsen. A regra de reconhecimento é um fato, enquanto a norma fundamental constitui uma pressuposição lógica necessária.

A afirmação de que existe só pode ser uma afirmação externa de fato. Porque, enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida, e nesse sentido, existir mesmo se for geralmente ignorado, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.^[27]

Outra contribuição hartiana ao direito foi, com base nas lições de Wittgenstein, foi em identificar uma “textura aberta” da norma no âmbito de sua interpretação. Não há uma formulação de uma teoria completa da interpretação, mas o fornecimento de elementos essenciais para compreensão do problema da linguagem no direito. Há, no entender de Hart, no direito como em todos os campos da experiência, um limite à natureza da linguagem. Há casos simples, que ocorrem em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, mas há outros casos em que esta clareza inexistente.^[28]

Assim, a textura aberta do direito significa que há, na realidade, áreas de condutas em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz do caso concreto, entre interesses conflitantes.^[29] Distingue-se assim, uma “zona clara” de aplicação do direito de uma “zona de penumbra”. Os casos da zona de penumbra são aqueles em que o texto legal oferecem apenas alguma diretriz, mas de modo incerto, exigindo uma discricionariedade do aplicador, fruto da vagueza da linguagem.^[30]

A posição de Hart pretende ser um ponto intermediário entre o formalismo fundado na subsunção, preocupado apenas com o texto legal, e o ceticismo segundo o qual haveriam apenas casos difíceis, com preocupação focada apenas na “dimensão social”.

Num contexto com a idéia kelseniana de “moldura da norma”, vemos que ambos afirmam a discricionariedade do aplicador, embora Kelsen tenha se preocupado com o leque de opções que o direito pode produzir para um determinado caso, e a análise hartiana se centra na vagueza da linguagem que geraria abertura na textura da norma.

A partir do debate gerado por *O Conceito de Direito* com as ideias de Ronald Dworkin, a teoria do direito passa por profundas transformações, levando a edição de uma segunda edição da obra de Hart em 1994 que incorpora um pós-escrito trazendo substanciais inovações, como se verá adiante.

5 - A sistematização de Bobbio

Levando-se em conta o amplo espectro de definição de “positivismo jurídico”, vê-se que, assim como o direito natural, não há uma homogeneidade em sua definição. Com vistas a esclarecer a questão, o italiano Norberto Bobbio propôs uma sistematização assinalando para o termo positivismo jurídico três concepções: metodológica, teórica e ideológica^[31].

Em outro estudo sobre o tema tivemos a oportunidade de analisar com mais profundidade tal proposta^[32], mas de maneira concisa podemos afirmar que concepção metodológica estaria ligada à forma de abordagem do direito adotada pelos positivistas, separando o “direito real” do “direito “ideal”, ou seja, o direito tido como fato e o direito tido como valor. Assim a preocupação dos positivistas é com a descrição, e não com o seu conteúdo valorativo.

Tido como teoria, o positivismo jurídico engloba uma série de asserções sobre a natureza do direito, que Bobbio divide em seis teorias, sendo as três primeiras – teorias *coativa*, que considera a força como elemento caracterizador e essencial do direito; *legislativa*, que subordina todas as demais fontes do direito à lei; e *imperativa* do direito, que identifica normas jurídicas com comandos – pilares da teoria juspositivista; e as demais – teorias da *coerência do ordenamento jurídico*, que afirma a ausência de contradições entre normas; da *completitude do ordenamento*, que nega a existência de lacunas; e da *interpretação mecanicista*, fundada na interpretação silogística; que comporiam assim uma teoria juspositivista em sentido amplo.

Por derradeiro, tido como uma ideologia, o positivismo é classificado por Bobbio em duas versões: uma fraca, que estatui que o direito realiza determinados valores, e uma forte; que implica numa obediência incondicional do direito, qualquer que seja seu conteúdo.

Assim, Bobbio deixou claro que as ambigüidades que rondam o termo “positivismo jurídico” não podem ser resolvidas se encaramos o termo de maneira unitária, como um “bloco monolítico”. Todavia, podemos identificar, pelo menos, duas teses comuns a todas as formas de expressão do positivismo jurídico que permitem colocar colocá-las como membros de uma mesma tradição.

A primeira tese compartilhada é a tese social, segundo a qual o direito é visto como criação humana, sendo sua existência, por tanto, um fato social. A segunda tese é da separabilidade, que pode ser traduzida na já referida expressão de Austin de que a existência e o mérito do direito são coisas distintas. Não há nada que garanta o mérito moral do direito.

Embora a primeira tese seja admitida pela tradição positivista de maneira uniforme, diversos autores divergem de maneira significativa em relação a segunda, dando origem a uma divisão de campos no positivismo contemporâneo^[33], como se verá adiante.

6 - Desdramatizando o positivismo

Estas três referidas concepções estão intimamente ligadas ao surgimento do Estado moderno, que trouxe a monopolização e centralização normativa do poder, a separação de poderes, a defesa dos direitos individuais e a codificação.

Analisando a luz de nossos dias estas concepções, vemos que a concepção ideológica de positivismo é a menos convincente, e não por outro motivo é o alvo dos principais ataques dirigidos ao positivismo. Segundo seus críticos, ao assumirem que todo direito se resume ao direito positivo, os positivistas deram uma aceitação incondicional a qualquer sistema legal, inclusive os moralmente aberrantes, como regimes totalitários.

Só que esta atitude de aceitação moral acrítica, ligada a uma versão “forte” do positivismo ideológico, nunca foi seriamente defendida por nenhum positivista à exceção de Thomas Hobbes, sendo que até mesmo ele, como destaca Bobbio, estabelecia um limite ao dever absoluto de obediência às leis, limites este representado pelo respeito ao contrato social.^[34] Pelo contrário, esta posição foi criticada e rejeitada por importantes positivistas. Alf Ross denominou esta atitude como um “quase-positivismo”, sendo uma variante do jusnaturalismo.^[35]

Ademais, como bem ressalta Giorgio Pino, esta versão extrema do positivismo ideológico não deriva dos mais básicos requisitos epistemológicos do positivismo metodológico, pois ao contrário da neutralidade propugnada, esta visão considera a lei como uma forma de moralidade em si.^[36]

Analisando os regimes totalitários, em especial o nazista, vemos que foram marcados por uma doutrina nitidamente antipositivista, com referências fundadas não na lei, mas na vontade do *Führer*, em valores e em ideais nacionalistas. Um dos principais teóricos do período, Schmitt era um ferrenho crítico do positivismo jurídico, sustentando a substituição da separação dos poderes pelo princípio da “direção unitária”^[37]

Assim é que muitos críticos do positivismo têm ignorado a clara pretensão positivista de descrever o direito, não de criá-lo. O que se pretende estar isento de valoração é a descrição das normas, e não o seu conteúdo. E isso Kelsen deixa bem claro logo nos parágrafos iniciais de *Teoria Pura do Direito*, ao afirmar que aquilo por ele proposto é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro, como já afirmado anteriormente. Isto quer dizer que a pureza se refere exclusivamente a teoria, e não ao direito, pois este é, inevitavelmente, fruto de decisões políticas e, portanto, imbricado de valores^[38].

Assim, como destaca Sgarbi, quando alguém descreve algo, não precisa concordar com o que está descrevendo. A tarefa do teórico é descrever o direito positivo independente de sua bondade ou maldade, ficando a de consagrar valores para política do direito^[39]. Descrever não é prescrever. Isto esteve bem claro na maior parte pensamento juspositivista do século XX, embora muitos de seus críticos não tenham conseguido ou querido vê-lo.

Não foi por outra razão que Martin Farrell chamou de “dramatizada” e “equivocada” a visão que opõe positivismo e jusnaturalismo com base na distinção de que o primeiro rejeita qualquer tipo de avaliação moral e o segundo o considera. Assim, esclarece:

O positivista jurídico avalia moralmente o direito, para o efeito de determinar sua obrigatoriedade, tanto quanto faz o partidário do direito natural. A única diferença entre ambos é momento em que esta avaliação é levada a cabo.(...) O partidário do direito natural realiza esta avaliação no começo do seu trabalho; antes de permitir que uma norma seja considerada direito, o jusnaturalista a submete a um escrutínio moral: se a norma não se ajusta aos ditames da moral, a norma não é jurídica (...) Já o positivista jurídico realiza esta mesma avaliação no final do seu trabalho. Portanto, depois de identificar quais são as normas de uma determinada ordem jurídica um positivista avalia se irá cumpri-la ou não (o que gera reflexos para sua eficácia)^[40]

Visto como teoria, vimos que o juspositivismo engloba uma série de teses que caracterizaram um determinado tipo de Estado. Atualmente, muitas destas teses foram abandonadas ou revisadas, como a concepção imperativista da norma jurídica que, tendo em John Austin seu principal fundador, sofreu uma profunda revisão pela teoria normativista de Kelsen, e esta, por sua vez, fora revisada por Hart. A supremacia da lei como fonte legal foi desafiada pela introdução de constituições rígidas. A teoria da interpretação mecanicista do direito foi rejeitada por quase todo positivista do século XX, encontrando respaldo apenas na Escola da Exegese da primeira metade do século XIX. É o que se pode depreender da teoria kelseniana da interpretação judicial ou na crítica ao formalismo interpretativo de Hart, para reaparecer, mesmo que em termos distintos, na teoria de alguns antipositivistas como Ronald Dworkin, numa teoria de um sistema legal coerente e sem lacunas.^[41] Assim também se passou com a tese da supremacia da lei, que sofreu constantes ajustes com o evoluir da teoria do Direito, com a introdução de conceitos como “norma fundamental” e “regra de reconhecimento” por Kelsen e Hart respectivamente.

Giorgio Pino vê nestes três concepções traçadas por Bobbio de positivismo jurídico uma certa linha de evolução^[42], sendo o positivismo ideológico o primeiro a aparecer, com a filosofia política de Hobbes; já no século XIX, aspectos teóricos começam a se tornar proeminentes, e com o século XX, os aspectos epistemológicos ganham importância.

É com essa evolução do pensamento positivista que, a partir da segunda metade do século XX e, tendo como base o positivismo proposto por Herbert Hart e as objeções a ela feitas por Ronald Dworkin, coloca-se um novo quadro na teoria do Direito. De um lado, na esteira das críticas dworkianas, teorias antipositivistas; num extremo oposto, teorias defendendo uma tese forte de separação entre direito e moral, e no meio delas, teoria que tentavam incorporar algumas das críticas dworkianas sem, todavia, abandonar uma concepção positivista. Esse é o quadro que pretendemos expor na seqüência.

7 - Positivismo jurídico contemporâneo

A principal crítica de Dworkin a Hart foi de que seu modelo de regras não proporcionava capacidade teórica de lidar com o amplo uso de princípios utilizados nas decisões judiciais. Os princípios não seriam apenas usados pelos juízes mas também encarado por eles como juridicamente vinculantes. A regra de reconhecimento hartiana não será capaz de dar conta desse aspecto vinculante dos princípios, estes seriam estándares não jurídicos para os quais os juízes poderiam apelar para preencher lacunas do direito. Esse modelo de regras deveria, de acordo com Dworkin, ser deixado de lado em nome de uma teoria interpretativa do direito.^[43]

Foi a partir destas críticas apresentadas nos anos 70 que se estruturou o debate contemporâneo. De um lado teorias não positivistas, “pós positivistas”, “neoconstitucionalistas”^[44], sustentando que o direito tem alguma pretensão de correção e que a vinculação com a moral, portanto, é, em alguma medida, necessária^[45]. De outro, o positivismo jurídico “qualificado”^[46], dividido em dois campos principais: o positivismo inclusivo, *soft* ou incorporacionista, tendo o próprio Hart, assim como Wilfrid Waluchow, Jules Coleman e Matthew Kramer seus principais defensores, em oposição ao positivismo exclusivo, *hard*, ou da tese social forte, que tem, dentre seus teóricos, Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro.^[47]

Ambas as teses refutam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. Mas elas divergem, em síntese, pois a proposta do positivismo inclusivo é compatibilizar o positivismo jurídico com o constitucionalismo contemporâneo, através da aceitação de critérios morais que influam em decisões judiciais, desde que estes sejam estabelecidos como critérios de validade do ordenamento, como princípios constitucionalmente positivados. Já os positivistas exclusivos, sustentam a tese forte da separação de que não se precisa recorrer a nenhuma referencia moral pra se obter o conteúdo das normas jurídicas. Assim, para os inclusivos, a validade de uma norma jurídica pode, embora não seja de forma alguma necessário, recorrer a determinados valores morais incorporados pelo sistema; enquanto os exclusivos, a validade jurídica nunca pode estar em função de valores os princípios morais.

A tese central de Raz^[48] está na “autoridade como serviço”, pois autoridade existe para servir aos destinatários, mesmo que nem sempre suas diretivas coincidam com seus interesses, pois elas correspondem a razões pra a ação independentemente de seu conteúdo, razões que excluem as demais. Já Waluchow^[49] sustenta que nem a autoridade fornece razões, mas nem sempre elas são excludentes, pois as diretivas podem ser inválidas por violarem direitos de moral política sancionados constitucionalmente. Assim é que se estrutura o quadro de defesa do pensamento positivista em oposição às críticas de Dworkin, seja rejeitando-as, seja incorporando algumas delas. Ainda merece menção neste panorama a relevante contribuição de Frederick Shauer^[50], ao trabalhar a idéia de presunção de força de um ordenamento, sendo somente possível não aplicar determinada regra se houver razões particularmente exigentes para não aplicá-la, e este afastamento de regras em função da magnitude de determinados valores é, por vezes, apenas uma questão de terminologia.

O escopo do presente trabalho não permite aprofundar a análise deste quadro, nosso objetivo é apenas indicar o cenário atual do debate. Cada uma destas concepções merece um estudo profundo para sua boa compreensão, muito embora a reflexão sobre o positivismo contemporâneo seja impressionantemente escassa no direito brasileiro.

8 - Considerações finais

De todo o exposto, pretendemos apresentar uma evolução do pensamento positivista ao longo de sua elaboração e as mais diversas vertentes que ele tomou ao longo do tempo.

Afastadas algumas visões distorcidas do juspositivismo, chegamos à conclusão de que ele não morreu com Kelsen, nem com o surgimento de um novo modelo de Estado e de constituição pós Segunda Guerra. A produção contemporânea do positivismo é vastíssima, e o debate sobre a incorporação e separação entre moral e direito parece estar longe do fim, dando-se, como visto, no próprio seio do positivismo jurídico.

Inexplicavelmente o debate positivista contemporâneo tem sido ignorado por grande parte da doutrina brasileira, fazendo com que nomes como Raz e Waluchow sejam praticamente desconhecidos aqui. No entanto, sua relevância no debate da teoria do direito é inegável. Não há razões para considerá-lo uma teoria ultrapassada, sucumbida numa crise. Tais afirmações só se sustentam caso se desenhe o positivismo de maneira caricaturada e vinculada a determinadas correntes positivistas do século XIX, superadas, há muito, pelo pelos principais positivistas do século passado.

Bibliografia

ALDAY, Rafael Escudero. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporacion de la moral*. Madrid: Civitas, 2004.

ALEXY, Robert. "On the concept and the nature of Law" In *Ratio Juris*, vol. 21, n. 3, 2008

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. [1832] London: Weindenfeld and Nicolson. Trad: Juan Ramon de Páramo Argüelles, *El objecto de la jurisprudencia*. Madrid: CEC, 2002.

BARCELOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, nº21, p. 209-220, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, Tom. “El sentido del positivismo jurídico” *Doxa*, n.25, 2002.

CARBONELL, Miguel. “Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchís” *Isonomia*, n. 8, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FARREL, Martin. Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Doxa*, nº22, p. 121-128, 1998

FERRAJOLI, Luigi. Positivismo crítico, derechos y democracia. *Isonomia*, n. 16 p. 7-20, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade e moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. *O conceito de direito*. [1961] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [1960]. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça?* [1941] A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. [1945] São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MORESO, José Juan. En defensa del positivismo inclusivo. In *La relevância del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. NAVARRO, Pablo; REDONDO, María Cristina (Org) Barcelona: Gedisa, 2002.
- NAVARRO, Pablo. “Tensiones Conceptuales en el Positivismo Jurídico”. *Doxa*, n. 24, 2001.
- PALÁ, Pedro Rivas. *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*. Madrid: Civitas, 2007.
- PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”. *Law and Philosophy*, 18, p. 513-536, 1999.
- RAZ, Joseph. *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- _____. Authority, Law and Morality. *The Monist*, nº 68, p. 295-324, 1985
- _____. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- SCHAUER, Frederick. The Jurisprudence of Reasons. *Michigan Law Review*, nº85, p. 847-870, 1987
- _____. *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a.
- _____. Hans Kelsen. Ensaio Introdutório (2001-2005). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007b
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- WALUCHOW, Wilfrid J. The many faces of legal positivism. *University of Toronto Law Journal*, nº48, p. 337-450, 1985

_____. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. Legal Positivism, inclusive versus exclusive. In E. Craig (Ed) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 2001.

[1] DIMOULIS, 2006, p. 68.

[2] BOBBIO, 1999, p. 239.

[3] DIMOULIS, 2006, p. 69.

[4] PALÁ, 2007, p.17

[5] Ibid, p.18

[6] BENTHAM, 1989, p. 3

[7] Ibid

[8] AUSTIN, [1832], p.26.

[9] AUSTIN [1832] p. 188

[10] AUSTIN, [1832], p. 301.

[11] SGARBI, 2006, p. 35.

[12] KELSEN, [1941], p. 225-226.

[13] Ibid, p. 232

[14] Ibid, p. 233

[15] KELSEN, [1960], p. 100.

[16] KELSEN, [1960], p. 217-221

[17] Ibid.

[18] SGARBI, 2007b, p. 13.

[19] Ibid, p. 14.

[20] Ibid, p 15.

[21] KELSEN, [1960], p. 224-228.

[22] KELSEN, [1960], p. 245

[23] Ibid, p 246.

[24] Ibid, p.247.

[25] Ibid, p.248.

[26] HART, [1961], p. 99.

[27] Ibid, p. 121.

[28] Ibid, p. 139.

[29] Ibid, p. 148.

[30] A vinculação de discricionariedade e zona de penumbra aparece com certa nitidez na edição inicial de *O Conceito de Direito* (1961), mas é apresentada em termos mais flexíveis em escritos posteriores como em “Positivism and the separation of Law and Morals” (1991). Nesse sentido, veja-se WALUCHOW, [1994], p.247 e seg.

[31] BOBBIO, 1995, p. 233-237

[32] Cfr. “O papel do positivismo jurídico no estado constitucional contemporâneo”. In Anais do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito no Brasil CONPEDI, 2007.

[33] Nesse sentido, veja-se WALUCHOW, 2001.

[34] BOBBIO, 1995, p. 235

[35] ROSS, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law” in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, apud PINO, 1999, p. 522.

[36] PINO, 1992, p. 523

[37] DIMOULIS, 2006, p.262

[38] KELSEN, 2003, p.02

[39] SGARBI, 2007a, p. 717

[40] SGARBI, 2007a, p. 719.

[41] PINO, 1999, p. 524

[42] PINO, 1999, p. 525

[43] DWORKIN, 2002.

[44] Ressalte-se que, sob o nome de “teorias neoconstitucionalistas” encontram-se teorias de cunho antipositivista bem como teorias positivistas, e por essa razão a paradigmática obra de CARBONELL (2003) se refira a neoconstitucionalismo(s). Todavia, no Brasil o termo é freqüentemente empregado como sinônimo de pós-positivismo.

[45] Nesse sentido, veja-se ALEXY, 2008,

[46] ALDAY, 2004.

[47] WALUCHOW, 2001.

[48] RAZ, 1985, ,p. 299.

[49] WALUCHOW, [1994], p. 59.

[50] SHAUER, 1998.

A APLICABILIDADE DA TEORIA ESTRUTURANTE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO FACE À CRISE DO POSITIVISMO CLÁSSICO* **

THE APPLICABILITY OF THE STRUCTURAL THEORY IN THE CONTEMPORARY LAW IN FRONT OF THE CLASSIC POSITIVISM CRISIS

Christiany Pegorari Conte

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo uma análise crítica sobre a aplicabilidade da teoria estruturante do direito (Strukturiende Rechtslehre Theorie), do autor Friedrich Müller, no direito contemporâneo. Parte-se da comparação entre o modelo positivista de aplicação do direito e o modelo estruturante proposto pelo autor alemão e que se enquadra no denominado pós-positivismo. Também é feita uma verificação acerca do modelo dinâmico de concretização do direito proposto pela teoria estruturante em face do modelo estático do positivismo clássico, bem como se analisa as principais características da teoria alemã de aplicação do direito. Por fim, o trabalho em epígrafe busca indicar a possibilidade de adoção da teoria estruturante pelo sistema jurídico brasileiro, notadamente com o auxílio de uma nova hermenêutica a ser aplicada, sobretudo na interpretação constitucional (traduzida pelo neoconstitucionalismo).

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO, PÓS-POSITIVISMO, DIREITO CONTEMPORÂNEO, TEORIA ESTRUTURANTE, NEOCONSTITUCIONALISMO.

ABSTRACT

This article presents one critical boarding concerning the analysis on the applicability of the structural theory of law (Strukturiende Rechtslehre Theorie), by Friedrich Müller, in the contemporary law. It begins with the confront between the positivism model of application of law and the structural model considered by the German author and that it is fit in the called one after-positivism. Also a verification concerning the dynamic model of concretion of law considered for the structural theory in opposite of the static model created by the classic positivism, as well as if it analyzes the main characteristics of the German theory of the law application. Finally, the work in epigraph searches to indicate the possibility of adoption of the structural theory for the Brazilian legal system, especially, with the aid of a new hermeneutics to be applied, over all in the constitutional interpretation (translated for the neoconstitucionalism).

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU)

KEYWORDS: POSITIVISM, AFTER POSITIVISM, CONTEMPORARY LAW, STRUCTURAL THEORY, NEOCONSTITUCIONALISM.

1. Introdução

Friedrich Müller é um dos juristas alemães contemporâneos mais originais, cujas investigações científicas perpassam o campo filosófico, bem como possuem reflexos diretos na teoria do direito e da Constituição. A Teoria Estruturante do Direito traduz, portanto, esta perspectiva, unindo esforços para a apresentação de uma nova reflexão acerca da dogmática, da metódica e da teoria da norma jurídica.

A Teoria Estruturante do Direito encontra-se inserida num contexto pós-positivista e se propõe a tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Social e Democrático de Direito. Referida teoria, apresenta uma nova perspectiva de aplicação do direito, em contraposição ao modelo positivista de atividade jurídica como subsunção de fatos a uma norma pré-estabelecida e pronta para ser aplicada, resumindo, dessa forma, o trabalho do operador do direito ao enquadramento do caso concreto ao texto legal.

A teoria alemã propõe, portanto, uma mudança de paradigma, bem como a estruturação do direito a partir das exigências de um Estado de Direito. E, muito embora tenha sido construída em meados dos anos 60, continua inovadora e atual, como se verá.

Assim, o presente trabalho pretende apresentar os principais delineamentos acerca da teoria alemã de aplicação do Direito, bem como propor a adoção das diretrizes apontadas pela Teoria Estruturante do Direito, notadamente, sob a influência das tendências pós-positivistas e sob a perspectiva de uma nova hermenêutica constitucional.

2. Fontes para a Teoria Estruturante do Direito

A TED é uma teoria inovadora, posto que parte da prática cotidiana do direito, vale dizer, da análise de decisões jurídicas dos Tribunais e Cortes Supremas, notadamente do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), cujos julgados causam impacto em todo o ordenamento jurídico. A partir de então, o autor alemão constata o papel fundamental da jurisprudência na construção da sua teoria, bem como verifica a existência de problemas da dogmática jurídica, de ordem metodológica, e de “buracos negros” na teoria da norma.

Friedrich Müller critica a noção irrealista de norma como “dever-ser”, dissociada do “ser”, bem como rechaça a idéia de que a norma jurídica corresponde ao teor literal das codificações.

A teoria estruturante apresenta uma nova concepção de norma jurídica, de ordem composta (de ser e de dever-ser, de campo normativo e campo factual, de dados lingüísticos e dados reais) e prática, para a concretização do Direito. Sob este ponto de vista, a TED possui lineamentos de uma teoria concretista, que tenta conciliar, na aplicação do direito, norma e realidade, partindo de um novo paradigma do centro teórico e operacional do direito, vale dizer, da teoria e do conceito de norma (*Normstruktur und Normativität*).

3. Conceito, Características e Objetivos da TED

A TED busca respostas reais às seguintes questões fundamentais: a. O que ocorre “realmente” quando um ordenamento jurídico está em funcionamento, quando ele “funciona”? b. Que fazem os juristas “realmente” quando dizem interpretar (“aplicar a norma”)?

A teoria alemã propõe que a norma jurídica seja criada em face do caso concreto, isto é, ela não preexiste nos códigos. O que se pode subtrair das codificações e das constituições, de maneira geral, são apenas textos de norma, que devem, através de um trabalho de concretização (*Rechtsarbeit*), ser transformados em normas jurídicas. Desse modo, podemos concluir que a norma jurídica é o resultado de um trabalho de construção ou de concretização, que pode ser entendido como:

(...) produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito. Para este tal fim existem dados de entrada (Eingangsdaten/inputs) – o caso e os textos de norma nele ‘pertinentes’ – e meios de trabalho (...).[1]

Nessa esteira, o direito normativo se encontra não na produção legislativa, mas nos julgamentos, sendo as codificações apenas um ponto de partida para a concretização, bem como um limite para a concretização legal e legítima, posto que possui, como premissas, os preceitos de um Estado Democrático de Direito. Parte-se, dessa forma, de um modelo dinâmico de gênese da norma em contraposição ao modelo estático positivista de subsunção do fato à norma fixa e prévia, que sintetiza o trabalho do jurista na classificação conceitual, levando à determinidade (*bestimmtheit*) dos conceitos jurídicos.

O modelo apresentado pela TED parte de um enfoque indutivo, cujo ponto de partida não se localiza em um conceito abstrato de norma jurídica, mas na realização concreta do direito. Segundo Müller, a norma jurídica não é apenas um dado orientador apriorístico no quadro da teoria da aplicação do direito, mas adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito.[2]

Continuando nesta linha de raciocínio, podemos dizer que a teoria da norma jurídica é o ponto primordial da TED, na medida em que os ordenamentos jurídicos são compostos por normas estruturadas, e porque a estruturação da norma tem como ponto de partida a práxis jurídica, isto é, a análise de casos concretos (constatação sistemática e genética a partir da consideração de que a TED compreende dogmática, metodologia, teoria da norma jurídica e teoria da Constituição).

A TED se utiliza do método indutivo para interpretação e aplicação da norma, isto é, parte dos problemas práticos (análise crítica destes), cuja concretização da norma é feita de modo consciente e refletido, explicado, fundamentado, compreensível, de tal forma que possa ser controlada por outros atores da vida jurídica em sociedade.

Por fim, outra característica importante da TED é que a mesma tem em consideração a linguagem da sociedade moderna e do direito da sociedade atual (*Sprachlich/Praktische Semantik*). Assim, a teoria alemã derruba por terra a fachada do significado previamente dado pela linguagem, proposta pelo positivismo, e que ocultou o processo de semantização como característica relevante para a determinação da norma jurídica, que deve considerar o contexto das relações sociais e das concepções político-sociais sobre as quais agirá.

4. Da estrutura da norma

A TED considera como normativo tudo o que confere direção ao processo decisório, dividindo-o em dois grupos:

1. Dados de linguagem: textos de normas (primária) - *Sprachdaten*.
2. Dados Reais: ou dados secundariamente veiculados pela linguagem sobre nexos da realidade – *Realdaten*.

A estrutura da norma indica a coesão entre os elementos conceituais de uma norma (programa normativo – campo normativo); e não as relações entre pontos de referência recebidos da teoria jurídica tradicional (ser e dever-ser, condição legal e consequência jurídica, norma e circunstâncias de fato).[3]

A normatividade é qualidade dinâmica da norma, cuja estrutura é composta pelo Programa de Norma (resultado da interpretação do texto da norma, formado à partir de dados primaciais de linguagem) mais dados reais, delimitando o denominado âmbito da norma (conceito a ser determinado estruturalmente e que se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da norma). O âmbito da norma é formado a partir de uma perspectiva valorante do programa da norma.

A concepção dominante da norma jurídica como ordem pronta e acabada confunde norma e texto de norma. *O texto de norma pode estimular com seu efeito sinalizador a concretização admissível, mas ele não pode conter substancialmente a instrução normativa*[4]. Contrariamente à suposição positivista de uma subsunção a significados

previamente dados, o texto não pode ser o sujeito automático de uma derivação, mas influir apenas no trabalho (*Leistung*) ativo do sujeito real[5].

Por normatividade, entende-se a *propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade factualmente determinada)[6]*. Dentro deste contexto, podemos considerar como elementos de concretização da norma:

- a) Grupos de elementos de concretização: elementos metodológicos *stricto sensu* (interpretação da norma); elementos do âmbito da norma (dados reais); elementos dogmáticos, teóricos, referentes à técnica de solução, de política jurídica.
- b) Interpretação do texto da norma – segundo os cânones de interpretação desenvolvidos pela ciência jurídica – limite extremo da concretização admissível: interpretação literal.
- c) Análise do âmbito da norma: integração das ciências sociais – inclusão controlada da realidade social, sem que a concretização jurídica regrida para aquém do seu padrão técnico alcançado.
- d) Hierarquia dos elementos de concretização: No caso de conflito o argumento mais próximo do texto da norma terá precedência sobre o argumento mais distante daquele. Ex. um argumento metodológico no sentido estrito derrota um argumento meramente *juspolítico* ou um elemento dogmático não diretamente referido à norma.

Assim, temos como Modelo Estrutural da Norma Jurídica, a seguinte ilustração: imaginemos um *iceberg*, sendo a ponta deste formada pelos textos de normas (códigos, CF, etc) – textos que ainda devem, pela concretização (*Rechtsarbeit*), ser transformados em normas jurídicas. – ponto de partida da concretização e limite para um ato de concretização legal e legítimo (*Grenzwirkung* - por terem sido criados por um poder democrático) – dados de *inputs*. A parte inferior do *iceberg* seria formada pelos: Dados Reais ou secundariamente lingüísticos + Dados primariamente lingüísticos. Neste sentido, retomamos a idéia de que as codificações não passam de dados de entrada, configurando apenas a ponta do “iceberg” na construção da norma jurídica propriamente dita.

5. Da metódica jurídica

A metódica jurídica nos apresenta o modelo de geração do direito estruturado a partir das exigências do Estado de Direito ou modelo dinâmico de concretização. A metodologia jurídica tem por função a estruturação do processo de produção das normas, avaliando, identificando, classificando e organizando os elementos de

concretização, de acordo com critérios de preferência, e em função das exigências normativas, exigidas pelo Estado de Direito, tal como a segurança jurídica. O método, por sua vez, busca mitigar a distância entre a teoria e o texto da norma e a norma jurídica propriamente dita.

A orientação prévia efetiva para o jurista que trabalha na prática não é a norma jurídica pronta para ser aplicada, mas apenas o texto da norma criado pelo legislador, bem como as circunstâncias factuais do caso apresentadas ao jurista para fins de decisão.

Partindo dos elementos dessas circunstâncias de fato, o jurista seleciona hipóteses sobre o texto da norma em meio ao conjunto de textos de normas publicados nos códigos legais – âmbito material (dados empíricos conexos à norma). Só depois de um processamento abrangente de todos os dados de linguagem do texto da norma o jurista pode selecionar, com ajuda do programa da norma, o conjunto parcial de nexos empíricos, aos quais cabe um significado normativo e que constituem, destarte, o âmbito da norma. Resultado: temos a norma jurídica composta pelo programa da norma mais o âmbito da norma ou norma jurídica individualizada em norma de decisão, produzida, desta feita, pelo aplicador do direito (*Entscheidungsnorm*).

Esta parcela constituinte do objeto, própria da concretização/trabalho jurídico *foi eliminada do campo de visão do positivismo legal, encoberta pela ficção de uma lei pronta para ser aplicada e de uma ordem coesa dos conceitos jurídicos*[7].

Consequência: não se admite nada novo, nenhum salto criativo entre o ponto de partida e de chegada de uma evolução. As premissas da decisão concreta já deveriam estar integralmente encaixadas e contidas em uma norma reduzida ao texto. O positivismo nos apresenta, portanto, um modelo de normatividade estática, previamente dada e pronta para ser aplicada, não podendo ser compreendida como processo que deve ser estruturado metodicamente a partir das exigências do Estado de Direito, retirando uma parcela criativa que desenvolve, enriquece e aperfeiçoa o direito.

6. Positivismo *versus* Pós-positivismo

Não podemos negar que o positivismo trouxe inegáveis vantagens ao desenvolvimento do direito, apontando conceitos claros e definidos, numa tentativa de torná-lo uma ciência sistemática e com decisões racionais e controláveis, a partir de uma neutralidade científica, bem como da apresentação de um sistema jurídico “completo”, vale dizer, com uma resposta quase mecânica ao caso concreto (o que constitui verdadeira ilusão) e apontando o direito legislado como única fonte, pendendo o positivismo para um sistema fechado ou autopoiético e que, portanto, não admite interação com o meio exterior.

No entanto, da mesma forma, não há dúvidas de que este modelo positivista clássico também apresentou - e apresenta - falhas, sobretudo no tocante à negligência

das condições de linguagem natural e, principalmente, no mister do conceito de norma jurídica.

Assim, se por um lado a Teoria pura do direito propiciou a logicização do Direito, como ciência, por outro, a esvaziou de elementos essenciais, na medida em que buscava mais uma noção de pureza desta, demonstrando uma preocupação maior com a epistemologia do que com a metódica propriamente dita, propondo uma contraposição contundente entre o ser e o dever-ser.

Dúvidas não pairam de que as idéias apresentadas pelo positivismo clássico já não se amoldam ou, pelo menos, não atendem mais aos anseios de uma nova sociedade, da qual fazemos parte, dita informacional ou pós-moderna. Fato é que estamos vivendo um momento diferente do que vivíamos no século passado. O mundo evoluiu e isso tem reflexos no direito, sendo um deles a própria sociedade da informação. O direito deixou de ser um dogma absoluto, de forma que a finalidade e a interpretação da norma se tornam mais relevantes do que a própria norma.

Cumprе obter que o direito é uma ciência humana aplicada, daí porque ser impossível propor uma concretização normativa totalmente avalorativa. O direito do século XXI deve considerar a impossibilidade de uma neutralidade científica, a pluralidade de fontes do direito, o afastamento de um raciocínio apenas dedutivo, e o questionamento ao dogmatismo absoluto, sendo todas estas características próprias do pós-positivismo (e do neoconstitucionalismo, inserido neste contexto) e que nos levam a idéia de um direito prospectivo.

Nesta esteira, desponta a TED como uma teoria que reafirma as características apontadas pelo pós-positivismo, pois, na condição de teoria “impura”, trabalha com o direito real de uma dada sociedade (e não somente com a sua forma geral), levando em consideração as peculiaridades desta, na medida em que apresenta a idéia segundo a qual a norma jurídica não corresponde apenas ao texto legal, fruto da legislação, mas sim, é o resultado do trabalho concretizante do juiz, habilitado pela ordem jurídica para decidir os casos concretos que lhe são submetidos.

Também, insere a TED no contexto pós-positivista, o fato de a norma não ser apenas um dever-ser, mas um fenômeno composto de linguagem e fatos, colocando o ser e o dever-ser como elementos complementares, com relações recíprocas, que se limitam entre si, constituindo uma resposta um ao outro, e não como elementos reciprocamente excludentes, dentro de uma noção composta de norma. Vale lembrar aqui, que a adoção de um método indutivo, que parte do caso prático para a estruturação da norma e a afirmação de que não existe norma jurídica antes do caso concreto erige a TED à teoria do direito pós-moderno, bem como o fato de levar em consideração a semântica, ou seja, as mudanças ou transformações sofridas pela significação das palavras no tempo e no espaço.

Por fim, podemos enquadrar a forma de concretização do direito pela TED dentro de um sistema alopoiético, sob o ponto de vista cognitivo, uma vez que permite a interação do direito com o meio exterior, admitindo, conseqüentemente, uma evolução e novos elementos que surgem no meio exterior.

7. Da aplicabilidade da TED no sistema jurídico brasileiro

O fracasso histórico do positivismo e o advento de uma nova sociedade, com anseios diversos da de outrora, bem como a necessidade da efetivação de direitos, mais do que a sua positivação, faz com que a TED desponte como uma resposta, não meramente teórica, às necessidades sociais.

A teoria alemã, conforme visto, torna operacional a prática cotidiana dos operadores do direito, na medida em que propõe a avaliação do texto legal, bem como da realidade do caso concreto para a obtenção da norma jurídica aplicável.

A TED nos apresenta um modelo que tem como premissa a “valorização da realidade sócio-cultural” do país, que influencia, sobremaneira, a aplicação do Direito, enquanto resposta aos anseios sociais. Não há dúvidas de que a *TED criou noções operacionais, instrumentos analíticos e metodológicos que podem servir independentemente de cada Estado-nação, sua cultura social e sua cultura jurídica particulares.*[8]

Ademais, não se pode afirmar que a TED apresenta uma teoria de aplicação do direito de forma ilimitada, ao contrário, ela deve seguir limites impostos pelo Estado Democrático de Direito (e dos direitos e garantias fundamentais), legitimado, portanto, pelo poder constituinte de um povo, com uma constituição escrita e uma ordem jurídica pautada *no statute Law*. O próprio autor da teoria estruturante afirma que sua teoria foi desenvolvida a partir e para este modelo de ordem jurídico-política. Assim, nos dizeres de Friedrich Müller:

(...) O Brasil é, graças a Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito em todas estas perspectivas. A TED não se perde nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil. “fora do lugar”, nem representa em seu país uma idéia “fora de lugar”. O lugar ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal transferência de teoria parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED, de uma teoria da práxis que não somente tem bases na teoria da ação, mas também tem fundamentos necessários da ordem ética.[9]

A TED permite que consigamos inverter um quadro que, muitas vezes, se apresenta no judiciário brasileiro, no qual as decisões são muito próximas do texto legal, mas, ao mesmo tempo, tão distantes da Justiça e da realidade social, fato este que pode ser superado pela adoção da teoria estruturante. Neste sentido, Paulo Bonavides afirma:

A teoria estrutural do direito tem sido inegavelmente um enorme esforço de reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousadas por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do direito.[10]

Uma decisão do BeVerfGe[11] (Tribunal Constitucional Alemão), demonstra a importância de uma teoria inovadora como a TED no direito contemporâneo: *a norma apóia-se constantemente no contexto das relações sociais e das concepções político-sociais sobre as quais ela deve agir, se for necessário o conteúdo dela pode e deve modificar-se ao mesmo tempo.*

Ralph Christensen, tratando da aplicabilidade da TED afirma que:

(...) a distância entre o texto da norma e a decisão do caso deveria ser superada pela ponte da interpretação jurídica, cujos pilares básicos assentavam solidamente na norma jurídica previamente dada (...). A TED mostra com clareza que nenhuma ponte já existente nos pode aliviar do esforço de superar a distância entre o texto da norma e a decisão concreta. O que se exige, muito pelo contrário, é uma construção que atenda satisfatoriamente aos critérios técnicos de aferição de pressupostos pelo princípio do Estado de Direito. [12]

Neste sentido, insta ressaltar que, cabe ao operador do direito aliançar as normas através da interpretação, feita a partir do texto legal, verificando, dessa forma, o seu alcance e sentido.

Para aplicar o direito ao caso concreto é imprescindível a interpretação, que deve ser feita em consonância com o caso concreto que se apresenta.

A Revista de Teoria Jurídica da França sintetiza, por sua vez, a idéia de aplicabilidade da TED nos seguintes dizeres: *se o valor de uma teoria do direito depende do fato de dar conta da realidade, então se pode estar certo de que a teoria estruturante do direito tem um grande futuro.*[13]

8. O neoconstitucionalismo como instrumento de aplicação da TED

O pós-positivismo influenciou uma tendência, surgida na Europa, que preleciona um novo olhar para a Constituição, chamada de neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo é uma nova etapa do constitucionalismo, com o fito de efetivar o Estado Democrático e Social de Direito. Trata-se, portanto, de uma nova leitura da

Constituição, embasada no pós-positivismo, que visa efetivar os direitos, em especial, os direitos constitucionais.

O Constitucionalismo e o positivismo jurídico deram ensejo ao Estado de Direito, cuja segurança jurídica encontrava-se pautada no texto legal.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, surge para embasar o Estado Social e Democrático de Direito, importando não mais na positivação de direitos, mas na efetivação destes e da Constituição. Assim, este novo olhar sobre a Constituição, nos apresenta um constitucionalismo que tem em consideração, quanto ao seu conteúdo, a importância de valores e princípios gerais, bem como dos direitos sociais e da interpretação legal pela jurisdição constitucional.

O neoconstitucionalismo se alia às transformações operadas na dinâmica do sistema jurídico, que nos apresenta a idéia de um novo perfil constitucional, mais próximo de uma postura jus-filosófica e de uma nova compreensão acerca da natureza e do conteúdo da Constituição, envolvendo fundamentos teóricos e filosóficos, sendo que este novo entendimento impacta todo o sistema jurídico.

Assim, o neoconstitucionalismo nos apresenta uma nova percepção sobre a Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, cujo marco filosófico é o pós-positivismo, que tem como característica transcender à legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, mas propiciando a reaproximação entre o direito e a filosofia e o surgimento, por conseqüência, de uma nova hermenêutica constitucional (nova dogmática da interpretação constitucional) e da proposição de uma Constituição dirigente, como núcleo jurídico do Estado Democrático de Direito.

Neste novo constitucionalismo o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas, bem como ao realizar escolhas entre soluções possíveis, propiciando, desta forma, uma nova hermenêutica em substituição ao dogmatismo e aliando a ética ao direito.

O neoconstitucionalismo, portanto, impactou a teoria da norma, a teoria do direito, as fontes do direito e a interpretação das normas, criando uma nova forma de encarar a Constituição.

Neste sentido, possui relação com a teoria estruturante, pois, ao mesmo tempo em que a TED propõe a compreensão da teoria da geração do direito e da sua aplicação prática coadunada com os princípios do Estado de Direito, bem como a partir da análise dos elementos de concretização já referidos neste trabalho, o neoconstitucionalismo nos apresenta uma nova forma de interpretação constitucional, que toma como “elementos de concretização” dos ditames constitucionais, os princípios e as valorações do operador do direito que se debruça sobre a norma no trabalho hermenêutico, ademais de propor uma pluralidade de fontes e a importância da construção jurisprudencial.

Através da TED, a *“tensão existente entre a Constituição e os fatos reais da sociedade e do poder passa a ser ‘uma questão de concretização constitucional’.*[14]

A partir do novo paradigma do direito apresentado pela TED, será possível resolver, tal como o problema do antagonismo entre ser e dever-ser, os conflitos entre o texto constitucional e “os fatores reais de poder” (assim denominados por Ferdinand Lassalle), já que estas questões transformam-se em dificuldades operacionais, que podem ser racionalmente trabalhadas, caso a caso.

9. Conclusões

A teoria estruturante do direito, de Friediedrich Müller, nos apresenta um novo paradigma acerca da aplicação do direito.

A TED aproxima o direito da realidade social, na medida em que preceitua a concretização da norma jurídica, a partir da verificação do texto legal (constitucional ou infraconstitucional) mais a análise do caso concreto e a aplicação dos elementos de concretização, que permitem, através do trabalho realizado pelo operador do direito, a obtenção da verdadeira norma jurídica aplicável.

A TED trabalha com quatro aspectos, quais sejam: a dogmática, a metodologia, a teoria da norma e a teoria da constituição, bem como critica o positivismo clássico, apontando o colapso das proposições da Teoria Pura do Direito, face à evolução da sociedade.

Não há dúvidas de que vivemos uma nova fase, da dita sociedade informacional ou pós-moderna, dessa forma, o Direito deve acompanhar as evoluções sociais e atender às necessidades desta sociedade.

Seja através da consideração de um neoconstitucionalismo, que, aliás, se relaciona muito bem com as idéias apontadas pela teoria alemã, seja através da sua aplicação no tocante as normas infraconstitucionais, é inquestionável que a TED pode facilitar o trabalho do operador do direito, bem como garantir a efetividade do Direito, sem eliminar a primazia da Justiça e propiciando que esta última tenha, efetivamente, um rosto mais humano.

10. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** *In.:* Revista de Direito

Constitucional e Internacional 58:129-173. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo : Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, 2, Rio de Janeiro, 1984, p. 249 e ss.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In.*: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 663.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy, 2006, pp. 77-78.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a uma Teoria Social Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (*Die normative kraft der verfassung*)**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método Jurídico sob o paradigma pós-positivista. *In.*: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. DUARTE, José Florentino (Tradução). **Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*)**. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. “A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP)** 13:157-166. São Paulo : Revista dos Tribunais, jan.-jun./2004 (ISSN 1415-7683).

_____. “A EVOLUÇÃO DO ESTADO”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP)** 17:159-184. São Paulo : Revista dos Tribunais, jan.-jun./2006 (ISSN 1415-7683).

_____. “DIREITO INFORMAL: DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”. (Vocabulário Jurídico). RT 859:743-759. São Paulo : **Revista dos Tribunais**, maio./2.007 (ISSN 0034-9275).

ZANGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7ª ed., Madrid: Trotta, 2007, pp. 9-18.

[1] MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

[2] *Idem*, p.241.

[3] JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método Jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259-260.

[4] *Op. Cit*, p. 239.

[5] *Ibidem*.

[6] *Idem*, p. 17.

[7] *Idem*, p. 241.

[8] *Op. Cit.*, p.312.

[9] Friedrich Müller em entrevista concedida à Cecília Caballero Lois e Rodrigo Miotto dos Santos. In: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.312.

[10] *Ibid.*, p. 232-233.

[11] Sentença do BeVerfGe – 34,269, de 14.02.1973.

[12] CHRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. In: *op. Cit*, p. 244.

[13] MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.14..

[14] Friedrich Müller em entrevista concedida à Cecília Caballero Lois e Rodrigo Miotto dos Santos. In: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 311.

**POR UM PARADÍGMA DE ESSENCIALIDADE DO DIREITO QUE DÊ
EFICÁCIA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS QUE TULELAM A
DIGNIDADE HUMANA ***

THE NEW PARADÍGMA RIGHTS ESSENCIALITY FOR MAN DIGNIDADE

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

RESUMO

A análise dos valores interiores do ser humano na sua essencialidade, os direitos personalíssimos que o tutelam na sua honra e dignidade no paradigma atual. Para tanto, traz como reflexão central a necessidade de um novo paradigma que tenha o ser humano e os seus valores como essências. Parte-se da constatação de que o Direito contemporâneo enfrenta os problemas de desigualdades sociais, do desrespeito à dignidade humana, e de que esses problemas contribuem para seu enfraquecimento e para o empobrecimento dos valores axiológicos. A ausência de tais valores, enfraquece o Direito, surgindo a distância entre o Direito e a realidade, entre a tutela do direito e a sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: ESSENCIALIDADE DO DIREITO;
DIREITO DA PERSONALIDADE; SUBJETIVIDADE DO DIREITO.

ABSTRACT

The present aims at analyzing the essence of human being inner values, the personal rights that tutor his honor, and dignity and freedom within the nowadays paradigm. To this end, this thesis central thought is addressed to the need of a new paradigm based on human liberty. Our starting point is the certainty that contemporary right faces problems concerning social inequality, disrespect for human dignity, and that such problems contribute to weaken and undermine the axiological values. The lack of such values, in its turn, rouses perplexity and instability due to the gap existing between Law and reality, and between right tutorship and its application. Being threatened by wars, which weaken the world nations, man sees violence grow stronger and, at the same time, loses his freedom.

KEYWORDS: KEY-WORDS: ESSENTIALITY PARADIGM; PERSONALITY
RIGHT; THE RIGHT SUBJECTIVE.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1- INTRODUÇÃO

O paradigma em que se debruça o Direito precisa urgentemente de mudanças. A luta em que se encontra, entre a norma jurídica, a sua aplicabilidade e as necessidades humanas, para vencer as desigualdades sociais, a escravidão moral e interior, e ter no direito a sua essência, é o horizonte que precisa ser alcançado. Eis, o que motivou a presente pesquisa, que tem como ponto crucial a valorização do ser humano.

Ao falar-se em um paradigma de essencialidade a tutelar os direitos personalíssimos da pessoa humana, tem-se a humilde expectativa de fazer brotar na consciência humana, tal como uma semente, a necessidade de debater o tema, visando sempre esse valor do ser humano, da sua dignidade e à necessidade de igualdade para os iguais e tratamento desiguais para os desiguais, sonhando que verdadeira transmutação de valores possa acontecer.

O paradigma dominante, diante da ausência de debates e críticas para superá-lo, vive o seu apogeu envolvendo vidas inocentes, tolhendo do ser humano as suas expectativas, seus sonhos e suas vicissitudes, conduzindo-o à escravidão interior.

As questões que se pretende enfrentar estão relacionadas ao Direito contemporâneo e ao surgimento ou às tentativas, por meio do Direito crítico, de um novo paradigma. E para entender a necessidade desse novo paradigma, faz-se mister analisar o dominante.

Quais os problemas que a sociedade humana enfrenta diante do paradigma dominante? Seria vítima da estrutura jurídica atual em que o Direito vive a inquietude entre a norma jurídica e a sua aplicabilidade? Pode-se dizer que a vida humana está protegida pelo Direito, contudo, assiste ao entorpecimento dos seus ideais e ao desfalecimento de seus sonhos de vida digna, pela ausência de condições de exercício de tais direitos. Como pensar em vida digna quando as desigualdades sociais são gritantes, e o Estado, omisso, a tudo assiste sem nada fazer? O que se pretende analisar é o ser humano na sua essência, e ao analisar a essência do ser humano, chegar-se-á aos direitos personalíssimos que precisam tutelar o seu interior.

A análise do ser humano na sua essência, nas suas necessidades de vicissitudes de espírito, conduz à subjetividade do direito, em colocar o homem como centro do mundo do Direito. E, pergunta-se, seria a subjetividade do direito um "sinal" de um novo paradigma a proteger o ser humano, e os seus valores e direitos interiores?

O Direito contemporâneo enfrenta os problemas de desigualdades sociais, do desrespeito à dignidade humana, e com isso a ausência de valores axiológicos leva a sociedade humana a atordoar-se diante da distância entre o Direito e a realidade, entre a tutela do direito e a aplicação deste.

2- A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Os direitos da personalidade são tutelados pelo sistema jurídico, tanto normas de natureza constitucional, civil e penal. Tal tutela jurídica é resultado de valores morais

interiores conquistados pela pessoa humana e estabelecidos como novo paradigma a partir da Constituição de 1988, ao estabelecer: ***Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária. [1]***

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma ao reconhecer em seu Artigo 1º, inciso III: ***A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Feral, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana.***

A referência à dignidade da pessoa humana englobou em si os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. A dignidade da pessoa humana adquiriu uma dimensão moral com o constituinte estabelecendo que é de responsabilidade do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna. Assim, o Estado passou a tutelar a pessoa humana nos seus valores interiores essenciais, na sua dignidade, preservando a sua identidade e integridade.

O Artigo 5º. e seus incisos da Constituição Federal consagrou os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos. Por meio desse mesmo artigo a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A Constituição promulgada em 1.988 foi resultado de debates e anseios do povo brasileiro por um novo paradigma. O Código Civil vigente à época datava de 1.916, a Constituição brasileira que vigia era fruto de ditadura militar, onde os direitos personalíssimos não recebiam a proteção do Estado. Com a evolução da sociedade os direitos da personalidade se tornaram de grande importância para o ser humano, levando os textos constitucionais a disporem sobre tais direitos, conseguindo assim, na hierarquia das normas, uma posição superior no ordenamento jurídico nacional.

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, protegidos pelo Estado, surgindo assim um encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional. Verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos.

Segundo HABERMAS[2]:

...as pesquisas históricas sobre as mudanças dos paradigmas e sobre as disputas entre eles limitam-se às interpretações profissionais do direito vigente. Um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade.

A Constituição Federal vigente nasceu como resultado de debates da sociedade brasileira por direitos fundamentais, por liberdade de expressão, liberdade de escolha de seus representantes, entre outros. Mesmo antes da promulgação da Constituição

Federal de 1988, no que se refere ao Direito Civil, os tribunais já haviam tomado a iniciativa de julgar os processos em conformidade com a evolução da sociedade. A Jurisprudência passou a ser a nova norma jurídica, sendo vanguarda na formação do direito, principalmente no que tange à igualdade e à dignidade humana.

Os Tribunais do Estado do Rio Grande do Sul, vanguardas nas decisões em defesa dos direitos de Direito de Família, geraram mudanças na visão jurídica em conformidade com a evolução social. Era a aplicabilidade do direito sob a ótica ainda subjetiva dos desejos e anseios da sociedade. No direito de família ao decidirem pela igualdade entre o homem e a mulher, muito antes da Constituição Federal ser promulgada, o princípio Constitucional da Igualdade humana estava estabelecida. Como ensina Habermas, os tribunais passaram a ditar a mudança de paradigma como sinal da necessidade de mudança das normas jurídicas, ouvindo-se os gritos da alma humana que ecoava em súplica por justiça.

A Constituição Federal de 1988, regulamentou o direito acompanhando a direção paradigmática que já estava acontecendo por meio dos julgados pelos tribunais, nascendo um novo paradigma constitucional, passando à responsabilidade do Estado a proteção à dignidade humana, tendo tal proteção sido gerada pelos tribunais, e se materializado pela Constituição Federal.

Ao falar-se em proteção à pessoa humana como finalidade do Estado, corresponde dizer que cabe à este propiciar condições necessárias à que as pessoas possam desenvolver o seu potencial, e com isso, viverem com dignidade, e se sentirem dignas. . O Código Civil vigente, no seu Capítulo II, Artigos 11 à 21, regula os direitos da personalidade, convertendo em norma jurídica a proteção aos valores interiores da pessoa humana..

No mundo atual, a sociedade vive a evolução da ciência e da tecnologia. Diante desse quadro, é inegável a importância dos direitos da personalidade para garantir o respeito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, ao segredo, aos valores morais e intelectuais, todos necessários ao desenvolvimento da personalidade humana.

No entendimento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:[3]

É de lembrar-se, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe sentido. Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar essa tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.

Ao se analisar o novo paradigma, confronta-se com o drama do direito. Por um lado garante a dignidade humana na Constituição Federal como paradigma jurídico perfeito, porém, como paradigma social, perece aos abrolhos da vida, porque o Estado não tem cumprido com a sua tarefa de possibilitar o exercício da liberdade e da dignidade humana, quando assiste ao peregrinar de um povo sem a menor condição de desenvolver-se e de situar-se com a dignidade que lhe é tutelada.

A Constituição de 1988, foi promulgada, e derivou de manifestações democráticas e populares. A assembleia constituinte foi composta por representantes eleitos pelo povo com a finalidade de sua elaboração. Como resultado de manifestações populares e democráticas, a Constituição de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Por meio dos direitos da personalidade, o ser humano tem tutelado pelo Direito a garantia e o respeito á todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, e essa garantia corresponde a toda a esfera individual, acrescentando-lhe o respeito aos valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.

3- O DIREITO DE PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana foi fator preponderante para a distinção dos direitos da personalidade, visto que tais direitos foram ganhando tanto mais relevo quando se distinguiu na pessoa humana, elemento incorpóreo de dignidade, afinal, a proteção da dignidade humana, é objetivo desses direitos.

A dignidade enfeixa os direitos da personalidade, os direitos fundamentais do indivíduo, e consagra a afirmação da integridade física e espiritual do homem, a garantia do desenvolvimento de sua personalidade e a defesa de sua autonomia individual.[4]

De toda a sorte, a dignidade acaba sendo, de forma direta e evidente, a fonte ética dos direitos da personalidade. Em resumo, a teoria dos direitos da personalidade, tanto quanto suas formas de tutela, evoluíram e foram progressivamente se sistematizando à exata medida que se desenvolveram as idéias de valorização do homem, da sua compreensão como centro e fundamento da ordenação social.

A construção dogmática dos direitos da personalidade, primeiramente analisa o homem e o direito natural. É preciso reconhecer que o homem para viver a sua vida pessoal e social necessita de certos bens que na sua maioria estão no seu ambiente natural, ou seja: coisas móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que se encontram fora de si, mas que são necessários para a satisfação de suas faculdades para a vida. Além desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, interiorizados à sua personalidade, necessários à sua dignidade e integridade interior. Tais bens são tão importantes que se privado destes bens interiores, sofrerá grave mutilação nos seus interesses. Entre esses bens internos aderentes à personalidade, estão a vida, a honra, a liberdade, a integridade física entre outros.

San Tiago Dantas, [5] ensina que

... entre os bens externos , sobre os quais o homem exerce as suas faculdades de apropriação, vão constituir, depois, numerosos direitos patrimoniais, e esses bens internos, cujo desfrute o homem encontra em si mesmo, constituem uma categoria de direitos que são os direitos da personalidade. Tais direitos tem características próprias que os distinguem dos demais.

San Tiago Dantas entende que os direitos de personalidade, ou os bens internos, são aqueles cujo desfrute o homem encontra em si mesmo.

Alguns direitos da personalidade são os próprios direitos do homem encarados sob outra perspectiva. Como os direitos do homem, são direitos públicos, como direitos da personalidade, são direitos privados.

Os direitos individuais são atribuídos na esfera política, para proteger a personalidade contra o arbítrio do Estado. Esses mesmos direitos na esfera privada, para a proteção de atentados a que está exposta pela ação inconsiderada de outro indivíduo.

Para Orlando Gomes, [6]

O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito”

Para melhor diferenciar pessoa e personalidade, diz-se que pessoa é o titular do direito, o sujeito do direito, enquanto personalidade é a capacidade de ser titular de direitos.

Pontes de Miranda ensina: *Quem pode ter um direito é pessoa.*[7] Para Clóvis Beviláqua, ...*pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, e Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica à alguém para exercer e contrair obrigações*[8].

A personalidade jurídica tem como base a personalidade psíquica, no sentido de que, sem a última, não se poderia o homem ser elevado até a concepção da primeira. O conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Na personalidade jurídica o homem vê a projeção de sua personalidade psíquica ou, antes, um outro campo em que ela se afirma. No entanto, na personalidade jurídica, intervém um elemento: a ordem jurídica, da qual ela depende essencialmente, recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa.

No momento em que o homem nasce com vida tornando-se para o direito, pessoa, nesse momento surge com ele uma prerrogativa fundamental, sem a qual, a pessoa seria de tal forma frágil, que não sobreviveria ao entrecampo de interesses em que é lançada, desde que nasce, no meio social.[9] De fato, a prerrogativa que o ser humano tem é de ser respeitado por parte da sociedade. Existe um dever de abstenção de qualquer ato que seja contrário ao respeito da dignidade humana da pessoa ou da personalidade individual. Isso quer dizer que são direitos absolutos. Correspondem a um dever de todos os indivíduos que se encontram na sociedade, e não um dever de determinada pessoa ou grupo. Esse dever diz respeito a todos, é um dever negativo, é o dever de não perturbar o titular do direito no gozo do mesmo.

Para estabelecer a diferença entre direito real e direito de personalidade, basta analisar que se trata de recair o direito sobre um objeto do mundo externo ou interno. Quando cai sobre um objeto do mundo externo, o direito absoluto diz-se um direito real,

quando recai sobre um bem interior, que está na própria personalidade do homem, chama-se de direito de personalidade.

A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genética para adquirir direitos, e contrair obrigações. Essa aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de personalidade.[10]

Os direitos de personalidade são os necessários à vida humana. Constituem a base de todos os direitos especiais, inclusive distinguindo-se dos direitos sobre a própria pessoa. Isto é, enquanto os direitos ou caracteres especiais da personalidade constituem a capacidade jurídica em abstrato, os direitos sobre a própria pessoa implicam a concretização dessa capacidade.

Segundo o entendimento de Eduardo Espínola:

A personalidade é o pressuposto de todo o direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um deles se contém; não é mais que a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos. Todo homem, por necessidade de sua própria natureza, é o centro de uma esfera jurídica e assim tem personalidade, é pessoa.[11]

No entendimento de Alberto Trabuchi, ***no direito moderno todo homem é pessoa porque todo homem tem a possibilidade abstrata de ser titular de direitos.***[12]

Todos os direitos do homem que visam dar formação à personalidade poderiam ser chamados de direitos de personalidade, porém na linguagem jurídica a designação de direito de personalidade, constitui necessário e imprescindível o direito para a existência do homem.

O notável Adriano de Cupis, ensina:

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados "direitos essenciais" com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.[13]

Francisco Amaral ensina que:

é na filosofia grega que se encontra a maior contribuição para a teoria dos direitos da personalidade, com o surgimento do dualismo nas fontes jurídicas, um direito natural como ordem superior criada pela natureza, e um direito positivo, as leis estabelecidas na cidade, (ius in civitate positum), sendo o homem a origem e a razão de ser da lei e do direito. [14]

Por intermédio da personalidade a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Isto quer dizer que a pessoa por meio dos direitos da personalidade, que são inerentes à dignidade da pessoa humana, tem condições de vida. Os bens inerentes à pessoa humana são: a vida, a liberdade, e a honra entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo, são denominados de direitos da personalidade.

4- A ESSENCIALIDADE DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A essencialidade dos direitos personalíssimos é a valoração destes para com a vida do ser humano. Se os direitos da personalidade são essenciais, logo, são necessários e vitais para o desenvolvimento da pessoa humana.

Segundo o entendimento de Elimar Szaniawski,

a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo, que consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade.[15]

Domenico Barbero, entende que

...toda pessoa física, enquanto é, como tal, um sujeito jurídico, adquire a possibilidade de adquirir direitos de toda espécie, durante sua vida. Leva consigo desde a origem, e alguns direitos tornam-se inseparáveis, e precisamente por isso, se chamam "essenciais" da pessoa, os direitos de personalidade[16].

Todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essência dos direitos. Isso quer dizer que a consciência moral de uma sociedade dita os direitos da personalidade. Mudando essa consciência moral, haverá uma modificação dos valores morais e, conseqüentemente, do modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade. Essa concepção de importância dos valores morais na sociedade, relacionada aos direitos de personalidade, repercute no ordenamento jurídico tornando-os como essenciais.

Sobre a essencialidade dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis, ensina [17]

Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos da pessoa a que respeitam. Por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento.

Nas escolas idealistas alguns direitos são essenciais para a dignidade humana, e indispensáveis para que o homem cumpra sua missão; esses direitos, chamados direitos do homem, estão fora da jurisdição do legislador, e os homens não podem ser privados de tais direitos para sua pessoa. É o que entende Mazeaud & Mazeaud:

En las escuelas idealistas se considera que algunos derechos son esenciales para la dignidad humana, indispensables para que el hombre cumpla su misión; esos derechos, llamados derechos del hombre, quedan fuera de la jurisdicción del legislador, que no podría privar de los mismos a una persona [18]

No direito brasileiro, a concessão de personalidade a todo o ser humano vigorou mesmo no tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre. Nos dias atuais, o direito reconhece os direitos de personalidade no sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, empregada a palavra homem na acepção de todo ser humano, todo indivíduo pertencente à espécie humana, sem qualquer distinção de sexo, idade, ou condição social.

5- A SUBJETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, e têm por finalidade os valores essenciais da pessoa humana, no seu aspecto físico, moral, e intelectual. E, como direito subjetivo, tem por caráter imanente a possibilidade, para o sujeito, de provocar a atuação de uma sanção e não a possibilidade de pôr fim ao próprio direito.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SÃO DIREITOS SUBJETIVOS POR TEREM POR OBJETO OS BENS E OS VALORES ESSENCIAIS DA PESSOA. E, COMO DIREITOS SUBJETIVOS, OS DIREITOS DA PERSONALIDADE CONFEREM AO SEU TITULAR O PODER DE AGIR EM DEFESA DOS BENS OU VALORES ESSENCIAIS DA PERSONALIDADE, QUE COMPREENDEM O DIREITO Á VIDA, E AO PRÓPRIO CORPO, O DIREITO Á LIBERDADE DE PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE LIBERDADE DE PROTEÇÃO Á HONRA, Á IMAGEM, AO NOME, Á PRÓPRIA IDENTIDADE, E, O DIREITO DE EXIGIR O RESPEITO A ESSES DIREITOS. ASSIM, OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SÃO DIREITOS SUBJETIVOS A TUTELAR OS BENS E VALORES ESSENCIAIS DA PESSOA, NOS SEUS ASPECTOS: FÍSICO, QUANDO PROTEGE A VIDA HUMANA E O CORPO HUMANO; MORAL, QUANDO PROTEGE A HONRA, A LIBERDADE, A IMAGEM E O NOME; E, INTELECTUAL, QUANDO PROTEGE A LIBERDADE DE PENSAMENTO, O DIREITO DE CRIAÇÃO, ARTE E INVENÇÃO.

Existe no ar um doce som de boas novas no mundo do direito. Um novo paradigma se aproxima da realidade social. A crise vivida pela ausência de direitos objetivos, à tutelar os direitos subjetivos, tem gerado no interior do ser humano uma súplica por mudança. Essa face do mundo jurídico, onde os valores interiores são importantes, em que o conceito de direito se exprime nessa interiorização do ser humano: os seus sentimentos, visualiza-se o lado subjetivo do direito, que corresponde à consciência do indivíduo, e, têm mostrado uma expectativa de mudança de paradigma, onde o ser humano será o centro de toda a norma jurídica. .

O Direito subjetivo é o poder que tem o sujeito de impor sua vontade para satisfação de seu interesse. E como esse sujeito pode impor a sua vontade, diante do direito material? Com uma revolução dos valores axiológicos.

Com os seus sentimentos e suas idéias, o ser humano faz com que os valores axiológicos que dinamizam o grupo social, sejam alterados, e alterando tais valores, o direito também é modificado. É o direito objetivo que obrigatoriamente tem que acompanhar essa evolução da sociedade, que nasceu do interior do ser humano, com a sua consciência, sentimentos e visão espiritual da necessidade de sua sociedade, do seu

mundo material, que o levará a querer as mudanças necessárias para o seu mundo. A primeira mudança é no interior do homem, logo, é o direito subjetivo que o homem transmuda no seu interior.

Antes de adentrar ao direito subjetivo, faz-se necessário distinguir o direito civil no sentido objetivo, do direito civil no sentido subjetivo. O direito subjetivo é vivido pela consciência, enquanto que o Direito objetivo é visto pela razão.

Segundo o que ensina Luiz Cabral de Moncada:[19]

O direito é fato social, e norma abstrata, é idéia, teoria, doutrina. Mas tudo isso pertence ainda aos domínios do exterior a nós, do não-eu, do objetivo. Há porém, um outro mundo, ou uma outra face do mundo jurídico, não menos importante que a primeira, em que o conceito de direito se exprime antes por estas palavras: sentimento, interesse, vontade. Este é o lado subjetivo do direito, o seu lado interno – digamos assim – referido à consciência do indivíduo, ao sujeito; é aquele que vemos sem sairmos de nós próprios, (...) Pode-se também dizer-se: o lado egológico do direito vivente, o único de que temos uma vivência direta. Enquanto que o direito objetivo é o direito “visto” pela inteligência, o subjetivo é o direito “vivido” pela consciência, pelo “eu”.

O direito objetivo e o direito subjetivo são distintos quanto a sua natureza específica, contudo, se juntam, formam uma unidade que é o próprio Direito, em razão do fim que ambos tendem a realizar. Ambos disciplinam o desenvolvimento da convivência das pessoas e da ordem social. Os direitos personalíssimos que garantem as prerrogativas de conteúdo extra-patrimonial podem ser classificados como direitos subjetivos.

O direito subjetivo tem na vontade do indivíduo, a sua essência. Isso corresponde à *faculdade* do indivíduo de *querer* em harmonia com a lei, exigir a tutela dos seus direitos extra-patrimoniais.

O DIREITO ESTÁ SENDO RECONSTRUÍDO VISANDO O VALOR DA PESSOA HUMANA. O SUJEITO DE DIREITO, É TAMBÉM TITULAR DE DIREITOS E DETENTOR DESTES. QUANDO O DIREITO TEM A PESSOA HUMANA COMO CENTRO, TUTELANDO OS SEUS DIREITOS EXTRA-PATRIMONIAIS, ISTO É, SEUS DIREITOS EXISTENCIAIS. LOGO, TUTELA OS SEUS DIREITOS SUBJETIVOS.

A faculdade ao ser exercida transforma-se em ato da vontade, e mediante o exercício dessa faculdade, o homem tem possibilidade de se desenvolver livremente, dentro da ação que lhe é traçada pelo direito objetivo: suas aptidões espirituais, intelectuais e materiais. A subjetividade do direito pode ser entendida como um interesse juridicamente protegido, e também é considerado como poder jurídico

Nos ensinamentos de Hans Kelsen, encontra-se: [20]

Se o Direito em sentido objetivo é norma e o direito subjetivo é por sua vez algo de inteiramente diferente, a saber: o interesse. O direito subjetivo e o direito objetivo

não podem ser subsumidos a um conceito genérico comum. E esta contradição não pode ser afastada pelo fato de se admitir, entre o Direito Objetivo e Direito Subjetivo, uma relação que consista em este ser considerado como um interesse protegido por aquele.

Para os positivistas, as situações jurídicas são vistas como meras situações objetivas no ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos visam a satisfazer os interesses particulares, enquanto as situações objetivas têm por finalidade um interesse geral. Os Direitos da personalidade nascem e se extinguem com a pessoa.

A natureza jurídica dos direitos da personalidade recebe o nome de direitos subjetivos privados. Privados, porque têm âmbito de atuação limitado às relações entre particulares. Qualquer lesão a um bem personalíssimo provinda do Estado atingiria um direito público subjetivo. São privados porque servem apenas aos particulares, interessa ao titular e não ao Estado.

Os direitos da personalidade são as aspirações próprias, privadas, do indivíduo que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a privacidade, entre outros, satisfazem.

Todo ser humano reúne as mesmas propriedades físicas e espirituais. São interesses de grandeza e concentram nas mãos do titular o poder de agir ou não, de provocar ou não uma sanção, por meio de sua atuação. A personalidade como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto viver, o homem é dotado de personalidade.

Nos tempos atuais, a pessoa humana tem os seus direitos e prerrogativas tutelados pelo Estado. Os direitos extra-patrimoniais, são valorizados, como a dignidade humana, o direito à honra, ao nome, à imagem, e outros. Aquele que tiver os seus direitos subjetivos desrespeitados, poderá, dependendo de sua vontade, e de seu interesse, buscar na ordem jurídica a tutela dos mesmos. No entanto, o atual paradigma não oferece estrutura judiciária e social para que os direitos personalíssimos tutelados pelo Direito encontrem eficácia. A sociedade continua a passos lentos sofrendo com a desigualdade social, e a dignidade humana tem sofrido os percalços devido a negativa pelo Estado do acesso à justiça, e de investimento na estrutura judiciária, o que tem gerado a morosidade e a dificuldade da classe empobrecida ao acesso à justiça, tornando a sociedade descrente na aplicabilidade da norma existente.

6- CONCLUSÃO

O ser humano tem tutelado pelo Direito, por meio dos direitos da personalidade, a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, e essa garantia corresponde a toda a esfera individual, acrescentando-lhe o respeito aos valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade. A proteção à pessoa humana, por meio do reconhecimento dos valores do homem, é recente, diante da história milenar do direito. O cristianismo constituiu a base moral indestrutível sobre o que há de ser reconhecido como os direitos da personalidade individual, despertando-se a partir dele, para o reconhecimento dos direitos da personalidade baseados na fraternidade universal e na idéia da dignidade do homem.

Os valores que integram a personalidade humana, lhe são privativos e por meio de tais valores, e do potencial que representam, o homem tem condições de desenvolver-se em sociedade. A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade. É preciso reconhecer que o homem para viver a sua vida pessoal e social necessita de certos bens que na sua maioria estão no seu ambiente natural, ou seja: coisas móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que se encontram fora de si, mas que são necessários para a satisfação de suas faculdades para a vida. Além desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, interiorizados à sua personalidade, necessários à sua dignidade e integridade interior, e tão importantes que se privado de tais bens interiores, sofrerá grave mutilação nos seus interesses. Entre esses bens internos aderentes à personalidade, estão, entre outros: a vida, a honra, a liberdade, e a integridade física.

Os direitos de personalidade constituem a base de todos os direitos especiais, inclusive distinguindo-se dos direitos sobre a própria pessoa. Isto é, enquanto os direitos ou caracteres especiais da personalidade constituem a capacidade jurídica em abstrato, os direitos sobre a própria pessoa implicam a concretização dessa capacidade. Em fim, os direitos da personalidade são os necessários à vida humana.

A consciência moral de uma sociedade dita os direitos da personalidade. Mudando essa consciência moral, haverá uma modificação dos valores morais e, conseqüentemente, do modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade. Isso corresponde que, todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essência dos direitos. Essa concepção de importância dos valores morais na sociedade, relacionada aos direitos de personalidade, repercute no ordenamento jurídico tornando-os como essenciais. Todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos. É assim que, mudando a consciência moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade.

Existem determinados direitos sem os quais a personalidade restaria completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto, isto é, direitos sem os quais todos os outros direitos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais com os quais se identificam os direitos de personalidade. Os direitos de personalidade são extra-patrimoniais, porque não encontram estimativa em dinheiro, senão diante da lesão, para efeito de compensação, mas não apresentam nítida influência pecuniária. Os direitos da personalidade têm o caráter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, como a vida, o corpo, a liberdade e a honra. A pessoa, como ser capaz de manifestações interiores, necessita de proteção adequada que garanta a sua existência e o pleno desenvolvimento físico e moral da sua personalidade. E, como os direitos de personalidade são essenciais para salvaguardar a dignidade humana, privado deles, o homem não se desenvolve. A essencialidade dos direitos personalíssimos é a valoração destes para com a vida do ser humano. Se os direitos da personalidade são essenciais, logo, são necessários e vitais para o desenvolvimento da pessoa humana.

O atual paradigma não oferece estrutura judiciária e social para que os direitos personalíssimos tutelados pelo Direito encontrem eficácia. A sociedade continua a passos lentos sofrendo com a desigualdade social, e a dignidade humana tem sofrido os

percalços devido a negativa pelo Estado do acesso à justiça, e de investimento na estrutura judiciária, o que tem gerado a morosidade e a dificuldade da classe empobrecida ao acesso à justiça, tornando a sociedade descrente na aplicabilidade da norma existente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. Civil Introdução.3. ed. Rio de Janeiro,São Paulo: Renovar, 2000.

BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Vol.II.Derechos de la Personalidad Derecho de Familia -Derechos reales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra.*Comentários à Constituição do Brasil*. 1º. Vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª.Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*.4ª.ed.Rio de Janeiro:Forense, 2000.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. Almedina:Coirnbra, 1996.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa; 1.961.

ESPÍNOLA, Eduardo Filho. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade Antiga*. 12.ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1996.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*.Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Elementos de Direito Civil*. Rio de Janeiro, São Paulo:Livraria Freitas Bastos S.A,1969.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*. Vol. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1.997.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 15. ed. Buenos Aires: Universitária de Buenos Aires, 1977.

MAZEAUD, Henri y Leon -MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Vol. II. Euenos Aires:Ediciones Juridicas Europa-América.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil*. Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Constitucional*. 2^a. ed. Rio de Janeiro, São Paulo:Renovar, 2.002.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SAN TIAGO DANTAS, Edmea. *Programa de Direito Civil*,Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

SANTOS, Rogério Dutra dos. *A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval*. In: *Fundamentos de História do direito*, organizado por WOLKMER, Antonio Carlos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SZNIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1993.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid:Editorial revista de Derecho Privado, 1967.

-
- [1] Constituição Federal de 1988 - Artigo 3º, inciso I,
- [2] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade II . Pag. 127.
- [3] BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Pág. 425.
- [4] Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Pág. 363.
- [5] SAN TIAGO DANTAS, Edmea de. Programa de Direito Civil. Pág. 194.
- [6] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Pág. 133.
- [7] PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado. Pág. 153.
- [8] BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, Pág. 70.
- [9] Cf.GUSMÃO, Paulo Dourado. Elementos de Direito Civil. Pág. 129.
- [10] Cf.PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Pág. 198
- [11] . ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do Direito Civil,Pág. 323.
- [12] TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Pág. 105.
- [13] CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Pág. 17
- [14] AMARAL, Francisco. Direito Civil. Pág. 251.
- [15]SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. Pág.35.
- [16] BARBERO, Domenico. Sistema Del derecho Privado. Pág. 03.
- [17] Cf. CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Pág. 18.
- [18]. MAZEAUD Henri Y Leon- MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Pag. 265
- [19] MONCADA, LUIS CABRAL DE. LIÇÕES DE DIREITO CIVIL. PÁG. 58**

[20] .KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Pág. 148/149.

A IMPORTÂNCIA DA LÓGICA JURÍDICA E DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA O OPERADOR DO DIREITO*

THE RELEVANCE OF JURIDICAL LOGIC AND THEORY OF ARGUMENTATION FOR LAW PRACTITIONERS

**Germana Parente Neiva Belchior
Rui Verlaine Oliveira Moreira**

RESUMO

A idéia do artigo surgiu de debates com discentes de graduação do curso de Direito sobre a importância da disciplina Lógica Jurídica e Teoria da Argumentação. Muitos questionam o porquê de estudar Lógica Jurídica e qual sua aplicabilidade para o Direito. O objetivo do presente trabalho é tratar da Lógica em geral, destacando conceitos básicos para a compreensão da Lógica Jurídica. Propõe-se despertar nos estudantes a importância da lógica jurídica e da teoria da argumentação para sua formação, imprescindível à prática jurídica. A metodologia é bibliográfica, descritiva e exploratória. A existência da Lógica Jurídica se justifica ao encontrar formas ou estruturas do discurso ou da linguagem normativas próprias do Direito, denominadas apofânticas (ser) e deônticas (dever-ser). O conteúdo do direito é dinâmico, em constante transformação. Conclui-se que o raciocínio jurídico relativo à aplicação da norma não tem como se limitar à mera operação dedutiva, como já imaginado. A Lógica Formal se mostra insuficiente para o Direito, marcado no período pós-positivista pela recuperação dos princípios que aparecem com função normativa e a aceitação do juízo de valor no Direito. A argumentação jurídica racional opera com valores aceitos num determinado tempo e espaço. A importância do desenvolvimento de uma Teoria da Argumentação para responder aos problemas urgentes expressos pela Teoria Jurídica contemporânea reside na tentativa de estabelecer um método que possa ser considerado racional.

PALAVRAS-CHAVES: LÓGICA; RACIOCÍNIO JURÍDICO; ARGUMENTAÇÃO

ABSTRACT

The idea of writing a paper on this issue emerged from discussions with Law students about the relevance of subjects such as Juridical Logic and Argumentation Theory and from the evidence that there is widespread controversy concerning the reasons justifying the study of juridical logic and its relevance for Law. In this sense, the purpose of this

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

paper is to study Logic in general, highlighting basic notions required for understanding Juridical Logic. We propose to present the importance of Juridical Logic and of Argumentation Theory and to demonstrate their vital character to juridical practice. Methodology here is bibliographical, descriptive and exploratory. The existence of a Juridical Logic is explained as we found the structures of speech and language which are peculiar to Law, designated as apophantic (being, present-at-hand) and deontic (must be, that which is binding or proper). The content of Law is dynamic and in permanent change. We finish by concluding that Juridical Reasoning regarding the execution and enforcement of juridical principles and rules is not to be limited to a simple inferential operation, as normally conceived. Besides that, Formal Logic is not satisfactory to Law in present post-positivism age, in which using principles as binding prescriptions and values as permanent references are commonplace. Rational Juridical Argumentation works with values accepted in a determined place and timeframe. The relevance of developing an Argumentation Theory to react to pressing issues presented by contemporary juridical theory consists in the attempt to create a method that can be deemed as rational.

KEYWORDS: LOGIC; JURIDICAL REASONING; ARGUMENTATION

INTRODUÇÃO

Ao ser admitido a um curso de direito, o aluno fica ansioso para estudar as disciplinas técnicas, como Direito Penal, Direito Civil, Direito do Trabalho etc., não valorizando, geralmente, as disciplinas de cunho propedêutico ministradas logo no início da graduação. Talvez isso ocorra por não haver despertado o interesse suficiente ou porque não tenha sido estimulado, carecendo a noção da importância dessas disciplinas para a elaboração do conhecimento jurídico.

A idéia de desenvolver o presente artigo surgiu das discussões com diversos discentes do curso de graduação em Direito acerca da importância das disciplinas de Lógica Jurídica e Teoria da Argumentação na estrutura curricular. Muitos nos questionam o porquê de estudar Lógica Jurídica e qual a aplicabilidade para a vida do operador do Direito em geral. Aliás, essa geralmente é a indagação dos estudantes desinteressados em matérias filosóficas.

Outro ponto que nos chamou a atenção foi o fato de que, ao nos deparar com livros que tratam do tema, constatamos que vários autores partem da premissa de que os conceitos básicos sobre Lógica já são conhecidos de leitores, o que nem sempre ocorre. Tal fato dificulta o desenvolvimento do estudo, tornando-o distante da realidade.

O objetivo do presente estudo, portanto, é tratar da Lógica em geral, destacando conceitos básicos para a compreensão da Lógica Jurídica. Propomos, ainda, despertar nos jovens estudantes a importância da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação para sua formação profissional, sendo imprescindível à atuação prática do profissional do Direito, seja ele advogado, juiz, promotor, consultor...

É importante esclarecer que não pretendemos aprofundar o estudo das modernas teorias da argumentação e do discurso, mas instigar o leitor para o tema, a fim de que possa torná-lo pesquisador nesta área tão fascinante.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE LÓGICA

1.1 O que é Lógica

A Lógica, segundo Nérici, é uma ciência de origem antiga, uma criação do espírito grego, cujos iniciadores são Parmênides, Zenão de Eléia e os sofistas. O verdadeiro criador da Lógica, porém, foi Aristóteles, que lhe deu “corpo, sistematização, baseando-a em princípios tais e tão sólidos, que até hoje são tidos como válidos”. [1]

Recebendo o qualificativo de clássica, a Lógica aristotélica permaneceu quase que intacta através dos séculos, com pequenas modificações e ampliações feitas por seus discípulos, conservando, assim, suas bases.

Jolivet define Lógica como “a ciência das leis ideais do pensamento, e a arte de aplicá-las corretamente à procura e à demonstração da verdade”. [2] Lalande conceitua lógica geral como o “estudo dos procedimentos válidos e gerais pelos quais atingimos a verdade. Procura em que condições o nosso pensamento é claro e bem definido, os nossos conceitos, as nossas induções sólidas, as nossas inferências justificadas”. [3]

Percebamos, outrossim, que a Lógica também é uma arte, como defendido por Santo Tomás de Aquino, isto é, “um método que permite bem fazer uma obra segundo certas regras”. [4]

Assim, o estudo da Lógica permite ao homem

[...] caminho seguro para alcançar a verdade e fugir do erro; porém, vemos indivíduos, sem preparo lógico algum, raciocinarem e agirem acertadamente. É que se utilizam do *bom senso*, espécie de lógica natural, inata, encontrada, mais ou menos desenvolvida, em todos os indivíduos. Contudo, o *bom senso* por si só não é suficiente para guiar o homem nos casos complicados. Assim, ele é ótimo auxiliar, mas nunca um guia suficiente que dispense o auxílio da Lógica. [5] [6]

Perelman destaca que, no âmbito da Lógica, serão analisados a maneira de formular o raciocínio, assim como “o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que as une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade a regras ou a certos esquemas conhecidos de antemão”. [7]

Tendo como finalidade a procura e a demonstração da verdade [8], a Lógica se revela imprescindível para tornar o espírito mais penetrante e para auxiliá-lo a justificar suas operações, recorrendo aos princípios que fundam a sua legitimidade.

1.2 Busca de compreensão dos conceitos iniciais

A Lógica, ao dirigir os atos do pensamento para o verdadeiro, divide-se em duas partes: a primeira trata das leis gerais do pensamento, ou seja, as suas formas no que estas tenham de igual e de comum, chamada de *Lógica Formal*; e a segunda que estuda as leis particulares, a forma de cada ciência em particular, denominada de *Lógica Aplicada ou Metodológica*, também chamada de *Lógica Material*.

A Lógica Formal, ao tratar das leis gerais do pensamento, buscando o que elas têm de igual e comum, as torna universais e aplicáveis em todas as operações do intelecto. [9]

Nérici destaca a idéia de que podemos identificar, na Lógica Formal, três partes distintas, constituindo um todo uno e indissolúvel, que é o pensar humano. Dessa forma, o pensamento (ou espírito), para fins meramente didáticos, divide-se em *idéia*, *juízo* e *raciocínio*. Na medida em que estes se tornam representação sensível, concreta, por sons orais ou por quaisquer outros símbolos representativos, transformam-se, respectivamente, em *termo*, *proposição* e *argumento*. [10]

Nesse sentido, Jolivet distingue três operações intelectuais diferentes: *apreender*, isto é, conceber uma idéia; *julgar*, ou seja, afirmar ou negar uma relação entre duas idéias; e, por fim, *raciocinar*, que é tirar de dois ou vários juízos dados outro juízo decorrente, necessariamente. [11]

1.3 A Lógica Formal

Como destacado, o estudo da Lógica divide-se em Lógica Formal e Lógica Não Formal ou Metodológica, mais conhecida como Lógica Material. Cabe-nos, em um primeiro momento, analisar a Lógica Formal e seus institutos básicos.

Na lição de Alves, a Lógica Formal estabelece “as condições de acordo com o pensamento consigo mesmo, estudando sua validade intrínseca, isto é, sua forma”. [12] Ainda sobre o tema, Di Napoli explica que “a lógica formal considera o conceito, o juízo, o raciocínio e os seus signos para que se tenha um raciocínio correto e também legítimo”. [13](Traduzimos).

Aplicar formas lógicas significa substituir as estruturas reduzidas a variáveis e constantes lógicas por dados ou constantes fáticas, sem considerar os elementos materiais. [14]

1.3.1 Idéia e termo

Idéia é sinônimo de conceito, de noção e termo verbal. De acordo com Jolivet, “é a simples representação intelectual de um objeto”. [15] Trata-se da forma por meio da qual um objeto é percebido pela nossa inteligência.

Falcão define o objeto como sendo

[...] tudo aquilo que pode ser termo da atividade consciente do eu que conhece, isto é, do sujeito cognoscente. [...] é objeto todo ser a respeito do qual se possa tecer ou elaborar um juízo lógico. Dessa maneira, até o próprio ser de um eu determinado ou de um certo sujeito cognoscente pode ser objeto do conhecimento desse mesmo eu. [...] [16] [17]

Insta destacar que nem todas as idéias são imagens, ou seja, têm uma forma que pode ser concebida por meio da representação sensível. Há aquelas meramente intelectivas, sendo produto da abstração humana. Para exemplificar, basta pensar em uma mesa ou carro, que rapidamente fazemos uma representação intelectual desses objetos, ou seja, há uma imagem formada. Quando, porém, pensamos em amor, paz e glória, não fazemos representação mental alguma. Nérici esclarece que, “o que dá validade, neste caso, à idéia é o sentido, a significação de que as mesmas são portadoras”. [18] [19]

Segundo Di Napoli, “conceito é a representação universal de alguma coisa”. (Traduzimos). [20] Já o termo pode ser entendido como “sinal sensível, arbitrário, expressivo do conceito”. (Traduzimos). [21] [22]

Pontos importantes que mereces ser tratados residem na compreensão e extensão da idéia, considerando propriedades do conceito. Por *compreensão da idéia*, entendemos ser a sua significação, o seu sentido, que pode ser identificado com a qualidade. Já *extensão da idéia*, para Nérici, trata-se do “conjunto de indivíduos aos quais podemos aplicá-la por se acharem compreendidos nela”. [23] Ou seja, tem ligação com a quantidade da idéia.

Para elucidar referidas expressões, quando falamos em *homem*, só nos referimos aos animais racionais, na medida em que, dizendo *animal*, estão subentendidos todos os animais, sejam eles racionais ou não. Logo, *homem* nos traz a compreensão (pela qualidade), enquanto *animal* nos releva a extensão da idéia (pela quantidade).

Relacionando compreensão e extensão da idéia, Nérici acentua:

[...] toda idéia tem compreensão e extensão determinadas, variando, porém, em ordem inversa. Isto é, à medida que a compreensão de uma idéia aumenta, a sua extensão diminui e vice-versa. Daí a lei: *A compreensão de uma idéia está na ordem inversa da extensão.* [24]

Já o termo é “a expressão verbal da idéia”. [25] Ele permite a transmissão da idéia de um homem para outro. O termo trata, pois, da expressão concreta e material da idéia. Logo, ao apreender a idéia, manifestamo-la por um termo.

1.3.2 Juízo e proposição

O juízo é o ato pelo qual o espírito asseve ou nega uma coisa de outra. Di Napoli define o juízo como a “união ou desunião intelectual de dois conceitos, mas é também a união ou desunião intelectual de algum conceito e de alguma coisa existente e singular”. (Traduzimos). [26]

O pensamento, ou seja, o espírito, apreende no universo lógico (conjunto de todas as idéias) duas ou mais idéias e as aproxima. Em seguida, faz uma comparação, resultando em um julgamento de conveniência ou inconveniência entre as idéias. Referido julgamento do espírito é a essência do juízo, residindo nele “todo o valor deste ato intelectual”. [27] Logo, o juízo se manifesta em três fases: apreensão das idéias, comparação destas e julgamento da conveniência ou não de uma com a outra. [28]

Proposição é “a expressão verbal do juízo”[29], ou seja, é a oração que garante ou nega alguma coisa do sujeito. Pode ser definida também como “uma oração enunciativa do predicado sobre o sujeito”. [30] É constituída pelos termos *sujeito*, *predicado* e *verbo*. É por meio do verbo que se liga o sujeito ao predicado e que é constatado se a proposição afirma ou nega algo.[31]

O pensamento, portanto, apreende as idéias, que se representam por meio de termos. Com a comparação das idéias, de uma forma positiva ou negativa, o espírito julga, tendo, por fim, a proposição.

É oportuno salientar que essas operações acontecem praticamente ao mesmo tempo. Não há uma divisão tão clara, pois o pensamento é indivisível, é uno. Trata-se de uma forma didática para compreender a estrutura da Lógica.

1.3.3 Raciocínio e argumento

Perelman explica que o vocábulo “*raciocínio* designa tanto uma atividade da mente quanto o produto desta atividade”. [32] No âmbito da Lógica, o raciocínio revela-se como produto, não importando as condições para sua elaboração.

Raciocínio é o ato pelo qual o espírito, com o que ele já conhece, adquire um novo conhecimento, ou seja, “é o ato pelo qual o intelecto infere um determinado juízo de outros juízos”. [33]

É importante perceber que o raciocínio é feito por meio do que já é conhecido. De acordo com Nérici, “todo raciocínio baseia-se no *antecedente*, o que é conhecido, para ir ao *conseqüente*, que é a novidade percebida pelo espírito”. [34]

Ainda sobre o tema, Gredt explica que:

No raciocínio distingue-se a forma – uma disposição artificiosa de conceitos, para que se manifeste a conseqüência. E a matéria – o objetivo, que é contido e manifestado pela forma. Em razão da forma, o raciocínio é chamado de correto e em relação da matéria é verdadeiro. [35](Traduzimos).

Notemos, todavia, que o raciocínio segue dois movimentos do pensamento: dedutivo e indutivo. Aquele vai do geral para o particular, revelando-se como a forma de raciocínio mais segura, embora com possibilidades limitadas para favorecer o progresso da ciência. Consoante Lalande, a Lógica dedutiva permite o “estudo dos procedimentos pelos quais passamos de uma verdade dada para uma outra segundo leis rigorosas e demonstrativas”. [36]

Já o raciocínio indutivo, ao revés, vai do particular para o geral, sendo o raciocínio que mais convém à ciência, na medida em que permite desbravar novos horizontes para o conhecimento humano. [37] [38]

Outra análise importante feita por Aristóteles é a distinção entre os raciocínios analíticos dos raciocínios dialéticos. Perelman, tratando da Lógica aristotélica, destaca a idéia de

que raciocínio analítico é aquele que, “partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas”. [39] Assim, é impossível que a conclusão seja falsa, se o raciocínio foi feito corretamente, com suporte em premissas corretas, conforme o padrão simbólico da Lógica Formal.

Já o raciocínio dialético busca tratar das deliberações e controvérsias, típicas de um discurso, a fim de criticar as teses do adversário, de defender e justificar suas próprias, utilizando argumentos. [40] Vejamos, pois, que o raciocínio dialético transcende os aspectos meramente formais, preocupando-se em persuadir ou convencer pelo discurso.

Conceituamos argumento como a expressão material do raciocínio. Para Di Napoli,

[...] é a expressão oral ou escrita do raciocínio. A proposição que é inferida chama-se de conclusão ou conseqüente. A proposição ou proposições das quais a conclusão é inferida, chamam-se de antecedente. O nexo entre o antecedente e o conseqüente diz-se conseqüência”. (Traduzimos).[41]

Logo, o argumento é formado pelas proposições que formam o antecedente e o conseqüente do raciocínio.

Acerca das operações do pensamento, de uma forma simples, podemos perceber a seguinte relação, elucidada pelo esquema abaixo:

DIVISÕES DO PENSAMENTO HUMANO

(ESPÍRITO)

IDÉIA à ----- apreender ----- à TERMO

JUÍZO à----- julgar ----- à PROPOSIÇÃO

RACIOCÍNIO à ----- raciocinar ----- à ARGUMENTO

1.3.4 O silogismo

Um argumento interessante a ser analisado, ainda que rapidamente, é o silogismo. Segundo Di Napoli, “silogismo é um argumento dedutivo no qual, postas duas

proposições, necessariamente é posta a terceira”. [42] (Traduzimos). Trata-se, pois, da forma perfeita de raciocínio dedutivo mediato, ou seja, aquele que parte do geral para o particular, com o auxílio de um intermediário. Ele é composto de três proposições, das quais a terceira (conclusão) é tirada das duas primeiras (premissas).

O silogismo tem três termos: maior, médio e menor. O termo maior, como o próprio nome sugere, é aquele que tem maior extensão (quantidade), enquanto o menor é aquele que tem a menor extensão. Já o termo médio é o de extensão intermediária do maior com o menor.

No argumento silogístico há, ainda, três proposições, representando a união, dois a dois, dos termos analisados, ou seja, maior, médio e menor. Em relação às proposições, temos as premissas maior, menor e a conclusão. [43]

Como exemplo de silogismo, temos: “Todo homem é mortal; Pedro é homem; Logo, Pedro é mortal”. Vejamos que o termo de maior extensão é o primeiro, ou seja, *mortal*. O de menor extensão é *Pedro*, enquanto o termo intermediário é *homem*. O termo intermediário ou médio convém, neste exemplo, a mortal e a Pedro. [44]

Nesse sentido, a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, por meio de suas inferências válidas, em razão unicamente das suas formas. [45]

1.4 A Lógica Material

Alves define a Lógica Material como a que “considera a matéria (o conteúdo) do conhecimento e determina as vias a seguir para se chegar segura e rapidamente a verdade”. [46] Na mesma linha, Di Napoli ressalta que “a lógica material considera o conteúdo, ou o que é dito no raciocínio para que se tenha a verdade”. [47](Traduzimos).

Ponto interessante para discussão é a possibilidade de uma Lógica eminentemente material, ou seja, sem as “regras” da Lógica Formal. Sobre o tema, Vilanova destaca a noção de que a Lógica é necessariamente formal, descabendo, em sentido rigoroso, falar-se em lógica material. Assim, “o material de que se vale a lógica é, ainda, formal: um termo (termo-sujeito, termo-predicado) é material relativamente à forma de uma proposição, que o tem como constituinte seu.”[48]

O desenvolvimento da ciência só é possível por meio da lógica material, baseada no raciocínio indutivo, ou seja, aquele que parte do individual para o geral. Alves explica que existe, dessa forma, ampliação do conhecimento porque “no argumento indutivo, a conclusão diz algo mais do que foi dito nas premissas: a conclusão ultrapassa as forças das premissas, não oferecendo a certeza peculiar da dedução, mas permitindo ampliar e enriquecer a cognição sobre o mundo”. [49]

A Lógica Metodológica oferece, pois, condições para a transcendência do conhecimento humano, já que se utiliza da experiência e não somente da razão, buscando acompanhar as transformações da realidade.

2 A LÓGICA JURÍDICA

Analisados os institutos básicos da Lógica, insta-nos averiguar a viabilidade da Lógica Jurídica, e, sendo esta possível, qual sua natureza.

2.1 O apofântico (ser) e o deôntico (dever-ser)

Vilanova explica que a existência da Lógica Jurídica se justifica “se encontrarmos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito”. [50] São as formas apofânticas e as deônticas, conforme iremos estudar a seguir.

A partícula operatória do deôntico é o dever-ser que, segundo Vilanova,

[...] estatui relação entre sujeitos-de-direito, que tomam o papel sintático de termos-sujeitos, e relação entre tipos de ações ou condutas, decorrentes da verificação de pressupostos fácticos, que tomam o papel sintático de proposições antecedentes de uma relação hipotética. A *norma*, que é, fenomenologicamente, a *significação* do enunciado proposicional, diz que se se dá (se ocorre na realidade) um fato que através do pressuposto a ele referido entre no universo do direito, então um sujeito deve fazer ou omitir tal ou qual conduta face a outro sujeito, termo *relato* daquele termo *referente*. [51]

A forma deôntica refere-se a um dever-ser objetivo. A norma traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando, assim, formalizada.

A Lógica Jurídica não tem como deixar de ser formal exatamente pelo fato de suas estruturas serem aptas para acolher o objeto jurídico, que é uma espécie de objeto deôntico (normativo). Também “representa, ainda, a formalização da linguagem do direito positivo”, que se expressa por meio de normas. [52]

Os raciocínios jurídicos, no entanto, são acompanhados por incessantes controvérsias, buscando uma decisão justa e com aceitabilidade social. Tal fato, segundo Perelman, é suficiente para “salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo de valor da conclusão”. [53]

Em outras palavras, podemos dizer que o Direito pretende atender aos anseios da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens. Seu conteúdo, por conseguinte, é dinâmico, estando em constante transformação, devendo ocorrer com o sentido captado pela norma, sob pena de uma estagnação. E é exatamente nesse conteúdo que visualizamos a forma apofântica, ou seja, do ser, da prática, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde ao que está previsto na forma deôntica.

Logo, na formalização da norma, ocorrente pela sua estrutura deôntica, não há como abranger todo o conteúdo do Direito. Principalmente quando verificamos, durante a evolução histórica, que o Direito vai muito além daquilo que está explicitado na norma. Direito é mais do que lei, mais do que regra, mais do que norma.

E é exatamente por isso que o intérprete não pode ficar adstrito a ela, olvidando o grande mundo que é o sistema jurídico. A norma pretende trazer a segurança, mas isso não implica o alcance da justiça.

Esta segurança é garantida pela forma deôntica, que cuida da estrutura da norma, impondo um dever-ser. Aqui, percebemos claramente que o movimento do pensamento é o dedutivo, partindo do geral (norma) para o individual (regular as relações jurídicas), cuidando os argumentos do ponto de vista da sua correção formal. A estrutura deôntica é verificada, portanto, pela Lógica Formal.

A norma ganha uma estrutura, podendo ter vários objetos, ou seja, inúmeros conteúdos que serão delineados pelo operador do Direito, em especial, pelo julgador no momento de uma decisão. Como a sociedade, porém, é dinâmica e, por conseguinte, o conteúdo do Direito também deve ser, necessária se faz outra forma, que é exatamente o apofântico.

De acordo com Vilanova,

Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está vinculada a uma região ou domínio de objetos – as normas jurídicas – e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as *normas*. Sendo uma *formalização* dessa linguagem, a lógica jurídica, por sua vez, é uma linguagem, quer dizer, por mais simbólica (algarítmica) que se construa, sempre seus símbolos fazem referência geral ao domínio dos objetos jurídicos.[54]

Podemos dizer, de uma forma bem simples, que o apofântico é que permite a justiça e a equidade das decisões judiciais, por meio do movimento indutivo. [55]

2.2 Raciocínios jurídicos

A prática do Direito consiste, de forma fundamental, em argumentar. O bom jurista é definido, na maioria das vezes, como aquele que tem capacidade de formular argumentos e manejá-los com habilidade. E a linguagem assume importante papel na elaboração dos raciocínios jurídicos, conforme anota Stamatis:

Pode-se ilustrar esta posição no domínio particular da linguagem jurídica, invocando as razões [...], aptas a invalidar essencialmente a força máxima de uma concepção “realista” da linguagem jurídica. É fora de dúvida [...] que há noções que se referem à realidade empírica. (Traduzimos). [56]

O Direito pode ser estudado na perspectiva de pelo menos dois campos diferenciados da Lógica: Lógica Formal e Lógica Não Formal. Existem, por conseguinte, dois tipos de raciocínios no Direito: os lógico-dedutivos ou lógico-formais e o dialético, denominado assim por Perelman, que tratam de argumentação jurídica. Enquanto uma operação lógico-formal prevê uma demonstração de seus postulados, a argumentação é um mecanismo de pensamento prático.

2.3 A insuficiência da Lógica Formal para o Direito

Desde o positivismo jurídico, a justiça passou a ser uma qualidade do que é legal, baseada na representatividade, sendo formal, para garantir a segurança jurídica. A legitimidade e a legalidade se confundiam.

Kelsen, formalista ao extremo, considerava a justiça como um ideal irracional, importando-se apenas com a lei posta, que se estruturava por meio de regras. O positivista, portanto, busca estabelecer uma separação rigorosa entre Moral e Direito, diferentemente do Direito natural que defende um padrão de validade baseado na moral que é superior ao do Direito positivo.

Para o positivismo, a atividade do juiz é meramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, de um conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado.

Perelman explica que, à época do positivismo, o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei foi considerado mera operação dedutiva, devendo a solução ser apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, sem levar em conta seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável. Ignorava, por completo, os juízos de valor[57].

Percebemos que o positivismo jurídico encontra respaldo na Lógica Formal, ao argumento de que “a expressão de um julgamento de valor, a justificação de uma escolha ou decisão, os fundamentos de nossas ações e de uma porção significativa dos nossos pensamentos constituem-se atos subjetivos e arbitrários”. [58]

Ocorre que, com o relativo abandono do pragmatismo no final do século XIX e início do século XX, entra em cena a idéia de valor, que alcança também o Direito. Atualmente, período pós-positivista, a norma jurídica é formada não só por regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores.

Atentemos para o fato de que não só a norma-princípio emana valores, mas também a norma-regra, só que de forma diversa. O conteúdo axiológico de uma regra é bem menor do que o teor de um princípio, já que os valores, seguindo os ditames clássicos, são fatores que determinam a conduta humana. A estrutura fechada da regra não permite uma análise valorativa tão grande como ocorre com a estrutura aberta e abstrata dos princípios.

Dessa forma, parece claro que o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, baseado na Lógica Formal, com raciocínios meramente dedutivos, é insuficiente para atender ao Direito. O sistema jurídico, na opinião de Stamatis,

[...] forja uma ordem aberta dirigida para um horizonte de potencialidade. Rica em possibilidades, a ordem jurídica é então potencialmente mais larga do que suas cristalizações normativas historicamente concretas; é também uma ordem de liberdade ao mesmo tempo que uma ordem de segurança e de coração. [59] (Traduzimos).

Algo que já era tratado no campo da Filosofia, por meio da Teoria do Conhecimento, que reconhece o valor como fator determinante da conduta humana, ou seja, do sujeito cognoscente em busca do objeto cognoscível, entra na esfera jurídica.

No âmbito do Direito, percebemos que este é criação da racionalidade humana para tolher o livre arbítrio, permitindo a convivência pacífica entre os homens. Logo, o Direito é formado, em geral, por normas, que são criações humanas, cujas ações são delimitadas por valores. Da mesma forma, o Direito é interpretado e aplicado pelo homem, que, utilizando sua racionalidade, busca uma solução conveniente para o caso concreto.

Constatamos, pois, que o homem é um ser axiológico, o que acaba reflete no direito, sendo invadido pelos valores, demonstrando a insuficiência dos raciocínios lógico-formais, ocorrentes por meio da dedução.

Perelman explica que isto decorre do fato de que “na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento da sua tarefa, na solução dos casos específicos”. [60]

Segundo Perelman, o recurso aos princípios gerais do Direito é hoje o sucedâneo na busca de fundamento para o Direito no direito natural. De acordo com o Filósofo polaco-belga, referidos princípios não são considerados regras permanentes e imutáveis, mas critérios de legitimadores que devem ser levados em consideração.

Em relação à valoração no Direito, questiona Alexy

[...] onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações.[61]

Nesse sentido, o antagonismo entre jusnaturalismo e positivismo encontra-se superado, sendo o período pós-positivista marcado pelo recobro dos princípios que aparecem com função normativa e a aceitação do juízo de valor no Direito.

3 DIREITO, ARGUMENTAÇÃO E DISCURSO

Visualizada a insuficiência da Lógica Formal para atender o raciocínio jurídico, com reflexos na crise do positivismo jurídico, surgem algumas indagações: como produzir critérios que legitimem racionalmente as decisões judiciais? Como o juiz compatibilizará a segurança e a justiça, valores-base do Estado Democrático de Direito? Como equilibrar valor com racionalidade? Essas e outras questões serão analisadas, ainda que rapidamente, no presente tópico.

É para tentar encontrar respostas a esses questionamentos que surge a Teoria da Argumentação Jurídica, sendo a racionalidade prática o denominador comum deste campo. Atienza destaca que, no âmbito do Direito, as argumentações ocorrem em três momentos distintos: na produção e estabelecimento da norma jurídica; na aplicação de normas jurídicas e, por fim, na dogmática jurídica. [62]

Não há dúvidas de que tudo o que foi desenvolvido até o presente momento é com o intuito de encontrar uma forma de justificar racionalmente uma decisão judicial, objetivando o ideal de justiça. A justiça é o objetivo maior do Direito, o valor-mestre do qual emanam os demais, inclusive a segurança. A segurança existe para alcançar a justiça. É um instrumento para o fim do Direito; mas que justiça é essa? Será possível uma justiça universal, aceita em todos os povos, locais, culturas e tradições? Ela poderá ser justificada e controlada racionalmente, a fim de evitar o arbítrio e a insegurança jurídica?

Diante desta problemática, são vários os autores que pretendem elaborar uma teoria da argumentação de modo a justificar racionalmente as decisões judiciais e que efetivem a justiça material.

Toda lide implica um desacordo, um conflito, e o papel do juiz é encontrar uma solução razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária. Diante disso, Perelman nos traz a seguinte questão: “sendo a sentença uma decisão, e não uma conclusão impessoal e impositiva a partir de premissas incontestes, ela supõe a intervenção de uma vontade. Como mostrar que ela não é arbitrária?”[63]

Perelman pretende delimitar uma racionalidade mínima para o valor justiça, que é, para ele, o mais confuso de todos os valores. A análise lógica da noção de justiça parece constituir verdadeiro desafio.

Por conta disso, o autor recupera da Filosofia grega a perspectiva lógico-retórica, adequando-a ao contexto jurídico hodierno, passando a denominá-la Nova Retórica. Situa, assim, o conceito de argumentação no campo da Retórica.

Na opinião de Perelman, não é possível reduzir o Direito a um aglomerado de leis, pois uma lei necessariamente terá que ser interpretada para ser aplicada. E as interpretações, por sua vez, podem variar em função do tempo. A realidade jurídica é um campo imensamente maior do que aquele coberto por uma legislação formalmente válida.

Para que uma justificação racional da ação e do pensamento seja possível, é necessária uma teoria geral da argumentação que parta do paradigma da racionalidade prática, constituindo-se a terceira via entre o racional e o irracional.

Toda justificação racional demanda uma argumentação racional porque justificar não é calcular, mas argumentar. O uso prático da razão pretende fornecer regras e critérios que podemos submeter à adesão de todos.

Alexy busca a institucionalização da justiça, por meio de uma correção. Define justiça como “a correlação que tem a ver com o ato de distribuir e de compensar”. [64] (Traduzimos). Ele destaca, no entanto, que a correção do nosso juízo de justiça depende dos interesses e necessidades de todos os envolvidos, assim como da tradição e cultura.

Dessa forma, é impossível elaborar um conceito de justiça que seja aplicado em qualquer sociedade. Pode-se asserir que a justiça sempre estará presente na essência do ser humano, por mais que ele não tenha conhecimento das normas, ou seja, terá sempre uma pré-compreensão do Direito. O sentido, porém, sua matéria, é que será delimitada de acordo com aspectos histórico-culturais e axiológicos.

O Direito tem uma função social a cumprir, não pode ser realizado, de modo efetivo, sem referência à sociedade que deve reger. E a argumentação jurídica racional opera com valores aceitos num determinado tempo e espaço. Da mesma maneira, temos a busca efetiva pela justiça, vinculada a esta função social.

Para tentar resolver as incertezas acerca da justiça, Alexy encontra na Teoria do Discurso uma solução para o dilema. Segundo esse autor,

A teoria do discurso oferece uma saída para este dilema. De um lado, surge o fato de que podemos argumentar de modo racional sobre a justiça, o que nos conduz para além da posição emotivista-subjetivista. Por outro lado, podemos perceber que uma teoria da justiça só será aceitável quando levarmos suficientemente em conta os interesses e necessidades bem como a tradição e cultura de todos os implicados. Isso transforma a teoria do discurso em base de uma teoria da justiça. [65] (Traduzimos).

No procedimento discursivo, enquanto o raciocínio lógico-formal produzido no Direito segue os postulados da inferência dedutiva ou indutiva inerentes ao esquema da Lógica Formal, o raciocínio jurídico típico busca se legitimar mediante a aceitação do discurso argumentativo pelos destinatários.

Acerca do discurso do Direito, Alexy ressalta que

[...] a necessidade do discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que, em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a algum resultado, não garante nenhuma segurança definitiva. [66]

Por conta disso, Alexy assinala que a Teoria do Discurso é uma teoria procedimental da correção de normas. A norma só pode ser considerada correta se for oriunda de um discurso prático racional.[67]

Habermas defende a ação comunicativa, revelada num procedimento argumentativo em um discurso dirigido ao consenso. Sustenta que o discurso garante duas condições básicas, de forma simultânea:

[...] que todo participante individual é livre, no sentido de ter autoridade epistêmica na primeira pessoa, ao dizer “sim” e “não”. [...] que esta autoridade epistêmica se exerça com a busca de um acordo arrazoado, de modo que só se selecionem soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os implicados e atingidos. [68] (Traduzimos).

Propõe, assim, uma ética do discurso para esclarecer não apenas as questões da compreensão intersubjetiva, mas também identificar, por meio dos pressupostos pragmáticos da linguagem, uma fundamentação intersubjetiva e também racional das normas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do desenvolvimento de uma teoria da argumentação no Direito para responder aos problemas urgentes expressos pela teoria jurídica contemporânea reside na tentativa de estabelecer um método de argumentação jurídica que possa ser considerado racional.

A interpretação do Direito não tem como excluir a *ratio legis*. Além disso, as controvérsias na atividade de aplicação da lei são inevitáveis, fazem parte da vida do Direito. É exatamente por isso que existe a possibilidade de se recorrer ao Judiciário. Entram aqui, sem dúvidas, a ética e a responsabilidade do julgador, já que, por mais que se tente controlar racionalmente as decisões, sempre haverá uma margem de liberdade do juiz, pelo fato de se constituir um ser axiológico.

Não adianta ao profissional do Direito saber tudo o que está previsto nas normas, decorar os códigos, leis, se ele não consegue organizar suas idéias e efetivamente aplicá-las, por meio de uma argumentação motivada e também racional. Resta ultrapassada a idéia do jurista bitolado e limitado a um conjunto de normas. Até porque a crise do positivismo jurídico comprova que a Lógica Formal e o raciocínio dedutivo, por meio de estruturas fechadas, não conseguem responder às demandas levantadas pelo Direito.

Como visto, no período pós-positivista, a norma jurídica é formada não só pelas regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores, imperando uma nova forma de ver o Direito, de interpretar e aplicar as normas jurídicas, exigindo uma nova atitude do julgador.

Concluimos, assim, que o estudo da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação é fundamental para o operador do Direito, na medida em que oferece meios de estabelecer um raciocínio jurídico correto e verdadeiro, na busca da persuasão e do convencimento do seu público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane et al. Granada: Editorial Comares: 2005.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

DI NAPOLI, Joannes. *Manuale Philosophiae: Introductio generalis-logica-cosmologia*. Tourino: Marietti editori, 1959.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GREDT, Josephus. *Elementa philosophiae*. Vol. I. Freiburg: Herder, 1956.

HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Traducción de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006.

JOLIVET, Régis. *Curso de Filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1961.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

NERICI, Imideo Giuseppe. *Introdução à Lógica*. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1978.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STAMATIS, Constantin M. *Argumenter en Droit: une théorie critique de l'argumentation juridique*. Paris: Publisud, 1995.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

[1] NERICI, Imideo Giuseppe. *Introdução à Lógica*. 9. ed. São Paulo: Nobel, 1985, p. 13.

[2] JOLIVET, Régis. *Curso de Filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1961, p. 25.

[3] LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 631.

[4] Apud NERICI, op. cit., p. 16.

[5] NERICI, op.cit., p. 17.

[6] Régis Jolivet diferencia a Lógica da Ciência da Lógica Natural, na medida em que esta se caracteriza “como uma aptidão inata do espírito para usar corretamente as faculdades intelectuais, mas sem ser capaz de justificar racionalmente, recorrendo aos princípios universais, às regras do pensamento correto”. JOLIVET, op. cit., p. 25.

[7] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1.

[8] Como podemos perceber, o estudo da lógica desenvolve-se em torno da verdade. E afinal, o que se entende por verdade? Analisando a pesquisa filosófico-científica, a verdade se desdobra em vários conceitos. De acordo com Nérici, ela pode se manifestar em: a) *correspondência entre o conhecimento e objeto*, sendo o conceito mais antigo revelando-se como o acordo do pensamento com os seus objetos; b) *coerência lógica*, afirmando que o juízo será verdadeiro quando se ajustar às normas e leis do pensamento; c) *utilidade prática*, que traz o conceito de funcionalidade, defendendo o argumento de que uma teoria será verdadeira se, por meio dela, for possível explicar uma série de fenômenos e agir mais eficientemente sobre o meio. E o erro é o oposto da verdade. NERICI, op. cit., p. 17-18.

[9] A Lógica Formal repousa sobre quatro princípios fundamentais que permitem todo o desenvolvimento da Lógica, que dão validade a todos os atos do pensamento, a saber: a) o princípio de identidade trata de o que é, é; b) o princípio de contradição afirma que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; c) o princípio do terceiro excluído expressa que toda coisa deve ser ou não ser; e d) o princípio de razão suficiente formula que todas as coisas devem ter uma razão suficiente pela qual são o que são e não são outra coisa. NERICI, op. cit., p. 30-31.

[10] NERICI, op. cit., p. 29.

[11] JOLIVET, op. cit., p. 30.

[12] ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 141.

[13] DI NAPOLI, Joannes. *Manuale Philosophiae: Introductio generalis-logica-cosmologia*. Torino: Marietti editori, 1959, p. 53.

[14] VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 79.

[15] JOLIVET, op., cit., p. 31.

[16] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.

[17] Na formação do conhecimento, temos três elementos: o sujeito cognoscente (aquele que conhece ou quer conhecer, ser dotado de intelecto e razão), o objeto cognoscível (aquele a ser conhecido) e a atividade, que pode ser definida como tudo o que o sujeito cognoscente, comandado pela mente, desenvolve para interagir com o objeto.

[18] NERICI, op. cit., p. 32.

[19] O sentido é livre, mutável, porque o palco de sua criação é o pensamento. Para Falcão, o sentido é inesgotável, pois vai depender do sujeito cognoscente, do seu pensamento e dos valores que vão refletir nas suas escolhas. Admitir-se um sentido rigidamente objetivo, querendo com isso dizer algo imune a qualquer ponto de vista do sujeito cognoscente, importaria querer-se afirmar algo que existencialmente é impossível. FALCÃO, op. cit., p. 33-35.

[20] DI NAPOLI, op. cit., p. 54.

[21] DI NAPOLI, op. cit., p. 62.

[22] Segundo Gredt, “podemos distinguir o conceito formal (subjetivo, propriamente dito), e conceito objetivo (analogicamente dito). O conceito formal é aquilo em que entendemos e o objetivo é aquilo que entendemos formalmente, ou seja, por si mesmo, ou a razão objetiva, que por meio do conceito formal imediatamente se apresenta à mente”. (Traduzimos). GREDT, Josephus. *Elementa philosophiae*. Vol. I. Freiburg: Herder, 1956, p. 10.

[23] NERICI, op. cit., p. 32-33.

[24] NERICI, op. cit., p. 33.

[25] JOLIVET, op. cit., p. 31.

[26] DI NAPOLI, op. cit., p. 71.

[27] NERICI, op. cit., p. 43.

[28] Gredt explica que o “o juízo pode ser considerado logicamente e fisicamente. O juízo logicamente considerado (como artefato lógico) é algo complexo, que une e separa, isto é, que se refere mutuamente em relações, em razão da identidade e da discrepância; nisso consiste a sua forma. Fisicamente considerado, o juízo é um simples ato pelo qual a mente, percebendo a conveniência ou inconveniência entre sujeito e predicado, diz que eles convém ou não convém entre si”. (Traduzimos). GREDT, op. cit., p. 27.

[29] JOLIVET, op. cit., p. 37.

[30] DI NAPOLI, op. cit., p. 73.

[31] Segundo Di Napoli, “na enunciação, a matéria são os termos (sujeito e predicado); a forma é a afirmação e a negação. A forma é indicada pelo verbo ser, que também é chamado de ligação, que liga (afirma) ou desliga (nega) o predicado do sujeito”. (Traduzimos). DI NAPOLI, op. cit., p. 74.

[32] PERELMAN, op. cit., p. 1.

[33] DI NAPOLI, op. cit., p. 97.

[34] NERICI, op. cit., p. 56.

[35] GREDT, p. 8.

[36] LALANDE, op. cit., p. 631.

[37] NERICI, op. cit., p. 56-57.

[38] Alves salienta que o pensamento dedutivo é o único que interessa à Lógica Formal, na medida em que “somente neste temos a possibilidade de fazer afirmações concludentes, quer dizer, afirmar proposições de modo necessário (apodíticas) por consequência de outras que são suas premissas. Quando tiramos, a partir de determinadas premissas, certa conclusão que se nos impõe racionalmente e de forma incontrollável, dizemos que estamos inferindo de modo analítico. Essa inferência analítica diz respeito à necessidade ideal ou racional que marcha do princípio para a consequência, como ocorre com os objetos matemáticos e os lógicos”. ALVES, op. cit., p. 120.

[39] PERELMAN, op. cit., p. 1.

[40] PERELMAN, op. cit., p. 2.

[41] DI NAPOLI, op. cit., p. 97-98.

[42] DI NAPOLI, op. cit., p. 100.

[43] Um tipo interessante de silogismo é o categórico. Gredt o define como “um argumento em cujo antecedente são comparados dois termos com um terceiro, para que daí seja inferido o consequente, que enuncia que aqueles dois termos convém ou não entre si”. GREDT, op. cit., p. 53.

[44] O silogismo era, para Aristóteles, padrão do raciocínio analítico, enunciado pelo clássico esquema: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C”. Percebamos que, de acordo com a fórmula, o referido raciocínio é válido independente de que termos seja A, B e C, ou seja, independentemente do conteúdo. Trata-se, assim, de lógica formal.

[45] Inferência, segundo Copi, “é um processo pelo qual se chega a uma proposição, afirmada na base de uma ou de outras mais proposições aceitas como ponto de partida do processo”. Nesse sentido, “o lógico não está interessado no procedimento de inferência, mas nas proposições que são os pontos iniciais e finais desse processo, assim

como nas relações entre elas”. COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1981, p. 21.

[46] ALVES, op. cit., p. 141.

[47] DI NAPOLI, op. cit., p. 127.

[48] VILANOVA, op. cit., p. 59.

[49] ALVES, op. cit., p. 128-129.

[50] VILANOVA, op. cit., p. 84-85.

[51] VILANOVA, op. cit., p. 86-87.

[52] VILANOVA, op. cit., p. 106.

[53] PERELMAN, op. cit., p. 13.

[54] VILANOVA, op. cit., p. 111.

[55] Puigarnau ressalta um dos óbices para a indução, ao acentuar que “salta la vista que el problema de la inducción estriba en determinar cuál sea el fundamento o principio de la misma, esto es, en justificar o legitimar el tránsito de la pluralidad a la totalidad y de la mera realidad a la necesidad”. PUIGARNAU, Jaime M. Mans. *Logica para juristas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1978, p. 128.

[56] STAMATIS, Constantin M. *Argumenter en Droit: une théorie critique de l’argumentation juridique*. Paris: Publisud, 1995, p. 128.

[57] PERELMAN, op. cit., 135.

[58] MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 30.

[59] STAMATIS, op. cit., p. 232.

[60] PERELMAN, op. cit., p. 221-222.

[61] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008, p. 38.

[62] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 18-19.

[63] PERELMAN, op. cit., p. 222.

[64] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane et al. Granada: Editorial Comares: 2005, p. 57.

[65] ALEXY, op. cit., p. 59-60.

[66] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008, p. 275.

[67] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane et al. Granada: Editorial Comares: 2005, p. 60.

[68] HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Traducción de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 30-31.

A LÓGICA JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DO SILOGISMO JUSPOSITIVISTA*

LA LÓGICA JURÍDICA E LA SUPERACIÓN DEL SILOGISMO JUSPOSITIVISTA

Giovani da Silva Corralo

RESUMO

Este trabalho busca a análise crítica do raciocínio jurídico no paradigma positivista, a fim de superá-lo, uma vez que a sua reprodução colabora para a manutenção do status quo jurídico-social. Para tanto, é fundamental que se discorra sobre a origem histórica e o desenvolvimento teórico do juspositivismo, com especial atenção à sua teoria da interpretação. Após, analisam-se os processos lógicos de produção do conhecimento, especialmente a lógica silogística, focados na sua aplicação na práxis judiciária, com o intuito de demonstrar a sua insuficiência na resolução dos complexos problemas da sociedade contemporânea brasileira. Por fim, demonstra-se que a crise porquê passa o positivismo jurídico também está calcada na lógica jurídica adotada, razão pela qual é preciso superá-la.

PALAVRAS-CHAVES: INTERPRETAÇÃO;LÓGICA;POSITIVISMO JURÍDICO.

RESUMEN

Este trabajo busca la análisis crítica del raciocinio jurídico en el paradigma positivista, a fin de tener su superación, porque su reproducción ayuda a mantener el status quo jurídico-social. Así, es crucial la comprensión sobre la origen histórica y el desarrollo teórico del juspositivismo, con especial relevo para su teoría de la interpretación. Después, se estudia los procesos lógicos de producción del conocimiento, especialmente la lógica silogística, con base en su aplicación en la práxis judicial, con el propósito de traer su insuficiencia en la resolución de los complexos problemas de la sociedad contemporânea brasileira. Por fin, se mostra que la crise del positivismo jurídico también está fundamentada en la lógica jurídica adotada, que debe ser superada.

PALAVRAS-CLAVE: INTERPRETACIÓN;LÓGICA;POSITIVISMO JURÍDICO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a lógica adotada pelo positivismo jurídico, fundamentada na sua Teoria da Interpretação, que tem contribuído para a manutenção e reprodução de um modelo jurídico comprometido com o *status quo* vigente. Isso se demonstra pelo abismo existente entre a realidade dos fatos e a realidade normativa pugnada pela Constituição Federal de 1988, que passados 20 anos da sua promulgação, ainda se encontra distante de uma efetiva e factual concretização das suas normas.

É diante desse contexto que se analisa, pormenorizadamente, o surgimento histórico e os fundamentos teóricos do positivismo jurídico, especialmente a forma adotada para a interpretação dos textos legislativos. Assim, o estudo do raciocínio jurídico efetivado pelo positivismo é crucial, entendendo-se por raciocínio tanto o produto de uma atividade como a atividade em si, questões essas que se encontram imbricadas e que são indissociáveis, até mesmo porque não se pode desvincular o resultado do processo do processo em si, uma vez que ambos estão inter-relacionados numa retro-alimentação permanente.[1]

Considera-se lógica a disciplina que tem por foco o estudo do pensamento, dos caminhos percorridos na construção do conhecimento, do raciocínio propriamente dito.[2] Por conseqüência, superam-se as concepções eminentemente formais, focadas somente na forma do pensamento, para abranger também o seu conteúdo. A lógica, assim, tem por foco o raciocínio e os seus pressupostos (idéias, juízos...), verificando-lhes a adequação aos fins propostos. No presente trabalho, discorre-se sobre a lógica jurídica, que tem por objeto a aferição do raciocínio dos juristas na produção do direito. Mais especificamente, coloca-se em xeque a lógica pugnada pelo positivismo jurídico, indissociável da sua forma de interpretar os textos normativos e do arcabouço ideológico e conceitual que lhe é subjacente.

A complexidade da sociedade contemporânea do final do sec. XX e início do séc. XXI traz a necessidade de métodos (*meta+odos*: caminho para) adequados para a compreensão dos fenômenos sociais. No caso do direito, a aplicação é ínsita à compreensão e interpretação, alçando o construtor da ordem jurídica a uma condição *sui generis* no comparativo com as outras ciências sociais, pois o seu labor consubstancia-se num processo de normatização da sociedade, através da criação de normas jurídicas a partir dos textos jurídicos-legislativos positivados.

Para que o objetivo deste trabalho possa ser alcançado é que se parte de uma análise da origem e evolução do positivismo jurídico, tanto numa perspectiva diacrônica como sincrônica, pois o entendimento histórico-conceitual-teórico imbrica-se para a adequada compreensão do juspositivismo. Em seqüência, parte-se para a análise crítica do silogismo positivista, elemento essencial na interpretação levada a cabo por essa corrente do pensamento jurídico, apresentando-se a necessidade premente da sua superação para que o Estado Democrático de Direito exposto na Constituição Federal possa exsurgir e, conseqüentemente, suas normas possam dotar-se de eficácia e efetividade.

1 Origem e Evolução do Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico, concepção do fenômeno jurídico que reduz o direito estritamente à lei posta pelo Estado,[3] encontra o seu gênesis na Escola da Exegese, que se constitui no início do séc. XIX, na França. Essa forma de compreender o direito encontra no período pós-revolucionário os pressupostos para o seu desenvolvimento: a) Estado de Direito, com a respectiva repartição de competências entre as funções estatais, conferindo ao Legislativo o poder de apor leis válidas; b) Codificação empreendida com o Código de Napoleão, que buscou abarcar num texto legislativo os signos lingüísticos suficientes para fundamentar as normas necessárias para a regulação social.

L'État légal, superador do *ancien regime*, significou uma mudança paradigmática do Estado francês, solapando o absolutismo reinante. Não obstante a manutenção de muitas instituições do regime anterior, até mesmo por uma questão de sobrevivência, estas foram se amoldando às exigências trazida por esta nova ordem, pautada pela repartição de competências entre as funções estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário, como também pelo monopólio estatal da produção jurídica, conferida ao Legislativo.[4] Todas as disposições textuais que não fossem oriundas do poder Legislativo não eram consideradas válidas, logo, não serviam de fundamento para a resolução dos mais diversos litígios em apreciação pelo Judiciário.

O Estado de Direito francês, pós-revolucionário, pautou-se pelo atendimento dos desejos de uma burguesia ascendente, impulsionadora dessa nova ordem, que por sua vez, deveria consignar as condições necessárias para o desenvolvimento de um capitalismo expansionista. Por isso Karl Marx afirma que os direitos humanos nas Constituições Francesas – direito à liberdade, igualdade, propriedade e segurança – são direitos de um homem egoísta, necessários para o desenvolvimento solipsista do ser humano, desagregado dos outros indivíduos: “os direitos humanos (...) nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa (...) do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade.”[5]

A separação entre as funções estatais assume contornos rígidos, diminuindo-se as competências jurisdicionais, chegando até mesmo a vetar a própria interpretação da lei pelos magistrados, já que estes poderiam desconstituir a vontade legislativa. À autoridade jurisdicional competia simplesmente repetir o texto legal, sem alterar-lhe o significado.[6] Diante de insuficiências legais, em 1790 foi instituído um recurso geral, para todos os tribunais, dirigido ao Legislativo, a quem competia efetivar a sua interpretação.[7] Também foi criado um Tribunal de Cassação, responsável pela fiscalização dos órgãos judiciais, a quem estes deviam prestar contas periódicas.[8]

O próprio sistema do contencioso administrativo francês - sistema de direito administrativo onde os litígios que envolvem a Administração são julgados por tribunais administrativos e não pelo Judiciário, previa o contencioso de interpretação, espécie de recurso submetido aos tribunais administrativos quando necessária a adjudicação de sentido a determinado ato administrativo obscuro/vago. [9] A interpretação de um ato

administrativo pelo Judiciário era visto como uma interferência à atividade administrativa, logo, aos tribunais administrativos competia essa interpretação, normalmente acessória a um litígio judicial.

Além disso, a hierarquia normativa na França considerava a Declaração de Direitos como uma fonte hierarquicamente superior à Constituição, que era superior às demais leis, por sua vez superiores aos atos administrativos do Executivo para a sua aplicação. Isso na teoria. A tentativa de um Estado constitucional cedeu à efetividade de um Estado legal, pois as leis – amparadas pela generalidade, em contraposição aos privilégios legais do regime anterior – acabaram se impondo sobre a própria Constituição.[10]

As codificações, por sua vez, significaram uma tentativa de positivação das regras necessárias para a resolução dos conflitos inter-individuais, já que o direito no paradigma liberal-individualista está centrado na resolução desse jaez de litígios. Essas regras também tiveram a sua origem no jusnaturalismo, entretanto, após a sua consolidação em textos expedidos pelo Poder Legislativo, mais especificamente o Código de Napoleão, passou-se a considerar como direito somente essas disposições, ignorando-se toda e qualquer outra fonte que não seja a lei expedida pelo Estado. O direito natural passou a integrar o campo do não-direito, por mais que os construtores do Código de Napoleão tivessem deixado uma “válvula de escape” no famoso art. 4º: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”[11]

O direito positivo, que no decorrer da história apresentara, ora momentos de supremacia (p. ex. antiga Grécia e Roma), ora momentos de submissão ao direito natural (p. ex. Idade Média), passou a ser considerado não como fonte preponderante do direito, mas como sua única fonte. O recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito somente eram aceitos para a resolução de eventuais lacunas da lei, já que ao magistrado não se admitia a excusa de proferir o direito.

Dessa forma, o imutável Direito Natural, composto por normas universalmente válidas para todos os povos e gerações, acessível pela razão em virtude da sua ínsita necessidade ao desenvolvimento humano, passou a integrar o campo do não-direito, já que não correspondia a uma manifestação estatal de vontade por órgão competente. As concepções da Escola Clássica do Direito Natural forjada por Hugo Grócio, Samuel Pufendorf e John Locke, no séc. XVII, calcada na indelével força da razão, acima de quaisquer concepções teológicas, foram sepultadas pelo positivismo exurgente do séc. XIX.[12]

O positivismo jurídico também não pode ser confundido como sinônimo do positivismo científico de Augusto Comte. Pertencem ao mesmo período histórico, já que se desenvolvem no séc. XIX; abeberam-se das mesmas fontes do conhecimento, com especial influência do iluminismo e o conseqüente racionalismo imperante no pensamento ocidental, que empodera a razão enquanto molda propulsora do desenvolvimento humano; utilizam-se dos mesmos métodos, apropriando-se dos procedimentos utilizados pelas ciências naturais; ambas as construções teóricas possuem uma grande preocupação com a segurança, jurídica de um lado, científica do outro – a segurança do direito está nos textos legislativos emanados do órgão competente e a segurança científica está na observação dos fenômenos apreensíveis ao

homem.[13] Ademais, pode-se afirmar que o pensamento positivo comtiano, na sua configuração reordenadora do conhecimento, pode servir de base para juspositivismo.

Entretanto, essas correntes do pensamento humano possuem contornos e configurações distintas. O positivismo jurídico é desenvolvido, inicialmente, pela Escola da Exegese, na França; o positivismo científico é fruto da construção teórica do matemático e filósofo francês Augusto Comte; o positivismo jurídico está focado numa melhor compreensão do fenômeno jurídico para a sua aplicação prática; o positivismo científico traz uma explicação filosófica da sociedade, alicerçada numa reestruturação desta e do próprio homem nos termos do pensamento positivo; o positivismo considera direito os textos legislativos postos pelo Estado; o positivismo científico busca transformar a sociedade, o homem e o próprio conhecimento com base no pensamento positivo.[14]

O positivismo jurídico, por coerência aos seus postulados, vai possuir uma concepção avaliativa do direito, não o interligando a quaisquer valores. Por óbvio, se o direito deve ser compreendido somente em relação às leis emanadas pelo Estado, que prevalecem sobre quaisquer outras fontes, com base na equivalência *lei válida = lei posta*, a ciência jurídica não pode compreender o ordenamento com base em valores pressupostos. O foco de estudos deve ser a lei válida, seja qual foi esta lei, seja qual for o seu mandamento, sejam quais forem as valorações do legislador ou do órgão estatal encarregado em positivá-la. Está-se diante de uma concepção eminentemente formal do Direito, que prescinde do conteúdo das normas postas pelo Estado.

Mais do que isso, vai desenvolver uma teoria própria do Direito, calcada nos seguintes fundamentos:[15]

- a) Direito como coação: as normas postas pelo Estado são destinadas precipuamente aos juízes, a fim de regular o uso da força coativa estatal. A coação é o objeto das normas que trazem sanções, definindo quem, quando, como e quanto de coação pode/deve o Estado impor a quem descumpra os seus mandamentos;
- b) Fontes: a teoria das fontes, construída sob o pressuposto de um ordenamento complexo e hierárquico, apresenta a lei no seu ápice, preponderando sobre quaisquer outras fontes;
- c) Imperativismo: as normas postas pelo órgão estatal competente constituem-se em comandos a serem observados, adentrando na categoria de imperativos hipotéticos. Isso porque o direito não é forjado por normas descritivas de uma realidade posta, mas constituído por proposições prescritivas, que apontam conseqüências para determinados comportamentos, sem relação de causalidade (postulado do dever-ser às normas jurídicas positivas);
- d) Teoria do ordenamento: alicerçam-se na unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico. A unidade repousa, faticamente, na Constituição, e a unidade desta, para fins lógico-teóricos, na norma fundamental, criação kelseniana para fechar o sistema jurídico. A coerência conduz à eliminação de antinomias, para o qual há os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. A completude remete o magistrado a encontrar as soluções para eventuais lacunas ou insuficiências legislativas no próprio ordenamento, já que este deve ser concebido como completo;

e) Teoria da interpretação: na busca máxima de segurança jurídica, o positivismo atrelou-se às interpretações textuais (gramatical, teleológica, sistemática e histórica), inicialmente fundadas no signo lingüístico (interpretação estática), e posteriormente no seu significado (interpretação dinâmica), o que possibilitou uma adequação histórica aos textos legislativos. É nesse ínterim que se avança da busca da vontade do legislador para a vontade da norma. O papel do direito consubstancia-se numa atividade declarativa, não construtiva-produtiva de significados, mas atrelada ao signo. Nas extremas situações onde se aceitasse a lacuna ou insuficiência legislativa o positivismo apresentou a interpretação extratextual, onde exsurtem as analogias *legis e juris*. [16]

Segundo Castanheira Neves,[17] a relação intencional que o positivismo jurídico estabelece entre a razão e o procedimento é de uma exterioridade construtiva, pautada por uma pré-determinação finalística e por um *logos* prescritivo, com base num método ideal-matemático-dedutivo, que é a base de uma técnica que converge para a prática nos moldes da ciência moderna. Além da redução do direito às normas postas pelo órgão competente, este é compreendido como um estatuto normativo-formal, num sentido dogmático e lógico-sistemático, alicerçado em conceitos abstratos que se constituem em premissas para uma lógica subsuntiva com estruturas invariáveis. O direito é concebido enquanto um objeto, totalmente distinto da moral e da política. [18]

A racionalidade positivista é de uma discursividade pura (estrutura sintática de lógica formal). Predomina a intenção teórica e normativo-dogmática (legalista ou analítico-lingüístico), numa concepção dogmática-sistemático-conceitual do direito, que constitui um sistema fechado, racional e auto-subsistente. O direito, conseqüentemente, é pressuposto/dado, com intenção de “verdade”. Assim, concebe-se o texto não apenas em termos expressivo, mas constitutivo e pré-determinado, excludente de uma mediação significativa que transponha os limites lingüísticos. O direito equipara-se à lei.

Ainda, para o jusfilósofo português, o modelo metódico da teoria positivista da interpretação pressupõe o texto como um objeto, seja na teoria subjetivista (*mens legislatoris*), seja na teoria objetivista (*mens legis*), seja na perspectiva analítico-lingüística (interpretação semântica para obter premissas). A evolução contínua da primeira para a segunda e terceira teorias marca um importante avanço na interpretação jurídica positivista, possibilitando uma melhor adequação do texto posto à realidade concreta. [19] Em todas essas situações impõe-se uma lógica dedutiva, alicerçada em premissas fundamentantes da decisão e respectivo juízo judicante. Os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico são fundamentais para a interpretação positivista, a primeira preponderando na teoria subjetivista e as três últimas na teoria objetivista.

O juspositivismo, enquanto uma concepção avaliativa do direito, encerra-se num normativismo formal-teórico-dogmático que tem a norma positiva como o *prius* metodológico, voltado à sua mera aplicação mediante uma técnica dedutivo-subsuntiva, que estigmatiza este processo enquanto uma simples reprodução de sentidos adjudicados do texto oriundo da autoridade estatal competente.

2 O Silogismo Juspositivista: Considerações Críticas e Superação

A lógica é o *locus* filosófico que se atem ao estudo do complexo pensamento humano e suas conseqüências. Não obstante seja possível discorrer sobre importantes reflexões acerca do pensamento antes de Aristóteles (Zenão de Eléa, Sócrates, Parmênides...), foi com o estagirista que se forjou um trabalho mais profundo e sistemático sobre essa questão.[20]

A lógica aristotélica silogística tem preponderado desde a Idade Antiga, ganhando importante densidade teórico-filosófica na escolástica de Santo Tomás de Aquino, até mesmo pela sua adequação ao conhecimento científico e pelo seu caráter conservador-acrítico.[21]

Tal lógica é construída com base em três proposições: uma premissa maior (verdade inquestionável e geral/universal), uma premissa menor (particularidade) e uma conclusão, esta última inferida daquelas. As premissas são permeadas pelo termo médio, interligando-as conceitual-lógicamente, possibilitando que se infira uma conclusão, da qual não participa. Eis um modelo tradicionalmente trabalhado e que permite compreensão deste silogismo:

Os **homens** são mortais premissa maior

Sócrates é um **homem**[22] premissa menor

Logo, Sócrates é mortal conclusão

Desde já, apreende-se que a plausibilidade de tal forma de proceder na construção do raciocínio está na adequação das premissas. Ou parte-se de premissas verdadeiras ou o silogismo estará comprometido. Mais do que isso, várias regras são de observância obrigatória para que o silogismo possa concretizar-se com retidão:[23] tem que ter três proposições; a conclusão não pode ser mais abrangente do que as premissas:[24] o termo médio deve ser concebido universalmente uma vez:[25] o termo médio não pode estar na conclusão; duas premissas negativas não chegam a conclusão alguma:[26] duas premissas afirmativas não podem concluir negativamente; a conclusão seguirá a premissa negativa ou particular; duas premissas particulares nada concluem.[27] A essas considerações devem-se acrescentar os sofismas, que são artifícios que forjam raciocínios falsos.[28]

De acordo com essas regras, depreende-se que o silogismo aristotélico é eminentemente formal, abstraindo-se do conteúdo das proposições relacionadas, das quais se extrai a conclusão. É por essa razão que Aristóteles definiu este modelo metodológico como o ideal para as ciências da natureza, já que estas trabalham com a objetificação do seu foco de estudos. Ademais, tamanho emaranhado de regras formais demonstram a própria falibilidade do silogismo apofântico.

Entretanto, os pressupostos do conhecimento científico, que foram forjados nos últimos dois mil e quinhentos anos, se encontram em xeque. A complexidade do conhecimento alcançado no séc. XX fez ruir os inquestionáveis princípios da ordem, da separação, da

redução e da lógica silogística. As revoluções impulsionadas pela física quântica e pela interdisciplinariedade ressaltaram a complexidade do conhecimento humano, não mais apreensível através dos princípios aristotélicos da identidade, não contradição e terceiro excluído. A clássica lógica apofântica demonstrou-se insuficiente para abarcar esta realidade de complexidade crescente, especialmente diante das irreduzíveis e interligadas instâncias contraditórias que forjam o atual saber humano e que devem conviver conjuntamente numa dialógica pautada por um *modus* compreensivo distinto: ordem - desordem - desorganização.[29]

Como conseqüência dessa crise dos pressupostos do conhecimento científico-ocidental expõe-se: a) questionamento do conceito de lei e de causalidade, ambas relativizadas em virtude do viés probabilístico da lei e da assunção de um finalismo-pragmático; b) preponderância do conteúdo sobre a forma, já que o primeiro, estereotipado na cientificidade moderna, se expressa numa relação sujeito-objeto “que interioriza o sujeito à custa da exteriorização do objeto, tornando-os estanques e incomunicáveis”; c) superação da redução e especialidade em prol do relevo às relações entre as partes, o que evita distorções no conhecimento.[30]

O paradigma científico dominante da modernidade possui uma grande confiança epistemológica com base na distinção entre o conhecimento científico e senso comum e entre natureza e pessoa humana. As idéias matemáticas presidem, enquanto instrumento e lógica, a produção desse conhecimento teórico-científico: “é um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos.”[31] Essa mesma compreensão da natureza foi transposta para a compreensão da sociedade e descoberta das suas leis imutáveis, o que será aprofundado pelo Iluminismo, no séc. XVIII, que impulsiona o surgimento das ciências sociais, no séc. XIX, especialmente com o positivismo. Neste contexto predominou a aplicação dos princípios metodológicos e epistemológicos das ciências da natureza para as ciências sociais, não obstante a reivindicação de uma metodologia e epistemologia próprias às particularidades e especificidades humanas, já que as ciências sociais fundam-se na ação humana, subjetiva, compreensível via métodos qualitativos para a consecução de um “conhecimento intersubjetivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objetivo, explicativo e nomotético”. [32]

A crise desse paradigma dominante remete a uma crise do seu modelo metodológico, lógico-formal. O direito sob o manto juspositivista teve o encobrimento das particularidades e singularidades do caso concreto pela assunção de um postulado metodológico inadequado, silogístico-dedutivo, que o desconsiderava enquanto ciência social-prática.

Segundo Manuel Atienza a prática do direito centra-se na argumentação, que ocorre em três situações: a) produção de normas: abrange o período pré-legislativo e o momento legislativo propriamente dito, cujos procedimentos conduzem à produção de textos jurídico-normativos pelo órgão competente; b) aplicação: caracterizada, no processo jurisdicional e no processo administrativo, pela concretização das normas postas pelo órgão estatal; c) dogmática: ordena e sistematiza as normas postas, apresentando critérios para a produção e aplicação do direito.[33]

A argumentação jurídica pressupõe a necessidade dos argumentos jurídicos serem justificados, especialmente nos processos decisórios. Tal justificação deve situar-se não no campo da sua adequação formal-dedutiva, mas deve adentrar na sua materialidade, o que remete à superação do silogismo jurídico e do determinismo e decisionismo metodológicos.[34]

Para uma melhor compreensão dos limites e da falibilidade do silogismo e sua respectiva validade dedutivo-formal, Manuel Atienza faz uma análise do poema de Edgar Allan Poe *A Carta Roubada*, que gira em torno do roubo de uma carta na residência real, feita por um ministro, que tem a usado como forma de chantagem. Nessa estória o chefe de polícia não consegue encontrar a carta e pede auxílio a Dupin, que a encontra, partindo do pressuposto que o ministro é uma pessoa inteligente e que deixara a carta num lugar visível, como algo sem valor, pois isso seria inesperado quando da realização da busca. Ao explicar o fracasso da incursão anterior, descobre uma falácia levada a cabo pelo chefe de polícia, que deduziu que o ministro é um imbecil porque tem fama de poeta (todos os imbecis são poetas, logo, infere que todos os poetas são imbecis).

O jusfilósofo espanhol apresenta quatro silogismos a fim de demonstrar a falibilidade dessa lógica dedutiva, que não se impõe como correção às falácias materiais oriundas de premissas não-verdadeiras. Numa primeira situação apresenta uma argumentação válida logicamente, porém concludentemente falsa, pois oriunda de uma falsa premissa. No segundo caso uma argumentação inválida logicamente, porém concludentemente falsa, não obstante oriunda de premissas verdadeiras. No terceiro caso outra argumentação inválida logicamente, porém concludentemente verdadeira, oriunda de premissas verdadeira. No quarto caso a argumentação é válida logicamente, concludentemente verdadeira, oriunda de premissas verdadeiras.[35]

A principal crítica ao silogismo-dedutivo-formal está no fato de não propiciar critérios para a aferição da correção material dos argumentos, mas somente de falácias formais, pois se atem a critérios eminentemente formais, o que não é adequado para as ciências sociais-práticas como o direito, que também deve relevar a materialidade corretiva/válida dos argumentos.

Há argumentos não-dedutivos que orientam momentos decisórios, inferidos de proposições particulares que não possuem uma conclusão necessária - como ocorre na dedução formal -, mas conclusões prováveis.[36] Não há exatidão na certeza, mas apenas probabilidade. Por consequência, afirmam-se os limites do silogismo judicial: a) conduz a uma conclusão que servirá de base para a sentença e não à própria sentença; b) inexistência da necessidade dedutiva da sentença - salvo quando os argumentos não-dedutivos são transformados em dedutivos, pois a sentença pode variar sem contraditar as premissas; c) participação da convicção valorativa na construção dos pressupostos na determinação da sentença jurídica, ressaltado pelo seu caráter antimemático;[37] d) o silogismo judicial, que alcança um enunciado normativo, não é competente para adentrar no plano da ação, que por sua vez permeia a decisão judicial.[38]

Quanto à passagem das premissas à conclusão, necessária nos raciocínios analíticos-dedutivos e não necessárias nos raciocínios dialéticos:

Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatório, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.[39]

Mais do que isso, a lógica tradicional-silogística-dedutiva aprioriza os juízos da vida jurídica e o significado jurídico dos fatos, abarcando a própria atividade dogmática.[40]

Além de um controle meramente formal, ignora os elementos irracionais, contingentes e extralógicos que influenciam na decisão, como também a imanente dialeticidade do direito. O direito, enquanto *juris prudentia*, deve abarcar toda esta realidade, partindo da norma posta pelo órgão estatal como um pedaço objetivado da vida humana, conforme Recasens, revivendo-a na sua aplicação. A norma jurídica, assim revivida, deve adequar-se e adequar o caso concreto, permeado pela sua ínsita historicidade e circunstâncias próprias, sobre os quais incide um juízo axiológico que possibilita a criação de uma norma ao caso concreto.[41]

Trata-se da compreensão do direito como uma ciência prática e não como uma verdade-axiomática, que busca decisões razoáveis e argumentativas ao invés de decisões meramente racionais-monológicas, norteado por um normativismo dialético. A coerência material coexiste com a coerência formal e com a coerência axiológica-principiológica, ambas cruciais no processo de aplicação do direito. Do primado da lei ao primado dos valores.[42]

Na compreensão do direito enquanto ciência prática é que reside um dos pontos cruciais do raciocínio jurídico, distinguindo-o do raciocínio das ciências da natureza e das ciências humanas não normativas e, conseqüentemente, do seu método formal-dedutivo:

É nisto que o raciocínio jurídico se distingue do raciocínio que caracteriza as ciências, especialmente as ciências dedutivas – nas quais é mais fácil chegar a um acordo sobre as técnicas de cálculo e de medição –, e daquele que encontramos em filosofia e nas ciências humanas, nas quais na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece em suas posições. Por se quase sempre controvertido, o raciocínio jurídico, ao contrário do raciocínio dedutivo puramente formal, só muito raramente poderá ser considerado correto ou incorreto, de um modo, por assim dizer, impessoal.[43]

A lógica formal que (in)forma a metodologia do positivismo jurídico faz a desvinculação da individualizável história do caso em análise, visando uma abstração generalizável. A pressuposição de regras, num contexto metafísico, suficientes para dar conta da realidade via um processo de subsunção-dedutiva e, conseqüentemente, de objetivação sujeito-objeto, que não releva a importância dos princípios, é um dos postulados fundamentais do positivismo. Aliás, essa é uma das facetas da crise de dupla face acerca da qual discorre Lênio Streck, ou seja, a crise de um modelo de direito

insuficiente para enfrentar os problemas contemporâneos e supraindividuais de uma complexa sociedade.[44]

O uso do silogismo jurídico-judicial permite a distorção das suas conclusões via manipulação das premissas, pois o método analítico somente observa a formalidade do raciocínio.[45] Mais do que isso, na espacialidade penal, com o sistema inquisitório (ainda vigente no Brasil), a garantia de direitos não se encontra na dialética do sistema acusatório, mas na lei, vinculando a todos – especialmente o juiz-condutor. Como consequência está a distorção da lógica pela razão, decorrência do próprio processo lógico dedutivo-subsumtivo, e o surgimento de quadros paranóicos que distorcem a processualística e a garantia de direitos.[46]

Ainda quanto ao método silogístico, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma a sua insegurança, ou melhor, a certeza da possibilidade de manipulação das premissas, até mesmo porque possui enquanto ponto de partida um axioma indemonstrável[47]:

Neste campo, reinou e reina a analítica aristotélica, porque por excelência diz com o método da ciência. Para um direito órfão da vera e própria cientificidade, nada mais superficial que se engajar em algo do gênero, tendo-se por pano de fundo, por sintomático e mais uma vez, a aparente segurança jurídica. (...) Pense-se (...) como se estuda – e se ensina a sentença e o ato de sentenciar; o requerimento petição e o ato de requerer, e assim por diante. Tudo, enfim, resume-se a silogismos, muitas vezes sem qualquer sentido; ou o que é muito pior, que dão, categoricamente, o sentido.[48]

Segundo Castanheira Neves, trabalhar metodicamente com a lógica formal-dedutiva significa desconsiderar a realização jurídica na sua concreta problematidade e intencionalidade normativa material, fundamentais para a construção crítico-reflexivo do direito no seu *dever*. É visível a crise do sistematismo dogmático-conceitual do positivismo, que desconsidera o direito na sua realização, pois o reduz à abstração das normas postas positivamente. O positivismo oculta o problema jurídico em sua faticidade concreta, recorrendo a um pensamento cognitivo-analítico e lógico-dedutivo focado unicamente na *Lex scripta*. Trata-se de uma concepção que ignora o sentido prático-normativo e normativo-teleológico do direito, que se socorre a elementos extratextuais/transpositivos na concreta decisão judicativa.

A racionalidade jurídica deve ser eminentemente prática em uma atividade comunicativa sujeito/sujeito e não objetivadora sujeito/objeto, calcada numa troca dialógica-dialética de argumentos para a concretização de uma decisão razoável-situacional e prática-contextual, consoante as exigências normativas específicas compreendidas autonomamente. A dimensão problemática propicia uma abertura na textura dogmática da norma posta para a realização da justa e adequada juridicidade materialmente correta e normativamente plausível.

A interpretação jurídica tem que superar o postulado positivista do sentido hermenêutico-positivo para alcançar o sentido prático-normativo no caso concreto-

decidendo. Assim, a determinação dos sentidos dos signos lingüísticos deve ocorrer pela adjudicação do sentido jurídico numa função pragmática de uso variável e aplicável à problematidade concreta, como o resultado de um processo de interpretação que releva o caráter normativo-decisório-judicativo.

A realização jurídica na sua *práxis* requer a superação do primado da lógica para alcançar o primado da investigação da vida. A experimentação concretizadora conduz à reconstrução e problematização da dogmática (enquanto intenção teórica de tendência formalista) permeada por uma teleologia que reforçam a intencionalidade prática do direito numa abertura a elementos extratextuais/transpositivos na sua concreta realização. A interpretação, a aplicação e a integração no momento judicativo não são fases estanques, mas indissociáveis de um mesmo momento realizador, numa dialética que exclui quaisquer formalismos-dedutivistas:

A interpretação jurídica deixar de ser, assim, um pressuposto algoritmo metodológico ou uma técnica que simplesmente se postule, para ser um acto metodológico que se problematiza pelo problema geral da realização do direito – o seu problema é o próprio problema da realização do direito, e a sua intenção (jurídico-metodológica) a própria intenção jurídico-normativa dessa realização. Ou seja, a realização do direito não é o que for a interpretação jurídica considerada em si e como momento determinante daquela, antes a interpretação jurídica deverá ser o que a realização do direito, compreendida no seu sentido problemático-normativo específico, implique que ela deve ser.[49]

A índole analítico-interpretativa, peculiar ao positivismo, deve abrir-se para uma índole sintética-normativista, que tenha como base o caso concreto e a compreensão do direito enquanto uma ciência prática, hermeneuticamente aberta.[50]

A lógica dedutivo-formal positivista aplicada ao processo de construção do direito significa remontar a um positivismo-normativista-teórico incapaz de dar conta dos complexos problemas da sociedade contemporânea, já que possui enquanto *prius* metodológico a norma positiva, na compreensão de um sistema fechado, referido a estas mesmas normas enquanto pressuposto e enquanto fim.

A superação da lógica formal, seja na fase de elaboração legislativa, seja no momento da aplicação constitutiva das normas, seja na construção doutrinária, é crucial para que a faticidade de uma ciência prática como o direito possa exsurgir na sua índole normativa-concreta. As insuficiências deste modelo lógico também conduz à crise porque passa o positivismo jurídico e a sua inaptidão para dar conta dos problemas prático-normativos atuais.

Aliás, a lógica dedutivo-formal, originariamente aplicada às ciências naturais, tem estado numa grande crise paradigmática, que também conduz à sua superação enquanto modelo metodológico. Diante das ciências sociais, mais especificamente a ciência jurídica, que é prática por excelência, tem se demonstrado insuficiente, a não ser para a (re)produção de um *modus operandi* conservador de um *status* jurídico e social

inaceitável num Estado Democrático de Direito que ainda não conseguiu efetivar os direitos fundamentais, mormente os sociais, consignados na Constituição.

Esse modelo metodológico deve ser substituído por outros que permitam o “acontecer” do direito e não a reprodução mecanizada de *standards* normativos que retroalimentam um senso comum jurídico preocupado com a resolução de conflitos inter-individuais e não supra-individuais. O método dialético, defendido por várias correntes do pensamento jurídico – hermenêutica filosófica, tópico-retórica, argumentação jurídica, judicativismo decisório –, é um desses caminhos, entretanto, trata-se de um tema cujo desenvolvimento não se encontra no escopo deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho enfoca a crise do modelo metódico lógico-dedutivo do positivismo jurídico, o que remete, conseqüentemente, a uma crítica do próprio positivismo. Isso porque o modelo juspositivista de elaboração do direito ainda se encontra presente no senso comum teórico dos “operadores” do direito brasileiro, cuja superação é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, previstos na Constituição Federal.

Para tanto, discorreu-se sobre a evolução histórica do positivismo, remontando à Revolução Francesa e ao Estado de Direito emergente, que no seu bojo configurou a separação entre as funções estatais. Ao Legislativo competia a formulação de leis positivas, a serem aplicadas “reprodutivamente” pelo magistrado. Em seqüência, abordou-se a codificação francesa, que na sua suficiência normativa para apreender na lei - enquanto pressuposto normativo - toda a complexa realidade, impulsionou o desenvolvimento da Escola da Exegese, marco de maior importância ao positivismo. Tais vetores forjaram uma compreensão reducionista do direito, simplesmente equiparado à lei posta.

Mais do que isso, o positivismo cinge-se a uma concepção eminentemente avaliativa do direito, abstraindo-se de quaisquer valorações na sua aplicação. Constrói-se um arcabouço teórico que conceitua o direito enquanto coação; que apreende o seu caráter imperativista; que apresenta uma teoria das fontes; que fundamenta uma teoria do ordenamento; e que, principalmente, alicerça uma teoria da interpretação, questão de fundo do maior alcance na sua metodologia.

O positivismo, assim, é compreendido como uma razão prescritiva, conseqüência do método matemático-dedutivo, que objetifica o direito via uma lógica subsuntiva, que tem a pretensão de abarcar toda a realidade através das suas premissas extraídas do texto positivo. Aliás, o *prius* metodológico encontra-se na norma positiva, longe do caso concreto decidendo.

O silogismo formal-dedutivo, pilar central do método juspositivista, foi analisado na sua origem filosófica, remontando ao seu principal expoente, Aristóteles. Suas regras formais, que permitem extrair uma conclusão independentemente do seu conteúdo,

foram analisadas. Demonstrou-se, também, que os pressupostos do conhecimento moderno-ocidental encontram-se em crise, e, dentre estes, a lógica dedutivo-silogística. Isso quanto às ciências da natureza. No que tange ao fenômeno jurídico a situação se agrava, pois enquanto ciência social possui especificidades próprias, pautadas pelas contingências histórico-culturais-sociais e pela subjetividade imanente, longe de quaisquer determinismos ou relações de causalidade. Mesmo assim, o séc. XIX observou a transposição do modelo metodológico – lógica dedutiva – das ciências naturais para as ciências sociais, nas quais se incluiu o direito. Esses dois fatores demonstram a inadequação deste modelo lógico-formal.

Esta forma de proceder desconsidera o direito enquanto ciência prática e a sua imanente dialeticidade, obnubilando o caso concreto pela preponderância de abstrações generalizáveis. Além disso, permite a manipulação das suas premissas, o que vem a romper com a sua pretensão de (in)segurança absoluta.

O direito tem que ser reconduzido à problematidade-factual do caso concreto, compreendido enquanto *prius* metodológico no processo normativo de construção do direito. É essa consideração que permitirá uma abertura na textura dogmática da norma posta para a realização de uma juridicidade materialmente correta e normativamente plausível. O direito se concretiza na sua faticidade-problemática, da qual se adjudica a norma oriunda de um texto positivo que não servirá de premissa, mas que se amoldará às circunstâncias jurídico-normativas no processo de construção de sentidos.

A superação do positivismo e respectivo silogismo formal-dedutivo que lhe é imanente é condição essencial para o rompimento de um senso comum teórico-jurídico que aprioriza os juízos normativos e da vida em abstrações generalizáveis e não permite o exsurgir do problema concreto no processo judicante-decisional, olvidando o caráter eminentemente prático e dialético do direito. Mais do que isso, corrobora com a manutenção de um *status* jurídico e social que afronta os direitos consignados na Constituição, mormente os direitos fundamentais sociais.

O direito também pode corroborar com profundas transformações sociais mediante uma maior eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, entretanto é preciso que rompa com os grilhões de um juspositivismo reprodutor de uma ordem constituída que se retroalimenta num senso comum teórico conservador.

REFERÊNCIAS

ANGIOGI, Luis. O conhecimento científico no livro I dos Segundos Analíticos de Aristóteles. Extraído de <<http://www.filosofiaantiga.com/documents/Lucas-2007-2.pdf>> em 25/09 às 3h16min.

Aristóteles. Arte Retórica. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

Arte Retórica. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CRUZ, Estêvão. *Compêndio de Filosofia*. Porto Alegre: Globo, 1932

NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COMTE, Augusto. *El Espíritu Positivo*. Buenos Aires: Editorial Tor.

CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na Federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e Psicanálise: interseções a partir de 'o Mercador de Veneza' de William Shakespeare*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Inquisitório e o Processo em 'O Mercador de Veneza.'*. São Paulo: Lumen Juris, p. 155-177.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao "Verdade, Certeza e Dúvida" de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p. 173-197.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. Piracicaba: Edições Loyola, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONDER, Leandro. *O Que é Dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo: Moraes.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do séc. XXI*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2001.

NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NICZ, Alvacir Alfredo. *Estudos de Direito Administrativo*. Curitiba: JM Editora, 1995.

PERELMAN, Châim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

TRINDADE, Hélio (org.). *O Positivismo: teoria e prática*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

[1] Seria o mesmo que aceitar a absolutização do decadente e superado princípio da redução, que durante muito tempo figurou como um dos pressupostos do conhecimento ocidental. Por esse princípio aceita-se o “fracionamento” do todo em partes, para que o estudo destas partes permita o conhecimento do todo em questão. Hoje em dia sabe-se que o todo é muito mais do que a mera junção das suas partes isoladamente, pois há inúmeras variáveis decorrentes das suas respectivas interações que não são perceptíveis isoladamente. Aliás, Pascal já se manifestara sobre isso. MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do séc. XXI*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2001, p. 559-567.

[2] Lógica etimologicamente deriva do grego *logos* (razão, discurso), podendo ser concebida como a “ciência das leis do pensamento e a arte de aplicá-las ao conhecimento da verdade.” Abstraindo-se dos debates acerca da verdade no mundo jurídico, a lógica tradicionalmente é concebida como uma ciência prática e uma arte, que tem como objeto o pensamento humano e as suas operações básicas – idéia, juízo e raciocínio. CRUZ, Estêvão. *Compêndio de Filosofia*. Porto Alegre: Globo, 1932, p. 277-280.

[3] BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

[4] MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. A administrativista (p.12-19) apresenta razões para demonstrar que muitos procedimentos e institutos jurídico-administrativos anteriores à Revolução Francesa tiveram a sua continuidade, adaptando-se ao novo contexto, que inovou ao

dispor de um estatuto jurídico-vinculante a todas as autoridades administrativas, por reconhecer direitos aos administrados e pela elaboração dogmática-doutrinária e jurisprudencial-vinculativa para a Administração.

[5] MARX, Karl. A Questão Judaica. São Paulo: Moraes, p. 41.

[6] MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2001.

[7] Este recurso foi substituído pelo célebre art. 4 do Código de Napoleão, em 1804. Assim, remanesceu até 1837 o último recurso ao Legislativo, denominado recurso de caráter especial, que ocorria quando uma sentença tivesse sido cassada três vezes, obrigando a manifestação do parlamento antes do Tribunal de Cassação. Com essa alteração, o tribunal tinha que seguir a decisão da Corte de Cassação.

[8] PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23-26.

[9] NICZ, Alvacir Alfredo. Estudos de Direito Administrativo. Curitiba: JM Editora, 1995, p. 80-85.

[10] “A limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. A *supremacia da constituição* foi neutralizada pela *primazia da lei*. Daí que um célebre jurista francês – Carré de Malberg – se tenha referido ao ‘Estado de direito francês’ como um *Estado legal* ou *Estado de legalidade* relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da Administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição (...)”. CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 91-92.

[11] BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 74.

[12] Grócio, Pufendor e Locke tiveram em comum a superação das concepções teológicas do direito, que remontavam a origem de todas as leis à lei divina, o que era próprio da perspectiva teocêntrica então vigente, especialmente nas lições de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. A fundamentação do Direito (Natural) por esses autores era extraída da razão humana, o que permitia superar as antigas concepções jusnaturalistas gregas, calcadas na natureza. Através da razão, tal qual ocorria com as ciências naturais, era possível alcançar as profundas verdades e amoldar o comportamento humano a esses ditames: “Deus deixa de ser visto como o emanador das normas jurídicas, e a natureza passa a ocupar esse lugar. Ora, com um detalhe: a natureza não dá aos homens esse entendimento; é ele mesmo, por meio do uso da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade.” BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001, p. 227.

[13] Consoante esta última distinção, o positivismo comtiano é radicalmente contrário à metafísica, tanto que esta é considerada numa etapa anterior ao apogeu alcançado com o pensamento positivo (fase teológica, metafísica e positiva). Paradoxalmente, Comte chega a elevar a sua construção à condição de uma religião. O positivismo jurídico, entretanto, não consegue se desgarrar da metafísica, tanto que um dos seus expoentes,

Hans Kelsen, vai fundamentar a unidade do ordenamento jurídico na fictícia norma fundamental.

[14] O espírito positivo, onde a observação prepondera sobre a imaginação e a abstração, almeja a harmonia do conhecimento humano, entre teoria e prática, entre ciência e arte. Aponta, conseqüentemente, a incompatibilidade entre a ciência e a teologia. COMTE, Augusto. *El Espíritu Positivo*. Buenos Aires: Editorial Tor, p. 32-60.

[15] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

[16] Segundo Perelman: “(...) os juristas da escola da exegese se empenharam em seu trabalho, procurando limitar o papel do juiz ao estabelecimento dos fatos à sua subsunção sob os termos da lei. (...) Na tradição da escola da exegese as noções de ‘clareza’ e ‘interpretação’ são antitéticas. De fato, diz-se *interpretatio cessat in claris*, não cabe interpretar um texto claro.” PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

p. 35 e 50.

[17] NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

[18] Também nesse sentido Lênio Streck, ao discorrer sobre o senso comum teórico dos juristas, que se encontra na base dos discursos epistemológicos do direito nas suas funções normativa, ideológica, retórica e política. “O sentido comum sufoca as possibilidades interpretativas. (...) no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes ‘suplicante e suplicado’, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. (...) pode-se dizer que ocorre uma espécie de ‘coisificação’ (objetificação) das relações jurídicas.” STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 53-64.

[19] “Se assegurar uma estrita obediência ao poder constituído em veste legislativa, e a segurança jurídica são o que sobretudo determinam praticamente o subjectivismo, já o objectivismo, ao assumir uma perspectiva que lhe permite uma evolução adequada a actualizadas exigências jurídicas da aplicação e do contexto normativos, visa antes de mais nada a justeza ou a rectidão das soluções a obter pela interpretação.” NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 100-101.

[20] Aristóteles apresenta a proximidade da retórica, que busca a persuasão, com a dialética, considerando aquela uma parte desta enquanto faculdades que fornecem argumentos: “A retórica não deixa de apresentar analogias com a dialética, pois ambas tratam de questões que de algum modo são da competência comum de todos os homens, sem pertencerem ao domínio de uma ciência determinada. Todos os homens participam, até certo ponto, de uma e de outra; todos se empenham, dentro de certos limites em submeter a exame ou defender uma tese, em apresentar uma defesa ou uma acusação.

(...)” Aristóteles. *Arte Retórica*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959, p. 19. O estagirista não desconheceu a importância do silogismo para a retórica, entretanto, o considera de crucial importância para o conhecimento científico, conforme Luis Angiogi: “um argumento conta como uma *demonstração científica* se ele satisfaz conjuntamente as três condições seguintes: ser um argumento válido (71b 17-19), constituir-se de proposições verdadeiras (71b 19-20, 25-27) e explicar adequadamente o objeto assumido como *explanandum* (cf. 71b 22-23). Mas é nesta última condição que Aristóteles concentra sua ênfase, justamente porque ela envolve as duas anteriores.” ANGIOGI, Luis. O conhecimento científico no livro I dos Segundos Analíticos de Aristóteles. Extraído de <<http://www.filosofiaantiga.com/documents/Lucas-2007-2.pdf>> em 25/09 às 3h16min.

[21] “ De maneira geral, independentemente das intenções dos filósofos, a concepção metafísica prevaleceu, ao longo da história, porque correspondia, nas sociedades divididas em classes, aos interesses das classes dominantes, sempre preocupadas em organizar duradouramente o que já está funcionando, sempre interessadas em ‘armar’ bem tanto os valores e conceitos como as instituições existentes, para impedir que os homens cedam à tentação de querer mudar o regime social vigente.” KONDER, Leandro. *O Que é Dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 9.

[22] “Homem”, neste silogismo, constitui o termo médio.

[23] CRUZ, Estêvão. *Compêndio de Filosofia*. Porto Alegre: Globo, 1932.

[24] Eis um exemplo de silogismo falho: “As crianças são inocentes

Ora, as crianças são homens

Logo, os homens são inocentes.”

[25] Eis outro exemplo falacioso: “Todo o metal é pesado

Ora, esta substância é pesada

Logo, esta substância é metal.”

[26] Mais um exemplo: “O ouro não é vegetal

Ora, esta faca não é ouro

Logo, esta faca...”

[27] Por fim, este último caso exemplificativo: “Um homem é trabalhador

Sócrates é um homem

Logo, Sócrates é um trabalhador”

[28] Vários são os sofismas, dentre os quais se destacam o sofisma do excludente (toda a medicina é inútil porque um medicamento falhou), o sofisma da interrogação (por que

matate aquele homem?, independentemente de sabê-lo), o sofisma da ignorância (intervenções desfocadas), dentre outros. O sofisma de Epimênides é paradigmático para demonstrar as múltiplas possibilidades discursivas não-conclusivas: Epimênides diz que todos os cretenses são mentirosos, Epimênides é cretense, logo, mente. Assim, os cretenses não são mentirosos. Não os sendo, Epimênides fala a verdade, então os cretenses são mentirosos... temos um encadeamento que segue na linha do infinito.

[29] O princípio da ordem, ou seja, de uma imanente estabilidade do cosmos, a semelhança de uma máquina, implodiu com a hermodinâmica e a física quântica, que também demonstraram a falibilidade dos princípios da identidade e da não-contradição. Os princípios da separação e da redução olvidam que o todo é mais do que o simples somatório das suas partes – idéia de recursão organizacional, e que não pode ser compreendido mediante a análise pormenorizada de cada uma das suas unidades. Por consequência, acaba ignorando o conhecimento que surge nas “fronteiras” do conhecido, ou seja, a interdisciplinariedade. Por fim, a lógica apofântica impossibilita a apreensão das contradições, imprescindíveis enquanto condição de cognoscibilidade. MORIN, Edgar. *A Religação dos Saberes: o desafio do séc. XXI*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2001, p. 559-567. Nesse mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos discorre sobre a crise do paradigma epistemológico dominante da modernidade (ciências naturais), forjada pela relatividade de Einstein (astrofísica), pela mecânica quântica (microfísica), pelos teoremas de Gödel (demonstram a falibilidade do rigor matemático) e pelos avanços da química e da biologia nas últimas décadas. SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 69-70.

[30] SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 71-73.

[31] SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 63. Segundo o jusfilósofo lusitano (p. 64) “as leis da ciência moderna são um tipo de causa formal que privilegia o como funciona das coisas em detrimento de qual o agente ou qual o fim das coisas. (...) Um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a idéia de ordem e de estabilidade do mundo, a idéia de que o passado se repete no futuro. (...) a ordem e a estabilidade do mundo são a pré-condição da transformação tecnológica do real.”

[32] Essa redução ao método e epistemologia das ciências naturais normalmente corrompe a faticidade das ciências sociais, cujos obstáculos são de difícil superação, conforme expõe Ernest Nagel: “as ciências sociais não dispõem de teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente controlado, a prova adequada; as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; as ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função do conhecimento que sobre ele se adquire; os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e, como tal, não se deixam captar pela objetividade do comportamento; as ciências sociais não são objetivas porque o cientista social não pode libertar-se, no ato de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista.” SANTOS,

Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 66.

[33] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 18-21.

[34] “(...) se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade.” ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 25.

[35] Caso número um: todos os poetas são imbecis, o ministro é poeta, logo o ministro é um imbecil; caso número dois: todos os imbecis são poetas, o ministro é poeta, logo o ministro é imbecil; caso número três: todos os imbecis são poetas, o ministro é poeta, logo o ministro não é imbecil; caso número quatro: os ministros que são poetas não são imbecis, o ministro é poeta, logo o ministro não é imbecil. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 27-33.

[36] Eis um exemplo de argumentos não-dedutivos: “Havia apenas uma cama desfeita na casa. Eram 6 horas da manhã quando ocorreu a verificação. Toda a roupa de os objetos pessoais de A e de B estavam na mesma habitação em que se encontrava a cama. Meses depois, A se refere a B como ‘minha mulher’. Logo, na época em que se realizou a verificação A e B mantinham relações íntimas (e, conseqüentemente, B sabia da existência da droga no travesseiro)”. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 41.

[37] Aristóteles discorre sobre o entimema na sua obra *Arte Retórica*, diferindo-a do exemplo, uma vez que este é uma indução e o entimema é um silogismo (silogismo é a forma de raciocínio pautada decorrência de proposições, ou seja, de uma proposição – premissa - decorre de outra. O entimema, embora não seja tão eficiente para a persuasão, impressionam mais. Das proposições que compõem os entimemas, poucas são necessárias, ou seja, a sua grande maioria são contingências oriundas de verossimilhança (o que acontece frequentemente). Aristóteles. *Arte Retórica*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959, p. 19-27.

[38] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 35-47.

[39] PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

[40] Esta apriorização abrange o pensamento jurídico nas suas mais diversas facetas, seja o científico-doutrinário (doutrina feita pelos escritores), seja o argumentativo (contencioso levado a cabo pelos advogados), seja o decisional (judicativo efetivado pelos juízes).

[41] Nota-se uma forte influência da teoria da argumentação em Luis Fernando Coelho, ao pugnar por uma ciência prática, superadora da lógica formal-dedutiva; que não

alcance a verdade, mas a certeza/razoável; que esteja fundada na argumentação e não em axiomas: “A lógica da argumentação, frontalmente contrária à lógica formal, diametralmente oposta à proposta por Hans Kelsen, pretensamente científica, vislumbra na atividade do juiz um complexo empreendimento de elaboração, condensação, valoração, ponderação, divisão de elementos de diversas naturezas, em que não somente a norma jurídica é um ponto de referência, pois divide espaço e, por vezes, colide com impressões psicológicas, históricas e vivências comunitárias, intuições pessoais, provas não produzidas... que para outros modelos teóricos são simplesmente motivo de desprezo.” BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001. p. 402-403.

[42] COELHO, Luis Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.146-176..

[43] PERELMAN, Chäim. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8. O autor assim continua: “Quem é encarregado de tomar uma decisão em direito, seja ele legislador, magistrado ou administrador público, deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável, por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de sua tese.”

[44] STRECK, Lênio. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p.7, 149-151. Para o autor (p. 161 e 216-217), que critica o uso desmedido dos precedentes judiciais “Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no séc. XIX. O perigo maior representado pelas súmulas-vinculantes (...) está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma ‘premissa maior’ ou ‘categoria’ (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. (...) Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes em nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no ‘verbete jurisprudencial’ não está contida a essencialidade relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sob judice*). (...) os verbetes jurisprudenciais não possuem uma ess (...) que se adapte a todos os casos jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.”

[45] Importa observa o silogismo apresentado por Beccaria “Em todo o delito deve fazer o juiz um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conseqüência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for constrangido ou desejar fazer também dois silogismos somente, abrir-se-á a porta à incerteza. Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comu: ‘É preciso consultar o espírito da lei.’ É uma barragem rompida frente à torrente das opiniões.” BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2005.

[46] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Direito e Psicanálise: interseções a partir de ‘o Mercador de Veneza’ de William Shakespeare. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em ‘O Mercador de Veneza.’ p. 164-167.

[47] Para Enrique Dussel as ciências fáticas semanticamente têm por base fenômenos naturais e demonstráveis, entretanto, sua metodologia não é adequada para os problemas humanos, calcados numa *práxis*: “As ciências contemporâneas desenvolveram, por sua

parte, toda uma implementação metodológica com base em certas técnicas que podem ajudar a saber manejar um número imenso de variáveis, constituindo modelos que permitem avaliar grande número de alternativas hipotéticas, considerando os seus resultados por simulações muito precisas. Todavia, deve-se ter clara consciência que os melhores computadores não podem suplantar os quatorze bilhões de neurônios (com suas duzentas mil conexões de cada um com os outros) situados somente em nosso córtex cerebral. O método para a melhor decisão prática é prático. Pode usar mediações científicas, mas integradas num discurso prático que lança mal da ciência quando julga conveniente. Os cientificistas matemáticos são péssimos políticos. Não é o mesmo manejar entes de razão e respeitar homens que se ocultam no mistério de sua exterioridade.” DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. Piracicaba: Edições Loyola, 1980, p. 167.

[48] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, Certeza e Dúvida” de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p. 180-181. Nesta glosa ao texto de Carnelutti “Verdade, Certeza e Dúvida”, Jacinto aponta a impossibilidade de aplicação do silogismo, amparado em axiomas, por não se ter condições gnoseológicas de se alcançar a verdade. Eis um vício insuperável neste método.

[49][49] NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 127. O jusfilósofo lusitano também afirma (p. 137): “(...) diferentemente um pólo dinâmico de autonomia constitutiva e codeterminada na dialéctica que a interpretação jurídica é chamada a actuar na problemático-concreta realização do direito – pelo que de novo se reconhecerá que esta realização não é redutível a um esquema lógico-dedutivo.”

[50] NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO NO MODELO DEMOCRÁTICO: DA MORAL CONVENCIONAL À RAZÃO COMUNICATIVA *

LE BIEN-FONDÉ DE LA LOI EN MODÈLE DÉMOCRATIQUE: LE MORAL À RAISON DE COMMUNICATION CLASSIQUES

**Pedro Didier de Moraes Ferreira
João Freitas de Castro Chaves**

RESUMO

Empreende este trabalho uma revisão histórico-metodológica do pensamento jurídico direito face ao conceito de racionalidade. Apresenta-se como objeto primeiro a delimitação de uma idéia, que, atualmente, sirva de critério para a legitimação social dos enunciados legais. Através da razão, agora comunicativa, pretende-se expor a essência do Estado Democrático de Direito, transcendendo à coerção para pregar o consenso. Passando por uma visitação aos autores ligados à argumentação jurídica, que forneceram as bases para um estudo contextualizado, houve a delimitação da pesquisa à obra de Jürgen Habermas, conforme evoluiu a investigação da racionalidade à luz da teoria do discurso. Após a compreensão do modelo habermasiano de democracia, e de sua concepção acerca da subjetividade, parte-se para a construção de meios práticos à efetivação de todo este arcabouço teórico. Conclui-se que esse modelo, apesar de coerente, não ganha aplicabilidade além das fronteiras intelectivas, pela simples insuficiência material encontrada nas instituições estatais. Além disso, o resultado da discussão empreendida indica que o estabelecimento de políticas públicas deve ser a meta central para a democratização do debate estatal.

PALAVRAS-CHAVES: RACIONALIDADE; MORAL; DEMOCRACIA.

RESUMEN

Cet article propose une revision historique et méthodologique de la pensée juridique face au concept de rationalité. Nous presentons comme premier objet la delimitation d'une idée que peut actuellement être le criterium pour la legitimation sociale des énoncés legales. Par la raison, maintenant compris comme communicative, nous voulons exposer l'essence de l'État Démocratique de Droit, pour superer la coercion comme son fondement et défendre le consensus. À partir de la visitation des auteurs concernés au thème de l'argumentation juridique et qui ont présenté les bases pour uns étude plus contextualisé, il y a eu la delimitation de la recherche à l'oeuvre de Jürgen Habermas,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

comme evolution de l'investigation de la rationalité par la théorie du discours. Après la compréhension du modèle habermasien de démocratie et de sa conception de subjectivité, nous nous sommes concernés à la construction de moyens pratiques pour la efectivation de tout ces suggestions théoriques. Nous concluons que ce modèle, malgré coherent, n'est pas appliqué au-delà de leurs frontières intelectives, simplement à cause de la insuffisance materielle dans les institutions publiques. En plus, le resultat de la discussion nous indique que la mise en question de politiques publiques doit être le but central pour la democratisation du débat de l'État.

PALAVRAS-CLAVE: RACIONALITÉ; MORALE; DÉMOCRATIE.

Introdução: o problema da fundamentação do direito

O advento do direito moderno tornou urgente a adaptação da estrutura estatal às novas demandas sociais. A legitimidade das normas, antes fundada nos costumes e na religião, precisa de nova fonte material. Neste momento a racionalidade se apresenta como ferramenta capaz de atribuir aceitabilidade ao produto jurisdicional e legislativo. Entenda-se aceitabilidade como grau de eficácia do ordenamento frente aos sujeitos de direito. A exigência de fundamentação do direito, nesse estágio, não pode firmar-se nem a partir do sagrado, nem a partir do tradicional (MOREIRA, 2004, p. 38). A lacuna deixada pela moral tradicional é preenchida pela moral pós-convencional, que traz em seu bojo três elementos fundamentais: positividade, legalidade e formalismo.

Na verdade, se observa que o direito moderno forjou um pretense substituto à moral convencional, ao qual rotulou de Positivismo, atuando no papel de instrumento mediador entre a moralidade pura e a legalidade estrita. Esta necessária flexibilidade é adotada pelas constituições modernas, quando decidem por alocar, em seu núcleo material a categoria dos princípios, elementos facilitadores da extensão interpretativa.

A partir dessa situação de tensão quase insolúvel entre, por um lado, a necessidade do estabelecimento de fronteiras cognitivas para o processo decisório e, por outro, a demanda por um acréscimo na legitimação política do direito com base pretensões morais, pergunta-se: será possível construir uma nova dinâmica de legitimação dentro das atuais estruturas políticas?

A história recente do direito apresenta-se como objeto hábil para o estudo do homem enquanto ser no mundo. Permeiam a trajetória desta ciência fenômenos que se fazem cotidianamente influentes. O modo pelo qual se enxerga a própria existência e a relação com os outros seres, os projetos compartilhados e os anseios coletivos. Regular a volatilidade que esses elementos representam é papel da legalidade. Desde os positivistas, e sua ótica restritiva sobre o fenômeno jurídico, busca-se a implementação de um modelo supostamente "completo" para gerir o direito face à comunidade. O positivismo, que nas palavras de Gustavo Cunha Prazeres

(...)se caracteriza por refutar a inserção de questões morais, filosóficas e epistêmicas no discurso jurídico propriamente dito, sob o argumento de não ser possível exercer um controle idôneo sobre elas. (PRAZERES, 2007).

Herdando dos teóricos contratualistas a noção de consentimento para a construção do Estado, os estudiosos contemporâneos atribuem à figura da Constituição o marco político do Estado Moderno. Produto de intensas lutas sociais, símbolo de revoluções burguesas, garantidora dos outrora desprezados direitos individuais, este documento principia toda uma era na evolução do direito positivo. Marcelo Neves enuncia:

Habermas sustenta um entrelaçamento entre moral, política e direito. De acordo com esse entendimento, impõe-se se, por um lado, uma fundamentação moral, importando que o dever-ser jurídico não ofenda princípios de justiça (universais). Por outro lado, o pluralismo da esfera pública exige a consideração da diversidade de valores no âmbito dos procedimentos políticos. (NEVES, 2007, p.118).

Neste âmbito insere-se o objeto do presente trabalho, pois que a racionalidade em muito contribuiu para a elaboração e legitimação do Estado de Direito. Segundo Jürgen Habermas:

A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios de direito positivo. (HABERMAS, 2002, p 229.)

Derivam das convulsões políticas encabeçadas pela burguesia européia os conflitos ideológicos internos ao próprio modelo democrático. A garantia dos direitos individuais estaria adequada à luta por direitos de cunho coletivo? Até que ponto o individualismo não compromete todo o projeto pautado na igualdade? O liberalismo, enquanto movimento político, parece ter encontrado a fórmula para suavizar esse pretense antagonismo. A pretexto de suplantar a privação de direitos sofrida por grupos não-privilegiados, os avanços liberais e sociais-democratas, lutaram conjuntamente para a amortização das desigualdades inerentes à sociedade de classes. Ambas as autonomias presentes no seio do Estado foram preservadas. Na esfera privada obtém-se a segurança quanto à propriedade e a liberdade física. Publicamente se garantem o acesso à justiça e a participação popular na escolha e gerência do poder central. Novamente, Habermas afirma:

O que se apresenta é uma concepção procedimental do direito segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública. (HABERMAS, 2002, p. 230).

A transformação do paradigma social no universo do direito positivo acarretou o entendimento segundo o qual a posição consciente do sujeito de direito no interior da coletividade proporciona sua inclusão na esfera das discussões normativas e jurisdicionais. Essa inclusão dá-se unicamente através da argumentação, que, segundo Atienza:

Evidentemente, é certo que uma teoria realista da argumentação precisa dar conta tanto do postulado da racionalidade quanto da relatividade histórica e social da argumentação (ATIENZA, 2006, p. 81).

Daí apreende-se que o agir argumentativo deve renovar seus meio de ação, sempre buscando o maior acesso dos sujeitos à discussão política. Acesso como sinônimo de aceitabilidade, de acordo com a pesquisa, e esta é pressuposto da eficácia legal. Diz Graziela Bacchi Hora:

No contexto atual observa-se uma inviabilidade crassa da tentativa de atribuir ao texto soluções prontas. Observe-se que a natureza fragmentária e indeterminada do texto é uma das questões centrais em se tratando do problema da interpretação constitucional. (HORA, 2003)

A configuração normativa quanto ao modelo de democracia a ser empreendido comporta duas espécies: liberal e republicana (HABERMAS, 2002). Enquanto que na versão liberal a democracia é ferramenta de preparação do Estado para que este se volte ao interesse da coletividade, no formato republicano essa função mediadora não se confunde com a política, que deve estar isenta da influência burocrática do Estado enquanto administração do interesse maior. Distinguem-se a posição do vetor político, liberalismo pressupõe verticalidade, republicanismo horizontalidade. Exatamente essa diferença da fluência do poder político define as críticas recíprocas entre as duas concepções de Estado. Imposição do poder central para alguns, necessidade de centralização para outros, fato é que a forma republicana hoje encontra maior adequação às aspirações democráticas, como coloca Habermas:

Na concepção republicana, confere-se significado estratégico tanto à opinião pública de caráter político quanto à sociedade civil, como seu sustentáculo. Ambos devem conferir força integrativa e autonomia à práxis de entendimento mútuo entre os cidadãos do Estado. (HABERMAS, 2002, p. 271)

Do ponto de vista normativo não há de se falar em Estado de Direito sem democracia. O conceito moderno de direito fundamenta-se em: I) legitimidade em si próprio, afastada a influência de um direito superior, II) garantia das autonomias pública e privada simultaneamente. Neste ponto cresce a importância da ótica procedimentalista sobre o fenômeno da democracia. Entende-se por procedimento o conjunto de etapas que intentam a implementação de certo produto ou projeto. O conhecimento por todos os participantes daquilo a que se propõe a coletividade e a consciência da seqüência a ser empreendida significa a essência desta revolução paradigmática que agora se analisa. Liberdade e coerção não mais colidem ontologicamente, mas compõem, necessariamente, um mesmo entendimento (HABERMAS, 2002). E ainda:

Normas jurídicas têm de ser tais que possam ser consideradas a um só tempo, e sob cada um dos diferentes aspectos, como leis coercivas e como leis da liberdade.(HABERMAS, 2002, p.287.)

Pertinente à atual discussão está também a localização da moral na nova geografia do direito positivo. Sob a égide do direito de cunho teológico (moral tradicional), as intempéries sofridas pela positividade eram facilmente explicadas pela preponderância da moral religiosa e sua manifestação no direito (direito natural), pelo obscuro mecanismo da “inspiração”. Afirma Klaus Günther:

O juízo sobre a validade de uma norma ou de um modo de ação, que fazemos baseados em um “princípio moral de um mundo da vida”, nesse caso, sempre incluiria um juízo sobre a adequação da norma de agir, porque o próprio princípio moral é adequado ao mundo da vida, dentro do qual ele é aplicado (GÜNTHER, 2004, p.104).

Superados os dogmas cristãos sedimentados na produção legislativa, rumo ao direito moderno, essa fundamentação desapareceu. Sim, como subordinadora a moral perde espaço, convivendo de forma agora complementar ao direito, autonomamente. Hoje, a função atribuída outrora à moral cabe ao discurso. Uma rede deles é fundamental para a sustentabilidade do ordenamento jurídico, pois que as negociações ideológicas são o combustível para o atual modelo democrático. Em poucas palavras, vive-se uma revolução paradigmática, que se estende a múltiplos campos do conhecimento. A imposição por parte do Estado de cartas normativas hoje não mais é encarada de forma passiva pelos destinatários. A inclusão da racionalidade evita o reconhecimento de métodos pré-democráticos na relação Estado *versus* sociedade. A coerção é substituída pela coesão, desde a já referida transformação paradigmática. E é exatamente essa coesão a responsável por um maior grau de aceitabilidade do produto legislativo e jurisdicional. Novamente, afirma Graziela Hora:

Apresenta-se de forma imperativa a superação de uma hermenêutica tradicional que negue o vazio metodológico deixado por uma crença ingênua no método silogístico ou que se contente com as largas margens de atuação oferecidas à integração positivista. (HORA, 2003).

O instituto conhecido como racionalidade, compreendido em sua acepção jurídica, adentrou como fundamento do moderno projeto de direito. Remonta-se às revoluções burguesas européias a inclusão da razão na feitura e execução dos mandamentos legais. Sinônimo de imparcialidade e correção, a racionalidade ganha, nos idos do século XX outras funções, derivadas daquelas primitivamente postas. Nascida no seio do direito como ferramenta de controle das decisões e conseqüente transparência da máquina estatal, lutou contra os desmandos de um estado absolutista, pelos anseios das classes desprovidas de representação e acesso à coisa pública. Diz Cláudio Pereira:

O estado de direito é uma condição para um exercício efetivo da soberania popular: se os direitos fundamentais, p. ex., não estão garantidos, não há uma formação livre e igualitária da opinião e da vontade coletivas. Portanto, o estado de direito institucionaliza o contexto adequado à manifestação da soberania popular, não havendo colisão entre ambos, mas harmonização e complementaridade. (PEREIRA, 2007).

Permeou diversos projetos ideológicos, como os já citados liberalismo e republicanismo. Aqui, ganha contorno frente à teoria do discurso habermasiana, no intuito de lançar as bases de uma teoria comunicativa da democracia. Encarada sobre o prisma objetivo, compõe-se de quatro faces: discursiva, epistêmica, teleológica e comunicativa. Como etapas necessárias à consecução de seus objetivos, as quatro categorias integram-se como moldura à democracia. Agir racionalmente exige a abstração da esfera primeira do ser, o egocentrismo, para a transposição discursiva enquanto participante de um discurso (HABERMAS, 2002). A performance traduz exatamente o vestir-se do todo em detrimento à parte. Esta é a essência do viés reflexivo da razão. O saber, intrinsecamente, é pura manifestação lingüística, compondo-se de juízos e preposições, unidades elementares que podem ser verdadeiros ou falsos. A consciência da democracia admite a possibilidade de cumprir pelo discurso as pretensões de verdade correspondentes. “Irracional é quem defende suas opiniões dogmaticamente, se prende a elas mesmo vendo que não pode fundamentá-las” (HABERMAS, 2004, p. 104). Essa é a racionalidade epistêmica. Todo agir é intencional. Ação como a execução da intenção de um ator que decide segundo seu livre-arbítrio. A democracia é agir racional orientada a fins, de forma reflexiva. A razão da ação direcionada se relaciona com as demais espécies estudadas: deliberações práticas exigem o suprimento de informações confiáveis (epistêmica), processadas no médium da representação lingüística (discursiva), aqui se tem a racionalidade teleológica. Finalmente a face comunicativa. Como uma força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo da vida intersubjetivamente compartilhada. Elemento de agregação dos sujeitos em torno de um projeto comum. Amarras da democracia para o fim coletivo, ainda que não esquecidos os direitos individuais, garantidos reflexamente pela segurança naquilo que é comum a todos e exclusivo a cada um. Nesse contexto diz-nos Habermas:

São apenas em argumentações que as pretensões de validade implicitamente levantadas com um ato de fala podem ser tematizadas como tais e examinadas com base em razões. (HABERMAS, 2004, p.104).

O problema da fundamentação e a nova moral

A viragem procedimental sofrida pelo Direito com o advento da modernidade ensejou a formação de uma moral pós-convencional, que viesse a consagrar os novos anseios da coletividade. Põe-se a questão: Será que é possível fundamentar a validade de uma norma independentemente das situações de sua aplicação? (GÜNTHER, 2004, p. 37). A superação de uma moral essencialmente prescritiva, vertical e opressora é verificada pela introdução do Princípio de Universalização (“U”):

Qualquer norma válida terá de preencher a expectativa da satisfação de modo que as respectivas conseqüências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos (HABERMAS, 1983).

O plano hipotético das normas, traduzido pelo termo “dever-ser” remete a uma recomendação ou princípio moral que segue-se não só da situação dada, mas, da mesma forma, em todas as outras situações que pertençam à mesma extensão semântica da norma.

Expõe Günther:

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma em tela. O conteúdo semântico é pressuposto da fundamentação. (GÜNTHER, 2004, p. 46).

O Princípio de Universalização, portanto, informa a extensão casuística da norma a ser aplicada no caso concreto, essa relação deve guardar aceitabilidade entre os sujeitos envolvidos. A idéia daquele princípio só se esgota quando uma norma proposta pode ser aceita conjuntamente por todos, a partir da perspectiva individual de cada um. Manifesta-se, nesta passagem, o teor subjetivista da Nova Moral, que referencia o não abandono da ótica individual em favor da alteridade; autonomia privada.

Reconfigurada a relação indivíduo x normatividade, lança Habermas o caráter pós-convencional do Direito:

Em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação. (MOREIRA, 2004, p. 31).

A legitimidade, portanto, pressupõe um acordo, o qual, por seu turno, funda-se em um reconhecimento intersubjetivo de normas. A antiga conexão entre legitimidade e religião/costumes é substituída pela nova relação ação normativa – racionalidade. Resume Moreira:

Quando um acordo normativo adota a forma de um consenso juridicamente sancionado, a única maneira de saber se esse acordo é racionalmente motivado dá-se por meio do procedimento pelo qual se chega a ele. (MOREIRA, 2004, p. 32).

A razão pré-concebida é elemento essencial ao consenso, pois que traduz a estrutura de sua implementação. Semelhante a um código, a razão é responsável por oferecer suporte material e procedimentabilidade aos debates. Desta forma, as ações racionais são institucionalizadas, formando-se um discurso político-social livre e baseado em valores moralmente compartilhadas. A esse grande projeto deu-se o título: democracia. Até aqui, empreendeu o fenômeno jurídico evolução em três etapas: a) direito revelado; b) direito tradicional; c) direito moderno. Somente na fase moderna as estruturas da consciência materializaram-se no sistema normativo. Enquanto os paradigmas jurídicos estiveram mergulhados no universo metafísico da religião e dos costumes, as bases para uma ação comunicativa não poderiam ser lançadas.

Nesta etapa do pensamento legal o papel da argumentação é traçar o método adequado a ser utilizado nos debates, agora abertamente travados. O problema não se traduz mais por aplicar corretamente a norma, como pensava Toulmin (GÜNTHER, 2004, p. 55), mas aplicar a norma correta. Esta preocupação foi enfrentada pelo Princípio de Universalização, que estabelece dupla variação: 1. Proposta original da norma *versus* interesses nela configurados; 2. Proposta original da norma *versus* interesses dos demais implicados.

Segundo Günther:

O Princípio de Universalização exige que se considerem as conseqüências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificação. (GÜNTHER, 2004, p. 59).

Atuará o Princípio de Universalização como controle prévio do conteúdo e extensão aplicativa das normas, defendendo a unidade do sistema e a racionalidade operativa do mesmo. O caráter reflexivo compartilhado pelas normas entre si já seria a aplicação daquele princípio. A escolha do dispositivo correto estaria vinculado ao entendimento de não-aplicação de todos os outros, pelo método da exclusão.

Na verdade, observamos que o direito moderno forjou um aparente substituto à moral convencional, quanto ao modo de enxergar o fenômeno jurídico, qual seja, o positivismo. Manifesta-se aquele por ferramenta intermediadora entre a moralidade metafísica e a legalidade estrita; membrana semi-permeável entre a volatilidade dos conceitos morais e a estática normativa. Por esse motivo preferiram as constituições

modernas a categoria principiológica, como elementos facilitadores da flexibilidade interpretativa.

Ensina Moreira:

A legalidade funda-se em um assentimento racional dos sujeitos de direito, livres e iguais, que, após fundarem uma ordem jurídica justa e equitativa, crêem na legalidade porque esta é derivada deste assentimento. (MOREIRA, 2004, p. 43).

O advento do direito moderno, entre outras atitudes, transforma funcionalmente moralidade em legalidade. Os sujeitos de direito, nesse novo patamar da evolução social, devem se guiar exclusivamente pela norma positiva, mantendo estas, e não aqueles, íntima relação com os padrões morais:

O Direito Moderno se transforma em poder externo, imposto de fora para dentro, nos moldes do direito sancionado pelo Estado de Direito, estando, assim, os sujeitos de direito dispensados de portarem-se por motivações éticas, uma vez que o que se exige é tão somente a obediência abstrata ao sistema jurídico. (MOREIRA, 2004, p. 47).

Racionalidade e validade: encontro recente

Crete que apenas através da Racionalidade a sociedade moderna alcançaria o suporte material mínimo para a aplicação da teoria comunicativa, Habermas enfrenta a relação razão *versus* validade no Direito. Neste contexto cabe a análise do que o referido estudioso alemão chama de “razão normativa” (SIMIONI, 2007, pg. 29). No campo das ações sociais se aplica tal conceito, pois que diversos sistemas buscam reger e controlar o comportamento. No Direito reside uma razão orientada por normas jurídicas, que servem à fundamentação das atitudes frente às pretensões de validade intersubjetivamente compartilhadas.

Segundo Habermas:

No lugar da subjetividade transcendental da consciência, entra a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida. (HABERMAS, 1999, p. 39).

O modelo habermasiano de ação racional orientada a fins parte da idéia de que um ator se orienta através de planos e metas definidas para a concreção de objetivos reais. O comportamento racional, portanto, é aquele que consagra o bem comum e os interesses coletivos. A razão comunicativa, como elemento de legitimação frente á comunidade, substitui a razão prática, que propõe um distanciamento entre os sujeitos. Racionalizar o agir humano surge como garantia às volatilidades típicas do uso do poder. Aliada ao diálogo, tal elemento dota o modelo democrático de maior aceitabilidade pelo povo,

perpetuando sua existência. Identifica-se a íntima relação entre razão e discurso como pressuposto de fundamentabilidade do direito, no seio do Estado: compartilhar planos de vida comuns é pressuposto básico à construção de um discurso sustentável. A teoria do agir comunicativo faz movimentar os conceitos ligados ao Estado e ao Direito, democratizando o saber e a participação social na gerência da coisa pública.

A passagem da razão prática (faculdade subjetiva constituída a partir de um sujeito) para a razão comunicativa (racionalidade acoplada ao médium lingüístico) (MOREIRA, 2004, p.100), trouxe a comunicação como carro-chefe. Enquanto o pragmatismo parte de uma orientação vinculante para o agir, na comunicação o próprio agir é orientando para o entendimento. A inserção da linguagem no contexto racional faz surgir o problema: até onde a idealização não atrapalha a concretude das ações racionais? Produto de constante abstração semântica, a comunicação constrói verdadeiro universo paralelo ao mundo dos fatos. As normas habitam plano diverso daquele no qual serão aplicadas: a facticidade entre em choque com a validade. O estabelecimento de um consenso, tão necessário à paz social, deve passar pelo agir comunicativo, definido por Moreira:

“(...) disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes ao estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre algo no mundo”. (MOREIRA, 2004, p. 111).

Na constante mudança vivida pelas comunidades contemporâneas, identifica-se três cenários: a) o consenso; b) a quebra do consenso; c) a reconstrução do consenso. Do Estado ótimo ao seu restabelecimento, defende Habermas a função da linguagem e do sistema como esta opera, a argumentação. Quebrado o consenso por algum motivo, torna-se necessário o levantamento de novas pretensões de validade (bases para a construção de um código comum), através dos melhores argumentos. Reunidos os sujeitos participantes, se elegem aquelas pretensões que, coletivamente, satisfaçam a autonomia privada de cada um deles. Reconstruído estaria, portanto, o consenso original. Para justificar as afirmações normativas, Habermas traz a sua Teoria do Consenso da Verdade, assim descrita por Alexy:

Em sua teoria do consenso da verdade, Habermas afirma que as expressões normativas, como ordens e julgamentos de valor, podem ser justificadas basicamente da mesma maneira que as afirmações empíricas. (ALEXY, 2001, p. 91).

A verdade das afirmações empíricas corresponde à correção das expressões normativas. A verdade, entendida convencionalmente como uma conformação ao mundo da vida, encontra agora uma nova matriz de fundamentação, a saber, o sistema jurídico. A noção de verdade é enviada do nível da semântica para o nível da pragmática (ALEXY, 2001, p.93).

Traçadas estão as linhas mestras do Direito Contemporâneo, quando a questão é sua fundamentação. Agora cabe a contextualização dessas noções no espaço democrático.

Modelo democrático: entre moralidade e legalidade

Atingido o grau de evolução social traduzido pelo Estado Democrático de Direito, pronta está a comunidade para enfrentar a tensão entre facticidade e validade. Tensão que seria superada por uma culturalização diversa daquela empreendida até então, onde a autonomia privada apresentava-se como centro de todas as preocupações. Necessário reconhecer a validade na razão comunicativa, assim elucidada por Habermas em *Direito e Democracia*:

A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade. No entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. (HABERMAS, 2003, p. 21).

O subjetivismo insculpido no Direito Moderno é substituído pelo intersubjetivismo. A razão não deve, nesta nova fase, se prender apenas a uma visão de mundo, mas estar aberta à interação ideológica dos sujeitos participantes.

Neste âmbito a racionalidade em muito contribuiu para a elaboração e posterior legitimação do Estado de Direito. Segundo Habermas:

A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios de direito positivo. (HABERMAS, 2002, p. 229)

Derivam das convulsões políticas encabeçadas pela burguesia europeia os conflitos ideológicos internos ao próprio modelo democrático. A garantia dos direitos individuais estaria adequada à luta por direitos de cunho coletivo? Até que ponto o individualismo não compromete todo o projeto pautado na igualdade? O liberalismo, enquanto movimento político, parece ter encontrado a fórmula para suavizar esse suposto antagonismo. A pretexto de suplantar a privação de direitos sofrida por grupos não-privilegiados, os avanços liberais e sociais democráticos, lutaram conjuntamente para a amortização das desigualdades inerentes à sociedade de classes. Ambas as autonomias presentes no seio do Estado foram preservadas. Na esfera privada obtém-se a segurança quanto à propriedade e liberdade física. Publicamente se garantem o acesso à justiça e a participação popular na escolha daqueles que irão gerir a coisa pública. Novamente, Habermas coloca:

O que se apresenta é uma concepção procedimental do direito segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública. (HABERMAS, 2002, p. 230).

A transformação do paradigma social no universo do direito positivo acarretou o entendimento segundo o qual a posição consciente do sujeito de direito no interior da coletividade proporciona sua inclusão na esfera das discussões normativas e jurisdicionais. Essa inclusão dá-se unicamente através da argumentação, que, segundo Atienza:

Evidentemente, é certo que uma teoria realista da argumentação precisa dar conta tanto do postulado da racionalidade quanto da relatividade histórica e social da argumentação. (ATIENZA, 2006, p. 81).

Daí apreende-se que o agir argumentativo deve renovar seus meios de ação, sempre buscando o maior acesso dos sujeitos à discussão política. Acesso como sinônimo de aceitabilidade, de acordo com a pesquisa, e esta é pressuposto da eficácia legal. Diz Graziela Bacchi Hora:

No contexto atual observa-se uma inviabilidade crassa da tentativa de atribuir ao texto soluções práticas. Observe-se que a natureza fragmentária e indeterminada do texto é uma das questões centrais em se tratando do problema da interpretação constitucional. (HORA, 2003, p. 7).

A configuração normativa quanto ao modelo de democracia a ser empreendido comporta duas espécies: liberal e republicana (HABERMAS, 2002, p. 45). Enquanto que na versão liberal a democracia é ferramenta de preparação do Estado para que este se volte aos interesses da coletividade, no formato republicano essa função mediadora não se confunde com a política, que deve estar isenta da influência burocrática do Estado enquanto administração do interesse maior. Distinguem-se a posição do vetor político. Liberalismo pressupõe verticalidade; republicanismo, horizontalidade. Exatamente essa diferença da fluência do poder político define as críticas recíprocas entre as duas concepções de Estado. Imposição do poder central para alguns, necessidade de centralização para outros, fato é que a forma republicana hoje encontra maior adequação às aspirações democráticas, como coloca Habermas:

Na concepção republicana, confere-se significado estratégico tanto à opinião pública de caráter político quanto à sociedade civil, como seu sustentáculo. Ambos devem conferir força integrativa e autonomia à práxis de entendimento mútuo entre os cidadãos e o Estado. (HABERMAS, 2002, p. 271).

Do ponto de vista normativo não há de se falar em Estado de Direito sem democracia. O conceito moderno de direito fundamenta-se em: I) legitimidade em si próprio, afastada a influência de um direito superior; II) garantia das autonomias pública e privada simultaneamente. Neste ponto cresce a importância da ótica procedimentalista sobre o instituto democrático. Entenda-se por procedimento o conjunto de etapas que intentam a

implementação de certo projeto. O conhecimento por todos os participantes daquilo a que se propõe a coletividade e a consciência da jornada a ser percorrida significa a essência dessa revolução paradigmática que agora se analisa. Liberdade e coerção não mais colidem ontologicamente, mas compõem, necessariamente, um mesmo entendimento (HABERMAS, 2002). E ainda:

Normas jurídicas têm de ser tais que possam ser consideradas, a um só tempo, e sob cada um dos diferentes aspectos, como leis coercivas e como leis de liberdade (HABERMAS, 2002, p. 287).

Portanto, vê-se que a modernidade agregou ao Direito uma carga positiva de prescrição metodológica. A viragem paradigmática verificada atendeu a imperativos sociais inegáveis, que não poderiam ser resolvidos com base no positivismo clássico. Ao partir deste modelo, agora incrementado com a teoria democrática advinda das contribuições de Günther e, especialmente, Habermas, expande-se a participação popular como meio eficaz de aumentar a aceitabilidade do Direito, ao menos no plano teórico.

Considerações finais

Por entre a história recente do Direito, traçou-se a evolução de conceitos importantes dentro do universo de fundamentação dessa ciência. Sua relação com a Moral, quando sua transformação redefine a relação indivíduo x Estado. A razão comunicativa, como elemento de legitimação frente à comunidade, substitui a razão prática, que propõe um afastamento dos sujeitos. Racionalizar o agir humano surge como garantia às volatilidades típicas do poder. Aliada ao diálogo, tal elemento dota o modelo democrático de maior aceitabilidade pela comunidade, perpetuando sua vigência. Estado democrático de Direito e Teoria do Discurso encontram-se nos trabalhos de Jürgen Habermas como um todo indivisível, complexo de relações mútuas, que preserva a individualidade através da coletividade: a suposta contradição entre autonomia privada e autonomia pública é, nos estudos habermasianos, extinta pela inclusão de uma moral baseada na comunicação. O consenso comunitário ameniza o teor coercitivo do direito, a moral prescritiva cede espaço à moral comunicativa: impor comportamentos sempre foi um problema face ao caráter instável do homem. Dotá-lo de consciência coletiva pareceu o meio mais adequado à preservação da paz social, construir uma imagem coletivamente é mais saudável à simplesmente impô-la. Identifica-se a íntima relação entre razão e discurso como elementos de fundamentação do Direito, no seio do Estado: compartilhar planos de vida comuns é pressuposto básico à construção de um discurso sustentável. A teoria do agir comunicativo faz movimentar os conceitos ligados ao Estado e ao Direito, democratizando o saber e aumentando a participação social na gerência da coisa pública.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002.

HORA, Graziela Bacchi. Modelos de racionalidade e parâmetros de democracia na interpretação constitucional. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 1-20. Disponível em: <<http://conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Graziela%20Bacchi%20Hora.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.**

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma Relação Difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Cláudio de Souza Neto. Salvador: Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais: Coerência, Razão Pública, Decomposição Analítica e Standards de Ponderação. **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**. nº 1, Março/Abril/Maio, 2007.

PRAZERES, Gustavo Cunha. **Teoria da Legislação no Pensamento de Habermas**. Disponível em <http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf> Acesso em 10 jun 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

O PROBLEMA DA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS SENTENÇAS JURÍDICAS*

THE PROBLEM OF A RATIONAL JUSTIFICATION OF THE JURIDICAL SENTENCE

Reginaldo Rodrigues da Costa

RESUMO

Na decisão judicial é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos. Assim sendo, a tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário, carecerão de legitimidade racional, o que teria como implicação a insustentabilidade do caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual devem evitar a arbitrariedade e se aproximarem, o máximo possível, da correção e da justiça.

PALAVRAS-CHAVES: SENTENÇA JURÍDICA; JURISPRUDÊNCIA; JUSTIFICAÇÃO RACIONAL; JUSTIÇA.

ABSTRACT

In a juridical sentence a preference is established that needs to be justified, because such preferences implicate in the trial that the chosen alternative is in some way the best, being it therefore, a judgment of value. Once there is an intention of legality in professing the sentence and since juridical dogma and jurisprudence intend to have scientific character, they should avoid as much as possible decisionism, arbitrariness.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

and irrationality, which is only possible if they start off with rational and normative criteria, that is sufficient to guarantee reliability to their judgments of value, be they explicit or implicit. The result is that, the study of the pretension of legality of adjudication and the sentence it is one of the most important tasks of juridical methodology, because if juridical methodology cannot supply criteria that can assure reliability to the pretension of correction of adjudications and the pretension of correction of the sentence, this criteria will have an arbitrary character, and will lack rational legality, which would have as an implication lack of sustainability of the scientific character of jurisprudence, of their adjudications and of their decisions; decisions that are of fundamental importance, since they affect the life, property, freedom, safety, etc of people and of society, reason for which one should avoid arbitrariness and approximate, the maximum possible, to correction and justice.

KEYWORDS: ADJUDICATION; JURISPRUDENCE; RATIONAL JUSTIFICATION; JUSTICE.

1. Introdução

Para compreendermos adequadamente a decisão judicial e sua pretensão à correção, importa esclarecer não só o que é e como se gera a sentença jurídica, mas, principalmente, esclarecer em que consiste a sua legitimidade. A tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário e, por conseguinte, carecerão de legitimidade racional[1].

Durante algum tempo, compreendeu-se o julgamento jurídico como uma mera inclusão lógica sob conceitos superiores[2], no entanto, esta compreensão é posta cada vez mais em descrédito e a tal ponto que na discussão da metodologia contemporânea, há uma unanimidade dos juristas na compreensão de que a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de normas pressupostamente validas[3]. Assim sendo, ninguém pode mais seriamente afirmar que a aplicação de leis nada mais envolve do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados. Na compreensão de Alexy, a razão pela qual isso acontece se deve a, pelo menos, quatro motivos:

- a) A imprecisão da linguagem do direito;
- b) A possibilidade do conflito entre normas;
- c) A possibilidade de haver casos que não cabem em nenhuma norma valida existente;

d) A possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.

A imprecisão da linguagem do direito implica na necessidade de formular um sentido válido para a linguagem das normas jurídicas e, portanto, para sua determinação semântica. Isso é problemático na medida em que diferentes intérpretes podem atribuir significados diferentes ao sentido da linguagem jurídica, o que traz como consequência entendimentos diferentes acerca do direito e, por consequência, entendimentos diferentes sobre sua identificação e aplicação. Se há diferentes interpretações sobre o sentido da linguagem do direito, formuladas a partir de diferentes pontos de vista, qual então o critério para estabelecer qual a melhor interpretação desse significado?

No caso do conflito entre normas, qual delas escolher para dado caso e a partir de qual critério deve-se fazer essa escolha? Talvez diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, possam fazer diferentes escolhas. Como, então, determinar qual a escolha mais acertada?

Quando há casos que não cabem em nenhuma norma válida e, mesmo assim, há a necessidade de uma decisão judicial, qual, então, o critério de decisão? Ora, diferentes intérpretes poderão decidir diferentemente sobre o caso em questão[4] e a partir de critérios diferentes, já que cada um deles pode partir de diferentes pontos de vista. Como saber, então, qual a melhor interpretação e, por consequência, qual a melhor decisão?

Problemática é, também, a situação da decisão judicial quando, em casos especiais, a decisão contraria o estatuto legal, pois, nesse caso, se a decisão pretende ser legítima, importa saber do critério para que se contrarie o estatuto e, mais ainda, uma vez contrariado o estatuto, qual o critério para a decisão jurídica? Ora, diferentes intérpretes, a partir de diferentes pontos de vista, também, podem decidir diferentemente. Qual, então, a melhor decisão?

Pelo acima exposto, fica suficientemente evidente que a aplicação de leis envolve muito mais do que uma subsunção lógica sob conceitos superiores[5], pois pressupõe, necessariamente, alguns problemas a serem resolvidos: a) a decisão sobre o significado da linguagem do direito; b) a resolução de conflitos entre normas; c) a necessidade de decidir casos que não cabem em nenhuma norma válida existente; e, d) a possibilidade de contrariar textualmente um estatuto. Ora, se não tivermos um critério suficiente para uma resolução segura e, portanto, confiável desses problemas, então, a sentença jurídica e a decisão judicial serão, do ponto de vista da razão, fortemente marcadas por arbitrariedades e, por conseguinte, pouco legítimas.

Segundo Alexy, a metodologia jurídica pode solucionar o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica e, portanto, um julgamento jurídico se for capaz de apresentar regras ou procedimentos segundo os quais pode ser demonstrada que a transição das normas (N1, N2, ... Nn) e dos axiomas empíricos[6] (AE1, AE2, ... AEn) para o julgamento jurídico (JR)[7] também é admissível quando JR não segue logicamente de (N1, N2, ... Nn) e (AE1, AE2, ... AEn)[8].

Pois bem, para ele os candidatos mais amplamente discutidos para a efetivação da tarefa de justificação das sentenças jurídicas são as regras ou procedimentos dos cânones de interpretação. Essa tarefa, porém, não parece ter sido levado a cabo satisfatoriamente pelas seguintes razões: em primeiro lugar, o número desses cânones[9] e de sua ordem hierárquica[10] é controvertido; em segundo lugar, há uma imprecisão[11] nos cânones; e, em terceiro lugar, cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Essa insuficiência dos cânones de interpretação para assegurar uma sentença suficientemente justificada não significa, porém, que eles devam ser descartados como sem valor[12], mas, implica que eles não devem ser usados como regras suficientes para a justificação dos ordenamentos jurídicos.

Uma alternativa para o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica seria estabelecimento de um sistema de proposições do qual se possam deduzir as premissas normativas necessárias ao processo de justificação. No entanto, para a efetivação dessa alternativa seria necessária a justificação de tal sistema, caso ele fosse composto somente dessas proposições. Além do mais, caso essas proposições fossem derivadas das normas pressupostamente válidas, teríamos como limitação a exigência de não conter qualquer regulamentação que ultrapasse a série de normas pressupostamente válidas, o que parece impossível[13].

Se esse sistema for, ademais, compreendido como um sistema de princípios gerais de ordem jurídica, então, surge a questão de saber como esses princípios podem ser estabelecidos, uma vez que eles não seguem logicamente das normas pressupostas. Além disso, problemática seria também a aplicação desses princípios para a justificação de argumentos jurídicos, pois os princípios permitem exceções, podem ser mutuamente inconsistentes e até mesmo contraditórios. Ora, os princípios não reivindicam aplicação exclusiva, de modo que sua realização está associada à concreção via princípios subordinados e julgamentos particulares de valores associados a um conteúdo material independente[14]. Nesta perspectiva, pode-se dizer que qualquer sistema axiológico, pressupostamente válido, não fornece condições, por si, de que se formule uma única decisão sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso e nem, tampouco, que se decida sobre quais valores particulares deve ser dada prioridade em qualquer situação particular[15].

2. Justificações e valorações jurídicas

Conforme Alexy há casos isolados em que a decisão não se sustenta logicamente da combinação das afirmações empíricas com as normas pressupostas e nem pode ser totalmente justificada com a ajuda das regras da metodologia jurídica[16]. Nesses casos, para ele, quem decide tem que ser discreto, pois a decisão não é completamente regulada pelas normas jurídicas, pelas regras do método jurídico e nem pelas doutrinas da dogmática jurídica.

Assim sendo, nesse contexto, há uma variedade de soluções para o caso e é a escolha da pessoa que decide que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada ou promulgada como um julgamento no caso. Na decisão judicial, portanto, é

estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Ora, a interpretação e a aplicação da lei não se esgota em um processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei[17], o implica na necessidade de um critério válido para os julgamentos de valor, sob pena da sentença jurídica e da decisão judicial serem arbitrárias[18]. Se a interpretação e aplicação da lei requerem julgamentos de valor, então, importa que se responda às três questões abaixo elencadas:

- a) Até que ponto são necessários os julgamentos de valor?
- b) Qual o relacionamento dos julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como com as proposições e conceitos da dogmática jurídica?
- c) Como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente justificados?

Uma vez que os julgamentos de valor são imprescindíveis para a sentença jurídica e para a decisão judicial[19], então, a resposta a essas perguntas e, principalmente, à terceira pergunta tem um significado teórico e prático indiscutível, pois, caso elas não sejam satisfatoriamente respondidas, fica impossível sustentar o caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual têm que ser as menos possíveis arbitrárias e o máximo possível próximas da correção e da justiça.

Se for atribuição do direito regular os conflitos sociais através das sentenças jurídicas com o máximo de correção possível, e se os julgamentos têm como base julgamentos de valor, então, há a necessidade de que esses julgamentos de valor sejam legítimos, isto é, que sejam os mais justificados possíveis; sob pena da reivindicação de competência do direito para a regulação de conflitos sociais, através da interpretação e aplicação da lei, portanto, através da formulação da sentença jurídica e da decisão judicial, não ter nenhuma justificação e, por conseguinte, nenhuma validade racional.

Nesse contexto, é de importância vital para a ciência do direito e para a metodologia jurídica responder com competência às três questões anteriormente postas e, principalmente, à terceira questão, a saber: como justificar racionalmente os julgamentos de valor? Conforme Alexy, para evitar mal-entendidos, importa lembrar que a tese de que a jurisprudência não passa sem os julgamentos de valor não significa que não existam casos em que não há nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas pressupostamente válidas, seja com referência à dogmática ou aos precedentes, aliás, para ele, esses casos são mais numerosos que os casos duvidosos. No entanto, para ele, a clareza de um caso não é algo simples, pois afirmar que uma decisão é clara não implica a não possibilidade de argumentos que dêem motivo a dúvidas, implica somente que, no momento, não há tais argumentos[20].

Assim sendo, mesmo no caso de não haver dúvidas quanto à clareza de uma decisão judicial, a mesma não é formulada sem valoração. Nessa perspectiva, podemos dizer, com segurança, não só que a tomada de decisão jurídica é sempre orientada por julgamentos de valor, mas, principalmente, que ela, para ser válida, deveria ser orientada por julgamentos de valor corretos[21] e isso tem como implicação que os julgamentos de valor são juridicamente relevantes e a tal ponto que de sua correção depende a correção das sentenças jurídicas. Assim sendo, se queremos correção na sentença jurídica e na decisão judicial, importa, pois, com urgência, e de modo imprescindível, estabelecer racionalmente critérios legítimos para a correta valoração na atividade jurisdicional.

3. A necessidade de validação racional dos julgamentos de valor pressupostos na decisão judicial

A jurisprudência não pode prescindir de julgamentos de valor e isso traz como implicação necessária que o jurista ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial não pode assumir uma postura neutral, como, ingenuamente, pretende a compreensão positivista do direito. Isso, porém, não implica que a aplicação da lei deva dar espaço livre às próprias convicções morais (subjetivas) do aplicador do direito, pois, se assim fosse, a interpretação e a aplicação do direito seriam fortemente marcadas por um alto grau de decisionismo subjetivo e, por conseqüência, suas decisões teriam um alto grau de arbitrariedade, carecendo, portanto, de legitimidade racional. Há, por conseguinte, na interpretação e aplicação do direito a necessidade de uma valoração não arbitrária, isto é, uma valoração criteriosa que confira um grau de confiabilidade e, portanto, de credibilidade à jurisprudência. Como, então, resolver essa necessidade de uma criteriosa valoração na interpretação e aplicação do direito, de tal modo que haja confiabilidade e credibilidade na mesma?

Alguém poderia propor como critério de valoração para quem decide o se ater aos julgamentos de valor pretensamente universais (ou seja, válido para todos os homens) ou o se ater a julgamentos de valor de um grupo específico (por exemplo: juízes, advogados, sacerdotes, gangsters, etc). Isso, porém, não resolve a nossa questão, pois, no primeiro caso, como aferir que os julgamentos de valor propostos são realmente universais, uma vez que cada intérprete, sendo marcado por sua cultura, época e tradição, entendem diferentemente o que deve ser tomado como valor universal[22]. Assim sendo, há sempre divergentes julgamentos de valor com igual pretensão de universalidade e a questão que se coloca, portanto, é a de saber qual valor ou quais valores (pretensamente universais) devem ser tomados como critérios para a formulação da legítima interpretação e aplicação do direito.

Uma vez não se conseguindo estabelecer, satisfatoriamente, a pretensa universalidade da valoração, há ainda a possibilidade de tomar como critério julgamentos de valor específicos, de grupos específicos (como é o caso dos de grupos de advogados, de juízes, etc), porém, mesmo no seio desses grupos há interpretações muito diferentes e se não tivermos um critério adequado para decidir qual das interpretações diferentes é a melhor, então, não temos como escapar do decisionismo arbitrário na decisão judicial e

na formulação da sentença jurídica, no caso, o decisionismo arbitrário de grupos específicos (juizes, advogados, etc).

Podemos dizer, então, que há a necessidade de se estabelecer parâmetros críticos racionais, institucionalizados, que possibilitem um maior rigor na formulação de julgamentos de valor orientadores da interpretação e da aplicação do direito. Ora, se o juiz, ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial, afeta a vida, a liberdade, os bens, etc dos destinatários das normas jurídicas, então, importa que a sua decisão, apoiada, também, em julgamentos de valor, seja formulada com o máximo de correção possível[23]. Assim sendo, se faz necessário um modelo que estabeleça critérios suficientes que justifiquem a pretensão de correção da sentença jurídica e da decisão judicial[24].

Alguém poderia, ainda, propor como critério a coerência interna com a ordem jurídica tomada em sua totalidade. A coerência com a ordem jurídica é algo necessário, mas não suficiente, pois não tem força normativa suficiente para resolver, de modo satisfatório, a formulação criteriologicamente relevante da formulação dos juízos de valor condicionantes da decisão. Ora, “As diferentes normas são cristalizações de perspectivas bem diferentes, muitas vezes divergentes, de valoração”[25] e a tal ponto que “nenhum princípio é irrestrito em sua aplicação prática”[26], além disso, uma vez que nem sempre fica claro o julgamento de valor que serve de expressão para a norma jurídica, há sempre a necessidade de tomar uma decisão quanto à valoração pertinente ao caso; e como há sempre várias perspectivas de avaliação implícitas em cada caso, há a necessidade de escolher de modo confiável, logo, não subjetivo, a melhor perspectiva de avaliação. Assim sendo, embora as perspectivas de avaliação formuladas na constituição, bem como em outras leis ou incorporadas em uma variedade de normas e decisões são relevantes para qualquer tomada de decisão, elas não excluem a necessidade da formulação de juízos de valor que orientem a formulação da sentença jurídica e a tomada de decisão judicial, antes, a pressupõem.

Alguém poderia propor, ainda, como critério de valoração para quem decide o apelo a uma pretensa ordem objetiva de valores, como por exemplo: a) uma ordem objetiva independente do direito positivo existente, expressa numa série de doutrinas do direito natural ontológico. Tal proposta pressupõe premissas filosóficas altamente questionáveis, entre elas, a de que há uma inquestionável ordem ontológica de valores com força criteriológica suficiente para orientar a formulação dos juízos de valor orientadores da tomada de decisão do juiz; tal premissa e, por consequência, a proposta que a pressupõe, são carentes de fundamentação suficiente, pois se levarmos em consideração a crítica filosófica a uma ontologia de valores, ou a concepção idealista-objetiva dos valores, tal como elaborada pela filosofia moderna de Kant[27] ou, ainda, e principalmente, as críticas filosóficas a uma ontologia de valores, elaboradas pela filosofia do século XX, tal como as feitas pela filosofia analítica, pela hermenêutica alemã, pelo pragmatismo americano e anglo-saxônico, pelo racionalismo crítico, bem como pela pragmática transcendental de Apel[28], então, sustentar a possibilidade racional de uma ontologia dos valores, relevante epistemologicamente, é uma tarefa que tem se mostrado racionalmente insustentável e de tal modo que adotar tal ontologia como critério para a formulação da sentença jurídica e da decisão judicial é algo não só dogmático, mas, também, ao mesmo tempo, arbitrário.

Conforme vimos anteriormente, é sustentável afirmar que nenhuma das propostas acima apresentadas e nem tampouco a combinação delas parece solucionar o problema da justificação e, portanto, o problema da legitimidade dos julgamentos jurídicos. No entanto, se queremos atribuir um suficiente grau de confiabilidade na formulação dos julgamentos jurídicos e, com isso, evitar um forte grau de decisionismo subjetivo e, por conseguinte, evitar um forte grau de arbitrariedade nos julgamentos jurídicos, então, urge que se constitua um critério ou critérios para a sua validação racional.

Essa necessidade de critérios para a validação racional dos julgamentos jurídicos se torna mais patente na medida em que nas sociedades plurais da contemporaneidade membros da mesma comunidade jurídica, com diferentes valores e diferentes visões de mundo, têm que conviver juntos e sob a regência da mesma ordem jurídica, a qual, ao invés de evitar a pluralidade e a diversidade (como em sociedades totalitárias e autoritárias), deve garanti-las. Em sociedades pluralistas sempre surgem interpretações diferentes para diferentes problemas, de modo que um consenso fático que seja suficiente para lidar com as questões práticas postas é muito raro. Não só nessas sociedades, mas, também, em suas ordens jurídicas, e de igual modo entre os juristas das mesmas, há diversidade, e até mesmo divergência de valores, razão pela qual “Valores divergentes sempre aparecem dentro da estrutura geral de uma ordem jurídica e esses podem levar a resultados divergentes em sua aplicação a casos concretos particulares”[29], uma vez que sua aplicação requer interpretação valorativa, a qual é sempre condicionada pelo horizonte valorativo do intérprete.

Assim sendo, podemos afirmar que a decisão judicial e a formulação da sentença jurídica são, sempre, baseadas em julgamentos de valor da pessoa que decide, julgamentos de valor esses que, se não são suficientemente justificados do ponto de vista da razão, são muitas vezes arbitrários e irracionais. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos.

4. A necessidade de uma teoria da argumentação jurídica

Alexy se propõe a encontrar uma solução para o problema da validade dos julgamentos jurídicos e é com essa intenção que ele pretende elaborar uma proposta que incorpore as grandes conquistas da filosofia da linguagem contemporânea e, por conseguinte, que incorpore as grandes conquistas da ética contemporânea. É nesta perspectiva, que ele irá apontar o discurso jurídico, com sua capacidade legitimadora, como um caminho promissor para tal empreitada.

Assim sendo, para Alexy, se torna um ponto central a reflexão sobre a argumentação jurídica e suas possibilidades como mediação para a efetivação do discurso jurídico, de modo que em seu empreendimento se faz necessária a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica. Segundo ele, inicialmente, a argumentação jurídica deve ser

compreendida como uma atividade lingüística que se preocupa com a correção das afirmações normativas. Essa atividade lingüística, que ocorre da Corte à sala de aula, se preocupa com a correção das afirmações normativas, podendo ser definida como discurso prático, porém, somente como um caso especial do discurso prático em geral[30].

Em seu entendimento o discurso jurídico pode ser compreendido de modos bem diferentes, ou seja: ele pode ser compreendido do ponto de vista empírico, analítico ou normativo. A compreensão é *empírica* “quando descreve ou busca explicar a freqüência de dado tipo de argumentos, a correlação entre determinados grupos de oradores, situações de discurso e o uso de determinados argumentos ou sua aplicação”[31] ou, ainda, quando descreve ou busca explicar “a força dos argumentos, a motivação para usar determinados argumentos ou as concepções predominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos”[32]. Em sua concepção, o trabalho teórico associado a esse tipo de entendimento da argumentação jurídica pertence ao estudo comportamental das práticas jurídicas em geral e da atividade judicial em particular, tendo, portanto, de ser efetivado com os métodos da ciência social[33]. A compreensão é *analítica* quando nela se trata da estrutura lógica encontrada de fato ou nos possíveis argumentos e, finalmente, ela é *normativa* quando propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico”[34].

Em sua pesquisa sobre a argumentação jurídica, é pretensão de Alexy examinar os critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Em seu entendimento o método adotado em sua investigação deve ser definido como normativo-analítico, pois a elaboração desses critérios inclui uma análise lógica da estrutura das justificações. Pode-se dizer, portanto, que ele pretende desenvolver uma teoria normativa e analítica do discurso jurídico.

Sua tese fundamental consiste na afirmação de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral. Assim sendo, há pontos comuns e diferenças entre o discurso jurídico e o discurso prático em geral. Ora, para ele “o ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático em geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção das afirmações normativas”[35], de modo que “tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação de correção”[36]. A diferença básica, que faz do discurso jurídico um caso especial do discurso prático em geral, consiste em que o discurso jurídico acontece no contexto de uma série de condições limitadoras, a saber: a) seu caráter de ligação com a lei; b) a consideração pelos precedentes; c) a inclusão da dogmática usada pelo direito; e, d) embora isso não valha para o discurso da ciência jurídica, sua sujeição às regras de ordem processual.

Assim sendo, a pretensão de validade ou a reivindicação de correção de qualquer enunciado jurídico e, por consequência, as pretensões de validade da decisão e da sentença judiciais estão sujeitas a dois fatores condicionantes, ou seja: em primeiro lugar, elas estão sujeitas às condições limitadoras do discurso jurídico e, em segundo lugar (no escopo dessas condições limitadoras), elas são legítimas na mesma medida em que são racionalmente justificáveis. Importa, pois, esclarecer em que consiste a justificação racional dos enunciados jurídicos. A tarefa fundamental é, por conseguinte, esclarecer o que é a justificação racional no escopo das condições limitadoras às quais está sujeito o discurso jurídico.

Para tal esclarecimento, se faz necessário, em primeiro lugar, elucidar o que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e é com base nessa elucidação que Alexy formula uma teoria do discurso prático racional[37]. O cerne da teoria alexyana do discurso prático racional é composto de um total de 22 regras explicitamente formuladas, bem como de uma tábua de 6 formas de argumentos.

Segundo Alexy, a eficácia dessas regras e formas de argumento não deve ser superestimada ou subestimada. Para ele, elas não são axiomas dos quais são deduzidas certas afirmações normativas, mas um grupo de regras e de formas, de vários *status* diferentes, mediante as quais podemos formular argumentos que nos levem a um maior grau de correção das conclusões que se pretende formular. Assim sendo, “as regras do discurso racional prático não prescrevem as premissas das quais as partes de qualquer discurso devem partir”[38] e de tal modo que o ponto de partida de qualquer discurso prático consiste das convicções inicialmente dadas pelos parceiros do discurso, tais como: a) a convicção dos pressupostos normativos dos fatos; b) a convicção dos desejos e necessidades percebidos; e c) a convicção da informação empírica processada pelos oradores[39].

Pode-se dizer, então, que as regras do discurso prático mostram como a partir dos pressupostos iniciais, dados pelos parceiros do discurso, se pode chegar a afirmações normativas bem fundamentadas. Assim sendo, “as regras do discurso definem um processo de tomada de decisão, no qual é incerto o que deve formar a base da decisão e no qual nem todos os passos estão prescritos”[40], o que, na compreensão de Alexy é, por um lado, uma deficiência, e, por outro, uma vantagem.

Conforme Alexy, a vantagem consiste em que “a base geral da decisão e uma série de passos isolados no processo de tomada de decisão não são estabelecidos por quaisquer teóricos da teoria da decisão (...) porém ficam a critério das pessoas mais diretamente implicadas”[41], pois, se assim não fosse, teriam também os teóricos da teoria da decisão de estabelecer os pontos de partida dos discursos práticos, o que não é razoável pois o fariam com base em suas próprias opiniões e convicções pessoais, as quais seriam pressupostas, mas, não validadas. A desvantagem se dá na medida em que as bases são incertas, isto é, postas e pressupostas com base nas convicções dos participantes do discurso.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, “Podemos entender a tarefa da teoria do discurso precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, (...) e, por outro lado, sejam fortes, que qualquer discussão baseada nelas seja designada como racional”[42]. A essa fraqueza de conteúdo agrega-se, ainda, o fato de que algumas das regras do discurso só podem ser cumpridas por aproximação. Nesse contexto, alguém poderia objetar a validade das regras do discurso afirmando que suas fraquezas impossibilitam que através do discurso se chegue a qualquer certeza final, o que para Alexy não invalida o discurso e suas regras, pois, apesar disso, elas são de considerável importância como um critério para julgar a correção das afirmações normativas.

No entendimento de Alexy, embora as regras do discurso não possam produzir no campo do que é discursivamente possível qualquer tipo de certeza final, elas servem como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional em uma

justificação objetiva. Ora, para ele, uma norma ou diretriz isolada que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerada racionalmente ‘justa’, razão pela qual a teoria do discurso revela-se um empreendimento promissor para a teoria jurídica. Assim sendo, “a teoria do discurso é um dos caminhos (...) possíveis de analisar o conceito tão central de jurisprudência”[43], pois a aplicação das regras discurso prático possibilitam o estabelecimento de uma justificação racional não só para sentenças normativas do discurso prático em geral, mas, também, guardadas as devidas distinções, para as sentenças normativas do discurso jurídico.

Após a elucidação do que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e após o esclarecimento da mediação da teoria do discurso para tal afirmativa, tematizemos, em sua especificidade, o discurso jurídico e sua justificação racional. Como vimos anteriormente o discurso jurídico é uma expressão particular do discurso prático, expressão essa que caracterizada por se efetivar sob condições limitadoras. Desse modo, o discurso jurídico se distingue do discurso prático geral pelo fato de ser restrito em sua efetivação pelos seguintes elementos determinantes: a) pelo estatuto; b) pelos precedentes; c) pela dogmática legal[44]; e, no caso dos procedimentos judiciais, d) pela legislação e regulamentações processuais. As razões da razoabilidade, da aceitabilidade e da necessidade dessas restrições do discurso jurídico se devem a que ele tem de resolver questões práticas em um curto espaço de tempo e para tal não podemos partir nem do amplo alcance do que é meramente possível discursivamente e nem do amplo alcance da natureza experimental de quaisquer conclusões possíveis.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, no discurso jurídico devemos partir de algumas presunções, ou seja: “Pode-se presumir que quaisquer participantes num processo de deliberação racional (...) decidiram a favor da inclusão de procedimentos para criar regras de lei positiva, bem como procedimentos para a análise científica e para a aplicação dessas regras”[45]. Assim sendo, pode-se presumir que tais participantes “decidiram a favor da institucionalização de estudos jurídicos científicos e de alguma forma, não necessariamente a praticada correntemente, de discurso judicial”[46], o qual se efetiva sob as condições limitadoras a cima mencionadas[47].

Uma vez que o discurso jurídico ocorre sob condições limitadoras, importa investigar como essas condições limitadoras devem ocorrer na prática. Para esse desiderato será necessária a determinação não só das regras segundo as quais as condições limitadoras devem ser levadas em conta, mas, também, determinar as formas de argumentos que se articulem com referência a elas[48]. Conforme Alexy, na perspectiva dessa determinação, há um problema importante a ser examinado, que é o seguinte: “a questão do relacionamento do discurso jurídico com a argumentação prática em geral”[49].

A resposta a essa questão pode tomar dois vetores distintos, isto é, o vetor que defende a subordinação do discurso jurídico ao discurso prático em geral e o vetor que rejeita tal subordinação. O primeiro vetor, afirma que a justificação de um enunciado jurídico se dá através dos critérios do discurso prático em geral e que a justificação jurídica apenas serve como legitimação secundária de qualquer conclusão que se chegue a esse respeito. Segundo essa tese, “sempre que houver casos em que a solução não pode ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático em geral por detrás de uma fachada jurídica”[50].

O segundo vetor, rejeita a tese da subordinação e defende a suplementação ou a integração. Quem defende a suplementação, sustenta que “a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos jurídicos não estão mais disponíveis”[51], sendo necessária, então, a intervenção da argumentação prática geral. Por sua vez, quem defende a integração, e essa é a posição de Alexy, sustenta que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”[52].

Adotando a tese da integração, Alexy se vê diante da necessidade de estabelecer critérios a partir dos quais essa integração deve ser legitimamente efetuada, de modo que haja no discurso jurídico, que não é restrito a elementos especificamente jurídicos, sua conciliação não só com a lei positiva, mas, também, com os elementos dogmáticos. O estabelecimento desses critérios de integração é um dos objetivos da teoria da argumentação jurídica de Alexy, embora o objetivo fundamental seja o estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica e, por conseqüência, para o estabelecimento de sua necessária função na formulação de julgamentos jurídicos racionalmente válidos.

5. A necessidade de uma teoria da argumentação jurídica contemporânea

No entendimento de Alexy, a discussão metodológica demonstra que há a necessidade de uma nova formulação de uma teoria da argumentação jurídica racional que não pode ser confundida com a proposta da tópica, pois a mesma tem uma série de limites que devem ser superados em uma teoria da argumentação jurídica adequada ao enfrentamento da demanda de justificação racional dos julgamentos jurídicos nos tempos atuais.

5.1 – A teoria tópica e seus limites.

Antes de desenvolver sua teoria da argumentação jurídica, para que não hajam compreensões equivocadas, Alexy considera necessário fazer a distinção da sua proposta frente à teoria tópica[53]. Para ele, nesse contexto, o que se deve entender por tópica “pode significar 3 coisas diferentes: 1) uma técnica de buscar premissas para um argumento; 2) uma teoria quanto à natureza das premissas; e 3) uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei”[54]. Assim sendo, em seu entendimento, a teoria dos tópicos, como uma técnica de busca de premissas, defende a consideração de todo ponto de vista possível que se relacione com a questão em pauta.

Na compreensão de Alexy, a teoria tópica considerada como teoria da natureza das premissas é do maior interesse, porém, ela tem limitações, e não somente como teoria das premissas, com as quais ele não concorda. Segundo essa teoria sempre que uma argumentação se origina de um topos (*topoi*[55]) como ponto de partida, as proposições tomadas como ponto de partida são consideradas plausíveis, razoáveis, geralmente

aceitas[56] ou prováveis, não sendo as mesmas consideradas, portanto, nem verdades provadas e nem afirmações da vontade arbitrária[57].

Ora, para Alexy, essa teoria, enquanto teoria das premissas, é parcialmente falsa, pois “não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de uma justificação jurídica das decisões”[58]; além disso, ela é falsa, não só por não fazer justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico, mas, também, por sua “incapacidade de fazer (...) justiça ao caráter de autoridade da argumentação jurídica no contexto da dogmática jurídica institucionalmente perseguida e no contexto do caso de precedentes jurídicos”[59]; ora, para ele, uma teoria da argumentação jurídica deve fazer justiça tanto ao *status* da dogmática jurídica, quanto ao *status* dos precedentes.

Pode-se dizer, ainda, que a tópica, além do fracasso em entender a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, tem como problema fundamental sua orientação para estruturas superficiais de argumentos padrão, como, por exemplo: <não se pode exigir nada de impossível> ou <tudo o que é intolerável não tem força de lei>. Ora, importa refletir sobre a suficiência legitimadora desses argumentos, eles de nada adiantam quando não há acordo sobre o que intolerável ou impossível. Como, então, decidir o que é intolerável ou impossível? Para Alexy, não se pode responder a essas questões criando afirmações adicionais do mesmo nível de generalidade, pois isso seria apenas fugir a questão.

Assim sendo, a tópica, com sua exigência de que sejam considerados todos os aspectos é uma teoria problemática, pois ela nada diz qual e porque esse ou aquele aspecto é decisivo e nem o que deve contar prioritariamente como premissa. Para Alexy, embora seja verdadeira a tese de Viehweg de que a discussão é o único fórum de controle, ele não oferece critérios suficientes para a validade racional da discussão e, por conseguinte, para a validade racional de seu resultado. Ora, sabemos que o resultado de uma discussão, mesmo sendo consensual, pode não ser um resultado válido, pois a discussão sem regras racionais suficientes que a norteiem e a limitem pode, facilmente, levar a conclusões irracionais. Conforme Alexy, Struck menciona várias dessas regras, porém, ele as considera inadequadas, porquanto elas não contêm nada sobre o papel da lei, da dogmática e dos precedentes.

Apesar da contribuição e dos esforços da tópica[60], podemos dizer que a tópica fracassou e que seus fracassos se deram, por um lado, porque ela subestimou a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, e, por outro lado, por ela ter oferecido um conceito pouco preciso de discussão e uma análise insuficiente da estrutura da argumentação[61]. Para Alexy, devido às limitações da tópica, se faz, então, necessária uma teoria da argumentação que, diferentemente da tópica, supere a superficialidade de seus critérios de validade racional dos julgamentos jurídicos e que, com isso, consiga estabelecer, através de critérios racionais suficientes, uma conexão conceitual entre as idéias de justificação, de discussão e de decisão racionais para o campo dos julgamentos jurídicos; e é uma teoria da argumentação jurídica capaz de superar essas limitações e realizar essa conexão conceitual a que ele pretende desenvolver.

6. A discussão metodológica como reveladora da necessidade de uma teoria da argumentação jurídica racional contemporânea.

No entendimento de Alexy, sua proposta de teoria da argumentação jurídica vai ao encontro das necessidades da atual discussão metodológica. Para ele, não só Viehweg, mas, também, Hassemer, Rödiger, Esser e Kriele advogam a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica. Enquanto Viehweg “acha necessário elaborar uma teoria da argumentação jurídica como retórica inteiramente desenvolvida e atualizada”[62], Hassemer fala da “necessidade de uma teoria da argumentação jurídica como um dos mais urgentes desejos da ciência jurídica”[63] e Rödiger assinala que “os juizes (...) têm também de entender como argumentar racionalmente em áreas nas quais as condições prévias de provas lógicas não existem”[64].

Além disso, a Corte constitucional alemã ao estabelecer que o Direito não é idêntico à totalidade das leis, indica abertamente a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, o que se evidencia quando ela compreende que:

“A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que (...) julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes da lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário”[65].

Assim sendo, uma vez que há esse elemento discricionário na atividade julgadora do juiz, se não houver um critério legítimo para o exercício dessa discricionariedade, as decisões e as sentenças dos juizes podem ser arbitrárias (logo, ilegítimas) e os juizes, na mesma medida em que pretendem correção em seus julgamentos, devem se precaver e evitar essas arbitrariedades. Ora, para evitar essa possível arbitrariedade se faz necessária a fundamentação das decisões através de uma argumentação racional.

Nesse horizonte, se a lei escrita não é suficiente para prover uma justa resolução de problemas legais, então, essa insuficiência é sanada quando a decisão judicial se apóia, também, nos critérios da razão prática, que contribuem para uma implementação dos conceitos de justiça da comunidade. Nesse contexto, importa que se explicita, com toda clareza possível, o que se deve entender por <argumentação racional> e por <razão prática>. Conforme Alexy, embora suas propostas de teoria da argumentação jurídica deixem a desejar, Esser e Kriele advogam a possibilidade da argumentação jurídica racional relevante[66]; pois bem, para Esser:

“existe essa *racionalidade da argumentação* exterior ao sistema dogmático e seus métodos – na medida em que *a organização sobre o consenso de uma racionalidade de*

uma solução no enquadramento de certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei”[67].

Embora Esser, como identificamos na citação acima, tenha ressaltado a importância da argumentação racional para a justificação da decisão jurídica frente às alternativas jurídicas - com vistas ao consenso jurídico -, no entendimento de Alexy, sua concepção peca por não apresentar o conceito de argumentação racional e nem o conceito de consenso. Kriele, por sua vez, considera que o conceito de razão é um dos conceitos centrais da ciência jurídica, razão pela qual sustenta a tese de que considerações de razão correta governam toda a lei. Assim sendo, para ele, representa papel decisivo dos tipos de argumentação racional a deliberação sob as conseqüências das máximas que subjazem a um julgamento, conseqüências essas que devem ser abordadas do ponto de vista do interesse geral ou, no caso de conflitos de interesse, do ponto de vista do interesse mais fundamental. Na compreensão de Alexy, essa proposta de Kriele também deixa a desejar, pois ela não fornece critérios suficientes para a determinação do que é o interesse geral ou para a determinação do que deve ser considerado o interesse mais fundamental; isso ocorre, principalmente, porque em sua teoria não está claro o papel dos tipos de argumentação racional[68].

Apesar das limitações das propostas de Esser e Kriele, elas apontam para a necessidade de que metodologia jurídica contemporânea elabore uma teoria da argumentação jurídica racional que seja suficiente para atender à demanda de menos arbitrariedade e de maior correção e, portanto, de maior validade nos julgamentos jurídicos. Embora autores como Luhmann sustentem a tese de que não se podem fornecer critérios para estâncias de valor e, portanto, critérios para a inevitável valoração inerente às decisões judiciais, de modo a garantir sua pretensão de razoabilidade e, com isso evitar suas possíveis arbitrariedades, Alexy considera ser possível a construção de uma teoria racional da argumentação jurídica; teoria essa que, uma vez desenvolvida e implantada, poderá contribuir para evitar arbitrariedades nos julgamentos jurídicos e, com isso, aproximar o direito da correção e da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001.

ARISTÓTELES. *Organon.V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA. 1987.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio – São Paulo – Fortaleza, ABC Editora, 2006.

_____. *Ética do Discurso e Verdade em Apel.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997

PERELMAN, Chäin. *Ética e Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Lógica Jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985,

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.* PortoAlegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[1] No entendimento de Jan Schapp, “A temática da doutrina tradicional da metodologia jurídica pode ser interpretada – de modo muito global – em três questões: 1. Como aplica o juiz a lei ao caso que deve ser decidido por ele? 2. Como se interpretam as leis? 3. Existe a idéia do direito ou um princípio de justiça e qual o significado que tem essa idéia ou esse princípio para a busca do direito em questão? As questões podem ser (...) formuladas de outra maneira. Mas de modo geral está circunscrito com isto o campo de investigação da metodologia jurídica”. SCHAPP, Jan. ***Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica.*** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p.7.

[2] Na compreensão de Jan Schapp, “É fundamental no modelo da subsunção para a aplicação da lei a idéia de que a lei é algo universal e que o caso a ser decidido pelo juiz, pelo contrário, seria algo particular que poderia ser subsumido sob este universal” (SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 13), ou seja, “No modelo de subsunção se confrontam a lei concebida como universalidade e o caso concreto. No fundo trata-se de identificar o caso concreto como caso no gênero designado na lei. O modelo de aplicação do direito com essa oposição de lei e caso, é bipolar. SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 90.

[3] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. ***Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.*** 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001, p.17.

[4] Segundo Jan Schapp, “De fundamental importância para a decisão dos casos pelo juiz é primeiramente o juiz chegar a uma compreensão do fato a ser por ele decidido. Isso parece óbvio e se diz com facilidade. Mais difícil, porém, já é mostrar em que consiste essa compreensão e como o juiz pode chegar a ela” SCHAPP, Jan. Op. Cit. p.101

[5] Na compreensão de Manuel Atienza, “Justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas”. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002, p. 19.

[6] Não entendo o que significa um axioma empírico, pois os dados da experiência nos chegam através dos sentidos, porém, enquanto não os interpretarmos a partir de conceitos que recebem sua carga semântica através dos prejuízos ou pré-conceitos de nossa pré-compreensão do mundo eles não se constituem em juízos ou proposições e, portanto, em sentenças. Essas sentenças dependem, por conseguinte, de uma pré-compreensão e, desse modo, de uma interpretação que sempre pode ser diferente, dependendo do horizonte de compreensão do *intérprete*, de modo que não se pode falar propriamente de axiomas, uma vez que mesmo os dados empíricos necessitam serem interpretados e, uma vez interpretados, não são de modo algum axiomáticos

[7] Faz-se necessário que se apresentem regras e procedimentos não só para a referida transição, mais para uma transição que seja suficientemente legítima.

[8] ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 17-18.

[9] Há propostas de cânones de interpretação diferentes como, por exemplo, as seguintes: Savigny distingue o elemento gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático de interpretação; Wolf conhece as interpretações filológicas, lógicas, sistemáticas, históricas, comparativas, genéticas e teleológicas; Larenz, por sua vez, propõe como critérios de interpretação: o sentido literal do estatuto, o inter-relacionamento do significado da lei, a intenção, motivos e pressupostos normativos do legislador, os critérios objetivo-teleológicos, bem como a conformidade da interpretação com a constituição. Em meio a diferentes propostas de cânones de interpretação, cabe perguntar e responder não só se algum deles é capaz de fornecer a interpretação mais confiável, mas, principalmente, se há algum deles capaz de fornecer uma interpretação verdadeiramente confiável e, portanto, suficientemente legítima do ponto de vista da razão. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

[10] Se cada um desses cânones apresentados, por essa ou aquela proposta de cânones, pode levar a resultados diferentes e temos que formular um único resultado, então, qual a ordem hierárquica entre eles, de modo que possamos com base nessa ordem hierárquica definir da melhor forma esse resultado? Ora, segundo Alexy, até hoje não se conseguiu articular critérios estritos para a sua ordem hierárquica, o que dificulta a possibilidade de uma decisão confiável baseada nesses cânones. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

[11] Como exemplo dessa imprecisão dos cânones Alexy menciona uma regra como: *Interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo*. Ora, diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, poderão chegar a diferentes resultados com referência ao objetivo da norma em questão. Assim sendo, esse cânone como critério de interpretação e de justificação da decisão não tem suficiente precisão criteriológica para servir de base para uma decisão legítima. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.18).

[12] ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18.

[13] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 18 e 19.

[14] Segundo Karl Larenz, em relação à efetivação dos princípios, “a cada estágio de concretização, (são) necessários julgamentos de valor adicionais” (KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 38) Ora, os julgamentos de valor devem ser estabelecidos a partir da legislação, porém, eles, mesmo partindo dela, - ao mesmo tempo e subseqüentemente - se dão a partir do horizonte de interpretação do juiz, estando pois, também, sob a égide da discricção judicial.

[15] Isso, porém, não significa que seja impossível basear os argumentos jurídicos e as decisões judiciais em um sistema de valores. Significa, porém, que esses argumentos e essas decisões não são, do ponto de vista da racionalidade jurídica, suficientemente válidos.

[16] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 19.

[17] Assim, também, pensam: Müller, quando sustenta que “uma jurisprudência sem decisões ou julgamentos de valor (...) não seria prática e nem real”; Esser, quando afirma que “as decisões de valor (...) tem significado central em todas as decisões sofrivelmente problemáticas”; Kriele, quando conclui que “não é possível fugir dos elementos normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação”; e, Karl Larenz, quando defende a tese de que “A aplicação da lei (...) requer um amplo alcance de julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei” (MÜLLER, ESSER, KRIELE E KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21).

[18] Conforme Jan Schapp, “O modelo valorativo não expressa contudo com seu componente central da realização de uma valoração, nem o momento da participação criadora do juiz na decisão de caos que a lei não decidiu claramente, nem as modalidades de auxílio que a lei traz para essa participação criadora do juiz, através da clara decisão sobre determinados casos. Aqui é de pouca valia a indicação de que o juiz deve realizar uma repetição inteligente do juízo de valor da lei (...), pois ela deixa aberta as questões decisivas” SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 93.

[19] Na compreensão de Perelman, “O juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder (...) pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor”. (PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 566) e “se, de acordo com Esser, Kriele e

Struk, os juízos de valor relativos à própria decisão são insuprimíveis do direito, porque guiam todo o processo de aplicação da lei, já não se pode desprezar a questão de saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nossos interesses, e portanto subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma *lógica dos juízos de valor*”. PERELMAN, Chaïn. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.

[20] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21.

[21] Segundo Karl Larenz, “Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. Mas disso não deve concluir-se que o juízo de valor seja só um enunciado sobre o acto de valoração empreendido internamente por aquele que julga” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, p. 409), pois, “se os juízos de valor englobam a pretensão de serem válidos, tal deve ser válido para os juízos de valor jurídicos, que se estribam no apelo às pautas de valoração do ordenamento jurídico. LARENZ, Karl. Op. Cit. p. 409.

[22] A título de exemplo, alguns acham que o direito à propriedade privada dos meios de produção é um valor universalmente aceito como válido, porquanto é tido como um direito natural, eterno e imutável. No entanto, outros, acham que não só a propriedade privada dos meios de produção não é um valor universal, mas, inclusive, é a causa de todos os males na sociedade, sendo, portanto, um valor negativo. Quem está com a razão? Com quais critérios podemos decidir a respeito?

[23] No horizonte de compreensão de Alexy, podemos dizer que quando o juiz decide em nome do povo, por um lado, ele não pode, em nome de suas convicções pessoais, ser indiferente às convicções valorativas daqueles em cujo nome decide e, por outro lado, não pode, também, simplesmente, negligenciar os resultados das deliberações de gerações de advogados. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

[24] Conforme Alexy, esse critério não deve excluir a consideração das convicções comumente aceitas e nem o resultado de prévias discussões jurídicas. Importa, porém, compreender que a simples consideração das convicções comumente aceitas, em conjunto com a consideração das prévias discussões jurídicas, não são critérios suficientes para a formulação de uma sentença jurídica ou de uma decisão judicial correta. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

[25] ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

[26] ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

[27] Sobre a impossibilidade epistêmica de uma ontologia jurídica, verificar em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006, pp. 15-26.

[28] Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

[29]ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

[30] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

[31] ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

[32] ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

[33] Na compreensão de Alexy sobre a ciência social há uma tomada de posição, implícita, e até mesmo explícita, no sentido de que a ciência social trabalha com meros entendimentos empíricos, embora ele não explicita de forma clara que é esse entendimento empírico e qual o seu método. Importa, porém, esclarecer que a compreensão alexyana da ciência social, muito provavelmente, não só é ingênua (acrítica), mas, também, não é a mais adequada, pois há boas razões que justifiquem as seguintes teses: a) o método das ciências sócias não pode ser reduzido à metodologia de uma ciência com abordagem meramente descritiva; b) o método das ciências sociais está mais próximo de uma metodologia das ciências hermenêuticas (ou compreensivas); e, c) nas ciências sociais há, sempre presente, uma dimensão valorativa, de modo que nelas há não só uma mera descrição, mas a formulação de uma compreensão que pressupõe uma interpretação a partir de elementos axiológicos, explícitos ou implícitos, e, portanto, a partir de uma tomada de posição, devendo, por conseguinte, as ciências sociais serem ciências críticas. (A esse respeito verificar o capítulo quarto, intitulado *O a priori da comunidade de comunicação como pressuposto pragmático-transcendental das ciências sociais críticas*, em COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002).

[34] Segundo Alexy, na doutrina do método jurídico tradicional da Alemanha se fundem essas três formas de compreensão. Para ele, entre as três existe uma série de relacionamentos, de modo que, por exemplo, “a abordagem empírica pressupõe ao menos uma classificação grosseira dos diversos tipos de argumentos. A perspectiva normativa exige conhecimento das estruturas lógicas dos possíveis argumentos” (ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26) e a relação entre a abordagem normativa e a empírica pode resultar em perguntas como: “a opinião predominante em um grupo é critério suficiente para a sua racionalidade?”(ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26).

[35] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

[36] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

[37] Na tentativa de formulação de uma teoria geral do discurso prático racional, Alexy dialoga com diversas propostas, ente elas: a) teorias da filosofia moral analítica (Stevenson, Hares, Toulmin e Baier); b) a teoria consensual da verdade de Habermas; c) a teoria da deliberação prática da Escola de Erlagen (Lorenzen e Schwemmer); e, d) a teoria da argumentação de Perelman. Não pretendemos nesse trabalho expor a interpretação de Alexy acerca dessas diversas teorias e nem tampouco esclarecer o que delas ele incorpora ou que delas ele rejeita em sua proposta (Verificar em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 45-90).

[38] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

[39] Importa compreender que esse ponto de partida é sempre variável, pois se pode partir de convicções normativas, desejos, necessidades e informações empíricas diferentes. Assim sendo, mesmo que se use o mesmo procedimento no discurso prático (as regras e as formas do discurso prático), uma vez que os pontos de partida podem ser diferentes, os resultados oriundos do discurso prático serão, também, diferentes. Importa, também, perguntar a Alexy se não há como avaliar a validade das premissas ou pontos de partida, pois caso isso não seja possível, apesar do uso do procedimento do discurso, poderemos partir de premissas falsas ou incorretas, o que condicionará e prejudicará a pretensão de validade da conclusão, pois, como já nos ensinou a lógica clássica, se partirmos de premissas falsas, muito provavelmente as conclusões serão também falsas.

[40] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

[41] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28. Uma vez que o resultado do discurso afeta as pessoas envolvidas e uma vez que os pressupostos que formam a base do discurso condicionam o resultado, conforme Alexy nada mais razoável do que deixar para os próprios envolvidos no discurso o estabelecimento desses pressupostos. Cabe, porém, aqui a indagação sobre a validade desses pressupostos, pois se não há um critério para a validação desses pressupostos, os mesmos são arbitrários; além disso, na medida em que eles, junto com o discurso, condicionam os resultados, em sendo eles arbitrários, o resultado do discurso será fortemente marcado pela arbitrariedade.

[42] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

[43] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

[44] No entendimento de Manuel Atienza, “A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe essencialmente distinguir as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.19.

[45] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

[46] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

[47] Importa lembrar que ao procedimento do discurso prático em geral não se impõem como pressupostos necessários a inclusão de procedimentos para criar regras da lei positiva, a obrigatoriedade da lei positiva e nem sua aplicação nos tribunais.

[48] Conforme Alexy, nessa perspectiva, é possível fazer uma distinção entre as regras e formas que são válidas para todos os tipos de discurso jurídico e aquelas que representam um papel em apenas determinadas formas de discurso. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29).

[49] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

[50] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

[51] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

[52] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

[53] Para Viehweg, “A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.16), de modo que “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica de pensamento que está orientada para o *problema*”(VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 33) e mais, ainda, “ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p.16.

[54] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31. Na compreensão de Viehweg, “a Jurisprudência, como técnica que está a serviço de uma aporia, deve corresponder com os pontos essenciais da tópica” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25) de modo que é preciso descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência.

[55] Segundo Viehweg, “a expressão <<topoi>> criada por Aristóteles aparece na *Tópica* no final do primeiro livro” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25. (verificar a esse respeito em, ARISTÓTELES. *Organon.V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA. 1987, p. 47).

[56] Conforme Viehweg, “*Topoi*” são para *Aristóteles* (...) pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. pp. 24 e 25.

[57] No entendimento de Viehweg, “A função dos topoi, e é indiferente que esses topoi se apresentem como topoi gerais ou como topoi especiais, consiste, pois, no fato de servir à discussão de problemas. Disso decorre, que eles devem ter uma especial importância quando se trata da esfera de problemas determinados, cuja natureza vem sendo o fato de não perder de todo o caráter problemático” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 39.

[58] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

[59] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

[60] Para Viehweg a tópica afasta a jurisprudência do modelo axiomático-dedutivo e faz com que ela não se converta em um método. Nessa perspectiva, ela deu grandes contribuições para a jurisprudência, ou seja: “a tópica tem prestado grandes serviços à jurisprudência” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77) e “é próprio dela fazer com que a jurisprudência não possa converter-se, num método” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77); para Atienza, “Apesar de todas as críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de racionar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.77.

[61] Assim, também, pensa Atienza, pois, conforme seu entendimento, “é necessário reconhecer que na tradição do pensamento da tópica jurídica inaugurada por Viehweg pode-se encontrar sugestões e estímulos de inegável valor para quem deseja começar a estudar – e a praticar – o raciocínio jurídico; mas, por si mesma, ela não fornece uma base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.79.

[62] VIEHWEG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

[63] HASSEMER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

[64] RÖDIG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

[65] ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

[66] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

[67] ESSER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

[68] Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

O POSITIVISMO INCLUSIVO*
INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM

Rodrigo de Souza Tavares

RESUMO

O presente artigo visa abordar uma teoria jusfilosófica vinculada à corrente do positivismo jurídico, cuja nota distintiva é a admissão da incorporação de critérios morais entre os testes de reconhecimento das normas jurídicas válidas num dado ordenamento jurídico. Procuramos ao longo do trabalho descrever essa teoria – denominada de positivismo inclusivo – por duas perspectivas. A primeira diz respeito à contextualização histórica de sua formação, ocorrida no último quartel do séc XX, na esteira do debate Hart-Dworkin. A segunda aborda propriamente as teses conceituais defendidas por seus partidários. Ao final, traçamos um panorama em torno da compatibilidade entre as teses propostas por positivistas inclusivos e as teses básicas que compõem o núcleo essencial do ‘juspositivismo sem qualificativos’, bem como a resistência das mesmas à crítica de seus opositores.

PALAVRAS-CHAVES: POSITIVISMO JURÍDICO – POSITIVISMO INCLUSIVO – DIREITO – MORAL.

ABSTRACT

This article aims to explain a theory linked to the doctrine of legal positivism, whose distinctive note is the acceptance of the incorporation of moral criteria between the tests for the recognition of legal standards applicable in a given legal system. All long the work, we described this theory - called inclusive legal positivism - for two prospects. The first concerns the historical context of their creation, which occurred in the last quarter of century XX, as a result of the so called Hart-Dworkin debate. The second deals with the proper conceptual thesis defended by their supporters. Finally, we try to establish a picture over the compatibility between the theories proposed by inclusive positivists and the basic thesis that comprise the core essence of the legal positivism without qualifications', as well as your resistance to the criticism of his opponents.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: LEGAL POSITIVISM – INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM – LAW – MORAL.

1. As várias Faces do Positivismo Jurídico Contemporâneo.

Neste artigo iremos investigar uma teoria sobre o ordenamento jurídico filiada à corrente do positivismo jurídico. Porém, enfrentar a temática do juspositivismo é tarefa que comporta alguns desafios. Em primeiro lugar, o positivismo jurídico tem sido alvo de inúmeros ataques nas últimas décadas. Conforme diz Norbert Hoester, numa referência à cultura jurídica alemã que poderia muito bem ser estendida para toda filosofia do direito produzida no ocidente: “desde pelo menos cinquenta anos na filosofia do direito alemã é quase de bom tom rechaçar e até condenar o positivismo jurídico”[1]. Contudo, muitas das críticas valem-se de uma visão caricata dessa teoria. Na verdade, a maioria delas se dirige a teses que não fazem parte do núcleo essencial da doutrina juspositivista ou que, no pior dos casos, nunca foram defendidas por nenhum teórico filiado a essa escola[2].

Em segundo lugar, outro obstáculo para abordagem do positivismo jurídico é que o termo por si só diz muito pouco sobre as várias premissas teóricas defendidas debaixo dessa designação geral. Existem muitos ‘positivismos jurídicos’ atualmente. Fazendo um paralelo, podemos dizer que rotular alguém como positivista é tão revelador de suas concepções teóricas quanto pode ser esclarecedor sobre as convicções religiosas de um indivíduo declará-lo cristão, sem especificar em qual das várias denominações cristãs este se enquadra[3].

Dessa forma, para podermos cumprir satisfatoriamente nosso propósito de investigar o positivismo inclusivo[4], precisamos superar esses dois obstáculos, definindo melhor qual o tipo de positivismo de que estamos falando e apresentando claramente suas teses. Em conseqüência, tentaremos firmar algumas premissas antes de prosseguir com a discussão.

O termo positivismo jurídico já foi usado para designar coisas muito diferentes. Norberto Bobbio propôs que o positivismo jurídico fosse visto em três acepções distintas: como metodologia, como teoria e como ideologia[5]. De forma bastante sucinta, podemos dizer que: i) a primeira acepção corresponde a um método de aproximação do fenômeno jurídico que é avalorativo, descritivo e neutro; ii) a segunda acepção corresponde a um conjunto específico de teses que tentam descrever quais são os requisitos de existência e os elementos básicos de um ordenamento jurídico qualquer; iii) e a terceira acepção é um programa político que confere um valor positivo ao ordenamento jurídico enquanto tal e por isso prega o dever de obediência à lei. Todavia, o mesmo autor que formulou a distinção frisou a autonomia de cada uma das acepções[6].

Destes três aspectos, podemos dizer que o núcleo do positivismo jurídico encontra-se em sua perspectiva teórica, pois o modelo descritivo e neutro de ciência jurídica defendido por juspositivistas metodológicos é compartilhado também por críticos do

positivismo jurídico, como os realistas jurídicos. Quanto à ideologia do positivismo jurídico, podemos colocá-la de lado no presente artigo, pois, como veremos, a vertente juspositivista enfocada é essencialmente isenta de pretensões políticas e prescritivas. Não está em nossos planos analisar o positivismo jurídico *tout court*, e sim o positivismo inclusivo. Assim, de agora em diante abordaremos as teses conceituais que lhe são características.

1.1. O positivismo inclusivo.

A teoria do positivismo inclusivo surgiu no final da década de 70[7] como uma resposta ao debate Hart-Dworkin[8]. O ataque desferido contra o positivismo teve grande impacto na comunidade acadêmica e fez com que muitos teóricos tentassem ajustar o juspositivismo à inegável presença de parâmetros morais no cotidiano judicial das democracias constitucionalizadas contemporâneas. As respostas a essa provocação criaram uma intrincada desavença entre positivistas – o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos - e entre estes e os partidários da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Veremos adiante que hoje as críticas mais contundentes ao positivismo inclusivo partem do próprio flanco juspositivista. Em suma, as concessões realizadas às críticas de Dworkin colocam o positivismo inclusivo sob o ataque em dois *fronts* e o pior deles, sem dúvida, tem sido a ‘disputa de família’ entre positivistas exclusivos e inclusivos.

Colocando numa apertada síntese esse complexo debate, podemos identificar nele três posições. Num extremo estaria a tese defendida por Dworkin, segundo o qual: (1a) o direito válido não pode ser identificado através da remissão a fatos sociais, pois alguns parâmetros usados pelos juízes são válidos em razão da sua correção moral, não em razão de fatos praticados no passado por legisladores ou tribunais; (2a) em razão desse fato, o direito está necessariamente ligado à moral, pois a interpretação do direito consiste na leitura de todos os dispositivos normativos à luz desses parâmetros morais, cuja validade é decorrente da sua correção moral. No extremo oposto ficaria a posição de Joseph Raz, ao afirmar: (1b) que a validade de qualquer norma jurídica é sempre determinada por fatos sociais, independentes do seu conteúdo moral; (2b) por isso, o direito e a moral são conceitualmente separados sempre.

Buscando uma brecha entre as duas posições[9], os positivistas inclusivos defendem que: (3a) às vezes, a identificação do direito válido pode se fundar em considerações morais, isso dependerá do conteúdo da regra de reconhecimento de cada sistema jurídico; (3b) portanto, é possível imaginar um sistema jurídico no qual o direito e a moral estejam separados. Em suma, os positivistas inclusivos afirmam que: é possível que em algum sistema jurídico a legalidade de uma norma não dependa de sua adequação moral.

Para essa teoria, o fato de que nos sistemas jurídicos da atualidade o direito e a moral estão interligados, em virtude de dispositivos constitucionais que apelam a valores como a liberdade, a igualdade, etc, não afasta a possibilidade de uma separação conceitual entre essas duas ordens normativas. Tal ligação seria um fenômeno empírico

que não atrapalharia o caminho do positivismo conceitual. Convém agora que as teses até aqui expressadas superficialmente sejam submetidas a uma análise mais pormenorizada.

1.1.1. A tese das fontes sociais.

A tese das fontes sociais do direito (TFS) é o pilar central do positivismo conceitual. Todos os juspositivistas aderem a ela, ainda que o façam de maneira bastante distinta. Ela consiste, falando de forma muito ampla, na afirmação de que o direito é um artefato social, ou seja, um produto de práticas humanas. A propósito, Joseph Raz afirma que essa tese é a mais fundamental entre todas as defendidas pelos positivistas jurídicos. Em sua opinião, seria essa tese que justificaria a denominação ‘positivismo’, pois, em síntese, ela afirma que o direito é algo posto ou positivado pela vontade de seres humanos[10]. Buscando uma fórmula sintética poderíamos afirmar que segundo a tese das fontes sociais:

TFS: A existência do direito depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas realizadas pelos membros de uma determinada sociedade.

Sua origem encontra-se na negação da doutrina jusnaturalista. Se os jusnaturalistas insistem que a autoridade das normas jurídicas seria derivada de uma ordem superior, algum tipo de entidade metafísica que sobrepassa ao direito, os juspositivistas insistem, consensualmente, que a autoridade das normas jurídicas pode ser explicada tendo em vista algum tipo de fato social.

Veja-se, por exemplo, a versão do positivismo de Hans Kelsen. Segundo o autor, uma norma jurídica retira sua validade de outra norma jurídica hierarquicamente superior e assim por diante, até chegarmos à *grundnorm*, pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico. Assim, a validade de todas as normas jurídicas dependeria de um fato social, qual seja, a promulgação em conformidade com uma norma jurídica hierarquicamente superior. O problema desta formulação é que não é possível continuarmos infinitamente essa cadeia, então, como explicar a autoridade da última norma do sistema. Kelsen utiliza a polêmica noção de norma hipotética fundamental para solucionar a controvérsia, esta não existiria de fato, mas seria uma pressuposição lógica que viabiliza a estruturação piramidal dos sistemas jurídicos[11]. Na verdade, todas as teorias juspositivistas poderiam ser aqui lembradas como variações da TFS.

Porém, ainda que haja unanimidade na superfície da TFS, algumas sutis variações podem ser vistas entre as várias correntes do positivismo jurídico. Para os objetivos deste artigo, vale ressaltar a peculiar interpretação da tese entre positivistas inclusivos e sua divergência face à versão defendida por positivistas exclusivos. As duas variantes de juspositivismo concordam que a regra de reconhecimento de qualquer sistema

jurídico retira sua validade de algum tipo de fato social. Porém, positivistas exclusivos afirmam que isso é válido tanto para as regras primárias quanto para a regra de reconhecimento[12], já positivistas inclusivos admitem que a dependência das fontes sociais é uma verdade conceitual apenas em relação à regra de reconhecimento, pois algumas regras primárias podem ser válidas por sua correção moral, desde que isso seja previsto pela regra de reconhecimento. Assim podemos distinguir uma versão forte e outra fraca da tese das fontes sociais, sendo que o positivismo inclusivo defende apenas a segunda[13]. Vamos chamá-las respectivamente de: TFS' e tfs':

TFS': A existência e a validade de todo o direito é determinada em virtude de fatos sociais.

tfs': A existência e a validade da regra que estabelece os critérios de identificação do direito válido depende de fatos sociais.

1.1.2. A tese do convencionalismo.

De acordo com a tese do convencionalismo, a validade do direito é conferida através de parâmetros estabelecidos em alguma especial de convenção social. Podemos dizer que a tese do convencionalismo complementa a asserção contida na tese das fontes sociais, pois estabelece que os critérios de validade jurídica, referidos antes como as fontes sociais do direito, derivam de algum tipo de acordo ou convenção social.

TC: Os critérios de identificação do direito válido em qualquer sistema jurídico são estabelecidos e têm autoridade, em última instância, em virtude de algum tipo de convenção social.

Um exemplo de posição afinada ao convencionalismo pode ser visto na concepção hartiana sobre a validade da regra de reconhecimento. Conforme defende o autor[14], a validade dessa regra depende de uma convenção social, explicada por ele como a adoção de um ponto de vista interno frente a essa regra. Segundo afirma, a convenção social consistente em considerar a regra de reconhecimento como um padrão comum de identificação das regras válidas de um sistema jurídico é uma condição de existência do próprio ordenamento jurídico.

Relacionando essa tese com a tese das fontes sociais observamos que todas as regras do sistema são válidas, pois têm como fonte uma regra social chamada regra de reconhecimento (TFS), mas a regra de reconhecimento, por sua vez, é válida em função

de sua aceitação pelas autoridades, ou seja, a autoridade da regra de reconhecimento é estabelecida por uma convenção social (TC).

Embora seja pacífico entre os juspositivistas o entendimento de que o direito é fruto de convenção social, existem concepções distintas sobre a natureza dessa convenção. Andrei Marmor[15]. considera que a regra de reconhecimento deve ser considerada como uma “convenção constitutiva”, enquanto Jules Coleman[16] prefere considerá-la uma “atividade cooperativa - AC” (*shared cooperative activity - SCA*).

Uma convenção constitutiva é aquela que estabelece uma prática autônoma, conferindo-lhe objetivos e valores peculiares. Marmor cita os exemplos das regras de xadrez ou das regras que constituem gêneros artísticos específicos, como a ópera. As regras constitutivas dessas práticas sociais criam sistemas autônomos, dando-lhes um sentido e valores próprios. Já as atividades cooperativas partilhadas seriam aquelas nas quais os membros de um grupo envolvido numa prática social agiriam de forma sensível aos atos dos demais membros do grupo. Por exemplo, podemos imaginar a forma como se relaciona um grupo de pessoas que sai para caminhar junto, a velocidade de cada um dependerá da velocidade com que os demais andam, da mesma forma, o trajeto dependerá da resposta de cada um às sugestões dos demais, etc.

Essa distinta concepção sobre a natureza da convenção social que dá vida à regra de reconhecimento gera, por sua vez, duas versões da tese do convencionalismo. O foco da divergência é o fato de que convenções constitutivas, como as do jogo de xadrez, não originam por si só razões para se engajar na prática que criam, assim, para Marmor não há como fundamentar a obrigação das autoridades de seguir a regra de reconhecimento, ela existe apenas enquanto é praticada[17]. Enquanto isso, Coleman defende que a regra de reconhecimento impõe uma obrigação em relação às autoridades, porque uma AC gera obrigações para seus participantes[18]. Assim, podemos dividir a tese do convencionalismo numa versão fraca e outra forte, como fizemos com a tese das fontes sociais:

TC': A regra de reconhecimento consiste numa convenção social que obriga as autoridades de um sistema jurídico a utilizar os critérios de identificação nela contidos para descobrir e aplicar as demais normas desse sistema jurídico.

tc': A regra de reconhecimento consiste numa convenção social que reúne os critérios de identificação do direito válido e que pode ser usada pelas autoridades para descobrir e aplicar as demais normas desse sistema jurídico.

1.1.3. A tese da separabilidade.

A tese da separabilidade consiste, a princípio, numa tese negativa, segundo a qual: não há conexão necessária entre a moral e o conteúdo das normas jurídicas e qualquer coincidência nesse sentido é um fato meramente contingente. Essa tese pode ser vista como um corolário da TFS. O raciocínio nesse sentido é mais ou menos o seguinte: I) o direito é proveniente de fatos sociais ou ações humanas; II) podemos identificar o direito válido em razão dessas práticas sociais; III) a validade das normas jurídicas não depende da correspondência com nenhuma ordem externa a essas práticas. IV) a validade das normas jurídicas não depende de correspondência com o ordenamento moral.

Porém, é preciso esclarecer melhor a proposição para torná-la representativa do positivismo inclusivo, porque, na verdade, nenhum dos grandes expoentes do juspositivismo jamais negou a veracidade da afirmação. Todos são unânimes em reconhecer que existem freqüentes coincidências entre as normas morais e as normas jurídicas[19], mas apesar dessa aparente convergência, afirmam que as duas esferas normativas podem ser conceitualmente separadas através de teorias que explicam a autonomia do sistema jurídico. Porém, positivistas exclusivos defendem que o direito é *sempre* conceitualmente separado da moral, enquanto isso, positivistas inclusivos afirmam apenas *a possibilidade de uma separação conceitual* entre o direito e a moral.

A reivindicação dos positivistas inclusivos é que admitamos como possível imaginar um mundo onde a regra de reconhecimento do sistema jurídico não tenha incorporado nenhum critério moral como fator de identificação do direito[20]. Sendo assim, a constatação empírica de sistemas jurídicos onde aconteça o contrário é incapaz de minar a correção conceitual da afirmação. Também por isso, positivistas inclusivos preferem apresentá-la como tese da *separabilidade* ao invés da tradicional designação de tese da separação, indicando assim que ela trata de uma possibilidade lógica[21]. A divergência entre as duas posições é decorrente da admissão ou recusa da incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento. A tese da separabilidade pode ser enunciada como segue:

TS: A identificação do direito válido num ordenamento jurídico não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais, embora isso possa circunstancialmente acontecer.

1.1.4. A tese da diferença prática.

Segundo a tese em destaque: *TDP: o direito deve ocupar lugar como autoridade prática, fazendo diferença na deliberação sobre o que deve ser feito por agentes racionais em situações sujeitas à incidência de normas jurídicas.*

Essa tese está vinculada a uma determinada concepção sobre as funções do direito. Hart evidencia tal concepção teleológica dos ordenamentos jurídicos, comum a outros juspositivistas, na seguinte passagem: “de facto, penso que é totalmente despiciendo

procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta[22]”. Sem dúvida, é bastante óbvio que o direito tem a pretensão de regular a conduta humana, mas por trás dessa constatação evidente, existem muitas formas de explicar como o direito pode prover razões para agir e fazer diferença no âmbito das questões práticas.

Scott Shapiro, após afirmar que é ambíguo o tratamento dado por Hart ao tema, encontra dois sentidos nos quais uma norma pode servir como guia para conduta e assim fazer diferença prática. Primeiro, afirma que a norma pode servir como guia *motivacional*, em segundo afirma que a norma pode servir como guia *epistemológico*. Uma norma serve como guia motivacional quando provoca a conformidade da conduta de uma pessoa que efetivamente aceita tal norma como um parâmetro crítico-reflexivo. No outro caso, uma norma serve como guia se apenas informa alguém da conduta devida e essa pessoa satisfaz os requerimentos da norma por razões prudenciais[23].

A distinção em questão serve para esclarecer porque, segundo Hart, os diferentes tipos de regras devem servir como guias distintos para cidadãos e para as autoridades. Em sua concepção (agora iluminada pela distinção de Shapiro) um sistema jurídico necessita para existir de uma regra de reconhecimento que seja usada como guia motivacional para as autoridades. Mas o mesmo requisito não se aplica ao resto da população. As regras identificadas segundo a regra de reconhecimento são úteis desde que sejam guias epistemológicos para os cidadãos, que poderão, segundo seus próprios cálculos, conformar ou não sua conduta aos requerimentos de tais normas.

Uma contribuição fundamental para a compreensão da tese da diferença prática é proporcionada pela teoria de Joseph Raz[24] segundo a qual: é uma verdade conceitual que o direito reivindica autoridade legítima sobre questões práticas. Para o autor, as normas jurídicas exercem autoridade sobre os indivíduos por serem *razões excludentes*, ou seja, são razões para agir num determinado sentido que excluem a possibilidade de deliberar sobre a conveniência de agir baseado em quaisquer outras razões[25]. Essa concepção sobre as normas jurídicas e o seu papel nas questões práticas está ligada à idéia de autoridade para Joseph Raz. Em sua concepção, a finalidade da autoridade é fazer a mediação entre um agente e as inúmeras razões que seriam relevantes em suas deliberações, portanto, uma autoridade tem a função de substituir a ponderação individual das razões aplicáveis às controvérsias práticas. Essa tese (chamada de tese da autoridade) pode ser considerada uma especificação da proposição mais geral prevista na TDP.

1.1.5. A tese da incorporação.

Esta tese é verdadeiramente a marca distintiva do positivismo inclusivo. Ela é uma tomada de posição frente à divergência sobre a existência ou não de restrições aos tipos de critérios que podem figurar na regra de reconhecimento. Positivistas exclusivos acreditam que a regra de reconhecimento só pode conter parâmetros formais de

identificação do direito, ao estilo do teste de *pedigree* segundo a denominação de Dworkin. Enquanto isso, positivistas inclusivos, adeptos da tese da incorporação, defendem que uma regra de reconhecimento pode incorporar parâmetros morais de validade e assim instituir testes de conteúdo no processo de identificação do direito válido num ordenamento dado jurídico. De acordo com a tese da incorporação:

TI: é possível haver um sistema jurídico no qual a regra de reconhecimento incorpore critérios morais entre os testes de validade jurídica.

Outros esclarecimentos devem ser acrescentados a essa proposição geral. Primeiro, vale dizer que os testes da regra de reconhecimento podem incorporar padrões morais de maneira bastante distinta, pois os critérios morais podem figurar como *condição necessária* ou como *condição suficiente* de legalidade. Isso dá origem a duas versões da tese da incorporação, uma fraca e outra forte, respectivamente. Na primeira versão, uma norma jurídica é considerada *válida a não ser que seja imoral*. Dessa forma, a moralidade é uma dentre as condições de validade. Ela é um requisito de validade ao lado de outros, como, por exemplo, a remissão a autoridade das suas fontes de criação. Essa fórmula é bastante similar ao raciocínio empregada na declaração de inconstitucionalidade das leis com fundamento na violação de princípios como o da isonomia. A lei, promulgada segundo o devido processo legislativo, perde seu *status* como norma jurídica em razão de sua reprovação num teste moral. Já na segunda versão, uma norma jurídica é considerada *válida porque é moralmente apropriada*, prescindindo de qualquer outro critério de validação. Essa versão mais forte da tese da incorporação é derivada da resposta ao célebre argumento de Dworkin com relação ao caso *Riggs x Palmer*[26]. Segundo o autor, nenhum positivista poderia explicar a aplicação ao caso do princípio segundo o qual “nenhum homem poderá se beneficiar da própria torpeza”, já que este princípio não tem *pedigree*, i. e., uma fonte formal que lhe confira validade. Na versão forte da tese da incorporação, a aplicação do princípio se justificaria pela inclusão na regra de reconhecimento da correção moral como critério suficiente para conferir validade jurídica a um padrão de conduta.

2. A tese da incorporação da frente às demais teses do positivismo jurídico.

As teses apresentadas anteriormente representam a estrutura básica do positivismo conceitual de matriz hartiana, com ênfase em sua vertente incorporacionista. Cumpre agora mostrar a relação entre as teses principais do juspositivismo sem adjetivos e aquela que é central ao positivismo inclusivo. Conforme veremos, essa coexistência não é nada pacífica, de fato, muitos críticos apontam para incompatibilidades entre as teses gerais do juspositivismo e a tese incorporação.

Primeiramente, a tese das fontes sociais não apresenta um obstáculo sério à tese incorporacionista. Como vimos, a única adaptação a ser feita para compatibilizar ambas

proposições é a adotar uma versão mitigada da tese das fontes sociais. Dworkin afirma que a tese das fontes sociais é incompatível com a identificação de alguns princípios jurídicos, pois estes não teriam nenhum fato social como respaldo, sendo válidos tão somente por sua correção moral. Os positivistas inclusivos, por admitirem a incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento, respondem à crítica da seguinte forma: embora alguns padrões de conduta sejam identificados por testes substantivos e, assim, não possam ser reconduzidos a fatos sociais, o sistema como um todo pode sê-lo, pois a regra de reconhecimento é válida em função de sua aceitação pelas autoridades, fato que representa uma convenção social. Essa defesa corresponde àquilo que chamamos de tese fraca das fontes sociais ('tfs).

A tese do convencionalismo também foi apontada por Dworkin como um obstáculo à tese da incorporação. Todavia, as objeções parecem não resistir à réplica incorporacionista. O argumento de Dworkin nessa questão é o de que uma regra que incorporasse critérios morais seria inexoravelmente controvertida, haja vista a natureza polêmica das questões morais. Como consequência, essa regra seria incompatível com a tese positivista das convenções sociais, pois sem consenso, não há convenção possível. Em sua visão, a convergência de hábitos é um pressuposto lógico da regra de reconhecimento, existindo polêmica na identificação do direito, faltaria um requisito básico de existência do ordenamento jurídico segundo a proposta de Hart[27]. Em resposta, Jules Coleman afirma que a crítica de Dworkin deixa de fora a importante distinção entre o que é a regra de reconhecimento e quais são os parâmetros que a satisfazem[28]. Em outras palavras, podemos distinguir o desacordo que recai sobre o conteúdo da regra daquele que recai sobre a aplicação da mesma[29]. Por exemplo, podemos estar de acordo quanto ao fato de que as regras que violam a dignidade da pessoa humana não são válidas no ordenamento jurídico brasileiro, todavia dificilmente encontraremos consenso num grupo que, tomando por base esse parâmetro, discuta a validade da lei de biosegurança, no que tange a pesquisas com células-tronco embrionárias.

Em relação à tese da separabilidade, não há nenhuma dificuldade de compatibilizá-la com a tese da incorporação. Na verdade, aquela pode ser vista como um corolário desta. Pois, a admissão de que a regra de reconhecimento *pode*, embora não necessariamente o faça, incluir critérios morais entre os testes de validade jurídica (*TI*) permite aos positivistas inclusivos afirmar que é possível imaginar um ordenamento jurídico no qual a identificação do direito não dependa em nada do seu conteúdo moral (\diamond *TS*).

Finalmente, o verdadeiro desafio do positivismo inclusivo tem sido a compatibilizar a tese da incorporação com a tese da diferença prática. É nesse terreno que o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos encontra-se mais acirrado[30]. Segundo Raz, a tese incorporacionista é incompatível com a pretensão do direito afirmar sua autoridade em questões práticas. Como visto anteriormente, o autor afirma que a autoridade do direito é exercida substituindo o balanceamento individual das razões para agir aplicáveis num dilema prático, por razões para agir pré-determinadas[31]. Em consequência, um ordenamento jurídico só poderia reivindicar autoridade sobre questões práticas ao proibir a deliberação sobre as razões subjacentes a instituição das regras jurídicas. Mas, para o autor, a regra de reconhecimento que incorporasse critérios morais na atividade de identificação do direito seria um convite para que fossem reexaminadas justamente as razões morais que justificam a criação das regras submetidas ao teste validade. Para

tornar mais claro o argumento, faremos um experimento mental com um sistema hipotético de regras pertencentes a uma fictícia estrutura militar:

I) Regra de Reconhecimento da corporação:

a) Todos devem agir fazendo bem aos necessitados.

b) Todos devem agir segundo as ordens de seus superiores.

II) O chefe dos bombeiros ordena que: em caso de calamidade pública, os soldados do corpo de bombeiros deverão cuidar dos desabrigados.

III) Imagine que, após uma grande calamidade com inúmeros desabrigados, devemos considerar a posição de: (1) um oficial intermediário que deve julgar as ordens decretadas pelo chefe da corporação, seguindo os fundamentos da instituição e daí dizer aos soldados como devem agir.

Hipótese:1 (a)

Nesse caso, qual será a razão para que o oficial ordene aos soldados prestarem auxílio aos desabrigados? Não há como o oficial ser guiado ao mesmo tempo pela ordem do chefe do corpo de bombeiros e pela regra de ouro da corporação. A ordem de auxílio já está contida no mandamento geral de ajuda aos necessitados. A ausência da ordem do chefe não mudaria em nada a conduta a ser seguida.

Hipótese: 1 (b)

Na segunda hipótese, tanto a regra de reconhecimento quanto a regra testada servem como guia de conduta. A ordem do chefe é seguida, pois assim determina a regra de reconhecimento. Os desabrigados são socorridos, porque assim determina a ordem do chefe da corporação.

Na visão de Shapiro: “uma regra faz diferença na deliberação prática quando motiva um agente a agir de forma que não teria agido se não tivesse apelado à regra em seu raciocínio prático”[32]. Assim, chegamos a conclusão de que uma regra de reconhecimento que incorpore critérios morais impede que as regras reconhecidas

segundo seus parâmetros façam diferença na deliberação sobre a conduta a ser seguida. Logo, a tese da incorporação seria incompatível com TDP.

Em resposta, Coleman prefere abandonar a versão de TDP defendida por Shapiro e Raz, cujo conteúdo consiste na afirmação de que afirma *toda* norma para manter seu caráter jurídico necessita servir de guia para conduta. Em sua opinião, as normas identificadas segundo a tese da incorporação podem visar outras funções, além daquela de guiar a conduta dos indivíduos. Elas podem servir, por exemplo, para explicitar as exigências impostas pelos critérios morais incorporados na regra de reconhecimento[33]. Neste ponto o autor parece se afastar da visão funcionalista de Hart, para se aproximar daquela de Dworkin, para quem a função principal do direito é servir de justificação moral do exercício da coerção estatal.

3. Considerações Finais

Enfim, podemos constatar que o preço para defender a coerência conceitual do positivismo inclusivo é bastante alto. É necessário para esse fim a adoção de diversas ‘versões enfraquecidas’ das teses tradicionais do positivismo jurídico. Cabe perguntar se o esforço para criar uma versão da teoria positivista compatível com a incorporação de testes morais entre os mecanismos de identificação do direito não resultou num conceito de positivismo demasiadamente estreito. Nesse sentido, a tese incorporacionista redundaria numa teoria muito mais próxima daquela defendida por Dworkin, do que aquelas defendidas, v.g., por Kelsen, Austin ou Bentham, posição embaraçosa para aqueles que se dizem fiéis à tradição do positivismo jurídico[34].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **Negative and Positive Positivism**. *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, nº 1, 1982, pp. 139-164.

_____. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 99-147.

_____(Org). **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001.

DUARTE, E. O., POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justice in Robes**. Londres: Belknap, 2006.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. nº 71, 1958, pp. 593-629.

_____. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HIMMA, K. E. Inclusive Legal Positivism. *In*: COLEMAN, J (Org.). SHAPIRO, SCOTT (Org.). **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, pp. 125-165.

_____. Hart and The Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 1-43.

HOERSTER, Norbert. **En Defensa del positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITER, Brian R. **Beyond the Hart/Dworkin Debate: the methodology problem in jurisprudence**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=312781>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2008.

LYONS, David. **Principles, Positivism, and Legal Theory**. *The Yale Law Journal*, vol. 87, nº 2, 1977, pp. 415-435.

MARMOR, Andrei. *Legal Positivism: still descriptive and morally neutral?* **Oxford Journal of Legal Studies**. vol. 26, nº 4, 2006, p.683-704.

_____. Legal Conventionalism. *In*: COLEMAN, JULES. **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 193-217

PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006.

POZZOLO, Susanna. Inclusive Positivism: alcune critiche. In: **Diritto & Questione Pubbliche**, nº 1, 2001. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-1/contributi.htm> Acesso em: 15 de fevereiro de 2008.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Nova Iorque: Clarendon Press, 2002.

_____. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, nº. 3. Illinois: The Hegeler Institute, 1985, pp. 295-324.

RODRÍGUEZ, César. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2005.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 16/12/2007.

_____. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, JULES. In: **Hart’s Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.

_____. Law Morality and the Guidance of Conduct. **Legal Theory**, vol. 6, nº 2, 2000, pp. 127-170.

SOPER, Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. **Michigan Law Review**, vol. 75, nº 3, 1977, pp. 473-519.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**, 2005, (Tese de Doutorado) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro.

WALUCHOW, W. J. **The Many Faces of Legal Positivism**. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 48, n° 3, 1998, pp. 387-449.

_____. **Inclusive Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

_____. Authority and Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, n° 6, 2000, pp. 45-81.

[1] HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 9.

[2] *Idem*, p. 10.

[3] Wilfrid Waluchow, num artigo cujo título tomamos emprestado para nomear o presente item, afirma o seguinte: A Etiqueta ‘positivismo jurídico’ é entendida em tantas formas distintas que se torna quase sem sentido falar de positivismo jurídico sem afirmar precisamente o sentido no qual se emprega o termo, o tipo de positivismo jurídico que se tem em mente. Talvez seja o tempo de parar de se referir ao ‘positivismo jurídico’ *per se*, e se dizer ao invés sobre a variedade de formas de positivismo jurídico. WALUCHOW, W. J. **The Many Faces of Legal Positivism**. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 48, n° 3, 1998, p. 338.

[4] Essa mesma teoria é por vezes chamada de positivismo suave (Hart) ou positivismo incorporacionista (Coleman). Preferimos o termo positivismo inclusivo em atenção à tendência entre os estudiosos do assunto de repudiar uma desnecessária multiplicação de nomeclaturas. Jules Coleman, por exemplo, um dos maiores defensores da teoria na atualidade, embora faça constar sua preferência pelo termo ‘positivismo incorporacionista’, abriu mão de seu uso em favor do termo ‘positivismo inclusivo’ para evitar a multiplicação indesejável de designações. Ver: COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001, p.105.

[5] Bobbio defende a autonomia entre as categorias por ele criadas da seguinte maneira: “(...) a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica (...) Do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 233-238.

[6] *Idem*, p.234.

[7] Os primeiros artigos a tratar do tema foram: SOPER, Philip. *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*. **Michigan Law Review**, vol. 75, nº 3, 1977, pp. 473-519; LYONS, David. **Principles, Positivism, and Legal Theory**. *The Yale Law Journal*, vol. 87, nº 2, 1977, pp. 415-435; e COLEMAN, Jules. **Negative and Positive Positivism**. *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, nº 1, 1982, pp. 139-164.

[8] As críticas feitas por Dworkin e as respostas de Hart compõem um complexo de teses que figura no centro do debate jusfilosófico anglo-americano. Destacam-se entre as monografias dedicadas ao tema: SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 16 de dezembro de 2007. RODRÍGUEZ, César. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2005.

[9] Wilfrid waluchow, um dos expoentes dessa teoria, afirmou o seguinte: “creio que em algum lugar entre as visões conflitantes de Raz [o maior representante do positivismo exclusivo] é Dworkin se situa o positivismo inclusivo, uma viável e iluminadora teoria do direito”. In: WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 9.

[10] RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Nova Iorque: Clarendon Press, 2002, p.38.

[11] Esse é um ponto extremamente frágil da teoria Kelseniana, porque não há na obra do autor uma exposição satisfatória das relações entre a eficácia e a existência dos ordenamentos jurídicos. H.L.A. Hart oferece uma versão mais consistente do ordenamento jurídico, também em consonância com a tese das fontes sociais. Hart afirma que o direito seria composto pela união de regras primárias, que impõem condutas aos cidadãos e regras secundárias, que regulam o modo de criação, alteração e aplicação dessas regras primárias. A validade das regras primárias pode ser explicada pelo fato social consistente na criação em conformidade com os critérios estabelecidos na principal regra secundária – a regra de reconhecimento. Já a validade da própria regra de reconhecimento seria explicada pela aceitação desta regra de reconhecimento pelas autoridades do sistema. Essa aceitação também consiste num fato social, composto pela convergência de determinados hábitos e a adoção de uma postura crítica-reflexiva com relação aos mesmos. Para uma abordagem da contraposição entre a regra de reconhecimento hartiana e a norma fundamental de Kelsen ver: GUASTINI, Ricardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. **Analisi e diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. Disponível em:<http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/> Acesso em 20 de agosto de 2006.

[12] Essa versão da tese das fontes sociais é defendida por Joseph Raz e equivale a tese do pedigree conforme caracterizada por Dworkin. Contudo, Raz não vê nisso uma dificuldade para explicar o uso de padrões morais por juízes. Na sua concepção, mesmo quando uma norma jurídica indica ao julgador considerações morais para a resolução de um caso concreto isso não implica que a moralidade foi incorporada ao direito, a norma continuará sendo identificada como válida por referência a suas fontes e não pelo seu conteúdo moral. Para esclarecer a idéia, o autor faz analogia com as regras de direito

internacional privado, que impõem ao julgador a aplicação de normas estrangeiras para solução de casos sob a jurisdição nacional. RAZ, Joseph. *op. cit.* p. 46.

[13] A divisão aqui proposta segue, com algumas modificações, as considerações feitas por Raz e Kenneth Himma. Ver. RAZ, Joseph. *op. cit.* pp. 46-52; HIMMA, K. E. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, J (Org.). SHAPIRO, SCOTT (Org.). **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, pp. 126-129.

[14] HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005..

[15] Marmor assim expressa sua opinião sobre a natureza da regra de reconhecimento: “Como o próprio Hart parece ter sugerido, a regra de reconhecimento é muito parecida com as regras de xadrez: elas constituem modos de criação e reconhecimento do direito enquanto tal. (...) As regras que determinam como o direito é criado, modificado e reconhecido como direito, também constituem em parte o que o direito é numa dada comunidade. Elas definem as regras do jogo e, assim, constituem o que o jogo é”. MARMOR, Andrei. How Law is Like Chess? **Legal Theory**, vol. 12, nº 4, 2006, p.358.

[16] “AC é algo que fazemos juntos – dar uma caminhada juntos, construir uma casa juntos e cantar um dueto são exemplos de AC. Eu gostaria de sugerir que a prática das autoridades de julgar condutas com base em regras que satisfazem certos critérios de legalidade é uma espécie de AC”. COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, p. 96.

[17] MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism. In: COLEMAN, JULES. **Hart’s Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 210-212.

[18] COLEMAN, Jules. *op. cit.* pp. 84-102.

[19] Os dois maiores teóricos do positivismo jurídico no século XX, afirmavam, muito antes das críticas relativas à existência de princípios morais no ordenamento jurídico, a possibilidade e frequência de correspondência entre normas jurídicas e morais numa sociedade. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 75; HART, H.L.A., *op. cit.* pp.201-228.

[20] COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. In: PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006, p. 118.

[21] *Idem*, pp. 116-118.

[22] HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 310.

[23] O autor coloca sintetiza a distinção nos seguintes termos: “Ser guiado por uma regra é conformar-se à regra pela razão de que a regra regula sua conduta. Entretanto, uma regra pode dar razões a alguém para agir ao menos em um destes dois modos. A regra pode motivar a ação simplesmente em virtude do fato de que a regra regula a ação em questão. Ou ela pode informar o sujeito da existência de certos requerimentos feitos

por uma autoridade e, dessa forma, recomendar a conformidade”. SHAPIRO, Scott. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, JULES. *op. cit.*, p. 173.

[24] Sobre a noção da autoridade do direito e razões para agir ver: RAZ, Joseph. *op. cit.*, pp.3-33.

[25] Noel Struchiner apresenta um exemplo retirado de nosso cotidiano que ilustra bem a concepção raziana de razões excludentes: “aqui uma comparação pode ser bastante esclarecedora. Imagine uma partida de futebol entre uma equipe cujos torcedores são pessoas pacatas e pacíficas e uma equipe tradicionalmente conhecida pelos seus torcedores baderneiros, agressivos e violentos (pense nos *hooligans* ingleses ou na torcida Mancha Verde). Talvez, sempre que ocorresse um jogo configurado dessa maneira, o árbitro, por razões morais consequencialistas, devesse dar a vitória para o time cuja torcida é violenta, tentando, assim, evitar desdobramentos catastróficos. Pense agora que o jogo envolve uma equipe com centenas de torcedores e outra equipe com milhares deles. Fazendo uso de um raciocínio utilitarista, talvez o juiz da partida devesse atribuir a vitória para o time que tem a maior torcida, para maximizar o prazer da maior quantidade de pessoas. O ponto é que as regras do futebol fornecem razões excludentes ou protegidas. As regras de futebol tiram da jogada outras razões que seriam consideradas boas razões em contextos diferentes. Para os formalistas, as regras jurídicas desempenham a mesma função, ao mesmo tempo estabelecendo soluções e fechando as portas para a consideração de outras razões que em outras circunstâncias seriam bem-vindas”. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**, 2005, (Tese de Doutorado) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro, pp. 162-163.

[26] Ver: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 20-25.

[27] Os argumentos aqui resumidos encontram-se no artigo, *Modelo de Regras II*. Ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 73-125.

[28] COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart’s Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 130.

[29] COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. In: PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006, p. 126-130.

[30] Foi publicada considerável bibliografia sobre a questão. Entre as críticas dos positivistas exclusivos destacam-se os artigos de Raz e Scott Shapiro. Do lado dos positivistas inclusivos, Coleman, Waluchow e Himma tentaram responder as objeções levantadas pelos dois autores. Ver: RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, nº. 3. Illinois: The Hegeler Institute, 1985, pp. 295-324; SHAPIRO,

Scott. On Hart's Way Out. *In*: COLEMAN, JULES. **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 149-191. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, p. 99-147. HIMMA, K. E. H.L.A. Hart and The Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 1-43. WALUCHOW, W. J. Authority and Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 45-81.

[32] SHAPIRO, Scott. Law Morality and the Guidance of Conduct. [Legal Theory](#), vol. 6, nº2, 2000, pp. 132.

[33] A opinião do autor sobre a função das regras como guia de conduta é colocada da seguinte maneira: “Mesmo que a melhor explicação sobre a existência, persistência e estruturação do direito envolva sua função de servir como guia de conduta, não há evidência a partir daí para inferir que cada regra precisa ser concebida como uma contribuição da mesma forma a essa função. (...) Ao sustentar que normas válidas segundo uma regra inclusiva podem fazer parte do direito, apesar de não serem aptas para guiar condutas, eu enfatizei que elas podem servir para agregar a moralidade política e tornar suas exigências mais explícitas. Elas não podem, como regras independentes, criar razões para agir, mas elas podem tornar mais concretas as exigências impostas pelas razões das cláusulas incorporacionistas”. COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 146-147.

[34] Dworkin, ao comentar a defesa do positivismo inclusivo de Jules Coleman, afirma que: “Coleman alega que sua versão do positivismo inclusivo provê uma compreensão do direito melhor do que aquela fornecida por minha teoria, e, por isso, é curioso que a sua concepção seja formidavelmente parecida com a minha. De fato, é difícil de enxergar alguma genuína diferença entre ambas. (...) A versão de Coleman do positivismo é mais bem descrita como anti-positivista. Ele abandonou completamente o legado filosófico que se comprometeu a defender. Ele encobre sua fuga afirmando permanecer fiel à tese cardeal do positivismo jurídico, qual seja, aquela que afirma que o direito é sempre uma questão de convenções. Mas seu uso da noção de convenção resulta numa vitória de Pirro. (...) Não fizemos nenhum progresso na compreensão da persistência dos acólitos do positivismo, em compreender por que razão Coleman, por exemplo, está tão ansioso em hastear a bandeira do positivismo, quando ao mesmo tempo está disposto a abandoná-la em cada artigo que escreve”. DWORKIN, Ronald. *Thirty Years On*. *In*: **Justice in Robes**. Londres: Belknap, pp. 188;198.

POLÍTICAS PÚBLICAS E HUMANISMO

DIREITO A QUE CIDADE? A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO À MORADIA E AO CONVÍVIO DIGNOS NA PAISAGEM URBANA (A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E DA DEMOCRACIA) *

THE RIGHT TO A CERTAIN TOWN? THE SOCIAL CONSTRUCTION OF HOUSING AND DECENT CONVIVIAL RIGHTS IN URBAN LANDSCAPE (THROUGHOUT THE CONSTITUTION AND DEMOCRACY)

**Gustavo Rabay Guerra
Alexandre Bernardino Costa**

RESUMO

Buscar os fundamentos do direito ao espaço urbano público em toda sua extensão popular é uma medida teórica imprescindível para reorientar a vocação de exclusão e de segmentação da cidade. Esse texto visa discutir os pontos centrais da adequada articulação entre movimentos democráticos preocupados com a racionalização da questão fundiária urbana e o uso do paradigma constitucional de construção social da cidadania, no sentido de possibilitar a conquista dos sonhos de vida decente nos centros urbanos. A partir da percepção de indicadores de pesquisa, da análise do modelo social de habitação do Brasil e da constatação da insuficiência do direito à moradia na gramática constitucional dominante, é possível resgatar os moradores da cidade do processo de elaboração do não-cidadão, denunciado por Milton Santos, e da lógica de apartação, que modifica profundamente a paisagem urbana, transformando-a, como diz Zygmunt Bauman, em um locus ameaçador ao próprio convívio, como no caso da ocupação popular do setor conhecido como “Sonho Real” (Goiânia-GO), ilustrado no presente trabalho. A partir de novos mecanismos jurídicos, plenamente reconhecidos pelo ordenamento, mas somente legitimados e vivificados pela própria sociedade, é possível concretizar o ideal de uma teia urbana que se encaixe na verdadeira concepção de cidadania e de convívio digno.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO URBANÍSTICO POPULAR; DIREITO À CIDADE; DIREITO À MORADIA DIGNA; CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO; LEGITIMAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS.

ABSTRACT

Seeking the grounds of the right to public urban space throughout its popular dimension is an imperative theoretical measure to reorient the tendencies of exclusion and segregation of the town system. This text aims to discuss the main aspects of proper linkage between democratic movements concerned with the rationalization of urban

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

land issue and the use of the constitutional paradigm of social construction of citizenship in order to enable the achievement of dreams of living with dignity in urban centers. From the perception of the indicators of the academic research in this area, examining the model of social housing in Brazil and realizing the failure of the housing rights issues in the dominant constitutional grammar, it is possible to rescue the residents of the city's process of development of the non-citizen, denounced by Milton Santos, and the logic of apartheid, which profoundly alter the urban landscape, transforming it, as Zygmunt Bauman says, in a place which threatens the very convivial, as in the "Sonho Real" social occupation area (Goiânia-GO), illustrated in this work. On the basis of new legal mechanisms, fully recognized by the legal system, but only legitimized and brought alive by the society itself, it is possible to realize the ideal of an urban structure that fits in the true concept of citizenship and decent living.

KEYWORDS: LAW OF THE PUBLIC URBAN SPACES; HOUSING RIGHTS ISSUES; SOCIAL CONSTRUCTION OF CITIZENSHIP; CONSTITUTIONAL RIGHTS; SOCIAL ORGANIZATIONS; DEMOCRACY AND PUBLIC POLICIES.

1. Miragens de Concreto Líquido

A maioria das famílias de trabalhadores urbanos tem que resolver uma equação complexa para permitir sua presença no contexto da cidade: um arranjo nada aritmético, permeado por fatores que misturam sua cidadania, suas possibilidades econômicas e suas crenças no futuro com outros ingredientes perversos que conduzem a quatro singelas opções, entre tantas outras possíveis.

A família pode alugar um “apartamento” próximo ao trabalho, mas a um custo elevado, de acordo com sua “centralidade”, e que não traduzem qualquer esperança de propriedade posterior.

Se acaso a família opta por um abrigo informal, tal como um cômodo ou sótão cubicular, ambiente de má-qualidade, com bom acesso ao lugar de trabalho, ainda assim, não teria esperança alguma de propriedade.

A opção poderia, então, recair na ocupação de área pública, seja um terreno ou prédio, sem pagar pelo uso da moradia, mas com alto custo de transporte e total negligência governamental à infra-estrutura.

Ou ainda, a família poderia se inserir em loteamentos semi-informais com ocupação legal, mas sem autorização para construções e, a depender das oportunidades, não dificilmente estariam situados em locais distantes do emprego, com algum atendimento de serviços, tal qual transporte público.

Esse quadro poderia ser exposto como o leque de escolhas a que estariam submetidos os moradores de uma metrópole brasileira como São Paulo, ou mesmo a Capital Federal, mas foram expostas por Ahmed Soliman, como quatro estratégias básicas de abrigo dos

pobres do Cairo, tal qual reproduzido por Mike Davis, em seu estudo sobre a “generalização das favelas”[1].

No Egito ou no Brasil, a informalidade do uso do solo traz dificuldades à acessibilidade dos serviços que deveriam ser assegurados a todos os cidadãos, quando a única forma que resta a boa parte da população que necessita trabalhar na cidade é a de sonhar com a aquisição ou regularização da moradia em áreas distantes e desprestigiadas quanto aos serviços públicos essenciais.

O problema global ganha contornos dramáticos em um País com abundância de recursos naturais e que, paradoxalmente, sofre com a falta de planejamento urbano e equalização das distorções sociais, ignorados os objetivos calcados no próprio Texto Constitucional de erradicação da pobreza e dissipação das desigualdades sociais e regionais. A conspurcação da cidadania conduz, cada vez mais, grande parcela da população à pobreza, a expondo à desigualdade e ao alargamento do espaço de indiferença que permeia grandes centros urbanos. Cidadania sem sujeitos. Cidade sem cidadãos.

Nessa tensão, surge a *geografia das ausências* e a *geografia das emergências*[2], isto é, a identificação com a inexistência das condições próprias à luta pela cidadania plena dos habitantes da cidade, pois dela são privados, exatamente por estarem na cidade, cujas possibilidades deveriam ampliar sua vida cidadã.

Os diálogos com a cidadania são abruptamente cortados por uma visão imobiliária da cidade, da coordenação urbana pelo mercado[3]. O discurso político urbano, de matriz nitidamente capitalista, precisa ser agora cortado por possibilidades urbanísticas democráticas, livre de modelagens de distinção econômica. São nesses elementos que se fundariam um verdadeiro direito à cidade: cidadania ativa, rede urbana popular e integração sócio-econômica.

“Moradia é um verbo”, sentenciou o arquiteto anarquista John Turner[4]. E as formas de se conjugar moradia não podem prescindir a intervenção econômica do Estado e os movimentos populares, para equitativa transformação das possibilidades de alocação dos espaços do cidadão, negando qualquer tipo de reproduções das violentas restrições sócio-econômicas que hoje sufocam o direito à moradia.

A moradia urbana é, de fato, uma equação complicada. Mas a complexidade pode ser reduzida a partir de algumas percepções que passam ao largo de uma *sociedade indecente*, que não reconhece as necessidades sociais que, circularmente, são de todos os indivíduos.[5] Para ser decente, tão sociedade precisa reconhecer a condição de vida cidadã em cada espaço do seu convívio, por mais isolados que possam ser os nichos de sobrevivência na metrópole.

O que resta são miragens: financiamento inacessível para a maior parte daqueles que se encontram sem lar; loteamentos irregulares em áreas nem sempre providas dos serviços básicos e, até, improvisações, como o aluguel de pequenos cubículos pela proximidade do trabalho. A rede urbana pulsa sem perceber os dramas sociais que ela mesmo gera.

2. Moradia e Cidadania: Para Além de uma Concepção Patrimonial de Habitação

Em seu retorno ao pensamento de Cícero e Ovídio, Fustel de Coulanges atesta que a moradia é a mais sagrada e inviolável coisa que um homem pode possuir[6]. É um bem cultural cujo valor histórico acompanha diversos caracteres do próprio direito à propriedade.[7]

Mas a concepção sobre a existência de um direito à moradia radica em duas diferentes acepções, como bem adverte Perlingieri: uma de natureza patrimonial e a outra existencial[8]. O primeiro cinge-se ao direito à propriedade do imóvel que serve de moradia a uma determinada família, muito embora possa afigurar-se prescindível, face a outras hipóteses que assegurem a correta residência, tal como relações de uso, aluguéis e diversas outras modalidades de alojamento, ao passo em que o segundo radica na necessidade humana e, por isso, indeclinável, de assegurar-se a sobrevivência dos indivíduos, mediante programas sociais administrativos.

Assim, afirma o referido autor ser o direito à moradia um direito da pessoa e da família, onde o objeto jurídico a ser tutelado pode ser de índole econômica ou relativo à liberdade pessoal[9]. Essa bipartição conceitual caracteriza-se pela necessidade do Estado conceber uma política habitacional que venha garantir o respeito às liberdades individuais, dos anseios pessoais ao tempo em cumpre um meta social, de organização da própria vida em comunidade.

No plano internacional, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 foi o divisor das águas, pelo que dispôs, em seu “artigo XXV”, o direito ao repouso e ao lazer e a “um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Importante inovação foi alcançado em 1966, com o *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, do qual o Brasil é signatário (Decreto nº 591/92), cujo art. 11 prevê, explicitamente, a garantia à condigna moradia[10].

Na esteira deste importante documento, a Organização das Nações Unidas promoveu, em 1996, na cidade de Istambul (Turquia), a *II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos*, realizada entre os dias 3 e 14 de junho. Com um público estimado de 60 mil participantes, a *Conferência* foi oportunidade para que chefes de Estados e representantes de 186 países assinassem um documento - o *Plano de Ação Global*, também chamado de *Agenda Habitat* – que tem como escopo colocar as questões urbanas num lugar prioritário nos programas de desenvolvimento de seus países.

Fernando Aith lembra que a *Agenda* não só oferece um quadro geral sobre o déficit habitacional no mundo como também dispõe expressamente que o direito à moradia é um direito humano fundamental, de realização progressiva. Além disso, conceitua o direito à moradia e sua extensão e define o papel dos Estados para a plena realização deste direito[11].

Com efeito, a *Agenda Habitat*, que não possui força obrigacional interna, constitui-se em um documento complementar ao *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. O art. 11 do *Pacto* deve ser interpretado de forma integrada com os preceitos da *Agenda*, tendo em vista as características da progressividade, universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos. Sua parte inicial oferece dados preocupantes sobre a situação habitacional global.

Além de expor a grave realidade vivida no mundo, a *Agenda Habitat* dispõe de vários artigos definindo o direito à moradia como um direito humano[12].

No Brasil a situação é igualmente grave, uma vez que aproximadamente 80% da população vive nas cidades, sendo o 2º país mais urbanizado da América Latina. As nove regiões metropolitanas brasileiras abrigam 42,7 milhões de pessoas, ou seja, três em cada dez habitantes vive nestas metrópoles. Segundo levantamento feito pela SEPURB, o déficit habitacional quantitativo no país soma 5,6 milhões de moradias.

PINCIPAIS METRÓPOLES BRASILEIRAS

Déficit habitacional e moradias em favelas, 2000

Metrópoles	População	Déficit Habitacional	% do total Domicílios do Brasil	Favelas	em % do total do Brasil
São Paulo	17.878.703	596.232	9,0	416.143	25,2
Rio de Janeiro	10.710.515	390.805	5,9	349.183	21,2
Recife	3.337.565	191.613	2,9	57.723	3,5
Belo Horizonte	4.357.942	155.645	2,3	107.212	6,5
Salvador	3.021.572	144.767	2,2	65.443	4,0
Fortaleza	2.984.689	163.933	2,5	84.609	5,1
RIDE Brasília	2.952.276	146.667	2,2	8.246	0,5
Belém	1.795.536	117.004	1,8	130.951	7,9
Porto Alegre	3.718.778	116.010	1,7	53.447	3,2
Manaus	1.405.835	93.952	1,4	39.505	2,4
Curitiba	2.768.394	75.668	1,1	42.854	2,6
Total	54.931.805	2.192.296	32,9%	1.355.316	82,1%

Fonte: Plano de Ação em Habitação, Saneamento e Mobilidade nas Metrôpoles em Risco, MCidades/IPPUR. Observatório da Metrópole, 2004. Dados Base: Fundação João Pinheiro; IBGE, 2000

A radiografia do modelo social de habitação do Brasil não poderia ter sido melhor captado por Celso Furtado:

A pobreza no Brasil não resulta das disparidades entre o mundo rural e o mundo urbano, como na Índia, e sim da concentração de renda urbana. No mundo inteiro houve e há problemas de déficit habitacional. Mas todos os países em que houve e há políticas de financiamento da construção resolveram parcialmente, ou pelo menos evitaram o agravamento do problema. Em alguns países da Europa, e na Nova Zelândia, a habitação é uma meta social definida pelo governo. Desde os anos 1950 a França vem construindo as chamadas *habitations à loyer modéré* (HLM), casas e apartamentos de aluguel reduzidos; o déficit habitacional que havia no final da Segunda Guerra foi sanado em pouco mais de dez anos. Essa política de financiamento nos tem cruelmente faltado. O Banco da Habitação realizou muita coisa, mas foi fechado em meados dos anos 1980, sem uma crítica mais séria do que estava fazendo. Como era uma herança dos governos militares, havia contra ele uma opinião pública bastante desfavorável. Hoje se percebe que foi um erro ter acabado com esse banco, auxílio indispensável à solução do problema mais grave e de mais difícil solução no Brasil: a habitação. Com efeito, o déficit habitacional é o grande empecilho para superar-se o quadro de pobreza. Os 53 milhões de pobres e miseráveis brasileiros não têm como pagar um aluguel, muito menos como possuir uma moradia. Suprir esse déficit exige um investimento a longo prazo, uma massa de recursos que podemos estimar em 4% do produto nacional. O constante endividamento do país agrava o quadro da pobreza e complica a implantação de projetos que visem a solucioná-la. Hoje, por exemplo, se o governo conseguisse o equivalente a 4% do produto nacional, essa parcela seria logo absorvida pelo pagamento de juros.[\[13\]](#)

Na cidade de São Paulo, que possui aproximadamente 10 milhões de habitantes, dados da FIPE lançados em 1994 revelam que existem 2 milhões de pessoas vivendo em favelas e 600 mil em cortiços[\[14\]](#).

Os problemas são comuns aos de outros países em desenvolvimento: déficit habitacional, carência na qualidade dos serviços de infra-estrutura, ocupação predatória de áreas inadequadas, serviço de transporte ineficiente, inseguro e poluente, além de conflitos sociais e fundiários.

3. O Direito à Moradia na Gramática Constitucional Dominante

A Constituição de 1988 absorveu alguns elementos das ondas renovatórias de respeito aos direitos fundamentais, especialmente, ao incluir o respeito à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos da República, ao passo em que constituem seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a

redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

Embora o direito à moradia não estivesse previsto de modo expresso pelo Poder Constituinte, a Constituição, já em sua redação original, estabelece como dever do Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria nas condições habitacionais e de saneamento básico, conteúdo programático alçado ao art. 23, inc. IX, da Lei Fundamental^[15].

De mais a mais, importante frisar a importância de adequação do texto Constitucional à natureza das coisas, à ordem social, gênese de todo e qualquer direito fundamental, como bem salientado por Vieira de Andrade. Na esteira do pensamento do português, não é a Constituição um elemento estanque, capaz de gerar, *per si*, os direitos nela regulados; não se deve concebê-los como “meros produtos” da vontade constituinte: ao contrário, um texto constitucional, no seu núcleo essencial, se limita a reconhecer os direitos fundamentais, “que existem para além do catálogo que formulou e que não estão sujeitos aos seus poderes de livre disposição”.^[16]

O direito à moradia, ainda que expresso, carece de força normativa plena, a par de conferir-lhe aplicabilidade fática. Em termos empíricos, essa deverá ser buscada por meio de medidas e programas habitacionais resultantes de políticas sociais adequadas, ou ainda, por meio da função judicial, na correção das distorções constitucionais^[17].

Como lembra Regina Ferrari, quando a Constituição Federal afirma que todos devem ter direito ao bem social correspondente à moradia, é preciso enxergar que tal não investe o seu titular numa condição exigibilidade plena, pois “seria impossível admitir (...) que a todo indivíduo que demonstrasse não possuir moradia caberia ação contra o Poder Público para recebê-la (...)”.^[18]

A concretização dos direitos sociais, no que se refere a prestações materiais, encontra seu limite no princípio da *reserva do possível*^[19]. Trata-se de um princípio decorrente da atividade financeira do Estado alusivo à impossibilidade de um magistrado, no exercício jurisdicional, ou, até mesmo, o próprio Poder Público, de efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto, o que conseqüentemente resultaria despesa orçamentária oficial, ainda que inexistente a previsão do gasto.

A partir do instante em que a própria doutrina constitucionalista cogita um esvaziamento de plena eficácia dos direitos sociais ante tênue diferenciação face à categoria direitos fundamentais, onde ecoa a lição de Canotilho^[20], debilita-se a possibilidade do controle judicial de implementação e execução de políticas públicas, nos limites estabelecidos pela própria Constituição^[21].

O peso dos argumentos que levam, no entanto, a desprezar-se o necessário papel do Poder Judiciário na chancela de defesa dos direitos sociais conspurcados, é certamente questionável. Aliás, é a ausência de densa argumentação jurídica, fundada na racionalidade pós-positivista que aporta em nossa tradição jurídica, que conduz a essa obliteração dos direitos sociais, em especial de direitos sociais, como os relativos à saúde e à moradia, pela própria extensão de conseqüências que esse direito subjetivo desencadeia.

O revés econômico pelo qual passa nosso País, à conta de sua débil condição neoliberal, arrefece as expectativas quanto à construção de um necessário aparato constitucional de excelência decisória e compromisso com o ideal democrático projetado nas linhas da Constituição. As adaptações sofridas pelo Texto de 1988 demonstraram, tão só, como é fácil levar à débito a perenidade das convicções de um Estado social municiado para a concreção dos direitos de cidadania. A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais, a despeito da notável evolução conceitual desenvolvida, sobretudo, a partir do final da década de 60, com a obra de José Afonso da Silva^[22], deixa-se esvanecer diante da insegurança interpretativa (ou da própria aplicabilidade da qual é ínsita) que ocasiona em lindes práticos.

Ocorre, nesta seara, um processo curioso de transposição teórica de marcos estrangeiros, à vista da fácil captação e assimilação acrítica dos sopros alienígenas, que insistem em imiscuir-se no perscrutar da realidade sócio-legal brasileira, pelos próprios investigadores pátrios, sem o mínimo cuidado com o peculiar paradigma alçado pelo contexto brasileiro.

A resposta é antecipada por Lenio Streck, ao afirmar, que é preciso romper com a “hermé(nê)utica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência”, com o que poder-se-ia recuperar o “sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena”.^[23]

Com efeito, é na própria deblateração da eficácia jurídica das normas que amparam direitos sociais tal como o direito à moradia, entre tantos outros, que vislumbra-se o problema do esvaziamento da argumentação jusfundamental, por meio de insípidos embates acadêmicos e sua justaposição ante à prática social de exclusão e desprezo aos comiserados. É exatamente na busca por premissas mais apuradas que se poderá inculpir um sistema de fundamentação e interpretação do contexto dos direitos de especial categoria.

Diante da inoperatividade do legislativo, a via judiciária apresenta-se como forma de dialógica democrática entre o cidadão e o Estado. Mas em que medida poderia o Judiciário determinar o atendimento da pretensão posta em face da ausência de mecanismos suficientes para o amparo habitacional sob a responsabilidade das autoridades representativas?

Não se trata apenas de saber se um juiz pode ou não determinar que seja assegurada a entrega de uma unidade habitacional a um grupo de desabrigados em prováveis situações-limite da vida prática, mesmo em face da ausência de texto normativo específico ou de programa social já formulado pelo próprio Executivo. A hipótese aqui levantada resume-se à necessidade de eleição de um padrão discursivo capaz indicar parâmetros para aferir a legitimidade dos atores judiciais no controle das políticas públicas sociais, demonstrando que a criação/fiscalização de tais corresponde à noção de juridificação da política sem necessária ou singelamente romper-se com o horizonte democrático do sistema de independência e harmonia das funções do Estado^[24].

Para alcançar esse desiderato, é necessário, sobretudo, romper com as teses subdesenvolvidas de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da “reserva do possível”, esta última, segundo Andreas Krell, “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”.[\[25\]](#)

Na esteira da conclusão pontual de Loreci Gottschalk, quando se fala de direito à habitação, não se pode almejar que seu conteúdo esteja na pertença das opções constitucionais: “antes pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, e cuja efetividade está dependente da chamada ‘reserva do possível’”.[\[26\]](#)

O problema acerca de uma gradação máxima de acionabilidade dos direitos sociais ainda está longe de um deslinde teórico-dogmático[\[27\]](#).

Para o professor Ernest Wolfgang Böckenförde, ex-juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha, os direitos sociais não exprimem, por si mesmo, um conteúdo fixo quanto à extensão de sua eficácia, se de mínima, média ou máxima gradação, de sorte que os direitos fundamentais cingem-se a – nada mais que – tarefas constitucionais (*Verfassungsaufträge*)[\[28\]](#).

De outra sorte, lembra Ricardo Lobo Torres que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis[\[29\]](#), esse entendimento não deve se estender para os casos em que se discute a garantia do “mínimo existencial” – a própria noção de direitos fundamentais sociais –, “que tem prevalência sobre eventuais sobras de caixa”.[\[30\]](#)

O debate tem evoluído substancialmente: prova disso é que o Supremo Tribunal Federal já decidira, em outra ocasião, acerca possibilidade de controle judicial das políticas públicas, mesmo que sua formulação e execução presumam-se reservadas aos demais Poderes: “Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato coletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo”.[\[31\]](#)

4. O Direito à Cidade como Processo de Superação da Elaboração do Não-Cidadão

Se há históricas e infinitas dificuldades para a concretização do direito à moradia, é preciso narrar a existência de outros ingredientes, de modo a buscarmos o seu equacionamento em um paradigma constitucional, mas também humanizante, na construção de um direito à moradia, sobretudo a urbana, o qual irei denominar simplesmente direito à cidade[\[32\]](#). Mas direito a que cidade?

Desenvolvimento urbano com participação popular é a forma como se pode pensar o direito à cidade, em que a gestão democrática da rede urbana se conforme com múltiplas possibilidades de ordenação da produção social e cultural de uma comunidade. Nas palavras de Patrícia Cardoso, a criação de canais jurídicos que

reconheçam o direito à moradia digna e o direito à cidade sustentável se traduz em um “Direito Urbanístico Popular”.[\[33\]](#)

A pesquisa interdisciplinar é imprescindível, à vista da interface existente entre o direito social de habitação e elementos específicos tais como a qualidade da habitação[\[34\]](#), o planejamento urbanístico, o controle sanitário/epidemiológico, as nuances econômicas[\[35\]](#), os dados eminentemente sociológicos[\[36\]](#), principalmente a cidadania e a identidade do ser humano com o ambiente em que vive[\[37\]](#).

Pensar a cidade como construção simbólica de determinados grupos (inclusive o grupo dos que estudam a cidade) possibilita ver que ela não rejeita seu papel de mercado, encontrando sua melhor definição, provavelmente, neste termo, pois além de mercado de trabalho, de trocas materiais, é o lugar onde os grupos efetuam também - e especialmente - suas trocas simbólicas (...). E que nesse processo de trocas simbólicas é que a cidade desintegra, dilui, mas apenas para, no instante seguinte, reintegrar, refazer de modo diverso. Enfim, a noção de mercado permite dizer que a cidade afirma sua existência empírica apenas enquanto sistema no qual atua uma grande quantidade de grupos de interesse, de referência, de vários tipos, tamanhos e filiações, que se confrontam, competem entre si, aliam-se, misturam-se e interpenetram a fim de proteger, aumentar ou legitimar aquilo que consideram seu patrimônio, seja este cultural, histórico, ideológico ou outros. Numa palavra: seus estilos de vidas[\[38\]](#).

Para Harvey e Castoriadis, o espaço se torna um constructo necessário para entender todas as dimensões em que cabem as práticas sociais, o próprio território e o lugar. É preciso sondar os lugares da cidadania: o direito de estar, ser e morar na cidade; não somente produzir na cidade, sob pena do trabalhador incorrer em óbvia alienação. Do contrário, Marx não teria saudado a passagem do feudalismo para o capitalismo, como lembra Milton Santos, ao referir que a própria palavra “cidadão” vai se impor com a grande mutação histórica marcada na Europa com a abolição do feudalismo e início do capitalismo. Surge o trabalhador livre, sem seu antigo “dono” (senhor da terra), e que precisa viver em um lugar livre – nos burgos: a cidade. Eis o burguês.[\[39\]](#)

A alienação do cidadão brasileiro, especialmente aquele que é todos os dias espoliado na *cidade*, pode ser identificada por meio de fenômenos contemporâneos e concomitantes, como enumera Santos: a desruralização; as migrações brutais e desenraizadoras; a urbanização galopante e concentradora; a expansão do consumo de massa; o crescimento econômico delirante; a concentração da mídia; e a degradação das escolas. Em menos de três décadas esses fenômenos se deram de forma perversamente sistemática[\[40\]](#). Pela força ideológica que as assistiu, tais acontecimentos se naturalizaram. Cidadãos se transformam em consumidores. Consumidores em usuários. E a cidadania se esvazia. Não há mais lugar livre. Não há mais cidade.

A naturalização é tão visível que as brutais migrações nem sempre são motivadas pelo trabalho, mas pelo consumo em si. Com a ajuda da mídia, a urbanização se funda no consumo, mas “(...) para os moradores menos móveis, a cidade é impalpável. Ela, porém, impõe-se como um amontoado de signos aparentemente descontraídos, agindo, no entanto, em concerto, para limitar mais que para facilitar minha ação, tornando-me impotente diante da multiplicidade de coisas que me cercam e de que posso dispor”.[\[41\]](#)

Assim se estabelece, se consolidam a cotidianidade, o espaço social e o solo do consumo organizado, da passividade mantida pelo terrorismo (Lefebvre). As coisas se põem entre as pessoas. Essa é a sua forma de comunicação. Os movimentos de massa também se esgotam nas coisas, em uma lógica mais instrumental do que existencial, segundo os autômatos da razão formalizadora (Horkheimer).

As mobilizações são locais ou setoriais. A socialização capitalista, originária de uma divisão social que a monetarização acentua, impede movimentos globais e um pensamento global. A reivindicação de uns não raro representa um agravo para o outro. A força da alienação vem dessa fragilidade dos indivíduos, quando apenas conseguem identificar o que os separa e não o que os une.[\[42\]](#)

A lógica da apartação modifica profundamente a paisagem urbana, impondo novas formas de vida e, lamentavelmente, formas velhas e novas de *não viver*. É o desperdício do convívio. A apartação se transforma em abismo: a mídia contribui para a banalização da violência e sua associação à periferia.

Para Bauman, a cidade se transformou historicamente em um *locus* ameaçador ao próprio convívio. Se antes as pessoas buscavam segurança na cidade, hoje a fonte de insegurança que ameaça a integridade social é a própria rede urbana[\[43\]](#). Os espaços utilizados pela elite acabam criando “exílios internos”, enraizada e possibilitada pela “conectividade virtual”, tão franca aos nossos tempos, criando, assim, espaços desconectados e abandonados, aquilo que outro autor – Michael Schwarzer – designou de “bairros fantasmas”[\[44\]](#), ou “campos de concentração particulares”, em que a violência obriga parcelas crescentes da população rica e de classe média ao encastelamento dentro de condomínios fechados[\[45\]](#).

Conduzido apenas pela mão ostensiva do mercado, mutilado pelas desigualdades e injustiças, o espaço vivido “termina por ser um *espaço sem cidadãos*”[\[46\]](#). Áreas vazias de saúde, escolas e serviços. Especialmente as periferias, em que pese a densidade demográfica. “É como se as pessoas nem lá estivessem”, como externou Milton Santos[\[47\]](#).

Tais constatações tomam relevo porque, além de superar a ausência de moradia – problema primário -, é necessário pensar formas de suplantar a falta de condições dignas para se viver na cidade e romper a segregação sócio-espacial imposta pela organização anti-democrática gerada pelo mercado[\[48\]](#).

Em outras palavras, para se falar verdadeiramente de direito à cidade, permeado por uma concepção urbanística popular, é necessário criar uma consciência coletiva de apropriação legítima do espaço urbano. Com isso, posso semear moradia e dignidade para os que têm e os que ainda buscam ter e, assim, tornar socialmente justo o espaço convivencial.

De que adianta travar lutas sociais para o reconhecimento de áreas reservadas aos mais carentes e depois vendê-las sob as diversas formas de terrorismo do mercado? No

processo de colonização do urbano, as novas redes de consumo ditam a divisão espacial da cidade: *shopping centers*, *restaurantes*, *parques temáticos*, *hotéis* impõem a reapropriação das áreas, independente da construção social fincada no solo almejado.

Com empreendimentos para a classe média, surge o sobre-lucro: o valor da terra é bem distante da mercadoria. Áreas são valorizadas à medida em que se eleva o preço das áreas do entorno e isso significa a ocorrência de pressões para a expulsão dos mais pobres. Os pioneiros não sobrevivem ao pulsante tecido urbano do consumo.

A elaboração brasileira do não-cidadão faz com que desprezemos a ocorrência de tal fenômeno, bem debaixo do nosso nariz, às vezes. A visão imobiliária da cidade se naturaliza e “morar na periferia” se tornar algo banal quanto a construção de habitações que, de tão pequenas, têm lugar todos os tipos de confinamentos e promiscuidades[49].

Como afirma Milton Santos, morar na periferia é ser destinado a não dispor de serviços sociais ou utilizá-los precariamente ainda que se pagando mais caro por eles. É uma forma de exploração da pobreza que transforma a mobilidade em benesse eventual[50].

Sem a mudança de mentalidade necessária, pouco importam os programas habitacionais, os planos de desenvolvimento e, sobretudo, os planos individuais de aquisição legítima da moradia. Afinal, o problema urbano é um problema de todos que convivem na cidade. Como exemplo, temas inseridos no contexto de um direito urbanístico cívico e democrático, tais como a utilização dos espaços públicos, a privacidade, os aglomeramentos, a poluição (sonora, visual e ambiental), a existência de postos de atendimento comunitário, entre outros, precisam do necessário tratamento espacial, enquanto ação política motivada. Não se trata apenas de saber a quem reclamar. Sociedades de moradores, por exemplo, atende a fins mercantilísticos, reflexo da defesa de interesse da propriedade.

Em associações ou grupos de moradores populares, a consciência deve ser a de uma comunidade, em que princípios se colocam acima de interesses especulativos, reconhecendo-se o paradigma da função social da cidade, em cujo horizonte se assegurem, entre outros bens, condições dignas de trabalho, uma vida em família, um padrão de vida adequado, saúde, lazer, cultura, educação, segurança pública e participação política ativa. Ou em outra formulação, assegurar, ao menos quatro questões básicas: habitação para todos, transporte público de qualidade, saneamento ambiental, e melhoria dos padrões de acessibilidade, em especial na “cidade informal”.

5. O Sonho pode virar Realidade? Efetivando o Direito à Cidade a partir dos Movimentos Sociais

Na Turquia, as favelas de Istambul são chamadas de *gecekondu* (“montadas à noite”). Segundo a escritora turca Latife Tekin, em seu romance *Os contos do morro do Lixo*[51], o batismo se deve ao fato de que “os ocupantes heróicos do ‘morro das Flores’ constroem e reconstroem cada barraco durante a noite porque as autoridades os põem abaixo toda manhã. Só depois de um cerco homérico de 37 dias o governo finalmente desiste e permite que o novo *gecekondu* crie raízes numa montanha de lixo”. [52]

Os fatores múltiplos que levam à ocupação de terras públicas e privadas em diferentes contextos sugerem a necessidade de se auscultar os problemas sociais que geram tais movimentos de luta pela moradia e trabalho, no sentido de extrair soluções para equalizar a ausência de políticas públicas.

O caso do Parque Oeste Industrial em Goiânia, Estado de Goiás é um exemplo das dificuldades de semear soluções para o acesso à moradia urbana [53]. Ocupada por cerca de três mil famílias, o “Sonho Real”, como foi batizada a comunidade, era como um bairro da capital goiana, em que viviam catadores de papel, garis, empregadas domésticas, operários da construção civil, que empregaram suas mínguas economias em edificações precárias, sob a promessa do governo local e estadual de que a área privada em que estava encravado o “sonho” seria desapropriada. Os donos da propriedade deviam cerca de 2 milhões de reais de IPTU. E os 27 alqueires que serviram às famílias estavam abandonados [54].

Em novembro de 2004, o juízo da 10ª Vara Cível de Goiânia determinou que a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás cumprisse a reintegração de posse da área, gerando confrontação entre os moradores e o poder público.

Ao passo em que os moradores deixavam seus empregos para construir suas moradias, também perdiam seus postos de trabalho em decorrência da marginalizada condição de ser morador do “Sonho Real”. Sem emprego e tendo que resistir a pressão desencadeada pela ação de reintegração de posse, a luta pela moradia se transformou em um conflito irracional, em que o direito dogmáticamente organizado foi utilizado de modo constitucionalmente distorcido pela assessoria jurídica da família e de todo setor imobiliário de Goiânia. Todo o arsenal de instrumentos jurídicos utilizado tinha uma motivação óbvia: os proprietários nutriam planos, em conjunto com as imobiliárias da região, para a construção de um condomínio destinado à classe média [55].

No início de 2005, a Polícia Militar do Estado promoveu duas operações para promover a desocupação do “Sonho Real”: a “Operação Inquietação”, que durou quinze dias e serviu para hostilizar os moradores com o emprego de violência; e a “Operação Triunfo”, em que foram gastos R\$ 1,5 milhão de reais e contou com um efetivo policial de 2.500 homens, incluindo a PM-GO, policiais civis, inclusive disfarçados, e até o Exército. Tudo para desocupar definitivamente a área. Ao final da “Operação Triunfo”, oitocentas pessoas foram presas, inclusive estudantes que estavam no local no momento da operação e prestavam apoio à população. As famílias foram levadas a um ginásio de esportes. Apesar da versão oficial de serem apenas dois o número de mortos, os moradores denunciam que há dezenas deles.

Todas as casas do “Sonho Real” foram derrubadas. A população conseguiu reaver apenas uma pequena parte do que possuíam porque a polícia roubou, quebrou e ateou fogo no que sobrara das moradas.

As famílias despejadas do Sonho Real foram alojadas em dois ginásios da periferia de Goiânia, no setor Novo Horizonte e Capuava. Sem colchões e alimentação adequada para todos, muitas pessoas ficaram doentes, apresentando diarreia[56].

Três anos depois, apesar de várias famílias remanescentes do “Sonho Real” não terem conseguido regularizar sua situação habitacional, a maior parte dos ex-moradores da comunidade conquistaram o direito de ocupar o terreno do Residencial Real Conquista. Com cerca de 30 alqueires, foi adquirido pelos governos estadual e municipal para abrigar famílias da ocupação do Parque Oeste Industrial.

Em dezembro de 2007, o Ministério das Cidades entregou 330 unidades habitacionais, ao tempo em que já existe contratação para a construção de mais 410 novas residências[57].

O “Sonho Real”, que se transformou em “Real Conquista”, é um exemplo de luta pela moradia na cidade, em que aspirações sociais se opõem dialeticamente ao direito dogmaticamente organizado e, embora não encontre reconhecimento em um primeiro momento, esse é constituído pela própria história resultante do conflito – ainda que esse radique meramente no campo ideológico, posto que a formação da cidadania depende de momentos como o exemplificado, em que o direito de resistência deu espaço a um discurso instituinte e que hoje se revela direito instituído, reconhecido, inclusive, pelo Estado.

Na recente história brasileira, a construção social do direito à moradia urbana na década de 70, com a reivindicação de regularização de loteamentos clandestinos pelos excluídos e, sobretudo, com a implantação de infra-estrutura nas favelas. Na Assembléia Nacional Constituinte de 1988, como lembra Whitaker Ferreira, 130.000 eleitores subscrevem a Emenda Constitucional de Iniciativa Popular pela Reforma Urbana, e com isso conseguem introduzir o princípio da função social da propriedade urbana. A regulamentação desses dispositivos só ocorre 13 anos depois, com a edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).[58]

Muito se deve, portanto, aos movimentos sociais. Registre-se o caso do Distrito Federal, em que o trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica e Escritório de Direitos Humanos e Cidadania, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, promoveu a facilitação às comunidades do Acampamento da Telebrasilândia e de Ceilândia, na concretização do tão sonhado direito à cidade.

Como marco para a acessibilidade, as práticas realizadas pelos sujeitos coletivos envolvidos nas comunidades e pelo Núcleo de Prática Jurídica, objetivaram o princípio da dignidade da pessoa humana, e a defesa dos direitos inter-relacionados, com atuação nas áreas cível, penal e trabalhista, decorrentes de demandas imediatas das carências constitutivas do que na proposta se denominou "pólos pró-cidadania". A partir do assessoramento comunitário do referido Núcleo, inúmeras famílias puderam ser atendidas para que fossem sanados os problemas relativos à ocupação do solo dos acampamentos abrangidos pela ação.

Destaque-se que esse trabalho foi fundamental para o estabelecimento de uma identidade coletiva e a busca pela promoção não só do direito de morar, mas, também,

da dignidade em se sentir morador daqueles cenários, na possibilidade de consecução de todos os valores essenciais à vida familiar e social[59].

Como descrito por Alexandre Bernardino, “a formação da cidadania requer autonomia privada de indivíduos livres e iguais, ao mesmo tempo em que requer a possibilidade de reconhecimento e participação pública desses indivíduos nos processos decisórios sobre os seus próprios destinos, como autores e destinatários dos direitos”. [60]

6. Constituição, Democracia e Direito à Cidade: a Experiência Vindoura

Na medida em que se busca a concretização de uma reforma urbana com o reconhecimento do direito à cidade em toda a extensão que descrevi, é possível perceber que as práticas sociais e o direito podem se aproximar mais, embora não exista teórica e verdadeiramente uma distância entre eles. Como observado linhas acima, a resistência social de alguns movimentos organizados antecedeu o reconhecimento, pelas autoridades, de um direito concreto. E por mais que insistam os teóricos do direito quanto à baixa intensidade/eficácia das normas protetivas dos direitos sociais, habitação e mobilidade urbana são prerrogativas jurídicas disponíveis de modo satisfatório na dogmática jurídica.

O que prejudica é a falta de concatenação entre esses mundos aparentemente distantes.

A Constituição de 1988 foi um passo importante para pensar o problema urbano. A Emenda de Iniciativa Popular pela Reforma Urbana foi o que possibilitou a inserção dos artigos 181 e 182 no Texto Constitucional, introduzindo, assim o princípio da função social da propriedade urbana e, fixando, a política de desenvolvimento urbano, a cargo dos municípios, para assegurar o bem-estar de todos os habitantes da cidade, além de prever, expressamente, o direito de usucapião urbano.

Tais dispositivos careciam de regulamentação. Só em 2001 surge o Estatuto da Cidade, trazendo um modelo normativo para a gestão adequada e democrática das cidades, a partir de instrumentos cívicos como o orçamento participativo.

A juridicidade do Estatuto da Cidade repousa na garantia da função social da propriedade, por meio de mecanismos, entre os quais destaco: (i) o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado e não utilizado; (ii) a desapropriação de imóveis sem uso a mais de 5 anos; (iii) o direito de preempção, em que o Poder Público passa a ter prioridade na compra de qualquer imóvel urbano; (iv) a possibilidade de criação de Zonas Especiais de Interesse Social, que se destinam à provisão, sob legislação especial, de habitações populares; (v) o usucapião de imóvel urbano; (vi) a concessão de uso especial para fins de moradia; (vii) a exigência de Estudos de Impacto Ambiental ou de Vizinhança, como formas de controle dos grandes empreendimentos imobiliários.

Com a criação do Ministério das Cidades, em janeiro de 2003, a política setorial de desenvolvimento urbano, incluindo-se, a habitação, foi devidamente impulsionada. À Secretaria Nacional de Habitação, órgão vinculado ao Ministério, incumbe a regressão

do déficit habitacional. Como lembra a Professora Erminia Maricato, uma das conquistas mais importantes do governo Lula foi a formulação de um novo paradigma para estruturar a Política Nacional de Habitação, com a ajuda do Conselho das Cidades e do Conselho Curador do Fundo de Garantia dos Trabalhadores (FGTS), muito embora poucos parlamentares e até mesmo integrantes do governo desconheçam as novas diretrizes políticas.^[61] Apesar de tudo, a questão urbana é, finalmente, posta na agenda política do País.

Com a realização das Conferências Nacionais das Cidades para a definição de princípios e prioridades da política urbana, está se construindo cooperativamente e com legitimidade social a pauta de propostas do planejamento nacional de desenvolvimento urbano.

A partir da aprovação da Lei Federal nº 11.481, de 2007, serão consagrados novos instrumentos de regularização fundiária de interesse social dos imóveis da União e a revisão da Lei de Parcelamento do Solo (Lei Federal nº 6766, de 1979), incorporando a regularização fundiária de interesse social.

A partir do momento em que o Estado possa reafirmar e praticar, efetivamente, medidas de implementação do direito social à moradia, alguns efeitos positivos almejados poderão ser sentidos, de acordo com o pesquisador Nelson Saule Junior^[62]: (i) A faculdade de o cidadão exigir de forma imediata as promoções e ações constitutivas desse direito, face à inércia do Estado que pode configurar a inconstitucionalidade por omissão; (ii) O direito de acesso à justiça, mediante ações e processos judiciais eficazes, destinados à proteção do direito à moradia; e (iii) O direito de participar da formulação e implementação das políticas habitacionais.

A nova modalidade de expropriação de imóvel abandonado há mais de cinco anos é prova de que o direito dogmaticamente organizado pode ser modificado a partir da percepção da resistência de novos protagonistas que, uma vez “ouvidos” nas ruas, podem ser reconhecidos como o discurso popular instituinte de novos direitos.

Assim, da ausência do direito de morar, configura-se o direito de morar na ausência. É a figura do abandono, seja de imóvel particular vazio, que pode ser presumido pela falta de pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), conforme o disposto no art. 1.228, do Código Civil (Lei nº 10.468, de 2002), seja imóvel da União, ocupado por população de baixa renda previsto da Lei Federal nº 11.481, de 2007.

Só por meio da harmonização dessas necessidades sociais com a vontade popular-constituente de construir uma sociedade decente, nos moldes assumidos pelo art. 3º do Texto Constitucional, é possível reorientar a vocação de exclusão e a segmentação da cidade, transformando-a em espaço da e para a cidadania. Só com a adequada articulação entre movimentos democráticos engajados na racionalização da questão fundiária urbana e o uso do paradigma constitucional de construção social da cidadania é possível obter o ganho de conteúdo e a conquista dos sonhos de vida digna nos centros urbanos.

Referências

- ABRAMO, Pedro. *A cidade caleidoscópica*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007.
- AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 137 p.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O Direito à Moradia e Suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- AMARAL, Rita. *Povo-de-santo, povo de festa - Estudo antropológico do estilo de vida dos adeptos do candomblé paulista*. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 1992.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. São Paulo: Zahar, 2007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. Eficácia das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais: o direito a habitação. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v.7, n. 26, p. 241-256, jan./mar. 1999.
- BUARQUE, Cristovam. *Admirável mundo atual: Dicionário pessoal dos horrores e esperanças do mundo globalizado*. São Paulo: Geração Editorial, 2001.
- CAPITANT, Henri. *Vocabulario Juridico*. Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1961.
- CARDOSO, Patrícia de Menezes. O direito à cidade: A experiência brasileira de democratização do marco legal urbano. *Constituição e Democracia*. Brasília, n. 19, p. 4-5, jan-fev. 2008.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, no. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- COSTA, Alexandre Bernardino. Poder constituinte e democracia: um debate necessário. *Constituição e Democracia*. Brasília, a. 1, n. 1, p. 8-9, 5 fev. 2006.

- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.
- DUTRA, Olívio. Soluções para a habitação das famílias de baixa renda. *Valor Econômico*. São Paulo, 13 set. 2004.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA, João Sette Whitaker. *Alcances e limitações dos Instrumentos Urbanísticos na construção de cidades democráticas e socialmente justas* [texto de apoio às discussões Vª Conferência das Cidades]. Brasília: Câmara dos Deputados, dez. 2003.
- FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- HAHNEMANN, Allan; e FREITAS, Cleuton César Ripol de. Aspectos sociojurídicos da ocupação sonho real à luz da formação urbana de goiânia e dos direitos à moradia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 43, 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/6975/4953>. Acesso em: 10 dez. 2007.
- INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia e a Efetividade do Processo: contratos do sistema financeiro da habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. .
- KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.
- LIRA, Ricardo Pereira. Ocupação de terras e direito à moradia. In: *Direito, advocacia e mudança*. Brasília: OAB Conselho Federal, 1996, v. 2, p. 63- 66.
- LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade perspectiva histórica do direito à moradia. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo, n. 2 p. 114-136, 1993.
- LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MAIA, Luciano Mariz. Do Direito à Habitação. *O Norte*. João Pessoa-PB, 9 mai. 1996.

- MARGALIT, Avishai. *La Société Décente*. Paris: Éditions Climats, 1999.
- MARICATO, Erminia. A bomba relógio das cidades brasileiras. *Democracia Viva*. Rio de Janeiro, v. 11, p. 3-7, 2001.
- MARICATO, Erminia. A nova Política Nacional de Habitação. *O Valor*. São Paulo, 24 nov. 2005.
- MELLO, Nishlei Vieira de. O direito de morar e o direito à memória: um olhar sobre o Acampamento da Telebrasília. In: *Direito à memória e à moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento da Telebrasília*. Brasília: UnB, 1999, p. 77-91.
- NARDI, Maria Elenir. O Acampamento da Telebrasília e a sua luta pelo direito de morar. In: *Direito à memória e à moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento da Telebrasília*. Brasília: UnB, 1999, p. 21-55.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Constitucionalismo e direitos sociais: um enfoque ao direito social de moradia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002 [Dissertação de mestrado].
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ROSA, Fábio Bittencourt. Justiça e Habitação. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 jul. 1997.
- SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SAULE JUNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. *Cadernos de Pesquisa do CEBRAP – Centro Brasileiro de Análises e Planejamentos*. São Paulo, n. 7, p. 65-80, mai. 1997.
- SAULE JUNIOR, Nelson; e RODRIGUEZ, Maria Elena. Direito à moradia. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto; e ZETTERSTRÖM, Lena (orgs.). *Extrema Pobreza no Brasil: a situação do direito à alimentação e moradia adequada*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 109-160.
- SAULE JUNIOR, Nelson; e CARDOSO, Patrícia. *Direito à Moradia no Brasil - Violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro*. São Paulo: Pólis, 2005.
- SOBRANE, Márcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística. In: GARCIA, Maria (coord.). *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 205-230.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Fundamentação teórica do direito de moradia. In: *Direito e Avesso*. Brasília: UnB, v. 1. n. 2, p.13-17, 1982.

STEINBRUCH, Benjamin. Um milhão de casas populares. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 15 jan. 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Estudos Jurídicos. *Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos [UNISINOS]*. São Leopoldo, v. 37, n. 101, set-dez. 2004.

TATE, Neal; e VALLINDER, Tobjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos Fundamentais e sua Concretização*. Curitiba: Juruá, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447-471.

VALADARES, Jorge de Campos. Qualidade do espaço e habitação humana. *Ciência & Saúde Coletiva*. São Paulo, v. 5, n.1, p.83-98, 2000.

VALLADARES, Lícia. A gênese da favela carioca: a produção anterior às ciências sociais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v.15, no.44, p. 5-34, out. 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumam. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Dominique. A linguagem do respeito. A experiência brasileira e o sentido da cidadania nas democracias modernas. *Dados*. Rio de Janeiro, v.46, n. 2, pp. 265-287, 2003.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor Assistente do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Advogado. Contato: gustavorabay@justice.com

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

[1] Ahmed Soliman. *A possible way out: formalizing housing informality in egyptian cities*. Lanham, University Press of America, 2004, 119-120 *apud* Mike Davis. *Planeta Favela*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 37-39.

[2] A expressão remete à Boaventura Santos, que identifica sociologia das ausências e a sociologia das emergências como a possibilidade de expandir “o domínio das experiências sociais já disponíveis”, contudo negligenciadas e, em um segundo momento, expandir “o domínio das experiências sociais possíveis”. Em outras palavras, propõem uma “arqueologia das existências invisíveis”.

[3] Cf. Pedro Abramo. *A cidade caleidoscópica*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007, *passim*.

[4] John Turner. Housing as a Verb. In: John Turner; e Robert Fichter (orgs.). *Freedom to Build*. Nova Iorque: Macmillan, 1972 *apud* Mike Davis. *Planeta Favela*, cit., p. 39.

[5] Aqui faço uma analogia ao conceito de “sociedade decente” do filósofo israelense Avishai Margalit, para quem a sociedade decente é aquela em que ninguém pode ser humilhado pelas instituições. Cf. Avishai Margalit. *La Société Décente*. Paris: Éditions Climats, 1999, *passim*. Segundo Dominique Vidal, “Sob vários aspectos, reconhece-se nesse conceito de humilhação aquilo que o habitante pobre da cidade considera humilhante. Em seu discurso sobre a injustiça social, esses indivíduos se referem constantemente à brutalidade policial, ao mau atendimento que recebem no serviço público e a atitudes condescendentes por parte de quem ocupa cargos importantes. As empregadas domésticas também se queixam dos patrões que dão ordens e as repreendem como se falassem com um cachorro e que lhes fornecem comida de má qualidade. Quando passam por esse sentimento de humilhação, os brasileiros pobres falam de “falta de respeito” e costumam dizer que são tratados não como seres humanos, e sim como animais. Isso faz pensar no conceito de humilhação de Margalit, que a define como ‘a recusa de formas específicas de vida pelas quais os seres humanos exprimem sua humanidade’”. Dominique Vidal. A linguagem do respeito. A experiência brasileira e o sentido da cidadania nas democracias modernas. *Dados*. Rio de Janeiro, v.46, n. 2, pp. 265-287, 2003.

[6] Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 52.

[7] Henri Capitant, ao fazer remissão ao Código Civil Francês (arts. 632 a 634), esclarece que o direito de habitação consiste em direito real inalienável que confere ao beneficiário da faculdade de utilizar-se um imóvel para alojamento próprio e de sua família, como medida necessária ao seu bem estar. Cf. Henri Capitant. *Vocabulario Juridico*. Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1961.

[8] Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 199.

[9] *Idem*, p. 199.

[10] “Art. 11. Os Estados partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível adequado par si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimentas e

moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial dessa cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

[11] Fernando Mussa Abujamra Aith. *O Direito à Moradia e Suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002 [Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito].

[12] Destaque-se o art. 43 da Agenda: “Art. 43. Uma moradia adequada significa algo mais que um simples teto para se guarnecer, significa também dispor de lugar privado, espaço suficiente, acessibilidade física, segurança adequada, segurança na posse, estabilidade e durabilidade estruturais, iluminação, calefação e ventilação suficientes, infra-estrutura básica adequada que inclua serviços de abastecimento de água, saneamento e eliminação de dejetos, controles apropriados da qualidade do meio ambiente e de saúde pública, localização adequada e com acesso aos serviços básicos”.

[13] Celso Furtado. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 17-19.

[14] Fonte: Secretaria de Política Urbana do Governo Federal, SEPURB/FJP, 1996. Segundo Olívio Dutra, então Ministro das Cidades (órgão que gerencia o setor habitacional nacional, por meio de uma Secretaria vinculada), há estimativas que, de 1995 a 2002, apenas 30% dos recursos investidos em habitação popular foram destinados à população de baixa renda. “Ignorar tal demanda tem um alto preço: de acordo com o Censo 2000, o Brasil chegou ao final do século 20 com 3.905 favelas disseminadas por todo o país. É um problema que vem se agravando ao longo dos anos, como o comprovam as estatísticas. As taxas de crescimento dos domicílios favelados superam em muito as taxas de crescimento domiciliar: entre 1991 e 2000, os domicílios favelados cresceram 4,18% ao ano, enquanto a taxa de crescimento domiciliar no mesmo período foi de 2,8% ao ano. Em 1950, das cidades brasileiras, apenas São Paulo e Rio de Janeiro tinham mais de 1 milhão de habitantes. Em quatro décadas, 13 cidades atingiram este patamar. Hoje, além das regiões metropolitanas de São Paulo, que abrange 39 municípios, e do Rio de Janeiro, que inclui 21 cidades, existem outras 10 grandes metrópoles. Juntas, elas abrigam 33,6% da população brasileira. Nestas regiões, devido à falta de moradias, os assentamentos periféricos têm aumentado consideravelmente a sua área de ocupação. Os números evidenciam a necessidade de revigoração do financiamento imobiliário, com a reestruturação institucional e legal do setor (...)”. Olívio Dutra. Soluções para a habitação das famílias de baixa renda. *Valor Econômico*. São Paulo, 13 set. 2004. Dados complementares sobre a habitação social no Brasil podem ser obtidos em consulta ao site do Ministério das Relações Exteriores [Política Externa, Agenda, Desenvolvimento, Habitação]. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/temas_agenda/desenvolvimento/habitacao.asp>.

Estudo recente da Fundação João Pinheiro, contratada pelo Governo brasileiro, estimou o déficit habitacional do Brasil, em 1995, em 4 milhões de novas moradias urbanas e 1,6 milhão de novas moradias na área rural. Da necessidade de moradias urbanas, 55% referem-se a famílias com renda mensal de até dois salários mínimos, 29% a famílias

com renda mensal de dois a cinco salários mínimos e 16% a famílias com renda superior a cinco salários mínimos. Na área rural, a concentração da necessidade de moradias na faixa de até dois salários mínimos cresce para 78%, enquanto na faixa de dois a cinco salários mínimos é de 16% e naquela acima de cinco salários mínimos é de apenas 6%.

Para uma análise mais atual e pungente, com dados das Relatorias Nacional e Especial da Organização das Nações Unidas (ONU), que confirmam descaso histórico com a precariedade da situação da moradia das populações de baixa renda no País, cf. Nelson Saule Júnior e Patrícia Cardoso. *Direito à Moradia no Brasil - Violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro*. São Paulo: Pólis, 2005.

[15] A expressão “moradia”, só foi incluída no art. 6º (“Direitos sociais”) com a Emenda à Constituição nº 26, de 2000. Ainda assim, o direito à moradia já encontrava previsão constitucional no art. 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, como bem consubstanciador do salário mínimo nacional. No mesmo rumo, o art. 182, *caput*, prevê o desenvolvimento pleno das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[16] José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 38-39.

[17] É o caso da concretização judicial do direito à moradia frente à possibilidade de penhora de imóvel familiar para o pagamento de fiança: o Supremo Tribunal Federal proferiu recente decisão em que o relator, ministro Carlos Mário Velloso, afirmou o art. 6º, da Constituição, impede a constrição judicial, embora a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, permita a penhora de imóvel de família por “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, eis que o referido dispositivo constitucional inclui entre os direitos sociais básicos, o direito à moradia, incluído pela Emenda Constitucional nº 26/2000, a qual não teria recepcionado a previsão normativa do art. 82, da Lei nº 8.245/1991, que, por seu turno, acrescentou o inc. VII ao art. 3º, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Cf. Recurso Extraordinário n.º 352.940-4 (São Paulo). Min. Relator: Carlos Velloso. Data do julgado: 24 abr. 2005. Ainda não houve publicação no Diário da Justiça da União. Eis o trecho fundamental do voto condutor: “tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição”. Cf., ainda, Eliane Maria Barreiros Aina. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

[18] Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 239.

[19] Marcelo Antonio Theodoro. *Direitos Fundamentais e sua Concretização*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 120. Esclarece, ainda, o mesmo autor: “A aferição desta disponibilidade é feita em função do orçamento. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros”. *Idem*, p. 120.

[20] Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447-471

[21] Cf. Eduardo Appio. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, *passim*.

[22] A doutrina aqui referida encontra-se em sua obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, originalmente publicada em 1968. Cf. José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

[23] Lenio Luiz Streck. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Estudos Jurídicos. Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos*. São Leopoldo, v. 37, n. 101, set-dez. 2004, p. 30-31.

[24] De grande interesse para a pesquisa, mas insuscetível de uma análise mais circunstanciada, face às limitações naturais do estudo – em especial quanto à extensão –, é a questão da juridificação ou judicialização da política. O tema é extremamente instigante e perfila algumas nuances variáveis na doutrina, inclusive quanto à designação, mas todos aferrados ao mesmo objetivo central: a análise conjuntural da chamada “construção/expansão do poder do Judiciário”. A obra referencial desse temário é C. Neal Tate; e Tobjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995. Entre nós, destacam-se os trabalhos de Luiz Werneck Vianna; Maria Alice Rezende Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; e Marcelo Baumam Burgos. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; e Marcus Faro de Castro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, no. 34, p. 147-156, jun. 1997.

[25] Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

[26] Loreci Gottschalk Nolasco. *Constitucionalismo e direitos sociais: um enfoque ao direito social de moradia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002 [Dissertação de mestrado], p. 199.

[27] Cf. Lenio Luiz Streck. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 301-37. Mais diretamente associado ao tema central dos presentes escritos v. Fernando Guilherme Bruno Filho. Eficácia das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais: o direito a habitação. *Cadernos de*

Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, v.7, n. 26, p. 241-256, jan./mar. 1999; e Alessandra Gotti Bontempo. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

[28] Ernest Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 67-68.

[29] Intervenção Federal 492/SP. Acórdão do Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do acórdão: 26/03/2003. Publicado no Diário da Justiça da União de 01/08/2003.

[30] Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465.

[31] Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 29/04/2004. Informativo do STF nº 345/2004. Permite-se transcrever a ementa do julgado: Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

[32] No item 2 do art. 1º da *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*, esse é definido como “o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes. O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também

o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural”. Fórum Social Mundial Policêntrico de 2006 (Fórum Social das Américas, Quito, julho de 2004, Fórum Mundial Urbano, Barcelona, setembro de 2004, V Fórum Social Mundial, Porto Alegre, janeiro 2005. *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*. Disponível em: http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=139. Acesso em: 21 dez. 2007.

[33] Patrícia de Menezes Cardoso. O direito à cidade: A experiência brasileira de democratização do marco legal urbano. *Constituição e Democracia*. Brasília, n. 19, p. 4-5, jan-fev. 2008.

[34] Cf. Jorge de Campos Valadares. Qualidade do espaço e habitação humana. *Ciência & Saúde Coletiva*. São Paulo, v. 5, n.1, p.83-98, 2000.

[35] Pedro Abramo. *A cidade caleidoscópica*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007.

[36] Cf. Licia Valladares. A gênese da favela carioca: a produção anterior às ciências sociais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v.15, no.44, p. 5-34, out. 2000.

[37] Cf. Milton Santos. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006; e Milton Santos. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

[38] Rita Amaral *Povo-de-santo, povo de festa - Estudo antropológico do estilo de vida dos adeptos do candomblé paulista*. [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 1992, p. 38.

[39] Milton Santos. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 22.

[40] *Idem*, p. 25.

[41] *Idem*, p. 27.

[42] *Idem*, p. 30.

[43] Zygmunt Bauman. *Tempos Líquidos*. São Paulo: Zahar, 2007, p. 77-78.

[44] *Idem*, p. 79.

[45] Cf. Cristovam Buarque. Admirável mundo atual: Dicionário pessoal dos horrores e esperanças do mundo globalizado. São Paulo: Geração Editorial, 2001 [conferir os verbetes *castelos modernos, condomínios, encastelamento urbano e lógica da apartação*]. O verbete “Encastelamento urbano” concentra essas preocupações: “Pouco a pouco, a implantação da apartação cria um sistema de separação física entre os grupos sociais. Como os castelos medievais, a paisagem do Brasil se reorganiza em uma rede de ilhas privilegiadas, cercadas contra os pobres, num processo de encastelamento

urbano. É isso o que está em implantação no Brasil, com os *shopping centers*, os condomínios, os *beach parks*, as ruas fechadas, as casas cercadas, os prédios protegidos por sistemas de forte aparato eletrônico, os campi universitários cercados, os vidros dos carros usados como barreira contra os meninos de rua, as praças cercadas, a deficiência no sistema de transporte urbano dificultando o ingresso de pessoas da periferia aos locais freqüentados pela elite, a proibição da entrada de nordestinos em cidades do sul do país, e assim por diante”. Nesse mesmo sentido, Jacques Attali, economista e ex-assessor do ex-presidente francês François Mitterrand, utiliza a expressão “*cooconing*”: Simultaneamente ao nomadismo e em contradição com ele, vai-se reforçar a tendência ancestral dos homens e sobretudo das mulheres de buscar refúgio num casulo, proteger-se em seu interior, abrigar-se nele a ponto de não mais querer sair, como sedentários sitiados. As tecnologias da informação permitirão atender ao essencial das exigências sociais sem precisar sair de casa; em muitas profissões, as telecomunicações tornarão possível o trabalho em casa; as redes multimídia permitirão comprar praticamente tudo em casa e efetuar todas as operações bancárias sem ir a uma agência. Também será possível aprender fora da escola, receber um diagnóstico sem ir ao médico, dispor em casa de todas as formas de cozinha e distração, de esporte e viagem (virtual, naturalmente). Decididamente, será possível levar uma vida praticamente completa, do nascimento à morte, sem precisar pôr o nariz fora de casa. A realidade virtual transformará o movimento em sedentarismo virtual e o *cocooning* em nomadismo imaginário...” Cf. Jacques Attali. *Dicionário do Século XXI*. Trad. Clóvis Marques Rio de Janeiro: Record, 2001.

[46] Milton Campos. *O espaço do cidadão*, cit., p. 59.

[47] *Idem*, p. 59.

[48] “No meio urbano, a relação - legislação/mercado fundiário/exclusão - está no centro da segregação territorial”, como lembra Erminia Maricato. A bomba relógio das cidades brasileiras. *Democracia Viva*. Rio de Janeiro, v. 11, p. 3-7, 2001.

[49] Milton Santos. *O espaço do cidadão*, cit., p. 62-63.

[50] *Idem*, p. 63.

[51] Latife Tekin. *Berji Kristin: Tales from the Garbage Hills*. Londres: Marion Boyars, 1996 [publicado na Turquia em 1984] *apud* Mike Davis. *Planeta Favela*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 48.

[52] Mike Davis. *Planeta Favela*, cit., p. 48.

[53] "Sonho Real - Uma história de luta por moradia", feito pelo Centro de Mídia Independente de Goiânia em 2005.

[54] Allan Hahnemann; e Cleuton César Ripol de Freitas. Aspectos sociojurídicos da ocupação sonho real à luz da formação urbana de goiânia e dos direitos à moradia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 43, 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/6975/4953>. Acesso em: 10 dez. 2007.

[55] <http://www.anovademocracia.com.br/index.php/Sonho-Real-na-paz-dos-cemiterios.html>.

[56] Acompanhei esse momento de angústia em Goiânia, já decorridos alguns meses da desocupação, em julho de 2005. Fui participar do Encontro Nacional de Estudantes de Direito, exatamente para palestrar sobre a *dimensão cnstitucional do direito à moradia*. Ao encontrar com os desabrigados no ginásio, no Centro de Goiânia, logo me veio à mente *Vidas secas*, de Graciliano Ramos.

[57] Segundo informações do próprio Ministério, “o bairro já abriga cerca de mil famílias e quando concluído terá 2.470 casas com área de 40,07m², parque ecológico, três creches, escolas, centro comercial, postos de saúde e policial, reservatório de água, asfalto na linha de ônibus, terminal de transporte, energia elétrica e rede de água, moderno sistema de segurança, polícia comunitária com casas destinadas aos policiais”. Ministério das Cidades. *Marcio Fortes entrega 1.046 unidades habitacionais em Goiânia. Brasília, 8 dez. 2007. Disponível em: http://www.cidades.gov.br/noticias/marcio_fortes_entrega_1.046_unidades_habitacionais_em_goianiaAcesso em 21 jan. 2008.*

[58] João Sette Whitaker Ferreira. *Alcances e limitações dos Instrumentos Urbanísticos na construção de cidades democráticas e socialmente justas* [texto de apoio às discussões V^a Conferência das Cidades]. Brasília: Câmara dos Deputados, dez. 2003.

[59] Cf Maria Elenir Nardi. O Acampamento da Telebrasília e a sua luta pelo direito de morar. In: *Direito à memória e à moradia: realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do acampamento da Telebrasília*. Brasília: UnB, 1999, p. 21-55; e Nishlei Vieira de Mello. O direito de morar e o direito à memória: um olhar sobre o Acampamento da Telebrasília. In: *Direito à memória e à moradia*, cit., p. 77-91.

[60] Alexandre Bernardino Costa. Poder constituinte e democracia: um debate necessário. *Constituição e Democracia*. Brasília, a. 1, n. 1, p. 8-9, 5 fev. 2006.

[61] Erminia Maricato. A nova Política Nacional de Habitação. *O Valor*. São Paulo, 24 nov. 2005.

[62] Nelson Saule Junior. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. *Cadernos de Pesquisa do CEBRAP* [Centro Brasileiro de Análises e Planejamentos]. São Paulo, n. 7, p. 65-80, mai. 1997, p. 70-71.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO*

DISABLE PEOPLE: OF THE EXCLUSION TO THE INCLUSION

Alvaro dos Santos Maciel

RESUMO

O artigo percorre um viés crítico e dispõe acerca de políticas pública de inclusão às pessoas com deficiência. Demonstra o alijamento a que se estão submetidas as pessoas com deficiência e investiga a possibilidade de praticar políticas de inclusão, tal como a Acessibilidade em ambientes físicos, e, inclusive virtuais, através da rede mundial de computadores, e dessa forma, concretizar o exercício prático de democracia. A problemática é atual, haja vista que conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), há um número significativo de indivíduos que estão excluídos do convívio social. É apresentada a necessidade de implementação de políticas públicas e interdisciplinares que se adéquem à inclusão das pessoas com deficiência para que assim possam usufruir dos direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente e vivenciar de modo prático o direito e ter direitos.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS, PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, ACESSIBILIDADE.

ABSTRACT

The article covers a critical inclination and it disposes concerning politics public of inclusion to the disable people. It demonstrates the exclusion which the physical disable people are submitted and investigates the possibility to practice inclusion politics, as the accessibility in physical atmospheres, and, besides virtual, through the world net of computers, and in that way, to render the practical exercise of democracy. The problem is current, have seen that conforms the data of the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), that there are significant numbers of individuals that are excluded from the social conviviality. It is presented the necessity of the implementation of public politics and interdisciplinary that becomes adequate to the inclusion of the physical disable people so that they can usufruct of the basic rights that are guaranteed constitutionally and to live in a practical way the right and to have rights.

KEYWORDS: PUBLIC POLITICS, DISABLE PEOPLE, ACCESSIBILITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Muitos cidadãos questionam: “Qual é o termo correto a ser utilizado - portador de deficiência, pessoa portadora de deficiência, portador de necessidades especiais ou pessoas especiais?” Diversos estudos já foram realizados para apontar a nomenclatura correta.

Em cada época são utilizados termos diferentes para abordar o assunto, sempre compatíveis com os valores vigentes nas sociedades.[1]

No Brasil, no final da década de 50, foi fundada a Associação de Assistência à Criança Defeituosa – AACD (hoje denominada Associação de Assistência à Criança Deficiente). Ainda naquele período, surgiram as primeiras unidades da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE..

Posteriormente, surgiu o termo “inválido”: Decreto federal nº 60.501 de 14/3/67 “A reabilitação profissional visa a proporcionar aos beneficiários inválidos...”; o Diário Popular, de 21/4/76 “Inválidos insatisfeitos com lei relativa aos ambulantes”; Folha de S. Paulo, 20/7/82 “Servidor inválido pode voltar”; IstoÉ, 7/7/99 “Os cegos e o inválido”.

Por óbvio, esta e outras expressões denotam evidentes rompimentos ao princípio da igualdade e violam a dignidade da pessoa humana esculpida no bojo da Constituição Federal Brasileira.

Diante de pressões das organizações de pessoas com deficiência, a ONU, em 1981, deu o nome de “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”. Percebe-se que foi atribuído o valor “pessoas” àqueles que tinham deficiência, igualando-os em direitos e dignidade à maioria dos membros de qualquer sociedade ou país. E então o “portar uma deficiência” passou a ser um valor agregado à pessoa e o termo foi adotado em toda legislação pertinente.

Em 1990, aproximadamente, surgiram expressões como “crianças especiais”, “alunos especiais”, “pessoas especiais”, numa tentativa de amenizar o contexto da palavra “deficientes”. Acirradas críticas surgiram uma vez que o termo “portadores” faz alusão a “carregadores”, pessoas “portam” (levam) uma deficiência. Além do que os especialistas entendiam que o termo “direitos especiais” era contraditório porque as pessoas com deficiência exigiam equiparação de direitos e não direitos especiais.

Então, o termo “pessoas com deficiência” passa a ser adotado gradativamente, e no maior evento (“Encontrão”) das organizações de pessoas com deficiência, realizado em Recife no ano de 2000, foi solicitado ao público que adotasse formalmente este termo.

Em 2006 a questão foi pacificada mundialmente na Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência em que ficou definido o termo a ser adotado: “pessoas com deficiência” – em todos os idiomas sejam em expressões orais ou escritas.

2 ACESSIBILIDADE

De acordo com dados do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), de 2001, há no Brasil, 24,6 milhões de pessoas com deficiência. Destas, mais de 9 milhões são pessoas com deficiência física e que necessitam de políticas públicas para incluí-las na convivência social.

Para o Instituto, pessoa com deficiência física é aquela que "tem alguma das seguintes deficiências: paralisia permanente total; paralisia permanente das pernas; paralisia permanente de um dos lados do corpo; falta de perna, braço, mão, pé ou dedo polegar." [2]

Foi revelado que a cada 100 brasileiros, no mínimo 14 apresentam limitações de ordem física ou sensorial. Por outro lado, os dados revelam a exclusão praticada no país, afinal, nem todos têm possibilidade de acesso a emprego, educação, saúde, lazer, dentre outros direitos fundamentais.

É essencial para o exercício da democracia que as políticas públicas, por conseguinte, introduzam a Acessibilidade para que se garanta a inclusão da pessoa com deficiência física ao gozo dos direitos usufruídos pelos demais cidadãos.

Deve-se ressaltar que a inclusão social das pessoas com deficiência física que faticamente são excluídos da sociedade brasileira é um desafio, e demonstra um viés suficientemente crítico, haja vista que a sociedade latino americana já é resultado da exclusão eurocêntrica, e mesmo assim a população brasileira não está integralmente livre das políticas alijatórias pelas implicações que a própria exclusão interna desencadeia, ou seja, é o Outro excluindo o outro.

Nos Estados Democráticos modernos, as pessoas com deficiência têm proteção garantida por lei que visa à inclusão nos mais variados segmentos sociais, seja na Acessibilidade, seja na educação, no mercado de trabalho, no lazer, dentre outros.

A Acessibilidade é definida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), através da norma NBR 9050/94, que dispõe acerca da "Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências a edificações, espaço mobiliário e equipamentos urbanos – A possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano".

A gênese da Política Pública ora denominada Acessibilidade se deu em 1981, quando as Nações Unidas declarou como o Ano Internacional dos Portadores de Deficiência. Em 03.10.1982, através da Resolução 37/82, a Assembléia Geral das Nações Unidas, foi aprovado o Programa de Ação Mundial para Pessoas Portadoras de Deficiência, equalizando o direito das pessoas com deficiência às mesmas oportunidades que os demais cidadãos além de usufruir das melhorias nas condições de vida resultantes do avanço econômico e social.

Este programa demonstra o significado de impedimento, deficiência, incapacidade, que são definições da Organização Mundial de Saúde – OMS, como também aponta os

conceitos de prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidade, que são incorporados à discussão, dos quais destacam-se:

Impedimento – Situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função de idade, sexo e fatores sociais e culturais) (...) O impedimento está em função da relação entre as pessoas incapacitadas e seu ambiente. (...) Essa relação ocorre quando essas pessoas enfrentam barreiras culturais, física ou sociais que a impedem de ter acesso aos diversos sistemas da sociedade à disposição dos demais cidadãos. O impedimento é, portanto, a perda ou a limitação das oportunidades de participar na vida da comunidade na igualdade de condições com os demais.

Equiparação de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – como o meio físico e cultural, moradia e transporte, serviços sociais e de saúde, oportunidade de educação e de trabalho, vida cultural e social, inclusive instalações desportivas e de lazer – se torna acessível a todos.[3]

Deste modo, constata-se que o impedimento está no ambiente e nas barreiras criadas neste que impedem a pessoa deficiente física de deter isonomia de possibilidades e igualdade de direitos.

Adriana Romeiro de Almeida Prado enfatiza que:

(...) não é possível pensar em uma cidade que não se proponha a rever seu planejamento discutindo programas/ações com metas para facilitar a circulação, a interação, promovendo a inclusão das pessoas com deficiências e aquelas com mobilidade reduzida, que por conta de alguma limitação temporária (...) se vêem limitadas.[4]

E conclui:

O objetivo da acessibilidade é permitir um ganho de autonomia e de mobilidade a um número maior de pessoas, até mesmo àquelas que tenham reduzido a sua mobilidade ou dificuldade em se comunicar, para que usufruam os espaços com mais segurança, confiança e comodidade .[5]

Sandra Lia Símón destaca:

Assegurar a essa significativa parcela da população bens e direitos é obrigação do Estado, que deve zelar pela concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sempre pautados na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Para tanto, respaldado pelo princípio da igualdade, deverá expedir norma que garanta o usufruto desses bens e o gozo desses direitos.[6]

Diversos diplomas legais brasileiros têm surgido com o intuito de promover a inclusão social dos deficientes físicos.

A Constituição Federal de 1988 através dos artigos 227 e 244 provoca a Acessibilidade nas cidades, nas edificações e nos transportes.

A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (CF, art. 227, § 2º).

A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no Art. 227, § 2º. (CF, Art. 244).

Em dezembro de 2004 foi publicado o Decreto nº 5.296, que regulamenta a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo e a Lei nº 10.098 de 19 de dezembro, de 2000, que pode ser considerada o *Estatuto de Acessibilidade*, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da Acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. O conceito de Acessibilidade adotado pelo Decreto é amplo e envolve um macro sistema, desde via de acesso, calçada, terminal, veículo até capacitação de pessoal.

O Programa de Acessibilidade, dentre outros aprimoramentos como facilitação de acesso nas edificações públicas ou privadas, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, na educação, nas comunicações e sinalização, investe também no sistema de transportes, desde o embarque até o desembarque de passageiros, ao garantir direito de ir e vir – um dos direitos primordiais do cidadão estabelecido na Constituição Federal – com segurança e autonomia, a partir do qual tantos outros direitos são decorrentes. Percebe-se, dessa forma, que o desenvolvimento deste projeto significa melhoria no Índice de Desenvolvimento Humano do país.

Devido à dimensão territorial do Brasil, suas peculiaridades regionais, geográficas, econômicas, culturais e infra-estruturais, o Inmetro tem realizado estudos aprofundados, que visam diagnosticar a realidade do país e encontrar as melhores soluções técnicas para que o Programa de Acessibilidade.[7]

Percebe-se que a legislação nacional que protege a pessoa portadora de deficiência é incisiva. Logo, SIMÓN conclui:

É necessário, contudo, que tanto o Estado como a sociedade firmem políticas de observância irrestrita dessa legislação. A Instituição do Ministério Público tem

importante papel neste sentido, porque, mais do que simplesmente auxiliar na conscientização dos atores sociais, na compreensão do motivo pelo qual devem ser instituídas essas formas de proteção, tem mecanismos que possibilitam a efetividade concreta dessa legislação.[8]

A maior parte dos ambientes sejam construídos ou não, apresenta barreiras visíveis e invisíveis. Constituem-se barreiras visíveis os impedimentos concretos, entendidos como a falta de acessibilidade dos espaços. As invisíveis compõem a forma como as pessoas são vistas pela sociedade, na maior parte das vezes representada pelas suas deficiências e não pelas suas potencialidades.[9]

A responsabilidade pelo Urbanismo é interdisciplinar. Porquanto, arquitetos, engenheiros, projetistas e designers devem atentar-se a forma de conceber os espaços de modo a concretizar as garantias constitucionais para as pessoas com deficiência física.

Compete esclarecer ainda que, para que seja praticada uma inclusão efetiva no Urbanismo, as políticas públicas exigem alguns pressupostos do conceito de desenho universal para que todo cidadão usufrua de cidadania:[10]

1- Equiparação nas possibilidades de uso - O design é útil e comercializável às pessoas com habilidades diferenciadas.

2- Flexibilidade no uso - O design atende a uma ampla gama de indivíduos, preferências e habilidades.

3- Uso Simples e intuitivo - O uso do design é de fácil compreensão, independentemente de experiência, nível de formação, conhecimento do idioma ou da capacidade de concentração do usuário.

4- Captação da informação - O design comunica eficazmente ao usuário as informações necessárias, independentemente de sua capacidade sensorial ou de condições ambientais.

5- Tolerância ao erro - O design minimiza o risco e as conseqüências adversas de ações involuntárias ou imprevistas.

6- Mínimo esforço físico – O design pode ser utilizado com um mínimo de esforço, de forma eficiente e confortável.

7- Dimensão e espaço para uso e interação - O design oferece espaços e dimensões apropriados para interação, alcance, manipulação e uso, independentemente de tamanho, postura ou mobilidade do usuário.

Ademais, na era digital vivenciada hodiernamente pelas nações, há que se destacar também que a Acessibilidade tem na informática um importante significado.[11]

Verifica-se que representa para o usuário não só o direito de acessar a rede de informações, mas também o direito de eliminação de barreiras arquitetônicas, de disponibilidade de comunicação, de acesso físico, de equipamentos e programas adequados, de conteúdo e apresentação da informação em formatos alternativos.

De acordo com estudos especializados, denota-se que não é fácil, a princípio, avaliar a importância dessa temática associada à concepção de páginas para a web. Mas os dados W3C (Consórcio para a WEB) e WAI (Iniciativa para a Acessibilidade na Rede) apontam situações e características diversas que o usuário pode apresentar:

1. Incapacidade de ver, ouvir ou deslocar-se, ou grande dificuldade - quando não a impossibilidade - de interpretar certos tipos de informação.
2. Dificuldade visual para ler ou compreender textos.
3. Incapacidade para usar o teclado ou o mouse, ou não dispor deles.
4. Insuficiência de quadros, apresentando apenas texto ou dimensões reduzidas, ou uma ligação muito lenta à Internet.
5. Dificuldade para falar ou compreender, fluentemente, a língua em que o documento foi escrito.
6. Ocupação dos olhos, ouvidos ou mãos, por exemplo, ao volante a caminho do emprego, ou no trabalho em ambiente barulhento.
7. Desatualização, pelo uso de navegador com versão muito antiga, ou navegador completamente diferente dos habituais, ou por voz ou sistema operacional menos difundido.

Essas diferentes situações e características precisam ser levadas em conta pelos criadores de conteúdo durante a concepção de uma página de internet para que assim possa se garantir o acesso eficaz a todo e qualquer indivíduo.

Para ser realmente potencializador da acessibilidade, cada projeto de página deve proporcionar respostas simultâneas a vários grupos de incapacidade ou deficiência e, por extensão, ao universo de usuários da web.

Os autores de páginas em HTML obtêm um maior domínio sobre as páginas criadas, por exemplo, com a utilização e divisão de folhas de estilo para controle de tipos de letra, e eliminação do elemento FONT.

Assim, além de torná-las mais acessíveis a pessoas com problemas de visão, reduzem seu tempo de transferência, em benefício da totalidade dos usuários.

A Acessibilidade deve estar presente nas edificações, no meio urbano, nos transportes e nas suas mútuas interações, e, inclusive na internet, conforme a exigência legal.

O objetivo da Acessibilidade é permitir um ganho de autonomia e de mobilidade a uma gama maior de pessoas, até mesmo àquelas que tenham reduzida a sua mobilidade ou

dificuldade em se comunicar, para que usufruam dos espaços e das benesses que os ambientes podem lhe proporcionar.[12]

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro tem se aperfeiçoado visando à integração e equiparação de direitos de todos os cidadãos.

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 37/52, em dezembro de 1982, criando o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, e consta que, no mundo, pelo menos uma a cada dez pessoas detém alguma deficiência e a presença da deficiência repercute pelo menos 25% de toda a população. Esse mesmo documento ressalta que, em países em desenvolvimento, o percentual estimado das pessoas com deficiência vai para 20%, e, se incluídos famílias e parentes, os efeitos adversos da deficiência podem afetar 50% da população.[13]

Deste modo, a Acessibilidade tem que estar presente principalmente nas habitações, pois é expressivo o número de pessoas que restam excluídas da sociedade e ficam isoladas em suas residências, e, em muitos casos, limitadas ao espaço do próprio quarto, uma vez que não dispõem de portas suficientemente largas, banheiros parametrizados para circulação de uma cadeira de rodas.[14]

Hodiernamente, não há como dissociar a Acessibilidade da internet, que igualmente demanda política pública eficaz para garantir a todos os direito a informação, a cultura, e ao lazer.

A falta de condições mínimas bem como a não disponibilização dos direitos que lhe competem, faz com que as pessoas com deficiência estejam impedidas de circular pelas ruas da cidade, utilizar o transporte coletivo, entrar nas edificações públicas e privadas, ou mesmo navegar na rede mundial de computadores, sendo obrigadas ao alijamento social, sem garantias de direitos constitucionalmente fundamentais, ao sucumbir o direito de ir e vir, o que desencadeia a denegatória do acesso à educação, à saúde, ao trabalho e ao lazer.[15]

Revela-se importante o envolvimento prático interdisciplinar de diversas áreas governamentais, sociais e empresariais, para a criação, manutenção e fiscalização de políticas públicas que minimizem a exclusão visando à gradativa extinção e a implantação concreta da igualdade de oportunidades para a totalidade dos indivíduos o que por certo atingirá o escopo máximo do que é ser democracia.

REFERÊNCIAS

ACESSO BRASIL. Disponível em

<http://www.acesso brasil.org.br>

Acesso em 20.09.2008

ARAÚJO, Luiz A. D. *Defesa dos direitos das pessoal portadores de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BURGOS, Elizabeth, *Me llamo Rigoberta Menchu y así me nació la conciencia*, Siglo XXI, México, 1981.

CUNHA, Edílson A. da (trad.). *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência*. Brasília: Corde, 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela, Lisboa, 1986.

IBGE. Disponível em
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm>

Acesso em 20.09.2008

INMETRO. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/acessibilidade.asp>>
Acesso em 15.09.2008

LOWENTHAL, Anamaria V. *Exame da expressão 'a dignidade humana' sob o ângulo de uma semiótica jurídica*. In: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). *Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político*. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

PRADO, Adriana R. A. Disponível em:
<<http://www.entreamigos.com.br/textos/acessibi/ambaccess.htm>> Acesso em 27.09.2007

QUESADA, Francisco M. *Posibilidad y limites de una filosofia latinoamericana*, in VÁRIOS. *La Filosofia en América...*; Constança Marcondes CESAR, *Filosofia na América Latina - Polêmicas. Reflexão*. Campinas, N. 30 (Ano 9) set-dez 1984, e Raul FORNET-BETANCOURT, *Problemas Atuais da Filosofia na Hispano-América*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 1993.

SIDEKUM, Antonio. *Informe - O Programa do Diálogo da Ética do Discurso e a Filosofia da Libertação, Libertação-Liberación*. Campo Grande - MS, N.1 (Ano 3) jan/dez 1993.

SOUZA, Carlos A. M. de. *Os direitos naturais do homem e da família*. Notas y Documentos. Venezuela, 63-64, p. 179/192, Jan/Dez 2002.

[1] www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde

[2] Acesso em 24.09.2007.

Disponível em
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm>

[3] CUNHA, Edílson Alkmin da (trad.). *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência*. Brasília: Corde, 1996.

[4] ARAÚJO, Luiz A. D. e Prado, Adriana R. A. *Defesa dos direitos das pessoal portadores de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 9.

[5] *Ibidem*, p. 11.

[6] ARAÚJO, Luiz A. D. e Simón, Sandra L. *Defesa dos direitos das pessoal portadores de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 280 et seq.

[7] Acesso em 15.09.2007. Disponível em:
<<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/acessibilidade.asp>>

[8] ARAÚJO, Luiz A. D. e Simón, Sandra L. opus citatum, p. 281.

[9] PRADO, Adriana R. A. Acesso em 27.09.2007.

Disponível em: <<http://www.entreamigos.com.br/textos/acessibi/ambaccess.htm>>

[10] <http://www.acessobrasil.org.br/index.php?itemid=42>

[11] <http://www.acessobrasil.org.br/index.php?itemid=44>

[12] ARAÚJO, Luiz A. D. e Prado, Adriana R. A. opus citatum, p. 11.

[13] Ibidem, p. 26.

[14] Ibidem.

[15] Ibidem.

A VISIBILIDADE DA PESSOA DEFICIENTE COMO POLÍTICA PÚBLICA DECORRENTE DO 1º TRATADO DE DIRETOS HUMANOS NO BRASIL*

THE VISIBILITY OF THE DEFICIENT PERSON AS DECURRENT PUBLIC POLITICS OF 1º TREATED TO HUMAN RIGHT-HANDERS IN BRAZIL

Antonio Walber Matias Muniz

RESUMO

Neste trabalho constrói-se um breve relato sobre direitos humanos e as implicações da Declaração Universal e da Emenda constitucional 45, quanto à pretensa visibilidade da pessoa deficiente no Brasil. Parte-se de dispositivos da Declaração Universal seguido de dados estatísticos quantificando os deficientes no Brasil, de referências à Convenção Internacional para proteção dos Direitos das pessoas com deficiência, ultimando com a relevância ao 1º Tratado sobre direitos humanos aprovado no Brasil, com estrita observância ao § 3º do artigo 5º da atual Constituição brasileira. Pesquisas documental e bibliográfica compõem a base metodológica deste relato. Conclui-se que a Declaração Universal constitui-se como principal fundamento à Convenção da ONU de 2006 e reforça a urgente necessidade de políticas de integração à sociedade das pessoas com deficiência. Nesse sentido, no Brasil inaugura-se o desenvolvimento de políticas públicas e um rico debate jurídico a partir da inserção no texto constitucional, em julho de 2008 da 1ª Emenda versando sobre Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICAS PÚBLICAS E DEFICIENTES. TRATADO BRASILEIRO SOBRE DIREITOS HUMANOS. VISIBILIDADE E PROTEÇÃO À PESSOA DEFICIENTE.

ABSTRACT

This work is treated of an abbreviation report about the implications of the Universal Declaration and of the constitutional Amendment 45, as for the deficient person's assumed visibility in Brazil. He breaks of devices of the Universal Declaration following by data statisticians quantifying the deficient ones in Brazil, references to the International Convention for protection of the people's Rights with deficiency finishing with the relevance to the 1st Treaty on human rights, approved in Brazil, with strict observance to § 3rd of the article 5th of the current Brazilian Constitution. Documental and bibliographical researches compose the methodological base of this report. It is

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ended that the Universal Declaration is constituted as main foundation to the Convention of UN 2006 and it reinforces the urgent need of integration politics to the people's society with deficiency. In that sense, in Brazil it's inaugurated the development of public politics and rich juridical debate starting from the insert in constitutional text, in July of 2008 of the 1st Amendment turning on Human Rights.

KEYWORDS: KEYWORDS: PUBLIC AND DEFICIENT POLITICS. BRAZILIAN TREATY ON HUMAN RIGHTS. VISIBILITY AND PROTECTION TO THE DEFICIENT PERSON.

INTRODUÇÃO

Profunda reflexão marca os anos noventa em escala universal, sobre as bases da sociedade internacional e a formação gradual de uma agenda jurídica internacional para o século XXI. Dessa forma, o final e o início deste novo século representam um período marcado por grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas, entre as quais a que deu origem, em 2006, à Convenção Internacional para proteção e promoção dos Direitos e da Dignidade das Pessoas com Deficiência.

Por meio dessas Conferências tem-se procedido a uma reavaliação global de muitos conceitos à luz da consideração de temas que afetam a humanidade como um todo. Denominador comum das discussões têm sido em especial, *as condições de vida* da população, principalmente os grupos mais desprotegidos. Nesse sentido, segundo Wagner Menezes[1] (2006) os direitos humanos e suas ramificações vêm conquistando importância e relevo sob o manto das perspectivas do Direito Internacional e formando campos específicos de pesquisa com objeto e princípios determinados. Também por essa razão, a necessidade de se situar os seres humanos, de modo definitivo, no centro de todo o processo de desenvolvimento da sociedade internacional, podendo-se considerar como um dos grandes desafios de nossos tempos, a proteção do ser humano e a superação das discriminações que afetam as pessoas portadoras de deficiência em cada país.

Entretanto, no Brasil entre os objetivos previstos para o milênio, quais sejam: a erradicação da pobreza e da fome, universalização da educação primária, promoção da igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, redução da mortalidade na infância, melhora da saúde materna, combate ao HIV/AIDS, a malária e outras doenças, garantia da sustentabilidade ambiental e estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento, não consta proteção ou políticas públicas voltadas para a pessoa deficiente.

A população brasileira cuja quantidade é de 191.7 milhões habitantes, entre eles 94.5% homens e 97,2% mulheres, sendo 84% residentes em área urbana e 15% na área rural, segundo indicadores das Nações Unidas[2] do ano de 2007, 10% desta população, 19 milhões[3] de habitantes no Brasil são portadores de deficiência. Somado aos indicadores de outros países se inserem num contingente de 650 milhões espalhados em todo o mundo. Somente nas universidades brasileiras, segundo dados do INEP[4], em 2000 havia 2.155 deficientes, no ano de 2005 aumentou para 6.022, se incluído os

superdotados sobe para 6.328, sendo 4.247 em instituições particulares, todos órfãos de uma política que possibilite integrá-los à sociedade. Nesse contexto, busca-se neste relato ressaltar a importância da Convenção da ONU de 2006 sobre Deficientes como um dos indicadores de reforço à implementação de políticas de Direitos Humanos cujos principais fundamentos repousam alicerçados na Declaração Universal das Nações Unidas.

1 NOÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos têm recebido uma atenção cada vez maior da comunidade internacional, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Discorre-se a seguir, acerca de todos os aspectos que envolvem os direitos humanos, desde seu conceito até sua elevação à condição de direito passível de proteção internacional.

1.1 Conceito e fundamento

Antes de se adentrar a análise objetiva sobre o conceito e fundamento dos direitos do homem, faz-se imprescindível, até porque o tema é essencialmente subjetivo, uma análise inicial das diversas abordagens dadas pelos estudiosos do tema (religiosos, filósofos, literatos, poetas, juristas, sociólogos e outros) para os seguintes questionamentos centrais que envolvem o estudo dos direitos humanos, quais sejam: o que é o homem? Por que ele difere dos outros seres?

Várias já foram as explicações para o caráter peculiar do ser humano. A religião, notadamente o cristianismo, amparado nos dizeres bíblicos, sempre pregou que o homem é o ser mais próximo de Deus, pois foi feito por esse próprio Deus à sua imagem e semelhança (Gênesis 1:26 e 27). Tem-se essa confirmação ao longo de diversas outras passagens do Livro Sagrado. No evangelho de Lucas, capítulo 3, versículo 38, encontra-se, na genealogia de Jesus Cristo, que, na mais remota linhagem, Adão, o pai da humanidade, veio de Deus. No salmo 8: 4 e 5, Davi exalta a dignidade de Deus como Criador e menciona: “Que é o homem, que dele te lembres? E o filho do homem, para que o visites? Fizeste-o, no entanto, só um pouco menor do que os anjos e de glória e honra o coroaste”.

A partir desse entendimento, Santo Agostinho chega a afirmar que “o homem está num plano intermediário entre os animais irracionais e a Divindade”, reconhecendo, portanto, que esse homem, possuidor de uma alma imortal, tem o livre-arbítrio para agir segundo a sua vontade, seja contra ou a favor da lei divina, porém há de ter sempre a consciência de que deve se nivelar por cima, como imagem e semelhança de Deus, e não agir por instinto, tornando-se escravo da sua animalidade (BITTAR, 2004; MAGALHÃES, 2002).

A Filosofia, por sua vez, justifica a singularidade do homem a partir da própria formulação da pergunta “O que é o homem?”. Ora, que outro ser é capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão? Esse fato muito inquietou inúmeros filósofos, principalmente a Sócrates, em razão da célebre fórmula: “conhece-te a ti mesmo!”. É dizer, essa racionalidade, peculiar à espécie humana, permite ao homem pensar sua

própria existência, questionar seus conhecimentos, refletir sobre os seus atos, dominar certas técnicas, destacar-se sobre os outros animais e, enfim, até dominá-los.

A Literatura clássica também traz sua contribuição na concepção do homem como ser merecedor de uma atenção especial, devido até mesmo a sua natureza contraditória, que sempre despertou curiosidade e discussões entre os intelectuais, chegando Shakespeare (*apud* MAGALHÃES, 2002, p. 140), na peça Hamlet, a exaltar de forma encantadora:

Que obra-prima, o homem! Como é nobre a sua razão! Como são infinitas as suas faculdades! Como são expressivas e admiráveis a sua forma e o seu movimento! Como pelos seus atos se parece com um anjo! Como pela inteligência se parece com um deus! É a beleza do mundo! O tipo supremo dos seres criados!

A música e a poesia, duas das mais tocantes expressões artísticas, também serviram de meio para a propagação da inquietude do homem para consigo mesmo, na busca por uma resposta dentre tantas contradições. Guiados por uma visão sociológica da condição humana, por vezes mais de sofrimento do que de beleza, alguns poetas destacam uma realidade mais cruenta e seca das relações humanas, como Francisco Carvalho (1996, p. 103-107), no poema intitulado “O Bicho-Homem”, de que se transcreve o seguinte excerto:

[...] Que bicho é o homem que ama e desama, que afaga e magoa

E que às vezes lembra um anjo em pessoa?

O homem que vai para a eternidade num saco de lixo

Que bicho é o homem de salário fixo?

Que bicho é o homem que trapaceia, que às vezes pensa

Que é mais brilhante do que a papa ceia?

[...] Que bicho é o homem que escreve poemas na aurora agônica

E depois acende a fogueira atômica?

Que bicho te oferta um ramo de rimas

E à sombra dos mortos semeia gemidos por sete Hiroximas?

Que bicho te espreita aos olhos dos becos

Onde os cães insones mastigam as sombras dos antigos donos?

Que bicho é o homem que rasteja e voa, que se ergue e cai?

De onde ele veio e para onde vai?

Que bicho é o homem, de onde ele veio e para onde vai?

Onde é que entra, de onde é que sai?

Conquanto todas as incoerências naturais do homem, todos estão de acordo em reconhecer que cada ser humano é único e insubstituível, porquanto traz embutido em si um valor próprio, revelador de sua dignidade humana, cuja existência se apresenta de forma singular em todo indivíduo. A própria Ciência, por sua vez, constatou que o homem é o ser mais evoluído que já apareceu na face da Terra desde os primórdios. E assim a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia *etc.*

Por isso, o homem pode ser então considerado como um fim em si mesmo, de acordo com o pensamento kantiano, ou seja, como destinatário de direitos e garantias fundamentais, pois é portador de uma dignidade e não de um preço, como as coisas em geral, tendo em vista que são os “únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, 1999, p. 1).

Daí surge a primeira concepção de direitos humanos, como forma de assegurar essa condição privilegiada e elementar a todos os indivíduos, a partir do respeito à igualdade e à dignidade de cada ser humano. Nesse sentido, faz-se inteiramente pertinente a observação de Flávia Piovesan (2008, p. 47-48):

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Feitas essas breves considerações, surgem as primeiras dificuldades relacionadas à teoria dos direitos humanos, quais sejam: conceituá-los e fundamentá-los.

É muito comum, quando se fala em direitos humanos, ouvir-se conceitos um tanto quanto imprecisos, do tipo “são aqueles direitos garantidos a cada indivíduo exclusivamente por sua natural condição de integrante do gênero humano”, ou “são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou “são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”, ou ainda “são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” (BOBBIO, 1992, p. 17).

Como se pode observar, tais definições pecam por reproduzir sempre a mesma coisa, apenas de formas diferentes, ou seja, são conceitos que se constituem a partir de um raciocínio que apenas repete com outras palavras o que se pretende demonstrar, desembocando, ao final, em um ciclo vicioso, em que se acaba não definindo, de maneira satisfatória, os chamados direitos humanos.

Para Celso Mello (1997, p. 15), os direitos humanos têm três fundamentos: o direito natural, as teorias contratualistas e a noção de direito subjetivo.

O direito natural pode ser considerado, em linhas gerais, como “o conjunto de normas resultantes da natureza racional e social do homem que preexiste ao direito positivo”

(MELLO, 1997, p. 16). Apesar de bastante criticada, a ideologia do direito natural veio desenvolvendo-se desde a Antigüidade, sempre colocando o homem no centro da discussão, como ser passível de proteção e portador de certos direitos imutáveis, como a igualdade e a liberdade, que poderiam ser opostos, por estarem ligados diretamente à natureza do homem, até mesmo contra as normas positivadas no ordenamento jurídico vigente em cada Estado.

As teorias contratualistas, por sua vez, seja no enfoque absolutista, dado por Hobbes, ou liberal, conferido por Locke e Kant, permitiram a emancipação política do homem, vinculando-se ao jusnaturalismo e fortalecendo os direitos humanos.

Por fim, chega-se ao entendimento de que toda pessoa na sua individualidade é titular de uma série de direitos, próprios de cada um, particulares, que podem ser exercidos legalmente. São os direitos subjetivos, que também são apontados por diversos doutrinadores como um dos alicerces dos direitos humanos.

Pela simples leitura dos conceitos e dos fundamentos mencionados acima, nota-se que todos deixam lacunas, geram incertezas e questionamentos, abrem espaço para críticas e não respondem satisfatoriamente ao que se pretende alcançar com os direitos humanos.

Isso acontece porque, por mais que se procure justificar a existência de direitos humanos, como forma de convencer aqueles que ainda não os reconhecem de que esses direitos devem ser assegurados a todos os indivíduos, a busca de um fundamento idôneo acaba sempre por desaguar no ilusório fundamento absoluto, aquele que é tão irresistível e tão irrefutável, quanto descabido.

Na lúcida visão de Norberto Bobbio (1992), há algumas dificuldades relacionadas aos direitos humanos que impedem a construção de um fundamento absoluto. A primeira delas, que já foi abordada acima, é a impossibilidade de se dar uma noção precisa do que venha a ser esses direitos. Em segundo lugar, os direitos do homem são direitos históricos, que se modificaram e continuam a se modificar de acordo com os carecimentos e interesses de determinadas épocas e civilizações. Outro aspecto a ser levado em conta é o caráter heterogêneo dos direitos em pauta, ou seja, a maioria dos direitos tidos como fundamentais entram em concorrência com outros direitos fundamentais, devendo um deles prevalecer no caso concreto, sujeitando o outro a uma natural restrição.

Diante dessas dificuldades, não se faz proveitoso encompridar a discussão filosófica em torno dos fundamentos dos direitos humanos, como se isso fosse levar ao reconhecimento desses direitos, até porque, no estágio atual desenvolvido em que se encontram as relações internacionais, não há mais espaço para divagações desse tipo, fazendo-se indispensável, outrossim, garantir a proteção e a plena efetivação desses direitos, não mais a sua fundamentação.

Conclui-se, pois, que todos esses conceitos e bases dos direitos humanos, ventilados por diversos autores, mesmo não sendo perfeitos ou plenamente esclarecedores, serviram para convencer a comunidade internacional da sua existência, partindo-se para um segundo passo, uma segunda conquista, ainda em lento processamento, que é fazê-los valer na prática, garanti-los nos diversos casos concretos.

Para Norberto Bobbio (1992), o problema do fundamento dos direitos humanos foi resolvido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, a figurar como prova única do consenso geral acerca da fundamentação, reconhecimento e validade desses direitos, partilhados comumente por toda a humanidade. Nesse sentido, sintetiza o citado autor:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade [...] O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los [...] Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. (BOBBIO, 1992, p. 24)

Dessa forma, fica evidenciada a superação da discussão acerca dos conceitos e fundamentos dos direitos do homem, mormente com a ratificação, por inúmeros países, de diversos documentos internacionais sobre o tema, revelando a preocupação da humanidade em proteger e efetivar esses direitos.

1.2 Precedentes históricos

Não há como precisar uma data exata como sendo o marco do surgimento dos direitos humanos no mundo. No entanto, eles começam a aparecer com a necessidade de proteção que cada pessoa sente. Direito implica diretamente proteção, limite, ou seja, quando se diz que o sujeito “A” tem direito à liberdade, significa dizer que “B” não pode privar “A” de sua liberdade. “A” está protegido, “B” está limitado.

Desde que se tem registro da existência do homem na Terra, sabe-se que ele sempre procurou se defender contra qualquer tipo de ameaça, sempre tentou preservar sua espécie, mesmo que de forma desorganizada, e sempre lutou contra injustiças, em busca de evoluir.

Na Grécia Antiga, alguns filósofos, mais notadamente os sofistas, pela voz de Alquidam, combatiam, já naquela época, a escravidão, afirmando que “os deuses nos fizeram livres a todos; a ninguém escravo” (SOUZA, 2003, p. 31).

No entanto, verifica-se que a história dos direitos humanos começa na Baixa Idade Média (mais precisamente nos séculos XII a XIII), em que se intentou, primeiramente, impor limites ao poder dos governantes. Foi contra essa concentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de insatisfação com as injustiças, principalmente na Inglaterra, do que resultou a Magna Carta de 1215.

O século XVII também trouxe grandes conquistas como a Lei de *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (“Bill of Rights”, de 1689), que começa a fortalecer a idéia de governo representativo, embrionário dos ideais de soberania popular.

Contudo, costuma-se dizer que o nascimento dos direitos humanos na História se deu com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e o reconhecimento, então revolucionário, de que todos os homens são iguais pela sua própria natureza e possuem a titularidade de certos direitos individuais, dentre eles a liberdade.

Treze anos depois, com a Revolução Francesa, divulgou-se aos quatro cantos do mundo o famoso lema liberdade, igualdade e fraternidade, fazendo surgir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que até hoje representa uma das fontes primárias dos direitos humanos.

Em contrapartida, observa-se, no cenário internacional da época, um empobrecimento das massas proletárias. Inicia-se, então, uma tímida reivindicação pelo reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, que seriam acatados mais amplamente após a Revolução Industrial (na segunda metade do século XVIII).

A partir de então, os direitos humanos, mesmo que timidamente, começam a sua fase de internacionalização, fundando-se na luta contra a escravidão, a favor da regulação dos direitos dos trabalhadores assalariados e em prol do direito humanitário. Este último constitui a procura pelo mínimo de observância e proteção aos direitos fundamentais, mesmo na hipótese de conflitos armados, poupando do confronto os civis, os feridos, os doentes, os prisioneiros e fixando limites à atuação dos Estados.

Nesse contexto, destacam-se a Convenção de Genebra de 1864, que deu ensejo à formação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha (em 1880). A própria Convenção de Genebra foi revista posteriormente para encampar a luta contra a escravatura e a regulamentação do tratamento de prisioneiros de guerra. Em seguida, a Conferência de Bruxelas de 1890 firmou as primeiras regras de repressão ao tráfico de escravos africanos (COMPARATO, 1999).

Após a destruição causada pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918), surge a Liga das Nações, primeira organização internacional criada com o intuito de promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, estabelecendo sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra Estados que violassem a integridade territorial e a independência política dos seus membros.

Paralelamente a tudo isso, nasce a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade pungente de promover padrões globais mínimos para as condições de trabalho e “bem-estar social”, ideais impulsionados com grande ênfase pelo legado do socialismo e pelas reivindicações dos desprivilegiados. Porém, o processo de aceleração da internacionalização e do reconhecimento dos direitos humanos na História dar-se-ia mesmo com o fim da Segunda Guerra Mundial.

1.3 Ruptura, reconstrução e Direito Internacional dos Direitos Humanos

A sabedoria popular ensina que as pessoas só aprendem com a dor, só compreendem o mundo com o sofrimento. Talvez seja essa a explicação para o solavanco que os direitos humanos deram após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Quando todos constataram a brutalidade e os massacres cometidos pelos regimes nazista e fascista contra seres humanos, principalmente contra os judeus (o Holocausto), viu-se que o homem deveria ser protegido mais do que nunca, ou então estaríamos fadados à própria destruição da espécie humana. A esse respeito, Fábio Konder Comparato (1999, p. 30-31) observa com extrema propriedade:

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida digna para todos.

Não existe agressão maior aos direitos de um ser humano do que tratá-lo como coisa, como objeto descartável, destrutível e experimental, tolhendo-lhe qualquer direito à dignidade ou à cidadania. Pois assim o fez o regime nazi-fascista durante a Segunda Guerra Mundial. Mais de 18 milhões de pessoas foram mandadas a campos de concentração, sendo 11 milhões eliminadas nas câmaras de gás, dentre elas 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos (PIOVESAN, 2007, p. 8).

Os regimes totalitários e suas barbáries foram os responsáveis pela ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como “valor-fonte” de todos os valores sociais e fundamento último da ordem jurídica.

Celso Lafer (1999, p. 103), através de um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, observa que o cerne do poder organizacional do regime totalitário reside na figura dos campos de concentração, que é, ao mesmo tempo, o *laboratório* onde impera a convicção de que tudo é possível, o *locus* que autoriza o extermínio físico, a eliminação da espontaneidade e a transformação da personalidade humana numa simples coisa, além de ser a *instituição* que garante o poder do regime pelo medo e pela dominação total. Em síntese, o citado autor arremata: “[...] o totalitarismo é uma proposta de organização da sociedade que escapa ao bom senso de qualquer critério razoável de Justiça, pois se baseia no pressuposto de que os seres humanos são, e devem ser encarados, como supérfluos” (LAFER, 1999, p. 19).

Constatou-se, então, que a ausência de efetivação plena dos direitos humanos pode dar margem à formulação de regimes ditatoriais vorazes que, como ficou comprovado, levam a um implacável abalo à paz, à tolerância e à igualdade entre os povos, prejudicando diretamente o desenvolvimento de cada Estado e sua relação, no âmbito internacional, com os demais países.

Dessa forma, viu-se que o poder dos Estados sobre seus cidadãos havia de sofrer alguma limitação e que esta, caso não fosse viável no plano interno, teria de ser efetivada no plano externo, com um forte aparato internacional de prevenção e proteção aos direitos humanos.

Portanto, o extermínio de milhões de vidas humanas, as torturas, os campos de concentração, a bomba atômica, o início da era nuclear e demais atrocidades perpetradas no contexto da Segunda Guerra Mundial marcaram a ruptura com os direitos humanos, ao passo que o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. A esse respeito, observa Flávia Piovesan (2007, p. 9):

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no

momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

Ressalta-se, nesse ínterim, o papel extremamente relevante exercido pelo Tribunal de Nuremberg (1945-1946) no impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. O mencionado Tribunal, pela primeira vez, condenou um Estado, no caso a Alemanha, por violar o direito costumeiro internacional (crimes contra a humanidade), responsabilizando-o, legal e politicamente, pelo que ocorreu dentro do seu território, com seus próprios cidadãos. Daí tira-se duas conclusões: consolida-se a idéia de restrição à soberania estatal e aceita-se o fato de que os indivíduos, na sua singularidade, têm direitos protegidos na esfera internacional (PIOVESAN, 1997, p. 148)

A partir de então, vários países do mundo inteiro começam a expandir projetos de se reunir em forma de organizações internacionais de cooperação e de documentar diretrizes com o fim de garantir o respeito por todos os povos aos direitos básicos de cada ser humano. Começa a brotar a idéia de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que é um ramo do Direito Humanitário, cujo objetivo central é a proteção à pessoa humana.

Nesse contexto, surge a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, cujos objetivos, elencados na sua Carta (chamada de Carta de São Francisco ou Carta das Nações Unidas), são os de manter a paz mundial e a cooperação entre os povos, a partir da proibição da guerra como forma legítima de resolução de impasses, a fim de que não se trave mais conflitos devastadores como a Segunda Guerra Mundial, mas sim uma harmonia e uma aproximação entre os países.

A Carta das Nações Unidas, especialmente nos seus arts. 1º (3), 13, 55 (c), 56, 62, consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos ao declarar:

Artº. 1. Os objetivos das Nações Unidas são:

[...]

3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Artº. 13.

1. A Assembléia Geral promoverá estudos e fará recomendações, tendo em vista:

[...]

b) Fomentar a cooperação internacional no domínio econômico, social, cultural, educacional e da saúde e favorecer o pleno gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artº. 55

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:

c. O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artº. 56

Para a realização dos objetivos enumerados no Artº. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Artº. 62

1. O Conselho Econômico e Social poderá fazer ou iniciar estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, de saúde e conexos, e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembléia Geral, aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas.

2. Poderá fazer recomendações destinadas a assegurar o respeito efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos.

3. Poderá preparar, sobre assuntos da sua competência, projetos de convenções a serem submetidos à Assembléia Geral.

4. Poderá convocar, de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas, conferências internacionais sobre assuntos da sua competência. (grifos do autor)

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral da ONU, com a aprovação unânime de 48 Estados-Membros, elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que apresenta uma visão mais abrangente e contemporânea dos direitos humanos, atribuindo-lhes características inovadoras e definindo com precisão o alcance e significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, presente reiteradas vezes nos artigos *ut supra* transcritos da Carta da ONU.

Não obstante ter sido aprovada sob a forma de resolução, e não de tratado, a referida Declaração não deixa de possuir natureza jurídica vinculante, impondo-se como um código de atuação e de conduta para os países e transformando-se, ao mesmo tempo, em direito costumeiro internacional e em princípio geral do Direito Internacional. Nesse sentido, corrobora Flávia Piovesan (1997, p. 165):

[...] a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Para Guilherme Assis de Almeida (2001, p. 60-61), os direitos humanos presentes na Declaração de 1948 só alcançam um caráter vinculante após a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966, mas que entraram em vigor em 1976, o primeiro com 137 ratificações e o segundo com 140 ratificações). Isso porque, segundo o mencionado autor, os pactos são sinônimos de tratados e somente se assim entendidos podem criar obrigações e responsabilidades para os Estados na ordem jurídica internacional.

Construídos os alicerces jurídicos básicos do DIDH, surgiram, ainda, inúmeras convenções internacionais, feitas para reforçar a proteção internacional dos direitos humanos, nas suas mais diversas variações. Como exemplos, citam-se a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade (1968), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e assim por diante.

Com a Conferência de Viena, de 1993, assinada por 171 países, marca-se a elaboração de um programa de ação para a implementação do direito internacional dos direitos humanos, com a recomendação (já concretizada) da instalação do Alto Comissariado das Nações Unidas para cuidar especificamente dos direitos humanos. Logo no art. 1º da Declaração de Viena, reafirma-se o compromisso dos Estados de “promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, em conformidade com a Carta da ONU, e, no seu art. 5º, arremata-se:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Ademais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos experimenta a sua fase de responsabilização individual, pós Tribunal de Nuremberg, em especial depois das condenações de alguns responsáveis pelas violações cometidas no território da ex-Iugoslávia (1991), bem como pela condenação dos acusados de ordenar os massacres em Ruanda (1994).

Nota-se, portanto, que a observância dos diversos conflitos que estouraram após o término da Guerra Fria e a evolução das relações internacionais levaram a um aumento da preocupação em efetivar os direitos básicos de cada indivíduo, fortalecendo o coro dos que consideram os direitos humanos como objeto de proteção não só pelos Estados, mas também pela própria comunidade internacional, de forma subsidiária. Daí se falar

em caráter supra-estatal dos direitos humanos, uma vez que tais direitos traspassariam a própria competência doméstica dos Estados. Sobre o exposto, é precisa a lição de Flávia Piovesan (2007, *on line*):

Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional [...] A visão contemporânea de direitos humanos é aquela que consegue compreender essa dimensão, ou seja, somar a esfera nacional e a esfera internacional e avaliar a resultante à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos e da primazia da pessoa.

Impende salientar que durante muito tempo imperou nas consciências dos internacionalistas a idéia de que apenas os Estados poderiam ser considerados sujeitos de Direito Internacional. Hoje, no entanto, com o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos e com os limites impostos ao arbítrio do poder estatal, o próprio indivíduo, na sua singularidade, adquiriu personalidade jurídica internacional, sendo considerado destinatário final de todas as normas jurídicas, seja de âmbito doméstico ou internacional.

A esse respeito, Antônio Augusto Cançado Trindade (2008, p. 531), trazendo a experiência vivenciada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, assevera, com peculiar propriedade:

A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível, e o ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

Essa capacidade jurídico-processual do indivíduo na esfera internacional é de grande valia para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente como forma de emancipação do ser humano, tratado agora como cidadão do mundo, e não só do seu Estado. Retomando Antônio Augusto Cançado Trindade (2008, p. 502), tem-se, com relação à capacidade processual, que:

É este um desenvolvimento lógico, porquanto não se afigura razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los; os indivíduos são efetivamente a verdadeira parte demandante no contencioso internacional dos direitos humanos.

Ante o exposto, conclui-se que os direitos humanos conquistaram, durante todos esses anos, a condição de direitos passíveis de proteção internacional, com mecanismos de implementação garantidos por inúmeros documentos internacionais. Nesse diapasão, depreende-se que o entendimento acerca da proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um país, não é questão doméstica do Estado, porquanto revela tema de legítimo interesse internacional.

1.4 As características fundamentais e as gerações de direitos

Consoante se pode depreender dos tópicos anteriores, os direitos humanos vêm ganhando espaço cada vez mais amplo no contexto mundial, precipuamente com a elaboração e aprovação, por vários países, de incontáveis tratados, declarações e demais documentos internacionais, dos quais se pode pinçar algumas características fundamentais para o entendimento do real alcance que as nações quiseram dar a esses direitos.

A primeira característica que se pode atribuir aos direitos humanos é a universalidade. É dizer que os direitos humanos são passíveis de ser reconhecidos em qualquer lugar do mundo, por meio do entendimento de que o requisito único para a titularidade desses direitos é a condição de pessoa humana, além de que todos são dotados de unicidade existencial, nascem iguais em dignidade e possuem os mesmos direitos, inspirado na moral universal e no imperativo categórico defendido pelo respeitado filósofo alemão Immanuel Kant.

A maior prova da intenção da comunidade internacional em dar abrangência universal aos direitos humanos pode ser aferida por uma simples leitura dinâmica da quase totalidade dos artigos que compõem a Declaração Universal de Direitos Humanos. Expressões do tipo “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (art. I), “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. III), “todo homem tem direito à liberdade de pensamento” (art. XVIII) ou até “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. V) são facilmente encontradas no texto, deixando explícita a preocupação radical com a universalidade.

Outras três características de extrema relevância são a indivisibilidade, a interdependência e a complementaridade desses direitos. Isso equivale a dizer que os direitos humanos, mesmo nas suas mais diversas ramificações, como os direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais, dependem uns dos outros para se efetivarem, complementando-se, além de não excluírem outros que venham a ser reconhecidos. Por exemplo, a efetivação do direito ao voto, que é um direito político, depende da garantia ao direito à educação, um direito social. Sem a educação e sem o conhecimento das opções existentes não há o poder efetivo de escolha política pelo voto.

A irrenunciabilidade também é outro aspecto importante dos direitos humanos, ou seja, ninguém pode abrir mão deles, dizer que não os quer, pois são direitos indisponíveis, inalienáveis, visto que inerentes à natureza humana.

Por fim, destacam-se outras características pontuais desses direitos, quais sejam: a atemporalidade, a inviolabilidade e a efetividade. Os direitos humanos não prescrevem com o tempo, não podem ser desrespeitados em hipótese alguma e devem ser postos em prática, mais do que na teoria, inclusive com meios eficazes de prevenção e punição para quem os descumprir.

É importante esclarecer, ainda, que os direitos humanos podem ser divididos, para uma melhor compreensão, de acordo com Paulo Bonavides (2008), em direitos humanos de primeira, segunda, terceira, quarta e, ainda, quinta geração.

Os direitos de primeira geração, como o próprio nome já sugere, foram os primeiros a serem conquistados pelo homem, introduzidos pela Revolução Americana (1776) e pela Revolução Francesa (1789). São aqueles inerentes à liberdade, de cunho liberal, ou seja, os direitos civis e políticos. Eles têm por titular o indivíduo na sua singularidade (daí serem chamados também de direitos individuais), são intrínsecos a cada pessoa, são oponíveis ao Estado (prestações negativas), são direitos de resistência ou de oposição. Os exemplos clássicos são o direito à vida, à liberdade, ao voto, a não ser torturado, escravizado ou tratado de forma desumana ou degradante, à vedação ao racismo, a não ser preso senão em flagrante delito, à livre manifestação do pensamento, à liberdade de crença religiosa, à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, à liberdade de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, e outros semelhantes.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, inspirados pela Revolução Russa (1917). São inerentes à idéia de igualdade, ou seja, devem ser proporcionados a todos os cidadãos indistintamente, por meio de ações positivas do Estado. Cita-se como exemplo o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, e outros afins.

Os direitos de terceira geração são aqueles ínsitos à fraternidade, reivindicados historicamente pelos países ditos de Terceiro Mundo, durante a Guerra Fria. Têm por destinatário a coletividade, o gênero humano como um todo, como valor supremo. Assim, impõe-se o direito ao desenvolvimento (entendido como as condições necessárias à erradicação da pobreza, à pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada), ao meio ambiente sadio, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Os direitos de quarta geração são direitos introduzidos pela globalização política. Estão no plano das relações de convivência. Seria o último grau de evolução conceitual do direito do gênero humano. Eles configuram o “futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (BONAVIDES, 2008, p. 572). Tem-se como exemplo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Por fim, salienta-se que os principais estudiosos dos direitos fundamentais da pessoa humana perceberam a importância de deslocar o direito à paz da indivisibilidade da categoria dos direitos da terceira geração para o epicentro dos direitos da quinta geração, colocando-a num patamar superior e dando-lhe maior visibilidade. Paulo Bonavides (2008, p. 583), precursor desse entendimento, justifica essa trasladação afirmando que “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”. Portanto, enquanto a titularidade do direito ao desenvolvimento (terceira geração) pertence ao povo, a titularidade do direito supremo à paz (quinta geração) pertence à Humanidade.

1.5 A teoria universalista e o relativismo cultural

Baseadas nas características fundamentais dos direitos do homem, elencadas acima, surgem duas teorias que divergem sobre o alcance desses direitos. São as teorias universalista e relativista, que ganharam muito espaço nas discussões recentes sobre a efetivação dos direitos humanos.

A problemática coloca-se, substancialmente, na universalidade dos direitos humanos. É saber: os direitos humanos são, de fato, universais ou devem ser contemporizados à luz das peculiaridades culturais de cada região?

A corrente relativista mais radical aponta que cada sociedade tem sua própria noção de direitos fundamentais, influenciada diretamente pelo sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente. Dessa maneira, o pluralismo cultural impossibilitaria qualquer entendimento mais abrangente sobre moral universal, pois as culturas variam de lugar para lugar e, conseqüentemente, seus valores e suas regras sobre moral.

Isso faz com que a única saída para interpretar e compreender as diversas noções de direitos fundamentais adotadas por cada Estado seria inserir-se no contexto cultural que cada um apresenta e respeitá-lo. Qualquer interpretação diferente dessa configuraria a arrogância da cultura ocidental imperialista, querendo impor suas próprias crenças e valores a todos os povos por meio de um falso universalismo.

Essa corrente é muito criticada por tratar a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral, dando ensejo a um eventual retrocesso nas inúmeras conquistas obtidas pela comunidade internacional no tocante aos direitos fundamentais de cada ser humano, notadamente aqueles já consagrados por diversos documentos firmados por meio de um consenso geral dos países signatários.

A teoria universalista, por sua vez, defende com convicção a existência e validade de normas internacionais protetoras do valor da dignidade humana, pois esses valores são intrínsecos à condição humana e já foram reconhecidos por diversos Estados. Para os adeptos desta corrente, há uma espécie de “mínimo ético irredutível”, ou seja, por maior e por mais legítima que seja a diversidade cultural, haverá sempre um núcleo de valores dos quais a comunidade internacional não pode lançar mão, sob pena de convalidar eventuais violações a direitos humanos e deixar impunes os Estados agressores, imersos confortavelmente no refúgio do relativismo cultural.

Jack Donnelly (*apud* PIOVESAN, 1997, p. 170) faz um pertinente alerta para os perigosos desdobramentos que podem vir à tona acaso o planeta enverede pelo caminho do relativismo cultural:

Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, anti-semitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças, em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito, ainda que seja considerada uma tradição.

Na lição de Boaventura de Souza Santos (2008, p. 17), faz-se preciso superar essa discussão sobre universalismo e relativismo cultural, a fim de que haja uma

transformação da concepção e da prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projeto cosmopolita insurgente, em que esses direitos passem a ser vistos como interculturais, de forma a livrar a universalidade dos direitos humanos de uma visão sempre abstrata, como choque civilizatório ou guerra do Ocidente contra o resto do mundo.

Para tanto, parte o renomado autor do pressuposto de que nenhuma cultura é monolítica, todas comportam versões diferentes de dignidade humana e nenhuma delas é completa, pois se assim o fosse, existiria apenas uma cultura. A partir desse reconhecimento, estaria aberto um diálogo entre as diferentes culturas, induzindo a formação de coligações transnacionais que lutem por valores ou exigências máximos, e não mínimos. Assim, inspirado no multiculturalismo emancipatório, Boaventura de Souza Santos (2008, p. 18) conclui seu raciocínio asseverando que “uma política emancipatória de direitos humanos deva saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente”.

Logo, a idéia que tem prevalecido entre os internacionalistas é a de que o universalismo inerente aos direitos humanos nunca deve ser afastado; porém, esse mesmo universalismo deve ser perseguido “de baixo pra cima”, ou seja, como consequência, como ponto de chegada de um diálogo livre e aberto acerca do catálogo de valores universais que devem ser seguidos. Nesse sentido, precisa é a lição de Flávia Piovesan (2007, p. 19):

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Dessa forma, revela-se inadiável, de fato, um diálogo entre as mais variadas culturas, para que se chegue a um consenso de valores que devem ser respeitados no mundo inteiro, e não só no Ocidente. Porém, isso não exclui a insistência em pregar o caráter universal dos direitos humanos, até como forma de alertar os Estados para o cuidado que devem ter na maneira como tratam seus nacionais, sendo certo que nunca se deve perder de vista os padrões morais mínimos que a sociedade internacional, historicamente, tanto perseguiu e que, com muita luta, conseguiu contemplar em diversos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Portanto, esses eram os aspectos que se pretendia abordar sobre os direitos humanos, de forma a mostrar que esses direitos se encontram num patamar elevado de preocupação internacional, constituindo-se como verdadeiros limites à própria razão de Estado. Por conseguinte, faz-se imperiosa uma reflexão pormenorizada do real alcance dos princípios da soberania estatal e da não-intervenção no cenário mundial contemporâneo, particularmente quando se tornam pretexto para inviabilizar a efetivação dos direitos humanos.

2 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA ONU: DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE HUMANA

Versa o texto ratificado em 1948 sobre o ser humano e a universalidade dos Direitos Humanos em seu artigo VII:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

e no artigo XXV:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A Declaração Universal visa nesses dispositivos enaltecer o valor e as formas de proteção quanto ao tratamento que deve ser dispensado a todo ser humano, incluem-se aí os “elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)” Afonso da Silva (1997, p.194-195), resguardadas as suas particularidades não ficando, portanto, de fora os deficientes.

Quando se confronta o texto desses dispositivos com os indicadores das Nações Unidas quanto a existência de 650 milhões de portadores de deficiência no mundo vê-se a triste dicotomia entre o texto velado da Declaração ao referir-se a Direitos humanos e Fundamentais e a invisibilidade da questão do deficiente e do próprio deficiente em qualquer desses Direitos. Não se percebe ante os indicadores censitários existentes, e eles são prova disso, um caráter impositivo do texto da Declaração Universal quanto à observância desses Direitos fundamentais e de sua efetividade constitucional no dia-a-dia da pessoa humana.

No tocante a Direitos humanos e Direitos fundamentais esclarece-se que: a expressão “direitos humanos” possui um campo de abrangência bem mais elevado, ou seja, está intrinsecamente relacionada com os tratados internacionais e se referem às posições jurídicas reconhecedoras do ser humano como tal, sem que para isso haja alguma positivação ou vinculação a uma ordem jurídica específica. Enquanto que a expressão “direitos fundamentais” constitui os direitos dos seres humanos que foram devidamente reconhecidos constitucionalmente, ou seja, são aqueles direitos que estão inseridos no ordenamento jurídico de um determinado país. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais guardam profundas relações com os textos positivados e escritos.

Os direitos fundamentais remetem à idéia de serem direitos universais, isto é, englobam toda a espécie humana e existem independentemente de qualquer coisa. Sobre

essa diferença terminológica J.J.Canotilho (1991, p. 371-544), comentando Cruz Villalon, leciona:

Onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros e privilégios.

Para Carl Schmitt (1996, p.212-214), os direitos fundamentais, em sentido próprio, são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Jorge Miranda (2000, p.119) fornece aos direitos fundamentais uma visão atual na medida em que os vincula a um determinado momento histórico, dependente das filosofias políticas, sociais e econômicas e, ainda, das circunstâncias de cada época e lugar.

Paulo Bonavides (2001, p.524-532), seguindo o pensamento de Jorge Miranda divide os direitos fundamentais em quatro gerações, demonstrando que o momento histórico é fator determinante para a consolidação dos direitos fundamentais. Para ele, os direitos fundamentais da primeira geração são os direitos das liberdades básicas e constituem todos os direitos oponíveis ao Estado. Aqui o Estado apenas reconheceu esses direitos civis e políticos sendo excluída qualquer forma de concretização desses direitos no seio da sociedade. O que importava era o fato de o Estado ser reconhecido como sujeito de direitos e obrigações, para que assim o indivíduo pudesse opor os direitos fundamentais.

Sarlet (2001)[5] prefere traçar uma distinção de cunho didático entre as expressões “direitos do homem” – no sentido de direitos naturais ainda não positivados; “direitos humanos” – positivados na esfera do direito internacional; e “direitos fundamentais”-direitos reconhecidos/outorgados e protegidos constitucionalmente pelo Estado (por cada Estado).

Quanto ao tratamento dispensado pelo Estado no que se refere à dignidade da pessoa humana, diz-se que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Nas palavras de Kant (1993, p.28) cada homem é fim em si mesmo. Por esse raciocínio o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, em decorrência de coexistência com a legislação internacional, e o legislador constituinte, para reforçar essa idéia, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Ernst Bloch, citado por Pérez Luño (1984, p.84), destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que a pessoa não venha ser objeto de ofensas ou humilhações e discriminações.

3 CONVENÇÃO DA ONU SOBRE DIREITOS DO DEFICIENTE

Quis o passar do tempo, já acostado ao período pós-moderno, que outros meios fossem utilizados com a finalidade de melhor tornar visível a questão das pessoas portadoras de deficiência no mundo. Cita-se algumas das formas eficazes que proporcionaram essa visibilidade e acolhimento a esses indivíduos: o Parapan-americano, competições ocorridas envolvendo deficientes após os jogos pan-americanos, as para-olimpíadas de Atenas, também com deficientes de todos os países participantes pós olimpíadas de Atenas e, mais recente o concurso de beleza para escolha da Miss Brasil, onde uma deficiente auditiva foi a segunda colocada na disputa, entre representantes de todos os Estados brasileiros.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi proposta pelo México em 2001 na pessoa de Gilberto Rincón-Gallardo e o primeiro Estado a ratificá-la foi a Jamaica em março de 2007. É considerada pela Organização o 1º Tratado sobre Direitos Humanos no século XXI e visa proteger, promover e garantir às pessoas deficientes o total aproveitamento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, além do respeito à sua dignidade.

Recomenda o texto que os países se abstenham de praticar discriminações contra os deficientes e se comprometam a assegurar sua integração completa à sociedade garantindo-lhes oportunidades iguais, disse o subsecretário geral da ONU Mark Mallock em 2006 ainda na gestão de Kofi Anan. O Texto da Convenção tem por escopo superar o enfoque médico-assistencial concentrando-se com profundidade no tema dos Direitos humanos e abre caminho para os governos assumirem as suas responsabilidades para com os que têm necessidades especiais.

Antes do processo de ratificação por cada país a Convenção teve o seu texto aprovado por 192 países de forma consensual. Para entrar em vigor o texto, no primeiro dia recebeu assinatura de 50 países chegando a 80 neste mês de julho de 2008. Além disso, 48 países assinaram o Protocolo opcional sobre comunicações que permite que os indivíduos processem a violação de seus direitos em um comitê de analistas, na medida em que todos os procedimentos legais forem esgotados nos seus estados.

O processo de ratificação iniciou-se em março de 2007. Para o texto entrar em vigor é necessário que 20 Estados-membros o ratifiquem. Meta já meta superada, pois 28 países até este mês de julho de 2008 ratificaram a Convenção. O Congresso brasileiro aprovou a Convenção em julho de 2008 com a certeza jurídica de que é o 1º Tratado sobre Direitos Humanos sob os auspícios da Emenda Constitucional 45 que introduziu dispositivos de defesa constitucional dos Direitos humanos.

4 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO AO DEFICIENTE

Fábio Konder Comparato (2005, p. 12) aborda sobre a convicção de que todos os seres humanos têm direitos a serem igualmente respeitados, e a lei escrita, como regra

geral e uniforme deve ser igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. Entre séculos VIII e II a.C surgiu a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens, contudo, foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional proclamasse uma Declaração Universal de Direitos Humanos, e de onde se evoca que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Para Norberto Bobbio (1992, p. 24), não cabe analisar o fundamento e a natureza dos direitos humanos, pois o maior problema encontra-se em como protegê-los, passando assim, de problema não filosófico, a jurídico e político. A dificuldade reside em saber qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Esse modo identifica-se com o reconhecimento definitivo do indivíduo como sujeito de Direito internacional o que resulta da superação das restrições que este sofria das posições aferradas ao princípio da soberania absoluta, decorrentes da posição doutrinária do voluntarismo positivista, inclusive a interpretação hegeliana da História. Essa possibilidade do homem em exercitar os seus direitos nas Cortes Internacionais, ainda que na de Direitos Humanos, para argüir direitos violados, veio dar ao princípio fundamental do acesso à justiça uma nova e inquestionável dimensão.

O direito de petição individual (cláusula pétrea dos tratados de direitos humanos) abriga a última esperança dos que não encontraram a justiça em nível nacional[6]. A abolição gradual do impedimento do acesso direto dos indivíduos à Corte vem sendo efetivado graças a alterações no Regulamento Interno e Protocolos adicionais às Convenções internacionais de Direito humanos. Quando isso se der de vez, para o Brasil, se consumará o processo de democratização definitiva do Direito Internacional na seara dos Direitos Humanos no continente americano.

No caso da Convenção da ONU de proteção ao deficiente, como se mencionou em trecho acima, 48 países assinaram o protocolo opcional sobre comunicações que permite que os indivíduos processem a violação de seus direitos em um comitê de analistas, na medida em que todos os procedimentos legais forem esgotados nos seus estados. Embora nas legislações de cada país, as discriminações sejam inclusas de forma velada, a Convenção desempenharia esforço maior na luta contra essas discriminações.

Aspectos como a falta de condições de acessibilidade pode ser entendida como uma forma de discriminação. Prédios e meios de transporte, por exemplo, que não oferecem condições de acesso podem sofrer reclamação quando se tornar obstáculo frente a necessidade de acesso por portadores de deficiência.

Para garantir essas condições a Convenção é um instrumento vinculativo para os governos, que deverão adequar suas legislações internas à internacional para melhoria e promoção do acesso à educação e ao emprego de pessoas com deficiência, bem como garantir a igualdade de relação ao restante das pessoas, participantes da vida pública, do judiciário e bem-estar social mo Brasil e no mundo.

5 ADESÃO BRASILEIRA E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A adesão brasileira se iniciou em 26 de julho de 2007 quando o Ministro de Estado das Relações Exteriores, acolhendo parecer emitido pela Consultoria Jurídica, na pessoa de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros[7], encaminhou Exposição de Motivos ao Presidente da República com a sugestão de submissão do texto da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ao rito reservado, pelo § 3º do art. 5º da Constituição, aos tratados sobre direitos humanos. A proposta transformou-se na Mensagem presidencial Nº 711 e tramitou no Congresso Nacional onde foi aprovada em julho deste ano de 2008.

Após a edição da Emenda Constitucional Nº 45/2004 esse fato deve ser visto com especial relevância, pois se configura como sendo o primeiro tratado sobre direitos humanos submetido ao Congresso Nacional sob os auspícios dos dispositivos anteriormente inseridos na constituição pela referida Emenda.

Art. 5º § 3º, CF:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em matéria de direitos humanos na legislação brasileira foi aprovado pelo Senado da República em dezembro de 2006 e submetido à Câmara Federal o Estatuto da pessoa com deficiência. Referido estatuto visa a inclusão dos deficientes em áreas como saúde, habitação, educação, trabalho, assistência social, transporte, esporte, cultura, lazer e turismo. Conforme citado, a Convenção supera qualquer enfoque médico assistencial e o compromisso do Brasil para com as pessoas deficientes gira em torno da visibilidade, da não discriminação e da efetiva proteção internacional.

Os portadores de deficiência intelectual e múltipla quer seja física, visual, auditiva, sensorial, dislexia deverão obter das instituições que compõem a estrutura administrativa de nosso país a devida e oportuna atenção quanto a rápida integração destes à sociedade. Considera-se isso, além de um compromisso brasileiro, um resgate histórico reforçado tanto pela Convenção da ONU de 2006 quanto pelo Protocolo adicional contra violações, e que deve, certamente ser comemorado anualmente a cada dia 03 de dezembro, data alusiva ao dia internacional de pessoas com deficiência.

Dessa forma, está o Brasil obrigado internacionalmente em proteger e promover os direitos e a dignidade das pessoas deficientes, embora não esteja isso contido nas suas metas do milênio, tem implementado enquanto políticas públicas iniciativas a partir da instalação de secretarias estaduais e municipais de inclusão social, conselhos municipais dos direitos e promoção da pessoa com deficiência. Entre as formas de visibilidade que estão ao alcance das pessoas portadoras de deficiência pode-se citar: cotas para universidades, curso adaptados para deficientes, cotas no vestibular, adaptação nas escolas e universidades, atendimento médico, vagas em restaurantes, ônibus, aviões, semáforos sonoros para pessoas com baixa visão e mobilidade, rampas de acesso, 30% de vagas em concurso públicos, acesso prioritário às unidades da justiça a exemplo da resolução 18 aprovada pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do

Ceará, em 11 de julho de 2008, propiciando aos portadores de deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla, prioridade no acesso a processos.

CONCLUSÃO

Buscou-se neste relato, ainda que enfocando noções sobre Direitos Humanos, ressaltar a importância da Declaração Universal das Nações Unidas enquanto forte contributo e alicerce para a consecução da Convenção da ONU de 2006 sobre Deficientes, e como reforçativo à implementação de políticas públicas de direitos humanos no Brasil.

Além dos 28 países que a ratificaram a Convenção, 48 assinaram o Protocolo opcional sobre comunicações que permite que os indivíduos processem a violação de seus direitos em um comitê de analistas, na medida em que todos os procedimentos legais forem esgotados nos seus estados, traduzindo-se, assim numa garantia a efetividade do texto da Convenção e aos Direitos humanos internacionais.

O Ceará pode ser novamente referenciado. Dessa vez no aspecto midiático que também envolve a promoção da visibilidade das pessoas deficientes e ao tratamento sem qualquer discriminação, nos moldes do art. VII da Declaração Universal. Percebe-se isso nas palavras de Vanessa Vidal, 2ª colocada no recente concurso de Miss Brasil, em entrevista aos canais de televisão presentes ao evento. Diz Vanessa: “Embora eu ainda sinta que há preconceitos, porque as pessoas não conhecem a cultura surda e a comunidade surda, todos estão começando a entender” (Vanessa Vidal, Abril de 2008). Palavras que, de certa forma se associam à imensa relevância da Convenção de 2006, no tocante a eliminação de preconceitos em desfavor dos 650 milhões de portadores de deficiência no mundo inteiro, cuja maior finalidade é combater a discriminação e garantir a acessibilidade do deficiente. Do ponto de vista jurídico cabe aos Estados adaptarem as suas legislações, no Brasil uma das mais significativas implicações da Declaração Universal em sintonia com a Convenção da ONU de 2006.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para solução de conflitos entre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora RT, 2004.

CANÇADO, Trindade. A.A. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1991.

CARVALHO, Francisco. **Raízes da voz**. Fortaleza: UFC, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAGALHÃES, Glauco Barreira, Filho. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SOUZA, Oscar d'Alva e, filho. **Polis grega & práxis política**. 3. ed. Fortaleza: ABC, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. A pessoa humana como sujeito de direito internacional: a experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.) **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[1] MENEZES, Wagner. **Estudos de Direito Internacional** Vol.VI Curitiba: Juruá, 2006. p.11.

[2] Dados das Nações Unidas 2007. Disponível no site: <<http://hdr.undp.org>>, Acesso em: 16.jun 2008.

[3] Fonte: IBDD RJ Dados de 2007. Disponível no site:<www.ibbd.org.br>, Acesso em: 10.jul 2008.

[4] Fonte: Censo da Educação superior de 2005, realizado pelo INEP.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36 e ss.

[6] CANÇADO, Trindade. A.A. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[7] O Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros é atualmente Assessor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Dados do Boletim da Assessoria Jurídica do Itamaraty em agosto de 2008. Disponível em: <www.mre.gov.br/assessoriajuridica>, Acesso em: 18 de ago. 2008.

PROJUDI: INSTRUMENTO DE COMBATE À MOROSIDADE JUDICIÁRIA E DE ESTÍMULO À TRANSPARÊNCIA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO*

PROJUDI: APPLIANCE OF BATTLE AGAINST SLUGGISHNESS JUDICIARY AND OF TRANSPARENCE IN THE DECISIONS FROM THE JUDICIARY.

**Carolina Fatima de Souza ALves
Cláudia Maria Barbosa**

RESUMO

Diante das diversas vertentes da crise que assola o Poder Judiciário e, no cumprimento de sua função de realizar o planejamento político estratégico do Poder Judiciário, coube ao Conselho Nacional de Justiça fomentar medidas de combate a morosidade judiciária, dentre elas a modernização do Judiciário via implementação do sistema PROJUDI. A implementação pelo Conselho Nacional de Justiça do sistema de informatização judicial em software livre, denominado PROJUDI, no contexto de uma política de estímulo ao processo eletrônico (e-proc), pode ser visualizada como uma revolução jurídica-processual que conferirá maior celeridade à tramitação processual, auxiliando no combate a morosidade que aflige o Poder Judiciário, e possibilitará maior transparência dos atos e decisões expedidas, objetivos clamados socialmente. O artigo discutirá em que medida o PROJUDI servirá não somente como instrumento de combate a morosidade judiciária mas, também como fomentador de maior transparência e clareza nas decisões expedidas pelos integrantes do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: PROJUDI. COMBATE. MOROSIDADE. TRANSPARÊNCIA

ABSTRACT

Regarding several slopes from the crisis than surrounds the Judiciary and greeting as of your feature in achieving the political strategic planning from the Judiciary, it was charged to the Advice National as of Square deal to take responsibility of the measurements as a battle the sluggishness judiciary , within doors they the one are becoming modern from the Judiciary, by way of implementation from the system PROJUDI. The implementation by National Council of Justice in the system for judicial compute in a free software, denominated PROJUDI, in respect the reforms that

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

estimulate the electronic (e-proc) process, can be visualized as a juridical-procedural revolution that it will check larger velocity the procedural prodecures, aiding in the combat the slowness that afflicts the Judiciary Power, likewise as promoting instrument of larger transparency of the actions and sent decisions, objectives shouted socially. The article will discuss wherein gauge PROJUDI will be serving, not only merely as the means of as battle the sluggishness judiciary but also, as a instrument of greater transparence and explicitness at the decisions taken by the parts from the Judiciary.

KEYWORDS: PROJUDI. COMBAT. SLUGGISHNESS TRANSPARENCY.

Introdução

1 – As Crises do Poder Judiciário

Diante da modernidade e das novas exigências sociais, os poderes conferidos ao Estado foram se tornando inadequados e antiquados na resolução de determinados conflitos que lhes eram apresentados.

Especificamente no Brasil, com a redemocratização ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conferiu-se amplos e fortes poderes ao Judiciário que, a partir de então, nas palavras de Alexandre de Moraes, foi dotado de “*igual dignidade e igualdade com os demais poderes*” passando a se pronunciar sobre todos os assuntos da sociedade.

Como conseqüência da redemocratização, novos direitos foram conferidos aos cidadãos, bem como novos instrumentos jurídicos lhes foram disponibilizados em sua defesa, o que resultou no maior protagonismo do Judiciário nas relações sociais. Tais fatores fizeram com que as falhas deste Poder ficassem mais expostas e evidentes, ensejando a notória *crise do Poder Judiciário* e a emblemática necessidade de sua reforma.

Entretanto, ao lado da explosão da litigiosidade ocorrida nos anos 90, a arquitetura judicial extremamente hierarquizada herdada do sistema *napoleônico*, o excesso da dogmática e tecnicismo jurídico a ausência de controle social sobre o Poder Judiciário, também foram causas ensejadoras da *crise do Poder Judiciário* que, assim, poderá ser compreendida em três dimensões:

1) Crise de identidade: demonstrada na *politização da justiça* – que dá-se com a pretensão do sistema político em determinar o alcance da decisão judicial; bem como na *judicialização da política* – incidente quando se passa a efetuar um controle judicial não sobre a natureza jurídica das decisões políticas, mas outrossim, um controle político, pelo Judiciário, de mérito exclusivamente político da decisão.

2) Crise de desempenho: corroborada na reconhecida morosidade processual que, mesmo diante do aumento das despesas judiciárias e criação de mecanismos alternativos

(como os Juizados Especiais) não obstou o aforamento de demandas em excesso, ensejadoras da lentidão judicial.

3) Crise de imagem: ressaltada na figura do nepotismo, da corrupção, do desvio e da malversação do dinheiro público que abalaram, ainda mais, a credibilidade do Judiciário.

Flávio Dino de Castro e Costa[1] alimenta a idéia de uma crise de imagem do Poder Judiciário:

“Esta dimensão da crise do Judiciário – crise de imagem – pode ser evidenciada a partir de diversos indicadores.

Em primeiro lugar, por inferência lógica é óbvio que as perplexidades e dificuldades no tocante à identidade e desempenho abalam fortemente a imagem do Judiciário.

Ademais disso, o crescimento geométrico da quantidade de feitos em tramitação alimenta esta deterioração, porque: 1) o Judiciário passa a ser mais conhecido, o que dessacraliza a sua imagem intensificando questionamentos a ele dirigidos pelos mais diversos atores sociais; 2) amplia-se a quantidade de usuários insatisfeitos com a resposta recebida diante da manifestação da necessidade de uma prestação jurisdicional. (...)

Estes números são confirmados pelos seguintes sintomas:

a) a forte crença entre os brasileiros de que a Justiça funciona seletivamente, sempre prejudicando os pobres;

b) a busca de soluções extrajudiciais para os conflitos sociais, evitando-se o contato com o aparelho judicial”.

Neste contexto deu-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão criado e inserido na reforma do Poder Judiciário patrocinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que possui como função precípua, dentre outras administrativas, realizar o planejamento político e estratégico do Judiciário, mediante expedição de resoluções, dentre elas, destaca-se aquela implementadora do *PROJUDI*, instrumento de modernização do Judiciário, em verdadeiro combate a morosidade que o assolava(a).

2 – Força normativa dos atos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça

Antes de adentrar na análise do combate a morosidade judiciária patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça, urge indagar se as resoluções e atos por este expedidos possuiriam *força de lei*, ou seja: quais seriam os limites constitucionais das resoluções exaradas pelo Conselho.

A discussão se centraliza, portanto, na análise dos limites do poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional de Justiça, ou seja, na discussão da natureza jurídica de suas resoluções, mormente diante da enorme repercussão destas na esfera jurídica e social.

O cerne da questão está no inciso I, do parágrafo 4º., do artigo 103-B da Constituição que assim prescreve:

“Art. 103-B - (...)”

4º - Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

*I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.*

Quando a Emenda Constitucional nº 45/2004 outorgou ao CNJ o poder de expedir de *atos regulamentares*, visando conferir eficácia as suas funções administrativas e disciplinares, não concebeu àquele órgão legitimidade para *legislar*, ou seja, expedir atos regulamentares com “força de lei”?

A leitura do texto constitucional não permite tal interpretação, isto é, o constituinte derivado não delegou ao Conselho Nacional de Justiça[2] o poder de *legislar*, tampouco de romper com o princípio da reserva legal e de jurisdição.

Notória a distinção existente entre *lei* e as *outras espécies de atos normativos*, dentre estes, as resoluções. Lei possui caráter geral porque regulamenta situações em abstrato, dizendo respeito a previsão de comportamentos futuros, além de possuir tramitação específica junto ao Poder Legislativo. Atos regulamentares (resoluções, decretos, etc.) destinam-se a regular situações fatuais, individualizadas, concretas, não possuindo o mesmo rigor de criação destinado à lei.

Ao aprovar a Reforma do Judiciário o constituinte não outorgou ao Conselho Nacional de Justiça o poder de *legislar* mas, outrossim, e exclusivamente, de expedir *atos regulamentares* partindo de situações *concretas* surgidas no exercício da atividade judicante, visando solucioná-las. Nada além.

Isto porque, segundo Lênio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clémerson Merlin Cleve, em artigo intitulado “*Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*”, publicado no site jurídico *Jus Navigandi*[3]:

“No Estado Democrático de Direito é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos atos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho[4], a um só tempo “leis e execução de leis”.

Portanto, o fato da Emenda Constitucional nº 45/2004 estabelecer que o Conselho Nacional de Justiça *poderá* editar atos regulamentares não lhe confere *carta branca para legislar* tampouco *“força de lei”* às resoluções expedidas.

Ao contrário.

Duas são as limitações impostas ao Conselho, no que tange à expedição de resoluções:

1) Em face da *reserva de lei*, não poderá emitir regulamentos - *dentre eles resoluções* -, com caráter geral e abstrato. Consoante exposto, regulamentos serão expedidos levando-se em consideração situações concretas e individualizadas, e serão destinados a suprir necessidades atinentes a gestão administrativa, política judiciária e controle disciplinar dos integrantes do Poder Judiciário.

2) Os atos regulamentares expedidos não poderão incidir sobre direitos e garantias fundamentais conferidas aos cidadãos, isto é, a restrição de direitos e garantias fundamentais é matéria exclusiva de *lei*, restando proibida a ingerência de atos regulamentares que versem sobre tais direitos.

Invocando as lições de Lênio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clémerson Merlin Cléve[5]:

“(...) não se concebe – e é nesse sentido a lição do direito alemão – regulamentos de substituição de leis (...) e nem regulamentos de alteração das leis (...). É nesse sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar”.

Consequentemente, as resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, somente poderão versar sobre situações concretas e fatuais, não possuindo força normativa.

Isto porque, a Emenda 45, criadora do CNJ, outorgou-lhe atribuições de caráter administrativo, sendo assim, suas resoluções não possuem força de lei pois, do contrário, consoante palavras do Min. Marco Aurélio[6], *“daqui a pouco, não vamos mais precisar do Congresso. Já basta o Executivo com as medidas provisórias. O Supremo é a última trincheira do cidadão que busca preservação de princípios. Ao CNJ compete apenas administrar, assim como ao Conselho Nacional do Ministério Público.*

Ao Legislativo compete legislar, aos conselhos compete administrar e conduzir a administração do MP e do Judiciário.”

Assim, embora o parágrafo 4º, do artigo 103-B da Constituição Federal tenha destacado a competência do CNJ – *em especial para exercer o controle administrativo do Poder Judiciário* -, certamente não conferiu a este órgão poder normativo mas, apenas regulamentar, fiscalizador e disciplinar.

No particular, imprescindível invocar o mestre Norberto Bobbio que, em julho de 1977, escreveu um brilhante texto intitulado “*Se a lei ceder*”[7], de onde se extrai valiosa significação do pensamento político mais consistente:

“(…), a prova de fogo do Estado democrático não está em deixar-se envolver num estado de guerra por nenhum de seus cidadãos, mas, sim, na capacidade de responder às declarações de guerra reafirmando, mais uma vez, solenemente as tábuas da lei (que são a nossa Constituição). A fidelidade obstinada e coerente às tábuas da lei é o único e último baluarte contra os dois males extremos do despotismo e da guerra civil”.

Portanto, as resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça não podem *criar* direitos e obrigações tampouco imiscuir-se na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas, eis que não possuem força de lei.

Deste modo – *embora por vezes, seja impossível negar a repercussão pública e social de certas resoluções expedidas pelo Conselho* -, o poder regulamentador do Conselho Nacional de Justiça esbarra no princípio da reserva legal e na impossibilidade de inovar. Neste sentido, “*qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional*”[8].

3 – A morosidade da Justiça e a informatização judicial por meio do PROJUDI

3.1. - O custo econômico da morosidade da Justiça

No cumprimento de sua função de órgão de *planejamento estratégico do Poder Judiciário*, o Conselho Nacional de Justiça também tem atuado no combate a um dos maiores problemas do sistema judiciário brasileiro, qual seja, a morosidade da Justiça.[9].

Interessante notar que a morosidade judiciária atinge não somente as partes interessadas e envolvidas na demanda proposta mas, outrossim, alcança e reflete no desenvolvimento do país, inclusive para o fito de reduzir o seu crescimento econômico.

No ano de 2006, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), órgão de estudos do Ministério do Planejamento, divulgou relatório demonstrando que a ineficiência do

Judiciário é responsável pela redução em 25% da taxa de crescimento de longo prazo do País.

Ao contrário, ainda segundo o IPEA, com uma justiça eficiente o Brasil poderia crescer mais 0,8% ao ano e, assim, aumentar a produção nacional em até 14%. A taxa de desemprego cairia quase 9,5% e os investimentos aumentariam em 10,4%.

O economista Armando Castelar Pinheiro[10], do IPEA, debruçou-se profundamente na análise dessa questão e o que encontrou sugere a necessidade de uma profunda reflexão.

"A ineficiência do Judiciário não preocupa apenas pelas injustiças que causa, particularmente entre os mais pobres. A literatura mostra que dela também resultam custos econômicos elevados. Quatro dos canais pelos quais a ineficiência do Judiciário impacta o desempenho econômico são o progresso tecnológico, a eficiência das firmas, o investimento e a qualidade da política econômica."

A partir de medições empíricas colhidas de entrevistas de campo nas empresas sobre o impacto econômico da ineficiência do Judiciário, Armando Castelar Pinheiro concluiu que a existência de segurança jurídica levaria a um aumento da produção de 13,7%, de 9,4% do nível de emprego e de 10,4% dos investimentos na economia.

"O impacto sobre o PIB seria dramático: a taxa de crescimento poderia ser cerca de 25% maior que a efetiva. Isso significa que o crescimento da economia brasileira neste ano seria de 1,88%, e não de 1,5%, conforme a estimava corrente".

Na pesquisa realizada, referido economista afirma também que *"por conta do mau funcionamento do Judiciário o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse uma Justiça de Primeiro Mundo."*

Tal constatação é corroborada pelo economista José Alexandre Scheinkman, da Universidade de Princeton, que atribui às incertezas jurídicas a responsabilidade pela queda de 60% dos investimentos estrangeiros no Brasil, arrematando que *"o investimento direto desabou em todo o mundo, mas aqui caiu mais, também devido à estagnação da economia"*.

Seqüelas da falta de qualidade do Judiciário estão presentes no cotidiano do cidadão brasileiro. Os riscos e os custos de transação pela forma de atuação do Judiciário praticamente inviabilizaram a existência de um mercado de crédito imobiliário no Brasil[11].

Sem garantia de que poderá receber o que emprestou de modo ágil e sem burocracia, visando ressarcir-se de eventuais inadimplências, as instituições financeiras acrescentam uma elevada taxa ao débito, conhecida como *spread*. Na prática, o *spread* atua como uma espécie de "imposto invisível" a ser suportado por todos contra a insegurança contratual, onerando ainda mais o consumidor.

As constatações do IPEA são corroboradas no Relatório nº 32.789-BR, expedido pelo Banco Mundial[12], em 30 de dezembro de 2004, nominado como *"Fazendo com que a Justiça Conte – Medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil[13]"* a

respeito dos efeitos que a morosidade da justiça causa nos investimentos e, conseqüentemente, no crescimento do Brasil.

No intuito de verificar o desempenho do Poder Judiciário brasileiro e o impacto de suas decisões ou mesmo de sua lentidão sobre o setor privado, na análise patrocinada pelo Banco Mundial foram compulsadas, aleatoriamente, amostras de processos de cobrança de dívidas (execução e monitórias) e mandados de segurança ajuizados nas varas estaduais de São Paulo nos anos de 1996, 1998 e 2000, mediante acompanhamento destes processos desde sua abertura até o resultado final.

Referido relatório concluiu que a morosidade processual é a principal causa da descrença no Poder Judiciário, a ponto de investidores internacionais recusarem investir no Brasil, tendo em vista a alta margem de risco no que tange a restituição dos valores investidos, fomentada pela ineficácia do Judiciário e originada na lentidão dos julgamentos.[14]

Fácil concluir, portanto, que a morosidade judiciária não atinge somente aos envolvidos nas demandas privadas mas, outrossim, macula a imagem interna e externa do país, tendo em vista que um sistema judiciário arbitrário afetará sua credibilidade política e isso constitui um dos principais obstáculos para o seu desenvolvimento e crescimento econômico pois, implica no afastamento de investimentos internacionais ou mesmo nacionais e, conseqüentemente, no aumento do custo econômico.

Inegável, portanto, a mútua influência entre o Direito e a Economia, fazendo-se indispensável uma *“reflexão sobre o papel institucional do Poder Judiciário frente aos desafios da globalização econômica[15]”*.

3.2 – Causas da morosidade[16]

São inúmeras as causas que podem ser apontadas para a morosidade[17] enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, conforme aponta Nóbrega, Silva e Alves:

a) Estrutura organizacional precária e extremamente burocratizada – Excesso de ações: a saturação dos órgãos judiciários se deve, em parte, à sua estrutura organizacional precária e insuficiente, que se torna ainda mais grave diante do enorme volume de trabalho em todos os graus deste Poder, a partir da promulgação de planos econômicos e, precisamente, com a promulgação da Constituição Federal, em 1988.

A falta de novos serventuários da justiça, o precário apoio administrativo aos juizes, o equivocado processo seletivo e de recrutamento dos magistrados - que embora eleja os candidatos que possuem melhor preparação técnica, e impróprio para avaliar a vocação para o exercício diário da judicatura[18] -, bem como a estrutura centralizada do Judiciário são fatores fomentadores da morosidade.

Além disso, processos referentes a causas repetitivas, por vezes irrelevantes, movidas por modismos ou em nome interesses escusos, além de colaborar significativamente

para o acúmulo de processos que aguardam julgamento, demonstram a inexistência de *filtros seletivos*, de *critérios de seletividade* no Judiciário[19].

Não se pode olvidar que, inobstante o acesso à justiça tenha sido erigido à condição de direito fundamental do cidadão brasileiro, é inegável que referido direito deve ser exercitado segundo critérios de razoabilidade e bom senso, de forma a evitar *aventuras jurídicas* que abarrotam os tribunais pátrios com demandas temerárias.

b) Uso arbitrário de medidas provisórias, pelo Poder Executivo[20], com fins legislativos: o Poder Executivo é, certamente, um dos grandes responsáveis pelo atravancamento da Justiça. Isto porque, ao invés de executar e cumprir a legislação vigente ou desempenhar sua função típica de executar, vem utilizando abusivamente das medidas provisórias para formalizar certos assuntos jurídicos e, por vezes, satisfazer determinadas classes sociais e políticas.

O ativismo legislativo do Poder Executivo, mediante a utilização arbitrária de medidas provisórias, tornou-se um poderoso instrumento de regulação da sociedade, principalmente em matérias de natureza econômica.

Em levantamento realizado entre os anos de 1988 e 1994, constatou-se que 85% das leis aprovadas tiveram sua origem no Poder Executivo[21], e que 74 das 147 medidas provisórias do governo Sarney (50,3%) tiveram como objeto matéria econômica, e *“tiveram também este objeto 85 das 157 do governo Collor (54,1%), 275 das 508 do governo Itamar Franco (54,1%), 1.096 das 1971 do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (55,6%)*[22].”

c) Excesso de formalismo e dogmática: embora referidas doutrinas tenham se originado na ideologia liberal do século XIX, ainda persistem na mentalidade de juízes que, mais preocupados com as formalidades legais, acabam por relegar a justiça almejada a um segundo plano, admitindo, em nome do estrito respeito à forma, a eternização da demanda.

No particular, válida e perspicaz a afirmação de Dalmo de Abreu Dallari a respeito da doutrina positivista, aduzindo que, nesta *“a procura do justo foi eliminada, e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça”*. [23]

d) Irresponsabilidade do Poder Legislativo, confirmada na elaboração de leis ineficazes, inaplicáveis e, muitas vezes, inúteis.

O Legislativo tem se mantido estático diante da crise sofrida pelo Judiciário. Entretanto, para que as necessárias reformas sofridas pelo Judiciário sejam eficazmente

implementadas, imprescindível contar com o auxílio do Poder Legislativo: é preciso que o Congresso Nacional reflita sobre os problemas sociais, procurando elaborar leis justas, dignas e eficazes.

e) Má-fé dos chamados “operadores do Direito”: há, necessariamente, que se responsabilizar aqueles que diariamente convivem com a lei e promovem sua aplicação ao caso concreto, os chamados *operadores do direito*.

A existência de várias falhas legislativas permite a utilização, por advogados inconseqüentes, no curso do processo, de artifícios desleais capazes de privilegiar seus clientes quando o atraso processual lhes for benéfico, postergando indevidamente o fim do litígio.

O expediente de interpor, no mesmo processo, inúmeros e desnecessários recursos, com o objetivo único e exclusivo de induzir à erro o magistrado ou simplesmente evitar a coisa julgada, é largamente utilizado por advogados não conscientes de sua função. O objetivo fundamental destes não é provar o direito de seu constituinte mas, sim, atrasar de tal modo a tramitação processual que, ao final, o provimento jurisdicional torne-se inútil a outra parte.

f) Precárias condições materiais e pessoais do Judiciário – Deficiência de planejamento: deficiência que abrange desde as instalações físicas precárias até as obsoletas organizações dos feitos que, em alguns locais, permanecem sendo organizados em fichários datilografados ou até manuscritos!

Dalmo de Abreu Dallari[24] salienta que “*juízes trabalhando em condições incompatíveis com a responsabilidade social da magistratura*”, ou seja, em situações precárias, também inviabilizam a célere prestação jurisdicional.

Quanto ao desaparelhamento do Judiciário e as suas precárias condições materiais, o Ministro Celso de Mello, quando presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou em entrevista a revista *Veja*[25] que “*em alguns lugares do Brasil, a justiça está num estágio pré-histórico, pois falta até papel e caneta. Se falta isso, imagine o resto*”.

A precariedade da estrutura judiciária que comumente é analisada desde a ótica da escassez de recursos materiais, deve também ser avaliada sob o enfoque de deficiente planejamento e distribuição dos recursos existentes e destinados ao Judiciário que, por vezes, acabam sendo centralizados ou mesmo aplicados em recursos não tão relevantes para o exercício da função jurisdicional.

No que tange a deficiência de pessoal, a morosidade é ainda fomentada pelo despreparo e desinteresse de alguns serventuários da Justiça que, sem precípuo conhecimento da importância da função desenvolvida e, juntamente com a sobrecarga de trabalho e escassez de recursos materiais, terminam – *quicá involuntariamente* -, por colaborar com a morosidade judicial.

g) Carência de magistrados: Segundo os *Relatórios Anuais e Sistema Informatizado*[26] do Supremo Tribunal Federal, no que tange a movimentação processual neste órgão,

referente aos anos de 2002 a 2007[27], o número de processos recebidos no período foi superior a 600.000 (seiscentos mil), o que demonstra o excessivo volume de trabalho destinado à Corte Suprema.

Tabela constante no *site* do Supremo Tribunal Federal, abaixo transcrita, indicia – *quando senão expõe* - de forma clara a atual situação do Judiciário brasileiro:

Movimentação processual total no STF – 2002 a 2007[28]

Movimentação STF	2002	2003	2004	2005	2006	2007	TOTAL
Processos Recebidos	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	103.311	657.364
Processos Distribuídos	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	100.997	563.239
Julgamentos	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	137.289	643.927
Acórdãos publicados	11.685	10.674	14.173	11.421	17.839	76.632	

Do estudo realizado deduz-se que somente no ano de 2006 foram mais de 127.000 processos recebidos pelo Supremo que, se divididos entre os 11 Ministros que o compõem, significa dizer que cada um destes teria julgado 11.000 processos por ano ou, aproximadamente 30 (trinta) processos por dia[29]!

Os números são exorbitantes para apenas 11 (onze) ministros suportarem essa excessiva carga de *stress* e trabalho. E note-se: a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal refletida na tabela supra, além de refletir o excesso de trabalho dos tribunais e juízos das instâncias inferiores, faz constatar que a imensa maioria dos feitos decorre da função recursal do Supremo Tribunal Federal, e não de seu papel como Corte Constitucional, o que caba por deslegitimar a atuação da mais alta Corte do país, ao mesmo tempo em que desvaloriza o papel dos juízes de primeiro grau.

Releva notar que o Brasil é um dos poucos países do mundo no qual a Corte Suprema exerce, paralelamente, duas funções extremamente relevantes: de Corte Constitucional e de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (Tribunal Recursal).

Como *Corte Constitucional*, exerce o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo respeito e acatamento da Constituição Federal e aos princípios nela inseridos, figurando como órgão político. Como *Tribunal Recursal*, atua o Supremo como órgão competente ao julgamento de recursos extraordinários proferidos em demandas que, em tese, macularam o texto constitucional, figurando como órgão jurisdicional.

Assim, a abrangência das questões que lhe são apresentadas é enorme sendo esta, também, a principal razão da sobrecarga de trabalho da Suprema Corte brasileira.

Mas não é só. Quando se compara o número de processos recebidos com o número de processos julgados, nota-se que há um *déficit* nos julgamentos anuais, ou seja, muitos processos sequer serão julgados no ano em que foram recebidos, demonstrando a morosidade da Justiça também no seu órgão de cúpula.

Muitos desses processos percorreram várias instâncias da Justiça brasileira até chegar ao Supremo Tribunal Federal. Neste longo caminho muito tempo transcorreu, quicá décadas. Nunca haverá a verdadeira e salutar justiça no caso de uma demanda que demorou décadas para transitar em julgado.

O verdadeiro titular do direito sempre sairá prejudicado em relação àquele que descumpriu a legislação.

Na Justiça Estadual, os números são ainda mais assombrosos: o último Relatório expedido pelo Banco Mundial (BIRD), em dezembro/2007,[30] mostra que em 2002, cada juiz trabalhista ou estadual do país teve, em média, 1357 ações para avaliar[31].

Tais índices demonstram, no mínimo, que a infra-estrutura da Justiça brasileira necessita ser revitalizada de maneira geral (leia-se mais juizes, mais tribunais, melhores condições, etc.) para comportar toda essa alta demanda.

3.3 - Atuação do PROJUDI no combate a morosidade do Poder Judiciário e como instrumento fomentador de sua transparência

Diante deste panorama preocupante, urge salientar que medidas mais enfáticas foram perpetradas pelo Conselho Nacional de Justiça visando combater a morosidade judiciária.

Certamente, diante das inúmeras causas apontadas, ao Conselho Nacional de Justiça, implementado há apenas 3 anos, ainda não foi possível realizar um eficaz combate a todos os males ensejadores da lentidão judiciária.

Entretanto, não se pode olvidar que, pela primeira vez, um órgão vinculado ao Poder Judiciário passou a pensar a respeito da morosidade que o aflige, visando alcançar formas e instrumentos de amenizá-la quando, senão, extingui-la do sistema judiciário.

Dentre outras alternativas que estão em estudo[32], destaca-se neste artigo a política do CNJ de apoio a informatização do aparelho judiciário, mediante a criação e implementação do chamado *sistema de processo eletrônico PROJUDI*, que se configura como ferramenta que auxiliará juizes e tribunais no cumprimento de suas funções de forma menos burocrática, mais célere e com maior transparência.

Como órgão instituído para exercer o planejamento estratégico do Poder Judiciário brasileiro o Conselho Nacional de Justiça, visando combater a morosidade processual[33], conferiu prioridade[34] à idéia da implementação do *processo judicial eletrônico*[35], base da *virtualidade judiciária*, inclusive estimulando o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional[36].

Prova desta priorização foi a criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, da *Comissão de Informatização do Judiciário* e o desenvolvimento, sob seu patrocínio, do *software* em base livre[37], nominado como PROJUDI, disponibilizando-o

gratuitamente aos tribunais mais atrasados tecnologicamente, além de comprometer-se a dar suporte técnico, no que necessário ou cabível, acenando o CNJ, inclusive, com apoio também em equipamentos de *hardware*.

O sistema de processo eletrônico PROJUDI é um sistema de computador desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, em software livre e distribuído gratuitamente a todos os órgãos interessados, que permite a tramitação totalmente eletrônica de processos judiciais, via internet.

Mesmo diante de resistências e obstáculos sociais e culturais[38], o primeiro órgão a implantar o sistema PROJUDI foi o Juizado Especial da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no dia 07 de agosto de 2007, reduzindo a duração do trâmite processual de 100 dias para, em média, 74 dias[39].

A celeridade obtida com a implantação de referido sistema pode ser reputada a facilidade de acesso que o PROJUDI permite aos usuários, além de oferecer outras vantagens, tanto ao Judiciário quanto à população: os processos são acessíveis na *internet* à todas as partes envolvidas, bem como disponíveis a qualquer hora do dia.

Por meio do nome de usuário (*login*) e da senha de acesso, os advogados podem peticionar, protocolar documentos e acompanhar os processos, podendo o juiz despachar diretamente no sistema.

Desse modo, é possível acessar o processo de qualquer lugar, e mesmo simultaneamente com outras pessoas. Basta se cadastrar. Todo o processo (*e-proc*) poderá ser consultado e impulsionado virtualmente, inclusive pelo magistrado, mediante o uso de *login* e senha especiais. Isso proporcionará maior celeridade, transparência e rapidez no trâmite processual.

Segundo Sérgio Renato Tejada Garcia, secretário geral do Conselho Nacional de Justiça, em nota lançada no site www.cnj.gov.br em 09/05/2006:

“Além de combater a morosidade processual, o processo virtual ainda melhora o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário. O processo eletrônico funciona através de um portal de internet no qual os usuários - magistrados, servidores da Justiça e advogados públicos e privados - são previamente cadastrados e identificados com login e senha. Comparecendo o cidadão na sede da Justiça, sua pretensão é lançada diretamente no sistema. Se preferir constituir advogado, este elaborará a petição inicial e, de seu próprio escritório, a encaminhará. Acionado o botão "enviar", seja pelo servidor da Justiça, seja pelo advogado, a petição inicial será distribuída instantaneamente e, nesse momento, o interessado receberá na tela do computador a informação de que o processo foi distribuído, que número obteve no protocolo, qual é a vara e qual juiz julgará a causa. Recebendo a ação virtual, o juiz, depois de verificar a regularidade da causa e decidir eventual pedido de liminar, determinará a citação do réu, que é feita também eletronicamente, clicando um botão. (...). Além de funcionar em tempo real, o processo eletrônico faz desaparecer todas as barreiras impostas pelo tempo e pela distância, podendo o processo ser acessado a todo o momento e por todos os interessados ao mesmo tempo e de qualquer lugar”.

Além da redução do tempo de tramitação processual bem como nos custos com material de escritório (impressora, tinta, papel, etc.), o sistema PROJUDI também possibilitou a inserção digital e social de portadores de deficiências físicas, em especial para os deficientes visuais, haja vista que referido sistema pode ser programado para ler, em voz alta, a tramitação escrita na tela do computador, conferindo segurança e autonomia ao deficiente físico usuário do sistema.

Assim, de consumidor passivo de *softwares* privados, o Judiciário brasileiro transformou-se em ativo criador de si mesmo, de seus próprios sistemas de informação[40]. E o melhor: com uma equipe de informatização mais qualificada e em menor número, bem como a redução dos custos operacionais o que, certamente, desenvolverá uma cultura e tecnologia de softwares nacionais, uma maior integração administrativa entre os tribunais e mais rapidez para o usuário da Justiça.

Em artigo publicado no Jornal Diário do Amapá, em 27 de setembro de 2006, o Desembargador Raimundo Vales, já comentava que “*vários fatos recentes demonstram que o processo judicial virtual, base da chamada "justiça sem papel", já é uma inexorável realidade no Brasil e não há mais fugir como dela*”.

Além da criação do sistema PROJUDI, outro fato também pode ser apontado como fator de irreversibilidade do processo eletrônico-virtual no meio judiciário: o sucesso das Varas Virtuais já em funcionamento em alguns Tribunais. Embora, ainda, restritas aos Juizados Especiais (Federais e Estaduais), as experiências em curso demonstram que a virtualização, além de viável e factível, é primordial como fator de eficiência e produtividade do Judiciário.

Some-se a isso os sedutores números atribuídos a implementação das Varas Virtuais: no mesmo espaço de tempo podem produzir até 10 (dez) vezes mais do que as varas convencionais, com custo várias vezes menor.

Entretanto, a eficácia do sistema PROJUDI não se restringe ao combate da morosidade processual.

O PROJUDI também poderá ser compreendido como instrumento fomentador de maior transparência das decisões proferidas, haja vista que também poderá ser utilizado pelos Juízes na exarcação de atos e decisões o que, certamente, submeterá sua função a um controle social mais intenso, tanto no aspecto da justiça da decisão proferida, quanto no que concerne ao tempo destinado à emanção desta decisão.

Experiências bem sucedidas nos Juizados Especiais Federais Previdenciários de vários Estados demonstraram ter havido, após implantação do PROJUDI, além de considerável redução no tempo de duração dos processos, um elevado nível de satisfação dos usuários do sistema diante da maior celeridade e transparência das decisões proferidas.

A *transparência* dos atos e decisões proferidas pelo Judiciário é fator primordial ao legítimo exercício de sua função. Embora a *transparência* não esteja inserta dentre os princípios que regem os atos administrativos[41], por analogia, depreende-se que tal está inserido no princípio da moralidade, que também deve permear os atos

jurisdicionais, como condição de sua eficácia e legitimidade, razão da relevância da implantação com êxito do sistema PROJUDI, meio de tornar mais célere e transparente as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Assim, muito além de figurar como instrumento de combate a morosidade processual, o processo virtual também aperfeiçoa o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário, tendo em vista que pode ser manejado em horário integral, com a ampla publicidade permitida pela rede mundial de computadores. Ou seja: a Justiça estará sempre de portas abertas para o jurisdicionado.

Portanto, a sistematização do processo judicial virtual, via PROJUDI, constitui-se, inequivocamente, numa das mais inovadoras e revolucionárias mudanças vividas pelo Judiciário brasileiro neste século e que, certamente, implicará na readequação do papel de todos os seus operadores (juízes, serventuários, defensores e advogados) ao uso desta tecnologia, sob pena de permanecerem a margem do novo sistema.

Conclusão

Ao criar e implementar o sistema de informatização denominado *PROJUDI*, o Conselho Nacional de Justiça demonstra seu intento no sentido de desenvolver estratégias visando auferir o melhor funcionamento do Poder Judiciário, cumprindo assim sua função de planejamento.

Neste sentido, diante das crises enfrentadas pelo Judiciário, especialmente a morosidade processual, a implantação do PROJUDI pode ser visualizada como uma revolução jurídica-processual que visa combater não somente a morosidade processual – já tão conhecida e reconhecida pelo cidadão brasileiro – mas também, conferir maior transparência nas decisões emanadas pelo Judiciário.

O combate a morosidade, via PROJUDI, dará-se à na via da rapidez no impulsionamento do processo haja vista que a maioria dos atos processuais (salvo audiências e depoimentos) poderão ser praticados virtualmente, mediante aquisição de *login* e senha própria, o que redundará no seu breve julgamento.

De outro verte, o PROJUDI também poderá se tornar um eficaz instrumento de efetivação da *transparência* das decisões e atos expedidos pelo Judiciário, haja vista o maior controle social a incidir sobre o processo eletrônico.

Portanto, embora muito haja ainda que se fazer no combate a morosidade judiciária, inegável que o primeiro passo neste sentido já foi dado. Somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas como o Conselho Nacional de Justiça poderia, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade visando colocar termo às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração e planejamento do Poder Judiciário.

Referências

Airton Nóbrega, Antonio F. Álvares da Silva; ALVES, Léo da Silva Alves (coord.) *Morosidade da Justiça: Causas e Soluções*. Editora Consulex: Brasília, ano 2001.

AMORIM NETO, Octavio e TAFNER, Paulo. *O Congresso e as Medidas Provisórias: Delegação, Coordenação e Conflito*. Texto apresentado no seminário “O Congresso e as Medidas Provisórias”, realizado no IUPERJ, em 26 de abril de 1999, mimeo, pg. 10, citado no livro de Luiz Weneck Vianna ... (et al). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: setembro de 1999, pg.49/50.

BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do conselho nacional de justiça. In: RANAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53-85

BARBOSA, Cláudia Maria. Crise de função do poder judiciário no estado contemporâneo. In: Ordem dos Advogados do Brasil - seccional Paraná. (Org.). *Revista da Comissão da Mulher Advogada - seccional Paraná*. 1 ed. Curitiba: Editora da OAB, 2006, v. 1, p. 113-122.

BARBOSA, Cláudia Maria. A Crise do Poder Judiciário inserida na crise do Estado Contemporâneo. In: Seminário GEDIM/RED&S: os direitos nacionais face à globalização, 2001, Rio de Janeiro. *Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1. p. 157-173.

BARBOSA, Cláudia Maria. A Reforma Judiciária e seus desafios. In: III Seminário Brasileiro de Sociologia Jurídica, 2007, Porto Alegre. *Anais do III Seminário Brasileiro de Sociologia Jurídica*, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*, p. 137.

BOBBIO, Norberto. “As Ideologias e o Poder em Crise”, Editora UnB, 4.^a edição, 1990, págs. 97/98.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro. *Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça. Controles externos ou internos?* – Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 164, out-dez 2004, p. 373.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, pp. 730 e segs.

CHAVES, José Pericles. *Reforma do Poder Judiciário, fatos históricos e alguns aspectos polêmicos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 22/01/2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Juízes independentes, judiciário sob controle social*. In Revista da associação dos magistrados do Estado do Rio de Janeiro, ano 2, nº 8, p. 33.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, São Paulo: Saraiva, 1996, págs. 156/157.

FISS, Owen. *Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade* (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17.

GOMES, Luiz Flavio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 5, 1993, p.36-38.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Utopia*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990, Pg. 36.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979).

LIMA LOPES, José Reinaldo de. Crise da norma jurídica e reforma do judiciário. *In* FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.

MORAES, Alexandre de. *A Atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido benéfica para o Poder Judiciário? - Sim. União pelo fortalecimento. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo – Tendências e Debates, 25 de março de 2006.*

Relatório nº 32789-BR expedido pelo Banco Mundial - *Fazendo com que a Justiça Conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil*

Revista Veja, “O preço da ação, ano 31, nº 08, de 25/02/1998, pág. 23.

Revista *Veja*, Ano 29, nº 50, pág. 58

SADEK, Maria Tereza. *Controle externo não resolve os problemas do judiciário*. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 nov. 2003, Entrevista p. A-12.

SANTOS, Edvaldo Borges dos; NAZARETH, Marco Antônio Luz et al. *O controle e a fiscalização do poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 21/01/2008.

SANTOS, Fabiano. *Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*. Dados, vol. 40, nº 3, IUPERJ, 1997, p. 348.

Site do Conselho Nacional de Justiça: www.cnj.gov.br

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público*. Artigo publicado no site *Jusnavigandi*, Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br, acesso em 22/02/2008.

[1] COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, pág. 45-47.

[2] Tampouco ao Conselho Nacional do Ministério Público também implementado pela Emenda 45/2004, instituído no artigo 130-A da Constituição Federal.

[3] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público*. Artigo publicado no site *Jusnavigandi*, Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br, acesso em 22/02/2008.

[4] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, pp. 730 e segs.

[5] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Op. Cit.*. Acesso em 22/02/2008.

[6] Ao posicionar-se contrário ao nepotismo, no voto proferido na ADI 1521-4/RS, em 12/03/1997, anos antes da edição da Resolução nº 07, do CNJ.

[7] BOBBIO, Norberto. “As Ideologias e o Poder em Crise”, Editora UnB, 4.ª edição, 1990, págs. 97/98.

[8] STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Op. Cit.* Acesso em 22/02/2008.

[9] Consoante dizia Rui Barbosa: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada”.

[10] Notícia veiculada no sítio www.planejamento.gov.br, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, acesso em 09/09/2008.

[11] Pesquisa realizada pelo IPEA remete ao estudo realizado por pesquisadores do Banco Central que dimensionaram o custo da relação entre o mercado de crédito e o sistema judicial. O custo para a recuperação de um empréstimo de até R\$ 1.000,00, por exemplo, segundo pesquisa do Banco Central mencionada pelo IPEA equivale ou supera tal quantia se forem cumpridas todas as fases processuais. No caso de um crédito

de R\$ 50.000,00, a expectativa de recuperação não passa de 25% do valor emprestado. "A insegurança dos contratos e o funcionamento deficiente do sistema judicial fazem o bom tomador de crédito no Brasil arcar com um custo extraordinário, independentemente de seu histórico de crédito e de sua capacidade de pagamento", afirma o estudo do Banco Central.

[12] Organismo internacional concebido em 1944, na conferência de *Bretton Woods*, com o fim precípua de auxiliar na reconstrução da Europa após a II Guerra Mundial e, atualmente, com a meta de reduzir a pobreza dos países em desenvolvimento, mediante emissão de “recomendações” normativas na ordem internacional, sem força coercitiva explícita.

[13] “Este relatório apresenta os resultados do segundo de dois estudos desenvolvidos sob o patrocínio do Banco Mundial sobre o sistema judiciário brasileiro (...). Ainda que por um lado as conclusões do estudo sejam qualificadas, devido ao reduzido universo considerado, esse **olhar singular sobre a forma como um judiciário estadual brasileiro trata de processos reais sugere que muitas reclamações comuns relacionadas ao desempenho do judiciário possuem origens e repercussões mais complexas do que em geral se reconhece**”. (SUMÁRIO EXECUTIVO, do Relatório mencionado, pág. 1)

[14] Outras conclusões do Relatório nº 32789-BR foram no sentido de que “*as três alternativas mais prováveis para a solução da crise do Judiciário são: aumentar a eficiência do judiciário, reduzir a ineficiência de determinados órgãos extra-judiciários que condicionam as respostas dos juízes (por exemplo, registro de imóveis, advogados do governo, possivelmente o Ministério Público quanto ao tratamento que dá às demandas de ordem criminal), ou algum esforço para re-estruturar a própria demanda. Somente a primeira alternativa se presta à implementação pelo Judiciário apenas. As outras duas exigirão cooperação de outras organizações setoriais e extra-setoriais, além de outros ramos do governo.*” (pág.17)

[15] Ponderações do Banco Mundial no *Documento Técnico nº 319*, produzido acerca de um estudo do Poder Judiciário na América Latina e Caribe, publicado em julho/1996, elaborado por Maria Dakolias, no intuito de averiguar as razões da crise que assolam os sistemas judiciários na América Latina e Caribe e, assim, apontar recomendações.

[16]NÓBREGA, Airton; SILVA, Antonio F. Álvares da; ALVES, Léo da Silva (coord.) ***Morosidade da Justiça: Causas e Soluções***. Editora Consulex: Brasília, ano 2001.

[17] Estimulando, portanto, a utilização dos chamados *métodos alternativos à jurisdição*.

[18] Talvez fosse interessante a implementação das *Escolas de Magistratura* como etapa seletiva do concurso, que se destinariam a acompanhar o candidato aprovado no certame desde sua posse como juiz, como também por toda a sua vida profissional, visando sua evolução e aperfeiçoamento.

[19] Sem olvidar aqui da implementação da *demonstração da repercussão geral*, como condição de admissibilidade do Recurso Extraordinário, recentemente criada pela EC 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.418/2006

[20] “*O poder Executivo é, indiscutivelmente, o maior responsável pela morosidade da Justiça*” (Revista *Veja*, *O preço da ação*, ano 31, nº 08, de 25/02/1998, pág. 23.

[21] SANTOS, Fabiano. *Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*. Dados, vol. 40, nº 3, IUPERJ, 1997, p. 348.

[22] AMORIM NETO, Octavio e TAFNER, Paulo. *O Congresso e as Medidas Provisórias: Delegação, Coordenação e Conflito*. Texto apresentado no seminário “O Congresso e as Medidas Provisórias”, realizado no IUPERJ, em 26 de abril de 1999, mimeo, pg. 10, citado no livro de Luiz Weneck Vianna ... (et al). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: setembro de 1999, pg.49/50.

[23] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, págs. 83.

[24] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.*, págs. 156/157.

[25] Revista *Veja*, Ano 29, nº 50, pág. 58.

[26] “Relatórios Anuais e Sistema Informatizado do STF”. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em 18 de dezembro de 2007.

[27] Pesquisa atualizada, pelo STF, até outubro de 2007.

[28] Os julgamentos citados englobam decisões monocráticas e colegiadas. Dados de 2007 atualizados até outubro.

[29] Considerando-se que os Ministros do Supremo despachassem nos 365 dias do ano civil, sem descanso aos finais de semana, tampouco sem férias coletivas; o que não ocorre.

[30] *Fazendo com que a Justiça Conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil* – Relatório nº 32789-BR

[31] Segundo o Relatório do Banco Mundial, a média de ações ajuizadas no Brasil é de 7.171 processos para cada grupo de 100 mil habitantes. Países como Venezuela e El Salvador apresentaram índices três vezes menores: 2.375 e 2.454 ações, respectivamente, para o mesmo contingente populacional.

[32] Como o estímulo a utilização de métodos alternativos à jurisdição para solução de conflitos, a necessária reforma processual que, paulatinamente, vem sendo efetivada, bem como o projeto “*Conciliar é Legal*” fomentador da transação judicial.

[33] Sem olvidar que a morosidade também pode ser combatida de outras formas, já indicadas inclusive no Relatório do Banco Mundial supracitado.

[34] Especificamente à época da assunção da Ministra Ellen Gracie à presidência do Supremo Tribunal Federal e do próprio CNJ, julgadora que sempre primou por buscar soluções para a lentidão judiciária.

[35] Saliente-se que, já em dezembro/2004, o Relatório nº 32789-BR patrocinado pelo Banco Mundial supracitado, já indicava que “*o Brasil é um líder regional na área de automação do judiciário(...)*” (pág. 02)

[36] Provas da irreversibilidade do processo judicial já vinham ocorrendo antes da implementação da Comissão de Informatização, no CNJ. Como exemplo, menciona-se a realização, em Brasília (DF), nos dias 18 e 19 de setembro de 2006, do CONIP JUDICIÁRIO. Referido evento, patrocinado pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho teve a inovação tecnológica e integração do Poder Judiciário como tema central. Em relevantes painéis, com a presença de representantes de todos os tribunais do país, debateu-se o processo eletrônico-virtual, a certificação digital, a interligação-integração de sistemas-bases e os portais do judiciário.

[37] Anteriormente a implantação do sistema PROJUDI em software livre, discutia-se se o Poder Judiciário deveria adotar em suas operações o software proprietário ou o software livre e quais as conseqüências deste ato. Esta decisão estratégica tornou-se fundamental para a discussão da modernização e informatização do Judiciário, haja vista que viabilizaria o tão esperado processo eletrônico (*e-proc*), poderosa via de combate a morosidade judicial sem, contudo, pretender renunciar a segurança jurídica e a qualidade dos serviços prestados. Embora alguns embates desenvolvidos face a empresas privadas de produção de softwares, felizmente, acabou vencendo a opção do uso, pelo CNJ, de software livre, sem vinculação contratual a softwares “proprietários”. Na época da opção, o então Conselheiro Douglas Rodrigues chegou a afirmar que “*O CNJ repudia a idéia de que os tribunais se tornem reféns de empresas de tecnologia; (...) precisamos alcançar a independência completa dos tribunais nessa área*”. Assim, ao contrário do muito que se foi falado à época, a opção pelo software livre não foi uma opção “tupiniquim” mas, outrossim, baseada na experiência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (que abrange os estados de Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina) que, na vanguarda, já utilizavam software livre nos juizados especiais federais, com retumbante sucesso operacional e a custos reduzidíssimos: na época, o sistema implantado pelo TRF da 4ª Região abrangia aproximadamente 400 mil processos, 3 milhões de documentos e 20.000 (vinte mil) usuários cadastrados. E somente 4 (quatro) funcionários responsáveis por toda a operação.

[38] “*O homem sempre demonstrou uma tendência a reagir contra o novo, o revolucionário, enfim contra tudo que, num primeiro momento, não seja submetido ao seu domínio.(...) Daí porque não é difícil entender o pensamento daqueles que se antepõem às inovações tecnológicas, sobretudo quando estas importam na modificação frenética da forma como as coisas se processam na sociedade.*” (REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Tecnologias da informação: novas linguagens do conhecimento**, in <http://infojus.com.br/area1/democritofilho5.html>. Acesso em 21.09.2008.

[39] Releva notar que, atualmente, das 27 Unidades Federadas, já incluído o Distrito Federal, 26 utilizam o PROJUDI como sistema de informatização judicial.

[40] Aliás, segundo Joaquim Falcão, membro do Conselho Nacional de Justiça, mestre em direito pela Universidade Harvard (EUA) e doutor em educação pela Universidade de Genebra (Suíça), professor de direito constitucional, diretor da Escola de Direito da FGV-RJ, em notícia inserta no *site* cnj.gov.br, intitulada “*O Judiciário e o software*

livre” (acesso 07/03/2008) não somente o Poder Judiciário está se beneficiando do uso de sistemas de software livre: empresas como EMBRAPA, DATAPREV, Marinha do Brasil, SERPRO, dentre outros, também estão utilizando software livre. No particular, “somente o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), que processa grande parte das informações do governo federal, já promoveu uma redução de custos de cerca de R\$ 14,8 milhões, tendo exigido, para implantação do sistema de software livre, investimentos em serviços e treinamento que totalizaram apenas R\$ 396 mil”.

[41] Inseridos no artigo 37 da Constituição da República do Brasil.

COMO DIREITO FUNDAMENTAL POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA PÚBLICA: FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL*

POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA PÚBLICA: FUNCIÓN “SOCIAL” DEL DERECHO PENAL

Daniel Addor Silva

RESUMO

O presente trabalho visa indagar se a política criminal se insere em uma categoria mais ampla de política pública e, em caso positivo, de que maneira aquela pode influir na consecução dos fins propostos por determinada política pública. Primeiro, analisa-se o tema políticas públicas. Depois, busca-se inserir a política criminal em uma ciência global do direito penal, composta também pela dogmática jurídico-penal e pela criminologia. Intenta-se analisar as funções do direito penal, não somente de tutela de bens jurídicos constitucionais, mas também uma função simbólica, para expansão da criminalização ou para inibição velada da persecução criminal. A partir destas funções, define-se uma função “social” do direito penal, atingível por meio da reflexão sobre o uso adequado do direito penal. Dessa maneira, pode-se dirigi-lo como sanção aos que visam, direta ou indiretamente, prejudicar a execução de determinada política pública, o que pode ser feito pela tipificação de determinadas condutas e pelo combate à corrupção, sem, no entanto, desviar para a criminalidade o foco e os recursos da política pública, esvaziando o conteúdo do direito penal.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS; POLÍTICA CRIMINAL; FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL.

RESUMEN

El presente trabajo mira indagar si la política criminal se insiere en una categoría más amplia de política pública y, en caso positivo, de que manera aquella puede influir en la consecución de los fines propuestos por determinada política pública. Primero, se analiza el tema políticas públicas. Después, se busca inserir en una ciencia global del derecho penal, compuesta también por la dogmática jurídico-penal y por la criminología. Se intenta analizar las funciones del Derecho Penal, no sólo de tutela de bienes jurídicos constitucionales, pero también una función simbólica, para expansión de la criminalización o para inhibición oculta de la persecución criminal. A partir de estas funciones, se define una función “social” del derecho penal, alcanzable por medio

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

de la reflexión sobre el uso adecuado del derecho penal. De esa manera, se puede dirigirlo como sanción a los que miran, directa o indirectamente, perjudicar la ejecución de determinada política pública, lo que puede ser hecho por medio de la tipificación de determinadas conductas y por el combate a la corrupción, sin, no obstante, desviar para la criminalidad el foco y los recursos de la política pública, vaciando el contenido del derecho penal.

PALAVRAS-CLAVE: POLÍTICAS PÚBLICAS; POLÍTICA CRIMINAL; FUNCIÓN “SOCIAL” DEL DERECHO PENAL.

INTRODUÇÃO

Atualmente, dois assuntos se encontram muito em voga: políticas públicas e política criminal. Ao mesmo tempo em que se debate com frequência a maneira pela qual o Estado deve atender necessidades básicas da população, igualmente se discute como se pode combater a criminalidade.

A questão que se impõe é se, de fato, a política criminal se insere em uma categoria mais ampla de política pública. Além disso, em caso positivo, de que maneira aquela pode influir na consecução dos fins propostos por determinada política pública.

Para analisar o problema, primeiro se faz necessária uma aproximação dos assuntos mencionados. Em seguida, passa-se a breve abordagem sobre as funções do Direito Penal para, então, esboçar sua função “social”.

O Direito Penal deveria ser visto como *ultima ratio*, como última alternativa a ser invocada quando as demais esferas de controle não tiverem coibido a conduta a ser reprimida. Todavia, não é o que se observa atualmente, pois a persecução criminal tem sido utilizada como panacéia para se evitar todos os males, tal qual o médico que se vale do mais forte antibiótico para tratar do mais leve resfriado.

Nesse contexto, portanto, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre o uso adequado do Direito Penal, de modo a permitir ao Estado a implementação de políticas públicas.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado Liberal foi construído mais para garantir o exercício das liberdades individuais[1], o que implicaria em um não-fazer do Estado para que os indivíduos possam atuar livremente. Entretanto, a evolução das sociedades, especialmente no âmbito econômico – com a formação de disparidades inerentes à economia –, exige que o Estado permita aos cidadãos a satisfação de suas necessidades, o que determina um fazer, uma atuação estatal mais expressiva. [2] [3]

É certo que o Estado[4], demandado a prestações positivas, a atender determinadas necessidades consagradas em direitos reconhecidos constitucionalmente, deverá, para

tanto, proceder ao planejamento necessário, fixando os objetivos e escolhendo meios e recursos necessários para atingi-los.

Nesse panorama, surge a noção de políticas públicas.[5] E é justamente como noção que se firma, dado que apresenta uma conceituação mais fluida que definida.[6]

Por sua vez, Comparato esclarece que a política pública se distingue das normas e dos atos, mas os engloba, pois “aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. [7]

Assim, não obstante o “esvaziamento” que se pretende atualmente do Estado, de modo a permitir que esse ente despersonalizado “mercado” se desenvolva à mercê das forças da globalização, a Administração precisa contrabalançar tais medidas com o atendimento às necessidades principais dos cidadãos, com a concretização de seus direitos, especialmente aqueles que lhes são negados justamente em razão dos efeitos nocivos da busca incessante do lucro. [8]

2 POLÍTICA CRIMINAL

No Direito Penal, operou-se uma ruptura entre as ciências que o compõem: Dogmática jurídico-penal, Criminologia e Política Criminal. Nilo Batista[9] atribui a Nélson Hungria[10], “o divórcio irremediável entre os saberes criminológicos e os jurídico-penais”. [11] O então recente “pai” do Código Penal referiu-se à criminologia como hipótese de trabalho, alegando que sua conjugação à reflexão jurídica resultaria em um produto híbrido, infecundo, maninho, estéril, bem como que uma filosofia do direito penal produziria tão-somente devaneios. Advertiu Hungria que “o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas”, afastando “qualquer indébita intromissão em nosso Lebensraum, em nosso indeclinável espaço vital”. [12]

No mesmo sentido, lamenta Sánchez Rios, admitindo que no Brasil “a Criminologia continua numa posição de subalternidade em relação ao direito penal”. Há dois aspectos que demonstram tal afirmação: “o primeiro deles diz respeito ao número insuficiente de especialistas na matéria; o segundo é consequência do primeiro, pois em algumas Faculdades de Direito a matéria de Criminologia é ‘facultativa’, e em outras nem existe”. Advindo de “um descaso e até um menosprezo enraizado em alguns estudiosos do direito penal”, para quem a Criminologia “não passaria de mera ‘perfumaria’” e o que valeria “é ir direto a uma medíocre interpretação da norma, tendo como acompanhamento os Manuais ‘práticos’ de Direito Penal, verdadeiros repassadores de idéias, formadores de técnicos bárbaros”. [13]

Roxin parte do pressuposto de que “o Direito penal trata as condutas cominadas com pena enquanto a seus pressupostos e consequências”^[14], portanto se ocupa da matéria da Justiça penal e, por tal razão, denomina-se Direito penal material. Ao lado deste, há outros campos jurídicos “vizinhos” ou “aparentados”, de cuja soma de seus conteúdos se obtém a “ciência global do Direito penal”. Conquanto reconheça que, de certo modo, o Direito penal material é a base de todo esse campo jurídico, ele “somente diz que conduta está proibida como criminal e com que penas ou medidas ela é cominada” [15].

Figueiredo Dias salienta que, no início do século XX, reconheceu-se que “a tarefa social de controle do crime não se podia bastar com uma ciência puramente jurídica, normativa e dogmática”. [16] Para que tal tarefa seja minimamente exitosa, faz-se necessária, em alto grau, “uma *definição das estratégias de controle social* da criminalidade”, o que incumbe à política criminal. Por sua vez, à criminologia resta o campo do “*conhecimento empírico da criminalidade*, dos seus níveis e das suas causas” [17]. Ainda segundo o autor, foi Franz Von Liszt – apesar de lhe ser atribuído o aforismo segundo o qual “o Direito Penal é a barreira infranqueável da política criminal” [18] – quem cunhou o modelo tripartido do que chamou “ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). [19] [20]

Da mesma forma, Assis Toledo esclarece que “a política criminal identifica e seleciona princípios, meios e métodos para o controle do fenômeno do crime”. [21]

Como bem adverte Roxin, “as finalidades reitoras que constituem o sistema do Direito penal somente podem ser de tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos da punibilidade devem-se orientar aos fins do Direito penal”. [22] Por tal razão é que, atualmente, as pesquisas em Direito Penal devem necessariamente conter noções político-criminais.

3 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Se o Direito tem como característica a coercitividade, mais ainda a tem seu ramo mais coercitivo, o Direito Penal, que assim se denomina justamente pela existência da consequência jurídica atribuída ao cometimento de crimes: a pena. Por esta razão, devido à gravidade do efeito ao descumprimento da lei, é que nem toda conduta reprovável juridicamente também o deve ser penalmente. Conforme lembra Luisi [23], a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com a previsão do estabelecimento de penas estrita e evidentemente necessárias, foi posto “um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime”. [24]

Entretanto, como salienta Silva Sánchez [25], deve-se recordar que a origem do Direito Penal advém justamente do Direito Administrativo, em especial o denominado Sancionador, nas condutas merecedoras de serem submetidas a maiores gravames. Tudo conforme o bem jurídico que se pretende tutelar. [26]

Assim, é inegável que a função precípua do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos. [27]

Segundo Roxin, “bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema” [28], conceito que abarca tanto os estados previamente encontrados pelo Direito como os deveres de cumprimento de normas criados somente por ele mesmo.

Não se pode, porém, olvidar o entendimento de Figueiredo Dias [29], assinalando que os bens jurídicos coletivos “apresentam-se, por sua própria natureza, como muitos mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de

impossível tangibilidade”. Dessarte, pode-se considerar inerente ao próprio bem jurídico a dificuldade na sua configuração.

Inicialmente, eram criminalizadas as condutas que atentavam contra os bens jurídicos tradicionais, a saber: vida, propriedade e liberdade, não necessariamente nesta ordem, todos direitos individuais por excelência. Evoluindo na história, passou-se a tutelar outras dimensões ou gerações[30] de direitos fundamentais, sociais (trabalho, saúde, previdência social) e difusos (paz, segurança social, meio ambiente, sistema financeiro nacional), sendo também reconhecidos como merecedores da intervenção penal.[31]

Assim, nos dizeres de Batista, o crime nega o bem jurídico, ao lesioná-lo, o que constitui, não somente uma limitação legal da intervenção penal, mas também sua legitimação. Diante das relações sociais complexas, conforme o interesse do legislador na sua preservação e reprodução, surge a “criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta)”. A Constituição funciona como um “controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)”. [32]

Roxin[33] ainda conclui que o ponto de partida correto é que a única restrição previamente imposta ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Serve como critério não somente de criação mas também de interpretação de cada preceito concreto, estando aberta a mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico.

Entretanto, ao lado da função de tutela de bens jurídicos, o Direito Penal, em razão de sua expansão, igualmente assume uma (dis)função simbólica. A intervenção penal atua, então, como mero símbolo, não para proteger os bens jurídicos, mas para afirmar valores, confirmar expectativas, gerar representações valorativas, confirmar valores, ordens deontológicas e éticas, programas políticos, modelos econômicos, relegando à função instrumental ou material uma posição subordinada. [34] [35]

O uso excessivo da força extrema banaliza o Direito Penal, ao invés de conferir-lhe credibilidade. Quando a sociedade verifica que o Direito Penal assume, de fato, sua posição como *ultima ratio*, deveria haver uma expansão dos mecanismos de proteção não-jurídicos ou jurídicos, mas não necessariamente jurídico-penais (ética social, Direito Civil e Direito Administrativo). Entretanto, “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”. [36]

A função simbólica pode ainda ser entendida por uma máscara ideológica da realidade do sistema penal “com a criação de aparência de resolução de conflitos que permanecem intocados, fazendo crer no impossível cumprimento de objetivos inacessíveis porque, no fundo, não são os realmente perseguidos e, em consequência, não se articulam meios para alcançá-los”. [37] Neste caso, apesar de haver aparente expansão, há, em verdade, inibição do Direito Penal, não proclamada e plasmada nas leis penais, senão negada, mas objetiva e materialmente aceita. Trata-se, em verdade, de função mascaradora – porque se dirige a cobrir objetivos alheios aos declarados –, por meio de uma “desproteção programada”, pois geralmente uma tipificação inadequada é seguida pela ausência de outras políticas sociais ou de prevenção mais custosas. [38]

Por tal razão, Baratta[39] defende a adoção do princípio de implementabilidade administrativa da lei. Reconhecendo a seletividade do sistema para punir determinados “bodes expiatórios” e a existência de uma vastíssima cifra negra de criminalidade, admite duas possibilidades: adequar os recursos aos programas de ação legislativos ou redimensionar os programas de ação sobre a base dos recursos disponíveis para o sistema. A primeira alternativa seria economicamente inviável, além de apresentar um custo social insustentável, com a militarização da justiça penal de do Estado. Restando apenas a segunda possibilidade, aponta que a aplicação correta do referido princípio “bastaria por si mesmo para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção da lei penal.”[40]

4 FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL

É natural à pretensão punitiva estatal, ainda que seja utópico, o desejo de extirpar da sociedade a criminalidade. Ao contrário de outros ramos, o Direito Penal existe por ser estritamente necessário à convivência em sociedade[41]. Nesse sentido, seria ideal que a criminalidade cessasse e, logo, o Direito Penal não mais existisse.

Pensar em uma função “social” do Direito Penal implica, portanto, em abandonar a sua visão “negativa”, de negar a existência de condutas nocivas. Ao contrário, adotar-se-ia uma visão “positiva”, no sentido de que, por meio da norma penal, seria possível assegurar ao Estado a consecução dos fins – legítimos, por óbvio – a que se destina. [42] [43]

Desse modo, a política criminal figura como uma das mais relevantes políticas públicas[44], dado que se pode direcionar o Direito Penal como sanção aos que visam, direta ou indiretamente, prejudicar a execução de determinado política.

Essa noção não é propriamente nova, pois o Estado já se preocupou em tutelar a Administração Pública de maneira diferenciada. O Código Penal dedica um título aos crimes contra a Administração Pública, dando um tratamento mais gravoso aos que lesarem a atividade estatal. Da mesma forma, mais recentemente, foram tipificadas novas condutas, tais como a divulgação de segredo estatal[45] e alteração, falsificação ou uso indevido de símbolos[46].

De igual sorte, como exemplo específico, a instituição do Programa Bolsa Família, por meio da Lei nº 10.836/2004, não se furtou de estatuir, em seu art. 14, que a autoridade responsável pela organização e manutenção do cadastro dos beneficiários do programa “que inserir ou fizer inserir dados ou informações falsas ou diversas das que deveriam ser inscritas, com o fim de alterar a verdade sobre o fato, ou contribuir para a entrega do benefício a pessoa diversa do beneficiário final, será responsabilizada civil, penal e administrativamente”.

Outro exemplo notório de política criminal voltada às políticas públicas é o combate à corrupção[47] que se tem acentuado nos últimos anos. Desnecessário tecer comentários sobre os efeitos nocivos da corrupção – que, por certo, transcenderiam o foco e a brevidade do presente trabalho –, mas impende salientar que o combate adequado ao

desvio de recursos públicos[48] é inegavelmente uma das melhores maneiras de se assegurar amplas e eficazes políticas públicas.

Deve-se, porém, ter como preocupação que o foco não seja desviado da política pública para a criminalidade e, conseqüentemente, não sejam mais investidos os recursos destinados ao atendimento dos interesses da sociedade, tendo em vista o alto preço das medidas de natureza criminal. [49]

É necessário, porém, que se busque o equilíbrio no uso da política criminal como meio de assegurar a implementação de outras políticas públicas. Como restou salientado anteriormente, o uso excessivo do Direito Penal pode banalizá-lo, tornando inócua a tentativa de utilizá-lo para assegurar determinados fins do Estado.

Por meio desse balanceamento, ou seja, o uso adequado do direito penal, é que se pode atingir a sua chamada função “social”, alcançando não somente seus objetivos propostos, mas também os objetivos estabelecidos por políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de que os fatos sempre estão à frente do Direito, que busca regrá-los a partir da constatação de sua existência[50] – a atividade legislativa deve ser meditada, confrontando-se a futura lei penal não somente com outras leis penais[51], mas também com outros ramos do Direito – v.g. o Direito Administrativo e as Políticas Públicas – e sobretudo com os preceitos constitucionais, fonte dos bens jurídicos a serem selecionados.

Além disso, a edição de novas leis penais não se deve prestar a fins eleitoreiros, visando objetivos imediatos ou ocultos. Leis divorciadas da realidade, que não demonstram claramente o bem jurídico tutelado, que padecem de inconstitucionalidade e, principalmente, que não são precedidas pela análise dos meios administrativos e financeiros necessários à sua efetivação ou dos reflexos sociais da sua edição são leis editadas para não serem cumpridas. [52] Dentre estas, as piores leis são aquelas precedidas por grande divulgação na mídia acerca de sua importância e miraculosos efeitos, relegando posteriormente aos magistrados a impopular função de decretar a sua ineficácia ou limitar gravemente os seus efeitos. [53]

Conclui-se, assim, ser impensável, na atualidade, o enfrentamento das questões criminais, mormente diante dessa instabilidade fática e jurisprudencial, sem que se tenha uma visão crítica, necessária e indispensavelmente atrelada a questões de política criminal.

Nessa esteira, a política criminal pode ser vista como uma importante política pública, não somente quando executa adequadamente os fins que lhe são inerentes, mas também quando consegue, ainda que de forma reflexa e subsidiária, assegurar o alcance dos objetivos de outras políticas públicas.

De igual sorte, conclui-se, portanto, que a importância das políticas públicas permite à política criminal dirigir sua atenção para garantir a sua execução pelo Estado, evitando o desvio de recursos e coibindo, de qualquer forma, o desvio de suas finalidades.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, p. 247-256, jul. / set. 1988.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminología e sistema penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ELLIOT, Kimberly A. A corrupção e a Economia Global. Brasília: UnB, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. A concretização dos direitos sociais como estratégia de combate à criminalidade. Florianópolis, **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 5441-5453, 2008.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 2, n. 8, p. 41-51, out. / dez. 1994.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. São Paulo, **Estudos avançados**, vol. 11, n. 30, p. 55-65, mai. /ago. 1997.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003.

SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Estatuto epistemológico da criminologia no âmbito da ciência penal. **Estudos jurídicos**, v. 3, n. 1, p. 138-142, ago. 1995.

_____. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 847, p. 406-418, mai. 2006.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003.

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

SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. In: **Cadernos Adenauer**, v. 10, 2000, p. 9-45. Disponível em: <www.empresalimpa.org.br/Arquivos/Os%20Custos%20da%20Corrupção.pdf> Acesso em 30/05/2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal econômico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal econômico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

[1] Oportuno lembrar, mormente em se tratando de Direito Penal, que as chamadas “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais se assemelham aos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. À liberdade correspondem os direitos de primeira geração, de natureza individual, assim como aos bens jurídicos tradicionalmente tutelados penalmente: vida (e incolumidade física), liberdade, propriedade etc. À igualdade se espelham os direitos de segunda geração, direitos sociais, econômicos e culturais, “novos direitos”, entendidos estes como indicadores da vida coletiva, da moral, da economia e das sociedades” (SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 847, p. 406-418, mai. 2006, p. 409), “concebidos como créditos dos indivíduos com relação à sociedade, a serem saldados pelo Estado em nome da comunidade nacional” (LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. São Paulo, **Estudos avançados**, vol. 11, n. 30, p. 55-65, mai. /ago. 1997, p. 57). Por sua vez, à fraternidade equívalem os direitos de terceira geração, de natureza supra-individual, que se refletem nos novos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (meio ambiente, patrimônio genético, ordem econômica, sistema financeiro nacional etc.).

[2] Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci esclarece que “As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje.” (Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 89-90).

[3] Por tal razão, Norberto Bobbio preleciona que os direitos sociais consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (**A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21).

[4] Nesse ponto, cumpre traçar uma digressão do que se entende como Estado no campo das políticas públicas. Inicialmente, com esteio em Canotilho, pode-se afirmar que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92). O autor destaca ainda que o Estado Constitucional tem duas qualidades que o definem: Estado democrático e Estado de direito.

Cumpre lembrar, de igual sorte, a clássica divisão de Montesquieu dos poderes estatais, em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com suas respectivas funções precípua. Entretanto, no que tange às políticas públicas, essa tripartição se desvanece, cedendo lugar à execução dos fins por elas previstos.

Tem-se, de um lado, investido mais amplamente da representação popular democrática, o Poder Legislativo, o qual virá traçar os parâmetros legais para a atuação da Administração Pública. Fábio Konder Comparato ressalta: “Temos, pois, que, se a grande finalidade do ingresso dos homens em sociedade é a preservação de sua esfera de vida individual, e se o grande instrumento para tal são as leis editadas em cada sociedade, segue-se que ‘o primeiro e fundamental direito positivo de todas as comunidades humanas é o estabelecimento do poder legislativo’” (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 41).

De outra banda, tem-se o Poder Executivo, ao qual incumbe a atribuição de governar de acordo com os ditames legais, o que implica pôr em marcha aquilo que restou determinado pelo legislador, de acordo com os recursos financeiros que lhe são disponibilizados.

Neste tocante, Bucci sustenta que: “Todavia, como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo. O mais correto seria que pudessem ser realizadas pelo Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.” (BUCCI, op. cit., p. 97).

Mais recentemente, como sói acontecer, o Poder Judiciário se deparou com a questão. Relegou-se, portanto, à esfera judicial a discussão acerca da implementação de políticas públicas, no sentido de qual deve ter precedência sobre a outra, qual deve ser sua abrangência, se é permitido à Administração invocar razões orçamentárias para negar o atendimento a determinadas necessidades, dentre outros aspectos que excedem o campo do presente estudo.

Pode-se, portanto, concluir que incumbe ao Estado como um todo a execução das políticas públicas.

[5] Vale dizer: “A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.” (BUCCI, op. cit., p. 90).

Para Marília Lourido dos Santos, “importa frisar que a política pública é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo. Assim, compreende também uma certa margem de opção entre tais objetivos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá dar-se com a participação dos agentes públicos e privados. A adoção de certa política pública *representa o processo político de escolha de prioridades para o governo*, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não.” (Políticas públicas (econômicas) e controle. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 40, n. 158, abr./jun. 2003, p. 269).

[6] No entanto, Eduardo Fernando Appio intenta conceituar políticas públicas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos” (**Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136).

O autor ainda assevera que “as políticas públicas no Brasil se desenvolvem em duas frentes, quais sejam, políticas públicas de natureza social e de natureza econômica, ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos” (Ibid, loc. cit.).

[7] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 45.

[8] É certo que o mercado global influi na tomada de decisões do Estado ao traçar suas políticas, especialmente a econômica.

Se um país oferecer retorno baixo aos investimentos, sofrerá fuga de capital e depreciação da moeda. Por essa razão, as políticas tributárias e de gastos dos governos estão limitadas pela opinião do mercado sobre como deveriam ser.

Além disso, o mercado restringe todas as áreas da política, com a ajuda da pontuação atribuída pelos organismos de avaliação de crédito a governos e entidades públicas. Planos que desagradam têm efeito automático sobre as taxas de juros, independentemente de afetarem ou não os gastos públicos.

Os analistas de mercado estimam um “fator de risco político” para cada país, “expresso como uma sobretaxa sobre os juros correntes dos títulos do governo, que compensa a possibilidade de futuras mudanças políticas desfavoráveis ao capital. Qualquer proposta de aumento da tributação, especialmente sobre o capital, ou qualquer aumento do déficit orçamentário que exija mais empréstimos públicos tenderá a resultar em aumento da

taxa de juros” (LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 36).

[9] BATISTA, Nilo. Prefácio. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. IX-XVI.

[10] Por meio da conferência inaugural do 1º Congresso Nacional do Ministério Público, proferida no Teatro Municipal de São Paulo, em 1942.

[11] BATISTA, op. cit., p. IX.

[12] Conclui Batista, loc. cit., que “a maldição de Hungria, tangida dentro das Faculdades de Direito pelos ventos propícios de paradigmas neokantianos que dominavam a teoria geral do direito penal, generalizou um preconceito, segundo o qual o professor ou bem se dedicava às angústias normativas do dever-ser, ou bem restolhava na pouco importante realidade dos procedimentos sociais e institucionais de criminalização. Em suma: o professor devia escolher entre ser um jurista ou ser um criminólogo, e não pode espantar que a esterilidade investigatória das sociologias positivistas e funcionalistas tenha afugentado muitos talentos, que se refugiaram no oxigênio mesmo escasso de certas janelas que a dogmática jurídico-penal abre para os quintais floridos da história e da filosofia”.

[13] SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Estatuto epistemológico da criminologia no âmbito da ciência penal. **Estudos jurídicos**, v. 3, n. 1, p. 138-142, ago. 1995, p. 141.

[14] ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 44, tradução nossa.

[15] Ibid., p. 47, tradução nossa.

“Mas este conhecimento aproveitará pouco a quem não saiba se e com que requisitos se pode levar a cabo uma pretensão penal estatal, ou segundo que pontos de vista se deve determinar uma eventual pena, como se deve cumpri-la, onde radicam as causas reais da criminalidade e como se pode reconduzir o mais possível o delinqüente ao caminho da legalidade. [...] Um Direito penal moderno não é imaginável sem uma constante e estreita colaboração de todas as disciplinas parciais da ‘ciência global do Direito penal’”. Ibid., loc. cit, tradução nossa.

[16] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

[17] A respeito, deve-se salientar o interessante estudo de Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner – com a ressalva de abordar a visão criminal norte-americana –, que não trata exclusivamente do tema, mas que apresenta curioso aporte econômico para o estudo das causas da criminalidade. Explicam os autores, tratando do sistema de punições e recompensas, que:

“Os incentivos existem em três tipos de sabores básicos: econômico, social e moral. É muito comum que um único esquema de incentivos inclua as três variedades. [...]”

Alguns dos mais convincentes incentivos foram postos em prática para coibir a criminalidade. Considerando esse fato, seria válido pegar uma pergunta batida – por que há tantos crimes na sociedade moderna? – e virá-la ao contrário: por que não existem muitos *mais* crimes?

Afinal, cada um de nós descarta regularmente várias oportunidades de lesar, roubar e fraudar. A possibilidade de acabar preso – e com isso perder o emprego, a casa e a liberdade, punições essas de caráter econômico – decerto é um incentivo de peso. Mas quando se trata de criminalidade, as pessoas também reagem a incentivos morais (não querem cometer um ato que consideram errado) e a incentivos sociais (não querem ser vistas pelos outros como alguém que age errado).” (Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 23.)

[18] ROXIN, op. cit., p. 223, tradução nossa.

Fazendo coro a estas idéias, acrescento a penalogia às ciências anteriormente referidas, Busato e Montes Huapaya sustentam que:

“Todos estes aportes científicos da criminologia têm que passar pelo filtro da política criminal (análise valorativa). Logo, se é que se crê oportuno recorrer ao direito penal, dele se ocupará o estudo da dogmática jurídico-penal. Da forma de escolha de uma determinada pena, da determinação de sua execução e sua posterior análise empírica sobre sua eficácia ou efeitos da mesma serão objeto de estudo da penalogia.

Mediante um sistema integrado da Ciência penal onde cada parte que a integra aporte com sua especialidade, permitirá uma visão mais completa sobre o fenômeno criminal e a partir dele sua prevenção.” BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 28.

[19] Essa idéia-mestra, conquanto tenha sofrido inúmeras críticas, “não se perde mais e constituiu ao longo de todo o nosso século [o já superado XX] – como continua ainda hoje a constituir – ponto de referência obrigatório de uma compreensão exata e abrangente [...] do estatuto do mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia”. (FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 25).

[20] A par da definição de Figueiredo Dias, Dotti conceitua política criminal como “conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Em sentido amplo, compreende também os meios e métodos aplicados na execução das penas e das medidas de segurança, visando o interesse social e a reinserção do infrator” (DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73).

[21] ASSIS TOLEDO, Francisco de. Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, jul. / set. 1988, p. 251.

[22] ROXIN, op. cit., p. 217, tradução nossa.

[23] LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 38-39.

[24] Esse princípio orientador e limitador seria “o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.” Ibid., loc. cit.

[25] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-120.

[26] Neste sentido, Gomes e Bianchini enumeram as seguintes funções ou “finalidades legítimas” do Direito Penal:

1.^a) a proteção (subsidiária e fragmentária) de bens jurídicos;

2.^a) a proteção do indivíduo contra a reação social que o crime desencadeia;

3.^a) construção de um sistema normativo dotado de garantias que lhe concedam racionalidade.

(GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.)

[27] Para Prado, “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

[28] ROXIN, op. cit., p. 56, tradução nossa.

[29] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 175.

[30] Acerca do que chamou de generatividade geracional, no que tange às gerações de direitos, Canotilho elucida ao explicar que “a primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos da revolução francesa e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos. A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no patrimônio comum, da nova ordem de informação, acabou por gerar a ideia de direitos de terceira (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento.” CANOTILHO, op. cit., p. 386.

[31] Com base na lição de Claus Roxin, Sánchez Rios assevera:

“Depara-se, pois, com uma nova dimensão dos bens jurídicos tutelados. Associada aos entes tradicionais ‘constitutivos da sociedade’, a legitimação do Estado se dará também através da tutela das prestações públicas como objetivos de organização política, social e econômica estabelecidas na Constituição. Estas prestações públicas terão como finalidade possibilitar existência digna ao cidadão. Desta forma, torna-se lícito punir o fato de obstaculizar ao Estado o cumprimento de suas ‘funções’, reforçando penalmente valores coletivos (como o ambiente, a saúde, a ordem econômica, etc.).” SANCHÉZ RÍOS, Rodrigo. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 41.

[32] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 95-96.

[33] ROXIN, op. cit., p. 55 e 58.

[34] TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal econômico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 235.

[35] Winfried Hassemer indica que “há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal” (Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 2, n. 8, out. / dez. 1994, p. 43).

[36] SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 58.

Ainda segundo o autor, o que advém de tais mecanismos é desalentador, “porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.” Ibid., loc. cit.

[37] TERRADILLOS BASOCO, loc. cit., tradução nossa.

[38] Ibid., p. 236.

[39] BARATTA, Alessandro. **Criminología e sistema penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 312-314.

[40] Ibid., p. 314, tradução nossa.

[41] Em sua maioria, os demais ramos do Direito reconhecem a existência de direitos e, via de consequência, deveres para que estes sejam assegurados. Já o Direito Penal prevê espaços de negação do Direito, ou seja, condutas que visam negar direitos e, portanto, devem ser coibidas.

[42] Essa função dita “social” não seria propriamente semelhante à função “promocional”. Segundo Manfredi Parodi Giusino apud Gomes e Bianchini, normas penais promocionais são “as que se propõem orientar por meio de ameaça ou sanção penal o comportamento dos cidadãos em direção a um mais alto *standard* de vida, ou seja, à realização de bens ou valores ainda não consolidados no seio de uma sociedade historicamente determinada” (op. cit., p. 100, tradução nossa).

[43] Como bem assinala Francisco de Assis Toledo, “da mesma forma que é possível utilizarmos-nos das leis da natureza, em certa medida, para a obtenção de resultados valiosos, e influirmos nos fenômenos sociais, para criar respeitáveis instituições, canalizando poderosas forças para objetivos valiosos, contendo algumas tendências, direcionando outras, eliminando certos fatores deletérios, assim também deve ser possível intervir na área da criminalidade para submetê-la às instâncias de controle” (Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, jul. / set. 1988, p. 251).

[44] Leonardo Augusto Gonçalves já abordou o assunto pela via oposta, ou seja, de como a implementação de políticas públicas pode combater a criminalidade. “Mostra-se necessário que o Brasil, enquanto país em processo de desenvolvimento, garanta a seus cidadãos a possibilidade de superarem a pobreza e a miséria sendo que, para tanto, devem ser promovidos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais, **sendo esta uma das principais estratégias no combate ao vertiginoso aumento da criminalidade, uma vez que, afastado o estado de penúria, o cidadão deixará de encontrar tantos estímulos para a prática de delitos.**” (A concretização dos direitos sociais como estratégia de combate à criminalidade. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, p. 5446, sem grifo no original.)

[45] Código Penal. Art. 153 [...] § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

[46] Código Penal. Art. 296 [...] Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas: [...] III - quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

[47] A respeito de corrupção, destacam-se os trabalhos de SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas.

In: **Cadernos Adenauer**, v. 10, 2000, p. 9-45. Disponível em: <www.empresalimpa.org.br/Arquivos/Os%20Custos%20da%20Corrupção.pdf> Acesso em 30/05/2008; e de ELLIOT, Kimberly A. **A corrupção e a Economia Global**. Brasília: UnB, 1997, notadamente p. 81-96 e 301-308.

[48] O senso comum reconhece nessa sangria do erário uma das grandes incoerências no discurso do Estado quando invoca a provalada “reserva do possível” para se negar a estender políticas públicas, v.g. o fornecimento de medicamentos necessários para determinada doença, mas não previstos nas relações do Sistema Único de Saúde. Além disso, a corrupção é sabidamente um dos grandes fatores para a sonegação fiscal por parte do comércio informal e de alguns profissionais liberais. Para justificar o não-recolhimento, tais contribuintes correntemente se valem do argumento de que os tributos recolhidos não são convertidos em melhorias para os cidadãos, mas são destinados aos que subtraem os recursos públicos.

[49] Não somente os recursos econômicos podem ser desviados de áreas mais prioritárias.

Assis Toledo alerta que: “Há, também, um preço, de natureza diversa, que não pode ser quantificado numericamente. Qualquer estratégia séria de prevenção do crime exige iniciativas em áreas melindrosas, de que são exemplos: a participação dos meios de comunicação de massa; a paternidade responsável; a educação e assistência ao menor; as correntes migratórias desordenadas, com a evasão do campo para centros urbanos explosivos; as estruturas sociais arcaicas; a necessidade de maior participação de empresas e de particulares que preferem estabelecer, com elevados dispêndios, um tipo de segurança própria que não se projeta para a coletividade; a humanização dos presídios etc.” (op. cit, 1988, .p. 252).

[50] Segundo Cunha, “ao legislador penal cabe o papel de captar as modificações sociais, o diferente ambiente valorativo, para os tomar em consideração quando define a área do crime”, dependência que, conclui a autora com base em Hans Zipf, “restringe o âmbito de decisão político criminal” (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 16).

[51] Como exemplo da ausência de reflexão e confronto na atividade legislativa, é notória a incoerência do art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro (lesão corporal **culposa** na direção de veículo automotor), com pena cominada de detenção, de seis meses a dois anos, diante do art. 129, *caput*, do Código Penal (lesão corporal **dolosa**), que comina pena de detenção, de três meses a um ano. Saliente-se que tal disparate, que impõe pena menor a quem, independentemente do meio (inclusive na direção de veículo automotor), desejou o resultado criminoso ou assumi o risco de produzi-lo, ainda não foi corrigido em mais de dez anos desde a promulgação da lei.

[52] Por isso é que se diz, popularmente, haver no Brasil leis que “pegam” e outras que “não pegam”.

[53] A respeito, acompanhe-se a discussão sobre uso de células-tronco embrionárias em pesquisa e terapia, instaurada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-DF,

acerca da incompatibilidade do artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105/ 2005, com os artigos 1º, III e 5º, ambos da Constituição Federal.

O PAPEL DO LEGISLATIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA HUMANISTA*

THE LEGISLATIVE ROLE IN THE IMPLEMENTATION OF LOCAL PUBLIC POLITICS FOR THE EXECUTION OF CITIZENSHIP: AN APPROACH FROM THE HUMANIST THEORY

**Ricardo Hermany
Diogo Frantz**

RESUMO

Desde a sua criação, o Poder Legislativo Municipal já tinha grande importância, demonstrando a necessidade de os Vereadores corresponderem aos anseios do povo. Mas somente com o advento da Constituição Federal de 1988 a Câmara de Vereadores se consolidou como representante direto dos cidadãos nas questões de interesse local e, ainda, como fiscalizadora do Poder Executivo Municipal. Nesse trabalho será analisada a importância do Legislativo na sociedade, como instrumento de fomento do poder local. Também será feita uma análise da necessidade de uma agenda para as políticas públicas locais. Logo, a cidadania deve ser fruto das políticas públicas. Mas, será que os Vereadores estão efetivando os direitos de cidadania? Assim, no presente estudo serão verificados os direitos de cidadania e o papel do Vereador em uma perspectiva humanista, pois assim o Vereador assume uma nova perspectiva, podendo escolher mudar o mundo à sua volta e produzir uma diversidade de coisas, em função da sua capacidade de agir e de proporcionar o bem-estar.

PALAVRAS-CHAVES: LEGISLATIVO MUNICIPAL; CIDADANIA; POLÍTICAS PÚBLICAS; HUMANISMO; PODER LOCAL.

ABSTRACT

Since its creation the Municipal Legislative had great importance, demonstrating the necessity of the Aldermen to correspond to the people's longings. But only with the advent of the Federal Constitution of 1988 that the Aldermen's House consolidated as the citizens' direct representative in the subjects of local interest, and still, as supervisor of the Municipal Executive Power. Then, the importance of the Legislative in the society will be analyzed, as instrument of fomentation of the local power. Still, an analysis of the necessity of an agenda for the local public politics will be made. Therefore, the citizenship must be fruit of the public politics. But are the Aldermen executing the citizenship rights? Then, in the present study, we will verify the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

citizenship rights and the Alderman's role in a perspective humanist, because thus, the Alderman assumes a new perspective, therefore it can choose to change the world its turn and to produce a diversity of things, seen its capacity to act and to provide the well-being.

KEYWORDS: MUNICIPAL LEGISLATIVE; CITIZENSHIP; PUBLIC POLITICS; HUMANISM; LOCAL POWER.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio irá abordar a importância do Poder Legislativo Municipal sob alguns aspectos. Primeiramente, será analisado o papel do Legislativo na sociedade como representante direto do povo, bem como o Vereador sob uma perspectiva humanista, na medida em que esse pode escolher mudar o mundo à sua volta e proporcionar o bem-estar de todos municípios. É imprescindível um vereador comprometido com a justiça social. Logo, a Câmara de Vereadores pode servir como fomento do Poder Local, pois essa pode através de suas atividades buscar o cidadão para a esfera pública e torná-lo um ator social capaz de participar de forma dialógica nos espaços públicos de participação.

Assim, será verificada a importância de uma esfera pública democrática sob a perspectiva de Jürgen Habermas, visto ser imprescindível uma cidadania efetiva na esfera pública, onde as pessoas possam exercer a democracia nesse espaço público. Assim, esses representantes do povo devem cuidar e absorver os interesses públicos, agindo com responsabilidade nessa esfera.

Mas, para tanto, são necessárias políticas públicas eficazes que devem ser fruto das gestões democráticas – vereadores; mas, para isso, precisa-se de uma agenda política de planejamento para a definição das políticas públicas a serem implementadas. As políticas públicas não podem ser pensadas a curto prazo, caindo num imediatismo eleitoral, mas, sim, deve ser feito um desenho ou planejamento estratégico para políticas a médio e longo prazos, que sejam capazes de garantir os direitos fundamentais de cidadania.

Dessa forma, a cidadania alicerçada numa perspectiva humanista possui destaque, visto que o pensamento humanista preocupa-se diretamente com a justiça social, nunca esquecendo a pessoa e o bem-estar do outro. Desse modo, serão objeto do estudo os três tipos de cidadania em Marshall – política, social e a econômica –, verificando a função e a importância do Legislativo Municipal na concretização desses

direitos. Assim, uma cidadania política baseada no humanismo, pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

1 O PAPEL DO LEGISLATIVO NA SOCIEDADE E A CÂMARA DE VEREADORES COMO FOMENTO DO PODER LOCAL: UMA ABORDAGEM HUMANISTA

O Poder Legislativo exerce uma função de extrema importância, pois é o representante do povo, devendo, assim, cuidar dos interesses dos cidadãos da sua cidade, bem como elaborar leis que representem a vontade do seu povo. Para tanto, a Câmara de Vereadores tem absoluta independência do Executivo, não existindo qualquer submissão[1].

A Câmara de Vereadores possui uma expressa importância, visto ser o único poder capaz de se auto-instituir - a cada quatro anos - e é, ainda, quem empossa o Prefeito Municipal, o que significa afirmar que a administração municipal se instala a partir do Poder Legislativo[2].

Castro[3] traduz a importância da Câmara de Vereadores:

O fenômeno de absorção do vigor das Câmaras Municipais, já no Brasil - Colônia, reflete a identidade do homem com seu torrão natal, o sentimento nativista, a relação de vizinhança a demonstrar a necessidade de se proverem os interesses locais em consonância com as aspirações de emancipação de um povo, revelando, As CAMARAS MUNICIPAIS, o fundamento de nossa nacionalidade, de nossa independência.

Portanto, a Câmara de Vereadores assume maior relevância, visto possuir uma missão a cumprir na sociedade, em face de sua maior aproximação das atividades econômicas, políticas e sociais. A Câmara deve buscar, portanto de forma ágil e eficaz a solução para seus problemas, pois não pode ficar à margem dos problemas e dos desafios do espaço local. Os Vereadores devem caminhar com os cidadãos, aproximando-os do Legislativo e possibilitando a sua participação.

Quando na elaboração de suas Leis, ela deve ir ao encontro das necessidades e aspirações dos cidadãos pertencentes, pois a Câmara de Vereadores deve possibilitar canais que visem à participação e democratização das atividades públicas.

Portanto, hoje a Câmara de Vereadores deve ser promotora da concretização dos direitos de cidadania, pois deve identificar os problemas de toda a comunidade e corresponder às expectativas com políticas públicas eficazes. Deve buscar, ainda, a participação dos cidadãos nas suas decisões, pois só assim serão realmente efetivados os interesses, seja da cidade, do bairro ou da vila.

Dessa forma, o vereador sob uma perspectiva humanista pode:

escolher, mudar o mundo à sua volta e produzir uma diversidade de coisas. Atuar significa ter a capacidade e o discernimento de agir, optar e evoluir o pensamento e direcioná-lo de maneira tal que possa melhorar cada vez mais e proporcionar o bem-estar próprio e alheio. A pessoa humana é um ser livre, e cabe a ela fazer o que deseja de sua vida e direcioná-la para onde quer. Entretanto, apesar dessa possibilidade de construir o próprio caminho, sua liberdade também se restringe em determinados instantes, pois ela deve, acima de seus caprichos e desejos, procurar agir livremente sem atingir ou ferir a liberdade de outrem, de seu semelhante.[4]

A Câmara de Vereadores, dentre algumas funções que exerce, está a função Legislativa, a função Fiscalizadora, a função Administrativa, a função Judiciária; mas, o que realmente se quer identificar é de que forma os Vereadores estão garantindo e efetivando os direitos de cidadania? Para realmente se ter uma resposta, se faz necessário, analisarmos as Câmaras de Vereadores, pois só assim realmente será possível identificar como os Vereadores percebem e garantem tais direitos.

Após longos debates sobre a não-efetivação da democracia, e conseqüentemente da cidadania, iniciou-se a discussão sobre as principais mudanças na gestão da Administração Pública, de como alcançar melhores resultados. Assim, o entendimento partiu da idéia de que se deveriam repassar mais poderes aos municípios, ou seja, prestigiar o âmbito local, como forma de iniciar essa remodelação da gestão.

O Município certamente é o espaço legítimo para o debate público e igualitário sobre o que se quer de uma sociedade; é sem dúvida também o *locus* privilegiado de impulsão à

constituição de uma sociedade democrática de direito que está em busca de uma cidadania.

A noção de espaço local é sem dúvida um elemento importante que está intrinsecamente ligado ao processo de democratização; é onde mostra uma compreensão das formas administrativas locais, chamando atenção para a descentralização dos espaços públicos e das políticas sociais[5]. É nesse sentido que, no campo das políticas públicas, se tem como uma das principais inovações o elevado grau de participação popular nos diferentes níveis de desenvolvimento, como forma de implementação das políticas e do pleno exercício da cidadania, buscando concretizar os direitos fundamentais.

A intensificação da ação e da participação dos “clientes” nas políticas de Welfare parece estar constituindo, em quase todo o mundo, tendência a diminuir o grau de passividade com que anteriormente eram aquelas recebidas e, mais do que ‘dinamizar’ os direitos sociais, rearticulam o espaço, a trama social na qual se processam as políticas. [...] Em outras palavras, as associações de vizinhança, de moradia, os organismos comunitários, as organizações voluntárias de todo o tipo que se formam nas e para as políticas sociais estariam expressando aquele movimento social mais profundo de contínua reorganização do tecido social [...].[6]

Por isso, o federalismo tem como uma de suas bases a existência da esfera local, que atribui grande responsabilidade a essas competências autônomas.

Para Farah[7], a solução está na dimensão democrática dos governos locais e que as experiências inovadoras no combate aos problemas desse contexto, como a inversão de prioridades na aplicação e otimização dos recursos públicos, demonstrando preocupação com a transparência administrativa e com o acesso de informações aos seus cidadãos, seriam uma nova forma de gestão compromissada.

Para tanto, o Legislativo municipal é o legítimo representante dos cidadãos, por conseguinte o representante legítimo da vontade, que deve proporcionar mecanismos de comunicação com os munícipes. Mas, ainda hoje existe um grande distanciamento entre as Câmaras Municipais e a comunidade, ocorrendo a baixa participação dos cidadãos no processo político, deixando os Vereadores à vontade para decidirem o destino das atividades públicas e recursos públicos.

Conseqüentemente o pensamento humanista contemporâneo se preocupa com a justiça social, nunca esquecendo da pessoa e de seu bem-estar, permitindo assim a formulação

de uma concepção de pessoa largamente aberta aos problemas da atual civilização[8]. E é dessa premissa que os vereadores devem partir, sempre pautando o bem-estar[9] de seus munícipes. Assim, “o pensamento humanista procura revelar e criticar tudo o que impede a realização integral do ser humano em meio às conquistas da modernidade e ao permanente perigo da desumanização”[10].

Assim, a administração pública necessita de muitas mudanças, surgindo o Município como um campo favorável a essas perspectivas, pois a Câmara Municipal, através de seus Vereadores, tem o dever de representar e garantir os direitos fundamentais de seus munícipes, visto a dinamicidade e aproximação dessa esfera dos problemas sociais.

Logo, para Hermany[11], a esfera local é a potencializadora do sentimento de pertencimento.

A esfera local potencializa a idéia de pertencimento, de responsabilidade social, estimulando, dada a proximidade do processo decisório, a ativa participação da sociedade, o que acarreta inúmeros benefícios. Portanto, o fator que se constata em todas as estratégias bem-sucedidas de poder local reside no maior grau de abertura dos processos decisórios para a população.

Mas, somente o sentimento de pertencer a uma cidade, não basta, é fundamental que os atores políticos e sociais tenham conhecimento de seus direitos e deveres. Portanto, as decisões compartilhadas entre a administração pública e a sociedade fazem com que as decisões sejam mais efetivas e transparentes. Dessa forma, o poder local efetiva os direitos de cidadania – por meio dos atores sociais e políticos –, combinando políticas públicas garantidoras de cidadania que surgem a partir dessa “capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases operacionais precisam ser pensadas e executadas (...)”[12]. **Mas, para tanto, a Câmara de Vereadores deve visar à democratização das atividades públicas, pautada em uma visão ética e participativa.**

Explica Marli Marlene da Costa[13]:

Atualmente as expressões “cidadania” ou “citizenship” são empregadas, não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas para também caracterizar direitos e deveres dos cidadãos. Muito embora, o modelo de comunidade holística não seja adequado para o exercício da cidadania em regime

de democracia, em função de uma política que insiste em afastar-se do interesse coletivo e voltar-se para os interesses do mercado, faz-se necessário que o cidadão ocupe sua posição jurídica na esfera pública deixando de lados o papel de mero observador e exija o reconhecimento mútuo e o cumprimento do consenso formal, isto é, da Constituição que é inerente do contexto e da comunidade. Adotando esse procedimento, o cidadão deixa de ser um mero consumidor ou cliente, refutando a síndrome da cidadania do consumo e adotando o exercício da cidadania democrática, que é inerente de cidadãos críticos, fiscalizadores e emancipados.

A relação entre cidadania, humanismo e espaço urbano é muito estreita, senão invisível. Por isso, para se discutir o conceito e o exercício da cidadania, é preciso investir esforços para compreender de que forma a cidade é vista pelo poder político.

E isso necessita de planejamento e organização para a prestação dos serviços públicos, o que não vem acontecendo, não por falta de recursos ou de idéias, mas por corruptas e viciadas articulações envolvidas no cenário político[14]. Para tanto, é fundamental a verificação e avaliação dos Vereadores.

2 A ESFERA PÚBLICA EM JÜRGEN HABERMAS

É, sem dúvida, imprescindível haver uma cidadania efetiva na esfera pública, EM QUE as pessoas são educadas para exercer a democracia no espaço público. Para tanto, é necessário compreender o procedimentalismo do direito e a sua ação comunicativa na esfera pública, como forma de efetivar uma cidadania democrática, a partir de Jürgen Habermas[15] que afirma que “o Estado democrático de direito é uma institucionalização de processos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”. Destaca-se, então, a necessidade do direito como interlocutor das relações do Estado e os atores sociais.

Habermas inclusive conceitua o que é a esfera pública e delimita o seu conceito, visto que é necessário para se compreender tal espaço:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação; o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma

organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicáveis são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.[16]

A esfera pública para Habermas é um fenômeno social elementar, pois ela não pode ser concebida como uma organização ou um sistema, mas sim um espaço para a comunicação de conteúdos onde se possam exprimir posições.

Para Habermas,[17] o Estado deve cuidar e absorver os interesses públicos, não devendo ser apenas expectador, mas agir com responsabilidade. Por conseguinte, a importância da esfera pública, que é o local onde se poderá exercer a fiscalização, e insistir “nas condições de se manter o direito legítimo”.

Esses fatores atingem o paradigma procedimentalista do direito, de acordo com o mesmo autor, conforme descrito a seguir:

...pois a "combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada são a chave para se entender a gênese democrática do direito". O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos não-estatizados. Com a absorção da *esfera pública política por parte do poder, existem* as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade de interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição.[18]

O objetivo desse paradigma procedimentalista é a ocupação dos atores sociais na esfera pública, como forma de efetivação da cidadania ativa. Entretanto, para haver uma esfera pública é imprescindível a existência da sociedade civil, mas uma sociedade civil diferente daquela da sociedade burguesa, uma sociedade civil desvinculada da economia, como diz Habermas:[19]

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em que questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses "designs" discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõe o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo continuidade e duração.

Nota-se que a sociedade civil, hoje, começa a buscar os seus direitos diante do Estado, pois assim começa a dar origem à cidadania ativa. Para tanto, a participação é fundamental, pois, como chama atenção Liszt Vieira,[20] o cidadão deve participar de forma argumentativa e crítica nos espaços públicos, pois assim se pode estabelecer o debate, e, cobrar do Legislativo Municipal os seus direitos.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E CIDADANIA

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS

Faz-se necessária, para melhor elucidação das posturas construtivas da cidadania pelo Poder Local, uma explanação sobre as políticas públicas, suas possibilidades e seus entendimentos.

Políticas públicas podem ser conceituadas como uma série de respostas ao sistema político posto frente às demandas sociais e públicas que irão ao encontro dos destinatários. Diante disso, a criação e implementação das políticas públicas estão

diretamente ligadas à ação de fazer ou não fazer por parte do Estado - União, Estados e Municípios - que tem por finalidade desempenhar esse papel.

Devem ser entendidas as políticas públicas como uma ação coletiva desenvolvida pelo ente direto, com o objetivo de dar respostas às necessidades da sociedade. Entende-se como um comprometimento do Estado diante de uma determinada sociedade, lembrando-se sempre que as políticas públicas efetivam os direitos sociais garantidos e declarados em Lei[21].

Para Heringer,[22] política pública é a “ação de determinado governo, orientado para atingir fins específicos, ou seja, é um meio para se atingir determinada meta econômica ou social”.

Complementando o conceito de políticas públicas, são “decisões de intervenções na realidade social, quer seja para efetuar investimento ou de pura intervenção administrativa ou burocrática”[23]. Nesse contexto, as instâncias locais são fundamentais para a efetivação das políticas públicas, pois os municípios são responsáveis pela realização de grande parte delas, tendo em vista a descentralização do poder executivo federal que outorga poder aos entes federados considerando sua autonomia.

Na lição de Azevedo,[24] as políticas públicas formam duas características distintas: a primeira procura uma coesão para delimitar o que se pretende fazer ou não, pois quanto maior for o consenso, mais facilmente essas políticas sugeridas poderão ser efetivadas; e a segunda é a definição de normas e o processamento dos conflitos, em que essa definição das normas poderá se dar tanto para uma ação como para uma resolução de conflitos entre agentes sociais e indivíduos.

Na visão de Viana,[25] Lindblom[26] e Labra[27], as políticas públicas possuem cinco etapas, da seguinte forma:

a) percepção e definição dos problemas: é perceber uma situação de dificuldade e transformar esse problema político; b) construção da agenda: onde o espaço de constituição da relação de problemas que chamam a atenção do governo e dos cidadãos seja reconhecido determinado tema enquanto problema de ordem pública; c) formulação de políticas: podemos definir a fase em que a participação dos atores sociais será colocada na agenda, com a criação de alternativas de ação/intervenção de natureza pública, em detrimento das necessidades que constem na agenda política; d)

implementação de políticas: é nessa etapa que a política deve ser formulada, devendo ser definidas as prioridades e transformadas em programa em que se busca obter impactos e conseqüências a partir dessa implementação; e) avaliação de políticas: é a verificação crítica em que se verifica se as metas antes propostas estão sendo cumpridas; em caso positivo, deve ser continuada e em caso negativo, deve-se iniciar um novo caminho.

Labra[28] explica que ainda não estão à disposição modelos acabados ou consensuais para o estudo do processo de produção e implementação de uma determinada política pública, mas sim de variadas correntes, pensamentos e abordagens, pois não há, ainda, uma teoria que por si só dê conta de responder a essas questões.

Nota-se que inúmeras políticas públicas resultam fracassadas, certamente em decorrência da falta de planejamento das mesmas, pois geralmente não é feito planejamento ou desenho estratégico para tais políticas. Com isso surge a necessidade de qualificar e inovar os mecanismos de promoção dessas políticas. Para tanto, o gestor público precisa ter cuidado para não cair num imediatismo político, no qual a elaboração de políticas visa apenas a resultados a curto prazo. É necessário que haja um real conhecimento sobre a realidade e as necessidades sociais, para, a partir delas, elaborar mecanismos de intervenção na realidade, mesmo que os resultados só venham a médio ou a longo prazo. Uma visão meramente imediatista pode comprometer o sucesso de tal política, mas, infelizmente, parece que os governantes têm uma “cultura de improvisação”, adotadas de improviso sem o devido planejamento. Essas políticas estão fadadas ao fracasso na sua grande maioria[29].

É normal que os governos latino-americanos não estejam preparados para administrar. Sem planejamento, “governa-se de costas para as ciências e técnicas de governo, respaldado em um praticismo extremamente rudimentar e superficial”. Segundo Matus[30], há a necessidade de fazer três balanços, que são: balanço de gestão política, balanço de gestão macroeconômica e balanço de intercâmbio de problemas. A arte de governar repousa na compensação entre esses balanços, que, ao final, deve resultar num balanço global positivo.

A política é um intercâmbio entre o governo e a população, e esse intercâmbio deve ser mantido sempre em equilíbrio. Ser um governante eficaz significa criar, a cada dia, no menu diário de decisões, as condições para que esses três balanços possam ser compensados, uns pelos outros[31]

A arte de administrar os bens e interesses públicos não é atividade neutra; pelo contrário, muitas são as forças que influenciam a escolha da implementação por esta ou aquela política pública.

Quando se fala em cidadania traz-se junto uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual se desenvolve com políticas públicas eficazes, a qual traz o cidadão ao pertencimento das ações locais. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização dessas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação Estado e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

3. 2 A CIDADANIA SOB A PERSPECTIVA HUMANISTA

A cidadania, neste novo milênio, vem ressurgindo, pois esse conceito está intrinsecamente ligado à idéia de participação e justiça. Assim, a cidadania passa hoje por novos desafios em face de diversos fatores econômicos, sociais e políticos que fomentaram esse descontentamento da população. Dessa forma, faz-se necessário observar a evolução histórica da cidadania e do humanismo, para se compreender tais fatores.

Assim, o humanismo é uma corrente filosófica baseada no ser humano[32], que por conseguinte vem a dar *status* à cidadania. O humanismo surgiu no século V a.C.[33], na qual a pessoa humana, bem como os limites e os interesses do ser humano[34], eram muito mais valorizado que a própria sociedade, onde todos os seres humanos são iguais, inclusive em relação a direitos de compartilhar idéias e crenças que podem tanto ser iguais como diferentes. O humanismo tem como alicerce básico a exaltação da dignidade humana[35], de acordo com referências históricas, e teve suas primeiras aparições na Antigüidade graças aos filósofos gregos[36]. A partir do século VI a.C., surgiram o conceito de isonomia no mundo, ou seja, igual participação a todos os cidadãos no exercício do poder. Assim, da formação do Estado, entre os gregos, nasceu uma forma muito aperfeiçoada de Estado, a república democrática. E destes três princípios, o debate de idéias, as práticas públicas e a igualdade dos cidadãos, são inegavelmente bases do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma tímida[37].

Já a cidadania, desde o período grego, era baseada na participação, marcada como forma exclusiva de cidadania; mas essa cidadania era muito limitada, sendo uma cidadania “exclusiva e não inclusiva”, pelo fato de que somente os varões que fossem

descendentes de outros “cidadãos” poderiam ser assim considerados[38]. Pode-se concluir que era uma espécie de herança, pois mulheres, estrangeiros, escravos e crianças jamais poderiam ser cidadãos. Assim, no período grego foram construídas várias acepções acerca do que era e o que significava cidadania; e dessa forma, muitos autores como Péricles, Sólon, Clístenes desenvolveram uma noção acerca do que seria cidadania[39]. Além deles Platão e Aristóteles também trouxeram suas contribuições[40].

Somente com a promulgação de Caracalla (188-217) se colocou fim a esse conceito e se concedeu a cidadania para todos os sujeitos livres. Com essa promulgação se estabeleceu um novo conceito e uma nova forma de se conceber o que significava cidadania[41].

Logo, o período que vai do século VII d.C até o século XI d.C. surge para as cidades como um instrumento de aproximação e de “identidade” com os cidadãos, assumindo uma maior importância. E logo após, do século XIV ao XV, surge a importância da participação dos cidadãos como forma de tranquilidade e estabilidade da República. Mas, como se verifica, nesse período a idéia e o conceito de cidadão são substituídos pela figura do súdito; assim, o cidadão, enquanto sujeito participante, passou a não fazer mais sentido, apenas interessava em submeter-se e sujeitar-se ao poder do monarca[42]. Durante os séculos XVII e XVIII, surge uma polêmica entre os termos cidadania e burguesia[43]. Mas, já na Revolução Francesa começa a surgir um outro conceito acerca do que seria a cidadania, embora um conceito ainda bem diferente dos moldes de hoje. Começa a surgir uma relação de cidadania “como uma concepção igualitária da natureza humana e se tenta aplicar esta idéia à prática política”[44].

Após, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o conceito de cidadania tenta ganhar uma nova dimensão; mas restou frustrada tal tentativa, pois o Estado de direito não se mostrou capaz de responder às demandas sociais, ocasionando uma nova crise de legitimidade[45]. Surgem, então, no período contemporâneo, duas características distintas de cidadania: uma trazendo um vínculo entre nacionalidade e cidadania e a outra, uma forte ligação entre igualdade e cidadania[46].

Portanto, definir o que é cidadania ou lhe ditar um conceito seria uma pretensão um tanto que exacerbada, pois ela compreende, “dada a variedade e dimensões espaciais e funcionais,”[47] um campo muito abrangente. Zapata Barrerro[48] afirma que “o maior problema do termo cidadania é carecer de um conceito, porque apenas se pode falar em concepções”.

Clóvis Gorczewski[49] já assim define:

De uma maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão; e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A idéia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu Estado.

Esse é também o entendimento de José Afonso da Silva afirmando que a "Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política"[50].

Assim, o termo cidadania apresenta um conceito e uma conotação muito especial, pois remete a algumas questões importantes diretamente na sociedade, como as igualdades e desigualdades sociais, econômicas e políticas, o caráter das instituições públicas[51].

Núria Martín[52] traz suas contribuições afirmando que não se pode instrumentalizar o conceito de cidadania sob pena desse excluir determinados grupos ou pessoas. Portanto, essa autora chama atenção que é preciso redefinir um novo conceito de cidadania, visto que os anteriores não servem de modelo para a nossa sociedade atual.

Por sua parte, as teorias que apelam para a fragmentação da cidadania, apresentam intenções de redefinir as formas de titularidade. O conteúdo atual de cidadania abarca, de forma significativa, a participação política e a cultura cívica. Assim, ainda que as raízes da cidadania sejam gregas e romanas, o conceito atual de cidadão provém, sobretudo dos séculos XVII e XVIII, da revolução francesa, inglesa e americana e do movimento do capitalismo, tendo experimentado uma importante evolução desde o período da Revolução francesa até a queda do muro de Berlim. Podemos observar também que a noção de cidadania, ao longo da história, tem designado um privilégio, uma entidade excludente. Pouco a pouco vem desligando-se da vinculação de desigualdade, mas não tem conseguido em sua totalidade[53].

Podemos afirmar que o que nos faz cidadãos é sem dúvida alguma “pertencer a uma cidade”, o que significa dizer que a cidade é uma “coletividade de indivíduos” organizados sob determinados aspectos, procedimentos e normas, que irão condicionar as ações comuns e individuais com o objetivo de resolver e enfrentar os conflitos do “espaço ou esfera pública”, pois o “cidadão se faz fazendo sua cidade”[54].

Dessa forma, se mostra intrínseco o cotejo entre cidadania, humanismo e a cidade e, por conseguinte, com o Legislativo Municipal. Com o surgimento e o crescimento do cidadão como um ator social dotado de direitos e obrigações, esse passa a fazer parte da sociedade como titular de direitos, direitos os quais hoje ainda estão sendo ampliados e incorporados, sejam direitos fundamentais, humanos, políticos, sociais, econômicos, enfim, passa o cidadão a fazer parte de uma agenda de instrumentos eficazes ao desenvolvimento integral.

O Humanismo alicerça-se na construção de um mundo melhor, para todos os homens, possuindo um caráter ético-sociológico correspondente à corrente filosófica. Também é visto como uma aposta civilizante de desenvolvimento, capaz de fugir das tradicionais utopias, tornando-se uma arma potente contra as mazelas da contemporaneidade, ou seja, as desigualdades e a exclusão social[55].

Portanto, o Humanismo busca a erradicação de toda e qualquer violência e discriminação contra o ser humano, a fim de preservar a sua intencionalidade, sua liberdade, seus desejos e suas vontades[56]. Em razão disso, não existe um conceito pronto que delimite o humanismo, pois o mesmo se encontra em constante construção, sendo o homem desde os gregos, na Antiguidade, considerado o centro de todas as coisas[57].

Mas, atualmente, no início do século XXI, devido ao momento histórico pelo qual passa a civilização mundial e, principalmente, ao fato de o homem estar diante do fenômeno da globalização, surge a proposta de um “novo Humanismo” que deve acompanhar tal realidade, universalizando-se em benefício de todo o planeta e de todas as pessoas acentuando a dimensão da liberdade do ser humano[58].

Conseqüentemente, o pensamento humanista contemporâneo se preocupa com a justiça social, nunca esquecendo da pessoa e de seu bem-estar, permitindo assim a formulação de uma concepção de pessoa largamente aberta aos problemas da atual civilização.

Mas vamos realizar este estudo, a parti de Marshall[59], que, em seu clássico de 1949, divide a cidadania em três dimensões, cada uma fundada em um princípio e em uma base institucional distintos. Adaptadas às circunstâncias do mundo contemporâneo, podemos descrever essas dimensões da seguinte forma:

A primeira é a cidadania civil que tem como princípio básico a liberdade individual e tem como direitos, por exemplo, a liberdade de ir e vir, a igualdade perante a lei, o

direito de propriedade e o direito a não ser condenado sem o devido processo legal, vale dizer, o direito à presunção de inocência. A garantia dos direitos civis é dada por um Poder Judiciário independente e acessível a todos.

A segunda é a cidadania política que tem como princípio básico o direito à comunicação — ainda não reconhecido como tal — e que significa participar do exercício do poder público tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. A sua garantia é dada pela existência de partidos políticos consolidados, por um conjunto de novas institucionalidades constituídas por diferentes movimentos sociais, mas, sobretudo, por um sistema democrático.

A terceira é a cidadania social que tem como princípio básico a Justiça Social e significa a participação na riqueza coletiva através do direito à educação, à saúde, ao emprego, a um salário justo e à comunicação. Sua garantia é dada por poderes Executivos e Legislativos responsáveis e eficientes.

Marshall[60] periodiza os fatos históricos relativos à esfera dos direitos nos Estados modernos europeus, atribuindo a séculos diferentes o surgimento de cada tipo de direito. Assim, os direitos civis seriam os primeiros, surgidos no século XVIII; os políticos estão ligados ao século XIX; e os sociais, ao século XX. Agora, no século XXI, se faz primordial voltarmos a estabelecer uma relação entre os direitos políticos e direitos sociais, pois eles estão intrinsecamente ligados, uma vez que os direitos políticos são tão fundamentais para um indivíduo como qualquer outro direito. Na verdade, é equivocado acreditar que os direitos sociais estão desligados dos direitos políticos e vice-versa. Eles não são ornamentais. Eles reforçam a luta pela preservação dos direitos sociais. Eles — direitos políticos - garantem que o estatuto de cidadania não seja simplesmente um estatuto, mas que realmente seja o impulsor da efetivação dos direitos sociais, pois inevitavelmente os direitos sociais passam primeiramente pelos direitos políticos.

A natureza da cidadania política afeta diretamente a cidadania social, bem como a legitimidade da cidadania civil. Não se pode esquecer que uma cidadania política fraca pode enfraquecer o desenvolvimento de uma cidadania social.

A cidadania social, a cidadania política constituem um aspecto importante da cultura da cidadania em qualquer sociedade e suas conseqüências repercutem sobre os direitos civis e políticos. Examinar essas conseqüências nos permite obter um quadro mais completo das implicações de um determinado grupo de políticas sociais. Marshall[61] afirma que, dentro dessa perspectiva, a relação da cidadania social com a democracia, e daí com os direitos civis e políticos, é positiva e relativamente tranquila, pois para ele, a

cidadania social, juntamente com a cidadania política e civil, geram o bem-estar social e tornam a democracia eficiente.

A cidadania social, ao contrário, depende muito mais da participação da comunidade. O exercício formal ou informal dos direitos de cidadania social depende da participação ativa de outros, para os quais esses direitos constituem obrigações. Os direitos sociais são, em larga medida, direitos de receber ajuda dos outros e as responsabilidades sociais se referem a dar ajuda aos outros. A extensão da cidadania política soluciona parte dessas contradições entre a desigualdade criada pelo mercado e a igualdade inerente à cidadania. Os desfavorecidos pelo mercado se utilizam do voto e da organização política para reduzir as desigualdades econômicas por intermédio, por exemplo, da criação de impostos redistributivos ou ainda nas políticas públicas. Contudo, Marshall dizia que a cidadania civil e política provavelmente só conseguiriam diminuir a desigualdade de modo eficaz se os membros de uma comunidade compartilhassem um padrão básico de vida e cultura. O exercício efetivo dos direitos civis e políticos dos membros de uma comunidade exige que eles estejam livres da insegurança e da dependência impostas pela miséria, pela doença e pela carência de educação e de informação.

Mas, como conclui Vieira[62], a cidadania assume outras duas facetas: depende da reativação da esfera pública, pois é esse o espaço adequado para o agir coletivo da sociedade; e é essencial para a formação de uma “identidade política baseada em valores de solidariedade, autonomia”.

Entretanto, a modernidade revelou o individualismo, a competição do mercado, não conduzindo mais o ser humano à sua efetiva realização. Não se consegue romper com a cultura do individualismo, que nos desautoriza como seres coletivos. Assim, esquece-se a principal finalidade de todo esse processo – o ser[63].

O humanismo, nas palavras de Veronese[64], implica um projeto de construção de humanidade, na qual busca consolidar a edificação das virtudes. Talvez seja esse o ponto em que se encontra o maior problema de todo o processo evolutivo de nossa civilização - a não-composição e o resgate contínuo das virtudes -, pois quando o ser humano conseguir superar seu egoísmo, o individualismo, a ganância, o autoritarismo e passar a consolidar a solidariedade, a fraternidade, a partilha, a misericórdia, a compaixão, logo o outro não pode mais ser visto como nosso concorrente e sim como nosso parceiro, co-responsável diante da construção de uma sociedade diferenciada. É disso que o Legislativo Municipal precisa, maior percepção acerca dos problemas individuais e sociais. Então uma cidadania política, baseada no humanismo, pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

O Humanismo alicerça-se, então, na construção de um mundo melhor para todos, possuindo um caráter ético-sociológico, correspondente à corrente filosófica. Também é visto como uma aposta civilizante de desenvolvimento, capaz de fugir das tradicionais utopias, tornando-se uma nova arma potente contra as mazelas da contemporaneidade, ou seja, as desigualdades e a exclusão social[65].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, são fundamentais as políticas públicas de cidadania, que devem ser planejadas e ser capazes de trazer uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual somente se desenvolve com políticas públicas eficazes. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização dessas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação entre Legislativo e sociedade, trazendo a Câmara de Vereadores para o seu exercício pleno, que é a promoção dos direitos de cidadania, sendo capaz de transformar e criar novas políticas públicas e concretizar os direitos fundamentais.

Assim, a visão humanista dentro do contexto é de suma importância, mas não se pode esquecer que é a partir dessa visão mais solidária, fraterna e responsável que nossos Vereadores precisam agir, pois precisam ter consciência de seu papel, bem como de todos seus deveres com a comunidade local, mas também devem sentir-se pertencentes a uma sociedade ou comunidade em que atuem e busquem a efetivação de todos direitos e, conseqüentemente a concretização e efetivação dos direitos de cidadania. Assim, uma cidadania política baseada no humanismo pode ser a chave da efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANJOS. Walter Jone dos. O município brasileiro. In: *Curso de aperfeiçoamento para legisladores municipais*. Santa Cruz do Sul, 1993.

AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, volume 12, número 3, p. 29-46, jul./set. de 1994.

BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia um nuevo contrato social*. Barcelona: ANTHROPOS, 2001.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Huma-nismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <<http://www.camarasantacruz.rs.gov.br>>. Acesso: 07 ago. 2008.

CARVALHO, Alysso (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

COSTA, Marli M.M. da; PORTO, Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007.

CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.

DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas*. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, ed. Especial, São Paulo, 1999.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990.

FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GORCZEVSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização*. Belo Horizonte, 2002.

HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2), 1999.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006.

MARSHALL, T. H. (1949). *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MARSHALL, T. H. *The Right of Welfare*. Nova York, The Free Press, 1981.

MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.

SANTANA, Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003.

VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil não globalizada*. São Paulo: Record, 2001.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania. *A sociedade civil na globalização*. Ed. Record. Rio de Janeiro, 2004.

[1] SANTANA, Jair Eduardo. *Roteiro prático do vereador*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

[2] Câmara de Vereadores de Santa Cruz do Sul, Disponível em: <<http://www.camarasantacruz.rs.gov.br>>. Acesso: 07 ago. 2008.

[3] CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Ed. 2 Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

[4] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 68-69

[5] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.

[6] DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a Década de 90 - Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas. *Políticas Sociais e Organização do Trabalho*, 4, Brasília: IPEA/IPLAN, 1990, p. 36.

[7] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. In: JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (Orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 55.

[8] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.

[9] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001. p. 65.

[10] POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. São Paulo: Loyola, 2001., p. 76.

[11] HERMANY, Ricardo, et. al., O princípio da subsidiariedade e o direito social de Gurvitch: a ampliação das competências municipais e a interface com a sociedade In: LEAL, G., REIS J. R (Org.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 1410-1411.

[12] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

- [13] COSTA, Marli M.M. da; PORTO, Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEYSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre:UFRGS, 2007. p. 85-86.
- [14] DOWBOR, Ladislau. O poder local diante dos novos desafios sociais. In: SEIXAS, Sergio Gabriel (Org). *Município e século XXI: Cenários e perspectivas*. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, ed. Especial, São Paulo, p. 3-23, 1999.
- [15] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 181.
- [16] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 92.
- [17] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 185.
- [18] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 p. 186.
- [19] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 99.
- [20] VIEIRA, Liszt. Os argonautas da Cidadania. *A sociedade civil na globalização*. Ed. Record. Rio de Janeiro: 2004. ...é o espaço do debate público, de embate dos diversos atores da sociedade civil. Trata-se de espaço público autónomo com dupla dimensão: de um lado, desenvolve processo de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva; de outro vincula-se a um projeto de práxis democrática radical, onde a sociedade civil se toma instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos, p. 228.
- [21] CARVALHO, Alysson (org). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2003.
- [22] HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J.N; GOMES, E. C. (ed.). *Participação Social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização*. Belo Horizonte, 2002, p. 85.
- [23] BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p. 14.
- [24] AZEVEDO, Sérgio de. Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A et ai. (org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.
- [25] VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

- [26] LINDBLOM, C.E. *O Processo da Decisão Política*. Brasília: UNB, 1981.
- [27] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p. 131-166.
- [28] LABRA, M.E. *Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão*. PHISYS - Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 9 (2): 1999, p.131-166.
- [29] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 38
- [30] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.
- [31] MATUS, Carlos. *Adeus, Senhor Presidente*. Trad. Luís Felipe Rodrigues Del Riego. São Paulo: Fundap, 1997. p. 39.
- [32] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 22
- [33] BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24.
- [34] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 22.
- [35] SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.
- [36] LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 318.
- [37] POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001. p. 32-33.
- [38] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 22.
- [39] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 23.
- [40] Nas obras de Platão e Aristóteles encontram-se indicações de como se refletia o desejo de preservar as melhores qualidades da pessoa para formar parte como cidadão da comunidade. Em Aristóteles se observa que não é nem a origem nem a residência que transforma uma pessoa em cidadã, mas sim a atividade cívica e política. O livro III da Política, "Teoria do cidadão e regimes políticos" é uma das primeiras obras onde se estabelece uma relação entre tipo de cidadão e tipo de regime e governo político. O cidadão é o habitante da cidade que participa no poder da comunidade. Aristóteles

oferece definições de cidadão: uma definição prática de cidadão como aquela pessoa que participa ativamente na justiça e no governo (1275a); a segunda definição é que ser um cidadão implica ter capacidade de "mandar" e "ser mandado", de "governar" e "ser governado" (1277b), isto é, a capacidade de participar no poder de governo em um duplo sentido: como autoridade nas deliberações políticas e como obediente das deliberações efetuadas por outros. Para Aristóteles, "pessoa livre" e "cidadão" eram praticamente sinônimos. Também a cidade desempenha um papel essencial na teoria platônica. A teoria das idéias de Platão toma corpo na adequada organização da cidade e nas diversas classes de cidadãos que a integram (magistrados, governantes, militares, artesãos e agricultores) MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 23.

[41] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, 2005, p. 24.

[42] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*[42] Ao comparar o cidadão com o súdito, se pode derivar três grandes princípios da idéia de cidadania: um, que a cidadania é uma condição da pessoa que vive em uma sociedade livre; segundo, que a cidadania é uma condição voluntária que não pode impor-se a nenhuma pessoa; terceiro, que a cidadania se desdobra em um conjunto de direitos e deveres das pessoas que pertencem a um determinado Estado. O termo cidadão tem a conotação de ser *adania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, 2005, p. 25.

membro (cívico) do Estado; como participante em sua legislação, que nenhum outro termo afim, como o de burguês ou súdito supõe MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p.27.

[44] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 25, 26.

[45] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 28.

[46] Dito de outra forma, na prática encontramos algumas barreiras que dificultam a realização da cidadania: "uma política, el nacionalismo; outra econômica, el mercado". Com a constituição dos Estados-nação, aparece explicitamente a noção de cidadão de segunda classe, isto é, a posição das minorias nacionais no século XIX. Em nossos dias, Giddens, Habermas, Dahl, Zolo, Held e outros autores têm se ocupado da relação cidadania/nacionalidade. Entendemos, como Zapata, que a perspectiva da cidadania hoje em dia não pode dar as costas à dupla lógica desta nova era global: a globalização econômica e a globalização política ou a lógica dos Direitos Humanos de uma humanidade comum. Ela nos leva a umas caracterizações de cidadania como "fragmentada", como "diferenciada" e outras (Ibidem, p. 28-29).

[47] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 21.

[48] BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: ANTHROPOS, 2001, p. 7.

- [49] GORCZEWSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 13
- [50] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 345.
- [51] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 21.
- [52] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 29.
- [53] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 29-30.
- [54] MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 30.
- [55] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 372-373.
- [56] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 375.
- [57] BRANDÃO, Paulo de Tarso. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 125-126.
- [58] AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 375.
- [59] MARSHALL, T. H. (1949). *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar 1967. p. 78-79.
- [60] MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967. p. 66.
- [61] MARSHALL, T. H. *The Right of Welfare*. Nova York, The Free Press. 1981. p. 135
- [62] VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil não globalizada*. São Paulo: Record, 2001. p. 221.
- [63] VERONESE. Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino*

e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003. p. 422.

[64] VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003. p. 422-423.

[65]AGUSTINI, Carlos Fernando. Humanismo, velhice e Direito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 372-373.

O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL*

THE RIGHT TO THE SUSTAINABLE CITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Felipe Campos Lucena
Maria Eliza Lemos Schueller Pereira da Silva

RESUMO

A Constituição Federal alterou o status jurídico das cidades brasileiras, sendo acompanhada pelo Estatuto da Cidade. Ao tornar o planejamento urbano dos municípios obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes e determinar que o objetivo da política de desenvolvimento urbano é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, a Constituição de 1988 reconhece pela primeira vez que as cidades, apesar de não fazerem parte da Federação, são espaços de poder político do Estado de Direito brasileiro. E, ao reconhecer esse poder político, a Constituição Federal atribui força normativa vinculante à qualidade de vida urbana tornando o direito à cidade sustentável um direito constitucional. Esse texto objetiva sustentar que o direito à cidade sustentável é um direito fundamental social na medida em que sua garantia é pré-requisito para a concretização da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais e regionais.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADES - FUNÇÕES SOCIAIS - DIREITO - CIDADE SUSTENTÁVEL - DIREITO FUNDAMENTAL.

ABSTRACT

The Federal Constitution modified the legal status of the Brazilian cities, being followed by the Statute of the City. By becoming the urban planning of the cities an obligation to cities with more than 20 thousand inhabitants and determinate that the objective of politics of urban development it is to command the full development of social functions of the city and grant the welfare of it's inhabitants, the Constitution of 1988 recognizes for the first time that cities, although not belonging to the Federation, are political spaces of the Brazilian Rule of law (public spheres). Recognizing this politician power, the Federal Constitution attributes normative binding force to the quality of urban life, becoming the right to the sustainable city a constitutional law. The objective of this text is to support that the right to the sustainable city is a social fundamental right because its guarantee is prerequisite to make concrete the dignity of the human person and the reduction of the social and regional inequalities.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: CITIES - SOCIAL FUCTIONS - RIGHT TO THE SUSTAINABLE CITY - FUNDAMENTAL RIGHT

INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja abordar, mesmo que resumidamente, o novo *status* jurídico das cidades, o direito à cidade sustentável e a sua inclusão na categoria de direito fundamental, bem como a função social da cidade.

A nova ordem constitucional deflagrada em 1988 e o advento da Lei 10257/2001, autodenominada Estatuto da Cidade, reconheceram o poder político das cidades e suas funções sociais, bem como o direito fundamental à cidade sustentável. É de suma importância o papel do Direito no processo de urbanização e desenvolvimento das cidades, notadamente no que tange aos processos de planejamento e gestão das políticas urbanas.

Desenvolver-se-á uma linha argumentativa histórica dos precedentes políticos e sociais que acompanharam o processo de urbanização. Em seguida, passa-se à análise do Estatuto da Cidade; logo após, busca-se demonstrar o papel político e a função social das cidades no Estado de Direito brasileiro, a importância e conceituação do direito à cidade sustentável enquadrando-a entre os direitos fundamentais, bem como a necessidade de se garantir sua efetividade. Ao final, são apresentadas as conclusões.

I – APONTAMENTOS HISTÓRICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS

Entre os anos de 1940 e 1991 o êxodo rural fez com que a população das cidades crescesse de 31,2% para 75% do total. O despojamento de pessoas do território onde moravam em razão das construções de barragens hidroelétricas foi significativo fator para esta urbanização. Já em 2000, da população total de 170 milhões, 81,2% se encontravam em áreas urbanas.

O crescimento rápido das cidades brasileiras ocorreu sem uma base jurídica adequada, ou mesmo a implementação de qualquer política pública específica, provocou, então, mudanças drásticas na sociedade brasileira, de ordem socioeconômica, territorial, cultural e ambiental. Todo o processo se deu sob o paradigma jurídico do civilismo clássico, que não correspondia às necessidades de enfrentamento desse fenômeno multidimensional, complexo e com tantas implicações profundas que levou à transformação de um país de base agrária exportadora em um país de base urbano-industrial[1].

Dessa forma, as populações das áreas rurais restaram, ao chegar à cidade, desprovidas de infra-estrutura mínima, às margens das políticas urbanas, segregadas espacial e economicamente em bairros abandonados ao descaso, gerados sob a convivência do poder público.

A dificuldade de acesso à terra regular para habitação gerou o explosivo crescimento de favelas e loteamentos ilegais nas periferias. Na década de 80, a taxa de crescimento da população que mora em favelas triplicou em relação à população urbana em seu conjunto. Nos anos 90, a taxa duplicou[2].

A soma da veloz urbanização com a pobreza social acarreta no aviltamento da dignidade humana, na exclusão social e na degradação ambiental, os impactos socioambientais desse processo são equiparados às conseqüências de desastres naturais.

No início da década de 60 iniciaram-se os movimentos para reformas estruturais da questão fundiária na zona rural e urbana. Todavia, o golpe militar (1964-1984) suprimiu a democracia e a realização de tais reformas foi abortada. Os temas da reforma urbana reapareceram nos anos 70 e 80, numa época em que os movimentos sociais aos poucos ganhavam mais visibilidade e relevância política. Albergavam como importante dimensão: a politização da questão urbana, compreendida como elemento fundamental para o processo de democratização da sociedade brasileira[3].

A efetiva mudança deste paradigma teve aspiração popular com a apresentação de uma proposta de emenda popular à Assembléia Nacional Constituinte, com vistas de introduzir a reforma urbana. A Constituição da República ganhou, então, um capítulo sobre a política urbana, inserido dentro do título destinado à ordem econômica e financeira.

Os artigos 182 e 183 que compõem este capítulo alteraram o *status* jurídico das cidades, reconheceram a plena urbanização do Brasil e adotaram organização socioeconômica e político-territorial diversas dos institutos civilistas de 1916. Mais de dez anos depois foi promulgada lei regulamentadora desses dispositivos constitucionais. Este marco fundamental se auto-intitula Estatuto da Cidade e foi a razão pela qual recebeu o Brasil inúmeros prêmios internacionais.

O Estatuto da Cidade originou-se do Projeto de Lei n.º 2.191, de 1989, que recebeu o n.º 181/89 no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o n.º 5.788/90. Em 18 de junho de 2001 foi aprovado no Congresso e, finalmente, sancionado em 10 de julho deste ano pelo Presidente da República como a Lei 10257/01.

II – O ESTATUTO DA CIDADE

De modo geral, a lei contém cinco capítulos: I – Diretrizes Gerais; II – Dos Instrumentos da Política Urbana, com as seções de I a XII; III – Do Plano Diretor; IV – Da Gestão Democrática da Cidade e V – Disposições Gerais.

A constatação da ampla insuficiência dos instrumentos tradicionais de larga utilização (v. g. desapropriação, servidão administrativa, limitação administrativa e tombamento) para resolução dos crescentes e complexos problemas urbanos foi determinante para a criação das inovações contidas no Estatuto da Cidade.

O Estatuto inovou o direito urbanístico ao disciplinar o uso da propriedade urbana com vistas a assegurar o bem estar dos cidadãos, o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, visando garantir o direito às cidades sustentáveis.

Entre as inovações podem-se mencionar os institutos políticos e jurídicos previstos no inciso V, do artigo 4º: concessão de uso especial para fins de moradia; parcelamento do solo; edificação ou utilização compulsória; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; e consórcio imobiliário (art. 46).

Merece relevo anotar a criação de instrumentos para efetivar o Plano Diretor nos Municípios ao fixar sanções, incluindo as de improbidade administrativa, para o Prefeito e agentes públicos que não tomarem as providências que lhes cabem. Trouxe, ainda, alterações na Lei de Ação Civil Pública para possibilitar que o Judiciário torne concretas as obrigações de ordem urbanística.

O Estatuto da Cidade define o direito às cidades sustentáveis como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I). Institui, de forma inovadora, a gestão democrática e participativa da cidade, colocando em primeiro plano a democracia direta.

III – DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A trajetória das lutas sociais pela reforma urbana sedimenta a aurora do direito à cidade sustentável como direito fundamental emergente no sistema jurídico nacional, ganhando forma e tratamento jurídico recentes, ou seja, perpassa o campo político e alcança o jurídico.

A Constituição da República vale-se da expressão “cidade(s)” em poucas oportunidades: arts. 29, XIII; 182, *caput*; 182, § 1º; 182 § 2º; e 242 § 2º. A última é uma menção específica à cidade do Rio de Janeiro, diferente da indeterminação adotada nas demais. Já na primeira, o constituinte expressa distintamente a existência de interesses específicos do Município e da cidade, o que deixa entrever o reconhecimento das cidades como participantes do espaço político do Estado de Direito brasileiro.

É no artigo 182 e seus parágrafos que esse poder político é efetivamente reconhecido. Com efeito, quando a Lei Maior determina que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade; torna o planejamento urbano obrigatório para cidades com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes; e condiciona a função social da propriedade urbana ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade, fica translúcido o poder político das cidades.

Muito embora não se encontre formal e institucionalmente entre as unidades federadas que formam a República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*, CR/88), a cidade, na nova ordem constitucional, abandona seu caráter meramente físico e deixa de ser unicamente sede administrativa. Agora, materialmente ocupa espaço político como um conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão e na implementação e desenvolvimento das políticas urbanas[4].

A cidade assume a condição de espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes, onde o usufruto coletivo da riqueza, bens e conhecimentos são garantidos a todos. O seu território é lugar de exercício e cumprimento dos direitos difusos e a sua gestão se dá de forma democrática e coletiva.

O planejamento urbano pertence à cidade e tem por objetivo atender a uma função social que apresenta como componentes essenciais: moradia, meio ambiente equilibrado, equipamentos e serviços urbanos, saneamento básico, transporte público, cultura e lazer.

Há todas as pessoas, sem discriminação de qualquer ordem, deve ser assegurado o direito a uma cidade e, ao mesmo tempo, garantido o usufruto dela dentro dos princípios da sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. A qualidade de vida urbana recebe influxos constitucionais, dotando-a de força normativa vinculante. Surge, então, o direito à cidade sustentável.

O direito à cidade sustentável visa garantir às pessoas que nela habitam - e para as futuras gerações - condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania e os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com o Estatuto da Cidade, o direito à cidade sustentável se transforma num novo direito fundamental, instituído em decorrência do princípio constitucional das funções sociais da cidade [5].

A função social é elemento inerente e estruturante das cidades e da propriedade urbana, essência da qual eles não se dissociam. Logo, a função social não se restringe à condição de limite, vai além, exige que a coletividade seja beneficiada, impondo ao particular e ao poder público comportamentos positivos.

O desenvolvimento das funções sociais da cidade é de interesse de todos os seus habitantes, constituindo-se enquanto um interesse difuso, uma vez que todos os munícipes são afetados pelas atividades, funções e impactos desempenhados no seu território. Portanto, a relação que se estabelece entre os sujeitos é com a cidade, que é um bem de vida difuso[6].

Como princípio que busca a construção de uma nova ética urbana, a função social da cidade almeja o bem-estar dos cidadãos e o desenvolvimento urbano sustentável, isto é, o desenvolvimento econômico que alia harmonia ambiental e inclusão social, que não desconsidera o valor humano para o desenvolvimento das cidades.

O direito à cidade sustentável é concebido com objetivos e elementos próprios, integrando a categoria dos direitos coletivos e difusos, ou seja, é transindividual, de natureza indisponível, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas pela circunstância fática de habitarem o mesmo espaço físico e político (art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8078/90).

O próprio Estatuto da Cidade assinala que suas normas são de interesse social e destinadas a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único art. 1º).

O interesse social que permeia o Estatuto da Cidade e serve de base interpretativa dele é detectado quando o Estado encontra-se diante dos interesses diretamente ligados às camadas mais pobres da população e ao povo em geral, quando atua visando a melhoria da condição de vida, distribuição de riqueza, atenuação das desigualdades[7].

A erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil[8]. Já os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade[9] são vértices axiológicos de interpretação constitucional e núcleos centrais que emanam e validam os direitos fundamentais. O direito à cidade sustentável apresenta idênticos propósitos, é desdobramento destes princípios e deles retira validade, impõem-se, portanto, seja reconhecido como direito fundamental por excelência.

Tal direito constitui-se, ainda, em norma de ordem pública e interesse social, além de conformar a função social da propriedade (princípio constitucional expressado entre os direitos e garantias fundamentais – art. 5º, XXIII) de modo que guarda em seu âmago a categoria de direito fundamental.

Ao apresentar coerência e harmonia com os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e com os princípios constitucionais, o direito à cidade sustentável pode ser incluído como direito fundamental em razão do comando normativo insito no artigo 5º § 2º da Carta Magna, que permite ampliar o leque de direitos e garantias fundamentais formalmente estampadas.

Como direito fundamental o direito à cidade sustentável além de consubstanciar em garantia contra a intervenção indevida do poder público e contra medidas restritivas; ele impõe uma postura ativa do Estado, obrigando-o a disponibilizar prestações de natureza jurídica e material, a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados (prestações positivas).

Estas idéias configuram o que se chama de direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão), também denominados de direitos sociais. As categorias de direitos humanos fundamentais integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que os direitos sociais lhes quebram o formalismo e o sentido abstrato[10].

A integração entre os direitos individuais e sociais extirpa dúvidas quanto a se enquadrarem os segundos como direitos fundamentais, o que também pode ser compreendido pela simples constatação de que eles vêm decantados no art. 6º da Carta Magna que se encontra sob o título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Alçado, então, à condição de direito de fundamental, o direito à cidade sustentável incorpora-se ao patrimônio da sociedade urbana brasileira, sendo defeso ao Estado tolher esta conquista, seja pela sua titulação de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CR/88) seja em decorrência do princípio da proibição de retrocesso.

Introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º, do art. 60, deve se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira

geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais[11].

Os direitos de segunda geração atravessaram período de juridicidade questionada, sujeitados à condição de normas programáticas em virtude de lhes carecer as habituais garantias conferidas aos direitos da primeira geração. Logo, deixaram de ser observados e executados, situação que se alterou com a previsão constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que, por óbvio, estende-se ao direito à cidade sustentável.

Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade imediata: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição. Isto é, não são normas para produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais[12].

A aplicação e a interpretação do direito à cidade sustentável deve sempre galgar a sua máxima efetividade, pois as normas jurídicas devem desempenhar função útil no ordenamento. Veda-se uma interpretação que lhe retire ou subtraia a sua razão de existir. Com efeito, a interpretação está diretamente ligada à aplicação do Direito, não se presta a enunciar abstratamente conceitos.

A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional – mormente quando se trate de norma de direitos fundamentais – é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização[13].

A par de gozar da máxima efetividade e da aplicabilidade imediata, o direito à cidade sustentável contém outras características próprias dos direitos fundamentais: a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a universalidade. A primeira, em seu sentido amplo, inviabiliza sua alienação, transferência e renúncia; ao passo que a segunda determina que ele nunca deixe de ser exigível.

A universalidade seria a marca estrutural desses direitos fundamentais, entendida no sentido puramente lógico ou avalorativo de atribuição universal a todos os homens e de não poderem ser alienados. É o caráter universal a grande forma dos direitos para a maioria dos pensadores, notadamente ocidentais. Universalidade subjetiva e objetiva que, enquanto tal, desconhece fronteiras, etnias, cor, raça, sexo e religiões[14].

Compreender e garantir o direito à cidade sustentável, efetivar as funções sociais da cidade é contribuir para a promoção da justiça social, fomentar o desenvolvimento sustentável e permitir a inclusão social. A eficácia (jurídica e social) do direito à cidade sustentável deve ser objeto de permanente otimização, na medida em que tem como objetivo a constante otimização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e a redução paulatina das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III CF/88).

O direito à cidade sustentável é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos[15]. Negar ao direito à cidade sustentável a sua condição de direito fundamental é confrontar a Constituição da República e obrar em sentido diametralmente oposto à dignidade da pessoa humana.

Reconhecido na ordem jurídica como direito fundamental, a não observância do direito às cidades sustentáveis deve acarretar a responsabilidade civil, administrativa e criminal dos agentes públicos ou privados que causarem lesão a este direito. A omissão dos agentes públicos, que implique na não aplicação e adoção dos princípios constitucionais na implementação da política urbana, também configura violação a este direito[16].

Para assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade como interesse difuso de todos seus habitantes e permitir a todos o efetivo gozo do direito à cidade sustentável se faz necessário renovar o pensamento jurídico e conferir eficácia aos instrumentos processuais existentes.

A ordem urbanística passou a ser tutelada por meio da ação civil pública em razão de alterações legais trazidas pelo Estatuto da Cidade, este instrumento de proteção aos interesses difusos dos habitantes da cidade tem como papel buscar o efetivo cumprimento das normas de direito urbanístico e das funções socioambientais das cidades. Deve ser conferida legitimidade de ação na esfera administrativa e judicial a qualquer habitante ou grupo de moradores para atuar da defesa dessas funções sociais e da ordem urbanística[17].

É preciso que se entenda que o Direito não é um sistema objetivo, fechado em si próprio ou neutro em relação aos processos sociais. É preciso que se reconheça que o Direito brasileiro tem um papel central no processo de exclusão social

e nos processos de segregação territorial, para que possamos avançar no sentido de compreender como o Direito pode ser um fator e um processo de transformação social e de reforma urbana[18].

CONCLUSÃO

É na cidade que se desenvolve a vida moderna, a urbanização se deu em um processo de degradação ambiental e aviltamento da dignidade humana, desprovido de aparato jurídico adequado e da implementação de políticas públicas.

A noção política e cultural do direito à cidade sustentável como carro chefe da política urbana, retrata a defesa da construção de uma ética urbana fundamentada na justiça social e cidadania. Afirma-se, assim, a prevalência dos direitos humanos e se estabelece os preceitos, instrumentos e procedimentos para viabilizar as transformações necessárias para a cidade exercer sua função social.

Cidade e cidadania são o mesmo tema, e não há cidadania sem a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia nas cidades. Não há como promover mudanças significativas e estruturais desse padrão de exclusão social, segregação territorial, degradação ambiental e ilegalidade urbana que caracteriza o processo de urbanização no Brasil, se não for mediante uma reforma do Direito, com o envolvimento sistemático dos operadores do Direito[19] e dos agentes públicos. Se não for, ainda, conferido ao direito à cidade sustentável a chancela de direito fundamental.

Ao se tutelar o direito à cidade sustentável, tutela-se o direito à vida, matriz de todos os direitos fundamentais, e ao lhe conferir efetividade resguarda-se todo o plexo de direitos e garantias fundamentais, pois não há existência digna no meio urbano sem uma cidade sustentável e atenta às suas funções sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 1984

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARICATO, Ermínia. O nó da terra. Artigo publicado na revista Piauí, nº 21, ano 2, junho/2008. p. 34.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 5ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito á Cidade como Direito Humano Coletivo. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAULE, Nelson. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

-
- [1] *Fernandes*, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte. Del Rey: 2006. p. 07.
- [2] *Maricato*, Ermínia. O nó da terra. Artigo publicado na revista Piauí, nº 21, ano 2 junho/2008. p. 34.
- [3] *Saule*, Nelson. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Ed:2007. p. 48.
- [4] O conceito de cidade como espaço político foi extraído da Carta Mundial pelo Direito à Cidade.
- [5] *Saule*, Nelson. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Ed:2007. p. 50-51.
- [6] *Osório*, Leticia Marques. Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte. Del Rey: 2006. p. 197
- [7] Esta definição é extraída quando o autor comenta a desapropriação por interesse social, em referência à Lei 4.132/62, artigo 2º, inciso I. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 287-288.
- [8] Art. 3º, III e IV da CR/88.
- [9] Art. 1º, III e 3º, I, respectivamente, da CR/88.
- [10] *SILVA*, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p.184-185.
- [11] *Bonavides*, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 2007. p. 640-641.
- [12] *Canotilho*, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina. Coimbra:2003. p. 438.
- [13] *Miranda*, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 5ª ed. Coimbra Editora. Coimbra: 2003. p. 288-291.
- [14] Sampaio, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28-29.
- [15] Art. 1. 2 da Carta Mundial pelo Direito à Cidade.
- [16] *Saule*, Nelson. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Ed:2007. p. 56-57.

[17] *Osório*, Leticia Marques. Direito á Cidade como Direito Humano Coletivo. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte. Del Rey: 2006. p. 197.

[18] *Fernandes*, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte. Del Rey: 2006. p. 22.

[19] *Fernandes*, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In* Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte. Del Rey: 2006. p. 05

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO*

THE LAW OF FISCAL RESPONSABILITY AS MECHANISMS OF IMPLEMENTATION OS THE SOCIAL POLICIES

Flávio Couto Bernardes

RESUMO

A gestão da atividade financeira da Administração Pública sempre foi objeto de várias críticas por diferentes setores da sociedade, congregando uma gama de abalizadas opiniões de profissionais dos diversos ramos do conhecimento humano. A ciência jurídica vem debatendo a matéria, buscando uma perspectiva mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, valorizando mecanismos que permitam atender aos anseios destes diversos segmentos da sociedade. O presente artigo, portanto, tem por objetivo examinar a natureza jurídica da lei de responsabilidade fiscal no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os limites que estabelece na gestão da atividade financeira dos entes federados, como importante mecanismo de implementação das políticas sociais.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO - A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - LIMITES ESTABELECIDOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NA GESTÃO DA ATIVIDADE FINANCEIRA - REGRAS VINCULADAS AO DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS SOCIAIS.

ABSTRACT

The present article has for objective examine the legal nature of the law of fiscal responsibility in the Brazilian legal system, standing out the limits it establishes in the management of the financial activity of the federative entities, as mechanisms of implementation os the social policies.

KEYWORDS: THE LAW OF FISCAL RESPONSABILITY - THE LEGAL NATURE OF THE LAW OF FISCAL RESPONSABILITY - THE LIMITS IT ESTABLISHES IN THE MANAGEMENT OF THE FINANCIAL ACTIVITY OF THE FEDERATIVE ENTITIES - MECHANISMS OF IMPLEMENTATION OS THE SOCIAL POLICIES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 - Introdução

A gestão da atividade financeira da Administração Pública sempre foi objeto de várias críticas por diferentes setores da sociedade, congregando uma gama de abalizadas opiniões de profissionais dos diversos ramos do conhecimento humano. Economistas criticam a forma e os critérios científicos de expressão da referida gestão, sobretudo no aspecto do equilíbrio orçamentário e financeiro; Administradores Públicos, por sua vez, criticam a rigidez na realização das despesas e no acompanhamento das normas que regulamentam dita atividade financeira; Médicos criticam a definição dos gastos implementados pelo Poder Público; o povo, sempre alheio ao debate aprofundado do tema, mas com pragmatismo intuitivo da realidade, critica a absoluta ausência de controle eficaz desta atribuição.

A Ciência Jurídica vem debatendo a matéria, buscando uma perspectiva mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, valorizando mecanismos que permitam atender aos anseios destes diversos segmentos da sociedade. Este objetivo tem propiciado inúmeras discussões, sobretudo no meio acadêmico, com o intuito de buscar alternativas que permitam atingir o equilíbrio da gestão financeira da Administração Pública, implementando-se uma política social. Este debate foi objeto da última campanha presidencial, obtendo-se certa unanimidade no tocante à responsabilidade fiscal, ao desenvolvimento econômico e à política social.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi editada em maio de 2000, passando a gerar seus efeitos no ordenamento jurídico nacional a partir do exercício fiscal de 2001. O art. 1º deste diploma legal estabelece que a “responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receitas, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.”

Houve exacerbada crítica de que se trata de lei meramente instrumental, que impede a liberdade da gestão financeira do Estado, em detrimento do desenvolvimento econômico e social. Privilegia o constante aumento de receita para fazer frente às despesas da Administração Pública, sem controle adequado destes gastos e com um arrocho ainda maior do cidadão-contribuinte.

Apesar destas críticas e da possibilidade da interpretação inadequada da Lei de Responsabilidade Fiscal, sobrepondo a forma ao conteúdo, este diploma legislativo constitui medida eficaz para a implementação da gestão da atividade financeira do Estado, sem prejuízo ao desenvolvimento efetivo de uma política social que respeite o cidadão e que assegure o real exercício da cidadania, na plenitude de sua terminologia.

No entanto, no exíguo período de sua vigência, têm surgido interpretações por parte de Tribunais de Contas, de decisões emanadas do Poder Judiciário, da prática da

Administração Pública e dos doutrinadores, que definitivamente comprometem o correto sentido da Lei de Responsabilidade Fiscal. Numa visão instrumental, utilizam de sua sistemática como mera forma de exteriorização de lançamentos contábeis, orçamentários, financeiros e patrimoniais do Estado, em detrimento de sua importante contribuição na implementação do Estado que realmente prima pelo desenvolvimento democrático e social.

E assim, esquecem que sua efetividade não está na forma, mas na aplicação de seu conteúdo em consonância com os princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Justamente esta é a problemática que se pretende examinar. A interpretação deste diploma legislativo, norma geral de Direito Financeiro, que busca assegurar o equilíbrio da gestão da atividade financeira do Estado, possibilitando a implementação de políticas sociais. Como ressalta o mestre Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2004), professor titular de Direito Financeiro e Tributário da UERJ, tem-se de analisar o mérito das receitas e despesas do Poder Público, uma vez que sua atuação visa essencialmente o interesse coletivo.

O objetivo geral do presente estudo, portanto, é analisar a natureza jurídica da Lei de Responsabilidade Fiscal, como instrumento eficaz para a gestão financeira da Administração Pública, sem comprometer as diversas funções do ente federado. Como objetivo específico, pretende-se demonstrar que, apesar dos rígidos limites estabelecidos pela norma em análise, sob o prisma da Administração Pública, ela não inviabiliza a sua realização, pelo contrário, permite que se busque o equilíbrio orçamentário e financeiro que, por sua vez, garanta transparência e eficiência na gestão.

O resultado que se busca alcançar é a demonstração de que a interpretação sistemática, com ênfase na finalidade da norma, possibilita sua utilização não com caráter puramente de demonstração contábil (estaque, sem discussão de sua elaboração), mas buscando a discussão do mérito dos mecanismos e das políticas que se pretende executar. Neste âmbito deve-se destacar a necessária e imprescindível vinculação entre o Direito Financeiro, tendo a Lei de Responsabilidade Fiscal como instrumento, e os princípios constitucionais.

2 – A Lei de responsabilidade fiscal - LRF

A Lei de Responsabilidade Fiscal insere-se num contexto de amplas reformas, com o objetivo de instituir o regime de gestão fiscal responsável, regulando os artigos 163 e 169 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, estabelece normas de finanças públicas, em todas as esferas de governo, voltadas para a transparência e a responsabilidade na gestão fiscal, incluindo-se as dívidas públicas externa e interna, a concessão de garantias pelas entidades públicas, a emissão e o resgate de títulos da dívida pública, bem como na elaboração dos orçamentos.

Responsabilidade na gestão pública significa zelo e rigor no tratamento das finanças com o máximo de eficiência, e, principalmente, priorizando o planejamento da ação governamental. Ademais, pode-se afirmar que a Lei Complementar n. 101/2000

objetivou, também, a suprir algumas lacunas deixadas pela ausência de regulamentação adequada de outro importante instrumento de planejamento da gestão pública - a Lei de Diretrizes Orçamentárias -, visando atingir o equilíbrio fiscal, mediante a paridade entre receitas e despesas e limites de endividamento.

O Brasil possui a infeliz tradição de más administrações públicas, onde o excesso de despesas sempre foi lastreado na obtenção de empréstimos e financiamentos, reiterados e cumulativos. Por isso, um dos aspectos primordiais da regulamentação pela LRF foi o de estabelecer limites para o endividamento crescente do governo, como se demonstrará adiante.

O descontrole da administração pública brasileira é algo marcante, ao longo dos anos, gerando o descrédito popular e aniquilando o desenvolvimento econômico e social do país. Tornou-se praxe que os gestores públicos realizassem despesas irresponsáveis, de caráter meramente demagógico, sem adentrar na criminosa prática desvio de recursos, fato notório no país. O gasto excessivo com pessoal, normalmente incrementado próximo às eleições ou nas hipóteses de derrota, sempre comprometendo o orçamento e gerando a inoperância da administração no que se refere às demandas sociais. Os orçamentos distantes da realidade e em constante desequilíbrio, sem que isto fomentasse a economia e os indicadores sociais, como se justificaria numa teoria Keynesiana.

Esta evidente realidade social brasileira fomentou a discussão durante toda a década de 90, da necessidade de se fixar marcos definitivos no equilíbrio fiscal, para propiciar a reconstrução do Estado Democrático e Social de Direito. A promulgação da Constituição Federal de 1988 e o retorno ao regime democrático foi o primeiro passo de uma longa jornada, que deve ter como meta a busca do aperfeiçoamento da gestão pública, em todas as suas esferas.

Por esta razão, realizam-se reformas administrativas, sempre na busca do aperfeiçoamento da estrutura do Estado e seu *modus operandi*; implementa-se, de forma lenta e gradual, a tão almejada reforma da previdência; promove-se diversas modificações no sistema constitucional tributário; realiza-se uma nova estrutura para o setor financeiro público e privado na ordem econômica constitucional; discute-se a reforma do Poder Judiciário. Várias as modificações, algumas casuísticas e imediatistas, sem uma visão global da gestão pública, como ocorreu na reforma tributária, outras sem perder o objetivo de um Estado eficiente, sobretudo no atendimento às demandas sociais.

A ausência da eficiência, a sobrecarga nas demandas dirigidas aos entes federados, sobretudo na área social, a falta de ajuste das contas públicas, a incompetência de se realizar planejamentos estratégicos, não têm permitido melhorias na gestão pública brasileira, pelo menos na velocidade que se julga possível e se espera.

O desequilíbrio orçamentário, financeiro e contábil do Estado é apontado como o motivo mais evidente para que não se promova o crescimento econômico e, principalmente, a evolução dos direitos sociais no país. Assim, natural a exigência de que estas regras, sempre consagradas no texto constitucional vigente, fossem efetivamente respeitadas e implementadas, mediante a modificação da leitura das finanças públicas no Estado brasileiro.

A resultante deste cenário social ensejou o debate e a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, que passa a determinar minuciosamente as diretrizes da atividade financeira do Estado, impondo sanções aos administradores públicos que desrespeitem suas normas, aliada, neste aspecto, à Lei n. 10.028/2000. Como preconiza Hans Kelsen (KELSEN,1998), a efetividade da conduta pretendida pela sociedade e inserida na norma jurídica depende, em última instância, da previsão também normativa de penalidades para o não cumprimento da ação esperada e da capacidade do Estado de aplicá-la (eficácia).

Este novo texto legal é aplicável a todos os entes da federação, em razão de sua natureza jurídica, tendo sofrido influências externas e internas que basilarão seu suporte fático. No contexto externo, observou-se as práticas de gestão fiscal bem sucedidas em outros ordenamentos jurídicos ou até mesmo em organismos internacionais, exemplificando-se com o “Código de Boas Práticas para Transparência Fiscal”, inspirado na atuação do Fundo Monetário Internacional, ou com regras singularizadas extraídas das lições dos Estados Unidos da América, da Nova Zelândia e da União Européia.

Carlos Maurício Cabral Figueiredo e Marcos Antônio Rios de Nóbrega (FIGUEIREDO, 2004), ao comentarem esta série de influências na elaboração da norma, destacam que o FMI auxilia não como órgão que pretende impor regras constantes de uma Cartilha desenvolvida para os países em desenvolvimento, que costumeiramente lhe solicitam empréstimos, mas com estudos que possibilitam a estes países verificarem condutas praticadas por outros e que obtiveram os respectivos resultados. Estes estudos foram consolidados no “Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal”, que efetivamente contribuiu para a elaboração da LRF. Destacam-se os seguintes princípios básicos para uma boa governança corporativa da gestão pública: a) definição clara dos paradigmas adotados e das metas almejadas; b) transparência na divulgação não só das regras, mas também dos resultados passados, presentes e futuros que foram programados pelo governo; c) fixação de política fiscal igualmente transparente, sobretudo com os resultados pretendidos; d) orçamento que permita a verificação do plano de governo na definição da gestão pública; e) estrita observância às regras legais na consecução da atividade financeira do Estado.

A L.R.F adotou da legislação americana a limitação de empenho (*sequestration*) e a compensação (*pay as you go*), mecanismos oriundos de uma lei chamada *Budget Enforcement Act* (BEA – 1990), que define as regras a serem observadas pelos entes federados quanto à limitação do empenho, que deve ocorrer com o contingenciamento de despesa sempre que não se realize a previsão orçamentária da receita, e a compensação, que encontra dispositivo similar na legislação brasileira, ao determinar que o aumento de despesa venha a ser equilibrado com a diminuição de outra ou o aumento da receita.

Na Nova Zelândia, em 1994, a *Fiscal Responsibility Act* modificou o sistema contábil público, trazendo a lume um modelo de transparência que determina a publicação de diversos relatórios fiscais simplificados (passou-se a exigir uma demonstração de resultados, de fluxo de caixa, de passivos contingentes e das obrigações decorrentes da dívida pública) e enseja a participação da sociedade através do controle social. A LRF adotou algumas destas diretrizes com relação ao sistema contábil.

Uma das normas que igualmente serviu de inspiração à LRF foi o “Pacto de Estabilidade e Crescimento” firmado pelos países integrantes da União Européia, em 1997, no qual se estabeleceu que os membros do bloco econômico deveriam evitar déficits, buscando não só atingir o equilíbrio orçamentário, mas chegar à meta de apuração de superávit. Trata-se de norma que define, precisamente, as metas a serem atingidas, como ocorre com na legislação brasileira, embora contenha previsão de controle destes resultados e a realização de advertências para os países que não as cumprirem. Este pacto tem sua origem no Tratado de Maastrich, de 1992, que firmou a posição da União Européia, com relação a seus países-membros, de repúdio aos déficits governamentais, a fixação de metas de inflação e os patamares de juros de longo prazo.

Há órgãos supranacionais da União Européia que têm por objetivo não só regulamentar o pacto de controle fiscal, mas supervisionar o cumprimento das metas estabelecidas e impor sanções ou orientações, dependendo da natureza jurídica do desvio cometido, pelos países que desrespeitem a norma.

A L.R.F está em harmonia com as reformas constitucionais retro, especialmente as Emendas Constitucionais da reforma administrativa (EC n. 19/98) e da reforma previdenciária (EC n. 20/98). O diploma legal em comento tem aspecto inovador, que reside no fato de responsabilizar o administrador público pela gestão financeira, criando mecanismos de acompanhamento sistemático do desempenho (mensal, trimestral, anual e plurianual), permitindo o controle por parte da sociedade na sua execução.

Em suma, estes são alguns dos aspectos históricos, econômicos e jurídicos que nortearam a elaboração da LRF, acrescidos da influência de normas editadas em outros países com a mesma finalidade. A seguir, cumpre examinar sua natureza jurídica para se analisar sua forma de aplicação.

3 – Natureza jurídica da LRF

Compete à legislação constitucional disciplinar as características da administração pública pretendida pelo seu povo, determinando, entre outros elementos, a forma e o regime de governo e do próprio Estado. São aspectos fundamentais para delinear todas estas características.

Dentre os alicerces estruturais do Estado insculpidos no texto constitucional, encontra-se a disciplina do Poder Financeiro, tópico essencial no desenvolvimento da Administração Pública. O estabelecimento de parâmetros e, sobretudo, dos limites do Estado na realização de sua atividade financeira constitui, na atualidade, condição imprescindível a permitir o planejamento da gestão pública e, por conseguinte, a implementação de suas funções.

Donde, o legislador constituinte deverá disciplinar as regras e princípios que orientarão a atividade financeira do Estado, entendida como a realização de todos os atos necessários para a obtenção de receitas e a realização de despesas na consecução dos fins do próprio ente.

A forma federativa do Estado brasileiro caracteriza-se pela descentralização do poder entre os denominados entes federados, que são parcelas da ordem jurídica nacional dotados de autonomia política, administrativa, legislativa e financeira. A ausência de recursos suficientes para fazer face às suas atribuições, retiram a independência indispensável à atuação da pessoa jurídica de direito público, gerando uma relação de subordinação ao Poder Central, inadequada à federação, o que demonstra a importância das normas do direito financeiro e seu estreito vínculo com a estruturação do Estado e mais diretamente com o federalismo.

As autonomias necessárias ao ente federado são exteriorizadas através do exercício de competências legislativas e administrativas, distribuídas no texto constitucional à medida que se descentraliza o poder do Estado. Na abalizada opinião de Fernanda Dias Menezes de Almeida, *“a federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.”*(ALMEIDA, 1991, p. 32).

As competências delineadas acarretam direitos e deveres aos entes federados, de acordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos que, em última análise, refletem a vontade da sociedade. Tanto o exercício de um direito quanto de um dever implicam a prática financeira do Estado, demonstrando a essencialidade das normas constitucionais financeiras.

No Estado Federal, a repartição de competência poderá ser minuciosa, compreendendo em detalhes a de cada esfera do governo, ou especificar as competências locais e dispor da residual para o ente federal, ou ainda alocar as competências federais e atribuir as residuais e de interesse local para os entes regionais. A realidade brasileira a torna singular pela existência dos Municípios na condição de entes federados, demonstrando a pretensão de maior descentralização do poder no Estado pátrio, embora a prática não confirme a teoria. Com esta realidade, o constituinte atribuiu uma lista exaustiva de competência para a União, fixou as de interesse local para os Municípios e elegeu aos Estados-membros da federação a competência concorrente e/ou supletiva. Na lição do emérito constitucionalista mineiro, professor Raul Machado Horta:

“A repartição de competências não se limita ao plano da repartição horizontal da matéria legislativa, que coloca sua tônica no processo discriminatório e faz da repartição uma demarcatória das fronteiras normativas do Estado Federal. As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-Membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A lei fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É o Rahmengesetz,

dos alemães; a legge-cornice, dos italianos; a loi de cadre, dos franceses; são as normas gerais, do direito constitucional brasileiro”. (HORTA, 1964, p. 53-54)

Na previsão da Constituição Federal de 1988 restou à União a competência para editar as normas gerais relativas ao direito financeiro e orçamento (art. 24, incisos I e II), cabendo aos Estados-membros e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente, respeitando-se o contido nas referidas normas gerais.

O poder constituinte brasileiro manifestou-se no intuito de produzir um texto que pudesse assegurar os direitos da sociedade na época de sua promulgação, observado todo o contexto histórico do período. Dessa forma, inseriu-se os artigos 163 e 169, que dispõem sobre as finanças públicas, os quais deverão ser regulados em lei complementar. Nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coêlho, “*as leis complementares atuam diretamente ou complementam dispositivos constitucionais de eficácia contida (balizando-lhes o alcance), ou ainda, integram dispositivos constitucionais de eficácia limitada (conferindo-lhes normatividade plena)*” (COÊLHO, 2003, p.100). Assim, as leis complementares funcionam como manifestação de expansão da própria Constituição.

A Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, assim como a Lei n. 4.320/64, são consideradas normas gerais de Direito financeiro, criadas ou recepcionadas com o objetivo de complementar e balizar as atividades dos entes federados e dar maior eficácia aos princípios que orientam a atividade financeira do Estado.

4 – Limites estabelecidos pela LRF na gestão da atividade financeira

Como aduzido, “a atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas” (TORRES, 2003, p.3), nas palavras do professor Ricardo Lobo Torres. Dessa forma, os objetivos do Estado, para se concretizarem, dependem do ingresso de receita pública, obtida de acordo com planejamento anual, assim como as despesas devem obedecer ao previsto no orçamento. Tais ações de arrecadação e gastos, constituem a atividade financeira. Ela é exercida pelos entes territoriais e respectivas autarquias e envolve a prestação de serviços públicos e a defesa dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da atividade financeira é diretamente influenciado pela forma de Estado adotada por determinado país, bem como pela divisão dos Poderes inerentes ao exercício da atividade estatal, como preconizado por Montesquieu. No primeiro aspecto, a descentralização do poder entre ordens jurídicas parciais, acarreta a necessidade de obtenção de receitas e a realização de despesas por parte de cada um dos entes que compõem o Estado. No segundo aspecto, cada Poder possui uma função constitucional específica, sendo que, para realizá-la, dependem igualmente de receitas para fazer frente às despesas, sempre atuando de forma independente e harmônica. Todo

este conjunto de ações praticadas pelos entes federados e demais entidades integrantes da administração pública indireta devem estar disciplinados no orçamento público (princípio constitucional da unicidade orçamentária, introduzido pela Constituição Federal de 1988).

Verifica-se, portanto, a vinculação direta da forma de Estado adotada com o mecanismo da estrutura legislativa que compõe o sistema constitucional financeiro, como identificado no tópico anterior. As normas gerais são, dessa forma, a baliza fundamental para a atuação integrada e harmônica dos entes federados na realização de suas respectivas atividades financeiras, na medida em que possuem objetivo comum: assegurar a implementação do interesse público.

O problema básico de qualquer Estado federal (como o Brasil) dividido em entes independentes (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) é a convivência política e a integração dos diversos interesses. A integração resulta da harmonização dos interesses associados à solidariedade. Os interesses dos entes são de natureza coletiva e exigem respostas públicas. O Estado deve ter a eficiência para incorporar essa multiplicidade de interesses.

O federalismo democrático, como bem salientado por Lúcia Avelar e Aspásia Camargo (2001), tem a capacidade de promover a continuidade e a estabilidade dos processos de escolha dos governantes, em diversos níveis de governo; institucionalizar mecanismos de representação, de repartição de competências e de recursos que garantam a previsibilidade e autonomia no exercício do poder partilhado; socializar mecanismos de controle plenamente utilizados pela constituição e criar “*freios e contrapesos*” entre os diferentes poderes, que garantam transparência aos atos governamentais e às políticas públicas. Pode ainda combinar, de forma dinâmica e atualizada, mecanismos de cooperação e de competição entre os entes federados e garantir a participação civil e seu envolvimento direto com decisões de seu interesse, especialmente no plano local.

No entanto, atingir estas capacidades tem sido a dificuldade especial do Estado brasileiro, mostrando-se necessário, ao longo dos anos, que as pretensões dependem de controle mais rígido de sua atividade financeira, na medida em que não se pode contar com o bom senso dos governantes, numa visão contínua e a longo prazo da consolidação das políticas públicas essenciais ao desenvolvimento econômico e social do Estado. O imediatismo, o casuísmo, e outros “ismos” marcaram a ausência do planejamento da gestão pública, com as funestas consequências advindas de tais imprevistos.

Logo, através de leis complementares que instituem normas gerais de direito financeiro, é que se fixam os limites da atuação do Estado na realização da atividade financeira, traçando de maneira objetiva a forma de agir (aspecto formal) e o controle das atuações a serem praticadas (aspecto material).

A LRF tem esta natureza e foi criada com a meta de propiciar ao Estado uma gestão financeira responsável, impossibilitando que a conduta dos administradores comprometa o desenvolvimento econômico e social que se espera do Estado. Cumpre, então, destacar como principais limites estabelecidos por esta norma geral para se

alcançar o resultado almejado: limite de gastos com pessoal; limites para o aumento de despesas e limite na realização de operações de crédito e do endividamento.

5 – Regras vinculadas ao desenvolvimento das políticas sociais

Vários dispositivos do texto constitucional brasileiro demonstram a nítida preocupação em assegurar a aplicação dos recursos disponíveis na ampliação e melhoria das políticas sociais. O objetivo precípua, ao constituir o marco da ruptura do Estado Autoritário vivenciado, é colocar o cidadão como o centro do ordenamento e, portanto, do Estado.

Garantir ao cidadão a efetividade de seus direitos sociais e estabelecer limites claros na conduta do Estado e nas suas finalidades, sobretudo através dos denominados “direitos e garantias fundamentais”, foi tratado como um dos aspectos primordiais da Constituição vigente. Verifica-se no próprio preâmbulo da norma constitucional que Estado Democrático instaurado deve “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” (BRASIL, 1988)

A positivação destes valores máximos da sociedade brasileira permitiu a concretização dos princípios fundamentais insculpidos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, como o exercício da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho e da livre iniciativa. Esta pretensão social, por sua vez, que é obrigação fundamental do Estado, decorre do ideal de se construir uma sociedade justa, livre e solidária, onde haja o desenvolvimento nacional, removendo os obstáculos das desigualdades hoje presentes, bem como a erradicação da pobreza.

No que diz respeito aos direitos e garantias do cidadão, a parte inicial da norma fundamental assegura, nos artigos 5º e 7º, um elenco de direitos individuais e sociais, respectivamente, no intuito de preservar todos estes valores e princípios aqui mencionados. O Estado existe em prol do cidadão, resulta do somatório de parcela de suas liberdades individuais, sendo que sua atuação jamais poderá deixar de considerar este objetivo como a essência dos atos praticados.

A atuação do Estado na execução do interesse público previsto nas normas constitucionais e infra-constitucionais, que asseguram os direitos individuais e sociais aos cidadãos, acarreta despesas em valores substanciais, e, em contrapartida, demanda receitas suficientes para a realização destes objetivos.

Sendo assim, no planejamento estatal de longo, médio e curto prazo, deve-se realizar previsões orçamentárias necessárias a implementar os interesses públicos exigidos pela sociedade, como se verifica na elaboração do plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e nas leis orçamentárias. No plano executivo, ao cumprir o orçamento elaborado, o Poder Público deve seguir rigorosamente o cronograma traçado, cumprindo as metas estabelecidas no plano social.

No entanto, o que se constata é um planejamento estatal meramente teórico, pois jamais foi cumprido pelos governantes, deixando a sociedade completamente frustrada, como é público e notório. Apesar de ser inconcebível uma atuação estatal sem planejamento, face à sua necessidade lógica, óbvia e ululante, esta é a situação existente, gerando desigualdade social gritante. Há uma carência social enorme no país, tendo em vista o não atendimento dos ditames constitucionais pelo Poder Público, sobretudo o desvio de receitas para outras finalidades.

Dentre as receitas vinculadas no texto constitucional para a realização de despesas de cunho social, destaca-se a previsão contida no art. 212 do texto constitucional, concernente à área educacional, que dispõe:

“Art. 212 – A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

A objetividade deste dispositivo constitucional delimita a atuação do Estado, obrigando-o a destinar o referido percentual no desenvolvimento do ensino público, principalmente o fundamental, buscando não só erradicar o analfabetismo com a ampliação do número de vagas, mas aprimorar a educação e a cultura do povo brasileiro, propiciando-lhe, como consequência, um melhor exercício e controle democrático da gestão pública pelo cidadão ciente de seus direitos.

Nota-se que, desde a promulgação do texto constitucional, a aplicação destes recursos pelos entes federados vem possibilitando garantir as vagas necessárias nas escolas, mas também permitindo a criação de incentivos para motivar os cidadãos a frequentarem os estabelecimentos de ensino-, proporcionando-lhes alimentação adequada (verba da merenda escolar), além de oferecer às famílias carentes a bolsa-escola, incentivando-as a matricularem seus filhos, afastando-os da marginalidade e da exploração do trabalho infantil.

Estes recursos, aliados aos repasses constitucionais provenientes da arrecadação da denominada contribuição social do salário-educação, possibilitam, ainda, o investimento na estrutura física das escolas públicas e no treinamento de professores, sobretudo do ensino obrigatório. Lamentavelmente, este investimento não tem atingido sua finalidade de forma substancial no ensino superior, uma vez que as universidades públicas não recebem os recursos necessários, acrescido da baixa remuneração do corpo docente, que não condiz com a importância de sua função.

Na área educacional, o papel do Estado vem sendo complementado pelas entidades educacionais filantrópicas, que exercem função pública preponderante, suprimindo, em parte, a deficiência estatal, sem qualquer finalidade lucrativa. Estas entidades possuem imunidade tributária de alguns impostos e contribuições sociais, como contrapartida do Estado pela relevância da função que exercem, além de receberem verbas públicas (subvenções).

No plano da saúde, o art. 196 da Carta Republicana determina que “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Os dispositivos seguintes traçam outras regulamentações para se atingir ao fim proposto no artigo transcrito, determinando a descentralização desta gestão, mediante a transferência de recursos aos entes federados, com a aplicação de percentual mínimo da receita a ser estabelecida em lei complementar.

Tem-se, contudo, que a descentralização dos serviços para os Municípios não teve como contrapartida o repasse suficiente dos recursos financeiros, na medida em que os entes locais possuem orçamento restrito, ficando impossibilitados de cumprir esta relevante e imprescindível atividade social. O descompasso entre receita e despesa na execução deste serviço público, que constitui direito social do cidadão, propiciou a invasão da iniciativa privada na atividade dos planos de saúde, em razão da deficiência da atuação estatal no que se refere à quantidade (atendimento suficiente) e, principalmente, à qualidade dos serviços públicos de saúde.

Atrelada à saúde estão os serviços públicos de previdência e assistência social, previstos nos artigos 201 e 203, respectivamente, do texto constitucional vigente. São igualmente considerados direitos sociais dos cidadãos a serem desincumbidos pelo Estado, destacando-se, por sua relevância, a aposentadoria, a proteção ao trabalhador, à gestante e outros serviços de cunho social que deveriam ser executados com qualidade pelo Poder Público.

Consoante o art. 194 da Constituição Federal, a execução destes serviços dependem de recursos advindos dos entes federados e da sociedade, nos termos da lei, mas especialmente pela exigência dos tributos denominados contribuições sociais, constantes do art. 195. Estas contribuições geram volume significativo de recursos para os cofres públicos, principalmente pelas majorações ocorridas nos últimos anos.

A vinculação das receitas destes tributos à finalidade que motiva sua instituição constitui regra substancial na realidade financeira do Estado, que o possibilita assegurar a prestação adequada destes serviços públicos sociais. São regras fundamentais à garantia do atendimento deste direito previsto no texto constitucional, resguardado como “cláusulas pétreas”, por não admitir modificações em seu conteúdo.

Entretanto, torna-se necessário enfatizar a atuação condenável da administração pública, respaldada pelos legisladores, que também desviam de sua função de representação do povo ao admitirem o desvio destes recursos para outras finalidades. Na pífia reforma tributária realizada através da promulgação da Emenda Constitucional n. 42/2003, o objetivo principal do governo federal foi ratificar a renovação do dispositivo constitucional que admite a desvinculação de 20% da arrecadação proveniente das contribuições para ser utilizado em outras despesas ou prestações financeiras, notadamente o pagamento de juros da dívida externa. O que foi criado temporariamente está prestes a completar uma década, prejudicando diretamente o povo brasileiro, que não possui um sistema de previdência e assistência social proporcional aos tributos que pagam, distante de se pensar num atendimento digno. E a previdência permanece em déficit!

Idêntica situação encontra-se no inciso XI do art. 167 do texto constitucional, modificado pela Emenda Constitucional n. 20/98, que veda utilização dos recursos arrecadados com as contribuições sociais denominadas de previdenciárias (das empresas sobre a folha de salário e outras remunerações e dos trabalhadores) para outra finalidade que não seja a seguridade social. No entanto, uma interpretação a *contrario sensu*, literal e casuística, poderia indicar a leitura de que as demais contribuições sociais (faturamento e lucro), onde se inserem a COFINS, o PIS e a CSSL, principais fontes de recursos, poderiam ser direcionadas para outros fins.

As modificações na destinação dos recursos das contribuições sociais jamais poderiam ser admitidas, por evidentemente inconstitucionais, ainda que introduzidas por emendas à constituição, em razão do sistema de previdência e assistência social constituir direito e garantia fundamental do cidadão, não passível de alteração de acordo com o art. 60, §4º, da Carta Magna.

A Emenda Constitucional n. 20/1998, talvez para não chamar a atenção para os desvios de recursos da seguridade social, também modificou a redação do art. 250 do texto constitucional, possibilitando a criação de um fundo integrado pelo conjunto de bens e direitos de qualquer natureza, com o objetivo de assegurar o serviço público de previdência e assistência social. Já o art. 68 da LRF criou o referido fundo, indicando a fonte de recursos e, dentre eles, somente as contribuições previdenciárias, como previsto no art. 167, inciso XI, não fazendo menção às demais, o que tem ensejado as constantes publicações nos órgãos de imprensa de notícias sobre o desvio de recursos da previdência e a irresponsabilidade na gestão da atividade financeira do Estado, comprometendo mais uma vez as políticas sociais.

O art. 24 da LRF estabeleceu limites para o aumento de despesas com a seguridade social, preservando o seu intuito de atingir o equilíbrio orçamentário e financeiro, preocupando-se em não comprometer o atendimento deste importante direito social do cidadão, bem como dispensando a necessidade de se indicar uma fonte de majoração de receitas, quando o acréscimo das despesas decorrer da concessão de benefícios àqueles previstos legalmente, à expansão quantitativa do atendimento e a manutenção do valor real do benefício.

As normas constitucionais e gerais aqui elencadas demonstram que o equilíbrio orçamentário e financeiro é o objetivo almejado pelo Estado, mas não um fim em si mesmo. O ordenamento jurídico demonstra a preocupação e o objetivo constante de assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, finalidade primordial a ser perseguida pelo Poder Público.

Denota-se, portanto, que as normas instituídas pela LRF são condizentes com as regras existentes no ordenamento jurídico e não têm o objetivo de privilegiar o equilíbrio econômico às custas do desenvolvimento social. As críticas realizadas neste sentido evidenciam, na realidade, que a administração pública brasileira possui os graves defeitos da ausência de planejamento e de gestão pública responsável.

6 - Conclusões

Neste período de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal pode-se afirmar que esta proporcionou uma mudança de paradigma da administração pública brasileira. Por mais paradoxal que possa parecer, o referido diploma legislativo não trouxe qualquer mudança significativa na orientação da gestão pública em termos principiológicos, expressa e categoricamente definidos no texto constitucional, mas se tornou importante marco na conscientização dos limites do administrador público na imprescindibilidade da conduta responsável frente aos entes públicos.

Na medida em que a lei em comento estabeleceu critérios objetivos e rígidos no tocante aos limites da gestão, com a aplicação de sanções diversas para o descumprimento de suas regras, aliado ao momento histórico vivido no país com a estabilização econômica e seu confronto com as políticas sociais, vem se verificando uma mudança gradual na conduta do administrador, sobretudo na sua avaliação pela sociedade.

Esta conscientização do povo brasileiro permite efetivo incremento da democracia, pois aproxima o cidadão da administração pública, propiciando o controle direto dos atos praticados e uma avaliação severa do *modus operandi* do gestor, que costumeiramente depende da aprovação de seus eleitores para prosseguir na carreira pública.

Torna-se cada vez mais presente nos diversos segmentos sociais que o povo brasileiro não tolerará quaisquer desvios de conduta por parte dos gestores públicos, sendo que a fiscalização ficará mais acentuada e com cobranças imediatas, seja através das urnas, seja através da denúncia de irregularidades ou da má administração dos gestores.

Fundamental mudar o parâmetro de que o bom gestor é aquele que executa obra, ainda que através do endividamento estatal. O controle através da gestão responsável possibilita, repita-se, o crescimento econômico sustentável com o atendimento das demandas sociais.

O descumprimento de metas e resultados pelo Estado tem sido justificado ao longo dos anos pelas supostas “heranças” deixadas pelos gestores anteriores, que eram atacados pela ausência de comprometimento com os interesses públicos. Criou-se a cultura de que os direitos sociais não eram atendidos pelas dívidas herdadas, que comprometiam o orçamento e demandavam a realização de novo endividamento para que o gestor do momento pudesse pretensamente realizar seu programa de governo, sempre com investimentos não direcionados ao setor social ou pelo inchaço da máquina pública no que se refere ao gasto com pessoal.

Esta absurda situação gerou um endividamento interno e externo acentuado, acarretando o pagamento de juros exorbitantes em função do risco do país de não conseguir adimplir com os compromissos financeiros assumidos. O pagamento dos juros (raramente amortização do principal, já que se realizavam novos empréstimos) comprometeu substancialmente o atendimento digno dos direitos sociais reivindicados, por estarem assegurados no ordenamento jurídico pátrio.

Concomitante, desenvolve-se e ganha ênfase a teoria do crescimento econômico e social sustentável, isto é, realizado a partir da estabilidade econômica que se atinge pelo equilíbrio orçamentário e financeiro do Estado. Este pensamento está incorporado no texto constitucional vigente, especialmente nos dispositivos atinentes ao direito financeiro (arts. 163 a 169) e ao princípio do equilíbrio orçamentário.

Tem-se, contudo, que a norma retora da atividade financeira do Poder Público ganhou uma interpretação formal e não categórica, ou seja, admitia-se que o equilíbrio não fosse atingido, normalmente desvirtuando o orçamento, que formalmente espelhava este equilíbrio mas com previsão de receitas irrealizáveis, que não se efetivavam, embora as despesas fossem rigorosamente realizadas e aumentadas. O saldo remanescente a pagar era transferido para o aumento da dívida ou para a liquidação no exercício seguinte, comprometendo a execução orçamentária futura.

A LRF, mesmo que repetindo o óbvio, as regras gerais constantes do texto constitucional que disciplinam a atividade financeira do Estado, inova ao concretizar nas normas gerais de direito financeiro estes dispositivos da Carta Magna, que são consideradas normas abertas e, assim, sem eficácia imediata e necessária, como se fossem meras normas programáticas.

Simultaneamente, estabelece sanções aos gestores e aos entes federados que não observarem as normas instituídas, assegurando eficácia plena quanto ao cumprimento de seus dispositivos, pelo menos assim se espera e o cotidiano vem demonstrando. O equilíbrio que se pretende atingir na gestão orçamentária e financeira do Estado tem por finalidade permitir a execução das políticas públicas sociais, gerando um controle mais efetivo da população quanto à aplicação dos recursos públicos.

Questiona-se na doutrina quanto à conveniência política, moral e jurídica de se aplicar sanções aos entes federados e não somente aos gestores que não pautaram suas condutas de acordo com as normas constitucionais e gerais aqui comentadas. Com a devida vênia dos entendimentos contrários, há uma razoabilidade que justifica a existência da aplicação da penalidade para ambos, gestores e entes. Isto porque, a não observância das regras se dá pelo ente, que é pessoa jurídica distinta do gestor, como ocorre na seara do direito privado. Mesmo que se argumente que ao atingir o ente federado estará afetando a toda sociedade, deve-se levar em consideração que a escolha do gestor é responsabilidade da própria sociedade, justificando-se, portanto, que assumam também os ônus do exercício desta autonomia.

Conclui-se, portanto, que a Lei de Responsabilidade Fiscal constitui importante instrumento de gestão da administração pública, que permitirá a implementação das políticas sociais, principalmente nos Municípios, onde parte das receitas disponíveis (não comprometidas com o custeio em face dos limites estabelecidos pela lei complementar) serão aplicadas diretamente pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSONI FILHO, Sérgio. A Lei de responsabilidade fiscal e o federalismo fiscal. In. CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 223-261.

AVELAR, Lúcia; O sistema federativo e as políticas de desenvolvimento: desafios e perspectivas nos países de fortes desigualdades. In. HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário B. (org.) *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. P69-94. Série debates, n.22.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder; federação e município. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 293, p. 11-30, jan./ mar. 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc/UCMG, 1982.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1999. 173 p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BREMAEKER, François E. J. de. *Equalização das transferências constitucionais: passo importante para o ajuste fiscal*. Rio de Janeiro. Instituto Brasileiro de Administração Municipal. Disponível em <<http://www.ibam.org.br/publique/media/EQUALIE.pdf>>. Acesso em 21/07/04.

CAMARGO, Aspásia; Federalismo Cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha In. HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário B. (org.) *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. P69-94. Série debates, n.22.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. *Lei de responsabilidade fiscal – abordagens pontuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAVALCANTI, Márcio Novaes. *Fundamentos da lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Ed. Dialética, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

CRITISINELIS, Marco Falcão. *Políticas públicas e normas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2003.

CRUZ, Flávio da (coord.). *Lei de responsabilidade fiscal comentada*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. 20 ed.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. Responsabilidade fiscal em final de mandato. *Interesse Público*: Revista bimestral de Direito Público. Porto Alegre: Nota Dez, 2003. n. 20

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. A lei de responsabilidade fiscal – a experiência brasileira – o caso do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em <http://federativo.bndes.gov.br/lrf_opiniões_estudos.htm>. Acesso em 05/01/04.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício (coord.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2001.

GODÓI, Marciano Seabra. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 1999.

HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. Santa Maria, 1964.

KELSEN, Hans. *A democracia*. trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade Fiscal: Guia de Orientação para as Prefeituras*. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. BNDES. Brasília, 2000.

LEONARDO, Marcelo. *Crimes de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Um novo Município: federação de municípios ou miniaturização dos estados-membros. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 26, n. 62, p. 31-50, jan./jun. 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Gestão fiscal e resolutividade nas licitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal – teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. GERARDO, José Carlos. *Dois anos da lei de responsabilidade fiscal*. Ministério da Fazenda. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/LRF2ed.pdf>> Acesso em 07/11/03.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PALATNIK, Beny; SILVEIRA, Ricardo Figueiró. *Controle e déficit e de dívida na União Européia: reflexões para a implantação da Lei de Responsabilidade Fiscal*.

Informe-se BNDES. Distrito Federal, n.30, Ago. 2001. Disponível em: <<http://federativo.bndes.gov.br/destaques/informe.htm>>. Acesso em 20/07/04.

REIS, Heraldo da Costa. *Contabilidade e Gestão: estudos especiais*. Rio de Janeiro: Ibam, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

SISTEMA AGROPECUÁRIO DE PRODUÇÃO INTEGRADA: ALCANCE DOS DIREITOS COLETIVOS E DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL? *

INTEGRATED PRODUCTION AGRICULTURAL SYSTEM : REACH COLLECTIVE RIGHTS AND THE PRINCIPLE OF SOCIAL FUNCTION?

**Ionnara Vieira de Araujo
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega**

RESUMO

O Sistema Agropecuário de Produção Integrada – SAPI, coordenado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento– MAPA, tem por objetivo elevar os padrões de qualidade e competitividade dos produtos agropecuários brasileiros, isto é, um produto diferenciado beneficiando os consumidores, produtores, agroindústrias, exportadores e outros agentes. A Produção Integrada, desta forma, constitui-se numa evolução dos regulamentos públicos tradicionais em direção à normalização e certificação de processos produtivos. Este Sistema emprega tecnologias que permitem o controle de todo o processo produtivo por meio de instrumentos adequados de monitoramento dos procedimentos e rastreabilidade em todas as etapas, desde aquisição de insumos até a oferta do produto ao consumidor final. Tem como finalidade a obtenção de alimentos seguros e com alta qualidade, produzidos dentro dos princípios de responsabilidade social e de menor agressão ao meio ambiente. Neste contexto o presente trabalho discutirá esta política pública sob o aspecto sob a ótica do princípio da função social e viabilidade desta proposta.

PALAVRAS-CHAVES: PRODUÇÃO INTEGRADA, POLÍTICA PÚBLICA, FUNÇÃO SOCIAL

ABSTRACT

The Integrated Production Agricultural System coordinated by the Ministry of Agriculture, Livestock, and Food Supply – MAPA. was designed to raise the level of the quality and competitiveness of Brazil agricultural and livestock products. Integrated Production represents an evolution in traditional public regulation designed for the approval and certification of productive processes. This system that employs technologies that enable the control of all of the productive process by means of adequate instruments capable of monitoring procedures and tracking all stages of production, from the purchase of material to the marketplace. Its goal is to guarantee

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

safe, high-quality food, produced according to principles of social and environmental responsibility. In this context the present paper will discuss this public policy on the aspect from the viewpoint of the principle of social function and viability of this proposal.

KEYWORDS: INTEGRATED PRODUCTION, PUBLIC POLICY, SOCIAL FUNCTION

Introdução

A agricultura integrada .enquanto política pública é via de resistência para a preservação dos saberes locais, do meio ambiente, da agricultura e do agricultor tradicional, como também para garantir a produção de alimentos para a segurança alimentar.

Em todo o mundo surgiram várias iniciativas locais que Boaventura de Souza Santos define como o conjunto de iniciativas que objetivam criar e manter espaços de sociabilidade de pequena escala, comunitários direcionados à auto-sustentabilidade e regidos por lógicas cooperativas e participativas.¹

Essas iniciativas promovem as sociabilidades locais e, como estratégia, há que se desenvolver por “múltiplas iniciativas locais e de pequena escala, tão diversas quanto as culturas, os contextos e o meio ambiente em que têm lugar. Não se trata de pensar em termos de esforços isolados e antes de instituições que promovam a pequena escala em larga escala.”²

O Sistema Agropecuário de Produção Integrada (SAPI) propõe uma gestão integrativa da cadeia produtiva incorporando parcerias institucionais público/privada, a elaboração do protocolo de BPA - Boas Práticas Agropecuárias, dentre outros e uma marca de conformidade no âmbito o Inmetro que indicará a existência de um nível adequado de confiança que o processo de Produção Integrada, está em conformidade com as normas técnicas Específicas e publicadas pelo o MAPA.³

Por fim é necessário, neste contexto que o direito contribua com normas atualizadas e com modificações legislativas constantes que acompanhem as demandas sociais. Faz necessário que o direito ambiental, o direito de propriedade, as obrigações contratuais, a responsabilidade objetiva imponham novas sanções e novos direcionamentos que conduzam a se pensar um novo direito que valorize o meio rural sem preconceitos ou protecionismo.

Diante desse cenário que se apresenta tem-se por objetivos discutir a regulamentação brasileira atual sobre Sistema de Produção Integrada e Desenvolvimento Sustentável frente ao avanço tecnológico, a exploração e as necessidades de preservação da biodiversidade.

Pretende-se, ainda, estabelecer um quadro comparativo entre a legislação brasileira e a alienígena sobre Agricultura Integrada para identificar as tendências e necessidades de

mudanças dentro de um contexto de economia globalizada e de um modelo de Estado regulador da ordem econômica.

Especialmente, investigar-se-á a viabilidade dos instrumentos jurídicos tradicionais para darem suporte a viabilidade ao Sistema de Produção Integrada considerando se essa atividade realmente alcança os escopos do desenvolvimento sustentável, concretizando o preceito constitucional da Função Social da Propriedade.

Por fim, propõe-se a investigar a real participação do poder público, por meio de regulamentações, instrumentos jurídicos, incentivos, meios de inserção no mercado e sistemas de controle para garantir a necessária produtividade e proteção do meio ambiente destes projetos.

A análise da problemática deverá fundar-se na busca de elementos atinentes ao sistema de produção integrada proposto pelo Programa Fome Zero do atual Governo, confluyente aos princípios basilares do sistema, sob a ótica da prevenção e defesa dos direitos, sociais e individuais.

A pesquisa se fundamentou no pensamento de Eros Roberto Grau mais especificadamente em sua obra *A ordem econômica na Constituição de 1988*, numa perspectiva de que vive-se atualmente em um processo de globalização capitalista neoliberal cuja resistência há de ser a defesa da economia de pequena escala, diversificadas, auto-sustentáveis que tenham autonomia e que promovam soluções de sustento para a vida de populações ao mesmo tempo em que protejam o planeta.

Segundo este autor o direito é um nível funcional do todo social e não mera representação da realidade social externa a ela. É elemento constitutivo do modo de produção social e atua como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis – ou estruturas regionais – da estrutura social global. Ele não é simples resultado das relações econômicas, externo a elas, e não pode ser considerado apenas como ideologia que oculta a natureza real das relações de produção, ou, exclusivamente como expressão da vontade da classe dominante e meio de dominação. Há maior complexidade na estrutura social global, embora seja ele o instrumento por excelência das relações de produção capitalista⁴ O direito deve ser prospectivo. O direito há de ser estudado com a perspectiva de apresentar soluções para os problemas sociais.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, em reação à globalização neoliberal, está emergindo uma outra globalização, constituída pelas redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais e nacionais que nos diferentes lugares do globo se mobilizam para lutar contra a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição ambiental e da biodiversidade, a contra reforma agrária, as violações dos direitos humanos produzidos direta ou indiretamente pela globalização neoliberal. Portanto o mais urgente hoje é fomentar formas de produção e de distribuição de bens e serviços alternativos à forma capitalista.⁵

Nesta linha de pensamento Paul Singer propõe que a atividade econômica passe a ser organizada em empreendimentos solidários com um poder público presente e atuante. Segundo este autor a Economia Solidária é ou poderá ser mais do que uma resposta ao

capitalismo, ela poderá ser uma alternativa superior ao capitalismo. Já que mais do que produção as práticas solidariedade geram uma vida melhor para todos.⁶

Por fim Ricardo Zeledon Zeledon relata que a função social da propriedade agrária na América Latina está fundamentada na exploração adequada dos bens. Por essa razão, a propriedade define-se como ativa e a produção ou produtividade obedece aos seguintes requisitos: dever de cultivar todos os imóveis com capacidade produtiva; dever de cultivo direto da empresa agrária, prioridade do uso agrícola da terra cultivável; e os critérios de eficiência e racionalidade⁷. Preserva-se a noção econômica com outros fundamentos, obedecendo a nova proposta de utilização.

1- Função Social e Direito da Coletividade por um Ambiente Saudável

A organização da atividade econômica tem, na ordem constitucional pátria, duas bases de sustentação. De um lado a livre iniciativa que abre possibilidades de organização da atividade econômica conforme os interesses individuais. De outro, a Constituição Federal garante o direito de propriedade enquanto possibilidade de os entes privados se apropriarem de riquezas. Pode-se afirmar, portanto, que o direito de propriedade privada integra a estruturação constitucional do Estado brasileiro. Como a esse direito impõe-se a restrição da função social, é mister investigar-se esses limites.

O artigo 186 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 declara que a propriedade rural cumpre a função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos do aproveitamento racional e adequado, da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É dessa declaração constitucional que emerge o tema da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente como requisito de cumprimento da função social pela propriedade rural.

Segundo Benedito Ferreira Marques “A manutenção de latifúndios improdutivos, na odiosa concentração registrada na história brasileira, é também uma questão ética. A terra não é bem de especulação, mas um bem de produção.”⁸

A utilização do imóvel rural não pode se prestar exclusivamente a fins mesquinhos da concentração e aferição de patrimônio, ou da tão propalada especulação financeira. Sem confrontar a ideologia capitalista e pensando em manter esse sistema de trocas, é necessário pensar o direito de propriedade de modo a garantir que o imóvel rural venha a produzir bens, trabalho, racionalidade no aproveitamento da área, racionalidade na exploração dos recursos naturais, e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É evidente que embora o Direito não seja mera outorga do Estado, é objeto cultural, forjado à partir das pressões sociais. Assim, o direito de propriedade deve ser visto como instrumento do capitalismo e, nesse sentido, para assegurar a sobrevivência do próprio sistema e a preservação desse mesmo direito, deve respeitar a função social. É “válvula de escape” para evitar a explosão do sistema diante das pressões sociais.

A produção é um dos elementos mais relevantes num sistema de capitalismo institucional globalizado. O Brasil, integrado nesse contexto deve orientar o direito de propriedade segundo critérios de produtividade. Isso é inevitável no modelo de economia mundo em que vivemos.

Com muita propriedade afirmam ZELEDON ZELEDON que a função social da propriedade agrária na América Latina tem por fundamento que os bens dessa natureza, por serem bens essencialmente produtivos, devem ser explorados adequadamente. Por essa razão, a propriedade define-se como ativa e a produção ou produtividade obedece aos seguintes requisitos: dever de cultivar todos os imóveis com capacidade produtiva; dever de cultivo direto da empresa agrária, prioridade do uso agrícola da terra cultivável; e os critérios de eficiência e racionalidade. Assim, supera-se a idéia de propriedade concebida como mercadoria, sujeita à mera especulação para se encampar um novo conceito de propriedade voltada ao rendimento e com vista na produtividade.⁹

Preserva-se a noção econômica com outros fundamentos, obedecendo a nova proposta de utilização.

O exercício do direito de propriedade, garantia constitucional, está diretamente jungido ao cumprimento da função social. Neste sentido, José Afonso da Silva afirma que a Constituição:

Ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja, como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e II), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim.¹⁰ (SILVA, 2003:281)

No modelo atual, a distribuição da justiça reclama a observação da realidade e o atendimento dos anseios e dos valores sociais. Assim abandonam-se as posturas da jurisprudência de conceitos e o rigor das construções teóricas para se determinar conteúdos em razão da função social a ser exercida na aplicação da norma. A determinação do conteúdo da cláusula geral é feita a partir da casuística, o que não importa o abandono absoluto da construção teórica do direito. Como quer Paolo Grossi, o conceito, a teoria, sofre uma contaminação fática.

A doutrina, seguindo a tradição de elaboração teórica da Ciência Jurídica ou Jurisprudência Científica, procura delimitar a compreensão da expressão “função social” de acordo com o pensamento e a realidade social contemporânea.

Segundo o Glossário de Direito Agrário,(1998,p. 44) Função social da Propriedade é:“uma expressão que denomina o princípio pelo qual o interesse público deve ter preferência sobre a propriedade privada, embora sem eliminá-la. Este princípio é consequência do intervencionismo do Estado na Esfera individual, a fim de concretizar uma visão social de bem comum.”¹¹

O homem é a fonte de toda função social na medida em que integra a coletividade, a sociedade. Porém, devemos distinguir o homem (formador da sociedade) sob o ponto de vista coletivo (social) do homem individualmente considerado. O primeiro é a causa e o fim de toda função social dos bens. É ele o produto agrário fina. Já o segundo, pode ser considerado recurso agrário, na medida em que é utilizado ou se auto-limita de forma socialmente vantajos. Eis o homem-instrumento, empresário, trabalhador, realizador da atividade agrária e *conditio sine qua non* da existência dessa atividade.¹²

O Estatuto da Terra já estabelecia que a função social da propriedade da terra ocorre quando atender simultaneamente a manutenção dos níveis satisfatórios de produtividade, a observação de justas relações de trabalho entre os que possuem e os que cultivam, o favorecimento do bem-estar dos proprietários e trabalhadores que nela labutam, e a garantia da conservação dos recursos naturais. Não se pode conceber somente o bem-estar do proprietário em detrimento dos que trabalham na terra ou dos demais membros da coletividade.¹³

O cumprimento da função social da propriedade não é favor. A Constituição Federal de 1988, na esteira da tradição constitucional brasileira protegeu a propriedade privada, mas há de se observar que o gozo de tal instituto está estreitamente ligado ao respeito à função social da propriedade; respeito esse que se dá, simultaneamente, pela atenção aos direitos trabalhistas; direitos de uso da terra; respeito ao meio ambiente; e atenção à produtividade possível.¹⁴

Barcellos de Magalhães, afirma que o direito de propriedade não é um fato da natureza privada que afeta exclusivamente o homem, como o é, por exemplo, a honra. Afirma que:

Se assim o conceituássemos, sem dúvidas lhe emprestaríamos um cunho egoístico. Forçoso é relacioná-lo com o organismo social, porque, ao contrário, não se chegaria mesmo a ser compreendido, certo como que um dos seus caracteres fundamentais – a

exclusividade – se concebe em relação ao homem considerado como unidade da sua razão lógica de existir, senão também a ela deve o fato de ser o interesse privado do proprietário protegido e assegurado. A função social da propriedade, exercendo-se através da faculdade de uso e fruição das coisas converte-se afinal em simples medidas de índole política e econômica restritivas da liberdade individual, criadas momentaneamente, segundo critério justo e as necessidades do equilíbrio social.¹⁵

A produção, por si só, pode gerar um aumento quantitativo das riquezas. Gera empregos, gera alimentos. Ocorre que, desligada da proteção ambiental, também gera a diminuição do potencial que a terra tem a nos oferecer. Não se trata tão-somente de analisar o custo econômico, mas sim do custo social das ações humanas. É aí que entra a função do Direito como regulamentador desses valores, que devem ser respeitados por toda a sociedade.¹⁶

A noção de função social da propriedade nasceu da necessidade de produção de riquezas e, sobretudo, de alimentos, quando trata da propriedade agrária. Não poderia ter sido diferente. A preocupação com a produção de alimentos e riquezas, apesar de atual, não é fato recente. Daí o desvalor dado à propriedade que não exercia nenhuma função produtiva. O mau uso da propriedade ocorria quando esta não produzia riquezas. A revolução tecnológica que hoje vivemos ainda não havia começado e as ações do homem que modificavam a natureza ainda não haviam causado marcas perceptíveis no planeta Terra. Inicialmente, as ações humanas que visavam o aproveitamento e o uso dos recursos naturais renováveis eram, por assim dizer, tímidas e não causavam grandes modificações no mundo. Diante de tamanha força, é natural que a necessidade de se preservar o meio ambiente tenha sido ignorada e a função social da propriedade tenha tido somente um enfoque de incremento à produção.¹⁷⁾

A Terra há que ser preservada. A exploração de seus recursos naturais ou nela produzidos por transformação, num contexto globalizado, de dominação capitalista institucional, deve-se dar de forma racional, lucrativa e auto-sustentável e com a preocupação de gerar benefícios que sejam minimamente repartidos para toda a coletividade. Isso é necessário para a garantia do sistema e a manutenção do direito privado de propriedade individual. Participar de sua exploração deve ser um direito de todos e preservá-la uma obrigação de cada um, para que a vida prossiga seu curso.

A preocupação com a produção de alimentos e riquezas, apesar de atual, não é fato recente. Daí o desvalor dado à propriedade que não exercia nenhuma função produtiva. Inicialmente, as ações humanas que visavam o aproveitamento e o uso dos recursos naturais renováveis eram, por assim dizer, tímidas e não causavam grandes modificações no mundo. Diante de tamanha força, é natural que a necessidade de se preservar o meio ambiente tenha sido ignorada e a função social da propriedade tenha tido somente um enfoque de incremento à produção.¹⁸

2 Sistema de Produção Integrada enquanto Política pública

O modelo econômico concentracionista, como consequência das transformações na indústria, se concretiza nesse período e a agricultura, como um dos segmentos mais importantes da economia não escapa dele. Há uma revolução no modelo agrícola, com a introdução das novas técnicas, que vai possibilitar a sujeição ao modelo industrial concentrado.

O desenvolvimento do mercado de defensivos e fertilizantes surge a partir do século passado, quando os pesquisadores provam que a agricultura não depende de húmus, mas de água e minerais. Antes do século XX acredita-se na necessidade do húmus para nutrir as plantações. A partir disso há a exploração econômica desse segmento, com a produção de fertilizantes que tem por vantagens ao *humus* concentrar os nutrientes. Também a descoberta de novos defensivos revolucionaram o combate as pragas. A mecanização agrícola associada a esses dois fatores implementaram esse mercado.

Essa revolução agrícola é questionada pelos riscos que traz ao meio ambiente. Isso ocorre inicialmente na Europa, cuja metade do território é destinada a agricultura.

O modelo implantado a partir do século XX é hegemônico. Passa a ser denominado agricultura convencional. Dentre os riscos apresentados por esse modelo agrícola apontam-se :

- a degradação do solo pela erosão e compactação; a contaminação das águas e dos solos devido aos compostos inorgânicos (NO₃) ou orgânicos (pesticidas);
- contaminação do ar pelo uso de combustíveis fósseis para aplicação e fabricação dos fitoquímicos;
- contaminação dos alimentos pela utilização inadequada de pesticidas ou em razão do desconhecimentos dos seus efeitos para o homem e os animais.
- degradação dos ecossistemas pela destruição do meio ambiente, em virtude da monocultura, do uso excessivo de maquinaria, da falta de aplicação de matéria orgânica, da utilização de águas salobras.

Essa preocupação com os riscos para os seres vivos, com o comprometimento do solo e com a própria viabilidade do planeta desencadeou uma luta para solucionar esses problemas pela superação do modelo vigente, o que deu origem a criação de organismos internacionais. Propostas de modelos mais eficientes e menos agressivos passam a ser estudados, desenvolvidos e estimulados. Esses métodos propõem a utilização de produtos de origem natural e de uso de inimigos naturais no combate às pragas.

A noção de agricultura integrada desenvolve-se como resistência à lógica destrutiva da globalização que não oferece meios de melhorar a vida da grande maioria da população¹⁹ como não é sustentável a médio prazo. Isso tem gerado a criação de várias iniciativas locais em todo o mundo a que se tem denominado localizações que Boaventura de Souza Santos define como o conjunto de iniciativas que objetivam criar e manter espaços de sociabilidade de pequena escala, comunitários direcionados à auto-sustentabilidade e regidos por lógicas cooperativas e participativas.²⁰

A denominada agricultura sustentável funda-se na ideia de manejo que busca satisfazer as necessidades atuais sem comprometer o cumprimento daquelas futuras. Não inclui apenas a agricultura, mas contempla aspectos sociais, econômicos e políticos, que devem conduzir à criação de comunidades com padrão de vida aceitável, conservando duradouramente o meio ambiente. A agricultura sustentável, no aspecto específico da produção agrícola centra-se nas técnicas de produção orgânica e de produção integrada. Isso deve ser objeto de apoio da comunidade e de políticas públicas.

A produção orgânica e a integrada utilizam resíduos orgânicos como fertilizantes e métodos de baixo impacto ambiental como defensivos. As associações que promovem esse tipo de cultivo divulgam fórmulas de defensivos fitoquímicos compatíveis com a proposta (caldas sulfocáuticas, bordalesa e outras).

A agricultura orgânica renuncia ao uso de pesticidas e outros fertilizantes químicos sintéticos sendo, por isso, indicada para a produção familiar. Entretanto, observam-se grandes empresas atuando nesse segmento. Exemplos na citricultura, em que fazem do Grupo Montecitrus produz laranja orgânica e a marca Native, explorada pela Fazenda São Francisco, do Grupo Balbo, que produz sucos, café e açúcar orgânico. Do ponto de vista do direito, não há restrições relativas a natureza ou tamanho dos sujeitos que exploram essa atividade. A certificação –marca- agricultura orgânica pode ser explorada por associação. Em regra a certificadora é uma associação de produtores, encarregada do controle, fiscalização e concessão do uso da marca.

A produção integrada constitui uma proposta intermediária entre a orgânica e a convencional, sendo factível a todos as estruturas de exploração agrícola- familiar, pequenos, médios, grandes, conglomerados. Este método usa preferencialmente os resíduos orgânicos os defensivos de baixo impacto ambiental no controle de pragas. Só utiliza os sintéticos em casos imprescindíveis.

Essas iniciativas promovem a sociabilidade locais e, como estratégia, há que se desenvolver por “múltiplas iniciativas locais e de pequena escala, tão diversas quanto as culturas, os contextos e o meio ambiente em que têm lugar. Não se trata de pensar em termos de esforços isolados e antes de instituições que promovam a pequena escala em larga escala.”²¹

Neste contexto a Significa uma possível resistência para a preservação da agricultura e do agricultor tradicional, com seu vínculo à terra, a produção de alimentos (não apenas de commodities) para a segurança alimentar, esses saudáveis, com a mínima indispensável utilização de recursos agrotóxicos. Resgata o conceito de agricultura e os conhecimentos tradicionais de manejo, tendo em conta os aspectos sociais e culturais sem se descuidar da necessária produtividade e inserção no mercado.

No padrão concentracionista hegemônico do agronegócio, a implantação desse modelo de reação encontra inúmeras dificuldades. Não é tarefa para o agir isolado e individual dos agricultores. O homem do campo dificilmente sobreviverá no mercado agrícola contemporâneo com tal proposta. É necessária a organização dessas pessoas também dentro de uma proposta que encontre pertinência no modelo de mercado e que lhes preserve a autonomia. São necessárias também políticas públicas e apoio governamental.

Neste contexto o Estado não pode se eximir de suas responsabilidades,

A Produção Integrada de Frutas (PIF) surgiu na Europa na década de 70, com o objetivo de produzir frutas de qualidade, respeitando o meio ambiente, a saúde do consumidor e do produtor, através do uso mínimo de agroquímicos e da integração de práticas de manejo das plantas frutíferas.²²

Os precursores do sistema PI na Comunidade Européia foram Alemanha, Suíça e Espanha que já tinham iniciado anteriormente este processo de PI visto a necessidade de substituir as práticas convencionais onerosas por um sistema PI que diminuísse os custos de produção, melhorasse a qualidade dos alimentos e reduzisse os danos ambientais.²³

Não há no Brasil uma lei específica sobre agricultura integrada. Existem projetos em todo o mundo e algumas políticas de incentivo que utilizam como referência as normas da OILB (Organização Internacional da Luta Biológica e *Integrada*). Cada país tem organismos encarregados de desenvolver. No Brasil, dentro do Programa fome Zero, foi implantado o Plano Nacional de Segurança e Qualidade de Produtos de Origem Vegetal, aprovado pela Instrução Normativa n.64, de 09/09/2003, do Secretário de Defesa Agropecuária, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), incorporando princípios da produção integrada propostos pela OILB.

A agricultura integrada, segundo a definição da ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LUCHA BIOLÓGICA E INTEGRADA (O.I.L.B.), consiste em um sistema agrícola de produção de alimento que utiliza ao máximo os recursos e os mecanismos de regulação naturais e assegura a longo prazo uma agricultura viável. Nela, os métodos biológicos, culturais, químicos e demais técnicas são cuidadosamente eleitos e equilibrados tendo em conta o meio ambiente, a rentabilidade e as exigências sociais.

Segue um modelo regulamentar que tem sido reproduzido em outros países, como a Espanha por exemplo. São estabelecidas normas técnicas para os diferentes cultivos e em diretrizes gerais regulamentam as condições administrativas para utilizar a marca de certificação da Produção Integrada dentro de determinado âmbito territorial, os requisitos para as associações e agrupamentos (nos países que os regulamentam) para o uso da marca, a constituição e o funcionamento das entidades de controle e certificação da PI, as normas técnicas para as práticas de cultivo, colheita, transporte, transformação e comercialização dos produtos, os registros das práticas agrícolas para controle e

fiscalização pela certificadora, registro e identificação das partidas de produção, normas disciplinadoras dos cursos de formação sobre esses manejos.

São objetivos da agricultura integrada:

Integrar os recursos naturais e os mecanismos de regulação nas atividades de exploração para minimizar os aportes de insumos procedentes do exterior.

Assegurar uma produção sustentável de alimentos e outros produtos de alta qualidade por meio da utilização de tecnologia que respeite o meio ambiente.

Manter a rentabilidade da exploração.

Preservar as diferentes funções da agricultura.

Esses objetivos devem ser alcançados tendo por princípios a regulação de todo o agrossistema, a minimização dos impactos não desejados e dos custos externos sobre a sociedade, a renovação dos conhecimentos dos agricultores, o equilíbrio dos aportes e perdas de nutrientes e a conservação do solo, o controle integrado das pragas, assegurar a qualidade dos produtos e a competitividade deles no mercado, a certificação da qualidade desses produtos o que confere-lhes garantia de melhor preço tendo em vista o seu custo de produção mais alto.

3- Projetos de Agricultura Integrada

Atualmente, no âmbito do SAPI, estão sendo conduzidos 39 projetos de Produção Integrada em 14 Estados da Federação, e as atividades desenvolvidas pelos Projetos de Produção Integrada de Frutas – PIF - envolvendo 17 espécies frutíferas resultaram na adesão de 1.280 produtores com 40.446 ha em produção, a exemplo citamos que estão sob regime PIF 60% da área plantada no Brasil com macieiras; 36% da área cultivada de videiras e 35% de manga no pólo de fruticultura do Vale de São Francisco.²⁴

Dois projetos de agricultura integrada foram eleitos como objeto de reflexão final. Dentre esses foram selecionados os que utilizaram de recursos de cooperação empresarial e são apresentados como exemplares pelos analistas, um no Brasil e outro no Chile. No curso dessa exposição outros foram citados e serão utilizados como recurso de comparação.

Há vários projetos que se difundem no Brasil e no mundo. Dentre esses é referência no Brasil, o caso do café sombreado na Serra do Baturité no Ceará²⁵, em razão da intervenção social, do modelo de preservação de meio ambiente e do desenvolvimento da atividade agrícola na região. Trata-se do segmento do café diferenciado por atributos ambientais e sociais com foco no sombreamento-cultivo sob mata nativa promovendo a harmoniosa convivência da exploração agrícola com a preservação dos recursos

naturais. O cultivo foi realizado em área de preservação, pela agricultura familiar e contou como apoio de associações ambientalistas. Nos aspectos ambientais e sociais o Projeto teve amplo sucesso porque promoveu a atividade econômica de agricultores locais cujas atividades eram insuficientes ao próprio sustento e preservou a mata original

As dificuldades encontradas foram de ordem de inserção econômica, em razão de credibilidade e custos. Houve dificuldade da venda do produto no mercado e do custeio da certificação. Os instrumentos jurídicos utilizados foram os contratos de compra e venda e de associação. Para a exportação foi utilizada a comercial exportadora. Os cafeicultores participam de uma associação (natureza simples) e as vendas foram realizadas individualmente.

Diferentemente do exemplo português com relação ESTRELACOOP (AIE de produtores de queijo), da Serra da Estrela, em que os agricultores estavam juridicamente organizados em agrupamento econômico (natureza empresarial) e contavam com a certificadora da FAPROSERRA-Federação da Associação dos Produtores de Queijo da Serra da Estrela, os cafeicultores de Baturité tiveram dificuldades por ausência de políticas públicas que conferisse segurança. Primeiro porque não tinham uma organização jurídica adequada que conferisse segurança às relações por eles estabelecidas e segundo porque tiveram que buscar uma certificadora estrangeira. O Direito brasileiro não regulamenta o Agrupamento de Interesse Econômico.

Outro caso relatado sobre o assunto pela literatura especializada e divulgado inclusive pela FAO- Fundação para segurança alimentar, é o da ASSOCIACIÓN DE PRODUCCIÓN Y MERCADEO PARA LA EDUCACIÓN –ASPROME- em Cali, Colômbia. É uma associação de pequenos agricultores, muitos pobres, apoiada pela Igreja que ocupou-se com as questões sociais, o desenvolvimento empresarial e a questão ambiental. A associação tem personalidade jurídica e desenvolve atividade empresarial. Presta serviços, comercializa os produtos e gere recursos. Hoje é organização de segundo grau formada por associação agricultores de várias culturas. Para a certificação fez contrato com empresa alemã. Neste caso, observa-se também a dificuldade da agricultura latino americana certificar sua própria qualidade. Por outro lado, observa-se que a organização empresarial é facilitadora da inserção no mercado, dificuldade apontada pelos cafeicultores do Baturité.

Esses são alguns exemplos de agricultura integrada.

Conclusão

A função social da terra, por ser instrumento do capitalismo, é pensada no interior das relações de trocas. Assim, estabelecem-se critérios para seu cumprimento sob a perspectiva do jogo de trocas. Deve ela respeitar os fatores produção e trabalho e meio ambiente. Também a ausência de conflito é importante enquanto condição necessária

para a livre exploração econômica. O olhar a partir do homem ou a partir da natureza como quer Serres está muito distante do pensamento funcionalista do regime.

A agricultura integrada é uma alternativa econômica na globalização capitalista neoliberal que busca soluções de resistência com instrumentos do próprio sistema. É um novo olhar para a economia, para promover objetivos sociais e ambientais. Por se tratar de alternativa de solução para problemas sociais e econômicos de populações, há ser institucionalizada. A agricultura integrada deve ser vista como estratégia de luta contra os efeitos perversos da globalização para o homem do campo.

As iniciativas isoladas dessa proposta de agricultura, embora viáveis, não alcançam esse objetivo. É preciso pensar e construir um modelo jurídico complexo que lhe dê sustentação e segurança, com vários instrumentos, como tem acontecido em países europeus. Além disso, são necessárias políticas públicas que definam e regulamentem posturas e parâmetros legais para sua implementação. A tão propalada flexibilidade significa, nesse contexto, desregulamentação para fins de dominação.

Assim, de grande relevância na implementação desses projetos são os agrupamentos de interesse econômico ou os agrupamentos complementares de empresas, os modelos mais pormenorizados de consórcio e outros acordos de comercialização e alianças de cooperação para realização de projetos.. Outros tipos como as joint ventures, as uniões transitórias de empresas, os consórcios no modelo brasileiro, os grupos, as fusões servem ao agronegócio e às concentrações de grandes proporções.

Entretanto, a exclusiva criação de tipos associativos é insuficiente para viabilizar esse modelo de produção agrícola. É preciso mais. Há que se institucionalizar essa proposta e nela incluir um conjunto de ações e medidas legislativas entre as quais estejam tipicizados e regulamentados essas formas associativas. Esses projetos são complexos envolvendo medidas educativas, projetos integrados de comercialização e certificação. Requer financiamentos, por vezes. É preciso institucionalizá-los para que tenham a devida credibilidade. Para isso os instrumentos jurídicos devem receber regulamentação legal. As formas atípicas atendem à necessidade de flexibilização dos meios jurídicos na concentração empresarial hegemônica, que não tem as mesmas fragilidades daqueles de agricultura integrada e podem operar com instrumentos abertos. A segurança aqui advém do poder econômico, da credibilidade imposta. O que não é o caso desses projetos sócio-econômicos.

Não há no Brasil políticas efetivas e instituto jurídico adequado, ou um instrumento suficiente para dar efetividade aos projetos de agricultura integrada nesse mercado agrícola contingenciado por grandes redes. É preciso a criação de um instrumento jurídico detalhadamente disciplinado em sua estrutura, organização definição de objeto, modalidades, nos moldes em que se apresenta em outros ordenamentos.

O reconhecimento de um novos tipos jurídicos deve ser fundado no elemento característico qualificador encontrado na causa do negócio- sempre a agricultura integrada. A causa compreendida como a função econômica e social típica que justifica o reconhecimento da relevância jurídica do negócio. Essa função só pode ser considerada dentro de um dado contexto socio-econômico e revela-se no processo histórico. Isso para não haver o desvirtuamento da proposta, tendo em vista que, hoje,

muitos projetos do agronegócio, no modelo hegemônico pretendem se mostrar sustentáveis.

Referências

ALMEIDA JR., José Maria G. de. Por um Novo Paradigma de Desenvolvimento Sustentável In: Hermans, M. A. A. (Coord.) *Direito Ambiental: o Desafio Brasileiro e a Nova Dimensão Global*. Brasília Jurídica: OAB, Conselho Federal, 2002.

ANDRIGUETO, J.R.; NASSER, L.C.B.; TEIXEIRA, J.M.A *Produção Integrada de Frutas: Conceito, Histórico e a Evolução para o Sistema Agropecuário de Produção Integrada* – Sapi. Disponível em: http://www.agricultura.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/MAPA/SERVICOS/PROTECAO_INTEGRADA_DE_FRUTAS1/PROD_INTEGRADA_TEXTOS/PRODU%C7%C3O%20INTEGRADA%20-%20SAPI.DOC. Acesso em 12 de julho de 2008

ARAUJO, Telga. A Propriedade e sua Função Social. In: Laranjeira, Raymundo (Coord.) *Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 154-166.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1989.

BELLEN, Hans Michael Van. Desenvolvimento Sustentável: Uma Descrição das Principais Ferramentas de Avaliação. *Ambiente & Sociedade*, v. VII, n. 1, p. 67-88, jan./jun. 2004.

BIDART, Adolfo Gelsi. Um Aspecto de Derecho Agrario y Ambiente. In: _____. *Direito Agrário no Mercosul*, EDUCP, 1998

BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

BRASIL, *Estatuto da Terra*, Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 15 de julho de 2008.

BROSE, Markus. *Fortalecendo a democracia e o Desenvolvimento local: 103 experiências inovadoras no meio rural gaúcho*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2000.

CARROZZA, Antônio. *Gli Istituti del Diritto Agrario*. v. 1. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1962.

_____. _____. v. 2. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1970.

COLARES, Marcos *Direito Agroambiental: Desafio Político aos Operadores do Direito e à Universidade* [Revista CONSULEX nº 179, 59](#), 2004.

COSTABEBER, J. A.; CAPORAL, F. R. Possibilidades e alternativas do desenvolvimento sustentável. In: Vela, Hugo (org.) *Agricultura Familiar e Desenvolvimento Rural Sustentável no Mercosul*. Santa Maria: UFSM, 2003. p.157-194.

DELGADO DE MIGUEL. *Derecho Agrario de la Union Europea*. Madrid: thebook, 1994.

_____. *Estudios de derecho Agrario*. Madrid: Montecorvo, 1993.

GLOSSÁRIO DE DIREITO AGRÁRIO, do Curso de Especialização em Direito Agrário e Curso de Mestrado em Direito Agrário da UFG, Goiânia: Potência, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 2.ed. São Paulo: RT, 1991.

GROSSI, Paolo. *El Orden Jurídico Medieval*. Madri: Marcial Pons, 1996

JARQUE, Jan José Sanz Jarque. *Derecho Agrario, Geral Autonómico y Comunitario*, v. 1 Introducion: Mocion, natureza y fuentes Madri: Instituto Editorial Reus, 1985.

LAMARCHE, H. (Coord.). *A Agricultura Familiar*. Campinas: Ed. UNICAMP, 1993.

MARQUEZ, Benedito Ferreira A desapropriação da Propriedade produtiva para fins de Reforma Agrária *Revista Goiana de Direito Agrário*, ano.2, n. 2, Goiânia: Gráfica e editora Renascer, 1998, p. 63-69.

_____. *Direito Agrário Brasileiro*, Goiânia, AB, 2005;

MOTA, Ezio G., FERREIRA, Jader J., BRENER, Serguei, LOPES, Rogério dos Santos *SAPI- Sistema Agropecuário de Produção Integrada*. In: I SIMPOBOI - Simpósio sobre Desafios e novas Tecnologias na Bovinicultura de Corte, *Anais...* Brasília, 2005. p. 29-34.

NARDINI, Maurício José A Produção e a Proteção Ambiental. *Revista Consulex*, [n. 9](#) - 1997, (Coleção Disponível em CD).

Neves, Marcos Fava e Castro Luciano Thomé *Agronegócio e Desenvolvimento Sustentável: O Modelo Pins. Biológico*, São Paulo, v.69, n.2, p.29-33, jul./dez., 2007

Políticas de la Fao en Agricultura Orgánica. In: *FLORENCE TARTANAC Oficial de Agroindustria Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, Santiago, Chile* Septiembre 2003. Disponível em: [.<www.fao.org/organicag/>](http://www.fao.org/organicag/). Acesso em 25 de junho de 2008.

PORDEUS, Vanda Santos Moraes *Agroambientalismo: Legislação e Impactos Provocados* in *Revista Jurídica Consulex*, n. 138, 2002.

RIPERT Georges, *Les Forces Creatrices du Droit Lib. Gen. de Droit et de Jurisprudence*, Paris: 1966.

SACHS, Igancy. Estratégias de transição para o século XXI. *Cadernos desenvolvimento e meio ambiente*, nº 1, p.42-62, Editora UFPR, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Produzir para viver Os caminhos da produção não capitalista*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SINGER, Paul *Introdução à Economia Solidária*. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SILVA, Jônathas. *O direito e a questão agrária na Constituição brasileira*. Goiânia: Ed. UCG, 1996.

SILVA, José Afonso, *Direito Ambiental Constitucional*, 3. ed. São Paulo; Malheiros, 2000.

_____. Direito de propriedade In. _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 22. ed., 2003, p.269-282.

TÁRREGA, M. C. V. B. *Autonomia Privada e Princípios Contratuais no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: RCS, 2007.

TÁRREGA, M. C. V. B. (Org.). *Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. 38. ed. São Paulo: Ed RCS, 2007, 2007. 303 p

TAKAGI, Maya, SILVA, José Graziano e BELIK, Valter. *Combate a fome no Brasil*. São Paulo, Instituto Cidadania. 2002.

VIAL, *Propriedade da terra: uma análise sociojurídica* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

Vidotte, Adriana e Tarrega, Maria Cristina V.B. (Org.). *Estado, Empresa e desenvolvimento econômico*. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

VICTORIA, Maria Adriana. Seguridad alimentária como derecho y deber. *Revista De Direito Agrário Ambiental e da Alimentação*. Rio de Janeiro: Forense, Ano I, jul.-dez. 2005.

ZELEDON ZELEDON, Ricardo. *Teoria General e Institutos de Derecho Agrário*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

_____. *Derceho agrário y derecho humano*. Curitiba: Jurua, 2002.

1 SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Processos da Globalização*. In A Globalização e as Ciências Sociais. Org. SANTOS, Boaventura de Souza. 3 Ed. São Paulo. Cortez 2005, p.72

2 Ibidem,p. 73

3 MOTA, *et ai, op cit*, p. 29-33..

4GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p.20.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa.(org.) *Produzir para viver Os caminhos da produção não capitalista*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 16.

6 SINGER, Paul *Introdução à Economia Solidária*. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abrano, 2002, p. 114-118.

7 ZELEDON ZELEDON, Ricardo. *Teoria General e Institutos de Derecho Agrário*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 191

8 MARQUEZ, Benedito Ferreira *A desapropriação da Propriedade produtiva para fins de Reforma Agrária* Revista Goiana de Direito Agrário , ano.2, n. 2, Revista do Curso de Mestrado em Direito Agrário d Universidade Federal de Goiás, Goiânia: Gráfica e editora Renascer, 1998, p. 66

9 ZELEDON ZELEDON, Ricardo. *Teoria General e Institutos de Derecho Agrário*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 191.

10 SILVA, José Afonso; *Direito de propriedade in Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 22ª ed., 2003, p.281

11 GLOSSÁRIO DE DIREITO AGRÁRIO, do Curso de Especialização em Direito Agrário e Curso de Mestrado em Direito Agrário da UFG, Goiânia:Potência, 1998, p. 44.

12 DI MATTIA *apud* REZEK, Gustavo Elias Kallás *Amplitude do Princípio da Função Social da propriedade no Direito Agrário In A lei agrária Nova*, volume I, Curitiba:Juruá, 2006, p. 80

13 NARDINI, Maurício José *A Produção e a Proteção Ambiental in: Revista Consulex, nº 9-* 1997, (Coleção Disponível em CD).

14 COLARES, Marcos *Direito Agroambiental: Desafio Político aos Operadores do Direito e à Universidade [Revista CONSULEX nº 179, 59](#)*, 2004

15 MAGALHÃES, Barcellos de *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. I, Editora Lumen Juris, 1997, p. p.31/32.

16 NARDINI, *op. cit*

17 Ibidem

18 Ibi NARDINI, *op. cit*

19 Nesse sentido GIDDENS, Anthony. *O Debate Global sobre a TerceiraVia*. São Paulo, Unesp, 2007.

20 SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Processos da Globalização*. In A Globalização e as Ciências Sociais. Org. SANTOS, Boaventura de Souza. 3 Ed. São Paulo. Cortez 2005, p.72

21 Id.ibid.,p. 73

22 FACHINELO, J. C.; GRUTZMACHER, A. D.; HERTER, et al. Avaliação do sistema de produção integrada de pêssego de conserva na região de pelotas-safra 1999/2000. In: SEMINÁRIO SOBRE PRODUÇÃO INTEGRADA DE FRUTAS DE CLIMA TEMPERADO NO BRASIL, 2., 2000, Bento Gonçalves, Anais. Bento Gonçalves, RS: Embrapa Uva e vinho, 2000. p. 78-85

23 ANDRIGUETO, J.R.; NASSER, L.C.B.; TEIXEIRA, J.M.A *Produção Integrada de Frutas: Conceito, Histórico e a Evolução para o Sistema Agropecuário de Produção Integrada - Sapi*

24 Andrigueto, R., Nasse, L.C.B., TeixeirA, J.M.A. *Sistema Agropecuário De Produção Integrada – Sapi*. Disponível em: .<
http://musalit.inibap.org/pdf/IN070520_por.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2008.

25 SAES MACHIONE, Maria Sylvia et alii. Alianças estratégicas para garantir a sobrevivência dos produtores e dos recursos naturais: O caso do café sombreado na Serra do Baturité.

O ACESSO À EDUCAÇÃO PELA VIA PROCESSUAL: FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL*

THE ACCESS TO EDUCATION THROUGH THE PROCESS WAY : A MANNER OF SOCIAL INCLUSION

**Maurício Gonçalves Saliba
Paulo Mazzante de Paula**

RESUMO

A educação é um direito subjetivo do cidadão, previsto na Constituição Federal, fundamental para a inclusão social. Aliás, a educação foi equiparada ao trabalho para fins de remição da pena do condenado e a reabilitação social. O presente estudo tem por finalidade analisar a importância da educação para a inclusão social do adolescente, qualificação profissional do trabalhador e reinserção do condenado. Parte da hipótese que a educação é parte integração de nosso processo de humanização. É evidente que a educação é instrumento de pacificação social, portanto uma das alternativas para a diminuição da desigualdade social, motivo pelo qual a luta para a efetivação deste direito social é de suma importância para a sociedade. No caso da omissão estatal, para a efetivação deste direito social, o acesso à educação poderá ser obtido pela via processual, motivo pelo qual o educador, operador do direito e a população têm um importante instrumento para a concretização da cidadania.

PALAVRAS-CHAVES: EDUCAÇÃO; DIREITO SOCIAL; INCLUSÃO SOCIAL; REMIÇÃO DA PENA.

ABSTRACT

Education is a subjective right of the citizen foreseen in Federal Constitution, fundamental for the social inclusion. In fact, education was compared to the work for ends of remission of the convict's sentence and social rehabilitation. The present study has by purpose to analyze the importance of the education for the adolescent's social inclusion, the worker's professional qualification and the convict's reintegration. It is evident that education is instrument of social pacification therefore one of the alternatives for the decrease of the social inequality, I motive for which the fight for effectuation of this social right is of highest importance for the society. In case of state omission, for effectuation of this social right, the access to education can be obtained by

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

processual road, motive for which the educator, operator of the right and the population have an important instrument for the materialization of the citizenship.

KEYWORDS: EDUCATION; SOCIAL RIGHT; SOCIAL INCLUSION; REMISSION OF THE SENTENCE;

INTRODUÇÃO

A educação é um direito subjetivo do cidadão, previsto na Constituição Federal, fundamental para a inclusão social, qualificação do adolescente e pacificação social.

Aliás, a educação foi equiparada ao trabalho para fins de remição da pena do condenado e a reabilitação social.

O presente estudo tem por finalidade analisar a importância da educação para a inclusão social do adolescente, qualificação profissional do trabalhador e reinserção do condenado. Parte da hipótese que a educação é um instrumento de humanização e, dessa forma, indispensável na ressocialização.

É evidente que a educação é instrumento de pacificação social, portanto uma das alternativas para a diminuição da desigualdade social, motivo pelo qual a luta para a efetivação deste direito social é de suma importância para a sociedade.

O respeito aos direitos da criança e do adolescente proporcionará a qualificação educacional e profissional deste futuro cidadão e benefícios para a melhora da qualidade de vida, paz e diminuição da disparidade social.

O recluso ganhará respeito e perspectiva para a volta ao convívio comunitário. Com a educação e o trabalho o detento terá recuperado a auto-estima e a possibilidade de sustentar dignamente a família.

O cidadão educado tem discernimento de seus direitos e deveres, inclusive podendo escolher melhor seu governante.

No caso da omissão estatal, para a efetivação deste direito social, o acesso à educação poderá ser obtido pela via processual, motivo pelo qual o educador, operador do direito e a população têm um importante instrumento para a concretização da cidadania.

1. EDUCAÇÃO: DIREITO SOCIAL

Apenas os direitos individuais, classificados de primeira geração e também chamados de liberdades públicas, não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, visto que havia necessidade da criação de condições para o seu exercício.

Surgiram, então, os direitos sociais, econômicos e culturais, “buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais”[1]. Ocorreu, então, uma complementação entre as liberdades públicas e os direitos sociais.

A educação, conforme artigo 6º da Constituição Federal, é um direito fundamental social ou de segunda geração, surgido recentemente no texto constitucional.

O artigo 205 do texto constitucional define a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família” e afirma que “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Pela definição de Uabi Lamnêgo Bulos[2]: “A educação é o caminho para o homem evoluir. Por isso, é um direito público subjetivo, e, em contrapartida, um dever do Estado e do grupo familiar”.

1.1 educação, evolução e humanização:

Para se avaliar a importância da educação na questão da evolução humana e como direito subjetivo do cidadão, precisamos buscar compreender a natureza humana. É comum ouvirmos a frase: “esse sujeito é muito humano!”, como se a humanidade fosse um atributo natural, mais presente em uns e menos presente em outros. Trabalhando com conceitos antropológicos, devemos pensar que, a rigor, todos somos humanos, desde a mais cândida criatura até os assassinos, seqüestradores e estupradores. Porém, se todos somos biologicamente humanos, nossa humanização plena só ocorre após confirmação posterior. Ou seja, diferentemente dos outros animais, que nascem prontos, nós necessitamos de uma ratificação que só acontece socialmente. É didaticamente perfeito o exemplo de Berger[3]:

Citemos um exemplo. Como não é preciso ensinar os gatos a caçar ratos, existe aparentemente alguma coisa no equipamento congênito de um gato (um instinto, se o leitor gostar do termo) que o faz agir assim. Presumivelmente, quando um gato avista um rato, há alguma coisa que lhe diz: “Coma! Coma! Coma!” Não se pode dizer que o gato resolve atender esse pedido interior. Ele simplesmente segue a lei de seu ser mais íntimo e arremete contra o pobre camundongo (o qual, suponho, escuta uma voz interior que lhe diz: “Corra! Corra! Corra!”). O gato não tem outra alternativa.

Diferentemente dos outros animais, somente nos humanizamos em sociedade, uma vez que a humanização é um processo social que acontece quando “os outros nos contagiam com sua humanidade deliberadamente”[4]. Nascemos para sermos humanos, mas não o somos totalmente se não nos relacionarmos com os outros num processo de aprendizagem.

A antropologia caracteriza esse processo de *neotonia*, indicando que, embora os humanos nasçam muito cedo em relação aos outros animais, antes de estarem completamente prontos, possuem uma plasticidade que lhes permite a individualização. De forma geral, os animais nascem prontos ou, em pouquíssimo tempo, estão completos em suas habilidades. Por exemplo, um cachorro, com um mês de vida, já executa todo o

repertório de capacidades que tem disposição para adquirir em toda a sua vida. Nós humanos somos diferentes, porquanto temos um nascimento precoce e vamos adquirindo nossas habilidades de forma lenta e gradual. Somos, por longo tempo, incapazes e dependente de nossos pais ou responsáveis. Esse comportamento, característico dos seres humanos, nos faz dependentes da sociedade. Se não podemos afirmar que somos animais sociais por natureza, podemos, por outro lado, afirmar que nossa humanização só se completa quando participamos de uma rede de relações sociais.

Ao nascer, cada indivíduo pode ser muito diferente, conforme sua constituição natural. Mas é apenas na sociedade que a criança pequena, com suas funções mentais maleáveis e relativamente indiferenciadas, se transforma num ser mais complexo. Somente na relação com outros seres humanos é que a criatura impulsiva e desamparada que vem ao mundo se transforma na pessoa psicologicamente desenvolvida que tem o caráter de um indivíduo e merece o nome de ser humano adulto. Isolada dessas relações, ela evolui, na melhor das hipóteses, para as condições de um animal humano semi-selvagem.[5]

De tal modo, a individualidade é um produto da convivência social e isso pressupõe que, se, por acaso, um indivíduo conseguir sobreviver isoladamente (temos o exemplo das meninas indianas Amala e Kamala, em 1920) continuará possuindo disposição humana, entretanto terá sua humanização comprometida. As individualidades vão se cristalizando no decurso da natureza de nossas relações sociais. Desse modo, a estrutura da sociedade em que o indivíduo se encontra será capital para a definição de sua constituição. Para Elias (1994, p. 28) “uma criança do século XII desenvolvia uma estrutura dos instintos e da consciência diferente de uma criança do século XX (...)”, em razão da evolução histórica do padrão social, da estrutura das relações humanas.

Nesse processo, evidencia-se a importância da educação na humanização. Se nossa humanidade é completada em sociedade a educação é o elemento que proporciona a transformação do animal em homem. Seja ela formal ou informal, demanda uma trama de relações indispensáveis com outros seres humanos. Na aprendizagem informal, os adultos servem como modelo de comportamento as crianças. Um outra característica importante dos seres humanos que, igualmente nos difere dos outros animais, é a capacidade que temos de constatar nossa ignorância.

Os membros da sociedade humana não só sabem o que sabem, eles também percebem e perseguem corrigir a ignorância dos que ainda não sabem ou de quem acreditam que sabe algo erroneamente. (...) Ser humano consiste na vocação de compartilhar com todos o que já sabemos, ensinando os recém-chegados ao grupo o que devem conhecer para se tornar socialmente válidos.[6]

Dessa maneira, o ensino tem fundamentalmente um caráter humanizador quando Savater (2000, p. 39) afirma que “é próprio do homem não tanto o mero aprender, mas aprender com outros homens, o ser ensinado por eles”. O autor considera o fato de ensinar e aprender com nossos semelhantes o fator mais importante do que qualquer aspecto genético e interno dos indivíduos. Podemos aprender muita coisa, do mundo

que nos rodeia, de forma empírica, tais como, nos preservar do perigo, etc, apenas processando algumas informações com nossa inteligência, entretanto, precisamos de nossos semelhantes para compreender o significado das coisas e participar daquilo que é próprio dos humanos que é o mundo simbólico. Esses significados não podem ser modificados ou inventados isoladamente, uma vez que, ao compartilharmos os valores de uma sociedade estamos reconhecendo e considerando o outro como sujeito. O processo de socialização significa compartilhar valores dentro de um mundo simbólicos em que se admite o outro como sujeito.

Após verificarmos ser o aprender uma especificidade humana e, sua dependência do “outro”, constatamos que nossa espécie exige interação constante. Nesse aspecto, a socialização primária que somente ocorre na família, é a condição básica da humanização.

Dessa forma, podemos afirmar que o ensino está intrinsecamente relacionado com a condição humana. Também está inserido nessa situação algo que vai além da humanização, e que lhe é complementar, a formação para a cidadania. A educação formal deve preparar o indivíduo para a cidadania. Só é possível ser cidadão, ou seja, ter o sentimento de pertencimento à sociedade quando se tem instrução e acesso aos conhecimentos básicos. É fundamental para a promoção da auto-estima do indivíduo, o domínio da linguagem, da escrita e o conhecimento de sua história. O domínio desse saber permite ao sujeito ir além dele mesmo, sentir-se parte de algo maior e perceber sua condição de sujeito.

Mas a educação para a humanização e cidadania vai além da instrução e do conhecimento técnico/científico. Expurgando, segundo Ferreira[7], as “crenças, as fantasias as ilusões e, quem sabe, as paixões, que em nada contribuem para o desenvolvimento de uma consciência crítica”. A consciência ingênua contribui para a violência uma vez que o indivíduo não consegue vislumbrar outra alternativa de resolução de seus problemas senão pela força. Portanto, a educação para a cidadania deve promover um salto da consciência ingênua para a consciência crítica, fazendo com que o indivíduo aumente sua auto-estima e perceba-se como capaz de refletir e elaborar concepções alternativas de sociedade. Dessa maneira, o conhecimento passa a servir como possibilidade de luta por mudanças e um canal alternativo à violência física. A retomada da auto-estima faz com que o sujeito valorize sua vida e preserve sua integridade.

2. A REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO

O Superior Tribunal de Justiça editou recentemente a súmula 341 que possibilita a remição da pena do condenado pelo estudo, que deve ser compreendido como forma de trabalho intelectual, numa interpretação extensiva do artigo 126 da Lei das Execuções Penais.

O texto sumulado é o seguinte: “A frequência curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semi-aberto”.

A remição da pena será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) dias de trabalho ou estudo, nos termos do artigo 126, §1º, da Lei das Execuções Penais.

Ademais, existe um projeto de lei, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, que prevê a remição da pena pelo estudo, a cada 18 horas em sala de aula, o preso terá um dia a menos na pena e um bônus no desconto da pena para cada nível de ensino concluído. O Ministério da Educação esclarece que cerca de 80% dos 252 mil presos no Brasil são analfabetos ou não concluíram o ensino fundamental.

Caso acontecesse a efetivação dos direitos sociais, proporcionando estudo qualificado ao adolescente e profissionalizando o trabalhador, certamente seria reduzida a desigualdade social.

É trivial que a inclusão social por meio do trabalho e da educação são alternativas para a diminuição da violência. Portanto, pelo prazer de argumentar, é razoável concluir que é necessária a busca pela maior conscientização social e não cometimento do crime, visto que o analfabetismo está ligado com a maior incidência marginal.

Portanto, o trabalho e a educação são fundamentais para a reinserção na sociedade do recluso e a dignidade da pessoa humana. Esclarece o Ministro Nilson Naves[8], relator do processo mencionado, que “a história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação, com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, pena estatal estaria fadada ao insucesso”.

É evidente que há uma omissão estatal e da própria sociedade na questão, visto que há necessidade de reavaliar o sistema prisional do Brasil, sempre ligado ao desrespeito e ao descumprimento dos direitos humanos.

O exemplo típico da selvageria, que escandaliza o mundo, está estampado na mídia atual, relatando que uma adolescente foi presa, estuprada e torturada no Pará, numa cela com trinta homens.

O articulista André Petry[9], citando um relatório de uma comissão de Direitos Humanos da Câmara, destacado no livro *A Prisão*, de Luís Francisco Carvalho Filho, informa o seguinte:

No Ceará, presos se alimentavam com as mãos. A comida estragada, era servida em sacos plásticos. Mas tudo bem. Em Pernambuco, os presos defecavam em sacos plásticos. Mas tudo bem. No Paraná um preso passou sete anos em cela de isolamento, sem visita nem banho de sol. Mas tudo bem. É por causa dessa tolerância com a barbárie que a menina de 15 anos passou 24 dias no inferno no Pará.

3. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A educação, além de direito fundamental social, também é da criança e do adolescente, nos termos do artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não basta, porém, a previsão legal, visto que é necessária a efetivação da norma estatutária.

Trivial que a efetivação da medida educacional proporcionará somente bem-estar ao menor, inclusive no futuro salário digno, profissão qualificada, aposentadoria, enfim o cumprimento real dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

O artigo 193 da Constituição Federal cuida da ordem social, com base no primado do trabalho e justiça social, o que demonstra tratar-se de uma política destinada “a alcançar o exercício da cidadania, e, em seguida, a habilitar seus beneficiários à inserção no mercado de trabalho, encaminhando-lhes ao abrigo da Previdência Social”[10].

O filósofo Norberto Bobbio esclarece: “Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde)”[11].

Portanto, a qualificação profissional e o emprego formal, no período contemporâneo, poderão contribuir para a diminuição da violência e para a inserção social do cidadão, conseqüentemente são alternativas, juntamente com a educação, para a redução da desigualdade social, diminuição da violência e ressocialização do condenado.

A educação deverá acompanhar a criança e o adolescente e, posteriormente, servirá de base para o desenvolvimento do trabalho qualificado e formal, proporcionando a inclusão social do cidadão na sociedade.

O trabalho formal qualificado proporcionará plano de saúde, aposentadoria e melhores condições de educação. Reportagem no jornal a Folha de São Paulo[12] noticia que “a previdência tirou mais 881 mil da pobreza”, segundo estudo feito pelo Ministério da Previdência, porém reconhece “que existem no país 32,7 milhões de pessoas que não estão protegidas pela Previdência Social”.

O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou a sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente, conforme artigo 54, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A educação é de suma importância para o desenvolvimento do cidadão. Aliás, a própria Igreja procura intervir para a concretização do mencionado direito, conforme encíclica de Pio XI, promulgada em 31 de dezembro de 1929, reconhecida como “DIVINI ILLUS MAGISTRI, cujo “conteúdo versa precisamente sobre os campos de intervenção da Igreja, Família e Estado em matéria de educação”[13].

4. A OBRIGAÇÃO DE CONHECIMENTO DA LEI

O artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Entretanto, salvante melhor juízo, trata-se de um contra-senso, diante da desigualdade social que prevalece no país e a educação precária do povo.

Ora, nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil, é permitido que o próprio Magistrado não tenha obrigação de conhecer a legislação municipal, estadual, estrangeira ou consuetudinária.

O autor José Murilo de Carvalho[14], descrevendo pesquisa realizada na região metropolitana do Rio de Janeiro, informa que “57% dos pesquisados não sabiam mencionar um só direito e só 12% mencionaram algum direito civil. Quase metade achava que era legal a prisão por simples suspeita”. E concluiu: “a pesquisa demonstrou que o fator mais importante no que se refere ao conhecimento dos direitos é a educação”.

É utopia imaginar que basta a publicação da legislação no diário oficial para que todo cidadão a conheça e não venha a alegar ignorância. Aliás, o jornal é para a elite, pois grande parte da população desconhece o nome do próprio Governador do Estado.

Sobre a dimensão desta ignorância da lei por parte dos brasileiros encontramos a reportagem do articulista Marcelo da Costa Teixeira que menciona o exemplo do artigo 1.234 do Código Civil, no caso de restituição e recompensa de coisa achada[15].

Trata-se de um vigilante que achou seis mil dólares, devolveu ao dono e não recebeu recompensa. O fato ocupou os noticiários, resultando indignação e a proposta de criação de uma lei para premiar o agente. Segundo o jornalista deu “uma pequena e preocupante dimensão desta ignorância das leis por parte dos brasileiros”.

Esclarece o jornalista que há dispositivo legal que prevê a recompensa, não inferior a cinco por cento do seu valor, conforme artigos 1.170 e seguintes do Código de Processo Civil. Por fim, adverte que a não restituição acarreta o crime de apropriação de coisa achada, com fundamento no artigo 169, inciso II, do Código Penal.

Segundo a reportagem do jornal o Estado de São Paulo, reproduzida pela Associação dos Advogados de São Paulo[16], atualmente, existem “mais de 177 mil leis ordinárias, leis complementares e decretos-leis em vigor” somente na área trabalhista. Segundo o deputado Cândido Vaccarezza, encarregado do grupo responsável pela alteração da Consolidação das Leis do Trabalho, “nenhum advogado, cidadão ou ministro do Supremo Tribunal Federal sabe o que está em vigor”.

As perguntas que surgem são as seguintes: - Será que é interessante educar o povo? A conscientização proporciona a busca pelo direito? O discernimento acarreta o voto consciente? A educação gera cidadania?

A resposta é dada por Pedro Demo[17] ao explicar que “o sistema não teme o pobre que tem fome, porque, como regra, basta enganá-lo com cestas básicas e outras cantilenas da solidariedade. O sistema teme o pobre que sabe pensar; porque vai atrás de seus direitos”.

A calamidade da educação pública é visível, demonstrando o abismo que separa redes pública e privada, sendo que “dos 35 países participantes do Pisa, Brasil foi o que apresentou maior diferença entre os ensinamentos na prova de ciências”[18]. O Brasil ocupou as seguintes colocações: a) entre 35 países a 24ª posição no ranking mundial em ciência; b) entre 57 países a 53ª posição no ranking mundial em matemática; c) entre 56 países a 48ª posição no ranking mundial em leitura.

O Estado de São Paulo, detentor do poderio econômico, também decepcionou na avaliação, perdendo para os Estados de Rondônia e Sergipe.

Para o pesquisador Samuel Pessoa[19], analisando a folha de pagamento da rede estadual paulista, verificou que “quanto mais experiência possuem os docentes, menores são as variações salariais entre os profissionais da mesma faixa etária”. E ainda: “Com o desestímulo, o bom professor sai na primeira oportunidade”.

A desigualdade é gritante, ocasionando discriminação, visto que o aluno que é aprovado no curso superior público geralmente vem do ensino particular. O aluno da escola pública, com raríssimas exceções, não consegue aprovação na faculdade pública, ocasionando o círculo vicioso do aumento da criminalidade.

O próprio Ministro da Educação admite que “a escola pública ‘nunca’ terá a mesma qualidade da escola particular”[20].

5. MEDIDAS PROCESSUAIS

Conforme a Constituição Federal a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, bem como o direito será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito e, finalmente, pela progressiva universalização do ensino médio gratuito.

Evidente que a inclusão social poderá ser obtida pela educação, cabendo analisar as medidas processuais cabíveis para o acesso ao direito à educação, no caso de omissão estatal.

O acesso à educação poderá ser obtido pelo mandado de segurança para a garantia de direito líquido e certo, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, Constituição Federal.

Destaca-se que, no caso das crianças com até seis anos de idade, é assegurado o direito à educação infantil pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). A jurisprudência complementa: “compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, §2º). Recurso extraordinário conhecido e provido”[21].

Outra medida possível para o acesso ao ensino é a ação civil pública, conforme lei nº 7.347/85. Ora, nos termos do artigo 208 da Constituição Federal trata-se de dever do Estado. O julgado complementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Apelação contra sentença que garantiu a menor direito a vagas em creche municipal- Direito à pré-escola assegurado pela Constituição Federal e pela legislação ordinária - Constitui dever do Estado, a disponibilidade vagas independente da discricionariedade da Administração Municipal- Inteligência do artigo 208 da Constituição Federal- Recurso ‘ex-officio’- Recursos improvidos[22] .

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais da criança e do adolescente, nos termos do artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esclarece a autora Ana Maria Moreira Marchesan[23] que “está o Ministério Público legitimado” para ajuizar a “ação civil pública para proteção e interesses individuais de criança e adolescentes”. E ainda:

somente a proliferação dessas ações será capaz de fazer desabrochar o senso de Justiça dos integrantes de nossas cortes, pois o que se constata hoje, onde encontramos escassos julgados dessa natureza, é uma exacerbada timidez dos integrantes do Poder Judiciário[24].

O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente à educação deverá prevalecer, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

Ademais, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental e progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, nos termos do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. INTERFERÊNCIA NO SISTEMA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Existe uma preocupação de interferência e desequilíbrio no sistema da tripartição dos poderes. Segundo Josiane Rose Petry Veronese[25] “temem que o Poder Judiciário, à medida que julgue procedentes a grande maioria dos casos de conflitos que envolvem o indivíduo, ou coletividades inteiras que interpõem ações civis públicas em razão da inadimplência do Estado no cumprimento de suas políticas sociais, estaria adentrando um campo que não lhe pertence, pois são questões que tradicionalmente se entendia cargo dos outros dois Poderes”.

O acórdão que julgou o agravo de instrumento[26], proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da ação civil proposta pelo Ministério Público, para a reforma de uma escola situada na cidade de Xaxim, relatada que houve o deferimento da liminar pelo juízo *a quo*, o que motivou o recurso. Apreciando a descontentamento foi dado provimento ao recurso para a reforma da decisão e extinção da ação civil pública por carência da ação. A ementa esclarece o seguinte:

Não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribunal avocar para si a deliberação de atos da Administração Pública, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade conteúdo dos atos de exercício dos outros Poderes, Executivo e Legislativo, do Estado; tendo-se, ainda, em consideração que a Administração Pública nada pode fazer que não se contenha em seus recursos e há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com participação do Poder Legislativo, cujas atribuições igualmente restam atropeladas...

Apesar de alguns retrocessos, há situação contemporânea clama por uma justiça efetiva, rápida e justa. O próprio Juiz deve ser mais ativo, neste sentido trata-se de “um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”[27].

A autora Ana Maria Moreira Marchesan[28] conclui que, com base nos princípios da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes e da legalidade (artigo 37 da Constituição Federal), que “não há que falar, por essa razão em ingerência ou em falta de atribuição do Judiciário para determinar como deve ser o agir do Administrador,

porquanto é a própria lei e a Lei Maior, que o descreve no tocante aos direitos das crianças e adolescentes”.

Complementa a autora Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[29] que “as dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo”.

E finalmente “deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação”[30].

7. A INCLUSÃO SOCIAL PELA LEGISLAÇÃO

O Poder Judiciário contribui para a exclusão social e não goza de respeito da população. Há necessidade de resgatar o prestígio, sendo a lei de cotas, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, um bom exemplo para o retorno da credibilidade da justiça.

A questão do preenchimento das vagas, entretanto, encontra obstáculo na falta de mão-de-obra. A reportagem da revista veja[31] esclarece que “em São Paulo, no entanto, o sucesso dessa lei específica produziu um efeito colateral inusitado: grandes empresas não conseguem preencher as vagas mesmo após publicar anúncios em jornais”. Ademais, o trabalho qualificado também é barreira, visto que “a dificuldade maior das empresas é a falta de capacitação da grande maioria dos deficientes. Mas, hoje, já é difícil até mesmo ocupar vagas de baixo nível educacional”.

Há necessidade de melhora na busca da educação para a diminuição da desigualdade social. A qualidade de vida da população brasileira, segundo o Índice de Desenvolvimento Humano, melhorou visto que “vivem em elevado grau de desenvolvimento humano”[32]. O índice é calculado a partir de indicadores de expectativa de vida, proporção de adultos alfabetizados, taxa de matrícula nos ensinos fundamental, médio e superior e PIB per capita.

Entretanto, não pode haver acomodação, pelo contrário incentivo para que outras medidas venham proporcionar alfabetização, matrícula e qualidade de vida aos cidadãos.

A reciclagem é necessária não só para o Magistrado, porém para todos os profissionais do direito (Promotores, Advogados, Serventuários e as próprias Partes), objetivando a efetivação deste direito social à educação.

Explica Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, que o Brasil enfrenta problemas de difícil equação dentro da lógica e do respeito ao acesso à Justiça, visto que “há um pressuposto notório de que os modelos tradicionais encontram-se significativamente esgotados para uma resposta eficaz ao universo maior e cada vez mais complexo de conflitos sociais”[33].

Esclarece o articulista que “essa política pública pretende, por meio de cursos aos operadores jurídicos, constituir um novo paradigma cultural” para a pacificação dos conflitos, com “prevenção, controle e repressão à criminalidade associadas à preparação dos agentes do sistema de Justiça para a composição e mediação dos conflitos”.

8. CONCLUSÃO

A educação é forma de inclusão social e poderá ser conquistada pela via processual, quer pelo mandado de segurança, ação civil pública, ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII, CF), ou, então, pela antecipação da tutela (artigo 273 do CPC).

A participação do Ministério Público, do Poder Judiciário, da família e da própria sociedade é fundamental para a efetivação do referido direito social.

Não basta apenas a efetivação do ensino, visto que há necessidade também da qualificação do aprendiz. Ora, o aluno do ensino público irá concorrer no futuro com o aluno do ensino particular, para a obtenção da vaga na faculdade pública e, certamente, com raríssimas exceções, levará desvantagem pela qualidade de ensino.

Para o equilíbrio social e concorrência justa há necessidade de melhorar o ensino público, no sentido de possibilitar que o jovem da classe baixa ou média também possa cursar uma universidade pública, ou seja, em igualdade de condições com o aluno da escola particular.

O jovem, por meio da educação, poderá obter uma qualificação profissional, permitindo a inclusão no mercado profissional de trabalho.

Inadmissível o exemplo negativo do próprio Estado de São Paulo onde se adota a progressão continuada e a aprovação do aluno independente de mérito. Aliás, sem falar no desrespeito ao professor aposentando que não obtém aumento há anos, os irrisórios vencimentos do professor da ativa, a municipalização do ensino e a falta de condições dos prédios públicos que abrigam as escolas.

A educação contribuirá para a redução da desigualdade social, para a reinserção do preso e para a obtenção do trabalho qualificado por parte do trabalhador.

O Poder Judiciário deverá intervir na tutela dos direitos individuais ou coletivos da criança, do adolescente e do estudante, sem que isso proporcione interferência nos demais poderes, visto que estará simplesmente cumprindo a Constituição Federal, principalmente no tocante aos princípios da legalidade e prioridade absoluta.

REFERÊNCIAS

AASP, clipping eletrônico, Disponível em: <www.aasp.org.br>. Acesso em 30.10.2007, reprodução da reportagem Uma nova CLT. *O Estado de São Paulo*, datada 29.10.2007.

BERGER, Peter, L. *Perspectivas sociológicas*. São Paulo: Vozes, 1986, p. 101.

BLANES, Francisco Guil. *Filosofia e sociologia da educação*. Tradução Elisa Bacelar. Porto: Livraria Civilização, 1972.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 86.

Brasil entra no grupo dos países com mais alto IDH. *Folha de São Paulo*. edição de 28.11.2007, p. A17.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 22.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1363.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen GRacie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 77.

CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 210.

CÓRDOVA, Rubem, Agravo de instrumento nº 8.443, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 03.05.1994, RT. 749/100.

DEMO, Pedro, *Educação e conhecimento: relação necessária, insuficiente e controversa*, 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 21.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994.

FERREIRA, Nilda Tevês. *Cidadania: uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 221.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59, 95 e 97.

GOIS, Antonio; PINHO, Ângela. *Folha de São Paulo*, Edição de 01.2.2007, p. C1 e C3.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 749. mar./1998. p. 97/ 99.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, Ag. Reg. 475.571-8, STF., DJ 17.08.2007 e RE 467.255.

NAVES, Nilson, 6ª turma, HC 51171, STJ., Relator Ministro Nilson Naves, DJ 21.05.2007, p. 617.

Novo paradigma à pacificação dos conflitos. *Folha de São Paulo*. edição de 03.12.2007, p. A3.

PESSÔA, Samuel. *Folha de São Paulo*. Edição de 30.10.2007. p. C5.

PETRY, André. Mas tudo bem. *Revista Veja*. Editora Abril. edição 2036, 28.11.2007, p. 120.

Pleno emprego. *Revista Veja*. Editora Abril, edição 2.032, 31.10.2007. p. 100.

ROSSI, Clóvis. *Folha de São Paulo*, Edição de 27.11.2007. p. A2.

SAVATER, Fernando. O Valor de educar. Trad. Mônica Stahel. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 35/6.

SOFIA, Julianna, *Folha de São Paulo*, Edição de 30.10.2007, p. A8.

TEIXEIRA, Marcelo da Costa. O desconhecimento da lei. *Jornal Minuano*, Edição 29.04.2006. Disponível em: <www.jornalminuanocom.br>. Acesso em 24.10.2007.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. Assistência social: a constitucionalidade da Restrição Imposta pelo Artigo 20 §3º, da Lei nº 8.742/1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada Frente ao Disposto no Artigo 203, V, da Constituição Federal. *Revista Magister*. Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, V. 20, set.-out./2007. p. 61/76.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 258.

· Advogado. Mestrando pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (UENP – Jacarezinho/PR). Especialista em Direito Processual Civil. Professor de Direito do Trabalho das Faculdades Integradas de Ourinhos;

· Graduado em história; especialista em história social, mestre e doutor em educação pela UNESP; professor de Sociologia jurídica e Teoria do Estado das Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO; assessor de pesquisa, professor e orientador do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro-FUNDINOPI. Autor do livro “O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do adolescente”, São Paulo: editora da UNESP, 2006.

[1] BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 22.

[2] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1363.

[3] BERGER, Peter. *Perspectivas sociológicas*. São Paulo: Vozes, 1986, p. 101.

[4] SAVATER, Fernando. O Valor de educar. Trad. Mônica Stahel. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 31.

- [5] ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994.
- [6] SAVATER, Fernando. *O Valor de educar*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 35/6.
- [7] FERREIRA, Nilda Tevês. *Cidadania: uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 221.
- [8] NAVES, Nilson, 6ª turma, HC 51171, STJ., Relator Ministro Nilson Naves, DJ 21.05.2007, p. 617.
- [9] PETRY, André. Mas tudo bem. *Revista Veja*. Editora Abril. edição 2036, 28.11.2007, p. 120.
- [10] VALCANOVER, Fabiano Haselof. Assistência social: a constitucionalidade da Restrição Imposta pelo Artigo 20 §3º, da Lei nº 8.742/1993 para o Gozo do Benefício de Prestação Continuada Frente ao Disposto no Artigo 203, V, da Constituição Federal. *Revista Magister*. Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, V. 20, set.-out./2007. p. 61/76.
- [11] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 86.
- [12] SOFIA, Julianna. *Folha de São Paulo*. Edição de 30.10.2007, p. A8.
- [13] BLANES, Francisco Guil. *Filosofia e sociologia da educação*. Tradução Elisa Bacelar. Porto: Livraria Civilização, 1972.
- [14] CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 210.
- [15] TEIXEIRA, Marcelo da Costa. O desconhecimento da lei. *Jornal Minuano*, Edição 29.04.2006. Disponível em: <www.jornalminuano.com.br>. Acesso em 24.10.2007.
- [16] AASP, clipping eletrônico, Disponível em: <www.aasp.org.br>. Acesso em 30.10.2007, reprodução da reportagem Uma nova CLT. *O Estado de São Paulo*, datada 29.10.2007.
- [17] DEMO, Pedro. *Educação e conhecimento: relação necessária, insuficiente e controversa*, 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 21.
- [18] GOIS, Antonio; PINHO, Ângela. *Folha de São Paulo*, Edição de 01.2.2007, p. C1 e C3.
- [19] PESSÔA, Samuel. *Folha de São Paulo*. Edição de 30.10.2007. p. C5.
- [20] ROSSI, Clóvis. *Folha de São Paulo*, Edição de 27.11.2007. p. A2.
- [21] MELO, Celso, RE 467.255, STF., , Relator Ministro Celso de Melo, DJ 14.03.2006.

[22] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, Ag. Reg. 475.571-8, STF., Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007.

[23] MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 749. mar./1998. p. 97/ 99.

[24] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, Ag. Reg. 475.571-8, STF., Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007.

[25] VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 258.

[26] Agravo de instrumento nº 8.443, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator Rubem Córdova, julgado em 03.05.1994, RT. 749/100.

[27] CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen GRacie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 77.

[28] *Ibid.*, p. 101.

[29] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59, 95 e 97.

[30] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, Ag. Reg. 475.571-8, STF., Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007.

[31] Pleno emprego. *Revista Veja*. Editora Abril, edição 2.032, 31.10.2007. p. 100.

[32] Brasil entra no grupo dos países com mais alto IDH. *Folha de São Paulo*. edição de 28.11.2007, p. A17.

[33] Novo paradigma à pacificação dos conflitos. *Folha de São Paulo*. edição de 03.12.2007, p. A3.

PROPRIEDADE INTELECTUAL

**PROPRIEDADE DO CONHECIMENTO: DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO, EXISTÊNCIA DIGNA E JUSTIÇA SOCIAL ATRAVÉS DO
DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO***

**KNOWLEDGE PROPERTY: ECONOMIC DEVELOPMENT, DIGNIFIED
EXISTENCE AND SOCIAL JUSTICE THROUGH THE RIGHT OF ACCESS
TO INFORMATION**

**Camila Bruna Zanetti
Fabiano Gomes
Giovani Clark**

RESUMO

O desenvolvimento econômico trata das possibilidades oferecidas a cada indivíduo na participação dos resultados auferidos das atividades econômicas. Contudo, este desenvolvimento não pode ser alcançado sem antes desenvolver os próprios sujeitos desta atividade, e para tanto, o acesso à informação, à cultura e à educação são primordiais para o crescimento da individualidade e personalidade de cada indivíduo. Trata-se de uma percepção sobre como, na atual globalização da economia, e graças ao advento da Internet e das novas tecnologias da informação, o conhecimento que deveria parecer mais democratizado, se mostra igual ou mais restritivo, graças às crescentes limitações de ordem legais e supralegais (tratados internacionais) que lidam com a propriedade intelectual, especialmente os direitos intelectuais. O presente trabalho utiliza-se da Constituição Econômica como fundamento para a busca dos desígnios fundamentais da existência digna e da justiça social, bem como impositiva de uma política econômica em prol de um acesso mais democratizado dos produtos culturais, essenciais para a redução das desigualdades sociais existentes

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, DIREITO AUTENTAL, ACESSO AO CONHECIMENTO

ABSTRACT

The economic development deals with the possibilities offered to individuals in the participation of the results obtained from economic activities. However, this development can not be achieved without first developing the very subject of this activity, and to do so, access to information, culture and education are essential to the growth of individuality and personality of each individual. It is a perception about how, in today's global economy, and thanks to the advent of the Internet and new information technologies, knowledge which should appear more democratic, it shows equal or more

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

restrictive, thanks to growing limitations of legal and international orders (international treaties) that deal with intellectual property, especially about intellectual rights. This paper aims to use the Economic Constitution as a basis for the search of fundamental designs to fair existence and social justice, as well as imposes an economic policy towards a more democratic access of cultural products core to the reduction of social inequalities.

KEYWORDS: ECONOMIC DEVELOPMENT, COPY RIGHT, ACCESS TO KNOWLEDGE

INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos fundamentais, como protótipo das constituições européias, ocorrida a partir da metade do século XX, avoca a necessidade do homem pela segurança jurídica desses direitos, traída nas circunstâncias da Segunda Guerra Mundial. Passa-se a promover a “adoção de textos constitucionais dotados de dimensão ética e prospectiva, cuja perenidade seria assegurada gravando-se os dispositivos garantidores dos direitos com ‘cláusulas de eternidade’” (PEREIRA, 2006, p. 10), expressão esta de Peter Härbele.

Na consolidação das legislações posteriores, o âmago das Constituições modernas guiou-se sob a erigi de valores universalmente reconhecidos sob o risco de serem classificadas como fomentadoras de sistemas injustos tal qual ocorreu no passado (SOUZA CRUZ, 2004, p. 159); tais valores tomam como essência o princípio da dignidade da pessoa humana, escopo dos demais direitos fundamentais e pano de fundo do ordenamento jurídico pátrio.

O processo de incorporação dos direitos fundamentais no direito positivo se deu universalmente neste período pós-guerra, com a Declaração da ONU, em 1948, e regionalmente através de diversos tratados e pactos, como ocorreu nos Estados Unidos e na Europa (MARTINEZ, 1993, p.343). Devido à ampla inserção de direitos fundamentais de modo generalizado nas constituições modernas, há uma inevitabilidade da existência de antinomia de normas de direitos fundamentais.

Em esclarecimento dado ainda por Bobbio (1998, p.91) é possível refletir que “nossos sistemas jurídicos [...] não se fundam num único postulado ético, ou sobre um grupo de postulados coerentes, mas sistemas com muitos valores e esses são muitas vezes antinômicos entre si”. (*omissão nossa*) [1]

O quadro, portanto, está formado. E numa sociedade mundial atingida pelas reformas neoliberais a cautela e a observação é luz na obscuridade das controvérsias geradas pelos resquícios do Estado de Direito, e a manutenção da democracia no Estado Social de Direito, gerando conflitos de ordem pública e privada. A nova ordem constitucional estabelecida em 1988 vem mitigar o liberalismo extremado incluindo a necessidade de prestações negativas, mas também positivas do Estado.

O Estado Democrático de Direito apregoa o capital como essência de seu modelo econômico, pois alicerça o desenvolvimento econômico da nação com base no respeito

a direitos fundamentais, bem como os reforça em princípios específicos que compõem a Constituição Econômica (artigos 170 a 192 da Constituição de 1988).

Como parte significativa dos processos de produção está o conhecimento, um dos mais significativos produtos de riqueza da sociedade contemporânea e da globalização da economia[2]. Por outro lado, além da previsão específica no art. 5º da Constituição de 1988, a propriedade também é princípio fundamental da Constituição Econômica. O texto constitucional, então, apregoa diretrizes pertinentes a esses direitos como direitos fundamentais e essenciais ao desenvolvimento humano e econômico.

Para fins deste estudo, realizando a conexão entre propriedade e conhecimento, os direitos intelectuais – especificamente os direitos de autor – serão a fonte para a análise que co-relaciona o acesso ao conhecimento, a propriedade intelectual e o desenvolvimento econômico. Sem conhecimento não há capacidade intelectual, tecnológica e científica para o desenvolvimento humano. Sem propriedade não há garantia da livre iniciativa. Encerra-se, portanto, na mesma conclusão de impossibilidade de desenvolvimento da atividade econômica na ausência deste instituto, que é uma prerrogativa do modelo capitalista adotado constitucionalmente. O paradoxo, portanto, está instaurado.

1 PROPRIEDADE DO CONHECIMENTO E PANORAMA CULTURAL

Não é mais possível, na atualidade, conceber o instituto propriedade sem aceitar a essência da sua funcionalidade como propósito final, bem como preconiza a Constituição de 1988. A propriedade intelectual incorporou-se na regulação dada em âmbito internacional pelo Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC/TRIPS). Contudo, isso não importa dizer que não é possível encontrar no instituto as mesmas bases do regime jurídico da propriedade material em vigor na legislação pátria. Eros Roberto Grau preconiza que o instituto da propriedade deve ser considerado como “institutos”, vez que cada uma delas possui perfis determinados. “Assim, cumpre distinguirmos, entre si a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo” (GRAU, 2007, p.225).

Resumidamente, a invenção da propriedade intelectual não teve como escopo na sua construção histórica a proteção dos direitos dos autores, mas sim daqueles que transformavam a criação do autor em matéria, ou seja, os editores. A princípio, o valor agregado da obra correspondia ao processo produtivo do suporte material, especificamente, em formato de livro. Foi sob pressão dos detentores do poder econômico da época, editores de obras literárias é que as obras intelectuais, que antes eram um tipo de trabalho, transformaram-se em propriedade incorpórea, ou seja, em mercadoria (VIANNA, 2006).

Ainda hoje, a problemática em estabelecer uma política de propriedade generalizada à propriedade intelectual persiste, e o grande objeto protegida pelas leis de propriedade intelectual permanece não são sendo os direitos morais e patrimoniais do autor, ou ainda a propriedade industrial do inventor (por mais que assim a lei o diga), mas sim os direitos do “investidor”, que assume o papel de mecenas ressurgido da Idade Moderna

(CAMARGO, 2007b, p. 37). A propriedade intelectual conservar-se, portanto, a serviço de grandes editoras, que usurpam a função social dos contratos com auxílio da base legal de direitos de autor.

Além disso, enquanto o regime jurídico da propriedade material tem como foco o direito de usar, gozar, fruir e dispor do bem, a propriedade intelectual lida com outro tipo de objeto, um que se trata de conhecimento, cultura, informação, tecnologia, que são (ou deveriam ser) considerados de uso coletivo, além do que, ao contrário de um imóvel urbano no qual o proprietário busca impedir o acesso de terceiros em certas condições, o autor do bem intelectual deseja que o mesmo seja conhecido e divulgado, pois somente assim terá reconhecimento daquele bem como valor.

Contudo, graças ao desenvolvimento dos direitos humanos decorrentes dos séculos XIX e XX, assim como a constitucionalização dos mesmos em progressiva ascensão na história dos textos constitucionais dos Estados-Nação, houve a expansão do conceito de propriedade com o fim do bem comum, e atualmente, a propriedade é garantida individualmente desde que cumprida a exigência da função social.

À primeira vista, há uma aparente omissão constitucional quanto à função social da propriedade intelectual, mas é preciso compreender que o art. 170, incisos II e III da Constituição Federal de 1998 faz alusão a todas as espécies de propriedade, inclusive no que tange ao nosso tema, ou seja, as criações protegidas por direito autoral. Portanto, é lógica a conclusão que a propriedade intelectual como um todo deve devolver à sociedade o que dela foi retirado (até mesmo inspiração), e como num ciclo gerador, proporcionar que aquela propriedade intelectual seja também um incentivo para outras criações do espírito. Este é o íntimo dos princípios da Constituição Econômica no que cerca a propriedade privada e a função social da propriedade.

Acerca dos direitos autorais, fundamentalmente, é possível introduzir a compreensão de que as manifestações do pensamento são tão peculiares do espírito do homem que são capazes de distinguir um escritor, um músico ou um fotógrafo entre vários outros que exerçam a mesma atividade. Mesmo em locais muito pobres do Brasil, onde o acesso à escola e aos meios de comunicação é intrincado, se existir um aparelho de rádio a população será capaz de reconhecer uma determinada canção justamente pela caracterização inerente a cada artista.

Essa distinção é possível porque cada obra de arte, cada folha pautada em música, cada novo olhar em uma revelação fotográfica transmite as particularidades da alma de um ser humano, construídos através de sua vivência e influências do meio em que vive – experiências únicas e diferentes em cada indivíduo.

Tangencialmente, é possível resumir, em caráter introdutório, que os direitos autorais têm como escopo essencial a garantia de indisponibilidade, inalienabilidade, entre outros direitos personalíssimos do autor, conferindo à obra propriedade de extensão da sua personalidade. Além disso, garante também sua exploração econômica – o retorno financeiro – um reconhecimento pecuniário ao árduo trabalho de criar, pesquisar, dedicar-se a uma criação que irá contribuir para o desenvolvimento social.

Mas a premissa maior da protetiva autoral é justamente possibilitar o incentivo ao ciclo criativo, ou seja, o conhecimento para gerar conhecimentos futuros. Contudo, verificar-

se-á que as tímidas limitações[3] ao exercício do direito de autor, da atual Lei 9.610/98 não conciliam o interesse público do acesso ao conhecimento - ferramenta indispensável ao desenvolvimento econômico e precursor da existência digna - com o (legítimo) interesse privado do autor em preservar sua obra de uma exploração inadequada que não lhe possibilite auferir resultados econômicos.

2 CONHECIMENTO, CULTURA E INFORMAÇÃO

Uma vez celebrada as ressalvas acerca da propriedade intelectual, especialmente dos direitos de autor, é hora de vislumbrar que, na contramão dos direitos daqueles que detém a propriedade intelectual, existe o direito à informação, direito fundamental de segunda dimensão[4] e, portanto inserido no patamar de direito constitucional. O direito à informação confronta-se com os direitos de autor na proporção em que a proteção exacerbada dos direitos intelectuais concretiza muitas vezes um enorme empecilho ao acesso ao conhecimento, à educação e à cultura, e assim não atende a sua função social.

Eliane Abrão (2006, p.168) conclui sobre esse pensamento ao dizer que:

Fundamentais a toda atividade intelectual humana a liberdade de criar e de se expressar. Cria-se para comunicar conhecimento, ensinamento, cultura, informação, religiosidade, enfim, tudo aquilo que eleve o espírito humano e impulsione o desenvolvimento da ciência, da arte, do aprendizado, do entretenimento. Essas relações íntimas e saudáveis entre os direitos de autor e o aprendizado devem ser analisadas à luz do tratamento dispensado pelas leis às obras didáticas, ao conceito de obra científica, e às relações com a cultura, o folclore e os conhecimentos tradicionais.

O direito à informação ramifica-se, portanto, para outros dois direitos: o de acesso à cultura e à educação. Não há como desvencilhar o contexto do primeiro dos demais e, conforme Bondía Rondán (1998, p.96):

Información, cultura y educación no son más que tres aspectos diferentes de un mismo fenómeno. Como apunta DESANTES (La información como derecho. Editora Nacional, Madrid, 1974), el derecho a la información es medio para satisfacer el derecho a la cultura, pues la información transmite cultura y es un factor multiplicador. A su vez, el derecho a la educación requiere información, la cual, una vez encajada en conjuntos armónicos, traiga la educación. Cultura, información y educación se condicionan mutuamente. Son unos derechos paralelos que, aun con estructura formal distinta, tienen un mismo punto de referencia y se dirigen hacia él en sentido convergente y emulativo: una mayor información de una mayor educación y cultura, y éstos amplían la capacidad de asimilación informativa y, sobre todo, la capacidad investigadora del sujeto.

É de fácil constatação que o direito de acesso à informação, à cultura e ao conhecimento é um direito consubstanciado no princípio da universalidade, ou seja, é um direito pertencente e garantido a todos. É, portanto, um direito social do homem; cuja finalidade precípua é proporcionar a efetividade da melhoria de condições de viver, ou seja, existência digna possibilitada aos hipossuficientes. São os direitos sociais que, não em maior importância, mas sim em maior escala, se fazem necessários para a

preservação da dignidade da pessoa humana, proporcionando um mínimo existencial, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Dentro da atual conjectura de desenvolvimento dos meios de comunicação e patamar tecnológico, a informação abrange uma necessidade sociológica, além de significar o exercício relevante de um direito individual essencial para o desenvolvimento cultural e econômico da sociedade, que transcende o direito natural individual para converter-se em um direito social-democrático. Afinal, é “o ato de comunicar, de informar através da palavra, da fala, diferencia o homem de todos os outros animais”. (FERRIGOLO, 2005, p.118). Antes, porém, de analisar o acesso à informação como um direito positivado, é necessário aprofundar o conceito e a extensão do termo “informação”, pois mesmo dentro do texto constitucional, várias são as interpretações possíveis.

Bitelli (2004, p.48) classifica a evolução da informação orientada pelos seguintes acontecimentos históricos, verdadeiros marcos da comunicação humana: a) A origem do alfabeto e da escrita por volta de 700 a.C. na Grécia, que possibilitou a transposição do discurso oral para o escrito. b) Os manuscritos e os livros; os primeiros surgiram a partir do final do século XIII até o século XV, quando Gutenberg inventou os metálicos móveis para impressão. c) Os *news media* – a informação instantânea – que surgiu no século XIX com as grandes agências de informação dos primeiros grupos de imprensa, a indústria do cinema e da música.

O conceito que existe acerca de informação é bem vago e intuitivo. Nas ações do dia-a-dia é possível identificar centenas de atitudes que necessitam de informação, seja a mais primordial, como a posologia de um medicamento, até a mais rotineira, como verificar o noticiário na mídia impressa ou televisiva. O entretenimento também é informação, como ouvir uma composição musical ou ler uma revista em quadrinhos. Essas informações comumente são utilizadas, absorvidas, assimiladas, manipuladas, transmitidas e produzidas durante todo o processo da comunicação.

Porém, a relevância do estudo da informação hoje é primordial para a compreensão dos efeitos das novas tecnologias dentro do sistema jurídico. Helenara Avancini (2007, p.18) é quem bem elucida a temática de como cada nova revolução tecnológica experimentada na História transforma a maneira como os indivíduos se relacionam, e como relacionam a informação para si mesmos:

A sociedade atual utiliza as tecnologias da informação e da comunicação como instrumentos para o desenvolvimento da economia globalizada, onde a informação e o conhecimento constituem importantes fatores de riqueza a serem explorados através das autoestradas da informação. A expressão "*autoestradas da informação*" foi conclamada mundialmente através do livro de Bill Gates, intitulado *A estrada do futuro*, muito embora tenha sido difundido inicialmente por Al Gore, ex-presidente dos Estados Unidos da América. [...] Na última década, o enorme avanço da tecnologia digital propiciou melhoras nas chamadas autoestradas da informação, possibilitando aos usuários da Internet uma maior qualidade e rapidez dos conhecimentos e informações que por ela circulam. O aumento da utilização deste meio decorre não só da melhora na infraestrutura física da rede, com a instalação de fibras óticas, alta velocidade dos servidores, mas também pela necessidade de ingressar neste mercado global da informação, conforme fora previsto por Bill Gates. (AVANCINI, 2007, p. 18)

Referente às liberdades que integram o direito à informação na Constituição Federal, é essencial trazer à luz, para fins de estudos complementares desse direito, os artigos 220; 205; 206, II e III; 208, inciso V e 214, que compõem o direito à educação. Muitas das garantias do direito à informação dão-se através da exigência legal de promover o acesso à educação através da promoção de materiais didáticos e de pesquisa para o fim de atear desde a educação fundamental à universitária e científica (ABRÃO, 2006, p. 168).

Uma vez digitalizados, esses materiais modificam seus padrões de produção, economizando o produto final devido ao suporte final da obra, que não mais necessita dispor de edição, papel e impressão e, portanto, reduzindo em tese a escassez que levaria à justificativa dos altos preços dos produtos literários, por exemplo.

Não limitando o tema aos produtos literários, qualquer outro tipo de acesso a bens que traduzam conhecimento, seja por sua carga cultural ou conteúdo informacional merece ser tratado sob esta ótica: de maior abertura de acesso por uma política de desenvolvimento econômico de inclusão. O atual Ministro da Cultura Gilberto Passos Gil Moreira, em discurso na abertura do Fórum para criação de um Centro Internacional para Indústrias de Criatividade traz circunstâncias que atrelam a política econômica e a política cultural, donde se extraiu os trechos abaixo:

O Ministério da Cultura tem trabalhado exaustivamente a relação entre cultura e desenvolvimento. (...) Estamos reunindo forças, agregando parceiros e juntando recursos para viabilizar um amplo programa visando o fortalecimento das atividades econômicas de produção e difusão de bens e serviços culturais no Brasil, capaz de contribuir para que o setor cultural realize seu potencial de estímulo à qualificação do capital humano do país e à geração de emprego, renda, inclusão social e diversidade. (...) A cultura está vocacionada para desempenhar papel estratégico no processo de desenvolvimento de países emergentes (...) em busca de equilíbrio, sustentabilidade e inclusão social.

A produção de bens culturais está essencialmente atrelada ao fato de que é necessário o acesso a outros bens culturais para que haja o desenvolvimento desta produção. Como pode um futuro compositor musical conhecer das notas sem o acesso à partitura, ou ainda, se “aprender de ouvido”, sem acesso a outras músicas que o inspirem a seguir um determinado estilo. O escritor não pode ter vazia sua mente, sem antes inspirar-se além das vivências, mas também em leituras que o ajudem a construir o texto que lhe vem da alma. Enfim, o acesso ao conhecimento é essencial para a formação e capacitação da pessoa e, portanto, necessariamente vinculado à existência digna e justiça social.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS DIREITOS DE AUTOR

Existem, contudo, dois lados da mesma moeda acerca do estudo (ainda raro) da função social do direito de autor, ou da propriedade intelectual como um todo. Partindo-se da premissa que a legislação própria da propriedade intelectual e seu sistema protetivo são ferramentas elementares para que o autor/inventor sinta-se abrigado da invasão de terceiros em sua obra, bem como lhe dá garantia de reconhecimento de sua produção

através da perspectiva de produzir lucro; por outro lado, é necessário que haja um ciclo compensatório, no qual haverá uma contraprestação daquele conhecimento produzido como apoio do desenvolvimento econômico e social do país.

É possível encontrar posicionamentos diversos nos raros estudos específicos sobre o tema. A guisa de ilustração, o trabalho de Robert M. Sherwood (1992), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico*, busca demonstrar que há uma correlação grandiosa entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento tecnológico, possibilitado - como cita o exemplo do que ocorreu com os Estados Unidos - graças à ampla proteção fornecida nas legislações que envolvem as diversas espécies de propriedade intelectual especialmente nos países desenvolvidos. Afirma ainda esta política econômica como o que faltaria para que o Brasil e demais países ainda em vias de desenvolvimento trouxessem garantias efetivas aos grandes investidores da propriedade imaterial.

Esta afirmativa faz jus à realidade global da atualidade. Uma vez signatário de acordos internacionais que exigem medidas protetivas mínimas no que concerne a propriedade intelectual, assinado por países de realidades diversas, como o Acordo TRIPS[5] , forma-se o seguinte quadro: por um lado a proteção cai bem aos países desenvolvidos e detentores da maioria das patentes, marcas e produção cultural; por outro, os países em desenvolvimento se encontram numa situação de comodidade ao disseminar a idéia de que a tecnologia está a serviço do desenvolvimento, por ainda estarem impossibilitados de produzir esta tecnologia.

O que se extrai deste contexto é a desconfiança de países desenvolvidos que pretendem licenciar ou transferir suas tecnologias, pairando o receio da quebra de seus contratos. Esta é uma realidade preocupante, contudo, inerente a uma temática diversa do acesso à informação como possibilitadora do desenvolvimento econômico.

A informação é fundamental para que, através da construção do conhecimento, o indivíduo perceba a realidade em que se insere. Já a tecnologia patenteável da propriedade industrial e da biotecnologia, apesar de socialmente importantes, detém um código diferente de informação. O conhecimento advindo delas para o homem comum não se faz tão incisivo como fator de mudança social quanto o conhecimento produzido pelas vias da pesquisa, da cultura e da educação.

É nesta perspectiva que se firma o necessário reconhecimento da função social do autor, possibilitando a efetivação dos resultados sociais como contrapartida ao incentivo dado pela lei à produção intelectual *versus* a garantia do autor de seu direito individual e exclusivo de utilização do bem produzido. A questão é: os resultados sociais são limitados pela impossibilidade dos destinatários serem consumidores (SANTOS, 2004, p. 110), e é neste contexto que vislumbramos os prejuízos de uma uniformização da lei de propriedade intelectual, conforme apregoa Guilherme Carboni, apoiado em Paola Crugnola:

(...) esses países que foram sufocados pela política de dominação, inclusive intelectual, exercida pelas potências colonizadoras, não tiveram, salvo poucas exceções, condições de desenvolver suas próprias letras, suas artes e sua ciência. Isso porque as ações nesses países, levadas a efeito pelos colonizadores, não favoreciam manifestações de nacionalidade. Por essa razão, os países dominados acabaram recebendo legislação

autorais dos países colonizadores, sem qualquer contribuição quanto a uma consciência do direito de autor, por parte dessas nações, já que os países colonizadores logo se aperceberam de que seria necessária a adoção de leis autorais como forma de os países colonizados obterem a sua afirmação como nações verdadeiramente assentadas, por meio da proteção das criações intelectuais de seus nacionais. (CARBONI, 2008, p.116)

Assim, a busca pela aproximação entre acesso ao conhecimento e direitos individuais do autor depende da aplicação da função social ao direito de autor. Ao analisarmos o conteúdo da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), é possível detectar vários limites e exceções a este direito individual, contudo, pelo diagnóstico de Guilherme Carboni, o modelo de limitações e exceções previstas legalmente está esgotado, como afirmado anteriormente, vez que “tal modelo não se coaduna com a realidade tecnológica dos dias de hoje, que propicia formas mais dinâmicas de produção e circulação de obras intelectuais” (CARBONI, 2008, p. 97).

4 POLÍTICAS ECONÔMICAS E O PODER DO CONHECIMENTO

O Estado como atuante da vida econômica tem longa história inserida na narrativa da construção do direito. É neste contexto que se manifesta o Direito Econômico, que possibilita a construção justa de todas as políticas de conteúdo econômico. Conforme apregoa Ricardo Antônio Lucas Camargo, a ordem econômica é fundamentada pela Constituição Econômica, como “a razão de ser de estarem dispostos os princípios e instituições aptos à satisfação das necessidades individuais e coletivas” (CAMARGO, 1993, p.32).

Graças a esta vanguarda jurídica iniciada na segunda metade do século XX é que foi possível trazer segurança jurídica às relações econômicas, anteriormente protegidas por uma concepção liberal do Estado e, portanto, salvaguardadas pela condição de mínima interferência estatal no percurso das negociações, aplicações e finalidades do fato econômico. Podemos vislumbrar esta realidade através do conceito oferecido por Washington Peluso Albino de Souza:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade (2005, p.23).

E o que é possível abstrair do Direito Econômico no que se refere ao aparente paradoxo entre direito autorais e acesso ao conhecimento, relacionado ao desenvolvimento econômico e humano? Antes de responder a esta pergunta, que será feito ao longo do trabalho, primordial se faz compreender os mecanismos fornecidos pelo Direito Econômico para cumprir tal missão. Esta é a importância do princípio da economicidade de que nos fala Washington de Souza (2005), pois é este o grande esteio para que se cumpra a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que são parte da ideologia adotada na ordem jurídica.

É este princípio que deve reger os caminhos das decisões judiciais, bem como do legislador ao promover normas de conteúdo econômico, ao saber que nesses atos deve priorizar os preceitos da ordem econômica. Funciona, portanto, como um instrumento hermenêutico na busca de adequação da norma posta aos princípios basilares da ordem econômica estabelecidos na Constituição (DEL MASSO, 2007).

Por outro lado, facilmente detectamos que o rol do art. 5º da Constituição de 1988 depende não só de políticas públicas sociais, mas de políticas econômicas efetivas, oportunizando a realização do fim do Direito Econômico, que conforme apregoa Giovanni Clark, “visa normatizar o comportamento dos agentes econômicos em face de suas políticas econômicas, possibilitando uma convivência segura e o tão almejado desenvolvimento socioeconômico no tecido social” (CLARK, 2001, p.07).

Os agentes econômicos podem ser diversos entes atuantes na economia da sociedade, especialmente aqueles detentores de poder econômico, sejam esses entes públicos ou privados, que exerçam atividade empresarial. Já no percurso do liberalismo, no qual se pregava a existência de um sistema econômico natural, as poucas normas de conteúdo econômico presentes nas Constituições liberais eram aquelas que garantiam a vigência desta liberdade e individualidade das relações econômicas, garantindo especialmente a liberdade contratual e o direito de propriedade (BERCOVICI, 2005, p. 15-16).

Com a falência do modelo liberal, no primeiro pós-guerra, comprovando a ineficiência da auto-regulação do mercado, inicia-se novo ciclo para a Constituição Econômica do século XX; um ciclo de ação continuada e planejada no domínio econômico com normas e princípios norteadores das políticas econômicas públicas e privadas (art. 170, II, III e VII). Por não se tratar do foco deste trabalho, será relevante apenas compreender a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e seus objetivos.

Fabiano Del Masso (2007, p.95) esclarece que “a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho humano, a existência digna e a justiça social são denominados constitucionalmente como fundamentos (os dois primeiros) e finalidades ou objetivos (os dois segundos) da ordem econômica”. Além dos objetivos também são suportes da Constituição econômica seus princípios que, para fins deste estudo, ressalvam-se os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais.

4.1 Desenvolvimento econômico, existência digna e justiça social

Já na Declaração Francesa de 1789, a liberdade de opinião, de idéias e a liberdade de comunicação foram reservadas como direitos inerentes ao Estado de Direito incitado na ocasião histórica do liberalismo (LAFER, 2006, p.241). Torna-se ainda mais pertinente esta discussão quando as tecnologias da informação passam a estimular e possibilitar a democratização do conhecimento na atualidade, ou seja, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito. Márcio Merkl contextualiza a força que o acesso ao conhecimento representa para a sociedade:

(...) a capacitação tecnológica continua a ser um fator preponderante na determinação da força de coerção da sociedade, na medida em que a força tanto do homem quanto do

Estado no *status* natural kantiano de homem selvagem ou de Estado belicante, respectivamente, dependem basicamente do domínio desses entes sobre a tecnologia. A força deixa de ser mero atributo físico do sujeito, passando a ser resultado da capacidade intelectual da sociedade de transformar a natureza em favor da guerra ou do comércio. (MERKL, 2007, p. 399)

A importância econômica dos bens imateriais na sociedade informacional toma destaque na proporção em que há uma valorização de toda gama de criações intelectuais. O atual contexto da sociedade no século XXI reconhece o poder àqueles que detêm o conhecimento, e não mais apenas à propriedade comum e material. Reforçado pelo fator do neoliberalismo regulador, como bem elucida Gilberto Dupas, o retrato atual de inserção do conhecimento está nas disputas pelo poder:

A informática [...] acelerou este processo [...]. A explosão das tecnologias da informação potencializou a organização, estocagem e difusão dos dados. O saber transformou-se num mero fator de produção [...]. O conhecimento foi apropriado pelas novas elites do poder, transformando o interesse no conhecimento não com um fim em si, mas como meio de controle e acumulação de poder. (DUPAS, 2003, p 88.)

No percurso da evolução dos grupos sociais, o conhecimento sempre foi utilizado como ferramenta de persuasão, domínio e sobrevivência contra as ameaças dos demais envolvidos na luta pelo poder. Hoje, a exclusão digital também aumenta a desigualdade e a disputa entre os homens e impede o ideal da igualdade material na efetivação daqueles direitos fundamentais de quarta dimensão[6], qual seja, a globalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p.60), uma vez que as tecnologias da informação fazem desaparecer as barreiras geográficas.

Os direitos de acesso à informação, à educação e à cultura enfrentam a barreira da falta de regulamentação adequada no ordenamento jurídico pátrio. Os direitos culturais, por exemplo, a despeito de estarem positivados na Constituição Federal, nem todos estão regulamentados pelo legislador. Ao direito-norma incumbir-se-ia o papel de tratar da proteção da cultura nacional e universal.

Ainda há que se mencionar a falta de adequação da comunidade jurídica a respeito da sociedade da informação[7] na qual se insere, e como o advento das novas tecnologias cria novas relações sociais. Esta rápida dinâmica social e outros fatores culturais ainda levam alguns juízes e tribunais a estagnar suas decisões na barreira do legalismo puro, faltando àqueles a compreensão de que, hoje, a sociedade está descentralizada, é pós-convencional, trazendo à tona a tensão da necessária compreensão dos limites estabelecidos na lei (autoral) como verdadeiros esteios do interesse público. Mas o que se vê na jurisprudência majoritária, ainda são excessos na não aplicação desses limites como instrumentos de desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

Isto não importa dizer que haja divergência quanto à legitimidade da legislação ordinária de direitos de autor, mas há uma argumentação generalizada no direito comparado, de quanta compensação os autores devem retirar da exploração de suas obras; o conhecimento tratado como propriedade alicia formas injustas de aplicação da lei. Além disso, o direito posto serve como um parâmetro a ser seguido, mas a possibilidade de o juiz acompanhar os processos sociais e a historicidade do direito

permite que a interpretação da lei infraconstitucional de direito de autor vá ao encontro das necessidades sociais.

São essas diretrizes que anseiam por uma melhor política econômica de acesso ao conhecimento, de forma a efetivar os objetivos da Ordem Econômica e Financeira, ou seja, a existência digna e a justiça social, no ditame do art. 170 caput da Constituição de 1988. No que tange o acesso ao conhecimento, é pressuposto de uma existência digna o acesso a informações (cultura, educação, conhecimento) que possibilitem o indivíduo sentir-se inserido no mundo como efetivamente cidadão.

É o que José Joaquim Gomes Canotilho faz ao justificar o porquê não é razoável que o poder público se omita do cerne da liberdade de expressão do pensamento e cita o autor:

(...) a criação de pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma real liberdade de formação do desenvolvimento da personalidade. (CANOTILHO, 1999, p.337)

Portanto, é preciso oferecer iguais oportunidades aos indivíduos de forma a propiciar condições mínimas de subsistência, já que o acesso a bens imateriais é integralizador da formação profissional e da educação. Em todas as dimensões da vida é o conhecimento que faz a diferença. Seja o conhecimento técnico, ou ainda sobre como exercer seus direitos cidadãos, o conhecimento acerca da realidade social em que se está inserido, o conhecimento cultural que impulsiona o desenvolvimento da personalidade e a identidade nacional, enfim.

É através do desenvolvimento econômico (e não o simplesmente do crescimento modernizante, que não atinge a todos os envolvidos no processo produtivo) que a Constituição Econômica efetivará, além da existência digna, o objetivo de justiça social. O problema está em fazer valer o desenvolvimento econômico nacional (artigo 3º, II, e artigo 170 §1º da CRF/88), através de ações e enfrentando uma realidade muito mais complexa.

Como suporte normativo para uma melhor adaptação da interpretação da propriedade intelectual, algumas leis possibilitam a ação do poder público, indicando caminhos aos particulares e determinando as ações públicas, chamadas por nós de direito regulamentar econômico. Quem as oferece de forma sistematizada é Luiz Otávio Pimentel (2006):

- Lei 8.884, de 11.06.1994, que trata do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica;
- Lei 8.958, de 20.12.1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio;
- Lei 9.279 de 14.05.1996, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade intelectual;
- Lei 9.609 de 19.02.1998, que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador.

- Lei 9.610, de 19.02.1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.

- Lei 10.168, de 29.12.2000, que institui contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa como Apoio à Inovação.

- Decreto 1.355 de 20.12.1994, que promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT de 1994, especialmente o Anexo 1C (TRIPs);

- Ato Normativo 135, de 15.04.1997, INPI/Presidência, que normaliza os procedimentos de averbação ou registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia. B

Infelizmente, as diretrizes dessas leis ainda são vagas na efetividade de promoção da justiça social pelo acesso ao conhecimento. Este fato é facilmente visualizado ao fazer-se uso da bem colocada analogia do pensamento de Fabiano Del Masso (2007, p. 168), que ao concluir sobre a justiça social, interroga “do que adiantaria uma produção mundialmente considerável de alimentos se grande parte da população do país produtor passasse fome?” Isso importa dizer, que não importa o quanto haja de produção intelectual e cultural, se as desigualdades permanecerem não somente na distribuição de renda, mas na distribuição do saber.

O que a justiça social busca é o compartilhamento nos resultados da atividade econômica. Sendo os bens imateriais um dos mercados consumidores que mais se desenvolve, conforme apregoa o Ministério da Cultura, citado anteriormente, do que vale esta alta escala produtiva se, nem mesmo com o advento de tecnologias da informação que possibilitaram o barateamento do suporte dessas produções, a maioria dos indivíduos não têm acesso ao resultado dos mesmos. E isso não importa dizer ao resultado financeiro, mas ao conjunto de benefícios que o acesso ao conhecimento possibilita realizar, como quase nenhum outro.

O desígnio inicial das leis de direitos de autor na Europa era o incentivo à produção científica e artística, garantindo ao autor a propriedade intelectual e o direito exclusivo de reproduzi-las. Ainda hoje as nações de influência anglo-saxônica não modificaram o fito de suas leis, o chamado *copyright*, que ainda “centra-se na proteção material, excluindo os direitos morais que são consagrados pelas legislações latinas” (CABRAL, 2000, p.79).

No Brasil, a primeira lei de direitos autorais data de 1898, mas os primeiros dispositivos legais para a proteção da criação intelectual já surgia na Lei Imperial de 11 de agosto de 1827, que dava origem aos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, e conferia privilégio exclusivo sobre compêndio de lições (BITTAR, 2000). Hoje, integrado ao art. 5º, incisos XXVII e XXVIII[8] da Constituição Federal, sob o Título II dos direitos e garantias fundamentais, no Capítulo I – dos deveres e direitos individuais e coletivos, os direitos de autor foram associados como direitos humanos fundamentais à legislação pátria. Mas sua essência, contudo, é de cunho essencialmente econômico. Portanto, se interpenetra com o direito econômico e conseqüentemente com a política econômica voltada ao acesso dos bens culturais. (artigo 170, II e III e IIV)

O próprio texto constitucional privilegia soberbamente os aspectos patrimoniais do direito de autor e faz pouca ressalva à tutela da personalidade da obra, justificativa maior dos direitos morais como direito fundamental, e de sua natureza jurídica *sui generis*. Considerando, portanto, que os direitos de autor recebem igual tratamento ao da propriedade privada pelo ordenamento jurídico, o estatuto da função social [da propriedade] nada mais é que inerente aos direitos patrimoniais que emergem do direito autoral.

Ao adequar a interpretação do direito de autor à evolução do direito, antes como estrutura, e agora, para a compreensão do direito como função, “a compreensão do fenômeno jurídico, hoje, passaria pelo exame dos seus aspectos políticos, sociais e econômicos” (CARBONI, 2008, p. 25). É imprescindível que uma contextualização da aplicação do direito inserido na sociedade da informação se dê pela ótica das mudanças sociais. Com a expansão dos meios de comunicação a partir de meados do século XVIII, de Gutenberg à Bill Gates, o avanço do uso dos meios físicos e dos meios intangíveis é irreversível. A atual conjectura de acelerada propagação dos bens intelectuais e das modificações dos processos de produção dos mesmos proporcionou uma inegável modificação da função do direito de autor:

De mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais. (CARBONI, 2008, p. 33)

As resistências para modos alternativos de direitos de autor ainda se faz pela falta de compreensão do princípio da unidade da Constituição. O texto constitucional, ao oferecer a propriedade como direito individual do autor, no rol do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, a finalidade proeminente é de garantir reconhecida a autoria, bem como a liberdade de criar e expressar-se sem deixar de prestigiar o retorno econômico. Em contrapartida, paralelamente, a Constituição Econômica, ao oferecer o norte das atividades econômicas, estabelece no artigo 170, incisos II, III e VII, que aqueles que utilizarem a propriedade, esta vista aqui como meio produção, não pode deixar de cumprir com sua função social.

A função social do direito de autor busca, portanto, não limitar a previsão constitucional dos direitos autorais a um direito essencialmente individual, pois tem o dever de garantia ao interesse coletivo na promoção do desenvolvimento econômico, cultural social e tecnológico. Portanto, o Direito Econômico conduz diretrizes de realização de uma política econômica pelo Estado, mas também diretrizes as quais o poder econômico privado das grandes editoras e distribuidoras de bens intelectuais devem seguir, de acordo com os parâmetros normativos constitucionais, sobretudo da Constituição Econômica, tais como:

- Reprimir o abuso do poder econômico que pratique cartéis e divisão de mercado (Lei 8.884/94);
- A viabilização de modos alternativos de propagação da obra intelectual;

- Criação de sites livres que funcionem como banco de dados de material didático, de pesquisa, vídeos, conferências e troca de matérias, como já ocorre nos EUA pelo sistema de compartilhamento MIT OCW (disponível no Brasil através do site www.universiabrasil.net/MIT);
- Expansão de novos métodos de disponibilização de obras, que ofereça modelos de licença flexível de obras intelectuais, como o Creative Commons;
- Incentivar e financiar produções independentes;
- Criar políticas públicas de produção e distribuição de bens culturais;
- Impor à iniciativa privada a produção e divulgação de novos autores;
- Possibilitar, em vista às possibilidades das tecnologias da informação, novos formatos de arrecadação e pagamento de direitos autorais.
- Maior rigidez e fiscalização nos contratos de cessão de direitos de autor (CCDA), garantindo a exigibilidade da função social dos contratos, e assim, proteger verdadeiramente os direitos do autor/criador, e não só dos investidores de produtos culturais;
- Expansão das bibliotecas regionais, e viabilização, através de políticas públicas, do envio de pelo menos um exemplar de cada novo título lançado a uma biblioteca central, pelo menos em cada uma das capitais brasileiras, etc.

Historicamente, criou-se uma distância gigantesca não só entre aqueles que se alimentam e não se alimentam todos os dias, mas também entre aqueles que exercem ou não sua efetiva dignidade através da formação de uma consciência crítica. A ausência de educação e conhecimento estagna forçosamente a capacidade e o direito ao desenvolvimento intelectual, reforça a negligência de reconhecer-se cidadão do mundo, e ainda mais, prejudica a construção de uma identidade cultural e comunitária quando promove o enfraquecimento de valores relevantes a uma sociedade.

Enfim, inúmeras são as possibilidades de resguardar os direitos de autor, como estabelecidos hoje, mas de forma que haja coerência, pois é isto que o advento da sociedade da informação exige. E mais além, o mais importante das tecnologias de informação não é tão só a necessidade de adequabilidade, mas sim a amplitude de recursos que proporciona para a distribuição do conhecimento. É um novo meio de produção que surge, reduzindo drasticamente os custos da produção de bens intelectuais, que uma vez não mais necessitando do suporte tangível, podem circular digitalmente até o destinatário final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa controvérsia entre o direito de acesso à informação e os direitos intelectuais torna-se mais feroz nos dias atuais em decorrência dos novos anseios experimentados pela sociedade. Com a popularização da rede mundial de computadores, a *Internet*, houve

uma gigantesca mudança comportamental com a evolução dos meios de comunicação e de acesso à informação; as tecnologias da informação promoveram o nascimento da sociedade informacional.

Essa velocidade com que as informações caminham no mundo sem fronteiras da *Internet* traz preocupação quanto à eficácia dos direitos de autor, ao mesmo tempo em que promove uma importante discussão sobre se o controle dessas informações não limitaria o direito fundamental de acesso ao conhecimento, à cultura e à educação, à justiça social e ao desenvolvimento econômico.

No âmago da real ausência de fronteiras, dados o progresso e a facilidade dos caminhos da comunicação, está a constatação de que o poder e a soberania dos Estados estão em xeque diante da pressão exercida por uma cultura neoliberal reguladora; são agentes privados capazes de promover alteração da realidade econômica e, portanto muito provavelmente poderão incidir em abuso de poder econômico.

O acesso à informação faz frente ao poder econômico individualizado, em prol de um mundo sem fronteiras. Esta é a característica predominante da sociedade informacional – o fato de não existir barreiras físicas para que a comunicação e o acesso à informação cheguem aos indivíduos – num formato cada vez mais acessível e diversificado, como a *Internet* proporciona, por exemplo.

O atual modelo globalizado da propriedade intelectual, liderado por conglomerados da mídia, busca incansavelmente manter a lei rígida (no sentido de interpretação estrita dos dispositivos que prevêem os limites ao exercício dos direitos de autor) e modelos de contratos de publicação ou produção que na verdade são auto-realizadores de interesses privados sob a tutela do interesse público, promovido pela política de proteção à propriedade intelectual.

Além disso, impede que o autor se valha de sua liberdade de expressão limitando a divulgação da sua obra (fim maior de quem cria, pois quem cria não o faz para si mesmo) e assim, não atende ao fim social da propriedade ou dos contratos, e ainda incorre numa outra discussão já deflagrada por diversos pesquisadores: o monopólio da propriedade intelectual.

Cabe ao Direito Econômico oferecer instrumentos para uma política econômica mais justa, respeitando as diretrizes da Ordem Econômica e a ideologia da ordem jurídica em vigor. Cumpre salientar que tratar os desiguais desigualmente ainda é receita para corrigir as desigualdades sociais. Tratar os bens imateriais como objeto de política econômica e cultural que proporcione educação, cultura e conhecimento (estes essências à sobrevivência) deve fazer parte das diretrizes de um país em desenvolvimento como o Brasil.

Os direitos de autor, da forma como coexistem no sistema jurídico hoje, ainda proporcionam uma sensação de apropriação do conhecimento. Ao invés de percebê-los numa concepção protetivista exacerbada (assim como as demais espécies de propriedade intelectual), o regime de direitos de autor deve ser repensado como um instrumento que, agregado a outros de igual relevância (modelos de licença flexíveis, a criação de políticas públicas de fomento à produção intelectual, ou ainda, a criação de novos formatos de arrecadação de direitos de autor, etc) possibilite um avanço na

eficiência econômica, sem deixar de ser eficaz no incentivo à inovação e criação. E assim, finalmente, o acesso ao conhecimento se dê em realidades onde a existência digna não é nada mais que um conceito indefinido.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: ADOLFO, Luiz G., WACHOWICZ Marcos (coords). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.

AVANCINI, Helenara B. Direitos humanos fundamentais na sociedade da informação. Texto fruto de pesquisa do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional da PUCRS. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/20011/193>> Acesso em: nov.2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988.

BITELLI, Marcos A. **O Direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.

BOBBIO, Norberto. Des critères por résoudre les antinomies. In: **Essais de théorie du droit**. Paris: L.G.D.J., 1998.

BONDÍA RONDÁN, Fernando. **Propriedad intelectual – su significado en la sociedad de la información**. Madrid: Editorial Trivum, 1998.

BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 de fev. 1998d. Seção, p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: mai. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CABRAL, Plínio. **Direito autoral**. Dúvidas e controvérsias. 2. ed. São Paulo: Harbra, 2000.

CAMARGO, Ricardo A.L. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editora, 1993.

CAMARGO, Ricardo A.L. **Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica Ed., 2007.

CANOTILHO, José J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

- CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARTINEZ, Gregório P. **Derecho y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- MERKL, Márcio. Jurisdição internacional dos direitos da propriedade intelectual. In: PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. v.I.
- MOREIRA, Gilberto P.G. **Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual**, realizado em Brasília, no dia 31.03.2005. Disponível em <http://www.irbr.mre.gov.br/eventos/palestra_31_03_05.htm>. Acesso em jun.08.
- PEREIRA, Jane R.G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIMENTEL, Luiz O. O desenvolvimento nacional e a tecnologia – perspectivas para inovação, propriedade intelectual e transferência de resultados no Brasil. In: ADOLFO, Luiz G.; WACHOWICZ Marcos (coords). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe.Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SANTOS, Anderson M. **Propriedade Intelectual – a vida e o conhecimento a serviço do mercado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n.41, p.99-114, jul.2004.
- SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- VIANNA. Túlio Viana. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.

[1] BOBBIO, Norberto. Des critères por résoudre lês antinomies. In: **Essais de théorie du droit**. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 91. “Nos systèmes juridiques ne sont pas systèmes éthiques unités, ils ne sont pas fondés sur un seul principe éthique, ou sur un groupe de postulats cohérents, mais de nombreux systèmes de valeurs et celles-ci sont souvent un autre antinómics”. Tradução livre.

[2] A globalização trata-se de um pressuposto da modernidade. É um fenômeno de homogeneização do mercado mundial. A consolidação do papel dominante do capital financeiro através da extraterritorialidade das fronteiras se dá pelos avanços da tecnologia da informação, que permite a integralidade da comunicação em tempo real e, finalmente, possibilita a desmaterialização do capital global.

[3] A falta de coerência entre as limitações legais ao direito de autor e a realidade e necessidade experimentadas pela Sociedade da Informação é tema muito discutido pela doutrina, e objeto de debate público promovido pelo Ministério da Cultura, através do Fórum Nacional de Direito Autoral.

[4] Na teoria dos direitos humanos fundamentais, ou apenas direitos fundamentais, é possível encontrar duas (principais) expressões para compreender a evolução histórica dos direitos fundamentais: como gerações ou como dimensões. Para este trabalho, optou-se utilizar a expressão de Ingo W. Sarlet, qual seja, “dimensões de direitos fundamentais”.

[5] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

[6] A quarta dimensão de direitos fundamentais ainda não foi completamente construída e afirmada pela doutrina. A compreensão dada está no sentido de Paulo Bonavides e Ingo W. Sarlet.

[7] À expressão ‘sociedade da informação’ pode-se dar a compreensão do conjunto de comportamentos da sociedade contemporânea influenciados pelo desenvolvimento das tecnologias da informação. Esses comportamentos visam utilizar as tecnologias da informação como ferramenta para o desenvolvimento cultural, econômico e social,

além da busca por um acesso mais democratizado da informação e do conhecimento, através da *Internet, por exemplo*.

[8] Conforme o texto constitucional:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”.

**PROTEÇÃO PATENTÁRIA E INOVAÇÃO NAS INDÚSTRIAS
FARMACÊUTICAS: OS MECANISMOS DO EVERGREENING E AS
ALTERNATIVAS DO FAIR FOLLOWERS***

**PATENTARY PROTECTION AND INNOVATION IN THE
PHARMACEUTICAL INDUSTRIES: THE MECHANISMS OF THE
EVERGREENING AND THE ALTERNATIVES OF FAIR FOLLOWERS**

Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza

RESUMO

O presente artigo visa analisar os paradoxos existentes entre o acesso a medicamentos essenciais para as populações carentes e a proteção patentária conferida às empresas farmacêuticas que utilizam mecanismos facilitadores propiciados pelas lacunas existentes do Acordo TRIP's e a legislação patentária sob os auspícios das modalidades de evergreening para controlar o mercado e barrar a transferência de tecnologias na área farmacêutica para os países em desenvolvimento acentuando os desequilíbrios entre os interesses públicos e privados. A aceitação passiva das formas de evergreening gera conseqüências nefastas para as populações que necessitam do acesso aos medicamentos tidos como essenciais em detrimento aos vultosos preços dos produtos e lucros auferidos pelas empresas farmacêuticas. No intuito de procurar respostas plausíveis para essa elasticidade encontradas nos Acordos internacionais e legislações nacionais, procuramos avaliar as estratégias alternativas enfocando os modelos de fair following indicadores de que tanto os desenvolvimentos tecnológicos e inovativos como a priorização da dignidade humana e valores mundiais podem caminhar juntos em constante convergência rumo aos preceitos sociais e econômicos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL, PATENTES, MEDICAMENTOS, INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.

ABSTRACT

The present article aims at to analyze the existing paradoxes between the access the essential medicines for the devoid populations and the patentary protection conferred ace pharmaceutical companies who use mechanisms facilitators propitiated for the existing gaps of the TRIP's Agreement and the patentária legislation under the auspices of the modalities of evergreening to control the market and to bar the technology

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

transfer in the pharmaceutical area for the developing countries being accentuated the disequilibria between the public and private interests. The passive acceptance of the forms of evergreening generates ominous consequences for the populations that need the access to medicines had as essential in detriment to the largest prices of the products and profits gained for the pharmaceutical companies. In intention to look reasonable answers for this elasticity found in the international Agreements and national laws, it looked for to evaluate the alternative strategies focusing the indicating models of fair following of that as much the technological and innovative developments as the preordinations of the dignity human being and world-wide values can walk together in constant convergence route to the social and economic rules.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW, PATENTS, MEDICINES, INNOVATION, SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

O Tratado sobre propriedade intelectual - TRIP's estabelece regras relativas ao direito internacional da propriedade intelectual a todos os países signatários do Acordo Constitutivo da OMC – também conhecido como acordo de Marrakesh, de 1994. De acordo com o princípio do *single undertaking* (“princípio do tudo ou nada”), nenhum país pode cumprir apenas uma parte do Tratado, isto é, para aderir a OMC, os países devem assinar o acordo por inteiro (exceção para o Anexo 4, que é Plurilateral). Como o TRIP's faz parte do anexo 1C, é obrigatório a qualquer país que queira compor a OMC.

Se, por um lado, é possível afirmar que um dos principais intuitos do TRIP's foi organizar as relações comerciais internacionais, a fim de que não houvesse explorações desleais, por outro, é nítido que o TRIP's levou a uma homogeneização de realidades incompatíveis, o que significa que se tentou alcançar apenas uma igualdade no âmbito formal, e não em âmbito mais profundo, substancial – o que seria preferível, visto que há desigualdades gritantes no que diz respeito às condições econômicas de investimentos em P&D (Pesquisa e desenvolvimento) e no nível de desenvolvimento dos países signatários.

Esta situação de desproporcionalidade fica ainda mais evidente em se tratando da temática de patentes. O Acordo estabeleceu que todos os signatários são obrigados a conceder patente aos produtos farmacêuticos, cujo resultado, a partir de então, foi o aumento dos preços dos medicamentos, afetando diretamente a população pobre dos países em desenvolvimento.

O TRIP's prevê a patenteabilidade de produtos e processos que representem inovação e sejam suscetíveis de aplicação industrial e ao estabelecer, essa regra, em princípio, objetivava principalmente a proteção à inovação, o que se fazia extremamente necessário à época. Desse modo, houve um fortalecimento do vínculo entre a propriedade intelectual e os comércios internacionais, partindo do pressuposto – evidente, ao contexto – de que a repressão à pirataria estimularia os fluxos econômicos entre os membros da Organização Mundial do Comércio.

No entanto, a imposição da concessão de patentes afetou grande parcela da população mundial, na medida em que encareceu os medicamentos. Afetou também negativamente a capacidade de produção dos países em desenvolvimento. A partir dessa nova exigência, a realidade que se apresenta a esses países configura um duplo desafio: proteger os direitos dos titulares de patentes e, ao mesmo tempo, competir em um mercado no qual se apresentam com um *déficit* de tecnologia e conhecimento.

Não se pretende defender que a concessão de patentes é de todo prejudicial, posto que, em tese, esse procedimento é fundamental para a proteção da inovação, mesmo porque a produção de medicamentos requer altos cultos e longa duração de tempo. Assim sendo, é imprescindível que haja uma valorização e uma proteção aos direitos dos autores de tais tecnologias biomédicas, além de que, a proteção evita a cópia e posterior reprodução e o comércio ilegal dos medicamentos.

Contudo, convém fazer ressalvas, principalmente no que concerne ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana contrapostos ao abuso de poder.

Excetuar essa regra de patenteabilidade é tão importante que o próprio TRIP's o faz em seu art. 7º, prevendo os princípios do bem-estar social e econômico e o equilíbrio entre os direitos e obrigações dos detentores de patentes e de seus usuários. Além disso, conforme o disposto no art. 8º foi permitido aos países adotarem medidas de proteção à nutrição e à saúde pública, bem como promoverem o interesse público em setores de vital importância para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com as demais normas do Acordo. Os países também podem em qualquer área ou setor tecnológicos agir para evitar que os donos das patentes abusem de seus direitos.

Caso ocorra a violação de algum desses princípios supracitados, os direitos dos proprietários de patentes poderão ser limitados temporariamente. O objetivo é proteger algo mais importante, como a saúde, a vida e o interesse público através de mecanismos de salvaguardas.

No entanto, o Acordo utiliza situações e termos muito genéricos para tratar das salvaguardas, o que dificulta uma interpretação uniforme e leva a uma utilização discricionária dos significados normativos por parte de diferentes países.

E ainda, como conciliar os medicamentos essenciais que devem ser considerados como bem público, com as regras monopolísticas de proteção de 20 anos ou mais, para as patentes farmacêuticas que na maioria das vezes geram entraves para o exercício de um dos direitos fundamentais - a saúde?

Como aliar o setor farmacêutico e suas patentes com os preceitos humanísticos de acesso a medicamentos essenciais para as populações de baixa renda que sofrem com a pandemia da AIDS's?

O objetivo do presente artigo é desenvolver análise sobre a proteção patentária do setor de fármacos que utilizam de mecanismos permissivos nos tratados internacionais e na legislação nacional com uma dupla intenção: barrar as inovações tecnológicas que implementam a produção de genéricos utilizando mecanismo de *evergreening* e manter

os monopólios de mercado e preços excessivos dificultando o acesso dos produtos farmacêuticos tidos como essenciais as populações carentes.

Para maior compreensão e desenvolvimento desta pesquisa procuramos realizar com relação aos tópicos elencados um estudo analítico através da pesquisa bibliográfica e documental, partindo de uma perspectiva crítica dos acordos internacionais e a legislação patentária nacional focando seus benefícios e entraves no que concernem à proteção da propriedade intelectual conferida aos setores farmacêuticos em face ao acesso de medicamentos essenciais para as populações carentes.

Como pesquisa teórica será realizada revisão bibliográfica a partir de material já publicado, constituído principalmente de livro e revistas especializadas no assunto e outros meios disponíveis com intuito de avaliar criticamente o quadro teórico de referência esperando oferecer contribuições originais.

1. OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS EM FACE AS PATENTES FARMACÊUTICAS - BREVES CONSIDERAÇÕES

Ao longo de mais de um século de existência, o Sistema da União de Paris e de Berna através de seus *Bureaus Internationaux Réunie por la Protection e la Propriété Intellectuelle*, permaneceram intactos, desempenhando grande papel para o desenvolvimento do Direito Internacional, mas a intensificação do comércio global guiada pelo fenômeno da globalização após o advento da segunda guerra mundial que tornou fluída as fronteiras entre as nações fez com que os modelos tradicionais do Estado com relação à propriedade intelectual, ao desenvolvimento econômico e tecnológico se mostrassem inviáveis internacionalmente, exigindo transformações em sua esfera, bem como o *modus operandi* desse *Bureaux*.

Essas transformações se tornaram necessárias entre as décadas de 70 e 80 pela vinculação da propriedade intelectual ao desenvolvimento tecnológico e crescimento de investimentos estrangeiros ampliando o comércio mundial. Ao vincular o comércio mundial aos bens imateriais no contexto tecnológico, houve a necessidade da presença de um instituto que regulasse esse mercado promissor, nascendo o papel fundamental da propriedade intelectual em âmbito internacional.

Os parâmetros da Convenção de Paris, muito embora sendo o primeiro tratado multilateral de vocação universal a tratar da propriedade intelectual e delimitar as ordens nacionais e internacionais, não se mostraram adequados diante do surgimento do paradigma econômico, que exigia uma nova estrutura organizacional, transformando esses modelos, inviáveis e arcaicos.

Na época em que foi negociada a Convenção se entendeu que as legislações relativas à propriedade intelectual dos países fossem compatibilizadas e não padronizadas, permitindo as diversidades nacionais, ficando cada país livre para

estabelecer seu sistema e sua política de proteção desde que não houvesse discriminação entre nacionais e estrangeiros.

A solução para dinamizar os mecanismos de propriedade intelectual se deu através da Convenção de Estocolmo em 1967 com a criação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual-OMPI (WIPO).

Da sua constituição aos dias atuais, a função da OMPI é de encorajar e estimular a atividade de criação dos indivíduos e das empresas dos países membros, com intuito de facilitar a aquisição de informações científicas e técnicas contidas nas patentes.

Sendo assim, a OMPI unificou os conceitos existentes no modelo tradicional de propriedade intelectual que separava os direitos dos autores e dos inventores, mas diferentemente de outras organizações internacionais do sistema das Nações Unidas, não tem poderes para dirigir as resoluções diretamente com os Estados, ficando suas competências adstritas aos tratados e convenções nas matérias específicas de caráter técnico.

Mas mesmo com a incorporação da Convenção de Paris a OMPI no transcorrer do tempo houve a necessidade de complementação de suas atividades na temática do comércio internacional, o fazendo em 22 de dezembro de 1995, ao celebrar acordo de solidariedade com a OMC-TRIP's (Organização Mundial do Comércio – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

As razões fundamentais para a inclusão do TRIP's no GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) foi o interesse de complementar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional eliminando de vez o princípio da diversidade nacional preconizada pela Convenção de Paris. Assim, se obteve na Rodada Uruguai do GATT a padronização das normas de propriedade intelectual com o intuito de assegurar o controle sobre os bens imateriais não financeiros e reduzir as barreiras ao fluxo de investimentos e serviços, no dizer de Denis Barbosa “O Fordismo chegou ao Direito”.

Segundo o autor (2001, p. 37), a padronização das normas de propriedade intelectual cristalizou a situação, pois possibilitou a desigualdade na divisão do patrimônio informacional agregado no mundo, monopolizou as informações, científica, tecnológica e comercial dos países, impedindo os seus desenvolvimentos e sua formação ideológica dentro da diversidade nacional.

Desde a concepção de que o instituto de propriedade intelectual possui caráter eminentemente de direito internacional por apresentar não somente proteção às criações do intelecto humano como também envolver questões de maior amplitude na esfera social, cultural e econômica, as patentes farmacêuticas se tornaram um representativo de dicotomias entre os parâmetros de proteção conferida pelos Estados a seus titulares e a viabilidade no construto social, principalmente ao acesso dos medicamentos pelas populações de baixa renda.

As dicotomias se estendem na representatividade que as patentes exercem quanto a fomentar as inovações tecnológicas desse setor trazendo retorno às empresas

pelos seus investimentos em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) e a inviabilidade de acesso a esses produtos por milhões de pessoas colidindo com os imperativos da saúde pública e a sua função social. Deste modo, o fundamento para a concessão de patentes se mostra por um lado o seu caráter individual com a remuneração do autor da invenção pelo Estado, e por outro, em uma ótica publicista, o estímulo ao progresso científico e tecnológico em detrimento ao ônus suportado pelo consumidor de baixo poder aquisitivo.

Sustenta o artigo 7º do Acordo TRIP's as necessidades de comprometimento dos Estados-partes em utilizar a inovação tecnológica para o fomento do direito da propriedade intelectual, para a transferência de tecnologia e para o incremento do bem estar social e econômico, em tese, havendo uma interface entre esses aspectos.

Ao se buscar um denominador comum, os Estados-partes propuseram um consenso e comprometimento entre todos de implementar medidas eficazes e apropriadas ao livre comércio visando a cooperação internacional, vez que no âmbito da OMC, o princípio fundamental que regulam os processos decisórios se baseiam na democratização entre seus membros. Celso Lafer (1998, p.28) recordando Grócio, nos diz que:

Há um potencial de sociabilidade e solidariedade na esfera internacional. Este potencial provê – e este é o pressuposto no qual se fundamenta a OMC – uma interação organizada e não-anárquica entre os atores da vida econômica num mercado globalizado que não funciona como um jogo de soma zero, em que o ganho de um significa a perda do outro.

Há conflito, mas também há cooperação, lastreada num processo abrangente que tem sua base na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses. Somente se pode perceber e julgar adequadamente essa reciprocidade de interesses se estiver visivelmente à tona, através da publicidade contemplada pelo princípio da transparência.

Essas divagações, embora de beleza teórica incontestável, na prática a recíproca não se mostra verdadeira quando analisada sob o aspecto das patentes farmacêuticas. Dados apresentados (médicos sem fronteiras, 2005) apontam que o sistema de patentes, premidas pela maximização dos lucros, não é estimulado a investir em pesquisas que afligem doenças como malária e tuberculose[1], nos países em desenvolvimento, exceto para aquelas que representam mercado expressivo no mundo desenvolvido, como as diabetes e doenças cardíacas. Mesmo no que se refere à transferência de tecnologia de países desenvolvidos para países em desenvolvimento, expectativa criada na oportunidade da Rodada Uruguai, provou ser falaciosa no que tange a produção de medicamentos, sobretudo para socorrer vítimas de pandemias letais, com a AIDS, restando claro que, o sistema de patentes farmacêuticas como agora estabelecido só oferece vantagem aos países desenvolvidos deixando um rastro de indiferença social para com as populações que necessitam de acesso aos medicamentos.

Um problema central da sociedade capitalista evidenciado por Sousa Santos *apud* Neves da Silva (2007, p.73) relata a crescente mercantilização das ciências e a sua imbricação nos processos tecnológicos propondo a adoção de um novo paradigma que

proporcione “conhecimento prudente para uma vida decente” com a idéia de que, por ocorrer em uma sociedade revolucionada pela própria ciência, não deve objetivar somente o conhecimento científico (prudente), mas os benefícios para a sociedade (uma vida decente).

A lógica de que as patentes farmacêuticas proporcionam remuneração ao inventor por meio de um ônus para o consumidor é preocupante, no sentido de que os medicamentos são bens essenciais e em última análise, o ônus representaria restrição ou até proibição de acesso ao tratamento disponível para as populações carentes, perpetuando desmesuradamente os direitos de monopólios concedidos às empresas farmacêuticas e por sua vez mantendo os preços em níveis elevados para o consumidor.

A saúde pública pelo seu caráter publicista se vincula a direito humano e por ser essencial a outros direitos humanos anteriores, como a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e ao desenvolvimento, se demonstra imperativo analisar os direitos de propriedade intelectual mais em específico as patentes farmacêuticas, no sentido de que até que ponto este direito é útil para fomentar as inovações e invenções das quais dependem as mencionadas expansões industrial e tecnológica sem perdemos a noção da função social.

Neste sentido, a proteção dos direitos de propriedade intelectual é importante para a indústria farmacêutica para assegurar a criação de novos medicamentos e seus investimentos nas P&D, bem como seu retorno financeiro nessas pesquisas. Por outro lado, a ausência da proteção patentária, desestimularia as empresas a investir em inovações dos medicamentos, fazendo com que emigrassem para outras áreas que oferecessem melhores retornos e menos constrangimentos.

No entanto, vale frisar que há um número pequeno de empresas que controlam o mercado de medicamentos patenteados, representando oligopólios com amplas possibilidades de ocorrências de condutas anticompetitivas como imposição de preços excessivos, limitação ou impedimento de exploração de patentes ou mesmo transferência de tecnologia a países em desenvolvimento, uso de licenças para simular situações de cartelização, dentre outras, ainda que o TRIP's possua dispositivos que impõem certas flexibilizações e limitações á proteção patentária com o objetivo de prevenir práticas anticompetitivas ou abusos aos direitos de propriedade intelectual.

Dessa forma, para que o problema seja amplamente solucionado, é importante a participação e engajamento de organismos internacionais, vez que a questão da saúde há muito tempo deixou de ser um problema local para se tornar global e que exige e reclama pela proteção humanitária.

1.1 Inovação tecnológica e a privatização do conhecimento: Revisitando a Constituição Brasileira e o Acordo *TRIP's*

A reforma no sistema de comércio internacional realizada no âmbito do GATT/OMC originando o Acordo TRIP's, eliminou a diversidade nacional entre as legislações dos

países e por conseqüência uniformizou as normas de propriedade intelectual suscitando entre os setores diversos, polemicas sobre formação de monopólios da informação científica, tecnológica e comercial entre os países.

Mas antes de discorrermos a questão em si há necessidade de reportarmos a fonte do termo “inovação tecnológica” e a sua importância para o setor farmacêutico no mundo atual.

A fonte do termo “inovação tecnológica” nos remete a seu autor *Schumpeter* que através de seus estudos sobre o desenvolvimento econômico apregoava que as economias seriam cada vez mais afetadas pela “destruição criativa” baseadas na substituição das tecnologias em uso por aquelas de potencial de ruptura.

Mas para que a inovação seja relevante não basta ser inventada ou descoberta, esta deve ser economicamente relevante para as empresas que são motivadas pelo lucro e competitividade entre os mercados, vez que as inovações possuem seus graus de incertezas tecno-científicas e comerciais, como também, riscos financeiros por parte das indústrias que respondem por meio do investimento de capital na expectativa de retorno econômico.

Além dos aspectos econômicos e da competição das indústrias farmacêuticas há a existência de forças sociais, institucionais e políticas que explicam a inovação. Neste pacote se englobam as revoluções científicas, legislações, políticas de saúde pública e um *locus* para desenvolvimento das P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) que demandam além de custos financeiros de vultosas quantias, vários anos para que uma inovação seja concretizada, tornando o processo de inovação na área farmacêutica um dos mais longos, complexos e incertos quanto à garantia de sucesso para a empresa e para o mercado.

A importância da propriedade intelectual torna-se para a área farmacêutica condição *sine qua non* para estimular as inovações tecnológicas, mas por outro lado, esta questão se mostra controversa sob a perspectiva de que ao proteger suas inovações, principalmente pelo sistema de patentes, pois constituiriam em entraves para a promoção do conhecimento e apropriação e acesso da melhoria da descoberta/inovação pela sociedade, gerando os famosos monopólios pelos laboratórios farmacêuticos.

A indústria farmacêutica se sustenta nesse capital intangível que na verdade se constitui em um direito temporário concedido pelo governo na condição das indústrias desse setor ser obrigadas a revelar detalhadamente o conteúdo tecnológico da matéria protegida que poderá ser desenvolvida e aperfeiçoada por terceiros após o prazo de validade patentária.

O fato é que os medicamentos estão se constituindo em simples mercadorias e a saúde uma extensão do mercado nas quais as curas e os tratamentos para as doenças que afligem as comunidades mundiais carentes só ficarão a disposição de maneira excludente, isto é, para aqueles que dispuserem de um poder de compra suficiente para suportá-los. A questão se mostra bastante delicada atualmente, vez que a promoção do direito de saúde e acesso aos medicamentos considerados essenciais implica o reconhecimento por muitos tratados e leis nacionais como direitos constitucionais fundamentais do cidadão, não podendo de forma alguma se constituir em inversão de

valores e desvios de finalidades perpetradas por grandes empresas farmacêuticas em detrimento ao bem coletivo por mais que sejam válidas as alegações de incertezas quanto às pesquisas e custos sobre esses produtos.

Na própria Constituição Federativa do Brasil nas questões sobre propriedade intelectual ao mencionar a finalidade do mecanismo jurídico preceitua em seu artigo 5º, inciso XXIX na sua parte final “**tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país**” (grifo nosso), torna transparente que os direitos relativos ao instituto protetivo não derivam diretamente da Carta Constitucional, mas de lei ordinária e por sua vez esta lei só será constitucional na medida em que atender os objetivos de interesse social, favorecer o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Não basta que o sistema de propriedade intelectual atenda a sua função social somente como se quer o artigo 5º, inciso XXIII da Magna Carta, há também os princípios de desenvolvimento tecnológico e econômico ressaltando as necessidades e propósitos nacionais com a finalidade de propiciar melhoria de condições de sua sociedade.

O artigo 5º, inciso XXIX da Carta Magna, faz menção ao tripé interesse social, desenvolvimento tecnológico e econômico como fatores hierárquicos igualitários e, tanto a Carta quanto à norma ordinária no que se refere à tecnologia são unânimes em erigir como princípio constitucional o desenvolvimento tecnológico do país para uma melhor bem estar social e econômico e, qualquer tentativa de desvio de finalidade por parte do sistema de propriedade intelectual, será um contra direito.

Indubitavelmente, os direitos de propriedade intelectual, sob o ângulo de “propriedade”, ficam adstritos aos princípios da função social, desenvolvimento econômico e tecnológico assegurando a sua livre concorrência na ordem econômica em prol do social e melhora tecnológica do país.

II. O MECANISMO DE *EVERGREENING* E AS FÁLACIAS DAS PATENTES FARMACÊUTICAS: Os Acordos *TRIP's* e o *TRIP's plus*

Em que parâmetros os direitos de propriedade intelectual podem constituir em uma faceta perversa quanto as patentes farmacêuticas? Pergunta aparentemente fácil de responder quando nos reportamos as três formas que atuam nessas espécies de proteção patentária focado muitas vezes em detrimento aos imperativos da saúde pública a remuneração do inventor, embora que temporária. Assim temos os desequilíbrios e desvios de finalidades do instituto quando as patentes farmacêuticas através de mecanismos que utilizam lacunas legais para burlar os objetivos de saúde pública e os acessos a medicamentos impedem a associação fixa de medicamentos, concedem os procedimentos do *evergreening* e permitem a proteção de substâncias não obrigatórias de patenteamento.

O primeiro entrave com as patentes surge quando duas ou mais empresas impedem reciprocamente, a associação de dois ou mais medicamentos em um único

produto, pois não há interesse das empresas farmacêuticas que detem a proteção, em obter o licenciamento cruzado, pois podem negociar sem concorrência, a venda de seus medicamentos.

Em seguida tem-se o mecanismo de *evergreening* que as empresas utilizam para casos de patentes que estão por vencer seu prazo de validade, inicialmente concedidos pelo prazo de 20 anos e, o terceiro entrave, diz respeito a substâncias não-patenteáveis concedendo proteção às invenções de substâncias não obrigatoriamente patenteáveis caracterizados como invenções, vez que o TRIP's não define o que seja uma "invenção", apenas especifica os seus requisitos.

Trata-se de uma prática abusiva pelos titulares das patentes com o objetivo de protelar a entrada de medicamentos genéricos em substituição aos patenteados, isto é, alteram-se minimamente os medicamentos prestes a expirar as patentes, obtendo, desta forma, novo período integral de proteção e, por conseguinte, mantendo as versões genéricas, que são mais acessíveis, fora do mercado.

Ao depararmos com notícia divulgada pelo Jornal Valor Econômico (2008, Brasil, p. A-2) sobre possíveis acordos entre o Brasil e EUA no que concernem as patentes e inovação para remédios, a princípio a matéria foi animadora, pois a estratégia prevista criaria novos medicamentos alternativos que passam as margens do sistema de patentes, estimulando a inovação médica e acesso à medicina com prioridade às doenças negligenciadas no setor empresarial farmacêutico. Mas a alegria durou pouco ao analisar mais detalhadamente e, por quê? A resposta mais plausível para essa questão seria porque os EUA não irão admitir que os seus dados de invenção sejam abertos para domínio público, tampouco cedem em critérios de patenteabilidade, como no caso do mecanismo de *evergreening* que ganham por esse método mais 20 anos para comercializar um invento patenteado próximo de expirar se beneficiando de lacunas existentes no Acordo TRIP's e nas legislações nacionais que o internalizam, para prorrogarem os monopólios farmacêuticos, transformando em verdadeiras falácias.

Empregado para designar a extensão do período de exclusividade de mercado, o *evergreening* é o mecanismo utilizado pelas empresas farmacêuticas por meio de concessão e combinação sucessiva de múltiplas patentes em termos não obrigatórios, mas apenas permissivos no Acordo TRIP'S.

Um dos casos mais conhecidos é do AZT (Zivovidina) desenvolvido e patenteado pela empresa *GlaxoSmithKline* em 1960 para ser utilizado no combate a alguns tipos de câncer. Em 1980 quando a patente já cairia em domínio público, foi descoberto que o medicamento poderia ser utilizado como anti-retroviral no combate a AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) e, desse modo, nova patente foi concedida a preços exorbitantes e à custa das populações que necessitam desse produto.

Esse mecanismo do *evergreening* só é possível porque as invenções de medicamentos podem estar relacionadas a mais de um aspecto para sua proteção de acordo com Arruda e Cerdeira (2007, p. 122), assim:

- **uma prescrição médica** – método de uso ou uso para fins terapêuticos aliado a um objetivo;

- **uma combinação de produtos** – medicamentos que atuando em conjunto produzem efeito diferenciado;
- **Um produto** – um princípio ativo; e,
- **Um processo produtivo** – desenvolvimento, concentração, purificação.

Neste contexto, verifica-se que as empresas farmacêuticas podem se beneficiar de diversas patentes de medicamentos de acordo com a razão escolhida para sua proteção.

Dessa forma as modalidades de patentes concedidas no setor farmacêutico conforme Correa (2001 *apud* Chaves *et al* 2007, p.263), se apresenta da seguinte maneira:

Modalidades de Patentes no Setor Farmacêutico

Tipos de patentes **Conceito**

Forma Farmacêutica	Protegem formulações de uso final contendo determinado produto ou combinações de produtos. Pode ser a formulação de princípios que expiraram.
Invenções de Seleção	Quando um elemento químico ou grupamento funcional já conhecido se seleciona com a finalidade de obter uma patente sobre a base (ex. parte de uma molécula não mencionada explicitamente na patente anterior).
Processos Análogos	Processos que não são novos, mas que permitem obter um produto com características novas.
Combinações	Combinações de produtos conhecidos
Isômeros ópticos	Após o patenteamento do racemato (mistura dos dois compostos químicos enantiômeros) solicita-se a patente para o isômero ativo, ou de maior atividade.
Metabólitos Ativos	Patenteamento do metabólito ativo que produz no organismo o efeito desejado de um determinado composto, que já pode ter sido patenteado.
Pró-drogas	Composto que se transforma em uma substância farmacologicamente ativa, quando é metabolizado no organismo.
Novos Sais	Novos sais de compostos conhecidos
Procedimentos de fabricação e Segundo Uso	Variantes de procedimentos de fabricação divulgados. Novos usos de produtos conhecidos.

Fonte adaptada: Correa, 2001 *apud* Chaves *et al*, 2007, p.263.

Todos os itens acima são as possibilidades de patentes de fármacos ensejadores do *evergreening* baseados no fato de que os elementos químicos comportam muitas

variáveis e por vezes sem o controle minucioso dos critérios de patenteabilidade, resultam em patentes mesmo sem a contribuição ao estado da técnica.

De acordo com o Decreto n. 1.355/94 que promulga a Ata Final dos resultados da Rodada Uruguai e Negociações Comerciais Multilaterais do GATT/TRIP's, preceitua em seu artigo 33 que “a vigência da patente não será inferior em um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito” (2004, p.376), sendo que desse modo como se verifica os países têm ampla liberdade para conferir proteção maior, dependendo das flexibilidades que se dará nos aspectos principais das patentes de invenção, isto é: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 27 do TRIP's), além do Acordo silenciar no que se refere a esse tipo de concessão patentária.

Aliás, o TRIP's permite de maneira expressa que os países-membros considerem não-patenteáveis as invenções e os métodos terapêuticos necessários à manutenção da saúde pública, não havendo qualquer impossibilidade ou irregularidade em não conceder tais patentes.

No Brasil não há previsão legal na lei de propriedade intelectual para patentes de uso ou novo uso, mas o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual), ao examinar o pedido, poderá aceitar ou não a concessão do privilégio, sendo que infelizmente tem-se optado pela aceitação de tais pedidos.

Essa elasticidade quanto aos critérios de patenteabilidade, tanto no Acordo TRIP's, quanto na legislação nacional fazem com que as empresas farmacêuticas obtenham maior proteção aos medicamentos dificultando por sua vez, o acesso das populações mais carentes na sua obtenção.

Analisando mais amplamente a questão constatamos um elemento enfraquecedor da eficácia do TRIP's, os denominados *TRIP's-plus*, acordos que são firmados fora do âmbito da Organização Mundial do Comércio, liderados pelos EUA que elevam a proteção para a propriedade intelectual, dificultando o acesso a medicamentos junto aos Estados signatários.

No que concerne ao setor farmacêutico o Acordo *TRIP's-plus* por vez colocou em “cheque mate” as negociações no âmbito da OMC e da OMPI, engessando os países menos desenvolvidos economicamente por estender a proteção às patentes farmacêuticas acima de 20 anos, restringir o uso das licenças compulsórias, restrição para revogação das patentes, vínculo entre patentes e registro, entre outros.

Claro nos demonstra que este tipo de mecanismo é gerador de um monopólio excludente que cada vez mais torna o sistema de propriedade intelectual favorável ao titular das patentes e menos sensível aos direitos das populações de ter acesso a novas tecnologias de medicamentos, senão vejamos:

Estabelece o Acordo TRIP's padrões mínimos para a proteção da propriedade em seu artigo 1º “Os membros poderão, mas não são obrigadas a prover em sua legislação, proteções mais amplas que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e práticas jurídicas” (WTO, 2004).

Os Acordos TRIP's *plus* subjagam e eliminam as flexibilidades existentes no TRIP's e desrespeitam as diretrizes da OMC (TRIP's) reduzindo o alcance de uma ordem econômica com sustentabilidade na intenção de se chegar a uma justiça social.

Nesta perspectiva o tema propriedade intelectual entrou na agenda do setor de saúde, vez que com os acordos de livre comércio regionais e bilaterais a situação se agravou por dificultar a fabricação dos genéricos e restrições para o uso das licenças compulsórias, exemplo entre Cingapura e EUA em que a licença compulsória é proibida, salvo algumas exceções. Reconhecendo o conflito entre os seus dispositivos e os acordos bilaterais e regionais, a OMC criou em 1996 a Comissão sobre Acordos Comerciais Regionais na tentativa de esclarecer as distorções entre os diversos documentos que afetam diretamente o comércio internacional.

Em 2002, a Declaração Inglesa sobre Direitos de Propriedade Intelectual reconheceu que:

Os países em desenvolvimento não devem ser obrigados aceitar os direitos de propriedade intelectual impostos pelo mundo desenvolvido além dos compromissos que têm para com os acordos internacionais (...) A maioria dos países desenvolvidos não leva em conta os objetivos de desenvolvimento ao formular suas políticas de propriedade intelectual em base internacional (...) Os países desenvolvidos deveriam abolir a prática do uso de acordos regionais/bilaterais como meio de criar regimes de propriedade intelectual que vão além do TRIP's nos países em desenvolvimento. Estes devem ter a liberdade para escolher – dentro dos limites do TRIP's – o grau de rigor que conferem a seus regimes de propriedade intelectual. (DIREITOS HUMANOS NA INTERNET, 2008).

Assim sendo, é importante ressaltar que se torna imperativo a eliminação do TRIP's *plus* nas negociações de livre comércio no intuito de minimizar seus efeitos adversos no Acordo TRIP's potencializando para os países em desenvolvimento o necessário estímulo a inovação, acesso às novas tecnologias e aos medicamentos essenciais assegurando a todos os direitos a vida, a liberdade, a igualdade, justiça social, a saúde e ao desenvolvimento sustentável, preceitos constitucionais, indissociáveis a pessoa humana.

Em que pese ao acesso aos medicamentos essenciais, não bastam às flexibilidades estarem estabelecidas no TRIP's, necessário sua incorporação e efetiva prática no ordenamento jurídico nacional, como também políticas empresariais que facilitem a melhoria de cooperação internacional no tocante às inovações tecnológicas, transferência de tecnologias, incentivos tributários e financeiros com vistas a facilitar a plena realização de direitos, vez que o direito a vida detêm a primazia sob todos os outros direitos humanos.

encia a vigC maclvidos economicamente por estender a proteçdicamentos junto aos Estados signat

2.1 Espécies de *Evergreening* no âmbito das Patentes Farmacêuticas

• **Novo uso ou Segundo uso:**

Uma das espécies de *evergreening* é conhecida como “fórmula Suíça” e “novo uso ou segundo uso”. Por “novo uso” se entende quando é se obtido uma nova patente para um mesmo produto para fins terapêuticos, distintos da indicação inicial da primeira patente. De acordo com Barbosa (2004, p.15) ao tratar sobre o aspecto pernicioso da patente de uso é devido à possibilidade delas conferirem ao titular “de diferir a revelação do conhecimento tecnológico já conhecido, mas não revelado” resultando dessa concessão uma vigência prolongada da proteção aos aspectos diversos do mesmo objeto.

Aceita na legislação brasileira, as reivindicações de uso não foram recusadas pela atual lei de propriedade intelectual (Lei n. 9.279/96), muito embora ficando adstritas aos requisitos de patenteabilidade, com o intuito de maior equilíbrio dos interesses constitucionais e os sociais embasados no livre uso de conhecimentos técnicos.

Quando nos deparamos com os alcances práticos das reivindicações de uso é importante refletirmos sobre três questões singulares. A primeira é quanto à possibilidade jurídica de se formular uma reivindicação que resultasse em uma patente direcionada para o uso e não para o produto ou processo anterior, de forma a não confundir o público e o competidor pelo novo título. A segunda questão se refere à eficácia dessa patente, porque logicamente ao se conceder esse privilégio temos que ter a noção exata de como ficaria a posição dos competidores que detem o privilégio anterior ou usufruem a tecnologia em domínio público, e por fim, conciliar os interesses sociais e a reivindicação de patentes de segundo uso na prática.

Em termos comparados entre diversas legislações há países que não permitem as patentes de novo uso como Coréia, França, Reino Unido, Comunidade Andina, e por sua vez há as permissivas, como Holanda, Suécia e Alemanha.

Os EUA conferem esse tipo de proteção que se denomina *method-of-use* conferindo um modo elástico de concessão que permite, nesse sentido, diversas patentes para um mesmo medicamento.

No caso brasileiro, inexistente disposição específica à oposição dessa concessão, vedando apenas o patenteamento de métodos de diagnósticos e tratamentos que pela Lei n. 9.279/96 não são considerados patentes de invenção.

A questão das patentes farmacêuticas de “segundo uso ou novo uso”, tradicionalmente aceita na legislação de propriedade intelectual há que se considerarem os critérios específicos de avaliação de novidade, atividade inventiva e sua possível utilidade industrial, como também questões sobre a legalidade e natureza jurídica, vez que há hipóteses de vedação de tal categoria quando se verificar como “método de tratamento ou diagnóstico”. Cerqueira (1952, p.64) nos diz que esta modalidade de patentes “trata-se de uma tecnologia cuja novidade consiste na relação entre o meio e o resultado, ou seja, sua função.

A princípio, é possível a patente farmacêutica sobre qualquer invenção, de produto ou processo, em todos os setores tecnológicos, desde que respeitados os

requisitos das patentes de invenção, não necessariamente a aplicação mercadológica, basta que seja possível à comercialização.

Pairam polêmicas a respeito da natureza jurídica dessa modalidade se constituem invenções ou descobertas. No que se referem às descobertas, o patenteamento é vedado como bem preceitua o artigo 10 da lei 9.279/96, vez que a obtenção da proteção patentária exige que o invento solucione problemas técnicos.

Portanto, o cerne da distinção entre descoberta e invenção é exatamente a inexistência da resolução de um problema técnico quanto às descobertas, noção essa que a própria Constituição Federal de 1988 preceitua. Desse modo, a revelação de um novo uso técnico de um elemento conhecido será qualquer coisa, mas certamente nunca uma descoberta, por outro lado se atinar com aspectos estéticos ou esotéricos de uma substância já conhecida ter-se-á uma descoberta, (BARBOSA, 2001, p.06).

Nas patentes de segundo uso, o produto protegido não é novo, assim como seu processo de produção, sendo que a novidade fica por conta da sua administração em outro segmento de pacientes, novos usuário diferente dos originais.

- **Associação Fixa ou *Combo-patentes*:**

A patente de associação fixa ou *combo-patents*, segunda forma de *evergreening* funcionam de uma maneira similar as patentes de novo uso quanto à extensão da sua exclusividade. Assim, se tem a *combo-patents* quando há a associação de dois ou mais medicamentos privilegiados por patentes anteriores criando uma nova patente.

Neste caso, não há que se cogitar um novo produto ou processo e sim, um novo método terapêutico que pelos Acordos TRIP's e a legislação patentária nacional não são privilegiáveis, pois se trata de mera descoberta.

- **Substâncias Não-patenteáveis**

Nesta modalidade de *evergreening* estão elecandos as substâncias não patenteáveis ou não obrigatórias de patenteamento, visto que pelo TRIP' quaisquer produtos a principio poderão ser objetos de patentes se atenderem os requisitos de novidade, atividade inventiva e ser passíveis de aplicação industrial.

O grande problema reside no fato de que muitos produtos farmacêuticos derivam de produtos biológicos, extraídos da biodiversidade gerando consideráveis celeumas entre países em face de seus patenteamentos.

Alguns países como os EUA e a Europa, permitem que uma substância isolada e purificada da natureza tenha o condão da proteção por patentes, vez que diversamente da legislação brasileira, estes não diferem “invenção da descoberta” não havendo, portanto por parte da USPTO (*United States Patent and Trademark Office*), nenhum óbice em proteger alguma invenção que possua como ponto de partida uma descoberta.

O TRIP's por sua vez não faz menção ao conceito de invenção, apenas especifica os requisitos que devem ter para que sejam considerados patenteáveis. Neste caso, cabe a conveniência e a oportunidade de cada país em requerer estes tipos de proteção.

Cabe ressaltar que o não privilégio patentário dos produtos encontrados na natureza não se estende aos processos que de qualquer forma serão admitidas para fins de aplicação industrial.

No entanto, a matéria ainda não é pacífica quando se aborda o alcance da proteção por patentes de processos aos produtos obtidos diretamente por tais processos. Os direitos conferidos ao titular alcançariam os produtos obtidos diretamente pelo processo patentado?

A legislação brasileira permite as patentes para processos, mas não estende essa proteção aos produtos obtidos pelo processo patentado. Desta feita, a orientação da OMPI, é no sentido de que se o objeto da patente for processo para produção de matéria viva, ou outra matéria contendo informação genética que permita sua multiplicação em forma idêntica ou diferenciada, qualquer proteção conferida deverá estender tanto ao produto obtido pelo processo como aos produtos idênticos ou diferenciados de qualquer geração subsequente obtidos dos mesmos.

1. O PRINCÍPIO DO *FAIR FOLLOWERS* E O CONFLITO NO DOMÍNIO NORMATIVO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

As patentes, principalmente as farmacêuticas podem de certa maneira ser consideradas o instituto mais visado e polêmico no que concerne aos direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, longe de um consenso, esse sistema é contestado pelos usos inadequados que geram as externalidades negativas quanto ao não acesso pelas populações de baixa e média renda aos medicamentos protegidos. Essa assertiva é explicada inicialmente, pelo fato de que as populações enquadradas como baixa e média renda não contribuem para a remuneração do uso das patentes farmacêuticas e para a inovação no setor, cujo preceito defendido por Lanjouw & Jack (2004), devem os países com essas populações ser isentos da aplicação da lei patentária permitindo a entrada de genéricos nesses mercados de maneira a incentivar a inovação mundial.

Depois, pelo fato de que remédios genéricos são considerados um bom negócio por não exigir investimentos em P&D e *marketing* o que reduz as barreiras das indústrias farmacêuticas além de que atraem novas empresas e aumentam a oferta para o consumidor e por sua vez induzem a concorrência perfeita gerando a pró-competitividade na saúde.

A discussão sobre a interface dos direitos de propriedade intelectual na área farmacêutica e o acesso de medicamentos pelas populações de baixa renda faz com que os modelos de *fair following* justifiquem a observância dos direitos de propriedade intelectual e o equilíbrio entre os interesses dos titulares e das populações que necessitam dos medicamentos patenteados. O propósito específico do *fair following* é fazer com que países desenvolvidos e em desenvolvimento compartilhem os conhecimentos em inovação, sem prejuízo desta, para a pesquisa e desenvolvimento de doenças consideradas endêmicas e negligenciadas em regiões pobres pelos quais as inovações são retardatárias devido a grande pobreza dos afetados.

Assim, no presente itens serão analisados os quatro modelos de *fair following*: (i) licenças compulsórias; (ii) preços diferenciados voluntariamente; (iii) patentes *buy-outs*; e (iv) a adoção de um Tratado sobre P&D (*Global R&D Treaty*):

? Licença Compulsória e preços diferenciados voluntariamente

O licenciamento compulsório prevê a possibilidade, mediante indenização prévia e previsão legal anterior a utilização, comercialização e produção de um produto patentado por outro que não o seu titular. No entanto, há exigências rigorosas para que um país decreta a licença compulsória: ao tirar provisoriamente o monopólio do detentor da patente, o governo ou terceiro deve remunerar o detentor da patente mediante o pagamento de *royalties*. Além disso, a produção obtida por meio da licença deve ser predominantemente direcionada para o mercado interno, isto é, não pode ser utilizada para fins comerciais lucrativos. A licença compulsória tem prazo determinado de duração, limitado ao objetivo para o qual foi autorizada.

De acordo com Amaral Júnior (2005, p.16) “a licença compulsória promove o bem-estar social na medida em que corrige os inconvenientes do sistema de patentes”. Nesse sentido a licença compulsória significa “um dos mecanismos de que o Estado dispõe para fazer com que a propriedade cumpra a sua função social.” (CAMPILONGO, 2001, p. 164). É uma medida totalmente legal e não fere nenhum acordo de âmbito nacional ou internacional, pois está prevista nos artigos 68 a 74 da Lei de Propriedade Intelectual brasileira[2] e no artigo 31 do TRIPs.

Segundo Correa (2000), os países em desenvolvimento devem usar a licença compulsória para promover o acesso aos medicamentos nas seguintes circunstâncias:

? Recusa de contratar, que ocorre sempre que o titular da patente de negue a conceder a licença voluntária requerida em termos razoáveis, quando a não concessão da licença afetar a disponibilidade de um produto ou o desenvolvimento de uma nova atividade;

? Estado declarado de emergência nacional, como ocorre nos casos epidemia, catástrofe natural ou guerra;

? Quando houver uma crise de saúde pública, assegurando à população o acesso a medicamentos essenciais, ou em situações de interesse público, inclusive por razões de segurança nacional;

? A identificação de uma conduta anti-concorrencial;

? Uso governamental, para favorecer o acesso aos medicamentos, em sabe não comerciais;

? Quando a falta ou insuficiência na exploração da patente dificultar o acesso à saúde ou impedir o desenvolvimento de um setor vital à economia do país;

? Quando o uso de determinada patente possa ser feito mediante a exploração de uma patente pré-existente, desde que a patente original cubra uma invenção que represente importante avanço tecnológico;

? Interesse público.

Essa salvaguarda já era amparada na Lei anterior de propriedade intelectual e continua sob a égide da atual lei patentária - Lei 9.279/96, muito embora esse mecanismo vise à concretização da função social da propriedade da patente, poucas licenças até o presente momento foram outorgadas[3] no Brasil.

Dentre as hipóteses permissivas que norteiam o diploma legal nacional, o requerimento das licenças compulsórias fundamentada ao INPI, pode ser concedido nos casos de: (i) o exercício de direitos de forma abusiva, (ii) pelo abuso do poder econômico; (iii) comercialização insuficiente; (iv) falta de exploração, (v) patentes dependentes, (vi) emergência nacional e (vii) interesse público.

As importações paralelas, por sua vez, permitem que a importação de um medicamento patenteado seja feito por um preço menor. Ao invés de comprar do representante local da empresa, o negócio é feito com a empresa ou por algum agente autorizado por ela em outro país, onde o preço seja menor. Este mecanismo rege-se pelo princípio do esgotamento internacional de direitos (PALERMO, p. 191). De acordo com esse princípio, previsto no art. 6 do Trips, o direito de exclusão comercial do titular do direito de propriedade intelectual se exaure a partir do momento em que ele introduz o produto patenteado no comércio, ou consente que isso seja realizado por terceiro. Traduz no seguinte: o titular de um direito de propriedade intelectual – uma patente, no caso – quando coloca seus produtos no mercado, perde o poder de controlar sua respectiva circulação, no sentido de que não pode opor-se às sucessivas distribuições ou revendas nem colocar condições nessas sucessivas distribuições ou regular preços nas revendas. Introduzido o produto no mercado pela primeira vez pelo seu titular (ou por outrem com o seu consentimento), esgota-se o seu direito exclusivo de decidir, designadamente, onde, a quem, por que preço será o produto revendido.

O que está em causa no esgotamento ou exaustão dos direitos de propriedade intelectual é (além da paralela real compreensão do conteúdo do direito em causa e consequente delimitação dos poderes do seu titular) a possibilidade de não restringir a liberdade de comércio (ALMEIDA, 2004).

Afirma Corrêa (1998, p. 48-49) que “o reconhecimento do princípio do esgotamento internacional do Acordo TRIPS pode ser visto como um reflexo lógico da globalização da economia em nível nacional. Esta solução é conveniente para assegurar a competitividade das empresas locais, que podem estar em desvantagem se se vêm obrigadas a comprar exclusivamente de distribuidores que aplicam preços mais altos que os vigentes em outro país”.

Diante disso, tem-se que quando um detentor de uma determinada patente comercializa seu produto em um membro signatário do TRIPS, se outro membro verificar que este produto foi comercializado abaixo do preço exigido em seu território, poderá valer-se de importações paralelas como forma de baratear o produto em questão (PALERMO, p.191). Este mecanismo, no entanto, não foi adotado pela legislação brasileira.

Há também outro instrumento de flexibilização do TRIPS, denominado “exceção bolar”. Através dele, é possível iniciar o processo de pesquisa e registro de um medicamento antes que a patente expire. Assim, acelera-se o processo de registro genérico ainda sob vigência da patente, pois permite que terceiros (que não o detentor da patente) possam se capacitar previamente – até por meio da realização de testes – para produzir o medicamento patenteado, quando a sua patente expirar. Trata-se de um importante instrumento, pois, além de assegurar a produção do medicamento após a decretação da licença compulsória, favorece a negociação de preços com as empresas farmacêuticas. A partir da Lei 10.196/01 (art. 43, VII), este instrumento foi inserido na Lei de Patentes do Brasil.

No entanto, as salvaguardas não têm constituído instrumentos eficazes para que os países em desenvolvimento não se prejudiquem em função das novas regras de propriedade intelectual estabelecidas pelo TRIPS, pois não há uma delimitação objetiva do que é ou não permitido – e até que ponto o é. O problema central, portanto, é o limite de interpretação das expressões que constituem os requisitos das salvaguardas: “casos abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares”, “emergência nacional”, “circunstâncias de extrema urgência” ou “hipóteses para uso público”. O Acordo se refere às situações indefinidas e utiliza termos muito genéricos para tratar das salvaguardas, o que dificulta uma interpretação uniforme e leva a uma utilização discricionária dos significados normativos por parte de diferentes países. Em seu artigo 7º, 8º e 31º[4], o TRIPS reconhece que esses conceitos amplos devem ser mais bem definidos pelas legislações de cada país. Assim, cada país membro da OMC tem o poder de definir as salvaguardas que constarão em sua legislação e em quais situações elas poderão ser acionadas. Essa permissão é alvo de muitas críticas, pois conduz à discricionariedade dos Membros tanto para a sua interpretação como para sua aplicação, o que é preocupante, do ponto de vista jurídico.

Houve tentativas de delimitar tais expressões na Rodada do Uruguai, mas os países em desenvolvimento, tendo à frente a Índia, pressionaram para a flexibilidade para adoção de políticas públicas governamentais de proteção à saúde não fossem restringidas, mas não estão inteiramente livres para interpretar tais dispositivos. Nesse sentido, já decidiu o Órgão de Apelação da OMC, no caso Índia-patentes, que os termos do TRIPS devem ser interpretados com base no “sentido comum decorrente de seu contexto e à luz do objeto e propósito do acordo”, conforme as regras da Convenção de Viena para Interpretação dos Tratados (CULLET, 2003, p.83). Isto significa que a interpretação

levará em conta o texto do Acordo aceito pelos Membros e não as expectativas de uma das partes.

Essa insegurança concernente à interpretação dos termos e possibilidades de utilização das flexibilidades do TRIPs levou a um cenário de instabilidade jurídica e dúvidas sobre questões de políticas públicas de saúde, suscitando pressões de diversos setores da seara internacional – organizações não governamentais e governos de países em desenvolvimento – que culminou com dois grandes documentos de repercussão internacional: o Documento do Grupo de Países em Desenvolvimento para a Discussão do Conselho sobre o Acesso a Medicamentos, de junho de 2001, e a Declaração de *Doha* sobre o Acordo TRIP's e a Saúde Pública, de novembro do mesmo ano.

O Documento do Grupo de Países em Desenvolvimento para a Discussão do Conselho sobre o Acesso a Medicamentos foi apresentado ao Conselho TRIPs em 20 de junho de 2001 com o intuito de assegurar que “o Acordo TRIPs não arruíne a implementação de políticas de saúde pública para os Membros”.^[5] Os pontos principais do documento versam sobre os objetivos e princípios do Acordo que em seu artigo 8º afirma que os Membros podem adotar medidas para proteger a saúde pública, tais como a nutrição e desenvolvimento socioeconômico e tecnológico. Qualquer interpretação das disposições do Acordo deve levar em conta os princípios expostos nesse artigo. A leitura dessas disposições deve confirmar que nada no Acordo TRIP's impede os Membros de adotarem medidas para proteger a saúde pública, nem de se empenharem em prol das políticas globais definidas no Artigo 8º.^[6]

A pressão não cessou e influenciou a Rodada de Negociações Multilaterais de *Doha* – Catar, na qual os Ministros das Relações Exteriores e os de Comércio definiram diretrizes para os trabalhos da OMC até 1º de janeiro de 2005^[7], incluindo aí a preocupação com a questão de políticas internacionais de saúde, o que deu origem à Declaração de *Doha* sobre o Acordo TRIPs e a Saúde Pública.

O princípio basilar deste documento é que a saúde pública – cujos problemas são principalmente decorrentes da Aids, da tuberculose, da malária e de outras epidemias - é superior aos interesses comerciais e relativos às patentes. Assim sendo, ficou decidido que o TRIPs não poderia ser utilizado como obstáculo ao acesso universal aos medicamentos, ou seja, ao acesso a direitos de proteção à saúde pública. Ficou declarado, a partir disto, que os Membros podem tomar as medidas necessárias para garantir o acesso aos medicamentos e a preservação da saúde populacional, desde que estas medidas não violem o TRIPs. Além disso, a Declaração enfatiza o poder de cada país para decidir até que ponto uma situação caracteriza uma “emergência nacional”. Por outro lado, reconhecendo a dificuldade de produção local do setor farmacêutico em países de baixo ou médio nível de desenvolvimento, o Conselho do TRIPs foi instruído, no parágrafo 6 do mencionado documento, a propor uma solução até o final de 2002.

No entanto, a resposta só veio em 2003, a partir de uma discussão na seara internacional sobre um documento apresentado pelo embaixador mexicano Peres Motta, então Presidente do Conselho, que foi rejeitado pelos Estados Unidos. Na Conferência Ministerial de *Cancun* (em setembro de 2003), adotou-se a “Solução do Parágrafo 6º da Declaração de *Doha*”. No entanto, há muitas críticas sobre a solução tão prometido pelo Conselho, pois a resolução estabelece muitas dificuldades da utilização das salvaguardas. Ficou estabelecido que a partir de janeiro de 2005, os países sem

capacidade para produzir medicamentos poderiam lançar mão da licença compulsória para a importação de medicamentos genéricos. Contudo, é necessário observar uma série de condições que podem dificultar a licença. Em linhas gerais, a resolução exige que o país importador formalize sua necessidade, demonstrando que não tem capacidade para a fabricação do medicamento. Além disso, deve especificar a quantidade necessária. Por sua vez, o país que irá fornecer o medicamento deve igualmente conceder licença compulsória e exportar apenas o suficiente para atender à demanda daquele país importador. O medicamento exportado deve ainda estar contido em embalagem diferenciada[8]. Segundo Correa, o procedimento admitido pela solução apresentada para o Parágrafo 6º da Declaração de *Doha* deveria ser economicamente inexequível, não diplomaticamente aceitável. O autor coloca que a patenteabilidade dos produtos e processos farmacêuticos continuará apresentando sérios desafios para as políticas de saúde pública dos países em desenvolvimento. A “solução” não finda as controvérsias sobre a propriedade intelectual e a saúde pública e mostra, por fim, que contar com uma indústria farmacêutica local capaz de produzir os medicamentos necessários para atender à saúde passou a ser uma questão estratégica, e não um simples objetivo de política industrial, (CORREA, 2008).

A questão do programa de fixação voluntária de preços diferenciados, modelo de *evergreening*, muito embora apregoado por diversas empresas farmacêuticas, se mostram desesperançosos e improváveis para sua concretização, pois tais programas são limitados a certas doenças ou países, somente funcionando sob a pressão da licença compulsória pelos governos como medida de caráter de exceção. Por outro lado em que pese argumentos utilizados contra a arbitragem farmacêutica importante salientar que é possível praticá-la através de mecanismos legais, contratuais e unilaterais, para a discriminação de preços de modo bem sucedido sem que seja ameaça significativa ao setor inovativo das empresas farmacêuticas.

? **Patentes *buy-outs*:**

O terceiro mecanismo de *evergreening* são as patentes *buy-out* que visam somente às populações de baixa e média renda através da aquisição de patentes para a produção de genéricos. Na prática esse mecanismo mantém intocadas as leis de propriedade intelectual vez que são adquiridos os direitos patentários sobre as invenções farmacêuticas, principalmente no que tange a medicamentos para doenças negligenciadas, em prol dessas populações e por sua vez, as patentes adquiridas são doadas para o domínio público permitindo um custo marginal de produção, a concorrência sobre a distribuição do produto pelo preço de mercado mais reduzido, livres dos preços monopolísticos praticados por esses setores.

Esse mecanismo contém um grande potencial para a melhoria do acesso a medicamentos essenciais a essas populações, porém não descartando pagamento a título de manutenção aos incentivos de inovação das indústrias pelo uso das patentes. Assim, através desse mecanismo qualquer empresa farmacêutica poderá produzir e comercializar medicamentos nos mercados considerados alvos, reduzindo à queda de preços unitários do produto em direção ao custo marginal atual da produção.

? **Tratado sobre P&D (*Global R&D Treaty*)**

Basicamente esse tratado se adotado visa uma proposta básica com a finalidade de separar o mercado de inovação do mercado de vendas de medicamentos objetivando impedir a prática do *free riding* por países de alta renda e otimizando as obrigações do *fair following* em países mais pobres. Como todo tratado que disponibiliza as flexibilidades entre os países, respeitando suas idiossincrasias, este em especial flexibiliza a adoção de cada país de como aplicar suas P&D, mantendo ou expandido a remuneração pelo uso das patentes farmacêuticas, como também em optar pelo abandono ou não dos sistemas de proteção patentária.

Como o foco desse possível tratado é desvincular o sistema de preços dos medicamentos das inovações farmacêuticas, necessário considerar que a redução da proteção patentária na área de fármacos nem sempre gera maior acesso a medicamentos essenciais e nem sempre os mecanismos de patentes são as causas que impedem o acesso.

As causas estão muito além do sistema de patentes que também dificultam o acesso cujo problema central nos países em desenvolvimento é as ausências de infra-estrutura na área da saúde e sanitária, políticas públicas para melhores investimentos, carência de profissionais capacitados. Tannus (2005, p. 57), ao considerar essa problemática relata que a lista de medicamentos essenciais da OMS (Organização Mundial e Saúde) “apenas 5% dessa lista têm proteção patentária” o que evidencia que 95% estão livres para serem produzidos por qualquer companhia de genéricos. Dessa premissa constata-se que mesmo havendo a ausência da proteção aos medicamentos em nada modifica a situação precária quanto ao acesso pelas populações que deles necessitam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem os argumentos desenvolvidos no presente artigo é importante em um primeiro momento não perdermos o foco sobre as necessidades prementes dos objetivos contidos no artigo 7º do acordo TRIP's que preconizam a necessidade de aplicação dos preceitos da propriedade intelectual nos intuitos de promoção, contribuição e divulgação da inovação e transferência de tecnologia de modo a aliar o bem estar social e econômico bem como um equilíbrio entre direitos e obrigações entre os países.

Principalmente no setor farmacêutico esse questionamento é de vital importância, tendo em vista que os monopólios praticados pelas indústrias que tornam os preços dos produtos inacessíveis para os países que mais necessitam fazem com que o sistema de patentes seja os grandes vilões quanto ao acesso a esses bens, preterindo a promoção da dignidade humana e o acesso a saúde.

A situação se torna mais agravante quando esse setor adota os mecanismos do *evergreening* que por um lado protela de forma abusiva a entrada de medicamentos genéricos barrando a inovação dos países e, por outro utilizam de patentes prestes a expirar prorrogando o período da proteção patentária aos arrepios dos requisitos necessários de patenteabilidade.

Em detrimento aos imperativos da saúde pública, as empresas farmacêuticas utilizam desse mecanismo e de lacunas legais para burlarem os objetivos humanitários e o desenvolvimento de produtos genéricos, mantendo a exclusividade nos mercados.

Neste sentido, os direitos de propriedade intelectual permanecem na contramão dos fundamentos apreçados e justificadores de sua existência ao tornar permissivos os períodos de exclusividade de mercado por meio de concessão e combinação sucessiva de múltiplas patentes por mais de 20 anos sem a devida contribuição para o estado de técnica, sendo a única novidade, a forma de sua administração e o público alvo, isto é, pacientes em casos diferentes dos originais.

Como os países em desenvolvimento possuem capacidade local limitada para a produção e desenvolvimento em genéricos e outras limitantes ao acesso justo e equitativo dos medicamentos essenciais, necessário o fortalecimento dos setores público e privado norteado para a capacitação nacional nessa área, bem como revisar o arcabouço legal internacional de propriedade intelectual. Mas essas questões estão longe de um consenso, vez que pelos defensores de um sistema internacional da matéria argumentam um sistema mais rígido para não enfraquecer as atuais atividades de P&D e a capacidade de inovação das indústrias farmacêuticas, por outro lado, há os que defendem um sistema mais flexível e adequado a realidades de cada país, seus cenários econômicos e sociais, principalmente para as populações que sofrem com o aumento exacerbado da pandemia global da AIDS disseminada rapidamente nos países mais pobres.

O fato é que os países em desenvolvimento ao serem obrigados a instituir uma proteção mais eficaz a propriedade intelectual, as disparidades aumentaram em face da saúde pública se tornando emblemático o acesso aos medicamentos essenciais, principalmente pelas brechas legais contidas nos acordos internacionais e a permissividade de certas questões nas legislações nacionais, como o caso dos mecanismos de *evergreening* e a ausência de regulamentação de importações paralelas desencorajando na prática a discriminação de preços dos medicamentos.

Por mais que as questões legais que permitem as salvaguardas internalizadas nos acordos internacionais e leis nacionais, essas não são amplamente utilizadas pelos países em situações emergenciais para coibir as empresas titulares das patentes farmacêuticas continuem a abusar do monopólio legal conferido pelo direito exclusivo.

Necessário haver um melhor engajamento das instituições internacionais clarificando a relação entre os Acordos sobre a propriedade intelectual e a saúde pública, principalmente no que tange aos acordos-*plus* e maior dinamização da indústria nacional como questão estratégia de política industrial.

Assim, estamos diante de um problema complexo com interesses e origens díspares que exigem melhores abordagens integral e multidisciplinar para conciliarem leis

internacionais e as ordens jurídicas internas, dinamizar a inventiva nacional e convergir os interesses comerciais com interesses humanos priorizando a pesquisa de novos medicamentos em função das reais necessidades de saúde, e não somente das possibilidades do mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. Os princípios estruturantes do acordo trip's: Um contributo para a liberalização do comércio mundial. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 64, vol. I e II, nov. 2004.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos países em desenvolvimento. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 8, n. 16, p. 11-23, 2005.

ARRUDA, Gustavo Favaro, CERDEIRA, Pablo de Camargo. **Patentes de medicamento e saúde pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 122.

BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual – Da Convenção de Paris ao patamar do novo milênio. Rio de Janeiro. **Revista da ABPI**, n. 52, maio/junho, 2001, p. 37.

_____. Parecer sobre patentes de segundo uso. 2001, p.06.

BRITO, Maria Carmen de Souza et al. **Legislação sobre Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.376.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Políticas de patentes em Saúde Humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPS – Régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

_____. *Integrating public health concerns into patents legislation in developing countries*. Disponível em:
http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12htm#P1449_146569. Geneva: South Center, October 2000.

_____. Patentes e Medicamentos genéricos. **Jornal Le Monde Diplomatique Brasil**, janeiro de 2008.

CULLET, Philippe. *Patents and Health in Developing Countries in Law and development: Facing Complexity in the 21st Century*. London: Cavendish Publishing, 2003, p. 83.

DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. Declaração Inglesa sobre Direitos de Propriedade Intelectual, 2002. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em: 05/05/2008.

FARIA, Jacqueline Borges de. Licença compulsória como alternativa para a garantia do acesso universal a anti-retrovirais no Brasil. **Revista ABPI**. Rio de Janeiro, n. 85, p. 26-37, nov/dez, 2006.

GAMA, Cerqueira. **Tratado**. vol. II, Tomo I, parte 2. São Paulo: Forense, 1952, p.64.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: livraria do advogado, 1998, p. 28.

LANJOUW, J.O; JACK, W. *Trading up: How much should poor countries pay to support pharmaceutical innovation? Center for global development brief*. Disponível em: <http://www.cgdev.org/docs/CGDbrief%20pharmaceutical.pdf>. Acesso em: 01/06/2008.

LEHMAN, Bruce. *Intellectual Property and Compulsory Licensing: Pharmaceuticals and the developing world*. Artigo apresentado na **12º Conferencia Anual sobre Direito e Política da Propriedade Intelectual Internacional**. Nova Iorque, abril, 2004.

MÉDICOS SEM FRONTEIRA. TRIP's, P&D e acesso a medicamentos: guia para o mundo pós 2005. Campanha de acesso a medicamentos essenciais, 2005. Disponível em: www.msf.org.br. Acesso em: 05/05/2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introduction a una ciência pós-moderna*. Caracas: Cipost, 1996, *apud* NEVES DA SILVA, Francisco Viegas. Patentes Farmacêuticas e Direitos Humanos: pela flexibilização do acordo TRIP's em face a saúde pública, 2007, p.73.

TANNUS, Gabriel. Questões atuais de propriedade industrial na indústria farmacêutica. **XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual**. Anais 2005. São Paulo, 2005, p. 57.

WTO-World Trade Organization. *Agreement on trade related aspects of intellectual property rights*. Geneva: WTO, 1994.

[1] A malária e a tuberculose, respectivamente, matam, 1,5 milhões e 2 milhões de pessoas por ano,, enquanto a AIDS mata 3 milhões por ano, sendo que grande parte destas mortes está concentrada no continente africano (2,3 milhões de mortos/ano pelo HIV/AIDS somente na África) LEHMAN, Bruce (2004).

[2] “O poder Público poderá, compulsoriamente, licenciar o objeto da patente, retirando do seu titular o direito conferido e transferindo, dessa forma, o direito de fabricação de determinado produto para outra empresa ou para um laboratório oficial.”, conforme dispõe o art. 71, da Lei 9279/96, regulamentado pelo Dec. 4830/03.

[3] O INPI concedeu três licenças compulsórias sob a égide da lei anterior, relativas a PI n. 76.767 (processo para cultura de vírus), utilizada para a produção de vacina anti-aftosa, propriedade da firma *National Research Development Corporation* e outra patente de n. 7.207.076, obtida por Nortox Agro-química S/A, através de despacho na RPI 710 de 1984, referente ao caso Monsanto. Na atual lei foram concedido o licenciamento de duas patentes relacionadas a produção de medicamentos baseados em interesse nacional para uso do programa DST/AIDS. (BORGES DE FARIA, 2006, p. 32)

[4] Art 8º do TRIPS, I: “Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento

sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.”

[5] Documento do Grupo de países em desenvolvimento para a Discussão do Conselho sobre o Acesso a Medicamentos, 20 de junho de 2001, par. 2. O documento foi assinado por Bangladesh, Barbados, Bolívia, Brasil, Cuba, Equador, Filipinas, Grupo Africano, Haiti, Honduras, Índia, Indonésia, Jamaica, Paquistão, Paraguai, Peru, República Dominicana, Sri Lanka, Tailândia e Venezuela, IP/C/W/296, 20 de junho de 2001.

[6] Documento do Grupo de Países em Desenvolvimento para a Discussão do Conselho sobre o Acesso a Medicamentos, 20 de junho de 2001, §22.

[7] Quarta Conferência Ministerial da OMC, de 9 a 14 de novembro de 2001.

[8] Site “De olho nas patentes”, disponível em <http://www.deolhosnaspateentes.org.br>. Último acesso em 17 de junho de 2008.

IMPACTOS DA LEGISLAÇÃO NACIONAL NA PROTEÇÃO DE SABERES TRADICIONAIS: CONTRIBUIÇÃO PARA A SUA REPRODUÇÃO OU MECANISMO PARA A SUA EXTINÇÃO? *

IMPACTS OF NATIONAL LEGISLATION IN THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE: CONTRIBUTION FOR ITS REPRODUCTION OR MECHANISMS FOR ITS EXTINCTION?

Clarissa Bueno Wandscheer

RESUMO

Há uma evidente interdependência do homem e da natureza. Essa ligação é mais evidente e mais íntima entre as populações tradicionais. Nessa inter-relação com a natureza surgem os conhecimentos tradicionais, que se destacam por permitirem uma economia de tempo e recursos nas pesquisas para o desenvolvimento de novos produtos para as indústrias químicas, farmacêuticas, etc. A partir da Convenção da Diversidade Biológica os Estados signatários, como o Brasil, se comprometeram a proteger esse conhecimento e a incentivar o seu desenvolvimento e a sua manutenção. No entanto, essa proteção estabelecida não impediu que os conhecimentos tradicionais ultrapassassem a barreira de suas comunidades e se transformassem em produtos passíveis de comercialização e apropriação. Nesse aspecto a legislação nacional está focada em regular as formas de acesso a esses conhecimentos e na determinação de repartição de benefícios estabelecidos livremente entre as partes. Porém, não está clara a preocupação com a sustentabilidade e com mecanismos que garantam o aprimoramento desses conhecimentos. Para proteger esses saberes apresentam-se algumas alternativas como: mecanismos de repartição de benefícios, por meio de contratos e de fundos públicos; e a criação de sistemas sui generis de proteção. Mas essas alternativas são criticadas por transformarem o conhecimento tradicional em propriedade, ou seja em mercadoria. E por isso identificam-se riscos: a) de transformar a noção de conhecimento tradicional; b) de provocar uma disputa entre as próprias populações tradicionais para obter os melhores benefícios; c) de provocar a própria extinção dessas comunidades e de seus conhecimentos.

PALAVRAS-CHAVES: CONHECIMENTO TRADICIONAL; APROPRIAÇÃO INDIVIDUAL; MERCADORIA; RISCOS COM A COMERCIALIZAÇÃO

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

There is interdependence between man and nature. This linking is clearer and close among the traditional people. In this relation with the nature appears the traditional knowledge, they allow to a economy of time and resources in the research to development of new products to chemical, pharmaceutical industry, etc. From the Convention of Biological Diversity the signatory States, like Brazil, if had compromised to protect this knowledge and to stimulate its development and its maintenance. However, this established protection did not hinder that the traditional knowledge exceeded the barrier of its communities and they transformed into appropriate products that can be commercialized. In this aspect the national legislation is intent in regulating the forms of access to this knowledge and the determination of benefits sharing established freely between the parts. However, it is not clear the concern with the support and mechanisms that guarantee the improvement of this knowledge. To protect this knowledge there are some alternatives are presented as: mechanisms of benefit sharing; by means of contracts and of government securities; and the creation of sui generis system to regulate the contract. But these alternatives are criticized by transforming the traditional knowledge into private property, it means into merchandise. Therefore risks are identified: a) to transform the notion of traditional knowledge; b) to give rise to a dispute among the traditional people to get the best benefits; c) to give raise the extinction of these communities and its knowledge.

KEYWORDS: TRADITIONAL KNOWLEDGE; PRIVATE APPROPRIATION; MERCHANDISE; RISKS WITH THE COMMERCIALIZATION

Introdução: antecedentes históricos

A discussão sobre a proteção do conhecimento tradicional teve início com o desenvolvimento da biotecnologia, pois a partir desse momento os recursos genéticos associados a esses conhecimentos passaram a fazer parte do rol de matérias-primas de indústrias farmacêuticas, químicas, agrícolas, etc.[1]

Essa situação faz com que os conhecimento tradicionais passem a ser apropriados pelo sistema de propriedade intelectual, descaracterizando a sua configuração coletiva e transformando-o em uma propriedade individual. Já que a lei de propriedade industrial, imposta a todos os países signatários do Trips[2], não permite a proteção de conhecimentos coletivos de comunidades indígenas e tradicionais.

Portanto, sob o panorama da biotecnologia que busca avanços em curtos espaços de tempo, o conhecimento tradicional, aquele que possuem as comunidades locais e povos indígenas sobre a biodiversidade, desempenha um papel chave. De um lado, devido à enorme possibilidade de novas relações econômicas surgidas a partir da nova engenharia genética e molecular, que vem utilizando o conhecimento tradicional para iniciar seus processos de pesquisa, em relação a medicina, a alimentação e a agricultura. A importância desses conhecimentos tradicionais está no fato de que os povos indígenas e as comunidades tradicionais conhecem para que pode ser útil determinados elementos da biodiversidade. A partir desse ponto empresas (químicas, farmacêuticas, etc.) isolam as fórmulas ou as moléculas das substâncias ativas ou as sequências de ADN das plantas de interesse para depois apropriar-se por meio do sistema de patentes. Com isso esse conhecimento é usurpado e roubado dos povos indígenas e das comunidades locais

para gerar lucros a favor de interesses privados comerciais através do desenvolvimento de diversos produtos. Por outro lado, o conhecimento tradicional tem ajudado a conservar, conhecer e utilizar os elementos da biodiversidade sem que necessite de incentivos econômicos para isso, utilizando-o em benefício para toda a coletividade por parte das comunidades locais e dos povos indígenas[3].

É importante lembrar que antes da Reunião Ministerial de Cancún, em setembro de 2003, os governos do sul tinham se manifestado sobre a revisão do artigo 27.3b do Trips. Enquanto que o grupo africano defendia que as patentes sobre formas de vida não eram éticas e que o Trips deveria proibir qualquer possibilidade disso, pelo fato de serem contrárias as normas morais e culturais de muitas sociedades e de próprios membros da Organização Mundial do Comércio. Portanto, esse grupo estava propondo proibir as patentes sobre plantas, animais e microorganismos, assim como também sobre os processos não essencialmente biológicos e os microbiológicos para a produção de plantas e de animais. E, ainda, nesta etapa da discussão o grupo africano seguido de Brasil, Cuba, Equador, Índia, Perú, Tailândia e Venezuela, exigiam que as patentes somente poderiam ser reconhecidas com a apresentação do certificado de origem dos recursos e dos conhecimentos tradicionais associados, numa interpretação conjunta do Trips e da Convenção da Diversidade Biológica[4].

Infelizmente todas essas manifestações em defesa da proteção do conhecimento tradicional não tem logrado o êxito necessário para a sua efetiva proteção. E no panorama nacional verificam-se divergências sobre a melhor alternativa para a proteção, uma vez que a Medida-Provisória 2186-16, que regula a forma de acesso ao conhecimento tradicional, tem se mostrado insuficiente para a garantia dos interesses das populações tradicionais brasileiras.

1 – O que se está protegendo? Conceituando o Conhecimento Tradicional

A biodiversidade é tradicionalmente assumida como inseparável dentro do conjunto de elementos que sustentam a vida. Os recursos dessa biodiversidade, os elementos que a compõem e os conhecimentos tradicionais associados, tem estado sempre disponíveis e em sua maioria são compartilhados abertamente entre vizinhos e visitantes, com exceções das tradições ancestrais que mantêm certos segredos, sobretudo à práticas de caráter religioso ou cosmogônico[5].

Destaca-se que o conhecimento tradicional não está marcado pela antiguidade e inutilidade, mas é caracterizado pela forma de sua constituição. Este conhecimento ocorre de forma coletiva, oral e intergeracional, estando intimamente ligado com a forma de relação que esta comunidade possui com a natureza. Ou seja, o saber é difundido oralmente entre os integrantes da comunidade, desenvolvido de forma coletiva, porque é fruto do trabalho de vários de seus membros, e intergeracional porque a aplicação que se faz de determinado conhecimento passa pela interpretação e atualização das gerações presentes.

Nesse sentido:

Debemos indicar que este "conocimiento tradicional no es estático sino que es dinámico y mejora con la innovación y experimentación constante. Lo tradicional no es porque sea viejo sino por la forma en que es adquirido y utilizado. Es decir, el proceso social de aprendizaje y de compartir el conocimiento, que es único en cada cultura indígena, descansa en el verdadero corazón de lo tradicional. Mucho de este conocimiento es nuevo pero tiene un significado social y un carácter legal (...) por eso la protección de este conocimiento conlleva el reconocimiento de las leyes propias a cada pueblo y sus propios procesos de descubrimiento, enseñanza y socialización.[6]"

Portanto, este conhecimento depende do meio ambiente em que vivem determinadas comunidades, pois estas possuem uma estrutura social de contato e respeito com a natureza, o que garante a sua utilização presente e para as futuras gerações. Cada comunidade desenvolve técnicas de manejo e utilização dos recursos naturais de acordo com a disponibilidade destes nas áreas que ocupam, e em razão da abundância ou da escassez desenvolvem seus ritos e modos de vida. Por isso que as peculiaridades das sociedades estão relacionadas com seus territórios.

Para Nijar o conhecimento é caracterizado por: "For members of indigenous people, knowledge and determination of the use of resources are collective and inter-generational. No indigenous population, whether of individuals or community, nor the government can sell or transfer ownership of resources which are the property of the people and which each generation has an obligation to safeguard for the next." [7](gf). E aqui, observa-se a necessidade de reforma da idéia de soberania sobre a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais, já que é imprescindível a participação das populações tradicionais no processo de decisão sobre o acesso ou não aos seus saberes.

O Dene Cultural Institute of Yellowknife, no Canadá, entende por conhecimento tradicional:

"... a body of knowledge built up by a group of people through generations of living in close contact with nature. It includes a system of classification, a set of empirical observation about the local environment, and a system of self-management that governs resource use. The quantity and quality of TEK (traditional ecological knowledge) varies among community members, depending upon gender, age, social status, intellectual capability and profession (hunter, spiritual leader, healer, etc). With its roots firmly in the past, traditional environmental knowledge is both cumulative and dynamic, building upon the experience of earlier generations and adapting to the new technological and socioeconomic changes of the present.[8]"

Ressalte-se que no Brasil as áreas mais preservadas em biodiversidade são justamente aquelas onde se encontram as comunidades locais e os povos indígenas, em razão da sua ligação mais íntima com a natureza. Porém, a pressão exercida sobre essas áreas cresce a cada dia, tendo em vista que a sociedade circundante também tem interesse na diversidade biológica das áreas habitadas pelas populações tradicionais.

Desafortunadamente, até o momento o que ocorre é a transferência da utilização comum de conhecimentos e recursos naturais para a exclusividade de uso em benefício particular e individual, seguindo as orientações do sistema de propriedade industrial, mas especificamente pela lei de patentes.

O Estado da Costa Rica reconhece e protege expressamente sob a denominação de direitos intelectuais coletivos ou *sui generis*, os conhecimentos, práticas e inovações dos povos indígenas e das comunidades locais, relacionadas com o emprego dos elementos da biodiversidade e do seu conhecimento associado. Este direito existe e se reconhece juridicamente pela existência da prática cultural ou do conhecimento relacionado com os recursos genéticos e bioquímicos; não requer declaração prévia, reconhecimento expresso, nem registro oficial; portanto, pode compreender práticas que no futuro venham a pertencer a tal categoria[9].

Esses direitos coletivos podem ser identificados como marco jurídico onde se tutela e se reconhece a diversidade cultural em interação com a diversidade biológica através dos conhecimentos que as comunidades locais detêm. O reconhecimento deste direito existe para ratificar algumas convenções internacionais e, portanto, é necessário seu desenvolvimento. Este passo pode ser visto como uma das formas de cumprir com o acordado ao assinar e ratificar uma norma internacional[10].

É importante compreender que essa diversidade biológica não está dissociada da diversidade social e cultural, tendo em vista que a atuação do homem foi fundamental para a constituição do meio ambiente de hoje. A idéia de natureza intocada já está ultrapassada e a interação do homem com a natureza comprovada.

Por isso que no relacionamento do homem com a natureza, há uma influência significativa na preservação e conservação do ambiente natural, de modo que a presença e a atuação das sociedades ao longo dos anos foi essencial para a configuração dos espaços naturais de hoje. Exemplos não faltam desta inter-relação bem sucedida dos povos com a natureza, como por exemplo:

“no Parque Nacional Kruger, na África do Sul, após o estabelecimento do Parque, não mais habitado por nativos e caçadores – convidados a se retirar para o ‘bem’ do parque – a frequência dos incêndios decresceu. Como resultado, áreas anteriormente abertas foram invadidas por arbustos, reduzindo a possibilidade de herbivoria, ou seja, aqueles

grandes mamíferos que se queria conservar dependem dessa vegetação aberta para se alimentar e sobreviver. Foi necessária a reintrodução de queimadas para assegurar a manutenção da fauna nativa, objeto de conservação original do Parque, mostrando que a presença daqueles animais ali, era fruto de uma longa interação com as populações humanas.[11]”

A interdependência do homem e da natureza é fundamental para a garantia do meio ambiente saudável para a satisfação das necessidades das presentes e das futuras gerações. Por isso a necessidade da existência da biodiversidade e da sociodiversidade.

2 – Discussões legais sobre a Proteção do Conhecimento Tradicional

2.1 – O reflexo na legislação nacional do crescente interesse sobre recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados

O interesse pelos recursos biológicos tornam-se cada vez mais evidentes, basta uma simples observação do desenvolvimento da legislação nacional.

Como exemplo podem-se citar a lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, com as alterações promovidas pela lei n.º 9.960, de 28 de janeiro de 2000, que em seu artigo 2º, III já previa o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais. Em 10 de novembro de 1987, foi promulgado o decreto n.º 95.177, alterado pelo decreto n.º 95.837, aquele criava a Comissão Interministerial de Biotecnologia - CIBT, e dava outras providências, em seu artigo 1º destinava a comissão à integrar as ações desenvolvidas por diversos segmentos institucionais ligados à Política Nacional de Biotecnologia.

Em matéria constitucional a Carta Magna de 10 de outubro de 1988, em seu artigo 225, §1º, II, estabeleceu a garantia da integridade do patrimônio genético do país, que permite a intervenção estatal sempre que tal equilíbrio for quebrado, e admite, ainda, que o Estado crie áreas para proteger o patrimônio e limitar ou até proibir as atividades nocivas, sem contudo, estabelecer os meios para a utilização racional desse patrimônio e para a redução de reflexos negativos sobre o ambiente explorado.

A matéria relativa a exploração dos recursos biológicos e genéticos veio tratada no decreto n.º 98.830 de 15 de janeiro de 1990, que tratava da coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil. E, pela portaria n.º 55, de 14 de março de 1990 do Ministério da Ciência e Tecnologia que regulamentou o referido decreto.

Mais tarde, em 1º de fevereiro de 1991, o ex-presidente Fernando Collor baixou um decreto instituindo o Programa de Fomento à Competitividade Industrial, contendo em seu artigo 1º, inciso I, que um dos objetivos desse programa era desenvolver os

setores de tecnologia de ponta, entre os quais os de informática, química fina, biotecnologia, mecânica de precisão e de novos materiais.

O decreto legislativo nº 2 de 1994, aprovou o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, ao período de 5 a 14 de junho de 1992, que estabeleceu em seu artigo 1º os objetivos a serem cumpridos pelos signatários, dentre eles a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado. Além de estabelecer em seu artigo 8, “j”, a necessidade de que os países signatários respeitem, preservem e mantenham os conhecimentos, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais.

Em 14 de maio de 1996, o Congresso Nacional votava a lei n.º 9.279, que tratava das patentes, que acabou proibindo o patenteamento de seres vivos no todo ou em parte, mas permitiu a possibilidade do patenteamento de organismos geneticamente modificados, como também de processos biotecnológicos de produção de produtos, a partir de plantas e animais, sem contudo, estabelecer um retorno financeiro para os fornecedores de matéria prima e, sem respeitar os direitos das populações tradicionais sobre os seus conhecimentos.

Em manifestação incomum tem-se a lei nº 10 de dezembro de 1997 do Estado do Amapá, uma vez que dispôs sobre os instrumentos de controle do acesso à biodiversidade no estado, tema que nenhum outro estado, até o momento, havia se preocupado em regulamentar. Essa lei tratou sobre o uso e a proteção da biodiversidade, e disciplinou em seu artigo 1º que incumbia ao Poder Executivo preservar a diversidade, a integridade e a utilização sustentável dos recursos genéticos localizados no estado do Amapá e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Além disso, registrou alguns princípios dentre eles: a participação das comunidades locais e dos povos indígenas nas decisões que tenham por objetivo o acesso aos recursos genéticos nas áreas que ocupam; e o da inalienabilidade dos direitos sobre a diversidade biológica e sobre os recursos genéticos existentes no território do Estado do Amapá. Visão que infelizmente perdeu espaço com a regulamentação posterior.

Em 11 de janeiro de 1999 foi promulgado o decreto 2.929, que trata do estatuto e do protocolo do centro internacional de engenharia genética e biotecnologia, adotados em Madri, em 13 de setembro de 1983, e em Viena, em 4 de abril de 1984, e assinados pelo Brasil em 05 de maio de 1986. Que tinha entre os seus objetivos a promoção e a cooperação internacional para fins de desenvolver e aplicar a utilização pacífica da engenharia genética e da biotecnologia, em particular nos países em desenvolvimento. No entanto, não menciona a participação das populações tradicionais nesse processo como forma de ganho em tempo e conhecimentos.

Finalmente, em 29 de junho de 2000, foi editada a Medida Provisória (MP) nº 2.052, que foi substituída pela MP nº 2.186-16, que visa regulamentar o inciso II do § 1º e o § 4º do artigo 225 da Constituição, os artigos 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15

e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, que dispõe sobre o acesso a patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e a transferência de tecnologia para sua conservação e utilização.

Encontra-se em seu artigo 1º, III, a necessidade de ser estabelecida a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e de conhecimentos tradicionais associados. A MP define em seu artigo 7º, inciso II - in verbis: “conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”.

Nota-se a relevância do tema nos dias atuais pelas sucessivas regulamentações, e, principalmente, no que se refere ao tema proposto de expor a posição dos conhecimentos indígenas passíveis de utilização pela biotecnologia, em consequência, a sua industrialização e posterior comercialização. Deve-se levar em conta os benefícios auferidos pela sociedade em geral, pela empresa exploradora do produto, e, essencialmente, o retorno proporcional aquelas comunidade detentoras do conhecimento explorado.

Disso, revela-se a importância que os direitos intangíveis vem adquirindo na economia, já que essa passa a valorizar cada vez mais os conhecimentos que possam ser transformados em produtos passíveis de comercialização em massa. Nesse aspecto encontram-se os direitos dos grupos indígenas sobre seu conhecimento a respeito de substâncias e poderes das plantas e dos animais[12].

2.2 – Comparativo entre os projetos de leis e a medida provisória n.º 2.186

Como expôs o consultor legislativo do Senado Federal o Sr. Francisco Eugênio M. Arcaño[13], o acesso em sua forma moderna está presente desde o século XVIII, em decorrência do desenvolvimento da botânica. Com o avanço da genética e da biotecnologia o acesso passou a ter uma conotação mais direta como sendo "o estudo e o uso dos componentes da biodiversidade". Numa linha cronológica do uso da expressão acesso tem-se que foi utilizado no cotidiano das pessoas para uso familiar e comunitário, depois com objetivos científicos e de desenvolvimento, e agora com intuito comercial e industrial.

Em sua primeira forma, uso comunitário, não causou grandes agressões ao meio ambiente, já que possuía a característica da sustentabilidade, e envolvia a maior parte da atividade humana da época. Com o surgimento das atividades modernas, marcadas principalmente pela sua enorme capacidade exploratória e destrutiva do meio ambiente, acabou afastando o homem de suas origens e tradições culturais, eliminando a prática sustentável do uso dos recursos naturais. E, em consequência, vê-se hoje o empobrecimento mundial, que foi um dos motivadores para a realização da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB).

Conclui-se que o acesso enquanto prática esteve presente durante o desenvolvimento da humanidade. A CDB inovou ao conceder ao Estado a possibilidade

de disciplinar o acesso, para a elaboração de sistema de responsabilidades compartilhadas, ou seja, permite-se a atividade predatória, na medida em que se respeite os princípios da conservação e da sustentabilidade, valorizando-se o acesso tradicional e comunitário e o desenvolvimento local, por consistirem no cerne da conservação e do uso sustentável, sem, no entanto, se afastar dos interesses econômicos.

Ainda, seguindo o pensamento do consultor supra nominado, tem-se que os conceitos predominantes no contexto internacional deixam claro a distinção entre Norte-Sul, como se observa nas relações de direitos e responsabilidades diferentes, já que se consideram respectivamente os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. E, em consequência, há uma concentração de populações tradicionais nos países do sul, enquanto que nos do norte há uma forte concentração de indústrias de todas as ordens prontas para privatizar todos os tipos de conhecimentos.

O acesso corresponderia a uma maneira de permitir a obtenção do conhecimento dos recursos, pesquisar sobre o material colhido e então patentear sobre o que disciplina as normas internacionais, excluindo de qualquer benefício as comunidades que detinham tal conhecimento como parte de sua cultura. Uma vez que a MP expressamente estabelece que não haverá prejuízo aos direitos de propriedade intelectual em face das proteções dadas ao conhecimento tradicional. Em seu artigo 8º, §4º dispõe: "A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual." Isso demonstra a despreocupação do legislador brasileiro em proteger os interesses de suas comunidades e em consequência os seus próprios. Faz com que seja necessário refletir até que ponto a MP teve a intenção de proteger os interesses nacionais, e até onde se deixou influenciar pelas pressões externas.

Diferentemente do que estava estabelecido no projeto de lei n.º 4.579/98, artigo 47, que determinava que "não se reconhecerão direitos de propriedade intelectual de produtos ou processos relativos a conhecimentos tradicionais associados a recursos genéticos ou produtos derivados, cujo acesso não tenha sido realizado em conformidade com esta Lei".

Mantendo o mesmo posicionamento do PL acima citado, com relação à proteção do conhecimento, tinha o projeto de lei da Senadora Marina Silva (Acre), expresso no artigo 21 que "não se reconhece os direitos individuais de propriedade intelectual, registrados dentro ou fora do país, relativos a recursos biológicos ou genéticos, derivados deles ou a processos respectivos, quando: i - utilizem o conhecimento coletivo de comunidades locais; (...)" . Enquanto que a MP não faz nenhuma referência à esse aspecto, preocupando-se em esclarecer que as comunidades tradicionais ou indígenas terão direito de receber um percentual de benefício, sem contudo esclarecer o que isso significa (art. 22). E termina sem esclarecer se há ou não possibilidade de patenteamento dos recursos encontrados no país. Determina, isso sim, o que significa o acesso ao conhecimento tradicional associado como se observa em seu inciso V, do artigo 7º "... obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou comunidade local, para fins científicos, de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza".

No projeto 4.571/98 no artigo 9, § 4º a autorização para o ingresso em terras indígenas dependia da autorização do órgão indigenista com o consentimento da comunidade indígena, da qual se pretendia colher amostras do patrimônio genético e o conhecimento dele decorrente. Assim como no projeto de lei n.º 4.579/98 em seu artigo 46, § único estabelecia que as comunidades indígenas e tradicionais poderiam negar o acesso a recursos genéticos existentes em suas áreas e aos conhecimentos deles decorrentes se considerassem que essas atividades ameaçassem a integridade de seu patrimônio natural ou cultural. Da mesma forma estabelecia o projeto de lei n.º 306/96, em seu artigo 46, determinando que as comunidades poderiam solicitar à autoridade competente para não permitir o acesso aos recursos genéticos em suas áreas, pois acreditavam que as atividades envolvidas nesse procedimento feriam seu patrimônio cultural e natural.

De modo que fica demonstrado o apego à propriedade na legislação brasileira, defendendo, ao mesmo tempo a proteção dos interesses nacionais, demonstrando a participação das comunidades afetadas no processo de acesso. Observa-se que houve a progressiva admissão da participação das comunidades na permissão do acesso ou não aos recursos inseridos em suas terras e aos seus próprios. O projeto de lei da Casa Civil de 2001, também exige o consentimento das populações tradicionais para o acesso, tanto de conhecimento tradicional quanto para o recurso genético, mesmo quando se trata de material ex situ.

Na MP 2.186 também aparece essas ressalvas para a confirmação do direito de propriedade, pois prevê a possibilidade de que as comunidades indígenas e às comunidades locais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, o direito de: ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado; de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado; e, de perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade (art. 9).

O projeto de lei, da Casa Civil, mantém a exigência da anuência das populações tradicionais no que se refere ao acesso ao conhecimento tradicional associado para qualquer finalidade e com destaque para as atividade de bioprospecção ou para a elaboração ou desenvolvimento de produtos comerciais.(art. 46 e 49).

Além disso, a MP estabelece a necessidade de assinatura de contrato de utilização de patrimônio genético associado à conhecimento tradicional e de repartição de benefícios, quando houver perspectiva de uso comercial, ou seja, perspectivas lucrativas para a utilização desse conhecimento (art. 16§ 4º).

No que se refere a repartição de benefícios, o projeto de lei da Casa Civil inova ou prever: uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), repartição de benefícios estabelecida em contrato entre a União e instituição estrangeira e contrato de repartição de benefícios firmado diretamente com a comunidade provedora dos conhecimentos acessados. (art. 72). Com isso não há dúvidas da transformação da

biodiversidade e do conhecimento tradicional associado em mercadoria, já que o próprio Estado reconhece ao impor um tributo sobre a sua utilização.

Destaque-se a importância em se determinar a forma de repartição de benefícios, uma vez que essas comunidades locais necessitam, tanto quanto as outras, de meios para continuarem a existir, mantendo o seu desenvolvimento e preservando o meio onde vivem, o qual possui importância global. Mesmo porque, apresentam um dos poucos lugares onde se pode encontrar os recursos biológicos, que, atualmente, se fazem fundamentais para a pesquisa no campo da biotecnologia.

No projeto de lei n.º 306/95 observava-se que no seu art. 18 estava previsto o reconhecimento de direitos coletivos de propriedade intelectual como aqueles adquiridos ancestralmente, incluindo os direitos de propriedade industrial, autorais, de melhoristas, de segredo, entre outros. Ainda, nesse mesmo raciocínio, tem-se o art. 21 do mesmo projeto supra citado. Porém, na MP essa manifestação foi excluída.

Ao seguir o andamento do processo legislativo para a promulgação de uma lei referente ao patenteamento de recursos genéticos, tem-se que no projeto de lei n.º 306/95, previa-se no seu artigo 5º :

"V - inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade dos direitos relativos ao conhecimento tradicional detido pela comunidade local ou população indígena e aos seus cultivos agrícolas domesticados e semi-domesticados, possibilitando-se, entretanto, o seu uso, após o consentimento prévio e fundamentado da respectiva comunidade local ou população indígena e mediante justa e equitativa compensação, na forma desta Lei"

entendimento que foi mantido pelo projeto de lei n.º 4.759/98, no mesmo artigo 5º , inciso V. Infelizmente a MP em estudo foi omissa neste aspecto, tornando possível a que outros, estranhos à comunidade detentora do conhecimento, possam utilizar-se das tecnologias, sem, contudo, compartilhar com as populações indígenas ou tradicionais, estabelecendo apenas a necessidade da anuência prévia para se obter a autorização de acesso. (art. 11, IV, "b").

No projeto de lei apresentado pela Casa Civil em 2001, que foi submetido à consulta pública, e que pretende substituir a MP em vigor, tem-se a manutenção da proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual no parágrafo único do artigo 39. Avança ao reconhecer os conhecimentos tradicionais como de natureza coletiva e ao estabelecer direitos morais e patrimoniais sobre esses conhecimentos. Os primeiros possuem as seguintes características: inalienabilidade, impenhorabilidade e irrenunciabilidade e são assegurados por um prazo indeterminado. Enquanto que os direitos patrimoniais são: impenhoráveis e irrenunciáveis, portanto, passíveis de comercialização.(arts. 40 e 41).

Pode observar-se, também, que sadiamente estabelecia o projeto n.º 306/96

"Art. 5º (...) IV - integridade intelectual do conhecimento tradicional detido pela comunidade local ou população indígena, (...) a liberdade de intercâmbio entre seus membros e com outras comunidades ou populações análogas;

Art. 8º essa lei não se aplica: (...) II - ao intercâmbio de recursos genéticos, produtos derivados, cultivos agrícolas tradicionais ou de conhecimentos tradicionais associados, realizado pelas comunidades locais e populações indígenas, entre si, para seus próprios fins e baseado em sua prática costumeira".

Ou seja, permitia que as populações continuassem a se desenvolver, uma vez que poderiam trocar informações com as comunidades vizinhas, que se utilizam dos mesmos recursos e baseiam-se neste mesmo estilo de vida. Essa garantia, de forma tímida, está prevista na MP 2.186 que estabelece que a proteção ora disciplinada não poderá ser interpretada de modo a obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local (art. 8º, §3º). E o mesmo entendimento se encontra no projeto de lei da Casa Civil, estabelecendo que a respectiva lei não se aplica ao intercâmbio ou ao uso de material biológico ou de conhecimento tradicional associados realizados por comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais, entre si e para seu próprio benefício e baseados em práticas costumeiras. (art. 3º, II).

Como pode se observar que era prática comum nas populações indígenas a troca de conhecimento entre elas como se vê: em Miskito o curandeiro elege a sua cura como propriedade privada; segredos de conhecimento passam a ser considerados propriedade podendo ser trocados ... na Melanésia se troca/permuta e vende os segredos ou seu conhecimento por porcos, dinheiro ou outras mercadorias, para o curandeiro as plantas secretas são o símbolo da extensão do seu conhecimento, os aborígenes australianos possuem o seu conhecimento associado com direitos ao território geográfico e aos direitos da mulheres[14].

O projeto de lei n.º 306/96 previa que as comunidades locais e populações indígenas teriam direitos exclusivos sobre os seus conhecimentos tradicionais, e somente elas poderiam cedê-los, desde que obedecida a forma prevista na lei. De modo que a proposta de contrato de acesso só seria aceita se fosse acompanhada do consentimento prévio e fundamentado da comunidade local ou população indígena (artigo 45 § único). No entanto, a última manifestação legislativa (MP) abriu a oportunidade de que em virtude de relevante interesse público, pudesse se acessar recursos de áreas indígenas sem o consentimento dessas comunidades. O problema está na carga subjetiva que carrega o relevante interesse público, o que poderia acabar prejudicando essas comunidades. Conforme se observa:

"Art.17. Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos arts. 24 e 25 desta Medida Provisória.

§ 1º No caso previsto no caput deste artigo, a comunidade indígena, a comunidade local ou o proprietário deverá ser previamente informado.

§ 2º Em se tratando de terra indígena, observar-se-á o disposto no §6º do art. 231 da Constituição Federal.”

Interessante ressaltar, por último, que apenas o primeiro projeto de lei (306/96) e o último (4.579/98) se preocuparam em proteger e conciliar a exploração dos recursos dos territórios e dos conhecimentos dele retirados pelas comunidades locais com o desenvolvimento sustentável dessas mesmas áreas, que em seus artigos 5º, inciso VI, estabeleciam que: "a participação nacional nos benefícios econômicos e sociais decorrentes das atividades de acesso, especialmente em proveito do desenvolvimento sustentável das áreas onde se realiza o acesso a recursos genéticos e das comunidades locais e populações indígenas provedoras do conhecimento tradicional". Infelizmente, o pensamento não perdurou até a edição da MP n.º 2.186, o que causa certa preocupação, na medida em que, a preservação dos recursos da biodiversidade para as gerações presentes e futuras fica prejudicada, infringindo frontalmente o artigo 225, inciso II da Carta Constitucional.

Já o projeto de lei da Casa Civil estabelece como um dos objetivos do Fundo de Repartição de Benefícios do Recurso Genético e dos Conhecimentos Tradicionais Associados (FURB), a promoção da sustentabilidade social, econômica, ambiental e cultural de comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais.(art. 98, II). No entanto, nada fala em incentivar técnicas tradicionais sustentáveis, de modo que poderá contribuir para a diminuição de seu aprimoramento e, em consequência na sua gradual substituição por tecnologias ditas “ocidentais”. O mais próximo que chega é ao estabelecer dentre os seus princípios e objetivos a preservação da integridade dos conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais, assegurando o reconhecimento dos seus direitos, a proteção desses conhecimentos tradicionais associados, a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos do seu uso, e a liberdade de intercâmbio; essa como uma forma de aprimoramento. E, também, o reconhecimento de que a produção e a manutenção dos conhecimentos tradicionais associados está intrinsecamente vinculado à territorialidade e à manutenção das práticas culturais intergeracionais das comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais. De modo, a garantir de forma implícita o incentivo à suas práticas tradicionais. (art. 6º, II e VI).

E, este projeto de lei inova ou inclui os tipos penais correspondentes a “remeter ou transportar para o exterior amostra de material biológico sem autorização ou licença do órgão competente ou em desacordo com a obtida, quando exigível”; e “utilizar recurso genético, seus derivados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado para práticas que resultem em sérios danos ao meio ambiente ou à saúde pública.” O que proporcionará avanços nos mecanismos de controle e punibilidade na ocorrência da biopirataria.

3 - Formas de proteção

Em termos internacionais a convenção da diversidade biológica é um marco para a proteção da biodiversidade, porém foi tímida no que se refere à proteção do conhecimento tradicional.

Reconhece soberania aos Estados-membros para autorizar ou não o acesso a biodiversidade e, em consequência, ao conhecimento tradicional associado, mas não estabelece a autonomia dos povos para autorizar ou não o uso de seu conhecimento. Um pequeno avanço foi a inclusão da necessidade do consentimento prévio fundamentado, como forma de garantir a participação das comunidades no processo de acesso a biodiversidade através de seu conhecimento associado.

Além dessa convenção há, também, a Convenção para a conservação da biodiversidade e proteção de áreas silvestres prioritárias na América Central, que objetiva conservar o máximo possível a diversidade biológica, terrestre, costeira e marinha na região, sem que nenhum país renuncie ao seu direito soberano a conservar e aproveitar seus próprios recursos biológicos. E se reconhece do mesmo modo a importância do conhecimento, das práticas e das inovações tecnológicas desenvolvidas pela comunidades locais, na medida em que contribuam para o uso sustentável dos recursos biológicos e, portanto, devem ser reconhecidas e resgatadas[15].

Uma alternativa ao sistema tradicional de proteção do conhecimento, ou seja, regime de propriedade intelectual/industrial, é a criação de um sistema *sui generis* de proteção para o conhecimento tradicional. Esse sistema ajudaria os possuidores desse conhecimento a comercializá-lo. O sistema *sui generis* poderia ser mais acessível aos camponeses e povos indígenas e, ao mesmo tempo, menos custoso que o sistema de patentes industriais. Facilitaria para as populações tradicionais disponibilizarem seus conhecimentos tradicionais para o formato comercial, com direitos de propriedade exclusivos definidos claramente e, por fim, compatíveis com os sistemas legais dominantes[16].

Na Costa Rica a lei de biodiversidade, lei nº 7.788 de 23 de abril de 1998, reconhece os direitos coletivos (comunitários) intelectuais *sui generis*, que possui base internacional no artigo 27.3.b do Trips e os artigos 8j e 10c da CDB. Esses direitos de acordo com o espírito da lei, são diferentes aos demais direitos intelectuais existentes e com característica de intangível, criados e conservados por razões culturais, religiosas ou éticas para a sobrevivência coletiva e para a conservação da biodiversidade. Esses direitos não se encontram no comércio dos homens e pertencem ao âmbito dos direitos humanos. Este é um dos aspectos mais relevantes desta lei e representa o

reconhecimento expresso da existência e validade de distintas formas de conhecimento e inovação, assim como da necessidade de protegê-las[17].

Observa-se que a idéia de desenvolver um sistema *sui generis* teve início com a articulação de governos africanos, que possuem preocupação comum com o destino dos sistemas de conhecimento tradicional. Para esses governos é necessário criar uma alternativa de proteção ao sistema de propriedade industrial/intelectual convencional, de modo a criar condições para que os detentores de conhecimento tradicional possam continuar desenvolvendo sua própria lógica, protegidos da exploração injusta e da comercialização indigna. Com o mesmo objetivo é que muitos representantes de povos indígenas chegam até a Organização Mundial da Propriedade Intelectual como observadores[18].

Os direitos comunitários (coletivos) são aqueles direitos que as comunidades locais e os povos indígenas possuem como reivindicação de seu papel em matéria de proteção ambiental, ou seja, na manutenção de relações de equilíbrio com o ecossistema através do uso sustentável e da conservação de seus elementos; o reconhecimento da diversidade, de organizações, de culturas, de regime jurídico e de cosmovisão, e; compreende, também, um critério de justiça e de equidade por parte do Estado ao qual estão sujeitos. Esses direitos coletivos constituem direitos humanos de terceira geração ou de solidariedade, em face de seu caráter coletivo, universal, indivisível, de interdependência e de soberania. Estão frente aos direitos de monopólios da propriedade intelectual, que promove e desenvolve o Trips, como uma forma de resistência do coletivo e solidário, frente ao egoísmo e a individualidade[19].

Esses direitos comunitários (coletivos) intelectuais são considerados um mecanismo de proteção da comunidade, que pode ser identificado como um marco jurídico onde se tutela e se reivindica a diversidade cultural interagindo com a diversidade biológica, por meio do conhecimento que possuem as comunidades locais e indígenas. Por natureza são coletivos, baseados na cultura, tradição e práticas dos povos indígenas e das comunidades locais, por isso são históricos, constituem direitos humanos de terceira geração, não constituem direitos de propriedade senão garantem a custódia que os povos indígenas e as comunidades locais tem com respeito a esse conhecimento tradicional e o recurso associado pelo qual não se impede o livre intercâmbio e o livre armazenamento do recurso associado e não constitui garantia de direitos exclusivos sobre o conhecimento tradicional e o recurso associado, uma vez que várias comunidades podem ser titulares do mesmo direito comunitário intelectual[20].

Infelizmente, as reuniões internacionais realizadas para tentar resolver esse conflito não avançam muito rápido. Nas reuniões do Conselho do Trips em 2004 não houveram mudanças significativa para um caminho de proteção ao conhecimento tradicional. Nessa discussão Brasil, Cuba, Equador, Índia, Peru, Tailândia e Venezuela apresentaram uma lista de verificação insistindo na exigência de que o solicitante de patente deveria cumprir com os preceitos da CDB e dessa forma evitar a biopirataria[21]. Os solicitantes de patentes deveriam indicar o lugar de origem do recurso biológico e dos conhecimentos tradicionais utilizados no invento; comprovar o consentimento prévio informado, em conformidade com o regime legal do respectivo país e; demonstrar a efetiva distribuição de benefícios em conformidade com as leis nacionais. Nessa mesma reunião houve a tentativa de retomar a proposta do grupo

africano, ou seja, a tentativa de eliminar as patentes sobre formas de vida e processos biotecnológicos estabelecidos em 2003[22].

4 - Problemáticas que dificultam a criação de um modelo de proteção para o Conhecimento Tradicional

A grande dificuldade em integrar o conhecimento tradicional a um sistema de proteção efetivo está nos próprios cientistas ocidentais que rejeitam a essencialidade e até mesmo a utilidade desse tipo de conhecimento. “Se questionado, o cientista responde que não tem nada a ver com conhecimento tradicional, mas que gostaria de acessá-lo porque de certa maneira este já identificou uma série de propriedades, e tal identificação poupa tempo e dinheiro durante a fase de prospecção[23].”

Outro grande obstáculo para o reconhecimento desses direitos está na sua valoração, já que “o conhecimento tradicional só seria mesmo reconhecido em nossa sociedade se a ciência dissesse que ele tem valor, não só para ela, mas em si mesmo, como conhecimento que tem valor para os povos indígenas e para a humanidade. Mas é muito difícil que os cientistas sejam capazes de reconhecer esse valor.” Mantendo, assim, o conhecimento tradicional no ostracismo jurídico, contribuindo para que ocorra o vilipêndio contínuo das comunidades e de seus saberes.

Além da falta de reconhecimento, o próprio sistema brasileiro de proteção ao conhecimento (sistema de patentes) e de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional não cumprem as determinações expressamente previstas nas normas nacionais. Desse modo, contribuem para que o conhecimento tradicional venha a ser apropriado individualmente e em desrespeito aos interesses das comunidades tradicionais acessadas. Pois,

“parece haver uma separação deliberada entre o recurso genético e o conhecimento tradicional associado, levando a crer que o uso tradicional deixa de ser uma fonte de informação (que já se encontra no estado da técnica), para ser considerado apenas uma referência de eficácia do objeto reivindicado no pedido. Essa estratégia isenta o requerente da obrigação de obter consentimento prévio informado da comunidade provedora do conhecimento tradicional associado acessado (se o acesso foi feito a partir da comunidade), bem como de celebrar um contrato de repartição de benefícios com a comunidade detentora do referido conhecimento, nos termos da MP em vigor.[24]”

Outro entrave é a interferência, cada vez maior, de interesses transnacionais nas políticas de proteção e conservação da biodiversidade e do conhecimento tradicional. Pois, analisando documentos da própria Secretaria da CDB, se identificou algumas

razões que movem o interesse da indústria em incorporar a biodiversidade em suas práticas operacionais. Em primeiro lugar, poderia melhorar a sua reputação com o objetivo de facilitar o acesso a outras áreas de importância ecológica para exploração e, assim, beneficiar-se do comércio com a biodiversidade. Em segundo lugar, porque há uma política dentro da secretaria da CDB em incentivar a participação da indústria na discussão sobre a biodiversidade, uma vez que o seu envolvimento com a convenção permitirá uma ampliação em seus negócios e, conseqüentemente, na sua lucratividade[25]. Mas isso, de maneira alguma beneficiaria as populações tradicionais e muito menos ajudaria da proteção de seus saberes.

Dessa maneira, pode-se cair na armadilha de permitir que grupos de organizações, com fortes vínculos transnacionais, decidam quais zonas do planeta devem ser conservadas e quais devem ser dirigidas para as atividades industriais como mineração, exploração petrolífera, monocultura florestal, agronegócios, etc. E como justificativa de expansão dessas atividades para áreas ecologicamente frágeis, as organizações alegam que utilizaram critérios de sustentabilidade para dar um ar verde as suas atividades[26].

A idéia de desenvolver um sistema *sui generis* sofre críticas por transformar o conhecimento tradicional em propriedade, em conseqüência em mercadoria, ou seja, em alguma coisa que pode ser vendida em comprada. E é justamente neste ponto que os sistemas de proteção da propriedade industrial/intelectual entram em conflito com a noção de conhecimento tradicional, já que o conhecimento tradicional se caracteriza, justamente, pela herança e transmissão coletiva/comunitária, o que pela própria natureza não pode ser vendido nem comprado[27].

Outro risco da implementação de um sistema *sui generis* é a decomposição acelerada das instituições tradicionais e a entrega de seus conhecimentos para os mercados. Além de estimular que as populações tradicionais venham a competir entre si, do mesmo modo que os cientistas ocidentais, contribuindo para a extinção gradual dos sistemas de conhecimentos tradicionais[28]. E com isso, é possível que se perca o ambiente de criação e desenvolvimento de conhecimentos e, em conseqüência, haveria o comprometimento da sua própria continuidade.

Outro ponto a ser analisado é a efetividade da repartição de benefícios, pois em vez de incentivar e apoiar as formas coletivas de inovação, que sustentam o conhecimento e as práticas das populações tradicionais e a biodiversidade, estão se transformando em um instrumento para impor os direitos de propriedade intelectual, promovendo o comércio da biodiversidade e do conhecimento tradicional, tornando a biodiversidade uma mercadoria a mais para a venda[29].

Atrelada a repartição de benefícios há também a dificuldade da administração dos fundos, de identificar os beneficiários, de determinar os benefícios específicos transfronteiriços e no interior das diversas comunidades, e de minimizar os impactos sociais econômicos e os potenciais conflitos derivados da introdução de muito dinheiro em comunidades empobrecidas. Persiste, desse modo, o dilema moral criticamente importante com referência ao patenteamento e a privatização do conhecimento tradicional. Um recente caso dessa problemática foi o que ocorreu com o povo San[30].

E, por fim, outro obstáculo no estudo dessa questão é a idéia de soberania sobre a biodiversidade. Uma vez que até a CDB entendia-se que a diversidade biológica era um bem comum da humanidade. Somente com a implementação dessa Convenção é que o posicionamento predominante mudou para a soberania dos Estados.

Em todos os países ricos em biodiversidade os governos e as agências estatais estão exercendo essa prerrogativa. Porém, a soberania estatal não é nem um direito absoluto nem pressupõe garantir nenhum tipo de propriedade sobre os recursos genéticos em mãos de uma autoridade governamental. É necessário reformar a idéia de soberania para garantia dos direitos das populações tradicionais[31].

Conclusão

Por fim, é importante destacar que há a evidente interdependência do homem e da natureza. Essa ligação é mais evidente e mais íntima entre as populações tradicionais. E o equilíbrio da relação homem natureza é fundamental para a garantia de um ambiente saudável e para a manutenção da biodiversidade e da sociodiversidade.

Nessa inter-relação com a natureza os conhecimentos tradicionais estão em destaque, por permitirem uma economia de tempo e recursos nas pesquisas para o desenvolvimento de novos produtos para as indústrias químicas, farmacêuticas, de cosméticos, etc.

A partir da Convenção da Diversidade Biológica os Estados signatários, como o Brasil, se comprometeram a proteger o conhecimento tradicional e, também, a incentivar o desenvolvimento e a manutenção desses conhecimentos.

No entanto, essa proteção estabelecida não impediu que os conhecimentos tradicionais ultrapassassem a barreira de suas comunidades e se transformassem em produtos passíveis de comercialização e apropriação, ou seja, passaram a ser mercadorias. Mesmo enfrentando resistência por parte da ciência ocidental em reconhecer importância aos conhecimentos tradicionais.

A legislação nacional está focada em regular as formas de acesso aos conhecimentos tradicionais e na determinação de repartição de benefícios estabelecidos livremente entre as partes. Porém, não está clara a preocupação com a sustentabilidade e com mecanismos que garantam o aprimoramento desses conhecimentos.

Na tentativa de proteger esses conhecimentos discute-se diversas alternativas. Mecanismos de repartição de benefícios, através contratos e fundos públicos e; criação de sistemas *sui generis* de proteção. Mas a idéia de se criar esse sistema é criticada por transformar o conhecimento tradicional em propriedade, ou seja em mercadoria. Neste ponto corre-se o risco de transformar a noção de conhecimento tradicional, de provocar uma disputa entre as próprias populações tradicionais para obter os melhores benefícios e, por fim, de provocar a própria extinção dessas comunidades e de seus conhecimentos.

Referências Bibliográficas:

ARCANJO, Francisco Eugênio M. WORKSHOP ACESSO A RECURSOS BIOLÓGICOS - SUBSÍDIOS PARA SUA NORMATIZAÇÃO (9/12 de outubro de 1996, Brasília). **Convenção Sobre Diversidade Biológica e PLS 306/95: Soberania, Propriedade e Acesso aos Recursos Genéticos**. Brasília: Senado Federal, 1996.

BALTODANO, Javier (coord.). **La Diversidad de Plantas y el Conocimiento Tradicional en Nuestras Comunidades**: Problemas en torno a la protección y conservación del conocimiento tradicional y ejemplos de usos de las plantas en el Cantón de Upala y áreas aledañas, Zona Norte, Costa Rica. San José: COECOCEIBA. 2003.

BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BESUNSAN, Nurit (org.). **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê**. Brasília: Editora UNB: Instituto Socioambiental, 2002. p. 26.

BRAVO, Elizabeth. La industria en el convenio de Diversidad Biológica. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas**. n° 55. Janeiro de 2008. p.20/22.

CERVANTES, Silvia Rodriguez. Propiedad intelectual sobre la vida: estrategias para consolidarla. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas**. N° 44. abril de 2005. p. 13/20.

DUTFIELD, Graham. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO DA BIODIVERSIDADE.(1999, Brasília). **The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Tradicional Ecological Knowledge**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1999.

GRAIN. Comunidad o mercancía: cuál es el futuro del conocimiento tradicional? **Revista Biodiversidad: sustento y culturas**. n° 44. Abril de 2005. p.6/7.

GRAIN. ¿Buenas ideas tergiversadas? Glosario de términos relativos a los derechos. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas**. n° 41. julho de 2004. p.1/9.

HATHAWAY, D. A biopirataria no Brasil. In: BENSUSAN, N. **Seria Melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto Socioambiental, 2002. p.95/101.

LAIRD, Sarah A.; NOEJOVICH, Flavia. Building equitable research relationship with indigenous peoples and local communities: prior informed consent and research agreements. In: LAIRD, Sarah A. (org.). **Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice**. London: Earthscan Publication Ltda.: WWF: UNESCO: Royal Botanic Gardens Kew, [s.d]. p. 184.

LIMA, André; BENSUSAN, Nurit. (org.). **Quem cala consente? : subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

NIJAR, Gurdial Singh. **In Defense of Indigenous Knowledge and Biodiversity: a conceptual framework and essential elements of a rights regime.** Penang/Malasya: Third World Network, 1995.

_____. **The Protection of Cultural and Biological Biodiversity: legal and practical perspectives on developing *sui generis* options.** 1996.

NOVION, Henry. Biopirataria Nacional. In: RICARDO, B; RICARDO, F. (editores gerais). **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p.92/95.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Saber tradicional x Saber científico. In: RICARDO, B; RICARDO, F. (editores gerais). **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p.89/91.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

[1] BENSUSAN, N. Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil. In: LIMA, A. BENSUSAN, N. (org.). **Quem cala consente? : subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.9.

[2] Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo Sobre a Proteção da Propriedade Intelectual

[3] BALODANO, Javier (coord.). **La Diversidad de Plantas y el Conocimiento Tradicional en Nuestras Comunidades:** Problemas en torno a la protección y conservación del conocimiento tradicional y ejemplos de usos de las plantas en el Cantón de Upala y áreas aledañas, Zona Norte, Costa Rica. San José: COECOCEIBA. 2003. p.11/12.

[4] CERVANTES, Silvia Rodriguez. Propiedad intelectual sobre la vida: estrategias para consolidarla. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas.** Nº 44. abril de 2005. p. 17.

[5] BALODANO, J. Op Cit. p. 7.

[6] Ibid. p.12.

[7] Tradução livre: "Para os membros das populações indígenas, o conhecimento e a determinação do uso dos recursos são coletivos e intergeracionais. Nem a população indígena, quaisquer dos indivíduos ou a comunidade, tampouco o governo podem vender ou transferir a propriedade dos recursos os quais são próprios de cada povo, e, sobre eles, cada geração tem a obrigação, a responsabilidade de salvaguardá-los para a próxima." NIJAR, Gurdial Singh. THIRD WORLD NETWORK (3: 1995: Penang,

Malasya). In: *Defense of Indigenous Knowledge and Biodiversity: a conceptual framework and essencial elements of a rights regime*. Penang: Malasya, 1995. p.12.

[8] Tradução livre: "... um conjunto de conhecimento construído por um grupo de pessoas ao longo de gerações devido à convivência íntima com a natureza. Isso inclui um sistema de classificação, um conjunto de observações empíricas sobre o meio ambiente local, e um sistema de administração própria que regula o uso dos recursos. A quantidade e qualidade do (CTE) conhecimento tradicional ecológico varia entre os membros da comunidade, dependendo do gênero, idade, status social, capacidade intelectual e profissão (caçador, líder espiritual, curador, etc). Com suas bases firmadas no passado, o conhecimento tradicional ambiental é tanto acumulado como dinâmico, construído sobre a experiência das gerações mais novas e adaptado às novas mudanças tecnológicas e socioeconômicas do presente." IN: LAIRD, Sarah A.; NOEJOVICH, Flavia. *Building equitable research relationship with indigenous peoples and local communities: prior informed consent and research agreements*. In: LAIRD, Sarah A. (org.). **Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice**. London: Earthscan Publication Ltda.: WWF: UNESCO: Royal Botanic Gardens Kew, [s.d]. p. 184.

[9] BALODANO. Op Cit. p.9.

[10] Ibid. p.10.

[11] BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BESUNSAN, Nurit (org.). **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê**. Brasília: Editora UNB: Instituto Socioambiental, 2002. p. 26..

[12] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999. p.176.

[13] ARCANJO, Francisco Eugênio M. WORKSHOP ACESSO A RECURSOS BIOLÓGICOS - SUBSÍDIOS PARA SUA NORMATIZAÇÃO (9/12 de outubro de 1996, Brasília). **Convenção Sobre Diversidade Biológica e PLS 306/95: Soberania, Propriedade e Acesso aos Recursos Genéticos**. Brasília: Senado Federal, 1996.

[14] Ver Ghranham Dufield. **The public and private domains: intellectual rights in tradicional ecological knowledge**. St. Peter's College & Oxford Center for the Environment Ethics and Society. Oxford University. March 1999.

[15] BALODANO. Op. Cit. p.9.

[16] GRAIN. Op. Cit. p.6.

[17] Id.

[18] GRAIN. Comunidad o mercancía: cuál es el futuro del conocimiento tradicional? **Revista Biodiversidad: sustento y culturas**. nº 44. Abril de 2005. p.6.

[19] BALODANO. Op. Cit. p.12.

- [20] Ibid. p.13.
- [21] Se entende por biopirataria: “a apropriação de materias biológicos, genéticos e/ou conhecimentos comunitários associados a eles em desacordo com as normas sociais, ambientais e culturais vigentes, e sem o consentimento prévio fundamentado de todas as partes interessadas.” HATHAWAY, D. A biopirataria no Brasil. In: BENSUSAN, N. **Seria Melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê.** Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto Socioambiental, 2002. p.95.
- [22] CERVANTES. Op. Cit. p.17.
- [23] SANTOS, Laymert Garcia dos. Saber tradicional x Saber científico. In: RICARDO, B; RICARDO, F. (editores gerais). **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p.89.
- [24] NOVION, Henry. Biopirataria Nacional. In: RICARDO, B; RICARDO, F. (editores gerais). **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 94.
- [25] BRAVO, Elizabeth. La industria en el convenio de Diversidad Biológica. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas.** n° 55. Janeiro de 2008. p.20.
- [26] Ibid. p.22.
- [27] GRAIN. Comunidad o mercancía: cuál es el futuro del conocimiento tradicional? **Revista Biodiversidad: sustento y culturas.** n° 44. Abril de 2005. p.6.
- [28] Ibid. 7.
- [29] GRAIN. ¿Buenas ideas tergiversadas? Glosario de términos relativos a los derechos. **Revista Biodiversidad: sustento y culturas.** n° 41. julho de 2004. p.2.
- [30] Ibid. p.6.
- [31] Ibid. p.7.

PRINCÍPIOS E DIREITOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS*

INTELECTUAL PROPERTY AND NEW TECHNOLOGIES

Daniela Regina Pellin

RESUMO

A globalização econômica nos conduziu à sociedade da informação, que se manifesta através do ideário de prevalência do direito de acesso à informação, conhecimento e cultura livres em detrimento da preservação patrimonial do direito de autor. É o direito social global opondo resistência ao direito econômico-patrimonial individual do autor. Esse é o princípio da era das novas tecnologias: a liberdade da informação. Já, em se tratando de Direito dessas novas tecnologias, melhor sorte não nos assiste diante da velocidade da rede de Internet. Enquanto o Direito tateia as sedes internacionais de uniformização jurídica criando para os estados-membros regras para adentrarem com segurança jurídica nesse ambiente de sociedade da informação, as novas tecnologias passam pelo processo de auto-regulação em ambiente cibernético, propondo mitigação ao direito autoral e regramento flexível da liberdade destacada pela sociedade da informação. As tecnologias e o Direito carecem de ajuste na medida de suas desigualdades, com o fim de preservação da espécie e a quebra da hegemonia do poder econômico diante da amplitude do mercado, o qual, doravante, toca a massa global de pessoas. O objetivo do estudo é adentrar ao sistema da sociedade da informação, a qual afeta, diretamente, o direito autoral através da utilização da tecnologia e os possíveis regramentos que temos gravitando em torno do assunto. A pesquisa pede busca doutrinária brasileira e comparada, especialmente, diplomas do ordenamento internacional para a verificação das hipóteses. Verificou-se, destarte, haver aderência ao novo sistema global pelos países membros das Convenções Internacionais, da qual o Brasil é signatário, inclinando-se pela regulação do princípio da liberdade de acesso a toda e qualquer informação, mitigando o direito autoral clássico, já que o fomento econômico, também, se verifica, só que de forma indireta.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; GLOBALIZAÇÃO; PROPRIEDADE INTELECTUAL; SOFTWARE; PROGRAMA DE COMPUTADOR; BASE DE DADOS.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The economical globalization led us to the society of the information, that shows through the expectating of prevalence of the access right to the information, knowledge and free culture to the detriment of the patrimonial preservation of author's right. It is the global social right opposing resistance to the author's individual economical-patrimonial right. That is the beginning of the age of the new technologies: the freedom of the information. Already, in if treating of Right of those new technologies, better luck we don't attend due to the speed of the net of Internet. While the Right touches the international thirsts of juridical uniforms creating for the state-members rules for us to penetrate with juridical safety in that adapts of society of the information, the new technologies go by the self-regulation process in cybernetic atmosphere, proposing mitigation to the copyright and flexible rules of the outstanding freedom for the society of the information. The technologies and the Right lack adjustment in the measure of their inequalities, with the end of preservation of the species and the break of the hegemony of the economical power before the width of the market, which, from now on, he/she plays the people's global mass. The objective of the study is to penetrate to the system of the society of the information, which affects, directly, the copyright through the use of the technology and the possible rights that we have gravitating around the subject. The research asks for Brazilian doctrinaire search and compared, especially, rights of the internationals Courts for the verification of the hypotheses. It was verified, like this, there to be adherence to the new global system for the countries members of the International Conventions, of which Brazil is signatory, leaning for the regulation of the beginning of the access freedom to all and any information, mitigating the classic copyright, since the economical fomentation, also, is verified, only that in an indirect way.

KEYWORDS: SOCIETY OF THE INFORMATION; GLOBALIZATION; INTELLECTUAL PROPERTY; SOFTWARE; PROGRAM COMPUTER; BASE OF DATA

1. Introdução

Enquanto o direito nacional perquiria, necessariamente, o aperfeiçoamento do fenômeno empresa, a partir do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, e da influência do direito comparado, recobrando o apelo aos sentidos ético-sociais e de responsabilidade social exigidos pela sociedade globalizada[1], a qual é caracterizada pela ausência de barreira econômica entre todos os países, outro fato social estrondoso se nos perseguia, tímida e despercebidamente, embutido nas coxias sociais das relações humanas: a era digital que criava - e criou, a Sociedade da Informação.

A sociedade globalizou a economia e esta, planificada, globalizou a sociedade. A sociedade economicamente globalizada alimentou, especialmente, o poder das empresas de comunicação pela concorrência na divulgação de informação em rede informática em massa.

A sociedade da informação[2], inserida entre nós (1995, *world wide web*: www), confirma as mudanças impostas pelo Terceiro Milênio. Está caracterizada pela sua

elementar: digitalização de todo e qualquer conteúdo que possa ser acessado no ambiente virtual (base de dados[3] e produtos multimídia[4]). O ambiente virtual é o local onde a sociedade da informação se realiza. É informação, conhecimento e interatividade estendidos a todos pela rede da Internet.

Sob o escólio de Ascensão "a sociedade tão sonhada, de comunicação global, seria a sociedade da informação. A interatividade marcaria grandes progressos, permitindo que nos cercássemos do modelo de comunicação de todos para com todos".[5]

Sob um primeiro aspecto de observação, não se pode olvidar em pactuar com a visão do professor português Ascensão, quando menciona apontamentos econômicos sobre os aspectos jurídicos, dispondo, com percuciência que,

...a importância económica das actividades ligadas à sociedade da informação aumenta sempre, calculando-se que nos países da Comunidade Europeia sejam responsáveis por 5 a 7% do produto interno bruto. E o crescimento económico dos Estados Unidos da América é baseado nas empresas de serviços de informação[6].

A sociedade da informação, da qual o Brasil já é parte integrante, por certo, não dormitará enquanto a interação não for global, de fato e de direito, ou seja, que todos os países tenham rede de infra-estrutura global de informação - as auto-estradas[7],[8] e os produtos de multimídia[9] - resultando em interatividade completa sobre esses conteúdos[10].

Diante desse contexto, verificamos consequências sociais evolutivas inusitadas, as quais importam ao Direito investigar, refletir e proteger, almejando, inclusive, uma evolução social sustentável a impedir qualquer aparência de extinção da espécie humana e do meio, originários pela ausência de pacificação social nesse ambiente cibernético diante da interação com esses conteúdos digitalizados e seus resultados.

Nesse voraz ambiente, na parte que toca a abordagem da pesquisa, o direito à propriedade intelectual está, diretamente, ameaçado e encontra-se vulnerável, tendo em vista, o acesso à Internet proporcionar ambiente de violação às criações humanas diante da possibilidade de interatividade e acesso em tempo e espaço reais sobre a informação e a capacidade tecnológica de eivar efeitos sócio-colaterais sobre as mesmas – as alterações e réplicas de conteúdo - violando o monopólio de proteção sobre a criação e vontade do criador.

Ascensão lança mão de temas atualizados a serem focados, na esteira do que se mencionou:

Na zona do Direito Autoral, e deixando de lado a problemática da inteligência artificial, estão hoje, já perfeitamente caracterizadas quatro grandes temáticas:

- o estatuto da obra criada por computador
- a tutela do próprio programa de computador
- a utilização informática de obras literárias

- a proteção da própria base de dados[11].

Importa-nos verificar juridicamente, sob o crivo das liberdades civis – pública e privada -, os efeitos sobre os conteúdos disponibilizados em rede informática e qual proteção jurídica constante nesse sistema em favor do autor do conteúdo; ou, ainda, quais os efeitos dessa disponibilização em rede sem a autorização do autor, bem como, a réplica e alteração de sua criação.

Esse é o ambiente, de fato, em que se encontra a necessidade de verificação dos conceitos que arraigam a segurança jurídica sobre as novas tecnologias da comunicação em se tratando da matéria afeta à propriedade intelectual, cujo objeto de estudo neste singelo artigo, circunscreve atenção à criação do espírito humano e a posição do Brasil e dos órgãos internacionais de proteção jurídica à propriedade intelectual do autor, sem exclusão dos reclamos advindos da necessidade de flexibilização desse direito personalíssimo em favor da coletividade, agasalhando a garantia constitucional brasileira do direito de informação, conhecimento, cultura, interatividade, em conformidade com a nova ordem mundial de interação.

2. A Propriedade Intelectual e a Globalização do Direito

O fenômeno da propriedade intelectual é toda criação do espírito humano que não se confunde, para o estudo, com a criação dos modelos de utilidade industrial, das patentes, das invenções, do desenho industrial, da marca, cujos institutos estão protegidos pela Lei 9.279/1996.

Interessa-nos, contudo, estudar a criação do espírito humano de cunho artístico, literário ou científico, de valor objetivo (patrimonial) e subjetivo (moral da paternidade) do espírito do criador, bem como, sons e imagens, os quais, pela originalidade ou criatividade, podem desfrutar da proteção legal do monopólio e da paternidade sobre a criação. Isso é o que preconiza a Lei Brasileira 9.610/1998 em consonância com outros Direitos comparados e protetivos.

Já em face da sociedade da informação esse absolutismo legal encontra barreiras à sua eficácia, na medida em que, o direito de acesso à informação tem caráter internacional e reclama acessibilidade por todos sobre os conteúdos disponíveis no ambiente da rede de Internet, ainda que, para isso, deva ser flexibilizado o direito autoral sobre a criação humana.

Enquanto, entre nós, a criação do espírito humano não se propagava pela rede informática na sociedade da informação, o direito de propriedade era cristalinamente identificado e protegido pelo seu criador contra terceiros em qualquer país onde esse direito fosse violado; era-lhe garantido o direito de exploração econômica e a manutenção, sem mácula, da respectiva paternidade, conforme disposto na lei citada e nas convenções internacionais. Havia pacificação social sobre o instituto com a segurança jurídica devida ao ambiente sócio-econômico das relações humanas, no Brasil e fora dele.

Com o advento da sociedade da informação que se realiza pelo ambiente virtual e movimentada a sociedade global, essa proteção da criação do espírito humano encontra-se desconfortavelmente mitigada, primeiro, sob o aspecto mundial de interatividade sobre os conteúdos disponíveis em rede de Internet (produtos de multimídia e base de dados eletrônica), escapando ao controle individual do criador; segundo, sob o aspecto do conflito aparente entre duas garantias de Direito Constitucional: à propriedade do autor sobre a criação e, o direito de acesso à informação, conhecimento e cultura por todos os cidadãos acerca da referida criação do espírito humano. É o embate travado entre a mínima do direito econômico e personalíssimo do autor, ofertando resistência à máxima do direito social coletivo na disputa do acesso à comunicação global: informática, telecomunicações e audiovisual.

Denota-se que há quatro grandiosos problemas pontuais no âmbito da sociedade da informação relacionados à propriedade intelectual no ciberespaço a serem observados, questionados e solucionados à luz do Direito e que afetam, diretamente, os direitos autorais, nesse contexto: 1) a reprografia; 2) o regime das obras objeto de comunicação digital; 3) os programas de computador; 4) as bases de dados[12].

Os precursores no regramento dos direitos autorais clássicos, dentre eles, os Estados Unidos da América editou, em 1970, o mundialmente conhecido, *Copyright Act.*, (Lei Americana de Proteção aos Direitos Autorais). Foram, assim, reconhecidos os direitos patrimoniais sobre as obras intelectivas consideradas como produto final da inteligência humana do criador, dando-lhe o direito de exploração econômica, embora, não reconhecessem o direito moral (subjeto) do autor sobre a criação. A proteção americana invadiu todos os países com o sinal distintivo do *copyright*, conforme o avanço de mercado e dos tempos.

A Inglaterra, país que adota o sistema do *common law*, editou a *Licensing Act*, 1662, (Lei do Licenciamento) o qual viabilizou o registro de livros licenciados e que poderiam ser replicados, impressos, cuja permissão de exploração dos direitos patrimoniais da obra pertencia à Coroa daquele país.

O Direito romanístico valorizava a moral subjetiva do autor em detrimento do fundamento econômico na exploração da criação intelectual do Homem a reclamar a sua paternidade.

Foi na França, em ambiente de Revolução Francesa, século XVIII, que adveio primeiras concepções legislativas acerca do Direito de Autor, tal como o conhecemos na essência jurídica.

A partir dessas primeiras concepções, com a planificação econômica e o avanço tecnológico, século XX, o Direito de Autor passou a ter proteção de natureza universal, dada as interações mercadológicas entre os países, sobre as obras literárias, artísticas, científicas e, agora, da mesma forma, englobando os reflexos desses direitos em ambiente tecnológico.

Nesse ambiente pós-moderno, com a utilização do direito autoral, nas chamadas indústrias culturais, primordialmente, como meio de proteção ao investimento e não valorização e respeito à criatividade estética ou científica dos criadores, o surgimento de novos objetos de proteção, alvo de novas modalidades de direitos, como o software

(proteção pelo *copyright* ou *droit d'auteur* foram, necessariamente, modificados para receberem as novas tecnologias) ou as topografias dos semicondutores[13] foram os instrumentos que deram melhor ensejo à sistematização teórica primeira pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) de forma a pacificar internacionalmente, questões afetadas pela tecnologia cibernética como meio de veiculação da criação humana, a inspirar os países signatários.

Com a propagação da tecnologia entre os países, o sistema protetivo passou a ter força diante da concorrência entre os mercados e a conseqüente perda de hegemonia dos Estados Unidos (que impunha pela força do *copyright* o impedimento da entrada de novos competidores no mercado mundial) perante a OMC, somado ao fato dos japoneses e chineses adentrarem no mercado de mão-de-obra mais barata, com exibição de excelentes produtos copiados, imitados ou adaptados, tornando o mercado mundial mais competitivo e democratizado.

Há notícias de instrumentos de pacificação internacional a exemplo da Convenção de Berna, 1886, que cuida dos direitos de autor; a Convenção de Paris – industrial -, 1971 (CUP) que cuida dos conexos ao autor; a inexpressiva Convenção Universal; a Convenção de Roma (1961) que dispõe sobre fonogramas e radiodifusão e a Convenção de Bruxelas, 1974, que dispõe sobre satélites. A Convenção de Berna representa o instrumento padrão em se tratando do direito de autor internacional. Atualmente é administrada pela OMPI. Esses instrumentos já tateiam os eventos da sociedade da informação.

A Convenção de Berna (CUB), 1886, toca a parte de interesse ao estudo, e dá-nos a conhecer de que o seu alcance é sobre as obras literárias, artísticas e científicas, materializadas sob qualquer ferramenta, incluindo multimídia, produções a laser, ou qualquer outra forma de tecnologia atual e futura, desde que, assim possam ser identificadas. Aqui residem as proteções dispensadas aos softwares, posto que, elevado ao status de produção literária (artigo 10, 1, da Convenção).

A Convenção de Berna enuncia princípios jurídicos fundamentais de contorno, tais como: do tratamento nacional (todo autor, nacional ou estrangeiro ganha proteção das suas regras), da garantia aos direitos mínimos convencionais (hoje, em franca elevação de importância. Cuida ser a imposição de regras mínimas que não podem ser preteridas pelos países signatários), da determinação do país de origem da obra (o ponto de partida é a avaliação se a obra foi publicada ou não e em qual país membro o foi), da conformidade da legislação interna de cada país signatário (o país membro aplica os critérios da Convenção internamente).

A Convenção de Paris se prestou a ratificar a de Berna adotando o princípio da equiparação dos nacionais no território da Convenção, incluindo, proteção à reprodução, representação e execução pública, a radiodifusão e a tradução, cuja proteção é de 25 anos após a morte do autor (art. IV/2). Estabeleceu, também, a cláusula de salvaguarda da União de Berna, tornando sua observação coercitiva na medida em que os países membros gozariam de proteção e os excluídos não, especialmente, impondo sanções aos cumprimentos devidos aos países nacionais infratores. Todavia, essa última cláusula, em 1971, foi suspensa em face dos países em desenvolvimento e suas deficiências.

As convenções que tratam de direitos autorais têm sofrido modificações pela OMPI, de forma subsidiária, a qual vem cuidando, especificamente, dos programas de computadores (softwares) e compilação de dados, das medidas tecnológicas de proteção, dos limites, do direito de distribuição e locação de software, obras cinematográficas e fonográficas e o Tratado dos Direitos Conexos (PPT), espionando, de perto, os movimentos da sociedade da informação, alcançando atualizar a proteção sistêmica nos países signatários uniformizada.

De igual forma, pode-se extrair do chamado Acordo TRIPs (Sistema da OMC – Organização Mundial do Comércio), proteção aos direitos autorais, dando efetividade à Convenção de Berna de uma forma mais cogente e regrada, excetuando os direitos morais (subjativos da paternidade do criador) consagrados no Artigo 6 *bis*, da respectiva Convenção.

Denota-se que o Acordo, da mesma forma que a Convenção de Berna, dá eficácia à proteção da base de dados, legíveis por máquina ou outra forma, desde que, constituam criações intelectuais. No caso dos programas de computador, de fonogramas e obras cinematográficas, o Acordo obriga os países a garantir ao titular o direito de autorizar ou proibir o aluguel público comercial dos originais ou das cópias de suas obras protegidas pelo direito de autor.

A bem da verdade e de forma simplista verifica-se que os princípios e os direitos que se aplicam sobre as novas tecnologias da informação quando tocam sensivelmente os direitos advindos da propriedade intelectual, encontra, aqui no Brasil, limites na própria Lei 9.610/1998 e na Constituição da República de 1998, os quais estão em harmonia e obediência às Convenções assinadas, extraindo dos institutos jurídicos cá previstos as proteções lá dispostas.

O poder de dispor da obra cabe tão somente ao autor ou titular do direito de autor e o limite da lei cabe aos terceiros que têm o exercício ou acesso a esse direito.

Ao autor é previsto pela Lei 9.609/98, “o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica” (art. 28), aplicando-se esse direito, “no que couber, aos direitos dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão (art. 89), sem prejuízo das garantias asseguradas aos autores” (art. 89, parágrafo único). O campo da proibição depende de autorização do autor ou do titular para o exercício do direito pelo terceiro. O direito de proibir é exercido para alcançar e limitar o campo público (distribuição, comercialização, replicação etc) de acesso à criação, excluindo-se a vida privada, o círculo familiar e privado de acesso à obra.

Assim, vale mencionar que os atos que dependem de autorização estão desenhados no artigo 29 da Lei: reprodução: I - a reprodução parcial ou integral; II – a edição; III – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; IV – a distribuição (de reproduções); IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a micro filmagem e as demais formas de arquivamento do gênero. Acrescenta-nos considerações acerca do artigo 29, tecidas pelo Ilustre Professor Newton Silveira:

Observe-se que a distribuição prevista nos incisos VI e VII não constitui ato de reprodução, mas de comercialização da obra reproduzida. Assim, se a obra foi

reproduzida mediante a devida autorização para colocação no mercado, a sua distribuição e oferta estão implicitamente autorizadas, ocorrendo a exaustão dos direitos do titular (conforme art. 30 e seu par. 1º, respeitada a independência das diversas modalidades de utilização da obra, estipulada no art. 31). Observe-se, mais, que quanto à adaptação, arranjo musical e quaisquer transformações (III) e a tradução (IV) não dependem de autorização; o que depende de autorização é sua reprodução ou sua comunicação ao público, respeitados os limites entre a vida privada e a comunicação ao público.[14]

Destarte, o que se limita na lei é a comunicação ao público com o fim de comércio, não alcançando os limites da vida privada quanto ao uso, gozo e fruição de quem tiver acesso à obra da criação do autor. Essas são as maiores dúvidas quanto aos limites impostos pelo regramento no senso comum.

A restrição a representações e execuções públicas pode ser extraída do artigo 68 do Diploma, as quais, exigem autorização do autor previamente. Mais uma vez o brilhantismo da abordagem sistemática da Lei realizada pelo Professor Newton Silveira esclarece o que se está a considerar:

Revisando o art. 29, a reprodução parcial ou integral (I) só deveria ser considerada ilícita quando se tratasse de *multiplicação* (para fins de comércio), o que equivale à edição (II). A adaptação e outras transformações (III), a tradução (IV) e a inclusão em fonograma ou audiovisual (V) não é ilícita se realizada no âmbito da vida privada, no recesso familiar. Todos os atos de *execução* relacionados nas letras *a* a *g* do inc. VIII são excluídos do círculo de proibição, de acordo com interpretação sistemática em consonância com o art. 68 e seus parágrafos. Se o emprego de meios tecnológicos de informação (letras *h* e *i* do inc. VIII) se realiza entre particulares, no ambiente privado, também não ocorre a infração[15].

Resta inserida pelo mesmo critério de interpretação, a base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem, tornando o ambiente da rede de comunicação virtual mais confortável e seguro dada possibilidade de segurança jurídica ao autor e ao usuário.

O problema de maior gravidade se afigura, outrossim, na reprodução (cópia) para fins de comércio, vertente pública, constituindo crime por violação ao direito do autor protegido pela Lei, a exemplo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 12 da Lei 9609/98, uma vez que retira do autor os lucros que, por ventura, podem ser auferidos com a criação e, sobretudo, o acesso à obra pode retirar-lhe o direito subjetivo de paternidade tendo em vista o mau uso decorrente do acesso.

Denota-se, destarte, com esses apontamentos, que estamos rumo a um novo conceito de Soberania - a de cunho internacional, em se tratando, em princípio, de proteção à propriedade intelectual, uma vez que o Direito vem buscando harmonização internacional de leis e promovendo uma adequada segurança jurídica global; cuja mola propulsora, certamente, é, e deverá ser o equilíbrio entre a universalização dos direitos humanos e a globalização dos mercados, equivalendo entre si princípios gerais como legitimidade, racionalidade e factibilidade em face do Direito, o qual se realiza mediante o exercício da ética, da moralidade e da legalidade, alçados, por óbvio, ao status de cláusulas pétreas internacionais.

Faz menção, nesse mesmo sentido, o professor especialista em Direito da Propriedade Intelectual, Denis Barbosa, salientando que,

...Há um consenso entre países industrializados de economia de mercado em que a proteção jurídica dos direitos intelectuais deva ser homogeneizada, generalizada para o mundo todo e feita realmente eficaz[16].

Mas, isso não basta, como já se pinçou. Essa proteção legal está sendo violentamente questionada em face da garantia Constitucional de acesso pela coletividade, mitigando a força do direito da propriedade intelectual do autor, no Brasil e no mundo, bastando-nos, por ora, verificarmos como vem se adequando o ambiente da sociedade da informação haja vista todo o conteúdo exposto de proteção e imposição de limites salvaguardando, com rigidez, a proteção do direito patrimonial e de paternidade do autor, dentro e fora do ciberespaço.

3. O *software*

O *software* é uma das ferramentas responsável pela propagação na rede de Internet de conteúdos digitalizados. Dele se extrai toda a possibilidade de ser da rede de informação global. Uma vez inserido o conteúdo do *software* na rede de comunicação, todos os efeitos de fato e de direito foram, instantaneamente, refletidos sobre o autor, a partirmos, primeiramente, da permissão de colocação na rede, incluindo-se o conteúdo contido naquela ferramenta de informação e de conhecimento.

A idéia do *software* está intimamente ligada aos meios usuais de transmissão de tecnologia ao homem, receptor das informações contidas na multimídia (*software*).

Explicita-nos Denis Barbosa:

O software não é pura expressão, nem pura idéia. Em muitos casos, ambos se unem tão entranhadamente que – se a expressão é resultado necessário da idéia – não pode haver proteção sob pena de se vedar acesso à própria solução técnica.[17]

Os efeitos jurídicos sobre o software, além de alcançar os dados, alcançam as cópias desse *software*. Quem nos ensina é Liliana Minardi Paesani, quando diz que "a partir do momento em que o legislador adaptou o software ao campo do direito de autor as cópias do programa de computador seguem as mesmas regras das cópias literárias".[18]

Destarte, não só as cópias são objeto de permissão, mas, sobretudo, qualquer item que não tenha sido parte integrante da autorização anterior, devendo nova autorização ser concretizada, por exemplo, em caso de integração de obras posteriores, prestações em produtos multimídia em base de dados.

Há de se verificar se o autor do conteúdo do *software* permitiu sua exibição; se o conteúdo (base de dados) lançado na rede informática corresponde ao intelectual da criação do autor. Ambos sob os auspícios do regramento internacional,

independentemente, do território do país signatário. Na violação de um ou de outro, incidem as penas da Lei. Esse é o princípio jurídico de proteção do Direito do Autor – clássico - mas, ainda assim, limita a amplitude de alcance da sociedade da informação, tornando o sistema obsoleto.

Não há problema de reflexão quando a obra do conhecimento é inédita e esse ineditismo fez parte do conceito arraigado acima, quando o titular tem o controle efetivo sobre a primeira abertura comercial de conteúdo; diferentemente, quando o titular de obra já divulgada em ambiente comercial restringe a autorização em favor de outros agentes empresariais, pretendendo o monopólio da própria criação. É a partir, de então, que ocorrem os efeitos colaterais acima mencionados, dando azo à marginalidade de tal autorização, em especial, quando a criação já foi digitalizada e lançada comercialmente no sistema em rede porque estamos em ambiente de sociedade da informação. E não é só. Há discriminação no acesso a informação por parte do autor.

Importa salientar quando o autor disponibiliza a obra de forma comercial em rede e o faz discriminando alguns utilizadores, imediatamente, se questiona a inviabilidade da conduta restritiva de acesso à informação e ao conhecimento contidos na criação intelectual. Surge, a partir daí, a forçosa onda comunicacional da sociedade da informação – polêmica aos clássicos da teoria - de mitigação desse direito, uma vez que o direito ao acesso à informação impede a recusa de exibição por parte do autor, sem distinção, salvo, diga-se, se a recusa for por justa causa.

Ascensão explica bem o que se está a considerar da seguinte forma:

Na verdade, se o autor lançou a sua obra na exploração comercial, é uma opção mercantil autorizar ou não a integração da obra em rede. Como o seria a autorização em relação a uma empresa de comunicação e não a outras. A discriminação subjetiva impede que se reconheça o pretensão carácter absoluto da opção do autor. Por motivos de interesse público, a recusa só se deve admitir com justa causa[19].

Parece-nos salutar que a Lei venha a regular essa oposição injustificada de monopolização diante da universalização da informação e do conhecimento propagados na rede. Se o autor não quiser usar da faculdade de universalizar em rede o conhecimento da criação, então não deverá pisar no território da sociedade da informação. Se o fizer, não terá direito ao monopólio discriminatório a impedir a integração do sistema vertente.

Essa solução já vem sendo inserida no sistema pelo que se depreende da licença obrigatória de radiodifusão (artigo 11 *bis*/2 da Convenção de Berna) e da licença de fixação fonográfica sobre as obras musicais e seus textos (art. 144/1 do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos). Portanto, o sistema já está receptivo a essa flexibilização e estamos caminhando nesse sentido para pacificar o sistema, primando pela garantia de acesso a todos os conteúdos por todos os usuários.

A partir de 1990, diante de uma sensação extremada de liberdade no trânsito de informações pela Internet e o alto índice de violação dos direitos autorais, consoante a possibilidade, sem freios, de cópias e circulação na rede de materiais protegidos pelo *copyright*, surge para a sociedade da informação, nova problemática diante da tecnologia.

Foi necessária resposta imediata às contrafações em rede. Em 1998, nos Estados Unidos da América aprovou-se um texto normativo denominado *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA).

Tal normatização surgiu com a função de modificar o regime da propriedade intelectual, de forma sancionatória, vigente com o fim precípuo de combater a violação dos direitos autorais, ampliando os conceitos clássicos para açambarcar a sociedade da informação. O DMCA passou a criminalizar condutas que tivessem por objetivo, violar mecanismos técnicos de proteção aos bens intelectuais, ampliando a responsabilidade, inclusive, a terceiros, a exemplo, dos provedores de acesso e provedores de serviços *on line* na Internet, cometidas por seus usuários.

Sob essa ótica, ainda assim, não foram resolvidos os anseios da sociedade da informação (conhecimento de tudo para todos!). Nesse ambiente de insatisfação, na contramão da sistemática em face da proteção exacerbada do *software*, surge o movimento do *software* livre, rompendo com as barreiras tradicionais do Direito Autoral, de uma vez por todas. Foram os próprios usuários quem se organizou e estabeleceu as primeiras regras (auto-regulação) de adaptação do *copyright*.

O mote da bandeira do *software* livre diz respeito à criação de bens intelectuais abertos, totalmente acessíveis, tanto em relação ao uso, quanto à possibilidade de inovação e modificação da criação do autor, atingindo, diretamente, o livre acesso ao código-fonte. É o próprio autor quem disponibiliza o acesso da obra de forma livre.

Esse movimento, encabeçado por Richard Stallman[20] e popularizado por Linus Torvalds, recebeu o nome de *copyleft*, cujo objetivo foi o de romper com as idéias de custos da transação e de mercado, valorizando, por consequência, o direito de acesso à informação e conhecimento aos usuários, em qualquer parte do globo terrestre.

O *copyleft*

Surge juntamente com a idéia de *software* livre e desponta como uma inversão de valores do *copyright*. Segundo os formuladores do conceito, bastaria que o autor, ao disponibilizar sua obra, permitisse de antemão o uso quase que irrestrito dela, com a condição de que o licenciado aceitasse fazer uso das mesmas prerrogativas na redistribuição, alteração, uso e derivação[21].

Liliana Paesani nos orienta no sentido de que:

Para obter e garantir as liberdades do *copyleft* em um software faz-se necessário obter a Licença Pública Geral (GPL), que contém as cláusulas de manutenção dos direitos de livre uso, cópia, modificação e distribuição por terceiros, bem como o livre acesso ao código-fonte do programa de computador[22].

Portanto, a vontade deliberada do autor foi preservada e há necessidade de tal manifestação tendo em vista a flexibilização patrimonial imediata em prol da liberdade de acesso e interatividade por todos, não deixando o sistema à deriva da confusão. É o sistema da auto-regulação se apresentando de forma eficaz e satisfatória.

Surge, a partir desse fato jurídico inovador, o aprimoramento da idéia, com a chamada licença colaborativa *creative commons*. É licença pública ou licença jurídica que podem ser utilizadas por qualquer indivíduo ou entidade, com o objetivo de que seus trabalhos sejam disponibilizados de forma aberta.

A licença *creative commons* foi instituída por Lawrence Lessin, na Universidade de Stanford, Estados Unidos (www.creativecommons.org). A licença se caracteriza pela simbologia “CC” (*creative commons*).

O mecanismo de funcionamento se dá mediante comunicação clara e significativa em ambiente virtual de que o autor, criador, está a inserir sua obra com a respectiva licença em ambiente virtual de forma livre para distribuição, cópia e utilização.

Patrícia Peck, faz menção de que o sistema jurídico da auto-regulação veio para ser recepcionado como sendo um princípio normativo do Direito Digital, ou seja, a desburocratização legislativa:

A auto-regulamentação parte do pressuposto de que ninguém melhor que o interessado para saber quais são as lacunas que o Direito deve proteger, quais são as situações práticas do dia-a-dia que estão sem proteção jurídica e que caminhos de solução viável podem ser tomados[23].

Tal licença não marginaliza ou expurga o sistema clássico, cria um co-sistema alternativo de liberdade de informar e de dispor dos direitos individuais em favor do coletivo sem perder a paternidade (subjéctiva) da criação, extraindo as possibilidades do próprio sistema, onde o autor pode, livremente, exercer domínio da vontade e de sua prerrogativa individual sobre a obra, disponibilizando-a a todos os cidadãos, autorizando o acesso a toda base de dados, conseqüentemente, qualquer um pode utilizar a obra e ainda criar novidade sobre a mesma, numa franca tentativa de conciliar dois princípios constitucionais, quais sejam, de proteção aos direitos autorais e de acesso à informação e cultura, incluindo, a interatividade e propagação do conhecimento.

Essa licença já foi assimilada pelo Brasil, após Finlândia e Japão, em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, sob a coordenação de Ronaldo Lemos, inclusive, com o apoio do Ministério da Cultura. Hoje, está presente em mais de trinta países, sendo reconhecidamente, válida.

4. A obra produzida por computador e o programa de computador

Outra discussão, que nos agasalha, contundentemente, ao contrário das produções humanas, é a presença da tecnologia como fator de interferência na própria criação do autor e os reflexos no Direito.

Há que se considerar o que é fruto da criação intelectual através do computador e o que é resultado esperado ou inesperado do próprio programa do computador. Assim, estão

traçados os limites do tema do regime jurídico, tanto pelo que a máquina é capaz de produzir quanto ao que o programa é capaz de interferir na produção humana e nessas situações, a quem pertence o direito intelectual de autor sobre o resultado final – a obra.

O computador, não raras vezes, permite a obtenção de resultados novos, inesperados. Tais resultados podem vir a enriquecer a idéia da criação humana, quer na estética, quer na estrutura, quer na configuração.

O artigo 1º da Lei 9.609/98 define o que seja o instituto do programa de computador:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-lo funcionar de modo e para fins determinados.

Não raras vezes, o programa de computador é considerado *software*. O programa é o conjunto de instruções para comandar a máquina e o *software* uma série de dados e serviços complementares, compreendendo-se o todo na noção de software.

Está intimamente ligado à proteção do *copyright* quando o resultado do manuseio do programa de computador resulta no próprio fruto da criação humana e de forma esperada, calculada, projetada; figurando o computador, tão somente, mero instrumento, faz *jus*, o autor, à proteção jurídica sobre direitos autorais. Todavia, em se tratando do resultado inesperado, não se pode aplicar a mesma certeza jurídica.

Em casos onde o programa de computador age conjuntamente com o homem no desenvolvimento da criação humana, a partir da inserção de inúmeros dados pelo operador, sendo o resultado impossível de esquadrihar, antecipadamente, escapando ao controle do operador, não se verifica a mesma proteção como se ferramenta o fosse.

Diante dessa imprevisibilidade não há que se falar em direito de autor sobre tal resultado. Há uma indeterminação do sujeito criador. Ferida está a individualidade da criação. Cabe na análise o item de que o resultado, inesperado, não é fruto da criação humana, portanto, não pode ser objeto de direito de autor, faltando um dos requisitos jurídicos essenciais à sua elementar: a pessoalidade. Essa é a crítica ao sistema.

Considera-se, para esse fim, não estar esse resultado inesperado provocado pelo programa de computador inserto no Direito de Autor, ao contrário de como se posicionam os britânicos, a respeito desse assunto.

Os britânicos assimilam a idéia de que a obra copiável está protegida pelo direito de autor, subsumindo-se ao demonstrado, defendendo a possibilidade de haver um direito de autor sem autor, o que nos parece pouco aconselhável, já que na natureza jurídica do instituto, não há como prescindir da intervenção humana direta no resultado da criação como a própria criação do espírito humano.

Mas, esse resultado inesperado, que independeu da ação humana, que foi fruto da inteligência do programa de computador, a partir de inserção pelo operador de inúmeros conteúdos e dados, fica desagasalhado do sistema e é de domínio público?

Por certo que não, diante da valorização econômica de tais conteúdos digitalizados, dada a lógica do sistema capitalista que permeia a sociedade globalizada, esse resultado inesperado fica para o dono do programa.

Como diz Ascensão “um processo não é uma obra, e as obras não são uma categoria de gênero”. [24] O programa de computador escapa à noção de obra, mas, mesmo assim, é considerado para efeitos de Direito Autoral como obra literária, fruto da criação humana, recepcionando os frutos da criação do produto como sendo objeto de proteção jurídica pelo Direito de Autor.

A campanha realizada pelos Estados Unidos da América foi a responsável pela recepção do programa de computador como obra literária conduzindo o amparo jurídico das Convenções, desde 1979.

Foram quatro os motivos que conduziram à pressão dos estados unidenses nesse sentido, que vale a pena mencionar:

- 1) O direito de autor dá a proteção mais extensa entre os direitos intelectuais, o que convinha ao país líder na produção de programas;
- 2) O direito de autor dá proteção automática, sem obrigação de revelar a fórmula do programa, ao contrário do que aconteceria com a patente;
- 3) A qualificação como direito de autor permitiria exigir o tratamento nacional, ao abrigo da Convenção de Berna e outras convenções multilaterais, não esperando a elaboração de nova convenção e o lento movimento de ratificações;
- 4) A qualificação como direito de autor permitiria sustentar que o programa de computador seria já tutelado pelas leis nacionais sobre direito de autor, independentemente da aprovação de leis específicas sobre programas de computador. [25]

No Brasil, o nosso sistema recepciona o programa de computador como fruto da criação humana pela Lei 7646, de 18 de dezembro de 1987, incluindo, aí, os resultados inesperados que não são, portanto, do operador do programa, mas do criador do programa de computador. Inclui, também, no artigo 6º da Lei de Direitos Autorais que essa proteção dos programas de computador poderá sofrer modificações dependendo das peculiaridades inerentes aos mesmos, recepcionando tais programas de computador como agasalhados pela lei, embora não os tenha recebido como obras literárias.

A Lei portuguesa menciona que o programa de computador tem proteção análoga ao direito de autor (Dec. Lei nº 252/94), diferentemente, da aplicação brasileira, que não os reconhece como obra literária. A legislação francesa, de igual forma, não recepcionou a idéia de que o programa de computador é considerado obra literária, mas, efetivou proteção análoga, igualmente à portuguesa.

Verificada a estrutura interna do programa e apresentando característica de criatividade ou originalidade, protege-se toda a obra, se o caso, no modo de expressão do conteúdo, excluindo-se da proteção, as questões óbvias, despidas de originalidade ou criatividade.

4. As bases de dados

As bases de dados, por sua vez, parte integrante das novas tecnologias onde o Direito necessita chegar, só conseguem deter a atenção do direito autoral se consideradas como compilação com características de obras literárias, protegidas ou não.

Explica o ilustre professor Ascensão, dentre inúmeras lições, que:

Ainda que respeite a obras, a base de dados nunca será protegida atendendo à criatividade do seu próprio critério de seleção, ordenação ou apresentação do material. Este critério, por mais científico ou funcional, é um esquema para ação. Não é isso que tornará a base de dados, globalmente tomada, uma obra literária ou artística[26].

É mister que a base de dados compilada tenha sido submetida a um critério ordenador de compilação, criando uma nova obra a partir deste fenômeno, haja vista, o interesse econômico que reside nesta compilação ordenada.

Esse interesse está intimamente ligado ao programa de computador que assim ordena a compilação mediante uma base de dados pretérita.

Na parte que toca a proteção jurídica, verifica-se que essa compilação ordenada deve ser criativa ou original, cabendo a tutela ao titular da base de dados.

Aqui reside o braço do direito *sui generis*, o qual verifica a hipótese de aplicação do direito do autor no conteúdo da base de dados, atribuído ao autor desta. Esse direito foi inserido pela diretiva 96/9, de 11 de março, da Comunidade Européia (CE).

Menciona a diretiva que as matérias devem ser:

Ordenadas de modo sistemático ou metódico e individualmente acessíveis. Daí decorre que a fixação de uma obra audiovisual, cinematográfica, literária ou musical, como tal, não é abrangida pelo âmbito de aplicação da presente directiva.

Os cuidados na avaliação dos direitos *sui generis* devem atentar para a atividade de terceiro que tome aquele conteúdo da base de dados como objeto de comercialização ou, tome aquele conteúdo como informação, de maneira a integrá-lo para outro propósito que não seja a própria negociação de tal conteúdo.

No primeiro caso, configura ato de concorrência desleal, porque afigura-se o terceiro como parasita, aproveitando-se do trabalho e empenho alheios, condutas rechaçadas pelo ordenamento, carecendo de proteção jurídica sob o aspecto do direito autoral.

No segundo caso, estamos diante do conflito entre os direitos – o de acesso à informação e o de proteção a propriedade privada – uma vez que a informação é livre. Se, para acesso à base de dados for cobrado, o acesso é garantido e a informação é

divulgada, vedando a comercialização dessa base de dados para terceira pessoa que não o compilador protegido.

O Acordo TRIPs/APIRC veio pacificar a matéria e estendeu a proteção pelo direito de autor à base de dados (art. 10/2), estabelecendo que a proteção se dá quando a base de dados é fruto de inteligência humana haja vista os critérios de ordenação e seleção, inclusive, encontrando recepção pelo art. 7º da Lei Autoral brasileira.

5. Considerações finais

O ramo de estudo da tecnologia é vasto. Muitas outras assertivas ficaram à margem do estudo e de elaboração de melhores pensamentos científicos, resguardando a originalidade da proposta.

Todavia, não é possível escusar-se de mencionar que a sociedade da informação traz consigo inúmeras instabilidades sócio-econômico-jurídicas às sociedades espalhadas pelo mundo, diante de toda a dinâmica que lhe é peculiar.

O Direito avança com mais velocidade do que se viu nos tempos espalhados pelos tempos do Direito. As evoluções sociais emulsionadas pela tecnologia impulsionam os estudiosos do Direito com o fim de proporcionar quase que, imediatamente, pacificação social no ambiente cibernético.

Não é por demais repisar que em ambiente de concorrência mercadológica global o direito à propriedade intelectual – e, também, industrial, embora, não tenha sido o objeto da abordagem -, é de suma importância porque afeta, diretamente, as relações comerciais entre os países, frente aos produtos comercializados mundialmente e seus respectivos proprietários à luz da proteção do *copyright*, daí, a importância, significativa, dos estudos sobre propriedade intelectual: é o símbolo que persegue o direito sobre determinada propriedade onde quer que ela se localize, garantindo a exploração econômica e reclamando a paternidade moral do autor.

Em ambiente de tecnologia não é diferente. Os mercados espalhados pelo mundo alcançam sem as barreiras de espaço e de tempo todos os consumidores sem qualquer distinção, pulverizando a oferta, a geração de demanda e, sobretudo, a concorrência em ambiente virtual.

Para esses efeitos restarem pacificados e delimitados por uma margem tênue de respeito mútuo entre os países, que se conseguiu a duras penas, é que se pretende, em ciberespaço, proteger os símbolos e seus proprietários.

Decorre, contudo, nessa ânsia de proteção, conflitos de interesses sociais que barram fortemente, o proveito econômico direto em favor do proveito econômico indireto, para privilegiar, primeiramente, o direito de acesso a todo e qualquer conteúdo lançado na rede da Internet para depois, respeitar ao direito de propriedade ou mitigá-lo de forma a adequá-lo ao novo sistema de adesão compulsória.

Com o movimento da globalização tornou-se inviável que os controles externos sejam importados para o ambiente virtual, dada a impossibilidade de verificação de violações aos diplomas legais, os quais, não foram elaborados para esse novo contexto. Só os regramentos abertos podem e poderão acolher os novos eventos sócio-digitais

A bandeira desse novo contexto social é a de acesso de todas as informações por todos os cidadãos, estejam onde estiverem, mitigando, eficazmente, os conceitos de propriedade, externos a esse ambiente, inclusive, a intelectual, que gera informação, conhecimento e cultura.

A Internet invadiu o campo da informação a que o Direito clássico não pôde e pode conter. E isso nos basta. Ficou e fica o critério da máxima jurídica de direito de acesso à informação por todos a respeito de tudo em detrimento da propriedade privada e monopolista do autor. Basta ao direito se reencontrar.

Diante desse fato, o Direito clássico empresta conceitos, entretanto, não empresta regramento adequado. O ambiente da sociedade da informação se auto-regula, flexibilizando o poder econômico do autor de forma impelida e valorizando o direito de acesso à informação, inserindo, também, o autor das criações humanas no Terceiro Milênio.

Com essas idéias bombásticas foram idealizados sistemas de proteção ao autor-criador, a exemplo, da composição ideal entre o direito do autor e o direito de acesso, com a flexibilização dos conteúdos das bases de dados e das multimídias, criando a oportunidade do autor disponibilizar suas obras, permitindo a réplica, à disposição, a alteração de conteúdo, numa franca expansão de conceitos, especialmente, os econômicos que chegam ao autor pela via secundária.

O movimento da sociedade da informação é apelo ao *software* livre, com a flexibilização da teoria do *copyright*, para a teoria do *copyleft*.

Não bastando a campanha do *software* livre, foram inseridos em rede, a licença do *creative commons* que regularizam tal liberdade que toca os direitos de autor quando este quer disponibilizar conteúdos (base de dados e multimídia) na Internet, sob a sua concordância em difundir, livremente e em massa, as informações, o conhecimento e propagação da cultura. O autor alcança um grau de visibilidade absurdamente veloz que as vias normais não podem comportar.

Os países reforçam as barreiras econômicas de resistência tendo em vista o grande volume econômico centralizado pelo *copyright*.

Sob outra ótica, localizamos, de igual forma, sob o crivo do direito de autor, a interação da máquina com a criação humana no contexto da sociedade da informação. É o programa de computador interagindo com a criação humana de forma previsível e calculada como uma verdadeira ferramenta de trabalho, cujo resultado é criação do autor ou, de forma aleatória, inesperada, quando esse resultado resta de propriedade e, não, autoria, do dono do programa.

Em casos como estes ambos estão protegidos pelas normas do direito de autor, ressalvados os autores: a uma, o autor da criação; a duas, o dono do programa que interagiu com a criação.

Não obstante, a tecnologia inserida nos *softwares* a exemplo das bases de dados, cuja compilação gera a multimídia, que irão, após, lançadas em rede de Internet, trafegar pelas auto-estradas da informação, também, são objetos de proteção jurídica, desde que, essa compilação seja criativa ou original, cujo direito de autor resta preservado na sociedade da informação.

Toda e qualquer tecnologia que dê acesso à divulgação de conhecimento, informação e cultura utilizando-se das auto-estradas da informação são inerentes ao novel sistema e são alvos de auto-regulação pela própria sociedade que está lá inserida, como vem sendo demonstrado. Esse nos parece o caminho adequado como campo de observação do Direito, enquanto ciência jurídica.

Fato é que dentre os princípios e direitos das novas tecnologias, o que há de mais específico e atual nessa seara, de caráter nacional global e que vale fixar, de tudo que se noticiou nessas breves linhas, é o conteúdo da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, Publicada no Diário Oficial das Comunidades Européias de 22 de junho de 2001.

A Diretiva contém significativos avanços na sociedade da informação e se estrutura em torno dos seguintes capítulos, a saber: I- âmbito de aplicação (não alcança programa de computador, direitos de aluguel e empréstimo, radiodifusão de programas via satélite e retransmissão por cabo, duração e proteção e bases de dados; não se ocupa dos direitos morais dos autores – paternidade); II. Direitos e exceções (fomentar o desenvolvimento da sociedade da informação na Europa; conseguir um nível elevado de proteção da propriedade intelectual, um aumento do investimento em atividades de criação e inovação, incluída a infra-estrutura de rede, o desenvolvimento da indústria européia e o incremento da sua produtividade; evitar, enfim e numa outra ordem de coisas, as incoerências e as medidas que os diferentes Estados membros arbitrem em relação aos avanços tecnológicos); III. Proteção a medidas tecnológicas a informação para a gestão de direitos; IV. Disposições comuns.

Destarte, muitas questões podem ser trazidas à baila quando o assunto é Internet, posto que o tema vai muito além dos direitos patrimoniais do autor. Sem dúvidas, não são suficientes à exaustão as questões estabelecidas pelo direito consolidado, carecendo, nos tempos vindouros, que repensar, à luz das novas tecnologias, o próprio direito, de tal modo equilibrado que venha de encontro com as garantias individuais e fundamentais dos cidadãos nacionais do mundo e as leis de mercado, cujos interesses, sem ponderação, fragilizarão, por certo, os destinatários da informação, conhecimento e cultura.

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. 2º ed. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. **Usucapião de patentes e outros estudos de propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Propriedade intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. (org.) **Aspectos polêmicos da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna (org.). **Comunicação social**. Legislação especializada. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5º reimpressão. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DRUMMOND, VICTOR (coord.). **Manual de Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 6º ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, A. J. Avelãs. **A constituição européia**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2007.

PAESANI, Liliana Minardi. **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

PERIN JUNIOR, Ecio; KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis (coord.). **Direito empresarial**. São Paulo: Método, 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. 2º ed. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSSI, Fabiano Leitoguinho. **Regime jurídico das empresas transnacionais**. São Paulo: Thomson IOB, 2006.

[1] A globalização decorreria, em primeiro lugar, da homogeneização dos mercados discretos, pela padronização da demanda e pela oferta de produtos cada vez mais compatíveis com características universais.

Em segundo lugar, a globalização resultaria da redução das barreiras ao comércio de bens físicos, após quase meio século de ação do GATT, mas também pelo abandono das políticas de substituição de importações e pelo desmantelamento dos mecanismos desenvolvimentistas como consequência dos saneamentos financeiros dos países endividados do terceiro mundo. BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro. Lúmen Juris: 2003, p. 160.

[2] Sociedade da Informação também denominada 'Sociedade do Conhecimento', é a expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados. Utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos. *In*: LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. RT 847, p. 78-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio-2006, p.85.

[3] As bases de dados, como conjunto unificado de informações disponíveis através de meios informáticos, representam um valor crescente. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira. 2º ed. **Direito autoral**. Rio de Janeiro. Renovar: 1997, p. 673.

[4] As multimídia são caracterizadas por reunirem num só suporte informático, vários tipos de expressão de obras: texto, imagem e som. *In*: Idem, p. 683.

[5] ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito Autoral**. 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar: 1997, p. 681.

[6] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra. Almedina: 2001.p. 46.

[7] A expressão *auto-estrada da informação* é utilizada para configurar toda e qualquer infra-estrutura de tecnologia da informação que possibilite o tráfego de veículos digitalizados e a conectividade entre pessoas e máquinas. SIMÃO FILHO, Adalberto. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo. Atlas: 2007, p. 13.

[8] Seriam meios de comunicação directa de grande capacidade entre computadores". ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra. Almedina: 2001.p. 45.

[9] As multimédia são caracterizadas por reunirem num só suporte informático vários tipos de expressão de obras: texto, imagem e som. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro. Renovar:1997. p.683.

[10] Na Internet, toda produção literária; artística e científica; sons e imagens são denominados: conteúdos.

[11] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra. Almedina: 2001. p. 662.

[12] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar: 1997. P. 644/645.

[13] "Semelhantes topografias são modelos tridimensionais, que dão a base física das funções desempenhadas pelo computador". *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro. Renovar: 1997, p. 662.

[14] PERIN JUNIOR, Ecio; KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. **Direito Empresarial**. São Paulo: Método, 2005. p. 307.

[15] *Idem*. P. 308.

[16] BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris: 2003, p. 146.

[17] BARBOSA, DENIS BORGES. **Usucapião de patentes e outros estudos de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro. Lúmen júris: 2006, p. 636

[18] PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo. Atlas: 2007, p.177/178.

[19] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação**. Coimbra. Almedina: 2001, p. 49/50.

[20] PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo. Atlas:2007, p. 179.

[21] *Idem*, p. 180.

[22] *Idem*, *idem*, p. 185.

[23] PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

[24] ASCENSÃO, José de Oliveira. 2º ed. **Direito autoral**. Rio de Janeiro. Renovar: 1997, p. 664.

[25] *Idem*, p. 668.

[26] *Idem*, *idem*, p. 673.

ESTUDO SOBRE O DIREITO DA PERSONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS. *

ESTUDIO SOBRE EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

**Marcos Wachowicz
Danielle Annoni**

RESUMO

Resumo: O presente artigo analisa a tutela específica dos direitos intelectuais consolidadas nas regras expressas do Direito de Autor. Destaca-se a propósito a figura da pessoa do autor da obra intelectual conferindo-lhe dimensão de natureza moral, situando-o como ser autônomo, detentor da capacidade genérica de ser sujeito de direito. Os direitos intelectuais que os autores são detentor sobre as obras criadas possuem características de ordem econômicas e pecuniárias ligadas ao direito patrimonial, mas também de ordem diversa, isto ligadas à personalidade do próprio autor. A expressão dos Direitos Morais do Autor será analisada tanto pelo direito brasileiro, como no direito comparado, nomeadamente o Estadunidense no tocante ao copyright, e na doutrina francesa que o distinguiu do aspecto econômico (droit de suite). A legislação brasileira atual ampliou os direitos morais de autor em consonância com a Convenção de Berna, independentemente do TRIPs, o estudo detalhado do confronto destes marcos legais, apresenta-se exaustivamente da forma mais ampla os direitos morais do autor ligados ao direito de personalidade. Contudo, relativamente aos novos bens intelectuais advindos da Revolução da Tecnologia da Informação, revela-se que, os textos legais acabaram por mitigar os direitos morais relativamente aos bens informáticos. A propriedade intelectual do bem informático devido as suas características é merecedor de uma análise mais detalhada e consistente, que de forma sistêmica o conceitue, o proteja e ofereça uma tutela efetiva que permita a aplicação do direito moral do autor. É nesta perspectiva que se almeja contribuir nas questões relativas aos direitos morais sobre o software e seus desdobramentos que ainda estão por ocorrer, uma vez que tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS DE PERSONALIDADE – DIREITOS INTELECTUAIS – DIREITOS AUTORAIS.

RESUMEN

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Resumen: Este artículo examina la protección específica de los derechos de propiedad intelectual consolidado en normas explícitas de los derechos de autor. Es la forma en que la imagen de la persona del autor intelectual del trabajo dándole dimensión moral de la naturaleza, poniendo como ser autónomo, poseedor genéricos de capacidad para ser sujeto de derecho. Los derechos de propiedad intelectual que los autores son la celebración de las obras creadas en funciones de carácter económico y los activos financieros vinculados a la derecha, sino también de diferentes tipos, que unía la personalidad del autor. La expresión de los derechos morales del autor será examinada por la ley brasileña, como en el derecho comparado, en particular los EE.UU. con respecto a los derechos de autor, y la doctrina francesa que el aspecto económico distinguido (*droit de suite*). La actual legislación brasileña ampliado los derechos morales de los autores en consonancia con el Convenio de Berna, independientemente de los ADPIC, el estudio detallado de estas hito jurídico enfrentamiento, es la forma más amplia a fondo el derecho moral del autor relacionadas con el derecho de la personalidad. Sin embargo, para la nueva propiedad intelectual resultante de la revolución de la tecnología de la información, parece que los textos legales eventualmente mitigar los derechos morales en relación a los bienes. La propiedad intelectual y tecnología de la información a causa de sus características es digno de mayor consideración y coherente, de modo que el sistema de conceptos, para proteger y proporcionar una protección efectiva que permite la aplicación del derecho de autor moral. Es contra este telón de fondo que se pretende ayudar en el tratamiento de los derechos morales fundamentales para el software y su evolución todavía tiene que ocurrir, dado que tales derechos son imprescriptibles, inalienables y irrenunciáveis.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD - LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL - DERECHOS DE AUTOR.

INTRODUÇÃO

Os direitos intelectuais não podem ser confundidos com a propriedade comum.^[1] O fenômeno da propriedade imaterial são direitos de caráter *sui generis* que no Direito Autoral possuem vínculos tanto e natureza pessoais como patrimoniais.^[2]

A Lei n. 9.609/98 denominada Lei de Direito Autoral estabelece em seu artigo 22 as duas naturezas de direitos de ordem moral e de ordem econômico-patrimonial.

Na esfera do direito internacional a legislação brasileira está em perfeita adequação à Convenção de Berna, que em seu artigo 6 bis reconhece no ato de criação artística compreende mais do que a simples expectativa de retorno econômico financeiro.

A preocupação à cerca da proteção do direito moral do autor é perceptível inclusive nos Estados Unidos, tanto que o país em 1989 veio a entrar na União de Berna. E assim, em 1990 houve por alterar a legislação do *copyright*^[3] com a inclusão de novos dispositivos atribuindo direitos morais aos autores de trabalhos de arte visual.^[4]

Inobstante tratar-se de dois sistemas paralelos e distintos *copyright* e direito autoral não se confundem. Existe uma diferença básica no âmbito de proteção:

(i) o **Direito Autoral** objetiva a tutela dos direitos do criador, destacando os seus direitos morais,

(ii) enquanto *copyright* tutela a obra em si, ou mais objetivamente o direito de cópia ou reprodução, com foco no aspecto econômico de circulação e distribuição.

O presente artigo abordará a tutela específica dos direitos intelectuais consolidadas nas regras expressas do Direito de Autor diante dos novos bens imateriais^[5] advindos da Revolução da Tecnologia da Informação.

1. O DIREITO INTELECTUAL E A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DA PROPRIEDADE IMATERIAL.

Como indicação inicial, pode-se afirmar que a propriedade^[6] é o poder de uma pessoa^[7] sobre um determinado bem.

Em princípio, todos os bens jurídicos que se encontram na sociedade são objeto de proteção e tutela pelo Direito, quer sejam classificados como bens materiais ou imateriais.

A proteção que se dispensa aos bens materiais busca coibir a subtração ou utilização inadequada, sendo certo que se trata de bens cuja existência física e corpórea torna-os passíveis de alienação, por meio da compra e venda.

A tutela jurídica da propriedade dos bens imateriais é regida por regras específicas consolidadas, expressas no Direito da Propriedade Intelectual.^[8]

Os bens imateriais não são passíveis de alienação por meio de instrumentos contratuais de compra e venda, mas tão-somente de cessão de direitos.

O regime jurídico que tutela os bens corpóreos não se aplica à relação jurídica que versam sobre bens imateriais, quais sejam os bens intelectuais.^[9]

Isto porque, em se tratando de bens corpóreos, a alienação se perfaz com a tradição da posse do bem do alienante ao adquirente.

Os bens intelectuais, cuja existência imaterial impossibilita a tradição física da posse, ensejam a figura da cessão de direitos intelectuais.^[10] Vale dizer: ao contrário da transferência de domínio que caracteriza a alienação de bens corpóreos, quanto aos bens imateriais dá-se apenas a transferência do direito de exploração sobre o bem intelectual.

O Direito de Propriedade Intelectual como um direito distinto, que tutela um bem imaterial perfeitamente separado do seu objeto físico, ou seja, da obra criada, surgiu com o desenvolvimento tecnológico.^[11]

Foi com a invenção de meios técnicos de reprodução de obras intelectuais que surgiu a necessidade econômico-social de proteção dos direitos intelectuais e a tutela jurídica da propriedade intelectual essencialmente na questão da remuneração do criador; dos direitos de reprodução; e das formas de utilização do bem intelectual.^[12]

Desta forma é que, a partir do século XIX, passou a doutrina^[13] a analisar o bem intelectual em duas ordens distintas:

(i) como direitos patrimoniais passíveis de alienação ligados às características econômicas e pecuniárias, que consistem na faculdade de fruir, de modo exclusivo, todas as vantagens materiais que a reprodução da obra possa oferecer; e

(ii) como direitos morais do autor, inerentes à sua personalidade, direitos inalienáveis, ligados à paternidade da obra, nomeação ou alteração.^[14]

O Direito de Propriedade Intelectual, portanto, passou a compreender toda a legislação sobre a propriedade das criações intelectuais, particularmente as invenções tecnológicas e as obras literárias e artísticas.^[15]

Em relação à propriedade intelectual, tem-se a definição clássica de RUGGIERO como sendo:

As obras de arte, literária, musical ou dramática, a invenção científica, a descoberta industrial, em suma todo produto do engenho não protegido nem regulado com as mesmas normas que tutelam a propriedade sobre coisas corpóreas e que seriam inaplicáveis.^[16]

A proteção da inovação tecnológica foi uma exigência socioeconômica, sendo estreita a relação existente entre o progresso industrial de um Estado e a observância das legislações sobre patentes de invenção e sua adequação aos Tratados Internacionais.

No Direito brasileiro, e na maioria das demais legislações estrangeiras,^[17] o Direito Intelectual engloba as proteções oferecidas conjuntamente pela propriedade industrial e pelo direito de autor, compreendendo a proteção das marcas, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações de procedências, denominações de origem, concorrência desleal, *know-how*, direitos autorais e conexos, e os programas de computador.

2. OS DIREITOS MORAIS: O COPYRIGHT E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A expressão Direitos Morais, no Direito Autoral, tem sua origem na doutrina francesa baseada na teoria dualista, que reconhecia no direito do autor elementos de duas ordens diferentes:

- (i) Direito Moral - pautado na relação criativa entre o autor e sua obra;
- (ii) Direito Patrimonial – pautado na utilização da obra sob o aspecto economico (*droit de suite*).^[18]

Os Direitos Morais do autor seriam reconhecidos e introduzidos no direito internacional pela Convenção de Berna, a partir da Revisão de Berlim de 1908, por não possuírem qualquer categoria estética e serem direitos subjetivos do titular dos direitos autorais, de caráter personalíssimo.^[19]

Contudo, na Rodada do Uruguai em 1994 a disposição final do TRIPs não obrigou aos Estados-membros a cumprir o disposto no artigo 6 bis da Convenção de Berna,^[20] que estabelece no seu ordenamento jurídico interno a tutela dos direitos morais do autor.

Neste sentido, pode-se compreender melhor o atual estágio do direito de *copyright* e sua relação com os direitos morais. Isto porque, com a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna no ano de 1988, esperava-se como consequência uma ampliação na legislação do país no conteúdo moral do *copyright*. Detecta-se, no entanto, uma repercussão limitada apenas às legislações estaduais dos estados da Califórnia, Massachusetts, Nova Iorque e Louisiana. Assim, o reconhecimento de direitos morais no sistema *copyright* está muito distante do sistema europeu continental e latino-americano.^[21]

No Brasil os direitos morais do autor já estavam consagrados a teor do artigo 25 da Lei n.º 5.988/73. A nova Lei n.º 9.610/98 veio apenas ampliar os direitos morais em consonância à Convenção de Berna, independentemente do TRIPs.

A Lei brasileira^[22] indica distintas prerrogativas irrenunciáveis e inalienáveis que são atribuídas ao autor da obra, como os direitos:

- (i) de personalidade ou paternidade, que liga definitivamente o autor como criador intelectual de sua obra;
- (ii) de denominar a obra, que é a atribuição exclusiva do autor de livremente nominar sua obra;
- (iii) de inédito, que consiste na possibilidade, a critério do autor, de não publicar ou divulgar sua obra;
- (iv) de modificação, em que só o autor poderá proceder a qualquer alteração, adaptação ou revisão da obra; de retirada ou arrependimento, que compete exclusivamente ao autor;
- (v) de repúdio de projeto; e

(vi) de integridade da obra, a qual não poderá ser mutilada ou dividida sem prévia anuência do autor.

É preciso ter-se claro que os direitos morais do autor representam o vínculo que une o criador à sua obra, o artista à sua arte, tornando-se uma amalgama em que a obra é emanção da personalidade do seu criador.

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS MORAIS DO AUTOR.

Os direitos de personalidade^[23] são reconhecidos à pessoa humana visam: a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra, a integridade física e são dotados de particularidades que limitam a própria ação ou vontade do seu titular, como a irrenunciabilidade, intransferibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade^[24].

O Código Civil de forma expressa consagra tais características em seu artigo 11, estabelecendo que *com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransferíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações.*

Assim o vínculo jurídico que se estabelece entre o autor e a obra criada tem sua natureza jurídica na categoria dos direitos de personalidade, nesta medida encontram-se os direitos morais do autor, que são indisponíveis, irrenunciáveis e inalienáveis. Todas estas características são as mais evidentes da exteriorização dos direitos puros da personalidade.

a) O direito personalíssimo do autor de nomeação

Com efeito, é através da exteriorização dos direitos de personalidade que o autor se ligará definitivamente como criador de sua obra ao atribuir seu nome como escritor de obra literária ou científica; ou ainda, nominar ou modificar a sua obra.

Portanto, não se trata do exercício de um direito de exclusivo, de conotação econômica, visto que, mesmo após esgotado o prazo de monopólio dos direitos patrimoniais do autor, os direitos morais se mantêm inalterados, imortalizados na pessoa de seu criador.

Portanto, uma das características mais evidentes da natureza jurídica dos direitos morais do autor estar ligada aos direitos da personalidade é a ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão possa vir a implicar em indenizações com efeitos econômicos.

b) O direito pessoal do autor de inédito

A faculdade do autor de guardar em vida a sua obra inédita, que é expressão cristalina de sua vontade, é visto pelo sistema *common law* como decorrência de seu direito à sua

intimidade. Porém, tal vontade de manter inédita a criação muitas vezes não é respeitada após a morte do autor. Raros não os casos conhecidos que *pos mortem*, familiares ou amigos imediatamente publicaram o material inédito. Isto aconteceu com o escritor austro-húngaro Franz Kafka que solicitou antes de morrer a seu amigo Max Brod que queimasse as suas obras ainda quase todas inéditas, o que não foi atendido neste particular, desta maneira é que o mundo viria a conhecê-lo como escritor e considerá-lo como um dos três maiores escritores do século XX.

c) O direito pessoal do autor de retirada ou arrependimento

Por outro lado, o direito de retirada ou arrependimento está intimamente ligado a pessoa do autor, não sendo admissível que terceiros herdeiros ou não, possam vir a desrespeitá-lo.

Porém quanto ao direito de modificação da obra, que é de competência exclusiva do autor, que irá realizar em vida, que irá adaptar ou atualizar a obra, vem sendo, muitas vezes após a morte do autor, autorizados pelo editor que atualizações na obra pudessem ser feitas por terceiros. Isto com base em cláusula pactuada no contrato de edição que já dispunha de tal previsão face o caráter e natureza da obra.

A questão que se coloca é saber se tal cláusula pode prevalecer sobre o direito à integridade da obra eventualmente defendido pelos herdeiros do autor contrários a modificação ou alteração por terceiros indicados pela editora.

A princípio há que se ter claro que a qualidade de autor não se transmite com a morte, a legislação brasileira permite que os herdeiros apenas continuem na tutela do direito de paternidade, na faculdade de manter a obra inédita e assegurar a integridade da obra. Uma eventual modificação ou alteração da obra pela editora após a morte do autor com base em cláusula contratual possui embasamento legal nos artigos 66 e 67 da Lei 9.610/98^[25], contudo poderá implicar em mutilação, podendo ficar a obra à mercê de terceiros que a utilizam sem a atenção necessária. Neste sentido também está a crítica de Jaury N. de Oliveira e João Willington, ao afirmarem:

“Ao mesmo tempo em que se afirma o princípio exclusivista do direito moral do autor de fazer modificações na obra, resguardam-se, por outro lado, os interesses do editor que poderá se opor as modificações em questão vierem a constituir-lhe cursos adicionais. (...) A atualização da obra é interesse do editor, como no caso da obra didática. O artigo 67 assegura esse direito ao editor, inclusive, no caso do próprio autor se opor. Entretanto, a questão é polêmica. Por isso, convém ressaltar essa possibilidade de modificação ulterior da obra em contrato prévio, a fim de que não paire dúvidas sob como, quem e em que condições financeiras serão feitas as eventuais alterações. É interessante destacar que esse direito de modificar a obra é um direito moral, exclusivo do autor e inalienável. A prática, entretanto, parece ser diferente.^[26]

Os direitos morais são aplicados nas obras literárias, artísticas e científicas enquanto bens imateriais tutelados pelo direito de autor, contudo tratamento diferenciado vem sendo atribuído aos bens informáticos, nomeadamente ao software.

4. OS DIREITOS MORAIS MITIGADOS RELATIVAMENTE AOS BENS INFORMÁTICOS.

A Revolução Tecnológica com suas novas tecnologias ocasionou a criação de novos bens intelectuais, os denominados bens informáticos.

A literatura contemporânea acerca do Direito Intelectual relativamente aos bens informáticos é escassa. Contudo, PAESANI^[27] os classifica na categoria de bens imateriais, compreendendo: o programa de computador (*software*) e o próprio computador (*hardware*).

Por parte da doutrina dominante,^[28] o estudo dos bens intelectuais envolvidos no fenômeno da Revolução Tecnológica da Informação objetiva a busca de uma proteção jurídica de forma isolada.^[29] Isto é, pelo direito autoral visa-se proteger o bem informático, que é programa de computador; e, pelo direito industrial, busca-se a garantia jurídica dos equipamentos (*hardwares*).

Inclusive, nos escassos casos que têm chegado aos tribunais brasileiros, parte-se de uma perspectiva clássica do Direito Intelectual, pautado nas Convenções de Paris de Direito Industrial e de Berna de Direito Autoral.^[30]

Há uma simetria no entendimento entre doutrinadores e juristas que tratam estes novos bens informáticos como uma complementação linear da perspectiva inicial de proteção dos ramos de Direito Autoral e Industrial, determinando seu enquadramento jurídico aos princípios previamente existentes.

É preciso lembrar-se que os primados clássicos da Propriedade Intelectual assentam a diferença entre o Direito Autoral e a Propriedade Industrial como sendo: quanto ao primeiro, a proteção e tutela da comunicação de idéias, da beleza e dos sentimentos do gênero humano; e quanto ao segundo, o sentido prático e transformador da matéria e da tecnologia que se pretende proteger, criando-se o direito de exploração exclusiva da mesma.

Desta forma, ganhou espaço no Brasil a tutela jurídica da propriedade intelectual com a promulgação de legislação recente sobre a matéria, da qual destacam-se:

- (i) a Lei n.º 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial;
- (ii) a Lei n.º 9.610/98, que veio alterar e consolidar a legislação sobre direitos autorais; e a
- (iii) Lei n.º 9.609/98, que tutela a propriedade intelectual sobre os programas de computador e sua comercialização no país.

Também no Brasil os bens informáticos são considerados pela legislação como bens intangíveis.

A propriedade intelectual do bem informático, dadas as suas características, pode ser tutelada pelo Direito Autoral ou pelo Direito Industrial. Vale dizer que serão tutelados pelo Direito Autoral os programas de computador, os bancos de dados e compiladores de textos, digitalizadores de músicas, dentre outros. Por sua vez, o Direito Industrial encarrega-se dos equipamentos informáticos, computadores, circuitos, placas, dentre outros.

Contudo, a complexidade imanente da tutela jurídica dos bens informáticos se multiplica com o advento da Sociedade da Informacional, sendo de fundamental importância o estudo do por que do tratamento diverso que é dado ao *software* no tocante a aplicação do direito moral do autor, para assim, compreendê-lo e delimitá-lo dentro da sistemática jurídica inerente ao direito autoral brasileiro.

A Lei n.º 9.609/98 é categórica ao prever, no parágrafo 1.º do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.^[31]

Os direitos morais do autor como já mencionado são inalienáveis e irrenunciáveis, significando que a autoria de um programa de computador não pode ser transferida para uma titularidade alheia. Os direitos morais são personalíssimos. Sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98^[32].

Aponta Luiz Fernando Gama PELLEGRINI:

O legislador foi bastante claro, ao determinar que por morte do autor os direitos morais previstos nos incisos I a IV do artigo 24, transmitem-se aos herdeiros. Qual o alcance deste parágrafo? Trata-se, em primeiro lugar, da aquisição do exercício de direitos, e não dos direitos morais, uma vez que o art. 27 determina expressamente serem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis. Vale dizer, que ocorrendo a morte do autor, os herdeiros passam a ter o exercício dos direitos morais, adquiridos através sucessão *causa mortis*, que consiste na preservação da obra, manutenção da sua integridade.^[33]

O autor de um *software* será sempre o seu criador, podendo a qualquer tempo reivindicar a paternidade, inclusive seus herdeiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merece maior atenção de análise, pois os direitos morais do criador do *software*, de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a

alterações não-autorizadas, persistirão após o prazo de proteção de cinquenta anos, depois do qual o *software* cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível.^[34]

Da mesma forma pode-se indagar sobre a quem competirá a defesa da integridade de um *software* que eventualmente venha a cair em domínio público, o qual poderá ser livremente reproduzido.

Neste caso, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 2.º da Lei n.º 9.610/98, que atribui competência ao Estado na defesa da integridade e autoria da obra.

A complexidade desta hipótese ainda é maior quando analisada a reciprocidade do princípio do Tratamento Nacional da Convenção de Berna e de Paris, em que estão asseguradas a cada nacional de todo Estado-membro as mesmas garantias que sejam asseguradas a um deles, incluindo-se as novas adesões; quer dizer, competirá ao Estado brasileiro, composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência comum para a proteção de programas de computador já de domínio público.

Ou, ainda, como hipotiza Hercoles Tecino SANCHES, quando alguma Organização Não-Governamental ou uma pessoa física pretender defender a autoria ou a integridade de obra de terceiros caída já no domínio público, deverá ela provocar a iniciativa do Estado.^[35]

Portanto, as questões que revestem os direitos morais sobre o *software* e seus desdobramentos ainda estão por ocorrer, uma vez que tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

6. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y Abraão. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. São Paulo : 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar. 2.^a ed.1997.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BASTOS, Aurélio Wander. **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.^a ed. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. São Paulo: Forense Universitária, 4.^a ed. 2002.

BRASI, Gabriel Di. Et al. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre: Editora Sagra, 1998.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, vol. I, tomo I.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, vol. I.

CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 1996.

CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 1996.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FDT, 1998.

Factbook **Comércio Eletrônico**. DAVARA & DAVARA. Editorial Aranzadi: Navarra, 2001.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, vol. I, p. 138

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. São Paulo : Record, 4.^a ed. 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 318.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 3.^a ed. 2002.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : Zavalía Editor, 1993.

OLIVEIRA, Jaury N.; WILLINGTON, João. **Anotações à Lei do Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais. Um século de Proteção Autoral no Brasil – 1898-1998**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004.

PIMENTA, Eduardo. **A jurisdição voluntária nos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2002.

Propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho administrativo. Madrid: Editorial Dykinson, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito Civil**. 6. ed. vol. II. São Paulo : Bookslller, 1999.

SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002.

SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. São Paulo: Saraiva, 2.^a ed., 1998.

Software. Lei, comércio, contratos e serviços de informática. CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Rio de Janeiro: Ed. Adcoas, 2000.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

ZUCCHERINO, Daniel R. *El derecho de propiedad del inventor*. Buenos Aires: AdHoc, 1995.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2002

[1] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 2.ed. São Paulo: Forense, 1962, p. 318

[2] “O direito de autor representa, pois, um poder de domínio (*potere di signoria*) sobre um bem imaterial (*jus in re intellectuali*), o qual, pela natureza especial deste bem,

abrange, no seu conteúdo, faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial. Este direito deve ser qualificado como direito pessoal-patrimonial, e a denominação que mais lhe convém é a de direito de autor.” CERQUEIRA, João Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1946, vol. I, p.96.

[3] *Copyright Act* (17 U.S.C.parágrafo 106-A)

[4] Antes da entrada dos Estados Unidos no tratado da União de Berna já vigoravam várias legislações estaduais salvaguardando formas de direitos morais, como ocorria no Estado da Califórnia desde 1779, da mesma forma a própria legislação Estadunidense era interpretada pelos Tribunais nos casos concretos de forma a conferir proteção análoga aos direitos morais previstos na Convenção de Berna.

[5] Bens imateriais: não possuem existência corpórea, contudo, mensuráveis economicamente, sempre são fruto da criação e do esforço do intelecto humano, que fixados em um suporte físico adequado tornam-se perceptíveis e utilizáveis nas relações sociais.

[6]“As origens, a história, o regime e as relações decorrentes das propriedades sempre foram assunto de interesse entre os filósofos, historiadores, juristas, economistas e religiosos. (...) Talvez nenhum instituto jurídico brasileiro tenha resistido tanto às transformações quanto o da propriedade. Desde a Constituição do Império do Brasil de 1824, que no artigo 179, número 22, garantia a propriedade em toda a sua plenitude, até às limitações da Carta vigente, o princípio vem-se mantendo. Tal como ocorreu na França com a propriedade, ao ser incluída na “Declaração” de 1789 entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem, como forma de conter o Absolutismo, a Carta de 1824 denotou preocupação semelhante, embora seus desdobramentos revelem, como veremos, conseqüências mais complexas. (...) O instituto da propriedade, no qual Clóvis Bevilacqua reconhece a natureza de bem econômico, foi objeto do título II da parte especial do Código Civil. Preferiu o ilustre civilista conferir disciplina distinta aos bens em geral (distinguindo-os das coisas e dos bens econômicos), entre os quais inclui os de ordem moral, inapreciáveis, como a vida, a liberdade, a honra e os que são objeto do direito de família. Para esta posição, Clóvis lembra a proposta feita por Teixeira de Freitas (“Esboço”, art. 377) para definir “coisa”: todo objeto material suscetível de medida de valor”. (...) Na realidade, o Código Civil brasileiro evitou a restrição contida na parte final do artigo 544 do Código Civil francês, que garante ao proprietário o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta “*pouvou qu'on n'em fasse pas um usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. O próprio Clóvis reconhece que, através deste dispositivo, o Código de Napoleão procurou “conciliar a extensão dos poderes individuais do proprietário com as exigências do interesse público”. (...) As únicas restrições mencionadas por Clóvis à propriedade eram os princípios relativos ao usucapião e à desapropriação por utilidade pública, consignados no próprio Código Civil; e fora dele, os impostos, as prescrições municipais por motivos de higiene, de utilidade e de aformoseamento. A natureza destas limitações revela o tipo de comportamento do Estado nos primeiros tempos de República”. VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1993, p. 140-146. Ver também a definição legal estabelecida pelo Código Civil em vigor, nos artigos 1.228 e seguintes.

[7] “ A idéia de pessoa é fundamental tanto no domínio da Ética como no campo estrito do Direito. A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais. A personalidade do homem situa-o como ser autônomo, conferindo-lhe dimensão de natureza moral. No plano jurídico a personalidade é isto: a *capacidade genérica de ser sujeito de direitos*, o que é expressão de sua autonomia moral”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 232.

[8]“A propriedade intelectual pode ser conceituada como o direito de uma pessoa sobre um bem imaterial. As regras, ou leis, que disciplinam esse direito comumente estabelecem as relações de dependência entre a propriedade do bem imaterial e alguns parâmetros. O autor de uma obra literária, ou artística, usufrui da proteção relativa ao bem, concedida pelos direitos autorais, limitada a um certo período, que varia de acordo com o previsto na lei ou Convenção adotada por cada país. O direito outorgado a um inventor, o qual garante o poder deste sobre a invenção, fica condicionado a um prazo determinado pela lei. Vencido o prazo, o direito à propriedade é retirado, caindo em domínio público.” BRASI, Gabriel Di. Et al. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 17.

[9]“Abrange a propriedade imaterial, tanto os direitos relativos às produções intelectuais do domínio literário, científico e artístico, como os que têm por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial. Tendo a mesma natureza, o mesmo objeto, isto é, a criação intelectual, e o mesmo fundamento filosófico, além de possuírem acentuada afinidade econômico-jurídica e apresentarem inúmeros pontos de contato, esses direitos formam uma disciplina jurídica autônoma, cuja unidade doutrinária e científica repousa na identidade dos princípios gerais que regem seus diversos institutos.” CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro : Forense, 1946, vol. I, tomo I, p. 69.

[10]“*La propiedad intelectual está recogida en nuestra legislación como un tipo de propiedad especial centrada en el hecho de la intangibilidad del objeto sobre el que se desarrolla. No es que no se puedan realizar con este tipo de objetos las mismas acciones que con los objetos tangibles, es decir, venderlos, cederlos, intercambiarlos, donarlos, etc., pero sin embargo, al tratarse de un bien intangible precisa de unas características de protección especiales.*” Factbook **Comércio Eletrônico**. DAVARA & DAVARA. Editorial Aranzadi : Navarra, 2001, p. 145.

[11]“*En la Antigüedad clásica los valores económicos de la obra no estaban incorporados aún a la pauta de la obra creada ya que se incorporaban únicamente al ejemplar físico o material de la obra. Los motivos de que esto fuera así residían básicamente en el hecho de que se carecía de medios de reproducción y el verdadero beneficio al que se aspiraba era la fama que la obra implicaba para su autor. No obstante el derecho moral del autor ya aparecía reconocido en esta época en la medida en que se consideraba que la obra le pertenecía, siendo ilícita la usurpación de su paternidad, la publicación contra su consentimiento o el plagio. Durante la Edad Media se ahondó aún más en la tendencia de la Antigüedad clásica de no otorgar valor económico a la pauta que la obra implicaba, concediéndoselo únicamente al ejemplar material de la creación. La religiosidad de la época imprimió una especial tendencia a la concepción de que los conocimientos de los autores y artistas procedían de Dios y por tanto existía el deber de darlos a conocer al público, por lo que tanto el*

conocimiento como la obra pertenecían a la comunidad entera. El único que obtenía un beneficio económico era el empuñador por la realización de su trabajo. En cuanto al artista, percibía la paga por la producción de su obra pero la copia ajena de ese original aún no se consideraba lesión de su derecho. Fue la aparición de la imprenta lo que supuso el punto de inflexión en la protección de estos derechos y asimismo la protección del grabado y de la música surgirían cuando fueron descubiertos los medios de difusión y reproducción que pusieron de manifiesto la diferencia entre lo que era el original y la copia de la obra.” RODRIGUEZ, Carmen Fernández. **Propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho administrativo**. Madrid : Editorial Dykinson, 1999, p. 45.

[12] Neste sentido ver: GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. São Paulo : Record, 4.ª ed. 2001, p. 30.

[13] “Picard y Köhler sostuvieron que tanto los derechos del autor, literarios, artísticos o del inventor, como los derechos sobre las marcas de fábrica eran de naturaleza distinta de los derechos reales y personales. Dichos autores señalan que ni respecto del derecho del inventor como tampoco en relación de otros derechos de propiedad. Ya que no alcanza el tradicional concepto de propiedad, resulta necesario – en opinión de dichos autores – el establecer derecho inmaterial) y tal modo – en su opinión – evitar forzar las tradicionales clasificaciones procurando introducir nuevos derechos desconocidos al tiempo en que se originaron las mencionadas clasificaciones. Köhler sostiene por su parte, que el derecho de autor o del inventor no es un derecho de propiedad, sino un derecho afín, que tiene el mismo fundamento, pero que se diferencia en que recae sobre un bien inmaterial. Difiere también en que no es un derecho perpetuo, sino limitado en el tiempo.” ZUCCHERINO, Daniel R. **El derecho de propiedad del inventor**. Buenos Aires : AdHoc, 1995, p. 53.

[14] Neste sentido ver: HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo : Editora Unisinos, 3.ª ed. 2002, p. 69 a 80; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro : Renovar. 2.ª ed. 1997, p. 129 a 156; BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2.ª ed. 2002, p. 18; ABRÃO, Eliane Y Abraão. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo : Editora do Brasil, 2002, p. 74 a 79; CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro : Forense, 1946, vol. I, tomo, p. 69-70; ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo : Irmãos Vitale, 2001, p. 21-22; CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo : LTr, 1996, p. 147-148; SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999, p. 99 a 101; CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre : Editora Sagra, 1998, p. 74 a 80; GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. São Paulo : Record, 4.ª ed. 2001, p. 37-38; BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. São Paulo : Forense Universitária, 4.ª ed. 2002, p. 2; COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autorial no Brasil**. São Paulo : FDT, 1998, p. 72 a 76; BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual. Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2003, 5-6; SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. São Paulo : Saraiva, 2.ª ed., 1998, p. 66-67; ZUCCHERINO, Daniel R. **El derecho de propiedad del inventor**. Buenos Aires : AdHoc, 1995, p. 174; LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : Zavalía Editor, 1993, p. 283-284.

[15] Neste sentido ver: BASTOS, Aurélio Wander. **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 1997, p. 232.

[16] RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito Civil**. 6. ed. vol. II. São Paulo : Bookseller, 1999, p. 462.

[17] A exceção dos países anglo-saxões em que a tutela se opera pelo *copyright*, que é um direito reservado a determinado titular desde a concessão do primeiro registro, sua origem remonta à invenção da imprensa. Neste sentido ver: PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais. Um século de Proteção Autoral no Brasil – 1898-1998**. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004, p. 21; HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3^a.ed. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2002, 193-194.

[18] “A nomenclatura usual é direito moral, que foi usada pela primeira vez por André Morillt, na França, em 1872, para indicar as prerrogativas, que tem a personalidade do autor, sobre sua criação intelectual – a obra. O que fez no livro intitulado *De la Personnalité du Droit de Copie qui Appartient à um Auteur Vivant*. Motillot entendia que: “o direito moral origina-se antes do direito natural que do direito positivo. Na sua opinião, o direito moral não tem necessidade de ser especialmente consagrado por nenhum texto.” PIMENTA, Eduardo. **A jurisdição voluntária nos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2002, p. 71.

[19] “Tem, como aspecto moral do direito autoral esse fundamento original de se exigir para o criador intelectual o respeito no que tange à sua pessoa, seu espírito criativo e sua ligação com a obra, podendo, ao revés, combater tudo o quanto venha a prejudicar sua boa fama enquanto autor, ou a qualidade de sua criação.” ARAUJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. São Paulo : 1999, p. 33.

[20] Convenção de Berna em seu artigo 6.º bis: 1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor e, mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação. 2) Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1.º antecedente, mantêm-se, depois de sua morte, pelo menos até a extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso.

[21] Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 4; SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002, p. 48.

[22] “A Lei 6.910/98 inovou em matéria de direito moral, criando em parte, restrição ao seu exercício, no que diz respeito à retirada de circulação ou de suspensão de utilização já autorizada. A restrição reside no fato de limitar o exercício de tal direito moral a hipótese em que a “circulação ou utilização implicarem afronta” a reputação ou à imagem do autor. É tema que, por certo, suscitará muita divergência, tanto no campo doutrinário quanto no próprio cumprimento da lei, não sendo difícil prever que daí

advirão muitas demandas”. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 25.

[23] “Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, vol. I, p. 138.

[24] “Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. (...) Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.” RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 61.

[25] Lei n. 9.610/98 – Art. 66. O autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver. Parágrafo único. O editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, ofendam sua reputação ou aumentem sua responsabilidade. Art. 67. Se, em virtude de sua natureza, for imprescindível a atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.

[26] OLIVEIRA, Jaury N.; WILLINGTON, João. Anotações à Lei do Direito Autoral. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 110.

[27] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**. 2.^a ed. São Paulo : Atlas, 1999, p. 23.

[28] “Quando a Lei do *Software* evoca a proteção pelos Direitos Autorais e conexos, insere-se o *software* no âmbito das coisas protegidas pela legislação internacional, entendendo-se como tal as convenções internacionais, e o *software* deixa de pertencer somente ao Direito Interno dos países conveniados. Há que estar, porém, protegido por lei interna não conflitante com as convenções internacionais. Com raras e honrosas exceções, o Direito Interno é soberano, e a norma específica é que vale, neste caso. Nenhum Tratado, Convenção, Pacto ou qualquer outro acordo celebrado entre países consegue estabelecer-se acima das leis internas – exceção feita a conglomerados de países, cujo exemplo típico é a União Européia.” **Software. Lei, comércio, contratos e serviços de informática**. CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Rio de Janeiro : Ed. Adcoas, 2000, p. 22.

[29] “O programa de computador ficará protegido desde que o original no sentido de que seja uma criação intelectual própria de seu autor. Não se aplicará nenhum outro critério para conceder a proteção”. CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo : LTr, 1996, p. 53.

[30] Neste sentido encontramos o julgado unânime da 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 8 de maio de 2003, publicado no DJU n.º 122, p. 240, de 30/06/2003, cuja relatora foi a ministra Nancy Andryghi, e que diz, *in verbis*: “O programa de computador (*software*) possui natureza jurídica autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias”.

[31] Lei 9.609/98 - Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei. § 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação. § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. § 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. § 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes. § 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa. § 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel.

[32] Lei n. 6.910/98 –Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

[33] PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 21.

[34] Neste sentido ver Antonio CHAVES in RT 433/11.

[35] Neste sentido ver SANCHES, Hércules Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999, p. 101.

**O ATIVO INTANGÍVEL DOS BENS IMATERIAIS E DA ORGANIZAÇÃO
PRODUTIVA DA EMPRESA COMO ATRIBUTO DO ESTABELECIMENTO
EMPRESARIAL. ***

**THE GOODWILL OF INTANGIBLE PROPERTY AND THE ORGANIZATION
OF THE COMPANY AS ATTRIBUTE OF THE GOODWILL OF TRADE.**

Fábio Gabriel de Oliveira

RESUMO

Artigo jurídico e acadêmico sobre o ativo intangível oriundo da propriedade intelectual e da organização produtiva da empresa. Apresenta ao leitor uma análise multidisciplinar do conceito do estabelecimento; sua distinção frente ao patrimônio do empresário e sua composição. Analisa como se forma o valor imaterial do estabelecimento empresarial e discorre sucintamente sobre a volatilidade da apreciação econômica da propriedade intelectual da empresa. Analisa, em apertada síntese, a contabilidade dos valores imateriais e sugere, ao final, a valorização do princípio da separação da sorte do empresário com a sorte da empresa com o fim de propiciar maior eficiência alocativa na extinção de uma sociedade empresária.

PALAVRAS-CHAVES: ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL; DIREITO EMPRESARIAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL; AVIAMENTO.

ABSTRACT

Academic article of the intangible assets and intellectual property that arises from the organization's output of the company. It presents the reader a multidisciplinary examination of the concept of the goodwill of trade. Tells how to form the value of the goodwill and talks briefly about the volatility of the economic assessment from intellectual property of the company. Examines the Statements of financial Accounting Concepts, the accounting of intangible values and suggests, at the end, the recovery of the principle of separation of luck of the owner to the luck of the company in order to provide greater allocative efficiency in the extinction of the company.

KEYWORDS: GOOD WILL OF A TRADE; BUSINESS LAW; INTELLECTUAL PROPERTY; GOODWILL.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO.

Não há dúvidas que a Teoria da Empresa e a nova legislação falimentar, bebem da fonte da Economia. O conceito de jurídico de empresa como atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, partiu inicialmente da Economia e, posteriormente, foi adotado pelo Direito.

O presente artigo tem o objetivo definir de forma multidisciplinar a importância do ativo intangível gerado com a organização produtiva do estabelecimento e dos bens imateriais que o compõem, o aviamento. Potencial de lucratividade inerente aos bens do estabelecimento já organizado para a atividade produtiva.

O aviamento dos bens imateriais do estabelecimento, que compõem o acervo patrimonial da sociedade empresária, deve estar devidamente diferenciado do patrimônio do empresário para a correta interpretação destes institutos.

Afinal, tentaremos demonstrar nas linhas abaixo que o aviamento e sua companheira inseparável, a clientela, são qualidades ou atributos do complexo de bens organizado pelo empresário ou de determinados bens imateriais do seu acervo, mas, não são de sua propriedade e nem fazem parte do seu patrimônio da mesma forma que os bens corpóreos.

Assim, iniciaremos este trabalho conceituando o estabelecimento; posteriormente faremos a sua distinção com o patrimônio; informaremos a sua composição, dando ênfase à propriedade intelectual, para que, ao final, possamos realmente entender a importância do ativo intangível no mercado e, também, porque ele não é expresso no balanço patrimonial dos empresários.

1. CONCEITO DE ESTABELECIMENTO.

Para o exercício da empresa é preciso que o empresário organize os instrumentos necessários para a produção e para a circulação de bens ou de serviços. Tais instrumentos são denominados *fatores de produção*. [1]

O fator empresariedade, também conhecido como capacidade empresarial, é responsável por mobilizar e organizar os outros fatores (terra, capital, tecnologia e trabalho) em vista à atividade produtiva. (ROSSETTI, 2006, p. 139) Tal organização normalmente se faz com a formação de um estabelecimento empresarial que reúne todos os instrumentos necessários para a atividade.

A noção de estabelecimento empresarial sempre esteve vinculada a idéia da casa de comércio. João Eunápio Borges afirma que o estabelecimento é:

O gênero a que, desde as maiores e mais luxuosas casas comerciais até a mais modesta loja ou botequim, pertencem às diversas espécies de negócios. Mesmo o comerciante ambulante, embora não estabelecido em parte alguma tem o seu estabelecimento comercial, o seu fundo de comércio. (1976, p.187-188)

Desde as mais rudimentares formas de atividade econômica às mais complexas, sempre há um estabelecimento, mesmo para o empresário que “não esteja *estabelecido* em lugar algum”. (ROCHA FILHO, 1993, p. 222) Porém, é cediço que a idéia de estabelecimento surgiu com a formação das casas de comércio *per se*. Sua evolução histórica confunde-se com a própria evolução da produção e da divisão do trabalho, afinal, ele é o “organismo econômico, existente desde que se viu o homem na contingência de armazenar produtos da natureza e da indústria, a fim de revendê-los.” (FERREIRA, 1956, p. 16)

Trata-se da compreensão estática e restrita do estabelecimento, empregado no sentido de “armazém ou loja aberta ao público pelo comerciante.” (MAGALHÃES, 1951, p. 13)

Esta noção de estabelecimento já existia desde Roma. Barbosa de Magalhães informa que “havia diversas palavras para exprimir a mesma idéia: - *negotium, mensa, merx, taberna, mercatura, negotiatio.*” (1951, p. 10)

No direito francês o estabelecimento empresarial pode ser conhecido como “*founds de commerce, maison de commerce, établissement commercial*; no italiano, *azienda, fondo, fondaco*; no espanhol, *hacienda, empresa*; no anglo-americano, *godwill, business*; no holandês, *zaak, handelszaak*; no alemão, *geschäft, handelsgeschäft, haus, handlug, unternehmen* etc.” (BORGES, 1976, p. 188) [2]

Com a evolução econômica e jurídica, o estabelecimento passou a ser compreendido de forma mais ampla e dinâmica. Tanto os juristas quanto os economistas perceberam que o estabelecimento também era composto pelo trabalho das pessoas envolvidas na atividade econômica. Esse trabalho se mostrava através da **organização dos bens**. Neste sentido o estabelecimento na sua forma dinâmica passou a ser o “*conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa singular ou colectiva.*” (MAGALHÃES, 1951, p. 13)

Como dito, toda atividade econômica organizada deve reunir e mobilizar os instrumentos necessários para seu exercício. Esses instrumentos se revestem em bens que são fator terra e o fator tecnologia adquiridos com o fator capital. O complexo de bens **organizados** é o estabelecimento.

Assim, o Estabelecimento passa a ser encarado na doutrina jurídica como algo além da casa de comércio. Ou seja, sob a perspectiva de complexo de bens **organizado** para o exercício da empresa pelo empresário, Trata-se do aspecto amplo e dinâmico do estabelecimento apontado pelo doutrinador luso.

E cedição que, o complexo de bens **organizados** possui um valor agregado maior do que a soma dos bens isolados. Pois há um enorme custo de oportunidade e de transação para organizar os bens em vista à atividade. Assim, o custo do estabelecimento é superior ao custo unitário dos bens que o compõem. O mercado valoriza o complexo de bens já organizado. Este é o valor agregado inerente à organização produtiva. Conforme informa Pontes de Miranda, “o que acontece é que, com a organização e o funcionamento, a empresa faz *a, b e c*, juntos valerem mais que a soma deles”. (1956, p. 365)

O aspecto amplo e dinâmico do estabelecimento abrange esse sobrevalor incorpóreo da organização produtiva.

Afinal, elaborada pelo empresário, a **organização** dos componentes corpóreos e incorpóreos necessários à atividade, é uma condição *sine qua non* para que a empresa seja eficiente nas suas trocas e, com isso, tenha o lucro necessário para sua sobrevivência no mercado. Ser eficiente e lucrar são os objetivos primeiros da empresa.

Assim, o aspecto dinâmico do estabelecimento compreende hoje a **organização** do complexo de bens. Ou seja, a mobilização dos bens para a atividade econômica criando um “organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1955, p. 16)

Oscar Barreto Filho (1988, p.63) informa que o Estabelecimento, se apresenta, “sob o ponto de vista econômico, como um organismo unitário resultante da **organização** concreta dos fatores da produção dirigida para uma determinada atividade produtiva.”. Em entendimento similar Barbosa de Magalhães (1951, p. 13) aduz que “sob o ponto de vista económico, estabelecimento comercial é, num sentido amplo, *a organização técnica constituída por todos os factores que servem para o exercício de uma actividade comercial*”.

Percebe-se, assim, que a definição jurídica ampla e dinâmica do estabelecimento possui estreita relação com o estabelecimento sob a perspectiva econômica.

Exatamente sob essa perspectiva econômica o Código Civil nacional conceituou no seu art. 1.142 o estabelecimento.

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens **organizado**, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Portanto, fica clara a vinculação do conceito de estabelecimento a “outro elemento, representado pela **organização** que é dada a estes bens para o exercício da empresa.” (PIMENTA, 2004, p. 99-100) Assim, se conclui que sempre que houver estabelecimento haverá empresa e sempre que houver empresa haverá estabelecimento[3].

Cabe agora traçar algumas outras considerações relevantes para a distinção deste instituto com o patrimônio do empresário.

2. DISTINÇÃO ENTRE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E PATRIMÔNIO.

A empresa, sob a perspectiva subjetiva do empresário é sempre considerada de forma unitária. Exatamente como o patrimônio das pessoas de direito.

A confusão entre as noções de patrimônio e estabelecimento sempre existiu na doutrina. Assim, para a continuidade do presente estudo é preciso distinguir o que significa cada um desses termos.

Inicialmente, é preciso compreender que cada pessoa só possui um patrimônio. Esse patrimônio é a garantia das suas obrigações. Realmente, a maioria dos bens do estabelecimento faz parte do patrimônio do seu titular. Como o estabelecimento é de titularidade desta mesma pessoa, é possível até afirmar que o estabelecimento integra o patrimônio da pessoa. Contudo, existe uma grande diferença no aspecto funcional destes bens, veja-se o que informa Nelson Nery Júnior:

Esses bens devem estar organizados para a atividade da empresa, vale dizer, devem ter ligação intrínseca entre si – ligação funcional, na linguagem de Ferrari -, para que possam constituir-se e caracterizar-se como integrantes do estabelecimento. Um conjunto ou agrupamento de bens isolados, sem a ligação funcional, em princípio não se caracteriza como estabelecimento, mas sim como integrante do patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. (2002, p. 227)

Portanto, somente os bens ligados à atividade fim do empresário fazem parte do estabelecimento e todos os bens de propriedade da pessoa fazem parte do seu patrimônio.

Sylvio Marcondes (1970, p. 85) após breve exposição, conclui que o patrimônio é: “a) conjunto de relações jurídicas; b) apreciáveis economicamente; c) coligadas entre si, por pertinentes a uma pessoa.”

Não vamos aqui, pois não é o objeto deste estudo, nos alongar nas teorias que estudam a natureza jurídica e a separação do patrimônio. Contudo, é preciso deixar claro a similitude do conceito de patrimônio tanto em Direito quanto em Contabilidade.

O patrimônio sempre foi, para o Direito, um complexo de relações jurídicas composta de bens, de direitos e de obrigações. Neste sentido conceitua Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 988): “conjunto de bens de propriedade de um sujeito de direito, bem como suas

obrigações ativas e passivas.” E também De Plácido e Silva (2006, p. 1014) que afirma ser o patrimônio juridicamente tanto no Direito Civil, quanto no Comercial e no Público “conjunto de bens, de direitos e obrigações, aplicáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencente a uma pessoa natural e jurídica.”

Lucas Rocha Furtado (2005, p. 971) aduz que, contabilmente, o patrimônio é o “conjunto de bens, direitos e obrigações de qualquer pessoa física ou jurídica.” No mesmo sentido o contabilista Hilário Franco (1982, p. 20) define o patrimônio como “um conjunto de bens, direitos e obrigações vinculadas a uma pessoa ou entidade.”

Portanto, fica evidente que nesses dois sentidos (contábil e jurídico) o conceito patrimônio é idêntico. Porém, não é correto afirmar, nem para o Direito nem para a Contabilidade, que o estabelecimento está contido no patrimônio da pessoa nem também afirmar que o patrimônio está “compreendido na universalidade que irá constituir o estabelecimento”. (FURTADO, 2005, p. 972).

O certo é que são, os dois, de titularidade de uma pessoa de direito e que, por causa disso, constituem o acervo garantidor dos débitos constituídos no exercício da empresa. Mas são dois institutos diferentes e não há como um conter o outro totalmente.

O art. 45 do Código Civil informa que a existência legal das pessoas jurídicas começa a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Com o registro a sociedade empresária adquire personalidade jurídica e, por isso, ela passa a possuir patrimônio próprio, separado do patrimônio das pessoas físicas que compõem o seu quadro societário. No caso do empresário individual não existe separação entre o patrimônio da empresa e o seu patrimônio pessoal.

O patrimônio da sociedade empresária é, inicialmente, constituído pelo capital investido pelos sócios na sociedade. “Da transformação do capital num complexo de bens apropriados para o exercício da atividade mercantil resulta o estabelecimento.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 62)

Assim, o Estabelecimento no seu ponto de vista estático está contido no patrimônio da pessoa. Porém no seu ponto de vista amplo e dinâmico o patrimônio não comporta o estabelecimento.

Ora, o fator organização e clientela que geram o potencial de lucratividade de alguns bens, principalmente os imateriais, não estão contidos no patrimônio da sociedade empresarial, tanto no seu conceito jurídico quanto no seu conceito contábil.

A propriedade intelectual das sociedades empresárias, direitos patrimoniais de obras artísticas, marcas, inventos, etc. possuem um potencial de lucratividade que é definido economicamente por critérios especulativos do mercado.

Afinal, tanto em Direito como em Contabilidade o patrimônio ativo da pessoa sempre é auferido mediante a simples soma do valor aritmético dos seus componentes. Existe, tanto em Direito Empresarial quanto em Contabilidade a noção que o patrimônio de um empresário se expressa com o Balanço Patrimonial, ferramenta indispensável para controle da empresa e para a fiscalização administrativa.

Todas as sociedades regularmente constituídas são obrigadas a elaborar o balanço patrimonial. O balanço é o reflexo fiel do patrimônio da sociedade empresária. Ele se divide em ativo, passivo e patrimônio líquido. (FRANCO, 1982, p. 20)

Trata-se de um resultado aritmético (patrimônio líquido) oriundo da diminuição do ativo pelo passivo. O ativo é composto pela soma dos créditos, direitos e bens do empresário e o passivo pelas suas obrigações.

O Art. 1.188 do Código Civil informa que o balanço patrimonial deverá exprimir com fidelidade e clareza a situação real da empresa.

Contudo, não é isso que acontece.

Mesmo com a entrada em vigor da Lei 11.638/07, que alterou os artigos que regulamentam a contabilidade das sociedades empresárias, na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), não há como capitalizar de forma explícita o ativo intangível de uma empresa.

O ativo se assemelha ao estabelecimento, porém, o fator organização, que se exprime pela clientela, não é computado na conta do ativo. Os “elementos não patrimoniais, como a expectativa de lucro, a clientela ou o bom nome que o empresário mantenha na praça, que compõem o estabelecimento, não integram o patrimônio.” (FURTADO, 2005, p. 971). Realmente não existe na conta do ativo o valor intangível inerente à propriedade intelectual e à organização produtiva. Este sobrevalor é uma “*qualidade* ou *atributo* inerente ao complexo de bens que é formado o estabelecimento” (BARRETO FILHO, 1988, p. 172) e, sendo assim, não são de propriedade do empresário e, portanto, não fazem parte do seu patrimônio.

Segundo Kamil Idris (2005, p. 4) o ativo intangível compreende “o capital humano, os equipamentos, os ativos de propriedade intelectual e todos os outros valores que não podem ser convertidos imediatamente em capital.”

No mercado, evidentemente, todos sabem que o valor econômico real de uma empresa é maior do que o patrimônio líquido da sociedade empresária expresso no balanço patrimonial. Exatamente porque existe, no estabelecimento empresarial e, mais especificadamente, na propriedade intelectual do empresário, um sobrevalor incorpóreo que não está contido no patrimônio. Afinal, o sobrevalor incorpóreo dos bens está diretamente ligado à clientela. Esta que não pode ser objeto de alienação. Afinal, ninguém pode ser obrigado a continuar gostando de uma marca ou de qualquer outro bem imaterial que compõe o estabelecimento.

Não há como querer que o patrimônio seja algo para o Direito Empresarial e outra coisa para a contabilidade e para o mercado. Ou seja, o patrimônio é, para as duas ciências, o conjunto de bens, direitos e obrigações de determinada pessoa, singularmente considerados e expressos pelo balanço patrimonial. O sobrevalor econômico dos bens que compõem o acervo do estabelecimento é extrapatrimonial e não contabilizado, pois é uma qualidade ou atributo extremamente volátil de determinado complexo de bens já organizados para uma atividade econômica.

Segundo Antônio Lopes de Sá (2000, p. 47) o valor imaterial de uma empresa expressa “uma utilidade que dimana do que não se espelha fisicamente e cuja expressão é, muitas vezes, incerta e, no sistema demonstrativo contábil tradicional, quase sempre oculta.”

Quando entrarmos no estudo do aviamento, analisaremos com mais profundidade as consequências jurídicas e econômicas desta separação entre o sobrevalor incorpóreo do estabelecimento e o patrimônio do empresário. Contudo, é preciso que, desde já, fique entendido que o sobrevalor incorpóreo do estabelecimento não é propriedade do empresário nem faz parte do seu patrimônio, é um atributo ou qualidade do estabelecimento, enquanto vivo e organizado.

Assim, entendemos que é errado afirmar que o estabelecimento está contido no patrimônio do empresário.

No que se refere à alegação de que o patrimônio está contido no estabelecimento. Não há a menor dúvida que uma pessoa de Direito pode possuir dois ou mais estabelecimentos. Fato que importa na inviabilidade lógica de um estabelecimento conter todo o patrimônio de uma empresa.

Ademais, há também os bens que são de propriedade do empresário e, assim, integram o seu patrimônio, porém não fazem parte do complexo organizado para a atividade, como um bem adquirido em dação de pagamento, mas que não é utilizado em sua atividade, por exemplo, se concluindo que não fazem parte do estabelecimento.

3. A COMPOSIÇÃO DO ESTABELECIMENTO

A composição do estabelecimento varia de acordo com o ramo de atividade do empresário. Afinal, o empreendedor possui ampla autonomia na escolha do complexo de bens necessário para o exercício eficiente da sua atividade.

O objeto social do empreendimento apresentará indícios dos instrumentos necessários para a empresa, contudo, é o gênio inventivo do homem que decidirá com quais bens ele organizará sua atividade produtiva.

Exatamente por causa dessa autonomia do empreendedor, não há como fazer uma lista exaustiva o suficiente para descrever todos os possíveis elementos materiais e imateriais dos estabelecimentos empresariais.

Porém, no aspecto amplo e dinâmico do estabelecimento, expresso no art. 1.142 CC, observamos que só existem dois elementos essenciais para a composição do estabelecimento empresarial: o *complexo de bens* e a *organização*.

3.1. O Complexo de Bens.

Inicialmente, é preciso deixar claro que nenhum bem, isoladamente considerado, é imprescindível para a caracterização do estabelecimento empresarial. Assim, não existe elemento que, *a priori*, possa ser considerado como essencial ao complexo de bens. Variando sua essencialidade de acordo como gênero da empresa. (PONTES DE MIRANDA, 1956, p. 371)

Conforme alerta Eduardo Goulart Pimenta (2004, p. 101), o administrador da empresa deve praticar seus atos necessariamente para a realização do objeto social do empreendimento e, por conta disso, a maioria dos bens do empresário devem servir para instrumentalizar a sua atividade e, portanto, fazem parte do seu estabelecimento.

Os bens do complexo que pertencem ao empresário integram o seu patrimônio ativo contábil e, por conta disso, são as garantias do adimplemento de suas obrigações. Ele é composto na sua maioria por bens estáticos e, quando isoladamente considerados, o empresário possui sobre eles direito real.

O complexo de bens se forma inicialmente com a integralização do fator capital que possibilita o investimento nos instrumentos materiais e imateriais necessários para realizar, com eficiência, a atividade econômica escolhida pelo empreendedor.

A eficiência nas trocas gera o lucro que é reinvestido na atividade produtiva. Cria-se assim, a necessidade de maior instrumentalização da empresa, ampliando, por conseguinte, o estabelecimento. Portanto, o estabelecimento empresarial é uma universalidade que está sempre em eterna formação.

A atividade empresarial é dinâmica, da mesma forma o seu complexo de bens, assim, o empreendedor constitui e reconstitui constantemente os seus instrumentos de trabalho, sempre em vista a maior eficiência produtiva e econômica.

A doutrina de forma majoritária divide o complexo de bens em bens corpóreos e bens incorpóreos.

Os bens corpóreos são de existência real e palpável. Ocupam espaço no mundo físico e, para fazer parte do estabelecimento, devem possuir vínculo funcional com a atividade do empresário. Ou seja, caso determinada instituição financeira, receba determinado bem como dação em pagamento, e, este mesmo bem, não se encaixa na sua empresa, ele fará parte do patrimônio do empresário, mas não do seu estabelecimento. Falta a este bem o vínculo funcional com a atividade.

Lado outro, existe bens que compõem o estabelecimento, mas que não são do patrimônio do empresário. Por exemplo, um pequeno estabelecimento especializado em foto-cópia, em que as máquinas foto-copiadoras são arrendadas. Como não são de propriedade do empresário não fazem parte do seu patrimônio, mas compõem o seu estabelecimento, pois são bens organizados para a atividade. No caso da alienação unitária do estabelecimento, as partes decidirão se é interessante ou não a sub-rogação do contrato de arrendamento, nos termos do art. 1.148 CC.

Os bens corpóreos se dividem em bens móveis e bens imóveis.

Quanto aos bens corpóreos não há muitas controvérsias, devem ser devidamente descritos no balanço patrimonial. Costumam ser amortizados na medida em que são utilizados pela empresa. Há também os bens destinados ao comércio como as mercadorias, estas são contabilizadas no estoque do ativo circulante.

Diferente dos bens corpóreos, os bens incorpóreos não ocupam espaço no mundo físico. “São ideais, frutos da elaboração abstrata da inteligência ou do conhecimento humano.” (REQUIÃO, 2003, p.284)

Não há como aprioristicamente determinar quais são todos os possíveis bens imateriais que poderão compor o estabelecimento de uma empresa.

Caso um empresário detenha os direitos econômicos de várias obras artísticas e literárias elas então farão parte do seu acervo patrimonial. Estas obras intelectuais podem também ser utilizadas como instrumentos da sua atividade, como no caso, por exemplo, de uma emissora de televisão. Assim, farão parte do seu estabelecimento como bens imateriais. Afinal, estamos nos referindo aos direitos de exploração das obras literárias e artísticas, exploração com o fim de lucro. Diferente do direito moral do autor que é personalíssimo e intransmissível. (BARRETO FILHO, 1988, p. 158-159)

Algumas propriedades intelectuais são reguladas pelo ordenamento com o fim de proteger e incentivar o gênio criativo e empreendedor humano. A tutela dos inventos e das criações industriais defere às pessoas jurídicas, a propriedade de determinados objetos de natureza incorpórea. Trata-se de uma medida de internalização das externalidades positivas das criações industriais, a fim de incentivar o desenvolvimento tecnológico e científico, são as chamadas *Propriedades Industriais*.

Outro bem incorpóreo extremamente valorizado hoje em dia é o Nome de Domínio, o endereço da internet, ferramenta que possibilita o contato direto entre as empresas e os seus clientes em qualquer lugar do mundo.

Outros bens incorpóreos não possuem tutela jurídica própria, mas são derivados da proteção indireta ao aviamento. Mostram-se juridicamente como bens autônomos do estabelecimento. Trata-se do Ponto Empresarial e do Título do Estabelecimento.

a) As Propriedades Industriais.

As propriedades industriais fazem parte do ativo permanente imobilizado do patrimônio do empresário. Exatamente na conta das imobilizações intangíveis. Podem ser negociadas isoladamente e possuem valor econômico apreciável no mercado.

Devem ser devidamente registrados todos os investimentos com as propriedades industriais para que o mercado possa fazer a mensuração do valor do aviamento constituído por estes bens imateriais. Contudo, o valor real destes bens não é computado no ativo do empresário, conforme veremos no estudo do aviamento.

Oscar Barreto Filho (1988, p. 163) não entende correto o termo “propriedade industrial” ou “propriedade comercial”. Afinal, todos podem usar e gozar destes bens. Ele entende que seria uma espécie de monopólio “mediante a exclusividade de reprodução dos meios de manifestá-la e da proibição aos outros de reproduzi-la.”

Diante disto, hoje é predominante e usual o termo *direito de exclusividade*.

No Brasil a propriedade industrial é protegida pela Lei 9.279/96. Nesta lei, existe a previsão e a tutela expressa de quatro espécies de propriedades industriais. As invenções e os modelos de utilidade, protegidos pela patente; e a marca e o desenho industrial, protegidos pelo registro.

Segundo Eduardo Goulart Pimenta, (2007, p. 10) “A invenção consiste na criação, a partir da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo, de algo até então inexistente e suscetível de reprodução e utilização em escala industrial.”

O modelo de utilidade é semelhante ao invento, contudo, a diferença fundamental está “no grau de inovação trazido por eles.” (PIMENTA 2007, p. 13) O modelo de utilidade é um acréscimo, um acessório para um invento já existente. Algo que melhora o funcionamento ou a fabricação de determinado produto.

De função estética, os desenhos industriais servem para o embelezamento e para a diferenciação de determinado produto no mercado. Deve ser suscetível de modelar determinado produto proporcionando resultado visual novo e original.

Por derradeiro temos as marcas que são os sinais distintivos que servem para identificar determinado produto ou serviço no mercado.

A marca é todo termo ou sinal visualmente perceptível que tenha por função individualizar produtos ou serviços de outros semelhantes, mas de origem diversa, atestar conformidade de um produto ou serviço a determinadas normas técnicas, ou ainda, finalmente, identificar produtos ou serviços oriundos de um mesmo empresário. (PIMENTA, 2007, p. 20)

A marca não pode se confundir com título do estabelecimento. A marca identifica o produto e o título do estabelecimento identifica o local físico onde os bens corpóreos são organizados para atividade econômica, ou seja, identifica o ponto.

Para ampliar a proteção dos seus interesses, o empresário costuma intitular o seu ponto e o seu nome de domínio na internet de acordo com a sua marca. Método que facilita a identificação do empresário e possibilita a reivindicação do seu direito de exclusividade.

b) O Nome de Domínio.

O nome de domínio é o endereço dos *sites* na internet.

Atualmente, na era digital, o nome de domínio é mais um bem incorpóreo do estabelecimento. Qualquer pessoa pode ter um nome de domínio, contudo, para ele entrar em funcionamento na internet, deve ser previamente registrado para identificação do seu titular. Ao ser registrado, o nome de domínio passa a ser um bem. Se este nome de domínio tiver vínculo funcional com a atividade econômica do empresário será um bem incorpóreo do estabelecimento.

Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 98) aduz que “o desenvolvimento do comércio eletrônico via internete importou a criação do *estabelecimento virtual*”. Em sentido semelhante, Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 128) aduz que o ponto de negócio “pode ter existência física ou virtual (exemplo, o endereço eletrônico - site – na Internet)”.

Contudo, o que existe é um nome de domínio (endereço) registrado, por isso mesmo juridicamente tutelado, no qual o empresário organiza e desenvolve um site oferecendo seus serviços e produtos e (ou) prestando o atendimento aos seus clientes.

O site não é um estabelecimento, pois, mesmo aqueles que atuam eminentemente via internet, devem possuir um espaço físico como armazéns e estoques dos seus produtos, ou, no mínimo outros bens como computadores, para instrumentalizar sua atividade.

Todos estes bens vinculados à atividade compõem o estabelecimento empresarial. O site sozinho não é capaz de ser uma unidade produtiva autônoma e, assim, não pode ser um estabelecimento. O site ou nome de domínio é apenas mais um bem incorpóreo que pode fazer parte do estabelecimento empresarial. (FERÉS, 2007, p.32)

No mesmo sentido, não é adequado falar em ponto virtual, conforme alude Vera Helena de Mello Franco, pois há diferença grande entre o nome de domínio e o ponto físico, pois este se destaca da propriedade do imóvel e é “apenas um direito pessoal do locatário contra o locador” (BORGES, 1976, p. 191) e aquele é fruto de um registro, de uso exclusivo, oponível contra todos, ou seja, verdadeira propriedade do seu titular.

É um bem que o empresário adquire com o registro e pode ser transferido com contraprestação pecuniária. Quando isoladamente negociado, pode não se constituir em um *trespasse*.

c) O Ponto Empresarial.

O ponto empresarial é um bem tutelado de forma indireta no ordenamento. O ponto é o local onde o estabelecimento está instalado. O imóvel de titularidade do empresário faz parte do estabelecimento, contudo, algumas atividades empresariais são exercidas em imóveis que não pertencem ao patrimônio do empresário, tal fato se dá através de contratos de locação.

Algumas vezes, por força do trabalho e da organização do empreendedor é agregado ao valor do imóvel um sobrevalor incorpóreo exatamente como já estava disposto nas considerações da antiga Lei de Luvas, Decreto 24.150 de 1934. Este sobrevalor atualmente é protegido pela Lei de Locações (8.245/91), com a possibilidade de renovação compulsória do contrato de locação quando atendidas as exigências do Art. 51 ou na indenização quando terceiro oferecer condições melhores na locação conforme Art. 75. Trata-se da proteção do ordenamento ao aviamento constituído pelo empresário locatário.

Quanto às exigências da lei para a renovação compulsória e às exceções de retomada dos Arts. 52 e 72 da Lei de locações não existem maiores divergências da doutrina. Afinal, é sabido que “o *ponto* se destaca nitidamente da propriedade, pois pertence ao empresário locatário, e constitui um bem incorpóreo do estabelecimento.” (REQUIÃO, 2003, p. 2003)

Contudo, para o perfeito entendimento deste bem incorpóreo é necessário alguns esclarecimentos.

Inicialmente é preciso destacar a impropriedade do uso do termo “propriedade comercial” tão largamente utilizado na justificação do direito de renovação compulsória.

Oscar Barreto Filho (1988, p. 165) explica que a propriedade comercial só pode ser compreendida em todo o estabelecimento, além disso, o direito do comerciante não é absoluto, sendo simples qualidade do estabelecimento advindo do seu aviamento.

Neste sentido, cabe a lição de Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 128) informando que a renovação compulsória só deve ser deferida “àquele que, efetivamente, trouxe um valor ao local, transmutando-o em favor de atração da clientela.” Em sentido idêntico João Eunápio Borges (1976, p. 192) acentua que “freqüentemente, porém, é o contrário que se verifica: o *ponto*, a localização do estabelecimento, é o fator exclusivo de sua prosperidade.”

Portanto existem dois aspectos que devem ser levados em consideração para a possibilidade de renovação compulsória: i) Quando o empresário agregou valor ao ponto. ii) Quando o ponto já existia e o empresário simplesmente usufruiu, durante o contrato de locação, de uma ponto estrategicamente localizado que, por conta disso, possui um aviamento inerente ao bem imóvel.

O empresário agrega valor a um ponto quando as pessoas passam identificar aquele local como um ponto para a aquisição dos produtos oferecidos pelo empreendedor. Quando as pessoas que não estavam habituadas a ir naquele local passam a percebê-lo como um local atraente e cômodo para suas compras. Isso porque, experimentaram bom atendimento, comodidade, ofertas, etc. Enfim, quando as pessoas passam a ter aquele ponto como referência de atendimento de determinadas demandas.

Neste caso, deve ser deferido o direito ao ponto para proteger o empreendedor das antigas luvas exigidas pelo locador, no momento da renovação do contrato, e também, para evitar que outro empresário, que queira atuar no seu ramo, ofereça um valor melhor

no aluguel e, assim, tome posse de um aviamento adquirido com o trabalho alheio. Um verdadeiro locupletamento.

Contudo, existem casos em que o locatário preenche todos os requisitos do Art. 51 da Lei de Locações, porém, não contribuiu em nada com a expectativa de lucro do ponto. Ora, o espaço físico do estabelecimento pode ser privilegiado por sua própria natureza e esse privilégio é do proprietário, que comprou o bem por um valor de mercado maior.

Afinal, como investimento, o locador escolhe um imóvel que possa significar uma demanda maior de locatários interessados. Estes que, neste caso, não podem posteriormente reclamar direitos formados. Afinal o aviamento foi formado “não pelo trabalho do comerciante, mas pelo ponto que se apropriou.” (BORGES, 1976, p.193)

O que se deve atentar no caso concreto é: O que o empresário fez para o imóvel? Ou seja, se ele investiu no embelezamento do imóvel; se após sua instalação houve um reconhecimento do mercado, através de uma identificação da população com o espaço físico que ele ocupa; etc. Contudo, aquele empreendedor que somente usufrui de um imóvel bem localizado deve ser tratado de forma análoga ao que se estabelece no Art. 54 da Lei de Locações para o *shopping center*. Ou seja, não deve ser deferida a proteção ao ponto.

Enfim, ponto é um bem incorpóreo do estabelecimento, pois pode ser destacado da propriedade do imóvel, contudo a sua tutela só deve ser reconhecida quando efetivamente o empresário constituir o aviamento do ponto, sendo certo que os imóveis já localizados em pontos estratégicos possuem uma qualidade exclusiva de propriedade do locador. Que não deve ter seu direito de propriedade cerceado.

Afinal, a proteção deferida pelo ordenamento possui estreita ligação com o aviamento conquistado pela organização do empresário. Não é, nem nunca foi, a intenção da Lei, proteger o locatário que simplesmente usufrui de um aviamento próprio do imóvel.

d) O Título do Estabelecimento Empresarial.

O título do estabelecimento empresarial não pode ser confundido com o nome do empresário. Este indica o sujeito de direito que organiza o complexo de bens, já aquele é o nome pelo qual a população reconhece o estabelecimento.

Também não pode ser confundido com insígnia. Este que é “o sinal, formado de palavras ou de figuras, com que se distingue o estabelecimento”. (FERREIRA, 1956, p. 109). São os emblemas característicos do estabelecimento.

O nome empresarial não faz parte do estabelecimento.

Afinal, o estabelecimento pode ser negociado de forma unitária, através do contrato de trespasse. Contudo, o nome empresarial não pode ser alienado, conforme determinação expressa do Art. 1.164 CC, assim, de acordo com a dogmática do Código Civil, o nome

empresarial não faz parte do estabelecimento, pois tudo que está contido no estabelecimento pode ser transferido quando ele é negociado.

De acordo com o Código de 2002 o nome empresarial é direito de personalidade do empresário, por isso intransmissível, é o nome empresarial que identifica o sujeito de direito e assim não pode ser encarado como objeto de direito. O perfil objetivo da empresa não pode ser confundido com o perfil subjetivo da empresa.

Porém, não há vedação da negociação do título do estabelecimento. Portanto, ele pode ser transferido e faz parte do estabelecimento como um bem incorpóreo, pois também possui tutela indireta deferida pelo ordenamento jurídico em vigor.

O inc. V do Art. 195 da Lei de Propriedade Industrial considera como crime o uso indevido do nome comercial e do título do estabelecimento. Portanto, mesmo sem uma regulamentação exaustiva, o título do estabelecimento, é um bem que pode ser destacado do estabelecimento sendo autonomamente protegido pelo Direito.

Hoje em dia, exatamente por que o Direito ainda não disciplinou exaustivamente o título do estabelecimento, muitos empresários costumam intitular o seu estabelecimento de acordo com a sua marca, fazendo-se assim, incidir sobre o título do estabelecimento o direito de exclusividade.

O inc. V do Art. 195 da Lei 9.279/96 é uma proteção legal contra a concorrência desleal. Em um caso concreto de uso alheio do título do estabelecimento, o empresário pode requer a tutela jurídica e, inclusive, cumular os Arts. 186 e 927 CC para reclamar indenização e perdas e danos. Isso porque, aquele que usa indevidamente o título alheio enriquece injustificadamente com a clientela conquistada pela organização do empresário.

A tutela do título do estabelecimento só pode ser deferida quando realmente a pessoa utiliza o título alheio praticando uma concorrência desleal. A simples identidade entre os títulos não é tutelável, se as empresas não concorrerem entre si. Diferente da marca que é de uso exclusivo.

Assim, o título do estabelecimento é um bem imaterial juridicamente tutelado para defesa indireta do aviamento conquistado com a organização produtiva do empreendedor.

3.2 A Organização.

A organização é o fator econômico fundamental da empresa. O empreendedor ao organizar o complexo de bens despense enorme esforço físico e intelectual. Incorre também em enorme custo de oportunidade, pois o seu trabalho é a energia mobilizadora da atividade.

Para a produção e circulação de bens e serviços o empreendedor deverá buscar a eficiência na escolha dos bens que comporão seu acervo patrimonial. Além disso, terá que definir os padrões tecnológicos, determinar quantos funcionários irá contratar, dividir as tarefas, enfim, mobilizar, aglutinar e combinar os demais fatores de produção. (ROSSETTI, 2006, p.140). Por isso, consideramos que o elemento organização do estabelecimento engloba o fator trabalho de todos colaboradores da empresa.

João Eunápio Borges (1976, p. 195) informa que a “organização é o principal fator de eficiência de um estabelecimento”. Realmente, nenhum bem do complexo do estabelecimento é suficiente para exercer uma atividade econômica. Por isso, já foi sedimentado que os bens organizados para a atividade possuem um valor econômico maior dos que os bens isoladamente considerados. Isso por que, a organização dos fatores de produção cria um atributo para o estabelecimento, o aviamento.

3.2.1. O Aviamento.

Segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 169) o aviamento é “o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros.”

O aviamento é, portanto, para o estabelecimento o seu “potencial de lucratividade.” (PIMENTA, 2004, p. 115)

Esse potencial de lucratividade é fruto da “obra diligente do comerciante, com a bondade dos produtos, com a honestidade; é o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial, ao qual se acha visceralmente unido.” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1955, p. 21)

Conforme ensina Pontes de Miranda (1956, p. 359) “não há novo bem, (...) há coligação, resultante de atos e expedientes organizatórios.” Portanto o aviamento “é em síntese, uma resultante dos elementos organizados que compõem o estabelecimento.” (Borges, 1976, p. 197).

Todo estabelecimento possui em menor ou em maior grau o seu aviamento. (Borges, 1976, p. 197) Ele é compõem o capital intelectual da empresa, um ativo intangível composto pela clientela, pelo bom nome, pela localização privilegiada, reconhecimento da marca, boa qualidade no atendimento e nos produtos, comodidade dos clientes, boas ofertas, qualidade da estrutura organizacional, etc.

Conforme ensina Oscar Barreto Filho (1988, p. 178, 179) a clientela possui estreita relação com o aviamento, contudo, já que o “primeiro é mais compreensivo do que o segundo; neste sentido vimos que a clientela é um dos fatores do aviamento.” Quanto maior for à clientela mais vale o aviamento.

A clientela não pode ser cedida nem vendida, não é propriedade da sociedade empresária, não faz parte do seu patrimônio. A clientela é formada pelas pessoas que

possuem o hábito de suprir suas necessidades naquele estabelecimento, assim, o que pode existir é uma obrigação de não fazer concorrência no caso da transferência do estabelecimento. Não sendo correta a idéia de transferência de clientela.

A clientela é a razão de ser da empresa. Em termos gerais os homens são livres para produzir e fazer circular qualquer produto que seja do interesse do mercado. A clientela se consubstancia na demanda que possibilita o exercício da livre iniciativa, há clientes do ponto, da marca e também de determinadas pessoas físicas inseridas na atividade comercial.

Assim, segundo Oscar Barreto Filho (1988, p. 174), o aviamento pode ser *objetivo* ou *real* quando realmente ligado ao estabelecimento e aos seus elementos. Ou então, pode ser *subjetivo* ou *pessoal* quando ligado ao prestígio e características pessoais do seu titular.

O aviamento possui relação direta com alguns bens do complexo utilizado na atividade. Principalmente os bens imateriais, que possuem potencial de lucratividade ilimitado. Portanto, exatamente como a clientela, há aviamento na marca singularmente considerada, no nome de domínio, no ponto, etc. Contudo já que estes bens estão contidos no estabelecimento, o valor unitário do complexo organizado engloba o valor incorpóreo de todos os seus elementos singularmente considerados e também o valor agregado do conjunto organizado como um todo.

O valor imaterial da organização produtiva de um estabelecimento é um valor extrapatrimonial que não pertence ao seu titular, é uma qualidade ou atributo do estabelecimento em funcionamento. Antônio Lopes de Sá resume assim o valor imaterial da empresa:

Todos os fatores referidos são imateriais, mas traduzem-se em aumento de utilidade e em ampliação de utilidade do capital. Tudo isso influi no aumento da funcionalidade que pode alcançar a todos os sistemas da empresa (liquidez, resultabilidade, economicidade, estabilidade, produtividade, invulnerabilidade e elasticidade), embora de forma diferenciada em intensidade e expressão. Não obstante não possuem formas tangíveis, todos os fatores referidos podem-se traduzir em funções eficazes que modificam o valor da empresa. (2000, p.47)

Quando um estabelecimento é adquirido ou alguma empresa é incorporada, o sobrevalor incorpóreo, de acordo com o inc. III, do PÚ, do Art. 1.187 do Código Civil é pago a título de aviamento, assim, o aviamento pode ser traduzido como o “fundo de comércio adquirido” expresso no Art. 179, VI, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). Lei que estabelece os critérios contábeis da formação do balanço patrimonial das empresas.

Portanto há, realmente, uma sinonímia entre o aviamento e o fundo de comércio, O sobrevalor incorpóreo efetivamente pago é amortizado na conta do ativo do adquirente. Esta é a solução contábil para justificar a partida do caixa da empresa. Ou seja, há uma

saída do ativo circulante disponível da empresa com a compra do estabelecimento assim, computam-se os bens registráveis nas suas respectivas contas e o saldo remanescente é amortizado numa conta específica de “fundo de comércio adquirido” (Art. 179, VI, da Lei das S.A), conta usada para, simplesmente, fechar a conta da partida, obedecendo-se à regra contábil de partidas e dobradas. Trata-se de um valor residual para amortização.

Essa é a solução que sempre foi dada ao aviamento adquirido na compra de um estabelecimento ou na incorporação de uma empresa, contudo, não há como contabilizar o aviamento constituído pelo empresário no exercício da sua atividade.

O aviamento do estabelecimento e o valor econômico real da propriedade intelectual não são contabilizados, pois segundo o SFAC 5 (*Statements of financial Accounting Concepts*), parágrafo 63, qualquer item contábil só pode ser capitalizado quando, conjuntamente, tiver definição apropriada, for mensurável, relevante e preciso.

O valor dos bens imateriais de um estabelecimento é extremamente relevante, não há dúvidas que determinadas empresas possuem valor imensurável devido aos seus inventos, sua marca, como também na sua credibilidade e na confiança do mercado nos seus produtos e serviços. As sociedades empresárias que queiram manter e ampliar o mercado de consumo de seus produtos e serviços não pode negligenciar os “ativos de propriedade intelectual que estejam relacionados às suas atividades comerciais. Caso contrário, se arriscam a ter seu poder de barganha enfraquecido, diminuirão expressivamente seu rendimento e até mesmo serem levadas à bancarrota.” (IDRIS, 2005, p. 3 e 4)

Contudo, o valor intangível ou sobrevalor incorpóreo da propriedade intelectual contida no estabelecimento, não possui as qualidades de definição apropriada e mensuração precisa. Qualquer contabilização nesse sentido é arbitrária e temerosa.

Esse valor incorpóreo do estabelecimento e da propriedade intelectual, especificadamente, é atualmente o grande desafio dos contabilistas, que não conseguem ainda contabilizá-lo para fazer do balanço patrimonial, o reflexo real da empresa, conforme determina o Art. 1.188 CC.

Para entendermos a avaliação do valor intangível do estabelecimento na economia é preciso compreender a noção de *goodwill* no mercado.

Segundo Vinicius Aversari Martins (2001, p. 114) o *goodwill* “pode ser representado por um conjunto de atributos que vão desde os mais triviais, como custos organizacionais até os mais subjetivos, tais como lista de clientes.”

Segundo Antônio Lopes de Sá (2000, p. 47) a formação do valor imaterial de uma empresa engloba seu ponto, marca, clientela, estrutura organizacional e administrativa, imagem institucional, respeitabilidade da empresa no mercado, patentes, direitos autorais, modelos de utilidades, etc.

Na linguagem jurídica, o *goodwill* é o próprio aviamento. Ele é “inseparável dos outros ativos, não identificável em separado dos outros ativos” (MARTINS, 2001, p. 116).

O sobrevalor constituído pelo empresário não é computado no ativo, pois ele não é preciso nem existe consenso em como ele pode ser mensurado e destacado dos outros componentes da empresa, assim, ele não é capitalizado. Afinal, essa qualidade do estabelecimento não é de propriedade do empresário, é uma qualidade ou atributo dos bens e da organização produtiva, intrinsecamente ligada à clientela.

Exatamente por causa deste ágio entre o patrimônio e o valor real da atividade já organizada e reconhecida, é importante para a eficiência econômica, que nas execuções e no procedimento concursal, a venda unitária do estabelecimento seja privilegiada. Isso a fim de obter o ganho do aviamento inerente ao estabelecimento e aos bens imateriais que o compõem. Ganho extra-patrimonial que pode viabilizar o adimplemento de mais credores, afinal, só o patrimônio do empresário está adstrito à constrição judicial.

O estabelecimento de um empresário, afundado em crise financeira, faz com que o sobrevalor incorpóreo se dilua. A demora na realização do ativo ou sua venda em separado faz esse sobrevalor desaparecer sem nenhuma responsabilidade para o empresário. Afinal, “o *goodwill* de uma determinada empresa possui essência econômica somente quando utilizado em conjunto com outros ativos, por isso não pode ser isolado separadamente dos outros ativos e, por exemplo, transferido ou vendido para outra entidade.” (MARTINS, 2001, p.116)

Em casos de dificuldades financeiras e na falência, é preciso que se priorize a venda unitária do acervo patrimonial e, isso, antes que seu valor incorpóreo se atenuie. Só assim, essa qualidade do estabelecimento poderá ser transferida para outra pessoa interessada na manutenção da empresa.

CONCLUSÃO

Portanto, diante do que foi descrito acima, conclui-se que o empresário não possui propriedade deste valor intangível que é inerente à atividade produtiva. Apesar de ele ser o proprietário dos bens, o aviamento e a clientela, de uma sociedade empresária é uma qualidade ou atributo do estabelecimento e dos seus bens imateriais. Só resiste enquanto o organismo econômico estiver vivo e em atividade.

O potencial de lucratividade de uma empresa é transferido quando se adquire o complexo de bens já organizado, mas só pode ser determinada e regularmente contabilizada no momento em que o estabelecimento é negociado. O *goodwill* constituído pelo empreendedor possui valor econômico reconhecido no mercado, mas é um atributo da organização e não pode ser vendido nem negociado de forma isolada.

Ele sempre acompanha os bens e possui valor econômico subjetivo. Que simplesmente desaparece se a atividade produtiva do empresário cessar ou se o bem é mal gerido.

Alguns bens imateriais, singularmente considerados, possuem esse valor agregado, contudo, qualquer mecanismo de imposição legislativa no sentido de avaliá-los e capitalizá-los aprioristicamente é temerária e arbitrária, dada a volatilidade do capital

intelectual e da impossibilidade de defini-lo e mensurá-lo quantitativamente antes da venda.

Neste sentido, vale a lição da nova Lei de Falências, extremamente atual e eficiente em termos econômicos, que determina a separação da sorte do empresário com a sorte da empresa, tendo como lastro o princípio da preservação da empresa. Não há dúvidas que é mais eficiente economicamente para toda a sociedade a transferência da empresa acompanhada do sobrevalor extrapatrimonial, pois assim, a troca é mais eficiente em termos paretianos. Afinal, o resultado dessa venda é sempre maior do que a liquidação em separado dos bens de propriedade do empresário.

Enfim, a venda da empresa é economicamente mais vantajosa do que a capitalização do patrimônio do empresário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial*. vol V. 5 ed. 1955.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial*. vol 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código comercial e legislação complementar anotados*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. vol II, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FRANCO, Hilário. *Contabilidade Geral*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento Empresarial. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 964 – 983.

IDRIS, Kamil. A importância do uso de ativos de propriedade intelectual. In *Revista da ABPI*. n.º 74. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, jan.-fev, 2005, p. 3-13.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Do estabelecimento comercial: estudo de direito privado*. Lisboa: Ática, 1951.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limoad, 1970.

MARTINS, Vinicius Aversari. *Contribuição à avaliação de goodwill: depósitos estáveis, um ativo intangível*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: FEA/USP, 2001. 277f. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-08032004-170157/> Acesso em: 10 jul. 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Ineficácia do negócio jurídico previsto na LF 52 VIII: alienação do estabelecimento comercial (trespasse). In *Revista de Direito Privado*, Ano 03, n.º 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set. 2002. p. 225-243.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O Direito da Empresa e a proteção das invenções, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais e das marcas*. Disponível em: <http://www.frb.br/ciente/2005.2/DIR/DIR.PIMENTA.F3.pdf>. Acesso em 25 nov. 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. vol 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito comercial*. vol 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SÁ, Antônio Lopes de. Ativo intangível e potencialidade de capitais. In *Revista Brasileira de Contabilidade*, Ano XXIX, n.º 125. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, set/out. 2000. p. 46-53.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed. atual: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[1] Os fatores de produção podem ser divididos em: fator terra, fator trabalho, fator capital, fator tecnologia e fator empresariedade. Maiores informações em: ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006, p. 91-142.

[2] No direito inglês o estabelecimento é conhecido como *good will of a trade* e ,no mercado, *goodwill* significa o aviamento.

[3] Marcelo Andrade Feres (2007, p. 16) entende que sempre que houver empresa haverá estabelecimento, contudo, segundo ele, nem sempre que houver estabelecimento há empresa. Como exemplo cita uma “*azienda*, cuja exploração ainda não se iniciou”. Porém, para a formação do estabelecimento é imprescindível a organicidade da atividade. No caso citado se trata do conceito estático e restrito do estabelecimento, ou seja, uma casa de comércio mobiliada. O estabelecimento, em seu aspecto amplo, para se configurar precisa do elemento organização. Tal organização só se alcança no exercício efetivo da atividade empresarial, como afirma João Eunápio Borges (1976, p. 188), o estabelecimento é “organismo vivo, em plena atividade e funcionamento.” Portanto, entendemos que sempre que há estabelecimento há necessariamente empresa.

**A GESTÃO COLETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL À LUZ DO
ART. 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ***

**COPYRIGHT COLLECTIV ADMINISTRATION IN BRAZIL UNDER THE
ARTICLE 3 OF FEDERAL CONSTITUTION OF 1988**

Henrique Vitali Mendes

RESUMO

Este artigo tem o objetivo principal de analisar se a gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil é compatível com os objetivos da república elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Para chegar a uma conclusão é necessário entender o real significado do desenvolvimento econômico, bem como os desafios impostos para superação das condições de subdesenvolvimento. Neste contexto, os direitos autorais cumprem um importante papel de disseminação do conhecimento e da identidade cultural. A propriedade intelectual é um instrumento jurídico à disposição dos formuladores de políticas públicas e juristas que devem interpretar as disposições da lei de direitos autorais em compatibilidade às diretrizes constitucionais desenvolvimentistas.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO; DIREITOS AUTORAIS;
INTERPRETAÇÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS;

ABSTRACT

The following paper has the mean objective of analyze if the copyright collective administration in Brazil is compatible with the republic objectives, nominees in the article 3 of the federal Constitution of 1988. In order to achieve a conclusion it's necessary to understand the real meaning of economic development, as well the challenges imposed to overcome the underdevelopment conditions. In this context, copyright has a major roll of knowledge dissemination and cultural identity. Intellectual property is an juridical instrument at the disposal of policy makers and jurists who must interpretate the dispositions of copyright act in a compatible way with the constitutional directives of development.

KEYWORDS: DEVELOPMENT; COPYRIGHT; INTERPRETATION OF
COPYRIGHT ACT;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

A propriedade intelectual é uma importante ferramenta para a promoção do desenvolvimento. Ela estimula ou limita o nível de desenvolvimento tecnológico de um país. Os formuladores de políticas públicas devem dominar o conteúdo dos direitos de propriedade intelectual para utilizá-los de forma a incentivar o desenvolvimento. O aumento da capacidade competitiva no mercado mundial vai depender das políticas favoráveis e diferenciadas em favor de setores estratégicos da economia, como saúde e educação. A ação dos agentes públicos e privados se desenrola em um ordenamento jurídico que tem por fim realizar a justiça social. As ações de estímulo a estes setores são instrumentos para garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Estes são os objetivos da república federativa do Brasil, consagrados pelo art. 3º da Constituição Federal.

Entre as formas de propriedade intelectual encontramos as patentes, segredo comercial/industrial, direitos autorais, *mask works*, cultivares, *softwares*, marcas/desenhos industriais, topografia de circuitos integrados, indicações geográficas, entre outros. Serão analisados os direitos autorais, por ser um ramo que merece especial zelo dos agentes formuladores de políticas públicas, dado que, afetam diretamente a margem de manobra de políticas públicas de fomento à educação e formação da cultura. Esses dois setores são essenciais em qualquer agenda política que adote o desenvolvimento como prioridade.

As decisões do governo acerca das políticas públicas que devem ser adotadas em prol do desenvolvimento nacional sofrem impasses ideológicos, que devem ser superados por meio de uma legislação coerente com a ideologia constitucional. As políticas imediatistas dos governos muitas vezes afastam do interesse do Estado as questões essenciais para diminuirmos a dependência intelectual e tecnológica dos países desenvolvidos. A regulação precária dos direitos autorais resultante da lei número 9.610/98 é um bom exemplo dessa cultura injustificável de resolução de problemas pontuais, que prejudicam o interesse coletivo.

Este artigo objetiva evidenciar que os direitos autorais são interpretados contrariamente à ideologia constitucional. A crítica deste artigo será especificamente articulada com base na gestão coletiva de direitos autorais, mais precisamente, sobre o entendimento a respeito das obras literárias e sobre a gestão da arrecadação e distribuição de obras culturais, como a fonografia, as obras audiovisuais executadas em locais públicos. Para tanto, será necessário desmistificar o real significado do termo desenvolvimento no item 2, e demonstrar os desafios de superação das condições de subdesenvolvimento para inserção competitiva do Brasil na ordem econômica mundial no item 3. Desse modo, estaremos em condições de avaliar, no item 4, de que maneira a aplicação e a interpretação da lei de direitos autorais viola as diretrizes constitucionais desenvolvimentistas.

2. O significado e desafios do desenvolvimento

O conceito de desenvolvimento foi inicialmente elaborado a partir de um modelo da lógica liberal, que pregava que desenvolvimento é o aumento do número de trocas no mercado, mais a expansão do Produto Nacional Bruto[1]. Para Ignacy Sachs[2] esse conceito ainda era vazio, e precisava ser modernizado, pois este raciocínio de desenvolvimento ainda englobava um pensamento de crescimento econômico oriundo de modelos abstratos, que não previam uma realidade social microeconômica específica. Celso Furtado formulou uma crítica pertinente à acumulação como um fim em si mesma, pois corresponde a um processo mecânico quantitativo linear, que se resume na exigência de que é preciso, absolutamente, produzir e produzir mais[3]. Autores como Amartya Sen se propuseram a pensar de forma mais ampla o desenvolvimento. O conceito de desenvolvimento, segundo estes autores, não pode ser compreendido apenas como o aumento de relações mercantis travadas em um dado país, e sim, como a expansão das capacidades individuais e das faculdades intelectuais que as pessoas desfrutam[4].

A. Sen defendeu que a liberdade tem o papel constitutivo e instrumental. A liberdade constitutiva é a expansão das liberdades, operada pelo enriquecimento da vida humana, é a expansão dos direitos à alimentação, à vida e à educação. A liberdade instrumental é a contribuição dos direitos e liberdades individuais para a promoção de outras liberdades, ou seja, uma nação se desenvolve não só por ações governamentais, também por provocação de seus cidadãos quando exercem suas liberdades instrumentais, como o voto, a fiscalização da administração pública e a escolha de padrão de consumo.

A liberdade não é apenas o objetivo primordial do desenvolvimento, é também, seu principal meio[5]. Isso porque as liberdades instrumentais contribuem para o desenvolvimento. A maximização do exercício da liberdade de uma pessoa é obtida principalmente com incentivos ao aumento das capacidades individuais, por meio de estímulos educacionais e culturais. Nos países em que grande parcela da população não tem oportunidades de alcançar a liberdade individual, o desenvolvimento impõe desafios de mudanças estruturais, pois implica a superação das condições de subdesenvolvimento. A desigualdade de renda pode minar as opções de políticas públicas, tais como apoio à uma educação pública universal de alta qualidade e manifestações culturais genuínas. Desenvolver e executar políticas públicas sociais é muito difícil, especialmente onde as desigualdades assumem forma de concentração no topo, combinada com a pobreza substancial da grande maioria da população[6]. A desigualdade pode corroer o capital social. O maior problema da desigualdade é a possível tolerância que ela pode criar numa sociedade ao longo do tempo, o que pode colaborar decisivamente para que ela aumente[7].

Desse modo, autores com A. Sen, Sachs e C. Furtado repudiaram o pensamento arcaico de desenvolvimento visto somente a partir do crescimento econômico obtido pela acumulação de capital. Em um país com uma distribuição desigual como o Brasil, essa acumulação somente irá incentivar o aumento da concentração do capital para os mais ricos, e não combaterá a desigualdade. O crescimento econômico deve ocorrer simultaneamente à melhora da qualidade de vida para que se obtenha o desenvolvimento. Ele é apenas um dos elementos do desenvolvimento. O desenvolvimento é mais profundo. É o processo de enriquecimento da qualidade de vida das pessoas, ou seja, a criação de um ambiente no qual as pessoas possam desenvolver suas capacidades plenas, levar vidas produtivas e criativas de acordo com suas necessidades e interesses. As liberdades individuais são o fator crucial do

desenvolvimento. O desenvolvimento deve ser planejado, auto-sustentável, e em países como o Brasil, deve transformar quanti-qualitativamente as estruturas sociais[8].

As pessoas são a verdadeira riqueza da nação. O crescimento econômico é importante, pois gera recursos públicos para investir nas áreas de saúde e educação. Porém, os dados do PNUD revelam que países não precisam esperar pela prosperidade econômica para se desenvolver. Com políticas públicas apropriadas, é possível que um país progrida mais rapidamente no desenvolvimento humano do que no crescimento econômico. Se conseguirem assegurar que o crescimento favoreça os pobres, ele pode ajudar a aumentar o leque de escolhas dos cidadãos, pode ampliar as capacidades[9].

O direito à educação e à formação cultural é uma liberdade que todos dispomos, um direito fundamental, que está intimamente relacionado à liberdade de consciência. O conceito de desenvolvimento descrito acima é importante para compreender a importância crescente que vem sendo conferida ao bem estar da população brasileira. Não se pode furtar de entender a questão do acesso a livros técnicos e científicos e às obras artísticas como essencial para os formuladores de políticas públicas que priorizem o desenvolvimento. A legislação sobre direitos autorais deve ser interpretada neste contexto, eis que, percebe-se no art. 3º, II os elementos do tratamento constitucional à ideologia desenvolvimentista.

Isso significa que o desenvolvimento não ocorrerá de forma espontânea no Brasil. O esforço deverá ser planejado detalhadamente pela ação do Estado, que concentra esforços políticos, sociais e econômicos visando alcançar objetivos pré-determinados. Do modo em que está previsto na constituição, o desenvolvimento será fruto de políticas públicas compatíveis com a realidade sócio-econômica brasileira. Desse modo, a idéia de desenvolvimento como ampliação das capacidades individuais foi assimilada pela constituição federal, pois seu texto estabeleceu como objetivo da república o desenvolvimento nacional, e não somente o crescimento econômico. O desenvolvimento não é meta de governo, e sim, meta de Estado. Por isso, o desenvolvimento não pode ser desvinculado dos demais objetivos da república previstos no art. 3º, como a construção de uma sociedade livre e justa, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais e regionais. É importante que essa consciência predomine e norteie as ações dos decisores políticos, gestores de direitos autorais e tribunais judiciários. A redução das desigualdades enfrenta barreiras extremamente difíceis de serem superadas espontaneamente. As diversas ideologias devem entender que o atendimento das expectativas das pessoas menos favorecidas é apenas o começo da tarefa imposta pela constituição. Os objetivos traçados no art. 3º não são meros desejos utópicos, eles têm precedência sobre objetivos políticos, e não só limitam a esfera de ação dos formuladores de políticas públicas, como os vinculam juridicamente, e desse modo, ocorre a sua normatividade[10].

3. O Brasil na internacionalização econômica

A mundialização expôs as diferenças e desequilíbrios existentes entre as nações desenvolvidas e as nações em desenvolvimento. A adaptação do Brasil à mundialização não é facultativa. É questão de sobrevivência imposta pelo comércio internacional aos atores nacionais. Nos pós-guerra, os países da Europa continental, hoje desenvolvidos,

que apoiaram diversas políticas sociais de acesso aos meios de ampliação das capacidades individuais de seus cidadãos, obtiveram uma melhoria significativa da capacidade inovadora dos parques industriais nacionais para expandir as fronteiras dos produtos nacionais foram bem sucedidos[11]. As políticas sociais resultaram na inclusão de pessoas qualificadas no mercado, que aumentou a capacidade competitiva dos países no comércio exterior. Eles atraíram novas divisas para a economia interna, que retornaram em forma de bem estar social.

Atualmente a expansão do sistema econômico internacional tem como principal meta a expansão das empresas de tecnologia e dos costumes culturais nacionais, sendo vitais para a atração de divisas para os países. A conquista de novos mercados possibilita a aquisição de *know-how* e tecnologia para competir no ambiente internacional. A tecnologia e o conhecimento adquiram um papel destacado neste novo cenário, e deixaram de ser mera vantagem competitiva. Por outro lado, a inserção tardia dos países em desenvolvimento no comércio internacional culminou na baixa capacidade competitiva e obsolescência tecnológica do empresariado brasileiro no exterior. O resultado deste processo foi a dependência da tecnologia estrangeira. A dependência tecnológica gera dependência econômica. Ante esta realidade, os países em desenvolvimento precisam se adaptar às novas condições de concorrência no mercado global. A realidade imposta escancarou a urgência da promoção da inovação tecnológica e de políticas públicas para diminuição da defasagem competitiva nacional no comércio internacional. Dentro deste contexto, o maior desafio encontrado por executivos e administradores é recrutar profissionais qualificados. Este fenômeno conhecido no meio empresarial como escassez de mão-de-obra qualificada é um dos reflexos da desigualdade social, que impossibilita uma educação satisfatória. Esta situação adversa é um dos desafios que devem ser solucionados levando-se em conta a necessidade de capacitação individual em prol do interesse coletivo, e do aumento da competitividade comercial.

Neste contexto de competição feroz no qual o Brasil se encontra, os direitos autorais deixam de ser apenas um instrumento jurídico na medida em que podem ser utilizados de forma a incentivar o acesso às obras literárias, às obras musicais e audiovisuais no intuito de melhorar o nível da formação dos profissionais que integrarão o mercado de trabalho. Os desafios de superação das condições adversas, dentre eles a baixa oferta de profissionais qualificados, que prejudicam o Brasil serão considerados mais sabiamente após a integração de questões da educação, saúde, ciência e tecnologia, e não podem ser separados da interpretação da lei de direitos autorais. Até recentemente, a pesquisa não era considerada parte essencial nas estratégias de desenvolvimento. As políticas voltadas à pesquisa universitária foram praticamente nulas no decorrer do século XX. A ciência e educação têm sido consideradas como um assunto dos países ricos, enquanto se espera que as nações em desenvolvimento se concentrem em uma administração transparente e reformas econômicas. Essa concepção vem mudando à medida que se descobre que falta aos países mais pobres bases científicas mínimas para solucionar seus problemas de desenvolvimento.

Em “The new map of the world” Sachs identificou um enorme abismo tecnológico entre países inovadores e não-inovadores de tecnologia, e demonstrou que essa diferença é inclusive maior que a desigualdade de renda. Ele apontou que os dez países com mais inovações representam apenas cerca de 14% da população mundial[12], e conseguiu a partir dos dados obtidos em sua pesquisa, mapear o mundo

em três categorias distintas. A primeira categoria consiste nos países inovadores. É onde a atividade inovadora acontece em escala significativa, e os produtos patenteados são produzidos e vendidos domesticamente e em mercados mundiais, de acordo com as necessidades do mercado consumidor interno. Esse grupo abrange países da América do Norte (Estados Unidos – EUA, e Canadá), a Europa Central, países da Oceania e Japão.

A segunda é o grupo de países que absorvem novas tecnologias desenvolvidas nos países inovadores, apontados por Sachs como difusores tecnológicos. A difusão da tecnologia estrangeira se materializa basicamente por: Compra de mercadorias de alta tecnologia, realizada por empresas locais, para integrarem o processo de produção mais moderno, que resultará na fabricação de mercadorias mais sofisticadas; Esses países recebem investimentos estrangeiros diretos em produtos e serviços de alta tecnologia; Os consumidores compram tecnologias inovadoras presentes em bens de consumo, como telefones celulares e computadores de uso doméstico. Esses países não apresentam inovações significativas, eles apenas absorvem tecnologias já difundidas e não produzem novas tecnologias. A terceira categoria é composta pelos países marginalizados do progresso tecnológico. As regiões excluídas abrangem a região central da América do Sul, quase toda a África Subsaariana e grande parte da Ásia Central e do Sul. Os países excluídos recebem pouquíssimos investimentos estrangeiros fora dos setores econômicos de exploração dos recursos minerais e naturais. Embora o investimento nesses setores traga alguma tecnologia, ela se concentra basicamente em setores chave, como os de mineração de diamantes e perfuração petróleo, com preocupação mínima para inovação tecnológica para o resto da economia.

Entre os inovadores, há presença massiva de empresas privadas, laboratórios governamentais e instituições acadêmicas sem fins lucrativos com longa tradição de pesquisas científicas. As inovações imergem de interações entre esses três setores. A interação entre as esferas pública e privada é crucial para a inovação tecnológica[13]. No Brasil, o sistema de inovações tem falhas ao longo de todas as dimensões. Em algumas regiões do país (mais especificamente norte, nordeste e centro-oeste), o fornecimento público e privado de tecnologias é quase inexistente. Alguns estados têm governos tão debilitados financeiramente que não tem condições de investir em educação básica. A ausência de capacidade inventiva do setor privados adicionada à falta de poder aquisitivo dos governos municipais e estaduais são fatores determinantes da estagnação e isolamento tecnológico de algumas regiões do Brasil. Este é um ponto crítico que não parece alcançar as preocupações das autoridades administrativas como fundamental na adoção de uma agenda política. Mesmo em economias mais ricas, o abastecimento público e o incentivo público à ciência e à tecnologia são fundamentais para o desenvolvimento. A escassez de instituições públicas de fomento à pesquisa científica contribui decisivamente na ausência de inovação tecnológica.

A grande maioria do território nacional se enquadra como zona de exclusão tecnológica descrita por Sachs. Até a região sudeste não detém tecnologias de ponta. O Brasil está defasado não só porque tem pouca demanda em inovações – o que acarreta a fuga de cérebros – mas principalmente porque os investimentos à capacitação individual são insuficientes. A desigualdade social, aliada à pobreza extrema em certas regiões dificulta a adoção de uma ação afirmativa de inclusão social dos indivíduos. A solução deste quadro começa pela adoção deste problema como prioridade da agenda política, sendo as demais ações governamentais concatenadas para atingir este fim. Contudo, não existe a preocupação de destinar uma quantidade do PIB nacional para o orçamento de

pesquisa e tecnologia, tão pouco, temos notícia de um planejamento estratégico de redução das desigualdades regionais. Esta possibilidade é pouco cogitada, mesmo após a experiência de países ricos ter demonstrado que o esforço inicial adotado e custeado pelo setor público, reverteu em prol da capacidade competitiva das empresas nacionais. Como o Brasil ainda não está num estágio avançado em tecnologia, o esforço inicial de investimento deveria ser feito pelo governo. Além do mais, o setor privado já demonstrou diversas vezes não ter interesse em dividir este ônus com o Estado[14].

4. A gestão nacional dos direitos autorais

Os problemas apontados nos itens 2 e 3 estão entranhados nas estruturas sociais brasileiras e apresentam difícil superação. A solução das condições de subdesenvolvimento começa no entendimento que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, cada um deve ser promovido simultaneamente, na medida em que se complementam e se reforçam mutuamente[15]. O direito à educação não pode ser suprimido por um direito de propriedade intelectual sem que haja razoabilidade. Desse modo, os direitos autorais não podem restringir o acesso aos livros e às obras culturais. Esta constatação não é baseada na mera remissão à função social da propriedade, mas sim, na obrigação de concretude das normas e objetivos desenvolvimentistas no art. 3º da Constituição. Para que os incisos deste artigo tenham efetividade é preciso ter em mente que os direitos sociais previstos na Constituição, dentre eles o direito à educação, devem balizar esta ponderação em favor do estímulo ao acesso às fontes de conhecimento.

A necessidade de incentivos à educação se tornou ainda mais evidente com a recente onda de crescimento econômico experimentada no Brasil no último triênio, que escancarou o déficit de capacitação da população brasileira, consequência direta da educação de baixa qualidade oferecida pelo governo. A concretização do direito à educação passa pelo fomento à leitura dos estudantes, com objetivo de estimular a capacidade intelectual das crianças e estudantes universitários. Uma educação sólida se obtém ao longo dos anos, com incentivos de inclusão sócio-cultural. É neste ponto que o manuseio hábil da lei de direitos autorais tem condições efetivas de maximizar o fomento à educação, por meio de acesso aos livros e às obras culturais. Para que isso ocorra, ela deve ser utilizada interpretada de acordo com a imposição constitucional de consecução dos objetivos desenvolvimentistas. A flexibilização dos direitos autorais enquanto ramo da propriedade intelectual é de interesse dos países em desenvolvimento. A ampliação da proteção dos direitos autorais meramente econômicos pode ter efeitos indesejáveis para a coletividade. Qualquer exercício de fortalecimento deve ser estudado com cautela para não prejudicar o interesse público.

4.1 A gestão sobre o acesso às obras literárias

As políticas públicas de promoção da diversidade cultural, de acesso à cultura e de inclusão social por meio da educação enfrentam problemas ao esbarrar no acesso às obras literárias protegidas. Não se defende aqui que as obras literárias sejam fornecidas gratuitamente, sem remuneração do autor, para toda a população. O que se pretende

expor é que a legislação nacional desestimula o acesso às obras literárias. Isto não ocorre apenas em função do texto legal extremamente restritivo, mas em virtude do entendimento dos direitos autorais serem interpretados em prol dos detentores econômicos desses direitos.

O aumento da proteção dos direitos autorais implementado pela legislação atual em relação à anterior restringiu o acesso de alunos de baixa renda, e diminuiu o estímulo intelectual, conseqüentemente, gerou a desnacionalização da doutrina utilizada para aprendizagem nos cursos universitários. A grande aceitação acadêmica de teses de autores estrangeiros vindos de contextos sociais estranhos ao Brasil é uma seqüela visível da legislação restritiva, que se torna ao mesmo tempo um desestímulo à produção intelectual genuinamente nacional. De fato, o tratamento acadêmico de temas longe da realidade tem feito com que a pesquisa e a formação dos alunos seja baseada sob os pontos de vista de países desenvolvidos que nos são impostos. Este exercício é falsamente feito em nome da ciência e do conhecimento, que gera a dependência intelectual. Esta realidade é denominada por alguns como neocolonialismo[16]. O interesse dos países desenvolvidos é reafirmado e consolidado no Brasil pelo estudo de temas alienados à sua própria realidade, ao invés de posicionar os alunos para enfrentar problemas concretos. Esta realidade ocorre, sem que se perceba, ao se priorizar interesses individuais em detrimento do interesse coletivo.

Os direitos autorais possuem dupla natureza, tanto econômica quanto cultural, uma vez que são portadores de identidades, valores e significados, não devendo, portanto, ser tratados como se tivessem valor meramente comercial.[17] Os bens e serviços culturais não são uma mercadoria como as demais. Os livros utilizados para o aprendizado nas escolas e universidades devem ser vistos sob esse prisma. Contudo, os direitos autorais foram tratados como mercadoria sob a ótica legislativa. E assim são descritos na maioria dos cursos universitários do país. Esse entendimento não tem razão em prosperar, pois a disseminação do conhecimento e da cultura para formação acadêmica e de uma identidade nacional é a função social inerente aos direitos autorais[18]. Deve-se ter em mente que os direitos autorais estão vinculados à uma função social de difusão do conhecimento, muito mais ampla do que a mera remuneração do autor.

Em nome do interesse público, os detentores de direitos de autor devem tolerar certas restrições aos seus direitos impostas por lei. Direitos absolutos são inadmissíveis no ordenamento pátrio. Os direitos autorais já nascem limitados pelos fundamentos do Estado de Direito, e são condicionados aos objetivos da república traçados no art. 3º da Constituição. Por isso não pode prevalecer única e exclusivamente o interesse individual do detentor dos direitos patrimoniais. Aliás, alguns países desenvolvidos como Alemanha e Espanha tem uma legislação muito menos restritiva que a brasileira.[19]

Ante a necessidade do progresso da educação e da cultura como fator essencial do desenvolvimento concomitantemente ao interesse dos detentores de direitos patrimoniais de ampliar a proteção legal às obras intelectuais, surge o conflito a ser solucionado. O interesse individual do detentor de tirar o maior proveito econômico de sua obra passa a ser visto como entrave à coletividade de acesso à mesma obra. Seria injusto aqui fazer um exercício argumentativo para que os autores custeassem toda a educação da população brasileira em detrimento de seu suor e esforço intelectual. Tão pouco é justo que trabalhadores informais de reprografia lucrem à custa das editoras. O

sacrifício não pode ser somente dos autores para se disseminar a cultura. Por outro lado, para que os livros sejam vendidos é preciso que exista quem os compre e os leia. E para que essa situação um dia se torne realidade, os direitos patrimoniais devem sofrer limitações maiores do que os mecanismos previstos na atual legislação.

Embora pareça um conflito de interesses de que exija uma solução sofisticada, o legislador tomou a decisão em prol dos interesses privados dos detentores dos direitos patrimoniais sem maiores reflexões. O resultado é visto na lei de direitos autorais – LDA, que trata do acesso às obras protegidas apenas nos arts. 46 a 48. Sem dúvida, eles são insuficientes para regular de forma democrática o acesso aos livros. Pior, a legislação atual é um retrocesso da LDA de 1973 no tocante ao estímulo à leitura[20]. A maior prova disso é a proibição de cópia de um exemplar inteiro por parte do copista, vista pela LDA de 1998 como “ofensa ao direito autoral”, sendo que nem a convenção de Berna fez essa proibição. Aliás, é justamente a ressalva do art. 9º da convenção que admite a reprodução da obra nos países signatários, desde que não prejudique a exploração normal do detentor.

Curioso notar que o artigo 46, II, da LDA – 98 estabelece que a cópia, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado sem intuito de lucro, não é uma violação de direito patrimonial. A definição de pequenos trechos é controversa, e pode ser manipulada de acordo com os interesses argumentativos. A expressão “pequenos trechos” não delimita exatamente como, e qual a quantidade que o copista (no caso o estudante) pode copiar uma obra protegida. Algumas universidades permitem cópia de um capítulo inteiro. A Associação Brasileira de Direitos Autorais (ABDR) defende que pequeno trecho é aquele não pode ultrapassar o limite de 2 (duas) páginas, desconsiderando a existência de obras com mais de 1.500 (mil e quinhentas) páginas. De certo que a interpretação da ABDR é extremamente mercantilista, e busca garantir a reserva de mercado às editoras. Devemos considerar também o fato de que a ABDR é apenas uma associação privada formada para defender interesses econômicos das editoras (que são de fato os detentores dos direitos patrimoniais), desconsiderando o interesse do verdadeiro autor que é de ter sua obra lida pelo máximo de pessoas, e principalmente do acesso democrático à cultura e educação.

Apesar de toda a controvérsia sobre a interpretação do inciso II do art. 46, ele não tem razão de existir, pois não impede – e nem configura contrafação – que o estudante copie reiteradamente duas páginas por vez até copiar o livro todo. Cumpre formular a pergunta: Porque o legislador não manteve a redação da LDA de 1973 que permitia cópia integral de um livro?

A pergunta se torna mais pertinente quando se constata que nenhum tratado internacional determinou essa proibição nas legislações internas[21]. A resposta é evidente. As limitações e restrições não são entendidas como direitos dos leitores/usuários, e sim, gravames aos detentores dos direitos patrimoniais. A interpretação da lei é feita em favor da defesa dos interesses dos detentores de direitos econômicos. As editoras fizeram valor sua força e defenderam a todo custo a interpretação a seu favor, que foi ratificada pelo congresso nacional e reduziu o direito dos usuários em um preceito indeterminado, carente de regulação. A nosso ver esta falha seria minimizada com a publicação de um decreto que determinasse o que são pequenos trechos. Mesmo assim, o problema persistirá, enquanto as restrições patrimoniais não forem entendidas como direitos dos usuários. O motivo que evidencia

mais a impertinência deste inciso é a constatação de que o art. 46, I, alínea “d” permite a cópia integral em sistema *braille* quando feita por deficientes visuais. Não se sustenta aqui que os deficientes visuais não devam ter acesso à leitura, e sim que este privilégio deve ser assegurado também aos deficientes de capacidade econômica para adquirir livros. A proteção somente à cegueira física não é suficiente, pois ignora cegueira intelectual gerada pela falta de livros[22].

A legislação atual não reconhece que o número de leitores com capacidade econômica é ínfimo, e também inibe o acesso à leitura às pessoas que não têm meios de adquirir livros. A tese defendida por editoras e por alguns manuais sobre direitos autorais que reduz a função social do direito autoral à mera remuneração do autor para recompensá-lo e incentivar a produzir é perigosa, em muitos casos, tendenciosa[23]. Esta não é a única função. Se assim for entendida, camufla por completo a motivação intrínseca do autor de difundir seu conhecimento e ter seu nome reconhecido, bem como, atribui somente à motivação financeira o estímulo da criação intelectual, sem mencionar que viola flagrantemente o interesse coletivo de acesso aos livros. Não obstante, a remuneração dos autores é legítima. E a motivação financeira, embora não seja o principal incentivo para escrever um livro, realmente contribui. Contudo, este aparente conflito de interesses foi suprimido pelo legislador, pois a própria nomenclatura da LDA indica que o acesso gratuito a livros protegidos é uma restrição de direitos, e não um direito.

4.2 A Gestão Coletiva de Obras Musicais e Audiovisuais

Atualmente os verdadeiros titulares de direitos patrimoniais sobre obras musicais e audiovisuais são editoras e gravadoras, ou seja, pessoas jurídicas de natureza mercantil. Para estes titulares, os direitos autorais são um instrumento de controle de mercados e uma forma de reduzir as incertezas de investimentos em campanhas de publicidade. Os direitos autorais, por serem direitos exclusivos, dependem de autorização prévia expressa dos detentores desses direitos em qualquer modalidade de execução da obra. A obra musical comporta vários titulares; autor da composição, gravadoras (produtor do fonograma), intérpretes, músicos executantes e editores. Ante a dificuldade de fiscalização e recolhimento de todas as autorizações, e ainda o gerenciamento e recolhimento efetuado por cada um dos titulares, a prática é a gestão desses direitos de forma coletiva e centralizada[24]. As legislações nacionais de vários países conferem um monopólio para essa atividade com intuito de conferir maior racionalidade e diminuição de custos ao processo de arrecadação e distribuição desses direitos.

O escritório central de arrecadação e distribuição – ECAD é a entidade responsável por arrecadar e distribuir direitos autorais de execuções musicais públicas, ou seja, pela utilização de músicas em locais coletivos[25]. O caso brasileiro é raríssimo no mundo, pois a lei de direitos autorais confere um monopólio sem prever qualquer tutela administrativa ou mecanismo de supervisão por parte do poder público. O ECAD possui ampla autonomia para fixar unilateralmente tarifas para usuários, bem como estabelecer critérios de cobrança e distribuição.

O ECAD foi criado pela lei 5.988/73, na forma de pessoa jurídica de direito privado[26], com o objetivo de exercer a arrecadação e distribuição centralizada, sendo gerido conjuntamente pelas associações de gestão coletiva musical existentes á época. A mesma lei criou o Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA – que tinha a competência de fiscalizar o ECAD e as associações que o integravam, bem como, autorizar a criação de novas associações. O CNDA foi desativado em 1990, desde então, o ECAD passou a funcionar sem qualquer meio de supervisão estatal. Além disso, foi alterado o estatuto do ECAD e passou a distinguir duas categorias de entidades associadas: administradas e efetivas, sendo que somente estas têm o poder de voto na assembléia geral[27]. Para ser considerada uma associação efetiva é necessário comprovar possuir 20% da média das obras e filiados das associações efetivas integrantes do ECAD.

De acordo com o estatuto do ECAD, o voto é proporcional à arrecadação que cada associação gera para o sistema. Assim, quanto maior é a execução pública do repertório de uma associação, maior a sua arrecadação e maior o peso de seu voto nas decisões do ECAD. Segundo o estatuto do ECAD, a associação efetiva de menor arrecadação tem direito a um voto na assembléia, as outras têm direito à quantidade de votos correspondente à porcentagem que suas arrecadações superarem a de menor arrecadação. O sistema tem apenas quatro associações efetivas com poder de voto, em razão do critério do voto proporcional à arrecadação. As demais associações são proibidas de votar nas assembléias gerais, e não podem tornar pública qualquer insatisfação com a administração do ECAD por terem receio de serem expulsas da entidade e perderem dividendos oriundos da arrecadação das execuções de músicas de seu repertório[28].

A crítica mais comum que se faz ao ECAD paira sobre os critérios de arrecadação e distribuição. O ECAD arrecadou mais de R\$ 302 milhões em 2007, e distribuiu R\$ 250 milhões para 60 mil usuários, dentre os mais de 262 mil titulares cadastrados[29]. O ECAD cobra somas calculadas com base em uma unidade de valor criada pela própria entidade, a Unidade de Direito Autoral – UDA, reajustada anualmente no mês de julho. Os usuários se queixam da majoração ocorrida no período 2006/2007, que segundo o SINDCIESP, foi de 13,6%, índice muito superior à inflação do período[30]. Devido ao alto custo de administração do sistema, o ECAD consome 18% do valor total arrecadado anualmente, e repassa 7% para as associações se manterem[31]. Os 75% restantes são distribuídos entre os titulares de direitos autorais e direitos conexos. A entidade distribui valores referentes apenas para os 650 fonogramas mais executados trimestralmente, o que gera grande insatisfação para a grande massa de músicos que compõe as associações.

Outro critério que gera grande insatisfação entre os artistas cadastrados diz respeito aos créditos retidos. Estes valores ficam retidos em conta quando arrecadados por execução de obra que não são de titularidade dos autores cadastrados pelas associações. Neste caso, passado certo período de tempo, os valores são distribuídos de acordo com critérios estabelecidos pela assembléia geral. Como poucas associações integram a assembléia, vários autores acusam que essas decisões são tomadas sem nenhuma transparência e são tomadas com a intenção de favorecer as editoras. A falta de transparência nos critérios de arrecadação e distribuição é altamente criticada por autores, titulares e usuários. A imensa maioria das críticas seriam esclarecidas se houvesse fiscalização estatal para esta atividade, contudo, os representantes das quatro

associações efetivas refutam veemente as propostas neste sentido. O argumento mais utilizado pelos advogados do ECAD é que a interferência estatal em direitos privados fere o livre funcionamento das associações, e viola a Constituição Federal.

A estado é ausente também na fiscalização das associações que compõe o sistema. É fácil encontrarmos diferentes grupos de titulares com interesses divergentes em uma mesma associação, como editores, gravadoras, intérpretes e autores. Um artista pode filiar-se a uma associação como autor, e em filiar-se em outra com outra condição, como é o caso do cantor Roberto Carlos, filiado à SADEMBRA como autor, e filiado à SOCINPRO como intérprete[32]. Essa livre circulação entre associações é corriqueira em razão da enorme insatisfação quanto ao valor e maneira dos pagamentos, dado que, cabe às associações o pagamento a seus associados das quantias repassadas pelo ECAD. Como mencionado anteriormente, a lacuna resultante da falta de regulação do estado do funcionamento do ECAD é um grave problema.

A inércia estatal afeta diretamente o interesse coletivo, neste caso administrado por um ente particular. Além da riqueza econômica vinculada ao faturamento da indústria cultural, deve-se reconhecer a função primordial da cultura para a formação de uma identidade nacional. Com a inserção no texto constitucional do art. 215, no capítulo referente à “Educação, Cultura e Desporto”, a Constituição reconhece este aspecto[33]. A garantia constitucional do pleno acesso às fontes da cultura nacional indica que o desenvolvimento cultural do país sobrepõe-se a outros interesses. É preciso considerar o condicionamento da proteção dos direitos autorais ao interesse social e ao desenvolvimento econômico do País. Trata-se justamente da função social desses direitos, intrinsecamente relacionados á difusão cultural. Os valores sociais existenciais da pessoa humana tornaram-se um dos fundamentos do Estado de direito. Os objetivos do art. 3º da Constituição de erradicação da pobreza e justiça social mitigaram a tutela da propriedade intelectual baseada meramente no aspecto econômico. Desse modo, não vislumbramos a existência de fundamentos jurídicos para preservar a gestão coletiva das obras musicais, audiovisuais e cinematográficas da maneira como hoje é praticada. O atual quadro de gestão do ECAD deve sofrer reformulações, bem como, a interpretação da LDA deve ser compatibilizada com as diretrizes constitucionais desenvolvimentistas.

5. Conclusão

Os direitos autorais não cumprem o papel de servir como instrumento para se alcançar o desenvolvimento. Pelo contrário, a lei de direitos autorais é interpretada restritivamente, que a torna um obstáculo para qualquer política pública que deseje fomentar o acesso ao conhecimento. Esta realidade ocorre quando se busca aumentar o acesso às obras literárias, também é facilmente perceptível quando se discutem formas de democratização da gestão coletiva de obras culturais.

O Brasil não está utilizando de forma inteligente os mecanismos que lhe são favoráveis para mudar a situação de país difusor de tecnologias para inovador. O quadro regulatório é deficiente, e como foi demonstrado, o completo despreparo das autoridades legislativas e administrativas para manusear os instrumentos jurídicos da legislação de direitos autorais é uma prova desestimulante do enorme trabalho de conscientização que o país tem pela frente de priorizar a interpretação dos direitos

autorais em direção à consecução dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição. A legislação excessivamente abrangente e restritiva que se verifica em determinados trechos da lei de direitos autorais é uma seqüela da violação cometida por legisladores e formuladores de políticas públicas à imposição constitucional de utilização dos direitos autorais como meios de difusão do conhecimento e da cultura.

REFERÊNCIAS

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica.** Trad: ARAÚJO, L.A.O. São Paulo: Editora UNESP. 2003.

DIAS, Maurício Cozer. **“A proteção de obras musicais caídas em domínio público”.** In: Cadernos de Políticas Culturais: Volume 1 – Direito Autoral. 2006.

MALARD, Neide Terezinha. **“Desenvolvimento nacional: O sentido técnico e a noção constitucional.”** Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. v. 3. n. 2. Julho/Dezembro 2006.

MORAES, Rodrigo. **“A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias”.** In: Cadernos de Políticas Culturais: Volume 1 – Direito Autoral. 2006.

PNUD. Relatório do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2000.

RISTER, Carla Abrantkoski. **“Direito ao desenvolvimento. Antecedentes, significados e conseqüências”.** Rio de Janeiro: Renovar.

SACHS, Jeffrey. **“O divisor global de inovação”.** In: VARELLA, Marcelo Dias (Organizador). **“propriedade intelectual e desenvolvimento”.** São Paulo: Lex Editora. 2005.

SEN, Amartya; trad. Laura Teixeira Motta. **O desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Guilherme Amorin Campos da. **“Direito ao desenvolvimento”.** São Paulo: Método. 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **“Primeiras linhas de direito econômico”.** 4 ed. São Paulo: LTr. 1999. p. 425.

STEINER, Philippe. tradução: TRYLINSKI, Maria Helena C.V. **A Sociologia Econômica.** São Paulo: Atlas. 2006.

VITALIS, Aline. **“A função social dos direitos autorais: Uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação.”** In: Cadernos de Políticas Culturais: Volume 1 – Direito Autoral. 2006.

-
- [1] STEINER, Philippe. **A sociologia econômica**. Tradução : TRYLINSKI, Maria Helena. São Paulo: Atlas. 2006.
- [2] SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento e direitos humanos**. Maceió: PRODEMA, 2000.
- [3] FURTADO, Celso. **“Criatividade e dependência na civilização industrial”**. São Paulo: Cia das Letras. 2008.
- [4] SEN, Amartya; trad. Laura Teixeira Motta. **O Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 52
- [5] Idem. p. 55
- [6] Relatório do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2000. cap 01
- [7] Idem.
- [8] MALARD, N.T. **“O desenvolvimento nacional: Objetivo do estado nacional”**. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. v. 3 n. 2. julho/dezembro 2006.
- [9] As capacidades fundamentais, de acordo com o relatório do PNUD são: educação, saúde e renda. Elas vão possibilitar o exercício das outras faculdades.
- [10] SILVA, Guilherme Amorin Campos da. **“Direito ao desenvolvimento”**. São Paulo: Método. 2004. pg. 62.
- [11] CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: A Estratégia do Desenvolvimento em Perspectiva Histórica**. Trad: ARAÚJO, L.A.O. São Paulo: Editora UNESP. 2003.
- [12] SACHS, Jeffrey. **“O Divisor Global de Inovação”**. In: VARELLA, Marcelo Dias (Organizador). **“Propriedade Intelectual e Desenvolvimento”**. São Paulo: Lex Editora. 2005.
- [13] O setor público dos países desenvolvidos é um ator central. Por exemplo, nos EUA a NASA é grande fonte de inovação tecnológica, grandes centros universitários como MIT e Harvard são pólos importantes de pesquisa, os laboratórios públicos financiam grande parte dos custos em pesquisa da indústria farmacêutica americana. Como se vê, é inviável esperar por inovação sem incentivos financeiros advindos do Estado.
- [14] Vários projetos de parceria público-privado no Brasil têm nos mostrado que grande parte do investimento inicial em infra-estrutura é efetuado pelo governo, ficando a iniciativa privada apenas com o ônus de manter o projeto em boas condições. Muitas empresas conceituam investimentos iniciais em infra-estrutura como custos de operação de incerta e demorada amortização.

[15] RISTER, Carla Abrantkoski. **“Direito ao desenvolvimento. Antecedentes, significados e conseqüências”**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. pg 522.

[16] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **“Primeiras linhas de direito econômico”**. 4 ed. São Paulo: LTr. 1999. p. 425.

[17] Preâmbulo da Convenção da Unesco sobre proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

[18] VITALIS, Aline. **“A função social dos direitos autorais: Uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação.”** In: Cadernos de Políticas Culturais: Volume 1 – Direito Autoral. p. 181.

[19] Segundo parecer do ministério da cultura de novembro de 2006, a Alemanha permite a cópia de até sete exemplares, desde que sem intuito de lucro para o uso privado do aluno.

[20] A LDA – 73 estabelecia no art. 49, II que não constituía ofensa aos direitos do autor uma cópia integral de qualquer obra, sem intuito de lucro.

[21] O TRIPS – Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – fez uma previsão branda dos direitos autorais nos arts. 9 a 13 e especificou padrões mínimos de proteção aos direitos de exploração econômica das obras pelos detentores. Ele apenas determinou que os países membros do tratado obedecessem o tratado internacional mais importante sobre o assunto, qual seja, a Convenção de Berna.

[22] MORAES, Rodrigo. **“A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias”**. In: Cadernos de Políticas Culturais: Volume 1 – Direito Autoral. p. 266.

[23] Os autores que defendem unicamente esta função aos direitos autorais sustentam sua opinião alegando que toda a sistemática do direito autoral repousa nos incisos XXVII, e XXVIII do art. 5º. Ocorre que os direitos autorais são direitos de propriedade, assim, estão sujeitos à regra do inciso XXIII do art. 5º, e por esta razão não podem ser interpretados unicamente à luz de interesses individuais prejudiciais ao desenvolvimento.

[24] A associação de autores e titulares de direitos conexos é permitida pelo art. 97 da LDA.

[25] Segundo o ECAD estão sujeitos ao pagamento qualquer usuário que se utilize obra cadastrada em seu repertório em locais de frequência coletiva, e podem ser: promotores de eventos e audições públicas (shows em geral, circo etc), cinemas e similares, emissoras de radiodifusão (rádios e televisões de sinal aberto), emissoras de televisão por assinatura, boates, clubes, lojas comerciais, micaretas, trios, desfiles de escola de samba, estabelecimentos Industriais, hotéis e motéis, supermercados, restaurantes, bares, botequins, shoppings centers, aeronaves, navios, trens, ônibus, salões de beleza, Escritórios, consultórios e clínicas, pessoas físicas ou jurídicas que disponibilizem músicas na Internet, academias de ginástica ,empresas prestadoras de serviço de espera

telefônica, ringtones e truetones. Há grande controvérsia em relação ao entendimento do ECAD quanto o pagamento sobre execução destes dois últimos meios de execução.

[26] A Corte Especial do STJ negou um pedido, formulado pelo ECAD, de suspensão de liminar que determinou o depósito judicial de R\$ 142 milhões. Na ocasião o ministro Raphael de Barros Monteiro Filho defendeu que somente o Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público têm legitimidade para pleitear suspensão de execução de decisão nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes. Segundo ele, não se pode considerar como público o prejuízo dos associados, pois o dinheiro gerenciado pelo Ecad é particular. Segundo o ministro Barros Monteiro, não se pode considerar como público o prejuízo dos associados, porque todo o dinheiro gerenciado pelo Ecad é particular. “O requerente é pessoa jurídica de direito privado, na defesa de interesses unicamente particulares de seus associados – titulares de direito autoral, razão pela qual não tem legitimidade para o manejo do pedido de suspensão”.

[27] As associações efetivas são: UBC, ABRAMUS, AMAR, SBACEM, SICAM, SOCINPRO. As associações administradas são: ABRAC, ANACIM, ASSIM, SADEMBRA. Somente as quatro maiores associações efetivas tem poder de voto dentro da entidade.

[28] Petição encaminhada à Secretaria de Direito econômico –SDE – pelo Sindicato dos Compositores e Intérpretes de São Paulo – SINDCIESP, na qual, o sindicato requereu a regulamentação do art. 99 da lei de direitos autorais.

[29] Informação Disponível no site: www.ecad.org.br Acessado em 17/09/2008.

[30] Segundo o SINDCIESP, em julho de 2006 a UDA correspondia ao montante de R\$ 33,00. Em julho de 2007 aumentou para R\$ 37,49.

[31] Estima-se que o ECAD possua mais 600 funcionários, e uma rede de 84 escritórios de advocacia que envolvem mais de 300 advogados no país.

[32] O sítio da SOCINPRO contém menção ao nome do cantor como membro honorário vitalício, embora não mencione qual tipo de autor se trata.

[33] O art. 215 da Constituição Federal estabelece que: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

**EFEITOS DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NO CASO EFAVIRENZ:
UMA ANÁLISE DE LAW&ECONOMICS***

**EFFECTS OF COMPULSORY LICENSING IN THE EFAVIRENZ CASE: AN
ANALYSIS OF LAW & ECONOMICS**

**Leonardo José Peixoto Leal
Monique Tavares de Figueiredo
Rômulo Weber Teixeira de Andrade**

RESUMO

O presente trabalho buscará analisar o licenciamento compulsório no sistema de patentes no Brasil, regulado pela Lei 9279/96, fazendo um estudo de caso sobre o licenciamento compulsório instituído pelo governo brasileiro ao medicamento efavirenz, remédio de combate ao vírus da AIDS. A primeira vista tal conduta parece ser acertada uma vez que disponibiliza um acesso mais barato a um maior número de pessoas de um medicamento. Entretanto, e esse é o cerne da pesquisa, tal conduta pode gerar conseqüências adversas, já que uma das razões de justificação da propriedade industrial é a econômica, que garante a restituição pecuniária e o lucro do titular da patente; um desrespeito a esse fundamento elementar por um Estado deve ser medida extrema, adotado em caso de emergência nacional ou quando o titular pratica abuso de poder econômico, o que não parece ser o caso já que o governo brasileiro teria condições de arcar com o custo do remédio. Tal situação gera uma desconfiança junto a empresários e investidores, o que pode acarretar em prejuízos da mais variada ordem no desenvolvimento do país, afetando a razão social, justificativa maior de todo sistema de propriedade industrial. Busca-se analisar os efeitos desse licenciamento sob o ponto de vista do reconhecimento e normatização da propriedade industrial, seguindo a ótica da escola do Law&Economics.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO. EFAVIRENZ.

ABSTRACT

This study attempts to analyze the compulsory licensing in the patent system in Brazil, governed by Law 9279/96, making a case study on the compulsory licensing imposed by the Brazilian government to the drug efavirenz, medicine to combat the AIDS virus. At first sight such behavior seems to be right once it provides a cheaper access to a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

larger number of people from a drug. However, and this is the crux of the research, such conduct can generate adverse consequences, as a ground of justification for industrial property is the economy, which guarantees the refund money and profit from the patent owner. A disrespect to that elementary plea for a state should be extreme measure adopted in cases of national emergency or if the holder practices abuse of economic power, which does not seem to be the case because the Brazilian government would be able to shoulder the cost of medicine. This situation creates a distrust among the entrepreneurs and investors, which could lead to losses of more varied order in the country's development, affecting the corporate name, justifying greater whole system of industrial property. It aims at examining the effects of licensing under the terms of recognition and normalization of industrial property, following the perspective of the school of Law & Economics.

KEYWORDS: INDUSTRIAL PROPERTY. COMPULSORY LICENSING. EFAVIRENZ.

1. Introdução

No presente trabalho busca-se fazer uma análise acerca do licenciamento compulsório imposto pelo governo brasileiro ao laboratório Merck, Sharp & Dohme, produtor e titular da patente do medicamento *efavirenz*. O intuito é analisar as razões que levaram a esse acontecimento bem como avaliar as conseqüências desse licenciamento, se benéficas ou não, numa abordagem mais ampla do tema, com foque na regulamentação da propriedade industrial e sob o prisma da escola do *Law&Economics*.

Trata-se de licenciamento compulsório decretado pelo governo brasileiro em maio de 2007, em relação ao medicamento *efavirenz*, cujo direito de exploração em caráter exclusivo pertencia ao laboratório Merck, Sharp & Dohme, medicamento necessário aos portadores do vírus HIV. A justificação da decretação foi motivo de interesse público, em razão do abuso do poder econômico, em virtude do preço praticado pelo laboratório no país.

No primeiro momento é feita uma contextualização da propriedade intelectual na ciência jurídica, com breves considerações históricas acerca de sua origem, posteriormente segue-se analisando, ainda que de forma sucinta, o sistema de patentes no Brasil e sua regulamentação através da Lei 9279/96, em seguida trata-se do licenciamento compulsório e dos casos em que a legislação prevê sua incidência. Mais adiante faz-se uma breve explanação acerca da escola do *Law&Economics*, norteadora do presente trabalho, seguindo com o estudo de caso acerca do licenciamento compulsório do medicamento *efavirenz*, abordando primeiramente suas causas e o contexto em que foi instituído para, em seguida, analisar seus efeitos na regulamentação da propriedade industrial, bem como no desenvolvimento tecnológico e na economia do Brasil.

2. Sistema de patentes

No direito Civil tem-se a divisão de bens como corpóreos ou matérias e incorpóreos ou imateriais. Pode-se afirmar que qualquer criação intelectual é um bem imaterial, já que

goza do status de objeto de direito de propriedade, o pensamento e o raciocínio que levou à criação de um determinado objeto seria bem imaterial, objeto da propriedade intelectual, já o bem em si seria um bem material. O bem material, portanto, oriunda de um bem imaterial.

O ramo da Propriedade intelectual cuida de toda criação, regula a propriedade de todo bem imaterial relacionado à intelectualidade como obras de arte, livros, canções. Já a propriedade industrial é ramo específico da propriedade intelectual, regulando tão somente a propriedade sobre a intelectualidade destinada a uma aplicação industrial, invenções aplicáveis à indústria. Nesse sentido tutela os bens incorpóreos de aplicabilidade industrial, abordando assuntos referentes a invenções, adição a invenções, chamados modelos de utilidade, aos desenhos industriais, aos nomes de domínio, aos segredos de negócio e às marcas de produtos ou de serviços, bem como repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal. (DI BLASI, 2005)

Com a Revolução Industrial, o desenvolvimento do Capitalismo e a expansão econômica, a tutela da propriedade industrial tornou-se uma necessidade, o Estado passou então a regulamentar e limitar tais direitos. Essa realidade, disseminada nos países desenvolvidos industrialmente, levou a realização da Convenção de Paris, em 1883, representando o sonhado desejo de unificação da regulamentação da propriedade industrial a níveis internacionais. Vários são os tratados internacionais nesse sentido, entretanto, não será esse o objeto do presente trabalho.

No Brasil, muito embora desde a Constituição do império já houvesse certa proteção à propriedade industrial, a regulação do tema nunca fora muito eficiente, privilegiando conveniências e interesses sensivelmente políticos, sem uma real preocupação com o desenvolvimento industrial e econômico, só havendo uma regulação efetiva da matéria com a legislação recente em vigor.

O sistema de patentes corresponde ao conjunto de regras que tratam das invenções destinadas a aplicação industrial. A patente é o direito de exploração em caráter exclusivo de forma temporária, concedido pelo Estado em favor de um indivíduo, o inventor ou o titular da invenção em todo território nacional. Assim define João da Gama Cerqueira (1946, p. 223):

A patente de invenção, expedida pela administração pública, mediante o cumprimento das formalidades legais e sob certas condições, é o ato pelo qual o Estado atribui o direito ao inventor, assegurando-lhe a propriedade e o uso exclusivo da invenção pelo prazo da lei. A patente não cria, mas apenas reconhece e declara o direito do inventor, que preexiste à sua concessão e lhe serve de fundamento. A propriedade do inventor não é perpétua; findo o prazo, o privilégio desaparece e a invenção cai no domínio público.

Os fundamentos ou razões que justificam o sistema de patentes são cinco: razões de direito, razões de economia, razões de técnica, razões de desenvolvimento e razões sociais. (DI BLASI, 2005).

2.1 Razões de direito

Como princípio basilar do direito de propriedade, é necessário que se garanta ao inventor a titularidade sobre sua invenção, desde que observado o regular cumprimento

das disposições legais, outorgando-lhe o direito de exploração em caráter exclusivo ainda que de forma temporária. É dever do Estado a garantia dos direitos de propriedade, resguardando a exploração indevida da propriedade por outrem que não seu titular.

Nesse sentido, o sistema jurídico deve proteger os direitos de propriedade, possibilitando ao titular da patente ingressar judicialmente para defender seu direito de exclusividade e coibir a utilização indevida de sua invenção.

2.2 Razões de economia

Qualquer atividade econômica, considerando a estrutura capitalista de produção, é feita para gerar lucros. É, portanto, natural que um inventor seja recompensado economicamente por sua invenção, o modo mais eficiente de retribuição econômica se dá através do direito de exploração em caráter exclusivo.

Ademais, no estágio de desenvolvimento da indústria atual, os gastos com pesquisa e desenvolvimento de invenções e bens patenteáveis são elevados, sendo necessária, inclusive, a sua restituição, bem como o direito de exploração em caráter exclusivo e o lucro advindo dessa condição torna-se um incentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento.

É bem verdade que a exploração exclusiva pode ensejar situações de abuso do poder econômico, bem como buscas por lucros elevados e a escassez do produto, entretanto, o sistema dispõe de ferramentas para coibir tais práticas como a licença obrigatória, art. 68 da Lei 9279/96, e a caducidade da patente, art. 78, III e art. 80 de referido diploma legal.

2.3 Razões de técnica

O sistema de patentes exige a publicidade das técnicas empreendidas na realização das invenções, sendo tal publicidade incentivada pela proteção garantida à propriedade. As técnicas utilizadas em um esforço inventivo auxiliam no desenvolvimento de outros, formando um verdadeiro eixo de técnicas relacionadas, contribuindo de forma significativa para o aumento do conhecimento nos mais diversificados campos.

Ademais, a patente é por si só, fator estimulante de novas criações inventivas, em virtude da segurança propiciada.

2.4 Razões de desenvolvimento

A adoção de um sistema de patentes está diretamente relacionada ao desenvolvimento industrial de um país, principalmente numa economia de mercado globalizada, com relações internacionais cada vez mais complexas e presentes. A falta de um sistema de patentes em um determinado país desestimula o investimento em pesquisas e desenvolvimento.

Tanto isto é verdade que as nações que não adotam sistema de patentes encontram-se, em regra, em estado pífio de desenvolvimento, com elevada carência de investimentos internacionais.

2.5 Razões sociais

O fim maior da propriedade industrial é o social. As invenções decorrem, via de regra, das necessidades da sociedade. Nesse sentido é de interesse da coletividade o desenvolvimento em todos os campos da atividade industrial, sendo extremamente benéfico o desenvolvimento da indústria.

O sistema de patentes dá publicidade aos inventos, tornando-os acessíveis a uma maior parte da população, bem como, posteriormente, liberando sua utilização de forma irrestrita. Afora isso, conta a Lei da Propriedade Industrial – LPI com vários instrumentos de coibição a abusos decorrentes da patente, como o do poder econômico.

Não bastando esses fatores, a propriedade industrial não concede o privilégio de exploração em caráter exclusiva de forma perpétua, ou seja, após o prazo legal, necessário para cumprir dentre outras a razão econômica de legitimação da propriedade industrial, a invenção ou modelo de utilidade cai em domínio público, podendo ser livremente explorada e utilizada por toda a sociedade.

2.6 Sistema de patentes no Brasil

No Brasil o sistema de patentes é regulado pela Lei 9279/96, aprovada mediante forte pressão internacional, em uma negociação que se arrastava desde 1987, com forte atuação dos Estados Unidos, inclusive com a inclusão do Brasil entre os países com possibilidade de sofrer sanções em virtude da não regulamentação da propriedade industrial (*priority countries*).

A aprovação da legislação atual revogou o antigo código de propriedade industrial que não acompanhava o desenvolvimento tecnológico ocorrido no mundo e estabelecia uma série de discriminação sobre bens não patenteáveis.

A atual lei de propriedade industrial - LPI é avançada e deu ao país um salto de qualidade na regulação do tema, gerando uma maior confiança no mercado internacional no investimento em tecnologia e pesquisa no país, bem como contribuindo para facilitação ao acesso da tecnologia mundial. (DI BLASI, 2005).

A LPI regula, nos termos do seu art. 2º[1] a concessão de patentes de invenção e de modelos de utilidade; concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marca; repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal. Invenção para ser considerada patenteável deve atender aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, ou seja, deve ser um bem que possa ser aplicado em escala industrial, tenha demandado para sua criação um esforço inventivo, atividade intelectual (bem imaterial), não podendo decorrer de mera descoberta; bem como ser uma novidade, algo verdadeiramente novo, que não exista em outro local, não esteja patenteado ou compreendido no estado da técnica[2]. A novidade também é exigida para o modelo de utilidade, espécie de adição a uma invenção, este deve ainda dispor de aplicação industrial, melhorando ou aperfeiçoando o objeto a que se vincula.[3]

A Lei 9279/96 dispõe detalhadamente acerca dos procedimentos de concessão de patentes e registros de marcas e desenhos industriais, regula ainda a repressão às falsas

indicações geográficas e à concorrência desleal. Em relação às patentes, dispõe referido diploma que o período de vigência da patente[4], ou seja, do direito de exploração em caráter exclusivo, é de 20 anos para patente de invenção e de 15 anos para modelo de utilidade contados da data do depósito do pedido, podendo esse período ser superior em virtude do limite mínimo de 10 anos de vigência para invenção e de 7 para modelo de utilidade já que, a depender da complexidade do pedido, para concessão pode durar mais de 10 anos. (LOBO, 1997).

Em relação aos abusos cometidos pelos titulares da patente disponibiliza a LPI mecanismos ao Estado para reprimir tais práticas. Dentre eles tem-se a licença compulsória, instrumento mais forte, por isso mesmo o que deve ser utilizado com mais cautela, em casos extremos. Adiante tal instituto será analisado com maior profundidade.

3. Sistema internacional - TRIPS

Com o fim da Segunda Guerra Mundial buscou-se uma maior dinâmica na livre iniciativa da circulação de bens e capital. Diante desse novo quadro, várias tentativas surgiram em busca de um sistema capaz de envolver o comércio global de modo a ditar normas gerais para o seu funcionamento, como por exemplo, o FMI – Fundo Monetário Internacional, o BIRD – Banco Mundial, além iniciativa pela criação da Organização Internacional do Comércio – OIC surgiram com o propósito de internacionalizar o desenvolvimento econômico, tecnológico-financeiro.

Entretanto, pode-se considerar como marco na regulação internacional do comércio o acordo denominado GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), o qual por meio das chamadas Rodadas (encontro dos países membros do acordo) conduzia as negociações dos países envolvidos sobre vários aspectos econômicos. A sua importância pode ser comprovada pela criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) após a “Rodada Uruguai” ocorrida em 1994.

Com a relevância econômica inerente a tecnologia oriunda da propriedade industrial, mas especificamente no que tange as patentes de medicamentos, a transferência e comercialização dessa tecnologia é um fato considerado como vital para os países, pois os tornam dependentes desse bem. Portanto, é possível existir práticas abusivas, uma vez que além da questão econômica trazida pelo bem farmacêutico patenteável, há a dependência entre os países por ser uma questão humanitária.

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – Trips^[5] é um acordo sobre Propriedade Industrial, o qual possui uma essência principiológica que o torna um instrumento vinculador entre seus países-membros por estabelecer obrigações e determinar prazos. Pelo Acordo deverá existir tratamento igualitário entre um nacional e um estrangeiro que pertença a um dos países-membros, além disso, a adesão ao acordo deverá ser feita sem reservas, segundo o princípio do *single undertaking*. (AMARAL JUNIOR, 2006).

O Acordo TRIPs, considerado por alguns autores um tratado-contrato, obriga aos países a concessão de patentes a certos produtos que representem inovações e sejam suscetíveis de aplicação industrial, mas excetua em seu Artigo 27 (2) as “invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a

moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente”. A licença compulsória é o meio de ser retirado o véu protetor que é a patente de um determinado produto ainda em vigência; essa possibilidade deverá existir em situações excepcionais. A referida exceção do TRIPs fundamenta algumas posições favoráveis a licença compulsória de fármacos, invocando a questão da saúde e encarando o privilégio da patente como uma prática abusiva.

Seja em qual área for, a pesquisa, e por consequência, seus resultados, para existir e persistir necessita de incentivos financeiros e legais, principalmente nos casos das drogas farmacêuticas, pois para estas se tornarem remédios eficazes contra uma determinada doença, percorrem um árduo e longo caminho de tentativas, que traduzindo em uma linguagem econômica, caminho este tão custoso quanto os benefícios trazidos.

Com efeito, a preocupação legislativa sobre o aspecto incentivo-produção, tornou a patenteabilidade algo necessário ao desenvolvimento dos países. Há um impasse entre a importância da concessão de patentes e os fármacos, que teve sua patenteabilidade acordada na Rodada Uruguai, e com isso, elevaram-se os preços dos medicamentos e o acesso de grande parcela da população à saúde.

A Rodada Uruguai observou ser possível a ação estatal através das políticas públicas, entretanto não delimitou quais seriam as situações de urgência/emergência ou condutas anticoncorrenciais que abririam precedentes a intervenção do Estado.

Alguns países em desenvolvimento mesmo ciente da sua realidade tecnológica e econômica aderiram ao TRIPs, como o Brasil. Diante de qualquer bem patenteável, principalmente no caso dos fármacos, esses países estarão enfrentando o duelo entre o direito do titular de patente e a sua desvantagem no mercado competitivo. (VALERIO, 2001).

4. Licença compulsória

A licença compulsória é uma forma de política pública, os casos de sua decretação estão na seção III do Capítulo VIII da LPI, e visa combater situações de abuso do poder econômico, exercício abusivo dos direitos, comercialização insatisfatória, emergência nacional e interesse público. É extensa a regulação do tema na Lei, o que por si só revela sua importância, e, conforme se demonstrará, tal medida se revela como extrema, somente devendo ser adotada em caso de real necessidade, nos termos da previsão normativa.

Gabriel Di Blasi (2005, p.305) conceitua o licenciamento compulsório como uma autorização forçada pelo Estado para que outros indivíduos explorem determinado bem objeto de patente independente da vontade do titular da patente, obviamente que desde que o titular incorra em uma das condutas previstas na Lei 9279/96.

Compreende-se que, no sistema de patentes, os direitos do titular devem ser restritos, e por isso as legislações nacionais prevêm meios de coibir abusos ou exageros na exploração do privilégio. Tais abusos constituem uma das principais razões da utilização de meios legais de repressão. A licença compulsória apresenta-se como uma

das formas mais importantes desta prática. A princípio pode-se conceituar *licença compulsória* como sendo a autorização forçada de patente, concedida pelo Estado a terceiros, alheia à vontade do titular da mesma, quando se caracteriza abuso dos direitos decorrentes da patente por parte deste titular. (destaque do original)

A preocupação com os abusos na exploração da patente é observada a nível internacional, tanto a convenção de Paris em seu art. 5º como a referida TRIPs em seu art. 31 disciplinam e tratam das possibilidades de licenciamento compulsório em relação aos países-membros. Além dessas limitações gerais as legislações internas podem prever outras situações de licenciamento compulsório.

O licenciamento compulsório pode ser decretado a pedido de terceiro interessado em explorar o bem ou pelo Estado no caso de interesse público ou emergência nacional. No primeiro caso é necessário que o requerente comprove, nos termos do art. 38 da LPI que o titular da patente incorreu em abuso do poder econômico ou não atende às exigências do mercado, ou seja, que não cumpre com a razão social, um dos fundamentos da propriedade industrial.

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

§ 2º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

No caso de licenciamento compulsório decretado pelo poder público, determina o art. 71 da LPI que o Estado somente poderá fazer em caso de emergência nacional ou interesse público, sendo certo que os conceitos de ambos são vagos, cabe ao Estado com seu poder discricionário definir o que seria objetivamente o caso ensejador da licença. Ademais, neste tipo de licenciamento é obrigatório que este não se proceda em caráter exclusivo, ou seja, qualquer um com interesse e disponibilidade poderá explorar o bem, bem como não pode haver destinação comercial.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Art. 72. As licenças compulsórias serão sempre concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento.

Há ainda outro caso de licença compulsória prevista no art. 70, a chamada patente dependente, basicamente ocorre quando uma patente depende diretamente de outra para sua concretização, não havendo acordo entre os titulares das patentes poderá ser requerido o licenciamento compulsório pelo titular da patente dependente.

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

Interessante observar que as medidas de licenciamento compulsório são taxativas e extremas, sendo a mais delicada de todas a decretada diretamente pelo Estado. É necessário que haja real e fundada necessidade de sua decretação sob pena de se consagrar um total desrespeito ao sistema de propriedade industrial, bem como gerar insegurança jurídica e desconfiança internacional nos investimentos.

A LPI prevê, em seu art. 80, o prazo de dois anos para que o titular da patente corrija o mau uso ou abuso do direito que deu causa à licença compulsória, ou seja, regularize sua atuação, sob pena de perder definitivamente o direito sobre a patente, ocorrendo assim a caducidade.

5. Licenciamento compulsório do medicamento *efavirenz*

No Brasil o primeiro caso que o Governo lançou mão da licença compulsória foi em relação ao *efavirenz* (*Stocrin*). O laboratório Merck, Sharp & Dohme detentor da patente, comercializava o medicamento pelo custo de US\$ 1,59, mas tal preço chegou a ter 30% abatido no valor final da revenda nas negociações com o Governo Brasileiro anterior à decisão de decretar a licença; mesmo com esse desconto o Ministério da Saúde, pondo o Brasil na mesma situação socioeconômica da Tailândia, recusou a oferta por argumentar o fato de esta última comprar o anti-retroviral pelo custo de US\$ 0,65. (QUEIROZ, 2007 *on line*)

O Ministério da Saúde supria as necessidades do medicamento de 75 mil dos 200 mil pacientes imunodeprimidos cadastrados no Sistema Único de Saúde pelo Programa Nacional de DST e Aids, e, visando importar os genéricos advindos dos laboratórios Ranbaxy, Cipla e Aurobino pelo valor de US\$ 0,45, com o fim de economizar 30

milhões de dólares aos cofres públicos até 2012, fomentou a idéia de decretação da licença compulsória.

Em Maio de 2007 a licença foi decretada por período determinado em cinco anos, renovável por igual tempo, e a remuneração ao titular foi fixada em 1,5% do custo de produção. Agora o Estado Brasileiro busca a produção nacional do medicamento, assim o país terá um maior poder de barganha junto à laboratórios internacionais, o peculiar na produção do genérico do *efavirenz* é o fato do Ministério da Saúde omitir informações do quanto o país irá lucrar, apenas informou que sairá mais caro do que o genérico indiano de (US\$ 0,45), mas não falou o quão mais caro será; além disso, vale frisar o fato de menos de dois anos da licença decretada, o Governo transformou seu foco primário de importar mais barato, para interesse em ingressar no mercado não apenas como consumidor. (FEBRAFARMA..., 2007 *on line*)

O Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, alegou ser o medicamento importado do laboratório Merck, Sharp & Dohme meio condutor a colocar em risco o equilíbrio financeiro e econômico do Programa Nacional de DST e Aids e o acesso dos brasileiros a tratamentos. Dessa forma, no dia 04 de maio de 2007, através do decreto nº 6.108, foi decretado o licenciamento compulsório das patentes relativas ao medicamento *efavirenz*. (GOVERNO..., 2007 *on line*).

Não se aparenta razoável a postura do governo brasileiro no caso, sendo certo que o Estado tinha condições de arcar com o preço praticado pelo laboratório, não sendo o fato do preço menor praticado em um país como a Tailândia justificador por si só para decretação do licenciamento. Referido preço, em um país de economia e estrutura em mais fracas que o Brasil, vem a cumprir justamente com a razão social, democratizando ao máximo, na medida dos limites econômicos, o acesso ao produto, necessário ao portadores do vírus HIV.

Nesse sentido, caberia ao Brasil demonstrar de forma mais robusta que o preço praticado pelo laboratório titular da patente, Merck, Sharp & Dohme, estava acima do preço de mercado, e em que ponto ele causava risco ao equilíbrio econômico financeiro do orçamento nacional de saúde.

5.1 Escola do *Law&Economics*

Antes de se adentrar na análise das causas e conseqüências de citado caso, tendo em vista que tais consideração serão feitas sob a perspectiva da escola do *Law&Economics*, é de bom alvitre fazer, ainda que de forma concisa e simplificada, uma introdução acerca dos princípios e mandamentos desse ramo do pensamento jurídico.

O movimento do *Law&Economics*, traduzido por Jairo Saddi e Armando Castelar de forma sugestiva como Direito&Economia tem origem na década de 60 do século XIX, tendo grandes nomes e influências como Ronald H. Coase e Richard Posner. Atualmente vem se desenvolvendo a pesquisa nessa área, não só nos Estados Unidos, difundindo-se em vários países, como o Brasil.

A idéia da escola é, basicamente, a união das ciências jurídica e econômica, aplicando conceitos econômicos no direito como a racionalidade dos agentes, bem como a busca da eficiência econômica na aplicação do direito e não do critério subjetivo de justiça.

Ronald Coase (1988 apud PINHEIRO; SADDI, 2006 p. 12) adverte que o critério de eficiência econômica é benéfico à sociedade já que visa um bem estar social.

O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que caminho seguir; escolham aquele que resulta na melhor escolha para o sistema como um todo.

[...]

Já que, na maior parte das vezes, as pessoas optam por fazer aquilo que elas pensam que promove o seu próprio bem-estar, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso (agir como é melhor para o sistema). A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou sua aplicação. (destaques do original)

Nesse sentido, o papel do direito seria garantir a eficiência econômica, tanto através da elaboração da legislação quanto na sua aplicação. A escola do *Law&Economics* é, em última análise, uma visão econômica do Direito, trabalhando-o a partir de dados empíricos.

Muitas são as críticas a esse pensamento, principalmente em países de tradição jurídica romano-germânico, como é o caso do Brasil, argumentando-se as diferenças metodológicas entre as duas ciências, principalmente o fato do Direito buscar sempre o critério de justiça enquanto a economia busca a eficiência; bem como alegando-se que a visão econômica seria demasiadamente simplista para complexa realidade das relações sociais tuteladas pelo Direito.

Em resposta aos críticos da escola, Rachel Stajn (2005, p. 82) assim se posiciona:

Reagir contra o diálogo entre Direito e Economia, para condena-lo, é posição que carece de racionalidade. Isso porque, ainda que os fatos sejam considerados sob a óptica quantitativa e empírica, própria do método econômico,, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa. Lembre-se de que, no direito romano, o desempenho e o esforço dos pretores estavam voltados para a busca de eficiência na distribuição de justiça e no respeito às normas sociais. Isso em nada é muito diferente do que se faz em *Law&Economics*. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Sob essa perspectiva acima apontada é que se buscará analisar adiante o caso ora em estudo, analisar a postura do governo brasileiro ante o laboratório Merck, Sharp & Dohme no tocante às condições que levaram à decretação do licenciamento compulsório, bem como nos efeitos decorrentes dessa atitude.

Considerações finais

A repercussão decorrente desse ato do governo foi grande tanto interna quanto externamente, sendo inclusive matéria de capa em vários jornais internacionais. Pode-se em um primeiro momento imaginar acertada a conduta do governo brasileiro analisando que ela poderá favorecer vários indivíduos portadores do vírus HIV, levando a uma maior distribuição do medicamento, democratizando seu acesso.

Entretanto tal análise seria deveras elementar, desprezando os demais componentes da sociedade e do mercado de fármacos, ramo de pesado investimento em pesquisa que contem ainda suas especificidades. Conforme já abordado a alegação para o decreto da licença compulsória foi o preço praticado pelo laboratório, entretanto, mesmo com uma oferta de redução no preço do medicamento por parte do titular da patente, o governo brasileiro se manteve irredutível exigindo um preço mais abaixo, usando como comparativo o preço praticado na Tailândia, e conseqüentemente decretando a medida.

Primeiramente cumpre destacar que mercado econômico de produtos fármacos permanece em uma estrutura imperfeita, vários são os aspectos que compõe tal realidade. Considera-se um determinado mercado imperfeito, quando a concorrência opera de forma tímida e a informação/conhecimento sobre o que é produzido e comercializado não seja possuída pelos consumidores. (SERRA, 2000). Contudo, o direito a patente de um bem fármaco faz surgir no mercado situações como uma competição industrial Oligopolista, e até mesmo um Monopólio; Em outros termos, essa realidade nesse tipo de mercado que há a dominação de poucos, que são os oligopólios industriais, ou o poderio usurpador sobre muitos, que tenha as características monopolizantes, é visto como uma competição industrial monopolista. BARAN e SWEEZY (1974, p.15-16) entendem ser o mercado industrial em sua essência imperfeito.

Hoje, a unidade econômica típica na sociedade capitalista não é a firma pequena que fabrica uma fração desprezível de uma produção homogênea, para um mercado anônimo, mas a empresa em grande escala, a qual cabe uma parcela significativa da produção de uma indústria, ou mesmo de várias indústrias, capaz de controlar seus preços, o volume de sua produção e o tipos e volumes de seus investimentos (...).

Portanto, os países em desenvolvimento integrantes do acordo TRIPs e protetores dos direitos dos titulares de patentes vivenciam uma dificuldade econômica nesse sentido, e no caso da patente do *efavirenz* não foi diferente no Brasil. Essa realidade possui algumas razões, a primeira delas seria o fato de nesse tipo de mercado, com maior ou menos intensidade, a demanda ser inelástica, uma vez que os consumidores não deixaram de comprar os produtos em função do custo \$, dessa maneira por mais que o preço se eleve a procura por eles serão a mesma.

Não há duvida quanto ao fato do medicamento de combate contra a AIDS ser necessário a políticas públicas. Simplesmente ser titular de uma patente que contenha uma utilidade publica/social como este caso, passou a ser visto como uma prática abusiva pelo Governo Brasileiro ao decretar a licença compulsória, entretanto, não há como mudar a realidade de que o proprietário de um patente exercerá de certo modo um monopólio de seu produto, e isso é um direito, desde que respeite as razões legitimadoras do sistema de patentes.

O laboratório produtor do medicamento aos imunodeprimidos produzia em escala e atendia a toda demanda a um preço acessível ao Governo, não constituindo nenhuma prática abusiva. Com efeito, os fundamentos apresentados pelo Estado à concessão da licença compulsória “cairá sempre como uma luva” nos casos de produtos fármacos, por existir uma realidade de mercado imperfeito, dificuldades técnico-econômicas do Brasil, dentre outros fatores. Cabe, a esses países como o Brasil proteger-se em sua legislação interna quanto a aplicação de políticas públicas no âmbito da saúde, para não agir arbitrariamente.

Não bastando o fator demonstrado da falta de propriedade nos argumentos utilizados para decretação da licença, seus efeitos a níveis internacionais podem se tornar extremamente prejudiciais. Primeiramente no tocante à insegurança gerada no mercado de pesquisa de medicamentos, tal atitude desestimula o investimento de grandes empresários no Brasil, receosos da suspensão de seus direitos de titulares de uma patente, e dos benefícios advindos dessa condição.

Tal efeito por si só já é catastrófico, causando um atraso no desenvolvimento do país no mercado de fármacos e tendo como consequência social o aumento do número de pessoas sem acesso a medicamentos modernos e mais eficientes. Ademais, a “insegurança” gerada no mercado pelo próprio governo pode se tornar um “tiro no pé”, no momento em que um investidor receoso da perda arbitrária, ainda que temporária, do direito de exploração em caráter exclusivo, internalize os custos dessa possibilidade elevando o preço do produto, seguindo a lógica da teoria dos custos de transação, onerando os cofres público e em última análise prejudicando toda a sociedade.

Acerca da teoria dos custos de transação afirmam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 64):

Em termos de análise desenvolvida nas seções anteriores, talvez a principal contribuição da Teoria dos Custos de Transação (TCT) seja a constatação de que, na presença desses custos, pode mudar o que é ótimo para os consumidores e as empresas fazerem, assim como os papéis que são comprimidos pelo mercado. O princípio básico é simples: ao tentar maximizar, respectivamente, sua utilidade e seu lucro, os consumidores e as empresas também devem levar em conta os custos incorridos nas transações em que estiverem envolvidos. A inferência mais importante que se tira daí é que há formas de se organizar a economia que se tornam ineficientes em um mundo sem custos de transação, mas que fazem sentido quando eles estão presentes.

Nesse sentido, revela-se como inadequada a conduta do governo brasileiro que, por mais que em um nicho específico possa gerar uma sensação de maior bem estar e economia, se revela desastroso em relação ao contexto econômico das relações envolvidas. Assim, o licenciamento compulsório decretado pelo governo deve ser última medida, adotada apenas em casos realmente drásticos, o que não aparenta ser o caso ora em estudo, sob pena de se tornar uma ferramenta perigosa nas mãos de governantes populistas com fins outros que não de bem estar e desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. O Acordo trips, a licença compulsoria e os países em desenvolvimento. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 3ª região, n. 79, p. 99-116, set./out. 2006.

BRASIL. Lei nº. 9279, de 14 de maio de 1996. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/

L9279.htm>. Acesso em: 19 set. 2008.

_____. Decreto nº. 6.108, de 04 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não comercial. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6108.htm>.

Acesso em: 19 set. 2008.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. I.

DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Febrafarma considera contraditória quebra de patente de remédio. **Folha Online**, São Paulo, 04 maio 2007. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u134987.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2008.

Governo quebra patente de droga anti-Aids: laboratório critica decisão. **Folha Online**, 04 maio 2007. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u134994.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2008.

LOBO, Thomaz Thedim. **Introdução à nova Lei de Propriedade Industrial**: Lei 8279-96. São Paulo: Atlas, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Eslevier, 2005.

P. A. BARAN; P. M. SWEEZY. **Capitalismo Monopolista**. 2. ed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1974.

QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. Entre a Cruz e a Espada: O Acordo Trips, A Saúde Pública e o Licenciamento Compulsório de fármacos pelo Brasil. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/

sheyla_barreto_braga_de_queiroz.pdf> Acesso em: 15 set. 2008.

SERRA, José. **A dor dos remédios**. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/integras/00/integra_3101_1.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: ZYLLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

VALERIO, Marco Aurelio Gumieri. O Acordo TRIPS e a implementação de políticas de propriedade intelectual no Brasil. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro. v. 40, n. 124, p.143-147, out./dez. 2001.

[1] Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal.

[2] Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. [...]

Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

§ 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17.

[3] Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.[...]

[4] Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

[5] Está inserido na estrutura da OMC, a qual tem a função de fiscalizar e tornar aplicável o Acordo, bem como dirimir possíveis dúvidas quanto a sua aplicabilidade.

**GENEALOGIA E CRÍTICA DO DIREITO AUTORAL: COLOCANDO EM
QUESTÃO O AUTOR E AS FORMAS DE FOMENTO E PROTEÇÃO DAS
CRIAÇÕES INTELLECTUAIS***

**A GENEALOGY AND CRITIQUE OF COPYRIGHT: THE AUTHOR AND THE
WAYS OF PROMOTION AND PROTECTION OF INTELLECTUAL WORKS
QUESTIONED**

Marco Antônio Sousa Alves

RESUMO

Os direitos autorais, consolidados na Europa no século XVIII (o copyright inglês e o droit d'auteur francês), são um tema em discussão e mudança nos dias atuais. Os novos meios técnicos de produção e difusão dos bens imateriais vêm colocando em xeque o atual sistema. Infelizmente, o tratamento dado ao assunto é geralmente técnico-jurídico ou econômico, sem que se atente para a dimensão ética e estética envolvida (afinal, estamos falando de arte, cultura e ciência, e não de simples mercadorias). A proposta do presente artigo é realizar uma genealogia do direito autoral, analisando os discursos (jurídicos, políticos, estéticos, econômicos, morais, etc.) por trás da propriedade intelectual e, em particular, do direito autoral, bem como as práticas de criação e divulgação de obras literárias, artísticas e científicas na tradição europeia desde a invenção da imprensa por Gutemberg. A análise genealógica de Michel Foucault permite pensar as formações discursivas em um nível mais profundo e descontínuo, levando-se em consideração um conjunto heterogêneo de acontecimentos, além de um interesse pelo passado que não se reduz à mera curiosidade ou erudição, sendo antes uma história do presente (que nos leva a refletir sobre maneiras de pensar e de se comportar que são ainda as nossas). Não é tarefa fácil reconstruir historicamente um problema, pois os conceitos (como a noção de autor) vão assumindo novos contornos e significados em função dos discursos e práticas a eles associados. Como ressalta Foucault, a autoria é um conceito enganador, que esconde importantes diferenças culturais e históricas. O autor moderno é marcado pela individualidade, centralidade, homogeneidade e autoridade, legalmente protegidas pelo direito autoral. Os apontamentos foucaultianos nos convidam a analisar como certos discursos e práticas engendraram a criação da figura do autor, que resulta de mudanças filosóficas (a subjetividade moderna), políticas (o liberalismo), técnicas (a imprensa de Gutemberg), estéticas (o mito romântico), de teoria literária (a hermenêutica subjetiva fundada no biografismo), econômicas (o novo negócio das editoras) e jurídicas (o copyright e o droit d'auteur).

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL GENEALOGIA FOUCAULT
AUTORIA CONCEITO MODERNO DE AUTOR

ABSTRACT

The copyright, consolidated in Europe in the Eighteenth century (the English copyright and the French droit d'auteur), is subject of discussion and transformation nowadays. The new technical media of production and distribution of immaterial goods led the present system to a crisis. Unfortunately, the subject is usually regarded only from the standpoint of law or economics, and little or none attention is given to the ethical and aesthetical dimensions (we should not forget that we are talking about arts, culture, and science, and not about simple merchandises). This text aims to develop a genealogic approach of copyright, studying the discursive aspect (law, politics, aesthetics, economics, ethics, etc) behind intellectual property and copyright, as well as the practices of creation and distribution of literary, artistic, and scientific works in Europe since the invention of the press by Gutemberg. The genealogic analysis proposed by Michel Foucault allows us to comprehend the discursive dimension in a deeper and discontinued level, where a heterogenic set of events is considered. This kind of analysis of the past cannot be reduced to mere curiosity or erudition, but, on the contrary, it is a history of the present, a history of our ways of thinking and acting. It is not easy to reconstruct historically a problem. Concepts (like the notion of author) change and receive new borders and meanings relatively to practices associated to them. According to Foucault, authorship is a misleading idea that hides important cultural and historical differences. The modern author is characterized by its individuality, centrality, homogeneity, and authority, which are legally protected by copyright laws. Foucault invites us to think about how the author could be created. It emerges as the result of many transformations: philosophical (the modern subjectivity), political (the liberalism), technical (the press), aesthetical (the romantic myth), in literary theory (the subjective hermeneutics and biographical studies), economical (the new business of the booksellers) and legal (the copyright and droit d'auteur).

KEYWORDS: COPYRIGHT GENEALOGY FOUCAULT AUTHORSHIP MODERN
CONCEPT OF AUTHOR

Introdução

O presente artigo pretende realizar um estudo histórico do direito autoral, analisando criticamente sua origem e desenvolvimento até os dias atuais, além de, seguindo algumas reflexões foucaultianas, colocar em questão a noção mesma de autoria e seu papel central na proteção e fomento das criações literárias, artísticas e científicas. Na primeira parte do texto, serão expostos os dilemas atuais do direito autoral e será defendida a tese de que é cada vez mais visível a necessidade de uma reflexão crítica da

questão. Na segunda parte, será colocada a questão do direito autoral ontem e hoje, sendo então realizada uma pequena história desse direito inspirando-se na abordagem genealógica à la Foucault. E por fim, na terceira e última parte, será posta a questão acerca de quem é o autor e também de como deveria ser o direito para que pudesse de fato fomentar e proteger a criação intelectual.

1. Os dilemas atuais do direito autoral e a necessidade de uma reflexão crítica

Os direitos autorais são um tema em discussão e mudança nos dias atuais. As práticas de produção e difusão do conhecimento e da arte estão em intensa transformação, gerando um grande debate público e recentes alterações legais. O aparato legal mostra-se claramente anacrônico e novos acordos e tratados internacionais são celebrados, novas diretivas da União Européia são feitas e novas leis são elaboradas em diversos países. No Brasil, o Projeto de Lei 89/2003, sobre crimes eletrônicos, tramita atualmente no Senado Federal e o Ministério da Cultura vem desde 2007 realizando o Fórum Nacional de Direito Autoral, discutindo a necessidade e as bases para uma revisão legislativa (alterando a Lei de Direitos Autorais em vigor - Lei n. 9610 de 1998).

O instrumento, consolidado na Europa no século XVIII, serve, teoricamente, para a justa remuneração dos autores e o financiamento e fomento de novas criações, através da concessão aos autores de um direito moral e patrimonial sobre suas obras. O direito autoral caracteriza-se juridicamente por ser um tipo de propriedade intelectual (assim como o direito de marcas e patentes) que inclui o direito de autor e os direitos conexos (devidos, entre outros, aos intérpretes e executores), abrigando prerrogativas de natureza moral ou pessoal (o direito de paternidade, integridade, ineditismo, modificação, arrependimento e acesso) e de ordem patrimonial (um monopólio temporário de utilização econômica, que possibilita ao autor explorar sua obra no mercado mediante venda, doação ou qualquer outra modalidade de negócio jurídico, além do direito de colher os seus frutos, os comumente chamados *royalties*). A doutrina jurídica define em linhas gerais o direito autoral como um direito cujo detentor é o autor (entendido como aquele que deu origem à obra e que pode através de um contrato ceder os seus direitos patrimoniais) e que incide sobre um bem imaterial que foi exteriorizado sob determinada forma (não cabendo proteção aos simples pensamentos ou idéias) e que constitua uma obra original produzida pela ação humana. O art. 2º da Convenção de Berna de 1886 (completado por diversas vezes) e o art. 7º da Lei de Direitos Autorais brasileira em vigor apresentam listas exemplificativas com os tipos de obras intelectuais abrangidos pelo direito autoral, incluindo entre elas os textos de obras literárias, artísticas ou científicas e as obras musicais e audiovisuais.

Hoje, os novos meios técnicos de produção e difusão dos bens imateriais vêm colocando em xeque o atual sistema, que é hoje alvo de muitas críticas e de um desrespeito generalizado. Se o livro impresso ainda exigia um aparato industrial de produção e uma rede de distribuição, que aparentemente justificava a existência de um

intermediário entre o autor e o leitor, essa necessidade foi eliminada com a rede mundial de computadores e o meio digital, que permitem copiar e distribuir uma obra a custo zero (ou quase zero) e sem rivalidade. Essas mudanças técnicas e sociais, ainda pouco compreendidas, parecem exigir uma ética aplicada, uma reflexão acerca do que devemos fazer diante dessas novas circunstâncias.

O presente trabalho pretende contribuir nessa complicada tarefa, e para tal dará um passo atrás, compreendendo a genealogia dos discursos e práticas que levaram aos dilemas atuais, bem como ambicionará dar um passo à frente, descortinando novas possibilidades e elaborando uma crítica ao atual direito autoral. É sabido que o direito não consegue garantir sua eficácia apenas por meio da ameaça e da punição. Além da coercitividade, é preciso um certo grau de aceitabilidade social, o que exige uma constante e explícita justificação das normas. Vários juristas, atentos às mudanças técnicas e sociais trazidas pela rede mundial de computadores e pelo meio digital, buscaram re-elaborar o discurso do direito autoral. O tema suscita logo de início algumas questões: Como se produz e se divulga o conhecimento e a arte no mundo atual? Será que deveria ser assim? É justo? É possível que seja diferente? Entendo que é preciso repensar o discurso do direito autoral e viabilizar novas formas de fomento à criação e de difusão do conhecimento e da arte.

A questão do direito autoral, para além do aspecto jurídico, articula elementos de diversas áreas das ciências sociais (como a teoria literária, a ciência política, a ética, a sociologia e a economia) e o trabalho ora proposto parte do pressuposto de que é papel da ciência e da filosofia do direito pensar o presente e conectar-se com esses domínios do saber, assumindo uma perspectiva atenta à realidade social, aos modos de dominação e às perversões do direito. Assim, parte-se de uma concepção crítica da ciência do direito, que rompe com o modelo positivista e com suas exigências de neutralidade axiológica e de pureza como princípios metodológicos fundamentais. A ciência crítica do direito é inter e transdisciplinar, além de assumidamente comprometida com valores éticos, estéticos e políticos.

Infelizmente, o tratamento dado à questão dos direitos autorais é geralmente estritamente técnico-jurídico ou, quando muito, levanta questões sob uma ótica somente econômica. Assim, o filósofo do direito e o jurista crítico devem intrometer-se na questão do direito autoral com uma análise dos discursos e das práticas (conhecendo melhor suas origens, suas estratégias de justificação, seus problemas e conflitos) e uma reflexão crítica que aprofunde a dimensão ética, estética e política envolvida (afinal, estamos falando de arte, cultura e ciência, e não de simples mercadorias). Aliás, sair da superfície, criticar o senso comum e provocar um estranhamento e uma ascese não é, desde Sócrates, a função mesma da reflexão filosófica e do conhecimento em geral?

Logo de início, é preciso deixar claro o objeto de estudo e a via que será seguida. O objeto de estudo é o atual direito autoral (tomado em suas linhas gerais e não ao caso brasileiro em particular) e o objetivo é compreender como ele se constituiu como tal. Pretende-se, seguindo a via aberta por Michel Foucault, realizar uma genealogia do direito autoral, analisando os discursos (jurídicos, políticos, estéticos, econômicos, morais, etc.) por trás da propriedade intelectual e, em particular, do direito autoral, bem como as práticas de criação e divulgação de obras literárias, artísticas e científicas na tradição europeia desde a invenção da imprensa por Gutenberg. Na sequência, será

apresentada a análise foucaultiana da noção de *autor*, que nos mostra como tal figura se construiu juntamente com a propriedade intelectual na modernidade europeia.

2. A questão do direito autoral ontem e hoje

Não é tarefa fácil reconstruir historicamente um problema. A dificuldade é ainda maior quando percebemos como os conceitos vão assumindo novos contornos e significados em função dos discursos e práticas a eles associados, como acontece com a noção de *autor*. Seguindo as sugestões de Michel Foucault, é preciso ressaltar as discontinuidades e rupturas marcantes nos discursos e práticas de criação e divulgação de obras literárias, artísticas e científicas na tradição europeia desde a invenção da imprensa de Gutemberg. A análise genealógica de Foucault permite pensar as formações discursivas em um nível mais profundo e descontínuo, levando-se em consideração um conjunto heterogêneo de acontecimentos (técnicos, econômicos, jurídicos, sociais ou políticos), além de um interesse pelo passado que não se reduz à mera curiosidade ou erudição, sendo antes uma *história do presente* (que nos leva a refletir sobre maneiras de pensar e de se comportar que são ainda as nossas). Assim, a genealogia é uma espécie de discurso-arma, voltado para os problemas e feridas da sociedade.

A utilização de Foucault, contudo, exige certa cautela. Embora exponha uma ambição englobante em tom provocativo e polêmico, Foucault realiza análises particularizadas que não assumem uma postura metodológica universal que pode ser, sem mais, aplicada sobre novos objetos. Cada livro e cada novo tema exigiram de Foucault um novo esforço metodológico. O trabalho proposto também assume esse caráter histórico, provisório e específico, exigindo assim um novo esforço metodológico apenas inspirado no trajeto foucaultiano. Aliás, Foucault é o tipo de pensador que expõe sempre seus interesses e suas estratégias de abordagem, o que faz da leitura de seus textos uma boa aula de como conduzir uma investigação, de como pensar um problema. Aliás, é justamente isso que aprendemos com os grandes filósofos: não vemos respostas, mas seguimos um exemplo e somos forçados a pensar por conta própria e a ver com os próprios olhos. Nesse sentido, Foucault pede para ser usado, deformado, distorcido, empregado como uma ferramenta para os mais diversos e imprevisíveis fins.

O objetivo do presente estudo é apenas encontrar no passado (nos discursos e nas práticas) elementos que ajudem a compreender tanto a formação quanto a deformação do atual direito autoral. A análise histórica que se pretende realizar do direito autoral dará maior destaque aos eventos ocorridos na Inglaterra no início do século XVIII e na França no final do mesmo século. Nessa época, consolidou-se o *copyright* e o *droit d'auteur*, que são os dois modelos de propriedade científica, literária e artística mais difundidos no Ocidente, transplantados para diversos países e consagrados pelas Convenções Internacionais.

O recorte histórico realizado não deve, contudo, obscurecer o fato de que a idéia de comercializar o conhecimento e sua crítica são tão antigas quanto os sofistas e Platão, mas é no século XVIII, com o chamado “capitalismo da impressão”, que o processo de

transição do patrocínio aristocrático e monárquico para o do público burguês mediado pelo mercado se acelera. A questão é realmente muito antiga, aparecendo na Idade Média com o surgimento e crescimento das Universidades na Europa, nos séculos XII e XIII, que colocou em xeque o argumento tradicional de que o conhecimento era um dom de Deus e não podia ser vendido (*Scientia donum Dei est, unde vendi non potest*). Já no início da modernidade, com a invenção da prensa tipográfica por Gutemberg em 1450, não foi preciso muito tempo para que a publicação e venda de livros se tornassem um negócio atraente na Europa. Já em 1474 foi aprovada a primeira lei de patentes em Veneza, que foi durante os séculos XV e XVI o principal centro editorial da Europa, chegando a abrigar 500 casas impressoras e produzir 18 milhões de cópias (cf. Burke, 2003). Aplicadas a qualquer invenção e criação, as patentes estão na origem da propriedade literária e artística (em 1486 foi concedida pela primeira vez a patente de um livro e em 1567 Ticiano recebeu o primeiro direito autoral artístico). Mesmo nesses primórdios já é possível perceber alguns efeitos perversos gerados pela apropriação mercantil do conhecimento e das artes. Nasce nessa época a lógica comercial da produção do conhecimento: escrever muito, sobre o que o público quer ler (informações práticas, guias para visitantes, livros sobre comportamento, guias sobre como escrever cartas de amor ou sobre como ganhar dinheiro, etc.). Os novos homens de letras, atraídos pelo mercado do livro de Veneza, eram chamados de *poligraphi*, pelo muito que escreviam e pela diversidade de assuntos. Pouco depois, o impulso para produzir obras de maior apelo comercial (como atlas, dicionários e enciclopédias) deu origem ao chamado “negócio do Iluminismo”. A *Enciclopédia* de Diderot e d’Alembert de 1747, por exemplo, além de um audacioso projeto intelectual foi *une affaire d’argent* (segundo as palavras de Charles Joseph Pancoucke, um dos editores), que vendeu até 1789 aproximadamente 25 mil cópias e valeu ao primeiro 7.200 libras e ao segundo 2.400. Ainda assim, o mecenato e o patrocínio real eram importantíssimos e dificilmente um autor conseguia se manter no século XVIII graças apenas à publicação. Os novos escritores semi-independentes geralmente assumiam também outras funções, como professor universitário, membro assalariado das Academias de Ciências (como Newton) ou ainda como estudioso-bibliotecário (como Leibniz). Mas mesmo para os escritores bem-sucedidos, a liberdade tinha o seu preço. E alto. David Hume, por exemplo, talvez preferisse filosofar a escrever a *History of England*, que vendia muito mais e lhe valeu um adiantamento de 1.400 libras só pelo terceiro volume (cf. Burke, 2003). E Schiller, após romper com o duque de Württemberg em 1781 e tentar a vida como escritor profissional, voltou pouco mais de dez anos depois, reconhecendo que não era possível viver da pena e, ao mesmo tempo, satisfazer as exigências da arte. Só depois de livre da pressão do mercado é que pode Schiller gozar de mais liberdade e escrever seus mais importantes ensaios filosóficos e romances (cf. Woodmansee, 1994).

No início do século XVIII, o direito das patentes receberá uma reformulação importante e dará origem ao *copyright* moderno. Desde 1557, a Inglaterra dispunha de uma regulamentação da imprensa, atribuindo uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto apenas como um mecanismo para proteger o investimento feito. Além do interesse econômico dos editores, é preciso ressaltar o interesse político da Coroa, pois a concessão de amplos poderes à *Company of Stationers of London* lhe permitia atuar como uma espécie de polícia da imprensa, fiscalizando e impedindo edições piratas, mas também exercendo uma censura prévia a toda informação difundida no reino. Vemos assim que a origem

do *copyright* está intimamente associada à censura, pois juntamente com a invenção da imprensa surgiu a necessidade de se controlar a difusão das obras, impedindo a sedição e a heresia.

Foi apenas em 1709, com o *Statute of Anne*, que o monopólio da *Company of Stationers of London* foi colocado por terra. Esse estatuto, aprovado pelo Parlamento inglês e considerado o primeiro texto legislativo moderno a organizar o tema, acabou com a perpetuidade (limitando o tempo de proteção da obra em quatorze anos, renováveis por mais quatorze), eliminou a censura ou controle prévio (permitindo a qualquer um ser editor e impressor) e fez do *copyright* um direito não mais dos editores, mas dos autores. Essas mudanças provocaram a inquietação dos editores londrinos, que gozavam de um direito exclusivo e perpétuo sobre seus títulos há mais de 150 anos. Na prática, os editores londrinos continuaram gozando de seus privilégios por mais 60 anos após a aprovação do Estatuto. Primeiro, porque o novo Estatuto garantiu aos antigos editores um período protetivo de 21 anos, prorrogando o monopólio até 1731. A partir de então, começou a chamada Batalha dos Livreiros (*Battle of the Booksellers*), na qual os editores, alterando o discurso do privilégio real pelo do reconhecimento ao direito do autor, recorreram aos Tribunais e obtiveram nas Cortes o chamado *common-law copyright* (que reconhecia a perpetuidade do direito). O argumento era simples: o autor, desde que criou sua obra, possui sobre ela um direito natural perpétuo, que pode ser cedido ao editor. É curioso observar que, embora valendo-se do argumento do direito natural do autor, foram os editores e não os autores quem foram litigar. A estratégia era óbvia: aceitando-se o direito natural e perpétuo dos autores sobre suas obras, o monopólio dos editores estaria salvo. De fato, o monopólio só foi rompido no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett* em 1774, quando a *House of Lords* definiu o *common-law copyright* como o simples direito natural do autor à primeira publicação e aplicou então o prazo previsto pelo *Statute of Anne* para o gozo do *copyright* (cf. Rose, 1993).

Embora, pela primeira vez, encontremos em um texto legislativo o reconhecimento de um direito ao autor, isso não elimina o fato de que o *Statute of Anne* foi basicamente voltado para a regulação do comércio de livros e, em particular, contra o monopólio exercido nesse ramo. Chega a ser irônico pensar que o direito de cópia ou *copyright* será depois conhecido como “direito do autor”. De maneira geral, é difícil concordar com Victor Hugo (que no discurso de abertura do *I Congrès Littéraire International* de 1878 disse que “o escritor proprietário é o escritor livre. Tirar dele a propriedade é tirar dele a independência”). Não podemos dizer que o *copyright* e o direito autoral realmente melhoraram a condição dos intelectuais, dando-lhes maior liberdade e um meio de vida digno. Se o *Statute of Anne* fosse realmente tão bom para os autores, não teríamos na Londres do século XVIII a *Grub Street*, o subterrâneo literário em que viviam os escritores empobrecidos e sem sucesso. Para cada homem de letras de sucesso, havia uma centena de trabalhadores literários na pobreza, como também ocorreu na Veneza do século XVI, na Amsterdã do século XVII (que eram os grandes centros editoriais da Europa) e ainda acontece hoje no mundo inteiro. A retórica autoral estava claramente a serviço dos interesses comerciais, pois ao se ampliar o escopo de um direito que é geralmente cedido aos empresários, dá-se a eles um grande controle sobre as obras, substituindo-se um monopólio por outro. A experiência inglesa do século XVIII deixa bem clara a natureza do *copyright*: não se trata de um direito natural do autor, mas de um produto da censura, do monopólio corporativo, da regulação do comércio e de muitos mal entendidos.

A história francesa também não é diferente da inglesa no essencial. Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia (semelhante ao que ocorria na Inglaterra). Os autores, que dependiam de algum patrocínio real ou de um aristocrata, não gozavam de qualquer direito, seja porque, segundo o pensamento medieval, as idéias eram uma graça de Deus e não uma propriedade do autor, seja porque o representante de Deus na Terra era o rei, a quem cabia o exclusivo direito de dizer o que deve ser publicado, por quem, e por quanto tempo. Antes mesmo da Revolução, em 1777, a Coroa cedeu ao espírito da época (individualista e privatista) e reconheceu pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos *privilèges en librairie*, os *privilèges d'auteur* (cf. Hesse, 1991). Nessa época, os debates sobre o tema estavam na ordem do dia, com importantes intervenções de Diderot (que em 1763 publicou a *Lettre sur le commerce des livres*, defendendo a legitimidade da propriedade do autor sobre sua obra como um direito inalienável e a mais natural das propriedades) e de Condorcet (que em 1776 publicou os *Fragments sur la liberté de la presse*, criticando a idéia individualista de que o autor é o proprietário natural de suas idéias, condenando a censura prévia e o monopólio comercial, e imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente).

Após a Revolução, muita discussão e diferentes projetos precederam a elaboração da primeira lei revolucionária sobre o tema. De um lado, havia o forte *lobby* dos editores parisienses que, apesar de terem seus privilégios reais formalmente abolidos em 1791, ainda tentaram defender a perpetuidade do monopólio de impressão apelando para os argumentos individualistas de Diderot (de que a criação do autor é a mais natural e inviolável das propriedades) e defendendo que o Estado não podia limitar esse direito. A tentativa dos editores parisienses assemelha-se muito com a de seus colegas londrinos que, baseados nos discurso do direito natural do autor (mais adequado ao espírito da época do que o antigo discurso das prerrogativas reais), conseguiram por mais de 60 anos perpetuar seus monopólios editoriais na Inglaterra (até 1774). Do outro lado, havia a pressão dos radicais que, inspirados por Condorcet, defendiam o fim da apropriação privada e a livre circulação dos textos.

A lei de 19 de julho de 1793 conciliou esses interesses, não através de uma síntese filosófica, mas de uma negociação política instável. Foi consagrada a idéia de Diderot sobre a santidade da criatividade individual e a inviolabilidade do direito do autor, mas teve também espaço a idéia de Condorcet de que, ao menos após certo tempo, a obra deveria pertencer ao domínio público. Essa colagem problemática não tardou a gerar mais discussões na França, sobre a natureza mesma do direito autoral (um direito natural? uma propriedade do autor? um direito da personalidade? um monopólio temporário?), com importantes contribuições de Proudhon (que em 1862 publicou *Les Majorats littéraires* criticando a propriedade literária perpétua e defendendo uma concepção mais social e menos privada do direito autoral) e de Victor Hugo (que defendeu os direitos autorais de maneira conciliadora no *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international* de 1878). Esses debates redundaram na lei de 1866, que deu mais corpo à idéia de um direito moral (inalienável) e outro patrimonial (temporário, de 50 anos após a morte do autor).

Não é por acaso que as duas principais tradições do direito autoral remontam à Inglaterra e à França, pois esses países eram, nos séculos XVIII e XIX, os principais produtores e exportadores de bens culturais. Em linhas gerais, o *droit d'auteur* francês

estabelece uma ampla proteção ao autor, tanto de ordem moral quanto patrimonial, e dispensa qualquer formalidade para a proteção autoral (como registros ou depósitos). Esse sistema foi consagrado pela Convenção de Berna de 1886 (organizada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI), sendo os países signatários dessa Convenção (como o Brasil) chamados “unionistas”. O *copyright* anglo-americano, por sua vez, é um sistema menos romântico e mais comercial (baseado na idéia de fomento à cultura pelo “direito de cópia”), que exige a formalidade do registro (identificado pelo símbolo © acrescido do nome do titular e do ano de publicação da obra) para o reconhecimento do direito. Ele está consagrado pela Convenção de Genebra de 1953 (organizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO). Contudo, essa distinção entre *droit d’auteur* e *copyright* é cada vez mais fraca hoje, pois a maior parte dos países assinou as duas Convenções. Essa aproximação, contudo, não se deve a uma convergência argumentativa (como crêem ingenuamente alguns juristas, remetendo à universalização dos direitos humanos, da personalidade e da proteção à intlectualidade artística), mas simplesmente ao fato de que essa separação não interessava mais economicamente (uma vez que a diferença entre os sistemas legislativos impunha grandes dificuldades à universalização dos direitos autorais e ao recolhimento dos *royalties*). Nos séculos XVIII e XIX, a França e a Inglaterra procuravam unificar os sistemas jurídicos e promover acordos bilaterais e Convenções Internacionais de respeito aos direitos autorais, como o *International Copyright Act* promovido pela Inglaterra em 1844 (que estabelecia uma proteção das obras estrangeiras sob reserva de reciprocidade) e o *I Congrès Littéraire International* organizado pela França em 1878 (que foi conduzido por Victor Hugo e redundou na Convenção de Berna de 1886).

Já no século XX, são os Estados Unidos (os grandes exportadores de bens culturais da atualidade) que assumirão esse papel, contrariamente ao que fizeram os editores americanos ao longo de quase todo o século XIX, quando resistiram à pressão inglesa (até 1891) e piratearam sem qualquer dilema moral ou jurídico várias obras de seus colegas ingleses. Para acelerar a harmonização legal, os Estados Unidos entraram em 1989 na União de Berna e consagraram em 1990 (no *Visual Artists Rights Act*) os direitos morais do autor, além de fomentarem novos acordos bilaterais e Convenções Internacionais (agora no âmbito da OMC). Cada vez mais os dois sistemas se confundem, sendo o *copyright* invadido pelo mito romântico e pelos argumentos do direito natural do autor, assim como o *droit d’auteur* passa a priorizar o direito dos investidores (como atesta a Diretiva Européia de 2001). Aliás, ao invés de ver nesses dois modelos algo de incompatível e excludente, não seria insensato afirmar que, embora estabeleçam certos conflitos, no fundo eles se completam, o que deixa evidente a conexão íntima entre o discurso romântico do direito natural do gênio criador e o discurso econômico da apropriação proprietária das obras e da exploração das mesmas no mercado mediante a atribuição de um monopólio temporário cedido geralmente ao editor. O autor se torna proprietário de suas obras em nome de um suposto direito natural, e aqueles que exploram economicamente a arte e o conhecimento agradecem o monopólio que lhes é cedido, geralmente através de um contrato leonino.

Nos séculos XIX e XX, a história do *copyright* e do *droit d’auteur* foi marcada pelas bases fixadas no século XVIII. O crescente interesse econômico envolvido e a concentração provocada pela indústria cultural vão gerar um contexto ainda mais propício ao *lobby* das editoras e produtoras e à conseqüente ampliação do escopo do direito autoral, que durante o século XX aumentou as penas e punições, o rol de

proteção (incluindo *softwares* e bancos de dados), e também o prazo de gozo do monopólio. O prazo de proteção das obras pelo direito autoral vem crescendo aceleradamente nos últimos anos, fazendo com que a entrada delas no domínio público seja sempre adiada em favor dos herdeiros e, principalmente, dos grupos empresariais que se valem desse monopólio para continuarem explorando economicamente a obra no mercado. Por exemplo, a primeira experiência de concessão de patentes na história, que se deu em 1469 em Veneza (que se aplicou também aos livros e às obras de arte), previa um prazo protetivo de cinco anos. O *Statute os Anne* de 1709 previa uma proteção de 14 anos (renováveis por mais 14) e a lei revolucionária francesa de 1793 previa uma proteção por toda a vida do autor e mais cinco anos. Hoje, esses prazos são muito maiores. Internacionalmente, a Convenção de Berna de 1866 ampliou a proteção mínima devida ao autor para 50 anos após sua morte. Nos Estados Unidos, o *Copyright Term Extension Act* de 1998 (conhecido também como *Sonny Bono Act* ou *Mickey Mouse Protection Act*), estendeu em 20 anos o prazo previsto pelo *Copyright Act* de 1976, passando a garantir o direito autoral por mais 70 anos após a morte do autor. Esse mesmo prazo é hoje estipulado pela União Européia (desde a Diretiva 1993/98) e também pelo Brasil na Lei de Direitos Autorais de 1998.

Diante do exposto, vê-se claramente que o interesse econômico se vale do discurso romântico autoral para legitimar seus lucros. Aliás, desde sua criação até às últimas legislações, o traço mais marcante da história do direito autoral é o fato de que os interesses econômicos sempre se impuseram sobre os culturais. Na Diretiva Européia sobre os Direitos Autorais na Sociedade de Informação de 2001, por exemplo, logo na exposição dos motivos encontramos quatro considerações que insistem expressamente nos interesses econômicos antes de fazer uma única consideração sobre as preocupações culturais, sendo seu principal objetivo harmonizar as legislações européias e adaptá-las às às novas tecnologias de modo a criar condições favoráveis à criação de um mercado interior. Outro fato que não deixa dúvida quanto ao privilégio concedido atualmente ao aspecto econômico em detrimento do cultural está no esvaziamento, ao longo dos anos 80 e 90 do século XX, dos debates no interior da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e a inclusão dessas questões no seio da OMC (Organização Mundial do Comércio), que trata a propriedade intelectual em ligação com o comércio de bens e serviços em geral. Além disso, os EUA exercem uma grande pressão (com ameaças de sanções) e conseguem forjar várias negociações bilaterais ainda mais favoráveis aos seus interesses do que os previstos pelo Acordo TRIPS de 1994.

Estas breves considerações históricas já nos permitem perceber a complexidade do direito autoral, que possui diferentes origens históricas e que se transformou ao longo dos anos ao sabor dos variados interesses envolvidos. É comum se misturar os direitos do autor-criador com os do editor-empresário, fazendo-se do direito autoral um conceito ambíguo, que se assenta tanto sobre um monopólio do editor (que lhe garante o retorno ao investimento), quanto sobre um direito natural do autor.

3. Quem é o “autor”? E como fomentar e proteger a criação intelectual?

No final da década de 60 e início dos anos 70, Foucault produziu alguns textos abordando as noções de *autor* e de *obra*, como *Qu'est-ce qu'un auteur?* (1969 in Foucault, 1994), *L'archéologie du savoir* (1969) e *L'ordre du discours* (1970). A autoria é vista como um conceito enganador, que parece natural e imutável, mas na realidade esconde importantes diferenças culturais e históricas. Segundo Foucault, o autor é uma função, fruto de uma certa relação com as obras, que se exerce através de uma série de operações específicas que nada têm de uniformes e espontâneas. O conceito de *autor* é imposto ao texto e não se confunde com o escritor ou com o indivíduo que o produziu, sendo antes um princípio aglutinador de discursos (impondo aos mesmos certa coesão conceitual e unidade estilística). O autor moderno (marcado pela individualidade, centralidade, homogeneidade e autoridade, legalmente protegidas) tem sua gênese juntamente com o sistema do direito autoral. Nem toda cultura organiza dessa maneira os discursos, sendo a escrita autoral algo que tem sua gênese no cenário moderno.

Falar que a figura do autor é uma invenção da modernidade pode gerar certa estranheza, pois escritores, pensadores e artistas existem desde a antiguidade mais remota. Mas essa aparente continuidade esconde importantes rupturas que a partir das sugestões de Foucault ficam mais visíveis. Seus estudos nos convidam a analisar como certos discursos e práticas engendraram a criação da figura do *autor*, resultado de mudanças filosóficas (a subjetividade moderna), políticas (o liberalismo e o individualismo possessivo), sociais (as novas relações de produção e difusão do conhecimento), técnicas (a imprensa de Gutemberg), estéticas (o mito romântico), de teoria literária (a hermenêutica subjetiva fundada no biografismo), econômicas (o novo negócio das editoras) e jurídicas (o *copyright* e o *droit d'auteur*).

A figura do autor ainda é viva na teoria literária, na história da filosofia, na crítica estética, na percepção do público, na consciência dos criadores e, claro, na propriedade intelectual. Em função desse enraizamento, talvez seja difícil simplesmente declarar a morte do autor, mas isso não elimina a necessidade de melhor compreender sua função. Talvez não seja o caso de abandonar todos os conceitos modernos, mas também não devemos, em função da dificuldade imposta pelo momento de transição, apegar-nos aos antigos critérios e recrudescer práticas governamentais e empresariais de controle e vigilância (como os rastreamentos e punições aos internautas), sustentando um direito anacrônico (que mais restringe do que incentiva a criatividade humana).

Desde o início do século XX, a arte contemporânea vem estabelecendo relações de incerteza acerca da criação e da autoria, como no dadaísmo e nos *ready made* de Duchamp. Com o meio digital, a relação autor/obra construída segundo procedimentos modernos de ordenação e delimitação dos discursos vê-se radicalmente alterada, intensificando-se a percepção da unidade variável e relativa da obra e do autor e o ilusório sentimento de totalidade deles decorrente. A nossa dificuldade no uso de procedimentos classificatórios (como uma mera citação) já espelha a falência da categoria reguladora de autor diante do novo universo digital.

As criações em ambiente digital caracterizam-se pela descentralidade (comunicação todos-todos), que permite romper a tradicional comunicação em via única que caracterizava os *mass media* do século XX (rádio, cinema e televisão) e permitia aos detentores dos meios de comunicação de massa impor seus produtor e manipular o consumo da massa mais facilmente, através do *star system*. Outra característica do

ambiente digital e da rede mundial de computadores está na cooperação (modelo aberto de criação coletiva), no qual a obra se torna cada vez mais coletiva e menos individualizada. O direito autoral nasce embebido no mito romântico do gênio criador (o indivíduo que expressa sua interioridade em uma obra absolutamente original), distante portanto da idéia de uma criação coletiva, inacabada, que se apropria da tradição. Por fim, podemos ressaltar a fragmentação da unidade coerente da obra (com a primazia do leitor), como um traço marcante do novo universo de produção e difusão cultural. O leitor deixa de ser apenas o passivo consumidor de uma obra pronta e acabada, pois textos, imagens e sons são manipuláveis e constituídos no ato mesmo da leitura e da escuta (como ocorre no hipertexto e no *sampling*). Toda leitura é também uma edição. Aliás, o novo papel do editor é selecionar e guiar o leitor no espaço virtual e não é mais o de explorar a obra comercialmente (embora a academia ainda valorize a publicação por uma editora comercial como um selo de qualidade).

A insistência na função-autor como princípio organizador atua muitas vezes como um procedimento de controle que inibe a realização de uma sociedade polifônica, plural, descentrada e cooperativa, como foi sonhada por Foucault e hoje já é experimentada na internet. Será correto criar uma estrutura legal que amarra a obra ao autor e dificulta recriações coletivas derivadas? Claramente, as formas econômicas e jurídicas herdadas da modernidade impedem hoje que novas formas de criação se realizem plenamente.

Indo além e sendo mais otimista, podemos crer que os novos meios de criação e difusão incentivarão valores bastante esquecidos, como a solidariedade e o espírito cooperativo. O atual sistema de produção e distribuição, que se dá através do intermediário empresarial, deturpa a relação autor-público, incentivando uma lógica individualista e possessiva. O estabelecimento de uma relação direta entre autores e público permitiria a criação de uma nova relação de estímulo à produção de novas obras, na qual se substitui a lógica mercantil e exclusivista pela da colaboração espontânea. A lógica da gratuidade incentiva outras práticas (não mercantis) e um relacionamento mais colaborativo entre o criador e o amante da arte e do conhecimento. O criador pode, por exemplo, ser espontaneamente recompensado por seu trabalho, sem necessidade de exercer sobre sua obra um monopólio de exploração comercial. Essa é a aposta do movimento *copyleft*. Quando adquirimos um bem cultural, apenas uma pequena parte realmente se dirige à remuneração do autor (a maior parte é composta de gastos dispensáveis, como a confecção material do produto, seu armazenamento e distribuição, a remuneração dos diversos intermediários envolvidos, além dos elevados gastos em publicidade e *marketing* visando atingir o grande público). Se o recurso fosse versado diretamente aos criadores, muitos estariam dispostos a contribuir com pequenas quantias para o fomento de criações que valorizam e que estabelecem com eles uma relação cooperativa.

Uma consequência importante que vale a pena ser explorada está na chamada “ética *hacker*”, fomentada pelos novos meios digitais. Ela valoriza o espírito colaborativo da rede, o compartilhamento, e promove como princípio a descentralização do saber e da arte. A ética *hacker* tem a virtude de atingir a idéia tornada “evidente” de autor e vislumbrar novas concepções de textos (e, porque não, também imagens e sons), em que as criações culturais surgem coletivamente e circulam como propriedades comuns (como já foi há tempos atrás), mas agora como uma intensidade de interação nunca vista. Essa mentalidade é muito bem ilustrada pelo movimento do *software livre*, que se pauta no modelo de produção intelectual do bazar (coletivo e aberto) em oposição ao modelo da catedral (centralizador e fechado). No direito, o projeto *Creative Commons*,

desenvolvido por Lessig (2001, 2004, 2006), busca exatamente criar um ambiente jurídico capaz de abrigar essa mentalidade cooperativa.

Em conclusão, o presente artigo, que nada mais fez do que apontar algumas questões históricas e indicar algumas reflexões críticas, já nos mune de um arsenal que nos permite criticar a fundamentação jurídica, a eficácia econômica e mesmo a correção moral do atual direito autoral. Devemos encarar de frente esse processo, descortinando e lutando pelas possibilidades emancipatórias. Estamos em uma época de transição e incertezas, na qual o dever da reflexão se impõe. Fruto da técnica da impressão e do espírito liberal e individualista moderno, o direito autoral, embora esteja arraigado em nosso sistema econômico e em nossa mentalidade, é um instituto instável, injustificado, problemático e insatisfatório. Até quando sobreviverá? O que virá em seu lugar? Será que devemos seguir as sugestões de Foucault e eliminar a função autoral em favor de uma livre circulação dos textos no *anonymat du murmure*?

Referências bibliográficas

BARTHES, Roland (1968). “La mort de l'auteur”. In: *Oeuvres Complètes*, t. III. Seuil, 2002, pp.40-45.

BELLEI, Sérgio L. P. (2002). *O livro, a literatura e o computador*. Florianópolis: UFSC.

BOMSEL, Olivier (2007). *Gratuit! : du déploiement de l'économie numérique*. Gallimard.

BOYLE, James (1996). *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society*. Harvard University Press.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel (ed.) (2007). *Droit d'auteur et culture*. Paris: Dalloz.

BURKE, Peter (2003). *Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot*. Tradução de “A social history of knowledge (from Gutemberg to Diderot)” por Plínio Dentzien. RJ: Jorge Zahar.

CANCLINI, Néstor García (2008). *Leitores, espectadores e internautas*. Tradução de “Lectores, espectadores e internautas” por Ana Goldberg. São Paulo: Iluminuras.

CARBONI, Guilherme (2006). *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá.

COMPAGNON, Antoine (1999). *O demônio da teoria: literatura e senso comum*. Tradução de “Le démon de la théorie: littérature et sens commun” por Cleonice Mourão. Belo Horizonte: UFMG.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de (1776). *Fragments sur la liberté de la presse*. In: *Oeuvres complètes de Condorcet*. vol. 11. Brunswick: Viehweg; Paris: Henrichs, 1804.

DEAZLEY, Ronan (2004). *On the origin of the right to copy: charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1695-1775)*. Hart Publishing.

DEAZLEY, Ronan (2006) *Rethinking copyright: history, theory, language*. Edward Elgar Publishing.

DIDEROT, Denis (1763). *Lettre sur le commerce des livres*. Disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livre.html.

ECO, Umberto (1991). *Obra aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas*. Tradução de “Opera Aperta” por Giovanni Cutolo. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva.

EDELMAN, Bernard (2004). *Le sacre de l'auteur*. Paris : Éd. du Seuil.

EZELL, Margaret (1999). *Social Authorship and the Advent of Print*. Johns Hopkins University Press.

FOUCAULT, Michel (1969). *L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard.

FOUCAULT, Michel (1970). *L'ordre du discours: leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. Paris: Gallimard, 1971.

FOUCAULT, Michel (1994). *Dits et Écrits. 1954-1988*. 4 vol. Paris: Gallimard.

GILLESPIE, Tarleton (2007). *Wired shut: copyright and the shape of digital culture*. MIT Press.

HIMANEN, Pekka (2001). *The hacker ethic and the spirit of the information age*. Random House. Disponível em <http://www.pcformat.com.mx/maestria/The.Hacker.Ethic.eBook-EEEn.pdf>.

HESSE, Carla. (1991) *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*. Berkeley: University of California Press. Disponível em <http://www.escholarship.org/editions/>.

HUGO, Victor (1878). *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878*. Disponível em http://www.inlibroveritas.net/telecharger/pdf_domaine_public/oeuvre1923.html.

IRWIN, William (ed.) (2002). *The death and resurrection of the author?* Greenwood Press.

LEBERT, Marie (2007). *Les mutations du livre à l'heure de l'internet*. Disponível em <http://www.etudes-francaises.net/dossiers/mutations.htm>.

LEMOS, Ronaldo (2005). *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Ed FGV. Disponível em <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultural-ronaldo-lemos>.

LESSIG, Lawrence (2001). *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. Random House, 2001. Disponível em <http://www.free-culture.cc/freecontent/>.

LESSIG, Lawrence (2004). *Free culture*. Penguin. Disponível em <http://www.free-culture.cc/>.

LESSIG, Lawrence (2006). *Code version 2.0*. New York: Basic Books. Disponível em <http://codev2.cc/>.

LÉVY, Pierre (1995). *Qu'est-ce que le virtuel?* Paris: La Découverte.

LÉVY, Pierre (1997). *Cyberculture*. Éditions Odile Jacob.

LOEWENSTEIN, Joseph (2002). *The author's due: printing and the prehistory of copyright*. University of Chicago Press.

MANCINI, Anna (2006). *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa philosophie*. Paris: Buenos Books.

MAY, C; SELL, S. K (2006). *Intellectual property rights: a critical history*. Lynne Rienner Publishers.

MITCHELL, Henry C. (2005). *The intellectual commons: toward an ecology of intellectual property*. Lexington Books.

MOGLEN, Eben. (2001). *The DotCommunist Manifesto*. Disponível em <http://emoglen.law.columbia.edu/>

NEGROPONTE, Nicholas (1995). *Being digital*. New York: Vintage Books.

PATTERSON, L. R (1968). *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt Univ. Press.

PROUDHON, Pierre-Joseph (1862). *Les majorats littéraires: examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*. Bruxelles: Alphonse Ledégué. Disponível em: <http://books.google.com.br>.

RAYMOND, Eric (2000). *The cathedral and the bazaar*. Revision 1.57. O'Reilly Media Publisher. Disponível em <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/>.

ROSE, Mark (1993). *Authors and owners: the invention of copyright*. Harvard University Press.

SERELLE, Márcio (2006). “Redes anônimas: aspectos de dissolução do autor no ciberespaço”. In: PINTO, Júlio; SERELLE, Márcio (ed.). *Interações midiáticas*. Belo Horizonte: Autêntica.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu (2004). *Software Livre: A luta pela liberdade do conhecimento*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/>.

VAIDHYANATHAN, Siva (2001). *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York University Press.

VAIDHYANATHAN, Siva (2004). *The anarchist in the library: how the clash between freedom and control is hacking the real world and crashing the system*. Basic Books.

VIVANT, Michel (org.) (1997). *Les créations immatérielles et le droit*. Paris: Ellipses.

WACHOWICZ, Marcos (ed.) (2002). *Propriedade intelectual e internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação*. Curitiba: Juruá.

WOODMANSEE, Martha (1994). *The author, art, and the market: rereading the history of aesthetics*. Apresentação de Arthur Danto. New York: Columbia University Press.

WOODMANSEE, Martha; JASZI, Peter (eds.) (1994). *The construction of authorship: textual appropriation in law and literature*. Duke University Press.

ZEMER, Lior (2007). *The idea of authorship in copyright*. Ashgate Publishing.

Por exemplo, o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIP’s* – aprovado no seio da OMC em 1994 e o *WIPO Copyright Treaty – WCT* – aprovado no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI – em 1996.

Por exemplo, a Diretiva 2001/29 sobre a harmonização de certos aspectos do direito autoral na sociedade de informação, e a Diretiva 2006/116 relativa à duração do prazo de proteção do direito autoral.

Por exemplo, o *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano de 1998 e a lei francesa n. 2006/961.

Como Lessig (2001, 2004, 2006), Boyle (1996) e Moglen (2001) nos EUA, Vivant (1997), Mancini (2006) e Bruguière (2007) na França, e Lemos (2005), Wachowicz (2002) e Carboni (2006) no Brasil.

Sobre a questão, confira nos *Dits et Écrits* de Foucault (1994) textos como “Sur les façons d’écrire l’histoire” (1967), “Nietzsche, la genealogie, l’histoire” (1971), “Revenir à l’histoire” (1972) e “Vérité et pouvoir” (1977).

Recorrerei apenas a alguns estudos históricos existentes, como os realizados por Burke (2003), Deazley (2004, 2006), Ezell (1999), Hesse (1991), Loewenstein (2002), May & Sell (2006), Patterson (1968) e Rose (1993).

Tradução do autor. No original: “*l’écrivain propriétaire, c’est l’écrivain libre. Lui ôter la propriété, c’est lui ôter l’indépendance*”.

Embora o processo seja paradoxal, pois a indústria cultural, por um lado, defende seus direitos principalmente sob o argumento de que se deve proteger os autores e suas obras, mas, por outro lado, elimina a figura do autor (do gênio criador romântico) e torna o processo criativo mecanizado e a obra padronizada.

Existe uma verdadeira enxurrada de textos sobre esse tema, como Barthes (1968), Bellei (2002), Bennett (2005), Bomsel (2007), Canclini (2008), Compagnon (1999), Deibert (1997), Eco (1991), Edelman (2004), Gillespie (2007), Irwin (2002), Lebert (2007), Lévy (1995,1997), Mitchell (2005), Negroponte (1995), Serelle (2006), Vaidhyathan (2001, 2004), Woodmansee & Jaszi (1994) e Zemer (2007).

Cf. movimentos como a *Electronic Literature Organization* (www.eliterature.org), o *Illegal Art* (<http://www.illegal-art.org>), o *Digital Literature Web* (<http://www1.ci.uc.pt/diglit>) e o *Muxicall* (<http://www.muxicall.com/>). Apesar dos vários sítios na internet que exploram as novas possibilidades abertas pelo meio digital, é preciso ressaltar que as antigas práticas criativas e discursivas permanecem, sendo grande parte da rede mundial de computadores ocupada com obras importadas do mundo *off-line*, em que a figura do autor ainda é um elemento regulador.

Sobre o tema, confira Himanen (2001), Raymond (2000), Silveira (2004) e Stallman (in Moore, 1997).

PROPRIEDADE INTELECTUAL: SEMICONDUTORES, POLÍTICA INDUSTRIAL E DE INOVAÇÃO*

INTELECTUAL PROPERTY: SEMICONDUCTORS, INDUSTRIAL AND INNOVATION POLITICS

**Victor Hugo Tejerina Velázquez
Renato Franco Pacanaro**

RESUMO

O regime dos circuitos integrados e certamente dos semicondutores é objeto de legislação recente no Brasil, a Lei 11.484 de 31/05/2007. Pretende-se com este trabalho destacar a importância estratégica desta matéria da Propriedade Intelectual e do significado político-econômico que tem para o país, considerando, sobretudo que entre as prioridades objeto de incentivo vertical está a informática (microeletrônica: circuitos integrados, topografia de semicondutores, programas de computador etc.). Em outra oportunidade[1] os autores ao mostrar a importância da formação de Núcleos de Estudos sobre Propriedade Intelectual sugeriam começar indagando dentre outras coisas, se há regras legais e se é possível de serem dadas, que estimulem a acumulação de capacidade tecnológica como um assunto crítico para os países emergentes e, se haveria que inverter a seqüência "inovação-investimento-produção" típica de empresas inovadoras de economias industrializadas por "produção-investimento-inovação", proposta por Viotti[2]? Seguindo uma lógica do modelo de aprendizado aquisição, assimilação, aprimoramento? Nesse trabalho assevera-se que: No contexto da proteção da propriedade intelectual (propriedade industrial e Direito de autor e Direitos conexos), objeto de convenções internacionais como a Convenção de Paris, Convenção de Berna, Convenção de Munique, o que se propõe é que um núcleo de estudos trate apenas de uma parte da propriedade intelectual, considerada estratégica pela política industrial, que vem sendo discutida no país e é objeto de incentivo vertical, a dos setores emergentes: biotecnologia e biodiversidade, informática (microeletrônica: circuitos integrados, topografia de semicondutores, programas de computador etc.) e fármacos e medicamentos, permeado pelos referenciais do câmbio científico-tecnológico, do reordenamento dos espaços de reprodução social (a denominada globalização), da polarização econômica e das rápidas mudanças urbanas[3] (grifos nossos). O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) de 2007 que tenciona o investimento de recursos públicos e privados e a Medida Provisória 352 de 22/01/2007 convertida em Lei No. 11.484 de 31/05/2007 que dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005, justificam este estudo.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: CIRCUITOS INTEGRADOS – SEMICONDUCTORES – PROPRIEDADE INTELECTUAL – DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

ABSTRACT

The regime of integrated circuits and certainly of semiconductors is target of new legislation in Brazil, Law 11.484, May 31st, 2007. We intend to stand out the strategic importance of this matter of Intellectual Property and of the economical and political meaning to this country, considering, above all, that amid the priorities subject of vertical incentive is computer science (microelectronics: integrate circuits, topography of semiconductors, computer programs etc.). In other opportunity, when showing the importance of creating Nuclei of Studies on intellectual Property, the authors proposed to start investigating if there are legal rules and if it is possible to create such rules so they stimulate the accumulation of technological capacity as a critical issue for emerging countries and if it would be necessary to invert the "innovation-investment-production" sequence, typical of innovative companies from industrialized economies for the "production-investment-innovation" sequence., proposed by Viotti, following a model of learning, acquisition, assimilation and upgrading. In this work we assert that: In the context of protecting intellectual property (industrial property and author law and relational Law), subject of international convention such as the Paris Convention, Bern convention, Munich convention, what we propose is that a nucleus of studies deals with only a part of intellectual property considered strategic by industrial politics which has been discussed in the country and is subject of vertical incentive, the emergent sectors: biotechnology and biodiversity, data processing and computer science (microelectronics, integrated circuits, topography of semiconductors, computer programs etc.) and medical drugs, interposed by referential of scientific and technological changes, by reassigning the spaces of social reproduction (the so called globalization), by economical polarization and fast urban changes. The "Programa de Aceleração do Crescimento", program of growth acceleration, created in 2007 proposes investment of private and public resources and Provisional Measure 352, January 22nd, 2007, that was later turned into Law 11.484 of May, 31st, 2007, that disposes about incentives to Digital TV equipment industries and semiconductors electronic components and about protection to intellectual property on topography of integrated circuits, creating the "Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores" (PADIS), Support Program to Semiconductor Industry technological development, and the "Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital" (PATVD), Support program to technological development of Digital TV equipment Industry, alters Law 8.666, June 21st, 1993, and revokes article 26 of Law 11.196, November 21st, 2005, justify this study.

KEYWORDS: PALAVRAS-CHAVE: CIRCUITOS INTEGRADOS – SEMICONDUCTORES – PROPRIEDADE INTELECTUAL – DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

PRECEDENTES

O Tratado de Washington[1] sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados de 26 de maio de 1989 de que o Brasil não faz parte, tem por objeto assegurar direitos de exclusividade sobre topografias de circuitos integrados, porém, ainda não está em vigor. Abandonado pelo seu próprio patrocinador, os Estados Unidos, não parece ter futuro, a não ser por força do art. 35[2] do **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio**, TRIP's.

Em efeito, o Decreto 1.355 de 30/12/94[3] que promulga a *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*. (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio - TRIPs.)[4], determina na Seção 6, artigos 35 a 38, formas de proteção dos circuitos integrados “em conformidade com os Artigos 2 a 7 (salvo o parágrafo 3º do art.6), art.12 e parágrafo 3º do art.16 do **Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados ...**” (Art.35), [grifos nossos].

Nenhum dos projetos apresentados ao Congresso teve sucesso. O projeto apresentado ao Senado, originado na antiga Secretaria de Ciência e Tecnologia em 1990, “optou por um registro *sui generis* junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, INPI” atendidas originalidade e capacidade inventiva. Chegou ao Senado sob o No. 72/92[5]. O Projeto de Lei No. 1.787[6] de 1996 enviado pelo Poder Executivo, oriundo da Mensagem No. 322 de 16 de abril de 1996, do presidente da República, visa a proteção das topografias dos circuitos integrados, beneficiando nacionais e estrangeiros domiciliados no país e favorece pedidos provenientes do exterior e depositados no país por quem tenha assegurada proteção por tratado assinado pelo Brasil. A regulamentação proposta segue o Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio da OMC (TRIP's – ADPIC) e o Tratado de Washington de 1989[7].

Em Janeiro de 2008, no Rio de Janeiro se assinava protocolo[8] entre a *Symatrix* e o Governo do Estado para a implantação da primeira fábrica da América do Sul de semicondutores com investimentos de US\$ 1 bilhão.

Nas Diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior o Governo Federal, PITCE, consideram-se os semicondutores como a mola propulsora do complexo eletrônico, cujo crescimento nos últimos 20 anos foi da ordem de 14.8%. A participação no PIB brasileiro em 1991 passou de 1.7% para 3.5% em 2002[9]

Os semicondutores vão muito além da eletrônica de consumo e da

informática. Encontram-se em inúmeros ramos de atividade, como as telecomunicações, controles industriais, indústria aeroespacial, saúde, agropecuária e aplicações militares[10].

Os incentivos aos semicondutores chegam apenas com a Medida Provisória 384/2007 convertida em Lei No. 11.484/2007 e que protegem os circuitos integrados por registro no INPI.

Noções básicas

Um semicondutor é uma substância que, pela sua estrutura atômica, se comporta como condutor e como isolante, quer dizer que, dos elementos químicos da tabela periódica, grupos II, III, IV e VI, os principais são: Grupo II, Cádmio, Cd; Grupo III, Alumínio, Al, Gálio, Ga; Boro, B; Índio (elemento[11]), In; Grupo IV, Silício, Si; Germânio, Ge; Grupo V: Fósforo (elemento), P; Arsênico, As, Antimônio, Sb; Do VI Grupo: Selênio, Sn; Telúrio, Te e inclusive se adiciona hoje o Enxofre , S.

Os semicondutores são extremamente úteis para a eletrônica, por exemplo, um conjunto variado de tipos diferentes de semicondutores compõem um transistor que não consome energia como o faria uma antiga válvula. Milhares de transistores, construídos em dimensões microscópicas, integram um chip (circuito integrado) de sílica[12] (semicondutor). Assegura-se que um chip de uma polegada pode conter dezenas de milhões de transistores[13].

Tanto no art. 4º. do Projeto de Lei 1.787/96, como na Lei 11.484/07[14] a definição sobre “circuito integrado” e “topografia de circuitos integrados” é a mesma:

I - "circuito integrado" significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos, dos quais pelo menos um seja ativo, e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II - "topografia de circuitos integrados" significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado; e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

A norma norte-americana de 1984[15] semicondutor e circuito integrado:

(1) a "semiconductor chip product" is the final or intermediate form of any product -

(A) having two or more layers of metallic, insulating, or semiconductor material, deposited or otherwise placed on, or etched away or otherwise removed from, a piece of semiconductor material in accordance with a predetermined pattern; and

(B) intended to perform electronic circuitry functions;

(2) a "mask work" is a series of related images, however fixed or encoded -

(A) having or representing the predetermined, three-dimensional pattern of metallic, insulating, or semiconductor material present or removed from the layers of a semiconductor chip product; and

(B) in which series the relation of the images to one another is that each image has the pattern of the surface of one form of the semiconductor chip product;

(3) a mask work is "fixed" in a semiconductor chip product when its embodiment in the product is sufficiently permanent or stable to permit the mask work to be perceived or reproduced from the product for a period of more than transitory duration;

(4) to "distribute" means to sell, or to lease, bail, or otherwise transfer, or to offer to sell, lease, bail, or otherwise transfer;

(5) to "commercially exploit" a mask work is to distribute to the public for commercial purposes a semiconductor chip product embodying the mask work; except that such term includes an offer to sell or transfer a semiconductor chip product only when the offer is in writing and occurs after the mask work is fixed in the semiconductor chip product;

(Added Pub. L. 98-620, title III, Sec. 302, Nov. 8, 1984, 98 Stat. 3347.)

Ainda no projeto (1.787/96), a titularidade é atribuída ao criador da topografia, nos termos da lei, mas presume-se criador o requerente do registro, salvo prova em contrário. Sendo mais de um criador, o registro poderá ser requerido por todos ou quaisquer um deles por nomeação e qualificação delas. O Projeto prevê que a proteção poderá ser requerida pelos herdeiros ou sucessores do criador, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou contrato de trabalho, de prestação de serviços ou de vínculo estatutário determinar a titularidade. Pertence ao empregador em casos em que a atividade criativa decorrer desse vínculo de trabalho, quando houver utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora do vínculo. Diz o projeto que o mesmo tratamento será aplicado a bolsistas, estagiários e assemelhados. Este conteúdo foi repetido na Lei ora em vigor.

A Lei de Incentivo

A lei chega tarde, mas poderá incentivar pesquisas ligadas a bioengenharia, por exemplo, pois se acaba de informar que foi desenvolvido o primeiro *chip* brasileiro para marca-passos, embora a tecnologia do marca-passos seja antiga, pois

Na década do 70, o InCor desenvolveu os primeiros marca-passos brasileiros, encapsulados em epóxi. Uma empresa foi criada para fabricá-los e 700 deles foram implantados em pacientes. A produção parou porque a empresa não conseguiu apoio

financeiro para dar continuidade ao desenvolvimento tecnológico. Desde então a tecnologia evoluiu com a microeletrônica, que consegue integrar várias outras funções em uma peça de tamanho reduzido[16].

A Lei 11.484 de 31 de maio de 2007 que institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS, define incentivos às pessoas jurídicas que realizem investimentos em P&D isoladamente ou em conjunto, no mínimo, 5% do seu faturamento bruto no mercado interno, deduzidos os impostos incidentes na comercialização de dispositivos semicondutores e *displays*, mostradores de informação, (Art. 2º § I e II).

Incentiva-se em matéria de semicondutores, classificados nas posições 85.41 e 85.42 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL, NMC, atividades como:

- a) concepção, desenvolvimento e projeto (*design*);
- b) difusão ou processamento físico-químico; ou
- c) encapsulamento e teste;

Quanto a mostradores de informação, (*displays*) incentivam-se atividades de:

- a) concepção, desenvolvimento e projeto (*design*);
- b) fabricação dos elementos fotossensíveis, foto ou eletroluminescentes e emissores de luz; ou
- c) montagem final do mostrador e testes elétricos e ópticos.

Nos termos da Lei 11.484/07:

I – alcança os mostradores de informações (*displays*) relacionados em ato do Poder Executivo, com tecnologia baseada em componentes de cristal líquido - LCD, fotoluminescentes (painel mostrador de plasma – PDP), eletroluminescentes (diodos emissores de luz – LED, diodos emissores de luz orgânicos – OLED ou *displays* eletroluminescentes a filme fino – TFEL) ou similares com microestruturas de emissão de campo elétrico, destinados à utilização como insumo em equipamentos eletrônicos.[17]

A proteção das topografias dos circuitos integrados é concedida a nacionais e estrangeiros domiciliados no País e as pessoas que domiciliadas em país, em que por reciprocidade, concedam a brasileiros ou a pessoas domiciliadas no Brasil idênticos ou equivalentes direitos. Do mesmo modo, protegem-se os pedidos de registro provenientes do exterior e depositados no País em virtude de tratado em vigor no Brasil[18].

A titularidade concedida ao criador se faz por registro no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, INPI, mas presume-se criador o requerente do registro, salvo prova em contrário. Quando a topografia for criada conjuntamente por duas ou mais pessoas, o registro poderá ser requerido por todas ou quaisquer delas mediante nomeação e qualificação das demais para ressalva dos respectivos direitos.

A titularidade poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do criador, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho, de prestação de serviços ou de vínculo estatutário determinar que pertença a titularidade. A Lei estipula que os direitos relativos à topografia de circuito integrado pertencerão exclusivamente ao empregador, quando a atividade criativa decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos ou quando houver utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais ou de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora do vínculo.

Pelo contrário, pertencerão exclusivamente ao empregado, prestador de serviços ou servidor público os direitos relativos à topografia de circuito integrado desenvolvida sem relação com o contrato de trabalho ou de prestação de serviços e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais ou de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora de vínculo estatutário. Estas mesmas normas se aplicam a bolsistas, estagiários e assemelhados.

As topografias objeto de proteção devem ser originais, resultado da capacidade inventiva do criador ou criadores e que, no estado atual da ciência e da tecnologia, não sejam comuns ou vulgares para técnicos especialistas ou fabricantes de circuitos integrados (novidade) e devem mostrar capacidade inventiva[19].

Para inovações, objeto de proteção, quer dizer, quando uma topografia que resulte de uma combinação de elementos e interconexões comuns ou que incorpore, com a devida autorização, topografias protegidas de terceiros somente será protegida se a combinação, considerada como um todo, atender requisitos de originalidade e capacidade inventiva e certamente não seja comum e vulgar a especialistas ou

fabricantes. Vedada a proteção aos conceitos, processos, sistemas ou técnicas nas quais a topografia se baseie ou a qualquer informação armazenada pelo emprego da referida proteção.

O pedido de registro feito perante o INPI deve referir-se a uma única topografia, atendidas as exigências legais do órgão registrador, devendo conter minimamente o requerimento; a descrição da topografia e de sua correspondente função; os desenhos ou fotografias da topografia, essenciais para permitir sua identificação e caracterizar sua originalidade; declaração de exploração anterior, se houver, indicando a data de seu início; e comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito do pedido de registro. Pedido e documentos devem ser apresentados em língua portuguesa.

O pedido poderá mantido em sigilo durante seis, a pedido do depositante, como poderá ser retirado, com devolução de documentos se requerido até um mês antes do fim do prazo do sigilo. Protocolizado o pedido, feito o exame formal, o INPI poderá formular exigências que devem ser atendidas em 60 dias sob pena de arquivamento definitivo do pedido. Não havendo exigências ou senda elas cumpridas, o INPI concederá o registro expedindo o respectivo certificado. A proteção confere a seu titular direito exclusivo de explorá-la e a titularidade jurídica e o direito de cessão total ou parcialmente, bem como celebrar contrato de licença de exploração, contrato que deverá ser averbado no INPI para efeitos *erga omnes*. É concedido por 10 anos contados da data do depósito ou da primeira exploração, o que tiver ocorrido primeiro[20]. A Lei permite o uso público não autorizado para fins não comerciais, desde que pagos royalties, diretamente o mediante contratação ou autorização a terceiros, observados requisitos legais (art.47), mas não se confunde com a licença compulsória[21], concedida nos termos do art. 48, para assegurar a livre concorrência ou prevenir abusos de direito ou do poder econômico inclusive o não atendimento do mercado quanto a preço, quantidade e qualidade.

Vedado a terceiros:

I – reproduzir a topografia, no todo ou em parte, por qualquer meio, inclusive incorporá-la a um circuito integrado;

II – importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, uma topografia protegida ou um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida; ou

III – importar, vender ou distribuir por outro modo, para fins comerciais, um produto que incorpore um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida, somente na medida em que este continue a conter uma reprodução ilícita de uma topografia.

A violação destes direitos importa em indenização por perdas e danos.

A proteção não se aplica quando os atos praticados tem finalidades de pesquisa ou de ensino (I) e nos casos de engenharia reversa (II):

I – aos atos praticados por terceiros não autorizados com finalidade de análise, avaliação, ensino e pesquisa;

II – aos atos que consistam na criação ou exploração de uma topografia que resulte da análise, avaliação e pesquisa de topografia protegida, desde que a topografia resultante não seja substancialmente idêntica à protegida;

III – aos atos que consistam na importação, venda ou distribuição por outros meios, para fins comerciais ou privados, de circuitos integrados ou de produtos que os incorporem, colocados em circulação pelo titular do registro de topografia de circuito integrado respectivo ou com seu consentimento; e

IV – aos atos descritos nos incisos II e III acima citados, praticados ou determinados por quem não sabia [de boa fé], por ocasião da obtenção do circuito integrado ou do produto, ou não tinha base razoável para saber que o produto ou o circuito integrado incorpora uma topografia protegida, reproduzida ilicitamente.

Notificado o terceiro, não ocorre a responsabilidade civil se, após devidamente notificado [perdeu a boa fé], o responsável pelos atos ou por sua determinação poderá efetuar tais atos com relação aos produtos ou circuitos integrados em estoque ou previamente encomendados, desde que, com relação a esses produtos ou circuitos, pague ao titular do direito a remuneração equivalente à que seria paga no caso de uma licença voluntária.

Fragiliza-se a proteção quando, “O titular do registro de topografia de circuito integrado não poderá exercer os seus direitos em relação a uma topografia original idêntica que tiver sido criada de forma independente por um terceiro.”(Art. 37 § 2º).

Quanto as restrições impostas pela Lei, na época ainda da Medida Provisória, Barbosa considerava que mesmo que a norma permite “a manipulação reversa das topografias”, proíbe “veementemente a reprodução de uma topografia substancialmente idêntica à produzida.”[22]

Críticas

Para Barbosa:

No caso específico das topografias, os princípios constitucionais implicam que um direito exclusivo só seja conferido na proporção que se respeite a *inderrogabilidade do*

domínio público o que pressupõe que a forma configurada pela topografia não seja usual, conhecida, ou já ingressa no acesso comum.

Em segundo lugar, é indispensável que o balanceamento dos interesses revelado pela proteção seja *adequado às especificidades da topografia de circuitos integrados*, e mais, que essa proteção atenda o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Formulado no contexto de uma política geral de desenvolvimento do setor de circuitos integrados, objeto da Medida Provisória que incorpora as normas de proteção de Propriedade Intelectual, presumir-se-ia que tais propósitos tivessem inspirado e encontrassem expressão nas normas sob análise.

Assim não ocorre no entanto, já flagrantemente, pela insuficiência do regime de plena liberdade de engenharia reversa, que exige, pelo menos, uma leitura conforme à Constituição[23].

Porém, as críticas mais contundentes à Medida Provisória são aquelas que dizem relação com a falta de inclusão da engenharia reversa como o fez a legislação americana para garantir intercâmbio de tecnologias e por “incorpora[r] propostas de uso por terceiros de maneira não autorizada pelo titular que não aparentam, à primeira vista, conformar-se ao padrão TRIP’s”, se não vejamos:

Em dois aspectos, no entanto, mostra um profundo desconcerto tanto quanto aos pressupostos constitucionais, quanto aos parâmetros internacionais, o que certamente é uma disfunção em face dos propósitos a que se volta:

Deixa de incorporar em toda a sua eficácia o princípio de engenharia reversa, central ao sistema. Propondo-se uma proteção *mais restritiva aos interesses da comunidade* do que os parâmetros internacionais e dos principais países de economia de mercado, a proposta acerca-se da insanidade.

De outro lado, ao mesmo tempo que incorpora ao direito nacional o princípio do uso público não comercial independentemente de licenças compulsórias – forma mais consagrada de prevalência do interesse público em proteções de tecnologia – incorpora propostas de uso por terceiros de maneira não autorizada pelo titular que não aparentam, à primeira vista, conformar-se ao padrão TRIPs. Arrisca-se assim, em suscitar questionamentos e rejeições que a simples não proteção jamais suscitou[24].

Considerações Finais

O regime dos circuitos integrados e certamente dos semicondutores, objeto de legislação recente no Brasil, a Lei 11.484 de 31/05/2007 tem importância estratégica nos estudos da Propriedade Intelectual e grande significado político-econômico para o país, considerando, sobretudo que entre as prioridades objeto de incentivo vertical está a informática (microeletrônica: circuitos integrados, topografia de semicondutores, programas de computador etc.).

Nas Diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior o Governo Federal, PITCE, consideram-se os semicondutores como a mola propulsora do complexo eletrônico, cujo crescimento nos últimos 20 anos foi da ordem de 14.8%. A participação no PIB brasileiro em 1991 passou de 1.7% para 3.5% em 2002.

Pertinentes as críticas de Barbosa quando analisa “a insuficiência do regime de plena liberdade de engenharia reversa, que exige, pelo menos, uma leitura conforme à Constituição, “pois, de incorporar em toda a sua eficácia o princípio de engenharia reversa, central ao sistema”. Por outro lado, “incorpora propostas de uso por terceiros de maneira não autorizada pelo titular que não aparentam, à primeira vista, conformar-se ao padrão TRIPs. Arrisca-se assim, em suscitar questionamentos e rejeições que a simples não proteção jamais suscitou.”

Referências

BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados**. In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*.

BRASIL. Bacen, IBGE e MCT/SEITEC. In: <http://www.tec.abinee.org.br/2004/arquivos/187.pdf>.

BRASIL. Revista FAPESP, No. 151, setembro de 2008 in: <http://www.revistapesquisa.fapesp.br/index.php?art=3645&bd=1&pg=1&lg>

BRASIL. Secretaria de Assuntos Parlamentares in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/pl1787.htm.

BRASIL: Casa Civil. **Lei No. 11.484 de 31 de Maio de 2007**. Conversão da MP 352/07.

BRASIL: **Diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior** in: <http://www.inovacao.unicamp.br/politicact/diretrizes-pi-031212.pdf>

BRASIL: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA in: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/full/14895.html#parte%20ii>

<http://riodejaneiro.spaceblog.com.br/87126/RIO-GANHA-FABRICA-DE-SEMICONDUCTORES-DA-SYMETRIX-US-1-BILHAO/> acesso em 26-09-08.

<http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=1657&bd=1&pg=1&lg=>

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**. Aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. P. 123-125.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo et alii. **A Importância dos Núcleos de Estudos sobre Propriedade Intelectual**, trabalho apresentado ao XVII Encontro Preparatório para o Congresso do CONPEDI, de 19 a 21 de junho de 2008, Salvador.

[The Intel Microprocessor Quick Reference Guide](http://informatica.hsw.uol.com.br/microprocessadores.htm) e [TSCP Benchmark Scores](http://informatica.hsw.uol.com.br/microprocessadores.htm). In: <http://informatica.hsw.uol.com.br/microprocessadores.htm>.

TREATY ON INTELLECTUAL PROPERTY IN RESPECT OF INTEGRATED CIRCUITS, Done in Washington, D.C., on May 26, 1989.

U.S.A. 17 U.S.C. 901 Definitions. In: http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp%3Flang%3DEN%26id%3D3927&sa=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3D17%2BU.S.C.%2B904%26hl%3Dpt-BR

VIOTTI, Eduardo Baumgratz; MACEDO, Mariano de Matos. (orgs.). **Indicadores de ciência, tecnologia e inovação no Brasil**. Campinas: UNICAMP, 2003.

[1] **TREATY ON INTELLECTUAL PROPERTY IN RESPECT OF INTEGRATED CIRCUITS**, Done in Washington, D.C., on May 26, 1989.

[2] O Art. 35 do TRIP's declara: **Relação com o Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados**. Os Membros acordam outorgar proteção às topografias de circuitos integrados (denominados adiante "topografias") em conformidade com os Artigos 2 a 7 (salvo o parágrafo 3 do Artigo 6), Artigo 12 e parágrafo 3 do Artigo 16 do Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados e, adicionalmente, em cumprir com as disposições seguintes.

[3] BRASIL: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA in: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/14895.html#parte%20ii> Acesso em 25-09-08

[4] BRASIL: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA in: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/14895.html#parte%20ii>. Acesso em 25-09-08.

[5] BARBOSA, Borges Denis. **Da Proteção Jurídica dos Circuitos Integrados**. In: *denisbarbosa.addr.com/86.doc* . Acesso em 25-09-08

[6] BRASIL. Secretaria de Assuntos Parlamentares in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/pl1787.htm. Acesso em 26-09-08

[7] PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**. Aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. P. 123-125.

[8] In: <http://riodejaneiro.spaceblog.com.br/87126/RIO-GANHA-FABRICA-DE-SEMICONDUCTORES-DA-SYMETRIX-US-1-BILHAO/> acesso em 26-09-08.

[9] Fonte: Bacen, IBGE e MCT/SEITEC. In: <http://www.tec.abinee.org.br/2004/arquivos/187.pdf> . Acesso em 26-09-08.

[10] BRASIL: **Diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior** in: <http://www.inovacao.unicamp.br/politicact/diretrizes-pi-031212.pdf> Acesso em 26-09-08

[11] Uma **substância elemento** é aquela substância pura que está formada por átomos de um único elemento em seus possíveis estados alotrópicos, que não podem decompor-se em substâncias mais simples, e classificam-se em metais., não metais e metalóides . Por exemplo: o cobre(formado por átomos de cobre).

[12] A maioria dos chips semicondutores e transistores são construídos em silício. Algumas pesquisas feitas, cujos resultados foram publicados em 2001 por três pesquisadores brasileiros, indicam que os dias do silício estariam contados, pois, o ouro, dada a sua ductilidade “é visto como o melhor material para formar os contatos elétricos entre os novos dispositivos a serem criados para substituir os chips de silício, hoje o material básico dos atuais computadores. As perspectivas se apóiam nas descobertas, feitas na década de 90, de que as moléculas conseguem conduzir eletricidade do mesmo modo que os fios e os próprios semicondutores.” In: <http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=1657&bd=1&pg=1&lg=> acesso em 23 set. 2008.

[13] Informações compiladas do [The Intel Microprocessor Quick Reference Guide e TSCP Benchmark Scores](#). In: <http://informatica.hsw.uol.com.br/microprocessadores.htm> . Acesso em 18-09-2008.

[14] Art. 26, I, II da Lei 11.484/2007.

[15] 17 U.S.C. 901 Definitions. In:

[16] Revista FAPESP, No. 151, setembro de 2008 in: <http://www.revistapesquisa.fapesp.br/index.php?art=3645&bd=1&pg=1&lg> acess em 23-09-08

[17] BRASIL: Lei 11.484/07, § 2º. do art. 2º.

[18] Deve entender-se que todos os membros do TRIP's estão protegidos por esta Lei. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 25-09-08.

[19] BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 25-09-08.

[20] A 17 U.S.C. 904 concede em idênticos termos. In: http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp%3Fflang%3DEN%26id%3D3927&sa=X&oi=translate&resnum=3&ct=result&prev=/search%3Fq%3D17%2BU.S.C.%2B904%26hl%3Dpt-BR

[21] BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 27-09-08.

[22] Diz ainda: “Note-se que esta proibição viola o Tratado e TRIPs, a não ser se interpretada de forma a que a criação subjetivamente original de outra topografia – mesmo idêntica - não viola a exclusiva topográfica. Vide: BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 27-09-08

[23] BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 25-09-08.

[24] BARBOSA, Borges Denis. **A Nova Norma de proteção às topografias de circuitos integrados.** In: *denisbarbosa.addr.com/topografias.ppt*. Acesso em 27-09-08

PATENTES FARMACÊUTICAS E ACESSO A MEDICAMENTOS*

PHARMACEUTICAL PATENTS AND ACCESS TO MEDICINES

Roberto Chacon de Albuquerque

RESUMO

O artigo estabelece uma conexão entre patentes farmacêuticas e responsabilidade social de acordo com uma perspectiva internacional. A partir da análise da modificação sofrida pela Lei de Patentes indiana, vinculam-se patentes farmacêuticas e política de saúde. Livre comércio e patentes farmacêuticas também são encarados sistematicamente, à luz do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips). Defende-se uma flexibilização do direito das patentes em sede de patentes farmacêuticas. O papel da Organização das Nações Unidas (Onu), da União Européia (UE) e da Organização Mundial do Comércio (OMC) em prol desta flexibilização é ressaltado. Sugere-se que mecanismos como licença compulsória, importações paralelas, open source e patent buy-outs sejam utilizados para promover o acesso a medicamentos.

PALAVRAS-CHAVES: PATENTE; FARMACÊUTICA; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO; FLEXIBILIZAÇÃO.

ABSTRACT

The article sets up a connection between pharmaceutical patents and social responsibility according to an international perspective. Beginning with an analysis of the modification suffered by India's Patent Act, pharmaceutical patents and health policy are intertwined. Free trade and pharmaceutical patents are also systematically handled, in the light of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). A flexibilization of patent law as regards pharmaceutical patents is recommended. The role of the United Nations Organization (UNO), European Union (EU) and World Trade Organization (WTO) in the benefit of this flexibilization is highlighted. Mechanisms such as compulsory licenses, parallel imports, open source and patent buy-outs are suggested as a means to promote access to medicines.

KEYWORDS: PATENT; PHARMACEUTICAL; WORLD TRADE ORGANIZATION; FLEXIBILIZATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Em meio a protestos públicos e a atenção dos meios de comunicação internacionais, o Parlamento indiano adotou o que seria sua nova Lei de Patentes de 2005. Na realidade, uma emenda à Lei de Patentes de 1970. O direito das patentes em vigor há mais de trinta anos foi assim modificado, de maneira que se passou a conceder patentes de produtos farmacêuticos. À luz da Lei de Patentes de 1970, isto não era possível. Empresas indianas podiam produzir livremente suas próprias versões de medicamentos genéricos.[1] A Índia precisou efetuar esta alteração até 1º de janeiro de 2005, para que o previsto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips) não fosse descumprido.

A produção de genéricos era e é de grande significado para o tratamento com medicamentos acessíveis nos países em desenvolvimento. Sobretudo no que diz respeito a novos medicamentos, como os medicamentos anti-retrovirais (ARVs) necessários para a terapia do HIV/AIDS. Graças aos genéricos indianos, o preço de muitos ARVs diminuiu drasticamente. O custo anual para a terapia do HIV/AIDS passou em média de quase US\$ 15 mil para até US\$ 150 por paciente. Os fabricantes de genéricos indianos puderam combinar três diferentes medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS num só medicamento. Os genéricos indianos simplificaram dramaticamente o tratamento de doenças como o HIV/AIDS em países em desenvolvimento.

A emenda de 2005 à Lei de Patentes indiana de 1970 foi considerada uma má notícia para todos aqueles que dependem de novos medicamentos acessíveis para o tratamento de doenças. No futuro, medicamentos que ainda não foram objeto de genéricos passarão a ser produzidos e comercializados apenas por fabricantes de medicamentos originários. Isto valerá para medicamentos em relação aos quais entre 1995 e 2005 houvesse sido solicitada uma patente, bem como para medicamentos desenvolvidos após 2005.[2] Como resultado, previu-se um aumento significativo nos preços de novos medicamentos, em especial dos ARVs de segunda geração, antibióticos e medicamentos para o tratamento de doenças crônico-degenerativas.[3]

Compartilhando da opinião dos representantes da sociedade civil, o governo indiano adotou dispositivos que asseguram o acesso a medicamentos. Com o sistema do licenciamento automático, um produtor de genéricos que tenha efetuado um "investimento considerável", e que já tenha produzido e comercializado medicamentos na Índia, pode continuar a produzir genéricos, mesmo quando se houver concedido uma patente. Deve ser paga uma "taxa adequada" ao titular da patente. Tal patente não impedirá portanto que a versão genérica do medicamento possa continuar a ser produzida e comercializada. Para impedir que haja um aumento desnecessário do preço

do genérico, é necessário que o governo indiano especifique o montante da "taxa adequada".

A Lei de Patentes indiana conta com outros dispositivos que devem ser ressaltados. Todo cidadão pode, em conformidade com o princípio da *pre-grant-opposition*, manifestar-se contra a concessão de uma patente, depois que ela for divulgada publicamente. A exportação de medicamentos que tenham sido produzidos mediante uma licença compulsória é explicitamente autorizada. Não se exige que haja uma licença compulsória da parte do país importador. Isto é especialmente significativo quando não houver no país importador patentes farmacêuticas. Nos países de menor desenvolvimento relativo, pode não haver sequer a concessão de tais patentes.

A concessão de patentes não é apenas um ato administrativo, mas também político. Cabe ao Instituto de Patentes, Desenhos e Marcas da Índia[4] decidir se os pedidos de patente farmacêutica preenchem ou não os critérios da patenteabilidade. Devem ser recusadas patentes sobre a nova utilização de compostos já conhecidos, evitando-se assim a chamada "*ever-greening*", a concessão de patentes secundárias sobre produtos preexistentes.[5]

1. Patentes farmacêuticas e responsabilidade social

Patentes são instrumentos jurídicos, econômicos e políticos para o estímulo à pesquisa. O Estado pode conceder ao inventor de um novo produto ou processo um monopólio limitado temporalmente à sua invenção. Isto permite ao inventor lucrar com a produção e comercialização de sua invenção, já que ele sem concorrência poderá potencialmente fixar um alto preço para seu novo produto. A margem de lucro serve primeiramente para o refinanciamento dos custos que ele precisou arcar com a pesquisa e desenvolvimento do produto ou processo. As patentes constituem uma compensação pelo esforço intelectual do inventor, incentivando-o a continuar a arcar com os custos destinados a gerar novas invenções.

Este monopólio é, para os concorrentes do inventor, uma fonte de preocupações. Por ao menos 20 anos, pode ser proibido produzir e comercializar produtos ou processos que emulem a invenção patenteada, bem como concorrer com o titular da patente com preços mais baixos, desviando a clientela.[6] No que diz respeito a eletro-eletrônicos, o

sistema de patentes é encarado pelos consumidores como sendo plenamente justificável. Ele não é contestado. Os preços destes produtos são pagos sem resistência.

Com relação ao setor da saúde, o comportamento é outro. Aqui, os interesses da indústria farmacêutica e os interesses dos pacientes podem entrar numa rota de colisão. A indústria farmacêutica esforça-se em obter um período de proteção das patentes o mais amplo possível tanto como compensação como para o financiamento da pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Os pacientes, ao contrário, não querem, naturalmente, que os preços tornem inacessíveis medicamentos de importância vital.

Na maior parte dos países desenvolvidos, este problema é raramente uma questão de vida ou morte. Ou os altos preços dos medicamentos patenteados podem ser pagos pelos seguros de saúde, ou o governo pode negociar com a indústria farmacêutica condições especiais de compra destes medicamentos patenteados. Nos países em desenvolvimento, pode ocorrer o oposto. Não há muitas vezes um seguro de saúde abrangente que possa arcar com os custos dos medicamentos patenteados. O governo pode não ser forte o bastante para negociar com a indústria farmacêutica um preço razoável para os medicamentos.

Um exemplo claro desta dinâmica remete ao custo que o governo dos países desenvolvidos precisa arcar no contexto do tratamento de pacientes com HIV/AIDS. Mais de US\$ 15 mil por paciente ao ano podem ser gastos pela seguridade social com os poucos pacientes que neles sofrem de HIV/AIDS. Para que eles, com os medicamentos anti-retrovirais (ARVs), sejam protegidos das piores conseqüências da AIDS. Para quem ganha menos de US\$ 1 por dia, para a maior parte dos que estão infectados pelo HIV ou doentes com AIDS na África, para quem não dispõe de nenhum seguro de saúde e vive em países sem qualquer seguridade social, o custo deste tratamento é totalmente utópico. A falta de vontade política dos governos e empresas para encontrar um equilíbrio entre lucro e saúde pode provocar muito sofrimento humano.

A indústria farmacêutica tem um significado central para países desenvolvidos, como a Suíça. Com uma participação no Produto Interno Bruto (PIB) de cerca de 5%, ela é mais significativa economicamente do que na maior parte dos outros países desenvolvidos. Nos anos 90, a indústria farmacêutica suíça teve, em relação a todos os setores econômicos, a mais alta taxa de crescimento. O valor de suas exportações triplicou naquela década. No que diz respeito à produtividade e margem de lucro, ela situou-se no âmbito dos setores econômicos suíços mais rentáveis ao lado dos setores energético, bancário e de seguros. Ela desempenha um papel político central na Suíça.

Desde os anos 90, a indústria farmacêutica mundial tem atravessado um processo significativo de concentração, com fusões, aquisições e a construção de redes. Enquanto até 1988 as maiores empresas farmacêuticas ainda possuíam uma participação no mercado mundial de 25%, esta participação hoje atinge mais de 50%. Esta constatação aplica-se também à indústria farmacêutica suíça. Anteriormente, a pesquisa de produtos farmacêuticos também ocorria nos países em desenvolvimento. Hoje, à luz do processo de globalização, de liberalização do comércio de mercadorias, capital e investimentos, concentra-se sobretudo nos Estados Unidos, Europa e Japão.[7]

O desenvolvimento e a comercialização dos produtos farmacêuticos também têm atravessado um período de concentração. As empresas farmacêuticas podem centrar sua atenção em doenças bastante específicas. O mecanismo do crescimento máximo de ganhos leva a que a indústria farmacêutica tenda a centralizar suas pesquisas em medicamentos que podem ser pagos apenas pelas camadas sociais com maior poder de compra dos países desenvolvidos.[8] Doenças que, nos países em desenvolvimento tropicais, podem provocar milhões de vítimas anualmente podem ser desconsideradas. A produtividade e a força inovadora da pesquisa farmacêutica correm o risco de diminuir, já que as empresas podem concentrar-se na pesquisa e desenvolvimento do mesmo gênero de medicamento, nos assim chamados "*blockbusters*", promessa de grandes lucros.

O aspecto problemático da indústria farmacêutica reside no fato de que, devido às patentes farmacêuticas, os altos preços dos medicamentos os tornam inacessíveis para a maioria da população mundial. Atualmente, vários milhões de seres humanos falecem de doenças que seriam tratáveis. Mas eles não podem adquirir medicamentos devido a seus altos preços. Eles não são acessíveis. A indústria farmacêutica tem uma estrutura oligopolista. É controlada por poucas empresas. Seus produtos são protegidos por patentes. As patentes podem garantir um monopólio de exploração sem concorrência com determinação livre de preços. Quanto maior a duração da patente, mais lucrativa será a comercialização do medicamento.

A proteção do direito das patentes para medicamentos foi adotada mundialmente na década de 90 no âmbito do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips) da OMC. Os países-membros da OMC precisam assim passar a conceder patentes farmacêuticas. As empresas fabricantes de medicamentos receberam no mundo todo um prazo de proteção às suas patentes que deve atingir no mínimo 20 anos. Durante este prazo, os medicamentos não podem ser copiados para comercialização. As empresas fabricantes de medicamentos passaram então a poder fixar os preços mundialmente, maximizando seus ganhos. Com o Acordo Trips, pode ter-se assegurado mundialmente, com as patentes farmacêuticas, uma oligopolização da produção e comercialização dos produtos farmacêuticos. A Alemanha, os Estados Unidos e a Suíça costumam defender ao máximo as patentes farmacêuticas.

Para os pacientes nos países em desenvolvimento, o Acordo Trips não foi um bom augúrio. Novos medicamentos tornaram-se inacessíveis. Antes de 1994, alguns países em desenvolvimento, como a Índia, não reconheciam a proteção das patentes para medicamentos. Na Índia, são produzidos tradicionalmente muitos medicamentos genéricos de boa qualidade. Eles são amplamente utilizados naquele país, sendo também exportados para países em desenvolvimento a um preço acessível.

A emenda de 2005 à Lei de Patentes indiana de 1970 foi um acontecimento jurídico de grande transcendência. Medicamentos que digam respeito apenas a uma nova formulação de um componente já conhecido não podem efetivamente, à luz da chamada "*ever-greening*", ser patenteados. A Índia pode continuar a desempenhar, conjuntamente com o Brasil, seu papel de farmácia do Sul, assegurando assim que milhões de pessoas continuem a ter acesso a medicamentos a baixo custo para que sejam tratadas adequadamente.

Somente um sistema razoável de licenciamento compulsório pode constituir um caminho seguro para que se assegure um sistema de concorrência com genéricos. O próprio sistema de licenciamento compulsório previsto na Lei de Patentes indiana pode entretanto ser desnecessariamente complexo, postergando decisões administrativas e judiciais. Podem ocorrer processos jurídicos que careçam de agilidade entre o titular da patente e o fabricante de genéricos. O sistema de licenciamento automático simplifica a produção de genéricos. Ampliado para novos medicamentos, ele pode tornar-se um modelo para o futuro. Quem desenvolver um medicamento, seria compensado por meio de um sistema de taxas. Com a concorrência com o produtor de genéricos, seriam garantidos preços acessíveis. A Lei de Patentes indiana pode assegurar o acesso a medicamentos vitais nos países em desenvolvimento. 86 dos anti-retrovirais (ARVs) utilizados contra o HIV/AIDS pela Médicos Sem Fronteiras (MSF), uma organização não governamental de origem francesa, são genéricos indianos. Para o tratamento do HIV/AIDS, é necessário utilizar uma terapia de combinação de ARVs.[9]

2. Patentes farmacêuticas e políticas de saúde

Embora os efeitos negativos das patentes farmacêuticas sejam conhecidos, podem ser apresentados argumentos favoráveis à sua concessão. A pesquisa e o desenvolvimento de medicamentos sem dúvida são muito dispendiosos. É preciso assegurar que as empresas farmacêuticas que investem em pesquisa e desenvolvimento de novos

medicamentos possam beneficiar-se de sua comercialização. Sem patentes, as empresas farmacêuticas não teriam provavelmente nenhum incentivo para fabricá-los. As empresas farmacêuticas precisam dispor de um monopólio sobre seus medicamentos, para que elas possam recuperar os investimentos efetuados para desenvolver seus produtos. É preciso de alguma maneira que haja recursos à disposição para a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos. Mas as patentes não são necessariamente a única maneira de assegurar tal estímulo.

Não há uma lei natural, um princípio de direito natural, que determine que as patentes são o único mecanismo de financiamento da pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos. Várias instituições públicas arcam com os custos dos medicamentos produzidos, num contexto de seguridade social. Seria então o Estado que custearia efetivamente a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos. Se o Estado apoiar diretamente a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos, sendo os resultados disponibilizados livremente, haveria um modelo ao menos tão adequado quanto o atual, no qual a seguridade social pode terminar estimulando oligopólios privados.

A questão central é descobrir que modelo afinal é o mais efetivo para assegurar o financiamento da pesquisa e do desenvolvimento de novos medicamentos. Estes demandam grandes investimentos. Os custos de produção de um novo medicamento podem ultrapassar US\$ 1 bilhão. Boa parte deste US\$ 1 bilhão pode ser financiado por instituições públicas. Estima-se que não mais de 15% da receita das empresas farmacêuticas sejam utilizados em pesquisa e desenvolvimento. Para o contribuinte, as patentes são realmente o mecanismo mais adequado de financiamento da pesquisa e desenvolvimento de medicamentos? Se as instituições públicas financiam a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos, ele, o contribuinte, já não paga por tais medicamentos? Se as instituições públicas despendessem 20% do que gastam hoje com a aquisição de medicamentos, aplicando o restante em pesquisa e desenvolvimento, poderia haver mais inovação no setor. Se os resultados da pesquisa e desenvolvimento fossem colocados ao acesso de todos, as empresas farmacêuticas poderiam investir mais acentuadamente em novos medicamentos.

Podemos resumidamente identificar os seguintes efeitos negativos das patentes farmacêuticas:

- As patentes farmacêuticas podem impedir que milhares de seres humanos em países em desenvolvimento recebam o tratamento médico de que eles necessitam, embora os medicamentos necessários para tal tratamento já existam e possam salvar vidas.

- As patentes farmacêuticas podem distorcer a pesquisa científica, já que pode ser mais rentável produzir novos medicamentos para doenças que afetem prioritariamente os países desenvolvidos, enquanto nos países em desenvolvimento se necessita de medicamentos contra a malária etc.

- As patentes farmacêuticas podem ser a razão pela qual os custos com novos medicamentos nos países desenvolvidos aumentam de forma exponencial, sem nenhum controle estatal.

As patentes farmacêuticas constituem efetivamente um estímulo para a pesquisa e o desenvolvimento de medicamentos lucrativos contra as chamadas "doenças do bem-estar", típicas dos países desenvolvidos, mas não de medicamentos contra doenças tropicais. Os países em desenvolvimento precisam adotar medidas para que todos seus cidadãos que estejam doentes tenham assegurados os cuidados médicos de que necessitam. O acesso *per se* a remédios é marcado globalmente por uma grande desigualdade, já que 15% da população mundial consomem mais de 90% dos medicamentos.

As empresas farmacêuticas podem definir aleatoriamente em que setores elas pretendem investir. Embora haja vários estimulantes sexuais atualmente no mercado, não há nenhum medicamento novo para a tuberculose nos últimos 30 anos. Medicamentos que poderiam beneficiar os países em desenvolvimento costumam ser negligenciados. Por outro lado, há uma espiral de preços para os medicamentos que são custeados pela seguridade social dos países desenvolvidos.

Dos 1393 medicamentos que foram disponibilizados pelo mercado de 1975 a 1999, apenas 13 foram especialmente designados para o tratamento de doenças tropicais. O interesse em produzir medicamentos que podem ter um alcance, uma demanda mundial, não é acentuado. A prioridade é que os custos de pesquisa e desenvolvimento sejam financiados sobretudo pelos pacientes, pelos seguros de saúde ou pela seguridade social dos países desenvolvidos.

O direito à saúde é assegurado por vários instrumentos de direito internacional:

Carta das Nações Unidas

Artigo 13

1. A Assembléia Geral promoverá estudos e fará recomendações, tendo em vista:

- a) Fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;
- b) Fomentar a cooperação internacional no domínio econômico, social, cultural, educacional e da saúde e favorecer o pleno gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. As demais responsabilidades, funções e poderes da Assembléia Geral em relação aos assuntos acima mencionados, no nº 1, alínea b), estão enumerados nos capítulos IX e X.

(...)

Artigo 55

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:

- a. A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b. A solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional;
- c. O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Convenção sobre os Direitos das Crianças

Artigo 24

1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.
2. Os Estados-Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:
 - a) reduzir a mortalidade infantil;
 - b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
 - c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
 - d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
 - e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de

acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.

3. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.

4. Os Estados-Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente Artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 12

1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa gozar das melhores condições possíveis de saúde física e mental.

2. A fim de assegurar a plena efetividade deste direito, os Estados-Partes no presente Pacto deverão adotar, entre outras, as medidas necessárias para:

a) A redução do número de nados-mortos e da mortalidade infantil e o são desenvolvimento das crianças;

b) O melhoramento em todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas;

d) A criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Se não houvesse patentes, qual seria o resultado em termos de preços de medicamentos? Para responder a esta pergunta, é preciso consultar a situação dos medicamentos cujas patentes farmacêuticas já expiraram. Passa, então, a haver um cenário em que diferentes produtores privados concorrem entre si. As instituições públicas podem passar a optar pelo produto de menor preço e melhor qualidade. O preço dos medicamentos cuja patente expirou pode diminuir em média 70%. Isto ocorre com medicamentos que são mais antigos, com mais de 20 anos de existência. Para os medicamentos mais recentes, a diferença de preço pode ser ainda maior.

Uma mudança no sistema de patentes não pode, no entanto, ser realizada exclusivamente dentro de uma perspectiva nacional.

3. Livre comércio e patentes farmacêuticas

Patentes farmacêuticas, tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento, até recentemente não eram permitidas, ou eram concedidas apenas em circunstâncias restritas.[10] Atualmente, a situação é diferente. Durante os anos 80 e 90, em especial no âmbito da Rodada Uruguai, discutiu-se uma reforma do sistema de comércio internacional.[11] Ao lado de questões aduaneiras e de comércio, tratou-se também de questões associadas à propriedade intelectual. Como propriedade intelectual, protegida à luz dos direitos humanos, podemos entender basicamente direito autoral, patentes, marcas, modelos de utilidade e desenhos industriais.[12] Tratados com o da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, bem como instituições como a Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI), foram considerados como sendo muito débeis. Com a adoção do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), um dos tratados constitutivos da Organização Mundial do Comércio (OMC), livre comércio e patentes seriam estritamente associados entre si. Países que fazem parte da OMC devem obedecer ao previsto no Acordo Trips.

Os Estados-Membros da OMC precisam assegurar que em seu ordenamento jurídico sejam previstos procedimentos que estabeleçam o respeito às patentes farmacêuticas pertencentes tanto a nacionais como a estrangeiros. O procedimento para a concessão de patentes deve ser *fair* e justo. Não deve ser desnecessariamente complicado nem custoso. As decisões administrativas a respeito da concessão de patentes devem poder ser objeto de recurso ao Poder Judiciário.

A harmonização do direito das patentes pode significar que os países em desenvolvimento precisam adotar leis de patentes que são baseadas precisamente nas leis de patentes dos países desenvolvidos, refletindo potencialmente os interesses das empresas farmacêuticas. Esta harmonização, ou reprodução, pode impedir que os países em desenvolvimento aperfeiçoem sua indústria farmacêutica autóctone. Os países em desenvolvimento continuariam em desenvolvimento. Praticamente nenhuma inovação em biotecnologia pode ser alcançada sem que se viole uma patente. Como consequência, o Projeto Genoma adotou o princípio do livre intercâmbio de conhecimento. O acesso aos dados do Projeto Genoma não é problemático. Pode-se discuti-los livremente entre pesquisadores. Há uma rápida descoberta de erros ocorridos. Seu processo de pesquisa é transparente e rápido, podendo ainda ser qualitativamente superior. O acesso a bens públicos, como medicamentos, deve estar ao alcance de todos os cidadãos, independentemente de sua renda.[13] No âmbito do conceito da essencialidade, medicamentos devem ser entendidos como bens públicos. Os medicamentos realmente inovadores podem ter sua origem em projetos financiados por instituições públicas.[14]

Os países desenvolvidos dispuseram de um período de transposição de um ano para adaptar seu ordenamento jurídico ao Acordo Trips.[15] Para os países em desenvolvimento[16] e para os países que se encontravam num processo de passagem de uma economia planificada para uma economia livre de mercado,[17] houve uma fase de transposição de 4 anos. Se o país em desenvolvimento precisasse passar a conceder patentes a uma espécie de invenção que ele anteriormente não costumava patentear, o prazo ampliava-se para 5 anos.[18]. Aos países menos desenvolvidos, de menor desenvolvimento relativo, houve originalmente um prazo adicional de 10 anos, com possibilidade de prorrogação.[19]

Durante o prazo de prorrogação, os países em desenvolvimento precisaram:

- Permitir o depósito do pedido de patentes farmacêuticas a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.[20]

- Aplicar a tais solicitações os critérios de patenteabilidade quando uma prioridade pudesse ser obtida.[21]

- Estabelecer proteção patentária quando uma prioridade pudesse ser obtida.[22]

- Reconhecer durante cinco anos direitos exclusivos de comercialização.[23]

Mesmo durante a Rodada Uruguai, houve países em desenvolvimento que alteraram seu direito das patentes para que produtos farmacêuticos pudessem ser patenteados. Como consequência, as empresas farmacêuticas teriam melhores condições de investimento em tais países. No entanto, os países em desenvolvimento que mais necessitassem de medicamentos, devido aos altos preços praticados, praticamente não lhes teriam acesso. Isto diz respeito em especial aos pacientes do HIV/AIDS. Em 2001, não havia nenhuma solução transparente à qual os governos pudessem recorrer em caso de estado de emergência nacional para que medicamentos pudessem ser objeto de licenciamento compulsório em consonância com o previsto no Acordo Trips. Para países que chegam a ter 20% ou 30%, ou mais, de sua população infectada pelo HIV/AIDS, há um claro estado de emergência nacional. Cerca de 90% das patentes que são concedidas em países em desenvolvimento pertencem a empresas de países desenvolvidos.

Esta questão, livre comércio e patentes farmacêuticas, tem sido amplamente discutida. A África do Sul aprovou a Emenda à Lei de Controle de Medicamentos e Substâncias Correlatas de 1997, que flexibilizava justamente as patentes farmacêuticas.[24] O objetivo era expandir o acesso aos medicamentos, diminuindo seu custo. Facultou-se a importação paralela de anti-retrovirais (ARVs) necessários à terapia do HIV/AIDS.[25] Somente com a importação de genéricos poderia ser tratada ao menos uma parte dos já mais de quatro milhões de sul-africanos infectados pelo HIV/AIDS. Várias empresas farmacêuticas, que eram titulares de patentes farmacêuticas na África do Sul, recorreram contra esta Emenda. Em 2001, elas desistiram dos recursos impetrados, temendo sobretudo que uma decisão final em benefício dos dispositivos que flexibilizavam as patentes farmacêuticas pudesse ser interpretada contra seus interesses. Também se temia um prejuízo à imagem, já que organizações não governamentais como a sul-africana Treatment Action Campaign (TAC) e a Médicos Sem Fronteiras (MSF) despertavam a atenção pública a favor do previsto na Emenda à Lei de Controle de Medicamentos e Substâncias Correlatas de 1997. Haveria uma falta de clareza e de transparência do Acordo Trips a respeito das importações paralelas.[26]

Calcula-se que cerca de 70% dos investimentos da indústria farmacêutica seriam para inovações aparentes. Estes produtos de imitação de medicamentos de grande sucesso da concorrência são chamados de "*Me-too Product*".[27] Não acrescentam

necessariamente nenhum valor terapêutico novo, mas podem ser patenteados e comercializados.

4. A utilização flexível do direito das patentes

O próprio Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips) prevê, a despeito das acusações que se lhe dirigem de falta de transparência, mecanismos de flexibilização do direito das patentes. Basicamente, licenças compulsórias e importações paralelas. Procura-se, assim, assegurar um equilíbrio entre a oferta e o estímulo à pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos.

Os Estados-Membros podem adotar licenças compulsórias, autorizando terceiros a fabricar produtos patenteados ou utilizar processos patenteados sem a autorização do respectivo titular de direitos. Para que haja a concessão de licença compulsória, devem ocorrer alguns pressupostos específicos. Estes pressupostos procuram resguardar os interesses do titular de direitos. Assim, cria-se um estímulo indireto em benefício da negociação de licenças voluntárias com um preço razoável de acordo com condições aceitáveis para ambas as partes. As licenças compulsórias devem servir basicamente para abastecer o mercado interno.

Licenças voluntárias não são necessárias basicamente nas seguintes hipóteses:

- Estado de emergência nacional.

- Circunstâncias excepcionais e urgentes.

- Ocorrência de práticas de concorrência desleal.

Os Estados-Membros também podem autorizar que terceiros importem um produto fabricado e comercializado pelo titular de direitos em outro Estado-Membro. Trata-se, aqui, de uma “exaustão de direito”. A proteção do direito das patentes exaure-se tão logo o fabricante do medicamento permita que se venda seu produto, doravante não mais dispondo de nenhum direito com relação à sua comercialização seguida. Permite-se, assim, a terceiros adquirir o medicamento no local onde ele é vendido a preço inferior, importando-o. Obtém-se, assim, lucro com a diferença de preços. A Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, de 14 de novembro de 2001, prevê que litígios a respeito de importações paralelas não sejam solucionados no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC).[28] Cada Estado-Membro da OMC passa, então, a ter o direito de optar livremente por seu sistema de "exaustão de direito".[29]

Os Estados-Membros da OMC têm o direito de, para controlar crises de saúde pública, recorrendo a licenças compulsórias, fabricar medicamentos necessários ao controle de epidemias ou pandemias, ou importá-los. A cada Estado-Membro, cabe determinar o que representa um estado de emergência nacional ou uma circunstância excepcional e urgente. À luz da Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, pode tratar-se de epidemias ou pandemias de HIV/AIDS, tuberculose, malária etc.[30] No entanto, licenças compulsórias podem ser difíceis de serem adotadas em países em desenvolvimento mais pobres. Nestes, a própria produção de genéricos pode ser inviável. Se, por outro lado, os medicamentos forem protegidos pelo direito das patentes no país exportador, os países em desenvolvimento mais pobres não terão condições de importá-los.

As circunstâncias em que a licença compulsória e a importação paralela são autorizadas estão previstas no Acordo Trips.[31] Ambas são mecanismos de proteção da saúde pública.

5. A Organização das Nações Unidas e as patentes farmacêuticas

O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (Onu) adotou uma decisão a respeito da utilização flexível do direito das patentes em sede de produtos

farmacêuticos. Adotada em 27 de novembro de 2006, ela intitula-se "Decisão 2/107. Acesso a medicamentos no contexto de pandemias, tais como o HIV/AIDS, tuberculose e malária".

À luz do previsto na Decisão 2/107, podemos afirmar que ela:

- Insta o Secretário-Geral da Onu a solicitar comentários de governos, órgãos das Nações Unidas, programas e agências especializadas e organizações internacionais e não governamentais a respeito das medidas adotadas para melhorar o acesso a medicamentos no contexto de pandemias como a do HIV/AIDS, tuberculose e malária.

- Prevê que o Secretário-Geral submeta um relatório ao Conselho de Direitos Humanos, baseado nestas consultas, que inclua uma análise sobre a utilização de novos e inovativos mecanismos de financiamento para melhorar o acesso a medicamentos que combatam tais pandemias a partir da perspectiva de direitos humanos.

- Determina que o Secretário-Geral, ao submeter seu relatório ao Conselho de Direitos Humanos, inclua uma avaliação dos impactos de direitos de propriedade intelectual no acesso a medicamentos no contexto de pandemias tais como a do HIV/AIDS, tuberculose e malária a partir da perspectiva de direitos humanos.

6. A União Européia e as patentes farmacêuticas

A União Européia (UE) aprovou uma decisão específica a respeito da Rodada Uruguai, a "Decisão 94/800/CE do Conselho de 22 de dezembro de 1994 relativa à celebração,

em nome da Comunidade Européia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais da Rodada Uruguai" (1986/1994).

No bojo da Decisão 94/800/CE, analisam-se as regras e os princípios gerais que nortearam tais negociações, como o princípio do tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida. Tratamento nacional significa que os Estados-Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) concedem aos cidadãos dos outros Estados-Membros um tratamento que não é menos benéfico do que aquele conferido em termos de proteção à propriedade intelectual aos seus próprios cidadãos. Para a cláusula da nação mais favorecida, no que diz respeito à propriedade intelectual, as vantagens que forem concedidas por um Estado-Membro aos cidadãos de outro Estado-Membro devem imediatamente e incondicionalmente ser concedidas também aos cidadãos de todos os outros Estados-Membros da OMC.

Para a UE, com o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips) deve ser assegurado que em todos os Estados-Membros sejam adotadas normas adequadas de proteção à propriedade intelectual, levando-se especialmente em consideração o previsto na Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. A UE reconhece a complexidade do Acordo Trips. Vários assuntos são nele abordados, do direito autoral a marcas, de indicações geográficas a desenhos industriais, de patentes a topografias de circuitos integrados. Patentes farmacêuticas e de outros produtos representam apenas uma parte do Acordo. Sob o ponto de vista jurídico, patentes permitem que o respectivo titular de direitos possa proibir que terceiros produzam, utilizem ou comercializem suas invenções por um período de tempo específico. A UE ressalta que patentes nada têm a ver com monopólios.

O Acordo Trips prevê que patentes sobre produtos (medicamentos) e sobre processos (procedimentos de produção de um componente que se tornará um dos elementos de um medicamento), sem distinção, devem receber um prazo de proteção de 20 anos. Mas somente podem ser protegidas as invenções que forem novas, digam respeito a uma atividade inventiva e sejam utilizáveis industrialmente.[32] As invenções protegidas pelo direito das patentes devem ser publicadas, de maneira que terceiros possam analisá-las durante o período de proteção.

O Estado-Membro da OMC, e portanto do Acordo Trips, pode recusar a concessão de patentes nos seguintes casos:

- Invenções cuja utilização comercial deva ser proibida por razões de proteção da saúde pública e da vida humana, bem como em benefício da proteção de animais ou vegetais.[33]

- Métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos para seres humanos e animais.[34]

- Determinadas invenções no âmbito animal e vegetal.[35]

A UE reconhece que cada Estado-Membro deve exercer funções de controle no que diz respeito à propriedade intelectual, podendo intervir para coibir abusos da parte do respectivo titular de direitos que, por exemplo, impeçam a transferência de tecnologia. A produção e comercialização de genéricos não deve ser negligenciada. Os Estados-Membros podem conceder ao produtor de medicamentos genéricos uma autorização para utilizar a mesma substância ativa de um medicamento patenteado.

A União Europeia aprovou ainda um regulamento[36] "relativo à concessão obrigatória de patentes respeitantes ao fabrico de produtos farmacêuticos destinados à exportação para países com problemas de saúde pública".

Consta dos *consideranda* do Regulamento (CE) n. 816/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de maio de 2006:

Em 14 de novembro de 2001, a Quarta Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC) aprovou a Declaração de Doha sobre o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (a seguir denominado "Acordo Trips") e a Saúde Pública. A Declaração reconhece que cada membro da OMC tem o direito de conceder licenças obrigatórias e a liberdade de determinar as bases para a concessão dessas licenças. Reconhece também que os membros da OMC com capacidade de produção insuficiente ou inexistente no setor farmacêutico podem

encontrar dificuldades na utilização efetiva do sistema de concessão de licenças obrigatórias (*Consideranda*, item 1).

O presente regulamento destina-se a fazer parte de uma ação europeia e internacional mais vasta para abordar os problemas de saúde pública enfrentados pelos países menos desenvolvidos e por outros países em vias de desenvolvimento, e, em especial, para melhorar o acesso a medicamentos mais baratos, seguros e eficazes, incluindo combinações de dose pré-determinada, cuja qualidade seja assegurada (*Consideranda*, item 5).

Na medida em que o presente regulamento faz parte de uma ação mais vasta destinada a tratar a questão do acesso a medicamentos mais baratos nos países em desenvolvimento, são definidas ações complementares no programa de ação da Comissão para a aceleração da luta contra o HIV/AIDS, a malária e a tuberculose no contexto da redução da pobreza e na Comunicação da Comissão intitulada 'Um enquadramento político europeu coerente para a ação externa destinada a combater o HIV/AIDS, a malária e a tuberculose'. Importa fazer progressos urgentes, incluindo ações de apoio à investigação para combater estas doenças e reforçar as capacidades nos países em desenvolvimento (*Consideranda*, item 7).

No que diz respeito ao âmbito de aplicação e aos países importadores elegíveis, o Regulamento determina:

O presente regulamento estabelece um procedimento para a concessão de licenças obrigatórias relacionadas com patentes e certificados complementares de proteção respeitantes ao fabrico e à venda de produtos farmacêuticos, quando tais produtos se destinem à exportação para países importadores elegíveis que necessitem desses produtos para fazer face a problemas de saúde pública. Os Estados-Membros concedem uma licença obrigatória a qualquer pessoa que apresente um pedido nos termos do artigo 6º e nas condições fixadas nos artigos 6º a 10 (Artigo 1º).

São países importadores elegíveis: a) Qualquer país menos desenvolvido que conste da lista das Nações Unidas nessa qualidade; b) Qualquer membro da OMC não incluído na lista dos países menos desenvolvidos referida na alínea a) que tenha notificado o Conselho do Trips da sua intenção de utilizar o sistema como importador, independentemente do fato de pretender utilizá-lo no seu todo ou de forma limitada; c) Qualquer país que não seja membro da OMC mas que integre a lista de países de baixos rendimentos da Comissão de Ajuda ao Desenvolvimento da OCDE, com um PNB *per capita* inferior a 745 USD, que tenha notificado a Comissão da sua intenção de utilizar o sistema como importador, independentemente do fato de pretender utilizá-lo no seu todo ou de forma limitada. Contudo, o membro da OMC que tenha declarado à OMC que não utilizará o sistema como membro importador da OMC não é um país importador elegível (Regulamento, Artigo 4º).

7. A Organização Mundial do Comércio e as patentes farmacêuticas

Após a Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, de 14 de novembro de 2001, a Organização Mundial do Comércio (OMC) continuou a analisar a conexão entre patentes e desenvolvimento econômico. O Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio[37] deliberou então acerca da transposição concreta da Declaração. A questão fundamental dizia respeito a que instrumentos jurídicos deveriam ser utilizados por Estados-Membros que não podem produzir medicamentos, tendo de importá-los de outros países. A Índia, um importante produtor de genéricos, adotou um direito das patentes em consonância com o previsto no Acordo Trips.

O Conselho Geral da OMC aprovou em 30 de agosto de 2003 uma decisão referente a importações paralelas. Seu objetivo é analisar a implementação do item 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública.[38] A Decisão permite que os Estados-Membros produtores de medicamentos exportem-nos no âmbito de uma licença compulsória a países que ainda não podem fabricá-los. Esta autorização constitui uma norma de exceção ao previsto no Acordo Trips, já que produtos fabricados com licença compulsória devem ser destinados fundamentalmente ao mercado interno do respectivo Estado-Membro. Países em desenvolvimento que não estejam em condição de produzir *per se* produtos farmacêuticos podem assim importar produtos farmacêuticos fabricados no contexto de uma licença compulsória. A Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública remete a “HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias”. Atualmente, há consenso no sentido de que o rol de doenças abrangidas deve ser interpretado da forma mais ampla e flexível. A Decisão contém medidas contra o contrabando de medicamentos fabricados com licença compulsória para países

desenvolvidos. Eles devem ser utilizados para proteger a saúde pública, e não com objetivos comerciais e industriais.

Conclusão

O atual sistema de pesquisa e desenvolvimento de medicamentos tem suas falhas. 3/4 dos medicamentos novos que são lançados anualmente no mercado não apresentam nenhuma contribuição terapêutica adicional. Apenas 1% diz respeito a doenças que atingem especificamente os países em desenvolvimento. Ao invés de produzir medicamentos que salvam a vida, produzem-se prioritariamente medicamentos contra a queda de cabelo, o sobrepeso, a disfunção sexual. Há, para tais medicamentos, maior margem de lucro. O atual sistema de patentes tutelado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) pode ser consideravelmente prejudicial à produção de medicamentos acessíveis para os países em desenvolvimento. Constitui uma tarefa pública estabelecer prioridades para a pesquisa de medicamentos, bem como assegurar o acesso público daqueles essenciais à vida.

A globalização não produz necessariamente efeitos benéficos, se ela for conduzida unilateralmente. Apenas 74 Estados-Membros da OMC concediam desde 1986 patentes farmacêuticas. Somente a partir de 1976 a Suíça passou a patentear produtos farmacêuticos. As principais organizações internacionais, como a OMC, precisam estabelecer um equilíbrio entre interesses econômicos e interesses sociais.

A par da licença compulsória e das importações paralelas, há outros mecanismos que podem facilitar o acesso a medicamentos. Medicamentos podem ser produzidos sem que se recorra necessariamente à concessão de patentes, num contexto de *open source*. No modelo do *patent buy-out*, o governo compensa o inventor pelo valor de sua invenção, pagando-lhe o montante que ele supostamente auferiria com sua comercialização. Fabricantes de genéricos são então autorizados a produzir o medicamento. No contexto de licenças voluntárias, renuncia-se ao pagamento de *royalties*, mas o inventor permanece com o poder de restringir a produção de genéricos.

Referências

CORREA, Carlos M. *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. Londres/Nova York: Zed Books, 2000.

CORREA, Carlos M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. Oxford University Press, 2007.

CORREA, Carlos M. e YUSUF, Abdulqawi A. (eds.). *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. 2. ed. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 2008.

GAMHARTER, Katharina. *Access to Affordable Medicines: Developing Responses under the TRIPS Agreement and EC Law*. Viena: Springer, 2004.

GRUBB, Philip. *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*. 4. ed. Oxford University Press, 2005.

HEATH, Christopher e SANDERS, Anselm Kamperman (eds). *Intellectual Property and Free Trade Agreements*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

NIEMANN, Ingo. *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen: Verhältnis zwischen WTO/TRIPS und WIPO*. Berlin: Springer, 2007.

RESCH, Christian. *Freihandel, Patente und Zugang zu Medikamenten*. http://www.stiftungskolleg.org/downloads/user_151/Projektbeschreibung_Christian_Resch.pdf. Acesso: em 22 set. 2008.

SCHOLER, Kaye. *Pharmaceutical and Biotech Patent Law*. Nova York: Practising Law Institute, 2007.

SEEFELD, Katja. *Pillen und Patente. Die Dritte Welt braucht billigere Medikamente*. <http://www.fluter.de/de/gesundheit/thema/2482>. Acesso em: 22 set. 2008.

VOET, Martin A. *The Generic Challenge: Understanding Patents, FDA & Pharmaceutical Life-Cycle Management*. 2.ed. Boca Raton: BrownWalker Press, 2008.

WEGNER, Harold C. *Patent Law in Biotechnology, Chemicals and Pharmaceuticals*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1992.

[1] Podemos definir sinteticamente os genéricos como sendo uma cópia acessível de medicamentos patenteados.

[2] Só são atingidos pela nova "Lei de Patentes" os medicamentos que tenham sido desenvolvidos após 1995. Embora a Índia tenha sido autorizada a passar a patentear produtos farmacêuticos apenas a partir de 2005, ela precisou, no entanto, adotar um sistema de registro e arquivo de solicitação de patentes em vigor a partir de 1995. Atualmente, 8926 solicitações aguardariam decisão do Instituto de Patentes Indiano para a concessão de patente de produtos farmacêuticos. A grande maioria, mais de 7 mil, foi solicitada por estrangeiros.

[3] No mundo inteiro, milhares de pessoas que são tratadas com medicamentos anti-retrovirais (ARVs) dependem de genéricos indianos. Cerca da metade das pessoas que são tratadas com ARVs nos países em desenvolvimento.

[4] Controller General of Patents, Designs and Trademarks.

[5] A *ever-greening* ocorre quando o titular de uma patente tenta estender o período de proteção do produto farmacêutico, procurando patentear um novo produto que "atualize" o produto anterior.

[6] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 33: "A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito".

[7] Deve ainda ser ressaltado que as empresas farmacêuticas podem beneficiar-se dos resultados de pesquisas efetuadas por instituições financiadas pelo Estado.

[8] Como pílulas de emagrecimento, estimulantes sexuais etc.

[9] Genéricos, medicamentos que em última instância podem ser considerados como constituindo uma cópia de remédios já comercializados no mercado, custam menos do

que os produtos farmacêuticos originais. Podem, com sua concorrência, levar a que os ARVs de primeira geração passem a custar até 90% a menos do que seu tradicional preço de mercado. Os de segunda geração são ainda mais dispendiosos, até 100 vezes mais do que os de primeira geração. Os genéricos indianos são ARVs de primeira geração.

[10] Patentes podem ser definidas como uma reserva de conhecimento. Uma reserva de conhecimento de 20 anos que deve amortizar os custos de pesquisa e desenvolvimento do medicamento. O titular da patente decide se e em que condições terceiros podem utilizar seu conhecimento. Elas podem permitir que a indústria farmacêutica dite preços, mantendo-os artificialmente altos. Medicamentos para os países em desenvolvimentos não são acessíveis ou sequer são produzidos. Patentes podem estimular apenas a pesquisa e o desenvolvimento de medicamentos para quem detiver alto poder aquisitivo.

[11] A Rodada Uruguaí resultou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e na adoção do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips).

[12] De fato, a propriedade intelectual também é protegida, basicamente em sua modalidade de direito autoral, como uma espécie do gênero direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 27, § 2º: "Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor").

[13] Os custos de propaganda de novos medicamentos podem ser o dobro dos de pesquisa.

[14] Costuma-se sustentar reiteradamente que a maior parte das pesquisas de medicamentos ocorre com o auxílio de instituições públicas.

[15] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 65, § 1º: "Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º, 3º e 4º, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC".

[16] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 65, § 2º: "Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5".

[17] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 65, § 3º: "Qualquer outro Membro que esteja em processo de transformação de uma economia de planejamento centralizado para uma de mercado e de livre empresa e esteja realizando uma reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual e enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderá também beneficiar-se de um prazo de adiamento tal como previsto no parágrafo 2º".

[18] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 65, § 4º: "Na medida em que um país em desenvolvimento Membro esteja obrigado pelo presente Acordo a estender proteção patentária de produtos a setores tecnológicos que não protegia em seu território na data geral de aplicação do presente Acordo, conforme estabelecido no parágrafo 2º, ele poderá adiar a aplicação das disposições sobre patentes de produtos da Seção 5 da Parte II para tais setores tecnológicos por um prazo adicional de cinco anos".

[19] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 66, § 1º: " Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo Membros não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5, durante um prazo de dez anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no parágrafo 1º do art. 65. O Conselho para Trips, quando receber um pedido devidamente fundamentado de um país de menor desenvolvimento relativo Membro, concederá prorrogações desse prazo".

[20] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 70, § 8º: "Quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos nem aos produtos químicos para a agricultura em conformidade com as obrigações previstas no art. 27, esse Membro: a) não obstante as disposições da Parte VI, estabelecerá, a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, um meio pelo qual os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados".

[21] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 70, § 8º: "Quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos nem aos produtos químicos para a agricultura em conformidade com as obrigações previstas no art. 27, esse Membro: b) aplicará a essas solicitações, a partir da data de aplicação deste Acordo, os critérios de patenteabilidade estabelecidos neste instrumento como se tais critérios estivessem sendo aplicados nesse Membro na data do depósito dos pedidos, quando uma prioridade possa ser obtida e seja reivindicada, na data de prioridade do pedido".

[22] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 70, § 8º: "Quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos nem aos produtos químicos para a agricultura em conformidade com as obrigações previstas no art. 27, esse Membro: c) estabelecerá proteção patentária, em conformidade com este Acordo, a partir da concessão da patente e durante o resto da duração da mesma, a contar da data de apresentação da solicitação em conformidade com o art. 33 deste Acordo, para as solicitações que cumpram os critérios de proteção referidos na alínea "b" acima".

[23] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, art. 70, § 9º: "Quando um produto for objeto de uma solicitação de patente num Membro, em conformidade com o parágrafo 8.a, serão concedidos direitos exclusivos de comercialização, não obstante as disposições da Parte VI acima, por um

prazo de cinco anos, contados a partir da obtenção da aprovação de comercialização nesse Membro ou até que se conceda ou indefira uma patente de produto nesse Membro se esse prazo for mais breve, desde que, posteriormente à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, uma solicitação de patente tenha sido apresentada e uma patente concedida para aquele produto em outro Membro e se tenha obtido a aprovação de comercialização naquele outro Membro".

[24] Medicines and Related Substances Control Amendment Act, 1997.

[25] Emenda à Lei de Controle de Medicamentos e Substâncias Correlatas de 1997, art. 10: "*The following section is hereby inserted in the principal Act after section 15B: 'Measures to ensure supply of more affordable medicines 15C. The Minister may prescribe conditions for the supply of more affordable medicines in certain circumstances so as to protect the health of the public and in particular may — (a) notwithstanding anything to the contrary contained in the Patents Act 1978 (Act No. 57 of 1978) determine that the rights with regard to any medicine under a patent granted in the Republic shall not extend to acts in respect of such medicine which has been put onto the market by the owner of the medicine or with his or her consent; (b) prescribe the conditions on which any medicine which is identical in composition, meets the same quality standard and is intended to have the same proprietary name as that of another medicine already registered in the Republic, but which is imported by a person other than the person who is the holder of the registration certificate of the medicine already registered and which originates from any site of manufacture of the original manufacturer as approved by the council in the prescribed manner, may be imported; (c) prescribe the registration procedure for, as well as the use of the medicine referred to in paragraph (b)'*" (Tradução do autor: "A seguinte seção é inserida na Lei principal após a seção 15B: 'Medidas para assegurar o fornecimento de medicamentos mais acessíveis 15C. O Ministro pode prescrever condições para o fornecimento de medicamentos mais acessíveis em certas circunstâncias de maneira a proteger a saúde do público e em especial pode - (a) apesar de tudo que houver na Lei de Patentes 1978 (Lei n. 57 de 1978) que lhe for contrário determinar que os direitos relativos a qualquer medicamento com uma patente concedida na República não deverá estender-se a atos com respeito a tal medicamento que não foi colocado no mercado pelo titular do medicamento ou com seu consentimento; (b) estabelecer as condições de acordo com as quais qualquer medicamento que for idêntico na composição está de acordo com o mesmo padrão de qualidade e deve ter o mesmo nome de propriedade como o de outro medicamento já registrado na República, mas que é importado por uma pessoa que não é aquela que é a titular do certificado de registro do medicamento já registrado e que se origina de qualquer local de fabricação do fabricante original de acordo com o aprovado pelo conselho da forma estabelecida, pode ser importado; (c) estabelecer o procedimento de registro, bem como o uso do medicamento referido no parágrafo (b)'").

[26] Há uma regra de exceção específica para os 50 países menos desenvolvidos. Eles têm efetivamente um prazo adicional de adaptação até 2016. Bangladesh poderia assim produzir genéricos ARVs de segunda geração, exportando-os para outros países em desenvolvimento (Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, item 7: "(...) *We also agree that the least-developed country members will not be obliged, with respect to pharmaceutical products, to implement or apply Sections 5 and 7 of Part II of the TRIPS Agreement or to enforce rights provided for under these Sections until 1 January 2016, without prejudice to the right of least-developed country members to*

seek other extensions of the transition periods as provided for in Article 66.1 of the TRIPS Agreement. (...)" (Tradução do autor: "Nós também concordamos que os Países-Membros menos desenvolvidos não serão obrigados, com respeito a produtos farmacêuticos, a implementar ou aplicar as Seções 5 e 7 da Parte II do Acordo Trips ou a colocar em prática direitos previstos nestas Seções até 1º de janeiro de 2016, sem prejuízo do direito dos Países-Membros menos desenvolvidos a buscar outras ampliações do período de transição de acordo com o previsto no artigo 66, § 1º, do Acordo Trips").

[27] Os *Me-too Products* evitam custos e riscos com pesquisa e desenvolvimento ao emular outros produtos bem-sucedidos no mercado.

[28] Com a Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, foram autorizadas exceções ao direito das patentes em caso de problemas graves de saúde pública.

[29] Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, item 5, "d": "*The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each Member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4*" (Tradução do autor: "O efeito dos dispositivos no Acordo Trips que forem relevantes para a exaustão de direitos de propriedade intelectual é deixar cada Membro livre para estabelecer seu próprio regime para tal exaustão sem empecilho, sujeito aos dispositivos da NMF e do tratamento nacional dos artigos 3 e 4").

[30] Com esta Declaração, foram efetivamente esclarecidos alguns dispositivos fundamentais do Acordo Trips. Os Estados-Membros têm o direito de utilizar as normas presentes neste Acordo, em especial licenças compulsórias e importação paralela. Encarregou-se o Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio de encontrar novas medidas para a adoção de regras adicionais de flexibilização que possibilitem aos países que não estejam em condição de fabricar produtos farmacêuticos em seu território no âmbito de uma licença compulsória importar produtos farmacêuticos patenteados em condições especiais.

[31] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 31: "Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem autorização de seu titular, inclusive o uso pelo governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas: a) a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual; b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não comercial, quando o governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o governo, o titular será prontamente informado; c) o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não comercial ou para remediar um

procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial; d) esse uso será não exclusivo; e) esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufrui; f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que o autorizou".

[32] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 27, § 1º: Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial".

[33] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 27, § 2º: " Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas porque a exploração é proibida por sua legislação".

[34] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 27, § 3º: " Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais".

[35] Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo Trips), art. 27, § 3º: "Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema '*sui generis*' eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC".

[36] O regulamento, no direito europeu, equivale a uma lei para o direito nacional.

[37] Com o Acordo Trips, adotou-se o Conselho dos Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, o qual procura assegurar o cumprimento dos deveres resultantes do Acordo pelos respectivos Estados-Membros. O Conselho também funciona como uma instância de consulta entre os Estados-Membros.

[38] O item 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública reconhece a dificuldade que alguns Estados-Membros podem ter em utilizar a licença compulsória prevista pelo Acordo Trips.

**RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS
CONTEMPORÂNEAS**

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, A TEORIA HUMANISTA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO MEIOS DE VALORIZAÇÃO DO AFETO QUANDO DO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULOS DE FILIAÇÃO.*

THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY, THE HUMANISTIC THEORY AND BASIC HUMAN RIGHTS AS A MEANS OF RECOVERY OF AFFECTION FOR THE ESTABLISHMENT OF TIES OF AFFILIATION.

**Adriana Fasolo Pilati Scheleder
Renata Holzbach Tagliari**

RESUMO

O Direito de Família na atualidade deve sofrer uma (re)leitura a partir da interdisciplinaridade e multidisciplinaridade. Além disso, o Direito de Família precisa ser entendido a partir das normas constitucionais, pautando-se, principalmente, no princípio da dignidade humana. Diante da natural ordem evolutiva das relações sociais, o Direito de Família passa a se voltar, essencialmente, ao cidadão, adotando-se uma aplicação pautada na repersonalização dos direitos inerentes à família. Assim, ao invés de aclamar a tríade revolucionária francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), a Constituição reconheceu a solidariedade social como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Em decorrência, a família passa a ser entendida como um ambiente social, no qual seus integrantes possam se desenvolver plenamente, numa perspectiva solidarista, tendo como valores precípuos a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social. O princípio da solidariedade, ao lado do princípio da dignidade humana, constitui núcleo essencial da organização sócio-político-cultural e jurídica brasileira. A família não deve mais ser entendida como uma relação de poder e dominação, mas como uma relação de cunho, primordialmente, afetivo. Na visão contemporânea do ensino jurídico, o direito de família deve estar embasado numa visão multidisciplinar/interdisciplinar do Direito, considerando-se, não somente os aspectos jurídicos, mas, também, os psicológicos e sociais dos envolvidos nas situações familiares.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. TEORIA HUMANISTA. DIREITOS HUMANOS. VÍNCULOS DE FILIAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO.

ABSTRACT

The Right to Family currently must undergo a (re) reading from the interdisciplinary and multidisciplinary. Moreover, the Law of Family needs to be understood from the constitutional rules, geared to, primarily, on the principle of human dignity. Due to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the natural evolutionary order of social relations, the Law of Family goes back to, essentially, the citizen, is adopting an application based on repersonalização rights inherent in the family. Thus, rather than praise the French revolutionary triad (liberty, equality and fraternity), the Constitution recognized the social solidarity as fundamental objective of the Federative Republic of Brazil, seeking to build a society free, fair and caring. As a result, the family is understood as a social environment in which its members can develop fully, in a solidarity, with the values precípuos cooperation, substantial equality and social justice. The principle of solidarity, next to the principle of human dignity, is essential core of the organization socio-político-cultural and legal Brazilian. The family should not be perceived as more a relationship of power and domination, but as a stamp of respect, first and foremost emotional. In view of the contemporary legal education, the right to family life should be based on an integrated multi / interdisciplinary of the law, considering not only the legal aspects, but also the psychological and social considerations involved in family situations.

KEYWORDS: THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY. HUMANISTIC THEORY. HUMAN RIGHTS. TIES OF AFFILIATION. OF CONTEMPORARY FAMILY LAW.

1 O princípio da solidariedade como novo paradigma nas relações de afeto

Com a evolução dos fatos sociais e, conseqüentemente, do Direito, historicamente a Constituição deixa de ser um limite à atuação do Estado e passa a ser voltada ao cidadão, adotando novos valores: os valores individuais (liberais) são substituídos por valores sociais. Adotam-se princípios constitucionais que se integram às normas infraconstitucionais.

Pretende-se, com o presente estudo, iniciar um diálogo acerca do direito de família contemporâneo, racionalizando-se o direito de família à luz da axiologia constitucional, em especial à dignidade da pessoa humana, através de uma visão inter-multidisciplinar. Assim, a visão contemporânea em questão está intimamente relacionada às questões referentes a constitucionalização do direito civil, ou seja, a República Federativa do Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que adotou princípios constitucionais cuja eficácia depende, além de instrumentos que viabilizem o seu exercício, de uma nova visão e novas posturas frente ao direito de família tradicional.

O campo das relações familiares está profundamente relacionado com diversas áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, a filosofia e outras; esquecidas durante um longo período pelo tradicional estudo do Direito. Paradoxalmente, alguns profissionais que atuam no âmbito do direito familiar, possuindo conhecimento das outras áreas conexas, estão incorrendo no perigoso equívoco de atuarem em momentos ou procedimentos que não lhe cabem por falta do devido domínio profundo do assunto necessário, dando este sim, uma visão interdisciplinar e transdisciplinar[1].

Surge então, um sério risco: ao invés de se evoluir no sentido das novas tendências do direito de família no mundo contemporâneo, acabar-se-á subestimando e

tratando com superficialidade outras áreas, as quais trazem ao mundo jurídico a necessidade de elucidá-las para uma plena solução de conflitos familiares.

O direito privado, consoante menciona Pedro Oliveira da Costa[2], é revisitado, arraigado por princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitada acima de todas as coisas (CF, art. 1º, III), e o da solidariedade (CF, art. 3º, I). Assim, ao invés de aclamar a tríade revolucionária francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), a Constituição reconheceu a solidariedade social como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o texto constitucional, ao imputar ao Estado e a todos cidadãos o encargo de construir uma 'sociedade solidária', através da distribuição de justiça social, agregou um novo valor aos já existentes. Referencia ainda a autora, que a disposição não se trata, apenas, de impor limites à liberdade individual, atribuindo intera relevância à solidariedade social: "o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade"[3].

Em decorrência, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, pois o indivíduo somente pode ser apreendido pelo Direito em sua dimensão coexistencial, "uma vez que a vida sem os outros nada mais é do que uma abstração, afastada da realidade"[4].

Assim, denota-se que a solidariedade perpassa os limites do individualismo existencial. "A família deixa de ser considerada um valor em si mesma, passando a ser entendida como merecedora da tutela jurídica na medida em que represente um ambiente no qual seus integrantes possam se desenvolver plenamente[5]. O individualismo, exaltado na lógica "cada um por si e Deus por todos", conforme menciona Maria Celina Bodin de Moraes, "foi substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores precípuo do ordenamento"[6].

O princípio da solidariedade familiar implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família[7].

Esse modelo atual de família é considerado como família sociológica, na qual se verifica a prevalência de laços afetivos entre seus integrantes; os pais assumem exclusivamente a educação e a proteção de seus filhos, independentemente da existência de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

O princípio da solidariedade, ao lado do princípio da dignidade humana, constitui núcleo essencial da organização sócio-político-cultural e jurídica brasileira. "A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, convive-se no ambiente familiar para o compartilhamento de afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos"[8].

Demonstrando a efetividade de tal princípio, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível n. 408.555-5 referente à indenização por danos morais

decorrente da relação paterno-filial, reconheceu a solidariedade como meio paradigmático da família:

A família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional[9].

As relações familiares, portanto, "devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. [...] Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações"[10]. Nessa perspectiva, a paternidade sócio-afetiva apresenta-se como um desdobramento do princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A solidariedade é um sentimento recíproco que estabelece um vínculo moral entre as pessoas e à vida, criando laços de fraternidade. E é assim que as relações de afeto entre pais e filhos devem ser entendidas, superando-se a concepção individualista de pessoa humana.

2 O humanismo e as relações familiares contemporâneas

O humanismo teve suas primeiras manifestações ainda no período grego, onde a religião e as crenças populares influenciavam o direito e a política.

Os ideais de Santo Agostinho bem como da Igreja Católica também nos trazem a essência do Humanismo, priorizando a figura da pessoa para a realização do bem comum, onde o homem é visto como ser único e igual, apesar de, em algumas circunstâncias da história e em prol de interesses escusos, fatos distorcerem tais objetivos, como por exemplo, o período a Santa Inquisição.

Orides Mezzaroba molda o espírito da teoria humanista de uma forma simples, porém completa, quando diz que:

O termo humanismo, em regra geral, sintetiza toda uma corrente de pensamento voltada para o homem, em favor do homem. O pensamento humanista advoga a defesa de comportamentos éticos morais voltados a liberdade de pensamento e de criação, a fraternidade e a tolerância entre os diferentes, a institucionalização de direitos voltados ao resguardo e ao respeito do bem-estar e da dignidade da pessoa humana. [...] **Assim, pode-se concluir que “todos os homens são iguais e são sujeitos dos mesmos direitos e deveres fundamentais”**[11]. (grifo nosso).

Partindo deste conceito, torna-se evidente o caráter moral, do qual é revestida a teoria humanista. Conforme Rogério Gesta Leal, o humanismo fundamenta-se fora da concepção de direito e de Estado que conhecemos, ou seja, antecede a norma positivada, orientando-se “no âmbito da ética, da natureza humana, do direito natural ou dos valores”[12].

Nesse sentido, o direito de família encontra espaço junto a teoria humanista, tendo em vista estar revestido da noção de moral e bem comum, características estas intrínsecas do “ninho”[13] que se pretende construir quando da repersonalização da família contemporânea, ou seja, a afetividade resgatando a dignidade da pessoa humana, que, no dizer de José Marcelo Vigliar, significa primar por “interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso[14]”.

A teoria humanista surgiu a partir das grandes revoluções, pois está intimamente ligada aos Direitos Humanos, onde reza que são aqueles direitos que podem ser ameaçados

apenas pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigência, também aqui, senão graças à própria humanidade.

O afeto possui isso de particular: une independentemente de vínculos e liames. Parece encontrar-se em um mundo de possibilidades onde o não-conhecer não anula a intensidade do sentimento que aflora. É conquistado de forma inesperada, onde as pessoas envolvidas doam-se uma a outra, não esperando retorno senão a valoração do próprio sentimento.

Para nós, a teoria humanista é mister nesta questão, pois a solidariedade une mundos ao passo que a solidão vive de separações e de distâncias. O que a solidariedade coloca em discussão é exatamente o confinamento do ser indivíduo, reduz-lhe a imperatividade e, portanto, favorece aproximações solidárias. Assim, é preciso dar o primeiro passo para o reconhecimento jurídico do afeto na entidade familiar em detrimento ao reconhecimento das relações meramente biológicas. Conforme certifica José Bernardo Ramos Boeira, “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”[15].

O reconhecimento nunca é constitutivo de alguma nova realidade, ele se limita a declarar um estado ou uma ação já existente. No caso da paternidade socioafetiva, o direito deverá levar em consideração os elementos caracterizadores, ou seja, o nome, o trato e a fama, preferindo a apreciação dos dois últimos com relação ao primeiro, que nem sempre está caracterizado. Na visão de Jacqueline Filgueras Nogueira,

o vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não se determina[16].

O modelo de filiação baseado nas relações de afeto é o único que garante a inclusão social, edificada no relacionamento diário e afetuoso, formando uma base emocional capaz de assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento do ser humano.

3 Os direitos humanos fundamentais como forma de proteção dos direitos da criança

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, deve-se considerar a pessoa como fim e não como meio/instrumento, contra os processos de coisificação (e mercantilização) do ser humano.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana reafirma a noção de alteridade, como respeito da pessoa pelo outro, materializada no oferecimento de condições de possibilidade para sua existência digna.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro é claramente manifesto no texto de nossa Lei Fundamental, especialmente em seu primeiro artigo, quando invoca a dignidade da pessoa humana, a igualdade de todos perante a lei, bem como a inviolabilidade das garantias civis fundamentais (direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade).

O entendimento acerca do direito à vida deve ser ampliado para além da existência física, fazendo jus ao fundamento da dignidade da pessoa humana que inclui a integridade física, condições de gozo de uma vida com qualidade, com saúde, em meio ambiente propício para tal, ou seja, no presente caso, direito a integração familiar. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões[17].

A relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito a inclusão familiar encontra respaldo no princípio da igualdade, que vê na desbiologização das relações de filiação, a garantia da aplicação do sentido real da família contemporânea, qual seja, a afetividade.

A concepção ontológica sobre a dignidade como qualidade própria do ser humano amplia a noção para além da autonomia individual, centrando atenção ao oferecimento

de possibilidades para que essa dignidade se realize em igualdade de condições para todas as pessoas. Isso implica no respeito e comprometimento de todos para com uma (con)vivência digna, uma vez que todos devem ser considerados iguais, conforme assinalamos anteriormente, devendo a ordem jurídica reconhecer e proteger essa condição[18], ou seja, estamos buscando a humanização das relações através da valorização do ser humano como pessoa de direitos, o que nos remete ao resgate da concepção da teoria humanista para a promoção do bem comum.

Quando se invoca os princípios da dignidade humana e da igualdade como elementos essenciais na legitimação do afeto, estamos nos reportando inclusive ao direito transindividual de viver em ambiente saudável e sustentável. Nos reportamos, portanto, a melhor qualidade de vida (e, conseqüentemente, vida digna) inclusive às gerações futuras, partindo-se do pressuposto de uma concepção ampla acerca do que seja essa dignidade, olhando além da postura (simplista) biológica.

Das preocupações acerca das necessidades e das transformações econômicas, sociais e culturais ocorridas nas sociedades (contemporâneas), percebe-se claramente que o assunto requer amplo debate e superação de desafios, fundamentalmente para que a humanidade não perca as conquistas sociais e garantias atualmente conquistadas.

Contudo, se pretendermos lutar pela realização de uma vida digna para todos, deve-se alcançar uma visão do direito como agente transformador das estruturas da sociedade, valorizando o propósito realizador da Carta Magna que, conhecida como Constituição “cidadã”, devido ao conteúdo democrático, entre outros fatores, traz um elenco de direitos sociais como cerne, e entendidos como fundamentais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças[19].

Assim, a atuação da jurisdição Constitucional deve dispensar maior atenção. O valor essencial à vida em sociedade deve ser resgatado, especialmente por seu conteúdo garantidor da dignidade humana e da igualdade, que no final representa sua própria condição de efetividade.

4 A paternidade socioafetiva caracterizando o Princípio da Solidariedade:

A vida impõe avanços na estrutura das leis para que o mundo de fato não as supere e se distancie. Nesse sentido, atualmente, o conceito de paternidade não se restringe mais ao ato da procriação; há a necessidade de outro elemento, caracterizado pelos laços de afeto, passando a ser não só ato físico, mas, principalmente, ato de opção, entendida como uma intensa relação amorosa, de autoadoção, de gratuidade, de vontade se tornar-se pai.

Wimer Bottura Junior "salienta a importância dos pais demonstrarem afeto e ternura, que são características humanas [...]. O afeto é muito importante, na formação da personalidade, porque é a base da segurança, da autoestima"[20].

A primeira necessidade do ser humano é sentir-se aceito e protegido. A criança, quando nasce, necessita sentir calor humano para que perca o medo e a insegurança que seu nascimento gerou, pois saímos de uma situação protetora, o útero materno, e entramos num mundo novo e desconhecido, cheios de ruídos, cheiros e luz.

A criança precisa sentir que pertence à sua família, e somente consegue ter essa sensação se dos pais vier a proteção, manifestada através do afeto e de cuidados inerentes entre pais e filhos. Certamente, se tiver suas necessidades adequadamente supridas nos momentos certos viverá melhor seu presente e caminhará para um futuro com grandes possibilidades de ser saudável e feliz.

Wimer Bottura Junior, definindo o universo complexo das relações familiares, afirma que

os pais precisam dos filhos. Não para satisfazer as expectativas sociais, mas sim, para tê-los como objeto de seu afeto e responsabilidade. Na verdade, pai e filho precisam um

do outro e é maravilhoso quando ambos percebem e sentem que um complementa a existência do outro. Complementar é se confirmar como ser humano ao gerar uma vida [...]. Eu só vou tocar, ficar e brincar com meu filho porque é bom pra mim e para ele. Esta é a verdadeira troca na relação pai-filho[21].

É sob esse novo enfoque do fenômeno da paternidade que nos filiamos: da valorização das relações de afeto em detrimento das relações jurídicas ou biológicas, pois estas não são suficientes para demonstrar a relação paterno-filial, que é estabelecida com relação àquele que estiver mais próximo, mais íntimo da criança.

O fundamento da validade da noção de "posse de estado de filho", não se estabelece pelo simples fato biológico; há de haver muito mais! Os deveres do pai para com o filho, o sustento, a educação, a formação moral e religiosa - o relacionamento pai-filho se fortifica com o passar dos dias acrescido de afeto[22].

Nos valem da sabedoria popular “pais são quem criam”, o que pode ser traduzido nas ações do dia a dia, no comprometimento e na entrega que se faz incondicionalmente, inesperadamente.

Quando buscamos traduzir a figura materna ou paterna, não no sentido científico, mas verdadeiro da palavra, jamais virá a nossa mente os laços consangüíneos que nos unem, mas sim, o carinho, o apoio, o abraço, os conselhos (mesmo os mais duros), pois este é o verdadeiro sentido de ser pai!

O vínculo de afinidade ou de aliança não é um vínculo de sangue, e sob esta mirada de vertente, o parentesco resulta da construção do convívio diário, com afeto, dedicação e esforço. Em verdade, qualquer adulto pode converter-se num pai psicológico, dependendo da qualidade da interação com a criança, porquanto, o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental. Rolf Madaleno nos lembra do maior exemplo de desprendimento de relações consangüíneas e de total entrega afetiva, quando fala de José, pai afetivo de Jesus, filho de Deus, que o aceita e recebe como se filho seu fosse, ensinando-lhe seu ofício e lhe dando seu nome[23].

A formação da família já se dava à margem da esfera jurídica, a preocupação com os sujeitos sobrepunha-se àquela relativa à adequação ao modelo legal. Ganhou dimensões significativas um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com

ele, a noção de afeto, tomada com um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas, se fez presente[24].

A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade, cumplicidade. O afeto está presente nas relações familiares, tanto na convivência entre o homem e a mulher, como na relação entre pais e filhos, não necessariamente advindos do imprescindível vínculo biológico.

Essa nova e importante concepção, evidencia que a estrutura familiar continua tão importante para a sociedade quanto aquela conceituada no início do século passado, pois o Estado se vale do contexto familiar para a promoção de políticas públicas de inclusão social, a partir do momento que considera o afeto e a solidariedade como elementos de caracterização do núcleo familiar.

A criança que encontra-se em uma família desestruturada, tende a necessitar mais a assistência do Estado paternalista, o que não é bom, pois é sabido que esta forma de atenção às necessidades sociais não consegue ser efetivamente aplicada devido aos problemas sócio-econômico-culturais. É por isto que Jacqueline Filgueras Nogueira escreve que

na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas de consangüinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam, de tal forma que se deve considerar como verdadeiro pai aquele que, embora não o seja do ponto de vista biológico, é o homem que ama, cria, educa e alimenta uma criança, assumindo todas as funções inerentes de pai, sendo este considerado como tal por esta criança[25].

A adoção é a prova cabal de que a convivência vai construindo pouco a pouco o mesmo sentimento que nasce aos pais biológicos (e responsáveis) quando do nascimento do filho, pois como ato de escolha que é, prevalece a relação de afinidade e afetividade.

Deve o Estado, portanto, facilitar e incentivar cada vez mais esse instituto, tomando-se como norte a teoria humanista, os princípios de direitos humanos fundamentais e o princípio da solidariedade, conforme defende Rolf Madaleno: “[...] deve a lei seguir pela trilha do fim social previsto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, para admitir serenamente, a paternidade socioafetiva à vista do **fim social**. (grifo do autor)[26].

Luiz Edson Fachin argumenta que a doutrina e a jurisprudência acolhem o valor jurídico do afeto, porquanto a “seiva que alimenta o Direito é a própria vida, concreta, real, não formada de conceitos estéreis e abstratos, de equações lógicas desprovidas da matéria que constitui a própria realidade individual e social”[27]. Segundo Romeo Grompone,

a posse de estado é um verdadeiro reconhecimento quando um homem tratou constante e publicamente a um filho como se fôra seu, quando o apresentou como tal à sua família e à sociedade, quando lhe deu seu nome, quando invocando a sua qualidade de pai, proveu sempre a sua manutenção, as suas necessidades e a sua educação, não sendo possível dizer que não o tenha reconhecido. É certo que este reconhecimento não consta em um documento, porém, o que pode se deduzir, é que é mais completo e decisivo[28].

A realidade jurídica deve ser trilhada de acordo com a realidade social, devendo a lei adequar-se aos anseios da coletividade, pois de que adianta primarmos por uma verdade científica se esta não é exercida plenamente? A Constituição Federal prima pelos interesses individuais e coletivos, de forma que estes devem ser exercidos como direito de cidadania. À todos dever-se-ia dar o direito de ser parte integrante de um lar, de sentir que é amado e querido .Para Guilherme de Oliveira,

o estado das pessoas, tal como o direito o considera, nunca se deixa reduzir a um dado biológico; a biologia é remodelada pelo homem. Toda a filiação contém, por isso, uma parte de adoção. Deve se falar de uma nova paz das família, que procura a verdade biológica mas que também toma em consideração a verdade sociológica quando ela parece ser favorável aos filhos. Isto porque o pai tende a não ser mais aquele que concebeu o filho, mas aquele que o protege e alimenta, aquele que o ajuda a fazer sua aprendizagem de homem[29].

A lei deve seguir pela trilha do fim social previsto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, para admitir serenamente, a paternidade socioafetiva no atual contexto sócio-jurídico, por ser de direito e de justiça.

Ser filho é algo mais do que ser geneticamente herdeiro de seu progenitor, porquanto a figura paterna não pode ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porém possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas[30].

A noção de posse do estado de filho vem ganhando destaque nas reformas do direito comparado; desta forma o terreno da afetividade está, aos poucos, colocando em xeque tanto a verdade jurídica quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação, sendo que a maioria dos tribunais de justiça do país está se adaptando a esta realidade, por ser de inquestionável finalidade de inclusão social e de valorização da criança no que tange a sua essência como pessoa sujeito de direitos especiais.

O princípio da solidariedade está para o direito de família assim como o afeto está para o direito de filiação, através da valorização da paternidade socioafetiva. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração[31].

O coração é realmente conquistado pelos filhos, através de uma relação de afeto e solidariedade construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor entre os envolvidos, pois o que realmente importa é ter vindo ao mundo para ser acolhido como filho no mais verdadeiro sentido da palavra.

É esta a sociedade e o futuro humano, digno e solidário que pretendemos deixar aos nossos filhos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Christina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. In: Direito, Estado e Sociedade. Vol. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio.

BOTTURA, Wimer Junior. A paternidade faz a diferença. São Paulo: Gente, 1994.

[br/pdf/biblioteca9.pdf](#)>. Acesso em: 10 ago. 2007.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In FACHIN, Luiz Edson (Coordenador) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Pedro Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997.

FACHIN, Luis Édson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. In Boletim IBDFAM/2003, ano 3, n. 19, mar./abr.

IBDFAM. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2007. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_impressao.asp?campo=6356&conteudo=fixo_detalhe>. Acesso em: 10 ago. 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In MEZZARROBA, Orides (organizador). Humanismo Latino e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux: Fondazione Cassamara, 2003.

MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> Acesso em 05 mai 2006.

MEZZARROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In MEZZARROBA, Orides (organizador). Humanismo Latino e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux: Fondazione Cassamara, 2003.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 215.249-MG, DJ 2/12/2002 e REsp 91.825-MG, DJ 1º/8/2000. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> Acesso em 05 mai. 2006.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Jurídico Atlas, 2000. 3. ed.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O Princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Almedina: Coimbra, 1998.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Veja 25 anos. Reflexos para o futuro. São Paulo: abr. 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em: 10 ago. 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In MEZZARROBA, Orides (organizador). *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux: Fondazione Cassamara, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Cfe. Caitlin Sampaio Mulholland, o direito deve ser considerado como um todo, “rompendo-se as barreiras entre os diferentes ramos do Direito – e também entre outras ciências – no sentido de possibilitar ao aluno a percepção do mundo jurídico como resultado agregado de fatores ideológicos, sociais, políticos, culturais e históricos. Se isso não for praticado, qualquer forma de ensinamento e aprendizado encontrar-se-á reduzida pela falta de perspectivas histórica e sociológica necessárias, o que poderá tornar inútil qualquer tentativa de conceituação e classificação”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do direito civil*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil: construindo racionalidade contemporânea**, p. 409).

[2] COSTA, Pedro Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

[3] MORAES, Maria Celina Bodin. *O Princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com>

[br/pdf/biblioteca9.pdf](http://www.idcivil.com/br/pdf/biblioteca9.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[4] FACHIN, Luis Édson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175.

[5] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Vol. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1999, p. 108.

[6] MORAES, Maria Celina Bodin. *O Princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com>

[br/pdf/biblioteca9.pdf](http://www.idcivil.com/br/pdf/biblioteca9.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[7] TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[8] IBDFAM. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2007. . Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_impressao.asp?campo=6356&conteudo=fixo_detalhe>.

Acesso em: 10 ago. 2007.

[9] TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[10] Ibidem.

[11] MEZZAROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In MEZZAROBA, Orides (organizador). *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux: Fondazione Cassamara, 2003. p. 59.

[12] LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In MEZZAROBA, Humanismo Latino e estado no Brasil. Florianópolis, 2003. p. 333.

[13] Terminologia utilizada pela historiadora Michelle Perrot em seu artigo sobre as mudanças da família contemporânea, ou seja, a busca do indivíduo pelo ninho que é a família atual, construída pela afetividade em detrimento do nó, representado pela família patriarcal no início do século. PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Veja* 25 anos. Reflexos para o futuro. São Paulo: abr. 1990. p. 74-81.

[14] VIGLIAR, José Marcelo. apud MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2000. 3. ed. p. 45.

[15] WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 297 p.

[16] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. 302 p.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 87.

[18] Importante ressaltarmos que, quando nos referimos que todos devem ser considerados iguais, trata-se da aplicação de normas justas, ou seja, tratar desigualmente os desiguais.

- [19] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- [20] BOTTURA, Wimer Junior. A paternidade faz a diferença. São Paulo: Gente, 1994.
- [21] BOTTURA, Wimer Junior. A paternidade faz a diferença. São Paulo: Gente, 1994.
- [22] DELINSKI, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997. 175 p.
- [23] MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> Acesso em 05.05.2006.
- [24] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In FACHIN, Luiz Edson (Coordenador) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- [25] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. p. 56.
- [26] MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> Acesso em 05.05.2006.
- [27] FACHIN, Luiz Edson. In Boletim IBDFAM/2003, ano 3, n. 19, mar./abr. p. 3.
- [28] GROMPONE, Romeo apud MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> . Acesso em: 05.05.2006.
- [29] OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Almedina: Coimbra, 1998, p.437.
- [30] ALMEIDA, Maria Christina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003.
- [31] MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 215.249-MG, DJ 2/12/2002 e REsp 91.825-MG, DJ 1º/8/2000. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br> Acesso em 05.05.2006.

OS EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL BRASILEIRAS*

THE EFFECTS OF THE CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN CIVIL RIGHTS RELATIONS

**Allan Rocha de Souza
Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

O problema da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares assume hoje destaque nos debates doutrinários nos diversos países, inclusive no Brasil. Além disso, a judicialização destas questões vem ganhando relevante espaço nos Tribunais nacionais. É então com o objetivo de analisar questões ainda não superadas e indicar possibilidades de conjugação dos preceitos fundamentais com as relações civis que esta pesquisa foi desenvolvida. Conduzida a partir do entendimento do desenvolvimento moderno do próprio direito civil e suas relações com a Constituição e os direitos fundamentais, busca-se igualmente explicitar os argumentos e contra-argumentos que sustentam as diversas posições doutrinárias. Como forma de ilustrar as questões, serão apresentadas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam da aplicação dos direitos fundamentais nas relações civis em nosso ordenamento. A guisa de conclusão, sugere-se ser possível e desejável a superação da discussão que opõe as visões sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas em mediata ou imediata, e indica-se como principal questão que deve ser enfrentada é sobre os critérios para aplicação ponderada destes direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; RELAÇÕES PRIVADAS; DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The problem of the effects of the fundamental rights on private relations takes relevance today on doctrinal debates across countries, including Brazil. Furthermore, the judicialization of this issue is gaining significance in national courts. It is then aiming to examine matters not yet resolved and to suggest possibilities of conjugating constitutional fundamental rights with civil relations that this research was performed. Departing from the understanding of modern civil law developments and its relation to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the Constitution and fundamental rights, it is equally sought to make explicit the arguments and counter-arguments that support the different positions. In order to illustrate the issues at hand, there will be presented recent decisions of the Brazilian Supreme Court dealing with the application of the fundamental rights in civil relations in Brazil. In conclusion, it is suggested that it is possible and desirable the overcoming of the discussion that oppose the visions on how to apply the fundamental rights to private relation issues in indirect or direct, and is also suggested that the main problem to be faced is on the criteria used for a weighed application of these rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; PRIVATE RELATIONS; CIVIL-CONSTITUTION LAW.

Introdução

A fisionomia que o direito civil tem incorporado na contemporaneidade em pouco lembra os pilares dogmáticos estruturais que o definiam no período oitocentista. Sem dúvida, minúsculos têm sido os escombros que ainda recobrem os institutos civilistas consagrados no apogeu da era da codificação no século XVIII – imortalizado pelo *Code Napoleon* de 1804, e assimilados no Brasil pelo Código Civil de 1916. E, muito embora as transformações nesse ramo jurídico já tenham se realizado de forma profunda e extensa, é certo que sua reconstrução dogmática e hermenêutica, sobretudo esta, ainda encontram-se em pleno andamento, em razão, particularmente, do reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, em especial de seu núcleo essencial - os direitos fundamentais.

A mudança do papel desempenhado pelos códigos da era liberal no sistema de fontes e o deslocamento das normas constitucionais para o vértice do ordenamento jurídico, especialmente os esforços dos constitucionalistas em superar a programaticidade dessas normas, que careciam de eficácia jurídica imediata^[1], têm nutrido novas configurações da dogmática civilista exigidas pela realidade social, indispensáveis para a superação da visão “estática, atemporal e desideologizada do direito civil”^[2]. Assim, a projeção dos valores constitucionais sobre o direito civil remodela seus institutos, revigorando-os à luz da Constituição, que se transforma no diploma unificador do ordenamento jurídico.^[3]

O direito civil encontra-se hoje no epicentro de uma miríade de transformações. No plano interno, o código civil perde, definitivamente, seu significado constitucional para o direito privado, fragmentando-se em razão do processo de descodificação, consistente na pluralidade de estatutos autônomos. Soma-se a isto, o acolhimento, em sede constitucional, de matérias tipicamente reguladas pelo direito civil e a necessidade de releitura das normas presentes no Código e nas leis especiais à luz dos valores nucleares da Constituição, que converte-se em centro unificador da ordem civil.

Sem embargos, os valores e princípios irradiados pela Constituição atingem a todos os ramos do direito, que devem permear toda a legislação

infraconstitucional. No entanto, o demasiado apego às tradicionais nuances do direito civil tem sido responsável pela resistência da civilística em promover a adequada compatibilização com o Texto Constitucional. Apesar disso, o fenômeno da constitucionalização do direito civil parece irrefreável, embora ainda existam alguns focos de rejeição.

Quanto à incidência das normas constitucionais, particularmente os direitos fundamentais, nas relações de direito civil não parece existirem argumentos sólidos confrontantes. O que se discute hoje, conforme anota Gustavo Tepedino, é “a intensidade e os limites de tal incidência, [...] permanecendo nebuloso, por isso mesmo, o exato sentido técnico emprestado à chamada constitucionalização do direito civil”.^[4]

A forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares assume hoje destaque nos debates doutrinários nos diversos países, inclusive no Brasil. Além disso, a judicialização destas questões vem ganhando relevante espaço nos Tribunais nacionais.

É então com o objetivo de analisar as questões ainda não superadas e indicar algumas possibilidades de conjugação dos preceitos fundamentais com as relações civis que esta pesquisa é desenvolvida. Conduzida a partir do entendimento do desenvolvimento moderno do próprio direito civil e suas relações com a Constituição e os direitos fundamentais, busca-se igualmente explicitar os argumentos e contra-argumentos que sustentam as diversas posições doutrinárias. Como forma de ilustrar as questões, serão apresentadas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam da aplicação dos direitos fundamentais nas relações civis em nosso ordenamento.

1. A temporalidade do direito civil e sua constitucionalização

Entre fins do século XVII e início do século XVIII, o direito privado clássico, inspirado nos ideais de liberdade e igualdade, absorveu, fiel à tradição Iluminista, a noção de indivíduo “como único motor do Direito Privado”^[5], regulando, sobretudo, seus atos do ponto de vista formal e de cunho patrimonial. Vislumbra-se, sobre outro viés, que a codificação liberal “já era, à sua maneira, antropocêntrica, por fundar-se no indivíduo”^[6], o que compunha, sem embargo, o valor nuclear do direito civil tradicional, fruto da concepção individualista e voluntarista que influenciaram a elaboração dos códigos civis oitocentistas.

Assim, esse indivíduo tido “como partícipe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre o postulado da igualdade”^[7], não era identificado pelos códigos liberais como um “ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil”^[8]. Na verdade, quanto aos indivíduos, como bem observa Teresa Negreiros, o que realmente importava para as codificações do século XIX e início do século XX era “sua irredutibilidade essencial, por isso que o ‘ser’ é a sua única e suficiente qualidade”.^[9]

Contudo, não tardou a emergir os desequilíbrios das relações jurídicas fundadas em uma aparente e abstrata igualdade, em razão desses indivíduos “codificados” não corresponderem à realidade fática das relações subjetivas^[10]. Com efeito, avultava a insuficiência da premissa de que “reduzidos ao ‘ser’, somos todos iguais”^[11], superando, desse modo, o paradigma individualista, e deixando insurgir a pessoa humana como um valor em si mesmo, um ser situado no plano concreto e real, “que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”^[12].

Assim, esse desnível entre o indivíduo contido nas regras e na realidade social, conforme observa Heloisa Helena Barboza, “instou o legislador e os tribunais a criarem os meios de proteger a ‘parte mais fraca’ que, não obstante declaradamente livre, por conseguinte autônoma, com plena capacidade jurídica, e titular de ‘iguais’ direitos, se encontrava subordinada de modo irresistível a outra, por razões socioeconômicas”^[13].

Ao lado da importância dada aos indivíduos nos códigos liberais, este momento marca a quase impermeável distinção entre as leis civis, destinadas a tutelar os direitos naturais e inatos dos indivíduos, e as leis públicas, que emanadas pelo Estado, objetivavam reger os interesses gerais. Na verdade, segundo Michele Giorgianni, reconhecia-se ao Estado “o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos”^[14].

Crucial neste contexto é perceber que algo inédito ocorreu no direito privado porque, ao se ocupar pela primeira vez em disciplinar de forma sistemática as relações entre particulares, o legislador o torna um direito estatal^[15], muito embora o tenha consagrado como o reino da não-intervenção do Estado, de modo a preservar a esfera de liberdade privada dos indivíduos.

Embora antagônicos os movimentos que incidem sobre o direito privado - estatalidade, quando de sua regulamentação, e não-intervencionismo, no tocante ao desenvolvimento das relações econômicas, estes apenas refletem o projeto político de índole burguesa^[16]. Nesse sentido, demonstra Konrad Hesse que “[...] llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria”^[17].

No primeiro ciclo da era das codificações, o ideário da exclusividade dos Códigos Civis era a mola propulsora da técnica legislativa perseguida à época. Idealizavam que um único *corpus* legislativo, dominado “pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa”^[18], seria capaz de traduzir em regras casuísticas e albergar todos os possíveis atos e comportamentos ligados à vida civil, “expressão maior da onipotência do codificador”^[19]. O molde inicial dos códigos assentava-se em um modelo “fechado, auto-suficiente”^[20], “totalizador e totalitário”^[21], na única sede normativa hábil a solucionar às mais variadas questões na esfera privada.

Estes códigos revelavam os valores de sua concepção jurídico-liberal, notadamente a segurança jurídica. À época, a crença dominante era a de que todas as soluções aos problemas jurídicos encontravam-se regrados exaustivamente e residiam em um só corpo legislativo - o *code*. Exaltava-se o fetichismo da lei e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil^[22], cultuado pela Escola de Exegese, que no século XIX

reviveu o modelo de completude idealizado na antiga tradição romana medieval, cerceando a atuação criativa do juiz em nome do apego ao texto e a interpretação gramatical e conduzindo “[...] às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações”^[23].

Diante do cenário definido pelo caráter monopolizador dos códigos, que condensavam a disciplina das relações privadas, é que se delineia o papel constitucional incorporado pelo Código Civil para o direito privado^[24], igualmente assumido pelas Constituições contemporâneas perante o direito público. Acreditava-se e propalava-se a idéia de que os códigos, e no Brasil não foi diferente com o Código Bevilacqua, eram as Constituições do direito privado^[25]. Indiscutível, portanto, o significado absoluto e predominante que o Código Civil detinha no âmbito das relações *inter privatos*.

Não é de se espantar, portanto, o pensamento dominante que reduzia o direito ao código^[26], em assaz correspondência a aproximação quase que absoluta entre norma e direito coroada com o positivismo, que nas primeiras décadas do século XX, tornou-se a filosofia dos juristas^[27]. Aliás, é possível afirmar que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo jurídico como pressuposto filosófico incorporado pela consciência jurídica em pouco alterou a identificação entre direito e lei, visto que ultrapassada a revolução burguesa, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”^[28], inclusive, tendo “se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos”^[29].

O movimento de codificação mantinha estreitos vínculos com o modelo de Estado Liberal, o qual, segundo Jüger Habermas, revela “[...] uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado”^[30]. Os códigos resguardavam, portanto, os interesses da burguesia, regulando as relações que estes mantinham no mercado. Assim, tamanha era a primazia do *bourgeois* sobre os *citoyen*, que conforme assinala Konrad Hesse, o direito privado:

Como tema de las esferas y los límites de la libertad assumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar. En todo caso, esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado.^[31]

Resta claro que a divisão entre o direito civil e o direito público ascendeu a uma posição central no ordenamento jurídico, capaz de separá-lo em dois mundos distintos, comunicáveis e isolados entre si, e, incontestavelmente, “destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos”^[32]. Finca-se, desse modo, revelando, na verdade, sua face mais intensa, o postulado fundamental que vai nortear por longo tempo a relação entre direito civil e direito constitucional, tratados como dicotômicos, em razão da *summa divisio* inabalavelmente erigida.

Assim, em razão da cisão entre direito privado e direito público, o papel destinado a cada um restava claramente definido. Apesar da dicotomia, os ideais de liberdade e igualdade preconizados no século XVII, cristalizaram-se nas codificações e nas constituições liberais do século XIX e início do século XX^[33], sugerindo uma relação “estrecha e necessária” entre as esferas público e privada. Contudo, afirma Konrad Hesse que, a despeito das mencionadas concordâncias de conteúdo, eram desde o princípio ausentes de vínculos.^[34]

O quadro de estabilidade estampado nos códigos sofreu fortes abalos com a intensificação do processo de industrialização no século XIX, aliado à crescente agitação dos movimentos sociais, culminando com a eclosão da primeira grande guerra mundial, que, pode ser considerada como um marco divisor na história do direito civil. Todos esses acontecimentos, agregados a outros, contribuíram para a presença cada vez mais acentuada do Estado na economia, o que, sem dúvidas, provocou profundas mudanças nos sustentáculos liberais que alicerçavam o direito civil.^[35]

Com efeito, a progressiva transformação do Estado Liberal em Estado Social descortinou profundas mudanças na legislação civil, sobretudo a partir da primeira guerra mundial. O intervencionismo estatal na vida econômica dos indivíduos alterou de vez a posição dos códigos no sistema de fontes do direito privado, que passa a conviver com demais leis ordinárias que regulam assuntos antes tidos exclusivamente sob sua incidência.

Neste diapasão, a *era da segurança*^[36] propiciado pelas codificações civis e Constituições liberais não perdurou por muito tempo, e desde então tem sido apontadas diversas “crises”, quando não, até mesmo, o declínio do direito civil. Esquece-se, no entanto, em razão da pretensa completude apregoada nos séculos XVII e XVIII, que é próprio do direito civil e de “suas genuínas funções”, motivo pelo qual dificulta sua unidade conceitual, as constantes transformações que ocorrem em seu meio, na tentativa de refletir, ou ao menos deveria ser essa a sua função, as reais necessidades da sociedade.

Embora hoje possa parecer natural essa relação entre direito e sociedade, nem sempre foi assim. Expõe Paulo Luiz Netto Lôbo que o direito civil, sempre se mostrou “[...] infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu”^[37], talvez fruto de uma imobilidade imemorial consistente na costumeira função de centro do sistema privado, “agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagradas na Constituição”^[38].

No entanto, exatamente por se apresentar como “sede por excelência da disciplina que podemos denominar ‘fenômenos da vida’”^[39], é razoável que o direito civil seja atingido, e, conseqüentemente, transformado com mais freqüência pela e em função da realidade social. Sob esse viés, mudanças no campo econômico-social e progressos tecnológicos implicam em constantes reconstruções de sua estrutura interna, ensejando reformulações dogmáticas em razão do mutante substrato social.

Paralelamente as transformações dogmáticas operadas na ordem civil em função da presença cada vez mais atuante do Estado na economia e na vida dos indivíduos, é, sem embargos, ao fim da segunda guerra mundial que o fracasso do

positivismo jurídico vai alterar os rumos do direito constitucional, que, por conseqüência, tem promovido uma profunda “releitura” de todo o sistema normativo.

Assim, o reconhecimento, não mais puramente formal, da supremacia e da força normativa à Constituição, situando-lhe no vértice de todo ordenamento jurídico, tem alimentado drásticas reformas no diploma civil, afrontando diretamente o seu sistema de fontes e a referência hermenêutica no qual se apoiava.

Na esteira dessas transformações, a Constituição passou a albergar matérias que eram tratados exclusivamente pelo diploma civilista, embora não seja a abertura material dos textos constitucionais o ponto nuclear da constitucionalização do direito civil. Para Ignacio de Otto, “o que define as normas constitucionais não é seu objeto, mas a posição que ocupam no sistema jurídico”. Com efeito, o fenômeno é muito mais amplo, e decorre da “[...] releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana”^[40], e resulta, invariavelmente, “da aceitação generalizada da idéia de supremacia formal da Constituição”.^[41]

O deslocamento do núcleo central do ordenamento para o diploma constitucional, especialmente os direitos fundamentais, e a simultânea adaptação do civil quanto a este, possibilitou a efetivação do ideário de normatividade dos preceitos presentes na Constituição. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que “logo, ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo [...] do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas”^[42]. Desse modo, transposta a visão dicotômica entre direito civil e direito constitucional, e tendo, este último, os direitos fundamentais como seu núcleo essencial, convém examinar a forma pelo qual as interações entre essas esferas têm-se alinhavado, e, sobretudo, os problemas da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2. Direitos fundamentais e relações privadas

Ao lado das regras atinentes à organização do Estado, os direitos fundamentais passam a integrar o elemento nuclear material da Constituição, como sua base e fundamento^[43]. Eles assumem o papel de guia do ordenamento jurídico nas esferas de atuação e regulamentação, bússola valorativa que, incondicionalmente, norteia a validade substancial das ações de toda a sociedade, em busca do ideal de justiça e completude do Estado Democrático de Direito.

A partir da segunda metade do século XX, toma vulto a concepção germânica de “irradiação” da eficácia dos direitos fundamentais, alavancada por intensos debates acerca dos “fundamentos do Direito, que desembocou na retomada das premissas do direito natural e na substantivação do discurso jurídico”^[44]. A opção do legislador constituinte pela feitura de uma ordem constitucional que não fosse valorativamente neutra expressa a força dos princípios fundamentais, com sua expansão para todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Privado, condicionando-os a seus ditames de equidade e solidariedade.

Não obstante, é possível observar uma modificação interna ocorrida dentro do próprio direito civil, não se podendo atribuir apenas à nova ordem constitucional a viabilização do processo evolutivo dos direitos fundamentais. Qualquer análise contrária mostra-se superficial, dado que não atentaria para a dinâmica interação entre ambos os diplomas.^[45]

Como consequência lógica do Estado liberal, tornaram-se mais frequentes as formas de organização privada, assumindo papéis cada vez mais significativos em todos os setores da sociedade^[46]. Posteriormente, com o advento do Estado Social de Direito, não só o Estado propriamente dito havia ampliado suas funções e intervenções, mas também os grupos sociais, cuja participação nos deslindes dos interesses comuns aumentou drasticamente.^[47]

Desse modo, não mais possuía justificativa a concepção liberal dos direitos fundamentais que os restringia às relações verticais entre indivíduo e Estado sob os argumentos de que somente entre eles era possível vislumbrar uma situação de poder e subordinação, demandando, assim, a proteção dos cidadãos.^[48]

A adaptação do direito civil foi justamente por meio da verificação de que o meio social modificara-se. Não mais prevalecia a, tão defendida pelo ideário liberal, igualdade formal. Os ditos poderes sociais e econômicos, representados pelas organizações civis, ameaçam efetivamente a esfera da liberdade individual.

Assim, diante da inexistência de uma situação jurídica e fática entre os sujeitos relacionais, pressupostos esses que são basilares para o exercício da autonomia privada e de sua expressão pela liberdade contratual, caracterizando uma desigualdade material, vê-se que autorizada está a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na seara privada, sem que se possa cogitar qualquer interferência nociva entre as esferas do direito.

A oponibilidade dos princípios fundamentais frente ao Estado afigura-se apenas como uma das vertentes desses direitos, a qual tomou vulto ao longo dos tempos, influenciada de forma determinante pelo enorme período histórico de submissão do indivíduo aos senhores da sociedade.

Sua completude definidora caracteriza-se pela possibilidade generalizada de serem utilizados como salvaguarda em qualquer relação de poder.^[49] A *ratio essendi* da assunção de que os direitos fundamentais se aplicariam às relações privadas repousa na primitiva função desses valores constitucionais.

Descortina-se o mito, desenvolvido pelo paradigma jurídico-liberal, da igualdade formal para, finalmente, ser constatado que as relações interprivadas representam uma força motriz de desigualdades. O elemento fático sobrepõe ao meramente jurídico-formal e, com isso, observa-se que se esvazia o fundamento da distinção entre os poderes privados e públicos para efeitos de aplicação dos direitos fundamentais.

Porém, faz-se extremamente necessário frisar que, embora os pólos poderosos - geralmente representados pelas entidades e coletividades privadas - das relações não possam ser considerados como integrantes do mesmo patamar daquele dotado de vulnerabilidade, as considerações elencadas não podem ser apreciadas sob o prisma de

fórmulas abstratas, pois as interações comportam uma enormidade de peculiaridades, tornando cada uma delas singular, não cabendo ao hermeneuta unificá-las em um grupo homogêneo.

Devido ao fato de esta formulação teórica ser basicamente principiológica, sua aplicação deverá ser acompanhada da observância da natureza do direito argüido, assim como de sua razão de ser e da intensidade do poder exercido. Mesmo que haja disparidade entre os sujeitos relacionais, os detentores dos poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, com a autonomia privada protegida pelo diploma constitucional, o que caracteriza uma diminuição da abrangência destes princípios quando a eles opostos.^[50]

Konrad Hesse, a despeito de exortar aos legisladores que promulguem leis regulamentando a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado, dá o mesmo grau de importância à capacidade de autodeterminação do indivíduo, dito por ele como princípio fundamental do Direito Privado, “el ámbito em el que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, en el cual no es lícito convertirla em simple médio para fines sociales”.^[51]

Sob esse viés, pode-se dizer que a autonomia da vontade, embora não tenha igual intensidade em todas as suas mais variadas formas de expressão, irá sempre possuir papel influente na ponderação com os direitos fundamentais, visto que núcleo característico e representativo do ordenamento privado, sendo impossível dispensar aos poderes sociais tratamento similar que aos públicos. No entanto, como já enunciado, sofrerá certa diminuição de valoração em se tratando de relações jurídicas díspares e naquelas cuja natureza envolva questões existenciais, por exemplo.

Dessa forma, parece restar claro que os direitos fundamentais são aplicáveis não só como salvaguarda frente aos atos do Poder Público, mas também em inúmeras situações da vida privada. Sua fundamentação encontra-se essencialmente no fato de que, assim como aquelas, estas podem ser integradas por sujeitos em patamares diferentes, caracterizando as desigualdades de um em relação ao outro. Esta utilização deve pautar-se em análises do caso concreto, visto que a sua preceituação em abstrato perverteria toda a finalidade dos princípios constitucionais.

Assim, alheias à penetração desses direitos estariam as relações constituídas por indivíduos iguais, pelo fato de não haveria mais o fundamento justificador da ampliação desses direitos.

Porém, não é isso que é percebido. Daniel Sarmiento^[52], ao contrário, defende que o elemento justificador da influência dos princípios constitucionais nas relações civis seria o papel desenvolvido pela Constituição como diploma unificador do sistema, aliado há necessidade de proteção permanente à dignidade da pessoa humana.

A prevalência, em regra, do princípio da liberdade cederia quando da ocorrência de qualquer afronta àquele valor supremo e justificador do Estado Democrático de Direito ou diante de interferências indevidas na esfera da intimidade pessoal^[53]. A pretensa dependência do legislador ou pelo preenchimento de cláusulas gerais pelo judiciário poderia afetar sobremaneira a possibilidade a garantia desse princípio.

A aceitação do pressuposto de que os direitos fundamentais visam proteger os bens jurídicos mais importantes leva a consequência lógica de que não haveria como negar a sua eficácia na esfera privada, independente de qual fosse a fonte emissora afrontante.

Logo, a possibilidade de existência de disparidade nelas caracterizaria apenas um dado utilizado para a aferição de sua gradação. Logo, a aplicação dos direitos fundamentais independeria do fato de a interação entre os indivíduos ser paritária ou não. Complementa Ingo Sarlet Wolfgang, com especial peculiaridade, que a aplicação deve envolver todas as relações entre particulares sendo, porém, observadas as diferenciadas interações possíveis. O conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia da vontade reclama uma análise “tópico-sistemática”, cuja ponderação possibilita, mesmo nos relacionamento *inter privatos* entre iguais, a manutenção do conteúdo de ambos.^[54]

Argumenta-se ainda que, embora não fossem atingidas diretamente pelos direitos fundamentais, as relações paritárias seriam sim influenciadas pela sua eficácia objetiva. A característica permeadora de todo o ordenamento - vertente exegética -, aliada aos princípios da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do Judiciário frente à lesão ou ameaça a direito^[55] permitiriam essa efetivação,^[56] caracterizando o que se denomina de teoria dos deveres de proteção.

Tanto o Estado quanto os particulares, encontram-se vinculados aos princípios fundamentais por um dever geral de respeito. Contudo, apenas o primeiro é tido como destinatário direto, havendo somente uma incidência oblíqua nos particulares.^[57] Isso se deve ao fato de que é imposto ao ente estatal a obrigação de atuar positivamente na proteção dos cidadãos nas relações entre si, fazendo com que eles respeitem tais direitos.

Ante o exposto, nada obstante, qualquer que seja a justificativa para a irradiação da eficácia desses direitos, vê-se que os seus efeitos acabam por ser os mesmos, afinal, “as dogmáticas das restrições desenvolvidas a nível do direito constitucional [supremacia unificadora da constituição] e a nível do direito cível [relações faticamente desequilibradas] não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes”^[58].

Assim, embora patente a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontrando-se ultrapassadas as concepções que não admitem qualquer forma de vinculação dos particulares, a discussão permanece quanto à eficácia e forma de incidência.

3 - Formas de incidência dos direitos fundamentais no direito civil

A intensa resistência da civilística brasileira às mudanças históricos-sociais promoveu em certa época a produção da máxima de que os princípios constitucionais fundamentais seriam apenas equivalentes a normas políticas, cujo sujeito passivo era o legislador e, excepcionalmente, o aplicador do Direito na ocorrência de lacuna de Lei, socorrendo-se deles como princípios gerais do direito, em obediência ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.^[59]

A aproximação e o entrelaçamento entre os diplomas civil e constitucional, com a devida transposição do papel unificador do sistema para este último, compatibilizada com o caráter promotor de equidade e justiça dos direitos fundamentais e com o atentamento para a realidade faticamente desigual entre os indivíduos pactuantes foram alguns dos fundamentos responsáveis pela gradual superação daquele modelo hermenêutico de apreciação das prescrições constitucionais. Assim, a qualificação como fórmula subsidiária de integração, aplicável somente após a analogia e os costumes mostra-se de todo incompatível com a atual caracterização delas como núcleo material essencial da *lex superior*.

Eugênio Facchini Neto^[60] explicita a questão da seguinte forma:

Não mais é discutível a afirmação de que constitui um dever para o poder público a proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas. Discute-se, apenas, a questão sobre se tal proteção depende da intermediação do legislador, em homenagem ao valor de certeza e previsibilidade, ou se os juízes podem aplicar diretamente a norma fundamental. Há quem entenda que o ‘juiz somente é o garante da liberdade quando decide conforme à Constituição e segundo a lei’. Isto porque ‘a indeterminação e abstração inerentes à norma constitucional conduziria à supressão, se assim não fora, da liberdade do sujeito, cujo *status* ficaria completamente à mercê da discricção dos juízes.

A temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas descortina-se em duas vertentes ao ser analisada sob a ótica de sua aplicabilidade: a que defende a eficácia mediata ou indireta e a que apregoa a efetivação direta e imediata nos casos concretos.^[61]

A aplicação indireta possibilitaria um grau de segurança jurídica mais intenso, visto que sua operatividade seria via um órgão do Estado, legitimado constitucionalmente para tanto. Uma forma de expressão do caráter objetivo desses direitos, sem propriamente “intervir” na seara privada.

A concepção defensora da aplicação mediata, em sua efetivação dos princípios como valores exegéticos capazes de penetrar no ordenamento e direcionar as atividades dos poderes divididos na Carta Magna, dirige-se essencialmente aos órgãos legiferantes e jurisdicionais. O contrário, a limitação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que destinados a atividade estatal acarretaria a transformação de direitos em deveres, como conseqüência do esvaziamento da autonomia privada.^[62]

Ao legislador é imposto o dever positivo de regulamentar as prescrições constitucionais, ou seja, não mais se restringe ao caráter negativo desses direitos, relativo à abstenção de produção de normas inconstitucionais. Ainda, passa ele a ter a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em prescrições concretas, aplicáveis de forma plena aos integrantes de uma relação privada.^[63]

Não obstante, a atuação legiferante iria para além da simples edição de normas, perfazendo um efetivo meio de pré-ponderação entre os interesses sempre conflitantes da autonomia privada e dos direitos fundamentais, sem, contudo, nunca relegar ao segundo plano aquele primeiro valor, posto que núcleo essencial da esfera para o qual se legisla.

Já ao magistrado cabe atentar para os ditames dos preceitos fundamentais, não produzindo efeitos diretamente, mas por meio dos próprios princípios do direito privado. Tal atuação pauta-se numa espécie de aferição do conteúdo das normas em relação ao que determina a ordem constitucional, podendo, nesse processo, não aplicar uma norma por ser alheia a esses direitos e, por isso, inconstitucional. Tamanha é a necessidade de respeito a esse mandamento que no direito comparado, em países como a Alemanha e a Áustria, o juiz pode ser responsabilizado por lesão a direitos fundamentais, caso compusesse uma lide a respeito de relações privadas sem atentar para os referidos direitos.^[64]

Outra forma de eficácia mediata dos preceitos fundamentais via poder judiciário é por meio da interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais,^[65] os quais são mecanismos de singular utilidade, cujas composições, marcadas por certa imprecisão intencional, possibilitam, através da comunicação intra-sistemática o preenchimento de seu conteúdo com os fundamentos constitucionais, “facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código Civil, a Constituição e as Leis especiais”^[66].

Ainda, acrescenta-se que a despeito do fato de que, em relação às cláusulas gerais, é dada maior relevância à função de entrelaçamento de diplomas do ordenamento, tais vocábulos genéricos demonstram também ser dotados de um caráter unificador, visto que exercem o papel de ponto de convergência para o qual se destinam os mais variados dispositivos que tenham pertinência com eles. Esta faceta representada pela conjugação dos diferentes preceitos legais, ao dotar esses mecanismos de certa generalidade, transmuta-os em prescrições positivamente informadoras de condutas, efetivando, assim, mediatamente os direitos fundamentais que compuseram seu substrato.^[67]

O legislador e, limitadamente, o magistrado são meios pelo qual se promove a execução da eficácia indireta dos direitos fundamentais sem que haja determinação concreta a respeito da preponderância da atuação de cada um deles. Contudo, vê-se que há certas peculiaridades os diferenciam quanto à possibilidade de aferição da ponderação realizada e extensão da eficácia mediata dos direitos fundamentais.

Dessa forma, verifica-se que o primeiro é capaz de promover maior segurança jurídica, visto que cabe a ele “transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes em uma relación jurídico-privada”^[68], podendo ser aferida qualquer afronta aos direitos fundamentais de forma clara e precisa.

Em contrapartida, o magistrado, mediante a apreciação do caso concreto, é capaz de, tendo os direitos fundamentais como linha diretiva, promover a sua aplicação. A observância deles, de forma orientadora^[69], é fator determinante para a viabilização de um nexos entre o diploma privado e os valores constitucionais, sem que ocorra a perda do foco principal, a lide posta em análise. Ressalta-se que esta teorização não viola o princípio da segurança, uma vez que o juiz somente irá aplicar os valores

constitucionais por meio indireto - cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que evita qualquer espécie de atuação puramente livre dos julgadores, ainda, deve ele ter sempre como contraponto a autonomia privada.^[70]

No entanto, apesar dos fatores positivos, vê-se que ambas formas de promoção de eficácia dos princípios fundamentais possuem certas inadequações. Embora a certeza, em tese, de que o legislador deve ser obediente aos ditames constitucionais enseja segurança, há sempre a possibilidade de omissão deste. Do mesmo modo, a construção em torno da eficácia desses princípios, pela *longa manus* do magistrado, é considerada por alguns^[71] artificial e desprovida de razão de existir.

A despeito de ser recomendável, não é possível atribuir a atividade legiferante o caráter de condição *sine qua non* para a efetividade dos direitos fundamentais. Esses princípios são próprios e inerentes aos integrantes da sociedade, não podendo a atividade de mediação pelo legislador obstaculizar as suas aplicações. A pretensa dependência dos direitos fundamentais em relação a este agente retira deles o traço de indisponibilidade e esvazia seus conteúdos. Assim como não existe essa limitação para os valores oponíveis frente ao Estado, ilógico seria exigir para as relações entre particulares, cuja mutabilidade é extremamente mais elevada do que na anterior.^[72]

Não menos criticada é a eficácia indireta através do julgador, que recebe atenção dos doutrinadores das diversas escolas de pensamento. O primeiro grupo pauta-se na premissa de que isto acarretaria no “direito dos juízes”, dado que o denominado preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais com os princípios fundamentais representaria nada menos do que uma forma de camuflar a delegação de poderes discricionários ao juízo. Afora o fato de que esse posicionamento não considera o dever dos magistrados de fundamentar suas decisões, não há como acreditar que o legislador possa ser completo em sua atividade. O ordenamento jurídico não mais se baseia exclusivamente na regra da subsunção. A certeza do positivismo deu lugar à flexibilização, visto que, como advertiu Caio Mário da Silva Pereira, “passou a hora de legislar conseqüências”^[73]

Por outro lado, a observação mais detalhada desta mediação faz parecer que ela não possui distinção alguma da interpretação conforme a Constituição, visto que à prática judicial caberia apenas preencher as cláusulas gerais e conceitos indeterminados com os direitos fundamentais, dando às lacunas na Lei feição compatível com a Carta Maior.

Já a teoria que preconiza a eficácia imediata possui, de uma forma geral, como elemento justificador o caráter objetivo dos direitos fundamentais aliados à força normativa da Constituição. A aplicação cogente dessas normas a todo o ordenamento jurídico impossibilita a aceitação de que o direito privado estabeleça-se em uma espécie de ilha jurídica, alheio aos valores informadores da ordem constitucional.^[74]

Ainda, no direito brasileiro, o entendimento de que os preceitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações interprivadas, sem a necessidade de recurso à edição de outras normas regulamentadoras nem à utilização de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, ganha maior fôlego pelo fato de que a Constituição pátria não estabeleceu nenhuma limitação da incidência dos princípios fundamentais que afastasse os particulares. Ao contrário, depreende-se da leitura do artigo 5º da CRFB/88 a interpretação de que tais direitos destinam-se a uma universalidade.^[75] Neste caso os

aludidos direitos seriam aplicáveis pelo magistrado nas interações entre os sujeitos da sociedade sempre que necessário.

Tal idealização não padece das críticas de risco de inviabilidade pela dependência de um agente estatal e nem da de artificialidade, desferidas contra a eficácia mediata. Sendo, porém, lançadas objeções contra esta concepção basicamente quanto ao comprometimento da autonomia privada, cujo efeito seria por em risco a identidade do Direito Privado, bem como a possibilidade de um pretenso caráter antidemocrático, pela atribuição de excessivos poderes ao juiz^[76], acarretando em insegurança jurídica.

No entanto, a proposta de eficácia imediata em momento algum apregoa a desconsideração da autonomia privada quando da efetivação dos direitos fundamentais^[77], ao contrário, reconhece-se de forma expressa a necessidade de ponderação entre ambos.

A insistência na inaplicabilidade dos princípios fundamentais nas relações privadas com simples motivação na liberdade de pactuação seria sim o prestígio da noção meramente formal de autonomia da vontade. O que não se justifica dado ao fato de que numa situação faticamente desigual, em que o indivíduo não possua um mínimo de condições de liberdade, não há que se falar em capacidade de autodeterminação. Por fim, carece de sentido o argumento de que o direito civil perderia seu objeto, uma vez que em momento algum afirma-se que a aplicação desses direitos seria isenta de “matizaciones, modulaciones y cautelas”^[78] ao ser confrontado com a autonomia privada.

Da mesma forma, igualmente refutado pela doutrina é o argumento sobre a inflação do judiciário e a ocorrência de insegurança em sua constante atuação.

A constatação das imperfeições e inadequações das construções anteriormente apresentadas demonstra que não há melhor técnica para a plena efetivação dos direitos fundamentais constitucionais do que a preconizada pela forma imediata, despida de vínculos com atores públicos e instrumentos supérfluos. “A norma constitucional pode [...] ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica civil”^[79] não se justificando o tratamento diferente por não ser uma interação entre indivíduo e Estado^[80]. A unificação do ordenamento, com o reconhecimento da relevância dos valores da Carta Magna^[81], desconstituiu todos os óbices para a inserção dos preceitos de alguns dos direitos fundamentais, configurando um sistema de proteção do cidadão.

A aceitação dessa doutrina requer nada menos do que a superação de certos estereótipos. Diferentemente do exteriorizado pelos seus combatentes, não se solicita que os civilistas abandonem o direito privado à total ruína e destruição. Os efeitos almejados pela eficácia imediata são os mesmos que os das anteriores sem, contudo, utilizar-se de “piruetas”^[82], culminando “por vezes, todas as teorias, partindo de pressuposto distinto ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado”^[83].

Por fim, consignam-se os ensinamentos de Pietro Perlingieri^[84] que, mesmo em poucas palavras, expõe de forma extremamente clara que “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica civil” e continua ao concluir que “seja na aplicação dita indireta [...] seja na dita direta [...] a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada”, visto que a Constituição, apesar de não

ser única quando da existência de normas ordinárias aplicáveis ao caso, age como elemento justificador das interações privadas.

4. Jurisprudência

Foram selecionados para ilustrar os desafios e dilemas apontados ao longo da exposição dois julgados com características distintas, ambos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro caso trata de uma posição já consolidada pela egrégia Corte, e refere-se ao exercício do direito fundamental de defesa nas organizações privadas. Já o segundo caso, mais polêmico, enfrenta a questão do papel dos tratados internacionais de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, e seus efeitos nas relações de direito civil, onde se destaca a questão da prisão do depositário infiel.

O Recurso Extraordinário 201.819-8 (RJ), julgado em 11/10/2005 e publicado em 27/10/2006 – um ano depois -, enfrentou a questão da garantia da ampla defesa, incluindo o direito ao contraditório e ao devido processo legal, no contexto de uma sociedade civil sem fins lucrativos, onde um dos associados foi excluído da sociedade e pleiteou a anulação da decisão visto que não lhe foi assegurado o direito fundamental constitucional à ampla defesa.

A relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, aceitou o recurso e deu provimento ao pleito da sociedade, insistindo na inaplicabilidade dos direitos fundamentais ao caso, e para tal argumenta que:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto do artigo 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de ingressar nos quadros da UBC.

Com estas palavras, a Ministra relatora do Recurso mantém aderência à posição de compartimentalização do ordenamento jurídico, que, *data venia*, é uno e indivisível, constituindo um sistema. Nesta visão, a Constituição e o Direito Civil continuam estanques como no século XIX, e a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas somente poderia ocorrer através da intermediação do legislador, quando este dispusesse a fazê-lo. Este voto é exemplar da doutrina que está paulatinamente sendo

superada, e que se apóia na injustificável premissa de que a proteção conferida pelos direitos fundamentais alcança somente o Estado.

Porém, reconhecendo que o “o próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais”, o Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão que, por maioria, reconheceu a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação privada analisada, acrescenta em seu voto que “ainda que não se possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.”

Após citar diversos precedentes, o Ministro aponta ter a preocupação de “ressaltar que o STF já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.”

Ao fim, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, a decisão reconheceu e negou provimento ao recurso por maioria. A ementa, incisiva no reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, afirma que:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou em desrespeito dos direitos e garantias de terceiros, principalmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem a função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados

em relação de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão do sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

Esta decisão é paradigmática porque reflete o conflito doutrinário e ideológico que cerca o tema da aplicação dos direitos fundamentais e da Constituição às relações privadas e civis. É indicativo da tendência, cada vez mais consolidada da Egrégia Corte em, na busca pela concretude e ampla efetivação dos direitos fundamentais, reconhecer-lhes efeitos sobre as relações inter-individuais, e com isso protegendo a pessoa humana em todas as suas manifestações e relações sociais que escolher participar.

Um outro caso, ainda em andamento, mas já contando com oito votos favoráveis, é o Recurso Extraordinário 466.343-1 (SP). Discute-se aqui a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica e os tratados de direitos humanos da ONU.

As vertentes que tentam explicar a posição dos tratados internacionais de direitos humanos frente aos ordenamentos nacionais são essencialmente quatro: (1) as que lhe reconhecem a natureza supra constitucional, defendida por Celso de Albuquerque Mello[85]; (2) as que lhe atribuem caráter constitucional, defendida por Cançado Trindade; (3) as que reconhecem seu status de lei ordinária, conforme estabelecido no RE 80.004 (SE); (4) as que atribuem a condição de supra legalidade.

A visão até então prevalecente na Corte é a de sua equiparação às leis ordinárias, conforme assentado no Recurso Extraordinário 80.004, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, em 29 de dezembro de 1977.

Essa discussão com relação ao Brasil sofre novo impulso com a aprovação da EC 45 de 2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Argumenta o Ministro que ao mesmo tempo que esvaziou a discussão acerca do caráter constitucional dos direitos humanos constituídos por tratados internacionais, reconhece a sua condição especial com relação aos demais tratados, acenando ainda para a “insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções já ratificados no Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do STF desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE.”

Apontando para a dificuldade de defender as teses da constitucionalidade ou da ordinariiedade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, e embora esta última tenha sido reiterada pelo STF em recentes ocasiões, pondera se, atualmente, ”em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.” [86] Sugere ainda que “a jurisprudência do STF, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.” [87]

Ao concluir, propõe um novo posicionamento, reconhecendo o caráter supra-legal dos tratados de direitos fundamentais ratificados pelo Brasil, independentemente da votação alcançada quando de sua ratificação. *In verbis*:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Ao vigorar esta proposição, alcançaremos reconhecimento do papel essencial que os direitos fundamentais exercem em nosso ordenamento, tanto os constitucionalmente positivados como os internacionalmente acordados pelo Brasil. Diante de tal posicionamento, resta claro o objetivo jurídico de reconhecimento pleno do conteúdo, valor e efeitos dos direitos fundamentais, núcleo essencial do ordenamento jurídico, e dos passos a sua ampla concretização, aos quais não estão imunes os particulares em suas relações.

Conclusão

A maximização da interação entre o Direito Público e Privado ao longo dos tempos apenas corrobora o entendimento de que não mais é cabível o apego à antiga *summa divisio*. O deslocamento do núcleo central do ordenamento para o diploma constitucional possibilitou a efetivação do ideário de normatividade dos preceitos

presentes na Constituição. A norma constitucional passa a ser encarada não mais somente sob o prisma político, mas como razão primária e justificadora de todo o ordenamento.

A promulgação de uma *lex matter* que não se detivesse somente a reger a organização e o funcionamento dos órgãos estatais, atribuindo, ainda, importância significativa aos direitos fundamentais, alocados em seu sistema como elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito, combinada com o reconhecimento pelo próprio direito privado de que a falácia da igualdade formal, ao contrário de efetivar, minava o real exercício da autonomia privada, deu origem a uma série de questionamentos acerca da possibilidade de a própria Constituição vir como salvaguarda dos sujeitos privados, quando seus direitos forem afrontados por outros integrantes da sociedade civil.

Em seguida, a constatação de que as relações civis são muitas vezes marcadas pela disparidade de poderes entre os sujeitos integrantes, ou a de que mesmo nas paritárias haveria sempre a necessidade de resguardar o núcleo essencial da personalidade do indivíduo, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso fosse necessário tolher parte de sua liberdade, apenas reforça a reflexão amparada na concepção pela qual o direito privado e seus institutos, não bastam *per si* para a proteção dos indivíduos.

Soma-se, a isto, a simultânea e obrigatória adaptação do direito civil à nova realidade social, que se modifica em ritmo acelerado, tornando possível e necessária a comunhão entre os diplomas privado e público. Deste modo, o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil pode ser caracterizado, em verdade, pelo entrelaçamento mútuo, estreito e direto, entre as esferas jurídicas envolvidas.

Duas principais vertentes buscam dar conta desta relação e, apesar de almejarem o mesmo fim – salvaguarda dos direitos fundamentais nas relações privadas -, são divergentes quanto ao modo de alcançá-lo. Mediata e imediata, segurança jurídica e justiça, são esses os traços primordiais responsáveis por distinguir as duas principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Porém, a efetivação de nenhuma delas é possível sem que seja mitigado algum preceito tão caro à outra, visto que a resistência de ambas funda-se em valores constitucionais protegidos se não de forma igual, pelo menos, similar.

A intensa e contínua discussão doutrinária já cumpriu seu papel ao estabelecer de forma robusta os suportes e os balizamentos jurídicos para as duas vertentes e, desse modo, a insistência em sua manutenção mostra-se inadequada. Ademais, as posições não são incompatíveis a ponto de serem excludentes.

A existência de cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou normas legislativas especificamente regulando a situação fática não afasta a constante obrigatoriedade de interpretar todas – e não só primeiras - normas infraconstitucionais a partir dos preceitos constitucionais, nem a inexistência de regulamentação sobre um tópico afastam a necessidade do legislador preencher a lacuna legislativa.

Assim é passada a hora de reconhecer que os preceitos constitucionais – e principalmente seu núcleo essencial constituído pelos direitos fundamentais – aplicam-

se a todas as relações jurídicas, regulamentadas ou não pelo legislador infra-ordinário, e seus ditames são parte intrínseca e inexorável da interpretação e aplicação do direito.

Contudo, isso não significa que os problemas nesta seara estejam encerrados. É inerente à reflexão científica o surgimento de novas questões, uma vez superadas as iniciais. E a superação das questões iniciais - quanto a sua aplicabilidade e formas de aplicabilidade - nos conduz às seguintes indagações: Quais critérios devem conduzir a ponderação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas? E no que se refere aos direitos sociais quando sua possibilidade de concretização encontra-se controlada por particulares pouco desejosos de viabilizar sua efetivação frente a outro particular? Qual a configuração que os tratados internacionais de direitos humanos terão no ordenamento nacional?

Com isso, voltam-se, ansiosamente, os olhos para a atividade jurisprudencial que, por meio da ponderação inerente ao exercício dessa função, deverá promover o estabelecimento dos pontos de conformação e os critérios a serem aplicados na concretização dos direitos fundamentais quando desrespeitados nas relações privadas.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MEIRELLES, Jussara, “O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial”. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-92.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In *Revista Estado, Direito e Sociedade*, n. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, jul./dez., 1991.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In MELLO, Celso de Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[1] Ver sobre a superação dessa visão SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-70.

[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

[3] Observa TEPEDINO, Gustavo que “o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica”. (O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 340).

[4] *Id. Ibid.*, p. 324.

[5] GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998, p. 39.

[6] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 116.

[7] NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In MELLO, Celso de Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337.

[8] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 91.

[9] NEGREIROS, Teresa. *Op. Cit.*, p. 338.

[10] Em precisa observação MEIRELLES, Jussara demonstra que “traçando uma espécie de paralelo tem-se, de um lado, o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito real, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade”, e completa, “o sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real”. (“O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial“. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-92.).

[11] NEGREIROS, Teresa. *Op. Cit.*, p. 338.

[12] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 117.

[13] BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418.

[14] GIORGIANNI, Michele. *Op. Cit.*, p. 39.

[15] FACCHINI NETO, Eugênio leciona que “[...] nos períodos históricos precedentes os governantes sempre se preocuparam em disciplinar as relações jurídicas que hoje seriam enquadradas no direito público (como a tributação, o direito penal, a organização administrativa), e quando estabeleciam regras sobre direito privado, o faziam de forma pontual e não sistemática“, e complementa, “o direito privado sempre fora o reino da não-intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento família, filiação, sucessões), ou desenvolvimento a partir dos pareceres e escritos doutrinários [...]”. (Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17). Sobre o assunto, sintetiza SARMENTO, Daniel que “intentava-se pôr fim à multiplicidade de normas, emanadas das mais variadas fontes, que conviviam, numa relação muitas vezes conflituosas e desordenada no Ancién Regime” (*Op. Cit.*, p. 89).

[16] Demonstra SARMENTO, Daniel “que os códigos encampavam assim os interesses da burguesia protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. [...] o papel do direito privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, ambos vistos como expressões necessárias da autonomia do indivíduo.” (*Op. Cit.*, p. 90-91).

[17] HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 38.

[18] COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998, p. 26.

[19] TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

[20] *Id. Ibid.*, p. 2.

[21] COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 26.

[22] TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 2.

[23] *Id. Ibid.*, p. 2

[24] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 24. Para GIORDANNI, Michele o significado constitucional era imanente aos códigos civis do início do século XIX, já que “[...] a propriedade privada e o contrato, que constituíam [...] as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal”. (*Op. Cit.*, p. 41).

[25] TEPEDINO, Gustavo (1997). *Op. Cit.*, p. 24.

[26] Descreve SARMENTO, Daniel “Os professores franceses de então se vangloriavam de ensinar não o Direito Civil, mas o Código de Napoleão, o que revelava com clareza o endeusamento daquele momento legislativo e a crença na sua completude. Para eles, o Direito era o Código” (*Op. Cit.*, p. 91).

[27] BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

[28] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 188.

[29] BARROSO, Luís Roberto (org.). *Op. Cit.*, p. 22.

[30] HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, *apud*, SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 90-91.

[31] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 38-39.

[32] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 13.

[33] Anota LÔBO, Paulo Luiz Netto que “O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campos econômico (codificação)”. (*Op. Cit.*, p. 101)

[34] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 33-35; LÔBO, Paulo Luiz Netto observa que “nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que [o direito civil]. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem, máxime após o processo de codificação liberal” (*Op. Cit.*, p. 99).

[35] TEPEDINO, Gustavo (1997). *Op. Cit.*, p. 25.

[36] IRTI, Natalino. *L'Etá della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979, *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 90.

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. Cit.*, p. 99.

[38] “O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico dos direito civil)”. *Id. Ibid.*, p. 100.

[39] BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[40] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

[41] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

[42] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 27.

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

[44] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 458.

- [45] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 69.
- [46] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 454.
- [47] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 374
- [48] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 304.
- [49] UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 307.
- [50] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286.
- [51] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 75
- [52] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 306.
- [53] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 378.
- [54] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 379.
- [55] Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.
- [56] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 288-291.
- [57] CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 238.
- [58] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357.
- [59] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In *Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 326.
- [60] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 48.
- [61] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 309.
- [62] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 467.
- [63] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 62.
- [64] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 241.

- [65] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 276.
- [66] COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 29, 33, 36.
- [67] *Id. Ibid.*, p. 34-35.
- [68] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 63-64.
- [69] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 44.
- [70] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 29.
- [71] Nesse sentido UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 315; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 487.
- [72] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 310-313.
- [73] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. *In* Revista da Faculdade de Direito da UERJ, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 316.
- [74] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 375.
- [75] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 281.
- [76] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 67.
- [77] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 488.
- [78] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 316.
- [79] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 11.
- [80] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 313.
- [81] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 12.
- [82] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 315.
- [83] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 278.
- [84] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 11-12.
- [85] MELLO, Celso D. Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.
- [86] RE 466.343-1. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 14.

[87] Idem, p. 19.

**RESSIGNIFICAÇÃO DO PATRIMÔNIO E RECATEGORIZAÇÃO DOS
DANOS CIVIS, EM UMA PERSPECTIVA CONCEITUAL
CONTEMPORÂNEA * ****

**RE-SIGNIFICATION OF PATRIMONY AND RE-CATEGORIZATION OF
CIVIL DAMAGES INTO A CONTEMPORARY CONCEPTUAL PERSPECTIV**

**Ana Cecilia Parodi
Carlyle Popp**

RESUMO

A travessia temporal, da dogmática clássica para a moderna e contemporânea, revisita o discurso jurídico em seu tríplice vértice, importando em uma revisão dos paradigmas axiológicos, em que se baseia a operacionalização das relações jurídicas privadas, fazendo surgirem novos direitos, bem como, provocando uma transformação na praxis relacional, vinculando-as ao atendimento de sua função social, reconstruindo, assim, por meio do solidarismo apregoado pela Constituição Federal, a interpretação e aplicação do Direito Civil, à luz de sua repersonalização ética e reafirmação dos valores humanistas. Nesta esteira, a atual concepção de patrimônio – que emana do Direito Privado –, revela-se desconexa da visão antropocêntrica almejada para o discurso jurídico, visto que considera somente os bens e direitos economicamente apreciáveis – o patrimônio material –, alinhando-se à ideologia do individualismo proprietário. Surte reflexos em variada escala, inclusive sobre a categorização dos danos civis, e justificando o aparecimento de movimentos acadêmicos críticos, a exemplo da denominada escola da despatrimonialização. Investigando o significado de patrimônio e a classificação dos danos, no campo do Direito Civil Constitucional, objetivou-se uma releitura de tais figuras à luz da hermenêutica conceitual – que afeta diretamente ao conteúdo das relações jurídicas privadas contemporâneas – partindo, metodologicamente, do geral para o particular, ou seja, desde uma perspectiva constitucional, pretendendo promover a valorização do ser. E concluindo-se que, para a ressignificação prospectada restar afinada com a repersonalização das relações, importará em se compreender os reflexos morais da personalidade humana como constitutos de seu patrimônio, o qual se eleva então, assim como o dano patrimonial, ao status de gênero, sendo composto também pelos valores intangíveis, inegociáveis e/ou inapreciáveis monetariamente. Passando a ter como espécies o patrimônio e o dano econômicos e morais, ou materiais e imateriais. Já no âmbito dos fenômenos acadêmicos, compreende-se que melhor benefício jurídico-científico alcança – sobrepujando-se à despatrimonialização – a reafirmação do valor ao patrimônio do Homem em sentido amplo, a prestigiar também as suas titularidades intangíveis.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNICURIT

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. CONTEMPORANEIDADE. REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES. FUNÇÃO SOCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOLIDARISMO CONSTITUCIONAL. PATRIMÔNIO INTANGÍVEL. RESSIGNIFICAÇÃO DE PATRIMÔNIO. RECATEGORIZAÇÃO DOS DANOS CIVIS.

ABSTRACT

The crossing time, from the dogmatic classic to modern and contemporary, revisits the legal speech in its triple vertex, importing in a review of the axiological paradigms, which is based on the operationalization of private legal relationships, making new rights emerge, as well as causing a transformation of the relational praxis, linking them to the care of their social function, reconstructing, thus, through the solidarism proclaimed by the Federal Constitution, the interpretation and application of civil law, in the light of its ethical re-personalization and reaffirmation of humanitarian values. In this connection, the current conception of patrimony - that emanates from the Private Law - seems to be disconnected from the anthropocentric view desired to the legal speech, because it considers only the economically appreciable goods and rights – the material patrimony –, aligning itself to the ideology of individualism owner. It causes reflections in varied scale, including on the categorization of civil damages, and justifying the emergence of critical academic movements, like the school called “dis-patrimonialization”. Investigating the meaning of patrimony and the classification of damage, in the field of Civil-Constitutional law, purposed itself to a rereading of such figures in the light of conceptual hermeneutics - which directly affects the content of contemporary private legal relationships - departing, methodologically, from the general to the particular, that is, from a constitutional perspective, and intending to increase the value of being. And concluding that for the re-signification to stay aligned with the re-personalization of the relationships, will import in understanding the moral reflexes of the human personality as a constituent of its assets, which amounted then, as well as damage property, to the status of gender, it being composed also of the intangibles, unmarketables and/or monetarily unappreciables values. To read as species, the economic and moral patrimony and damages, or the material and immaterial. Already under the academics phenomena, it is understood that better legal and scientific benefits can go – bang to the “dis-patrimonialization” – the reaffirmation of the value of the mankind’s patrimony at large, the honored also of their intangibles titles.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL CIVIL LAW. CONTEMPORARY. REPERSONALIZATION OF THE RELATIONSHIPS. SOCIAL FUNCTION. HUMAN DIGNITY. CONSTITUTIONAL SOLIDARISM. INTANGIBLE PATRIMONY. RE-SIGNIFICATION OF PATRIMONY. RE-CATEGORIZATION OF CIVIL DAMAGES.

1. A Constituição Federal de 1988 – 20 anos da Carta Magna das Garantias Fundamentais.

A história do Homem Racional remonta há quase 6.000 anos. Ao analisar a evolução das famílias ao longo dos tempos, Engels (1984, p. 38-39), nos idos de 1800, dizia com razão, que o núcleo descrito no Gênesis correspondia, quase à exatidão, ao mesmo modelo familiar de sua época.

Realmente, acompanhando a notícia histórica, percebe-se grande similitude entre as características tipicamente adâmicas até os presentes dias. Desde os primórdios, a representação social denota que o homem quer, em resumo, o seu direito a existir *lato sensu* e a perseguir sua felicidade, tendo o seu espaço próprio, saúde, contraindo família, desenvolvendo seu intelecto e habilidades, praticando sua atividade laboral e mantendo sua própria subsistência e de seu núcleo, podendo, também, defender sua propriedade, parentes, honra e nome, de eminente ameaça. Correlatos deveres também já faziam parte da estrutura social antiga, tanto para com a comunidade, quanto para com as pessoas mais próximas. E dado que se fala de seres humanos, eis que este já praticava os mesmos delitos da atualidade, desde a representada degradação do Paraíso até assassinatos, adultérios, usurpações de herança, fraudes negociais.

Os documentos mais remotos testificam que a sociedade antiga valorizava, na essência, o mesmo conteúdo ético que hoje remanesce valorizado, guardadas, por certas, as necessárias ressalvas evolutivas, tanto de interesses, quanto de métodos. Afinal, se o Homem sempre almejou as mesmas garantias, grandes foram as lutas pela igualdade entre os sujeitos de direitos, a fim de que todos pudessem ter acesso ao mesmo “mínimo jurídico” – ainda que formalmente –, derrubando ao máximo as categorizações que injustamente distinguem as pessoas. Batalhou-se pelo infirmar dos valores, na Revolução Gloriosa, em 1688; pela abolição da escravatura e do comércio de seres humanos; pelo sufrágio universal; pela proteção dos trabalhadores; pela autonomia feminina; pela defesa da propriedade privada; pela efetividade das garantias fundamentais.

E ainda que muitas investidas sociais mereçam destaque, de toda sorte é mister que se estabeleça um marco histórico, divisor de águas não apenas temporal, mas notadamente sócio e jurídico, a saber, a Revolução Francesa, donde emerge o tripé securatório – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – constituto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Tríade esta que é o fundamento teórico de outras relevantes declarações internacionais, vindo a embasar tratados e cartas políticas em geral.

Norberto Bobbio (1992, p. 6), em sua célebre obra, a Era dos Direitos, afirma que os direitos fundamentais são históricos, nascidos das circunstâncias sociais, associando-os, *ab initio*, a denominadas três gerações, correlacionadas ao referido tripé francês[1].

Assim, tem-se a primeira geração – *liberté* – associada aos direitos garantidores da liberdade individual dos sujeitos de direito e um não agir do Estado; a segunda geração – *égalité* – direitos sociais, contemplados nas cartas políticas democráticas, portanto,

correspondendo a uma ação positiva estatal; e, por fim, quanto à terceira geração – *fraternité* – ainda diz o autor ser uma categoria heterogênea, em pleno desenvolvimento conceitual, sendo composta por garantias diferenciadas, de natureza difusa ou coletiva, denominadas também de “direitos solidários”[2], donde emerge a necessidade da gestão jurídica da comunidade, em prol do estabelecimento de boas condições gerais de vida, mas igualmente se repartindo entre todos a responsabilidade por tal atingimento[3].

Bem se percebe que as lutas sociais também se enquadram nestas mesmas três categorias, posto que, evolutivamente, muitas dessas batalhas se repetem, ainda que com tônica diversa: da conquistada liberdade para formação e dissolução de família, busca-se a igualdade do exercício de símile direito a casais homoafetivos; da garantia de aquisição de propriedade privada, passa-se ao debate tanto de seu exercício regular desprovido de ofensa às comunidades excluídas, quanto à legitimidade de apropriação e uso dos recursos naturais. Dantes se conquistou a plena liberdade de contratar; hoje, o Estado opera em intervenção legítima sobre a vontade dos particulares, delimitando-a em função do interesse coletivo. Ou seja, na dicção de Bobbio (2007, p.53/113) , caminha-se da estrutura para a função

Igual raciocínio pode ser utilizado acerca das disputas internacionais, que evoluíram das circunscritas alterações por fronteiras, para a complexidade do direito à autodeterminação dos povos, e isto de maneira diversa da soberba forma de aceitação dos tempos modernos e simples concessão de território, que, na verdade, implicava mais em um “mero suportamento” das diferenças e tentativa – ainda que escamoteada tantas vezes – de assimilação e aculturação das minorias.

Pós-Modernidade para alguns, Contemporaneidade para todos. Há 20 anos, o Brasil consagrava as principais lutas humanistas e a tríade assecuratória em uma Carta Magna democrática e solidária, declaratória das garantias fundamentais de toda pessoa humana, vedando “categorizações de sujeitos de direito” – todos devem ser substancialmente iguais perante a lei. Ou seja, trata-se do reconhecimento da importância do ser humano não vinculada ao seu *status* ou à sua origem, antes pelo simples fato de ser Homem.

Eis o grande mérito e norte ideológico da Constituição Federal vigente, qual seja o de possuir como corolário fundamental a Dignidade da Pessoa Humana, valor fundante norteador de todas as demais garantias individuais e coletivas e dos fundamentos e objetivos republicanos, inclusive da própria ordem econômica. Assim, como lembra Ana Paula Barcellos (2008, p.15-34) trata-se de verdadeira juridicização do valor humanista.

Destarte, a busca pela promoção da dignidade do ser humano como paradigma valorativo supremo, cláusula geral delimitadora de toda norma, relação e ato jurídico, é o grande sustentáculo do sistema constitucional.

Todavia, como o indivíduo interage socialmente e os três Poderes se prestam a servir aos interesses da Nação – ou seja, da coletividade, e não do particular – nessa esteira a Carta Magna estabeleceu, para consecução do bem comum[4], um parâmetro axiológico das condutas, a saber, o solidarismo, desenvolvendo um sistema de atuação jurídica infirmado no “bem” individual e globalmente.

A Constituição Federal não restou incólume, ao longo de 20 anos, à evolução do pensamento e das próprias necessidades sociais, e isto para o próprio bem do País, buscando-se, a cada dia e a cada ato jurídico, a realização da igualdade substancial e a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

É fato louvável que a Constituição Federal materializou, ao menos no alcance parcial legislativo, uma sociedade preocupada mais com o ser do que com o ter, onde seja reconhecida efetivamente a dignidade. Em suma, nas palavras de Delpérée (1999, p. 162) “... o respeito que merece o homem. A dignidade não se reclama, nem tampouco se negocia. Ela se impõe, de maneira absoluta, para que a vida seja digna de ser vivida”.

Mas continua, a Carta Magna, a enfrentar desafios, notadamente representada pela busca da efetividade de suas garantias fundamentais e pela concretização de uma técnica hermenêutica constitucionalizada, que alcance a operação do Direito como um todo, unificando-o em torno do ideal do solidarismo ético.

2. A Constitucionalização do Direito Civil e sua influência hermenêutica.

2.1 Breve análise da Constitucionalização e da Publicização do Direito Privado.

A academia jurídica moderna registra dois movimentos distintos, denominados de Constitucionalização e Publicização do Direito Privado, respectivamente. Em que pese haver alguma confusão entre eles, seu conteúdo é diverso.

Sumularmente, constitucionalizar um sistema – seja o Direito Civil ou qualquer outra espécie normativa – significa ler, interpretar e aplicar seu tutelamento à luz da orientação principiológica constitucional. A Publicização do Direito Privado, por sua vez, trata da crescente inserção de normas de caráter público, em institutos próprios dos particulares, verificando-se uma ação estatal intervencionista regulatória, em prol da limitação das condutas em favor do bem comum, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que tutela relações de fornecimento a consumidores privados, mas que adentra a seara pública, prescrevendo procedimentos administrativos e tipificando espécies criminais; também o sistema codificado civilista sempre restou permeado da publicização, como ilustrativamente, denotam o rol taxativo de modalidades de rompimento do vínculo conjugal e as nulidades dos negócios jurídicos.

A travessia da Modernidade para a Contemporaneidade – ou, no tempo jurídico, dos Códigos para as Constituições –, é marcada por uma resignificação da racionalidade dicotômica, perecendo a radical separação entre os espaços públicos e privados, transportando a interpretação para os fatores de densidade da figura ou da norma avaliadas, visíveis e identificáveis no caso concreto. As Ciências Jurídicas são alçadas para um novo plano[5], ultrapassando o pensamento maniqueísta e a delimitação estrita dos campos do Direito, visto que há revigorado privilégio para o diálogo entre as diversas esferas, inclusive com a intenção de repartir a responsabilidade pró-eficácia e

efetividade do ordenamento entre os entes públicos e privados. A forte tendência caminha pela edição de normas de cunho normativo misto, que possuam dispositivos de dupla natureza, inseridos na mesma produção legiferante.

Mantida a autonomia das esferas, porém em convívio com a interdisciplinaridade científica, comportando a inserção de normas tipicamente públicas, em institutos eminentemente privados, o mundo jurídico passa a trabalhar com *inputs* e *outputs*, buscando analisar as relações à luz também dos elementos externos ao seu saber, excedendo não apenas as esferas, mas também o campo. Todo profissional do ramo jurídico, independente de sua função típica, deve manter em foco que a Justiça vive uma nova ordem e a operação das normas se dá em pleno século XXI, guiada pelos novos paradigmas do Direito.

Considerando que a Constitucionalização do Direito Privado é um movimento também de natureza hermenêutica e que colabora, diretamente, para as transformações contemporâneas do governo das relações jurídicas privadas, é mister traçar-se uma visão panorâmica acerca de seu aparecimento e evolução.

2.1.1 Surgimento do movimento constitucionalista moderno.

O movimento constitucionalista moderno nasce na Europa, por volta de 1930. Mas, há melhor compreensão de seus efeitos, pela contextualização de seus antecedentes fáticos.

A autonomia da vontade privada se tornou a vedete das figuras jurídicas a partir de Napoleão, consagrando-se sobre a ingerência do Estado. Mas a Revolução Francesa deu lugar à Revolução Industrial, e uma brusca alteração nos regimes de trabalho afetou, perenemente, a própria estrutura da célula familiar, desvirtuando a ideologia da autonomia da vontade privada, por ter sido posta a serviço do lucro exorbitante, avassalando as garantias fundamentais e requerendo do Estado uma “flexibilização” da própria aplicação dos direitos humanos, mitigando-lhes a efetividade. O mundo moderno seria construído sobre a carcaça do modelo humanista, guardando as sombras do Iluminismo. Do lucro vil às guerras, vê-se que o exercício irrefreado das liberdades individuais havia levado a sociedade mundial a graves desequilíbrios, notadamente porque prevalecera a Liberdade sobre a Igualdade – o conferimento de privilégios e oportunidades mais benéficos aos mais poderosos, regando a semente da injustiça social, que, no fim do dia, é ainda mais prejudicial para a própria classe dominante, em um ciclo vicioso.

O retrocesso da promoção humana precisou ser bruscamente freado por corajosos movimentos sociais, inconformistas do *status quo* instaurado, no enfrentamento dos poderosos gigantes estatais e privados, com destaque para as feministas, os trabalhistas, os pacifistas e defensores dos direitos humanos, entre outros; além do nascimento de importantes entidades, como a Cruz Vermelha Internacional. A coroação das vitórias se dá em 1948, pela aprovação das já mencionadas Declarações que, na porção em que cominam preceitos idênticos aos napoleônicos, na verdade reafirmam as garantias

básicas, dantes conquistadas a preço de sangue, mas abafadas pelo suor dos trabalhadores nas fábricas e pelo totalitarismo dos Estados.

Tanto a publicização, quanto a constitucionalização do Direito Privado foram, de certa forma, uma resposta aos efeitos jurídicos decorrentes da Revolução Industrial, gerando focos de intervencionismo estatal – a fim de equilibrar as desigualdades –, fruto de reclames sociais, de forma a limitar o poder coercitivo dos fortes, impedindo, como diria João Calvão da Silva (2006, p. 50) “que os mais fracos sejam obrigados a querer o que os mais fortes são livres de lhes impor”. Por outro lado, a esta socialização do direito privado – expressão criticada por Silva (*Cumprimento ... cit.*, p. 46) –, mais à frente, já no final do século XX, contrapõe-se uma privatização do direito público.

Os dois fenômenos fizeram com que a distinção entre Direito Privado e Direito Público – até porque ambos saem de sua localização usual – perca grande parte de sua relevância. O governo jurídico das relações sociais à luz da constitucionalização passa a permitir, ligada a outras circunstâncias históricas, que a norma constitucional comece a contemplar não somente regras de regulamentação e controle do Estado, mas sim regras originariamente de Direito Privado, gerando aquilo que inicialmente foi chamado de Constitucionalização dos Princípios Fundamentais do Direito Privado. Esta mudança propicia o reconhecimento da existência de um Direito Civil constitucionalizado. Direito este mais preocupado com uma visão solidária e protetora da dignidade humana, do que propriamente com os interesses individuais, *stricto sensu*, de cada parte integrante da específica relação jurídica.

O movimento constitucionalista moderno aparece no cenário mundial, no Século XX, nos idos da década de 30, tempos em que foram criados os Tribunais Constitucionais Europeus e mecanismos jurídicos de controle concentrado da constitucionalidade, tempo em que é conferido ainda maior vigor ao afrouxamento da dicotomia de esferas e ao valor constitucional como topo hierárquico da pirâmide normativa, impendendo para uma correlata e proporcional sujeição, à Carta Magna, dos demais institutos do ordenamento, como ensina Streck (2004, p. 215):

... a Constituição ... passará a conformar a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico ... é assim a materialização da ordem jurídica do contrato social, ... colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.

Conforme registram variados autores, dos quais se destaca Teresa Negreiros (2006, p. 67-), a constitucionalização sofre críticas doutrinárias, por trazer introjetada uma autorização para a intervenção estatal nas relações privadas, mitigando o livre exercício da autonomia da vontade privada – assim considerada nos moldes contratualistas tradicionais – através da inserção normativa positivada e mesmo da interpretação jurisprudencial, dos dispositivos privatísticos à luz das garantias fundamentais, da Dignidade da Pessoa Humana, do Solidarismo Ético, emanadas da Constituição Federal. Não circunscrito apenas ao âmbito intervencionista, mas – diz-se – abalando a segurança jurídica dos negócios, impondo-lhes perigo de revisão judicial por hipóteses

mais amplas do que o compêndio normativo determina, antes estendendo o rol a abstrações de pouca delimitação objetiva, a exemplo do ferimento dos interesses do bem comum, cuja definição, *in casu*, depende, efetivamente, da construção jurisprudencial, sujeita ao caldo cultural do magistrado e, por isso, mitigando a previsibilidade negocial desejada.

Contudo, tais críticas são improcedentes, posto que é dever do Estado-Lei Contemporâneo não abandonar à sorte dos arbítrios particulares a absoluta regência de suas próprias relações, sob pena de perecimento da estabilidade social, sendo, reputando-se, portanto, salutar, a sua intervenção genérica ponderada, desde que circunscrita aos legítimos trâmites legiferantes.

Mencionado intervencionismo caracteriza o movimento Constitucionalização, por sua funcionalização e escopo.

Ora, o exercício abusivo da liberdade privada foi responsável por instituir diferenças sociais de grau desmedido, ferindo de morte a premissa jurídica da Igualdade – especialmente se considerada em sua perspectiva substancial. Revelava-se insuficiente uma profissão, em letra, da igualdade formal entre os sujeitos; fazia-se preciso garantir a efetividade dessa afirmação jurídica, por meio do esforço em prol da implementação de uma sociedade livre, justa e solidária, cuja responsabilidade, no Direito Brasileiro, passa a ser de todos – pessoas públicas e privadas – que possui coroação principiológica contida na “teoria do abuso de direito”, contemplado no Novo Código Civil, em seu art. 187.

Eis aí o encontro com a doutrina de Pietro Perlingieri (2007, p. 38-39): é impossível que os direitos individuais da pessoa humana sejam exercidos com foco unicamente nos interesses igualmente individuais, sendo antes necessário que os mesmos estejam em permanente diálogo com as necessidades de toda a sociedade, justificando a importância – e o dever – da intervenção estatal, em sua boa e legítima atuação de poderio tripartite, impondo aos cidadãos um “delimite”, uma delimitação à sua conduta lícita, a saber, pela não abusividade do exercício de seus direitos.

E se a esfera legislativa possui responsabilidade, no mesmo compasso o Estado-Juiz, que deve primar pela coibição e evitamento dos abusos de direito, assim como manter a ordem pública, inclusive nos pactos particulares, vigiando sobre si, para que não extrapole o equilíbrio necessário entre promoção do bem comum e dignidade humana e um poder de polícia e censura das relações privadas. Cumprem, assim, Magistrado e Tribunal, sua função e responsabilidade social, cooperando, desta forma, para que também os particulares andem delimitados por sua responsabilidade jurídica social, construindo uma sociedade livre, justa e solidária.

2.2 Função Social das Figuras Jurídicas – o solidarismo ético e seu efeito transformador sobre as relações privadas contemporâneas.

A aplicação da hermenêutica constitucionalizada à operação do Direito Civil remete ao conceito de função social das figuras jurídicas, a qual deve ser prospectada em cada relação jurídica privada praticada concretamente, e cujos limites de conteúdo jurídico são delineados também no artigo 187, sem prejuízo das demais tutelas. Também remete a outras correntes doutrinárias coligadas, a exemplo da repersonalização e da despatrimonialização do Direito Privado. Tudo como se verá[6].

Acerca do afrouxamento das dicotomias, conclui Perlingieri (*Perfis...* cit., p. 52-53) que “a unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto em seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito público e privado está em crise”.

Fixando marco teórico, Norberto Bobbio, em *Da Estrutura à Função*, (2007, p. 85-) ensina que, por função se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo. E entende que o escasso interesse pela função social, na prevalente teoria geral do Direito resta vinculada ao destaque que os grandes juristas deram às Ciências Jurídicas como um instrumento cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual todo e qualquer fim é perseguido e alcançado.

A razão positivista implica no estudo e aplicação do Direito a partir de sua estrutura, visando a uma compreensão de sua formação, a desprezo da serventia de seu conteúdo; ou, privilegiando a estrutura sobre a função. E para muitos autores, a exemplo de Kelsen, a análise funcional estaria restrita à produção científica de sociólogos e filósofos, cuja visão do Direito é exteriorizada; o jurista por sua vez, analisaria o Direito como meio e não como fim, compreendendo-o como mecanismo de consecução da paz social, ou da segurança coletiva.

Bobbio desafia a visão kelseniana de um ordenamento coativo, passando ao entendimento do Direito promocional, que não elide a concepção da juridicidade como um meio coativo, mas o expande para um meio de estímulo e promoção das boas condutas, direcionando os comportamentos para determinados objetivos preestabelecidos, cuja obtenção pode ser prospectada de técnica legiferante que coaduna com as sanções positivas e os incentivos.

E afirma que a função do Direito em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte, não teria sentido revolucionário se o termo “Direito” for entendido como meio de coação, adquirindo sentido apenas se pretende falar das mudanças sociais, que, na conformidade do mecanismo podem ser produzidas, e, portanto, dos conteúdos políticos, econômicos e sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Eis aí a função social em sentido amplo, podendo se revestir de seu aspecto social estrito, econômico, político, dentre outras expressões. Por fim, assevera o autor que as modificações funcionais e estruturais devem ser, igualmente, alimentadas, de maneira proporcional.

Ao se tratar da função social das figuras jurídicas, busca-se uma nova paradigmática hermenêutica, para a leitura e aplicação dos institutos, promovendo uma travessia dos significados modernos para os significantes contemporâneos, ancorando no solidarismo ético.

O **Solidarismo** é um espírito, um princípio de justiça, e não um simples regramento. Generalismo consistente, que permite, inclusive, o tutelamento das questões genéticas. Ensina Paulo Nalin (2001, p. 125-200) que a dignidade da pessoa humana é um princípio fonte, que influencia, de modo irrevogável, a todas as relações particulares[7].

Essa intervenção estatal na amplitude da vontade das partes decorre, também, do interesse maior da sociedade de que sejam regulados os limites básicos das relações, para que o equilíbrio – material e moral – entre as pessoas, seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, independentemente de preconceitos. Em favor da meta do personalismo ético, aumentando a preocupação com o comportamento solidário, passou a ter maior relevância a denominada **função social**, segundo a qual todo instituto legal ou doutrinário possui um objetivo/conteúdo ajustado à finalidade constitucional. Assim, um contrato deixa de ser o arcaico mecanismo de troca entre as partes, para significar um instrumento de consolidação socialmente responsável de direitos materiais, o que equivale a dizer que a transação é efetuada sem lesão financeira ou moral para ambas as partes, desequilíbrio que refletiria, inevitavelmente, em toda a comunidade.

Do personalismo ético emanam novos princípios orientadores das relações privadas, a saber a Boa-Fé (objetiva) Negocial, o Equilíbrio das Prestações, a Transparência, entre outros. Tudo se resumindo na **Solidariedade**, fruto do espírito ético, apregoados nesta era. Novos princípios? Nem tanto. Mais valorizados e explicitados no ordenamento? Sem dúvida. Reflexo das diretrizes constitucionais da Carta Magna – norma pública –, no cerne da codificação civilista – de origem privada. A função social dos institutos jurídicos consiste em um mecanismo interpretativo pré e/ou pós-efetividade, em sentido revisional, quer modificando seu conteúdo classicamente conhecido, quer limitando seu campo de atuação. Atinge não apenas aos instrumentos materializados, mas igualmente aos conceitos e abstrações jurídicas.

Portanto, no âmbito do Direito Privado, é assunto que se encontra com a Constitucionalização Direito Privado Civil, impendendo em um afastamento da operacionalização dos institutos pela técnica da dogmática clássica formalista e dita patrimonializada, para se operar o Direito de acordo com sua função, definida pelo espírito constitucionalista, denominado solidarismo ético, que consiste em um parâmetro axiológico das condutas. Na verdade, a Constitucionalização do Direito Civil vai muito além da simples consagração de normas típicas da esfera pública em diplomas privados. Trata-se da interpretação dos dispositivos eminentemente privados pela ótica da Carta Magna, almejando a uma concretização do ideário da solidariedade constitucional a cada ato jurídico.

Conclui-se que o Solidarismo não é perfumaria contratual. Serve a Carta Constitucional como o novo patamar teórico das relações privadas, pois em seu bojo é que se podem encontrar os novos valores que embalam o sistema jurídico. Para a dignificação contratual do homem, é eleito o valor da solidariedade, como fio condutor que refunda um contrato. Toda e qualquer figura jurídica possui uma função social coadunada com o espírito constitucional e, por essa razão, é lícito afirmar que a nova paradigmática atingiu em cheio aos conceitos jurídicos clássicos, impondo-lhes nova leitura.

2.2.1 A Nova Ordem Codificada – a Interpretação das Normas no Sistema Bipartite.

Dito anteriormente que o artigo 187, NCC, é uma das tutelas norteadoras da função social e, nessa esteira, lícito afirmar que é constituto do discurso jurídico da responsabilidade social. Também afirmado que a teoria do abuso de direito não encerra em si toda a substância da função social da figura, tão pouco a sua prescrição legislativa, destacando-se, a título exemplificativo, a norma constitucional ínsita no inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal – o qual vincula o atendimento da função social da propriedade às garantias fundamentais –, bem como o artigo 421, NCC, o qual vincula a liberdade de contratar ao atendimento da função social do contrato.

O Novo Código Civil é afetado diretamente pela hermenêutica constitucionalizada, bem como pela funcionalização, por tecnicidade complementar ao espírito do solidarismo ou pela ordem das tutelas expressas, consistente com a técnica legiferante, a qual viabiliza a operacionalização da nova *ratio* interpretativa. Daí a importância de se traçar algumas linhas acerca da estrutura de codificação civilista.

O Código Civil/2002 manteve a estrutura do Código Civil/1916: Parte Geral e Parte Especial, em símile técnica adotada pelo BGB[8] alemão. O *Codex* possui a característica da Carta Magna, de semi-rigidez[9], interagindo com microssistemas, caso do Estatuto do Idoso e da Lei “Maria da Pena”.

Há muitos formatos de codificação de leis, porém nenhum pode ser reputado por receita de sucesso absoluto. Ensina Selma Ferraz (2007, p. 263) que, segundo a *Epikēia* de Aristóteles – ou discernimento do justo – fundamental é que o princípio de justiça, sempre inegociável e imutável, esteja consagrado, reformando-se, de tempos em tempos, os meros regramentos, a exemplo do princípio da capacidade contributiva x fixação de alíquotas. A evolução legislativa deve acompanhar a evolução social e permitir que interesses basilares estejam bem protegidos, conferindo abertura aos temas já consolidados. Crescimento sem mácula do princípio de justiça, que sempre será o norte interpretativo das normatizações de qualquer outra natureza. O Direito deve servir à população e não o inverso[10].

A Parte Geral é o cerne da eficácia da técnica de bipartição, orientando a Parte Especial por suas linhas genéricas, posto que em seu bojo estão tutelados os delineamentos sócio-políticos do ordenamento civil-constitucionalista pátrio, sendo fonte interpretativa para as normas específicas, de acordo com o espírito legislativo. A Parte Especial deve ser lida e aplicada de acordo com o personalismo ético propagado na Parte Geral, verdadeiro estatuto humanista da República.

Em nome da operacionalidade – um dos princípios fundamentais do Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade – a parte primeira do *Codex* foi confeccionada com boa dose das denominadas **cláusulas abertas**, das quais é representante a função social e que consistem em normas caracterizadas pela confecção axiológica e que se abstêm da definição da conduta, apresentando o delineamento ético e moral adequado, deixando relevado espaço para a regulação jurisdicional. Propicia que a interpretação do caso

concreto seja contemporânea ao entendimento social, evitando-se o envelhecimento da norma.

Também inseridas na Parte Especial, nesses casos competirá aos operadores do Direito nortear a sua aplicação e interpretação através do solidarismo constitucional e do regramento geral da primeira parte do Novo *Codex*. Desta forma, toda a técnica legislativa coopera para que se garanta efetividade aos objetivos e princípios fundamentais da República.

As cláusulas gerais são criticadas por darem margem excessiva ao juízo de valor individualizado, bebendo da carga pessoal do operador, preocupação por certo legítima, contudo insuficiente para elidir o valor da boa técnica legislativa. Há que se trabalhar com o indivíduo e não com a desvalorização da metodologia, importando em uma “fé racional” sobre o ser humano, investindo nas pessoas, na prospecção do pensamento científico.

Conclui-se que a Parte Especial será lida, operada e aplicada de acordo com o espírito normativo da Parte geral, verdadeiro instrumento de interpretação, bem coadunado com o personalismo ético humanista.

2.2.2 Constitucionalização em diálogo com a figura jurídica do Patrimônio.

Na conformação da ordem moderna, todas as relações jurídicas privadas passariam, necessariamente, pela propriedade e patrimônio, tendo pouco ou nenhum valor a obrigação economicamente não apreciável[11] com ressalva para os contratos a título gratuito. Mesmo relações tipicamente vinculadas à afetividade, como a filiação e o casamento, passavam a ter relevância jurídica ao se tutelar o patronímico, os regimes de bens e heranças.

A evolução doutrinária e normativa modifica essa visão, inclusive pelo melhor tratamento jurídico conferido aos vínculos afetivos em si considerados. E a Constitucionalização e Funcionalização do Direito são temas que afetam diretamente a figura do Patrimônio, em si considerada e em seus reflexos derivativos.

Para melhor abordagem teórica do tema, estabeleceu-se como metodologia tratar-se, primeiramente, de uma visão perspectiva conceitual da propriedade e do patrimônio na ordem jurídica privada e, na mesma esteira, dos danos patrimoniais e do fenômeno doutrinário identificado como “patrimonialização”. Passando, então, a uma análise evolutiva e crítica dos mesmos temas, apresentando, por fim, propostas de sua adequação à perspectiva jurídica contemporânea.

3. patrimonialismo consoante a ordem jurídica clássica.

A concepção de patrimônio no Direito Civil informa, sistemática e comparativamente, à maioria dos diplomas legais, que, após importá-lo, especializam o conceito à luz de sua área específica.

Patrimônio está intimamente ligado à visão de propriedade legítima, posto que emana de um Direito historicamente de enfoque proprietário ou patrimonialista, e essa perspectiva exerce influência direta tanto sobre o tratamento jurídico que recebe, quanto sobre a prospecção de sua função social.

Portanto, mister que se produza uma breve síntese acerca da evolução histórica da propriedade privada, estabelecendo como marco de legitimidade a doutrina de John Locke. Adota-se, para tal finalidade, a didática da renomada professora Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, (2006, p. 17-25) ícone dos estudos jurídicos acerca da responsabilidade social das empresas, a quem se deve o crédito pelas linhas a seguir, sobre o tema. Na seqüência, será abordado o significativo tradicional de patrimônio, analisando sua influência sobre a ordem econômica e privatística moderna, no cotejo com o paradigma então adotado para o sujeito de direitos e o fenômeno da patrimonialização do Direito.

3.1 Surgimento histórico da propriedade privada.

Primitivamente, a propriedade e os meios de produção pertenciam à coletividade, que se sobrepuja ao indivíduo, tendo-se como privado apenas o utensílio pessoalmente manufaturado, compreendido como extensão do próprio artífice.

Em Justiniano, a propriedade adquire caráter unitário, concentrando os poderes de usar, abusar e alienar. No Império Romano, publicizam-se os meios de produção, até o seu declínio, quando se verificam características pré-feudais.

Já a época feudal é marcada pela mescla de soberania e poder, onde os camponeses, em que pese não serem escravos e deterem uma parcela dos meios de produção, ainda possuem restrições à sua liberdade individual. O final desse período caminhava para a viabilização do pleno comércio dos bens móveis e imobiliários, instrumentalizada, juridicamente, pela afirmação da propriedade absoluta e da monetarização econômica.

Seguem-se os tempos colonialistas, a intensificação do comércio, a criação dos sistemas bancários e a produção industrial em larga escala, fazendo surgir os grandes impérios financeiros, as sociedades por ações e a acumulação primária de capital. A parte final do Século XIX consolida a tendência do crescimento desenfreado de pequena minoria, desembocando em oligopólios e monopólios, atingindo, assim, a Nova Economia e passando por inúmeros fenômenos econômicos, os quais não serão abordados por questão de limite espacial.

Como ensina Bessa (2006, p. 22), o jusnaturalismo constrói os fundamentos ideológicos e jurídicos da propriedade privada, tida como direito fundamental e absoluto, lado a lado com o direito à vida e à liberdade. John Locke teoriza a legitimidade da

propriedade privada por uma visão teológica, demonstrando que Deus criou a natureza com a finalidade de que esta fornecesse sustento ao Homem, quem, na imposição de sua força de trabalho para acessar ou transformar a matéria-prima, convalida sua titularidade sobre o bem, limitado pela sua capacidade de fruição, posto que o desperdício contrariaria os desígnios divinos. Desume-se que, mesmo sob outra linguagem, já se percebia o delineamento das teorias da sustentabilidade e do abuso de direito.

3.2 Concepção de Patrimônio na ordem tradicional e seus efeitos axiológicos e dogmáticos:

Conforme Beviláqua (1940, __), patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. E para quem afirma que o “pai do Código” teria se abtido de enfrentar a questão do patrimônio negativo, seguem seus comentários ao artigo 57:

Nelle se compreendem os direitos privados economicamente apreciáveis (elementos activos) e as dívidas (elementos passivos). Para o Código Civil, o patrimonio é uma universidade de direito. [...] É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil. Raoul de La Grasserie compreende-o como o prolongamento da personalidade sobre as coisas.

Segundo Venosa (2004, p. 310-311), patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa, englobando direitos pecuniários imediatos e excluindo as manifestações estritas da personalidade, vez que insuscetíveis de cessão ou apreciação financeira[12].

Caio Mario (1997, p. 245-252) comenta a controvérsia acerca do abrangimento – ou não – do passivo econômico, citando *De Page* e *Aubry et Rau* como expoentes pensadores de cada escola, respectivamente. E, por via reversa, exclui da concepção patrimonial inúmeras garantias e titularidades, tais como as relações familiares puras – como o Poder Familiar –, as atinentes à personalidade – como a honra e a imagem –, bem como o sufrágio, dentre outros, em razão de sua inapreciabilidade econômica, devendo ser reputados como direitos não patrimoniais, não constituintes do patrimônio do indivíduo.

Essa visão econômica do patrimônio é reproduzida pela Administração Federal. De acordo com o Ministério da Fazenda Nacional, patrimônio é o conjunto de bens, direitos e obrigações de uma entidade[13].

Portanto, é possível afirmar que a concepção clássica civilista, que bem se pode resumir no complexo de bens economicamente apreciáveis, é pacífica nos variados campos do

Direito, guardando intimidade exclusiva com o aspecto financeiro, unindo patrimônio com prestabilidade econômica da relação ou do bem.

E dessa união, resultam efeitos sobre todo o sistema jurídico, atendo-se, o presente estudo, notadamente, no campo axiológico, ao fenômeno denominado “patrimonialização do Direito” e, na esfera dogmática, à categorização dos danos civis.

3.2.1 O sujeito de direitos moderno e a Patrimonialização do Direito Privado.

Em plena era da codificação, os diplomas passaram a reafirmar a liberdade de autodeterminação dos particulares, na autonomia da vontade concretizada na ampla liberdade contratual e de titularidade imobiliária. Desde então, os ordenamentos jurídicos passaram a refletir uma **visão patrimonializada do Direito**, infirmando a melhor tutela para os bens e não para a pessoa humana diretamente, ideologia jurídica também denominada **individualismo proprietário**[14], traduzindo um direito despersonalizado, posto que maior identidade normativa guardava com os bens, e não com seus possuidores.

Como ensina Sarmiento (2004, p. 91):

Este indivíduo, então identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito em hipotética paridade com outros sujeitos de direito integrantes do mercado e da sociedade civil. A ordem jurídica cerrava seus olhos para a desigualdade de fato [...]

Ao se falar em patrimonialização, seja dos contratos ou das relações em geral, difere do mero aduzir-se de seu conteúdo econômico, sendo antes uma tendência, imposta pela *ratio* jurídica moderna – bem infirmada pela Revolução Francesa – de operacionalizar o Direito com extremo privilégio protetivo aos valores patrimoniais em questão, ainda que em detrimento da realização dos interesses extrapatrimoniais ou imateriais do sujeito de direitos envolvido. Fator que milita, sem dúvida alguma, contra a realização de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.2.2 Danos na ordem tradicional e a perspectiva do Novo Código Civil

A patrimonialização do Direito surtiu reflexos também sobre a Responsabilidade Civil, marginalizando a proteção aos danos reputados “exclusivamente morais”. Fundamentava-se tal repúdio em suposta contrariedade à moral e aos bons costumes de

um enriquecer-se com a dor; ou seja, seria absolutamente imoral que um pai, v.g., recebesse um valor em dinheiro pela morte de um filho ou por prejuízo à honra. Atribuir um valor pecuniário a algo de natureza existencial seria mais desonroso do que o próprio dano, como se estivesse a lhe impor preço. Outra justificativa emanava da própria impossibilidade de se aquilatar o valor do dano, o que atentaria ao princípio da limitação do valor da indenização ao *quantum* do dano sofrido.

Sendo dano todo prejuízo suportado pela vítima do ato ilícito, lei e doutrina ainda classificam os danos civis por seus reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais, corroborando a visão proprietária do Direito Privado, reputando por **dano patrimonial** aqueles que surtem efeito negativo sobre o arcabouço econômico da vítima, impondo-lhe gastos – dano emergente – ou paralisando seus recebimentos – lucros cessantes –, aliando-se, necessariamente, à correspondência financeira, a qual determinará o *quantum* indenizatório[15].

A síntese do pensamento clássico é bem apresentada por Agostinho Alvim, (1996, p. 171-172) que demonstra a relação entre a patrimonialização e a indenizabilidade:

Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, **dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio.** Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa ao estudo do dano indenizável. (g.n.)

Essa esteira de raciocínio inviabilizou, por muito tempo, a construção de uma teoria indenizatória para a proteção de direitos difusos e coletivos.

Em 1988, a Constituição Federal corroborou a proteção ao dano moral como garantia fundamental da personalidade humana, ao expressamente afirmar, em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A doutrina atinente aos danos morais evoluiu nas últimas duas décadas. A esfera moral, também conhecida como **dano extrapatrimonial**, é hoje composta por três espécies principais[16]: o **dano moral *stricto sensu***, referindo-se à lesão que afeta estritamente à intimidade, honra, imagem e equilíbrio emocional da vítima; bem como, as lesões ao corpo humano categorizadas como **dano estético e corporal**.

O Novo Código Civil/2002 trouxe, ainda, duas definições de ato ilícito. O artigo 186, que basicamente reproduziu o conceito clássico, agora o vinculando ao dano, ainda que exclusivamente moral. Na seqüência, o novel artigo 187 – teoria do abuso de direito – sobre o qual já se tratou anteriormente.

Logo, por mais que o Novo *Codex* mereça críticas por falhas decorrentes do processo legislativo de sua confecção, e, sem embargo se possa dizer que emerge da dogmática clássica, de toda sorte possui inovações legais relevantes, podendo ser instrumento de promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, desde que seja praticado de maneira afinada com a efetiva função social de seus institutos, consonante a Dignidade da Pessoa Humana e a Promoção do Bem Comum.

4. o patrimônio na evolução jurídica contemporânea.

4.1 Principais Efeitos jurídicos da atual concepção patrimonialista e novas tendências.

Da dogmática clássica, que objetivou o ser humano e economicizou o patrimônio, até a contemporaneidade, que pretende resgatar a primazia da dignidade da pessoa humana, a impor-lhe sobre a proteção da propriedade, atravessa-se teorias jurídicas de construção, desconstrução e reconstrução da *ratio* dominante.

Mas uma breve investigação demonstra que a própria espécie patrimonial evoluiu teórico-materialmente, excedendo a sua exclusiva noção econômica, sem carecer de grandes esforços de compreensão para que se atinja tal raciocínio, a exemplo do patrimônio genético humano, como será abordado adiante.

Um pouco mais complexa é a questão do Homem em si, cujo valor, na representação social, sempre esteve tradicionalmente coligado com os bens que possui. Ou então, a distanciar-se de seus pertences, para se focar exclusivamente na sua imaterialidade. Na busca do equilíbrio, contemporaneamente o patrimônio há de associar a múltipla natureza de bens do indivíduo.

Visto que a proteção patrimonial “ideologicamente especializada” – compreendida pela tendência de operacionalização do Direito com privilégio protetivo ao bem econômico – beneficia relações e direitos economicamente apreciáveis e, por via de consequência, aos cidadãos, individualmente considerados, economicamente participantes da sociedade. Um morador de rua, que, com a esmola percebida, adquira um café no bar, dificilmente irá receber – na *praxis* – símile proteção conferida a um consumidor de alto poder aquisitivo.

Logo, quem tem, é.

Livre de qualquer ingenuidade, em uma economia de mercado, o lucro lícito é bom, sem dúvida alguma. E não se nega a impendente relevância de se ofertar tutela à propriedade privada e aos contratos, notadamente em tempos de globalização e sublimação de questões relativas ao tempo e local dos adimplementos obrigacionais. Contudo, é imperioso que haja efetividade de proteção, no mínimo de mesma força, aos valores imateriais, ou economicamente não apreciáveis, como verdadeiros constitutos que são do patrimônio da pessoa humana.

Retomando a análise dos efeitos do patrimonialismo, na atividade jurisdicional percebe-se, notadamente no campo do arbitramento do *quantum* reparatório dos danos morais, um especial privilégio às “quantias módicas”, sob pretexto do “perigo da patrimonialização das relações de cunho moral”, negando efetividade ao caráter pedagógico e profilático das sentenças condenatórias por responsabilidade civil, dada a amenidade da resposta do Estado à Sociedade, face do ilícito. Ao se combater a chamada “indústria do dano moral” – na qual o consumidor seria o suposto empreendedor – o Estado acaba por estimular o aparecimento de uma “indústria da irresponsabilidade”, estimulando o fornecedor a se conduzir de maneira prejudicial ao equilíbrio social, face do sistema de vantagens econômicas que percebe por não prevenir o risco.

Daí, desde já se registrar pleno suporte ao espírito dos movimentos antropocêntricos, contudo, sem deixar de expressar crítica à concepção de *despatrimonializar* o Direito Privado. Ao contrário, propõe-se, justamente, o alargamento das fronteiras da concepção de patrimônio, a afetar o próprio conteúdo conceitual de dano patrimonial – evidência doutrinária do impacto que o patrimonialismo ainda exerce no ordenamento pátrio[17].

Passa-se, portanto, a análise da evolução da figura do patrimônio, em movimentos acadêmicos e em suas novas manifestações materiais.

4.2 Antropocentrismo - mitigação dos efeitos da primazia econômica em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Visto que o Direito Clássico-Moderno se fundamentou sobre uma grave inversão de valores, relegando o Homem a ente abstrato a ser tutelado, em contraponto a um direito concreto, consistente com a propriedade imobiliária – onde o sujeito de direitos não era visto por sua função localizada, mas por sua “objetização momentânea”, mormente como o “titular da propriedade” ou “do direito proprietário” – com a evolução social e jurídica, a dita patrimonialização do Direito Privado passa a ser amenizada pelas lutas sociais e crescente valorização do ser humano, concretizada também em normas inseridas nas Cartas Magnas dos países democráticos, tendo, na Modernidade, a Constitucionalização do Direito Privado como voz ativa e pró-ativa de transformação jurídica da interpretação dos dispositivos e das relações privadas, visando a corrigir os rumos do Direito, para uma visão antropocêntrica.

Em nome do resgate do antropocentrismo, para alçá-lo a paradigma central do tríplice vértice do discurso jurídico – a saber, a norma, a jurisprudência e a doutrina – surgiram algumas correntes acadêmicas, que dialogam com a Constitucionalização, a saber, o movimento de *Despatrimonialização* e de Repersonalização do Direito Privado, a somar-se com a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. A seguir, serão brevemente investigadas as três teorias mencionadas, posto que sua presença no contexto nacional influencia os rumos não apenas da conceituação do patrimônio, como também a categorização dos danos civis.

4.2.1 Despatrimonialização e Repersonalização do Direito Privado.

A bandeira da Despatrimonialização e da Repersonalização do Direito Privado é erguida, nacionalmente, por consagrados autores, a exemplo de Judith Martins Costa, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin Moraes.

Ambos estão aliados à Constitucionalização, mas também intimamente ligados à questão patrimonial em si – até então o efetivo valor fundante do governo jurídico das relações sociais –, pretendendo uma reforma axiológica de todo o discurso jurídico. Acerca do entorpecimento axiológico, Pietro Barcellona (1996, p.17) critica a Modernidade, afirmando que a sociedade atual é uma massa amorfa de indivíduos, que perseguem febrilmente uma identidade impossível: o mundo dos objetos consumíveis governa as suas vidas por uma lógica puramente consumista.

Contudo, trata-se de linhas de pensamento diversas, havendo, basicamente, entre os dois movimentos, uma diferença didático-metodológica: enquanto a **repersonalização** busca colocar o Homem no centro do valor da tutela, resgatando, também ao mundo do Direito, a visão antropocêntrica, a **despatrimonialização**, por sua vez, atua pela desconstrução do paradigma patrimonial, em verdadeira crítica ao sistema vigente.

A **repersonalização** trata da pessoa do sujeito de direitos, visando a construir, ou identificar, para este um novo sentido conceitual, que o valorize como pessoa humana, e não meramente como titular do direito patrimonial, como se o Homem existisse para viabilizar a existências das coisas. Ensina Fachin (2000, p.102):

O Código Civil foi formulado numa época de extremo apego às aspirações e generalizações. Categorias jurídicas, e não o sujeito, estavam no centro das preocupações. [...] Já anotamos, em outro texto, a incidência da complexidade como categoria apta a fraturar frágeis certezas e a fragmentar percepções monolíticas: “Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução do Direito. [...]

Ao encargo de Tepedino (1997, p. 317-318), a noção da teoria também conhecida como **despatrimonialização constitucionalizada**:

Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a

paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de ‘despatrimonialização’ do direito privado.

Restando o escopo do doutrinador bastante claro, vale ressaltar que das suas linhas se desume o reconhecimento do privilégio jurídico que recebe o patrimônio, em sua acepção tradicional – com vigor já em parte mitigado, certamente –, evidenciando que a patrimonialização das relações era fenômeno de tal gravidade e proporção, que chegava a prejudicar a própria tutela da estrutura familiar, desmerecendo o “direito à felicidade” e o “direito de romper”, para se beneficiar a denominada “família institucional”, cuja função era dar forma à sociedade conjugal – de reflexos vitais para a Comunidade – e não proteger o “direito de amar” – o qual, logicamente, possui relevância social, tendo em vista os efeitos coletivos inevitavelmente surtidos[18].

A concluir a travessia, pode-se dizer que no fulcro prospectivo, ambas as teorias ancoram em mesmo plano. A despatrimonialização constitucionalizada tem por objetivo retirar do foco das relações jurídicas o privilégio à *coisificação do Homem*, do “ter” sobre o “ser”, em prol de uma *revalorização* dos direitos subjetivos, *repersonalizando* as relações privadas. Voltando a Tepedino (2006, p. 342), eis o atingimento da visão antropocêntrica do Direito, que se volta ao Homem, como valor social e cerne das relações, efetivo bem a ser tutelado.

A pessoa humana e não portanto o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de personalidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.

Assim, lógico se desumir que a crítica quanto à patrimonialização das relações residia justamente na exacerbada tutela ao bem de propriedade – que ensejou inclusive uma noção econômica de patrimônio no Direito Civil –, a despeito das necessidades humanas. Altera-se a noção de “justo”, ao se *despatrimonializar* a interpretação e operação do Direito, pondo-se em foco a necessidade do Homem, ainda que no sacrifício eventual do valor e interesse econômicos. Conclui-se com as palavras de Fachin (*Estatuto ... cit.*, p. 179):

Compreende-se nesta faina a percepção axiológica centrada na pessoa, superando o individualismo formalista e a aplicação mecânica do Direito. É inegável a pertinência da temática constitucional em sede do Direito Civil contemporâneo, sem embargo das vicissitudes e da complexidade que daí emergem.

4.2.2 Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.

A teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, *a priori*, não referenda, necessariamente, a presente hipótese problematizante, contudo demonstra, criticamente, o reconhecimento doutrinário da supressão dos direitos pessoais em favor das garantias reais, propondo que se passe a reconhecer, como garantia fundamental, o direito da pessoa humana de possuir um mínimo de patrimônio – econômico, diga-se – a lhe garantir o sustento.

Em que pese a garantia teórica do sustento já constar do discurso jurídico há tempos, é bem sabido que a tutela, com raras exceções, não passa de letra escrita, restando divorciada de efetividade.

A evolução proposta pela teoria que se apresenta consiste em relativizar a “ideologia jurídica da estrita proteção ao patrimônio”, especialmente ao propugnar o dever do Estado-Juiz de preservar essa quantidade mínima de patrimônio individual, seja através da tutela do Bem de Família, seja pela não-expropriação do devedor além de suas forças, infirmando, portanto, melhor garantia de direitos ao devedor e não ao crédito[19].

A obra aborda, ainda, o artigo 548, do NCC, que diz, *in verbis*, “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

Justamente se percebe a nuance evolutiva, na prospecção da **função social do patrimônio mínimo** e também nas expressões “**na medida de suas forças**” e “**subsistência**”. Nesta esteira, não basta que o devedor seja responsabilizado apenas até o alcance de seu patrimônio ativo, zerando-o. Pelo contrário, é preciso que ao devedor remanesça uma parcela mínima de bens, para que dali retire seu sustento e, no mínimo subsista, quiçá se reerga economicamente, cumprindo-se, assim, a finalidade social e econômica da propriedade, colaborando para o estabelecimento de uma ordem econômica baseada na Dignidade Humana.

Leia-se o excerto, propositalmente retirado da parte introdutória da obra (*Estatuto ... cit.*, p.1):

A pessoal natural [...] pode ser também [...] dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.

4.3 Novas espécies patrimoniais.

Atualmente, o discurso jurídico já reconhece, expressamente, arcabouços de garantias, as quais se constituem em *novas categorias patrimoniais*, tipicamente contemporâneas, desafiadoras dos paradigmas tradicionais, posto que evidenciam a insuficiência, ou inadequação do discurso jurídico privado patrimonial às novas relações praticadas.

Emergem do Direito Público e Privado, individual e/ou coletivo, a exemplo, respectivamente, do patrimônio cultural e ambiental e do personalíssimo patrimônio genético e direitos autorais, estes últimos já conhecidos na dogmática moderna.

Com o afrouxamento das dicotomias, essas novas tipicidades de múltipla natureza dialogam inter- esferas, impendendo em esforço hermenêutico, na *praxis* de seu tutelamento.

No passo econômico, *aprioristicamente*, a categoria patrimonial pode, ou não, possuir característica de apreciabilidade; contudo, *casuísticamente*, sua melhor proteção *pode* importar, justamente, no *evitamento exploratório*, não por natureza, mas para própria preservação do bem e/ou por interesse de seu (s) titular (es).

A seguir, contextualizam-se, pontuadamente, algumas das novas espécies patrimoniais.

4.3.1 Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental.

Com amplitude, define o art. 216, CF, que o patrimônio cultural brasileiro se compõe de *bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*, reputando, portanto, por patrimônio, valores imateriais, tais como a memória e a identidade.

Para a ONU (1972), a concepção de patrimônio e bem extrapola os limites espaciais regionais ou nacionais, denotando que os reconhecidos valor e interesse intrínsecos não residem no *quantum* de capacidade de apreciabilidade econômica; pelo contrário, decorrendo, para a ótima preservação desses bens mundiais, a necessidade de livrá-los da ambição exploratória. Diz o preâmbulo da Convenção[20]:

Considerando que as convenções, recomendações e resoluções internacionais dedicadas à proteção dos bens culturais e naturais mostram a importância que constitui, para os povos do mundo, a salvaguarda destes bens únicos e insubstituíveis, independentemente do povo ao qual pertençam,

Considerando que determinados bens do patrimônio cultural e natural são detentores de excepcional interesse, que exige sua preservação como elemento do patrimônio de toda humanidade.

E, na seqüência, definem, os artigos 1º e 2º, do corpo textual, ora apresentados sumularmente:

I. DEFINIÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL E NATURAL

ARTIGO 1

Para os fins da presente Convenção, são considerados “**patrimônio cultural**”:

- os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas [...] objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições [...] e conjuntos de **valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência**, (g.n.) [...]
- os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como áreas, **que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico**. (g.n.)

ARTIGO 2

Para os fins da presente Convenção, são considerados “**patrimônio natural**”:

- os monumentos naturais [...] as formações geológicas e fisiográficas [...]
- os sítios naturais [...] **detentoras de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural**. (g.n.)

A guisa de conclusão, registre-se a lição de Carlos Frederico Marés de Souza (2005, p. 45):

Os bens culturais, ao formarem um patrimônio, **não precisam ter valor econômico**, e não têm o mesmo titular, já que podem ser bens públicos ou privados, sob a propriedade de qualquer pessoa física ou jurídica. [...] o conceito de patrimônio cultural, patrimônio genético, ambiental, florestal, e até mesmo patrimônio nacional – da Nação e não do Estado –, são atécnicos, como diziam Alibrandi e Ferri, mas servem para identificar uma universalidade **juridicamente protegida sob as mesmas condições**. (g.n.)

4.3.2 Patrimônio Imaterial Autoral.

Os direitos autorais são matéria de mais freqüente manuseio e tratamento pelos operadores do Direito, não se registrando debates doutrinários mais acalorados, acerca do caráter patrimonial das obras não exploradas economicamente.

Preceitua o art. 7º, da Lei 9.610/98, que se tratam de obras merecedoras de proteção: *as obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.*

Na continuidade, as tutelas não restringem a proteção tão somente às obras publicadas visando à percepção de proveito econômico, restando abarcadas as expressões que visem ao estrito proveito cultural, para o “bem do espírito”, em paráfrase ao diploma legal.

4.3.2 Patrimônio Digital.

O patrimônio digital integra, para alguns autores de vanguarda, a categoria dos direitos de 5ª geração, merecendo proteção em âmbito mundial, inclusive por tratados internacionais, visando à uniformização do regramento, notadamente pelo alcance espacial sem fronteiras, típico dessas relações.

De acordo com a UNESCO[21] (2004), o patrimônio digital pode ser assim compreendido:

recursos de conhecimento ou expressão humana, seja cultural, educacional, científico e administrativo, ou abrangendo a informação técnica, legal, médica e outros tipos de informação, [que] são cada vez mais criados digitalmente, ou convertidos de sua forma analógica original à forma digital. [...] Matérias digitais incluem textos, bases de dados, imagens estáticas e com movimento, áudios, gráficos, *software*, e páginas *WEB*, entre uma ampla e crescente variedade de formatos. Eles geralmente são passageiros e requerem produção, manutenção e gerenciamento intencionais para serem preservados. **Muitos desses materiais são de valor e significância duradouros, e por isso constituem um patrimônio** que deve ser protegido e preservado para a geração atual e futura. Esse patrimônio existe em qualquer língua, parte do mundo, e em qualquer área do conhecimento e expressões humanas. (g.n)

4.3.3 Patrimônio Genético Humano e Não-Humano.

Prima facie, Bobbio (*A Era ...*, p. 1-65) computa tais garantias à 4ª geração, contudo, parcela da doutrina o associa ao compêndio da 3ª geração, eis que a própria Constituição Federal albergou a temática sob a tutela dos direitos ambientais.

Como afirma Geilza Diniz (2003, p. 57), o patrimônio genético abrange as informações genéticas de natureza humana e não-humana, consagrado com o advento da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (Paris, 1997), consolidando o genoma humano e a informação nele contida como **patrimônio comum da humanidade**, logicamente não excluindo seu caráter personalíssimo. Em que pese o caráter coletivo, é evidente que a principal destinatária da garantia é a pessoa humana.

Barbas (1998, p. 17), conceituando *Patrimônio Genético*, afirma: “*é, por demais, evidente que o vocábulo patrimônio não é utilizado no sentido econômico, como algo que se pode comprar, vender ou trocar. Se me é permitida a expressão, estamos perante um “patrimônio não patrimonial”*”. (g.n.)

E continua, enfrentando a tarefa conceitual:

[...] no sentido de um universo de componentes físicos, psíquicos e culturais [incorporado o sentido *jungiano*], que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e [...] passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender, depois de transmitir.

Analisada a Constituição Federal, a CDB[22] e a Medida Provisória 2.186-16/01, tem-se um conceito abrangente de **patrimônio genético não-humano**, consistindo, essencialmente, nas informações de origem genética contidas em amostras do todo ou de parte de espécime do Reino Animal ou Vegetal, desde que coletados no território nacional, plataforma continental ou zona econômica exclusiva. Também engloba a informação ou prática de comunidade indígena ou local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético (conhecimento tradicional associado); e, ainda, o acesso ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza.

Confirmando o revestimento jurídico da expressão “patrimônio genético humano”, a Lei Estadual 4.141/2003, que garante a todos os cidadãos do Estado do Rio de Janeiro a inviolabilidade e imperscrutabilidade de seu Patrimônio Genético sob qualquer pretexto, por qualquer órgão de segurança, de análise ou de pesquisa. Evidencia o caráter privado desta espécie patrimonial, constituto da personalidade estrita, associando a sua defesa com a dignidade da pessoa humana, citando-se os arts. 7º e 8º, que regula interesses dos particulares, sobrepujando-os aos dos empregadores; e o **art. 14**, que preceitua que todo cidadão tem direito de acesso aos seus próprios dados, sendo prioritário o respeito ao direito pessoal a decidir sobre o desejo à informação acerca de seu Patrimônio Genético.

5 Proposta de Ressignificação da Figura Jurídica do Patrimônio e Recategorização dos Danos Civis. Análise Crítica da teoria da Despatrimonialização do Direito Privado.

Em que pese o conceito de patrimônio ser praticamente unívoco e generalista, a própria doutrina civil o lê de forma diversa, ao tratar de relações do indivíduo ou da empresa. E, na atualidade, muito menos se pode adotar a expressão “patrimônio”, tomando-a pelo mesmo arcaico significado estritamente econômico, posto haver múltiplas novas espécies patrimoniais, livres de apreciação econômica, seja por estarem “fora do comércio”, seja por inerente necessidade de autopreservação.

Propõe-se a substituição do paradigma “quem tem, é”, pela premissa humanista “quem é, tem”.

E tem não apenas dinheiro ou posses, mas, principalmente, seu aspecto espiritual e moral, sua própria personalidade, livre e inalienável, seu sentimento religioso, seu nome, sua imagem, sua honra, suas emoções, suas idéias, seu legado, assim como o simbolismo, a memória e a informação já compõem, reconhecidamente, o patrimônio imaterial coletivo, nacional ou internacional.

E na mesma esteira, o indivíduo possui livre autonomia de vontade, inclusive para decidir explorar ou não economicamente[23] as suas titularidades, descabendo, *ipso facto*, punições com a perda ou enfraquecimento da tutela protetiva de seus direitos.

Afinal, se a propriedade privada é reputada por garantia fundamental, logicamente – e na baliza teórico-axiológica da Constituição Federal – todas as demais garantias fundamentais são, *símile forma*, constitutos do patrimônio individual.

Émile Durkheim (1995, p. 52) define representação coletiva como uma forma de pensamento social, afirmando que “*uma sociedade não é simplesmente constituída pela massa dos indivíduos que a compõe, pelos movimentos que eles realizam, mas, antes de tudo, pela idéia que ela faz de si mesma*”.

Sob este prisma, é lícito afirmar que a sociedade compreende o patrimônio com a abrangência das imaterialidades, a exemplo do que traduzem as comuns expressões “meus filhos são o seu bem mais precioso” ou “nossos funcionários são o patrimônio humano desta empresa” [24].

No âmbito jurídico, cita-se a tutela do bem de família, que verdadeiramente incorpora ao patrimônio de seu proprietário mais do que a titularidade imobiliária, garantindo especialmente o “direito de morar”, a paz de espírito da proteção à inviolabilidade jurídico-creditória de seu domicílio.

E, se é permitido que o Direito Civil informe, sistematicamente, a outros campos do Direito, é isonômico que se busque socorro de fonte no Direito Penal, que alinha sua concepção de patrimônio extrapolando o aspecto estritamente econômico, abraçando os valores de “afeto” transferidos para a coisa, por seu dono. Leia-se a lição de Nelson Hungria (1980, p. 08):

Crimes contra o patrimônio podem ser definidos como espécies de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de defesa qualquer bem, interesse ou direito, economicamente relevante, privado ou público. A nota predominante do elemento patrimonial é o seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia; mas cumpre advertir que, **por extensão também se dizem patrimoniais aquelas coisas que embora sem valor venal, representam uma utilidade ainda que simplesmente moral** (valor de afeição) para o seu proprietário. (g.n.)

Portanto, à vista de todo o exposto, decorre que *repersonalizar* o Direito Privado é essencial, sempre mantendo uma visão holística do sujeito de direitos; *patrimônio mínimo* há de ser estendido, englobando efetiva proteção para as garantias fundamentais, para além do direito ao sustento econômico, visando ao asseguramento do direito à existência digna em caráter amplo.

No que tange à *despatrimonialização*, notadamente pela teoria das representações coletivas, desume-se que sua *ratio* consiste no mesmo que edificar a tão combatida visão patrimonialista material, corroborando a exclusão dos valores morais e dos bens intangíveis da concretude da personalidade humana.

Melhor benefício jurídico-científico alcança, portanto, a reafirmação do valor ao patrimônio do Homem em sentido amplo, a prestigiar, igualmente, as suas titularidades imateriais. E com base nos novos paradigmas das relações jurídicas privadas contemporâneas, “patrimonializar” ganha novos contornos, significando considerar toda e qualquer titularidade que o sujeito possua, sem distinção de qualquer natureza – ou seja, o Homem em si considerado.

Nesta esteira, *patrimônio imaterial* ou *intangível* deixa de abranger somente marca comercial ou o crédito, assumindo uma concepção ampla, típica da categoria gênero e de magnitude excedente à apreciação econômica do bem ou direito em tela, e, logicamente, a ser especializado pelo campo do conhecimento analisado, desumindo-se, aprioristicamente, que o patrimônio imaterial da pessoa humana diverge do patrimônio imaterial da empresa ou do Estado.

Quanto à matéria dos danos civis, importa em uma recategorização da mesma, alçando-se o *dano patrimonial*[25] ao nível do gênero das lesões, abrangendo aos prejuízos de caráter estritamente moral, com vistas ao seu alinhamento com o solidarismo constitucional. Classificação que, mais uma vez se assinala, também será especializada, no caso concreto, pela tipificação das relações sociais em questão, agentes e vítimas a corporificarem a celeuma. Na espécie, ter-se-ia, portanto, o *dano econômico* e o *dano moral*, a classificar a lesão patrimonial.

Por fim, vale refrisar um dos efeitos mais caóticos, provocados pela inversão de valores que atravessa o discurso jurídico, na questão do dano patrimonial.

Em tempos de economia de mercado globalizada, impessoal e massificada, alienante do trabalhador e consumidor dos processos produtivos, a gestão da tomada de decisão é

baseada na busca pela máxima eficiência e diminuição dos custos de transação, que englobam as condenações pecuniárias. Considerando a Responsabilidade Civil tanto por sua função precípua indenizatória / reparatória, quanto por sua função social profilática e pedagógica, a perspectiva do *quantum* condenatório influenciará diretamente nas escolhas do gestor, se prevenirá ou assumirá o risco de lesionar.

A quantificação do dano econômico é jurisprudencialmente previsível, atuando, o Poder Judiciário, com parcimônia, ao quantificar modicamente a reparação pecuniária à lesão moral, sob pretexto do “perigo da patrimonialização das relações” e “evitamento da indústria do dano moral”.

Deixando-se à margem maiores debates acerca de tema tão frutífero, basta por ora salientar que tais decisões, por seu reflexo econômico na redução dos custos de transação, acabam por estimular, outrossim, uma verdadeira “indústria da irresponsabilidade”, embalando uma cultura de provocação deliberada de danos, no esplêndido berço do sistema legal de vantagens financeiras, posto que o agente, quem, em nome da eficiência, logicamente que preferirá arcar com as despesas judiciais e eventual condenação pecuniária, a investir na melhoria de seus processos relacionais, ferindo, de morte, a ideologia profilática e pedagógica – e, assim, a própria função social – das sentenças indenizatórias e reparatórias.

E mesmo no âmbito das relações particulares, o suposto evitamento da “patrimonialização das relações morais”, no projeto parental, impediu, por décadas, o acesso das vítimas a uma efetiva reparação pecuniária, por exemplo, por “danos de amor” ou de abandono afetivo[26].

Ora, não se trata de monetarizar o valor humano moral, mas, antes, de lhe conferir, no mínimo, tão boa tutela protetiva, quanto a destinada, há mais de século, ao patrimônio econômico.

Considerações finais:

Deixou-se de utilizar o termo “conclusão”, para esta parte final do artigo, pois ainda que apresente escorregada tecnicidade, *in casu* quer parecer que empresta conotação pretensiosa e terminativa ao tema, sendo preferível que se trate este tópico por uma síntese de todo o exposto. O Direito é sempre um processo em constante devir.

A Constituição Federal de 1988 é uma carta política de consagração do ideário humanista, cujas garantias fundamentais ali tuteladas são fruto de lutas sociais intensas.

O Direito Privado brasileiro, por mais de um século se infirmou sobre a *ratio* do individualismo proprietário, conferindo melhor tutela às coisas e não aos seus detentores e reputando por patrimônio pessoal o complexo de bens e direitos economicamente apreciáveis do indivíduo. O próprio dano civil sempre foi associado à lesão econômica, sendo relativamente nova a reparação ao dano moral.

Porém, reconhece a doutrina que é tempo de transformação do paradigma, resgatando, a todo o discurso jurídico, a visão antropocêntrica individual e coletiva, traduzida nos princípios basilares “dignidade da pessoa humana” e “promoção do bem comum”, constitucionalizando, assim, as normas de Direito Privado, impondo limitação ao uso abuso da livre autonomia da vontade e tratando o discurso jurídico sem dicotomias extremadas, dialogando entre as esferas.

Movimentos teóricos buscam essa reforma axiológica, com destaque para os denominados de repersonalização e despatrimonialização. E os paradigmas contemporâneos levam ao reconhecimento de novas categorias patrimoniais intrinsecamente dissociadas da apreciação econômica, seja por natureza, seja por necessidade de preservação.

Considerando que os bens e reflexos imateriais, ou intangíveis, da pessoa humana são tão ou mais importantes do que as suas propriedades materiais, visto serem constitutos de sua personalidade, e que a repersonalização do Direito é fenômeno irrefreável, tendo a constitucionalização como caminho axiológico, então, certamente, é tempo de alargar as tendas dos significados investigados, passando a compreender o patrimônio como o conjunto das titularidades do Homem, independente de possível apreciação econômica, prestando-se a mesma reforma à categorização dos danos civis – todos de gênero patrimonial, subdivididos em espécie econômica e moral.

Quem é, tem.

Referências bibliográficas

Alvim, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3ª ed. São Paulo : Editora Jurídica e Universitária. 1996.

Barbas, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Porto : Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Barcellona, Pietro. **El individualismo propietario**. Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996.

Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas. Práticas sociais e regulação jurídica.** Rio de Janeiro : Lúmen Iuris. 2006

BEVILAQUA, Clóvis, 3ª ed.. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – commentado por Clovis Beviláqua, volume 1 de 1940.** Rio de Janeiro : Rio Estácio de Sá. 19-. _____, 3ª ed. **Teoria Geral do Direito Civil.** Rio de Janeiro : Rio Estácio de Sá. 19-.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campos, 1992.

_____. **Da estrutura à função,** Manole, São Paulo: 2007.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. p. 162 In: BARROS, Sérgio Resende de & ZILVETTI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo : Dialética, 1999.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos.** Curitiba : Juruá, 2003.

Durkheim, Émile. *Da divisão do trabalho social.* São Paulo, Martins Fontes, 1995.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família e da propriedade privada e do Estado.** 4ª ed. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro : Renovar, 2006

_____. **Teoria crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 102.

FERRAZ, Selma. **Justiça e Razão: Filosofia Clássica e o Liberalismo Antropológico de F. Von Hayek.** São Paulo : Quartier Latin, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal** : Decreto Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro : Forense, 1955-1984.

Marés de SOUZA, Carlos Frederico Filho, 3ª ed. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba : Juruá, 2005.

nalin, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno. Curitiba : Juruá, 2001.

nEGREIROS, Teresa, Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006

Parodi, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. Campinas : Russell, 2007.

Pereira, Caio Mário da Silva, 11ª ed. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**, , 11.ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. vol. 5.

Perligieri, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar. 1997.

POPP, Carlyle. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro**. In: LOTUFO, Renan. (Org.). Direito civil constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Responsabilidade contratual e extracontratual: Ilícito absoluto e ilícito relativo –**

A responsabilidade pré-negocial. In: CANEZIAN, Claudete Carvalho. (Org.). Arte Jurídica. Curitiba: Juruá, 2005.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro : Lúmen Iuris, 2004.

SILVA, João Calvão da, 4ª ed. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória.** Almedina, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro : Forense. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada.** Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

_____. Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro : Renovar. 2006

VENOSA, Sílvio de Salvo, 4ª ed. **Direito Civil.** São Paulo : Atlas, 2004. v. 1.

BRASIL: Disponível em:
<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario_p.asp>. Acesso em: 21 set. 2007.

UNESCO. Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, aprovada em conferência geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura, cuja reunião se deu em Paris, dos dias 17 de outubro a 21 de novembro de 1972. Documento disponível, na íntegra, em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>

_____. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Carta sobre a preservação do patrimônio digital. Global, 23/07/2004. Acesso em 08/02/2005. Disponível, na íntegra, em:

_____ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem. Trata das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais. Paris, 11 nov. 1997.

[1] O autor também menciona a quarta geração de direitos; doutrinariamente, há referência à quinta geração, como se verá adiante

[2] A doutrina tem reconhecido que o princípio da solidariedade nada mais é do que uma versão atualizada da idéia francesa de fraternidade. A respeito do assunto v., por todos, Michel BORGETTO, *La notion de fraternité em droit public français*. LGDJ, Paris, 1993

[3] A exemplo do direito de se habitar em um mundo não poluído, com o correlato dever de não poluir, extensível, ambos, aos particulares e pessoas públicas, indivíduos e coletividades

[4] Posto que divorciado deste não há dignidade pessoal.

[5] Sobre o tema v. Claudia Lima MARQUES, 4ª ed. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo : RT. p. 155/175.

[6] Acerca das mencionadas correntes doutrinárias, por questão metodológica serão abordadas adiante, ao se tratar da figura do patrimônio.

[7] A este respeito POPP, Carlyle. **O Direito em Movimento. Curitiba : Juruá, 2007. p. 62**

[8] *Bürgerliches Gesetzbuch*.

[9] Há doutrinadores que imputam ao sistema codificado a responsabilidade pela rigidez das normas e pela demora nas reformas. Contudo, pelas razões que serão vistas no bojo do texto, o Código Civil/2002 possui mecanismos para adequação das normas ao seu efetivo conteúdo social.

[10] Esta afirmação reflete a lúcida afirmação de Plauto Faraco de AZEVEDO (**Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 15), extraído de JHERING, segundo a qual “a vida não existe para o conceitos, mas os conceitos para a vida”

[11] Vale lembrar que mesmo as doações puras são de índole patrimonial, posto que acarreta, ao doador, diminuição de seu complexo de pertences, crescendo, via de consequência, ao donatário, pela transferência de titularidade.

[12] Segue a ordem do Direito Romano, que distinguia duas categorias de direito – reais e obrigacionais – e nestes últimos se inserindo o chamado **patrimônio imaterial**, consistente no crédito. É de se destacar que o Direito Romano impunha mitigações à titularidade patrimonial, excluindo aos escravos e aos filhos sob pátrio poder.

[13] Disponível em:
<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario_p.asp>.

[14] A este respeito, Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996

[15] Não cabendo, no momento, maiores ilações acerca das multas decorrentes do descumprimento contratual.

[16] Não se considera aqui o chamado *danno alla vita in relazione*, oriundo do direito italiano.

[17] Conquanto não tenha sido o enfoque do presente estudo, a visão econômica patrimonialista surtiu efeitos negativos também sobre a Empresa, institucionalmente considerada, em que pese a aparente contradição desta afirmativa. Ao longo das décadas, com a diminuição do Estado, é repassada parcela crescente de atividades à iniciativa privada, que se torna “um estado, dentro do Estado”, na feliz expressão de Marçal Justen Filho (1997, p. 129). A busca pela máxima eficiência e redução dos custos de transação levaram – e ainda levam – a processos de gestão desfocados da pessoa humana, seja ela um parceiro comercial, um funcionário, um consumidor, mantendo-se o foco na maximização dos lucros. Porém, afirma-se que a empresa perde com a visão patrimonial economicista, posto que, as relações de mercado modernas ensejam o agregar dos chamados “ativos intangíveis”, nem sempre determináveis por expressão econômica. Abarcam-se, nessa categoria, ilustrativamente, a notoriedade da marca, sua reputação social e identidade demográfica, dentre outros.

[18] Por relação afetiva *stricto sensu* compreende-se apenas as providas de natureza familiar, afastando das efêmeras até o noivado. Nesse sentido, Parodi, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. Campinas : Russell, 2007. 598 p

[19] Não pretendem, os autores deste artigo, adentrar ao mérito da teoria, mas vale ressaltar que, frente ao caso concreto, há de se considerar que não apenas o crédito em si é o destinatário da garantia jurídica, mas o próprio credor, que merece igual boa proteção, notadamente nos casos em que esteja em questão o sustento do credor, em face da dependência da satisfação pecuniária da obrigação, e isso não apenas nas matérias típicas de Família. Afinal, o art. 548, NCC, mencionado em seguida, trata das doações voluntárias, e não do pagamento causal.

[20] Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, aprovada em conferência geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura, realizada em Paris, no ano de 1972.

[21] Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, firmada no ano de 2004.

[22] Documento assinado pelo governo brasileiro durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento – a ECO 92, no Rio de Janeiro, e ratificado em 1994, através do Decreto Legislativo nº 02.

[23] Hipóteses em que a decisão seja de cunho exclusivamente individual, confirmando-se a importância dos contratos e das decisões coletivas. Contudo, a limitação espacial impede maior abordagem dos novos paradigmas da liberdade de contratar, ou descontratar, no cotejo com a proposta visão conceitual para o patrimônio.

[24] A evidenciar, inclusive, o que o próprio Direito levemente já normatiza e que mais profundamente debate no âmbito acadêmico: a profunda modificação das titularidades, identificando-se plurívocos interessados, para os mesmos bens ou direitos, possuindo estes, ou não, razão econômica em suas alegações, mas se constituindo em verdadeiros detentores do patrimônio em tela. Fato que melhor se percebe no âmbito dos direitos difusos ambientais, e, com melhor esforço investigativo e hermenêutico, no Biodireito, em questões atinentes à Reprodução Assistida de caráter heterólogo.

[25] Tanto da pessoa física, quanto jurídica, da pública ou da particular.

[26] Julgados não faltam a imputar sobre o arcabouço obrigacional das vítimas o dever de suportamento indene das lesões, tantas vezes em casos espantosamente evidentes, como prejuízos financeiros acarretados ao cônjuge, no curso do casamento; e, tudo sob a batuta jurídica de uma suposta “teoria do risco” – revertida contra a vítima – e evitamento da “patrimonialização das relações” –, decisões estas que certamente, adotariam trato diverso, se estivessem a apreciar direitos societários comerciais.

GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTOS PRIVADOS*

FUNDAMENTAL GUARANTEES AND PRIVATE PROCEDURES

Antonio Nilo Rayol Lobo Segundo

RESUMO

A complexidade das relações sociais na sociedade moderna mostrou que os direitos fundamentais do cidadão podem ser ofendidos não só pelos atos emanados da autoridade estatal, mas também pela manifestação de poderes privados. Diante dessa constatação, diversas teorias foram desenvolvidas com o intuito de fundamentar a possibilidade de invocação de direitos fundamentais também nas relações entre particulares. Aceita a possibilidade de invocação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o passo seguinte foi a incidência das garantias fundamentais nas referidas relações, uma vez que a garantia, sendo instrumento para a tutela do direito, segue-lhe a sorte. Para a aplicação das garantias fundamentais nas relações privadas faz-se necessária a construção de uma teoria geral dos procedimentos privados que justifique e delimite o desenrolar de procedimentos não-estatais, indicando um devido processo legal a ser observado nas referidas relações. O Supremo Tribunal Federal já acolheu em algumas de suas manifestações a necessidade de observância de um devido processo nas relações particulares, seja como uma cláusula geral, seja como manifestação de garantias específicas nele inseridas, como o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, a ação popular e a ação civil pública. A incidência das garantias fundamentais nas relações havidas entre particulares justifica-se sempre que necessário à proteção do direito fundamental por ela assegurado. Os contornos de um devido processo legal aplicável às relações particulares, todavia, ainda carecem de uma melhor sistematização que lhe defina o conteúdo e a fundamentação. A incidência das garantias fundamentais nas relações havidas entre particulares justifica-se sempre que necessário à proteção do direito fundamental por elas assegurado, com fundamento no papel estatal de proteção efetiva dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. INSTRUMENTALIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL. PROCEDIMENTOS PRIVADOS. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The complexity of social relations in modern society has shown that fundamental rights would be offended not only by acts originated from State authority, but also by the exercise of private activities. Given this certainty, many theories were developed with purpose of substantiate the possibility of invocation of fundamental rights also in private relations. Accepted the extension of fundamental rights to private relations, the next step is recognize the incidence of fundamental guarantees to the mentioned relations, since the guarantee, as an instrument of protection of rights follows them. To apply the fundamental guarantees on private relations is necessary the development of a general theory of private procedures that justifies and appropriate defines the non-state procedures .The Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) already recognized in many cases the need to observe the due process of law on private relations, sometimes as a general clause or even like a demonstration of specific guarantees: habeas corpus, writ of mandamus, habeas data and class actions. The contours of a due process of law on private relations, however, still demand a better systematization able to define their content and reasons. The incidence of fundamental guarantees on private relations is justified always that necessary to protect a fundamental right founded on state mission of effective protection of fundamental rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES. INSTRUMENTALITY. HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF RIGHTS. PRIVATE PROCEDURES. DUE PROCESS OF LAW.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgiram inicialmente como forma de limitação do poder estatal, de molde a manter uma certa esfera de intangibilidade da vida privada do indivíduo, essencial ao desenvolvimento de suas potencialidades.

Com efeito, os direitos de primeira geração tinham um caráter eminentemente negativo, a impor ao estado uma abstenção, razão pela qual são também chamados de liberdades públicas negativas, como são as regras da legalidade e da anterioridade da lei penal.

Também os direitos de segunda geração dirigem-se precipuamente ao estado, desta feita impondo a realização de prestações de caráter positivo, como a seguridade social e a previsão de direitos trabalhistas.

O mesmo se dá com os direitos de terceira geração, em que o estado assume o papel de promoção de tais direitos (eficácia objetiva dos direitos fundamentais), como são o meio ambiente e os direitos das minorias.

Fala-se, pois, em *eficácia vertical dos direitos fundamentais*, por serem eles oponíveis ao ou exigíveis do estado, gerando para esse um dever, seja de abstenção (no caso dos direitos de primeira geração), seja de prestação (no caso dos direitos de segunda geração), ou, ainda, de promoção (no caso dos direitos de terceira geração).

Ocorre que o incremento das relações sociais desde o advento do estado liberal e a conseqüente complexidade da própria sociedade em que se inserem tais relações

demonstraram que a esfera de liberdade individual do cidadão pode ser ameaçada não somente pela manifestação do poder do estado, mas também pela atuação de outros particulares[1].

Isso porque o poder deixou de ser um fenômeno eminentemente estatal e passou a se disseminar na própria sociedade, de modo que ao lado do poder estatal – e por vezes até acima dele – identificou-se também a existência dos chamados *poderes privados*[2], titularizados por particulares que se encontram em posição de supremacia (econômica, contratual, social etc.) Em relação aos demais particulares.

Devido a isso, passou-se a sustentar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, donde falar-se daí em *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (*drittwirkung der grundrecht*), em contraposição à eficácia vertical supra-referida.

Outrossim, havendo a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, surge de logo o questionamento acerca da incidência das garantias fundamentais nas relações privadas, pois os direitos somente podem ser efetivamente aplicados se houver uma garantia que lhe dê respaldo.

Surge também a questão acerca da incidência das garantias fundamentais nos processos e procedimentos de natureza privada, de modo que se indaga se seria possível sustentar-se a incidência de um *due process* a reger os procedimentos havidos entre particulares, em contraposição ao devido processo legal de caráter estatal.

Procurar-se-á no presente artigo analisar panoramicamente a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, para em pós analisar com maior profundidade a eventual eficácia horizontal das garantias fundamentais nas relações entre privados, com ênfase no estudo das garantias fundamentais de natureza processual/procedimental, buscando identificar uma fundamentação teórica que satisfatoriamente a justifique, para finalmente tecermos comentários sobre algumas garantias em espécie que podem incidir sobre relações privadas, inclusive com menção de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais eventualmente existentes. identificou-se que a igualdade formal de cunho liberal não tinha o condão de suprimir as relações de sujeição que se verificam no seio sociedade, razão pela qual os direitos fundamentais haveriam de ser oponíveis também aos particulares que detivessem uma posição de supremacia social sobre outros particulares, sob pena de o direito permitir que a atuação privada de um ofendesse os direitos fundamentais de outro ou de todos.

1 DESENVOLVIMENTO

1. DIREITOS X GARANTIAS

Em uma acepção ampla, os direitos abrangem em seu conceito as garantias. Sob uma perspectiva mais técnica, contudo, é possível estabelecer a distinção entre direitos e garantias: enquanto aqueles atribuem ao seu titular uma determinada possibilidade jurídica, estas têm uma função instrumental de assegurar o exercício de um direito. Com

base nessa distinção é que se costuma dizer que os direitos são declarados, ao passo que as garantias são estabelecidas.

A Constituição Federal de 1988 inclui em seu rol de direitos fundamentais tanto direitos propriamente ditos quanto garantias assecuratórias de tais direitos. A título de ilustração podemos citar o reconhecimento constitucional do direito à liberdade de locomoção (Art. 5º, XV), que tem como garantia a previsão do *habeas corpus* (LXVIII). O direito de locomoção sem a garantia dos *habeas* ficaria absolutamente vulnerável, pois o indivíduo não teria meios eficazes de fazer valer o seu direito fundamental, que, *ipso facto*, resumir-se-ia a mera promessa retórica.

Quanto ao conteúdo, podemos classificar as garantias em dois grupos: as garantias materiais (devido processo legal substantivo, *par conditio*, dignidade, vedação ao constrangimento, proteção à privacidade, proporcionalidade etc.) E as garantias processuais (devido processo legal adjetivo, contraditório, direito de defesa, assistência por advogado, direito à prova, imparcialidade do julgador etc.).

As garantias materiais têm existência autônoma, e podem se manifestar ora como um direito, ora como uma garantia de um outro direito. Já as garantias processuais encontram campo de atuação dentro de processos ou procedimentos, de modo a tornar legítima a decisão final a ser tomada.

Segundo Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 34), “as garantias constituem, destarte, fórmulas de proteção jurídico-políticas, cuja finalidade é a de assegurar ou instrumentalizar direitos. Funcionam como salvaguardas das liberdades fundamentais”.

As garantias, portanto, são marcadas pelo caráter de instrumentalidade e referibilidade a um direito, por assim dizer, *stricto sensu*, assegurando-o em caso de violação.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante a constatação de que as ameaças aos direitos fundamentais podem ter origem não apenas na atuação do estado, mas também nas relações estabelecidas entre particulares, decorrentes do exercício dos poderes privados, a doutrina passou a sustentar e a jurisprudência terminou por admitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações de caráter privado, como forma de lhes garantir a efetividade em face de abusos partidos de quaisquer posições de supremacia pública ou privada.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, entretanto, por implicar uma restrição na liberdade de atuação privada do indivíduo, exige uma fundamentação teórica que a justifique, uma vez que a oponibilidade de um direito fundamental a um particular pode esconder uma violação ao princípio da isonomia ou ao princípio da autonomia privada, já que a invocação de um direito fundamental por um particular em face de outro gera para este um dever jurídico que outrora somente seria exigível do estado.

Ora, para que se prestigie a liberdade de atuação do cidadão - a intromissão estatal na esfera do indivíduo deve-se limitar ao mínimo essencial à convivência social pacífica, sem suprimir-lhe a esfera do agir privado, sob pena de o estado imiscuir-se em assuntos

que devem ficar ao alvedrio dos particulares e, assim, trilhar o caminho de um regime autoritário.

Da mesma maneira o direito não pode tolerar a interferência exacerbada de um particular na esfera jurídica de outro, salvo se houver justificativa razoável para tanto, o que nem sempre é de fácil fundamentação.

Para justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a doutrina identifica quatro correntes principais[3]: as teorias da imputação ao estado (incluindo a teoria da *state action*), a teoria da eficácia indireta e mediata, a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia direta e imediata. Sobre o tema, merece destaque também a proposta conciliatória de Alexy.

A teoria da imputação ao estado foi formulada por Jürgen Schwabe, que entende que toda lesão a direito fundamental entre particulares pode ser imputada ao estado, de modo que, em última instância, tratar-se-ia sempre de eficácia vertical dos direitos fundamentais. A teoria da *state action*, por sua vez, tem origem no direito norte-americano. Defendem seus seguidores que os direitos fundamentais direcionam-se especificamente para a atuação estatal, de sorte que nas relações privadas os direitos fundamentais são protegidos pela atuação do legislador ordinário.

A teoria da eficácia indireta e mediata fundamenta-se nas idéias de Günter Dürig, que sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares pressupõe a atuação do legislador ordinário, de sorte que os direitos fundamentais somente se aplicariam se e na medida em que forem disciplinados pela lei. Far-se-ia necessária, pois, a *interpositio legislatoris*, como condição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A teoria dos deveres de proteção defende a incidência apenas subsidiária dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que a disciplina traçada pelo legislador não seja suficiente à proteção efetiva do direito fundamental. Assim, em princípio os direitos fundamentais não teriam eficácia perante terceiros, pois teriam como destinatário primeiro somente o estado. Entretanto, caso a disciplina dada pelo legislador não seja eficaz para a proteção do direito fundamental, e tendo em conta a obrigação estatal de garantir o exercício dos direitos fundamentais (*eficácia objetiva*), as relações entre privados estariam vinculadas à observância dos postulados jusfundamental, embora em caráter excepcional[4].

A teoria da eficácia direta e imediata, por sua vez, tem origem nas lições de Nipperdey, que sustenta que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares prescinde da *interpositio legislatoris*. Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais independe da existência de regulamentação legislativa, sendo bastante que se verifique a existência de uma situação fática ensejadora da aplicação de um direito fundamental.

Finalmente, Alexy sugere uma teoria conciliadora[5], propondo “um modelo de três níveis de efeitos sobre terceiros”, que integra as teorias da eficácia mediata, da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe. Para o professor alemão, em algumas situações os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações entre os particulares; em outras, a sua incidência é apenas subsidiária, caso a proteção prevista

pelo legislador não seja suficiente para evitar a lesão; finalmente, existem casos em que os direitos fundamentais necessitariam da *interpositio legislatoris* para incidirem nas relações privadas.

3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS

Muito embora exista farta literatura acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a doutrina sobre a incidência específica das *garantias* fundamentais nas relações privadas ainda carece de um maior desenvolvimento teórico[6].

A falta de literatura específica, todavia, não exime o estudioso do dever de perquirir acerca do tema, munindo-se para tanto de referenciais teóricos que se referem aos direitos fundamentais e procurando adaptá-los à temática específica das garantias fundamentais.

com efeito, se é possível sustentar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, dúvidas não podem existir acerca da incidência das garantias fundamentais nas referidas relações, pois o direito desacompanhado de sua garantia tornar-se-ia mera promessa destituída de meios eficazes de implementação. Nesse sentido é a ponderação de Wilson Steinmetz (2004, p. 62):

“De fato, a questão processual é relevante. Afinal, reconhecer, no plano material, a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares sem o ulterior reconhecimento de instrumentos processuais hábeis de efetivação é uma espécie de vitória de Pirro. Isso, por si só, justificaria a tematização da questão processual no âmbito da vigência do ordenamento jurídico brasileiro.”

Ora, no momento em que se admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é de se reconhecer tal eficácia também às suas garantias, pois estas, possuindo caráter instrumental em relação àqueles, seguem-lhe a sorte e acompanham-no enquanto verdadeiro instrumento a garantir-lhe a efetividade, seja na esfera pública, seja na esfera particular.

O fundamento que justifica a aplicação das garantias constitucionais à esfera privada pode ser encontrado no ensinamento de Francisco Gerson marques de lima (2002, p. 65):

“A cláusula do devido processo legal é imposição constitucional, que assegura um direito subjetivo público irrenunciável. Como garantia fundamental, não se dirige apenas contra o setor público, pois se encontra, intimamente e em primeiro lugar, liga ao sujeito acusado em geral, e não exclusivamente ao órgão acusador. O próprio estado não pode negá-lo, por qualquer de seus poderes e funções, seja na aplicação prática das regras, seja na elaboração destas. Nesta dimensão, inserida no patrimônio jurídico do cidadão, a cláusula o acompanha onde quer que vá, amparando-o em qualquer situação acusatória.”

E mais adiante afirma (2002, p. 65):

“Podemos ilustrar, alegoricamente, que estas garantias constitucionais não se encontram guardadas numa gaveta da autoridade estatal, que delas fará uso sempre que alguém se apresentar perante o poder público pedindo a tutela jurisdicional ou administrativa. Na verdade, elas se encontram em uma bolsa entregue pelo estado a cada cidadão, que a leva consigo, indissociável de sua pessoa e apresentável em qualquer circunstância em que esteja sendo processado, seja perante agente ou autoridade pública, seja perante outro indivíduo ou entidade privada. Algumas garantias, guardadas na bolsa, podem ser retiradas e utilizadas nos processos e nos procedimentos; outras, somente nos processos; algumas terão dimensão maior; outras, menor.”

Acolhendo a lição supra transcrita, verifica-se que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, as garantias fundamentais possuem um *caráter antropocêntrico*, no sentido de que gravitam em torno do cidadão e em função dele são estabelecidas, não como uma concessão do estado (“guardadas numa gaveta da autoridade”), mas como uma prerrogativa do cidadão (“bolsa”) invocável quando se fizer necessário.

Assim, por se referirem ao indivíduo em última instância, as garantias fundamentais irradiam-se a todas as relações jurídicas encetadas pelos cidadãos, nas esferas pública ou privada, desde que esteja em risco um seu direito fundamental constitucionalmente garantido.

O antropocentrismo traduz a idéia de que o homem, por ser o destinatário dos direitos fundamentais, é destinatário também das garantias fundamentais.

As garantias fundamentais podem ser sintetizadas em uma garantia mais ampla, consistente na existência de um devido processo legal de cunho adjetivo ou substantivo, conforme se refira às garantias processuais ou materiais, respectivamente. O conceito do devido processo legal, conquanto bastante desenvolvido no que toca às relações de poder entre o estado e os cidadãos, ainda não tem os seus contornos devidamente definidos nas relações entre particulares, razão pela qual se defende a construção de uma teoria geral dos procedimentos. Sobre o tema, vejamos mais uma vez a lição de Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 64):

“Os direitos e garantias inerentes à cláusula do *due process of law* não devem se projetar apenas no *processo* estritamente público (judicial ou administrativo). Urge que se fomente de maneira mais ampla a teoria geral dos procedimentos, aproximando-a da teoria geral do processo e lhe alargando os domínios para fazê-la alcançar, também, os *procedimentos* em geral e os *processos de âmbito privado*. Como espécies de procedimentos e processos privados citam-se, a título exemplificativo: as sindicâncias internas feitas pelo empregador na apuração da falta disciplinar de seus empregados; o processamento para excluir o cooperado da cooperativa; o processamento realizado nas sociedades comerciais para exclusão de sócio minoritário ou não; o processamento levado a cabo por empresas privadas para averiguar o fluxo de mercadorias e de aplicações financeiras ou investimentos; o procedimento referente a controle de dados do cidadão, a que se reportam os primeiros dispositivos da lei do *Habeas data* (lei 9.507, de 1997) etc.”

Uma teoria geral dos procedimentos também poderia ser útil ao disciplinamento e à resolução de conflitos relativos a eleições de diretorias de associações privadas, exclusão de sócios de empresas ou de associações, inquérito para apuração de falta

grave de trabalhador estável, processos de seleção de empregados em empresas privadas, anúncios de emprego discriminatórios, procedimentos de revistas de trabalhadores etc.

As possibilidades de aplicação de uma teoria geral dos procedimentos são múltiplas, como múltiplas são as situações em que os direitos fundamentais são ameaçados por posições de supremacia ou sujeição de um particular em relação a outro, decorrente de manifestações dos poderes privados. A necessidade de construção de uma tal teoria é ressaltada por Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 63-64):

“é preciso construir uma teoria geral dos procedimentos investigatórios, aproximando-os entre si, de forma a assegurar um mínimo de resguardo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Que se crie uma teoria geral, partindo de um ponto comum (os direitos e garantias fundamentais) e se especializando em cada setor, onde os princípios comuns e gerais sofram adaptações para se amoldarem e se adequarem à natureza da espécie procedimental *in concreto*, embora sem se divorciar das orientações do tronco comum. Uma teoria deste teor tornará mais segura a aplicação dos preceitos e normas que regem toda e qualquer espécie de investigação, além de fornecer elementos mais científicos ao estudo do assunto, numa base única.”

É interessante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em algumas oportunidades[7] a existência de um devido processo legal a ser observado nas relações travadas entre os particulares, tal qual ocorre nas relações que envolvam a autoridade estatal. O acórdão proferido no julgamento recurso extraordinário n. 201.819/rj pode ser tomado como paradigma, pois a suprema corte reconheceu a um membro de uma associação privada o direito de dela não ser excluído sem a observância de um devido processo legal, onde se lhe facultasse o exercício do contraditório e a ampla defesa. Eis o teor da ementa:

Ementa: sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da constituição da república, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos

particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A união brasileira de compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido.

Em que pese o reconhecimento expresso, por parte da suprema corte, da necessidade de um devido processo legal nas relações de cunho privado, o seu conteúdo e os seus limites ainda merecem uma maior desenvolvimento, mediante estabelecimentos de linhas gerais de um *devido processo legal privado*, já que a corte, nos precedentes referidos, conquanto admitindo um devido processo legal nas relações entre os particulares, não deixou claros os seus contornos.

Inobstante essa ausência de fixação de parâmetros por parte do Supremo Tribunal Federal, podemos de pronto aduzir que um *due process* aplicável às relações entre particulares deve ter como conteúdo mínimo as garantias do contraditório, da ampla defesa, da possibilidade de assistência por advogado, da imparcialidade do aplicador da sanção, da possibilidade de produção probatória, da vedação às provas ilícitas, da preservação da dignidade da pessoa humana, da igualdade de oportunidades e da proporcionalidade.

4. GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ESPÉCIES E ALGUMAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

O devido processo legal pode ser entendido como uma garantia ampla, que concentra em si um conjunto de outras garantias específicas.

Dentre essas garantias constitucionais específicas, podemos citar o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A incidência de tais garantias processuais nas relações particulares, todavia, não é matéria pacífica, exigindo do aplicador da lei justificação teórica que, ao tempo em que garanta efetividade aos direitos fundamentais, não implique supressão da esfera de autonomia privada do indivíduo.

Passemos, pois, à análise da possibilidade de invocação de tais garantias nas relações privadas.

Relativamente ao *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), é possível vislumbrar hipóteses de sua aplicação nas relações entre particulares, desde que um deles possua uma posição de supremacia (fática, econômica, jurídica etc.) Sobre o outro, como sói acontecer em casos de internações compulsórias em hospitais, asilos e clínicas psiquiátricas privadas. Em tais casos, o poder privado aproxima-se bastante do poder estatal, de modo que não seria razoável deixar o direito despido de proteção efetiva.

Quanto ao mandado de segurança, entretanto, há maior controvérsia, em função de o art. 5º, LXIX referir-se expressamente a ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. A literalidade do dispositivo, porém, não demove a doutrina da defesa de sua incidência às relações privadas. Nesse rumo é a lição de Daniel Sarmiento (2006, p. 280):

“Pretendemos, sim, mostrar como é possível, através de uma exegese mais ousada, ampliar o objeto do mandado de segurança para atos de entidades privadas que não se correlacionarem com o desempenho de qualquer função pública, desde que se evidencie no caso concreto algum interesse público relevante, evidentemente presente no campo da educação, mas também materializado em diversas outras atividades privadas, como as ligadas à saúde, previdência privada etc. Nisto não haverá qualquer ofensa à constituição, pois esta estabeleceu o objeto mínimo do mandado de segurança, insuscetível de restrição pelo legislador ou pela jurisprudência. Mas nada obsta, muito pelo contrário, que se empregue uma interpretação extensiva e construtiva para ampliar a incidência das garantias constitucionais, como o mandado de segurança. A mesma problemática, aliás, pode ser suscitada em relação ao mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), que se sujeita aos mesmos regramentos do mandado de segurança individual no que tange à legitimação passiva.”

Acolhendo a lição do professor da universidade estadual do rio de janeiro, pode-se sustentar o cabimento do *mandamus* contra atos praticados por diretores de estabelecimentos privados de ensino (matrícula, jubramento etc.) Ou hospitalares (exigência de caução, *verbi gratia*).

O cabimento do *habeas data* (art. 5º, LXXII) contra atos dos particulares encontra expressa previsão na lei regulamentadora da garantia (lei n. 9.507/97), cujo art. 1º prevê que “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. Assim, o próprio legislador estendeu o uso do *habeas data* para a defesa do direito à informação contra atos praticados por particulares, como se dá nos casos dos arquivos privados de consumo (cadastros de proteção ao crédito).

Também a ação popular prevista no inciso LXXIII do art. 5º da constituição da república encontra campo de incidência nas relações privadas, *ex vi legis*, uma vez que a previsão expressa contida no art. 6º da lei n. 4.717/65 abrange não apenas as entidades privadas que recebam recursos públicos, mas também os beneficiários particulares do ato lesivo ao patrimônio público.

A legitimação passiva do particular para a ação civil pública (art. 129, III e § 1º da CF), a seu turno, decorre da própria natureza do direito por ela tutelado. Com efeito, a proteção dos interesses difusos e coletivos não é função exclusiva do poder público, mas de toda a coletividade, de modo que a prática de ato lesivo a direito fundamental dessa natureza sujeita o seu autor à sujeição passiva na *actio*, independentemente de se tratar do poder público ou de um particular. É o que se dá, por exemplo, com a degradação da qualidade ambiental, comumente causada por particular e pelo próprio estado.

A aplicação do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) às relações privadas encontra controvérsia: enquanto o Supremo Tribunal Federal não aceita a aplicação da garantia na esfera privada, por entender que a mesma possui caráter mandamental e se dirige exclusivamente à autoridade pública omissa na regulamentação de dispositivo constitucional, a doutrina defende a possibilidade de invocação do mandado de injunção contra atos de particulares. No ponto, são esclarecedoras as palavras de Flávia Piovesan, citada por Daniel Sarmiento (2006, p. 281-282):

“O mandado de injunção”, reitera-se, objetiva tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, quer a obrigação de prestar o direito seja do poder judiciário, quer incumba a particulares.

“Vale dizer, cabe mandado de injunção tanto nas relações de natureza pública, como nas relações privadas, como, por exemplo, nas relações de emprego privado, hipótese que envolve os direitos previstos no art. 7º do texto constitucional.”

Finalmente, o manejo da argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da CF) em face de um particular encontra óbice de natureza legal, uma vez que a lei n. 9.882/99, que regulamentou o instituto, restringiu em seu art. 1º o cabimento da argüição ao caso de lesão resultante de ato do poder público.

Embora *de lege lata* não seja possível extrair eficácia horizontal da referida garantia, a doutrina, lamentando a omissão do legislador, defende uma interpretação construtiva da argüição. Sarmiento (2006, p. 285) assim se manifesta:

“Isto não obsta que, satisfeitos outros requisitos, em especial o princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da lei n. 9.882/99), possa a argüição voltar-se contra decisões judiciais que tenham dirimido, de forma incompatível com os direitos fundamentais, certos litígios jurídico-privados. Esta, aliás, foi precisamente a construção que possibilitou, na Espanha, que o *recurso de amparo*, pudesse ser utilizado como um instrumento de afirmação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de seu cabimento ser também restrito à impugnação dos atos dos poderes públicos.

“Ademais, parece possível postular, à semelhança do que já ocorre no mandado de segurança, a possibilidade de o uso da ADPF contra atos de particular, desde que praticados no exercício de funções de caráter público, satisfeitos os demais requisitos constitucionais e legais desta ação constitucional.”

Em nosso sentir, a incidência das garantias constitucionais - em especial as de cunho processual - nas relações jurídicas entre particulares deve ser analisada conforme as

necessidades do direito material fundamental, de modo a lhe assegurar a tutela efetiva prometida pelo estado, enquanto promotor dos direitos fundamentais (eficácia objetiva dos direitos fundamentais).

Assim, caso se faça necessário o reconhecimento de eficácia horizontal a um determinado direito fundamental, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, é de se reconhecer concomitantemente a incidência da garantia jusfundamental *in casu*, sob pena de, privando o direito de sua garantia, esvaziar-se-lhe o conteúdo e frustrar a promessa estatal de proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão.

CONCLUSÕES:

O incremento das relações sociais e a complexidade das posições sociais na atualidade ensejaram o surgimento de diversas teorias que buscam justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Podem-se citar as teorias da eficácia imediata, da eficácia mediata, dos deveres de proteção e da imputação ao estado (incluindo a teoria da *state action*).

A aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais implica o reconhecimento da extensão da referida eficácia à garantia fundamental respectiva, uma vez que esta, sendo instrumento de tutela daquele, é dele indissociável.

É necessária a construção de uma teoria geral dos procedimentos privados, com o intuito de traçar as linhas básicas a serem observadas nas relações jurídicas travadas entre particulares, quando um deles ocupar uma posição de supremacia (fática, econômica, contratual etc.) Em relação ao outro.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu em algumas oportunidades a necessidade de observância de um devido processo legal em relações havidas *inter privatos*.

O conteúdo e os limites do devido processo legal a ser observado nas relações entre particulares ainda carece de delimitação precisa, muito embora seja possível sustentar que o *due process* privado deve contemplar minimamente as garantias do contraditório, da ampla defesa, da possibilidade de assistência por advogado, da imparcialidade do aplicador da sanção, da possibilidade de produção probatória, da vedação às provas ilícitas, da preservação da dignidade da pessoa humana, da igualdade de oportunidades e da proporcionalidade.

É possível sustentar em sede doutrinária a legitimação passiva de particulares em diversas ações constitucionais, destacando-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, apresenta resistências variadas à eficácia horizontal do mandado de segurança, do mandado de injunção e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o entendimento de que tais garantias direcionam-se especificamente aos atos lesivos emanados do poder público.

A rejeição da eficácia horizontal às garantias fundamentais retira do direito fundamental a sua exigibilidade, tornando-o uma mera exortação a que os particulares observem os direitos fundamentais em suas relações jurídico-privadas.

A invocação das garantias constitucionais nas relações entre particulares deve atender às exigências do direito fundamental material ameaçado, de maneira que, sempre que for necessário para evitar a lesão a um postulado jusfundamental, deve ser admitida a aplicação da respectiva garantia, ainda que se trate de relação entre indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, ROBERT. *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2002.

LIMA, FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE. *FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO (SOB A PERSPECTIVA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS)*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2002.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007.

NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA; SARMENTO, DANIEL (COORDENADORES). *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2007.

PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*. 7ª ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2007.

SARMENTO, DANIEL. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS*. 2ª ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2006.

_____; GALDINO, FLÁVIO (ORGANIZADORES). *DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR RICARDO LOBO TORRES*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

STEINMETZ, WILSON. *A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004.

[1] SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA QUANTO À APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES *INTER PRIVATOS*, CF. PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 434-441.

[2] SOBRE O FENÔMENO DOS PODERES PRIVADOS, CF. PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 453-457.

[3] PARA UMA VISÃO MAIS APROFUNDADA SOBRE AS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CF. SARMENTO, DANIEL. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS*. 2ª ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2006, P. 185-233, E, AINDA, STEINMETZ, WILSON. *A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004, P. 135-185. TAMBÉM SARLET, INGO WOLFGANG. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*. 7ª ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2007, P. 398-407; PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 463-470; E SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008, P. 66-105. PARA UMA ANÁLISE DO TEMA SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*, CF. MENDES, GILMAR. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, P. 114-130 E PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 471-484, ESTA ÚLTIMA ACRESCENDO POSICIONAMENTOS DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[4] PARA UMA CRÍTICA ACERCA DAS TEORIAS DA EFICÁCIA MEDIATA E DA EFICÁCIA IMEDIATA, E PARA UMA VISÃO MAIS APROFUNDADA DA TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO, CF. NOVAIS, JORGE REIS. *OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES*. IN NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA; SARMENTO, DANIEL (COORDENADORES). *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2007, P. 355-389.

[5] ESPECIFICAMENTE ACERCA DA TEORIA CONCILIADORA, CF. ALEXY, ROBERT. *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES: 2002, P. 503-524. NA LITERATURA BRASILEIRA, COM ÊNFASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CF. SARLET, INGO WOLFGANG. *DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, “MÍNIMO EXISTENCIAL” E DIREITO PRIVADO: BREVES NOTAS SOBRE ALGUNS ASPECTOS DA POSSÍVEL EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. IN SARMENTO, DANIEL; GALDINO, FLÁVIO (ORGANIZADORES). *DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR RICARDO LOBO TORRES*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 551-602. TAMBÉM SILVA, VIRGÍLIO AFONSO

DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

[6] A FRAGILIDADE DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS É PERCEBIDA POR FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE LIMA (2002, P. 63): “SE A EXTENSÃO DOS *DIREITOS* FUNDAMENTAIS À ÓRBITA PRIVADA SE ENCONTRA DEFINIDA, O TEMA DAS *GARANTIAS* CONSTITUCIONAIS AINDA APRESENTA MUITAS INCERTEZAS. E O PROBLEMA MAIOR REPOUSA NA DIFICULDADE EM SE ACEITAR A OPOSIÇÃO DE GARANTIAS *PROCESSUAIS* CONTRA ATOS DO SETOR PRIVADO”. PARA APROFUNDAMENTO NO TEMA ESPECÍFICO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DAS *GARANTIAS* FUNDAMENTAIS, CONVENIENTE A LEITURA DA REFERIDA OBRA, EM ESPECIAL O SEU CAPÍTULO 3.

[7] RE 158.215/RS; RE N. 161.243-6/DF; RE N. 251.445/GO; RE N. 201.819/RJ, ESTE ÚLTIMO TRANSCRITO NO CORPO DO TEXTO.

**IMPLICAÇÕES DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA
CONSIDERAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COMO
PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO***

**IMPLICACIONES DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN
LA CONSIDERACIÓN DE LOS NIÑOS E DE LOS ADOLESCENTES COMO
PERSONAS EN DESARROLLO**

Assis da Costa Oliveira

RESUMO

No presente trabalho, procuramos analisar a terminologia pessoa em desenvolvimento da forma como ela se manifesta na doutrina da proteção integral que embasa a normatização de diversos instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais. Este caminho será percorrido, antes de tudo, por considerações sobre a própria doutrina, tanto em termos doutrinários como históricos. Posteriormente, adentraremos na análise do termo pessoa em desenvolvimento, procurando trabalhar a teoria que o fundamenta (psicologia do desenvolvimento) e o contexto histórico-cultural de seu surgimento, é dizer, a separação que ocorre entre ser criança e ser adulto. Por fim, analisaremos suas principais manifestações na doutrina da proteção integral normatizada no plano nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PESSOA EM DESENVOLVIMENTO - PSICOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO - DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

RESUMEN

En este trabajo, tratamos de analizar la terminología persona en desarrollo de la forma en que se manifiesta en la doctrina de la protección integral que fundamenta la plena normalización de los distintos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales. Esta ruta será empezada por consideraciones acerca de la propia doctrina de la protección integral, en planes teóricos e histórico. Más adelante, adentraremos en el análisis de la palabra persona en desarrollo, trabajando con la teoría de la psicología del desarrollo y el contexto histórico y cultural de su aparición, es decir, la separación que se produce entre ser un niño y ser adulto. Por último, vamos a revisar sus principales acontecimientos en la doctrina de la plena protección normalizada en los planes nacional e internacional.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO DE LOS NIÑOS E DE LOS ADOLESCENTES - PERSONA EN DESARROLLO - PSICOLOGIA DEL DESSARROLLO - DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Introdução

No presente trabalho, procuramos analisar a terminologia pessoa em desenvolvimento da forma como ela se apresenta na doutrina da proteção integral que embasa a normatização de diversos instrumentos jurídicos, nacionais e internacionais, com ênfase no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Este caminho será percorrido, antes de tudo, por considerações sobre a própria doutrina, tanto em termos doutrinários como históricos, procurando delimitar a importância de seus fundamentos para o processo de valorização social (dos direitos) da criança e adolescente. Posteriormente, adentrar-se-á na análise do termo *pessoa em desenvolvimento*, focando análise na teoria que o fundamenta (psicologia do desenvolvimento) e o contexto histórico-cultural de seu surgimento, é dizer, a separação que ocorre entre ser criança e ser adulto. Por fim, se estabelecerão as principais implicações ou apropriações da doutrina da proteção integral na consideração da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Oxigenando a raiz: historicidade e teoria da doutrina da proteção integral

No Brasil, a velocidade com que se liga a doutrina da proteção integral com a consideração das crianças como sujeitos de direitos é necessariamente uma marca das conjunturas de lutas político-sociais que se travaram ao longo das últimas décadas, em especial a partir da década de 80 do século XX, quando do fortalecimento de movimentos sociais que, atuando em prol deste segmento da sociedade, protagonizaram, em conjunto com autoridades públicas, mudanças jurídicas e institucionais no tratamento e concepção do (direito de) ser criança e adolescente.

No cerne da questão está a incorporação dogmática e social da doutrina da proteção integral como paradigma ideológico que passou a traduzir o valor social deste segmento e controlar os atos públicos e privados.

O contexto de surgimento deste novo paradigma em âmbito nacional está vinculado ao suporte da tradição internacional. Tradição no sentido de reunião de instrumentos jurídicos internacionais que passaram a determinar “um salto qualitativo na consideração social da infância [e juventude].” (Mendez; Silva, 1994: 71)

Pode-se incluir esta tradição como parte de um contexto maior de expansão internacional dos direitos humanos que proporcionou a elaboração de sucessivos instrumentos jurídicos destinados a enunciar e a garantir direitos, a prevenir e a combater sua violação em diversos níveis, “havendo ainda a identificação de alguns grupos de sujeitos mais fragilizados, a exigir um tratamento diferenciado.” (Chermont, 2004: 55)

Deste modo, todo um complexo sistema de garantias protetivas gerais, destinados a todas as pessoas sem distinção, e de garantias protetivas especiais, destinados a tutela específica de determinados grupos sociais vulnerabilizados, possibilitaram a determinação e concretização de sujeitos de direitos em respeito as suas igualdades formais e materiais em suas três vertentes,[1] com fulcro máximo na dignidade da pessoa humana.

Aqui, portanto, se encontra a fonte propulsora da proteção à infância e adolescência no plano internacional, onde o reconhecimento de suas maiores suscetibilidades à violência, exploração, abuso, discriminação e à repressão possibilitou a formulação de preceitos normativos destinados a regulamentação de assuntos que envolvam seus interesses específicos.

Seu principal agente difusor foi (e é) a Organização das Nações Unidas (ONU), que, desde a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra (1924) – ainda na vigência da Liga das Nações –, vem construindo os substratos da doutrina da proteção integral, complementado pelos seguintes instrumentos jurídicos: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e da juventude (Regras de Beijing/1985); Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad/1990); Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade (1990); e, Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989).

A colocação da Convenção por último é estratégica. Seu peso coercitivo para com os Estados signatários^[2] comungada ao reconhecimento às crianças e adolescentes de garantia jurídica integral no qual seu (melhor) interesse (art.3º,1 da Convenção) deve prevalecer na consideração institucional ou social de questões que interfiram em suas vidas, tornam a Convenção não somente fonte subsidiária de aplicação da norma ou de condicionamento das políticas públicas, mas, sobretudo, como instrumento de revigoramento da voz e vez dos diretamente implicados, “cujas autonomias estão se desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto atores sociais.” (Veronese, 2003: 32)

Após mais de 10 anos de discussão, envolvendo a Comissão de Direitos Humanos da ONU, especialistas independentes, delegações dos governos e organizações não-governamentais (ONG's), com ampla participação de representantes de várias as sociedades, culturas e religiões, a Convenção foi aprovada em 1989, representando “a consolidação de todos os instrumentos anteriores dedicados a resguardar os direitos humanos da infância e da juventude, configurando um documento jurídico congente e obrigatório para os Estados ratificantes.” (Chermont, *Op.Cit.*: 65)^[3]

Os efeitos deste instrumental jurídico se fizeram sentir desde muito antes da aprovação. Verdadeiro movimento de reedição das legislações sobre o bem-estar da criança se desenvolveu em diversos países, como: a Lei do Bem Estar da Criança (1987), na Espanha, o Estatuto Africano dos Direitos e Bem-Estar da Criança (1987) e o Código Inglês da Criança (1989).

No Brasil, a doutrina da proteção integral foi normatizada pelo discurso dos *novos direitos* que a Constituição Federal (CF)^[4] (arts. 204 e 227) e o ECA (arts. 1º e 3º, entre outros) delimitaram, dentro de um contexto histórico de redemocratização onde a emergência do Estado Democrático de Direito representou a inclusão de garantias normativas a diversos segmentos da sociedade (mulheres, crianças, negros, deficientes, indígenas, ambientalistas, etc.) ante o comprometimento principiológico de respeito à dignidade humana (art.1º, III da CF) e atuação pro ativa do Estado para a erradicação das desigualdades socioeconômicas e exclusões socioculturais (art.3º, III e IV da CF).^[5]

Se é certo que um Estado de Direito que se intitula democrático precisa fazer da lei constitucional uma forma privilegiada de instrumentar sua ação “na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional... [de] modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens.” (Streck, 2007: 39) É visível, também, que a passagem da normatividade para a efetividade dos *novos direitos* não é tão universal ou célere como se espera, gerando críticas, inclusive, à atribuição teórica de uma sub-paradigma da ambigüidade dentro do atual paradigma da proteção integral, que seria representado

“...por aqueles que, rejeitando de imediato o paradigma da situação irregular, não conseguem acompanhar – talvez pela diminuição significativa das práticas discricionárias e paternalistas no trato com as crianças – as transformações reais e potenciais que se deduzem da aplicação do paradigma da proteção integral, que considera a criança e o adolescente um sujeito de direitos e, não menos, de responsabilidades.” (Amaral e Silva, 2002: 07-08)

Mesmo assim, é impossível não considerar as mudanças formais e materiais que a doutrina da proteção integral trouxe para a causa infanto-juvenil, sobretudo para aqueles que outrora eram estigmatizadas pela alcunha de menores, é dizer, as crianças em situações de riscos.

A qualificação de sujeitos de direitos às crianças e aos adolescentes possibilitou a estruturação de concepção (proteção integral), gestão (participativa e descentralizada) e método (não assistencialista e, quanto aos atos infracionais, de caráter sócioeducativo) que trouxeram limites ao subjetivismo do poder público e co-responsabilidade da sociedade e da família, desempenhando “um papel decisivo na objetivação das relações da infância com os adultos e com o Estado.” (*idem*)

O uso do termo *objetivação das relações* compreende uma contraposição ao subjetivismo do tratamento que imperou tanto no Código Mello Mattos (1927) quanto no Código de Menores (1979), e que tinham na figura do juiz de menores o exemplo emblemático da absolutização do controle estatal no trato com este segmento.[6]

Os poderes outorgados a estes juízes garantiam um leque de competências não apenas para aplicação da lei, inerentes ao poder judiciário, como também

“de vigilância, proteção e regulação da vida dos *menores*, podendo nomear voluntários para seu auxílio – os famosos *comissários de menores* – aos quais delegava amplos poderes, e baixar normas de caráter geral, que complementavam a legislação.” (César, 2007: 12) (grifos do autor)

Contra este panoptismo judicial que apresentava grau de arbitrariedade e, portanto, de subjetivismo acentuado, a objetivação que advém na doutrina da proteção integral visa promover outra forma de institucionalização dos mecanismos de cumprimento e exigibilidade das normas, estabelecendo competências à rede de entidades públicas e privadas (art. 227 da CF e art.4º do ECA) – com ênfase no papel dos Conselhos Tutelares (art. 131 do ECA) e do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 87, II do ECA) – cuja fiscalização e descentralização da intervenção estatal possibilita uma limitação e, ao mesmo tempo, distribuição dos poderes, assegurando

“...à redução da capacidade omnímota para diagnosticar discricionariamente a existência e características da ‘disfunção’ social ou individual; e muito especialmente, o sentido e características das medidas, sejam estas jurídicas, terapêuticas ou sociais.” (Amaral e Silva, *idem*: 08)

Todavia, se o subjetivismo dos agentes implicados na proteção dos direitos das crianças e adolescentes deve ser controlado, a subjetividade destas crianças e adolescentes precisa ser promovida (e concebida) na dimensão integral com que se refere à doutrina dos *novos direitos*, o que invoca dupla consideração: (a) de reconhecimento dos seus direitos em todas as dimensões^[7] dos direitos humanos; e, (b) compreensão holística dos seres humanos criança e adolescente, na diversidade e complexidade de sua existência como pessoas em condições especiais de desenvolvimento.

Discutindo a categoria *pessoa em desenvolvimento*

Acreditar que a infância termina aos doze anos e adolescência aos dezoito anos – conforme estipula o artigo 2º do ECA – seria, adverte Alexandre Moraes da Rosa (2007), uma ilusão dos que sofrem do *Complexo de Prazo de Validade*,^[8] onde as estipulações previamente estabelecidas comportariam um precisão temporal que corresponderia exatamente a historicidade de cada indivíduo.

Cada infância e cada adolescência são singulares e como tal devem ser respeitadas em suas alteridades. “Aí reside a ética de respeito ao desejo do sujeito e dos atores jurídicos. Sem esta compreensão o mero fato biológico de se completar a idade respectiva significaria o início da adolescência, situação, de fato, ilusória.” (*idem*: 93)

As etapas da vida devem ser relativizadas, quanto ao seu teor abstrato e generalizante, ante as especificidades de classe, gênero, raça/etnia, regionalidade e religiosidade. No fundo, a mediação entre geral e particular é a tarefa a ser executada. Porém, é preciso saber onde se pisa quando se aborda a divisão etária do desenvolvimento das pessoas criança e adolescente que normatiza o ECA.

A teoria que envolve a fixação de idades para o estabelecimento da liberdade de exercício dos direitos e deveres está ancorada nos aportes da Psicologia do Desenvolvimento. Este saber científico procede a abordagem das mudanças psicológicas que o ser humano sofre no decorrer de seu tempo de vida, o que implica na consideração do desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial (biopsicossocial) em cada etapa estipulada, sem remeter a um isolamento entre as etapas, pois há influências das anteriores para a estruturação das posteriores.

De acordo com Ângela Baggio (1985), a Psicologia do Desenvolvimento estuda as mudanças de comportamento que ocorrem em função do tempo. Não do tempo si, mas dos eventos que ocorrem ao longo da vida e que podem causar e explicar transformações humanas. O tempo se torna uma escala conveniente dentro da qual se ordenam comportamentos e assinalam mudanças, cuja ligação com a idade cronológica não pode ser tomada como determinista, mas circunstancial.

“O que interessa à Psicologia do Desenvolvimento são as mudanças de comportamento que ocorrem não em função do tempo, mas em função de processos intra-organísmicos e de eventos ambientais que ocorrem dentro de determinada faixa de tempo.” (*idem*: 22)

Portanto, cada estágio de desenvolvimento compreende um período temporal de vida que é definido pela reunião de uma série de características físicas, emocionais, intelectuais e sociais, que servem de pressupostos analíticos para se compreender a realidade fática de cada indivíduo.

Nesse sentido, adverte Jorge Trindade (2007) que:

“Embora as pessoas passem pela mesma seqüência geral de desenvolvimento, comumente denominado ciclo vital, existe uma ampla gama de diferenças individuais, isto é, condições específicas que variam de pessoa para pessoa. Somente quando o desvio dessas expectativas é extremado existe motivo para considerar o desenvolvimento de uma pessoa como excepcionalmente adiantado ou atrasado.” (*idem*: 73)

Para Walter Schraml (1977), as origens da Psicologia do Desenvolvimento podem ser delimitadas nas influências indiretas da teoria da evolução das espécies de Darwin e diretamente obtidas da psicologia comparativa de Herbert Spencer, ambos na segunda metade século XIX. No início do século XX, sob orientação intelectual-filosófica de Dilthey, tem-se a difusão da psicologia clássica da criança e do adolescente. Estes dois períodos são marcados por uma compreensão de desenvolvimento ligando predisposições inatas (fatores internos) com modificações devidas ao meio ambiente (fatores externos).

Após a I Guerra Mundial, tem-se a demarcação de novas abordagens que passaram a ser alcunhadas de modernas teorias da Psicologia do Desenvolvimento, justamente pelo lugar que o *fator social* passou a ocupar. O patrimônio comum que percorre as múltiplas correntes que contribuíram para a construção da moderna psicologia do desenvolvimento – em especial as teorias da maturação, cognitivas, da aprendizagem e psicanalíticas – ^[9] está na diferenciação entre os processos de maturação e os processos de socialização e aculturação.

“Todavia a diferenciação na maioria dos acontecimentos psíquicos e psicofisiológicos não é absoluta, mas relativa, isto é, conforme o caso acentua-se ou um ou o outro. Podemos ainda dividir o segundo conceito, ou da socialização e aculturação naqueles acontecimentos que se originam principalmente a partir do indivíduo, por exemplo a *aprendizagem social*, e aqueles que se originam principalmente do meio ambiente social...” (Schraml, *idem*: 28) (grifos do autor)

Uma das classificações mais utilizadas pelos teóricos da moderna psicologia do desenvolvimento foi estabelecida por Holmes, Bee e Tyson, dividindo e distribuindo os estágios do desenvolvimento humano a partir de uma consideração da vida enquanto processo total, ou seja, que ocorre durante todo o percurso da vida. Jorge Trindade (2007: 73-74) esquematiza esta classificação da seguinte forma (nos períodos que interessam ao presente artigo):

- Estágio pré-natal (concepção até nascimento): formação da estrutura e órgãos corporais básicos. O crescimento físico é mais rápido que nos demais períodos, havendo grande vulnerabilidade às influências ambientais.

- Primeira infância (nascimento até 3 anos): o recém-nascido é dependente, porém competente. Todos os sentidos funcionam a partir do nascimento, sendo rápidos o crescimento físico e o desenvolvimento de habilidades motoras. O apego aos pais e a outras pessoas familiares vai se alicerçando, e a autoconsciência se estabelece em torno do segundo ano. Posteriormente, o interesse por outras crianças aumenta.

- Segunda infância (3 a 6 anos): as forças e as habilidades motoras simples e complexas aumentam. Embora a compreensão da perspectiva do outro vá aumentando progressivamente, o comportamento continua predominantemente egocêntrico e a família ainda é o núcleo da vida. A independência, o autocontrole e os cuidados próprios aumentam.

- Terceira infância (6 a 12 anos): o crescimento físico não é tão intenso como no período anterior, mas a aquisição de habilidades físicas aumenta e se aperfeiçoa. O egocentrismo diminui, e o pensamento organiza-se de modo mais lógico, embora ainda permaneça predominantemente concreto. A memória e as habilidades de linguagem aumentam. Os ganhos cognitivos são cumulativos e permitem um melhor aproveitamento da educação formal. A auto-imagem aperfeiçoa-se, afetando a auto-estima, e os amigos assumem importância fundamental, fazendo progredir o processo de socialização.

- Adolescência (12 a 20 anos): as mudanças físicas são rápidas e profundas. Atinge-se maturidade reprodutiva. Desenvolve-se a capacidade de pensar abstratamente e de usar o pensamento científico. Nesta etapa a busca de identidade constitui um fator primordial, justificando a vida em grupos de iguais, a adoção de modelos e de comportamentos estandardizados, que facilitam o caminho de identificação.

Estes padrões generalizantes devem ser relativizados por dois motivos: primeiro, porque, como alude os próprios teóricos da Psicologia do Desenvolvimento, eles estão condicionados a comprovação fática, não podendo ser aplicados de maneira descontextualizada dos demais fatores socioculturais (classe, gênero, raça/etnia, regionalidade e religiosidade); segundo, porque o contexto de florescimento da Psicologia do Desenvolvimento remete a considerações histórico-culturais que não podem passar despercebidas de sua análise.

Este saber só encontra solo social e científico fértil para se desenvolver depois que as sociedades européias passaram a separar, caracterizar, moralizar, e, por vezes, normatizar o que é ser criança e o que é ser adulto, algo relativamente recente.

De acordo com Philippe Ariès (1981), até o século XIII, na Europa, não havia infância, no sentido que hoje atribuímos ao termo. O que havia eram “homens de tamanho reduzido”, (*idem*: 18) meras transições do que deveriam ser de fato: adultos. Esta consideração se expressava nas obras de arte deste período, onde esculturas e pinturas apresentavam crianças que tinham formas semelhantes às adultas. Além disso, até o século XVIII, a adolescência foi confundida com a infância.

A principal contribuição da historiografia clássica de Philippe Ariès (1981) foi comprovar que as idéias de infância e adolescência são construções sociais e históricas da cultura ocidental, modos particulares de pensar (e dividir) o ser criança. Os pressupostos históricos destas segmentações e qualificações etárias estão ligados ao processo de valorização sociocultural da própria criança enquanto pessoa com singularidades, necessidades e interesses.

Nesse sentido, a ascensão da infância como categoria específica da vida se deu pelo fenômeno do *sentimento da infância*, que Philippe Ariès (1981) identifica como a consciência da particularidade infantil “que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem.” (*idem*: 99) A partir do século XVII, esta cisão entre as duas experiências sociais de vida ocorreu de modo a não tomar mais a criança (ou infância) como estágio de transição para a fase adulta, mas de forma a reconhecer suas especificidades físicas, psíquicas e sociais, ou seja, sua liberdade epistemológica.

No mesmo período histórico, Claudia Fonseca (1999) identifica o surgimento do ideal de família moderna – fruto das baixas condições econômicas, da intensificação do controle social pelo Estado e da proeminência da instituição escolar como espaço privilegiado do adestramento disciplinar – composta pelas seguintes características:

“a) a livre escolha do cônjuge e a incorporação do amor romântico ao laço conjugal; b) o aconchego da unidade doméstica (‘lar doce lar’), que se torna um refúgio contra as pressões do mundo público; e, finalmente, c) a importância central dos filhos e da mãe enquanto sua principal socializadora.” (*idem*: 69)

Assim, a valorização da criança enquanto pessoa também implicou na estruturação de meios e mecanismos para seu controle. Por isso mesmo, para Philippe Ariès (1981) o *sentimento da infância* é, de fato, um duplo sentimento ou tratamento para com a criança. De um lado, aquele definido como *paparicação*, que surge no meio familiar e que, no cerne da questão, serviu para valorizar a importância da presença da criança na família e da família nos cuidados da criança. Por outro lado, o que podemos definir como *disciplinador*, que surge dos discursos de moralistas, educadores, eclesiásticos e juristas, todos preocupados com a adequação da criança à disciplina e a racionalidade dos costumes.

É Michel Foucault (1975), todavia, quem melhor descreve este poder disciplinador que procura o controle da economia dos corpos por meio de exercício da coerção ininterrupta “que vela sobre os processos da atividade mais que sobre seu resultado e se exerce de acordo com uma codificação que esquadrinha ao máximo o tempo, o espaço, os movimentos.” (*idem*: 118)

Com isso, a escola se torna instrumento e espaço de fomento dos processos disciplinares, que traziam, em suma, referências enaltecidas à moralidade da época. O

espaço escolar se desdobra, as classes tornam-se homogêneas e estruturadas numa arquitetura de filas, na qual o professor controla os atos de todos. A hierarquia do saber disciplina a repartição dos valores e méritos.[10]

Quanto a ascensão social da adolescência, está se fez presente com o fomento da *consciência da juventude*, introduzida na sociedade moderna européia na segunda metade do século XIX, com o deslocamento dos valores socialmente tidos como melhores das características tradicionalmente atribuídas aos adolescentes e jovens de 30 a 50 anos de idade do século XVI, para os jovens atuais, com suas poucas dezenas de vida. “A juventude [no sentido de adolescência] apareceu como depositária de valores novos, capazes de reavivar uma sociedade velha e esclerosada.” (*ibidem*: 14)

Porém, é no século XX, após a I Guerra Mundial (1914), que se tem a sedimentação da idade de vida adolescente, influenciada pela rebeldia que os combatentes jovens impuseram aos velhos durante a guerra, e com noções tão positivas de valores, apetites (sexuais) e costumes, que todos desejavam “chegar a ela cedo e nela permanecer por muito tempo.” (*ibidem*: 15)

Em verdade, como observa Daniel Becker (1985), a delimitação conceitual do adolescente nos marcos ainda hoje legitimados e legitimadores tem correlação, também, com a ascensão da burguesia enquanto classe dominante, que ao assumir a gestão política estatal promoveu “mudanças na estrutura escolar, surgindo a formação primária e a secundária. Assim, se estabeleceu gradativamente uma relação entre idade e classe escolar, e a adolescência passou a ser melhor distinguida.” (*idem*: 58)

Em acréscimo a esta colocação, Maria de Lourdes Sella (2003) aborda outras interferências da burguesia por meio da propagação da ideologia liberal que repercutiram na tomada do adolescente (e da juventude, num sentido mais amplo) como novas economias de mercado, principalmente depois que “passaram a ser uma massa concentrada de poder de compra.” (*idem*: 87)

Esta compreensão histórico-cultural da infância e da adolescência nos ajuda a compreender o contexto no qual emergiram e progrediram as teorias da Psicologia do Desenvolvimento. Mais do que isso, ela evidencia, como bem adverte Clarice Cohn (2005), que os direitos da criança e do adolescente, e a própria idéia de minoridade e ser criança, não podem ser entendidos senão tendo em vista a formação desse *sentimento da infância* e dessa *consciência de juventude*, categorias conceituais que produzem efeitos de verdade e de poder nas considerações e tratamentos do ser criança e ser adolescente nos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais.

Com isso, é possível estabelecer identificações sobre o papel que a psicologia do desenvolvimento desempenha na afirmação de um modo cultural de ser criança e de ser adolescente, dentro dos marcos da internacionalização dos direitos humanos da criança e do adolescente e da construção da doutrina da proteção integral, como também da incorporação desta doutrina em âmbito nacional.

O entendimento é de que este saber desempenha uma função hermenêutica legitimadora do tratamento protetivo a ser dispensado aos sujeitos de direitos que se enquadram nos limites desta estipulação etária.

Aspectos protetivos da consideração dos sujeitos de direitos crianças e adolescente como pessoa em desenvolvimento

Em termos protetivos, a doutrina da proteção integral, ao estabelecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos em estágios de desenvolvimento, determina, entre outras coisas: (a) a condição especial de pessoa em desenvolvimento como parâmetro hermenêutico; (b) a normatização de um leque exemplificativo de direitos fundamentais para garantia do satisfatório desenvolvimento, demandando uma priorização do atendimento – especialmente na oferta de políticas públicas – e uma consideração ao melhor interesse – com ênfase nos litígios judiciais; (c) exigibilidade da participação de terceiros (adultos/instituições) para a evolução satisfatória do desenvolvimento e efetivação plena de seus direitos, acometendo a estas medidas fiscalizatorias e punitivas, caso venham a proceder de maneira que prejudique o desenvolvimento satisfatório; (d) normatização dos múltiplos aspectos humanos que precisam ser contemplados pela lógica do desenvolvimento e da proteção integral: físico, mental, espiritual, moral, social e sexual.

Faremos agora uma breve exposição de cada um dos quesitos.

Condição especial de pessoa em desenvolvimento como parâmetro hermenêutico

O ECA, no seu artigo 6º assim dispõe:

“Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

Com isso, repete o disposto no art.5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC),^[11] mas acrescentando os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como a condição peculiar ou especial da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Portanto, para que possamos fundamentar de modo apropriado a compreensão de que a condição especial da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, conforme disposto no artigo 6º do ECA, deve ser entendido como parâmetro hermenêutico de funcionalidade análoga a de princípio, é preciso antes fazer uma correspondência à aplicabilidade que o artigo 5º tem na LICC, pois este aporte nos servirá de forma crítico-comparativo.

A LICC pode ser definida como uma *lei de introdução as leis*, conforme asseveram Maria Helena Diniz (2007a, 2007b) e Anderson Sant'Ana Pedra (2008), correspondendo a um conjunto de normas sobre normas com princípios determinativos que disciplinam a maneira de aplicação e entendimento das próprias normas jurídicas. Trata-se de um *superdireito*, ou melhor, de um direito coordenador do direito.

“Não rege, portanto, as relações da vida, mas sim as normas, indicando como aplicá-las...Descreve, tão somente, as linhas básicas da ordem jurídica, exercendo a função de

lei geral, por orientar a obrigatoriedade, a vigência espaço-temporal, a interpretação e a integração da lei e por traçar as diretrizes das relações de direito internacional privado por ela tidas como adequadas por estarem conforme com as convenções e com os tratados a que aderiu o Brasil.” (Diniz, *Op.Cit.* 2007a: 59)

Quanto ao seu artigo 5º, indica Diniz (2007b: 143-144) que ele fornece critérios hermenêuticos para aplicação da norma no caso concreto (subsunção),[12] cujas funções são: (a) interpretar normas, visto que toda norma é passível de interpretação; (b) verificar a existência da lacuna jurídica, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível mais favorável; e, (c) afastar contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las.

Assim, o artigo 5º da LICC fornece parâmetros à atividade jurisdicional por meio da oferta de vários caminhos possíveis para a construção/fundamentação da decisão que atenda à sua finalidade social e ao bem comum - tendo em vista o uso dos métodos de interpretação (teleológico, exegético, histórico, sociológico, etc) com vista a obtenção de interpretação condizente com uma (ou ambas) das teorias da interpretação jurídica: *subjetiva*, para os que entendem que a meta da interpretação é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador; *objetiva*, para os adeptos da interpretação da vontade da lei.

Os fins sociais a que alude o artigo 5º da LICC são os imposto à norma jurídica pela realidade social concreta, sendo que é na finalidade da lei que encontra sua correta aplicação. O propósito consiste em produzir na realidade social determinados efeitos desejados por serem justos e adequados.

“Na falta de definição legal do termo ‘fim social’ o intérprete-aplicador em cada caso *sub judice* deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos. Procederá à técnica teleológica, mostrando a utilidade em vincular o ato interpretativo do magistrado à sua decisão, tendo em vista um dado momento.” (Diniz, 2007b: 171)

Quanto ao bem comum, este conceito varia conforme a corrente de filosofia política e jurídica adotado, mas, regra geral, está ligado a elementos do bem comum “a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação.” (Diniz, *ibidem*: 173) Estes elementos devem ser dispostos e assegurados de forma complementar, e não justaposta, em face das circunstâncias reais do caso concreto.

Assim, tanto o bem comum quanto a finalidade social são deslocados para o âmbito do ECA, junto a consideração dos direitos individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Porém, se o trato deve ser numa perspectiva hermenêutica, a questão de como a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento deve ser levada em conta na interpretação da lei traz a tona os limites ideológicos da própria estrutura instituída no artigo 5º da LICC e transportada para o artigo 6º do ECA.

Isto porque não está muito nítida qual a precisão que as técnicas e teorias de interpretação jurídica têm na adequação operacional deste elemento como parâmetro

hermenêutico. Pode-se argumentar que o termo evoca direcionamento para o caso concreto, a fim de estabelecer estes parâmetros a partir do que a realidade específica da pessoa invoca. Por outro lado, não se pode negar que a condição peculiar está no cerne teórico de qualquer instrumento jurídico internacional que enfoque este segmento social desde a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra de 1924, sendo reforçada e reproduzida a cada novo tratado, implicando na necessária delimitação de seu peso análogo ao de princípio na delimitação das normas.

No cerne, há duas questões: como condicionar as técnicas de interpretação (sistemática, teleológica, histórica, exegética, gramatical, etc.) na apreciação da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento na subsunção da norma ao caso concreto? E, além disso, há compatibilidade entre as teorias da interpretação jurídica (subjéctiva e objectiva) com este elemento hermenêutico?

Inicialmente, a crítica de Luis Alberto Warat (1994) sobre os métodos de interpretação traz contribuições relevantes para a formulação de possíveis respostas. Para Warat, os métodos podem ser considerados álibis teóricos para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito. Nesse sentido, se trata de lugares ideológicos formulados para reconhecer em distintos discursos uma mesma ética: a do legislador ou da norma, em ambos: da dogmática.

“Assim, sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem: 1) veicular uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade; 2) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; 3) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; 4) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas.” (*idem*: 88)

Independente do método utilizado, Warat (1994) entende que nenhum deles cumpre às funções que afirmam realizar, mas sim funções de consolidação das crenças públicas e de redefinição normativa enquanto podem ser utilizados como *relatos* sem função explicativa.

Em termos retóricos, isto explicaria a combinação hermenêutica de formulas (ou métodos) aparentemente inconciliáveis. No plano teórico, permitiria a manutenção de um sistema de valores mesmo quando a estrutura social sofre modificações. Da fusão retórico-teórica tem-se a consolidação da crença de que “o julgador, graças aos métodos interpretativos, é neutro e imparcial.” (*idem*: 92)

Se assim o for, a relação hermenêutica se daria entre sujeito e coisa, sendo que a coisa (vontade da lei, vontade do legislador) preexistiria à ação hermenêutica, cabendo ao interprete tão somente pincelar ou desvelar na norma a sua melhor interpretação (aquilo que se esconde), por meio da utilização de um (ou uns) dos métodos interpretativos. A única responsabilidade do interprete seria a de encontrar o sentido perdido, ainda que não houvesse, de fato, garantias de que o encontrado assim o fosse.

Nessa lógica, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, seja qual for o referencial adotado (caso concreto ou normas), demandariam o deslocamento do interprete de sua responsabilização de sua

interpretação para o relativo ao acoplamento das coisas ao ato interpretativo, pois ao final os valores éticos permaneceriam os mesmos.

Lênio Streck (2007) denomina este paradigma hermenêutico de *normativista-(neo)liberal-individualista* embasado no paradigma *epistemológico da filosofia da consciência*.^[13] no qual os fenômenos tem uma pretensa independência e só são explicados quando reduzidos à sua essência (vontade da lei ou vontade do legislador), é dizer, a um princípio abstrato. O jurista atua, neste paradigma, como sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de aplicação e interpretação.

“Não se considera já e sempre no mundo, mas, sim, considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se de ‘instrumentos’ (terceira coisa) que é a linguagem jurídica...” (*idem*: 94)

Desta forma, a concepção da interpretação jurídica como produto de métodos(s) comunga da idéia (ou ideal) de que o ordenamento jurídico é, inicialmente, algo sem sentido, e, com isso,

“...que irá receber, da nossa compreensão *subjetiva*, determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele ‘confrontado’... Pensar assim, é pensar a interpretação como um (mero) instrumento de conhecimento...” (*idem*: 313)

O que Lênio Streck (2007) propõe, em contraposição a estes modelos hermenêuticos jurídico e filosófico, é o paradigma embasado na viragem lingüístico-filosófica combinado com a viragem da hermenêutica constitucional do direito. Em suma, e no âmbito jurídico, se trata de compreender o universo jurídico como um universo lingüístico, na qual a interpretação torna-se ato de dar sentido as normas, porque ambos, sujeito e objeto, estão encharcados de linguagem, e, deste modo, a relação torna-se de sujeito com sujeito, ou seja, realizada dentro de um patrimônio cultural lingüístico que ao nomear funda o objeto e, por isso mesmo, só nomeia porque tem por base uma tradição lingüística prévia que lhe permite o ato hermenêutico de dar sentido a objetos, dentre os quais as normas jurídicas.

Dentro da lógica deste paradigma, toda pergunta pelo sentido do texto jurídico “é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo interprete que compreende esse sentido.” (*idem*: 314) O texto não existe em si mesmo, pois a norma será sempre o produto da interpretação do texto mediada pela tradição lingüística prévia que condiciona e proporciona a interpretação.

Se assim o for, não há que se procurar (ou almejar) fazer da vontade da lei ou do legislador a condição final de toda interpretação que leve em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento – tendo em vista o patrimônio normativo internacional ou os fatos concretos. Não que este parâmetro hermenêutico não venha condicionar o grau de discricionariedade do interprete, pelo contrário, porém algo lhe precede, é dizer, seja o sentido que for concebido à norma, a partir do referencial da condição de pessoa em desenvolvimento, ou o próprio sentido que for dado ao significante pessoa em desenvolvimento, em ambos os casos, é ao interprete que se dirigir atenção, pois dele parte a atribuição de dar sentido às normas.

Tal consideração não representa outro caminho para se chegar aos mesmos fins, tão caros no direito da criança e adolescente, de *subjetivismo* do jurista, ou seja, deslocamento do lugar de produção do sentido da coisa para a mente/consciência, cujo passado recente demandou sérias heranças sóciojurídicas, tão atuais e atuantes, ainda. Não se trata de outorga novas condições de possibilidade do relativismo jurídico no qual qualquer coisa que venha deve ser aceita porque nunca será possível chegar a verdade, é dizer, as vontades metafísicas da lei e/ou do legislador. É preciso considerar a tradição lingüística na qual o interprete está inserido, porque ela é seu principal agente (de)limitador da ação hermenêutica.

“Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o interprete. Não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar. Ou seja, a hermenêutica da faticidade inverterá essa relação teleológica entre interpretação e compreensão. O texto será sempre o ‘já normado’ pelo intérprete. É por isto que um mesmo texto dará azo a várias normas. *A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido (Sinnggebung) a um texto.* Este texto, porém – repita-se – não subsiste como ‘um ente disperso’ no mundo. *O texto só é na sua norma.* Quando olhamos o texto, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma ao texto.” (*idem*: 320)

O sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, porque o sentido vaza na linguagem, condição de sua existência. A historicidade do sujeito, história do ser na linguagem, é a pré-estrutura que antecipa o sentido, a compreensão que possibilita a interpretação. Nesta pré-estrutura o aporte constitucional ganha muita importância, haja vista se tratar do principal instrumento jurídico do Estado Democrático de Direito. A hermenêutica passa da faticidade para a constitucionalidade, sem perder ou deturpar seus vínculos fundantes com a linguagem (jurídica).

A Constituição, na hermenêutica constitucional, supera a separação entre processo de interpretação constitucional e processo de interpretação dos textos infraconstitucionais, pois, acredita-se, só neste último se teria a aplicação concreta (leia-se: subsunção) da norma, e aquela serviria apenas para dar sentido ao texto infraconstitucional.

“Na verdade, a construção das condições para a concretização da Constituição implica entender *a Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas*, ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/interprete.” (*idem*: 325)

Isto implica em revisitar as normas constitucionais e internacionais como elementos de compreensão, junto com a historicidade do interprete, que possibilitam a interpretação (leia-se: conferir sentido) e, concomitantemente, aplicação da norma pelo intérprete.

Assim, o sentido/aplicação que se possa conferir a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento, em voga no artigo 6º do ECA, advém filtrado pela idéia que se tem da Constituição (e dos instrumentos jurídicos internacionais), pois sua interpretação (e também a do ECA num todo) está condicionada pela pré-compreensão que se tem acerca da materialidade constitucional.[14]

Normatização de um leque exemplificativo de direitos fundamentais para garantia do satisfatório desenvolvimento, demandando uma priorização do atendimento – especialmente na oferta de políticas públicas – e uma consideração ao melhor interesse – com ênfase nos litígios judiciais

Embora o art. 227 da CF, e de forma repetitiva o art.4º do ECA, traga um rol categórico de direitos a serem assegurados às crianças e adolescentes – dentre os quais: educação, vida, saúde, liberdade, convivência familiar e comunitária, etc –, o certo é que o art.3º do ECA, ao afirmar que o gozo do rol dos direitos deve ser dimensionado à todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, torna os outros dois dispositivos com descrições meramente exemplificativas, além de ampliar e direcionar o conteúdo, antes de tudo, para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, concomitantemente, aos direitos fundamentais definidos no art.5º da CF/88, assim também aos direitos elencados na Convenção – entre outros instrumentos jurídicos internacionais que o Brasil é signatário.

Em verdade, como explicita Andréa Rodrigues Amin (2007), a tomada de um rol mínimo dos direitos fundamentais (art.227 da CF) foi uma opção de particularização (ou explicitação) daqueles direitos “que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento.” (*idem*: 31)

O ponto nevrálgico está no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos plenos de direitos, dentro dos marcos da doutrina da proteção integral referenciada pela dignidade da pessoa humana.

Bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2002) que a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana é de caráter indissociável, pois a dignidade humana na condição de valor e princípio normativo “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, (*idem*: 89-90) de modo a assegurar e promover a condição de pessoa no âmbito de uma comunidade.

O entendimento é de que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como núcleo essencial dos direitos fundamentais,^[15] fonte e finalidade comum a todos, e cujo conflito deve ser solucionado tendo em conta

“a necessária ponderação (e, acima de tudo, hierarquização) dos bens em causa, com vistas à proteção eficiente da dignidade da pessoa, aplicando-se também o princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, igualmente – já nesta perspectiva – encontra-se conectado ao princípio da dignidade.” (*ibidem*: 118)

Tal posição implica, então, que a proteção pela dignidade pode indicar a necessidade limitação proporcional^[16] aos direitos fundamentais, justamente para que a dignidade seja preservada. Assim, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2002) que o princípio da dignidade da pessoa humana acaba cumprindo duas funções: a primeira, a de servir como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas; a segunda – e afastando qualquer hipótese de que isto signifique paradoxo – “de justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como limitador destes.” (*idem*: 123)

Através desta argumentação, podemos compreender que o direito ao reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento invoca, necessariamente, uma consideração tanto promotora quanto limitadora dos direitos fundamentais que lhes são consagrados.

Isto implica na disposição obrigacional indispensável e indissociável, para a concretização dos direitos fundamentais, do suporte do Estado, sociedade e família, para obtenção de desenvolvimento digno. Além disso, com o cometimento de restrição indevida (ou desproporcional) do exercício pleno de alguns direitos, o fato pode gerar contrapartidas obrigacionais putativas, além de conseqüências possivelmente gravosas ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Portanto, o condicionamento da liberdade e da igualdade de exercício não pode significar uma exclusão ou limitação atentatória a participação de crianças e adolescentes nos espaços sociais. Num Estado Democrático de Direito a democratização da sociedade, do Estado e da família só é possível pela radicalização da inclusão ativa de seus atores/cidadãos nos espaços de decisão, haja vista, inclusive, que a ação/participação política também contribui para o desenvolvimento da pessoa.[17]

Ressalte-se, também, o estabelecimento dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança como eixos norteadores das regras atinentes aos direitos das crianças e adolescentes em âmbito nacional e também internacional. Ambos, portanto, têm por objetivo assegurar a efetivação da proteção integral por meio da concretização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

De acordo com Andréa Rodrigues Amin (2007), a prioridade absoluta (taxativamente delimitado no art. 227 da CF, art. 4º, §Único do ECA) “estabelece primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar.” (*idem*: 20)

De forma mais específica, suas ramificações envolvem a primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência no atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, e, por fim, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas (art.3º, §Único do ECA).

É salutar a advertência de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira (2007) ao disporem que a compreensão da prioridade “não deve conduzir ao absurdo entendimento de que tais direitos são absolutos”, (*idem*: 09) e, desse modo, aniquiladores dos demais direitos individuais e coletivos dos outros sujeitos e segmentos da sociedade. A idéia é de fornecimento de uma diretriz para a interpretação das normas jurídicas voltadas para a proteção integral da criança e do adolescente, o que exige uma consideração de sua aplicação mediada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de não transformar em moralismo retórico algo (prioridade absoluta) que foi concebido para beneficiar a todos, direta ou indiretamente.

Com gradação conceitual similar, o princípio do melhor interesse da criança,^[18] que obriga as autoridades, dentre as quais as instituições privadas, a avaliar o melhor interesse das crianças como uma consideração elementar para o exercício de suas atribuições e decisões. Nesse sentido, Tânia da Silva Pereira (1999, 2003) destaca a

importância de sua vigência no ordenamento nacional para a efetivação do ser sujeito de direitos para a população infanto-juvenil, deixando de tratá-los como objetos passivos, para, assim como os adultos, se tornarem titulares de direitos juridicamente protegidos, o que implica, entre outras coisas, no reconhecimento de que a fala da criança “deve ser assumida como uma das provas e essenciais na instrução dos processos que envolvam seus interesses.” (1999: 30)

Há de se sopesar, porém, nos perigos da apreciação e manipulação deste princípio pelo subjetivismo de juízes, conselheiros e mesmo familiares, “não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade.” (2003: 209-210) Pelo fato de não haver orientação conceitual uniforme ou fatores determinantes que tragam parâmetros hermenêuticos do que venha a ser o *melhor interesse*.

Em todo caso, a condição especial de desenvolvimento deste segmento social representa a sustentação legitimadora dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança,^[19] que, pelo fato mesmo de serem princípios, terão incidência em todos os outros aspectos normativos.

Exigibilidade da participação de terceiros (adultos/instituições) para a evolução satisfatória do desenvolvimento e efetivação plena de seus direitos, acometendo a estes medidas fiscalizatorias, aplicativas e, no extremo, punitivas, caso venham a proceder de maneira que prejudique o desenvolvimento satisfatório

A convivência familiar, pelo paradigma da doutrina da proteção integral, se torna direito fundamental normativamente insculpido em diversos diplomas internacionais, em especial, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que asseverava em seu art.6º que,

“...para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material...”

Da mesma forma, a Convenção sobreleva o papel da família na garantia dos direitos das crianças ainda no seu *Preâmbulo*, ao consagrar que todos os Estados signatários estão

“Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.”

O entendimento é de que o núcleo familiar torna-se suporte físico e emocional indispensável para o desenvolvimento sadio de qualquer indivíduo, sendo que a relação paterno-filial, em particular, assume caráter de necessidade vital da criança e do adolescente não só para sua sobrevivência, como também para sua constituição socializante e moral.

De acordo com Denise Damo Comel (2003), o fato da doutrina da proteção integral ter sido acolhida pelo ordenamento jurídico representou uma nova forma de intervenção do Estado nas relações paterno-filial, ante a postulação do instituto do poder familiar, um misto de poder-dever imposto pelo Estado a ambos os pais com o intuito de regulamentar parâmetros protetivos a pessoa e o patrimônio dos filhos não emancipados (art.229 da CF, art. 1.634 do CC e art.21 e 22 do ECA).

“E assim, então, quando se fala em conteúdo do poder familiar, há que trabalhar paralelamente com as duas variáveis, quais sejam, o aspecto afetivo da relação paterno-filial e o da vigilância do Estado sobre tais relações. Embora se afigurem, num primeiro momento, antagônicas, podem ser complementares à boa e plena realização das funções do poder familiar.” (*idem*: 92-93)

Num contexto no qual a família passa a ser percebida de forma desbiologizada, é dizer, deslocando seu núcleo fundamental de pertença para o afeto ou sócioafetividade, com o reconhecimento de outras configurações familiares que as relações sexuais e/ou socioeconômicas delineiam (famílias homoafetiva, anaparental e pluriparental, por exemplo), e, por fim, na democratização da autoridade paterna (pátrio poder) para um referencial de autoridade (com)partilhada com a mãe e filhos, os novos parâmetros de representação sócio-jurídica da família passam a entendê-la como uma *função*, ou seja, lugar simbólico ocupado por indivíduos legitimados pelas funções que exercem, e, ao mesmo tempo, um *direito*, o direito fundamental a convivência familiar, constitucionalmente disposto, com a garantia da proteção e dos cuidados parentais e comunitários.

Independente do arranjo familiar e da relação conjugal que haja,^{[20][21]} a responsabilidade paterno-filial assume autonomia jurídica no sentido de se tornar relação paralela a qualquer outra que exista no seio familiar, e que deve ser preservada ainda quando a família já não mais esteja estruturada, pois a prioridade absoluta do atendimento da criança impõe o dever de sustentação afetiva e alimentar aos pais.^{[22][22]}

Ao lado da convivência familiar está a garantia do direito fundamental a convivência comunitária, que constitui interseção imperativa com a outra, de forma que somente com a plena efetivação de ambos haverá um bom e saudável desenvolvimento do ser humano em processo de formação.

Ensina Maria Berenice Dias (2007), que a superelevação constitucional da garantia da convivência familiar gerou a tendência de buscar-se o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças no seio da família natural. Todavia, “às vezes, melhor atende aos interesses do infante a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção” (*idem*: 65) e, acrescentamos nós, à guarda ou tutela – dependendo do caso. O que deve prevalecer, sempre, como parâmetro delimitador, é o direito (constitucionalmente garantido) à dignidade e ao desenvolvimento integral, os quais não sendo preservados pela família provocam a necessidade da intervenção estatal, por meio da colocação em famílias substitutas.

Por isso mesmo, ao lado da família e da comunidade, toda uma rede de instituições foram encarregadas normativamente de fiscalizar e efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes, configurando o ECA, na expressão de Roberto Diniz Saut (2007), numa “lei-proposta” que propõe o chamamento de todos ao esforço de romper com os

vícios da doutrina da situação irregular,^[23] especialmente da outrora absolutização do poder judicial e a política de segurança nacional desenvolvida dentro da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) desenvolvida pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), durante o regime militar.^[24]

Via comando do arts. 204 e 227 da CF/88, além dos arts. 4º e 86 do ECA, a política de atendimento passa a ser regulamentada conferindo uma distribuição de competências para com agentes públicos^[25] - Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar, Defensoria Pública, Segurança Pública, Fundo de Atendimento da Infância e da Adolescência e Políticas Públicas de maneira hierárquica^[26] e complementar,^[27] garantindo, ao menos formalmente, a co-responsabilização democrática, com mínimos espaços de abertura para subjetivismos sem contrapartida legal.

Esta sistemática de co-responsabilização democrática, implicando na descentralização político-administrativa e participação popular^[28] (art.204), está direcionada pelo referencial máximo de prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, dando função social aos indivíduos (adultos) e instituições que precisam engajar-se numa cultura política na qual passa a ser dever de todos (família, sociedade e Estado) a participação nas mudanças e proteções da realidade infanto-juvenil nacional, com vista a lhes proporcionar sempre as melhores condições de desenvolvimento e respeito a dignidade humana.

Para todos estes agentes públicos e privados, ou seja, para a família, sociedade e Estado, a ação ou a omissão que venha a prejudicar os direitos e o desenvolvimento das crianças e adolescentes torna passível a aplicação de medidas protetivas – tendo em vista os arts. 73 e 98, I e II do ECA.

Normatização dos múltiplos aspectos humanos que precisam ser contemplados pela lógica do desenvolvimento inserido na doutrina da proteção integral: físico, mental, espiritual, moral, social e sexual

A doutrina da proteção integral é integral num duplo sentido: reconhecimento de direitos fundamentais em todas as dimensões dos direitos humanos para as crianças e adolescentes em um grau diferenciado de exigibilidade, ante seu status principiológico de prioridade absoluta e, além disso, compreensão holística dos aspectos humanos que precisam ser contemplados pela lógica da pessoa em desenvolvimento.

O artigo 27,1 da Convenção elencou algumas destas dimensões aos dispor que:

“Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.”

De forma semelhante, o artigo 3º do ECA também delimitou:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Para Roberto Ailton Esteves de Oliveira (2008) estes aspectos estão ordenados de forma sequencial de prioridades, em sintonia com a definição de saúde concebida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que consiste no equilíbrio físico, psíquico e social de todo ser humano. Senão vejamos o que dispõe o *Preâmbulo* da Constituição da OMS:

“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.”

Estas considerações foram incorporadas no ECA em vários trechos de seu texto, mas sem que houvesse uma conceituação explícita do que o ECA entende por cada aspecto do desenvolvimento. Todavia, tal limitação não é um empecilho para que a doutrina os caracteriza-se, além de procura encontrar nexos manifestos de suas ocorrências no texto da lei.

Tomando por base a conceituação estabelecida por Roberto Ailton Esteves de Oliveira (2008)^[29] para o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, assim os apresentamos:

- *Desenvolvimento físico*: necessidade de a pessoa ter satisfeitas as suas necessidades primárias de subsistência e conservação, respeitando o meio ambiente, de forma a garantir a segurança alimentar e nutricional, a defesa e conservação dos sentidos físicos (audição, visão, tato, paladar e olfato) e o desenvolvimento das habilidades motoras. O ECA, nos seus art.7º,^[30] garante a proteção do desenvolvimento físico desde a vida intra-uterina, assegurando ao feto a valoração de ser humano em desenvolvimento, com outorga dos direitos à vida e a saúde, como beneficiário direto da proteção integral a ser executada pela família,^[31] pela sociedade e Estado.^[32]

- *Desenvolvimento mental*: comandada por pensamentos próprios e de terceiros, que lhe influenciam o estado de equilíbrio, a mente infanto-juvenil possui valores e referências individuais que requerem proteção para a inviolabilidade da sua integridade, o que perpassa o respeito e preservação de sua imagem, identidade, autonomia, valores, idéias e crenças, conforme dispostos no arts. 15, 16, 17 e 18 do ECA. Os sentidos psíquicos (medo, raiva, alegria, sensualidade, etc.) estão sempre em processo de elaboração, independente da faixa etária do ser humano, porém assumem uma lógica protetiva prioritária pela doutrina da proteção integral, exigindo da família, da sociedade e do Estado, instancias de referencia, revisão e modificação dos valores individuais, a consciência de sua responsabilidade na moldagem de uma sociedade orientada, cada vez mais, pelos sentimentos mais elevados de solidariedade, amor, respeito, esperança e felicidade. Por outro lado, o Estado, e a rede de atendimento, devem zelar pela oferta de

serviços psicológicos para o tratamento de crianças e adolescentes com doenças e enfermidades mentais (art.87, III do ECA).^[33]

· *Desenvolvimento espiritual*: como desdobramento do desenvolvimento mental e moral, o desenvolvimento espiritual engloba necessariamente, mas não exclusivamente, a liberdade de crença e culto religioso,^[34] com os pais, no cumprimento do dever de educar, oferecendo aos filhos a possibilidade – não obrigatória – de formação religiosa e, quando os filhos já disponibilizam de maior autonomia física e mental, a escolha (ou rejeição) de uma(s) da(s) forma(s) de religiosidade que melhor realiza(m) seus objetivos de vida, “não podendo os pais interferir nesse processo de escolha, mesmo que contrário às suas próprias convicções religiosas.” (Amin, *Op.Cit.*: 44) O arts.16, III, 94, XII e 124, XIV do ECA, em sintonia com o art.5º, VI da CF, são as principais conexões legais.

· *Desenvolvimento moral*: calcado no discernimento entre os direitos e deveres, estes últimos correspondendo o respeito aos direitos alheios, base para o desenvolvimento moral que constitui, também, uma melhor orientação para a justiça e cidadania, sendo a família e o núcleo educador por excelência, com a escola e o meio comunitário servindo de núcleos complementares. Os arts. 19 e 53 do ECA trazem as principais colocações legais a esse respeito, em correspondência direta ao que assevera tanto os arts. 3º e 4º do ECA quanto o art.227 da CF.

· *Desenvolvimento social ou sociocultural*: compreende a evolução do processo de socialização pela qual a criança e adolescente são estimulados a estabelecerem vínculos com grupos sociais (família, escola, igreja, etc.) pelos quais fazem circular as informações que exprimem seus interesses, gostos, opiniões, paixões, etc.^[35] Da mesma forma, família, sociedade e estado devem atuar articuladamente, proporcionando condições para que a socialização, que cresce a medida em que a pessoa se torna mais independente, seja feita de forma saudável e não atentatória de sua dignidade. Nesse processo, o respeito ao contexto sociocultural da criança ou adolescente (art.58 do ECA e art.210 da CF), assim como os auxílios da rede de atendimento (art.86 da CF), servem de subsídios para a plena efetivação do direito ao desenvolvimento social ou sociocultural com dignidade.

Além destes cinco aspectos explicitados no art. 27,1 da Convenção e repetido no art.3º do ECA, outro aspecto do desenvolvimento merecem uma atenção mais é o sexual.

O desenvolvimento sexual não se restringe ao desenvolvimento da capacidade reprodutiva, mas está dimensionado no desenvolvimento da sexualidade humana, que envolve tanto aspectos focados na parte biológica (os desejos, os comportamentos sexuais dependem, entre outros fatores, dos hormônios sexuais, da idade, do estado físico geral e da figura corporal), psicológica (de orientação identitária influenciada pela aprendizagem, experiências, valores e história de vida) e sociocultural (de comportamentos sociais que estão sujeitos as influencias de normas, costumes, moral, religiões, sendo que as normas e valores que regem o exercício da sexualidade surgem num determinado contexto social, político e econômico e se desenvolvem historicamente, p.ex.: virgindade, relacionamentos sexuais, casamento, tabus, etc.).

Ensina Clívia Santana da Silva (2004), que no âmbito jurídico o desenvolvimento sexual é discutido dentro dos direitos reprodutivos, onde as questões da reprodução

humana e do livre exercício da sexualidade são estendidas também ao alcance da criança e do adolescente, “na medida em que a aplicação desse direito é determinada com vinculação à liberdade e desenvolvimento da personalidade.” (*ibidem*: 44)

Trata-se de um direito que se fundamenta no reconhecimento do direito fundamental da criança e do adolescente à dignidade e à proteção de sua sexualidade, livre de abusos dos adultos, requerendo, também, a igualdade de fato e de direito frente às ações dos adultos, nas suas relações internas ou externas à família. “Tais direitos incluem a liberdade dos jovens de dispor dos níveis mais altos de saúde sexual, livre de discriminação, coerção e violência, tendo direito humano fundamental à autodeterminação no exercício da sexualidade.” (*ibidem*: 46)

A saúde reprodutiva é um estado de bem-estar físico, mental e social, que permitem o desenvolvimento sadio a criança e ao adolescente para o desfrute de uma vida sexual segura e livre dos abusos e sevícias sexuais, contando com a garantia de não ser obrigado a manter relações sexuais intrafamiliares (incesto). No ECA, diversos dispositivos fazem referência direta ou indireta aos direitos reprodutivos e o desenvolvimento sexual, como os arts. 3º, 5º, 15, 17 e 18, ao contemplarem preceitos relativos à integridade física e moral, além dos arts. 74, 79, 130, 240 e 241, com disposições limitadoras do acesso a informação e conduta de pessoas.

Conclusão

A consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento dentro dos marcos da doutrina da proteção integral foi uma conquista importante para a oferta de direitos e deveres que lhes possibilitassem uma inclusão e participação social que respeitassem suas dignidades e integridades.

Ao longo do trabalho se procurou detalhar qual a base epistemológica desta consideração, é dizer, a psicologia do desenvolvimento, além do contexto histórico-cultural de seu surgimento, que comunga com a própria distinção entre o ser criança e o ser adulto.

Ressaltaram-se, também, as principais manifestações da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento dentro dos marcos legais da doutrina da proteção integral, em termos nacionais e internacionais.

Certo é que este trabalho teórico objetiva contribuir para a materialização de práticas institucionais ou sociais que considerem a criança e o adolescente nos aspectos subjetivos que lhe são pertinentes, o que não significa a tomada bruta (e anuladora) de pessoas sem amadurecimento, como algo que lhes falta, porém de sujeitos que estão em desenvolvimento, como qualquer outra pessoa adulta ou não, e que precisam de suportes familiares, sociais e institucionais para obterem melhores condições objetivas de vida que lhes garantam, acima de tudo, a efetivação de suas dignidades.

Isto exige, por fim, o compromisso dos interpretes que, atuando pela causa, nunca podem perder de vista as tradições constitucionais e internacionais que trazem

parâmetros de pré-compreensão para a interpretação/aplicação das normas relativas a criança e adolescente.

Bibliografia

AMARAL e SILVA. Antonio Fernando do. A ‘proteção’ como pretexto para o controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular. In: ILANUD. **Revista do ILANUD – Defesa de Adolescentes: o papel da universidade**. São Paulo: ILANUD, n.20, 2002, pp.07-15.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp.31-60.

ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2.ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BAECHLER, Jean. Grupos e sociabilidade. In: BOUDON, Raymond [et al]. **Tratado de sociologia**. Tradução de Teresa Curvelo; revisão técnica de Rebató Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

BECKER, Daniel. **O que é adolescência**. 13.ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BIAGGIO. Ângela M. **Psicologia do desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 1985.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CÉZAR, Paulo. **Principais avanços do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Recife: Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social, 2007.

CHERMONT, Leane Barros Fiuza de Mello. **Direitos humanos e a proteção da criança e do adolescente no Brasil**. Belém: dissertação apresentada a pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2004.

COHN, Clarisse. **Antropologia da criança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. (Passo-a-passo; 57)

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da; MENDEZ, Emílio Garcia. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994. (Série direitos da criança, n.4)

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.28)

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

FAW, Terry. **Psicologia do desenvolvimento: infância e adolescência**. Tradução de Auripebo Berrance Simões; revisão técnica de Juan J. Mouriño Mosqueira. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981.

FONSECA, Claudia. Quando cada caso não é um caso: pesquisa etnográfica e educação. In: **ANDEp**. Caxambu: trabalho apresentado na XXI reunião anual da ANDEp, n.10, 1999, pp. 58-78.

_____. Os direitos da criança – dialogando com o ECA. In: FONSECA, Claudia, TERTO Jr., Veriano... [et AL.]. **Antropologia, diversidade e direitos humanos**. Porto Alegre: editora da UFRGS, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

PEREIRA, Tânia da Silvia (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

_____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, pp. 155-161.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Roberto Ailton Esteves de. **Doutrina da Proteção Integral**. Disponível em: < http://www.direitosocial.com.br/download/prot_integral.pdf>. Acesso em: 07 set. 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>>. Acesso em: 20 set. 2008

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAUT, Roberto Diniz. O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias. In: **Revista Jurídica – CCJ/FURB**. V.11, n.21, jan./jun. 2007, pp. 45-73.

SCHAML, Walter. **Introdução à moderna psicologia do desenvolvimento para educadores**. Tradução de Carlos Alexandre Loeb Caldenhof. São Paulo: EPU, 1977.

SÉLIA, Maria de Lourdes. Juventude, classe média e escola particular. In: **Revista Jurídica da UNIC**. V.5, n.1, jan./jun. 2003, pp.79-86.

SILVIA, Clívia Santana. **O princípio da dignidade e da proteção integral: sua aplicação às normas de combate ao abuso sexual intrafamiliar na infância e juventude**. Belém: dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2004.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermeneutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp.263-307.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica: para operadores do Direito; 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I – interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

[1] “Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a. igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que no seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b. igualdade material correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios.” (Piovesan, 2005: 47)

[2] “... a Convenção Internacional, diferentemente da Declaração Universal dos Direitos da Criança, não se configura numa simples carta de intenções, uma vez que tem natureza coercitiva e exige do Estado Parte que a subscreveu e ratificou um determinado agir, consistindo, portanto, num documento que expressa de forma clara, sem subterfúgios, a responsabilidade de todos com o futuro.” (Veronese, 2003: 36)

[3] “...o impulso que deu origem à Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, surgiu ao final dos anos 1970 em plena Guerra Fria. A representação polonesa nas Nações Unidas, procurando ganhar pontos no placar dos direitos humanos, propôs a transformação de um documento não-normativo de 1959 (a Declaração dos Direitos da Criança) num contrato normativo. A administração de Reagan, irritada de ver alguém do bloco soviético ganhar crédito por essa iniciativa, revidou com dez anos de trabalho em comitês, reescrevendo a proposta de modo a incluir cláusulas que sublinhavam a importância das liberdades civis – exatamente aquelas que supostamente faltavam no bloco soviético.” (Fonseca, 2004: 110-111)

[4] Aspecto interessante foi o fato de o Brasil incorporar a doutrina antes mesmo de sua aprovação na ONU, ou melhor, com mais de um ano de antecedência, dado que a aprovação da Constituição ocorreu em 05 de outubro de 1988 e a Convenção é de 20 de novembro de 1989, tendo sido assinada pelo Brasil em janeiro de 1990 e “aprovada pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº. 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Presidente da República, pelo Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990.” (Del-Campo; Oliveira, 2007: 05)

[5] Desigualdade e exclusão, neste caso, não são apregoadas como sinônimas, e sim como sistemas de pertencas hierarquizadas, onde no primeiro a integração ocorre pelas vias da subordinação, enquanto na segunda a integração advém pela segregação, a exemplo do que ocorreu historicamente com os povos indígenas, cuja ideologia da integração nacional desses povos sempre se deu à custa da desvalorização (epistemicídio) de seus valores culturais e imagens sociais. Cf. Sousa, 2006: 277-316.

[6] Os poderes outorgados a estes juízes garantiam um leque de competências não apenas para aplicação da lei, inerentes ao poder judiciário, como também “de vigilância, proteção e regulação da vida dos *menores*, podendo nomear voluntários para seu auxílio – os famosos *comissários de menores* – aos quais delegava amplos poderes, e baixar normas de caráter geral, que complementavam a legislação.” (César, 2007: 12) (grifos do autor)

[7] “... o vocábulo ‘dimensões’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este venha a induzir apenas sucessão cronológica e , portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” (Bonavides *apud* Wolkmer, 2003: 06) Com o uso do termo dimensão, os direitos humanos passam a ser entendidos como construção históricas que “não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementaridade.” (Wolkmer, *idem*)

[8] Explica o *Complexo* só é possível por meio da metáfora do positivista ferrenho que vai ao supermercado “e confere – na forma da lei – os prazos de validade e somente consome o produto até o dia fatídico, ou seja, se o prazo de validade é hoje, somente pode consumir até as 24:00 horas; às 00:01 o produto está fora do prazo de validade e, portanto, inservível ao consumo. Para este, no exato minuto que se transpôs o dia, as bactérias, em Assembléia Geral Ordinária – adrede convocada – decidiram, à unanimidade, avançar (estragar) sobre o produto.” (*idem*: 93)

[9] Estas quatro teorias compõe o rol descrito por Terry Faw (1981) das principais teorias da moderna psicologia do desenvolvimento. Walter Schraml (1977) não chega a definir de forma precisa as correntes modernas, mas estrutura três tendências que foram cruciais para seus avanços epistemológicos: “ A moderna psicologia do desenvolvimento pretende, em primeiro lugar, servir com seus conhecimentos à prática da assistência social (englobando a pedagogia criminal), da pedagogia escolar e da pedagogia terapêutica, bem como da psicoterapia infantil. Em segundo lugar, ela estabelece bases psicológico-desenvolvimentistas para os vários conceitos da personalidade na psicologia atual e praticamente com isso também para a psicoterapia do adulto e a psicologia social aplicada. Por fim, em terceiro lugar, existe dentro da psicologia moderna do desenvolvimento uma ampliação do interesse que leva a ampliação do objeto de pesquisa, partindo dos períodos da infância e da juventude para o processo total da vida humana, principalmente da idade mais avançada.” (*ibidem*: 19) – com isso, estabelece como teorias integrantes de uma ou mais tendências: a psicanálise e as escolas de psicologia profunda; a orientação científico-sociológica; as escolas da teoria da aprendizagem; a pesquisa comparada do comportamento e genética humana; a posição eclética;e, por fim, a ampliação da moderna psicologia do desenvolvimento para o processo total da vida humana. (Cf. *idem*: 20-25)

[10] “E nesse conjunto de alinhamentos obrigatórios, cada aluno segundo sua idade, seus desempenhos, seu comportamento, ocupa ora uma fila, ora outra. Ele se desloca o tempo todo numa série de casas; umas ideais, que marcam uma hierarquia do saber ou das capacidades, outras devendo traduzir materialmente no espaço da classe ou do colégio essa repartição de valores ou dos méritos. Movimento perpétuo onde os indivíduos substituem uns aos outros, num espaço escondido por intervalos alinhados.” (Foucault, *ibidem*: 126)

[11] LICC, art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

[12] Convém ressaltar que “quando um fato individual é subsumido em um conceito abstrato normativo ele não é apreendido em sua totalidade, pois esse fato é, tão-somente, um geral determinado coincidente com o equivalente que está previsto no conceito; os demais caracteres desse fato não abrangidos pelo conceito são tidos como indiferentes para a subsunção.” (Diniz, *Op.Cit.* 2007a: 61)

[13] “...o primeiro, denominado nos limites destas reflexões como paradigma do modelo (ou modo de produção) liberal-individualista de Direito, e o segundo, pela permanência no plano do imaginário gnosiológico dos juristas do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pela qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa que se interpõe/opõe entre/o sujeito e/ao objeto, e que se encontra instrumentalizado por uma hermenêutica jurídico-normativa, de matriz Bettiana.” (Streck, 2007: 240) (grifos do autor)

[14] “Adotando, pois, essa segunda postura – necessidade de resguardar a sintonia com a materialidade da Constituição, a partir do exercício de um prudente positivismo, indispensável à preservação da força normativa do seu texto – quero, finalmente, afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno Constitucional tornar-se visível, *deixando-o vir à presença*, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica (categoria).” (*idem*: 329)

[15] “...todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade...” (*ibidem*: 124)

[16] O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade vem limitar e condicionar, logicamente, a discricionariedade do interprete, para que esta não se transforme em arbitrariedade. “O objeto do princípio da razoabilidade é a relação jurídica triangular que se institui entre *motivo, meio e fim*. O princípio é comumente usado para aferir a congruência das medidas estatais, porém nada obsta, muito pelo contrário, na realidade tudo indica, seu emprego no âmbito do direito privado. Ele ampara os direitos fundamentais não apenas proibindo restrições descabidas, mas também impondo ações em benefício dos mesmos.” (Souza de Oliveira, 2003: 92)

[17] “A participação é necessidade humana e, por conseguinte, constitui um direito das pessoas. O ser humano possui necessidades *óbvias*, como o alimento, o sono e a saúde. Mas também possui necessidades *não-óbvias*, como o pensamento reflexivo, a autovalorização, a auto-expressão e a participação, que compreende as anteriores. Privar os homens [e, nestes, incluem-se crianças e adolescentes, de ambos os sexos] de satisfazerem estas necessidades equivale a mutilar o desenvolvimento harmônico de sua personalidade integral.” (Bordenave, 1983: 76)

[18] Internacionalmente instrumentalizado a partir da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, em seus princípios 2º e 7º; e posteriormente, com maior grau de exigibilidade, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989, no seu art. 3º.

[19] Clívia Santana da Silva (2004) entende que não se tratam de dois princípios, mas de somente um, sendo que a prioridade absoluta normatizada no direito nacional corresponderia ao melhor interesse definido no plano internacional. Por um lado, acreditamos que ela tem razão, pois não há no ordenamento jurídico nacional menção expressa à terminologia *melhor interesse da criança*. Ainda assim, há de se ponderar que mesmo com feições iguais, os dois princípios possuem meandros distintos, como procuramos descrever acima, além disso, pela garantia fundamental de recepção de tratados internacionais inscrita no art.5º, §2º da CF, podemos auferir que ambos os princípios convivem no direito brasileiro, o que, afinal de contas, só contribui para o fortalecimento dos direitos da criança e do adolescente.

[20] Cabe lembrar que a CF colocou em igualdade de considerações e tratamento a todos os filhos tidos no âmbito das relações paterno-filiais, de forma a vedar qualquer designação discriminatória ou redutora de direitos e extinguir, ao menos no plano jurídico, as qualificações adjetivadas outra tão (ab)usadas: legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos (art.227, §6º).

[21] “Agora – e pela vez primeira – a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo. A Lei Maria da penha (Lei 11.340/2006), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família (LMP 5.ºIII) qualquer relação de afeto. Com isso não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional.” (Dias, 2007: 41)

[22] “...o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu que todo menor tem direito ao pátrio poder, qualquer que seja a situação do pai e da mãe... [fincando] clara a predominância que se deu à natureza protetiva da função, posto que o direito do filho menor, que implica o correspectivo dever de qualquer ou de ambos os pais.” (Comel, *Op.Cit.*: 47)

[23] ECA, art.70: “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

[24] “O contorno autoritário do regime militar, no entanto, impôs a adequação das diretrizes traçadas pela Política do Bem-Estar do Menor à ‘Política de Segurança Nacional’, gerando um distanciamento, na prática, do que era sustentado em termos teóricos; a partir da concepção de que a população infanto-juvenil deveria ser objeto de ‘controle social’, o Estado continuou a atuar de forma centralizadora e repressiva.” (Tavares, 2007: 267)

[25] Pelo texto original, “articulando ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios” (art.86 do ECA)

[26] “...porque para a União fica a tarefa de emitir as normas gerais e coordenar a política de atendimento aos direitos do menor; aos Estados o apoio técnico e financeiro aos Municípios; e para estes últimos, a concretização dos programas de atendimento e apoio ao menor.” (Del-Campo; Oliveira, *Op.Cit.*: 119)

[27] “...porque existe uma relação de interdependência dos entes governamentais entre si e deles com a sociedade, sem a qual nenhuma política efetiva poderia ser implementada.” (*idem*)

[28] Conceitualmente, descentralização político-administrativa e hierarquização tem o mesmo sentido, de igual sorte também para complementaridade e participação popular, senão vejamos: “Por descentralização político-administrativa compreende-se a distribuição do poder por todas as entidades federativas, que, atuando de forma harmônica e complementar, responsabilizam-se pela definição e pela execução da política de atendimento. A participação popular, neste caso, consiste no chamamento da sociedade a colaborar no processo de formulação das políticas públicas, bem como a controlar as ações governamentais em todos os níveis.” (Tavares, *Op.Cit.*: 270)

[29] Mas não se restringindo a ela.

[30] ECA, art. 7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

[31] “...ficar atento à mudanças comportamentais e queixas dos filhos é medida salutar. Via de regra, ninguém melhor do que os pais para identificar se há algo errado com os filhos e ao primeiro sinal já buscar atendimento adequado.” (Amin, 2007: 33)

[32] “Se a família não reúne condições de alimentar adequadamente a prole – muitas vezes numerosa – cabe ao poder público elaborar políticas sociais executáveis através de programas garantidores de renda mínima. Programas como Fome Zero e Bolsa Família podem ser citados como exemplos. Encaminhar as famílias aos programas é também função da comunidade, através dos Conselhos Tutelares que cotidianamente se deparam com a pobreza e miséria.” (*idem*)

[33] “A saúde mental nunca foi objeto de grande preocupação de nossas autoridades ou mesmo da nossa sociedade. Não falo aqui das doenças mentais, mas as enfermidades psicológicas. Crianças e jovens vítimas de abusos, sexuais, físicos e psicológicos, curavam suas próprias feridas – quando o conseguiam –, pois não raro seus próprios pais entendiam desnecessário o apoio psicológico, já que “seu filho não é louco.” (*ibidem*: 39)

[34] Conforme aduz Alexandre de Moraes (2005) no plano da CF: “A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.” (*ibidem*: 40) Acrescente-se ainda que, num Estado laico como é o brasileiro, “a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.” (*ibidem*: 41)

[35] Usamos aqui o conceito de socialização na mesma medida de sociabilidade, é dizer, como a “capacidade humana de estabelecer *redes*, através das quais as unidades de atividades, individuais ou coletivas, fazem circular as informações que exprimem seus interesses, gostos, paixões, opiniões...: vizinhos, públicos, salões, círculos, cortes reais, mercados, classes sociais, civilizações...” (Baechler, 1995: 65) (grifos do autor)

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL COM
VISTAS AO DIREITO DE PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO***

**LA RESPONSABILIDAD PRE-CONTRACTUAL Y POS-CONTRACTUAL
CON LAS VISTAS AL DERECHO DE PERSONALIDAD EN LAS
RELACIONES DE TRABAJO**

**Leda Maria Messias da Silva
Christiane Singh Bezerra**

RESUMO

A tutela dos direitos de personalidade é uma das grandes conquistas da sociedade contemporânea, contudo, é também instituto permeado de muitas discussões, especialmente na esfera do direito do trabalho, onde diversos fatores contribuem para possíveis ofensas aos direitos de personalidade do empregado, especialmente em razão da subordinação existente na relação. Essa ampla possibilidade de ofensa aos direitos de personalidade permeia o contrato de trabalho antes mesmo de sua efetivação, gerando a possibilidade de reparação do dano na modalidade de responsabilidade pré-contratual, cuja natureza jurídica e competência para julgamento ainda gera muitas controvérsias na seara trabalhista. O mesmo é possível dizer com relação à possibilidade de responsabilização pós-contratual nas relações trabalhistas, haja vista que em razão da sistemática da responsabilidade civil no direito pátrio bem como em nome da boa-fé e função social que deve informar todos os contratos no ordenamento jurídico, há que se resguardarem também os direitos acessórios à relação contratual que perduram após o término do contrato.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATOS, BOA-FÉ, FUNÇÃO SOCIAL, PERSONALIDADE E TRABALHO.

RESUMEN

La tutela de los derechos de personalidad, es una de las grandes conquistas de la sociedad contemporánea, sin embargo, es también escenario de muchas discusiones, especialmente en la esfera del derecho laboral, donde diversos factores contribuyen para posibles ofensas a los derechos de personalidad del empleado, especialmente debido a la subordinación existente en la relación. Esa amplia posibilidad de ofensa a los derechos de personalidad afecta el contrato de trabajo, antes mismo de su efectividad, generando

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

la posibilidad de reparación del daño en la modalidad de responsabilidad precontractual, cuya naturaleza jurídica y competencia, para juzgamiento, todavía genera muchas controversias en el ambiente laboral. Lo mismo es posible decir en relación con la posibilidad de responsabilidad poscontractual, en las relaciones laborales, debido a que en virtud de la sistemática de la responsabilidad civil en el derecho patrio, así como, en nombre de la buena fe y función social que debe integrar todos los contratos en el ordenamiento jurídico, también deben ser protegidos los derechos accesorios de la relación contractual, que persistan, después del término del contrato.

PALAVRAS-CLAVE: CONTRATOS, BUENA FE, FUNCIÓN SOCIAL, PERSONALIDAD Y TRABAJO.

1. Introdução

O presente estudo objetiva verificar, à luz dos direitos da personalidade, as situações que envolvem a responsabilidade pré e pós-contratual, no âmbito das relações laborais.

Preliminarmente, justifica-se tal abordagem em razão das evoluções sociais, tecnológicas e científicas, experimentadas pela sociedade na contemporaneidade e a relação dessa evolução com o desenvolvimento das relações de trabalho.

Para tanto é necessário analisar de forma breve o conceito dos chamados direitos de personalidade e os reflexos desses no contrato de trabalho, de acordo com os preceitos legais que norteiam o referido instituto.

Na seqüência verificar-se-á de forma prevê as principais características do instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos nas relações trabalhistas, com vistas especialmente as modalidades de responsabilidade pré-contratual, destacando seus elementos essenciais, e sua natureza jurídica, inclusive com relevo ao aspecto controvertido da classificação de referida modalidade de responsabilidade, que implica ainda em diversas discussões doutrinárias.

Igualmente se procederá com relação à responsabilidade pós-contratual, destacando as hipóteses de ocorrência, nas relações trabalhistas, e sua relação com os direitos de personalidade, natureza jurídica atribuída a essa modalidade de responsabilidade, bem como os conflitos doutrinários sobre o tema.

Finalmente, será feita uma verificação da competência para processar e julgar as causas que envolvam a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual no direito do trabalho, a luz do preceito encartado no artigo 114 da Constituição Federal, e suas alterações decorrentes da Emenda Constitucional número 45, bem como em razão do entendimento consagrado pelos tribunais pátrios.

2. Breves considerações sobre os direitos da personalidade

O contrato de trabalho no mundo contemporâneo passa por diversas transformações, alias as relações sociais, passam por um período de evolução extremamente rápido, os valores sofrem alterações e isso sem dúvida interfere nas relações de trabalho.

Uma das características indelével da sociedade contemporânea é exatamente essas constantes transformações, que atingem os mais variados seguimentos. Os avanços científicos, o constante desenvolvimento de novas técnicas de produção, a massificação das relações de consumo e até mesmo a criticada, porém, notória flexibilização das relações de trabalho, impõe aos indivíduos uma busca incessante por aperfeiçoamento, que conseqüentemente criam uma concorrência sem precedentes no mercado de trabalho.

Ante essas mudanças, o contrato de trabalho que sempre se caracterizou em razão da supremacia do empregador em relação ao empregado, tornou-se ainda mais delicado, sendo campo fértil para situações que contrariam preceitos de ordem pública como os consagrados direitos de personalidade.

Seja na vigência do pacto laboral, após sua finalização ou até mesmo antes da sua real efetivação, rotineiramente percebe-se conflitos nas relações de emprego, que via de regra, culmina com afronta aos direitos de personalidade do empregado, parte hipossuficiente e vulnerável da relação.

O homem é um ser essencialmente social, essa característica, conforme ensina San Tiago Dantas,[1] faz com que ele se, “torne sujeito ativo e passivo de diversas modalidades de relações jurídicas”, tais relações jurídicas, implicam não só em obrigações, mas também, como pondera o autor, em aquisição de “direitos extracorpóreos ou imateriais e que lhe são próprios, inatos, da sua essência, denominados comumente por direitos fundamentais, personalíssimos, de humanidade ou, mais propriamente, da personalidade”.

Referidos direitos exercem papel relevante nesse estágio da sociedade, uma vez que colocam o indivíduo em papel de evidência, onde, resguardar os interesses individuais, proteger a pessoa contra abusos, que no mundo contemporâneo tornaram-se constantes em razão das transformações sociais, configuram deveres primordiais.

Na esfera do direito do trabalho, não é diferente, especialmente porque a relação trabalhista, em sua essência já se caracteriza por uma desigualdade e, portanto, maior necessidade de uma tutela efetiva aos direitos do trabalhador, que é consagradamente hipossuficiente nesta relação.

Sendo o instrumento que viabiliza a relação trabalhista, um contrato, indiscutivelmente esse contrato, assim como todos os demais existentes no ordenamento jurídico pátrio, deve pautar-se por algumas premissas, dentre elas, a observância das consagradas cláusulas gerais, da boa-fé e função social que se encontram intimamente ligadas com os direitos de personalidade.

Sopesar tais preceitos, na relação trabalhista é tarefa de grande dificuldade, pois assim como no direito do consumidor o direito do trabalho é marcado por um desequilíbrio

natural, que se justifica de um lado na necessidade de o empregador, fiscalizar e orientar a prestação do serviço e de outro pela condição vulnerável em que se encontra o trabalhador.

A atenção a referidos preceitos tem por escopo, equilibrar as relações decorrentes do contrato de trabalho e assim, resguardar os direitos individuais do trabalhador, especialmente aqueles de cunho personalíssimo.

Com relação aos direitos personalíssimos ou direitos da personalidade, Arnold Wald[2], menciona que, "... são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular."

Assim, seja ele um trabalhador ou não, todos são igualmente tutelados no que respeita aos seus direitos da personalidade, fato, inclusive, que os garante também ao empregador.

Ao tratar da personalidade, Maria Helena Diniz[3], aponta que, "não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade." A personalidade consiste em verdade em um atributo, no qual se "apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa".

Os direitos da personalidade caracterizam-se especialmente por serem intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária[4]. A ameaça ou a lesão a direito da personalidade, poderá resultar em reclamação de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Nesse sentido prescreve o Código Civil, aplicado subsidiariamente as relações trabalhistas[5].

Ante a amplitude e a importância dos chamados direitos da personalidade, não resta dúvida que a proteção desses, na seara do direito do trabalho deve ocorrer de forma ampla, abrangendo inclusive as chamadas negociações preliminares, que podem dar ensejo a eventual contrato de trabalho, assim como a tutela de tais direitos deve perdurar, mesmo após o término do contrato de trabalho, momento que normalmente ocorrem ofensas à honra e imagem dos empregados.

Qualquer afronta, decorrente da não observância de referidos direitos deve ser objeto de responsabilização, de acordo com as regras de responsabilidade civil e do disposto no artigo 422 do mesmo diploma, conforme se passará a verificar.

3.Lineamentos da responsabilidade civil nas relações trabalhistas

Em relação ao Direito do Trabalho, a responsabilidade civil[6] apresenta-se como cenário ideal para diversas discussões, especialmente em razão da tutela dos direitos da personalidade consagrada pela Constituição Federal de 1988, em função dos princípios que a norteiam e pelo Código Civil vigente.

Na seara laboral verificam-se situações extremamente delicadas, que envolvem o empregado e o empregador, em virtude da natureza peculiar e delicada do contrato de trabalho, que é naturalmente desequilibrada, marcada pela vulnerabilidade e hipossuficiência do empregado e pelo poder econômico do empregador.

No que tange a responsabilidade na esfera do direito do trabalho, vale destacar as lições de Paulo Eduardo V. de Oliveira[7], segundo o qual a “responsabilidade, (...) é um termo polissêmico e (...) aplicado a todos os ramos do direito, guardando em cada um deles suas características próprias”.

Assim, pode-se perceber na responsabilidade civil decorrente das relações de trabalho, diversas semelhanças com a responsabilidade civil, especialmente no tocante a configuração da responsabilidade pré e pós contratual, haja vista que essas sempre têm como fundamento o art. 422 do Código Civil, que nesse particular é aplicado subsidiariamente nas relações de cunho laboral.

Neste sentido merece destaque os ensinamentos de Fernando Gaburri e Vaneska Donato de Araújo[8]. De acordo com os referido autores:

Os efeitos da relação contratual podem ser delineados em três principais momentos, a saber: 1. o que antecede a formação de vontades ou momento das tratativas, ou ainda fase pré-contratual; 2. o momento da conclusão contratual, em que convergem a vontade com a aceitação, pelo oblato, da proposta formulada pelo policitante; e 3. o momento posterior a sua conclusão, em que normalmente surte importantes efeitos.

Para o presente estudo, interessa especificamente a fase pré-contratual e o momento posterior à conclusão, no qual pode ocorrer a responsabilidade pós-contratual.

Antes, porém, é importante destacar que em matéria de reparação de danos, a legislação brasileira apresenta a seguinte divisão: o dano pode ser material, quando em razão de seu caráter objetivo é melhor delineado pela legislação, já o dano moral, que é aquele que decorre de ofensa a honra ou à imagem do indivíduo, devido ao seu caráter subjetivo e a dificuldade, em alguns casos da sua real comprovação, a doutrina mostra-se bastante controvertida[9].

As características da relação laboral, especialmente em face da subordinação, existente, facilita a prática de atos atentatórios aos direitos de personalidade do empregado, conseqüentemente, surgem diversas situações passíveis de indenização por danos morais.

O contrato de trabalho consagra sem dúvida diversas limitações, a esse direito, que decorrem inclusive do poder diretivo do empregador e que quando exercido de modo razoável, não implica em ofensas aos direitos de personalidade.

Tais situações ocorrem não apenas no curso do contrato de trabalho, mas também na fase que antecede o efetivo contrato, caracterizando a chamada responsabilidade pré-contratual[10], bem como após o término do contrato, sendo referida situação fundamento para a responsabilização pós-contratual[11].

Evidente, que durante a vigência do contrato de trabalho, também existem diversas situações que ensejam a reparação de danos, haja vista que comumente constata-se afronta aos direitos de personalidade do trabalhador, seja com relação à sua intimidade, seja com relação a sua dignidade ou integridade física, contudo, nesse momento a eventual reparação se dá pelas regras da responsabilidade contratual.

No tocante aos direitos de personalidade do trabalhador, merece destaque a opinião de Edwin Kräutler e Ivan Dias Motta[12], segundo os quais,

Os direitos da personalidade, muitas vezes, sucumbem aos interesses econômicos e, desta forma, no direito do trabalho, enfrentam especial dificuldade, porque a visão funcionalista do direito vê o trabalhador como portador do trabalho, dissociado do próprio trabalho.

É justamente em decorrência dessa visão que se percebe as diversas afrontas aos direitos da personalidade do trabalhador que dão ensejo às possibilidades de reparação por danos morais decorrentes da não observância do significado da expressão dignidade humana[13].

Corroborando tal entendimento destaca-se o posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região:

TRT-PR-07-03-2008 DANO MORAL. OFENSAS NO AMBIENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO

“Comprovado que a empregada era submetida a tratamento ofensivo e constrangedor em seu ambiente de trabalho, não se concebendo que uma pessoa possa ser chamada costumeiramente de “porca”, “relaxada”, “preguiçosa”, sequer de brincadeira e nem como forma de cobrar serviços executados, tem-se por configurado ato ilícito a importar lesão aos direitos da personalidade, cujos efeitos e conseqüências extrapatrimoniais, nesta hipótese, são inegáveis e indenizáveis, na forma dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, e 5º, V e X, da Constituição Federal. Recurso da Reclamada a que se dá provimento apenas parcial, apenas para diminuir a indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 para R\$ 3.000,00.

TRT-PR-13659-2003-005-09-00-0-ACO-06814-2008 - 1A. TURMA – Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES – Publicado no DJPR em 07-03-2008[14]

No caso em comento, resta amplamente demonstrado dano moral, e conseqüente necessidade de rigor jurídico na tutela dos direitos do trabalhador, especialmente, em relação à observância de seus direitos de personalidade, mais precisamente, no que respeita a honra do empregado e a sua dignidade[15].

Assim como o TRT da Nona região, em relação à proteção da dignidade do trabalhador, o Tribunal Regional do Estado de São Paulo tem adotado o seguinte posicionamento:

EMENTA – RECURSO ORDINÁRIO. CPTM. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. A valorização do trabalho humano é esteio da ordem econômica, a qual tem o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Súmula 331. RECURSO ADESIVO. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 3º/CLT. Norma de ordem pública, destinada à salvaguarda da higidez física e mental do trabalhador. Ineficácia de cláusula de norma coletiva em contrário em face do art. 9º da CLT. Natureza jurídica salarial TST-RR-623.838/2000.5, DJU 14.5.04 e paga integral. OJ 307. A não-concessão do intervalo, integralmente, desconsidera o disposto na legislação específica e resulta na paga integral[16].

Importante frisar, que referidos danos, não ocorrem apenas, durante a vigência do pacto laboral, sendo que é muito comum que mesmo antes da vigência do contrato de trabalho ou após seu término, ocorram situações que firam a dignidade do trabalhador, tais situações, embora tuteladas pelo direito, são de difícil comprovação, porém passíveis de gerar a devida reparação em face da tutela consagrada no ordenamento jurídico contemporâneo.

4. Incidência da responsabilidade pré e pós-contratual nas relações de trabalho

Antes de tratar das questões pertinentes a responsabilidade pré e pós-contratual, se faz necessária algumas abordagens introdutórias acerca do instituto da responsabilidade civil.

De acordo com Carlyle Popp,[17] “a responsabilidade civil é instituto jurídico de grande relevância em todo o sistema jurídico privado, tem natureza ética e visa a conduzir à paz social”.

Nos dias hodiernos, indiscutivelmente, referido instituto tem ocupado papel de destaque, na medida em que permite maior tutela dos interesses meta individuais e dos direitos da personalidade, seja em razão da responsabilidade objetiva ou subjetiva. Nesse particular, faz-se necessário alguns comentários sobre tais espécies de responsabilidade.

Conforme lições de Carlos Roberto Gonçalves[18], “na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente”

Conforme lições de Romualdo Baptista dos Santos[19]:

A responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas. Devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos. Por outro lado, as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça tem elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido.

Contudo, o ordenamento jurídico não tutela apenas as duas situações acima mencionadas, haja vista, que em razão do disposto no art. 422 e dos valores fundantes do Código Civil brasileiro (operabilidade, sociabilidade e eticidade), restou igualmente protegida as chamadas negociações preliminares, que por força do art. 422 do Código civil, ensejam responsabilidade pré-contratual e a fase posterior à finalização do contrato, que por força do mesmo dispositivo legal, tutela a responsabilidade pós-contratual.

Assim, antes de celebrar um contrato, normalmente, ocorre uma fase de negociações, na qual as partes discutem termos, limites e condições do contrato a ser celebrado.

Segundo Carlyle Popp,[20] trata-se “daquelas situações em que o negócio jurídico não se firmou (revogação da proposta; rompimento das negociações preliminares).”

No contrato de trabalho, não poderia ser diferente, antes da efetiva contratação há uma fase preliminar, na qual as partes dão início às tratativas, acertam questões pertinentes ao salário, função a ser exercida, expectativa sobre o trabalho a ser realizado e tantas outras situações que sinalizam a conclusão do contrato.

Essa fase preliminar é necessária para garantir o equilíbrio entre as partes, bem como satisfação dos envolvidos, trata-se de uma situação inerente à celebração de qualquer negócio jurídico, que se inicia inclusive, com a manifestação de vontade e observância dos requisitos do artigo 104 do Código Civil Brasileiro.

Contudo, existem casos em que pese toda essa fase preliminar, em razão da impossibilidade de conciliarem-se os interesses das partes envolvidas ou em alguns casos, por força do desinteresse de uma das partes, o contrato, deixa de ser celebrado, frustrando as expectativas dos envolvidos.

De acordo com as lições de Délio Maranhão[21], a fase que antecede a celebração do contrato de trabalho, ou seja, as negociações preliminares, são também, de cunho trabalhista, uma vez que eventual dano, ocorre em razão da possibilidade de formação do contrato e, conforme ensina Paulo Eduardo V. Oliveira[22], “não se confunde a fase de seleção com a contratação” (...), em que pese, segundo o autor, “a maioria dos contratos de trabalho, sendo de adesão, formam-se ‘instantaneamente,’ sem distinção das etapas que se interpretam”.

Atualmente, essa situação tornou-se ainda mais delicada, dentre outros motivos, em virtude da acirrada concorrência existente no mercado de trabalho, bem como da

agilidade com que novas técnicas e serviços surgem no contexto social exigindo cada dia mais especialidades do trabalhador.

Cumprido destacar, que as negociações preliminares quando amparadas pela boa-fé, em regra não geram vinculação para as partes.[23] Contudo, caso a não realização do contrato decorra, de culpa ou dolo de uma das partes, nasce então a possibilidade de responsabilização, ou seja, surge a chamada responsabilidade pré-contratual[24].

Para Serpa Lopes[25], a fase que prescinde a real celebração do contrato pode ser dividida de duas formas:

(...) a discussão pura e simples das bases do futuro contrato, período de pura negociação, ou então um contrato preliminar, em que as bases do futuro contrato já ficam antecipadamente fixadas, obrigando-se apenas os promitentes contratantes a outorgarem a escritura definitiva de acordo com o previamente definido no contrato preliminar. No primeiro caso, temos as proposições, os acordos preparatórios; no segundo, há uma situação contratual definitiva, embora o seu objetivo seja um *contrahere futuro*.

Conforme já foi dito anteriormente, é de fundamental importância, que se faça uma distinção das duas figuras citadas pelo autor, haja vista que são situações bastante distintas, sendo que, não se deve confundir, o chamado pré-contrato, com as negociações preliminares.

A guisa de exemplo destaca-se a seguinte situação: na fase de negociações ficou estabelecida que em tal data o empregado trouxesse seus documentos para a efetivação do contrato de trabalho, ao chegar à empresa é surpreendido com a informação de que a vaga já foi preenchida porque apareceu um candidato com perfil mais próximo daquele desejado pela empresa.

Ora, a situação em tela além da expectativa, a promessa impediu que o trabalhador verificasse outras possibilidades de empresa, em função de ter se comprometido com aquele empregador, não resta dúvida que houve um dano a parte que aguardava a celebração do contrato. Sendo evidentemente passível de reparação, em razão dos preceitos de boa-fé e função social do direito, bem como afronta aos direitos de personalidade do pretense empregado, que em razão de toda a expectativa depositada no futuro emprego, teve sua honra subjetiva afetada.

Ainda, quanto ao dano, destaca-se que ele pode ter sido experimentado por qualquer uma das partes, sendo sempre passível de reparação, desde que evidentemente estejam presentes os pressupostos inerentes a responsabilidade civil[26].

Com relação à esfera trabalhista, evidentemente o mais normal é que o dano seja experimentado pelo empregado, em virtude da sua hipossuficiência na relação e principalmente em razão da subordinação que muitas vezes extrapola o limite do razoável resultando em afronta aos direitos de personalidade do trabalhador.

Assim, quanto à boa-fé, destacamos que a exigência de uma conduta em atenção aos ditames do referido princípio se manifesta com o cumprimento dos deveres laterais, também conhecidos como "deveres acessórios de conduta." Estes, embora não constituam o cerne do contrato de trabalho, garantem a sua execução de modo que a prestação possa ser cumprida sem afronta aos direitos do empregado, garantindo o respeito à boa-fé[27], e função social que os contratos devem resguardar para manutenção do equilíbrio e econômico da sociedade

Para vislumbrar a responsabilidade pré-contratual, há que se verificar a confiança na seriedade das tratativas, ou seja, à medida que as negociações avançam, é certo que também a confiança recíproca das partes aumenta, caminhando sempre no sentido da certeza da efetivação do contrato[28].

Tal avaliação, certamente, deve pautar-se não só pela boa-fé, mas principalmente pela razoabilidade, haja vista, que a intenção do instituto é primar pelo equilíbrio e pacificação das relações sociais tuteladas pelos direitos.

Evidente que a prova nesses casos geralmente é bastante difícil, ante a apenas expectativa com relação à celebração do contrato. Contudo, restando demonstrada a real possibilidade da contratação e o prejuízo decorrente da não ocorrência da mesma, como por exemplo, a perda de outra vaga de emprego, o fato torna-se passível de reparação na modalidade pré-contratual.

Neste sentido, Fernando Noronha[29] faz a seguinte colocação:

A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente, viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não-interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria-prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada.

O grande problema da hipótese acima mencionada respeita a questão probatória, especialmente, por em regra a fase das negociações pautarem-se pela não vinculação das partes, contudo, uma vez provado que houve violação do princípio da boa-fé, nasce o dever de indenizar, seja pela violação dos direitos da personalidade ou até mesmo de direitos materiais.

Tal situação, nas relações de trabalho pode ser constatada de forma bastante clara no exemplo de Paulo Eduardo V. de Oliveira,[30]

O candidato que recebe orientação para comparecer, não para trabalhar, mas para assinar o contrato, porque a empresa em sua política de admissão ao empregado não se admite sem contrato por escrito, é dos termos das cláusulas do instrumento que se pode deduzir se a execução do contrato inicia-se imediatamente, ou, quando já contratado, se o trabalhador começará trabalhar a partir de um termo indicado.

No caso, acima mencionado, havendo descumprimento de tal expectativa, resta configurada a responsabilidade pré-contratual.

Conseqüentemente verifica-se a ocorrência de afronta aos direitos de personalidade do candidato, pois o fato da não conclusão do contrato fere a sua dignidade, em razão de todo o desgaste emocional que foi exposto haja vista a expectativa gerada pela possível contratação.

De outra parte, mesmo após a conclusão e cumprimento do contrato, “ainda é possível surtir efeitos relevantes para o direito.” [31]

A responsabilidade pós-contratual mostra-se ainda um terreno pouco explorado pela doutrina, contudo, trata-se referida modalidade uma das prerrogativas que melhor representam o direito contemporâneo, especialmente por ser um instituto essencialmente fundado em uma cláusula geral, qual seja, a boa-fé.

As responsabilidades decorrentes do contrato de trabalho, não se exaurem com o cumprimento da obrigação que deu origem ao contrato, ele persiste em função dos deveres anexos a obrigação, especialmente aqueles pertinentes aos direitos da personalidade das partes contratantes.

Neste sentido, Paulo Eduardo V. Oliveira[32], apresenta exemplo bastante ilustrativo, destacando o caso das chamadas “listas negras”, que consistem em um rol de trabalhadores que reclamaram seus direitos perante a Justiça do Trabalho. Em tais listas constam “informações tendenciosas em que se aconselha sua não-admissão em outro emprego”.

Segundo Menezes Cordeiro,^[33] a origem da responsabilidade pós-contratual, encontra-se na jurisprudência alemã da década de 20. De acordo com o autor:

As primeiras manifestações teriam sido no sentido de recusar reconhecimento ao fenômeno. (...) Mas, em 26 de setembro de 1925, ao decidir que, depois de consumada uma cessão de créditos, o cedente continua obrigado a não tolher a condição de cessionário, o *Reichsgericht* dá a base à nova doutrina, reforçando-a a 3 de fevereiro de 1926, com nova sentença pela qual, expirado um contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência com o editor, procedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores.

Embora, em diversos pontos, a modalidade de responsabilidade pós-contratual assemelhe-se a responsabilidade pré-contratual, há algumas diferenças marcantes entre esses institutos, que merecem ressalva.

Em primeiro lugar, na responsabilidade pré-contratual, não existe um contrato, existe uma relação de negociações preliminares, que em tese não vinculam as partes, mas que, uma vez comprovado, que seu descumprimento se deu em razão de má-fé, gera a responsabilidade nos moldes do artigo 186 do Código Civil, sendo caracterizada a luz do ordenamento jurídico, como verdadeira responsabilidade extracontratual.

Contudo, na esfera do direito do trabalho a classificação da responsabilidade pré-contratual como extracontratual é controversa, não havendo unanimidade em relação a sua natureza jurídica.

De forma diversa, na responsabilidade pós-contratual, há que se verificar que a indenização decorre da violação de deveres acessórios de conduta, especialmente da não observância dos preceitos de boa-fé e de razoabilidade.

Para Ademir de Oliveira Costa Junior[34], a responsabilidade pós-contratual, “seria uma espécie de responsabilidade civil fundada em vínculos específicos, consistentes de deveres das partes no tráfego negocial”. Tais deveres normalmente são de natureza absolutamente subjetiva, ligada a atributos da pessoa, portanto, resguardadas pelos chamados direitos da personalidade, ainda segundo o autor, são deveres, “calcados na boa-fé e não no dever geral de diligência”

Com relação ao contrato de trabalho, a responsabilização pós-contratual e a afronta aos direitos de personalidade, são situações que caminham em vias paralelas.

É o que ocorre, por exemplo, quando findo o contrato de trabalho, o empregador presta informações desabonadoras sobre seu ex-empregado comprometendo sua honra e boa fama.

E o faz, sem ter, por exemplo, se cercado de cuidados básicos durante a relação contratual, como inquérito para apuração de falta grave, advertências e até mesmo uma demissão por justa causa, assim, suas alegações, são desprovidas de elementos comprobatórios, o que as tornam simplesmente infundadas e, portanto, atentatórias aos direitos da personalidade do trabalhador.

Importante frisar, que o dever de observância dos direitos de personalidade não se encerra com o contrato de trabalho, ao contrário, deve permanecer além desse, sendo que qualquer atitude do ex-empregador, desprovida de fundamento, que cause prejuízo ao seu ex-empregado, deve ser punida e o mesmo deve se compelido a indenizar os prejuízos.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que o princípio da boa-fé objetiva irradia deveres de conduta às partes, de proteção, lealdade e informação que iniciam se com as negociações preliminares e perduram mesmo após a extinção do contrato de trabalho.

Desse modo, sempre que tais deveres forem ignorados, uma vez comprovada a má-fé e o prejuízo caberão indenização, com fundamento no art. 422 do Código Civil. Sendo competente a Justiça do Trabalho para julgar e instruir a caracterização do dano, da culpa e do nexa causal, bem como fixar o valor da reparação, conforme veremos adiante.

5. Quanto à competência para apreciação da ação de reparação em casos de responsabilidade pré e pós-contratual no âmbito do direito do trabalho

Importante frisar que, atualmente, a tormentosa questão da competência da Justiça do Trabalho, especialmente no tocante as indenizações por danos morais, restou pacificada, por força do art. 114 da Constituição Federal modificado pela Emenda Constitucional nº 45 de 31.12.2004, bem como o art. 652 da CLT, ambos relatando ser competente a Justiça do Trabalho para julgar as demandas decorrentes da relação de trabalho, o que espanca definitivamente qualquer dúvida nesse sentido.

No tocante a responsabilidade pré e pós-contratual, não há dúvida que em qualquer uma das situações, a relação de trabalho se faz presente, ainda que o contrato de trabalho, não tenha chegado a se formalizar.

Como exemplo de responsabilidade pré-contratual, podemos destacar a situação de uma entrevista de emprego, para a contratação de trabalhador, neste caso, embora, ainda não exista contrato de trabalho, não se pode olvidar que em caso de afronta aos direitos do candidato, seja, sua honra, imagem, integridade física ou psíquica, o dano só ocorre em razão da perspectiva de uma relação de emprego e das expectativas por ela criadas.

Nesse sentido merece destaque decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedidos de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma das partes. Embora refutada por muitos, existe a chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente de ação ou omissão culposa ocorrida entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades. Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua esperança de contratar, tem ele direito à reparação dos prejuízos sofridos.

O dever de indenizar, no caso, explica-se segundo alguns, pela teoria da culpa *in contraendo* ou segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entende já existirem direitos. (TRT, 3ª. região, 4ª. turma, Rel. Luiz Otávio Linhares Renaut. Ac. 1383, RO 17739/00, DJMG 25/11/2001, p. 32.

Tal posicionamento encontra-se abalizado pelo disposto na Constituição Federal a cerca da competência da Justiça do Trabalho.

Art. 114 – “Compete a Justiça do Trabalho, processar e julgar:

I – As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Da leitura do artigo, resta claro que o legislador não restringiu a incidência do mesmo, tampouco fez ressalva à necessidade de existência de contrato de trabalho, limitou-se apenas a expressão “relação de trabalho”, o que permite entendimento extensivo, em face da própria amplitude do termo.

Com relação ao exemplo da entrevista, os comentários de José Affonso Dallegrave[35]:

No momento da entrevista na empresa ou das tratativas, não está presente a figura jurídica do “empregado,” vez que o contrato ainda não se firmou por inteiro, mas está presente a figura jurídica do trabalhador que tenciona o emprego. Tanto o empregado com vínculo aperfeiçoado, quanto o trabalhador com relação incipiente estão igualmente albergados pela competência da justiça do trabalho.

Assim, o que define a apreciação de eventual demanda pela Justiça do Trabalho, é a figura do trabalhador que tenciona o emprego, e não o contrato firmado pelas partes.

Já no caso da responsabilidade pós-contratual[36], menos questionamentos surgem, com relação à referida competência, uma vez que a relação de trabalho existiu e produziu inclusive seus efeitos, subsistindo, portanto, os direitos decorrentes do vínculo empregatício.

O que talvez, poderia trazer algum tipo de controvérsia, é a questão do lapso temporal em que o dano ocorreu, sendo assim, em se tratando de lesões perpetradas algum tempo depois do término da relação do trabalho, poderá haver quem argua tal limitação para o exercício do direito.

Em que pese à relação de trabalho existente, há quem entenda tratar-se de Competência da Justiça Comum, pois o referido dano atinge o cidadão e não mais o trabalhador.

Contudo, a orientação mais acertada nos parece, aquela mencionada anteriormente com relação à responsabilização pré-contratual.

Assim partindo-se do preceito encartado no art. 114 da Constituição Federal, conclui-se que em ambos os casos, seja na responsabilidade pré-contratual ou na responsabilidade

pós-contratual, a apreciação do dano deve ser de competência da Justiça do Trabalho, em razão do nexo de causalidade presente na controvérsia.

Mormente em virtude de que, em ambas as situações o dano decorre da relação de trabalho, sendo que se não houve sequer expectativa de existência de referida relação não haveria entre as partes qualquer tipo de contato que eventualmente pudesse dar ensejo à reparação de dano.

6. Conclusão

Indiscutivelmente, o tema abordado é bastante polêmico, permeado de detalhes e opiniões polêmicas, que se devem à evolução das relações sociais, que nos dias hodiernos, são marcadas por proteção a valores metaindividuais e personalíssimos.

Especialmente, em razão das exigências da sociedade contemporânea, a pressão pela busca de novas técnicas e de atualização na prestação de serviço, impõe uma concorrência sem precedentes no mercado de trabalho somadas à flexibilização das relações de trabalho que inevitavelmente afrontam direitos da personalidade.

Toda essa sistemática, deságua na fragilidade do trabalhador na sua exposição a possíveis afrontas aos seus direitos personalíssimos, sendo que sua tutela inicia-se mesmo antes, da celebração do contrato e perduram até após sua conclusão.

Assim, a responsabilidade pré e pós-contratual ganha relevo nas relações trabalhistas, sendo o mecanismo hábil na proteção dos direitos e garantias da relação de trabalho e não apenas do empregado, já que as ofensas podem ocorrer ainda na fase das negociações preliminares.

Com relação às regras de competência dos referidos institutos, destaca-se que anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45 de 31.12.2004, o tema era palco de inúmeras controvérsias, tanto na doutrina como nos Tribunais. Contudo, após a referida emenda, o assunto restou pacificado, não havendo dúvidas quanto à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas que envolvam responsabilidade pré e pós-contratual em razão de envolver a relação de trabalho no seu aspecto mais delicado que é a tutela dos direitos personalíssimos.

Enfim, é importante que se frise, que a proteção aos direitos de personalidade: imagem, honra, integridade física e psíquica, dignidade, dentre outros, são valores fundantes do ordenamento jurídico contemporâneo e, portanto, tutelado em sua maior amplitude possível.

7. Referências

ÀVILA, Pedrotti Rosemari; AUGUSTIN, Sérgio. **Assédio sexual nas relações de trabalho**: agressão a direitos fundamentais. Revista Discurso Jurídico. Campo Mourão, v.3, n.1, p. 102-113, jan./jul. 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor**: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, abril/junho 1996., págs. 23/31.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Disponível em: <http://www.trt23.gov.br/acordaos/2000/Pb00040/RO001546.htm>. Acesso em 04.04.2008

GABURRI, Fernando; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade pré e pós contratual**. In Responsabilidade Civil. Coord. ARAÚJO, Vaneska Donato de., São Paulo: RT, 2008, p. 216.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, San Tiago. **Clássicos da literatura jurídica**. Direito civil – parte geral – 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. Teoria geral do direito civil. 18ª ed., atual., de acordo com o novo código civil (Lei no. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTADÃO. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40908,1> Acesso em 31.03.2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações, contratos**, vol. III 7ª ed., rev., (pelo professor José Serpa de Santa Maria) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: FGV – Instituto de Documentação, 1976.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. V, Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MENEZES, Cordeiro, Antonio Manoel da Rocha. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de direito civil. 2ª reimp., Coimbra: Almedina, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral.** 7ª ed., rev., e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: RT, 1995.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho.** São Paulo: LTR, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego.** 3ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

PRATA, Ana. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual.** Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Teixeira Sônia Maria de. **Breve estudo sobre o dano moral.** Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/breveestudodanomoral.htm>. Acesso em 31.02.08.

SLAWINSKI, Celia Barbosa de Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico-brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOMASZEWSKI, Adauto Almeida. **Direitos da personalidade: Abordagens constitucionais, civis e processuais.** Londrina: Midiograf, 2006.

UOL. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9434>>. Acesso em: 07 set. 2008.

[1] DANTAS, San Tiago. **Clássicos da literatura jurídica**. Direito civil – parte geral – 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 191.

[2] WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**: Introdução e parte geral, 7ª ed., rev., e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: RT, 1995, p. 121 e 122.

[3] DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. Teoria geral do direito civil. 18ª ed., atual., de acordo com o novo código civil (Lei no. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

[4] <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/MarcoAurelioLopes.pdf>, acesso em 31.03.2008.

[5] É o que prescreve o Código Civil (Lei n. 10.406/02) ao tratar dos direitos da personalidade no Capítulo II, arts. 11 a 21, de aplicação subsidiária ao direito do trabalho (CLT, art. 8º, parágrafo único). O mesmo diploma legal assegura que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (art. 186); mais adiante, prescreve: aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (art. 927).

Os direitos inerentes à personalidade podem ser lesados por atos ilícitos de agressão moral ou assédios moral e sexual, resultando em dano moral. (CORTES, Julpiano Chaves. **Direitos da personalidade – Dano moral – Resolução contratual**. <http://www.jcortez.com.br/info04.php> - acesso em 31.03.2008.

[6] Para Judith Martins-Costa, “versar a responsabilidade civil significa ingressar num vasto e fascinante universo – talvez o mais fascinante de todo o Direito Civil – no qual se emaranham aspectos do mais profundo significado ético atinente à própria condição humana, com aspectos práticos que perfazem imensa gama das questões cotidianamente tratadas na vida do foro”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. V, Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 92).

[7] OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 116.

[8] GABURRI, Fernando; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade pré e pós contratual**. In Responsabilidade Civil. Coord. ARAÚJO, Vaneska Donato de., São Paulo: RT, 2008, p. 216.

[9] “O **dano moral** advém da dor e a dor não tem preço. Sua reparação seria enriquecimento ilícito e vexatório, na opinião dos mais retrógrados”. SILVA, Teixeira Sônia Maria de. **Breve estudo sobre o dano moral**. <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/soniamariateixeiradasilva/breveestudodanomoral.htm> - acesso em 31.02.2008.

[10] TRT-PR-22-06-2007 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. DESPESAS EFETUADAS PELO EMPREGADO. DEVER DE REPARAÇÃO. Não mais se discute a existência de deveres que, autônomos em relação à obrigação principal, existem antes e perduram mesmo depois de extinto o contrato, seja qual for sua natureza. Parte-se da premissa de que os contratos, em geral, representam uma complexidade de obrigações e deveres, inter-relacionados e, ao mesmo tempo, autônomos, pautados na idéia de que a relação deve se desenvolver dentro de uma ordem de cooperação. Há, portanto, um núcleo principal, cercado de uma série de deveres acessórios ou secundários. No contrato de emprego, as obrigações principais são trabalho (empregado) e salário (empregador) e, em torno delas, há obrigações acessórias, como informações esclarecimentos sobre a função a ser desempenhada, impossibilidade de concorrência desleal, deveres de cooperação e auxílio, entre outros. Nessa esteira, se o empregador condiciona a contratação à aquisição de veículo, pelo empregado, é legítimo que este alimente a expectativa de ser contratado. Se, independente de sua vontade, o ajuste não vem a se concretizar, não é justo que suporte a diminuição patrimonial a que não deu causa. Recurso provido para manter a condenação ao pagamento de indenização.

TRT-PR-21629-2004-006-09-00-4-ACO-15699-2007 - 2A. TURMA – Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU – Publicado no DJPR em 22-06-2007 – http://www.trt9.gov.br/internet_base/jurisprudenciasel.do# acesso em 01.04.08.

[11] EMENTA: RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL-PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA-DEVER DE INDENIZAR O EMPREGADO-A responsabilidade pós contratual engloba o dever de proteção de ambas as partes mesmo após o término da vigência do pacto laboral. Trata-se de corolário do princípio da boa-fé objetiva, que neste viés, busca a proteção do patrimônio dos contratantes, contra eventuais danos causados pelo outro. Neste passo, mesmo com a extinção do contrato de trabalho em razão da declaração da bancarrota, o advogado ex-empregado ao acompanhar a massa falida em alguns atos processuais, logo após à decretação da quebra observou fielmente os ditames da boa-fé objetiva, pois a atuação profissional ilibada, deixou de causar prejuízo ao patrimônio do ex-empregador. A ré não se pode furtar de realizar o pagamento devido, referente aos serviços profissionais prestados, em razão de que isto constituiria dano ao patrimônio do obreiro, que deve ser arredado em razão da responsabilidade pós-contratual. Publicado no DJPR em 28-01-2005 – 17044-2001-012-09-00-9(RO-06087-2004)-ACO-02199-2005 – Órgão Julgador: 2A. TURMA – Origem: 12^a VT CURITIBA-PR. http://www.trt9.gov.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=724276&procR=AAAMI7AAPAAfSRAAJ acesso em 01.04.2008. Parte inferior do formulário

[12] KRÄUTLER, Edwin; MOTTA, Dias Ivan. **O direito da personalidade nas relações de trabalho.** I Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n^o 1, p. 499-513, 2006.

[13] “Sendo a dignidade da pessoa humana qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, no âmbito laboral”. (ÁVILA, Pedrotti Rosemari; AUGUSTIN, Sérgio. **Assédio sexual nas relações de trabalho:** agressão a direitos fundamentais. Revista Discurso Jurídico. Campo Mourão, v.3, n.1, p. 102-113, jan./jul. 2007.

[14] http://www.trt9.gov.br/internet_base/jurisprudenciasel.do# acesso em 04.04.2008.

[15] Vale destacar, que a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, estão intimamente ligada à questão da dignidade, que segundo, Alexandre de Moraes, “é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”. Ou seja, que se consagra pelos seus atos do convívio social, o autor ainda menciona que a dignidade, encerra, “um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”. (MORAES, Alexandre de. **Constituição Brasileira Interpretada**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 88)

[16] **IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO** - TRIBUNAL: 2ª Região - ACÓRDÃO NUM: 20070127470 - DECISÃO: 27 02 2007 - TIPO: RO01 NUM: 00352 ANO: 2006 - NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - [00352-2005-383-02-00](#) - RECURSO ORDINÁRIO - TURMA: 11ª.

[17] POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 103.

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

[19] SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Teoria geral da responsabilidade civil**. In Responsabilidade civil. coord. DONATO, Vaneska Araújo de. São Paulo: RT, 2008, p. 58.

[20] POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 103.

[21] MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: FGV – Instituto de Documentação, 1976, p. 247.

[22] OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 141.

[23] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. IV: contratos, tomo I: Teoria geral, 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 85.

[24] "a verificação dos danos que por ocasião da formação do contrato tem lugar, dada a confiança depositada pelas partes na validade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura." (CAPPELLARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32, 33).

[25] LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações, contratos**, vol. III 7ª ed., rev. (pelo professor José Serpa de Santa Maria) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, pp.91-92.

[26] A responsabilidade civil exige a comprovação de três pressupostos, quais sejam, o ato ilícito ou conduta culposa, o nexo de causalidade e o dano. Diante da presença de tais requisitos, configurada está a responsabilidade, razão pela qual devida é a condenação do responsável em indenização àquele sofredor do dano. <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40908,1> acesso em 31.03.2008.

[27] ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo." MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

[28] SLAWINSKI, Celia Barbosa de Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico-brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 77-110.

[29] NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2003, pág. 456

[30] OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 142.

[31] GABURRI, Fernando; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade pré e pós contratual**. In Responsabilidade Civil. Coord. ARAÚJO, Vaneska Donato de., São Paulo: RT, 2008, p. 224.

[32] OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 173.

[33] MENEZES, Cordeiro, Antonio Manoel da Rocha. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de direito civil. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1984, p. 147-8

[34] COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A responsabilidade "post factum finitum" no direito civil e do consumidor . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9434>>. Acesso em: 07 set. 2008.

[35] DALLEGRAVE, José Afonso. **Ato ilícito**. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no âmbito do direito do trabalho. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/820> acesso em 12/09/2008 às 23h.

[36] E M E N T A – DANOS MORAIS E MATERIAIS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA DO TRABALHO – Pela dicção do art. 114 da Constituição Federal compete à Justiça do Trabalho a apreciação do dano moral ou material que seja decorrente da

relação de emprego. Essa é a melhor interpretação que representa a *mens legis*, se a demanda tem sua gênese diretamente na relação de emprego desfeita. Mesmo que desfeito o contrato de trabalho, a competência da Justiça do Trabalho mostra-se inarredável se o dano, à evidência, mantém uma relação direta, de causa e efeito, com o contrato de emprego. Recurso Ordinário a que se dá provimento. TRT – RO – 1546/2000 – Ac. TP. N. 2323/2000. <http://www.trt23.gov.br/acordaos/2000/Pb00040/RO001546.htm> acesso em 04.04.2008.

MODOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO*

CONSTITUTIONALIZATION WAYS OF PRIVATE LAW

Daniel Gomes de Miranda

RESUMO

O reconhecimento da supremacia da Constituição e a projeção das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico deu vazão ao que se convencionou denominar de constitucionalização do direito. No âmbito do direito privado não há mais a rígida separação entre direito civil e direito constitucional, uma vez que este último se irradia por todo o ordenamento jurídico, de sorte que seus princípios se tornam vetores da produção, interpretação e aplicação das normas de direito infraconstitucional. Partindo do pioneirismo alemão, expresso no caso Lüth, protrai-se o estudo sobre o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo como foco a explicitação dos efeitos da constitucionalização na elaboração de leis privatísticas, bem como da sua interpretação e aplicação. O presente trabalho visa a, partindo de um estudo doutrinário a respeito da constitucionalização do direito, isto é, da irradiação dos valores constitucionais sobre o todo ordenamento jurídico, demonstrar os efeitos dessa projeção axiológica especificamente sobre o direito privado. A metodologia é bibliográfica, descritiva e exploratória. Deu-se foco à autoridade exercida pelas normas contidas na Constituição sobre todas as regras que compõem o ordenamento jurídico, explicitando a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, nas relações entre os particulares. A conclusão a que se chegou aponta no sentido de que, com a constitucionalização do direito, limita-se a atuação dos particulares, sobretudo diante dos dois princípios cardeais do direito privado clássico, a autonomia da vontade e a propriedade, que, diante dessa nova compreensão, deverão ser funcionalizados para que, através do exercício dos direitos estritamente privados, tendam a repercutir positivamente na coletividade, efetivando os Princípios da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO PRIVADO. CONSTITUCIONALIZAÇÃO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. LEGISLAÇÃO. INTERPRETAÇÃO. JURISDIÇÃO.

ABSTRACT

Recognition of the supremacy of the Constitution, and the projection of its norms on the juridical order unleashed something usually called constitutionalization of Law. In

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Private Law, there is no separation between Civil and Constitutional Law anymore, since the latter spreads throughout the system of laws, and its principles have become guidelines for the production, interpretation and application of rules of ordinary law. From the German groundbreaking Lüth case, one can take the study about the recognition of the objective dimension of Fundamental Rights at private relations, with focus on the showing of the effects of constitutionalization at the elaboration of private rules, as well as their interpretation and application. This article seeks, based on a doctrinal study of the constitutionalization of Law, meaning the irradiation of constitutional values on all of the system of laws, to demonstrate the effects of this projection of values, especially at Private Law. The bibliography has used a descriptive and exploratory method. Focus has been given on authority of the rules of the Constitution over all the others that are part of the legal system, showing the objective dimension of the Fundamental Rights at private relations. The conclusion of the article points out that the constitutionalization of Law is limited to the action of the individuals, especially if one considers two of the main principles of Classic Private Law, which are the autonomy of will and the private property, which, before this new comprehension, should be put in practice so that, through exercising strictly private rights, they have a positive influence at the people, making the Constitutional Principles effective.

KEYWORDS: PRIVATE LAW. CONSTITUTIONALIZATION. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES. LEGISLATION. INTERPRETATION. JURISDICTION.

1 Introdução

O presente trabalho visa a, partindo de um estudo doutrinário a respeito da constitucionalização do direito, isto é, a partir da análise da irradiação dos valores constitucionais sobre o todo ordenamento jurídico, demonstrar os efeitos dessa projeção axiológica especificamente sobre o direito privado.

Em verdade, a Nova Hermenêutica Constitucional aponta no sentido de render maior efetividade aos princípios constitucionais, superando a compreensão de que os direitos fundamentais apenas teriam o condão de proteger o indivíduo em face do Estado.

Dessa forma, passa-se a ser reconhecida a ocorrência de afronta a Direitos Fundamentais levada a cabo pelos próprios particulares em face uns dos outros, sendo que, nesse caso, ao contrário do que ocorre na concepção tradicional de proteção a Direitos Fundamentais – que os entende oponíveis apenas em face do Estado, sendo o indivíduo o pólo da relação que titulariza os Direitos, ao passo que ao Estado incumbe protegê-los – ambas as partes do conflito são titulares de Direitos e Garantias Fundamentais, de sorte a ensejar três modos de aperfeiçoamento da ordem jurídica tendentes a dar concretude a esses Direitos nas relações privadas: a) quando da criação / atualização da norma de direito privado; b) quando de sua interpretação; e c) quando da aplicação, seja de forma extrajudicial seja através da atividade jurisdicional.

Aqui se estudará, além da evolução histórica do fenômeno da constitucionalização do direito, essas três conseqüências específicas dessa mesma constitucionalização, e sua repercussão no direito pátrio.

Analisar-se-ão, também, exemplos de casos específicos extraídos das decisões da Corte Constitucional alemã, fonte doutrinária e jurisprudencial de nosso Direito Constitucional.

A consulta realizada na pesquisa teve caráter exclusivamente bibliográfico, a partir de obras de Direito Constitucional, de Teoria do Direito, da Teoria dos Direitos Fundamentais e de Processo Constitucional, iniciando-se com leituras gerais acerca do tema, notadamente no que se refere à autoridade exercida pelas normas contidas na Constituição sobre todas as regras que compõem o ordenamento jurídico, focando, sobretudo, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, na sua relação entre os particulares.

2 Evolução histórica da constitucionalização do direito

Os direitos fundamentais, tal como lhes concebe a doutrina e a jurisprudência constitucionais desenvolvidas na segunda metade do século XX, passaram a compor o cerne de todos os ordenamentos jurídicos, como valores informativos e diretivos, de sorte a figurar, no dizer de Robert Alexy[1], como normas de otimização da aplicação das regras jurídicas.

Marcelo Lima Guerra[2], citando Jorge Miranda, afirma que essa mudança de concepção do ordenamento jurídico em si mesmo, através do reconhecimento da superioridade hierárquica da Constituição[3], e da existência de força normativa de seus princípios, consistiu num verdadeiro “giro copernicano”, porquanto colocou os valores fundamentais como vetores e fundamento da atuação do Estado e dos indivíduos.

O reconhecimento dessa força normativa, juntamente com a Nova Hermenêutica Constitucional e com a expansão da jurisdição constitucional, são os três elementos que, no entender de Luis Roberto Barroso[4], viabilizaram a constitucionalização do direito.

Mas é de se perguntar: o que vem a se entender por “constitucionalização do direito”?

Existem três acepções principais relativas a esse fenômeno[5], sendo a primeira delas a que o entende como a existência, num determinado Estado, de uma ordem jurídica com Constituição própria, dotada de supremacia.

A segunda consiste no entendimento de que a expressão constitucionalização do direito significa o fato de que normas de direito tipicamente infraconstitucional passam a fazer parte do corpo normativo contido na Constituição.

Ambos os entendimentos contém falhas, seja por não especificarem fenômeno nenhum, haja vista o caráter genérico que expressa, como no primeiro caso; seja por compreender a constitucionalização a partir de um prisma especificamente positivista e restritivo, como no segundo exemplo.

A acepção mais correta, e é a ela a que se referirá este trabalho, é aquela que define a constitucionalização do direito como um fenômeno de expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o

sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.

A constitucionalização, no direito privado, manifesta-se, sobretudo, através de limitações aos dois institutos mais caros à doutrina jusprivatística: autonomia da vontade, relativamente à liberdade de contratar; e uso da propriedade privada, mediante subordinação a valores constitucionais e respeito aos direitos fundamentais.

É ponto pacífico na doutrina que a constitucionalização do direito é um processo que vem se consolidando a partir da Segunda Guerra Mundial, quando, com a criação do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1949, e diante do reconhecimento da carga valorativa da Constituição, evidenciou-se o “giro copernicano” a que se referiu Jorge Miranda, citado por Marcelo Lima Guerra.

Com efeito, foi a partir daquele momento histórico que, para os países de tradição romano-germânica, surgiu um novo constitucionalismo.

A idéia que fundamenta toda essa nova ordem jurídica parte do pressuposto, inafastável, de que a Dignidade da Pessoa Humana constitui o fundamento de todos os demais princípios constitucionais. Representa, no dizer de Glauco Barreira Magalhães Filho, o fundamento material da unidade axiológica da Constituição, harmonizando os demais direitos fundamentais. Vale a pena transcrever suas palavras:

A pessoa humana é o valor básico da Constituição, o *Uno* do qual provém os direitos fundamentais não por emanção metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem. Só podemos compreender os direitos fundamentais mediante o retorno à idéia de dignidade da pessoa humana, pela regressão à origem. Havendo colisão de direitos fundamentais em um caso concreto, deve-se referi-los à noção de dignidade da pessoa humana, pois nela todos os princípios encontrarão a sua harmonização prática, descobrindo-se uma solução que considera a existência de todos os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se procede a uma hierarquização entre eles, em consonância com a compreensão social do que é mais relevante para se alcançar o fim coletivo e a dignificação da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana (*Uno*) serve de pré-compreensão para os direitos fundamentais (*emanações*), e a compreensão dos últimos, no caso concreto, através do retorno à idéia original, configurará um círculo hermenêutico.[6]

Expressa-se, assim, uma repersonificação e, concomitantemente, uma despatrimonialização e uma funcionalização do Direito Civil, na medida em que a proclamação da Dignidade da Pessoa Humana, como vetor do sistema constitucional, rende primazia ao sujeito de direitos, visando a afastar o individualismo patrimonialista despersonalizado que dominara, por séculos, a doutrina civilista.

Luis Edson Fachim, tecendo comentários sobre essa circunstância, assim se pronunciou:

O caminho a percorrer é retomada e decolagem, uma viagem pedagógica pelo saber jurídico informado pelas premissas críticas e pelos novos perfis do Direito Civil.

Conjugando a *virada copernicana* que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por meio da *repersonalização*, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado.

Ao assim proceder, estriba-se na *funcionalização* das titularidades para repensar paradigmas contemporâneos, e para introduzir questões de fundo que, associando conteúdo e método no arco histórico, atravessam o evento unitário da codificação.[7]

Nessa linha de idéias, um processo específico constitui o marco jurisprudencial do reconhecimento da constitucionalização do direito[8]. Trata-se de um julgado da Corte Constitucional alemã, datado de 15 de janeiro de 1958, conhecido como caso Lüth. Para uma melhor compreensão, apresentar-se-á um breve resumo desse histórico processo.

O Sr. Lüth iniciou, em 1950, uma campanha, junto aos proprietários e freqüentadores de salas de cinema, visando a que um filme fosse boicotado, sob o argumento de que o diretor havia rodado um filme anti-semita quando do regime do nacional socialismo.

Iniciado o processo, foi condenado, nas instâncias ordinárias, a não repetir o ato de estímulo ao boicote, com fundamento no § 856 do BGB (Código Civil alemão), na medida em que se entendeu que a sua conduta violou os bons costumes, caracterizando, portanto, ato ilícito.

Em resposta ao recurso constitucional interposto pelo Sr. Lüth, a Corte Constitucional deu-lhe provimento, fundamentando-se no sentido de que a decisão do tribunal cível, quando da aplicação do § 856 do BGB, teria violado o direito fundamental à liberdade de opinião do recorrente, que é assegurado pelo art. 5º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn.

Foi nesse julgado que a Corte Constitucional utilizou-se de expressão que se celebrizou, quando se afirmou que a Lei Fundamental “erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...), que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do direito”[9].

Essa afirmação permitiu concluir que o sistema de valores constitucionais “obviamente também influi no Direito Civil [e] nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito”[10].

A partir desse julgado, afirmou-se peremptoriamente, o efeito de irradiação dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado, através do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Especificamente no Brasil, a noção de constitucionalização do direito, antes presente apenas em sede doutrinária, ganhou reforço com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que traz, em seu bojo, tratamento jurídico de diversos institutos de direito infraconstitucional, como, por exemplo, usucapião, relações trabalhistas, etc.

A inserção dessas matérias no bojo da Constituição, apesar de não caracterizar, tecnicamente, como se viu, constitucionalização do direito, é de enorme serventia, na medida em que, sendo a Constituição o fundamento de validade último de todo o ordenamento jurídico, já traz em si a explicitação dos valores que guiarão a atividade do intérprete e do aplicador da norma infraconstitucional.

3 Da constitucionalização do direito privado quando da criação/atualização legislativa

Para melhor compreensão do processo de criação de norma de direito privado, tendo como farol norteador a Constituição Federal, faz-se imperioso explicitar o entendimento de Luis Roberto Barroso[11], para quem a relação Direito Civil/Direito Constitucional tem três fases distintas, quais sejam:

a) “Mundos apartados”. Trata-se do primeiro constitucionalismo, decorrente das revoluções burguesas, notadamente a Revolução Francesa, quando prevaleceu o entendimento de que a Constituição seria apenas uma Carta Política, disciplinando as relações entre o Estado e o Cidadão, em que o Estado abstencionista deveria permitir a livre atuação dos particulares na realização de seus interesses.

O Código Civil, por outro lado, representava, efetivamente, um documento jurídico, porquanto disciplinava as relações entre os particulares, sendo compreendido como a “Constituição do direito privado”.

Os poderes da Constituição sofriam limitação, na medida em que representava uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e a efetivação dependia da atuação do legislador.

Não tinha força normativa própria nem aplicabilidade direta e imediata, ao passo que o Código Civil, herdeiro do Direito Romano, disciplinava as relações jurídicas dos dois principais atores da vida civil: o proprietário e o contratante.

b) Publicização do Direito Privado. Diante dos abusos perpetrados pelo individualismo que a legislação civil infraconstitucional permitia, fez-se necessária a atuação do Estado no sentido de barrar esses abusos, visando a possibilitar a equiparação das partes no trato negocial.

Surge, nesse momento, o Estado Social, projetado, no Direito Privado, sobretudo através do dirigismo contratual, que se expressava no momento em que o Estado começa a intervir nas relações privadas, através da edição de normas de ordem pública, destinadas à proteção do lado mais fraco da relação jurídica.

Dá-se, aqui, a revisão da autonomia da vontade e atribuição de relevância à solidariedade social e à função social de institutos como a propriedade e o contrato.

c) Constitucionalização do Direito Civil. Reconhece-se, no terceiro momento, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar os valores através dos quais deve ser criado/interpretado/aplicado o Direito Civil.

A própria Constituição já traz, em seu bojo, normas que, privilegiando os princípios constitucionais, vão de encontro a outras regras infraconstitucionais, de sorte que, no confronto entre as duas, a norma inferior perde seu fundamento de validade.

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu com o pátrio poder quando da promulgação da Constituição de 1988. Com o fim da supremacia do marido no casamento, sucedeu que o pátrio poder deu lugar ao poder familiar, isto com fundamento na isonomia que há, entre marido e mulher, na administração dos interesses da família.

Da mesma forma, podem-se citar as alterações diretamente decorrentes da afirmação da plena igualdade entre os filhos, que vedou qualquer forma de discriminação àqueles que não sejam concebidos na relação conjugal.

O legislador, inserido nessa nova realidade de primazia da Constituição sobre todo o sistema jurídico, fica condicionado, na elaboração normativa de todo o direito, inclusive do direito privado, à observância, por exemplo, dos princípios de igualdade, quando for disciplinar matéria de conteúdo contratual e de direito de família; e da solidariedade e da socialidade, na elaboração de normas que digam respeito à propriedade.

Virgílio Afonso da Silva, lecionando sobre o tema, assim se manifestou:

A mais efetiva, e, ao menos em tese, a menos problemática forma de constitucionalização do direito é realizada por meio de reformas, pontuais ou globais, na legislação infraconstitucional. É parte da tarefa legislativa adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais de caráter dirigente, realizá-la por meio da legislação.[12]

No mesmo sentido expressa-se Gustavo Tepedino, quando afirma: “Não há dúvidas que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal.”[13]

A elaboração normativa se expressa, num primeiro momento, quando da criação de regramento novo pelo legislador. Nesse sentido, as normas que surgem devem ter o condão de explicitar os valores constitucionais que são afetos ao tema legislado. Assim, a criação legislativa tem o dever de render eficácia à Constituição, através da disponibilização de normas que atendam aos seus princípios norteadores.

Nesse sentido, cita-se, como exemplo, o advento do Código de Defesa do Consumidor, visando a render maior eficácia, nas relações jurídicas de direito privado, aos princípios constitucionais fundamentais que tratam da proteção e defesa do consumidor.

Mas o legislador tem o dever, também, de aperfeiçoar a legislação que já se encontra em vigor, de modo que as normas infraconstitucionais sejam otimizadas no sentido de possibilitar uma maior aplicação dos valores constitucionais.

Sobre esse segundo momento de atuação do legislador, pode-se citar, por exemplo, o advento do próprio Código Civil, que traz, em seu bojo, regras que consagram princípios constitucionais, como a função social da propriedade e do contrato, a instituição do poder familiar em substituição ao pátrio poder, dentre outros.

Impende ressaltar, por fim, que esse mecanismo de otimização da legislação infraconstitucional tem se verificado, na seara civil, também no que diz respeito às leis esparsas. Veja-se, por exemplo, a Lei Federal nº 10.931/04 que, alterando dispositivos do Decreto-Lei nº 911/69, pôs fim à situação anti-isonômica que se criara em desfavor do devedor fiduciário.

Pela antiga disciplina da matéria, este apenas poderia requerer a purga da mora caso já houvesse adimplido 40% do débito, hipótese que gerava desigualdades em face dos demais devedores que não se encaixassem nessa situação. O legislador ordinário, assim, visando a por fim a essa mesma desigualdade, editou a Lei 10.931/04, que, reconhecendo a inconstitucionalidade que então havia, expurgou a exigência de adimplemento mínimo para que se concedesse a faculdade de pleitear a purga da mora.

4 Da constitucionalização do direito privado quando da interpretação legislativa

Em decorrência da afirmação de que a Constituição passa a ocupar o centro do ordenamento, impera a necessidade de se reconhecer que todos os atores da atividade jurídica estão sujeitos à observância dos princípios constitucionais. Dessa realidade não pode fugir o intérprete da norma, uma vez que a interpretação de toda e qualquer norma jurídica está condicionada à observância dos princípios constitucionais.

Veja-se, nesse sentido, a lição de Luis Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os *princípios constitucionais*, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Aos princípios cabe (i) embasar as decisões políticas fundamentais, (ii) dar unidade ao sistema normativo e (iii) pautar a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Os princípios irradiam-se pelo sistema normativo, repercutindo sobre as demais normas constitucionais e infraconstitucionais.[14]

Na linha do que foi exposto, é de se ter que, quanto à aplicação da norma jurídica, não há mais lugar para o silogismo puro e simples. A estrutura principiológica da Constituição, proclamando valores, confere ao intérprete maior grau de liberdade. Mas há, em contrapartida, a criação de deveres direcionados ao intérprete, uma vez que se exige um comprometimento deste com a própria essência da Constituição. Veja-se, a respeito, o que afirma Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

Esse caráter aberto e fragmentário, ao mesmo tempo em que dá ao intérprete um maior grau de mobilidade na sua concretização, acarreta maior responsabilidade, porque não

se pode prescindir da normatividade constitucional, isto é, não se pode admitir uma qualquer atribuição de sentido em detrimento da manifestação ontológica da Constituição enquanto lei fundamental do Estado e da sociedade. A questão, portanto, não reside tanto em discutir a natureza da Constituição – pois trata-se de algo que se dá como condição de possibilidade de sua interpretação –, mas de verificar o grau, a intensidade de vinculação que ela objetivamente suscita no intérprete e na liberdade de concretização que ele possui diante de suas normas.[15]

Mas esse entendimento expressa, unicamente, a visão mais recente sobre a matéria. Predominou, por muito tempo, o entendimento de que os princípios norteadores da ordem jurídica seriam os “princípios gerais de direito”, a que se refere a Lei de Introdução ao Código Civil.

Essa noção de princípio remete o jurista para a idéia de brocardo, ou seja, o princípio nada mais seria do que a fonte histórica do instituto, na forma como foi idealizada e aplicada em sua origem.

Por essa razão, como aponta Gustavo Kohl Muller Neves[16], foram os princípios gerais de direito, quando da época das codificações, relegados a segundo plano, porquanto remetiam ao direito antigo, que os ideais revolucionários afastavam, como condição para o estabelecimento de uma nova ordem jurídica. Ressalta o autor, em complemento, que a “escola da exegese é, antes de tudo, uma estrutura de controle daquilo que deve ou não ser admitido em uma nova ordem”[17], o que teria afastado a predominância dos princípios.

O culto à lei, somado ao desprestígio dos princípios, agravado quando da supremacia do positivismo na Europa, fez com que não mais se questionassem as instâncias de valor[18] que deveriam estar contidas na norma. Assim, não se cogitava sobre a justiça ou a legitimidade da regra, bastando que ela fosse elaborada em conformidade com o processo legislativo preceituado na Constituição.

Porém, os incidentes da Segunda Guerra Mundial criaram uma necessidade metodológica de se construir uma teoria do direito aliada a valores, somando, às instâncias de validade da norma – decorrentes do processo legislativo – as instâncias de valor.

Foi com esse ânimo que Gustav Radbruch fez publicar uma circular, que distribuiu aos alunos da Faculdade de Direito de Heidelberg, intitulada “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, em que afirmava: “Não, não se deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito é útil e proveitoso para o povo”[19].

Fez-se premente, assim, que o Direito, notadamente o Direito Civil, passasse a ser interpretado em conformidade com os princípios constitucionais, o que permite afirmar que a interpretação do direito privado deve ser pautada, como já afirmado por Luis Roberto Barroso, nos valores contidos na Constituição.

Segundo as lições de Raimundo Bezerra Falcão, tem-se que exigir do intérprete-integrador-aplicador que proceda segundo os ditames do que denomina “Hermenêutica Total”, observando-se sempre a finalidade da interpretação/integração, que é a busca da Justiça. Não assim, veja-se:

Mas, para ser total, a Hermenêutica precisa de manter o ser humano em seu patamar de dignidade, ao mesmo tempo em que não permita que sua individualidade prejudique o funcionamento do todo, em cujo âmbito também estão inumeráveis outras individualidades. Assim, contemplará todas as valorações que lhe for viável contemplar; lembrar-se-á da parte interpretante e da parte destinatária; terá sensibilidade para o funcionamento do todo como âmbito de realização das partes e de cada parte como possibilitação funcional da coordenação no todo. E tudo isso como afã de equilíbrio, ou, no caso do Direito, como fator de consecução de justiça.[20]

Nesse diapasão, tem-se que é obrigação primordial do aplicador na norma de direito privado manter como finalidade precípua a consecução da Justiça, representada, aqui, pela observância aos princípios constitucionais, notadamente aqueles que afirmem e promovam o reconhecimento da humanidade das pessoas envolvidas na relação jurídica.

Conforme leciona Gustavo Tepedino,

O Direito perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil. [...] O intérprete passa então a se valer dos princípios constitucionais, como normas jurídicas privilegiadas para reunificação do sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas pro núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais sem sempre coerentes.[21]

Importante papel na interpretação do direito, e, mais recentemente, do direito privado, é exercido pelo Princípio da Proporcionalidade. Esse princípio constitucional tem exercido enorme influência na atividade hermenêutica, na medida em que tem direcionado o intérprete a encontrar a solução que mais renda eficácia aos preceitos contidos na Constituição.

As situações jurídicas de direito privado em conflito podem ter, cada uma delas, fundamento em um determinado princípio constitucional, como, por exemplo, o conflito existente entre o direito à informação e o direito à privacidade, representando um conflito de direitos fundamentais que ocorre exclusivamente no âmbito civil.

É na resolução desse tipo de problema que se manifesta a constitucionalização da interpretação do direito privado, que se dá através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Imperioso se fazer menção aos ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, que aduz:

Para resolver o grau de dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e

jamais lhe (s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”, em que se encontra entronizado o valor da dignidade humana.[22]

O autor, no texto, cita diversas situações em que se verifica a projeção do Princípio da Proporcionalidade em situações eminentemente privadas previstas no direito brasileiro. Restringiremo-nos, aqui, ao exemplo referido no texto sobre a incidência do Princípio na espécie de vício de consentimento que afeta ato jurídico recentemente introduzido na legislação civil: a lesão (art. 157/CC). Aduz que, em preservação à dignidade humana, evitando a instrumentalização de um sujeito por outro, valendo-se da inexperiência do primeiro para realizar determinado negócio jurídico que ele próprio não aceitaria para si. Nesse caso, entende ser aplicável o princípio da proporcionalidade, sopesando benefícios e prejuízos auferidos por ambas as partes, mitigando-se o clássico princípio *pacta sunt servanda* com a observação de um outro, mais atual, da proporcional, adequada e necessária equivalência das prestações.

Não se pode olvidar, ainda, da constitucionalização do direito privado que se opera através da concessão, a determinada regra, de interpretação conforme à Constituição. Através dessa técnica, é possível conceder, a determinada norma, significado que a amolde à interpretação que a Corte Constitucional confere à Constituição, o que se pode dar por duas formas: (i) leitura da norma infraconstitucional da melhor forma que realize o sentido e o alcance dos valores constitucionais que lhe são subjacentes; (ii) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, mediante exclusão de determinada interpretação possível e afirmação de uma outra interpretação compatível com a Constituição.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho,

[...] presumem-se constitucionais os atos do Congresso; na dúvida, decide-se pela sua constitucionalidade; entre duas interpretações, escolhe-se a que torne esses atos compatíveis com a Constituição, ao invés de preferir a que afronte o texto fundamental; e, por fim, diante de vários sentidos que se consideram igualmente constitucionais, deve-se dar preferência ao que, orientado para a Constituição, melhor corresponde às decisões do legislador constitucional.[23]

Dessa forma, verifica-se que, na tarefa de interpretação das normas de direito privado, diante de sua irradiação nas relações entre particulares, deve prevalecer o sentido que melhor alcance renda aos princípios constitucionais, de sorte a conferir eficácia à Constituição.

5 Da constitucionalização do direito privado quando da aplicação da lei

É a proclamação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que consiste, segundo lição de Marcelo Lima Guerra, nos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais como valores fundamentais constitutivos da ordem jurídica, que

faz com que se possa aplicar, nas relações privadas, a proteção constitucional desses mesmos direitos fundamentais.

Willis Santiago Guerra Filho, proclamando a irradiação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, afirma:

É nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias *individuais*, liberdades públicas, voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão-somente abster-se da prática de atos que os ameaçasse ou violasse. Atualmente, não apenas se concebem os direitos fundamentais como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, sendo o que aqui nos importa particularmente destacar, se atribui a tais direitos uma *eficácia reflexa*, ou *eficácia perante terceiros (Drittwirkung)*, tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados, de modo especial na forma de “poderes sociais” (*soziale Gewalten*), representados por grandes organizações da sociedade civil organizada e/ou do setor empresarial (...). É assim que o clássico direito de propriedade, pedra angular sobre a qual se erige grande parte do sistema de direito privado, deverá ser conformado pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito em nosso País, dentre os quais figuram, por força ao art. 1º, incs. III e IV, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.[24]

Em citação que vem a completar esse raciocínio, no tocante à atuação das organizações da vida civil de que fala Willis Santiago Guerra Filho, Virgílio Afonso da Silva assevera:

Da mesma forma que essas forças sociais podem prejudicar o sistema político, em razão de sua alta concentração de poder, o mesmo ocorre no âmbito jurídico. Essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio da concentração financeira, que lhes confere um tal poder de decisão mas suas relações com os indivíduos, que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares.[25]

Foi a partir do reconhecimento da possibilidade de violação de direitos fundamentais levada a cabo por particulares que a Corte Constitucional alemã, como visto, concedeu provimento ao recurso interposto no caso Lüth.

A partir de então, reconheceu-se a legitimidade do Poder Judiciário para, através da aplicação da Constituição nas relações entre particulares, dar nova interpretação às normas de direito privado, de modo a garantir a observância de preceitos constitucionais fundamentais.

A distinção que se levou a cabo, a partir desse julgamento, consiste em reconhecer que, ao contrário das relações indivíduo-Estado, em que apenas o primeiro era titular de direitos fundamentais, nas relações privadas ambas as partes titularizam esses direitos, de sorte que, na atuação do Poder Judiciário, quando da resolução de conflitos desse

jaez, se apresenta de fundamental importância o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que viabilizará o sopesamento dos princípios em jogo, a fim de reconhecer qual valor fundamentante da regra infraconstitucional deverá prevalecer, assegurando, ainda, o menor prejuízo possível à parte que sucumbir.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilitou, assim, a atuação dos magistrados no sentido de, através da interpretação e da aplicação da norma infraconstitucional, aperfeiçoar o sistema jurídico, adaptando-o à Constituição.

Sobre a influência da dimensão objetiva dos princípios constitucionais sobre o Poder Judiciário, afirma o Marcelo Lima Guerra:

No tocante à atuação dos órgãos jurisdicionais, que é o que interessa mais de perto, no presente trabalho, advirta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que determina, por exemplo: (a) que o órgão jurisdicional identifique e deixe de aplicar normas excessivamente restritivas de direito fundamental, independentemente de qualquer manifestação de um dos eventuais titulares do direito restringido; (b) que o órgão jurisdicional realize, também sem nenhuma referência à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma interpretação conforma à Constituição, no sentido de extrair de determinada norma um sentido e um alcance que maior proteção assegure a um direito fundamental relacionado a ela; (c) que o órgão jurisdicional leve em consideração, na realização de um determinado direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, independentemente mesmo de qualquer consideração quanto à dimensão subjetiva desses últimos.[26]

É essa a alteração de posicionamento que se vem verificando na jurisprudência pátria, irradiando da nova ótica que se tem dado aos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF, que, apesar de não ser propriamente caracterizado como Corte Constitucional, como assevera Francisco Gerson Marques de Lima[27], tem exercido, através de sua atuação, um papel pedagógico relativamente aos demais tribunais, buscando vivificar os princípios constantes na Constituição Federal.

Isso não implica afirmar que essa específica atuação legitimadora dos direitos fundamentais nas relações entre particulares esteja restrita ao STF, porquanto, pela organização jurisdicional brasileira, qualquer magistrado, independentemente da instância de julgamento, tem o dever constitucional de velar pela Constituição.

6 Considerações Finais

Em breve resumo do estudo apresentado, pode-se afirmar que não há mais que se falar em proteção dos Direitos Fundamentais do indivíduo apenas em face do Estado, na medida em que os particulares, nas suas relações privadas, podem vir a praticar alguma ofensa a direitos fundamentais uns dos outros.

A partir da decisão, em 1958, do caso Lüth, pela Corte Constitucional alemã, deflagrou-se o entendimento de que há, de fato, uma expansão da eficácia das normas

constitucionais, de sorte a se poder tutelar, nas relações privadas, notadamente aquelas de direito civil, os direitos fundamentais mantenham ligação com os interesses privados em jogo.

Essa constitucionalização do direito privado tem alargado seu âmbito, se sorte a influenciar os três momentos principais da norma jurídica: sua criação/atualização pelo legislador; sua interpretação; e sua aplicação pelos magistrados.

Essa influência pode ser especificada na necessidade de busca de formas de se conceder a maior eficácia possível às normas constitucionais que fundamentem as regras infraconstitucionais em que se fundem os interesses particulares em questão, reconhecendo-se, por outro lado, a necessidade de conservação do princípio que, por força da escolha decorrente da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, deixou de ser aplicado.

Limita-se, assim, a atuação dos particulares, sobretudo diante dos dois princípios cardeais do direito privado clássico, a autonomia da vontade e a propriedade, que, diante dessa nova compreensão, deverão ser funcionalizados para que, através do exercício dos negócios jurídicos, tendam a repercutir positivamente na coletividade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*. Ano III, nº 6 (2005.2). Fortaleza: Faculdade Christus, 2005.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 3 (jan/jul de 2004). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Código Civil e a Interpretação Conforme à Constituição. *O novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*. Organ.: Domingos Franciulli Netto *et al.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FACHIM, Luis Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 243.

GUERRA FILHO, Willis. Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: Sobre a projeção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Privado. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 1 (jan/jun de 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e a Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NEVES, Gustavo Kohl Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*. In RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra. Armênio Amado Editor, 1974.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. Separata de *Stvdia Jvridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 48.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[1] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1979.

[2] GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82.

[3] No que toca à supremacia da Constituição, importante lição é dada por Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz: “O sentido político do princípio da supremacia

constitucional implica que todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição e deve se realizar de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos. Por sua vez, o sentido jurídico outorga à Constituição o caráter jurídico de norma suprema do ordenamento jurídico, diferenciando-a, formalmente, das normas provenientes da legislação ordinária, editadas em função de competências, procedimentos e conteúdos nela estabelecidos.

A supremacia Constitucional, portanto, resulta do dato de que, ao transformar Direito e política em fenômenos de mútua implicação, a Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das funções pelas quais ele atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais.” (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 100)

[4] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Opinião Jurídica. Ano III, nº 6 (2005.2). Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, pp. 211/252.

[5] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Opinião Jurídica. Ano III, nº 6 (2005.2). Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, p. 220.

[6] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e a Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 229.

[7] FACHIM, Luis Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43

[8] Necessário ressaltar, todavia, o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (*In SILVA. Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19), para quem o primeiro julgado representativo da constitucionalização do direito foi decidido pela Suprema Corte estadunidense em 1948 (caso *Shelley v. Kramer*). Acatamos, porém, a lição de Luis Roberto Barroso, que afasta, do estudo da constitucionalização do direito, os julgados daquela Corte, sob o fundamento de que é próprio do constitucionalismo norte-americano, desde sua criação, a interpretação de todo o sistema jurídico em face da constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito [O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil]*. Revista Opinião Jurídica. Ano III, nº 6 [2005.2]. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, pp. 221/222)

[9] *Apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 3 (jan/jul de 2004). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 377.

[10] *Apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 3 (jan/jul de 2004). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 377.

- [11] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito [O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil]. *Revista Opinião Jurídica*. Ano III, nº 6 [2005.2]. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, pp 227/228.
- [12] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 39/40.
- [13] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. Separata de *Stvdia Jvridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 48, pp. 330.
- [14] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. 2, p. 149.
- [15] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 241.
- [16] NEVES, Gustavo Kohl Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04.
- [17] NEVES, Gustavo Kohl Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. *Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea*. Organ.: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04.
- [18] Sobre as instâncias de validade e de valor da norma jurídica, cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- [19] RADBRUCH, Gustav. *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*. In RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra. Armênio Amado Editor, 1974, p. 416.
- [20] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 243.
- [21] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. Separata de *Stvdia Jvridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº 48, pp. 332/333.
- [22] GUERRA FILHO, Willis. Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: Sobre a projeção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Privado. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 1 (jan/jun de 2003). Belo Horizonte: Del Rey, pp. 534/535.
- [23] COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Código Civil e a Interpretação Conforme à Constituição. *O novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*. Organ.: Domingos Franciulli Netto *et al.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 52.

[24] GUERRA FILHO, Willis. Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: Sobre a projeção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Privado. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. nº 1 (jan/jun de 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 534.

[25] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 52/53.

[26] GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, pp. 98/99.

[27] MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

COMO O DIREITO PRIVADO PODE CONTRIBUIR PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL? *

AS THE PRIVATE LAW CAN CONTRIBUTE TO NATIONAL DEVELOPMENT?

**Fábio Gabriel de Oliveira
Eduardo Goulart Pimenta**

RESUMO

Artigo acadêmico-jurídico sobre o papel do Direito na garantia do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República conforme determina o Art. 3º, II, da Constituição Federal Brasileira. Apresenta ao leitor um resumo sobre a evolução da Análise Econômica do Direito (AED). Aproveita também para informar alguns dos conceitos e teorias mais relevantes da AED. Posteriormente, discorre sobre o atual contexto jurídico privado tendo como referência a Constitucionalização do Direito Civil. Posteriormente, discorre sobre algumas distorções na interpretação das normas civis e constitucionais para ao final sugerir contribuições ao desenvolvimento nacional incentivando a proteção do mercado e a interpretação multidimensional do contrato privado.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO;
DESENVOLVIMENTO NACIONAL; MERCADO; DIREITO PRIVADO

ABSTRACT

Academic and scientific article on the role of law in ensuring national development, fundamental objective of the Republic as required by Article 3, II, of the Brazilian Federal Constitution. It presents the reader an overview on the evolution of the Economic Analysis of Law. Enjoy also to inform some of the most relevant concepts and theories of the Economic Analysis of Law. Later, discusses the current legal context with reference of the actually Brazilian civil law. Later, discusses some distortions in the interpretation of civilian and constitutional standards to the end suggests contributions to national development by encouraging the protection of the market and the increase of a multidimensional interpretation of the private contract.

KEYWORDS: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, NATIONAL DEVELOPMENT;
MARKET, PRIVATE LAW

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

O sistema privado, a sua hermenêutica e seus pilares institucionais atualmente estão em um momento de crise[1]. Tal fato vem acontecendo paralelamente à chamada constitucionalização do direito privado ou direito civil-constitucional, processo que tem gerado enormes dúvidas acerca dos métodos de interpretação e aplicação do Direito Civil.

No Direito Privado, há uma tendência de modificar os paradigmas estabelecidos pelo liberalismo, assim, proclamam a personalização do Direito Civil. Em alguns casos, vê-se uma predisposição ao julgamento em favor dos mais fracos, o que, muitas vezes, transforma a Justiça em um mecanismo de distribuição de riqueza caso a caso, uma visão paternalista do Direito.

O problema, ao que nos parece, é que possivelmente essa não seja a posição mais correta. Em vista disso, tentaremos demonstrar que o Direito é uma ciência social cuja implementação necessita se dar através de uma abordagem interdisciplinar. Além disso, buscaremos evidenciar que os direitos sociais só serão oferecidos de maneira digna quando o mercado privado de circulação de riquezas for protegido e incentivado.

Tentaremos apresentar uma visão mais desenvolvimentista do Direito. Afinal, poucos juristas se preocupam em como o Direito pode fomentar a **garantia do desenvolvimento nacional**, objetivo fundamental da República Brasileira, conforme determina a Constituição, no seu Art. 3º, inc. II.[2]

O método escolhido será a Análise Econômica do Direito (AED). Tal escolha se justifica pela necessária relação entre Direito e Economia na garantia do desenvolvimento nacional. A Economia e o Direito precisam deixar de abordar os mesmos temas com linguagens diversas, assim, devem cumular esforços a fim de maximizar as potencialidades do País, para fomentar o crescimento do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano)[3] brasileiro.

Tanto o Direito, quanto a Economia nacional devem convergir esforços para a distribuição e crescimento da riqueza interna. Devem ter como objetivo o fomento à igualdade de exercício dos direitos fundamentais, os quais devem ser oferecidos na maior medida possível.

Para tanto, o Direito não pode negar nem desconhecer o mundo globalizado de mercado em que vivemos. A produção e distribuição de riqueza interna são adstritos ou fomentados internamente pela normatização legal imposta pelo Estado. O crescimento do mercado de consumo e a geração de empregos formais constituem condições *sine qua non* para o Brasil ter maior disponibilidade de recursos e crescer economicamente. Assim, poderá cumprir, em maior perspectiva, o pacto social firmado na Constituição de 1988.

O Direito não pode relegar à Economia a responsabilidade de garantir o desenvolvimento nacional. Deve reconhecer a importância dos estudos econômicos sobre pobreza e distribuição de riqueza e, assim, otimizar o exercício, na maior medida possível, dos Direitos Fundamentais. Realmente, todo operador do Direito pode assumir um discurso mais desenvolvimentista e buscar a concreção objetiva dos direitos, sem devaneios retóricos.

O Direito Patrimonial Civil tem papel fundamental nesse sentido, pois é ele que regula as relações jurídicas privadas. Suas normas são as pedras de toque de todos os atos e negócios jurídicos efetuados entre as pessoas de direito.

Portanto, iniciaremos apresentando resumidamente a Análise Econômica do Direito (AED). Posteriormente, faremos um pequeno esboço do atual contexto jurídico cível para demonstrar a importância desse método nos estudos das relações privadas. Ao fim, fixaremos a necessidade premente de fomentar o mercado interno e a interpretação multidimensional do contrato como um dos caminhos para potencializar o desenvolvimento nacional e, assim, oferecer de forma mais satisfatória as condições para o exercício e reconhecimento da dignidade humana, fundamento da nação.

2. LINHAS GERAIS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em linhas gerais, a AED estuda a legislação com base em “(...) critérios e métodos característicos da Ciência Econômica, para demonstrar sua especial adequação ao processo de elaboração e interpretação de institutos reguladores de relações patrimoniais”. (PIMENTA, 2006a, p. 160). Busca auferir ou indicar caminhos que visam à eficiência na aplicação da norma legal. Richard Posner explica seu surgimento:

A AED (Análise Econômica do Direito) tem dois ramos. Datam do surgimento da economia como um campo distinto do conhecimento, no séc. XVIII. Um destes ramos vem da época de Adam Smith, é a análise econômica das leis que regulam os mercados explícitos: leis reguladoras do “sistema econômico” no seu sentido convencional. A origem do outro ramo pode ser atribuída ao trabalho de Jeremy Bentham, geração posterior à Smith. É a análise econômica das leis que regulam o comportamento alheio ao mercado.[4] (POSNER, 2002, p.66)

Portanto, a AED teve seu início nos estudos feitos por Adam Smith sobre as atividades de mercados explícitos (séc. XVIII). Porém, somente na segunda metade do século passado, os estudiosos norte-americanos e europeus ocidentais desenvolveram o estudo

do *law and economics*, também nas relações jurídicas alheias ao mercado. Para tanto, utilizaram a premissa de Jeremy Bentham, que referencia o ser humano como um ser racional, maximizador de seus próprios interesses e utilidades na maioria dos seus atos.

Segundo Guido Alpa, na década de sessenta, “nasce na Itália, com os estudos de Pietro Trimarchi, e nos Estados Unidos, com os estudos de Ronald Coase [5] e Guido Calabresi, a nova fase da análise econômica”. (ALPA, 1997, p. 15). Merece destaque também, como marcos da AED, a criação do periódico *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago (1958), o lançamento do livro *The Economic Analysis of Law* de Richard Posner (1973), bem como os estudos de George J. Stigler[6] e Gary S. Becker[7], todos da mesma Universidade de Chicago, além dos estudos de James McGill Buchanan[8], da Universidade da Virgínia, dentre outros.

Para alguns, o movimento da AED é o maior avanço da ciência jurídica das últimas décadas (ROEMER, 2001, p. 10).

Hoje, a AED vem sendo difundida no mundo todo. Existe a Associação Européia de Direito e da Economia (AEDE), fundada em 1984, a Associação Americana de Direito e Economia (AADE), fundada em 1991, a Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE)[9], fundada em 1995 e, no Brasil, a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), formalmente registrada em 2007.

2.1. A divisão entre análise econômica positiva e normativa do direito.

A AED pode ser dividida entre positiva e normativa. A análise da realidade concreta denomina-se análise econômica positiva do direito. Não é a análise somente do direito positivo e sim da realidade jurídica e de suas conseqüências econômicas e sociais. Trata-se de uma análise interdisciplinar e realista do contexto sob enfoque. Essa área de estudo tem em Richard Posner seu maior expoente. (ROEMER, 2001, p.13) Para ele, a análise econômica positiva do direito possui duas faces:

- a) estudo do comportamento decorrente do sistema legal;
- b) estudo do comportamento decorrente da estrutura do sistema legal.

Já a análise econômica normativa do direito preocupa-se com o que o direito deveria ser para tornar-se mais eficiente. Propõe “mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”. (SZTAJN, 2005, p. 77) Nessa forma de Análise Econômica do Direito, destaca-se o trabalho de Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

Apesar da distinção, é preciso compreender que as duas formas de análise são complementares. “(...) Os estudos sobre o comportamento regulado (positivo) desempenham uma função importante na formulação de políticas e, por isso,

contribuem para a análise econômica normativa do direito.” [10] (POSNER 2002, p.70).

Portanto, após o estudo racional e realista do contexto em questão, através da análise econômica positiva do direito, a análise econômica normativa do direito indica os caminhos legais e jurisprudenciais que podem oferecer à sociedade um maior ganho social com um menor custo.

2.2 Realismo do método e individualismo humano.

A AED é um método de estudo científico e pragmático que lembra o realismo jurídico[11]. É empírico, pois se baseia no estudo e observação do que acontece na realidade legal e jurisdicional contenciosa; para tanto utiliza, inclusive, pesquisas de campo. Leva em consideração o modelo de sistema econômico que vivemos e, a partir daí, busca soluções práticas para o incremento social nesse contexto. Trata-se de um método razoavelmente novo de abordagem econométrica de questões alheias ao mercado. Um mecanismo instrumental tanto para a aplicação do Direito quanto para a formulação de leis e políticas públicas.

Muitas vezes é classificada como um método de estudo organicamente de direita. Classificação errônea e desprovida de fundamento, um verdadeiro insulto aos seus adeptos. Richard Posner, comentando essa classificação, aduz:

O que é verdade é que o estudo da economia instila na maioria dos alunos a uma apreciação dos benefícios sociais dos mercados, apreciação não compartilhada pelos que nunca estudaram economia e que, portanto, têm dificuldade de compreender como uma instituição tão descentralizada como o mercado pode regular uma complexa atividade econômica de modo eficiente. Mas nem todos os que apreciam os benefícios dos mercados são de direita: no momento, a maioria do mundo comunista é pró-mercado. (POSNER, 2007, 582)

A AED busca “respostas precisas, realizando um confronto entre a situação concreta e aquela em abstrato determinável com a correção do sistema, indagando o custo privado e o custo social da atuação de novos e velhos instrumentos jurídicos” (ALPA, 1997, p. 10).

Como dito, parte da premissa egoística de Jeremy Bentham, a idéia de que o ser humano tende a ser um maximizador racional de seus próprios interesses na grande maioria dos seus atos. Sendo assim, inerente às suas ações existe, mesmo que inconscientemente, uma equação de custos e benefícios, a qual emerge como fruto do racionalismo, pois é um instrumento para racionalizar e tornar mais objetivas as condutas humanas.

Tal premissa é baseada nas escolhas, na autonomia privada. A maioria delas, feitas todos os dias, são baseadas em interesses e inclinações, principalmente nas relações patrimoniais privadas. O homem é racional e, dessa forma, costuma agir racionalmente visando seu interesse, qualquer que seja ele, monetário ou não.

A idéia do homem racional pode ser encarada juridicamente como a idéia do homem médio, bom pai de família, ativo e probo. Afinal, suas condutas são maximizadoras dos seus próprios interesses. Mas, antes de agir, todo homem se auto-limita de acordo com os “padrões sociais e institucionais existentes, aprovados, desejados e estimulados. Desvios levam a punições, sejam elas impostas pelo sistema jurídico, seja por normas socialmente aceitas.” (SZTAJN, 2005, p. 80 e 81). Portanto, é lógico que as pessoas não buscam a maximização dos seus próprios interesses, esquecendo-se dos valores morais e jurídicos. Se o homem é um ser social, sua honra e reputação na comunidade valem muito, assim, o Direito pode ser encarado como um instrumento de incentivo ou limitação das escolhas.

Bentham comprovou sua premissa do ser racional maximizador dos seus próprios interesses (individualista) ao analisar o delito penal. Ele descreveu que a decisão entre cometer ou não um crime repousa no custo e benefício que esse crime pode oferecer para o seu agente. Segundo Posner (2002, p.67), Bentham descreveu esse custo manipulando duas variáveis: i) a severidade do castigo; ii) a probabilidade real de punição.

Assim, para que exista um sistema de direito penal eficiente, não basta, somente, o aumento da severidade das penas. A variável da probabilidade de punição deve ser sempre levada em consideração. Afinal, o delinqüente em potencial também fará sua análise de custo e benefício do ilícito. Trata-se de uma conclusão racional, pragmática, inexorável.

Do ponto de vista prático, o individualismo é inerente às ações humanas e, por conta disso, as variáveis axiológicas são esquecidas. A argumentação moral não é suficiente quando se estuda o comportamento, principalmente nas práticas negociais. Dessa forma possui enorme aplicabilidade científica, pois é capaz de descrever os fenômenos fáticos racionalmente e de forma objetiva.

A guerra de todos contra todos, guardando-se as devidas proporções, acontece no dia a dia. Não se cogita a idéia de o ser humano tentar sempre prejudicar o outro, mas sim de se beneficiar e, por conta disso, não é raro que alguém sofra algum dano. Ademais, não há “nada de errado do indivíduo cuidar de seu próprio interesse, sendo tarefa por demais hercúlea fazer com que pessoas auto-interessadas se tornem altruístas” (TIMM, 2008, p.83 e 84).

O que move a grande maioria das pessoas no cotidiano não é nem a intenção de prejudicar nem tampouco a de praticar filantropia. As necessidades econômicas, o automatismo das ações diárias e o desejo de obter mais conforto para si, e para os seus pares, são os motivos que movem o homem habitualmente. Richard Posner sintetiza a premissa de Bentham assim:

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas. (2007, p. 474)

A realidade mostra, portanto, que os agentes econômicos no cotidiano tendem a racionalizar suas ações em vista do seu melhor proveito. Portanto, é sob esse prisma que está o enfoque da AED.

2.3 A Escassez e a Eficiência

O epicentro da problemática enfrentada pela AED é a eficiência. Tal eficiência não é meramente monetária; é sim, o aspecto mais abrangente de incremento aos objetivos traçados pelo agente em questão. É a busca da melhor alocação possível dos escassos recursos para o fomento das metas traçadas pela pessoa. Quando essa pessoa é o agente público, sua meta maior é, sem dúvida, o bem estar do seu povo.

A Economia é uma ciência social fundamental, pois foi desenvolvida para enfrentar a escassez, tendo na eficiência o mecanismo para enfrentá-la.

A economia é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes. A escassez implica escolhas e custos de oportunidade. Escolher a melhor forma de empregar recursos escassos é o problema básico de toda sociedade economicamente organizada. (ROSSETTI, 2006, p. 87)

Não é fácil para qualquer jurista digerir a idéia da escassez. Muitos contestam tal premissa, aduzindo que há comida suficiente para todos e que um mínimo de dignidade é possível e necessário. Trata-se da idéia de patrimônio mínimo.

No que tange à comida suficiente para todos, é importante observar que a escassez de recursos se refere a todos os recursos utilizados no cotidiano, deste o tempo até os recursos materiais para o conforto e a comodidade. Para enfrentar as intempéries da natureza o homem, ao passar dos anos, elaborou e construiu uma enorme gama de recursos para facilitar a nossa própria sobrevivência e possibilitar o emprego do nosso tempo em outras atividades.

Enfim, não é só por comida a demanda de recursos. Todos querem liberdade plena, segurança eficiente, saúde integral, educação de qualidade, moradia, enfim uma

incontável gama de serviços e produtos. Que só estão disponíveis para o nosso conforto, pois são produzidos por pessoas auto-interessadas. Afinal, sempre que o Estado tomou para si essa responsabilidade houve flagrante perda de eficiência alocativa e aumento da escassez.

Queremos suprir nossas necessidades, as quais são ilimitadas, pois se confundem com nossos desejos. Assim, tanto as pessoas em geral, quanto a administração pública, não possuem recursos suficientes para atender, de forma plena, toda a demanda de produtos e serviços desejados. É por isso que se diz que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos, sendo essa premissa básica e o objeto de estudo da Economia.

No que tange ao patrimônio mínimo ou ao mínimo de dignidade, devemos, antes de tudo, sedimentar o entendimento de que o homem é um ser insaciável. Querer mais faz parte da natureza humana. Sobre isso, Clovis Bevilacqua, há mais de cem anos, já dizia com propriedade:

Quaes são essas necessidades e até onde irão ellas? Poder-se-ia estabelecer um mínimo correspondente ao essencial á vida. E, uma vez estabelecido esse mínimo, teríamos com isso calado para sempre o descontentamento? [...]

Não nos iludamos; as necessidades variam com as raças e os temperamentos; o essencial á vida nunca satisfará o menos ambicioso dos homens. O homem é um animal cujos desejos são um abysmo sem fundo; quasi sempre o que hoje o seduz e arrasta aos maiores sacrificios, amanhã já lhe parece o extremo da privação. (BEVILAQUA, 1902, p. 17) [12]

Então, a concepção de mínimo existencial é um paradigma inatingível. Afinal, alguém acaso acredita que o mínimo existencial de um sertanejo acostumado às maiores privações é o mesmo daquele cidadão de classe média que mora em um centro urbano no sul/sudeste do país? Será que o patrimônio mínimo de um dinamarquês é o mesmo que o de um somaliano? Como questiona Belivaqua, quando atingirmos o mínimo que idealizamos isso acaso calará para sempre o descontentamento?

A resposta é não! Com o passar do tempo, o paradigma de mínimo existencial muda conforme a própria sociedade muda. O que é preciso ter como objetivo é o exercício dos direitos fundamentais na maior medida possível e da forma mais isonômica. Não adianta tentar conformar os homens a um mínimo padrão, afinal, os desejos humanos nunca podem ser completamente supridos. É por isso que os escassos recursos devem ser alocados com eficiência. É por isso que precisamos estimular o crescimento econômico do País e distribuir melhor suas riquezas. Assim, construiremos a dignidade possível.

Sobre essa eficiência, antes de a entendermos em termos genéricos, é preciso conhecer a noção de **trocias eficientes** na versão de superioridade e otimização de Vilfredo Pareto, e a correção dessas formulas através da teoria conhecida por “Kaldor-Hicks”.

A situação é superior, em termos paretianos, quando há um implemento da condição de um agente, mas não há, como contrapartida, diminuição da condição de outrem. O estado das coisas é ótimo quando nenhum outro estado pode ser superior. (ROEMER, 2001, p. 27)

Vejamos um exemplo de eficiência em termos paretianos:

Uma determinada pessoa “A” pretende adquirir uma coleção de selos pertencente a “B”. “A” está disposto a pagar até R\$ 100,00 (cem reais) pela coleção de “B”. Este está disposto a vender sua coleção por qualquer valor superior a R\$ 90,00 (noventa reais). Temos então uma pessoa com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e outra com um bem que vale, para ele, R\$ 90,00 (noventa reais). Totalizando uma riqueza de R\$ 190,00 (cento e noventa reais). A transação é concluída por R\$100,00 (cem reais). Agora, temos “B” com R\$ 100,00 (cem reais) em moeda corrente e “A” com um bem que vale para ele R\$ 100,00 (cem reais). Totalizando R\$ 200,00 (duzentos reais). Trata-se de um acréscimo de R\$ 10,00 (dez reais) à riqueza social. (POSNER, 2007, p. 477 e 478) Uma transação eficiente e superior em termos de Pareto, pois após a conclusão do contrato, “B” melhorou sua situação em R\$ 10,00 (dez reais), sem diminuir a condição de “A”.

O bem foi transferido “(...) de quem o valoriza menos para quem lhes dá mais valor”. (SZTAJN, 2005, p. 76) Em outras palavras, uma situação só pode ser considerada superior quando ao menos uma pessoa melhora seu bem estar, sem que nenhum outro diminua o seu próprio bem estar. Diz-se bem estar, pois as trocas eficientes não estão compreendidas somente nas atividades monetárias.

A mesma situação seria ótima, em termos paretianos, se a coleção estivesse com quem, dentre todos, mais a valoriza. Trata-se da situação perfeita, ótima, o bem em poder de quem mais o valoriza.

Essa teoria, apesar de relevante, foi amplamente criticada pela sua pouca aplicabilidade prática. Afinal, várias situações vividas no mundo real produzem ganhadores e perdedores e, o critério de Pareto, não é suficiente para avaliá-los.

Diante desse contexto, a teoria “Kaldor-Hicks” repousa na idéia da **compensação potencial**. Um estado de coisas modifica-se eficientemente, em termos de “Kaldor-Hicks”, quando o beneficiário da alteração é capaz de compensar as perdas dos outros agentes que sofrem os efeitos do negócio. Portanto, é eficiente uma troca que produz ganho para algum agente, mesmo levando-se em consideração devida compensação dos perdedores. (ROEMER, 2001, p. 27) Vamos agora a um exemplo de troca eficiente em termos de “Kaldor-Hicks”[13]:

Determinada pessoa “A” firma um contrato com “B” para o fornecimento de 100.000 (cem mil) peças para sua indústria de eletrodomésticos a R\$ 0,10 (dez centavos) por peça. “B” fornecerá as peças em 90 (noventa) dias. Um mês depois, “C” entra em contato com “B” explicando que necessita desesperadamente de 25.000 (vinte e cinco mil) peças, pois senão será obrigado a pagar enorme indenização para seu cliente, ou seja, terá enormes prejuízos. Diante deste contexto, “C” está disposto a pagar R\$ 0,15 (quinze centavos) por unidade. “B” fecha o negócio com “C”, atrasa o envio da peças de “A” e, por conta disso, o primeiro contratante tem um prejuízo de R\$ 1.000,00 (mil

reais). Mesmo assim, a troca é eficiente, pois o ganho de “B” foi de R\$ 1.250,00 (hum mil duzentos e cinquenta reais). “B” compensa a perda de “A” e ainda implementa à sua riqueza R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). Dessa forma, “C” está em uma situação melhor, “B” também está em uma situação melhor e as perdas de “A” podem e devem ser devidamente compensadas pelos beneficiários da troca. (POSNER, 1998, p.118)

Utilizando-se esse conhecimento de trocas eficientes, através da abordagem interdisciplinar da AED, é possível que os cientistas jurídicos analisem e expliquem quais são os mecanismos que podem converter o Direito em um instrumento para promover a eficiência das trocas. (POSNER, 2002, p.72). Afinal, as trocas eficientes são o pressuposto básico para o crescimento econômico. Para o aumento da circulação de riqueza. Por isso é tão importante circular os recursos e agregar valor aos fatores de produção [14].

Em termos genéricos, a eficiência é a “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”. (SZTAJN, 2005, p. 81) Responde à pergunta de como necessidades sociais ilimitadas são melhor satisfeitas diante da escassez existente. A eficiência é, portanto, atingir o maior benefício possível ao menor custo.

A eficiência é tão importante para o desenvolvimento sócio-econômico, que passou também a fazer parte do rol dos princípios que norteiam a administração pública no *caput* do Art. 37[15], após a Emenda Constitucional nº 19.

Contudo, tanto a premissa de Benthan quanto a teoria de Pareto e Kaldor-Hicks não despertaram o interesse dos juristas, como dito. Somente no século passado o individualismo e a eficiência foram utilizados para, também, analisar todos os aspectos do contexto jurídico. Hoje, os temos como os fundamentos mais importantes da AED.

Abordaremos agora, resumidamente, outros conceitos e teorias da AED imprescindíveis para o entendimento do presente estudo.

2.4 Custo dos Direitos e Escolhas Trágicas

Com as premissas de escassez, eficiência e individualismo sedimentadas, a doutrina da AED desenvolveu estudos mais específicos sobre a regulação estatal e as suas conseqüências econômicas. Flávio Galdino importou para o Brasil a teoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein[16], de que todo direito tem um custo.

O Direito não é só uma prerrogativa que alguém possui de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos. Todo direito tem um custo para a sociedade. Não existe direito totalmente negativo (aquele que só depende de abstenção e que não necessita de nenhuma alocação positiva do Estado). Todo direito subjetivo público é positivo e, para sua salvaguarda, é necessário ou estabelecimento de ações positivas do Estado, ou de mecanismos de indenização. (GALDINO, 2005, p. 225 a 235). No mínimo existe o

custo da máquina administrativa que elabora e promove a tutela jurisdicional dos direitos[17].

Diante dessa assertiva, quando o Estado passa a ser o provedor direto das necessidades básicas de seus cidadãos, existe um problema lógico de aplicação. Afinal, os recursos disponíveis pelo Estado são escassos frente às necessidades ilimitadas de seu povo.

O direito precisa ser concebido como um sistema de restrições e recompensas que possui relevante custo para a coletividade.

Para promover um direito, em termos de gestão, outro direito é sacrificado. Sendo assim, o agente público sempre se vê sempre adstrito às *Escolhas Trágicas*, teoria formulada por “Guido Calabresi e Philip Bobbit, ao demonstrarem que a escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais (...)” (GALDINO, 2005, p.159).

Os exemplos de escolhas trágicas são incontáveis. No dia a dia da gestão administrativa há sempre um “*tira dali e bota aqui*”.

Enfim, as demandas são ilimitadas e nem todos os direitos sociais podem ser plenamente satisfeitos por total impossibilidade material. Resta então, ao gestor público, fazer escolhas trágicas. Acontece que, tais escolhas devem ter sua eficiência potencializada para a maximização dos resultados sociais.

2.5 Custos de Transação

Outro importante conceito da análise econômica do direito é o de custo de transação. Ronald Coase foi quem lançou esse tema na discussão acadêmica, inicialmente projetando tal custo sob a perspectiva empresarial.

O mundo real apresenta fricções que denominamos ‘custos de transação’ fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero. (COASE *apud* SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p.85)

No seu artigo seminal *The problem of social cost*[18], Coase concluiu que, na ausência dos custos de transação, os agentes sempre negociarão voluntariamente, de modo que as trocas tenderão a ser sempre mais eficientes. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p.97)

Em outra oportunidade, alertamos que hoje existem diferentes abordagens sobre o custo de transação. Contudo, para o presente estudo, podemos dizer que o custo de transação

consiste naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual. (PIMENTA, 2006b, p. 61)

Cada fator de produção em uma determinada atividade possui um custo. O trabalho, em forma de salários; as matérias-primas (fator terra), em forma do seu preço; o capital, na forma de juros, a tecnologia, em *royalties*. Estes são os custos de produção. Além disso, há ainda os custos de oportunidade, ou seja, aquilo que o empreendedor deixa de ganhar ao despender seu tempo no exercício empresarial. Porém, todos os fatores de produção e o próprio desenvolvimento da atividade impõem ao empresário uma complexa e interdependente gama de transações jurídicas imprescindíveis para o exercício da empresa. O tempo e o dinheiro gasto para planejar, efetuar e garantir os efeitos contratuais são o custo de transação.

Hoje é sabido que muitos desses custos são impostos pela lei e que, além disso, não se restringem às atividades empresárias. Ora, se uma pessoa física, por exemplo, deseja comprar um imóvel, além de pagar o preço estipulado, arcará com o custo de ir ao cartório de registro de imóveis, analisar possíveis restrições no bem, elaborar a escritura pública e efetuar o registro após a compra. Tais custos servem para garantir os efeitos da compra e representam um custo de transação determinado por lei, como condição para transferir e garantir a propriedade do bem imóvel.

Dessa forma, o custo de transação compreende tanto a fase das tratativas, quanto a fase posterior à conclusão do negócio. Além disso, possui estreita relação com a eficiência afinal, quanto menor o custo de transação, maior a possibilidade de os agentes voluntariamente buscarem a eficiência[19].

2.6 Externalidades

Finalmente, abordaremos mais um conceito relevante para uma compreensão mínima da AED. Trata-se da externalidade. Em síntese, é “a consequência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão arcam com os custos advindos dessa conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes.” (PIMENTA, 2007, p. 17)

A externalidade, portanto, possui ligação direta com os efeitos externos que determinado ato econômico/jurídico gera a terceiros. Tal efeito pode ser negativo ou positivo. A externalidade positiva é o efeito positivo, oriundo de determinado ato, percebido por terceiro que não contribuiu com o custo. Por exemplo: determinada pessoa, “A”, é sócio de uma sociedade empresária que tem como objeto social a venda de material para escritório. Ao lado do seu estabelecimento é construído e inaugurado um edifício comercial com inúmeras salas. “A” não alocou nenhum recurso para a construção do edifício comercial, contudo irá visivelmente se beneficiar com tal construção. Afinal, esse prédio irá aumentar a demanda local de seus produtos. A construção do edifício é uma externalidade positiva para “A”.

As externalidades podem não ser monetárias. Um belo jardim construído por alguém em seu imóvel traz como consequência uma externalidade visual positiva para seus vizinhos.

Já a externalidade negativa são os efeitos negativos gerados a terceiros, oriundos de determinados atos ou bens. Transmutam-se em custos absorvidos pelos terceiros em questão. Possuem relação direta com o custo social, pois muitas das externalidades negativas se transformam em custos suportados pela coletividade. Um exemplo ilustrativo de externalidade negativa é aquele que descreve os efeitos da poluição oriunda de uma indústria. Tal poluição é capaz de gerar enormes transtornos, tanto ambientais, quanto físicos à comunidade vizinha. Neste caso, trata-se de externalidade negativa da indústria a àquela comunidade.[20]

Atualmente, existem diversos mecanismos administrativos e judiciais que impõem a internalização das externalidades negativas. É fundamental que aquele beneficiário da atividade, internalize às externalidades negativas para que tal ato seja eficiente em termos de Kaldor-Hicks. Trata-se de uma aplicação prática da teoria da compensação potencial.

Enfim, esses são, resumidamente, os conceitos e teorias da AED, mais importantes para este estudo. Agora, é necessário conhecer um pouco sobre o atual contexto do jurídico privado brasileiro e suas peculiaridades.

3. PEQUENA ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTEXTO JURÍDICO PRIVADO.

Hoje não há mais dúvidas de que o Direito positivo não é capaz de regular todas as condutas humanas. A legislação não é exaustiva e completa o bastante para absorver toda a realidade fática.

A utilização de cláusulas abertas; a profusão de microssistemas normativos e a inserção expressa de matéria de Direito Privado na Constituição da República causaram o fenômeno conhecido entre nós como constitucionalização do direito civil ou direito civil-constitucional. “As normas constitucionais atuam como convergentes. É a partir delas que se deve interpretar toda norma jurídica, inclusive os códigos”. (FIUZA, 2003, p. 89)

Além disso, não vivemos mais em um sistema fechado e neutro, onde a validade das normas reside na satisfação dos seus critérios formais. O Direito não pode hoje ser aplicado de forma eminentemente dedutiva nem ser hierarquizado dentro de um sistema axiológico. O jurista, diante de um problema, deve “adequar a norma, amoldando-a às necessidades do caso”. (FIUZA, 2003, p. 91)

A interpretação e a aplicação do Direito é argumentativa, é dialética, busca seus fundamentos mais importantes na Constituição. Quando há um choque entre princípios, não se deve utilizar a ponderação, pois ela implica na axiologização do direito, hierarquiza os valores, além de transparecer uma idéia de preferência. (GALUPPO, 1999, p. 196) As normas jurídicas são conceitos deontológicos que devem ser ou não adequados à determinada situação concreta.

Insta dizer também que o Direito é hoje uma ciência social. “O Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica”. (SZTAJN, 2005, p. 81) O Direito gera efeitos de toda ordem, em todos os ramos da sociedade.

Sua abrangência não se limita aos participantes de determinado litígio, pois externalidades costumam ser percebidas por pessoas alheias à contenda. Por isso, é de suma importância analisar e prever as conseqüências econômicas e sociais de cada decisão e de cada nova lei em uma perspectiva abrangente e multidisciplinar.

A aplicação do direito civil-constitucional às vezes não é feita conforme o modelo mais eficiente de promoção dos direitos sociais. Ao decidir um caso, ou ao formular as leis, muitos juristas não possuem o preparo e o conhecimento necessário para maximizar os ganhos sociais. Repletos de boas intenções decidem de forma inadequada, querendo proteger valores sociais, produzem decisões e leis que geram efeitos contrários a esses valores.

No contencioso buscam fazer uma justiça distributiva, caso a caso, fato que só beneficia o litigante e gera um enorme custo social para toda a coletividade. Causam obstáculos para o desenvolvimento nacional, ao invés de garanti-lo. Um modelo ineficiente de promoção à dignidade humana. Este é o contexto que será descrito agora, ao iniciarmos a abordagem da ineficiência jurídica pela Constituição.

3.1. A Constituição de 1988.

A Constituição da República de 1988 é rica em direitos e em programas sociais. Os direitos sociais e a programaticidade das constituições contemporâneas são fruto principalmente da constituição alemã do pós-guerra, a Constituição de Weimar. Nela, os princípios sociais ganharam status constitucional. Assim, as teorias de interpretação, classificação e aplicação das leis sofreram enormes modificações.

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, [...] o critério com que se auferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. (BONAVIDES, 2003, p. 283)

A programaticidade da constituição de Weimar fez cair por terra a classificação das disposições constitucionais como auto-aplicáveis ou não auto-aplicáveis da doutrina liberal. Ela não mais conseguia resolver o “impasse criado pela inserção das normas de cunho programático”. (BONAVIDES, 2003, p. 241).

A doutrina constitucionalista caminha para sedimentar o entendimento de que não há normas constitucionais não auto-aplicáveis; ao contrário, todo ordenamento constitucional é aplicável. O conteúdo programático das constituições não pode ser considerado “um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política”. (BONAVIDES, 2003, p. 250)

Contudo, não são só benéficos os efeitos da aplicação cogente de tantos direitos concebidos na Norma Suprema. O que acontece realmente é que importamos um modelo nórdico de Constituição, inadequado para a realidade social brasileira. Pródiga em despesas impõe ao agente público um elevado custo, pois não houve uma análise prévia da compatibilidade sócio-econômica do País com tantos direitos deferidos, constituindo-se em algo alheio à realidade. (GALDINO, 2005, p.159)

Temos agora, então, um modelo constitucional que é adequado a países desenvolvidos, posto que defere a todos os cidadãos direitos de toda ordem. Sendo que tais direitos terminam por se configurar como compromissos básicos para um povo com necessidades prementes e ilimitadas. Concebida dessa forma, a Constituição obriga o gestor a uma tarefa hercúlea de escolher os direitos que serão implementados e aqueles que não serão.

Trata-se de uma constatação óbvia, pois os recursos da administração pública são escassos. Assim, escolhas públicas, às vezes trágicas, são feitas pelo gestor, e isso tudo acontece enquanto esse mesmo gestor potencializa seu interesse pessoal de se reeleger[21], o que às vezes é incompatível com o interesse público.

Muitas dessas escolhas são feitas internamente pelo gestor público e pelo seu corpo de assessoria. Contudo, alguns direitos sociais são impostos pelo judiciário, fazendo com que os juízes se tornem gestores dos recursos administrativos. Fazem isso imaginando contribuir para a dignidade humana, numa interpretação fiel aos direitos deferidos na Constituição.

Vamos exemplificar essa atuação jurisdicional com base no trabalho de Solange Azevedo em artigo da *Revista Época*, na sua edição de 24 de dezembro de 2007. A jornalista traçou algumas considerações acerca da “disparada de ações judiciais que obrigam o governo a fornecer gratuitamente medicamentos caros”. (2007, p. 68). Vejamos alguns dados relevantes expostos nesse trabalho:

Em 2003, o gasto da União com decisões liminares que obrigaram o governo a fornecer gratuitamente medicamentos foi de R\$ 188 mil. A estimativa para 2007 é de R\$ 50 milhões só do governo federal. Ou seja, o gasto em 2007 com essa obrigação é 226

(duzentas e sessenta e seis) vezes maior do que há cinco anos atrás, um acréscimo de aproximadamente 26.495% (vinte e seis mil quatrocentos e noventa e cinco por cento).

A união, estados e municípios, somados, deverão gastar em 2007, com remédios gratuitos deferidos nos tribunais, o total de R\$ 600 milhões, verba equivalente à construção de 12 hospitais com 200 leitos cada, segundo informa a mesma reportagem.

Alguns entrevistados revelaram à repórter que não haviam recorrido à justiça antes, pois “não sabiam que tinham esse direito”. (AZEVEDO, 2007, p.70)

Os medicamentos deferidos na justiça são, em sua grande maioria, medicamentos novos, caríssimos e com eficácia ainda não comprovada. Alguns, inclusive, só servem para o maior conforto dos pacientes que tomam uma dose única, ao invés de vários comprimidos ao longo do dia. Existem também aqueles que não resolvem a doença e somente prolongam a vida dos enfermos. Por isso, não fazem parte dos fármacos distribuídos regularmente pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Em análise superficial, no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, constatamos que os argumentos legais de defesa dos interesses dos doentes são: o Art. 1º, inc. III[22], o caput do Art. 6º[23], o caput do Art. 196[24] e o inc. II do Art. 198[25], da Constituição Federal.

Um projeto de lei do senador Tião Viana (PT-AC) quer limitar a oferta de medicamentos às regras do SUS, mas o ex-ministro do STF, Carlos Velloso, (*apud* AZEVEDO, 2007, p.70) já se pronunciou, afirmando que qualquer lei que limite o direito fundamental à saúde é inconstitucional.

Existe então um impasse. Os dados mais relevantes dessa pesquisa, segundo a mesma revista *Época*, são um acréscimo de aproximadamente 26.495% (vinte e seis mil quatrocentos e noventa e cinco por cento) do valor gasto por esse tipo de tutela jurisdicional nos últimos cinco anos. Acrescente-se a isso o fato de que algumas pessoas só não tinham pedido tal benefício antes, porque “não sabiam que tinham esse direito”. (Azevedo, 2007, p.70) Pelo aumento vertiginoso dessa tutela, em breve todos saberão que possuem esse direito e muitos outros que estão expressos na Constituição. Tais precedentes incentivam outras pessoas a buscar judicialmente esse direito, verticalizando a curva da demanda sem que exista oferta de recursos suficiente para a satisfação de todos.

Aqueles que entram na justiça possuem, por determinação constitucional expressa, o direito à saúde integral. Dessa forma, maximizando o seu próprio interesse, vão em busca da tutela jurisdicional, ação legítima e de acordo com o padrão individualista do homem.

O juiz, por sua vez, se vê diante de uma escolha trágica, mas, amparado pela Constituição, e, imaginando que o caso sob sua responsabilidade não fará grande diferença para o orçamento do País, defere a liminar, propiciando a “dignidade” naquele caso concreto.

Contudo, conforme aduziu Jorge Padovan, (*apud* AZEVEDO, 2007, p.70) do Centro Paulista de Economia da Saúde, “só um paciente com Câncer significa um desembolso

capaz de satisfazer centenas de diabéticos ou hipertensos”. Além do fato de que sua medicação só é capaz de, talvez, prolongar sua expectativa de vida.

Como os recursos são limitados, a verba para cumprir as tais decisões judiciais é retirada, muitas vezes, da mesma secretaria ou ministério, ou seja, da Saúde. Então, obras preventivas de saneamento, ou compra de medicamentos comuns como anticoncepcionais e anti-hipertensivos, contratação de médicos, construção de hospitais etc., poderão estar ou estão sendo sacrificados, conforme notícia a repórter na revista citada.

Do ponto de vista individual, as decisões que deferem os remédios gratuitamente são louváveis. Mas esse benefício impõe elevado custo social para a coletividade que assiste ao aumento vertiginoso dessa espécie de demanda, fato que culmina, ao final, com perdas sociais, pois os recursos que deveriam ser destinados para a coletividade são alocados em benefício de poucos indivíduos. Uma externalidade negativa custeada por todos, uma dignidade individualizada e ineficiente, contrária à idéia de direitos fundamentais isonômicos.

Além disso, em análise de direito comparado relatada na mesma reportagem, viu-se que a maioria dos países desenvolvidos limita o acesso gratuito de medicamentos. Afinal, a distribuição gratuita deve ser concebida a partir de critérios rígidos que maximizem a eficiência desta alocação para toda a coletividade.

Enfim, o exemplo acima demonstra que caso os direitos sociais da Constituição forem coercitivamente impostos à gestão pública, estará criada uma enorme celeuma para as administrações, que não são capazes de suportar os custos desses direitos.

O dever de assistência social é do Estado, conforme a Constituição, contudo, já que o Poder Público é incapaz de satisfazer essa demanda, observa-se a transferência desse ônus para a iniciativa privada. Tal fato desestimula a expansão do mercado nacional, gerando mais obstáculos para o seu desenvolvimento. Vamos ver isso com mais detalhes, iniciando pelo mercado.

3.2 A proteção do mercado.

Para ser capaz de suportar a prodigalidade da nossa Constituição, o crescimento sócio-econômico precisa ser fomentado. O Direito precisa participar do contexto social, estimulando e respeitando algo que muitos juristas concebem como uma mera instituição jurídica associada ao liberalismo econômico e ao individualismo burguês: **o mercado**.

Em termos econômicos, o mercado é “uma abstração definida pela existência e entrosamento de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura”. (ROSSETTI, 2006, p. 439). Timm (2008, p. 84) defende que o mercado é uma fato social, existe. Afinal “ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços”.

O mercado é influenciado pelo Direito e a ele influencia. Mas não é uma instituição jurídica, é uma instituição social, global. Sem juízos de valor, o mundo gira em torno dos mercados. É o meio no qual são trocados os bens e serviços. Não é fruto da burguesia no seu sentido pejorativo. O mercado é a solução racional para suprir a necessidade de todos em trocar bens e serviços. Existe desde que houve a especialização do trabalho.

O mercado se expande na medida em que existe mais procura e mais oferta. (ROSSETTI, 2006, p. 397) A expansão do mercado implica crescimento econômico, pois as trocas eficientes de bens e serviços agregam valores aos fatores de produção, geram tributos e empregam as pessoas. O mercado é o meio facilitador das trocas e sua função social é viabilizar que os indivíduos possam obter aquilo de que necessitam para sua sobrevivência ou comodidade. (TIMM, 2008, p.85).

Nenhum ocidental, hoje, concebe como ideal qualquer modelo de Estado em que não seja preservada sua liberdade de escolha econômica. A autonomia privada nas escolhas patrimoniais é um direito do qual ninguém suportaria supressão. O mercado é exatamente aonde exercemos esse direito.

Segundo Rossetti (2006, p. 438), são várias as virtudes do mercado: Ele gera índices de escassez orientando a sociedade a conservar os recursos escassos; ele é um centro de estimulação à qualificação dos produtos e serviços; possibilita as trocas voluntárias; também viabiliza a liberdade de escolha econômica.

Os defeitos apontados pelo mesmo autor são (2006, p. 438 e 439): o mercado não garante o pleno emprego dos recursos; a concorrência é imperfeita, gerando ineficiências; não penaliza aqueles que geram externalidades negativas; não gera espontaneamente categorias de bens e serviços de interesses difusos; além de também conseguir fragilizar eventuais mecanismos de controle ligados a preços.

Portanto, é neste íterim que a AED deve ser usada. O Direito deve maximizar as virtudes do mercado e criar mecanismos para corrigir ou minimizar seus defeitos, mas sempre respeitando e conhecendo seus benefícios. Não basta somente criticar ou gerar decisões e leis contrárias ao mercado, pois nenhum país do mundo se sustenta dignamente sem ele.

O mercado deve ser usado como um instrumento facilitador do desenvolvimento nacional. Paralelamente, o Direito e a Economia devem assumir um papel convergente nesse objetivo. Não é possível ainda existir no País um pensamento retrógrado a ponto de se estabelecer um paradigma de “Justiça X Mercado”, “Povo X Burguesia”. Ao contrário, a justiça deve conhecer e promover o mercado, corrigindo e intervindo só quando necessário.

Contudo, não é só o respeito à expansão do mercado que inviabiliza o desenvolvimento nacional. Outro fator importantíssimo para o seu estímulo é a clareza e a segurança jurídica do contrato. Afinal, ele é o instituto regulador das trocas, viabiliza a convergência das forças antagônicas de procura e oferta. É o meio que a lei sanciona para realizar as operações socialmente úteis e necessárias de trocas voluntárias. Sem dúvida, constitui-se num instrumento imprescindível para o mercado e para o crescimento econômico.

3.3 O contrato no mercado.

O Direito Contratual se pauta, atualmente, em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigma dos contratos. (FIUZA, 2003, p. 306). Tal quebra de paradigma é um avanço da legislação e da doutrina, principalmente na proteção ao consumidor, pois viabiliza proteção do hipossuficiente por um custo diluído. Também incentiva melhoria nos serviços prestados.

Dentre a nova principiologia contratual, é o princípio da função social que apresenta mais divergências de aplicação e interpretação. Segundo César Fiuza (2007, 263), a função social do contrato é uma síntese da sua função econômica e da sua função pedagógica

A função econômica do contrato é:

(...) auxiliar o processo de circulação de riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica; desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular riquezas, mas ajudam a distribuir renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades. (FIUZA, 2007, p.262)

Ele é o instituto jurídico responsável pelas trocas eficientes, fazendo os bens saírem da mão de quem menos os valoriza para aqueles que mais o valorizam. Incrementa a riqueza social. Sua função social tem estreita relação com sua função econômica. Na interpretação dos contratos, a função social não pode ser confundida com função de assistência social.

Todo contrato é um negócio jurídico que pertence a determinado mercado. O contrato, dentre outras características do seu conceito, é ato lícito de repercussão sócio-econômica. (FIUZA, 2007, p.263) O mercado visa ao lucro; sem este não há mercado que sobreviva. Isso não é um desrespeito nem uma ilicitude, é um fato, uma necessidade de sobrevivência dos agentes econômicos no contexto atual do mundo baseado na livre iniciativa.

No contencioso, as decisões judiciais repercutem no mercado em que o contrato está inserido, pois ele, como dito, possui repercussão sócio-econômica. Por isso é de suma importância uma análise multidimensional dos efeitos de cada decisão judicial no mercado em que o contrato está inserido.

Quando existe uma concentração muito grande do poder de oferta na mão de poucos agentes, há uma tendência de preços monopolistas, pois existe uma disparidade entre as forças de oferta e procura. (TIMM, 2008, p.76) Este é um problema estrutural do

mercado. Uma imperfeição, um defeito. Mas esse defeito ou imperfeição não se resolve em ações individuais. Resolve-se com mecanismos que facilitem a entrada de outros agentes naquele mercado, diminuindo o custo de transação e facilitando o aumento da concorrência. Com o aumento da concorrência, os preços caem e a coletividade tende a ser beneficiada.

Contudo, observamos diuturnamente juízes cheios de boas intenções revisando contratos sem uma análise econômica dos efeitos de suas decisões no mercado daquele contrato. Tentam usar o contrato como promoção à dignidade humana individualizada, politizando e revisando os pactos em favor dos mais desprovidos economicamente. Elevam o custo de transação dos mercados, afastam novos investidores e, assim, incentivam ainda mais os preços monopólicos e a disparidade entre a oferta e a procura. Geram externalidade negativa. Propiciam uma dignidade individual e ineficiente que não resolve o problema, e sim, o aumenta.

A promoção da dignidade humana é aquela que atende aos anseios coletivos e não aos anseios do litigante *per se*.

Vamos exemplificar essa atitude paternalista e ineficiente com base em análises empíricas produzidas na ALACDE, mais especificamente, com base nos artigos “*Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde*” de Decio Zylbersztajn e Christiane Leles Rezende, e, “*A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia*” de Luciano Benetti Timm e Tatiana Druck, os dois apresentados na ALACDE em 2007[26].

Tais estudos demonstram, de forma inequívoca, que muitas vezes o clamor pela promoção à dignidade humana e a função social do contrato estão gerando retração de alguns mercados, ou elevação do seu custo, respectivamente, nestes estudos, no financiamento de produtores agrícolas e na alienação fiduciária imobiliária.

Em linhas resumidas, Zylbersztajn e Rezende (2007) fizeram uma detalhada pesquisa com dados empíricos das revisões dos contratos, eminentemente empresariais, de venda antecipada de soja em natura, principalmente no estado de Goiás, onde houve maior frequência destes conflitos.

As revisões contratuais aconteceram porque houve uma disparidade muito grande entre o preço pactuado e o preço do mercado na época da entrega do produto em natura. O preço subiu vertiginosamente devido ao aumento da procura pela China e a uma quebra na safra norte-americana. Tal elevação de preços incentivou os agricultores, maximizadores racionais dos seus interesses, a não cumprir o contrato e a entregar seus produtos. Os produtores venderam seus produtos no mercado e, posteriormente, ajuizaram ações de nulidade e revisão dos contratos por onerosidade excessiva, função social do contrato, hipossuficiência, etc. Requeriam o pagamento do empréstimo a juros que seriam fixados judicialmente, juros que trariam um ganho de capital muito inferior aos que previstos com a entrega da soja, como disposto no contrato.

A maioria dos agricultores obteve êxito. As decisões variavam de acordo com as câmaras do Tribunal de Justiça Goiano, mas, em termos estatísticos, a maioria dos agricultores conseguiu revisar em seu favor as cláusulas do contrato.

Evidentemente, tais decisões surtiram efeitos. O mercado de crédito para aquele tipo de operação se retraiu e o seu custo aumentou, bem como as garantias. Ora, os credores perceberam que se tratava de um negócio extremamente arriscado. Se o preço da soja, no momento da entrega do produto, fosse menor do que os preços acertados no contrato teriam que cumprir fielmente o pacto e só receber a soja como previamente estipulado. Por outro lado, se o preço fosse maior, teriam contra si diversos precedentes judiciais que incentivariam os produtores a não entregar a mercadoria. Assim, sem a perspectiva de lucro, reduziram a disponibilidade do crédito.

Trata-se da lógica racional do mercado. O custo de transação subiu e, assim, a oferta diminuiu.

Enquanto aqueles beneficiários da jurisdição contabilizavam seus lucros, o mercado de compra antecipada de soja teve que se reorganizar para enfrentar esse custo de transação inesperado. Assim, no ano seguinte, todos os produtores de soja, inclusive aqueles que tinham cumprido o contrato, que eram a grande maioria, tiveram que pagar juros mais altos, ou então, sequer tiveram acesso ao crédito, pois não tinham como garanti-lo. Um impacto negativo na produção de grãos.

Sobre essa situação, Zylbersztajn e Rezende concluem assim:

Ao decidir pela parte hipossuficiente, o juiz gerará efeitos secundários que acarretam a diminuição dos contratos, dificultando a negociação futura. As empresas ficarão receosas de negociar se não puderem contar com a segurança jurídica que o contrato será cumprido. A falta de consideração dos efeitos econômicos de segunda ordem pode ser interpretada como “**miopia econômica**” do Judiciário. (ZYLBERSZTAJN; REZENDE, 2007) grifo nosso.

O trabalho de Timm e Druck (2007) é semelhante, porém feito com base na alienação fiduciária imobiliária.

Os autores perceberam que a Lei 9.514/97 - que tem como característica a garantia eficaz da alienação fiduciária imobiliária, incentivando este mercado - está sendo desrespeitada. Nesse aspecto, alguns julgadores querem transferir para o mercado imobiliário o custo do direito social de moradia, ao impedir o despejo imediato com base nos seus próprios critérios de dignidade humana, função social do contrato e direito fundamental de moradia.

Julgamentos paternalistas e os intermináveis processos que discutem onerosidade excessiva atuam como empecilho ao desenvolvimento e à diminuição do custo desse negócio. Favorecendo o mais fraco da lide, inviabilizam uma melhora coletiva, pois o negócio se torna cada vez mais arriscado e, por conta disso, cada vez mais caro para todos. O maior acesso à moradia e a interpretação mais fiel dos valores constitucionais devem se pautar na proteção ao mercado de crédito, tornando-o mais barato e acessível a toda coletividade.

Em resumo, os dois estudos acima, apresentados em 2007 na ALACDE, descrevem uma conclusão lógica de mercado. Algumas decisões individualizadas e unidimensionais retiram a segurança dos contratos, retraindo aqueles mercados específicos. O custo do capital de cada negócio está intimamente ligado ao custo de transação envolvido na recuperação do crédito oferecido. O lucro do negócio deve ser respeitado, pois ninguém quer negociar se não for obter vantagem.

O credor também age maximizando seus interesses. Assim, não será uma decisão judicial que diminuirá a sua margem de lucro. Ao contrário, a margem só irá diminuir se houver mais segurança nesse mercado, pois a perspectiva de lucro incentivará a concorrência, aumentando a oferta de crédito e mais crédito significa menor custo de crédito.

As conclusões desses dois estudos podem ser estendidas para diversos mercados.

A assistência social é obrigação do Estado, conforme determina a constituição, porém, se este ônus for transferido para a iniciativa privada, a consequência será sempre ou a retração; ou a elevação do custo; ou o crescimento reduzido daquele mercado específico. Portanto, é imprescindível, para qualquer julgador, a análise dos efeitos econômicos e mercadológicos das revisões contratuais. É preciso analisar os contratos de forma multidimensional.

O Direito deve incrementar a justiça e a moral na Economia, no entanto, é preciso que este mesmo Direito haja de forma eficiente, senão promoverá aberrações econômicas contrárias aos interesses coletivos. Tais aberrações são, muitas vezes, pautadas pelos ideais e valores individuais do julgador, destituídos de fundamentos jurídico-normativos e totalmente contrários ao crescimento econômico da Nação.

Enfim, se há ramo do Direito responsável pela diminuição das desigualdades este é o Direito Tributário. Se há ramos do Direito responsável pela punição de infratores este é o Direito Penal e o Direito Administrativo. O Direito Privado deve continuar sendo o epicentro do exercício da autonomia, nele, há que ser privilegiado a circulação de riqueza e o fomento à atividade econômica. Assim, poderemos suplantar a barreira de eterna nação em desenvolvimento e propiciar, de forma mais satisfatória, a dignidade.

4. CONCLUSÃO

Diante dos aspectos aqui abordados, percebemos a necessidade premente do Direito ser compreendido como ciência social e dessa forma ser aplicado, para exercer sua influência direta na sociedade e na economia do País. Para tanto, a AED se constitui num instrumento importantíssimo.

Os operadores do Direito precisam buscar a solução justa para cada caso concreto, sem prescindir de uma análise econômico-social de cada questão à sua frente.

Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, critica assim a nossa cultura intelectual e jurídica alheia à realidade social:

Ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar de organização e coisas práticas, nossos homens de idéias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saíam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações. Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificiosa e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada. Comparsas desatentos do mundo que habitávamos, quisemos recriar outro mundo mais dócil aos nossos desejos ou devaneios. (HOLANDA, 1995, p. 163)

Portanto, o Direito nacional precisa se aproximar mais da realidade econômico-social do País para não se tornar uma falácia, ou um mero artifício da cultura livresca. A livre iniciativa, a dignidade humana e a cidadania são alguns dos fundamentos da Nação. Esta, por sua vez, tem como objetivos essenciais a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos. Para alcançá-los, a meta inicial precisa ser a garantia do desenvolvimento nacional.

Em vista disso, o Poder Judiciário e todos os operadores do Direito devem passar a assumir essa responsabilidade. Não apenas os economistas podem contribuir com essa causa nacional. Para se tornarem capazes de exercer essa função, os juristas devem ter consciência do mundo globalizado de mercado em que vivemos.

Não adianta acreditar que a dignidade se alcança com decisões individualizadas ou com floreios retóricos na legislação. O Direito, para ser um instrumento de garantia do desenvolvimento nacional, precisa incentivar o crescimento econômico.

O custo dos direitos sociais é muito grande e a iniciativa privada não pode assumir diretamente essa conta. Portanto, escolhas trágicas devem ser feitas. Uma das escolhas mais eficientes, para o Direito Privado, é a proteção ao mercado. Afinal, a expansão do mercado de consumo interno, aliado ao aumento de disponibilidade de empregos formais, agregando valor aos fatores de produção, é imprescindível para o desenvolvimento nacional.

A matemática pode ser simples: o Brasil tem a seu favor um mercado de aproximadamente duzentos milhões de pessoas e é sabido que todos querem participar de um mercado tão grande e tão diversificado.

Uma pequena contribuição aqui sugerida é oferecer proteção à atividade produtiva, incentivando ao máximo a concorrência e a diminuição dos custos de transação, o que gerará trocas eficientes, agregando valor aos fatores de produção. Além disso, torna-se essencial a análise multidimensional do contrato, instrumento capaz de oferecer um ambiente sadio para as trocas eficientes, pressuposto básico do crescimento econômico e social.

Esses são, à luz desta pequena análise, atos oportunos que podem incrementar o desenvolvimento nacional.

A tarefa não é simples. A vida e a verdade real não se resumem somente às premissas descritas acima. Todos os ramos da sociedade e do Direito podem contribuir para o desenvolvimento do Brasil.

Muitos outros fatores e idiossincrasias brasileiras podem afetar este objetivo. Contudo, para os juristas, um pouco de pragmatismo já seria um começo. Com isso, oxalá possamos, de fato um dia, negar a afirmação de Sérgio Buarque de Holanda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Tradução: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da faculdade de direito da UFMG, 1997.

AZEVEDO, Solange. Remédios nos tribunais. *Revista Época*. n. 501. Rio de Janeiro: Globo, 24. dez. 2007. p. 68 -70.

BEVILAQUA, Clovis. *Estudos de direito e economia política*. 2ª ed. aum., Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. , São Paulo: Malheiros, 2003.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

_____. Por uma redefinição da contratualidade. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 253 – 265.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 143, p. 191 – 209, jul./set. 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 170, p. 159 – 173, abr./jun. 2006a.

_____. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 55 - 74, abr./jun. 2006b.

_____. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9 – 28, jul./set. 2007.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

_____. Usos y abusos de la teoría económica em el derecho. Tradução: Manett Vargas e Mônica Macías. Apud: Andrés Roemer (comp.) *Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura. 1ª reimpressão*. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 66 – 90.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 – 101

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. *A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/>>. Acesso em 12. set. 2007.

ZYLBERSZTAJN, Décio; REZENDE, Christiane Leles. *Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/>>. Acesso em 12. set. 2007.

[1] A Crise do direito civil deve ser entendida como uma etapa de superação de antigos paradigmas do direito privado. Pode ser dividida entre a crise das instituições, crise da sistematização e crise da interpretação. (FIUZA, 2003, p 83 – 107).

[2] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

II – garantir o desenvolvimento nacional;

[3] O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida comparativa de [riqueza](#), [alfabetização](#), [educação](#), [esperança de vida](#), [natalidade](#) e outros fatores. É uma maneira padronizada de avaliação e medida do bem-estar de uma população, especialmente bem-estar infantil. O índice foi desenvolvido em 1990 pelo [economista paquistanês Mahbub ul Haq](#), e vem sendo usado desde 1993 pelo [Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento](#) (PNUD) em seu relatório anual. O Brasil ocupa hoje o 70º (setuagésimo) lugar entre 177 (cento e setenta e sete) países. Fonte: <http://www.pnud.org.br/home/> e também <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idh> .

[4] “ El AED (Análisis Económico del Derecho) tiene dos ramas, las cuales datan del surgimiento de la economía como un campo distinto de conocimiento en el siglo XVIII. Una de estas ramas, que al menos viene de la época de Adam Smith, es el análisis económico de la leyes que regulan los mercados explícitos: leyes reguladoras del “sistema económico” en el sentido convencional. La otra rama, cuyo origen se puede atribuir al trabajo realizado por Jeremy Benthan em la geración posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento ajeno al mercado.”.(POSNER, 2002, p.66). Tradução livre.

[5] Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1991. "For his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy". Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/> . Suas obras mais importantes para a análise econômica do direito são: “*The Nature of the Firm*”, de 1937 e “*The Problem of the social cost*”, de 1960.

[6] Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1982. “For his seminal studies of industrial structures, functioning of markets and causes and effects of public regulation”. Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

[7] Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1992. "For having extended the domain of microeconomic analysis to a wide range of human behaviour and interaction, including nonmarket behaviour" Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

[8] Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1986. "For his development of the contractual and constitutional bases for the theory of economic and political decision-making". Fonte: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>.

[9] Alguns dos mais importantes artigos feitos pelos integrantes da ALACDE estão disponíveis na internet. Veja-se: < <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/> >

[10] “los estudios sobre comportamiento regulado desempeñan una importante función en la formulación de políticas y, por ello, contribuyen al análisis económico normativo del derecho,” (POSNER 2002, p.70) Tradução livre

[11] Richard A. Posner informa que existe semelhança entre a análise econômica do direito e o realismo jurídico, afinal explicam os institutos jurídicos através de mecanismos funcionais e sociais, e não apenas de forma endógena. Contudo, salienta o autor que o movimento do direito e economia se assemelha mais com o pai do realismo jurídico, Holmes, e que, além disso, muitos dos ícones da análise econômica do direito são economistas que nunca devem ter, sequer, ouvido falar em realismo jurídico, como Gary Becker e Ronald Coase, portanto a análise econômica do direito não deve ser caracterizada como espécie do gênero realismo jurídico. (POSNER, 2007, p. 590 e 591)

[12] Citação conforme a obra original.

[13] Exemplo retirado, com pequenas alterações, de POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução: Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 118.

[14] Os fatores de produção podem ser divididos em: fator terra, fator trabalho, fator capital, fator tecnologia e fator empresariedade. Maiores informações em (ROSSETTI, 2006, p. 91-142) ou (PIMENTA, 2006b, p.57)

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

[16] HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty dependes on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

[17] Ainda é divergente na doutrina a idéia que os direitos individuais de primeira geração sempre são positivos. Contudo, entendemos que tal divergência acontece somente do ponto de vista teórico, para fins didáticos. Na realidade concreta ninguém pode discordar que, no mínimo, há custo na elaboração e na tutela de todos os direitos deferidos aos cidadãos.

[18] Disponível em sua versão em espanhol, *El problema del costo social*, em: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/>

[19] Trata-se do Teorema de Coase. Amplamente difundido nos estudos da AED.

[20] Para maiores informações sobre o conceito de externalidades veja-se: PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 9 – 28, jul./set. 2007.

[21] Na linha do direito público existe na AED a teoria da escolha pública, em sua língua de origem, *public choice*, o seu maior expoente é James McGill Buchanan. Andrés Roemer explica resumidamente essa teoria: (2001, cap III) Sob a premissa individualista, Buchanan reconheceu que o gestor público aloca os escassos recursos existentes, através de escolhas públicas em seu proveito próprio. O seu interesse próprio muitas vezes é incompatível com a sua própria noção de interesse público. Portanto, dentre os interesses próprios, o que se mostra mais relevante é a vontade de se reeleger e, para tanto, existem dois modelos utilizados na maximização desse interesse por parte do gestor público:

Os modelos do primeiro grupo supõem que os legisladores e gestores maximizam seus atrativos frente aos eleitores. Esses eleitores, por sua vez, votam de acordo com seus próprios interesses econômicos. Assim, esses modelos sugerem que os votos legislativos e as alocações de recurso estatais devem ser preditos em alto grau sobre a base do interesse econômico dos eleitores.

Os modelos do segundo grupo fundam-se no papel dos grupos de pressão. Na medida em que os votantes carecem de informação perfeita acerca das condutas de um legislador ou gestor, seu respaldo financeiro, mecanismos de publicidade e apoios são mais importantes. Os grupos de pressão organizados proporcionam estas formas de apoio, igualmente com outros benefícios possíveis, e, assim, adquirem por esse meio a habilidade de influir diretamente na ação legislativa e administrativa. (ROEMER, 2001, p. 60).

[22] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

[23] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[24] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[25] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (...)

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

[26] Disponíveis em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/>

**RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS: UMA
RELEITURA SOBRE A FUNÇÃO DO CAPITAL SOCIAL E OS RUMOS DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL ***

**CONTEMPORARY PRIVATE LEGAL RELATIONSHIPS: A REASSESSMENT
ON THE BASIS OF THE CAPITAL COMPANY AND THE DIRECTION OF
THE LACK OF LEGAL PERSONALITY IN BRAZIL**

**Marcia Carla Pereira Ribeiro
Eduardo Oliveira Agostinho**

RESUMO

Uma adequada postura em relação aos limites da extensão da responsabilidade dos sócios por dívidas das sociedades é essencial à estabilização das relações sociais e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico e social de um país. A desconsideração da personalidade jurídica vem ampliando suas possibilidades de incidência no Brasil, o que suscita preocupações, eis que a limitação da responsabilidade dos sócios é importante mecanismo de estímulo ao desenvolvimento da atividade econômica. Limitação, contudo, pressupõe a integralização do capital social em adequação ao objeto social proposto. O que se observa é que a ausência de capital social mínimo tornou a sua realização mera formalidade, o que tende a estimular a subcapitalização. O alargamento das hipóteses de responsabilização dos sócios nas Sociedades Limitadas pode ser uma resposta a esse fenômeno, o que indica a necessidade de revisão da forma de controle sobre a formação do capital social, ou pela fixação de um valor mínimo ou pelo controle judicial da subcapitalização, considerando-a como critério para a aplicação da teoria da desconsideração.

PALAVRAS-CHAVES: CAPITAL SOCIAL. RESPONSABILIDADE. SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO. LIMITES

ABSTRACT

The disregard doctrine comes extending its possibilities of incidence in Brazil. That stirs up worries, you go that the limitation of the responsibility of the partners is important mechanism of stimulate to the development of the economic activity. This limitation, however, presumes the completion of the capital company in adaptation to the social object proposed. What is observed is that the absence of most minimum capital company became to his achievement mere formality, what leaves it stimulate to under

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

capitalization. That widening of the hypotheses of responsibility of the partners in the Limited Companies, therefore, can be an answer to that phenomenon, what indicates the need of revision about the form of control about the formation of the capital company, or by the fixation of a most minimum value or by the judicial control of the under capitalization, considering it as criterion for the application of the disregard doctrine.

KEYWORDS: CAPITAL COMPANY. RESPONSIBILITY. PARTNERS. DISREGARD DOCTRINE. LIMITES.

1. Introdução

Muito se tem debatido sobre a desconsideração da personalidade jurídica e sobre as hipóteses em que é possível, ou devida, a atribuição da responsabilidade pelas obrigações sociais aos sócios das sociedades.

Gustavo Tepedino, ao tratar o assunto, por intermédio de um enfoque histórico, teleológico e jurisprudencial, manifesta preocupação quanto aos rumos dados aos limites de sua aplicação, afinal “não se mostra possível tratar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como exceção e a desconsideração como regra, baseada em presunções de confusão patrimonial”. [1]

Em regra geral, as abordagens adotadas para o tratamento do tema em questão versam, inicialmente, sobre a construção jurídica do instituto da pessoa jurídica e sobre as razões sócio-econômicas que levaram à limitação da responsabilidade dos sócios, bem como, sobre a posterior extensão desse artifício para as sociedades contratuais.

Feito isto, observa-se a formação de construções doutrinárias e jurisprudenciais em que se fundam as razões para que a proteção patrimonial dos sócios possa ser afastada. As premissas para tanto estão na constatação de que os institutos da pessoa jurídica e da limitação de responsabilidade dos sócios, em alguns casos, são usados como forma de isenção de obrigações legais ou contratuais, de modo abusivo e contrário aos fins que motivaram a adoção do instituto, e, com o intuito deliberado de transferir os eventuais prejuízos decorrentes do insucesso no exercício da atividade econômica a terceiros. [2]

Na mesma linha de raciocínio, mas com uma base epistemológica solidarista em relação ao contrato de sociedade, ganha força a interpretação de que as obrigações sociais devem ser divididas em obrigações negociais e não negociais, cabendo a preservação do instituto da limitação de responsabilidade dos sócios somente na primeira espécie. [3]

Diante desses posicionamentos, cada vez mais é atribuída aos sócios a responsabilidade pelas obrigações sociais, desconsiderando-se a previsão legal geral de limitação de responsabilidade. Por sua vez, os doutrinadores de direito empresarial atentam para os efeitos econômicos negativos do uso desmedido desse instituto, afinal, a limitação da responsabilidade dos sócios é fruto de construção jurídica que visa o estímulo ao empreendedorismo. Para os defensores da proteção patrimonial dos sócios, a limitação do risco da atividade permite que mais pessoas se aventurem no desenvolvimento de

empresas, o que acarreta benefícios sociais por intermédio da geração de empregos, de receitas fiscais e de direitos com valor patrimonial decorrentes de contratos. Diante disso, a responsabilização dos sócios de sociedades com responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, em detrimento da previsão legal em contrário pode criar um ambiente de desestímulo ao empreendedorismo, o que, por conseqüência, freia o potencial de crescimento econômico e social.

A banalização da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sob essa percepção, pode acarretar efeitos negativos que atingem não somente aos sócios das sociedades prejudicados pela sua responsabilização direta, mas também, por conseqüência, os próprios credores beneficiados pela adoção da medida, eis que esta decisão pode influenciar negativamente aos demais possíveis participantes do mercado quanto à decisão relativa ao desenvolvimento de atividades econômicas, diante do risco provável de no futuro vir a ser responsabilizado pessoalmente no eventual insucesso da empresa.

Nessa perspectiva, aponta-se que um mecanismo aplicável às relações jurídicas privadas que foi construído para afastar os abusos no emprego da pessoa jurídica e que deveria ser a exceção, passa a ser a regra, de modo que somente nas relações empresariais o abuso continua a prevalecer como condicionante para a responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais. Nas obrigações de âmbito trabalhista, previdenciário, de consumo, de concorrência e tributário, seja por previsão legal ou por posicionamento jurisprudencial, estende-se a responsabilidade aos sócios em decorrência do mero inadimplemento da pessoa jurídica.

Para a doutrina do direito empresarial, portanto, seguindo a mesma linha de raciocínio esboçada por Gustavo Tepedino, a desconsideração da personalidade jurídica, a forma como vem sendo empregada, traz benefícios individuais imediatos ao custo de prejuízos coletivos futuros.[4]

Não obstante, dentro desse embate de posicionamentos, o que se pode observar é que inexistente a possibilidade de diálogo entre as duas vertentes. Enquanto a doutrina de direito empresarial manifesta a sua completa discordância com os rumos dados ao instituto da desconsideração, a doutrina e a jurisprudência no âmbito trabalhista e consumerista consideram o assunto consolidado, desconhecendo de todas as preocupações relativas ao suscitado desestímulo ao empreendedorismo.

Pelo presente artigo, pretendemos buscar outra possível nuance em relação ao tema, de modo a permitir novos rumos para o diálogo em relação aos limites do emprego da teoria da desconsideração da personalidade jurídica mais compatível com as relações jurídicas privadas contemporâneas.

Para tanto, buscar-se-á, inicialmente, pela análise econômica positiva do direito posto, demonstrar que a ausência da prefixação legal de capital social mínimo nas sociedades limitadas pode ter contribuído para esse posicionamento abrangente em relação ao emprego da desconsideração da personalidade jurídica, e então, sob o enfoque da análise econômica normativa, propor uma interpretação que possibilite aproximar os anseios das vertentes favoráveis e contrárias à ampliação das hipóteses de afastamento da limitação da responsabilidade dos sócios; ou, ao menos, quiçá, oferecer novas perspectivas para esse necessário debate.

2. A função econômica do contrato de sociedade e a limitação da responsabilidade dos sócios

Dentre as diversas possibilidades de definição do contrato de sociedade, aquela que se coaduna com a proposta da presente análise é a pertinente a sua função econômica, na qual, sob o enfoque externo, o contrato de sociedade se confunde com a organização da atividade econômica caracterizando-se por um feixe de relações jurídicas.[5]

Essa característica, contudo, não é exclusividade das sociedades. Trata-se, na verdade, de uma característica do empresário, que como sujeito que exerce profissionalmente atividade econômica pela organização de fatores de produção, pode ser uma pessoa natural, como empresário individual, ou uma pessoa jurídica, como sociedade empresária.

Por essa análise externa, portanto, a sociedade é vista como o centro de imputação de obrigações, prevalecendo, sob esse enfoque, a sua qualidade de sujeito de direito, o que nos permite compreender que sua natureza contratual, nesse âmbito, fica em um segundo plano.

Sob o escopo interno, contemporaneamente, podemos observar o contrato de sociedade como um instrumento para a alocação de riscos, de modo que o empreendedor reúne bens e esforços com outros empreendedores e investidores, passando esses recursos à propriedade de um sujeito de direito distinto, com autonomia de atuação e patrimonial em relação aos sócios.

Observa-se, hodiernamente, sob essa perspectiva interna, no âmbito da economia, que a própria constituição de sociedade pressupõe a limitação da responsabilidade dos sócios.

Sendo assim, não obstante o ordenamento vigente mantenha ainda as possibilidades de constituição das espécies de sociedade contratual onde não existe necessariamente a limitação de responsabilidade, tal elemento já é inerente ao desenvolvimento da atividade empresarial. Tal realidade, inclusive, diante da evolução do próprio conceito do contrato de sociedade, permitiu a adoção de institutos de limitação da responsabilidade no exercício da atividade empresarial, mesmo quando desenvolvida por pessoa natural, como ocorre nos regimes jurídicos das sociedades unipessoais e dos empresários individuais com responsabilidade limitada.[6]

Feitas essas considerações, passa-se à análise de premissas que justificaram a limitação da responsabilidade, e, em seguida, à abordagem de possíveis razões pelas quais essa limitação vem sendo afastada de forma tão ampla no sistema jurídico brasileiro.

2.1. O Contrato de Sociedade como instrumento de estímulo ao Empreendedorismo

Dentro do discurso clássico das razões motivadoras da limitação da responsabilidade dos sócios nas sociedades contratuais, partimos da compreensão de que, ao contratar sociedade, os sócios subscrevem a sua participação na formação no Capital Social, de modo que todos são solidários pela sua integralização.

Diante disso, esse novo ente, cuja personalidade decorre do registro dos atos constitutivos da sociedade no órgão competente passa ao exercício da atividade econômica, detendo responsabilidade patrimonial por suas obrigações. O patrimônio da sociedade, cuja gênese é decorrente, ao menos em parte, da integralização do seu capital social, nesse caso, é aquele com o qual a sociedade, como sujeito de direito, responderá por suas obrigações.

Dentro da legislação societária, lembre-se, o capital social tem relevante importância nesse sentido, sendo sua integridade protegida, inclusive, pelo princípio da intangibilidade do capital social. Desse modo, à sociedade, é vedada a distribuição de dividendos entre os seus sócios quando isso ocorrer em prejuízo ao capital social.[7]

Essa proteção, lembremos, caracteriza tão-somente uma garantia indireta aos credores, eis que, na hipótese da atividade desenvolvida pela sociedade ser deficitária durante toda a sua realização, mesmo não tendo havido distribuição de resultados entre os sócios, chegará o momento em que a continuidade da empresa será inviável pelo esgotamento dos seus recursos, o que acarretará a extinção dessa sociedade. Nessa situação, em regra, os credores que eventualmente não tiveram seus créditos pagos, nada poderão exigir dos sócios, pois a responsabilidade desses é limitada à integralização do capital social.

A existência dessa limitação legal é, no entanto, instrumento propiciado pelo Estado, cuja finalidade é a geração de estímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial, e, por consequência, da atividade econômica em um sentido macro.[8]

Considerando que os riscos de sucesso no exercício da empresa são incertos, a limitação legal da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais permite aos empreendedores a delimitação dessa incerteza. Ou seja, ao investir em determinada atividade o empreendedor tem ciência de que o resultado positivo, ou não, depende de uma série de fatores alheios a sua vontade. Por outro lado, a partir do momento que lhe é permitido aferir o limite de sua responsabilidade pelo exercício daquela atividade econômica, passa a ser possível mensurar quais as consequências patrimoniais em razão do insucesso.

Por esse sistema, viabiliza-se ao investidor comum a alocação de parte de seus recursos em uma atividade econômica sem colocar em risco todo o seu patrimônio, bem como, viabiliza-se ao empreendedor, distribuir seus recursos em atividades diversas sem que o insucesso em uma delas contamine o sucesso obtido em outra.

Esse sistema estimula, portanto, o investimento em atividades econômicas produtivas, o que, por consequência, acarreta a maior circulação de riquezas, cujos benefícios sociais são distribuídos para a sociedade humana, seja pela geração de empregos ou pela geração de recursos tributários.[9]

2.2. O Contrato de Sociedade como instrumento de alocação de e riscos e de socialização dos prejuízos

Sob a perspectiva relativa à atribuição de responsabilidades, observa-se que essa limitação atua como um meio de distribuição dos riscos do insucesso no exercício da atividade econômica entre os diversos agentes econômicos participantes do mercado.

Observe-se que, na hipótese de insolvência de uma sociedade, os seus sócios sofrem prejuízos patrimoniais, do mesmo modo que os seus credores, afinal, o patrimônio inicial, representado pelo capital social, é formado pela integralização dos valores subscritos. Diante disso, com o esgotamento dos recursos da sociedade, ocorre a socialização dos prejuízos entre os sócios e os credores.

Como mecanismos de proteção aos credores quanto à forma de integralização do capital social nas sociedades limitadas, encontram-se como limites, a vedação à contribuição de sócios tão-somente com serviços e a previsão de responsabilidade solidária dos sócios pelo eventual sobrevalor atribuído aos bens entregues à sociedade à título de integralização, pelo prazo de cinco anos de sua realização.[10]

Apesar desses limites legais, não existe, em nosso sistema jurídico, um controle estatal relativo à integralização do capital social por ocasião de sua realização. Existe a possibilidade, contudo, de um controle *a posteriori*, que pode ser suscitado judicialmente por qualquer credor.

Em suma, pelo sistema pertinente à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, os sócios são, inicialmente, responsáveis pela integralização da fração do capital social por eles subscrito. Tratando-se de integralização por intermédio de créditos, responde o sócio pela solvência do devedor, encontrando-se prevista, de forma cogente, a sua responsabilidade solidária pelo crédito. Se a integralização for em bens, especificamente nas sociedades limitadas, existe a previsão de que, pelo prazo de cinco anos, é possível a verificação judicial, por qualquer credor, da adequação do valor atribuído ao bem, de modo que os sócios são solidários pela eventual majoração abusiva.[11]

Permite-se a compreensão de que qualquer credor, ou o próprio Ministério Público, na condição de fiscal da lei, pode suscitar a verificação judicial da adequação do valor econômico dos bens integralizados, independente da condição de solvência da sociedade, caracterizando-se como interesse de agir para a tutela jurisdicional o simples indício de sobrevalorização, o que justifica a necessidade de mensuração imparcial do

valor econômico do bem para a possível responsabilização dos sócios. Uma outra possível interpretação, que é, inclusive, harmônica a anterior, é de que o prazo de cinco anos é pertinente, tão-somente, à prescrição da responsabilidade solidária dos sócios, sendo que, mesmo após esse prazo, não obstante afastada a solidariedade, permanece ainda a responsabilidade do sócio que realizou a sua integralização com o referido bem, permitindo-se aos credores buscar a sua responsabilidade pessoal pela diferença não integralizada.

Pelo exposto, a intenção principal desses argumentos, é frisar que nas sociedades contratuais em geral é possível a integralização por intermédio de dinheiro, bens, créditos e serviços. Nas sociedades limitadas, porém, é vedada a integralização por intermédio de serviços e é previsto um período de solidariedade dos sócios pela adequação do valor econômico do bem integralizado ao capital social. Pode-se ainda, acrescer como diferencial, a ausência de liberdade imposta às sociedades limitadas para a alteração do capital social, encontrando-se previstas restrições tanto para a sua redução quanto para o seu aumento.[12]

Não seria outra a razão desses diferenciais que não a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e a importância da integralização do capital social para a formação do patrimônio inicial da sociedade como elemento essencial de proteção dos interesses dos diversos sujeitos de direitos participantes do mercado.

Dentro dessa concepção, a sociedade limitada reúne as facilidades e a flexibilidade oferecidas pelas sociedades contratuais em geral, como instrumento voltado à formação de um centro de imputação autônomo, acrescida da limitação da responsabilidade dos sócios.[13]

Essas características, como observado, faz com que a visão contemporânea do contrato de sociedade, sob a ótica econômica, já pressuponha a limitação de responsabilidade dos sócios como instrumento de alocação dos riscos no exercício da atividade.

Sylvio Marcondes observa, inclusive, que a aceitação dessa nova estrutura societária ultrapassou os próprios limites pensados pelo legislador, eis que penetrou em todos os tipos de atividade econômica, reunindo pessoas e capitais de diversas cifras. Destaca esse autor, no entanto, que “[n]esse movimento ascensional, abusos têm sido cometidos, ora com a circulação clandestina das quotas sociais, ora pela majoração abusiva dos valores dos bens conferidos como capital, ora por excesso de créditos, permitido pela dispensa de publicação dos balanços, circunstâncias que provocaram, no período anterior à guerra de 1914, uma tentativa de reforma, partida de diversas corporações comerciais”.[14]

Em que medida, a estrutura legal posta para a obtenção dos benefícios sócio-econômicos acima ilustrados, por intermédio das sociedades limitadas, não tem contribuído para a banalização da desconsideração da personalidade jurídica, e, por conseqüência, contribuído para a restrição das possibilidades oferecidas por esse importante instituto?

Essa é a questão que se apresenta.

3. Causas para o afastamento da Limitação da Responsabilidade dos Sócios

Compreendido o importante papel da previsão legal de limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como instrumento de estímulo ao desenvolvimento da atividade econômica e sistema de distribuição dos riscos do exercício da atividade para a coletividade do mercado, passa-se para a abordagem sobre situações jurídicas que tem orientado o afastamento desse instituto.

Inicialmente, o que justificou o questionamento sobre a necessidade de imposição de limites ao princípio da limitação de responsabilidade dos sócios decorre da constatação de que em certas situações os sócios das sociedades empregavam o instituto com o intuito de se eximir de deveres legais ou contratuais. Desde então, busca-se a construção de premissas para a legitimação do afastamento da limitação de responsabilidade.

Como esclarece Rubens Requião, um dos precursores dessa abordagem no Brasil, “o que se pretende com a doutrina do <<*disregard*>> não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”.[15]

Fica bem delineado sob essa concepção, o pressuposto subjetivo como base para a sua aplicação.

Em complemento a essa perspectiva, Fabio Konder Comparato sustenta a fundamentação da desconsideração, outrossim, em pressupostos objetivos, decorrentes da confusão patrimonial entre a sociedade e o sócio detentor do poder de controle.[16]

A positivação desse trabalho doutrinário e jurisprudencial é, por fim, inserida no Código Civil vigente, onde, de forma expressa, permite-se ao juiz a responsabilização direta dos sócios e administradores da sociedade, nas situações jurídicas em que se constatar o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.[17]

Ocorre que, a responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada pelas obrigações sociais não tem se limitado a essas circunstâncias apontadas pelo legislador. Diante disso, uma vez demonstrada a finalidade pretendida por essa limitação legal, passa-se à análise de outros fatores que podem ser compreendidos como justificadores da aludida ampliação de hipóteses.

3.1. A ausência de Capital Social Mínimo como estímulo ao “Risco Moral”

Como visto anteriormente, o capital social nas sociedades contratuais, consoante a legislação vigente no Brasil, é meramente declaratório, inexistindo controle por parte das Juntas Comerciais quanto a sua fidedignidade, o que pode, contudo, ocorrer posteriormente, pela via judicial.

Do mesmo modo, observa-se que não existe no sistema jurídico brasileiro, salvo restritas exceções em determinadas atividades econômicas, a previsão de capital social mínimo para o exercício de determinada atividade.[18]

Dentro das possíveis razões para essa ausência de controle, permite-se apontar a pretensão estatal de estimular a livre iniciativa, de modo que, a estipulação de capital social mínimo para o desenvolvimento da atividade empresarial pode caracterizar um desestímulo ao empreendedorismo.

Por outro raciocínio, poder-se-ia ainda perquirir até que ponto é possível definir de forma objetiva o montante mínimo de capital social necessário para o desenvolvimento de uma atividade econômica, ou ainda, até que ponto esse pressuposto traz a pretensa maior proteção no sentido de reduzir as possibilidades do insucesso de uma empresa, afinal, este é apenas um dos múltiplos fatores que influenciam o bom andamento de uma atividade econômica.

Os dois argumentos são válidos. A questão, então, deve passar a ser considerada a partir dos efeitos decorrentes desse sistema. O que se acrescenta ao presente debate, com a intenção de lhe propiciar novas perspectivas, tem relação com a importância na formação do capital social dentro desse contexto, e ainda, em que ponto, a ausência de fixação legal quanto ao controle sobre a efetividade na integralização e quanto à fixação de um valor mínimo para a sua formação, não contribui para o quadro atual de consolidação doutrinária e jurisprudencial quanto à responsabilidade direta dos sócios pelas obrigações sociais nas sociedades limitadas.

A ausência de prefixação de um capital social mínimo, afinal, pode dar azo à constituição de sociedades subcapitalizadas. Como destaca Nelson Abraão, “[é] facilmente compreensível que o quanto do capital representa um dos elementos determinantes do crédito que poderá desfrutar a sociedade, daí o seu interesse em fixá-lo em quantia proporcional às necessidades da atividade econômica que será exercitada.”[19] Daí, portanto, entende esse autor, decorre a necessidade de prévia regulação estatal pela prefixação legal de um capital social mínimo.

Inicialmente, com relação ao aspecto pertinente à opção legislativa pela subscrição e integralização do capital social de forma meramente declaratória, há que se observar que o fato da adoção desse sistema não representa a ausência de controle por parte do Estado.

Sob o escopo da regulação econômica, dentre as formas para a sua realização, apresentam-se em regra duas opções distintas, caracterizadas pela atuação estatal prévia e coletiva ou posterior e individual.[20]

Na primeira, faz-se necessária a fixação de procedimentos regulatórios a serem cumpridos pelos agentes econômicos de modo a afastar determinadas condutas ou efeitos indesejáveis na ordem econômica. Como aspecto positivo desse sistema, tem-se

a própria consequência do afastamento total ou parcial desses efeitos econômicos indesejados diante dessa atuação prévia; por outro lado, como aspecto negativo, tem-se os custos envolvidos com o aparato estatal para essa atuação prévia, os quais são suportados por todo o sistema.

A atuação estatal posterior é a que ocorre por intermédio da atuação do Poder Judiciário de modo individual nas situações jurídicas em que os procedimentos preconizados pelo ordenamento não foram voluntariamente observados pelo agente econômico, cabendo a sua responsabilização, nesse caso, pela sua omissão na adoção da conduta juridicamente determinada. Como aspecto positivo desse sistema, em comparação ao anterior, está a redução dos custos, eis que o aparato estatal para a sua regulação é representado pelo próprio Poder Judiciário. Como aspecto negativo, por sua vez, tem-se a possibilidade de que os agentes econômicos, diante da ausência de fiscalização prévia, optem pela não observação das imposições legais previstas, o que acarreta a ocorrência dos efeitos negativos indesejados em proporção tal que se torne um elemento gerador de ineficiência para o mercado.

O que se observa, em relação ao sistema jurídico em questão, é que, nas atividades econômicas desenvolvidas por intermédio de sociedades contratuais, diante da menor monta dos reflexos econômicos usualmente envolvidos, não existe a necessidade de uma prévia fiscalização estatal quanto ao cumprimento desse pressuposto. Nas sociedades anônimas, por sua vez, diante de sua estrutura complexa e possível interesse envolvendo a captação de recursos junto à poupança popular, prevê o próprio ordenamento, a avaliação econômica imparcial dos bens objeto de integralização e sua comprovação à Junta Comercial.

Tal fato, contudo, conforme anteriormente exposto, não afasta as sociedades contratuais de um possível questionamento quanto à efetividade na integralização do capital social, a qual pode ser suscitada por qualquer interessado pela via judicial.

Diante disso, considerados os aspectos econômicos e jurídicos envolvidos, o sistema jurídico empregado para o controle estatal relativo à integralização do capital social nas sociedades contratuais e institucionais é pertinente e apropriado, diante dos efeitos negativos e positivos envolvidos entre as formas de regulação possíveis.

Por outro lado, com relação à inexistência de capital social mínimo como instrumento de incentivo ao empreendedorismo, observa-se, inicialmente, que essa premissa, em que pese sua relevância, não está diretamente relacionada com a limitação de responsabilidade dos sócios na organização da empresa. Ou seja, é razoável e defensável que o Estado permita o desenvolvimento de empresas sem a prefixação de um capital social mínimo para a viabilização dessa oportunidade aos empresários individuais e às sociedades contratuais em geral.

Contudo, talvez essa ausência de prefixação não seja pertinente para todas as espécies de sociedades contratuais. No direito comparado, as sociedades limitadas, usualmente, possuem capital social mínimo legalmente estabelecido.[21]

Com razão, diante de sua peculiar situação em relação à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, questiona-se, se a ausência de fixação de um capital social mínimo não se transforma em um instrumento de estímulo ao desenvolvimento da

atividade empresarial sem a plena ciência dos riscos do seu insucesso e de suas conseqüências para o mercado. Sendo esta uma possível constatação, tal estímulo não seria condizente com aquele pretendido pelo ordenamento, pois os seus efeitos sociais não correspondem àqueles preconizados, vindo a gerar esta estrutura legal, em sentido inverso, insegurança jurídica nas relações de emprego e de crédito em geral.

Nosso sistema jurídico, em suma, quanto à integralização do capital social, estabelece a regulação estatal de forma individual e pela via judicial, cuja adequação decorre das características das sociedades contratuais e os aspectos sociais envolvidos. Contudo, em relação às sociedades limitadas, a ausência de prefixação de um capital social mínimo acaba por se transformar em um estímulo negativo à ordem econômica.

Permite-se inferir que essa situação decorre do fato de que, diante da ausência legal da necessidade de demonstração da adequação entre o capital social destinado para o exercício da atividade econômica e o montante teoricamente necessário para o seu desenvolvimento, permite-se aos sócios a indicação de qualquer valor, cujo fito é o de tão-somente cumprir mera formalidade registraria.

Diante disso, os aspectos anteriormente abordados, pertinentes a subscrição de capital social em monta condizente ao exigido pelo objeto social proposto, ao dever de integralização dos sócios, à responsabilidade solidária dos sócios pelo sobrevalor atribuído aos bens empregados na sua formação, à responsabilidade solidária dos sócios pela sua integralização e, por fim, às restrições legais para o aumento e redução do capital social, se encontram mais completo desuso.

Nesse ponto, é conveniente destacar a possível existência, nesse quadro, do comportamento que, sob o raciocínio do modelo microeconômico neoclássico, é conhecido por “risco moral”, caracterizado pela tendência que o agente econômico tem em realizar atividades arriscadas e com potenciais de dano em direta proporção às proteções que lhe são oferecidas pela lei ou pelo contrato.[22]

A possibilidade da contratação de sociedade contratual com responsabilidade limitada sem um capital social mínimo estabelecido em lei pode ser interpretada, assim, como um incentivo ao desenvolvimento da atividade empresarial sem uma acurada e necessária preparação prévia, a qual poderia evitar o insucesso do negócio, ou melhor, reduzir o número exorbitante de empresas que não conseguem sobreviver mais de cinco anos no mercado e que ao se tornarem inviáveis deixam para trás uma série de obrigações não cumpridas.

Segundo estudo realizado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE no Estado de São Paulo junto à Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, no final de 2004: “29% das empresas não chegam a concluir o primeiro ano de atividade, 42% não atingem o final do segundo ano, 53% encerram suas atividades antes do fim do terceiro ano, 56% não ultrapassam o quarto ano e que este percentual (56%) se repete no quinto ano de atividade.[23]

Todavia, a alternativa de prefixação de um capital social mínimo não é algo simples de ser implementado. O emprego de um critério único e universal, afinal, nos parece tão ou mais prejudicial para o sistema quanto a situação atual. Argumenta Fábio Tokars, dentro dessa visão, que “[n]ão procedem as críticas quanto à ausência, no Brasil, de imposição

legal de valores mínimos e máximos para a constituição de uma sociedade limitada. Preserva-se, desta forma, tanto a acessibilidade à adoção desta forma societária por pequenas estruturas empresariais, quanto a sua aplicação às empresas de grande porte econômico, mas com administração familiar”.[24]

Isaac Hapelrin, sobre a adoção dessa mesma opção legislativa no sistema jurídico argentino, destaca que *“la libertad se justifica porque no trae ventajas, ya que la responsabilidad de la sociedad la da su patrimonio, y no su capital; gozará de crédito en proporción a esa responsabilidad. Los socios son los mejores jueces para determinar el capital necesario para llevar adelante la empresa. La independencia económica no se asegura fijando un capital mínimo, porque ella depende de muchos factores, y está vinculada a la relación del capital con el objeto perseguido, amplitud de la explotación, etc.”*. [25]

Ocorre que, em virtude dessa ausência de fixação de capital social mínimo somada à ausência de consideração com relação à subcapitalização e a inviabilidade de execução da atividade pela sociedade, a opção da jurisprudência tem sido pelo alargamento das hipóteses de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, independente da espécie societária. Na verdade, como bem observa Calixto Salomão, em análise realizada sobre a jurisprudência brasileira, é característica a “pouquíssima frequência da desconsideração das sociedades anônimas.”[26]

Uma justificativa, segundo o autor, decorre da complementariedade entre regras organizativas e regras de responsabilidade, de modo que, como as sociedades anônimas possuem maior abrangência de regras organizativas, menor se faz a necessidade do emprego das regras de responsabilidade. Somamos a esse raciocínio o aspecto de que a formação do capital social nas sociedades anônimas adota o sistema de regulação prévia, o que, por óbvio, não impede a possibilidade de insolvência dessa espécie societária, mas, por certo, dificulta a sua constituição sem uma maior preparação técnica e financeira por parte de seus sócios.

Por fim, é possível ainda, questionar se o objetivo estatal de estimular a atividade econômica pela limitação de responsabilidade dos sócios realmente atrai os efeitos esperados. Segundo o Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, em 2005, registraram-se no Brasil, 240.306 empresários individuais e 246.722 sociedades limitadas, dos quais 58.466 empresários individuais e 66.713 sociedades limitadas, no Estado de São Paulo. Observe-se que pela estatística dos anos de 1985 a 2005 a proximidade entre o número de registro de empresários individuais e sociedades limitadas é uma constante, tratando-se de situação uniforme no país.[27]

Ora, pelo visto, considerando estes dados, a interpretação de que a fixação de um capital social mínimo teria como efeito o desestímulo ao empreendedorismo por impedir o acesso dessa proteção legal por certas atividades é questionável, pois o número de empreendedores que opta pela atividade como empresário individual é equivalente ao número de sociedades limitadas, mesmo não sendo aqueles protegidos pela limitação da responsabilidade patrimonial. Esta constatação, de certa forma, reflete a realidade quanto ao porte de nossa economia e à falta de organização empresarial que a permeia.[28]

3.2. Limites à Socialização dos Prejuízos

A responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais é justificada, outrossim, por intermédio de um outro escopo interpretativo, no qual a razão para tanto decorre da tutela a outros interesses jurídicos, mesmo que para tanto, a consequência seja o afastamento da responsabilidade limitada prevista pelo ordenamento.

A base desse raciocínio é fundada na teoria dos centros de imputação, contrária à teoria unitária. Enquanto esta última considera a personificação jurídica e a desconsideração como um fenômeno único, dentro da lógica regra *versus* exceção. Para a teoria dos centros de imputação, o respeito ou não à separação patrimonial depende da análise da relação jurídica em concreto e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina. Isso permite tornar o emprego da desconsideração mais flexível. Assim, além de sua aplicação às situações de abuso, vislumbra-se a sua adoção naquelas situações em que se faça legítimo o seu uso, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável.

Trata-se então, a teoria da desconsideração, de algo mais do que mera reação a comportamentos fraudulentos. Caracteriza-se como técnica de aplicação de normas com valores distintos aos diversos conjuntos normativos.[29]

Nessa perspectiva, permite-se dividir os credores entre negociais e não negociais. As obrigações negociais são aquelas em que os credores possuem mecanismos próprios de proteção contra um eventual inadimplemento de seus devedores. Inserem-se nesse bojo as relações jurídicas empresariais em geral. Nesses casos, considerando que os empresários podem diluir o custo da possível inadimplência no preço final do seu produto ou serviço, não há porque se perquirir sobre a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais eis que o próprio mercado já antevê essa margem de risco e sociabiliza a sua margem de probabilidade de prejuízos na fixação dos preços.

Nas obrigações não negociais, contudo, os credores não possuem acesso a esses mecanismos de proteção contra o inadimplemento do devedor, ou pela ausência de acesso às informações suficientes para tanto por ocasião da realização do negócio, ou mesmo, pela ausência de poder de negociação.

Nessa situação se encontram os consumidores, os empregados e o próprio Estado, na condição de credor tributário. No mesmo quadro, pode-se incluir ainda, os credores de atos ilícitos extra-contratuais. Diante da condição de vulnerabilidade desses credores, perquire-se qual dos institutos deve ser preterido pelo Estado. O que deve ser preservado? A satisfação da pretensão desses credores ou a limitação de responsabilidade dos sócios? A doutrina e a jurisprudência vêm se consolidando no sentido de que, entre a proteção dos interesses dos credores não negociais e a proteção dos interesses dos sócios com responsabilidade limitada, é mais importante a satisfação do crédito devido.

Dentro dessa premissa, o legislador estabelece a responsabilidade do administrador da sociedade na hipótese de conduta dolosa ou culposa, em infração à lei tributária. Nesse caso, não obstante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que

o ônus probatório dessa conduta cabe à fazenda pública, o que, de certa forma vem em favor dos sócios e administradores, destaca-se que a dissolução irregular é considerada conduta ilícita, o que acarreta ao administrador a responsabilidade pessoal pelas obrigações sociais.[30] Observe-se que, pelo levantamento do SEBRAE em relação às empresas encerradas em menos de quatro anos de atividade, 61% não formalizaram a sua extinção, encontrando-se como principal razão para isso, os custos envolvidos nesse procedimento.[31]

Nas relações trabalhistas, não obstante a ausência de previsão expressa da possibilidade de responsabilidade do sócio, emprega-se, por analogia a previsão pertinente à responsabilidade subsidiária da sociedade controladora pelas obrigações da sociedade controlada. Do mesmo modo, estende-se a responsabilidade das obrigações sociais aos sócios pelo emprego da analogia com o preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor ou pelo Código Civil.[32]

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, sob uma interpretação sistemática, tem-se como fundamentação para a desconsideração, a comprovação do abuso da personalidade jurídica ou a confusão patrimonial, seguindo a teoria unitária. Como bem observa Gustavo Tepedino, no entanto, “[a] excessiva amplitude do dispositivo acaba por dificultar a identificação dos requisitos de sua incidência, aludindo-se a ato ilícito – aí incluídos o excesso de poder, a infração à lei e a violação aos estatutos ou contrato social – e à má administração, que ontologicamente não se relacionam com a desconsideração da personalidade jurídica”. [33]

Observe-se, contudo, que o STJ, ao interpretar o artigo, preconiza a possível atribuição de responsabilidade aos sócios de forma direta, pois, caso compreenda o juiz, que a pessoa jurídica é um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor, permite-lhe a atribuição de responsabilidade aos sócios. Este segundo critério, por sua vez, segue o preconizado pela teoria dos centros de imputação.[34]

O mesmo ocorre no âmbito do direito ambiental, onde o legislador estabelece que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente”. [35]

Destaca Gustavo Tepedino que, “essa lei, levada às últimas conseqüências, faria tabula rasa da autonomia patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro”. [36]

Ora, como visto, a responsabilidade preconizada pelo aludido artigo já é consolidada em diversas relações jurídicas, o que faz com que a preocupação do autor, esboçada no futuro do pretérito, já seja uma realidade presente.

Essa abrangência ampliada das hipóteses de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, na verdade, é extremamente questionável. Lembremos que, por concepção, os institutos da desconsideração e da falência são antinômicos, eis que a desconsideração é um método para permitir a continuação da atividade.[37]

Ocorre que, diante do vulto e da gama de situações jurídicas em que o emprego de tal instituto se torna legítimo, o seu emprego se torna em um mecanismo de fuga do concurso de credores.

É o que se pode observar, por exemplo, nas relações de trabalho. Enquanto o regime jurídico de insolvência prevê a limitação do crédito trabalhista privilegiado a cento e cinquenta salários mínimos, a jurisprudência permite aos empregados a execução direta dos sócios na hipótese de ausência do cumprimento da obrigação por parte da sociedade. Diante disso, a limitação legal falimentar para os créditos trabalhistas somente fará sentido na hipótese de sociedades anônimas abertas, ao menos por enquanto, eis que nesses casos não é usual a atribuição de responsabilidade aos sócios. Nas demais espécies societárias, a limitação do regime jurídico de insolvência somente fará sentido na hipótese de insolvência anterior de seus sócios, o que forçará aos empregados tentar receber parte de seus créditos pela execução concursal.

As próprias razões para o afastamento da limitação de responsabilidade dos sócios são altamente questionáveis.

Sob o escopo jurídico, permite-se a possível interpretação de que os princípios da ordem econômica, quando ponderados por intermédio do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, determinam a prevalência da proteção ao consumidor, ao meio-ambiente, à soberania nacional e à valorização do trabalho humano, em detrimento à livre iniciativa. Porém, considerando o contrato de sociedade como uma organização, permite-se compreender que o sócio está equiparado a estes outros sujeitos e não em situação de prevalência, sendo portanto, desproporcional esse afastamento desmedido da autonomia patrimonial.

Do mesmo modo, sob o escopo econômico, o que sustenta a desconsideração da personalidade jurídica é a necessidade de redistribuir os riscos da atividade, eis que esses credores são vulneráveis em relação às sociedades empresárias, seja pela assimetria de informações, seja pela ausência de poder de negociação. Ora, esta concepção decorre da análise econômica do direito realizada sobre uma realidade distinta da brasileira. Em nossa economia, ao contrário, os micro e pequenos empresários são tão ou mais vulneráveis que aqueles com quem estabelecem suas relações jurídicas na execução da empresa.

Desse modo, essa responsabilidade objetiva atribuída aos sócios nas sociedades limitadas, fundada na teoria dos centros de imputação, é inadequada à realidade econômica brasileira.

Como observado, contudo, no início dessa exposição, a construção doutrinária, legal e jurisprudencial desses posicionamentos não leva em conta, ou mesmo, entende relevante, a preocupação com a proteção da autonomia patrimonial em virtude dos benefícios sócio-econômicos por ela oferecidos, tratando-se o quadro atual de algo consolidado e de difícil reversão.

Nesse contexto, compreende-se que o controle sobre a subcapitalização, pode ser empregado como critério que possibilite melhor adequação da desconsideração da personalidade jurídica à realidade da economia e estrutura empresarial brasileira.

4. Os critérios de controle do “Abuso da Personalidade Jurídica”

Calixto Salomão[38] apresenta a classificação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade dos sócios por suas obrigações, dividindo-as em três, quais sejam: confusão de esferas; abuso de forma e subcapitalização. Para o autor, nessas hipóteses, teríamos uma configuração objetiva da desconsideração, o que permitiria afastar os óbices existentes na desconsideração subjetiva. Contudo, em certos casos, faz-se necessária a conjugação de elementos subjetivos, o que faz com que ambas as formas de verificação, objetiva e subjetiva, sejam empregadas de forma mista.

Como confusão de esferas, caracteriza-se a já suscitada confusão patrimonial, consubstanciada pelas situações em que o patrimônio dos sócios se confunde com o patrimônio da sociedade, bem como suas obrigações perante terceiros.

Quanto ao abuso de forma, usualmente interpreta-se por aquelas situações jurídicas em que, mesmo não constatada uma conduta ilícita por parte dos sócios, os fatos concretos permitem compreender que a personalidade jurídica da sociedade é empregada como instrumento para eximir os sócios de obrigação legal ou contratual. Nessa situação, tem-se a utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro ou de forma contrária à sua função, o que permite a divisão, quanto ao seu emprego, em abuso de forma individual, que é o caso clássico da desconsideração fundada em critérios subjetivos, a qual somente pode ser suscitada pelo lesado, e abuso de forma institucional, que se caracteriza pelo desvio de função, o qual pode ser suscitado por qualquer credor.

Por fim, indica esse autor, como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica para fins de atribuição de responsabilidade aos seus sócios, a subcapitalização. É necessário, inicialmente, distinguir a subcapitalização simples da qualificada. Na subcapitalização simples, o capital social destinado pelos sócios para o desenvolvimento da atividade é evidentemente insuficiente. Sendo assim, a responsabilidade dos sócios decorre do manifesto risco de insolvência, por eles criado, na organização da atividade.

Na subcapitalização qualificada, por sua vez, essa condição não é evidente, de modo que se faz necessária a demonstração de culpa ou dolo por parte dos sócios. Nesse caso, principalmente nos casos em que o capital social mínimo não é exigido por lei, como no caso brasileiro, é extremamente difícil fundamentar a responsabilidade dos sócios como consequência da subcapitalização.

Fabio Tokars, nesse sentido, entende que não é cabível a desconsideração da personalidade jurídica fundada na subcapitalização, eis que “[s]e o capital baixo pudesse ser considerado prenúncio de fraude, caberia ao legislador impor um valor mínimo, e não ao julgador tomar as suas funções, aplicando regras inexistentes e assim abalando a segurança jurídica”.[39]

Ocorre que, a necessidade de responsabilização pessoal dos sócios pelas obrigações sociais nas hipóteses de abuso no uso da pessoa jurídica é, como amplamente reforçado pela doutrina, uma forma de preservação do instituto da limitação da responsabilidade. Afinal, a forma de preservar os efeitos positivos preconizados pelo princípio da autonomia patrimonial e da limitação de responsabilidade dos sócios depende do emprego adequado dessa espécie societária pelos agentes econômicos em geral.

Diante disso, prevê o Código Civil que o juiz, ao constatar o abuso da personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode estender os efeitos das obrigações sociais para os sócios e administradores da sociedade.

Dentro dessa concepção é que se propõe, diante da ausência de prefixação de capital social mínimo pelo legislador pátrio, que a evidente inadequação do capital social subscrito e integralizado se caracterize como um abuso da personalidade jurídica da sociedade, eis que não lhe é atribuída condição patrimonial compatível com o compreendido como necessário para o início do exercício do seu objeto social.

Diante disso, deve o direito privado estabelecer como regra geral a limitação de responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais na sociedade limitada, desde que não sejam verificadas, judicialmente, as hipóteses de confusão patrimonial e de desvio de finalidade.

Na hipótese de desvio de finalidade, esta verificação deverá ser subjetiva, quando depender da comprovação da conduta dos sócios em contrariedade a função do contrato de sociedade, representada esta, pela reunião de bens e esforços para o exercício da atividade econômica e partilha dos resultados.

Na hipótese de confusão patrimonial, bem como na hipótese de subcapitalização evidente, tem-se a possibilidade da responsabilização direta dos sócios de forma objetiva, eis que tal constatação caracteriza, outrossim, abuso de direito.

Sendo assim, é possível, ao menos, nas hipóteses de subcapitalização evidente, que o Poder Judiciário, por intermédio do controle posterior e individualizado, passe a considerar a verificação desse pressuposto de forma material.

Em suma, o que impede o juízo, de objetivamente, verificar, a efetiva integralização do capital social e, ainda, a sua eventual manifesta subcapitalização, como parâmetro para entender como preenchidos os requisitos formais e materiais do contrato social e compreender como válida e eficaz a atribuição de responsabilidade limitada aos sócios dessa sociedade?

Diante do exposto, a atuação jurisdicional no exercício estatal de regulação quanto à constituição das sociedades contratuais, deve ir além do papel de mera verificação do cumprimento dos requisitos formais estabelecidos pelo ordenamento. O Estado-juiz deve apreciar os requisitos sob o escopo material, coibindo assim, as hipóteses de subcapitalização evidente.

5. Conclusão

A dogmática e a hermenêutica aplicáveis às relações jurídicas privadas contemporâneas merecem uma revisão, no campo da responsabilidade societária.

A importância da sociedade limitada como instrumento jurídico voltado para a otimização da atividade econômica é inegável, e de certa forma, esse contexto social, em nada se alterou, sob esse aspecto, daquele que suscitou a sua gênese no século retrasado.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, do mesmo modo, desde sua gênese, seja pela visão unitarista, seja pela visão dos centros de imputação, trás inserta a ressalva de que se caracteriza em um instituto cuja finalidade precípua é de contribuir para a preservação do princípio da autonomia patrimonial. Desse modo, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais deve ser exceção, a ser empregada nos casos de abuso.

A doutrina e a jurisprudência brasileira, bem como a legislação esparsa, contudo, tem sido pródiga em subterfúgios para a extensão da responsabilidade social para a pessoa de seus sócios.

Essa amplitude desmedida nas exceções à limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, não obstante, vise atender interesses específicos que por vezes decorrem do embate de princípios da ordem econômica constitucional, deve ser compreendida de forma sistemática, afinal, o aumento de exceções trás consigo a insegurança jurídica, o que eleva os custos de transação para o exercício da atividade empresarial. Essa tendência ao alargamento de hipóteses de desconsideração, contudo, é fruto da percepção de que as situações jurídicas de insolvência se avolumam, o que, por consequência faz avolumar o número de credores prejudicados.

Por outro lado, é possível constatar que o número de sociedades limitadas registradas na Junta Comercial é equivalente ao número de empresários individuais, o que coloca em questão a medida de consciência dos empreendedores quanto aos riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial e dos benefícios advindos do uso da sociedade limitada como forma jurídica para a sua limitação. Como consequência dessa constatação, pode-se afirmar que a pretensão do legislador de estimular a atividade econômica pela limitação da responsabilidade nos contratos de sociedade, fundado na percepção de que a ausência dessa limitação é um óbice ao empreendedorismo não se configura uma realidade absoluta, eis que isso depende do porte da atividade esperada.

Nesse escopo, ainda, é conveniente suscitar a análise sobre os efeitos negativos da inexistência de capital social mínimo para o exercício da atividade econômica por intermédio de sociedades limitadas. Essa ausência, ao nosso ver, em sentido contrário ao esperado e proposto, pode caracterizar um elemento negativo para o sistema. A ausência de prefixação de capital social mínimo leva empreendedores despreparados ao mercado, os quais vão contratar mão de obra, insumos, tecnologia e créditos sem os recursos necessários para alicerçar o desenvolvimento de sua atividade. Apesar disso, antes da insolvência, irão durante certo tempo, prejudicar não somente estes com quem

tem contrato direto, mas ainda, o próprio mercado em si, pois, diante da ausência de preparo técnico e do avolumar de obrigações, estes empreendedores buscarão a solução pela própria esperança de sucesso em sua empresa. Para tanto, passam a oferecer o seu produto ou serviço ao mercado por preços predatórios, o que lhe é possível fazer em razão do passivo que se acumula. Ocorre que, com essa prática, os profissionais preparados existentes na mesma atividade acabam também sendo prejudicados, eis que parte de seus possíveis consumidores vai ser atraído por esses concorrentes desleais por imperícia e imprudência.

De certo modo, portanto, o elastecimento das hipóteses de desconsideração é uma resposta à subcapitalização.

Tem-se então a junção de dois elementos negativos. A insegurança para os sócios quanto a limitação de sua responsabilidade pelas obrigações sociais como regra, que é fruto da insegurança para os credores da solvabilidade das sociedades limitadas, como regra.

É necessário que a doutrina, a legislação e a jurisprudência reconstituam seus conceitos sobre a função do capital social, de modo a prefixá-lo por lei, o que é deveras complexo, ou ao menos, que o seu controle a *posteriori*, ao menos na forma simples, passe a ser considerado como pressuposto pertinente ao uso adequado da personalidade jurídica das sociedades limitadas.

Essa perspectiva, quiçá, tornará menos premente o debate sobre a ampliação das hipóteses de responsabilização dos sócios, permitindo a sociedade limitada o cumprimento de sua função de forma mais efetiva, fortalecendo as relações jurídicas privadas contemporâneas essenciais para o fortalecimento econômico e o desenvolvimento social no Brasil.

6. Referências

ABRAÃO, Nelson. Sociedades Limitadas. 9ª ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 por Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASCARELLI, Tulio. Panorama del derecho comercial. Buenos Aires: Depalma, 1949.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding Regulation: Theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press, 1999.

BEDE, Marco Aurélio. Sobrevivência e mortalidades das empresas paulistas de 1 a 5 anos. São Paulo: SEBRAE, 2005. Disponível em: < http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mortalidade%20de%20empresas/documento_de_mortalidade_de_empresas/sobrevivencia_mortalidade_empresas_paulistas_04_05.pdf> Acesso em 25 ago.2008.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio – Estatísticas <Disponível em <http://www.dnrc.gov.br>.> Acesso em 25 ago.2008.

Brasil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 25 ago.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600454620&data=19/04/2004>>. Acesso em: 25 ago.2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região. Disponível em: <<http://trtcons.srv.trt02.gov.br/cgi-bin/db2www/sdiacordao.mac/main?tipo=1&selacordao=2006021468>>. Acesso em: 25 ago.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004>. Acesso em: 25 ago.2008.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 25 ago.2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. A sociedade limitada no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. O Poder de controle na sociedade anônima. 3ª Ed. rev., atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COOTER, Robert. Law and economics. California: Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 38.

LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quota de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. v. 1. 27ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 478-481.

_____. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), in Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1969, nº 58, v. 410, p. 12-24.

SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *in* Diálogos sobre direito civil - volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOKARS, Fabio. Sociedades limitadas. São Paulo: LTr, 2007.

WALD, Arnaldo. Comentários ao Novo Código Civil, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 200.

[1] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In* Diálogos sobre direito civil - volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

[2] REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), *in* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1969, nº 58, v. 410, p. 12-24.

[3] COELHO, Fabio Ulhoa. A sociedade limitada no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8-10.

[4] “Tendo em conta que a teoria da desconsideração nasceu para permitir o afastamento do regime jurídico próprio da pessoa jurídica em casos excepcionais, é intuitivo que sua aplicação há de ser feita com extrema cautela e sempre em caráter subsidiário – ou seja, somente quando o regime jurídico a que a pessoa jurídica está subordinada não contemplar meio eficaz para a realização do direito que se tem por violado. A utilização não criteriosa dessa teoria traz o risco da insegurança jurídica, que é doença muito mais grave do que aquela que se procura com ela remediar.” *in* GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 38.

[5] “Em uma linguagem mais jurídica, a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimos necessários para suprir necessidades de fundos da empresa.” *in* SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40-41.

[6] “Uma vez vista a sociedade como organização e não como uma pluralidade de sócios é bastante evidente como tanto a sociedade unipessoal como a sociedade sem sócio são admissíveis. Aliás, é nessas estruturas que o contrato que dá vida à sociedade adquire ser valor organizativo puro, ou seja, passa a ter como objeto exclusivamente estruturar um feixe de contratos.” *in* SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48-49.

[7] Brasil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em 25 ago.2008.

[8] ASCARELLI, Tulio. Panorama del derecho comercial. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 151.

[9] Nesse sentido: “O rápido desenvolvimento da indústria e do comércio alemães, em seguida à guerra de 1870, pôs em evidência o embaraço que, para a atividade individual, decorre do princípio da responsabilidade ilimitada e, conseqüentemente, a insuficiência da legislação sobre sociedades anônimas, cuja severidade era preciso atenuar. Tratava-se, segundo FEINE, “de encontrar um tipo de organização que enchesse o grande vazio existente entre as anônimas, completamente impessoais e rigorosamente capitalistas, e as coletivas, e comanditas, tão identificadas com a personalidade dos sócios, e no qual se congregassem as vantagens dessas formas extremas.” *in* MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 193-194.

[10] Brasil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. § 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. § 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 25 ago.2008.

[11] Respectivamente: artigos 1052, 1005 e 1055, §§ 1º e 2º do Código Civil. Brasil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 25 ago.2008.

[12] Respectivamente: artigos 1081 e 1082 do Código Civil. Brasil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 25 ago.2008.

[13] O modelo jurídico da sociedade limitada é fundado naquele idealizado pelo direito germânico, cuja adoção, nas palavras de Rubens Requião, foi disseminada pelo mundo. REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. v. 1. 27ª ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 478-481.

[14] MARCONDES, Sylvio. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Liimonad, 1970, p. 196-197.

[15] REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), in Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1969, nº 58, v. 410, p. 17.

[16] COMPARATO, Fabio Konder. O Poder de controle na sociedade anônima. 3ª Ed. rev., atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 336-353.

[17] Brasil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em 25 ago.2008.

[18] Instituições financeiras (Lei 4.595/64, art. 4º, XIII), seguradoras (Decreto-lei 73/66, art. 32, VI, e Lei 5.627/70), sociedades de crédito imobiliário (Lei 4.380/64, art. 35), sociedades de capitalização (Decreto-lei 261/67, art. 1º), exportadoras (Decreto-lei 1.248/72, art. 2º) empresas de trabalho temporário (Lei 6.019/74, art. 6º), empresas de leasing (Resolução BACEN 351/75, art. 5º) e empresas de táxi aéreo (Portaria DAC 597/05)

[19] ABRAÃO, Nelson. Sociedades Limitadas. 9ª ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 por Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

[20] Sobre os sistemas de regulação: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding Regulation: Theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press, 1999, p. 34-63.

[21] Nesse sentido: “Normalmente, as legislações sobre sociedades limitadas estipulam um valor mínimo para o capital social. Cite-se a normação de Portugal (art. 201 da lei societária) ao proibir a constituição desse tipo societário, com capital inferior a 4000.000\$, e não permitir que, posteriormente, seu capital possa ser reduzido a importância inferior. Na França, o capital da sociedade deve ser de, no mínimo, 7.500 euros, divididos em partes sociais iguais (art. L223-2). Na Espanha, por força do disposto no artigo 4º da lei societária, “*El capital no podrá ser inferior a 500.000 pesetas.*” Para o CC Italiano, a sociedade limitada deve constituir-se com um capital não inferior a 20 milhões de liras (art. 2.474 do CC). Para terminar a exemplificação, no México, pelo art. 62 da lei de sociedades mercantis, “*el capital nunca será inferior a três millones de pesos.* É bom registrar que a falta de fixação de um capital social mínimo resulta na criação de sociedades com capital irrisório ou de consistência econômica diminuta.” in FAZZIO JUNIOR, Waldo. Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78.

[22] COOTER, Robert. Law and economics. California: Addison Wesley Longman, Inc., 2000, p. 50.

[23] Ainda esse mesmo estudo aponta que “[a]ntes da abertura da empresa, a maioria dos empresários desconhecia informações de grande importância sobre seu negócio. No período anterior à abertura, cerca de 58% não conheciam e não levantaram informações sobre a qualificação necessária da mão-de-obra, 53% desconheciam o número de clientes que teria e seus hábitos de consumo, 49% não tinham o conhecimento sobre o número de concorrentes que sua empresa teria que enfrentar, 47% ignorava qual seria a melhor localização para o negócio, 42% não levantaram informações sobre os aspectos legais, 38% não conheciam quem seriam seus fornecedores ou como eles trabalhavam em termos de preços e prazos de pagamento e 36% não sabia qual seria o valor do investimento e os custos envolvidos para abrir e manter seu negócio.” Consoante destaca o organizador da pesquisa, isso mostra a expressiva falta de planejamento antes da abertura de empresas no mercado paulista, situação esta, que certamente se repete no Brasil. *in* BEDE, Marco Aurélio. Sobrevivência e mortalidades das empresas paulistas de 1 a 5 anos. São Paulo: SEBRAE, 2005, p. 16-25. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mortalidade%20de%20empresas/documento_de_mortalidade_de_empresas/sobrevivencia_mortalidade_empresas_paulistas_04_05.pdf> Acesso em 25 ago.2008

[24] TOKARS, Fabio. Sociedades limitadas. São Paulo: LTr, 2007, p. 170. No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. Comentários ao Novo Código Civil, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 200, p. 326.

[25] HALPERIN, Isaac. Sociedades de Responsabilidade Limitada. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1975, p. 51, *apud* LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quota de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 230.

[26] SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 198.

[27] BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio – Estatísticas <Disponível em <http://www.dnrc.gov.br>.> Acesso em 25 ago.2008.

[28] Segundo os dados da pesquisa realizada pelo SEBRAE junto à JUCESP, 55% dos empreendedores que tiveram suas atividades encerradas dentro dos quatro anos seguintes ao seu início pioraram de situação financeira e 40% permaneceram nas mesmas condições em que já se encontravam. *in* BEDE, Marco Aurélio. Sobrevivência e mortalidades das empresas paulistas de 1 a 5 anos. São Paulo: SEBRAE, 2005, p. 38. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mortalidade%20de%20empresas/documento_de_mortalidade_de_empresas/sobrevivencia_mortalidade_empresas_paulistas_04_05.pdf> Acesso em 25 ago.2008.

[29] SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

[30] TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES. 1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei

praticada pelo dirigente. 2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. 4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. 5. Precedentes desta Corte Superior. 6. Embargos de divergência rejeitados. (REsp 260107/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10.03.2004, DJ 19.04.2004 p. 149) *in* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600454620&data=19/04/2004>>. Acesso em: 25 ago.2008.

[31] BEDE, Marco Aurélio. Sobrevivência e mortalidades das empresas paulistas de 1 a 5 anos. São Paulo: SEBRAE, 2005, p. 41-42. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/principal/conhecendo%20a%20mpe/mortalidade%20de%20empresas/documento_de_mortalidade_de_empresas/sobrevivencia_mortalidade_empresas_paulistas_04_05.pdf> Acesso em 25 ago.2008.

[32] MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. CONSTRIÇÃO DE NUMERÁRIO EXISTENTE NAS CONTAS CORRENTES DOS SÓCIOS. É absolutamente legal a desconsideração da personalidade jurídica da empresa quando esta não apresenta força financeira capaz de suportar a execução, conforme estabelecem o art. 28 da Lei nº 8.078/90 e arts. 50 e 1.024, ambos do Código Civil. Nessa circunstância o juiz pode determinar que a execução avance no patrimônio dos sócios para satisfazer as dívidas da sociedade executada. MANDADO DE SEGURANÇA. EX - SÓCIO . RESPONSABILIDADE . Ex-sócio responde pelos débitos da empresa, principalmente trabalhistas relativos às ações interpostas até dois anos contados do seu desligamento (art. 1032 do Código Civil). **ACÓRDÃO Nº: 2006021468. DATA DE JULGAMENTO: 23/11/2006. RELATOR: MARCELO FREIRE GONÇALVES. PROCESSO Nº: 11204-2004-000-02-00-7. ANO: 2004. TURMA: SDI. DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/01/2007.** *in* BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região. Disponível em: <<http://trtcons.srv.trt02.gov.br/cgi-bin/db2www/sdiacordao.mac/main?tipo=1&selacordao=2006021468>>. Acesso em: 25 ago.2008.

[33] O referido argumento na verdade, é pertinente ao texto do artigo 18 da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, a Lei de Defesa da Concorrência, cujo teor é o mesmo empregado pelo artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. *in* TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In Diálogos sobre direito civil - volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

[34] Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos. (REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 230). *in* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004>. Acesso em: 25 ago.2008.

[35] BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 25 ago.2008.

[36] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In Diálogos sobre direito civil - volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16.

[37] SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 181.

[38] SALOMÃO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 186-187.

[39] TOKARS, Fabio. Sociedades limitadas. São Paulo: LTr, 2007, p. 171.

A INVALIDAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E A PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ *

**Felipe Chiarello de Souza Pinto
Luis Manuel Fonseca Pires**

RESUMO

Um caso de colisão de normas jurídicas solucionado pela argumentação fundada no procedimento de ponderação de princípios. O artigo, após breve introdução acerca da colisão dos princípios jurídicos inerentes à interpretação jurídica, tece algumas considerações sobre os planos do negócio jurídico, tendo por base a doutrina civilista. Em seguida, argumenta acerca da colisão dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva para, enfim, abordar a relação de precedência condicionada e os princípios jurídicos, observada a doutrina de Robert Alexy, em especial no que se refere ao reconhecimento da incapacidade civil. Conclui que é a circunstância fática que condiciona o princípio jurídico que deve ter precedência: o princípio da autonomia da vontade ou da boa-fé do outro contratante.

PALAVRAS-CHAVES: DOCTRINA DE ROBERT ALEXY – PRINCÍPIOS

ABSTRACT

This essay intends to apply Robert Alexy's theory about the conflicts between principles in a specific case, contracts which were celebrated with someone who is incapable. In such cases, two principles usually conflict with each other, the bona fides principle and the principle of respect for autonomy. One of them ought to prevail. Nonetheless, there is not a single correct answer, since each case, depending on the circumstances involved, could entail the superiority of the first or of the latter principle.

KEYWORDS: ROBERT ALEXY'S THEORY – PRINCIPLES

Introdução.

Propomos a análise de um tema de há muito conhecido da doutrina e que com certa frequência é enfrentado pelos Tribunais, mas pretendemos dar-lhe um tratamento

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

consentâneo aos atuais discursos feitos pela teoria geral do direito, sobretudo pelos teóricos moralistas, cuja abordagem do Direito, de cunho *unionista*, reputa necessária a união entre direito e moral¹, os quais aspiram a uma *pretensão de correção* (*Richtigkeitsanspruch*, em alemão; e *claim to rightness*, em inglês²) na interpretação e aplicação do direito.

Disto, tem-se a retomada, aqui, de um antigo tema (embora o caráter vetusto deste seja, por vezes, flexibilizado pela imprecisa alcunha que se atribui aos moralistas, a saber, *pós-positivismo*³) receba uma *fundamentação* mais acurada, em termos morais, que só é atingida por um *procedimento de argumentação* fundado em *princípios*. Ressalte-se que o procedimento de argumentação, fundado em princípios, aqui defendido, tem como marco teórico a Teoria de Alexy.

De mais a mais, almeja-se analisar uma situação específica, em face das reflexões do autor em apreço, a saber, a questão da legitimidade do negócio jurídico firmado entre dois sujeitos quando em relação a um deles existe, posteriormente à celebração do negócio, o reconhecimento judicial de sua incapacidade absoluta.

De pronto, destaca-se que julgados há que conferem primazia à invalidação do negócio jurídico em razão do que dispõe o Código Civil ao asseverar ser nulo quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I), e outros que prestigiam a boa-fé daquele que contrata com o incapaz.

O que anelamos expor neste artigo é a relevância de todas as doutrinas e correntes dogmáticas que se têm dedicado a reconhecer que a interpretação jurídica não se realiza por um silogismo lógico-formal, por um procedimento de dedução cartesiano.

Em outras palavras, propomos aplicar a este paradigmático e clássico exemplo do direito privado as idéias defendidas por aqueles que reconhecem a necessidade de que a justificação do direito fundamente-se na reflexão sobre todos os mecanismos de argumentação jurídica que se apóiem em princípios jurídicos e admitam que as normas encontram-se em permanente conflito, e nem por isto a coerência ou a completude do sistema jurídico encontra-se ameaçado.

Nossas reflexões ainda aspiram realçar que o discurso jurídico robustece-se e expande sua capacidade de persuasão quando deixa de arbitrariamente optar por uma ou outra solução como se houvesse algum risco ao se reconhecer as permanentes antinomias entre as normas jurídicas.

A colisão dos princípios jurídicos é uma realidade que deve ser reconhecida e enfrentada – enfrentada à luz de um procedimento de ponderação pautado em princípios.

I – Algumas considerações sobre os planos do negócio jurídico.

Preliminarmente, anotamos algumas premissas sobre os três *planos* do negócio jurídico.

Em lição de Pontes de Miranda, bem retratada pelo jurista Ricardo Marcondes Martins⁴, são três os planos a serem considerados: *existência, validade e eficácia*.

O *plano da existência* refere-se à *suficiência do suporte fático*, isto é, trata da necessidade de estarem presentes os *elementos nucleares*, estruturais do negócio jurídico, sem os quais não possa existir.

O *plano da validade* reporta-se à *eficiência* do suporte fático, é dizer, que o suporte fático apresente-se *não-deficiente*, ou ainda é o mesmo que asseverar que devem estar presentes os seus *elementos complementares*. Invariavelmente, o plano da validade tem como referencial os parâmetros normativos.

Há que se mencionar que o plano da validade é secundário ao plano da existência, uma vez que, conforme bem preceitua o já citado Pontes de Miranda, “[n]ão tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe”. Sendo, portanto, a questão de inexistência uma questão prévia⁵. Disto, pode-se ter um ato existente, porém inválido.

Por último, o plano da eficácia trata dos *elementos integrativos* do negócio jurídico.

E estas premissas são importantes para identificar em qual *plano* que se discute a legitimidade do negócio jurídico objeto deste estudo.

A propósito, é o ordenamento jurídico que prescreve quais são os elementos nucleares, os complementares e os integrativos do negócio jurídico, o que equivale a dizer que é o sistema jurídico a fonte a ser considerada para a identificação de cada um dos três planos mencionados.

Nesta senda, de pronto é preciso reconhecer que os arts. 104 e 166, I, do Código Civil, prescrevem, na qualidade de *regras jurídicas*, que a incapacidade absoluta é situação jurídica relacionada à *validade* do negócio jurídico, pois tal vício enseja a *nulidade* do ato jurídico *lato sensu*.

Com efeito, a *invalidade* é o gênero – no plano da *validade* – que comporta duas espécies: a *nulidade* e a *anulabilidade*, cuja distinção que importa ao caso é que a primeira gera efeitos *ex tunc* e a segunda *ex nunc*.

Em outros termos: a incapacidade absoluta reside no plano da *validade* do negócio jurídico, e qualifica-se como causa de *nulidade*. Por conseguinte, a ausência absoluta da capacidade de discernir e gerir a própria vida compromete a *eficiência* do suporte fático, uma vez que afasta, por completo, os efeitos produzidos por um dado negócio jurídico.

Isto é, a relação jurídica – no caso, o *negócio jurídico* (o suporte fático) – apresenta-se *deficiente* se o vício recai sobre a sua *condição subjetiva* (a *capacidade* do agente).

Daí porque se diz que a *nulidade* deve ser *declarada* por sentença e os efeitos da invalidação retroagem à época da formação do vínculo, é dizer, os efeitos da invalidação operam-se *ex tunc*.

Realmente, é certo que não é a partir da sentença que decreta a interdição que existe a incapacidade, como é certo que em processo que reclama a *invalidade* de negócio jurídico em razão da incapacidade também não é possível que, reconhecida a ausência desta condição subjetiva, os efeitos valham só a partir de então.

Pois a sentença que reconhece a ausência da condição subjetiva do negócio jurídico admite o vício no *momento* da constituição do contrato – logo, devem retroagir os efeitos da invalidação.

Estas são, sem dúvida, as premissas conceituais que servem ao tema da nulidade do negócio jurídico em um debate hipotético.

Estas são as *regras jurídicas* – extraídas das normas que se encontram nos arts. 104 e 166, I, do Código Civil.

II – A colisão dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

Mas é preciso não olvidar que a contemporânea teoria geral do direito majoritariamente reconhece a *norma jurídica* como o gênero do qual são espécies os *princípios* e as *regras*. Nas palavras de Paulo Bonavides:

(...) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie⁶.

Portanto, é preciso ir além das *regras jurídicas*.

É preciso verificar se o *caso concreto* apresenta um simples conflito de *regras*, ou se igualmente existe uma colisão de *princípios jurídicos* que pode, para a situação em análise, *modificar a regra geral* de que a nulidade gera efeitos *ex tunc*.

Explicamos: a extensão da retroatividade dos efeitos da nulidade do negócio jurídico pode – ou melhor, deve – sofrer alterações se as *ponderações* dos princípios em colisão justificarem que esta invalidade não atinja o momento da formação do negócio nulo.

No caso em análise neste estudo há princípios jurídicos em colisão: de um lado, as normas que sistematizam a *teoria da invalidade* dos atos jurídicos (arts. 104 e 166, I, do Código Civil) apóiam-se no *princípio da autonomia da vontade*, e de outro, a pretender a manutenção do contrato, há o *princípio da boa-fé*.

Decerto, como ensina Orlando Gomes, as limitações à liberdade de contratar podem ser impostas por questões de “ordem pública”, e exemplo de tal são “(...) *as leis sobre o estado e a capacidade das pessoas (...)*”⁷.

Assim, a pecha de *nulidade* do negócio jurídico em razão da incapacidade absoluta da parte contratante – prevista nos arts. 104 e 166, I, do Código Civil – são *regras jurídicas* que concretizam o *princípio da autonomia da vontade*: apenas quem tem condições de discernimento pode contratar; quem não tem, deve ter a proteção de o eventual negócio feito (*existente*) ser declarado nulo (espécie de *invalidade* com efeitos *ex tunc*).

Por outro lado – em amparo à defesa de quem contrata com o incapaz – há o *princípio da boa-fé* quando, a despeito de ainda não ter sido pronunciada a sentença de interdição, o outro sujeito não sabia nem tinha como saber da suposta incapacidade da parte contrária.

Feitas estas anotações, passamos ao último e conclusivo tópico de nosso estudo.

III – A relação de precedência condicionada e os princípios jurídicos (Robert Alexy).

Neste contexto fático que traçamos, é esclarecedora a doutrina do alemão Robert Alexy ao propor a solução da colisão de princípios jurídicos:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de ‘condições’ sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária⁸.

Não refutamos, portanto, a tese de que a *nulidade* do negócio jurídico pela incapacidade do agente gera efeitos retroativos.

Contudo, se o caso concreto apresentar uma colisão de princípios (e não simples conflito de regras), deve-se considerar que da *ponderação* dos princípios em pauta a *extensão* da retroatividade da nulidade pode sofrer temperamentos.

Embora a incapacidade absoluta qualifique-se como um vício de *nulidade* (espécie de *invalidade*, no plano da validade), embora a *nulidade* em tese gere efeitos *ex tunc*, ainda assim é preciso *ponderar* que há também o *princípio da boa-fé* a justificar o direito do outro contratante de que seja mantida a validade do negócio jurídico.

O que *hipoteticamente* deve ser considerado – que os efeitos da nulidade são retroativos à época da constituição do negócio jurídico (efeitos *ex tunc*) – pode não se confirmar no *caso concreto* – e não se confirmar em razão da *ponderação* dos princípios jurídicos em colisão.

Claro que tudo depende de como os *fatos* são *apresentados* (*narrados*) e, ainda, *comprovados*.

Não obstante, o tema em debate ilustra que há uma *relação de precedência condicionada* (Robert Alexy) entre os princípios em colisão:

Se o caso concreto revelar que há ao menos indícios sérios de que um dos contratantes é incapaz, então o *princípio da autonomia da vontade* deve prevalecer para que os efeitos do reconhecimento judicial da incapacidade retroajam até o momento da celebração do contrato – pois, repetimos, a incapacidade absoluta impede a livre manifestação de vontade, compromete, em última análise, o *princípio da autonomia da vontade*.

Enfim, a *regra* dos efeitos *ex tunc* da nulidade restaria confirmada.

Contudo, se a situação fática orientar solução inversa porque não existe qualquer sinal a possibilitar ao contratante capaz que ao menos desconfie que o outro não goza de saúde quanto às suas faculdades mentais, então deve prevalecer o *princípio da boa-fé objetiva*.

De outro modo: se a circunstância fenomênica nada externar sobre a capacidade de discernimento do agente, então este contexto fático *condiciona a precedência* do *princípio da boa-fé* daquele que contrata com o incapaz.

É a *circunstância fática* – a ausência, ou não, de qualquer indício de incapacidade – que *condiciona* o princípio jurídico que deve ter *precedência*: ou o *princípio da autonomia da vontade*, ou o *princípio da boa-fé* do outro contratante.

Em suma:

Se existissem sinais públicos da incapacidade, por certo a retroatividade da nulidade deve atingir o momento constitutivo do contrato – o fato da publicidade da incapacidade *condiciona* a aplicação, em relação de *precedência*, do *princípio da autonomia da vontade* (princípio que reputa nulo o contrato quando não há a liberdade de contratar).

Se não há quaisquer vestígios da incapacidade, então esta ambiência fática da contratação *condiciona a precedência* do *princípio da boa-fé* e não é possível, por conseguinte, retroagirem os efeitos da nulidade para atingir o momento de formação do negócio jurídico.

Em conclusão similar – embora por outra senda, apenas com ênfase no princípio da boa-fé (e sem realizar a ponderação de princípios em colisão) –, há precedentes na doutrina e também na jurisprudência.

Carlos Roberto Gonçalves assevera:

[...] deve ser respeitado o direito do terceiro de boa-fé, que contrata com o privado do necessário discernimento sem saber das suas deficiências psíquicas. Para essa corrente somente é nulo o ato praticado pelo amental se era notório o estado de loucura, isto é, de conhecimento público⁹.

E mais adiante:

[...] o art. 503 do Código Civil francês dispõe que os “atos anteriores à interdição poderão ser anulados, se a causa da interdição existia notoriamente à época em que tais fatos foram praticados”. Malgrado o nosso ordenamento não possua regra semelhante, a jurisprudência a tem aplicado em inúmeros casos, por considerar demasiado severa para com os terceiros de boa-fé, que negociaram com o amental, ignorando sua condição de incapaz, a tese de que o negócio por este celebrado é sempre nulo, esteja interditado ou não¹⁰.

Da jurisprudência, traz-se à compilação o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Para resguardo da boa-fé de terceiros e segurança (...) o reconhecimento da nulidade dos atos praticados anteriormente à sentença de interdição reclama prova inequívoca, robusta e convincente da incapacidade do contratante¹¹.

Todavia, o que foi nossa intenção formular neste artigo é que não há solução *a priori* – seja em favor da invalidação, seja em prestígio ao princípio da boa-fé.

É preciso que o intérprete envolva-se com o caso concreto, com os fatos circunstancialmente apresentados, e pondere os princípios envolvidos de acordo com a precedência condicionada por cada qual.

Trouxemos – ao menos foi esta a nossa intenção – um exemplo prático da relevância da argumentação jurídica que admite e enfrenta o sopesar dos princípios jurídicos como meio a potencializar a aplicação do direito com maior compromisso por sua justificação prática.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*, t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

1 Cf. Dimitri Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 88.

2 Ressalte-se que a teoria moralista apresenta defensores nos mais variados países. Apenas para citar dois, Dworkin e Alexy. Daí o porquê da tradução do termo, o que bem denota que a pretensão de correção é um termo comum no léxico dos moralistas.

3 Cf. Dimoulis, *op. cit.*, p. 48-53.

4 *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Capítulo 5.

5 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 4, p. 30.

6 *Curso de direito constitucional*, p. 259.

7 *Contratos*, p. 24-25.

8 *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 96.

9 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, p. 91.

10 *Op. cit.*, mesma página..

11 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 9.077-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 25/02/92.

**CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: EM BUSCA DA COMPREENSÃO DA
RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL***

**CESSION DE LA POSITION CONTRACTUELLE EN VUE DU DROIT
BRÉSILIENNE CONTEMPORAINE: À LA RECHERCHE DE LA
COMPRÉHENSION DE LA RELATION JURIDIQUE OBRIGACIONAL**

**Rosalice Fidalgo Pinheiro
Frederico Eduardo Zenedin Glitz**

RESUMO

A cessão da posição contratual é construção moderna que diverge da compreensão estritamente pessoal de obrigação. Sua compreensão contemporânea, contudo, exige que se vá, além disso. Passa a ser indispensável que se leia a relação jurídica obrigacional de forma mais dinâmica, com vistas a compreendê-la para além de um mero vínculo entre credor e devedor, mas como verdadeiro “processo”, complexo em essência. Embora o instituto não tenha sido consagrado pela atual codificação civil brasileira, seu relevo social conduz à necessidade de entendimento de sua natureza jurídica e dos reflexos desse debate que perpassa pela sua distinção de figuras afins e pela necessidade de sua visualização unitária.

PALAVRAS-CHAVES: CESSÃO; CONTRATO; RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL; BOA-FÉ OBJETIVA

RESUME

La cession de position contractuelle qui est de construction moderne diffère de la compréhension purement personnelle de l'obligation. Leur compréhension contemporaine, cependant, nous oblige à aller plus loin. Il devient tout essentiel que nous la lirons d'une façon plus dynamique, afin de la comprendre au-delà d'un simple lien entre le créancier et le débiteur, mais comme un véritable «procès», par essence complexe. Bien que l'institut n'a pas été inscrit dans l'actuel Code civil brésilien, sa importance sociale conduit à la nécessité de la compréhension de sa nature juridique et des conséquences de ce débat à propos des instituts similaires et de la nécessité de la comprendre d'une façon unitaire.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MOT-CLES: CESSION ; CONTRAT; LIEN JURIDIQUE OBLIGATIONEL, BONNE FOI OBJECTIF.

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas formas de transferência do conteúdo obrigacional, uma chama especial atenção. Trata-se da cessão da posição contratual, negócio por meio da qual o contratante transfere a terceiro o amplo espectro de créditos e débitos que, em razão da posição que ocupa na relação jurídica obrigacional, é titular[1].

O objeto de interesse nesse tipo de negócio é justamente sua distinção para as demais figuras típicas de transmissão das obrigações (cessão de crédito e assunção de débito) e a particularidade de o cessionário assumir todo o conjunto de direitos e obrigações que pertenciam ao cedente.

Frise-se, ainda, que o cedente, por sua vez, deve garantir a existência, validade e legitimidade da relação contratual, não garantindo, contudo, a solvabilidade nem o cumprimento do contrato.

Embora essa figura seja estranha às raízes romanistas do Direito Continental Europeu, atende a necessidades modernas e contemporâneas, motivo pelo qual passa, paulatinamente, a ser admitida.

O atual Direito codificado brasileiro, contudo, apesar de consagrar outras formas de preservação do vínculo obrigacional por meio da substituição de um dos sujeitos da relação[2], não se refere expressamente à possibilidade de as partes transferirem sua condição de contratante.

Apesar disso, a consagração do princípio da autonomia privada, e o posicionamento de parte da Jurisprudência brasileira, parecem indicar não só a viabilidade desse tipo de negócio como, em termos mais pragmáticos, sua recepção.

É nesse contexto que se discute acerca da natureza jurídica do negócio de cessão da posição contratual, apontando-se para além da mera soma da transmissão do crédito e do débito. Para tanto, comparece a relação jurídica obrigacional, não mais como mera vínculo que liga credor e devedor, mas, sob contornos finalísticos, como um “processo”, sinalizando para compreender a cessão da posição contratual como uma figura autônoma. Ou seja, trata-se da transposição para seara obrigacional daqueles ditames constitucionais da solidariedade e funcionalidade.

Eis, no entanto, que surge a complexidade conceitual a impor algo a mais que a mera reafirmação dos princípios e concepções tradicionais do Direito[3]. Passou-se a depender da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Isso porque é na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se aproximará o intérprete das aspirações da sociedade brasileira contemporânea. Tal

tarefa é extremamente difícil. Dependerá, por certo, da ponderação de princípios, de modo a não se perder no conjunto de interesses coletivos e individuais, econômicos, assistenciais e corporativos que ecoam no texto constitucional a exigir do hermenêuta sua parcela de aplicação na solução do caso concreto.

Compreender o alcance e significado desse debate no cenário jurídico nacional apresenta-se como a pedra de toque desse trabalho: parte-se do dogma da imobilidade das obrigações, para delinear a tipicidade social da nova figura como parte de um processo de desmaterialização de riquezas, já consagrado pela práxis contratual brasileira.

1 A QUEBRA DO DOGMA DA IMOBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES

Amparada na solenidade da *stipulatio*, a *obligatio* foi delineada pelo direito romano como um vínculo de caráter pessoal. Porém, tal vinculação não se traduzia em uma “situação puramente ideal”, senão, em uma situação de catividade, na qual uma pessoa se fazia prisioneira de outra.[4] Por conseguinte, conferia-se ao credor uma ação cujo alcance permitia-lhe exercer a vingança privada, ou reduzir o devedor à condição de escravo, ou ainda, matá-lo. Nestes termos, a responsabilidade era nitidamente pessoal, revelando a *solutio*, não como cumprimento de um dever, mas como “resgate da própria liberdade”. [5]

Se a responsabilidade pessoal do devedor não foi um fenômeno freqüente na comunidade primitiva romana, o crescimento das *civitas* conferiu-lhe contornos de um problema social. Em resposta, a *Lex Poetelia Papiria* afastou a responsabilidade pessoal do devedor.

Ocorre que desse caráter pessoal, impresso à *obligatio*, resultou no princípio de sua intransmissibilidade, pois inconcebível aos romanos qualquer mudança dos sujeitos da obrigação a título singular. Eis que sob a égide dos efeitos relativos da obrigação, ninguém poderia se obrigar em favor de outrem.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, essa rejeição radical, decorrente do caráter formalista do direito romano, foi lentamente mitigada por exigências práticas. Em um contexto de intensificação do comércio e influxo do *jus gentium*, [6] os romanos alcançaram resultados equivalentes, com a procuração *in rem suam*. Esta permitia a outrem agir como substituto processual do credor, exigindo em nome próprio o crédito deste último, o que ganhou mais tarde, um caráter irrevogável. Semelhante efeito era alcançado pela figura da *novatio necessaria*, que operava a substituição do devedor. Porém, tais figuras não acarretavam a transmissão obrigacional, restando os inconvenientes da extinção do crédito e do débito: a conseqüente extinção de seus acessórios e garantias.

A transmissibilidade da obrigação somente se afirma como princípio, diante de um novo contexto de desenvolvimento do tráfico mercantil. Nos séculos XIV e XV, o renascimento das cidades e de uma economia de troca levou os direitos locais a criarem

títulos que possibilitassem a circulação dos créditos, “a primeira brecha aberta no dogma da intransmissibilidade das obrigações.”[7]

Desenvolve-se o mecanismo da cessão de crédito pela *traditio*, sem necessidade de cooperação do devedor, delineada pelo *coutume* de Paris. Por outro lado, a revolução conceitual da Pandectística germânica constrói um mecanismo de assunção cumulativa de dívidas, que mais tarde ingressou no BGB.[8]

No entanto, ainda restava dar um último passo com vistas a romper com o dogma da imobilidade obrigacional: a transmissão da posição contratual. Característica de economias bastante desenvolvidas, a cessão da posição contratual somente se torna possível em um contexto de desmaterialização de riquezas, e compreensível diante da superação da concepção estática de obrigação.

2 A DESMATERIALIZAÇÃO DE RIQUEZAS E O CONTRATO COMO OBJETO DO TRÁFICO NEGOCIAL

Os sistemas jurídicos localizam as obrigações em um contexto dinâmico, por oposição a um contexto de uma estática patrimonial, ocupado pela propriedade. Eis que as obrigações disciplinam o tráfico econômico, propiciando a circulação de bens entre os indivíduos.

Nas entrelinhas dessa função sócio-econômica, encontra-se o papel ideologicamente traçado pelas codificações oitocentistas ao contrato: desempenha um papel instrumental, servil, subordinado à propriedade, como salienta Enzo Roppo.[9] Nesta perspectiva, a obrigação resulta como meio de transmissão do patrimônio, e não seu objeto.

Porém, com o desenvolvimento do capitalismo nas sociedades pós-industrializadas, abre-se um processo de “mobilização e desmaterialização de riquezas”, no qual se subtrai da propriedade sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão de riquezas para conferi-la aos bens imateriais.[10]

Por conseguinte, esses bens tornam-se assimiláveis a coisas, encaixando-se no paradigma da propriedade. Há nisto uma coisificação do crédito, que se torna objeto do patrimônio do credor, passível de transmissão. Para além disso, o contrato não se limita a transmitir a propriedade, antes, ele constitui o crédito. Despe-se de um papel instrumental, meramente servil e subordinado, para se caracterizar como gerador de riquezas, pois “parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão de recursos e de propulsão da economia.”[11]

É nesse contexto de mobilidade obrigacional, que as formas de transmissão de obrigações tornaram-se possíveis e se aperfeiçoaram: a cessão de crédito e a assunção de dívidas são ultrapassadas pela cessão da posição contratual.

Antes de ser exigido, o crédito revela-se como parte integrante do patrimônio do credor; dotado de valor próprio e autônomo, os créditos se mostram “como bem da vida econômica, podendo circular e ser transmitido para outra pessoa”. [12]

No contexto de desmaterialização de riquezas, essa patrimonialidade estende-se ao contrato: não se reduz a mero papel instrumental, mas passa a ser transmitido, adquirindo mobilidade. O contrato torna-se objeto do tráfico econômico, e os juristas passam a falar de “venda do contrato”, e mais tarde, em cessão de contrato, com vistas a designar esta nova realidade.

Essa realidade, contudo, exige a superação da concepção estática de obrigação. Para além de mero vínculo de sujeição do devedor ao credor, torna-se indispensável compreendê-la como uma relação dinâmica.

3 A CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: DE ESTÁTICA À DINÂMICA

Ainda que pertinente à dinâmica jurídica, tradicionalmente se encarava a obrigação de forma estática (rígida), espelhando-se na noção de sujeição de um indivíduo à vontade de outro. O próprio termo obrigação parece ressaltar a situação de sujeição, de vínculo.

Tal concepção encontrava amparo no formalismo e na abstração da Pandectística, que, comprometida com o liberalismo econômico oitocentista, encerrava a obrigação em uma concepção atomística. [13] A relação jurídica obrigacional não seria mais do que a soma de seus elementos, restando visualizada em seu aspecto externo: o vínculo que submete o devedor ao poder do credor, isolados em sua livre vontade, sob os contornos do individualismo. [14]

Em outros termos, a obrigação assumia papel descritivo: revelava, tão-somente, uma situação de poder. O credor, detentor da pretensão, exerceria seu crédito em face do devedor, obrigado e sujeito, em razão de sua liberdade.

Ocorre, contudo, que esse quadro não explica a realidade. A relação jurídica obrigacional não é, pois, apenas, o vínculo entre credor e devedor, isto porque este vínculo representa tão somente um momento da relação. Esse modelo, então, revelava-se incapaz de explicar a complexidade inserta em obrigações duradouras, [15] presentes no trânsito econômico. [16]

Antes de se identificar o vínculo obrigacional (parte do todo que compõe a obrigação), é necessário identificar os sujeitos e interesses creditícios tutelados, a tal ponto, que se concluirá que nem sempre o interesse creditício está identificado com o mesmo sujeito da relação jurídica obrigacional. Em outros termos, em uma relação jurídica obrigacional representada, por exemplo, por um contrato de compra e venda, nem sempre o comprador ou o vendedor são credores ou devedores individualmente. A depender do interesse creditício tutelado (prestação), identificar-se-á o sujeito ativo da relação jurídica obrigacional.

Disso extrai-se muito claramente a necessidade de se encarar a relação jurídica obrigacional como algo muito mais complexo que a mera descrição de vinculação entre um credor e um devedor.

Para explicar essa realidade, avultam as locuções de “organismo” tomado por Heinrich Siebert do pensamento savignyano; de “relação-quadro” com Feliz Herholz; de “sistema” com Fernando de Noronha[17]; de “processo” com Clóvis do Couto e Silva; de “complexidade” com Josef Esser, e de “estrutura” com Karl Larenz; designando uma nova compreensão do vínculo obrigacional: como totalidade.

Sob o ângulo da totalidade, afirma Clóvis do Couto e Silva, "a relação obrigacional é um sistema de processos",[18] que não se esgota na mera soma de posições antagônicas, antes se traduz em uma relação de cooperação entre credor e devedor, projetando ao lado de deveres principais e secundários, deveres acessórios, afetos ao comportamento concreto dos sujeitos. Por conseguinte, a posição do credor resta relativizada, sem, contudo, destituí-lo do lugar de sujeito ativo da obrigação. [19]

Há nisso a superação da concepção estática de obrigação, como revela Judith Martins-Costa: a obrigação não é um conjunto de fatos do mundo exterior apreendido pelos sentidos, mas um feixe de “conseqüências jurídicas” destes últimos, englobando, “constante e progressivamente, os elementos de todas as relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática jurídico-social”. [20]

Passa a boa-fé a assumir contornos de superação dos limites estreitos da compreensão da relação jurídica obrigacional, reconhecendo dinamicidade onde, até então, imperava a estática.

A recodificação de 2002 positiva no cenário jurídico a cláusula geral de boa-fé no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Porém, é na Constituição da República que se encontram os valores para preenchimento desta cláusula geral: a igualdade e solidariedade emanam no princípio da dignidade da pessoa humana.

Como tradução desse personalismo ético, inscrito na Constituição, a leitura constitucional preside as relações obrigacionais: a tutela inserida nos artigos 5º, XXXII e 170, V, protege a pessoa humana.[21] Em atenção a essa idéia, a boa-fé ingressa no universo obrigacional, "princípio de repersonalização da relação contratual".[22]

A boa-fé objetiva age como um “topos subversivo”, pondera Judith Martins-Costa, projetando novos contornos para a relação jurídica obrigacional, de estática à dinâmica.[23] Tal concepção de obrigação assume que o esquema obrigacional não se esgota na soma de posições antagônicas, antes, encontra tradução em uma relação de cooperação entre credor e devedor, projetando ao lado dos deveres principais e secundários de prestação, deveres acessórios de conduta. Traduzidos na tríplice classificação lealdade, informação e proteção, tais deveres anexos ou instrumentais não decorrem da lei ou da vontade, mas da boa-fé.

Com efeito, ganha sentido a "obrigação como processo", idealizada por Clóvis do Couto e Silva, na qual se destaca um "nexo finalístico [...] de atividades necessárias à

satisfação do interesse do credor".[24] Diga-se, ainda, que essa compreensão se preenche e completa com a noção de funcionalização da relação obrigacional.

4 A TIPICIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: DA TIPICIDADE SOCIAL À TIPICIDADE CODIFICADA

Atentos às exigências do tráfico mercantil, o princípio da transmissibilidade das obrigações ancorou nos códigos oitocentistas, sob a forma de cessão de crédito no *Code* e no BGB; da assunção de dívidas, no BGB; e sob a forma de um antecedente, que não teria por escopo a transferência do crédito, surgindo esta como efeito lateral do pagamento: a sub-rogação.

Quanto à cessão da posição contratual, silenciaram as codificações burguesas. O *Code* e o BGB omitem uma disciplina genérica pela qual um dos contratantes pudesse transmitir em bloco o conjunto de direitos e deveres que lhes resultam do contrato a um terceiro. Não obstante a falta de uma disciplina genérica, dispositivos isolados consagraram a cessão de contrato naquelas codificações,[25] revelando a recusa em conferir autonomia ao instituto.

Justifica-se que semelhante figura não fosse afeta aos romanos, porquanto resultava inimaginável a transmissão para outrem de uma qualidade estritamente pessoal: a de contratante. Indaga-se, no entanto, o porquê desta omissão, no direito moderno, diante da recepção do princípio da mobilidade das obrigações. Menezes Cordeiro responde:

O dogma da vontade, empolado pelos ventos teóricos do liberalismo, mal compreendia que uma situação eminentemente voluntária pudesse, sem quebra de identidade, desligar-se da vontade inicial para vir a ser encabeçada por vontade diferente.[26]

À falta de uma autonomia codificada, ela passa a ser delineada pelos tribunais. Na jurisprudência francesa, em atenção ao princípio da liberdade contratual, a cessão de contrato erigiu-se como figura autônoma, tomando-se como fundamento as disposições previstas no *Code*. [27] Do outro lado do Reno, os tribunais alemães pronunciaram-se afirmando ser admissível a cessão da posição contratual, com amparo em regras especiais como o § 571 sobre transmissão da posição de senhorio do contrato de arrendamento. [28] O mesmo é observado na jurisprudência italiana e portuguesa, antes mesmo do acolhimento de sua disciplina genérica em suas codificações. [29] Trata-se de uma recepção tardia, antecedida de uma tipicidade social: a cessão de contrato já desempenhava papel importante no tráfico econômico, sendo amplamente reconhecida pela jurisprudência. [30]

Desse panorama, é possível recolher duas observações:

a) O contrato revela-se como objeto do tráfico, passível de transmissão. Tomado em sua tipicidade social, isto assenta o princípio da mobilidade contratual no direito moderno. Por conseguinte, caem por terra os argumentos daqueles que se opõem à cessão de contrato, alegando que a posição contratual não é um valor patrimonial, e tão-somente uma relação pessoal, segundo a qual não se pode pretender mais do que a substituição de uma pessoa: “o contrato é um vínculo, e não um bem”.^[31] Essa obrigação de contornos nitidamente modernos desconsidera a desmateralização de riquezas, característica das sociedades pós-industrializadas.

b) Ater-se a uma disciplina mitigada de cessão de contrato, encontrada nas codificações, é, implicitamente, negar autonomia à figura. Isto se deve à projeção de uma racionalidade codificada para a jurisprudência, uma vez que aquela não desenha a cessão de contrato como figura autônoma.

Somente com o movimento de recodificação de meados do século XX, a cessão de contrato ingressa nos códigos, pela via de uma “generalização indutiva” que traça o percurso do contrato de instrumento a objeto do tráfico econômico.^[32] No *Codice* de 1942, os italianos reservaram lugar autônomo para a *cessione del contratto*, dos artigos 1406 ao 1410; já no Código de 1966, o rigor do legislador português, optou pela terminologia cessão da posição contratual, entre os artigos 424 ao 427, ao tomá-la como transferência, não do próprio negócio, mas dos direitos e obrigações que deste último resultam.

Essa consagração, ao seu turno, instaura uma nova fase de discussão, o debate acerca de sua natureza jurídica.

5 O DEBATE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: SUA NATUREZA JURÍDICA

Várias teorias procuraram explicar a natureza jurídica da cessão de posição contratual:

a) a teoria da decomposição (Galvão Telles), que insiste em visualizar a cessão de contrato como mera combinação de uma cessão de crédito e uma assunção de dívida, seguindo suas regras;

b) a teoria da *renovatio contractus* (Nicolò), a cessão da posição contratual leva à extinção do primeiro contrato e a celebração de novo contrato entre cedente e cessionário;

c) a teoria unitária, segundo a qual a cessão de contrato opera a transmissão em bloco e com autonomia, da posição de um contratante para terceiro.

Restringindo o debate às teorias da decomposição e unitária, resta considerar a cessão da posição contratual como figura autônoma ou não.

Nas entrelinhas da teoria da decomposição, vigora uma fundamentação de índole positivista, que acaba por negar autonomia à cessão de contrato. Resolve-se como mero problema lógico-formal, restando, esse negócio, como combinação entre cessão de

crédito e assunção de dívida.[33] Trata-se de dizer, com Pontes de Miranda: ela “debulha a espiga de milho”, mas não “pode debulhá-la toda”. [34] Não se trata de reduzir a cessão da posição contratual a um “impossível jurídico”, [35] mas, ainda, que em uma versão mais abrandada, considerá-la um contrato misto, resultante da combinação de notas típicas de cessão de crédito e assunção de dívida.

Negar autonomia à cessão da posição contratual, considerando-a como mera soma da cessão de crédito e assunção de dívida, corresponde a uma concepção singular e estática de obrigação. Impulsionada pela concepção romana de *obligatio*, a obrigação é reduzida ao mero direito à prestação e seu correlativo dever. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, essa concepção integra-se perfeitamente no ambiente racionalista moderno, pois expressa o grau de generalidade e abstração que se inicia na Idade Média, passa pelo mecanismo classificatório cartesiano, nos moldes das ciências naturais e se aperfeiçoa-se com o formalismo kantiano. [36]

Ocorre que a cessão de todos os créditos e a assunção de todas as dívidas não exaurem o conteúdo (Pontes de Miranda) ou o objeto (Mota Pinto) da cessão de contrato. Além disso, transferem-se direitos potestativos, ônus, faculdades, não visualizados por aquele conceito estrito de obrigação, ou nos termos de Pontes de Miranda, fica de fora a “relação jurídica fundamental”. [37]

Isso significa que a cessão da posição contratual escapa a uma racionalidade lógico-formal, reduzida a esquemas matemáticos, que dividem a totalidade em partes que se somam. [38] A totalidade do objeto da transmissão não pode ser captada pela racionalidade positivista, restando reduzi-la às fattispécies típicas encontradas na codificação.

Por isso, as doutrinas atomísticas são consideradas como mera “utensilagem conceitual deficiente” por Carlos Alberto da Mota Pinto:

Forçoso é concluir pela insuficiência duma mera combinação dos dois negócios, respeitantes à mudança de titularidade (ativa ou passiva) da obrigação singular, para realizar a substituição do sujeito de todos os liames emergentes dum contrato. Não pode, destarte, manter-se de pé a concepção conhecida na doutrina por teoria atomística ou fragmentadora. [39]

Considerá-la como mera combinação entre cessão de crédito e assunção de dívida é negar-lhe autonomia, ao reservar-lhe uma disciplina esparsa que encontra lugar somente em disposições específicas do código. Trata-se de uma transmissibilidade mitigada, que em última instância, preserva o dogma da imobilidade obrigacional.

A pedra de toque, que explica a natureza jurídica da cessão da posição contratual, encontra-se no seu objeto, eis que abrange para além de “créditos e débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, independentes do dever principal de prestação, exceções, expectativas, ônus, etc. (...) todas as posições subjetivas em que uma parte contratual estava constituída por força do contrato.” [40]

E para tanto, surgem as teorias unitárias, que configuram a transmissão contratual como uma unidade autônoma, incomparável à mobilidade da cessão de crédito ou do débito. A cessão da posição contratual ganha autonomia, cujos contornos são balizados por uma disciplina jurídica genérica, delineando-se como tipo contratual. O contrato de cessão revela-se como instrumento do contrato-base, que é objeto de transmissão. A rigor, não se transfere o contrato, mas sua posição contratual a cargo de uma das partes, ora compreendida em sua totalidade. Eis que a finalidade é transmitir globalmente os direitos e obrigações que compõem a posição contratual. Isso coloca a descoberto a complexidade obrigacional.

Recorre-se à figura do organismo para designar a obrigação, mostrando-a como um “tecido da vida social, que aparece organizado de conformidade com alguns princípios jurídicos e com a especial função econômica ou social que está chamada a realizar.”[41] Desse modo, a justificação da cessão de contrato como figura autônoma insere-se em uma racionalidade finalista que atenta para os valores.

A cessão da posição contratual desempenha uma função sócio-econômica, que para além de possibilitar que uma relação contratual seja desenvolvida ou desfrutada por terceiros, permite, segundo Diez-Picazo, que a relação contratual continue produzindo utilidade e desenvolvendo seu fim, independente dos sujeitos que se servem dela. Torna desnecessária sua retirada do mundo jurídico com a finalidade de transmitir suas posições a terceiros, preservando-o em sua utilidade.[42] Portanto, resta dizer: a tipicidade social da figura remete para realização do princípio da conservação do contrato.[43]

6 OS REFLEXOS DESSE DEBATE

Da definição, traçada por Antunes Varela, é possível delinear a cessão de contrato em sua autonomia, como distinta de outras figuras afins: “A cessão de contrato consiste no negócio pelo qual um dos outorgantes em qualquer contrato bilateral ou sinalagmático transmite a terceiro, com o necessário assentimento de outro contraente, o conjunto de direitos e obrigações que lhe advêm desse contrato.”[44]

Mencionado tanto pelo art. 424 do Código Civil português, como pelo art. 1406 do Código Civil italiano, o contrato de cessão requer a bilateralidade do contrato-base, sob pena de desfigurar sua autonomia. A prescindibilidade desse requisito caracterizaria a cessão de contrato como mera *fattispecie* típica, e não como um contrato típico, restando como mera substituição das partes no crédito ou no débito, em clara opção à teoria da decomposição.[45]

Discute-se acerca do consentimento do cedido como requisito da cessão de contrato, tal como dispõem os artigos referidos.

Para aqueles que a consideram imprescindível, a cessão de contrato revela-se como um contrato trilateral, que se forma com o encontro de três declarações de vontade: cedente, cessionário e cedido. Neste sentido posiciona-se parte da doutrina brasileira[46].

Assim a consideram os partidários da teoria unitária: para Carlos Alberto da Mota Pinto, o consentimento do cedido é constitutivo da cessão de contrato, não se limitando a um negócio jurídico bilateral. Para tanto, justifica: a declaração do cedido não aparece na lei como mera adesão, aprovação ou ratificação, mas consentimento; é o que mais se conforma com a função econômico-social da figura; e ajusta-se à concepção de complexidade obrigacional, resultando a cessão em negócio de formação *in itinere*, cujo aperfeiçoamento subordina-se ao consentimento do cedido. Neste caso, a falta de consentimento geraria nulidade da cessão.[47]

Porém, a solução preferida pela teoria da decomposição é aquela que prescinde do consentimento do cedido: a falta de consentimento prejudicaria apenas a transmissão das dívidas compreendidas na posição contratual cedida, mas não obstaría a transmissão dos créditos abrangidos. Portanto, a recusa não gera a nulidade do contrato, mas sua conversão em cessão de crédito e assunção de dívida, ou uma adesão ao contrato, ou cessão de contrato sem liberação do cedente. Nesta perspectiva, surgem duas modalidades de cessão de contrato:

- a) Cessão de contrato com liberação do cedente: o cedente libera-se quando há consentimento do credor, ou quando a lei dispensa tal consentimento;
- b) Cessão de contrato sem liberação do cedente: o cedente continua vinculado ao contrato, não apenas como garante, mas como principal pagador.

A repercussão do debate acerca da autonomia da nova figura, ponderada entre as teorias da decomposição e unitária, ainda pode ser apreendida pela sua abstração ou causalidade.

Em um primeiro momento, indaga-se acerca da causalidade entre o negócio jurídico da cessão de contrato e o contrato-base. A este respeito, Pontes de Miranda afirma categoricamente, tratar-se de negócio abstrato, pois a cessão não se constitui como a compra e venda, doação, ou qualquer outro negócio causal.

Já para Antunes Varela, a cessão de contrato, tal qual a cessão de crédito, é um negócio policausal. Não é um negócio abstrato, pois a estipulação das partes acerca do fim econômico-social imediato visado com a transmissão da posição contratual é parte integrante do contrato de cessão e completa a sua causa.[48]

As conseqüências destas concepções resultam na completa abstração do contrato-base, cuja inexistência não interfere na cessão, no primeiro caso; ao contrário da causalidade, expressa no segundo, cuja validade do negócio-base influencia na invalidade da cessão de contrato.

Para além disso, as discussões ainda se movem, nesta seara, para indagar acerca do fim sócio-econômico da cessão de contrato, a partir de um exemplo delineado por Carlos Alberto da Mota Pinto:

A concluiu com B um contrato pelo qual se obrigou a entregar-lhe mensalmente, durante certo período, determinada quantidade de mercadorias, mediante o pagamento

mensal de certa importância. Em dada altura cede a C os seus créditos pecuniários, presentes e futuros, ao preço das mercadorias, contra a transferência da propriedade de um automóvel pertencente ao mesmo C. Este, mais tarde, assume, ficando exonerado o devedor, a dívida de A para com B, isto é, a obrigação de entregar mensalmente certa quantidade de mercadorias, contra a aquisição do direito de propriedade sobre um prédio pertencente a A. C torna-se, assim, credor do direito ao preço e devedor da obrigação de entregar as mercadorias, direito e obrigação derivados do contrato entre A e B.[49]

Em tal caso, houve cessão de crédito, assunção de dívida ou cessão da posição contratual? É possível compreender que houve uma cessão de contrato à luz da teoria da decomposição ou à luz da teoria unitária? E, por conseguinte, ainda indaga o autor referido: “Se B não pagar o preço, poderá C recusar-se a cumprir a sua obrigação de entregar as mercadorias, exercendo o direito de resolução que cabia a A?”[50]

A resposta, a tais questionamentos, dependeria do objeto da cessão de contrato, segundo a tese de Carlos Alberto da Mota Pinto. Porém, indaga-se acerca da causa como elemento para delimitar no caso concreto a cessão de contrato.

No contexto da teoria da decomposição, a causa da cessão de contrato é a troca entre cessão de crédito e assunção de dívida. Já para a teoria unitária, seria correto visualizar a causa da cessão de contrato como a transmissão da posição contratual, fazendo-se referência à noção objetiva de causa: sua função sócio-econômica.

Porém, Carlos Alberto da Mota Pinto considera que a causa não é elemento autônomo do negócio jurídico, restando abrangido pelo seu conteúdo. Por isso, sua investigação concentra-se no objeto mediato da cessão de contrato, e recorre à vontade das partes para determinar o negócio resultante da situação acima descrita:

...se não houve o claro intuito de transferir a posição da parte contratual. Se houve esse claro intuito, pois, então haverá uma autêntica cessão de contrato unitária, pese embora à fórmula que as partes empregaram; se não esteve presente essa intenção, verificam-se apenas os efeitos da cessão de créditos e da assunção de dívidas, entre os quais não está a transmissão dos direitos potestativos atribuídos aos contraentes em função do fim do contrato.[51]

Indaga-se: em um contexto da “obrigação como um processo”, capaz de delinear a autonomia da cessão da posição contratual, recorrer a uma interpretação restrita à intenção das partes, não seria, em última instância, render-se a um voluntarismo jurídico já superado?

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PROJEÇÃO DO DEBATE DA CESSÃO DE CONTRATO PARA O DIREITO BRASILEIRO

A cessão da posição contratual não encontra disciplina expressa no Código Civil brasileiro, porém, é admitida por força do princípio da liberdade contratual, art. 425, do Código Civil. Isto significa que o Código Civil de 2002 não recepcionou a cessão da posição contratual como figura autônoma, acolhendo o princípio da mobilidade das obrigações de forma mitigada.

Poder-se-ia mesmo indagar se algumas figuras positivadas não corresponderiam a esta consagração: substabelecimento com anuência do substabelecido (art. 667, *fine* do Código Civil), trespasse empresarial (art. 1143 do Código Civil), fusão e incorporação societária (arts. 227 e 228 da Lei nº 6.404/1976), compromisso de compra e venda de imóvel loteado (art. 31 e parágrafo único da Lei nº 6.766/1979), da locação de imóvel urbano (art. 13 da Lei 8.245/1991), transferência de concessão celebrada com a Agência Nacional de Petróleo (art. 29 da Lei nº 9.478/1997) e cessão de quotas ou ações como forma de preservação da sociedade (art. 50, II da Lei nº 11.101/2005).

A falta de uma disciplina genérica para a figura revela a opção pela teoria da decomposição, que concebe a cessão de contrato como contrato misto de cessão de crédito e assunção de dívida[52]. Não revela a transmissão da posição contratual como uma unidade. Portanto, não se acolhe a obrigação como uma relação jurídica complexa, capaz de explicar a natureza unitária da cessão de posição contratual.

Interessante notar, no entanto, que parte da doutrina já salientava sua unidade quando analisando o Código Civil de 1916. Neste sentido é a opinião de Darcy Bessone que afirmava: “Realmente, não parece necessário fragmentar a entidade contratual, dissociando os direitos e obrigações, para explicar-se a cessão da posição contratual, tão freqüentemente praticada e até mencionada pela lei (art. 1.201, parágrafo único, do CC e art. 2º da Lei n. 1.300, de 28-12-1950).”[53] Por outro lado, o art. 1.078 do Código Civil de 1916 previa a aplicação, por analogia, das regras concernentes à cessão de crédito.

Na jurisprudência, a falta dessa autonomia e a opção pela teoria da decomposição revela-se em decisões que atribuem à cessão de crédito efeito próprio de cessão de contrato:

Civil. Cessão de crédito. Rescisão do contrato que o gerou. A ação de rescisão contratual é de quem participou do contrato – não, do cessionário dos créditos decorrentes desse ajuste; acórdão que atribuiu à cessão de crédito efeito próprio de cessão de contrato. Recurso especial reconhecido e provido.[54]

Parte da doutrina também segue esta linha de raciocínio quando afirma a combinação da cessão de crédito e assunção de dívida para formação da cessão contratual[55] ou mesmo a aplicação analógica das regras atinentes à cessão de crédito[56].

Porém, nossos tribunais não ignoram a teoria unitária, que se revela em julgados que ao visualizar a cessão de contrato como fonte de uma relação jurídica complexa, conferem autonomia à figura. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Cessão de contrato de arrendamento mercantil. Direitos e obrigações que lhe são anteriores. Cessionário que pleiteia a revisão do contrato. Abrangência das prestações anteriores adimplidas pelo cedente. Legitimidade do cessionário reconhecida. Recurso provido.

A celebração entre as partes de cessão de posição contratual, que englobou créditos e débitos, com participação da arrendadora, da anterior arrendatária e de sua sucessora no contrato, é lícita, pois o ordenamento jurídico não coíbe a cessão de contrato que pode englobar ou não todos os direitos e obrigações pretéritos, presentes ou futuros, inclusive eventual saldo credor remanescente da totalidade de operações entre as partes envolvidas.

A cessão de direitos e obrigações oriundos de contrato, bem como os referentes a fundo de resgate de valor residual, e seus respectivos aditamentos, implica a transferência de um complexo de direitos, de deveres, débitos e créditos, motivo pelo qual se confere legitimidade ao cessionário de contrato (cessão de posição contratual) para discutir a validade de cláusulas contratuais com reflexo, inclusive, em prestações preterias já extintas.

A extinção do dever de pagamento da prestação mensal não se confunde com a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais, pois esta decorre do direito de acesso ao Poder Judiciário e habilita a parte interessada a requerer o pagamento de diferenças pecuniárias incluídas indevidamente nas prestações anteriores à cessão contratual, pois foram cedidos não só os débitos pendentes como todos os créditos que viessem a ser apurados posteriormente.[57]

No mesmo sentido o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Agravo de instrumento - Ação de indenização por ato ilícito com pedido de tutela antecipada para a recorrida fornecer carta de liberação do veículo negociado - Liminar não concedida - Cessão de contrato que engloba a totalidade dos direitos e obrigações - Autor que figura como cessionário em ajuste de transferência de quota de consórcio - Pagamento de todas as prestações - Existência de saldo devedor decorrente do atraso do adimplemento das parcelas causado pelo cedente - Dever do recorrente em arcar com o pagamento do aludido quantum - Recurso não provido.[58]

Em contratos do sistema financeiro habitacional, a falta de anuência do credor hipotecário, é suprida pelo recebimento das prestações, deixando-se de declarar a nulidade da cessão do contrato. Há nestes casos, verdadeira renúncia tácita, nas entrelinhas das quais, nossos tribunais reconhecem a função de controle da boa-fé objetiva ao limitar o exercício de prerrogativas individuais:[59]

Sistema financeiro da habitação. Transferência de financiamento. Não intervenção do agente financeiro. Contrato de gaveta. Pagamento integral do mútuo. Situação consolidada pelo lapso temporal. Se a transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade. Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistirem à formalização da transferência.[60]

Percebe-se, pois que a cessão de posição contratual supera a simples concepção de transmissão de riquezas e, em termos mais contemporâneos, pode-se dizer que a cessão da posição contratual ganha foros de “criação de riquezas”[61] potencializando o próprio papel do contrato.

Porém, a adequada compreensão do instituto se faz necessária. Embora a codificação não o tenha mencionado expressamente, é certo que esse negócio subsiste na *práxis* contratual brasileira. Somente a construção crítica de seu conceito, superando os contornos do estreito voluntarismo, permitirá a plenitude do desenvolvimento de seu papel funcional e social, mais adequado com tempos de repersonalização das relações privadas[62].

REFERÊNCIAS

ANELLI, Franco. Cessione del contrato. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, p. 261-299. Ano XLII, n. 2, mar-apr., 1996.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DEQUECH, Luciano. A cessão da posição contratual. *In* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.443-462.

DIEZ-PICAZO, **Fundamentos de derecho civil patrimonial**. 5ª. Ed. Madrid: Civitas, 1996, V.2.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLOUR, Jean-Luc Aubert Jacques. **Les obligations** : le rapport d'obligation. 2ª. Ed. Paris : Armand Colin, 2001, V. 3, Série Droit Privé.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil**: obrigações, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 2.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**. Lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 2.

GOZZO, Débora. Cessão de Direitos. In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.) **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 361-383.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.) **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 337-364.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Contrato e Mudança Social. In **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, dez. 1995, ano 84, Vol. 722. p. 40-45.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de direito do consumidor**. Ano 11, v. 43, p. 215-257, jul.-set., 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. Vol. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, v. XXII. Campinas: Bookseller, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida Editora, 1970.

_____. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

PESCATORE, Valério. Cessione del contratto ed interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 1999, ano LIII, p. 583-604.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações, 30. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Coimbra, 1997.

TEPEDINO, As relações de consumo e a nova teoria contratual. In _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Vol. 2.

[1] Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, “Constitui esse tipo de contrato o meio dirigido à circulação da relação contratual, isto é, à transferência *ex negotio* por uma das partes contratuais (cedente), com o consentimento do outro contraente (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida Editora, 1970, p.71-72).

[2] A saber: cessão de crédito (arts. 286 e seguintes do Código Civil brasileiro), assunção de débito (arts. 299 e seguintes do Código Civil brasileiro) e sub-rogação pessoal (arts. 346 e seguintes do Código Civil brasileiro).

[3] LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, dez. 1995, ano 84, Vol. 722. p. 40-45.

[4] DIEZ-PICAZO, **Fundamentos de derecho civil patrimonial**. 5ª. Ed. Madrid: Civitas, 1996, V.2., p. 50-51

[5] DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 51.

[6] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, v. XXII. Campinas: Bookseller, 2003, p. 264.

[7] VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 2, p. 388.

[8] MOTA PINTO, **Cessão de...**, p. 112-113.

[9] ROPPO, op. cit., *passim*.

[10] ROPPO, op. cit., p. 64.

[11] ROPPO, op. cit., p. 66.

- [12] SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 26.
- [13] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 384.
- [14] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 387.
- [15] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 387.
- [16] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.
- [17] “De nossa parte, apenas observamos que talvez fosse mais correto falar em ‘sistema’ do que em ‘conjunto’ ou ‘processo’; por isso, temos falado em relação obrigacional complexa, sistêmica ou sistema obrigacional” (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159).
- [18] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 6.
- [19] COUTO E SILVA, op. cit., p. 120.
- [20] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 393.
- [21] Tal leitura deve presidir o “microsistema” das relações de consumo, afastando-se de sua concepção, a auto-suficiência esboçada por Natalino Irti: dotado de princípios próprios e de uma hermenêutica afeta à “tábua de valores setoriais” (TEPEDINO, As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In* _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 211). Rendendo-se às críticas esboçadas por Gustavo TEPEDINO, semelhante auto-suficiência não poderia ser aceita, eis que a interpretação do sistema consumerista à luz de valores constitucionais mostra-se como fator de ampliação daquela disciplina jurídica.
- [22] MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de direito do consumidor**. Ano 11, v. 43, p. 215-257, jul.-set., 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais., p. 218.
- [23] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 384.
- [24] COUTO E SILVA, op. cit., p.10-11.
- [25] No Código Civil francês, encontram-se diversos dispositivos sobre cessão de contrato: Art. 1717: cessão da locação; art. 1601-4: cessão dos direitos de um comprador de um imóvel a ser construído; art. 1831-3: direitos do mestre da obra sobre o projeto de construção em virtude de um empreendimento imobiliário; Lei 132, art.16: cessão em contratos de edição; Lei 8 de julho de 1989: cessão pelo locatário do uso do imóvel.

[26] MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. Vol. 1, p. 122.

[27] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 84.

[28] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 83.

[29] A *Common Law* não conhece formas semelhantes de transmissão da posição contratual, comportas por elementos ativos e passivos, segundo Franco Anelli. (ANELLI, Franco. Cessione del contrato. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, p. 261-299. Ano XLII, n. 2, mar-apr., 1996, p. 261-299).

[30] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 77.

[31] FLOUR, Jean-Luc Aubert Jacques. **Les obligations : le rapport d'obligation**. 2ª. Ed. Paris : Armand Colin, 2001, V. 3, Série Droit Privé, , p. 251.

[32] DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 873-874.

[33] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 55.

[34] MIRANDA, op. cit., p. 454.

[35] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 169.

[36] Amparando-se em Kant, Savigny desenvolve o conceito de relação jurídica como um organismo, e a prevalência do direito subjetivo nela inserida, deve-se a Widescheid. É o retorno da Escola Histórica aos textos justinianeus. (MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 264-269)

[37] MIRANDA, op. cit., p. 454.

[38] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 265.

[39] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 234.

[40] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 236.

[41] DIEZ- PICAZO, op. cit., p. 127.

[42] DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 874.

[43] Sobre o assunto consultar: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**. Lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

[44] **Cessão de crédito e assunção de dívida : o que diferencia a cessão de contrato da cessão de crédito e assunção de dívida é o fato de a transmissão abranger simultaneamente direitos e deveres de prestar (créditos e débitos), enquanto a cessão de crédito transmite apenas um crédito e a assunção de dívida somente um débito. Nos termos de Darcy Bessone: “O problema jurídico é obviamente diverso: na cessão de**

crédito, opera-se substituição apenas no lado ativo, mantendo-se inalterado o lado passivo da relação obrigacional; na cessão do contrato, envolve-se um complexo, um todo unitário, em que se interligam direitos e obrigações.” (BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p.181)

Contrato derivado ou subcontrato: Contrato derivado é aquele em que uma pessoa celebra com terceiro, utilizando posição que lhe advém de um contrato anterior de mesma natureza. Em ambos há um contraente que aproveita a posição jurídica resultante de um contrato anterior. Mas, enquanto na cessão do contrato o cedente demite-se de sua posição contratual, pois a transmite terceiro, no contrato derivado ou subcontrato, o contraente mantém sua posição contratual, criando apenas um novo contrato da mesma natureza com terceiro. Na cessão de contrato há uma modificação subjetiva, em um novo titular, o cessionário, assume o lugar do anterior, o cedente. Já no contrato derivado, há criação de uma segunda relação contratual, sem alteração dos sujeitos da primeira, sendo que um deles é ao mesmo tempo, titular de uma e de outra.

Sub-rogação legal no contrato: ocorre quando uma pessoa se substitui a outra na posição jurídica nascida de um contrato bilateral. Ex: A, locador de um imóvel a B, vende-o a C. Trata-se de um novo proprietário obrigado a aceitar a locação. O novo proprietário sucede nos direitos e obrigações do locador, ficando sub-rogado em seu lugar. Há outros casos, como o adquirente que por sucessão legítima ou testamentária, ou em hasta pública, adquire a propriedade loteada e inscrita, sub-roga-se nos direitos e obrigações dos alienantes, artigo 9º, DL 58/37.

Enquanto a sub-rogação tem por fonte direta a lei, sem necessidade de consentimento do cedido, a cessão do contrato nasce do acordo entre as partes e necessita do consentimento do contraente cedido. Nos efeitos, ambas se identificam, pois se constituem na substituição de uma pessoa por outra, na titularidade da posição jurídica resultante de um contrato bilateral.

Adesão ao contrato: nesta, há um terceiro que assume a posição jurídica que tem uma pessoa em um contrato, mas ao lado dela, e não em substituição dela. Enquanto a cessão do contrato aproxima-se da cessão de crédito e da cessão de débito, a adesão de contrato aproxima-se da assunção de débito cumulativa.

[45] PESCATORE, Valério. Cessione del contratto ed interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 1999, ano LIII, p. 583-604.p. 267.

[46] BESSONE, op. cit., p. 181; DEQUECH, Luciano. A cessão da posição contratual. *In* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.443-462, p. 447; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 2., p. 227; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil**: obrigações, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 2., p. 257; GOMES, Orlando. **Obrigações**, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 213; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações, 30. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2, p. 111; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 448; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 277; VENOSA, Sílvio

de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Vol. 2, p.189-190. Alguns autores advertem, no entanto, que existiriam situações em que a própria legislação dispensaria a anuência do cedido, tratar-se-ia da chamada cessão imprópria. Seriam exemplos dessa última: incorporação e fusão societária (arts. 227 e 228 da Lei nº 6.404/1976), compromisso de compra e venda de imóvel loteado (art. 31, parágrafo único da Lei nº 6.766/1979). Adverte Bdine Júnior que a anuência do cedido é essencial à validade do contrato, embora sua recusa não possa ser exercida de forma abusiva (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.127-128).

Minoritário é o posicionamento de Débora Gozzo que entende não ser o contrato plurilateral vez que o cedido não seria parte do contrato, embora sua concordância seja indispensável (GOZZO, Débora. Cessão de Direitos. *In* PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.) **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 361-383, p. 381-382). Betti, ao seu turno, esclarece que o consentimento do cedido é indispensável, ainda, que a declaração de sua vontade seja estranha à causa do contrato (BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 579).

[47] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 165.

[48] VARELA, op. cit., *passim*.

[49] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 245

[50] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 246.

[51] MOTA PINTO, **Cessão da posição**..., p. 247.

[52] “Enquanto isso não ocorre [tipificação da cessão de posição contratual], o que se observa é que os tribunais deverão seguir a tendência de aplicar à cessão da posição contratual as regras atinentes à cessão de crédito e assunção de dívida, que, conforme se tentou demonstrar neste trabalho, são negócios jurídicos semelhantes mas distintos.” (DEQUECH, op. cit., p. 462.).

Já Hamid Bdine Júnior não concorda que tenha havido opção pela decomposição “na medida em que o fato de admitir recurso às regras da transmissão das obrigações para a cessão da posição contratual não implica, obrigatoriamente, reduzi-la a uma mera somatória da cessão de crédito e assunção de dívida.” (BDINE JUNIOR, op. cit., p. 123).

[53] BESSONE, op. cit., p. 181.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 97.554-SP, rel. Min. Ari Pargendler. Jul. 25.04.2000.

[55] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 206-207.

[56] RODRIGUES, op. cit., p. 117; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 447.

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 356.383-SP, rel. Min. Nancy Andrighi. Jul. 05.02.2002.

[58] SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2001.020022-8, rel. Des. Gastaldi Buzzi. Jul. 06.05.2004.

[59] Sobre esse assunto consultar: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 355.771-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Jul. 18.11.2003.

[61] “Pode-se identificar muitas vezes, por intermédio da cessão de créditos (bem como da assunção de dívidas e da cessão da posição contratual), autênticas operações de ‘criação de riquezas’ ampliando consideravelmente a função prático-social deste tradicional instituto. As operações de *factoring* representam um exemplo eloqüente.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coord.) **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 337-364, p.363).

[62] Advirta-se, por fim, que embora a afirmação possa parecer paradoxal, vez que a cessão advém, justamente, de certa “objetivação” da relação obrigacional, pretende-se por repersonalização a compreensão antropocêntrica do Direito, voltado a consecução das garantias fundamentais.

SOCIEDADE EM COMUM: REGULARIDADE E PROVAS DE SUA CONSTITUIÇÃO*

COMMON SOCIETY: REGULARITY AND EVIDENCE OF ITS CONSTITUTION

Henrique Lanza Neto

RESUMO

O presente artigo trata da controvérsia existente na caracterização da regularidade da Sociedade em Comum e da amplitude de possibilidades na produção de provas de existência da mesma nas relações entre os sócios e destes com terceiros. Analisa-se a necessidade ou não de limitação ao direito dos sócios imposta pelo artigo 987 do Código Civil bem como sua adequação aos parâmetros constitucionais e processuais no Estado Democrático de Direito Brasileiro. O estudo normativo, hermenêutico, principiológico e doutrinário é o marco inicial para se entender as peculiaridades que envolvem a questão, passando-se, por conseguinte, à análise do tema sob o enfoque traçado pela Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE EMPRESA. SOCIEDADE EM COMUM. REGULARIDADE. PROVA.

ABSTRACT

This article discusses the controversy that exists in the characterization of regular society in common and range of possibilities in the production of evidence for the existence of same in relations between the shareholders and those with third parties.

An analysis of whether or not the need for limiting the right of members required by Article 987 of the Civil Code as well as their compliance with the procedural and constitutional parameters in the democratic rule of Brazilian Law.

The normative study, hermeneutic, principle and doctrinaire is the first milestone to understand the peculiarities surrounding the issue, but it is therefore reviewing the issue under the approach outlined by the Constitution of the Republic.

KEYWORDS: LAW FIRM. COMMON SOCIETY. REGULARITY. PROOF.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. INTRODUÇÃO

A discussão no presente trabalho gira em torno da regularidade da sociedade em comum regulamentada no Livro II, Título I, Subtítulo I, Capítulo I do atual Código Civil (artigos 986 a 990) e da restrição ao direito dos sócios no que tange à limitação da possibilidade produção de outras provas além da escrita (art. 987 do Código Civil).

Uma noção geral será dada acerca do tipo societário denominado Sociedade em comum, suas principais características e a ausência de razoabilidade, coerência legal e constitucional do artigo 987 do CC².

Analisa-se o ato constitutivo das sociedades empresárias e das situações de regularidade ou irregularidade da Sociedade em Comum, comparando-a com os demais tipos societários.

Noutro âmbito, a questão probatória de existência da Sociedade em Comum terá como foco a exegese do art. 987 do CC sob as óticas Civilística e Constitucional do instituto da prova.

Portanto, através do presente estudo, buscaremos empreender uma reflexão acerca das questões atinentes à regularidade da Sociedade em Comum e da prova de existência da mesma.

2. A SOCIEDADE EM COMUM

A sociedade em comum é um tipo societário não personificado, constituída de fato por sócios para o exercício de atividade empresarial ou produtiva, com repartição dos resultados.

A sociedade em comento, está regulamentada pelos artigos 986 ao 990 do atual Código Civil e a ela aplicam-se subsidiariamente e no que forem compatíveis, as normas da sociedade simples (artigos 997 ao 1.000 do CC).

Este tipo societário é caracterizado pela: 1) ausência de constituição regular perante o órgão competente (não personificação); 2) preocupação dos sócios voltada para regras internas e distribuição interna de atribuições; 3) possibilidade de todos os sócios exercerem poderes de gestão e representação, ainda que em nome próprio; 4) inexistência de separação patrimonial (entre o dos sócios e da sociedade), entretanto, há destinação de patrimônio próprio, especial e empregado no objeto da sociedade; 5) responsabilidade em comum e ilimitada dos sócios de modo solidário e igualitário entre

si; 6) possibilidade de cessão total ou parcial de quotas a terceiros, tendo em vista o disposto no art. 5º, inciso XX da CR/88³; 7) responsabilidade dos sócios prevalecer até a prática de atos pela sociedade; 8) flexibilidade, ou seja, possibilidade de alteração de qualquer cláusula essencial da sociedade⁴; 9) Exclusão do benefício de ordem, ou seja, os bens dos sócios poderão ser executados por dívidas da sociedade, ainda que não se execute a própria sociedade (art. 990 c/c art. 1.024 do CC).

Diante das características anteriormente elencadas, e pelo fato das legislações anteriores serem omissas acerca dessa modalidade de sociedade, controvérsias tem surgido quando nos deparamos com situações que envolvam a mesma. Especificamente em relação ao tema abordado, a divergência cinge-se à possibilidade ou não dos sócios em comum produzirem quaisquer meios de provas, tanto nas relações entre si, quanto nas envolvendo terceiros, isto diante do que dispõe o art. 987 do CC.

Exemplificando: no caso de um sócio (casado sob o regime de comunhão de bens) que fecha verbalmente e de forma parcelada um negócio pela sociedade em comum, entrega o produto, recebe parte da importância avençada e no caminho de volta sofre um acidente e vem a falecer. Atendendo a exigência do art. 987 do CC, como não há documento escrito, não poderão os sócios provar a existência da sociedade em relação a terceiros (comprador e esposa sobrevivente) no intuito de reaver o que era devido ou de resguardar os interesses da sociedade. Já em relação à esposa do falecido ou àquele que contraiu obrigação com a sociedade, poderão utilizar-se de qualquer meio de prova para, respectivamente, reaver a importância que portava o sócio falecido e exigir o cumprimento do restante da obrigação.

No exemplo acima, questiona-se se haveria qualquer razoabilidade ou coerência legal e constitucional na solução empregada e adotada pelo atual Código Civil em seu art. 987.

Ora, se a inspiração do art. 987 do CC foi coibir o “mau uso” da sociedade sob qualquer forma, esta se mostrou infeliz na medida em que resultou numa solução desprovida de razoabilidade e coerência com o direito fundamental à ampla possibilidade de produção de provas (art. 5º, LVI da CR/88).

Fato é que, nada obstante inexistir quaisquer formalidades para a constituição de sociedade em comum esta é uma sociedade e, como tal, não pode ser tratada de forma desigual em relação às demais.

3. Personificação da Sociedade - Sociedade Regular, Irregular e Sociedade em Comum

O ato constitutivo da sociedade empresária, ou seja, a sua personificação, em regra, é concluída através do instrumento denominado Contrato Social que deverá ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis (Juntas Comerciais), através do qual

os sócios organizam as regras básicas de funcionamento da sociedade, tal como o montante do capital social e a contribuição devida por cada um dos sócios, a forma de administração da sociedade, o objeto social, o prazo de sua duração etc. (BERTOLDI, 2006, p. 142)

Assim, salvo nos casos expressamente previstos em lei, em regra, a sociedade regular é aquela cujos atos constitutivos foram regularmente inscritos no respectivo registro legalmente especificado⁵ (art. 45 c/c 967 e 998, todos do Código Civil).

Excepcionando referida regra geral, o atual Código Civil apresenta a Sociedade Simples, cujo ato constitutivo se realiza mediante contrato escrito, particular ou público devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (artigos 997 e 998 do CC).

Outrossim, são apresentadas as Sociedades em Comum e em Conta de Participação classificadas como Não Personificadas por não terem os seus atos constitutivos realizados sob uma das formas anteriormente especificadas.

Nesse sentido, especificamente em relação à Sociedade em Comum, surgem controvérsias⁶ acerca da regularidade ou não dessa, visto a sua diferenciada forma de constituição.

Buscando apresentar uma solução acerca dessa questão, tomemos como parâmetro as definições que nos dá Aurélio Burque de Holanda Ferreira ao dizer que irregular é tudo aquilo *contrário à lei ou à justiça* (FERREIRA, 2001. p. 433) e regular a ação *segundo as regras, as leis* (FERREIRA, 2001. p. 630).

Diante dessas definições, e buscando sedimentar uma análise gramatical do tema, conclui-se que sempre será irregular a situação contrária às disposições legais e, regular a situação que mantém coerência com a lei. Conseqüentemente, estando a Sociedade em Comum funcionando em conformidade com a lei⁷, é regular.

Noutro giro, em relação ao entendimento doutrinário do Direito de Empresas brasileiro, é de extrema importância ponderar-se acerca da diferenciação das sociedades irregulares e sociedades em comum. Destarte, adota-se o posicionamento de Fran Martins, ao ressaltar que será irregular a sociedade

que se organiza legalmente, arquiva seus atos constitutivos no Registro do Comércio mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua a sociedade a funcionar irregularmente, perdendo, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual) (MARTINS, 1998. p. 237)

Via de consequência, as sociedades em comum apesar de não terem seus Contratos Sociais arquivados no órgão competente, somente serão irregulares acaso seus sócios pratiquem atos que desnaturem esta forma societária, já que é um tipo de sociedade não personificada, com previsão legal, constituída para o exercício de atividade empresarial.

Ou seja, a regularidade ou não da sociedade em comum está condicionada aos atos praticados pela mesma e sua coerência legal, e não à sua forma de constituição.

Enfim, não se classifica uma sociedade como irregular se a mesma atende a todos os requisitos estabelecidos pelo próprio Código Civil como acontece com a sociedade em comum, caracterizada pela despersonificação.

Essa abordagem faz sentido quando se analisa os efeitos da licitude ou não dos atos praticados em nome da sociedade em comum e a sua regularidade como atividade empresarial. Por conseguinte, conforme adiante será demonstrado acerca da possibilidade de produção de provas por parte dos sócios nessa forma societária, deve-se, outrossim, passar pela análise da licitude e regularidade da sociedade em comum, a fim de que se busque uma coerência constitucional e exegética do instituto da prova em relação àquela.

4. A PROVA DE EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Diante da clareza e obviedade, no que tange as formas societárias definidas pela lei, inexistem fatores que se destoam acerca das provas possíveis de se produzir que atestem a existência da sociedade (Ex.: Contrato Social registrado; no caso da Sociedade Simples, contrato público ou particular devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, etc).

Entretanto, em relação à sociedade em comum, apesar da clareza do artigo 987 do CC, cumpre-nos proceder à análise de sua coerência com as demais normas editadas pelos legisladores ordinários e originários.

4.1. A Exegese do Artigo 987 do Código Civil

Na sociedade em comum, por determinação legal (art. 990 do CC), os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade, ou seja, seus próprios bens servem para o adimplemento destas.

Isto se dá porque estamos diante de um tipo societário que não teve seu ato de constituição devidamente inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967, do CC) ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (art. 998 do CC), o que dificulta sobremaneira proceder-se à separação de bens dos sócios do acervo patrimonial da sociedade.

Diante do contexto legal da sociedade em comum, inseriu-se o artigo 987 no vigente Código Civil, que impossibilitou os sócios desse tipo societário em produzir provas de existência da sociedade que não fosse à escrita.

Ora, tal vedação só faria sentido se fosse a única alternativa de defender o direito de terceiros ou dos sócios contra eventuais atos ilícitos praticados pelos próprios sócios em comum. Entretanto, não o é.

Como já dito, um dos enfoques dado pelo dispositivo legal em comento diz respeito à proteção de terceiros contra a utilização da sociedade em comum com o objetivo de lesar o interesse daqueles. Contudo, além de incongruente com o Código Civil o mesmo tem sua existência desnecessária haja vista que, havendo a possibilidade de produção de todos os meios de prova por parte dos sócios a fim de atestar a existência da sociedade e esta for utilizada para a prática de lesão a direito de terceiros, a mesma será considerada como ato ilícito a teor dos artigos 186 e 187 do Código Civil, que prescrevem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Assim, acaso inexistisse o disposto no artigo 987 do Código Civil, quaisquer meios de provas utilizadas – tanto por terceiros como por sócios em comum – que buscassem acobertar ato ilícito ou sejam consideradas como tal, gerará a desconsideração da prova a teor dos dispositivos retro citados e do art. 5º, LVI da CR/88, além do dever de indenizar daquele que praticou o ato.

Ressalte-se, outrossim, que o artigo 987 do Código Civil se mostra incongruente com o artigo 188⁸ do mesmo diploma legal, visto que, impedem os sócios de produzirem outros meios de provas com o objetivo de defender seus direitos e os da sociedade contra atos de terceiros.

Em outro sentido, a redação do artigo 987 representa restrição e contraria o disposto no artigo 212^o, ambos do Código Civil, que concede a todos o direito na utilização irrestrita dos meios de prova existentes para atestar o fato jurídico.

Nesse âmbito, cumpre destacar que a enumeração do citado artigo 212 é meramente exemplificativa, conforme próprios ensinamentos de Maria Helena Diniz:

O art. 212 arrola de modo exemplificativo e não taxativo os meios de prova dos atos negociais a que não se impõe a forma especial, que permitirão ao litigante demonstrar em juízo a sua existência, convencendo o órgão judicante dos fatos sobre os quais se referem. (FIUZA. 2002. p. 208)

Supramencionado artigo trata de negócio jurídico a que não se impõe forma especial, como é a forma da sociedade em comum, motivo pelo qual se aplica plenamente a esse tipo societário.

4.2. Análise do Art. 987 do CC sob o enfoque Constitucional

Outra análise a que deve ser submetida o art. 987 do Código Civil refere-se à sua adequação ou não à ordem constitucional vigente, posto que não se

permite que consideremos *naturais*, inquestionáveis e necessários, como se decorressem da própria natureza das coisas, atos contrários às normas mais mezinhas de correção constitucional, assecuratórias dos direitos elementares da cidadania frente ao governo, perpetrados, exatamente, pelo mais alto dignatário do país. (NETTO, 1992. p. 205)

E tal fato se justifica, pois na hermenêutica constitucional

A postura exigida do intérprete é diferenciada, já que a Constituição ocupa o grau último da ordem jurídica. Assim, a supremacia da Constituição quanto às demais

normas do Direito é uma especificidade própria da qual decorre uma série de limitações a seu intérprete, podendo-se citar a denominada “interpretação conforme a Constituição”. (TAVARES, 2007. p. 79)

Destarte, considerando a ordem constitucional a que se submetem as demais normas de direito, dela, outrossim, não escapa o art. 987 do CC.

Nesse sentido, no que tange à amplitude das provas possíveis de se produzir no direito pátrio, estabelece a CR/88¹⁰:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

(...)”

Na análise do transcrito dispositivo legal é possível concluir facilmente que, no processo, são admissíveis todas as provas, exceto as obtidas por meios ilícitos.

Cumpra ressaltar que, apesar de mencionada norma constitucional tratar especificamente da produção de provas no processo, tem seu âmbito de abrangência à toda e qualquer relação jurídica, seja ela processual ou não. Para se chegar a esta conclusão, busca-se inspiração em Chaim Perelman e utiliza-se do “tipo de argumento”, denominado *a fortiori* que é umas das formas das quais permite interpretar o texto legal consoante a vontade do legislador.

O tipo de argumento *a fortiori*

É um procedimento discursivo segundo o qual, sendo dada uma proposição, que afirma uma obrigação (ou outra qualificação normativa) de um sujeito (ou classe de sujeitos), deve-se concluir pela validade e pela existência como disposição jurídica de uma disposição diferente que afirma a mesma obrigação (ou outra qualificação normativa) de outro sujeito (ou classe de sujeitos) que esteja (ou estejam) em condições de merecer,

com mais forte razão que os primeiros, a qualificação normativa que a primeira disposição conferia a estes. (PERELMAN, 2000. p. 76)

Perelman, ao trabalhar este tipo de argumento, apresenta, ainda, 2 formas de aplicação prática do mesmo, quais sejam: *a minori ad maius* e *a maiori ad minus*¹¹. Nesse panorama, ao caso em discussão, aplica-se a forma *a minori ad maius* no seguinte sentido: se é vedado no processo a produção de provas obtidas por meios ilícitos, com mais forte razão (*a fortiori*) é vedado no âmbito de qualquer relação jurídica.

Destarte, se no processo é possível a produção de todos os meios de provas, com mais forte razão (*a fortiori*) o será em todas as relações jurídicas.

Outrossim, no que concerne a liberdade de produção de provas no direito pátrio, o art. 5º, LVI da CR/88 estabelece, nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, o “âmbito de proteção” e a respectiva “restrição”¹².

Apresenta mencionado autor a definição de “âmbito de proteção” como sendo *aquela parcela da realidade (Lebenswirklichkeit) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial, ou, se se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*. (MENDES, 2004. p. 152).

Entretanto, esse âmbito de proteção do direito fundamental não é aplicável de forma irrestrita e sua definição precisa somente haverá *de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito* (MENDES, 2004. p. 152).

E arremata:

a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificações das *reservas legais de índole restritiva*. (MENDES, 2004. p. 152/153)

Feitas estas considerações, analisando-as em consonância com o art. 5º, LVI da CR/88, o *âmbito de proteção* deste *restringe-se* ao direito fundamental na produção de todos os meios de prova àquelas obtidas por meios lícitos. Ou seja, ao vedar a produção de

provas obtidas por meios ilícitos, permitiu-se a utilização das demais, sem restrições, por qualquer pessoa.

Por outro lado, possuindo o direito à produção de quaisquer meios de prova caráter de direito fundamental, obriga *a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, seja o Executivo, seja o Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal* (MENDES, 2004. p. 114).

Nesse sentido, quaisquer restrições ao direito especificado no art. 5º, LVI da CR/88, além da ali já constante, sejam elas oriundas do Executivo, Legislativo ou Judiciário não são legítimas e, portanto, ineficazes. E é assim que ocorre com o art. 987 do atual Código Civil, posto que, além de ferir o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*) estabelece restrição que extrapola os limites do *núcleo essencial* do direito fundamental sob discussão.

Conforme já discorrido, a restrição imposta pelo art. 987 do CC ao direito dos sócios na produção de outras provas que não as escritas representa por parte do legislador, uma afronta ao princípio de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, o *âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em lei (reserva legal)* (MENDES, 2004. p. 116). Ou seja, o legislador, na emissão de seus atos, tem plena vinculação aos direitos fundamentais e, nesse sentido, se a ele cumpre estabelecer os contornos de um direito fundamental, seja impondo restrições, seja firmando restrições, essa tarefa deve obedecer aos estritos limites constitucionais.

Assim,

O legislador deve atar-se aqui não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/reserva legal qualificada), mas também aos chamados limites dos limites (*schranks-schranks*), especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial (*wesengehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (MENDES, 2004. p. 116)

Portanto, a restrição imposta pelo disposto no art. 987 do CC é ineficaz frente ao direito constitucional à ampla produção de provas, posto que, apesar do papel do legislador consubstanciar-se no estabelecimento de limites para determinados direitos individuais, o mesmo está vinculado observância dos próprios limites fixados pela Constituição no que concerne à imposição de limitações e restrições. E, no caso do art. 5º, LVI da CR/88, o legislador constituinte já fixou de pronto as limitações à garantia na produção de provas, qual seja: Vedada a produção de prova obtida por meios ilícitos, como já dito, no âmbito de toda e qualquer relação jurídica, seja ela processual ou não.

Sabe-se que o legislador, ao estabelecer limitações e restrições, além de ter a obrigação de respeitar os estritos limites constitucionais, deve, outrossim, editar normas indispensáveis à concretização e implementação dos direitos fundamentais, o que não

revela a intenção do mesmo na edição do art. 987 do CC, já que não há qualquer direito fundamental de relevância tamanha ao ponto de emanar a necessidade de limitação ao art. 5º, LVI da CR/88.

Nesse âmbito

“O reconhecimento de que os direitos fundamentais tem um significado especial para a ordem jurídica objetiva – direito fundamental enquanto elemento da ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas, evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades ou pessoas que não estejam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais. Daí falar-se em um dever de proteção (*schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva.” (MENDES, 2004. p. 117)

Enfim, se o legislador pretendeu com o art. 987 do CC evitar o mau uso da sociedade em comum em relação a terceiros, tal vedação quanto à prova da sociedade já se encontrava expressa no texto constitucional, posto que esse “mau uso” resulta na ilicitude originária da prova e, por isso, vedada pelo inciso LVI do art. 5º da CR/88.

Na seara constitucional, ainda, há que se ressaltar que as disposições do art. 987 do CC representam restrição ao princípio da igualdade¹³ e, como já dito, os princípios constitucionais só podem ser restringidos para garantia da sua própria efetividade. E nas relações privadas esse traço é ainda mais forte, posto que os direitos fundamentais operaram ao mesmo tempo a favor e contra os dois partícipes.

Gilmar Ferreira Mendes ao tratar da eficácia da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de direito privado, traduz trecho da lavra de Konrad Hesse que:

destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado/cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de direito privado. (MENDES, 2004, p. 124/125)

Portanto, tendo os direitos fundamentais incidência direta nas relações privadas de forma a operar a favor e contra os dois partícipes da relação de direito privado, no que

tange à disposição do art. 987, do CC melhor sorte não acolhe à operância de seu mandamento, já que na relação de direito privado consubstanciada naquela entre os sócios de sociedade em comum e destes com terceiros, indene de dúvidas que todos os meios de prova poderão ser utilizados por todos, independentemente da relação havida, já que o inciso LVI do art. 5º da CR/88 não admite restrições do legislador ordinário ao direito ali conferido.

5. CONCLUSÃO

A irregularidade da sociedade em comum não é verificada pela ausência de arquivamento de eventual Contrato Social junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (art. 985 do CC) ou mediante contrato escrito, particular ou público devidamente inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (no caso da Sociedade Simples – artigos 997 e 998 do CC).

A bem verdade, a caracterização da sociedade em comum como regular é condicionada à coerência legal dos atos praticados pela mesma, e não à sua forma de constituição. Ou seja, sendo as atividades empresariais da sociedade em comum desenvolvidas em conformidade com a lei, é considerada como regular.

No que tange à questão probatória, só haveria fundamentos plausíveis para que restringissem o direito dos sócios como prognosticado no art. 987 do CC, acaso inexistissem outras formas de tutelar os interesses dos envolvidos nas atividades negociais da sociedade em comum. Entretanto, tal fato não ocorre. É que, havendo a possibilidade de produção de todos os meios de prova por parte dos sócios a fim de atestar a existência da sociedade e esta for utilizada para a prática de lesão a direito de interessados, a mesma será considerada como ato ilícito a teor dos artigos 186 e 187 do Código Civil, não sendo levada em conta.

Ainda, a redação do artigo 987 representa restrição e contraria o disposto no artigo 212, ambos do Código Civil, na medida em que destoa de um direito já estabelecido de que todos podem utilizar-se irrestritamente dos meios de prova existentes para atestar determinado fato jurídico.

Também, se mostra inadequada a redação do art. 987 do CC diante da ordem constitucional vigente. É que o art. 5º, LVI da CR/88 apresenta o direito à ampla possibilidade na produção de provas, vedando, contudo, as obtidas por meios ilícitos. Apesar de mencionada norma constitucional tratar especificamente da produção de provas no processo – com fundamento no argumento *a fortiori* apresentado por Chaim Perelman – tem seu âmbito de abrangência à toda e qualquer relação jurídica, seja ela processual ou não. Portanto, prevalece a regra do art. 5º, LVI da CR/88 sobre a do art. 987 do CC.

É que, o art. 5º, LVI da CR/88, firma *âmbito de proteção e restringe* o direito fundamental na produção de todos os meios de prova àquelas obtidas por meios lícitos. Portanto, ao vedar a produção de provas obtidas por meios ilícitos, permite-se a utilização das demais, sem restrições, por qualquer pessoa. E tal ato, advindo do Poder Legislativo originário, vincula todos entes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), motivo pelo qual, se mostra inconstitucional a restrição representada pelo art. 987 do CC (ato emanado do Poder Legislatvo).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLDI, Marcelo Marcos. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CATEB, Alexandre Bueno. *A Sociedade em Comum. Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI*. 5. ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2001.

FIÚZA, Ricardo. (coordenador). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva. 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed. Forense. Rio de Janeiro: 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A Sanção no Processo Legislativo*. Del Rey, Belo Horizonte: 1992.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Martins Fontes. São Paulo: 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Saraiva. São Paulo: 2007.

1 Advogado, Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC-MG, Mestrando em Direito e Instituições pela FUMEC.

2 Entenda-se CC como: Código Civil ou Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

3 “Art. 5º.

(...)

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.”

4 Entende-se por cláusulas essenciais aquelas especificadas no art. 997 do CC.

5 Código Civil, Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Já o artigo 967 do Código Civil estabelece: *É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.*

6 Fábio Ulhôa Coelho resume as lições aplicáveis à sociedade irregular ou de fato para concluir que o Código Civil em vigência a trata sob a mesma caracterização das sociedades em comum. (COELHO, 2008. p. 50). Já Fran Martins especifica que a sociedade somente será irregular se organizada legalmente, arquivando seus atos constitutivos conforme exige a lei e, posteriormente, pratica atos que desnatura o tipo social (MARTINS, 1998. p. 237)

7 Entenda-se lei no sentido de norma jurídica, que na definição de Luiz Antônio Rizzatto Nunes é um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos – e das pessoas jurídicas e demais entes. É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário. Pertencendo ao mundo da ética, daquilo que “deve ser” – o mundo das normas -, a norma jurídica opera com modais deônticos. Tais modais são basicamente três: de proibição, de obrigatoriedade e de permissão. (NUNES, 1999. p. 157-158)

8 “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

9 “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V – perícia.”

10 Entenda-se CR/88 como Constituição da República Federativa do Brasil.

11 PERELMAN, 2000. p. 76.

12 MENDES, 2004. p. 152.

13 Na medida em que estabelecem, de forma desigual, regras atinentes à produção de provas por sócios e terceiros. André Ramos Tavares, ao apresentar uma fórmula Lógico-jurídica do respeito à igualdade, prescreve: “É preciso que haja uma correlação lógica entre: 1) o traço diferencial eleito como ponto de apoio da desigualação que se pretende

instaurar; e 2) a desigualdade de tratamento sugerida em função do traço ou característica adotada. A desigualdade tem de estar em relação direta com a diferença observada. Não se pode tratar diversamente em função de qualquer diferença observada. Do contrário, todos os tratamentos discriminatórios estariam, em última instância, legitimados, já que claro está que todos se diferenciam uns dos outros. Além disso, exige-se que essa relação de pertinência a ser assim estabelecida não viole algum preceito constitucional.” (TAVARES, 2007. p. 528). Em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da igualdade proíbe a arbitrariedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional”. (MELLO, 1.993. p. 21-22)

**BOA-FÉ, EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:
A POSSIBILIDADE DE UMA REFLEXIVIDADE SISTÊMICA ATRAVÉS DE
PRINCÍPIOS CONTRATUAIS***

**GOOD FAITH, ECONOMIC BALANCE AND THE SOCIAL FUNCTION OF
THE CONTRACT: POSSIBILITY OF SISTEMIC'S REFLEXIVITY THROUGH
PRINCIPLES OF CONTRACT**

Jeferson Luiz Dellavalle Dutra

RESUMO

Neste artigo, o autor discute a necessária reconstrução da dogmática do Direito Privado a partir do direito contratual, mais precisamente dos princípios reformadores da teoria contratual contemporânea. O esgotamento da dicotomia entre direito privado e direito público reflete-se nas concepções de racionalidade material e formal que condicionam as principais estruturas normativas do instituto contratual. O reconhecimento, pelo sistema jurídico, de princípios como os da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato, é apontado como um exemplo privilegiado da configuração de uma racionalidade reflexiva no Direito Privado. Nesse contexto, assumir e aproveitar ao máximo as contribuições dos movimentos jurídicos de renovação e transformação material do Direito Privado, como a constitucionalização e a (re)personalização, importa também perceber a lógica reflexiva do sistema jurídico como instrumento importante na compreensão das transformações jurídicas nas relações privadas. A construção dessa reflexividade não se dá apenas em nível teórico, como uma abstração conceitual. Ao contrário, materializa-se em cada operação promovida pelas regras técnicas do direito contratual e a prática social de contratação utilizadas em larga escala em sociedade. A identificação de tais princípios conformadores da ordem contratual como estruturas do sistema jurídico e o estudo da função por eles desempenhada é fruto da aplicação cuidadosa da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de seus desdobramentos no campo jurídico-privatista realizado por Gunther Teubner, que permitem uma observação diferenciada sobre o fenômeno contratual.

PALAVRAS-CHAVES: CONTRATO – PRINCÍPIOS – SISTEMA JURÍDICO – REFLEXIVIDADE

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

In this article, the author discusses the necessary reconstruction of dogmatic of Private Law from contract law, more specifically the reformers principles of the contemporary contractual theory. The exhaustion of the dichotomy between private and public law reflects on the concepts of rationality material and formal condition that the main structures of the regulatory institute of contract. The recognition of principles such as good faith, economic balance and the social function of the contract by the law system, it is pointed out as an privileged example of the reflexive rationality in Private Law. In this context, take and make the most of the contributions of legal movements of renewal and material transformation of Private Law, as the constitutionalism and the (re) personification, it is also important to understand the reflexive logic of the legal system as important tool in understanding the changes in the legal private relationships. The construction of this reflexivity occurs not only in theoretical level, as a conceptual abstraction, but it is materialized in each operation promoted by the technical rules of contract law and social practice of hiring used on a large scale in society. The identification of such conformers principles of the order as contractual structures of the legal system and the study of the function performed by them is the result of the careful application of the Niklas Luhmann's Social Systems Theory, and its developments in the legal-private conducted by Gunther Teubner, allowing a differentiated comment on the phenomenon of contracts.

KEYWORDS: CONTRACT – PRINCIPLES – LEGAL SYSTEM – REFLEXIVITY

INTRODUÇÃO

Globalização. Tema recorrente na agenda contemporânea. Fenômeno complexo, multi-facetado, contingente, múltiplo, plural, policontextual. O fenômeno da globalização provocou, e continua a provocar um sem número de efeitos em diversas áreas do conhecimento humano, na economia, na política, na sociologia, na filosofia, na epistemologia, etc. O universo jurídico não permanece isolado desses efeitos, e quiçá permaneceria isolado das causas que os condicionam. Sistema social funcionalmente diferenciado da sociedade, o Direito tem suas estruturas associadas a este processo evolutivo da sociedade. Não só sofrendo seus efeitos indiretos, mas contribuindo para a produção de alguns deles.

Como um dos vários pontos de destaque neste processo de globalização, destaca-se o surgimento de um grande número de discursos isolados na sociedade contemporânea. Processos comunicacionais que se instituem em interações ou organizações e que, para além de tais contextos, produzir reflexos no âmbito social como um todo. O surgimento de inúmeros contextos de discurso, cada um operando em uma racionalidade que lhe é específica, e talvez incompreensível aos demais ambientes sociais, pode desencadear um processo de fragmentação em larga escala na sociedade. Tal fragmentação discursiva sujeita as interações e organizações a operar dentro de uma lógica totalitária, seja ela produzida internamente ou imposta de forma externa. O isolamento comunicacional em um grande número de discursos parciais da sociedade constitui o que podemos chamar de policontextualidade.

Como parte integrante desse processo, porque parte inseparável da sociedade, o Direito também passa por algo semelhante. Desenvolve um discurso próprio, dividido em áreas temáticas e especialidades cada vez mais “especiais”. Começam a surgir racionalidades parciais dentro da racionalidade jurídica, racionalidades “fracas” sujeitas à imposição de uma racionalidade externa totalizante, seja através do mercado ou de decisões políticas. A necessidade da reflexividade como forma de interação e comunicação do sistema jurídico com os demais ambientes sociais, e em especial do Direito Privado é a condição necessária para que o próprio sistema jurídico desempenhe sua função institucionalizante.

Nesse sentido, procura-se perceber quais as perspectivas e desafios encontrados pelo Direito Privado depois do esgotamento da dicotomia clássica entre direito privado e público, arrastando consigo a racionalidade formal sobre a qual estruturou-se o sistema jurídico. Os movimentos de recuperação de uma racionalidade material na seara jurídico-privatista vêm acompanhados do desenvolvimento de estruturas que permitem o reconhecimento de uma racionalidade reflexiva em matéria contratual. Tais estruturas são aqui identificadas com os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato. Estes princípios permitem à dogmática trabalhar regimes privados de regulação normativa, saindo da hierarquia e enfrentando o paradoxo do Direito sem externalização, tendo em vista que estão postos de forma positiva no sistema. Identificá-los, definir seu grau de atuação e compreender sua função no sistema jurídico e passa a ser objetivo prioritário para a teoria contratual contemporânea.

1. Contrato e racionalidade jurídica

Muito se tem escrito sobre um Direito pós-moderno (Sousa Santos), sobre um pluralismo jurídico (Walzer) ou sobre um neo-jusnaturalismo deontológico (Fernandez). Todos, entre muitos outros, na defesa de uma crise de racionalidade no Direito contemporâneo e partindo da constatação, se bem que justificada de formas diferentes, de que a racionalidade sob a qual o Direito Moderno se fundou e que foi aperfeiçoada tanto pelo normativismo quanto pelas correntes analíticas não estaria mais apta para operacionalizá-lo neste novo século[1].

Como solução para este impasse, a teoria jurídica contemporânea propõe – em maior ou menor escala – o retorno a uma racionalidade material na esfera jurídica. A racionalidade material baseia-se na concepção de que o sistema deve se pautar por uma orientação, normalmente representada por valores dados com certa antecedência. Que o Direito constitui-se numa grande narrativa, com começo, meio e fim, pautado pela crença consciente num valor (ético, estético, religioso, afetivo, etc.) próprio e absoluto de uma determinada conduta, sem relação direta com o resultado[2].

A orientação de condutas por valores que é característica da racionalidade material pressupõe uma base, uma natureza, uma essência primeira para o sistema jurídico. Ou ainda, um conjunto irreduzível de valores (justiça, segurança, dignidade humana) que podem ser observados desde uma determinada sociedade. Como exemplo exordial desse retorno de uma racionalidade material ao Direito, e mais especificamente no Direito Privado, tem-se o movimento de publicização das relações jurídicas, sempre ligado à intervenção da esfera política no âmbito jurídico. O movimento inicial de

publicização do Direito Privado acabou por impulsionar o desenvolvimento de uma série de outros movimentos que, ligados entre si de uma forma quase indissociável, retomam o objetivo comum de (re)incorporar à ordem jurídica seu caráter eminentemente axiológico. Numa reunião prévia, tais movimentos constituem-se na (re)personalização, na funcionalização e na constitucionalização das relações jurídicas privadas[3].

Sem negar a possibilidade de uma compreensão valorativa da ordem jurídica, e sem desmerecer as grandes conquistas já alcançadas por tal compreensão, o que se propõe nas linhas que seguem é um olhar diferenciado mas que, talvez mais subjetivamente do que a matriz teórica permita, compartilha dos mesmos anseios e preocupações. Diferentemente de uma compreensão mateiral, numa observação sistêmica não se pode definir o Direito mediante sua natureza ou o seu fundamento, tendo em vista sua condição de sistema social funcionalmente diferenciado[4] e de estrutura de generalização congruente de expectativas comportamentais normativas[5]. Nesse caso, sua condição dependerá do ponto que partimos para observá-lo: do sistema social amplo, do próprio sistema jurídico, ou de outros sistemas sociais diferenciados como a Política ou a Economia. Neste sentido não haveria como garantir de forma direta e *a priori* qualquer primazia de um valor sobre outro, de um princípio sobre outro, quer se expresse num ideal de justiça, ou na tão almejada segurança jurídica.

Não se está aqui a negar a existência de um déficit de racionalidade no Direito, o que é mais do que evidente e que tais movimentos já apontam. Apenas afirma-se que este déficit é resultado de uma visão simplista da racionalidade formal, uma racionalidade formal que não explora todos os limites de suas possibilidades e que tem origem na fidelidade matrimonial entre a ordem jurídica e o Estado[6]. É exatamente isso que o *Direito Policontextural*[7] vai afirmar.

Ver o sistema jurídico de forma policontextural implica assumir uma concepção desvinculada da ordem estatal como única forma de produção de Direito. Uma concepção que leve em consideração também a *lex mercatoria* do mercado mundial, mas que segue para muito além dela. O alcance do Direito enquanto sistema comunicacional da sociedade abarca diferentes setores da sociedade mundial, fazendo emergir ordens jurídicas globais de um gênero próprio. Assim como as ordens jurídicas internas das empresas multinacionais; o direito do trabalhador colocado nas mãos de atores privados como as empresas e os sindicatos; a proteção do meio ambiente através de instituições relativamente desvinculadas da organização estatal; a emergência de uma *lex sportiva internacionalis*[8].

Como não podia deixar de ser diferente, o direito contratual se vê inserido neste contexto multifacetado. Sistemicamente, o contrato assume a condição de comunicação específica do sistema social e de *medium* operacional entre sistemas parciais com lógicas distintas. Observá-lo apenas através do vínculo jurídico da obrigação reduz sua operacionalidade, mesmo sabendo que ele também se encontra atrelado ao sistema econômico e seu código binário pagar/não-pagar. O raciocínio faz o caminho inverso quando se tem em consideração que o contrato também leva em conta a relação entre lucro e benefício. Assim, a par de uma contingência em seara jurídica: exigibilidade legal e inexigibilidade; tem-se ainda uma contingência econômica: custo e benefício. A dupla contingência contratual passa do filtro da obrigatoriedade ao filtro do pagamento,

num acoplamento de estruturas dos sistemas jurídico e econômico, relegando a contratual apenas o que pode ser jurídico, mas que também tenha valor econômico.

Neste contexto, os anseios de estabilidade e segurança institucional chocam-se com a alta globalização de sistemas funcionais como a Economia. A obrigatoriedade ou não de cumprimento de uma obrigação contratual implica também efetuar ou não operações de pagamentos. E, muita vezes, a necessidade de se efetuar um pagamento pode levar a ordem jurídica a parecer desnecessária[9].

Talvez isto conduza a uma desformalização do contrato, nos moldes da desformalização do Direito, num diagnóstico weberiano, que já se vislumbra hoje[10]. Mas, acima de tudo, o que se vê é o desenvolvimento do meio contratual em áreas antes herméticas do sistema jurídico, como o direito penal e tributário[11] e sua capacidade de abarcar áreas da sociedade ainda não reguladas por um Direito formal de ordem estatal. O contrato passa a desenvolver papel primordial através do processo de diferenciação do sistema econômico, tendo em vista que tal sistema passou a depender como nunca antes de segurança jurídica e política, que podia ser vislumbrada em esquemas jurídicos baseados na propriedade e no contrato[12]. Pelos mesmos motivos, não se pode argumentar em defesa de uma crise generalizada[13].

Contudo, mesmo não se podendo falar em crise do Direito ou crise da racionalidade que comanda as suas operações, como se pode compensar o inegável déficit de racionalidade apresentado nas relações jurídicas privadas? É na busca de outra resposta possível para essa questão que este texto se apresenta. A tentativa é de aliar as conquistas da (re)personalização e da constitucionalização em termos de racionalidade material (valorativa) com a percepção de uma racionalidade formal altamente reflexiva. Dessa forma, e tendo a teoria sistêmica como base, lança-se uma observação diferenciada sobre o contrato, tratando-o como um exemplo privilegiado.

A tentativa de adequar o contrato a sua condição policontextual passa pelo reconhecimento de que ele mantém uma relação estreita com o sistema jurídico por um lado e com o sistema econômico por outro. A racionalidade contratual não é assunto exclusivo de cada um, visto de forma isolada, mas da relação de comunicação entre eles. A comunicação jurídica por si mesma deve se converter em sentido determinante de compreensão de mundo, e não a sanção proveniente dessa comunicação. Assim, não nos parece certo que uma relação causal de conduta-sanção seja responsável, em linhas gerais, pela descrição da identidade do fenômeno contratual. Nesse sentido, se a sanção não pode definir o que é Direito, de igual forma os efeitos não podem definir o que é contrato. Tal racionalidade contratual não pode ser considerada apenas como um novo valor moral, que devemos somar àquela “justiça social” de Hayek, pretensamente ressuscitada através da reivindicação de novos princípios contratuais, tais como a função social do contrato[14].

No interior de uma ordem econômica baseada no mercado, a idéia de Direito não tem sentido nem conteúdo, exceto se tal idéia puder ser traduzida em termos de possibilidades para novos pagamentos. Acreditar que um ideal de justiça – que, em termos sistêmicos, sequer pode ser considerado como bússola do sistema jurídico – pode servir como parâmetro para as relações econômicas travestidas sob o manto contratual é, no mínimo ideológica. E essa ideologia, que já não sobrevém quando se percebe o problema macro da incapacidade do Estado em produzir riquezas para

cumprir a função de distribuição e que acabou por conduzir à discussão sobre a falência do Estado-de-bem-estar, não pode sobrevir na análise de relações ditas meramente privadas.

Assim, entende-se que a sociedade, o Direito, e mesmo o contrato, não podem ser definidos *a priori*, pois não podem ser diferenciados *a priori*. Isso só se dá através de um processo contínuo de diferenciação material, temporal e socialmente localizado. Nesse contexto, uma observação que tenha a formalidade como princípio e a reflexividade própria da comunicação como ponto de partida poderá trazer contribuições imprescindíveis.

1. **Direito como sistema autopoietico: o problema da auto-referência e da reflexividade**

Para que se possa compreender se a racionalidade comunicacional exigida para a observação das relações contratuais se configura ou não como uma nova racionalidade, para além das tradicionais material e formal, é preciso analisar, ainda que por um instante os níveis de racionalidade de Hillary Putnam. Segundo Putnam a racionalidade se produz em dois vetores: racionalidade I e racionalidade II. O vetor de racionalidade I se situaria na base da racionalidade II representando um *a priori* que a última nem sempre explica. Constitui-se numa racionalidade estruturante, que antecipa o pensamento. Esta racionalidade tem despertado o interesse da Hermenêutica Filosófica ou Fundamental (Gadamer, Ricoeur). Por outro lado, o vetor de racionalidade II seria o próprio dos discursos científicos, respeitando as leis da lógica e construindo-se por etapas sucessivas e complementares. É uma racionalidade discursiva que se organiza a partir de métodos. Tem preocupado os estudos jurídicos das chamadas Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Alexy).

Segundo as correntes hermenêuticas, o problema está quando se inverte essa ordem e usa-se essa racionalidade tipo II para fundamentar uma racionalidade tipo I. Não é isso que se pretende ao afirmar a necessidade de uma racionalidade reflexiva. Não se pode confundir as categorias de racionalidade weberiana formal e material com os níveis de racionalidade de Putnam. As primeiras estão baseadas na orientação de condutas sociais, não na simples relação discursiva. A busca por uma racionalidade a partir da comunicação social não implica ficar refém do Trilema de Münchhausen.

O Trilema de Münchhausen ficou conhecido como uma alusão à busca sobre a fundamentação última de uma afirmação[15]. Segundo ele, nessa busca incessante por fundamentação necessariamente ficar-se-ia preso em uma dentre três situações insustentáveis. A primeira delas é nomeada *regressus ad infinitum* e se incorre quando, para responder a pergunta sobre o fundamento de algo, se recorre a uma nova razão, que por sua vez requer uma nova fundamentação e assim sucessivamente, o que torna a busca por fundamentação impossível. Outra destas situações indesejadas é a ruptura arbitrária na qual se opta por eleger um ponto de referência para a fundamentação que é concebido de forma acrítica. Parte-se da suposição de uma premissa inquestionável no processo argumentativo. Por fim, tem-se a circularidade, segundo a qual a dedução lógica fica refém de um círculo vicioso no qual um argumento é fundamentado pelo outro e de onde não se vislumbra saída.

Aqui, ao contrário do que pensa Robert Alexy[16] e de como querem as teorias jurídicas argumentativas, através do estabelecimento de regras de discussão racional, a questão não é sair do trilema, mas se colocar nele de forma adequada. A busca por um discurso racional prático normalmente toma como pouco aceitável o recurso a um círculo lógico. Muito embora tal recurso se mostre plenamente compatível com uma racionalidade reflexiva e com a idéia de um sistema autopoietico. E segundo as considerações traçadas, constitui-se uma possibilidade adequada à complexidade e a falta de referências externas do mundo contemporâneo.

A condição de circularidade não adquire status de dever-ser na ordem jurídica. Apenas descreve a realidade das operações jurídicas cotidianas. A proibição de denegação de justiça impõe aos tribunais que se apeguem a alguns princípios, e isto é compreensível quando se pede a eles que na sua lógica argumentativa descartem os regressos *ad infinitum* ou os círculos viciosos. Kelsen pensou encontrar numa hipotética *Grundnorm* a solução para o problema do fundamento último da racionalidade jurídica. Luhmann, assim como Teubner, elimina o próprio problema ao reforçar a circularidade e a auto-referência do sistema jurídico[17].

Contudo, para que se possa sustentar a racionalidade comunicativa a partir da circularidade, assim como o sistema jurídico de Luhmann ou Teubner, deve-se diferenciá-la da racionalidade buscada pela *ação comunicativa* de Jürgen Habermas. Sua racionalidade comunicativa se constitui numa racionalidade de tipo novo, de caráter misto, e não numa racionalidade reflexiva.

Na sua perspectiva, a linguagem contém uma estrutura racional ditada pelo mundo-da-vida, ou seja, uma razão comunicativa. Essa razão tem como critério a busca pelo melhor argumento. Institui-se, assim, uma ação comunicativa, que corresponde à busca de acordos intersubjetivos por meio de processos de argumentação que apreciem as pretensões de validade dos atos de fala proferidos[18]. Para ele, essa razão comunicativa se opõe à razão instrumental, no exemplo da razão formal weberiana, que é uma espécie de racionalidade dos sistemas e está presente em meios de comunicação não-linguísticos. Tais meios simbólicos são representados pelo dinheiro ou pelo poder, que terminariam por causar relações de dominação. Para Habermas, a razão instrumental apresenta um déficit de legitimidade, pois impede a ação comunicativa livre e desinteressada. A crise da sociedade contemporânea pode assim ser descrita através do uso indiscriminado dos meios de comunicação de massa, gerando relações de dominação e o predomínio da racionalidade instrumental sobre a comunicativa. Observa-se na sua teoria um caráter emancipatório, buscando um equilíbrio das racionalidades através de processos democráticos, quer sejam jurídicos, administrativos ou políticos. Tais processos devem permitir que todos os pontos de vista relevantes sejam analisados, possibilitando a busca pelo melhor argumento que propiciaria uma justificação racional da decisão tomada, alcançando assim sua legitimidade. A disseminação destas arenas comunicativas, somada à reconquista do espaço público invadido pelo sistema através do fortalecimento da sociedade civil, constituem os grandes objetivos da ação comunicativa.

Ao contrário de Habermas, não se crê seja necessário uma nova espécie de racionalidade (comunicativa) além da material e da formal. Sua posição defende o surgimento de uma racionalidade híbrida, formada a partir de uma união entre instrumentalidade formal e finalidade material. O que se percebe é a acentuação de uma

racionalidade jurídica formal ainda que prejudicada. A possibilidade que se apresenta não é desenvolver ou buscar uma nova racionalidade para o Direito, tarefa esta que assume enormes proporções. Parece ainda não apontar a revolução descrita por Guibourg[19]. O objetivo muito mais singelo é assumir sua condição formal, e através dessa auto-consciência inseri-la num paradigma reflexivo. Em termos de sistemas sociais autopoieticos se mostra insustentável uma racionalidade formal linear, porque pressupõe intervenção inter-sistêmica, instrumentalidade e a aceitação da causalidade como possibilidade de explicação racional dos fenômenos sociais. A intensa complexidade da sociedade atual impede esta visão limitada. Reconhecer a reflexividade da racionalidade jurídica será quiçá o primeiro passo para que se possa cumprir adequadamente este projeto.

No entendimento de Luhmann, uma teoria da sociedade é necessariamente uma teoria na sociedade sobre a sociedade. A sociedade é um objeto que se auto-descreve, precisando conter-se a si mesmo[20]. A essa auto-referência dá-se o nome de autologia. Embora de uso incomum nas ciências sociais, os conceitos autológicos são muito usados na lingüística, nomes como os de Wittgenstein ou Heinz von Foerster, George Spencer Brown ou Gotthard Gunther são responsáveis pelo uso freqüente dessa concepção.

Trata-se de substituir os conceitos de substância e de essência, por impossíveis de definição pelo de auto-referência. O sistema é auto-referencial, pois re-envia os acontecimentos a outros acontecimentos na recursividade de uma referência, colocando em contato operações jurídicas com outras operações jurídicas. Esse círculo não tem começo ou fim e é plenamente compatível com o ciclo econômico, onde um pagamento exige, em resposta, um outro pagamento que, por seu turno, reconstitui a capacidade de efetuar novos pagamentos junto a um dos participantes da comunicação econômica. Alia-se aqui às concepções de Direito Autopoietico (Luhmann), Direito Policontextural (Teubner), Direito Processualizado (Wiethölther) e Direito Responsivo (Nonet & Selznick) os quais não são baseados em valores primários, como a verdade, o consenso e a justiça, mas em valores secundários, de caráter processual, mais capazes de manter sempre em aberto uma grande variedade de alternativas decisórias, sem uma busca de um fim necessário ou de um consenso instituído. Na necessária busca por cambiáveis possibilidade de fundamentação – que são contingentes de acordo com as condições do caso concreto, vontade e necessidade dos contratantes – o contrato mantém no desenrolar das inúmeras operações envolvidas no processo de contratação sua constante auto-validação. Auto-validação que, neste caso, não pode ser lida como auto-justificação[21].

Contudo, não se pretende que a racionalidade reflexiva própria do processo comunicacional seja a única em jogo na matéria jurídico-contratual, ou mesmo que venha a ser uma fusão de diversas racionalidades díspares. Talvez seja ela apenas e por enquanto a mais apta a trabalhar conceitos como complexidade e risco, imposições teóricas de uma modernidade que pretende se libertar do endeusamento de uma razão linear. Nesse sentido, Raymond Aron afirma o mérito weberiano da distinção entre racionalidades e sua incredulidade em *todos aqueles que pensam possuir uma verdade absoluta ou total, todos os que pensam reconciliar valores contraditórios, marxistas-hegelianos, doutrinários da democracia ou do direito natural*[22].

1. Os princípios contratuais como estruturas reflexivas do sistema

A visão do contrato como comunicação e do Direito como um sistema social, ambos trabalhando a partir de uma racionalidade reflexiva, permite reformular algumas questões particulares do Direito contratual[23]. Dentre estas questões, e das inúmeras possibilidades de abordagens daí advindas, discute-se a função desempenhada pelos princípios contratuais no sistema jurídico. Numa observação de segunda ordem, além de assumirem sua condição de princípios contratuais axiológicos e desempenharem papel decisivo na *abertura* funcional do sistema jurídico-privatista, recepcionando valores pessoais e/ou institucionais, eles também são percebidos como estruturas sistêmicas que possibilitam o re-envio da comunicação contratual às operações do próprio sistema jurídico, garantindo o *fechamento* operativo e mantendo, em última instância, sua identidade. Eles permitem tanto a hetero quanto a auto-referência do sistema, atuando através de uma racionalidade reflexiva.

A noção de auto-referência comporta a referência a dois âmbitos simultâneos: um externo e outro interno. A referência externa diz respeito ao modo como as normas jurídicas se referem às expectativas sociais da comunicação. Assim, a comunicação contratual faz alusão a estruturas comunicacionais, como os meios de comunicação simbolicamente generalizados, guardando com eles relações ainda pouco elucidadas. Tais operações estruturais estão ligadas às características não-privativas da privatividade. Nesse âmbito destacam-se as inúmeras e significativas contribuições já trazidas pelos movimentos de (re)personalização, de funcionalização e de constitucionalização das relações jurídicas privadas. Contudo, no âmbito interno, a referência das estruturas do sistema volta-se para o seu interior, ou seja, para outras estruturas do próprio sistema. No caso do contrato, a comunicação contratual reflete as operações de estruturas já presentes no sistema jurídico, ou seja, outras regras ou princípios positivados, ou mesmo conceitos construídos pela doutrina ou pela jurisprudência que possibilitam a criação de parâmetros de decisão para casos semelhantes. É precisamente neste âmbito de atuação dos princípios jurídicos em matéria contratual que nos deteremos.

A auto-referência através de observações internas ou externas ocorre no sistema jurídico através de uma aquisição evolutiva deste, criando estruturas próprias que o possibilitam. É o que se vislumbra quando a tipificação taxativa dá lugar a normas gerais, abrangentes e abertas. O legislador abdica da técnica legislativa da previsão que esgota todas as possibilidades do caso concreto, valendo-se de conceitos ainda mais abstratos, cabendo ao intérprete depreender deles as ordens que devem incidir sobre as inúmeras possibilidades futuras, adequando-as por se inserirem em determinadas situações padrão[24].

Como exemplos de tais estruturas (princípios) que operacionalizam a auto-referência em matéria contratual pode-se salientar a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social do contrato. Tais estruturas permitem o re-envio das informações da comunicação contratual a estruturas do próprio sistema jurídico assim como a estruturas de seu ambiente interno (sistema político, sistema econômico) e externo (sistema psíquico dos contratantes). O que chama mais atenção é que a construção dessa reflexividade não se dá apenas em nível teórico, como uma abstração conceitual. Ao contrário, essa reflexividade materializa-se em cada operação promovida pelas regras

técnicas do Direito contratual e a prática social de contratação utilizadas em larga escala em sociedade.

Como primeira estrutura, o novo Código Civil trata da boa-fé objetiva, quando determina no seu art. 422 que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*. Contudo, a partir dela são criadas expectativas comportamentais se estendem para além de uma simples regra de conduta imposta pelo legislador, aparecendo também como critério de interpretação de vontade (art. 113) e de compreensão da abusividade no exercício de direitos subjetivos (art. 187). Já o equilíbrio econômico vem expresso no Código Civil através da consagração do instituto da lesão contratual, que é definida como um defeito do negócio jurídico, autorizando a parte prejudicada a requerer a anulação do negócio. O art. 157 define que *ocorre a lesão quando uma pessoa, sob presente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*. Assim, a idéia de equilíbrio econômico se reflete diretamente na desproporção das prestações, ou seja, na desigualdade fática. Por fim, a função social do contrato fixa no art. 421 que *a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Aqui, percebe-se que a relação contratual não deve ser compreendida como uma relação que interessa exclusivamente às partes contratantes (interação), tendo seus efeitos e seu alcance estendidos à coletividade (sociedade).

1. Por uma racionalidade reflexiva em matéria contratual

Identificados os princípios da boa fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato como alguns dos meios pelos quais a auto-referência do sistema jurídico pode se produzir em matéria contratual restam duas perguntas: em que momento e como isso ocorre? Tais questões remetem aos limites temporal e material da auto-referência contratual. Durante o processo de contratação existe um instante apropriado para que o re-envio de informações ocorra? E, nesse momento, tais informações são apenas “jogadas” no sistema desde fora ou são também construídas internamente, através de suas próprias operações?

Como possível resposta pode-se identificar dois momentos principais em que a operação de re-envio tem mais chances de ocorrer: na contratação e depois dela[25]. Como primeiro momento, que ocorre durante a contratação, pode-se defini-lo como momento *fundador*. Ocorre quando a referência a estruturas internas do sistema jurídico (normas) ocorre durante a negociação ou na elaboração formal das minutas da mesma. A base fundadora da obrigação contratual não se mostra mais atrelada exclusivamente à autonomia da vontade livre e individual ou ao reconhecimento positivo da lei, esteve antes desde sempre fundada numa áurea de confiança (*reliance*) que tem origem no processo social de comunicação. E para a formação dessa confiança, que pode ser representada como a produção de expectativas cognitivas ou normativas tanto em nível social quanto em nível psíquico, a referência ainda que indireta ao código de comunicação simbolicamente generalizado do direito contribui para uma maior aceitabilidade da comunicação contratual, facilitando a realização de pactos. Nesse sentido, a participação (ativa ou omissiva) na tomada de decisões interlocutórias que possam fazer referência a tal código é que conduz o processo comunicacional de

contratação a uma decisão final legítima, seja ela pela contratação ou pela não-contratação.

Em virtude da aceleração constante das relações na sociedade hiper-complexa, esse processo decisional nem sempre parece possível, ou mesmo viável. As operações de contratação se tornam cada vez mais velozes, diminuindo o tempo hábil para decisões preparatórias, como premissas, que legitimem uma decisão final. Logo, faz-se necessário que a teoria geral das obrigações assumisse também uma nova diferenciação temporal: a diferença entre passado e futuro. Essa diferença permite que, *do futuro*, se comunique juridicamente sobre as operações de contratação *passadas* e se as observe a partir dos padrões jurídicos atuais, que tem como base outras decisões ou normas jurídicas fixadas com anterioridade. Justamente por isso abre-se a possibilidade da auto-referência ao código jurídico ocorrer num momento posterior ao da contratação. Esse momento pode se identificado como *regulador* e constitui-se no momento do cumprimento ou não da obrigação jurídica. Em razão da confiança nas expectativas não ser gerada no momento da contratação, ou tendo ocorrido algo que venha a interferir alterando gravemente as expectativas formadas, configura-se a possibilidade de, num momento posterior (conhecimento ou execução judicial) fazer-se referência às estruturas do sistema jurídico (regras ou princípios). A tomada de decisão neste âmbito vai basear-se nesta auto-referência para atingir a meta de aceitabilidade social e jurídica. Dessa forma, seja no momento fundador ou no regulador da comunicação contratual a auto-referência é sempre possível.

O uso da boa-fé, da função social ou do equilíbrio econômico transforma-se num mecanismo reflexivo do próprio sistema jurídico que lhe permite o desdobramento auto-reflexivo, de forma a poder satisfazer as necessidades de plasticidade e estabilidade das suas estruturas num contexto altamente complexo. Configuram-se verdadeiras estruturas reflexivas que permitem ao sistema efetuar o que Spencer Brown define como re-entry[26] e a cibernética chama de realimentação (*feedback*)[27].

Tais estruturas permitem à dogmática trabalhar regimes privados de regulação normativa, saindo da hierarquia e enfrentando o paradoxo do Direito sem externalização, tendo em vista que elas estão postas de forma positiva no sistema. Permitem vislumbrar o paradoxo da hierarquização do Direito, mas nem por isso escondem-no mediante outro paradoxo: a auto-validação do contrato. Tal poder de auto-regulação (autonomia da vontade) encontra limites bem definidos dentro do próprio ordenamento jurídico (auto-regulação). Numa observação sistêmica, elas não põem o Direito em conflito com a velocidade Econômica, impondo-lhe limites, antes o contrário, possibilitam um aumento significativo de liberdade em relação ao momento fundador do contrato. Esse acréscimo de liberdade decisória concedido ao Direito Privado, ao contrário de impor duração a um projeto natimorto dá garantias de que se possa negociar de forma formalmente livre e instantânea, sabendo-se que juridicamente sempre é possível decidir de forma diferente, ou seja, questionar o que foi acordado.

Essa condição, ao contrário do que muito teóricos do Direito Privado supõem, não simplesmente abre o sistema jurídico para interferências e controles externos, não apenas aproxima o Direito da “realidade”. Antes também o contrário. Com tal reflexividade, o sistema jurídico ganha em amplitude, ganha em complexidade interna, pois torna objeto de comunicação jurídica um maior número de informações provenientes do ambiente interno do sistema social. Contudo, isso não implica uma abertura irresponsável ou

caótica do sistema, o que pressuporia o seu próprio aniquilamento enquanto ordem e unidade. O que ocorre em paralelo é uma ampliação da reflexividade interna, ou seja, o sistema, na eventualidade de suas operações, pode fazer referência indireta a um número maior de irritações do ambiente. Mas essa referência é sempre indireta e ocorre mediante as próprias operações do sistema jurídico, o que o faz ganhar em sensibilidade e, conseqüentemente, remetê-lo a decisões ou padrões interpretativos anteriores presentes como estruturas do próprio sistema. E, paradoxalmente, fechá-lo na recursividade de suas operações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Operacionalmente, e ao contrário do que possa parecer numa observação mais simplista, o sistema jurídico através da concretização dos princípios contratuais ganha em abertura axiológica, mas faz isso fechando-se operativamente às influências diretas do seu ambiente, pois desenvolve estruturas próprias para trabalhar questões que, até então, permaneciam renegadas ao seu exterior, não passando de ruído. E isso tudo apenas em função da incapacidade gnoseológica do sistema jurídico, que atua como seu ponto cego (*blinden fleck*): ao mesmo tempo em que impede a observação de um determinado ponto de seu ambiente, permite que, através do desenvolvimento interno de estruturas próprias, possa representá-lo internamente.

Tais estruturas, no caso os princípios contratuais, passam a ser utilizadas na totalidade de suas operações, não apenas como aberturas externas que possibilitariam *inputs* ou *outputs*, mas como reflexividade interna do próprio sistema. É assim que o princípio jurídico da boa-fé não representa, ponto por ponto e respectivamente, a boa fé das operações de pensamento dos indivíduos envolvidos na contratação ou de terceiros afetados por ela. Esta última só pode ser acessada a partir da consciência individual de cada um. É assim que o princípio jurídico do equilíbrio econômico não corresponde diretamente à lógica do equilíbrio de sistemas econômicos (Pareto & Nash), mesmo porque não haveria então troca de riquezas ou valores economicamente mensuráveis numa operação de contratação. E, por fim, é também dessa forma que o princípio jurídico da função social do contrato em nenhum momento diz respeito à efetiva função que o contrato desempenha na sociedade, seria pretensão do Direito procurar definir ou mesmo identificar qual a função que uma operação de contratação pode exercer no sistema social amplo, composto por vários sistemas funcionalmente diferenciados, cada um operando através de sua lógica própria, com comunicações especializadas.

Admitir tais correspondências diretas seria retornar, com Leibniz, ao princípio da razão suficiente ou da causalidade. Talvez a principal característica de nossa sociedade contemporânea seja a complexidade, e os princípios contratuais, através da sua reflexividade sistêmica, possibilitam ao Direito reduzi-la, através da tomada de decisão, mesmo sem compreender e ter acesso a todos os âmbitos e as possibilidades envolvidas. Ou seja, permitem que, juridicamente, construam-se soluções para problemas que anteriormente eram ignorados porque fugiam da esfera jurídica.

Para a ciência tradicional, ontológica, ainda é difícil conceber/aceitar conceitos ou princípios autológicos. O mesmo não seria diferente no Direito. Tal situação se agrava quando se tem em mente a necessidade de o jurista de perquirir sobre o fundamento

jurídico, a autoridade, o precedente. É difícil compreender como o sistema jurídico pode produzir estruturas abstratas de expectativas (princípios, conceitos, definições) e depois, tendo-as como expectativas normativas, ficar ele mesmo sob a influência dessas normas que produziu, da forma que elas podem desencadear efeitos bastante concretos sobre as próprias operações jurídicas, como é o caso dos contratos. Essa autologia remete a uma espécie de *foundation paradox* que se constrói na base do sistema normativo e que, a partir de noções como a da boa-fé[28], passa a se fazer observável no âmbito do Direito Privado. Essa condição paradoxal de abertura e de fechamento possibilitada pela reflexividade revela toda a potencialidade para aqueles observadores que não tenham receio e sejam capazes de assumi-la. Assumir e aproveitar ao máximo as contribuições dos movimentos jurídicos de renovação e transformação material do Direito Privado, como a constitucionalização e a (re)personalização, importa também perceber a lógica reflexiva do sistema jurídico como instrumento importante na compreensão das transformações jurídicas nas relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Traduzido por Sérgio Bath. 5. ed. Martins Fontes, 2000.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ASHBY, W. Ross. **Introdução à cibernética**. Traduzido por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

BROWN, G. Spencer. **Laws of form**. New York: Bantam Books, 1973.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

GUIBOURG, Ricardo A. **Derecho, sistema y realidad**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Teoría de la acción comunicativa I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999.

_____. **Teoría de la acción comunicativa II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999.

LUHMANN, Niklas. “O conceito de sociedade”. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

_____. “The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history”. In: **Journal of law and society**. Oxford, v. 15, n. 2, p. 153-65, 1988.

_____. **El derecho de la sociedad**. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002.

_____. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. **Sociologia do direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Traduzido por Gustavo Bayer. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

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

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Notas introdutórias a concepção sistemista de contrato”, p. 283-309. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

TEUBNER, Gunther. “Legal irritants: good faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences”. In: **The modern law review**. Oxford, v. 61, p. 11-32, 1998.

_____. “Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito”, p. 339-60. In: **Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Diritto policontesturale**: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali. Traduzido por Beatrice Bodmer, Enrica Mazza-Teubner. Napoli: La città del sole, 1999.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Traduzido por José Engraciá Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Traduzido por José Medina Echavarría. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.

[1] Identifica-se a racionalidade jurídica moderna com a definição proveniente do Estado legal-racional weberiano, no qual “qualquer direito pode criar-se e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”. Para Weber, esta se constitui na linha de tendência do Estado Moderno. A racionalidade jurídica em questão, *racionalidade formal*, corresponde a noção de racionalidade com relação a fins na qual incorre “quem oriente sua ação pelo fim, meios e conseqüências implicadas nela e para a qual sopesse racionalmente os meios e os fins possíveis entre si”. WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 706-707 e p. 20-21.

[2] A racionalidade dita *material*, corresponde a noção weberiana de racionalidade com relação a valores. WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 20-21.

[3] A escolha por fazer referência a tais correntes de pensamento jurídico não implica no desconhecimento e nem exclui outras concepções atuais também relevantes do Direito Privado. Apenas indica que tais movimentos compartilham de um esforço comum e cada vez mais necessário na compreensão dos fenômenos jurídico-privatistas. Em virtude tanto de já terem alcançado uma certa notoriedade quanto de ser difícil classificar de forma definitiva os autores que trabalham tais temas de forma individualizada, entende-se desnecessário fazer a indicação de nomes e obras ligadas a tais movimentos.

[4] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

[5] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

[6] “Metidos em redes globais de turbulentos fluxos financeiros, os governos são cada vez menos capazes de controlar a política econômica nacional, já não podem dar a seus cidadãos as vantagens tradicionais do estado de bem-estar social”. CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 159

[7] TEUBNER, Gunther. *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole, 1999.

[8] TEUBNER, Gunther. “Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito”. *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 345.

[9] Nesse sentido Teubner: “A *lex mercatoria* comporta casos em que se concluíram contratos sem os remeter a uma ordem jurídica nacional. Mantém-se todavia a ficção de que suas cláusulas são juridicamente obrigatórias. A *lex mercatoria* não remete para a vontade do legislador nacional, mas para um fundo de materiais semânticos não jurídicos, para hábitos do comércio, costumes de conduta e práticas comerciais surgidas sob as condições caóticas do mercado mundial”. TEUBNER, Gunther. “Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito”. *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 355-356.

[10] Para comparação do acerto desse diagnóstico, já desenvolvido em tempos de globalização, ver ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[11] Principalmente no que condiz à substituição da perseguição estatal por um convênio nos moldes privatistas de equilíbrio negociável.

[12] PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 95

[13] Tendo em vista que: “El concepto de crisis, frecuentemente usado, es también inadecuado, pues sugiere la urgencia de cambios estructurales profundos y esto no se puede justificar únicamente por hecho del déficit obvio de la racionalidad. El término racionalidad sólo formula la perspectiva más exigente de la autorreflexión de un sistema; no se refiere a ninguna norma, a ningún valor, a ninguna idea que se confronte con los sistemas reales (lo cual supondría que alguien diga que es sensato regirse de acuerdo a eso)”. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos, 1998 p. 423

[14] Sobre a noção de justiça social de Hayek e sua relação com a regulação social ver ARNAUD, André-Jean. *op. cit.* p. 118-133

[15] A noção do trilema e suas conseqüências dogmáticas e irracionais na busca de fundamentação de um sistema lógico são tratada por Hans Albert, segundo ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 58-60.

[16] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 179-181.

[17] Com relação a auto-referência do sistema jurídico e sua condição necessariamente paradoxal que permanece oculta através de contruções teóricas que, de tempos em tempos, são substituídas com o objetivo de manter o paradoxo do Direito oculto ver artigo de Luhmann intitulado “The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history” que aparece em inglês no *Journal of law and society* de Oxford em 1988. “It may not be obvious that we need a paradoxical foundation at all. To be sure, the language of law permits the construction of sentences which are inconsistent. This is true for all languages specialized on cognition, and so much more for normative languages. But why do we not simply avoid these pitfalls, why not steer clear of certain questions and certain constructions and, with the precaution, use the language of law without the embarrassment of looking into the Gorgonian face of the paradox? Even logicians and philosophers try, in constructing formal systems, to design exclusion-devices or to simply put an embargo on what otherwise would seem to be a possible move. We know that this does not work, except *ad hoc*. But what prevents us from doing it nevertheless? It could be sufficient to say that there are rules with exceptions *and* rules without exceptions. Or that there be right claims *and* wrong claims. But then, what is indicated by the “and” and what is excluded by the “and”? Nothing. The “and” serves as the joker replacing within the system the unity of the system. Like the end of the system the “and” of the systems operates as symbol for the unity of the system within the process of reproducing the system – here and now. It is not a sufficient

description of the unity of the system. It is again a hiding-place of the paradox”. LUHMANN, Niklas. “The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history”. *Journal of law and society*. Oxford, v. 15, n.º 2, p. 161, 1988.

[18] No que pese em importância para o sistema jurídico, o pensamento de Habermas sobre a comunicação parte necessariamente de uma situação ideal de discurso. Tendo tal situação como ponto de partida uma norma será considerada válida se gerada a partir de uma situação ideal de discurso. Nessa situação uma proposta normativa será considerada verdadeira quando reunir o acordo de todos os participantes numa discussão prática no final de um debate livre e transparente conduzido segundo a lei do melhor argumento. Não se duvida que tal situação é contrafactual, ou seja, serve como parâmetro, como modelo, não existindo realmente. Por óbvio o autor tem isso como pressuposto, não querendo traduzir nisto as relações sociais. A situação ideal de discurso serve apenas como parâmetro de reconhecimento dos requisitos ideais a serem observados pelo processo democrático, podendo assim se medir o grau de democracia das instituições que se apresentam. Contudo, o que chama a atenção é o fato de Habermas deslocar a questão central para um plano prioritariamente cognitivo (proposta normativa verdadeira). Na tentativa de alçar a todos os atores sociais as condições de participação, ele renega o plano normativo. Apesar de partir de uma base semântica comum, faz depender a validade (dever ser) da verdade (ser) alcançada no processo argumentativo através do melhor argumento. Ora, o êxito da comunicação, como nos coloca Luhmann, vai muito além da “verdade” a ser alcançada, compreendendo-se aí uma série de outros códigos relevantes, como o dinheiro ou o poder. Ver HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999; e *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*.

[19] “Y de este modo el esquema formal mantiene durante cierto tiempo una adecuación aproximada a la realidad que permite utilizarlo en el estudio y en la argumentación. Cuando llega el momento – por haber ocurrido una revolución o porque una multitud de pequeños cambios ha hecho que la circunstancia social ya no pueda manejarse con los criterios anteriores – convendrá abandonar al esquema en uso y construir otro nuevo, capaz de dar cuenta de la realidad presente durante un determinado lapso”. GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986. p. 77

[20] LUHMANN, Niklas. “O conceito de sociedade”. In NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 77.

[21] A necessidade de correção das asserções e a necessidade de validação das normas surgem como produto da instrumentalidade moderna, da qual o contratualismo é um das principais formas, mas não a única. A diferença entre auto-validação e auto-justificação marca um ponto de corte decisivo no processo comunicacional de contratação, que corresponde a passagem do contrato enquanto simples asserção das partes ao contrato enquanto norma. Enquanto asserção, o contrato se justifica por si, independente de qualquer critério de validação externa. Já tendo em vista seu caráter normativo, este precisa se justificar frente às partes, num justificar *para*, que normalmente se designa como “validade”. Contudo, a validade de uma determinada norma contratual não pode

ser confundida com sua auto-justificação, que só é possível no nível da asserção e não da norma.

[22] ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Martins Fontes, 2000. p. 508

[23] Para um primeiro contato com a concepção e contrato como comunicação ver ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Notas introdutórias a concepção sistêmica de contrato”, p. 283-309. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

[24] Convém ressaltar que esse processo de alteração na técnica legislativa gera críticas freqüentes por parte da dogmática tradicional. Protesta-se contra a obscuridade da utilização de termos técnicos alheios ao universo e ao vocabulário jurídico, com o que se perderia em clareza ao estilo de redação que desenvolvia o legislador do passado. Também se contesta o excessivo número de leis especiais, ocasionando uma verdadeira expansão do Direito Civil, uma inflação legislativa.

[25] Saliente-se que para os fins deste texto o momento da contração abarca todos os atos ou negócios mesmo que unilaterais anteriores a bilateralização do contrato, como a oferta ou os pré-contratos.

[26] BROWN, G. Spencer. *Laws of form*. New York: Bantam Books, 1973. p. 69.

[27] O conceito de realimentação (*feedback*) tem origem nos estudos cibernéticos, segundo W. Ross Ashby ocorre quando existe uma circularidade de ação entre as partes de um sistema dinâmico. ASHBY, W. Ross. *Introdução à cibernética*. São Paulo: Perspectiva, 1970. p. 62-64.

[28] Para uma observação sistêmica da boa-fé em outros ordenamentos jurídicos ver TEUBNER, Gunther. “Legal irritants: good faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences”. *The modern law review*. Oxford, vol. 61, p. 11-32, 1998.

A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO PENSAMENTO DE CHARLES TAYLOR: ALGUMAS PROJEÇÕES PARA OS DIREITOS DE PERSONALIDADE*

THE REPERSONALIZATION OF PRIVATE LAW STARTING FROM CHARLES TAYLOR: SOME PROJECTIONS TO PERSONALITY RIGHTS

José Carlos Moreira da Silva Filho

RESUMO

O artigo pretende explorar o pensamento de Charles Taylor, destacando sua antropologia filosófica, sua filosofia política e a sua genealogia do self ocidental, com o objetivo de iluminar alguns aspectos importantes, mas nem sempre bem percebidos, da assim chamada repersonalização do direito civil. O argumento central é que a naturalização de certos padrões sociais, bem como de instituições como o mercado e o Estado impedem que sejam percebidas as configurações morais arraigadas tanto individualmente quanto institucionalmente. A opacidade das fontes morais contribui para fortalecer um sentido instrumental e utilitarista da pessoa humana, do qual o discurso da repersonalização do direito civil pode não estar totalmente isento. Para exemplificar o argumento, adentra-se no campo dos direitos de personalidade.

PALAVRAS-CHAVES: REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL – DIREITOS DE PERSONALIDADE – CHARLES TAYLOR – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – FONTES MORAIS

ABSTRACT

This article intends to explore Charles Taylor's thought, especially his philosophical anthropology, his political philosophy and his genealogy of the western self, in order to point out some important issues, which are not always noticed, about the "repersonalization" of private law. The central argument is that the naturalization of some social standards and of some institutions like State and market impede to see the moral configurations rooted in individual and institutional levels. The opacity of moral sources contributes to fortify an instrumental and an utilitarianist meaning of human person, from which the "repersonalization" of private law's discourse may be not totally exempt. In order to exemplify the argument, the article goes into personality rights field.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: REPERSONALIZATION OF PRIVATE LAW – PERSONALITY RIGHTS – CHARLES TAYLOR – HUMAN PERSON’S DIGNITY – MORAL SOURCES

Introdução

Charles Taylor revela-se um grande crítico da idéia de que existam formas sociais e instituições neutras a partir das quais, de modo inexorável, tenhamos de derivar as nossas ações e as nossas políticas. É equivocado, segundo ele, pensar a sociedade, bem como as alternativas políticas e jurídicas, a partir de uma naturalização do mercado e do Estado.

A tese de Taylor, a partir da qual irá justificar a afirmação feita acima, é de que as ações humanas só podem ser compreendidas quando percebidas a partir de formas de identidade situadas historicamente em uma dada cultura. Toda forma de subjetividade, toda identidade, até mesmo aquela que se fecha na noção de uma suposta neutralidade e instrumentalidade da razão humana, se apóia desde sempre em fontes morais que lhe dão sentido e propiciam a sua emergência.

O intento deste artigo é explorar os termos da tese tayloriana com o objetivo de iluminar alguns aspectos importantes, mas nem sempre bem percebidos, da assim chamada repersonalização do direito civil, debruçando-se de modo mais específico no tema dos direitos de personalidade.

A antropologia filosófica de Charles Taylor

O pensamento de Charles Taylor se sustenta em uma antropologia filosófica na qual o papel da linguagem é constitutivo[1]. As configurações morais são dadas através da linguagem, isto é, a linguagem possibilita a formação da subjetividade e da identidade, estando assim em uma função que ultrapassa a mera designação de objetos. Daí porque Taylor destaca a importância dos movimentos expressivistas da linguagem na tradição romântica[2]. Para esta, a linguagem não parte simplesmente de cada indivíduo como uma espécie de habilidade instrumental com a qual todos os homens teriam nascido para assim poderem designar as coisas do mundo. Os românticos entendiam que o indivíduo só poderia ser introduzido na linguagem a partir de uma comunidade lingüística preexistente, e que a linguagem leva à expressão algo que transcende o próprio indivíduo que a utiliza[3].

A concepção expressivista da linguagem, além de indicar o caráter da linguagem como formadora de mundo, também considera o caráter inexoravelmente situado e pragmático da ação humana. Antes que qualquer ação seja empreendida por um indivíduo ela se acha motivada e sustentada pelo envolvimento do agente. Este envolvimento implica,

fundamentalmente, em uma incorporação (*embodiment*) na qual estão presentes os sentimentos e os desejos[4]. A reflexão é derivada sempre de um estado inicial de envolvimento no qual todo e qualquer sentido provém de uma experiência pré-reflexiva e encarnada.

Por mais que se tente assumir o controle e o conhecimento completo dessa esfera pré-reflexiva, não se consegue. O pano de fundo sempre se esquia de um domínio completo, afinal a própria ação voltada para este domínio já se estrutura nele. Seria como, para utilizar uma conhecida imagem, tentar construir o barco ao mesmo tempo em que ele já vai sendo utilizado para navegar. Por outro lado, os indivíduos não são meros reféns dessa dimensão antecipadora, afinal o pano de fundo influencia, motiva e constitui, mas também pode ser mudado[5]. Nesse quadro, o papel da reflexão é duplo: resgatar os valores e fontes morais que estruturam as práticas do indivíduo, tornando mais claro ao sujeito quais são as configurações morais que motivam suas ações[6]; e possibilitar através da articulação daquilo que subjaz de modo desarticulado a realização de mudanças nessas mesmas configurações[7].

Percebe-se aqui, portanto, que é essencial o ponto de vista interno do agente para que se possa entender suas ações. O homem age e avalia sua ação, e esta avaliação repercute tanto na sua ação quanto no seu conhecimento. Não é possível compreender adequadamente as ações humanas sem que elas sejam inseridas a partir do pano de fundo no qual o agente está desde sempre mergulhado, assim como também não é possível direcionar-se a um modo de vida responsável e coerente sem que as configurações morais sejam articuladas. É preciso que o sujeito construa uma narrativa da sua própria vida[8].

Nesse processo de auto-avaliação das ações, Taylor realiza uma classificação central: a que divide a *avaliação forte* da *avaliação fraca*[9]. Nesta última, o agente escolhe a sua ação baseando-se no desejo momentâneo e contingente, ou seja, para que uma opção de conduta seja escolhida basta que a ela se vincule à existência de um desejo. O agente se restringe, assim, àquilo que em um dado momento sente gostar, descartando as outras opções existentes. O problema com as avaliações fracas é que elas não distinguem desejos de valores. Estes não têm nenhuma importância consciente na escolha da ação. É o que acontece, por exemplo, com a perspectiva utilitarista. O utilitarismo não se importa com o valor que há nos sentimentos, ele apenas os calcula quantitativamente. Tanto faz se a motivação do desejo aponta para fontes morais articuladas ou desarticuladas, o importante, na perspectiva utilitária, é que o agente faça a sua escolha, independente da qualidade desta escolha.

Na avaliação forte, por sua vez, penetra-se em um nível mais profundo, no qual o entrelaçamento entre moralidade e identidade é perceptível[10]. Ao realizar uma avaliação forte, o agente ultrapassa o nível superficial, contingente e desarticulado dos gostos momentâneos e analisa os valores que estruturam os diferentes desejos, sendo capaz de realizar uma leitura qualitativa desses desejos, o que é feito por meio de contrastes entre os valores, permitindo ao agente clarificar e alterar sua hierarquia axiológica.

Para Taylor, a noção de identidade se estrutura a partir da capacidade de se avaliar fortemente. Isto não quer dizer, é claro, que alguém que não faça a articulação de suas configurações morais não esteja sendo influenciado por elas, mas apenas que está muito

mais propenso a agir de modo confuso e, inclusive, em flagrante contradição com tais configurações. Em outras palavras, a reflexão, quando voltada para esse auto-conhecimento, também sempre propenso a revisões e alterações, pode proporcionar uma vida qualitativamente superior. Afinal, percebe-se que os conflitos entre os desejos não dependem das circunstâncias contingentes que envolvem a escolha, mas sim das determinações valorativas do agente. E em tal terreno a perspectiva utilitarista não adentra.

Ao indicar o nível das avaliações fortes, Taylor está trazendo para o debate moral contemporâneo, por vias arraigadas à faticidade humana, o velho tema aristotélico da vida boa, isto é, o questionamento sobre o que é bom, sobre o bem, e não simplesmente sobre o que é correto de acordo com padrões normativos assumidos universalmente e não-questionados[11].

Taylor busca dar nova roupagem à idéia que Aristóteles, logo no início da *Ética a Nicômaco*, demarcou: a de que todas as atividades humanas visam a um bem[12]. As fontes morais são, assim, formas de bem que se evidenciam hierarquicamente nas avaliações fortes e na identidade narrativa construída através do esforço constante de articulação e rearticulação dessas fontes. Já para o naturalismo e para o utilitarismo a questão do bem é irrelevante. No primeiro caso, porque o ponto de vista interno do agente não é considerado como causa das suas ações, visto que estas estão atreladas a motivos externos naturalizados, sejam eles identificáveis nos processos neurológicos do indivíduo ou nas instituições sociais naturalizadas em normas universais. No utilitarismo, por sua vez, o bem só é levado em conta na medida em que é tido como algo que venha a satisfazer algum desejo, seja ele qual for, tornando-se assim desnecessária qualquer análise qualitativa do bem. Quando a escolha é indiferente o objeto sobre o qual tal escolha recai torna-se irrelevante.

A dignidade da pessoa humana e a questão do bem

A noção de dignidade humana, para Taylor, precisa, portanto, levar em conta a capacidade do agente de buscar suas configurações morais e associar as suas ações a elas. Daí porque a compreensão da pessoa quanto às determinações da sua identidade, bem como das mudanças promovidas a partir daí, torna-se de fundamental importância para a realização da dignidade humana. É nesse sentido que o agente orienta suas ações para o bem. A dignidade, portanto, está diretamente relacionada à orientação ética do self[13].

É com base nesta idéia de dignidade humana que Taylor situa também o seu pensamento político. Ora, se a realização da dignidade se encontra na afirmação da identidade da pessoa, associada por sua vez às suas configurações morais, o não reconhecimento desta identidade nas interações sociais revela-se uma forma de opressão. E isso é tanto mais evidente quando constatamos o recrudescimento de sociedades multiculturais[14].

Ademais, o fato de que alguém consiga afirmar a sua identidade por meio de uma auto-compreensão voltada às suas fontes morais é imprescindível não só para a afirmação da identidade de si, mas também o é para perceber a mesma possibilidade nos outros, isto é, que existem diferentes identidades que demarcam diferenças essenciais e inerentes à dignidade de cada pessoa. Daí a grande diversidade de culturas e de vocabulários significativos. Assim, para que se tenha um espaço público adequado, no qual tais diferenças possam respirar, é fundamental que os sujeitos que compõem tal espaço tenham clareza das suas identidades, pois isto possibilita não só a afirmação da própria dignidade, mas também a dos outros.

O grande problema, porém, é que nas sociedades ocidentais a constituição do *self* moderno acabou se consolidando em um formato que é refratário ao reconhecimento do sujeito a partir do seu envolvimento corporificado e expressivo, identificando na razão instrumental e desprendida um dado *a priori* naturalizado e inquestionável. Para comprovar e sustentar essa afirmação, Taylor realiza em sua obra *As fontes do self* uma análise histórica da formação do *self* ocidental[15], necessária para complementar sua antropologia filosófica e pautar o seu pensamento político.

Em suma, o filósofo canadense indica na formação da identidade moderna um crescente movimento rumo à interiorização das verdades no próprio homem[16]. Este movimento vai desembocar em duas tradições conflitantes: o instrumentalismo iluminista e a expressividade romântica. No primeiro caso, o *self* se identifica com uma razão descolada das experiências contextuais e do mundo, uma capacidade de tornar tudo objeto e instrumento a partir de uma disciplina apoiada na eficiência e no autocontrole. É a sacramentalização da separação entre sujeito e objeto, a construção de um *self* autofundante, sem dimensões geométricas, um *self pontual*[17].

Já a tradição expressivista enfatiza menos o aspecto instrumental do *self* e se concentra mais na idéia de que cada indivíduo possui profundezas interiores que demarcam a sua singularidade e originalidade. A ênfase em que cada qual possui um jeito particular de ser que deve ser expresso, de que cada pessoa possui uma “voz interior” que deve ser ouvida, é feita, segundo Taylor, a partir de Rousseau (o “sentimento da existência”) e de Herder (cada pessoa tem sua própria “medida”)[18].

O objetivo de Taylor, assim, não é apenas mostrar que a desarticulação das fontes morais modernas é fruto do predomínio de um *self pontual*, que acaba por transformar a sua própria história em um dado naturalizado, mas também mostrar como a partir do esclarecimento dessas fontes é possível resgatar um ideal moral que reatualize a busca por um espaço público melhor ou pela vida boa. O autor identifica, pois, nas raízes da subjetividade ocidental o ideal da autenticidade.

Essa autenticidade, entendida como a busca e o reconhecimento da própria identidade, não precisa necessariamente descambar em uma sociedade atomista, individualista e fragmentada, na qual cada um se preocupa com seus próprios interesses e pouco se importa com a sorte dos outros ou com o espaço público. Na sua obra *The ethics of authenticity*, Taylor mostra que ser autêntico significa reconhecer não só que o indivíduo se forma como sujeito a partir do seu envolvimento corporificado e das configurações morais daí advindas, mas também que ele se forma a partir de um horizonte dialógico[19], e que uma sociedade melhor necessita empreender políticas de reconhecimento, capazes de superar a insensibilidade atomista.

Tais políticas indicam praticamente duas direções que devem se complementar: a política do reconhecimento de igual dignidade e a política do reconhecimento da diferença. A primeira direção foi a que logrou maior aceitação e desenvolvimento no seio da modernidade, ao menos nas sociedades de capitalismo avançado, estabelecendo que a dignidade humana deve ser respeitada naquilo que torna todos os homens iguais. Quando tal igualdade, assumida como condição ontológica do homem, não se verificar, surge a necessidade de políticas públicas que a promovam. Tal é a perspectiva que, segundo Taylor, pode ser colhida a partir de Kant e Rousseau[20]. Os homens devem ser respeitados em sua dignidade por aquilo que os torna iguais: o seu estatuto de sujeitos racionais, mesmo quando essa racionalidade não pode se manifestar em ato (como os doentes em coma, por exemplo). O problema, alerta Taylor, é que essa política de reconhecimento tende a ignorar as diferenças, induzindo todos a se encaixarem em um único molde. Este, contudo, está longe de ser neutro, sendo, na verdade, o reflexo de uma cultura hegemônica[21].

Já a política do reconhecimento da diferença, de certo modo, também assume um potencial universal, mas de uma maneira tal que obtém resultados muito distintos da política de igual dignidade. Tal potencial é o relativo à condição de cada pessoa de ter formada a sua identidade e poder articulá-la e rearticulá-la. Eis o espaço da autenticidade. A partir daí, é claro, a igualdade dá lugar à diferença e à necessidade de ela ser respeitada e reconhecida a partir de si mesma. Em seus escritos, o filósofo canadense dá maior espaço a esta espécie de política de reconhecimento, adotando-a como parâmetro para discutir o tema do multiculturalismo e para pautar o debate entre liberais e comunitaristas[22].

É possível constatar que Taylor não se preocupa tanto com o problema da ausência de efetivação da primeira política de reconhecimento pelo simples fato de que nos países de capitalismo desenvolvido, nos quais ele vive (deslocando-se entre a América do Norte e a Europa), tal questão foi até certo ponto contornada pelas políticas implementadas pelo Estado do Bem-Estar Social, ainda que esta tendência possa estar experimentando alguns refluxos, especialmente a partir de uma certa globalização da miséria e aumento da imigração para tais localidades. Já em países como o Brasil, o problema da desigualdade ainda é imenso e galopante. Mas isto não quer dizer que nesses lugares se possa descartar a necessidade do reconhecimento da diferença.

A par do problema da desigualdade temos claramente um problema de não reconhecimento das diferenças culturais, por exemplo, entre as diferentes etnias que compõe o povo brasileiro. O caso dos indígenas[23] e dos quilombolas revela claramente este ponto. As diferenças se estruturam ainda nas distâncias e peculiaridades regionais, bem como nos diferentes estratos econômicos que compõem a sociedade brasileira, envolvendo ainda outras diferenciações de grupo que não se restringem à questão de classe tão somente[24].

Como assinala com acuidade o sociólogo Jessé Souza, no Brasil o problema da desigualdade ou da subcidadania está diretamente relacionado com o problema do desrespeito às diferenças. A desigualdade no Brasil é algo assumido de modo não reflexivo, profundamente arraigado nas fontes morais que estruturam o imaginário da sociedade brasileira de um modo geral[25]. Mesmo os membros da classe média que se revelam bem intencionados em sua ação política voltada para os excluídos ou

subcidadãos incorporam esses sinais e reproduzem distinções que tendem a alargar o fosso entre cidadãos e subcidadãos.

De todo modo, o que se percebe é que tomar a pessoa apenas a partir da idéia de um *self pontual*, calculador e instrumentalizador, desconectado do seu envolvimento encarnado e expressivo, e conseqüentemente de suas fontes morais, é algo que contribui para perpetuar a opacidade das configurações que legitimam e estruturam tanto as desigualdades quanto as discriminações. Urge, portanto, pensar a pessoa a partir da sua identidade, das suas hierarquias valorativas, sem as quais ela não pode orientar a sua ação nem se compreender. O próprio sujeito apodítico da racionalidade instrumental só foi possível a partir de eventos históricos e configurações morais específicas, ainda que tal aspecto tenha sido ocultado pela sua inerente tendência à naturalização.

Pensando o “sujeito concreto” da Repersonalização do Direito Civil

Quando pensamos na repersonalização do direito civil estamos às voltas com a proposta de fazer com que o conceito de pessoa deixe de ser apenas um mero sinônimo da noção de capacidade ou de personalidade jurídica e assuma novamente o seu lugar fundante na construção científica e filosófica do direito[26]. Contudo, esse retorno da noção de pessoa como princípio fundante, claramente evidenciada no que se convencionou chamar de *novo constitucionalismo*[27], não pode simplesmente repisar as conclusões do período iluminista, sob pena de incorrer nas mesmas armadilhas impessoais e abstratas que acabaram por demonstrar toda a sua insuficiência diante do crescimento das desigualdades sociais e, especialmente, das guerras e regimes totalitários do século XX[28]. Por esta razão, alguns autores do direito civil[29], têm preferido apontar para uma “repersonalização” e têm enfatizado a idéia da “pessoa concreta”.

Quando nos deparamos, todavia, com os escritos doutrinários que desenvolvem a noção de dignidade da pessoa humana como fundamento do direito civil repersonalizado, normalmente, o que se vê são as mesmas referências teóricas iluministas que pautaram o pensamento jurídico oitocentista, em especial a ética kantiana. Acredito que se realmente queremos empreender um deslocamento conceitual rumo à “pessoa concreta” precisamos ir além. Que fique aqui bem claro que não estou descurando das significativas contribuições iluministas para o tema da dignidade[30]. Apenas entendo que hoje já temos o desenvolvimento de perspectivas teóricas que nos permitem avançar no tema, adaptando-o à contemporaneidade e aos fenômenos que hoje constituem nossa compreensão da realidade. Penso, por exemplo, que Kant foi fundamental para abrir o caminho transcendental, pelo qual filósofos como Heidegger, Merleau-Ponty e o próprio Charles Taylor puderam adentrar[31].

Creio que a compreensão teórica do conceito de pessoa deve agregar esses avanços, e que deles podemos colher resultados que repercutam diretamente nas categorias científicas do direito e, conseqüentemente, na sua dimensão prática. Tenho me dedicado, particularmente, a indicar essas conexões e a desenvolver essas perspectivas voltadas ao tema da subjetividade jurídica. Nessa direção resta delimitada,

por exemplo, uma dimensão existencial da pessoa que vamos encontrar desenvolvida em autores como Heidegger[32] e que repercute visivelmente na construção de outros autores mais contemporâneos que também se voltam para o tema, como Paul Ricoeur[33] e Charles Taylor, cuja filosofia moral e a noção apriorística de um *self* encarnado e expressivo é objeto mais direto deste artigo[34].

Penso ainda que a essas balizas teóricas deve-se agregar o que podemos chamar de filosofia da alteridade. Ao meu ver, a noção do *self* expressivo e encarnado que se compreende a partir de uma articulação e rearticulação das suas fontes morais rumo a um projeto de vida boa ainda não faz jus à questão da alteridade. De acordo com os autores que desenvolveram o tema da alteridade mais a fundo[35], o outro não pode ser objeto de uma pretensão de total entendimento ou assimilação. O outro sempre será a delimitação do limite no qual esbarra o *logos* e o seu esforço de enunciação[36]. Diante do outro é preciso cultivar uma capacidade de deixá-lo ser sem que a sua realidade possa ser inteiramente compreendida. É o reconhecimento de uma diferença que não pode ser captada nos seus termos próprios e muito menos nos próprios termos do sujeito que com ela se defronta, mas que mesmo assim deve ser acolhida (e não simplesmente tolerada). É o reconhecimento de que a falta nos é constitutiva, de que não há palavra ou formulação que possa substituir o rosto do outro, e de que, mesmo assim, devemos atender ao seu apelo e assumir nossa responsabilidade diante da sua exposição.

Taylor deixa entrever em seu pensamento, especialmente quando trata do tema do multiculturalismo, que devemos buscar compreender o outro sem distorções, invocando neste particular a figura gadameriana da fusão de horizontes[37]. É claro que uma abertura às pretensões de verdade e às interpretações do mundo de uma outra cultura, por exemplo, é algo importante e que pode transformar a compreensão do sujeito, mas o decisivo é que sempre permanecerá uma ausência de sentido diante do outro, uma inesgotabilidade da enunciação da identidade que, todavia, não deve ser empecilho para o seu reconhecimento. O importante é que esforços como este sejam sempre conscientes das suas limitações, da sua finitude. Creio que ao reconhecimento da diferença, indicado por Taylor, deveria ser agregado um reconhecimento da alteridade, ou seja, da inesgotabilidade de sentido e do limite que o outro representa à apreensão logocêntrica, e de como esta falta é constitutiva da própria identidade do *self*[38]. De todo modo, este passo na análise que faço sobre a repersonalização fica apenas indicado e será objeto de futuros estudos.

Creio que o referencial teórico desenvolvido por Charles Taylor é especialmente importante para iluminar um aspecto do discurso de repersonalização do direito civil que, em muitos casos, não é percebido por este mesmo discurso, e que, ao meu ver, deveria ser identificado com clareza para fazer face às tendências restritivas, quanto à noção de pessoa e à sua importância, que também assomam no seio do direito civil, em especial nas leituras e análises econômicas do direito[39].

Como foi comentado, as perspectivas utilitárias e quantitativas simplesmente excluem qualquer consideração acerca do nível que Taylor designou de *avaliação forte*. Para tais correntes, o nível público da interação social não necessita do reconhecimento das configurações morais que estruturam o modo de vida dos indivíduos e dos grupos nos quais se encontram. Tal questão fica, assim, relegada ao âmbito privado, entendido no

sentido mais restrito da palavra, ou seja, de acordo com a tradicional dicotomia entre público e privado[40].

Quando a questão moral fica aprisionada no âmbito privado tradicional, perde-se de vista o fato de que as práticas culturais assentadas sobre as configurações morais que ganham corpo no espaço da interação social estão também presentes no nível institucional[41]. As instituições, tanto as localizadas no mercado quanto no Estado, não são neutras. Elas reproduzem e se constituem sobre determinadas concepções do bem, especialmente aquelas que se disfarçam de neutras[42]. O grande *leitmotiv* da filosofia tayloriana é, portanto, que não há instâncias neutras e despidas de configurações morais. O argumento liberal de que as regras do mercado e da democracia, fundadas na separação entre Estado e sociedade e no estabelecimento da meta social de maximização dos interesses pessoais e do respeito aos direitos individuais, são neutras e universais é falacioso e ingênuo. Por esse viés liberal tradicional, qualquer tentativa de situar outras concepções de bem, que envolvam o reconhecimento substantivo da identidade de certos grupos ou segmentos sociais, é vista como uma restrição de um princípio que se imagina neutro e universal, daí porque a esfera moral fica aprisionada no âmbito privado entendido de modo restrito. É por isto que no projeto político liberal o desvio ao individualismo narcísico e a pouca importância dada às questões que envolvem mobilização social, reconhecimento intersubjetivo e inserção comunitária são moeda corrente.

Ora, tal enfoque repercute no direito civil de maneira muito visível. Valorizar a pessoa, invariavelmente, acaba sendo identificado com o respeito à autonomia privada e à liberdade de disposição e não com o reconhecimento qualitativo das suas fontes morais. Essa dificuldade, ao meu ver, continua a existir mesmo no bojo do discurso da repersonalização do direito civil, como pretendo indicar a seguir ao tratar dos direitos de personalidade e da polêmica quanto à relativa disponibilidade sobre eles.

Creio ser de vital importância perceber que não há Estado nem mercado neutro, que a razão instrumental esconde por trás de sua aparente neutralidade uma configuração moral específica que contribui para reproduzir classificações sociais naturalizadas e que estranhamente não se chocam com o pressuposto de igualdade entre todos os sujeitos, assumido por este mesmo enfoque. É como afirma Jessé Souza em seu estudo: naturaliza-se um corte entre cidadãos de primeira e de segunda classe[43].

Direitos de Personalidade: para além da autonomia privada

Os direitos de personalidade se apresentam hoje como uma das grandes novidades do Código Civil de 2002[44], muito embora esse já seja um tema bem presente pelo menos desde o segundo pós-guerra, tanto no Brasil como em outros países. Tais direitos são, em suma, aqueles que decorrem diretamente da personalidade de cada pessoa, compreendendo direitos que são inerentes à sua individualidade e à sua condição de ser humano, tais como: o direito à vida, à integridade física e psíquica, ao

próprio corpo, à privacidade e intimidade, ao nome, à imagem, à honra, à voz, à propriedade intelectual, entre outros.

Importante salientar que tais direitos não são concebidos como categorias legais estanques, mas sim como condições indispensáveis à própria existência digna do ser humano[45], daí porque a sua enunciação legal casuística e particular não pode esgotá-lo, justificando, portanto, a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade[46].

Além disso, é palpável a ligação estreita entre direitos de personalidade e direitos fundamentais. De fato, somente o respeito ao amplo catálogo de direitos fundamentais insculpido no texto constitucional, incluindo-se aí, por óbvio, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como aqueles que vierem a ser acrescentados pela via do princípio do catálogo aberto (art.5º, parágrafo 2º), pode garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

De toda sorte, a previsão dos direitos de personalidade no novo Código Civil, além de representar um claro sinalizador de que a proteção da pessoa humana é o cerne a ser focado após décadas de fundamentação patrimonialista, significa o afastamento de qualquer possível dúvida, até para os juristas mais renitentes e apegados aos termos clássicos da *summa divisio*, de que os direitos de personalidade devem ser respeitados não só pelo poder público, mas também por todos os membros da sociedade civil, fato que também pode ser afirmado pela via da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, especialmente quando o que está em jogo é a dignidade da pessoa humana.

O tema dos direitos de personalidade tem sido cada vez mais objeto de importantes estudos e análises. Não é objetivo deste artigo, porém, fazer uma exposição minuciosa do assunto[47], mas tão somente trazer à baila, à luz do referencial teórico desenvolvido acima, a polêmica sobre a indisponibilidade absoluta ou relativa dos direitos de personalidade.

É praticamente consensual entre os juristas que tratam do tema, dizer que os direitos de personalidade são extrapatrimoniais, indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, vitalícios, intransmissíveis, absolutos, inatos, impenhoráveis, imprescritíveis, necessários, entre algumas outras características. Dentre estas, causa um certo desconforto entre os autores a defesa da indisponibilidade, e das características que lhe são próximas, como a inalienabilidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a extrapatrimonialidade, afinal, é visível, comum e aceitável que em inúmeras situações essas barreiras ao modo de exercício dos direitos de personalidade sejam relativizadas. Creio que o exemplo mais visível disto é o exercício do direito à imagem[48], cada vez mais ensejador de repercussão econômica em uma sociedade crescentemente guiada pela imagem das telas, seja da televisão, do computador ou do cinema, e pela imagem impressa, nas revistas, jornais e demais meios de comunicação de massa.

Diante de tal contradição, costuma-se dizer que, muito embora tais direitos sejam insuscetíveis de avaliação patrimonial, nada impede que eles possam figurar como objeto de negócio jurídico oneroso, desde que isto não venha a prejudicar

terceiros ou atentar contra a ordem pública e os bons costumes. Alguns autores vão mais longe e afirmam que a relativa disponibilidade dos direitos de personalidade é algo necessário para que o fundamento destes mesmos direitos sejam respeitados. A isto chamam de tutela positiva dos direitos de personalidade, identificando aí um necessário espaço de exercício da autonomia privada do titular[49].

O problema, ao meu ver, está na defesa de que promover a dignidade da pessoa humana, no que toca aos direitos de personalidade, encontra o seu fundamento tão-somente no exercício da autonomia privada. Como vimos, em Charles Taylor a promoção da dignidade de uma pessoa está diretamente relacionada à articulação e à rearticulação das suas fontes morais a partir de uma avaliação forte, ou seja, obter clareza quanto às próprias configurações morais permite que o sujeito afirme a sua identidade e pleiteie o seu respeito e o seu reconhecimento, núcleo mesmo do respeito à sua dignidade. Ora, uma pessoa que se guie apenas por avaliações fracas, realizadas ao sabor das conveniências e desejos momentâneos, estimuladas pela lógica utilitarista fortemente arraigada nas instituições do Estado e do mercado, está longe, na verdade, de afirmar sua própria dignidade. É claro que isto também não significa, e nem estou aqui a querer afirmar isso, que devemos eleger alguma instância exterior ao próprio indivíduo para avaliar se o seu ato de disposição se baseou ou não em alguma avaliação forte e condicionar sua autorização a esta análise. Concordo com a necessidade de se respeitar uma certa margem de disposição, ainda que ela seja usada pelo titular do direito, até mesmo, em sentido contrário à proteção da própria dignidade. Contudo, penso também que não podemos afirmar que tudo o que a pessoa fizer dentro dessa margem de liberdade deva ser designado como promoção da sua dignidade.

Considerações Finais

Sabemos que por detrás do discurso da liberdade de todos e do respeito à diversidade encontra-se, na verdade, uma grande padronização no valor quantitativo e monetário e uma espécie de pouca importância dada às opções qualitativas ou concepções de bem que os membros e grupos da sociedade tenham ou façam. Como disse Bauman, hoje se pode ter todas as opções, menos a opção de não se ir às compras[50]. A diversidade se encontra nas prateleiras e *outdoors*, não no reconhecimento das configurações morais que estruturam os diferentes grupos e indivíduos que compõem a sociedade. A disposição dos direitos de personalidade, em muitos casos, acaba veiculando tais direitos como mais um item quantitativo nesse contexto, como pode ser comprovado, por exemplo, nos *reality shows* e no mundo publicitário.

A presunção de que o exercício da autonomia com relação aos direitos de personalidade, por si só, favorece o reconhecimento e a promoção da dignidade da pessoa humana, ao meu ver, dificulta a construção de uma sociedade menos fragmentada na qual certas concepções de bem venham a ser protegidas e implementadas por políticas públicas e respeitadas pelos diferentes setores da sociedade. Por outro lado, como podemos tratar do livre desenvolvimento à

personalidade sem que existam as mínimas condições existenciais para isto[51]? Creio que não podemos simplesmente desvincular os direitos de personalidade, por exemplo, do respeito aos direitos sociais. Como alguém desenvolverá livremente sua personalidade se está, na verdade, fadado à condição de subcidadão, alguém da eficiência das políticas de reconhecimento de igual dignidade das quais nos fala Taylor? Assim como é discutível localizarmos a dignidade de alguém na simples condição de poder ser consumidor e dar expressão econômica aos seus direitos personalíssimos, muito mais discutível é podermos falar da dignidade de alguém que nem essa liberdade tem ou que mal consegue chegar a ela.

Ao centrar seu argumento apenas no fundamento da autonomia privada, sem levar em consideração o reconhecimento das fontes morais, a defesa da disponibilidade dos direitos de personalidade não se previne contra a leitura promovida pela análise econômica do Direito, que reproduz as naturalizações do mercado e da racionalidade instrumental (que em sua longa história tem promovido efeitos colaterais particularmente perversos em sociedades periféricas como a brasileira). A autonomia individual vincula-se a um pano de fundo moral que sustenta a sociedade civil. Nenhum indivíduo é a partir de si mesmo, ele sempre é a partir de um horizonte lingüístico e dialógico que o constitui e o transforma. As identidades são construídas coletivamente e suas opções axiológicas e escalas hierárquicas de valores têm direito também a discutir as opções valorativas escondidas por trás da opacidade institucional do Estado e do mercado, visto que não existe instância neutra ou despida de configurações morais. Creio que situar os direitos de personalidade em um plano privado tradicional no qual a escolha se torna indiferente é um modo de reforçar as cisões sociais e as naturalizações arraigadas na sociedade brasileira.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Paulo Roberto Monteiro de. **Charles Taylor: para uma ética do reconhecimento**. São Paulo: Loyola, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.111-320.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. 2008. 271 f [Dissertação de mestrado] – Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

HINKELAMMERT, Franz J. **El sujeto y la lei**: el retorno del sujeto reprimido. Heredia, CR: EUNA, 2003.

MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.291-323.

_____. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n.28, p.59-64. jan.-mar/2008.

_____. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2008. *no prelo*.

_____. A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: XVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2007, Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis-SC : Fundação Boiteux, 2007. v. 1. p. p. 2769-2789.

_____. Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público. In: **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, n.12, 2006. p.221-233.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **The ethics of authenticity**. Cambridge: Harvard University, 2000.

_____. A política de reconhecimento. In: *In*: TAYLOR, Charles, APPIAH, K. Anthony *et al.* **Multiculturalismo**. Lisboa: Piaget, 1998.p.45-94.

_____. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

[1] Assumir tal condição aproxima claramente o autor dos pensadores inseridos no movimento designado de *virada lingüística*, especialmente de Heidegger, um dos principais pilares do pensamento tayloriano.

[2] Taylor contrapõe às concepções designativas da linguagem, inspiradas em Locke, as concepções expressivistas, invocando, para tanto, um dos autores que constituem outro pilar do seu pensamento: Herder. Ver: TAYLOR, Charles. A importância de Herder. In:

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p.93-114. Considerando-se ainda a grande influência de Hegel, é possível dizer que a filosofia moral de Charles Taylor se apóia, fundamentalmente nos “ três H’s”: Hegel, Herder e Heidegger, haurindo ainda nítidas influências de Wittgenstein e de Merleau-Ponty. Patrícia Mattos indica, com argúcia, que o que há de comum nos três últimos pensadores citados “é a idéia tema de que o sujeito só pode ser compreendido *em situação*, ou seja, fugindo-se do hábito intelectualista de imaginá-lo como possuidor de representações abstratas e deslocado de suas necessidades corporais e práticas, como na tradição dominante de Descartes até Kant” (grifos da autora) (MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006. p.39-40).

[3] Este é o dado que interessa reter, independentemente do fato de que o romantismo apontava para Deus ou para a natureza como sendo essa instância superadora do eu que a linguagem visava expressar. Veremos que Taylor direciona esse poder expressivo da linguagem para as configurações morais que sustentam as práticas de cada indivíduo e que podem ser conhecidas pela reflexão e por ela rearticuladas. Enfatizando e explicando com clareza a noção expressivista de linguagem identificada na tradição romântica está o livro de Paulo Roberto Araújo: ARAÚJO, Paulo Roberto Monteiro de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004. p.26-27.

[4] Embora este aspecto não tenha sido ressaltado por dois importantes comentadores nacionais da obra de Charles Taylor, Paulo Roberto Araújo e Patrícia Mattos, é possível aproximar o papel determinante e pré-reflexivo das emoções e sentimentos em Taylor à concepção do *estado de ânimo* em Heidegger como um existencial do *Dasein*, que também sempre aparece associado ao existencial da *compreensão*. Eis uma breve explicação dos conceitos referidos, a bem do esclarecimento do leitor: “A *compreensão* (Verstehen), tratada no § 31 de *Ser e Tempo*, não diz respeito a alguma noção consciente, racional e teórica, mas sim ao sentido que os entes assumem a partir da nossa experiência pragmática e pré-reflexiva. É claro que as noções e conceitos produzidos pelo esforço teórico e pela ciência de um modo geral acabam por fecundar esta esfera pré-reflexiva, produzindo sentidos que são assumidos sem que se tenha, muitas vezes, consciência da sua origem teórica e científica. Parte-se sempre, portanto, de alguma compreensão, que é responsável pela abertura de sentido. (...) Juntando-se à *compreensão* perfila-se o *estado de ânimo* (Befindlichkeit) na qualidade de um dos aspectos do *ser-em*. Este, por sua vez, indica um estado de familiaridade com o mundo. A noção de *ser-em* tenta nos explicar de que modo *somos-no-mundo*, de que maneira se configura este dado inicial e incontornável de que já somos, desde sempre, no *mundo*. Nessa direção, sobressaem-se quatro aspectos que estruturam este *ser-em*: a *compreensão*, o *estado-de-ânimo*, o *discurso* (Rede) e a *decaída* (Verfallen). O *estado de ânimo*, tratado no § 29 de *Ser e Tempo*, indica que cada ente é percebido não somente a partir de um sentido que ele assume em relação à pragmática experiência de finalidades que orienta nossas ações e pensamentos, mas também em relação a algum *humor* (Stimmung) ou *ânimo* que sempre acompanha este sentido e interfere na interpretação do ente em uma dada situação, a depender do fim para o qual se tende” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: XVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2007, Belo Horizonte-MG. Anais do XVI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis-SC : Fundação Boiteux, 2007. v. 1. p. 2780).

[5] Para Charles Taylor, devemos ver “a linguagem como um padrão de atividade mediante o qual exprimimos/realizamos um certo modo de ser no mundo, aquele que define a dimensão lingüística; mas esse padrão só pode ser apresentado contra um pano de fundo que nunca podemos dominar por inteiro. É também um pano de fundo pelo qual nunca estamos plenamente dominados, visto que o remoldamos constantemente. Remoldá-lo sem dominá-lo, ou ser capaz de supervisá-lo, significa que nunca sabemos de modo integral o que fazemos com ele. No que se refere à linguagem, somos tanto construtores como construídos”. (TAYLOR, *op.cit.*, p.111).

[6] Nesse ponto, Paulo Roberto Araújo identifica claramente a influência de Hegel em Taylor, pois naquele encontra-se o mote de que o agente precisa conscientizar-se de sua ação para torná-la clara para ele mesmo, e, assim, tornar o pensamento seguro de si mesmo. Do mesmo modo, em Taylor quando o agente não articula suas fontes morais tende a identificar os objetivos de suas ações de forma superficial e inautêntica, o que termina por causar uma ação inadequada e confusa (ARAÚJO, *op.cit.*, p.59-66). Outra clara influência de Hegel, assinalada por Paulo Roberto Araújo, está também na idéia de que o homem se mostra na unidade, sem que se deva separar o corporal e o instintivo do racional. Taylor considera Hegel a segunda geração expressivista depois de Herder (*Ibid.*, p.74). Por fim, é de se notar ainda a influência de Hegel na idéia de que a comunidade preexiste o indivíduo e sustenta a sua formação.

[7] Na medida em que novas formas de expressão são criadas, seja como fruto de novas experiências seja também como resultado do esforço reflexivo de articular as fontes morais, novas formas de sentimento também surgem. Esta constatação Taylor traz diretamente de Herder (TAYLOR, *op.cit.*; MATTOS, *op.cit.*, p.33).

[8] Neste ponto é possível perceber algo de análogo ao processo da psicanálise, pelo qual o analisado vai construindo uma narrativa da sua própria vida na medida em que, com a ajuda do psicanalista, realiza uma análise de si mesmo e de suas experiências. Em Taylor, na articulação e rearticulação das fontes morais o agente avalia e direciona constantemente suas ações por meio da narração da sua história moral (ARAÚJO, *op.cit.*, p.152).

[9] Esta classificação é desenvolvida especialmente no texto: TAYLOR, Charles. What is human agency? In: TAYLOR, Charles. **Human agency and language**: Philosophical papers I. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

[10] Afirma Taylor que: “a individualidade e o bem, ou, em outras palavras, a identidade e a moralidade, apresentam-se como temas inextricavelmente entrelaçados”. Esclarecendo o que pretende com o tema da avaliação forte, Taylor diz: “desejo analisar

nosso sentido do que está na base de nossa própria dignidade, ou questões acerca do que torna nossa vida significativa ou satisfatória. (...) Referem-se [tais questões] antes ao que torna a vida digna de ser vivida. O que elas têm em comum com questões morais (...) é o fato de todas envolverem o que denominei alhures ‘avaliação forte’, isto é, envolvem discriminações acerca do certo ou errado, melhor ou pior, mais elevado ou menos elevado, que são validadas por nossos desejos, inclinações ou escolhas, mas existem independentemente destes e oferecem padrões pelos quais podem ser julgados” (TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997. p.15-17).

[11] Taylor explicita claramente este ponto logo no início de *As fontes do self*: “Boa parte da filosofia moral contemporânea, particularmente mas não apenas no mundo de língua inglesa, tem abordado a moralidade de maneira tão estreita que algumas das conexões cruciais que desejo esboçar aqui são incompreensíveis em seus termos. Essa filosofia moral tendeu a se concentrar mais no que é certo fazer do que no que é bom ser, antes da definição do conteúdo da obrigação do que na natureza do bem viver; e não há nela espaço conceitual para a noção do bem como o objeto de nosso amor ou lealdade (...). Essa filosofia sancionou uma concepção defeituosa e truncada da moralidade num sentido estreito, bem como de toda a gama de questões envolvidas na tentativa de levar a melhor vida possível, e isso não só para filósofos profissionais como para um público mais amplo” (TAYLOR, **As fontes do self**, p.15-16).

[12] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.118.

[13] ARAÚJO, *op.cit.*, p.149.

[14] Taylor observa isto logo no início do seu influente texto *A política de reconhecimento*. Diz ele que a “tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento *incorrecto* dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que o rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento *incorrecto* podem afectar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe” (grifos do autor) (TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento*. In: *In*: TAYLOR, Charles, APPIAH, K. Anthony *et al.* **Multiculturalismo**. Lisboa: Piaget, 1998. p.45). Importa ressaltar que a necessidade do reconhecimento continua a existir mesmo no interior de uma mesma cultura ou tradição.

[15] Como bem ressalta Jessé Souza, o foco de Taylor ao realizar esta genealogia do *self* moderno ocidental recai muito mais sobre a eficácia que essas idéias tiveram na conformação das fontes morais modernas e na sustentação do próprio modo de vida das pessoas comuns. Ele não está, pois, interessado em descrever o conteúdo dessas idéias de modo completo, abordando a totalidade dos autores e das correntes de pensamento modernos (SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p.68). De todo modo, penso ser pertinente a ressalva feita por Enrique Dussel de que na genealogia de Taylor faltou fazer referência ao papel da periferia do mundo europeu para que a civilização ocidental moderna e o seu *self* pudessem emergir. Segundo Enrique Dussel, uma história do sujeito moderno que não leve em conta o contexto periférico no qual surgiu é, no mínimo incompleta e parcial. Referindo-se à obra *As fontes do self*, Dussel afirma que “está escrita com maestria, com conhecimentos, com criadora maneira de obter novos resultados, mas é só uma exploração ‘intrafilosófica’ à qual falta uma história, uma economia e uma política. Esta limitação metodológica impedirá que o autor chegue a resultados mais críticos. Parece que o capitalismo, o colonialismo, a contínua utilização da violência ou a agressão militar não tem nenhuma importância.” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p.67). Assim, considerar tão-somente o contexto interno da Europa e os termos dos seus pensadores centrais para identificar as fontes do sujeito, aplicando suas conclusões de modo universal é um procedimento chamado pelo autor de “eurocentrismo”. “O ‘eurocentrismo’ consiste exatamente em constituir como *universalidade abstrata humana em geral* momentos da *particularidade* européia, a primeira particularidade de fato mundial (quer dizer, a primeira universalidade humana concreta). A cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *moderno-européias* foram tomadas como a cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc. *sem mais* (humano universal abstrata). Grande parte dos ganhos da modernidade não foram criatividade exclusiva do europeu, mas de uma contínua dialética de impacto e contra-impacto, efeito e contra-efeito, da Europa-centro e sua periferia, até no que poderíamos chamar de a própria constituição da subjetividade moderna enquanto tal.” (grifos do autor) (*Ibid.*, p. 69). Há de se convir, contudo, que em Taylor não se encontra esse tipo de eurocentrismo, visto que o que ele pretende é justamente evidenciar que o *self* moderno não é uma noção universal e abstrata, mas sim a expressão de uma série de idéias e transformações pertinentes ao contexto europeu moderno. Creio que o alerta de Dussel deve ser admitido para que se reconheça o papel determinante da constituição de uma nova periferia mundial (o “novo mundo”) no protagonismo que a Europa passou a ter desde então (incluindo o plano das idéias), visto que antes das grandes navegações, como afirma Dussel, a Europa estava mais para uma periferia do mundo mulçumano.

[16] TAYLOR, Charles. **As fontes do self**, p. 149-270.

[17] Para uma explicação com mais detalhes sobre a formação e o sentido do conceito de *self pontual* tal qual exposto por Charles Taylor (que atribui os créditos da noção especialmente ao filósofo inglês John Locke quando segue na senda aberta por Descartes) ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé

objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.304-306.

[18] TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge: Harvard University, 2000. p.27-28. Taylor também importa de Herder a possibilidade de se pensar na originalidade e na autenticidade não só de um indivíduo mas também de uma coletividade ou até mesmo de um povo ou sociedade (TAYLOR, *A importância de Herder*, p.245).

[19] *Ibidem*, p.31-41. Tal aspecto ficou evidente quando se tratou acima da questão da linguagem. Para maiores detalhes sobre a dimensão dialógica como constitutiva da própria individualidade e como dado importante para pensar a realidade política e fazer frente às tendências de atomismo e fragmentação, ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Multiculturalismo e movimentos sociais: o privado preocupado com o público. In: **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, n.12, 2006. p.221-233.

[20] O conceito rousseauiano de *vontade geral* indica que todos os cidadãos virtuosos são honrados de forma igual, e a maior liberdade é a de seguir a vontade uníssona e harmônica que emerge desse acordo e dessa reciprocidade social. Taylor percebe aí o grande risco totalitário do argumento, na medida em que a unidade de objetivos imaginados para a sociedade igualitária é refratária a qualquer diferenciação (TAYLOR, *A política de reconhecimento*, p.64-71).

[21] Taylor situa os liberalismos tradicionais nessa direção, na medida em que estes pressupõem sempre o universalismo de alguns princípios a partir dos quais a sociedade deve se guiar. Há discussão sobre quais princípios seriam esses, contudo em todas as variantes do modelo, entre os quais Taylor inclui Dworkin, Rawls e Habermas, acredita-se que o princípio exista (*Ibidem*, p.57-64).

[22] Sobre o debate relativo ao multiculturalismo e às diferenças entre liberais e comunitários, ver: SILVA FILHO, *Multiculturalismo e movimentos sociais*, p.221-233; TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**, p.197-220; e TAYLOR, *A política de reconhecimento*, p.45-94.

[23] Para situar a questão indígena como um exemplo privilegiado para repensar a questão da repersonalização do direito civil e do problema da subjetividade jurídica de um modo geral, ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos*, p.2769-2789.

[24] Os novos movimentos sociais em sociedades periféricas, ainda que fundamentalmente voltados para as questões tradicionais de classe, agregam à sua forma de fazer política a afirmação da sua identidade singular no plano público. Assim, os temas da igual dignidade e da autenticidade aparecem entrelaçados, ainda que em sociedades como a brasileira este entrelaçamento se dê de modo diferente em relação às sociedades de capitalismo desenvolvido, nas quais estas questões (desigualdade e desrespeito à diferença) costumam apresentar-se de modo mais separado. Ver: SILVA FILHO, *Multiculturalismo e novos movimentos sociais*, p.225-226.

[25] Em seu livro, Jessé Souza indica, em apurado estudo histórico e sociológico, a identificação de uma raça brasileira, marginal à sociedade produtiva e eficiente. Argumenta o autor que a sociedade brasileira internalizou e naturalizou um corte entre cidadãos de primeira linha, que se constituem em referência ao modelo do homem racional e europeizado, e cidadãos de segunda classe que se afastam desse modelo. O recurso à teoria de Taylor, na obra de Jessé, é fundamental para desnaturalizar as redes opacas de dominação social que produzem em série as categorias de subcidadania (Ver: SOUZA, *passim*).

[26] Sobre isto ver: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites**. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981; HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil – introducción histórico-dogmática**. Barcelona: Ariel, 1987; e SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 293-296.

[27] O novo constitucionalismo demarca a superação da clássica dicotomia entre direito público e privado, situando a Constituição acima de qualquer enciclopédia jurídica e projetando seus valores, princípios e normas para todos os ramos do Direito, inclusive para o privado. O marco histórico desse novo papel para a Constituição foi o segundo pós-guerra, na tentativa de construir mecanismos jurídicos que pudessem evitar ou dificultar nova ocorrência de fenômenos semelhantes aos que deixaram o mundo perplexo durante os regimes totalitários e as guerras da primeira metade do século XX. No Brasil, tal influxo só se fez realmente sentir após a Constituição de 1988 e tão logo a sociedade brasileira conseguiu emergir do período funesto das ditaduras civis-militares do Cone-Sul.

[28] Em artigo escrito para o III Simpósio da Cátedra Unesco–Unisinos Direitos Humanos e violência, governo e governança., no Painel “Justiça e memória. O esquecimento das vítimas, uma segunda injustiça”, ocorrido no dia 19 de maio de 2008 no Auditório Central da UNISINOS-RS, procura-se, com apoio na filosofia da história de Walter Benjamin, denunciar a barbárie que se aloja na base da sociedade ocidental e promove a exclusão e o esquecimento das vítimas. O artigo indica o papel político da memória na construção da democracia e no resgate da dignidade humana, reconhecida a partir da alteridade evidenciada no sofrimento, seguindo mais de perto a experiência das ditaduras latino-americanas, em especial, a da ditadura civil-militar brasileira. Ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2008. *no prelo*.

[29] Entre os quais destaco especialmente Orlando de Carvalho (op.cit.), Luiz Edson Fachin (op.cit.) e Paulo Luiz Neto Lobo (Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999).

[30] Tal ponto está firmado, inclusive, em outro texto, especialmente no tocante à indispensável perspectiva kantiana da dignidade da pessoa humana. Ver: SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais*, p.307-309.

[31] Como o próprio Charles Taylor assinala, pela porta aberta pelos argumentos transcendentais kantianos adentraram igualmente as análises de Heidegger e Merleau-Ponty (Ver TAYLOR, Charles. A validade dos argumentos transcendentais. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. p.34). Os argumentos transcendentais partem de alguma característica da experiência humana considerada inquestionável e indubitável. Para Kant, a experiência só pode ser percebida enquanto tal porque os homens possuem categorias universais prévias para percebê-la (os juízos sintéticos a priori). As condições do conhecimento objetivo independem da experiência mesma, elas já são dadas *a priori*. O problema é que Kant não dá espaço suficiente ao papel da expressão corporificada do agente como dado incontornável e constitutivo. “Desse modo, o objeto continua fora do âmbito de expressividade do sujeito, pois este se limita a fazer uma ‘descrição completa’ daquele. A relação entre sujeito e objeto permanece numa instância de exterioridade. É esse caráter de exterioridade que inviabiliza ao agente humano compreender a expressividade do seu agir no mundo. Os argumentos transcendentais apesar de nos dar (sic) regras reguladoras para nos mover no pensamento, não possibilitam, como diz Taylor, compreender a necessidade de estarmos corporificados como condição para que as nossas experiências tenham determinadas características expressivas” (ARAÚJO, *op.cit.*, p.80-81). O próprio Taylor esclarece, reportando-se explicitamente à fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty que “nossa percepção do mundo como agentes corporificados não é um fato contingente que possamos descobrir empiricamente, mas, em vez disso, nosso sentido de nós mesmos

como agentes corporificados é constitutivo de nossa experiência” (TAYLOR, *A validade dos argumentos transcendentais*, p.38).

[32] Para mais detalhes desta dimensão, ver: SILVA FILHO, *A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos*, p.2779-2783. O jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, em sua obra dedicada ao “direito à identidade pessoal”, assinala claramente a importância dessa dimensão existencial para pensar o conceito de pessoa, referindo-se explicitamente a Heidegger: “El tiempo es, para Heidegger, aquello desde lo cual el ‘ser-ahí’ comprende e interpreta, em general, lo que se mienta como ‘ser’. El tiempo se constituye, así, en ‘el genuino horizonte de toda comprensión y de toda interpretación del ser’. (...) La temporalidad es una estructura esencial de la existencia. (...) La filosofía existencial se presenta, de este modo, como un vasto movimiento filosófico que coloca en un primer plano la reflexión sobre el sentido de la existencia humana. Esta corriente de pensamiento es el producto de un estado de crisis que envuelve al mundo contemporáneo, originado por el desencadenamiento de la violencia y la consiguiente degradación del valor de la persona humana. Ella se yergue como una explicable reacción frente a un proceso de disolución de la persona, constituyéndose en la respuesta a un creciente proceso de ‘despersonalización’ que se advierte en nuestro tiempo” (SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p.9-10).

[33] A singular contribuição de Paul Ricoeur se volta para o enfrentamento da pergunta pelo “quem”, convergindo em muitos pontos com o diagnóstico também construído por Charles Taylor e identificando a especial dimensão da *ipseidade*. A referência ao pensamento de Paul Ricoeur é mais desenvolvida no artigo: SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais*, p.306-315.

[34] A influência de Heidegger sobre Charles Taylor é patente, como já foi assinalado. Não apenas o tema da linguagem como formadora de mundo, mas igualmente a crítica às explicações científicas e técnicas mediante uma linguagem designativa e descritiva; o conceito de técnica; o caráter constitutivo do sentimento e dos estados de ânimo; a noção do homem como um animal que se auto-interpreta (especificamente tratada no texto: *Self interpreting animals*. In: TAYLOR, Charles. **Human agency and language – philosophical papers 1**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997); a ênfase na dimensão pré-ontológica; a própria noção do *Dasein* associada à construção e reconstrução da identidade; o caráter projetante do *Dasein*, indicado por Taylor na noção do *self* como projeto, e o seu envolvimento constante com suas possibilidades; e, enfim, a noção de autenticidade, que em Taylor guarda muitas proximidades com o enfoque heideggeriano.

[35] Entre os quais eu citaria especialmente Emmanuel Levinas e Ricardo Timm de Souza, mas sem esquecer das fundamentais contribuições de Walter Benjamin, Theodor Adorno e Enrique Dussel.

[36] Vejo, assim, como altamente problemática a frase que Paulo Roberto Araújo enuncia quando explica que “conforme Taylor, o objetivo do Espírito é o de reconhecimento de si no outro e não o de abolir simplesmente a alteridade” (ARAÚJO, *op.cit.*, p.62). Ora, penso que um dos maiores problemas da civilização ocidental é exatamente o de querer se ver no outro, impedindo que a especificidade que dele emerge possa se apresentar a partir de si mesma, o que, ao meu ver, torna impossível o reconhecimento da alteridade.

[37] TAYLOR, *A política de reconhecimento*, p.87-91.

[38]A dimensão da alteridade não nos remete apenas às outras pessoas. Há uma alteridade diante de nossa própria consciência e da nossa condição existencial, visto que ambas não são instauradas por nós mesmos, pois já nos encontramos, desde sempre, nelas. Ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n.28, p.60. jan.-mar/2008.

[39] Importante deixar bem consignado que reconheço a importância da análise econômica do direito, no sentido de chamar a atenção dos juristas para os processos e lógicas inerentes ao funcionamento do mercado e da economia capitalista, atenção e conhecimento que devem fazer parte da atividade profissional dos atores do direito. O meu ponto de discórdia reside no querer fazer da lógica do mercado e do seu raciocínio instrumental de custo-benefício o grande fundamento a partir do qual deve o direito operar. Entendo que este argumento padece das naturalizações denunciadas por Taylor e da vedação de qualquer espaço ou papel decisivo para as questões morais.

[40] Sobre este ponto, Patrícia Mattos nota com muita precisão que a dicotomia “entre público e privado é um compromisso de nossa civilização: ela garante um espaço para o utilitarismo, que deve cuidar do bem-estar dos negócios públicos, deixando o expressivismo tornado subjetivo e politicamente improdutivo. Intelectualmente, defende Taylor (...), esse compromisso é autodestrutivo. Ele reduz o expressivismo a um sentimentalismo sem forma e impede o florescimento de qualquer dimensão que ultrapasse o subjetivismo” (MATTOS, *op.cit.*, p.51). Por óbvio, o termo “subjetivismo” aqui remete à idéia de uma dimensão irracional inerente a cada indivíduo que, todavia, deve ser permitida, desde que se atenha aos limites privados e não venha a prejudicar terceiros de modo inadmissível, não devendo ter maiores expressões no plano público.

[41] *Ibidem*, p.57.

[42] Jessé Souza comenta que em *As fontes do self*, Taylor preocupa-se especialmente em indicar o ancoramento institucional das novas configurações morais que foram, com base no pensamento moderno, alastrando-se mais e mais intensamente no bojo das instituições e do próprio modo de vida da sociedade. Isto fica muito claro na terceira parte de *As fontes do self* intitulada *A afirmação da vida cotidiana*, na qual seguindo a trilha aberta por Max Weber, Taylor identifica no protestantismo a popularização de um modo de ser antes apenas reservado a alguns religiosos virtuosos, especialmente no tocante à auto-disciplina e ao auto-controle. A religião passa a exigir que as pessoas sejam eficientes no palco dos seus afazeres habituais e cotidianos. O protestantismo, portanto, foi um passo decisivo rumo ao predomínio de uma razão instrumental, depois secularizada, e que encontra o seu ninho nos mecanismos impessoais e burocráticos do Estado e no cálculo custo-benefício do mercado (TAYLOR, **As fontes do self**, p.273-391). “O novo aparato institucional coercitivo e disciplinador do mundo moderno, antes de tudo representado pelo complexo formado por mercado e Estado, é percebido como incorporando um princípio formal de adequação meio-fim medido por critérios de eficiência instrumental. (...) Para Taylor, ao contrário, esse tipo de interpretação equivale a duplicar, na dimensão conceitual, a ‘naturalização’ que a ideologia espontânea do capitalismo produz a partir da eficácia e do modo de funcionamento de suas instituições fundamentais. A estratégia genealógica de Taylor (...) pretende precisamente recapturar um acesso simbólico e valorativo que retira a neutralidade e a ingenuidade dessas instituições fundamentais que determinam nosso comportamento social em todas as suas dimensões. Nessa reconstrução, o que vem a baila é o ‘retorno do reprimido’, ou seja, do sentido normativo, contingente, culturalmente constituído e de modo algum neutro que habita o núcleo mesmo de funcionamento dessas instituições” (SOUZA, *op.cit.*, p.69-70). Este “retorno do reprimido” mencionado por Jessé Souza é o tema central desenvolvido em importante obra escrita por Franz J. Hinkelammert, que afirma: “Celebramos la racionalidad y la eficiencia, sin embargo, estamos destruyendo las bases de nuestra vida sin que este hecho nos haga reflexionar acerca de los conceptos de racionalidad correspondientes. Estamos como dos competidores que están sentados cada uno sobre la rama de un árbol, cortándola. El más eficiente será aquel que logre cortar la rama sobre la cual se halla sentado con más rapidez. Caerá primero, no obstante, habrá ganado la carrera por la eficiencia. Esta eficiencia, es eficiente? Esta racionalidad económica, es racional? El interior de nuestras casas es cada vez más limpio, en tanto que sus alrededores son más sucios. (...) Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer. Niños que previsiblemente no podrán hacer un trabajo competitivo, no deben nacer. Emancipaciones humanas que no aumenten la competitividad, no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce. Es más, impide siquiera verlos. Esta es la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez, la ineficiencia de la eficiencia” (HINKELAMMERT, Franz J. **El sujeto y la lei**: el retorno del sujeto reprimido. Heredia, CR: EUNA, 2003. p.31-32).

[43] Em seu livro, Jessé Souza desenvolve um estudo sobre a naturalização da subcidadania em sociedades periféricas, dando maior atenção ao Brasil. Para o seu projeto, o autor assume explicitamente o pensamento de Charles Taylor como uma importante referência na desmistificação das instituições neutras e da razão instrumental. Sobre isto é muito claro e preciso em seu texto: “A gênese do self pontual em Taylor é passível de ser interpretada como a pré-história das práticas sociais disciplinadoras, das quais o mercado e o Estado são as mais importantes, fruto de escolhas culturais contingentes e que, de forma implícita e intransparente, mas de nenhum modo neutra, impõe tanto um modelo singular de comportamento humano definido como exemplar quanto uma hierarquia que decide acerca do valor diferencial dos seres humanos. É este modelo implícito e singular que irá, crescentemente, a partir do seu ancoramento institucional, premiar em termos de prestígio relativo, salário e status ocupacional os indivíduos e classes que dele mais se aproximam e castigar os desviantes. (...) Às gerações que já nascem sob a égide das práticas disciplinadoras consolidadas institucionalmente, esse modelo contingente assume a forma naturalizada de uma realidade auto-evidente que dispensa justificação. Responder aos imperativos empíricos de Estado e mercado passa a ser tão óbvio quanto respirar ou andar. Não conhecemos nenhuma outra forma de ser e desde a mais tenra infância fomos feitos e continuamente remodelados e aperfeiçoados para atender a estes imperativos. É essa realidade que permite e confere credibilidade às concepções científicas que desconhecem à lógica normativa contingente desses ‘subsistemas’. Ela assume a forma de qualquer outra limitação natural da existência, como a lei de gravidade, por exemplo, contra a qual nada podemos fazer” (SOUZA, *op.cit.*, p.72-73).

[44] O Código Civil de 2002 prevê no Livro I, *Das Pessoas*, o Capítulo II, *Dos direitos de personalidade*, distribuído do artigo 11 ao 21.

[45] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p.155.

[46] Tal cláusula, contudo, não está presente de modo inquestionável no texto do Código Civil, o que justifica ainda mais a indissociabilidade entre Constituição e Código Civil, visto que naquela a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana protagoniza com folga este papel (art.1º, III). A este respeito, importa registrar opinião firmada em importante trabalho de pós-graduação recentemente defendido em nível de mestrado e escrito por Fernanda Borghetti Cantali, e com a qual concordo inteiramente neste particular: “Ainda que a inserção do capítulo destinado a tutelar os direitos de personalidade no Código Civil não seja algo inovador diante do sistema constitucional vigente, [é] de [se] ressaltar o caráter pedagógico da previsão, como forma de orientar o intérprete sobre a opção axiológica patrimonialista do Direito Civil clássico, apontando para a sua repersonalização (...). Embora reconhecido tal caráter pedagógico, há que se ter em mente (...) que do ponto de vista técnico o novo Código nasce obsoleto, e um dos exemplos é a própria disciplina dos direitos de personalidade, os quais foram regulados de maneira tímida e tipificadora conforme a doutrina da década de sessenta que não

conhecia a cláusula geral de proteção da pessoa, que veio a ser consagrada na Constituição de 1988” (CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** 2008. 271 f [Dissertação de mestrado] – Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.84-85).

[47] O tema pode ser investigado em uma série de obras já existentes no país, dentre as quais destaco: ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007; CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** 2008. 271 f [Dissertação de mestrado] – Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008; SCHEIBE, Elisa. **Direitos de personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural.** 2008. 195 f. [Dissertação de mestrado] – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

[48] O direito ao corpo também traz na prática uma relativização de sua indisponibilidade, muito embora traga proibições mais explícitas em relação a certas situações, como a vedação de comércio de órgãos, por exemplo. No artigo 14, o Código Civil autoriza a disposição gratuita para a doação de órgãos após a morte, mas há que se reconhecer também a possibilidade de doações em vida de partes do corpo, como sangue, espermatozoides, óvulo, rim, etc.

[49] Destacam-se neste argumento Carlos Alberto Bittar (*op.cit.*, p.12), Fernanda Borghetti Cantali (*op.cit.*, p.146-161) e, especialmente, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que dedicou sua tese de doutorado ao tema (BORGES, *op.cit.*, p.114-127).

[50] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001..p.87.

[51] Este ponto é claramente reconhecido por Roxana Cardoso Borges, quando conclusivamente afirma que em seu trabalho verificou-se “na investigação da autonomia privada sobre os direitos de personalidade, que esse debate pressupõe a garantia do mínimo existencial para as pessoas, sem o qual se diminui sua liberdade de agir, uma

vez que estarão mais condicionadas pela necessidade do que no exercício de sua autodeterminação” (BORGES, *op.cit.*, p.245).

**O IMPACTO ECONÔMICO DO DIREITO: EM BUSCA DE UMA ECONOMIA
MAIS JUSTA E DE UM DIREITO MAIS EFICIENTE* ****

**THE ECONOMIC IMPACT OF THE RIGHT: IN SEARCH OF A ECONOMY
MORE JOUST AND A MORE EFFICIENT RIGHT**

**Josilene Hernandes Ortolan
Norma Sueli Padilha**

RESUMO

As instituições jurídicas apresentam papel indispensável na promoção do desenvolvimento econômico do país. Para que este processo desenvolvimentista aconteça, necessário se faz transpor as barreiras que impedem a expansão econômica. Dentre estas barreiras, destaca-se a desobediência aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar a aplicação e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entes particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), ressaltando-se que estes direitos devem ser entendidos como valores e princípios constitucionais, elementos que sustentam a fundamentação argumentativa das decisões jurídicas. Assim, busca-se enfatizar a necessidade de um sistema jurídico que contribua para o desenvolvimento econômico do país, destacando-se a imprescindibilidade de uma interpretação do sistema contratual que concilie a ordem econômica e a ordem constitucional, sustentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e na livre iniciativa, materializando o papel social dos contratos, enfatizando-se, por fim, que a colisão dos direitos fundamentais sob a ótica privada, pode ser superada tanto com auxílio do direito privado como de outros ramos do direito, destacando-se aqui a análise econômica do direito.

PALAVRAS-CHAVES: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; EXPANSÃO ECONÔMICA; FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

ABSTRACT

The legal institutions present indispensable paper in the promotion of the economic development of the country. So that this development process happens, is necessary to transpose the barriers that hinder the economic expansion. Amongst these barriers, the disobedience to basic rights. In this direction, the present article aims at to analyze the application and the effectiveness of the basic rights in the relations between particular

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

beings (horizontal effectiveness of the basic rights), standing out that these rights must be understood as values and principles constitutional, elements that support the recital argumentative of the legal decisions. Thus, one searches to emphasize the necessity of a legal system that contributes for the economic development of the country, being distinguished it imprescindibilidade of an interpretation of the contractual system that conciliates the economic order and the constitutional order, supported in the constitutional principles of the dignity of the human being and in the free initiative, materializing the social paper of contracts, emphasizing itself, finally, that the collision of the basic rights under the private optics, can in such a way be surpassed with aid of the private law as of other branches of the right, detaching if here the economic analysis of the right.

KEYWORDS: LAW & ECONOMIC; DIGNITY OF THE HUMAN BEING; BASIC RIGHTS; ECONOMIC EXPANSION; SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT.

INTRODUÇÃO

O ato decisório judicial não se esgota em si mesmo. É, a partir de seu conteúdo, que se posicionarão os agentes econômicos. As estratégias econômicas pautam-se nas decisões do Poder Judiciário. Portanto, as condições sob as quais o julgador opta por uma e, conseqüentemente, exclui a outra fundamentação, devem ser ponderadas, uma vez que o crescimento econômico de uma nação está diretamente ligado à cooperação do Poder Judiciário neste sentido. Ou seja, se o Judiciário for eficiente, os instrumentos jurídicos pelos quais os entes se relacionam, e aqui, destaca-se os contratos, desfrutarão de mais credibilidade, o que estimulará e incentivará as práticas destes meios, que, conseqüentemente, repercutirá no desenvolvimento econômico, visto que interfere na expectativa dos agentes econômicos. Trata-se, pois, de uma relação cíclica, em que o resultado obtido será positivo por proteger os instrumentos por meios dos quais ocorre circulação de riquezas. Há, assim, progresso econômico.

As transações econômicas capitalistas necessitam de um espaço de liberdade para contratar, ao mesmo tempo em que se torna imprescindível garantias de que o pactuado será cumprido. Disso decorre o caráter crucial dos contratos para as relações econômicas, e na ótica weberiana, a principal fonte de ligação entre a ação econômica e o direito. Não se trata o direito de um feitiço sem conteúdo cuja atividade resume-se em chancelar as relações de fato criadas pelos agentes econômicos. Para Weber, o direito é uma parte constitutiva as relações econômicas capitalistas (MELLO, 2006, p. 64-65).

Em uma perspectiva de análise econômica do direito, a opção por uma norma e não pela outra, deve se dar a partir da escolha da norma que seja mais eficiente, economicamente. Significa, pois, analisar a demanda sob o aspecto de eficiência. Ao juiz cabe avaliar o impacto que as decisões ocasionarão.

A questão se acirra quando se está diante de princípios e valores fundamentais. Isso significa dizer que o critério de eficiência econômica não será absolutamente utilizado quando se estiver face aos direitos fundamentais. Mas de que forma é possível então promover o desenvolvimento econômico e fazer com que os pactos sejam cumpridos quando se estiver face aos direitos fundamentais? Devem ser estes direitos obrigatoriamente observados nas relações privadas?

Eis algumas das facetas do presente artigo que se visa esclarecer, sem, contudo, esgotar o assunto, devido sua vasta abrangência e influência no sistema jurídico-econômico. Nos dizeres de ROPPO (1988, p. 08):

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente - para a idéia de operação econômica.

Nesse sentido, primeiramente tratar-se-á da conexão de elementos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a sua relevância para o instituto contratual, realçando, dessa forma, o papel social do contrato, para abordar a essência e estrutura das normas de direitos fundamentais. Na segunda parte, discorrer-se sobre a imprescindibilidade da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como motivação e fundamentação das decisões judiciais, para na parte final, discorrer e elucidar de que forma tem sido os direitos fundamentais efetivados por meio das decisões dos tribunais, e como estas decisões implicam uma análise econômica do direito.

1 A Oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Em precisa síntese, a regulamentação dos direitos fundamentais não foi desde sua origem da maneira como é hodiernamente. À época do liberalismo, as ameaças estatais eram as únicas que incomodavam os indivíduos. Assim, os direitos fundamentais representavam direitos de defesa que limitavam a atuação estatal face aos indivíduos. Nesta seara, as relações entre particulares eram reguladas pela legislação infraconstitucional já que encerravam relação entre indivíduos de vontades livres e iguais, motivo pelo qual não se justificava a interferência daqueles direitos no âmbito inter-privado.

Com o advento do Estado Social, expandiram-se as atividades estatais e, conseqüentemente, o desenvolveu-se uma ativa participação social, face à democratização do poder. Isso significa compartilhar o poder com a sociedade. Esta convivência, embora entre indivíduos livres, não soou harmoniosa, em face dos ideais e interesses divergentes, que alimentavam dissídios. O Estado então, precisou deixar seu caráter de “inimigo estatal” para assumir uma postura protetiva dos bens jurídicos

fundamentais ameaçados, tanto da esfera privada como também da pública. Essas transformações dos papéis do Estado e da sociedade representam o fator desencadeador da crescente influência dos direitos fundamentais nas relações privatísticas. A inserção da democracia liberal capitalista fez emergir a fragilidade dos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais dispostos pelo Estado, impondo-se a busca de soluções objetivas/preventivas, em busca de melhor condição de vida e realização da personalidade. E foi desta forma que nasceu o compromisso de se repensar os meios protetivos dos direitos fundamentais disponíveis (DUQUE, 2007, p. 90-92). Como resultado, nota-se que a relevância da oponibilidade dos direitos fundamentais às relações privadas para a teoria dos contratos é manifesta,

no instante em que argumentos de índole jurídico-constitucional logram êxito no sentido de fortalecer a posição das partes que, em face de uma dada situação de caráter eminentemente privado, tenham a sua posição guindada a um patamar situado abaixo do mínimo de proteção imposto pelos direitos fundamentais (DUQUE, 2007, p. 92).

De fato, é o que ocorre quando uma das partes da relação jurídico-contratual socorre-se do Poder Judiciário com o intuito de fazer valer os direitos fundamentais que, em princípio, foram transgredidos.

Assim, o contrato além de ser instrumento que permite a circulação de riquezas em uma sociedade capitalista, deve ser considerado, do mesmo modo, instrumento de proteção aos direitos fundamentais.

FORSTHOFF (1975, p. 254) ressalta a discussão que se forma com relação à aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, à medida que pressupõe a atribuição de um certo direito fundamental a um ente particular, que é convertido em norma de conduta com força obrigatória a um outro indivíduo na esfera privada, o que, de imediato, leva à conflituosidade das relações jurídicas privadas.

Nesse sentido, assinala-se a necessidade de uma reconstrução da dogmática do direito privado moderno que se abduca da utilização de argumentos de caráter radicalista e aponte para soluções que remodele o sistema jurídico, buscando o equilíbrio e harmonia das relações contratuais, possibilitando a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.

1.1 Aspecto material da perspectiva da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A face material desta aplicabilidade versa exatamente sobre a análise do vínculo dos entes privados nas relações jurídico-contratuais aos direitos fundamentais. Esta proposição sobressaiu-se sob a denominação de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, designação esta elaborada por ALEXY (1997, p. 506):

no decorrer desta investigação expôs-se reiteradamente os efeitos das normas de direito fundamentais na relação entre Estado/cidadão. Ao contrário, não foi tematizado expressamente seu efeito na relação cidadão/cidadão, ou seja, seu efeito em terceiros ou efeito horizontal. Porém, justamente o efeito em terceiros ou efeito horizontal é especialmente adequado para aclarar o efeito dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (tradução nossa)

Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, compreende-se a possibilidade destes direitos terem eficácia vinculante na ordem jurídico-privada, ou seja, quando nos pólos da relação jurídica compuserem-se de entes particulares. Adversamente, fala-se em eficácia vertical de tais direitos quando a relação se compõe entre o Estado e o cidadão.

Contudo, a oponibilidade dos direitos fundamentais diante de uma relação jurídico-contratual eminentemente privada pode impulsionar um entrave: como se torna possível que uma das partes possa justificar sua posição invocando ser um direito fundamental e ser beneficiada se o outro pólo da relação compõe-se também de um particular cuja proteção se dá sob a égide dos direitos fundamentais? Ou melhor, dois particulares, diante de um impasse jurídico-contratual, respaldados pelos direitos fundamentais?

Dessas situações surge, então, a necessidade de se reestruturar o ordenamento jurídico contratual. Como se depreende dos ensinamentos de MARQUES (2006, p. 255): “uma nova concepção mais social do contrato o visualiza como uma instituição jurídica flexível, que hoje o considera como ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores, inclusive, de serem sujeitos de direitos fundamentais”.

1.2 A observância dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada-contratual

Os direitos fundamentais incidentes no momento da formação, execução e extinção dos contratos devem ser, a princípio, cautelosamente observados e cumpridos pelas partes envolvidas. A eficácia, intensidade e a maneira como se concretiza este vínculo têm fundamento constitucional.

“A Constituição encerra decisões fundamentais para a comunidade jurídica que possuem o condão de determinar a configuração da vida comunitária, influenciando, sobretudo por meio dos direitos fundamentais, em todo o ordenamento jurídico” (STERN, 1984, p. 129). Posto isto, os direitos fundamentais inerentes aos indivíduos são assegurados por meio do Direito.

ALEXY (1997, p. 70 e ss.) divide as normas de direitos fundamentais em normas diretamente estatuídas pela Constituição e normas adstritas à Constituição (normas associadas) e ressalta que a importância dessa divisão se dá para fins de uma fundamentação jurídico-fundamental correta. Isso evidencia que a norma associada demonstra um significado que inicialmente não se tratava de uma norma de direito fundamental puramente considerada e a partir de um juízo de argumentação jurídica associasse àquela norma. Isso significa que as normas de direitos fundamentais derivam da técnica da argumentação jurídica que informa o Direito. Em razão disso, ao direito fundamental em questão associa-se a regra obtida por meio do procedimento interpretativo e de ponderação, e essa regra adstrita é válida e se torna uma norma de direito fundamental toda vez que as mesmas condições fático-jurídicas se fizerem presente no caso concreto em análise.

Portanto, os direitos fundamentais não se reduzem simplesmente àqueles que assim o ordenamento jurídico intitula. A ponderação de bens jurídicos, a argumentação jurídica são meios hábeis para dar a uma simples regra o caráter de direito fundamental. É neste sentido o entendimento que DUQUE (2007, p. 102) extraiu da obra de Alexy,

Concebem-se os direitos fundamentais, pois, como direitos subjetivos dos particulares, na forma de um feixe de posições, cujo resultado da ponderação realizada conduzirá a uma regra que decidirá o caso concreto, sendo que essa regra voltará a ser aplicada, sempre que presentes as condições fático-jurídicas nas quais foi criada, por intermédio de um juízo de subsunção.

Os direitos fundamentais adquiriram este caráter por serem lidos e exercidos numa sociedade politicamente democrática e pluralista[1], que passou e superou os ciclos do Direito, ao se afastar dos mecanismos de caráter científico da dogmática tradicional, transpor o extremo formalismo do positivismo jurídico para chegar às reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, dando a este instituto uma dimensão transformadora e emancipatória, sem, contudo, desvaler da potencialidade democrática, visto que sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais[2] (BARROSO, 2001, p. 47).

1.3 A normatividade dos princípios e regras

O pós-positivismo promove uma volta aos valores. Para adquirirem efetividade estes se materializam em princípios, na Constituição, que, por sua vez, adquirem reconhecimento pela ordem jurídica. Mas a ênfase dada aos princípios é atribuída ao reconhecimento de sua normatividade. Isto porque, além de sintetizarem os valores constitucionais, desempenham funções importantes na sociedade, destacando-se dentre elas a condensação de valores, unificação do sistema e condicionador da atividade do hermeneuta.

Como nos explica BARROSO (2001, p. 30),

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras cotem relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada nos sistemas. Inexiste hierarquia de entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

DWORKIN (1997, p. 24) foi o grande sistematizador acerca das diferentes funções desempenhadas pelas regras e princípios. Para o autor, as regras seguem a idéia do tudo ou nada[3]. Ou seja, ou uma determinada é cumprida ou não é, pois se em uma face tem-se uma regra de cunho proibitivo e do outro, uma de caráter obrigatório, ter-se-á uma antinomia[4]. A aplicação de uma regra se dá por meio da subsunção. Dessa forma, uma regra apenas deixará de incidir sobre o fato se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigência. Os princípios possuem uma dimensão de peso, de relevância, indicam uma determinada direção a ser seguida. Não seguem a regra do tudo ou nada, portanto. Não são contraditórios. Distinguem-se das regras por serem mais genéricos. A discussão entre regras e princípios é qualitativa e não quantitativa.

BARROSO (2001, p. 31) sintetizou as idéias de ALEXY (1997, pp. 81 e ss.),

As regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização. Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

Em suma: a contradição entre regras soluciona-se pela sua aplicação ou não, enquanto que na colisão entre princípios, a ponderação é utilizada.

Como se observa, o direito é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Quando a colisão normativa se dá entre normas constitucionais, os métodos da hermenêutica legislativa ordinária não são adequados e satisfatórios para solucionar o impasse. Portanto, passe-se à ponderação[5] dos princípios.

Não haverá, na ponderação, critérios que estabeleçam a supremacia de um ou outro princípio. A análise dar-se-á, deste modo, na análise do caso concreto, ocasião em que concessões recíprocas deverão ser feitas, com o intuito de obter um resultado socialmente desejável, que sacrifique o mínimo dos direitos fundamentais em conflito.

Sobre a ponderação das normas, assinala-se que,

não há, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada. A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bem jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercutiu nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar o que pode ser ponderado e como deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que posso satisfazer adequadamente à demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras (BARROSO, 2001, p. 33).

Interessante observar que a fundamentalidade de um direito revela-se, sobretudo, pelo seu conteúdo, que vise à promoção da dignidade da pessoa humana[6] e a referência a valores supremos do ser humano.

A proteção da dignidade da pessoa humana traduz um fim supremo de todo o ordenamento jurídico, tanto que a sua afirmação como fundamento do Estado democrático de Direito lhe conduz ao pico do Direito. Nessa perspectiva,

no instante em que a Constituição brasileira define a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, é porque a considera como um valor fundante da República, de modo que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista, apenas, como um princípio da ordem jurídica, devendo, também, ser concebida como um princípio da ordem política, social econômica e cultural, de modo que possui a natureza de um autêntico valor supremo, porquanto situada na base de toda a vida nacional (SILVA, 1998, p. 92).

Posto isso, nítida é a conectividade do Direito Constitucional com Direito privado. É por meio deste mecanismo (que inicia sua análise nas bases do

ordenamento jurídico até atingir o cume), torna-se possível a compreensão da Constituição como fonte de Direito nas relações privadas, constituindo-se, assim, um critério eficaz, à guisa de exemplo, para o controle do conteúdo jurídico dos contratos privados.

Como já visto,

o ideal de Direito conjuga um conjunto de crenças, dentre elas uma objetividade mínima de valores jurídicos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, que vivifique um quadro de direitos fundamentais de liberdade e solidariedade, bem como a possibilidade de que esses valores sejam descobertos pela inteligência, acolhidos pelo consenso e erigidos em fins últimos do convívio social. Nesse prisma, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana, como princípio, com vistas a impor limites não somente à atuação estatal, mas também à atuação dos particulares, nas relações levadas a efeito entre si, representando, assim, uma sólida base para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas (DUQUE, 2007, p. 106).

1.4 O papel da dignidade da pessoa humana na fundamentação das decisões jurídicas

A dogmática jurídica visa assegurar a dignidade da pessoa humana por meio da Ciência Jurídica (ALEXY, 1997, p. 346). Depreende-se, pois, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Estes direitos, todavia, poderão ser relativizados e ponderados, toda vez que se fizer necessário proteger e preservar a dignidade do indivíduo, cujo intuito seja a proteção da dignidade de todos os indivíduos de uma coletividade (SARLET, 2002, p. 134). Significa, pois, que este princípio constitucional limita tanto a atividade estatal como também a dos particulares quando das relações jurídicas.

A intensidade da interferência e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, via de regra, será mais intensa quanto maior for a ameaça à liberdade da parte que exercer o poder social ou econômico (SARLET, 2002, p. 132). Quanto mais próxima dos comandos do princípio da dignidade da pessoa humana estiver estabelecida a relação jurídico-privado, mais intensa a incidência dos direitos fundamentais. Nesse sentido, destaca-se que a aplicabilidade às relações jurídico-privadas dos direitos fundamentais deve ocorrer por meio da análise do caso concreto, utilizando-se o meio da ponderação de princípios, com o intuito de se analisar de as regras do direito privado devem, no caso em análise, ceder ou não espaço para a incidência dos direitos fundamentais. HESSE (1998, p. 62) sustenta que, “a concretização só é possível com vista a um problema existente, de modo que não existe interpretação constitucional independentemente de problemas concretos” .

Face esses argumentos que justificam a incidência e aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, extrai-se então, a possibilidade dos direitos

fundamentais entoarem-se como critérios de controle da validade e eficácia dos contratos.

O que o ordenamento jurídico busca estabelecer são os contornos da objetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com este atinja sua dimensão motivacional-racional, tornando-se fundamento das decisões judiciais.

2 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DECISÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS

A seara jurídico-brasileira contratual reflete uma constante revisão dos pactos. Como fundamentação máxima, os pedidos baseiam-se nos princípios de direito fundamental, destacando-se dentre estes o princípio da dignidade da pessoa humana.

Extrai-se alguns exemplos da jurisprudência pátria em que os direitos fundamentais serviram de base para controlar o conteúdo dos contratos privados.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) deferiu *habeas corpus* por considerar inadequada e inviável a prisão civil no caso concreto, em de alienação fiduciária, por ter constatado uma absurda elevação dos juros, e como fundamentação, justificou a dignidade da pessoa humana. Essa decisão deu-se no HC 12.547-DF, cujo relator foi o Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJU do dia 12.02.2001, em que ficou designado:

a decisão judicial que atende o contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão.

O Supremo Tribunal Federal[7] também já se posicionou em decisões que se fez necessário sopesar a autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais em uma relação privada. Porém, dentro dos limites da ponderação e proporcionalidade, haja vista a influência das decisões jurídicas no aspecto econômico. Destarte, o ato de decidir do magistrado deve considerar que o resultado deste processo resultará na realização ou não de outros direitos. Ressalta-se aqui a relevância do aspecto econômico das decisões judiciais.

Ao decidir sobre a (in)constitucionalidade da impenhorabilidade do bem de família do fiador, o fundamento sustentou-se em uma perspectiva de análise

econômica do direito[8], já que, primeiramente, quando do julgamento do RE 352.490-SP, julgado em 25.05.2005, optou-se pela impenhorabilidade de tal bem. A ementa traz:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. [Lei nº 8.009/90](#), arts. 1º e 3º. [Lei 8.245](#), de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “*por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*”: sua não- recepção pelo art. 6º, [C.F.](#), com a redação da [EC 26/2000](#). Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Todavia, como já destacado neste trabalho, as decisões jurídicas irradiam-se por todas as esferas da sociedade, tendo maior enfoque na seara econômica. Impedir que o único bem do fiador pudesse ser penhorado nos casos de inadimplemento contratual locatício, sob a argumentação do direito à moradia[9], implicaria um aumento dos valores dos aluguéis, já que os contratos de locação inviabilizar-se-iam, diante de falta de garantias que assegurassem sua completa execução. Em outras palavras, à medida em que se autoriza a penhora do único bem do particular que o oferece em garantia, nos contratos de locação, está se possibilitando e aumentando as chances do acesso à moradia, pois, com tal garantia, o preço dos alugueis tornam-se mais acessíveis. Em suma, haveria por garantido o acesso à moradia.

Foi exatamente este enfoque que levou o STF a rever seu posicionamento, e permitir a penhora do único imóvel do indivíduo que se posta como fiador nos contratos locatícios.

Fiador. Locação. Ação de Despejo. Sentença de Procedência. Execução. Responsabilidade solidária. Pelos débitos do afiançado. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n.- 8.009/90, com a redação da Lei n.- 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade dos bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3, inc. VII, da Lei n.- 8.009/90, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n.- 8.245/91, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407.688-8/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 1 13.10.2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A operatividade dos direitos fundamentais nas relações privadas deriva da autonomia privada e da liberdade contratual. Isto porque, tais princípios são constitutivos irrenunciáveis do Direito Privado. Assim, a revisão judicial de um contrato injusto ou desleal não implica abandono desses princípios, ao revés, trata-se de uma

necessidade para assegurar e garantir o desenvolvimento, tanto sob a ótica do Direito Privado, quanto do Direito Constitucional (BECKER apud DUQUE, 2003, p. 72-73).

Os conflitos entre direitos devem ser solucionados por meio de ponderação e proporcionalidade, observados as particularidades do caso concreto. O direito de contratar pressupõe, assim, o respeito aos direitos fundamentais. Daí ter o processo de tomada de decisão do juiz que observar o papel social que os pactos desempenham, hipótese em quem, ou o contrato em análise será preservado ou deixará de existir.

É neste sentido a proposição de SARMENTO (2006, p. 329-332):

Mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável. Nestas ponderações, outro fator relevante é a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela ao direito fundamental contraposto. Nestas relações patrimoniais, por sua vez, a proteção da autonomia será maior, quando estiverem em jogo bens considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade da pessoa (...). Para o reconhecimento destes deveres promocionais em relação ao particular, ter-se-á que considerar o ônus econômico correlato, para verificar, dentro de uma lógica de razoabilidade, se é justo imputá-lo ao proprietário. A hipótese acaba também envolvendo uma ponderação de interesses, entre, de um lado, os direitos transindividuais, pertencentes a toda coletividade, que se deseja obrigar o proprietário a promover.

Tendo por base essas considerações, as notas de BARROSO (2001, p. 42) elucidam e sintetizam todo o exposto no presente trabalho:

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não como recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa altura, cumpre ressaltar a releitura que os institutos contratuais começaram a ter, à luz dos direitos fundamentais. Todavia, ainda se faz necessário despertar para a extrema importância que esta releitura, concretizada por meio das decisões judiciais, apresenta para o desenvolvimento sócio-econômico do país. Em uma perspectiva de análise econômica do direito: não se trata de substituir critérios de justiça por critérios econômicos, mas de perceber que os agentes econômicos mudam as estratégias à medida que a justiça se demonstra ineficiente e a econômica injusta.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.18, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 6, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Revista de Direito Administrativo n °240, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos Fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos.** in MARQUES, Cláudia Lima [org.] **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova crise do contrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge (MA): Harvard University Press, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**. Trad. Luis Lopes López Guerra e Jaime Nicolás Muniz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. Tradução de Der Staat der Industriegesellschaft.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. [org.] **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova crise do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Novas regras sobre a proteção do consumidor nas**

relações contratuais. Revista de Direito do Consumidor, n.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, p.27-54, 1999.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Direito e economia em Weber**. **Revista Direito-GV**, v.2, n.2, 2006.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jorge. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier- Campus, 2005.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. ver e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, n. 212, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. 2. neubearbeitete Auflage: München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984, Band 1. Trad. Marcelo Schenk Duque.

[1] Por sociedade pluralista, refere-se a um sistema em que várias ordenações são aceitas, concomitantemente.

[2] Trata-se de uma perspectiva pós-positivista, que se originou da superação do conhecimento tradicional, legalista, ao reconhecer os valores da sociedade, valores estes que integram todo o sistema jurídico.

[3] Expressão no original, “all or nothing”.

[4] Oposição recíproca.

[5]Essa técnica é aquela pela qual se busca estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos (BARROSO, 2001, p. 32)

[6] Inciso III, artigo 1^a da Constituição Federal Brasileira.

[7] Órgão responsável pela defesa máxima dos direitos constitucionalmente assegurados.

[8] Destaca-se a importância desta “leitura” para o desenvolvimento econômico do país, face a necessidade de se convergir os ideais das duas ciências, Direito e Economia, principalmente pelo fato da Economia pautar-se em critérios de eficiência e o Direito em justiça.

[9] Artigo 6º da Constituição Federal Brasileira.

O USO ESTRATÉGICO DA AUDITORIA JURÍDICA PARA O SUCESSO DO NEGÓCIO.*

THE STRATEGIC USE OF THE JURIDICAL AUDIT FOR THE SUCCESS OF THE BUSINESS.

Lucas Alexandre Barquette

RESUMO

O crescimento dos sistemas informatizados exige mecanismos para atingir a otimização dos resultados, tornando o papel do auditor jurídico estratégico para identificação eficaz dos pontos críticos existentes na estrutura jurídica da instituição. A auditoria jurídica, adotada pelo administrador moderno, assume uma postura de assessoria jurídica inteligente, ao buscar o exercício da advocacia preventiva e a prestação pró-ativa de serviços na visão empresarial das questões jurídicas. O trabalho de auditoria jurídica com ênfase na advocacia preventiva consiste no melhor planejamento para tornar a empresa eficaz, dentro da legalidade, para o mercado competitivo. Faz-se necessária a conceituação, legalização e regulamentação da função de auditor jurídico, área de atuação do advogado, importante fator para a sustentabilidade legal das práticas econômicas e financeiras da empresa. Mesmo sem uma regulamentação legal, a auditoria jurídica é vista como uma das estratégias mais eficientes no mundo empresarial, pois assegura que, depois de inspecionada minuciosamente, a empresa se estruture legalmente, corrigindo erros passados e evitando futuros problemas, como prejuízos, perda de credibilidade e até mesmo a falência, podendo utilizar tal benefício frente a seus concorrentes, ao consolidar-se como uma empresa transparente para o mercado e altamente promissora para seus investidores.

PALAVRAS-CHAVES: AUDITÓRIA JURÍDICA, ESTRATÉGIA, LEGALIDADE, DUE DILIGENCE, SUCESSO.

ABSTRACT

The growth of the computerized systems demands mechanisms to reach the optimization of the results, it becoming strategic the role of the juridical auditor to the effective identification of the critical points existing in the juridical structure of the institution. The juridical audit, adopted by the modern manager, assumes a posture of intelligent juridical staff, when it searches the exercise of the preventive advocacy, and the pro-active rendering of services on the business view of the juridical issues. The

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

juridical audit work, with emphasis in the preventive advocacy, consist in the better management for become the company effective, inside of the legality, for the competitive market. The conceptualization, the legalization, and the regulation of the juridical auditor's function become necessary, area of the lawyer's action, important factor for the legal sustainability of the economic and financial practices of the company. Even without a legal regulation, the juridical audit is seen as one of the most efficient strategies in the business world, as it assures that, after thoroughly inspected, the company become legally structured, it correcting the last mistakes, and avoiding future problems, like damages, loss of credibility and, even the bankruptcy, it being able to use such benefit, faced with its competing, when it become consolidated as a transparent company for the market, and highly promising for its investors.

KEYWORDS: JURIDICAL AUDIT, STRATEGY, LEGALITY, DUE DILIGENCE, SUCCESS.

1 INTRODUÇÃO

O que é uma auditoria jurídica? Para que serve? Esta é a pergunta-chave que um leigo, um empresário, um pequeno comerciante ou até mesmo um estudante de Direito sempre faz. Questiona-se se existe, quem pode realizá-la e também como utilizá-la estrategicamente.

O mundo dos negócios vem sofrendo mudanças num ritmo muito acelerado, e o mercado torna-se cada vez mais interligado e dinâmico. Frente a essa nova realidade que se apresenta, geralmente as empresas não conseguem conhecer, com a profundidade necessária, as significativas alterações nas estruturas de seus negócios.

As autoridades nacionais e internacionais, mesmo sabendo dessas dificuldades vividas pelo mercado, não dão uma resposta imediata para a criação de mecanismos próprios e que possibilitem segurança jurídica às empresas. Em decorrência a própria sociedade reage, criando esses mecanismos, sendo um deles a auditoria jurídica.

No atual contexto de competitividade e concorrência, toda organização, cada vez mais, tem buscado estrategicamente otimizar seus resultados, utilizando novas tecnologias para organizar os controles internos. Com isso viabilizam-se o planejamento, o acompanhamento e a criação de programas, que auxiliam a avaliação dos aspectos econômicos e financeiros em busca de padrões de eficiência e eficácia que possam garantir a sua sobrevivência e evitar fraudes, corrupções, desvios de verbas e má utilização dos recursos de produção.

Nos últimos anos foi muito discutida, em todo o mundo, a falta de transparência e ética nos trabalhos dos muitos auditores e advogados que estavam envolvidos com práticas de fiscalizações ineficientes, corrupção e conluio nas séries de escândalos e falências fraudulentas de empresas como a *Enron*, a *WorldCom* e a *Parmalat*.

Como consequência dessas falências, houve a quebra da confiança creditada nas empresas de auditoria e nos escritórios de advocacia que prestam este tipo de serviço profissional.

A fraude ocorrida na *Enron* foi extremamente complexa. Além de outras práticas duvidosas, a empresa utilizou uma técnica contábil para aumentar os números de rendimentos, manipulando projeções futuras; em decorrência, várias subsidiárias de propósitos específicos acabaram abrigando passivos que não apareciam no balanço. Assim, esses passivos não eram refletidos nos números da *Enron*. A operação claramente sem ética mostrava uma imagem que não era real, pois a saúde da empresa não era boa e, vindo a recessão, o esquema desmoronou.

Após os escândalos, os americanos sancionaram, em julho de 2002, a Lei *Sarbanes-Oxley*, que estabelece padrões contábeis mais rígidos para as companhias abertas com papéis no mercado acionário dos Estados Unidos. Essa lei foi concebida para coibir as fraudes corporativas, responsabilizando os executivos pelos procedimentos de avaliação da empresa e exigindo dos administradores e dos auditores que apresentem uma opinião pessoal sobre a qualidade dos controles adotados na área financeira, sendo que este trabalho precisa ser aprovado por um comitê de auditores.

No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), antecipando a percepção dos problemas aos escândalos nos Estados Unidos e, principalmente, respondendo ao mercado de auditoria, diante do surgimento das complicações nas contas dos Bancos Nacional e Econômico; aumentou o rigor da regulação e introduziu novos mecanismos, especialmente por meio da Instrução 308/99, que dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, define os deveres e as responsabilidades dos administradores das entidades auditadas, bem como regula o relacionamento e o trabalho dos auditores independentes.

Cabe também citar a “Resolução do Conselho de Gestão de Previdência Complementar - CGPC nº 13 da Secretaria de Previdência Complementar”, que, dentre outras obrigações, estabeleceu princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC). Devendo ainda observar padrões de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e da própria entidade fechada de previdência complementar, no conjunto de suas atividades.

Diante desses fatos, o mercado vem se auto-regulando com quebra de paradigmas mundiais em todos os planos. Ressalta-se, neste momento, como estratégia, a importância do papel do auditor jurídico, que, tendo o conhecimento do direito, das leis e do conjunto de informações que lhe dá o pleno conhecimento da instituição e de suas atividades; irá assegurar, fiscalizar e orientar a atuação da instituição, contribuindo para o sucesso do negócio, dentro dos princípios éticos e legais vigentes no mercado.

2 AUDITORIA JURÍDICA

Auditoria é a denominação dada ao cargo ou função de auditor que, segundo o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é o técnico ou pessoa com conhecimento suficiente para emitir parecer sobre assunto de sua especialidade. (HOUAISS, 2007, p. 343)

No Direito Antigo, o auditor tinha o mesmo sentido de *ouvidor*, indicava o funcionário, instruído em leis, que tinha a missão ou atribuição de informar o tribunal ou repartição pública sobre a legalidade de certos atos ou sobre a interpretação das leis nos casos concretos submetidos à sua apreciação. É o consultor jurídico da atualidade. (SILVA, 2008, p. 170)

Auditor, na linguagem técnica da contabilidade, é a palavra empregada para distinguir o perito ou técnico de contabilidade, à qual se assinala o encargo de examinar e dar parecer sobre a escrituração mercantil de um estabelecimento comercial, atestando, igualmente, a sua exatidão, em confronto com os documentos, de que se originaram os lançamentos ou assentos constantes da escrita e a veracidade do balanço geral, que lhe foi mostrado para exame. (SILVA, 2008, p. 170)

Dentre todas as áreas de auditoria, a contábil é a mais conhecida e aplicada. É subentendida por muitos como a mais eficiente, por englobar todas as áreas e visar à diminuição dos gastos do negócio.

Apesar de sua grande importância, se for usada isoladamente, não é suficiente, pois não atinge o estudo e as informações jurídicas, ambientais, administrativas, operacionais, dentre outras.

A definição da expressão “jurídico” deriva do latim *juridicus*, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), entendendo-se, na significação em que é tido, como tudo o que é regular, que é legal, que é conforme ao Direito. (SILVA, 2008, p. 803)

A auditoria jurídica será sempre desenvolvida por um advogado ou sociedade de advogados devidamente inscrito(a) nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da formalização prévia de um contrato de prestação de serviços. Nesse sentido, o advogado ou a sociedade de advogados responsável pela auditoria jurídica pode executar trabalhos de pesquisa, investigação e avaliação de atos e fatos jurídicos efetuados pela empresa objeto da auditoria, com análise interdisciplinar, e com a emissão de um parecer final, observados os princípios da legalidade e da ética.

No Brasil essa nova atividade não foi ainda chancelada expressamente pela Ordem dos Advogados do Brasil e talvez também por isso a maioria dos professores de direito não procuram preparar tecnicamente os futuros profissionais do direito para a nova realidade jurídica.

Cabe ressaltar que está em tramitação, desde sua apresentação em plenário em 05/04/2006, o projeto de lei que inclui a auditoria jurídica dentre as atividades

privativas da advocacia, e altera o art. 1º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que “dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”.

O projeto é de autoria do Deputado Raul Jugmann (PPS-PE) e já obteve Parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Deputado Marcelo Ortiz (PV-SP), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo. Em 12/03/2008, o relator retirou o projeto de pauta para reexame da matéria, sendo este o último ato até o momento. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Acesso em: 01 ago. 2008).

A auditoria jurídica é um novo campo no exercício da advocacia, através do qual o advogado ou a sociedade de advogados poderão atuar, sob a égide da normatividade e da ética, podendo, inclusive, serem responsabilizados civilmente por danos causados no desempenho desta atividade, conforme veremos adiante.

As auditorias podem ser classificadas em externa e interna. Atualmente, a auditoria externa atua em diversas áreas de gestão: de sistemas, de recursos humanos, da qualidade, de demonstrações financeiras, jurídica, contábil, etc.

Temos como exemplos de auditoria jurídica: auditoria de contratos, de produção com suporte jurídico, nos serviços profissionais mercadológicos, para aquisição de empresa, para reorganização societária, trabalhista, tributária e de sistema informatizados.

Hoje cresce cada vez mais o número de sistemas computacionais que controlam as operações de grande relevância no contexto das instituições. Em virtude desse aumento da utilização da tecnologia da informação para a manipulação e armazenamento de dados, apresentam-se novos riscos para o controle relacionado ao planejamento e execução de atividades de fiscalização de uma auditoria.

O mundo está girando em torno desses sistemas informatizados, e as grandes instituições estão, a cada dia, aumentando o grau de informatização, cabendo aos auditores esforçar-se e aperfeiçoar-se para desenvolver instrumentos necessários à modernização de sua atividade fiscalizatória, a fim de evitar a prática de fraudes eletrônicas.

O atual mercado exige que as auditorias sejam realizadas por profissionais qualificados e especialistas no ramo que será auditado e que eles também tenham uma visão abrangente e conhecimento aprofundado do funcionamento geral da organização.

3 A DUE DILIGENCE JURÍDICA

A *due diligence jurídica* é a prática mais utilizada para garantir a lisura nas movimentações empresariais e de outros ramos de atividades.

As chamadas “*due diligence*” (diligência devida) ou *due care* (cuidado devido), são expressões inglesas que designam, na prática empresarial, a investigação ou a análise da situação de uma empresa procedida por um possível comprador ou por um corretor ou mesmo por quem com ela deseja contratar. Eventual falha ou defeito na coleta e análise dos elementos sobre a empresa pode resultar em prejuízos, que devem ser imputados a quem realiza as investigações. (SILVA, 2008, p. 503)

Podemos entender a *due diligence* como um procedimento de caráter preventivo, efetuado normalmente pelo comprador com a colaboração do vendedor, com a finalidade de verificar e avaliar a situação da saúde da empresa, podendo inclusive determinar o real valor da empresa com seus ativos, constatando se o funcionamento desta cumpre as regras legais determinadas, avaliando os riscos inerentes, garantias a prestar ou outras.

A operação inicia-se com a formalização de interesses das partes na realização do negócio por intermédio de uma carta de intenções, com natureza de contrato preliminar, dispondo sobre prazos, custos, confidencialidade de informações, cronogramas, abrangência, caráter vinculante. Essa carta de intenções registra que a negociação se sujeitará ao resultado obtido na *due diligence* para ser concretizado.

Diante deste memorando, reúnem-se as informações e os documentos necessários para a realização da *due diligence*, apresentando assim um *check list*.

O profissional colherá documentos, informações verbais e escritas de funcionários e buscará em órgãos externos dados relevantes sobre a empresa, principalmente nas juntas comerciais, câmaras de comércio, órgãos públicos municipais, estaduais e federais.

Em seguida, as equipes do *due diligence* identificarão aspectos críticos que poderão influenciar na operação e produzirão um relatório conclusivo para apresentação ao cliente.

A partir deste ponto, a assessoria jurídica se reunirá para discussão e análise desse relatório e formulará as minutas dos instrumentos contratuais, fixando preços.

Visto isto, é notória a importância do parecer do *due diligence*, que determinará os rumos e o sucesso da negociação.

No Brasil, a *due diligence* não é uma obrigação imposta pela legislação. Portanto pode ser vista como uma metodologia alternativa para identificar os problemas que deverão ser resolvidos após a concretização do negócio, podendo fazer, inclusive, com que o comprador, antes de fechar a operação, solicite ao vendedor a redução do preço, ou mesmo maiores garantias.

A *due diligence* é muito abrangente, pois exige uma detalhada e profunda investigação em todos os aspectos jurídicos de uma companhia, podendo atingir, inclusive, os aspectos pessoais dos sócios, o crescimento do negócio, as implicações financeiras, o passivo de disputas judiciais em que a empresa seja ré ou autora, passivos ainda nas

áreas: cível, trabalhista, administrativa, previdenciária e tributária, demonstrando a probabilidade de êxito e perdas e se possui valores provisionados, visando sempre à viabilidade da operação.

As operações de *due diligence* podem requerer o trabalho conjunto de profissionais de diversas áreas para formular um relatório real e eficiente dos riscos inerentes à atividade desenvolvida pelas empresas.

Na *due diligence*, na área administrativa, o profissional irá realizar a análise de possíveis investigações realizadas por órgãos de defesa da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pois podem identificar também passivos decorrentes de potenciais focos de preocupação concorrencial ou mesmo de investigações em curso nestes órgãos.

Considerando a *due diligence* financeira, o objetivo é a apuração das perspectivas, da segurança, dos fornecedores, dos clientes, da revisão de balanços e de contratos.

Por outro lado, as *due diligence* ambientais devem ser realizadas por uma equipe integrada por especialistas em análise de solo, impacto ambiental, direito, consultores, inclusive financeiros.

A *due diligence* pode ser utilizada de maneira isolada, porém é fundamental que sejam aplicadas conjuntamente todas as possibilidades de investigação: jurídica, administrativa, financeira e ambiental. Isto viabiliza o cumprimento do objetivo da *due diligence*, qual seja; formar uma espécie de “radiografia” da empresa de forma a prepará-la para operações de aquisição e fusão, dentre outras.

A diferença entre auditoria jurídica e a *due diligence* é que a primeira engloba a *due diligence*, e a última é restrita a operações de compra e venda e/ou reorganização societária de empresas.

Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme faz um análise de caso hipotético de uma *due diligence* e descreve, resumidamente, o que seria uma auditoria para a aquisição de uma Companhia, ou seja, de uma Sociedade Anônima.

Nesse sentido, o autor em questão destaca que a sociedade, que está sendo vendida, deve ser auditada em várias etapas, ou seja, é realizada uma auditoria por áreas de interesses. Deste modo tem-se: (I) auditoria na área societária; (II) auditoria da área regulatória; (III) auditoria da parte trabalhista e seguridade social da empresa; (IV) auditoria ambiental; (V) auditoria da área contenciosa dividida em civil, trabalhista e tributária; (VI) auditoria dos contratos comerciais e títulos de crédito; (VII) auditoria contábil (sempre realizada por uma empresa do ramo de contabilidade); (VIII) auditoria sobre propriedade intelectual e (IV) auditoria imobiliária. (GUILHERME, 2005, p 35).

O advogado-auditor da área societária, por exemplo, deve primeiramente solicitar para análise o seguinte material: (I) estatutos sociais da empresa e suas modificações registradas na Junta Comercial; (II) informação sobre o capital social subscrito e integralizado da companhia; (III) lista dos titulares das ações da empresa; (IV) cópias dos livros sociais da companhia; (V) informações e cópias dos contratos, dos documentos relativos a contratos celebrados pela companhia com acionistas e diretores,

procurações e convênios; (VI) informação sobre a situação legal da empresa; (VII) informação e cópia dos poderes em vigência outorgados; (VIII) informação sobre a existência e planos sobre aumentos de capitais, emissão de debêntures e *commercial papers, swaps* etc.; (IX) informação sobre planos relativos a futuros aumentos ou redução de capital e oferta pública de ações; (X) lista de outras empresas diretas e indiretamente vinculadas com a empresa; (XI) organograma funcional da empresa, incluindo gerentes e diretores; (XII) organograma de subsidiárias e de empresas que a empresa principal tem participação acionária; (XIII) informações sobre qualquer garantia real dada pela empresa; (XIV) cópia do acordo de acionista; (XV) descrição dos benefícios promocionais ou subsidiados outorgados a favor da companhia, indicando seu estado, cumprimento das obrigações impostas, e contingências; (XVI) atas das reuniões; (XVII) cronograma indicando os dividendos a serem pagos e se já foram pagos; (XVIII) informações contábeis de cada filial, caso tenha; (XIX) qualquer outro tipo de acordo relativo à votação de ações que limite os direitos dos acionistas da companhia ou de seu controlador. (GUILHERME, 2005, p. 36).

Após todas essas informações, o advogado-auditor poderá emitir um ditame que permita orientar os compradores, neste caso, a avaliar melhor o valor de mercado da Sociedade a ser adquirida. (GUILHERME, 2005, p 37).

4 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA AUDITORIA

Tem crescido no mercado brasileiro a atuação do advogado auditor, tendo destaque principalmente na área empresarial, fruto da inserção do Brasil como país emergente no cenário mundial, iniciado com as privatizações em 1991, o que fez aumentar o número de empresas transnacionais no país.

A função de um advogado deve estar sempre pautada e estruturada pela ética, pelos valores humanos e pela normatividade. Busca cumprir no exercício de sua profissão seus deveres e obrigações.

Maior ainda é a responsabilidade de um auditor de ter uma vida estruturada nesses valores, pois sua função precípua é a de fiscalizar. Jamais poderá ter algum desvio de conduta, por ocupar função exemplar. Nele é depositada toda a confiança e expectativas na execução de correção dos comportamentos e análise de conduta de administradores e administrados, podendo comprometer os trabalhos e os profissionais pelos quais deve zelar.

A função desenvolvida por um auditor jurídico muito se assemelha à de um médico, de quem se espera cuidado ao realizar exames e fazer um diagnóstico.

É fundamental que o advogado tenha em mente esses valores, pois se uma pessoa que o procurou para defender seus direitos ou para prestar algum tipo de serviço jurídico peculiar à profissão, sentir-se prejudicada por culpa, fato ilícito ou ambos na prestação do serviço, poderá responsabilizar civilmente esse advogado, conforme disposição do artigo 32, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.096, de 4 de julho de 1994.

As normas gerais no direito brasileiro que determinam a responsabilidade do advogado são as seguintes: Constituição da República - artigos 127 a 135; Código Civil - artigos 186 e 927; Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia; Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e Código de Defesa do Consumidor - artigos 3º e 14, parágrafo 4º.

Na hipótese de o auditor jurídico trabalhar em uma sociedade de advogados, a sociedade se responsabilizará em conjunto com os sócios.

Os grandes escritórios de advocacia, principalmente de São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Belo Horizonte, muitas vezes optam por fazer um seguro de responsabilidade civil para os seus advogados visando à proteção dos clientes, de terceiros e dos próprios advogados.

O contrato de seguro resguarda o advogado do pagamento de eventual indenização a possível lesão contra o cliente e/ou terceiros em um parecer de auditoria jurídica.

As principais normas regulamentares da auditoria brasileira são ditadas pelos órgãos de contabilidade, que foram os pioneiros na atividade de auditor. Suas regras objetivam a regulação da profissão e atividades, além de estabelecerem diretrizes a serem seguidas na execução dos trabalhos.

Cabe ressaltar que não existem normas específicas para o auditor jurídico, devendo o mesmo seguir subsidiária ou analogicamente as regras impostas aos auditores contábeis.

A principal norma em vigor no Brasil para os contadores é a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade - CFC nº 820, de 17 de dezembro de 1997, que aprova a NBC T 11 - normas de auditoria independente das demonstrações contábeis.

Os advogados auditores, além de respeitarem as normas de auditorias contábeis, têm o dever de observar as legislações e estatutos da sua profissão, para que não sejam responsabilizados pelo descumprimento.

Para o advogado-auditor apenas competência não basta. Ele precisa ter raciocínio de independência ao realizar a auditoria e, em qualquer circunstância, esta é uma obrigatoriedade disposta no artigo 31, parágrafo 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.096, de 4 de julho de 1994. Assim ele não pode se deixar influenciar, para que os resultados obtidos sejam de total imparcialidade.

Todo o trabalho de auditoria deve ser planejado, devendo o advogado ser sempre diligente e ter o cuidado necessário ao realizar a auditoria e emitir seus pareceres.

Espera-se que a equipe de trabalho seja experiente o suficiente para todas as análises possíveis, sempre lembrando que os estagiários assistentes devem ser supervisionados por um dos auditores superiores, seja pelo auditor coordenador ou pelo sênior, pleno ou até mesmo pelo auditor-júnior, revendo criteriosamente os trabalhos realizados. Algumas funções de menor complexidade relatadas no planejamento podem ser executadas por membros menos experientes.

O profissional no exercício de auditoria jurídica deve ter em sua formação três fatores técnicos de capacitação: educação universitária formal para entrar na profissão, treinamento prático com experiência em auditorias e educação profissional continuada durante toda a carreira.

A instituição que precisa dos trabalhos de um auditor jurídico busca um profissional que realize os trabalhos com competência técnica, integridade, independência e objetividade. Essa é a imagem que esse profissional deve passar para alcançar um futuro promissor.

O auditor deve planejar considerando o risco de coletar dados distorcidos causados por erros e fraudes, de forma a obtê-los com segurança.

A sociedade espera e confia no trabalho desenvolvido por um auditor, principalmente pela premissa de sua atuação sempre imparcial e ética.

A independência é a principal condição do trabalho de auditoria, para a obtenção dos elementos de prova e para o seu julgamento. O auditor deve buscar sempre a verdade, não deixando os interesses, vantagens ou conflitos influenciarem sua posição no parecer.

O auditor jurídico deve se dar por impedido e requerer sua exclusão dos trabalhos de auditoria sempre que se apresentarem fatores de ligação com a pessoa auditada, tais como vínculo familiar, amizade íntima ou inimizade notória, mantendo assim a sua imparcialidade nos julgamentos.

A honestidade está diretamente relacionada com a confiança que o cliente deposita no profissional, assumindo este a responsabilidade perante o bem de terceiros e a manutenção de seus direitos.

O trabalho do auditor jurídico deve ser marcado pelo respeito aos princípios éticos.

São características da ética profissional na vida dos auditores jurídicos quatro pontos fundamentais: sigilo, independência, profissionalismo e honestidade.

A ética profissional do advogado inclui, também, o dever de confidencialidade ao seu cliente, pacto pelo qual se constrói uma relação de sinceridade e fidedignidade entre as partes. Numa negociação entre a empresa e o auditor, ao fazer um contrato de prestação de serviços, deve-se sempre incluir uma cláusula de confidencialidade, sendo a mesma estruturada pelos princípios da fidelidade, boa-fé objetiva e pelo dever do sigilo.

O segredo profissional é garantido mediante a imposição de sanção de natureza criminal, prevista no art. 154 do Código Penal, com pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa para aqueles que violarem.

Segundo Guilherme Nucci, os elementos objetivos do tipo penal são revelar (desvendar, contar a terceiro ou delatar) sem justa causa segredo (assunto ou fato que não deve ser divulgado, tornando público ou conhecido de pessoas não autorizadas) de que tenha ciência em razão de função (prática ou o exercício de uma atividade inerente a um cargo, que é todo emprego público ou particular), ministério (exercício de uma atividade religiosa), ofício (ocupação manual ou mecânica, que demanda habilidade, sendo útil a alguém) ou profissão (atividade especializada, que exige preparo), e cuja revelação possa produzir dano a outrem. (NUCCI, 2006, p. 651).

Para o referido autor, trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige necessariamente resultado naturalístico – dano para a vítima – embora possa ocorrer); e de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“revelar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, 2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira imediata, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode constituir-se de um ou mais atos); admite tentativa. (NUCCI, 2003, p. 511)

Revelando, o advogado, o segredo de seu cliente, mas comprovando justa causa para sua conduta; não cometerá o crime, nem nascerá a sua obrigação civil de reparar o dano moral ocasionado ao cliente ou ex-cliente.

5 O OLHAR ESTRATÉGICO DA AUDITORIA JURÍDICA

Para se ter uma visão estratégica, é preciso reconhecer que não é suficiente colocar uma instituição em uma posição excelente no mercado atual. O grande desafio é desenvolver mecanismos de previsão dos rumos de amanhã para dominar mercados futuros.

Esta visão é necessária para arquitetar o planejamento estratégico de medidas que irão propiciar a perenidade, a saúde financeira e a sustentação jurídica na sociedade.

Um dos pilares para o planejamento estratégico de qualquer entidade é a auditoria jurídica, que objetiva apontar os principais pontos críticos e relevantes existentes na estrutura jurídica da sociedade.

Ao contrário do que se pensava há 10 anos, o chamado “terceiro milênio” não é mais algo místico, mas um fato palpável, deixando entrever uma nova ordem social, política e

econômica; mais complexa e competitiva. Tal cenário tem provocado uma crise de paradigmas no campo do pensamento estratégico, em busca de respostas aos desafios impostos pelo novo contexto da gestão empresarial. (LOBATO *et al*, 2005, p. 31).

A escola da gestão estratégica competitiva caracteriza-se pelo potencial de novas contribuições para o pensamento estratégico. A natureza complexa e imprevisível dos novos cenários, muitas vezes associada à falta de uma base estruturada de conhecimentos necessários para a formulação de estratégias, impede o controle deliberado. Assim, a definição de estratégias deve, acima de tudo, assumir a forma de um processo de aprendizado ao longo do tempo. (LOBATO *et al*, 2005, p. 32).

A utilização da auditoria jurídica preventiva constitui uma estratégia das mais importantes para uma corporação, pois podem-se apurar falhas muitas vezes inevitáveis, mas sanáveis. Proporciona ainda a oportunidade de aprender mais sobre a origem exata dos futuros problemas. Com o uso dessa estratégia, a empresa poderá descobrir, analisando o relatório final, se os princípios básicos do direito empresarial - que podem, inclusive, estar expostos explicitamente como metas e diretrizes da empresa -; estão ou não sendo seguidos e aplicados.

Dessa forma, a auditoria jurídica poderá servir como proteção da corporação com a apuração dos riscos, dos interesses do setor, e o reconhecimento cuidadoso das fraquezas e dos pontos fortes. A meta é minimizar as perdas impostas pelo mercado e os riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial, a partir de um pensamento jurídico estratégico e concatenado com as estratégias gerais da empresa.

A visão do uso da auditoria jurídica para o sucesso de um empreendimento pode ter alcance imediato ou a longo prazo. Para saber o momento certo de utilizar essa estratégia, é necessário estudar, avaliar e mapear o negócio, buscando definir e reconhecer os fatores de riscos a serem evitados, identificar e reconhecer os erros. A partir desse ponto será preciso estabelecer diretrizes e traçar metodologias que serão aplicadas por meio do planejamento jurídico-estratégico traçado pelo auditor-advogado, voltado para a maximização dos resultados empresariais e para a diminuição dos riscos, contingências e passivos verificados no caso concreto.

De posse dos resultados obtidos com a realização da auditoria jurídica, o administrador irá estabelecer, juntamente com sua assessoria jurídica/auditor interno ou externo, a melhor estratégia para ser utilizada pela empresa, desde a estratégia empresarial até a estruturação societária e de composição de interesses na empresa, passando pela estratégia jurídica de busca de investimentos, estratégia jurídica de relação dos sócios, estratégia jurídica para desenvolvimento das empresas e estratégia contratual da empresa.

Um dos principais benefícios da auditoria jurídica é o desincentivo às fraudes e à ineficiência dos empregados e colaboradores. De fato, quando se sabe que uma auditoria será realizada em certo período de tempo, todos os colaboradores assumem postura ativa e voltada para o atingimento das metas estabelecidas pelos administradores, com observância das normas internas e dos comandos legais. Portanto a auditoria jurídica torna-se um importante instrumento da administração menos propícia às fraudes.

Pequenas empresas podem utilizar a auditoria jurídica com o intuito de obter empréstimos de instituições financeiras ou captar recursos em melhores condições e menores taxas, propiciadas por credores e investidores, tendo em vista a redução dos riscos dada pela segurança das informações e da transparência.

Além disso, auditores geralmente analisam várias empresas de um mesmo setor e, com isso, ganham conhecimento dos riscos inerentes ao negócio. Em virtude dessa experiência adquirida, o auditor pode apontar as não-conformidades, cuja correção pode estabelecer a melhoria dos processos empresariais, especialmente para empresas de pequeno e de médio porte. Na realidade, o auditor não pode prestar, no mesmo momento e para a mesma empresa, os serviços de consultoria. Todavia o apontamento das principais não-conformidades pode servir de importante sinal de alerta para as sociedades e seus sócios.

6 ESTRUTURAÇÃO DA AUDITORIA JURÍDICA

I - Competências

Na organização da auditoria jurídica, as competências devem ser claramente determinadas pelo auditor jurídico junto à instituição quando da formalização do contrato.

De sua parte, a instituição deve propiciar ao auditor jurídico livre acesso a todos os dados, registros, propriedades, instalações e pessoal, que possam vir a ter importância para o assunto em exame. Por outro lado, o auditor jurídico deve sentir-se à vontade para revisar e avaliar diretrizes, planos, procedimentos e registros.

Constituem responsabilidades do auditor jurídico: informar e assessorar a administração, e desincumbir-se dessa responsabilidade de maneira condizente com o Código de Ética da Ordem do Advogado do Brasil, coordenar suas atividades com a de outros, de modo a atingir com mais facilidade os objetivos da auditoria em benefício das atividades da instituição.

No desempenho de suas atividades, um auditor jurídico não possui responsabilidade direta nem autoridade sobre as atividades que examina. Por isso, as revisões e avaliações feitas por um auditor jurídico nunca eximem outras pessoas da instituição das responsabilidades que lhes cabem.

II - Órgãos Reguladores de Auditorias

As normas atualmente em vigor no Brasil relativamente aos serviços de auditoria são emitidas em conjunto pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), pelo Instituto Brasileiro de Contadores (IBRACON), pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dentre outros. Como não existem normas específicas e destinadas ao advogado-auditor, tais normas, destinadas fundamentalmente ao trabalho do auditor-contador, podem e devem ser aplicadas analogicamente ao trabalho desenvolvido pelo advogado-auditor.

A seguir estão relacionados os principais órgãos reguladores, propulsores de mudanças e modernização da prática da auditoria e que exigem o registro dos profissionais em seus quadros:

a) **CRC** - Conselho Regional de Contabilidade e **CFC** - Conselho Federal de Contabilidade.

Os sistemas CRC e CFC, além de controlarem os profissionais contadores, emitem as Normas Técnicas profissionais e éticas, de cumprimento obrigatório por parte dos profissionais contabilistas. Em nível federal, o CFC é o órgão que representa os contabilistas. A profissão do contabilista é regulamentada por força de lei, sendo assim, somente os profissionais inscritos em seus órgãos de registros regionais e em suas respectivas entidades de classe poderão exercer a atividade. Ressaltamos, ainda, que somente contabilistas inscritos nos conselhos regionais de contabilidade podem exercer a função de auditor independente.

b) **IBRACON** – Instituto Brasileiro de Contadores

Entidade profissional que reúne contadores e tem como função discutir, desenvolver e divulgar as posições técnicas e éticas da atividade contábil no Brasil, contribuindo para o intercâmbio de informações com outros países. Enquanto entidade associativa, possui a atribuição de recomendar ou sugerir procedimentos e posturas.

c) **OAB** – Ordem dos Advogados do Brasil

É a entidade máxima de representação dos advogados brasileiros.

O auditor jurídico só poderá atuar se estiver registrado no quadro de profissionais inscritos na OAB.

Ainda não foi disciplinada pela OAB a função de auditor jurídico, mas tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.906/94, que altera o Estatuto da classe e regulamenta a profissão como exclusiva de advogado.

A OAB é composta por um Conselho Federal, que centraliza as decisões em todo o país. Nos estados e Distrito Federal existem as Seções da Ordem, por sua vez composta por diversas Subseções, que congregam vários municípios.

d) **BACEN** - Banco Central do Brasil

Como atribuições privativas do Banco Central, cumpre destacar que a norma do art. 10, da Lei nº 4.595/1964, determina os exames, dentre outros, de: 1) realizar operações de redesconto e empréstimo às Instituições Financeiras Bancárias (inc. V); 2) exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (inc.IX); 3) conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam funcionar no país (inc. X, a); 4) estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (inc. XI).

Compete ainda ao Banco Central, nos termos do art. 11, inc. VII, da Lei nº 4.595/1964, exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nestes mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem.

e) **CVM** – Comissão de Valores Mobiliários

Autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, sua esfera de competência abrange as empresas, instituições financeiras, investidores e demais segmentos, que fazem parte do mercado de valores mobiliários.

Suas principais atividades, relativas aos serviços de consultoria, são: a) registrar as companhias abertas; b) registrar as emissões de valores mobiliários; c) credenciar auditores independentes e administradores de carteiras de valores mobiliários; d) suspender a emissão, distribuição ou negociação de determinado valor mobiliário ou decretar recesso de bolsa de valores; e) exigir a republicação de demonstrações financeiras; e f) monitorar as atividades das companhias abertas, fazendo com que sejam auditadas pelos auditores independentes.

f) **SEC** – *Securities and Exchange Commission*

Órgão responsável pela regulamentação do Mercado de Capitais norte-americano (espécie de Comissão de Valores Mobiliários Americana), a SEC tem como objetivo definir os métodos contábeis e as formas de apresentação dos relatórios periódicos obrigatórios para as companhias abertas americanas, mas também para as sociedades estrangeiras (inclusive brasileiras) que atuam naquele mercado. Possui ainda a atribuição de assegurar aos investidores, principalmente os minoritários, acesso às informações de maior integridade, necessárias à tomada de decisão.

III – Sugestão de atribuições para os profissionais da auditoria

Como sugestão, segue a descrição das atribuições para todos os profissionais que possam vir a compor o quadro de auditores:

1 - O **advogado-auditor-coordenador** é responsável pela organização, desenvolvimento e eficiência da Auditoria Jurídica. Visa ao controle geral das atividades e do patrimônio da corporação auditada, assim como à eficiência operacional. Responde pela coordenação e execução de todos os trabalhos de auditoria de campo, assim como pela emissão dos respectivos relatórios.

2 - O **advogado-auditor-sênior** é responsável pelo planejamento e condução dos trabalhos de auditoria jurídica e pela equipe de auditores jurídicos a ele designados, exercendo as funções de orientação e supervisão, agindo como elo de contato entre as áreas auditadas. É responsável ainda pela realização de trabalhos de auditoria em assuntos operacionais.

3 - O **advogado-auditor-pleno** é responsável pela execução técnica dos trabalhos a ele designados, dentro dos padrões e prazos estabelecidos, e da necessária orientação aos elementos que participam da equipe de trabalho.

4 - O **advogado-auditor-júnior** e o **estagiário** em Direito possuem a mesmas atribuições e são responsáveis por realizarem os trabalhos de Auditoria Jurídica no campo, na forma solicitada pelo encarregado dos mesmos, preparando os papéis de trabalho de maneira eficiente, em conformidade com os padrões estabelecidos.

IV - Metodologia sugerida para ser implementada na auditoria jurídica

Até o presente momento pouca coisa foi escrita sobre os procedimentos e metodologias a serem implementadas por uma auditoria jurídica. Em virtude dessa escassez na área jurídica, sugere-se outra metodologia a ser adotada, além do exemplo de *due diligence* citado no capítulo 3, mas agora baseada nos moldes da auditoria contábil.

Assim o relatório de auditoria jurídica poderá conter quatro partes:

1 - Resumo dos Pontos Destacados (quadro):

Esta primeira parte conterá o resumo dos pontos destacados em cada procedimento, que diz respeito à legalidade dos atos. Cada item será elencando numa planilha,

mencionando a página que será verificada, a falha e a data de sua regularização, conforme o exemplo ilustrado abaixo:

**Pág. Data da
Regularização**

1. REVISÃO JURÍDICA

1.1 ÀREA SOCIETÁRIA:

1.1.1 ENQUADRAMENTO DA EMPRESA:

Análise do enquadramento da estrutura organizacional, bem como do objetivo da empresa.

___/___/___

1.2 ÀREA TRIBUTÁRIA/FINANCEIRA/CONTÁBIL:

1.2.1 LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA EMPRESA:

Após identificar qual o enquadramento da estrutura organizacional, verificar qual o enquadramento tributário utilizado, indicando posteriormente o melhor enquadramento para a empresa.

___/___/___

1.2.2 AJUSTES E RECLASSIFICAÇÕES ACOLHIDOS:

Ajustes acolhidos no balancete de 31/dez./_____, após terem sido discutidos com a contadora da empresa, como forma de adequar as demonstrações contábeis às atividades que envolvem riscos legais (provisões).

___/___/___

1.2.3 AJUSTES E RECLASSIFICAÇÕES ACOLHIDOS:

Ajustes acolhidos no balancete de 31/dez./_____, após terem sido discutidos com a contadora da empresa, como forma de adequar as demonstrações contábeis às atividades que envolvem riscos legais (provisões).

___/___/___

1.2.4 REGULARIDADE FORMAL DOS BOLETINS DE CAIXA:

___/___/___

O relatório de caixa existente apresentou divergência com o saldo contábil em função da documentação não apresentar formalidades legais.

1.2.5 CONTAS A RECEBER NÃO CONCILIADAS:

Não nos apresentaram Notas Fiscais e composição de saldos das "Faturas a Receber", indicando indícios de fraude.

___/___/___

1.2.6 FATURAS A RECEBER:

Não nos apresentaram relatório do departamento financeiro analítico por título e cliente e respectivas notas fiscais e duplicatas.

___/___/___

1.2.7 PROVISÃO PARA DEVEDORES DUVIDOSOS:

Não foi calculada e contabilizada a provisão referente ao ano de _____.

___/___/___

1.2.8 APLICAÇÕES FINANCEIRAS – APROPRIAÇÃO DOS RENDIMENTOS:

As aplicações financeiras referentes ao ____ Banco S/A não se encontravam atualizadas, e não foram apresentados os extratos e contatos bancários.

___/___/___

1.2.9 APLICAÇÕES FINANCEIRAS – IRRF NÃO CONTABILIZADO:

Durante o exercício de 2007, constatamos retenções de imposto de renda na fonte, sobre aplicações financeiras, não contabilizadas.

___/___/___

1.2.10 ADIANTAMENTO A FORNECEDORES:

Não nos apresentaram composição do saldo da conta e não nos informaram o motivo da existência de adiantamentos pendentes de longa data, nem nos apresentaram os contratos.

___/___/___

1.2.11 CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONTABILIZADOS A MAIOR:

Os créditos tributários sobre os prejuízos fiscais foram contabilizados a maior e não foram tomadas as providências legais.

___/___/___

1.2.12 ATIVO PERMANENTE – NECESSIDADE DE REGISTROS INDIVIDUAIS:

Inexistência de controle patrimonial analítico sobre os bens patrimoniais e projetos técnicos.

___/___/___

1.2.13 ATIVO PERMANENTE – IMOBILIZAÇÃO DE DESPESAS OPERACIONAIS:

Constatamos valores que se caracterizam mais como despesa operacional do que custo de aquisição ou desenvolvimento de bens

___/___/___

permanentes, alterando a carga tributária.

1.2.14 ATIVO PERMANENTE – CONSIDERAÇÕES SOBRE CÁLCULO DAS DEPRECIACÕES:

A depreciação não vem sendo calculada individualmente, por item patrimonial.

Do ponto de vista fiscal, há a possibilidade de eventuais questionamentos, em função das taxas de depreciação em uso.

___/___/___

1.2.15 FORNECEDORES – AUSÊNCIA DE POSIÇÃO FINANCEIRA:

Não nos apresentaram posição financeira analítica por fornecedor e título, existências de divergência entre saldo contábil e saldo da planilha de conciliação, faltaram ainda a apresentação por amostragem de notas fiscais e os contratos com fornecedores.

___/___/___

1.2.16 FORNECEDORES – PROVISÃO FORA DO PERÍODO DE COMPETÊNCIA:

Contabilização de notas fiscais fora do período de competência alterando a carga tributária e gerando contenciosos.

___/___/___

1.2.17 INSS A RECOLHER:

Observamos divergências em dez./_____, entre saldo contábil, folha de pagamento e recolhimento em jan./_____, gerando contencioso previdenciário.

___/___/___

1.2.18 PIS/COFINS - PARCELAMENTO:

Não atualizados os parcelamentos do PIS e da COFINS, conforme extrato da Receita Federal.

___/___/___

1.2.19 RETENÇÕES JUDICIAIS – COPEL:

A empresa está inadimplente desde junho de _____.

___/___/___

1.3 ÀREA TRABALHISTA/PREVIDENCIÁRIA:

1.3.1 ANÁLISE LEGISLAÇÃO:

Análise cumprimento da legislação trabalhista vigente, das cláusulas definidas nas convenções e das normas de segurança.

___/___/___

1.3.2 RECURSO HUMANOS:

___/___/___

Análise cumprimento da jornada de trabalho e de treinamento de reciclagem.

1.3.3 ADIANTAMENTO SALARIAL:

A conta de Adiantamentos de Salário apresentou pendências de longa data, e não são feitos contratos dos empréstimos a funcionários.

___/___/___

1.3.4 IOF S/ EMPRÉSTIMOS A FUNCIONÁRIOS:

Sobre os empréstimos a funcionários, há a incidência de IOF, à alíquota de 0,0041% ao dia.

___/___/___

1.3.5 FGTS A RECOLHER:

Existência de divergência entre valor devido e valor pago, gerando passivos trabalhistas.

___/___/___

1.3.6 PROVISÃO DE FÉRIAS:

Não nos apresentaram relatório de provisão de férias e, segundo informações, não é procedimento da empresa a contabilização mensal da provisão para férias, gerando perdas financeiras para a instituição.

___/___/___

1.3.7 SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOA FÍSICA – FOLHA DE PAGAMENTO DE AUTÔNOMOS:

Não nos apresentaram folha de pagamento de autônomos, gerando contencioso fiscal.

___/___/___

1.3.8 SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOA FÍSICA – ISS SOBRE RECIBO DE PAGTO A AUTÔNOMOS:

Não nos apresentaram recolhimento referente ao ISS retido sobre os Recibos de Pagamentos a Autônomos, gerando contencioso fiscal.

___/___/___

1.3.9 SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOA FÍSICA – RECOLHIMENTO DE INSS:

Não nos apresentaram recolhimento referente ao INSS sobre serviços prestados por pessoa física em julho de _____, gerando contencioso previdenciário.

___/___/___

1.3.10 RETENÇÃO INSS CESSÃO MÃO-DE-OBRA

Em alguns casos, não retido o INSS s/ prestação de serviços, conforme OS nº 209/99 do INSS.

___/___/___

1.3.11 PIS/COFINS A RECOLHER:

Existência de divergência entre valores devidos e valores pagos, possíveis contenciosos fiscais.

___/___/___

1.3.12 LALUR – NECESSIDADE DE ESCRITURAÇÃO:

A escrituração do Livro de Apuração do Lucro Real não se encontrava escriturado, gerando contencioso fiscal.

___/___/___

1.4 ÀREA CONTRATUAL:

1.4.1 ORGANIZAÇÃO:

___/___/___

Como é feita a organização dos contratos e convênios já celebrados?

1.4.2 CODIFICAÇÃO:

Os contratos e convênios são codificados? Utilizam algum sistema de informática para controle? O sistema utilizado está interligado ao setor financeiro?

___/___/___

1.4.3 PROGRAMA DE COMPUTADOR:

___/___/___

Utilizam algum sistema de informática para controle, pesquisa e filtros? São eficientes ou vulneráveis?

1.4.4 UNIFICAÇÃO:

São unificados o controle de contratos, o financeiro, o contábil? O sistema de informática utilizado realiza essa unificação?

___/___/___

1.4.5 DIGITALIZAÇÃO:

___/___/___

Os contratos firmados são digitalizados?

1.4.6 CONTROLE:

Os prazos de vigência dos contratos e convênios celebrados estão efetivamente atendendo a empresa?

___/___/___

1.4.7 ELABORAÇÃO:

Os contratos e convênios são elaborados pelo setor jurídico? São avaliados constantemente pela assessoria jurídica interna?

___/___/___

1.4.8 ARQUIVAMENTO:

Os contratos e convênios são elaborados pelo setor jurídico? São avaliados constantemente pela assessoria jurídica interna?

___/___/___

2 - Comentários sobre as situações verificadas na revisão jurídica

Neste momento o auditor jurídico deverá detalhar minuciosamente item a item todas as situações verificadas e elencadas no quadro acima de Resumo Destacados da Revisão Jurídica, informando inclusive quando foi realizado o ato, a falha ou a fraude.

3 - Parecer da auditoria

Após os dois estágios de trabalho, o auditor, chegando a uma conclusão do seu trabalho, irá obrigatoriamente apresentar um parecer elaborado.

4 - Relatório de controles internos

Será apresentado um relatório de controles internos desenvolvidos pelo auditor, de todas as etapas e do parecer.

7 CONCLUSÃO

O aumento da complexidade verificada no cenário mundial atual, especificamente no ambiente empresarial, em função principalmente do crescimento dos sistemas informatizados, exigiu mecanismos para atingir a otimização dos resultados, tornando o papel do auditor jurídico estratégico e bastante eficiente para a identificação eficaz dos pontos críticos existentes na estrutura jurídica da instituição.

Em síntese, a auditoria jurídica está inserida intrinsecamente nesse mercado globalizado. Por isso, o administrador moderno atua no mercado com estratégias altamente competitivas e, na busca da qualidade, adota uma postura de assessoria jurídica inteligente, buscando uma advocacia preventiva e uma prestação de serviços pró-ativa na visão empresarial moderna das questões jurídicas, que antecipe as necessidades e as barreiras a serem superadas, evitando-se ao máximo o contencioso.

Sendo assim, o trabalho de auditoria jurídica com ênfase na advocacia preventiva consiste no melhor planejamento para tornar a empresa mais satisfatória, dentro da legalidade, para o mercado competitivo, assegurando uma gestão empresarial mais eficaz.

Por outro lado, pode ser ressaltada a extrema urgência de regulamentação da função de auditor jurídico, que é uma área de atuação do advogado considerada útil e importante fator para dar sustentabilidade legal às práticas resultantes nos demonstrativos econômicos e financeiros apresentados pela empresa.

Essa regulamentação se faz cada vez mais necessária e importante, na medida em que se verifica que os atuais operadores do Direito saem da graduação sem saber, sequer, o que é uma auditoria jurídica, muito menos uma *due diligence* jurídica, evidenciando seu despreparo para este novo nicho de mercado que vem se formando com as fusões, aquisições e reestruturação constante de empresas em todo mundo.

A profissão de auditor jurídico precisa ser conceituada, legalizada e disciplinada como atividade privativa da advocacia. Entretanto, é preciso que a sociedade e, principalmente, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), órgão que defende os interesses dos advogados, chancela a profissão e cobre mais agilidade na tramitação do projeto de Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, para que seja regularizada esta importante atividade no ramo dos negócios em nosso país.

Mesmo sem uma regulamentação legal, a auditoria jurídica é vista como uma das estratégias mais eficientes no mundo empresarial, pois ela assegura que, depois de inspecionada minuciosamente, a empresa se estruture legalmente, corrigindo erros passados, evitando futuros problemas, como prejuízos, perda de credibilidade e até mesmo a quebra, podendo utilizar tal benefício frente a seus concorrentes, ao consolidar-se como uma empresa transparente para o mercado e altamente promissora para seus investidores.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Responsabilidade Civil do Advogado e da Sociedade de Advogados nas Auditorias Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 223 p.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, MELLO FRANCO, Francisco Manoel de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2a. reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007. 2922 p.

LOBATO, David Menezes; MOYSÉS FILHO, Jamil; TORRES, Maria Cândida Sotelino; RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. *Estratégia de empresas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. 142 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 1052 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 1024 p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico / Atualizações*: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 1502 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=319698>. Acesso em: 01 ago. de 2008..

PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E TRABALHO HUMANO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL À LUZ DA DIRETRIZ DE TUTELA DA PESSOA*

COMPANY'S PRESERVATION AND HUMAN LABOR: A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE TOWARDS THE HUMAN BEING RIGHTS PROTECTION

Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu

RESUMO

A atuação da empresa ultrapassa fronteiras internas e o aspecto puramente econômico. Dimensões jurídicas, políticas, sociais e ambientais aparecem, o que implica valorizar a conservação da atividade empresarial, agora traduzida no 'princípio da preservação da empresa'. É no espaço da produção, que, em geral, materializam-se as relações de trabalho e por isso o Direito do Trabalho ocupa-se do estudo da empresa, todavia, para priorizar a tutela dos indivíduos que ali se inserem como partícipes do processo produtivo, em regime de subordinação ao empresário. Tutela-se, o quanto possível, o direito de acesso a um posto de trabalho e a garantia de permanência nele. Com a Constituição Federal de 1988 instaurou-se, no Brasil, nova ordem econômica, guiada pelo anseio de evitar que a iniciativa econômica privada desenvolva-se em prejuízo à promoção da dignidade humana e à justiça social, fundamento da República e princípio da ordem econômica. Preservação da empresa e preservação dos empregos tem fundamento comum na Constituição; os dois princípios se inter-relacionam e se completam. O Direito Civil brasileiro, com o Código de 2002, passou a tutelar a atividade empresarial. Aplicar adequadamente a nova tutela exige, porém, que se rompa com conceitos clássicos civilistas, de inspiração patrimonialista e individualista e que permearam o Código de 1916. Pensar a empresa, hoje, significa delimitar seu papel e suas funções na sociedade e reconhecer que a Constituição, assegurou a livre iniciativa, mas também a valorização do trabalho humano; garantiu o direito de propriedade, mas lhe impôs como norte o desempenho de função social; elegeu o princípio da livre concorrência, mas cuidou da expectativa de pleno emprego. Esta compreensão é fundamental para alcançar o sentido da mudança e identificar suas possíveis dimensões, o que implica ponderar entre o princípio da preservação da empresa e o da continuidade da relação de emprego. Esta última tem conotação não só patrimonial: as obrigações e os direitos que dela decorrem não se esgotam na prestação de serviços e no pagamento dos salários contratados. Continuidade e eventual perpetuidade dos contratos produzem, a muitos trabalhadores, ao empregador e à empresa, relações de diversas ordens e representam importante perfil do princípio da proteção, do qual decorre a tutela dos trabalhadores e de seus direitos subjetivos. Neste estudo, busca-se refletir sobre a compatibilidade entre os dois princípios no atual contexto de sociedade capitalista, de economia globalizada e de crescente degradação das relações de trabalho. Ler o

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

princípio da preservação da empresa, afinado com os novos valores exige considerar o Direito Empresarial indissociavelmente ligado ao Direito do Trabalho e à proteção do emprego, pois ambos se movem pela diretriz constitucional de tutela da pessoa.

PALAVRAS-CHAVES: EMPRESA, TRABALHO, PRESERVAÇÃO; DIREITO AO TRABALHO; TUTELA CONSTITUCIONAL, DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

The performance of a company transcends its internal borders and its purely economic aspect. Juridical, political, social and environmental dimensions show up, translated on the 'principle of enterprise's maintenance'. Work relationships are materialized on the production's space; therefore the Labor Law studies the enterprise phenomenon, in order to prioritize the protection of workers, as participants of the productive process, in subordination to the employer. As much as possible, it is tried to protect the right to get an occupation and keep it. Since the Federal Constitution of 1988, Brazil has a new economic order, destined to avoid that the private economic initiative harms the development of Human Dignity – ground idea of the Republic – and Social Justice, which is a principle of the economic order. Enterprise's maintenance and Employment maintenance have the same substrate on the Constitution, are interconnected and complete each other. Brazilian Civil Law, with 2002 Code, began to regulate the enterprise's activity. Though, the concrete application of this new protection demands a break with traditional concepts from Civil Law, which were found on 1916's Code. To think the enterprise today means to define clearly its role and functions on the society, and accept that the Constitution granted freedom of initiative, but also the human labor valorization; as well, it granted right of property, but imposed a social function; elected the principle of freedom of competition, but took care of the expectance of a good work place for all. This comprehension is fundamental to understand the meaning of the change and identify its possible dimensions, which implies pondering between the principle of company's maintenance and work relationship continuation. The latter should not only be seen through patrimonial aspect: the related obligations and rights are not limited to labor and payment. The continuation of a working contract produces relations of many kinds both to employees and employers, and means an important aspect of the principle of protection, from which comes the defense of workers and their subjective rights. On this study, it is tried to think about the compatibility between those two principles on the context of a capitalist society, of global economy and worsening of working conditions. To think the principle of enterprise's maintenance, tuned with these new values, demands to consider the enterprise's law connected to labor law and protection of employment, because both are guided by the constitutional protection of the human being.

KEYWORDS: COMPANY; LABOR, MAINTENANCE; RIGHT TO WORK; CONSTITUTIONAL PROTECTION, HUMAN RIGHTS.

1. Introdução.

O papel da empresa, na sociedade atual, transcende as fronteiras internas e o aspecto puramente econômico para ligar-se, também, às várias manifestações do direito de propriedade e ao estabelecimento de relações jurídicas, além de interações políticas, sociais e relativas ao meio ambiente.

A empresa, que surge da disposição do empreendedor em assumir riscos, tem como propensão natural o lucro e é o espaço, por excelência, onde se materializam as relações de trabalho. Por esta razão, o Direito do Trabalho ocupa-se do seu estudo, tendo como objeto de tutela, porém, os indivíduos que nela se inserem, especialmente em regime de subordinação.

A Constituição Federal de 1988 instaurou no país uma nova ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. O intuito foi evitar que a iniciativa econômica privada se desenvolva em prejuízo à promoção da dignidade humana e à justiça social, o que motiva ponderar sobre os princípios da preservação da empresa e da preservação dos empregos. Ambos têm fundamento comum na Constituição, daí se sustentar que se inter-relacionam e se completam. O Direito Empresarial está indissociavelmente vinculado ao Direito do Trabalho, de forma que ambos, por força desse fundamento, devem mover-se pela diretriz constitucional de tutela do ser humano.

O presente estudo propõe analisar em que medida é possível concretizar o equilíbrio necessário entre a tutela do direito ao trabalho, na sua acepção mais ampla e a garantia de pleno desenvolvimento econômico da empresa, no contexto atual, de economia capitalista e globalizada e de intensa competitividade.

2. A empresa: fenômeno sócio-econômico e base da sociedade contemporânea.

Um dos fenômenos mais significativos, no campo da produção, foi o surgimento da empresa. Expressão do modelo produtivo industrial e capitalista da era moderna, propôs agregar, em um só espaço, os meios de produção e os produtores. Pode ser considerada, a um só tempo, sujeito de direito proprietário e propriedade.[1]

Ao discorrer sobre a formação histórica da empresa, Evaristo de MORAES FILHO aponta um possível momento a partir do qual teriam se manifestado os primeiros germes dos futuros empreendimentos empresariais. Seria a fase final da Idade Média, quando as condições técnicas ainda eram quase exclusivamente rurais e a atividade industrial era mínima. Trabalhadores ambulantes, agricultores, que executavam também alguns serviços especializados, teriam constituído o embrião da classe dos artesãos. Ao abandonarem a agricultura e os campos, instalaram oficinas próprias e ali recebiam encomendas por parte de outro novo personagem histórico: os clientes[2].

A mercadoria, como hoje concebida, foi surgindo e a produção passou, então, a ter finalidade precípua de venda. Produzia-se para vender à clientela, mediante pagamento

em moeda. A empresa, como unidade de produção, estaria nascendo“(...) quando um certo número de indivíduos, famílias ou personalidades coletivas começam, de modo contínuo e conforme a certos usos e certas regras de direito, o empreendimento de fornecer regularmente para o mercado certas prestações ou fazer certas entregas de mercadorias, para delas retirar, pela venda e pela compra, um lucro que lhe permita viver, ou pelo menos compensá-lo em seus gastos, pode-se então falar em empresa.”

Essa descrição refere-se apenas à forma rudimentar, a manifestação primitiva da empresa. A partir do século XVIII, somente, é que foi possível construir, com o desenvolvimento da atividade empreendedora, os seus contornos econômicos, políticos e jurídicos, ainda que de forma imprecisa. Na expressão de Karl POLANYI[3], foi com o auxílio do conceito de mercadoria que “(...) o mecanismo do mercado se engrena aos vários elementos da vida industrial, entre eles o trabalho, a terra e o dinheiro”.

Aponta-se o comércio em larga escala como o grande propulsor da empresa. E, ao se separar a produção industrial em vários ofícios, delineou-se a divisão social do trabalho, considerada semente dos modernos ramos da indústria. Mais tarde, um novo elemento, a contabilidade, despontou com o fim de auxiliar na construção do tipo conceitual da empresa, o que permitiu ao empresário desenvolvê-la de forma racional e estratégica. Como consequência, surgiu a noção jurídica de firma ou negócio e, ao lado de unidades naturais como família, tribo, aldeia e corporação, delineou-se uma unidade abstrata, o estabelecimento, que liberou as relações econômicas de qualquer elemento pessoal.

Destaca-se nesse processo evolutivo alguns momentos significativos: da rudimentar indústria em domicílio passou-se à manufatura, caracterizada por grandes concentrações de produtores dispostos num mesmo local de trabalho, controlados e orientados pelo empresário, capitalista mercantil, que se transformou em capitalista industrial, organizador e financiador do sistema de produção em larga escala; a divisão social do trabalho transformou-se em divisão técnica do trabalho no interior de cada organismo produtivo, o que resultou em grande economia de esforço e maior rendimento, realidade que atraiu a atenção de pensadores econômicos como Adam SMITH e Jean Baptiste SAY e propiciou tratamento teórico do fenômeno no plano da ciência econômica[4].

A doutrina costuma considerar tormentoso construir uma definição de empresa, o que se atribui à costumeira expectativa de obter um conceito unitário que seja suficiente para aliar aspectos econômicos e jurídicos. Evaristo de MORAES FILHO já registrava essa dificuldade ao noticiar que vários estudiosos, dedicados à compreensão da teoria, da noção e dos delineamentos jurídicos da empresa, renderam-se às queixas quanto aos empecilhos[5], referindo-se especialmente à doutrina italiana[6].

Alberto ASQUINI vinculou essas dificuldades à complexidade do fenômeno, que impede a obtenção de conceito unitário. Daí vislumbrar a empresa como um fenômeno poliédrico[7], que contempla os seguintes perfis: subjetivo, na figura do empresário; funcional, enquanto atividade empreendedora exercida com fim lucrativo; objetivo ou patrimonial, como estabelecimento, complexo de bens organizados, coordenados e dirigidos pelo empresário; e corporativo, como instituição formada pelo empresário e prestadores de trabalho.

Parece seguro, no entanto, como ponto de partida, considerar empresa, antes de tudo, como um fato social, aqui considerado a partir da concepção de Émile DURKHEIM[8].

O fato social seria experimentado pelo indivíduo como uma realidade independente e preexistente e possuiria três características básicas: a “coerção social”, considerada a força que os fatos exercem sobre os indivíduos, independente de sua vontade e escolha; a circunstância de serem “exteriores aos indivíduos”, ou seja, eles existem e atuam sobre os indivíduos independentes da vontade deles ou de sua adesão consciente; e a “generalidade”, sendo social todo fato que é geral, que se repete em pelo menos na maioria dos indivíduos e que ocorre em distintas sociedades em um determinado momento ou ao longo do tempo[9]. Assim compreendida a empresa, o passo seguinte da análise torna-se mais fácil, pois como ocorre com todo fenômeno social, o seu estudo comporta diferentes perfis. Significa dizer que só se pode obter alguma precisão no alcance do vocábulo ‘empresa’ se consideradas as várias acepções, ou os vários substratos que concorrem para a formação de sua idéia central.

Para os fins deste estudo, entende-se suficiente abordar os indissociáveis aspectos econômicos e jurídicos, além dos sociológicos, estes pelo extenso campo de investigação da Sociologia sobre os processos sociais que ocorrem no âmbito da empresa, seus efeitos na vida do ambiente maior[10] e suas relações com a divisão do trabalho social. Por esta perspectiva, colhe-se também de Evaristo de MORAES FILHO a idéia de empresa como um exemplo típico de grupo social organizado, com a observação de que há vários conceitos de grupo social, mas que, em regra, reúnem as características comuns de pluralidade de pessoas, interação e direcionamento para a realização de objetivos comuns, além do senso de solidariedade, o chamado sentimento do “nós”.

No sentido sociológico, a empresa constitui uma forma especial de unidade social, com um meio interno próprio, relativamente autônomo e que mantém relações com a comunidade que a cerca. Distingue-se das demais unidades pelo seu fim, que é a satisfação das necessidades humanas e conta com a hierarquia e a disciplina[11]. Nesse ambiente realizam-se todos os processos sociais de interação, como num âmbito social mais amplo: há competição interna e externa, conflito, acomodação e assimilação e, mesmo sem solução definitiva dos conflitos, há sempre certa cooperação entre todos para obter o fim almejado.

Numa perspectiva econômica, surgem as mesmas dificuldades apontadas pela doutrina jurídica. Afirma-se em economia política que há tantos conceitos de empresa quantos forem os tratados ou cursos voltados ao assunto. Alguns, excessivamente amplos, outros, acentuadamente técnicos e outros, ainda, mais estreitos do que em regra se adota entre os economistas. O conceito econômico procura considerar especialmente que a empresa constitui uma unidade de pessoas, de coisas e de bens, com um giro financeiro autônomo e próprio.

CARVALHO DE MENDONÇA[12] ocupou-se em delimitar a concepção de empresa por seus aspectos econômicos, com a percepção, que é comum a outros juristas, de que a perspectiva econômica é que, em última análise, influencia o seu conceito jurídico. A empresa seria “a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação de diversos elementos - natureza, trabalho e capital - bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade.”[13]

Um abrangente conceito econômico de empresa, conforme Evaristo de MORAES FILHO[14] requer alguns elementos essenciais: uma sociedade suficientemente desenvolvida, sob regime de troca de serviços por meio da moeda; um mercado amplo, anônimo, permanente, que dê consumo aos bens que lhe são proporcionados; coordenação, pelo agente da produção, dos fatores indispensáveis (natureza, trabalho e capital); irrelevância de que o agente seja, ele próprio, o detentor e fornecedor de capitais ou tenha que se valer de fornecedores estranhos ao seu negócio; necessidade de separação entre função diretiva e executiva, em que o organizador se vale de trabalho alheio; e espírito de lucro, avaliável em dinheiro e assunção do risco pelo empresário.

O Direito, de longa data, procura delimitar a idéia de empresa. Coube à doutrina do Direito Comercial elaborar alguns conceitos, não sem polêmicas e sem tormentos. Rubens REQUIÃO já havia observado que o conceito jurídico de empresa assenta-se no conceito econômico. O insucesso na construção de um conceito jurídico próprio revelou certo constrangimento e frustração na doutrina[15], o que levou o autor a comentar: “como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico um bem elaborado conceito econômico.”[16]

As dificuldades conceituais, observa Luiz Antonio Soares HENTZ[17], não impediram que a legislação complementar aos Códigos Civil e Comercial brasileiros adotasse a figura da empresa “sempre que a oportunidade se fez presente, notadamente após 1964, embora não tenha havido qualquer preocupação em se definir claramente a empresa por intermédio de dispositivo de lei”. Essa tendência persistiu, inclusive, no novo Código Civil, que veio consagrar o Direito de Empresa, porém sem fixar-lhe um conceito técnico-legislativo.

Ainda que o novo Código não apresente um conceito de empresa, as considerações do projeto e alguns pronunciamentos de Miguel REALE, que presidiu a Comissão de elaboração do texto, indicam que se adotou a acepção dominante na doutrina, qual seja, a empresa como “unidade econômica de produção” ou a “atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens e serviços”[18].

O Direito de Empresa, inspirado no direito italiano, é hoje tratado pelo Código Civil Brasileiro, no Livro II, que disciplina a figura jurídica do empresário individual, das sociedades, do estabelecimento e institutos complementares e indispensáveis à regulamentação da atividade empresarial contemporânea[19].

Marcelo M. BERTOLDI e Márcia Carla PEREIRA RIBEIRO[20] observam que cada vez mais se sedimenta a idéia de que a empresa é a ‘atividade’ desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. Seu estudo demonstra que o novo Código Civil, ao adotar um conceito legal de empresário – que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”[21] – possibilita extrair, por via transversa, o entendimento do que seja empresa. O Código Comercial de 1850 dispunha de um sistema baseado na figura do comerciante, o sujeito que praticava atos de comércio. O empresário de hoje é a face moderna daquele comerciante e constitui o objeto do Direito Empresarial, inserindo-se num espectro de atividades mais abrangente e que compreende “a existência de uma organização que combina os elementos natureza, trabalho e capital, com o fito de produzir ou trocar bens ou serviços”. [22]

Ainda no aspecto jurídico, como considerou Fabiane Lopes Bueno Netto BESSA, a empresa pode ser vista como um “núcleo de múltiplas manifestações do direito de propriedade: produz bens, gera riqueza, estabelece – por meio dos negócios jurídicos – relações de aquisição e alienação de propriedade, tecendo um intrincado conjunto de obrigações jurídicas e interagindo com o meio político, com os consumidores, com os trabalhadores, com as populações vizinhas, com a natureza.”[23]

Há uma tendência, até certo ponto natural, de ver a empresa genericamente como criação do capital, sobre a qual recai o direito de propriedade do empreendedor capitalista. Porém, quando se considera a participação do elemento humano na atividade empresarial, o tema adquire conotação especial. É que, sendo um fenômeno econômico-social, a empresa é também o espaço onde se concentra e se organiza a força produtiva – o trabalho humano –, onde se manifesta a economia de força de trabalho e onde se travam relações jurídicas.

Na empresa é que, em geral, se materializam as relações de trabalho. É ali que o contrato de trabalho se concretiza nas práticas funcionais dos trabalhadores e na apropriação dos resultados desse trabalho pelo empresário. Por esta razão, o Direito do Trabalho ocupa-se de seu estudo. Neste caso, a tutela volta-se diretamente aos indivíduos que nela se inserem, com atenção especial aos que se vinculam em regime de subordinação. Porque a proteção do Direito do Trabalho dirige-se a este elemento humano, ao trabalhador partícipe do processo de criação da riqueza social, a sua tendência é ampliar o conceito de empresa, que é compreendida como a organização do trabalho alheio, em regra, sob o regime de subordinação hierárquica, dirigida à produção de determinado bem econômico, reconhecendo-se aí o espírito de lucro e a assunção do risco[24].

Empresa e empresário, obviamente, exercem papéis que não se limitam às relações organizadas internamente, com vistas à produção de bens e serviços. Seu papel, na sociedade atual, transcende as fronteiras internas e o aspecto puramente econômico.

Muitos são os desdobramentos da atividade empresarial. Para Fabiane Lopes Bueno Netto BESSA, a “empresa evoca atividade, lucro, propriedade, produção: gente, trabalho, consumo, natureza, riqueza. Liberdade-poder de empreender.”[25] E, como observa Aldacy Rachid COUTINHO, “a empresa está indissociavelmente ligada à ascensão da organização como fonte de poder”, e pelos meandros do poder na empresa circula a estrutura organizacional horizontal e hierárquica[26].

Essa amplitude indica que a empresa constitui um dos mais poderosos agentes sociais da atualidade. Por sua “importância econômica e por seu significado humano, ascendeu a um significado político e social”[27] e tornou-se o centro de discussões e debates entre sociólogos, economistas, políticos e juristas. Sua relevância decorre da profunda influência que gera sobre a comunidade, o próprio Estado e além das fronteiras deste.

A natureza e a função social que se reconhece às sociedades empresariais e o valor econômico que representam tem justificado a defesa de sua conservação no Direito contemporâneo. O princípio da conservação da empresa está na base de uma série de interesses individuais e sociais a ela vinculados, dela dependentes e a ela direcionados. Este será o aspecto central da análise que se segue, ao qual se vincula diretamente o

princípio da continuidade dos contatos de trabalho, já que a empresa, sob um aspecto, é o espaço onde se concentra e se organiza a força humana produtiva.

3. A preservação da atividade empresarial como princípio estruturante do Direito de Empresa, no Código Civil

A atividade empresarial, como se observou, produz resultados sociais, econômicos, políticos, jurídicos, ambientais e tantos outros que transcendem os interesses individuais do empresário ou dos titulares de uma sociedade empresarial.

Já se observou, também, que a empresa concentra múltiplas manifestações do direito de propriedade e tece um complexo conjunto de obrigações jurídicas ao interagir com o meio político, com os consumidores, trabalhadores, população e a própria natureza. Daí porque, na expressão de Fábio ULHOA COELHO[28] “no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade”. O princípio inspira ações no sentido de preservar interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do Estado, pela arrecadação de tributos e da própria sociedade, pela expectativa de redução de desigualdades sociais.

O aspecto funcional da empresa ganha relevo quando analisado a partir de sua perspectiva social. Alberto ASQUINI vislumbrou o perfil funcional da empresa ao concebê-la como atividade empreendedora exercida com fim lucrativo, conceito a partir do qual Marçal JUSTEN FILHO[29] destaca: a empresa é a “atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Fabiane Lopes Bueno Netto BESSA, valendo-se de estudos de Jair L. GEVAERD, indica funções que a empresa deve seguir no desempenho de suas atividades. Seriam: adequada e lícita organização dos fatores de produção; abastecimento da coletividade e do próprio mercado, promoção e preservação; crédito, com pontualidade e justa expressão; práticas de interdependência entre os agentes econômicos; condições de concorrência; natural lucratividade; e a proporcional distribuição de ônus e bônus[30]. Ainda, no plano interno, as atividades visam atender a três funções primordiais: a sobrevivência, a continuidade e a reprodução da empresa, que se relacionam com o princípio da preservação da empresa e dizem respeito às relações entre a “empresa, seus proprietários e seus colaboradores diretos”. No plano externo, a organização da produção, o abastecimento e a manutenção da concorrência[31], que se relacionam de algum modo com a idéia da função social da empresa.

Essas funções desenvolvem-se em complexo sistema em constante transformação. Velocidade e inovação são inerentes a essa dinâmica, o que impõe constante necessidade de conciliar as funções internas (sobrevivência, continuidade) e externas (organização da produção, abastecimento), para o que o Direito já contempla uma série de instrumentos de tutela, como a orientação interpretativa dos contratos no Direito Comercial, Direito Civil e Direito do Trabalho. Algumas criações legislativas, fruto de inspiração humanista e solidarista são hoje, também, verdadeiros vetores constitucionais de proteção ao ser humano e que se procura aproximar da análise do Direito Econômico e Empresarial.

Para restringir a abordagem aos objetivos deste estudo, no aspecto legislativo basta analisar as modificações introduzidas pela Constituição de 1988 e na sua esteira, pelo Código Civil de 2002; e, no aspecto social, as transformações que acompanham o fenômeno da globalização, todas ligadas diretamente ao tema da preservação da atividade empresarial.

A Constituição de 1988 instaurou no país uma realidade jurídica nova, a iniciar pelos fundamentos e objetivos que definiu já nos artigos 1º e 3º do seu texto. No ponto em que tratou da ordem econômica, no art. 170, considerou-a fundada na dignidade da pessoa, na livre iniciativa e na valorização do trabalho, observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. Essa postura legislativa repercutiu, de forma direta, na maneira de interpretar e tornar concreta a legislação infraconstitucional, especialmente no que se refere ao Código Civil. Gustavo TEPEDINO destaca a preocupação do legislador constituinte em evitar que a iniciativa econômica privada se desenvolva em prejuízo à promoção da dignidade humana e à justiça social, que são fundamento da República[32] e princípio da ordem econômica. A Constituição, em suas palavras, “rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional”[33], de garantir a livre iniciativa econômica, mas também de valorizar o trabalho humano e a dignidade da pessoa.

O novo Código Civil brasileiro, de janeiro de 2002, em muitos aspectos estimula a superação das concepções eminentemente patrimonialista e individualista que norteavam a ordem civil regulada pelo Código de 1916, por sua vez calcado na racionalidade que caracterizou a era moderna. O novo Código, como fez a Constituição, enfatizou a necessidade de priorizar a dignidade da pessoa, com base em três premissas: operabilidade, eticidade e socialidade. Nessa esteira dedicou o Livro II ao Direito de Empresa.

Ao se abrirem para deslocar a atenção primordial do Direito, do patrimônio para a pessoa, a Constituição e o Código Civil revelam nítida opção pela causa dos direitos humanos e fundamentais, o que passou a direcionar toda a atividade interpretativa e aplicativa do Direito, no que se inclui o Direito de Empresa.

Neste ponto, cabe abordar um aspecto social relevante e que se relaciona com o surgimento dessa nova ordem, a mundialização da economia.

O fenômeno da globalização é incontestável. Mais intenso e de repercussões sociais cada vez mais graves, vem desde o final do século XX provocando abalos e rupturas na sociedade e seus valores, a ponto de comprometer algumas conquistas históricas no campo dos direitos humanos. Eros Roberto GRAU[34] faz essa advertência ao apontar que a globalização está associada a novos tipos de exclusão social; instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; e conduz à destruição do serviço público. Enfim, “na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade”.

A globalização da economia é uma realidade visível, palpável, sentida e temida e, por isso, mais do que nunca debatida. Há quem a apresente como fábula e preconize seus benefícios, como o encurtamento de distâncias, difusão instantânea de informações, mercado global, uniformidade, facilidade de acesso a bens de consumo. Há quem

afirme, porém, que na realidade funciona como uma máquina ideológica que pretende, apenas, a continuidade do sistema. Longe de ser considerada uma fábula, seria, na verdade, “um mecanismo de manifestação de perversidades”[35]. Há razões plausíveis em ambas as posições, análise que não está entre os objetivos deste estudo.

A liberdade de iniciativa e o direito de propriedade asseguram ao empreendedor o poder de selecionar e ordenar os meios necessários para exercer a atividade econômica eleita. Porém, na globalização da economia, quando a opção se resume a atuar basicamente pelas leis de mercado e priorizar a obtenção de lucro, há sério risco de se reduzir o próprio ser humano a instrumento, o que exige atuação cuidadosa do Direito. É necessário um sistema de atuação jurídica – de interpretação e de aplicação – capaz de assegurar que a atividade econômica “auxilie na proteção e concretização dos direitos fundamentais, ao invés de reduzir o indivíduo a simples sujeito proprietário, sem identidade e direcionado exclusivamente ao consumo[36]. Propugna-se, na realidade, por um processo de “reumanização da atividade empresarial, que perpassa pelo instituto da preservação da empresa.”

Miguel REALE[37], propôs afastar da expressão livre-iniciativa “uma significação estritamente econômica, pois ela se reporta sempre à liberdade do homem enquanto indivíduo, ou melhor, enquanto pessoa. A livre empresa não é senão um corolário ou projeção dessa liberdade fundamental.” A ordem econômica na Constituição, portanto, requer compreensão sistemática, porque indissociável dos fundamentos e princípios da República e do Estado Democrático de Direito. Na lição de Raul Machado HORTA[38], sendo instrumento para construir uma sociedade livre, justa e solidária, a ordem econômica “é a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (...).”

Nesse panorama, sustenta Carlos Alberto FARRACHA DE CASTRO que “eventual conflito ou mesmo incompatibilidade, ainda que transitória entre o lucro (compatível com a livre-iniciativa da atividade empresarial) e a concretização dos direitos sociais, a solução jurídica adequada para dirimi-lo deverá privilegiar, ao final, os objetivos sociais.”[39]

O pensamento jurídico sobre o alcance humanístico da Constituição e do novo Código Civil é fruto do desenvolvimento do Direito Constitucional e Civil que se verificou em vários países a partir da metade do século XX, notadamente no Brasil. Assumiu-se o profundo descompasso entre a regulação do Código de 1916 e a realidade emergente da vida contemporânea, social e econômica. O modelo civil clássico, que se voltou à tutela da propriedade, fragilizou-se, pela necessidade de tutela da pessoa. O Direito Civil passou a ser visto à luz dos princípios e valores que norteiam Constituição, disseminando-se a idéia de “constitucionalização do direito civil”. Propôs-se a sua leitura como um ‘sistema aberto’ que deveria permanecer atento aos princípios constitucionais voltados à proteção dos direitos fundamentais. Não lhe caberia mais ser um instrumento de proteção preponderante da propriedade e das garantias patrimoniais do proprietário, afetas a um determinado segmento social naturalmente favorecido, do que decorre a idéia da despatrimonialização do Direito. .

Compreender esse ponto é fundamental para se alcançar o sentido da mudança promovida pelo novo Código, ao regular o Direito de Empresa. Passou-se a tutelar a

atividade organizada – a empresa – porém, a adequada aplicação dessa tutela exige o rompimento com os conceitos clássicos civilistas e a busca de novos modelos. Pensar a empresa, então, significa delimitar o seu papel e as suas funções na vida em sociedade. Significa reconhecer que a Constituição assegurou a livre iniciativa, mas também a valorização do trabalho; garantiu a propriedade, mas lhe impôs como norte o desempenho de função social; autorizou a livre concorrência, mas sem negligenciar a expectativa de busca do pleno emprego.

O princípio da preservação da empresa integra esta opção constitucional. É necessário, agora, identificar suas possíveis dimensões, algumas já mencionadas neste texto.

Carlos Alberto FARRACHA DE CASTRO[40] observa que “não se pode falar em busca do pleno emprego, sem propiciar a preservação da empresa”. Esta, por sua vez, “interessa ao Direito e à economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais.”[41] A busca do pleno emprego depende, em substancial medida, da atividade empresarial, e mesmo a valorização do trabalho dela depende, já que a empresa move o mercado e a economia de forma predominante, e em consequência, é a grande garantidora de empregos e postos de trabalho de qualquer natureza.

A preservação da empresa é defendida como um princípio constitucional implícito, a exemplo dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica que podem ser extraídos de uma série de dispositivos da Constituição. Não derivaria exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego, “mas também do fato de que a Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade, o que não tolera a extinção de empresas produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais de seus titulares.”[42]

O princípio também decorreria da “desmaterialização da riqueza”, que é consequência da função social da propriedade, valendo-se o doutrinador aqui, de lições de Orlando GOMES e Enzo ROPPO[43], que vislumbram a empresa e o contrato como a noção atual de propriedade. Conclui que se a empresa representa a noção contemporânea da propriedade, por força do princípio constitucional ela deve atender a uma função social, que tem dimensões bastante claras, de “gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, como trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado.”

O exercício da atividade empresarial implica, naturalmente, aceitar riscos. Rachel SZTAJN[44] aponta como um desses riscos “a não-manutenção da atividade se não atender a padrões de eficiência e economicidade”. Sustenta que não é necessário ampliar esse risco com a redação de normas de direito positivo, “vagas, vazias de conteúdo”. Pode-se contrapor a esse pensamento, evidentemente pessimista quanto à opção do novo Código Civil por cláusulas abertas e pelo seu uso em relação às práticas da empresa e dos mercados, que a idéia do risco empresarial pode também não estar vinculada, necessariamente, à “não-manutenção da empresa” quando desatende os padrões de eficiência e economicidade. Parece mais razoável que se vincule à quase obrigatoriedade de sua manutenção até as últimas possibilidades, e à obrigação de ajustar-se aos padrões de qualidade e economia atuais, já que a atividade empresarial, embora nasça de um ato de disposição do empresário, uma vez criada, passa a gerar efeitos para muito além deste e de seus interesses individuais.

Tais efeitos não desaparecem e nem serão como se nunca houvessem existido, só pela vontade do empresário. Esta forma de pensar, evidentemente, não afasta a necessidade de retirar do mercado a empresa absolutamente ineficiente que pode estar se valendo, inclusive, de subsídios públicos ou agindo em fraude e em prejuízo irreparável ou de difícil reparação a terceiros e a sociedade. Também não afasta a necessidade de retirar o empresário inescrupuloso ou incompetente. Essas medidas, aliás, são juridicamente possíveis e autorizadas. O que se defende é a preservação da empresa como princípio e somente em situações extremas e irreversíveis a sua retirada do mercado.

Mauro R. PENTEADO[45], nessa linha, lembra que está consolidada a noção de que a empresa exerce função social, até por determinação constitucional e aponta como marco desse salto valorativo a introdução, na Lei 6.404/1976, do art. 116, parágrafo único: “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. (grifos do autor).

Considerada a unidade produtiva geradora de riquezas, a empresa não estaria mais autorizada a “pautar-se por interesses exclusivamente egoísticos e na procura obsessiva e predatória de lucros”. Por força da Constituição, deverá atender os direitos dos consumidores, o regime da livre concorrência, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural do país, entre outros. Para o doutrinador, “em razão dessa função de grande relevo é que a nova Lei [referência à Lei de Recuperação de Empresas e Falência] estrutura mecanismos que conduzem à sua preservação.”[46]

Calixto SALOMÃO FILHO[47] considera a empresa e o interesse social na perspectiva econômica do direito, em abordagem que remonta os clássicos ensinamentos contratualista e institucionalista, para demonstrar as bases de uma nova concepção, a de sociedade empresarial como organização. Esta deriva da teoria organizativa, considerada a mais apta “a garantir a lucratividade dos sócios, tão almejada pelos contratualistas”, com a capacidade de transformar a sociedade “naquela célula social propulsora do desenvolvimento tão almejada pelos institucionalistas”. Conclui que “o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve, isso sim, ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva e não a alocativa – as relações jurídicas que envolvem a sociedade.”

Em comentários sobre a Lei de Recuperação de Empresas e Falência Calixto SALOMÃO FILHO[48] retoma o aspecto do interesse social nas sociedades empresariais para evidenciar a clara opção, que considera de matiz institucionalista, pela preservação da empresa no texto dessa Lei, quando pontua: “(...) não é possível pensar em preservação da empresa apenas no período de crise da empresa, mas também durante a sua vida”. E defende que a aplicação da nova Lei de Falência, “de forma coerente com o princípio da preservação da empresa pode ajudar a dar aplicação a princípios institucionalistas societários”, como considera ser o do art. 116 dessa Lei.

Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa estão entrelaçados. Estudos de Wilges BRUSCATO[49] bem demonstram esse indissociável vínculo. Atualmente, a atividade econômica é desenvolvida basicamente por meio da empresa mercantil, que é

abrangente. A própria sociedade contemporânea pode ser identificada a partir da empresa, como defende Fábio Konder COMPARATO: “é dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado”. É das empresas, também, que provém “a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais”. Ainda, é em torno delas “que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.”[50]

Antonio José AVELÃS NUNES[51], em dedicado estudo ao direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais, pontua que “a idéia de protecção da empresa social é de capital importância na análise do problema da exclusão de sócios nas sociedades comerciais”. Defende que no estágio de desenvolvimento econômico atual “o interesse na conservação das empresas sociais reveste um carácter de interesse público”, que pensa ser coincidente com o interesse dos sócios, sendo este último aspecto, na realidade, não pacificado na doutrina. De qualquer forma, demonstra que a exclusão de sócios é manifestação do princípio da protecção da empresa, que envolve “a garantia de sua continuidade, a defesa dela contra tudo o que possa destruir o seu valor de organização.”[52]

São inúmeros os valores sociais agregados à atividade empresarial. Geração de postos de trabalho, participação nas receitas do Estado, avanço tecnológico e investimentos em pesquisas, desenvolvimento das regiões e microrregiões onde a atividade empresarial instala-se, facilidade de acesso a bens e serviços, enfim, todos servem para justificar, do ponto de vista social, econômico e jurídico, a defesa da sua preservação.

O ordenamento jurídico, efetivamente, deve permanecer atento às razões de ordem social e econômica que justificam preservar a atividade produtiva. Nesse passo, demonstra FARRACHA DE CASTRO, o Direito de Empresa no Código Civil “está respaldado no princípio da preservação da empresa”.

O Código Civil, ao tratar do empresário, contempla meios para preservar a atividade por ele exercida. O art. 974, trata da pessoa do incapaz e que vem autorizada pelo Código a continuar o exercício da atividade empresarial (por ele administrada, enquanto capaz), desde que devidamente assistido por representante, mesmo que sob autorização judicial. O art. 1033 autoriza a dissolução da sociedade quando ocorrer (...) “a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias”, medida que afastou a possibilidade de extinção da sociedade composta por apenas dois sócios, na hipótese de afastamento de um deles, com o que se positivou o entendimento jurisprudencial que já era predominante e que “realça o pilar da preservação da empresa.”[53]

A preocupação do Código em manter a empresa parece também evidente no art. 1015, parágrafo único, I, II e III. Aqui, a preocupação preponderante foi conservar a empresa em detrimento de interesses meramente patrimoniais do sócio, daí a previsão das hipóteses que possibilitam a absolvição da sociedade e a responsabilidade direta dos administradores perante terceiros. Derradeiro exemplo é o art. 1085 que permite a exclusão do sócio que está pondo em risco a continuidade da empresa, ainda que observado previamente o exercício do direito de defesa perante a assembléia. O próprio

art. 1029 reforçaria essa interpretação, pois faculta a qualquer sócio retirar-se da sociedade, sem prejuízo da continuidade desta.

Confirma-se, com esses exemplos, que a preservação da empresa constitui a linha mestra do Direito de Empresa, no Código Civil. Não é possível compreender que a efetividade da preservação dependesse, necessariamente, de um texto de lei expresso. De qualquer sorte, o Código Civil a contempla em alguns dos dispositivos mencionados e o princípio, em nível constitucional, pode ser extraído com a indispensável interpretação sistemática da Constituição, em função do tratamento à ordem econômica e aos dispositivos iniciais do texto que definem os fundamentos e princípios da República e do Estado Democrático de Direito.

4. Preservação da empresa e continuidade dos contratos de trabalho: possível equilíbrio.

A construção jurídica constitucional relativa à ordem econômica expressa nítida preocupação em evitar que a iniciativa econômica privada se desenvolva em prejuízo à promoção da dignidade humana e à justiça social. Tal postura repercutiu, de forma direta, na maneira de interpretar a legislação infraconstitucional, para adequá-la à pauta principiológica de que a nova Carta se reveste. Priorizou-se a dignidade da pessoa, em lugar do patrimônio, o que se entende como opção clara pela causa dos direitos humanos e fundamentais e implica que toda a atividade ligada ao Direito, no que se inclui o Direito de Empresa, mova-se pelo mesmo vetor.

A natureza e a função social que se reconhece às sociedades empresariais e o valor econômico que representam, como se mencionou, tem justificado a defesa de sua conservação. O princípio da preservação da empresa pode ser identificado, hoje, na base de uma série de interesses individuais e sociais a ela vinculados e que dela dependem. Tem ele relação direta com outro princípio que também decorre da ordem constitucional, o da criação e preservação dos empregos, este vinculado à idéia da continuidade dos contatos de trabalho.

A empresa, em seu perfil corporativo, é o espaço onde se concentra e se organiza a força humana produtiva. É o espaço, por excelência, onde se materializam as relações de trabalho, pelo mecanismo jurídico do contrato de trabalho. Preservação da empresa e preservação do trabalho humano tem fundamento comum na Constituição, daí se sustentar que os dois princípios se inter-relacionam e se completam, o que realça a importância de identificar os seus pontos de conciliação.

Pelos vários aspectos abordados, a empresa é, sem dúvida, um dos mais poderosos agentes sociais da atualidade. O Direito do Trabalho, quando se ocupa da sua análise, o faz tendo vista o objeto de tutela que lhe é peculiar, os indivíduos inseridos no espaço produtivo, partícipes da geração de riqueza social, em especial os que estão em regime de subordinação. Em torno da atividade empresarial gravitam as regras de Direito do Trabalho, daí porque este também se ocupou do conceito de empresa, o que fez com evidente conotação ampliativa.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 2º, especifica os elementos que considera próprios da empresa, para os fins da sua tutela específica: ser de propriedade ou titularidade de uma pessoa individual ou coletiva; que assume os riscos da atividade econômica; e a quem cabe admitir, dirigir e remunerar a atividade econômica. Na noção de riscos, toma como relevante o espírito de lucro e não considera imprescindível que se componha por um complexo organismo econômico, pois lhe basta que ocorra “o recrutamento do trabalho alheio, de maneira contínua e sob o estado de subordinação.”[54]

O contrato de trabalho é, em regra, de trato sucessivo, modalidade que remonta à construção e diferenciação que já se observava no direito romano, em relação aos contratos chamados instantâneos. A distinção é relevante pelos efeitos e conseqüências que se podem extrair em uma ou outra modalidade[55], sendo que os contratos de trabalho são geralmente de execução continuada, ou como na doutrina, de trato sucessivo.

O Direito do Trabalho, como concebido e como em regra ainda se mantém, compõe-se por um complexo conjunto de regras, princípios e institutos jurídicos destinados a regular as relações de emprego. No âmbito do Direito individual vigora uma série de princípios, com ampla tipologia construída pela doutrina e que tem papel decisivo na sua construção, interpretação e aplicação. Ao lado de princípios gerais, que formam o núcleo basilar de toda construção do Direito, em todos os seus ramos, como os da dignidade humana, equidade, justiça social, proporcionalidade, situam-se os princípios especiais de Direito do Trabalho.

No rol dos princípios especiais de Direito do Trabalho, também como núcleo basilar, estão, exemplificativamente, o princípio da proteção, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade salarial, da primazia da realidade sobre a forma, e, em especial, o princípio da continuidade da relação de emprego.

O princípio da continuidade da relação de emprego tem na base a compreensão de que o contrato de trabalho é de trato sucessivo. Américo PLÁ RODRIGUEZ[56] elucida que, durante certo tempo, acreditou-se que essa modalidade contratual apresentaria o risco de reaparecimento sorrateiro de certas formas de escravidão, ou, no mínimo, servidão. Os ideais de liberdade que inspiravam o momento histórico justificaram perfeitamente a lógica do Código de Napoleão ao impedir, no artigo 1780, a locação de serviços por toda a vida[57], dispositivo que se reproduziu em praticamente todos os códigos inspirados em tal modelo[58].

Manuel ALONSO OLEA bem destaca prescrição no artigo 1583 do Código Civil Espanhol, sobre obrigação permanente de trabalhar - “o arrendamento [de serviços] feito por toda a vida é nulo” – o que demonstra a influência dos ideais de liberdade sobre o pacto de prestação de trabalho para outro, que se fosse “para toda a vida”, poderia envolver “uma negação radical da liberdade de quem assim compromete seus serviços”. [59] HEGEL já havia defendido a idéia de que ao se concordar em ceder os serviços a outro, em caráter perpétuo, esta pessoa estaria fazendo do outro proprietário da substância do seu ser.[60], estando a falar em “alienação de si próprio”. Nessa linha de raciocínio, a temporariedade é vista como essencial ao trabalho livre por conta alheia.

Considerar que “a liberdade quanto ao tempo” pertence à essência do contato de trabalho, no sentido de não se admitir pactos para vigorar por toda vida, no entanto, como pontua ALONSO OLEA, “não significa dizer que, presente tal condição, não possa existir por parte do trabalhador uma preferência pela segurança”, ou seja, preferência pela “duração indefinida da relação”, já que “dela derivam a continuidade e o aumento progressivo das retribuições e as oportunidades de carreira e, claro, a segurança de suas rendas de trabalho”[61].

Observa PLÁ RODRIGUEZ que a realidade social e o decurso do tempo foram determinantes para se concluir que “o perigo real era o inverso: a instabilidade, que é sinônimo de insegurança.”[62] Faz referência a opiniões no sentido de se identificar “receio maior do trabalhador em perder o emprego, do que o de se tornar escravo”, como estaria ocorrendo no Brasil. Refere-se, também, à afirmação de que “ao trabalhador interessa seu presente e seu futuro” e que “o desejo de segurança é um dos traços mais típicos do homem contemporâneo, do que decorre a própria idéia da segurança social.”

Evaristo de MORAES FILHO esclarece o paradoxo que a vida criou ao longo do tempo, relativamente à limitação do tempo contratual: “se a ninguém é lícito obrigar-se por toda a vida, num compromisso prévio, de antemão querido e celebrado, não resta a menor dúvida que toda a legislação do trabalho atual exercita exatamente no sentido de tornar permanente e, tanto quanto possível, vitalícia, a prestação de serviços”, o que pode fazer com que o contrato de trabalho, em alguns casos, “dure por toda a vida de ambos os contratantes, e mesmo além da própria existência do empregador, se alguém lhe continua a empresa.”[63].

Abstraído o fato de que a interpretação judicial e doutrinária mais atual, sobre a legislação que trata da garantia de permanência dos contratos, vem sendo predominantemente restritiva de direitos, a observação do autor permanece atual naquilo que indica verdadeiro anseio do trabalhador – a segurança – que não se alterou porque as normas e a interpretação a elas mudaram. No particular, remanescem pontos que ainda não mereceram a atenção esperada e que aguardam postura corajosa da comunidade jurídica, como forma de opção pela garantia do direito ao trabalho, consagrado como um dos direitos humanos.

A relação, no contrato de trabalho, não é puramente patrimonial, daí porque não se esgota na simples prestação de serviços e no pagamento dos salários contratados. A continuidade e muitas vezes a perpetuidade do contrato na vida de muitos trabalhadores ou do empregador e da empresa faz com que se estabeleçam relações de diversas ordens, como as de cunho pessoal e moral, que muito se aproximam das relações de índole familiar.

A continuidade da relação de emprego remete à idéia de estabilidade e até mesmo de fonte de algumas vantagens ao trabalhador por conquistadas ao longo do tempo. A tutela da permanência no emprego, menciona PLÁ RODRIGUEZ, em referência a Eduardo ALVAREZ, “aparece como uma das máximas realizações do princípio de proteção, porque deu origem à tutela dos trabalhadores, permitiu a acabada vigência de seus direitos subjetivos e atuou como real compensação das desigualdades.”[64]

O doutrinador aponta algumas projeções possíveis de formar o conteúdo deste princípio, como a preferência pelos contratos de duração indefinida; amplitude para a admissão das transformações do contrato; facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido; resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato por vontade patronal; interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador. Em outras palavras, “a continuidade se sobrepõe à fraude, à variação, à infração, à arbitrariedade, à interrupção e à substituição.”[65]

Dessas projeções, talvez a mais importante seja a resistência em admitir a rescisão do contrato exclusivamente pela vontade patronal. Por ela, predomina a tendência de que o contrato de trabalho perdure enquanto se conserve o trabalho, por ser cada vez mais firme e ampla a convicção de que a relação de emprego só pode ser dissolvida, de forma válida, quando exista algum motivo justificado. Afirmar-se que na relação de trabalho “a despedida constitui uma anomalia jurídica”[66] porque a tendência natural da atividade profissional é a sua continuidade e permanência, até os limites da própria capacidade profissional.

A preocupação jurídica com a ruptura unilateral do contrato já gerou alguns mecanismos de tutela, que encontraram maior ou menor efetividade conforme o momento jurídico-político do país. Em geral, serviram e vem servindo para dificultar a ruptura nos aspectos jurídico e econômico e não propriamente para impedi-lo. Nesse sentido, as estabilidades no emprego, que no sistema atual são todas em caráter provisório - ao menos as previstas em Lei - dependem de situações tópicas e delimitadas no tempo, que podem assegurar tanto o direito à reintegração ao emprego como à indenização dos salários do período de afastamento indevido. As estabilidades somam-se, como medidas restritivas, o aviso prévio, as indenizações legais ou contratuais pelo ato considerado ilegal de despedir, as indenizações por danos e prejuízos por despedida abusiva, entre outras.

Esses mecanismos são absolutamente necessários, do ponto de vista do Direito do Trabalho, para que se concretize, ainda que em parte, o direito fundamental ao trabalho assegurado no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem[67] e no texto da Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 6º. PLÁ RODRIGUEZ observa, nesta esteira, que tudo o que vise dar segurança ao trabalhador constitui não apenas um benefício a ele, por transmitir a sensação de tranquilidade, “mas também redundante em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes”[68]

Maurício Godinho DELGADO[69] considera que é do interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica da empresa e que só assim a ordem jurídica trabalhista poderia cumprir o seu papel de assegurar melhores condições de contratação e gerenciamento da força de trabalho, em determinada sociedade, sob a ótica do trabalhador.

Para o autor, há três repercussões favoráveis ao trabalhador, decorrentes da permanência do emprego. Primeiro, pela “tendencial elevação dos direitos trabalhistas”, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, ou pelas conquistas que o trabalhador vai angariando no decorrer do contrato. Segundo, pelo “investimento educacional e profissional que inclina-se o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a

longos contratos”. O investimento, ainda que considerado uma fórmula para elevar a produtividade e compensar o custo trabalhista, é também uma maneira de cumprir “a fundamental faceta do papel social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labor, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha”. E terceiro, pela “afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato”. Para os que vivem apenas do trabalho e da renda que dele decorre, encontra-se aí um “decisivo instrumento” de afirmação social, pois contratos precários, provisórios, de curta duração retiram o lastro econômico e jurídico necessários para se impor às relações econômicas que se travam na vida em sociedade.[70]

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, já enunciava este princípio[71], quando assegurava aos trabalhadores o direito de “integração na vida e no desenvolvimento da empresa”, embora tenha ela se incumbido de limitar a eficácia ao absorver a idéia da ruptura unilateral do contrato, sem justa causa, pelo empregador, com a instituição do regime do FGTS pela Lei 5.107/1966.

A Constituição de 1988 parece ter restabelecido a importância do princípio da continuidade da relação de emprego quando assegurou, no art. 7º, I, “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos”. A vedação à prática da despedida sem justa causa, ou arbitrária, portanto, encontra previsão no ordenamento desde a Carta Constitucional de 1988, não obstante os embates doutrinários e jurisprudenciais que culminaram com a posição predominante de negar eficácia imediata ao preceito.

De qualquer forma, o princípio da continuidade da relação de emprego guarda substancial importância, porque implica uma série de conseqüências sobre o contrato de trabalho, a exemplo de certas presunções favoráveis ao empregado, da imposição, como regra, a que os contratos ocorram por tempo indeterminado e do suporte teórico que confere ao reconhecimento da sucessão de empregadores.

O que desperta preocupação, na atualidade, é justamente encontrar solução às questões relacionadas com a garantia do trabalho, da segurança do trabalhador no emprego e, ao mesmo tempo, permitir o pleno desenvolvimento e a liberdade empresarial. O processo de globalização da economia se faz acompanhar de crescente degradação das condições laborais, com grave risco à estabilidade social, o que reforça a necessidade de respostas.

O Direito Internacional do Trabalho, que tem como principais fontes as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, oferece um inspirador modelo de regulação de direitos fundamentais, especificamente voltado ao trabalho humano. Sua atuação tem por escopo internacionalizar, o quanto possível, os direitos dos trabalhadores para lhes conferir proteção eficaz diante do poder econômico, naturalmente fortalecido.

Identifica-se na política social contemporânea da OIT a orientação de proteger o trabalhador e, especialmente, a relação de emprego, pelas ameaças constantes de precarização das condições de trabalho e avanço do desemprego. Por considerar que a rescisão contratual de iniciativa do empregador, como regra, constitui a este apenas um contratempo, ao passo que para o trabalhador e sua família pode significar instabilidade

e miséria, a OIT desenvolve, há algum tempo, estudos, pesquisas e debates, com deliberações importantes nesse campo.

Uma das deliberações, tomadas em Conferências Internacionais do Trabalho, foi a que resultou, em 1982, na Convenção 158, que trata de restringir o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, sem justa causa, entre outros aspectos ligados à proteção do emprego. A Convenção instituiu a obrigação de o empregador fundamentar a sua decisão. Assim, o término do contrato só estaria legitimado se fundamentado em uma causa justa, dada pelo empregador. O artigo 4º da Convenção considera justo o motivo da rescisão apenas quando relacionado com a capacidade ou conduta do trabalhador, ou basear-se nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. A necessidade de funcionamento da empresa, por sua vez, para justificar a despedida, pode ser de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, porém sempre justificada e demonstrada. Quando a despedida fundar-se na conduta do trabalhador ou no seu desempenho, tem-se por necessária prévia oportunidade de defesa, medidas que podem mesmo restringir a hipótese rompimento do contrato por motivos que não encontrem fundamentação legítima[72].

Essa deliberação internacional pode atuar como um contraponto ao processo de globalização da economia, que, como referido, se faz acompanhar de efeitos cruéis no mundo do trabalho e de forma predominante a um dos participantes do processo produtivo, o trabalhador, que em regra, é hipossuficiente. Contudo, refutada sua aplicação no Brasil, faz-se necessário encontrar outros mecanismos jurídicos para controlar o processo de degradação.

Nesta perspectiva, resta voltar ao texto da Constituição para dali extrair a normatividade que lhe é inerente. Interpretação humanizada de suas disposições permite reconhecer que a justiça social, ali referida, significa também preservar “os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores”, o que é necessário para que “se estabeleça um razoável equilíbrio entre os fatores da produção.”[73] Neste sentido pode ser a interpretação aos vários outros dispositivos constitucionais, sistematicamente analisados, para concluir que há respaldo na ordem jurídica à plena aplicação do princípio da continuidade do emprego.

Ao erigir a livre iniciativa em fundamento da República, no art. 1º, IV o legislador constituinte cuidou de mencionar, com prioridade, o valor social do trabalho, o que já evidencia que o primado do segundo valor depende do prestígio assegurado ao primeiro. Interpretação sistemática que alie o conteúdo desse dispositivo ao do 170, também da Constituição, faz concluir que o trabalho enseja proteção não meramente filantrópica, mas politicamente racional, como observa Eros GRAU[74], e que deve ser operante e efetiva ao longo da execução do contrato de trabalho.

No mesmo sentido se deve interpretar a função social da empresa e da propriedade. Com o caput do art. 170, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna[75]. Não devem pairar dúvidas, portanto, sobre o que seja prioritário quando se contrapõem a liberdade empresarial e o direito do trabalhador ao emprego que, além de prover sua subsistência, deve lhe conferir existência digna. Dito de outra forma, não se concebe, no regime da Carta de 1988, ordem econômica em que a livre iniciativa sobrepuje o valor social do trabalho, sob pena de violação direta ao princípio da dignidade humana,

duplamente contemplado na Constituição: como fundamento da República (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, caput).

A liberdade de iniciativa, portanto, não equivale a alguma espécie de salvo conduto para qualquer prática arbitrária e abusiva. Antes, deve ser compreendida como base da ordem econômica e social, em que os indivíduos são livres para desenvolver atividade socialmente útil, mas sem desprezar, jamais, o objetivo precípua de justiça social. A proposta no Título Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo dos Direitos Sociais, de assegurar o direito ao trabalho (art. 6º) e a proteção da relação emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa (art. 7º, I), e no título da Ordem Econômica e financeira, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego, torna imprescindível que na leitura do princípio da preservação da empresa, considere-se o Direito Empresarial indissociavelmente vinculado ao Direito do Trabalho, e ambos se movam pela diretriz constitucional de tutelar o ser humano.

5. Conclusões.

A amplitude de aspectos e desdobramentos da atividade empresarial, que transcende as fronteiras internas e o aspecto puramente econômico, para atingir significados jurídicos, políticos e sociais de várias ordens, torna a empresa um dos mais poderosos agentes sociais da atualidade. A natureza e a função social que lhe são reconhecidas, além do relevante valor econômico, têm justificado a defesa de sua conservação no Direito contemporâneo.

O princípio da preservação da empresa está na base de uma série de interesses individuais e sociais a ela vinculados, que dela dependem e que a ela se direcionam.

A nova ordem econômica que se instaurou no Brasil com a Constituição de 1988, fundou-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. O projeto constitucional volta-se à garantia de livre iniciativa econômica, contudo, também valoriza o trabalho humano e a dignidade da pessoa. Desta forma, preservação da empresa e preservação dos empregos, têm fundamento comum na Constituição, o que justifica que os dois princípios se inter-relacionem e se completem.

Procura-se, hoje, solução a questões relativas a garantia de trabalho e a segurança ao trabalhador no emprego e, ao mesmo tempo, permitir o pleno desenvolvimento empresarial. O processo de globalização da economia se faz acompanhar de crescente degradação das relações de trabalho, com efeitos perversos especialmente ao trabalhador, que é a parte mais frágil na relação contratual, com grave risco à estabilidade social. A indagação que se coloca é se há possibilidade, em tal contexto, de assegurar proteção ao trabalhador, sem restringir as possibilidades de progresso econômico das empresas.

A Constituição de 1988, ao inserir no título dos Direitos e Garantias Fundamentais a garantia do direito ao trabalho e a proteção da relação emprego, e no título da Ordem Econômica e financeira, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego, além da função social da propriedade, impõe que o Direito de Empresa seja analisado à

luz dos valores que inspiram a Constituição e o novo Código Civil. O princípio da preservação da empresa, portanto, vincula indissociavelmente o Direito Empresarial ao Direito do Trabalho. Ambos devem ter como vetor a diretriz constitucional de tutela do ser humano. Se não é possível compreender a preservação do pleno emprego sem propiciar a preservação da empresa, também a continuidade desta, movida por fins exclusivamente patrimoniais, não atende à função socializante que lhe atribuiu a Constituição.

6. Referências bibliográficas

BERTOLDI, Marcelo M. e PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso avançado de Direito Comercial*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BRUSCATO, Wilges. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 139, jul-set/ 2005.

BULGARELLI, Waldirio. A teoria *ultra vires societatis* perante a lei das sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, v. 19, n. 39, jul/set 1980.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.. *Tratado de direito comercial brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Maria Cristina Castilho. *Sociologia: introdução à ciência da sociedade*. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Moderna, 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001.

DURKHEIM, Èmile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luis Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARRACHA DE CASTRO, Carlos Aberto. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

GRAU, Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HENTZ, Luiz Antonio S.. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 212, p. 109-133, abr/jun. 1998.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo da sua reumanização. **In** : *Revista de Direito Administrativo*. vol. 190.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento de empresa*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NUNES, A. J. Avelãs. *O Direito de exclusão dos sócios nas sociedades comerciais*. 1 ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, 1997.

PENTEADO, Mauro R. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005*. (Coord.) SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Disposições preliminares*. São Paulo: RT, 2005.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros.

_____. SALOMÃO FILHO, Calixto. **In:** *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. (Coord.) SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SOARES FILHO, José. A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 139.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (Coord.) *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[1] BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 1.

[2] MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento de empresa*. São Paulo: LTr, 1993. p. 19.

[3] POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 93.

[4] Coube a Jean Baptiste Say distinguir entre capitalista e empresário e mostrar que a doutrina os confundia. O empresário era o organizador da unidade econômica do regime capitalista e a ele cabia combinar os fatores da produção sob sua responsabilidade e risco. MORAES FILHO, Evaristo de. **Ibid.** p. 26-27).

[5] MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 327-328.

[6] “Para L. Barassi, o conceito jurídico de empresa é um ‘tormento da doutrina’; para Carnelutti, ‘escabrosíssimo problema’; para Rocco ‘serve mais para confundir do que para esclarecer as idéias’; para Rotondi, enseja ‘tantas definições quanto são os pontos de vista diferentes nos quais podemos nos colocar a estudá-los’”. **Ibid.** p. 327-328.

[7] ASQUINI Alberto. Profili dell’Impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*. N. 1 e 2, **apud** REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 52.

[8] DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[9] COSTA, Maria Cristina Castilho. *Sociologia: introdução à ciência da sociedade*. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Moderna, 2005. p. 81-83.

[10] Entende-se por “ambiente maior” a concentração de populações, migrações, relações domésticas.

[11] MORAES FILHO. **Op. cit.** p. 68.

[12] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.. *Tratado de direito comercial brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 2.

[13] **Ibid.** p. 492.

[14] **Op. cit.** p. 34.

[15] Pela dificuldade de encontrar um lugar determinado para a empresa, no Direito, num primeiro momento, doutrinadores chegaram a desprezá-la como entidade cientificamente relevante. Waldemar FERREIRA sustentou que a empresa não tinha enquadramento possível no Direito e BULGARELLI que o ponto principal do problema seria a subjetivação da empresa. (BULGARELLI, Waldirio. A teoria *ultra vires societatis* perante a lei das sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, v. 19, n. 39, jul/set 1980)

[16] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 48.

[17] HENTZ, Luiz Antonio S.. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 34-35.

[18] REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98.

[19] HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Op. cit.** p. 39-41.

[20] BERTOLDI, Marcelo M. e PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso avançado de Direito Comercial*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

[21] Art. 966.

[22] BERTOLDI, Marcelo M. e PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. **Op. cit.** p. 52.

[23] BESSA, Fabiane. **Op. cit.** p. 101.

[24] Conceito elaborado a partir do art. 2º da CLT: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços” (MORAES FILHO. **Op. cit.** p. 180).

- [25] **Op. cit.** p. 154.
- [26] COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. p. 74.
- [27] LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo da sua reumanização. **In** : *Revista de Direito Administrativo*. vol. 190. p. 58.
- [28] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.
- [29] JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem econômica e constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 212, p. 109-133, abr/jun. 1998, p. 113.
- [30] **Op. cit.** p. 102.
- [31] **Ibid.** p. 103.
- [32] Constituição Federal, art. 1º, III e art. 3º
- [33] TEPEDINO. Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (Coord.) *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118.
- [34] GRAU. Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.
- [35] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 19-20.
- [36] CASTRO. Carlos Alberto Farracha. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 14.
- [37] REALE. Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46
- [38] HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 301.
- [39] **Op. cit.** p. 64.
- [40] **Op. cit.** p. 43.
- [41] FACHIN, Luis Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199.
- [42] **Op. cit.** p. 43.
- [43] **Ibid.** pp. 44-45.

- [44] SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 139, p. 41.
- [45] PENTEADO, Mauro R. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005.(Coord.) SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Disposições preliminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.
- [46] **Ibid.** p. 71-72.
- [47] SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros. p. 40-42.
- [48] SALOMÃO FILHO. Calixto. **In: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. (Coord.) SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Op. cit.** p. 41-52.
- [49] BRUSCATO, Wilges. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 139, julho-setembro 2005.
- [50] *Op. cit.* p. 64.
- [51] NUNES. A. J. Avelãs. *O Direito de exclusão dos sócios nas sociedades comerciais*. 1 ed. brasileira. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- [52] **Ibid.** p. 49.
- [53] **Op. cit.** p. 115.
- [54] MORAES FILHO. Evaristo de. *Do contrato...* p. 180.
- [55] **Ibid.** p. 220.
- [56] RODRIGUEZ. Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.
- [57] MORAES FILHO, Evaristo de . *Do contrato...* p. 228.
- [58] Código Uruguaio, art. 1836. “Ninguém pode contratar seus serviços pessoais, salvo temporariamente ou por obra determinada”.
- [59] OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Outros. Curitiba: Gênese, 1997, p. 58.
- [60] HEGEL. *Filosofia del Derecho*. Buenos Aires, 1968, p.86-88.
- [61] OLEA, Manuel Alonso. **Op. cit.** p. 80.
- [62] **Op. cit.** p. 239.

[63] **Op. cit.** p. 229.

[64] **Op. cit.** p. 242.

[65] **Ibid.** p. 247.

[66] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Op. cit.** p. 264.

[67] Art. 23: I – Todo homem tem direito **ao trabalho**, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (...)”

[68] **Ibid.** p. 240.

[69] DELGADO. Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001.

[70] **Ibid.** p. 61-62

[71] EC 1969, art. 165, IV.

[72] A Convenção 158 da OIT entrou em vigor no plano internacional em novembro de 1985, foi ratificada pelo Governo brasileiro em janeiro de 1995 e promulgada pelo Presidente da República com o Decreto 1.855, de 10.04.1996, passando a vigorar para o Brasil em janeiro de 1996. Contudo, pelas fortes reações que provocou no âmbito do direito e da política internos, já que atinge interesses econômicos, que se sobrepuseram aos interesses sociais, foi denunciada em 20.11.1996, com efeitos a partir de 20.11.1997. Há, atualmente, tentativas de restabelecê-la no ordenamento nacional, porém com sérias resistências parlamentares.

[73] SOARES FILHO, José. A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTR, 2002, p. 234.

[74] *A ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.

[75] Sobre a ordem em que foram relacionados os princípios, no art. 170, Eros GRAU menciona o relato feito por Miguel REALE JÚNIOR sobre a reação, no Plenário da Constituinte, à proposta alternativa apresentada pelo ‘Centrão’ para a redação do art. 199 (atual art. 170). A intenção desse grupo de parlamentares era fazer com que a livre iniciativa antecederesse a valorização do trabalho humano. A rejeição da proposta foi interpretada por REALE JÚNIOR como mais uma prova da precedência do valor do trabalho sobre a livre iniciativa. Para Eros GRAU, a ordem de alusão, no texto, é irrelevante, pois o que conta, a seu ver, é “a circunstância de nele estar consagrada a *valorização* do trabalho humano e não a valorização a ambos ou apenas da livre iniciativa.

**BREVE ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DA SÚMULA 491 DO STF:
APLICABILIDADE AOS CASOS DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTES QUE
CAUSEM A MORTE DE MENOR***

**BRIEF STUDY ON THE DEVELOPMENT OF SUMMARY 491 FROM STF:
APPLICATION TO COMPENSATION FOR ACCIDENTS WHICH CAUSES
THE MINOR CHILD'S DEATH**

**Sueli Aparecida de Pieri
Monnalisie Gimenes Cesca**

RESUMO

A Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 03 de outubro de 1969, trata da indenização ao caso de acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Anteriormente à aprovação da referida súmula, em casos de homicídios de menores, a indenização correspondia somente ao pagamento de funeral e luto da família e na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia, abrangendo apenas o ressarcimento material, tomando como base o artigo 1.537, II do Código Civil de 1.916. Negava-se, porém, o dano moral, pois se entendia que, em se tratando de filho menor, não seria devido nenhuma indenização, uma vez que não contribuía para a manutenção do lar, pois, com a morte deste, nenhum prejuízo resultava aos pais. No entanto, com o surgimento de casos de menores que pertenciam à famílias de baixa renda, os quais, embora de pouca idade, ajudam os pais na lavoura ou no serviço doméstico, passou-se a entender certa a contribuição alimentar. Atualmente sua aplicação tornou-se mais ampla, sendo reconhecida a indenização por danos materiais e morais, cumulativamente, alcançando, inclusive, a morte do nascituro. Ainda em vigência, a aplicação da Súmula 491 do STF depende de vários requisitos, os quais merecem destaque. Dessa forma, o presente estudo versa sobre a análise das principais características de evolução da referida súmula, especialmente sobre os requisitos exigidos para a cumulação da reparação por danos morais e patrimoniais, bem como, sobre o limite temporal na aplicação da indenização e as formas de arbitramento, valendo-se da pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVES: ACIDENTE – MORTE MENOR – INDENIZAÇÃO- DANOS MATERIAIS – DANOS MORAIS

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The 491 Abstract, from the Supreme Federal Court, approved in 1969, October the third, is about the indemnity due the accident cases that causes the minor child's death, despite he fact that he does not have remunerated work. Previously to the approval of the related abridgement, in cases of homicide of minors, the indemnity only corresponded to the funeral expenses and family mourning and in the alimony payment, to those whom the dead was supposed to provide, enclosing only material compensation, according to the article 1.537, II from 1916 Civil Code. However, it was denied appeal to the pain and suffering damages, because it was said that, if the sun could not help to the family maintenance, there was no damage to be compensated. Although, there were some cases involving poor families, in which even the smallest children helps their parents, in farming or house keeping. In this situation, the alimony is absolutely necessary to the family survival. Nowadays, this Abstract application has increased to reach even the cases of the unborn child, in which has been given both indemnities, material and moral. Still in operation, the application of Abridgement of law 491, from the STF, depends on some requirements that deserve studying. Therefore, the present essay analyze of the evolution of the related abridgement, specially the conditions demanded to get the repairing for pain and suffering damages and patrimonial damages, as well as on the reasonable time for payment and survey forms, using the doctrinal and jurisprudential research.

KEYWORDS: KEYWORDS: ACCIDENT – INDEMNITY – MORAL DAMAGES – MATERIAL DAMAGES.

INTRODUÇÃO

A Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal¹, aprovada em 03 de outubro de 1.969, trata da indenização devida ao caso de acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Anteriormente à aplicação da Súmula 491 do STF, prevalecia o entendimento aos casos de homicídios, que a indenização correspondia na prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia, tomando como base o artigo 1.537, II do Código Civil de 1.916².

Ocorrendo morte de menor, a indenização correspondia somente ao pagamento das despesas de funeral e luto da família, abrangendo apenas o ressarcimento material. Por outro lado, negava-se a reparação pelo dano moral, pois se entendia que, em se tratando de filho menor, não seria devido nenhuma indenização, uma vez que não contribuía para a manutenção do lar, pois, com a morte deste, nenhum prejuízo resultava aos pais.

Esse entendimento perdurou muito tempo na jurisprudência, no entanto, com o surgimento de casos em que o menor, nas famílias de baixa renda, o qual embora com pouca idade, ajuda os pais no trabalho, seja na lavoura ou em serviços domésticos, contribuindo direta e indiretamente para os sustento da família, resta certa a contribuição alimentar.

Dessa forma decorreu a consagração da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o direito de indenizar os pais pela morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Através desses casos, foram surgindo os precedentes jurisprudenciais, e reconhecida a indenização a título patrimonial, como prestação alimentar, porém, sem reconhecimento de dano moral, muito menos da cumulatividade entre o dano material e dano moral.

Referida Súmula continua vigente até os dias atuais, após passar por etapas que tornaram sua aplicação mas ampla, alcançando, inclusive, a morte do nascituro.

1 evolução jurisprudencial

O artigo 1.537 do Código Civil de 1916 elencava, restritamente, que em caso de homicídio, a indenização consistia somente ao pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como na prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia, porém, não se cogitava a dor sofrida pelos parentes da vítima, a fim de obter o ressarcimento pelo dano moral.

Em decorrência da morte de filho menor, a aplicação do artigo era feita de forma mais restrita ainda. O posicionamento era no sentido que se a vítima menor não devia alimentos aos pais, a indenização restringia-se somente às despesas com funeral e luto da família, como cunho de ressarcimento patrimonial, sem indenização a título de prestação alimentícia.

Destacava-se que, como eram os pais que alimentavam o filho menor, nenhum prejuízo teria sido acarretado com sua morte prematura, pois, nesse caso, os pais deixam de ter os gastos, criando-se, assim, a figura do menor consumidor, cuja morte não representaria qualquer desfalque no patrimônio de seus genitores e não seria, por isso, indenizável.³

Outro argumento utilizado era no sentido de que se menor vivia a expensas dos pais, não se podia pretender indenização para um prejuízo hipotético, eventual, representado pela possível alimentação ou auxílio que o menor viesse, no futuro, prestar aos seus pais.⁴

Entretanto, a jurisprudência sensibilizou-se pela questão, incitando que a morte de filho menor passasse a ser indenizada, não se conformando com a conclusão que se a vítima não devia alimentos, a indenização deveria restringir apenas às despesas com funeral e luto da família.

A Súmula 491 do STF teve como precedentes acórdãos que concederam a indenização por dano material, caracterizado pela morte de filho menor, cujos danos ficaram para serem apurados em execução por arbitramento.⁵

Os precedentes tinham como escopo conceder indenização levando em consideração apenas os pais dos menores em situação especial, ou seja, nas famílias de baixa renda, onde este começa a trabalhar muito cedo, representando a sua morte prematura um dano potencial, na perspectiva de uma contribuição futura para a economia doméstica.

No entanto, mesmo com a consagração da Súmula, concedida a indenização a título de pensão alimentar como ressarcimento pelo dano patrimonial decorrente da morte do filho, era restritamente excluída qualquer reparação a título de dano moral.⁶

Nesse sentido, mais uma etapa foi vencida pela jurisprudência, onde os julgados começaram a admitir a indenização a título de dano moral, adotando o entendimento de que tal dano, consistente na dor sofrida com a perda do filho, é independente das conseqüências patrimoniais do evento e deve ser reparado tanto quanto estes, uma vez que a lei assegura o ressarcimento de qualquer dano, não fazendo distinções.⁷

2 DANO MORAL

Com a evolução do Direito, a Súmula encontra-se em fase mais recente, e, assim, o entendimento majoritário tem sido no sentido de que a indenização devida aos pais pela morte do filho menor configura também modalidade de reparação pelo dano moral, independente da situação dos pais e se o menor prestava ou não auxílio no lar.⁸

Julgados posteriores à Súmula 491 já confirmavam a idéia que na indenização paga por morte de filho menor o que se visa não é só pagar a perda da ajuda futura que o defunto poderia vir a proporcionar, mas, também e principalmente, a reparação de um dano moral.⁹

Fator importante para a consolidação do entendimento deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, incisos V¹⁰ e X¹¹, que prevê a reparação por danos morais.

Consoante previsão constitucional é, ainda, aplicado ao caso os princípios da responsabilidade civil, conforme artigo 186 do Código Civil, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito”, admitindo expressamente a reparação por dano moral.

Passou-se a entender que a indenização em forma de pensão mensal a título de dano patrimonial são indevidos, pois absorvidos que estão pelo dano moral.¹²

Nos ensinamentos de Yussef Said Cahali:

Na realidade, mesmo com a invocação da Súmula 491, de resto aliás desnecessária, a jurisprudência vinha entendendo que, nos casos de morte de filho menor, de pouca idade, que não exerce atividade laborativa, o que se indeniza é apenas o dano moral; embora, por vezes, se equivoque na forma de indenizar os danos morais assim reconhecidos, para estipular como forma de reparação o pagamento de pensão alimentar, forma que seria própria se considerados os danos indenizados a teor da Súmula 491 como sendo de natureza patrimonial¹³

Predomina a corrente defensora da reparabilidade do dano moral puro, que, antes da Constituição Federal de 1988, propugnava pela indenização de toda e qualquer lesão à honra ou aos sentimentos, sem se preocupar com reflexos que pudesse, ou não, ter sobre o patrimônio da vítima.¹⁴

Nos casos aos quais são aplicados a Súmula 491, dispensa-se a comprovação do dano moral, uma vez que a dor e o sofrimento de uma mãe com a morte de um filho restam indubitáveis em qualquer caso, sendo considerado dano presumido em regra de forma absoluta, salvo quando comprovado a falta de afeto entre os parentes e o falecido.

Se o filho menor sustenta os pais ou ajuda no trabalho, seja de forma lucrativa, ou doméstica, é possível fundamentar a indenização a título de lucros cessantes. Contudo, se o filho menor, falecido com tenra idade, incapaz de estar contribuindo de alguma forma com a família, a indenização pleiteada, e possivelmente obtida, é tratada a título exclusivamente de dano moral.

3 CUMULAÇÃO DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL E DANO MATERIAL

Embora a evolução jurisprudencial tenha alcançado a possibilidade de aplicação do dano moral aos casos de morte de menor, não era admitido cumular a indenização moral com danos materiais, quando existentes, o que gerava inconformismos, pois, conforme constatou-se anteriormente, é possível ocorrer casos em que o menor já contribuía economicamente no sustento da família, e assim, os lucros cessantes podem existir.

A jurisprudência sustentava que a indenização por lucros cessantes, com base na súmula 491, não era cumulável com a de dano moral, mesmo em correspondência a períodos diversos.¹⁵

O entendimento foi sendo consolidado e começou a ser admitido cumular a indenização por dano moral e dano material, por terem ambos fundamentos legais distintos.

Segundo Caio Mário, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

Não cabe, por outro lado, considerar que são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. O fato gerador pode ser o mesmo, porém o efeito pode ser múltiplo. A morte de uma pessoa fundamenta a indenização por dano material na medida em que se avalia o que perdem pecuniariamente os seus dependentes. Ao mesmo tempo, justifica a reparação por dano moral quando se tem em vista a dor, o sofrimento que representa para os seus parentes ou aliados a eliminação violenta e injusta do ente querido, independentemente de que a sua falta atinge a economia dos familiares e dependentes¹⁶

Atualmente, o entendimento ganhou maior força, pois a Súmula 37 do STJ passou a permitir a cumulatividade do dano patrimonial e moral, sendo assim, possível aplicar aos casos alcançados pela Súmula 491 do STF.¹⁷

Fato determinante do entendimento restou com a promulgação do Novo Código Civil de 2002, com o artigo 948 que é o correspondente do artigo 1.537 do Código Civil de 1916, que sofreu acréscimo na redação do *caput* e inciso II, onde a possibilidade do ressarcimento do dano moral e material restou indubitável.

Com acréscimo na redação, o artigo 948 dispõe que nos casos de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras prestações, no pagamento das despesas com o

tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como, dispõe no inciso II que, para efeito de pagamento de prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia deve-se levar em conta, como tempo de pagamento, a duração provável da vítima.¹⁸

O legislador acrescentou, no *caput* do artigo, a expressão **sem excluir outras reparações**, que acabou com a restrição anteriormente debatida de irressarcibilidade do dano moral em casos de homicídio e, assim, notória a possibilidade de cumulatividade do dano material e moral ao caso.

A expressão **alimentos**, constante no inciso II do artigo 948, é considerada por Carlos Roberto Gonçalves apenas como indicação, porque a indenização, em caso de morte, não se concede, somente, como pensão alimentar. Essa regra orienta a liquidação da obrigação, mas de forma alguma exclui que prejuízos outros, comprovados, fiquem sem reparação (STF, *RTJ*, 69:549)¹⁹. Explica o autor que:

Hoje, tem-se entendido que a menção à prestação de alimentos vale como simples referência, que pode servir de base para o cálculo da indenização, a ser feito em forma de arbitramento de *quantum* fixo, como indenização reparatória da perda prematura do ente familiar, sem irrogar-lhe necessariamente o caráter de prestação alimentícia, próprio do ressarcimento do dano material presumido (RT, 344:194; RJTJSP, 45:198)²⁰

Todavia, interessante destacar a situação debatida, recentemente, em apelação interposta perante o Tribunal de Justiça de São Paulo²¹, originada de sentença, proferida em Primeiro Grau, que julgou parcialmente o pedido de danos materiais e morais, cumulativamente, pela morte do filho menor, condenando o réu apenas ao pagamento de danos morais, negando o pedido de danos materiais, uma vez que o menor pertencia à família de classe média.

O Egrégio Tribunal confirmou a sentença de Primeira Instância sob o argumento de que o menor, por pertencer à família de classe média, na qual os pais possuíam profissões sólidas, profissionais liberais e da área financeira, com ganhos razoáveis em seus campos de atividades, de sorte que dificilmente o filho menor seria chamado a auxiliar nas despesas da casa ou a suprir as necessidades dos pais.

Desta forma, a jurisprudência predominante tem decidido ao pagamento de pensão alimentícia, como base do dano material, apenas aos casos de morte de menores que pertenciam à família de baixa renda, sob o fundamento de frustração da expectativa de futura contribuição econômica do mesmo para os genitores.²²

4. ALCANCE DA SÚMULA AO NASCITURO

Ao mencionar a Súmula 491 a morte de menor, pressupõe-se abranger, inicialmente, aquele de pouco meses de vida, e, assim, muitas vezes o entendimento é limitado a estes, porém, a jurisprudência tem reconhecido a aplicação por analogia da Súmula aos casos da morte do nascituro.

Como fundamento, merece destaque o entendimento atual, conforme recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, através de acórdão c. revisão nº 218.843.4/6-00 de 10 de Maio de 2006, no qual o Relator Ramon Mateo Júnior decidiu acerca do pedido de morte de nascituro, justificando que “o fato de a criança ter nascido morta, não impede o reclamo do dano material, porque todo filho traz uma expectativa de ganho para a família, tendo aplicação por analogia a súmula 491 do STF”.

5 LIMITE TEMPORAL NA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Questão ainda não uniforme na jurisprudência tem sido o limite do fator temporal para a fixação do termo inicial e final do recebimento da indenização, quer a título patrimonial, quer a título de dano moral.

No entendimento de alguns julgados, a decisão do termo inicial deve ser a data do evento danoso, do falecimento do menor, com a justificativa de que não se deve limitar a indenização, a partir da idade em que a vítima poderia, legalmente, exercer o trabalho remunerado, uma vez que, nas famílias desafortunadas, de escassos recursos, os filhos, desde muito antes, constituem, fator econômico, cuja perda autoriza reparação estimativa por arbitramento, devendo incidir desde a data do acidente.²³

Para outros, o termo inicial da indenização deve ocorrer somente no momento em que ocorreria o início da capacidade laborativa do menor, conferindo aos pais pensionamento de 2/3 do salário mínimo a partir dos 14 anos (idade inicial mínima admitida pelo Direito do Trabalho) até a época em que vítima completaria 25 anos de idade. Daí até os eventuais 65 anos, idade média de vida do brasileiro, a pensão reduz-se a 1/3 do salário mínimo.²⁴

Como termo final, julgados têm entendido que indenização a título de pensão alimentícia deva ser concedida aos genitores até a data em que o falecido completaria 25 anos de idade, pressupondo que, com essa idade, o descendente já teria se casado e constituído nova família.²⁵

Silvio de Salvo Venosa entende que quando se trata de filho menor, a jurisprudência evoluiu no sentido de que iria ele, no futuro, contribuir para a manutenção comum, sendo devida a pensão até os 24/25 anos, quando presumivelmente se casaria e deixaria o lar paterno.²⁶

Cumprido, todavia esclarecer que a jurisprudência também foi tomando corpo, sendo reconhecida a possibilidade da pensão persistir pelo tempo de sobrevivência provável da vítima, hoje com 65 anos de idade, que é a média de sobrevivência do brasileiro, sob o argumento de que a hipótese não se confunde com a obrigação alimentar de direito de família, que cessaria com a maioridade do beneficiário provinda de laço de parentesco.²⁷

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça²⁸ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão até a idade provável da vítima, 65 (sessenta e cinco) anos, alterando apenas forma do arbitramento.²⁹

Os dois entendimentos embarcam a controvérsia, observando-se que a pensão tem respaldo legal para ser estendida, haja vista que o artigo 948, II, do Código Civil de 2002, prevê que a pensão deve ser paga até a data da duração provável de vida do *de cujus*, bem como o artigo 229 da Constituição Federal de 1988³⁰ que dispõe que os filhos têm o dever de ajudar os pais na velhice, motivo pelo qual os julgadores se deparam com mais um parâmetro decisório, diante da multiplicidade de situações de fato que possam ser apresentadas, uma vez que até o momento não há uniformização no entendimento.

5.1. Formas de arbitramento da indenização.

Ressalte-se que, quando se fala em indenização como prestação de alimentos, na proporção de 2/3 do salário mínimo vigente, reduzindo-se para um terço correspondente aos seus gastos pessoais, deve-se entender este como base de cálculo da indenização, uma vez que o valor deve ser feito por arbitramento de *quantum* fixo, como indenização reparatória de perda prematura do ente familiar, sem lhe irrogar necessariamente o caráter de prestação alimentícia, próprio do ressarcimento do dano material presumido.³¹

Em casos de filhos menores que já trabalhavam e contribuíam para a renda familiar, sempre que possível, deve-se reservar a fixação de indenização sob a forma de pensão mensal, como critério de arbitramento de dano material, independentemente do dano moral que vier a ser cumulativamente pleiteado.³²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Súmula 491 do STF foi consagrada através de grande evolução jurisprudencial e depois de mais de meio século de seu surgimento continua sendo aplicada nos dias atuais aos casos de morte de menor que não exerce trabalho remunerado.

Desde a consagração, essa Súmula vem passando por etapas a fim de consolidar entendimentos acerca da amplitude e alcance da indenização, tanto que, no decorrer, foi reconhecida a indenização como dano moral, e, em consequência, a possibilidade da cumulação deste com o dano material, bem como a possibilidade de ser aplicada, por analogia, aos casos de morte do nascituro.

Verificou-se que, nos casos aos quais são aplicados a Súmula 491, é dispensada a comprovação do dano moral, uma vez que a dor e o sofrimento de uma mãe com a morte de um filho restam indubitáveis em qualquer caso, sendo considerado dano presumido em regra de forma absoluta, salvo quando comprovado a falta de afeto entre os parentes e o falecido.

Contudo, se o filho menor sustenta os pais, ou ajuda no trabalho, seja de forma lucrativa, ou doméstica, é possível fundamentar a indenização a título de lucros

cessantes. Em casos de filhos menores que já trabalhavam e contribuíam para a renda familiar, sempre que possível, deve-se reservar a fixação de indenização sob a forma de pensão mensal, como critério de arbitramento de dano material, independentemente do dano moral que vier a ser cumulativamente pleiteado.

Por outro lado, se o filho menor, falecido com tenra idade, é incapaz de estar contribuindo de alguma forma com a família, a indenização pleiteada, e possivelmente obtida, é tratada a título exclusivamente de dano moral.

Essas questões estão consolidadas, no entanto, atualmente a falta de uniformização jurisprudencial se verifica no tocante ao limite temporal para início e término do recebimento da indenização.

No decorrer do estudo, demonstrou-se que, em alguns julgados, é considerado como início da fixação da indenização a idade em que o menor adquira capacidade laborativa, na proporção de 2/3 do salário mínimo, somente até quando completasse 25 anos, concedida na forma de arbitramento, como pagamento do *quantum* de imediato, ou, ainda, na possibilidade de prestação mensal, entimento não consolidado nos Tribunais de Justiça dos Estados.

Todavia, verificou-se que, consoante entedimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o início da fixação da indenização ocorre da data do evento danoso até os 25 anos, na proporção de 2/3 do salário mínimo, reduzido pela metade até a idade de sobrevida da vítima, ou seja, 65 anos.

Tem sido concedida a indenização em conformidade com a situação analisada em cada caso particular, levando-se em consideração se a idade e condições dos filhos e dos genitores, do contexto familiar da vítima, auferindo-se, da sobrevida da vítima, um valor econômico potencial, futuro, eventual, refletindo assim os danos patrimoniais e extra patrimoniais.

De outra forma, se não demonstrado que a morte do filho menor representou a frustração da expectativa de futura contribuição econômica do mesmo para os genitores, a indenização se dará somente a título de dano moral.

A indenização por danos morais, porém, é devida em qualquer caso, uma vez presumida a dor dos genitores pela morte prematura do filho.

Contudo, no Direito Pátrio ainda existem questões a serem dirimidas dentro da própria legislação, no sentido de uniformizar entendimento, pois se trata de situação que envolve mais que um patrimônio, um bem maior, que é a vida.

Bibliografia

_____, Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005

DIAS, José de Aguiar, *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, v.11, 10ª ed., Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4º Volume, São Paulo, 9ª ed., Saraiva, 1995.

_____, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, 7º Volume – 16º Edição, atualizada de acordo com o novo código civil, São Paulo, Saraiva, 2002.

FERREIRA, José Nunes, **Súmulas do Supremo Tribunal Federal Atualizadas e Anotadas**, Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

FIUZA, Ricardo, *Novo Código Civil Comentado*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

GOMES, José Jairo, **Responsabilidade Civil e Eticidade**, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, de Acordo com o Novo Código Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, v.4, Editora Saraiva, São Paulo, 19ª edição, 2002.

ROSAS, Roberto, **Direito Sumular – Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**, 9ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 1998.

STOCO, Rui, **Responsabilidade Civil**, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, v. 4, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2003.

I “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Data do julgamento: 03.10.69. Data da publicação: DJ de 10.12.1969, p. 5931; DJ de 11/12/1969, p. 5947 e DJ de 12/12/1969, p. 5995.

Precedentes: RE 59940 – DJ 1966/ RTJ 39/38; RE 53404 – DJ 1967/ RTJ 42/378; RE 65281- DJ 1968/ RTJ 47/279. **Referência legislativa:** Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de 1916), arte. 1.537, inciso II e 1.553; Lei 10.406/2006 (Novo Código Civil de 2002), art. 948, II

2 A indenização, no caso de homicídio, consiste:

- I. no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e luto da família;
- II. na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, de Acordo com o Novo Código Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, pág. 556.

4RT 255/318, 05.06.1956.

5Responsabilidade Civil – A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação por arbitramento (RE 59940 – 30/11/66 – RTJ 39/38)

Acidente Ferroviário – O Embargante, pai de filho menor de 18 anos, que no mesmo faleceu, tem direito à necessária reparação, porque a vítima era um valor econômico potencial, necessário à subsistência do lar – Embargos conhecidos e recebidos (RE 53404 – 08/06/1967 – RTJ 42/378)

Responsabilidade civil – morte do menor, sem ocupação lucrativa regular, mas que ajudava os pais, de condição humilde. Expectativa justificável de cooperação mais efetiva em futuro próximo. Indenização a ser liquidada por arbitramento (C. Civil, art. 1553) Precedente da 2ª Turma: RE 59940 (1966). (RE 65281 – 22/11/968 – RTJ 47/279)

6 CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 81

7 RT 616/195, fevereiro de 1987.

8 Apelação cível nº 034.565-4/6 – 26/05/1988, TJSP, relator Toledo César, RT 633/116-Julho 1988.

9 Entendimento na RTJSTF n. 98 fls. 208, de 1985, RE 84.768, de 10.04.1979 e RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, v.4, Editora Saraiva, São Paulo, 19ª edição, 2002, pág. 197.

10 V-é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

11 X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

12 Apelação Cível nº 034.565-4/6 TJSP, Relator Toledo Cesar

13 CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 81

14 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, de Acordo com o Novo Código Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, pág. 562.

15STF, Recurso extraordinário nº 97448, Relator. Min. Décio Miranda, Rio de Janeiro, 21/09/1982, publicado no DJ em 15/10/1982).

16 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil de Acordo com o Novo Código Civil**, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, pág. 54, APUD. Caio Mário. **O Dano Moral e sua Reparação**, p.561,1983.

17 Nesse sentido: Ementa: Administrativo/Civil – Indenizatória –Morte de filho menor no interior de Escola Estadual, alvejado por tiro disparado por outro aluno – Responsabilidade civil do Estado – inteligência do parágrafo 6º do art. 37 da CF- Pensionamento mensal devido aos pais, na proporção de 2/3 do salário mínimo até quando o falecido completaria 25 anos – Precedentes da Instância Especial – Pretensão inicial limitada a esse período – Verba classificada como de ordem material – Cabimetro de quantia cumulada pelo dano moral, a teor da Súmula 37 do STJ – Sentença de improcedência que se reforma para procedência – Recurso Provido (TJSP – Apelação Cível nº 681.840-5/9-0. 13ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Ivan Sartori. 07.05.2008.

18 Art. 948 – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras prestações:

I-no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II-na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vítima.

19GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, de Acordo com o Novo Código Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, pág. 557.

20 ibid página 661

21 Decisão da Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação nº 425.386.4/4-00. Relator Dês. Francisco Loureiro. Decisão de 07.08.2008. Emenda: RESPONSABILIDADE CIVIL- Indenização – Morte de filho menor ocorrida durante show de rock em ginásio de clube recreativo – Ação ajuizada contra o clube onde ocorreu o evento danoso – Má conservação do prédio que resultou em grave acidente, com morte de oito jovens – Responsabilidade objetiva do clube – Dever de indenizar os familiares da vítima fatal por danos morais – Impossibilidade de se determinar o pagamento de pensão, se a vítima é filho menor de pais de classe média e profissão definida – Eventual redução da capacidade laborativa dos pais, em razão do trauma, que constituiu dano por ricochete, a ser objeto de pedido próprio – Juros moratórios devidos desde a data do evento na base de 6% ao ano, até janeiro de 2.003, e a partir de tal data, na base de 12% ao ano – Decaimento parcial dos pedidos a justificar a fixação da verba honorária – Ação parcialmente procedente – Recurso parcialmente provido, apenas para alterar o cálculo dos juros.

22 Nesse sentido: **RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR DE IDADE. INDENIZAÇÃO-RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.** - Em famílias de poucos recursos, o dano resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido, mormente quando a vítima habitava o lar paterno. Se é indenizável a morte de filho menor, mesmo de tenra idade – Súmula 491 do STF – com maior razão deve ser reparada a morte do filho que, embora menor de idade, exerce trabalho remunerado. (TJSP -26ª Câm de Direito Privado; Apelação com revisão nº 1.079.397-0/0, Relator Renato Sartorelli, 31.03.2008. **RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. DANOS MATERIAIS. FAMÍLIA POBRE. PENSIONAMENTO DOS PAIS. POSSIBILIDADE.** Em se tratando de família de baixa renda, admite-se o pagamento de indenização por dano material por morte de filho menor que não exercia atividade laborativa à época do evento danoso. (STJ- Recurso Especial nº 979.557 – PE(2007/0194355-8). Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 12.02.2008.

23 RE 85123, julgamento 09/11/1976, relato Min. Thompson Flores STF; RE 115814 – Relator Min. Celso Borja, julgamento 11/10/1988, publicação 27/10/988 DJ RTJ 42/279, Supremo Tribunal Federal, RE 115015 – relator Min. Oscar Correa, RJ, julgamento 22/03/1988 1ª Turma, Ementa Vol. 01499-04 PP00666.

24 Resp. 335058/PR, Recurso Especial 2001/0088336-3 – data julgamento 18/11/2003, relator, Ministro Humberto Gomes de Barros.

25 CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 92; Resp. 141.889/PR, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Nesse sentido: Apelação Cível nº 714.780.5/8-0. 6ª Câmara de Direito Público. TJSP. Relator Carlos Eduardo Pachi. 18.08.2008.

26 VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil – **Responsabilidade Civil**, v. 4, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2003, pág. 219.

27 STJ-Ac. Resp. 66437/PR- Resp. 4ª T. Relator Min. Barros Monteiro. 03/09/98; TJSP –ap. Cível 84.923-5, 20.12.2000, 8ª C., Rel. José Santanta.

28 Embargos 2006/0136826-0, Recurso Especial nº 860.705-DF – data julgamento 24.06.2008, relatora Ministra /Eliana Calmon; Recurso Especial nº 909.2001-SE

(2006/0270802-9), data julgamento 12.02.2008, relator Ministro José Delgado; Recurso Especial nº 979.557-PE (2007/0194355-8), data do julgamento: 12.02.2008, relator Ministro Humberto Gomes de Barros. No mesmo sentido: Recurso Especial nº 909.201-SE (2006/0270802-9). Relator Ministro José Delgado. 12.03.2008. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ação de Indenização por dano moral e material. Morte de interno. Agravo retido. Dano moral. Prescrição de fundo de direito. Art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Dano material. Prescrição quinquenal. Parcelas anteriores ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Art. 3º do Decreto nº 20.910/32 e Súmula 85 do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido. Dano material existente independentemente do exercício do trabalho remunerado. Aplicação da Súmula 491 do STF. Termo ad quem da pensão. Data em que a vítima completaria 65 anos de idade. Termo a quo de incidência dos juros moratórios. Ato ilícito. Responsabilidade extracontratual. Data do evento danoso. Aplicação da Súmula 54 do STJ. Honorários advocatícios. Despesas processuais. Sucumbência recíproca. Distribuição equânime entre as partes. Recurso conhecido e parcialmente provido.

29 Nesse sentido decidiu recentemente em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 1167232-0/8- 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ruy Coppola :Ementa: Acidente de Veículo. Indenização por danos materiais e morais. Prescrição. Inocorrência. Exegese do artigo 200 do Novo Código Civil. Cerceamento de defesa. Ausência. Acidente automobilístico provocado pelo réu. Atropelamento com morte. Culpa do réu devidamente comprovada pelos elementos de convicção coligidos aos autos. Morte de filha menor, que não exercia atividade remunerada. Obrigação de pensionamento que deve corresponder a 2/3 de um salário mínimo, a partir de 14 anos de idade e até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzindo-se, depois, para 1/3 de um salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade. Danos Morais que devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado, e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima. Ausência de hipótese de diminuição ou de elevação do valor fixado a esse título. Apelo do réu parcialmente provido e recurso adesivo dos autores improvido.

30 Art. 229. os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

31 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, de Acordo com o Novo Código Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, pág. 661.

32 Ibid, mesma página.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS COMUNIDADES VIRTUAIS*

ASPECTS JURIDIQUES DES COMMUNAUTÉS VIRTUELLES

**Regiane Alonso Angeluci
Ronaldo Alves de Andrade**

RESUMO

As tecnologias emergentes em curtíssimo espaço de tempo trouxeram a possibilidade de criação de ambientes virtuais, cuja relevância está no poder de seduzir seus usuários pela interatividade que oferece, estabelecendo “mundos paralelos” conectados pela rede de informação global, a Internet. O surgimento das comunidades virtuais acompanha a evolução da sociedade, uma vez que o crescente desenvolvimento dessa nova forma de comunicação ocorre graças ao aumento da demanda por meios interativos que permitem o acesso entre as diferentes culturas sem restrições ou limites geográficos. Porém, esse avanço tecnológico reflete e altera as relações jurídicas já existentes ou criam-se novas, ora maximizando direitos, ora minimizando deveres. A necessidade ou não de intervenção legislativa nas questões relacionadas às comunidades virtuais é ainda um ponto míope que merece reflexão.

PALAVRAS-CHAVES: COMUNIDADES VIRTUAIS, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, REDES SOCIAIS, METAVERSOS.

RESUME

Les technologies en émergence dans un laps de temps très court ont la possibilité de créer des environnements virtuels, dont la pertinence incite les utilisateurs en offrant l'interactivité et l'établissement de "mondes parallèles" connectés sur l'Internet, le réseau mondial de l'information. L'émergence des communautés virtuelles suit l'évolution de la société, une foi que le développement croissant de cette nouvelle forme de communication se produit en conséquence de la demande de médias interactifs qui permettent l'accès entre les différentes cultures, sans restrictions ou limites géographiques. Toutefois, cette avance technologique qui reflète et change les relations juridiques, crée des nouvelles relations, tantôt maximisant les droits tantôt minimisant les obligations. La nécessité ou non d'une intervention de la législation sur les questions relatives aux communautés virtuelles est encore un point myope qui mérite réflexion.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MOT-CLES: COMMUNAUTÉS VIRTUELLES, SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION, LES RÉSEAUX SOCIAUX, MÉTAVERS.

I – Introdução

A criação e o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e a revolução sócio-econômica e cultural em massa por elas criadas fez nascer novos paradigmas na sociedade, a qual denominamos de sociedade da informação, que gerou na sociedade globalizada, novas formas de relacionamentos interpessoais e, por conseguinte, novas formas de relações jurídicas.

A difusão e efetiva utilização da Internet para troca de informações representam o significado da expressão mundo globalizado sem fronteiras, sem limites e atemporal. Na era da informação a comunicação *on-line* é um meio de interação social, que alcança milhares de pessoas ao mesmo tempo, certo que, até poucos anos atrás isso não era possível, pois os meios de comunicação existentes em geral permitiam apenas a troca de informações entre duas pessoas ou de pequenos grupos.

Com o advento da Internet a interação das pessoas e corporações de diferentes países tornou-se mais ágil e acessível, possibilitando a criação de grupos sociais, empresas e comunidades virtuais, permitindo a efetivação de relacionamentos por meio exclusivamente virtual, o que fez nascer uma cultura transnacional, globalizada e ligada em rede.

O surgimento das comunidades virtuais acompanha a evolução das tecnologias de informática e da própria sociedade, uma vez que o crescente desenvolvimento dessa nova forma de comunicação ocorre graças ao aumento da demanda por meios interativos que permitam o acesso entre as diferentes culturas sem restrições de limites geográficos.

As salas de bate-papo(chats), fóruns de discussão, ou as comunidades virtuais(*orkut, myspace, facebook, linkedin, hi5*), são os meios de comunicação *on-line*, comuns utilizados pelos internautas, porém, os metaversos[1] também podem ser considerados comunidades virtuais, são milhões de pessoas espalhadas pelo mundo, que hoje habitam esses ambientes(*Britannia, Norrath, The Sims On-Line, Blazing Falls, Second Life, World of WarCraft, Everquest*), que são alguns exemplos desses metaversos.

São vários os fatores que compõem o quadro do aumento do número de participantes nas comunidades virtuais, e sua influência na sociedade, que podemos citar: as novas tecnologias de informação e telefonia; o crescente acesso pela população à rede Internet; e o baixo custo dos computadores pessoais.

A sociedade da informação[2] esboça uma importante característica: a comunicação e informação em tempo real, tendo o livre e irrestrito acesso à Internet como facilitador das relações corporativas e pessoais, inserindo o cotidiano em um mundo digitalizado, fazendo com que muitos costumes da sociedade fossem substituídos, a tal ponto que hoje se admite a nossa dependência das máquinas, principalmente dos computadores, da Internet, e da telefonia móvel.

As comunidades virtuais estão intimamente relacionadas com a nova cultura transnacional proporcionada pela sociedade da informação, sempre ligadas *on-line* em tempo integral.

Essas comunidades nasceram praticamente juntas com a Internet e a popularidade desses ambientes em meados dos anos 90 chamou a atenção dos estudiosos principalmente pelos constantes conflitos jurídicos eclodidos desses relacionamentos.

São vários os aspectos jurídicos afetos às comunidades virtuais, dentre eles vale ressaltar: os conflitos relacionados aos direitos autorais; direitos de personalidade (privacidade, intimidade, direito à imagem, etc.); crimes virtuais; entre outros.

A Internet, nos seus primórdios, dada a virtualidade do meio, passava a idéia de liberdade ilimitada, e tudo era possível ser feito na rede em razão da virtualidade e impessoalidade física, existia a ilusão de que ninguém podia controlar ou censurar os atos praticados pela Internet e o anonimato proporcionado pelo computador encobriria a prática de qualquer ato, de forma que seu autor jamais seria descoberto. Tendo isso, em princípio, dado azo à prática de crimes e ilícitos civis de toda a ordem. Entretanto, como veremos, embora o meio seja virtual, os efeitos decorrentes de qualquer relacionamento mantido pela Internet ou qualquer outro meio virtual ocorre na vida real das pessoas e, por isso, merecem ampla proteção jurídica.

Assim, em dado momento os meios de tecnologia informática passaram a controlar a atividade humana, desde os e-mails dos computadores dos empregados, passando pela gravação ambiental de imagem e voz de salas de aula ou de berçários, até câmaras colocadas em locais públicos, os conflitos se intensificaram e ganharam importância, principalmente no atinente à intimidade e à privacidade.

Na sociedade da informação a privacidade chegou a um patamar praticamente impossível de ser limitado ou controlado, o que para muitos era privado hoje se tornou público, os dados pessoais são vendidos a qualquer preço pelas ruas, as empresas compram informações e armazenam em forma de dados para atrair o consumo de seus produtos, é possível saber tudo sobre uma pessoa com os dados obtidos nos sites: que tipo de esporte pratica, quanto rendimento recebe por mês, qual o saldo de sua conta bancária, para onde foi viajar nas últimas férias, em qual loja gasta mais dinheiro, que tipo de livro compra, quais são seus desejos, seus segredos, ou seja, a vida virou um livro aberto, ou melhor, impossível de ser resguardado.

As possibilidades de abuso chegam ao extremo como a quebra de privacidade de *emails*, caixas postais invadidas por *spams* publicitários ou mal intencionados entre outros problemas relacionados com os direitos de personalidade, pessoas sendo expostas através de fotos, vídeos, tendo a honra abalada por sites de relacionamentos, entre outros.

II - Comunidades Tradicionais

No conceito citado por Matuzawa considera comunidade “como um grupo de pessoas que vivem juntas e se relacionam mutuamente, que compartilham interesses particulares e também todo um conjunto de interesses amplos e completos para incluir suas vidas”[3]. O mesmo autor cita que são comunidades, os pequenos agregados como aldeias, e os grandes agregados como cidades, tribos e nações.

O termo comunidade entre os sociólogos tem emprego amplo, geralmente o conceito baseia-se em ser comunidade “um grupo de pessoas que ocupa um território definido, com o qual se identificam, e em que há um determinado grau de solidariedade”. [4]

Matuzawa ainda apóia seu estudo sobre comunidades tradicionais nas explicações de Giddens:

Giddens (1991) trabalha a relação entre o tempo e o espaço na comunidade. O autor afirma que as comunidades tradicionais eram marcadas pela presença social, onde o tempo e o espaço coincidiam e as atividades eram localizadas”.

“Nessas comunidades, determinar o tempo estava sempre vinculado ao local, pois o tempo era marcado pela presença e as pessoas viviam segundo áreas e trabalhos comuns”.

“Com a invenção do relógio, começou-se a separar o tempo do espaço, uma vez que se permitia a designação de zonas do dia. Com a organização social do tempo inserida na expansão da modernidade, houve a padronização em escala mundial dos calendários, onde o tempo deixou de estar conectado com o espaço[5].

As comunidades tradicionais assinaladas principalmente pelos fatores delimitadores de espaço e tempo tornaram-se consideravelmente abrangentes contradizendo o padrão outrora apresentado. Nos tempos atuais, a presença física e o local previamente definido não são determinantes para a configuração de uma comunidade, a exemplo das comunidades virtuais[6].

III - Comunidades Virtuais

As distâncias foram encurtadas assim como o fator tempo recua e acelera nessa era denominada tecnológica, o cenário atual se modifica em velocidade nunca antes imaginada, a virtualidade se faz presente em diversos aspectos da vida cotidiana, tendo seus efeitos na sociabilidade das pessoas.

O ciberespaço[7] tornou-se o local virtual de referência para os encontros das comunidades, que não mais estão limitadas ao espaço e a presença física. Atualmente os aspectos considerados primordiais para a criação de uma comunidade, caracterizam-se pelo interesse comum de seus membros e a não transitoriedade. As relações sociais da comunidade virtual são potencializadas na medida em que não há barreiras geográficas que delimite a participação dos integrantes.

Não é razoável, contudo, incluir qualquer aglutinação de pessoas conectadas no mesmo ambiente virtual a categoria de comunidade. A distinção é patente, pois, somente o fator relativo ao interesse em comum não é suficiente, se fosse, poder-se-ia confundir as salas de *chats*[8] a comunidades virtuais. O *chat* mesmo que reúna pessoas com interesses comuns é transitório como uma sala de espera do aeroporto, não podendo, portanto ser denominado comunidade virtual.

Adiciona-se a isso o sentido de perenidade que essas comunidades parecem sugerir aos seus usuários, uma vez que as criações e adições de suas identidades virtuais persistem mesmo após sua desconexão, aguardando o momento no qual irá retornar ao computador[9].

Os metaversos, literalmente, um universo dentro de outro, ou seja, a imitação de um mundo real, que proporciona o relacionamento de pessoas em todos os espectros, com projeção na vida e relação das pessoas e corporações, são também considerados comunidades virtuais, logo estão delineados nas mesmas diretrizes acima expostas, ou seja, conserva-se o sentimento perene entre seus membros permitindo crescente envolvimento e eventual evolução de seus personagens.

A comunidade virtual constitui-se com maior facilidade que a comunidade tradicional, pois a Internet facilita o encontro de pessoas que estão em diferentes localidades e que tenham interesses semelhantes. A divulgação, portanto é ampla e ocorre na horizontal, muito mais ágil para propagação e captação de novos membros.

O ambiente reservado para a comunidade virtual geralmente sugere interações de amizade e companheirismo, independente do assunto objeto de interesse que une os participantes, a informação e o conhecimento são geralmente compartilhados com o intuito de preservar a essência e continuidade da comunidade criada.

A interatividade proporcionada pelas novas tecnologias de informação facilita muito a criação de sites de relacionamento social, tais como “orkut”, “facebook”, “myspace”, “linkedin”, cujo objetivo principal geralmente é interação entre os participantes. Nessa categoria o “orkut” é a rede de relacionamentos mais utilizada pelos brasileiros, possuindo usuários que criam seus próprios perfis pessoais ou comunidades virtuais para diversos fins.

IV - As redes de relacionamentos

As redes de relacionamentos são definidas como “estruturas constituídas entre indivíduos e grupos ou organizações num determinado espaço, conectados a partir de vínculos pessoais (familiares, emocionais, profissionais, etc.), variando entre a formalidade e casualidade, de modo aleatório ou ordenado.”[10]

O “Orkut”, atualmente a principal rede de relacionamento social no Brasil, permite a hospedagem de perfis individuais de seus participantes, bem como, a criação de comunidades. Entre as principais características apresentada por essa plataforma está a possibilidade dos usuários de interagirem através de mensagens *on-line* ou *off-line*[11] e também pela postagem de fotos, vídeos, informações pessoais, profissionais, fóruns de discussões, entre outros.

Recentemente após diversos conflitos judiciais, relacionados aos direitos de personalidade, entre outros, a empresa “Google” detentora da rede de relacionamento “Orkut” disponibilizou ferramentas[12] para garantir maior confidencialidade e segurança aos dados armazenados nos perfis dos usuários. Porém, mesmo com as novas ferramentas de segurança, é praticamente inevitável prevenir os conflitos jurídicos na grande comunidade virtual, como exemplo, a recente notícia referente ao julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre danos morais por mensagens difamatórias:

STJ julga recurso envolvendo danos morais no Orkut - Ação de indenização por danos morais pode ser proposta no nome de proprietário de empresa atacada por mensagens difamatórias em comunidades do Orkut. Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a decisão que considerou legítima a ação proposta pelo empresário W.V. contra duas pessoas que teriam difamado o seu criatório de avestruzes.[13]

A rede “Orkut” por ser a mais utilizada pelos brasileiros também possui um número considerável de ações judiciais envolvendo questões como: criação de perfis falsos[14], exposição de imagens sem autorização[15], ofensa a honra, privacidade e intimidade, pedofilia, entre outros.

V - Simuladores de Vida ou Metaversos

Entre as comunidades virtuais também podemos citar os simuladores de vida, que são conhecidos como metaversos[16] ou mundos virtuais:

Mundo Virtual é um lugar que você pode co-habitar com centenas de milhares de pessoas simultaneamente. É certo que este mundo existe independente de sua presença, e suas ações podem moldar esse mundo. O fato de você existir juntamente com outras pessoas reais do globo inteiro acrescenta um novo nível de imersão que só pode ser vivido quando experimentado.[17]

Através dos simuladores *on-line* é possível participar de qualquer comunidade virtual com pessoas localizadas em diversas partes do mundo, a língua utilizada não é um problema tão difícil de ser resolvido[18]. Os metaversos são exemplos dessa interatividade massificada e nem um pouco isolada. O avatar[19], personagem criado para representar virtualmente uma pessoa no metaverso, pode comunicar-se facilmente com outro avatar localizado na França, na Itália, ou com todos ao mesmo tempo, saber seus hábitos, conhecer sua cultura, etc.

Os ambientes virtuais destinados à simulação de vida real são alimentados por pessoas que estão geograficamente espalhadas, porém a tecnologia sugere uma aproximação imediata entre os participantes. O fato de terem um “conteúdo da memória digital compartilhada”[20] tal tecnologia permite que os integrantes recebam informações sensoriais que modificam instantaneamente o ambiente virtual. Os movimentos, gestos e sons emitidos dentro do mundo virtual, são percebidos como na vida real, caso andando pela rua um avatar esbarrar em outro, imediatamente o que estava estático irá se mover e poderá até cair se houver um desequilíbrio momentâneo.

Essa tecnologia tridimensional[21] apresentada nos ambientes virtuais, cuja interatividade pode ser compartilhada entre milhares de usuários em um único ambiente, está disponível não apenas para simular um ambiente de jogo, ou universo fictício, mas também pode ser utilizada para fins educacionais, treinamentos empresariais, militares, entre outros.

Os participantes dos metaversos constroem ao longo do tempo que permanecem conectados, verdadeiras identidades, e consideram a imersão no ambiente virtual uma extensão de suas vidas reais, os membros da comunidade fazem transparecer suas personalidades geralmente através de gestos e do estilo de escrita, e suas reputações são conquistadas com a opinião dos demais integrantes[22].

Observa-se que o foco relacionado a identidade virtual está se ampliando, até pouco tempo a maior apreensão pautava em saber a identidade real de quem comandava o computador, entretanto, essa preocupação está migrando para a identificação virtual ilibada. Para ser mantida uma boa reputação no ciberespaço faz-se necessário conquistá-la, e isso comumente não ocorre de forma simples.

A reputação *on-line* nem sempre está interligada com a reputação *off-line*, a maioria das comunidades virtuais oferece aos seus membros a possibilidade de avaliarem as condutas de seus pares, negativa ou positivamente, recebendo créditos aqueles que apresentam uma boa reputação.

A confiança e reputação atribuídas no ciberespaço são adjetivos atraídos pelos mesmos parâmetros presentes na sociedade real, ou seja, devem ser conquistados dentro dos limites éticos e com valores preservados.

Em face da pluralidade dos participantes, os conflitos são freqüentes e não se resumem às oratórias mais aclamadas ou fervorosas[23], fazendo com que muitos metaversos criem dispositivos que permitam a denúncia de infratores. As punições ocorrem em dois âmbitos, o primeiro entre os próprios usuários e o segundo pelo administrador do ambiente virtual, e ainda um terceiro, caso o conflito chegue às vias judiciais.

É razoável, desse modo, a conclusão segundo a qual a criação de comunidades virtuais “sintetiza a prática da livre expressão global, numa era dominada por conglomerados de mídia e burocracias governamentais censoras”[24]. Os participantes compartilham interesses comuns, conhecimentos e informações, cujo direito de liberdade de expressão e informação são livres de censuras.

VI - Conflitos Jurídicos

- Aspectos Contratuais

Como vimos, as comunidades virtuais, em geral, são disponibilizadas por empresas que desenvolvem o *software* necessário para a criação e interação de relações humanas por meio informático. Assim, temos duas espécies de relacionamento jurídico, uma entre os integrantes da comunidade e seus participantes e outra entre esses.

A primeira espécie trata-se de relação jurídica contratual entre o proprietário do *software*, *i.e.*, o proprietário da plataforma, e os participantes da comunidade, embora aparentemente gratuita, é relação de consumo, na medida em que o proprietário do *software* obtém lucro com a veiculação de publicidade no site, que recebe milhares de acesso, tornando-o atrativo para a veiculação de anúncios, proporcionando ao fornecedor lucro com sua atividade. Portanto, o contrato estabelecido entre o proprietário do site e o participante é de consumo[25], especificamente regido pela lei 8.078/90, ou seja, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Esse contrato de consumo cuja utilização no ciberespaço é a criação ou participação em comunidades virtuais é de adesão, na medida que redigido e imposto pelo fornecedor proprietário da plataforma, cabendo ao consumidor simplesmente aderir aos seus termos, pois se não apuser sua concordância não poderá participar de qualquer comunidade virtual privada, podendo somente participar das comunidades virtuais estatais.

No caso do Brasil, em que a maior parte das comunidades virtuais estão alojadas no Orkut, a mega corporação Google, proprietária da plataforma, numa das cláusulas[26] de seu contrato, denominada “Termos de Serviços”[27] estabelece que todos os direitos de propriedade intelectual serão de propriedade da empresa a partir do momento que forem colocadas e disponibilizadas em comunidades ou perfis de usuários. Verificamos aqui, uma verdadeira cessão de direitos acordada num contrato de adesão assinado eletronicamente por um simples *click*.

Vale lembrar, que tanto as redes de relacionamentos como os simuladores de vida, em sua maioria, dispõem em suas cláusulas contratuais que são detentores inclusive de materiais privados postados, como conversas realizadas entre os usuários, fotos, imagens, dados cadastrais sensíveis ou não.

É evidente que cláusulas contratuais desse jaez são absolutamente nulas, pois abusivas, na medida que impõem, nos termos do art. 51, incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, renúncia de direitos e colocam o consumidor em posição de exagerada desvantagem, por obrigá-lo a antecipadamente ceder direitos à propriedade intelectual de tudo o que vier a produzir no ambiente da comunidade virtual, incluindo dados privados e imagens.

A inserção desse tipo de cláusula não gera qualquer efeito no plano jurídico, podendo o consumidor, a qualquer tempo pleitear a declaração de sua nulidade. O ideal seria uma intervenção do Ministério Público por meio de um ajustamento de conduta, para que a regulamentação contratual alcançasse padrões éticos e jurídicos em conformidade com proteção outorgada pelo Ministério Público, a exemplo do “Acordo” firmado recentemente entre o Ministério Público Federal e a Google tratando do fornecimento de informações sobre usuários do Orkut, especialmente para identificar os autores de crimes praticados no ambiente dessa plataforma[28].

Esse acordo é de grande utilidade para todos os que participam do Orkut, na medida em que permite a localização e identificação do participante da comunidade que utiliza a plataforma, proporcionando a quem é vítima de ato ilícito acionar judicialmente o ofensor, o que seria praticamente impossível sem a colaboração do proprietário da plataforma, no caso o Google, que detém todas essas informações em seus computadores.

No tocante aos reflexos jurídicos decorrentes das relações internas das comunidades virtuais, considerando-se os sujeitos das relações, também há duas espécies de relações jurídicas: as travadas entre os dirigentes das comunidades virtuais e as oriundas das relações entre seus membros.

Quanto à direção das comunidades virtuais, ou seja, quem tem o poder político e administrativo de direção, os problemas jurídicos em geral decorrem da censura geralmente feita pelo proprietário, esse também controla o que poderá ser publicado na comunidade e quem pode nela ingressar ou não. Neste ponto faz-se necessário averiguar a natureza jurídica das comunidades virtuais. São pessoas jurídicas? De que espécie?

No sistema jurídico nacional as comunidades virtuais não podem ser consideradas pessoas jurídicas, uma vez que não constam do rol do art. 44 do Código Civil. Todavia, se acaso alguma comunidade quiser tomar forma jurídica deverá ser

criada na forma de associação, na medida em que em geral as comunidades são entes criados para discussão de interesses comuns e tomada de decisões que atendam a esses interesses e não tenham finalidade lucrativa.

Assim, embora as comunidades virtuais sejam um ente coletivo, não têm personalidade jurídica e, em geral, sequer um regulamento de funcionamento interno ou externo, de maneira que são tratadas como propriedade do seu criador.

No sistema do Orkut são admitidas duas espécies de comunidades, as abertas, sem moderador, ou seja, sem proprietário e dirigente e as que têm a figura de um moderador, que é na verdade o proprietário da comunidade, tendo o poder de admitir membros e controlar a discussão, uma vez que pode excluir tópicos de discussão remetidos pelos integrantes da comunidade.

A questão jurídica apresentada é saber se o moderador pode excluir ou admitir membros sem qualquer critério, bem como retirar tópicos ou materiais de discussão ao seu talante.

Pelo sistema colocado na plataforma, o poder do proprietário é absoluto, tendo ele o direito de usar, gozar e dispor da comunidade, mas será que esse poder absoluto é albergado pelo nosso sistema jurídico? Entendemos que não.

Embora o ingresso em uma comunidade virtual seja opcional e se trate de um ente particular, o ingresso não pode ser rejeitado sem justificativa e ao mero talante do criador da comunidade, pois a recusa a receber pessoa como associada deverá ser fundada nos estatutos da associação. Todavia, como no caso das comunidades virtuais inexistente estatuto, a recusa só poderá fundar-se em desrespeito à lei, aos bons costumes ou à moral, pois a recusa de ingresso ou a exclusão injustificada pode causar danos de ordem material ou moral a quem não é admitido ou é banido.

Portanto, ainda que a plataforma do Orkut possibilite a criação de comunidades como se fosse um bem qualquer, sendo proprietário o seu criador, ao nosso ver não há respaldo no sistema jurídico para adoção de tal sistema, de maneira que o ideal é a criação de estatuto de funcionamento das comunidades virtuais ou de políticas de funcionamento, como é comum no meio da Internet.

No tocante às relações *interna corporis* das comunidades virtuais, ou seja, as relações mantidas entre os seus integrantes, os aspectos mais importantes dizem respeito à privacidade e intimidade, como vemos a seguir.

- Direito à vida privada nas Comunidades Virtuais

A dificuldade em apresentar o conceito de direito à vida privada, encontra-se exatamente nas diferenças culturais, nas tradições e costumes dos diferentes povos. O

comportamento aceito pela comunidade de um determinado país pode parecer um desrespeito para a vida privada de outro.[29]

Na Constituição Federal, a privacidade é assegurada no artigo 5º, incisos X e XII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O atual temor da população vinculado ao tema da privacidade[30] deve-se principalmente às novas tecnologias de informação existentes e a expansão do uso da rede Internet nas relações diárias e não apenas nas relações profissionais. Os metaversos estão inseridos nesse contexto, pois, além de proporcionar entretenimento, servem ainda como fonte de alimentação e armazenamento de dados relacionados à vida privada dos usuários.

O baixo custo do computador pessoal e a facilidade de acesso aos provedores contribuíram para a ampliação do uso da Internet pelas pessoas físicas, e conseqüentemente à violação potencializada dos direitos de personalidade.

O assunto referente à privacidade é discutido em vários países[31], como nos EUA, onde os consumidores se preocupam muito com os aspectos relativos à privacidade quando efetuam suas compras *on-line*. Esse fato leva muitas empresas a tentarem solucionar ou ao menos minimizar essa preocupação da sociedade, que prejudica as transações e o desenvolvimento do comércio eletrônico[32].

A privacidade do indivíduo é ameaçada nos dias atuais pela forma com que o universo cibernético lida com a informação. Ao transmitir seus dados pessoais através da rede, o usuário está sujeito à interceptação e utilização indevida dessa informação por terceiros (empresas, ou mesmo por indivíduos mal-intencionados), fato progressivamente mais corriqueiro, à medida que o uso desse meio se populariza.

O armazenamento de dados pessoais sempre existiu e é uma prática comum, principalmente para o governo de um país, que utiliza-se desse recurso como meio de proteção[33]. Com o advento da era tecnológica, essa prática começou a ser utilizada também por empresas privadas, uma vez que os dados são facilmente armazenados por um custo muito baixo e com um retorno vantajoso.

As empresas fazem uso dos dados coletados em sites para formar importantes bases de informações, e se baseiam nelas para detectar e filtrar suas preferências e hábitos de consumo. No metaverso *Second Life*, por exemplo, o usuário ao comprar um *bem virtual*, pode ser monitorado pelo proprietário, e tal informação, dentre tantas, pode ser utilizada para o envio de *spam* e publicidade não-solicitada dentro e fora do metaverso, e possivelmente cartas comerciais através do correio.

As informações pessoais, no mais das vezes são coletadas sem o consentimento consciente dos usuários, ou quando feito o requerimento, geralmente ocorre de forma abusiva, em troca de serviços ou mesmo desprovido de informações suficientemente objetivas quanto ao fim que terá tal armazenamento e como serão utilizados os dados.

No seu estágio inicial, quando a Internet ainda era utilizada por poucos usuários, não era possível perceber de que maneira ou intensidade os dados fornecidos poderiam ser utilizados, e alguns usuários forneciam livremente as informações sem ter consciência dos problemas que poderiam advir dos cadastros que alimentavam as bases de dados.

Através desses bancos de dados, as empresas armazenam informações valiosas que podem ser utilizadas para diversos fins, especialmente comerciais, informações relacionadas aos hábitos de consumo, situação financeira do potencial consumidor, e também como moeda de troca ou mesmo a venda do banco de dados.

O crescimento considerado recorde das transações efetuadas *on-line*[34], também acelerou o uso crescente pelas empresas de armazenamento de informações em bases de dados, todos esses aspectos somados fizeram nascer uma preocupação que não foi visível no início da utilização da Internet, e atualmente vista como regra para uma navegação segura: a proteção dos dados pessoais e à privacidade. Ao perceber essa tendência, muitas empresas criadoras de programas de computador desenvolveram dispositivos capazes de prevenir o seqüestro de dados, prometendo salvaguarda permanente contra acesso não-autorizado enquanto criam a partir daí, um nicho mercadológico para seus próprios produtos.

As grandes corporações tentam se associar às instituições para garantir a privacidade de seus dados, não sendo difícil constatar que o armazenamento das informações é inevitável para as empresas, uma vez que suas operações diárias dependem muitas vezes de dados registrados nos computadores, que estão ligados em rede.

As empresas possuem bancos de dados em muitas de suas atividades, são referentes aos recursos humanos, com dados de todos os funcionários, nome, números de documentos, informações de dependentes, salários, contas bancárias, etc.. Da mesma forma, armazenam dados de clientes, fornecedores, concorrentes, produtos, serviços, pacientes, e uma infinidade de informações.

Em alguns metaversos como “Second Life” o próprio contrato de Termos de Serviços dispõe de cláusula informando que qualquer situação, cuja ocorrência se apresenta dentro do ambiente virtual pode ser monitorada pelos proprietários das “Ilhas”[35], inclusive conversas entre os usuários ou acompanhamento de localização, transações financeiras, etc.

A identidade *on-line* é uma extensão da vida *off-line*, os aspectos íntimos devem ser preservados na vida digital do mesmo modo como fazemos com a vida real. Podemos ter credibilidade financeira para vender ou comprar, reputação no meio digital, tudo conquistado pelo fator tempo e confiança, sendo o que a proteção jurídica das informações referentes a identidade virtual são extremamente importantes, uma vez que as conseqüências do que é feito virtualmente terá reflexos na vida real.

Os dados armazenados nos ambientes virtuais podem conter informações sobre crédito financeiro, lista com nome e endereços de amigos, referências profissionais, reputação relacionada a comportamento, débitos financeiros, banimentos de sites de relacionamentos, frequência de tempo que permanece conectado nas comunidades virtuais, orientação sexual, histórico de saúde, situação financeira, atividades acadêmicas, lista de clientes, etc. A identidade e a reputação andam juntas, o usuário cria uma identidade no ambiente virtual que deve ser assegurada. Frequentemente, os direitos de personalidade são violados no ambiente virtual, exemplo habitual, é a criação de perfil falso em comunidades virtuais como o “orkut”[36], geralmente as vítimas dessa violação são pessoas famosas, porém, esse fato ocorre repetidas vezes também com desconhecidos.

Nas comunidades virtuais as pessoas costumam abrir mão de sua privacidade e intimidade, revelando fatos de suas vidas privadas, seja por publicação de fotos e textos, seja pelas opiniões expressadas nos debates realizados. Todavia, isso não significa dizer que os integrantes dessas comunidades tenham desvestido o véu que lhes garante a intimidade e privacidade, pois somente abriram mão desses direitos com relação aos fatos e opiniões reveladas e, ainda assim, no exclusivo ambiente virtual, de maneira que ninguém pode ampliar a publicidade para outros meios, como televisão ou rádio, pois isso implicaria num aumento de publicidade, pois embora o ambiente das comunidades virtuais seja público, a pessoa tem que ter uma atitude ativa para buscar a informação, enquanto a televisão e o rádio levam a informação ao destinatário da mensagem, logo, a difusão de informação que afete a privacidade ou a intimidade de qualquer participante de comunidade virtual caracteriza ato ilícito e obriga o ofensor ao pagamento dos danos daí advindos, sejam de ordem material, sejam de ordem moral.

VII – Considerações Finais

As comunidades virtuais acenderam devido as novas tecnologias de informação e comunicação, esse novo meio proporcionado pela Internet está

substituindo aos poucos as tradicionais atividades cotidianas por novas formas de relacionamentos que estão acompanhadas pela tecnologia de alta qualidade.

Os aspectos jurídicos apresentados nesse trabalho suscitam ainda grandes estudos, porém, importante entender, discutir e tipificar juridicamente o poder que é disponibilizado para os proprietários das plataformas virtuais que agregam milhões de usuários, através dos “Termos de Serviços”.

Os efeitos de qualquer ato humano praticado em ambiente virtual são projetados na sua vida real de relação, ou seja, na sua vida. Assim, a compra e venda por meio virtual gera obrigações para o comprador de pagar o preço e para o vendedor de entregar a coisa, isto é, os efeitos são produzidos na vida real e não no meio virtual. Veja-se que até mesmo no ambiente de metaverso, *Second Life*, por exemplo, os atos praticados pelos *Avatares*, ou seja, pelos personagens, também geram efeitos na vida de relação das pessoas.

Assim sendo, a todos os atos e negócios jurídicos praticados nas comunidades virtuais aplicam-se as regras jurídicas existentes em nosso meio jurídico, naquilo que forem aplicáveis, não sendo a Internet uma “terra sem lei”, mas simplesmente um meio que modificou a maneira do ser humano se relacionar, afastando o contato físico corporal, mas aproximando-o nas idéias.

VIII – Referências Bibliográficas

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri. São Paulo: Manole, 2004.

ANGELUCI, Regiane Alonso e SANTOS, Coriolano Aurélio de A. Camargo. **Sociedade da Informação: O mundo virtual *Second Life* e os Crimes Cibernéticos**. *Proceedings of the Second International Conference of Forensic Computer Science, ICoFCS 2007*, Vol. 2, number 1, pág. 56-63.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet. Reflexões sobre a Internet, os negócios e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4 ed. ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Record, 2001.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1997.

LASTOWKA, F. Gregory; HUNTER, Dan. **The Laws of the Virtual Worlds**. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 26, version 1.12, May 2, 2003. p. 1-101.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Direito na Sociedade da Informação**. RT-847, p. 78-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio-2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUCCA, Newton De; SIMÃO Filho, Adalberto (coordenadores), et al. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUCCA, Newton De e SIMÃO Filho, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes**, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MATUZAWA, Flavia Lumi. **O conceito de comunidade virtual auxiliando o desenvolvimento da pesquisa científica na educação a distância**. Florianópolis, 2001. 106p. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____, **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____, coordenadora. **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

REINGOLD, Howard. **The Virtual Community: Homesteading on the Electronic Frontier** <<http://www.rheingold.com/vc/book/>>. Acesso em Maio/2008.

ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2004.

STEPHENSON, Neal. **Snow Crash**. New York: Bantam Spectra, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

TURKLE, Sherry. **Fronteiras do real e do virtual**. Revista Semestral FAMECOS: Porto Alegre, nº 11, dezembro 1999.

Diversos

Dicionário Houaiss - <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=avatar&styp=k> – Acesso em Abril/07.

[1] Metaverso no conceito apresentado por Neal Stephenson é um ambiente *on-line* que possibilita a interatividade para fins sociais, negociais e entretenimento. STEPHENSON. Neal. **Snow Crash**. Bantan Spectra, 2002, p. 25.

[2] “Sociedade da informação” também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos..” LISBOA, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. RT-847, p. 78-95. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Maio-2006. p. 85.

[3] Apud. MATUZAWA, Flávia Lumi. **O Conceito de comunidade virtual auxiliando o desenvolvimento da pesquisa científica na educação a distância**. Disponível em: <http://www.pp.ufu.br/Cobenge2001/trabalhos/EDV021.pdf>. Acesso em Ago/2008.

[4] Idem, p. 5.

[5] Idem, p. 5.

[6] “... o desenvolvimento das comunidades virtuais se apóia na interconexão. Uma comunidade virtual é construída sobre as afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos mútuos, em um processo de cooperação ou de troca, tudo isso independentemente das proximidades geográficas e das filiações institucionais.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 127.

[7] “Ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes

digitais ou destinadas à digitalização... Esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia a interfacear todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação. A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 92-93.

[8] Chat – “Forma de comunicação através de rede de computadores (ger. a Internet), similar a uma conversação, na qual se trocam, em tempo real, mensagens escritas; bate-papo *on-line*, bate-papo virtual, papo *on-line*, papo virtual”. Novo Dicionário Aurélio.

[9] TURKLE. Sherry. **Fronteiras do real e do virtual**. Revista Semestral FAMECOS. Porto Alegre, nº 11, dezembro 1999, p. 118.

[10] BASSO, Maristela e POLIDO, Fabrício. **Direito & Internet**. 2008, p.446-447.

[11] *Off-Line* “Inform. Que não está conectado ao sistema, ou não pode ser por ele acessado ou utilizado”. Novo Dicionário Aurélio.

[12] Exemplo: visualização de fotos, vídeos e dados pessoais somente para pessoas autorizadas pelo proprietário do perfil.

[13] Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em Set/2008.

[14] “Agravado de Instrumento. Responsabilidade Civil. Exclusão de Informação contida em site de relacionamentos na Internet. Manutenção da decisão que determinou a exclusão do **perfil falso** criado em nome do agravado, em site de relacionamentos na Internet. Afastada apenas a determinação no sentido da proibição de veiculação do conteúdo referente ao perfil falso em outras comunidades do site e em outros meios de comunicação, em razão da dificuldade no cumprimento de tal medida”. Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado de Instrumento n. 70018259663.(grifo nosso). Disponível em: <http://jurishomologa.aasp.org.br/contextpress/resultado.do>. Acesso em Set/2008.

[15] “Apelação Cível. Dano Moral. **Direito à imagem**. Violação. Divulgação não autorizada de foto da demandante em página do Orkut associada à pornografia. Dano à imagem da autora devidamente comprovado nos autos. Diminuição do quantum, a fim de não representar enriquecimento ilícito à autora. Apelo parcialmente provido. Recurso adesivo prejudicado, em parte e, na parte conhecida, desprovido”. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70019724475. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em Set/08.

[16] Metaverso tem o mesmo significado de mundos virtuais. No conceito apresentado por Neal Stephenson “é um ambiente *on-line* que possibilita a interatividade para fins sociais, negociais e entretenimento”. STEPHENSON. Neal. **Snow Crash**. Bantan Spectra, 2002, p. 25.

[17] LASTOWKA, F. Gregory; HUNTER, Dan. **The Laws of the Virtual Worlds**. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n. 26, version 1.12, May 2, 2003. p. 1-101, p. 3.

- [18] LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 239.
- [19] “Avatar – Rubrica: religião. Na crença hinduísta, descida de um ser divino à terra, em forma materializada. Particularmente cultuados pelos hindus são Krishna e Rama, avatares do deus Vixnu; os avatares podem assumir a forma humana ou a de um animal. - 2 - processo metamórfico; transformação, mutação.” **Dicionário Houaiss**. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=avatar&styp=k>>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- [20] LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 105.
- [21] Tecnologia tridimensional – Recentemente a tecnologia tridimensional foi disponibilizada para os computadores pessoais, porém, deve-se ressaltar que nem todos os equipamentos possuem capacidade (processador/memória/placa de vídeo) para recebê-la, pois demanda um equipamento de alta performance. Essa tecnologia permite a simulação de um ambiente/objeto em três dimensões (3D) visualizada na tela do computador, tornando seus aspectos mais realistas.
- [22] CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet. Reflexões sobre a Internet, os negócios e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 99.
- [23] LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 128-129.
- [24] *Idem*, p. 48-49.
- [25] “Aplica-se a legislação consumerista aos litígios envolvendo provedores ou responsáveis por *sites* de relacionamento e os respectivos usuários, ainda que o serviço disponibilizado não seja direta ou imediatamente remunerado”. Decisão da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Proc. nº. 2006 01 1 006826-5. Disponível em www.tj.sp.gov.br. Acesso em: Jun/2008.
- [26] Cláusula do Contrato da Google: “11. Licença de conteúdo do usuário - 11.1 O usuário retém direitos autorais e quaisquer outros direitos que já tiver posse em relação ao Conteúdo que enviar, publicar ou exibir nos Serviços ou através deles. Ao enviar, publicar ou exibir conteúdo, **o usuário concede ao Google uma licença irrevogável, perpétua, mundial, isenta de royalties e não exclusiva de reproduzir, adaptar, modificar, traduzir, publicar, distribuir publicamente, exibir publicamente e distribuir qualquer Conteúdo que o usuário enviar, publicar ou exibir nos Serviços ou através deles**. Essa licença tem como único objetivo permitir ao Google apresentar, distribuir e promover os Serviços e pode ser revogada para certos Serviços, conforme definido nos Termos Adicionais desses Serviços.” (grifo nosso). Disponível em: <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=pt-BR>. Acesso em Set/08.
- [27] Disponível em: <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=pt-BR>. Acesso em Set/08.
- [28] Cooperação do Google com MPF/SP. Disponível em: <http://help.orkut.com/bin/answer.py?answer=98932&hl=pt-BR>. Acesso em: Set/08.
- [29] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 289.

[30] “A utilização indiscriminada de dados pessoais para fins discriminatórios proporcionou a mudança na própria definição de privacidade, que certos autores passaram a denominar como a "proteção das escolhas de vida contra toda forma de controle público e estigmatização social" ou "a indicação das fronteiras que protegem o direito de cada pessoa de não ser simplificado, analisado ou avaliado fora de contexto". Como o fluxo da informação pessoal vai tanto de dentro para fora como de fora para dentro, a proteção de dados também compreende o "direito de não saber", e a privacidade também pode ser considerada como o "meio de controlar a própria esfera privada". **Apresentação do tema da proteção de dados pessoais, seus fundamentos e objetivos.** RODOTÁ, Stefano, p. 38.

[31] “Os tribunais franceses, em seus julgados, têm procurado definir o direito à privacidade como o prolongamento da personalidade do indivíduo, a exemplo do Tribunal de Grande Instance do Sena, que, em duas oportunidades, se manifestou enunciando em seus arestos de 25 e 26.06.1996, que a vida privada pertence ao patrimônio moral de toda pessoa física e constitui tal qual sua imagem, o prolongamento de sua personalidade. A Corte de Grasse, procurou definir o que seja direito à vida privada, que pode ser resumido como tudo aquilo que concerne à vida amorosa, à vida familiar, aos recursos financeiros de uma pessoa, aos aspectos não públicos de sua vida profissional, e suas atividades de lazer, tudo o que se encontra geralmente do lado externo das fronteiras da vida privada, a parte da vida da pessoa que se desenrola necessariamente na presença do público e de sua participação na vida pública da comunidade” . SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: RT, 2005, p. 293.

[32] LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88.

[33] DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais: panorama global e desafios para o Brasil.** Anais do I Seminário Internacional sobre Proteção de Dados Pessoais, p. 50.

[34] “O comércio eletrônico registrou crescimento de 49,6% nas vendas no primeiro trimestre deste ano(2008) em relação ao mesmo período do ano passado, segundo pesquisa da consultoria e-bit. O faturamento foi recorde em R\$ 1,84 bilhão de janeiro a março deste ano, contra R\$ 1,23 bilhão em 2007”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u401030.shtml>>. Acesso em: 12 maio 2008.

[35] O termo “Ilha” é utilizado no ambiente virtual *Second Life* para demarcar os diferentes territórios, ou seja, em linguagem técnica seria o mesmo que dividir o espaço de armazenamento de dados de um computador, para diferentes usuários, sendo que cada um deles possui uma senha de acesso para que tenham a possibilidade de modificar, criar ou mesmo eliminar o conteúdo daquele espaço.

[36] “Denominado comunidade de usuários de Internet dedicada à manutenção de uma rede de relacionamentos sociais em nível mundial, o Orkut foi idealizado e desenvolvido como aplicativo social pelo engenheiro turco Orkut Büyükkökten em 2003. Atualmente o Orkut é de titularidade do Google Inc., empresa de nacionalidade norte-americana, líder mundial de serviços de ferramentas de busca na Internet.”

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Jurisdição e Lei Aplicável na Internet: Adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: LUCCA, Newton e SIMÃO, Adalberto Filho. **Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes**, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 452.

**INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CF/88, À
LUZ DOS FUNDAMENTOS DA SOCIALIDADE, FRATERNIDADE E
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ***

**PROPERTY SOCIAL FUNCTION INTERPRETATION THROUGH
SOCIALITY, FRATERNITY AND HUMAN DIGNITY FOUNDATIONS.**

Vivian Bacaro Nunes Soares

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em identificar uma dimensão jurídica da fraternidade, bem como sua identificação na ordem jurídica existente, principalmente no concernente às relações privadas ligadas ao direito de propriedade, que apela a uma responsabilidade para com a comunidade. Para serem aceitas como justas, as soluções dos desafios exigem elementos importantes de um postulado de fraternidade, demonstrando assim, a necessidade de encontrar princípios adequados que criem condições para que a fraternidade aconteça. Apresenta, ainda, uma análise da função social da propriedade, os principais diplomas legais aplicáveis, a abordagem da mesma à luz do Direito Comunitário, bem como constata se fraternidade constitui fundamento do princípio constitucional da função social da propriedade, de forma a buscar soluções mais justas às questões de propriedade.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE – FUNÇÃO SOCIAL – FRATERNIDADE – SOCIALIDADE.

ABSTRACT

The objective of the present work consists of identifying a juridical dimension of the fraternity, as well as its identification in the existent juridical order, mainly the private relationships to the property right, which pleads a responsibility to the community. For being accepted as fair, the solutions demands important elements of a postulate of fraternity, demonstrating the need to find appropriate principles that create conditions for the fraternity. It presents too, an analysis of the property social function, the main applicable legal diplomas and its approach according the Community Right. Verify if fraternity constitutes foundation of the constitutional principle of property social function, in way to look for fairer solutions to the property subjects.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEY-WORDS: PROPERTY – SOCIAL FUNCTION – FRATERNITY – SOCIALITY.

INTRODUÇÃO

Desde os movimentos constitucionalistas do século XVII até a presente data, a Constituição de um país representa uma ruptura com o antigo modelo absolutista e arbitrário, fundando um modelo baseado nos anseios da coletividade, de forma a realizar, incessantemente, os valores e princípios que se sobressaem em um determinado momento histórico-social.

As novas necessidades e exigências surgidas no âmbito da sociedade, requerem uma reorientação do Direito num sentido social, efetivando-se a teoria já incorporada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro da funcionalização social das instituições jurídicas. Os conflitos caracterizados pela contraposição entre patrimônio privado e patrimônio comum, requerem instrumental e critérios específicos de solução, adequados à nova configuração dos institutos jurídicos introduzidos pela positivação dos direitos e interesses de ordem social.

De um período histórico caracterizado pela racionalização dos interesses e valores básicos de uma sociedade burguesa, liberal e conservadora, passou-se à fase atual, com a abertura do sistema judiciário impregnado de valores humanistas, solidaristas e despatrimonializantes de uma sociedade democrática, igualitária e pós-moderna. Nesse contexto, revela-se de grande importância a análise a respeito da funcionalização social decorrente do princípio da solidariedade constitucional, alçado a valor objetivo e valor essencial do ordenamento jurídico brasileiro.[1]

O Direito de propriedade apresenta-se como um direito renovado, que passa por um processo de publicização a fim de adequar-se às demandas sociais da coletividade; essa propriedade renovada é agora vinculada ao cumprimento de uma função social, tornando-se instituto jurídico híbrido, que contempla proteção dos interesses públicos e privados a ela inerentes.

No que se refere à caracterização e abrangência da função social da propriedade prevista no texto constitucional, é entendida como um dever para a satisfação dos interesses e necessidades de uma sociedade, vinculado a um poder cujo exercício está condicionado ao cumprimento de tal dever. Passa-se a entender o direito de propriedade como o poder do titular do domínio sobre um bem de fazer uso do mesmo dentro dos limites impostos pelo seu dever de atender uma função social, correspondendo ao uso de acordo com os interesses da coletividade.

Destacam-se os ensinamentos de Eros Roberto Grau:

“Ora, para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e

solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos: à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

O fato é que nela a interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos artigos 1º, e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação, desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização da dignidade da pessoa humana”. [2]

O Direito deve servir à promoção de uma sociedade mais justa e digna, à prevalência da solidariedade sobre o individualismo, segundo os segmentos concernentes que orientam todo o sistema jurídico.

Objetivando ordenar nosso trabalho, abordaremos o tema em seis tópicos a seguir: o Tópico 1 em uma abordagem acerca da função social; no Tópico 2 descreveremos o direito de propriedade e sua função social; no Tópico 3 analisaremos a função social da propriedade na constituição federal de 1988; no Tópico 4 abordaremos a função social da propriedade à luz do direito comunitário; no Tópico 5 analisaremos a fraternidade na ordem jurídica, no Tópico 6 estudaremos os fundamentos da função social da propriedade na constituição federal de 1988, concluindo ao final com opiniões acerca do instituto da função social da propriedade presente na CF/88, de forma a buscar assegurar o uso da coisa em consonância com os ditames clamados pelo bem comum, refletindo assim, os anseios do princípio da socialidade, que se preocupa com a integração dos seres numa perspectiva fraterna, comunitária e solidária.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 FUNÇÃO SOCIAL

Um dos princípios fundamentais em que o código civil de 2002 está arrimado é a socialidade que tem como pressuposto a eliminação do individualismo, substituindo-o por uma atuação solidária onde o interesse coletivo, expresso este na função social do contrato, sirva como parâmetro de limitação dos direitos individuais.

Desde o ocaso das teorias que pregavam uma total abstenção estatal frente à ordem econômica, e a proteção de liberdades individuais – Estado Liberal (não intervenção do Estado e autonomia individual), o Estado passou a exercer ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas funções da vida social.

Uma nova função instrumental é conferida ao Direito face à presença estatal, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos.

Leciona Judith Martins-Costa, que tem-se por funcionalização “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios”[3]. Sob a ótica da funcionalização busca-se a reconstrução dos principais institutos do Direito, a fim de alcançar novo equilíbrio entre os interesses manifestamente individualista e as necessidades coletivas e sociais.

Neste contexto é que deve ser atribuído sentido à expressão função social, que deve corresponder à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus*, mas também *uti socius*. A doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma “transição do individualismo para a sociabilidade” [4].

Para GRAU, “a função, assim, é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio” [5].

No entendimento de BENJAMIN, “função seria a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder” [6].

A *função* é o poder de dar à propriedade determinado destino, utilidade, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo “social” indica que esta utilidade, este objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário. Para Fábio Konder Comparato, a função social corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. Desta maneira, há um condicionamento do poder a uma finalidade. A função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-la, atuando como fonte de comportamentos positivos. [7]

Duguit, partindo da premissa de que a função social é um dever, consolidou o entendimento de que a propriedade não teria função social, uma vez que seria a própria função social (“propriedade-função”). [8]

Diversamente entende Giselda Hinoraka:

“A propriedade não é uma função social, mas contém uma função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção de, harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da Justiça Social.” [9]

A noção de função significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a um objetivo; o adjetivo

social demonstra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não do proprietário exclusivamente, o que não significa que ambos possam estar em harmonia. Assim, genericamente, a função social da propriedade deve ser entendida como um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica, de forma a harmonizar os interesses individuais deste com os interesses da coletividade. [10]

1.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Conforme ensina BOBBIO, os direitos do homem são direitos históricos que nascem e se modificam de acordo com as condições históricas e com o contexto social, político e jurídico em que se inserem[11]. A propriedade, como direito do homem, modificou-se e evoluiu com a evolução do próprio homem e da organização social por ele criada.

A evolução dos direitos de geração em geração, os novos bens e sujeitos tutelados pelo Direito, vão transformando o direito de propriedade; assim é que, na primeira geração de direitos, o direito de propriedade é marcado pelo cunho individualista, é um direito inviolável, absoluto. Nesta geração, característica do Direito Moderno, não se concebia a possibilidade de limitação da propriedade visando interesses sociais e difusos, nem a visão do proprietário como sujeito a obrigações decorrentes de seu direito. As necessidades da época eram por liberdade e maior autonomia do indivíduo, sendo a propriedade elevada à condição de direito absoluto, destinado exclusivamente aos interesses individuais do proprietário.

A concepção individualista da propriedade prevaleceu até a incorporação, pelo ordenamento jurídico, dos direitos sociais, difusos e coletivos, respectivamente de segunda e terceira geração; a propriedade privada absoluta e ilimitada torna-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passa a tutelar interesses sociais.

O direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro foi renovado a fim de adequar-se aos novos direitos, a Constituição de 1988 caracteriza a propriedade como um direito marcado pela exigência do cumprimento de uma função social, sendo o proprietário titular de um poder-dever.

No âmbito do código civil brasileiro de 1916, o direito de propriedade caracterizava-se como um direito de primeira geração, de cunho individualista, limitado unicamente no interesse de outros particulares, sem referência às limitações impostas pelos interesses da sociedade; já o código civil de 2002, introduziu referência à finalidade social da propriedade, demonstrando uma evolução no sentido de adequação desse instituto jurídico aos preceitos constitucionais. Os demais dispositivos legais infraconstitucionais devem ser interpretados à luz do que dispõe o texto constitucional.

De acordo com Derani:

“A norma jurídica, inclusive a norma constitucional, não é simplesmente uma positivação, o estabelecimento de uma prescrição, ela é ao mesmo tempo hipótese e tentativa de solucionar um problema. Pode parecer relativista, mas, na verdade, é a norma mais que um instrumento mediador das atividades sociais, ele é um **meio para o alcance de finalidades sociais.**” [12].

Desta forma, se revela um antagonismo entre o ser (indivíduo liberal formal) do código civil revogado e a sociabilidade (plural), na exata razão em que esse só existia enquanto ser individual, pois não era visto dentro de uma perspectiva fraternal ou solidária, condição típica do liberalismo.

No código civil de 2002, o ser individual, é também um ser social, plural e fraternal, revelado em regras e princípios da função social da propriedade, do contrato, institutos que revelam uma verdadeira mudança conceitual.

O plano das relações privadas (substancialmente codificadas) é fundado em direitos fundamentais constitucionalmente previstos, devendo ser observados por particulares em suas relações.

A propriedade passa por uma releitura, adquirindo uma função social a fim de contemplar os interesses coletivos e garantir a promoção do bem comum. Esta função social determina que o proprietário, além de um poder sobre a propriedade, tem um dever correspondente com toda a sociedade de usar esta propriedade de forma a lhe dar a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais.

Visa-se conciliar os âmbitos do individual e do social, de forma a que todos os interesses possam ser satisfeitos senão na sua plenitude, pelo menos até o limite que garanta que os outros interesses a este opostos possam ter um mínimo de realização.

É construído um novo conceito de propriedade, com o objetivo de compatibilizar o exercício desse direito com os interesses maiores da sociedade; o direito de propriedade passa a compreender também objetivos de ordem social, transpondo a concepção de propriedade eminentemente individualista.

Quando se fala em função social não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade; o instituto da propriedade passou por transformações que não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. A função social da propriedade é mais que uma limitação, trata-se de uma concepção que consiste no fundamento, razão e justificação da propriedade.

MACHADO ensina que:

“O direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira estabelece uma relação da propriedade com a sociedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, ambos da CF/1988). A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza que inexistente juridicamente apoio

para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos.” [13].

A caracterização e abrangência da função social da propriedade prevista no texto constitucional, são entendidas como um dever para com a satisfação dos interesses e necessidades da sociedade, vinculado a um poder cujo exercício está condicionado ao cumprimento de tal dever; configura-se como o justo equilíbrio entre as esferas pública e privada. A propriedade deixa de ser fator de desigualdade para tornar-se um instrumento para a obtenção de vantagens sociais.

A constituição federal de 1988, ao qualificar a propriedade como portadora de função social, visa à solução dos conflitos entre interesses individual do proprietário e os interesses da coletividade; dentre estes, destaca-se o interesse em alcançar desenvolvimento econômico individual que traga, concomitantemente, vantagens para a coletividade. Busca-se o entrelaçamento dos direitos reais e da propriedade, preservando-se os dogmas de “direito absoluto”, enquanto preserve o bem (propriedade) sua capacidade de multiplicação de riqueza e conseqüente utilidade coletiva.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Nas palavras de Gustavo Tepedino: “A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura” [14].

Ainda segundo os ensinamentos de Tepedino, temos o que segue[15]:

"Rejeita-se a propriedade como noção abstrata. Chega-se à noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário. A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas 'una situazione giuridica soggettiva tipica e compassa', necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

(...)

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou de qualquer modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade."

A propriedade mereceu acolhida nas regras constitucionais no art. 5º, no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade.

Dentre os incisos do referido artigo, no inciso XXIII, estatui a exigência de que a propriedade atenda à função social. Assim, a Constituição garante o direito de propriedade, mas só o garante se cumprir sua função social (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, II e III).

No âmbito do texto constitucional, a propriedade é trabalhada em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica. No seu artigo 5º, que traz o rol dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, a constituição federal, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, atribui a este uma função social ao dispor que:

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.[16]

A partir destes dispositivos, qualifica o direito de propriedade, que passa a ser marcado pelo cunho social, de forma que só merecerá proteção constitucional a propriedade que efetivamente cumprir sua função social.

Ao tratar da Ordem econômica e Financeira, o art. 170, inciso III estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade. O mesmo ocorre no inciso I do § 1º do art. 173 que, ao tratar do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, estatui que este deverá dispor sobre a função social a ser por aquelas desempenhada. Independentemente disso, as disposições contidas no art. 1º, incisos III e IV, assim como no art. 3º, inciso I, todos esses da Constituição Federal, apontam para a solidariedade, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, atributos de um Estado Social.

1.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO.

A definição do comunitarismo fora dos termos do debate com o liberalismo individualista não é simples, não só porque é nele que o comunitarismo se articula, mas porque não é uma escola filosófica em sentido estrito, cujos autores partilhem, de uma forma clara e unificada, uma mesma tradição conceitual ou sequer uma concepção teórica homogênea, unificada. O termo parece servir mais para reunir uma diversidade de estudos que se vinculam por uma linha apesar de tudo comum de críticas ao liberalismo[17].

Metodologicamente, os comunitaristas defendem que as premissas do individualismo, como a do indivíduo racional capaz de escolher livremente o seu destino, estão erradas, e que a única maneira de entender a conduta humana é através de uma referência aos indivíduos nos seus contextos sociais, culturais e históricos. Normativamente, os

comunitários afirmam que as premissas individualistas do liberalismo têm conseqüências morais pouco satisfatórias, redundando, por exemplo, na impossibilidade de uma verdadeira comunidade, ou no abandono de algumas idéias da vida boa defendidas pela comunidade. Em última análise, e como alternativa ao individualismo, que considera como valor central a liberdade individual do ser humano, o comunitarismo propõe um centramento na solidariedade, considerando como valor central os múltiplos vínculos comunitários[18].

No âmbito do ordenamento comunitário, a proteção dos direitos humanos vem sendo privilegiada como um dos objetivos mais eminentes. Sobremaneira, sob estes aspectos, é que se vislumbra a necessidade de entender, a função social da propriedade no âmbito dos direitos fundamentais, em cujo rol se insere no ordenamento jurídico pátrio.

Tal processo seria o resultado da incidência sobre o direito de propriedade de uma nova concepção dos direitos fundamentais que alega a impossibilidade de plena satisfação das liberdades individuais, se desconsideradas as liberdades sociais.

Liberdades individuais e liberdades sociais estão interligadas e indissociáveis, sendo necessária uma releitura do direito de propriedade, como direito fundamental a partir desta nova abordagem e, à luz do Direito Comunitário.

DERANI expressa esta concepção dos Direitos Fundamentais a partir da consideração de que:

“Os Direitos Fundamentais exerciam predominantemente funções limitativas (o exercício da liberdade individual só é limitado pelo exercício da liberdade de outro). Hoje, seu maior papel está em ações constitutivas operadas tanto pelo Estado como pelos agentes privados. Esta compreensão nova e inovadora dos Direitos Fundamentais está pautada numa premissa essencial que é a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais ou coletivas. A realização do indivíduo não é passível de ser alcançada sem a concreta difusão das liberdades pela sociedade como um todo”[19].

Função social passa a integrar o próprio conteúdo do direito de propriedade, o uso da propriedade no desenvolvimento de atividades econômicas deverá, além de atender às necessidades particulares do proprietário, coadunar-se aos interesses da sociedade. O que deve ser entendido não só sob os aspectos da legislação pátria, mas também e principalmente sob a perspectiva do direito comunitário.

Ensina LAFAYETTE POZZOLI que:

“O Direito Comunitário não constitui uma unificação da ordem internacional do direito, da mesma forma não se trata de uma substituição do direito do Estado-nação e, também, não se confunde com o direito nacional ou internacional. Atualmente as relações entre grupos de países (e também internas a esses grupos) são uma realidade, resultante de um

sistema político que o impõe, partindo do interesse econômico, tendendo, igualmente, chegar a uma integração, ao mesmo tempo, nas áreas política, social e cultural. São estas as relações reguladas pelo Direito Comunitário.”[20]

Dessa forma, à função social da propriedade prevê-se uma justa distribuição de benefícios e encargos, a partir do momento em que indivíduo e sociedade desfrutam das vantagens advindas da atividade econômica. Dentre tais encargos estão as limitações à propriedade privada decorrentes do cumprimento de sua função social, o que constitui instrumento de harmonização da propriedade privada, como direito fundamental, com a sua destinação social, que deve ser contextualizada diante dos princípios e fins de um Direito mais fraterno e solidário.

1.5 EM BUSCA DA FRATERNIDADE NA ORDEM JURÍDICA

A identificação de uma dimensão jurídica da fraternidade, bem como sua identificação na ordem jurídica existente, principalmente no concernente às relações privadas, que apela a uma responsabilidade para com a comunidade, constitui importante contribuição para a atividade jurídica, para a promoção da justiça e, especialmente para o desenvolvimento pleno dos potenciais das relações humanas.

Procurar princípios adequados que consintam criar, juridicamente, as condições para se realizar a fraternidade, na perspectiva atual, consiste em um importante passo, visto que segundo Agnes Bernhard[21]:

“Segundo opinião comum, o conceito de fraternidade está ligado aos princípios de liberdade e de igualdade, assegurados por constituições em todos os Estados modernos. O conceito de fraternidade pressupõe a liberdade individual e a igualdade de todos os homens, e está numa relação de interdependência mútua com esses dois princípios”.

Desta forma, função essencial da Constituição é fixar normas fundamentais referentes aos relacionamentos de uma comunidade, compreendida no interior de um território e tendo um lado exterior. Também nesse campo, trata-se de encontrar princípios que permitam à fraternidade acontecer.

Para serem aceitas como justas, as soluções dos desafios devem conter elementos importantes de um postulado de fraternidade, demonstrando assim, a necessidade de encontrar princípios adequados que criem condições para que a fraternidade aconteça.

Sob esta perspectiva é que se verifica a importância da fraternidade como fundamento do princípio constitucional da função social da propriedade, de forma a buscar soluções mais justas às questões de propriedade.

Na prática forense, decisões com fulcro no princípio da fraternidade já podem ser encontradas.

No julgamento da ADI 3768/DF[22], o STF garantiu a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos para os idosos.

Registrou a Ministra-Relatora, conforme citação de trecho de seu voto, que:

“A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem estar, não se compatibiliza com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível”.

Em manifestação de voto, o Ministro Carlos Britto, conclui que o direito em discussão seria um *direito fraternal*, a exigir do Estado “ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência e dos idosos”.

A Constituição e o próprio Estado, possibilitando inovações na ordem jurídica, adotam posturas sintonizadas com o constitucionalismo fraternal.

1.6 FUNDAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A idéia de função social revigorou-se para alcançar a forma que se entende atualmente, o que se deu sob dois maiores fundamentos: primeiro, o florescimento da idéia de eficácia máxima dada aos direitos fundamentais, no sentido de otimizar a proteção da dignidade da pessoa humana. Os valores de segurança e também de justiça social deveriam ser respeitados. Observou-se também a evolução da idéia de socialidade, derivada da necessidade de uma sociedade de massa que vivesse em harmonia. [23]

A Constituição brasileira atual, no art. 3, enuncia os objetivos fundamentais da República, dentre os quais se encontra a construção de uma sociedade solidária (inc. I). A solidariedade ou socialidade é um dos princípios basilares do Estado, e deve ser entendida, como um elemento essencial de interpretação – interpretação conforme a Constituição, decorrente do princípio da maior democracia social e econômica. [24]

Ao determinar-se uma finalidade estatal na direção da socialidade, a Constituição objetivou unir os concidadãos numa mesma comunidade onde todos têm o direito e o dever de contribuir para o bem do próximo, tornando clara sua dimensão fraternal, através da integração comunitária.

Sob estas perspectivas é que se entende ser necessário analisar a função social da propriedade, de forma principalmente a averiguar o equilíbrio entre o ter e a funcionalização do ter, concebida no início do século passado, sob os incipientes clamores revolucionários da Constituição de Weimar, equilíbrio este que deverá permear todo o Direito.

“Fica claro, portanto, que o Texto Constitucional visa assegurar a propriedade privada simultaneamente propiciadora de gozo e fruição pelo seu titular e geradora de uma utilidade coletivamente fruível e não aquela propriedade egoísta dos sécs. XVIII e XIX que era utilizada apenas para satisfazer os caprichos do proprietário, sem nenhuma contribuição para o bem-estar da coletividade.

Há uma relação íntima entre a Ordem Econômica e a propriedade.”[25].

Não é pretensão desnaturar o caráter privatista da propriedade (cerne dos direitos reais). Sem qualquer viés ideológico e destemperado, pretende-se enfatizar a necessidade de visualizar a função social da propriedade, segundo o projeto solidarista que inspirou a Carta Magna, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

Tal qual o princípio da socialidade, a função social que forma o instituto que deriva de algum direito fundamental em matéria civil é considerado “dever fundamental de observância obrigatória entre particulares”, [26] esse dever surge junto ao direito de propriedade como uma imposição para o bem-estar da sociedade como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de, no atual sistema, ser diminuto o papel do Estado na atividade econômica, face o princípio da livre iniciativa e concorrência, sua atuação não deixa de ser indispensável, não só como órgão normatizador e regulador da economia, como também no exercício do seu papel social, que é a busca da dignidade humana, através da paz social. Assim não fosse nesta seara, a satisfação pública inexistiria, voltando-nos aos primórdios.

“A liberdade de uso e fruição hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. É um desdobramento sem dúvida importante do moderno direito de propriedade. À luz das concepções atuais não há porque fazer prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual da propriedade com o atingimento de fins sociais.”[27].

Hodiernamente o mundo e, por conseqüência, a ciência jurídica, passa por uma fase de mudança de paradigmas, onde o direito privado, não pode mais ser analisado sobre a

ótica unicamente privatista. Em qualquer área do Direito, assim como da ciência e das relações sociais, o que se tem é uma incessante busca da paz social.

Enquanto o modelo liberal supõe uma natureza obrigatória nos direitos fundamentais e propõe a Constituição como garantia de sujeitos individuais frente às possibilidades da deliberação pública, o pensamento comunitário insiste na matriz social da própria liberdade individual, enfatizando a comunidade histórica que a valoriza e sustenta a ponto de elevar os direitos que lhe são inerentes à qualidade da lei maior.

Na perspectiva comunitária, o modelo constitucional é possível pela autodeterminação política em torno de ideais. A realização da democracia constitucional é real, enquanto atitude de subjetividades participativas, capazes de fazer do processo democrático uma forma peculiar de propiciar entendimentos éticos que sintetizem na Constituição um projeto de destino compartilhado.

Portanto, salientando que o Direito não é um fim em si mesmo, mas que galga os objetivos de uma sociedade organizada que, atualmente, face aos acontecimentos históricos, está muito preocupada com a situação social do mundo, é imprescindível a compreensão dos fundamentos do instituto da função social da propriedade, qual seja socialidade, fraternidade e dignidade da pessoa humana.

A análise da função social da propriedade de forma a demonstrar que possui uma finalidade que atenda aos interesses comuns de toda a sociedade, isto é, a propriedade deve cumprir uma “função social”, perpassando por institutos do Direito Nacional e também do Direito Comunitário, em muito contribui para o exame da fraternidade, socialidade e dignidade da pessoa humana como seus fundamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Constitucional.** In *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense: Anais/ Giovanni Caso e outros organizadores.* São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico.** São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BENJAMIN, Herman V. (Org). **Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma releitura a partir da Constituição de 1988**. Malheiros, São Paulo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. RDM 63.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto.

_____ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Editores Malheiros, 2004.

_____ **Direito Urbano**, São Paulo, revista dos Tribunais, 1983.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu – Uma perspectiva para a América Latina**. Editora Método, 1ª Edição 2003.

SILVERINHA, Maria Hoão. **Comunitarismo**. Disponível em:

http://www.efl.pt/dfmp_files/comunitarismo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2006.

[1] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. xxi.

[2] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Editores Malheiros, 2004, p.316.

[3] MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

[4] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 116, op.cit. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

[5] GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**, São Paulo, revista dos Tribunais, 1983, p. 70.

[6] BENJAMIN, Antônio Herman V. **Reflexos sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente**, p. 28.

[7] COMPARATO, Fábio Kontes. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. **Revista de Direito Mercantil**, n.63, São Paulo, Ed. RT, julho/setembro de 1986, pp 71-79, cit. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma releitura a partir da Constituição de 1988**, Malheiros, São Paulo, 2005, p.147.

[8] DUGUIT, Leon. **Lãs transformaciones del derecho (publico y privado)**, cit. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coordenador). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

[9] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Função Social do contrato**. **Revista de Direito Civil**, v. 45, p. 144, cit GAMA, Guilherme Calmon Noqueira da. **Ibidem**, p. 9 e 10.

[10] COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. **RDM** 63/ 71-79.

[11] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992, p.5.

- [12] DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 211.
- [13] MAGALHÃES, Maria Lúcia Faro. **Função Social da Propriedade e Meio Ambiente – Princípios Reciclados**. In BENJAMIN, Herman V. (Org). *Dano Ambiental: Preservação, Reparação e Punição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 148.
- [14] TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org). *Estudos em homenagem ao professor Caio Tacio*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- [15] TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- [16] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil. DF. Senado, 1988.
- [17] SILVERINHA, Maria Hoão. **Comunitarismo**. Disponível em http://www.epl.pt/dfmp_files/comunitarismo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2006.
- [18] Ibidem.
- [19] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, pp. 220-221.
- [20] POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu – Uma perspectiva para a América Latina**. Editora Método, 1ª Edição 2003.
- [21] BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Constitucional**. In *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense: Anais/ Giovanni Caso e outros organizadores*. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, pág. 61.
- [22] Decisão publicada no DJU de 26/10/2007 – Ementário n 225-4. No julgamento da ADI-MC/DF, versando sobre o Meio Ambiente, o STF aplicou o postulado da solidariedade (DJU de 03.02.2006).
- [23] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. **Função social no direito privado e constituição** in GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Ibidem, p. 23.
- [24] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 341.
- [25] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p.138.

[26] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. *Ibidem.*, p. 30.

[27] BASTOS, Celso Ribeiro. *Op.cit.*, p.138.

**RELAÇÕES SOCIAIS E INTERESSES
DIFUSOS**

REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL*

REQUIREMENTS CHARACTERIZATORS OF THE STABLE UNION

**Alex Ferreira Batista
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa**

RESUMO

O presente trabalho visa esclarecer os direitos patrimoniais dos conviventes adquiridos durante o período de convivência. Face este novo instituto do Direito de Família torna-se necessário um maior estudo para que a questão abordada, bem como outras muitas, pudessem ter uma resposta jurídica. Consta-se que a União Estável alcançou grande relevância, que não se encontra no estado de inferioridade ao próprio casamento. A Lei n. 8.971/1994 identifica os parceiros denominados agora “companheiros” com situação jurídica semelhante a dos cônjuges para conceder direitos de alimentos e sucessão. A partir de então a Vara de Família é competente para dirimir assuntos referentes à União Estável. A Lei n. 9.278/1996 complementou a já mencionada lei e superou a Súmula n. 380, ao conceder aos companheiros o condomínio. O tema é abordado com maior amplitude para que a União Estável combinada com o Direito Sucessório e Patrimonial possa ser mais facilmente compreendida, objetivando atribuir a cada um dos conviventes o que lhe é de direito.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS –CHAVE: UNIÃO ESTÁVEL, DIREITOS PATRIMONIAIS, REQUISITOS.

ABSTRACT

The present work seeks to explain the patrimonial rights of the acquired conviventes during the coexistence period. Face this new institute of the Right of Family becomes necessary a larger study so that the approached subject, as well as other many, they could have a juridical answer. It is verified that the Stable Union reached great relevance, that is not in the inferiority state to the own marriage. Because the Law n. 8.971/1994 identify the partners denominated "companions" now with juridical situation similar to the one of the spouses to grant rights of foods and succession. Starting from then the Stick of Family is competent to settle subjects regarding the Stable Union. The Law n. 9.278/1996 complemented the already mentioned law and it overcame Súmula n. 380, when granting to the companions the condominium. The theme is approached with larger width so that the combined Stable Union with the Direito Sucessório and Patrimonial it can be more easily understood, aiming at to attribute to each one of the conviventes that is him/her of right.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: WORDS - KEY: STABLE UNION; PATRIMONIAL RIGHTS; REQUIREMENTS.

APESAR DE SER RECONHECIDA SOMENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ATUAL, A UNIÃO ESTÁVEL DE PESSOAS DE SEXO DIFERENTE FORA DO MATRIMÔNIO, É ANTIGA.

NO DIREITO ROMANO, JÁ HAVIA ALGUNS TRAÇOS DESTA RELAÇÃO, APESAR DE NÃO HAVER RECONHECIMENTO. ERA UMA FORMA DE UNIÃO INFERIOR AO CASAMENTO, QUANDO PATRÍCIOS E PLEBEUS IMPEDIDOS DE SE UNIREM PELOS LAÇOS MATRIMONIAIS, UNIAM-SE PELA UNIÃO DE FATO, ONDE HAVIA A COABITAÇÃO SEM *AFFECTIO MARITALIS*. NO DIREITO FRANCÊS, A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO TENDIA A COMBATÊ-LA; DESCONHECIA-SE SEUS EFEITOS JURÍDICOS.

Destaque-se que o Código Napoleão, fonte inspiradora de diversas codificações modernas, inclusive do Código Civil brasileiro, nada dispôs a respeito, pois impunha implacável condenação, sem sequer levar em consideração suas prováveis ou possíveis repercussões.

Por sua vez, o Direito Canônico, dos primeiros tempos, não desconhecia o concubinato como instituição legal. A título de ilustração pode-se destacar que Santo Agostinho admitiu o batismo da concubina desde que se obrigasse a não deixar o companheiro. Santo Hipólito também negava matrimônio a quem o solicitasse para abandonar a concubina, salvo se por ela fosse traído.

Entretanto, depois de imposta a forma pública de celebração (dogma do matrimônio-sacramento), a Igreja mudou de posição e o Concílio de Trento impôs excomunhão aos concubinos que não se separassem após a terceira advertência.

No Brasil, a legislação Civil codificada reflete o pensamento da burguesia agrária cafeeira que detinha o poder político e econômico e manipulava a política nacional. As classes médias urbanas estavam politicamente vinculadas às classes dominantes, invejavam seus privilégios e cultivavam os seus valores. É patente a influência do Direito Canônico na formação desses valores e indiscutível a influência da religião e da moral na formação dos vínculos familiares e na adoção das soluções legislativas.

A união de fato entre homem e mulher, embora tenha sido sempre numerosa no Brasil, não foi devidamente regulamentada pelo revogado Código Civil, exceto em caráter de oposição.

Percebe-se que o Art. 1.177 permitia a anulação da doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice, pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários. Já o art. 1.474 proibia a concubina de homem casado ou ao concubino de mulher casada ser indicado como beneficiário de seguro de vida.

Já o novo Código Civil fez significativas mudanças. Tratou, com um título específico para união estável, a partir do Art. 1.723. E assim preceitua o art. 1.723 do código vigente: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Tem-se que a nova regulamentação da união estável destina-se aos companheiros com vida em comum na data de início da vigência do novo código civil.

Logo, o art. 1.724 regula as relações pessoais entre os companheiros, declarando que devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Algumas leis ordinárias posteriores ao Código Civil foram sendo editadas para amparar situações fáticas de evidente injustiça, o que foi, paulatinamente, alterando a rigidez dos dispositivos elencados no Código Civil. Citam-se como exemplos que o reconhecimento dos filhos naturais, após o desquite, veio a ser permitido em 1942, com o Decreto-lei n.º 4.737/42; a Lei 883/49 permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal e a Lei 6.515/77, no art. 51, estatui o reconhecimento durante a vigência da sociedade conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos dos filhos ilegítimos, garantindo seu direito à herança, ainda que de forma limitada.

Quanto à concubina, a Lei 6.515/77 (art. 57 e parágrafos) permitiu-lhe usar o nome do companheiro se viver em comum por, no mínimo, cinco anos ou houver filhos da união.

Lembra-se que pelo código vigente, a sucessão do companheiro ou da companheira é tratada de forma estranha, antes da ordem de vocação hereditária, no art. 1.790. Por esse dispositivo, o consorte concorrerá com outras classes de herdeiros, até mesmo com os colaterais.

Outros diplomas legais ofereceram tratamento jurídico ao tema:

- a Lei 4.069/1962, art. 5º, tem a concubina como beneficiária da pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro desquitado ou viúvo, que não tenha filhos (Caso hajam filhos, só poderá destinar à companheira metade da pensão, se ela vivia sob sua dependência há, pelo menos, cinco anos);
- a Lei 7.087/1982, nos arts. 28, 29, 39 e 41, tem a companheira como dependente de segurado perante o IPC – Instituto de Previdência dos Congressistas;
- o Decreto n.º 73.617/1974 considera a companheira dependente do trabalhador rural;
- a Lei 8.213/1991, artigo 16, I, com redação dada pela Lei n. 9.032/95 e o seu regulamento através do Decreto n. 2.172/97, art. 13,I permitem a inclusão da companheira ou do companheiro na categoria de beneficiários (pensão) do Regime geral da previdência Social, com tratamento idêntico ao do cônjuge, ainda quando o(a) companheiro(a) não estejam inscritos como beneficiários; etc.

A Lei 8.112/1990, artigo 217, inciso I, alínea “c”, que dispõe sobre o Regime Jurídico do Servidor Público – considera beneficiário da pensão “o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar”.

A Lei 8.245/1991 – artigo 11, inciso I – Lei do Inquilinato – dispõe que reputa sucessor na locação o companheiro do locatário falecido.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE UNIÃO ESTÁVEL

A união de pessoas de sexo diferente é por demais antiga. Desde os tempos iniciais foram encontrados homens e mulheres vivendo numa espécie de sociedade.

Com o passar dos tempos, foram surgindo normas para regulamentar a convivência entre duas pessoas. Assim, surgiu o casamento. Mas, nem sempre a pessoa *se casava*, por diversas vezes *somente* havia *uma* coabitação, *o que* levou a *adequação* do sistema ao novo costume.

Surgiram relações proibidas, ou seja, relações entre patrícios e plebeus, burgueses e escravos, etc. Dessa forma, os Estados adequaram suas leis as relações que não provinham de um casamento.

Denominada também como concubinato, a união estável é a antítese do casamento civil, é a relação entre homem e mulher sem se prender as formalidades exigidas pelo Estado, ou seja, uniões não oficiais e com certa durabilidade.

O antigo direito francês além de desconhecer qualquer forma de união que não fosse a matrimonial, a combatia duramente, considerando inválidas quaisquer tipos de doações feitas entre aqueles que viviam sob esse tipo de união.

Além disso, os filhos havidos nestas relações eram excluídos da sucessão hereditária. Consta-se que há tempos remotos era impossível recriar, pelas vias formais uma subsequente experiência matrimonial sem que precedesse o falecimento de um dos cônjuges ou a anulação do casamento, e mesmo depois da instituição da Lei n. 6515/1977, denominada a Lei do Divórcio, o concubinato desempenhou e continua a desempenhar, ao lado do casamento, o papel de solução alternativa para os que aspiram uma nova convivência amorosa estável.

Como instrumento de controle o direito é fato social. Ele se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade e a norma jurídica é a realidade em que se refere a regulamentação da sociedade. Sendo um número tão elevado de uniões livres que chegam até superar as uniões legais, surgiu a consciência da necessidade da regulamentação do concubinato no ordenamento jurídico. O concubinato é um fato social de inegável relevância, posto que geram efeitos jurídicos positivos a rogar seu regramento, sobretudo aqueles direitos nascidos da estabilidade da convivência ligado

ao patrimônio, adquiridos na sua vigência, garantias, direitos e deveres decorrentes de uma longa duração.

O fato social se impôs ao legislador constituinte de 1988, e este constitucionalizou as uniões estáveis, conforme está expresso no § 3º do artigo, 226, da Magna Carta, na qual é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado e para que a lei facilite sua conversão em casamento.

Em, 29 de dezembro de 1994 foi instituída a Lei n. 8.971, causando um grande impacto no mundo jurídico. Essa lei mercê de suas falhas técnicas e omissões, foi objeto de árduas críticas de doutrinadores e juristas.

A lei mal passou a ser acionada pela justiça, em meio de interpretações desencontradas, que veio a ser sancionada pela Lei n. 9.278, de 10/05/96, advinda do Projeto de Lei n. 1.888/1991, sancionada com os vetos aos artigos 3º, 4º e 6º, bem como modificações no seu artigo 1º.

A nova lei também recebeu várias críticas, algumas procedentes e outras não. Alguns juristas reprovaram a precipitação com que a nova lei foi sancionada, outros acharam que o legislador errou em não revogar a Lei n. 8.971/1994, preferindo a sua derrogação, perdendo uma oportunidade para se elaborar o estatuto da união estável. Condenaram ainda o veto presidencial aos artigos acima citados da nova lei, que previa um contrato escrito para regular os direitos e deveres dos conviventes. Mas a elaboração do contrato continuou factível conforme previsto no artigo 5º, § 2º da lei.

O que gerou mais críticas, ainda, foi o fato do artigo 1º da nova lei não estipular um prazo mínimo de duração de convivência para que se fosse considerado união estável, e o artigo 5º que instituiu a comunhão dos aqüestos, alguns encararam como um confisco de bens, sendo que na realidade o intuito foi a criação do regime de meação dos bens adquiridos durante a convivência, a título oneroso, considerando tal bem como fruto do trabalho e da colaboração comum, e assim mesmo, se os conviventes preferirem, já que a lei ressalva estipulação contrária em contrato escrito, ou na possibilidade da aquisição do patrimônio se dar com o produtos dos bens anteriores ao início da união, estes bens não se comunicam.

Em tal situação foi sustentado que a lei ordinária não poderia criar novas formas de aquisição de propriedade imobiliária, além das já previstas no Código Civil, ainda mais a título de presunção de comunhão dos adquiridos, com que estaria a lei estimulando o “golpe da meação” e o enriquecimento sem causa, o que conseqüentemente constituiria uma lesão ao patrimônio do outro convivente.

Diante de tanta divergência sobre a nova lei, foi aprovado o parecer de Sérgio Fisher apregoando a manutenção da Lei n. 9296/1996. Em tal parecer foi enfatizado o papel dos Tribunais na aplicação das leis e da importância da jurisprudência como a pura fonte da interpretação da lei, lembrando-se que a efetividade do direito se realiza nas decisões judiciais. O parecer está assim ementado:

Os princípios definidos pelo parágs. 3º e 4º do art. 266 da CF, embora de aplicação imediata e direta, careciam de lei ordinária para a sua complementação e aplicação plena, na esfera do Direito de Família, inclusive no concernente aos direitos e obrigações

dos conviventes na união estável, o que foi regulamentado pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96[1].

Vários juristas e doutrinadores reconheceram o mérito da nova lei, sem reportar-se o seu texto a prazo mínimo de vigência da união. Compreenderam que a estabilidade da união poderia deduzir do próprio conceito de lei, afastando qualquer perigo da contemplação de uma união efêmera, porquanto pelo seu primeiro artigo, somente se reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de mulher, estabelecida como intuito de constituição de família.

Do exame geral de tais críticas obtém-se um saldo positivo de aprovação do meio jurídico ao novo diploma legal que, apesar de suas falhas e omissões, merece a certeza de que na prática encontrará um fértil terreno, para que possa ir-se aprimorando e atingir seus verdadeiros objetivos nas soluções de casos concretos. Ou seja, cumprir o imperativo constitucional de regulamentação da união estável como forma de constituição dos moldes como foi escolhido pela sociedade e merecedora de proteção do Estado.

4 DA FAMÍLIA

A atual Constituição Federal no *caput* art. 226 regula a família “como base da sociedade e com especial proteção do Estado”.

O conteúdo relacionado à família, no Diploma Constitucional atual, é bastante inovador, não se conceitua família, apenas pelo casamento. Para efeito de proteção especial do Estado, qualquer comunidade formada por um dos pais e seus descendentes ou a união estável entre homem e mulher, passou a ter amparo constitucional. Isto se deve ao fato de que, no passado, os problemas eram diferentes, os costumes eram outros e o modo de viver das pessoas era exteriorizado de forma distinta da atual.

De outro modo, com a determinação pelo texto constitucional da proteção da entidade familiar, que poderá ser constituída pela união estável de pessoas de sexos diferentes, bem como na união dos genitores com sua prole, tem-se mais ampla a atuação desta figura.

O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho, confirma as afirmações acima:

A família, como grupo social primário[2], não é constituída apenas pelo casamento, como ocorria no direito anterior, pois a Constituição a ela equipara a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes[3].

Não é outro o entendimento do doutrinador José Afonso da Silva, ao definir família:

Não é mais só pelo casamento que se constitui a ‘entidade familiar’. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito

de proteção do Estado, também, a união estável entre homem e mulher, cumprindo à lei facilitar sua conversão em casamento[4].

5 CASAMENTO

ETIMOLÓGICAMENTE, CASAMENTO É A VONTADE DE DUAS PESSOAS DE SEXOS OPOSTOS UNIREM-SE EM UM MESMO LAR COMUM, CONSOANTE ENSINA JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA:

A palavra casamentum, formada por casa, ae (casa, casebre) mais o sufixo mentum (intenção, sentido) passa a significar a vontade concreta do homem e da mulher que se unem constituindo uma casa, um lar em comum[5].

NECESSÁRIO MENCIONAR, QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NÃO APRESENTOU QUALQUER DEFINIÇÃO SOBRE O CASAMENTO, EXISTINDO APENAS MENÇÃO NOS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ART. 226.[6]

Em verdade, o casamento encontra-se regulado de uma forma mais aprofundada em disposições do Código Civil.

O conceito de casamento não é pacífico em nossa doutrina sendo entendido como contrato por alguns, e como instituto para outros. Cabe mencionar, entretanto, que apesar da não clareza sobre a natureza jurídica de tal figura jurídica, fato é que o casamento é um ato jurídico, ou como informa Limongi França:

Como ato jurídico, é o acordo de vontades, de um homem e de uma mulher, no sentido de se unirem permanentemente, com o escopo de auxílio mútuo material, moral, espiritual e afetivo, bem assim, da perpetuação da espécie, através da procriação e educação da prole[7].

Em razão da Constituição Federal atual e Código Civil Brasileiro, não terem definido o conceito de casamento, várias definições têm sido, todavia, propostas pela doutrina, que retratam as concepções de seus autores.

Importante conceituação de casamento, é a da doutrinadora Maria Helena Diniz:

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família[8].

Diferencia-se sociedade conjugal de vínculo conjugal, o doutrinador Arnold Wald, esclarece-nos esta diferenciação:

A sociedade se distingue do vínculo conjugal, que existe entre os cônjuges em virtude do matrimônio. Enquanto o vínculo só desaparece nos casos de morte de um dos cônjuges, sentença anulatória ou declaratória de nulidade do casamento ou divórcio, a sociedade conjugal cessa de existir quando as partes promoverem a separação judicial, amigável ou litigiosa. [9]

Dizem alguns que a "Constituição expressamente estatuiu a união estável como instituição de direito de família, o que representa mais do que disciplinar o que já vinha sendo aceito pelos Tribunais". Mas, reconhecem:

Prevendo a conversão em casamento, demonstra que não quis igualar em seus efeitos o casamento e a união estável". Porém, concluem "entender de toda a conveniência que a lei defina o que venha a ser a união estável, mas, nem por isso, o dispositivo constitucional deixava de ser aplicável". Cabendo daí, "na ausência de definição legal, o poder e o dever de se estabelecê-la pela doutrina e jurisprudência" [10]

Logo, a própria constituição reconhece que pode existir família, entidade familiar, fora do casamento e fora da união estável, constituída por apenas um dos genitores e seus descendentes.

6 CONCUBINATO

Para a noção de concubinato deve-se ter em mente a existência de um homem e uma mulher que convivem de forma conjunta, buscando os mesmos objetivos, mantendo relações sexuais, sem, entretanto, estarem casados. Para isto, a existência do afeto, bem como, um projeto de vida em comum.

Sobre o assunto, ensina Maria Helena Diniz: "Consiste o concubinato numa união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil." [11]

Mesmo existindo diferenças entre os autores pátrios sobre o conceito de concubinato, todos acabam girando na diferença entre o matrimônio, posto que no concubinato, existe maior informalidade, e por conseqüência menor burocratização.

6.1 Espécies

Basicamente pode ser dividido em duas espécies de concubinato, qual sejam: puro e impuro. Necessário alertar que alguns autores preferem a denominação de próprio e impróprio.

Tem-se por puro aquela forma de união em que as partes não têm qualquer tipo de empecilho para permanecerem juntos, isto é, não existe qualquer limite matrimonial ou mesmo concubinários. Este deve ter amparo legal por parte do Estado.

De outra feita, o concubinato é reconhecido como impuro quando existir algum tipo de impedimento para os envolvidos, ou por algum dos concubinos estar casado ou ainda quando já existir união concubinária de alguma das partes.

Alguns autores sub-dividem o concubinato impuro em:

- a) adúlterina;
- b) incestuosa;
- c) com a separação de fato, apenas.

Na primeira hipótese, ocorre o concubinato, quando um, ou ambos os concubinos mantêm relação matrimonial, e concomitantemente firmam uma relação extraconjugal.

O concubinato é incestuoso, quando como o próprio nome informa, existe uma relação de parentesco vedado por nosso ordenamento jurídico, posto a proximidade entre eles.

Por fim, existe também o concubinato impuro, quando as partes já estão separadas de fato de seus antigos cônjuges, mas, não houve a devida comunicação legal, regularizando tal situação.

6.2 Origem

A origem do concubinato está ligado a prostituição, relação adúlterina, tanto é que até pouco tempo atrás, o nosso próprio ordenamento jurídico não admitia relações concubinárias, tratando-as como algo vil, podre.

Sobre o assunto, traz-se a lição da professora Arivaldy Rosária Stela Alves:

Na baixa Roma, o concubinato era freqüente, mas não produzia nenhum efeito jurídico e tem-se como certa a inexistência do concubinato enquanto instituto jurídico.

O concubinato romano já tinha como sina contrapor-se ao casamento institucional como reação à segmentação da sociedade, entre patricios e plebeus, que impedia a união entre uns e outros.

No Digesto, Justiniano reconheceu certos requisitos para que o concubinato pudesse gerar efeitos, regularizando a situação dos filhos oriundos das relações concubinárias.

Para informar a respeito da evolução do concubinato no direito brasileiro traz-se a lição da professora Arivaldy Rosária Stela Alves que em sua tese de mestrado, nos ensina a respeito do tema:

O Código Civil de 1916 estabeleceu uma verdadeira hierarquia entre as formas de filiação, a ponto de criar distinção entre a filiação legítima

(filhos havidos na constância do casamento) e a ilegítima que se subdivide em : filiação natural (filhos havidos por pessoas não casadas, sem impedimento para o casamento) e a filiação espúria (filhos adulterinos e incestuosos).

Na década de 60, a Súmula 35 do STF admitiu à companheira do companheiro morto, direitos indenizatórios. A partir daí outros diplomas legais autorizam o recebimento de pensão previdenciária, adoção do patronímio do companheiro, indicação da concubina como dependente no Imposto de Renda, e outras mais, até se chegar ao reconhecimento da sociedade de fato, autorizando a partilha de bens adquiridos pelo esforço comum (Súmula 380), que sinalizaram evolução no campo do conceito das relações concubinárias.

A aplicação da Súmula 380 do STF surgiu como uma verdadeira norma do direito material, apta ao amparo aos direitos da concubina, à falta de previsão legal no direito positivo brasileiro.

Acabou prevalecendo no Supremo Tribunal Federal a corrente que entendia devesse ser esforço da concubina uma contribuição material em dinheiro ou em trabalho.

Em 1970, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Thompson Flores, decide: *Sociedade de Fato entre os Concubinos – Dissolvida por morte do companheiro, justifica a partilha do patrimônio, quando alcançado por trabalho comum. Exegese da Súmula 380.**

A jurisprudência do Supremo mesmo não pretendendo legalizar o concubinato reconheceu, entretanto, suas conseqüências ao distinguir que a concubina poderia conceder vantagens ao patrimônio adquirido na constância do concubinato, não só quando havia prestado contribuições serviçal, mas principalmente quando havia contribuído com o aumento do patrimônio resultante do esforço de ambos os concubinos.

A Súmula passou a ser o parâmetro jurídico das decisões supervenientes dos Juízes e Tribunais de todo país, nas questões sobre o direito patrimonial da concubina que tenha contribuído ao patrimônio formado pelo esforço em comum com seu companheiro.

Aos poucos, mas sistematicamente, o concubinato foi sendo regulado em nosso país pela jurisprudência.

A situação dos filhos ilegítimos só se dissipou com o tempo. Tanto é que a lei regulava os alimentos dos filhos ilegítimos sob número 883 de 28 de outubro de 1949 foi posteriormente alterada pelo artigo 51 da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), nestes termos:

A Lei nº 883, de 28 de outubro de 1949, passou a vigorar com as seguintes alterações:

1. Art. 1º

Parágrafo único. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes e depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

2. **Art. 2º** - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança seja reconhecido em igualdade de condições.

3. Art. 4º

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ações de investigação para ser reconhecido, cabendo porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.

O fato social, entretanto, se impôs e o legislador constituinte de 1988 correspondeu às aspirações mais liberais e constitucionalizou as uniões livres estáveis, conforme texto do 3º. Do artigo 226 da Carta Magna : *Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão.*

Por óbvio, tais requisitos podem variar dependendo dos autores pesquisados. No caso em tela, entendeu-se por correta a classificação apresentada por Maria Helena Diniz:

1. Continuidade das relações sexuais;
2. Ausência de matrimônio civil válido;
3. notoriedade de afeições recíprocas;
4. Honorabilidade;
5. Coabitação.

Necessário mencionar que tais itens serão melhor explicados em item próprio.

7 NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Tema importante a ser debatido é o concernente à natureza jurídica da União Estável.

De ser destacado, entretanto, que a Constituição ao dizer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento não firmou um princípio de que ambos são iguais. Não são institutos da mesma natureza jurídica. Tanto é assim que a Carta Magna determina que a Lei facilitará a conversão da união estável em casamento e não se convertem duas

coisas iguais. Assim, casamento e união estável passaram a ser espécies de entidade familiar.

Para muitos, trata-se de uma relação contratual.

Para outros seria um ato jurídico, o que não é aceito também por respeitável corrente doutrinária.

7.1 Requisitos da União Estável

Por óbvio, quando se apresentam os requisitos ou elementos sobre algum item, sempre é possível ter divergência sobre eles, posto que cada autor apresenta sua própria classificação, incluindo um ou outro elemento.

Contudo, entendo que nesta classificação estão apresentados os principais elementos caracterizadores da União Estável.

As Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 apesar de teologicamente visarem o mesmo fim, o disciplinamento jurídico da união estável, uma vez conexos convergentes os seus objetivos, as disparidades entre ambas produziu um choque de incompatibilidade, resultando em derrogações e revogações tácitas, que resulta da incompatibilidade da nova lei com a antiga. Quando uma segunda lei é criada para regulamentar matéria já tratada na primeira, esta deve surgir com intuito de modificação e aprimoramento e não como forma de detrimento, já que o legislador preferiu não revogá-la.

O que ocorre é um antagonismo das leis internas, que está explicitado no caso do artigo 1º da Lei n. 8.971/1994 onde há o estabelecimento do lapso temporal mínimo de cinco anos para a configuração jurídica da União Estável, tal dispositivo foi derogado, ou melhor, revogado pelo artigo, 1º da Lei n. 9.278/1996 que não estabeleceu um prazo mínimo para a convivência.

A Lei n. 8.971/1994 recebeu severas críticas devido a sua insuficiência conceitual, na qual foram criados somente direitos, sem qualquer referência aos deveres entre os companheiros, e também nada dispunha sobre a conversão da união em casamento prevista na Magna Carta, conseqüentemente colocando em dúvida a sua própria constitucionalidade.

No artigo 1º, da referida lei, havia a exigência de tanto o homem como mulher serem solteiros, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, contemplando somente o concubinato puro. Já a nova lei refere-se apenas a convivência de um homem e uma mulher, sem fazer menção ao estado civil de cada consorte, o que subentende o amparo ao concubinato impuro.

Vale abriremos um parênteses para a classificação de concubinato puro e impuro, cuja denominação no consta mais no novo Código Civil Brasileiro.

Quanto a esta classificação, não há muita divergência, pois a distinção tem sido tratada com preponderância. É de grande valia, ressaltar que tal classificação refere-se aos elementos essenciais da relação concubinária, considerados subjetivamente, enquanto os

requisitos de eficácia deverão ser analisados objetivamente, em momento posterior, pela análise de vários fatores.

Na classificação tradicional a união é impura quando há algum impedimento ao casamento, e por isso pode-se subdividir nas seguintes situações: de convivência adulterina, incestuosa e até mesmo a existência da deslealdade de um ou dos dois companheiros, no sentido de manter mais de uma relação concubinária.

Já o concubinato denominado puro é oriundo da união entre homem e mulher não impedidos para o casamento, possuindo todos os requisitos para que a relação se faça tomar feição de casamento.

Alguns doutrinadores preferem classificar o concubinato em sentido amplo ou *lato sensu* e sentido estrito ou *stricto sensu*. Neste caso há mais distinção terminológica do que propriamente divergência conceitual, já que o sentido estrito corresponde ao concubinato puro e o sentido lato ao concubinato impuro.

Mas, retornando aos comentários das legislações regulamentadoras da união estável, a Lei n. 8.791/1994 para qualificar o homem e a mulher adotou o nome de companheiro (a), já a nova lei utiliza a expressão conviventes, advinda do Direito de países latino-americanos que igualmente regulamentam tal união.

Mesmo que a nova lei tenha dispensado a vigência mínima para a constituição da União Estável, ela exige uma convivência duradoura, pública e contínua impondo deveres recíprocos aos conviventes. Enquanto a Lei n. 8.971/1994 outorga ao companheiro sobrevivente o direito de participação patrimonial *causa mortis*, através do instituto do usufruto (artigo 2º, incisos I e II), e, ainda, com o direito à totalidade da herança do companheiro falecido, na falta de descendente, a Lei n 9.278/1996, nada criou no plano do direito sucessório, mas estabeleceu um regime patrimonial.

Foi assegurado, pela lei anterior, ao companheiro (a) sobrevivente o direito de meação de todos os bens, desde que decorra de atividades resultante da colaboração do (a) sobrevivente (artigo 3º). Derrogando este dispositivo a nova lei instituiu a comunhão dos aqüestos, ou seja, a comunicação dos bens adquiridos por um ou por ambos na constância da união a título oneroso (no que difere do regime de comunhão parcial, cujos bens adquiridos por outros títulos se comunicam) em face da presunção legal do esforço comum, passando patrimônio a pertencer a ambos os conviventes, em regime condominial, salvo estipulação contrária em contrato escrito (artigo 5º).

A nova lei, em seu artigo 7º parágrafo único, estendeu o direito real de habitação ao convivente sobrevivente no imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união ou casamento.

A Lei n. 9.278/1996 assegura a conversão da união estável em casamento a qualquer tempo, em comum acordo, “por requerimento ao oficial do Registro Civil da circunscrição do seu domicílio”, artigo 8º, na qual os efeitos retroagirão à data do início da constituição da união.

8 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL

A Lei n. 9.278/1996 lei tem por escopo básico o ordenamento da sociedade conjugal de fato, ao prescrever em seu artigo 1º que se reconhece como entidade familiar a contínua convivência de um homem e uma mulher, cujo intuito é a constituição de uma família. A adequada compreensão do instituto como entidade familiar exige além do estudo de suas características a compreensão do conceito constitucional em relação aos pressupostos contidos nas leis regulamentadoras.

Analisando os dispositivos legais, a partir de 1988, extraem-se os elementos essenciais que tipificam a união estável, que são:

- a) dualidade de sexo;
- b) inexistência de impedimento legal;
- c) convivência duradoura;
- d) convivência contínua;
- e) publicidade

Conforme o art. 1.723, a entidade familiar reconhecida como tal, é denominada união estável. É uma definição muito semelhante àquela fornecida pelo art. 1º da Lei 9.278/96. Trata-se de um conceito aberto de união estável.

8.1 Dualidade de Sexo

A dualidade de sexo é imposta pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 226, § 3º, pois refere-se a união estável entre homem e mulher, pela Lei n. 8.971/1994 que faz referência a companheiro e companheira assim como a Lei n. 9.278/1996 reporta-se a convivência de um homem e uma mulher. E, no código vigente, encontra-se nos arts. 1.723 a 1.727. Tal imposição constitucional e legal realça que a união estável necessita de diversidade de sexo e mantém as relações homossexuais à margem do direito.

8.2 Inexistência de Impedimento Legal

A doutrina e a jurisprudência têm negado proteção e efeitos às relações adulterinas e incestuosas enquanto entidade familiar, mantendo assim os princípios morais da sociedade. Da norma constitucional deduz que a proteção é direcionada apenas à união estável, se dirigida às uniões adulterinas ou incestuosas não haveria a possibilidade da conversão em casamento.

Neste sentido, argumenta Oliveira Leite que:

[...]a noção de conversão em casamento nos conduz à outra conclusão: a união estável a que se refere o texto constitucional visualizou apenas as uniões livres (sem

impedimento matrimonial) e não os concubinos (onde ocorre impedimento. v.g., adultério), senão não de falaria em conversão[12].

A controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência se funda na hipótese de um, ou ambos, conviventes ser separado de fato ou judicialmente. Conseqüentemente as decisões dos tribunais são diversas e discrepantes. Os julgados mais flexíveis não consideram adultério a relação sexual dos cônjuges após a separação de fato, porque o dever de fidelidade é decorrente da vida em comum.

Para alguns autores a vigência do casamento é elemento incompatível com a união estável, devido o seu artigo 1º, da Lei n. 8.971/1994 que estipulou elementos caracterizadores para a constituição desta como: pessoas de ambos os sexos, solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas.

O Superior Tribunal de Justiça teve uma diferente visão da questão exposta na seguinte ementa:

[...] O concubinato se caracteriza pela união livre e estável entre pessoas de sexo diferente, não ligadas pelo casamento, ou desde que qualquer delas sendo casada, não mais mantenha vida em comum com conjugue legítimo. A convivência simultânea com a esposa e outra mulher caracteriza mera situação de amantes, que, além de não constituir a união estável de que trata a Constituição tipifica conduta ilícita, reprovada pela moral e pela lei. (apud. Rel. dês. Sergio Cavalieri Filho, 26-09-1995, Ap. 4.548/95 – 2ª C) Mas analisando o artigo 1º, da Lei 9.278/1996 o que caracteriza a união estável, é a convivência duradoura, contínua, entre homem e mulher desde que a relação não seja adúlterina nem incestuosa. Verifica-se que em momento algum foi mencionado que os conviventes ,ou um deles, não poderiam ser separados de fato ou judicialmente. Conclui-se então, que a separação judicial ou de fato não caracteriza impedimento para o reconhecimento de união estável.

8.3 Convivência Duradoura

A Lei n. 8.791/1994 fixou o período de cinco anos de duração da união (salvo o advento da prole) para se aferir a sua estabilidade e como condição geradora de direitos alimentares e sucessórios entre os companheiros.

Com a nova legislação não houve o estabelecimento do prazo mínimo de convivência para a conceituação de entidade familiar, mas em tais condições não é lícito considerar uma união efêmera e transitória como união estável, visto que a estabilidade caracteriza especialmente a sua durabilidade e permanência. Diante do impasse dos dispositivos legais, ocorrem muitas divergências para a aplicação ou não do prazo mínimo, cinco anos, para a instituição da união estável, a maioria dos doutrinadores baseiam-se que:

Este, aliás, é o prazo recomendado pela doutrina para o reconhecimento da união estável, por analogia à orientação da jurisprudência no reconhecimento também da sociedade da existência da sociedade de fato e fato e sua dissolução para fins de partilha dos bens adquiridos do esforço comum e de indenização por serviços prestados, a exemplo da legislação previdenciária, que exige o lapso temporal mínimo para a concessão da pensão e de outros benefícios à (ao) companheira (o) do segurado. A duração pode não ser um fato estabilizador de uma união de fato, mas é, sem dúvida, um índice que demonstra a sua estabilidade[13].

De acordo com a nova sistemática constitucional, as uniões livres formadoras do organismo familiar são derivadas das relações maritais permanentes, diuturnas e ininterruptas, que, embora eventualmente sem prole se constitui com características extrínsecas de um matrimônio com um sólido vínculo conjugal, diante do exposto decorre a necessidade de se estabelecer um tempo mínimo de vigência.

O conteúdo mínimo faz referência a união capaz de constituir uma entidade familiar, o que vale é a convivência que é mantida pelo interesse de constituir uma família com a aparência de casamento.

Alguns juristas criticam a fixação do tempo mínimo da união, diante a possibilidade de fraude dos direitos da mulher concubina, na qual residiria uma das vulnerabilidades da lei em exame, vislumbrando-se a possibilidade do homem separar-se da companheira, ou provocar motivos para que esta abandone o lar nas vésperas de provocar o quinquênio legal, com o intuito de livrar-se das obrigações geradas pela convivência. Para que se resolva tal impasse é necessário que a jurisprudência ao examinar cada caso in concreto, conceda a solução necessária identificando o artifício para a preservação do direito alimentar e sucessório da companheira.

Diante o exposto acima, a convivência conjugal poderá ser, no entanto, eventualmente, inferior a cinco anos uma vez que da união resulte prole. É de grande valia ressaltar, que a prole desacompanhada dos demais pressupostos 24 caracterizadores da união estável, não é sinônimo de estabilidade. Logo, a prole constitui um fator importante, mas não decisivo.

O desembargador Carlos Alberto Menezes define a união estável sendo *”manifestada pela vida em comum more uxório, por período que revele estabilidade e vocação de permanência familiar, como o uso comum do patrimônio”*[14].

8.4 Convivência Contínua

A continuidade do relacionamento conjugal constitui outro requisito exigido pela Lei n. 9.278/1996 para a aceitação da união estável como entidade familiar.

É necessário que o relacionamento seja corrido, ininterrupto sem sofrer solução de continuidade, pois a estabilidade da união (requisito central) é auferida pela sua seqüência consecutiva, porque as rupturas e interrupções retiram o caráter de permanência do relacionamento e, subjetivamente, a vocação da constituição de família. Porém o eventual rompimento temporário, ou mesmo justificadamente prolongado, da

união que já demonstrara a sua estabilidade, nem sempre subtrai da convivência a sua posição já conquistada de entidade familiar, ainda mais quando presentes todos os demais requisitos do convívio comunitário.

Como não foi fixado o prazo de mínimo, pela nova lei, para a definição de entidade familiar, por exemplo, se a união marital durou três anos e a mulher se retirou da morada comum, por motivos justos, e a ele retornado reconciliada com o seu companheiro para prosseguir na convivência, não há como não aceitar como estável a convivência que se revelou pública, duradoura, apta para a constituição de família como advento da prole. E tal ocorre freqüentemente com os cônjuges no casamento que não raro se separam ante as crise passageiras, para depois se reconciliarem, reintegrando-se na sociedade conjugal, para reservar o casamento e salvar a família.

É evidente, que o casal tendo ou não filhos, não é o suficiente para pressupor a estabilidade, porque os filhos resultantes de uma relação avulsa, ou um relacionamento fugaz não geram por si união estável. Mas é preciso que os casos sejam examinados isoladamente, pois outros requisitos deverão integrar a questão da estabilidade, e somente o produto dessa análise deverá fornecer dados de convicção para considerar se a união é estável ou não, se faz jus ou não da proteção estatal.

Rodrigo da Cunha Pereira ensina que: *”Na verdade o que interessa sobre o tempo in casu é que ele caracterize a estabilidade da relação. Isto pode se definir com dois anos, por exemplo, ou mesmo não acontecer nem com dez anos de relacionamento”*[15].

8.5 Publicidade

Quando a Lei n. 9.278/1996 menciona convivência pública, refere-se à publicidade. Entende-se por convivência pública a união em que os conviventes se apresentam e se relacionam em sociedade como se casados fossem. A publicidade é a *conditio sine qua non* para a configuração da entidade familiar. É necessário que para a evidencia da união estável os companheiros sejam vistos e reconhecidos como um casal, não só em seus próprios pareceres, mas também por terceiros e por parentes. A manifestação pública é um dos elementos de grande valor para a orientação jurisprudencial, porque possui uma qualidade de comunhão de vida que não se dissimula, e havendo o desconhecimento do fato trará dificuldade para a prova em juízo.

Do caráter público de convivência decorre a sua notoriedade. A exteriorização das relações maritais entre terceira pessoa, o convívio social aliada à publicidade desse relacionamento, torna pública e notória a união. A publicidade e a notoriedade são palavras que possuem significados diversos, mas a lei, doutrina e os tribunais utilizam-nas como sinônimos.

A doutrina e a jurisprudência não exigem que os companheiros da união se comportem publicamente como casados, mas importa, que todos os que 27 rodeiam saibam que entre eles há uma comunhão de vida estável. Segundo alguns autores, a publicidade não contém qualidade intrínseca de elemento caracterizador, mas possui relevante papel quanto ao elemento probatório, que demonstra por si só a efetiva existência da relação

estável apta a produzir efeitos no mundo jurídico. A notoriedade e a publicidade são os principais elementos que concede ao casal a posse de casado.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. **União estável: qual a estabilidade desta união?**. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 26, set. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=547>>. Acesso em: 10 julho. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **União entre pessoas do mesmo sexo : discussão dispensável ou prematura?**, in Revista Jurídica Consulex, Ano III - Nº 28 - 30 de abril de 1999.

BITTAR, Carlos Alberto, **O DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**, 2 ed., São Paulo: RT.1991.

BRITO, Nágila Maria Sales, **CONCUBINATO E SEUS EFEITOS ECONÔMICOS.**, Belo Horizonte: Ciência Jurídica.1998.

CAHALI, Francisco José, **UNIÃO ESTÁVEL E ALIMENTOS ENTRE COMPANHEIROS.** São Paulo: Saraiva 1996.

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O concubinato e as inovações introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotada**, 3 ed. São Paulo: Saraiva p. 1999.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Concubinato e união estável**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=545>>. Acesso em: 23 maio. 2006.

FELIPE, J. Franklin Alves, **ADOÇÃO, GUARDA, INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E CONCUBINATO**, 4ª ed, Rio de Janeiro: Forense 1993.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, **Casamento por Comportamento**. Rio de Janeiro: Forense.1990.

NEUMANN, Juarez Rosales. **Do casamento ao concubinato**. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1995.

NÓBREGA, Airton Rocha. **Concubinato e convivência more uxorio**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=544>>. Acesso em: 28 julho. 2006

OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato novos rumos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 1997.

_____ **Direito alimentar e sucessório entre companheiros**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4 ed. Curitiba: Juruá 2001.

PARIZATRO, João Roberto. **Os direitos e os deveres dos concubinos**. Leme:
Editora de Direito, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. v. IV. Rio de
Janeiro: Forense. 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL**, 4 ed. Belo
Horizonte Del Rey. 1997.

_____, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável: de acordo como
novo código civil**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Áurea Pimentel, **A NOVA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE
FAMÍLIA**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

REALE, Miguel. **Novo código civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais,
2002.

RIZZARDO, Arnaldo, **Casamento e concubinato — efeitos patrimoniais**. 2 ed. Rio
de Janeiro: Aide, 1987.

RODRIGUES Silvio, **Direito Civil, Direito de Família**, VOL. 6, Saraiva, São Paulo, 1989.

SILVA, José A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores – 16. ed. revista e atualizada – São Paulo-SP – 1999.

TEPEDINO, Gustavo, **TEMAS DE DIREITO CIVIL**, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

VIANA, Marco Aurélio. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Arnaldo, **Curso de Direito Civil Brasileiro. O novo Direito de Família** – Vol. IV 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1999.

LEGISLAÇÃO

[1] OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato novos rumos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. p. 9

[2] E deve ser entendido como grupo primário, posto ser a base, a essência da sociedade, posto que são as pessoas reunidas pelos laços do parentesco ou ainda por afinidade acabam formando a sociedade como nós conhecemos, desta forma, para que o núcleo da sociedade não se dissolva, necessário a tutela da família. “Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio das leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.”,RODRIGUES Silvio, **DIREITO CIVIL, DIREITO DE FAMÍLIA, VOL. 6**, Saraiva, São Paulo, 1989., p. 5.

[3] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Ed. Del Rey 4. ed. 2ª tiragem – Belo Horizonte – 1997. p. 457.

[4] SILVA, José A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores – 16. ed. revista e atualizada – São Paulo-SP – 1999, p. 818.

[5] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, **Casamento por Comportamento**, Rio de Janeiro: , Forense. 1990, p. 3.

[6] “Art. 226...

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

[7] (apud LIMONGI FRANÇA – Ferreira, op.cit., p. 4.)

[8] DINIZ, Helena Diniz, **Código Civil Anotada**. 3ª Ed aumentada e atualizada, São Paulo: Saraiva,, 1997, p. 196

[9] Wald. Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. O novo Direito de Família – Vol. IV - 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, p. 91.

[10] FELIPE, Franklin Alves, **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato**, Forense, 4. ed. p. 87/88.

[11] DINIZ, Maria Helena , **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º volume, Direito de Família, 11. ed. , São Paulo: Saraiva., 1996 p. 271.

[12] LEITE, Oliveira *apud* CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996. p 61.

[13] OLIVEIRA Basílio de. **Direito alimentar e sucessório entre companheiros**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora 1997. p. 58.

[14] Ap. Cível nº 5.016/88, 1º CC

[15] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey.1996 p. 48

OS DIREITOS HUMANOS DE 5ª GERAÇÃO ENQUANTO DIREITO À PAZ E SEUS REFLEXOS NO MUNDO DO TRABALHO - INÉRCIAS, AVANÇOS E RETROCESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO*

THE HUMAN RIGHT OF 5TH GENERATION AS THE RIGHT TO PEACE AND ITS REFLECTS IN WORLD OF LABOUR - LETHARGY, ADVANCEMENTS AND RETREATS IN CONSTITUTION AND LEGISLATION

**Emmanuel Teófilo Furtado
Ana Stela Vieira Mendes**

RESUMO

Cuida-se de estudo sobre os direitos humanos, evidenciando-se a evolução das conquistas constitucionais, através da descrição e do detalhamento de seis distintas gerações, as quais congregam, respectivamente, os valores de: liberdade, igualdade, fraternidade ou solidariedade, biodireito e bioética, paz e democracia, informação correta e pluralismo. A matéria de maior destaque vem a ser a análise da 5ª geração enquanto direito à paz, proposta esta lançada recentemente pelo jurista brasileiro Paulo Bonavides. Na seqüência, procede-se a uma série de reflexões sobre os efeitos do reconhecimento do direito à paz no âmbito do Direito do Trabalho, especialmente no que diz respeito ao contexto de globalização do neoliberalismo e da flexibilização dos direitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITO À PAZ; DIREITO DO TRABALHO;

ABSTRACT

The article is about the study of generations of human rights, evidencing the evolution of the constitutional conquests, through the description and detailing of six distinct generations, witch congregates, respectively, values of: liberty, equality, fraternity or solidarity, bioright and bioethic, peace and democracy, correct informations and pluralism. The big point is the analysis of the 5th generation as a right to peace, purpose brought by the brazilian jurist Paulo Bonavides. At sequence, the authors make a severall reflections about its reconaissance effects on the Labour Law, specially when it comes to the neoliberalism globalization context and the flexibilization of labour rights.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; RIGHT TO PEACE; LABOUR LAW;

INTRODUÇÃO

Um primeiro problema que se coloca para que bem se possa introduzir o assunto é o da pacificação da semântica dos direitos humanos, vale dizer, o da definição de qual nomenclatura seria não só mais correta como mais oportuna para se abordar os diferenciados tipos de direitos humanos recepcionados no estudo do Direito Constitucional Moderno.

É que parte da doutrina, a exemplo de *Romita [1]*, acha mais pertinente o emprego da expressão “família”, para indicar os vários escalonamentos que os direitos humanos foram recebendo, à medida que novos horizontes e novas conquistas foram surgindo.

Doutrinadores outros, do porte de *Paulo Bonavides [2]*, inicialmente denominaram tais direitos advindos de lutas e conquistas como sendo direitos humanos de gerações, para, em seguida, conceituarem de direitos humanos de dimensões.

Para a corrente à qual se filia *Arion Sayão Romita*, a expressão “geração” não seria correta porque daria uma idéia de que o advento de um novo tipo de direito humano extirparia do cenário jurídico um anteriormente conquistado, por exemplo, o da 2ª “geração” viria para ficar no lugar do direito humano de 1ª geração e assim sucessivamente, o que, no sentir do mencionado jurista não teria propósito, pois o direito humano da igualdade, que vem depois do direito humano à liberdade, não eliminou este, mas sim veio como consequência do primeiro para assim coexistirem liberdade e igualdade num mesmo e só estado democrático.

Já na ótica de *Bonavides* um só direito poderia possuir várias dimensões, à medida que fosse encarado sob determinado diapasão, como o direito de propriedade, a princípio absolutamente privatista, que o diga o Código Civil anterior ao vigente, direito de propriedade esse que depois, com o atual Álbum Material Civil, passou a dever cumprir uma função social para, por derradeiro, ter que cumprir uma função ambiental.

Dessa forma, teria havido uma evolução doutrinária da expressão “geração” para a expressão “dimensão”, pelo fato de esta última retratar melhor o caleidoscópio em que consistem os direitos humanos.

Da nossa maneira de ver não concordamos que a expressão “família de direitos humanos” seja a mais precisa. É que, nada obstante seja a família por demais valorizada na ordem constitucional, não há uma implicação necessária e suficiente para que uma família se comunique com a outra, ou seja, as famílias existem de forma autônoma e independente, ainda que inseridas numa mesma sociedade. Não há uma conexão, a menos que exista um parentesco entre os grupos familiares, daí que uma família – e o sobrenome que o diga – pode não ter qualquer interdependência, seja genética, seja de origem geográfica com outra família, ainda que residente na mesma rua, bairro ou cidade.

O mesmo não se pode dizer em relação aos direitos humanos, pois um está conectado no outro, é consequência da existência do outro, coexiste com o outro, impescinde do outro para existir.

A palavra dimensão dá uma idéia de nível, vale dizer, de superioridade de uma dimensão em relação à outra, o que por si só arreda sua aplicação no estudo que ora se inicia, uma vez que não há que se falar em igualdade em qualquer regime onde não exista a liberdade, nem muito menos se falar em fraternidade onde não exista igualdade, não se podendo estabelecer uma hierarquia entre tais direitos humanos, o que por si só afasta a idéia de dimensão, que em sua essência é uma palavra que, enfatize-se, dá idéia de hierarquia, de posto, de posicionamento escalonado, onde algo ou alguém está em posição superior ou vantajosa em relação a outrem.

Já a compreensão da palavra geração leva à conclusão de ser a mais oportuna para a empresa que ora empreendemos, senão vejamos.

Na expressão “geração” tanto estão presentes a idéia de conexão entre uma geração e outra como a de que a geração mais nova ou recente não elimina a geração anterior.

Com efeito, hoje com o incremento da longevidade, é possível a coexistência de gerações familiares em até cinco graus, estando todos ligados por conta da 1^a. geração e assim sucessivamente, sem que por isso, necessariamente, para que a derradeira geração exista, a 1^a, 2^a ou 3^a hajam sucumbido.

Dessa forma, nem se tem a idéia de existência autônoma de uma geração em relação a outra, desconexão esta presente quando se emprega o termo “família”, nem se tem a idéia de hierarquia entre uma e outra geração, como se tem quando se usa a expressão “dimensão”, sendo por tais razões que ficamos com a expressão “gerações de direitos humanos”, daí empregá-la no título e demais tópicos deste trabalho, por entender, ainda que não seja a mais moderna, ser a que mais atende ao âmago do estudo que ora se inicia, qual seja, o da seqüência de direitos humanos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Ainda a título de introdução deste trabalho, de se dizer que, mesmo que possa a princípio parecer óbvio, todos os direitos aqui tratados, independente da geração sob a qual se configurem, ou que somente de forma oblíqua se enxergue a figura do indivíduo, da pessoa humana, são direitos que têm por destinatário o homem, quer isoladamente considerado, quer socialmente inserido em um meio, quer analisado sob a ótica do meio ambiente que o cerca, quer envolvido na tecnologia que alcançou, quer no avanço genético do qual se apossou, quer, principalmente, pela paz social a que aspira.

1 AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

1.1 A 1^a geração de direitos humanos

A 1ª geração de direitos humanos congrega os direitos de liberdade, estando em primeiro destaque na trilogia da Revolução Francesa que grifou os direitos de *liberté, égalité, fraternité*.

É que no art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, resta dito que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, daí se concluir que o primeiro dos direitos é o de nascer e permanecer livre.

O titular de tais direitos de nascer e permanecer livre é o indivíduo e tal liberdade se opõe à força do estado, mormente o estado monárquico absolutista, o que encontra respaldo na ideologia do liberalismo político e no individualismo jurídico, congregando direitos fundamentais e garantias individuais – entenda-se direitos civis – e direitos políticos.

O que se quer, pois, em tal momento de advento de tal direito é o absentéismo estatal, daí serem chamados de direitos individuais ou direitos do homem e do cidadão, externando-se através do direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política.

São também chamados de direitos de defesa (*Abwehrrechte*), os quais obrigam uma abstenção por parte do Estado de intervir coletivamente na esfera jurídica do indivíduo.

Assim conclui *Romita*:

Por outra óptica, os direitos fundamentais do primeiro naípe podem ser classificados em : direitos pessoais (vinculados à autonomia, à liberdade e à segurança da pessoa) e direitos políticos (ajustados à idéia de participação) Os primeiros são os voltados à proteção da expansão da personalidade sem interferência do Estado. Os outros são os direitos da pessoa em face do Estado ou no Estado, vale dizer, direitos de tomar parte na vida pública e na vida política, correspondentes ao *status activae civitatis* de *Jellinek*[3].

1.2 A 2ª geração de direitos humanos

A segunda geração de direitos humanos está relacionada à idéia de igualdade. Pode-se dizer que, se por um lado os direitos fundamentais de primeira geração estão jungidos ao Estado liberal, os de segunda geração estão atrelados ao Estado do bem-estar social (*welfare state*).

O objetivo de tais direitos de segunda geração é o de superar a idéia de igualdade meramente formal para atingir a igualdade material ou real, a partir da consideração da pessoa humana enquanto ser social que exatamente por viver em coletividade tem direito à promoção, à comunicação e à cultura.

Seu nascimento se deu como consequência da chamada questão social, inerente aos países da Europa do final do século XIX, tendo a denominação de direitos sociais porque não se voltam para a pessoa enquanto indivíduo e considerado de forma abstrata,

mas sim concretamente situado no grupo em que interage, estando previstos no art. 6º da Carta da República, quais sejam, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados, a habitação.

Diferentemente dos direitos humanos de primeira geração, que pregam o absentismo estatal, os de segunda geração exigem uma prestação não de espectador ou passiva por parte do Estado, mas sim uma postura positiva, uma vez que se calcam em princípios de justiça social.

Entretanto, e aí reside o maior problema para a concreção de tais direitos – conforme seja mais pobre o Estado ou má distribuída sua riqueza –, os direitos humanos de segunda geração não podem ser ilimitados, já que, por dependerem de prestações positivas, acabam por se restringirem à chamada reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*). Uma vez oponíveis ao Estado, só podem ser exigidos se existir verba pública para tanto. Daí se concluir que o estado há de garantir o chamado “mínimo social” que permita, ao menos, o respeito à dignidade da pessoa humana.

De se anotar que em relação aos direitos sociais os titulares são também devedores, uma vez que são contribuintes, ou seja, interligados ao todo estatal. Assim, enquanto os direitos humanos de primeira geração nada ou quase nada custam aos cofres públicos e via de consequência aos contribuintes, os direitos humanos de segunda geração vão pesar, inexoravelmente, ainda que de forma indireta, sobre cada indivíduo, enquanto contribuinte considerado, por menor que seja a sua capacidade contributiva.

Já sob outra ótica, desta feita em idêntica situação que os direitos humanos de primeira geração, os de segunda geração não surgiram através de “geração espontânea”, mas sim foram fruto de longas lutas e paulatinas conquistas, dentre as quais vale anotar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1793), bem assim a Constituição Francesa de 1848, a *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891), o pensamento marxista e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) da então República Socialista Soviética da Rússia.

Daí surgiu o chamado constitucionalismo social, por conta de constituições como a do México (1917) e da Alemanha (de *Weimar*, de 1919) inserirem em seus textos o trato dos direitos sociais. Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cuidou dos direitos sociais. O Brasil ratificou através do Decreto 591, de 6 de julho de 1992, a Resolução 2.2000-A(XXI), de 16 de dezembro de 1966, que aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual entrou em vigor em 30 de janeiro de 1976.

Com efeito, enquanto inseridos em Estado de bem-estar social, os direitos humanos de segunda geração são direitos de crédito do indivíduo, exercidos frente à coletividade, sendo o titular do direito o indivíduo, e o sujeito passivo o Estado, o qual assume a responsabilidade de satisfazer tais direitos em nome da coletividade.

Vêm à baila, pois, as chamadas liberdades coletivas, a saber, liberdade de associação, reunião, liberdade sindical, de greve, não se devendo olvidar que embora tais direitos sejam dos grupos, são, em última análise, os direitos das pessoas que se afirmam, uma

vez que os corpos sociais intermediários congregam meios cujo destinatário é o homem, individualmente considerado.

Destarte, evidenciado fica que tais direitos sociais implicam em obrigações do tipo *facere* para os poderes públicos, os quais ficam obrigados a criar e organizar sistemas de prestações sociais, bem como planejar políticas de bem-estar social que atendam a todos os cidadãos.

No que se refere à exigibilidade dos direitos sociais *Romita* faz sua defesa, primeiro em raciocínio próprio e depois citando o professor alemão, radicado no Brasil, *Andréas Krell*:

Não colhe, porém, a objeção, porque os direitos sociais são dotados de garantias aptas a fazê-los valer em juízo, bastando lembrar a ação civil pública, os vários instrumentos processuais previstos no Código de Defesa do Consumidor, o mandado de injunção, a ação direta de constitucionalidade. Como judiciosamente observa Andréas J. Krell, o fato que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exequíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos[4].

1.3 A 3ª geração de direitos humanos

É da terceira expressão da trilogia da Revolução Francesa, *fraternité*, que vem a compreensão dos direitos humanos de terceira geração, enquanto direitos da fraternidade ou de solidariedade, vocacionados a arredar os entraves que dividem as diferentes categorias de cidadãos, quer relacionados a classes sociais, quer tangentes a religião, quer ligados a profissão.

A solidariedade protuberara, pois, como fruto da fraternidade, que se consolidara por conta das lutas e rebeliões sociais que marcaram as centúrias XIX e XX, acabando por unir a classe trabalhadora e fazer surgir o movimento sindical, pois homens e mulheres postos em idêntica situação de miséria e exploração acabam por desenvolver um mesmo sentimento de solidariedade, gerando um apoio recíproco, o que desemboca, como dito, no aparecimento do sindicalismo.

Também conhecida como coesão social, a solidariedade traduz um *esprit de corps*, manifesto através da consciência das obrigações recíprocas dos membros do mesmo grupo, espírito de corpo este que tem o condão de gerar uma capacidade de organização eficiente na defesa contra agressões exógenas, tendo, atualmente, uma postura imanente e transcendente, a primeira para a resolução de conflitos internos e a segunda envolvendo povos e nações, num âmbito internacional.

Constatada a existência de países desenvolvidos e países subdesenvolvidos (hodiernamente considerados os emergentes como um *tertium genus*) veio à baila a expressão “direito ao desenvolvimento como um direito humano”, cuja referência

explícita aconteceu através da Resolução 4 (XXXIII), de 27 de fevereiro de 1977, por força da qual a ONU provocou a UNESCO a desenvolver estudos a respeito do tema.

Essa idéia de direito ao desenvolvimento enquanto direito humano toca tanto a seara coletiva, vale dizer, que envolve os povos e as nações, quanto a seara individual, como claramente pode se constatar através do parágrafo 1º, do art. 1º, da Resolução 41-128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados

Cabe aqui uma breve diferenciação entre desenvolvimento econômico e crescimento econômico, o primeiro envolvendo a ascensão, quer do indivíduo, quer da coletividade, ao conhecimento, ao progresso, ao acesso aos bens de consumo e à plena observância de seus direitos individuais e sociais; o segundo abarcando o desenvolvimento da economia de um país, o que nem sempre implica na melhoria integral do padrão de vida e acesso a bens e direitos de seus cidadãos.

O exemplo mais contundente do que se diz a respeito de crescimento econômico está na China, onde as taxas anuais giram em torno de 10% ao ano, o que é fenomenal, mas nem por isso a grande maioria da população tem direitos humanos preservados e acesso aos bens e serviços, tendo em vista o estado forte que ali impera, bem assim a má distribuição de rendas, como também a pouca valorização do trabalho humano. Em tal país o crescimento econômico caminha totalmente estancado do desenvolvimento humano, este último enquanto direito humano.

Paulo Bonavides arremata a construção dos direitos da solidariedade, também conhecidos por direitos coletivos e difusos, como sendo os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade e à comunicação, valendo lembrar que, por derradeiro, como se verificará em item apartado deste trabalho, *Bonavides* elegeu a paz como direito humano de quinta geração.[5]

O professor *Romita*, dando um fechamento na compreensão das gerações primeiras de direitos humanos, já fazendo uma ligação com as subseqüentes, obtempera

Os direitos humanos de primeira família, declarados em benefício do homem e do cidadão, referiam-se estritamente ao indivíduo, eram um reflexo pessoal da liberdade pessoal de cada indivíduo. Os direitos da era tecnológica, porém, são reconhecidos em favor dos grupos sociais e da própria humanidade. O trânsito dos antigos direitos naturais para os novos direitos humanos evidencia uma mudança de perspectiva: os direitos individuais ligados ao *status* de cidadão ampliaram seu âmbito de referência para abranger as formações sociais e até mesmo a humanidade como um todo[6].

1.4 A 4ª geração de direitos humanos

A quarta geração de direitos humanos está ligada à questão do biodireito. Foi, sem dúvida, por conta das atrocidades ocorridas durante a 2ª. Grande Guerra Mundial, mormente no que se refere a experimentos genéticos manietados pelos campos de concentração do nazismo que o direito moderno passou a se preocupar com a ética voltada para o trato das experiências com a genética e demais experiências e procedimentos médicos e biológicos, preocupação que deveria redundar na proteção da pessoa humana, quer de forma física, quer em sua dignidade, ocasionando, por sua vez, uma humanização do progresso científico.

Assim é que surge a bioética com o desiderato de cuidar das várias facetas, conseqüências e projeções das descobertas da ciência nessa área, vale dizer, pesquisas e procedimentos relacionados a transplantes de órgãos, fecundação *in vitro*, aborto, descriminalização do suicídio, homossexualismo, utilização de células genéticas, inseminação artificial, útero de aluguel, transformação de sexo, direito à morte, dentre outros.

Destarte, uma definição de biodireito seria a de que é um conjunto principiológico e normativo objetivando a regulação das relações entre os cientistas e o cidadão mediano oriundos do trabalho de pesquisa e investigação científica em dita área de pesquisa, bem assim a aplicação de suas conclusões, tudo convergindo para a formulação de políticas públicas e regulamentação dos interesses econômicos que pairam sobre a questão.

Dessa forma, a bioética trata a pessoa humana como sujeito de direitos fundamentais, entendendo que o tema tem estreita correlação com o futuro da espécie humana, posto que envolve liberdades, direitos e deveres da sociedade e do Estado, mas também a própria preservação da humanidade e de sua essência.

Dos estudos científicos em transcurso na área, dois têm maior relevo, a saber, a terapia gênica e a clonagem humana, sendo a primeira a busca da correção de genes defeituosos pela técnica do DNA recombinante e a segunda a repetição integral do código genético, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente, através da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, a chamada Lei de Biossegurança, posto que referida clonagem fere o caráter individual do ser humano, o que vai de encontro a sua dignidade de pessoa.

Positivados estão referidos direitos humanos de quarta geração no art.196 da Carta da República, quando conceitua a saúde como direito de todos e dever do Estado, através aplicação de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a redução do risco de doença e outros complicadores e o acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

1.5 A 5ª geração de direitos humanos

Em que pese doutrinadores de escólio enquadrarem os direitos humanos de quinta geração como sendo os que envolvem a cibernética e a informática, considerando que o presente trabalho como que incorpora e segue a corrente de *Paulo Bonavides*, que vê na

quinta geração o espaço para o direito à paz, deixamos de discorrer sobre tal geração com referido viés da informática para fazer maior debruço em item apartado que insere tal geração de direitos humanos como contempladora do dito direito à paz.

1.6 A 6ª geração de direitos humanos

Os direitos fundamentais decorrentes da globalização, a saber, o direito à democracia, à informação correta e ao pluralismo estão localizados como direitos humanos de 6ª geração.

É do art. XXI, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se vê o comando de que toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, quer de forma direta, quer através de seus representantes livremente escolhidos.

Democracia e direitos fundamentais estão estreitamente ligados, pois o objetivo central do estado democrático de direito reside na busca da preservação dos direitos fundamentais, que passa necessariamente pela observância e preservação da dignidade da pessoa humana.

Enquanto princípio estruturante da República Federativa do Brasil, o estado democrático de direito quebra a dicotomia “sociedade X Estado”[7] para proclamar que a vida social só é exequível através de organização responsável e planejada, onde o referido estado democrático se efetiva através da cooperação social.

A própria forma de encarar a lei não é mais pela feição de arbítrio e força, mas sim com instrumento garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos. Somente inserido em Estado livre pode o homem ser livre e livre só é o Estado quando abriga em seu seio um corpo de homens e mulheres livres.

Dessa forma é hoje a democracia um direito fundamental, a qual deve ser apoiada pela comunidade internacional, quer no que se refere ao seu fortalecimento, quer no que tange ao seu desenvolvimento nas nações ainda não democráticas de uma maneira geral.

A liberdade de informação consiste na liberdade de informar e de ser informado, sendo a primeira a liberdade de informação do pensamento, enquanto a liberdade de ser informado refere-se ao direito individual e coletivo de se ter acesso ao conhecimento dos fatos e dos acontecimentos.

O direito à informação, por sua vez, é direito coletivo, de todos e da coletividade, não sendo pessoal nem profissional. É direito da coletividade à informação, o qual só encontra cenário propício em regime democrático, pois em estados fortes a verdade é ocultada, desde que não interesse ao forte poder posto fazê-la conhecida.

O pluralismo é a composição da sociedade através de vários segmentos, grupos ou centros de poder. Somente em estados ditatoriais não há espaço para tal divisão social,

pois tudo gravita em torno do poder posto, que não admite censura, muito menos oposição ou a existência de partidos antagônicos.

No pluralismo não há espaço, ao contrário, para concepções individualistas da sociedade e do estado, mas sim para a articulação de grupos de poder situados abaixo do Estado e acima dos indivíduos, com plena valorização dos corpos sociais intermediários enquanto garantidores do indivíduo contra o abuso de poder do Estado, bem como contra possíveis fragmentações individualistas.

No inciso V, do art. 1º, da Carta da República vê-se a inclusão do pluralismo enquanto fundamento do estado democrático de direito, com clara vedação à existência do partido único ou estabelecimento de doutrina oficial.

2. A PAZ ENQUANTO 5ª. GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTRUÇÃO DE PAULO BONAVIDES

O jurista *Paulo Bonavides* vem construindo de último doutrina das mais abalizadas que coloca o direito à paz como quinta geração de direitos fundamentais.

O que se desenvolverá no presente tópico se assenta nas reflexões desenvolvidas pelo autor por ocasião de palestra proferida no II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza-Ce, de 03 a 05 de abril de 2008.

Para ele, ao colocar a paz no rol de direitos da fraternidade, *Karel Vasak* o teria feito de forma incompleta e lacunosa por não haver desvendado nem muito menos desenvolvido as razões que elevam o direito à paz à categoria de norma, o que acabou por fazer dito direito a acabar por cair no esquecimento.

Apesar de *Vasak* haver dito que havia uma emergência de a paz ter o *status* de norma, por conta do que restara estampado na Declaração das Nações Unidas e no OPANAL (Organização para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina), ele mesmo não percebeu em profundidade a ponto de erigir o direito à paz de forma isolada, e não como braço do direito à fraternidade.

Assim, o direito à paz é olhado de forma tímida pela doutrina, existindo, contudo, em nível jurisprudencial, celebrada decisão da Corte de Costa Rica, em 8 de setembro de 2004, reconhecendo o direito à paz como direito positivado.

Vasak baliza o direito à paz entre as paredes do direito à fraternidade, dando ênfase ao direito ao desenvolvimento, que no seu entender é o mais característico para representar os direitos da terceira geração.

Já *Bonavides*, com o qual estamos, reverbera que a dignidade jurídica da paz advém do reconhecimento universal que lhe é devido enquanto requisito da convivência humana, o que, por sua vez, conserva a espécie e dá segurança aos direitos, justificando que somente se efetivará tal dignidade se a paz vier a ser elevada a direito de quinta geração.

E chega então a indagar como se daria a entronização da paz em tal patamar, respondendo ele mesmo que seria através da colocação da mesma nas declarações de direitos, nas cláusulas das constituições (aqui lembra que nossa Carta da República a inseriu no inciso IV, do art. 4º), no ensino do Direito Constitucional, até que vingue a aceitação de seu *status* de direito fundamental de quinta geração.

Assim, hodiernamente, a paz teria a mesma importância que tivera anteriormente o desenvolvimento, enquanto direito de terceira geração; o desenvolvimento, para o povo, a paz para a humanidade.

Para *Bonavides*, pois, a paz ainda pode e deve ser erguida como direito fundamental de quinta geração.

É que hoje o Direito repousa nas constituições, quando ontem estava apenas nos códigos. Ontem havia a supremacia da lei, hoje a onipotência dos princípios. Antes havia a lógica da razão, tendo como regra a lei. Hoje o humanismo das idéias, com o valor, o princípio e a constituição e a justiça escrevendo a evolução do Direito.

A idéia de concórdia seria a bola da vez, trazendo do ponto de vista juspolítico uma ética capaz de governar e conduzir o comportamento da classe dirigente, legitimando seus atos de autoridade e presidindo suas relações de poder.

E diz literalmente *Bonavides*:

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política[8].

Assim, o direito à paz seria o direito natural dos povos, o qual estivera em estado de natureza no contratualismo de Rousseau, ou que ficara implícito como dogma na paz perpétua de Kant.

Sua vocação é a de ser erigido no âmbito do direito constitucional do gênero humano, enquanto paz na dimensão perpétua, seguindo o modelo de Kant. Paz enquanto caráter universal e agregador da sociedade, harmonizando etnias de todas as culturas e sistemas, crenças e fé cujo respeito e preservação se impõem por conta do primado maior da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, aquele que perturbar referida paz, violentando-a ou a negando estará cometendo crime contra a própria sociedade humana.

O Estado que delinquir ou escoriar a paz deverá responder perante o tribunal das nações e no futuro perante o tribunal da História.

O direito a paz já está positivado em nosso ordenamento jurídico, no inciso IV, do art. 4º, da Carta da República, sendo um princípio tem a mesma força normativa dos direitos fundamentais. O que falta agora é somente universalizá-lo, inseri-lo em todas as constituições.

Dessa forma, assim como outrora fora requerido o direito à igualdade, à moralidade administrativa, à ética na relação política, à democracia no exercício do poder, agora é tempo de requerer o direito à paz, quer a nível internacional e coletivo, quer a nível individual.

E arremata *Bonavides*:

No mundo globalizado da unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a segunda nos escraviza. Uma é a liberdade, a outra, o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haia, esta é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advogam a Constituição e a soberania, aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação[9].

Resta elevada, de tal forma, a paz ao grau de direito fundamental de quinta geração ou dimensão. Assim, o que antes fora um conceito filosófico é hoje um conceito jurídico, tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas constituições.

É a paz que aparelha a democracia, enquanto a guerra é administrada pela ditadura. Se de um lado a paz constrói valores, de outro a guerra os destrói. A paz é sempre jurídica, enquanto a guerra é sempre criminosa. É o poder constituinte moral hodierno que, reconhecendo a paz, cria um novo direito que corrobora para a sobrevivência do homem no planeta de artefatos nucleares e explosão tecnológica.

Assim, é a paz o grande axioma da democracia participativa e o supremo direito da humanidade.

3. OS REFLEXOS DOS DIREITOS HUMANOS DA 5ª.GERAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO – INÉRCIAS, AVANÇOS E RETROCESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO

Estabelecido, como visto, que o direito à paz é constitucionalmente garantido em nossa ordem jurídica, paz que há de se entender não só em nível internacional, mas também na seara coletiva e mesmo individual, de se concluir que a observância de comandos constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao trabalho são geradores da paz social e, via contrária, a não implementação e mesmo a lacuna por omissão do legislador infraconstitucional de regramento de situações de proteção ao trabalhador são geradoras do conflito social, vereda antagônica ao pleno estabelecimento da paz social.

Contudo, o que se tem observado nas últimas quadras é a cada vez mais acre busca pela flexibilização das leis trabalhistas, sentença do neoliberalismo, que prega o “enxugamento” de gorduras, como forma de tornar o estado competitivo, quando, no fundo, pouco se preocupa com a soberania das nações, posto que o que impera é o

soberano mercado, que dita as regras e com a força da grana “ergue e destrói coisas belas”.

Com bastante propriedade a Ministra do TST, Kátia Magalhães Arruda sintetiza o problema, que pela precisão da análise merece transcrição literal:

Desregulamentar é retirar do âmbito da legislação parte dos direitos trabalhistas, que não mais seriam garantidos por leis, mas sim através da negociação entre as categorias envolvidas. A proposta neoliberal é diluir as normas jurídicas que protegem os trabalhadores com poder de sanção e caráter de eficácia para que cada direito seja negociado entre patrões e empregados. Espelha-se na situação de alguns países que não possuem uma legislação trabalhista específica ou, pelo menos, não é garantido o mesmo número de direitos constantes nos textos normativos brasileiros.

As propostas de desregulamentação têm sido identificadas e defendidas em três níveis básicos: no âmbito específico do trabalho, tanto na possibilidade de intensificar a jornada de trabalho diária quanto na mobilidade interna dos empregados; no âmbito da formalização do emprego, viabilizando a despedida de empregados sem custos e a contratação precária de trabalhadores por prazo fixo ou subcontratados; no âmbito salarial, permitindo que os salários sejam “reduzidos aos seus níveis naturais, isto é, livremente determinados pelo mercado”.

Afirma-se que países como o Japão possuem melhores condições de superar a crise por não possuírem legislação protecionista na questão do trabalho, o crescimento do Japão, colocado aqui apenas em caráter exemplificativo, deve-se muito mais ao seu processo de industrialização ativa do que a uma política flexível de direitos trabalhistas, vale ressaltar que as longas jornadas de trabalho estão produzindo degradações físicas e morais nos japoneses, chegando-se mesmo ao diagnóstico de uma doença denominada *karoshi*, decorrente de condições de trabalho tão extenuantes, que podem levar a um esgotamento fatal.

Ao contrário do que se apregoa, em países com baixo índice de desemprego, como a Suécia e a Noruega, o Estado não optou por nenhuma postura omissiva na questão da proteção ao trabalho, persistindo as características gerais do Welfare State e a intervenção estatal através de políticas econômicas regulatórias, Jorge Matoso esclarece que em outro país em que o desemprego não tem crescido – os Estados Unidos da América – , deve-se avaliar que houve uma redução nas taxas da população economicamente ativa e da participação de mulheres e, mesmo assim, a geração de novos empregos está localizada “majoritariamente, em setores demandantes de empregos com pouca qualificação, baixos salários e produtividade”.

Um outro aspecto é que a desregulamentação e o incentivo de soluções negociadas exigem dois requisitos inexistentes no Brasil: um alto nível de educação e cidadania e o fortalecimento dos sindicatos, que passariam a ser os maiores responsáveis pela negociação e defesa dos interesses de suas categorias representadas. Ocorre que o poder de barganha dos sindicatos é inversamente proporcional à expansão do desemprego, o que tem contribuído para o declínio e enfraquecimento dos sindicatos e de seus associados, gerando uma situação abismal: estimula-se a criação e manutenção de

direitos pela via negocial, mas desarticula-se a entidade que poderia proteger os trabalhadores [10].

Diante de tal cenário, que é fruto direto da globalização do neoliberalismo, lamentavelmente, até o presente natalício vintenário da Carta da República de 1988, de se apontar número bem mais elevado de retrocessos e inércias que de avanços, embora fosse o desejado que o oposto se desse.

Neste breve panorama, que é o que permite este sucinto trabalho, não há como não fazer menção inicial ao inciso primeiro, do artigo 7º, da Carta Política, que foi o que ceifou de vez a estabilidade no emprego.

Para os defensores do neoliberalismo, falar em estabilidade é o mesmo que falar em cruz diante de Satanás. A realidade não mais comportaria tamanho engessamento, tamanho retrocesso, a competitividade feneceria e a empresa estancaria.

Contudo, a maior ânsia do ser humano, em qualquer de suas frentes, é a da segurança, da estabilidade, inclusive no âmbito das relações de trabalho, posto que é do pleno emprego donde tira o seu sustento e o de sua família. E é dessa sensação de estabilidade que vem a paz, enquanto direito fundamental de 5ª Geração, como visto.

Em que pese haja o constituinte asseverado que haveria a proteção contra a despedida arbitrária, deixou ao legislador infraconstitucional a missão de regulamentar a matéria, o que correu *in albis* durante os vinte anos que ora se celebram, propiciando, na minha forma de enxergar, o maior retrocesso trabalhista da não obstante avançada Constituição Cidadã de 1988.

Como forma de minimizar tal lacuna o Poder Executivo vem de propor Projeto de Lei que tem por escopo reavivar a Convenção 158 da OIT, que embora não garanta efetivamente uma estabilidade no emprego, cria mecanismos de maior rigidez para o rompimento da relação de emprego por parte do empregador, o qual, doravante, há que ficar atento a critérios mais objetivos relacionados a má conduta do empregado ou claro comprometimento financeiro da empresa, para só então denunciar o contrato de trabalho.

Sabe-se que tal Convenção já fez parte do cenário jurídico brasileiro à época do governo Fernando Henrique, o qual depois retirou a adesão brasileira a tal norma internacional.

Na nossa maneira de ver, por mais que tenha se instalado um clamor da classe empresarial pelo recrudescimento da Convenção 158, entendemos que adotando o poder patronal critérios precisos, porém justos de contratação, bem como atenta e correta aplicação do poder disciplinar, não há motivos para tão grande torpor, pois praticando o empregado mal comportamento (os critérios objetivos, a meu ver, são os do art. 482 da CLT) ou estando o empregador atingido por crise financeira, aberto estará o caminho para o correto desate contratual.

Embora ainda fique manca a questão da indenização compensatória pela despedida imotivada, cuja deliberação o constituinte deixou para o legislador infraconstitucional,

alguns, diferente de nós, entendendo ser a própria multa do FGTS tal indenização, de uma forma ou de outra, ainda que pela via transversa, que não a dita lei de complemento à constituição, traz a Convenção 158 da OIT um refrigério à hoje tênue relação de trabalho, bálsamo este o mais ansiado pelo trabalhador, a saber, uma permanência mais duradoura no emprego, cujos índices no Brasil não chegam a 03 anos, enquanto em países outros, que nem por isso deixam de ser a 3ª potência mundial, como é o caso da Alemanha, propiciam a seus trabalhadores uma permanência média de 10 anos na mesma empresa.

Outra nótula que pensamos merecer relevo neste cenário não enumerativo, mas modestamente exemplificativo dos avanços e retrocessos trabalhistas na Carta de 1988 refere-se ao aviso prévio.

Do estudo da hermenêutica jurídica, tem-se como maneira mais singela de interpretação, a que se dá de forma gramatical ou literal. Apesar de singela, em determinadas situações não há como bem se interpretar a não ser pela forma gramatical. É o caso, pensamos, do trato constitucional do aviso prévio. É que ali o constituinte asseverou que o aviso prévio seria proporcional ao tempo de serviço, conforme regulamentação infraconstitucional. Ora, as grandezas matemáticas podem ser direta ou indiretamente proporcionais. Se não houve expressa menção de que a correlação matemática seria indiretamente proporcional é porque trata-se de uma correlação diretamente proporcional. Assim, de se entender, sem carecer de grandes elucubrações, mas somente de uma interpretação literal ou gramatical, que quanto maior for o tempo de serviço do empregado na empresa, maior há de ser o valor que receberá a título de aviso prévio.

Com isso se estaria prestigiando o trabalhador com mais tempo de casa, o qual sendo desligado involuntariamente e sem justa causa da empresa deveria receber paga maior que trabalhador outro de pouco tempo de contrato, o que estaria em plena consonância, dentre outros, com o princípio da isonomia, que determina que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Assim, ficaria a questão do aviso prévio na seara do avanço, no sentido de que foi uma conquista trabalhista, já que antes da Carta de 1988 inexistia tal previsão de proporcionalidade entre o tempo de serviço e o valor da paga, mas também se encaixaria na inércia, já que mesmo após 20 anos da Constituição Federal nada se efetivou em tal sentido.

Oxalá possam as próximas quadras trazer a regulamentação de tal ponto e assim se dar a plena aplicabilidade e eficiência da norma constitucional, cujo objetivo central é o de propiciar uma previdência ao trabalhador que se vê diante do fantasma do desemprego, previdência esta tanto maior quanto maior for seu tempo de trabalho naquela empresa que ora o coloca para fora.

Outro ponto que em nossa visão iniciou-se com um avanço, mas acabou num retrocesso foi o da prescrição em relação ao trabalhador rural.

Inicialmente, a Carta Política, numa espécie de resgate da dívida do Direito e da Justiça do Trabalho com o rurícola, estabeleceu que não haveria limite para a recuperação de direitos trabalhistas do trabalhador rural, diferentemente dos 5 anos que o urbano

poderia recuperar. Tal medida atendia em cheio à previsão isonômica de tratar diferentemente os diferentes, a saber, urbanos e rurais. Sim, porque é de sabença que o acesso do rural não só ao conhecimento do Direito que o ampara, como também à máquina judiciária - em que pesem as chamadas varas itinerantes - é bem aquém do urbano, isto sem se falar na diminuta organização sindical campesina, salvo honrosas exceções.

Emenda Constitucional igualou a prescrição do rural à do urbano, o que, no nosso sentir, evidenciou tremendo retrocesso, pois, como dito, ainda é grande a fronteira entre o trabalho urbano e o trabalho rural e via de consequência dificultado é o resgate dos direitos do trabalhador campesino, que por tal razão deveria ser remido do fator tempo para o pleno acesso a suas verbas trabalhistas de todo o contato de trabalho, sem que viesse a ser tragado pela vitriolagem prescricional.

Também no nosso pensar constituiu retrocesso a limitação de acesso ao salário-família ao trabalhador de baixa renda, entendido aquele que ganha até dois salários mínimos. Ora, apesar de toda a política de recuperação do poder de compra do dito mínimo salário, ainda é pífia a sua compleição, não sendo razoável que trabalhador que ganha pouco mais que dita remuneração não tenha acesso a esse *plus* que não deixa de ser um proteção à maternidade e à infância, direito social estampado no artigo 6º da Carta Política.

Da mesma forma injustificável que até o presente momento não haja sido regulamentada a noção do que venha a ser o trabalho penoso, ou pelo menos a indicação de quais atividades se enquadrariam em referida condição de trabalho paulificante. Noção do que seja trabalho penoso todos temos, como por exemplo, o daquele que labuta limpando fossas, ou manejando britadeira de perfuração de asfalto, mas sem a regulamentação não há como ser deferido, em juízo, referido acréscimo salarial, cujo *quantum* igualmente é desconhecido, gerando uma venda mais barata da força de trabalho daquele que pena mais que outro de diferente categoria para garantir seu sustento e o de sua família.

Também consideramos retrocesso a compensação de horas extrapoladas em prazo que vai até um ano. É que a Constituição previa e a lei infraconstitucional estabelecia que extrapolada a jornada, na mesma semana deveria ocorrer a compensação. Hoje, pela legislação vigente, até um ano após a dação da extrapolação pelo empregado poderá o empregador fazer a compensação, o que gera um efetivo prejuízo para aquele que deu horas a mais e somente quase um ano depois veio a receber a respectiva paga, não em forma de pecúnia, mas em horas a menos de trabalho, em período que pode não interessar ao empregado, quando não vier a lhe trazer efetivo prejuízo por variáveis de sua vida pessoal ou familiar.

Avanço evidente foi o estabelecido pela CLT como gerador da paga de hora extra quando do desrespeito patronal ao intervalo intrajornada.

Não se pode aqui deixar de registrar como avanço, outrossim, o fato de a exigência de experiência prévia no ato da seleção para o emprego não mais poder extrapolar o período de 6 meses. Sem dúvida que, principalmente para o jovem trabalhador que se lança no mercado de trabalho, exigir experiência superior é o mesmo que fadá-lo ao

desemprego, pois todos um dia tiveram um primeiro emprego, para o qual inexistia experiência prévia.

Outro avanço que merece nótula se refere ao labor da pessoa de mais idade. É que é inegável que em nossa realidade de trabalho, de cedo o laborista começa a ser discriminado por conta de contar com mais anos de vida, muita vez iniciando-se a discriminação na faixa dos quarenta anos de idade, o que configura verdadeira impropriedade, pois inexistente nexos, para a grande maioria das atividades laborativas, entre o contar com mais anos de idade e ser incapaz para o trabalho. Assim, em boa hora veio a norma infraconstitucional fazer coro com o princípio constitucional geral da isonomia, inclusive com a isonomia no mundo do trabalho, especificamente através do Estatuto do Idoso (Lei nº:10.741/03), que cuida de forma específica do trabalho de tal longevo em seus artigos 26 a 28, cuja transcrição merece ocorrer pela mira certa que faz no problema.

[...]

Da Profissionalização e do Trabalho

Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.

Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de:

I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;

II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estimulado a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania.

III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Assim, como não existiram somente retrocessos e inércias, seria omissão e mesmo inverdade não registrar tal avanço de ordem infraconstitucional que foi o Estatuto do Idoso, que com sensibilidade viu a problemática do trabalhador de mais idade e trouxe o remédio correto para que se espanque de vez do cenário jurídico a discriminação pelo só fato de a pessoa contar com mais anos de vida.

De se considerar não necessariamente um avanço ou retrocesso, mas sim uma inércia, tudo em atendimento ao título do presente tópico, o fato de o lazer haver sido incluído na Carta de 1988 como um dos bens e serviços que o trabalhador poderia garantir com o ganho do salário mínimo e tal aquisição ser absolutamente surreal, pois se sequer o essencial é propiciado ao trabalhador que auferir o mínimo salário, que dizer sobrar dinheiro para seu entretenimento!

O lazer foi incluído como direito social no dito artigo 6º da Carta Política, daí haver sido transportado para o inciso do artigo 7º que trata dos direitos sociais. Contudo, a inércia a que se faz menção reside no fato de, ao longo desses vinte anos, o salário mínimo não haver garantido ao trabalhador o acesso ao lazer, pois sequer garantiu em sua plenitude o acesso às demais necessidades básicas.

Outro ponto que merece nota é o da previsão constitucional de incentivo ao mercado de trabalho da mulher. Ora, sabe-se que homem e mulher são detentores de dignidade, daí merecerem tratamento igual. Contudo, conhecedor o constituinte da discriminação que lamentavelmente ainda graça entre os sexos, obviamente que em desfavor da mulher, houve por bem determinar a adoção de práticas que minimizem tal fosso entre o labor masculino e o feminino. Com efeito, é de plena sabença que sói acontecer de a mulher realizar a mesma atividade que o homem e mesmo assim receber salário a menor. De ter maior dificuldade de ascensão empresarial se comparada ao homem. De ser com mais frequência assediada sexualmente. Entretanto, se fizermos um debruço sobre o que se produziu em termos legislativos para catalisar tal igualdade entre os sexos constataremos que, afora legislação que protege a maternidade e a fertilidade feminina, pouca coisa foi produzida, daí se concluir que em tal seara, se não houve retrocesso, avanço é que mesmo não aconteceu, o que não pode deixar de aqui ser registrado.

Destarte, de se dizer, como muito lamento, que muito não há a ser comemorado nesses 20 anos de existência da Carta da República, pois se de um lado a própria Constituição em si trouxe muitas conquistas para a classe trabalhadora, dentre outras, aqui o ainda não citado seguro-desemprego, por outra vereda a maior de todas as conquistas que poderia ter o laborista, a saber, a garantia do pleno emprego, foi arreada pelo inciso I, do artigo 7º, da Carta Política, que se não bastasse haver extirpado o direito à estabilidade no emprego, ainda não veio a ser implementado no que se refere à

indenização compensatória, nem muito menos à proteção em si da despedida arbitrária, nada obstante o que se disse acima a respeito da Convenção 158 da OIT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que o direito à paz é direito fundamental, direito humano de 5ª. geração, devidamente positivado na Constituição Federal Brasileira. Paz, como se viu, em nível internacional, mas também em nível coletivo e de igual sorte em nível individual. Não se pode querer, pois, a plena efetivação da paz se expressiva parte do texto constitucional que protege a classe trabalhadora, por razões quer de omissão do legislador infraconstitucional, quer pela ausência de eficácia, não vieram a ser cumpridos, em grande e expressivo prejuízo para o pólo mais fraco do contrato de trabalho.

Não é chavão, nem muito menos frase de efeito a que assevera que a paz é fruto da Justiça. Assim, onde há Justiça, preparado está o cenário para a paz, que de fato se efetiva.

Ora, se a construção constitucional é a manifestação da *volksgeist*, vale dizer, da vontade popular, que se calca na Justiça, construção que culminou na edificação dos institutos jurídicos que acima mencionamos, e tais institutos não vêm a ser efetivados por quaisquer das razões igualmente declinadas, de se dizer que ferida de morte está a paz, o direito humano à paz, postulado de nossa Carta Política e do estado democrático de direito.

Daí que para a plena efetivação da paz, imperativa a observância dos institutos jurídicos insculpidos no artigo 7º da Carta da República, sendo que a ausência de efetividade de qualquer deles é por si só suficiente para abalar e açodar a paz, quer individual, quer coletiva, evidenciando-se uma dupla ferida, a saber, a do não respeito ao direito em si que é descumprido por sua não implementação, e a da. não propiciação da paz social, direito de todo indivíduo, de toda a coletividade e de toda a nação.

Espera-se que com esses 20 anos que ora são “comemorados” haja um despertar de quem deva para que venha, a curto prazo, a ser efetivada cada uma das previsões constitucionais do trato trabalhista, de tal sorte que haja uma efetividade geral do texto constitucional, com o que se estará dando lugar à Justiça, da qual redundará, inexoravelmente, a paz, em seus vários níveis, que por sua vez corrobora para a subsistência do próprio gênero humano, bem assim para o progresso dos indivíduos, dos povos e das nações.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *In* **II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais**. Período: 03 a 05 de abril de 2008, Fortaleza/CE.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**, São Paulo: LTr, 2007.

[1] ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, São Paulo: LTr, 2007, p. 99.

[2] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 474 e ss.

[3] ROMITA. Op. cit., 2007. p. 104.

[4] ROMITA. Op. cit., 2007. p. 111.

[5] BONAVIDES. Op. cit., 1993. p. 481.

[6] ROMITA. Op. cit., 2007. p. 114.

[7] Sobre o assunto, conferir BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

[8] Palestra proferida no II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, no período de 03 a 05 de abril de 2008, Fortaleza/CE.

[9] *ibidem*.

[10] ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, pp. 89-90.

NOVOS RUMOS DO PROCESSO COLETIVO E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS*

NUEVAS ORIENTACIONES DE CASO COLECCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS RELACIONES SOCIALES

Elias Evangelista de Souza

RESUMO

RESUMO: O trabalho em tela tem por objetivo traçar um paralelo sobre as possíveis mudanças nas relações sociais diante das alterações legais no sistema coletivo. Embora não exista ainda uma definição do caminho que será adotado para as modificações legislativas do processo coletivo, há a certeza que tais mudanças virão. Com efeito, essas alterações refletem os conflitos sociais que se instauraram no último século, exigindo-se, como consequência, novos fundamentos para efetivação da tutela de direitos do consumidor, da saúde, educação, cultura, segurança e meio-ambiente. Nesse contexto, o Ministério da Justiça vem realizando uma série de debates com promotores, procuradores, magistrados e advogados da área para articular a elaboração de uma proposta que aprimore a legislação sobre ações coletivas. Deste modo, faz-se necessário realizar um breve estudo sobre os efeitos que as alterações legais no microsistema de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos trarão nas relações sociais. Do mesmo modo, torna-se importante compreender e pesquisar qual o caminho mais adequado, ou seja, decidir pela codificação ou confecção de uma lei geral que possa melhor abranger o sistema coletivo. Para tanto, as decisões que deverão ser tomadas em prol do sistema coletivo devem ter como lastro os possíveis reflexos de tais mudanças nas relações sociais e no aprimoramento no sistema judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA ÚNICO COLETIVO – REFORMAS -
RELAÇÕES SOCIAIS

RESUMEN

RESUMEN: El trabajo sobre lienzo tiene como objetivo trazar un paralelo sobre los posibles cambios en las relaciones sociales en la cara de los cambios en el sistema jurídico colectiva. Aunque no hay todavía una definición de la ruta de acceso que se aprobó para los cambios legislativos del proceso colectivo, estamos seguros de que estos cambios vendrán. De hecho, estos cambios reflejan los conflictos sociales que se introducen en el siglo pasado, lo que requiere, en consecuencia, nuevas fundaciones

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

para la protección efectiva de los derechos de los consumidores, la salud, la educación, la cultura, la seguridad y el medio ambiente. En este contexto, el Ministerio de Justicia está llevando a cabo una serie de conversaciones con los promotores, fiscales, jueces y abogados en la zona para articular el desarrollo de una propuesta para endurecer la ley sobre acciones colectivas. Por lo tanto, es necesario llevar a cabo un breve estudio sobre los efectos que los cambios en el microambiente jurídico intereses más amplios, colectivos o individuales homogéneos de las relaciones sociales. Del mismo modo, es importante entender y encontrar cuál es el camino correcto, que se decide por la codificación o la construcción de una ley general que podrían cubrir mejor el sistema colectivo. Con ese fin, las decisiones que se adopten en favor del sistema colectivo debe tener como lastre de las posibles consecuencias de tales cambios en las relaciones sociales y la mejora en el poder judicial.

PALAVRAS-CLAVE: SISTEMA ÚNICO COLECTIVO - REFORMAS - COMPROMISO SOCIAL

Introdução

Até meados de 1985 não havia no Brasil a possibilidade de tutela jurisdicional ampla e efetiva aos direitos e interesses coletivos. O Código de Processo Civil e o próprio Direito Processual Civil eram, como ainda são, pautados por uma visão liberal individualista que se volta para a resolução tão-só de conflitos interindividuais. Algumas leis esparsas até então existentes, tais como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), não eram suficientes para garantir a efetiva tutela jurisdicional aos direitos e interesses massificados. Foi somente a partir de 1985, com o advento da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), que ingressou no Brasil a segunda onda renovatória do acesso à justiça, denominada por Mauro Cappelletti e por Bryant Garth de representação em juízo dos interesses difusos, onda essa que já tinha se iniciado a partir de 1965 e 1970 nos Estados Unidos da América e em alguns países da Europa Ocidental.

Atualmente, inúmeras leis esparsas versam sobre matérias do direito processual coletivo e integram um microssistema próprio ou o denominado sistema único coletivo que traz como sustentação a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, em função de várias questões polêmicas que permeiam o sistema único coletivo, a elaboração de alterações legislativas ou a própria codificação, entraram em pauta na discussão entre os doutrinadores de processo coletivo, integrantes do Ministério Público e da Magistratura. E nesse ponto, torna-se importante a compreensão dos eventuais reflexos sociais que a criação de uma lei geral ou a própria codificação da matéria poderia acarretar nas relações sociais.

1. Fundamentos do Sistema Único Coletivo

As diversas normas que disciplinam a aplicação dos direitos coletivos formam um microsistema ou um sistema único coletivo estruturado em duas normas principais: a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código do Consumidor (Lei 8.078/90). Contudo, outras normas também o integram como a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65, Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto do Idoso (Lei 11.737/08), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884/94).

Apesar do “microsistema coletivo” ou “sistema único coletivo” não ser expressamente reconhecido na legislação, a doutrina e a jurisprudência as reconhecem. Cite-se, por exemplo, o precedente do Superior Tribunal de Justiça que se utiliza da expressão “microsistema de tutela de direitos difusos”:

“(…)”. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. (STJ – REsp. nº 727.131-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.03.2008 – DJU 23.04.2008).

No mesmo sentido, a expressão Sistema Único Coletivo foi adotada por Luiz Manoel Gomes Junior[1] e acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça de São Paulo em recente julgamento publicado em 05 de maio de 2008, no RE n. 764.278, cujo relator foi o Ministro Teori Albino Zavascki.

Importante ressaltar ainda, a aplicabilidade do princípio do “microsistema”, inserido na obra do autor Fredie Didier Júnior, nos seguintes termos:

“Como já foi descrito, a aplicação do processo coletivo deverá ser consentânea ao determinado no Tít. III do CDC e na Lei da Ação Civil Pública, isto porque o CDC institui uma mudança legislativa no art. 21 da LACP, criando um microsistema autoreferencial para a tutela coletiva no direito brasileiro. Quando não houver diploma específico que contradiga essa solução, ou mesmo havendo, esta norma for mais estreita na aplicação, deverá prevalecer a interpretação sistemática, decorrente das regras do CDC e da LACP.”

Logo, devemos reconhecer a existência do “microsistema coletivo” ou “sistema único coletivo” cujas normas são aplicadas em caso de lacuna normativa de determinada ação coletiva, de modo que o Código de Processo Civil seria invocado apenas subsidiariamente.

2. Lei Geral ou Código de Processos Coletivos?

Reconhecida a existência de um Sistema Único Coletivo e após anos de experiência na aplicação da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a criação de diversos cursos de pós-graduação, o avanço de estudos doutrinários e a edição de vários eventos sobre processos coletivos, autorizam o Brasil a dar um novo passo rumo ao desenvolvimento de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, seja pautada em uma lei geral, seja por meio da codificação do instituto.

Ademais, há uma necessidade de modificar o Sistema Único Coletivo visando uma maior integração entre os diversos textos legais, inclusive afastando as regras que estão em conflito dentro do próprio sistema. Neste momento é que nasce a dúvida sobre o caminho a ser trilhado, deve-se elaborar uma lei geral que regule as normas do sistema coletivo, ou a codificação é o caminho mais adequado para o desenvolvimento do Processo Coletivo.

A codificação do Direito encontra fundamento no Direito Romano, sobretudo no “*Corpus Iuris Civile*”, ponto inicial para todas as ordenações ibéricas. Ocorreu um ressurgimento dessa tendência de codificação, a partir do período napoleônico, o que foi seguido por vários países da Europa, adeptos do sistema da “*Civil Law*”. Todavia, a codificação do direito entrou, nos últimos tempos, em declive. A preferência da sociedade moderna inclina-se para edição de leis especiais, porquanto, o espírito sistemático, cultivado pelo movimento da codificação perdeu nos últimos tempos parte do seu prestígio na área de criação do Direito. Logo, a descodificação do direito traduz, como a própria designação sugere, uma fuga dos códigos.

Entretanto, no que tange ao Direito Processual Coletivo, o mesmo não se aplica. Inúmeros são os debates jurídicos, produções científicas e discussões sobre a elaboração de um Código de Processos Coletivos.

Para tanto, os modelos de códigos dos autores Antonio Gidi, Ada Pelegrini Grinover e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (versão UERJ/UNESA) tentam fundamentar a teoria geral do processo coletivo em um corpo único, o Código de Processos Coletivos.

A tentativa de codificação recebeu adeptos e críticas. Dentre os autores que criticam os vários dispositivos estampados em referidos anteprojetos, vale destacar Gregório Assagra[2], que entre outros apontamentos retratou:

“ou elabore-se um código somente com diretrizes principais principiológicas e regras de interpretação e aplicação; ou, ao contrário, elabore-se um código que seja amplo e discipline todas as ações coletivas e todos os institutos estruturais do direito processual coletivo”.

Do mesmo modo, o autor Nelson Nery[3] crítica as versões dos anteprojetos USP e UERJ/UNESA alegando que eles “querem transformar a legislação brasileira numa cópia fiel do Processo Coletivo norte-americano, que serve para aquele país, não serve para o Brasil”.

Ainda, vale ressaltar a preocupação de alguns autores como Elton Venturi[4] relativamente ao envio de um anteprojeto ao Parlamento, pois a possibilidade de se alterar o espírito do código em função de alterações das casas legislativas existe. E com isso, nascem também os riscos de retrocesso.

Frise-se, contudo, não nos ocuparemos neste trabalho das críticas aos anteprojetos, tampouco dos conflitos doutrinários existentes entre os renomados autores Antônio Gidi e Ada Pellegrini Grinover pela propriedade material do anteprojeto de Código de Processos Coletivos – porquanto, como relatado, o caminho que se apresenta neste momento é o da aprovação de uma lei geral pautada na lei da Ação Civil Pública que possa regular o sistema coletivo.

Começamos com os debates que estão ocorrendo entre os membros do Ministério Público, da Magistratura, da Procuradoria Geral da República, do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e doutrinadores da matéria que discutem rumos para o processo coletivo. Dessas reuniões, três alternativas foram levantadas: a criação do Código de Processo Coletivo (menos aceita neste momento); a inclusão de novas alterações em uma única lei; e a inclusão de novas alterações no Código de Processo Civil.

Essa primeira fase das mudanças aparentemente aponta para o desenvolvimento apenas de uma lei geral, fundada na lei de Ação Civil Pública. Esse Novo Pacto da Reforma do Judiciário deverá resultar de um acordo entre os Três Poderes, com expectativas de aprovação. Os principais temas serão o acesso à justiça, a efetividade e o combate à corrupção. O pacto poderá ter inúmeros projetos não apenas normativos, mas contendo também diretrizes[5].

Nesse contexto, a Lei da Ação Civil Pública tem sido cotada para figurar, com as devidas alterações, como norma geral do Sistema Coletivo, e as vantagens desta opção também foram analisadas nestes debates, senão vejamos: a) afasta os conflitos de interpretação, havendo apenas uma disciplina para o processamento das ações coletivas; b) padroniza a aplicação das normas e o próprio processamento das ações coletivas; c) torna o Sistema Único Coletivo coerente.

Por fim, a codificação do Processo Coletivo não restou descartada, sendo apenas postergada para momento mais propício. De forma que, a adequação do Sistema Único Coletivo com a modificação da Lei de Ação Civil Pública funcionará como um primeiro

estágio até a edição de um Código de Processos Coletivos que melhor possa atender aos anseios da sociedade e dos “Poderes” que a regulam.

3. Princípios do Processo Coletivo conexos aos Interesses Difusos e as Relações Sociais

Procurando distinguir as dimensões dos princípios constitucionais, Bonavides[6] informa que a “jurisprudência dos princípios” domina o constitucionalismo contemporâneo, procurando medidas de relevância capazes de estabelecer certa unidade sistemática, formando a espinha dorsal da nova hermenêutica na idade do pós-positivismo. “A idéia de sistema não é, porém, a idéia do sistema fechado de conceitos do pandetismo, mas a de um sistema aberto e flutuante, mais de natureza teleológica que natureza lógica[7]”.

Adotando a mesma linha de raciocínio, estão os princípios do sistema coletivo, de modo que alguns merecem destaque. Propomo-nos, assim, analisar os princípios do acesso à justiça, da efetividade e da representação adequada, pois se relacionam com os pontos principais das reformas do processo coletivo e podem acarretar profundas mudanças nas relações sociais.

Inicialmente, temos que a própria idéia de interesses ou direitos coletivos nasceu para tutelar e garantir o acesso à justiça de situações que antes não encontravam respaldo no judiciário. Importante se faz então citar as três “ondas” evolutivas ditadas por Mauro Capeleti no Relatório Geral do Projeto Florença: a primeira foi a *assistência Judiciária para os pobres*; a segunda a *representação dos interesses difusos*; e a terceira foi *um novo enfoque de acesso à Justiça*.

Ao analisar o princípio do acesso à Justiça encontramos também disparidades provindas das próprias partes que contribuem para o abismo existente entre a Justiça e a população. As instituições e organizações, detentoras de poder econômico considerável podem custear a ação, mesmo durante um longo período de tempo além de poderem arcar com os gastos relativos com advogados. Esta vantagem é, sem dúvida, crucial para um resultado satisfatório, principalmente quando em mãos de apenas uma das partes. Logo, o “custo do processo, ao lado de outros fatores de ordem social e cultural, dificulta e até mesmo impede o pleno acesso ao Judiciário[8]”. Nesse sentido, as alterações ou reformas do processo coletivo deve se ater na busca de mudanças legislativas que ampliem o acesso à justiça.

Por outro lado, a efetividade do processo coletivo, tratado aqui sob a visão principiológica, será melhor estudada no capítulo seguinte como um reflexo das alterações no processo coletivo nas relações sociais.

A expressão “efetividade” se origina do latim *effectivus*, de *efficere*, que significa cumprir, satisfazer, executar. [9] Sob o ponto de vista processual, a efetividade

constitui-se na diretriz do processo civil contemporâneo. Logo, é importante destacar um traço que lhe é fundamental, a sua ligação com o resultado do processo, pois dessa relação costuma-se extrair a idéia de que atualmente tem-se um processo civil *de resultados*, no sentido de que ele vale pelo que “produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida” [10].

Sobre o assunto, João Batista Lopes[11] salienta:

(...) “Nem sempre, [...] o resultado do processo será suficiente para revesti-lo de efetividade. Pense-se no processo em que se faz justiça ao autor, reconhecendo o direito que ele realmente tem, mas com agressão ao princípio do contraditório. A efetividade da tutela jurisdicional não pode prescindir do *processo justo*, isto é, aquele que obedece às garantias estabelecidas na Constituição”.

Para Delosmar Mendonça Júnior[12] a efetividade,

“independe da observância de todas as garantias processuais para ‘existir’. Em outras palavras, a efetividade é elemento do ‘processo justo’; todavia, o valor ‘de justo processo’ não é necessário para a efetividade. O processo pode produzir efeitos concretos e aplicar a tutela jurisdicional de forma concreta e até efetuar a adequada subsunção da norma material aos fatos e não observar alguma garantia do devido processo, tornando-se injusto. A observância das garantias processuais não conduz, de per si, à efetividade da tutela”.

Nesse contexto, verificamos que um dos motivos que fundamenta a inefetividade processual é a ausência de cuidado com a boa técnica processual. Tal fato pode ser verificado, por exemplo, no âmbito da tutela coletiva aplicada à competência para a execução dita individual, pois há incompatibilidade estabelecida pelo veto ao parágrafo único do art. 97 e o que prevê o inc. I do § 2º do art. 98, todos do Código de Defesa do Consumidor. Tal equívoco acarretou divergência doutrinária quanto à competência do foro do domicílio do liquidante para a instauração e o processamento da execução.

Desse modo, a melhoria da técnica processual quando da aplicação contribuiria também para que o processo alcançasse os resultados desejados pelo direito material, com conseqüente melhoria na efetividade do processo, porquanto haveria maior proveito de institutos e aspectos da lei que, eventualmente, estivessem mal aproveitados.

Num terceiro momento, o princípio da representatividade adequada, desconhecido do processo individual, mas com importante aplicação ao coletivo, deveria ingressar no rol das reformas com escopo de alicerçar a legitimação no processo coletivo, exigindo-se que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais

homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade para o manuseio da ação coletiva.

O fundamento da exigência da adequada representação para ações coletivas encontra-se entre os pressupostos da *class action* do direito americano (inscritos na alínea "a" da Rule 23): i) impossibilidade da reunião dos membros integrantes da classe em face do seu grande número; ii) as questões de direito e de fato devem ser comuns à classe; iii) o pedido ou a defesa dos litigantes deve ser idêntica ao pedido ou à defesa da classe; iv) os litigantes devem atuar e proteger adequadamente os interesses da classe.

A experiência americana demonstra-nos requisito extremamente relevante para que se assegure o devido processo legal, assim entendido em sentido amplo, qual seja, adequada representação. Tratando-se da defesa de direito alheio, o efetivo acesso à justiça somente estará assegurado se a representação judicial for adequada.

Ademais, a falta de representação adequada não deve, todavia, levar o processo necessariamente à extinção sem o julgamento do mérito, como ocorreria normalmente, diante da falta de uma condição da ação. Diante da inexistência do requisito da representatividade adequada, assim como de desistência infundada ou abandono da causa por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz deverá intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, para que assumam a titularidade da ação coletiva.

Enfim, a representação adequada no direito brasileiro, embora não determinada expressamente na legislação atual, pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações e deveria também figurar como objeto das reformas em comento.

4. Reformas no Processo Coletivo e o Reflexo nas Relações Sociais

Há extrema relação entre os rumos que serão adotados para as reformas no processo coletivo e os reflexos sociais fruto dessas mudanças. Como vimos, a possibilidade do desenvolvimento de alterações em dispositivos legais da Lei de Ação Civil Pública, ou ainda, a edição de uma norma geral que regule o sistema único coletivo, traz como pressupostos o acesso à justiça, a efetividade do processo coletivo e o combate a corrupção.

Como bem pondera Antônio Carlos Wolkmer,[13] dinâmicas assim refletem “o fenômeno histórico de que cada época reproduz uma prática jurídica específica vinculada às relações sociais e às necessidades humanas”.

Neste primeiro momento de reformas não são esperadas imensas mudanças sociais como reflexos de tais alterações, contudo, a reforma processual coletiva contribuirá para progresso do instituto, auxiliando e facilitando as relações sociais dos legitimados para as ações coletivas, dos beneficiários do resultado da ação coletiva e da própria sociedade.

Inicialmente, a efetividade esperada pode ser analisada na obra de Barbosa Moreira,[14] em trabalho bastante conhecido e difundido, em que o autor aponta o que ele mesmo designou de “programa básico de campanha em prol da efetividade”, consistente em cinco itens:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento [...]; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita [...]; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes [...]; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.

Ressalte-se que a busca da efetividade deve ser norteada pelo escopo de alcançar um processo justo, ou seja, que respeite as garantias processuais consagradas na Constituição e cumpra o papel de instrumento de realização prática do direito material.

No que tange ao acesso à justiça, a celeuma existente na doutrina e em alguns julgados fundamentando-se na limitação do acesso à justiça de entes não incluídos no rol normativo.

O controle da legitimação para o ajuizamento de ações coletivas visa impedir a distribuição de vários processos com o mesmo objeto, impedindo, inclusive, decisões diversas para casos com as mesmas características. Diante disso, a opção controlada pela via coletiva assegura os postulados de economia processual e de efetividade da justiça. Desse modo, no âmbito do sistema único coletivo, o rol é prefixado pelo artigo 5º, da Lei n. 7.347/1985.

Contudo, algumas instituições, como a Defensoria Pública enquadram-se no centro das reformas para ampliação da legitimidade no manuseio de ações coletivas, garantindo-se assim o acesso à justiça não apenas da Instituição, mas dos indivíduos que dela necessitam.

Por outro lado, efeitos negativos como o retrocesso legislativo e no espírito do sistema único coletivo não são descartados. A preocupação baseia-se em eventuais modificações ou alterações do texto legal por meio das casas legislativas – fato que os estudiosos do tema e membros de diversas instituições jurídicas não podem impedir.

Em suma, toda atenção e debates são necessários diante desse importante momento que passa o processo coletivo – de modo que os reflexos nas relações sociais e no próprio Poder judiciário sejam positivos, ampliando-se o acesso à justiça de forma séria, garantindo-se maior efetividade às decisões coletivas por meio da execução individual e buscando ainda, medidas pautadas no combate da corrupção.

Conclusão

A presente pesquisa teve por objetivo demonstrar a necessidade da adoção de cautela na escolha dos caminhos para as reformas no processo coletivo.

Da análise empreendida, extraímos que a efetividade e consolidação da tutela coletiva só serão alcançadas no momento da aplicação concreta das normas estampadas no sistema coletivo, ensejando na facilitação do acesso à justiça e na otimização da prestação jurisdicional.

A comunidade jurídica ligada ao processo coletivo encontra-se em estado de maior alerta. Certamente, não será simples a aceitação destas inovações. Contudo, a necessidade de soluções coletivas, dadas pelo Poder Judiciário, torna-se cada vez mais urgente. A busca pela satisfação dos direitos individuais, em algumas situações específicas, passa pela agilização processual de forma coletiva e coerente.

Por outro lado, não devemos nos esquecer que os movimentos sociais contemporâneos não lutam meramente por bens materiais, mas também por projetos culturais, pela saúde do meio ambiente, melhoria na educação, pelo respeito ao idoso e a criança – direitos encartados como de caráter Difuso.

Assim, possíveis alterações legislativas realizadas de forma equivocada, poderão acarretar em uma agressão ou retrocesso a uma garantia já estabelecida, refletindo diretamente em toda sociedade.

Pensamos que as mudanças pautadas na criação de uma lei geral fundada na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor são o primeiro caminho para a regulamentação do Sistema Único Coletivo.

Por fim, vale lembrar que não basta apenas a previsão normativa e a inserção de soluções dogmáticas, como reformas legislativas, mas uma mudança de postura dos julgadores, com uma forte formação filosófica, hermeneuta, com capacidade para entender os fundamentos políticos e filosóficos do processo coletivo, desvelando os pressupostos teóricos que informam o nosso sistema jurídico. Assim, para que alcancemos um aprimoramento institucional do Estado com reflexos efetivos nas relações sociais, são necessários mecanismos eficientes de proteção da sociedade.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 91, 108-110, 123-124, 157 e 159.

ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 45-55, 1992.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 46-51, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 126-137, 1994.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, p. 168-176, 1995.

BARBOSA, Ruy. A Constituição e os atos inconstitucionais. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2.

_____. MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-151, 1996.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologías, sociedad*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002..

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, 46-56, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev. atua. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ, Tércio Sampaio. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. .

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle "class actions"*. Padova: CEDAM, 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.p.51.

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

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 82, p. 180-197, 1987.

_____. A ação civil pública no STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, p. 9-26, 2000.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. “Codificação ou não do Processo Coletivo?” *De Jure*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, p. 155.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v.II. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUZA, Luiz Antônio de. O Efeito da revelia nas ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 745, p. 75-100, 1997.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e FINK, Daniel Roberto et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

[1] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.p.51.

[2] ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 91, 108-110, 123-124, 157 e 159.

[3] NERY JÚNIOR, Nelson. “Codificação ou não do Processo Coletivo?” De Jure. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 7, 2006, p. 155.

[4] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*, Malheiros, 2007, p. 40-41.

[5] As informações aqui relatadas foram transmitidas pelo Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior que tem participado dos debates em comento (indicado como relator geral da comissão de sistematização e aperfeiçoamento do Sistema Coletivo pela Secretaria da Reforma do Judiciário) e sob a coordenação do curso de mestrado da Unaerp constantemente informa e incentiva o corpo docente à pesquisa no campo do direito processual coletivo.

[6] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19ª. Ed., Malheiros, 2006, p. 284.

[7] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 1977, p. 222.

[8] Marinoni, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 25.

[9] DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*, v. II, p.138.

[10] Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 108.

[11] Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, *Repro*, n. 116, p. 34.

[12] *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*, p. 68-69.

[13] Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos, in Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (Org.), *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*, p.1.

[14] Efetividade do processo e técnica processual, *Repro*, n. 77, p. 168.

CONFLITOS SÓCIO-AMBIENTAIS NA SOCIEDADE DO RISCO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS LITÍGIOS FUNDIÁRIOS NO JARDIM BOTÂNICO*

SOCIAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN THE RISK SOCIETY: A STUDY ABOUT THE LANDED LITIGATIONS IN THE BOTANICAL GARDEN

Enzo Bello

RESUMO

O trabalho apresenta um estudo de caso sobre o tratamento conferido, pelos poderes Executivo e Judiciário, ao conflito sócio-ambiental caracterizado pelos litígios fundiários entre o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico e um considerável grupo de cidadãos, cerca de 3000 moradores desse bairro, na cidade do Rio de Janeiro. O problema proposto trata da possibilidade de se conciliar os dois principais direitos, aparentemente contrapostos, num conflito sócio-ambiental entre cidadãos e Estado, considerando-se as características sócio-políticas brasileiras e o modelo moderno de racionalidade. Serão demonstradas duas hipóteses: (i) a busca pelo Judiciário é insatisfatória democrática, social e juridicamente, por não ser esse ator/espaço o mais adequado para tratar da questão na perspectiva de uma cidade sustentável, e os magistrados se utilizam de instrumental jurídico defasado, discrepando dos anseios sociais; e (ii) a viabilidade de conciliação do direito difuso à preservação do meio ambiente com o direito social à moradia, mediante uma articulação entre sociedade civil e Estado, num processo decisório plural e pautado pela projeção dos riscos sociais, gerados por uma proteção ambiental deficiente em termos de exclusão social. Será utilizada uma abordagem interdisciplinar, relacionando sociologia e dogmática jurídica, tendo-se como marco teórico as teorias da sociedade do risco, de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Estas delineiam um novo modelo de sociedade, que denota grandes transformações na racionalidade humana e demanda um tratamento prognóstico dos fenômenos sociais, atualmente marcados pela imprevisibilidade e incerteza, redimensionando-se as relações de poder e os fóruns deliberativos.

PALAVRAS-CHAVES: CONFLITOS SÓCIO-AMBIENTAIS; SOCIEDADE DO RISCO; LITÍGIOS FUNDIÁRIOS; JARDIM BOTÂNICO.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

This research presents a study about the treatment, by the Executive Power and the Courts, to the social environmental conflict represented by the landed litigations among the Botanical Garden Institute of Researches and a considerable group of citizens, about 3000 residents of this neighborhood, in the city of Rio de Janeiro. The question proposed deals with the possibility of conciliation between the two main rights, apparently antagonist, in a social environmental conflict among citizens and the state, considering the social and political brazilian features and the modern model of rationality. It will be demonstrated two hypothesis: (i) the search for the Courts is democratically, social and juridical unsatisfactory, because this actor/space is not the most suitable to deal with the question in the perspective of an sustainable city, e and the judges use an surpassed juridical tools, dissenting from the social desire; and (ii) the viability of conciliation between the collective right to the environmental preservation and the social right to habitation, through an articulation between civil society and the state, in an pluralistic deliberative process ruled by the projection of social risks, produced by an insufficient environmental protection in terms of social exclusion. It will be adopted an interdisciplinary approach, linking sociology and law dogmatic, considering as theoretical point of view the theories of risk society, developed by Ulrich Beck and Niklas Luhmann. These theories identify a new model of society, which shows great transformations in the human rationality and demands a prognostic treatment to the social phenomenon, nowadays distinguished by uncertainty, redefining power relations and deliberative spaces.

KEYWORDS: SOCIAL ENVIRONMENTAL CONFLICTS; RISK SOCIETY; LANDED LITIGATIONS; BOTANICAL GARDEN.

1. Introdução: plano de trabalho

O presente trabalho apresenta um estudo de caso sobre o tratamento conferido, pelos poderes Executivo e Judiciário, ao conflito sócio-ambiental caracterizado pelos litígios fundiários entre o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico e um considerável grupo de cidadãos, cerca de 3000 moradores do bairro de mesmo nome, na cidade do Rio de Janeiro.

O problema proposto trata da possibilidade de se conciliar os dois principais direitos fundamentais, aparentemente contrapostos, num conflito sócio-ambiental entre cidadãos e Estado, considerando-se as características sócio-políticas brasileiras e o modelo moderno de racionalidade, calcado na noção de segurança.

A partir desse caso, serão demonstradas duas hipóteses em relação às possíveis soluções para os conflitos sócio-ambientais no Brasil contemporâneo: (i) a busca pelo Judiciário nem sempre é satisfatória – em termos democráticos, sociais e jurídicos –, por não ser esse ator/espaco o mais adequado para tratar da questão na perspectiva de uma cidade sustentável; além de os magistrados geralmente se utilizarem de instrumental jurídico defasado, muitas vezes discrepando dos anseios sociais; e (ii) a viabilidade de conciliação do direito difuso à preservação do meio ambiente saudável/sustentável com o direito social à moradia, numa articulação entre sociedade civil e Estado, num

processo decisório plural e pautado pela projeção dos riscos sociais, gerados por uma proteção ambiental deficiente em termos de exclusão social.

Será utilizada uma abordagem interdisciplinar pautada por uma análise sociológica dos sistemas jurídicos[1], que relaciona a sociologia com a dogmática jurídica, tendo-se como marco teórico o conceito de sociedade do risco, de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Estes delineiam um novo modelo de sociedade, que denota grandes transformações na racionalidade humana e demanda um tratamento prognóstico dos fenômenos sociais, atualmente marcados pela imprevisibilidade e incerteza, redimensionando-se as relações de poder e os fóruns deliberativos.

2. Apresentação do conflito sócio-ambiental no Jardim Botânico

Representada judicialmente pelo Instituto de Pesquisas Jardim Botânico (IPJB), autarquia federal atrelada ao IBAMA, a União Federal propôs diversas ações judiciais de reintegração de posse contra os cidadãos que residem em terrenos localizados em áreas de propriedade da União, no bairro do Jardim Botânico, situado na zona sul da cidade do Rio de Janeiro. Basicamente, a União almeja retomar terrenos de sua propriedade, que se encontram, há décadas, na posse de diferentes sujeitos: descendentes dos empregados da fábrica de pólvora criada por Dom João VI, em 1808; funcionários e pesquisadores à serviço do próprio IPJB; além de outros ocupantes alegadamente irregulares.

Relatório da comissão interministerial chefiada pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, indicou que, atualmente, há cerca de 130 ações judiciais em trâmite na Justiça Federal do Rio de Janeiro envolvendo esses conflitos fundiários. Isso caracteriza apenas uma parte dos litígios fundiários existentes entre a União Federal e um grupo de, aproximadamente, 3000 moradores do bairro do Jardim Botânico[2].

Dados do registro cadastral do ITERJ[3] (Instituto de Terras do Estado do Rio de Janeiro) indicam uma progressiva ocupação da localidade em questão, aumentando a quantidade de casas ao longo das últimas décadas: 1975: 377 casas; 1985: 408 casas; e 2005: 589 casas. A maioria dessas moradias também está cadastrada na GRPU/RJ[4] (Gerência Regional de Patrimônio da União no Rio de Janeiro), que demonstra a subdivisão dos terrenos em 12 comunidades[5], nas quais residem 589 famílias. O mencionado relatório da SPU indica o número de moradores por renda familiar declarada[6]:

Níveis de renda	Quantidade de Famílias	Percentual – %
Até 3 salários	232	42,1
De 3 a 6 salários	192	35,0
De 6 a 10 salários	76	13,8
Acima de 10 salários	34	6,2
Sem informação	16	2,9
TOTAL	550	100

Como se depreende da tabela acima, no caso dos litígios fundiários do Jardim Botânico, a maioria dos moradores (76,1%) possui renda familiar de até 6 salários mínimos, o que denota algumas características do perfil dos cidadãos demandados judicialmente pela União: condições financeiras limitadas e estilo de vida módico^[7].

2.1. A postura do Poder Judiciário

Pesquisa realizada no portal da Justiça Federal do Rio de Janeiro na internet identificou 15 acórdãos, proferidos nos julgamentos de recursos de apelação, interpostos contra sentenças prolatadas nas ações de reintegração de posse propostas pela União Federal contra os moradores dos terrenos de sua propriedade no Jardim Botânico. Tais julgados serão adiante analisados, de modo a se aferir as fundamentações utilizadas para embasar, na maioria dos casos, o improvizamento dos recursos interpostos pelos réus.

Com esse exame, busca-se extrair elementos que permitam delinear um determinado tipo de postura do Judiciário em relação aos conflitos fundiários em estudo. Inicialmente, confira-se o quadro esquemático abaixo, contendo as informações gerais sobre os processos:

Acórdãos	Processo de origem	Apelação Cível	Nome do réu
-----------------	---------------------------	-----------------------	--------------------

1	28 ^a Vara (0009317341)	Federal	99.02.08606-3	Dinorá Batista Marins
2	27 ^a Vara (8700051365)	Federal	97.02.34355-0	Manoel Moreira da Costa
3	27 ^a Vara (8700043559)	Federal	97.02.19227-7	Ruy Lopes da Silva
4	3 ^a Vara (9000492947)	Federal	96.02.41316-6	Thomaz Mendes – Espólio e outros
5	1 ^a Vara (0009228144)	Federal	95.02.08631-7	Osnir Marquete
6	2 ^a Vara (8700050571)	Federal	1987.51.01.005057-0	Honorina Sá Silva Ribeiro
7	6 ^a Vara (0009280081)	Federal	97.02.35095-6	Waldemar Rego
8	6 ^a Vara (0009280170)	Federal	97.02.35539-7	Nilton do Nascimento
9	6 ^a Vara (0009327550)	Federal	97.02.44400-4	Laes Raposo
10	6 ^a Vara (8700048526)	Federal	97.02.35325-4	Lucia Vargas Monteiro
11	11 ^a Vara (0009328262)	Federal	1987.51.01.932826-9	Natalio da C. Silva e outro
12	15 ^a Vara (8700051403)	Federal	1987.51.01.005140-8	Cyntia Marinho Pimentel
13	16 ^a Vara (0009316493)	Federal	1987.51.01.931649-8	João Bastos Ananias
14	18 ^a Vara (8700050580)	Federal	2001.02.01.042398-9	Doracy Madeira Monteiro e outro
15	27 ^a Vara (0009327541)	Federal	97.02.03363-2	Gracinda Santos da Silva

A primeira questão analisada é a do reconhecimento do vínculo jurídico entre a União Federal e os moradores das áreas objeto de litígio, pelo regime de locação imobiliária, na forma do art. 86, II, do DL 9760/46. Nesse sentido são os acórdãos nº 1, 4, 5 e 6; veja-se os seguintes:

Acórdão 4: “Após, esclareça-se que, apesar da ausência de notificação para que os réus desocupassem o imóvel, este ainda permanece ocupado por aqueles até a presente data. Assim, considerando-se a data da citação dos mesmos para responderem à presente demanda (14/02/1991), como sendo a da notificação, salta aos olhos que o prazo do art. 89, § 3º, “a”, do **DL 9760/46** não restou inobservado. (...) Assevere-se, em primeiro lugar, que o vínculo jurídico existente entre as partes litigantes é a relação “ex locato”, vez que o contrato celebrado entre os mesmos tem enquadramento legal no

art. 86,II, do DL 9760/46. Desse modo, considerando-se que a rescisão unilateral, pela União, do contrato locatício em tela se deu por motivo de necessidade do serviço público, nos moldes do art. 89, III, do DL 9760/46, e, ainda, que houve plena observância do prazo previsto no art. 89, §3º do mesmo Diploma, não há ilegitimidade nenhuma que possa ser imputada à Administração Pública pela prática de tal ato, já que a mesma agiu em total consonância com as normas legais específicas reguladoras do assunto”. (grifou-se)

Acórdão 6: *“Soluciona a presente questão o art. 1º da Lei n.º 5.285/67, o qual prevê um prazo de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias para a desocupação de imóveis de propriedade da União Federal por servidores inativos, ou sucessores destes, que o detinham em razão de seu ofício. Ultrapassado tal prazo sem a desocupação do bem, configura-se o esbulho, legitimando o ajuizamento da Ação Possessória” (grifou-se)*

Nesses julgados ficou clara a adoção do prisma do Direito Privado (Civil, Imobiliário, etc.), evidenciado pelas relações jurídicas locatícias, cujo referencial é o bem objeto do direito real de propriedade, não o seu uso, caracterizado pelo exercício do direito à moradia. Assim, entendeu-se que uma mera rescisão contratual, unilateral, feita pela União, traria a solução para os conflitos: a desocupação, compulsória, dos imóveis pelos servidores inativos ou seus sucessores, sob pena de caracterização de esbulho, que legitima o manejo de ação possessória.

Os acórdãos nº 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15 e 16, decidiram no mesmo sentido, quanto a se caracterizar a relação jurídica pelo regime de locação, e, que, caso os imóveis não sejam desocupados no prazo estipulado no DL 9760/46 e na Lei nº 5.285/67, caracterizar-se-á esbulho possessório, ensejando-se o manejo da ação possessória.

Outra questão ressaltada nos acórdãos sob estudo, especialmente os de nº 8 e 15, é a da impossibilidade de usucapião de bens públicos:

Acórdão 8: *“(…), observa-se da conjugação dos mandamentos contidos nos arts. 67, 69, e 520, III, do Código Civil de 1916, que o réu está impedido de se tornar possuidor daqueles bens”. (grifou-se)*

Acórdão 15: *“(…), indiferente que a ré resida no imóvel há mais de cinquenta anos, pois, – quer de acordo com a súmula 340 do Supremo, quer de acordo com o art. 200 do Decreto-lei 9760/46, quer de acordo com o art. 102 do Código Civil, quer, ainda, de acordo com a própria Constituição Federal, em seu art. 183, § 3º – o bem ocupado não é suscetível de aquisição por usucapião. Além disso, sem importância, para fins de caracterização do esbulho, o fato de a ré ter se mudado para o imóvel antes da criação do Instituto-autor”. (grifou-se)*

O primeiro trecho do acórdão nº 15 indica as fontes normativas que embasam abalizam o argumento da impossibilidade de usucapião de bem público: Constituição Federal, Código Civil de 1916, o Decreto-Lei 9760/46 e Súmula 340 do STF[8].

Tema relevante abordado na maioria dos acórdãos é o da indenização por benfeitorias, que, salvo no acórdão nº 9, foi negada em todos os julgados. Veja-se os acórdãos nº 13 e 15:

Acórdão 13: “(...) Em sendo assim, cumpre afastar a possibilidade de ressarcimento das benfeitorias supostamente feitas no imóvel em questão, vez que não houve comunicação da realização das mesmas à União, restando desatendida a norma contida no art. 90 do citado **Decreto-lei n.º 9760/46**”. (grifou-se)

Acórdão 15: “Normalmente, a realização de outras benfeitorias deveria necessariamente ser notificada e autorizada pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), nos exatos termos do artigo 76, da **Lei 9760/46** (“Art.76 – As benfeitorias necessárias só serão indenizáveis pela União quando o SPU tiver sido notificado da realização das mesmas dentro de 120 dias contados da sua execução”). No caso, à vista do documento de fls. 144, não pode o julgador condenar a UNIÃO a indenizar a parte ré pelo valor de uma construção que já existia. Deve-se atentar para tal fato, diferenciando os casos em que houve ocupação do terreno, sendo a construção erguida pelo detentor, daqueles nos quais há ocupação de imóvel construído, como é o caso dos autos”. (grifou-se)

O acórdão nº 9 determinou a produção de prova pericial, para avaliação das benfeitorias realizadas pelo réu. Assim, anulou a sentença, que havia negado a produção dessa prova, considerando que a sua ausência implicaria cerceamento de defesa do réu e enriquecimento sem causa da União. Confira-se:

Acórdão 9: “Ora, determinar a simples reintegração da posse do imóvel à autora, sem imputar-lhe o ressarcimento pelas acessões e benfeitorias nele feitas pelo réu, ensejaria o enriquecimento sem causa da União, o que não pode encontrar acolhida pelo Judiciário”.

No acórdão nº 10, o relator foi além, caracterizando a posse como de má-fé, portanto precária, e afastando o cabimento da indenização:

Acórdão 10: “Não há que se falar em cerceamento de defesa, vez que se mostra despicienda para o desate da causa a produção das provas requeridas, pois não tem a Ré, ocupante de bem público, direito de indenização pelas benfeitorias eventualmente

realizadas, pois pública e notoriamente ocupa área que sabidamente não poderia fazê-lo, fato que demonstra sua male fides, que não merece ser contemplada com o benefício, pois se trata de ocupação precária, que não enseja sequer o direito de valer-se da proteção possessória” (grifos no original)

Da análise dos acórdãos acima, verifica-se uma tônica de aplicação subsuntiva de dispositivos legais aos casos concretos, sem se desenvolver argumentações quanto ao contexto fático (social) dos réus e aos direitos fundamentais subjacentes à demanda – o direito difuso ao meio ambiente saudável/sustentável e o direito à moradia.

Das cerca de 130 ações de reintegração de posse ajuizadas perante a Justiça Federal no Rio de Janeiro, até o primeiro semestre de 2008, menos de 1/3 delas foi proposto em 1987, portanto, antes do advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. A regra do *tempus regit actum* (art. 6º da LICC) foi comumente adotada no julgamento desses casos, sendo utilizados o Código Civil de 1916, o Decreto-Lei 9.760/46, a Lei n.º 5.285/67 e, em apenas um acórdão, mencionou-se a Constituição Federal de 1988 (art. 183).

Portanto, pode-se qualificar como legalista e dogmático o tratamento conferido pelo Judiciário às demandas relativas às ações de reintegração de posse, movidas pela União Federal contra os moradores da região do Jardim Botânico, pois norteado basicamente pelo DL 9760/46, norma jurídica elaborada com a finalidade de proteger o patrimônio da União.

Por outro lado, não foram aplicados diplomas como o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a Medida Provisória 2.220/01, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, esta no que tange ao direito à moradia (art. 6º), reconhecido pela Emenda nº 26/2000. Assim, foram ignorados importantes institutos jurídicos, como a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88) e a concessão de uso especial para fins de moradia (MP 2220/2001), que representam ferramentas para se lidar com um novo cenário das relações sociais.

Dessa forma, pode-se afirmar que os fundamentos das referidas decisões judiciais são obsoletos e defasados, chamando a atenção o fato de não ter havido qualquer discussão sobre o direito à moradia, o que poderia ser explicado pelo fato de que um terço das demandas foi ajuizado antes do advento da CF/88 e as demais antes de 2001 (ano da edição da MP 2220).

Por fim, vale salientar que foi determinada, em reunião da comissão formada pela Portaria Interministerial nº 360-A, de 27/12/2004, para promover estudos e propor soluções para a questão, que todas as ações judiciais de reintegração de posse seriam suspensas até o final dos trabalhos da Comissão^[9]. Essa decisão foi comunicada ao Procurador Regional da União, que encaminhou o “Memo nº 289/10/2005 – PRU/RJ/GAB” ao Procurador-Geral da União, tendo este autorizado-a e solicitado-a em juízo, até o final dos trabalhos da referida Comissão.

Os trabalhos da comissão interministerial foram concluídos, mas os processos continuam suspensos, pois as propostas formuladas para a resolução dos litígios ainda não foram analisadas.

2.2. A postura do Poder Executivo

A atuação do Executivo federal nos conflitos fundiários do Jardim Botânico pode ser delineada através de dois sujeitos: a Presidência do IPJB e a Comissão Interministerial chefiada pela Secretaria do Patrimônio da União.

A postura inicial do Executivo federal, diante do acirramento dos conflitos fundiários, é ilustrada pela atuação do presidente do IPJB, o sociólogo Liszt Vieira, que sempre se mostrou favorável à desocupação dos terrenos, objeto dos litígios. Em artigo^[10] publicado na imprensa, Liszt Vieira apresentou uma análise que, apesar de parcial e tendenciosa, abordou os principais temas em discussão no conflito sócio-ambiental em questão, deixando clara a sua posição pessoal e institucional. Alguns trechos desse escrito são emblemáticos. Confira-se:

*“os **moradores** resistiram à ordem judicial. A **polícia**, convocada pela Justiça para assegurar a reintegração de posse, recuou após enfrentamento com os ocupantes. Trata-se de ocupações ilegais em área da União protegida pela legislação ambiental. O incidente, em 7 de junho passado, contou com a intervenção de **profissionais ligados à defesa dos direitos humanos**. Ao fim do dia, o **juiz** da 17ª Vara Federal revogou a ordem de reintegração, evitando um **confronto** de conseqüências imprevisíveis. (...) Os moradores têm advogado constituído nos autos. Não se compreende, portanto, por que **advogados e procuradores** ligados a direitos humanos passaram a apoiar a **resistência dos ocupantes contra uma decisão judicial transitada em julgado**. Ao fazê-lo, colocaram-se **contra o Estado de direito** e a favor daqueles que desacataram a autoridade responsável pela execução da sentença de reintegração de posse. (...)*

*(...) Os **direitos humanos** não são apenas individuais. São também coletivos. A tradicional visão individualista ignora os **direitos difusos**, entre os quais o **direito ao meio ambiente**. O **direito social de um indivíduo**, no caso o **direito à moradia**, não pode prevalecer contra o **direito coletivo de toda a sociedade**. Desta forma, o **direito de dois indivíduos não deve prevalecer em face do direito ao meio ambiente de toda a população**. (...)*

*O Jardim Botânico é um instituto de pesquisa científica que desempenha papel importante na conservação da biodiversidade brasileira. Seu parque recebe mais de 400 mil visitantes por ano. Infelizmente, parece que a **visão individualista tradicional de direitos humanos** continua presente entre alguns profissionais do direito e da política. (...)*

Uma comissão mista dos ministérios do Meio Ambiente e do Planejamento, com participação de representante do Jardim Botânico e do Serviço de Patrimônio da União, discute uma proposta de acordo entre as partes, mediante a transferência de moradores para unidades habitacionais a serem construídas pela Caixa Econômica Federal ou para imóveis já existentes em outros bairros. Para evitar confrontos, a Comissão solicitou à AGU suspensão temporária das ações de reintegração de posse até o término de seus trabalhos. Isso exclui da execução judicial quase todas as ações, exceto as relativas a quatro casas funcionais e algumas ações civis impetradas pelo Ministério Público. Queremos uma solução negociada que contemple os interesses particulares dos moradores e atenda à defesa do interesse público. (...). (grifou-se)

Por seu turno, após uma série de reuniões, em 22/02/2007, a comissão interministerial da SPU[11] produziu um relatório sobre a questão fundiária, apresentando as seguintes propostas:

“Proposta 1: O estabelecimento de convênio, visando a reurbanização e regularização de toda a área da União no Jardim Botânico, entre o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão através da SPU, Ministério do Meio Ambiente através do Instituto de Pesquisa Jardim Botânico/RJ, o Ministério das Cidades, a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro, independente da utilização total ou em parte de qualquer uma das sugestões apresentadas pela Comissão.

Sugestão 1: Realocação – Transferência de 329 famílias localizadas no interior do novo limite acordado com o IJB e sua alocação com transmissão de propriedade em prédios a serem projetados e construídos em terrenos na mesma região, como sugerido pelo Ilustre Sr. Procurador da República no anexo 5.

Sugestão 2: Adensamento – Transferência de 329 unidades localizadas no interior do novo limite acordado com o IJB e a realocação de 189 famílias com vínculo funcional direto ou indireto (cônjuge e filhos) em áreas definidas no entorno do IJB, onde já residem 174 famílias, cujas casas, por demolição dariam lugar a construção de 363 novas unidades no total.

Formalização de acordo judicial ou de realocação acordada de 140 famílias sem vínculo funcional com o IJB no projeto de regularização fundiária na Colônia Juliano Moreira ou em outra área a ser definida. Todos os remanejamentos seriam efetuados gerando transmissão de propriedade.

Sugestão 3: Manutenção com adensamento – Sugestão apresentada pela Comunidade. A manutenção e restauração das residências de 329 famílias localizadas dentro dos limites propostos para o Jardim Botânico, efetuando-se remanejamento das famílias residentes em área de risco ou inadequadas para espaços vazios existentes na comunidade.

A ocupação seria regida por um código de postura próprio a ser discutido entre a sociedade e o poder público, e neste caso não haveria transmissão de propriedade.

Proposta 2: *Manutenção da suspensão da execução das decisões das ações de reintegração de posse até a definição e execução do projeto de reurbanização da área.*

Proposta 3: *Realização de acordos judiciais, através da Advocacia Geral da União com pagamento de indenização para devolução do imóvel.*

Proposta 4: *Realocação de moradores em imóveis vazios na área.*

Proposta 5: *Extensão para a área do Jardim Botânico do Acórdão do TCU 2.245/2006 – Plenário – relativo ao recurso impetrado pelos locatários da União residentes a Rua Xavier Sigaud, que permite a adoção de VO da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (valor venal), no cálculo de locação de cada unidade imobiliária. A Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro já manifestou oficialmente interesse de declarar a área do Jardim Botânico como de Especial Interesse Social.*

Proposta 6: *Ratificar os limites acordados neste relatório da área a ser regularizada pela GRPU/RJ ao Instituto de Pesquisa Jardim Botânico, que deverá apresentar o levantamento topográfico e o memorial descritivo do novo perímetro.*

Conclusão: *O presente relatório não tem intenção de esgotar o assunto até porque a questão envolve premissas de interesse público, social, ambiental e do direito de moradia. A complexidade dos trabalhos considerando a importância da área ultrapassa o interesse local, assumindo dimensão do interesse de toda Cidade do Rio de Janeiro, requerendo assim uma ação de governo mais ampla que extrapola os limites desta Comissão. Todas as propostas relacionadas deverão, obviamente, observar as disposições da legislação ambiental vigente bem como da MP 2.220/2001”.*

As propostas e o relatório formulados pela comissão interministerial da SPU foram assinados pela vice-presidente da Associação de Moradores e Amigos do Horto (AMAHOR), o que demonstra seu alinhamento à gestão democrática das políticas urbanas, prevista no Estatuto da Cidade (art. 2º, II, da lei 10.257/01). Vale salientar, ainda, que no item conclusivo das propostas da Comissão consta a obrigatoriedade de observância à MP 2.220/2001, de modo a se contornar a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que, dada a época do ajuizamento das ações de reintegração de posse, inviabiliza a adoção daquele diploma normativo e a aplicação de importantes institutos como o da concessão especial para fins de moradia, entre outros.

2.3. Problematização: algumas questões para análise

A partir do mapeamento realizado sobre a atuação do Judiciário e do Executivo no conflito sócio-ambiental do Jardim Botânico, é possível elaborar a seguinte problematização:

(I) É viável conciliar o direito social à moradia com o direito difuso ao meio ambiente saudável, em conflitos sócio-ambientais envolvendo cidadãos e Estado, considerando-se o contexto brasileiro e o modelo moderno de racionalidade (segurança)?

(II) Quais são os atores sociais e os espaços decisórios existentes nesses conflitos? Quais são as posturas desses sujeitos num quadro de tensão social acirrada, numa disputa sobre a desocupação de áreas públicas que, há décadas (ou mesmo séculos), são ocupadas e utilizadas para fins de moradia? Eventuais atos de resistência de cidadãos a ordens estatais consistiriam em desrespeito ao Estado Democrático de Direito?

(III) Há, necessariamente, conflito entre o interesse público e os interesses particulares de determinados indivíduos? Qual a perspectiva mais adequada em relação à compreensão dos direitos humanos como superação à concepção individualista tradicional, de modo a se efetivar os direitos difusos?

(IV) Como poderia ser formulada uma proposta de solução para esse tipo de conflito, num contexto de imprevisibilidade e incertezas, envolvendo órgãos estatais e sociedade civil?

Postas essas questões, adiante será delineado o pano de fundo teórico e social que caracteriza os conflitos sócio-ambientais contemporâneos, de modo a se viabilizar um instrumental analítico para o exame da problematização suscitada pelo caso do Jardim Botânico.

3. Contextualização do pano de fundo dos conflitos sócio-ambientais contemporâneos: a mudança do paradigma da segurança para o do risco

O início do século XXI representa o ápice de um período histórico marcado por processos complexos e acelerados de transformações permanentes. Num exame preliminar, poder-se-ia afirmar que essa assertiva abre um amplo leque de análises, abrangendo diversos ramos do conhecimento. Porém, ela permite asseverar a premissa que o direito não pode ser compreendido como autômato, nem tem capacidade para disciplinar qualquer fenômeno social e natural, sem a influência de outras áreas do saber, pela ética/moral e, principalmente, pela prática política.

Inúmeros elementos comprovam esse estado de mudanças constantes. Por um lado, tem-se: (i) sucessivas revoluções tecnológicas; (ii) notável velocidade de difusão de informações e novos canais de comunicação; (iii) produtos e serviços voltados para a modernização das relações pessoais e profissionais; (iv) expansão da propagação do conhecimento; e (v) crescentes pesquisas científicas sobre engenharia genética, bioética, biossegurança, etc.

De outra banda, tem-se fatores ligados a um processo de ataque aos direitos fundamentais: (i) crescentes marcas de fugacidade e instabilidade nas relações humanas, efemeridade de sentimentos, egocentrismo de interesses individualistas e desconfiança em relação à figura do “outro”; (ii) imposição de padrões estéticos

variáveis e consumistas inalcançáveis, juntamente com desemprego em massa, jornadas excessivas de trabalho, escassez de tempo para descanso e lazer, redução de benefícios previdenciários, precariedade na habitação familiar, falta de assistência social; (iii) crassas facetas de injustiça e exclusão social; (iv) repentinos desuso e descartabilidade de fatos, notícias, livros, teorias, etc.; e (v) incertezas, ambivalências, dúvidas e desconfianças do homem quanto ao futuro.

Como resultado, aumentam as crises da democracia representativa e da participação política, o que tem sido decisivo para a expansão do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Em razão da dinamização da vida cotidiana e de uma apatia política generalizada, esvaziam-se os fóruns públicos de deliberação popular e a política cede lugar à economia e ao direito como espaço para a tomada de decisões de grandes repercussões sociais.

Atentos à nocividade desse quadro, diversos pensadores têm salientado a importância de se explorar a intensificação das articulações entre passado, presente e futuro[12], e a validade e eficácia dos valores da modernidade têm sido muito questionadas. Erhard Denninger, *e.g.*, propôs a substituição da tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) pela de “segurança, diversidade e solidariedade”, que seria adequada à realidade contemporânea[13].

Nesse contexto, há um descompasso na disciplina jurídica de novas demandas, diante da complexificação das relações sociais. Ao mesmo tempo em que fenece a antiga regra “*ubi jus, ubi societas*”, surge a necessidade de proteção jurídica aos riscos sociais, oriundos da substituição das fontes de instabilidade social, política, econômica e jurídica: ao invés dos conflitos bélicos da Idade Média, das revoluções da modernidade e das guerras do século XX, intensificam-se, no aflorar do século XXI, colapsos econômicos, atentados terroristas e acidentes causados por fenômenos da natureza (tsunamis, furacões e terremotos)[14] de intensidade notável.

Objetivando sistematizar de forma interdisciplinar a conjuntura política, jurídica e social contemporânea, estudiosos de diversos ramos do conhecimento têm formulado categorias teóricas para designá-la e confrontá-la com os princípios centrais das constituições ocidentais vigentes.

Apesar das suas incongruências, categorias como “Era do Terrorismo”, “Estado de Exceção” e “Sociedade do Risco”[15] demonstram um ponto de convergência: a identificação de um discurso de segurança perante o clima de permanente incerteza, instabilidade e desconfiança que assola as relações sociais hodiernas. A retórica por elas desvendada consubstancia uma exaltação apologética da segurança – no final das contas, um “risco”.

Como se verifica das condutas governamentais, da grande mídia e do mercado financeiro, perante fatos provocados por práticas humanas ou por “eventualidades” da natureza, geralmente busca-se transmitir mensagens no sentido que a “ordem” há de ser conservada ou restabelecida. Nessa agenda, é central a questão da segurança, que, numa mirada para o passado, apresenta uma natureza jurídica multifacetária e uma funcionalidade política dúplice.

O termo “segurança” sempre foi manejado politicamente para se assegurar a conservação do *status quo*, em sentido ora legítimo, ora autoritário. Trata-se de um conceito que percorre os três momentos da história e visa a garantir, no presente, perante as ameaças do futuro, a permanência de um estado de coisas angariado no passado.

No âmbito jurídico, assim como as constituições modernas, o movimento das grandes codificações valorizou a positivação das regras políticas e jurídicas, como garantia à estabilidade às normas reguladoras do convívio social. Tal expressa uma tônica de cristalização de valores e costumes, para se promover um indicativo (“dever-ser”) do comportamento dos indivíduos e dos limites da atuação do Estado, desenvolvendo-se o papel político-jurídico da Constituição: fixar e organizar os poderes do Estado, bem como garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

A escola do positivismo jurídico propôs uma concepção formal do direito, baseada na completude do ordenamento jurídico, na pureza da ciência jurídica e na determinação e certeza das normas jurídicas. Sua meta principal era conferir segurança e estabilidade à sociedade, com um conjunto de regras positivadas, para a defesa do ordenamento jurídico contra circunstâncias de exceção que fugissem à sua lógica e pudessem subvertê-la. Fruto dessa concepção, o direito à segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, da CF/88, tem como corolários o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

4. A sociedade do risco como categoria teórica representativa de um novo paradigma

A categoria “risco” denota o advento de uma nova era, que implica na revisão das formas da racionalidade humana, pois a complexidade e o dinamismo das demandas contemporâneas (sociais e naturais) determinam a necessidade de uma reconfiguração da lógica da modernidade. De acordo com Jürgen Habermas, os perigos/riscos dessa nova era *“ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos.”*^[16]

Na era dos riscos, as normas típicas da prevenção clássica mostram-se ineficazes e as produzidas pela dogmática jurídica mais recente^[17] demonstram sua deficiência na disciplina de novas demandas. Assim, assiste-se à ressurreição do Estado policial ou de segurança, através de práticas e discursos de transformação nas liberdades constitucionais, relativizadas em prol de uma proteção exacerbada da “segurança” – numa idéia de retorno ao passado – contra infortúnios como atentados terroristas, acidentes nucleares, crises econômicas, fenômenos naturais, etc.

Resumindo essa retórica da segurança, Robert Castel afirma que um Estado unicamente voltado para tal mote simboliza *“uma contradição entre o exercício de uma autoridade sem falha, restaurando a figura do Estado-polícia para assegurar a segurança civil, e*

um laxismo em face das conseqüências de um liberalismo econômico que alimenta a insegurança social.”[18]

Ao invés de se tentar regular a sociedade numa abordagem retrospectiva, a atual conjuntura demonstra que é preciso fazê-lo de forma prospectiva; portanto, com análises prognósticas do cada vez mais incerto e imprevisível devir social. Num momento em que o direito, definitivamente, não acompanha o ritmo de mudanças aceleradas da sociedade e não disciplina adequadamente os seus desdobramentos, impõe-se a necessidade da sua re-adequação.

Nas décadas de 1970 e 1980, Ulrich Beck[19] e Niklas Luhmann[20] identificaram um novo marco nos estudos sobre os temas sociedade, política e direito. Em tempos de globalizações, fatores como a imprevisibilidade, a instabilidade, a incerteza e a insegurança, contribuíram para a constatação que era preciso promover a revisão/superação de uma série de instrumentais teóricos, para se compreender adequadamente o funcionamento da racionalidade humana, em processos sociais jamais vivenciados com tamanha freqüência e intensidade. Cientes disso, tais autores conceberam as suas teorias da sociedade do risco e da sociologia do risco, respectivamente.

A exasperação da sociedade industrial e do advento de um novo modelo de relações sociais pode ser ilustrada por acontecimentos até então pouco previsíveis, como o acidente nuclear da usina de Chernobyl, ocorrido poucos meses após a publicação da obra mais famosa do sociólogo Ulrich Beck[21], que formulou a sua “teoria da sociedade de risco”. Esta envolve uma espécie de conceito auto-crítico (ou auto-reflexivo), que visa a conferir um certo grau de previsibilidade e calculabilidade a eventos futuros e incertos, inalcançáveis através das ferramentas tradicionais da – por ele chamada – “primeira modernidade”[22]. Na definição de Beck, risco “*é a aproximação moderna para se prever e controlar as conseqüências futuras da ação humana, as várias conseqüências não pretendidas de modernização radicalizada. É uma tentativa (institucionalizada), um mapa cognitivo, para se colonizar o futuro*”. [23]

Beck aponta oito elementos como a espinha dorsal da sua teoria da sociedade do risco:

“(1) riscos não se referem a danos incorridos; (2) o conceito de risco reverte o relacionamento entre passado, presente e futuro. O passado perde seu poder para determinar o presente; (3) as demonstrações do risco não são unicamente nem factuais nem provenientes de declarações de valor; (4) controle e falta de controle como expressado na incerteza manufaturada; (5) o conceito contemporâneo de risco associado com a sociedade de risco e a incerteza manufaturada se refere à síntese peculiar entre conhecimento e inconsciência; riscos somente sugerem o que não deveria ser feito, não o que deveria; (6) os novos tipos de riscos são simultaneamente de ordem local e global, ou “glocal”; (7) riscos são ao mesmo tempo ‘reais’ e constituídos pela percepção e construção social; quanto menos os riscos são publicamente reconhecidos, mais eles são produzidos; (8) a noção de sociedade mundial do risco é pertinente para um mundo que pode ser caracterizado pela perda de uma distinção clara entre natureza e cultura”.[24]

Em conjunto com Niklas Luhmann, Raffaele de Giorgi fundou o *Centro degli Studi sul Rischio*[25], na Università di Lecce (Itália), para desenvolver pesquisas interdisciplinares sócio-jurídicas, acerca dos desdobramentos e dos possíveis mecanismos de tratamento do risco, enquanto nova forma de percepção (prospectiva) do tempo. A partir dessa experiência, os autores produziram diversas obras, conferindo uma nova abordagem à questão do risco, que inverte a lógica, até então vigente, da perspectiva de análises sobre eventos futuros.

Calcada no elemento “segurança” e voltada para o passado, na busca de um norte previamente planejado, a ser adotado no presente, para se vivenciar com estabilidade um futuro dotado previsibilidade, a vertente clássica da modernidade vinha sendo manejada, desde o século XVII, com respaldo em diversos ramos do conhecimento humano. Reconhecida a importância dos eventos pretéritos, a “sociologia do risco” de Luhmann e De Giorgi rompe com a lógica anterior e utiliza o conceito de risco como instrumental para constituir vínculos entre a atual sociedade complexa e o cada vez mais incerto futuro, considerando indispensáveis os processos deliberativos para um mínimo controle sobre os danos a devir[26].

Raffaele de Giorgi apresenta a seguinte síntese sistemática sobre a categoria “risco”:

“O risco é uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade. (...) O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção estruturas através do necessário tratamento das contingências. (...) O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação e não na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda, que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito: trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco”.[27]

Há consenso entre Luhmann e De Giorgi quanto ao abandono da idéia de segurança, em contraposição à de risco, pela inutilidade daquela para a compreensão do futuro conforme as decisões do presente. Como têm demonstrado as medidas adotadas nos últimos tempos, mundo afora, para a contenção de “situações de emergência”, quanto mais segurança for invocada, maior será a insegurança e a incerteza[28], pois através da segurança “*não se enxerga que o tempo da política é o tempo presente, e que o tempo da complexidade é o tempo da simultaneidade, que, por sua vez, é sempre o presente. O tempo de decisão é o presente.*”[29]

A díade segurança/risco (*Sicherheit/Risiko*) é substituída pela dicotomia perigo/risco (*Gefahr/Risiko*)[30], de modo que, enquanto “perigo” representa os danos produzidos por fatores externos, a categoria “risco” simboliza os danos gerados por decisões que apreciam perigos[31]. Para explicar essa dualidade, De Giorgi utiliza a “metáfora da

chuva”[32]: mesmo nos dias em que o sol brilha efusivamente, existe a possibilidade de chover, o que surpreenderia os desprevenidos que deixaram suas casas sem portar um guarda-chuva. Diante da chuva (fator externo), há o perigo que alguém se encharque e, conseqüentemente, fique doente (dano). No entanto, através da tomada de uma decisão (apreciação do risco), no momento do temporal (presente), a pessoa poderá evitar esse dano ao escolher uma alternativa.

Isto é, enquanto os perigos são incertos quanto ao momento da sua ocorrência, sendo evitáveis os danos por eles criados, os riscos serão produzidos para controlá-los, quando da sua manifestação, sendo, portanto, inevitáveis e meramente administráveis. De Giorgi aborda a diáde perigo/risco da seguinte forma:

“O risco, então, é um caractere estrutural da complexidade da sociedade moderna, da sua temporalização, da simbiose com o futuro, do perfil paradoxal do presente, da ecologia do não-saber. O risco dos modernos não tem a ver com o perigo dos antigos. O risco dos modernos expande o potencial das decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza, no sentido em que permite ativar mecanismos da sua assimilação, bifurca os caminhos do agir possível e duplica as suas bifurcações. As alternativas se multiplicam e, em relação ao futuro, este próprio é racional.”[33]

Com respaldo nessas formulações teóricas, diversas transformações tem ocorrido no âmbito do direito, especialmente nas searas do Direito Ambiental e dos direitos fundamentais, que serão adiante exploradas.

5. Os reflexos da sociedade do risco sobre o direito: os casos do Direito Ambiental e dos direitos fundamentais

Com base nos fenômenos antes apresentados, surgiu uma série de exigências que demandam a adoção de medidas imediatas nas searas da política e do direito, para se estabelecer novas estratégias jurídicas perante acontecimentos sociais e naturais, antes imprevisíveis na ótica da categoria “segurança”. Nesse sentido, a produção de normas jurídicas passou a ter duas pautas: a primeira, caracterizada por um processo pulverização e tecnicização das decisões, que envolve a chamada “deslegalização” das normas jurídicas; e a segunda, identificada pela atribuição de responsabilidades, ao Estado e aos particulares, pela produção de danos.

Nessa esteira, a legislação infra-constitucional incorporou tais elementos a diversos ramos do ordenamento jurídico, através de novas categorias: no Direito Penal foram instituídos os crimes de perigo abstrato; e no Direito Civil e no Direito Administrativo foram desenvolvidas as teorias da responsabilidade objetiva e do risco administrativo.

5.1. O Direito Ambiental na sociedade do risco: o caso do direito difuso ao meio ambiente saudável

O Direito Ambiental consiste numa disciplina jurídica recente e de natureza híbrida, pois congrega características do Direito Público e do Direito Privado. Basicamente, visa a conferir um tratamento jurídico às relações entre o homem e a natureza, que, na modernidade, são representadas pela figura do “homo faber”, símbolo de uma organização social calcada na dominação da natureza pelo homem, que dela extrai riquezas e a transforma produzindo trabalho. Como as conseqüências das perenes modificações na natureza são infinitas, o direito tenta disciplinar as suas relações com o homem em uma disciplina específica, o Direito Ambiental.

Apesar de ter como fontes diretas outros ramos do direito – principalmente o Civil e o Administrativo –, o Direito Ambiental possui uma dogmática própria, com institutos e princípios como os da precaução, da prevenção e do poluidor pagador[34]. No plano da reflexão teórica, algumas novas abordagens têm sido conferidas ao Direito Ambiental: (i) a da vertente constitucionalista (“Direito Ambiental Constitucional”)[35]; (ii) a da análise econômica do direito[36]; e (iii) a da teoria da justiça (“justiça sócio-ambiental”)[37].

Como adiantado na introdução deste trabalho, será aqui adotada uma análise sociológica, no marco do Direito Ambiental na sociedade do risco, que denota diversas tendências contemporâneas: os novos mecanismos de flexibilidade para mensuração dos danos na responsabilidade civil; os processos judiciais coletivos; os movimentos sociais ecológicos; a politização do direito e do Judiciário; a equidade intergeracional; as externalidades ambientais negativas; o princípio *in dubio pro ambiente*, etc.

A doutrina jurídica ambientalista costuma tratar o meio ambiente como macro bem (direito difuso) e micro bem (compartimentações estritas: flora, fauna, rios, lagos, etc.), cuja titularidade não é caracterizada, variando no tempo e no espaço[38]. A primeira vertente, que será explorada neste trabalho, foi erigida ao patamar de direito fundamental, como direito difuso ao meio ambiente saudável/sustentável, com previsão normativa no art. 225, da Constituição de 1988. Esse direito é considerado numa dupla dimensão, negativa e positiva, impondo ao Estado um duplo dever: abstenção de condutas que possam degradá-lo e promoção de medidas concretas para protegê-lo. Trata-se de um direito de titularidade indeterminada e passível de exigibilidade judicial, sendo legitimados para a sua tutela, além dos órgãos do Executivo, o Ministério Público e as associações civis, na forma da Lei nº 7.347/85.

Como desdobramento dos valores irradiados por esse direito, institutos jurídicos conexos têm sido reformulados, destacando-se os seguintes: (i) a “função social ecológica”[39], como forma de harmonização entre o bem comum e os interesses individuais; (ii) a “função social ambiental”, como parâmetro para se definir a alocação de bens a que as pessoas teriam como dever de justiça; e (iii) a função sócio-ambiental da propriedade – posse provisória (Lei 9785/99) e posse-trabalho (1228, §4º, do Código Civil) –, que reduziria a exclusão social como obstáculo à sustentabilidade.

No paradigma do Direito da Cidade, o Direito Ambiental assume os contornos de um Direito Ambiental das Cidades, cujo símbolo principal é o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), notabilizado pela sua forte ênfase na gestão democrática e nas práticas deliberativas envolvendo as reivindicações da sociedade civil (movimentos sociais, ONGs, etc.), que fiscaliza a atuação do Estado. Como desdobramento dessa noção, tem sido desenvolvida a de “cidade sustentável”[40], que apresenta alguns princípios para uma gestão das cidades adequada ao meio ambiente sustentável: limites ambientais, gestão da procura, eficácia ambiental e equidade.

5.2. Os direitos sociais na sociedade do risco: o caso do direito à moradia

Independentemente do ponto de vista teórico/ideológico adotado quanto às fontes e à formação dos direitos fundamentais, não há divergência quanto ao seu reconhecimento normativo pelas principais constituições ocidentais do período pós-1945, quando se iniciou um amplo movimento de constitucionalização de valores, inclusive os relativos à justiça social[41].

Após meio século da deflagração desse processo de avanços nas liberdades públicas e privadas, os direitos fundamentais contextualizam-se num cenário completamente diverso. Apesar de positivados nos textos constitucionais, têm enfrentado uma série de atentados, em diversos flancos, que geraram grandes ondas de estagnações e retrocessos.

Num contexto tido como de “emergência” e “exceção”, governantes têm invocado a necessidade de relativização das liberdades clássicas dos cidadãos, alegadamente, em prol de mais “segurança”, entendida como proteção de todos contra todos, no mais fidedigno modelo absolutista hobbesiano. Paralelamente, identifica-se uma postura de inércia quanto aos direitos sociais, que, embora formalmente previstos nas constituições, são inviabilizá-los na prática. Esse é o caso do Brasil, que denota um uso simbólico dos direitos sociais, restringidos pelas vias econômica e política, diante do fracasso da tentativa de supressão jurídica[42].

Os direitos fundamentais sociais – enquanto categoria jurídica formulada no passado e ainda passível de concretização no presente – deparam-se com grandes desafios e somente poderão ser efetivamente concretizados se concebidos no paradigma da sociedade do risco. Caso se compreenda o direito e, especificamente, os direitos fundamentais, no sentido do progresso rumo à justiça social, não se deve mais trabalhar com o instrumental da “segurança”.

Enquanto a “segurança” limita-se a conter o novo e preservar o já existente, a categoria “risco” oferece elementos viáveis para a permanente atualização dos direitos sociais em face dos “perigos” que o seu perene déficit de efetivação acarreta à maioria dos cidadãos e a simples mirada para o passado não consegue resolver: exclusão social, desigualdade de renda, altos índices de desemprego, condições insalubres de trabalho, pobreza extremada, desnutrição proliferada, baixo grau de educação e precariedade em matéria de saúde, habitação, etc.

Permitindo a garantia desses direitos voltados para o avanço social, numa abordagem prospectiva de justificação e efetivação a partir do presente, o “risco” denota as decisões a serem tomadas democraticamente, na atualidade, para adequar o presente às demandas do futuro. Para tanto, é preciso inicialmente garantir os direitos sociais – numa estratégia de defesa das conquistas do passado –, com a sua legitimação no paradigma atual da sociedade do risco e do Estado Democrático de Direito, cujas estruturas determinam uma releitura desses direitos.

As dimensões de direitos referentes às tradições liberal e social têm sido concebidas em relações de interdependência e unidade[43]. Assim, os direitos sociais devem ser compreendidos numa nova realidade, a do paradigma da sociedade do risco, assentando a sua justificação enquanto condição indispensável para a formação da democracia participativa (alternativa à meramente representativa) e para a efetivação da justiça social.

Apesar das modificações no conteúdo e na forma das normas jurídicas, a maior contribuição do advento da sociedade do risco para o direito consiste na ênfase que atribui ao permanente processo decisório na sociedade, ou seja, aos procedimentos de elaboração de um remodelado regramento jurídico em face de novas demandas. Como já afirmamos outrora:

“a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios”[44]

Com base na idéia que o risco pressupõe e depende de decisões[45], há de se examinar os fóruns e os mecanismos de deliberação atualmente existentes para se lidar com ele. Para tanto, é emblemático o caso do direito social à moradia[46], pois se alinha com as diretrizes desse processo.

Na era da sociedade do risco, as questões ligadas à moradia vêm sofrendo perenes transformações. Diante de fatores como a desterritorialização do trabalho, é grande a mobilidade de pessoas em fluxos migratórios, inclusive mundiais, que vêm rotulando esses sujeitos como “desplazados”. No atual contexto, em que prevalece a informalidade do trabalho, é a maior dificuldade em se adquirir a propriedade um imóvel que garantir a sua posse, pois, além das barreiras econômicas, os programas de financiamento exigem vínculos trabalhistas.

Após doze anos de vigência da Constituição Federal de 1988, como resultado de um amplo processo de reivindicações da sociedade civil (especialmente do Fórum Nacional da Reforma Urbana), a Emenda nº 26/2000 inseriu o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º). Posteriormente, foram editados importantes instrumentos normativos, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a Medida Provisória 2.220/01 e a Lei nº 11481/07, que permitiram uma progressiva ampliação da sua efetividade, com uma crescente justiciabilidade[47].

Em sua aplicação, esse direito fundamental é considerado numa dupla perspectiva, de defesa e prestacional. Esta impõe ao Estado um dever de se abster em violá-lo (deixando de interferir, injustificadamente, na moradia dos cidadãos) e, simultaneamente, de viabilizar a sua efetivação (ampliando o acesso dos cidadãos a uma moradia digna).

Assim, o direito à moradia possui dois âmbitos de materialização: (i) privado: em relações jurídicas patrimoniais/negociais, como no regime de locações, costuma-se invocar o instituto da impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8009/90) como proteção à moradia; e (ii) público: em reivindicações apresentadas ao Estado para a promoção de políticas públicas para a habitação, ou em conflitos com outros direitos fundamentais, como direito ao meio ambiente, sendo exemplos as ocupações irregulares realizadas, tanto por *resorts* residenciais, como por favelas.

6. Espaços decisórios, atores sociais e mecanismos a serem explorados para o tratamento dos conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco

Fundamentada a possibilidade de coexistência, no marco da complementaridade, do direito social à moradia e do direito ao meio ambiente saudável, na perspectiva da cidade sustentável, cumpre examinar os espaços para se buscar a minimização dos riscos sociais.

Nesse sentido, cabe aqui retomar e desenvolver a premissa da centralidade dos processos decisórios no tratamento e na produção dos riscos. Como se pode inferir dessa idéia, há uma relação direta dos riscos com a democracia, o que torna necessário aclarar a compreensão que se tem sobre esta, enquanto pano de fundo e elemento integrante da formação dos riscos.

Muito se fala sobre as crises da democracia real e a sua crescente discrepância em relação aos modelos de democracia ideal. Assim, formula-se uma tradicional pergunta: “qual o futuro da democracia?” No afã de resolver essa questão, teóricos têm proposto modelos normativos de democracia, que serviriam como alternativa para a insuficiência do regime democrático, ora vigente, e o cumprimento satisfatório das chamadas “promessas da democracia moderna”[\[48\]](#).

A democracia deve ser concebida como uma aquisição evolutiva – “*continuamente submetida aos riscos inerentes ao tratamento político da complexidade*”[\[49\]](#) –, a ser construída no dia a dia, diante das demandas do presente, para desenvolver e ampliar sucessivos processos de deliberação popular através da sua organização, da formação dos seus participantes e da proliferação dos seus âmbitos de decisão.

A própria democracia pode ser compreendida como um risco, pois envolve eventos futuros e incertos, e como mecanismo de produção e controle de outros riscos. Eis o motivo da centralidade da noção de “processo decisório”. Assim, no exame das arenas e dos sujeitos responsáveis pela tomada de decisões que produzem riscos, em específico os de caráter social, há de se ter sempre claro que esse processo (i) deverá ser pautado

por uma idéia de tolerância, (ii) terá como resultado dois comportamentos: aceitação ou rejeição do risco; e (iii) nem sempre a decisão dos juristas será a mais adequada.

Isto assentado, cumpre agora apresentar os espaços onde se delibera e os sujeitos que decidem sobre a produção de riscos sociais, o que proporcionará a visualização de mecanismos para a promoção dos direitos sociais e ambientais no paradigma da sociedade do risco:

Poder Judiciário: com a crise da democracia representativa, esse ator/espaço vem ganhando muita ênfase na arena decisória do Estado, recebendo demandas que tradicionalmente eram encaminhadas aos representantes eleitos pelo povo. Com isso, desenvolveu-se o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais[50]. Nesse sentido, houve uma série de avanços na hermenêutica jurídica para se tentar conferir novas abordagens a temas relativos aos direitos fundamentais, como a sua apreciação no controle de constitucionalidade e em demandas individuais e coletivas, bem como a possibilidade de um controle judicial do orçamento estatal e de políticas públicas. Esse movimento é marcado pela retomada da interpenetração entre direito e política no espaço da constituição, o que permite a construção de um caminho dialógico pautado pela abertura constitucional e sua ampliação participativa, deliberativa e argumentativa. Assim, dois instrumentos se destacam na apreciação dos riscos sociais nos tribunais: (i) a produção de prognoses através de parâmetros democráticos e racionais de interpretação; e (ii) os princípios da obrigação de progressividade social e vedação ao retrocesso social.

Poder Legislativo: por questões de (i) legitimidade democrática, o Judiciário não deve figurar como protagonista em processos de decisão sobre riscos sociais, e pode fugir à responsabilidade pela tomada de certas decisões, ao rejeitar alguns riscos. Assim, reafirma-se a importância da recuperação da credibilidade das instituições políticas representativas, numa ampliação da democracia para níveis participativos e deliberativos, que possa avançar na elaboração de leis – consentâneas com a vontade e as demandas da população – eficazes para a concretização dos direitos fundamentais e o controle da atuação do Executivo nesse mister. Nesse sentido, é importante a crescente representatividade de diversos grupos sociais, através de parlamentares comprometidos com as suas bandeiras/demandas.

Poder Executivo: num processo de tecnicização das normas jurídicas, foram criadas as Agências Reguladoras, para produzirem regramentos técnico-jurídicos específicos e adequados ao dinamismo e à complexidade do mercado. Servindo-se da chamada “deslegalização”, a Administração Pública passou a invocar para si a tarefa de disciplinar uma série de situações, que envolvem diversos riscos. Paralelamente, arvorando-se no caráter subjetivo da discricionariedade administrativa, o Executivo persiste em se omitir na implementação de políticas públicas sociais universais, optando pelas setoriais/focalizadas. Para reverter esse quadro, dispõe de importantes instrumentos de interação com a sociedade civil – como o orçamento participativo e fóruns de discussões populares –, aptos para a aplicação de medidas de caráter emergencial (como as ações afirmativas, os programas de renda mínima, de créditos educacionais, etc.) e de longo prazo, para a inclusão social e a distribuição da riqueza.

Espaço público: na sociedade do risco, as decisões acerca da efetivação de direitos fundamentais e da produção de riscos sociais não se concentram apenas na figura do

Estado. O chamado “espaço público” assume papel de relevância e figura como uma nova arena de debates políticos, que, em razão da insuficiência das estruturas e instituições representativas tradicionais, viabiliza a participação política dos movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada, proporcionando o surgimento de novas arenas de decisão para-estatais. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos formulou a noção de “espaço público não estatal”, para representar o advento de uma nova cultura política de ampliação e ativação da cidadania, mediante uma conjugação do “princípio do estado” com o “princípio da comunidade”. A noção de “espaço público não estatal” representa uma revalorização e um alargamento da política para além da distinção liberal entre sociedade civil e Estado, sendo que este “*é o articulador e (...) integra um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais, locais e globais*”^[51]. Nesse ambiente, a cidadania ganha força e novos sujeitos assumem a responsabilidade de reivindicar, perante o Estado, a elaboração e implementação de políticas públicas.

7. Considerações finais

A partir da análise do conflito sócio-ambiental no Jardim Botânico, buscou-se demonstrar duas hipóteses perante o quadro jurídico e social atualmente delineado no Brasil. Exposto o pano de fundo teórico e social dessa modalidade de conflitos no período contemporâneo, cabe agora retomar os eixos de problematização do item 2.3, para apresentar os resultados desta pesquisa.

(I) Em termos normativos e teóricos, os direitos à moradia e ao meio ambiente sustentável são complementares, podendo haver conflitos em casos concretos e polarização entre os interesses de certos indivíduos e os da coletividade. Mesmo nessa hipótese, não há de se falar, necessariamente, na prevalência de um sobre o outro, cabendo ao Estado garanti-los e promovê-los harmonicamente. O processo brasileiro de formação social é caracterizado pelo seu estadocentrismo, o que, somado à insuficiência do modelo de racionalidade da segurança, implica na necessidade de uma abertura dos processos decisórios para a sociedade civil, a serem norteados pela noção de riscos sociais.

(II) Além do Estado, representado por seus órgãos e instituições (polícia, magistratura, procuradorias, etc.), são centrais os seguintes atores sociais: cidadãos afetados pelo conflito, militantes em direitos humanos, advogados e movimentos sociais. As posturas desses sujeitos variam de acordo com a pressão social exercida: (i) bom senso: um magistrado revogou uma ordem de reintegração de posse, diante do exercício do (ii) direito de resistência pelos moradores, que se recusaram a cumprir decisão judicial de desocupação das áreas das suas moradias, o que consiste em exercício da cidadania, conforme o Estado de Direito.

(III) No caso do Jardim Botânico, não há conflito entre o interesse público e os dos cidadãos moradores da região, evidenciando-se um interesse estatal patrimonial, aparentemente camuflado de interesse ambiental, à proteção da sua propriedade em

relação à posse dos moradores. Uma postura de superação da concepção individualista dos direitos humanos não implica, necessariamente, em se privilegiar os direitos difusos em relação aos individuais e coletivos, devendo ser buscada uma confluência entre o interesse público e os direitos de cidadania, expressada pela complementaridade do direito difuso ao meio ambiente com os demais direitos fundamentais, como o direito social à moradia.

(IV) Num conflito sócio-ambiental como o do Jardim Botânico, ao contrário de se buscar, perante o Poder Judiciário, a expedição de uma ordem coercitiva para a remoção compulsória dos cidadãos (única medida possível nesta via), a solução mais adequada é a abertura de um diálogo do poder público com representações de todos os envolvidos, como se tentou fazer com a formação da comissão interministerial da SPU. Esta, por sua vez, não é suficiente, pois, apesar de ter determinado a suspensão dos processos judiciais, é desprovida de representatividade da sociedade civil e dos moradores envolvidos. Geralmente, o poder público fica em posição vantajosa em relação aos cidadãos, em razão do seu poder de império. Assim, devem ser implementados e ampliados fóruns permanentes de deliberação, entrelaçando-se o Estado e os representantes da sociedade civil.

Não há soluções definitivas para o tema, devendo-se identificar os problemas que ele acarreta e apontar os possíveis caminhos e instrumentos existentes conforme o paradigma atual da teoria e das instituições jurídicas. No atual ritmo de mudanças sociais, não se deve esquecer que, ao lado de novas demandas, ainda há questões pretéritas que persistem sem solução, através da utilização do instrumental jurídico tradicional.

Paralelamente ao processo de incorporação de novas demandas sociais, devem ser superadas as suas dificuldades de efetivação, com um enfoque especial na tomada de decisões. Por um lado, o Judiciário aparece como uma miragem, que demonstra aptidão técnica e especializada para o tratamento de demandas inéditas e já conhecidas (porém, não resolvidas) pelo Legislativo e/ou pelo Executivo. Por outro, revela-se um canal limitado à resolução de certos casos extremos e de caráter emergencial, que envolvem apenas os poucos cidadãos e grupos sociais que são demandados ou podem recorrer a ele.

Para a correta compreensão dos conflitos sócio-ambientais na sociedade do risco, é preciso conjugar um forte impulso numa deliberação democrática fundada na promoção simultânea da soberania popular e dos direitos humanos. Assim, fatalmente ter-se-á uma revitalização da participação política, fortificada com o elemento discursivo, que permitirá a prevalência da real vontade popular e um controle sobre as ações estatais por parte da sociedade.

8. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, M. J. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

BECK, Ulrich. El final de los otros. In: *El país*. Cuaderno Opinión, 07/fev, 2005, pp. 13/14.

_____. Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent. In: *Constellations*, Oxford/Mass.: Blackwell Publishers, v. 10, n.º 4, dec., 2003, pp. 453/468.

_____. *World risk society*. Malden: Blackwell Publishers, 2001.

_____. Teoría de la sociedad del riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 201/222.

_____. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177/205.

_____. A circulação jurídica dos direitos sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Org.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 93/122.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CARRERA, Francisco. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.

COSTA, Heloisa S. de Moura; BRAGA, Tania Moreira. Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: R. Dumará, 2004, pp. 195/216.

DE GIORGI, Raffaele. *Il diritto nella società del rischio*. Mimeo, 2005.

_____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1998.

DENNINGER, Erhard. 'Security, Diversity and Solidarity' instead of 'Freedom, Equality and Fraternity'. In: *Constellations*. Oxford/Mass.: Blackwell Publishers, v. 7, n.º 4, 2000.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. de Ignacio G. Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. e II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. (Orgs.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67/82.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: B. Mondadori, 1996.

_____. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 123/154.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Risco. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 734/738.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO: SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. *Relatório Comissão Interministerial*. Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318.

MOTA, Maurício. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: *Revista de Direito da Cidade*. UERJ. Rio de Janeiro: HARBRA, v. 01, nº 02, nov., 2006, pp. 203/229.

RISKY business. *Time*, n.º 04, July, 2003, pp. 40/48.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*. São Paulo: Cortez, 2006

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge University Press, 2005.

VIEIRA, Liszt. Jardim Botânico: o interesse público. In: *Jornal O Globo*, 19/07/2008. Disponível na Internet em: www.jbrj.gov.br/materias/20_07_2005.htm. Acesso em 22/07/2008.

* Doutorando em Direito da Cidade (UERJ), Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio); Professor de Direito Constitucional da FND/UFRJ; Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da UCAM; e editor do Site Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br).

[1] ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, M. J. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 09/43.

[2] Cf. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO: SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. *Relatório Comissão Interministerial*. Extraído do processo nº 90.0049294-7, em trâmite na 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pp. 293/318. Para o histórico dos conflitos em análise, vale conferir trecho desse documento: “*A questão fundiária do que hoje é conhecido como Instituto de Pesquisa Jardim Botânico iniciou-se com a fundação em 1596 do 'Engenho de Nossa Senhora da Conceição da Lagoa' de propriedade de Diogo de Amorim Soares. Em 1660 a propriedade foi adquirida por Rodrigo de Freitas Melo e Castro (que deu nome a atual Lagoa Rodrigo de Freitas). Com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, D. João VI resolveu desapropriar o engenho de Rodrigo de Freitas para a criação da Fábrica de Pólvora. Em 13 de maio e 13 de junho de 1808 o regente criou a fábrica de pólvora e desapropriou as terras do engenho. No antigo engenho existiam moradores e lavradores que residiam no local e muitos se recusaram a sair. Sendo este o início da questão fundiária no Jardim Botânico. Em 18 de julho de 1811 o Príncipe Regente determinou a desapropriação de inúmeros moradores da – agora – fábrica de pólvora, para que fossem instaladas residências para os trabalhadores da referida fábrica. Assim, inúmeras vilas foram erguidas para que os trabalhadores pudessem residir próximo ao trabalho (considerando que a área era rural e de difícil acesso). Esta é a origem da segunda grande causa dos problemas fundiários do Jardim até a presente data e a origem das casas que foram objeto de cessão. O próprio D. João trouxe vários espécimes de plantas para serem plantadas no jardim do presidente da fábrica o que originou o atual Jardim Botânico. Com a transferência em 1826 da fábrica de pólvora para a serra de Petrópolis, a área foi desmembrada e alienada inúmeras chácaras, política que prosseguiu até a República, dando origem aos bairros da Lagoa, Ipanema, Leblon, Gávea, Jardim Botânico e parte de Botafogo, ou seja, pedaço substancial da Zona Sul do Rio de Janeiro. (...) Com relação às casas dos antigos empregados da fábrica de pólvora, muitas delas foram cedidas para funcionários do Jardim Botânico, outras são ocupadas por pesquisadores atendendo a atividade fim da Autarquia e outras ocupadas por descendentes de funcionários. Existem ainda algumas regiões em que existe ocupação irregular. Centenas de ações de Reintegração de Posse foram propostas em face dos atuais moradores algumas delas com trânsito em julgado e a maioria em curso. Estima-se que existem 3.000 moradores e cerca de 590 famílias residindo no local, segundo último cadastramento. A situação é, portanto, de natureza social, dominial com tratamento ambiental”.*

[3] Idem, Ibidem, p. 294 (p. 2 do Relatório).

[4] Idem, Ibidem, p. 299 (p. 7 do Relatório).

[5] 1- Caxinguelê (59 famílias); 2- Morro das Margaridas (40 famílias); 3- Estrada do Grotão (117 famílias); 4- Vila São Jorge I (24 famílias); 5- Vila São Jorge II (17 famílias); 6- Rua Pacheco Leão (165 famílias); 7- Solar da Imperatriz - Rua Pacheco

Leão nº 2040 (60 famílias); 8- Estrada Dona Castorina (40 famílias); 9- Rua Jardim Botânico nº 1.008 (7 famílias); 10- Jardim Botânico nº 1.024 (16 famílias); 11- R. Major Rubens Vaz nº 64 (20 famílias); 12- R. Major Rubens Vaz nº 122 (24 famílias). Cf. Id., Ib.

[6] Id. Ib., p. 299.

[7] De acordo com a Lei nº 11.709/08, o salário mínimo nacional monta em R\$415,00. Assim, a maioria dos moradores (76,1%) das áreas objeto do litígio em questão possui renda familiar de até R\$2.490,00.

[8] Súmula 340 STF: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

[9] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO..., *Op. cit.*, pp. 08 e 09 (pp. 300 e 301 do processo).

[10] VIEIRA, Liszt. “Jardim Botânico: O interesse público”. In: *Jornal O Globo*, 19/07/2008. Disponível na Internet em: www.jbrj.gov.br/materias/20_07_2005.htm. Acesso em 22/07/2008.

[11] MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO..., *Op. cit.*, pp. 13 e 14 (pp. 305 e 306 do processo).

[12] Por todos, HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

[13] DENNINGER, Erhard. “‘Security, Diversity and Solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality and Fraternity’”. In: *Constellations*. Oxford/Massachusetts: Blackwell Publishers, v. 7, n.º 4, 2000.

[14] Em 26/12/2004, duas “tsunami” (ondas gigantes formadas por tremores no subsolo marítimo) devastaram o sudeste asiático, especificamente a Indonésia, e causaram a morte de mais de duzentas mil pessoas e a destruição de cidades inteiras. Cf. BECK, Ulrich. “El final de los otros”. In: *El país*. Cuaderno Opinión, 07/fev, 2005, pp. 13/14.

[15] ACKERMAN, Bruce. *Morning after the next attack: emergency power in an age of terrorism*. Yale: Yale Univ. Press, 2006; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004; BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986; LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno M., 1996; e DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Safe, 1998.

[16] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 176. Vale salientar que Habermas não diferencia as categorias “perigo” e “risco”.

[17] Cass Sunstein critica o *Precautionary Principle*, que tem sido utilizado para se justificar medidas – como a “guerra preventiva” (*preemptive war*), deflagrada em 2003 contra o Iraque – de cunho antecipatório, que visam a evitar perigos e eliminar medos,

mesmo em detrimento do respeito a direitos e garantias dos cidadãos. Segundo Sunstein, essas práticas aumentam ainda mais os diversos tipos riscos, especialmente o do terrorismo. SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Univ. Press, 2005, pp. 35/64 e 224/226.

[18] CASTEL, Robert. *A insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p. 58.

[19] A obra de Ulrich Beck sobre a teoria da sociedade do risco é dividida em duas etapas. Na primeira, abre espaço para a temática na sua obra mais famosa: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Na segunda, dá continuidade ao tema, desenvolvendo novas análises através de alguns artigos – dentre eles: “Teoría de la sociedad del riesgo” – e, mais recentemente, aprimora suas idéias na obra *World risk society* e no artigo “Toward a New Critical Theory with a Cosmopolitan Intent”, onde desenvolve a questão do risco através da perspectiva de uma cidadania global e enfoca questões atinentes ao meio ambiente e ao sistema econômico.

[20] A temática que envolve a teoria do risco ocupa um espaço específico e recentemente explorado na vasta produção literária de Niklas Luhmann. Seu principal trabalho a respeito é *Sociologia del rischio*.

[21] BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

[22] Nesse sentido, Beck aduz que “*A questão principal consiste em como tomar decisões sob condições de incerteza manufaturada, onde não somente o conhecimento-base é incompleto, porém mais e melhor conhecimento muitas vezes significa mais incerteza. (...) a sociedade mundial de risco é o oposto de uma ‘constelação pós-moderna’, é auto-crítica, é uma sociedade altamente política em um novo sentido: o diálogo transnacional da política e da democracia – talvez até da sociologia – tem que ser reinventado.*” BECK, Ulrich. *Op. cit.*, pp. 06 e 08: “*The main question is how to take decisions under conditions of manufactured uncertainty, where not only is the knowledgebase incomplete, but more and better knowledge often means more uncertainty. (...) the World Risk Society is the opposite of a ‘postmodern constellation’, it is a self-critical, highly political society in a new sense: the transnational dialogue of politics and democracy – perhaps even sociology – has to be reinvented.*”.

[23] BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 03: “*Risk is the modern approach to foresee and control the future consequences of human action, the various unintended consequences of radicalized modernization. It is an (institutionalized) attempt, a cognitive map, to colonize the future.*”

[24] Idem, *Ibidem*, pp. 135/147: “*(1) risks do not refer to damages incurred; (2) the concept of risk reverses the relationship of past, presente and future. The past loses its power to determine the present; (3) risk statements are neither only factual nor only value statements; (4) control and lack of control as expressed in manufactured uncertainty; (5) the contemporary concept of risk associated with risk society and manufactured uncertainty refers to a peculiar synthesis of knowledge and unawareness; risks only suggest what should not be done, not what should be done; (6) the new types of risks are simultaneously local and global, or ‘glocal’; (7) risks are at the same time*

'real' and constituted by social perception and construction; the less risks are publicly recognized, the more risks are produced; (8) the notion of world risk society is pertinent to a world which can be characterized by the loss of clear distinction between nature and culture."

[25] Sobre a pauta de formação e funcionamento do referido Centro de Estudos sobre Risco, que já foi integrado por muitos professores brasileiros, confira-se: DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, pp. 215 e ss.

[26] Nesse sentido, o mestre de Bielefeld acrescenta que *"também o que pode acontecer no futuro depende da decisão a ser tomada no presente: de fato, só se pode falar em risco quando houver uma decisão a ser tomada, sem a qual não poderia nascer algum dano."* LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 26: *"anche cio che può accadere in futuro dipende dalla decisione da prendere nel presente: infatti si parla di rischio soltanto quando può essere presa una decisione, senza la quale non potrebbe insorgere alcun danno."*

[27] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, pp. 197/198.

[28] BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 139. No mesmo sentido, afirma Bauman: *"(...) no coração da política da vida jaz um desejo profundo e insaciável de segurança, mas agir segundo esse desejo redundava em insegurança ainda maior e mais profunda."* BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p. 31.

[29] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, p. 51. Ainda nas palavras do mestre italiano: *"Segurança é um conceito ilusório que mascara o problema real. (...) A distinção entre risco e segurança parece sem utilidade. Segurança enquanto oposta ao risco, indica somente um lugar vazio que não pode ser recheado empiricamente."* (*Op. cit.*, pp. 220 e 226). Por seu turno, Luhmann assevera que *"o conceito de segurança contraposto ao de risco consiste em um conceito vazio, análogo ao de saúde na distinção doente/sadio"*. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, pp. 29/30: *"il concetto di sicurezza contrapposto a quello di rischio resta un concetto vuoto, analogo a quello di salute nella distinzione malato/sano."*

[30] Cf. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Op. cit.*

[31] LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 38. Nessa senda, *"Apenas a sociedade é capaz de produzir decisões e, portanto, produzir riscos. A distinção risco/perigo pressupõe, a contrário daquela entre risco e segurança, a persistência de incerteza em relação aos danos futuros. Quando o eventual dano é visto como consequência da decisão (isto é, é atribuído àquela decisão), fala-se em risco; quando o eventual dano é devido a fatores externos, sendo atribuído ao ambiente, fala-se em perigo."* MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Op. cit.*

[32] Nas palavras de Raffaele de Giorgi: *"Antes do guarda-chuva, se começava a chover, molhávamos-nos. Foi a invenção do guarda-chuva que criou o risco de se molhar quando chove."* Cf. RISKY business. *Time*, n.º 04, July, 2003, p. 42: *"Prima dell' ombrello, se cominciava a piovere ci si bagnava. È stata l' invenzione dell'*

ombrello a creare il rischio di bagnarsi quando piove”. No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, pp. 31/32.

[33] DE GIORGI, Raffaele. “Il diritto nella società del rischio.” Mimeo, 2005, p. 09: “*Il rischio, allora, è un carattere strutturale della complessità della società moderna, della sua temporalizzazione, della simbiosi con il futuro, della paradossalità del presente, della ecologia del non-sapere. Il rischio dei moderni non ha a che fare con il pericolo degli antichi. Il rischio dei moderni espande il potenziale per le decisioni, duplica la possibilità di scelta, razionalizza l’incerteza, nel senso che permette di attivare meccanismi del suo assorbimento, biforca i sentieri dell’aggire possibile e duplica le loro biforcazioni. Le alternative si moltiplicano e, rispetto al futuro, proprio questo è razionale.*”

[34] Cf. MOTA, Mauricio. “O princípio da precaução em direito ambiental”. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro. v. 1, nº 4, out./dez., 2006; VARELLA, Marcelo Dias et al. (Orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

[35] Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

[36] Cf. ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. México: FCE, 2000.

[37] Conforme Heloisa Soares, a “justiça ambiental” tem os seguintes requisitos: (i) não suportar de forma desproporcional os prejuízos da economia; (ii) participação popular e acesso a informações; e (iii) favorecer a participação de movimentos sociais e sujeitos coletivos. COSTA, Heloisa S. de Moura; BRAGA, Tania Moreira. “Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental”. In: ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: R. Dumará, 2004, pp. 195/216.

[38] MOTA, Mauricio. “O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas”. In: *Revista de Direito da Cidade*. UERJ. Rio de Janeiro: HARBRA, v. 01, nº 02, nov., 2006, pp. 203/229.

[39] FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, pp. 163/221.

[40] CARRERA, Francisco. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 45/116.

[41] BELLO, Enzo. “A circulação jurídica dos direitos sociais: um movimento de alternância constitucional, internacional e supranacional”. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Org.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 93/122.

[42] Em 1993, quando já se desenvolviam reformas constitucionais para adequar o Brasil às exigências do “Consenso de Washington”, o STF interpretou extensivamente

os limites materiais ao poder de reforma da Constituição, considerando no rol de “cláusulas pétreas” todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, ainda que positivados fora do catálogo do artigo 5º (Cf. ADIn n.º 939-7/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ. 15/12/1993).

[43] HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe. (Orgs.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67/82; e ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, pp. 29/30.

[44] BELLO, Enzo. “Cidadania e direitos sociais: um enfoque político e social”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 177/205.

[45] Cf. BECK, Ulrich. *Op. cit.*, pp. 04 e 75.

[46] Neste trabalho, optou-se por tratar “moradia” e “habitação” como sinônimos, apesar de a doutrina considerá-los distintos. Sobre a questão da nomenclatura: SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*. São Paulo: RT, 2004, pp. 141/144.

[47] No Direito Comparado, destacam-se as experiências de Colômbia, Índia e África do Sul, cujas Cortes Constitucionais têm demonstrado uma postura de ativismo judicial em relação aos direitos sociais, havendo casos em que se determinou ao poder Executivo a construção de conjuntos habitacionais, hospitais, etc. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

[48] Segundo Bobbio, são elas: (i) a concentração do poder no povo (monocentrismo); (ii) a proibição de mandatos imperativos; (iii) a derrota do poder oligárquico; (iv) a ampliação do espaço político (concessão de direitos políticos); (v) a eliminação do poder invisível; e (vi) a educação para a cidadania. Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 17/40.

[49] DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, p. 56.

[50] Por todos, VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[51] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 364.

SOMBRA DO PASSADO: DIREITO À MEMÓRIA DAS EX-COLÔNIAS*

SHADOWS OF THE PAST: RIGHTS OF MEMORY

Judith Karine Cavalcanti Santos

RESUMO

Durante o período colonial, os países dominantes apossaram-se de diversos bens de suas colônias, sob o discurso do pertencimento indireto, ou seja, tais bens pertenceriam às colônias e essas, por sua vez, à metrópole. Assim, teoricamente, os bens pertenceriam às metrópoles e não haveria o porquê questionar a legitimidade da posse. A proposta teórica deste texto segue o debate ainda pouco estabelecido sobre o direito das antigas metrópoles em manter a posse dos bens adquiridos das ex-colônias no período de sua dominação. Aparentemente o mais sensato seria a devolução dos bens a seus primeiros donos, já que inicialmente fez parte de sua história e a retirada não se deu por acordo pacífico. Uma pergunta que decorre é: mesmo que o acordo tenha se efetivado de forma legítima, a posse por outra nação é legítima? A história e a memória, nesse caso, seriam consideradas como processos coletivos, sendo dispensável a análise sobre acordos particulares. Por outro lado, os argumentos contrários seguem a mesma lógica teórica. Anos depois, tais bens passariam a fazer parte da história das ex-metrópoles, concomitantemente perfariam um processo de esquecimento na sua nação de origem. As perguntas que seguem daí são: como e por que se preocupar com o passado se ele mesmo já não o é? Os objetos ditos ‘apossados’ dos povos colonizados já não fazem parte de da sociedade que a absorveu? Seguindo tal raciocínio, portanto, o mais sensato, pois traria menos traumas para ambas as nações, seria deixar os bens onde estão. Neste contexto, busca-se uma análise sobre o direito à memória tanto das ex-colônias como das ex-metrópoles nesse processo.

PALAVRAS-CHAVES: COLONIZAÇÃO, MEMÓRIA, DIREITO, PROPRIEDADE

ABSTRACT

In colonial period, ruling countries have taken possession of a large amount of assets from their colonies, based in discourse of indirect ownership: in other words, while assets may have originally belonged to colonies, the latter, along with all its goods, belonged to metropolitan states. That assumption related colonial assets to metropolitan states and legitimated its possession. This paper sets some ideas concerning rights of former metropolitan states to maintain possession of goods taken from former colonies

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

during ruling periods. Returning the goods to its original owners would be, at first sight, the most reasonable claim to present issues, assuming that bonds with tradition and history of colonized communities are still existing. As a response, forms of acquiring would be evoked to endorse the possession of goods traded or taken under legitimated and non-violent transactions. However, history and memory considered as collective and social processes, individual agreement doesn't matter (to determine ownership) as much as social identity. Therefore, the collective approach increases complexity of questions and provides grounds for both alternatives: returning the goods and maintain present possession. The latter follows the collective logic to affirm that goods taken from colonies nowadays integrate themselves into history and memory of the countries (former metropolitan states) that possess them; new bonds created to its cultural life and progressively forgot by the original owners. Setting the past relatively aside, this point of view reinforces the recognition that the communities that presently owns these goods also are culturally linked to them and would be damaged (in its identity) by the its claimed return to original owners. This paper sets an analysis of this complexity, assuming the collective perspective to eventually propose some responses in regard of identity and memory as human rights.

KEYWORDS: COLONIAL PERIOD, MEMORY, LAW, PROPERTY

Introdução

A análise histórica não busca apenas revisar os fatos passados. Esses fatos, ditos pretéritos, implicam na construção do hoje, de forma que olhar para o passado é um desafio constante para a produção de novos significados com olhares nos mesmos fatos. E enfrentar as conseqüências atuais dos acontecimentos pretéritos é ainda mais desafiante.

Com essa perspectiva sobre os acontecimentos passados, a historiografia contemporânea tem procurado por novos rastros e formas de análise dos mesmos, que implicam não somente na reavaliação do papel dos documentos como também na revisão de soluções de conflitos históricos.

Em realidades como a dos julgamentos de soldados protagonistas na Alemanha nazista e a dos processos de anistia brasileiros, por exemplo, a consideração do aspecto temporal em geral é apresentada como argumento para a não punição dos culpados pela violação a direitos humanos. Entretanto, a perspectiva contemporânea de análise dos acontecimentos observa critérios distintos do temporal, dando ênfase não somente ao passado como expressão da história dita 'acabada', mas também percebendo contextos atuais frutos dessa história.

Nessa concepção, um tema parece ainda pouco discutido, talvez pela dificuldade de se firmar um posicionamento distante do temporal. Durante o período de colonização iniciado no século XV, os países colonizadores apossaram-se de diversos bens de suas colônias. Os bens dos povos colonizados passaram por um processo de descaracterização ou apropriação, a depender de sua materialidade.

Embora o mais comum seja pensar nos objetos materiais, os bens desviados e modificados pelo processo colonizador foram também imateriais. Página: 2 Os primeiros, os bens materiais, eram objetos em geral pequenos, relacionados ao cotidiano dos povos e foram trocados por outros bens vindos das metrópoles ou simplesmente retirados da posse dos povos colonizados. O exemplo brasileiro mais comum foi o escambo com os povos indígenas, com a troca de objetos e animais, como faz referência a carta de Pero Vaz de Caminha[1]. O processo nesse caso foi de retirada de bens, os objetos foram desviados do espaço físico e cultural em que surgiram.

Nesse mesmo contexto, muitos outros foram os objetos trocados ou retirados das colônias, desde objetos de pequeno valor até objetos representativos de divindades ou ancestrais. A lógica sobre a transferência da posse desses bens não necessitava de análises complexas; considerando que a colônia pertencia à metrópole, os bens nela produzidos seguiriam a mesma lógica. Assim, teoricamente, os bens pertenceriam à metrópole. Por um tempo isso não foi questionado e serviu de fundamento para alguns atos que marcaram a história, dentre esses, o saque ao Banco do Brasil feito por D. João VI em retorno a Portugal, no início do século XIX.

A partir daí surgem algumas questões: os bens adquiridos devem retornar às mãos dos povos que os deram origem? Mesmo que o acordo tenha se efetivado de forma legítima, a posse por outra nação é legítima? Por que se preocupar com o passado se ele mesmo já não o é? Os objetos ditos ‘roubados’ dos povos colonizados já não fazem parte de da sociedade que a absorveu?

Embora essas relações tenham se constituído no passado, muitos objetos continuam ainda hoje na posse dos (ex-)colonizadores, e o tema da legitimidade da posse de tais bens torna-se contemporâneo e pouco explorado. O presente texto segue, portanto, esse debate ainda pouco estabelecido sobre o direito das antigas metrópoles em manter a posse dos bens adquiridos no período de sua dominação, em contraposição ao direito à memória, à própria história e cultura das ex-colônias.

Para isso, serão considerados bens materiais não apenas os simples e pequenos objetos, mas livros, documentos, obras de arte, objetos religiosos, etc, que possuem um conteúdo

não apenas individual – afinal, “não existe lugar para a memória individual”[2] – mas, sobretudo, coletivo.

Ao usar os termos ‘colônia’, ‘colonizadores’ e ‘colonial’, não me refiro somente à relação com os povos colonizados em si, já que o processo de apropriação de bens não somente se restringiu às colônias, mas também diz respeito a todas as nações[3] que não foram colonizadas, mas extremamente saqueadas durante o período de exploração global[4].

O museu francês Louvre, um dos mais conhecidos e visitados no mundo, por exemplo, possui vários setores destinados a civilizações outras. Nesses espaços, é possível encontrar objetos do Egito, Grécia e Roma Antigas, em grande parte adquiridos nas condições descritas acima.

Por fim, centralizo a discussão nos bens materiais porque considero que a abordagem desse texto fica restrita quanto aos bens imateriais, pela própria natureza imaterial dos bens, necessitando de pesquisa direcionada a outra perspectiva, avaliando o impacto das mudanças lingüísticas, religiosas e comportamentais.

Processo histórico: desapropriação X recepção

A reconstrução da análise histórica do período da colonização iniciada no século XV revela que as metrópoles apossaram-se de uma série de bens de suas colônias e que esse processos seguiram caminhos distintos conforme as características físicas e culturais desses bens. Assim, os bens imateriais sofreram um processo de ressignificação[5] e os materiais, de apropriação.

Em outras palavras, enquanto os bens materiais foram retirados, os bens imateriais dos povos colonizados sofreram a influência dos bens imateriais introduzidos pelos povos colonizadores, que teve como consequência a descaracterização dos bens imateriais nativos às colônias.

O exemplo brasileiro repete-se aqui, com a introdução do catolicismo e a alfabetização em língua portuguesa dos indígenas nativos. Para os negros e negras escravizadas, o processo foi ainda mais duro, já que utilizou mais do que o poder simbólico; foi a

violência o componente que institucionalizou a religião, a língua e demais costumes na cultura negra – tão escravizada quanto sua população.

Os processos de apropriação e descaracterização dos bens materiais e imateriais, portanto, seguiram o esquema abaixo:

Considerando tais processos, observamos conseqüências diferenciadas. De um lado, os bens imateriais da metrópole que foram introduzidos de forma a descaracterizar os bens imateriais desenvolvidos nas nações colonizadas.

Assim, religião, língua, hábitos domésticos sob o discurso impositivo de uma nova religião, nova língua, novos hábitos. Foram retirados desses bens seus conteúdos histórico-culturais, conduzindo-os cada vez mais ao esquecimento, já que é a memória que teria a força de manter os bens distantes daquele.

Por outro lado, no sentido oposto, os bens materiais, pela sua própria condição de bem físico, foram suprimidos e não introduzidos. Dessa forma, o processo foi de apropriação pela nação colonizadora e duas foram as formas predominantes de repasse dos bens materiais da colônia para a metrópole: a troca pacífica e a apropriação indevida.

A primeira era efetivada em relações individuais e ocorreu, por vezes, em acordos pacíficos e em respeito os costumes e leis próprios das relações de troca da época. Isso, por si só, entretanto, não caracteriza a legitimidade, já que foram caracterizadas pela condição de vulnerabilidade do próprio processo colonizador, na maioria das vezes exploratório. Independe, portanto, se consentido pacificamente, porque a condição de vulnerabilidade em que se encontravam os povos colonizados macula o ato. Em outras palavras, a reciprocidade[6] na relação de troca não vincula a legitimidade.

A apropriação indevida, por outro lado, consubstancia-se em uma relação unidirecional de apossamento. Constitui-se, portanto, como um processo violento, ainda que não utilize força física, e ilegal, pois já não correspondia a uma relação legítima de posse desde o passado. E essa ilegitimidade renova-se no presente enquanto o ato permanecer nessa condição.

Entre o passado e o presente

O debate circula, portanto, a condição temporal das relações. De um lado a concepção de que o passado já não existe e que o que temos são apenas memórias, que ainda que documentadas não são totalmente correspondentes ao que aconteceu. Assim não haveria porque se falar sobre a devolução de bens adquiridos em relações pretéritas.

No caso em questão, embora tenham sofrido processo de descaracterização sujeito ao esquecimento, os objetos retirados das ex-colônias perfazem hoje não somente a memória histórica dos povos colonizados, mas também a dos povos colonizadores. As ex-colônias reconhecem-se como proprietárias históricas por terem dado origem aos bens e as ex-colonizadoras sustentam que, mesmo sem considerar o processo de apossamento ilegítimo, depois de algumas décadas esses bens fazem parte de suas culturas. E, por isso, o assunto é delicado.

Assim, algumas considerações adicionais são necessárias.

Dentre os bens desapropriados, alguns tinham o caráter de bens de uso cotidiano, ou seja, poderiam ser caracterizados de início como substituíveis. Outros muitos, no entanto, representam mais que o objeto físico em si, possuindo um conteúdo imaterial, que os torna insubstituíveis.

Nesses últimos, encontramos a maior complexidade da questão, afinal, esses bens, por exemplo, podem ainda ser reconhecidos como divindades ou resguardar restos mortais de líderes históricos.

Em outras palavras, embora essas relações tenham se constituído no passado, muitos objetos continuam ainda hoje na posse dos ex-colonizadores, e grande parte dos objetos retirados das ex-colônias está hoje exposto em museus e galerias como objetos adquiridos no período de exploração colonial.

No campo conceitual, definimos, portanto, o esquema que segue:

Assim, os bens relacionados ao processo de colonização apresentaram-se em dois tipos, imaterial e material. Os primeiros eram bens não físicos correspondentes sobretudo à cultura, linguagem e religião, por exemplo.

Os últimos, eram os objetos físicos e se dividiam, por sua vez, em objetos de uso comum e cotidiano, ditos substituíveis, e objetos que, embora físicos, eram representativos de aspectos culturais ou religiosos, por natureza, insubstituíveis. Ou seja, não representam apenas o objeto físico em si, mas toda uma realidade histórica e cultural, em que o cidadão participa mas não é o único personagem.

Para a análise sob o ponto de vista do direito, os bens materiais adquiridos devem ser percebidos sob a perspectiva da possibilidade de sua substituição ou não. Parte dos bens materiais foram trocados em acordos pacíficos entre indivíduos colonizadores e colonizados e, por corresponderem a bens de uso cotidiano, têm a condição de substituíveis.

1. Manutenção dos bens no local atual

É preciso analisar a possibilidade de manutenção dos bens nos museus. De um lado, porque parte das relações foi de troca pacífica, correspondendo legalmente às normas e costumes da época. Por outro lado, porque tais bens passaram a fazer parte da história das sociedades que os receberam.

Seguindo tal raciocínio, a solução mais plausível seria deixar os bens nos museus e galerias onde estão, pois traria menos traumas para a ex-colonizadora e não faria a nação colonizada reviver as dores do processo. Assim, pensar na devolução imobiliza as possibilidades atuais de solução do conflito, mais que isso, talvez reacenda um conflito há muito não mais existente.

Nesse sentido, o argumento é de que, considerar os aspectos individualizantes do processo, tendendo aos povos colonizados, é limitar a análise. Os traços da relação entre os bens e o povo que os deu origem já não existem mais, ou seja, há uma distância emocional[7], desse povo e um proporcional sentimento de aproximação e recepção para o povo que os acolheu.

O passado, nesse contexto, não mais importa porque não existe senão pelas captações fragmentadas da memória. Voltar a atenção para o passado seria um retrocesso. “Ainda hoje, o culto pelo passado se alia ao conservadorismo social, identificando-o Pierre Bourdieu com categorias sociais em declínio: ‘uma classe ou uma fração de classe está em declínio e, portanto, voltada para o passado, quando já não está à altura de produzir, com todas as suas propriedades, condições e posições’”[8].

Esta proposta, no entanto, não considera a relação anteriormente estabelecida entre os povos colonizados e esses bens.

2. **Devolução**

Outra solução que direciona o debate é a devolução dos bens aos povos colonizados, que deram origem aos bens. O argumento é de que tais bens inicialmente faziam parte de sua história e a retirada desses observou a violência ou fragilidade de uma condição de vulnerabilidade.

A devolução é necessária porque tais bens estão ligados pela memória aos povos que os deram origem. A memória é “um elemento essencial do que se costuma chamar *identidade*, individual ou coletiva, cuja busca é uma das atividades fundamentais dos indivíduos e das sociedades de hoje, na febre e na angústia”[9].

Para essa visão, não fez sentido centrarmos a discussão numa concepção negativa à análise do passado. Afinal, “a ausência de um passado conhecido ou reconhecido [...] pode também ser fonte de problemas de mentalidade ou identidades coletivas”[10]. E ainda que o passado seja esse período anterior aos acontecimentos, que não nos lembramos diretamente[11] e que esse momento não possa mais ser captado em sua totalidade, mas apenas reconstruído (como indica Freud), o fato é que suas implicações perduram até o presente.

Esse presente sob as influências do passado precisa reconhecer a emancipação e a autonomia dos povos diante de sua memória. Ou, no mínimo, falamos de memória coletiva, mesmo tendo sido objetos individuais, seu conteúdo é o ponto de interseção entre as diversas vidas individuais e que produz a proximidade humana cultural, sem apagar no entanto a referência individual como adverte Ginzburg[12], mas tão somente permite o reconhecimento do próprio grupo como um objeto pertencente a um de seus ancestrais, ou seja, sua construção cultural como um todo. - micro e macro histórias. A

dimensão do indivíduo é particular mas interfere na história. Isso também é indispensável aos seres humanos.

3. **Proposta Intermediária**

Depois de discutidas as duas propostas em âmbitos extremos no debate, passa a ser analisada uma medida intermediária, sobretudo por considerar que qualquer possível solução precisa analisar os interesses de ambos os grupos, que não são incoerentes em sua totalidade.

De um lado, centralizar o discurso no distanciamento emocional dos povos colonizados quanto aos bens retirados de sua posse remete o debate aos limites de análise do tempo presente. Assim como a devolução incondicional dos bens recepcionados e assimilados por outra cultura e história cerca o debate com os limites de análise do passado.

Ambas as percepções são plausíveis, resta tentar uma solução baseada na idéia do reconhecimento emancipatório dos povos colonizados e respeito aos eventuais direitos com relação aos bens adquiridos pelos colonizadores, articulando passado e presente. Proponho uma solução, buscando um equilíbrio entre os interesses e apostando na posição fruto da emancipação das nações envolvidas, analisando a natureza dos bens e a possibilidade de sua substituição.

Passo, portanto, à análise de soluções para as categorias que apresentei, bens materiais e imateriais, e suas variações.

Quanto aos imateriais, a análise segue um processo de ‘apropriação’ é diverso dos materiais, como expliquei. O processo foi de imposição de bem diverso do já existente, porque teve um fluxo de inserção de outro valor cultural. Assim, não há como falar em retorno do bem à sua condição original porque a reconstrução ou ressignificação desses bens passa por uma análise que envolve não somente relações de direito – ainda que esse sincronize a temporalidade, como afirma De Giorgi –, mas também a antropologia, a história, a sociologia e outras áreas do conhecimento.

Os bens materiais possuem uma natureza diferente que possibilita uma análise mais voltada para o direito; no entanto, embora de imediato o direito apresente-se como o

meio mais adequado para a solução do conflito, as análises são variadas de acordo com os significados dos bens para os povos que os deram origem ou que os recepcionaram.

Dentre os bens materiais, os insubstituíveis de imediato parecem exigir uma solução mais radical, porque não representam somente o objeto material em si, mas toda relação com a memória cultural ou religiosa. Sob essa consideração de que a relação com os povos de origem transcende ao bem físico, a permanência do bem em espaço distante de tal povo repercute como um crime continuado.

O direito à memória, à própria história e cultura e à identidade coletiva foram violados no passado e seus efeitos repercutem no presente como se acabado de acontecer, deixando como única alternativa aos povos a eterna luta contra o esquecimento, perigo sempre presente principalmente quando se fala em gerações[13]. A solução parece clara: devolução dos bens.

Entretanto, um vácuo surge: de um lado os povos de origem readquirem os bens e o valor transcendente intrínseco a eles, por outro, o povo que acolheu tais bens por décadas e também os reconhece como pertencentes à própria cultura.

A palavra chave para uma solução plausível e sem maiores traumas é ‘intrínseco’. Observemos que a condição de bem insubstituível apenas aparece na primeira relação, ou seja, para os povos que reconhecem não somente a materialidade do bem como essencial mas sua correspondência com o metafísico. Assim, o bem retorna ao povo original e uma réplica toma seu espaço nos museus, reafirmando sua proximidade com o povo que o recebeu.

As únicas possibilidades de não ser obrigatória a devolução talvez pudessem se configurar no caso de risco de dano irreversível do bem ou de expressa concordância do povo descendente interessado (ou órgão ou instituição representante, no caso de o povo não possuir mais descendentes).

Quantos aos bens substituíveis que não possuem esse conteúdo imaterial, ou seja, que constituem importância cultural, mas não necessariamente metafísica, há possibilidades menos traumatizantes e mais práticas, como produzir réplicas, por exemplo.

Além disso, considerando o papel do presente de proceder releituras do passado, na exposição dos bens ou as réplicas desses em espaços públicos deve exigida a identificação crítica do conteúdo histórico do objeto, inclusive indicando a forma de aquisição. Assim, a memória do povo de origem pode ser resgatada de forma crítica.

Outro ponto muito ligado ao anterior e que também precisa ser colocado em questão é a utilização desses bens na geração de lucro. Considerando que alguns museus cobram contribuições aos visitantes, que vão além dos custos de manutenção do bem, parece razoável propor que parte do lucro seja designada para o povo (órgão ou instituição) que cedeu o bem.

Para garantir que os povos colonizados tenham respeitada sua soberania perante a própria memória, história e cultura, cada povo sujeito à desapropriação colonial, assim como os que receberam os bens, tem o direito de opinar quanto ao destino dos bens, em primeira instância.

Com o intuito de centralizar essas funções e como estratégia potencial para uma solução eficaz, a solução pode estar na posse compartilhada dos bens materiais substituíveis (ou insubstituíveis que não possam ser deslocados). Uma comissão de administração colegiada, composta por um número igual de representantes dos povos colonizados e colonizadores, além de possíveis profissionais relacionados ao tema (historiadores, sociólogos, jornalistas, antropólogos, restauradores, etc.).

Assim, essa comissão teria a função de a) detalhar conceitualmente quais os bens que devem ser considerados substituíveis ou insubstituíveis, b) indicar quanto, como e quando a porcentagem nos lucros descrita acima, c) fiscalizar a identificação crítica dos objetos (ou suas réplicas) nas exposições públicas e d) observar as condições em que os bens estão expostos, por exemplo, em todos os casos com o poder soberano sobre as decisões.

E, para prevenir eventuais atos de corrupção e favorecimento, sugeriria ainda na estrutura da comissão, o respeito à paridade entre os representantes dos povos de origem e os atuais possuidores. Além disso, os membros da comissão colegiada não seriam indicados mas eleitos por seu povo, por um período temporal fixo e responsável pela transparência das negociações.

Conclusões

O processo histórico da colonização não findou com a independência das ex-colônias. Os bens adquiridos, de forma violenta ou não, dos povos colonizados durante o período são alvo de questionamentos sobre a legitimidade da posse.

Os bens modificados e apossados foram de diversas naturezas e as conseqüências dos acontecimentos foram plurais na mesma medida. Assim, foi necessário considerar esses aspectos na construção da análise histórica.

Reconhecendo e compreendendo, pois, as especificidades dos bens quanto a sua materialidade e possibilidade de substituição, foi possível construir soluções de natureza prática para a questão: a devolução no caso de insubstitutividade dos bens, permanência no caso de bens com valor diferente do metafísico, exigência de identificação dos bens e sua história quando expostos em público e a divisão dos valores líquidos conseguidos pelos museus com os bens.

Entretanto, a solução com maior poder de equilíbrio, envolvendo principalmente a deliberação emancipatória dos povos envolvidos, é a criação de uma comissão, cujos membros sejam diversos representantes dos povos envolvidos, além de especialistas das áreas de conhecimento que tenham interesse no assunto. Esse grupo será, portanto, colegiado, com paridade e igual poder de voto e veto nas deliberações.

A função principal é buscar um equilíbrio das vozes envolvidas no debate e zelar pelos bens e relações construídas no passado, de forma a garantir que os diversos grupos livres-se das sombras do passado e construam um presente compartilhado. Essa construção coletiva da solução é, portanto, a que mais se aproxima do respeito ao passado e presente já que os povos envolvidos farão parte do processo de decisão.

Primo Levi escreveu suas memórias sobre Auschwitz não buscando juizes, mas testemunhas (Weinrich, 264). Com mesmo intuito, sugiro o tema e as proposições, não com o objetivo de provocar ou culpar nações – embora esse último seja cabível em alguns casos – mas sobretudo na intenção de afastar o esquecimento e manter a memória histórica tanto dos povos colonizados quanto dos colonizadores.

Obviamente não é um processo simples para qualquer das nações envolvidas. Todas passarão pelas dúvidas entre a dor de lembrar e a libertação do esquecer, aqui mais falaciosas do que nas dúvidas de Semprum, pois se trata de um processo coletivo.

Alguns irão preferir debates extensos, outros o silêncio; o importante não é necessariamente o que será decidido fazer mas a condição de escolha que será possibilitada.

Além disso, as histórias das metrópoles e colônias se fundem por demais, como argumentam os intelectuais colombianos na carta em contestação à exigência de visto para entrarem na Espanha. Não há como não discutir uma solução em termos coletivos.

Bibliografia

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DE GIORGI, Raffaele. A memória do Direito. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, tempo e memória. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.49-73.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In _____. **Mitos , emblemas e sinais – morfologia e história**. Trad. Frederico Carotti. 2ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2002. p.143-179.

MARRAMAIO, Giacomo. **O Mundo e o ocidente hoje. O problema de uma esfera pública global**. Apresentado no Seminário “Direito, política e tempo na era global”. Minas Gerais: PUC Minas, 2007.

WEINRICH, Harald. **Lete – arte e crítica do esquecimento**. Trad. Lya Luft. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p.248-296.

LE GOFF, Jacques. Passado/Presente. In _____. **História e memória**. Campinas: UNICEMP, 1996. pp.203-225.

LE GOFF, Jacques. Memória. In _____. **História e memória**. Campinas: UNICEMP, 1996. pp.423-477.

[1] CAMINHA, 2002. p. 113-ss.

[2] De Giorgi, 2006. p.55.

[3] Para fins didáticos, utilizarei os termos ‘povo’, ‘sociedade’ e ‘nação’ indicando conteúdos semelhantes.

[4] Por sua própria condição de vulnerabilidade ao encontrar-se num período de guerra ou pós-guerra, de interstício entre apogeu e decadência cultural, etc.

[5] no mesmo contexto em que Marramao analisa a posição privilegiada do ocidente, nos séculos XIX e XX e define ‘ocidentalização’, em *O mundo e o ocidente hoje*.

[6] Sobre a possibilidade de injustiça em atos recíprocos, ler ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

[7] Ginzburg , 2002. p.163-164.

[8] Le Goff, 1996. p.220.

[9] LEROI-GOURHAN **apud** Le Goff, 1996. p.476.

[10] LE GOFF, 1996. p.204.

[11] HOBSBAWM **apud** Le Goff, 1996. p.212.

[12] 2002. p. 163.

[13] Weinrich, 2001. p.257.

**A INADEQUADA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO COMO
INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NOS
DIREITOS DIFUSOS***

**THE INADEQUATE USE OF THE COLLECTIVE PROCESS AS
INSTRUMENT OF PACIFICATION OF THE SOCIAL RELATIONSHIPS IN
THE**

**Juliana Maria Matos Ferreira
Natália Chernicharo Guimaraes
Vicente de Paula Maciel Júnior**

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de fomento a pesquisas que possuam como objeto central o processo coletivo, visto que o referido processo não é estudado como instituição apta a assegurar a implantação de direitos fundamentais. A inadequada utilização de institutos de caráter privatístico e individual quando do trato de matéria referente à coletividade, que é sancionada pelos diplomas legislativos que disciplinam o procedimento coletivo, dificulta ainda mais a utilização do processo coletivo, que não é construído sob a perspectiva democrática. A ausência de precisão conceitual no que se refere a termos essenciais no processo coletivo, tais como interesse (ou direito) difuso, e a indistinção na utilização dos referidos termos, também dificulta a compreensão do que seja o âmbito coletivo no processo. A principal questão que se discute é a utilização do instrumentalismo processual como base do processo coletivo (em decorrência da sua co-dependência com o processo individual) que gera a pacificação das relações sociais nos direitos difusos e não a implementação dos direitos fundamentais. Contudo, no Estado Democrático de Direito Brasileiro e na sociedade pós-moderna na qual o mesmo se desenvolve, os direitos difusos representam justamente a expansão das relações sociais e o processo coletivo, nessa perspectiva, deve possibilitar a difusão dessas relações, assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais e não possuir como escopo a pacificação social (escopo teleológico do instrumentalismo processual).

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO COLETIVO; INSTRUMENTALISMO;
PACIFICAÇÃO; RELAÇÕES SOCIAIS; DIREITOS DIFUSOS.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The present article intends to demonstrate the necessity of promotion of the research that possess as central object the collective process, since the related process is not studied as an apt institution to assure the implantation of basic rights. The inadequate use of justinian codes of private and individual character when of the treatment of referring substance to the collective, that is approved by the laws that discipline the collective procedure, makes still more difficult the use of the collective process, that is not constructed under the democratic perspective. The absence of conceptual precision of essential terms in the collective process, such as interest (or right) diffuse, and the lack of distinction in the use of the related terms, also makes it difficult the understanding of what it is the collective scope in the process. The main question that if argues is the use of the procedural instrumentalism as the basis of the collective process (in result of its co-dependence with the individual process) that generates the pacification of the social relations in the diffuse rights and not the implementation of the basic rights. However, in the Democratic State of Brazilian Right and in the after-modern society in which this State develops, the diffuse rights represent, exactly, the expansion of the social relations and the collective process, in this perspective, must make possible the diffusion of these relations, assuring the fulfilment of the basic rights and not possess as target, the social pacification (theological target of the procedural instrumentalism).

KEYWORDS: COLLECTIVE PROCESS; INSTRUMENTALISM; PACIFICATION; SOCIAL RELATIONS; DIFFUSE RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa demonstrar como as pesquisas em torno do processo coletivo são incipientes, pautando-se, ainda, em conceitos que já deveriam estar superados tendo em vista as transformações e aperfeiçoamentos introduzidos pela sociedade pós-moderna contemporânea e, especificamente, no caso do Brasil, pelo modelo estatal adotado pela Constituição (Estado Democrático de Direito).

A denominada autonomia do direito processual, que ocorreu, segundo posicionamento da maioria dos processualistas, após 1868 (com a publicação da obra Teoria das Exceções Processuais[1], de autoria de Oskar Von Bülow), ainda é utilizada por parte dos juristas como suficiente para a constituição de uma ciência processual.

Contudo, a construção científica deve atender às proposições de seu tempo, com a devida superação de idéias ultrapassadas (louváveis na época em que foram elucidadas) – idéia de crítica científica - e a utilização de teorias consentâneas com o próprio aperfeiçoamento dos institutos e princípios de acordo com a evolução das pesquisas científicas. E é exatamente na perspectiva dessa epistemologia que a ciência processual pós-moderna e o processo coletivo devem ser desenvolvidos.

O direito processual e, em especial, o processo coletivo, ainda são visualizados como forma de pacificação social e correção das desigualdades nas relações sociais, o que conduz à utilização do processo como mero instrumento, posto à disposição da

jurisdição. Referida utilização do processo é fundamentada pela Teoria Instrumentalista do Processo que se filia ao entendimento da utilização do processo como meio de se atingir escopos metajurídicos[2].

Por escopos metajurídicos entende-se claramente como o que está além do jurídico, ou seja, o social, o político, o econômico, o cultural e até mesmo o religioso, o que denota a utilização inadequada do processo como forma de pacificação de conflitos, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, o processo é concebido como instituição constitucionalizada efetivadora de direitos fundamentais[3] e não de qualquer outro escopo.

Demonstrar-se-á no presente artigo, portanto, que a utilização de conceitos da instrumentalidade processual conduz à exclusão/dominação dos reais legitimados ao processo (povo no Estado Democrático de Direito), bem como que a referida exclusão é acolhida explicitamente pela legislação processual coletiva brasileira.

O entrelaçamento entre a instrumentalidade processual e a tutela dos denominados interesses metaindividuais afigura-se como indispensável para se atingir a “efetividade” do processo e se garantir o “acesso à justiça”, na perspectiva da Teoria Instrumentalista do Processo.

Explicitar-se-á, nesse contexto, que a efetividade segundo os ensinamentos da corrente instrumentalista do processo é auferida pela satisfação social, posicionamento que se coaduna perfeitamente com os mecanismos adotados na legislação que disciplina o processo coletivo brasileiro atual.

A legislação em vigor referente aos conflitos que envolvem o direito de vários interessados conduz a uma “super efetividade” por resolver os referidos conflitos (denominados conflitos “de massa”) de forma célere, trazendo respostas rápidas ao jurisdicionado. Obviamente que tal fato ocorre em razão do tratamento conceitual indistinto entre efetividade e celeridade realizado pela Escola Instrumentalista.

Observa-se, contudo, que as normas que disciplinam o processo coletivo são esparsas, além do fato de se encontrarem, em sua maior parte, ultrapassadas pelo modelo estatal do Estado Democrático de Direito, sendo que a base de regulamentação do mesmo (processo coletivo) são a Lei da Ação Popular (Lei nº 4717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), o que gera uma latente falta de sistematicidade dos princípios, institutos e do próprio procedimento do processo coletivo.

As normas procedimentais que envolvam interesses ou direitos metaindividuais precisam ser revisitadas, assim como toda a ciência processual, pois, após a Constituição de 1988, a utilização de idéias Estatais paternalistas, típicas do Estado Social, e que se manifestam claramente no instrumentalismo, mostram-se superadas e inadequadas na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O processo concebido como instituição constitucionalizada[4] implementadora de direitos fundamentais é realidade desde a promulgação da citada Constituição, contudo, continua havendo por parte dos juristas brasileiros uma preferência pragmática pela

aplicação do processo na sua forma instrumental, como meio de pacificação das relações sociais.

Demonstrar que referida hipótese (utilização do processo como meio de pacificação social), máxime no processo coletivo, é completamente inadequada no Estado Brasileiro, afigura-se, portanto, um dos objetivos primordiais do presente artigo.

1. A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A LEI DA AÇÃO POPULAR (LEI Nº 7.347/85 e LEI Nº 4.717/65)

Antes de se adentrar ao desenvolvimento do presente tópico, cumpre destacar alguns pontos que se relacionam com a escolha dos referidos diplomas legislativos para integrar este artigo.

Inicialmente, como salientado na introdução, pretende-se demonstrar a inconsistência da legislação adotada para a disciplina do processo coletivo no Direito Brasileiro, tendo em vista a adoção do modelo estatal do Estado Democrático de Direito pela CR/88[5].

Ressaltando que a simples indicação das referidas leis (Ação Popular e da Ação Civil Pública) para o estudo do processo coletivo já configura motivo suficiente de estranheza aos juristas que objetivam estudar o processo coletivo em uma vertente democrática (tendo em vista que as duas leis foram promulgadas antes da Constituição de 1988), aduz-se que a análise das mesmas se faz necessária em razão da utilização de seus dispositivos para disciplinar o processo coletivo.

Outra observação necessária que deve ser realizada é a da justificativa para a ausência de análise dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que disciplinam o processo coletivo. Referida ausência se justifica por dois motivos: em primeiro lugar, pelo fato de que uma pesquisa científica deve delimitar seu âmbito de atuação, sendo que a pretensão à abrangência total do tema, além de se mostrar impraticável na maioria das vezes, corre o risco de ser muito superficial, razão pela qual, opta-se, no presente artigo, pela análise de somente dois diplomas legislativos anteriormente citados; e em segundo lugar, pelo fato de que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de merecer algumas modificações, ter sido publicado depois da CR/88 (mais especificamente, em 1990).

Passando a discorrer sobre o tema proposto para este tópico, importante destacar que várias alterações já ocorreram nas leis, ora objeto de análise, mesmo que de forma insatisfatória, principalmente, após a Constituição de 1988.

Observa-se, contudo, que as Leis nºs 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), mesmo após algumas modificações, ainda mantêm conceitos e expressões que denotam o contexto no qual foram elaboradas.

As normas procedimentais que se encontram expressas na Lei da Ação Civil Pública são até hoje utilizadas como fonte principal para a disciplina do processo coletivo. Na

realidade, a referida lei e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) constituem a base de estruturação do procedimento para defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Contudo, a referida legislação esparsa se mostra tão insuficiente que o Código de Processo Civil Brasileiro, datado de 1973, é citado e utilizado recorrentemente como fonte subsidiária devido às lacunas existentes na regulamentação do processo coletivo e à ausência de uma legislação sistematizada do mesmo.

No tratamento destinado atualmente ao processo coletivo uma distinção importante com relação ao processo individual é simplesmente ignorada: o processo coletivo não se pauta na dialeticidade autor-réu, como no processo individual, o que ocasiona a dificuldade de adaptação procedimental entre os procedimentos disciplinados pelo Código de Processo Civil e a defesa dos direitos coletivos. Se a legitimação dos interessados afetados no processo coletivo é diferenciada do processo individual, se a produção de provas é distinta, se a competência é distinta, se os efeitos da coisa julgada são distintos, como se pode aplicar uma regulamentação procedimental de cunho individualista como fonte subsidiária para direitos que envolvam relações sociais em que um número indeterminado de sujeitos esteja envolvido?

Destaca-se que após a Constituição de 1988 as normas procedimentais devem se adequar aos princípios e regras constitucionais e não se fundamentar em legislações infraconstitucionais em desacordo com os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, princípios esses que instituem o processo[6] no Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que as Leis nºs 4.717/65 e 7.347/85 trazem a distinção entre normas materiais e normas processuais, deixando lacunas ao regularem o procedimento e fazendo remissões à legislação esparsa que rege a matéria, assim como, à subsidiariedade de aplicação das disposições do Código de Processo Civil.

A Lei nº 4.717/65 em seu primeiro artigo esclarece que é legitimado ativo para o ajuizamento da Ação Popular qualquer cidadão, restringindo de forma explícita a legitimação para o seu ajuizamento, ao cidadão, concebido sob a perspectiva da referida lei como aquele que vota, conforme se verifica na exigência de comprovação da cidadania que se efetiva pela posse do título de eleitor ou de documento que a ele corresponda.

Somente a título de reflexão, por não ser objeto do presente trabalho, aponta-se o seguinte questionamento: é possível, após a promulgação da Constituição de 1988, a restrição do conceito de cidadania à posse ou não de um documento?

A título de comparação, observa-se, no entanto, que a Lei da Ação Civil Pública não traz o “cidadão” previsto na Lei de Ação Civil Pública como legitimado ativo para propositura da mesma, destacando os seguintes legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista e Associações.

Ao realizar-se um paralelo entre os dois diplomas legislativos, observa-se que na Lei da Ação Civil Pública há restrição ainda maior quanto à legitimidade para o ajuizamento da mesma: nem o cidadão (considerado como aquele que possui o título de

eleitor ou documento similar) que será afetado pelo provimento é legitimado para propositura da referida ação; a legitimação é conferida aos chamados “representantes adequados” [7].

Quanto aos objetos tutelados por ambos os diplomas processuais observa-se uma amplitude considerável dos objetos que são referidos na Lei da Ação Civil Pública com relação aos referidos na Lei da Ação Popular, denotando-se, portanto, uma constatação “curiosa”: o cidadão (que é o afetado pelo provimento e, portanto, o legitimado real para a defesa de seus próprios direitos) é afastado quando o objeto tutelado é mais amplo.

Os defensores da efetividade processual a qualquer custo e do instrumentalismo do processo defenderiam que o ajuizamento da Ação Civil Pública não impede o ajuizamento da Ação Popular e que, portanto, o cidadão não ficaria excluído da participação na defesa de seus direitos, razão pela qual, a restrição à legitimação estaria em total consonância com a Constituição Brasileira.

No intuito de ampliar o debate e demonstrar que a legislação que disciplina o processo coletivo deve ser urgentemente repensada e reformada levantam-se outros questionamentos: qual a justificativa para a exigibilidade da multa cominatória prevista no artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública somente após o trânsito em julgado da sentença? Por que o §1º do artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública permite a suspensão da liminar concedida para se evitar grave lesão à ordem, a saúde, a segurança e a economia pública? Qual a justificativa para a existência do recurso denominado de suspensão no referido parágrafo do artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública e no §2º do artigo 4º da Lei nº 8437/92?

Estes são alguns dos vários questionamentos que demonstram a precariedade com que o processo coletivo brasileiro vem sendo tratado na contemporaneidade e que merecem melhor reflexão por parte dos juristas.

Destaca-se, ainda, que o tratamento utilizado pelos referidos diplomas legais possui como base o instrumentalismo do processo, utilizado como meio de pacificação social (tema que será tratado em tópico posterior), que impede o pleno desenvolvimento dos direitos coletivos *lato sensu* na sociedade pós-moderna brasileira.

2. A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS E INTERESSES

Como já salientado, o direito processual coletivo visa tutelar os direitos coletivos, também denominados como interesses coletivos.

Observa-se, neste contexto, que a maior parte dos doutrinadores não se preocupou em realizar a distinção entre as expressões direito e interesse, assim como também não o realizou, o legislador brasileiro, conforme se verifica abaixo:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;[8]

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) ao realizar a distinção entre direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos também não realizou a diferenciação entre direitos e interesses, utilizando os dois termos indistintamente, conforme se observa pela leitura do artigo 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

III - **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.[9] (grifos nossos).

Vicente de Paula Maciel Júnior, em obra pioneira[10], introduz o questionamento em torno dos referidos termos ao iniciar o estudo do processo coletivo num viés democrático, perspectiva esta que se demonstra a mais adequada em razão da promulgação da Constituição de 1988.

Os questionamentos iniciais do autor partem do conflito entre as expressões direito ou interesse público, direito ou interesse geral, direito ou interesse legítimo, dentre outros.

Entende o autor que não se pode partir de conceitos já construídos e simplesmente aceitá-los, sem qualquer questionamento ou participação na construção dos referidos conceitos.

Nesse sentido, afirma Rosemiro Pereira Leal:

O importante não é mais como colocar um direito a serviço natural ou paternal do homem, mas saber se o direito vigente encontra legitimidade na base produtiva e fiscalizatória das normas que o compõem. Para o estudo do processo, esse aspecto é de sumo relevo porque é na perquirição da base produtiva do direito que se afere a legitimidade da norma aplicável e tal relevância só é questionável na estrutura do espaço compartilhado de fiscalidade permanente da constitucionalidade do direito vigente em instância das garantias processuais da ampla defesa, contraditório e isonomia.[11]

Assim, alguns questionamentos devem ser realizados: quem determinará qual o limite e qual a definição dos denominados interesses públicos, gerais, coletivos e legítimos? Até que ponto é possível diferenciá-los?

Prosseguindo em sua pesquisa, Vicente de Paula Maciel Júnior questiona a existência de direitos prévios, ou seja, direitos constituídos sem a passagem por um sistema de validação, sistema esse que poderia ser espontâneo ou judicial[12].

Para aclarar seu posicionamento o autor cita o exemplo de uma empresa siderúrgica que polui o meio-ambiente e ofende as normas ambientais vigentes, que tem sua atividade embargada por um ente fiscalizador. Nesse cenário, observam-se diversos interesses ou direitos (quando os termos são utilizados indistintamente): o interesse (direito) da entidade fiscalizadora que atua de acordo com o poder de polícia para a tutela das situações jurídicas previstas nas normas; interessados difusos na tutela do meio-ambiente; o interesse (direito) da empresa em manter o exercício de sua atividade comercial; o interesse (direito) dos empregados da empresa na manutenção de seu emprego. [13]

Se usados indistintamente os referidos termos, como que, neste contexto, poderia se explicar a sobreposição de um direito sobre o outro? Como se justificaria que algo já garantido, por se um direito, poderia não prevalecer?

Ressalta o autor, em consonância com o devido processo, que a participação de todos os interessados que serão afetados pela decisão final afigura-se indispensável, sendo que não haveria a possibilidade da existência de direitos previamente estabelecidos que se sobreponham sobre outros direitos, pois, somente pelo devido processo os direitos são constituídos.

A justificativa para referido posicionamento seria a de que somente após o devido processo legal é que se poderia falar em direitos dos envolvidos, o que implica na afirmação de que o direito somente se constituiria após o necessário processo judicial de validação do interesse.[14]

O processo de validação do interesse poderia ocorrer de duas formas: espontaneamente, que consistiria naquela validação em que os sujeitos simplesmente aceitam determinada situação e não precisam de uma solução jurisdicional; e por meio do processo de validação judicial, no qual os sujeitos afetados por determinado ato ou fato, por meio de

um processo em consonância com os princípios e garantias constitucionais, ou seja, pelo devido processo legal, poderão construir o direito[15].

De acordo com este posicionamento, anteriormente a um processo de validação temos apenas interesses, que são manifestações de vontade em face de um bem, jamais direitos. Referida asserção, portanto, afasta a possibilidade de utilização das expressões interesse coletivo, interesse público, interesse geral, por constituir o interesse, conforme já descrito, uma manifestação somente individual.

Devido à distinção terminológica utilizada pelo autor, diante de um ato ou fato, encontram-se apenas interessados coletivos, difusos ou gerais e não interesses, destacando, ainda, que para que uma demanda seja qualificada como coletiva, deve-se analisar o fato ou o ato que a originou e a capacidade de se atingir um número indeterminado ou determinável de sujeitos.

Por intermédio desta nova teoria, que detém ampla precisão conceitual, se pode desenvolver uma pesquisa no viés que propõe a Constituição de 1988, o do Estado Democrático de Direito, pois as várias pessoas afetadas por um ato, fato ou situação jurídica (interessados coletivos em sentido *lato*) participarão para construção da decisão pela qual serão afetados, em consonância com os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

3. O INSTRUMENTALISMO COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NOS DIREITOS DIFUSOS

O processo coletivo, como já destacado anteriormente, enfrenta, provavelmente como um dos maiores óbices para ser reconhecida a sua autonomia na prática, uma co-dependência do processo concebido em bases eminentemente individualistas.

Esta co-dependência pode ser observada tanto em doutrinadores que se aventuram a discorrer sobre o processo coletivo, baseando seus ensinamentos em institutos e princípios do processo individual, quanto na resolução prática dos casos que envolvem direitos difusos, que também se baseiam nas soluções adotadas para os direitos individuais, com algumas diferenças ínfimas.

Sem adentrar nas conseqüências nefastas[16] que essa ausência de autonomia gera ao processo coletivo e aos próprios direitos difusos (tema que já vem sendo discutido pela própria doutrina), remete-se o leitor para uma questão mais intrincada: o instrumentalismo do processo (individual) como forma de pacificação das relações sociais nos direitos difusos.

Cabe esclarecer, desde já, que se discorre acerca do instrumentalismo no processo individual em razão de que é o modelo do processo individual o adotado atualmente como o modelo do processo coletivo, como já ressaltado nos parágrafos precedentes.

Passa-se, portanto, a discorrer sobre a questão proposta.

O instrumentalismo do processo, ou melhor, a Teoria Instrumentalista do Processo, que configura um desdobramento da Teoria do Processo como Relação Jurídica, concebida por Oskar Von Bülow, em 1868, com a publicação da obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais” [17], concebe o processo como uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, onde há um vínculo de subordinação de uma parte à outra e de ambas ao juiz, sendo o mesmo (o processo), um instrumento da jurisdição[18] posto à disposição do Estado-juiz.

Indubitavelmente, a Teoria do Processo como Relação Jurídica, na época em que foi concebida, representou grande avanço no quadro do desenvolvimento histórico das teorias que foram delineadas a fim de explicitar o processo, tendo em vista que retira o processo do âmbito privatístico (como concebiam as teorias anteriores – processo como contrato e processo como quase-contrato[19]) e o insere no âmbito publicístico (a atividade de julgar pertencia, agora, ao Estado).

Contudo, a Teoria Instrumentalista do Processo, derivação da referida teoria (Relação Jurídica) não se denota apropriada para fins de concepção do processo na contemporaneidade, como se observará a seguir, em razão do próprio escopo último que o processo adquire no instrumentalismo: a pacificação social.

Sobre o tema, Ricardo de Barros Leonel, ao discorrer sobre o processo coletivo, aduz:

Enfim, o processo como um todo vale pelo que ele propicia. Vencidas as fases evolutivas, partindo do sincretismo ao autonomismo, chegando ao instrumentalismo, e finalmente ao instrumentalismo substancial, há necessidade de reaproximar o processo de seu fim único e primeiro, sem o qual não poderia mesmo subsistir, qual seja o atendimento das necessidades decorrentes da vida em sociedade, o equacionamento adequado e presto de conflitos, **a pacificação social**. [20] (grifos nossos).

No Estado Democrático de Direito (modelo estatal adotado pela CR/88) o processo deve ser concebido como instituição constitucionalizada[21] que pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, e do direito ao advogado assegura o cumprimento dos direitos fundamentais e não a pacificação das relações sociais.

Ademais, tratando-se do referido modelo estatal, não se pode mais falar em direito subjetivo e muito menos de sobreposição do juiz às partes, fala-se de isonomia, legitimidade e construção participada do provimento, destacando-se que as relações sociais não devem ser pacificadas, mas sim difundidas, tendo em vista a complexa sociedade pós-moderna na qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se desenvolve.

Esta necessidade de pacificação social defendida pela Teoria Instrumentalista do Processo nos remete à mediação, forma de resolução de conflitos adotada até o século VIII a.C.[22], cujo escopo primordial era a pacificação do conflito e, conseqüentemente, a pacificação social.

Todavia, essa alternativa era adotada antes do século VIII a.C., época na qual nem se cogitava sobre o Estado Democrático de Direito que assume na contemporaneidade o papel de possibilitador da ampla participação do povo (legitimados ao processo) em todos os âmbitos que envolvem seus direitos.

Essa idéia de pacificação das relações sociais se demonstra, portanto, completamente avessa às transformações propiciadas pela evolução histórica da sociedade. Insta ressaltar que os próprios direitos difusos são produto dessa constante evolução da sociedade que caminha, a passos largos, para aumentar o nível de complexidade das relações sociais.

O processo, que assume nesse contexto papel de primordial relevância ao assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, portanto, não é instrumento da atividade jurisdicional hábil a pacificar as relações sociais, mas sim, a instituição constitucionalizada regente de toda a estrutura normativa do Ordenamento Jurídico apta a assegurar o pleno desenvolvimento dessas relações sociais.

Interessante destacar que a posição adotada pelos defensores da Teoria Instrumentalista do Processo, que consideram o escopo teleológico[23] do mesmo (alcance da pacificação social), como o único elemento relevante propiciado por este “instrumento da jurisdição”, também já se encontra superada.

Obviamente, o alcance dos objetivos delineados no processo e que configuram o cumprimento dos direitos fundamentais e não a pacificação social são essenciais, mas de modo algum, o modo pelo qual a relação processual se desenvolve pode ser desconsiderado em detrimento do alcance do fim almejado. Aliás, a ausência da observância do devido processo legal durante todo o *iter* procedimental, mesmo que se alcance o objetivo pretendido, irá gerar a desconfiguração da instituição constitucionalizada do processo para mero procedimento, estrutura técnica insuficiente para assegurar os direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se, ainda, que o antigo jargão articulado por Maquiavel (“os fins justificam os meios”), que parece ser a máxima utilizada pelos instrumentalistas, que no âmbito do processo constitucional[24], jamais poderá ser adotado, tendo em vista que o provimento jurisdicional somente terá validade e legitimidade se os meios utilizados estiverem em plena consonância com o fim almejado (observância total e irrestrita do devido processo legal).

Transpondo a questão para o âmbito do processo coletivo, infelizmente, o que se denota é que o instrumentalismo também é o modelo utilizado como forma de pacificação das relações sociais nos direitos difusos, principalmente por duas razões: a primeira consiste no fato de haver a ausência prática de um tratamento diferenciado para o processo coletivo, adotando-se o mesmo tratamento dado ao processo individual; e a segunda consiste no fato de que, como o objeto do processo coletivo consiste na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (especialmente os direitos difusos) e esses direitos são os que mais expressam a complexidade das relações sociais, o instrumentalismo seria a forma mais adequada de pacificar essas referidas relações.

Contudo, como longamente discorrido anteriormente, as relações sociais não devem ser pacificadas e sim, expandidas e o processo coletivo, no âmbito dos direitos

difusos afigura-se como a instituição constitucionalizada hábil a difundir tais relações, assegurando, no entanto, o cumprimento dos direitos fundamentais de cada um dos envolvidos nessas relações.

Tratando-se dos direitos difusos, essa insistência em pacificar as relações sociais, ainda mais do que em relação aos direitos individuais, parece completamente inadequada, tendo em vista que na sociedade pós-moderna contemporânea, são esses direitos que asseguram o desenvolvimento da complexidade do ser humano e das relações que dos mesmos advêm.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todas as considerações tecidas no desenvolvimento do presente artigo, conclui-se que se faz necessário um estudo aprofundado sobre o processo coletivo a fim de conferir-lhe autonomia prática e teórica para que o mesmo seja efetivo. Um dos obstáculos mais sólidos que os estudiosos do processo coletivo enfrentam para a consolidação do referido objetivo (autonomia) é a utilização do modelo do processo individual em bases eminentemente instrumentalistas (instrumentalismo processual) que trazem como escopo primordial do mesmo, a pacificação das relações sociais.

Nesse sentido, demonstrou-se que os próprios diplomas legais que disciplinam o procedimento coletivo sancionam a utilização de princípios e institutos que informam o processo individual quando da utilização daquele (processo coletivo), revelando uma total ausência de consonância com as peculiaridades do “fenômeno” coletivo. Além disso, evidenciou-se que os referidos diplomas legais se encontram completamente ultrapassados e inadequados sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

A ausência de precisão conceitual acerca dos termos que são recorrentemente utilizados no processo coletivo, tais como direito e interesse, e a própria indistinção dos referidos termos quando da aplicação do referido processo, também contribui para a pouca cientificidade com que o processo coletivo é compreendido, afora o fato de dificultar a aplicação prática do mesmo.

Por fim, destacou-se que a utilização do instrumentalismo processual, que possui como escopo a pacificação das relações sociais, como base de atuação do processo coletivo, é inadequada ao modelo estatal adotado pela Constituição Brasileira de 1988 e está na direção oposta aos complexos balizamentos da sociedade pós-moderna contemporânea que vislumbra nos direitos difusos uma garantia da expansão das relações sociais.

Assim, o processo coletivo, ao contrário do apregoado pelos defensores do instrumentalismo processual, assume a função de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais como a instituição constitucionalizada regente de toda a estrutura normativa do Ordenamento Jurídico apta a possibilitar o pleno desenvolvimento das relações sociais, que possuem nos direitos difusos, a sua maior garantia de expressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. 168p. (Legislação brasileira).

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ed. 12. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa – Monografias e Teses Jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTR, 2006.

ORESTANO, Ricardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bolonha: II Mulino, 1978.

VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

[1] BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[3] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[4] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[5] BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. 168p. (Legislação brasileira).

[6] Sobre os princípios institutivos do processo, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94.

[7] A expressão representantes adequados tem origem no direito processual italiano e é citada por Vicente de Paula Maciel Júnior em sua obra *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

[8] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. 168p.

[9] BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de set. 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial**, Brasília, 12 set. 1990.

[10] MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

[11] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*: São Paulo: Landy, 2002. p. 68.

[12] MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

[13] MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006. p. 38.

[14] MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006. p. 39.

[15] MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006. p. 39.

[16] Somente a título de elucidação, a ausência de autonomia do processo coletivo, que detém várias peculiaridades em relação ao processo individual, e que, portanto, não pode se desenvolver da mesma forma que este último, conduz à falta de efetividade dos direitos difusos.

[17] BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[19] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 77-78.

[20] LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

[21] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[22] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24.

[23] LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.

[24] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

**A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CULTURA
POLÍTICA BRASILEIRA: COMO ENFRENTAR O PROBLEMA DA FORÇA
SIMBÓLICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS? ***

**THE NORMATIVE FORCE OF 1988 CONSTITUTION AND THE BRAZILLIAN
CULTURAL POLITIC: HOW TO FACE THE PROBLEM OF FUNDAMENTAL
RIGHTS SYMBOLIC FORCE?**

**Leda Lúcia Soares
Marinella Machado Araújo**

RESUMO

A cultura política brasileira é caracterizada pela predominância da apropriação privada da esfera pública e da seletividade na efetivação de direitos, os quais têm sido distribuídos ao longo da história brasileira como privilégios, e impactado a concretização do Estado de Direito no Brasil como constatam Holanda (1969), Viana (1976), Faoro (1977), Chauí (2000) e Matta (2000). A consequência disso é a formação de um grupo de sujeitos que, embora formalmente protegidos pelo ordenamento jurídico, encontram-se à mercê do poder de fato (real) do Estado e dos demais indivíduos, socialmente fortes. Esse grupo de indivíduos, socialmente fracos, apesar de formalmente portadores de direitos fundamentais, constitui-se em pessoas sagradas porque portadoras de uma dignidade essencial, mas que possuem vidas descartáveis, as quais podem ser impunemente violadas. Essa relação de condicionamento recíproco, entre direito e realidade cultural e política contrária às características básicas do Estado Democrático de Direito, reflete-se e é refletida na inefetividade do Estado de Direito brasileiro, cuja Constituição não possui força normativa suficientemente institucionalizada para garantir, ainda que minimamente, os direitos fundamentais previstos em seus artigos 5º e 6º. O objetivo desse ensaio é (i) sustentar, em Agamben (2002), que a cultura política brasileira produziu e reproduz cotidianamente relações que se pautam pela desigualdade, baseando-se na distribuição de direitos de acordo com a proximidade com o poder (determinada de acordo com as relações pessoais de compadrio), paralelamente e, inclusive, contra o direito formalmente estabelecido, o que retarda, ou até mesmo, impede a realização do Estado de Direito. E, então, (ii) demonstrar, em Hesse (1993) e Müller (2005), que a inefetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 deve-se, em parte, à resistência do operador do direito, ao aplicar a lei, em adequar programa e âmbito da norma como proposto pela teoria concretista.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE DIREITO, CULTURA POLÍTICA, TEORIA CONCRETISTA

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The Brazilian cultural politics has been characterized by the appropriation of public sphere and the selectivity of rights effectiveness. These rights have been distributed as privileges for years, along Brazilian history and these practices have become one of the reasons of Brazilian Rule of Law ineffectiveness. This is what stated by Hollanda (1969), Viana (1976), Faoro (1977), Chaui (2000) and Matta (2000). As consequence a group of individuals formally protected by the Law but surrendered by the concrete state political power and the other individuals, the socially strong ones. This group of individuals, socially weak ones, is considered, in spite of being formally subjects of fundamental rights, a group of sacral persons due to its essential dignity. However their lives are disposable without any punishment. This reciprocal conditioning relationship between Law and cultural reality, totally against the basic fundamentals of Modern Democracy impacts and is impacted by the ineffectiveness of Brazilian Rule of Law, whose Constitution has no normative force strongly institutionalized to guarantee, even minimally, the fundamental rights stated by articles 5º e 6º. This essay aims to support, in Agamben (2002), that Brazilian political cultural has produced and reproduced daily relationships based on inequalities and structured on criteria which privileges the distribution of rights according to social and political power of each individual. Then, in Hesse (1993) and Muller (2005), we shall demonstrate that the ineffectiveness of fundamental rights protected by Federal Constitution (1988) is partially caused by the resistance of law operator in adequate norm program to the norm ambience, as stated by the concretism theory.

KEYWORDS: RULE OF LAW, CULTURAL POLITICS, FUNDAMENTAL RIGHTS EFFECTIVENESS

1 O PATRIMONIALISMO[1], O PERSONALISMO E O CLIENTELISMO COMO TRAÇOS DA CULTURA POLÍTICA BRASILEIRA

O personalismo, o patrimonialismo e o clientelismo são apontados por vários filósofos e sociólogos como traços característicos da cultura política brasileira. Tais características, resultantes e ao mesmo tempo condicionantes da formação do povo brasileiro, foram identificadas por Hollanda (1969), Viana (1976), Faoro (1977), Chauí (2000) e Matta (2000), ressalvadas as peculiaridades das constatações de cada um. Schwartzman (2006) resume da seguinte maneira as formas como o conceito de patrimonialismo tem sido utilizado.

Simplificando, é possível sinalizar pelo menos três maneiras pelas quais este conceito tem sido utilizado para caracterizar a formação política da América Latina contemporânea. Uma que ficou famosa a partir dos trabalhos de Raymundo Faoro (Faoro 1958) entende o patrimonialismo como um elemento da cultura herdada dos

colonizadores portugueses e espanhóis. Como tal, é uma característica essencial, que evolui e se transforma com o tempo, mas permanece imutável em sua essência, não deixando espaço para outras possibilidades (Schwartzman 2003). A outra perspectiva, que me parece um pouco mais próxima da perspectiva de Weber, vê o patrimonialismo como um traço da sociedade tradicional, que tenderia a desaparecer com introdução da modernidade. É esta, me parece, a abordagem de Fernando Uricoechea, em seu estudo clássico sobre a Guarda Nacional no Brasil, instituição que desaparece com a profissionalização das forças armadas (Uricoechea 1978; Schwartzman 1980). Minha própria perspectiva é um pouco distinta, e mais fiel, acredito, à inspiração weberiana original (Schwartzman 1975; Schwartzman 1977; Schwartzman 1988; Schwartzman 1988). (SCHWARTZMAN, 2006)

Emprega-se, enfim, o termo patrimonialismo para caracterizar a apropriação de recursos estatais por funcionários públicos, grupos políticos ou segmentos privados (Sorj, 2000). Fedozzi (1997) observa que o modelo patrimonialista de formação sociopolítica do Brasil é caracterizado pela precedência do Estado em relação à sociedade, o que produz oportunidades para cooptações, exclusões e concessões; pela ausência da noção de contrato social, que requer a concepção de indivíduos como portadores de direitos; pela permanente reposição da dualidade entre o país real e o país formal, denotando a distância entre a esfera institucional e a esfera social.

O *personalismo* se caracteriza pela indistinção entre as esferas pública e privada, submetendo-se aos mesmos parâmetros de avaliação e condução as relações pessoais de caráter privado e aquelas que se travam no espaço público-institucional.

As expressões clientelismo e coronelismo

são utilizadas para descrever as situações em que a política se dá pela distribuição de recursos públicos em troca de apoio, e em que as lideranças políticas se especializam na intermediação entre os governos e os diferentes tipos de clientela (SCHWARTZMAN, 2006).

Todos estes conceitos estão intimamente ligados, sendo resultantes da mesma matriz política e cultural.

1.1 A indistinção entre o público e o privado na atuação do homem cordial

Sergio Buarque de Holanda é corriqueiramente apontado como tendo sido o primeiro autor a elucidar notoriamente a relação entre o patrimonialismo e a formação da cultura política brasileira.

Em 1936 denotava em seu livro mais bem difundido, *Raízes do Brasil*, a característica fundamental do “homem cordial” brasileiro que, em sua débil vida pública, era tenazmente propenso a não considerar a fundamental diferença entre seu interesse privado e a dimensão da esfera coletiva que o cingia. Este autor paulistano demonstra em sua obra, mediante o uso de um método intimamente voltado à psicologia e à história social, de que maneira as características por nós herdadas durante o processo colonizador se plasmaram em nossa cultura, desenvolvendo em solo nacional atavismos e arquétipos institucionais tipicamente patriarcais, de uma prática de subordinação à autoridade e de manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública. (SILVEIRA, 2006)

Os detentores das funções públicas de maior responsabilidade, formados no ambiente acima descrito não compreenderam a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Caracterizar-se-iam, portanto, justamente

pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. (HOLANDA, 1969, p. 105)

Na visão deste autor, a existência efetiva do estado depende da superação das relações privadas na relação travada entre Estado e Sociedade, almejando-se a formação de um espaço que é marcado justamente pelo sobrepujamento desses vínculos particularistas e construção de um espaço de predominância dos aspectos coletivos, públicos por excelência (SILVEIRA, 2006).

Acerca da distinção que deve haver entre o círculo familiar e o Estado afirma Buarque de Holanda que

pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais

e rudimentares, uma procissão das hipóstases, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, é abolida por uma transcendência" (HOLANDA, 1969, p. 101)

O movimento de transição entre estas duas ordens, passando-se da predominância da esfera eminentemente privatizada da família para o Estado, ocorreu na maioria dos países desenvolvidos modernos, caracterizando a transição de uma ordem feudal para uma ordem capitalista na Europa. Isto, porém, não foi vivenciado de forma completa pelo povo brasileiro. Por esta razão, os laços tradicionais, caracterizados pela predominância das relações familiares, transpôs estes valores para a esfera pública. Assim, o homem público brasileiro trazia para suas atividades na seara pública características próprias do meio em que se fez indivíduo. Carregava para o *mister* público os mesmo traços paternalistas delimitadores de sua visão de mundo, confundindo os assuntos de âmbito pessoal com as atividades inerentes ao interesse público (HOLANDA *apud* SILVEIRA, 2006).

Seria, assim, inerente à condição do brasileiro típico essa atávica propensão em tratar a política e os assuntos do Estado de modo pessoal, avesso a formalismos. Tudo isso resultou em obstáculo para se erigir um Estado burocrático por excelência. (SILVEIRA, 2006)

O insucesso na construção deste estado burocrático, o qual teria propiciado a separação nítida entre o público e o privado, pela atribuição de caráter impessoal à atuação do Estado, fez com que se mantivesse como traço característico das relações políticas e institucionais a personalidade e a indistinção entre as esferas pública e privada.

1.2 O patrimonialismo no Brasil e a formação dos estamentos sociais

A estrutura patrimonialista do poder português, transportada para o Brasil, determinou distorções no aspecto econômico e sócio-político do país (Faoro, 1977). Segundo Faoro, a explicação para as mazelas do Estado e da Nação brasileiros pode ser buscada no caráter específico de nossa formação histórica, em especial sobre nosso passado. O autor analisa a estrutura de poder patrimonialista adquirida do Estado Português por nossos antepassados, por meio da inteira importação de sua estrutura administrativa para a colônia na época pós-descobrimento, fato posteriormente reforçado pela transmigração da Coroa Lusitana no século XIX. Este modelo institucional foi transformado em padrão histórico a partir do qual se estruturaram a Independência, o Império e a República do Brasil (SILVEIRA, 2006).

Para este autor, a característica mais marcante do desenvolvimento do Estado brasileiro por toda a sua história foi o *patrimonialismo*. Analisando a formação histórica do Estado Português, Faoro descobre que a fundamental peculiaridade de sua forma de

organização caçava-se no fato de que o bem público, as terras e o tesouro da Corte Real não estavam dissociados do patrimônio que constituiria a esfera de bens íntima do governante. Tudo era um imenso conjunto de possessões submetidas de fato e de direito à deliberação do príncipe (SILVEIRA, 2006).

A propriedade do rei – suas terras e seus tesouros – se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família ou em bens e serviços de utilidade geral (FAORO, 1977). Faoro, após vasta pesquisa documental e histórica, demonstra que, tanto em Portugal quanto no Brasil, não houve o desenvolvimento de uma organização social compatível com o feudalismo; ao contrário, estas formações sociais foram marcadas pela forte presença do Estado na vida dos indivíduos, demonstrando na tradição luso-brasileira marcas de uma evidente estrutura de cariz patrimonial. O modelo institucional brasileiro organizava-se politicamente como um *patrimonialismo* gerido pela vontade administrativa do príncipe. O príncipe por sua vez estava munido de todo um aparato de funcionários e súditos leais que se apropriavam do Estado utilizando-o em benefício próprio (SILVEIRA, 2006).

Tomando uma concepção de Weber, utiliza a idéia de estamento social, uma forma de ordem social vigente sob a qual se funda a estratificação e que dissemina relações de poder pela tessitura social, impondo-se a vontade sobre a conduta alheia. Os estamentos se fundam na divisão da sociedade conforme a posição social que ocupam, ou seja, a um *status* específico. Calcam-se na desigualdade social, reclamando para si privilégios materiais e espirituais que irão assegurar sua posição e sua base de poder no seio da sociedade (SILVEIRA, 2006).

O estamento é uma camada de indivíduos que se organiza e que é definido pelas suas relações com o Estado (CAMPANTE, 2003). Assim, os estamentos se apropriam das funções e dos bens públicos, aproveitando-os para usufruir vantagens de caráter pessoal, e definindo, inclusive, as regras para que seus membros utilizem tais vantagens. Daí a denominação que lhes dá Faoro de “Donos do poder”. Segundo Campante (2003):

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre a esfera pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal. O distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade. (Campante, 2003)

Em uma estrutura social em que prevalece a posição de estamentos privilegiados não há uma vida civil livre, não poderá prevalecer a justiça social, a desigualdade é regra de

sobrevivência dessa elite, sendo a forma pela qual a sociedade se assenta e se reproduz (Silveira: 2006).

1.3 O personalismo e a desigualdade na formação do povo brasileiro

Segundo Matta (2000), a formação do Brasil se deu por um processo em que prevaleceram as relações pessoais em detrimento das relações impessoais e profissionais. Isto resultou em uma cultura na qual as estruturas do Estado se movem sob o impulso das relações pessoais, ainda que este impulso se dê em detrimento das imposições legais.

Há sistemas que privilegiam o indivíduo e há sistemas que tomam como centro a pessoa. Haveria a possibilidade de termos sistemas onde as duas noções são básicas? Minha resposta é positiva, (...) pois, de um lado, temos a ênfase em uma lei universal (cujo sujeito é o indivíduo) sendo apresentada como igual para todos; e, de outro temos a resposta indignada de alguém que é uma pessoa e exige uma curvatura especial da lei (...). No caso do Brasil tudo indica que temos uma situação onde é o indivíduo que é a noção moderna, superimposta a um poderoso sistema de relações pessoais (Da Matta, 2000)

Estas relações fundaram-se na dominação e na aceitação da violência [2] (ainda que dissimulada) como traço predominante nas relações entre as classes sociais (CHAUI: 2000).

Oliveira Vianna (1982) apontou a relevância do *personalismo* nas instituições políticas brasileiras, demonstrando, muito além de meras contradições de uma cultura autoritária, normas práticas paralelas ou contraditórias à lei que orientavam a conduta política nacional. No Brasil a apropriação do patrimônio público como se fosse privado, bem como a atuação da Administração Pública identificada com a vontade e personalidade dos governantes, são fatos. Isto se dá tanto mediante processos ilícitos, desobedecendo aos comandos jurídicos, quanto por meio de processos lícitos, utilizando-se de instrumentos e procedimentos juridicamente permitidos, mas para atingir finalidades de índole particular e não afetas ao interesse público. Tais características, identificadas cotidianamente nas práticas políticas, sociais e, principalmente, institucionais, geram um sentimento de que em determinados espaços (para ou frente a determinadas pessoas) o poder se apresenta despido de conformação jurídica, embora haja permanentemente a pretensão de um sistema de direitos universais, ou pelo menos universalizáveis. Como consequência observa-se uma impotência do direito como conformador do poder de fato bem como a criação de um grupo de sujeitos para cujas vidas o direito não garante

proteção efetiva. Os direitos fundamentais são efetivados de forma seletiva de acordo com o estamento social em se esteja inserido.

2 AS IMPLICAÇÕES DAS CARACTERÍSTICAS DA CULTURA POLÍTICA BRASILEIRA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL

A desvinculação entre a atuação do Estado e os comandos legais, bem como a apropriação dos atos e do patrimônio do Estado como se fossem coisa privada, caracterizam a atuação das instituições contaminando os poderes do Estado com as mazelas do *personalismo* e do *patrimonialismo*.

Tais traços vão de encontro às características do Estado de Direito[3], retardando, ou até mesmo impedindo sua existência no Brasil. No Estado de Direito distingue-se a vontade do Estado da vontade do governante, bem como se submete a atuação do primeiro ao Direito (o que determina as condutas possíveis na condução da administração dos bens e serviços do Estado); mas a cultura política brasileira ainda identifica a pessoa do Estado com a pessoa do governante (*personalismo*) e tolera a apropriação do *locus* estatal como espaço privado de pessoas ou grupos (*patrimonialismo*).

Isto ocorre porque, em uma realidade político-institucional caracterizada pelo compadrio e clientelismo, as relações sociais e políticas, bem como a destinação dos recursos públicos, não se dão em razão do que é devido a cada um em termos de direito. Os recursos públicos se repartem, assim como o poder é exercido, de acordo com a vontade de quem deles se apropria por meio da apropriação do espaço de decisão política ou econômica. Reconhece-se atualmente uma situação de co-determinação entre o ordenamento jurídico e a realidade sócio-econômica e política, motivo pelo qual deve ser reconhecido o impacto da cultura política brasileira, com seus traços acima descritos, na efetivação do Estado de Direito.

Aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos são fatores que sofrem interferências do direito, mas também o informam e, em certos aspectos, até o impossibilitam. O direito conforma a realidade, mas também é conformado por ela (HESSE, 1991, MÜLLER, 2000). A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se se fizerem presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 5). Segundo Friedrich Muller, a positividade jurídico-moderna como “textificação é faca de dois gumes” (MÜLLER, 1998, p. 102). Isto porque esta positividade pode ser compreendida como desvirtuada no sentido de um “constitucionalismo simbólico”, mas também pode ser levada a sério (OLIVEIRA, 1999, p. 179).

A existência de um constitucionalismo simbólico pode conduzir ao pensamento de que a Constituição positivada, a Constituição jurídica, constitui, no dizer de Lassale, mera

“folha de papel”, sendo os fatores reais de poder, que o mesmo autor chama de Constituição real, a verdadeira força que determina as leis e as instituições da sociedade. Assim, a normatividade sempre sucumbiria à realidade fática. O direito constitucional, portanto, teria apenas a função de justificar as relações de poder dominantes, não estando a serviço de uma ordem estatal justa (HESSE, 1991).

Ao contrário do que defende esta posição, a Constituição compõe-se de texto e realidade, há um binômio do qual o intérprete constitucional não pode fugir. O espaço constitucional compõe-se de dois planos: o texto e a realidade. Isto implica em admitir que concepções que isolem o fenômeno constitucional em um destes campos constituem visões redutoras de um espaço complexo (FREIRE JÚNIOR, 2004).

A Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a sua pretensão de eficácia a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Constituição e realidade condicionam-se mutuamente, mas não se trata simplesmente de uma mera relação de dependência. A Constituição possui um significado próprio, apresentando-se sua pretensão de eficácia como um elemento autônomo dentre as forças das quais resultam a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que realiza sua pretensão de eficácia (HESSE, 1991, p. 15-16). A força normativa da Constituição, segundo Hesse, decorre em parte de sua capacidade de construir o futuro a partir da natureza singular do presente, o que não significa mera adaptação a uma dada realidade. A Constituição logra converter-se ela mesma em força ativa que se assenta na natureza singular do presente (HESSE, 1991, p. 19). Os requisitos para o desenvolvimento da força normativa da Constituição dizem respeito ao seu conteúdo, mas incluem também a práxis constitucional.

A Constituição deve apresentar uma abertura para que projetos político-sociais alternativos compitam em igualdade de condições. Mas, por outro lado, a Constituição define regras, fins ou princípios conformadores do Estado e da sociedade que não podem estar sujeitos a transações políticas, dentre os quais se encontram necessariamente os princípios fundamentais da ordem constitucional como democracia, direitos fundamentais, Estado de Direito, além de elementos organizatórios como definição de órgãos, controle e competências (SAMPAIO: 2004).

A Constituição não pode, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem por ela estabelecida. Isto faz

necessário que haja, principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, a vontade de Constituição (HESSE, 1991).

Segundo Hesse a vontade de Constituição origina-se de três vertentes diferentes: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; a compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, por esta razão necessita estar em constante processo de legitimação; decorre também da consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, a ordem constitucional não consegue ser eficaz sem o concurso da vontade humana, adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. As conseqüências desta vontade decorrem do fato de que a vida do Estado não está abandonada à ação surda de forças inelutáveis, ela é modificada na medida em que cada um assume e resolve as tarefas por ele colocadas (HESSE, 1991).

Pelo que se depreende dos estudos apontados no capítulo anterior verifica-se no Brasil a dicotomia entre o plano formal, consubstanciado no ordenamento jurídico-constitucional, e a realidade econômica e sociopolítica. Tal cisão pode ser entendida como um reflexo de séculos de cultura política na pretensão de construir um estado constitucionalmente conformado

A igualdade, tanto em sua face formal, característica fundamental no Estado de Direito, quanto em sua face material, característica essencial de um Estado de Direito cujo significado passa a incluir a justiça social (OLIVEIRA, 2000), apresenta-se como uma pretensão utópica, característica do pensamento daqueles que ainda não conheceram a forma de distribuição prática do poder político.

As relações que se dão às margens do direito reforçam os processos de dominação e sujeição dos menos favorecidos, pela ausência de garantias que igualem os indivíduos. Quanto mais arraigados os processos políticos de dominação privilégios, mais distante a efetivação de direitos fundamentais. Identifica-se ainda situações e práticas sociais em que o ordenamento jurídico se aplica tão somente a alguns sujeitos (tal como na distinção apontada por Oliveira Vianna entre pessoas, indivíduos e meros indivíduos). Para caracterizar tais situações é emblemática a afirmação de Müller acerca dos direitos políticos, a qual pode ser estendida a todos os demais direitos fundamentais no Brasil:

As disposições no campo do Estado de Direito assumem aqui proporções estarrecedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe esta parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é 'integrada' na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos (MÜLLER, 1998: p. 95).

Este contexto propicia a manutenção da desigualdade, pela seletividade com que são garantidos direitos fundamentais, e retarda, ou até mesmo impossibilita, a racionalização do exercício do poder político pela obediência aos contornos juridicamente estabelecidos e, em especial, ao processo democrático.

Cria-se assim uma classe de sujeitos cujos direitos fundamentais estão garantidos pela Constituição, constituindo-se em pessoa inviolável, mas cujas vidas estão à disposição do poder de fato.

O direito mostra-se, nos *locus* onde esta cultura brasileira encontra-se arraigada, como impotente para proteger a vida humana. O direito pauta-se pela crença em sua capacidade para conformar o poder, mas este lhe escapa, inclusive por meio de mecanismos jurídicos que lhe permitem manter a ficção de submissão ao direito.

Contrapondo-se a práxis política e social brasileira à pretensão de efetivação de um Estado de Direito, constitucionalmente fundado e determinado após a Constituição de 1988, verifica-se a existência e manutenção de um estamento, composto por aquelas pessoas que não tem acesso aos privilégios concedidos pelo exercício ou proximidade com algum tipo de poder, que se encaixariam na figura do *homo sacer*, na forma em esta figura é delineada por Giorgio Agambem.

3 A FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO, A FRAGILIDADE DO ESTADO DE DIREITO E O ESTAMENTO DOS *HOMO SACER* NO BRASIL

As proposições de Agambem acerca do estado de exceção bem como sobre a figura do *homo sacer*, para caracterizar situações e sujeitos sob os quais o direito não incide efetivamente, embora mantenha a ficção de que regula estas situações e garante a vida destes sujeitos (AGAMBEM, 2002), soam assustadoramente familiar no contexto brasileiro.

Não se vivencia no Brasil diretamente as situações de combate ao terror e de guerra preventiva ao inimigo, transformando-o em uma vida matável, tal como se faz nos Estados Unidos e em algumas partes da Europa após o evento de 11 de setembro, contexto do qual o autor parte para chegar às suas conclusões. Vive-se, porém, em terras brasileiras situações em que facilmente se identifica o exercício do poder ficticiamente conformado pelo direito, mas exercido de fato, bem como a existência de pessoas que embora sejam invioláveis em seus direitos fundamentais de acordo como ordenamento jurídico, são matáveis impunemente por qualquer um.

Agambem formula a impactante tese de que a dupla categoria fundamental da política ocidental não consiste na fórmula “amigo-inimigo”, mas sim “vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão”. Desse modo, a vida política, a arena pública, a palavra e a ação, enquanto espaços da aparência existem “porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”. A vida humana é, assim, para o autor italiano, “a vida matável e insacrificável do *homo sacer*”, figura do direito romano

arcaico na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade) (CARVALHO, 2008, p. 11)

O *homo sacer* é uma figura utilizada por Agamben como parâmetro para definir as novas figuras que surgem contemporaneamente e acabam ficando à margem da sociedade e do direito. Trata-se, no direito antigo, de um sujeito que cometeu um crime terrível, além de qualquer punição, e não poderia ser sacrificado segundo os ritos, embora pudesse ser morto por qualquer um. O *homo sacer* torna-se matável e ao mesmo tempo insacrificável (AGAMBEN: 2002).

O *homo sacer* contemporâneo é insacrificável porque o ordenamento jurídico lhe reconhece, tal como é da tradição ocidental, como ser dotado de dignidade e igualdade, mas matável porque submetido ao poder do soberano ou dos demais indivíduos que, detendo o poder de fato, podem afrontar a lei ou se colocar acima ou alheio a ela.

Segundo Agamben:

Por trás do longo processo antagonístico que leva ao reconhecimento dos direitos e das liberdades formais está, ainda uma vez, o corpo do homem sacro com o seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, porém, matável. (AGAMBEN, 2002, p. 17)

Na medida em que cada direito é violado impunemente, a vida matável, embora sagrada, se manifesta.

Tem-se, portanto, no Brasil, o estabelecimento de normas que tornam a vida sagrada em todas as suas dimensões, mantendo, porém, por outro lado, relações políticas e sociais que aceitam, produzem e perpetuam a existência de uma classe de excluídos violáveis.

Seja na dimensão das liberdades ou dos direitos sociais, verifica-se a existência de um grupo de sujeitos os quais, embora sejam indivíduos frente ao ordenamento jurídico, não são pessoas nas relações políticas e sociais, nos dizeres de Oliveira Viana e Da Matta.

Os direitos são tidos como privilégios a serem distribuídos seletivamente de acordo de com a posse ou com a proximidade com o poder, ainda que seja o mero poder de consumo.

Para Agamben o campo de concentração é o paradigma biopolítico moderno, local "que se abre quando a exceção começa a tornar-se regra" (AGAMBEN, 2002, p. 177 e ss).

O grupo dos excluídos no contexto brasileiro constitui como regra, ao longo da história, uma exceção aos direitos fundamentais. Inúmeros campos de concentração se espalham, assim, pelo Brasil, caracterizados como aqueles locais onde a ausência de direito constitui-se como normalidade.

A organização por estamentos e a contrariedade aos sistemas universais de direitos e garantias na cultura política brasileira faz com que a existência de sujeitos matáveis, reunidos em *locus* específicos, embora insacrificáveis, seja tida como uma resultante “natural” das relações sociopolíticas e econômicas.

O ser humano insacrificável e violável não se produziu e existe no contexto brasileiro em razão um evento histórico específico, nem é típico da contemporaneidade, ele é resultante de um processo histórico pautado pelo autoritarismo e pela desigualdade.

O Brasil não possui um evento “11 de setembro” que justifique a existência de um grupo cujas vidas não são asseguradas igualmente pelo direito, em razão de uma crise irreversível no Estado de Direito. Verifica-se que a vida nua (AGAMBEN: 2002) foi produzida e mantida rigorosamente como parte do cotidiano brasileiro ao longo de sua História.

Pode-se afirmar que não se trata de crise do Estado de Direito ou de resultados de uma atuação política e econômica contemporânea, mas de uma atuação política e econômica segregatória mantida por séculos, bem como da inexistência de um efetivo Estado de Direito, cuja realização depende em grande medida da minimização dos efeitos desta cultura.

CONCLUSÃO

Verifica-se que a cultura política brasileira é produtora e mantenedora de desigualdades sociais, constituindo-se em obstáculo para a efetividade de direitos fundamentais, motivo pelo qual se mostra urgente a condução da *práxis* jurídica de forma a minimizar o impacto desta cultura no processo de construção e universalização das características essenciais do Estado de Direito.

A dicotomia entre o formal e o material, entre ideal e o real, é tida como circunstância corriqueira no país onde as leis, a Constituição, não acontecem efetivamente e o Estado de Direito não se universaliza porque se choca com uma cultura onde a igualdade é respeitada seletivamente.

O *homo sacer* e sua respectiva vida nua traduzir-se-iam facilmente em vários espaços no cotidiano brasileiro, uma vez que a inviolabilidade formal, consagrando a vida humana e sua dignidade como bem maior do ordenamento jurídico, paralelamente a todas as formas de violação e extinção desta mesma vida e dignidade humanas, é uma constante no Brasil.

Direitos fundamentais não constituem aquilo que é devido a cada indivíduo indistintamente tão somente por ser uma pessoa. Estes direitos são privilégios, e privilégios são alcançados, concedidos, e não devidos. O fosso entre o direito e as relações de fato foi produzido e se reforça nestas mesmas relações, tornando-se, por

estar tão arraigado na cultura, como algo natural e até mesmo necessário nas relações sociais.

A cultura política que embasa as relações sociopolíticas no Brasil possui características que vão de encontro às características mais elementares do Estado de Direito: distinção entre esfera pública e privada (embora se reconheça atualmente a equi-primordialidade e a relação de condicionamento recíproco), impessoalidade na atuação do Estado, igualdade entre os indivíduos, um ordenamento jurídico único para todos ou pelo menos universalizável.

Constata-se, estarrecedoramente, que talvez o direito, tal como habitualmente é visto (a ciência do dever-ser), não possua força suficiente contra uma cultura segregatória e mantenedora da desigualdade, tornando-se a ausência de direitos parte da identidade de determinados povos ou grupos dentre destes, tal como o estamento aqui identificado na cultura brasileira.

O maior desafio imposto aos operadores do direito, em especial no direito constitucional brasileiro, é romper com o ciclo vicioso que se apresenta entre a cultura política brasileira e a Inefetividade dos direitos fundamentais: a cultura política induz inefetividade, a inefetividade reforça a cultura política e seus resultados perversos.

Reconhecida, porém, a relação de condicionamento recíproco entre o texto normativo e as circunstâncias políticas, sociais e culturais que permeiam o contexto de aplicação das normas, constata-se que a inefetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 podem refletir os resultados da resistência dos operadores do direito em tomar como componentes relevantes do conteúdo da norma circunstâncias desta natureza.

Embora a cultura política brasileira seja geradora de desigualdade, uma mudança no modo de concretização do texto legal poderia contribuir para efetivar direitos fundamentais, na medida em que esta concretização dedique a atenção e respeito necessários ao âmbito da norma, tomando esta cultura política como um elemento que não pode ser desconsiderado seja no contexto de elaboração ou de aplicação das normas jurídicas.

O reconhecimento da relação viciosa acima apontada como elemento relevante e a inserção de seu combate no trabalho jurídico apresentam-se essenciais para quebrar este ciclo e propiciar a efetivação do Estado de Direito e a correspondente universalização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. *Patrimonialismo* em Faoro e Weber. DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 46, n.º 1, 2003, p. 153-93. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000100005&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em 25 de junho de 2008.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em <www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2008.

CHAUI, Marilena. Brasil; mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p.5-9; 89-95.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 2 vol. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

FEDOZZI, Luciano. Orçamento participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial; Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

MATTA, Roberto da. A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo: a questão fundamental da democracia. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo horizonte: Mandamentos, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva - em busca de uma constituição pluridimensional. Crises e desafios da constituição. Jose Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 3-54.

SILVEIRA, Daniel Barile: patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Viana. Disponível em:

<www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2008.

SCHWARTZMAN, Simon. Atualidade de Raymundo Faoro. DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003, p. 207-13.

SCHWARTZMAN, Simon. Nota sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea. Disponível em <www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf> Acesso em 01 de abril de 2008

SORJ, Bernardo. A nova sociedade brasileira, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000.

VIANNA, Oliveira. Populações meridionais do Brasil e instituições políticas

brasileiras. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

[1] Embora não se desconheça a origem do termo no pensamento de Max Weber, não se adentrará nesta discussão, uma vez que se apresenta como tema irrelevante para o presente trabalho.

[2] Cabe ressaltar que o termo violência não é utilizado pela filósofa citada apenas para designar mecanismos de coerção de natureza física, mas também todas as demais formas de dominação que se dão em razão de um exercício de poder de fato.

[3] Embora se reconheça que o Estado de Direito tem sido caracterizado e identificado de maneiras diferentes por vários autores em razão de sua efetivação em diferentes épocas e lugares, o presente trabalho parte do pressuposto de que em todas as caracterizações e definições aparecem como características essenciais a impessoalidade e a juridicidade do poder do Estado.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*

CIVIL ACTION BY PUBLIC ADMINISTRATIVE ACT OF DISHONESTY

Priscila Simões Garcia Oliveira

RESUMO

A sociedade humana está em constante evolução e, com o intuito de manter a ordem da vida social, cria mecanismos [normas] a fim de assegurar o equilíbrio das relações interpessoais. Estas relações envolvem toda a sorte de direitos, garantias, deveres e obrigações, dos quais se destaca a questão da ética no serviço público. A partir do momento em que os agentes públicos deixam de agir sob a égide e a luz da moral, configura-se no plano material a improbidade administrativa, o ato ímprobo que traz prejuízos à ordem pública e social, seja a médio ou longo prazo. Analisar as características da ação civil pública se justifica em decorrência de ser um instituto novo, bastante discutido em direito e que permitirá conceituar e explicar toda a problematização da tutela dos interesses transindividuais, que foi uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro, no final do século XX. Situados numa categoria intermediária, entre o direito público e o direito particular, subdividem-se em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Este trabalho aborda a questão ética e moral a qual fundamenta o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MORALIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

ABSTRACT

The human society is constantly evolving and in order to maintain order of social life, creates mechanisms [standards] to ensure the balance of interpersonal relations. These relationships involve all sorts of rights, guarantees, duties and obligations of these was the issue of ethics in public service. From the time when the public officials fail to act under the aegis of the moral and light, sets itself in the material to carelessness administrative, careless the act that brings harm to public order and social, is the medium or long term. Analyze the characteristics of public civil action is justified due to institute a new, much discussed in law and that will to concept and explain all the problematization of protecting the interests transindividualism, which was one of the most significant achievements of the Brazilian right at the end of twentieth century. Located in an intermediate category, right between the public and private law, subdivided into diffuse interests, collective and individual homogeneous. This work

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

addresses the ethical and moral issue which moved the Democratic rule of law.

KEYWORDS: : PUBLIC CIVIL ACTION. PUBLIC ADMINISTRATION. MORALITY. CARELESSNESS ADMINISTRATIVE.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública não exerce suas atividades e prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercem as suas.

Enquanto a atuação dos particulares funda-se no princípio da autonomia da vontade, a atuação do Poder Público é orientada por princípios como a legalidade, a supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Assim, nota-se que não é permitido ao agente público atuar da mesma maneira que é permitida ao particular, ou seja, de maneira pessoal, que não prevista em lei, defendendo interesses que não os públicos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na esfera particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Isso ocorre porque a Administração Pública não dispõe dos interesses públicos por serem estes inapropriáveis. A Administração Pública apenas aplica a lei ao caso concreto, razão pela qual possui caráter meramente instrumental.

O interesse público consiste no interesse dos indivíduos enquanto membros da sociedade, não se confundindo com os interesses peculiares de cada indivíduo. Por esse motivo, o interesse público é considerado indisponível, visto que não se encontra à mercê da vontade do administrador, ou seja, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram a livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. Atribuído o dever ao agente público, este não poderá deixar de exercê-lo, sob pena de responder por omissão.

Como a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade, decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem, a Administração delas não poderá dispor. O princípio da legalidade da Administração está expressamente referido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Trata-se de princípio decorrente do Estado de Direito.

Em determinadas situações, ocorrerá a subsunção objetiva entre o caso concreto e a hipótese prevista. Nesses casos, pode-se dizer que há vinculação, ou seja, que a lei tipificou, em termos objetivos, o único possível comportamento diante de uma hipótese.

No entanto, diversas vezes o legislador não consegue prever a aplicação da lei a todos os casos concretos, tendo em vista seu caráter genérico. É que a lei, inúmeras vezes, ao

regular abstratamente as situações, o fá-lo de maneira a irrogar ao administrador o encargo de elegê-lo, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o que terá de avaliar conveniência e oportunidade caso a caso. Não havendo a subsunção da lei ao caso concreto, terá o administrador que apreciar as situações discricionariamente para alcançar a finalidade legal.

Por esse motivo, nota-se que a simples legalidade é meio insuficiente para controlar a Administração Pública. Isso ocorre porque, muitas vezes, o texto legal não é dotado de clareza, dando margem a interpretações diversas. Tais interpretações ocorrem por várias razões, dentre elas a falta de precisão da linguagem utilizada, a má elaboração do texto legal, o excesso de leis e a falta de uma codificação no Direito Público.

É nesse contexto que se insere o tema do presente trabalho, ou seja, a importância do estudo de princípios como o da moralidade administrativa e o da improbidade administrativa, a lesão a bens e direitos pertencentes não apenas um ou outro membro, mas sim pertencentes a toda coletividade de indivíduos, que não podiam ser tutelados em juízo vez que o sistema processual não previa pessoa legitimada para tanto.

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Essa lei teve sua matriz na “*class action*” americana, um processo iniciado numa corte estadual ou federal por um grupo de pessoas com o mesmo interesse legal, tornando mais prática a solução do litígio. Especialmente nas questões de direito do consumidor, nas quais o interesse meramente individual é pequeno demais para empolgar uma ação individual. Isso porque, em determinados casos, o consumidor de forma individual sofre lesão ao seu direito; como é o caso, por exemplo, do artigo 39, inciso I, do CDC e artigo 5º, inciso II, da Lei 8.137/90 que estabelecem a proibição de venda casada de produtos como não raro acontece, restringindo o direito de escolha pertencente a cada consumidor. [1]

A denominação justifica-se quer pela titularidade da ação (que compete ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado que integram a Administração indireta e, excepcionalmente, as entidades particulares), quer pelo seu objeto que é sempre a defesa de interesse público ou, mais especificamente, de interesses difusos.

Convém, portanto, analisarmos o critério que torna essa ação merecedora do qualitativo “civil pública”. O aspecto civil da ação diz ao conteúdo da pretensão. Na catedrática lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 16), “as ações são civis quando veiculam pretensão (ainda que meramente declaratória) que não depassa os lindes do direito ou interesse privado”.

Quanto ao designativo pública ou privada da ação, comumente, está ligado à qualidade da parte legitimada a promovê-la. Quando a titularidade da ação pertence ao Estado, dá-se o nome de ação pública, quando ao particular, a ação é privada.

Pela primeira vez, ela foi referida na Lei Complementar Federal nº 40, de 14-12-81 (Lei Orgânica do Ministério Público), na qual se incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção da ação civil pública, nos termos da lei (art. 3º, III), sem, no entanto, defini-la. Na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 304, de 28-12-82), a ação civil pública foi apenas mencionada entre as atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes (art. 41, I), também sem qualquer definição. Exemplo típico de ação civil pública, embora não empregada a denominação, encontra-se no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81, que definiu a política nacional do meio ambiente e concedeu legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Sua disciplina legal só foi feita pela Lei nº. 7.347, de 24-7-85, para designar a ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Essa lei teve alguns dispositivos alterados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11-9-90), pela Lei nº. 8.884, de 11-6-94, pela Lei nº. 9.494, de 10-9-97, pela Lei nº. 10.257, de 10-7-01 (Estatuto da Cidade), pela Medida Provisória nº. 2.180 - 35, de 24-8-01.

As primeiras discussões acerca dos interesses difusos e coletivos surgiram no Brasil em 1979, com Ada Pellegrini Grinover; e, desde então, foi reconhecida a falta de adequada defesa de tais interesses. Surgiu daí, com a finalidade de suprir aquela falta, a Lei supra mencionada (Lei 7.347/85, LACP), trazendo efetiva proteção mediante a criação de mecanismos processuais específicos e atribuição de legitimidade extraordinária ou autônoma a órgãos e entidades.

Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 99/100), com extrema clareza, relata o surgimento da LACP, dizendo que existiam dois projetos de lei para serem votados no Congresso Nacional, sendo aprovado o dos promotores de Justiça do Estado de São Paulo, o qual se converteu na Lei de Ação Civil Pública:

O anteprojeto pioneiro para a defesa de interesses difusos em juízo foi elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior. Tendo sido apresentado ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre (1983). Enriquecido e modificado especialmente com as contribuições de Barbosa Moreira. Foi apresentado, então, a Câmara dos Deputados pelo parlamentar Flávio Bierrenbach. Enquanto isso os Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram a discussão do anteprojeto original, alterando-o e incluindo novas sugestões. Com base nesses estudos, o Ministério Público paulista apresentou outro anteprojeto ao governo federal, que, encampando a proposta, a encaminhou ao Congresso, agora como projeto do Executivo (nº 4.984/85, na Câmara nº 20/85 no Senado). Tramitando mais celeremente este último projeto – o do Poder Executivo – acabou por receber a sanção presidencial, transformando-se na Lei 7.347, de 24-7-1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP).

Ocorre que conforme a análise do artigo 3º, III, da Lei Complementar nº. 40, de 14-12-81, a legitimação para a ação civil pública somente caberia ao Ministério Público.

Acontece que, a Lei nº. 7.347/85 (LACP) e posteriormente a Constituição Federal de 1988, delimitaram a natureza dos interesses a serem tutelados através da ação civil pública, e pela relevância dos mesmos, negaram que o Ministério exercesse com exclusividade a sua iniciativa, como ocorre no caso da Ação Penal Pública.

Nesses termos, é pertinente o ensinamento de Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 21) ao ressaltar que:

essa ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo limbo jurídico.

Por fim, como a ação civil pública versa sempre sobre direitos que transcendem a individualidade, pois o legitimado ativo não está apenas defendendo interesse próprio, mas sim agindo em zelo de interesses compartilhados por cada um dos integrantes do grupo de indivíduos lesados, haverá de ser reconhecida por um juízo civil e, portanto razoável a sua consideração como “pública”.

A improbidade administrativa, da mesma forma, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, o qual sujeitava o agente ao seqüestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa, entre os princípios constitucionais impostos à Administração, é bem mais recente porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que na Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (artigo 37, caput, da C.F.) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (artigo 37, § 4º, da C.F.); por isso não é fácil estabelecer uma distinção e um conceito exato entre moralidade administrativa e probidade administrativa (DI PIETRO, 2004, p.695).

Sabe-se que o Direito se expressa através da linguagem e que da mesma forma, esta não obtém precisão em todos os seus termos. Isto acaba gerando um grande problema para a sociedade, pois a linguagem, bem como as palavras empregadas nas normas jurídicas, deve ser compreensível para todos os cidadãos, tendo em vista que "ninguém se excusa de cumprir a lei alegando que não a conhece".

Dessa forma, podem-se contrapor os conceitos jurídicos determinados aos conceitos jurídicos indeterminados (HARGER, vol. 765, p. 11)[2]. Aqueles delimitam a realidade à qual se referem de maneira precisa e inequívoca ou, ao menos, possibilitam certa precisão quando inseridos em um contexto, enquanto estes possuem um grau de indeterminação que dificulta a apreensão de seu conteúdo.

José Eduardo Faria (1993, p.139) define os conceitos indeterminados do seguinte modo:

os conceitos jurídicos indeterminados são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida. Graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei.

Apesar de não delimitarem seu significado com precisão, os conceitos indeterminados apresentam um campo significativo mínimo. Dessa forma, a existência de indeterminação em um conceito não significa que inexistam meios para suprimi-la ou reduzi-la. Isso porque todo conceito indeterminado é finito, uma vez que as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o qual a comunicação seria impossível.

A esse respeito, vale lembrar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 37):

ora, se a lei mencionou dadas expressões, é, obviamente, porque considera que elas são signos, vale dizer, sinais que expressam uma dada realidade (caso contrário não as haveria introduzido). O préstimo de tais expressões é exata e precisamente o de demarcar o âmbito da competência outorgada ao aplicador da regra. Segue-se que nem este nem o intérprete podem negar conteúdo – significação objetiva mínima – a estas palavras, pois fazê-lo equivaleria a retirar do texto o que dele consta. Retirar da lei o que ali se encontra não é aplicar ou interpretar a lei. É legislar. É alterar a legislação suprimindo aquilo que fora previsto para limitar a extensão da competência. Ademais, se estes supostos da competência não fossem controláveis, a medida da competência *não seria dada pela lei*, mas pelo próprio agente, pois ele a demarcaria.

Outra forma de se reduzir à indeterminação de certos conceitos é através da observação do contexto no qual este está inserido.

A esse respeito, Lúcia Valle Figueiredo (1994, p.33), por sua vez, ensina que:

todo conceito, muito embora pragmático ou indeterminado, detém núcleo mínimo de compreensão, sendo que a sua conotação e sua denotação deverão ser extraídas das normas e dos princípios informadores do ordenamento. Destarte, seu conteúdo será dado à luz do instituto, que se examina, e do próprio sistema.

A dúvida entre qual é o sentido empregado em determinado conceito resolve-se, na maioria das vezes, observando-se o caso concreto. Porém, haverá casos em que a dúvida subsistirá. Isto em alguns casos, não, porém em todos (MELLO, 2001. p. 37).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ALCANCE E LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A Lei da Ação Civil Pública (LACP), em sua atual redação, permite a defesa de interesses transindividuais relacionados com: a) o meio ambiente; b) o consumidor; c) o chamado patrimônio cultural; d) infrações à ordem econômica e à economia popular; e) infrações à ordem urbanística; f) quaisquer outros interesses difusos ou coletivos.

Ao contrário do CDC, a LACP só faz menção direta à defesa de interesses difusos e coletivos, nada diz sobre a defesa de interesses individuais homogêneos. Por isso, em interpretação menos avisada, têm alguns procurado sustentar que a defesa de interesses individuais homogêneos por meio da ação civil pública só poderia ser feita em favor de grupos de consumidores, pois que o CDC, sim, alude à defesa coletiva de consumidores. Esse entendimento superficial é de todo equivocado, pois que, como a LACP e o CDC se integram no tocante à defesa coletiva de interesses transindividuais, também os interesses individuais homogêneos estão alcançados pela proteção da ação civil pública da Lei 7.347/85, estejam ou não relacionados com a defesa de grupos de consumidores. Assim, pode ser objeto de ação civil pública ou coletiva a defesa de quaisquer interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, digam ou não respeito a consumidores (MAZZILLI, 2004, p. 117).

Depois do alargamento do objeto da LACP, trazido pela Constituição, pelo CDC e por outras leis esparsas, e assim que a ação civil pública começou a ser mais efetivamente utilizada, o governo federal se sentiu tentado a impedir o cabimento de tutela de interesses transindividuais em matérias que poderiam voltar-se contra o próprio governo. Assim, por medida provisória, dispôs que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados.”

Flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido o acesso à jurisdição, não só sob o aspecto individual como coletivo (Tít. II, Cap. I, e art. 5º, XXI e LXX, da Constituição Federal).

Importante salientar que a ação civil pública poderá ainda ser impetrada por ato de improbidade administrativa, vez que o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa informadas por valores como a boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade, etc., as quais devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade). Contido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade.

A probidade administrativa estabeleceu-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito) e externamente determina que, nas relações jurídicas com terceiros, também a Administração Pública por seus agentes observe o seu postulado.

Nessa conformidade destaca o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal a repressão da improbidade administrativa com as sanções ali previstas, muito embora a probidade administrativa (que é dever do agente público) não fosse novidade no direito brasileiro, pois diplomas legais existiam anteriormente sancionando sua inobservância mostrando que o conceito de improbidade administrativa não requer necessariamente obra legislativa. Porquanto deflui da noção de moralidade administrativa, na qual esta contida, e da constatação da ofensa aos princípios reitores da Administração Pública ou de regra tutelar de seus bens, direitos, interesses e valores. A norma constitucional criou um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa: probidade administrativa que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública (notadamente, impessoalidade, lealdade, imparcialidade, publicidade, razoabilidade) e pelo cumprimento do dever de boa administração (MARTINS JR, 2001, p. 102/103).

Os grandes exemplos de improbidade no Brasil são: aplicação irregular de verba pública, desvio de verba pública, falta de prestação de contas, frustração de concurso de processo licitatório, superfaturamento de obra pública. Esses são os mais comuns atos de improbidade administrativa praticados diariamente pelos administradores públicos brasileiros. E tais são classificados como atos de improbidade administrativa.

A lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) explicita situações consideradas violadoras da "probidade". Tipifica as figuras do enriquecimento ilícito (artigo 9º "caput"), do prejuízo ao erário (artigo 10 e incisos) e da infringência aos princípios administrativos (artigo 11) como condutas tidas por atentatórias à probidade. Em geral, o sujeito ativo, são sujeitos ou titulares do dever de probidade administrativa o agente público, qualquer que seja a forma de seu vínculo com a Administração Pública, além de terceiros estranhos (particulares), como o beneficiário ou partícipe (MARTINS JR, 2001. p. 240). À luz da Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a expressão "agente público" deve ser considerada o gênero do qual emanam as diversas espécies.

Conforme seu artigo 2º, a Lei de Improbidade amplia o conceito de agente público, englobando neste um número considerável de hipóteses. De acordo com o referido dispositivo legal: "reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

A lei, portanto, pretende traçar seu raio de abrangência para colher em suas malhas toda e qualquer pessoa que com a administração se relacione, tomada essa expressão em seu sentido mais amplo possível (FIGUEIREDO, 2000, p. 27). Em contrapartida considera-se que sujeito passivo ou vítima do agente ímprobo é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e as entidades particulares que tenham participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita, conforme prescreve o artigo 1º da Lei nº. 8.429/92:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da

União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Bastante largo é também o conceito do sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, ampliando, ainda, o número de entidades cujo patrimônio se acha protegido pelas disposições legais em referência. Para se ter uma idéia da amplitude do alcance da lei, basta observar o disposto no parágrafo único do artigo 1º:

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Essa ampliação no rol dos sujeitos passíveis de atos ímprobos ocorre pelo fato de, atualmente, a atuação da Administração Pública ser uma atividade extremamente complexa, face à criação de diversos órgãos, consequência da descentralização do Poder Público.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 37, § 4º que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Com o intuito de regulamentar e completar o elenco do artigo acima citado surge o artigo 12 da Lei nº. 8.429/92 que traz as cominações legais as quais os agentes estarão submetidos ao praticarem atos de improbidade.[3]

De outra feita, situação bastante conturbada diz respeito à coisa julgada, pois, contrariando a regra geral do processo civil – de que a imutabilidade da coisa julgada se limita às partes da relação processual – em matéria de ação popular, ação civil pública e ação coletiva, valeu-se a lei de expressões latinas para, com isso, mostrar que estendia a imutabilidade da coisa julgada para além das partes formais do processo de conhecimento.

O emprego das expressões latinas *ultra partes* (além das partes) e *erga omnes* (contra todos) enseja alguns comentários. Literalmente, essa ampliação subjetiva da imutabilidade da sentença acaba igualmente significando que, ao contrário do que ocorre com a coisa julgada no processo civil individual, na tutela coletiva a imutabilidade da decisão alcançará pessoas que não participam da relação processual. Sob este aspecto, ambas as expressões significam a mesma coisa. Antônio Gidi (1995, p. 108) faz essa correta crítica, mas entende que, “mesmo em matéria de eficácia *erga omnes*, a imutabilidade fica limitada a comunidade titular do direito superindividual violado”. Embora essa crítica possa ser pertinente no tocante aos interesses individuais homogêneos, ou até mesmo quanto aos interesses coletivos, não o é quando se cuide de interesses difusos. Neste passo, acredita-se, que a imutabilidade não fica limitada a comunidade titular do direito, porque, graças à indeterminabilidade do grupo reunido

em torno de interesses difusos, a imutabilidade da decisão em relação a todo o grupo social é a solução mais adequada para a espécie. (MAZZILLI, 2004, p. 479).

O alcance da imutabilidade da coisa julgada obtida nas ações civis públicas ou coletivas deve ser aferido segundo o resultado da ação:

a) Pedido julgado procedente – em matéria de interesses difusos ou individuais homogêneos, a imutabilidade da decisão proferida em ação civil pública ou coletiva será *erga omnes*. Em caso de interesses individuais homogêneos, ainda que a lei também diga que haverá coisa julgada *erga omnes*, no fundo a imutabilidade se limitará ao grupo, classe ou categoria de lesados, ou a seus sucessores. Se o próprio lesado tiver ação individual em andamento, só se beneficiará do resultado da ação coletiva se tiver requerido oportunamente a suspensão de seu processo individual. Se se tratar de interesses coletivos, os efeitos serão *ultra partes*, mas ficarão limitados ao grupo, categoria ou classe.

b) Pedido Julgado Improcedente – nas ações civis públicas ou coletivas, a improcedência por falta de provas não gera imutabilidade da decisão, pois nova ação poderá ser proposta por qualquer outro motivo que não a falta de provas, haverá, conforme o caso, eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, a impedir o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva com o mesmo objeto (segundo o CDC, a imutabilidade será *ultra partes*, quando a sentença deva se estender a todo o grupo, classe ou categoria de lesados determináveis, reunidos de maneira indivisível pela mesma relação jurídica básica; será *erga omnes* nos demais casos).

Uma das mais peculiares características da tutela coletiva de interesses transindividuais consiste, justamente, na dificuldade de dar destino adequado ao produto de eventual condenação.

Esse problema da destinação do produto da condenação foi, por muito tempo, um dos três maiores obstáculos ao surgimento do processo coletivo os outros foram a questão da substituição dos lesados no pólo ativo e a questão da coisa julgada com imutabilidade “*erga omnes*” (MAZZILLI, 2004, p. 447).

A pessoa, individualmente lesada, tem acesso direto à prestação jurisdicional, de forma que, a rigor, não depende exclusivamente da defesa coletiva de interesses transindividuais, exceto no caso de interesses difusos. A responsabilidade, a decadência e a prescrição, na reparação de lesões a direitos individuais, decorrem das regras do direito comum. Tratando-se, porém, de interesses individuais homogêneos e até de interesses coletivos, a decisão das ações civis públicas ou coletivas pode ter repercussão direta na defesa de interesses individuais, uma vez que a coisa julgada pode estender-se para além das partes (MAZZILLI, 2004, p. 454).

Contra quem esses lesados individuais ajuizarão ações diretas? Deverão mover a ação contra o causador do dano, se objetivarem indenização por lesões individuais diferenciadas (até porque este tipo de lesão não é objeto das ações civis públicas ou coletivas). Mas, quanto à fração que lhes caiba na indenização por interesses individuais homogêneos, não poderão posteriormente formular pedido algum contra o causador do dano, que já foi executado e pagou tudo o que o que devia na ação coletiva; assim,

poderão ajuizar ação contra pessoa jurídica a que pertença o ente gestor do fundo, o qual recebeu um dinheiro que era do indivíduo.

O objetivo inicial do fundo criado na LACP consistia em gerir recursos para a reconstituição dos bens lesados. Gradativamente, por força de alterações legislativas, sua destinação veio sendo ampliada: pode hoje ser usado para recuperação de bens, promoção de eventos educativos e científicos, edição de material informativo relacionado com a lesão, bem como modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução da política relacionada com a defesa do interesse envolvido (MAZZILLI, 2004, p. 452).

O legislador brasileiro acabou enfrentando a questão de maneira razoável, ao criar um fundo fluido, destinado à reparação dos interesses transindividuais lesados.

Assim, nas ações civis públicas ou coletivas que versem interesses transindividuais indivisíveis, havendo condenação em dinheiro, a indenização reverterá para o fundo criado pelo art. 13 da LACP.[4]

Quando é que o produto de uma condenação proferida em ação civil pública ou coletiva vai para o fundo fluido e, ao contrário, quando é que ele deve ser repartido entre os lesados?

Segundo a lei vigente, se o produto da indenização se referir a danos indivisíveis, irá para o fundo do art. 13 da LACP, e será usado de maneira bastante flexível, em proveito da defesa do interesse lesado ou de interesses equivalentes àqueles cuja lesão gerou a condenação judicial. Naturalmente essa regra só vale para os interesses transindividuais indivisíveis, pois, se o proveito obtido em ação civil pública ou coletiva for divisíveis, (no caso dos interesses individuais homogêneos), o dinheiro será destinado diretamente a ser repartido entre os próprios lesados (MAZZILLI, 2004, p. 449).

As maiores críticas ao sistema brasileiro que instituiu o fundo para reparação de direitos difusos lesados centralizam-se, em dois pontos. De um lado, sustentam alguns a necessidade de ampliar as finalidades de utilização de seus recursos, como para custear perícias em matérias ambientais ou conexas; de outro, o Poder Executivo ter criado conselhos gestores excessivamente centralizadores, de composição muito numerosa e atuação burocrática, o que tem dificultado seu funcionamento e a própria utilização dos recursos obtidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal acolheu a denominação ação civil pública para a ação coletiva voltada à tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, de que é exemplo o patrimônio público e social, lesado ou ameaçado de lesão (artigo 129, III, da CF).

Se a ação civil pública se presta à tutela jurisdicional de qualquer direito e interesse difuso e coletivo (Lei nº. 7.347/85, artigo 1º, IV), a ação fundada na Lei nº. 8.429/92 é

também ação civil pública na medida em que os atos de improbidade administrativa definidos nessa lei atingem bens de natureza difusa: o erário público e a moralidade administrativa, considerados, respectivamente, patrimônio público e social de todos.

Dentro desta linha de raciocínio, portanto, não há improbidade técnica em se considerar a ação de improbidade administrativa modalidade de ação civil pública, mas com regras processuais e procedimentais próprias traçadas pela Lei nº. 8.429/92, aplicando-se subsidiariamente o sistema integrado da lei nº. 7.347/85.

A probidade administrativa atua no aspecto preventivo por meio da instituição de expedientes habilitados à garantia do exercício honesto da função pública, como os códigos de ética pública, os sistemas de incompatibilidades, impedimentos e proibições, a apresentação de declarações de atividades, bens e interesses, de forma a garanti-los e também como vetor do controle da legitimidade do enriquecimento de agentes públicos.

O sistema de incompatibilidades é instrumento inerente à probidade administrativa, que previne a contaminação na gestão do interesse público com o interesse particular, impondo restrições à liberdade dos agentes públicos instituídas em função da supremacia do interesse público, de modo a evitar que a função pública seja empregada para o patrocínio de interesses privados ou a aquisição de bens indevidos. Essas restrições ou limitações terão eficácia se impostas durante ou após o exercício da função, não sendo impostas tais vedações em relação a interesses particulares assumidos antes do exercício da função.

Além disso, a deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o atentado aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais.

Por isso é indispensável à adoção de condições permanentes de vigilância e correção nos gastos públicos por meio de maior transparência e participação comunitária efetiva na gestão da coisa pública e medidas de coibir o comprometimento irresponsável da receita pública.

REFERÊNCIAS

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 e 1994.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

HARGER, Marcelo. *A Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos indeterminados*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 765.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultura e dos consumidores*. 6ª ed. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 17 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. *Improbidade Administrativa – considerações sobre a lei 8.429/92*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nº 36, Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 e 1984.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. ROSA, Márcio Fernando Elias. FAZZIO JR. Waldo. *Improbidade Administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999 E 2004.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROSA, Alexandre e GUIZZO, Affonso. *Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal – conexões necessárias*. Florianópolis: Habitus, 2001.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa – reflexões sobre a lei nº. 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

[1] Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor: “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;”

Art. 5º da Lei nº. 8.137/90: “Constitui crime da mesma natureza: II – subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço.”

[2] “os conceitos indeterminados são dotados de um grau de indeterminação bastante elevado, o que dificulta a apreensão de seu conteúdo. Apesar de procurarem delimitar a realidade, eles não o conseguem, a não ser dentro de limites bastante amplos, pois não podem ser quantificados ou determinados rigorosamente”.

[3] Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

[4] Artigo 13 da Lei nº. 7.347/85: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados a reconstituição dos bens lesados.”

SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

O DIREITO TRIBUTÁRIO AMBIENTAL E A ISENÇÃO DE IMPOSTO TERRITORIAL RURAL NA RESERVA PARTICULAR DO PATRIMÔNIO NATURAL*

ENVIRONMENTAL TAXATION LAW: TAXATION IMMUNITY AND ENVIRONMENTAL CONSERVATION UNITIES

Ana Paula Vasconcellos da Silva

RESUMO

A proteção ao meio ambiente deve primar pela prevenção ao dano ambiental. Dessa forma, o Estado deve regular a Ordem Econômica com vistas a prevenir. E uma das modalidades mais eficientes da atuação do Estado no mercado é por meio da tributação, conforme destaca o economista Colin Leys. Portanto, o Direito Tributário deve ser orientado para que se busque, no entender de Ricardo Lobo Torres, mais do que o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento humano. Exemplo paradigmático é o da isenção de ITR nas RPPNs. Estas unidades de conservação trazem diversas vantagens para o Estado no campo da prevenção ao dano ambiental, e por isso sua criação deve ser estimulada, especialmente através de isenção de ITR. Neste caso concreto houve a ponderação de princípios constitucionais nos moldes propostos por Alexy e Dworkin, eis que o princípio da proteção ao meio ambiente foi cotejado com o princípio da destinação pública do tributo, e, no caso concreto, ambos foram aplicados – eis que se buscou fomentar a criação de RPPNs sem, no entanto, esvaziar completamente o Poder de Tributar, já que o Estado continuou tributando as áreas não gravadas pela reserva.

PALAVRAS-CHAVES: PREVENÇÃO AO DANO AMBIENTAL – TRIBUTAÇÃO – DESENVOLVIMENTO HUMANO – RESERVA PARTICULAR DE PATRIMÔNIO NATURAL – ISENÇÃO – IMPOSTO TERRITORIAL RURAL – PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL.

ABSTRACT

Environmental protection effectualness is boosted when it is aimed at environmental damage prevention. Thus, State's intervention in Economy must take action towards an integrated economic and environmental planning. One possibility of enabling this integration is allowing taxation immunities. In this case, taxes should be aimed not only at public finances, but also at human development. A concrete case study presented in this paper to illustrate its application is the taxation immunity offered to people willing

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

to change their properties into environmental conservation unities. Conservation unities maintained by ordinary citizens have proven to be, in many cases, more efficacious for environmental protection purposes than if they were to be maintained by the Government. Therefore, their creation must be stimulated, mainly by means of economic incentive, such as the taxation immunity. This approach shows an efficient application of Alexy's ideas of principles as optimization commands, balancing the principle of public destination of taxation with the principle of environmental protection. As State's legitimacy for taxing is decreased by the immunity that is offered, it is also compensated for a sensible gain in effectualness of environmental protection, which is a significant possibility of sustainable economic development in a concrete case.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL DAMAGE PREVENTION – HUMAN DEVELOPMENT – ENVIRONMENTAL CONSERVATION UNITIES – TAXATION IMMUNITY – OPTIMISATION COMMANDS – SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT.

I. Introdução

A proteção ao meio ambiente é assunto que ganhou grande espaço ao final do século XX, e recentemente vem aparecendo quase que com estardalhaço na mídia e nas produções acadêmicas, especialmente devido à urgente – e talvez tardia – preocupação com o efeito estufa. Tal proteção, contudo, reveste-se de um caráter especial, visto que é um direito cujo titular não é aquele que efetivamente será protegido – já que os efeitos da ação humana na Natureza trazem conseqüências nefastas à própria existência humana. De fato, o destinatário é *toda a humanidade*, incluindo *aqueles que ainda não estão aqui* – preceito consagrado com o princípio da responsabilidade entre gerações, pois as gerações presentes não podem utilizar o meio ambiente de forma a provocar a sua escassez para as gerações vindouras.

Juridicamente, a proteção ao meio ambiente ganhou grande reforço em solo nacional com a Constituição de 1988, que dedicou um Capítulo inteiro para a sua proteção, além de outros dispositivos esparsos – muito embora já existisse uma preocupação com a tutela ambiental no Brasil desde meados da década de 60. A Constituição de 1988, além de consagrar o que Paulo Affonso Leme Machado chama de *ética da solidariedade entre as gerações*[1], consagra também três tipos de responsabilidade para o dano ecológico, que são independentes entre si: a administrativa, a criminal e a civil – o que, segundo José Afonso da Silva, “não é peculiaridade do dano ecológico, pois qualquer dano a bem de interesse público pode gerar os três tipos de responsabilidade.”[2]

Contudo, essas três esferas de atuação para a reparação ao dano ecológico vêm se mostrando ineficazes para a proteção ao meio ambiente. Sem entrar no mérito da

eficiência da atuação do Poder Público nestas respectivas searas jurídicas – o que fugiria ao escopo deste trabalho –, estes instrumentos protetivos não são suficientes justamente porque lidam apenas com a reparação do dano ambiental – ou seja, a intervenção do Estado só se dará depois que a lesão ao meio ambiente tiver ocorrido. No entanto, o operador do direito não pode se dar ao luxo de apenas tentar retornar ao *status quo ante*, pois, dada a fragilidade e a complexidade que a questão demanda, restaurar o que foi perdido mostra-se uma tarefa árdua – e muitas vezes impossível.

Aliás, é em decorrência do Princípio da Efetividade, norteador dos atos da Administração Pública, que centraremos nossas atenções na *prevenção* do dano ambiental. Assim, como didaticamente nos ensina Ruanda Schilickman Michelis em seu artigo *Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental*, publicado na Revista de Direito Ambiental nº 45:

A prevenção do dano é reconhecida unanimemente como sendo o objetivo fundamental do Direito Ambiental. Isso porque, ocorrido um dano, na grande maioria das vezes nenhum tipo de reparação terá a capacidade de fazer com que o meio ambiente volte ao seu status quo ante, isto é, que seja restabelecida, em igualdade de condições, uma situação idêntica à anterior. [3]

Destarte, a proteção ao meio ambiente deve mostrar-se não apenas na efetiva punição daqueles que causaram o dano, mas principalmente na *prevenção* de lesões. A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, reunida em 1992, consagrou pelo menos dois princípios nesse sentido: o *princípio da precaução* e o *princípio da prevenção*. Em especial em relação a este último, Paulo Affonso Leme Machado divide em 05 itens de aplicação, dentre os quais nos é fundamental a idéia de **Planejamentos ambiental e econômico integrados** [4].

E agora começamos a nos aproximar do escopo deste trabalho.

II. A Intervenção do Estado nas Forças Econômicas a Favor do Meio Ambiente

A proteção ao meio ambiente aparece frequentemente associada ao termo *desenvolvimento sustentável*. Para além das inúmeras discussões acadêmicas sobre o alcance e interpretação do termo, fiquemos com uma formulação simples, dada pela Lei 9.082/95, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 1996, afirmando ser diretriz e meta da Administração Pública Federal:

a promoção do desenvolvimento, buscando conciliar as necessidades do crescimento econômico e da modernização tecnológica do setor produtivo **com a preservação do meio ambiente** e a melhoria da qualidade de vida nas cidades e no campo, garantindo o atendimento dos compromissos firmados na Agenda 21.(art. 2º, V – grifos nossos) [5].

Sem dúvida que a proteção ao meio ambiente não pode paralisar as atividades econômicas. Mas justamente a proteção mais eficiente é aquela que *conta* com as atividades econômicas, que interfere no plano econômico em busca de uma maior *efetividade* de suas ações. Assim como o mercado tem o poder de influenciar as políticas dos governos, como afirma Colin Leys:

Agora, em toda a parte, a política é orientada para o mercado. Não se trata apenas de os governos não poderem mais ‘administrar’ suas economias nacionais; para sobreviver no cargo, devem ‘administrar’ cada vez mais a política nacional, de forma a adapta-la às pressões das forças de mercado multinacional. Essas pressões assumem muitas formas, tais como limites estritos à política macroeconômica, reivindicações de investidores por acordos de regulamentação favoráveis, impacto direto das forças econômicas globais em mercados específicos e a reforma ‘profunda’ e contínua das relações sociais e idéias por uma grande variedade de forças de mercado que agem com força cada vez maior graças à globalização.[6]

Da mesma forma, o Estado também possui um papel primordial ao delimitar a atuação das grandes forças de mercado, pois, segundo este mesmo autor,

As obrigações tributárias são especialmente importantes, já que o poder de cobrar impostos é o fundamento da soberania nacional, mas a complexidade do financiamento contemporâneo das TNCs [grandes corporações], combinada à forma de organização em rede, permite-lhes limitar a mordida de qualquer autoridade tributária nacional, exceto as maiores e mais determinadas.[7]

Destarte, através da cobrança de tributos, o Estado possui um instrumento poderosíssimo em mãos, não apenas para delimitar a atuação das grandes forças de mercado, mas também como forma de as forçar a buscar tecnologias menos danosas ao meio ambiente, acentuando o caráter de prevenção de lesões que toda política ambiental séria precisa ter.

III – A Ordem Econômica e o Meio Ambiente no Direito Brasileiro

Entre nós, a Constituição de 1988 consagrou a proteção ao meio ambiente como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, no seu art. 170, VI. Alguns autores, como por exemplo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, criticam a redação do art. 170 da Carta Magna, ao afirmar que “a redação desse artigo tem o vício típico dos produtos dos grandes colegiados, que, em áreas de transigências recíprocas, acabam por sacrificar até a lógica.”[8]

Para este eminente administrativista, o constituinte originário pecou ao embaralhar os fundamentos da ordem econômica com as suas finalidades, tratando estas como se princípios fossem – porém, como bem afirma Toshio Mukai em comentário a este tema, “as finalidades estão inspiradas por valores, e, por isso, elas contêm princípios, mas nem por isso com eles se confundem.”[9]

No entanto, no nosso assentir, não há que se enxergar vício na interpretação do art. 170 da Constituição, dado que o texto constitucional nos oferece princípios que devem ser ponderados diante da prática econômica. Está é a opinião do professor Mukai, com quem concordamos, e que passamos a transcrever a seguir:

Entendemos que não existe possibilidade jurídica de haver ‘conflitos’ entre os princípios arrolados pelo art. 170 da Constituição de 1988. (...)

A Constituição, ao contemplar no mesmo plano os princípios da livre concorrência e o da defesa do meio ambiente, não admite que este último seja colocado de lado, com privilégio do primeiro.

Há que se compatibilizar, sempre e a todo custo, os dois princípios. E, em caso de conflito real, há que se efetuar uma ponderação de interesses, para que não haja o sacrifício total de um ou do outro.^[10]

Aliás, a ponderação de interesses é de especial importância para o nosso trabalho. O professor Ricardo Lobo Torres, na sua magnífica obra **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, disserta longamente sobre a ponderação no seu Volume II, **Valores e Princípios Constitucionais e Tributários**. Transcreveremos longos trechos da sua obra, dado que o instituto da ponderação nos será útil posteriormente. Em primeiro lugar:

“Karl Larenz defende que ‘a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas’. Este autor anota que o Tribunal Constitucional Alemão se serve do método da ‘ponderação de bens no caso particular’ para determinar o alcance concreto dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si nos casos particulares. A colisão pode ocorrer em virtude de os conceitos e princípios serem abertos e móveis, não estando a sua amplitude previamente fixada. Para a ponderação de bens, deduzem-se das sentenças da Corte Constitucional os princípios da **proporcionalidade**, do **melhor meio** e da **menor restrição possível**.”^[11] (grifos nossos)

E ainda nos serão úteis as clássicas regras de ponderação de interesse de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo este primeiro autor, as regras jurídicas se diferenciam dos princípios por serem as primeiras de aplicação absoluta (ou são aplicáveis na íntegra ou não se aplicam) e os segundos podem ser sopesados diante do caso concreto. Já Alexy traz-nos a idéia de que os princípios são *mandados de otimização*, e, portanto, podem ser cumpridos em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

As contribuições trazidas por estes dois autores são essenciais no momento da ponderação, nos casos concretos, entre as demandas da ordem econômica, da livre iniciativa e do direito de propriedade e a necessidade de proteção ao meio ambiente, para que se alcance o tão-propalado desenvolvimento sustentável. E, é claro, os tributos terão um importante papel nesta construção.

IV – O Direito Tributário e o Desenvolvimento Sustentável na Ordem Jurídica Brasileira

A Constituição de 1988 consagra, como um dos objetivos fundamentais da República, a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, III). Esta mesma referência aparece no art. 174, §1º, que comanda que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado. Essa expressão “desenvolvimento nacional” é desenvolvida com maestria por Ricardo Lobo Torres, no mesmo livro citado anteriormente, que passaremos a transcrever por ser extremamente ilustrativa do pensamento que estamos a defender:

O desenvolvimento econômico deve ser justo para que se torne legítimo. **Não é ele que cria uma ordem econômica justa, senão que o ordenamento justo é que propicia as condições para o desenvolvimento.** Em nome do crescimento econômico, não se pode postergar a redistribuição de rendas, nem ofender aos direitos humanos, **nem atentar contra o meio ambiente**, nem justificar a corrupção dos políticos. Sendo questão de justiça, a problemática do desenvolvimento econômico não se deixa aprisionar pelo cálculo utilitarista, embora não lhe seja estranha a consideração do útil, que integra a idéia de justiça. **O princípio do desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo, mas deve se afinar com o desenvolvimento humano.** [12]

É sob essa perspectiva de desenvolvimento econômico, como um direito ao desenvolvimento sustentável, que trabalharemos o papel dos tributos. Ainda citando o mesmo autor, o Direito Tributário teria um papel reduzido na seara do desenvolvimento sustentável:

O direito tributário não tem, via de regra, função redistributiva. Só pontual e indiretamente exerce influência sobre a redistribuição de rendas e o desenvolvimento, como pode acontecer com:

- a) A função extrafiscal dos impostos exercida pela política dos incentivos fiscais;
- b) A transformação da para-fiscalidade em fiscalidade;
- c) racionalidade do sistema tributário. [13]

Contudo, com esta idéia defendida pelo eminente tributarista não podemos concordar. **Os tributos possuem um papel fundamental para que se construa um desenvolvimento sustentável**, ligado à idéia de desenvolvimento humano que o próprio Ricardo Lobo Torres defendeu. Essa concepção, já conhecida do Direito Estrangeiro, em especial no Direito Europeu, vem ganhando adeptos em solo pátrio, como veremos no ponto que passaremos a explicitar a seguir.

V – O Papel dos Tributos na Proteção ao Meio Ambiente

Na área da tributação ambiental, temos o pioneirismo de José Marcos Domingues de Oliveira, que, com seu livro **Direito Tributário e Meio Ambiente**, lançou as bases da discussão da matéria no Brasil, há mais de dez anos atrás. Deixemos que as palavras do mestre guiem esta pequena introdução ao tema:

Parece que o desafio posto à doutrina nessa matéria é **a conciliação dos princípios, fundados que são ambos na solidariedade social, em face da constatação de que a apropriação por uns (seja a indústria, seja o consumidor) do Meio Ambiente (meio de uso comum de todos) configuraria enriquecimento particular, indicador de capacidade contributiva especial e diferenciada, legitimadora quer de (novos) tributos ambientais (em sentido estrito), quer de graduações seletivas de tributos clássicos (tributos ambientais em sentido lato).** [14] (grifos nossos)

Esse pensamento felizmente parece ter sido recentemente absorvido por normas constitucionais. É o que nos explica Fábio Fraga Gonçalves e Janssen Hiroshi

Murayama, em seu artigo **Releitura do Princípio da Capacidade Contributiva sob a ótica do Direito Tributário Ambiental**, publicado na coletânea **Direito Tributário Ambiental**, e que passamos a expor:

Recentemente, com a edição da EC 42, de 19 de Dezembro de 2003, o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 – que traz os princípios da ordem econômica – passou a ter a seguinte redação:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Trata-se da constitucionalização da possibilidade de instituição de tributos ambientais. **È bem verdade que o dispositivo não prevê expressamente que o ‘tratamento diferenciado’ será efetivado mediante uma carga tributária distinta, mas o simples fato de o dispositivo ter sido modificado no bojo da Reforma Tributária serve como mais um indício de que instrumentos tributários destinados à defesa do meio ambiente serão criados em um futuro muito próximo. Daí a atualidade e relevância do tema.**

É possível, pois, a utilização de tributos para assegurar a preservação do meio ambiente em consonância com o nosso ordenamento jurídico.

Também é correto supor que, nesse caso, o principal objetivo do tributo não será aumentar a arrecadação dos cofres fazendários, mas sim evitar – ou ao menos minimizar – os danos causados ao meio ambiente sem, no entanto, impedir o desenvolvimento econômico do país.

Além do mais, é importante frisar que o tributo ambiental deve ser apenas uma das armas utilizadas para a preservação do meio ambiente, devendo ser implementadas outras, em especial uma política de educação da empresas e da população a ser desenvolvida pelos governos federal, estadual e municipal, de forma intensa e ininterrupta.[\[15\]](#) (grifos nossos)

Somos do mesmo entendimento defendido por Murayama e Gonçalves. A alteração do dispositivo no bojo da “mini-Reforma Tributária”, como é conhecida, por muitos, a EC 42/03, nos faz refletir se a *mens legislatoris* não foi mesmo no sentido de se buscar uma proteção ambiental mais efetiva através de aspectos atinentes ao Direito Tributário e Financeiro. Quais poderiam ser estes mecanismos, e em especial quais seriam mais eficientes para se buscar a *prevenção do dano ambiental*, é o que passaremos a expor a seguir.

VI – Os Instrumentos Tributários e Financeiros Utilizados no Brasil para a Proteção do Meio Ambiente

Tradicionalmente, o Direito Ambiental traz, na seara administrativa, os seguintes instrumentos preventivos de tutela:

- (i) Poder de Polícia;
- (ii) Zoneamento;
- (iii) Licenciamento;
- (iv) Estudo de Impacto Ambiental; (EIA/RIMA)
- (v) Educação Ambiental.[\[16\]](#)

Para além dos mecanismos administrativos tradicionais, Breno Ladeira Kingma Orlando e Daniel Mariz Gudiño[\[17\]](#) nos trazem oito instrumentos tributários e financeiros, que, segundo estes autores, os entes federativos vêm utilizando para proteger e recuperar o ecossistema, a saber:

- (i) Concessão de incentivos fiscais às empresas que investem em meio ambiente;
- (ii) A exclusão de empresas que violam as leis ambientais do gozo de regimes fiscais mais benéficos;
- (iii) A concessão de redução de alíquotas ou isenção às atividades e aos produtos menos poluidores (seletividade ambiental);
- (iv) Tributação da propriedade com base em critérios ambientais;
- (v) A instituição de tributos ambientais para custear a intervenção pública;
- (vi) Repasse de verbas aos municípios que preservam o ecossistema;
- (vii) A instituição de fundos ambientais;
- (viii) A instituição de compensação e créditos financeiros.

Não é nossa intenção fazer uma extensiva análise sobre cada um desses institutos. Para os fins deste trabalho, analisaremos apenas o instituto da tributação da propriedade com base em critérios ambientais, mas não na sua totalidade. Centraremos nossas análises em uma das modalidades que consideramos ser paradigmática do papel dos tributos como instrumento eficaz de prevenção aos danos ambientais, fundamental para que se alcance o tão-propalado desenvolvimento sustentável, ligado à idéia de desenvolvimento humano: a questão da Reserva Particular do Patrimônio Natural e a isenção de ITR concedida aos proprietários que assim gravarem suas propriedades. As peculiaridades da RPPN e da sua isenção tributária serão discutidas adiante.

VII – A Reserva Particular do Patrimônio Natural no Sistema Nacional de Unidades de Conservação

As Reservas Particulares do Patrimônio Natural já existiam desde a década de 1970, conforme histórico apresentado pela ONG Ambiente Brasil em seu site, que, pela sua didática e síntese, achamos por bem transcrever:

As Reservas Particulares do Patrimônio Natural - RPPN's, surgiram em 1977, quando alguns fazendeiros, principalmente, do Rio Grande do Sul, sentiram a necessidade de dar Proteção oficial às suas propriedades rurais, face a pressão de caça incidente sobre as mesmas. Através deste movimento, foi então editada a Portaria 327/77, do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Animais Nativos - REPAN's, que mais tarde foi substituída pela Portaria 217/88 que lhes deu o novo nome de Reservas Particulares de Fauna e Flora.

A fim de aprimorar estas duas portarias, em 1990, foi editado o Decreto 98.941, que institui as RPPN's, sendo o Decreto 1.922, de 05 de junho de 1996. [\[18\]](#)

No entanto, embora já tivessem previsão legal há bastante tempo, as RPPNs ganharam grande força normativa a partir da Lei 9985/00 – lei que regulamentou o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Destaque-se, em primeiro lugar, que unidades de conservação são:

Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. [\[19\]](#)

Esta lei delimita duas categorias de unidades de conservação: as de proteção integral (art. 7º, I) e as de uso sustentável (art. 7º, II), sendo que as RPPNs pertencem às categorias de uso sustentável, cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, sendo permitidas em seus limites as atividades de pesquisa científica e o ecoturismo, feitas dentro das condições legais. As RPPNs estão previstas no art. 21 da Lei 9985/00, que transcrevemos a seguir:

Art. 21. A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

§ 1º O gravame de que trata este artigo constará de termo de compromisso assinado perante o órgão ambiental, que verificará a existência de interesse público, e será averbado à margem da inscrição no Registro Público de Imóveis.

§ 2º Só poderá ser permitida, na Reserva Particular do Patrimônio Natural, conforme se dispuser em regulamento:

I - a pesquisa científica;

II - a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais;

§ 3º Os órgãos integrantes do SNUC, sempre que possível e oportuno, prestarão orientação técnica e científica ao proprietário de Reserva Particular do Patrimônio

Natural para a elaboração de um Plano de Manejo ou de Proteção e de Gestão da unidade.

Segundo a ONG Ambiente Brasil, as vantagens das RPPNs são as seguintes:

As RPPN's são importantes para a conservação porque :

- (1) contribuem para uma rápida ampliação das áreas protegidas no país;
- (2) Atuam como zonas-tampão no entorno de parques reservas, constituindo-se em corredores ecológicos;
- (3) Apresentam índices altamente positivos na relação custo-benefício;
- (4) São facilmente regulamentadas. Possibilitam a participação da iniciativa privada no esforço nacional de conservação;
- (5) Contribuem para a compensação da biodiversidade dos biomas brasileiros. [\[20\]](#)

É importante perceber que o Poder Público possui interesse que tais Reservas sejam criadas por um grande número de particulares. Sabemos das dificuldades que os órgãos públicos têm em fiscalizar e gerir as diversas unidades de conservação, não apenas pela falta de recursos humanos (fiscais habilitados) e financeiros, como também pela *dificuldade na criação de tais unidades*.

As unidades de conservação só podem ser criadas por ato do Poder Público (art. 22), sendo indispensáveis os estudos técnicos e, em alguns casos, a consulta pública (art. 22, § 2º), sem falar na necessidade de desapropriação na maior parte das modalidades de unidade de conservação (art. 9º, §1º; 10, §1º; 11, §1º; 12, §2º; 13, §2º; 17, §1º; 18, §1º; 19, §1º e 20, §2º, Lei 9985/00). A desapropriação, e sua conseqüente justa e breve indenização ao particular, causa grande dispêndio ao Estado. Por isso, é de interesse do Poder Público que se fomente a criação das RPPNs, já que nesta modalidade de propriedade, embora gravada perpetuamente, continuará pertencendo ao particular.

Eliminam-se, portanto, os conhecidos problemas de conflito de competência para a criação das unidades, do ato do Poder Público pertinente para a criação da unidade, os estudos, a consulta pública, a elaboração do plano de manejo, o pagamento das indenizações e as demais problemáticas envolvendo a questão – sem falar que não haverá o risco de que algum proprietário ou comunidade local sejam inadvertidamente pegos de surpresa pela existência da unidade, e injustamente limitados nos seus direitos, como, infelizmente, muitas vezes ocorre na prática.

De mais a mais, a fiscalização também será exercida pelo particular, liberando o Estado do dispêndio de ter mais uma área para fiscalizar (embora, é claro, não se possa eximir de controlar a atividade do proprietário – mas tal fiscalização será muito mais simples de se proceder), o que aumenta a eficiência da atividade estatal.

Destacamos, também, os efeitos positivos na *prevenção* de danos, eis que o particular terá muito mais interesse e capacidade de fiscalização para impedir que danos como caça predatória, incêndios e corte ilegal de vegetação ocorram – visto que é comum que

se desenvolva o ecoturismo, sendo, portanto, de seu interesse econômico zelar pela conservação da natureza e prevenir a ocorrência de tais danos.

Além dos benefícios acima elencados, outros também podem ser apontados, como por exemplo:

(i) – Serviços ambientais de grande relevância, tais como: água e ar mais limpos na região, polinização, fontes de energia, controle de pragas, proteção dos recursos genéticos, produção de produtos farmacêuticos, moderação de extremos climáticos, aumento na fertilidade e produtividade dos solos, maior decomposição e eliminação de resíduos, estabilização de encostas e áreas costeiras, redução de extremos de vazão (enchentes, secas), resgate de Carbono, além do realce de valores estéticos, culturais, espirituais e intelectuais, principalmente através do estímulo à educação ambiental realizado nestas áreas;

(ii) – Formação de corredores ecológicos, permitindo uma maior conectividade entre os espaços territoriais especialmente protegidos, o que não só viabiliza a formação dos mosaicos ambientais como também facilita a preservação de espécies endêmicas e a conservação dos biomas e da biodiversidade brasileira;

(iii) – Diminuição do chamado “efeito de borda” nas unidades de conservação geridas pelo Poder Público, em que a vegetação primária das áreas preservadas vai gradativamente sendo substituída por uma vegetação secundária invasora;

(iv) – Viabilização da política preservacionista estatal sem o dispêndio de grandes volumes de recursos públicos, no que diz respeito a sua criação e manutenção; [\[21\]](#)

Assim, é de interesse do Estado que tais unidades sejam criadas para que se efetive o direito fundamental ao meio ambiente, consagrado no art. 225 da Carta Magna no seguinte teor: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”. E a forma mais eficiente para que se fomenta tal criação é por meio de concessão de isenções tributárias, sendo, neste caso, o imposto mais pertinente de ser isento o ITR – o que passaremos a discutir a seguir.

VIII – A Reserva Particular do Patrimônio Natural e a Isenção de ITR

A isenção, para além das inúmeras discussões existentes na doutrina acerca do tema, segundo definição sintética do professor Ricardo Lobo Torres, trata-se, quando se configura em privilégio não-odioso, de

Autolimitação do poder fiscal derogatória da incidência, fundada na idéia de justiça, tendo por origem o direito positivo e por fonte a lei ordinária, possuindo eficácia constitutiva e sendo revogável com efeito restaurador da incidência, abrangendo, por fim, apenas a obrigação principal. [\[22\]](#)

É importante observar que, para que a isenção exista, é necessário que uma lei ordinária assim disponha. No caso em questão, temos atualmente dois dispositivos de lei que tratam da isenção do ITR para as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, o art. 10,

§ 1º, “a” da Lei 9393/96 e o art. 8º do Decreto 5746/06, que passaremos, respectivamente, a transcrever:

Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:

- área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:

a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na [Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965](#), com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989;

Art. 8º A área criada como RPPN será excluída da área tributável do imóvel para fins de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de acordo com a norma do [art. 10, § 1o, inciso II, da Lei no 9.393, de 19 de dezembro de 1996](#).

Sobre esta isenção, assim se manifestam Breno Ladeira Kingma Orlando e Daniel Mariz Gudiño no seu supramencionado artigo:

Convém destacar, ainda, que a extrafiscalidade ora tratada foi uma das primeiras influências do meio ambiente no Direito Tributário brasileiro. Desde 1964, ainda em vigor, o legislador pátrio já previa a utilização do ITR como instrumento de preservação ambiental. O seu art. 47 determina que o poder público pode utilizar-se da tributação progressiva da terra para desestimular os que exercem o direito da propriedade sem observância da função social e econômica da terra, bem assim para estimular a racionalização da atividade agropecuária dentro dos princípios da conservação dos recursos naturais renováveis. E mais, no seu art. 50 estabelece que as florestas ou matas, as áreas de reflorestamento e as por elas ocupadas, cuja conservação for necessária, não podem ser tributadas. [23]

Observamos que os autores fazem referência à legislação antiga do ITR, e por isso as vedações que eles citam são muito genéricas. As legislações atuais já trazem referências específicas à isenção ao ITR para as áreas gravadas como Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Destacamos ainda que, embora o art. 8º do Decreto 5746/06 não utilize o termo “isenção”, acreditamos tratar-se de uma isenção, visto que a fonte normativa é a Lei 9393/96, tendo por fonte, portanto, a lei ordinária. Tal benefício possui eficácia constitutiva e é revogável com efeito restaurador da incidência. E, por fim, essa benesse concedida pelo legislador abrange apenas a obrigação principal, o que, no nosso entender, preenche os requisitos fornecidos por Ricardo Lobo Torres para que possamos definir uma isenção tributária, em especial porque este benefício funda-se na idéia de *justiça*.

Aliás, é importante compreender que neste caso o legislador fez uma ponderação de bens no caso particular. Ele ponderou a necessidade de arrecadação do Estado, derivada do seu Poder de Tributar, inerente à soberania do Estado – o que se daria com a

tributação plena da propriedade rural, com a necessidade de proteção ao meio ambiente, direito fundamental garantido a todos não apenas pelo art. 225 da Constituição Federal como também em diversos tratados internacionais – o que se daria pelo estímulo à criação das RPPNs.

Aqui vemos nitidamente os critérios de *proporcionalidade, do melhor meio e da menor restrição possível* propostos por Ricardo Lobo Torres e que mencionamos no item III deste trabalho. O benefício atribuído aos particulares que gravarem suas propriedades como RPPN é proporcional ao fim almejado, eis que não se isentou o proprietário de IPVA, por exemplo; ele apenas foi protegido do pagamento do tributo atinente ao uso e gozo da propriedade, da qual ele não poderá mais dispor. Utilizou-se, também, o melhor meio para que se fomentasse um maior número de RPPNs, eis que os estímulos tributários são sempre recebidos com bons olhos pelos proprietários.

Ainda, a partir de 1997, o número de RPPNs criadas cresceu substancialmente nos 5 anos seguintes, conforme dados do IBAMA[24]. Por fim, utilizou-se a menor restrição possível para a Fazenda Pública, eis que apenas a parte do terreno gravada como RPPN será isenta, permitindo que o Poder Público justamente tribute o restante. A ponderação, no caso concreto, mostrou-se adequada perfeitamente ao ideal de justiça proposto por Ricardo Lobo Torres em relação às isenções, eis que nem Estado nem o Particular foram excessivamente prejudicados ou beneficiados no caso.

De mais a mais, também vemos que aqui se protegeu essencialmente o princípio da proteção ao meio ambiente, sem que se abdicasse plenamente do direito da Fazenda Pública de arrecadação. Vemos, neste caso concreto, a aplicação da idéia de Alexy de que os princípios são *mandados de otimização*, e, portanto, podem ser cumpridos em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio da proteção ao meio ambiente foi cotejado com o princípio da destinação pública do tributo, e, no caso concreto, prevaleceu o princípio da proteção ao meio ambiente – eis que se buscou fomentar a criação de RPPNs – sem, no entanto, esvaziar completamente o Poder de Tributar, do qual se extraem os princípios de direito tributário, já que o Estado continuou tributando as áreas não gravadas pela reserva.

Esse é o tipo de pensamento que, entendemos, deve orientar o legislador ao utilizar os instrumentos tributários atinentes à proteção ambiental. Deve-se buscar a proteção ao meio ambiente da forma mais eficiente, consagrando, sobretudo, as soluções que primem pela prevenção do dano ambiental. No entanto, não se devem conceder benefícios fiscais sem nenhum critério, sob o risco de torná-los privilégios odiosos e injustos, conforme a concepção de Ricardo Lobo Torres.

O que se deve buscar, nos casos concretos, é a *conciliação dos princípios*, conforme sugeria o professor José Marcos Domingues de Oliveira, não impedindo o desenvolvimento econômico (como no caso não se impediu, eis que o ecoturismo é permitido e até mesmo incentivado nessas áreas), mas que o Estado atue como *regulador* deste desenvolvimento, permitindo que ele seja também um desenvolvimento sustentável e humano.

IX – Considerações Finais

Mais do que um discurso bem elaborado e cheio de boas intenções, o jurista deve buscar a *efetividade* dos pressupostos a que a lei se destina. E em termos de eficiência, num Estado Democrático de Direito que também é regido pelas forças do capital, nada mais eficiente do que uma *política tributária orientada pela ponderação de interesses*, aliada a uma *política de regulação*, mais do que de império, para que a intervenção do Estado, ainda que indireta, mostre-se célere e eficiente na preservação de um patrimônio ao qual não podemos nos dar ao luxo de desperdiçar.

É claro que diversos podem ser os mecanismos utilizados pelo Estado, tanto em sede administrativa como tributária, para que se alcance tal fim. Aliás, Carlos Eduardo Frickman Young, na coletânea realizada por Peter May sobre Economia do Meio Ambiente, aponta diversos benefícios para a utilização dos instrumentos econômicos em relação aos de comando e controle, ente eles (grifos nossos):

(i) – Permitir a geração de receitas fiscais e tarifárias – por meio de cobrança de taxas, tarifas ou emissão de certificados – para garantir os recursos para pagamento dos incentivos e prêmios para capacitar órgãos ambientais;

(ii) – Possibilitar que tecnologias menos intensivas em bens e serviços ambientais sejam estimuladas pela redução da despesa fiscal que será obtida em função da redução da carga poluente ou da taxa de extração;

(iii) – Atuar no início do processo de uso dos bens e serviços ambientais;

(iv) – Evitar os dispêndios em pendências judiciais, para aplicação de penalidades;

(v) – Implementar um sistema de taxação progressiva ou de alocação inicial de certificados segundo critérios distributivos em que a capacidade de pagamento de cada agente econômico seja considerada;

(vi) – **Considerar as diferenças de custo e controle de agentes, permitindo que outros atores sociais também arquem com as despesas de proteção ambiental.** [\[25\]](#)

Porém, diante das vantagens dos diversos instrumentos econômicos, em especial os tributários, apontamos que tais instrumentos devem ser primados pela sua *eficiência em prevenir os danos ambientais*, assim como pela *preocupação em não impedir a atividade econômica*. Da mesma opinião são Breno Ladeira Kingma Orlando e Daniel Mariz Gudiño, cujo artigo uma vez mais citaremos:

Considerando que o contribuinte brasileiro já suporta uma carga tributária desproporcional ao retorno que o Estado lhe proporciona, entendemos que deve ser priorizada a utilização de instrumentos econômicos que aliviem a carga de tributação a que estão sujeitas as pessoas físicas e jurídicas que contribuem para a preservação e recuperação ecológicas. Ademais, para que o proveito desses instrumentos seja efetivo, defendemos a adoção de medidas desburocratizantes a fim de simplificar o processo de obtenção dos incentivos.[\[26\]](#)

Concordamos plenamente com a opinião dos tributaristas, e percebemos o quanto a isenção do ITR para as RPPNs é um exemplo paradigmático das soluções que o Poder Público deve buscar. A tributação excessiva dos bens naturais pode ter um efeito

reverso, eis que, ao invés de aumentar a arrecadação e desestimular o uso de tais bens, o que provavelmente ocorrerá na prática é a inadimplência e o uso ilegal dos recursos naturais que se buscava proteger. Como bem salienta Paulo de Bessa Antunes, em sua obra sobre o dano ambiental:

Não perceber a fortíssima presença das diferentes pressões econômicas nas questões relativas ao meio ambiente, em minha opinião, significa permitir que elas ajam sem controle e em claro prejuízo ao meio ambiente e à qualidade de vida. **De fato, é extremamente necessário que o tratamento econômico das questões ambientais seja feito sem preconceito e abertamente, pois a renúncia em empreender tal abordagem não implica que a problemática econômica se retire das questões referentes ao meio ambiente; ao contrário, implica que a perspectiva econômica se apresente de forma imediatista e, destarte, sem os necessários cuidados ambientais, como tem sido comprovado diariamente.** Aliás, o jurista brasileiro não se pode furtar a enfrentar o espinhoso tema das relações entre economia e ambiente, vez que, em sede constitucional, a matéria está plenamente caracterizada como de natureza econômica, embora não se restrinja a isso. [27] (grifos nossos)

Portanto, é preciso que, ao utilizar os instrumentos tributários na proteção ao meio ambiente, o legislador e o administrador público não percam a medida do que pode ser feito, atentos especialmente para a eficiência das suas ações e para a prevenção dos danos ambientais. E, para tal, sugerimos que se utilize preferencialmente a ponderação dos princípios constitucionais no caso concreto, para que o Estado busque o desenvolvimento econômico sustentável e humano, preservando o meio ambiente para as futuras gerações sem, com isso, impedir que o desenvolvimento econômico e a arrecadação do Estado sejam realizados. Por fim, entendemos ser a isenção do ITR para as RPPNs um caso emblemático de como esta ponderação pode realmente funcionar na prática.

X- Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Ambiental, Uma Abordagem Conceitual**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FRICKMAN YOUNG, Carlos Eduardo e outros. **Política Ambiental**. In **Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática**. Organizadores: Peter May, Maria Cecília Lustosa e Valéria da Vinha. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2003, 6ª impressão.

KINGMA, Orlando Breno Ladeira; Daniel Mariz Gudiño; Ernesto Johannes Trouw; Fábio Fraga Gonçalves; Igor Muniz; Janssen Hiroshi. (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

LEYS, Colin. **A Política a Serviço do Mercado**. Rio de Janeiro : Record, 2004

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Ed. 11ª ed

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume III – OS Direitos Humanos e Isonomia**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira de Costa. **Tributação Ambiental: A Utilização De Instrumentos Econômicos E Fiscais Na Implementação Do Direito Ao Meio Ambiente Saudável**. Publicado na Revista de Direito Ambiental nº 45. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Na Internet:

<http://www.ibama.gov.br/siucweb/rppn/>

<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=../snuc/index.html&conteudo=../snuc/artigos/rppn.htm>

<http://www.combio.com.br/combio2008/apresentacao/index.html>

[1] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed. 11ª ed, pgn. 123

[2] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, pgn. 300.

[3] TUPIASSU, Lise Vieira de Costa. **Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Publicado na Revista de Direito Ambiental nº 45. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[4] *Opera Citada*, pgn 82.

- [5] Citação retirada do livro de Paulo Affonso Leme Machado. *Opera citada*, pgn 329.
- [6] LEYS, Colin. **A Política a Serviço do Mercado**. Rio de Janeiro : Record, 2004, pgn 13.
- [7] *Opera Citada*, pgn. 31.
- [8] Diogo de Figueiredo Moreira Neto – *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Citado por MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pgn. 30
- [9] *Opera Citada*, pgn 31.
- [10] MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pgns. 32-34.
- [11] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 225.
- [12] *Opera Citada*, p. 350.
- [13] *Opera Citada*, p. 353.
- [14] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pgn xv.
- [15] GONÇALVES, Fábio Fraga e MURAYAMA, Janssen Hiroshi. **Releitura do Princípio da Capacidade Contributiva Sobre a Ótica do Direito Tributário Ambiental**, publicado em **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pgns 32-33.
- [16] Essa enumeração consta do didático artigo escrito por TUPIASSU, Lise Vieira de Costa. **Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Publicado na Revista de Direito Ambiental nº 45. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- [17] ORLANDO, Breno Ladeira Kingma e GUDIÑO, Daniel Mariz. **Instrumentos Tributários e Financeiros Utilizados no Brasil para a Proteção ao Meio Ambiente: Uma Análise Crítica**. Publicado em **Direito Tributário Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 82.
- [18] Retirado, em 24/10/2007, de:
<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/rppn.html>

[19] Art. 2º, Lei 9985/00.

[20] Retirado em 24/10/2007 de:
<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./snuc/index.html&conteudo=./snuc/artigos/rppn.html>

[21] Fonte: Instituto Conservação Internacional Brasil. Dados apresentados por Luis Paulo Pinto no II COMBIO, em Abril de 2008.
<http://www.combio.com.br/combio2008/apresentacao/index.html>

[22] TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume III – Os Direitos Humanos e Isonomia**. Rio e Janeiro: Ed. Renovar, 2005, pgn. 492.

[23] *Opera Citada*, pgn. 86.

[24] 1997 – 45 ha; 1998 – 49 ha; 1999 – 58 ha; 2000 – 46 ha; 2001 – 72 ha; 2002 – 41 ha. Os dados foram retirados de <http://www.ibama.gov.br/siucweb/rppn/>.

[25] FRICKMAN YOUNG, Carlos Eduardo e outros. **Política Ambiental**. In **Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática**. Organizadores: Peter May, Maria Cecília Lustosa e Valéria da Vinha. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2003, 6ª impressão. P. 143.

[26] *Opera citada*, pgn. 102.

[27] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental, Uma Abordagem Conceitual**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, pgn. 201.

A GÊNESE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE SOB A TEORIA DO FATO GERADOR.*

THE INCEPTION OF TRIBUTARY CREDIT: A ANALISYS UNDER THE GENERATOR FACT THEORY.

**Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça
Ana Rita Nascimento Cabral**

RESUMO

Lei. Fato gerador. Obrigação Tributária. Não há tributo sem lei. Não há fato que gere obrigação tributária sem lei. A relação jurídica tributária entre Estado e indivíduo só há de ser instaurado no momento da ocorrência daquele fato gerador, daquela situação específica, desenhado àquele tributo. A exata noção do fato gerador fixa o entendimento do momento em que nasce a obrigação tributária principal; a clareza de visualização dos indivíduos tidos como sujeitos da relação tributária etc. O fato gerador marca, no tempo e no espaço, o nascimento da obrigação de pagar tributo. A verificação da ocorrência do fato gerador se dá pelo lançamento. O lançamento declara a obrigação tributária, identifica o sujeito passivo, calcula o montante do tributo devido e dá forma ao crédito tributário. O fato gerador é o início. O lançamento é o meio. O crédito, o fim.

PALAVRAS-CHAVES: LAW. FATO GERADOR. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

ABSTRACT

Law. Generator Fact. Tributary Obligation. There's no tax without law. There's no fact that creates tributary obligation without law. The juridical tributary connection between state and person will be insured when 'that' generator fact of 'that' particular situation, molded from law to that tax, occurs. The exact understanding of the generator fact traces the origin of tributary obligation; the person that will be connected to state; and indicates the inception of tributary credits, a juridical consequence. The generator fact pegs, on space and time, the instant that the obligation to pay the tax arises. The validation that the generator fact occurred is did through a states' pursuit. This states' pursuit asserts the tributary obligation, identifies the obligated person to pay, computes the tributary debt and gives form to the tributary credit. The generator fact is the beginning. The state's pursuit is in the middle. The credit, is the end.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: LAW. GENERATOR FACT. TRIBUTARY OBLIGATION. TRIBUTARY CREDIT.

INTRODUÇÃO

Há muito, no direito positivo brasileiro, discute-se sobre o fato a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um determinado tributo. A magna carta de 1988, o código tributário nacional e a maior parte da doutrina, para isto, consagram a expressão fato gerador. Eventualmente usado como suporte fático, fato imponível, situação base ou pressuposto do tributo, o fato gerador serve de fundamento à ocorrência da relação jurídica tributária.

A relação jurídica, através da qual a prestação de tributos é exigida pelo estado, define-se como uma obrigação *ex lege* de direito público. A lei é fonte de tal obrigação. Por força do princípio da legalidade, consagrado pelo estado de direito e estabelecido pela Constituição Federal brasileira de 1988, exige-se que, em lei formal, esteja determinado o fato gerador do tributo.

O fato gerador do tributo definido, caracterizado e conceituado por lei é um dos relevantes aspectos do chamado princípio da legalidade ou da reserva da lei, em matéria tributária. Sem a previsão ou definição legal, não se configurará o fato gerador. Não será, pois, assinalado o momento em que se reputa instaurada a obrigação tributária. Assim, haverá um fato, da vida comum, relevante, talvez, para outros ramos do direito, mas, para o direito tributário, será ele um fato juridicamente irrelevante.

O estudo sobre o fato gerador é de grande e vital importância no ramo do direito tributário. A busca pelo entendimento do momento em que ocorre a situação definida em lei, a qual faz nascer a obrigação tributária e, logo, o crédito a ser adimplido pelo contribuinte, envolve muitos interesses e permeia o cenário jurídico-tributário brasileiro.

Em um estado organizado, sob os comandos de um ordenamento jurídico como o brasileiro, a tributação é essencial, já que se torna meio de atendimento das despesas públicas. Assim, definir, caracterizar e detectar o momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é de grande relevância para o pólo ativo da relação tributária (estado). Ao pólo passivo, atento à sua segurança jurídica nessa relação obrigacional, também aquilo interessa.

Há necessidade, portanto, de aprofundar o entendimento do momento da gênese da obrigação tributária, o que chamamos de consequência jurídica específica, sendo, pois, no aspecto da causalidade jurídica que reside o traço mais importante da teoria do fato gerador.

O tema em apreço requer um estudo detalhado, a fim de possibilitar maiores esclarecimentos quanto à origem da relação obrigacional tributária estabelecida entre estado e indivíduo, à determinação do sujeito passivo da obrigação etc.

Buscar-se-á desenvolver nas presentes linhas respostas aos seguintes questionamentos: em que consiste a importância do estudo do fato gerador? Como se instaura a

circunstância de tratar-se do pressuposto de fato para o surgimento da obrigação *ex lege*? Como entender a fenomenologia da tributação a partir do estudo do fato gerador ?

Para o estudo do direito tributário, o fato gerador é um conceito fundamental e nuclear. Alguns doutrinadores entendem não passar a teoria do direito tributário material de um desenvolvimento da própria teoria do fato gerador. Mas, na verdade, muitos dos conceitos e institutos de que se ocupa aquela disciplina jurídica partem da noção de fato gerador.

Conforme observa Amílcar Falcão (1997, p.2): “para o nascimento da obrigação tributária necessário é que surja concretamente o fato ou pressuposto que o legislador indica como sendo capaz de servir de fundamento à ocorrência da relação jurídica tributária”.

Dessa forma, o fato gerador deve ser descrito em lei, consoante lição do jurista Sacha Calmon Navarro Coêlho (1988, p.43): “o fato gerador deve ser descrito em lei em razão do princípio da legalidade. Deve ser minuciosamente descrito para evitar ao aplicador da lei entendimentos dilargados a seu respeito, gerando insegurança ao contribuinte”.

Ainda sobre a descrição legal do fato gerador, aduz o último mencionado autor:

Há um fato gerador na lei e fato gerador no mundo. Muitas vezes não são distinguidos e uma só palavra os nomina, causando certa confusão. Uma coisa é a previsão em lei do fato jurígeno (*in abstracto*) e outra o real acontecer no mundo dos homens, do fato jurígeno previsto em lei. O jurígeno está no mundo dos fenômenos juridicizados, pois que acontecido o fato se dão, efetivamente, as conseqüências jurídicas igualmente previstas abstratamente em lei. A previsão, quando acontece, acarreta a incidência das conseqüências jurídicas previstas, inovando o mundo. (Coêlho, 1988, p.45)

Quanto à relação do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária, valiosa é a lição de Paulo de Barros Carvalho (1999, p.130): “quando se diz que, ocorrido o fato, nasce a relação jurídica, estamos lidando com o acontecimento de dois fatos: do fato causa (fato jurídico) e do fato efeito (relação jurídica)”.

Sobre o fato da relação jurídica, em alusão à relação de causalidade jurídica e não à relação física ou natural, ensina o douto professor:

Algo diferente, contudo, é a circunstância de o sujeito destinatário do dever cumprir ou não cumprir a prestação estipulada. Essa alteração no mundo social, em princípio, é estranha ao fato da relação jurídica, se bem que qualifique outro acontecimento relevante para o direito, qual seja a contingência da satisfação prestacional ou do não adimplemento da prestação devida. O fato da relação jurídica, na sua concreitude existencial, esgota-se na fixação do direito e do dever correlato, sem qualquer atinência aos futuros comportamentos dos destinatários, no ensejo da decisão sobre a conduta de cumprir o devido, que poderão estar ou não estar em sintonia com as expectativas normativas. (Carvalho, 1999, p. 130)

Infere-se daí que ocorridos os fatos da causa e efeito (causalidade jurídica tributária) nasce a conseqüência jurídica, qual seja, a relação obrigacional tributária. Nesse sentido,

do código tributário nacional brasileiro, depreende-se, em seus Artigos 113, §§ 1º, 2º, 114 e 115:

Art. 113, § 1º. A obrigação principal surge com ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

A relação jurídica obrigacional tributária impõe ao sujeito passivo o dever de efetuar prestação predeterminada, atribuindo ao sujeito ativo (estado) o direito de obter a prestação. Sob esse quadro, então, faz-se necessário o entendimento de que, nas palavras do jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker (2002, p.261): “o tributo é o objeto daquela prestação que satisfaz aquele dever”.

Cumprе ressaltar, assim, o preceito legal estipulado no código tributário nacional em seus Artigos 3º e 4º, quais sejam:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação [...]

Como se observa, é preponderante o estudo profundo do fato gerador. Assim, quanto à importância do fato gerador, Elenca Amílcar Falcão (1997, p.6), as vitais noções, no ramo tributário, concretamente fixadas quando do estudo do fato gerador:

a) Identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal; b) Determinação do sujeito passivo principal da obrigação tributária; c) Fixação dos conceitos de incidência, não incidência e isenção; d) Determinação do regime jurídico da obrigação tributária: alíquota, base de cálculo, isenções etc.; e) Distinção dos tributos *in genere*; f) Distinção dos impostos *in species*; g) Classificação dos impostos diretos e indiretos; h) Eleição do critério para a interpretação da lei tributária; i) Determinação dos casos concretos de evasão em sentido estrito; j) Estabelecimento dos princípios de atuação da discriminação constitucional de rendas no Brasil: definição da competência impositiva e determinação dos casos de invasão de competência e bitributação.

Portanto, faz-se necessária uma análise do pressuposto de fato do tributo, já que envolvem muitos interesses e permeia o cenário jurídico tributário.

A metodologia utilizada neste trabalho deu-se através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa: bibliográfica: através de livros, revistas, publicações especializadas e Artigos; pura, visto que terá como único fim a ampliação dos conhecimentos; qualitativa, pois se aprofundará na compreensão das ações e relações humanas e nas condições e frequências de determinadas situações sociais; descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado; exploratória, objetivando aprimorar as idéias através de informações sobre o tema em foco.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Tributo. Desde a antiguidade e ao longo dos tempos, registros, muitos datados antes de cristo, demonstram explícitas referências sobre a cobrança de tributos. Contudo, com o avançar dos séculos, os motivos pelos quais essa cobrança se realizava diversificaram-se. Havia motivos-meio (a causa da cobrança) e motivos-fim (a destinação do produto arrecadado). Motivos-meio aqueles ligados à vitória em disputas territoriais (Roma), à produção agrícola (Egito), à expedição de correspondência (Pérsia) etc. Motivos-fim estes lançados à defesa comum, à sobrevivência, à necessidade a ao bem estar coletivo. O tributo, inicialmente, de caráter extorsivo, predatório e, muitas vezes, como forma de sustentar a classe governante, foi, peculiarmente, sendo aprimorado.

No estado democrático de direito, lugar onde imperiosa é a lei, o poder de tributar foi limitado, regulado. Mecanismos legais foram abertos, assegurando ao contribuinte a possibilidade de opor-se ou manifestar-se contra os excessos. Aqui, os indivíduos obrigados perante o estado, para que arquem com o ônus ou a prestação pecuniária compulsória, devem se encontrar numa situação fática definida em lei.

2. FATO GERADOR: A EXPRESSÃO E O CONCEITO

A expressão fato gerador e sua fenomenologia não são específicas ao campo tributário, no dizer de Alfredo Augusto Becker (2002, p. 320):

[...] Toda e qualquer regra jurídica (independente de sua natureza tributária, civil, comercial, processual, constitucional etc.) Tem a mesma estrutura lógica: a hipótese de incidência ('fato gerador', suporte fático etc.) E a regra (norma, preceito, regra de conduta) cuja incidência sobre a hipótese de incidência fica condicionada à realização desta hipótese de incidência.

Continua afirmando que:

O fenômeno da atuação dinâmica da regra jurídica, isto é, a incidência automática da regra jurídica sobre a sua hipótese de incidência, somente desencadeia-se depois da realização integral da hipótese de incidência pelo acontecimento de todos os fatos nela previstas e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. Depois a incidência da regra jurídica é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos os quais consistem nas conseqüências (ex. Relação jurídica e seu conteúdo de direito e dever etc.) Pré-determinadas pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica. (Becker, 2002, p.320)

Na área tributária, foi com os estudos de Gaston Jezé (1945, p.44), pois, que se descobriu a expressão fato gerador na doutrina brasileira de direito tributário. Para ele, além de múltiplos os interesses práticos da noção do fato gerador, a expressão deve ser entendida como:

O fato ou conjunto de fatos que permitem aos agentes do fisco exercerem sua competência legal de criar um crédito de tal importância a título de tal imposto contra tal contribuinte. [...]. A lei [...] Fixa, de maneira precisa e limitativa, todas as condições e circunstâncias nas quais *qualquer* pessoa que preencha todas essas condições e se encontre *inteiramente* naquelas circunstâncias deverá ser considerada devedora de *tal* quantia [...]. É isso o fato gerador [...]. É um fato, um conjunto de fatos, que permitem a criação de uma dívida.

Gaston Jezé (1945), ao eleger tal expressão, insere nela as duas realidades necessárias ao nascimento da obrigação tributária, quais sejam: a legal e a factual. Legal porque, para o fato ter relevância jurídico-tributária, deve ser ele previsto, anteriormente, na lei e factual no sentido de que nascerá a obrigação do indivíduo para com o estado, se somente se, aquele estiver enquadrado no mundo fenomênico, outrora, precisamente desenhado na norma. Mas, o autor exprime que:

Quando um indivíduo preenche todas as condições legais para ser tributado, ainda não é devedor do imposto. Eis porque, nesse caso, pode se criticar a expressão fato gerador do imposto. Ela deixa crer que o indivíduo se tornou *ipso facto*, devedor do imposto [...]. O indivíduo preencheu, apenas, todas as condições exigidas pela lei para que a administração possa considerá-lo devedor de tal quantia a título de tal imposto, criar para tal pessoa a situação jurídica individual de devedor de tal quantia. O fato gerador do imposto não criou, pois, a dívida individual de tal imposto, como parece indicá-lo o termo gerador. (Jezé, 1945, p. 45)

A expressão “fato gerador” permeia o cenário tributário atual, apesar de ser violentamente censurado. Os vários doutos expoentes do meio tributário buscam encontrar, formular ou aderir a outras terminologias que melhor identifiquem aqueles fatos eleitos e prescritos pelo legislador em norma, os quais fazem nascer as relações jurídico-tributárias.

Alfredo Augusto Becker (2002, p. 319), em sua teoria geral do direito tributário, elege a expressão hipótese de incidência e afirma que a expressão “fato gerador” não gera coisa alguma, além de confusão intelectual. Para Becker, a expressão fato gerador corresponde a fato qualquer e induz à errônea conclusão de que um fato pode fazer nascer uma relação jurídico-tributária sem a prévia incidência da regra jurídica pertinente, sendo ácido ao dizer que:

No campo da doutrina do direito tributário, a expressão ‘fato gerador’ é a que mais extensos prejuízos lhe têm causado, a tal ponto que é freqüente encontrarem-se autores que, embora dotados de vigorosa inteligência, brilhante erudição, escrevem – imersos numa atitude mental pseudo-jurídica – capítulos e livros destituídos de valor jurídico

Alfredo Augusto Becker (2002) cinde a expressão fato gerador e utiliza-se de hipótese de incidência- para o fato descrito legalmente, e hipótese de incidência realizada, para o fato descrito em lei e realizado no mundo dos fatos. Para ele, é inconcebível numa única expressão a abrangência de duas realidades distintas (legal e factual).

Corroborando com a criticidade de Alfredo Augusto Becker (2002), Geraldo Ataliba (1991) também propõe a hipótese de incidência tributária em correspondência à descrição legal hipotética, de um fato ou estado de fato e o fato imponível ao fato efetivamente acontecido, configurador vigoroso da hipótese de incidência. Ele afirma que:

[...] Uma lei descreve hipoteticamente um estado de fato, um fato ou um conjunto de circunstâncias de fato, e dispõe que a realização concreta, no mundo fenomênico do que foi descrito, determina o nascimento de uma obrigação de pagar tributo. Portanto, temos primeiramente (lógica e cronologicamente) uma descrição legislativa hipotética de um fato; posteriormente, ocorre, acontece, realizar-se este fato concretamente. (Ataliba, 1991 p. 48)

No entendimento de Paulo de Barros Carvalho (1993), propositores do uso das terminologias: hipótese tributária e fato jurídico-tributário, a expressão fato gerador, por aludir àquelas duas já citadas realidades (legal e factual), é equívoca. Ao evocar Norberto Bobbio (*apud* Carvalho, 1993, p.158), reproduz sua fala, citando que “[...] O rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência.”, e aduz que:

Acaso aceitemos, de maneira positiva e acrítica, os erros que o texto da lei cursivamente exprimem, de nada servirá a investigação do sistema positivo, bem como o trabalho descritivo que o explicita [...]. Permaneceremos na superfície, desconhecendo a verdadeira e substancial organicidade que se esconde nas profundezas do direito vigente [...] (Bobbio *apud* Carvalho, 1993, p. 158)

Sacha Calmon Navarro Coelho (1998) ao passo que elege a locução fato jurígeno, rende-se à famigerada expressão fato gerador em seus comentários à Constituição de 1988: sistema tributário, expondo que há um fato gerador na lei e um fato gerador no mundo.

Amílcar de Araújo Falcão (1997, p.4) assinala algumas observações quanto à locução concebida hoje, atentando especialmente para o qualificativo gerador e impondo a isso impropriedades pelas mesmas idéias acima aludidas. Assevera ele:

Não é o fato gerador quem cria, quem, digamos assim, gera a obrigação tributária. A fonte de tal obrigação, a energia ou força que a cria ou gera é a própria lei. O fato gerador é, apenas, o pressuposto material que o legislador estabelece para que a relação obrigacional se instaure.

Amílcar de Araújo Falcão (1997), apesar de enxergar no termo certa impropriedade, entende que a consagrada expressão não pode ser desprezada. Segundo ele, a deficiência que aponta a expressão não é suficiente para excluir a virtude de deixar assinalado, na qualificação, que o momento da ocorrência do fato gerador é o mesmo em que se reputa instaurada a obrigação tributária. Além disso, expõe sua mente ao afirmar que há ainda a vantagem de, pelo uso da palavra fato, deixar esclarecido que o fato gerador é um fato jurídico e não um ato jurídico.

Aliomar Baleeiro (2007, p.705), por sua vez, observa que as críticas apontadas, em consequência da ambigüidade da expressão fato gerador, são razoáveis, contudo afirma ser inegável que os termos fato imponible e fato jurídico guardam imprecisão similar àquela expressão. Entende que: “a rigor, a conotação completa de cada expressão somente pode ser apreendida no texto e no contexto ou na codificação adotada por cada autor em especial. Aliás, tal fenômeno ocorreria com qualquer nome, pois o nome não é uma definição”

Aliomar Baleeiro (2007) sugere, para que a expressão fato gerador configure-se de menor polissemia, a sua adjetivação. À realidade abstrata legal, utilizar-se-ia o termo fato gerador hipotético ou abstrato e à designação do plano factual, fenomênico, o emprego da locução fato gerador concreto, ocorrido ou acontecido.

Como Luciano Amaro (2005), cremos ser a tão referida proposição feliz, apesar das acerbas críticas. E, quanto à expressividade, irmanamo-nos a Aliomar Baleeiro (2007), no sentido de que tal locução adjetivada configurar-se-á de menor polissemia.

Ora, a expressão, espancada por trazer em seu interior as duas realidades factual e legal e sendo considerada, pela racionalização de doutrinadores do direito tributário, ambígua, polissêmica, traz em seu bojo planos distintos, porém interdependentes.

Quando falamos em fato, em concretude, nisto haverá relevância jurídico-tributária quando da prévia cominação legal, sem a qual o fato será um mero fato, alheio ao mundo tributário. Em contrapartida, se houver lei estipuladora e reconhecedora do fato, mas este, no mundo, não ocorre, a norma é vaga, imprecisa, abstrata. A expressão fato gerador de obrigação tributária é concebida no contexto de, no mundo fenomênico, ocorrer o preceituado normativo. Não há como falar em fato gerador de obrigação tributária sem lei que deste modo o defina. É claro que, no estado democrático de direito, ao qual estamos insertos, o império é o legal. Não se pode imputar ao indivíduo uma relação tributária obrigacional quando seu comportamento não se compatibiliza perfeitamente ao desenho normativo.

Refiramo-nos, portanto ao fato que gera a obrigação tributária como aquele que, previsto em lei (fato gerador abstrato), ocorre no mundo dos fatos (fato gerador concreto), já que o indivíduo se insere naquela situação fática positivada em norma e preenche todas as condições exigidas pela lei.

Os tribunais, inclusive o supremo tribunal federal, e os diplomas normativos, dentre eles a magna carta, acolhem a expressão fato gerador.

O código tributário nacional, datado de 1966, atribui ao fato gerador claro conceito, ao preceituar que:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Vejamos que a lei tributária ao firmar a expressão fato gerador da obrigação principal é de grande abrangência, pois obrigação principal refere-se a pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Sendo assim, qualquer indivíduo enquadrado naquela situação definida em lei deverá suportar o objeto da obrigação, seja pagando tributo, seja pagando penalidade pecuniária.

A norma tributária nacional é, também, luminosa em seu parágrafo 1º, Artigo 113, ao considerar que:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Se uma pessoa jurídica ou física realiza fatos relevantes ao mundo tributário, pois tais fatos são previstos em lei, nascerá para ela obrigação perante o estado de pagar tributo. Mas, se essa pessoa descumpre, por meios ilícitos e fraudulentos, tal obrigação deixando de adimplir a prestação pecuniária compulsória, nascerá uma outra obrigação diferente daquela, mas a ela cumulativa, relativa a penalidade, devendo, assim, arcar com a prestação pecuniária relativa ao tributo e à penalidade, sem prejuízo aos juros de mora. Do descumprimento de uma obrigação acessória também nascerá a obrigação de pagar penalidade pecuniária. Veremos isso adiante.

Analisemos, pois, em minúcias, o conceito legal de fato gerador da obrigação principal supracitado:

É a situação definida em lei - o princípio da legalidade é o alicerce de todo e qualquer sistema democrático de direito. É princípio constitucional, sendo mandamento ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (v. Art. 5º, Constituição Federal vigente). No direito tributário, é vedação constitucional, dirigida à união, aos estados e aos municípios- todos detentores do poder de tributar- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Aqui, podemos citar o princípio da irretroatividade da lei, em que também é vedada a cobrança de tributos de cujos fatos geradores não dispuseram ainda a lei instituidora ou majoradora (v. Constituição Federal vigente, Art. 150, I e III, a).

A lei tributária oriunda do exercício de competência de quaisquer dos entes federativos (união, estados e municípios) dispõe ou deve, pelo menos, dispor sobre o fato gerador do tributo, os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional e as alíquotas com a respectiva base de cálculo. Entretanto, a definição e caracterização, por lei, do fato gerador daquele específico tributo é um dos aspectos mais relevantes do chamado princípio da legalidade tributária, como assinala Amílcar de Araújo Falcão (1997).

Não há tributo sem lei. Não há fato que gere obrigação tributária sem lei. A relação jurídico tributária entre estado e indivíduo há de ser instaurada somente no momento da ocorrência daquele fato gerador, daquela situação específica, desenhado normativamente.

Como ensinou Aliomar Baleeiro (2007, p.64):

Não há tributo sem lei que o decreto, definindo-lhe o fato gerador da obrigação fiscal. Esse fato gerador caracteriza cada tributo [...]. O erro na denominação do tributo não prejudica a sua legalidade se, pelo fato gerador, ele se insere razoavelmente na competência de pessoa de direito público que o decretou com *nomen iuris* impróprio.

A previsão legal do fato gerador é a descrição minuciosa e detalhada da situação fática que indicará o escorreito exercício de competência do ente federativo (sujeito ativo) e o tributo ao qual se obriga o indivíduo (sujeito passivo) enquadrado nessa situação. A descrição legal do fato gerador determina a espécie tributária, sendo indicativo de exercício de competência consonante ao mandamento constitucional e de obrigação, por parte daquele indivíduo, de arcar com aquele tributo daquele ente.

Sobre essa situação, definida em lei, bem esclarece Paulo de Barros Carvalho (1993, p.160) ao dizer que: “[...] Recorta o legislador eventos da vida real e lhes imputa a força de suscitar os comportamentos que entende valiosos [...]”. E, citando a lição de Lourival Vilanova (*apud* Carvalho, p.46), lembra que: “a proposição descritiva de situação objetiva real é construída pela vontade do legislador, que recolhe os dados de fato da realidade que deseja disciplinar (realidade social), qualificando-os, normativamente, como fatos jurídicos”.

Como necessária - como necessária à sua ocorrência. A definição, descrição, caracterização da situação, em lei, é necessária para que se repute ocorrido o fato gerador concreto. Necessário, do latim *necessarium*, significa, em outros termos, algo de que se não pode dispensar, que se impõe, que é essencial, que não pode deixar de ser, que é forçoso, que não se pode evitar. A tributação do fato ocorrido no mundo na realidade, para que se dê, depende necessariamente de prévia descrição legal, sendo isso forçoso e inevitável à instauração da relação jurídico-tributária obrigacional. Essa necessidade comuna com aquela necessidade legal. Assim como é vital a existência de lei impositora e reguladora, é de importância capital, no meio tributário, que essa lei traga em seu bojo a definição pormenorizada da situação a que se pretende imputar dever obrigacional, quando da existência de indivíduo que nela se enquadre.

Aliomar Baleeiro (2007, p.707) é categórico ao exprimir: “a definição do fato gerador é essencial à lei criadora [...]. A lei é a causa e a razão de ser da obrigação tributária, mas faz com que esta resulte da ocorrência do fato gerador”. Fato este que, para se reputar ocorrido e ser gerador de obrigação tributária, deve necessariamente estar definido em lei.

E suficiente à sua ocorrência – aquela situação necessariamente definida em lei é o bastante para que, no mundo fenomênico, o fato não seja um mero fato, mas um fato capaz de fazer surgir, no momento da sua ocorrência, uma relação, uma obrigação, um dever para um e um direito para outro. Assim para que surja a obrigação tributária,

indispensável é a ocorrência de fato gerador. Este forçosamente deve estar definido em lei, sendo isso suficiente à sua ocorrência.

Ultrapassada a análise daquele conceito, ainda nos resta atentar para tal dispositivo legal atinente ao fato gerador da obrigação principal. O conceito de fato gerador de obrigação acessória será objeto de discussão no derradeiro capítulo deste trabalho

Obrigação principal. Pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária. Vejamos, pois, como deve entendido o fato gerador correspondente ao pagamento de prestação pecuniária compulsória relativa à infração.

Por ser entendido como um fato jurídico de acentuada e prioritária consistência econômica ou um fato econômico de relevância jurídica, como assinala Amílcar Falcão, o ampliado conceito de fato gerador da obrigação principal se afigura inconveniente para alguns, como na lição de Amílcar Falcão (1997, p.80):

[...] A nossa orientação, em divergência com outros estudiosos [...] Foi no sentido de não entender o conceito de fato gerador ao campo das penalidades tributárias, tendo em vista o acentuado aspecto econômico do fato gerador, no que diz respeito ao seu conteúdo ou à sua consistência material, circunstância que não ocorre com o pressuposto das penalidades tributárias.

Ainda assevera que:

O pressuposto das penalidades pecuniárias difere do fato gerador, naquelas é elemento essencial a voluntariedade da falta [...], ao contrário, no fato gerador, temos sempre um fato jurídico, de modo que nele a vontade humana (caso de “disgressone” a que alude M.S. Giannini), quando existente, é tomada como elemento descritivo do fato e não elemento negocial tendente a produção de efeito jurídico. (Falcão, 1997, p.80)

Quanto a isso parece-nos acertada a posição de Paulo de Barros Carvalho (1993, p.342) expondo que:

As normas jurídicas que põem no ordenamento as sanções tributárias integram a subclasse das regras de conduta e ostentam a mesma estrutura lógica da regra-matriz de incidência. Têm uma hipótese descritora de um fato do mundo real e uma consequência prescritora de um vínculo jurídico que há de forma-se entre dois sujeitos [...] Arelada ao antecedente ou suposto está a relação jurídica, vinculando o autor a conduta ilícita ao titular do direito violado. No caso das penalidades ou multas fiscais, o liame também é de natureza obrigacional, uma vez que tem substrato econômico. Denomina-se relação jurídica sancionatória e o pagamento da quantia estabelecida é promovida a título de sanção.

Tal jurisconsulto, ao aquilo expor, mostra-se aderente ou simpatizante ao conceito amplificado de fato obrigação tributária principal, entendendo que as regras relativas às infrações e sanções tributárias ostentam a mesma estrutura lógica da regra-matriz de incidência ou, como preferimos, do fato gerador abstrato.

Devemos, pois, antes de tudo, entender que a infração tributária deve ser concebida como aquele que resulta do ato comissivo ou omissivo, direto ou indireto, representante

do descumprimento ou desobediência aos mandamentos jurídicos estabelecidos, obviamente, em leis de cunho tributário.

Os conceitos formulados pela doutrina especializada para designarem a expressão fato gerador, todos eles, convergem para o preceito normativo vigente, analisado anteriormente. Tendem para aquela mesma idéia, para aquele mesmo fim, qual seja, o de conceber ser o fato gerador qualquer situação que, descrita em lei, tem o condão de instaurar uma relação jurídica obrigacional. Os sujeitos estão inseridos no contexto, vinculados por um liame legal em que o estado é o portador do direito e o indivíduo, pessoa física ou jurídica, é o obrigado a pagar prestação pecuniária relativa ao fato no qual está enquadrado.

Ensina Aliomar Baleeiro (2007, p.703) que:

O vínculo da obrigação tributária que a prende a um ou mais fatos jurídicos, como manifestação da capacidade econômica dos contribuintes, não foi produto da inventiva de qualquer jurista ou homem de estado. Surgiu da prática antiga, como consequência natural do propósito de o fisco atender ao cânon da certeza do imposto e da acomodação deste as possibilidades econômicas dos súditos do príncipe.

Quanto aos tempos hodiernos, em alusão ao estado democrático de direito, assevera o referido autor:

A lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributo. Geralmente o legislador escolhe certas manifestações positivas e concretas de capacidade econômica da pessoa, como o patrimônio e a renda, o emprego desta surpreendido através dum ato, fato material ou negócio jurídico. (Baleeiro, 2007, p.703)

Os autores de direito tributário brasileiro são unânimes em firmar que a obrigação tributária, a relação obrigacional, instaura-se mediante lei. A fonte da obrigação tributária é a lei. A obrigação nasce da ocorrência do fato previsto em lei. O fato é referido como jurídico e gerador, dada a previsão legal. Vejamos o que dissertam os autores sobre o conceito de fato gerador de obrigação tributária.

Amílcar Falcão (1997, p.2) expressa: “fato gerador é, pois, o fato, o conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado”. Amílcar Falcão (1997) salienta serem elementos relevantes à caracterização do fato gerador a previsão legal, a circunstância de constituir o fato gerador um fato econômico de relevância jurídica e um pressuposto de fato para o surgimento ou a instauração da obrigação *ex lege* de pagar um tributo previamente determinado e relacionado legalmente àquele fato descrito.

Já Paulo de Barros Carvalho (1993, p.180) assevera, quando da análise do Artigo 114 do código tributário nacional vigente que:

[...] O dispositivo estaria se referindo à hipótese das regras jurídicas tributárias, ao proclamar que a situação definida em lei. De ver está que a situação definida em lei é um conceito normativo. E é o suposto da norma que descreve os acontecimentos factuais capazes de fazer brotar direitos e deveres correlatos [...].

Geraldo Ataliba (1991), que propõe a expressão hipótese de incidência como conceito legal, expõe que a previsão legal do fato é abstrata, impessoal e geral. É o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato, o seu desenho. E, somente ocorrido o fenômeno da subsunção, em que, no mundo concreto, o fato acontece e corresponde completa e rigorosamente à descrição legal, o vínculo obrigacional nascerá.

Geraldo Ataliba (1991, p.67) afirma:

Dizemos que a lei (hipótese de incidência) sempre descreve um fato, atribuindo-lhe, se e quando acontecido, a força jurídica de criar o vínculo obrigacional tributário, porque – na lição de Jarach, Amílcar Falcão, A.R Sampaio dória e outros autorizados juristas para lei tributária, a situação posta como hipótese de incidência é sempre um fato (fato jurídico, fato de que decorrem efeitos jurídicos, por disposição do sistema).

Rubens Gomes de Sousa (1975, p. 87), o precursor de estudos e magistério em direito tributário e autor do código tributário nacional vigente, firmou ser o fato gerador uma das fontes da obrigação tributária, juntamente com a lei e o lançamento. Assim escreveu:

As fontes da obrigação tributária são três: a lei, o fato gerador e o lançamento [...]. O fato gerador, segunda fonte da obrigação tributária, é justamente a hipótese prevista na lei tributária em abstrato, isto é, em termos gerais e objetivamente, como dando origem à obrigação de pagar tributo [...].

Para o referido autor, o fato gerador é elemento constitutivo da obrigação tributária ao passo que o lançamento é declaratório de obrigação. Ao final deste trabalho, abordaremos pormenorizadamente, sobre isto.

Sacha Calmon Navarro Coelho (1998, p.43), encerrando nossa garimpagem, não se distancia da mente dos diversos acima citados. Porém, idealiza estar o fato gerador não somente coadunado ao princípio da legalidade, mas também ao da especificação. Vejamos:

O fato gerador deve ser descrito em lei (*lex scripta e stricta*) em razão do princípio da legalidade. Deve mais, ser minuciosamente descrito (princípio da especificação) para evitar ao intérprete ou ao aplicador da lei, entendimentos dilargados ou contraditórios a seu respeito, gerando insegurança e incerteza para o contribuinte.

Com tudo isso, chegamos à nossa própria explicação e, cremos que, exata determinação de fato gerador.

Fato gerador é, pois, todo aquele fato que, eleito pelo legislador e posto em norma, tem aptidão para ocorrer no mundo- já que sem lei seria um fato irrelevante ao meio jurídico tributário-, ocorrer e gerar, para o indivíduo nele enquadrado de modo perficiente, uma obrigação a ser cumprida num dado espaço e em certo tempo.

3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Do latim *principium, principii*, o termo princípio, etimologicamente, transmite idéia de início, origem, alicerce, base. Como Emanuel Kant (*apud* Carrazza, 2005, p.31) deixou consignado: “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”.

Princípios são a pedra fundamental de sustentação de um sistema, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p.807):

Princípio [...] É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Quanto ao tema, há muita felicidade nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001), porém, para sermos mais precisos, ressaltemos que o termo princípio, entendido como alicerce de um sistema normativo, é uma luz que irradia não sobre diferentes normas, pois essas normas são reflexos desse princípio, dele emanam, dele são expurgadas pela mente do legislador que o segue, que se deixa por ele clarear. Desse modo, o princípio é uma luz que irradia, achando-se em seus reflexos as normas. Analisando uma norma, encontramos o princípio ou os princípios, nos quais ela se baseia.

O objetivo da norma, a sua interpretação e, por fim, sua execução, deve ser persecutor dos princípios que, no dizer de Geraldo Ataliba (1991) são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, sendo inaceitáveis e inconcebíveis qualquer tipo de contrariação ou forma de desprestígio àqueles princípios.

Os princípios, então, podem ser encontrados naqueles escalões da pirâmide jurídica, quais sejam: constitucional, legal e infralegal.

O princípio da legalidade é um princípio constitucional. No Artigo 5º, inciso II, do diploma excelso parecemos ver a firmeza e imperiosidade do princípio da legalidade. Tal preceito legal segue os termos do clássico brocardo: *cuique facere licet nisi quid uire prohibetur*. O dispositivo assenta-se no contexto de estarmos inseridos num estado democrático de direito, em que a ordem jurídica emana de um poder legítimo. O indivíduo é livre para fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, sendo expresso que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Dessa forma, o princípio da legalidade é geral, já que permeia e é mandamento em todo cenário jurídico brasileiro. No direito tributário, a lei, ao passo que, constitucionalmente, cede aos entes federativos o poder de tributar, determina que, no âmbito das respectivas competências traçadas, a criação e majoração dos tributos só são possíveis mediante lei. Daí serem portadores do poder de tributar somente aquelas pessoas dotadas de poder legislativo.

O poder de tributar é limitado através dos diversos princípios constitucionais tributários, a maioria deles, elencados no Artigo 150 da Constituição Federal vigente. Assim vemos assinalado o princípio da legalidade: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à união, aos estados, ao distrito federal e aos municípios: i – exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”.

Com base nisso, os entes federativos, união, estados e municípios e distrito federal, exercitam suas competências e criam o tributo que, não é demais lembrar, é toda prestação pecuniária advinda duma relação obrigacional instituída em lei (v. Art. 3º do código tributário nacional). Daí a relação de fato gerador com o princípio da legalidade. Quando da criação do tributo, o fato gerador é descrito em lei e, como já mencionado anteriormente, nisso reside a razão de o fato ser gerador. O fato sem a previsão legal é um mero fato, alheio ao mundo tributário. É somente com o desenho normativo (fato gerador abstrato) que a situação diariamente ocorrida no mundo ganha relevância, sendo a lei necessária e suficiente a sua ocorrência. Com a descrição legal, a situação passa a ser identificada como um fato gerador de obrigação tributária.

Por tudo isso é que muitos dos grandes tributaristas afirmam ser a lei geradora, pois o fato, de *per si*, não gera. Mas, cremos que há de ser entendida a expressão fato gerador como sendo, sempre, aquela que alude a uma situação que enseja em cobrança de tributo, já que previstos legalmente são o tributo e a situação. A expressão lei geradora parece-nos interessante, mas lembremos que a lei tributária, de *per si*, também não gera. A descrição legal (fato gerador abstrato) e o fato no mundo (fato gerador concreto) são interdependentes no que toca ao nascimento de obrigação tributária.

Para Roque Antônio Carrazza (2005, p.219) apesar da existência do Art. 150, I da Constituição Federal, bastaria o preceito do Artigo 5º, II do mesmo diploma, para que “tranqüilamente pudéssemos afirmar que, no Brasil, ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio da lei, da pessoa política competente, é óbvio”.

Mas, ao primeiro dispositivo supramencionado, o Artigo 150, I/CF, ele faz alusão ao dizer que o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada. E afirma que:

Graças a este dispositivo, a lei – e só ela – deve definir, de forma absolutamente minuciosa, os tipos tributários. Sem esta precisa tipificação de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais. Por si sós, não têm a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. (Carrazza, 2005, p.219)

Fala-nos sobre o assunto, com precisão, Paulo de Barros Carvalho (1993, p.98) :

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei advéncia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional.

Incontroverso, pois, que o princípio da legalidade garante, diante da tributação, a segurança, jurídica das pessoas. Não podem a renda e patrimônio dos indivíduos, por exemplo, esvaírem-se gradual e arbitrariamente, não sendo admissível que estes

suportem ônus sem prévia cominação legal, valendo ressaltar que a lei é a expressão da vontade popular, já que emana daquele poder erigido pelo próprio povo. Irrefutável, desse modo, ser a lei o instrumento legítimo para estabelecer o tributo e seu tão essencial fato gerador.

3.1 A PREVISÃO LEGAL DO FATO GERADOR

Quando tratamos do conceito do fato gerador, no segundo ponto deste escrito, ao elucidarmos o Artigo 114 do código tributário nacional, abordamos de alguma forma sobre a prescrição legal do fato que gera o tributo, a obrigação. O que se nota, *prima facie*, é que a carta magna, ao passo que estabelece a competência dos entes, que compõem a federação de criar tributos, fixa sorrateiramente fatos geradores *in abstracto*, de modo amplo com relação aos impostos.

Quando, por exemplo, a Constituição Federal firma em seu Art. 153, i, que compete a união instituir impostos sobre importação de produtos estrangeiros, ela estabelece que o fato de um indivíduo retirar de terra estranha algum tipo de produto faz nascer para ele a obrigação de pagar imposto de importação. Sendo, pois, a entrada do produto no solo brasileiro o fato gerador do imposto de importação previsto constitucionalmente. Tal imposto será efetivamente criado pelo ente competente, qual seja, união. A união, portanto, pormenorizadamente criará o tributo, firmando os sujeitos da relação, as alíquotas, base de cálculo e o fato gerador pré-estabelecido constitucionalmente. Na lei constitucional, os impostos têm seus fatos geradores pré-estabelecidos.

O código tributário nacional, ao seguir os parâmetros constitucionais, dispendo sobre o sistema tributário nacional e instituindo normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios, traz em seu bojo peculiaridades dos fatos geradores dos impostos pré-estabelecidos. Ainda tomando, por exemplo, o imposto de importação previsto no art.153, i da cf, vejamos o que sobre isso aduz o ctn em seu art. 19: “o imposto, de competência da união, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional”.

Mais adiante ele traça regra sobre a base de cálculo, as alíquotas e os sujeitos do imposto de importação. Notemos que tudo isso são linhas gerais, as quais devem ser seguidas pelo ente federativo competente, no caso união, quando da criação do referido imposto.

Assim, vejamos que, quanto aos impostos, a Constituição Federal os pré-estabelece e o código tributário melhor os individualiza, contudo será o ente federativo competente que efetivamente criará o tributo, naquele caso, imposto, mediante lei ordinária. O empréstimo compulsório e o imposto residual são exceções e devem ser criados mediante lei complementar.

Somente quando vigente essa lei, via de regra, ordinária, os seus efeitos reais serão produzidos, dizemos: a instauração daquela relação obrigacional tributária pelo ocorrimto daquele fato gerador descrito em lei.

Quanto às taxas e contribuições de melhoria, a Constituição Federal/1988 não traça, diferentemente dos impostos, competência privativa, mas nos parece discorrer, com brevidade, sobre seus fatos geradores quando firma em seu Artigo 145, II e III que :

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – [...]

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Já o código tributário nacional/1966, sobre àquelas espécies e seus respectivos fatos geradores detalha:

Art. 77. As taxas cobradas pela união, pelos estados, pelo distrito federal ou pelos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou da utilização efetiva ou potencial, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela união, pelos estados, pelo distrito federal ou pelos municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária.

Entendemos, portanto, através do norte legal, que, nas taxas, os fatos geradores são diversificados, ou seja, mais de uma situação dá ensejo àquela cobrança. De um ou de outro fato ocorrido, descrito normativamente pelo ente federativo, que exercitou o poder de polícia ou prestou serviço público, nascerá o direito de cobrança da espécie tributária taxa.

Na figura tributária contribuição de melhoria, o fato gerador, na verdade, é um conjunto indissociável, em que são necessárias as situações obra pública e valorização imobiliária para que a contribuição seja exigida. Da obra pública necessariamente deve decorrer valorização dos imóveis situados ao seu derredor para que a contribuição torne-se viável e possível. Essa contribuição é instituída para fazer face ao custo da obra.

Desse modo, caberá aos entes federativos mediante suas leis federais, estaduais ou municipais, no âmbito de suas competências, estabelecerem impostos, taxas e contribuições de melhoria com aqueles fatos geradores deixados pelos rastros da lex suprema e daquela específica maior lei tributária, o código tributário nacional. Como esclarece Roque Antônio Carrazza (2005), o princípio da legalidade é atendido somente quando a lei tributária é editada pela pessoa política competente para fazê-lo.

No que tange especificamente às medidas provisórias em matéria tributária, nosso posicionamento é bem decifrado por Roque Carrazza (2005, p.251) que diz: “[...] As medidas provisórias, com a nova redação dada ao art. 62 da carta federal, somente não

poderiam instituir os tributo colocados sob reserva da lei complementar (p. Ex; os empréstimos compulsórios [...]).

Lembremos que as medidas provisórias, atos administrativos *lato sensu*, dotadas de alguns atributos da lei, podem ser expedidos em casos de relevância e urgência. Elas perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 (sessenta dias) prorrogável uma única vez por igual período, conforme art. 62, §§ 3º e 7º da Constituição Federal.

Tais medidas, por serem provisórias, carecem da conversão em lei para que seus efeitos se perpetuem ao longo dos tempos. É claro o Artigo 62, 2º da CF/88: “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos Arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

Os impostos de importação, exportação, sobre produtos industrializados, operações financeiras e de guerra produzem efeitos já com a edição da medida provisória (mp). O imposto sobre produtos industrializados, quando majorado por medida provisória, produzirá efeitos após 90 dias, contados da publicação da medida (em obediência ao princípio da anterioridade nonagesimal, Art. 150, III, c e § 1º/CF). Quanto aos outros, no dia seguinte à publicação da mp, produzirão efeitos, ou seja, poderão ser cobrados conforme a majoração prevista na medida.

Como explicita o art. 62, § 2º da CF, excetuando este especificamente citados, todos os outros impostos só produzirão efeitos no exercício seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia do ano em que o MP fora editado.

Essa é nossa explicação, entendemos que, quando da instituição ou majoração de impostos (ou até mesmo outra espécie de tributo), mediante medida provisória, os fatos geradores pré-estabelecidos na magna carta devem ser obedecidos, já que, somente através de lei complementar, consoante art. 146, III, a, da CF, normas gerais em matéria tributária podem ser estabelecidas, especialmente sobre definição de tributos de suas espécies e de seus respectivos fatos geradores, sendo vedado a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar.

4 O NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA

É sabido que a obrigação tributária nasce com a ocorrência, no mundo fenomênico, do fato gerador previsto em lei. Da relação jurídico-tributária, instaurada pelo fato gerador abstrato realizado no mundo (concreto), naturalmente, surge a obrigação tributária como dever do sujeito passivo daquela relação. Analisemos, pois, o fato gerador- causa- e a obrigação- conseqüência jurídica. E vejamos alguns outros relevantes aspectos relacionados ao estudo do fato gerador.

4.1 FATO GERADOR: CAUSALIDADE JURÍDICA

O termo causalidade jurídica, atribuído ao fato gerador, implicitamente concebido por grande parte da doutrina brasileira, deve-se à genialidade de Amílcar Falcão (1997), que em sua obra intitulada fato gerador da obrigação tributária, ao dedicar um capítulo inteiro ao nascimento da obrigação tributária, utiliza-se desse termo.

O sentido da expressão causalidade jurídica nos parece claro, escorreito e sadio. O fato gerador é, realmente, razão para o surgir da obrigação tributária. É o motivo que faz com que a relação obrigacional exista ou aconteça. É a origem, o momento do nascimento da obrigação tributária, sendo ele a causa e a obrigação, a consequência jurídica. Intrínseco ao nascer da obrigação tributária, o fato gerador faz surgir direito, deveres, pretensões e ações, conferidos às partes que titulamos pólos ativo e passivo da relação jurídico-tributária.

O fato gerador concreto marca, no tempo e no espaço, o nascimento da obrigação pagar tributo. Obrigação esta que há de ser individualizada e declarada pelo lançamento tributário. É por demais sabido que uma relação jurídica obrigacional qualquer, entre particulares, instaura-se, de maneira geral, mediante contrato. O contrato é, pois, meio formal, possibilidade legal, donde direitos e deveres nascem. Contudo, no mundo tributário, a relação obrigacional se dá entre pessoas dentre as quais uma, necessariamente, é jurídica de direito público, assim, é a lei o meio em que são previstos os direitos e deveres dos sujeitos e por em seu bojo trazer, expressamente, a situação (fato gerador) que desencadeará direitos para um e deveres para outro, é instrumento imperioso através do qual a relação obrigacional tributária é concebida.

Enquanto as imposições contratuais surgem da vontade das partes, os deveres impostos ao sujeito passivo da relação tributária lhes são alheios, devendo cumprir-se o que põe a lei, como afirma Sacha Calmon Navarro Coelho (1998, p.41), evocando Kelsen:

Podemos afirmar hoje, como Kelsen, que toda obrigação projeta-se da lei e que a lei permite a formação das obrigações por dois modos: o autonômico (encontro de vontades) e o heterônômico (prevalência de uma vontade sobre a outra). As obrigações autonômicas são aquelas em que a vontade dos obrigados participa da própria formação da obrigação. Tal é o caso dos contratos. As obrigações heterônomas são as que obrigam independentemente da vontade dos obrigados. Tais as hipóteses das obrigações por atos ilícitos e das obrigações por fatos lícitos unilaterais (obrigações legais), previstas em lei, porquanto nestas hipóteses, o dever das obrigações decorre exclusivamente da vontade do legislador.

Ainda explica o referido autor que o legislador, mediante o instrumento legal, elege um fato, lícito ou ilícito, que, quando ocorrido, propagam-se os efeitos de natureza obrigacional com o estabelecimento das prestações estipuladas unilateralmente, não sendo demais lembrar que a eclosão da obrigação tributária, *ex lege*, heterônômica, depende do acontecimento, no mundo dos fatos (fato gerador concreto), do fato (gerador abstrato) previsto em lei pela vontade de eleição do legislador.

E sobre a relação jurídico-tributária, pois se há obrigação, há relação, iniciemos com as observações de Francesco Carnelutti (*apud* Becker, 2002, p.337), que esclarecem a noção de relação:

Aparentemente, à primeira vista, entre o “eu” e o “tu”, nada existe, ou melhor, existe uma separação. Porém, essa distância poderá também ser pensada sob o ângulo da união (vinculação). E a separação ou intervalo entre, de um lado o “tu” e, de outro lado, o “eu” (quando examinada sob o ângulo da união), é a relação. Pela palavra relação se expressa a idéia de um ir e de um vir do “eu” ao “tu”. Esse ir e vir percorre o intervalo ou a separação entre duas pessoas, com a finalidade da união (vinculação) entre essas pessoas. Portanto, a relação é um ir e um vir entre duas pessoas, vinculando uma à outra.

Com essas palavras de Francesco Carnelutti (*apud* Becker, 2002), lembremos que a relação obrigacional tributária sempre há de ser entre pessoas e que essas não de sempre estar enquadradas na situação fática descrita em lei, sendo um o que realiza o fato gerador da obrigação e o outro, necessariamente, direta ou indiretamente, o estado, portador do direito, que impõe, mediante lei, o dever. Importante notar que a relação jurídico-tributária, assim como qualquer outra relação jurídica, é sempre efeito, consequência de regra jurídica ou de fato gerador nela descrito.

A obrigação tributária principal é, pois, aquela concernente a pagamento de tributo ou penalidade pecuniária relativo à ocorrência, no mundo dos fatos, de fato gerador, previsto em lei, específico àquele tributo ou àquela penalidade. Assim leciona Aliomar Baleeiro (2007, p.697-698):

A obrigação constitui o núcleo do direito tributário, como direito obrigacional que é. [...] Principal ou acessória a obrigação tributária é sempre uma *obligatio ex lege*. Nasce da lei e só dela. A lei é causa da obrigação fiscal (CF, Arts. 19, I e 153, § 29). Dela nasce a relação jurídico-tributária.

Sobre a obrigação tributária principal, mais dissertamos, neste estudo, quando da análise dos Artigos 113 e 114 do código tributário nacional, os quais dirimem quaisquer controvérsias relativas ao assunto.

4.2 O LANÇAMENTO

O lançamento é instituto importantíssimo e vital à verificação da ocorrência do fato gerador, à declaração da obrigação tributária, à identificação do sujeito passivo da relação, ao cálculo do montante do tributo devido, enfim, à formação do crédito tributário.

O Artigo 142 do código tributário nacional é claro em firmar que a autoridade administrativa é competente privativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento e que este deve ser concebido como procedimento administrativo tendente a “verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Essa atividade administrativa de que fala a lei é vinculada e obrigatória, como aborda o parágrafo único do supracitado artigo. A autoridade fiscal não é livre para lançar ou não lançar, pois verificado o ocorrimto de situação que enseja em cobrança de tributo, a

atividade de lançamento é obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional do agente público que deve agir dentro da rigidez legal.

Muitos doutos do direito tributário buscam dissertar sobre o caráter, a natureza do lançamento. O código tributário nacional optou pelo caráter constitutivo do lançamento no tocante ao crédito tributário que, na realidade, adquire sua forma com o lançamento. Mas devemos entender que anterior ao crédito e à atividade de lançamento já há a obrigação tributária instaurada, sendo que esta haverá de ser declarada, especificada, liquidada e individualizada, mediante o procedimento administrativo necessário à formação e formalização do crédito.

É, portanto, nessa ótica, de natureza declaratória, o lançamento, visto que não cria, não extingue, nem altera um direito, mas confirma um preexistente. O lançamento confirma a obrigação tributária e torna o direito do estado líquido e certo. O lançamento, pois, não cria obrigação tributária.

Sobre isso, expõe Aliomar Baleeiro (2007, p.782):

A noção de ato constitutivo se avizinha do conceito do art. 81 do CC; é todo ato lícito que tem por fim imediato adquirir, modificar ou extinguir direito. Realizados esses fins, os de criar, alterar ou abolir uma situação jurídica, constituindo-a, ele se projeta de sua data em diante para o futuro (*ex nunc*). Já o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (*ex tunc*). [...] Daí a importância prática de estabelecer a natureza jurídica do lançamento, porque seus efeitos seriam diversos se fosse constitutivo e não declaratório. [...] No direito brasileiro, os pronunciamentos se manifestam pelo caráter não declaratório do lançamento.

Assim, fica entendido que a obrigação tributária nasce quando da ocorrência do respectivo fato gerador e o lançamento, somente, declara o direito do sujeito ativo da relação, tornando-o líquido e certo (crédito tributário).

Ao estar o indivíduo, contribuinte, inserto numa dada situação, descrita em lei, geradora de obrigação tributária, deverá ele ser regularmente notificado em razão do crédito tributário havido em face de seu ato, fato ou estado de fato. Consoante Artigo 145 do CTN, o lançamento notificado regularmente ao polo passivo da relação tributária só poderá ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo; de recurso de ofício; e de iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos na lei. Esses casos devem ser entendidos como taxativos, isso assegura Aliomar Baleeiro (2007, p. 808).

4.3 O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário é o resultado de tudo isso, o que seja: a lei descritora de fato gerador de obrigação, a ocorrência do fato gerador no mundo tal como o desenho normativo, o nascimento da obrigação tributária, a instauração da relação jurídico-tributária, a liquidação, certificação e individualização da obrigação mediante o lançamento que dá

forma ao crédito tributário. Extinto o crédito, extingue-se a obrigação principal, extingue-se o dever até que novamente se incorra no mesmo fato gerador.

Interessante ressaltar que, como firma o Artigo 113, parágrafo 1º do código tributário nacional, as obrigações principais relacionadas às prestações pecuniárias extinguem-se com a extinção do crédito (o pagamento é a forma ordinária de extinção), todavia as obrigações acessórias ligadas à prestações positivas ou negativas, de fazer, não fazer ou tolerar, extinguem-se fazendo, não fazendo ou aquilo tolerando.

O crédito do estado para com a pessoa, nas obrigações acessórias, não é a pecúnia, mas o dever que tem o indivíduo de fazer, não fazer ou tolerar algo. Contudo, se o indivíduo descumprir com essas prestações positivas ou negativas, como explicita o parágrafo 3º do Artigo 113/CTN, pelo simples fato da inobservância destas, surgirá para ele o crédito em pecúnia, a obrigação principal relativa à penalidade pecuniária pela não observância daquelas prestações diferentes do pagamento.

Em linhas gerais, o exercício do poder de tributar pelo estado, mediante a elaboração de leis descritoras de fatos geradores de obrigação tributária, tem como objetivo final a constituição de um crédito tributário, já que os frutos advindos desse crédito são necessários à sobrevivência desse estado e à vivência de seus dependentes, os cidadãos.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procuramos, inicialmente, dissertar sobre a importância do estudo do fato gerador que consiste em fixar, concretamente, noções essenciais à área tributária.

A identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal, a determinação do sujeito passivo principal da obrigação tributária, a fixação de conceitos de incidência, não incidência e isenção são possíveis quando do estudo e análise do fato gerador. Em sua essência, o fato gerador, um fato jurídico e não um negócio, é um fato econômico, de relevância jurídica. O direito, assim o concebendo, confere-lhe efeitos ou qualificações juridicamente relevantes, sendo esse o entendimento majoritário.

O fato gerador da obrigação tributária assim pode ser concebido quando da sua descrição legal anterior. O fato gerador é o pressuposto, definido em lei, para que a relação obrigacional se instaure.

No momento da ocorrência, no mundo fenomênico, do fato gerador, previsto em lei, reputa-se instaurada a obrigação tributária ali definida. O nascimento da obrigação tributária, desse modo, é consequência jurídica específica produzida pelo fato gerador. A atividade de lançamento declara a obrigação tributária e torna-a líquida, certa e exigível, dando forma ao crédito tributário.

concluimos e reafirmamos, que com o nascimento da relação obrigacional tributária, o pólo passivo tem o dever, quando da obrigação tributária principal, de pagar prestação pecuniária compulsória, instituída em lei e cobrada por atividade administrativa

plenamente vinculada, ao estado, pólo ativo dessa relação. Há de existir, pois, um nexo de causalidade entre o obrigado e fato gerador da obrigação tributária, de modo que, vinculado aquele a este, surja o dever supramencionado.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

AMARO, LUCIANO. DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. 11ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2005.

ATALIBA, GERALDO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. 4ª ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1991.

BALEEIRO, ALIOMAR. DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. 11ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2007.

BECKER, ALFREDO AUGUSTO. TEORIA GERAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO. 3ª ED. SÃO PAULO: LEJUS, 2002.

CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. 21ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2005.

CARVALHO, PAULO DE BARROS. CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 6ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1993.

CARVALHO, PAULO DE BARROS. DIREITO TRIBUTÁRIO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INCIDÊNCIA. 2.ED. REV. SÃO PAULO: SARAIVA, 1999.

COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMA TRIBUTÁRIO. 7ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1998.

COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. TEORIA GERAL DO TRIBUTO E DA EXONERAÇÃO TRIBUTÁRIA. REVISTA DOS TRIBUNAIS. SÃO PAULO: 1988.

FALCÃO, AMÍLCAR DE ARAÚJO. FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. 6ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1997.

MACHADO, HUGO DE BRITO. CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 26ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2005.

MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA *ET AL.* OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1ª ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1988.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 13ª ED. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2001.

SOUSA, RUBENS GOMES DE SOUSA. COMPÊNDIO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1ª ED. SÃO PAULO: RESENHA TRIBUTÁRIA, 1975.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BRASÍLIA, DF, SENADO, 1988.

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. DISPÕE SOBRE O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E INSTITUI NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO APLICÁVEIS À UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, BRASÍLIA, DF, 27 OUT. 1966.

PERIÓDICOS:

JEZÉ, GASTON. O FATO GERADOR DO IMPOSTO. REVISTA FORENSE. V. 4, 1945.

**BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS COMO
ELEMENTOS FRAGILIZADORES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-
TRIBUTÁRIAS ENTRE O ESTADO E O SUJEITO PASSIVO NO BRASIL ***

**BRIEF NOTATIONS ABOUT THE SPECIAL CONTRIBUTIONS AS
WEAKING ELEMENTS OF RELATIONS JUDICIAL-TRIBUTARY BETWEEN
THE STATE AND THE PASSIVE FELLOW IN BRAZIL**

Antônio Carlos Dizniz Murta

RESUMO

Não é novidade afirmar que a carga tributária brasileira é uma das maiores do Mundo e que, mesmo assim, apresenta nos últimos anos, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, constante e considerável incremento. Mesmo que tenhamos, naquele texto, várias limitações ao poder de tributar e, concomitante, se apresentem um rol exaustivo e expreso de possíveis espécies tributárias passíveis de serem instituídas, somos confrontados com uma categoria que, ao contrário das demais, permite ao legislador, em especial o federal, vasta gama de opções legislativas dada à própria imprecisão de sua natureza e campo de atuação. Neste sentido, reiteradamente, a sociedade civil é, dentro do campo das denominadas contribuições especiais, surpreendida com inéditas e inusitadas imposições. Este quadro de instabilidade fiscal faz com que a segurança jurídica perca, sensivelmente, sustentação e efetividade .

PALAVRAS-CHAVES: CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS; TRIBUTAÇÃO;
SEGURANÇA JURÍDICA

ABSTRACT

It's not new to say that the Brazilian tax burden is one of the largest in the world and that, anyway, has in recent years, particularly after the Federal Constitution of 1988, constant and considerable increase. Even in that text that we have planned several limitations to the power to tax and, concurrently, is presenting an exhaustive list of possible species and expressed tax might be imposed, we are faced with a category which, unlike the others, allows the legislature, especially the federal, wide range of legislative options given to the imprecision of their own nature and scope of action. In this sense, repeatedly, civil society is within the field of so-called special contributions, surprised with novel and unusual charges. This framework of fiscal instability makes the legal security lose, significantly, support and effectiveness.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: SPECIAL CONTRIBUTIONS, TAXATION, LEGAL SECURITY

INTRODUÇÃO

A Teoria Geral do direito tributário nos ensina que a faculdade, outorgada constitucionalmente aos entes políticos que compõe a República Federativa do Brasil, para a instituição e cobrança de tributos deve obedecer não só os pressupostos e limites, tanto legais como constitucionais, mas, também, todo um arcabouço de elementos integrantes da descrição normativa de qualquer tributo centrado, em especial, no denominado aspecto material de seu fato gerador.

Até recentemente havia uma preocupação básica relativa à dicotomia ou tricotomia tributária, considerando os tributos ou impostos ou taxas e, em última instância, contribuição de melhoria.

No entanto, pouco a pouco, nas últimas décadas, tem crescido, sobremaneira, em instituição e majoração de valores, a imposição de tributos nominados como contribuições especiais (expressão por nós escolhida dadas às suas peculiaridades) em contrapartida ao incremento daquelas espécies consideradas clássicas, como os impostos e taxas. Sendo assim todos nós devemos voltar nossa atenção para esta relativa novidade em termos de exação fiscal uma vez que ocupa, cada vez mais, um espaço antes ocupado apenas pelos impostos ou mesmo, podemos afirmar, sem qualquer imposição de ordem tributária.

As contribuições especiais (ou para-fiscais ou mesmo sociais gerais) têm inúmeras facetas. É isso que intriga ou como não poderia deixar de ser: preocupa. Independente de qual seja a visão doutrinária sobre o número de espécies tributárias, prevalece o entendimento que ocorreu um incremento, nas últimas décadas, a partir da promulgação da Constituição Federal vigente, sobre o número de tributos (sejam eles quais forem e a que espécie tributária pertencerem) concomitante ao crescimento da máquina administrativa fiscal.

Para abarcar tal e qual número de tributos, fez-se necessário o uso da imaginação fértil dos doutrinadores (mormente aqueles à serviço do Estado) para minimamente possibilitar juridicamente instituição contínua e infundável de novos tipos tributários.

Apresenta-se, neste breve relato, um perfunctório estudo que objetiva explicitar a divergência entre as diversas teorias sobre espécies tributárias no direito pátrio, considerando que as aporias existentes só contribuem para maior instabilidade e desequilíbrio nas relações jurídico-tributárias; permitindo, assim, espaço de manobra política e jurídica para que os sucessivos governos (especialmente em sua esfera federal) possam manter uma conduta de aumento de carga tributária dissociada de qualquer dose de equilíbrio do binômio “Fazenda Pública - sujeito passivo”. [1]

Defende-se a tese da indispensabilidade de repensar o papel das apontadas contribuições especiais partindo de seu desenho constitucional que nos parecer desfalcada e

desfigurada de qualquer premissa teórica que lhe dê consistência jurídica a partir das teorias que discutem as espécies tributárias.

O artigo 145 da Constituição de 1988, intróito ao denominado Sistema Tributário Nacional – capítulo I (um) do título VI (seis) daquele diploma político - prevê, ou melhor, faculta, em seu *caput*, aos entes integrantes da República Federativa do Brasil, a instituição (competência tributária impositiva) de três espécies tributárias (qual sejam; impostos, taxas e contribuição de melhoria) em absoluta harmonia com o artigo 5º do Código Tributário Nacional. Se em seguida, *verbi gratia*, como nos artigos 148 (empréstimos compulsórios), 149 (contribuições com diversos coloridos, por nós denominadas especiais), do texto constitucional, preverem-se, também, outras figuras tributárias, aparentemente desvinculadas daquela competência impositiva tributária outorgada pelo legislador constituinte, como entendê-las sobre uma ótica doutrinária coerente e razoável dentro de uma interpretação sistemática constitucional.

Pretende-se, assim, demonstrar, em reduzida escala, o quão imprescindível é, hodiernamente, a busca de alternativas viáveis para conter a crescente carga tributária nacional, principalmente pela via da restrição da criação de novas figuras tributárias esdrúxulas com o nome fantasioso de contribuição (de quê?).

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os princípios constitucionais constituem regras de garantia dos direitos individuais e coletivos, expressos, inclusive, no próprio preâmbulo da Constituição Federal. O texto constitucional de 1988 consagrou, como não poderia deixar de fazê-lo, os princípios tradicionais da história tributária brasileira que se sucedem, com suas vicissitudes e modificações terminológicas, desde os primórdios da 1ª Constituição ainda sob o Império brasileiro.

Em matéria tributária, os princípios visam limitar o poder de tributar, para assegurar os direitos fundamentais do cidadão contribuinte à segurança, ao bem-estar, à propriedade, contra a imposição do Estado. Foi instituído assim, o Princípio da legalidade dos tributos que influi na anterioridade e na anualidade. A eficácia desses princípios é *extra-lege*, sendo assim, não dependem de qualquer lei ordinária que os regulamente, podendo ser invocados a qualquer tempo. E mais, por serem cláusula pétrea da Constituição, esses princípios não podem ser alterados nem mesmo por Emenda Constitucional.

Nesta esteira de pensamento, enfatizando a importância dos princípios na senda tributária, Luciano Amaro ressalta que “... alguns dos chamados princípios tributários não são, como dizíamos, meros enunciados gerais carentes de normatização posterior

para acentuar sua concretude; são já proposições que atingem um grau praticamente exaustivo de normatividade. Por exemplo, o princípio da anterioridade é uma regra de precisão matemática; a lei ou foi ou não foi editada até o último dia do exercício, o que se apura segundo critério puramente cronológico, que já decorre do próprio enunciado constitucional do dito “princípio”, sem que haja necessidade de uma norma que dê contornos mais nítidos à proposição..”[2]

A Constituição de 1988 dispõe normativas sobre o sistema tributário especialmente entre os artigos 145 e 162 e elas representam um esforço de aperfeiçoamento do nosso sistema constitucional tributário no sentido de simplificar e modernizar o sistema, reduzir injustiças fiscais, ampliar os contribuintes e corrigir os desequilíbrios regionais.

Como nos ensina José Eduardo Soares de Melo várias seriam as acepções das hipóteses de tributação na carta constitucional vigente uma vez que “A Constituição relacionou diversos tipos de tributos, a saber: (a) impostos (arts. 145, I, 153, 155 e 156); (b) taxas (art. 145, II, em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; (c) contribuição de melhoria (art. 145, III), decorrente de obras públicas; (d) pedágio (art. 150, V), pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; (e) empréstimos compulsórios (art. 148), para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (I), e no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (II); (f) contribuições sociais genéricas, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (art. 149); (g) contribuição para o custeio de previdência e Assistência Social, em benefício dos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 149, § 1º); (h) contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, em benefício dos Municípios e do Distrito Federal (art. 149-A); (i) contribuições sociais (art.195) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhes preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício; a receita bruta ou o faturamento e o lucro (I); do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social (II); sobre a receita de concursos de prognósticos (III); do importador de bens ou serviços do exterior (IV); sobre as atividades do produtor, parceiro, meeiro ou arrendatários rurais em regime de economia familiar; (j) contribuições para os planos de previdência (art. 202), Salário-Educação (art. 212, § 5º) PIS/PASEP, destinado ao seguro-desemprego e abono salarial, e desenvolvimento econômico (art. 239), às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240).”[3]

A União, os Estados e os Municípios só podem cobrar os tributos que lhes são atribuídos pelo texto constitucional. A única exceção admitida é quanto à União, que possui competência residual, isto é, em casos excepcionais e por meio de lei complementar, poderá instituir novos impostos, desde que não invada as áreas de competência estadual e municipal, nem desrespeite princípios constitucionais. A rigor, os impostos de competência residual não podem ser cumulativos e nem podem ter fato gerador e base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição em seu artigo 154, inciso I.

A defesa da unidade nacional se expressa na proibição aos Estados e Municípios de fixarem tributos diferentes, em razão da procedência ou destino das mercadorias, sem prejuízo da liberdade na definição das alíquotas dos impostos de sua competência. A preocupação com a uniformidade dos tributos não se estende, porém, aos incentivos fiscais, já que a Constituição concede total liberdade para a sua concessão, tendo em vista as imensas desigualdades regionais.

A limitação dos casos de empréstimos compulsórios foi outra inovação que traz a Carta Magna em estudo visando garantir o cidadão contra o arbítrio dos governantes. Esse dito empréstimo consiste numa espécie de tributação especial que incide sobre rendimentos de grande vulto decorrentes de propriedades, vendas, aplicações financeiras, etc. A atual Constituição prevê três hipóteses para a sua adoção: calamidade pública, guerra e investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional e obriga a aplicação dos recursos arrecadados ao fim que os originou. Na Carta anterior, as possibilidades ficavam a critério de lei complementar e isso levou à fixação de impostos abusivos, que acabaram configurando verdadeiros confiscos.

No tocante à discriminação das rendas, foram mantidas todas as espécies tributárias previstas na Constituição de 1969: impostos, taxas, contribuição de melhoria (essas duas últimas são tributos de competência comum dos três entes políticos), e como já ressaltado, o empréstimo compulsório e contribuições especiais.

O empréstimo e as contribuições especiais (artigos 148 e 149[4]) são deferidos à competência privativa da União, com uma novidade: estas últimas, em caráter excepcional, poderão ser instituídas pelos Estados e Municípios, em benefício dos seus servidores públicos (artigo 149, parágrafo único). Nesta hipótese, as contribuições especiais alinham-se entre os tributos de competência comum.

Excepciona-se, também, a denominada Contribuição de Iluminação Pública, de competência exclusiva dos Municípios a teor da emenda nº 39, de 19 de dezembro de 2002, que, inovando no texto constitucional, criou o artigo 149-A.[5]

Perdeu-se uma grande oportunidade, com a referida constituição, em, efetivamente, dar ao sujeito passivo da obrigação tributária (leia-se toda a sociedade) um instrumento jurídico que lhe impedisse o Poder Público incessante busca de tributação sobre o seu patrimônio.

Considerado o princípio basilar da tributação moderna em todo mundo como sendo o princípio da legalidade (tomando de empréstimos expressões populares, poderíamos afirmar ser este princípio o pai – ou origem - de todos os demais), percebemos que na medida o texto constitucional exige que para a criação de um tributo se faça necessária a edição de uma lei por ente competente para fazê-lo, podemos constatar que a criação de contribuições pode ser, facilmente, engendrada, obedecendo-se, regidamente, os trâmites legislativos pertinentes e a competência tributária impositiva prevista na CF (mormente a da União Federal), poderíamos até assumir que o princípio da legalidade, isoladamente considerado, não seria barreira suficiente para frear ou refrear os ímpetus criativos do legislador (a mando ou não do poder executivo) na medida em que as contribuições especiais poderiam se amoldar ou se conformar a inúmeras fórmulas jurídicas instituidoras de tributos sem que houvesse porque afirmá-las Inconstitucionais.

Na medida em que o texto constitucional apresenta (e, nos surpreendendo a cada emenda, continua nos apresentando) múltiplas alternativas e denominações tributárias, pergunta-se: onde chegaremos? Se não bastassem as inúmeras subespécies de impostos (artigos 153, 155 e 156 da CF) e a amplitude tanto horizontal (prestação de serviços efetiva ou potencial) ou vertical (poder de polícia) que pode alcançar as denominadas taxas[6], abstraindo as hipóteses de empréstimo compulsório (figura tida como espécie tributária, porém de raro uso dado ao pouco interesse do Estado em tributar e, cessadas as causas da tributação, devolver o arrecadado) e do pedágio (figura consagrada no Sistema Tributário Nacional como tributo, porém cobrado no Brasil contemporâneo como preço público de índole, como é cediço, contratual, nos deparamos, outrossim, com a figura das contribuições, sejam elas; de melhoria, especiais, sociais gerais, sociais para a seguridade social, etc.

1.2. DAS TEORIAS QUE INFORMAM AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Há muito se discute na doutrina sobre o número de espécies tributárias no direito tributário positivo brasileiro. Não se trata, em absoluto, de uma discussão inócua, acadêmica ou desprovida de efeitos práticos. Na medida em que se alargam as possibilidades de se criar mais espécies tributárias (e cada qual, por sua vez, permitindo novos desdobramentos) retira-se um esteio essencial nas relações jurídico-tributárias, qual seja; a certeza e a segurança jurídica na seara tributária para que a sociedade, independente de taxação exaustiva, vedação ao confisco tributário ou mesmo eventual previsão de carga tributária máxima no texto constitucional (como já se defendeu) saiba que o Estado-credor não ultrapassará limites claros em sua constante e incessante volúpia fiscal.

Neste sentido apurarem-se quais são as verdadeiras espécies tributárias é fundamental para que saibamos até o onde o Estado pode caminhar em sua prática de exação tributária; eivadas de surtos de imaginação profícua e fantástica em matéria de criar terminologias para tributos já existentes no sistema tributário.

O ponto de partida para interpretar (extrair o significado) as espécies tributárias tem que passar necessariamente pela leitura do artigo 3º e 4º do CTN.

Todos nós sabemos que o tributo é prestação pecuniária compulsória e o nome que se dê ao mesmo não tem relevância jurídica, valendo, de fato, seu respectivo fato gerador[7], importando menos, portanto, o invólucro do que o conteúdo.

Nesta esteira poderíamos afirmar que a definição da espécie de um tributo, conforme o Código Tributário Nacional, passa pelo respectivo fato gerador da obrigação tributária (principal); *ipso facto* haveriam tantas espécies tributárias quanto fatos geradores distintos e individualizáveis.

Considerando que o fato gerador da obrigação tributária é a descrição normativa de hipótese que se consumada leva ao pagamento do tributo, necessário se faz buscar a tipologia deste fato gerador. O que de fato o informa? É livre a criação de fatos

geradores conforme critérios aleatórios ou discricionários do Estado-legislador (não se descuidando do princípio da legalidade tributária)? Absolutamente não. Se assim o fosse, perderia-se qualquer utilidade definir espécie tributária considerando que para nova exação tributária, haveria, provavelmente, um novo fato gerador. Por exemplo, o legislador editaria um novo tributo cujo fato gerador fosse “caminhar no passeio do hiper-centro urbano” ou “torcer por um time de futebol qualquer” ou mesmo “assistir teatro, cinema ou um espetáculo circense”. Em suma liberar à Administração Tributária a criação de tributos sem que delimitados por princípios (constitucionais), nos levaria à situações das mais teratológicas ou surreais onde qualquer verbo (dinâmico, como, *verbi gratia*, andar, sentir, fazer, relacionar; ou estático, como, *verbi gratia*, ficar, estar ou permanecer) extraído de um dicionário teria o condão para desencadear uma descrição de hipótese de incidência tributária[8] .

Quais seriam, portanto, os moldes dos fatos geradores das obrigações tributárias que o legislador não poderia se furtar de seguir ou obedecer em sua eventual edição de novo tributo? Os limites não se fariam presentes no Código Tributário Nacional, estando estabelecidos no texto constitucional cuja premissa básica de existência tributária seria a capacidade contributiva do sujeito passivo[9]. Onde não se depura capacidade contributiva (econômica) não poderá, em princípio (é importante ressaltar que, para taxas e algumas contribuições, parte da Doutrina entende desnecessária revelar-se, ao se cobrar, tributo capacidade contributiva (econômica) do destinatário da exação tributária) instituir-se tributo.

A capacidade contributiva (econômica) como pressuposto de idealização tributária encontra ressonância em autores como Marcos F. García Etchegoyen que defende a tese que *“La libertad del legislador se encuentra limitada por un principio tributario constitucionalizado, un parámetro – la capacidad contributiva – al que debe adecuarse el ejercicio del poder tributario normativo, de manera que no puede escogerse un hecho como presupuesto de la obligación tributaria que de ningún modo constituya un índice de capacidad contributiva. El legislador ordinario puede establecer y modificar tributos, siempre y cuando lo haga dentro de los limites fijados por la capacidad contributiva.”*[10]

Não obstante o legislador ordinário (regra) esteja adstrito à capacidade contributiva (econômica) para a instituição de tributo, podendo até considerar um princípio constitucional limitador ao poder de tributar, entende-se que a referida capacidade tributária seria mais uma característica (inafastável) dos impostos dada à desvinculação do pagamento do tributo e correlata prestação de serviço público divisível e específico.

Já em relação às taxas, por mais que defendamos que a capacidade contributiva (econômica) também lhe é ínsita, constatamos um divisor de águas. Nas taxas, mesmo levada em consideração a condição de pagamento de tributo por parte do sujeito passivo (capacidade contributiva), nota-se peculiaridades que destoam dos impostos; a divisibilidade e especificidade do serviço público, efetivo ou potencial, do próprio poder de polícia.

Em suma nos impostos, para efeito de quantificação do valor a pagar, leva-se consideração apenas a capacidade contributiva; já que inviável estabelecer, considerando o serviço público (geral, indireto e mediato) que não é específico nem divisível. Já em relação às taxas, para efeito da quantificação do tributo, além da

capacidade contributiva (regra para todos os tributos), leva-se em consideração o dispêndio do Estado, específico e divisível, quando da prestação do serviço público (ou os gastos com sua disponibilização) ou exercício regular do poder de polícia.

Nasceria, portanto, da teoria dicotômica tributária onde os tributos teriam dois possíveis fatos geradores: o pagamento seria vinculado (fato gerador da obrigação tributária) à prestação específica e divisível de serviço público ou exercício regular de poder de polícia, chamados de tributos não vinculados (taxas) ou o pagamento (fato gerador da obrigação tributária) não estaria vinculado à indigitada divisibilidade ou especificidade (impostos).

Na conhecida lição de Geraldo Ataliba “Pode-se dizer, portanto, que são tributos (1) vinculados aqueles cuja hipótese de incidência consiste na descrição de uma atuação estatal (ou uma consequência desta). Neste caso, a lei põe uma atuação estatal no aspecto material da h.i. (hipótese de incidência). São tributos (2) não vinculados aqueles cuja h. i. (hipótese de incidência) consiste na descrição de um fato qualquer que não seja atuação estatal. Isto é, a lei põe, como aspecto material da h.i., um fato qualquer, o tributo será (2) não vinculado.”[11]

Buscamos ao qualificar a teoria dicotômica (tributos vinculados ou não à uma atuação estatal divisível e específica) a atentar para o fato que os impostos, tidos como tributos não vinculados, devem ter, necessariamente, seu alicerce na capacidade contributiva do sujeito passivo (que se revela em sua renda, no consumo de mercadorias, na propriedade mobiliária e imobiliária, etc.) e as taxas, tidos como tributos vinculados, na integração direta entre o que Estado opera (fiscalização) ou presta (serviço público divisível e específico), sendo informadas, como dito, também, quando possível, pelo princípio da capacidade contributiva (econômica).

Por isso, na teoria dicotômica, todos os tributos, quando analisados seus respectivos fatos geradores (nos precisos termos do artigo 4º do Código Tributário Nacional) ser vinculados ou não a uma prestação estatal, divisível e específica ou serão impostos ou taxas, não importando o nome que se dê ou intitule dada e qualquer exação tributária seja na roupagem contribuição especial (incluindo aí a de melhoria) ou mesmo empréstimo compulsório.

No entanto, para contrariar esta teoria (a qual somos adeptos) a Constituição Federal, em seu artigo 145 estabelece, a guisa de introdução ao Sistema Tributário Nacional que os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) poderão instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Nesta linha de previsão, fazendo uso da política taxativa de definição legislativa, o Código Tributário Nacional afirma, em seu artigo 5º, que tributos são impostos, taxas e contribuição de melhoria.

Se de fato o legislador constituinte (Constituição Federal de 1988) e o complementar (Código Tributário Nacional, lei 5.172/66) respaldassem a teoria dicotômica, o artigo 5º do citado Código Tributário Nacional simplesmente não existiria e, por sua vez, o inciso III, do artigo 145 da Constituição Federal seria suprimido uma vez que o inciso II, quando prevê a possibilidade de instituição de taxas, já o abarcaria.

Assim sendo, a vista de previsão normativo-constitucional, podemos afirmar que no mínimo deve prevalecer o entendimento de que existem, pelo menos, três espécies de tributos no Brasil, diferenciando-se a contribuição de melhoria das taxas pelo fato de que naquela o fato gerador da obrigação tributária perpassa a valorização imobiliária privada em virtude de obra pública ou contrário do critério qualificador das taxas *lato sensu* onde se exige divisibilidade e especificidade de serviço público ou exercício regular de poder de polícia relativos à dado sujeito passivo.

No entanto há entendimentos de que a referida previsão do artigo 5º do Código Tributário Nacional incorreu em impropriedade já que calcado na emenda nº 18, à Constituição de 1967, como nos informa Rubens Gomes de Souza quando afirma que “é preciso explicar que este Código ainda está vinculado à Emenda nº 18, e a crítica que eu faço dirige-se não ao Código, que estava forçado a repetir a Emenda nº. 18, que era a norma constitucional vigente, mas sim à própria Emenda, ao repetir, em matéria de contribuições, a qualificação contribuição de melhoria, que entrou para a linguagem jurídica brasileira na Constituição de 34. Primeiro, foi definido este instituto e daí, pelo fato de ninguém pôr dúvida que o imposto e a taxa embora sejam espécies do gênero tributo, comportam subdivisão em tipos (imposto de renda, ICM, imposto territorial, taxa de melhoramento de portos, taxa de polícia, taxa disto, taxa daquilo), fixou-se a idéia de que a contribuição ao contrário, seria espécie. Só de melhoria. Mais nenhuma outra.” [12]

Diante da constatação de que o legislador (tanto o ordinário quanto o constituinte) nos apresenta, expressamente, a ratificação da denominada teoria tricotômica (onde a contribuição de melhoria, embora tributo vinculado a uma atuação estatal, apresentaria fato gerador de obrigação tributária *sui generis* a lhe garantir autonomia como espécie tributária), como então entender e qualificar o pedágio, o empréstimo compulsório e as chamadas contribuições especiais? (que abarcam um leque de possibilidade, incluindo neste caso, tributos cuja etimologia não se identifica com contribuição; *verbi gratia*: salário-educação).

O empréstimo compulsório, apesar de inusitado e contraditório o nome que lhe foi dado, é considerado tributo; não só por estar presente no Sistema Tributário Nacional (artigo 148 da CF) como pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, este tributo não foi ainda criado (lei complementar) sob a égide da Constituição de 1988. A sua última experiência como exação tributária (nos idos de 1986, sob o governo de José Sarney) acabou redundando em declaração de inconstitucionalidade.

Existem entendimentos que o referido empréstimo compulsório – enquanto tributo – seria imposto, já que desprovido de vinculação entre o seu pagamento e eventual prestação de serviço divisível e específica, objetivando, caso criado, alcançar demonstrações de capacidade contributiva (econômica). Vale lembrar que a afetação[13] da sua receita (para os fins constitucionais previstos) não o desnatura para efeito de qualificação de imposto a vista de que cada vez mais a referida espécie tributária se desnatura como tributo não afetado. [14]

Há entendimentos também no sentido de que o empréstimo compulsório teria natureza *sui generis* (como no caso da contribuição de melhoria face às taxas, sendo ambos

considerados tributos vinculados) uma vez que, não obstante ser não vinculado e tendo como premissa de cobrança a condição de pagamento do eventual mutuante, se revestiria de nuances bastante significativos como a sua característica de restituibilidade.

Por fim, antes de adentrarmos as contribuições especiais, considerando a previsão de pedágio, nos termos do artigo 150, V, do texto constitucional, poderíamos afirmar não se tratar de imposto (uma vez que vinculado à utilização de vias conservadas pelo Poder Público) nem mesmo taxa de serviço já que os fatos geradores deste tributo no Brasil não alcançam (ao contrário da Espanha e Portugal) o uso ou fruição de bens do domínio público. Muito menos poderíamos denominá-lo contribuição de melhoria em virtude da discrepância de seus respectivos fatos geradores (valorização de imóvel privado em virtude de obra pública na contribuição de melhoria e uso de vias conservadas pelo Poder Público no caso do pedágio).

No entanto, ao contrário de algumas décadas atrás, por opção de ordem econômico-política, o Poder Público tem optado pela utilização do pedágio como tarifa ou preço público (de natureza contratual) ao contrário do pedágio-tributo.

Em suma, até então, em nosso sentir, teríamos 05 (cinco) espécies tributárias com algumas características em comum e outras que as diferenciam ao ponto de conceder-lhes verdadeira autonomia científica.

Teríamos os tributos não vinculados, não restituíveis e via de regra (?) [15] não afetados (impostos) cujo fato gerador da obrigação tributária objetiva alcançar capacidade contributiva (econômica). Teríamos os tributos não vinculados, afetados (sempre) e restituíveis (empréstimo compulsório) cuja exação recairia, também, sobre revelação de capacidade contributiva (econômica). Apresentar-se-iam, em seguida, os tributos vinculados (sempre afetados) cujo fato gerador da obrigação tributária seria (I) serviço público, efetivo ou potencial, divisível e específico; (II) exercício regular de poder de polícia. Seriam as taxas. Teríamos, ato contínuo, o tributo vinculado (sempre afetado) cujo fato gerador seria a realização de obra pública que redundasse em valorização de imóvel privado. Seria contribuição de melhoria. Continuando teríamos outro tributo vinculado (no nosso entendimento também sempre afetado) cujo fato gerador seria a utilização de bens do domínio público (vias conservadas pelo Poder Público). Neste caso seria o pedágio.

No caso do empréstimo compulsório e do pedágio-tributo, dada a característica de restituibilidade do primeiro e a opção pelo pedágio-tarifa quanto ao segundo, seu estudo e aplicação hoje são quase irrelevantes e desprovidos de interesse doutrinário.

Mas este não é o caso das contribuições especiais. Teriam autonomia científica? Seriam vinculadas ou não à uma atuação estatal, específica e divisível? Seriam afetadas, com destinação certa de suas receitas? Seus fatos geradores levam em consideração capacidade contributiva? Se afirmativa a resposta existiria liberdade irrestrita do legislador em instituí-las, respeitando-se a capacidade contributiva, a partir da previsão genérica do artigo 149 conjugado como artigo 195 do texto constitucional? Poderia o legislador constituinte derivado emendar a Constituição Federal, estabelecendo a previsão de novas contribuições, a despeito de fatos geradores os mais díspares possíveis?

Esta e outras questões serão apreciadas a seguir para que possamos ter uma idéia, pelo menos rudimentar, do quadro das contribuições especiais, enquanto exações tributárias, no Sistema Tributário Nacional vigente e seu efeito sobre as relações jurídico-tributárias.

1.3. AS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS ENQUANTO EXAÇÕES TRIBUTÁRIAS

O sentido de contribuição é polissêmico abrangendo, dentro do espectro de possibilidades na seara tributária; “ato ou efeito de contribuir: (I) parte de que cabe a cada um numa despesa ou encargo comum (II) pagamento feito a alguém ou alguma entidade ou mesmo o Estado (III) imposto que está sujeito o cidadão para a formação dos fundos necessários ao custeio das despesas públicas (IV) quantia que o empregado e o empregador devem recolher ao custeio da previdência social.[16]

Percebe-se, nitidamente, que dentre as características inerentes à contribuição, poderíamos afirmar que teria sempre como objeto o pagamento de uma quantia de uma dada pessoa para outra. Nesta linha de definição da contribuição não haveria, em princípio, qualquer restrição ou óbice jurídico para incluí-la no conceito abrangente de tributo previsto no artigo 3º do CTN[17] onde, dentre as características desta exação, encontraríamos a prestação pecuniária (forma de pagamento em dinheiro).

Neste sentido, como admite Sacha Calmon Navarro Coêlho, o tributo que “O que entrar em dinheiro na burra estatal sob a forma de prestação pecuniária – o que exclui as entradas de caixa (fianças, cauções) e as apropriações – que não seja indenização, multa ou contrato (aluguer, juro, foro, laudêmio, preço) só pode ser tributo.”[18]

Portanto, se a etimologia do vocábulo contribuição admite naturalmente que possa ser considerado tributo (por se referir a pagamento), havendo a criação por lei (princípio da legalidade), não tendo como fato gerador o ilícito e podendo ser cobrada mediante atividade plenamente vinculada, a administração fazendária, obedecendo os ritos ordinários legais, teria ampla liberdade de criar contribuições, como hipóteses de tributação diferenciada, adstrita, tão-somente, os limites impostos pelo texto constitucional.

Seriam, então, estes limites constitucionais suficientemente rígidos para refrear ímpetus de instituição de contribuição, agravando, ainda mais, o peso da carga tributária sobre a sociedade civil?

É importante lembrar que o STF, através do RE 138.284, já consagrou a inclusão das contribuições no universo de alternativas colocadas à disposição do Estado para implementar tributação; não restando, neste sentido, dúvidas quanto a sua natureza tributária[19].

Não caberia neste estudo estabelecer uma definição e respectiva exposição específica sobre cada uma das contribuições especiais[20], já que as mesmas poderiam ser

classificadas como; sociais gerais, sociais para a seguridade social, de intervenção no domínio econômico, de interesse de categoria profissional ou econômica, previdenciária oficial dos servidores públicos e outras mais que se queira simplesmente denominar contribuições (especiais).

O que se vê de fato como característica imanente e inafastável das contribuições especiais seria sua afetação (ou receita carimbada como gostam alguns). Toda e qualquer arrecadação de contribuição especial, seja previdenciária, seja de intervenção no domínio econômico (conhecida como CIDE), seja para seguridade social, deveria, naturalmente, por expressa imposição constitucional se dirigir à sua causa de existência ou mesmo sobrevida jurídica.

Pode parecer lugar comum afirmar, porém não podemos deixar de atestar e defender que, *verbi gratia*; (I) a arrecadação do regime geral de previdência[21] deve ser utilizada com os gastos da previdência; (II) a arrecadação com a contribuição sobre o domínio econômico (CIDE) sobre combustíveis em geral[22] deve ser destinada à infraestrutura de transporte, subsídios a preços ou transporte de combustíveis ou mesmo para o financiamento de projetos ambientais; (III) a arrecadação com a contribuição de iluminação pública[23] para o serviço municipal de iluminação pública; etc.

Vale informar, inclusive, que grande parte da doutrina defende a tese que se na efetiva criação e cobrança de uma contribuição especial, constar-se tredestinação dos recursos arrecadados, poderíamos declará-la inconstitucional e buscar, até mesmo, a repetição do indébito tributário, como assim o faz Werther Botelho Spagnol ao nos ensinar que “sendo as contribuições instituídas em virtude de um determinado gasto, de uma determinada finalidade, podemos afirmar que um eventual desvio de finalidade ou a tredestinação do produto da arrecadação implica alteração das condições para o exercício da competência impositiva.”[24]

A vista de admitirmos as contribuições especiais, como tendo possível natureza tributária (art. 3º do CTN) e, outrossim, qualificando-as como afetadas, estaria o legislador ordinário autorizado a instituir contribuições sociais ao seu talante, obedecendo as premissas que regem o conceito legal de tributo (pagamento obrigatório, em pecúnia e cobrado mediante devido lançamento) bem como dando à sua respectiva arrecadação o caminho traçado constitucionalmente?

A resposta, como não poderia deixar de ser, deve ser peremptoriamente negativa.

Na proporção de sua afetação deverá, automaticamente, haver limitação (também constitucional) para a criação desmedida de contribuições especiais. Se partimos do pressuposto que toda contribuição especial deve ser afetada e esta afetação é a constituição federal que prevê, expressamente. Se haveria, em princípio, espaço ou discricionariedade, para o legislador ordinário criar contribuições especiais que não àquelas clausuladas no texto constitucional.

Neste diapasão, estaríamos tão protegidos quanto à criação de contribuições especiais – que não aquelas previstas constitucionalmente – como no caso nos impostos cuja enumeração é taxativa (exaustiva) e respectivos fatos geradores bem delineados e precisos[25], nos termos do artigo 153 (IR, IOF, II, IE, IPI, ITR, IGF); 155 (ICMS, IPVA, ITCD e 156 (IPTU, ITBI, ISS) da Constituição Federal?

Nada impede que defendamos a tese que havendo previsão constitucional natureza tributária e afetação, é livre a criação, pelo legislador ordinário (sobretudo o federal) de eventual contribuição especial.

No entanto, para a infelicidade da sociedade civil, da maneira que as contribuições especiais foram postadas no texto constitucional, a insegurança tributária passa a ser uma constante, a despeito das inúmeras limitações ao poder de tributar.

Vamos, somente, analisar, a vôo de pássaro, algumas delas. Vejamos o caso da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), como previsto no caput do artigo 149 da CF. O legislador constituinte originário foi deveras criativo e maquiavélico ao estipular tal terminologia para este tributo.

Inicialmente nos passa uma concepção de tributação regulatória (extrafiscal) na medida em que utilizar o vocábulo “intervenção” com pressuposto de sua existência. Logo após, ao delimitar a extensão desta intervenção, coloca como seu objeto nada mais nada menos do que o próprio domínio econômico.

Indaga-se: o que é domínio econômico que não todas as relações econômico-sociais já integralmente suscetíveis de tributação pelos impostos cuja descrição normativa perpassa símbolos denotativas de grandeza econômica (renda, propriedade, consumo, etc.).

A amplitude da expressão “domínio econômico” nos deixa intrigados e, ao mesmo tempo, temerosos com o uso que o Estado (*in casu* a União Federal) poderá fazer dela.

Hugo de Brito Machado Segundo entende que “considerando-se que toda ação do Estado ou tem algum propósito social ou então, de alguma forma, interfere na economia, todo e qualquer tributo poderá ser, doravante, criado sob o largo e confortável rótulo de “contribuição”.[26] Aduz, em seguida, equivocadamente, “o STF vem dando a essa espécie tributária elástico sem precedentes. Além de admitir as mais variadas exações criadas com esse nome, ainda tem validado outras, para as quais não se encontra fundamento constitucional e o rótulo de CIDE cai como uma “tábua de salvação” capaz de “constitucionalizar” qualquer tributo.[27]

Ademais causa ingente espécie a razão do legislador constituinte derivado, ao criar a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico sobre combustíveis, o tenha feito, para dar suporte à lei ordinária respectiva, através de emenda constitucional[28]. Qual a necessidade para tal? Se o caput do artigo 149 já prevê, genericamente, a possibilidade da criação pela União de CIDE, não haveria motivação constitucional para que se texto fosse alterado para incluir uma espécie da referida contribuição. Oxalá o Estado brasileiro ao pretender instituir nova CIDE fazer, inicialmente, sua previsão, no texto constitucional, via emenda, pelo menos saberíamos da necessidade de quórum qualificado para tal mister ao contrário do processo legislativo ordinário, mais simplificado e facilitado.

A possibilidade da instituição de novas CIDES passa a ser, cada vez mais, não só interesse de quem tem competência para fazê-lo (União Federal) mas também dos Estados e Municípios na medida em que recebem parte da receita da arrecadação da CIDE combustível *ex vi* o artigo 159, inciso III e § 4º da Constituição Federal. Se

recebem parte desta CIDE, por quem não pleitear a criação de outras e, simultaneamente, exigir (como o fizeram com aquela) parte de sua arrecadação

Abstraindo a CIDE, nos voltamos para a contribuição para custeio da iluminação pública. Não resta dúvida que o referido tributo é sucedâneo da velha e conhecida taxa de iluminação pública[29], a partir da declaração de sua inconstitucionalidade, com a emenda constitucional nº39/2002.

Não é novidade para o Direito brasileiro uma prática das mais deletérias por parte do Estado (em sentido amplo) quando constata que não logrou êxito judicial na cobrança de dado tributo, após manifestação expressa e contundente do Supremo sobre sua inconstitucionalidade[30], simplesmente “encomendar” aos seus artífices legislativos uma nova forma de tributar que não se confunda (no ponto de vista terminológico, vale dizer) com aquele tido como viciado pela Corte Suprema.

Tal fato aconteceu com a referida contribuição de iluminação pública. Mudou-se apenas a roupagem jurídica e constitucional. O que antes era imposto e era chamado de taxa de iluminação pública, agora passou (com o crivo do legislador e do judiciário) a ser um imposto com o pomposo nome de contribuição de iluminação pública.

A rigor os Municípios podem agregar ao rol de impostos previstos no artigo 156 da CF mais este imposto, por mais que ali não esteja (e formalmente não poderia, não é verdade ?) e recebe uma outra denominação (mais politicamente correta).[31]

Nesta esteira cria-se um precedente até mais temível do que a criação irrestrita de CIDE. Basta o executivo, através de seu legislador, entender que precisa de caixa e este caixa passa necessariamente por demonstrações de riqueza, associadas aos impostos (estes *numerus clausus*) que estabelecerá, via emenda constitucional, outra exação com esdrúxulas tipologias; contribuição sobre a segurança pública, sobre o bem estar, sobre a poluição, sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre a telefonia, aonde vamos chegar ?

Finalmente algumas palavras também devem ser ditas em relação à outra hipótese de instituição de contribuição especial sem que tenhamos, com a devida clareza, uma idéia de seus moldes constitucionais, permitindo ao legislador infraconstitucional, a mando do executivo, efetiva liberdade de criação, havendo apenas óbices de ordem política.

O artigo 195 da Constituição Federal prevê que a seguridade social[32] será, dentre outras formas de financiamento, sustentada pelas contribuições sociais elencadas nos incisos I, II,III e IV.

Como exemplo de contribuições sociais para a seguridade social, teríamos, a partir da previsão de fatos geradores indicados nos dispositivos constitucionais, a CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido), a CONFIS (contribuição para financiamento da seguridade social) e a própria contribuição previdenciária do regime oficial ou único.

No entanto o artigo 195, seu § 4º, prevê que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 151, I”.

O artigo 151, I, por sua vez exige que o tributo, acaso criado, o seja por lei complementar, que seja não-cumulativo e que não repita fato gerador ou base de cálculo daqueles impostos discriminados na constituição (não poderá eventual nova contribuição para a seguridade social ter identidade material com nenhum dos impostos já criados).

Pode parecer, em uma primeira leitura, que haveria considerável dificuldade em implementar nova (s) contribuição (es) para a seguridade social além daquelas já criadas (outras fontes). Mas de fato não é. O governo federal detém vasta maioria no Congresso Nacional, ao ponto de, tranquilamente, aprovar matérias reservadas à lei complementar (já tendo agido inclusive em relação à emendas constitucionais, quanto mais em relação à leis complementares).

Com relação a não – cumulatividade, considerando ser tendência mundial este tipo de tributação, bastaria aos técnicos do governo, bolarem uma sistemática de imposição tributária que não trouxesse a cumulação de pagamentos em diferentes etapas do ciclo econômico tributável. Ou mesmo que optassem por uma tributação monofásica que, por sua natureza, impossibilita a cumulatividade.

Já quanto ao fato da vedação de repetição de fato gerador e base de cálculo de impostos previstos na constituição, bastaria a utilização de redação adequada, inconfundível com a redação dada aos impostos, mesmo que de fato o objeto fosse o mesmo com ocorre, por exemplo, quanto à dois impostos (ICMS/IPI) e uma contribuição especial (CIDE/combustível) que incidem sobre o mesmo fato gerador (comercialização de combustível. A nomenclatura dada aos tributos e aos seus fatos geradores pode ser facilmente burlada e fraudada. Basta ter vontade política e imaginário para tal (isto é o que não falta na história da tributação brasileira).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho apresentado, percebe-se, claramente, que, nas últimas décadas, os sucessivos governos de nosso País não têm praticado uma política fiscal-tributária apropriada e condizente com as necessidades e anseios de crescimento e desenvolvimento econômico demandados pela sociedade civil.

Há um incremento constante do ônus fiscal sobre todos. O país adota uma carga tributária similar a de países desenvolvidos, mesmo ainda estando em desenvolvimento.

Não se observa quando da criação dos tributos o impacto, em sua cobrança, sobre as atividades econômicas, desprezando-se, por completo, o princípio norteador da capacidade contributiva, aplicável integralmente aos tributos cujo suporte fático seja a revelação de riqueza.

Neste sentido, a sociedade civil deve se resguardar da tributação tida como abusiva e desproporcional.

No entanto, por mais que tenhamos uma suposta proteção constitucional contra a imposição tributária arbitrária e que todo o sistema tributário esteja calcado em uma teoria que delimita as espécies tributárias, notamos que dentre elas, na fronteira do que seja considerado imposto e algumas vezes taxa, caracterizando-se estruturalmente pela afetação de suas receitas, se apresentam as contribuições especiais (também chamadas para fiscais ou sociais).

As referidas contribuições especiais se subdividem em subespécies, nos apresentado um quadro variado de alternativas de tributação.

Dentre estas alternativas, vislumbramos, pelo menos, três hipóteses de criação de contribuição especial que poderiam causar grande impacto na segurança jurídica-tributária a despeito das limitações constitucionais ao poder de tributar.

A contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), por permitir um conceito amplo do referido domínio. A contribuição de iluminação pública, por inaugurar e permitir uso de contribuições como sucedâneos de tributos tidos como inconstitucionais. Por fim, as outras fontes para a seguridade social cujos requisitos são facilmente ultrapassados, bastando vontade do Governo para fazê-lo (leia-se: abrir os cofres para os deputados e senadores, procedimento este infrutífero no caso da tentativa de ressurreição com outro nome – CSS – da CPMF).

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BALTHAZAR, UBALDO CESAR. História do Tributo no Brasil. Fundação Boiteux. Florianópolis-2005. p.92

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ETCHEGOYEN, Marcos F. Gacia. El principio da capacidad contributiva: Evolución dogmática y proyección en El derecho argentino. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Limitação ao poder impositivo e segurança jurídica. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. Contribuições sociais no sistema tributário. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PAULSEN, Leandro. Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

PEREIRA, Ivone Rotta. A Tributação na História do Brasil. São Paulo: Moderna, 1999.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Código Tributário Nacional: anotações à constituição, ao código tributário nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2007.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. Comentários ao código tributário nacional. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

SPAGNOL, Werther Botelho. As contribuições sociais no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SPAGNOL, Werther Botelho. Curso de direito tributário: conforme a emenda constitucional n. 42/03 DOU 31.12.2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

[1] Considera-se “Fazenda Pública”, nos precisos termos do artigo 209 do Código Tributário Nacional, a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; entretanto o sujeito passivo deve ser considerado legalmente como gênero que abrange as sub-espécies contribuinte e responsável tributário.

[2] AMARO. Direito Tributário Brasileiro, pg. 110.

[3] MELO. Contribuições Sociais no Sistema Tributário, pg. 23.

[4] Constituição Federal, artigo 149 – COMPETE EXCLUSIVAMENTE a União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto no artigo 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, O Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

[5] Constituição Federal, artigo 149-A - Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no artigo 150, I e III.

[6] Utilizamos a dicotomia taxas horizontais e verticais para diferenciar as conhecidas taxas de serviço - por nós denominadas horizontais - (essencialmente bilaterais ou contra-prestacionais cujo desiderato precípua é indenizar o Estado pelo gasto que dispense em “favor” do sujeito passivo) das demais, tidas como taxas de polícia ou fiscalização – por nós denominadas verticais (cujo escopo essencial nada tem a ver com a primeira hipótese uma vez que seu fato gerador passa pela fiscalização regular exercida pela administração pública sobretudo sobre a atividade privada, devendo a atividade em questão ressarcir o Estado pelos gastos efetuados em seu próprio “favor”).

[7] Sabemos que as obrigações tributárias se dividem em principais e acessórias; sendo que as primeiras têm como objeto o pagamento de dinheiro (tributo) e as demais, por exclusão, obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa em benefício da fiscalização. Quando nos referimos ao fato gerador de obrigação tributária, para efeito de apreensão das espécies tributárias, nos referimos às obrigações tributárias principais.

[8] Expressão utilizada por Geraldo Ataliba em seu livro de idêntico nome que denota o fato gerador da obrigação tributária (in abstracto enquanto ainda não consumado).

[9] CF - Art. 145, § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

[10] ETCHEGOYEN. *El principio de capacidad contributiva*, pg. 36.

[11] ATALIBA. Hipótese de incidência tributária, pg. 116.

[12] SOUZA. Comentários ao Código Tributário Nacional, pg. 61.

[13] Consideramos tributo afetado aquele tributo cuja destinação de receita esteja constitucionalmente prevista, como no caso do empréstimo compulsório cuja afetação será (I) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência ou (II) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

[14] Por muito tempo tem-se se ensinado que o imposto é tributo não vinculado à atuação estatal específica e divisível (artigo 16 do CTN) e não afetado (artigo 167 da CF). No entanto apesar de ainda podermos qualificar o imposto como não vinculado (sem qualquer exceção) o mesmo não poderíamos dizer de sua não afetação na medida em que emenda constitucional de números 29 e 42 modificaram sobremaneira a redação original do dito artigo, estabelecendo um número tão considerável de exceções à não afetação que não sabemos, com segurança, afirmar se a regra para impostos é afetação ou não afetação de suas receitas.

Constituição Federal, artigo 167, inciso IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para a manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

[15] Vide nota de rodapé anterior.

[16] HOUAIS. Dicionário de língua portuguesa, pg. 825.

[17] Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

[18] COÊLHO. Curso de direito tributário brasileiro, pg. 452.

[19] Não obstante o Sistema Tributário Nacional, contemplado no título VI, capítulo I, da CF, entre os artigos 145 e 162, preveja dispositivos, específicos e expressos, sobre contribuições (como no artigo 149 e 149-A), constatamos a existência de vários outros artigos, esparsos no texto maior, que também tratam de contribuições (vide artigos 195; 212,§5º; 240; etc.); não infirmando, de forma nenhuma sua natureza tributária.

[20] Passamos novamente a denominar, como parte da doutrina o faz, as contribuições como sendo, em geral, como especiais dado ao amplo universo de modalidades; se tornaria um desafio árduo encontrar substituição vocabular para o termo (especiais) utilizado dada à sua generalidade e mesmo ambigüidade.

[21] Constituição Federal, artigo 201, caput – A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá....*omissis*....

[22] Constituição Federal, artigo 177, § 4º - A lei que instituir contribuição de intervenção sobre o domínio econômico relativas às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível*omissis*....

[23] Constituição Federal, artigo 149-A, caput - Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

[24] SPAGNOL.As contribuições sociais no Direito Brasileiro, pg. 95.

[25] Apesar de disputas judiciais das mais variadas quanto à incidência ou não de certos impostos sobre fatos e atos sociais-econômicos entendemos que estes tributos apresentam, em sua descrição normativa seja legal ou constitucional, um grau de transparência e clareza infinitivamente superior à muita das contribuições especiais

[26] SEGUNDO.Anotações ao Código Tributário Nacional, pg. 19.

[27] Ob. cit., pg. 19.

[28] Emenda constitucional nº 33/2001 que acrescentou o § 4º ao artigo 177 da Constituição Federal.

[29] Considerada inconstitucional pelo RE 233.332, editando-se a Súmula 670/STF : “ o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”

[30] Outro fato notório foi a introdução do denominado IPTU progressivo, pela emenda constitucional nº 29/2000, considerando tão-somente o valor do imóvel após o STF ter se pronunciado sobre a inconstitucionalidade do IPTU progressivo se cumprir os requisitos do artigo 182,§ 4º, inciso II conforme RE 204.827.

[31] O artigo 4º do CTN nos recorda que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação tributária e não pela denominação e demais características formais adotadas pela lei.

[32] Constituição Federal, artigo 194, *caput* – A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social

REPÚBLICA E TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

REPUBLIC E TAXATION IN THE 1988 CONSTITUTION

**Eloi Cesar Daneli Filho
Hugo Thamir Rodrigues**

RESUMO

Este estudo consiste na análise do princípio republicano e federativo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para isso, identificam-se, através de pesquisa bibliográfica, as delimitações conceituais das idéias republicanas, suas características e as relações entre civismo, clientelismo, virtudes cívicas, tributação e solidariedade. Visualizam-se os desdobramentos dos princípios constitucionais solidariedade e da justiça social na tributação como corolários do princípio republicano e de uma mudança de um modelo liberal para uma concepção solidária. Abordam-se, monograficamente, algumas das políticas públicas tributárias decorrentes da integração dos princípios republicano, federativo e de solidariedade tributária, capacidade contributiva e combate à guerra fiscal.

PALAVRAS-CHAVES: FEDERAÇÃO. JUSTIÇA SOCIAL. REPÚBLICA. SOLIDARIEDADE. TRIBUTAÇÃO.

ABSTRACT

This study is to analyze the federal and republican principle in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. To this end, it identifies, through literature search, the conceptual boundaries of Republican ideas, their characteristics and the relationships between civism, patronage, civic virtues, taxation and solidarity. View is the unfolding of the constitutional principles of solidarity and social justice in taxation as a corollary of the principle of republican and a change of a liberal model for a united design. It addresses, monographs, some of the tax policies arising from the integration of the republican, federal and solidarity tax, as the fight against tax war and contributive capacity.

KEYWORDS: FEDERATION. REPUBLIC. SOCIAL JUSTICE. SOLIDARITY. TAXATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 (CF/88) estrutura-se em um Estado Democrático de Direito republicano e federativo. Em virtude de Estado brasileiro ser republicano e federativo, decorrem uma série de implicações jurídicas, políticas e sociais.

A tradição democrática brasileira conta apenas vinte anos, nesse tempo, evoluções marcantes ocorreram, sendo a conquista da autonomia municipal, a ampliação dos debates acerca de quais atitudes coletivas devem ser tomadas diante do interesse público. No item 2, é apresentado o processo de construção, que se dá com muita discussão, de exíguos, porém importantes, consensos, no sentido de se dizer quais devem ser as políticas públicas a serem levadas a efeito, sua elaboração, execução, viabilidade, participação dos atores sociais, etc.

Na conjuntura da jovem democracia brasileira o Republicanismo como teoria da forma de governo, e seus desdobramentos teóricos, apresenta-se como um processo de remodelagem do Estado Democrático de Direito em construção. Pontos apresentados no item 3. Tal processo implica numa ampliação quantitativa do espaço público de decisão política, bem como, em uma ampliação qualitativa, que implica num aumento conseqüente da fiscalização pela cidadania ativa acerca da gestão de interesses públicos.

Todavia, ainda existem óbices para uma efetivação integral do princípio republicano e federativo. Tais óbices no Brasil pós CF/88 podem ser encarados como a ausência de civismo, resultante de uma tradição legada pelo período colonial português e pela subsequente tradição liberal-burguesa. Como conseqüência da falta de civismo emerge a falta de solidariedade e uma figura denominada clientelismo.

O clientelismo em seu desdobramento dito difuso implica na produção de bens de forma coletiva, por exemplo, a arrecadação de tributos, com um consumo ocorrido de forma privada como a concessão de benefícios fiscais por parte do Estado a um grupo de interesse.

Sob esse prisma, faz-se um necessário cotejo e civismo e clientelismo no item 4, abordando a relação entre a falta de civismo e o óbice clientelístico no Estado republicano brasileiro e seus desdobramentos no âmbito do Sistema Constitucional Tributário.

O Sistema Constitucional Tributário brasileiro está marcado por princípios de justiça social próprios do Republicanismo, tais como a tributação solidária, capacidade contributiva e a existência de um dever fundamental de pagar impostos.

Nessa ótica, no item 5, são trazidos argumentos que estendem o princípio republicano e seu corolário da solidariedade para o campo da tributação. Como decorrência dessa concretização das normas constitucionais acerca do Sistema Constitucional Tributário republicano constata-se, dentre outros, que a existência de guerra fiscal entre os

Estados-Membros, a forma como as imunidades tributárias de templos de qualquer culto são interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a aplicação do princípio da capacidade contributiva, denotam uma ausência marcante de solidariedade, justiça social e, conseqüentemente, uma não-efetivação integral da República no âmbito do Direito Tributário Constitucional.

2 REPÚBLICA E FEDERAÇÃO NA CF/88

A CF/88 prevê os princípios da República e da Federação como estruturadores da ordem jurídica, política e social brasileira.

Segundo Ataliba, “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”[1].

Na idéia de República está ínsita a vontade popular, eis que a elaboração teórica republicana consubstancia os anseios dos indivíduos que compõem a sociedade, como o desejo de que o governo seja responsável por seus atos, que as funções de governo sejam preenchidas por pessoas escolhidas pelo povo, que exista a real possibilidade de fiscalização dos atos praticados em nome do governo, que exista uma proximidade entre governante e governado, que exista descentralização de atribuições, etc.[2]

A idéia de República constitui um princípio básico do Direito brasileiro. Sua força é irradiada “de modo inexorável” para todo o ordenamento jurídico, influenciando na interpretação dos demais princípios constitucionais, na elaboração da legislação infraconstitucional e também na interpretação e aplicação do Direito.[3]

O princípio republicano se imbrica com o princípio da federação, são, por assim dizer, os princípios de maior importância na organização jurídico-política brasileira. Por esses princípios, como se disse, são perpassados todos os demais princípios e regras, constitucionais ou infraconstitucionais. O regime republicano é caracterizado modernamente pela divisão do exercício dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Também é corolário desse princípio, “a periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários”. [4]

Tanto a federação como a república, estão em um nível superior que pertence a normas intocáveis, isto é, impossíveis de serem modificadas via emenda constitucional. Nas palavras de Geraldo Ataliba:

É disposição peremptória e categórica do § 4º do art. 60 do texto constitucional, porém, que mais patenteia e sublinha o excepcional prestígio desses dois princípios constitucionais, ao vedar terminantemente que seja ‘objeto de deliberação’ proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto secreto, direto, universal

e periódico, a separação de poderes e os direitos individuais (em uma palavra: república).[5]

Sob esse aspecto, pondera o autor, que há uma maior rigidez, pois para emendas que versem sobre assuntos passíveis de serem discutidos, há exigências maiores atinentes ao quorum de votação, discussões e turnos de votação. Já, para que os princípios republicano e federativo sejam modificados ou extintos, inexistente um processo jurídico-constitucional, o que significa que uma mudança desse jaez só é possível por meio de uma revolução política com ruptura da ordem jurídica vigente.[6]

Tais conclusões reconhecem “conseqüências dogmáticas e exegéticas de uma super-rigidez constitucional”[7] no que diz respeito a impossibilidade de o legislador constituinte derivado sequer colocar em discussão projetos que versem sob a extinção da república ou da federação.

O princípio constitucional republicano vem explicitado no Título I da CF/88, sob a rubrica “Dos Princípios Fundamentais”. E seu conteúdo valorativo permeia a interpretação e concretização de todos os dispositivos constitucionais.[8]

A CF/88 reconhece o federalismo como sua forma de Estado em seu art. 1º, o reconhecimento toma corpo em seu art. 18, onde, expressa e literalmente afirma serem autônomas as unidades federadas que a compõem.

De qualquer forma, as declarações constitucionais no sentido federativo não conseguiram agradar grande parte da doutrina pátria. As críticas versam geralmente sobre o excesso de centralismo, ou seja, sobre o excesso de competências da União e também acerca da forma como ocorre a representação na Câmara Federal.

A crítica ao excesso de centralismo do sistema federativo brasileiro destaca-se, inicialmente, a de Magalhães, que diz:

A Constituição de 1988 traz um modelo de federação renovado, [...]. Ressaltamos, entretanto, que a mesma Constituição que estabelece mecanismos de proteção da forma federal do Estado brasileiro, no momento em que dispõe sobre as competências, distribuído-as, cria uma federação extremamente centralizada, descaracterizada, muito mais próxima de um Estado Unitário descentralizado, do que efetivamente uma federação, idéia que deveria implicar deixar para a União apenas as competências que necessariamente, por imposição de sua certeza, devam pertencer ao ente federado maior.

O texto da Constituição atual parece indicar justamente o oposto. Enumera várias competências limitadas, também enumeradas no texto, estabelecendo algumas vezes como absoluta exceção à regra a legislação estadual que venha a regulamentar as especificidades de cada região. Quanto aos municípios, a situação se agrava, pois, em face da grande enumeração de competências para a União e de forma limitada para os Estados, muito pouco resta para os Municípios.[9]

Em igual linha de crítica, situa-se Celso Ribeiro Bastos:

O traço principal que marca profundamente a nossa já capenga estrutura federativa é o fortalecimento da União relativamente às demais pessoas integrantes do sistema. É lamentável que o constituinte não tenha aproveitado a oportunidade para atender ao que era o grande clamor nacional no sentido de uma revitalização do nosso princípio federativo. O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferências de competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro. Continuamos, pois sob uma Constituição eminentemente centralizadora, e se alguma diferença existe relativamente à anterior é no sentido de que esse mal (para aqueles que entendem ser um mal) se agravou sensivelmente.[10]

Paulo Bonavides, depois de reiterar que considera a atual Constituição a melhor que o Brasil já possuiu, afirma que mesmo assim essa possui inúmeras imperfeições, tanto quanto a sua origem como quanto à forma (considera-a desnecessariamente extensa e casuística, uma vez que sujeita a muitas possibilidades de desdobramentos tanto implícitos como explícitos, além de estar manietada à legislação complementar) e ao seu conteúdo.[11]

Especificamente quanto ao conteúdo, afirma da urgência de acabar-se com o que ele denomina de “falsa federação”, ou seja, não com a federação em si, mas com o modelo existente, ou seja:

Deve-se acabar, sim, com a composição formalmente dualista do sistema, a dualidade União-Estado-Membro, por estorvar-lhe os mecanismos funcionais debaixo do constante açoite de uma realidade nacional perante a qual o modelo, já exaurido, se curva impotente, contraditório, ultrapassado. Em outras palavras, realidade de que o País federal se acha de todo divorciado.[12]

Sem perder de vista a importante crítica trazida pela doutrina, ousa-se afirmar, no entanto, que, inegavelmente, a CF/88 restaura as características mais marcantes de um Estado Federal, como se percebe na tripartição de poderes, na realização de eleições diretas em todos os níveis da federação para os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O poder Legislativo Federal é exercido pelo Congresso Nacional, formado pelo Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, conforme dispõe o art. 44 da CF/88.

O Senado Federal é constituído por representantes dos Estados e do Distrito Federal com o mesmo número de representantes por unidade da federação (art. 46, § 1º). Tal regra também encontra crítica na doutrina, no sentido de que, em virtude de os Senadores de determinado Estado poderem ser de partido político diverso do Governador do Estado que representam, pode haver uma não-representação por força do conflito ideológico-político subjacente aos programas de governo.[13]

Quanto à Câmara dos Deputados, formada por representantes do povo, eleitos nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios (art. 45), estabelece que os Territórios possuirão quatro Deputados (art. 45, § 2º) e que os demais, Estados e Distrito Federal, terão uma representação proporcional à população, estabelecida por lei complementar, de forma que nenhum possua menos de oito ou mais de setenta Deputados (art. 45, § 1º).

A regra da proporcionalidade é vergastada pela doutrina no que tange a estipulação de um número mínimo e máximo. José Afonso da Silva expressa o porquê:

Essa regra que consta do art. 45, § 1º, é fonte de graves distorções do sistema de representação proporcional nele mesmo previsto para a eleição de Deputados federais, porque, com a fixação de um mínimo de oito Deputados e o máximo de setenta, não se encontrará meio de fazer uma proporção que atenda o *princípio do voto com valor igual para todos*, consubstanciado no art. 14, que é aplicação particular do princípio democrático da igualdade em direitos de todos perante a lei. É fácil ver que um Estado com quatrocentos mil habitantes terá oito representantes enquanto um de trinta milhões terá apenas setenta, o que significa um Deputado para cada cinquenta mil habitantes (1:50.000) para o primeiro e um para quatrocentos e vinte e oito mil e quinhentos e setenta e um habitantes para o segundo (1:428.571).[14]

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República (art. 76) e está sujeito ao julgamento em caso de conduta que implique em crime de responsabilidade (art. 85 e 86).

Ao Poder Judiciário são reconhecidas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95), garantias que foram reconhecidas também aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º).

A autonomia dos Estados-Membros confere o direito de organização de suas próprias justiças, respeitados os princípios constitucionais. Por outro lado, continuam sujeitos a intervenção federal (art. 34) aprovada pelo Congresso Nacional (art. 49, IV). A CF/88 discrimina as competências dos Estados-Membros, contudo, além dessas dispõem o art. 25, § 1º, que lhe são reservadas aquelas competências que não sejam vedadas pela própria Constituição. Cabe-lhes, ainda, instituir os tributos nela elencados (art. 145).

A CF/88 representa um avanço em termos de federação quando comparada as constituições que a precederam, uma vez que o federalismo brasileiro foi marcado por inúmeros retrocessos autoritários centralizadores que, ora cumpriam disposições constitucionais arbitrárias, ora descumpriam normas constitucionais legítimas.

Um dos avanços mais importantes é o que se verificou em relação ao Município, que na CF/88 foi erigido a ente federado com direito a autonomia (art. 18), instituir tributos próprios (art. 145 e 156), dentre outras.

Nessa linha de argumentação sustenta-se:

Essa falta de cultura federativa, parece claro, implicou que os avanços da CF/88, embora reais, possam ainda ter sido tímidos, ou seja, o desenvolvimento do federalismo brasileiro ainda sofre os efeitos de uma história de centralismo e de autoritarismo. Mas, como já dito, avanços ocorreram, e esses transparecem nitidamente quanto aos Municípios, que foram agraciados com uma autonomia ainda não vista na história pátria [...][15].

Apesar de toda a crítica dirigida a República Federativa brasileira, pode-se afirmar, com amparo no citado Bonavides, que o Brasil anda por um caminho certo ainda que tortuoso e com imperfeições. A atualidade da idéia republicana e da federação fica patente eis que suas novas leituras sugerem saídas para as crises que assolam a sociedade e o Estado.

Assim, para o objetivo do presente ensaio será estudado o Republicanismo em alguns de seus pontos mais importantes.

3 REPUBLICANISMO

No mundo hodierno vê-se um esboroamento dos esteios que outrora estruturaram a política da sociedade por vários séculos[16], consubstanciados no Estado moderno. A República, longe de ser a quimera da humanidade, surgiu como uma alternativa real, primeiro, em Roma, à Tirania, depois, nas cidades do norte da Itália, durante o Renascimento, em contraposição ao regime absolutistas papal e a dominação de alguma potência estrangeira; além desses, destacam-se, a experiência inglesa, com Cromwell, bem como, a francesa no período posterior a Revolução de 1789 e a formação dos Estados Unidos da América. Tais eventos políticos históricos constituem os marcos da Republicanismo para a humanidade.[17]

A República chega até os dias de hoje, renovada (relida), como alternativa às “múltiplas crises que afligem a sociedade”[18], uma vez que seus princípios republicanos resgatam o civismo e as virtudes cívicas.[19] Nesse sentido, os ideais republicanos são capazes de trazer novas perspectivas e esperança “à estrutura política da sociedade”, aprimorando a democracia, fomentando a cidadania ativa, “considerado como forma de governo pautada por um núcleo axiológico, configura-se como teoria política que pode realmente assegurar a liberdade dos cidadãos, impedindo que interesses privados ou a vontade de um déspota possam privá-los de seus direitos”. [20]

Agra conclui então que:

O Republicanismo enquanto forma de governo é uma realidade insofismável, por isso necessita-se fazer que ele não seja um retorno vazio, preenchendo-o com uma carga axiológica que reflita sua essência, consolidando as virtudes cívicas como valores fundamentais da sociedade. A doutrina do pensamento político exposta neste trabalho significa um *modus operandi* no trato da coisa pública, que tenta analisar (*sic.*) problemas que prementes no passado e, infelizmente, continuam presentes no cotidiano dos países desenvolvidos e, especialmente no dos países periféricos.[21]

Na acepção apresentada por Agra, e que importa para o presente ensaio, o Republicanismo “[...] representa um profundo significado social. Sua dimensão moral, as virtudes civis, remodela as relações sociais, firmando-se sob o parâmetro da liberdade, da igualdade, do autogoverno e do respeito à *res publica*”[22].

Agra delinea os contornos do conceito de Republicanismo a partir do que ele chama de “radical comum”, ou seja, suas principais características, que são: a) negação de dominação em qualquer de suas acepções (escravidão, feudal, assalariada, etc.); b) propagação e proteção ao civismo e as virtudes cívicas; c) edificação de um Estado de direito; d) implementação da democracia participativa; e) fomento do governo pela cidadania; f) a adoção e execução de políticas públicas diminuidoras das desigualdades sociais, isto é, busca de igualdade substancial.[23]

Talvez aí, como quer Sérgio Cardoso, possa se identificar o porquê da escolha dos princípios republicanos. O autor explica que:

[...] a importância que adquire no pensamento republicano a questão da participação política, da implicação efetiva de todos na expressão e realização do bem comum (a exigência que mais aproxima as repúblicas das democracias, os regimes fundados na convicção de que o interesse de todos melhor realiza pelo igual concurso de todos, na formação das decisões políticas, do que pela inteligência ou virtudes de um ou de alguns). O regime republicano não propõe apenas que o poder seja contido por leis e se exerça para o povo, em vista do bem comum, mas exige ainda que seja exercido, de algum modo, por todo o povo, ou ao menos em seu nome – nos casos em que admite a representação política. [24]

Como contraposição histórica dos regimes tirânicos, absolutistas, baseados em regimes teocráticos a República repousa seus alicerces na soberania popular. Retira o poder de papas, sacerdotes, reis e ditadores para entregá-lo ao povo. Aí, por via de consequência é possível que o povo escolha um gestor público dentre aqueles pertencentes às classes mais pobres, uma vez que o que vale mesmo para o regime democrático são as virtudes cívicas. Em virtude dessa qualidade do regime republicano, ele é a forma de governo legitimada de forma patente pelo apoio popular. O mesmo não ocorre com os regimes monárquicos, ainda que constitucionais.[25]

O entendimento de Agra, descrito no parágrafo anterior, é corroborado por Ataliba que afirma que se for perguntado ao povo acerca da preferência em estar distante do governo e impedido de realizar algum controle ou fiscalização, ou, ainda, se gostaria que se retirasse o acesso às informações das funções do governo, e, mais, se desejaria ter governantes desconhecidos por ele não escolhidos, a resposta certamente seria não. O povo, segundo Ataliba, responderia que não quer um governo monárquico ou outras formas não democráticas ou não representativas.

A atualidade do Republicanismo se deve ao fato que sua reeleitura e a aplicação de seus corolários valorativos implicam na manutenção da estabilidade social, aperfeiçoam os processos democráticos, e, conseqüentemente permitem que o Estado consiga prestar de forma mais eficaz suas finalidades constitucionalmente previstas.[26]

Os valores implicados com o Republicanismo têm uma relação patente entre o interesse público como patrimônio coletivo, e, serve, além disso, como antídoto de práticas tradicionais não condizentes com o civismo. Esse ideário republicano, na esteira do argumento apresentado por Godoi[27], encaixa-se na idéia de mudança de um paradigma liberal-individualista para um modelo solidário. Por isso e nesse sentido sustenta Agra que:

A concepção de Republicanismo defendida suplanta sua versão procedimental, em que a participação nas decisões coletivas ocorre isoladamente em âmbito formal. Na versão procedimentalista, a autonomia das vontades privadas é erigida a dogma, ficando o Estado cerceado de implementar políticas públicas para minorar o sofrimento dos hipossuficientes. Almeja-se um Republicanismo substancialista, em que o Estado atue, diminuindo a intensidade das desigualdades sociais.[28]

Em Estados republicanos sob a orientação dos princípios de republicanismo vislumbra-se, também uma identificação com a coexistência com as diferenças sociais em seus mais diferentes matizes, no sentido de que a liberdade preconizada pelo ideário republicano, “definido como ausência de domínio”, coloca sob seu pálio protetivo as minorias, uma vez que respeita seus direitos obstando atos por parte das maiorias ou outros grupos minoritários mais poderosos.[29]

As virtudes cívicas próprias do ideário republicano fomentam o crescimento dos espaços públicos em quantidade e qualidade. Quanto a quantidade, ocorre uma democratização no que diz respeito às decisões acerca das diretrizes políticas do governo com a participação da cidadania ativa. Sob o prisma da qualidade, essa democratização, já ampliada pela participação de grande número de atores sociais, faz com que melhore a fiscalização dos negócios públicos. Tudo isso acarreta uma melhora no processo de elaboração e de escolha de políticas públicas. É nesse sentido que se pode sustentar que o “Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível à população de forma indistinta”. [30]

Contudo, o Brasil, com os já 20 anos de tradição democrática, contados a partir da CF/88, ainda enfrenta problemas quanto a efetivação do princípio republicano e federativo. Tais problemas residem principalmente na falta de civismo e na existência

de uma figura denominada pela doutrina de “clientelismo”. Tais problemas serão abordados no próximo tópico.

4 CLIENTELISMO E CIVISMO

O termo clientelismo, para ser compreendido em termos atuais, dentro dos parâmetros da ciência e da sociologia política, deve ser resgatado em sua origem quando de seu início, nos tempos antigos da clientela romana. Nesse contexto, era entendida como clientela a relação entre sujeitos de *status* diferentes entabulada na órbita da comunidade familiar. Havia, fato que deve ser assinalado, uma relação de dependência econômica e política, reconhecida pela autoridade religiosa, entre o *patronus*, indivíduo de classe social mais elevada, e seus *clientes*, conhecidos como *libertos*. Tal relação implicava no dever de proteção tocante ao *patronus* para com o cliente, consubstanciada na defesa em juízo, destinação de terras para criar e plantar, entre outros. Ao cliente a relação de Clientelismo implicava em submissão e deferência, além de obedecer e auxiliar de inúmeras maneiras quanto fosse possível ao *patronus*, inclusive defendendo-o com armas e pelo uso da força. Não é de se admirar que nessa sociedade a comunidade doméstica viesse em primeiro lugar e a comunidade política estatal depois.[31]

Em ciência política o uso do termo se dá em pesquisas acerca da modernização política bem como no cotejo entre realidades sociais em processo de mudança do tradicional para o moderno. Num contexto em que o modo de produção capitalista e a organização política moderna se orientam em um aparato estatal centralizado, compenetrando-se, sem, contudo, lograrem êxito na erradicação de relações tradicionais do sistema político preexistente.[32]

A democracia liberal-republicana, bem como as novas instituições públicas, causa alguma ruptura na organização clientelística. Isso porque as relações de dependência pessoal são formalmente excluídas. Contudo, as relações de clientelismo tendem a adaptar-se e conformar-se dentro das estruturas legais e das instituições. A única diferença existente entre as relações de clientela pré-modernas e as atuais, é a de que no primeiro caso os sistemas clientelísticos estavam organizados como verdadeiros microssistemas autônomos apresentados como alternativa à ordem estatal. A exemplo das organizações mafiosas. No segundo caso, como se disse, as relações de clientela unem-se numa posição subordinada ao sistema político. Como exemplo pode ser dado o caso de alguns partidos políticos.[33]

No Brasil, as relações clientelísticas se sobressaem de modo mais pontual em políticas públicas constitutivas e na possibilidade de emenda ao orçamento público sem a participação dos cidadãos.[34] Advirta-se, porém, que as aparições da figura conhecida como clientelismo não para por aí. Outros modos de sua manifestação “legal” podem ser constatados no cenário político e no ordenamento jurídico brasileiro.

A figura do intermediário entre o poder público e os clientes geralmente está a figura do notável, que recebe um tratamento privilegiado por parte do poder político em vista de que tem em sua mão muitos votos. A outra face da moeda lhe rende apoio eleitoral por que consegue favores e obras públicas junto às autoridades em nome de seus representantes. Tal situação é patente quando se verifica um distanciamento entre o Poder do Estado e as necessidades dos cidadãos.[35]

O clientelismo relaciona-se também com a burocracia moderna. Nessa situação, a oferta de favores em troca de consenso eleitoral se dá também na obtenção de cargos públicos, financiamentos, empregos, etc. Nessa modalidade o clientelismo assume a forma de uma “rede de fidelidades pessoais”, que vai do uso pessoal pela classe política dos recursos estatais até a apropriação de recursos da sociedade civil.[36]

Em suma o clientelismo “envolve formas de aquisição do consenso por meio de permuta”[37]. Tal processo se faz evidente nas negociações políticas que por ocasião da nomeação dos ministérios em tempos de União e de secretarias em nível Estadual e Municipal.

Robert D. Putnam, em busca da resposta da pergunta do porquê de alguns governos democráticos terem bom desempenho e outros não, menciona o clientelismo como um dos fatores que atrapalham o bom desempenho deste tipo de governo.[38] No Brasil democrático pós CF/88 esse óbice ao pleno desenvolvimento democrático também é constatado.

Em sua obra *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*, o autor estabelece, com critérios científicos e com pesquisas de campo, diferenças entre regiões com maior civismo, situadas na região centro e norte, e regiões de menor civismo que ficam ao sul da Itália. Segundo Putnam:

Nas regiões mais cívicas, como a Emilia-Romana, os cidadãos participam ativamente de todo tipo de associações locais – grêmios literários, orfeões locais, clubes de caçadores e assim por diante. Acompanham com interesse os assuntos cívicos veiculados na imprensa local e envolvem-se na política por nutrirem convicções programáticas. Já nas regiões menos cívicas, como a Calábria, os eleitores comparecem às urnas não para se manifestar sobre as questões públicas, mas por causa das relações hierárquicas de clientelismo. A inexistência de associações cívicas e a escassez de meios de comunicação locais nestas últimas regiões significam que os cidadãos raramente se envolvem nos assuntos comunitários.[39]

O fato apontado consistente em que os cidadãos do norte são mais ativos civicamente, e também de manterem relações horizontais, em contrapartida ao fato de que os cidadãos do sul estarão mais adstritos aos vínculos hierárquicos e clientelistas, demonstra claramente o contraponto entre clientelismo e civismo. Onde está um o outro não viceja, porém o clientelismo não é facilmente eliminável. Pode, contudo, haver um equilíbrio em que o clientelismo não atrapalhará as relações sociais duradouras e a democracia de desempenho efetivo.

É nesse sentido que se reconhece que o desempenho de governos está relacionado de forma estreita com o civismo e a política da comunidade. Em comunidades onde vicejam associações cívicas, cidadãos se informam sobre os acontecimentos comunitários e se politizam o resultado é que a comunidade fecha as portas ao famigerado clientelismo e seus governos passam a ser mais eficientes.[40]

Os vínculos clientelistas desfazem/impedem a organização comunitária voltada para cooperação e a solidariedade, pois em relações desse jaez o que existe é dependência, oportunismo, exploração e omissão. Aqui as relações são sempre verticais. Já nas relações marcadas pelo civismo a ordem é a reciprocidade, autonomia, colaboração mútua, lealdade; dão-se me rede e horizontalmente.[41]

O clientelismo, dentre outras, consiste em um das alternativas de solução do problema de coexistência em uma comunidade de convivência hobbesiana, de guerra de todos contra todos.[42] Os membros da comunidade vêem-se diante de um “dilema da ação coletiva”, nestas circunstâncias todos temem o comportamento violador das regras por parte do outro, e racionalmente optam por também descumpri-la, para não serem os únicos a respeitá-la e sofrerem sozinhos os prejuízos.[43] Em muito o legado ibérico deixado aos países da América Latina se assemelha isso.

A noção de República está diretamente associada a noção de civismo, eis que:

Um grave risco para o Republicanismo é os valores cívicos não serem absorvidos pela sociedade ou serem até mesmo desvirtuados. Sem um liame que possa unir a atuação política da sociedade, por intermédio de um “nexo ético vital”, o espaço de decisões políticas deixa de ser o *locus* para o desenvolvimento do interesse público. Os valores sedimentados precisam se basear no altruísmo em que o cidadão se reconheça como membro da sociedade e aceite as obrigações dela decorrentes.[44]

Como se afirmou acima é sabido que o clientelismo está, de certa forma, ajustado e adaptado às instituições políticas e legais do Estado. Dentro mesmo das políticas públicas, como já foi destacado, existem as políticas constitutivas ou estruturadoras, que, no Brasil, assumem um caráter marcadamente clientelístico pelo fato de que, na legislação brasileira, há a possibilidade de se fazerem emendas individuais em caráter puramente permutativo em retribuição de resultados eleitorais obtidos ou, em busca dos quais está indo o parlamentar que apresentou a emenda.[45]

Com rigor científico e metodológico, assevera Wanderley Guilherme dos Santos que, essa espécie de clientelismo chama-se “clientelismo concentrado”. [46]

Wanderley Guilherme dos Santos, para explicar o clientelismo, coloca de um lado a produção coletiva e privada, e de outro o consumo coletivo e privado. Da interseção de produção e consumo e seus desdobramentos extrai quatro conceitos diferentes de bens. Quando ocorre um consumo privado de bens resultantes de uma produção privada o que resulta é o “mercado”. Já, quando se tem um consumo privado de bens produzidos de forma coletiva o resultado será o conceito de “clientelismo

concentrado”. Um terceiro conceito, o de “clientelismo difuso” é resultante de uma produção privada com um consumo coletivo. Por último, quando tanto a produção como o consumo forem coletivos o conceito resultante é o de “bem coletivo”. [47]

Para o presente estudo o conceito para o qual o olhar estará voltado é o de clientelismo concentrado. Clientelismo concentrado, como se frisou acima, se dá pelo consumo privado de uma produção coletiva. É evidente a relação entre o conceito trazido e os subsídios fiscais dados nos três níveis da federação brasileira a pretexto de gerarem emprego e renda. Contudo tais políticas redistributivas têm efeitos pouco benéficos sem uma política pública orientada pela solidariedade social. Como exemplo tem-se bem presente a guerra fiscal existente entre Estados-membros e até mesmo Municípios. Além, é claro, das hipóteses em que há um enriquecimento de indivíduos isolados com dinheiro oriundo de tributos.

Ocorre aqui um “dilema da ação coletiva” [48] que leva o administrador de Municípios e Estados a raciocinarem da seguinte forma: a empresa X, fabricante do produto “y” sinalizou interesse em instalar-se no território do ente federado administrado por ele; sua vinda proporcionará a geração de muitos empregos diretos e tantos outros indiretos; condicionou sua instalação a inúmeros benefícios como subsídios e isenções fiscais por 30 anos. Os empregos são muito importantes para a região e para população e, ademais, caso sua administração não preencher as condições de instalação, ou melhor, os benefícios fiscais não forem concedidos, outro ente federado certamente dará, e a empresa irá se instalar em outro lugar.

Portanto, fica estabelecido um liame bem nítido entre o que se falará a seguir, República, Tributação, Solidariedade e políticas públicas fiscais de inclusão social.

5 REPÚBLICA E SOLIDARIEDADE NA TRIBUTAÇÃO

Tanto a idéia de solidariedade como a de Republicanismo, remete a de união e de cooperação no enfrentamento de problemas comuns das pessoas na vida em sociedade. A idéia de solidariedade também está associada à idéia de fraternidade.

Em linha de princípio, o valor “solidariedade” está registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu preâmbulo diz serem todas as pessoas são “membros da família humana”. No artigo primeiro encontra-se dispositivo onde se vê que toda a ação humana deve estar marcada pelo “espírito de fraternidade”.

A fraternidade, a liberdade e a igualdade constituem os princípios históricos do liberalismo em suas lutas contra o absolutismo e o obscurantismo do período medieval. [49] No entanto, na modernidade o valor solidariedade sempre esteve associado à caridade. [50]

A República Federativa do Brasil adota na CF/88, como matrizes políticas princípios fundamentais que, dentre outros, destacam-se, para o fim deste artigo, os da cidadania, da livre iniciativa e do trabalho e do pluralismo político; autodenominando-

se Estado Democrático de Direito, erige como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No âmbito internacional o Estado brasileiro orienta-se, dentre outras, por uma política pacífica de solução de conflitos. O que não significa que internamente a solução de conflitos se dê de forma não-pacífica.

No artigo 5º, inciso XXII, a Constituição Federal elege como direito fundamental o direito de propriedade, condicionando-o, contudo, a sua função social.

Adiante, no texto da Carta Magna, estão previstos os direitos sociais da saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

No artigo 48, que arrola as atribuições do Congresso Nacional, vê-se no inciso I que o Poder Legislativo da União, detém a atribuição de dispor acerca da distribuição de rendas. O que significa que esse poder está legitimado a estabelecer políticas públicas visando uma distribuição de renda.

Além desses, ainda, de fundamental importância a menção do artigo 170 e seus incisos. Dispositivos que apontam os princípios da ordem econômica voltados para a valorização do trabalho e da livre iniciativa tendo como fim a garantia de uma existência humana digna conforme os ditames da justiça social. Nos artigos, novamente, dentre outros, estão arrolados a propriedade privada e sua respectiva função social e a livre concorrência.

Desse sobrevôo panorâmico sobre alguns pontos específicos da Constituição Federal, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito brasileiro está orientado politicamente segundo valores de uma democracia republicana solidária.

Tal orientação, repise-se, a de uma democracia solidária, indubitavelmente se projeta para as normas constitucionais tributárias. Pois, em sendo o Estado Democrático de Direito, o resultado de uma evolução histórica do Estado moderno,[51] e deixando-se de lado a peculiaridade do caso brasileiro que difere do modelo clássico europeu[52], e que, além disso, este Estado brasileiro está em constante construção pelos seus cidadãos, há que se assinalar para o fato de que no Brasil hodierno há uma forte orientação republicana[53].

No Brasil a efetiva redemocratização ocorreu somente em 1988, com o advento da nova ordem constitucional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Brasil entrou para o rol dos Estados em que o movimento social-democrático encontra-se em andamento em algum grau. Esta afirmação se sustenta com base na acolhida pela Constituição dos Princípios contidos na Declaração Universal de Direitos.

A teoria da justiça de Rawls data do início da década de 1970, concebida com a influência das idéias de Rousseau, Kant e Locke, sustenta que a vida em comunidade funda-se num conjunto de motivos individuais ensejadores de uma associação política, a Sociedade e o Estado. Nessa conjuntura, é que as pessoas buscariam os princípios de uma sociedade justa.[54]

O neocontratualismo apresentado por Rawls, traz uma versão liberal da sociedade por considerar a distribuição de bens existente como “fato consumado” em que:

[...] a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos justifica a “sorte” dos mais favorecidos e, sobretudo, porque define a injustiça não como desigualdade, mas como “desigualdade excessiva”, na qual o princípio da mútua vantagem foi violado.[55]

O que se vê na atualidade, ao contrário do que pregava Kelsen[56] em sua teoria pura do direito, é que o Direito está impregnado de moral, política, ética etc. A própria teoria da justiça de Rawls leva muito em consideração essas circunstâncias, uma vez que a escolha das pessoas por princípios que permitam uma diferenciação entre a distribuição de bens é em si uma escolha política que leva em conta a moral na escolha do direito, das regras e dos princípios.

Nesse sentido, a opção feita pela sociedade brasileira no final da década de 1980 foi a de não romper com o modo de produção capitalista e ao mesmo tempo buscar uma pacificação social por meio de um tratamento com igualdade de ânimo as candentes questões da distribuição de riqueza, de terras, redução de desigualdades, erradicação da pobreza.

Conclui-se então que a sociedade pela representatividade dos congressistas que compunham a assembléia nacional constituinte, optou pela adoção de princípios de justiça contemplativos do princípio da solidariedade.

Também, é de se ressaltar, que a solidariedade brota da Constituição da República Federativa do Brasil em vários momentos na questão relativa aos tributos e o princípio da capacidade contributiva. Isso se diz em caráter meramente teórico uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) decide ainda de forma incipiente nessa seara.[57]

É nesse sentido que se concorda com Godoi, ao explicar que a solidariedade, no sentido de uma postura mais exigente, vai além de um sentido apenas de fraternidade caritativa, chega a uma efetiva implantação de um sistema de justiça social, pois:

Uma das premissas da teoria de Rawls é de que a justiça é uma virtude que se predica não de uma norma isolada (como supunha Kelsen em suas investigações sobre o problema da justiça) mas de um conjunto de normas e instituições que governam determinada sociedade.[58]

Crítica contundente que se faz à teoria da justiça de Rawls é a de que:

Centram-se basicamente na sua ordem hierárquica de princípios, que não se apresentam como meios para “impulsionar a reparação das injustiças distributivas historicamente acumuladas, mas para dar como justa uma determinada distribuição actualmente existente.[59]

É nítida a opção por um sistema político-jurídico-econômico que não rompesse de forma abrupta com os interesses econômicos e políticos das elites hegemônicas que até hoje determinam os rumos do país. Contudo, as mudanças de um quadro social de profunda desigualdade, lentamente vão se efetivando. Não sem discussão. É por isso que é possível sustentar que o Brasil de forma deliberada adotou Social-democracia[60] e República como forma de sustentar o capitalismo e os interesses dominantes, tendo como viés o objetivo de reformar a sociedade pacificamente.

Tudo isso se disse para chegar ao ponto de que o Estado brasileiro, sem nunca ter sido um Estado de Bem-estar Social[61], é hoje um Estado Democrático de Direito (em construção) e tem inúmeras atribuições constitucionais em termos de prestações ativas a fim de viabilizar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Contudo, existem os pouco falados deveres fundamentais, dentre eles está o de pagar impostos (assim como existe o de respeito à propriedade). Dessa forma, como ensina Nabais:

[...] há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade e de responsabilidade, ou seja, um ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais [...][62].

No sentido do pregado pelo autor mencionado acima, a solidariedade tem de forma efetiva um elemento que constrói o discurso jurídico hegemônico, enquanto o processo de pluralismo jurídico toma forma, já que “o direito não se resume aos atos do legislador”, e, também, a efetividade social é um elemento fundamental para a interpretação da norma.[63] Vive-se um momento de “substituição do paradigma liberal-burguês (proteção do indivíduo contra o poder do Estado) pelo paradigma da solidariedade”[64].

A solidariedade social, então, deve estar presente na escolha também das políticas públicas de inclusão social também na área da tributação no Estado Democrático de Direito em construção pelos seus cidadãos. Tudo isso se conclui de um raciocínio jurídico e interpretativo do texto constitucional, mantendo-se intocada a Constituição dirigente e, conseqüentemente, o sistema de direito positivo.

A regra de imunidade tributária que não permite a incidência de tributos sobre o patrimônio ou renda de templos de qualquer culto, estará em acordo com os princípios da República e do Estado Democrático de Direito em incidindo o benefício, em termos de patrimônio urbano, apenas sobre o espaço ocupado pelo templo e pelas instalações religiosas. Uma extensão da aplicação do privilégio da imunidade a todos os imóveis que uma instituição religiosa use para manter financeiramente a instituição não está em conformidade com a República. Assim o é uma vez que tal instituto abrangente teve lugar em um contexto medieval de Estado Patrimonial Estamental, anterior até mesmo ao Estado absolutista. Tal instituto obstaculiza a plenitude da democracia.

A relação entre o tema da imunidade tributária de templos de qualquer culto com políticas públicas de inclusão social se dá no sentido apontado por Rodrigues:

Políticas públicas tributárias de inclusão social, entretanto, precisam buscar respaldo no corpo constitucional, buscando-se leituras e releituras (como as posições do STF) quanto a progressividade e à seletividade dos tributos, o que implica, de forma direta, na busca de uma compreensão racional e humanística do que sejam tributos pessoais e reais, ou seja, um leitura de conceitos a partir do ser humano e de suas necessidades, e não a partir da ótica dos bens, materiais ou imateriais, como fins em si mesmos.[65]

Então, diante dos argumentos jurídicos expostos, entende-se que o Sistema Constitucional Tributário deve estar perfeitamente integrado aos princípios republicano e federativo. Por um lado, para que se levem em conta seus desdobramentos como a solidariedade social tributária, a justiça social, a capacidade contributiva, e, por outro, para que se minimize a existência de guerra fiscal como estratégia de sobrevivência em um ambiente de pouco civismo e marcado pelo clientelismo.

6 CONCLUSÃO

A república brasileira é construída a cada experiência vivenciada em termos de debate e de participação dos atores sociais. Ao longo dos quase 20 anos da tradição democrática brasileira, a despeito de alguns retrocessos, o que se tem visto, não sem dificuldades, é um progresso, ainda que lento, em direção ao republicanismo.

Por isso que, diante de todos os argumentos levantados, é possível afirmar que ainda existem claros obstáculos à plenitude democrática e que, de certa forma, inviabilizam o crescimento de um sentimento cívico. Os privilégios na seara da tributação (isenções, imunidades, descontos, etc.) ainda são distribuídos/concedidos sem que se leve em conta os princípios da república e da federação. Esse fato consiste numa tradição antidemocrática clientelística antiga, que impede seja verificada na sociedade

uma maior participação cívica. O clientelismo difuso é marcado pelo consumo privado de bens produzidos de forma pública, concedidos sem que se leve em conta os corolários dos valores republicanos.

A guerra fiscal empreendida entre entes da federação é exemplo de falta de civismo entre os atores sociais, cidadãos que são de uma mesma “nação” brasileira. Esse tipo de conduta dos Estados-Membros e Municípios, ainda que danosa à sociedade, constitui uma forma racional de superar um “dilema da ação coletiva”, posto que se um dos entes da federação não ceder concedendo benefícios tributários, por exemplo, outro o fará.

O caso de imunidades tributárias de templos de qualquer culto também ilustra bem a hipótese do clientelismo concentrado. Nesse âmbito, igrejas são beneficiárias do privilégio constitucional de serem imunes à incidência de impostos sobre a renda e patrimônio de forma que, segundo interpretação do STF, todo o seu patrimônio está envolto sob o manto da imunidade. Assim, conclui-se que há o desrespeito também aqui aos valores republicanos em matéria de políticas públicas tributárias. Tal situação não se coaduna ao sistema de normas constitucionais brasileiro. Na Constituição estão previstas inúmeras obrigações sociais ao Estado, no sentido de haver um efetivo Estado Social responsável por inúmeras demandas também de natureza social.

No caso do RE 325.822/SP a Mitra Diocesana de Jales possuía apenas 61 (sessenta e um) imóveis que não pagam IPTU. Porém, é de se pensar, em se tendo uma interpretação da regra da imunidade sobre templos de qualquer culto ampliada, uma instituição religiosa está autorizada a especular no ramo imobiliário sem obrigação alguma diante de todas as demandas sociais pendentes. Tal entendimento fere desde os princípios republicanos e do Estado Democrático de Direito até o de uma ordem urbana sustentável.

Pode-se falar também na lesão à solidariedade social própria da terceira geração de direitos fundamentais, associada que está ao valor da efetiva fraternidade. A principal preocupação é com uma solidariedade social dentro de uma ordem justa em que todos contribuam e que todos, ainda que seja uma visão utópica, usufruam dos benefícios de se viver em sociedade.

Tal desejo, a todos imanente, reflete de forma indubitável o ideal republicano, em sua releitura realizada pelo Republicanismo, pois é sem sombra de dúvida que o povo quer contribuir de forma justa e solidária de acordo com sua possibilidade, quer que os privilégios tributários sejam fomentadores do civismo, que gerem empregos. Não quer, entretanto, que essas concessões de regalias tributárias sirvam a interesses apelas particulares.

7 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário 325.822-2-SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 18 dez. 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp>. Acesso em: 1 jun. 2008.
- CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. In: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1.
- MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Hugo Thamiir. *Harmonização solidária das políticas tributárias municipais: um princípio constitucional geral, implícito, delimitador das ações tendentes ao cumprimento da função social dos Municípios*. 2003. 276 f. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

_____, Hugo Thamiir. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. t. 7, p. 1901-1920.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032.

SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[1] ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

[2] *Ibid.*, p. 29.

[3] ATALIBA, *República e Constituição*, 1998, p. 32.

[4] *Ibid.*, p. 36-37, *passim*.

- [5] *Ibid.*, p. 38.
- [6] *Ibid.*, p. 38 a 40, *passim*.
- [7] *Ibid.*, p. 40.
- [8] ATALIBA, *República e Constituição*, 1998, p. 40.
- [9] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 208.
- [10] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 301-302.
- [11] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 337-338.
- [12] *Ibid.*, p. 339.
- [13] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 513.
- [14] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 512-513.
- [15] RODRIGUES, Hugo Thamir. *Harmonização solidária das políticas tributárias municipais: um princípio constitucional geral, implícito, delimitador das ações tendentes ao cumprimento da função social dos Municípios*. 2003. 276 f. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. p. 126.
- [16] AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-13, *passim*.
- [17] *Ibid.*, p. 24-27, *passim*.
- [18] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005. p. 109.
- [19] *Ibid.*, p. 111.
- [20] *Ibid.*, p. 12-13, *passim*.
- [21] *Ibid.*, p. 14.
- [22] *Ibid.*, p. 17.
- [23] *Ibid.*, p. 16.

- [24] CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. In: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 46-47.
- [25] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, p. 58-59.
- [26] *Ibid.*, p. 109.
- [27] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 145.
- [28] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005, p. 110.
- [29] *Ibid.*, p. 110.
- [30] *Ibid.*, p. 111-112.
- [31] MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1. p. 177.
- [32] *Ibid.*, p. 177.
- [33] MASTROPAOLO, In: BOBBIO, et. ali. *Dicionário de Política*, 1994, p. 177-178.
- [34] SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2315.
- [35] MASTROPAOLO, In: BOBBIO, et. ali. *Dicionário de Política*, 1994, p. 177-178.
- [36] *Ibid.*, p. 178.
- [37] *Ibid.*, p. 178.
- [38] PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996. p. 19.
- [39] PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996, p. 111.
- [40] *Ibid.*, p. 112-113.
- [41] *Ibid.*, p. 184.

[42] PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996, p. 187.

[43] Putnam trás o exemplo dado por “David Hume, filósofo escocês do século XVIII, conta-nos uma pequena parábola que reflete o dilema fundamental que corrói o espírito cívico nacional: ‘Teu milho está maduro hoje; o meu estará amanhã. É vantajoso para nós dois que eu te ajude a colhê-lo hoje e que tu me ajudes amanhã. Não tenho amizade por ti e sei que também não tens por mim. Portanto não farei nenhum esforço em teu favor; e sei que se eu te ajudar, esperando alguma retribuição, certamente me decepcionarei, pois não poderei contar com tua gratidão. Então, deixo de ajudar-te; e tu me pagas na mesma moeda. As estações mudam; e nós dois perdemos nossas colheitas por falta de confiança mútua.’” p. 173.

[44] AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005. p. 68.

[45] SCHMIDT, Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, et. al., *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, 2008, p. 2314.

[46] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 275 p.

[47] SANTOS, *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*, 2006. p. 247.

[48] PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996. “A incapacidade de cooperar para o mútuo proveito não significa necessariamente ignorância ou irracionalidade. Os especialistas em teoria dos jogos estudaram esse dilema fundamental em diversas circunstâncias. No *drama dos bens comuns*, um criador de gado não pode limitar o pastoreio dos rebanhos dos demais. Se ele limitar seu uso das pastagens comuns, somente ele sairá perdendo. Mas o pastoreio excessivo destrói o recurso comum de que depende a subsistência dos demais. Um *bem público*, como o ar ou ambiente despoluído, pode ser desfrutado por todos, mesmo pelo que não contribuem para prover esse bem. Logo, normalmente ninguém é incentivado a prover um bem público, e a falta de iniciativa é prejudicial a todos. Pela curta *lógica da ação coletiva*, todo trabalhador seria beneficiado se todos fizessem greve ao mesmo tempo, mas quem toma a iniciativa do movimento corre o risco de ser traído por um fura-greve subornado; assim, todos aguardam, contando tirar proveito da imprudência de alguém. No *dilema do prisioneiro*, dois cúmplices são mantidos incomunicáveis, e diz-se a cada um deles que, se delatar o companheiro, ganhará a liberdade, mas se guardar silêncio, e o outro confessar, receberá uma punição especialmente severa. Se ambos mantivessem silêncio, seriam punidos levemente, mas, a impossibilidade de combinarem suas versões, cada qual faz melhor em delatar, *independentemente do que o outro venha a fazer*.” p. 173-174.

[49] MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.

[50] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 143.

[51] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

[52] Tendo-se em conta que o Estado brasileiro foi um Estado Patrimonial, a rigor nunca teve um modo de produção feudal e antes da redemocratização da década de 1980, viveu o que se chama de Estado Nacional-Desenvolvimentista. Nesse sentido ver: SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

[53] CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 24.

[54] LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 27; e, RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13.

[55] LOPES, *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*, 2001, p. 29.

[56] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976. p. 68.

[57] Ver Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 que aborda a relação entre a solidariedade social e contribuição dos servidores públicos inativos, em que o STF pode-se assim dizer, mudou um paradigma até então mantido no sentido de uma dogmática positivista em relação aos princípios de Direito Tributário para uma visão no sentido da existência de um Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ver também: GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 141-167.

[58] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, *et. al.*, *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 149.

[59] LOPES, *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*, 2001, p. 29.

[60] SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, *et. al.*; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 1.188. "I. O conceito de Social-democracia. – É um termo que, após as polêmicas dos últimos

50 anos, adquiriu, na linguagem corrente, um significado profundamente anômalo do ponto de vista teórico e histórico, ainda que paradoxalmente correto do ponto de vista étimo. Na prática, usa-se para designar os movimentos socialistas que pretendem mover-se rigorosa e exclusivamente no âmbito das instituições liberal-democráticas, aceitando, dentro de certos limites, a função positiva do mercado e mesmo a propriedade privada. Renunciam assim a estabelecer, quando quer que seja, ‘um novo céu e uma nova terra’.” Este emprego do termo, porém, trai sua origem polêmica e maniqueísta, porquanto mutila arbitrariamente a realidade. É como se entre a posição acima definida, cujo nome apropriado é o de Reformismo (v.), e a posição oposta do socialismo revolucionário não existisse espaço intermédio, justamente aquele que a Social-democracia pretende ocupar. Esta, com efeito, diversamente do que ocorre com o reformismo, aceita instituições liberal-democráticas, mas considera-as insuficientes para garantir uma efetiva participação popular no poder e tolera o capitalismo, na medida em que, diferindo nisso do socialismo revolucionário, considera os tempos ainda ‘não amadurecidos’ para transformar as primeiras e abolir radicalmente o segundo. Incumbe à Social-democracia lutar em duas frentes: contra o reformismo burguês, que levaria o movimento operário a empantanar-se irremediavelmente no sistema, e contra o aventureirismo revolucionário, que levaria a quebrar a cabeça contra as estruturas ainda sólidas do sistema. O fato de a Social-democracia se comprometer mais com uma ou com outra das frentes depende de que circunstâncias históricas favoreçam um ou outro caminho. Quando a situação não é revolucionária, pareceria não existir, em termos lógicos, alternativa possível entre reformismo e sectarismo revolucionário. Pois bem, a Social-democracia é, nesse sentido, um desafio contra a lógica, isto é, a tentativa de manter vivo, contra ventos e marés, o sonho da radical palingenesia, que constitui a raiz do socialismo. Uma tentativa tão engenhosa e complexa sob muitos aspectos que desperta vivo interesse mesmo naqueles que avaliam negativamente os seus objetivos e resultados. A social democracia é, em suma, para usara expressão de um historiador marxista, a ‘a memória da revolução’ (Zanardo).” p. 1188.

[61] Situação que não se verificou até o momento. Entende Streck que no Brasil não houve o Estado social, ou seja, o Brasil não passou pela etapa do *welfare state* ou Estado Providência. Vale-se de lição de Paulo Bonavides explicitada em nota de rodapé de número 11, citando-o: “sendo o Estado Social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, *sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia.*” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24.

[62] NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 31.

[63] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 144.

[64] GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 145.

[65] RODRIGUES, Hugo Thimir. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t. 7, p. 1903.

**EXCEÇÕES ÀS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE
TRIBUTAR: A MOTIVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO TRIBUTO COMO
REQUISITO DE SUA VALIDADE E DE MANUTENÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL ***

**EXCEPTIONS TO THE CONSTITUCIONAL LIMITATIONS TO THE TAX
POWER: THE MOTIVATION OF THE TAX CHANGE AS A REQUIREMENT
TO ITS VALIDITY AND TO THE MAINTENANCE OF THE SUSTAINABLE
ECONOMIC DEVELOPMENT**

**Érico Hack
Roberto Ferraz**

RESUMO

A Constituição dá ao Estado a prerrogativa de cobrar os tributos necessários à sua manutenção. Impõe, entretanto, limitações ao poder de tributar, impedindo o excesso na cobrança. Existem na Constituição exceções a estas limitações, que permitem ao Estado criar ou majorar tributos sem observar algumas limitações existentes. As exceções justificam-se pela finalidade extrafiscal que pode ser conferido aos tributos. As alterações podem ocorrer por ato do poder executivo, sendo tal ato administrativo. Deve, então, ser motivado, expondo-se os motivos para a alteração. A falta da motivação ou a alteração apenas para aumentar a arrecadação ensejam a invalidade da alteração. A observância destes requisitos são fundamentais para um sistema sustentável.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTO LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR
FINALIDADE DO TRIBUTO EXTRAFISCAL FISCAL

ABSTRACT

The Constitution gives to the State the prerogative create the taxes needed to its maintenance. Limitations to this power are imposed, in a way to avoid excesses on the charges. There are on the Constitution exceptions to theses limitations, that allows to the State create and raise taxes without the compliance with the existing limitations. The exceptions are justified by the extrafiscal finality that can be applied to the taxes. The changes can occur by act of the Executive power, being such act an administrative one. According to this nature this act must be motivated, exposing the motives to the change.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The lack of motivation in the act or the change just to raise the taxes are not valid. The compliance with these requirements are essential to a sustainable system.

KEYWORDS: TAX LIMITATIONS TO THE TAX POWER TAX FINALITY EXTRAFISCAL FISCAL

INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a discutir as exceções às limitações ao poder de tributar colocadas na Constituição Federal, a justificativa de sua existência e os requisitos que devem ser observados para que tais alterações sejam válidas.

O problema ocorre pelo fato de tais exceções serem justificadas por razões de extrafiscalidade, diferentes da mera arrecadação de valores aos cofres do Estado. Todavia observa-se em várias ocasiões que elas são utilizadas como forma de aumentar a arrecadação dos tributos, sem a observância da finalidade extrafiscal que justifica a sua existência.

Desta forma, pretende-se investigar de que forma estas alterações podem ser realizadas, e quais os requisitos para que sejam válidas. Entende-se que o tributo pode ser uma boa ferramenta de política fiscal e econômica, através de sua finalidade extrafiscal, pois viabiliza a intervenção do Estado em todos os setores da economia. Todavia, se mal utilizado, pode ser usado como ferramenta para aumento injustificado de incidência fiscal, causando desequilíbrio no sistema.

Tributação em excesso, especialmente aquela irracional e mal distribuída acaba por afetar o desenvolvimento da economia. Entende-se, portanto, que um desenvolvimento sustentável da economia passa antes por uma tributação lógica que permita à economia o seu desenvolvimento ao mesmo tempo que fornece ao Estado os recursos necessários à sua manutenção e ao desenvolvimento de suas atividades, que são também necessárias ao desenvolvimento da economia. Aumentando-se muito a tributação prejudica-se o desenvolvimento da economia, sendo este aumento insustentável a médio e longo prazo.

Assim, este estudo pretende analisar as disposições constitucionais não só isoladamente, mas em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais de maneira que as exceções às garantias e limitações ao poder de tributar sejam utilizadas para a finalidade que as justificam.

1. CONCEITOS

Para o âmbito deste trabalho, cumpre esclarecer os conceitos sobre os quais se estabelecerá a argumentação.

Inicialmente, entende-se por tributação com finalidade fiscal aquela destinada a suprir o caixa do Estado de recursos necessários à sua manutenção. É a função mais tradicional e mais comum dos tributos, que são atualmente a grande fonte de recursos dos Estados modernos, retirando dos particulares parte de sua riqueza para sustentar o Estado.

A tributação de finalidade extrafiscal é toda aquela que tem função diferente da fiscal. Geralmente é utilizada quando o tributo tem a função de realizar alguma finalidade de intervenção no mercado ou na economia. Serve à concessão de incentivos de condutas desejadas pelo Estado ou como desestímulo a condutas entendidas como inapropriadas.

A tributação extrafiscal é utilizada para questões de barreira alfandegária, desenvolvimento econômico e social, meio ambiente e diversas outras finalidades que possam ser de alguma forma influenciadas pela incidência tributária (ou pela falta dela).

Já as limitações constitucionais ao poder de tributar são aquelas previstas no Título VI, Capítulo I, Seção II da Constituição Federal, que contém os artigos 150 a 152.

Estes artigos trazem as limitações conhecidas como princípio da legalidade, anterioridade, vedação ao confisco, isonomia entre outros.

Destas limitações, duas são as que possuem exceções e que serão objeto deste trabalho: o princípio da legalidade e a anterioridade.

O princípio da legalidade é previsto no art. 150, I, CF, e determina que tributo não será exigido ou aumentado sem lei (entendido como a norma aprovada pelo poder Legislativo, após processo legislativo próprio). Este princípio é excetuado pela Constituição no art. 153, §1º, CF, que permite ao poder Executivo alterar as alíquotas do imposto sobre produtos industrializados (IPI), de importação e exportação e de operações financeiras (IOF). As alterações do Executivo podem ser realizadas dentro de limites dados pela lei, conforme menciona a Constituição. Esta exceção permite a majoração de tais tributos sem a necessidade de lei, basta mero ato do poder Executivo (decreto).

Já a anterioridade impõe que novos tributos só poderão ser cobrados após determinado lapso de tempo. O mesmo ocorre quando os tributos são majorados. Esta limitação se manifesta tanto pela necessidade de se aguardar o exercício seguinte para o início da cobrança quanto pelo intervalo de noventa dias entre a publicação da lei e a cobrança. Pela regra geral, prevalece o que der mais tempo ao contribuinte antes de começar a cobrança.

Para a anterioridade as exceções podem se dar em ambas as suas formas, ou seja, podem haver tributos que são cobrados tão logo sejam criados ou majorados, havendo

também alguns para os quais a regra é parcial, ou seja, mitiga-se apenas a questão de publicar no ano seguinte ou dos noventa dias.

2. EXCEÇÕES AOS LIMITES CONSTITUCIONAIS DE TRIBUTAR JUSTIFICADOS PELA EXTRAFISCALIDADE

Parte-se da premissa que as limitações ao poder de tributar só são excetuadas pelas próprias regras constitucionais, de maneira que outras regras de menor hierarquia não podem afetar a sua incidência.

Tal entendimento decorre do fato de que tais limitações não foram lançadas à toa na Constituição. Tratam-se de limites ao poder do Estado frente ao particular. Logo, configuram-se como direitos e garantias fundamentais do cidadão oponíveis contra o Estado e que dão a este limite.

Vem do direito administrativo o conceito de que o regime jurídico-administrativo próprio da Administração Pública é composto por prerrogativas e sujeições. As prerrogativas são vantagens conferidas ao Estado que lhe dão uma condição de supremacia frente ao particular. Tal situação é justificada pela finalidade do Estado que é a busca pelo bem comum. Por outro lado, tais prerrogativas não são ilimitadas, ou seja, a supremacia do Estado sobre os particulares não é absoluta. Estes possuem uma série de direitos e garantias que devem ser respeitados pelo Estado, limitando sua atuação. Estes limites são as chamadas sujeições que se opõe às prerrogativas.

No campo da tributação não é diferente. Aliás, na tributação é um dos campos de atuação do Estado onde mais se verifica a existência de prerrogativas. É dado ao Estado o poder de cobrar tributos dos particulares, sendo o crédito daí decorrente titular de preferências que são justificadas apenas pelo fato de tais valores serem destinados à manutenção estatal e a realização de suas atividades. Logo, o crédito tributário e suas preferências são justificadas pelo interesse público que o dinheiro arrecadado atende.

No campo tributário, entretanto, não existem só prerrogativas. Várias são as sujeições, que a Constituição bem denominou de Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Ou seja, tratam-se de verdadeiros limites ao poder do Estado, impedindo que a tributação seja desmedida e sufoque a economia e os particulares.

Dentre estas limitações, encontram-se algumas exceções que, em casos específicos, permitem ao Estado afastá-las. Mas se o Estado já detém toda uma gama de poder para a cobrança dos tributos que são limitados por dispositivos constitucionais, qual a justificativa para a existência de exceções que justamente mitigam as limitações a ele impostas?

Se a resposta da pergunta acima fosse permitir o aumento da arrecadação, a Constituição simplesmente não criaria as limitações ao poder de tributar. Deixaria ao

Estado o poder de tributar que seria utilizado sem qualquer impedimento, sendo regulado apenas pelo bom senso dos administradores públicos. Não teria lógica criar uma série de limitações que posteriormente seriam diminuídas, bastaria simplesmente não criar qualquer limitação. Demonstra-se, então, que as exceções aos limites na realidade não se justificam por eventuais necessidades de aumento de arrecadação.

Então, outra é a justificativa das exceções aos limites. A existência de limites constitucionais leva a crer que o poder de tributar é limitado em regra, sendo as exceções a tais limites justificadas apenas por excepcionais razões de interesse público, em que a mitigação de tais limites fossem justificadas por algum bem maior.

É certo que a arrecadação dos valores aos cofres do Estado, que é a finalidade ordinária dos tributos, chamada finalidade fiscal, é de interesse público. Ou seja, a arrecadação de tributos é justificada para a realização do interesse público, pois possibilita ao Estado a arrecadação dos valores utilizados nas suas atividades. Todavia o interesse público atendido pela arrecadação de tributos é o ordinário, o normal, ou seja, a arrecadação de valores para o Estado sempre existirá e sempre será necessária. Nesta hipótese, o interesse público sempre estará presente, de maneira que as regras da tributação são aquelas ordinárias. Em virtude deste interesse público ordinário é que é dado ao Estado as prerrogativas normais que lhe dão as facilidades para a cobrança dos tributos.

Busca-se, entretanto, uma justificativa para a existência de exceções a estas prerrogativas do Estado para cobrar os tributos que atendem ao interesse público ordinário. As prerrogativas normais são para o interesse público ordinário. Logo, as exceções aos limites a tais prerrogativas justificam-se por alguma razão excepcional de interesse público. São prerrogativas excepcionais pois mitigam os limites impostos às prerrogativas normais; estas são justificadas pelo interesse público ordinário, levando a crer, portanto, que aquelas são justificadas por um interesse público excepcional.

Os meios para o Estado arrecadar os recursos necessários à sua manutenção já são bens servidos pelo poder de tributar, não sendo justificável que o Estado queira se abastecer de ainda mais dinheiro com base justamente nas exceções aos limites que protegem o contribuinte dos seus excessos.

Por este motivo o interesse público que justifica tais exceções deve ser excepcional e relevante, e não a mera necessidade de arrecadar um valor a mais ao Erário.

Entende-se, desta forma, que a justifica está na questão extrafiscal, ou seja, no uso do tributo com finalidades diversas da mera arrecadação de valores. Ao permitir ao Estado o uso do tributo com esta finalidade, é a ele dado um instrumento poderoso de intervenção na economia, permitindo, por exemplo, a criação de barreiras alfandegárias, a concessão de estímulos a determinados produtos, setores ou pessoas ou a colocação de desestímulos a atividades indesejadas.

Tais exceções, então, são justificadas pela necessidade de se adequar o tributo e suas características ao seu uso como instrumento extrafiscal. As exceções permitem uma maior agilidade e flexibilidade do tributo que permite a utilização como instrumento de política fiscal ou econômica.

Visto pela sua funcionalidade, o uso extrafiscal do tributo sem as exceções aos limites não seria possível, pois não permitiria a rápida mutação que muitas vezes é necessária nestas hipóteses. Ao utilizar o tributo como instrumento de intervenção na economia, seja para estimular ou desestimular comportamentos, ou mesmo como forma de regulamentar o mercado através do controle de preços, o tributo sai do campo das finanças públicas e entra nas regras de mercado e econômicas.

O tributo então deixa de ser mero instrumento de arrecadação de valores para o caixa do Estado e passa a ser uma forma de regulamentação da economia, de maneira que deve, pelo menos em parte, se adequar a este novo campo sob pena de não ter qualquer efetividade quando aplicado desta forma.

As exceções acabam por permitir situações que normalmente seriam proibidas em direito tributário, como a exigência de tributo sem a observância de anterioridade ou a majoração da incidência através de mero ato administrativo de menor hierarquia que a lei.

Deve-se alertar, todavia, que a justificativa para as exceções são também o seu limite, ou seja, elas só existem para as questões de extrafiscalidade. O uso das exceções como forma de aumentar a arrecadação significa o seu uso em um campo diferente daquele que as justificou. As exceções, portanto, existem para servir e dar efetividade à extrafiscalidade, de maneira que seu uso fora deste campo acaba por ser contrário ao disposto na Constituição, que não criou tais exceções com esta finalidade. Este é o problema central deste artigo que ainda será visto adiante.

Por fim, deve-se apontar que o uso fiscal do tributo, ou seja, aquele uso destinado a arrecadar valores aos cofres públicos não precisa de exceções para que se concretize. Primeiramente porque a despesa pública necessariamente passa pela previsão orçamentária, logo é precedida de um processo legislativo próprio que possui todo um planejamento do Estado para que seja elaborado um orçamento que atenda todas as despesas estatais.

Nas finanças públicas, as despesas obrigatoriamente devem ser precedidas pelas receitas necessárias para atendê-las. Logo, na elaboração do orçamento necessariamente já devem estar suficientemente previstas as receitas para o exercício correspondente. Atualmente a principal receita do Estado é o tributo, de maneira que é correto dizer que a arrecadação por esta fonte, quando na sua finalidade mais usual de prover recursos ao Estado, deve ser sempre prevista com uma antecedência razoável de maneira a permitir a previsão da despesa no orçamento.

Por estes motivos que as exceções aos limites não se justificam na hipótese do tributo como instrumento de arrecadação de recursos para o Erário. As exceções justamente conferem agilidade à tributação, permitindo seu aumento ou diminuição em períodos curtos de tempo. O tributo como instrumento fiscal deve ser usado da maneira contrária: sempre com uma antecedência mínima que permita a previsão da receita no orçamento.

As limitações ao poder de tributar não se justificam pela necessidade de se observar uma antecedência mínima nas previsões das receitas do orçamento. Tal justificativa se dá pela imposição de um limite ao poder do Estado exigir do

contribuinte os valores necessários à sua manutenção. Todavia, a antecedência na previsão da receita demonstra a falta de utilidade que as exceções têm para a tributação fiscal, destinada a arrecadar recursos ao Erário.

Aponta-se, ainda, que as exceções encontram óbice à sua aplicação quando do uso fiscal do tributo. Primeiramente, como já se demonstrou acima, justificam-se apenas pelo uso extrafiscal do tributo. A mera necessidade de aumento de receita não justifica o afastamento dos limites do poder do Estado de tributar, sendo necessário então a observância dos limites quando se deseja aumentar a arrecadação. Em segundo lugar, o aumento da incidência tributária em prazo menor que aqueles impostos pelos limites ao poder de tributar acarretam em ofensa à necessária previsão orçamentária da receita, alterando-a no curso da execução do orçamento.

3. A ALTERAÇÃO DO TRIBUTO PELO PODER EXECUTIVO COMO ATO ADMINISTRATIVO E A NECESSIDADE DE SUA MOTIVAÇÃO

Das exceções aos limites do poder de tributar, verifica-se que aquela que excetua o princípio da legalidade requer ato administrativo do poder Executivo. Os mesmos tributos sujeitos à exceção à legalidade estão também sujeitos a exceção à anterioridade, de maneira que por ato do poder Executivo o tributo pode ser majorado e esta alteração é aplicável de imediato, exceto pelo IPI, que dispensa a anterioridade quanto ao exercício seguinte, mas pede a observância dos noventa dias após a publicação da lei.

Este trabalho se ocupará agora dos tributos que podem ser majorados por ato do poder Executivo. Este ato, é, na realidade, ato administrativo, conforme o conceito exposto por Celso Antonio Bandeira de Mello[1]:

a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

O ato que altera a alíquota do tributo é uma declaração do Estado (poder Executivo), no exercício das prerrogativas públicas, já que se trata de cobrança de tributo. O ato praticado é complementar a lei, pois a Constituição dá a faculdade de cobrar o tributo e impõe limites da legislação para a alteração a ser realizada pelo Executivo. O mesmo autor possibilita que o ato seja decorrente diretamente da Constituição, quando esta descrever a forma como o ato pode ser praticado.

No caso em questão, a prerrogativa do poder Executivo de alterar as alíquotas sem lei decorre diretamente da Constituição, todavia há a imposição de limites e condições

através de lei. Desta forma, o ato decorre da possibilidade dada pela Constituição, mas acaba sendo derivado de limites e condições impostas pela lei.

Resta claro, portanto, que a alteração da alíquota pelo poder Executivo é legítimo ato administrativo. Está sujeito, portanto, a controle pelo poder Judiciário e deve obedecer aos requisitos e conter os elementos que devem estar presentes neste tipo de ato.

Para esta análise, verifica-se que a motivação é requisito formal fundamental para a validade do ato administrativo. Por conseqüência, o ato de alteração do tributo a partir das exceções às limitações ao poder de tributar deve, necessariamente, vir acompanhado da motivação para o ato, sob pena de ser considerado inválido. Na motivação estão contidas as razões de fato e direito que levaram à sua prática. Assim, é apontado pelo praticante os fatos que o levaram a prática do ato e as regras jurídicas que o embasam.

Os atos administrativos podem ser, ao agente, permitidos ou obrigatórios. Aqui reside a diferença entre discricionariedade e vinculação, sendo aquela a faculdade que a lei dá ao agente público de praticar o ato de acordo com a conveniência e oportunidade. Já a vinculação obriga à prática do ato na forma como preconizada na lei, não deixando margem à escolha.

Na motivação o agente indicará se o ato é vinculado ou discricionário, indicando as razões que o levaram a atuar daquela forma. Parece que no caso aqui tratado, a alteração dos tributos pelo poder Executivo é ato discricionário, pois deve obedecer a limites da lei e é autorizado pela Constituição, mas sua prática decorre do exame da conveniência e oportunidade realizado por parte do chefe do poder Executivo.

Também não poderia ser diferente, uma vez que o uso extrafiscal dos tributos pressupõe justamente a liberdade e agilidade nas alterações, de maneira que o tributo possa ser alterado de acordo com as necessidades da economia e do mercado. Uma lei que obrigasse a alteração dos tributos em determinadas situações justamente seria contrária a tal uso dos tributos, pois impediria o seu uso efetivo como instrumento de intervenção na economia e seria uma espécie de planejamento econômico obrigatório, o que também seria vedado pela Constituição.

Sendo então o ato discricionário, necessariamente deve ele trazer a justificativa da conveniência e oportunidade que levaram o poder Executivo a alterar o tributo. Assim, deve descrever minuciosamente os fatos que ensejam a necessidade de majorar o tributo e o porque de se fazer isso naquele momento específico.

Tradicionalmente dizia-se que o ato discricionário não estaria sujeito ao controle do poder Judiciário. Todavia, entende-se que o que não está sujeito a tal controle é o juízo de conveniência e oportunidade para a prática do ato, pois se é dada a liberdade ao agente público para praticá-lo, não seria possível o Judiciário decidir que o exercício de tal liberdade foi indevido. Desta forma, a conveniência e oportunidade do ato, quando dentro dos limites dados pela lei, não deveriam ser controlados pelo Judiciário.

Entretanto, todos os atos administrativos, sejam discricionários ou vinculados, estão sujeitos ao controle do Judiciário quanto à finalidade do ato. Esta finalidade, genericamente, sempre deve ser a busca do bem comum e do interesse público. Um ato

que vá de encontro a tais finalidades genéricas é inválido, mesmo que formalmente preencha os requisitos necessários.

Desta forma, uma alteração tributária que seja contrária ao bem comum ou ao interesse público praticada pelo poder Executivo pode ser declarada inválida pelo Judiciário. Por este motivo que a alteração obrigatoriamente deve ser motivada, e esta deve ser bastante específica, pois desta forma será permitido a quem for analisar o ato a verificação da sua finalidade de busca do interesse público e busca do bem comum.

Assim como existe a finalidade genérica do ato administrativo, que pode ser aplicada a todos os atos, existe a finalidade específica que se quer alcançar com cada ato posto à disposição do agente público. Celso Antonio Bandeira de Mello assim define a finalidade: “...é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo do alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.”[2]

O autor afirma, então, que para cada finalidade que se deseje existe um ato correspondente à disposição do agente. Por este motivo, afirma que um ato destinado a uma finalidade determinada não se presta a alcançar outra finalidade. Por exemplo, se um servidor público deve ser punido por uma falta funcional, existem uma série de atos disciplinares postos à disposição da autoridade para que alcance tal finalidade. É indevido, portanto, um ato de transferência do servidor destinado a puni-lo, transferindo-o para uma localidade distante. O ato de transferência tem finalidade diversa, não podendo ser utilizado para punir o servidor.

Verifica-se, portanto, que o ato que permite ao poder Executivo majorar tributo sem observar a legalidade e anterioridade tem a finalidade de utilizar o tributo como ferramenta extrafiscal, conforme já demonstrado acima. O uso de tal ato com intenção diversa viola a finalidade do ato, tornando-o inválido. Por este motivo, a majoração de tributos com base nas exceções aos limites ao poder de tributar não podem ser utilizados como forma de aumentar a arrecadação do Estado. Este uso seria fiscal, o que retiraria estas alterações do campo da extrafiscalidade, situação excepcional que justifica a mitigação das limitações ao poder de tributar.

Usar indevidamente tal faculdade é enquadrado pelo direito administrativo como desvio de poder, assim conceituado: “... ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.”[3]. O desvio de poder acarreta na invalidade do ato, já que há uma inadequação entre o que é permitido pela lei e o que foi buscado pelo ato.

A competência dada ao chefe do poder Executivo de majorar alguns tributos sem observar a legalidade e anterioridade só pode ser exercida de acordo com a finalidade que justifica esta competência. Não há plena liberdade de atuação. A majoração do tributo não pode ocorrer de acordo com a mera vontade do poder Executivo ou de acordo com suas necessidades de caixa. É necessária a existência de uma justificação extrafiscal plausível que permita a majoração do tributo com base nas exceções vistas. Este entendimento também é colocado por Luís Eduardo Schoueri:

Merece nota, outrossim, que a identificação de tal mitigação no princípio da legalidade insere-se no ordenamento exclusivamente em função das normas tributárias indutoras, não parecendo cabível possa o Executivo, diante de mera situação de falta de caixa, valer-se do permissivo constitucional para ampliar seus recursos financeiros, sem prévio exame do Poder Legislativo.[4]

O ato de majoração dos tributos deve ser então motivado. A motivação deve indicar a busca pelo interesse público, finalidade genérica de todos os atos, e a finalidade extrafiscal que se quer atingir com o ato, que trata-se de finalidade específica e inerente ao ato de majoração de tributos com base nas exceções ao limites ao poder de tributar.

A motivação não pode ser genérica. Deve especificamente indicar qual a questão extrafiscal pretende atender. Também deve demonstrar como o tributo pode ser uma ferramenta efetiva para atender a tal finalidade. Ou seja, deve demonstrar que o tributo é um instrumento idôneo a causar o efeito desejado. Esta demonstração também passa pela necessidade de apontar que o tributo extrafiscal é a melhor forma de alcançar a finalidade desejada, expondo que outros instrumentos igualmente idôneos são menos adequados ou inviáveis de serem utilizados no caso concreto.

A motivação também deve apontar especificamente o objetivo a ser alcançado com o tributo extrafiscal. Não basta indicar um motivo como “impedir a entrada de produtos estrangeiros que prejudiquem a indústria nacional”. É necessária a indicação de efetivos objetivos a serem atingidos com o tributo, que possam ser mesurados após a sua implantação de maneira a verificar a sua efetividade. Ao longo da aplicação da alteração do tributo pode ocorrer do resultado pretendido não ser atingido, de maneira que a alteração perderá sua razão de ser e a majoração deixará de ter justificativa extrafiscal e passará a ser mero aumento de arrecadação, o que retira o suporte para a majoração do tributo sem lei.

Estes requisitos vêm sendo desobedecidos pelo Executivo. Atualmente tal desobediência vem contando com o aval do Judiciário, com base em precedente do STF no RE 225.655-4 PB, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão em que decide: “*Inteiro descabimento da exigência de motivação do ato pelo qual o Executivo exerce a faculdade em apreço, por óbvio o objetivo de ajustar as alíquotas do imposto aos objetivos da política cambial e do comércio exterior (art. 21 do CTN).*”[5]. O acórdão traz pequena fundamentação e não reflete a existência de qualquer discussão. Note-se que a decisão em comento presume a motivação do ato como sendo de política cambial e de comércio exterior. Ocorre que, conforme já acima demonstrado, a motivação não se presume, deve ser explicitada no ato.

O Superior Tribunal de Justiça repete esta orientação, quando trata de alterações de alíquota do açúcar feitas mediante Decretos não motivados, resumidamente apontadas:

...Diferenciação de alíquota. Poder Discricionário da Administração Pública. (...) O Decreto-lei 2.501/98 regulamentou a matéria na forma desejada pelo Governo Federal, que mantém a intervenção no setor, ainda que de forma mitigada. Cabe a ele, de forma

discricionária, escolher os rumos da política sucroalcooleira, utilizando-se, caso necessário, do IPI, tributo com função extrafiscal, de maneira que, sem a demonstração cabal de vícios de legalidade na norma regulamentadora, não é possível ao Poder Judiciário imiscuir-se nesta seara.[6].

Cessada a política nacional de unificação dos preços do açúcar e de cana, não se retorna ao regime anterior em que havia 'tributação pela alíquota zero', porquanto a função extrafiscal, revelada no caso dos autos, autoriza o Poder Executivo a fixar as alíquotas, respeitadas as disposições legais, em prol do interesse nacional.[7].

Exceção feita ao caso relatado pelo Ministro Franciulli Netto que em matéria idêntica considerou existente e suficiente a motivação do Decreto 2.197/98[8], as citadas decisões do STJ pouco ou nada exigiram como motivação dos atos que alteraram alíquotas de IPI do açúcar.

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da 4ª região decidiu pela necessidade da fundamentação (AMS 2004.70.00.019468-9, Rel. Juíza Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha):

O art. 153, § 1º, da Constituição Federal, delegou ao Poder Executivo a faculdade de alterar as alíquotas dos impostos sobre importação de produtos estrangeiros, exportação de produtos nacionais ou nacionalizados, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei. Ao mitigar o princípio da legalidade estrita, o legislador constituinte conferiu-lhe certa discricionariedade para adotar medidas de política extrafiscal, mas não o dispensou de agir sempre fundamentadamente. Com efeito, a indicação objetiva da circunstância fática que enseja a alteração constitui não uma exigência meramente formal, e, sim, requisito indispensável à controlabilidade dos motivos do ato normativo.

Desta forma, verifica-se que há decisão do Tribunal Regional no sentido da necessidade de fundamentação, justamente para que seja possível verificar se os motivos que levaram a majoração justificam a referida alteração.

4. O RESPEITO DA FINALIDADE DO TRIBUTO COMO REQUISITO PARA SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA

Conforme visto acima, a alteração do tributo pelo poder Executivo com base nas exceções aos limites ao poder de tributar só se justifica pelo uso extrafiscal dos tributos. A necessidade de aumento de arrecadação não autoriza as exceções aos limites ao poder de tributar, devendo as alterações de fins fiscais obedecer aos limites impostos pela Constituição.

Em virtude desta conclusão é fácil deduzir que o tributo fiscal, ou seja, o tributo como fonte de recursos para a manutenção do Estado está adstrito aos limites constitucionais. Mesmo considerando que os valores são para finalidades públicas, há a obrigatoriedade de se obedecer ao disposto na Constituição. O mero fato de ser recurso para fim público não dá ao ato de sua arrecadação imunidade frente aos limites da ordem jurídica. Não é permitido ao Estado que atue da forma como achar melhor para arrecadar o tributo. É preciso a obediência estrita aos limites constitucionais.

E tais limites não estão presentes para permitir ao contribuinte a sonegação e o enriquecimento, mas sim para evitar que o Estado abuse de sua posição e cobre indevidamente e acima daquilo que é considerado razoável.

Existe, então, um limite máximo que a carga tributária pode alcançar. Este limite é dado em função das limitações ao poder de tributar. Até determinado ponto admite-se que o Estado cobre o tributo, a partir dele passa a cobrança a ser inconstitucional.

Em face desta conclusão, impõe-se ao Estado o respeito a tal limite. A tentativa de aumentá-lo ou burlá-lo não é possível, mesmo sob a justificativa de se tratar de verba pública e que o Estado necessita de tais valores para sobreviver.

O Administrador Público deve ter em mente que os limites constitucionais são normas emanadas pelo povo brasileiro. Desta forma, o povo impôs um limite à quantia que pode o Estado arrecadar. Uma vez atingido tal limite, não pode o Administrador buscar a quebra ou alargamento de tal limite. Deve ele adequar o funcionamento do Estado ao valor arrecadado.

Por este motivo, atingido o patamar máximo possível de arrecadação dentro dos limites dados pela Constituição, cabe ao Administrador a gestão do Estado com o valor arrecadado, gastando aquilo que arrecada. O comportamento contrário não é possível, ou seja, gastar primeiro os valores em despesas que entende necessárias e depois buscar os recursos. É necessário que o Administrador adéque as despesas à receita, e não o contrário.

A observância destes limites permite a sustentabilidade do sistema. Essa noção consiste na tributação permitir ao Estado os recursos necessários ao seu funcionamento[9] e ao contribuinte o desempenho de suas atividades sem que a carga tributária inviabilize o seu desenvolvimento. Desta forma, há o desenvolvimento sustentável não só da economia privada, que não é prejudicada pelo peso dos tributos, mas também do Estado, que arrecada o suficiente para suas necessidades.

A finalidade dos tributos é elemento fundamental para a sustentabilidade do sistema conforme acima visto, porque os tributos fiscais têm a imposição das limitações constitucionais que impedem excessos. E os tributos extrafiscais acabam por ser usados em casos excepcionais, de maneira que se tornam irrelevantes para a arrecadação, já que

se tornam excepcionais e específicos, ao contrário da generalidade que rege a fiscalidade. O abuso da extrafiscalidade é alertado por Alfredo Augusto Becker:

Nesta perigosa atitude mental, incorrem muitos daqueles que põem o fundamento do tributo (e conseqüentemente do Direito Tributário) na Soberania do Estado e cujo raciocínio em síntese é este: o Estado tem necessidade de meios financeiros para custear suas atividades e com tal finalidade (aí surge o problema da natureza da tributação extrafiscal) tributa e tributa (inclusive extrafiscalmente) porque é Soberano; destas premissas se conclui, obviamente, que o tributo é uma obrigação ex lege.[10]

Neste sentido, admitir a ausência de limite na tributação e o uso indiscriminado da extrafiscalidade permite o afastamento da finalidade imposta a cada tributo, permitindo ao Estado o abuso na tributação. Tal abuso é sedutor não só ao Administrador Público, mas também a todo aquele que estuda o direito público com a perspectiva da supremacia do Estado. Se não tiver detida reflexão sobre tal ponto e aceitar a supremacia do Estado sem maiores ressalvas facilmente se admite que o Estado pode criar o tributo da maneira como melhor lhe aprouver, utilizando instrumentos típicos de extrafiscalidade para o aumento da arrecadação.

Por este motivo, então, deve-se reafirmar que em um sistema sustentável de tributação, a arrecadação da extrafiscalidade acaba por tornar-se irrelevante, dada a sua excepcionalidade. Aliás, em alguns casos o tributo extrafiscal cumpre sua função justamente quando não arrecada. Por exemplo, um tributo instituído para desestimular determinada conduta que, apesar de ilícita, é indesejável, se arrecada pouco ou não arrecada demonstra que o objetivo de desestímulo está sendo cumprido.

Verifica-se, portanto, que a finalidade do tributo deve ser observada para fins de obtenção de uma tributação que permita o desenvolvimento sustentável e que seja justa e dentro dos parâmetros constitucionais.

CONCLUSÕES

1. As limitações ao poder de tributar são garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado, impedindo que este abuse no seu poder de tributar.

2. Sendo garantias fundamentais colocadas na Constituição Federal, só permitem exceções por normas da própria Constituição.

3. As exceções às limitações são regras que mitigam garantias constitucionais do cidadão. Como tal, devem ser justificadas por alguma finalidade excepcional.

4. A finalidade fiscal do tributo já é atendida plenamente pelo poder do Estado cobrar tributos. Para tal faculdade são concedidas prerrogativas que permitem ao Estado posição privilegiada na cobrança das exações, de maneira a permitir a arrecadação dos recursos para sua manutenção e atividades. Dentro deste poder de cobrar tributos já se levam em consideração os limites ao poder de tributar colocados pela Constituição, ficando o poder do Estado na finalidade fiscal restrito por tais limitações.

5. As exceções às limitações ao poder de tributar são poderes ainda maiores que o normal que se concede ao Estado para que cobre tributos. Estas prerrogativas maiores que as já existentes só se justificam pela necessidade de uma aplicação tributária diversa da fiscal. Para a mera arrecadação de tributos, o poder de tributar normal, respeitando as limitações ao poder de tributar são suficientes para atender o que se pretende. Assim, as exceções ao poder de tributar só podem ser justificadas pela finalidade extrafiscal dos tributos. O poder de tributar excedente ao normal só se justifica por finalidade distinta da fiscal.

6. A finalidade extrafiscal refere-se ao uso do tributo em toda e qualquer finalidade diversa da mera arrecadação de tributos.

7. As alterações dos tributos com base nas exceções aos limites de tributar justificadas pela extrafiscalidade necessariamente devem ser acompanhadas da motivação que justifica a alteração, entendendo-se que a alteração é ato administrativo sujeito ao regime do direito administrativo.

8. A motivação deve demonstrar o interesse público como finalidade genérica do tributo e apontar qual a finalidade específica a ser buscada, sempre no campo da extrafiscalidade. Também é necessário que se demonstre os objetivos que se pretende alcançar com o tributo e a adequação deste meio para a busca da finalidade pretendida.

9. A alteração do tributo fundamentada nas exceções aos limites do poder de tributar são atos administrativos discricionários que têm por finalidade o uso extrafiscal da tributação. Se usados para fins fiscais, ensejam desvio de poder e nulidade do ato.

10. O respeito à finalidade é elemento essencial para a sustentabilidade do sistema, de maneira a impedir o excesso na cobrança e a impor o uso correto do tributo para as finalidades colocadas pela Constituição.

BIBLIOGRAFIA

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

NEUMARK, Fritz. Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005

[1] Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 358.

[2] Curso... p. 377.

[3] Celso Antonio Bandeira de Mello. Curso... p. 379.

[4] Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 262

[5] Pub. DJU 28.04.2000, ementário 1988-6.

[6] REsp 781.653-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, RDDT 127/186

[7] REsp 437.666-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 19.05.03, p. 131

[8] REsp 439.059-PR, DJU 22.03.2004

[9] Fritz Neumark coloca que para uma política fiscal justa e economicamente racional deve observar *Der Grundsatz der Ausreichendheit der Steuererträge*, ou o princípio da suficiência dos ingressos fiscais. Por tal princípio a tributação deveria fornecer ao Estado os recursos suficientes à sua manutenção. NEUMARK, Fritz. Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970. p. 47 e seguintes.

[10] Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 11.

O REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO-AMBIENTAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*

THE LEGAL ENVIRONMENTAL-TAXATION REGIME ACCORDING TO THE 1988 CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

**Fellipe Cianca Fortes
Marlene Kempfer Bassoli**

RESUMO

O artigo analisa, seguindo a tendência mundial de proteção ao meio ambiente, a viabilidade de se construir, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um Regime Jurídico Tributário-Ambiental visando à utilização de tributos com fins de promover o Desenvolvimento Sustentável. O estudo se inicia pela aferição dos Princípios Constitucionais Ambientais, dando ênfase principalmente o Princípio do Poluidor-Pagador, pelo qual as externalidades negativas do exercício das atividades econômicas devem ser internalizadas nas próprias atividades, fazendo com que tanto o empresário quanto aos seus respectivos consumidores arquem com os custos sociais da proteção, reparação e recuperação do meio ambiente lesado, primando, em qualquer hipótese, sempre a proteção à reparação. A seguir, a pesquisa abrange os Princípios Constitucionais Tributários, apontando os Princípios da Capacidade Contributiva e da Isonomia Tributária como grandes obstáculos à construção do Regime Jurídico Tributário-Constitucional. Ao ingressar propriamente no âmbito tributário-ambiental, a investigação suscita a utilização dos tributos de duas formas, a fiscal e a extrafiscal. Enquanto pela primeira forma o tributo visa exclusivamente o abastecimento dos cofres públicos para a execução dos serviços públicos, pela segunda forma a função arrecadatória é relegada a segundo plano, dando-se primazia à utilização dos instrumentos tributários para se alcançar determinados fins específicos. Com relação ao tributo-ambiental fiscal, denota-se o imposto como principal veículo para onerar diretamente as atividades poluidoras. Contudo, a criação de um imposto-verde encontra óbice tanto nos Princípios Ambientais quanto Tributários, à medida que (i) operando o tributo, por definição, no campo da licitude, seria necessária a criação de um “nível legal de poluição”, o que fere o Princípio do Poluidor-Pagador, (ii) por vedação constitucional expressa, o produto da arrecadação dos impostos não pode ser vinculada a nenhuma finalidade específica, de modo que o imposto-verde limitar-se-ia a abastecer os cofres públicos, sem que o seu respectivo produto pudesse ser diretamente investido na prevenção, preservação e reparação ambiental, (iii) o Princípio da Capacidade Contributiva exige uma mensuração econômica proporcional da materialidade do tributo, o que não se verificaria no imposto-verde em razão de não incidir sobre base econômica, e (iv) por não ter competência tributária expressa na Constituição

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Federal, recairia na competência residual da União, devendo, com isso, ser não-cumulativo, o qual, pela sua própria sistemática, desoneraria por completo a empresa poluidora e recairia, ao final, somente no consumidor, indo de encontro, novamente, ao Princípio do Poluidor-Pagador. Por sua vez, a utilização de tributo em sua forma extrafiscal para fins ambientais incita conflitos entre os Princípios Constitucionais, não sendo possível afastar os Princípios Tributários em prol dos Princípios Ambientais e vice-versa. Com isso, o tributo ambiental deverá sempre guardar respeito à Capacidade Contributiva e à Isonomia, o que implica na impossibilidade de se tributar de forma diversa produtos/serviços/operações exclusivamente pela razão de serem mais ou menos poluentes. Ao fim, conclui que, perante a Constituição Federal atual, não se revela possível a instituição do imposto-verde, enquanto que a constitucionalidade da tributação-ambiental extrafiscal, por ensejar conflitos principiológicos, deve ser analisada concretamente, sopesando-se as circunstâncias específicas caso a caso.

PALAVRAS-CHAVES: FISCALIDADE; EXTRAFISCALIDADE; TRIBUTO; MEIO-AMBIENTE

ABSTRACT

The article analyzes, following the worldwide trend of protection to the environment, the viability of forming, according to the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, a Legal Environmental-Taxation Regime aiming at promotion of Sustainable Development. The study begins with the analysis of Environmental Constitutional Principles, giving emphasis especially to the Polluting Agent – Payer Principle, which the negative external exercise of the economical activities should be internalized in its own activities, making by this way, not only the companies but also their consumers to be responsible for the social costs of the protection, reparation and recovering of the damaged environment, prioritizing in any circumstance, the protection for the reparation. To follow, the research involves Constitutional Taxation Principles, pointing the Principles of the Contributive Capacity and of the Equality as the great obstacles to the elaboration of the Constitutional Legal Taxation Regime. When dealing with environmental taxation, the investigation demands the use of the taxes in two forms, the fiscal and the extra fiscal taxation. While the first form of taxation regards, exclusively, to supplying the public coffers to the execution of the public service, the second form's goal is, by the use of the taxation, to reach specific determined ends. Regarding to the Environmental Fiscal Taxation, the tax is clearly defined as the main key to overcharge directly the polluting activities. However, the creation of a Green Tax finds obstacles in the Environmental as well as in the Taxation Principles because: i) by operating the taxes, for its definition, it would be necessary the creation of a legal concept of pollution, which goes against the Polluting Agent - Payer Principle; (ii) by express constitutional prohibition, the product of the tax collection cannot be tied with any specific purpose, in way that the Green Tax would limit to supply the public coffers without its respective product could be invested directly in the environmental preservation, prevention and reparation; (iii) the Principle of Contributive Capacity demands an economic measurement proportional to the materiality of the tax, which would not work with the Green Tax because it doesn't happen on economic base; and (iv) for not existing express authorization in the Federal Constitution, it would fall into the accrual basis of the Union, being, by this, non-cumulative and which, by its own

systematic, wouldn't overcharge the polluting company but only the consumers, going against, once again, the Polluting Agent-Payer Principle. In turn, the use of taxation in its extra fiscal way for environmental ends stirs up conflicts between the Constitutional Principles, being impossible to move away the Taxation Principles in favor of the Environmental Principles and vice-versa. In order of this, the Environmental Tax will always have to respect the Contributive Capacity and the Equality Principles, which implies in the impossibility of taxing in various ways exclusively products/services/operations for the reason to be more or less polluting. In conclusion, according to the current Federal Constitution, the implementation of the Green Tax seems impossible, whereas the constitutionality of the Extra Fiscal Environmental Taxation has to be concretely analyzed, and taking into consideration the specific circumstances case by case because it can easily provoke principle conflicts.

KEYWORDS: FISCAL TAXATION; EXTRA FISCAL TAXATION; TAX; ENVIRONMENT

1. Introdução

A preocupação com o meio ambiente é um dos temas que ganha cada vez mais relevo perante as ciências modernas. Do direito à economia, passando pela física, biologia, filosofia, sociologia, procura-se a fórmula do chamado “desenvolvimento sustentável”. Diante de todos estes conhecimentos tem-se pelo menos uma premissa em comum: a natureza não se recupera na mesma velocidade e medida em que é consumida. Desta forma, buscam-se soluções que primam o equilíbrio na equação consumo da natureza/renovação de recursos naturais, chegando, com isso, a um meio ambiente sustentável.

Tal preocupação refletiu-se na Constituição Federal de 1988, que enuncia, em seu artigo 225, o dever do Estado de praticar ações positivas tendentes a promover o meio ambiente sustentável, bem como de coibir práticas poluidoras, assegurando, para tanto, poder para punir civil, administrativa e penalmente o agressor.

Nesse sentido, cabe ao Poder Público, por meio do direito, regular as relações sociais, inclusive as do domínio econômico, com vistas ao desenvolvimento sustentável, podendo fazê-lo de modo: i) preventivo, estimulando ou desestimulando condutas de interesse ou desinteresse ambiental; ii) repressivo de condutas poluidoras. Para tanto, é necessária atuação de todos os órgãos políticos do Estado: o Legislativo criando leis; o Executivo dotando-se de estrutura administrativa para execução de políticas públicas ambientais, incluindo a fiscalização; e o Judiciário no seu dever de impor as sanções aos agressores deste sistema normativo.

Com o presente estudo, busca-se avaliar, a partir da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, qual a contribuição para o desenvolvimento sustentável possível por meio do atual Regime Jurídico Tributário-Ambiental, bem como apontar as

barreiras normativas constitucionais que impedem, ainda, a implementação de uma tributação ambiental de caráter fiscal por meio de impostos, tributação esta que se constata em Estados, a maioria europeus, há muito preocupados com as questões ambientais.

2. O Princípio do Poluidor-Pagador e a Proteção do Meio Ambiente

A análise de todo e qualquer regime jurídico ambiental inicia-se pelos Princípios que norteiam o Estado e a sociedade na consecução das políticas públicas visando ao desenvolvimento sustentável, dentre os quais, para este estudo, se destaca o Princípio do Poluidor-Pagador.

O Princípio do Poluidor-Pagador não quer significar meramente que o agente poluidor deve arcar com os custos decorrentes da sua atividade poluidora, o que consubstanciaria tão-somente um mero “direito de compra de poluir”, de modo que os seus efeitos pretendidos, de garantir a subsistência da natureza, não seriam alcançados; tratando-se de proteção do meio ambiente, não se pode deixar de lado a base empírica de que o consumo do meio ambiente é desproporcional à sua capacidade de recuperação, de modo que permitir a “compra” de uma parcela de poluição somente agravaria o problema que já se enfrenta. E mais: estar-se-ia legalizando as atividades poluidoras. De fato, o que busca o Princípio do Poluidor-Pagador, conforme Rodrigues (2002, p. 143), é “redistribuir eqüitativamente as externalidades ambientais”.

Externalidade é um efeito social decorrente da atividade econômica, podendo ser positiva ou negativa em razão de no preço do bem colocado no mercado se incluir, ou não, “os ganhos e as perdas sociais resultantes de sua produção ou consumo” (RODRIGUES, 2002, p. 141), de modo a refletir o seu valor social (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p. 843). Isso quer dizer que, se o agente econômico, ao produzir ou circular o seu bem, não levar em conta na construção do respectivo preço os impactos sociais decorrentes do exercício da sua atividade econômica, a atividade estará provocando uma externalidade negativa.

O que se busca por intermédio do Princípio do Poluidor-Pagador, tomando-se por base que, em geral, as externalidades ambientais negativas decorrentes das atividades econômicas acabam sendo suportadas por toda a sociedade, é que “todos os custos de prevenção, precaução, correção na fonte, repressão penal, civil e administrativa que são despendidos pelo Estado [...], a quem incumbe a gestão dos componentes ambientais, sejam suportados pelo responsável pelas externalidades ambientais”. O Princípio do Poluidor-Pagador visa evitar *a privatização dos lucros e a socialização das perdas* (DERANI, 1997, p. 158), mediante a internalização da atividade poluidora, dos custos do impacto ambiental e a retirada, do Estado, da responsabilidade exclusiva pela preservação do meio ambiente, alcançando, desta maneira, não somente o agente econômico/social poluidor, mas também os seus respectivos consumidores.

À luz de uma concepção econômica, a delimitação das externalidades ambientais negativas é de impossível mensuração, de modo que não se faz possível sua agregação

ao valor do produto final. Porém, ainda que a internalização das externalidades ambientais decorrentes da atividade econômica não sejam efetivas, a ponto de refletir e reparar a realidade, a sua ausência abre margem para o uso abusivo do meio ambiente em razão da captação de lucros, relegando exclusivamente ao Estado a responsabilidade pela proteção da natureza. O Princípio do Poluidor-Pagador, portanto, vem para distribuir equanimente, entre todos os responsáveis diretos e indiretos pela poluição, os custos da proteção/reparação ambiental.

Do conceito exposto, é possível desdobrar o Princípio do Poluidor-Pagador em três outros subprincípios, ou, conforme a denominação de Rodrigues (2002, p. 148) Princípios de Concretização do Poluidor-Pagador: (i) Princípio da Prevenção; (ii) Princípio da Precaução; e (iii) Princípio da Responsabilidade. O primeiro parte da premissa que a reparação do meio ambiente não se dá na mesma medida do seu consumo e que é impossível a recuperação do estado natural originário, de modo que se deve primar pelas ações preventivas ao invés das reparatórias; *tratando-se de meio ambiente, prefere-se a prevenção à reparação*. Pelo segundo, busca-se evitar o risco do dano ambiental quando este não for certo, ou seja, havendo incerteza quanto à possibilidade de ocorrência de lesões ambientais, a atividade deve ser coibida, cabendo ao empreendedor a comprovação de que o seu negócio não gera poluição. O terceiro princípio garante a internalização dos impactos negativos da atividade econômica, visando à recuperação rápida e efetiva do meio ambiente, pelo próprio poluidor, quando já consolidado o dano. Disso se infere, conforme Domingues (2006a, p. 45), que o Princípio do Poluidor-Pagador não se limita a uma formulação *absoluta* ou *impositiva*, “de *imputação* ao poluidor do rateio do custo das ações estatais necessárias à preservação e recuperação ambientais”, mas alberga um sentido *relativo* ou *seletivo*, de se “*valorizarem as iniciativas não poluidoras e os investimentos em despoluição, e desestimular atividades nefastas ao ambiente*” [destaques do autor].

O texto do artigo 225, trazido com a Constituição Federal de 1988, permite identificar a presença do Princípio do Poluidor-Pagador, especialmente a partir dos incisos I, IV, V, VII e § 3º, os quais revelam a determinação de preservar o meio ambiente, de preferir as atividades ecologicamente corretas e coibir as poluidoras, e de punir os agentes que causem dano à natureza. E ainda, é de se destacar o artigo 170, VI, que eleva à categoria de Princípio Geral da Atividade Econômica a defesa do meio ambiente, permitindo o tratamento diferenciado das empresas “conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Concluindo com Rodrigues (2002, p. 148), o Princípio do Poluidor-Pagador, inclusive nos moldes postos pela Constituição Federal de 1988, “está atrelado a *toda modalidade de atuação estatal com vistas à proteção, controle e repressão das externalidades negativas ambientais*” [destaque do autor].

3. Os Princípios Constitucionais Tributários

Ingressando no sistema tributário, a análise das normas constitucionais revela o efetivo objeto deste ramo do direito: trata-se de uma sistematização que visa à proteção do

contribuinte contra o poder estatal de invasão e de subtração de parcela da esfera patrimonial particular para o abastecimento dos cofres públicos e o cumprimento do interesse público. Essa natureza do direito tributário é aferida, principalmente, a partir dos princípios gerais que norteiam a função fiscal do Estado, direcionando a atividade de instituir, arrecadar e fiscalizar tributos (CARVALHO, 2004, p. 16), mediante a imposição de limites diretos ao exercício da competência tributária. Dentre estes princípios, destacam-se (i) o Princípio da Legalidade (artigo, 150, I), determinando que cabe exclusivamente à lei instituir ou majorar tributos; (ii) o Princípio da Irretroatividade (artigo 150, III, *a*), delimitando a incidência de tributo novo ou majorado somente aos fatos ocorridos sob a égide da respectiva lei; (iii) o Princípio da Anterioridade, pelo qual o tributo somente pode ser cobrado a partir do exercício seguinte à sua instituição ou majoração, e desde que haja transcorrido o período de noventa dias (artigo 150, III, *b* e *c*); (iv) o Princípio da Proibição da Utilização de Tributo com Efeito de Confisco (artigo 150, IV), consubstanciando a busca pela Justiça Tributária, no sentido de se exigir do contribuinte tão-somente o necessário para a subsistência do Estado, sem extrapolar tal barreira e sempre respeitando o essencial para a sobrevivência digna do cidadão; e (v) o Princípio da Uniformidade Geográfica (artigo 151, I), o qual veda a “eventualidade de qualquer distinção ou preferência relativamente a um Estado, a um Município ou a Distrito Federal, em prejuízo aos demais” (CARVALHO, 2004, p. 163), com o fito de consolidar o Princípio Federativo. Além destes, dois outros princípios ganham especial relevo – e levantam grandes problemas – quando se pretende a construção de um Regime Jurídico Tributário-Ambiental: o Princípio da Capacidade Contributiva (artigo 145, § 1º) e o Princípio da Isonomia Tributária (artigo 150, II).

A respeito do primeiro, Carvalho (2008, p. 302) leciona que a “capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo”. Contudo, “Mensurar-se a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de todos os que lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos, sendo o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário”. Essa dificuldade apontada por Carvalho se dá em virtude de deformações sofridas pelo conceito de “capacidade contributiva” ao ser positivado no ordenamento jurídico, deformações estas chamadas por Becker (2007, p. 526) de “constrições jurídicas ao conceito de capacidade contributiva”, consistindo a primeira constrição na “exclusão do conceito de capacidade contributiva global”, a segunda na circunstância de que “a riqueza do contribuinte (que está sendo relacionada com o tributo singular) não é totalidade da riqueza do contribuinte, mas unicamente *um fato-signo presuntivo* de sua renda ou de capital”, e a terceira no fato de que não há o respeito pela renda ou capital “acima do mínimo indispensável”, isto é, a capacidade contributiva é aferida tão-somente em relação a cada tributo tomado de forma individual, sem a sua inserção no contexto econômico geral do contribuinte e sem a observância das condições mínimas e necessárias à sobrevivência, a exemplo do salário mínimo, moradia, alimentação, vestuário etc. Porém, a despeito e a partir de tais críticas, pode-se afirmar que, no ordenamento brasileiro, a capacidade contributiva “quer de cada um o tributo adequado à sua capacidade contributiva ou capacidade econômica” (AMARO, 2005, p. 138), sendo “aferida mediante a relação que se estabelece entre a riqueza de um indivíduo e a carga tributária por ele suportada” (BECKER, 2007, p. 527).

O Princípio da Isonomia Tributária, previsto no inciso II, do artigo 150, da Constituição Federal de 1988, veda à União, aos Estados, ao Município e ao Distrito Federal, “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”, isto é, “o princípio se dirige ao próprio legislador e veda que ele dê tratamento diverso para situações iguais ou equivalentes”, além de que, “diante da lei ‘x’, toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal. Não há pessoas ‘diferentes’ que possam, sob tal pretexto, escapar do comando legal, ou ser dele excluídas” (AMARO, 2005. p. 135). Mais do que isso, para garantir este equilíbrio, é necessário, ainda, o desdobramento do Princípio da Isonomia no Princípio da Não-Discriminação Tributária em Razão da Procedência ou do Destino dos Bens, previsto no artigo 152, de onde se extrai que “a procedência e o destino são índices inidôneos para efeito de manipulação das alíquotas e da base de cálculo pelos legisladores dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (CARVALHO, 2004, p. 163). Isso tudo leva a crer que o Princípio da Isonomia Tributária busca atingir uma igualdade material, proibindo a diferenciação de tratamento tributário decorrente de critérios pessoais ou qualitativos, primando pelo tratamento igualitário aos contribuintes que se encontrem sob um mesmo nível de externalização de capacidade contributiva.

4. O Regime Jurídico Tributário-Ambiental

4.1. Os Valores Finalísticos dos Tributos: Fiscalidade e Extrafiscalidade Tributária

Destacados os princípios constitucionais que devem nortear o Regime Jurídico Tributário, uma das formas possíveis de se construir um Regime Jurídico Tributário-Ambiental será aferindo as finalidades pretendidas por meio da tributação, quais sejam, a fiscalidade e a extrafiscalidade, ou seja, o “modo como se dá a utilização do instrumental jurídico tributário” (CARVALHO, 2008, p. 239).

Nesse sentido, tem-se que o tributo será classificado como *fiscal* quando se pretende cumprir os ditames constitucionais de arrecadação para compor o orçamento público, ou seja, “[...] estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses – sociais, políticos ou econômicos – interfiram no direcionamento da atividade impositiva” (CARVALHO, 2008, p. 240). Por outro lado, o tributo *extrafiscal* poderá ser utilizado para perseguir de interesse do Estado, além dos meramente de arrecadação, de modo que a tributação “[...] vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso” (CARVALHO, 2008, p. 240). Por esta, o tributo é utilizado como instrumento de atuação do Estado na área desejada. Exemplos clássicos de extrafiscalidade se verificam no caso do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI e do Imposto de Importação – II; no primeiro, o estabelecimento de alíquotas permite o

controle interno de produção, isto é, minorando-se as alíquotas, fomentam-se determinados setores industriais, enquanto, por sua vez, no segundo, a elevação de alíquotas coíbe a importação dos respectivos produtos e incentiva a produção interna dos mesmos. São casos claros da utilização de tributos não com fins arrecadatários, os quais são relegados ao segundo plano, mas de planejamento do mercado interno.

Nesse contexto, de acordo com Rodrigues (2002, p. 246):

[...] percebe-se que quando se fala em *tributação ambiental*, deve-se levar em consideração dois sentidos que a expressão pode indicar: a) o sentido *fiscal* (arrecadatário), voltado para angariar recursos que sejam utilizados em prestação de serviços ambientais; b) o sentido *extrafiscal* (regulatório), tendente a regular comportamentos que sejam afetos aos princípios ambientais.

A utilização de tributos em prol do meio ambiente pode se dar tanto por meio da fiscalidade, valendo-se dos “tributos verdes”, quanto por meio da extrafiscalidade, onde os tributos já existentes no ordenamento jurídico serão manipulados com o fim último de onerar as atividades mais poluidoras e incentivar a produção “limpa”, consubstanciando esta última hipótese uma forma de internalizar os gastos decorrentes dos impactos ambientais causados pelas respectivas atividades econômicas.

Com relação ao primeiro aspecto – fiscalidade –, a experiência europeia revela inúmeros exemplos, citados por Gusmão (2006, p. 118): (i) a Suécia, em 1991, instituiu o imposto sobre óxidos de carbono, onerando o conteúdo dos gases emitidos pela queima dos mais variados combustíveis, tais como o petróleo, o carvão, o gás natural etc.; (ii) a Noruega, desde 1972, tributa por meio de imposto a emissão de óxido de enxofre; (iii) a Espanha instituiu, em 1992, imposto sobre a fabricação, importação e circulação de hidrocarbonetos; (iv) a França tributa emissão de poluentes e rejeitos não-recicláveis; (v) a Suíça tributa ruídos produzidos por aeronaves, vinculando a receita à construção de aeroportos anti-ruídos; dentre inúmeros outros.

Com relação à extrafiscalidade, a doutrina brasileira, corriqueiramente, defende (i) a utilização do Imposto de Importação – II e do Imposto de Exportação – IE, para dar preferência, por meio de alíquotas reduzidas, a produtos ambientalmente corretos ou decorrentes de países não-poluentes; (ii) a redução do Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA para veículos não-poluidores; (iii) a redução da base de cálculo ou a alíquota do Imposto Sobre Transmissão Imobiliária, tanto o decorrente de *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD quanto o *Inter Vivos*, Oneroso de Bens Imóveis – ITBI para imóveis considerados produtivos ou de interesse ambiental; (iv) a utilização do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU e o Imposto Territorial Rural – ITR para incentivar o cumprimento da função social da propriedade (TRENNEPOHL *apud* MARTINS; ELALI; PEIXOTO, 2007, p. 360).

Cumprir destacar, não obstante, que, utilizando-se o tributo de forma fiscal ou extrafiscal, o objetivo sempre será o mesmo, *internalizar as externalidades ambientais*

negativas decorrentes do exercício da atividade, conforme lembra Hernández (1998, p. 77):

A proteção fiscal do meio ambiente demanda, portanto, a subjetivação ou a internalização dos referidos custos sociais mediante a instituição de tributos ambientais, benefícios fiscais ecológicos, introdução do elemento ecológico na estrutura dos tributos vigentes, incluindo toda uma reforma do sistema fiscal existente visando à proteção ambiental, em suma, uma série de instrumentos cujo denominador comum é o de gravar as atividades que direta ou indiretamente prejudiquem o meio ambiente.[1]

Afloram alternativas para a utilização de tributos visando à proteção do meio ambiente, restando aferir, tão-somente, se o ordenamento jurídico brasileiro comporta tais possibilidades.

4.2. A Fiscalidade Tributária-Ambiental na Constituição Federal de 1988

Quando se pensa em um tributo, independentemente da espécie, há sempre que se ter em mente uma premissa básica e inafastável: tributo, por definição, não é sanção (artigo 3º, do CTN). Isso quer dizer que, na criação de um tributo ambiental fiscal, é preciso observar a tênue linha entre *tributar* o contribuinte para prevenir e/ou reparar o meio ambiente e *sancionar* o contribuinte para prevenir e/ou reparar o meio ambiente. *O tributo opera tão-somente no campo da licitude, enquanto que a sanção opera no campo da ilicitude.*

Agindo o contribuinte de forma lícita, todas as espécies tributárias podem ser utilizadas para efetivar o Princípio do Poluidor-Pagador: pode-se instituir (i) *taxa* pela efetiva ou potencial prestação de serviços públicos específicos e divisíveis de interesse sócio-ambiental (Taxa de Tratamento e Destinação de Esgotos); (ii) *contribuição de melhoria*, quando a execução de uma obra pública voltada ao meio ambiente – praças, parques, centros de tratamento de água etc. – gerar valorização imobiliária; (iii) *empréstimo compulsório*, se o dano ambiental atingir níveis alarmantes, consubstanciando verdadeira calamidade pública, ou para o custeio de execução de obras públicas urgentes, voltadas à proteção/reparação do meio ambiente; e (iv) no seio das *contribuições*, a *contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE*, com o fim de custear um específico aparato administrativo de fiscalização, planejamento e incentivo para atividades econômicas poluidoras pré-estabelecidas.

É no campo dos *impostos*, porém, que a fiscalidade tributária-ambiental se revela com maior dificuldade, uma vez que não consubstanciando tributo uma sanção, o primeiro passo para a criação de um imposto ambiental, cujo fato imponible, a exemplo dos modelos europeus, consistiria, em geral, em “gerar poluição”, seria a delimitação de uma “zona poluente lícita”, ou seja, um limite dentro do qual o contribuinte está

legalmente autorizado a poluir. Contudo, a criação de níveis aceitáveis de poluição, outorgando ao contribuinte uma possibilidade de poluir, conforme crítica de Rodrigues (2002, p. 248), “seria a própria negação do princípio do poluidor pagador, qual seja, uma espécie de *licença para poluir*” [destaque do autor]. Eis o primeiro obstáculo ao imposto verde brasileiro.

Ultrapassando este problema, o imposto ambiental encontraria novo óbice: a vedação constitucional à vinculação do produto da arrecadação a finalidades específicas, estampada no artigo 167, IV, da Constituição Federal de 1988. Essa proibição implica na afirmação de que, não obstante a criação do imposto ter se dado com o fim de coibir as atividades poluidoras, o Estado não tem, e nem poderia ter, a correlata obrigação de investir o produto arrecadado na preservação e na reparação do meio ambiente, prestando-se este capital tão-somente para o abastecimento dos cofres públicos. O Princípio do Poluidor-Pagador, que prima a proteção à reparação, restaria uma vez mais mitigado.

Sob outra ótica, o Princípio da Capacidade Contributiva, conforme enunciado inicialmente representa um grande empecilho à criação do imposto verde. Isso porque a capacidade contributiva corporifica uma grandeza econômica relacionada ao contribuinte, sendo de impossível mensuração quando se elege o volume de poluição como base imponible do tributo. Nesse sentido, expõe Carvalho (2008, p. 303):

[...] há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade. *Ter presente que, de uma ocorrência insusceptível de avaliação patrimonial, jamais conseguirá extrair cifras monetárias que traduzam, de alguma forma, um valor em dinheiro.* Lembrar-se dos exemplos clássicos que a doutrina relata, acerca da tentativa de exigências fiscais fundadas no pressuposto de um prédio ter mais ou menos janelas, ou de caricaturas inerentes à tributação de pessoas físicas, em virtude da cor dos olhos, da tez ou do tamanho do nariz. Passa, então, a derivar seu interesse para o lado dos eventos que ostentem signos de riqueza, passíveis, por vários ângulos, de ser comensurados e, por esse caminho, colhe a substância apropriada para satisfazer os anseios do Estado, que consiste na captação de parcelas do patrimônio de seus súditos, sempre que estes participarem de fatos daquela natureza. [destaque nosso]

É exatamente esse caráter econômico que falta ao imposto verde: o quanto da poluição emitida não se refere, em absoluto, à riqueza auferida ou produzida pelo contribuinte. Pelo contrário, o contribuinte com menor capacidade contributiva pode produzir o mesmo volume, ou até mais, que o contribuinte com a maior capacidade contributiva. Essa ausência de externalização de signos presuntivos de riqueza faz com que a delimitação da base de cálculo do imposto emerja como outro óbice: em qualquer tributo, é imprescindível que haja a correspondência entre a sua materialidade e a sua base de cálculo. As funções da base de cálculo são justamente “a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma”

(CARVALHO, 2004, p. 327), ou seja, inferir a validade e o respectivo valor do tributo. Não há como se mensurar economicamente, à luz da capacidade contributiva, o montante da poluição emitida, com vistas à delimitação da base de cálculo do imposto verde. Permitir a instituição do imposto verde sobre base que não corresponde à capacidade contributiva do contribuinte corresponde a verdadeiro confisco, expressamente vedado pelo ordenamento constitucional.

Pode ser suscitada ainda outra barreira. Ao se compulsar a competência tributária outorgada aos Entes Federativos pela Constituição Federal, denota-se que não há previsão expressa para a instituição de imposto sobre a produção de poluição, recaindo a alternativa, via de consequência, na competência residual da União (artigo 154, I). Para o exercício da competência residual, contudo, é imperativo que, além da utilização de lei complementar, o imposto seja não-cumulativo, o que implica uma grave consequência. A sistemática da não-cumulatividade objetiva evitar a incidência em cascata do imposto, de forma que, na cadeia de produção e/ou circulação de bens ou serviços, todo o imposto pago nas operações anteriores são compensados com os impostos devidos nas operações posteriores, recaindo toda a carga tributária da cadeia, por último, sobre o consumidor final. Nesse contexto, a não-cumulatividade é reservada aos casos em que a tributação se dá de forma sucessiva sobre um mesmo bem, verificável nas operações de produção e de circulação de bens e serviços em direção ao consumidor final, categoria esta em que não se enquadra o imposto verde (de igual maneira aos demais impostos chamados “reais”): o imposto verde visaria à oneração tão-somente de atividades específicas – não somente econômicas, mas também sociais – , elos próprios dentro da cadeia de produção e/ou de circulação, não se justificando a sua transferência total ao consumidor final. Por certo, o consumidor final deve também ser responsabilizado pelo consumo de produtos poluidores, mediante o pagamento de preço majorado; contudo, o que não se justifica é a desoneração total da empresa por meio da sistemática da não-cumulatividade. Assim, o imposto verde não comporta as exigências constitucionais ao exercício da competência tributária residual.

Todas essas barreiras permitem uma conclusão: o ordenamento jurídico vigente, da forma como se impõe, inviabiliza a instituição de um imposto verde, o qual vai de encontro aos Princípios Tributários e Ambientais.

4.3. A Extrafiscalidade Tributária-Ambiental na Constituição Federal de 1988

Entende-se por extrafiscalidade tributária-ambiental a utilização dos instrumentos tributários para fins outros além da simples arrecadação, à concretização do Princípio do Poluidor-Pagador e do desenvolvimento sustentável. Tal utilização do tributo se faz necessária porque, segundo Becker (2007, p. 629), “Nenhuma das reivindicações pleiteadas hoje sob o título de direitos sociais poderá alcançar seu objetivo sem uma intervenção do Estado na economia”. Sendo assim, o Estado possui duas alternativas: (i) intervir diretamente na economia e nas relações sociais, mediante a imposição de regras permissivas, proibitivas ou obrigatórias; ou (ii) intervir indiretamente na economia e nas relações sociais, mediante a manipulação dos instrumentos existentes, tornando, ao fim, insustentável o exercício da conduta indesejada (BECKER, 2007, p. 628).

Culturalmente, a segunda opção se revela a mais efetiva: para alterar o rumo das relações intersubjetivas, ao invés de inserir uma regra no ordenamento jurídico estranha aos costumes e à realidade social, provoca-se a mudança comportamental ao patamar desejado ao incorporar paulatinamente à mentalidade da sociedade o comportamento desejado face à insustentabilidade (em geral econômica) do comportamento anterior.

É neste contexto que se insere a extrafiscalidade: o Estado, por meio da base de cálculo e das alíquotas dos tributos que compõem o sistema, onera os bens considerados poluentes, desestimulando o seu consumo e incentivando o agente econômico a buscar alternativas, tais como renovações tecnológicas, meios de produção ambientalmente corretos etc. A questão aqui, tal como na fiscalidade, é inferir se o ordenamento jurídico brasileiro comporta a utilização extrafiscal dos tributos visando à proteção ao meio ambiente considerando-se os princípios tributários e os princípios ambientais, principalmente, os Princípios da Capacidade Contributiva, da Isonomia Tributária e do Poluidor-Pagador.

Para Hernández (1998, p. 153), quando se trata de extrafiscalidade tributária-ambiental, é possível afastar a capacidade contributiva do contribuinte em prol da proteção do meio ambiente:

É necessário recordar que, embora os tributos ecológicos devam observar a existência de capacidade contributiva, respeitando um limite mínimo (mínimo isento) e um limite máximo (exigência constitucional de não-confisco) de riqueza, não encontram total fundamento no princípio da capacidade econômica, já que, como impostos extrafiscais, são regidos por outros princípios. Seguindo este raciocínio, não é necessário o pressuposto objetivo de a espécie tributária escolhida coincidir com o objeto imponible, qual seja, a riqueza onerada. Quer dizer, seja qual for a riqueza externalizada (renda, patrimônio ou consumo), o elemento objetivo do evento imponible não deve basear-se em um índice que meça esta riqueza, tal como é a obtenção de uma renda ou a titularidade de um patrimônio, mas sim um que meça a atividade nociva para o meio ambiente, a exemplo da contaminação.[2]

No entanto, não se pode perder de vista que, mesmo extrafiscal, o tributo ambiental ainda é tributo, e, como tal, é intimamente ligado aos princípios que regem o poder de tributar do Estado, conforme expõe Carvalho (2008, p. 241):

Consistindo a extrafiscalidade no uso de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim entendidos tanto os dispositivos expressos quanto os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento

jurídico utilizado é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão-somente a finalidade do seu emprego.

A partir das considerações doutrinárias acima, entende-se seja possível reunir os argumentos sobre este tema em dois grupos: aqueles que defendem a extrafiscalidade, com fins ambientais, para impostos cuja incidência interfere, especialmente, em atividade econômica e, no Brasil, o fundamento constitucional estaria no artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988; e aqueles que apresentam restrições fundamentadas, especialmente, na rigidez do regime tributário e, portanto, à primeira vista, não haveria como se afastar um princípio tributário em favor de um princípio ambiental, pois ambos devem conviver harmonicamente, questionando, logo, “soluções” apontadas pelo primeiro grupo. Tal enfrentamento é perceptível como se verá a seguir.

Muito se fala em utilizar as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS para onerar os produtos poluentes, neste caso, o critério de seletividade teria em conta produtos com elevado potencial de poluição, como não essenciais, sujeitos a elevada tributação e aqueles de menor ofensividade ambiental, com menor tributação. A finalidade seria tratar de modo diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos ou serviços nos termos do artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988, e, desta forma, desestimular tais consumos. Porém, se desconsidera neste argumento que o Princípio da Seletividade em Razão da Essencialidade do Produto (artigos 153, § 3º, I, e 155, § 2º, III, CF/88), concretiza, para o IPI e para o ICMS, o Princípio da Capacidade Contributiva; a alíquota do bem se condiciona à sua essencialidade/superfluidade, onerando os bens dispensáveis e acessíveis àqueles com maior poder aquisitivo e, portanto, com maior capacidade contributiva, e desonerando os bens necessários a todos. A fixação de alíquotas com base no impacto ambiental, no entanto, não satisfaz esse critério, pois não leva em conta a necessidade do produto, podendo tanto elevar a carga tributária de um bem essencial quanto desonerar um supérfluo, à contramão das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Diante da tributação por meio do IPVA, mais uma vez os argumentos se enfrentam: defende-se que é possível as alíquotas do IPVA serem diferenciadas conforme o tipo e utilização dos veículos, nos termos do artigo 155, § 6º, II, e artigo 170, VI, ambos da Constituição Federal de 1988, admitindo-se tributação maior para automotores a partir do critério do uso de combustível com maior ou menor ofensa ambiental; em outra acepção, a capacidade contributiva e a isonomia proíbem que dois automóveis de mesmo valor venal tenham alíquotas diversas em razão de um ser mais poluente que o outro pelo combustível utilizado, por ausência de autorização constitucional.

Sugere-se ainda que por meio dos Impostos sobre o Comércio Exterior seja possível estimular ou desestimular a circulação em território nacional de produtos ambientalmente desejáveis ou indesejáveis. Mas, sob a perspectiva tributária deve-se considerar a proibição, nos termos do artigo 152, da Constituição Federal de 1988, de tratamento tributário diferenciado em razão da procedência ou do destino do bem.

Nitidamente se observa em relação à extrafiscalidade tributária-ambiental, nesse contexto, um conflito de princípios constitucionais que regem cada ramo. De fato, a

aplicação pura e simples dos princípios tributários provoca a exclusão dos princípios ambientais e vice-versa, o que impossibilita a utilização dos tributos para os fins desejados. Justamente por isso, o foco da questão, em verdade, não se limita a afirmar que, no uso extrafiscal do tributo com fins ambientais, o Princípio do Poluidor-Pagador deve excluir o Princípio da Capacidade Contributiva, ou que o Princípio da Isonomia Tributária pode ser contornado, ou ainda que a tal uso se revela impossível em razão das limitações tributárias. *A colisão de princípios deve ser resolvida perante cada caso concreto, onde as circunstâncias específicas deverão ser ponderadas para que se defina qual princípio deverá prevalecer sem que haja, contudo, a exclusão total do sucumbente.*

Nas palavras de Cristóvam (2007, p. 233), deve se considerar que:

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Desta forma, ora a capacidade contributiva e/ou a isonomia irão prevalecer, ora o Poluidor-Pagador e seus respectivos desdobramentos. Isso quer dizer que é possível a manipulação das alíquotas do IPI, do ICMS, do II ou do IE para coibir o consumo de produtos poluentes, desde que isso não configure caráter confiscatório, desvirtue de forma desmedida a isonomia ou dispense tratamento diferenciado em razão da origem ou da destinação do bem. Desta maneira, um produto decorrente de um país poluidor não pode ser tributado de forma diversa em relação aos produtos nacionais, mas pode ter alíquota de IPI e de ICMS majorada se, igualmente aos produtos nacionais, é considerado produto poluidor.

Apesar destas questões, não se pode negar que alguns impostos trazem em sua essência a finalidade extrafiscal ambiental. É o que se verifica com o IPTU e o Imposto Territorial Rural – ITR. Os impostos territoriais são instrumentos de estímulo ao uso adequado e racional dos recursos naturais em vista à preservação ambiental, que, em última consideração, gera bem-estar aos habitantes, conforme consta dos artigos 182 e 186, da Constituição Federal de 1988. Para o ITR há determinação constitucional para que suas alíquotas sejam fixadas “de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas” (artigo 153, § 4º, I, e artigo 186, II), acarretando na eleição infraconstitucional do valor da “terra nua” – terras sem produção – como base de cálculo e a delimitação de alíquotas crescentes à razão da improdutividade. Para o IPTU, há a previsão do uso das suas alíquotas para influenciar a utilização e a localização do imóvel urbano (artigo 156, § 1º, II), viabilizando a concretização do planejamento urbano e do uso sustentável da propriedade.

Observa-se a coexistência da isonomia e da capacidade contributiva com o poluidor-pagador, sem que um subverta ou se imponha contra o outro, mantendo, com isso, a harmonia entre normas constitucionais, concluindo-se com Gusmão (2006, p. 141) que

o “caráter extrafiscal que necessariamente deve presidir a tributação ambiental não desnatura o seu regime impositivo, ou seja, a atividade tributária ambiental está sujeita às limitações constitucionalmente previstas para a tributação de um modo geral. Assim, encontram-se no âmbito da imposição tributária ambiental os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva, do não-confisco, dentre outros. Os princípios ambientais unem-se às limitações de natureza tributária, para corroborar os limites desta”.

4.4. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE

No tema da fiscalidade tributária-ambiental deve-se ressaltar a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE de cunho ambiental como um importante instrumento para a concretização do desenvolvimento sustentável. A CIDE, embora não tenha o condão de direcionar diretamente a ação do contribuinte com base em fiscalidade ou extrafiscalidade nos termos ora propostos, o produto da sua arrecadação representa um importante instrumento para a proteção ambiental, visto tratar-se de tributo próprio para custear a intervenção do Estado sobre o domínio econômico.

Ao se compulsar os artigos 170 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, denota-se que o Estado brasileiro é um Estado neoliberal, isto é, salvo os monopólios estatais, os particulares são livres para exercer toda e qualquer atividade econômica e planejá-la de acordo com seus próprios interesses, sem qualquer interferência do Estado. Porém, a partir do momento em que a atividade econômica começa a, ou corre o risco de, transgredir ou com risco de ofensa aos Princípios da Ordem Econômica, *a Constituição autoriza que o Estado intervenha por meio dos instrumentos do artigo 174: produzir normas para fiscalizar, incentivar e planejar a atividade e o setor econômico*, sendo que o setor da atividade econômica ao qual tal atuação é direcionada poderá ser chamado a custear a atuação estatal, conforme artigo 149, da Constituição Federal de 1988.

Para esta pesquisa interessa a intervenção estatal em setores econômicos que, nos termos da lei, são considerados de elevado potencial de agressividade ambiental e, portanto, merecem uma atuação especial do Estado em vista do artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988, que exige a convivência entre o direito à livre iniciativa e o dever de preservação ambiental.

Sendo uma contribuição, a CIDE deve ficar sujeita ao regime jurídico destes tributos, ou seja, exige que a arrecadação tenha destinação vinculada à intervenção. O dinheiro arrecadado deverá ser utilizado, necessariamente, para os fins da instituição do tributo e, para a CIDE em análise, o uso adequado é em políticas públicas ambientais, entre elas, aquelas de incentivos para empresas que efetivamente incorporaram em suas ações a responsabilidade social ambiental. Desta forma, ter-se-á ações públicas de controle e fiscalização, custeio pelos potenciais agressores ambientais e garantias de investimento público direcionado.

5. Considerações Finais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo a tendência mundial, enuncia vários preceitos voltados à proteção do meio ambiente, outorgando ao Estado competência para combater diretamente as ações nocivas, permitindo a interferência nas atividades econômicas e sociais que se revelarem prejudiciais à manutenção do ambiente saudável. Para tanto, são diversos os mecanismos disponíveis, inclusive os tributários.

A construção de um Regime Jurídico Tributário-Ambiental a partir da Constituição Federal de 1988 não se revela uma tarefa fácil. No uso fiscal ou extrafiscal dos tributos visando à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, os princípios constitucionais freqüentemente entram em conflito; *em geral, os princípios tributários, que se prestam justamente a proteger os contribuintes contra o poder de tributar do Estado, impõem grandes óbices para a utilização dos tributos, principalmente os impostos, com fins ambientais.* Dentre estes, os princípios da capacidade contributiva e da isonomia que garantem a igualdade entre os contribuintes e proíbem a sua oneração além da sua possibilidade econômica. São limitações que impossibilitam diferenciar, por meio dos tributos, os produtos poluentes e os não-poluentes, incentivando o consumo destes e desestimulando o daqueles. Se se privilegiar exclusivamente os princípios tributários ou exclusivamente os ambientais, inviabiliza-se o regime jurídico tributário-ambiental. Com isso, perante o caso concreto, a ponderação deverá determinar quais princípios deverão prevalecer especialmente diante das determinações da Constituição Federal de 1988, constantes dos artigos 225 e 170,VI.

Da forma como o ordenamento jurídico brasileiro se impõe atualmente, a instituição de um “imposto verde” se demonstra inviável, e, caso instituído, não seria apto a realizar a principal função que lhe seria própria, qual seja, a internalização dos impactos nocivos ao meio ambiente na atividade econômica. Tal imposto sob a égide da Constituição atual, estaria relegado tão-somente como mais uma fonte de recursos ao Estado, sem que o meio ambiente seja efetivamente beneficiado.

Dentre os tributos de natureza fiscal analisados a CIDE ambiental parece ser o mais adequado tendo em vista, especialmente, o regime da destinação da arrecadação: custear a intervenção em setor econômico de maior agressão ambiental nos termos da lei, possibilitando viabilizar políticas públicas ambientais direcionadas e assim, maiores garantias de efetividade.

Os governos têm compromissos com o Estado erigido em 1988, entre eles, a busca pelo desenvolvimento sustentável e, a intervenção por meio da extrafiscalidade e fiscalidade tributárias, embora ainda merecedoras de mais estudos, são caminhos possíveis.

6. Bibliografia

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. São Paulo: *Direito tributário: linguagem e método*. Noeses, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. São Paulo: Juruá, 2007.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. *Proteção ambiental e tributação*. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, jan-fev/2006, a. 14, n. 66, p. 113-148.

HERNÁNDEZ, Jorge Jiménez. *El tributo como instrumento de protección ambiental*. Granada: Editorial Comares, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. 1.

DOMINGUES, José Marcos. *A chamada “compensação financeira SNUC”*. In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, out/2006, n. 133, p. 46-66.

_____. *As taxas e os preços do Ibama. Compensação de taxas e outras vicissitudes da TCF*. In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, dezembro/2006, n. 135, p. 75-94.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4. ed. São Paulo: Markon Books, 1999.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Incentivos tributários e meio ambiente: a sustentabilidade ambiental e o direito tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 355-366.

[1] No original: “La protección fiscal del medio ambiente propugna, por tanto, la subjetivación o internalización de dichos costes sociales mediante el establecimiento de tributos ambientales, beneficios fiscales ecológicos, introducción del elemento ecológico en la estructura de los tributos vigentes, e incluso toda una reforma del sistema fiscal existente en torno a la protección ambiental, en suma, una serie de instrumentos cuyo común denominador es el de gravar las actividades que directa o indirectamente perjudiquen el entorno natural.”

[2] No original: “Es necesario recordar que se bien los tributos ecológicos deben observar la existencia de capacidad contributiva, respetando un límite mínimo (mínimo exento) y un límite máximo (exigencia constitucional de no confiscatoriedad) de riqueza, aquellos no encuentran total fundamento en el principio de capacidad económica, ya que como impuestos con fines extrafiscales son otros los principios que los rigen. Como consecuencia de tal razonamiento, no es necesario que el presupuesto objetivo de la figura tributaria elegida coincida con el objeto imponible, entendido como la manifestación de riqueza gravada. Es decir, sea cual sea la fuente a señal de riqueza (renta, patrimonio o consumo), el elemento objetivo del hecho imponible no debe basarse en un índice que mida la riqueza, como es la obtención de una renta o la titularidad de un patrimonio, sino en uno que mida la actividad nociva para el medio ambiente como es la contaminación.”

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A JUSTA TRIBUTAÇÃO DO IPVA*

THE BEGINNING OF THE CONTRIBUTIVE CAPACITY AND THE FAIR TAXATION OF IPVA

**Flávio Couto Bernardes
João Paulo Fanucchi de Almeida Melo**

RESUMO

Resumo: O presente artigo tem, como primeiro objetivo, apresentar o surgimento do Imposto incidente sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA – no Brasil, a sua evolução e o imposto no ordenamento jurídico nacional tanto na Constituição de 1988, quanto em sede infraconstitucional. Em um segundo momento, analisa-se os aspectos da norma jurídica tributária do IPVA, com ênfase, na sua hipótese de incidência e no seu conseqüente normativo. Em seguida, apresenta-se os aspectos gerais do princípio constitucional da capacidade contributiva. Destaca-se a possibilidade de os impostos classificados como reais, como o IPVA, ter que observar o princípio constitucional. Adiante, analisa-se a proporcionalidade e a progressividade como mecanismos postos à disposição do legislador tributário visando tributar a propriedade de veículos automotores em consonância com o princípio da capacidade contributiva. Noutro momento, à luz da Constituição, aborda-se a possibilidade de ocorrer a tributação com finalidade extrafiscal no IPVA. Por fim, na busca da justiça tributária, analisa-se a tributação do IPVA à luz do princípio constitucional da capacidade contributiva e da extrafiscalidade.

PALAVRAS-CHAVES: IPVA – CAPACIDADE CONTRIBUTIVA –
EXTRAFISCALIDADE – JUSTIÇA FISCAL

ABSTRACT

First, this article will present the arise of the IPVA in Brazil its evolution and the tax itself in brazilian juridical system both in 1988's Constitution and in infra-constitucional law. Second, the article analyses the aspects of IPVA's tributary norm emphasizing its hypothesis of incidence and the resultant normative. Then the general aspects of the constitutional principle of the tax-paying ability are presented. The work emphasizes the possibility of a real tax be subordinate to this principle.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Further, the article analyses proportionality and progressiveness as instrument to accomplishment of the principle of the tax-paying ability on IPVA. Based on the Constitution the work searches the possibility of non-fiscal finality on IPVA. At last, the IPVA is analysed based on the constitutional principle of the tax-paying ability and tribute's non-fiscal finality.

KEYWORDS: IPVA – TAX PAYING ABILITY – TRIBUTE'S NON FISCAL FINALITY – TAX JUSTICE

1 - Introdução

O presente artigo tem por objetivo examinar as regras diretas do Imposto incidente sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, sob a ótica da justiça fiscal, consubstanciada na aplicação do princípio constitucional da capacidade contributiva, bem como da solidariedade fiscal, inserida na extrafiscalidade da tributação, no contexto do Sistema Tributário Nacional.

O eixo temático desenvolvido busca realizar uma análise crítica do referido imposto, de competência dos Estados-membros da Federação brasileira, no tocante ao exame da sua base econômica de tributação, procurando aferir se a efetividade de sua exigência atende aos preceitos constitucionais norteadores da justiça fiscal.

Para tanto, apresenta-se a evolução histórica do surgimento do IPVA e os aspectos da norma jurídica tributária instituidora do imposto, em especial a definição de seu fato gerador e de sua base de cálculo. Justamente a partir dos elementos quantitativos do tributo que se examinará a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRBF, além da cobrança do imposto em face da utilização do veículo automotor.

Necessário, portanto, para se confrontar as mencionadas regras jurídicas, que se aborde a dimensão conceitual da isonomia tributária, com seu derivativo pela capacidade contributiva. Também se busca a abordagem da extrafiscalidade e sua adequação ao IPVA.

Tratados estes parâmetros conceituais, elenca-se as conclusões obtidas com a pesquisa do temário, sempre apresentando o desenvolvimento do texto mediante abordagem doutrinária e jurisprudencial relativa à matéria.

2 – Breve histórico do IPVA

Imprescindível a exposição da origem histórica do IPVA, chegando-se à normatização estabelecida no atual Sistema Tributário Constitucional, enumerando as principais características do imposto. Isto porque, a aplicação das regras principiológicas previstas no texto constitucional dependem da estruturação da norma jurídica de cada tributo e das limitações inseridas na própria Carta Magna com relação ao exercício da competência tributária.

2.1 – Antes da Constituição de 1988

O IPVA é considerado, de certa forma, um imposto novo no Brasil. Entretanto, o interesse de o Estado tributar sobre propriedade de veículos automotores existe desde 1967, antes mesmo da promulgação das Emendas ns. 1 e 27, e cerca de um ano após a edição do Código Tributário Nacional – CTN.

A Constituição de 1967 permitia que a União, os Estados e os Municípios criassem taxas remuneratórias de seus serviços prestados ou postos à disposição [3]. Com base no texto constitucional, dentre outras taxas, foi criada uma que apontava como contraprestação a manutenção das rodovias. O Governo Federal intitulou essa espécie tributária, através do Decreto-lei n. 397/68, como “taxa rodoviária federal”.

Alguns Estados e Municípios, também com fundamento no art. 18, I da Constituição de 1967, não perderam a oportunidade de criar suas respectivas taxas rodoviárias, buscando auferir recursos para supostamente preservar as rodovias estaduais e as vias públicas municipais [4].

Em 1969, o Decreto-lei n. 599/69 aboliu a possibilidade de serem, concomitantemente, cobradas as taxas rodoviárias federal, estaduais e municipais (MAMEDE, 2002, p. 30). Em seguida, ainda no mesmo ano, surgiu a tão questionada Taxa Rodoviária Única – TRU [5].

A TRU era o único tributo que atingia a propriedade de veículos licenciados, cujo fato gerador ocorria anualmente, com a renovação da licença ou no ato de registro junto ao órgão competente. O tributo vigorou no ordenamento jurídico nacional até 1985, quando foi substituído pelo IPVA. Foi somente por meio da Emenda à Constituição n. 27, de 1985, modificando o texto da Constituição de 1967, que o imposto surgiu no ordenamento jurídico nacional. A referida Emenda acrescentou a alínea III ao art. 23 da Constituição vigente à época [6].

Importante registrar que no preâmbulo da norma instituidora da TRU, pretendia-se sua incidência sobre o poder de polícia relativa ao licenciamento dos veículos automotores, enquanto sua base de cálculo era o valor venal dos veículos e os recursos arrecadados direcionados a um fundo de conservação e melhoramento das vias públicas e sinalização, entre outros fins. Constata-se a verdadeira miscelânea jurídica criada pelo legislador, que adotou um pretenso fato gerador de taxa baseado no exercício do poder de polícia [7]; um direcionamento de recursos não existente nas taxas, mas tendo como pressuposto uma taxa focada na prestação de serviços de conservação de vias e sinalização; e uma base de cálculo própria de imposto, por não estar vinculada a qualquer atividade estatal, não refletindo o custo da suposta atuação pública motivadora da criação deste tributo. O professor Aliomar Baleeiro salientava esta incongruência, já que a taxa revestia-se do caráter de imposto incidente sobre o patrimônio:

Finalmente extinta, a taxa única, foi substituída pelo Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, natureza que sempre lhe foi própria. Mas a competência até então exercia pela união, foi atribuída aos Estados, que partilham com os Municípios o produto de sua arrecadação. (BALEEIRO, 2006, p.568)

O Supremo Tribunal Federal – STF – reconheceu a inconstitucionalidade vinculada à questão da competência para sua instituição, quando criada pelos Estados-membros da Federação brasileira ou pelo Distrito Federal, como se infere da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA. COMPETENTE A UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÁFEGO E TRÂNSITO NAS VIAS TERRESTRES. Utilizou-se desta cláusula para instituir a taxa rodoviária única, que exclui iniciativa do Estado-membro nesse particular. Inconstitucionais disposições da lei estadual que, considerando devida pelos demais proprietários de veículos automotores a taxa estadual de fiscalização e serviços diversos, incidente sobre o registro do veículo automotor, ou declarando isentos os certificados de registro de veículos motorizados outorgados a consulados ou representantes consulares, importam em estimar sujeita a tributação estadual. Matéria reservada a competência impositiva da União. (BRASIL, 1984).

Exatamente neste contexto histórico e jurídico que se adota a decisão, acertada e coerente, de transformação da referida Taxa no Imposto incidente sobre a Propriedade de Veículos Automotores, que adotou idêntica base de cálculo da TRU, como se destacará adiante, inclusive com relação à adoção de alíquotas diferenciadas de acordo com a utilização dos veículos automotores.

2.2 – Após a Constituição de 1988

A CRFB, promulgada em 1988, sofreu pequena alteração na redação original do seu art. 155, III, por meio da Emenda Constitucional n. 03, de 1993 (BRASIL, 1988b). Cumpre anotar que a referida alteração se limitou à estruturação do texto e não ao conteúdo, no que concerne ao IPVA.

A atual redação da CRFB de 1988 prevê, no artigo 155, III, a competência tributária ativa dos Estados e Distrito Federal em relação ao IPVA. O parágrafo 6º do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 42, de 2002, dispõe, através de dois incisos, sobre as alíquotas do imposto. O primeiro inciso aponta que compete ao Senado Federal fixar alíquotas mínimas do imposto. Já o segundo inciso, por sua vez, prevê que as alíquotas poderão ser diferentes em razão do tipo e da utilização do veículo.

Ainda no campo constitucional, verifica-se também que, sobre o IPVA, de acordo com art. 158, inciso III da CRFB, a receita do imposto deve ser repartida entre o Estado-membro – sujeito ativo tributário competente – e o Município em que o veículo automotor foi licenciado.

Hugo de Brito Machado anota que, na atual Constituição, não há vedação expressa a respeito de tributação que incida sobre a utilização de veículos (MACHADO, 2007, p.404). Essa vedação existia na Constituição de 1967, em seu art. 23, III.

2.3 – O IPVA em sede infraconstitucional

Após breve abordagem histórica acerca do IPVA, antes e após a promulgação da atual Constituição, oportuno analisar o imposto em sede de lei infraconstitucional.

O art. 146, III, “a” da CRFB prevê que a definição de tributos e suas espécies, bem como fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos previstos em seu texto deverão ser definidos através da edição de normas gerais de Direito Tributário, exteriorizadas mediante a aprovação de uma lei complementar. A lei complementar em vigor, que trata de normas gerais de Direito Tributário no Brasil, é o CTN (COELHO, 2005, p. 93), ressaltando a promulgação de leis complementares para definição dos aspectos tributários do ICMS – Lei complementar n. 87/96 – e do ISSQN – Lei complementar n. 116/2003.

O CTN prevê os fatos geradores, contribuintes e base de cálculo da maioria dos impostos previstos na atual Constituição, como lembra Sacha Calmon (COELHO, 2005, p. 106). É o que ocorre, a título de ilustração, com o Imposto de Renda, Imposto de Importação, entre outros. Ocorre que, em relação ao IPVA, inexistente lei complementar própria que trate de fato gerador, contribuintes e base de cálculo. Não foi publicada qualquer lei complementar autônoma ou que alterasse o CTN, acrescentando tais elementos, inerentes ao imposto. Afirma-se, conseqüentemente, que não há lei complementar que discorra sobre os aspectos necessários para a criação válida de uma norma jurídica tributária relativa ao IPVA.

Questionado sobre a possibilidade de o Distrito Federal e os Estados exercer a competência tributária ativa do IPVA antes de ser editada lei complementar definidora dos elementos indispensáveis do IPVA, o STF (BRASIL, 1997a), na década passada, entendeu que, com base no artigo 24 e seus parágrafos da CRFB e art. 34, § 3º do ADCT, a cobrança do imposto era constitucional. Entendeu a Corte que o art. 34, § 3º do ADCT autoriza os entes federados a editar leis necessárias à aplicação do sistema tributário previsto no texto constitucional. Via de conseqüência, a inação do legislador complementar sobre IPVA não impede o ente federado competente suprir essa falta e tributar o imposto. Logo, cada Estado da federação e o Distrito Federal possuem a sua própria lei do IPVA, tendo como norte tão-somente o texto constitucional.[8] Pela sua importância e vinculação da competência tributária dos diversos entes regionais da Federação, fundamental a transcrição do precedente em comento:

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – DISCIPLINA. Mostra-se constitucional a disciplina do Imposto sobre a propriedade de veículos automotores mediante norma local. Deixando a União editar normas gerais, exerce a unidade da federação a competência legislativa plena – par. 3º do artigo 24, do corpo permanente da Carta de 1988 -, sendo que, com a entrada em vigor do sistema tributário nacional, abriu-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a via da edição das leis necessárias à respectiva aplicação – par. 3º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. (BRASIL, 1997a)

Introduzido o dimensionamento do IPVA no Sistema Constitucional Tributário, inclusive no que pertine às normas gerais de direito tributário, necessária a verificação dos principais elementos que integram a norma jurídica do imposto, permitindo a discussão quanto à aplicação do princípio da capacidade contributiva.

3 – Aspectos da norma jurídica tributária do IPVA

O tributo compreende uma série de elementos necessários para sua configuração, sendo uma de suas características primordiais a circunstância de não constituir sanção de ato ilícito. O tributo sempre se origina de um fato que seja conforme às regras jurídicas e que indique uma riqueza do sujeito passivo da relação jurídica tributária.

O fato abstrato prescrito na norma jurídica tributária é denominado de fato jurígeno – terminologia utilizada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coelho – , hipótese de incidência – empregada por Geraldo Ataliba – ou fato gerador – uso comum – [9]. Uma vez ocorrido, surge a obrigação tributária consistente no direito do sujeito ativo – Poder Público/credor – exigir o pagamento de certa quantia em dinheiro do sujeito passivo – contribuinte/responsável tributário –.

Sendo uma imposição, por não decorrer de um acordo de vontade, não pressupondo qualquer forma de consentimento – basta a ocorrência do fato jurígeno para gerar a consequência – qual seja, o dever do recolhimento de uma prestação pecuniária. A norma jurídica tributária é considerada, então, uma norma de conduta, pois liga um fato – fato jurígeno – a uma consequência – dever do pagamento do objeto da relação – , desencadeado por um nexu imputativo.

A norma tributária de conduta, que gera o surgimento da obrigação/relação jurídica relativa a esta seara do direito, tem por raciocínio, o regresso ao conseqüente da regramatriz de incidência ou prescritor normativo. Nele há feixes de informações que indica os critérios de identificação dos elementos constitutivos do liame obrigacional tributário.

Na doutrina pátria, coube ao eminente professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade de São Paulo, Dr. Paulo de Barros Carvalho (1998), o mais completo estudo sobre a estrutura da norma tributária. Perfilhando-se à tese de Carlos Cossio, utiliza a denominação de hipótese endonormativa e consequência endonormativa para descrever o suposto, ou hipótese, e o conseqüente, ou consequência, da norma de conduta tributária – norma primária – . A hipótese é

composta pelo conjunto dos critérios definidores do fato lícito submetido ao liame imputativo, enquanto a consequência contém os critérios que individualizam o fato jurígeno *in concreto*.

Na hipótese endonormativa, o mestre paulista considera necessária a identificação dos seguintes critérios: a) material, que vem a ser a descrição do próprio fato econômico tributável; b) temporal, sendo o momento em que se considera ocorrido o fato jurígeno; c) espacial, que é o lugar onde ocorre o fato. Na consequência, por sua vez, aponta dois critérios: a) pessoal, que identifica os sujeitos ativo e passivo(s); b) quantitativo, composto dos elementos mensuradores do fato jurígeno. Estes seriam os critérios imprescindíveis para a estruturação da relação jurídica tributária, que, para Paulo de Barros Carvalho, não se encontram no texto da lei, mas na proposição extraída pela Ciência do Direito – dever-ser – do prescritivo da norma – ser – .

O eminente professor titular da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, Dr. Sacha Calmon Navarro Coêlho (2007, p. 382 e ss.), reconhecendo no ilustre catedrático paulista quem melhor escreveu sobre o tema na literatura jurídica luso-hispânica, diverge em alguns pontos da estrutura normativa apresentada acima. Primeiramente, ao substituir o termo “critério” por “aspectos” da norma tributária e, substancialmente, por considerar que na hipótese endonormativa deve estar presente o aspecto pessoal, sendo que na consequência endonormativa permaneceria o aspecto subjetivo – mesma finalidade do critério pessoal da teoria de Paulo de Barros Carvalho, ou seja, identificar os sujeitos ativo e passivo –, acrescido dos aspectos de como, quando e onde pagar a prestação compulsória. Acrescentaria, ainda, no consequente normativo, o aspecto procedimento, que seria justamente o modo de desenvolvimento da relação jurídica tributária.

Outros autores[10] sustentam que todos os aspectos da norma tributária encontram-se na hipótese de incidência, na medida em que seria necessária a existência dos mesmos para a realização do fato gerador. Ocorre, contudo, que o fato jurígeno é uma parte da estrutura normativa tributária, gerando automaticamente sua consequência – hipotética – , para que se consolide a relação jurídica. Deve-se analisar a norma em sua integralidade, com as delimitações de cada parte que a compõe, sendo certo de que ambas são indissociáveis e para a exata análise da relação jurídica tributária, imprescindível se torna a identificação entre a hipótese de incidência normativa e a base tributável.

Analisada a estruturação da norma jurídica, passa-se a proceder ao estudo dos aspectos que compõem a norma tributária do IPVA, procurando identificar objetivamente suas características essenciais, observado o escopo do presente trabalho.

3.1 – Hipótese de incidência do IPVA

O antecedente da norma jurídica tributária identifica a hipótese abstrata que se efetivará através da ocorrência do fato concreto, desencadeando o fenômeno da subsunção do fato à norma, com a aplicação do conseqüente normativo. Independentemente da divergência doutrinária já aqui apontada, adotar-se-á, no presente trabalho, a terminologia “fato gerador” para a identificação do fato tributável, ou seja, da hipótese de incidência tributária.

O aspecto material do fato gerador do IPVA é a propriedade do veículo automotor, isto é, o próprio núcleo da tributação, do fato econômico eleito pelo legislador como representativo da capacidade econômica do contribuinte, permitindo a criação deste tributo com a respectiva transferência da parcela de seu patrimônio para o Estado.

Visualiza-se justamente no núcleo da tributação a idéia de exteriorização da riqueza do contribuinte, que será objeto de apuração para se definir a exata medida de sua contribuição para o custeio do Estado, via tributação. Daí a significativa importância deste signo presuntivo de capacidade econômica para o escopo deste estudo.

O aspecto espacial do IPVA está delimitado pela repartição da competência tributária, uma vez que o texto constitucional pátrio atribuiu aos Estados-membros da Federação e ao Distrito Federal a capacidade de instituir o citado imposto. Sendo assim, o fato de um residente no território estadual ou distrital ser proprietário de veículo automotor acarreta a incidência da norma tributária, definindo a competência e a sujeição ativa, como se verá adiante. Esta residência, tal como concebida nos arts. 127 e ss. do CTN, estabelece o local de licenciamento do veículo, conforme dispõe a legislação de trânsito, e a determinação deste aspecto normativo. Apesar das possibilidades de conflito de competência existentes pela ausência de norma geral, como anteriormente enfatizado, o STF considerou válida a aplicação da regra prevista no art. 24 da CRFB.

O aspecto temporal, que define o momento de ocorrência do fato gerador, vincula-se à presunção de riqueza que se renova no primeiro dia de cada exercício fiscal através do fato de ser proprietário de veículo automotor, ou mediante sua aquisição no curso do próprio exercício, quando o tributo é exigido proporcionalmente ao período restante. Cumpre ressaltar que a periodicidade não poderia ser inferior, tendo em vista o princípio constitucional da anualidade financeira, previsto no texto constitucional, que dimensiona a atividade financeira do Estado e a arrecadação tributária.

Por fim, o aspecto pessoal terá por consequência, sobretudo nos impostos incidentes sobre o patrimônio, a definição de quem será o contribuinte deste tributo. Isto porque, este aspecto da norma jurídica determina quem realiza o fato gerador, no caso em análise, quem é o proprietário do veículo automotor submetido à incidência tributária. Ganha especial relevo nesta discussão, pois é exatamente a medida de sua riqueza que o IPVA pretende atingir, como mecanismo de assegurar um sistema fiscal justo e equilibrado.

3.2 – Conseqüente normativo do IPVA

Ocorrido o fato gerador, automaticamente há o surgimento da relação jurídica tributária, com a estrutura da obrigação tributária daí decorrente. Logo, necessário identificar os sujeitos desta relação – sujeito ativo e passivo – e seu objeto – a quantificação do crédito tributário –, já que seu nexu imputativo decorre da norma jurídica.

O sujeito ativo da obrigação tributária relativa ao IPVA é o Estado-membro ou o Distrito Federal, na medida em que estes entes não costumam delegar a capacidade tributária ativa para outras pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Indireta. Trata-se de decorrência lógica do aspecto espacial da hipótese de incidência tributária.

O sujeito passivo, por sua vez, pode ser o contribuinte, proprietário do veículo automotor, que pratica o aspecto material do fato gerador; ou o responsável tributário, como sendo o terceiro, designado pela lei, que possua vinculação com a relação jurídica tributária em questão. Interessa, para o presente trabalho, a sujeição passiva do contribuinte, pois a capacidade econômica tributada será sempre a sua, ainda que o dever jurídico venha a ser cumprido pelo responsável.

O aspecto quantitativo da norma tributária define o objeto da obrigação tributária, por se tratar dos critérios que permitem estabelecer o montante a ser recolhido aos cofres públicos, esperando-se, naturalmente, que este valor seja condizente com a capacidade econômica do contribuinte.

No IPVA, a base de cálculo, como mensuração econômica do aspecto material da hipótese de incidência, é o valor venal do veículo, normalmente apurada pelo próprio sujeito ativo, através da modalidade de lançamento conhecida como “de ofício”. Neste imposto os valores objeto do lançamento tributário aproximam-se substancialmente dos valores de mercado, uma vez que usualmente se utiliza das tabelas divulgadas por

entidades credenciadas; logo, evita-se a defasagem no recolhimento do tributo, o que se daria em franco prejuízo da Administração Pública e da solidariedade fiscal, pois haveria uma tributação desigual, desproporcional à capacidade contributiva do contribuinte, como ocorre com o IPTU.[11]

Com relação à alíquota, o texto constitucional, como acima destacado, permitiu a tributação de acordo com a utilização do veículo automotor a partir de 2004, com a edição da Emenda Constitucional n. 42. Sendo assim, torna-se imprescindível examinar a competência estadual e distrital para estabelecer alíquotas progressivas e/ou diferenciadas, que é justamente o cerne desta discussão através da análise do princípio da capacidade contributiva e da extrafiscalidade.

O aspecto procedimental estabelece o mecanismo de desenvolvimento da relação jurídica tributária. É a visão dinâmica da relação inserida na norma. Este critério assegura ao cidadão que a forma de relacionamento entre as partes estará disciplinada na lei, sobretudo para resguardar seus interesses perante o Estado.

Evidenciado os aspectos da norma jurídica do IPVA, passa-se a abordar o conceito do princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os mecanismos de tributação extrafiscal, no intuito de verificar a compatibilidade da aplicação destas regras para o imposto em questão.

4 – PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Os princípios constitucionais são normas diretivas que visam balizar a formação de determinado sistema jurídico, a partir de considerações relevantes neles consagrados. São normas tidas como imprescindíveis à estruturação deste sistema. Estes princípios traduzem, por exemplo, a exteriorização de alguns direitos fundamentais, normalmente considerados auto-aplicáveis. Nos dizeres de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2007, p. 198), “são garantias de direitos fundamentais, notadamente capacidade, liberdade, dignidade humana, propriedade e igualdade, além de valores republicanos, federalistas e solidaristas.”

Nesta concepção, os princípios constitucionais tributários são colocados como forma de limitação do exercício da competência tributária por parte dos entes federados. Na construção das ordens jurídicas parciais, devem ser rigorosamente atendidos estes preceitos. O fato de consagrarem restrições, assegurando garantias fundamentais aos contribuintes e a implementação segura do pacto federativo, levou a doutrina a

reconhecer que tais dispositivos constitucionais devem ser considerados cláusulas pétreas – artigo 60, § 4º, da CRFB – inalteráveis até mesmo por emendas constitucionais.

A aplicação dos princípios na formação do sistema tributário nacional deve ser observada pelo legislador ordinário, vinculado às ordens jurídicas parciais, bem como pelo Poder Judiciário, no momento de dirimir quaisquer conflitos oriundos da incidência da norma tributária. O controle de constitucionalidade das normas legais perante os princípios é exercido pelo controle difuso ou concentrado, como previsto no texto constitucional e na legislação processual vigente.

Com este breve preâmbulo na introdução do princípio da capacidade contributiva buscou-se demonstrar sua relevância, como direito fundamental do cidadão-contribuinte, que permite a restrição do exercício da competência tributária do Estado, a ser observada pelos Poderes da República. Essencial, portanto, a abordagem pormenorizada de seus pressupostos.

4.1 – Natureza constitucional

Vários países[12], em atenção à idéia de Estado de Direito, inseriram em seus textos constitucionais o princípio da capacidade contributiva. As constituições brasileiras, inclusive a atual e com exceção das constituições vigentes à época do regime militar[13], fizeram ou faz menção expressa ao princípio.

O artigo 145, § 1º da CRFB prevê que: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo capacidade econômica do contribuinte (...)”.

Como se nota, a capacidade contributiva é o primeiro princípio constitucional-tributário previsto no Capítulo do Sistema Tributário Nacional. Portanto, na qualidade de princípio e, por conseguinte, como espécie de norma, a capacidade contributiva deve ser observada pelo legislador no momento de exercer seu ofício, assim como pelo Judiciário, que, perante o caso concreto, deverá interpretar e efetivar a Constituição.

4.2 – Origem da capacidade contributiva como corolário do princípio da isonomia - parâmetro de justiça tributária

Segundo Ruy Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (BARBOSA *apud* SHOUERI, 2005, p. 273)

José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 51) aponta que o conteúdo do princípio da capacidade contributiva é encontrado no princípio da isonomia. Esta, quando alcançada, efetivará a justiça.

Esta igualdade de tratamento dos cidadãos integrantes de qualquer Estado que adote o regime republicano deve estender-se para todas as matérias que envolvam o interesse público. Sob esta ótica está inserido no direito tributário, em razão da importância da relação jurídica instaurada entre o contribuinte e o poder público, foi tratado de forma específica à partir do texto constitucional de 1988, com a rubrica de princípio da isonomia.[14]

A professora Misabel Abreu Machado Derzi desenvolveu vasto estudo sobre o princípio ora em análise, abordando sua origem, seus aspectos formais e sua moderna interpretação e aplicação. A busca da igualdade material é ponto fundamental da democracia contemporânea, visando propiciar idênticas condições sociais, culturais e econômicas para o desenvolvimento de todas as pessoas. A igualdade, portanto, pressupõe efetivar as oportunidades para que todos exerçam a cidadania em sua plenitude. Vale-se, novamente, de sua lição para definir os critérios de comparação para se estabelecer as diretrizes básicas da aplicação da igualdade material:

Os critérios de comparação, como variáveis, que permitirão agrupar os seres em iguais ou desiguais, traçam as linhas mestras da igualdade material e cristalizam a escala de valores constitucionalmente adotada.

De cinco maneiras se traduzem os critérios de comparação:

1. na proibição de distinguir (universalmente) na aplicação da lei, em que o valor básico protegido é a segurança jurídica;
2. na proibição de distinguir no teor da lei, vedação que salvaguarda valores democráticos como abolição de privilégios e de arbítrio. Os princípios da generalidade e da universalidade estão a seu serviço e têm como destinatários todos aqueles considerados iguais;
3. no dever de distinguir no conteúdo da lei entre desiguais, e na medida dessa desigualdade. No Direito Tributário, o critério básico que mensura a igualdade ou a desigualdade é a capacidade econômica do contribuinte;
4. no dever de considerar as grandes desigualdades econômico-materiais advindas dos fatos, com o fim de atenuá-los e restabelecer o equilíbrio social. A progressividade dos tributos favorece a igualação das díspares condições concretas, em vez de conservá-las ou acentuá-las;
5. na possibilidade de derrogações parciais ou totais ao princípio da capacidade contributiva pelo acolhimento de outros valores constitucionais como critérios de comparação, os quais podem inspirar progressividade, regressividade, isenções e benefícios, na busca de um melhor padrão de vida para todos, dentro dos planos de desenvolvimento nacional integrado e harmonioso.

Em nenhuma dessas cinco maneiras, por meio das quais agrupamos os distintos critérios de comparação (igualdade material), quebra-se o conceito de igualdade formal. (BALEIRO, 1998, p. 530)

A igualdade, princípio constitucional fundamental, será, no Direito Tributário, efetivada por meio do princípio da capacidade contributiva. Em outros termos, da concepção maior de igualdade extrai-se uma concepção de igualdade mais restrita no campo do Direito Tributário. Porém, esta concepção precisa, necessariamente, ter simetria com aquela.

O professor Nuno de Sá Gomes (2000, p. 208), ao prelecionar sobre o princípio da igualdade jurídica, sustenta que:

O princípio da igualdade jurídica, enquanto princípio jurídico fundamental, afirma, por um lado, a igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, o que tem, como corolários, os princípios da generalidade e da impessoalidade das leis, e, por outro, de um ponto de vista material, a proibição do arbítrio, e de discriminações na imputação subjectiva de direitos e deveres, o que implica a proibição de todos os privilégios ou imposições fiscais discriminatórios designadamente com base na ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Essa interpretação ganha ainda mais força quando o princípio da capacidade contributiva está previsto no texto constitucional, como ocorre no Brasil, Espanha, Itália, além de outros sistemas jurídicos[15]. Sendo assim, como lembra José Marcos Domingues de Oliveira:

Entendemos que no Direito Tributário a Igualdade se realiza através do princípio da capacidade contributiva, porque somente garantida a satisfação das necessidades mínimas, comuns a todos, é que, ao depois, se poderá tratar desigualmente os desiguais, discriminando-os licitamente com base nas respectivas riquezas diversas. (OLIVEIRA, 1998, p. 51-52)

Significa que a Constituição brasileira, assim como as constituições de outros países, ao garantir o princípio da igualdade e, restritivamente na seara tributária o princípio da capacidade contributiva, visa legitimar o direito e o dever de o cidadão contribuir para o Estado dentro da sua real capacidade econômica. O dever de pagar tributo, à luz do princípio da capacidade contributiva, surgirá somente após ser garantido a todos os cidadãos o direito de ter mínimo existencial devidamente resguardado. “O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social deve devolver” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 34). Por outro lado, o limite máximo para tributação é aquele que não tenha natureza confiscatória [16].

Nesse sentido, por meio da capacidade contributiva pode-se alcançar a justa repartição da carga tributária. Afasta-se políticas de interesses e aplica-se políticas fiscais éticas, ou seja, justas, inerentes ao Estado de Direito. E, dessa forma, quem tem maiores condições econômicas – capacidade de contribuir – deve repassar parcela maior da sua riqueza para os cofres públicos, ao contrário de quem tem poucas condições de contribuir. Essa é a idéia de igualdade, que sendo observada, proporciona a justiça. Restritivamente no direito tributário, fala-se em justiça tributária ou fiscal.

A partir dessa análise, vários tributaristas apresentam diferentes definições para o princípio da capacidade contributiva. Segundo Klaus Tipke, o princípio da capacidade econômica é definido como:

todos deben pagar impuestos con arreglo al importe de su renta, em la medida em ésta exceda del mínimo existencial y no deba utilizarse para atender obligaciones particulares de carácter ineludible (TIPKE, 2002, p. 35)

Para Douglas Yamashita, o princípio da capacidade econômica significa “todos devem pagar impostos segundo o montante de renda disponível para o pagamento de impostos” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 31).

Aliomar Baleeiro, citado por José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 56), definiu capacidade contributiva do indivíduo a “sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total de serviços públicos”.

Assim, o princípio da capacidade contributiva, norma de eficácia plena, pode ser compreendido como dever de todos os indivíduos repassarem proporcionalmente aos cofres públicos parte do saldo de sua riqueza, que deverá ser apurada após o exercício de todos os direitos constitucionais.

4.3 – O duplo sentido do princípio da capacidade contributiva

A doutrina[17] divide o princípio da capacidade em dois sentidos: (i) objetivo ou absoluto e (ii) subjetivo ou relativo. No sentido absoluto, deve-se buscar, para fins de tributação, uma riqueza. Em outros termos, como pressuposto para imposição tributária, o legislador deve visar uma fonte apta para gerar receita tributária para o Estado.

Já no sentido subjetivo, verifica-se quais são as situações que podem ou não ser tributadas, ou seja, “a parcela dessa riqueza que será objeto da tributação em face de condições individuais (capacidade contributiva como critério de graduação e limite do tributo)” (OLIVEIRA, 1998, p. 57). Como lembra Schoueri (2005, p. 283), o exemplo clássico, onde uma pessoa percebe quantia razoável a título de pagamento de alugueres, porém deve arcar com medicamentos caros e enfermeiros, em razão de sua saúde precária. Assim, essa pessoa terá boa capacidade econômica, mas não capacidade contributiva.

Por isso, Douglas Yamashita e Klaus Tipke (2002, p. 32 – 34) apontam que o princípio da capacidade contributiva é considerado como princípio de individualidade e princípio de realidade. É compreendido como princípio da individualidade porque a capacidade contributiva, norma jurídica, deve buscar a justiça individual, isto é, levar em consideração, para fins de tributação, as condições pessoais do sujeito passivo. Assim, não se deve observar a capacidade de contribuir dos grupos sociais.

O princípio da capacidade contributiva também está diretamente entrelaçado com o princípio de realidade, pois visa uma fonte de riqueza existente e não presumida[18]. Assim, Klaus Tipke e Douglas Yamashita definem que o princípio da capacidade contributiva não é um princípio de valor nominal, mas sim real.

4.4 – Princípio da capacidade contributiva e os impostos pessoais e reais

Dentre as diversas classificações de tributos apresentadas, ganhou maior relevância a distinção existente entre tributo real e pessoal. Lembra Luciano Amaro (2005, p. 89) que o tributo pessoal leva em conta características pessoais do contribuinte, tais como, estado civil, dependentes do contribuinte, dentre outros. O tributo real, por seu turno, ignora todos esses aspectos, que são próprios do contribuinte. Dessa forma, considera-se tributo pessoal o imposto de renda, por exemplo. Considera-se real o imposto de transmissão de imóveis, a título de ilustração. O IPVA, ora em estudo, pertence, a partir dessa classificação, ao segundo grupo.

Não se pode olvidar a influência do STF nessa classificação, quando do julgamento do RE 153.771 – MG (BRASIL, 1997b). Na oportunidade discutia-se a possibilidade de o IPTU, classificado como imposto real, ser progressivo ou não. O Ministro Moreira Alves, relator do Acórdão, acompanhado pelos demais membros da Corte, com exceção do Ministro Carlos Velloso, entendeu que a capacidade contributiva – art. 145 § 1º da CRFB – somente deveria ser observada nos impostos tidos como pessoais.

Entretanto, por mais que pese a decisão desse *leading case*, que, inclusive, ensejou posteriormente uma Emenda Constitucional – a de número 29[19], discorda-se da decisão. A propósito, tudo caminha para que o Supremo Tribunal Federal, no RE 562045 – RS, altere o entendimento sobre a matéria, conforme adiante se abordará.

Amílcar Falcão (1994, p. 03), há muito tempo, lembrava que os impostos não recaem sobre coisas. A relação tributária para ele é, invariavelmente, pessoal ou obrigacional. A indicação da coisa serve para indicar a capacidade econômica medida pelo fato gerador de determinado tributo. Assim, por exemplo, a propriedade sobre veículo indica o aspecto material do IPVA. Em conjunto com os demais aspectos – espacial, temporal e pessoal –, poderá ocorrer o fato gerador do imposto.

Não há como sustentar cientificamente a citada classificação, haja vista que tal tese encontra-se completamente ultrapassada na doutrina brasileira e alienígena, em decorrência do equivocado raciocínio jurídico. De fato, entender-se que a relação

jurídica tributária do imposto sob comento forma-se, muitas vezes, estritamente, entre o Fisco e determinado fato econômico, é negar-se, abruptamente, toda a base de assentamento da sistemática jurídica. O fato econômico, quando tributado, é juridicizado, ou seja, entra no mundo jurídico e passa a ser visto sob o âmbito do Direito. Assim, a tributação incidirá sobre a aquisição do direito de propriedade do contribuinte em face do bem, e não, como pretendem alguns, estritamente sobre o próprio bem. Nunca é demais lembrar que as relações jurídicas têm sempre nos pólos passivo e ativo, pessoas e, jamais, um objeto e uma pessoa.

Incisivo é o entendimento da professora Misabel de Abreu Machado Derzi, em sua obra “Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano”:

Todos os impostos são pessoais, não tendo cabimento distinguir entre eles. Assim, é completamente equivocado mencionarmos que o imposto incide sobre a coisa, a mercadoria, o produto industrializado, o imóvel.

Os tributos têm, como pressuposto fático, um estado, uma situação jurídica, um comportamento de pessoas, sempre uma relação entre pessoa e coisa. (...)

Não cabe falar, pois, em impostos objetivos e subjetivos ou em reais e pessoais. Todos os pressupostos tributários são subjetivos, assim como é pessoal a obrigação tributária. (DERZI, 1982, 309-310).

O significado básico e objetivo deste princípio é de que todos sejam tratados igualmente, suportando a mesma carga de tributos. Assim, quem tem maior capacidade econômica deve, a fim de preservar a igualdade entre os cidadãos, pagar mais tributos. Exige-se, pois, que todos contribuam, por via de impostos, na medida de suas manifestações exteriores de riqueza.

Tem-se, portanto, que a capacidade contributiva nada mais é do que a condição econômica do contribuinte para pagar tributo, para transferir parcela de sua renda ou patrimônio em benefício do Estado. Será subjetiva quando leva em consideração a real possibilidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária, na exata medida de sua disponibilidade financeira – econômica / patrimonial –. Torna-se objetiva quando a incidência da norma jurídica tributária toma como parâmetro elementos que manifestem sinais exteriores de riqueza – normalmente bens patrimoniais.[20]

A partir da leitura do texto constitucional, nota-se que a constituinte de 1988 elegeu o princípio capacidade contributiva como indicativo da realidade econômica do sujeito passivo da obrigação tributária. Logo, desarrazoado adotar a distinção elaborada na classificação dos impostos como reais ou pessoais, para fins de aplicação do princípio da capacidade contributiva, como se este dispositivo constitucional somente se referisse aos impostos pessoais.

Desta forma, tem-se dois pilares essenciais sob os quais se assenta a hermenêutica do princípio ora em análise: os contribuintes que se encontram na mesma situação jurídica não podem ser discriminados; os contribuintes que não se encontram em situação jurídica equivalente devem ser desigualmente tratados. Frisa-se, portanto, que essa exegese deve prevalecer tanto para os impostos reais quanto para os pessoais. O IPVA não foge a regra.

4.5 – Proporcionalidade e progressividade como mecanismos para aplicação do princípio da capacidade contributiva no IPVA com finalidade fiscal.

No tópico anterior, teve-se a oportunidade de verificar, em linhas gerais, aspectos importantes sobre o princípio constitucional da capacidade contributiva. Dentre eles, constatou-se a possibilidade de os impostos reais, como é o IPVA, e não somente os rotulados como pessoais, serem pautados pelo princípio.

A propósito, por ora, prevalece o entendimento no STF – RE 153.771 – MG (BRASIL, 1997b) –, acima transcrito, de que os impostos reais somente poderão ser progressivos nos casos previstos no texto constitucional.

Entretanto, a Corte acena com a possibilidade de alterar o posicionamento, como também mencionado. É verdade que o julgamento – RE 562045 – RS (BRASIL, 2008) – não terminou, mas os Ministros Eros Grau, Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Joaquim Barbosa, estão pretensos a aplicar o princípio da capacidade contributiva em todos os impostos, reais ou pessoais, visando efetivar o princípio fundamental da igualdade. Por conseguinte, o Estado, ao tributar por meio de impostos, deverá observar se os iguais serão tratados como iguais e os desiguais como desiguais. A busca pela justiça será, de fato, prestigiada.

Nessa linha, existem dois elementos postos à disposição do legislador que possibilitam aplicar o princípio da capacidade contributiva. São eles: a proporcionalidade e a progressividade. Passa-se a analisá-los.

4.5.1 – Proporcionalidade

A proporcionalidade aqui mencionada não deve ser confundida com o “princípio da proporcionalidade”, atualmente muito difundido entre os juristas nacionais e estrangeiros contemporâneos. O imposto proporcional é aquele onde o valor a ser pago pelo contribuinte é extraído a partir de equação matemática, isto é, aplica-se um único percentual – alíquota – sobre determinada base de cálculo e, por conseguinte, chega-se ao resultado.

Na proporcionalidade, a alíquota, conforme mencionado, é única para todos os contribuintes. A diferença no montante a ser pago será detectada tão-somente caso haja distinção na base de cálculo. Então, por exemplo: o contribuinte “A” possui um veículo cujo valor de mercado é de R\$ 1.000,00. O contribuinte “B”, por sua vez, tem a propriedade de um veículo cujo valor venal é de R\$ 500,00. A proporcionalidade indica a existência de única alíquota. Suponha-se que a mesma seja de 1%. Portanto, “A” e “B” deverão pagar 10,00 e “B” 5,00, respectivamente.

A proporcionalidade é, até o presente momento, o único instrumento hábil, salvo as hipóteses previstas no texto constitucional, para diferenciar a tributação de impostos tidos como reais. Esse é o equivocado entendimento do STF.

Entretanto, tal posicionamento foi rebatido oportunamente no presente trabalho. Na busca pela justiça tributária ou fiscal, o princípio da capacidade contributiva – art. 145 § 1º da CRFB – deve pautar a tributação de todas as espécies de impostos. Para tanto, não se pode abrir mão da progressividade como medida da capacidade econômica do cidadão-contribuinte.

4.5.2 – Progressividade

Luciano Amaro (2005, p. 142) aponta a proporcionalidade como a possibilidade de utilização de alíquota mais alta nas hipóteses em que a riqueza tributável for maior. Da mesma forma, quando a riqueza for menor, alíquotas mais baixas deverão ser aplicadas. Para o autor, “a onerosidade relativa aumenta na medida do crescimento da renda (...). Não apenas quem ganha mais paga mais, mas paga progressivamente mais” (AMARO, 2005, p. 91).

Para o autor, entretanto, a proporcionalidade não deve ser visualizada como uma consequência necessária do princípio constitucional da capacidade contributiva (AMARO, 2005, p. 142). Coaduna com esse pensamento, Klaus Tipke e Douglas Yamashita (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 71).

Para Maurício Conti, citado por Klaus Tipke e Douglas Yamashita, são duas as teses para a tributação progressiva. Uma delas, no momento fora de análise, é a utilização da progressividade como instrumento para tributação extrafiscal. A segunda, relevante para o presente trabalho, aponta que a tributação extrafiscal é a “que melhor obedece ao princípio da capacidade contributiva, pois visa a igualar o sacrifício dos contribuintes e obter a equidade vertical” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 72).

Na mesma linha, Hugo de Brito Machado entende que a progressividade efetiva a isonomia. O autor conceitua o imposto progressivo como aquele que “é crescente na medida em que aumenta o valor da matéria tributada” (MACHADO, 2007, p. 321-322). Pertinente a distinção existente entre progressões simples e graduada, trazida pelo autor, já que quanto maior for a riqueza tributada, mais alta deverá ser a alíquota, e esta, por sua vez, deverá abranger toda a matéria tributável. Essa é a progressão simples.

A progressão graduada, por sua vez, é a única que é compatível com o texto constitucional, pode ser compreendida como aquela que se vale de várias alíquotas, que devem ser aplicadas em cada faixa de valor. Assim, entre limites mínimo e máximo de valor, aplica-se determinada alíquota. Caso a riqueza total seja maior do que aquele valor, aplica-se, em relação ao mesmo a determinada alíquota e, no que exceder, utiliza-se outra alíquota, mais alta.

Em números, por exemplo: suponha-se que a lei do IPVA em Minas Gerais determinasse que veículos cujo valor venal seja de até R\$ 1.000,00, a alíquota aplicável fosse de 1%. Suponha-se, também, que a mesma lei preveja que os veículos cujo valor venal for entre R\$ 1.000,00 e R\$ 5.000,00, a alíquota aplicável seja de 2%. Suponha-se, ainda, que o contribuinte “A” possua um carro, cujo valor dele é de R\$ 1.006,00. Segundo a teoria de Hugo de Brito, a alíquota de 2% não deve ser aplicada sobre o valor total da medida de riqueza – veículo –, cujo valor é de R\$ 1.006,00. Se assim o fosse, a progressão seria simples, incompatível com o texto constitucional. Por meio da progressão graduada, o imposto deveria ser pago da seguinte forma: R\$ 1.000,00, aplica-se alíquota de 1% e chega-se ao resultado de 10,00; R\$ 6,00 aplica-se a alíquota de 2% e chega-se ao resultado de R\$ 0,12. Por conseguinte, o montante a ser pago corresponde a R\$ 10,12.

A partir dessas análises, compreende-se que progressividade é um mecanismo posto à disposição do legislador tributário, decorrente do princípio constitucional da capacidade contributiva, que tem como objetivo tributar progressivamente mais fontes de riquezas maiores, na busca da justiça fiscal.

Após a análise do instituto da progressividade tributária, parte-se, no capítulo que segue, para análise da utilização desse mecanismo visando a tributação do IPVA, sob a perspectiva meramente fiscal.

5 – A extrafiscalidade e o princípio da capacidade contributiva

Além da tributação com alíquota variável de acordo com o valor venal do bem, também se utiliza a exigência do imposto de acordo o tipo de uso ou finalidade do veículo automotor, estabelecendo-se alíquotas diferenciadas pela modalidade da utilização, como se verificava com a antiga Taxa Rodoviária Única.

Apresenta-se esta formatação como sendo um mecanismo da progressividade, um gênero caracterizado única e exclusivamente em função de um aspecto formal: cobrança de imposto segundo alíquotas variáveis. A natureza dos critérios determinantes desta variação de alíquotas não é relevante para se conceituar o gênero progressividade, mas sim suas espécies: progressividade fiscal e progressividade extrafiscal.

Haveria progressividade fiscal quando as alíquotas do imposto variem segundo a capacidade contributiva presumida do contribuinte. É o caso clássico do Imposto de Renda das pessoas físicas – CRFB, art. 153, § 2º, I –, cujas alíquotas aumentam na medida em que aumenta a remuneração do contribuinte.

Haveria progressividade extrafiscal quando a variação das alíquotas se basear em critério distinto da capacidade contributiva presumida do contribuinte. É o caso da seletividade que a CRFB autoriza seja utilizada no IPI – CRFB, art. 153, § 3º, I – e no ICMS – CRFB, art. 155, § 2º, III –, e da progressividade extrafiscal autorizada para o ITR – art. 153, § 4º - e para o IPTU – CRFB, art. 182, § 4º, c/c 156 –. O professor Hugo de Brito Machado designou esta modalidade de seletividade, especial para o imposto sobre o patrimônio, distinguindo esta modalidade da denominada progressividade extrafiscal:

No caso do IPTU do Município consulente, tem-se evidenciada a seletividade, pela diversidade de alíquotas. Para os imóveis residenciais o imposto é de apenas 0,7% (sete décimos por cento), porque o legislador considera que a residência é um imóvel essencial. Faz-se necessário para todos. Além disto, o imposto neste caso é afinal efetivamente suportado pelo proprietário do imóvel. Em se tratando de imóveis não residenciais, a alíquota é de 2% (dois por cento). O legislador levou em consideração que, sendo o imóvel utilizado para fins profissionais, ou empresariais, geralmente é possível a transferência do ônus tributário para terceiro. (...)

Cuida-se de alíquotas diferentes, aplicáveis para o cálculo do imposto de imóveis diferentes, e não de alíquotas crescentes para o cálculo do imposto de um mesmo imóvel, em razão de um fator qualquer, que caracterizaria a progressividade (...).

Progressivo é o tributo cuja alíquota cresce na medida em que aumenta a base tributável, ou, excepcionalmente, um outro critério considerado relevante para a determinação do valor do tributo. A progressividade é sempre relacionada a um mesmo contribuinte, não se podendo confundir com a seletividade, configurada pela variação de alíquotas em relação objetiva com o objeto da tributação. O IPTU, nos termos da Lei nº 8.125/97, do Município de Fortaleza, não é progressivo, sendo a ele inaplicável a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional qualquer progressividade para o IPTU, que não seja a progressividade no tempo, nos termos do art. 182, § 4º, inciso II, da CF/88.

O STF, em julgamento examinando a validade deste critério para o IPTU, enfatizou que a tributação pela utilização do bem não se confunde com a progressividade fiscal:

TRIBUTÁRIO - IPTU - MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - LEI Nº 5.447/93, ART. 25, REDAÇÃO DA LEI Nº 5.722/94 - ALEGADA OFENSA AO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO.

Simple duplicidade de alíquotas, em razão de encontrar-se ou não, edificado o imóvel urbano, que não se confunde com progressividade do tributo, que o STF tem por inconstitucional, quando não atendido o disposto no art. 156, § 1º, aplicado com limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta de 1.988. Recurso não conhecido. (BRASIL, 1999).

A tributação de acordo com a utilização do bem, como ocorre no IPVA, não pode jamais ser designada de progressividade, pois as alíquotas não são estabelecidas com a finalidade de atingir a capacidade econômica do contribuinte do imposto. Esta

característica da progressividade é indissociável da aplicação do princípio da capacidade contributiva.

A equivocadamente denominada progressividade extrafiscal é um mecanismo peculiar e específico de extrafiscalidade, em que se utiliza as alíquotas diferenciadas para atingir uma finalidade pretendida pela Administração Pública e que encontre autorização legislativa no sistema jurídico, evitando que se adote este mecanismo como quebra do princípio da isonomia na tributação.

Conclui-se, dessa forma, que a adoção de alíquotas distintas de acordo com a utilização do veículo automotor não pode ser considerada progressividade fiscal, sendo inadequada a terminologia de progressividade extrafiscal. Trata-se, na realidade, de um mecanismo de exigência do tributo para atender finalidades diversas da mera arrecadação – função fiscal –, mediante prévia autorização constitucional, em razão da necessidade de sua conjugação com o princípio da isonomia tributária.

6 – A justa tributação do IPVA a partir da capacidade contributiva e da extrafiscalidade.

O constituinte indicou a propriedade de veículo automotor como um dos fatos geradores de impostos arrolados no texto constitucional. Ao fazer alusão à propriedade, constatou-se uma fonte de riqueza tributável, passível de receita para o Estado. Obviamente, quanto mais luxuoso e mais caro for o veículo, a presunção de riqueza, ao menos relativa, aumentará. Portanto, com base nesse exemplo e sob o aspecto da capacidade contributiva objetiva, não se pode negar a possibilidade de ocorrer uma tributação maior, seja pela proporcionalidade, seja pela progressividade. O inverso também deverá ser observado, isto é, quanto menos luxuoso e mais barato for o veículo, menor deverá ser a tributação.

Não obstante, caso a presunção do legislador não esteja em consonância com a realidade econômica do contribuinte, a capacidade contributiva subjetiva, em seu sentido real e individual, deverá ser aplicada, em busca da igualdade e justiça tributárias. Dessa forma, a capacidade contributiva – objetiva e subjetiva – deverá sempre pautar a tributação, pois, quem arca com o pagamento dos tributos são as pessoas e não as coisas. Qualquer tributação que não leve em consideração esse princípio violará a igualdade tributária e, por conseguinte, a justiça. Logo, inócua e equivocada a classificação acima apresentada e encampada pelo STF de tributos pessoais e reais.

Com a Emenda Constitucional 42 de 2003, que acrescentou os incisos I e II no parágrafo 6º do art. 156 da Constituição, a possibilidade de se tributar o IPVA com finalidade extrafiscal encontra-se expressa no texto constitucional. Sendo assim, visando atribuir uma função indutora à norma tributária, pode o legislador diferenciar a tributação do IPVA. Contudo, a conduta induzida deve ser prevista pelo texto constitucional e atingir as finalidades sociais e públicas derivadas da matriz constitucional.

Frise-se que a extrafiscalidade não pode ser utilizada aleatoriamente, mas de forma a assegurar que as alíquotas diferenciadas do IPVA atendam os pressupostos constitucionais que justificam esta quebra à base da isonomia tributária.

Dessa forma, constata-se que o princípio da capacidade contributiva é compatível e necessário para a justa tributação do IPVA, buscando atingir a correta capacidade econômica do contribuinte, esperando-se a imprescindível modificação do posicionamento do STF sobre a matéria. A extrafiscalidade para o tributo em análise é possível a partir da modificação do texto constitucional, permitindo sua adoção, mas apenas e tão-somente nas situações que atendam à finalidade pública e social, evitando a violação indiscriminada ao princípio da isonomia tributária.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 512 p.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. rev. e atual. / por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1120 p.

_____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. ver e atual. / por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*, de 27 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Congresso Nacional, 1966. 40 p.

_____. Constituição (1967a). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

_____. Constituição (1967b). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Altera dispositivos da Constituição Federal. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. Constituição (1967c). Emenda Constitucional nº 25, de 28 de novembro de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

_____. Constituição (1988a). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

_____. Constituição (1988b). Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.176/SP. Procurador Geral da República *versus* Governador e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Min. Décio Miranda. Brasília, 14 de jun. de 1984. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rp\\$.SCLA.%20E%201176.NUME.\)%20OU%20\(Rp.ACMS.%20ADJ2%201176.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rp$.SCLA.%20E%201176.NUME.)%20OU%20(Rp.ACMS.%20ADJ2%201176.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 27 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 167.777/SP. Indústria Metalúrgica Favorita e outros *versus* Estado de São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de maio de 1997a. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=167777&classe=AI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153771/MG. José Tarcízio de Almeida Melo *versus* Município de Belo Horizonte. Relator Carlos Velloso. Relator para o Acórdão Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de set de 1997b. Disponível

em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153771&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 229.233/SP. Sol Poente Imobiliária Ltda *versus* Município de São José do Rio Preto. Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 26 de mar. de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 18 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 562045/RS. Estado do Rio Grande do Sul *versus* Espólio de Emília Lopes de Leon. Relator Min. Ricardo Lewandovsky. – em andamento (2008). Disponível em: <http://74.125.45.104/search?q=cache:NJt_DWBeV3sJ:www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp%3Fnumero%3D562045%26classe%3DRE%26origem%3DAP%26recurso%3D0%26tipoJulgamento%3DM+RE+562045&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br> Acesso em: 26 set. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. 1385 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. São Paulo: Maxilimonad, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 917 p.

_____, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 675 p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6 ed. rev. e atual. / por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 94 p.

GOMES, Nuno de Sá. GOMES. *Manual de direito fiscal*. vol. II. 9ª ed. Rei dos Livros: Coimbra, 2000, p. 208.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 560 p.

_____. Ausência de Progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 31.

MAMEDE, GLADSTON. *IPVA: imposto sobre a propriedade de veículos automotores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 183 p.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 926 p.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário: capacidade contributiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 206 p.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dário da Silva. *Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 65 p.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 400 p.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Perfil constitucional da hipótese de incidência do IPVA. *Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v.4, n.23, p. 139-153, set./out. 2006.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. 127 p.

_____, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Martins Pons, 2002. 146 p.

[1] Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Professor Adjunto de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Procurador do Município de Belo Horizonte e Advogado.

[2] Mestrando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, Professor do Curso de Graduação da Universidade José do Rosário Vellano – Unifenas – e Advogado.

[3] O artigo 18, I, da Constituição de 1967, previa que: “Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir: I - taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;” (BRASIL, 1967a).

[4] Registre-se, por oportuno, que as taxas criadas para a finalidade de manutenção de rodovias e vias públicas são manifestamente inconstitucionais, pois não se trata de serviço público divisível, uma vez que não se consegue delimitar com exatidão os respectivos beneficiários da atividade estatal. Ademais, poder-se-ia questionar que a

manutenção somente se realizar através de obra pública, que não permite a exigência de taxa, já que há previsão constitucional de tributo específico para este fato gerador, observado seus pressupostos normativos.

[5] A TRU, dentre outros questionamentos, era contestada em razão de sua base de cálculo ser o valor do veículo e não a prestação de serviço estatal. Esse tipo de base de cálculo é característica dos impostos e não das taxas.

[6] O artigo 23, III, da Constituição de 1967, item acrescentado pela Emenda Constitucional nº 27, de 1985, dispunha que: “Art. 23: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – (...); II – (...); III - propriedade de veículos automotores, vedada a cobrança de impostos ou taxas incidentes sobre a utilização de veículos;” (BRASIL, 1967c)

[7] A redação não disciplina com exatidão o fato gerador, sendo praticamente um derivativo da interpretação dos considerandos da exposição de motivos e outros aspectos inseridos no texto normativo.

[8] Não se pode deixar de consignar, aqui, a absoluta discordância do precedente do STF sobre a matéria, que torna inócua a previsão constitucional inserida no art. 146, inciso III, da CRFB, determinando a prévia edição de lei complementar definindo os elementos essenciais para que os entes federados instituíam validamente os tributos de suas respectivas competências. Ademais, este posicionamento permite o conflito de competência entre os Estados-membros, que somente pode ser afastado através da edição de lei complementar. Necessária a ressalva, uma vez que o presente texto não tem o objetivo de abordar esta questão.

[9] O professor Sacha Calmon Navarro Coelho afirma, com propriedade, que “afigram-se mais como apelidos diversos do que mudanças dogmáticas de conteúdo.” (2007, p. 376)

[10] Amílcar Arújo Falcão, Diro Jarach, Ruy Barbosa Nogueira, dentre outros.

[11] No IPTU, a base de cálculo também apurada na modalidade de lançamento de ofício, parte da denominada Planta de Valores Genéricos, que de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, somente pode ser fixada por lei. Dessa forma, o valor venal que deveria nortear a incidência do imposto fica defasado, acarretando a indevida diminuição da arrecadação, em prejuízo à coletividade, além de causar uma injustiça fiscal, já que os contribuintes não recolhem em conformidade com sua capacidade econômica.

[12] Conforme apresentado por José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 42-45), o princípio da capacidade encontra-se positivado em várias constituições: Itália (art. 53), Espanha (art. 31), Venezuela (art. 223), Portugal (art. 130, nº 2), Argentina (art. 4º) etc.

[13] A Emenda nº 18 à Constituição de 1946, elaborada em 1965, excluiu da redação original a previsão expressa do princípio. A Constituição de 1967, assim como, nas posteriores Emendas Constitucionais, inclusive a de nº 01 em 1969, o princípio da capacidade contributiva não tinha previsão expressa no texto normativo.

[14] Misabel Abreu Machado Derzi elaborou substancial estudo sobre o princípio da igualdade, onde ressalta:

“Com a formação do Estado moderno e a superação do feudalismo, a nova ordem econômica capitalista que se inicia tem seu ponto alto no século XVIII. Locke, Rousseau e Montesquieu ofereceram postulados teóricos e doutrinários convenientes ao momento histórico da nova ordem, aproveitados pelos revolucionários franceses e norte-americanos. O princípio da igualdade vem expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e surge como reação a um sistema de privilégios e discriminações.

Lembra Lejeune Varcárcel que a cristalização do princípio da igualdade em perspectiva constitucional vem então de forma revolucionária como ruptura ao sistema anterior. Marcado, por tal razão, de rigidez (cf. op. cit., p. 37), serviu ao Estado policial e neutro do liberalismo econômico com que a burguesia se firmou como classe política dominante. Nesse enfoque do liberalismo, o princípio da igualdade se desdobra em paridade de tratamento perante a lei, sem quaisquer privilégios, como reforço da segurança jurídica. Realçam-se apenas os aspectos negativos do princípio, vedando-se as discriminações no teor da lei e, finalmente, compreende-se como justa a tributação proporcional à capacidade contributiva de cada um. No Direito Tributário, generalidade e capacidade contributiva são os correspondentes dessas noções de justiça como norma de tratamento, perfeitamente compatíveis com o capitalismo liberal.

Mas o constitucionalismo moderno trabalha com exigências jurídicas concretas. Abandona a igualdade formal própria do liberalismo clássico e, ao impulso das idéias socializantes, impõe a busca da igualdade na ordem dos fatos, de caráter econômico-material. O Estado intervencionista põe-se a serviço de uma nova ordem social e econômica mais justa, menos desigual, em que seja possível a cada homem desenvolver digna e plenamente sua personalidade.” (BALEEIRO, 1998, p. 528-529).

[15] Na Alemanha, por sua vez, o princípio da capacidade contributiva não é previsto expressamente no texto constitucional. Compete ao princípio constitucional da igualdade direcionar a justiça social e, por conseguinte, tributação justa. Nesse país, a doutrina e a jurisprudência declaram-se favoráveis pela aplicação, mesmo que não positivada na Constituição, do princípio da capacidade contributiva. Para os alemães, através do princípio pode-se alcançar a justiça tributária.

[16] O princípio da vedação ao confisco não é objeto do presente trabalho, apesar de sua menção. O mencionado merece a produção de trabalho próprio e detalhado.

[17] OLIVEIRA (1998, p. 57) e SCHOUERI (2005, 282 – 285).

[18] Como, por exemplo, capacidade contributiva sob a ótica do talento pessoal.

[19] A Emenda nº 29 alterou e acrescentou dispositivos no texto constitucional. Dentre outros, alterou o parágrafo primeiro e acrescentou dois incisos ao art. 156 CRFB. Visivelmente, o objetivo do constituinte derivado era de autorizar a progressividade no IPTU, em razão do valor, localização e uso do imóvel.

[20] “Griziotti, há quase meio século, dizia que a capacidade contributiva indicava a potencialidade das pessoas de contribuir para os gastos públicos. Moschetti a conceituou como ‘aquela força econômica que deva julgar-se idônea a concorrer às despesas públicas’, e não ‘qualquer manifestação de riqueza’, acentuando assim a capacidade econômica real do contribuinte e, pois, personalizando o conceito Aliomar Baleeiro avançou um pouco mais, fazendo surgir a capacidade contributiva como o elemento excedentário, sobrando, da capacidade econômica real do contribuinte; seria a ‘sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos; Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez, desde a Espanha, predicam que o princípio da capacidade contributiva estende-se às pessoas jurídicas, as quais têm que satisfazer necessidades operacionais mínimas sob pena de extinção. Somente após este limite teriam capacidade contributiva. Alberto P. Xavier aduz que capacidade contributiva, igualdade, legalidade e generalidade da tributação assumiram uma profunda unidade sistemática, como ‘emanação do Estado de Direito no domínio dos impostos.’ Ao dizer o que disse, considerou o princípio da capacidade contributiva como o princípio operacional da igualdade de todos perante a lei na medida de suas desigualdades.” (COELHO, 1999, p. 81).

A MUTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A SEGURANÇA JURÍDICA, A CONFIANÇA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS ÀS DECISÕES*

THE CHANGEABILITY OF THE SENTENCES IN SUBSTANCE TAX IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL . THE LEGAL SECURITY, THE CONFIDENCE AND THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION. THE POSSIBILITY OF MODULATION AND ATTRIBUTION OF EFFECT PROSPECTIVOS TO THE DECISIONS

Ivo Jose Kunzler

RESUMO

Com a presente análise, se pretende contribuir com a investigação acerca da origem e do fundamento teórico das diversas escolas teóricas sobre interpretação do direito constitucional, que instrumentalizam a atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional na sua atividade de Controle de Constitucionalidade em matérias tributária. Analisa ainda as razões da necessária modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, quando isso ocorre por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e quando poderá restringir os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado pela própria decisão

PALAVRAS-CHAVES: MUTABILIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO. EFEITOS

ABSTRACT

With the present analysis, if it intends to contribute with the inquiry concerning the origin and of the theoretical bedding of the diverse theoretical schools on interpretation of the constitutional law, that instrumentation the jurisdictional activity of the Constitutional Court in its activity of Control of Constitutionality in substances tax. It still analyzes the reasons of the necessary modulation of the effect of the decision for the Supreme Federal Court, when this occurs for reasons of legal security or bonanza social interest, and when it will be able to restrict the effect of that declaration of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

unconstitutionality or to decide that it only has effectiveness from its judged transit at or of another moment that comes to be fixed by the proper decision

KEYWORDS: KEY-WORD: CHANGEABILITY. LEGAL SECURITY. INTERPRETATION. EFFECT.

I – Introdução

A relevância da análise do acórdão resultante da interpretação que o Supremo Tribunal Federal, última instância judicial de prestação jurisdição constitucional no Brasil, por sua composição plenária de julgamento, deu em sede de controle difuso de constitucionalidade, à norma constitucional que disciplina o aproveitamento dos créditos do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, tributados com alíquota (zero) na entrada – aquisição da matéria prima, insumos. Entre várias possibilidades, pretende-se analisar e compreender melhor porque o Pleno do Supremo Tribunal Federal, não aceitou a sugestão do Ministro Lewandowski, que apresentou questão de ordem no referido julgamento, no sentido de modular os efeitos da decisão, para atribuir efeitos prospectivos, ante o princípio da segurança jurídica. A norma infraconstitucional *sob judice* está nos artigos 179 a 198 do Decreto número 4.544 de 26/12/2002, em combinação com o artigo 153, IV, § 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que afirma o princípio da não cumulatividade do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. A decisão foi proferida nos autos do Recurso Extraordinário, número 370.682(Originário do Estado de Santa Catarina). Longe de ter se pacificado o debate sobre o tema com a decisão em comento, o que se observa, é que o tema está aquecido em todos os círculos de estudo, e vêm suscitando ainda debate acalorado da doutrina e da jurisprudência sobre a interpretação dada pela mais alta corte de jurisdição constitucional do país, e em sede de controle difuso de constitucionalidade, isto é, em Recurso Extraordinário,[1] no caso. Segundo a mais autorizada doutrina sobre o tema, no caso o STF deixou de observar um conjunto de princípios jurídicos inarredáveis, conforme referência feita no teor da decisão pelo Ministro Lewandowski, e entre estes, o mais importante, o da segurança jurídica, e também rompeu com a confiança que a sociedade brasileira depositava no STF e não observou a boa-fé que as empresas que se conduziram pela pacificada orientação jurisprudencial anterior, adotada pela Suprema Corte brasileira por força de decisões proferidas no Pleno desta Corte, já ha mais de uma dezena de anos. Antes de ingressar na análise do caso concreto, importante estabelecer os parâmetros de competência e o significado da jurisdição constitucional brasileira, e como se dá o controle de constitucionalidade no Brasil. Neste sentido lógico, é obrigatória a observação de que o Estado brasileiro é conseqüência do processo revolucionário que instaurou o primeiro Estado Democrático de Direito, dentro do triunfo burguês da Revolução Francesa[2] de 1789, e por conseqüência, é portador do ideário surgido no processo da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa. Dois movimentos revolucionários do final do Século XIX, que influenciaram os modelos constitucionais do mundo inteiro. Surgiu assim o Estado Liberal com todas as suas características e feições, que passou a ser referencial político às Nações que acabaram de se libertar da condição de colônias, Repúblicas ou Monarquias. Neste passo, preciso que se compreenda que um dos principais efeitos

irradiadores do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica[3] depositado na lei. Um Estado que substitui a figura do Rei pela Lei, e por consequência confere a esta expressão de obrigatoriedade e governo sobre as pessoas. Assim (MARTINS, 2007, p. 185), descreve este importante sentido da Lei:

É o direito a segurança que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Exige previsibilidade e certeza em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos a que a sociedade deve obediência, principalmente para o contribuinte da obrigação tributária[4].

Colocado nestes termos, verifica-se então qual origem e as características da interpretação constitucional brasileira, e quais as fontes teóricas da jurisdição constitucional, para depois se tirar uma conclusão prática e teórica da aplicação da norma constitucional no controle da constitucionalidade, na forma como foi aplicada ao caso. É inegável que para se entender a origem do artigo 103 da Constituição Federal do Brasil, e a escolha do sistema abstrato ou concentrado, e o artigo 102 inciso III da Constituição, que acolheu também a hipótese em que o STF tem competência para declarar a inconstitucionalidade em grau de recurso, isto é, em controle difuso da constitucionalidade, que é nosso caso em exame, é preciso verificar de onde vieram as influências teóricas desta criação interpretativa.

II – O Advento do Direito Constitucional e dos Tribunais Constitucionais. O Debate Teórico entre Carl Schmitt (Alemanha) e Hans Kelsen (Áustria). A Europa e o Primeiro Pós-guerra.

Até o advento do chamado Estado Social de Direito no início do século XX, as constituições constituem-se apenas num documento eminentemente jurídico formal, cuja prerrogativa maior era a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos[5]. Nestes tempos, cabia à Constituição tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, com seus poderes e suas respectivas competências, proclamando, na relação indivíduo-Estado, a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os assim chamados direitos de liberdades[6]. Houve grandes debates a cerca da instalação de um Tribunal Constitucional no “*Sagrado Império da Nação alemã*”, e no Congresso de Viena, Prússia e Áustria foi realizado um acordo de instituição de um Tribunal Federal com competência para dirimir conflitos dos membros da União prussiana entre si e decidir os recursos ou reclamações opostas pelos cidadãos contra ofensa às Constituições estaduais[7]. No entanto, foi na Constituição de 1849 que aparece o primeiro projeto concreto de organização de uma jurisdição constitucional prussiana, e reflete a tendência centralizadora, confiando-se a defesa da ordem constitucional ao Tribunal do Império. Esta Constituição não chegou a ser promulgada[8]. A justiça constitucional somente teve espaço na Europa a partir do pós-guerra de 1919 no tempo de Weimar na

Alemanha republicana, e foi dominada por duas vias teóricas principais, marcadas por uma substancial dicotomia em seu modelo, descritas por (Leal, 2007, p. 43), da seguinte forma:

A Constituição da República de Weimar instituiu, em seu texto, um Tribunal ao qual foram confiados os conflitos entre os poderes constitucionais, especialmente aqueles condizentes com a organização federal. Já o segundo sistema, que veio a consagrar-se definitivamente, sobretudo no segundo pós-guerra, no meio europeu – apesar das modificações sofridas, como veremos – é o sistema austríaco, idealizado por Kelsen e incorporado à Constituição daquele país em 1920[9].

Destaca ainda a autora, acerca da natureza do controle de constitucionalidade que se desenvolveu, de observar-se, no que tange à conformação do controle de constitucionalidade na Europa, o acirrado debate que se estabeleceu, no final da década de 1920, em meio às discussões sobre a Constituição de Weimar, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt no sentido de determinar a quem melhor caberia a competência de zelar pela Constituição[10]. E segundo a autora este debate se deu em função de que:

Para Schmitt, o *Führer* do Reich alemão é quem deveria ser o verdadeiro guardião da Constituição, pois os tribunais formados por magistrados não apresentariam as condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico. Já o chefe do Executivo, por outro lado, uma vez eleito por todo o povo, expressaria a vontade da maioria e, portanto, estaria mais qualificado, em termos de legitimidade, para ser o defensor da Constituição[11].

Neste contexto Schmitt pretendia que o judiciário se tornasse extremamente dependente do poder executivo, e convertendo-se em organismo fortemente politizado. Se por um lado defendia que era atribuição do *Führer* a manutenção da ordem e das instituições, inclusive da Constituição, negando em grande parte a divisão liberal dos três poderes, por outro lado, tinha o entendimento de que o jurista alemão, isto é, o Tribunal deveria ter apenas a tarefa de única e exclusivamente fazer a subsunção de certos fatos aos pressupostos normativos previamente postos pelo legislador[12], retornando desta forma, a teoria interpretativa literal do tempo do velho Código de Napoleão. Segundo o entendimento, a análise e a apreciação da constitucionalidade das leis, não se enquadrava nos limites desta concepção restrita, uma vez que tal atividade consistia tão somente, em se verificar a compatibilidade entre a lei e a Constituição, o que segundo Schmitt, ultrapassava e desvirtuava a função reservada aos magistrados, já que tal ato não passava de uma comparação entre normas. Como Schmitt somente considerava atividade jurisdicional aqueles atos que houvesse subsunção de fato a lei, e a atividade de verificação da constitucionalidade de determinada lei não tinha esta natureza, não era atividade sujeita aos magistrados, e sim tarefa conferida aos políticos, e em especial ao poder executivo.

De outro lado, Hans Kelsen, o representante do chamado Círculo de Viena, criticou radicalmente as formulações de Schmitt, dizendo que se aquele entendia que à atividade política compreendia proferir uma decisão, então estaria presente em cada sentença de magistrado um elemento de decisão e de exercício de poder, e que a diferença de índole política de que se revestiria a aplicação de qualquer lei e o controle de constitucionalidade puramente, era apenas de natureza quantitativa e não propriamente qualitativa[13]. Do debate entre os dois representantes das teorias acima – Schmitt pela Alemanha e Kelsen pela Áustria, se chegou à conclusão de que não havia motivos da não existência de órgão do poder judiciário específico, encarregado de executar a tarefa de controle de constitucionalidade jurisdicional, e esta foi a idéia que ao final prevaleceu, ao menos como modelo de referência[14]. Nasce deste debate a perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade, numa variante muito original do que temos hoje no Brasil. Percorrendo um caminho diverso, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, teve origem na Independência dos Estados Unidos da América, e suas razões estão assentadas no próprio processo de independência, influenciado pelo modelo constitucional da Inglaterra, e não pelo modelo Francês.

III – O Controle Difuso da Constitucionalidade. A Independência dos Estados Unidos da América e suas Influências

Se o sistema de controle da constitucionalidade europeu, especialmente na Alemanha e na Áustria e nos países continentais que seguiram esta experiência, foi o de controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez no sistema americano influenciado pelo sistema do *Common Law* da Inglaterra, se diferenciou essencialmente pela *Judicial Review* americana – de caráter difuso – em aspectos decisivos, pois aquele confia a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constitucionalidade. No sistema americano o controle pode ser realizado por vários Tribunais, e de forma difusa. No ensinamento que Leciona sobre o sistema constitucional alemão e austríaco, (Leal, 2007, p 46), assevera:

Essa variação esconde, todavia, uma profunda significação por detrás de sua simples aparência prática: se a desconfiança com relação aos juízes levou, na França, a radicalização do controle de constitucionalidade – onde o mesmo é feito em caráter preventivo, por um tribunal de natureza política – essa ,mesma desconfiança levou, em outro nível, a exclusão dos juízes ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais que se localizam fora da estrutura do Poder Judiciário. Assim, na Europa, nem sequer chegou a se colocar a opção entre um sistema concentrado e o sistema difuso, sendo que a decisão pelo primeiro deveu-se, portanto, muito mais a questões de ordem política do que a aspectos técnicos (como a ausência do *stare decisis*, por exemplo, que não permitiria a tais decisões a extensão dos efeitos *erga omnes*)[15].

Em face da desconfiança com relação ao Poder Judiciário, Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, sendo de “legislação negativa”, em que cabe, a este órgão, analisar tão somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica ente a lei e a norma constitucional. No segundo pós-guerra, houve um afastamento por parte dos Tribunais Constitucionais europeus do modelo de controle concentrado proposto por inicialmente por Kelsen, o que fez com que os Tribunais passassem a incorporar e adquirir novas dimensões e competências, além daquela inicial. Prevaleceu na Europa inicialmente, a exemplo da Itália, e inclusive na Alemanha de Carl Schmitt, o sistema Kelseniano. Tal efeito veio segundo o ensinamento da (Leal, 2007, p. 48), em sua obra “*Jurisdição Constitucional Aberta*” do seguinte fato:

Pode-se destacar como elemento determinante para tal decisão, o fato de que, em ambos os países, deu-se a experiência de se ter no legislador a maior ameaça a liberdade, ao valer-se da tradicional concepção (formal) de Estado de Direito, realidade na qual a lei passou a ser instrumento para a prática de injustiças, ao invés de mecanismo de garantia contra o arbítrio. Foi esta experiência por sua vez, que em parte, forçou os constituintes a adotarem a estratégia dos Tribunais Constitucionais como instância de preservação dos valores supremos e tendencialmente inalteráveis, insculpidos no texto constitucional[16].

Diante do fracasso do sistema weimariano de justiça constitucional, dada sua utilização desvirtuada pelo nazismo, a Alemanha, por exemplo, adotou em sua Constituição de 1949, a Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*), ainda que com algumas variações, era originária do sistema kelseniano[17]. Afirmado estes pontos de divergência, transparecem algumas diferenças de natureza nítida, do que pretendiam os fundadores das duas teorias. A tendência inicial de Carl Schmitt era defender a idéia de um Tribunal Constitucional com natureza nitidamente política, referendado no poder executivo diretamente eleito ou legitimado pela maioria, pelo sistema eleitoral. Não podia nesta lógica este tribunal se revestir de natureza jurídica. Kelsen, por outro lado, defendia um Tribunal Constitucional, que deveria proferir decisões sobre a constitucionalidade de leis, e em tal atividade a sua diferença em relação a qualquer outra atividade jurisdicional era apenas de quantidade. Ao que se percebe, está mesmo presente no debate a questão acerca de definir a que face do poder estatal tal tribunal deveria obediência, e tudo decorria do processo político em curso na Europa. De alguma forma, o debate entre os dois juristas e filósofos era um reflexo de duas escolas jusfilosóficas em formação, uma na Alemanha, a escola de Frankfurt e outra mais experiente e já com algum tempo de estudos na Áustria, o Círculo de Viena. Os Estados Unidos da América vindos de um processo revolucionário distinto daquele acontecido na Europa continental e de influência da Revolução Francesa de 1789. Trouxe consigo a experiência e os efeitos da revolução na Inglaterra, que fizera a sua revolução quase um século antes da francesa, e teve inclusive outra relação entre parlamento e Estado. Dali os americanos do norte construíram seu sistema constitucional calçado no *Common Law*, o que resultou num controle difuso de constitucionalidade das leis. Os efeitos dos

dois sistemas de controle da constitucionalidade estão na Constituição Federal de 1988 no Brasil. A influência do sistema de controle constitucional americano do *Common Law* e também o sistema europeu foram acolhidos pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

IV – As Duas Escolas de Pensamento: o Neopositivismo lógico de origem no pensamento Kantiano e o Constitucionalismo decorrente da Escola de Frankfurt.

É inegável o fato de que durante largo período, senão quase todo o século XX, a corrente kelseniana de controle da constitucionalidade foi vencedora, senão pelo menos majoritária. Os motivos de tal afirmação, certamente estão ligados aos fatos políticos que envolveram a Europa continental na primeira metade do século (nazismo), e também à fragilidade democrática existente nos países de desenvolvimento tardio (ditaduras). De outro lado, igualmente se pode afirmar que o movimento constitucionalista contrário a teoria kelseniana nunca esmoreceu, nem deixou de buscar sua afirmação diferenciadora dentro de um processo que começou muito antes de surgir a escola de Frankfurt. Em verdade, um modelo diferente de teoria constitucional já nascia dos debates teóricos entre Ferdinand Lassale[18], e seus contemporâneos. No entanto, este debate se estruturou e desenvolveu mais intensamente a partir de dois dos principais jusfilósofos alemães, Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas. Destes dois importantes filósofos advieram duas formas de interpretar e ver o direito constitucional, o Substancialismo e o procedimentalismo[19]. Além das formulações teóricas citadas, também deixou suas influências e fez discípulos o constitucionalista Konrad Hesse[20], que dos resultados do diálogo teórico e do debate com a teoria de Ferdinand Lassale, acabou por fazer prevalecer a sua idéia, da força normativa das constituições, e seu entendimento fez escola entre nós com os ensinamentos de Peter Häberle[21], que se tornou um de seus principais discípulos. Os teóricos do neopositivismo lógico têm a linguagem como instrumento por excelência do saber científico. Diziam eles que a própria linguagem deveria servir de modelo de controle dos conhecimentos por ela produzidos. Chegam a proposições afirmativas como esta: compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão lingüística não poderá haver ciência[22]. Mais adiante afirma o autor:

Por outro lado, não é difícil identificar os fundadores do movimento: Rudolf Carnap, Hans Hahn e Otto Neurath, sob a coordenação indiscutível e brilhante de Moritz Schlick, de quem já falamos. Ludwig Wittgenstein não chegou a pertencer ao grupo, entretanto seu livro *Tractatus lógico-philosophicus* influenciou diretamente os integrantes do movimento, havendo quem afirme que sem as idéias contidas nesses escritos, os neopositivistas jamais teriam alcançado os níveis de profundidade a que chegaram. Essa obra apareceu em 1922, com introdução de Bertrand Russel, e na proposição 5.6 está dito que “os limites da linguagem são os limites do mundo”[23].

Esta nova concepção, dando origem à filosofia da linguagem ordinária, provocou aquilo que veio a chamar-se “*giro-linguístico*”, movimento dentro do qual se estaria cada vez mais imerso, cada vez com maior intensidade, segundo pensa (Carvalho, 2008, p. 21-25), que no Brasil é o principal, seguidor desta linha de interpretação do direito. Pelas mãos da escola alemã, e de todo o processo de construção teórica do século XIX, chegou até os leitores e estudantes entre nós os ensinamentos do professor Jürgen Habermas, pelo trabalho teórico desenvolvido por (Leal, 2007, p. 84), o que podemos observar[24]:

Significa dizer, com Habermas, que a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. [...] A responsabilidade para a correção de rumos em tais situações resta compartilhada em todo o tecido societário, envolvendo tanto a cidadania como suas instituições representativas, assim como o mercado seja pela via da revolução, resistência civil, seja pela via legislativa, administrativa e judicial, porém, não perdendo de vista que a tarefa fulcral não é a de substituir formas de poder autoritárias por outras de iguais feições, marcadas pela natureza corporativa e unilateral que possuem, ma efetivamente resgatar a autonomia e o fortalecimento dos espaços públicos de deliberação política[25].

Observa-se com esta descrição, que a questão para o movimento procedimentalista é fortalecer o processo de realização das liberdades, e desta forma a garantia da legitimação da Constituição está em alargar o processo democrático, a participação de amplos atores da sociedade. Igualmente fundado na escola de Frankfurt, chegou até nós o ensinamento de Hans-Georg Gadamer, pelas mãos de (Streck, 2007, p. 33), que assim resume o pensamento desta teoria, e seu fundamento interpretativo: “*alinho-me aos defensores das teorias materias-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela represnta de elo conteudístico que une política e direito*”[26]. Na tentativa de aclarar com mais profundidade este pensamento, leciona o (Streck, 2007, p. 33), senão observemos:

O modelo substancialista-que em parte aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema dos ativismos judiciais, entendidos como decisionismos praticados a partir de discricionariedades interpretativas – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partido congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional[27].

Com este ponto de vista, concebe o autor o pensamento substancialista, buscado igualmente nos estudos do constitucionalismo alemão, a partir dos fundadores originais deste pensamento. Já na década de noventa, inicialmente pelas mãos do hoje Ministro do STF, Gilmar Mendes, chega até nós o ensinamento de Peter Häberle. Foi o Ministro do STF, Gilmar Mendes quem primeiramente traduziu para a língua portuguesa várias das obras da teoria alemã deste constitucionalista, fundamentalmente a “*Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997”. Queiramos ou não, talvez a explicação e o fundamento teórico da principal razão da decisão proferida pelo STF em julho de 2007 esteja nesta formulação teórica, quando não permitiu que fossem modulados os efeitos apesar de entender que deveria modificar a jurisprudência dominante da própria corte, e o que os contribuintes esperavam acontecer, isto é, que fossem modulados os efeitos, com implementação prospectiva, como o STF tem feito em inúmeras decisões. Em sua teoria, logo no início de seu estudo Häberle[28] apresenta o que entende por tese fundamental do estágio do problema posto em relação à interpretação da Constituição. Afirma que a teoria da interpretação constitucional teria colocados até aquele momento duas questões essenciais: a) a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional; b) a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional), as (regras de procedimento). Afirma ainda, que não teria a teoria da interpretação constitucional conferido até aquele momento maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genética demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão significativa para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente uma concepção teórica científica e democrática. Diz ainda Häberle, que a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”[29]. Diante desta situação propõe:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição[30]. [...] Isso quer dizer que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potencias públicas mencionadas[31].

Na mesma linha de pensamento, mais recentemente (Leal, 2007, p, 114-115), vem estudando a teoria de Häberle, e tem contribuído decisivamente para expansão e conhecimento do pensamento do principal discípulo de Konrad Hesse entre os brasileiros. Observemos como a autora ensina o pensamento de Häberle:

Tem-se, por conseguinte, que Häberle trabalha e desenvolve a questão da legitimidade a partir de uma concepção mais ampla, que pressupõe e envolve, antes, conceitos centrais como a própria noção de Constituição e de Sociedade, pressupostos e cenários dentro dos quais se desenrola a atividade hermenêutica[32].

Prossegue a autora, afirmando que desta forma a Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuda em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar como sendo o direito público, aberto por excelência[33]. Com este apanhado teórico, entende-se que é possível analisar em termos de teoria e prática, o julgamento do STF em sede de controle de constitucionalidade, e principalmente, em atividade de alteração de jurisprudência reiterada e pacificada pelo pleno e por centenas de decisões monocráticas no mesmo sentido.

V - O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal do Brasil – A possibilidade de Conferir Efeitos Prospectivos a Decisão do STF

No dia 25 de junho de 2007 no julgamento do Recurso Extraordinário 370.682-SC[34], foi revista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o aproveitamento dos créditos do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, e tributados com alíquota zero na entrada de insumos, que até então era favorável ao contribuinte, e com a revisão além de rever o posicionamento anterior, o STF não considerou os argumentos apresentados para estabelecer efeitos “*ex tunc*” à decisão, aplicando efeito “*ex nunc*” ao novo entendimento sufragado, impedindo a utilização dos créditos do IPI.

Os questionamentos que o tema suscita longe estão de uma pacificação dos intérpretes do Direito, principalmente, pelos postulados contidos nas Leis no. 9.868/99 (artigo 27) e 9.882/99 (artigo 11), que outorgaram a possibilidade de graduação dos efeitos temporais das decisões judiciais, em nome da *segurança jurídica* ou do excepcional interesse social, quando à eficácia e aplicação das normas legais. A *segurança jurídica* representa para a sociedade o direito à estabilidade das relações jurídicas com a garantia de tranquilidade que as pessoas desejam e a certeza de que essas relações não serão alteradas numa previsibilidade que as deixem instáveis e inseguras no cumprimento de obrigações tributárias, principalmente quanto ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada[35]. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em nosso ordenamento jurídico, pode acontecer em sede de ação direta, no controle concentrado de constitucionalidade ou diante de um caso concreto, quando se tem o controle difuso. Em ambos os casos a regra geral é a de que a decisão produza efeitos retroativos, isto é, “*ex tunc*”. Esse entendimento prevaleceu desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 21/600[36].

Com o advento da Lei no. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplinou o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, e da Lei no. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplina o processo de julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º. Do artigo 102 da CF. Essa regra geral de interpretação *quanto aos efeitos das decisões da Suprema Corte* não se faz de forma automática para retroagir, “*ex tunc*”, toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental. Referidas leis autorizam a possibilidade de serem modulados os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, com efeitos “*ex nunc*” em nome da *segurança jurídica* ou do excepcional interesse social[37]. Segundo o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, *restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*. Igualmente, segundo o artigo 11 da Lei 9882/99 ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, *restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado*. Desta forma as duas Leis autorizam os efeitos prospectivos, das decisões do Supremo Tribunal Federal, nos casos específicos[38]. Segundo o ensinamento do autor tem-se que:

O Ministro Gilmar Mendes admitindo que em grande parte das situações, principalmente nas questões tributárias em que o Estado, e não o contribuinte, se tivesse beneficiado de leis inconstitucionais por ele propostas, não poderia ser favorecido com eficácia “*ex nunc*”, e um dos co-autores deste estudo entendendo que, em determinadas circunstâncias, a irreversibilidade da decisão tornaria a sua eficácia, atual ou futura, possível de ser estabelecida pelo Pretório Excelso, com o que a decisão valeria a partir de sua publicação ou para um provir determinado[39].

Igualmente, não existe segundo o autor acima, qualquer impedimento a que, em controle difuso de constitucionalidade, possa a Suprema Corte, adotar o princípio incluído no Direito Germânico de que, *para determinadas situações e em face da lesão gravíssima à estabilidade das instituições ou à irreversibilidade das relações antes asseguradas, possa adotar-se à eficácia “ex nunc” e não “ex tunc” das decisões pretorianas*[40]. O expediente foi utilizado em diversas ocasiões pelo STF, como no RE 105.789 – MG; 122.202 – MG; 197.917-8 de São Paulo; 300.343-7 de São Paulo. Neste sentido, é possível a determinação de eficácia “*prospectiva*” em situações especiais, tendo em conta não só a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda em gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também os princípios da “*não – surpresa*”, ou “*da responsabilidade confiabilidade na orientação oficial*”, princípios essenciais para a estabilidade das instituições[41]. O STF, por seu Plenário, em decisão de 18 de

dezembro de 2002, no RE 350.446-1, entendeu que, nas operações tributadas com a base da alíquota zero, o contribuinte do IPI teria direito de creditar-se dos valores recolhidos a este título nas operações anteriores, a exemplo do que ocorreu nos casos de isenção (RE nº. 212.484). A partir da decisão proferida, diversos recursos extraordinários com o mesmo objeto, interpostos pela União Federal, passaram a ser apreciados monocraticamente pelos Ministros, com base no artigo 557 do CPC, não conhecendo do Recurso. No entanto, por circunstâncias ligadas ao sistema processual legal, a União Federal continuou apresentando seus Recursos[42]. Chama a atenção ainda o autor, que num quadro de estabilidade e pacificação de jurisprudência, para dar efetividade a uniformização das decisões em nome da segurança jurídica, existem na legislação infraconstitucional diversos dispositivos destinados a evitar a proliferação de discussões judiciais de matérias sobre as quais já haja entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, como antes referido. Diante de todos estes precedentes, os contribuintes agiram em conformidade com a orientação da Suprema Corte, quanto ao procedimento do crédito do IPI à alíquota zero, até porque a decisão foi do Plenário do Tribunal[43], surtida efeitos “*erga omnes*”. Tal situação permaneceu na Suprema Corte até que o Ministro Maurício Corrêa, após indeferir monocraticamente o RE 353.657, reconsiderou sua posição em 16 de maio de 2003. Após sua aposentadoria, o processo foi redistribuído ao Ministro Marco Aurélio. Levado o caso ao Plenário, juntamente com os REs no. 350.446, 357.277 e 370.682, após alguns pedidos de vistas, foi afinal decidido pela Suprema Corte para dar provimento aos recursos da União Federal e, conseqüentemente, pela alteração do entendimento anterior, favorável ao contribuinte[44]. É certo, entanto, que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, não está impedido de modificar sua posição sobre determinada questão, seja para readaptar a novos fatos, seja para rever sua posição interpretação anterior. Ao fazê-lo, porém, o STF a exemplo dos demais poderes públicos, está vinculado ao princípio constitucional da segurança jurídica por força do qual a posição jurídica dos contribuintes, que procederam em conformidade com a orientação anteriormente adotada pela Suprema Corte em relação a matéria, deve ser preservada[45]. Segundo o Autor, a melhor forma de conciliação da modificação do entendimento da Suprema Corte com o respeito ao conteúdo do princípio da segurança jurídica seria, pois, reconhecer à nova orientação eficácia “*ex nunc*”. A questão envolve, segundo o autor, coerência nas decisões, proporcionalidade e razoabilidade nas mudanças e não-imposição retroativa de ônus imprevistos, em relação aos direitos fundamentais do contribuinte[46].

Merece ainda destaque a questão de ordem levantada, no seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos REs 353.657/PR e 370.682/SC: “Como a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adição sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos as relações sociais, vista que a própria certeza do direito poderia se colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica”. A questão de ordem então levantada pelo Ministro Lewandowski, entretanto, não foi acolhida pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte. A revisão da jurisprudência do STF sobre a questão, no julgamento da seção plenária de 25 de junho de 2007, entretanto, não considerou os argumentos apresentado para estabelecer efeitos “*ex nunc*” à decisão, aplicando efeitos “*ex tunc*” ao novo entendimento sufragado pelo Tribunal, com relação à impossibilidade de creditamento, pelos contribuintes, do IPI

incidente nas operações de aquisição de insumos tributados à alíquota zero, quando utilizados na industrialização de produtos cuja saída é regularmente tributada por este imposto.[47] Importante a lição de (Derzi, 2007, p. 299), ao afirmar: “*é que tal decisão, sem ter havido qualquer mudança no texto da Constituição ou da Lei, alterou entendimento anterior da mesma Corte que, no RE no. 350.446-PR (Pleno) concedera o direito ao creditamento do IPI, relativo às aquisições de insumos sujeitos à alíquota zero*”[48].

VI – Conclusão

Contra o voto vencido do Ministro Lewandowski, a Corte não reconheceu, no caso em tela, confiança a ser protegida, nem direito a segurança ou a irretroatividade da nova decisão, ao argumento de que nenhuma sentença anterior, relativa à alíquota zero, chegara a transitar em julgado[49]. Em magistral conclusão, ficam as seguintes indagações:

Essa primeira aproximação, em recurso de fundo tributário, feita pelo STF, parece colocar, em primeiro plano, a idéia de que uma jurisprudência somente se consolida se houver trânsito em julgado, ainda, que, reiteradamente, decisões plenárias ou monocráticas se sucedam no mesmo e idêntico sentido, durante largo período de tempo. Mas ela deixa ainda sem reposta uma plêiade de indagações, a saber, se a segurança jurídica envolveria o princípio da irretroatividade das decisões judiciais de forma objetiva, como continuidade da norma judicial que regia os fatos no tempo em que ocorreram, sendo nesse caso essencial o trânsito em julgado? Haveria diferenciação no tratamento da questão pelo Tribunal, se o princípio invocado fosse restrito a proteção da confiança (que tem nuance subjetiva, embora objetivada), ou a boa-fé, na hipótese concreta daqueles contribuintes que tiveram, em seus processos, decisões monocráticas de ministros da Corte, confirmatórios da definitividade do entendimento eu os beneficiava? Enfim, o STF não parece ter estabelecido nenhuma discriminação entre tais princípios (segurança, irretroatividade, proteção da confiança e da boa-fé)[50].

Continua a autora acima: curioso observar que, em determinados casos, para a Corte foi totalmente desnecessário investigar a existência de trânsito em julgado, inexistindo mesmo decisão de mérito ou sentença. Bastou a existência de simples liminar, criadora de determinada situação de fato. Não resta dúvida de que a segurança jurídica e a proteção da confiança são reconhecidas de forma mais fácil, pela Corte Superior, quando estão envolvidos atos administrativos ou legislativos. No sentido contrário da decisão, o texto legal mais antigo localiza-se no notável Código Tributário Nacional, que, editado na década de 1960, já estabelecera, no artigo 100, parágrafo único, que a observância pelo contribuinte das normas complementares administrativas como decretos, instruções normativas, práticas reiteradas, decisões com efeitos normativos, “*exclui a imposição de penalidade, a cobrança de juros de mora e a atualização do*

valor monetário da base de cálculo”. E ainda, se tiver havido um ato administrativo individual e concreto em relação a determinado contribuinte, dispõe o art. 146 do mesmo Código, que “*a modificação introduzida de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativas no exercício do lançamento somente pode ser efetuada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente a sua introdução*”[51]. Decorre, pois, que o STF precisa tomar cuidado para que suas decisões “políticas” não tragam a insegurança sentida pelo povo alemão ao rechaçar a teoria de Carl Schmitt, de flagrante apoio ao regime repudiado, para ficar com a de Kelsen, que exigia um comportamento jurídico do Tribunal Constitucional, e de independência do governo. Mais que isso, uma jurisdição constitucional aberta deve ouvir o conjunto dos atores sociais e culturais, o que não aconteceu na decisão analisada neste artigo.

VI – Bibliografia

BARROS CARVALHO, Paulo. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo. Editora Noeses, 2008

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC*. in *Revista Dialética*. São Paulo, 11°. Volume. 2007

HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor

HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997

HESSE, Konrad. *2 A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Fabris Editores.1991

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2000

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma Perspectiva Procedimentalista*, Porto Alegre, 2007

MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in *Revista Dialética*. São Paulo, 11º. Volume. 2007

MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional. O Controle abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª. Edição, 1999

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007

[1] DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC*. in *Revista Dialética*. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 299

[2] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 5

[3] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in *Revista Dialética*. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 184

[4] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in *Revista Dialética*. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 185

[5] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 29

[6] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 30

[7] MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional. O Controle abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª. Edição, 1999, p. 7

[8] MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional. O Controle abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo, Editora Saraiva, 3ª. Edição, 1999, p. 7

[9] LEAL, Mônia Clarissa Hunnig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 43

[10] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 43

[11] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 43

[12] LEAL, Mônia Clarissa Hunnig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 44

[13] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 45

[14] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 45

[15] LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 46

[16] LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 48

[17] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p. 48

- [18] LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2000, p. 6
- [19] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, p. 24
- [20] HESSE, Konrad. *2 A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Fabris Editores. 1991, p.14.
- [21] HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 22
- [22] BARROS CARVALHO, Paulo. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo. Editora Noeses, 2008, p. 21
- [23] [23] BARROS CARVALHO, Paulo. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo. Editora Noeses, 2008, p. 25
- [24] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma Perspectiva Procedimentalista*, Porto Alegre, 2007, p. 84
- [25] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma Perspectiva Procedimentalista*, Porto Alegre, 2007, p. 85
- [26] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, p. 25
- [27] STRECK, Lenio Luiz . *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, p. 33
- [28] HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997, p. 11
- [29] HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997, p. 12-13
- [30] HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997, p. 13
- [31] HÄBERLE, Peter. Traduzido por Gilmar Mendes. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação*

pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editores, 1997, p. 14

[32] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p, 114-115

[33] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2007, p, 115

[34] EMENTA do Acórdão proferido Pelo Supremo Tribunal Federal em Julgamento de 25 de junho de 2007 nos autos do Recurso Extraordinário nº. 370.682-SC: Relator originário: Ilmar Galvão. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes (artigo 38, IV, b do RISTF). Recorrente: União. Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará Ltda. EMENTA. Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos a alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido. ACORDAO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sobre a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigrafadas, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento. Na seqüência do julgamento, conhecer da questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de examinar a possibilidade de modular temporalmente a decisão, dando-lhe efeito prospectivo. Por maioria, em caráter excepcional, renovar a oportunidade de sustentação oral, relativamente a questão nova. No mérito, por maioria, rejeitar a questão de ordem. Brasília, 25 de junho de 2007.

[35] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 184

[36] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 186

[37] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 187

[38] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 187

- [39] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 190
- [40] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 191
- [41] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 200
- [42] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 202-203
- [43] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 207
- [44] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 207
- [45] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 208
- [46] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 208
- [47] MARTINS, Ives Gandra da Silva; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas Hipóteses de Alíquota Zero)*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 213
- [48] DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC*. in Revista Dialética. São Paulo, 11º. Volume. 2007, p. 299

[49] DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC.* in Revista Dialética. São Paulo, 11°. Volume. 2007, p. 300

[50] DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC.* in Revista Dialética. São Paulo, 11°. Volume. 2007, p. 300

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *A Irretroatividade do Direito, a Proteção da Confiança, a Boa-fé e o RE no. 370.682 – SC.* in Revista Dialética. São Paulo, 11°. Volume. 2007, p. 302-303

TRIBUTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO*

TAXATION AS INSTRUMENT OF INTERVENTION OF THE STATE IN THE ECONOMIC DOMAIN

**Karoline Lins Câmara Marinho
Vladimir da Rocha França**

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo desenvolver a idéia de que a tributação funciona como efetivo instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico perante a Constituição Federal da República de 1988. Desta forma, o desenrolar da pesquisa versa sobre a intervenção estatal por meio da tributação brasileira, tendo em vista os parâmetros delineados pelo Sistema Constitucional Tributário, demonstrando-se, para tanto, a sua finalidade regulatória (função extrafiscal), vez que os tributos, de forma geral, prestam-se, ademais da sua função arrecadatória (função fiscal), ao desenvolvimento do domínio econômico nacional, e à regulação econômica, como expressão das tendências que revestem o modelo de Estado atual. Demonstra-se, ainda, que é meio indispensável ao equilíbrio das forças de mercado, cabendo ao Estado manipular a tributação de modo a alcançar o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades, como consentâneo dos princípios constitucionais consubstanciados nos artigos 3º e 170 da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. FINALIDADE REGULATÓRIA. FUNÇÃO FISCAL E EXTRAFISCAL.

ABSTRACT

The present work intents to explain the idea that the taxation works as an effective instrument of intervention of the State in the economic domain based on the Federal Constitution of the Republic of 1988. Thus, uncurling of the research turns on the state intervention by means of the Brazilian taxation, in view of the parameters delineated by the Constitutional Tributary System, demonstrating its regulatory purpose (extrafiscal function), regarding that the tributes, in general form, are useful, besides its collecting function (fiscal function), to the development of the national economic domain, and to the economic regulation, as expression of the trends that coat the model of current State.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

It is still demonstrated that it is an indispensable means to the balance of the market forces, competing the State to manipulate the taxation in order to reach the national development and to reduce the disparities, as a result of the constitutional principles placed in articles 3º and 170 of the Federal Constitution.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL TRIBUTARY SYSTEM. INTERVENTION OF THE STATE IN THE ECONOMIC DOMAIN. REGULATORY PURPOSE. FISCAL AND EXTRAFISCAL FUNCTION.

INTRODUÇÃO

É de unânime sabença que a atuação do Estado na área econômica somente se legitima quando se der em virtude da proteção dos princípios estabelecidos constitucionalmente. Assim, a intervenção econômica do Estado, prioriza a formação de uma ordem econômica justa, que propicie a existência digna de todos, tendo como base a valorização do trabalho e a livre iniciativa, o que deve ser uma preocupação permanente do Poder Público.

Nesse contexto, cumpre-nos definir, ao longo deste trabalho, de que forma a tributação funciona como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico perante a Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988.

Destarte, o desenrolar da pesquisa versa sobre a intervenção estatal por meio da tributação brasileira, tendo em vista os parâmetros delineados pelo Sistema Constitucional Tributário instituído em 1988, demonstrando-se, para tanto, a sua finalidade regulatória, vez que os tributos, de forma geral, prestam-se, ademais a sua função arrecadatória, ao desenvolvimento do domínio econômico nacional, e à regularização e fiscalização da economia, como expressão das tendências que revestem o modelo de Estado atual.

Para tanto, abordar-se-á as formas de intervenção estatal na ordem econômica, passando pela definição de tributo, para chegar, ao fim, ao ápice do trabalho identificando as funções fiscal e extrafiscal do fenômeno tributário e demonstrar como se dispõem como meio de intervenção estatal no domínio econômico. Ressalte-se que não faz parte dos objetivos deste trabalho esmiuçar de que forma cada espécie tributária contribui para a regulação da economia, mas tratar de forma geral, exemplificando com tais espécies, como a tributação, no contexto jurídico brasileiro, presta-se a tal finalidade.

1 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Pode-se afirmar que a Ordem Econômica é pautada, basicamente, em dois princípios encontrados no artigo 170 da Constituição Federal, quais sejam: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, e tem por fim, ainda de acordo com o determinado pelo citado artigo, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os demais princípios enumerados no citado dispositivo.

De modo não expresso, contudo não irrelevante, pode-se abstrair um mandamento, do mesmo artigo, que intenciona a tutela da sociedade em detrimento das leis do mercado capitalista, no fito de evitar algumas práticas nocivas aos direitos protegidos pela Constituição.

Também no mesmo artigo, podem ser encontrados os princípios norteadores da ordem econômica em nosso país. Dentre eles, o princípio da soberania nacional, o da defesa da propriedade privada, o da busca pelo pleno emprego, o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, o da redução das desigualdades sociais e regionais, o da livre concorrência, o da defesa do consumidor, e o da defesa do meio ambiente.

Desta feita, como é patente, o constituinte, por meio dos princípios elencados manteve sempre em voga a questão da manutenção da ordem econômica nos trilhos do fim maior do Estado: busca do bem comum e da justiça social.

Assim, a Ordem Econômica Constitucional, conforme os ditos de Eros Roberto Grau, pode ser conceituada como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Desta forma, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).[1]

De tal modo, a ordem econômica do mundo do dever-ser, capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo.

Por sua vez, é plausível adentrar na definição de ‘ordem econômica constitucional’, que pode ser tida como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.[2]

Destarte, é de bom alvitre afirmar que a ordem econômica (mundo do dever ser) não se esgota no nível constitucional, pois a nível infra-constitucional essa ordem deve ser reafirmada. A própria Constituição prevê que leis realizem a manutenção dessa ordem, o que podemos verificar ao se analisar, na Constituição de 1988, os preceitos inscritos no §4º do art. 173[3] e do art. 186[4], entre outros.

O rol das disposições que abarrotam integralmente a moldura da ordem econômica (mundo do dever ser) apenas estará concluído quando, além de outras, tivermos sob consideração as leis que determinam o tratamento preferencial a ser atribuído à empresa brasileira de capital nacional, a repressão ao abuso do poder econômico, os critérios e graus de exigência que afetarão o atendimento de determinados requisitos, pela propriedade rural, a fim de que se tenha por cumprida sua função social.

Além disso, também é certo que nem todas as disposições inseridas no Título da Ordem Econômica correspondem ao quadro da ordem econômica (constitucional) formal, visto que há, espalhado pela Constituição, outros dispositivos que ajudam a compor o conteúdo dessa ordem formal. Outrossim, só cabem na Constituição Econômica formal aquelas disposições constitucionais que exprimem, com veemência, a Constituição Econômica materialmente definida.

Em suma, a Ordem Econômica Constitucional se fundamenta na conservação de um domínio econômico capitalista, isto é, nesse aspecto é dirigista. Contudo, seu maior primado é a defesa de uma ordem justa capaz de amenizar as desigualdades sociais e regionais, mormente o seu objetivo fundamental constante do art. 3º, III, além de se orientar pelos princípios elencados no art. 170, *caput* e incisos. Sob tais parâmetros toda e qualquer ação, seja do Estado, seja de particulares deve prezar a estrita observância desses princípios.

Para que possamos compreender a forma de atuação do Estado no domínio econômico, mister se faz antever alguns conceitos e considerações acerca de sua atuação em relação ao processo econômico, a noção da atividade econômica considerando-se serviços públicos, assim também a área de atuação estatal e a atividade econômica como área de atuação do setor privado, etc.

De início, merece remissão a questão a que se reporta Eros Roberto Grau quanto às expressões *intervenção e atuação* do Estado. Nas palavras do jurista, intervenção, em sentido rigoroso, caracteriza atuação em área de outrem, porém, se usadas as expressões para manifestar o mesmo significado, pouco importará o termo a ser usado, seja o Estado atuando no setor público, seja no setor privado. Intervenção, em sentido rígido, quer dizer atuação estatal em área de titularidade do setor privado, já atuação estatal pode significar para atuação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto de titularidade do setor privado. Assim, a intervenção consiste em atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito enquanto que atuação estatal consiste na ação do Estado no campo da atividade econômica, em sentido amplo.[5]

A atuação do Estado, nos termos colocados por Eros Grau, influi no direito como, por exemplo, no regime de contrato, uma vez que se protegem valores como o da propriedade dos bens de produção e da liberdade de contratar, tendo, por óbvio, a atuação do Estado no domínio econômico impacto sobre o regime jurídico dos contratos.

Sendo assim, esta atuação do Estado *sobre* o domínio econômico configura instituto fundamental da economia de mercado, tendo extrema relevância por conformar as relações contratuais e o exercício da atividade econômica de acordo com os objetivos traçados pela Constituição.

De tal forma, podemos dizer que o Estado, para atingir seus objetivos delineados na Carta Magna, pode intervir no domínio Econômico de duas formas: a participação e a intervenção (tomada em sentido restrito), conforme José Afonso da Silva, em que a primeira representa o Estado como parte ativa no exercício de atividades econômicas, ou seja, agente atuante direto, com base nos arts. 173 a 177 da Constituição de 1988, e a segunda em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, compreendendo as atividades de fiscalização, incentivo e planejamento, com fundamento no art. 174 também da Constituição de 1988.

Entretanto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 já não é tão óbvia, como as anteriores, quanto aos modos de atuação do Estado na economia. Fala em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia.

Pode-se manter, em face da atual Constituição, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a *participação* e a *intervenção*. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de seus fundamentos e de seu fim, já tantas vezes explicitados aqui. É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, porque, se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos.[6]

Para Eros Roberto Grau, as modalidades de intervenção do Estado no domínio Econômico dividem-se em três categorias, quais sejam a intervenção por absorção ou participação[7], a intervenção por direção e a intervenção por indução, que, com outras palavras também reflete a idéia encampada por José Afonso da Silva, distinguindo-se em terminologia e em alguns elementos considerados por cada um em particular.

Para fins desse trabalho de pesquisa, os termos serão utilizados de forma diversa, ficando claro, assim, que quando tratarmos de Estado executor, agente direto, intervenção **no** domínio econômico, intervenção por participação ou absorção estaremos tratando da mesma coisa, ou seja, do Estado que intervém diretamente, por meio do monopólio, ou através da criação de uma empresa que concorra com as demais particulares, ou na simples gestão de uma autarquia que tenha fins econômicos e se coadune com os princípios perpetrados na Constituição Econômica de 1988.

Já no que pertine aos termos usados para designar o outro tipo de intervenção, ou seja, em que o Estado atua como agente normativo e regulador, estaremos nos valendo dos termos intervenção **sobre** o domínio econômico, promotor da economia, planejador, enfim, servindo o nosso estudo também para estabelecer as diferenças entre a intervenção por indução e direção, e as funções de incentivo, fiscalização e planejamento a que se remete José Afonso da Silva. Sendo assim, passemos à análise pormenorizada de cada função interventora do Estado.

2 INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

É de bom alvitre asseverar que, ao falarmos do Estado como Executor, ou seja, intervindo na economia diretamente, este o faz quando explora a atividade econômica por intermédio de um de seus órgãos internos, e não quando explora serviços públicos, mesmo que, aparentemente, não se consiga vislumbrar se uma dada empresa estatal está explorando um ou outro. Como decorrência lógica disso, tratando-se o art. 173 de atividade econômica em sentido estrito, há de se abranger pela sua redação somente as empresas públicas e as sociedades de economia mista que empreendem atividade econômica em sentido estrito, dele estando excluídas as que prestam serviço público.

Desta feita, atuando o Estado como agente executor, diferentemente de sua atuação reguladora, onde apenas traça ditames a serem seguidos e estabelece normas a serem cumpridas em sede de ordem econômica, atua, de fato, como exercente de atividades econômicas. Portanto, ele interfere abertamente na economia, via de regra, com o

atributo de Estado-empresário, efetivando atividades eminentemente econômicas, frisando-se que não se deve confundir a exploração das atividades econômicas com os serviços públicos, uma vez que estes se excluem da intervenção no domínio econômico, conforme dantes assentado.

Desta forma, a exploração de atividades econômicas pelo Estado consubstancia-se na criação de pessoas jurídicas a ele vinculadas e com atribuições destinadas à execução de atividades mercantis. É o caso das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista exploradoras de atividade econômica. São empresas autônomas, com personalidade jurídica própria, que não se confundem com o Estado, mas são por este controladas. Neste caso, o Estado intervém indiretamente no domínio econômico através destas empresas, que atuam de forma direta no mesmo.

Por sua vez, José Afonso da Silva nos traz as duas formas corriqueiras de intervenção do Estado no domínio Econômico, que são o *monopólio* e a *necessária*, que devem se dar, necessariamente, quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definidos em lei, nos termos do art. 173 da Constituição de 1988. A intervenção *necessária*, assim, não ocorrerá como forma de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada, pois que, se ocorrerem as exigências acima mencionadas, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada.[8]

Já no que tange ao monopólio, pode-se dizer que a Constituição não lhe é de todo favorável, ficando bastante limitado, pois já não se declara, como antes, a possibilidade de monopolizar determinada indústria ou atividade, sendo hoje taxativas as possibilidades de monopólio estatal, conforme se depreende do art. 177 da Constituição de 1988, que fora, inclusive, flexibilizado com a EC n.º 09 de 09 de novembro de 1995.

Para Eros Roberto Grau, a intervenção no domínio econômico que se dá por meio dos monopólios está inserida na categoria intervenção por absorção[9], em que o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, enquanto que ao intervir de forma necessária, o Estado apenas participa, ou seja, intervém por participação na economia, assumindo o controle de parcela dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica, atuando em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.

Podemos dizer, assim, que quando o Estado interfere no domínio econômico, ao desenvolver atividades desta natureza estar-se-á diante de serviços governamentais e não de serviços públicos. E, sendo assim, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, submeter-se-ão, basicamente, ao mesmo regime aplicável às empresas privadas, como estabelece o art. 173, §1º, e, além disso, às empresas estatais que explorem atividade econômica é vedado atribuir tratamento tributário que as desiguale da generalidade das empresas privadas, porquanto o §2º do artigo supra citado determina que elas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Entretanto, conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, há um certo exagero no §1º do mencionado dispositivo, uma vez que, se as entidades em questão são

submetidas ao Direito Privado, não é inverdade dizer que, ainda assim, como é óbvio, sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos, uma vez que se prestam tais empresas ou sociedades de economia mista a realizar os fins perscrutados pelo Estado por força dos ditames constitucionais, além de serem propriedade estatal, ou seja, bens públicos.[10]

Para corroborar o entendimento de que houve este exagero normativo, podemos citar a referência que o próprio parágrafo faz ao seu inciso III, que estabelece sua sujeição à “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”, exigências que não se propõem, evidentemente, à totalidade das empresas privadas. Por conseguinte, patente está que não estão submetidas integralmente ao regime jurídico próprio das empresas privadas, em contraposição ao que sugere a interpretação literal do dispositivo.

Pode-se dizer, de tal maneira, que o legislador constituinte foi de todo cauteloso ao prever determinadas situações nas quais o Estado seria legítimo para atuar diretamente numa esfera que compete, de início, à iniciativa privada. Seu escopo precípua é o de desviar e coibir práticas que resultem no abuso de poder econômico, como, por exemplo, práticas que intentem a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência, ou o aumento arbitrário dos lucros.

3 INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

Quando age como regulador, o Estado atua basicamente elaborando normas, reprimindo o abuso do poder econômico, interferindo na iniciativa privada, regulando preços, controlando abastecimento, etc. Esta forma de intervenção vem preceituada no art. 174 da Constituição de 1988[11] e respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo, sendo plausível se destacar que, nesse dispositivo, se alude à atividade econômica em sentido amplo, ou seja, o Estado possui o controle da economia, de forma geral, através de suas normas, fiscalização, planejamento, em todos os setores da economia, e não somente na atividade econômica explorada por seus próprios agentes. O fato de se estender a alusão do controle sobre o domínio econômico à atividade econômica em sentido amplo faz distinguir essa modalidade de intervenção daquela primeiramente estudada, ou seja, a intervenção direta do Estado como agente empresário, digamos assim.

Nesse sentido, o desempenho normativo do Estado demanda fiscalização que certifique a efetividade e realizabilidade do que fora normativamente definido, e no exercício de sua ação normativa, impende também ao Estado ponderar que o texto constitucional baliza, como funções que lhe confere, as de incentivo e planejamento, sendo peremptório para o setor público e sugestivo para o setor privado.[12]

O Estado, destarte, pode intervir sobre o domínio econômico de forma a direcionar ou induzir a ordem econômica (mundo do ser) a agir conforme determinadas condutas pré-determinadas pela Constituição Econômica. Assim, quando o Estado intervém por direção, exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Já quando atua por indução, ele manipula os meios de intervenção em consonância com as normas que regem o funcionamento do mercado.

Nessa sorte de idéias, tratemos da diferença entre as normas de intervenção por direção e indução, trazidas por Eros Roberto Grau, que correspondem, respectivamente às normas de fiscalização e incentivo, trazidas pelo art. 174 da Constituição da República. Por sua vez, trataremos oportunamente do planejamento, que embora não considerado forma de intervenção por Eros Roberto Grau, tem na maioria da doutrina embasamento como modalidade de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, e será adotado neste trabalho sob esta perspectiva.

Antes disso, o que deve ficar bem vincado é que o Estado não deve intervir de forma abusiva e constrangedora na ordem econômica (mundo do ser), o podendo fazer apenas com base nos ditames constitucionais. A própria Constituição, no art.170, estabelece alguns limites a serem levados em conta pelo Estado no exercício dessa atribuição, para que não venha a ferir princípios como o da liberdade de iniciativa ou da livre concorrência, direcionados aos particulares, em regra.

Deste modo, atuando sobre o domínio econômico, o Estado confere normas e instrumentos jurídicos de caráter preventivo e repressivo, mormente no que tange aos particulares, que movem, de fato, o setor econômico, no fito de coibir ou remediar possíveis condutas abusivas.

No que concerne às normas de intervenção por direção, pode-se-lhes conferir cunho de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito, inclusive pelas empresas estatais que a exploram.

Neste desiderato, ao atuar de maneira regulatória cogente, o Estado se torna também responsável pelo funcionamento de mecanismos de prevenção e de normas de repressão às práticas que possam porventura vir a macular a harmonia econômico-social, ou seja, torna-se responsável pela fiscalização das medidas adotadas na economia.

Assim, por meio das normas de direção, pode o Estado minar a liberdade contratual, que se decompõe em liberdade de contratar ou abster-se de contratar e em liberdade de configuração interna dos contratos, de forma a coadunar o seu sentido com as funções básicas da Economia no Estado brasileiro. Determinando as formas de contratar, por exemplo, pode-se pensar o contrato como resultado não somente de livres consentimentos e estipulação de coisa e preço, mas de algo além. Ou seja, o contrato, na medida em que se rege pelo princípio da vontade das partes, também deve observar a sua função social e respeitar os ditames normativos para que possa vigorar.

Nesse contexto, um dos principais elementos à configuração interna do contrato é o preço. O Estado pode também controlar esses preços, no escopo de regular a economia, contudo somente em condições excepcionais que requeiram tal medida, visto que a CF não prevê expressamente tal possibilidade, configurando-se esse controle como espécie de norma de direção imposta pelo Estado.

Nesse sentido, indubitável que, quando admitido, em situações excepcionais o controle de preços, sofre ele três limitações insuperáveis, quais sejam, o princípio da

razoabilidade, o fato de ser medida excepcional, que pressupõe uma situação de anormalidade e ser limitada no tempo, não se perpetuando no ordenamento jurídico-econômico, e, em nenhuma hipótese a imposição de que a venda de bens ou serviços se dê por preço inferior ao seu custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e lucratividade próprias do setor privado, vez que representam esses direitos subjetivos dos agentes econômicos na ordem econômica constitucional brasileira

Podemos dizer que, embora de início o controle de preços seja contrário ao princípio da livre iniciativa que fundamenta basilarmente a ordem econômica do Brasil, diante de uma situação absolutamente anormal, de deterioração do mercado privado concorrencial, tendo como propósito o restabelecimento do mercado livre, justifica-se a sua adoção por disciplina estatal, devendo ser medida temporária e que não implique na imposição de preços inferiores aos custos de produção, acrescidos da margem necessária para reinvestimentos e de lucro mínimo, observando-se, necessariamente, em todas as situações o princípio da razoabilidade.[13]

Assim, em regime de controle de preços esse elemento é determinado em grande número de casos independente da vontade das partes. Doutra banda, as condições de validade do contrato e o condicionamento de sua execução também dependem de disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes.

No que tange à padronização dos contratos, podemos dizer que têm se originado contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal que relativiza o princípio da liberdade de contratar enquanto liberdade de configuração interna dos contratos, como por exemplo, os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro, tudo em nome do bem maior, como já se assentou: o bem público.

Destarte, em esfera contratual, a ordenação da atividade econômica supõe a definição de normas que alcançam em dois níveis os agentes econômicos: comportamentos a serem assumidos perante a Administração e comportamentos a serem assumidos perante os demais agentes econômicos, assim não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes com o Estado, mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais, relações dos agentes econômicos entre si.

Assim, manifesta-se de modo contundente a atuação do Estado na regulação da economia, não se limitando somente a determinar a celebração coativa de contratos, mas definindo como obrigatório o próprio desempenho da atividade econômica. Como nos ensina José Afonso da Silva, a fiscalização pressupõe o poder de regulamentação, pois ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daquele e, em sendo o caso, apurar responsabilidade e aplicar penalidade cabíveis.[14]

De outra banda, pode o Estado intervir no domínio econômico por meio do fomento, ou seja, em que se apóia e incentiva a iniciativa privada, estimulando ou desestimulando determinadas condutas.

Esse fomento pode ser instituído através de incentivos fiscais ou financiamentos públicos, sendo essa a modalidade própria em que o Estado busca atingir os princípios-

fins dos quais se tem falado ao longo do texto em análise. Essa forma de intervenção é representada por Eros Roberto Grau na forma de intervenção por indução, assentando o mesmo que ‘quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

Em outros termos, o art. 175, *in fine*, da Carta de 1937 ensaiou classificação análoga à que adoto: “a intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo e da gestão direta”. A inspiração, do preceito, buscada na Carta *del Lavoro*, é evidente. Esta, na sua Declaração 9, refere: “... tal intervenção pode assumir a forma de controle, do encorajamento (fomento) e da gestão direta”. [15]

Assim, as normas de intervenção por indução, não são dotadas da mesma natureza cogente da que afeta as normas de intervenção por direção. Ou seja, trata-se de normas dispositivas e não impositivas, no fito precípua de induzir os particulares a agirem da forma pretendida pelo Estado, que, incentiva determinado comportamento no escopo de atingir os princípios-fins a que deve respeito máximo, de modo que sua cogência se situa somente na observância da norma, não abrangendo o alcance do fim almejado pela indução.

Desta forma, incentivo, como papel normativo e regulador da atividade econômica pelo Estado, origina a idéia do Estado promotor da economia. Trata-se, assim, do fomento, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. [16]

Garrido Falla afirma que a atividade de fomento da Administração é antiga, pois data da Idade Média, porém constitui preocupação atual, porque o Estado moderno passou a agir apenas subsidiariamente no que tange, pelo menos, à atividade econômica. [17]

Isto não se dá, todavia, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, contudo, se dá no fito de levá-los a uma opção econômica de interesse coletivo e social que ultrapassa o limiar da vontade particular. Nestas, a sanção, tradicionalmente traduzida como mandamento, é substituída pelo expediente do convite, de incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. [18]

Nesse âmbito, encontra-se a intervenção sobre o domínio econômico por meio de tributos, quando o Estado se utiliza do aspecto extrafiscal destes para regular a economia, como ao onerar em demasia uma dada conduta, como, por exemplo, no caso da importação de bens. Neste caso, a indução será negativa, uma vez que a norma não proíbe a importação de bens, mas a onera de forma tão intensa que acaba por induzir que o mercado não mais sustente esse tipo de comportamento, dado que o valor para se consumir os produtos importados será tão elevado, que, tornando-se inviável a sua comercialização, fará com que a medida torne-se indiretamente proibitiva, ajudando ao

desenvolvimento do mercado interno, que se deparará com redução da concorrência com os produtos oriundos do exterior.

Destarte, a indução à realizabilidade da conduta na forma sugerida pela norma indutora é de tamanha potência, que os agentes econômicos por ela tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados, justamente por não aderirem ao comportamento recomendado. Em contrapartida, seus concorrentes gozam de situação privilegiada, porque ao aderirem a tal comportamento terão melhores condições de participação naqueles mercados.

Por isto, ao atuar de tal forma, o Estado deve sopesar bem, antes de o fazer, os valores que estão em jogo, para que a indução ocorra de forma benéfica para a economia e para a sociedade como um todo.

Por fim, devemos falar do planejamento, lembrando que, para Eros Grau, este não constitui uma forma de intervenção, haja vista que algumas decisões que vinham sendo tomadas e atos que vinham sendo praticados, anteriormente, de forma aleatória, passam a ser produzidos, quando objeto de planejamento, sob um novo padrão de racionalidade,[19] embora para outra grande parte da doutrina, e também pela Constituição, conforme se depreende do art. 174, este seja, sim, forma de intervenção sobre o domínio econômico.

Assim, pode-se afirmar que o planejamento consiste em uma técnica complexa para modificar a realidade na acepção de fins antecipadamente determinados, tendo como escopo a organização das atividades econômicas para obter efeitos anteriormente previstos. Em outras palavras, é o modo de atuar do Estado, que se caracteriza pelo estabelecimento prévio de dadas condutas econômicas e sociais futuras, pela elaboração de objetivos e pela determinação de instrumentos de ação ordenadamente mapeados, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado.

Tal processo se dá por meio de planos, segundo a nossa Constituição, que estatui (art. 174) que é função da lei dispor sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e que estes devam ser estabelecidos de acordo com o plano plurianual, ficando patentes aqui os princípios do planejamento estrutural. Entretanto, o *plano* se apresenta de forma imperativa para o setor público explorador da atividade econômica, enquanto que para o setor privado ele é indicativo, conforme reza o mencionado art. 174.

Ou seja, da leitura do artigo citado fica evidente que, a pretexto de planejar, não pode o Estado obrigar à iniciativa privada sequer o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, porém somente incentivar, impulsionar através de programa indicativo que seja capaz de induzir e condicionar a atuação dos particulares na economia, uma vez que, do contrário, tal sistema seria, de fato, a negação da livre concorrência, além de revelar a supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns.[20]

Em verdade, o parágrafo único do art. 170[21], longe de fragilizá-lo, pelo contrário, existe para reforçar as determinações contidas no caput do artigo e em seu inciso IV (livre concorrência), tanto mais porque o que deles consta está reafirmado no art. 174,

precisamente para garantir-lhes a efetividade até mesmo nos casos em que o Poder Público haja composto um planejamento econômico para o setor.[22]

Embora não considerado como instrumento de intervenção sobre o domínio econômico por Eros Roberto Grau, o planejamento deve ser considerado como tal, pois, mesmo sendo somente indicativo para o setor privado, é determinante para o setor público, e, por isso, induz indiretamente comportamentos do mercado. Se por exemplo, o Governo brasileiro planeja metas a serem alcançadas por suas empresas estatais como Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, ou até mesmo Petrobras, o cumprimento destas por tais empresas, que concorrem diretamente com o setor privado influencia condutas mercadológicas de acordo com os fins perscrutados pelo Estado.

Aliás, a finalidade que se impõe à criação das empresas estatais é regular o mercado a partir da indução de comportamentos em virtude do seu desempenho. Se o Estado brasileiro mantivesse empresas que não tivessem um bom desempenho frente à concorrência privada, não teria nenhum sentido que elas continuassem a existir. É imprescindível que elas provoquem uma certa “ameaça” às empresas privadas para que cumpram a sua finalidade.

Afinal, de que adiantaria que o Banco do Brasil, por exemplo, mantivesse suas tarifas bancárias em um certo patamar se isso não influenciasse os outros bancos a manter suas tarifas em patamares não exorbitantes? A “ameaça” de fuga dos clientes para o banco estatal faz com que os bancos da iniciativa privada busquem não só a eficiência dos seus serviços, mas a oferta de serviços de qualidade e com tecnologia de ponta a preços não abusivos.

Nos tempos hodiernos, vem aumentando preocupação com os problemas do desenvolvimento econômico, o que evidencia o imperativo da intervenção do Estado no fito de provocar o crescimento econômico nacional. Nesse sentido, o planejamento se alia ao mecanismo de fomento na medida em que este passa a ser previsto nos planos de desenvolvimento de determinado setor, e sendo assim se ressalta a importância dessa modalidade interventiva no cenário jurídico nacional.

De tal forma, ultimamente os problemas do planejamento econômico-fiscal vêm sendo considerados não somente do ponto de vista da conformação dentre a soma prevista de despesas e a quantia de receita disponível, mas ainda no que tange à repercussão dos distintos elementos da receita auferida e despesa sobre a estabilidade econômica, a distribuição de renda e a promoção do desenvolvimento econômico.

Indubitavelmente, o planejamento econômico feito com lisura é a melhor saída para que se chegue ao desenvolvimento econômico e social pleno, haja vista que apenas por meio de uma administração comprometida com as autênticas aspirações populares, com a fiscalização do emprego dos recursos públicos, a partir dos planos e projetos legalmente aprovados, será possível se alcançar o nível de uma sociedade mais justa e igualitária.

4 A INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO POR MEIO DA TRIBUTAÇÃO

4.1 Conceito de Tributo

Para que o Estado[23], considerado o organismo detentor do poder político, capaz de elaborar normas que devem ser seguidas pela sociedade (a qual outorgou àquele o poder), possa efetivar o interesse de toda a coletividade por meio de ações concretas, ele necessita de recursos financeiros, visto que os bens jurídicos a serem postos à disposição de todos possuem valor pecuniário. Sendo assim, essa entidade de força superior, inegavelmente, desenvolve atividade financeira frente a uma economia de mercado.

A partir desse reconhecimento de que o Estado necessita de recursos pecuniários para exercer seus misteres, passou-se a utilizar meios para arrecadar receita para o mesmo, de modo que a sociedade pagasse pelos serviços e bens que estivessem à sua disposição pelo Estado. Um desses meios de arrecadação é o tributo, instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver e para que o Estado possa realizar os seus fins sociais, visto que, sem ele o Estado não poderia fazê-lo, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica, representando a tributação, nesse contexto, uma grande arma contra a estatização da economia. Sendo assim, mister se faz estudar esse instrumento.

Embora a nossa Carta Constitucional discipline a ordem tributária, identificando e dando competência para que sejam criados tributos no fito de se obter receita que custeie a atividade do Estado, ela não conceitua o instituto jurídico 'tributo'. Todavia, considera, de forma implícita, um conceito que se assemelha àquele presente no art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), o qual veio a prevalecer na doutrina, diferente daquele que se limita a identificá-lo como gênero das espécies impostos, taxas e contribuições de melhoria. De tal forma, afugentou a concepção de que os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais, em geral, não seriam tributos. [24]

Outrossim, determinar o que é tributo não é tão simples assim. Para o fazer, podemos usar o critério excludente, considerando que se o Estado, afora a sua qualidade de contratante ou donatário, não está nem arrecadando bens pecuniários vacantes, nem recebendo multas, nem sendo indenizado em tempo de guerra ou paz, nem percebendo pecúnia *ex contractu*, tudo o mais que entra como receita, excluídas as “entradas” de caixa, tais como cauções e fianças, ou é tributo ou é enriquecimento sem causa[25]. Entretanto, por meio desse critério excludente não se pode, com precisão, conceituar o que é tributo, visto que é deveras complicado identificar um instituto pelo que ele não é. Embora seja, sim, importante diferenciar[26] o tributo das outras formas de arrecadação financeira do Estado, há necessidade de maior investigação sobre o tema.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, o vocábulo “tributo” experimenta pelo menos seis acepções diferentes, quais sejam: a) como quantia em dinheiro; b) como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo, ou seja, como obrigação; c) como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; d) como sinônimo de relação jurídica tributária; e) como norma jurídica tributária; f) como norma, fato e relação jurídica[27]. Sendo assim, podemos considerar que o tributo pode ser visto sob diversas perspectivas

e, num mesmo texto normativo, pode assumir várias acepções. Portanto, ele é um instituto multifacetado.

Entretanto, embora se possa considerar que ele assume todas as funções denotadas pelo Paulo de Barros Carvalho, de modo geral, ao tratarmos de tributo, nos referimos ao conceito formulado da disposição do art. 3º do CTN, que tem o notável mérito de, pela cláusula excludente das obrigações que configurem sanção de ato ilícito, evitar a abrangência também das multas, as quais, doutra forma, ver-se-iam nele compreendidas.[28] De tal maneira, podemos acolher o vocábulo tributo como sendo uma obrigação, um dever jurídico, diferente da que se estabelece numa sanção por ato ilícito, porque o tributo se origina da simples ocorrência de uma hipótese identificada no texto normativo, a qual não preverá sua cobrança a título de punição, mas como imposição pura e simples do Estado, que se dá em virtude do poder extroverso deste de obrigar, exigir e executar condutas.

Nesse sentido, o tributo como obrigação, porém, além de dever jurídico (a que fica jungida uma parte ou cada uma das partes numa relação jurídica) presta-se a designar a própria *relação jurídica* expressando o vínculo que enlaça duas (ou mais) pessoas, às quais se atribuem direitos e deveres correspectivos. Ressalta-se a idéia, presente na etimologia do vocábulo, de ligação ou liame, unindo pessoas (credor e devedor) que têm, respectivamente, o poder de exigir e o dever de prestar o objeto da obrigação (dar, fazer ou não fazer).[29]

Portanto, ao tratarmos de tributo, em nossa atividade de pesquisa, estamos nos referindo a uma obrigação, embora também possa ser interpretada, no caso concreto, seja como uma quantia em dinheiro, como uma norma, como uma relação jurídica, como assenta Paulo de Barros Carvalho. Acolhemos, assim, ressalte-se, a concepção adotada pelo nosso Código Tributário Nacional que considera o tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (Art. 3º, CTN).

Ainda assim, saliente-se, necessário se faz uma análise técnica sobre o que significa o conceito trazido pelo CTN. Primeiro, no que tange aos termos “prestação pecuniária compulsória”, devemos compreender o tributo como uma obrigação (prestação compulsória) que deve ser prestada em dinheiro, isto é, em moeda corrente do país, sendo irrelevante a vontade do devedor, visto que o Estado pode impor obrigações unilateralmente, como consentâneo do seu poder impositivo.

Segundo, concernente a “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, existe uma redundância no conceito, visto que, ao ter se falado em “prestação pecuniária”, anteriormente, já se considera que o tributo será pago em moeda, ou seja, não poderá ser pago com serviços, créditos no mercado, imóveis ou outros bens, conforma nos ensina, mais uma vez, Paulo de Barros Carvalho.

Já em relação ao “caráter lícito”, podemos aduzir que a obrigação tributária não será originada de sanção por ato ilícito, conforme já mencionamos antes. Por sua vez, o ditame “instituída em lei”, diz respeito ao fato de que o tributo só poderá ser cobrado quando instituído previamente em lei, em sentido estrito, sendo que, só poderão estar disciplinados em lei os tributos autorizados pelo texto Constitucional para figurarem na

ordem tributária e os elementos imprescindíveis à configuração da lei tributária devem estar presentes na lei que instituir o tributo em questão.

Podemos identificar, com fulcro no art. 97, incisos III e IV do Código Tributário Nacional, os elementos indispensáveis à instituição e cobrança do tributo: o fato gerador, a alíquota, a sua base de cálculo e o sujeito passivo. Da interpretação sistemática do Código Tributário Nacional podemos inferir que, por fato gerador, também chamado de hipótese de incidência tributária, temos a situação hipotética que deve ocorrer para que nasça a obrigação tributária. Podemos ainda fazer uma diferença entre fato gerador e hipótese de incidência, tendo aquele como a ocorrência fática (no mundo do ser) do que prevê a norma tributária, enquanto que esta se dá como a previsão normativa (no mundo do dever-ser) da situação necessária e suficiente à ocorrência da obrigação.

Já a base de cálculo se dá como a quantia estabelecida pela norma, usada para medir o fato gerador. De seu turno, alíquota é a quantia fixa, geralmente expressa em porcentagem a ser aplicada sobre a base de cálculo, para que se chegue, com precisão, ao valor a ser pago a título de obrigação tributária. No que pertine ao sujeito passivo, podemos dizer que este se traduz na pessoa obrigada ao adimplemento da obrigação tributária. É o sujeito passivo o que chamamos de contribuinte, ou seja, aquele que deve contribuir para com o Estado, para que esse, que é sujeito ativo da obrigação (por ter o poder de impor ativamente a obrigação), possa cumprir com a sua finalidade pública.

Deste modo, estando dispostos de forma lógica, em lei, tais elementos vão compor a chamada regra-matriz de incidência tributária ou norma jurídico-tributária. Como vimos, portanto, a norma tributária possui uma hipótese, em que se prevê um fato, e uma implicação, em que se prevê qual a obrigação advinda da ocorrência da situação expressa na hipótese.

Ao fim, destaque-se que a atividade administrativa plenamente vinculada a que se refere o texto legal previne que a administração, a pretexto de necessitar de verbas para dada prestação de serviços à sociedade, venha a agir de forma discricionária, isto é, com certa margem de liberdade, analisando se é conveniente e oportuna a cobrança de um dado tributo, evitando-se, assim, que ela descumpra com os preceitos constitucionais que lhe norteiam o exercício. Sendo assim, o Estado se vincula inteiramente à sua finalidade pública e às determinações expressas do ordenamento jurídico.

4.2 Fiscalidade X Extrafiscalidade

Classicamente, a tributação foi idealizada como forma de custear os gastos com os serviços públicos, de forma que os cidadãos fossem os responsáveis pelo financiamento das obras e serviços que o Estado estivesse a realizar, haja vista que sem auferir tal renda ele jamais poderia alcançar os objetivos traçados.[30]

Sendo assim, a função precípua, e por que não dizer, única, era de puramente transferir recursos para os cofres públicos no sentido de pagar as suas despesas com serviços prestados à coletividade. Portanto, era uma mera forma de arrecadar fundos, sendo conhecida essa função tributária como *fiscalidade*.

Outrossim, a partir do advento do modo de produção capitalista e, em conseqüência, da reformulação do Estado em meio à proeminência da economia de mercado, a tributação passou a ser utilizada também como *instrumento de interferência* na economia, com o fim de influenciar na direção dos setores econômicos, tendo essa ‘nova’ função o nome de *extrafiscalidade*.

Assevere-se, nesse contexto, que existe ainda uma tendência mais atual, que é o uso da tributação com o fito de arrecadar recursos para custear atividades que, malgrado não sejam privativas do Estado, ele as desenvolve por meio de entidades específicas, normalmente autarquias, sendo chamada de *parafiscalidade*, como no caso da previdência social, da organização sindical, do sistema financeiro de habitação, etc.

Diante de tais esclarecimentos, podemos dizer que os tributos são meios hábeis a efetivar a intervenção no domínio econômico, realizada pelo poder público, com o escopo de retificar desarranjos em setores da atividade econômica, servindo como o próprio instrumento de intervenção na medida em que são normas indutoras, ou como meio de custeio desta intervenção quando são fonte de recursos para que o Estado possa, utilizando-os, atuar nesse mister.

Dentre as espécies de tributo com função interventiva, podemos destacar as contribuições de intervenção no domínio econômico, que foram criadas justamente com este intento de regulação econômica. Seja com a sua mera arrecadação, seja com a utilização dos recursos arrecadados com a exação, propõem-se a equilibrar as forças do mercado. Ou seja, trata-se de contribuições que, à vista do próprio art. 149, só podem destinar-se a instrumentar a atuação da União no domínio econômico, financiando os custos e encargos pertinentes.[31] Neste sentido, podemos afirmar que as contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE’s possuem função fiscal, bem como extrafiscal.

Misabel Derzi, em nota de atualização do livro de Aliomar Baleeiro, ensina que o tributo é extrafiscal quando não almeja prioritariamente prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia.[32]

Ainda assim, a extrafiscalidade caracteriza-se pelo exercício da cobrança para atender a outros interesses que não os de mera arrecadação de recursos financeiros. O interesse geralmente manifestado com a extrafiscalidade é o de correção de situações sociais ou econômicas anômalas.[33]

Hugo de Brito Machado ainda ressalta que o tributo é extrafiscal quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, para buscar um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros[34]. E endossa também esta posição Paulo de Barros Carvalho afirmando que à forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de extrafiscalidade.[35]

Nesse desiderato, os tributos brasileiros, seja em razão do fenômeno da extrafiscalidade, em que funcionarão como normas indutoras de comportamentos, seja em virtude do financiamento de programas regulatórios por meio das receitas arrecadadas com as

exações tributárias, prestam importante papel na regulação da economia, uma vez que podem ser instituídos sob o fundamento da atividade interventiva estatal.

4.3 Tributação como Instrumento de Intervenção Estatal

Diante das considerações até o momento delineadas, vimos que a Constituição de 1988 permitiu que o Estado possa vir a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, no intuito de desempenhar as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica.

Assim, dentro da possibilidade de regulação da ordem econômica, o texto constitucional estabeleceu em seu art. 149, a competência exclusiva da União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, cuja natureza jurídica é tributária. Mas esse não é o único exemplo possível de se estatuir tributos com função de intervir sobre o domínio econômico, regulando a atividade. Existem diversos outros tributos, conforme veremos mais adiante, que se prestam, mesmo que não diretamente, para o fim de regular a economia, incentivando ou coibindo certas condutas comerciais. u coibindo certas prtros tributos, conforme veremos mais adiante, que se prestam, justamente, para o fim de regular a economia,

De fato, a íntima relação existente entre tributação e ordem econômica não vem de hoje, visto que mesmo antes da sistematização havida pela Emenda à Constituição de 1946, nº 18, de 1965, e completada pelo Código Tributário Nacional em 25 de outubro de 1966, o Estado brasileiro já aplicava o sistema de tributação como um modo evidente de sua participação no que tange às atividades econômicas, instituindo diversas formas tributárias dotadas de larga extrafiscalidade[36], sendo bons exemplos as diversas taxas que marcaram o período anterior à codificação.

Desta feita, mesmo posteriormente ao marco de organização sistemática dessa esfera jurídica, não obstante as taxas não serem usadas com tanta acuidade para tal função, o Estado encontrou o instituto do empréstimo compulsório de natureza econômica prevista no art. 15, III do CTN como forma de persistir no desenvolvimento econômico ampliando os tributos para a realização de funções extrafiscais.

Obviamente que a não recepção daquela espécie de empréstimo tributário-econômico, que ficou tão conhecida nas décadas de 70 e 80, guiou o foco desta percepção para os novos e modernizados mecanismos consagrados pela Constituição de 1988.

E hoje em dia, podemos dizer que o grande tributo interventivo trazido pelo legislador constituinte de 1988 é a contribuição de intervenção no domínio econômico- CIDE, prevista no art. 149 da Constituição de 1988, que tem o claro e precípuo escopo de interferir na economia, regulando os diversos setores econômicos. Entretanto, é de bom alvitre ressaltar que esse instituto não representou uma inovação no momento da feitura da Constituição, vez que toda a estrutura do fomento da pesquisa do açúcar e do álcool e

o instituto oficial, por exemplo, foram custeados através desta forma, antes mesmo da Constituição de 1988.[37]

Outrossim, o relevo constitucional da CIDE provavelmente auferiu a proeminência dos pontos de justaposição entre a ordem econômica e a tributação. Ainda mais que, sem prejuízo da previsão genérica do art. 149, houve por bem o legislador derivado da Emenda n.º 33 prever a possibilidade expressa e as características básicas da CIDE sobre os combustíveis no art. 177, §4º, da Constituição de 1988.

Ademais, conforme já dito anteriormente, o relacionamento entre a tributação e a ordem econômica não está adstrita a tais contribuições, tendo em vista que a nossa atual Constituição está repleta de mecanismos tributários para eventual atuação “indutória”. [38]

Os exemplos basilares desta ligação íntima se localizam nos denominados impostos regulatórios de intervenção consagrados na possibilidade de fixação das alíquotas do Importação, Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) por ato do Poder Executivo [39], suavizando a regra da Legalidade Estrita e que também não precisam respeitar os rigores do Princípio da Anterioridade. [40]

É por isso que é inolvidável que o Estado tem função capital na manutenção e desenvolvimento da economia nacional, uma vez que este respeite os princípios balizados pela Constituição, os quais servem de limites à intervenção estatal no domínio econômico.

Assim, o Estado, nos momentos de grande demanda, e nos momentos de crise, atua incentivando, instigando o mercado. É por isso que se tem, no nosso sistema, bem como na maior parte do mundo, o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica [41], não havendo melhor ferramenta para esta finalidade quanto os tributos regulatórios e a facilidade de rápida inserção modificativa.

Nessa esteira, o Estado se utiliza, incalculáveis vezes, destes mecanismos, passando pelo caso dos carros importados ao incremento recente do seguro de vida, todos setores instigados ou não por meio da mudança de alíquotas.

No caso do imposto de importação, que é um dos mais importantes instrumentos de regulação econômica, serve este, com sua função extrafiscal, de importante ferramenta de proteção da indústria nacional, muito mais do que como instrumento de arrecadação de recursos financeiros para o tesouro público, sendo sua função fiscal prejudicada em função da extrafiscal.

Deste modo, caso não houvesse imposto de importação no Brasil, a maioria dos produtos industrializados no nosso país não teria condições de concorrer no mercado com seus análogos produzidos em países economicamente mais desenvolvidos, nos quais o valor de produção é reduzido em razão das técnicas de racionalização da fabricação e do incremento tecnológico de maneira geral.

E também há o fator de que diversos países subsidiam as exportações de produtos industrializados, de forma que os seus custos ficam espantosamente reduzidos, o que

vem a se refletir nos seus preços. É nesse contexto que o imposto de importação trabalha como fundamental instrumento de política econômica.

Da mesma forma podemos citar o imposto de exportação, que tem caráter quase exclusivamente monetário e cambial e tem por finalidade disciplinar os efeitos monetários decorrentes da variação de preços no exterior e preservar as receitas de exportação, conforme o art. 1º da Lei n.º 5.072 de 12 de agosto de 1966.

E ainda que não se trate de impostos regulatórios, qualquer decisão de tributar ou desonerar um determinado setor trará inquestionáveis conseqüências no controle econômico da atividade. Nesta esfera, exemplos surgem desde a indústria automobilística com o IPI dos carros populares até o imposto de renda das pessoas físicas e o consumo de previdência privada.

O Imposto sobre produtos industrializados, nesse sentido, é um imposto seletivo em função da essencialidade do produto, tendo sido instituído com função extrafiscal proibitiva, como no caso da alta exação dos artigos de luxo, ou supérfluos como perfumes, ou de consumo desaconselhável como bebidas e cigarros.

A pretensão atual do governo em utilizar as deduções do Imposto de Renda para estimular a formalização dos trabalhadores domésticos traz nova ilustração da extrafiscalidade nos tempos desta Constituição. Com efeito, o Imposto de Renda (IR) é relevante mecanismo para a distribuição das riquezas, não somente em função das pessoas, mas também em razão dos lugares, prestando-se, assim, ao incremento do desenvolvimento econômico regional e setorial, destacando-se a sua extrema importância extrafiscal.

Por sua vez, devemos ressaltar que vários outros tributos servem para a finalidade regulatória admitindo a permissão constitucional por meio de relativização dos Princípios da Legalidade Estrita e da Anterioridade, tal qual ocorre com a CIDE-Combustíveis[42] e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) também sobre os combustíveis[43], ainda que sem maiores utilizações práticas. Isto para não esmiuçar aqui as funções havidas no Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU)[44] e no Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR)[45] em razão da função social, como forma importante de combate aos latifúndios improdutivos, e de promoção de redistribuição da terra, ao se coibir a estagnação do uso desta, e que também representam formas claras de intervenção no domínio econômico.

De seu turno, há ainda o Imposto sobre Operações Financeiras, IOF, que tem função preponderantemente extrafiscal, sendo muito mais um instrumento de manipulação da política de crédito, câmbio e seguro, assim como de títulos e valores mobiliários, do que um simples meio de obtenção de receitas, embora significativa sua função fiscal, por ensejar a arrecadação de somas consideráveis.[46]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da atividade de pesquisa realizada, podemos dizer que o que se tentou aqui realizar foi, principalmente, sinalizar acerca da relevância do tema para o

aprimoramento dos mecanismos constitucionais e à sua adaptação à freqüente evolução social, especialmente em relação à intervenção direta do Estado no domínio econômico, objetivando desta forma, proporcionar uma maior fluidez ao sistema com a finalidade precípua de fornecer uma sobrepujante segurança ao domínio econômico, perscrutar a justiça social, além de tornar possível o alcance e/ou restabelecimento do bem comum.

Sendo assim, pode-se depreender, do que foi dito, que os princípios-fins são finalidades a que visa o Estado na ordem econômica, já que ao lado dos particulares, o Poder Público também é agente econômico, quando atua diretamente na economia através de suas empresas ou sociedades, ainda que por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme reza o art. 173, *caput*.

Nesse desiderato, é inolvidável que o papel do Estado na ordem econômica é de preservação e promoção dos princípios-fins consubstanciados na Constituição, de forma que sua concretude represente o desenvolvimento da Ordem Econômica e da sociedade como um todo, assegurando, sobretudo, dignidade humana, uma vez que é princípio maior, cabendo a ele agir de todas as maneiras possíveis, mas legítimas, para assegurar que estes fins sejam concretizados.

Por sua vez, saliente-se o dever do Estado de fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica, e no desempenho dessa competência deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais, e, ao delinear esta disciplina deverá se pautar nas normas estabelecidas constitucionalmente, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da Ordem Econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho.

Desta banda, é função do Estado procurar influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, por meio de incentivos, fiscalização e planejamento no sentido de proporcionar uma ordem econômica justa e equilibrada.

E nesse contexto surge a intervenção sobre o domínio econômico através da tributação no fito de bem desenvolver a esfera econômica. Mas como tudo que é feito pelo Estado, também essa intervenção nessa modalidade possui diversas limitações que devem ser seguidas rigorosamente para que não se abuse do poder de cogência que lhe é peculiar, prejudicando os particulares.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, Danilo Ferreira. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1980.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista Diálogo Jurídico. núm. 14. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, junho-agosto de 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FALLA, Fernando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo. v. II. Madri: Editorial Tecnos, 1982.

GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAIDA, Fernando. O caráter fiscal e extrafiscal da CIDE sobre as atividades na indústria de petróleo. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Separata do Boletim de Ciências Econômicas, v. XVII, Faculdade de Direito, Coimbra, 1974.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD. Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

* Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professora Substituta na UFRN.

** Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto na UFRN.

[1] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72.

[2] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição, Separada do Boletim de Ciências Econômicas, v. XVII, Faculdade de Direito, Coimbra, 1974, p. 35.

[3] Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

[4] “**Art. 186** - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos. (...)”

[5] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93-94.

[6] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 780.

[7] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98.

[8] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 780.

[9] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99.

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 638.

[11] “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

[12] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109.

- [13] BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista Diálogo Jurídico. núm. 14. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, junho-agosto de 2002. p. 1-28.
- [14] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 784.
- [15] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.149.
- [16] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 784.
- [17] FALLA, Fernando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo. v. II. Madri: Editorial Tecnos, 1982. p. 299-302.
- [18] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 150.
- [19] GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.151.
- [20] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 633.
- [21] Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
- [22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 634.
- [23] A esse respeito, *vide* Carlos Ari Sunfeld. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2007. p.22/23.
- [24] BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª Ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63.
- [25] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 381-382.
- [26] A propósito, Sacha Calmon identifica as diferenças entre o tributo e as outras formas de arrecadação financeira do Estado, que merece consideração. Veja-se: “O tributo legitima-se e diferencia-se das prestações pecuniárias e apropriações até agora referidas em função, precisamente, de sua *hipótese de fato* relacionada ao preceito. *Tributo* é toda prestação pecuniária em favor do Estado ou *de pessoa por ele indicada*, tendo por causa um *fato lícito*, previsto em lei, instituidor de relação jurídica, diferenciando-se da multa porque esta, embora prevista em lei em favor do Estado, decorre de um fato ilícito. Extrema-se da *indenização* porque esta, posto que também prevista em lei, tem por “razão de ser” prévia e comprovada *lesão ao patrimônio alheio*,

inclusive o estatal. Contrapõe-se às prestações pecuniárias “contratuais” ou de *jus gestionis*, porque tais receitas decorrem de acordos de vontades (contrato). Enquanto o tributo é unilateralmente previsto em lei, o objeto de tais obrigações é ajustado *ex voluntate*, tendo por mira múltiplas situações (aluguel ou venda de coisas, contratos de mútuo, aplicações financeiras, prestações de serviços, etc.). Distingue-se, por sua vez, de outros deveres pecuniários de índole privada, como seguro obrigatório automobilístico, ou da obrigação alimentar, porque, nesses casos, o credor é pessoa jurídica de Direito Privado ou pessoa natural, e também, porque em tais casos, a cobrança não é feita mediante *atividade administrativa plenamente vinculada à lei*. E finalmente, diferencia-se das apropriações de dinheiro abandonado porque aí o fato, embora lícito e acontratual, não é causador de relação jurídica, pois a existência de dinheiro na condição *res nullius* ou *res derelicta* não é fundamento, razão, hipótese ou causa de uma obrigação. Em resumo, o que entrar em dinheiro para os cofres estatais, sob a forma de prestação pecuniária, o que exclui as entradas de caixa, como fianças e cauções, e as apropriações, que não sejam indenização, multa ou contrato, aluguel, juro, foro, laudêmio, ou preço, só pode ser tributo.” COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 381-382.

[27] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.19.

[28] ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1980.

[29] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 227.

[30] ANDRADE, Danilo Ferreira. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

[31] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54.

[32] BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: RT, 1998.

[33] MAIDA, Fernando. O caráter fiscal e extrafiscal da CIDE sobre as atividades na indústria de petróleo. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

[34] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005.

[35] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[36] Tratamos aqui de extrafiscalidade no sentido de que os tributos alcancem um fim além da arrecadação de receita para os cofres públicos. Sirvam também de normas indutoras, incentivando ou desestimulando dadas condutas, de modo a induzir o

domínio econômico a se portar da maneira pretendida pelo Estado, que deve se pautar, necessariamente, pelo princípios constitucionais que orientam a Ordem Econômica e Tributária.

[37] O fundamento jurídico dessa contribuição atinente ao Instituto do Açúcar e do Alcool encontra-se nos Decretos-leis 308/67, 1.712/79 e 1.952/82. Muito se discutiu acerca da recepção pela atual Constituição Federal da contribuição ao IAA, sendo que o STF pacificou a questão, mais uma vez em favor da constitucionalidade da exação. (Pleno – Recurso Extraordinário n.º 214.206/AL – Rel. para Acórdão Min. Nelson Jobim – DJ de 19.5.1998)

[38] No sentido utilizado por Luís Eduardo Schoueri em sua obra Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[39] Art. 153: (...)

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

[40] Art. 150, III, b e c; § 1º, 1ª parte da Constituição de 1988.

[41] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 258.

[42] Art. 177, §4º, I a, b; II a, b e c, da Constituição de 1988.

[43] Art. 155, §4º, I a IV a, b, c, da Constituição de 1988.

[44] Art. 156, §1º, I e II, da Constituição de 1988.

[45] Art. 153, §4º I, II e III, da Constituição de 1988.

[46] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 339.

CONSTITUIÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE NÃO-RESIDENTES EM TÍTULOS PÚBLICOS NO BRASIL*

CONSTITUTION, GLOBALIZATION, AND TAXATION OF NON-RESIDENTS' INVESTMENTS IN BRAZILIAN PUBLIC TITLES

**Marcos Aurélio Pereira Valadão
Lauriana de Magalhães Silva**

RESUMO

A Globalização tem como suporte essencial o aprofundamento das relações internacionais, ocasionado pela permeabilidade das intenções de política econômica tanto dentro quanto fora das fronteiras nacionais. Especialmente por ser uma das formas de expressão da soberania e intervir diretamente no domínio econômico, a tributação faz parte desse contexto. Políticas fiscais associadas às políticas monetárias visam o controle da economia, para promover o desenvolvimento e combater a inflação. Com base no arranjo dessas políticas, e com essa finalidade, nos anos 1990, o Brasil desenvolveu o Plano Real que propiciou, apesar da estabilidade econômica, a elevação considerável da dívida pública interna, financiada tanto pela tributação quanto pela emissão de títulos públicos. Mudanças legislativas recentes proporcionaram vantagens tributárias aos investidores não-residentes que não se estendem aos residentes, embora o investimento em títulos públicos seja idêntico. Este trabalho visa fornecer ao leitor o arcabouço histórico-econômico necessário à compreensão dos desdobramentos do tema que identifica tensão entre a aplicação do princípio constitucional da igualdade tributária frente aos desafios da globalização econômica. A partir dessa perspectiva, busca-se verificar a possibilidade de confirmar ou refutar a assertiva de que a globalização implica no enfraquecimento dos princípios constitucionais tributários, especialmente o princípio da igualdade tributária, no que concernem os rendimentos obtidos por investimentos de não-residentes em títulos públicos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO – ESTABILIZAÇÃO ECONÔMICA – Dívida Pública - TÍTULOS PÚBLICOS – INVESTIMENTO – TRIBUTAÇÃO - NÃO-RESIDENTES - CONSTITUIÇÃO - IGUALDADE TRIBUTÁRIA

ABSTRACT

The fundamental support of globalization is the increasing depth of international relations, mostly promoted by the permeability of economic policies among national

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

frontiers. Taxation is part of this context especially because it is expression of State sovereignty related to economic sphere. Fiscal policies associated with monetary policies are designed to control economy, by promoting development and controlling inflation. In the 1990's Brazil developed the Real Plan to control inflation and reach economical stability, but the negative side was de growth of internal public debt, which has been funded through tax raise and public debt papers issues. Recent law changes promoted tax advantage to non residents that are not extended to residents; nevertheless it is the same type of investment. This article aims give the reader the historical-economic instrumental to understand the tension derived from constitutional tax equality principle application and the economic globalization challenges. Under this perspective, the intends to verify the validity of the statement that globalization implies softness of constitutional tax principles, especially tax equality, as related to income obtained by investments of non Brazilian residents on public Brazilian debt papers.

KEYWORDS: GLOBALIZATION – ECONOMIC STABILITY – PUBLIC DEBT – PUBLIC TITLES - INVESTIMENT – NON-RESIDENTES - TAXATATION – CONSTITUTION - TAX EQUALITY

1. Introdução

Explicar a globalização, em seu contexto histórico, serve à melhor interpretação e compreensão das recentes mudanças promovidas na órbita da legislação brasileira, em especial quanto à concessão de incentivos fiscais. A história do presente integra, dadas as suas vicissitudes, o suporte do qual emanam as normas jurídicas que buscam soluções para necessidades imediatas do Estado.

Nesse sentido, pretende-se fornecer ao leitor o arcabouço histórico-econômico necessário à compreensão os desdobramentos do tema: aplicação do princípio constitucional da igualdade tributária frente aos desafios da globalização econômica. A partir dessa perspectiva, busca-se verificar a possibilidade de confirmar ou refutar a assertiva de que a globalização implica o enfraquecimento dos princípios constitucionais tributários no que concernem os rendimentos obtidos por investimentos de não-residentes em títulos públicos brasileiros.

A fim de fornecer maior precisão às reflexões expostas neste trabalho, urge informar que o termo não-residente é distinto de estrangeiro. Isso por que o conceito de não-residente inclui tanto os não-nacionais quanto cidadãos brasileiros que residem no exterior. A distinção entre brasileiros e estrangeiros é clara no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.[1] A distorção ventilada neste artigo diz respeito ao tratamento tributário distinto entre nacionais brasileiros por força do critério de residência.

2. Globalização e Ajustes Estruturais

2.1. Introdução ao tema

É necessário reconhecer que nenhum conceito de globalização consegue ser completo e, ao mesmo tempo, atingir todos os pontos do complexo de idéias que o termo envolve. Isso porque não se trata de um fenômeno único, isolado, recente. Não se trata de revolução em termos teóricos concebidos pela ciência social. [2] Ele pode ser visto como o fim do ciclo de desenvolvimento e avanço dos meios de produção.[3] Isso porque não há uma ruptura com a ordem anterior, mas sim uma confirmação de tendência à expansão própria do capitalismo em nível mundial conforme já sido diagnosticado por Karl Marx e re-elaborado pelos seguidores de suas idéias no século XX.[4]

Enquanto idéia, portanto, globalização envolve a própria inserção do homem em seu espaço, entendido este como o globo e, para tanto, da satisfação das suas necessidades individuais enquanto coletividade, dada a aproximação das sociedades. Segundo essa ótica, o indivíduo passa a ser sujeito de direito internacional, isto é, percebe direitos e contrai obrigações na aldeia global.

Não obstante esse avanço, o Estado continua a ser o sujeito de direito internacional por excelência, gozando, por intermédio da sua soberania, da capacidade de impor-se no plano interno e decidir os rumos de sua política no plano externo. O exercício da soberania, no entanto, não deve implicar em isolamento. Edward Carr ensina a impossibilidade de auto-satisfação das necessidades com o fechamento do Estado. Em outras palavras, por mais que tenha se tentado fomentar a existência de autarquias em nível global, a história mostra a sua impossibilidade.[5]

A existência das relações internacionais e, portanto, das trocas em nível global é inevitável, sob pena da marginalização e da sucumbência das sociedades. A evolução e o progresso humanos dependem desse relacionamento e, por isso, que se criem elos institucionais que promovam a confiança e a segurança para que essas relações ocorram sem impedimentos de ordem política.

A globalização pressupõe o aprofundamento da intermediação contínua entre o que está dentro e o que está além das fronteiras dos Estados, sendo, desse modo, relativa à própria idéia de nação desenvolvida nos moldes clássicos.[6] A idéia de integração econômica força a relativização do que José Eduardo Faria aponta como soberania em seu significado moderno que “diz respeito a um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo”. [7]

Essa inevitável intermediação de interesses não está alheia à influência do poder econômico. Isso por que a ligação existente e necessária entre economia e poder remonta à própria noção de compartilhamento e divisão dos recursos escassos em nível internacional. Embora o comércio internacional seja amplo e de tendência inclusiva (pela sua essência, segundo a doutrina liberal), ele está sujeito, como arena em que ocorre disparidade de poder, aos interesses dos mais influentes.

Dada essa realidade, urge atentar para a persuasão, por intermédio da exploração do que se chama em economia de vantagens comparativas. [8] E é com base nessas vantagens, nas negociações e instituições que se firma, tanto na atualidade quanto em épocas remotas, o comércio internacional.

Isto posto, a globalização é mais bem compreendida a partir da idéia de processo. E, nesse processo, há uma intensificação dos fluxos de mercadorias, pessoas, capitais a partir do desenvolvimento tecnológico das comunicações e do ciclo produtivo possibilitando a descentralização (formação de parcerias produtivas), a desconcentração (abertura de filiais além fronteiras) e a difusão (melhoria logística) da produção a fim de proporcionar maiores ganhos de escala.

As posturas da economia política dos países em desenvolvimento se amoldam, aos poucos, a esse processo. A repulsa à pobreza, como ressalta Robert Gilpin,[9] toma forma quando, a partir das crises do petróleo de 1973 e 1979, países em desenvolvimento proclamam a necessidade de redistribuição da riqueza.

O Brasil, em meio à necessidade de expansão do seu setor produtivo, como ressalta Werner Baer,[10] possuía, nesse período, duas alternativas: interromper os investimentos em infra-estrutura que estavam em curso ou endividar-se por intermédio da realização de empréstimos a juros pós-fixados.

Foi escolhida a segunda alternativa. O desenvolvimento brasileiro fomentou, durante esse período, o crescimento econômico, por uma série de empréstimos tomados no exterior. No entanto, o Estado não possuía um controle efetivo (quer dizer, controle institucional) que proporcionasse maior racionalidade na alocação desses recursos. Ainda era incipiente a existência de estrutura para o controle de mecanismos como a emissão de moeda e da taxa de juros. [11]

Com o transcurso do prazo para o vencimento da dívida, fato ocorrido no início da década de 1980, verificou-se, além da impossibilidade de pagamento (evidenciada pela declaração de moratória) a incapacidade de implementação de um modelo racional e transparente na gestão pública por intermédio das instituições então existentes. Feito o diagnóstico com a crise da dívida, coube ao Fundo Monetário Internacional apontar as medidas iniciais para o ajuste da estrutura do Estado aos rumos que o processo de globalização passava a apresentar.

Joan Spero e Jeffrey Hart ensinam que

Chegar a um acordo com o FMI sobre um empréstimo e a austeridade doméstica – uma condição dos empréstimos junto a essa instituição – se tornaram centrais para a postergação da dívida. Embora seus empréstimos fossem pequenos comparados com o total devido, o FMI oferecia um meio para a imposição de medidas econômicas nacionais tidas como necessárias para o reembolso.[12]

É preciso ressaltar que a preocupação com a redefinição do papel do Estado nesse contexto não foi apenas brasileira e nem mesmo um fato centrípeto. O Estado provedor do bem estar social, então fomentado desde a década de 1930 com a emergência da leitura econômica de John Maynard Keynes[13] que defendeu a idéia de expansão dos gastos públicos como motor do desenvolvimento econômico, passou a entrar em declínio. Como bem ressalta Rosanvalon,[14] a crise do Estado Providência está arraigada na incapacidade de financiamento e de legitimação desse Estado diante do recrudescimento das demandas de bem-estar da sociedade.

No argumento de Mises,[15] a persecução de objetivos de ordem econômica por parte dos indivíduos leva a uma maior satisfação pessoal que a ajuda do governo. O Estado deveria, na visão liberal, intervir menos possível na economia deixando a cargo do mercado as oportunidades para o desenvolvimento individual e, em nível mais amplo, da economia como um todo. Esse retorno do liberalismo é perceptível, em termos de globalização econômica, por intermédio das diversas reformas do aparato do Estado, entre elas na legislação tributária, realizadas a fim de torná-lo mais eficiente e atraente aos fluxos de investimentos internacionais.

Esse fato foi sentido pelos países desenvolvidos e, ainda com maior rigor, pelos países em desenvolvimento os quais, às voltas com as fundamentais necessidades de financiamento das suas pungentes demandas sociais. Pesava ainda o fato de que eles tiveram de lidar com o a incapacidade de pagamento dos empréstimos contraídos nas décadas de 1970 e 1980, principalmente em virtude das crises do petróleo.

Essa incapacidade de pagamento devia-se essencialmente à redução da liquidez do dólar no contexto mundial àquele momento, diante da segunda crise do petróleo em 1979. Tal crise elevou o valor dos juros dos empréstimos então contraídos no exterior, dificultando o gerenciamento das economias dos países devedores.

Identifica-se, portanto, uma dupla e urgente demanda naquele momento para o Brasil: lidar com a falta de recursos para financiamento para o seu bem-estar e com o alto grau endividamento externo.[16]

A esses ingredientes somam-se as pressões pró-democratização e abertura econômica durante a década de 1980.[17] Mudanças institucionais foram realizadas no Brasil e, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição. Advinda do período pós-ditadura, a nova Carta ampliou ainda mais a responsabilidade do Estado em garantir bem-estar à sociedade brasileira,[18] ampliou as responsabilidades da União, expandindo as possibilidades de repartição de receitas e alargando as bases tributárias dos impostos dos Estados e Municípios.

Na tentativa de abrandar o árduo panorama, pacotes econômicos não-ortodoxos (Planos Cruzado, Bresser, Verão e Collor), isto é, baseados na expansão da demanda agregada, reprisaram um movimento que era conhecido na literatura econômica como *stop and go*. [19] Quando da sua implantação, eram acalentadas as demandas imediatas da sociedade em um primeiro momento, mas pouco se sustentavam no médio ou longo prazo: a nova expansão da demanda agregada provocava novos surtos inflacionários.

O crescimento econômico brasileiro era insuficiente para acompanhar as taxas de inflação e, de fato, agregar valor aos bens e serviços. A indexação dos preços da economia brasileira nessa época promovia um movimento de escalada inflacionária que expandia ainda mais a elevação dos preços, retroalimentando a crise. O instituto da correção monetária corroborava para o insucesso das tentativas de contornar o processo inflacionário.

As propostas dos planos apresentados pelo governo de Fernando Collor (Planos Collor I e II) na década de 1990, tratavam do combate à inflação, da modernização do parque industrial brasileiro por meio da entrada de novas tecnologias e da desestatização da economia e da abertura do mercado nacional ao comércio internacional. Apesar de

apoiado, o combate à inflação iniciou-se com o confisco das cadernetas de poupança da população, a fim de enxugar a oferta de moeda na economia. Em relação aos outros dois pontos, a importação de tecnologias para o parque industrial brasileiro trouxe consigo problemas como o desemprego estrutural, e, a desestatização da economia encontrava (e ainda encontra) óbices dentro dos setores mais conservadores da classe política.

Instaurada a crise institucional e de legitimidade, urgiu-se admitir a realização de alterações profundas tanto na estrutura formal quanto na material do Estado brasileiro na década de 1990. As condicionalidades do FMI e as diretivas do Consenso de Washington foram tomadas como referenciais. No campo teórico, tais recomendações de política econômica foram entendidas como uma releitura das idéias liberais do século XIX e, por isso, foram chamadas de neoliberais.

Vale ressaltar que essas medidas impactaram sobremaneira no plano dos países subdesenvolvidos em todos os continentes do globo.[20] A receita do Consenso de Washington para a expansão econômica era a mesma para o mundo subdesenvolvido: redução do papel do Estado na economia por intermédio da privatização de estatais, abertura econômica por meio da liberalização dos mercados e contenção da inflação com a realização de políticas com o objetivo de estabilizar a economia.

A fórmula apresentada tenta amenizar a crise de legitimidade que o Estado vem enfrentando. Além disso, a interdependência econômica [21] advinda da abertura da economia ao comércio internacional força a interligação entre os elos internos e externos às fronteiras dos países, culminando na sensível questão da adaptação gradual a novas interpretações dadas à legislação e aos princípios comumente empregados nas relações internacionais. Cite-se, como exemplo, o grau de interferência política das empresas multinacionais frente ao princípio da não-intervenção. [22]

Ademais, a modo de países que suportam o sistema de previdência social, o Brasil via-se gradativamente impossibilitado de atender às demandas nesse setor. Pendia a realização de reformas previdenciárias no setor público e privado e a racionalização na aplicação dos recursos públicos. Os dispêndios com o aparelho do Estado superavam os benefícios que dele era necessário se extrair.

A rigidez, a ineficiência do setor público e as prerrogativas constitucionais de que gozava colocavam-no, nesse sentido, como um peso morto para toda a economia. As externalidades proporcionadas pela burocracia pública eram concebidas como negativas, por conta dessas características. De tudo o que era despendido com o aparato estatal brasileiro, imaginava-se que pouco se extraía em benefícios reais para a coletividade.[23]

2.2. O Plano Real contextualizado e seus efeitos

Os apelos mencionados anteriormente impelem a gradativa saída do Estado em setores de dominância da economia de mercado, na esteira do Consenso de Washington. No Brasil, por exemplo, são instituídos instrumentos como contratos de gestão e termos de parceria com novas figuras administrativas para fins de prestação de serviços públicos de caráter público não-estatal. Foi acrescentado, ainda, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19 de 1995, o princípio da eficiência como norteador para toda a administração pública.

Importa afirmar que tais alterações seguiram-se à elaboração e implantação do Plano Real no governo do então presidente Itamar Franco, em 1994. Esse foi um plano de estabilização econômica o qual, por intermédio da retração da demanda agregada, reduziu os impulsos inflacionários ao mesmo tempo em que se verificou maior abertura ao mercado internacional.

A estratégia desse plano econômico se consubstanciou em três mecanismos essenciais: a) abertura ao exterior, por meio da valorização da moeda, para dar vazão à demanda contida, sinalizando o abandono da estratégia de substituição de importações; b) aumento da taxa de juros; c) maior controle da emissão monetária, adotando uma postura de maior volume de encaixes compulsórios junto às instituições financeiras. Não obstante a euforia inicial proporcionada pelo aumento do valor real da moeda em curso, isto é, do poder de compra, esses mecanismos não foram desprovidos de consequências economicamente negativas.

A valorização da moeda brasileira causou impacto negativo no setor exportador, provocando desequilíbrios na balança comercial. Os produtos brasileiros sofreram aumento de preço no exterior, o que reduziu a sua demanda externa, reduzindo a geração de lucros e o reinvestimento no setor, prejudicando as negociações comerciais.

Outro efeito do Plano Real foi o aumento do endividamento interno público. O aumento da taxa de juros com o fito de “enxugar” a moeda da economia representou a remuneração que o governo, naquele momento, estava disposto a pagar àqueles que financiam as suas necessidades. A contenção da inflação que esteve presente por mais de duas décadas na economia brasileira não seria feita sem esforço por parte do governo.

Frise-se, no entanto, que além da lógica contida no Plano Real, a demanda por recursos da União, não raro, estava em descompasso com a sua receita, uma vez que, o governo federal atuou em “socorro” de Estados que exigiram de seus bancos públicos estaduais vultosos recursos[24] e vinham gastando muito mais do que arrecadavam.[25] Desse modo os mecanismos institucionais corroboraram para o aumento da dívida interna: além de cobrir a demanda com as obrigações de financiamento em nível federal, também houve a assunção de débitos de Estados e Municípios.

Feitas essas ponderações, cabe ressaltar a distinção entre dívida e déficit internos públicos. Dívida pública é o estoque de crédito que o mercado interno possui, enquanto o déficit relaciona-se à variação que essa dívida passa ao longo do tempo.[26] Ou seja, o déficit é variável de fluxo. O endividamento interno público no Brasil é alto por conta do efeito da retração da demanda por moeda provocada pelos juros apresentados pelo governo quando da emissão de títulos públicos (que consubstanciam tanto as obrigações de Estados e Municípios assumidas pela União, quanto as dívidas contraídas pela própria União e o seu refinanciamento).

A emissão de títulos públicos corresponde à realização de empréstimos públicos. Essa é uma das formas clássicas de financiamento das atividades estatais, além da emissão de moeda e da tributação. Mas, conforme aponta Geraldo Ataliba:

Não é só a pessoa do Estado que tem crédito, mas sim determinada administração, determinado governo, de terminada equipe que – pela sua maneira de se conduzir, pela

sua filosofia, pela sua política e sobretudo pelos fatores que em geral podem inspirar confiança – empresta ao Estado, durante determinado período, aquelas condições que exatamente configuram o que se quer expressar pela palavra crédito, tomada nesta acepção. [27]

O argumento utilizado para a solvência desses empréstimos diante dos credores tem sido a realização de contenções de despesas mediante a promoção de superávits primários. Essa modalidade de superávit é obtida quando as receitas operacionais do orçamento do Estado superam as despesas operacionais, desconsiderando-se os gastos com os juros da dívida. Em outros termos, isso significa que, ao obter superávits primários, o governo sinaliza para os credores que está em condições de controlar seus gastos e trabalha para quitar seus débitos. No esforço de obter tal excesso, o governo contingencia os dispêndios previstos na lei orçamentária e busca aumentar a carga tributária. Nesse sentido, ensina Luís Matos Filgueiras:

Os objetivos dessa política, mais uma vez, foram os mesmos de sempre: de um lado, conseguir superávits primários nas contas públicas e, de outro, reduzir o nível de atividade econômica, buscando uma redução dos déficits na balança comercial, através da diminuição das importações e do incitamento às exportações. Tudo isso para tentar demonstrar ao capital financeiro internacional a capacidade do país para pagar as suas dívidas externa e interna. [28]

Essa meta de produção de superávits tem levado o governo a favorecer uma parcela mínima da população que detém recursos no sistema financeiro em detrimento de todo o restante da sociedade. Recursos públicos deixam de ser aplicados para suprir as funções essenciais do governo, em especial na produção de bens e serviços públicos (gastos sociais e de infra-estrutura), tornando socialmente ineficiente a sua atuação.

Verifica-se, portanto, que a emissão de títulos da dívida pública possui um custo social alto. Mas ainda há motivos para o interesse nesse tipo de financiamento. Uma das formas de lidar com a situação tem sido a realização do refinanciamento da dívida mediante a emissão de novos títulos. Cumpre informar que os seus adquirentes tanto podem ser residentes quanto não-residentes no país. Isso quer dizer, o alongamento da dívida poderá ser feito por intermédio de moeda nacional ou do ingresso de moeda estrangeira (no caso dos não-residentes). Pretende-se analisar, a seguir, o interesse pelo ingresso do capital externo.

3. Atração de Investimentos de Não-Residentes em Títulos da Dívida Pública

A atração de investimentos não é fenômeno que ocorre apenas em países em desenvolvimento, ela é desejada por qualquer economia do globo. A questão da entrada de investimentos em mercados de países em desenvolvimento como o Brasil merece destaque por que existe a relação de dependência desses recursos de modo essencial. Isso torna as economias desses países vulneráveis. Eles não conseguem, unicamente com seus próprios recursos, promover a oferta de bens públicos que pretendem. Dessa relação de dependência surge a necessidade de obter empréstimos públicos e investimentos diretos junto ao mercado internacional.

Nesse ponto cumpre levantar a necessária distinção entre investimentos diretos e os indiretos. A noção corrente é que os investimentos indiretos podem representar perigo para o país que os acolhe, diferentemente do investimento direto o qual, em tese, está comprometido com o crescimento da economia nacional.

De fato, os investimentos indiretos podem sair do país a qualquer momento atraídos por melhores taxas de juros oferecidas em outros mercados. No entanto, de modo similar, o mesmo ocorre com os investimentos diretos. Mercados que oferecem melhores condições em termos de rentabilidade, segurança financeira e institucional por intermédio de sistema legal objetivo e de solução de controvérsias eficiente, tendem a ser mais receptivos, no sentido de serem atrativos, aos ingressos de investimentos.

Por isso, a confiança do investidor em um país desenvolvido é diversa daquela que deposita naquele que está em desenvolvimento. O histórico econômico dos países em desenvolvimento geralmente envolve declarações de moratória – exatamente o que o investidor não deseja. O receio de não obter o retorno do que foi investido e, pior, não receber sequer o principal da aplicação, torna a realização de investimentos nesses países um procedimento de risco. Esse fato justifica comportamentos e medidas político-econômicas como incentivos fiscais, as altas taxas de juros, a grande vulnerabilidade dos mercados financeiros desses países.

Para o investidor, não basta apenas o risco de investir em um mercado economicamente vulnerável, visto que os melhores rendimentos partem de países que possuem maior risco. É fundamental conhecer as vantagens para se realizar essa operação em um determinado país, verificar a situação do recolhimento de tributos decorrentes não só da operação, mas principalmente dos lucros auferidos.

Por parte do governo brasileiro, em relação à questão da dívida pública interna, seria viável uma saída que promovesse o seu alongamento, aumentasse sua liquidez e estimulasse a queda da taxa básica de juros (o que também estimula o desenvolvimento), sem alterar, é importante ressaltar, as regras propostas ao mercado. Esse último intento é relevante, a fim de que se evitem os efeitos de “manada” proporcionados pela volatilidade dos mercados.

Segundo relatório econômico da ANDIMA:

é fundamental aumentar a densidade e a abrangência de seus mercados, especialmente os secundários, nos quais detentores vendem seus títulos a outros compradores. A homogeneidade dos papéis negociados é diretamente proporcional à sua fungibilidade, ou seja, sua capacidade de ser substituído aos olhos do investidor. Se dois tipos de títulos são vistos como substitutos, a demanda de um soma-se à dos outros, formando um único mercado, potencialmente mais ativo do que o de cada um isoladamente. Assim, uma estratégia fundamental para aumentar a liquidez de títulos públicos tem sido precisamente a de elevar seu grau de fungibilidade. [29]

Seria necessário, além de elevar a fungibilidade entre os títulos públicos, buscar alteração do perfil do investidor nesse mercado, para que esses objetivos sejam alcançados. É nesse perfil que o investidor não-residente, à luz da política econômica atual, se enquadra. Segundo a Andima, esses investimentos geram importantes

externalidades positivas e existem três motivos fundamentais para que seja facilitado o acesso do investidor não-residente ao mercado de títulos públicos:

- a) Possibilidade de alongamento do prazo da dívida devido à diferença de perfil do demandante;
- b) Aprofundamento dos mercados financeiro e de capitais;
- c) Efeito monitoramento.

Quanto ao primeiro motivo, o lançamento de títulos de maturação mais longa (ou vencimento com prazo maior), o que aumenta o estoque da chamada dívida fundada, com tributação mais baixa, impeliria os investidores a migrar do mercado de curto prazo para o de renda fixa a prazo mais longo. Em outro relatório da ANDIMA se lê: “É possível que o investidor não-residente, já habituado em operar em mercados líquidos, veja com mais naturalidade a idéia de comprar títulos da dívida com esse perfil.”[30]

Quanto ao segundo motivo, segundo aponta a ANDIMA, investidores não-residentes temem pela pouca quantidade de títulos públicos da dívida brasileira. Com o número reduzido de participantes, cada investidor vê poucas opções no mercado secundário (isto é, de revenda).

Por fim, quanto ao terceiro motivo, a sensibilidade dos investidores não-residentes, dada a quantidade de opções de aplicação no mercado financeiro e de capitais do globo, tende a ser maior quando os Estados realizam manobras arriscadas de política econômica. A maior participação dos não-residentes no mercado de dívida pública tenderia, segundo a orientação da ANDIMA, a fazer com que os Estados “andem na linha”, pois os custos poderiam ser grandes.

Cabe lembrar que as vantagens tributárias ofertadas pelo governo brasileiro não são, de modo algum, absolutas em relação a outros países. Em vista disso, deve-se atentar para os fenômenos da concorrência tributária e da arbitragem tributária internacional.

3.1 Concorrência Tributária

A tributação é um dos principais mecanismos de que detém o Estado para estimular comportamentos dos agentes econômicos.[31] Assim, vantagens tributárias são percebidas como atrativos de investimento. Países que não tributam ou tributam pouco a renda tendem a ser foco de atração. A concessão de benefícios fiscais faz parte das medidas legais com vistas a esse fim. Em termos amplos, se há a concessão dessas benesses em caráter generalizado ocorre o que se chama de competição ou concorrência tributária. **No Brasil, os investidores estrangeiros, em geral, estão sujeitos às mesmas normas de tributação dos residentes (art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995). Porém, isto tem sido alterado, e como se verá adiante, há medidas que só beneficiam o capital estrangeiro investido no Brasil, mas há também medidas direcionadas à chamada competição tributária internacional. O fenômeno da competição (ou concorrência) tributária internacional tem preocupado os países, em decorrência da erosão da base tributária e da volatilidade do fluxo de capitais.**[32]

É inegável que a íntima relação entre o poder de tributar e a soberania.[33] Tributar só é possível por que existe poder soberano a exigir dos cidadãos a disposição de parcela de seu patrimônio. É em nome da soberania que esse poder é exercido. Na medida em que a soberania passa por mudanças estruturais, a política tributária e as suas alterações legislativas não interessam mais apenas aos cidadãos de uma determinada jurisdição, elas ganham contornos mais amplos.

Dado os rumos que determinadas posturas estatais em matéria tributária tendem a tomar, em virtude do impacto econômico causado, pode ocorrer o chamado efeito cascata na economia mundial, submetendo não apenas o Estado tributante, mas também todo o globo. Esse efeito dependerá de alguns fatores como o peso relativo da economia do Estado na ordem mundial, o segmento econômico que sofrerá impacto, a existência de mercados concorrentes, dentre outros aspectos. Assim, importa frisar que os Estados não tributam do mesmo modo e nem sempre têm os mesmos focos. A legislação tributária reflete, assim como as demais legislações de um dado país, as suas raízes culturais.[34] Além disso, as bases tributárias divergem conforme o grau de desenvolvimento econômico e a estrutura econômica dos diversos países. Desse modo, alguns Estados tendem a priorizar determinados segmentos econômicos na sua legislação tributária, desestimulando alguns setores e/ou oferecendo redução de tributos sobre outros, exercendo o seu poder com fito não apenas arrecadatório, mas também extrafiscal.

A orientação dos investimentos internacionais segue a lógica do melhor retorno, tendo em vista a racionalidade das escolhas assumidas pelos contribuintes globalizados. Se um determinado setor de uma dada soberania é mais tributado que outro, aquela certamente não será, *a priori*, o foco de investimento, a menos que ofereça condições institucionais diferenciadas aos investidores cujos custos sejam mais atraentes de forma a compensar a tributação. Isso porque, em termos competitivos, os tributos nas transações internacionais representam custos que reduzem a margem de lucro. Maior abertura econômica por parte de um Estado significa uma estrutura institucional eficiente que propicie o fluxo de investimento (em sentido amplo – tanto direto, quanto indireto) a baixo custo para o mercado mundial.

A concorrência se estende, nessa via, não apenas aos agentes privados espalhados pelo globo, mas também às diretrizes tributárias e legislação aplicável nas diversas nações. Em suma, a globalização transborda a concorrência privada para a esfera pública mundial em termos tributários.

Os argumentos em defesa dessa concorrência são que ela tende a reduzir a tributação em escala global e ampliar as bases tributárias. Eles são festejados pelo liberalismo que percebe na concorrência tributária internacional um mercado que tende ao equilíbrio, possibilitando redução nos custos dos produtos no mercado internacional. [35].

Em contrapartida, essa redução competitiva provocaria perda de receita tributária e redução na oferta de bens públicos[36] causada pela erosão nas finanças do Estado. Para minimizar esse efeito, ensina Antônio Borges que:

Estados em que o imposto de renda desempenha papel importante na arrecadação tributária, podem dar maior ênfase a impostos relativamente regressivos, tais como os que gravam o consumo e os que incidem sobre folhas de pagamento.[37]

Com a concorrência tributária, a carga fiscal a ser suportada pelos agentes econômicos passa a fazer parte de um cardápio em que se analisam custos e benefícios fiscais. Os indivíduos que têm condições de realizar investimentos além-fronteira possuem possibilidades de planejamento tributário. Os menos afortunados, por sua vez, se vêem obrigados à carga que o Estado lhes impuser (em geral, sobre predominando sobre o consumo).

Sob esse prisma, cabe atentar para as possíveis conseqüências advindas da concessão de regime tributário diferenciado, em um contexto de competição (concorrência) tributária internacional, a fim de promover o ingresso de investimentos de não-residentes em títulos da dívida pública.

3.2 Arbitragem Tributária Internacional

Um dos frutos possíveis da concorrência tributária internacional é a realização de planejamento tributário a fim de promover a redução drástica de tributos, utilizando-se das legislações de, pelo menos, duas soberanias.[38]

A exemplo da concorrência tributária em seu sentido simples, o planejamento mediante arbitragem provoca distorções de ordem econômica que culminam no desaparecimento ou redução da concorrência interna por determinados segmentos. A arbitragem tributária expõe claramente a diferença entre os contribuintes em que o ambiente internacional de benesses é inacessível enquanto a autonomia doméstica é enfraquecida.

Outro ponto que merece destaque quanto à arbitragem tributária é o seu caráter competitivo em relação ao legislador interno. Antes mesmo que a soberania tributária possa se manifestar em um dado segmento, o sujeito passivo já atingiu o fim almejado. Isso por que a lei tributária, dado o princípio da não-surpresa, com raras exceções, não atua retroativamente e os ganhos estarão assegurados até a próxima alteração legal.

3.3 Sobre o Princípio da Igualdade Tributária

As reflexões sobre os princípios constitucionais tributários são o ponto fulcral de onde emana a imensa maioria das controvérsias jurídicas no que tange a relação entre o Fisco e os contribuintes. O princípio da igualdade tributária está expresso no art. 150, inciso II, com a seguinte redação:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio da igualdade tributária insere-se no contexto republicano[39] e remete ao princípio geral da igualdade entre as pessoas, no contexto dos direitos fundamentais, estando expresso no inciso I do art. 5º com a seguinte expressão:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O princípio da igualdade tributária, que corresponde ao tratamento tributário isonômico, tem como fundamento a noção de que a carga tributária deve ser igualmente repartida entre contribuintes que se encontrem em idêntica condição (situação equivalente, na expressão constitucional). O tratamento isonômico, para Mauro Weichert:

opera principalmente na construção da norma jurídica abstrata. Deparando-se o intérprete com a maior dificuldade na aplicação do princípio, que consiste em separar os critérios legítimos de diferenciação dos elementos de discriminação odiosa.[40]

Tem-se que por se tratar de princípio, possui caráter fundamental e abstrato que vincula as ações legislativas do Estado e o próprio Direito, conferindo-lhe substância e propósito. Não se pode olvidar que o poder de comando do Estado é baseado na convicção de que os seus princípios (em especial os constitutivos ou constitucionais), tanto quanto as normas legais, são respeitados. Consoante esse fato, que concorre diretamente com a busca da humanidade por justiça, essa compreendida como o fim último de realização do homem na sociedade. Neste sentido, Klaus Tipke ensina que:

A justiça se garante primordialmente mediante a igualdade ante a lei, e no Direito tributário mediante a igualdade ante a repartição da carga tributária. Quem deseje comprovar se respeita ou lesiona o princípio da igualdade necessita de um termo de comparação adequado à realidade. Este se obtém a partir dos princípios adequados à realidade nos que deve fundamentar realmente o Direito positivo.[41]

Para Humberto Ávila, esse termo de comparação e seu elemento indicativo existem quando “existir uma correlação estatisticamente fundada entre ambas. Não havendo um suporte empírico considerável nesse sentido, a distinção será irrazoável, por infundada”. [42] Progredindo na esteira desse raciocínio, esse professor ensina que:

Entre a medida de comparação, qualificadora de algo efetivamente existente, e a finalidade que lhe serve de justificação deve haver uma relação de pertinência e, entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo deve haver uma relação fundada e conjugada. Sem esses requisitos, a rigor não se realiza a igualdade.[43]

A necessidade de medida para a comparação diz respeito ao próprio caráter relacional existente quando da verificação do princípio da igualdade: o tratamento igual entre dois contribuintes que se encontrem em situação semelhante. No caso presente, nacionais contribuintes residentes e não-residentes configuraria situações não-semelhantes?

4. Títulos da Dívida Pública do Brasil e Incentivos Fiscais

A criação ou formação de regimes tributários diferenciados é alvo de diversas críticas por parte dos teóricos liberais – principalmente quando da intervenção estatal na órbita de interesses essencialmente privados.[44] Apesar deste fato, as críticas à intervenção do Estado na economia foram mais bem desenvolvidas principalmente após a Primeira Guerra Mundial, com o avanço das políticas públicas voltadas ao bem-estar social, que fomentaram o papel do Estado como interventor (promotor do bem-estar) e “corretor” de falhas de mercado.[45]

A concessão de incentivos fiscais visa, embora sob críticas, à consecução de benesses à sociedade que o promove. Porém tal medida implica também custos. O principal deles é o custo de oportunidade. Em vez de tributar, o Estado não onera ou onera minimamente determinado setor, impelindo o deslocamento da demanda do investimento. Desse modo, conforme ensina Heleno Tôrres:

Não é odioso o incentivo que se invista na condição de meio para o atingimento de finalidades públicas ou privadas, mas coletivamente relevantes, sustentado em desígnio constitucional que se preste à promoção da quebra de desigualdades ou fortaleça os direitos individuais ou sociais ou ainda o próprio sentido de unidade econômica do federalismo, na condição de ‘renúncia de receita’ ou de ‘gasto público’, sob a égide das condições acima enumeradas.

O papel promocional dos incentivos fiscais consiste no servir como medida para impulsionar ações ou corretivos de distorções do sistema econômico, visando a atingir certos benefícios, cujo alcance poderia ser tanto ou mais dispendioso, em vista de planejamentos públicos previamente motivados.[46]

No entanto segundo o liberalismo clássico, [47] a concessão de incentivos fiscais tende a tornar ocioso o seguimento de mercado em que ela é aplicada em vez de produzir benesses. No longo prazo, sob essa perspectiva, formará um ciclo em que as atividades e a sua gestão tenderão a se submeter sempre àquele setor. Segundo esse ponto de vista, há a possibilidade de tal comportamento também ocorrer em relação à concessão de incentivos fiscais a investidores não-residentes em títulos da dívida pública brasileira. O refinanciamento contínuo, sob essa perspectiva, em vez de temporário, passará a ser necessidade perpétua para o pretense equilíbrio das contas públicas.

Nesse sentido, o Estado pode conceder, dada a sua urgente necessidade de financiamento, incentivos cada vez maiores à entrada de moeda estrangeira, tornando-se radicalmente dependente dessas medidas para financiar seus débitos internos.

Daí surge a questão: este tratamento tributário discriminatório entre residentes e não-residentes no país, estaria ferindo o princípio constitucional da igualdade tributária?

Outra crítica possível à mencionada postura econômica é que a concessão de incentivos fiscais encerra fato de alta relevância: o preço pago pela sociedade. Uma vez que são concedidos apenas aos investidores em títulos públicos, aqueles que não integram esse segmento suportarão a onerosidade, pois se trata de renúncia de receita.[48] A concessão reiterada dos incentivos fiscais transforma, com o passar do tempo, em regra situação que deveria ser exceção. Edmar Bacha e Luis Oliveira entendem que

Historicamente, o peso dessa dívida tem se traduzido em um mercado financeiro vinculado ao financiamento público, cujas ações dão pouca margem ao desenvolvimento das empresas e ao crédito privado. A aliança desse mercado volátil e pouco aprofundado com a predominância do gasto público em detrimento do investimento privado tem resultado em taxas de crescimento econômico pouco expressivas. [49]

O que não for arrecadado por conta dos benefícios será revertido em formato de custo social, que inclui também o custo de oportunidade de empresas privadas que negociam suas ações no mercado aberto. Ainda, dado seu caráter excludente, não são todos os indivíduos que desse benefício usufruem, de modo que a dinâmica econômica força a lógica perversa de se extrair a riqueza do conjunto da sociedade em prol de ofertar rendimentos a investidores não-residentes.[50]

Decorre desse posicionamento a idéia de que a concessão de incentivos fiscais em caráter exclusivo a investidores não-residentes propicia o aumento da disparidade de renda entre eles e os residentes. Os residentes estão sujeitos à tributação interna, mas os não-residentes não, que podem ou não serem tributados em seu país de domicílio. Se o coeficiente tributário sobre as rendas de ambos for distinta, dada a concessão do benefício exclusivamente aos não-residentes, estes suportariam carga mais baixa que certamente implicará em desequilíbrio entre os residentes dos diversos países. Essa distinção pode conduzir os investidores residentes no Brasil a buscarem transferir o domicílio tributário, a fim de alcançar os benefícios fiscais que, na condição domiciliados no Brasil, não poderiam usufruir – o que implicará em aumento do desequilíbrio da distribuição de renda interna.

O sacrifício social não deveria ser admitido se existem outros mecanismos de racionalizar os dispêndios do Estado. Estima-se que a má administração das riquezas, o modelo de desenvolvimento econômico do Estado brasileiro defendido nas décadas passadas e a corrupção drenem recursos que poderiam suprir investimentos essenciais na área social e de infraestrutura.[51] A sociedade se vê pressionada em três sentidos: a) pelo mau gerenciamento da coisa pública, que retira a utilidade e o emprego dos recursos escassos; b) pelo custeio dos empréstimos tomados junto ao mercado financeiro e c) pela meta de produção de superávits primários e, nessa linha, pelo contingenciamento, o que restringe a realização de gastos.

Assim, dada a necessidade de financiamento de suas atividades, o setor público no Brasil ainda assim recorre a empréstimos junto a entes privados internos e do exterior a fim de possibilitar a continuidade da dinâmica já estabelecida nesse mercado por intermédio de títulos públicos.

4.1. Os Benefícios Fiscais Exclusivos de Não-residentes e o Princípio da igualdade Tributária.

Há diversos casos de benefícios fiscais exclusivos de não-residentes.[52] Para efeito da análise aqui proposta, fixa-se o caso dos rendimentos dos títulos públicos mais precisamente, esse é o caso da Lei nº 11.312/2006, que em seu art. 3º dispõe:

Art. 3º Fica reduzida a zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento de que trata o art. 2º desta Lei quando pagos, creditados, entregues ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Assim, o governo brasileiro, baseado nos motivos apontados anteriormente neste texto, editou a referida legislação, “tributando” com alíquota zero do Imposto de Renda os ganhos obtidos por investimentos em títulos da dívida pública realizados por investidores não-residentes.

Veja-se que esses não-residentes podem ser nacionais, ou seja, o critério de *discrimen* utilizado é não residência, ou não domicílio. Desta forma, este critério poderia não atender plenamente à possibilidade de fazer distinção tributária entre residentes e não-residentes, pois não guardaria correlação lógica entre o fator escolhido como critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele.[53] Em outras palavras, pretende-se atrair capital externo, mas no caso trata-se de capital nacional que se auto-expatriou e depois, unido da circunstância da não residência, passou a gozar de benefícios fiscais a ele não dirigido originariamente.[54] Trazendo à colação o pensamento de Humberto Ávila, não existiria aqui uma correlação estatisticamente fundada entre ambas as formas de tributação (sobre nacionais residentes e não-residentes), e não haveria um suporte empírico considerável nesse sentido, e, portanto, neste caso a distinção seria irrazoável.[55]

5. Considerações Finais

Diante do acima exposto, é fundamental admitir que as necessidades de inserção do Brasil no mercado internacional têm se refletido em posições legislativas que pouco espelham o contexto histórico no qual se inseria a Assembléia Constituinte de 1988. A necessidade de financiamento do setor público e os mecanismos para a sua articulação são distintos: passou-se de uma inflação descontrolada para a estabilidade à custa de elevado endividamento interno público e aumento da carga tributária.

Identifica-se um “descolamento” entre o texto constitucional e a realidade do mercado vinte anos após sua promulgação, impelindo alterações profundas e a adequação dos princípios constitucionais à realidade global por intermédio de interpretações cada dia mais amplificadas dos dispositivos da Carta de 1988.

É evidente, mesmo sob tal constatação, para o estudo das ciências sociais (a qual o Direito se insere) que o exame pretensamente científico não se lança sobre o futuro, mas sobre o presente e o passado. Desse modo, o descompasso entre a legislação atual que favorece o ingresso de capital não-residente em títulos da dívida pública e a não-extensão do benefício aos residentes, poderia estar a ferir, pelo menos *prima facie*, o princípio constitucional da igualdade tributária. Afinal, o investimento é o mesmo e, inclusive, *a priori*, o sujeito passivo globalizado tem maiores chances de evitar a tributação que o sujeito passivo residente no Brasil.

O propósito deste artigo não é fixar posição sobre a violação ou não do princípio da igualdade tributária no caso analisado, mas chamar a atenção sobre esta possibilidade.

Seria esta uma situação de planejamento tributário em que se identifica, de maneira mais clara, a violação do princípio da igualdade tributária? Uma coisa é certa: esta dúvida não existiria se o favor fiscal *in casu* se dirigisse apenas ao não-residente estrangeiro.

Efetivamente, esse é um dos diversos casos em que a realidade econômica coloca em cheque princípios tão caros à defesa dos contribuintes residentes no Brasil. É certo que o Direito acompanha a evolução e as opções de alocação de recursos da sociedade. Mas também contra si própria?

6. Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO – ANDIMA. Relatório Econômico - **Dívida Pública: Propostas para Ampliar a Liquidez**. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO – ANDIMA. Relatório Econômico - **Dívida Pública: Participação do Investidor Estrangeiro**. Rio de Janeiro, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHA, Edmar e OLIVEIRA, Luís Chrystostomo. **Mercado de Capitais e Dívida Pública: Tributação, Indexação e Alongamento**. Rio de Janeiro: Ed. Contracapa, 2006.

BAER, Werner. **A Economia Brasileira**. São Paulo: Nobel, 2003.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BORGES, Antônio de Moura. **Considerações Sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial**. In: BORGES, Antônio de Moura Borges e JÚNIOR, Ivo Teixeira Gico. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico – temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Emissões Diretas de Títulos da DMPFi**. Disponível em: http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/emissoes_d.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2006.

BRESSER-PEREIRA, L.C. e Yoshiaki Nakano **Inflação e Recessão**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CARR, Edward Hawlett. **Vinte Anos de Crise: 1919-1939**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1987. Coleção Pensamento Político, vol 24.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23ª ed. São Paulo; Malheiros, 2007,

CHRISTENSEN, John; KAPOOR, Sony. Tax Avoidance, Tax Competition and Globalisation: making tax justice a focus for global activism. **Accountancy Business and the Public Interest**, Vol. 3 No. 2, 2004.

DOIMO, Ana Maria. **A Vez e a Voz do Popular nos Movimentos Sociais e Participação Política no Brasil pós-70**. Rio de Janeiro, Relume-Dumará: ANPOCS, 1995

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILGUEIRAS, Luís de Matos. **História do Plano Real**. Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2000.

GILPIN, Robert. **The Political Economy of International Relations**. Princenton, NJ: Princenton University Press, 1987.

GOLDSTONE, Jack A. **Revolutions: Theoretical, Comparative and Historical Studies**. San Diego, CA: Harcourt Brace Janovich.

GONÇALVES, José Sidnei. **Tributação e Desenvolvimento Econômico: Aspectos Gerais da Metamorfose dos Sistemas Tributários**. Informações Econômicas, SP, v.25, n.4, abr. 1995.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

LEAL, Luciana Nunes. **Obras em estradas federais lideram ranking de irregularidades, diz TCU**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ultimas/nacional/noticias/2006/set/20/353.htm>>. Acesso em: 25 de setembro de 2006.

LOPEZ, Christian. La Fiscalite Come Vecteur de L'Attractivite du Territoire. In: LEROY, Marc. **Mondialition et Fiscalité: La Globalisation Fiscale**. Paris: L'Harmattan, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-40.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo Segundo a Tradição Clássica**. Rio de Janeiro: J Olympio, 1987.

MOTTA, João Ricardo Santos Torres. **Diagnóstico sobre o Crescimento da Dívida Interna a partir de 1/1/95**. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema10/pdf/904462.pdf>> Acesso em: 7 de dezembro de 2007.

NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. **Empréstimos Públicos e Seu Regime Jurídico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

OATES, W.E., **Fiscal Federalism**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. São Paulo: Ed. FGV, 1998.

RING, Diane M. **One Nation Among Many: Policy Implications fo Cross-Border Tax Arbitrage**. Boston College Law School, December, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997

SANT'Anna, Lourival. **A Farra Fiscal dos Estados Custa R\$ 242 Bilhões**. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/lrf/conteudo/lrf_midia/farra_fiscal.htm Acesso em: 20 de agosto de 2006.

SPERO, Joan and HART, Jeffrey. **The Politics of International Economic Relations**. New York: Routledge, 5th Edition.

TEIXEIRA, Fernando. *Jornal Valor Econômico*, 17 de setembro de 2008.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Incentivos Fiscais na Constituição e o Crédito-prêmio de IPI**. In: *Direito Tributário Atual – 18*. São Paulo: Dialética & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Intervenção no domínio econômico e tributação – extrafiscalidade – aspectos*. In: DIAS, João Luis Fischer *et al.* **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos de Mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 223-248.

_____; SILVA, Lauriana Magalhães. **Concorrência Tributária Internacional e Soberania**. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*. Brasília, DF, V. 3. N.1, Jul-set, 2008 p. 56-72.

VERGOPOULOS, Kostas. **Globalização: o Fim de um Ciclo – Ensaio sobre a Instabilidade Internacional**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2007.

WEICHERT, Marlon. *Isenções Tributárias em Face ao Princípio da Isonomia*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, nº 145. Jan/Março de 2000.

WILSON, John Douglas. **Trade, Capital Mobility and Tax Competition**. *The Journal of Political Economy*, Vol. 95, No. 4. Aug., 1987.

YAVLINSKY, Grigory and BRAGUINSKY, Serguei. **Incentives and Institutions: a Transition to a Market Economy in Russia**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

[1] Porém, no caso do art. 5º, a jurisprudência do STF é no sentido de que se reconheça, em termos de direitos fundamentais, tratamento igual independentemente da nacionalidade e de ser residente no Brasil, bastando que o indivíduo esteja presente no território nacional. Ver, e.g., 5º **RE 215267 / SP, Relatora: Min. Ellen Gracie, 24/04/2001**) Há também outras distinções decorrentes da nacionalidade, como o caso dos direitos políticos (art. 14 da Constituição).

[2] Ver GOLDSTONE, Jack A. **Revolutions: Theoretical, Comparative and Historical Studies**. San Diego, CA: Harcourt Brace Janovich. GOLDSTONE entende que as revoluções possuem, primariamente, caráter instintivo “why have certain governments fallen at the hands of their own people?” e que para a sua compreensão é necessário o conjunto de uma série de fatores, nesse sentido, o autor aponta a seguinte definição: “Revolutions are complex events and originate in long and complicated casual processes.” A obra de GOLDSTONE é um dos mais importantes referenciais teóricos para o estudo das revoluções.

[3] Acerca da corrente crítica da globalização, ver recente tradução da obra VERGOPOULOS, Kostas. **Globalização: o Fim de um Ciclo – Ensaio sobre a Instabilidade Internacional**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2007.

[4] Karl Marx expõe sua crítica à expansão do capitalismo e afirma, a partir da própria definição desse meio de produção, a existência de contradições intrínsecas na sua evolução. A partir dessa lógica, outros autores como Lênin, Poulantzas e Gramsci, durante o século XX, vêm destacando a emergência de organizações de forças políticas que enfrentarão essas contradições, quais sejam: a força revolucionária do povo, a noção de bloco de poder formado pelas massas urbanas e a guerra de posição política.

[5] Acerca desta abordagem, ver o sexto capítulo da obra de CARR, Edward Hawlett. **Vinte Anos de Crise: 1919-1939**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1987. Coleção Pensamento Político, vol 24.

[6] Verbete Nação. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. UnB, 1995.

[7] FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17.

[8] RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

[9] No sétimo capítulo da obra *The Political Economy of International Relations*, entitulado *Issue of Dependency and Economic Development*, o autor trata da busca pelo desenvolvimento e das estratégias utilizadas pelos países pobres para a sua

inserção efetiva na economia global. GILPIN, Robert. **The Political Economy of International Relations**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1987.

[10] BAER, Werner. **A Economia Brasileira**. São Paulo: Nobel, 2003, p. 245-310.

[11] A autoridade monetária no Brasil era exercida até 1964, por três instituições: SUMOC, Banco do Brasil e Tesouro Nacional. A criação do Banco Central ainda era recente e, em decorrência disso, ainda havia falhas no controle do estoque de moeda.

[12] “Reaching agreement with the IMF on a loan and a domestic austerity program – a condition of IMF borrowing – became a central part of debt rescheduling. Although its loans were small compared with total indebtedness, the IMF provided a vehicle for imposing and surveying national economic policies deemed necessary for debt repayment”. SPERO, Joan and HART, Jeffrey. **The Politics of International Economic Relations**. New York: Routledge, 5th Edition. 1998, p. 189. (tradução livre dos autores).

[13] KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

[14] ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997

[15] MISES, Ludwig Von. **Liberalismo Segundo a Tradição Clássica**. Rio de Janeiro: J Olympio, 1987.

[16] BAER, Werner, op. cit., p. 275.

[17] Movimentos pró-democracia na América Latina e nos países do então chamado Leste Europeu. Vale lembrar que tais desdobramentos, quanto ao contexto latinoamericano, diziam respeito à dificuldade econômica enfrentada devido à obtenção de empréstimos em décadas anteriores. Acerca dos movimentos sociais no Brasil, ver DOIMO, Ana Maria. **A Vez e a Voz do Popular nos Movimentos Sociais e Participação Política no Brasil pós-70**. Rio de Janeiro, Relume-Dumará: ANPOCS, 1995

[18] A Constituição Federal do Brasil de 1988 incrementou o rol de direitos relativos ao bem estar social e estabeleceu em seu art. 193. “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

[19] BRESSER-PEREIRA, L.C. e Yoshiaki Nakano **Inflação e Recessão**. São Paulo: Brasiliense, 1984. p.119-145.

[20] Essas foram tidas como medidas de choque sobre os países recém saídos do comando soviético. Acerca desse ponto de vista, ver YAVLINSKY, Grigory and BRAGUINSKY, Serguei. **Incentives and Institutions: a Transition to a Market Economy in Russia**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

[21] KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence**. 3rd ed. New York: Longman, 2001.

[22] SPERO, Joan and HART, Jeffrey. op cit. p.273-277

[23] A literatura sobre a reforma administrativa que vem sendo executada no Brasil desde a década de 1930 repisa esse argumento. Recomenda-se, para maior aprofundamento quanto ao tema, a obra de PEREIRA, Luís Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. São Paulo: Ed. FGV, 1998.

[24] Para fins das assunções firmadas à luz da Lei nº 9.496/97, (que autorizou a União a assumir e refinar dívidas dos Estados e do Distrito Federal, com o objetivo de promover o ajuste fiscal do setor público em sua esfera estadual) foram celebrados contratos de refinanciamento com aquelas unidades da Federação e contratos de assunção com cada um dos seus credores, depois de autorizados pelo Senado Federal, mediante Resoluções. “Nesses contratos foram estabelecidas as condições para a emissão dos títulos públicos (Letras Financeiras do Tesouro, séries A e B e títulos da dívida securitizada – renovada contratualmente) para a quitação das dívidas com os referidos credores”. BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Emissões Diretas de Títulos da DMPFi**. Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/emissoes_d.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

[25] Acerca desse tema, ver: SANT’Anna, Lourival. **A Farra Fiscal dos Estados Custa R\$ 242 Bilhões**. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/lrf/conteudo/lrf_midia/farra_fiscal.htm Acesso em: 24 de agosto de 2008.

[26] MOTTA, João Ricardo Santos Torres. **Diagnóstico sobre o Crescimento da Dívida Interna a partir de 1/1/95**. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema10/pdf/904462.pdf>> Acesso em: 05 de agosto de 2008.

[27] O crédito público tem o mesmo fundamento que o privado. Só empresta ao poder público quem nele tem confiança. Só sabendo que o Estado pode cumprir seus compromissos e quer fazê-lo é que as pessoas lhe emprestam dinheiro. NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. **Empréstimos Públicos e Seu Regime Jurídico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973

[28] FILGUEIRAS, Luís de Matos. **História do Plano Real**. Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2000, p. 140.

[29] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO – ANDIMA Relatório Econômico - **Dívida Pública: Propostas para Ampliar a Liquidez**. Rio de Janeiro, 2003, p. 21.

[30] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO – ANDIMA. Relatório Econômico - **Dívida Pública: Participação do Investidor Estrangeiro**. Rio de Janeiro, 2005, p. 17.

[31] Ver VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Intervenção no domínio econômico e tributação – extrafiscalidade – aspectos*. In: DIAS, João Luis Fischer *et al.* **Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos de Mestrado em Direito da UnB**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 223-248.

[32] De acordo com John CHRISTENSEN e Sony KAPOOR:

Hidden from the public eye financial capital has been completely reconfigured over the past thirty years in order to bypass nationally-based tax and regulatory regimes. Using the 70 plus tax havens dotted across the globe, wealthy individuals and transnational businesses have adopted highly aggressive tax avoidance strategies, whilst also forcing the governments of mainstream nations to engage in a harmful tax competition to attract direct and portfolio investment capital. The existing global framework for cooperation on tax affairs is totally inadequate to its task, and the political will to tackle this problem is virtually non-existent as governments acquiesce to pressures from financial capital. Whilst poor countries lose an estimated US\$500 billion annually to dirty money flows, which includes tax avoidance and related capital flight, neo-liberal pressure groups in the United States have been lobbying against the OECD initiative to stem harmful tax competition. Civil society is now mobilising to counter the tax avoidance industry and to challenge the idea that tax competition can play a useful role in development strategy.

CHRISTENSEN, John; KAPOOR, Sony. Tax Avoidance, Tax Competition and Globalisation: making tax justice a focus for global activism. **Accountancy Business and the Public Interest**, Vol. 3 No. 2, 2004, p. 1-16, p. 1.

Ver também, LOPEZ, Christian. La Fiscalite Come Vecteur de L'Attractivite du Territoire. In: LEROY, Marc. **Mondialition et Fiscalité: La Globalisation Fiscale**. Paris: L'Harmattan, 2006, p. 245-262, esp. p. 247-250.

[33] Ver VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; SILVA, Lauriana Magalhães. **Concorrência Tributária Internacional e Soberania. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. Brasília, DF, V. 3. N.1, Jul-set, 2008, p. 56-72.

[34] A esse respeito, ver artigo de GONÇALVES, José Sidnei. **Tributação e Desenvolvimento Econômico: Aspectos Gerais da Metamorfose dos Sistemas Tributários**. Informações Econômicas, SP, v. 25, n.4, abr. 1995.

[35] WILSON, John Douglas. **Trade, Capital Mobility and Tax Competition**. The Journal of Political Economy, Vol. 95, No. 4. Aug., 1987. p. 835.

[36] OATES, W.E., **Fiscal Federalism**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972. p. 143.

[37] BORGES, Antônio de Moura. **Considerações Sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial**. In: BORGES, Antônio de Moura Borges e JÚNIOR, Ivo Teixeira Gico. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico – temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 12

[38] RING, Diane M. One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage. **Boston College Law Review**, Vol. 44, Dec., 2002. p. 72.

[39] Ver CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23ª ed. São Paulo; Malheiros, 2007, p. 79-80. Menciona o autor que: “De fato, o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) recebam tratamento isonômico”, idem, p. 79.

[40] WEICHERT, Marlon. Isenções Tributárias em Face ao Princípio da Isonomia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, nº 145. Jan/Março de 2000. p. 38.

[41] La Justicia se garantiza primordialmente mediante la igualdad ante la ley, en el Derecho tributario mediante la igualdad en el reparto de la carga tributaria. Quien desee comprobar si se respeta o se lesiona el principio de igualdad necesita un término de comparación adecuado a la realidad. Éste se obtiene a partir de los principios adecuados a la realidad en los que idealmente debe fundarse el Derecho positivo. TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 29-30 (tradução livre dos autores)

[42] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

[43] Idem, p. 52.

[44] A divisão entre a órbita pública e a privada se dá essencialmente quando da oferta de bens públicos tais como segurança pública. No entanto, para autores liberais que seguem a linha próxima ao anarquismo, como Robert Nozick, o fornecimento de bens públicos pelo Estado é bastante discutível. Acerca desse aspecto, ver NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

[45] Acerca dessas críticas, ver HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

[46] TÔRRES, Heleno Taveira. **Incentivos Fiscais na Constituição e o Crédito-prêmio de IPI**. In: **Direito Tributário Atual – 18**. São Paulo: Dialética & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2005, p. 79.

[47] MISES, op. cit.

[48] Ver art. 14 da Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

[49] BACHA, Edmar e OLIVEIRA, Luís Chrystostomo. **Mercado de Capitais e Dívida Pública: Tributação, Indexação e Alongamento**. Rio de Janeiro: Ed. Contracapa, 2006, p. 6.

[50] Segundo Bacha e Oliveira, 60% dos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional são vinculados à taxa SELIC. Essa é média de juros que o governo paga aos bancos que

lhe emprestam dinheiro, conhecida também como taxa de juros básica, que atualmente está em torno de 8% ao ano, conforme relatório do Banco Central do Brasil disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em 10 de maio de 2008.

[51] Sobre essa questão, importa afirmar que ações vêm sendo tomadas. No entanto, ainda são tímidas perto das necessidades que se espera para contornar as necessidades do país. No último relatório da Transparência Internacional, o Brasil ficou em 72º lugar. Acerca do tema, vale consultar o sítio: www.transparência.org.br.

[52] **Normas destinadas a beneficiar somente o investidor estrangeiro que investe no Brasil não são incomuns. A Medida Provisória nº 1.753-16, de 1999, reduziu a zero a alíquota do IR para investimentos estrangeiros aplicados na aquisição de títulos do Governo Federal, por certo período de tempo (norma transitória de 01/09/1998 a 30/06/1999). A MP nº 2.189-49, de 2001, reedição da MP nº 1.990, de 1999, excluiu da incidência do Imposto de Renda os ganhos de capital auferidos pelos investidores individuais ou coletivos residentes ou domiciliados no exterior, sendo os ganhos de capital referentes às operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados, e nas operações com ouro, ativo financeiro, fora da bolsa (Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002). Outro exemplo é a Instrução Normativa SRF nº 173, de 11 de julho de 2002, art. 4º, incisos IX e X, que excluía da incidência da CPMF as movimentações financeiras destinadas ao mercado de renda variável quando o titular fosse investidor estrangeiro; mandamento constante também da Instrução Normativa SRF nº 450, de 21 de setembro de 2004, que a revogou.**

[53] Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-40.

[54] A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) derrubou ontem uma tese defendida por alguns bancos de investimento segundo a qual o Imposto de renda (IR) cobrado de investidores estrangeiros deveria ser menor do que o cobrado internamente. A turma negou um recurso do banco Opportunity, que tentava reduzir de 15% para 10% o imposto cobrado das aplicações realizadas pelo Opportunity Fund, com sede nas Ilhas Cayman, em títulos de renda fixa no Brasil. A tese criada pelos bancos tentava se aproveitar de uma brecha criada na legislação sobre o Imposto de renda de aplicações financeiras ao longo de 1995. Naquele ano, foram editadas duas leis fixando o IR das aplicações em renda fixa: a Lei nº 8.981, de 20 de janeiro, e a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro. A primeira delas fixou o IR das aplicações em renda fixa em 10% para investidores residentes no Brasil e no exterior. (...) Segundo o relator do julgamento da tarde de ontem, ministro Luiz Fux, há duas leis sobre a tributação da renda fixa, e se na primeira delas as alíquotas eram idênticas para residentes e não residentes, nada leva a crer que hoje elas serão diferentes. Os demais ministros o acompanharam. TEIXEIRA, Fernando. *Jornal Valor Econômico*, 17 de setembro de 2008, p. 50.

Veja-se que se lê na decisão do TRF da 1ª Região em julgamento sobre matéria idêntica, que manteve a decisão de 1ª instância, foi de que não houve “infringência aos princípios da legalidade e isonomia” (AP Cível n. 1998.34.00.017575.7-DF (22-06-04).

[55] ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 51.

**A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA COMO
GARANTIA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL***

**THE GUARDIANSHIP ANTICIPATION AGAINST THE PUBLIC FINANCE
OF HOW EFFECTIVE PROCESS**

Renato Alexandre da Silva Freitas

RESUMO

Sempre o Estado brasileiro demonstrou predileção pelos processos lentos e um certo pavor da celeridade, principalmente em processos quando é demandado como réu. Visando garantir a qualidade da atividade judicial, o legislador precisou estruturar e disponibilizar meios de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Para tratamento dessas situações urgentes, que demandam imediata intervenção jurisdicional, sob pena de se concretizar a ineficácia do provimento final, antes que possa ser validamente proferido, foram criadas as chamadas tutelas de urgência que, por sua vez, são caracterizadas como instrumentos hábeis a fornecer ao cidadão uma tutela jurisdicional de forma adequada. Apresenta-se como central, neste trabalho, a questão do acesso à justiça, da concretização do prazo razoável da jurisdição, da efetivação do processo e da relevância da inserção no nosso ordenamento da figura da tutela antecipada, nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz deferir antecipadamente ao autor os efeitos do provimento de mérito, que só seriam deferidos ao final do julgamento, desde que frente a uma prova inequívoca do direito reivindicado, se convença da verossimilhança da alegação e que, simultaneamente, haja no caso concreto perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então, de que haja indícios de que o réu esteja agindo com abuso de direito de defesa ou com manifesto propósito protelatório. Atentando-se para essas questões e para outras não menos importantes, buscar-se-á expor os fundamentos pelos quais se admite a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVES: EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL; TUTELA DE URGÊNCIA; CONCRETIZAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL DA JURISDIÇÃO; ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

ABSTRACT

The State Brazilian always demonstrated predilection for slow processes and a certain terror of the rapidity, mainly in processes when it is demanded as a defendant. Aiming

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

to guarantee the judicial quality activity, the legislator needed to structuralize and to arrange ways to assure the judgments effectiveness. For treating these urgent situations, that demand immediate jurisdictional intervention, duly warned to materialize the inefficacy of the final provisions before it can validity be pronounced, it had been created, the so called urgency guardianships that, in turn, are characterized as skillful instruments to supply to the citizen a jurisdictional guardianship of adequate form. It's presented as central, in this work, the question of access to justice, of concretion of jurisdiction reasonable term, of process effectiveness and of insertion relevance in our order of guardianship anticipated figure in molds of the Code of Civil Process, article 273, making possible to the judge, to grant anticipated to the author provisions effect of merit that would only be granted at the end of the judgment, since front an unequivocal demanded right test if convinces the allegation probability and that, simultaneously, there is in the case concrete danger of irreparable damage or difficult repairing, or then, that there is indications that the defendant is acting with abuse of defense process or manifest dilatory intention. Being aware of these questions and others not less important, one will search for the beddings through which it's admitted the guardianship anticipation against the Public Farm.

KEYWORDS: JUDGMENTS EFFECTIVENESS; URGENCY GUARDIANSHIP; REASONABLE TERM CONCRETION OF THE JURISDICTION; GUARDIANSHIP ANTICIPATION AGAINST THE PUBLIC FARM.

INTRODUÇÃO

Há muito, os doutrinadores têm discutido acerca da efetividade do provimento jurisdicional. Tem-se visto, não raras vezes, a conclamação por um processo socialmente justo, capaz de conferir resultado àquele que demanda, que atenda os reclamos daquele que pleiteia.

Por outro lado, também não é novidade que a relação entre a finalidade do processo e o tempo gasto no seu deslinde tem preocupado os estudiosos e aplicadores do Direito. Hodiernamente é recorrente, entre os doutrinadores, que o alongamento do processo no tempo [ao lado de seu custo] seja uma das principais causas da descrença da população no judiciário. Com vistas a sanar tal problemática, precisamos colocar em prática medidas que garantam uma prestação jurisdicional rápida, segura e justa, devolvendo ao processo seu verdadeiro caráter [que por vezes é esquecido] de instrumento de realização do direito, de pacificação social.

Buscando sanar tal problemática e aperfeiçoar o sistema processual, inseriu-se no nosso ordenamento, através da Lei 8.952/97, a figura da tutela antecipada, nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz, presentes os pressupostos legais, deferir antecipadamente ao autor os efeitos do provimento de

mérito que só seriam deferidos ao final do julgamento. Com vistas a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, tal medida foi uma das melhores inovações do sistema processual brasileiro [ao lado do Código do Consumidor, Juizados Especiais e Medição-Arbitragem], haja vista que desobstruiu o judiciário, propiciando àquele que litiga uma tutela justa e num tempo reduzido.

Antonio Cláudio da Costa Machado, sobre o assunto, é categórico em afirmar que dentre todos os avanços introduzidos na legislação do processo civil, o instituto da tutela antecipada é, indubitavelmente, o que mais tem a capacidade de modificar a visão negativa que as pessoas, em geral, têm da atividade jurisdicional e, de fato, ele cumprirá esse mister de fazer o Judiciário ser enxergado como instrumento de justiça, e não de sua negação, se houver coragem e responsabilidade por parte dos juízes que o aplicarão daqui para frente (1998, p.19).

No entanto, essas medidas que garantem uma tutela célere, muitas vezes se chocam com os interesses e prerrogativas da Fazenda Pública e é nesse ponto que transborda o objeto do presente artigo. Vamos focar os principais aspectos sob o tema “Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública”, compilando e examinando as obras a respeito do tema.

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Antes de qualquer coisa se faz necessário esclarecer o significado de “antecipação de tutela”. Segundo Jorge Pinheiro Castelo, *apud* Luiz Orione Neto:

A decisão antecipatória consiste num procedimento (decisão) de urgência ou de evidência, por meio do qual o juiz provê a respeito da urgência ou da evidência da satisfação da pretensão processual principal, antecipando um ou mais efeitos da decisão final do processo ordinário (2000, p.136).

Assim, antecipar a tutela é antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, pretendida antes do julgamento final da lide, adiantando, total ou parcialmente, o direito reivindicado, diminuindo os efeitos maléficos do tempo no processo. É bom que se ressalte que o artigo 273 do CPC autoriza o juiz a antecipar os efeitos da tutela, desde que, frente a uma prova inequívoca do direito reivindicado, se convença da verossimilhança da alegação e que, simultaneamente, haja, no caso concreto, perigo de

dano irreparável ou de difícil reparação, ou então de que haja indícios de que o réu esteja agindo com abuso de direito de defesa ou com manifesto propósito protelatório. Veja o teor do dispositivo supracitado:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”(BRASIL, 2008a).

Do referido artigo extraímos, além dos seus requisitos específicos[1] para concessão, a existência de duas espécies de tutela antecipatória, uma de natureza cautelar (art.273, I) e outra de natureza sancionatória (art.273, II).

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA ANTECIPADA

Victor André Liuzzi Gomes preleciona que, na medida em que o Estado é obrigado a garantir ao cidadão a adequada tutela jurisdicional diante de caso concreto deve colocar à disposição dos que necessitam instrumentos aptos para sua consecução. Tem-se, portanto, no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, um dos pilares que fundamentam a existência das tutelas de urgência. Implícito, nesse princípio, que a efetividade processual só pode ser obtida através da adequada tutela jurisdicional, harmonizando o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual (2007, p.115).

Assim, a tutela antecipada, como medida de disponibilização de uma tutela jurisdicional ágil, tem seu respaldo no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXV [a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito] e LXXVIII [a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação], de forma que, com a inserção no nosso ordenamento jurídico, disponibilizou-se um instrumento adequado para realização de uma tutela adequada, célere e efetiva. Nossa Carta Magna, nos referidos dispositivos, garante acesso à justiça, não apenas o acesso formal à justiça,

mas, o acesso efetivo à ordem jurídica justa. Aquele que sofre lesão ou ameaça a direito deve receber do Estado exatamente aquilo a que tem direito, em tempo hábil. Assim, pode-se dizer que a tutela antecipada se destina a tornar a prestação jurisdicional útil e, por conseguinte, se coaduna muito bem com a preocupação do operador do direito com o acesso à justiça, a efetividade processual e o processo de resultado.

IMPORTANTES ASPECTOS DA TUTELA ANTECIPADA

O primeiro diz respeito ao momento para requerer e para conceder a tutela. Humberto Theodoro Júnior entende que a postulação poderá ser feita na inicial se já estiverem presentes os pressupostos autorizadores ou posteriormente, já que não há nenhum impedimento nesse sentido, sendo possível, inclusive, ser concedida na sentença como em grau de recurso.

Seu magistério é na seguinte linha:

Não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da tutela. Poderá tal ocorrer no despacho inicial, mas poderá também de dar ulteriormente (1999, p.415).

Assim sendo, o pedido de antecipação da tutela pode ser proposto na petição inicial quanto ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

O segundo aspecto refere-se ao perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório, já que o § 2º do artigo 273 veda a concessão da tutela antecipada nessa hipótese. Sobre esse aspecto, cristalinamente se posicionou Luiz Orione Neto, afirmando que é dever do juiz salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica, de molde a assegurar os meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas formal, mas que se mostre efetiva na realidade fática (1999, p.34).

O terceiro e último aspecto diz respeito à revogação e a modificação da decisão antecipada. Dado seu caráter de provisoriedade [advinda de cognição sumária, não exauriente], é possível a revogação ou de modificação da tutela a qualquer tempo [art

273, § 4º do CPC], não carecendo de maiores aprofundamentos ante a clareza do dispositivo legal.

ASPECTOS DIFERENCIADORES DA TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA COMO MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA

Segundo Victor André Liuzzi Gomes, a urgência nos traz sempre a noção de algo que requer solução imediata, que não pode ser retardado. [...] Continua afirmando que na esfera do processo não é diferente. Mesmo levando-se em conta que a estrutura do procedimento ordinário comporta a dilação em obediência aos princípios constitucionais indispensáveis à segurança das relações jurídicas, não se pode olvidar que existem situações urgentes que exigem resposta imediata. Não se pode aguardar todo o conhecimento judicial com a efetivação plena do contraditório e seus consectários [...], sob pena de tornar inútil o provimento final. Para remediar tais situações, o legislador fez surgir determinadas medidas de urgência, tendo como expoentes à tutela jurisdicional antecipada [antecipações parciais ou totais do provimento final e cautelar] (2007, p.83).

Nessa linha, é costume se afirmar que justiça tardia é injustiça e, diante disso, antecipar os efeitos da tutela pode ser uma alternativa, criada, pelo sistema, para que a parte tenha seu direito garantido. É possível afirmar, então, que a antecipação dos efeitos da tutela, disciplinada no artigo 273 do CPC é uma das formas de expressão de garantia de acesso à justiça no plano da normatização infra constitucional.

Assim, se faz necessário, antes de adentrarmos na antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada.

Ambas possuem em comum o propósito de eliminar os efeitos nocivos do decurso do tempo sobre os direitos. Por esta razão, é que o requisito comum de toda e qualquer tutela de urgência é o *periculum in mora*, identificado pela necessidade de se evitar o risco de dano ao direito que se apresenta como provável.

Façamos então a diferenciação.

O processo cautelar tem como escopo assegurar a eficácia de outros processos, sendo sua característica marcante a sua instrumentalidade. Ele existe para garantir a efetividade, a utilidade das demais formas de prestação jurisdicional.

Já a tutela antecipada é a espécie de tutela provisória, que tem função satisfativa, uma vez que, através da antecipação dos efeitos da tutela permite-se o uso, o gozo, a fruição do bem da vida pretendido através do processo, já que há o adiantamento de certos efeitos materiais (Destefenni, 2002, p.228).

Com maestria, José Roberto dos Santos Bedaque apresenta a diferenciação:

[...] tutela antecipada seria uma forma de tutela diferenciada, pois tende à satisfação do direito substancial por antecipação, ainda que de forma provisória e condicionada à confirmação futura. Não se confunde com a cautelar, que não antecipa, mas se destina somente ao acautelamento, à conservação. Uma constitui a própria prestação jurisdicional e é de cunho material. A outra tem natureza apenas processual, pois é instrumental em relação ao outro processo (2006, p.201).

Realizadas as considerações gerais sobre “tutela antecipada”, daremos enfoque à possibilidade da antecipação ou não dos seus efeitos quando a parte demandada for a entidade pública [Fazenda Pública].

APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Utilizaremos a expressão “Fazenda Pública”, genericamente, de modo a abranger as pessoas jurídicas de direito público interno – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações públicas, ficando de fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista, uma vez que se revestem de uma personalidade jurídica de direito privado.

Neste ponto, a celeuma gira em torno da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, especialmente quando ela está no pólo passivo da demanda. Do exame de obras a esse

respeito, notamos que é clara a divisão do assunto em duas correntes: uma a favor e outra contrária ao cabimento da concessão da tutela em face da Fazenda Pública.

Nesse diapasão, convém salientar que a figura “tutela antecipada” está tratada no artigo 273, I e II, parágrafos 1º ao 5º do Código de Processo Civil e que, da sua simples leitura, não podemos concluir se é possível ou não a concessão em desfavor da Fazenda e, por essa razão, devemos fazer uma interpretação sistemática do dispositivo levando-se em consideração o contexto na qual ela foi incluída no ordenamento.

É certo que, por proteger o interesse público, a Fazenda Pública se sujeita a um regime jurídico especial, que estabelece os seus privilégios, dentre os quais sobressaem as prescrições do art. 100 da Constituição Federal [regime de precatório] e do art. 475 do Código de Processo Civil [o duplo grau de jurisdição obrigatório]. É o que passaremos a abordar.

CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS EXISTENTES

A doutrina ainda se faz divergente quanto à aplicabilidade do instituto dos efeitos da tutela antecipatória nas ações em que figure, em pólo passivo, o Estado. A grande questão, a saber, é: como seria possível antecipar os efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, se está sujeita ao duplo grau de jurisdição [não produzindo efeito, senão depois de confirmada pelo tribunal] a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público? Se a decisão contrária à Fazenda Pública está sujeita ao duplo grau obrigatório, como se aduzir a antecipação dos efeitos da tutela? Como compatibilizar o artigo 273 com o artigo 475 do CPC? A tutela é executável, mesmo estando sujeita ao duplo grau obrigatório? De que adiantaria o juiz conceder os efeitos da tutela na sentença, ou mesmo confirmá-los, na decisão de mérito, se estariam submetidos à revisão do órgão eminentemente superior para serem providos de eficácia?

Dentre os doutrinadores, há os que defendem a aplicação da tutela contra a fazenda pública, sustentando que a antinomia entre o artigo 273 e 475 do CPC é apenas aparente, de forma que pode ser harmonizada com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Vejamos os posicionamentos da corrente favorável.

Segundo Marinoni, se é possível a tutela antecipatória contra o particular, nada deve impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública (2000, p.217-223). O mesmo autor ainda preleciona:

Dizer que não há um direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda for ré. Por outro lado, não admitir antecipatória fundada em abuso de direito contra a Fazenda significa aceitar que ela pode abusar de seu direito de defesa e que o autor da demanda contra a mesma seja obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo. (2002, p.11).

Já Carreira Alvim, sustenta que não admitir a antecipação da tutela, por conta do duplo grau obrigatório, nas causas contra a Fazenda Pública, obrigaria também a não admiti-la, pelo mesmo motivo, nas causas contra os particulares em que houvesse recurso voluntário recebido nos dois efeitos (1999, p.179-187).

Nessa esteira, ainda temos o posicionamento de Antonio Claudio da Costa Machado, que sustenta que o duplo grau de jurisdição obrigatório para as sentenças, contrárias ao interesse público não é barreira à emissão de decisões interlocutórias contra o Estado, mas apenas garantia de que, havendo uma sentença desfavorável a ele, esta será necessariamente reapreciada por um tribunal (1999, p.616-620).

No sentido acima exposto, o Ministro Luiz Fux prega:

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULAS Nº 634 E 635 DO STF. NECESSÁRIA ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDENCIA DA SÚMULA Nº 7, DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.

1. É lícita a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sendo certo que o STF apenas conjurou as tutelas antecipatórias deferidas com base no pressuposto da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, por isso que, afora essa hipótese, é legítima e encerra juridicidade o provimento conferido. 2. A tutela antecipada, posto assentar-se em estado de periclitção ou estado de evidência do direito, não se subsume às delongas processuais, porquanto incabível a postergação do direito nela encartado. 3. Deveras, essa *ratio* informou a alteração legislativa que firmou, em sede normativa, a incompatibilidade de recurso suspensivo contra provimento de urgência, o que significa que o mesmo deve ter satisfação imediata. 4. A tutela antecipada é juridicamente possível em face da Fazenda Pública e a decisão judicial que a eclipsa é interlocutória, diferenciando-se da sentença. 5. Destarte, na concessão da antecipação da tutela a cognição é plena, posto calcada em prova inequívoca, diferentemente da sentença contra a Fazenda Pública que é oriunda de um *iter* de maturação do direito deduzido. 6. Desta sorte, a força da antecipação está na revelação *prima facie* do direito o que arrasta a

satisfação *incontinenti*, incompatível com qualquer postergação de cunho formal. 7. As exceções à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública reclamam exegese estrita, por isso que, onde não há limitação não é lícito ao magistrado entrevê-la. 8. Forçoso convir que conceder a tutela antecipatória e não efetivá-la, revela um 'nada jurídico', verdadeira denegação máxima de justiça, razão pela qual, à luz da cláusula pétreia da inafastabilidade, a efetivação da antecipação de tutela deve ser *simpliciter et de plano*, adotando-se as medidas da execução apenas como *modus operandi*. o que conspira com a interpretação da lei conforme a Constituição. 9. As regras do art. 100 da CF e 87 do ADCT referem-se às sentenças, atos jurisdicionais oriundos de ampla especulação do juízo, diferentemente das tutelas antecipadas, nas quais o direito é certo e incontestável, dispensando qualquer atividade especulativa. 10. Consectariamente, não se aplicam os regramentos constitucionais acima nas hipóteses de tutela antecipada em que não há limitação legal para concedê-la. 11. A excepcionalidade de concessão também se estende à suspensão da tutela antecipada, sendo a regra o seu deferimento em face do cumprimento dos requisitos legais, máxime quando em jogo direitos fundamentais da pessoa humana e o acesso à justiça, cânones evidenciados pelo STF na ADC nº 4, oportunidade em que a Corte Suprema considerou constitucional a limitação. 12. Conseqüentemente, não se enquadrando na categoria de sentença, nem incluída entre as hipóteses de interdição da antecipação, é lícito conceder e efetivar de imediato o provimento antecipatório contra a Fazenda Pública, sob pena de se relegar a uma mera promessa acadêmica, a explicitação de um dos direitos fundamentais do homem, consagrado em todas as Cartas supraconstitucionais (Declarações Fundamentais) qual o do efetivo acesso a ordem jurídica justa [...] (STJ, 1ª Turma, MC 10613/ RJ. Medida Cautelar 2005/0153420-4, publicada no Diário da Justiça de 08/11/2007, p.162).

Por outro giro, há aqueles que se manifestam contrariamente, sustentando não ser cabível a execução provisória contra a Fazenda Pública, devido à falta de eficácia da sentença, enquanto não confirmada pelo Tribunal e, por conseqüência, adotam o artigo 475 do CPC como obstáculo à tutela antecipada contra as pessoas jurídicas de Direito Público. Francesco Conte, no seu escólio, assim se pronuncia:

Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não confirmada pelo tribunal (art 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, *a fortiori*, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença) (1995).

O fato é que a Fazenda, valendo-se desse privilégio disposto no artigo 475, tem sustentado que não é possível a antecipação da tutela contra si e que a eficácia de um provimento nesse sentido [contra a Fazenda] só alcançaria sua concretude se a decisão

do juízo *a quo* for ratificada pelo órgão eminentemente superior. Não consentimos com a posição adotada pela Fazenda.

A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 273 DO CPC FACE AO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como antecipar os efeitos da tutela, se nas hipóteses em que a Fazenda for vencida estaremos sujeitos à fila dos precatórios? Esmiuçaremos a problemática.

O artigo 273 do CPC confere ao juiz o poder-dever de antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela, perseguida no pedido da inicial, desde que satisfeitos os pressupostos elencados para a concessão desse instituto, conforme já explanado.

Por outro lado, observa-se no caput do artigo 100 da Constituição Federal que:

À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos, devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, **em virtude da sentença judiciária**, far-se-ão **na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos**, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para esse fim” (grifo nosso) (BRASIL, 2008b).

Teori Albino Zavascki sustenta que a exigência do artigo 100 da CF/88 não é óbice à concessão da tutela antecipada, vez que a expressão “sentença judiciária” comporta a decisão antecipatória meritória, sendo apta à execução provisória, na forma do artigo 730 do Código de Processo Civil. Do escólio de Marinoni, extraímos que a prescrição constitucional não exige sentença definitiva e, sim, “sentença judiciária”, não havendo empecilho à execução provisória, com a conseqüente expedição do competente precatório.

Estamos com aqueles que entendem que não haverá ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal se, no caso concreto, estiverem presentes os pressupostos de concessão da antecipação da tutela e não houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Em outras palavras, a obrigatoriedade do precatório para pagamento de valores não é óbice que impossibilita a concessão da tutela antecipada contra o Estado.

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E AS AÇÕES DE NATUREZA TRIBUTÁRIA FACE À LEI COMPLEMENTAR 104/2001

Com advento da Lei Complementar nº 104/2001[2], inseriu-se no artigo 151, inciso V do Código Tributário Nacional [a única tutela antes dessa alteração no Código Tributário Nacional para suspender a exigibilidade do crédito tributário, era a liminar em Mandado de Segurança], possibilitando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário através de uma liminar ou tutela antecipada em qualquer espécie de ação judicial. Assim, restou cristalina a possibilidade da tutela antecipada nas ações contra a Fazenda Pública, pondo fim a incansáveis discussões doutrinárias a respeito da temática.

CONCLUSÃO

Sem sombra de dúvidas, o surgimento da antecipação da tutela veio ao encontro dos anseios de uma justiça mais rápida, ao menos em tese, na medida em que se tornou possível propiciar ao cidadão uma ordem jurídica justa. Ela foi um marco dos novos tempos, da nova visão do processo, do processo como instrumento de efetivação de direitos. Trata-se de mecanismo [a tutela antecipada] de fundamental importância, na suplantação de risco de perecimento do direito, que deve ser usada pelo magistrado – com cautela, é verdade – de acordo com as necessidades do caso concreto, sem perder de vista a necessidade de garantir a efetividade da jurisdição.

Assim, somos pela utilização da antecipação dos efeitos da tutela, sempre no sentido de garantir uma prestação jurisdicional célere, segura e justa. Também aderimos, em abono ao princípio do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição, a posição daqueles que defendem a possibilidade da concessão da tutela contra o Estado, haja vista que excluir a aplicação do artigo 273 do CPC à Fazenda Pública seria atentar ao princípio da isonomia processual.

Diante de todo o exposto, e como não há negação expressa prevista no ordenamento jurídico em impedir a tutela antecipatória, nas ações contra a fazenda pública, [a Lei 9.494/97 e a Lei Complementar 104/01 ao contrário, autorizam a antecipação], vê-se a possibilidade da concessão desse instituto, perpetuando-se seus efeitos, até mesmo após

uma sentença desfavorável à Fazenda Pública, já que sendo o provimento antecipatório passível de reversibilidade, não atingiria o interesse público perpetuamente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual – antecipação de tutela na ação de reparação de dano*. Curitiba: Juruá, 1999.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. V. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2001 e 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 de setembro de 2008.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTE, Francesco. *A fazenda pública e a antecipação jurisdicional da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIAS, J.E.S. *Tutela antecipada em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 728.

FRIEDE, R. Reis. *Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.115.

GOTTI, Alessandra Passos; SURGIK, Aloísio; DINIZ, Maria Helena (Coord.) e et al. atual. *Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.217-223.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NETO, Luiz Orione. *Tratado das Liminares*. São Paulo: Lejus, 2000, Vol. I, p.136.

_____. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.34.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999. p. 415.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.

[1] O artigo 273 do CPC, I e II do CPC, estabelece os seguintes requisitos para a concessão da tutela antecipada: “a) pedido da parte autora; b) prova inequívoca dos fatos; c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

[2] O artigo 151 do Código Tributário Nacional tem a seguinte redação: Suspendem a exigibilidade do crédito: I – a moratória, II – o depósito do montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e VI – o parcelamento. Os dois últimos incisos foram introduzidos neste artigo com o advento da Lei Complementar 104/2001 de 10 de janeiro de 2001.

“A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA” E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – A UTILIZAÇÃO DE IMÓVEIS DA UNIÃO POR PARTICULARES. *

“THE RECIPROCAL TAX IMMUNITY” AND THE MUNICIPAL COMPETENCE TO INSTITUTE TAX ON URBAN BUILDINGS AND URBAN LAND PROPERTY - THE USE OF PROPERTY OF THE UNION BY PARTICULAR.

Ronaldo Lindimar José Marton

RESUMO

“A imunidade tributária recíproca” e a competência municipal para instituição do Imposto Predial e Territorial Urbano – a utilização de imóveis da União por particulares. O presente trabalho focaliza a extensão da imunidade tributária da União, definida no art. 150-VI, a, da Constituição Federal, quando cotejada com o § 3º do mesmo artigo. A imunidade não se aplica ao patrimônio relacionado com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Trata-se de verificar a possibilidade de os Municípios cobrarem Imposto Predial e Territorial Urbano sobre os ocupantes ou os possuidores de bens da União. O trabalho analisa alguns pontos polêmicos do desenvolvimento do sistema tributário brasileiro e, em particular, da competência municipal para a instituição do Imposto Predial e Territorial Urbano, examinando-se o fato gerador e o contribuinte desse tributo. É dado destaque à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a do Tribunal Superior de Justiça. No caso específico dos “terrenos de marinha”, são abordadas as tentativas de alguns parlamentares de reverterem a jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: (1) SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. (2) IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. (3) IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA.

ABSTRACT

“The reciprocal tax immunity” and the municipal competence to institute tax on urban buildings and urban land property - the use of property of the Union by particular. This study focuses on the extension of the Union tax immunity, as defined in art. 150-VI,a,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

of Constitution, when compared with Paragraph 3 of the same article. This is to check the possibility of the Municipalities charge “urban buildings and urban land property” on occupants or holders of property of Union. This immunity does not apply to the property related to the exploitation of economic activities governed by the regulations which apply to private undertakings, or in which users pay consideration or prices or tariffs. The work examines some controversial points of the development of the Brazilian tax system, particularly the municipal authority for the imposition of “urban buildings and urban land property”. It is examined the taxable events and the taxpayers concerning this tax. It emphasizes the precedents of the Supreme Federal Court and of The Superior Court of Justice. In the specific case of “tide lands”, deals with the attempts of some parliamentarians to reverse the ruling of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: (1) THE NATIONAL TAX SYSTEM. (2) THE RECIPROCAL TAX IMMUNITY. (3) TAX ON URBAN BUILDINGS AND URBAN LAND PROPERTY.

Introdução

A Constituição Brasileira de 1988, à semelhança de Constituições anteriores, tem a pretensão de erigir em sistema o conjunto de normas que tratam da tributação. Daí o capítulo I do Título VI ("Da Tributação e do Orçamento") ser denominado "*Do Sistema Tributário Nacional*".

Um sistema pressupõe um conjunto harmônico de normas articuladas entre si, abordando de forma plena toda a matéria de que se cuida. A simples constatação da existência de regras jurídicas, por si só, não permite falar-se em sistema. Nossa primeira Constituição já trazia algumas regras, embora escassas, sobre matéria tributária; todavia, seria exagero referir-se a elas como constituindo um "*sistema tributário*".

A construção do denominado "*sistema tributário nacional*" foi obra lenta e, sem dúvida, ainda não encerrada.

O "*sistema tributário nacional*" encontra-se amplamente desenvolvido no texto da Constituição Federal, contemplando, entre outras matérias, a enunciação das espécies tributárias, das competências dos entes federados para a instituição de tributos, das garantias dos contribuintes e das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Não obstante, são acerbos as críticas às regras tributárias existentes, reflexos de políticas tributárias as mais diversas e contraditórias, que se revelam como um conjunto de regras caóticas, desarmônicas e fugazes, a desafiar o hermeneuta ou a quem pretenda elaborar um trabalho de cunho científico.

A História mostra que o tributo sempre esteve associado aos momentos marcantes da Humanidade. No campo jurídico e político, o tributo foi o indutor das tomadas de grandes decisões, sendo íntima a relação do Direito Tributário com o Direito Constitucional. No Brasil, a própria Constituição tomou a si o trabalho de estabelecer, de forma minuciosa e contraproducente, as principais regras de tributação.

Aborda-se neste trabalho o equilíbrio entre a "*imunidade recíproca*" dos entes federados e o Imposto Predial e Territorial Urbano, mostrando-se a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em dar efetividade ao § 3º do art. 150 da Constituição e as vacilantes fundamentações de alguns Acórdãos do STF. As normas atribuidoras de imunidade tributária devem ser interpretadas de forma sistêmica, contemplando-se os demais princípios existentes na Constituição, entre eles o da "*livre concorrência*" (art. 170,IV). Por outro lado, a inconsistência de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, relativamente à incidência do IPTU sobre os "*terrenos de marinha*", quando examinadas em face ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em matéria de imunidade recíproca, tem propiciado o aumento dos grupos de pressão sobre o Congresso Nacional, objetivando a alteração do art. 32 do CTN, de forma a proibir tal incidência. Essas tentativas têm sido frustradas em razão do prejuízo financeiro que acarretaria aos Municípios.

1. A menção a "*sistemas*" nas Constituições brasileiras.

A linguagem utilizada nos textos constitucionais é indicativa da forma de pensar dominante no momento de sua elaboração. Sob essa perspectiva, cumpre registrar que o vocábulo "*sistema*" encontrava-se ausente do texto de nossa Constituição de 1824, tendo sido adotado em 1891 para referir-se ao sistema de governo. Posteriormente, o termo foi utilizado em diversas situações, porém somente com a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, é que se chegou à menção de um "*sistema tributário*".

A primeira constituição republicana, de 1891, utiliza o termo "*sistema*" fora do contexto tributário, para consignar no art. 83 que: "*Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados*". Assim, a idéia de que as regras que regem os Poderes constituem um "*sistema de governo*" já está presente.

O termo "*tributo*" não é utilizado pela Constituição de 1891, embora o verbo tributar o seja, dispondo a Constituição que "*só é lícito a um Estado tributar a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo no seu território, revertendo, porém, o produto do imposto para o Tesouro federal*" (§ 3º do art. 9º) e que "*É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente*" (art. 10).

A Constituição brasileira de 1934 utiliza o termo "*sistema*" em diversas oportunidades, fazendo referência a "*sistema monetário*" (art. 5º-XII), "*sistema de medidas*" (art. 5º, XIX, h), "*sistema proporcional*" (art. 23 e § 1º do art. 3º das "*Disposições Transitórias*"), "*sistema eleitoral e de representação*" (art. 91,I-b), "*sistema monetário e de medidas*" (art. 91-j), "*sistemas educativos*" (art. 150,"c", art. 151, e art. 156), "*sistema da representação proporcional*" (art. 181). No entanto, não há menção a "*sistema tributário*", embora o substantivo tributo e o adjetivo tributário sejam utilizados diversas vezes, havendo referência à "*rendas tributárias*" (art. 141), "*receita tributária*" (art. 147 e § 3º do art. 177) e "*diferença tributária*" (art. 19-IV).

A Constituição de 1937 não utiliza o termo "*sistema*", embora utilize os vocábulos "*tributar*", "*tributo*" e "*tributário*", com a enunciação da competência exclusiva dos Estados (art. 23) e a da União (art. 20).

O texto original da Constituição de 1946 utiliza o termo "*sistema*" em vários momentos: "*sistema monetário e de medidas*" (art. 5º -XV-m), "*sistema de representação proporcional*" (art. 56), "*sistema federal de ensino*" (art. 170, caput e parágrafo único); "*sistemas de ensino*" (art. 171 e art. 172), "*sistemas*" (parágrafo único do art. 171).

2. A instituição do "*sistema tributário nacional*" - A Emenda nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

A estrutura tributária brasileira veio a sofrer profunda alteração com o advento da Emenda nº 18, de 1º de dezembro de 1965. Essa Emenda introduziu em nosso ordenamento jurídico o denominado "*sistema tributário nacional*", que foi adotado pelas Constituições posteriores, com significativas mutações.

Dispunha o art. 1º da Emenda nº 18, de 1965:

Art. 1º O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal.

O "*sistema*" tem sua estruturação estabelecida na própria Emenda, que estabeleceu suas vigas fundamentais, com a enumeração das espécies tributárias (e a menção aos empréstimos compulsórios e impostos extraordinários na iminência ou caso de guerra externa), das vedações, das competências tributárias, das distribuições de receitas tributárias e de algumas disposições finais e transitórias (art. 25 a 27).

A Emenda Constitucional em apreço explicitou as espécies tributárias existentes no "*sistema tributário nacional*". Não podia ser mais claro o texto: "O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria". E o art. 5º é contundente: "*Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam desta Emenda, com as competências e limitações nela previstas*". No entanto, o art. 4º permitiu à União, em casos excepcionais definidos em lei complementar, instituir empréstimos compulsórios. E o art. 17 permitiu à União, na iminência ou no caso de guerra externa, instituir, temporariamente, impostos extraordinários.

O "*sistema*" foi estruturado de forma a contemplar vedações à União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 2º e art. 3º). Entre essas vedações encontra-se a "*imunidade recíproca*".

Além disso, o "*sistema tributário nacional*" é integrado por normas de diversas fontes, com efeitos jurídicos diferenciados, a saber: leis complementares, resoluções do Senado Federal, leis federais, leis estaduais e leis municipais.

Cabe ressaltar que embora a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, faça menção à lei complementar, não existia naquele momento lei complementar como espécie formal de lei, distinta da lei ordinária. Por essa razão, foi por meio de lei ordinária, a Lei nº 5.172, de 1966, que o legislador da União deu prosseguimento à construção do "*sistema tributário nacional*".

3. A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional)

A Lei nº 5.172, editada em 25 de outubro de 1966, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, e entrando em vigor em 1º de janeiro de 1967, "*dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*".

A Lei nº 5.172, de 1966, veio a ser denominada "Código Tributário Nacional", por determinação do art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

Consta do art. 1º da Lei nº 5.172, de 1966, que:

Art. 1º Esta Lei regula, com fundamento na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no

artigo 5º, inciso XV, alínea b, da Constituição Federal

, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.

O artigo transcrito é esclarecedor: a Lei 5.172, de 1966, não obstante ser lei ordinária, regulava o "sistema tributário nacional", com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1965. O legislador interpretou a menção à "leis complementares" prevista na citada emenda constitucional como estando sendo atendida pela edição da lei ordinária, que visava à complementar a estrutura do sistema tributário nacional.

Além disso, a Lei nº 5.172, de 1966, com fundamento no inciso XV, alínea b, da Constituição Federal, estabelecia as "normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios". Ora, o dispositivo constitucional citado como fundamento fazia referência à competência da União para legislar sobre "normas gerais de direito financeiro". Assim, as "normas gerais de direito tributário" foram entendidas, naqueles momentos iniciais da formação de nosso sistema tributário, como integrantes das "normas gerais de direito financeiro", ficando expressamente consignado que essas "normas gerais" eram aplicáveis a todas as esferas de governo, o que não deixa de alterar o equilíbrio dentro da Federação.

Cabe também constatar que o art. 1º da Lei nº 5.172, de 1966, ao ressaltar que as ditas "normas gerais" eram aplicáveis a todos os entes federados, acrescentou que isso ocorria "sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar". E o art. 2º da mesma Lei proclamou:

Art. 2º O sistema tributário nacional é regido pelo disposto na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, em leis complementares, em resoluções do Senado

Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis federais, nas Constituições e em leis estaduais, e em leis municipais.

O Código Tributário Nacional está estruturado em dois livros: o LIVRO PRIMEIRO cuida do SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL e o LIVRO SEGUNDO cuida das NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Essa estruturação não se revela lógica, eis que as "normas gerais" integram o próprio sistema tributário nacional.

O LIVRO PRIMEIRO, ao disciplinar a estrutura do SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL, trata das "disposições gerais" (Título I), da "competência tributária" (Título II), "dos Impostos" (Título III), "das Taxas" (Título IV), da "Contribuição de Melhoria" (Título V), e "das distribuições de receitas tributárias" (Título VI). Há, assim, a preocupação em definir tributo e suas espécies e de dispor sobre as competências tributárias, inclusive de seus limites (capítulo II do Título II), sobre os requisitos para reconhecimento de imunidades tributárias, e de aspectos nucleares dos impostos enumerados na Emenda nº 18, de 1965 (com a definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes).

O LIVRO SEGUNDO do Código Tributário Nacional cuida das NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, dispondo sobre a "Legislação Tributária" (Título I), a "Obrigação Tributária" (Título II), o "Crédito Tributário" (Título III) e a "Administração Tributária" (Título IV). Portanto, as NORMAS GERAIS dizem respeito às fontes do Direito Tributário e à obrigação tributária (da qual o crédito tributário é elemento constitutivo), e dos poderes administrativos do Fisco.

Ao Código Tributário Nacional foram acrescentadas disposições finais e transitórias, a partir do art. 209.

A estruturação do sistema tributário nacional, estabelecida pelo Código Tributário Nacional em 15 de outubro de 1966, foi abalada diversas vezes, até mesmo antes de entrar em vigor (veja-se o Decreto-lei nº 27, de 14 de novembro de 1966). O Código Tributário Nacional sofreu o impacto da promulgação da Constituição de 1967 e da Constituição de 1988, e de diversas Emendas Constitucionais, além de ter tido sua redação alterada pelo advento de várias leis complementares (ou de diplomas legais com efeitos de lei complementar).

4. *A Constitucionalidade dos dispositivos do Código Tributário Nacional que definem fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, em face da Emenda Constitucional nº 18, de 1965.*

O Código Tributário Nacional, conforme assinalado, em seu LIVRO PRIMEIRO dispôs sobre as competências tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, adotando o agrupamento estabelecido na Emenda Constitucional nº 18, de 1965: "impostos sobre o comércio exterior", "impostos sobre o patrimônio e a renda", "impostos sobre a produção e a circulação" e "impostos especiais".

O Código Tributário Nacional definiu os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos previstos na Emenda 18, de 1961, ressalvados os "impostos especiais" (para os quais apenas definiu o fato gerador do "Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País"). GERALDO ATALIBA foi um dos autores que, pioneiramente, dedicou-se à análise dos conceitos aqui referidos. Veja-se, igualmente, AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO

Tendo em vista que a Emenda nº 18, de 1965, na trilha já seguida pelos textos constitucionais referidos anteriormente, atribuiu competências tributárias aos entes federados, indicando as matérias suscetíveis de serem tributadas por esses entes, caberia ao Código Tributário Nacional dispor sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes desses impostos ?

Essa indagação trouxe inquietude para alguns constitucionalistas. Isto porque não seria possível ao CTN aumentar ou diminuir a competência de cada um dos entes participantes da Federação, cuja autonomia e competências são hauridas diretamente da Constituição Federal. Assim, o professor Geraldo Ataliba, nas memoráveis lições no curso de bacharelado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, afirmava que nessa parte, ou o CTN apenas repetiria o disposto pela Constituição (e seria ocioso), ou divergiria da Constituição (e seria nulo).

No pensar de muitos, o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte já estariam implícitos na outorga constitucional de competências tributárias.

A possibilidade de lei federal, na vigência da Constituição de 1946, afetar competências legislativas dos Estados ou dos Municípios parecia afrontar a própria idéia de Federação, que não admite submissão hierárquica entre os entes federados.

O LIVRO PRIMEIRO do CTN fundamentava-se na Emenda nº 18, de 1965, porém a referida Emenda não explicitava ter o legislador que viesse a complementá-la poderes para dispor sobre os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos nela discriminados.

5. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969.

Em 15 de março de 1967 entrou em vigor nova Constituição, cujo capítulo V do Título I referia-se ao "Sistema Tributário", longamente distribuído entre os artigos 18 e 28. Merece destaque o disposto no § 1º do art. 19, que proclamava:

§ 1º - Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder tributário.

Deve ser ressaltado que o art. 49-II da nova Constituição previa, dentro do processo legislativo, de nova modalidade de lei: a lei complementar. Essa lei estava sujeita a regime próprio de votação, estatuído no art. 53 da Constituição:

Art 53 - As leis complementares à Constituição serão votadas por maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

As inúmeras discussões derivadas da vigência da Emenda nº 18, de 1965, e do Código Tributário Nacional ainda estavam em plena efervescência, quando o mundo jurídico teve que enfrentar o advento da Constituição de 1967, e das múltiplas questões que foram postas.

Uma dessas questões dizia respeito justamente à eficácia jurídica do Código Tributário Nacional, editado como lei ordinária, tendo em vista de que o ordenamento constitucional agora exigia lei complementar, em sentido formal e próprio, para regular os aspectos essenciais do sistema tributário nacional.

Uma outra questão de grande relevância dizia respeito ao equilíbrio federativo: até que ponto a lei complementar poderia imiscuir-se na competência dos Estados e dos Municípios para instituírem os impostos que lhes eram outorgados pela própria Constituição ?

Conforme foi dito acima, o Código Tributário Nacional, no Título III do LIVRO PRIMEIRO, tratou dos Impostos, e não teve pejo: para os impostos previstos na Emenda nº 18, de 1965 (com a ressalva dos "impostos especiais", como já observado), definiu os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes. Tratava-se de atitude ousada, entendida necessária para a implantação de um sistema tributário nacional. A atribuição de competências tributárias pela Constituição, para ter efetividade, exigia uma demarcação mais nítida, para evitar que, embora mantendo a denominação jurídica de imposto de sua competência, o ente federado não invadisse, sorrateiramente, matéria tributável alheia.

No entanto, a Constituição de 1946 adotava a Federação como forma de Estado, preservando as competências tributárias de forma explícita.

A Constituição de 1967, no § 1º do art. 19, outorgava à lei complementar as seguintes atribuições: a) "estabelecer normas gerais de direito tributário"; b) "dispor sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios"; e c) "regular as limitações constitucionais do poder tributário". Em qual dessas atribuições poderia ser fundamentada a definição de fato gerador, base de cálculo e contribuintes dos impostos cuja competência para sua instituição residia no próprio texto constitucional ?

Ora, as normas gerais de direito tributário integram o LIVRO SEGUNDO do Código Tributário Nacional. A explicitação dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes fazem parte do LIVRO PRIMEIRO, que se fundamentava no Emenda nº 18, de 1965. Com a substituição da Constituição de 1946 (e, portanto, da Emenda nº 18, de 1965) pela Constituição de 1967, qual seria o fundamento para a lei complementar pretender dispor sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (matéria contida no LIVRO PRIMEIRO do Código Tributário Nacional) ? Poderia se afirmar que assim agindo o legislador complementar estaria preventivamente dispondo sobre conflitos de competência tributária que poderiam vir a surgir ?

Os dispositivos do Código Tributário Nacional que definem os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos nele discriminados, passaram a submeter-se a novo teste de constitucionalidade: não lhes basta a compatibilidade com a Emenda nº 18, de 1965, para não terem nascidos mortos; impõe-se, a partir de 15 de março de 1967, a compatibilidade com a nova Constituição, para serem recepcionados na nova ordem constitucional. Isto porque, como se sabe, a doutrina tem sustentado que o advento de nova Constituição mantém vigentes apenas os dispositivos legais com ela compatíveis.

As atribuições da lei complementar tributária, definidas § 1º do art. 19 da Constituição de 1967, foram mantidas pelo § 1º do art. 18 da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, com ligeira alteração de redação, nos seguintes termos:

"§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar".

6. A Constituição de 1988.

Na Constituição de 1988, o Capítulo relativo ao "sistema tributário nacional", compreendido pelos artigos 145 a 162, está dividido em seis seções, respectivamente denominadas "Dos Princípios Gerais", "Das Limitações Constitucionais do Poder de Tributar", "Dos impostos da União", "Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal", "Dos Impostos dos Municípios" e "Da Repartição das Receitas Tributárias".

Ao dispor sobre a estrutura do sistema tributário nacional, a Constituição de 1988 estabelece que (texto original):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas".

A atual Constituição mantém as atribuições da lei complementar tributária para dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; porém, ao se referir ao estabelecimento de "normas gerais", introduz significativas alterações, relativamente ao texto anteriormente vigente, não somente por referir-se a "normas gerais em matéria de legislação tributária", enquanto o texto anterior referia-se a "normas gerais de direito tributário", como também por expressamente permitir que tais normas gerais apresentem a "definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes".

A Constituição vigente, ao incluir entre as "normas gerais de legislação tributária" a definição de tributos (e de suas espécies), e a definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, rompeu a estrutura do Código Tributário Nacional (que não inclui essas definições entre as "normas gerais", tendo-as inserido no LIVRO PRIMEIRO, que cuida do "sistema tributário nacional".

Ao expressamente atribuir à lei complementar competência para estabelecer "normas gerais" com a definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos "discriminados nesta Constituição", o art. 146-III da Constituição de 1988 induz à reflexão sobre o significado de "normas gerais". Afinal, o que deve ser entendido como "norma geral" ? Sabe-se que a generalidade é atributo de toda norma jurídica. Anteriormente à vigência da nova Constituição, a expressão "normas gerais", no sistema tributário, estava ligada às fontes e à estrutura da obrigação tributária, de forma que era facilmente identificável a "norma geral" como aquela que fosse aplicável a todos os tributos. A inclusão, entre as "normas gerais", da definição de fato gerador de um específico imposto, redundava em novas considerações. A norma aplicável a um único imposto (por exemplo, a definição de fato gerador do IPTU), pode ser entendida como norma geral ?

A partir de um ponto de vista exclusivamente de técnica impositiva, é perfeitamente razoável que caiba à União, mediante lei complementar, definir os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes de impostos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Com efeito, tendo a Constituição preordenado o conjunto das regras tributárias como integrantes de um sistema tributário, pouca efetividade ocorreria se os entes periféricos da Federação, em busca de aumento de arrecadação, ou até mesmo sem esse propósito, viessem a definir esses elementos da obrigação tributária de forma desarmônica e conflitante. O dispositivo constitucional (art. 146-III,a) garante a uniformização das definições desses tributos em todo o território nacional. Embora as legislações estaduais e municipais possam diferir entre si, a Constituição assegura um núcleo comum em todo o território brasileiro.

O art. 146-III,a da Constituição limita as atribuições conferidas aos entes periféricos da Federação.

A delicada questão da subordinação dos legisladores dos Estados e dos Municípios aos ditames da Lei Complementar tem sido alvo de polêmicas, envolvendo o próprio conceito de federação.

7. A impossibilidade de um ente federado instituir imposto incidente sobre outro integrante da Federação ("imunidade recíproca")

O reconhecimento da impossibilidade de os membros da Federação cobrarem impostos sobre "o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros", é tradicional em nosso Direito. A Emenda nº 18, de 1965, traz esse comando explicitamente no art. 2º, IV, a. O Código Tributário o repetiu no art. 9º, IV, a.

Essa imunidade foi mantida pela Constituição de 1967 (art. 20,III,a), pela Emenda nº 1/69 (art. 19,III,a), e pela Constituição de 1988 (art. 150,VI,a). A imunidade implica a não existência de competência tributária para instituir impostos, relativamente a

pessoas (imunidade subjetiva) ou coisas (imunidade objetiva), em face de expressa determinação constitucional.

SACHA CALMOM, após lembrar que a doutrina, em peso, posiciona a imunidade no capítulo da competência, passa em revista a posição de juristas ilustres, como PONTES DE MIRANDA, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, ALIOMAR BALEEIRO, GERALDO ATALIBA, ULHOA CANTO, SOUTO MAIOR e CELSO CORDEIRO MACHADO.

A imunidade prevista no art. 150, VI, a, da atual Constituição é também reconhecida como "imunidade ontológica", pois resulta da impossibilidade de um ente federado exigir imposto de outro ente, em razão de inexistência de poder de império entre os entes federados.

Todavia, a nova Constituição dispõe no § 3º do art. 150, a propósito da imunidade recíproca, que:

"§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel".

Destarte, enquanto reconhece a existência da *"imunidade recíproca"*, a Constituição expressamente admite que os bens integrantes do patrimônio da entidade imune não estão ao abrigo da imunidade quando *"relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou em haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário"*. Além disso, não exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativo ao bem imóvel.

O § 3º transcrito permite o fracionamento da relação jurídica, no caso de patrimônio, rendas ou serviços de entidades imunes, de forma que a sujeição passiva tributária venha a atingir o particular.

As conseqüências, relativamente ao IPTU são importantes, como a seguir se verá.

8 . A competência municipal para instituir o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana.

Na Federação brasileira é reconhecida a competência dos Municípios para a instituição do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana.

Na implantação do *"sistema tributário nacional"*, o art. 10 da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, estabelecia que *"compete aos Municípios o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana"*.

A competência constitucional dos Municípios para a instituição do IPTU foi preservada pelas constituições supervenientes, em termos praticamente idênticos: "*competete aos Municípios decretar impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana*" (Constituição de 1967, art. 25-I); "*competete aos municípios instituir imposto sobre: I – propriedade predial e territorial urbana*" (Emenda nº 1, de 1969, art. 24) e "*Competete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana*" (Constituição de 1988, art. 156-I).

Deve ser observado que os textos constitucionais referem-se ao imposto como incidindo sobre a propriedade (predial e territorial urbana), não se trata apenas de imposto sobre imóvel. O elemento "*propriedade*" é integrante da definição da competência tributária: para que o Município possa fazer essa imposição tributária impõe-se que o imóvel seja propriedade de alguém.

Na vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, cujo art. 10 estabelecia que "*competete aos Municípios o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*", foi promulgado o Código Tributário Nacional, que assim dispôs sobre esse imposto:

"Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título".

Pode-se aplicar, especificamente sobre os artigos 32 a 34 do CTN, as mesmas considerações anteriormente já formuladas, sendo passível de verificação a constitucionalidade desses artigos, que abrangeria muitos aspectos, tais como: a limitação da competência dos Municípios aos "*bens imóveis por natureza ou por acessão física*" corresponderia à exata tradução do comando constitucional que se referia a "*propriedade predial e territorial*" ? Poderia o legislador da União definir o que deve ser entendido como "*urbano*" para fins tributários ?

Ao se referir ao "*domínio útil*" e a "*posse*" como fato geradores do IPTU, teria o legislador da União ampliado a competência do Município ? Se o "*domínio útil*" e a "*posse*" integram a propriedade, sua explicitação é tautológica ?

Outra indagação cabe: o Fisco pode lançar o IPTU, discricionariamente, contra qualquer um dos três contribuintes referidos no art. 34 ou a enumeração de três fatos geradores e dos três correspondentes contribuintes comporta o "*benefício de ordem*" ?

Conforme já salientado, a recepção dos artigos 32 a 34 do CTN pela Constituição de 1967 (e, a seguir, pela Emenda nº 1/69 e pela Constituição atual) depende de esses dispositivos terem satisfeitos os requisitos de constitucionalidade em face da Emenda nº 18, de 1965.

É certo, porém, que a Hermenêutica Constitucional estabelece a presunção de constitucionalidade da lei, que somente será tida como inconstitucional se não for possível interpretá-la de forma a compatibilizar seu comando com o mandamento constitucional.

O fato é que os Fiscos e os Tribunais têm aceito a plena vigência desses dispositivos, não obstante com interpretações nem sempre convergentes.

Embora o art. 146-III,a da Constituição vigente determine caber à lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos nela discriminados, é de se indagar se as definições constantes dos artigos 32 e 24 do Código Tributário Nacional foram recepcionadas pelo atual ordenamento constitucional, tendo em vista terem sido promulgadas ainda na vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1965.

Ao definir como fato gerador do IPTU a "*propriedade*", o "*domínio útil*" ou a "*posse*" de bem imóvel por natureza ou acessão física, e como contribuintes o "*proprietário do imóvel*", o "*titular de seu domínio útil*" e "*seu possuidor a qualquer título*" (art. 32 e 34), o CTN produziu grande balbúrdia na doutrina. A jurisprudência, gradativamente, fixou alguns pontos importantes.

Embora o CTN adote como contribuinte o "*possuidor a qualquer título*", a jurisprudência predominante recusa reconhecer a sujeição passiva relativamente aos inquilinos e aos comodatários de imóveis, sob a alegação de não exercerem eles posse

com "*animus domini*". Além disso, passou-se a discutir fenômenos como "*posse direta*" e "*posse indireta*", "*posse desdobrada*" e "*posse exclusiva*", "*possuidor por direito real*" e "*possuidor por direito pessoal*". Vale dizer: a jurisprudência rechaça o possuidor a qualquer título, pois examina o título do possuidor, para verificar se ele pode ser contribuinte do IPTU. Os promitentes compradores, quando possuidores imóvel, são reconhecidos como contribuintes.

9. A imunidade dos bens e serviços de domínio da União e o IPTU.

A possibilidade de se decompor a propriedade (propriedade plena) em seus elementos constitutivos, para efeitos do Direito Tributário, traz importantes conseqüências, quando se aborda a questão da imunidade tributária, pois permitiria a incidência tributária sobre o possuidor ou detentor de bem público, principalmente no caso de exercício de atividade lucrativa.

Alguns Municípios têm sustentado que a imunidade recíproca é "*intuitu personae*", razão pela qual não subsistiria quando o imóvel estivesse sendo utilizado por terceiros, máxime quando se tratar de utilização econômica.

Relativamente ao IPTU, tendo em vista a pluralidade de fatos geradores e de contribuintes, conforme definidos nos art. 32 e 34 do CTN, passou a existir um problema prática de grande relevância. É que imóveis do domínio da União podem vir a encontrarem-se em poder de terceiros, como "*titulares de domínio útil*", ou como "*possuidores a qualquer título*". Pode o Fisco municipal, relativamente a imóveis do domínio da União, lançar o IPTU contra esses terceiros ?

10. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que os imóveis do domínio da União não podem ser objeto de lançamento do IPTU, mesmo quando explorados comercialmente por terceiros. Examinaremos dois casos recentes.

10.1 - Assim, consta da ementa do RE 253.394-7/SP, de 26 de novembro de 2002, (que envolvia a cobrança de IPTU sobre imóveis que compõe o acervo patrimonial do Porto de Santos): "*Impossibilidade de tributação, pela Municipalidade, independentemente de encontrarem-se tais bens ocupados pela empresa delegatária dos serviços portuários, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal*".

No voto do Ministro Ilmar Galvão, no RE 253.394-7, é declarado que: "*O acórdão, ao invocar a norma do art. 32 do CTN, além de incidir no mau vezo de buscar na lei a interpretação da Constituição, não atentou para a circunstância de que o art. 32 do CTN não pode ser interpretado como tendo englobado, no conceito de posse, de forma indiscriminada, o ocupante de bem público, sempre em caráter precário; o mero detentor, como o locatário; e, finalmente, o possuidor com animus domini; esse, sim, responsável pelo tributo incidente sobre o imóvel privado de que tem a posse, na qualidade de substituto do proprietário, figura de ordinário desconhecida ou, no mínimo, alheia ao destino do bem tributado*".

Do trecho do voto transcrito, extrai-se que a ocupação de bem público seria sempre a título precário, vedando-se sempre a cobrança de IPTU. Já no caso de imóvel privado, é preciso examinar a presença do *animus domini*, quando o possuidor seria "responsável" pelo IPTU (isto é, poderia ser o contribuinte).

No julgamento em referência, chama a atenção o voto do Ministro Moreira Alves, citado em outros julgamentos, segundo o qual o que deve ser suscitado não é o problema de posse com *animus domini*, mas o de posse exclusiva. Extrai-se do voto que, no entendimento do Ministro Moreira Alves, o possuidor com posse exclusiva pode ser contribuinte do IPTU. O Ministro contrapõe a "*posse exclusiva*" à "*posse desdobrada*", esse segundo tipo de posse ocorreria nos casos de locação e comodato, e o possuidor direto não poderia ser o contribuinte.

No mesmo julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a presença da imunidade recíproca em virtude de "*o bem público da União está afetado a um serviço público federal em poder da concessionária, como instrumentalidade da concessão*".

10.2 - No R.E. 451.152-5- RJ, julgado em 22 de agosto de 2006, em que o imóvel estava sendo comercialmente utilizado por uma academia de ginástica, há a seguinte ementa:

"Recurso Extraordinário. 2. IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. 3. Contrato de concessão de uso. Posse precária e desdobrada. 4. Impossibilidade de a recorrida figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Precedente. Recurso extraordinário a que se nega provimento".

Segundo o Ministro Relator, Gilmar Mendes "*... a recorrida não preenche nenhum dos requisitos para ser contribuinte do IPTU, porquanto é detentora de posse precária e desdobrada decorrente de contrato de concessão de uso*". O Relator faz remissão ao RE 265.749 e ao RE 253.394-7, de 26 de novembro de 2002.

Neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa não acompanha o voto do relator, por entender, com fundamento no § 3º do art. 150 da Constituição, que "*reconhecer a aplicabilidade da imunidade recíproca à tributação de imóvel locado a particulares, para exploração de atividade econômica de cunho privado, redundaria, em última análise, em privilegiar a exploração econômica particular, e não o pacto federativo*".

11. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O STJ tem decidido que, em caso de bem enfitêutico dado pela União em aforamento, por força do disposto no art. 34 do CTN, "*cabe ao detentor do domínio útil, o enfiteuta, o pagamento do IPTU*" e que "*A imunidade que possa ter o senhorio, detentor do domínio indireto, não se transmite ao enfiteuta*" (RESP 267.099-BA). No caso, a recorrida era a COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA-CODEBA.

Entretanto, o STJ tem proclamado que (RESP 825.902-MG):

"1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor por direito real (art. 34 do CTN). Tratando-se de posse fundada em relação de direito pessoal, exercida, portanto, sem animus domini, mostra-se descabida a cobrança do imposto.

2. Na hipótese, a posse exercida sobre os chamados "leitos ferroviários", para fins de prestação de serviço público, não gera para a concessionária a condição de contribuinte do IPTU".

Cabe aqui lembrar que, ao "*manicômio jurídico-tributário*", de que falava ALFREDO AUGUSTO BECKER, deve ser acrescentado o "*manicômio processual*". Além de as normas tributárias serem abundantes e confusas, as competências dos tribunais acrescentam mais alguns problemas, tendo em vista que a questão da imunidade tributária pode ser levada até ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário (desde que presentes outros pressupostos), enquanto a aplicação do CTN, se não houver sido questionada a constitucionalidade de algum dispositivo, deve ser apreciada pelo STJ (salvo alguma situação excepcionalíssima). Daí a aberração: enquanto o Supremo reconhece imunidade à COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CODESP (em decisão censurável, que não esgotou o exame da aplicação do § 3º do art. 150 da Constituição), o STJ mantém a cobrança de IPTU contra a COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DA BAHIA-CODEBA (aplicando o art. 34 do CTN).

12. Os terrenos de marinha.

Os Fiscos municipais vêm realizando cobrança de IPTU, relativamente aos denominados "*terrenos de marinha*", de propriedade da União, o que tem ocasionado grande pressão por parte das pessoas envolvidas, no sentido de abolir essa cobrança.

Em decorrência dessas pressões, têm tramitado na Câmara dos Deputados projetos de lei complementar visando a impedir os Municípios de instituírem IPTU, relativamente a terrenos de marinha.

O Projeto de Lei Complementar nº 116, de 2007, de autoria da deputada Elcione Barbalho, determina a inclusão, no art. 32 do Código Tributário Nacional, do seguinte § 3º:

§ 3º Excluem-se da incidência deste imposto os imóveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda que ocupados ou possuídos por particulares."

Em sua justificativa, a autora do projeto afirma que:

Os terrenos de marinha e seus acrescidos são de propriedade da União, por força do disposto no art. 20, VII, da Constituição Federal, e objeto de enfiteuse ou aforamento,

por determinação expressa do art. 49, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

.....
"A despeito da precariedade inerente à ocupação de bens públicos, que bastaria para justificar a prevalência da imunidade recíproca assegurada pelo art. 150, VI,

a, da Carta Política, a jurisprudência dominante é no sentido da incidência do IPTU sobre os terrenos de marinha".

A autora do projeto aponta a contradição do STJ, cuja jurisprudência exige posse *animus domini* para a caracterização do possuidor como contribuinte, enquanto aceita o enfiteuta de terreno de marinha como contribuinte, não obstante a precariedade da posse do enfiteuta de terreno de marinha.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei Complementar nº 222, de 2004, determinava a inclusão ao art. 32 do CTN de parágrafo com a seguinte redação: *"No que se refere aos terrenos de marinha, o fato gerador do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) não abrange os casos de posse e de domínio útil".*

Projetos de lei com esse conteúdo enfrentam grandes dificuldades na Comissão de Finanças e Tributação, onde os relatores são advertidos dos problemas financeiros que ocorreriam aos Municípios, na hipótese de aprovação dos projetos. É que, em grande parte, os Municípios mantêm a infra-estrutura de serviços urbanos, relativamente a imóveis que ocupam terreno de marinha. Assim, argumentos de natureza financeira acabam prevalecendo, no sentido de não aprovação do projeto. Além disso, a não tributação dos ocupantes desses terrenos revelar-se-ia como um privilégio inaceitável.

Por esse motivo, o Projeto de Lei Complementar nº 222, de 2004, acabou sendo arquivado; e no caso do Projeto de Lei Complementar nº 116, de 2007, o relator divulgou seu voto pela rejeição da proposição.

CONCLUSÕES

1. O denominado "sistema tributário nacional" encontra-se amplamente desenvolvido no texto da Constituição Federal, contemplando, entre outras matérias, a enunciação das espécies tributárias, das competências dos entes federados para a instituição de tributos, das garantias do contribuintes e das limitações constitucionais ao poder de tributar.

2. O Estado Brasileiro adota a forma federal, sendo a manutenção da Federação cláusula pétrea de nosso ordenamento constitucional.

3. Ao enunciar as competências tributárias, a Constituição Federal atribui aos Municípios competência para instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 156-I).

4. Ao enunciar as limitações constitucionais ao poder de tributar, a Constituição explicita que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre "patrimônio, renda ou serviço, uns dos outros". Trata-se da denominada "imunidade recíproca", de caráter ontológico, que é clássica em nosso direito constitucional tributário.

5. Assim, não resta dúvida de que o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana não poderá incidir sobre bens imóveis que sejam propriedades da União.

6. Todavia, a própria Constituição Federal estabelece que compete à lei complementar tributária definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados na Constituição (entre eles, o denominado IPTU).

7. Tem sido admitido que o Código Tributário Nacional, promulgado como lei ordinária na vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, foi recepcionado pelos ordenamentos jurídicos advindos após sua promulgação. Os dispositivos do Código Tributário Nacional que dispõem sobre matérias, relativamente às quais o ordenamento constitucional exige lei complementar, passaram a ser considerados como tendo eficácia de lei complementar.

8. Entre os dispositivos do Código Tributário Nacional que possuiriam eficácia de lei complementar encontram-se os art. 32, 33 e 34, que definem, respectivamente, o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte do IPTU.

9. Acontece que o Código Tributário Nacional definiu como fato gerador do IPTU "a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física" (art. 32), e como contribuinte "o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título" (art. 34).

10. As definições estabelecidas pelo Código Tributário Nacional têm permitido que surjam polêmicas sobre a exigibilidade do IPTU sobre pessoas outras que o proprietário do imóvel.

11. As polêmicas adquirem significativa importância nos casos em que imóveis pertencentes ao domínio da União são, por diversas razões e por diversos títulos, entregues a particulares. Nessas circunstâncias, muitos Municípios entendem ser possível a cobrança do IPTU, lançados contra os particulares que detêm a posse ou o domínio útil dos imóveis da União.

12. Trata-se, portanto, de tema de grande interesse, relativo à extensão da imunidade constitucional. Não tendo possibilidade de lançar o imposto contra a União, seria legítimo que o Município, aplicando os dispositivos do Código Tributário Nacional e escolhendo as alternativas oferecidas pela lei complementar, viesse a instituir o imposto contra o titular do domínio útil ou do possuidor ?

13. A interpretação favorável aos Municípios encontra-se alicerçada no próprio texto da Constituição Federal, que a propósito da imunidade recíproca entre os entes federados, dispõe no § 3º do art. 150 que:

"§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel".

14. No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem rechaçando as tentativas municipais de tributar os titulares do domínio útil e os possuidores dos bens da União, com argumentos que ensejam melhores reflexões.

15. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência que não se harmoniza com a do Supremo Tribunal Federal, aceitando a tributação sobre o titular do domínio útil, mesmo quando a proprietária é a União.

16. A questão da incidência do IPTU sobre os "terrenos de marinha" tem sido alvo de grandes polêmicas, e os grupos de pressão têm realizado diversos movimentos contrários a essa tributação.

17. Na própria Câmara dos Deputados têm tramitado projetos de lei complementar, com o objetivo de proibir aos Municípios manterem a cobrança de IPTU sobre "terrenos de marinha".

18. A questão jurídica tem profundos desdobramentos políticos e financeiros. Alguns municípios mantêm infra-estrutura urbana em regiões dominadas por "terrenos de marinha", e não podem deixar de cobrar o imposto.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio – "Conceito de sistema no Direito" , Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 8: "Há no próprio termo *sistema* uma pluralidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecida de antemão"

Américo Lourenço Masset Lacombe, em "Princípios Constitucionais Tributários", Malheiros, São Paulo, 1996, p. 180 e seguintes, reproduz estudo publicado na RF 216 (out/dez 1966), onde informa que a instituição de lei complementar dependeria da aprovação de emenda constitucional ("projeto A"), que nem chegou a ser enviado ao Congresso Nacional.

ATALIBA, Geraldo – "Hipótese de Incidência Tributária" – 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 1997

FALCÃO, Amílcar de Araújo – "Fato Gerador da Obrigação Tributária", 4ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

Veja-se JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em "Lei Complementar Tributária", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, para um estudo dos diversos aspectos da lei complementar tributária ainda na vigência da Constituição de 1967.

COÊLHO, Sacha Calmom Navarro – "Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 123/125

MARTON, Ronaldo – "A responsabilidade do inquilino pelo pagamento do IPTU- Imposto Predial e Territorial Urbano, relativamente ao imóvel locado" – http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/tema20/2006_1498.pdf
= acesso em 23 de setembro de 2008.

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA ATRAVÉS DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ*

THE TRIBUTARY RESPONSIBILITY OF THE BUSINESS SOCIETIES' PARTNERS: A DOCTRINAIRE ANALYSIS THROUGH THE EVOLUTION OF THE STJ'S JURISPRUDENCE

Rosemary Cipriano da Silva

RESUMO

A responsabilidade dos sócios das sociedades empresárias é caso de responsabilidade de terceiros, regulada pelos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, norma complementar *ratione materiae*, conforme preceitua a Constituição da República, no artigo 146, inciso III, alínea b. Os citados dispositivos legais vêm sendo aplicados de forma contraditória pelos nossos tribunais, ocorrendo, muitas vezes, o redirecionamento da obrigação tributária para os sócios, sem, contudo, restarem configurados os requisitos legais. Buscou-se fazer uma análise doutrinária da norma legal, confrontando-a com a jurisprudência do STJ, através de uma evolução do entendimento do Egrégio Tribunal, ao longo dos anos até os dias atuais. Pode-se dizer que a jurisprudência do STJ vem caminhando, paulatinamente, em direção à posição doutrinária.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, REDIRECIONAMENTO, SOCIEDADE EMPRESÁRIA, EXECUÇÃO FISCAL, SÓCIOS

ABSTRACT

The responsibility of the business societies' partners is case of responsibility of third, it regulated by the articles 134 and 135 of the National Tributary Code, complementary norm *ratione materiae*, according to the Republic Book Constitution determines, in the article 146, provision III, line b. The quoted legal devices have been being applied from contradictory form by our courts, it occurring, many times, the redirection of the tributary obligation to the partners, without, nevertheless, the legal requirements are configured. It searches to do a doctrinaire analysis of the legal norm, facing it with the STJ's jurisprudence, through an evolution of the understanding of the Egregious Court,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

along the years until present time. It is possible to say that the STJ's jurisprudence has been walking, slowly, in direction of the doctrinaire position.

KEYWORDS: TRIBUTARY RESPONSIBILITY, REDIRECTION, BUSINESS SOCIETY, FISCAL EXECUTION, PARTNERS

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Brasileira de 1988, ao regular o sistema tributário nacional, dispõe no artigo 146, inciso III, alínea a, sobre a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e suas espécies, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

O legislador constituinte vislumbrou a necessidade de lei complementar para regular todo o capítulo de normas gerais em matéria tributária como meio de garantir estabilidade ao sistema tributário e proteger o contribuinte.

O Código Tributário Nacional, lei complementar *ratione materiae*, cuida da responsabilidade de terceiros, sócios e diretores das pessoas jurídicas nos artigos 134 e 135. Ocorre, no entanto, que estas regras são aplicadas sem observância à técnica jurídica e de forma contraditória pelos nossos tribunais, que muitas vezes autorizam a execução do patrimônio dos sócios-administradores das sociedades, sem, contudo, restarem configurados os requisitos legais para sua execução, conforme as normas do CTN.

Discorreremos brevemente sobre a posição doutrinária destas normas tributárias e daremos atenção especial à interpretação jurisprudencial, fazendo um breve relato sobre a alteração de suas aplicações pelo Superior Tribunal de Justiça, desde a promulgação da Constituição da República.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA POR CULPA DOS SÓCIOS

Segundo o artigo 121 do Código Tributário Nacional é possível exigir o cumprimento da obrigação tributária de pessoa diversa daquela que realizou o fato gerador. O Código Tributário Nacional regula no Capítulo V, Título II, Livro II as hipóteses de responsabilidade tributária. Os artigos 134 e 135 prevêm os casos de responsabilidade de terceiros. Interessa-nos, aqui, os casos de responsabilidade dos sócios de pessoas jurídicas.

O artigo 134 do CTN dispõe:

Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este, nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único: O disposto neste artigo, só se aplica em matéria de penalidades, às de caráter moratório. (Grifamos).

Dispõe expressamente o artigo 134 que as pessoas ali arroladas respondem solidariamente com o contribuinte. Numa primeira análise, pode-se imaginar tratar-se de responsabilidade solidária. No entanto, de acordo com a mesma disposição legal, o terceiro só responderá nos casos de impossibilidade de exigência da obrigação principal pelo contribuinte. Então, não é caso de responsabilidade solidária, mas, sim, subsidiária.

Nos casos de responsabilidade solidária, sabemos que o credor pode exigir a prestação de qualquer dos co-obrigados, sem observância do benefício de ordem. Conforme pacificado na doutrina e de acordo com o parágrafo único do artigo 124 do CTN, a solidariedade não comporta o benefício de ordem. Já o artigo 134 dispõe o contrário, pois o terceiro apenas responde caso seja impossível exigir a obrigação diretamente do contribuinte, o que afasta a solidariedade e afirma a subsidiariedade da obrigação tributária prevista neste artigo.

O dispositivo em questão encerra uma contradição interna: ao mesmo tempo em que fala de solidariedade, estabelece a ordem preferencial de exigência da obrigação. Em verdade, não podemos interpretar de outra maneira, senão a de que a responsabilidade ali tratada é de ordem subsidiária.

Os terceiros responderão pelas negligências ou omissões de que forem responsáveis. A solidariedade aqui pressupõe duas condições: a impossibilidade econômica do contribuinte em satisfazer seu débito e a omissão do terceiro nos atos tributados ou nas omissões verificadas. (BALEIRO, 2001, p. 753). Deve-se vislumbrar a ocorrência de culpa do responsável e a negligência ou omissão do terceiro.

Em caso de liquidação legal da sociedade, não havendo bens suficientes para saldar todos os créditos tributários, possivelmente por força do insucesso da atividade, os sócios não podem ser responsabilizados, pois não há, aí, o elemento culpa do sócio-administrador, como previsto no *caput* do artigo 134.

Trata-se de responsabilidade indireta por transferência. Implica o dever do terceiro de fiscalizar o contribuinte e de zelar pelos seus interesses. Não é caso de solidariedade plena. Em princípio, o terceiro responde subsidiariamente. (COELHO, 2002, P. 625)

Resta-nos analisar qual o alcance do texto legal ao tratar de sociedades de pessoas. O ponto central de discussão é se alcança ou não a sociedade limitada.

Ao tratarmos de sociedade de pessoas, excluimos de plano, as anônimas e as limitadas que se organizem sob a forma de sociedades de capitais. Isso porque entendemos conforme a doutrina comercialista, [\[1\]](#) que a sociedade limitada é forma híbrida, podendo adotar tanto a forma de sociedade de pessoas quanto de capitais. Quase sempre há coincidência entre as sociedades de pessoas e a responsabilidade ilimitada dos sócios. Mas há exceções. Em primeiro lugar, as sociedades limitadas ainda que se organize sob a forma de sociedade de pessoas, a responsabilidade será sempre limitada de acordo com o artigo 1052 do Código Civil de 2002.

Em segundo lugar, temos a sociedade em comandita simples em que há duas categorias de sócios: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota, nos exatos termos do artigo 1045 do Código Civil de 2002.

Na sociedade em nome coletivo, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, conforme o artigo 1139 do Código Civil de 2002. Nesse tipo societário, bem como na sociedade em comandita simples – no que respeita aos sócios comanditados – todos respondem ilimitadamente pelos débitos sociais. Qualquer que seja a natureza do débito poderá o mesmo ser satisfeito no patrimônio dos sócios, quando insuficiente o patrimônio social – respeitando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Aqui há coincidência entre as sociedades de pessoas e a responsabilidade ilimitada.

Quando tratar-se dessas duas últimas formas societárias, tendo em vista sua forma jurídica, o fisco pode buscar a satisfação do débito no patrimônio pessoal dos sócios, sem necessidade de analisar a existência de culpa, visto que os sócios, por força da legislação empresarial, respondem ilimitadamente por quaisquer dívidas da sociedade. Quanto a estes tipos de sociedade, no entanto, a discussão perde muito a sua importância, visto serem praticamente inexistentes em nosso país, ao contrário do que ocorre com as sociedades limitadas.

A responsabilização dos sócios prevista no artigo 134, inciso VII do CTN, pode ser aplicada às sociedades limitadas, desde que estas adotem a forma jurídica de sociedade de pessoas. Ainda assim, como na sociedade limitada a responsabilidade dos sócios é limitada às quotas subscritas e não integralizadas, para que o patrimônio dos sócios seja alcançado, é indispensável que a liquidação da sociedade tenha se dado de forma irregular com culpa dos sócios, caracterizada por ato imprudente ou omissivo, fazendo com que a sociedade se liquide sem aporte patrimonial suficiente para saldar os débitos tributários.

Caso contrário, ainda que a sociedade limitada seja de pessoas, se esta se liquida regularmente, sem culpa dos sócios, estes não poderão ser responsabilizados, pois, nos termos do *caput* do artigo 134 do CTN, o terceiro responde solidariamente com o contribuinte, nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis.

3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO OU ADMINISTRADOR DECORRENTE DE DOLO

Art.135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Segundo o *caput* do artigo 135 do CTN, são pessoalmente responsáveis as pessoas ali arroladas. Sobre a questão da personalidade da responsabilidade, formaram-se duas correntes. Há os que acreditam tratar-se de responsabilidade solidária<!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]-->. Outros entendem ser caso de responsabilidade por substituição, em que o terceiro passa a ocupar o pólo passivo da relação tributária no lugar do devedor originário, que seria isento de qualquer responsabilidade<!--[if !supportFootnotes]-->[3]<!--[endif]-->.

Inserimo-nos na primeira corrente. Trata-se de solidariedade. Não obstante a jurisprudência dominante tratar a regra legal como sendo caso de responsabilidade por substituição, na prática aplica-a como se de solidariedade se tratasse. Executa-se o patrimônio do sócio quando resta frustrada a execução em relação à pessoa jurídica. O fisco poderá cobrar o tributo do terceiro responsável, desde que comprove, e isto é imprescindível, tenha ele agido em desconformidade com a lei, estatuto ou contrato social. Neste sentido é o entendimento da Segunda Turma do STJ<!--[if !supportFootnotes]-->[4]<!--[endif]-->. O sujeito passivo da relação tributária é a pessoa jurídica. Esta é a regra. Para cobrar de terceira pessoa, faz-se necessária a comprovação de ter este terceiro agido em desacordo com a lei, contrato social ou estatuto.

Ainda que o CTN diga serem os terceiros pessoalmente responsáveis, temos a regra geral das pessoas jurídicas que determina, nos termos do artigo 47 do Código Civil, ser a pessoa jurídica responsável pelos atos de seus administradores, desde que estes ajam sem extrapolar os limites de atuação estabelecidos no contrato social.

Partindo do pressuposto de que a responsabilidade seria por substituição, imaginemos um exemplo em que o administrador agisse em desconformidade com a lei, contraindo obrigação tributária, e seu ato trouxesse benefício apenas à sociedade, somente seu patrimônio responderia pela dívida tributária. Mas, e se ele não possuir patrimônio para satisfazer o débito enquanto a sociedade disponha de bens suficientes para a sua satisfação? Estaríamos diante de uma situação injusta, em que o fisco ficaria prejudicado.

O artigo 135, inciso I do CTN, dispõe que serão pessoalmente responsáveis pela situação prevista no *caput*, as pessoas referidas no artigo anterior. Temos, assim, que os sócios das sociedades de pessoas serão responsáveis no caso de dissolução da sociedade (artigo 134, VII). Ocorre que a *conditio sine qua non* para configuração desta responsabilidade, conforme dispõe o *caput* do artigo 135, do CTN, é a prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos. Os sócios que não possuem poderes de administração estão impossibilitados de tais atos. Dessa forma os sócios cotistas não poderão responder com seu patrimônio pessoal, nos casos descritos no artigo 135 do CTN.

Devemos agora analisar os atos praticados com excesso de poder, infração à lei ou estatuto que ensejariam a responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN.

A simples ausência de pagamento do tributo pode ser causa desta responsabilidade? Acreditamos que não. Não obstante a ausência do pagamento do tributo configurar infração à lei, na medida em que ela determina que o tributo seja pago, não pode ser causa da responsabilização do terceiro.

A responsabilidade do artigo 135 é subjetiva e o dolo é elementar. O simples não recolhimento do tributo constitui um ilícito, mas, considerando o conceito lato de ilícito, que é o descumprimento da lei ou de um dever legal. (MACHADO, 2004, p. 589)

Interpretação semelhante pode-se extrair do acórdão da 1ª Turma do STJ ao decidir diante de agravo regimental no recurso especial sobre redirecionamento do débito fiscal. No caso, a empresa estava em processo falimentar, tendo sido dissolvida sem que restassem bens suficientes na massa falida para garantir a execução fiscal. A Turma entendeu pela impossibilidade do redirecionamento do débito tributário por não se encontrar presentes os requisitos do artigo 135 do CTN, visto que a falência é forma regular e legal de dissolução da pessoa jurídica, desde que não ocorra de forma fraudulenta. <!--[if !supportFootnotes]-->[5]<!--[endif]-->

A infração da lei societária pode ocorrer dando lugar à responsabilização do sócio, gerente ou diretor, em dois momentos. O primeiro, quando o fato gerador é praticado pelo diretor ou sócio-gerente fora de suas funções, extrapolando os limites impostos pelos atos constitutivos ou pela lei societária. É o caso, por exemplo, do sócio-gerente que realiza operação mercantil vedada pelo contrato social. O segundo, quando o fato gerador tenha sido realizado pela pessoa jurídica, a dívida tributária não for adimplida em virtude de ato contrário à lei societária praticado pelo diretor ou sócio-gerente, como

é o caso da liquidação irregular da sociedade ou do desvio de recursos desta para a pessoa natural do diretor. (MACHADO, 2004, p. 590).

O primeiro caso encaixa-se perfeitamente na regra do artigo 135 do CTN. Ou seja, a obrigação tributária é resultante de ato praticado com infração à lei ou ao contrato social.

No segundo caso, devemos perquirir sobre a causa que levou ao inadimplemento do crédito tributário. Se o representante da pessoa jurídica não recolheu o tributo por impossibilidade financeira da empresa, sendo que os recursos foram utilizados para outros fins lícitos, como por exemplo, o pagamento de empregados, não se tem como atribuir-lhe responsabilidade, por absurdo que seria. Com efeito, apesar de não pagar o tributo – descumprindo determinação legal – não agiu com dolo. A causa do não pagamento do tributo, então, é justificável.

Por outro lado, se deixou de recolher o tributo porque desfalcado o patrimônio da pessoa jurídica pelos que a dirigem, que dolosamente não recolhem o tributo e do valor respectivo se apropriam, em infração da lei societária, tem-se a incidência da norma contida no artigo 135, inciso III do CTN. Neste caso, não foi da pessoa jurídica o ato que infringiu a lei, mas do seu diretor ou gerente enquanto pessoa natural. Estamos diante da figura da confusão patrimonial, cabalmente vedada pela lei societária. (MACHADO, 2004, p. 590).

Neste caso não é imprescindível que o crédito tributário seja decorrente de ato praticado com excesso de poderes, infração à lei, contrato ou estatuto. O ato irregular pode ser praticado após a incidência do tributo e este decorrer de ato lícito. Se houve desvio de recursos, é causa de responsabilidade pessoal do administrador que praticou o desvio deixando de recolher o tributo, pois agiu em desconformidade com a lei societária, tendo desta forma aplicabilidade a norma extraída do artigo 135 do CTN.

Este é o nosso entendimento. Ressaltamos, contudo, que esta interpretação foge à literalidade da norma tributária extraída do artigo 135 do CTN, onde se lê que a obrigação tributária deve ser resultante de ato praticado com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. Trata-se de interpretação extensiva do texto legal que tem por finalidade abranger um grande número de situações não reguladas literalmente pela legislação tributária. Se a obrigação tributária a ensejar responsabilidade pessoal dos sócios-administradores tivesse, obrigatoriamente, que ser resultante dos atos ilícitos previstos na norma tributária, grande número de fraudes iria ocorrer sem nenhuma providência legal. Sim, porque na maioria das vezes a obrigação tributária é lícita. Ilícito é o motivo do não pagamento.

Não entendemos necessário que o fato gerador decorra de ato praticado com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme literalidade da regra legal, sendo que estes atos podem ocorrer antes, durante ou depois de realizado o fato gerador, sem guardar correspondência com ele. Além disso, conforme já exposto, entendemos que a responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN é solidária e não pessoal dos terceiros ali referidos. Entender o contrário é deixar grande número de fraudes sem a devida punição.

Aliás, é exatamente neste sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a legislação tributária. O Tribunal não considera – e esta sempre foi a orientação do STJ – como requisito para a aplicação da regra do artigo 135 do CTN que o fato gerador seja decorrente de ato praticado com excesso de poder, infração de lei contrato social ou estatuto. Conforme os acórdãos mais remotos, o simples inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica ensejava o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa dos sócios<!--[if !supportFootnotes]-->[6]<!--[endif]-->. De acordo com o entendimento atual, o fisco deverá provar ter os sócios dirigentes agido com excesso de poderes, infração à lei, contrato ou estatuto para que seja possível o redirecionamento, conforme o artigo 135 *caput* e inciso III do CTN. Em qualquer caso, não se exige que o fato gerador seja decorrente do ato praticado, alargando, dessa forma, o alcance do dispositivo legal.

4. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

No ano de 1991, ao enfrentar a matéria concernente ao redirecionamento da responsabilidade tributária da sociedade para os sócios, a Primeira Turma do STJ, seguindo o voto do Ministro Relator Pedro Aciole, se posicionou no sentido de dar provimento ao recurso da Fazenda Estadual do Rio de Janeiro, no caso da dissolução regular da sociedade, sob o argumento de que dissolvida a sociedade sem que restassem bens capazes de satisfazer o débito fiscal, os sócios deveriam ser citados para se defender em juízo, para demonstrarem a inexistência de atos pelos quais pudesse ser-lhes imposta a responsabilidade. Mesmo que dissolvida legalmente a sociedade, as obrigações remanescentes permaneciam, com relação ao fisco.<!--[if !supportFootnotes]-->[7]<!--[endif]-->

A responsabilidade dos sócios pelos débitos tributários era subsidiária, porém o fisco não precisava provar que os sócios agiram com culpa a ensejar a dissolução da sociedade. Ao revés, invertia-se o ônus da prova, exigindo-se que o sócio executado provasse a inexistência de culpa nos atos que levaram à dissolução. Ora, se a dissolução

era regular já não estaria provada a inexistência de culpa? Se na dissolução regular permitia-se o redirecionamento do débito, não há outro argumento senão que a responsabilidade era interpretada pelo STJ, como objetiva. A decisão recorrida, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendia, ao contrário, que em caso de dissolução regular estaria impossibilitado o redirecionamento da execução fiscal para os sócios, visto não preencher os requisitos legais.

Em caso de dissolução irregular, o débito era redirecionado, sem necessidade de se discutir culpa, pois a simples dissolução irregular era interpretada como ato culposos dos sócios. Acrescente-se, ainda, que a não inclusão do nome do sócio na certidão de dívida ativa não era óbice à execução. Não havia, sequer, a necessidade de inclusão do nome do sócio na CDA. <!--[if !supportFootnotes]-->[8]<!--[endif]-->

Já no ano de 1998, a 1ª Turma do STJ, mudando a orientação, passou a exigir a inclusão do nome do sócio-administrador na CDA como forma de ensejar a execução do seu patrimônio pelo débito tributário da pessoa jurídica. Entendeu a Turma ser o sócio responsável por substituição, mas aplicando a regra da subsidiariedade, ou seja, o sócio responde substituindo a pessoa jurídica, caso esta não tenha bens com os quais satisfazer a obrigação tributária e, desde que presentes os requisitos de culpa ou dolo. No entanto, mantém-se o entendimento de que a dissolução irregular é caso de redirecionamento, atendendo ao comando da norma prevista no artigo 135 do CTN. <!--[if !supportFootnotes]-->[9]<!--[endif]-->

A 1ª Turma do STJ, no ano de 1999, negou provimento ao recurso especial interposto por ex-sócio gerente de empresa que, no curso de sua administração deixou de pagar IRPJ, alegando que o não pagamento de tributo configura infração à lei nos termos do artigo 135 do CTN. <!--[if !supportFootnotes]-->[10]<!--[endif]-->

Entendeu a 1ª Turma, mudando novamente a orientação, que o simples não pagamento de tributo pelo sócio-gerente da pessoa jurídica configurava infração à lei, possibilitando o redirecionamento do débito tributário, nos termos do artigo 135 do CTN, sem analisar os motivos que levaram ao inadimplemento da obrigação tributária, ou seja, se presentes ou não os requisitos legais de infração à lei, contrato social ou estatutos.

Três meses depois, ao julgar um caso similar ao anterior, volta a 1ª Turma a decidir no sentido de que os bens dos sócios de pessoa jurídica não respondem em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. No caso em tela, o sócio se afastou da sociedade, já em débito

para com a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, transferindo legalmente suas cotas a terceiros, vindo posteriormente a empresa a extinguir-se de forma irregular. A 1ª Turma entendeu neste caso, que o simples não pagamento do tributo não ensejaria o redirecionamento do débito fiscal. <!--[if !supportFootnotes]-->[11]<!--[endif]-->

A 1ª Seção do STJ decidiu no mesmo sentido: a solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta quando, no exercício de sua administração, praticar atos prescritos no *caput* do artigo 135 do CTN. Frise-se que o sócio deve estar investido na função diretiva da sociedade. <!--[if !supportFootnotes]-->[12]<!--[endif]-->

Em outro julgado, no ano de 2000, a 1ª Turma do STJ volta a entender que o simples não pagamento de tributo corresponde à infração à lei, sendo caso de redirecionamento do débito fiscal para o sócio-diretor da pessoa jurídica, conforme o artigo 135 do CTN. Neste caso, a empresa dissolveu-se de modo regular e legal por meio de falência. <!--[if !supportFootnotes]-->[13]<!--[endif]-->

Como entender o posicionamento do nosso Tribunal, se ao analisar o mesmo dispositivo legal em casos similares, o entendimento dá-se de forma tão contraditória?

Logo após, já no ano de 2001, a 1ª Turma do STJ entendeu que se tratava de delírio fiscal atribuir-se a responsabilidade substitutiva aos sócios antes de apurado o ato ilícito. <!--[if !supportFootnotes]-->[14]<!--[endif]-->

Finalmente, o Egrégio Tribunal manteve este entendimento. O simples não pagamento do tributo não ensejaria mais o redirecionamento do débito fiscal. A pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios. Se houver dissolução irregular, cabe aos sócios provar não ter agido com culpa, invertendo o ônus da prova. Caso não haja dissolução irregular, cabe ao fisco provar que o sócio agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. <!--[if !supportFootnotes]-->[15]<!--[endif]-->

Já nos casos de inadimplemento de créditos previdenciários, a 1ª Turma julgou pela desnecessidade de comprovação de dolo ou infração à lei ou contrato social, afastando, assim, a regra do artigo 135 do CTN, e aplicando à espécie a regra do artigo 13 da Lei 8.620 de 1993 que estabelece a responsabilidade solidária entre sócios e pessoas jurídicas pelos créditos previdenciários, conjugada com a regra do artigo 124, inciso II do diploma tributário. <!--[if !supportFootnotes]-->[16]<!--[endif]-->

Data vênia, não nos parece assistir razão ao entendimento do STJ. A Lei 8.620 é lei ordinária, não podendo, dessa forma, regular matéria de responsabilidade tributária, sendo esta reservada à lei complementar.

Em outra decisão^[17] concernente a crédito previdenciário, a 2ª Turma do STJ entendeu no sentido de aplicar o artigo 135 do CTN, havendo, dessa forma, a necessidade de se analisar dolo, excesso de poderes, infração à lei ou contrato social para redirecionar o débito aos sócios dirigentes da pessoa jurídica.

Ao aplicar, nos casos de créditos previdenciários, a norma contida no CTN, que é lei complementar *ratione materiae*, o STJ avançou no sentido da correta aplicação da Constituição Federal, que no artigo 146, inciso III, b, estabelece que as normas sobre obrigações tributárias devam se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

O Tribunal acabou por firmar entendimento no sentido da não aplicabilidade de forma isolada da norma contida no artigo 13 da Lei 8.620 de 1993, por tratar-se de lei ordinária, que não pode regular matéria referente à responsabilidade tributária, que é reservada à lei complementar. O artigo 13 da Lei 8.620/93 só poderá ser aplicado quando presentes as condições do artigo 135, inciso III do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o artigo 124, inciso II, do diploma tributário. A Fazenda Nacional deverá provar que os sócios dirigentes praticaram atos hábeis a ensejar a transferência da obrigação tributária.^[18]

Conforme recente entendimento do STJ^[19], o redirecionamento da execução fiscal e de seus consectários legais, depende simplesmente de constar o nome dos sócios na CDA – certidão de dívida ativa – como co-obrigados, cabendo aos sócios provar a inoccorrência dos requisitos do artigo 135 *caput* do CTN, invertendo-se, assim, o ônus da prova. Isto porque, segundo o Egrégio Tribunal, a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80. Ora, a certidão de dívida ativa goza de relativa presunção de liquidez e certeza com relação ao crédito tributário direcionado ao contribuinte, sujeito passivo da relação tributária. Mas, qual certeza ela pode ter a respeito das hipóteses de transferência da obrigação tributária? Entendemos que nenhuma. Acreditamos haver um engano na aplicação da regra legal.

Caso não conste o nome do sócio na CDA e a execução fiscal seja ajuizada somente contra a pessoa jurídica, cabe ao fisco provar ter os sócios dirigentes agido com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. O ônus da prova cabe a quem alega, não há inversão. Note-se que a simples inclusão do nome do sócio na CDA enseja

a inversão do *onus probandi*. Pergunta-se: a simples inclusão do nome do sócio na CDA é indício de prova suficiente de que ele teria praticado os atos que ensejam a sua responsabilidade?

Acreditamos que não. Data vênia, entendemos equivocada o recente entendimento do STJ. As regras que regulam a responsabilidade de terceiros no diploma tributário, não prevêm a possibilidade de inversão do ônus da prova. A regra é clara. O fisco tem que provar a ocorrência dos requisitos legais que ensejam o redirecionamento. O fisco deveria, pois, proceder a uma investigação prévia, na fase administrativa, com total possibilidade de defesa por parte dos sócios a fim de assegurar o direito constitucional da ampla defesa. A defesa em sede de embargos à execução é extremamente onerosa, pois tem como requisito o pagamento ou a apresentação de bens à penhora. Não resta dúvida que a norma processual cerceia a ampla defesa. Não esqueçamos que o débito é da pessoa jurídica e o sócio, na maioria das vezes, não tem aporte financeiro suficiente para garantir o juízo, para, só então, se defender demonstrando que não estão presentes os requisitos legais para o redirecionamento do débito. O sócio terá, como única saída, a propositura de ação anulatória de débito fiscal, mas sabemos que este meio procedimental não tem o alcance de suspender os efeitos da execução.

Na hipótese de dissolução irregular da empresa, ainda que a execução seja ajuizada somente contra a empresa, o fisco poderá requerer o seu redirecionamento contra os sócios dirigentes, cabendo a estes provar, em sede de embargos à execução, a inexistência dos atos pelos quais possa ser-lhes imposta a responsabilidade, conforme o artigo 135 do CTN. Também neste caso há inversão do ônus da prova.

Nos casos de dissolução irregular, há, no mínimo, negligência por parte dos sócios administradores que têm o dever legal – conforme a legislação empresarial – de dissolver legalmente a sociedade. Em alguns casos a dissolução irregular esconde fraudes, como por exemplo, desvio de recursos, que teriam levado a sociedade à situação de insolvência, vindo esta a encerrar as atividades. Neste caso ainda seria razoável a inversão, porque, se não tratar-se de dolo, caso em que seria aplicado o artigo 135 do CTN, pode-se afirmar ser caso de culpa dos sócios administradores, ensejando, de qualquer forma, a responsabilidade prevista no artigo 134, inciso VII do CTN. Ocorre que as sociedades limitadas, que se organizem sob a forma de sociedades de capitais, não poderiam responder com base no artigo 134, inciso VII do CTN que apenas prevê responsabilidade subsidiária nos casos de sociedades de pessoas.

Diga-se, por fim, que a liquidação regular da sociedade não mais enseja o redirecionamento da execução fiscal.

5. CONCLUSÃO

O Código Tributário Nacional regula a matéria da responsabilização de sócios, gerentes e administradores, abrangendo quase todas as situações que podem ocorrer na prática, isto de acordo com nossa interpretação ao artigo 135 do diploma tributário, que alarga o alcance do texto legal, a fim de abranger todos os atos praticados com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto, e não só os atos ilícitos dos quais resultem obrigações tributárias. O ilícito vedado pela regra do artigo 135 do CTN pode ocorrer em qualquer momento, sem guardar correspondência com o fato gerador, e, desde que seja causa do inadimplemento de obrigação tributária, os sócios poderão ser responsabilizados. Sendo também este o atual entendimento do STJ, segundo o qual, deve-se analisar se os sócios administradores agiram com excesso de poder, infração à lei contrato social ou estatutos, levando a pessoa jurídica ao inadimplemento.

Conforme exemplificado, se o sócio-administrador deixa de recolher tributos por falta de suporte financeiro da sociedade decorrente do desvio de recursos a ela pertencentes, infringe a lei societária, atraindo para si a responsabilidade. Esse caso enquadra-se perfeitamente na regra do artigo 135 do CTN, apesar do tributo não ser resultante da prática de ato ilícito.

O que o CTN não regula, a nosso sentir, é a situação do não pagamento do tributo, sem que para isto tenha havido culpa ou dolo por parte dos administradores. Não tendo a sociedade recolhido o tributo por falta de recursos, os sócios não têm mesmo que ser responsabilizados. O débito é da sociedade, e os sócios com esta não se confundem. Parece que foi exatamente este o entendimento do legislador tributário na medida em que não se referiu a esta hipótese entre as de responsabilidade dos sócios administradores. Respeita-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Como no direito privado.

Felizmente, houve um avanço na jurisprudência do STJ, ao entender, após muita contradição nos julgamentos, que o simples não pagamento do tributo não ensejaria redirecionamento da execução fiscal em que são exemplos os casos de dissolução regular da sociedade, como a falência, sempre quando não houver fraude.

Por outro lado, temos recente entendimento no sentido de autorizar o redirecionamento da execução fiscal, bastando para isto a inclusão do nome do sócio como co-

responsável, na certidão de dívida ativa, caso em que o sócio terá que se defender em sede de embargos à execução, com pouquíssima chance de defesa, pois para fazê-lo terá que garantir o juízo.

Quando pensamos ter atingido uma interpretação muito razoável das citadas regras de responsabilidade dos sócios, o STJ inova com a inversão do ônus da prova. As Turmas do STJ já vinham autorizando a inversão nos casos de dissolução irregular da sociedade. Como dissemos, na prática, havendo dissolução irregular, quando não há dolo, há culpa, cabendo a aplicação dos artigos 135, I, ou 134, VII do CTN, respectivamente. Assim, a inversão não se configurava tão absurda. Mas admitir a inversão do ônus da prova em qualquer caso de redirecionamento da execução fiscal, bastando para tanto, a inclusão do nome do sócio na CDA, sob o argumento de que esta goza de relativa presunção de liquidez e certeza, é um entendimento equivocado.

Ainda tem-se muito caminho a trilhar para conseguir-se chegar a uma interpretação mais razoável do texto legal. Destaque-se que os sócios têm o direito à ampla defesa. Neste caso, ela deveria ocorrer em âmbito administrativo. Depois de concluso o processo administrativo, aí sim, o fisco poderia incluir o nome do sócio na certidão de dívida ativa, para, só então, executá-lo. Neste caso a CDA estaria revestida de presunção de liquidez e certeza com relação ao sócio, terceiro na relação jurídica tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Desconsideração da Pessoa jurídica para fins fiscais*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Tributação, justiça e liberdade*. Itapoã: Curitiba, 2005, p. 371-390.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. 512 p.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. 1063 p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 471 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 515 p. 2v.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 801 p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: Notas de atualização à obra de Aliomar Baleeiro. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. 1063 p.

FELIPE, Maria Dionne de Araújo. *Aspectos relativos à responsabilidade do administrador no novo Código Civil*. In: *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003, p.425-435.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2004. 668 p. 2v.

MARTINS, Ives Gandra. *A Responsabilidade Tributária e o Novo Código Civil*. In *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004, 435 p.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. *Responsabilidade tributária dos sócios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 115 p.

<!--[if !supportFootnotes]-->

<!--[endif]-->

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[1\]](#)<!--[endif]--> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 515p. 2v.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[2\]](#)<!--[endif]--> MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2004. p.668. 2v. Para quem: a pessoa jurídica não fica desobrigada. A presença do responsável, daquele a quem é atribuída a responsabilidade tributária nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, não exclui a presença do contribuinte.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[3\]](#)<!--[endif]--> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 755. Segundo o autor a responsabilidade do artigo 135 transfere-se para os terceiros ali arrolados, sendo estes plenamente responsáveis pelo crédito tributário e não apenas solidários. No mesmo sentido: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 801 p. Conforme o autor é caso de responsabilidade por substituição, pessoal, plena e exclusiva do terceiro. O terceiro deve proceder com malícia contra aquele a quem representa. Necessária a presença da má-fé, merecendo por isso, o peso inteiro da responsabilidade tributária decorrente dos seus atos. O pressuposto para a responsabilização dos sócios-gerentes, diretores e administradores é a presença de dolo.

<!--[if !supportFootnotes]-->[4]<!--[endif]--> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. CDA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ÔNUS PROBATÓRIO DA FAZENDA PÚBLICA. PRECEDENTES.

1. Quando a execução fiscal for redirecionada aos sócios da pessoa jurídica em virtude da responsabilidade solidária, e aqueles não constarem na respectiva certidão de dívida ativa, compete à Fazenda pública exequente o ônus probatório capaz de imputar-lhes a culpa por eventuais infrações apuradas durante a sua participação nas

atividades da empresa executada (art. 135, caput, CTN).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 911449/DF. 2. Turma. Min. Rel. Mauro Campbel Marques, julgado em 05.08.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=911449&b=ACOR>. Acesso em 23 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[5]<!--[endif]--> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA BUSCA DOS CO-DEVEDORES. DISSOLUÇÃO REGULAR DA PESSOA JURÍDICA POR MEIO DE PROCESSO FALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÉBITOS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.620/93, ART. 13. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA

SEÇÃO DO STJ.

1. O art. 40 da Lei 6.830/80 é taxativo ao admitir a suspensão da execução para localização dos co-devedores pela dívida tributária; e na ausência de bens sobre os quais possa recair a penhora.

2. In casu, a executada foi dissolvida regularmente por processo falimentar encerrado, sem que houvesse quitação total da dívida, razão pela qual carece o fisco de interesse processual de agir para a satisfação débito tributário.

3. Inocorrentes quaisquer das situações previstas no art. 135 do CTN (atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto), não há se falar em redirecionamento.

4. Inexiste previsão legal para suspensão da execução, mas para sua extinção, sem exame de mérito, nas hipóteses de insuficiência de bens da massa falida para garantia da execução fiscal.

[...]"

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 761925/RS. 1. Turma. Min. Rel. Luis Fux, Julgado em 24.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=81>>. Acesso em: 23 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[6]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 4168/SP. 1. Turma. Min. Rel. Milton Luiz Pereira, julgado em 11.04.1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=274>>. Acesso em: 23 set. 2008.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203878/RJ. 1. Turma. Min. Rel. Garcia Vieira, julgado em 06.05.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=260>>. Acesso em: 23 set. 2008.

Também no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 258732/MG. 1. Turma. Min. Rel. Garcia Viera, julgado em 15.08.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=252>>. Acesso em 23 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[7]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 10531/RJ. 1. Turma. Min. Rel. Pedro Acioli, julgado em 05.08.1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=277>>. Acesso em: 23 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[8]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 7387/PR. 1. Turma. Min. Rel. Garcia Vieira, julgado em 18.11.1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=275>>. Acesso em 24 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[9]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 28142/RS. 1. Turma. Min. Rel. Demócrito Reinaldo, julgado em 18.06.1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=264>>. Acesso em: 24 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[10\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203878/RJ. 1. Turma. Min. Rel. Garcia Vieira, julgado em 06.05.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=260>>. Acesso em: 24 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[11\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 215349/MG. 1. Turma. Min. Rel. José Delgado, julgado em 31.08.1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=257>>. Acesso em: 24 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[12\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 109639/RS. 1. Seção. Min. Rel. José Delgado, julgado em 06.12.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=256>>. Acesso em: 24 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[13\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 258732/MG. 1. Turma. Min. Rel. Garcia Viera, julgado em 15.08.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=252>>. Acesso em: 25 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[14\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 312269/ES. 1. Turma. Min. Rel. Milton Luiz Pereira, julgado em 22.05.2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=243>>. Acesso em: 25 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[15\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 570096/SC. 2. Turma. Mina. Rela. Eliana Calmon, julgado em 19.12.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+dos+s%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=205>>. Acesso em: 25 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[\[16\]](#)<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 611396/RS. 1. Turma. Min. Rel. Francisco Falcão, julgado em

01.06.2004. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=194>>. Acesso em 25 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[17]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 745596/SC. 2. Turma. Min. Rel. Castro Meira, julgado em 02.06.2005. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=151>>. Acesso em: 25 set. 2008.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 722423/RS. 1. Turma. Min. Rel. Francisco Falcão, julgado em 08.11.2005. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=131>>. Acesso em 25 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[18]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso especial n. 1013694 / SP. 1. Turma. Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 21.08.2008. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 26 set. 2008.

<!--[if !supportFootnotes]-->[19]<!--[endif]--> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 988444 / MG. 1. Turma. Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 12.08.2008. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+tribut%E1ria+doss%F3cios&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em 26 set. 2008.

A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE - ALGUNS ENFOQUES*

THE BRAZILIAN TAX BURDEN AND THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE PROPORTIONALITY - SOME APPROACHES

Tathiana Laiz Guzella

RESUMO

O pesquisa visa demonstrar alguns enfoques da recepção da carga tributária brasileira, analisando brevemente o quanto esta representa em relação ao PIB, num curto comparativo a países latinos vizinhos e suas respectivas aplicações do montante arrecadado pela tributação. Sob um enfoque constitucional, levanta-se questões acerca da proporcionalidade da carga tributária, num comparativo “valor arrecadado X valor aplicado” do montante tributário, fazendo-se questionamentos acerca dos ilícitos tributários e seus pressupostos, da ética tributária e do exagero confiscatório aplicado em alguns casos. Levanta-se os conceitos e pressupostos acerca da elisão e da evasão fiscais, apontando caminhos questionados pela classe empresária no tocante ao percentual tributário ilegítimo devido à falta do retorno proposto/devido pelo Estado. Questiona-se a possibilidade real da existência de uma possível causa excludente de culpabilidade: a inexigibilidade de conduta diversa para os ilícitos tributários cometidos sob determinados requisitos, a ponto de excluir-se o próprio crime tributário. Ao final, focaliza-se o estudo nos aspectos do direito penal econômico, que acaba por resultar em desincentivo ao crescimento empresarial, questionando os limites estatais acerca da criminalização de condutas que, possivelmente, outras esferas do ordenamento jurídico registrariam suficientes, a exemplo, o Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA – ELISÃO FISCAL – EVASÃO FISCAL – ILÍCITO TRIBUTÁRIO

ABSTRACT

The research aims at to demonstrate to some approaches of the reception of the Brazilian tax burden, analyzing briefly how much this represents in relation to the GIP, a short comparative degree the neighboring Latin countries and its respective applications of the sum collected for the taxation. Under a constitutional approach, one arises questions concerning the proportionality of the tax burden, in a comparative “collected value X applied value” of the sum tributary, becoming questionings

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

concerning tax offense and estimated its; of the ethics tax; e of it I exaggerate of confiscation applied in some cases. One arises the estimated concepts and concerning the fiscal elimination and of the evasion, point at ways questioned for the classroom entrepreneur in regards to the percentage illegitimate tributary due to lack of the return considered/due for the State. It is questioned real possibility of the existence of a possible exculpatory cause of culpability: the not call up of diverse behavior for tax offense committed under determined requisite, the point to abstain the proper crime tributary. To the end, the study in the aspects of the economic criminal law is focused, that finishes for resulting in not incentive to the enterprise growth, questioning the state limits concerning the accusing of behaviors that, possibly, other spheres of the legal system would be registered enough, the example, the administrative law.

KEYWORDS: BRAZILIAN TAXATION - FISCAL ELIMINATION - FISCAL EVASION - TAX OFFENSE

1. Introdução

As atuais relações entre o capital e o trabalho, juntamente com a complexidade dos componentes da legislação tributária e do mercado econômico, resultaram numa voracidade de concorrência de mercado nunca antes visualizada.

Os efeitos da globalização econômica, compostas da celeridade e do dinamismo das relações de consumo, trouxeram, como consequência imediata, a interligação dos universos econômico e jurídico, com apelação à dogmática jurídico-penal, que não encontra-se apta a resolver uma série de questões práticas em nosso país, lembrando que nossa origem é uma sociedade agrário-exportadora.

Nas palavras de Mauro Capeletti:

(...) a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande numero de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais[1].

Concomitantemente ao surgimento destas novas modalidades econômicas, apoiadas pelo domínio da tecnologia, novas manifestações delitivas exsurtem, e, com elas, a necessidade de novas regulamentações.

É cediço que os reflexos desta nova criminalidade possuem efeitos diferenciados em países pouco desenvolvidos, uma vez que estes encontram-se em estágio menos avançado de disposição de recursos, tanto economicamente, quanto nos planos tecnológicos e jurídico[2].

Dentre as diferentes manifestações dessa criminalidade, constata-se o aumento da incidência e dos mecanismos de evasão e fraude fiscais, e, conseqüentemente a perda da receita fiscal, imprescindível ao custeio do Estado e a promoção do bem estar social, além do aumento da carga tributária para aqueles contribuintes que honram seus deveres fiscais[3].

Este círculo vicioso composto, por um lado, da evasão fiscal, e, do outro, do recolhimento correto dos tributos devidos, compõe um processo que só poderá ser interrompido com o aperfeiçoamento da legislação anti-evasiva, além de reformulação do *quantum* tributário, muitas vezes superior à possibilidade de pagamento de muitas das empresas brasileiras.

2. Aspectos da tributação brasileira

O tributo, no Brasil, ainda não ganhou a dignidade exigida. A rejeição provocada pelas exações encontra justificativa na carga tributária excessiva.

À evidência, há uma parte da imposição que é arrecadada em benefício da sociedade, mas há outra que remanesce exclusivamente a favor dos governantes e que constitui a parte desmedida da carga, que o é em todos os espaços geográficos e em todos os períodos históricos da aventura humana sobre a terra [4].

No Brasil, infelizmente, os tributos têm servido ao desperdício e à ineficiência, seja através do financiamento de obras inúteis, seja através da corrupção, dentre outros desvios de finalidade.

O sentimento de solidariedade que deveria inspirar o homem mediano brasileiro quanto à tributação, inexistente, possivelmente devido à falta de contrapartida para a excessiva carga tributária[5].

A consciência popular não visualiza o ilícito tributário como crime, considerando-o, muitas vezes, como exercício de legítima defesa contra uma injusta agressão fiscal por parte do Estado. No Brasil, contamos com níveis elevados de clientelismo e corrupção, apresentando a maior carga tributária do mundo em desenvolvimento, atualmente estimada em 37% do PIB, e, em termos comparativos, uma burocracia tributária eficiente e profissionalizada. Em comparação com a carga tributária de outras democracias federativas da América Latina: México (13%) e Argentina (24%), a carga tributária brasileira é consideravelmente maior. O ônus tributário do Brasil, já no início dos anos 70, era o dobro daquela da Argentina[6].

Todavia, a questão analiticamente mais instigante diz respeito às razões que explicam tamanha variação nos países que se encontram aproximadamente no mesmo nível de desenvolvimento. Os formuladores de políticas no Brasil têm reconhecido não

apenas que a carga tributária do país é excessiva, mas também que o sistema tributário é altamente ineficiente, com impostos extorsivos em cascata.

A capacidade que o Estado tem de fazer cumprir as leis tributárias e de controlar a evasão fiscal é fundamental. A avaliação subjetiva dos cidadãos sobre a legitimidade do sistema tributário é também um importante elemento para a explicação do cumprimento das leis tributárias[7].

Uma vez implementados, os sistemas tributários são difíceis de se alterar. As estruturas tributárias são altamente dependentes. Bird argumenta que países tendem a alcançar “posição de equilíbrio, com respeito ao tamanho e à natureza de seus sistemas fiscais, a qual reflete em grande medida o equilíbrio das forças políticas, lá ficando até serem ‘impelidos’ a um novo equilíbrio”[8]. As reformas nesse campo são tarefas complexas, sobretudo, como no caso brasileiro, que envolvem mudança constitucional. Com frequência, nas democracias, são necessárias crises (às vezes severas) para que os governos se engajem em reformas abrangentes.

É plenamente constatável a crescente voracidade fiscal brasileira, revestida de majoração tributária e da caça à sonegação fiscal. O Governo despendendo cada vez mais recursos que possui.

Ainda que histórico o contexto brasileiro, não se pode culpar o segmento empresarial como se fosse o grande vilão da sonegação, visto que o maior responsável por sonegação é o próprio governo – “o governo também sonega”[9].

Na opinião de Marcos Vinicius Guimarães de Souza, o governo brasileiro tem sido um excelente exemplo de sonegação, já que não se conhece setor com maior índice de inadimplência tributária do que as empresas públicas, principalmente as estaduais e municipais. Ainda, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, nos quais a tributação incide principalmente sobre a renda, mais de 70% da elevada carga tributária brasileira resulta de tributação sobre o setor produtivo, tornando absolutamente inverossímeis as afirmativas no sentido de que empresários brasileiros são contumazes sonegadores, quando acabam por responder por quase a totalidade da carga tributária arrecadada[10].

3. A carga tributária *versus* PIB

Em publicação da Revista Veja[11] Antonio Delfim Netto[12], em matéria intitulada “O Estado e o crescimento”, alerta que desde 1994 até 2007, a carga tributária aumentou 12 pontos percentuais. Conclui o autor que, quando o Brasil crescia robustamente em torno de 9%, com o emprego aumentando a 3% ao ano, a carga era de 24% do produto interno bruto (PIB), o estado investia quase 20% dos seus recursos, ou cerca de 4% do PIB. Com esses recursos foram construídos portos, estradas e toda uma infra-estrutura de energia e telecomunicações. A taxa de inflação era, então, decrescente. Hoje a carga tributária é da ordem de 36% do PIB, a maior do mundo emergente. A média de crescimento do PIB entre 2001 e 2007, no entanto, será da ordem de 3,2%, com modesto aumento do emprego.

Temos hoje os benefícios de uma inflação civilizada e de um equilíbrio externo produzido mais por um acidente histórico do que por nossas virtudes, mas o estado investe menos do que 5% dos seus recursos. Isso monta a menos de 2% do PIB, volume insuficiente até para repor a depreciação da infra-estrutura consumida nos últimos vinte anos.

Significa dizer que o governo elevou sua apropriação, na forma de imposto, e, paralelamente, não reinvestiu na situação do povo brasileiro.

Estas estimativas não são recentes. Em fevereiro de 2004, o Informativo Anjut[13] anunciou que a relação entre a dívida pública e o PIB brasileiro atingiu 58,2% em 2003, aumentando quase 3 pontos percentuais em relação a 2002, e, praticamente dobrando em 9 anos, vez que em 1994 era de apenas 30%.

Em artigo acerca do ‘nanismo estatal’, João Sicsú afirma: “Uma carga tributária elevada é inaceitável apenas quando os impostos são altos e os serviços públicos são precários”[14].

Para este autor, é fundamental analisar o orçamento público e o tamanho do Estado, ou seja, sua capacidade de gerar bem-estar. O orçamento no Brasil tem considerável tamanho, aproximadamente 40% do PIB, porém, a sociedade não recebe as benesses devidas pelo Estado. A sociedade tende a desenvolver um sentimento anti-estatal e a propaganda liberal do "Estado ineficiente" ganha ressonância.

O Estado brasileiro é “nanico” porque o governo gasta de forma ineficiente e exagerada, pagando juros inaceitáveis relativos à dívida pública. O governo não tem recursos para essa "vitamina" porque tem sido um gastador exuberante; desperdiça um volume enorme de recursos na forma de pagamento de juros, o que debilita o próprio Estado, acentuando seu “nanismo”. O que se vê é o orçamento desperdiçado com gastos exorbitantes que não geraram empregos nem bem-estar.[15]

Além disso, o descontentamento dos brasileiros em relação à carga tributária cresceu nos últimos meses, demonstrando que a atuação do governo tem desapontado os cidadãos, conforme Pesquisa CNI - Ibope[16]. O levantamento, realizado com 2.002 pessoas entre os dias 30 de novembro e 05 de dezembro de 2007, mostra que o índice de desaprovação à política de impostos atingiu 69%, contra 67% em setembro de 2007 e 68% em setembro de 2006.

A pesquisa ainda relata que, para os brasileiros, reduzir a carga tributária é a quarta principal tarefa do governo para 2008, atrás somente de melhorar o salário mínimo, as áreas de saúde, educação e combater a criminalidade. De acordo com a pesquisa, no embalo das discussões sobre carga tributária, a questão dos impostos vem ganhando peso ao longo dos últimos meses.

Interessante ressaltar que a redução dos impostos foi indicada entre as principais tarefas do governo, aparecendo à frente de problemas enfrentados diariamente, como os relacionados ao transporte urbano e habitação.

Ives Gandra[17] assim manifesta-se:

Estou convencido de que, se os governantes não considerassem o poder como de uso pessoal e o povo, como um mero produtor de tributos, e decidissem apostar na sociedade, certamente estaríamos na frente da China, Índia e Rússia em índices de crescimento, pois possuímos melhores condições, sob todos os aspectos, do que estes países. Temos tudo – e graças a isto o país ainda cresce, por força do trabalho da sociedade; só não temos governantes com visão de estadistas, razão pela qual, em todos os índices internacionais, o Brasil resta em posição inferior. Em tempo: estamos à frente de Burundi e Haiti.

Concomitantemente a todo o esforço governamental no combate à sonegação, percebe-se que a carga tributária é apontada como a principal vilã das indústrias. Demonstra o afirmado o Portal Paranaense Bem Paraná[18], onde constatou-se que para 81,82% dos empresários, os impostos impedem o desenvolvimento.

A solução fácil de aumentar a carga tributária não pode continuar a se repetir. Esperamos que muito em breve os governos percebam a necessidade da eficiência nos seus gastos, com incentivos verdadeiros à propriedade privada, incluindo, também, o respeito absoluto à propriedade.

Desde 1995 a carga tributária brasileira já aumentou 9,56 pontos percentuais - quase 1 ponto por ano. A título de curiosidade, os números mostram que, se não fosse a revisão dos valores do PIB, feita pelo IBGE no início de 2007, os 37,04% de carga tributária em 2007 já representariam 41,39%.

Diante das fontes pesquisadas, percebe-se que mais de 1/3 do que é produzido no país vai para as mãos do governo, e, ainda assim, anos luz de distância estamos de podermos contar com polícias melhores, hospitais públicos que atendam a demanda populacional, ensino abrangente e de qualidade, etc.

Nossos governantes administram a máquina pública em causa própria, sempre recorrendo às elevações do *quantum* tributário, resultando por inibir a economia, impedindo um rápido ciclo de crescimento. Faz-se extremamente necessário buscar e aplicar melhores condições ao empresário brasileiro, incentivando a abertura de novas empresas e valorando as (heroínas) já existentes.

4. O princípio constitucional da proporcionalidade e o sistema tributário

José Afonso da Silva[19] defende que o princípio da ‘proporcionalidade razoável’ é consagrado enquanto princípio constitucional geral, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco, conforme artigo 150, IV. A Constituição consagrou a proporcionalidade quando limitou que a carga tributária não pode ser onerosa a ponto de ocasionar ao particular sua perda. As alíquotas dos tributos devem, sempre que possível, ser proporcionais à capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, §1º).

Utilizando a proporcionalidade no Direito Tributário, inspira-se o reconhecimento deste princípio a ponderar os princípios da tributação, elevando os diversos valores a eles atinentes, tais como: segurança jurídica (princípio da legalidade e anterioridade); igualdade e justiça (princípio da isonomia e da capacidade contributiva); liberdade e propriedade (princípios da imunidade fiscal, da proibição de limitações ao tráfego em razão da procedência ou destino, do não-confisco etc.)[20].

O tributo, dever constitucional, ‘é o preço da liberdade’. O poder de tributar nasce na ‘Declaração dos Direitos Fundamentais’ (artigo 5º, CF), e no seu contraposto fiscal ‘Declaração dos Direitos do Contribuinte e de suas garantias’ (artigos 150 a 152)[21].

Em tema de aplicabilidade desta proporcionalidade na ordem tributária, Ávila[22] expõe:

a utilização do fim ‘custear despesas públicas’ como estruturador da relação jurídica surgida com a instituição legal de um tributo levaria tão-só à cobrança cada vez maior de tributos. Para que o fim seja estruturador de uma relação jurídica, ele deve ser concretamente verificável na realidade dos fatos, e não unicamente no mundo do Direito. Isso, porém, não ocorre no caso de normas que instituem impostos, já que elas têm a finalidade de arrecadação, sem que exista um fim concreto capaz de estruturar a relação jurídica delas decorrente.

Ao avaliar o princípio tributário oriundo dos valores da igualdade e da justiça, ou seja, da capacidade contributiva, deve-se sopesar o necessário para o mínimo vital do Estado, não-confisco, derivados do princípio da proporcionalidade tributária.

A capacidade contributiva aliada ao princípio da proporcionalidade mescla padrões de ética, justiça, técnica e razoabilidade. É necessária a congruência, adequação, pertinência entre a base de cálculo e o fato gerador do imposto[23].

É cediço que a tributação apresenta-se como o meio para a obtenção dos recursos necessários à satisfação das necessidades coletivas, pelo que a cobrança de tributos tem finalidade eminentemente social: jurídica, administrativa, econômica ou política, sendo que o poder de tributar, por alguns denominado “fiscal”, é manifestação da soberania financeira do Estado[24].

Adentrando às sanções tributárias, é de razoabilidade mediana o entender do fato de que estas são mero instrumento do Estado para alcançar a finalidade do interesse

público embutido na descrição do delito, consubstanciada na busca de concretização de uma regra ou princípio protegidos pela ordem jurídica[25].

O princípio da proporcionalidade exige que a constitucionalidade da sanção seja verificada também sob a égide do indivíduo infrator, isto é, impõe ao intérprete-aplicador do Direito o dever de considerar o alcance que esta sanção tributária assume perante toda a sociedade.

A lei que tipifica os ilícitos tributários e lhes comina sanções, deve sujeitar-se aos demais princípios do ordenamento jurídico, tais como o da segurança jurídica, direito de propriedade, livre exercício profissional, proibição de prisão por dívida, etc. Desta forma, as sanções fiscais não devem ser privativas de liberdade nem de direitos do cidadão, nem podem impedir o acesso ao Judiciário[26].

Nos dias atuais, para o oferecimento da denúncia de crimes tributários pelo Ministério Público, não exige-se o trânsito em julgado judicial referente ao imposto devido. Com apenas a resposta administrativa, já é de praxe o recebimento da denúncia pelo Judiciário.

Merece observação a graduação das sanções pecuniárias, em especial as multas, que, paralelas à perda de liberdade prevista aos ilícitos tributários, muitas vezes são deveras desproporcionais à infração cometida.

Sampaio Dora, na década de 60, quando da vigência da Carta anterior, já reconhecia que a multa fiscal é confiscatória quando: “Não só a Carta Magna impossibilitaria penalidades assim dezarrasoadas, mas a própria diretriz da capacidade contributiva obstaría a imposição de penas que exorbitassem da capacidade econômica dos indivíduos”[27].

Nossa Corte Maior chega às mesmas conclusões:

ICM. Redução de multa de feição confiscatória. Tem o STF admitido a redução da multa moratória imposta com base na lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. RE não conhecido[28].

Multa fiscal. Pode o Judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva aplicada pelo Fisco[29].

Efeito confiscatório do tributo – O Tribunal deferiu, com eficácia ex nunc, medida cautelar em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, para suspender, até decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.846/94, que prevê, na hipótese de o contribuinte não haver emitido a nota fiscal relativa a venda de mercadoria, prestação de serviços ou

operações de alienação de bens móveis, a aplicação de multa pecuniária de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado. Considerou-se juridicamente relevante a tese de ofensa ao art. 150, IV, da CF...[30].

As sanções tributárias têm por finalidade a realização do interesse público, consistente na arrecadação das receitas indispensáveis ao custeio dos serviços e investimentos públicos. O problema ora visualizado registra-se de longa data. Estas sanções, na maioria das vezes, acabam por constituir mais um instrumento arrecadatário do Estado, deixando de observar se o nível de sanção previsto pode ser suportado pelo indivíduo. A aplicação desta sanção resulta, não poucas vezes, no completo aniquilamento da atividade econômica.

Ressaltando a intervenção do Estado no domínio econômico, este exerce o controle da economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório, de caráter eminentemente cogente, a particulares e também a empresas estatais. A Constituição não limitou o exercício da função regulatória pelo Estado, apenas se preocupou em gizar que uma intervenção estatal deve apontar para a consecução dos objetivos eleitos nela como finalidades que espelhem os princípios da ordem econômica, seja através de uma ação negativa, seja através de uma ação positiva.

Analisando a proporcionalidade como proibição do excesso, devemos também relevar o princípio da insignificância, onde as condutas penais têm de causar lesão ao tecido social ou sério risco de ofensa aos bens jurídicos fundamentais. Fatos colhidos no mundo empírico sem repercussão social não se inserem na moldura jurídico-penal, eis que carecem de um dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a tipicidade. No enfrentamento da criminalidade, a resposta penal deve guardar coerência e proporção com o fim colimado, a fim de que não se pretenda matar um passarinho com um tiro de canhão, sob pena de descrédito do direito penal, visto como *ultima ratio* do sistema[31].

Nesse sentido, os delitos de bagatela, pela ausência de lesividade ou ofensividade, devem conduzir à atipicidade da conduta do agente, sendo desarrazoado a movimentação da máquina judiciária.

Luiz Regis Prado[32], ensinando acerca do princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, pondera:

A lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como ultima ratio. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do jus puniendi e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito democrático.

Interessante colocação traz Zaffaroni[33], acerca da necessidade de intervenção repressiva mínima, onde se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. “Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio”.

Emana da acepção garantista do Direito Penal, cujo propulsor Ferrajoli[34] a define no sentido de que o Direito Penal apenas deve atuar quando o bem jurídico for de extrema relevância. Neste sentido, matéria intitulada “Pena adequada: É dever do juiz descriminalizar condutas sempre que puder”, publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico, Priscyla Costa[35] frisa o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, igualmente neste sentido[36].

Diante dos apontamentos acima, temos que a principiologia constitucional possui plena força normativa, informando e conformando todo o ordenamento jurídico. Se um diploma vigente não é compatível com a Lei Maior, a mácula da inconstitucionalidade impede a sua aplicação pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público. A proporcionalidade, embutida em todo o ordenamento, principalmente o penal, deve ser almejada e aplicada, não apenas figurar como título, mas registrar-se no plano prático, no dia-a-dia da esfera jurídica, respeitando, conseqüentemente, toda a estrutura história evolutiva das garantias do Estado Democrático de Direito.

5. A elisão fiscal

Considerando que a atividade econômica tem de ser lucrativa, torna-se plenamente legítima a busca por melhores resultados, inclusive a minimização tributária.

É sabido que gerenciar impostos é administrar custos, principalmente no Brasil, cujo sistema tributário além de complexo, passa por freqüentes alterações, acrescentando dificuldades imprevistas para o gerenciamento dos negócios. O cidadão tem o direito de planejar suas atividades, de modo a evitar a prática de condutas que gerem pagamento de tributos mais elevados, optando por economia fiscal, seja por procedimentos contábeis legalmente permitidos, seja por meio da celebração de negócio jurídico não previsto em incidência tributária[37].

A elisão fiscal é um procedimento utilizado pelo contribuinte para alcançar uma carga tributária menor, recorrendo a ato ou negócio jurídico plenamente legal. A elisão fiscal representa a execução de procedimentos, antes do fato gerador, legítimos, éticos, para reduzir, eliminar ou postergar a tipificação da obrigação tributária, caracterizando, assim, a legitimidade do planejamento tributário[38].

A elisão fiscal utiliza meios legais na busca da descaracterização do fato gerador do tributo.

Observa-se a Lei Complementar 104 de 10/01/2001 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

O dispositivo acima tem despertado inúmeras dúvidas quanto à sua legitimidade e alcance. É preciso distinguir com lucidez, uma coisa é a elisão, ou seja, o planejamento; outra coisa é a fraude, ou seja, a evasão.

Fato questionado é a competência para desconsiderar os atos ou negócios realizados, configurando uma norma com eficácia limitada, até que seja editada a lei ordinária prevista no dispositivo legal.

Quanto a quem pode editar o ato de desconsideração é uma questão bastante complexa, o texto fala de ‘autoridade administrativa’ que poderia trazer a idéia de um agente do fisco como competente para lavrar o respectivo auto de infração. Contudo, a relação fisco-contribuinte exprime posições opostas, interesses conflitantes, pois o primeiro procura verificar a aplicação da lei e o outro procura utilizar a legislação a seu favor. Conseqüentemente a decisão de ‘desconsiderar’ não pode ficar a critério do fisco ou mesmo do contribuinte, dessa forma o ato deve ser emanado de um órgão do Poder Judiciário e que não haja confusão com órgãos fazendários[39].

Dissimular é ocultar, encobrir. Uma hipótese de evasão fiscal. É a figura que mais costuma ser confundida com elisão fiscal, mas guarda diferenças. Na simulação tem-se a pactuação de algo distinto daquilo que realmente se almeja, com o fito de se obter vantagem. Uma verdade aparente (jurídica) encobrendo uma verdade real, que não é claramente perceptível[40].

Na elisão temos um proceder legalmente autorizado que ajuda a lei tributária a atingir a sua finalidade extra-fiscal, quando presente. Diferente da evasão fiscal, na elisão são utilizados meios legais na busca da descaracterização do fato gerador do tributo. Pressupõe a licitude do comportamento do contribuinte. É uma forma honesta de evitar a submissão a uma hipótese tributária desfavorável[41].

Assim sendo, a celeridade da economia pressupõe uma tentativa séria de diminuir custos e maximizar os lucros. Nesse contexto o planejamento tributário é um processo indispensável a qualquer negócio, tanto na condição de cliente, quanto na condição de empregador.

O planejamento tributário nem poderia estar colocado em patamar de ilegalidade, vez que apenas usa-se das regras vigentes para evitar o surgimento de uma obrigação fiscal.

6. A evasão fiscal

A evasão fiscal é um meio ilícito de evitar o pagamento de [taxas](#), [impostos](#) e outros tributos mediante diversas possibilidades. Entre os métodos usados para evadir tributos estão a omissão de informações, as falsas declarações e a contrafação de notas fiscais, faturas, duplicatas etc.

Na evasão fiscal o contribuinte busca, antes ou depois da submissão a uma hipótese tributária desfavorável, um modo de mascarar seu comportamento de forma fraudulenta, diferente da elisão, cabendo à Receita utilizar todas as suas prerrogativas de função administrativa para evitar o ilícito.

A evasão, prevista e capitulada na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei n. 8.137/90), é entendida, na prática, como sonegação ou fraude fiscal.

A regra diferenciadora da elisão e da evasão toma por base a lógica da ação do contribuinte: se o contribuinte agiu antes de ocorrer o fato gerador, a obrigação tributária específica ainda não tinha surgido e o direito do fisco ao tributo ainda se encontrava em sua fase abstrata, não concretizada e nem individualizada em relação a um contribuinte determinado: por conseguinte, o fisco nada poderá objetar se um determinado contribuinte consegue, por meios lícitos, evitar a ocorrência de um fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou ao tempo que lhe sejam mais favoráveis.

Ao contrário, se o contribuinte agiu depois da ocorrência do fato gerador, já tendo, portanto, surgido a obrigação tributária específica, qualquer atividade desenvolvida por ele, ainda que por meios lícitos, só poderá visar à modificação ou ocultação de uma situação jurídica já concretizada em favor do fisco, que poderá então objetar contra essa violação do seu direito adquirido, mesmo que a obrigação ainda não esteja individualizada contra o contribuinte pelo lançamento, vez que este é meramente declaratório[42].

No plano prático, pode-se caracterizar "crimes contra a ordem tributária" como aqueles que têm por escopo a deturpação de uma forma organizacional tributária, por vias ilícitas, para, com isso, se retirar proveito pecuniário próprio, induzindo, dessa forma, a erro a própria ordem tributária[43].

O ilícito da Lei ora analisada comporta pensamentos que são válidos de notas. Para Edmar Oliveira Andrade Filho, a ofensa que a lei tributária sofre quando da efetivação de um crime tido como "de ordem tributária" gera ênfase ao delito tributário como condição *sine qua non* da consecução do tipo penal, *in verbis*:

Portanto, os crimes contra a ordem tributária ofendem o bem jurídico tutelado pela lei penal da mesma forma como ofendem a legislação tributária. Por tais razões, a infração à legislação tributária é pressuposto para a ocorrência do crime, daí por que é necessário que antes de tudo tenha ocorrido o lançamento tributário eficaz.[44]

Entretanto, em âmbito mais restrito de análise, no que concerne à aplicação efetiva da Lei nº 8.137/90 a despeito do crime de omissão de recolhimentos de tributos e contribuições necessárias, por parte do contribuinte, tem-se, nos ensinamentos de Marcelo Machado Bertoluci, que torna-se fundamental que os aplicadores da Lei nº 8.137/90 adentrem nas circunstâncias de cada fato específico. Importante, neste sentido, conhecer o ciclo produtivo da atividade econômica na qual está inserido o devedor. Em suas palavras:

O 'deixar de recolher tributos ou contribuições devidas' pode resultar do propósito puro e simples de não adimplir ou, então, da absoluta impossibilidade material de fazê-lo à minguia de recursos financeiros, ou, talvez, da decisão do contribuinte em utilizar os recursos de que dispõe para efetuar outros pagamentos indispensáveis para que a empresa continue em atividade[45].

A mais nobre questão a ser avaliada é que os valores arrecadados, que compreendem um montante altíssimo, não geram o devido retorno ao povo brasileiro.

Um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT)[46] concluiu que, se não houvesse sonegação fiscal, informalidade ou inadimplência e todos os contribuintes pagassem os impostos regularmente, a carga tributária potencial brasileira seria de 59,38% do Produto Interno Bruto (PIB), valor muito maior que os 37,82% computados em 2005.

Para chegar a esse percentual, o IBPT considerou as perdas com sonegação e inadimplência e excluiu da receita total o valor de multas, juros e correção. Estima-se que 39,11%, ou seja, aproximadamente R\$ 287 bilhões da arrecadação do ano passado, que foi de R\$ 733 bilhões, não ingressaram nos cofres públicos, entre outros motivos, por causa da inadimplência. De acordo com o estudo, de dezembro de 2002 ao mesmo mês de 2005, a inadimplência tributária cresceu 59%, passando de R\$ 709,16 bilhões para R\$ 1,13 trilhão.

O principal motivo da sonegação e inadimplência, segundo o estudo, é a alta tributação, que também inibe as empresas de deixarem o mercado informal. De acordo com o estudo, uma empresa na formalidade suporta uma carga de 45% e o maior ônus fica concentrado na produção e nos salários, bases que representam mais de 76% da arrecadação total.

Injustiça fiscal? O PIB brasileiro totalizou, em 2005, R\$ 1,94 trilhão. Desse montante, cerca de 69% vieram da economia formal, ou seja, R\$ 1,34 trilhão, e o restante da informalidade. "Como no cálculo do PIB também entram os valores da economia informal, os setores formais acabam respondendo pela quase totalidade da arrecadação tributária", diz o presidente do IBPT.

Compartilha da mesma opinião a advogada Vanessa Clímaco[47], onde o governo deveria intensificar esforços para inibir a evasão fiscal e trazer mais empresas para a formalidade:

Não adianta aumentar a carga tributária para suprir a perda causada pela sonegação, informalidade ou inadimplência porque só vai sobrecarregar ainda mais as empresas formais. É preciso investir na fiscalização e dar benefícios às companhias que estão em dia com suas obrigações fiscais. Assim como há empresas que não conseguem arcar com a elevada carga de impostos, algumas aproveitam a falta de fiscalização e sensação de impunidade para deixar de pagar tributos.

7. Análise sob o prisma da inexigibilidade de conduta diversa

Sob o prima da inexigibilidade de conduta diversa, Heloisa Estellita[48] cita lição de Callegari, quando, utilizando-se dos ensinamentos de Muñoz Conde, leciona no sentido da existência de uma exigibilidade objetiva e outra subjetiva.

O cumprimento de preceitos normativos, é um dever que se pode exigir, em tese, de todos os cidadãos. Os níveis de exigência desse cumprimento variam segundo o comportamento exigido, as circunstâncias em que ele se realize, os interesses em jogo, etc. Em princípio, o ordenamento jurídico fixa uns níveis de exigência mínimos, que podem ser cumpridos por qualquer pessoa. Fala-se, nesses casos, de uma exigibilidade objetiva, normal ou geral. Além dessa exigibilidade normal, o ordenamento jurídico não pode impor o cumprimento de sua determinação. Além da exigibilidade objetiva, existe uma subjetiva ou individual, que se refere a determinadas situações extremas em que não se pode exigir do autor concreto de um fato típico e antijurídico que se abstenha de praticá-lo, porque isso significaria um sacrifício excessivo para si mesmo.

Observações pertinentes à inexigibilidade de conduta diversa existem em respeitada doutrina, sendo merecedoras de análise.

Empresas que, por estarem atravessando dificuldades financeiras, não têm, em momentos pontuados, condições de recolher impostos na forma da Lei. Dito de outra maneira: depois de anos de cumprimento com seu dever de cidadania, estas pessoas passam a receber a pecha de “sonegadores” porque, durante um lapso de tempo, por absoluta impossibilidade, não conseguiram honrar seus compromissos com o Fisco.

A fundamentação jurídica a justificar tais decretos condenatórios tem sido no sentido de que a excludente de culpabilidade da “inexigibilidade de conduta diversa”, em regra alegada em defesa dos réus, somente poderia ser invocada se a impossibilidade de pagamento dos tributos fosse absoluta, ou seja, aquela que afetasse não só o negócio, mas também os sócios[49].

Sob este prisma, podemos questionar se, diante da situação real do réu, poder-se-ia exigir-lhe um agir de outra maneira? Seria correto esperar que o empresário deixasse de pagar contas de luz ou de água, em prol do tributo devido? Ou ainda, que o réu deixasse de saldar as contas com fornecedores primordiais, sem os quais a empresa sucumbiria de vez, levando ao desemprego, com todas as mazelas daí decorrentes, os funcionários e diretores?

O bom senso incentivador da economia e do mercado ponderaria a favor da prevalência da continuidade produtiva da empresa, afinal, em que pese os bens jurídicos, estamos a elevar o emprego, a circulação de serviços/mercadorias, ou seja, também há interesse público nessas escolhas.

Parte da doutrina acredita que o interesse público do pagamento do tributo prevalece em relação ao privado, estando, o devedor de tributos, obrigado a optar por saldar seu débito com o fisco, se tivesse opção, mesmo não lhe sendo esta exigível.

A maioria dos defensores vorazes do ‘pagamento do tributo acima de qualquer custo’ com certeza deixam de refletir acerca do reflexo social e econômico das conseqüências que o fechamento de uma empresa acarreta. Diversos destes ‘pensadores’ crêem que o empresário, no Brasil, deve ser ‘sugado’ ao máximo, e seguem acreditando piamente que todo o empresário possui uma grande ‘camada de gordura’ para queimar, o que nem sempre é verdadeiro.

Diversas empresas brasileiras vivem ‘no vermelho’, seja pela alta inadimplência (vez que no Brasil a morosidade da cobrança é desanimadora a ponto de muitos nem ingressaram com a ação), seja pela elevada burocracia em que se depara o empreendedor, nos ramos mais diversos correlacionados com o mercado. Hoje, acredito que o principal acionista de fato de uma séria empresa, no Brasil, seja o próprio Governo.

Neste contexto, Fábio Tokars[50] elucida que se o desenvolvimento sócio-econômico de um país depende inicialmente da geração de empregos, “é necessário que o empreendedor não seja tratado como um inimigo da nação, mas sim como um parceiro necessário em qualquer projeto voltado à melhoria das condições de vida da população de um país”.

Acerca do assunto, o professor César Peres, afirma:

Não e renão: a envergadura do valor tutelado é de ser levada em conta em sede da justificante do “estado de necessidade” (art. 24 do Código Penal), onde, frente a dois bens relevantes, pode o agente optar pelo sacrifício de um deles, desde que de valor jurídico igual ou menor ao daquele preservado. A prática do ato necessário afasta a antijuridicidade da ação, não a culpabilidade do agente, como acontece quando conduta diversa for-lhe inexigível. São institutos diferentes, com reflexos diversos no ordenamento jurídico, que não podem ser confundidos e, menos ainda, misturados[51].

Nessa tese, o inadimplemento de débitos relativos a serviços básicos, indispensáveis à sobrevivência da empresa, não poderá ser exigível ao empresário, devendo ele ser absolvido por ausência de culpabilidade.

O tipo penal nos crimes em tela reclama o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de sonegar impostos. Assim, tendo a empresa se envolvido na situação de penúria financeira por imprudência ou negligência de seus gestores, ou ainda por fatores inesperados, e, por isso, sobrevier a impossibilidade de honrar os compromissos fiscais, não poderá ser, o empresário, responsabilizado criminalmente. A matéria deve ser resolvida por outros ramos do Direito.

Ensina o Ministro Assis Toledo, citado por Francisco de Assis Toledo[52]:

A contrario sensu, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente – nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que no momento da ação ou omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso.

Neste sentido, é lícito entender por inculpável o sujeito ativo que não conseguiu cumprir com suas obrigações fiscais, diante da inexigibilidade de outra conduta. Para a professora de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Fernanda Figueira Tonetto, configura-se em uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Têm, a jurisprudência, admitido a adoção da tese em casos de crimes de sonegação fiscal, seja por ausência de pagamento de impostos, seja pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias, desde que comprovada de forma assaz a insolvência do devedor a ponto de restar comprometida a satisfação de necessidades mais importantes[53].

Diante das inúmeras possibilidades de configuração da não exigibilidade de outra conduta, possibilidades essas não previstas na legislação penal, mas que de qualquer forma retiram a censurabilidade da ação ou da omissão, fazendo, pois, desaparecer a culpabilidade.

8. A lei penal nos crimes contra a ordem tributária

Hodiernamente, com o crescimento da atuação penal nas mais diversas áreas, constata-se a supremacia de valores que nem sempre são os constitucionais. A ideologia do Estado Democrático de Direito vem sendo afastada dos ditames normativos criados por legisladores que, por diversas vezes, nem sequer conhecem os pilares principiológicos do coração do Direito Penal, colocando-os num segundo plano, priorizando politicamente interesses extra-penais das mais diversas esferas.

A existência de um direito penal econômico caminha numa perigosa direção da vida econômica que contraria o princípio da liberdade de exercício de atividades

econômicas. Corre-se hoje o risco de esfacelar a força dinamizadora da livre iniciativa, que largamente promove o desenvolvimento e o progresso econômico. Vale lembrar Eduardo Correia[54] quando reconhece

(...) o risco que acompanha o empresário: que é também o de tomar más decisões. De resto, o modus operandi na vida econômica, salvo casos limites, não pode ser controlado, dados os contornos muito esfumaçados e flexíveis entre o que se pode chamar ilícito e lícito, sobretudo no que toca ao seu aspecto subjetivo.

A reação legal aos ilícitos econômicos deve ser adequada à gravidade das atividades delituosas, carecendo, por diversas vezes, de proporcionalidade. Esta não deve ser dominada por uma idéia de intimidação. Para Eduardo Correia, ter-se-á que se levar em conta o dano material ou imaterial, no qual, para além do perigo de contaminação, de racionalização das condutas promovidas pela realização do comportamento anti-econômico, considera-se a sua freqüência, a intensidade da sua dignidade criminal, como do lado subjetivo, o maior ou menor grau de culpa do agente.

A idéia de adequação envolve o pensamento da subsidiariedade do direito penal ao domínio econômico. Neste contexto, sanções penais só deveriam ser utilizadas quando outros tipos de sanções fossem insuficientes ou inexecutáveis. Assim, as sanções não penais podem revestir várias modalidades, obtendo-se outras formas de combate à criminalidade econômica.

Andreas Eisele[55] afirma: “O Direito é um todo homogêneo, e qualquer divisão pretendida entre os diversos ramos com características próprias e similares terá cunho meramente metodológico e didático”. Neste sentido, a expressão ‘Direito Penal Econômico’ não é pacífica na doutrina, por diversas razões. Por ora adotar-se-á a expressão ‘crimes contra a ordem econômica’.

Rodrigo Sánchez Ríos[56] observa, na esfera de uma política criminal direcionada aos delitos econômicos, um montante de institutos jurídico-penais de natureza reparadora tendentes a excluir ou reduzir a imposição das conseqüências jurídicas do ilícito. Esta prática é atestada nos delitos ambientais, previdenciários e fiscais. Para o autor, a aceitação destas formas hodiernas de extinção da punibilidade está atrelada à própria atuação do Direito Penal em setores onde anteriormente não se exigia a sua presença. Esta situação, só por si, já é passível de questionamento.

A lei penal prevê diversas possibilidades de afastamento total da pena ou sua redução quando o agente tenha cumprido alguns requisitos demandados no texto legal, em benefício da vítima ou da Administração da Justiça.

É importante lembrar que os institutos de liberação da punibilidade direcionados aos delitos econômicos requerem um comportamento pós-delitivo, legitimado nos institutos da desistência voluntária e na reparação do dano, sustentado na teoria dos fins da pena, constituindo paradigmas analógicos. De outra parte, o estudo da reparação do dano permite inferir a eficácia das causas de extinção ou de liberação de pena. A

concessão do benefício não encontra respaldo somente num comportamento posterior ao delito, baseado exclusivamente na voluntariedade, se não vem acompanhado pela efetiva reparação. Em linha de princípio, a reparação do dano pode contribuir com o cumprimento dos fins da pena. É certa a viabilidade, para os delitos de natureza econômica, sempre que se respeitem os limites temporais aptos a descaracterizar a presença de critérios de prevenção geral e especial da pena[57].

Cumprindo observar que diante da expansão do direito penal na tutela dos bens jurídicos supra-individuais, infere-se na esteira da política criminal atual certa reafirmação dos institutos alternativos à pena privativa de liberdade, seja após a prática do injusto culpável, seja no decorrer da própria ação, podendo constituir causas de redução de pena concedida na prolação da sentença condenatória.

Avaliando o conceito de bem jurídico, no qual inserido estão valores materiais e imateriais, este estabelece ligação entre os valores legitimados pela Constituição e a lei penal, a qual é o núcleo do preceito contido no tipo. Ao impor à violação destes bens a mais grave das sanções – a pena criminal, o Direito Penal busca conscientizar os indivíduos do valor que lhes é atribuído pena sociedade[58].

A definição do bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras tributárias conduz a uma polêmica no âmago da doutrina brasileira. Há autores que duvidam da constitucionalidade de tipos penais nos quais o interesse tutelado não seja uma prioridade, mas sim elemento secundário, cuja função seria apenas interpretativa, a servir de critério classificatório dos tipos penais, razões pelas quais afirmam que os crimes fiscais possuem uma natureza ‘artificial’, vez possuírem, os crimes tributários, bem jurídico bifronte: de um lado, o interesse estatal na obtenção de meios para a conservação de suas atividades e prestação de seus serviços, de outro, o interesse patrimonial do Tesouro, relacionado com a receita do Estado, atingindo, com isso, objetivos da política econômica[59].

Refletindo acerca da tradição jurídica e constitucional em países em que vigoram o Estado Democrático, tem-se que, aplicar penas privativas de liberdade a crimes de perigo abstrato ou de mera atividade, desrespeita os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade. No pensar de Eduardo Correia: “A vida econômica é o sangue da sociedade. Não se queira torná-la exangue, tirando-lhe, com uma política preventiva, verdadeiramente pré-delitual, a possibilidade de atuar, repetimos, no seu ‘*vorfeld*’, concorrendo para a deixar mais que aos cidadãos honestos aos que, eventualmente, só da aventura vivem”.

A elaboração de um conjunto normativo tendente à ambigüidade e à extorsão tributária revela mais do que a simples ignorância formal da técnica legislativa, aponta, sim, que os custos começam a recomendar uma revisão e o desmonte de certas posições.[60]

Salientando acerca do caráter fragmentário do Direito Penal, Francisco Toledo[61]:

dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal (...) devem

ser vistos e tratados com muita cautela, para evitar-se a criminalização de condutas reprováveis mas de relevância jurídico-penal duvidosa.

No Estado brasileiro, para que se pronunciem mudanças, é necessário que os problemas virem um verdadeiro caos, chegando a níveis quase insuportáveis. A estrutura tributária já encontra-se em nível avançado, podendo isso ser constatado a partir do critério da proporcionalidade entre o valor cobrado e os serviços que o Estado presta à população.

Tributação é manifestação evidente de poder estatal, em relações marcadas pelo unilateralismo. A vontade do devedor é irrelevante no surgimento do crédito tributário, sujeito apenas à ocorrência de uma situação típica prevista legalmente. Nesse ponto, assemelha-se muito ao modelo de adequação típica que é a nota característica do direito penal[62].

Atravessa-se uma atmosfera onde não se pagam tributos de boa vontade, onde as prestações estatais nunca se acham suficientes e onde o Estado nunca acredita arrecadar o bastante. O poder de tributar, assim como o poder de privar de liberdade, são, pois, as máximas violências que o estado pode realizar. Portanto, regular bem tais invasões nas esferas privadas é indicativo de altos níveis de evolução civilizatória e de conformação do estado. Para muitos, a carga tributária brasileira beira o efeito confiscatório puro e simples, seja por excesso flagrante de alíquota ou base de cálculo, seja por considerações mais elaboradas de ausência de qualquer retributividade estatal[63].

9. Considerações finais

A carga tributária brasileira e sua burocracia é algo surreal. Muitos executivos estrangeiros, ao se defrontarem com nossos números, assombrados, deixam, muitas vezes, de investir nas mais diversas esferas da economia brasileira.

Cumprir frisar que, no contexto do sistema tributário, a proporcionalidade atua como instrumento de controle, na perspectiva da proibição do excesso, como mecanismo de vedação de abusos estatais, destinada à consecução dos direitos fundamentais.

É muito comum programas de parcelamento de dívidas trazidos pelo Estado, diante da situação financeira dos contribuintes, tais como: Refis, Paes, dentre outros, a fim de conferir a eles um pouco mais de "oxigênio".

Grande parte das empresas contribuintes são optantes por parcelamentos, e podem ser vistas como pacientes com morte cerebral, sobrevivendo apenas por um fio. De forma que o sistema tributário que hoje se encontra no Brasil está servindo de estímulos à sonegação e à evasão fiscal, ao desestímulo da economia e ao aumento das receitas informais.

Não há dúvidas que a carga tributária deve existir, porém, a redução dela é de bom grado para o país, sobretudo porque o contribuinte terá mais condições de investir em capital interno, fazendo circular o capital envolvido em toda a economia, resultando na geração de novos empregos, o que, em médio prazo, desonerará o Estado de incumbências desnecessárias, propiciando possibilidades de melhoramentos da própria máquina e seis servidores.

Cabe-nos, contudo, acreditar que, para se haver o equilíbrio almejado, há de se repensar a proporcionalidade dos tributos atualmente exigidos e sua penas e a contra-partida oferecida pelo Estado à coletividade. Reavaliando, também, na apelação estatal ao Direito Penal, gerando carência hermenêutica constitucional, relegando-se o escopo da proteção dos cidadãos no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

10. BIBLIOGRAFIA

ALFARO, Martins. *O leviatã brasileiro e a esfinge Argentina: os determinantes institucionais da política tributária*. Revista Brasileira de Ciências Sociais vol. 20, n. 58, São Paulo: 2005.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. I. 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 1963.

BERTOLUCI, Marcelo Machado. *O crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições: aspectos críticos*. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre: Síntese, jul./ago. 2000.

BIRD, Richard. *Taxation in Latin America: reflections on sustainability and the balance between equity and efficiency*. Toronto, The University of Toronto, ITP Paper 0306, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo n. 5, jan/mar., 1977.

CLIMACO, Vanessa. Advogada comentarista acerca de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), intitulado: *Sem a evasão, carga fiscal atinge 59% do PIB*. 21/09/2006.

CORREIA, Andrei Lapa de Barros. *O caos tributário brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10201>>.

CORREIA, Eduardo. *Ciclos de estudos de Direito Penal Econômico*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: 1985.

COSTA, Priscyla. Pena adequada: É dever do juiz descriminalizar condutas sempre que puder. Consultor Jurídico, Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/62935,1>. Processo 990.719.3/8 e Processo 1.120.771.3/6. Acesso em 11 de janeiro de 2008.

CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

ESTELLITA, Heloisa. *Considerações sobre o Art. 168-A do Código Penal – Apropriação Indébita Previdenciária*. Direito Penal Empresarial. São Paulo: Editora Dialética, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayán Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madri: Trota, 1995

Folha de São Paulo - João Sicsu: Vitamina contra o nanismo estatal - 05/10/2007. Disponível em: www.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0510200704.ht...

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Novo Direito Penal Tributário e Econômico*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro: 1968.

Informativo Anjut, fevereiro 2004, edição 04/2004. Ação Nacional pela Justiça Tributária. <http://www.anjut.org.br/informativos/informativo4.doc>. 27.12.2007.

Infomoney. Na base de dados do site www.endividado.com.br – Pesquisa divulgada em 12.12.07.

LIMA, Vinicius de Melo; LIMA, Caroline de Melo. *Criminalidade Econômica e Princípio da Proporcionalidade: da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente*. Acesso em 02/02/2008. Disponível: <http://amprs.org.br/images/CRIMINALIDADE%20ECON.pdf>.

MARTINEZ, Manuel Perez. *O contador diante do planejamento tributário e da Lei Antielisiva*. 26/08/2002 extraído do site do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Site: www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Pesquisas Tributárias. Nova série – 1. Crimes contra a ordem tributária*. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro: 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma carga tributária irracional*. Jus Vigilantibus, Vitória, 14 nov. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29707>. Acesso em: 27 dez. 2007.

MENDONÇA, Oscar. *Da lei contra elisão fiscal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1355>

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários – uma visão prospectiva de sua despenalização*. Lumes Júris, Rio de Janeiro: 2004.

PERES, César. [Impostos impagos: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa?](http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html) Disponível em: <http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html>.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol.I. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Marcos Vinicius Guimarães de. *Elisão e evasão fiscal*. Boletim Jurídico, Uberlândia/MG, a. 3. n.127. disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=636.

TOKARS, Fábio. *Aspectos de análise econômica do Direito exige adaptação ao sistema*. Publicação em 30/08/2007. Disponível em: www.bovespa.com.br/investidor/juridico/070830NotA.asp

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

TONETTO, Fernanda Figueira. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade*. Elaborado em 09.2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VESCOVI, Luiz Fernando. *Breve explanação acerca dos Crimes Contra a Ordem Tributária*. SADireito, 17 jun. 2005. Disponível em: www.sadireito.com.br/index.asp?lr=area.asp&area=5&texto=3586.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol.I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[1] CAPPELETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo n. 5, jan/mar., 1977.

[2] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários – uma visão prospectiva de sua despenalização*. Lumes Júris, Rio de Janeiro: 2004.

[3] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários – uma visão prospectiva de sua despenalização*. Lumes Júris, Rio de Janeiro: 2004.

[4] MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Pesquisas Tributárias. Nova série – 1. Crimes contra a ordem tributária*. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro: 1998.

[5] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Novo Direito Penal Tributário e Econômico*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro: 1968.

[6] ALFARO, Martins. *O leviatã brasileiro e a esfinge Argentina: os determinantes institucionais da política tributária*. Revista Brasileira de Ciências Sociais vol. 20, n. 58, São Paulo: 2005.

[7] ALFARO, Martins. *O leviatã brasileiro e a esfinge Argentina: os determinantes institucionais da política tributária*. Revista Brasileira de Ciências Sociais vol. 20, n. 58, São Paulo: 2005.

[8] BIRD, Richard. *Taxation in Latin America: reflections on sustainability and the balance between equity and efficiency*. Toronto, The University of Toronto, ITP Paper 0306, 2003.

[9] SOUZA, Marcos Vinicius Guimarães de. *Elisão e evasão fiscal*. Boletim Jurídico, Uberlândia/MG, a. 3. n.127. disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=636.

[10] SOUZA, Marcos Vinicius Guimarães de. *Elisão e evasão fiscal*. Boletim Jurídico, Uberlândia/MG, a. 3. n.127. disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=636.

[11] Revista Veja, ed. 2027, 26/9/2007.

[12] O economista Antonio Delfim Netto foi deputado federal, ministro da Agricultura e da Fazenda.

[13] Informativo Anjut, fevereiro 2004, edição 04/2004. Ação Nacional pela Justiça Tributária. <http://www.anjut.org.br/informativos/informativo4.doc>. 27.12.2007.

[14] Folha de S.Paulo - João Sicsu: Vitamina contra o nanismo estatal - 05/10/2007. Disponível em: www.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0510200704.ht...

[15] JOÃO SICSÚ é diretor de Estudos Macroeconômicos do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e professor do Instituto de Economia da UFRJ. É autor do livro "Emprego, Juros e Câmbio" (Campus-Elsevier, 2007) e co-autor e organizador do livro "Arrecadação (de onde vem?) e Gastos Públicos (para onde vão?)", Boitempo Editorial, 2007.

[16] Fonte: Infomoney. Na base de dados do site www.endividado.com.br – Pesquisa divulgada em 12.12.07.

[17] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma carga tributária irracional*. Jus Vigilantibus, Vitória, 14 nov. 2007. Disponível em: http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29707>. Acesso em: 27 dez. 2007.

[18] Disponível em: <http://www.bemparana.com.br/index.php?n=53334&t=carga-tributaria-e-apontada-como-principal-vila-das-industrias>. Acesso em 20 de dezembro de 2008.

[19] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[20] CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

[21] TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

[22] ÁVILA, Humberto Bergmann. *A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. I. 1999.

- [23] CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- [24] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes tributários- uma visão prospectiva de sua despenalização*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- [25] PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- [26] CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- [27] *Apud* CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- [28] RE n. 90.707-MG. Rel. Min. Moreira Alves, ac. Unânime da 2º Turma, RTJ n. 96, p. 1354.
- [29] RE n. 82.510-SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, ac. Unânime da 2º Turma, RTJ n. 37, p. 296.
- [30] ADIn n. 1.075-DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 17/06/98.
- [31] LIMA, Vinicius de Melo; LIMA, Caroline de Melo. *Criminalidade Econômica e Princípio da Proporcionalidade: da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente*. Acesso em: 02 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://amprs.org.br/images/CRIMINALIDADE%20ECON.pdf>.
- [32] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol.I. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- [33] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol.I. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- [34] “Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario”, em: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayán Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madri: Trota, 1995.

[35] COSTA, Priscyla. Pena adequada: É dever do juiz descriminalizar condutas sempre que puder. Consultor Jurídico, Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/62935,1>. Processo 990.719.3/8 e Processo 1.120.771.3/6. Acesso em: 11 de janeiro de 2008.

[36] “Sempre que puder, o juiz deve aplicar o Direito Penal de forma restritiva para que a punição não seja desproporcional ao crime cometido. O entendimento é da 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os desembargadores absolveram Noel Rosa da acusação de furto de um carrinho de mão e um tambor plástico, avaliados em R\$ 45. Noel foi condenado em primeira instância a um ano, quatro meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado. Sua defesa apelou ao Tribunal de Justiça. Sustentou falta de provas. O desembargador Vico Mañas, relator, não analisou apenas a questão levantada pela defesa. Mas reconheceu que o furto não provocou qualquer abalo do patrimônio da vítima, o que, por si só, já justifica a absolvição”.

[37] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários – uma visão prospectiva de sua despenalização*. Lumes Júris, Rio de Janeiro: 2004.

[38] MARTINEZ, Manuel Perez. *O contador diante do planejamento tributário e da Lei Antielisiva*. 26/08/2002 extraído do site do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Disponível em: [www..cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao](http://www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao).

[39] MARTINEZ, Manuel Perez. *O contador diante do planejamento tributário e da Lei Antielisiva*. 26/08/2002 extraído do site do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Disponível em: <http://www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao>.

[40] MENDONÇA, Oscar. *Da lei contra elisão fiscal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1355>

[41] MENDONÇA, Oscar. *Da lei contra elisão fiscal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1355>

[42] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 1963.

[43] VESCOVI, Luiz Fernando. *Breve explanação acerca dos Crimes Contra a Ordem Tributária*. SADireito, 17 jun. 2005. Disponível em: www.sadireito.com.br/index.asp?Ir=area.asp&area=5&texto=3586.

[44] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

[45] BERTOLUCI, Marcelo Machado. *O crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições: aspectos críticos*. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre: Síntese, jul./ago. 2000.

[46] Autor ou Fonte Redatora é: Diário do Comércio – SP. *Sem a evasão, carga fiscal atinge 59% do PIB*. SEGS.com.br,em: 21/09/2006. Disponível: <http://www.segs.com.br/index.cfm?fuseaction=ver&cod=44624>.

[47] CLIMACO, Vanessa. Advogada comentarista acerca de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), intitulado: *Sem a evasão, carga fiscal atinge 59% do PIB*. 21/09/2006.

[48] ESTELLITA, Heloisa. *Considerações sobre o Art. 168-A do Código Penal – Apropriação Indébita Previdenciária*. Direito Penal Empresarial. São Paulo: Editora Dialética, 2001.

[49] PERES, César. [Impostos impagos: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa?](http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html) Disponível em: <http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html>.

[50] TOKARS, Fábio. *Aspectos de análise econômica do Direito exige adaptação ao sistema*. Publicação em 30/08/2007. Disponível em: www.bovespa.com.br/investidor/jurídico/070830NotA.asp

[51] PERES, César. [Impostos impagos: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa?](http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html) Disponível em: <http://aulacomperes.blogspot.com/2005/07/impostos-impagosestado-de-necessidade.html>.

[52] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

[53] TONETTO, Fernanda Figueira. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade*. Elaborado em 09.2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>.

[54] CORREIA, Eduardo. *Ciclos de estudos de Direito Penal Econômico*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: 1985.

[55] EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Editora Dialética, 1998.

[56] RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[57] RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[58] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[59] PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[60] CORREIA, Andrei Lapa de Barros. *O caos tributário brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10201>>.

[61] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo, Saraiva: 1991.

[62] CORREIA, Andrei Lapa de Barros. *O caos tributário brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10201>>.

[63] CORREIA, Andrei Lapa de Barros. *O caos tributário brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10201>>.

**PRIVACIDADE DOS CONTRIBUINTES BRASILEIROS EM FACE DAS
AUTORIDADES NORTE-AMERICANAS - O ACORDO ENTRE BRASIL E
EUA PARA INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES FISCAIS***

**BRAZILIAN TAX PAYER'S RIGHT TO PRIVACY AND THE NORTH
AMERICAN AUTHORITIES - THE INTERNATIONAL AGREEMENT
BETWEEN BRAZIL AND THE USA FOR TAX INFORMATION EXCHANGE**

**Tereza Carolina Castro Biber Sampaio
Frederico Félix Gomes**

RESUMO

Discutiremos o direito de privacidade dos contribuintes brasileiros em face das disposições do Acordo para intercâmbio de informações fiscais entre Brasil e EUA , cujo processo de ratificação está em votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. No item primeiro deste trabalho, faremos a revisão acerca do direito de privacidade, numa abordagem de sua construção histórico-jurídica. No item dois, trataremos do direito de privacidade no Brasil, em especial na Constituição de 1988 e na legislação tributária e, em seguida, destacaremos os principais pontos do Acordo internacional em questão, que guardam pertinência com este trabalho. Aplicaremos aos pontos destacados do Acordo as proposições teóricas acerca do direito de privacidade, a fim de concluirmos pela constitucionalidade de tais disposições.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DE PRIVACIDADE – SIGILO FISCAL – ACORDO INTERNACIONAL

ABSTRACT

We intend to discuss the Brazilian taxpayer right to privacy at the international agreement for Tax Information Exchange Agreement (TIEA) signed between Brazil and the United States of America, which is in process of validation in the Brazilian Congress, in the Commission of Constitution, Justice and Citizenship. At the first item of this paper, we will address the issue right to privacy, under a legal and historical perspective. At the second item, we will talk about the right to privacy in Brazil, in special at the Brazilian Constitution of 1988 and in the Brazilian tax legislation. Next, we will emphasize the agreement's main points, which are related to this article. We

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

will apply to these agreement's main points the theoretical propositions about the right to privacy, in order to conclude about the constitutionality of those arrangements.

KEYWORDS: PRIVACY RIGHT – TAX PAYER PRIVACY – INTERNATIONAL AGREEMENT

1. Introdução

O presente artigo visa analisar o direito de privacidade dos contribuintes brasileiros em face das disposições do Acordo para intercâmbio de informações fiscais entre Brasil e EUA, atualmente em processo de votação para ratificação na Câmara dos Deputados. Para tanto, estudaremos o direito de privacidade, seu nascimento nos países de *Common Law*, especificamente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, através da exposição dos casos emblemáticos nesses sistemas. Traremos casos paradigmáticos ocorridos na França e na Alemanha, além de contruirmos nosso próprio conceito de direito de privacidade.

No segundo item deste trabalho, trataremos do direito de privacidade no Brasil. Nossa análise partirá da Constituição Federal de 1988, abordará a Constituição do Império, 1824, e chegará a algumas modificações recentemente feitas na legislação tributária, a fim de diminuir a privacidade fiscal do contribuinte. Quanto a esses pontos, cabe explicar de antemão que a Constituição Federal de 1988 não traz o termo “privacidade”, mas “intimidade” e “vida privada”, expressões que entendemos espécies do gênero privacidade. Em relação à legislação tributária, trataremos de algumas alterações que entendemos mais significantes (LC 104 e 105, ambas de 2001) no que tange à privacidade do contribuinte, sem pretensão de exaurir a análise das modificações legislativas cerceadoras do sigilo fiscal.

Apontaremos as normas do Acordo em questão entre Brasil e EUA que julgamos ofensivas à privacidade do contribuinte brasileiro e confrontaremos as posições conceituais sobre direito de privacidade fiscal com os itens destacados do Acordo internacional em análise.

Os Estados Unidos são a maior economia do mundo e também o maior parceiro comercial do Brasil. O Acordo para troca de informações fiscais entre esses países visa tornar mais transparente o comércio entre ambos, mas, em especial, servir como primeiro passo para a negociação de tratado contra a bitributação dos produtos e serviços comutados internacionalmente entre tais parceiros. Trataremos do aspecto da privacidade fiscal do contribuinte brasileiro no Acordo, a fim de concluirmos se a exposição de dados de nossos cidadãos aos norte-americanos vale o benefício da almejada maior transparência comercial.

2. Direito de Privacidade - Histórico

A primeira abordagem jurídica acerca do tema ocorreu com a efetivação do princípio da inviolabilidade de domicílio (*The man's house is his castle*), na Inglaterra do século

XVII. O chamado *Semayne's Case* foi decidido por Sir Edward Coke, na condição de *Lord Chief Justice* da época, interpondo barreira entre o espaço físico, o privado e a intervenção estatal. Richard Gresham e George Berisford eram co-proprietários de uma casa em Londres. Berisford faleceu, deixando seus objetos pessoais, incluindo alguns papéis, para Peter Semayne, que entrou com ação para que esses bens lhe fossem entregues. No intuito de passá-los à posse de Semayne, o xerife de Londres, munido de mandado válido, entrou na casa de Berisford derrubando as portas. A sustentação do caso pode ser resumida nas palavras de Coke:

“Em todos os casos que o Rei é parte, o xerife pode invadir o domicílio da outra parte, seja para prendê-lo, ou para executar qualquer outra ordem do Rei, caso contrário não pode entrar. Porém, antes de fazê-lo, deverá dizer a razão de sua chegada e requisitar que sejam abertas as portas” [1] (tradução nossa).

Mais tarde, já na segunda metade do século XIX, começou-se a discutir a matéria com mais entusiasmo, principalmente com os estudos baseados no “direito de ser deixado em paz”. [2]

Em 1846, na Alemanha, David Augusto Röder escreveu seu trabalho “*Grundzüge des naturrechts*”. Definiu como atos violadores do “direito natural à vida privada”, “incomodar alguém com perguntas indiscretas” ou “entrar em um aposento sem se fazer anunciar”. [3] Conforme Teixeira e Haeblerin, o direito geral da personalidade foi reconhecido como direito natural pela Lei Civil teutônica (§ 12), primeiramente como direito ao nome, estendendo-se à imagem, ao segredo das cartas missivas e englobando outros direitos da personalidade. [4]

Na França, em 1858, ocorreu o “caso *Affaire Rachel*”. Esta famosa atriz francesa foi fotografada em seu leito de morte e sua irmã solicitou aos jornalistas que não publicassem tal foto. Contudo, a imagem foi reproduzida por desenhista e publicada em jornal. A irmã, então, ajuizou ação contra Felix C. O’Connell, autor do desenho, com base no direito à imagem e no direito de resguardo da intimidade da família. O julgamento do caso, que acabou por proibir a reprodução da imagem, trouxe à tona a “necessidade de respeito a uma esfera reservada da pessoa, âmbito próprio de seus sentimentos, que refoge do campo da imagem para habitar o seio exato, e mais amplo, do direito à vida privada”. [5]

Outro precedente emblemático sobre o direito de privacidade na França é o “caso Jean François Klobb”. Quando da morte de Klobb, herói de guerra, o jornal *Le Figaro* conclamou os cidadãos franceses para contribuírem financeiramente com a viúva e os filhos do falecido, mesmo após expressa declaração da viúva de que não desejava tal auxílio. Em face do desrespeito a direito seu e de sua família de serem deixados em paz, a viúva moveu ação contra o jornal, em que obteve ganho de causa, em razão de sua esfera íntima e sua condição econômica serem distintas da figura de seu marido. [6]

Em 1890, nos Estados Unidos da América, é publicado na *Harvard Law Review*, revista jurídica daquele país, artigo chamado “*The Right to Privacy*”, escrito por Samuel

Warren e Louis Brandeis. Os autores sustentavam que a vida privada era ameaçada pelas constantes inovações tecnológicas, principalmente no que tangia às invasões da tranquilidade individual e familiar, realizadas pelos tablóides sensacionalistas. Os escritores afirmavam que as preocupações da sociedade moderna quanto à intimidade deveriam levar ao direito de privacidade (*right to privacy*). Do ponto de vista de sua natureza, o direito de privacidade seria aspecto de direito mais geral de imunidade da pessoa: o direito à sua personalidade^[7], definido como “*the right to be left alone*” (direito de estar só). Mais tarde, como juiz, Brandeis asseverou em sentença de sua lavra que o direito de ser deixado em paz é o mais abrangente e mais valioso do cidadão, com base nas Emendas 4 e 5 do *Bill of Rights*.^[8]

O caso norte-americano *Katz v. U.S.* 347, de 1967, é lembrado, uma vez que nele foi explorada a expressão “expectativa de privacidade” ou “expectativa razoável de privacidade”. Charles Katz foi condenado por jogo ilegal (*gambling*) no estado da Califórnia, depois de ter feito apostas por telefone em jogos nas cidades de Boston e Miami.^[9] O FBI, sem o conhecimento de Katz, gravou suas conversas telefônicas, as quais usou como prova contra o cidadão. Em primeira instância, Katz foi condenado, pois o júri entendeu que não havia, no caso, invasão ao direito de privacidade nem ofensa à Quarta Emenda, porquanto não houve intromissão física no aparelho de telefone. A Suprema Corte, entretanto, decidiu pela absolvição de Katz, tendo em vista que a Quarta Emenda protege pessoas e não apenas lugares, além de que, ao conversar do telefone de sua casa, da casa de amigo ou de cabine telefônica, o cidadão americano tem a expectativa de ter sua conversa mantida em sigilo.^[10] Além do que, para haver escuta telefônica, a polícia estadunidense deve estar munida de mandado judicial em que fiquem explícitos e limitados o motivo da intromissão e sua duração.^[11]

O marco legislativo moderno do direito de privacidade é a Declaração de Direitos Humanos. A Declaração reconhece a privacidade como direito fundamental, dispondo em seu Artigo 12 que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques a sua honra e sua reputação, tendo contra tais intromissões ou ataques direito à proteção da lei.^[12]

2.1. Conceituação

Atualmente, o direito de privacidade não possui definição clara ou precisa. O sentido é dinâmico, pois, embora determinável em certo tempo e espaço, o conteúdo estará sempre aberto a novas interpretações, acréscimos e reduções, acompanhando a própria evolução da história humana^[13]. Ainda assim, encontramos na doutrina conceitos que satisfazem nossa necessidade por determinação mais concreta e palpável. Podemos dizer que o direito de privacidade refere-se ao direito de subtrair do conhecimento de terceiros certos aspectos da vida privada^[14], ou o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento alheio aquilo que só a ela se refere, e que diz respeito ao modo de ser no âmbito da vida privada^[15].

O Direito de privacidade é tratado também como intimidade da vida privada. Embora sejam diversos os conceitos de privacidade e intimidade, o tratamento jurídico no Brasil é igual para ambos. Na tentativa de classificar as esferas de proteção do direito em questão, os alemães elaboraram a chamada teoria dos círculos concêntricos ou teoria das

três esferas. Nessa, se distinguem: a vida íntima, que compreende os gestos e os fatos que devem, em absoluto, ser subtraídos ao conhecimento de outrem; a vida privada, abrangendo os acontecimentos que cada indivíduo partilha com número determinado de pessoas; e, finalmente, a vida pública, que engloba os eventos suscetíveis de serem conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade. “No Brasil, a teoria dos círculos concêntricos foi importada utilizando-se quatro círculos na seguinte ordem de abrangência do maior para o menor: o do público, o da privacidade, o da intimidade e o do segredo”.[\[16\]](#)

Público
Privado
Íntimo
Secreto

O Direito à intimidade é ainda considerado direito fundamental e da personalidade, além de geral, privado, vitalício, intransmissível, impenhorável, imprescritível e não-sujeito à desapropriação, como ensina Silva, em sua obra “Direito à intimidade”.

Ressaltamos também a expectativa de privacidade (*expectation of privacy*), conceito de grande importância, especialmente no que se refere à aplicabilidade das leis que protegem à intimidade. A expectativa de privacidade pode ser dividida em dois conceitos: subjetivo e objetivo[\[17\]](#). O primeiro dispõe que a expectativa de privacidade é a opinião da pessoa de que determinado lugar ou situação é privativa, como alguém no interior de seu carro. Já a expectativa de privacidade objetiva é aquela reconhecida pela sociedade e protegida por lei, a exemplo de nossas residências (inviolabilidade de domicílio).

O jurista italiano Adriano de Cupis define o direito à intimidade como o “modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo que seja referente à própria pessoa”.[\[18\]](#)

Já Teixeira e Haeberlin conceituam privacidade de forma mais analítica:

(...) definimos privacidade como *a fortaleza pessoal, fundada na liberdade negativa do indivíduo, no âmbito da qual lhe é permitido, em um determinado espaço e em um determinado tempo, estar só, alheio a investidas externas, a fim de fazer permanecer o silêncio reconfortante da paz interior e preservar a estrutura e o equilíbrio psíquico e onde a alteridade é possível apenas se houver real e efetiva concordância daquele que está sob sua proteção* (grifos dos autores).[\[19\]](#)

Após analisarmos e reunirmos conceitos, definições e considerações, arriscamos nossa definição do que seria Direito de privacidade:

O Direito de Privacidade ou Intimidade é direito fundamental de primeira geração, que protege e preserva o indivíduo e seu direito de estar só, imune às injunções alheias ilegítimas que afetem suas relações, sejam elas subjetivas (familiares ou de amizade) ou objetivas (comerciais ou profissionais).

3. Direito de privacidade na Constituição de 1988 e na legislação tributária

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88) contempla, em seu art. 5º, os direitos e garantias fundamentais. Entre eles figura o direito a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, inciso X, expressões aqui compreendidas como espécies do gênero direito de privacidade. A constatação de nossa falta de familiaridade com a palavra “privacidade” pode ser extraída do fato de que, até o início de 1990, o termo “privacidade” estava ausente em quase todos nossos léxicos, consoante afirma Silva Neto.^[20] Muitos ainda defendem o emprego de “privatidade” em lugar de “privacidade”, vocábulo este que julgam de exagerado anglicismo.

Realmente, “privacidade” aproxima-se de “*privacy*” do inglês, palavra que simboliza direito fundamental já estudado na Inglaterra desde do século XVII.^[21] Poderia advir diretamente do inglês a unidade verbal “privacidade”, mas, indiretamente, vem do radical latino *privativus*.^[22] Assim, se tanto “privatidade” quanto “privacidade” guardam o mesmo radical e provêm da mesma origem, reputamos exagerada a distinção entre as palavras ou mesmo o expurgo do termo “privacidade”.

A legislação portuguesa, em sua Carta Maior, consagra o direito de privacidade, expressamente com essa palavra.^[23]

TÍTULO III - Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

(...)

Artigo 65º - (Habitação e urbanismo)

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a **privacidade** familiar (grifo nosso).

(...).^[24]

Nosso tema específico neste trabalho é a privacidade dos dados fiscais dos contribuintes brasileiros que, conforme a já abordada Teoria dos Círculos Concêntricos, está localizada no espaço menos abrangente – o do segredo. Teixeira e Haerberlin também entendem e localizam o sigilo fiscal como pertencente à esfera em que há, em maior grau, expectativa de privacidade do cidadão.^[25] Esses autores fundamentam o resguardo de dados do contribuinte no direito de privacidade (art. 5º, X, CF 88) e também no dever de sigilo profissional (art. 5º, XIV, CF 88) daqueles que, eventualmente, manipulem informações fiscais, como instituições financeiras,

magistrados, auditores do BACEN, funcionários da CVM e fiscais e auditores das fazendas, além do sigilo de dados (Art. 5º, XII, CF 88).

A inviolabilidade da privacidade consta em nosso ordenamento desde a Constituição do Império, de 1824, que se referia à inviolabilidade das cartas.^[26] A atual Constituição, a despeito de não aludir de modo expresso ao sigilo fiscal, resguarda “o sigilo das comunicações, [e] tem como paradigma a inviolabilidade da intimidade e da vida privada”.^[27] Parafraseando Tércio Sampaio Ferraz Júnior, não sendo expressa a menção ao sigilo *fiscal* na Constituição, seu estatuto constitucional depende de interpretação.^[28] O esforço hermenêutico aqui é pequeno, pois não se espera que o constituinte enumere exaustivamente todos os campos em que deve ser preservado o recato.

A razão da proteção à privacidade dos dados fiscais advém do fato de que tais informações dizem respeito à seara mais íntima do indivíduo, como sua remuneração, sua renda, suas dívidas, seus gastos com saúde e educação. Ao elaborar sua declaração de imposto de renda, o contribuinte tem a expectativa que fiscais da Receita Federal terão acesso a essas informações e, até mesmo, fiscais dos demais entes federativos, tendo em vista os convênios firmados entre a União e os Estados-membros para troca de dados. Logo, se no exercício de seu labor, fiscais da Receita conheçam os dados fiscais de um cidadão, estamos em situação de plena normalidade jurídica.

No entanto, o contribuinte não tem expectativa que seus credores tenham acesso à sua declaração de imposto de renda, tampouco seus concorrentes comerciais. Não espera que seus gastos e sua receita sejam vasculhados pela Polícia Federal, a exceção de existência de mandado judicial específico para esse fim, fundamentado em elementos de provas suficientes para legitimidade e justa causa da quebra de seu sigilo e cujo procedimento seja acompanhado e fiscalizado pelo juízo da causa. Mais longe ainda de sua expectativa de privacidade é a divulgação por meio de jornal televisivo de sua declaração de renda, depois de operação policial, com inquérito inconcluso, portanto sem denúncia e muito menos sem decisão judicial condenatória transitada em julgado. Infelizmente, nossa tradição no que diz respeito ao direito de privacidade é insuficiente e a expectativa de privacidade do contribuinte muitas vezes dissocia-se da práxis.

A Lei Complementar 105/2001 (LC 105/2001) dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e causa polêmica em nosso cenário jurídico.^[29] A LC 105/2001 afasta a necessidade de autorização judicial para violação de sigilo bancário e fiscal, ao permitir que “autoridade administrativa competente” tenha acesso a dados bancários e fiscais quando de investigações administrativas.^[30] Teixeira e Haeblerlin comentam a esse propósito: “Esta exigência da Justiça [de decisão do Poder Judiciário] para limitar o sigilo parece, pois, uma vez prevalecente a constitucionalidade da Lei Complementar nº. 105/2001, ter sido afastada de nosso ordenamento jurídico”. Concordamos com os autores: a LC 105/2001 está na contra-mão do Estado Constitucional Democrático de Direito ao ampliar genericamente o rol das autoridades competentes a terem acesso aos dados dos contribuintes e eliminar a figura do juiz imparcial na violação a direitos fundamentais.^[31]

Cláudio Lemes Fonteles, então Procurador Geral da República, proferiu palestra em Belo Horizonte em que defendia a possibilidade de o Ministério Público^[32] ter acesso ao sigilo bancário e fiscal sem prévia autorização judicial.^[33] Trouxe como argumento:

para que possamos viver em harmonia, não deveríamos respeitar “esses seres”, referindo-se a “delinqüentes” que cometem crimes contra a ordem econômico-financeira, que “quebram a paz social”.[\[34\]](#) O tom do Direito Penal do Inimigo (Jakobs[\[35\]](#)) é acentuado, e o discurso é claro em mostrar que investigados, acusados ou réus, para os quais não vale a presunção de inocência, são “seres” que, em nome do “bem” coletivo[\[36\]](#), não devem ter respeitados seus direitos fundamentais, não devem ter qualquer expectativa de privacidade.

A expectativa de privacidade, no que tange aos dados fiscais, é a máxima possível. O contribuinte espera razoabilidade na fiscalização e a chancela do Judiciário para que seja promovida a fiscalização em seu estabelecimento. Mais uma vez, entendemos que a explicação aqui é a falta de tradição histórico-jurídica de privacidade no ordenamento pátrio, nossa longa convivência com períodos ditatoriais extensos[\[37\]](#) e as experiências, desde o tempo da colônia, de Estados-policiais.[\[38\]](#)

Vejamos as palavras de José Augusto Delgado no que diz respeito à quebra de sigilo bancário, que, *mutatis mutandis*, pode ser aplicado também ao sigilo fiscal:

A atribuição da quebra do sigilo bancário, em um regime democrático onde predomina o respeito maior aos direitos fundamentais da cidadania, deve ser exercido pelo Poder Judiciário, não só porque seus membros atuais são revestidos da garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como porque exercem suas funções com independência absoluta ao Poder interessado na cobrança do tributo e, conseqüentemente, no resultado a ser obtido pela ação fiscal. Esse sistema misto, onde o fisco faz a solicitação motivada para a quebra do sigilo bancário ao Poder Judiciário e este, após analisá-la com objetividade e cautela, defere ou indefere, impõe segurança e confiabilidade na atuação fiscal e sublima o respeito à dignidade do contribuinte.[\[39\]](#)

Toda a expectativa, inclusive a de privacidade, baseia-se na confiança, inclusive a expectativa de privacidade. Segundo Luhmann, a confiança é forte mecanismo de redução de complexidades, e o autor afirma que confiar é viver o futuro no presente.[\[40\]](#) Assim poderíamos dizer sobre expectativa: o comportamento humano baseia-se na expectativa que temos de futuro. Se o contribuinte não confia que terá privacidade, que não há recato e intimidade no que tange a seus bens, suas declarações fiscais, seus livros contábeis e seu sigilo bancário, adequará seu comportamento à nova situação de insegurança. Terá vida fiscal e bancária atenta ao possível *Big Brother* de Orwell.[\[41\]](#)

O art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN)[\[42\]](#) também teve sua legislação “adaptada” à nova vaga de diminuição de privacidade do contribuinte. Conforme a atual redação dada pela Lei Complementar 104/2001, é prescindível a autorização judicial para quebra de sigilo fiscal, pois a autoridade fiscal, no interesse da Administração Pública, pode ter acesso a informações fiscais dos contribuintes. Resta afastado o controle exercido pelo Judiciário, uma vez mais. Observe-se que a redação original do Código de Rubens Gomes de Sousa data de 1966, período de repressão aos direitos fundamentais, mas, agora, sob a égide da Constituição Cidadã, o direito de privacidade do contribuinte é sacrificado.

Aliomar Baleeiro ensinou sobre a primeira redação do art. 198 do CTN: “(...) não envolvem o dever de sigilo os casos *taxativos* do art. 200 – cooperação mútua entre Pessoas de Direito Público e requisição do Poder Judiciário”.^[43] Misabel Derzi acrescenta que os procedimentos da Fazenda Pública constroem o contribuinte com a divulgação de listas de “pretensos” devedores, além de pedidos de falência e de prisão meramente ameaçadores; que, assim, o Fisco age deslealmente e de má-fé.^[44] Acrescentamos: com esse comportamento o Estado-fisco fere o direito de privacidade do contribuinte.^[45]

4. Pontos analisados do Acordo - Histórico

O Acordo^[46], celebrado em 20 de março de 2007, em Brasília, permite a troca de informações fiscais entre Brasil^[47] e Estados Unidos da América. Tal Acordo foi fixado a fim de que possibilite a assinatura de outro pacto, entre as mesmas partes, para evitar a bitributação.^[48] Conforme Flávio Leite, coordenador técnico do Fórum de Altos Executivos de Empresas Brasil-Estados Unidos (grupo formado por executivos de dez grandes empresas brasileiras e dez americanas), o intercâmbio de informações é pré-requisito para avançar nas negociações do tratado que elimina a bitributação. Porém, a aprovação do decreto legislativo 416/07, que efetiva o ajuste, é causa de debates e críticas na comunidade jurídica brasileira.

Em parecer emitido na CCJC, o Deputado Relator afirma que todo tratado para evitar bitributação contém cláusulas de troca de informações. Por isso, é desnecessário que o Brasil ratifique o Acordo em questão, almejando continuar nas negociações com os Estados Unidos sobre o fim da bitributação, que já duram quarenta anos, pois as cláusulas sobre troca de informações são acessórias ao tratado contra bitributação, esse, sim, de interesse do Brasil.^[49] Ressalta que a quase totalidade dos países com os quais os EUA mantêm Acordo semelhante são típicos países de lista negra (*black list*) para atividades tributárias ilícitas e que promovem a erosão de base tributária da América Nortista.^[50] Lembra, ainda, que, dos países que integram o BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China)^[51], somente o Brasil não mantém Acordo para evitar a bitributação com os Estados Unidos, sendo que os demais não precisaram de Acordo de intercâmbio de informações anteriormente.

4.1. Pontos de discussão do Acordo

O Artigo III, especificamente em seu terceiro ponto, dispõe que o Acordo não se aplicará quando ação ou procedimento relativo a tributos por ele visados estiver prescrito segundo a legislação da parte requerente. Dito de maneira direta, ainda que prescrito o crédito tributário de Acordo com a lei da parte requerida, esta deverá fornecer os dados solicitados de seu contribuinte à requerente.

ARTIGO III - Tributos Visados

(...).

3. Este Acordo não se aplicará na medida em que uma ação ou procedimento relativo a tributos por ele visados estiver prescrito segundo a legislação da Parte requerente.

(...).

No Artigo IV, em seu primeiro ponto, há definição de “autoridade competente” para requisitar dados fiscais. Para o Brasil, apresentam-se apenas duas autoridades, o Ministro da Fazenda e o Secretário da Receita Federal, enquanto que, para os Estados Unidos da América, o rol de autoridades é ilimitado, uma vez há referência ao Secretário do Tesouro e, de forma genérica, a qualquer representante devidamente autorizado. Portanto, além de o Fisco americano, outras autoridades, como o FBI e a CIA, podem fiscalizar os contribuintes brasileiros, realizando investigações em nossa jurisdição.[\[52\]](#)

ARTIGO IV - Definições

1. No presente Acordo:

- "autoridade competente" significa, para a República Federativa do Brasil, o Ministro da Fazenda, o Secretário da Receita Federal e para os Estados Unidos da América, o Secretário do Tesouro ou seu representante, ou seus representantes autorizados;

(...).

No Artigo V, ponto um, há disposição que permite que as informações sejam intercambiadas independentemente de a Parte requerida delas necessitar, seja para propósito criminal ou tributário.

ARTIGO V - Intercâmbio de Informações a Pedido

1. A autoridade competente da Parte requerida deverá fornecer, a pedido da Parte requerente, informações para os fins mencionados no Artigo I. Tais informações deverão ser intercambiadas independentemente de a Parte requerida delas necessitar para propósitos tributários próprios ou de a conduta sob investigação constituir crime de Acordo com as leis da Parte requerida, caso ocorrida em seu território. A autoridade competente da Parte requerente deverá formular um pedido de informações com base neste Artigo apenas quando impossibilitada de obter as informações solicitadas por outros meios, exceto quando o recurso a tais meios acarretar dificuldades desproporcionais.

(...).

O terceiro ponto do Artigo VII dispõe que o pedido de informações não deverá ser recusado sob a alegação de que a responsabilidade tributária que embasa a solicitação seja objeto de questionamento por parte do contribuinte.

ARTIGO VII - Possibilidade de Recusar um Pedido

(...).

3. Um pedido de informações não deverá ser recusado sob a alegação de que a responsabilidade tributária que embasa o pedido está sendo questionada pelo contribuinte.

(...).

O item um do Artigo VIII versa sobre a confidencialidade das informações. Segundo sua redação, as autoridades, em poder das informações sigilosas obtidas, podem cedê-las para quaisquer outros órgãos da Administração.

ARTIGO VIII - Confidencialidade

1. Quaisquer informações recebidas pela Parte requerente sob o presente Acordo deverão ser tratadas como confidenciais e poderão ser reveladas a pessoas ou autoridades (inclusive tribunais e órgãos administrativos) na jurisdição da Parte requerente envolvida com o lançamento ou cobrança dos tributos visados por este Acordo, com a execução ou instauração de processos versando sobre esses mesmos tributos, ou com a decisão de recursos em relação a tais tributos, ou a órgãos de supervisão, e apenas na medida necessária para que aquelas pessoas, autoridades ou órgãos de supervisão exerçam suas respectivas atribuições. Tais pessoas ou autoridades deverão utilizar tais informações apenas para tais propósitos. As informações poderão ser reveladas em procedimentos públicos dos tribunais ou em decisões judiciais. As informações não poderão ser reveladas para nenhuma outra pessoa, entidade, autoridade ou qualquer outra jurisdição sem o consentimento expresso, por escrito, da Parte requerida.

(...).

5. Análise dos pontos do Acordo em confronto com o direito de privacidade

Não devemos facilitar a tarefa dos curiosos mal intencionados mexeriqueiros; para proteger a vida privada de cada um contra o clamor maldoso de outros, parece lógico começar por regulamentar o acesso às diversas fontes de informações de ordem íntima (gabinetes, debates judiciários), pois, ao aplicar-se de forma acriteriosa o princípio da publicidade das informações, arriscamos tornar livres as informações relativas à vida privada de uma pessoa a terceiros ávidos de fofocas![\[53\]](#) (tradução nossa)

Abrimos esse item com a análise do ponto um do Artigo V do diploma internacional ora em questão, por considerá-lo matéria central de nosso debate. Isso porque nele condensa-se a violação ao direito de privacidade dos contribuintes afetados pelo ajuste em relação à sua expectativa de privacidade. Senão vejamos.

O Artigo I define como objeto do Acordo a troca de informações tributárias ou penal-tributárias[54], o que chamaremos de tributárias *lato sensu*. Entendemos que as informações devem ser consideradas tributárias *lato sensu* em ambas as legislações. Caso contrário, uma das partes pode receber informação sobre os contribuintes da outra, ainda que tais contribuintes sejam cumpridores rigorosos de suas obrigações fiscais, dessa forma sem qualquer expectativa de terem seus dados desvelados pelo Fisco alienígena. Mas não é assim que dispõe o item um do Artigo V.

Criemos uma hipótese a fim de ilustrar como tal disposição caracterizar-se-ia maléfica na realidade. Os contribuintes de dada região brasileira não têm quaisquer débitos fiscais conforme a legislação nacional, bem como são insuspeitos de algum crime fiscal. Todavia, o governo norte-americano acredita que, por serem tais contribuintes de certa origem étnica comum e por professarem a mesma religião, são potenciais agressores da pátria da América Nortista. Daí surge o interesse das autoridades estadunidenses em investigar de perto os cidadãos brasileiros com perfil criminoso em potencial – e sabemos que o direito penal norte-americano, hoje mais do que nunca, é direito penal do inimigo.[55]

Ora, se o objeto da investigação não é ilícito no Brasil, a toda evidência, falta interesse público que justifique a submissão de um cidadão brasileiro ou de suas empresas ao escrutínio de funcionários de governo estrangeiro, em solo pátrio.[56]

Como, pelos termos do Acordo, a Parte requerida deve informar a requerente, ainda que o fato não constitua crime-fiscal ou infração administrativo-fiscal em sua legislação, na hipótese aventada, o Estado brasileiro ver-se-ia compelido a expor informações sigilosas de seus cidadãos probos diante de investigação fundada em sistema penal incompatível com a nossa Constituição. Isso porque a disposição do ponto um do Artigo V permite a permuta de tais informações, ainda que a Parte requerida delas não necessite para propósitos penais ou fiscais.

A definição de “leis penais” é igualmente gravíssima, pois determina que “leis criminais” serão aquelas assim interpretadas pelas “autoridades competentes” (Art. X) “independentemente de estarem contidas em leis tributárias, no Código Penal ou em outros diplomas legais” (Art. IV). Ou seja, crime tributário é aquilo que as autoridades fazendárias do Brasil ou dos Estados Unidos, em sua própria e peculiar interpretação, assim entenderem. Isto, sem dúvida nenhuma, viola frontalmente o princípio da legalidade (...).[57]

Suponhamos que o Acordo seja ratificado pelo Congresso Brasileiro e passe a vigorar entre nós. A expectativa de privacidade do contribuinte brasileiro jamais seria a de que, para qualquer que fosse o fim, autoridades estadunidenses pudessem vasculhar seus dados fiscais. Mais: não sendo o motivo da troca de informação alguma investigação tributária ou penal-tributária conforme as leis que se presume conhecerem os contribuintes nacionais, questionamo-nos para que outros fins poderiam as autoridades americanas desejar saber dos dados dos contribuintes brasileiros. Seria o exercício de curiosidade maligna, como questiona Nerson^[58] a propósito da investigação indiscreta? ^[59]

A valer o Acordo no Brasil, autoridades administrativas teriam o poder de ceder informações do sigilo fiscal a outras autoridades administrativas, estrangeiras. Repisamos nosso entendimento, esposado pela maioria da doutrina tributarista, no sentido de que só o magistrado, pela sua constitucional atribuição, tem a imparcialidade necessária para determinar a quebra do sigilo fiscal. Abrir o sigilo às autoridades administrativas (como pretende a inconstitucional disposição do art. 6º da LC 105/2001 e o Acordo internacional em exame), e permitir que essas autoridades “exportem” o sigilo fiscal, retiraria a informação fiscal da esfera do segredo diretamente para a esfera do público.

Não concordamos com a supressão de direitos fundamentais, em especial a pretexto de “salvaguardar” a ordem econômico-financeira internacional genericamente. Não concordamos com o regresso ao paradigma do *in dubio pro societate*, que derruba a presunção de inocência; não enquanto vivermos no Estado Constitucional de Direito. Portanto, não concordamos com o fim do sigilo fiscal, tampouco com a exportação dos dados fiscais dos contribuintes brasileiros.

Nesta realidade grega, que nos vem como paradigma, as questões que prevalecem, como se demonstrou, são as da vida pública: *‘Na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente’*. Assim, o homem aparece estando como instrumento para garantir a auto-suficiência da sociedade, estando à sua mercê. Tudo aquilo que é relevante deve ser tratado como público, podendo ser visto e ouvido por todos. O indivíduo, em confronto com o político, deve ceder”.^[60]

Contudo não vivemos sob o paradigma do homem como instrumento do Estado. A proposição em ordem inversa seria bastante mais compatível com a atual ordem constitucional, que tira fundamento da dignidade da pessoa humana. O contribuinte tem o direito de ser deixado tranquilo e de confiar que sua expectativa de privacidade fiscal não está dissociada da realidade. O cidadão deve poder acreditar que a devassa é coisa do passado, que ele é presumido inocente e que conta com juiz imparcial para determinar e acompanhar eventual quebra de sigilo fiscal. Não queremos o contribuinte paranóico, cujo ânimo possa fazê-lo passar de vítima a infrator, mas o contribuinte seguro que seus direitos serão respeitados.

(...) o segredo é a regra, contra a invasão do público contra o privado, e a publicidade é a exceção. (...)

(...) a exceção, enquanto derrogação de um princípio dado como verdadeiro, deve ser justificada com base em outros princípios dados também como verdadeiros, ou então deduzindo um argumento das conseqüências de sua aplicação em um caso específico.[\[61\]](#)

Passemos ao estudo do ponto terceiro do Artigo III do Acordo internacional entre Brasil e EUA. Mais uma vez, deparamo-nos com ofensa à expectativa de privacidade do contribuinte, pois, ao saber prescrito dado tributo, conforme o ordenamento de seu país, ele ficaria tranqüilo. Contudo, em sendo mais extenso o período para prescrição no outro país signatário do Acordo, o cidadão ora dobraria seu trabalho, certificando-se de que a prescrição ocorreu também no outro país, ora teria sua privacidade violada, pois se descuidou quanto a leis que lhe são estranhas. Em ambas as situações, seu direito de ser deixado em paz sucumbiu.

No primeiro ponto do Artigo IV, há evidente assimetria entre as autoridades brasileiras e as americanas que detêm competência para requisitar informações fiscais. O rol dos estadunidenses é de número indefinido, pois se refere a qualquer representante autorizado, enquanto o brasileiro se restringe a duas altas autoridades político-administrativas – o Ministro da Fazenda e o Secretário da Receita Federal. A reciprocidade ferida nesse dispositivo do Acordo nos levaria a entender que a requisição de informações por parte dos EUA será de tal monta que se abre a possibilidade de numerosos agentes serem designados para debruçarem-se sobre os dados dos contribuintes brasileiros. A atuação do Brasil, no entanto, tende a ser mais modesta, pois só duas altas autoridades ocupar-se-ão dos dados dos contribuintes da América Nortista. Abre margem, entretantes, à interpretação de que os dados dos contribuintes de uma das partes são “mais sigilosos” que os da outra, porquanto só podem ser requisitados por duas únicas autoridades de alto escalão.

Ou seja, qualquer funcionário subalterno do governo estrangeiro, desde que por ele autorizado, poderá submeter as autoridades fazendárias pátrias e os cidadãos e empresas [sic] brasileiros aos constrangimentos e alta interferência alienígena determinados pelo Acordo.[\[62\]](#)

O ponto terceiro do Artigo VII dispõe que, ainda que questionadas, em juízo ou administrativamente, as informações devem ser fornecidas. No que se refere ao direito de privacidade, o contribuinte teria seus dados entregues, sem que quanto a eles houvesse certeza, pois que questionados estavam. O direito de privacidade estaria enterrado, junto à expectativa de fidedignidade das informações.

Também o acesso à justiça, o princípio da presunção de inocência e o da verdade material em Direito Tributário são sacrificados. Isso porque, em se questionando judicialmente certo lançamento, por exemplo, o contribuinte brasileiro tem direito a Certidão Positiva de Débitos Fiscais com efeito de negativa, devendo ser tratado como contribuinte pontual. Em face do Fisco americano, entretanto, o mesmo contribuinte teria seu *status* alterado. O contribuinte seria descumpridor de suas obrigações fiscais, podendo sofrer restrições de crédito, de contratação ou mesmo de ingresso nos EUA, ao passo que, frente ao Fisco ao qual supostamente deveria, será tratado como inocente. Paradoxal.

Assim, o brasileiro, sem sequer conhecer o objeto da fiscalização – uma vez que, além da confidencialidade exigida das autoridades fazendárias domésticas (Art. VII), o ato supostamente investigado não será necessariamente um ilícito pela legislação pátria -, ficaria privado de garantias derivadas de preceitos *magnos* da Constituição Brasileira garantidoras [sic] da ampla defesa e do contraditório, em processo judicial ou administrativo (inc. LV do art. 5º), bem como ao devido processo legal (inc. LIV do art. 5º).[\[63\]](#)

No item um do Artigo VIII discorre-se sobre a confidencialidade dos dados. Como entendemos que os dados fiscais são sigilosos e afetos ao círculo dos segredos, seria despidendo tratar-se sobre sua noção de confidência, especialmente em termos contraditórios como fez o Acordo. Ao dispor sobre aqueles para quem poderia ser revelada a informação fiscal, o Artigo VIII afirma que “pessoas ou autoridade”, indeterminadamente, podem ter acesso aos dados. É compatível o sigilo e a possibilidade de repasse da informação a quaisquer pessoas, entidades ou autoridades? Acreditamos que não. De acordo com o Deputado Relator Regis de Oliveira, há possibilidade de disseminação “[d]o conhecimento e [d]o uso das informações mais relevantes e exclusivas obtidas junto a cidadãos e empresas brasileiras”.[\[64\]](#) Continua o Deputado:

Destarte, o sigilo fiscal, como expressão do direito à intimidade e à privacidade (incs. X e XII do art. 5º da CF) e também a proteção às criações e segredos industriais, comerciais, dos negócios e profissionais de nacionais e empresas brasileiras (inc. XXIX do art. 5º), pelo Acordo ora sob análise do Congresso Nacional, ou são ignorados ou reduzidos à irrelevância ante a possibilidade de sua disseminação generalizada a qualquer terceiro, desde que obtida uma simples (e secreta) autorização da autoridade fiscal. Destarte, além do risco real de se reduzir a pó a proteção ao sigilo, à privacidade e à intimidade constitucionalmente consagrados (e também a legítima proteção aos segredos empresariais), em uma só penada a parte final do Artigo VIII indevidamente atribui às autoridades fiscais brasileiras a capacidade de, por via oblíqua, incorporar e substituir a competência privativa do Presidente da República (art. 84, VIII) para firmar Tratados e Acordos Internacionais e exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, I), para referendá-los.[\[65\]](#)

6. Últimas considerações

No mundo globalizado em que vivemos, sustentado pela troca de informações e pelos avanços tecnológicos, o comércio internacional é indubitavelmente importante gerador de riquezas, afetando nossas vidas, seja de forma direta ou indireta. Dentro desse cenário, os acordos que evitam a bitributação são de grande relevância, principalmente se realizados com a intenção de desonerar as relações comerciais com valorosos parceiros econômicos, como é o caso dos EUA. Certas autoridades no assunto dizem ser imprescindível acordo que envolva a troca de informações tributárias, pré-requisito fundamental para futuro pacto que elimine a bitributação. Porém em nenhum dos demais países que integram o BRIC foi necessária a assinatura prévia de acordo que defina o intercâmbio de informações fiscais. Diante disso, nos indagamos: em face da simples **possibilidade** de assinatura de tratado que evitará a bitributação, devemos abrir mão do resguardo às informações fiscais?

Passaremos em revisão os principais tópicos deste trabalho, especialmente no que se refere ao direito de privacidade. Sabemos, que de acordo com a teoria dos círculos concêntricos, as informações fiscais situam-se dentro da esfera do segredo, que é aquela de espaço menos abrangente, como entendem Teixeira e Haeblerlin. Esses dados são protegidos pelo direito de privacidade regulado no art. 5º, X, de nossa Carta Maior e, em certos casos, pelo sigilo profissional no art. 5º, XIV, também da CF 88, e, como ensina Adércio Leite, a privacidade é entendida como direito fundamental e da personalidade, portanto, indisponível. Acreditamos que o Acordo com os Estados Unidos para intercâmbio de informações fiscais é espécie de ingerência indevida do Estado e, definitivamente, molesta o direito de privacidade e a expectativa de privacidade do contribuinte probo, uma vez que o tratado abrange todos os cidadãos brasileiros.

Logo, acreditamos que o direito de privacidade prevalece sobre disposições inconstitucionais de violação de sigilo fiscal dos contribuintes brasileiros. Não devemos abrir mão de nossa privacidade, em razão de possível pacto sobre a bitributação, pois este, necessariamente, englobaria cláusulas que envolvam a intercâmbio de dados.

7. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de (coord.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJP, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Atualizadora: DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BELLEIL, Arnaud. @-**Privacidade** – O mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na internet. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BRASIL. **Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, assinado em 20 de março de 2007**. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: www.mre.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. **Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. **Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. **Parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007**, Dr. Regis de Oliveira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008

BRASIL. **PDC 413/2007**. Câmara dos deputados Federais. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 15 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21.729-4/DF**. Voto do Ministro Francisco Rezek. Brasília: 30 ago. 1995. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/juri5.htm>. Acesso em: 20 set. 2008.

DIAS, José Carlos. As garantias do sigilo fiscal e bancário e o combate aos crimes contra a ordem tributária e outras práticas criminosas. *In* DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.) **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, Jul./dez. 2004, p. 179-84.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Revista de Direito Bancário, do mercado e de capitais e da arbitragem**. São Paulo: RT, n. 14, ano 4, ou./dez. 2001.

FONTELES, Cláudio Lemes. As garantias do sigilo fiscal e bancário e o combate aos crimes contra a ordem tributária e outras práticas criminosas. *In* DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.) **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, Jul./dez. 2004, p. 185-90.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo ou inimigos do Direito penal. *In* **Revista Jurídica eletrônica Unicoc**. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em 20 set. 2008.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Universidad Iberoamericana e Anthropos, 1996.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

NERSON, Roger. *La protection de la vie privée en droit positif français*. In **Revue internationale de droit comparé**. Ano 1971, v. 23, nº. 04, p. 737-764. Disponível: www.persee.fr. Acesso em: 20 set. 2008.

ORWELL. George. **1984**. Nova York: [A Signet Classic](http://www.signetclassic.com), s/d.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 19 set. 2008.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada** – uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo horizonte: Del Rey, 1998.

SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. **Violação do direito de privacidade pelos bancos de dados informatizados**. Tese (Pós-graduação em Direito Civil) - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Ipejur). Agosto de 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet** – Um enfoque jurídico. São Paulo: Edipro, 2001.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. **A proteção da privacidade** – Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. In **Harvard Law Review**. 1890.

Wikipedia (em inglês). Disponível em: <http://en.wikipedia.org/>. Acesso em 15 set. 2008.

Wikipedia (em português). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/>. Acesso em 20 set. 2008.

[1] *"In all cases when the King is party, the sheriff may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the King's process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors"* (Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Semayne%27s_case> .Acesso em 15 set. 2008)

[2] A expressão "direito a ser deixado a sós" ou em paz (*right to be left alone*) foi criada pelo juiz norte-americano Thomas Cooley, em 1888. SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 18.

[3] RÖDER, *Grundzüge des naturrechts oder der rechtsphilosophie*, 1863, p. 91. Apud SAMPAIO, José Adécio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 55.

[4] **A proteção da privacidade** – Aplicação na quebra de sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005, p. 43-4.

[5] SAMPAIO. Op. cit., p. 56.

[6] Idem. Ibidem.

[7] WARREN e BRANDEIS. p. 207 .

[8] *Amendment 4: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

Amendment 5: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

[9] Lembrar que nos EUA os Estados-membros têm competência para legislar em matéria penal. Daí advém o fato de certa conduta ser criminalizada em um estado , mas não ser tipificada em outro.

[10] Justice Stewart escreveu: *"No less than an individual in a business office, in a friend's apartment, or in a taxicab, a person in a telephone booth may rely upon the protection of the Fourth Amendment"*. Disponível em: www.wikipedia.org. Acesso em: 19 set. 2008.

[11] *A warrant is required before the government can execute a wiretap, and the warrant must be sufficiently limited in scope and duration.* Ibidem.

[12] Art. 12: Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.

[13] SAMPAIO. Op. cit., p. 274.

[14] ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de direito Virtual, 2005, p.157.

[15] LAFER, Celso *Apud* SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. Violação do direito de privacidade pelos bancos de dados informatizados. Tese (Pós-graduação em Direito Civil) - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Ipejur). Agosto de 2008, p. 108.

[16] TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit., p. 83.

[17] Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Expectation_of_privacy#References> . Acesso em 16 set. 2008.

[18] *Il diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950, p. 99. *Apud* TEIXEIRA e HAEBERLIN. **A proteção da privacidade** – Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005, p. 66.

[19] *Idem*, p. 76.

[20] SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na internet** – Um enfoque jurídico. São Paulo: Edipro, 2001, p. 16-7.

[21] Como já vimos no caso *The man's house is his castle*.

[22] HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004, p. 2301.

[23] SILVA NETO. Op. cit., p. 17.

[24] Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 19 set. 2008.

[25] “E é exatamente neste pequeno universo do segredo que se encontra a proteção dos sigilos bancário e fiscal”. TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit., p. 85.

[26] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 set. 2008.

[27] TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit., p. 91.

[28] Tércio Sampaio Ferraz Júnior disse: “Não sendo expressa a menção a sigilo bancário na Constituição, seu estatuto constitucional depende de interpretação”. Sigilo

Bancário. **Revista de Direito Bancário, do mercado e de capitais e da arbitragem**. São Paulo: RT, n. 14, ano 4, ou./dez. 2001, p. 13.

[29] “(...) esta LC [em referência à LC 105/2001] constitui um abuso e violenta a Constituição”. DIAS, José Carlos. As garantias do sigilo fiscal e bancário e o combate aos crimes contra a ordem tributária e outras práticas criminosas. In DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.) *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez. 2004, p. 184.

[30] Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

[31] José Carlos Dias declara ser sua posição a de que somente o magistrado pode quebrar o sigilo bancário e fiscal, posição também assumida pelo Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 183.

[32] No sentido da possibilidade de o Ministério Público poder ter acesso a dados sigilosos do contribuinte ver voto do Min. Francisco Rezek, no MS 21.729-4, DF, 30 ago. 1995.

[33] FONTELES, Cláudio Lemes. As garantias do sigilo fiscal e bancário e o combate aos crimes contra a ordem tributária e outras práticas criminosas. In DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.) **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, Jul./dez. 2004, p. 185.

[34] “Hoje, eu ensino que uma sociedade para viver precisa de uma coisa fundamental que se chama paz social, e o delinqüente, seja ele uma pessoa isolada, seja um grupo de pessoas, e seja o que nós estamos vivendo hoje, a macro-criminalidade sofisticada, esses seres, que temos que respeitar como seres humanos, quebram a paz social”. Op. cit., p. 186.

[35] “Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais)”. GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo ou inimigos do Direito penal. In **Revista Jurídica eletrônica Unicoc**. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em 20 set. 2008.

[36] Lembramos que a experiência histórica da humanidade mostra que em nome do ‘bem’ foram cometidas as maiores atrocidades contra nossos semelhantes.

[37] Nesse sentido, ROHRMANN, Op. cit. p. 141.

[38] Os ritos processuais da devassa tiveram lugar no Brasil colônia até a outorga do Código Penal do Império. A devassa guarda características inquisitoriais, pois as figuras de julgador e acusador se confundem numa só pessoa e não há direito ao contraditório.

[39] Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. *In Interesse Público*, nº. 15. Porto Alegre: Notadez, 2002 *Apud* TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit., p. 105.

[40] LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Universidad Iberoamericana e Anthropos, 1996.

[41] 1984. *A Signet Classic*: Nova York, s/d.

[42] Redação anterior à LC 104/2001:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Redação atual dada pela LC nº. 104, de 10.1.2001:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

[43] **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Atualizadora: DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 1.002.

[44] Idem. Ibidem.

[45] Poderíamos nos alongar em novas legislações tributárias e alterações no CTN que ferem o direito de privacidade do contribuinte; todavia, não temos a pretensão de, neste trabalho, esgotar o tema, mas apontar algumas mudanças que sinalizam no sentido de diminuição da esfera de privacidade do contribuinte.

[46] Não temos como objetivo neste trabalho questionar a adequação do *nomen juris* conforme as normas de Direito Internacional. Portanto, não adentramos no mérito de se o conteúdo do diploma é relativo ao tipo tratado ou Acordo.

[47] Não trataremos da competência do Presidente da República para firmar Acordos/tratados internacionais, nem da possibilidade de delegação de competência. Para mais informações sobre competência, remetemos o leitor ao parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007, Dr. Regis de Oliveira, disponível em: www.camara.gov.br, que aborda com muita pertinência a questão.

[48] Para comentário acerca da prescindibilidade de Acordo para intercâmbio de informações fiscais antecedente a tratado com vistas a eliminar a bitributação, remetemos o leitor ao parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007, Dr. Regis de Oliveira, disponível em: www.camara.gov.br, que aborda com muita pertinência a questão.

[49] Lembramos que o Deputado Relator votou pela inconstitucionalidade do Projeto de Decreto Legislativo 413/2001, apontando diversos vícios de constitucionalidade, inclusive ofensa ao direito de privacidade de dados fiscais.

[50] BRASIL. **Parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007**, Dr. Regis de Oliveira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008, p. 12-3.

[51] “BRIC é um **acrônimo** criado em novembro de 2001 pelo economista Jim O’Neill, do grupo **Goldman Sachs**, criou o termo para designar os 4 (quatro) principais países emergentes do mundo, a saber: **Brasil**, **Rússia**, **Índia** e **China** no relatório “*Building Better Global Economic Brics*”. Usando as últimas projeções demográficas e modelos de acumulação de capital e crescimento de produtividade, o grupo Goldman Sachs mapeou as economias dos países BRICs até **2050**. Especula-se que esses países poderão se tornar a maior força na **economia** mundial”. Disponível em: www.pt.wikipedia.org. Acesso em: 20 set. 2008.

[52] Não tratamos neste trabalho da questão da soberania que os países detêm para realizarem Acordos internacionais. Para mais informações sobre a ofensa à soberania brasileira pelo Acordo em comento, remetemos o leitor ao parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007, Dr. Regis de Oliveira, disponível em: www.camara.gov.br, que aborda com muita pertinência a questão.

[53] *“Il ne faut pas faciliter la tâche des curieux mal intentionnés et cancaniers; pour protéger la vie privée de chacun contre le clabaudage d’autrui, il paraît logique de commencer par réglementer l’accès à diverses sources de renseignements d’ordre intime (bureaux de l’état civil, débats judiciaires), car, à vouloir appliquer inconsidérément le principe de la publicité des informations, on risque de livrer des informations touchant à la vie privée d’une personne à des tiers avides de commérages!”*. NERSON, Roger. *La protection de la vie privée em droit positif français*. Ano 1971, v. 23, nº. 04, p. 737-764. Disponível: www.persee.fr. Acesso em: 20 set. 2008, p. 749.

[54] ARTIGO I - Objeto do Acordo. As Partes assistir-se-ão mediante o intercâmbio de informações que possam ser pertinentes para a administração e o cumprimento de suas leis internas concernentes aos tributos visados por este Acordo, inclusive informações que possam ser pertinentes para a determinação, lançamento, execução ou cobrança de tributos em relação a pessoas sujeitas a tais tributos, ou para a investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal. As Partes assistir-se-ão mediante o intercâmbio de informações a pedido conforme o Artigo V e por outras formas conforme acordado pelas autoridades competentes segundo o Artigo X, em conformidade com os termos deste Acordo.

[55] Direito penal que subtrai os benefícios dados aos demais cidadãos dos infratores de normas penais “perigosas” (criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais etc.). “Inimigo: o indivíduo que não [se] admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como o de se comunicar com seu advogado constituído”. GOMES. Op. cit., p. 01.

[56] BRASIL. **Parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007**, Dr. Regis de Oliveira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008, p. 14.

[57] Idem. P. 16.

[58] Op. cit., p. 742.

[59] Lembrar que no Direito Francês mesmo o acesso a informações contidas em certidão de nascimento são consideradas sigilosas e só podem ser expostas ao titular da certidão, seus ascendentes e descendentes ou procurador do titular. NERSON. Op. cit., p. 750. Ao contrário, no Brasil as certidões de nascimento são públicas, bem como sairão da esfera do segredo as informações fiscais dos contribuintes brasileiros, caso ratificado o Acordo com os EUA.

[60] TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit. p. 31.

[61] BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 414 *Apud* TEIXEIRA e HAEBERLIN. Op. cit., p. 92.

[62] BRASIL. **Parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007**, Dr. Regis de Oliveira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008, p. 16.

[63] BRASIL. **Parecer do Deputado Federal Relator do Projeto de Decreto Legislativo nº 413/2007**, Dr. Regis de Oliveira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008, p. 15.

[64] *Idem*, p. 17.

[65] *Idem*. *Ibidem*.

**TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS E
PENSAMENTO CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEO**

REFORMA POLÍTICA, FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO*

POLITICAL REFORM, PARTY LOYALTY AND THE CRISIS OF BRAZIL'S REPRESENTATIVE SYSTEM

**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Alceu José Cicco Filho**

RESUMO

O estudo que ora se desenvolve encontra-se alicerçado no ramo da ciência jurídica denominado Direito Constitucional, trazendo em seu bojo o escopo de analisar, investigar e conflitar posições doutrinárias, jurisprudenciais e legais, no que tange à fidelidade partidária e a necessidade de sua implementação face a um sistema representativo doente e severamente molestado. Inserida no seio da Reforma Política, a fidelidade partidária representa indubitavelmente o sonho, talvez adormecido, de representantes pro societatis, pautados na razão primeira do mandato que é, por certo, a de refletir no poder as vozes que bradam dos vários segmentos da Polis. Nesse contexto, a análise do tema reveste-se de essencialidade, sobretudo em um cenário político cada vez mais decadente e fragmentado, insurgindo-se em forma de ameaças à governabilidade e à estabilidade do regime democrático, atributos estes que necessariamente devem permear o exercício do mandato.

PALAVRAS-CHAVES: FIDELIDADE PARTIDÁRIA; REFORMA POLÍTICA; SISTEMA REPRESENTATIVO; SOBERANIA POPULAR.

ABSTRACT

The study now in consideration is supported on the branch of the juridical science known as constitutional law, bringing into its midst the scope of analyzing, investigating and conflicting doctrine, jurisprudential and legal positions, in relation to party loyalty, and the need for its implementation, which leads to an unhealthy representative system. Inserted within the political reform, party loyalty undoubtedly represents the dream of representatives pro societatis, focused on the principal reason of their mandate, which is to reflect the power of the voices that roar from the various segments of the Polis. In this context, the analysis of the subject is essential, especially in a political scenario increasingly fragmented and decadent that revolts in the form of threats to the stability and governance of the democratic system, attributes which must necessarily permeate their mandate.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: PARTY LOYALTY; POLITICAL REFORM; REPRESENTATIVE SYSTEM; POPULAR SOVEREIGNTY.

1. Palavras Iniciais

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito vincula-se, indissociavelmente, às revoluções burguesas do século XVIII. Contestatórias e transformadoras, tais revoluções simbolizaram a negação a um determinado modelo de sociedade ao proporem a articulação de temas fundamentais tais como: a igualdade natural dos homens, a defesa do regime representativo e a limitação ao exercício da soberania fundada sobre os direitos subjetivos individuais.

Do Estado absolutista, de estrutura estamental rígida e divisão de classes marcantes, ao Estado de Direito, foram elaboradas profundas redefinições nas relações de poder.

A evolução da condição de súdito[1] para a de cidadão – síntese da ideologia iluminista - passou a atribuir ao Homem papel central na dinâmica histórica e o progresso a ser concebido como imanente e não transcendente ao indivíduo, resultado de sua racionalidade e intelegibilidade.[2]

Neste diapasão, a definição de “povo” para o Direito liberal somente adquire sentido a partir do processo constituinte, base consensual do poder - *consensus constitutionis* – a refletir-se na normatividade vigente. Liame entre a juridicidade, o político e a legitimidade, o processo constituinte expressa uma decisão individualizada a partir dos valores implícitos no pacto,[3] com o objetivo de equilibrar a relação de dominação do Estado.

Ao traçar os parâmetros normativos de sua existência, o povo constituiu-se em nação una e indivisível. Decorre daí que, quanto maior a participação popular na legislação e na organização do governo, mais efetiva a democracia.

O Estado democrático de direito tem no processo eleitoral um importante mecanismo de legitimação. Por meio dele é instaurado o debate público em que todos os cidadãos participam, consoante as regras que limitam e organizam a forma como as divergências serão propostas e as expectativas expressas. O seu resultado tem o caráter de um consenso generalizado e estabilizador do sistema político.[4]

Admissível reconhecer, portanto, a partir de tal compreensão, que o poder provém do povo e deve ser exercido em seu interesse, donde emana o pressuposto básico da legitimidade. O eixo central desta colocação presume que o processo de legitimação democrática conjectura com a autonomia coletiva, mas esta não pode ser exercida sem a explicitação das oposições e contradições que lhe são inerentes em razão dos diferentes e conflitantes interesses individuais. Por isto, a fidelidade partidária revela-se como um mecanismo eficiente de preservação da integridade dos interesses antagônicos nas relações dos indivíduos com o Estado.

Certo é que, a faticidade do sistema representativo como elemento de composição de uma sociedade democrática, dá origem a uma determinada concepção de bem comum, expressa pela suposta existência de uma vontade coletiva e pela possibilidade de aferi-la. Quando o parlamentar legisla, dá forma e realiza, ao mesmo tempo, a vontade nacional. O eleitor influi apenas no momento da escolha de seu representante. Este, uma vez eleito, adquire independência decisória total em relação ao primeiro. O representante atuará, pois, como um catalizador da vontade do povo. Na verdade, o exercício de delegação da *voluntas* popular ao Parlamento pressupõe a delegação da própria idéia de bem comum e aí reside, em última análise, o fundamento da legitimidade no contexto teórico da democracia liberal.

Ora, se a idéia do sistema representativo rejeita o mandato imperativo, encarado como a negação do interesse geral porque renega a relação de reciprocidade entre a coletividade e o Estado e reduz o representante a um mero porta-voz das pretensões individuais de seus eleitores, deve, igualmente, rejeitar a possibilidade de sua desvinculação dos quadros partidários sob cuja égide ascendeu às bancadas congressuais, sob pena de conspurcar a vontade popular manifestada nos sufrágios recebidos para o desempenho do mandato. [5]

“A constitucionalização dos partidos políticos” ou “incorporação constitucional dos partidos” (Hesse) implica que eles deixem de ser apenas uma realidade sociológico-política (...),”[6] para denotar a sua primazia na organização governamental contemporânea. Submetidos às realidades nacionais, às ideologias e às estruturas sócio-econômicas, encontram-se condicionados aos regimes políticos adotados. Neste contexto, a conceituação de partido político adquire conotação variante, consoante o modelo ideológico sob o qual se alicerça a sociedade

Assim, elaborar um conceito de partido político unívoco, que englobe as diferentes realidades sociais - fator determinante para a explicitação de seu verdadeiro sentido - é tarefa árdua. Em termos gerais, pode-se defini-lo “como um grupo de pessoas organizadas com o fim de exercer ou influenciar o poder do Estado para realizar total ou

parcialmente um programa político de caráter geral.”[7] Dito de outra forma, o partido político pode ser compreendido como uma organização, cujos membros partilham determinadas idéias que os vinculam e os identificam, levando-os a associarem-se com o objetivo de alcançar o poder e administrar a máquina estatal segundo suas concepções ideológicas.[8]

Sob esta perspectiva, o critério ideológico é fundamental, por revelar a filosofia político-partidária adotada, inerente à sua constituição. “A criação de um partido ou a adesão a um partido não se pode conceber sem um conjunto de idéias políticas.”[9]

Fruto de um esforço de aglutinação, o fato de ter como meta principal a conquista do poder objetivando implementar a concepção teórica que os animam, induz os partidos políticos a perquirir os interesses nacionais. Para que uma organização partidária se imponha, cresça e se fortaleça, mister um programa de governo que sensibilize parte considerável dos eleitores.[10] Neste sentido, o partido expressa o pluralismo das soluções possíveis no exercício da dimensão social, promovendo o equilíbrio do governo ao garantir a equânime representação das divergências.[11] Como instituição ligada ao desenvolvimento da democracia representativa, constitui-se num meio bastante eficaz para unir tanto eleitores, quanto seus representantes, assegurando a autenticidade da vontade política estatal, vez que promove a mobilização do eleitorado por meio de suas concepções políticas.

2. Da Fidelidade Partidária e seu fundamento

O regime democrático tem, portanto, nas agremiações partidárias importante alicerce. Veículos de comunicação entre a sociedade e o Estado, canalizam as reivindicações e os anseios sociais, exercendo o importante papel de inconsciente coletivo da nação.[12] Mais, ao possibilitar que os indivíduos se articulem em torno de uma ideologia definida, liberta-os de promessas de campanhas e qualidades pessoais dos candidatos à medida que o eleitor moderno não pode mais confiar em promessas descompromissadas com um programa ideológico.

Duverger assinalaria que o desenvolvimento dos partidos políticos redefiniu as questões correntes em torno da representação, pois estes vieram a participar da relação já instituída entre representados e representantes. Ele sustenta que “antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha (...) Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato : do partido e dos eleitores.” [13]

Para Geraldo Ataliba, “permeando o mandato parlamentar existe um duplo vínculo: o de caráter popular e o de índole partidária.”[14]

Tal entendimento foi o adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398, formulada pelo Presidente do então Partido da Frente Liberal, hoje Democratas.[15] Indagada, a Corte, sobre se os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda, respondeu afirmativamente, confirmando o direito das agremiações políticas e coligações de conservarem a vaga obtida.

Efetivamente, “o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de atuação e expressão política às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, que são agrupadas e sintetizadas pelos partidos políticos”,[16] na percuciente observação do Ministro Cezar Peluso. Atribuiu-lhes, a Carta Política Pátria, *status* de entidade constitucional, *ex vi* o art. 17 - estatuinto como condição de elegibilidade do cidadão, dentre requisitos outros, a filiação partidária – art. 14, § 3º, V . Para tanto, foi assegurado às agremiações políticas estabelecerem normas de fidelidade e disciplina, num explícito reconhecimento de que a representação não se efetiva sem a intermediação partidária.

Indubitável admitir-se que a identificação e a vinculação ideológica do candidato ao Partido no qual encontra-se registrado e disputa a eleição, caracteriza-se como fundamental elemento de sua identidade programática, posto a positividade máxima desconhecer candidaturas apartidárias ou, ser usual o eleitor votar não por simpatia pessoal, mas, inspirado por motivações ideológicas. Por conseguinte, observa o Ministro César Asfor, ser equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato eletivo integre o patrimônio subjetivo do candidato eleito, pois equivaleria à uma usurpação de parcela da soberania popular, uma contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa de servir, ao invés de servir-se.[17] Afinal, pontifica Burdeau, “os eleitos são representantes da Nação soberana e, em nenhum caso, os representantes soberanos da Nação.”[18] Nesse diapasão, incogitável a concepção de mandato político nos moldes privatistas, porque conspurca o princípio da moralidade inculcado no art. 37 da Constituição Federal, princípio norteador de toda a Administração Pública, *lato sensu*, na valorosa observação do Min. Marco Aurélio Mello.[19]

3. Fidelidade Partidária e o Sistema Proporcional: o caráter indissociável

Para além de tais argumentos, a natureza do regime representativo proporcional obvia a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido Político pela conseqüente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições – art. 84 do Código Eleitoral.

Consoante realçou Jairo Nicolau, citado em voto pelo Min. Peluso: “o sistema eleitoral pátrio prevê dois movimentos. No primeiro, é feita a distribuição das cadeiras entre os partidos ou coligações, de acordo com o quociente eleitoral (total de votos válidos dividido pelo número de cadeiras de cada Estado). O partido terá tantas cadeiras quantas vezes ele atingir o quociente eleitoral, podendo ainda receber outras cadeiras de sobras.

O segundo movimento é a distribuição destas cadeiras entre os partidos. Nesta fase, o sistema majoritário é utilizado: os mais votados do partido são eleitos, independentemente dos votos que cada um tenha obtido. Para o sistema brasileiro importa, primeiro, saber quantos votos obteve o partido, e só depois, saber quantos votos obteve o candidato.” [20]

Assim, por “imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário, pertence às agremiações políticas.” [21] Talvez por isso, o Constituinte Maior entendeu ser desnecessário fazer constar norma expressa de regência sobre a matéria.[22]

Some-se, ademais, para corroborar a posição esposada, as preceituações infraconstitucionais acerca da representação proporcional, induvidosas. Leiam-se, no Código Eleitoral, o art. 108, a evidenciar a visceralidade do mandato representativo ao partido político e donde se pode extrair que “os candidatos eleitos o são com os votos do partido político”.

O art. 175, § 4º que garante o cômputo dos votos conferidos à candidato que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha registro cancelado, em favor do Partido no qual encontra-se filiado. O art. 106, que regulamenta o voto de legenda.

Já a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), no art. 24, disciplina a fidelidade e o comportamento partidário impondo ao integrante da bancada a subordinação de sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Por seu turno, o artigo 25 da mesma lei, outorga aos partidos, competência para o estabelecimento de medidas disciplinares básicas, normas sobre penalidades, inclusive desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Mais ainda, o artigo subsequente, o 26, dispõe que perde automaticamente a função ou o cargo que exerça na respectiva Casa Legislativa, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Poder-se-ia também citar, a Lei 9.504/97, artigos 11, III, art. 87, 59, dentre outros tantos, para afirmar a “partidocracia” que vigora no sistema constitucional e institucional brasileiro e que se traduz na imperatividade do mandato pertencente ao grêmio político e não ao candidato por ele registrado e afinal eleito.

Contudo, cumpre mencionar apenas um último dispositivo legal. O artigo 215 do Código Eleitoral, cujo parágrafo único prevê que:

“Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.”

Ora, afirmaria o Ministro Peluzo em brilhante síntese, “se a indicação do partido sob o qual o candidato concorreu deve constar, necessariamente, do diploma, decerto o objetivo da norma só pode ser o de atrelar a legenda a ele e ao cargo em que o diplomado é investido”. Como a lei não contém palavras inúteis, nem estatuições desnecessárias, a menção obrigatória da legenda do candidato eleito no diploma, tem óbvia vocação de reger situação futura, e não, passada, a título de mero registro histórico, até porque a mesma informação já consta de proclamações e listagens anteriores. E tal vocação não pode ser outra senão a de vincular o candidato ao partido ou coligação do qual se valeu para conquistar o cargo.

Todos esses preceitos infraconstitucionais, mais que revelar a dimensão de primazia do partido político no sistema eleitoral pátrio, descortinam e reafirmam a natureza indissolúvel do vínculo entre o representante e a agremiação específica sob cuja égide se elegeu.” [23]

A consequência lógica, portanto, é que a desfiliação não pode representar subtração à bancada parlamentar do grêmio partidário. Não se trata de sanção ao parlamentar que abandonou a legenda, nos moldes do preceituado pelo artigo 55 da CF, *numerus clausus*, de interpretação literal e restritiva, mesmo porque inexistente ilícito na mudança partidária. A extinção do mandato, a semelhança da renúncia, funda-se na principologia da Carta Política promulgada em 1988 face à inexistência de direito subjetivo autônomo, sequer, de expectativa de direito autônomo, à manutenção pessoal do cargo nos moldes do assentado pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta em comento.

4. Fidelidade Partidária face ao Sistema Majoritário

Cabe nesse ponto relembrar que um dos grandes avanços se deu quando da Consulta nº. 1407 do Deputado Federal Nilson Mourão ao Tribunal Superior Eleitoral com o objetivo de elucidar se a Fidelidade Partidária, que acabara de ser aplicada aos detentores de mandato sagrados por meio do sistema proporcional, também se estenderia àqueles eleitos por intermédio do sistema majoritário, isto é, aos Senadores, Prefeitos, Governadores e Presidente da República. Em síntese, o que se buscava aclarar era de quem seria a titularidade do mandato em se tratando de um sufrágio alicerçado nos preceitos do sistema majoritário.

A consulta em poucas linhas indagava:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?

Nesse diapasão, o Relator Carlos Ayres Britto com sabedoria asseverou que a Entidade Política, sobretudo no sistema majoritário, atua como uma fonte de ligação entre eleitor e eleito, emanando daí a justificativa para a expressa previsão do preceito constitucional segundo o qual o alistamento eleitoral é condição de elegibilidade:

Ora bem, a essa obrigatoriedade de filiação partidária só pode corresponder à proibição de candidatura avulsa. Candidatura zumbi ou exclusivamente pessoal, pois a intercalação partidária se faz em caráter absoluto ou sem a menor exceção. O que revela a inserção dos partidos políticos na compostura e no funcionamento do sistema representativo, na medida em que somente eles é que podem selecionar e emprestar suas

legendas para todo e qualquer candidato a posto político-eletivo. Candidatos deles, partidos (devido a que ninguém em particular é candidato de si mesmo) (...)

(...)

Dizendo as coisas por modo reverso, ninguém chega ao poder estatal de caráter eletivo-popular sem a formal participação de uma dada agremiação política. O que traduz a formação de um vínculo necessário entre os partidos políticos e o nosso regime representativo, a ponto de se poder afirmar que esse regime é antes de tudo partidário.[24]

Nesse sentido, doutrinadores como Noberto Bobbio e Maurice Duverger fundamentam que na contemporaneidade do mundo ocidental o correto seria falar em Democracias Partidárias uma vez que incabível a possibilidade de se dissociar, no atual estágio político-social, as agremiações partidárias, e por sua vez o sistema representativo, do conceito de Democracia. [25]

As grandes democracias contemporâneas ocasionam um efeito sobre a vida política do corpo social, pois privilegiam a primazia dos entes partidários em detrimento da participação popular direta; em outras palavras é dizer que a agremiação deixa de ser apenas uma mera associação ideológico-política, com projetos e perspectivas de ordem, sobretudo, maquiavélicas e passa a atuar como protagonista das principais modificações sociais, impulsionando as engrenagens que movem o poder público, tornando-se, pois, a legítima guardiã da plenitude da democracia representativa, “não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político”[26].

Tem-se, por conseguinte, uma nítida intermediação, uma vez que a entidade passa a operar como um elo entre eleitores e os atores políticos de maneira indistinta, vez que não importa se para a disputa de cargos sob o sistema proporcional ou sob o princípio majoritário de eleição. Passa o partido político a ocupar uma posição de destaque no linear do processo eletivo, perpassando pela filiação, escolhendo os aspirantes à ocupação de cargos políticos e, por fim, deságua no dever de efetivamente fiscalizar o exercício do mandato daqueles que após seleção do partido foram ratificados e, por conseguinte, legitimados pela soberania popular à ascensão ao poder.

Assim, é “espécie de imã e de bússola para simpatizantes, filiados, candidatos, eleitores e eleitos. Logo, cada agremiação encarnado o civilizado apogeu da institucionalidade, do coletivo, do estatutário e do programático, a patentear o reconhecimento da posição de centralidade constitucional de todos eles, grêmios partidários. Seja qual for o cargo eleitoralmente disputado e obtido. Seja qual for o “sistema” ou o “princípio” eleitoral de

votação (na linguagem da Constituição, “sistema proporcional” e “princípio majoritário”, o primeiro a figurar no art. 45, e, o segundo, no art. 46).[27]

Um ponto que deve sempre permear essa análise é o de que mandato é decerto sinônimo de representação e como tal dele emana um agir em nome de terceiro que no caso em tela tanto é o Partido Político como o eleitor. Não há que se falar na conjunção alternativa “ou”, mas traduz-se na veemência concomitante; ordem simultânea de bem representar ambos, partido e eleitor. Assim, poderia o eleito mutilar a função precípua do mandato e exercer-lo parcialmente, alegando que tão somente almeja refletir no poder as aspirações populares em detrimento do anseio partidário? Estaria ele apto a mudar para Partido cuja convenção não o indicou nem sob cuja legenda obteve registro eleitoral como candidato? Entidade esta que tampouco arrecadou recursos para sua pessoal eleição e ao lado do qual não se apresentou como detentor de uma história de pensamento e luta em comum?

Ao indagar tais questionamentos, o relator Ayres Britto asseverou que a lealdade ao partido deve se fazer presente não somente no sistema proporcional, conforme entendimento firmado outrora, mas com maior razão e vigor no sistema majoritário, uma vez que ela é um dos primeiros requisitos para o bom exercício do mandato, tendo em vista que este, conforme dito anteriormente, é uma representação binária, pois na mesma proporção em que origina o dever de com fidelidade representar o povo, há o compromisso de lealdade ao partido, às suas regras, princípios e ideologias.

Tem-se que ao trocar de partido e, portanto, se afastar do dever de servir à agremiação política pela qual foi eleito, o agente político caminha rumo à abdicação da representação, visto que a relação tripartite Povo – Partido Político – Representante -, bem como os princípios que delineiam a disputa e o exercício do mandato popular são nítidos elementos que compõem o sistema representativo tal qual como ele se apresenta no Brasil, e ao tecerem seu núcleo não podem ser rompidos de modo discricionário e unilateral pelo representante popular e partidário, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal após a apreciação dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604.

Ao explanar acerca dos sistemas eleitorais, Paulo Bonavides enumera como uma das características do sistema majoritário de representação a proximidade entre eleitor e candidato, pois aquele atribui seu voto mais na pessoa do aspirante ao cargo popular, devido a suas qualidades e adjetivos políticos como a personalidade ou a capacidade de bem representar o eleitorado, do que praticamente na entidade partidária ou na ideologia a ela correspondente. Logo, para o referido autor, “o eleitor não vota numa idéia ou num partido, em termos abstratos, mas em pessoas com respostas ou soluções objetivas a problemas concretos de governo”[28].

Apesar do raciocínio supra ser majoritário em sede doutrinária, o Tribunal Superior Eleitoral com louvor e audácia consagrou que ao inserir as agremiações políticas no seio do sistema representativo, alguns aspectos foram acrescentados à soberania do voto popular como a necessidade de legitimar candidatos com vínculos solidamente partidários, assim como outros atributos foram adicionados ao poder-dever da representação, isto é, a concreta idéia de que o candidato partidário eleito se investe em cargos de representação popular e partidária, ocasionando um mandato conjugado.

Talvez seja nesse cenário que Bonavides assevera:

(...) desde que os partidos políticos se constituíram em arregimentações não somente lícitas senão essenciais para o exercício do poder democrático, o mandato, no regime representativo, está cada vez mais sujeito à fiscalização da opinião, ao controle do eleitorado, à observância atenta de seus interesses, ao escrupuloso atendimento da vontade do eleitor, à fiel interpretação do sentimento popular, à presença já patente de uma certa responsabilidade política do mandatário perante o eleitor e o partido.

(...)

É de ver-se, por conseguinte, as analogias que o mandato imperativo oferece com o mandato civil, a ponto de afigurar-se uma transposição do mesmo para o campo do direito público, mormente quando se considera que pelo mandato imperativo contrai o mandatário também a obrigação de sempre atuar em consonância com a vontade do mandante, e cujas instruções fica adstrito e do qual recebeu igualmente uma revogável delegação de confiança[29].

O juízo que deve prevalecer, destarte, é o de que o eleitor-soberano sufraga o aspirante ao cargo político, como também a instituição política a qual é filiado, a fim de que germine uma representação alicerçada em um contexto trino: Povo – Representante – Partido, pois uma vez adquirido o mandato por intermédio do sufrágio popular e com a filiação partidária, o mandato há que ser desempenhado como expressão de uma representatividade popular e partidária, pois a união à agremiação política adquire caráter *sine qua non* de elegibilidade em todo e qualquer sistema eleitoral, não havendo que se falar em exceção ao sistema majoritário.

Dessa serena exposição, o Tribunal Superior Eleitoral sabiamente defendeu que mesmo o sistema majoritário encontra-se vinculado a um arquétipo de regime representativo que reflete no povo e consagra nas entidades políticas a legitimação do poder, pois “nunca se viu e nunca se verá um povo governar-se por si mesmo”[30]. Logo, o instituto da representatividade binária adquire em sua estrutura a presunção de

incompatibilidade se confrontada com a insólita tese de mandato como sinônimo de legado individual ou domínio privado.

5. A lealdade à *vox populi* como fundamento da Fidelidade Partidária

Alfim, um incontestável argumento a favor da fidelidade partidária: a fidelidade ao povo, depositário do poder originário. Ela homenageia e preserva a vontade popular que, no exercício do sufrágio universal, consignou parcela de sua soberania em mandatários comprometidos com convicções político-ideológicas com as quais identificou-se o eleitor. Ao cabo, a fidelidade é com o cidadão, daí porque, num Estado democrático de Direito, fundado no pluralismo partidário e no mecanismo de representação proporcional, não se poder admitir o descomprometimento do eleito com o ideário que professou ao longo da campanha. O indivíduo, enquanto ser coletivo, e as instituições públicas, não podem aceitar que, uma vez diplomado e empossado, o parlamentar se torne um tráfuga e migre para outra legenda de orientação ideológica distinta, sem considerar a *vox populi*; sem considerar o pronunciamento daqueles que lhe outorgaram o mandato e nele depositaram seu voto de confiança na expectativa de verem defendidos seus ideais no Parlamento.[31]

Tal raciocínio há de prevalecer, igualmente, a favor da instituição das federações partidárias, sistema proposto para substituir as coligações partidárias, que deverão ser constituídas quatro meses antes das eleições e perdurarem durante um período de três anos, atuando como se um único partido fossem, no âmbito Congressoal. É o que propõe o PL 2679/03,[32] que acresce dispositivo à Lei nº 9.096/95. [33]

6. Conclusão

Indiscutivelmente, a reforma política impõe como reflexão a crise do sistema representativo nacional, que deve ser entendida a partir de um processo global de questionamento dos valores democráticos e das práticas políticas neles fundamentadas. Ela reflete a pacificação do Estado, cuja consequência foi a neutralização da cidadania e sua substituição por uma relação de clientela.

Os grupos de pressão constituem uma forma perniciosa de organização da sociedade civil que desmobiliza o sistema representativo tradicional e as casas eletivas [34] por reivindicarem a adoção, pelo Parlamento, de medidas que favorecem determinados segmentos de classe, em detrimento do restante da sociedade.[35]

Na verdade, a ficção de identidade que impregnou o sistema representativo descortina a imperiosidade de se proceder a uma revisão crítica de práticas legais e institucionais mal sucedidas. [36] Neste sentido, a fidelidade dos parlamentares às agremiações partidárias fortalece o sistema representativo e, por consequência, o Estado Democrático.

Há que se ter em conta, porém, que a reforma que se busca implementar não terá, por si só, o condão de solucionar impasses e mobilizar cidadãos. Isto porque não se pode mais reduzir a democracia somente ao sufrágio devendo-se estendê-la à efetiva participação do indivíduo no processo de construção da organização social. A mudança de valores e enfoques resulta de uma formação construtiva de vontades. Para Habermas, o núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas. Por sua vez, esses “*designs* discursivos” formam uma caixa de ressonância que propicia um desatrelamento do código de poder, libertando o cidadão da política simbólica.

E é justamente neste contexto de atuação transformativa que os atores sociais, negligenciados, assumem um papel surpreendentemente ativo e pleno de conseqüências, quando tomam consciência da situação de crise.

Com efeito, apesar do enfraquecimento da esfera pública pela tecnocracia, da desintegração ética e moral dos aparelhos do Estado, da manipulação das opiniões pela sociologia da comunicação de massas, quando o público posicionado começa a vibrar, as relações de forças entre sociedade civil e sistema político podem e devem sofrer modificações.[37]

Só assim, sob esta dimensão de revitalização e aprofundamento das regras de legitimidade política se concebe a Democracia Contemporânea. Uma democracia viva, que não se resume apenas ao voto, mas à arena pública de discussão onde reside, de fato, a soberania de atitudes do Homem-Cidadão .

7. BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre - Rio de Janeiro: Editora Globo, 1982, 21ª ed.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral dos partidos políticos*, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº 50, janeiro de 1980.

_____, *Regimes políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

_____, *A revisão da constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma constituição modelar*, In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 3, 1999.

BARTHÉLEMY, Joseph e DUEZ, Paul. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris: Dalloz 1936.

BONNARD, Roger, *Précis élémentaire de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 1932, 2ª ed.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, 2ª ed.

_____. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros. 2006, 13. ed.

_____, *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, 10ª ed.

_____, *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, 3ª ed.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991, 5ª ed.

Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, tradução Carmem C. Varialle e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris: Presses Universitaires de France, 1973, 13ª ed, vol. 2: Le système politique français.

_____. *Les Partis Politiques*. Paris: Armand Collin, 1981.

FALCON, Francisco José Calazans. *A época pombalina: política econômica e monarquia ilustrada*, São Paulo: Ática, 1982.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*, São Paulo: Perspectiva, 1978.

FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, vol. II.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza Editorial S.A, 1984.

_____, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial S.A, 1996, 2ª ed.

GÉRARD, Philippe. *Reflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995.

HANDLIN, Oscar. *A verdade na história*, São Paulo: Martins Fontes – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Éditions Montchrestien, 1972, 5ª ed.

HECK, Luis Afonso. *O Tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais; contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992.

KELSEN, Hans. *A democracia*, tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros, São Paulo: Martins Fontes, 1993

LAFERRIERE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel*, Paris: 1947, 2ª ed.

LEITÃO, Cláudia, *A crise dos partidos políticos brasileiros – Os dilemas da representação política no Estado intervencionista*. Fortaleza: Gráfica Tipoprogresso, 1989.

LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de la constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1986.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1991.

_____, *Poder Municipal. Paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*, tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo: IBRASA, 1983, 2ª ed.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, tomos I, III e IV.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, tradução: Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*, tradução de Luiz Corção, Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PAIVA, Maria Arair Pinto. *Espaço público e representação*, In: Direito, Estado e Sociedade-Revista do Departamento de Direito da PUC-RJ, nº 7, julho/dezembro, Rio de Janeiro, 1995.

PRELOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1969.

_____, *Précis de droit constitutionnel*, Paris Dalloz, 1952, 2ª ed.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do direito*, tradução de L. Cabral de Moncada, São Paulo, Saraiva & Cª, editores, 1937.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*, tradução de Vicente Sabino Júnior, São Paulo: José Buskatsky, 1978.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional. Instituições de direito público*, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SARTORI, Giovanni, *A política. Lógica e método nas ciências sociais*, tradução de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____, *A teoria da representação no Estado representativo moderno*, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1962.

SAUTEL, Gerard. *Histoire des institutions publiques, depuis de la révolution française*, Paris: Balloz, 1978, 4ª ed.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, México: Editora Nacional, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 6ª ed.

TOLEDO, Gastão Alves de. *Grupos de pressão no Brasil*, In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro, Forense, 1987, número especial.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, 2ª ed.

WAGNER, José Carlos Graça. *Partidos políticos: um estudo crítico*, In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 1987, número especial.

WEBER, Max, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1961, vol. II.

WITKER, Alejandro. *Bibliografía latinoamericana de política y partidos políticos*, México: Centro Interamericano e Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), 1988.

[1] “Ao rascunhar o texto da Declaração de Independência, Thomas Jefferson lançou-se a enumerar as queixas dos súditos de George III, como o fizera na Constituição da Virgínia. Durante o trabalho, porém, o revolucionário percebeu que a palavra “súdito” era imprópria para descrever os habitantes da nova Nação. Precisava de algum outro termo para aplicar aos homens livres que estavam em vias de fazer nascer a República. Procurando pelo substantivo que mais de perto exprimissem sua compreensão do *status* dos colonos em rebelião, inseriu a palavra “cidadão”, que em sua mente se vinculava vagamente aos antecedentes romanos. Mais tarde, durante a Revolução Francesa, os súditos rebeldes de Luís XVI tomaram-na emprestada e disseminaram-lhe o uso pelo mundo” HANDLIN, Oscar. **A verdade na história**. São Paulo: Martins Fontes-Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982, pp. 159-160.

[2] “(...) le monde est intelligible à un observateur sincère, qu’il est organisé rationnellement et que, lorsqu’on détient les lois maîtresses gouvernant une série de phénomènes déterminés, on en peut déduire un certain nombre de conséquences, qui se trouvent généralement vérifiées dans les faits”. In: HAURIOU, André, **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1972, 5ª ed., pp. 48.

[3] “El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra “Nación” designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política”. Política existencial; la palabra “Nación” designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política” In: SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**, México: Editora Nacional, 1981, p. 57.

[4] Nesse sentido, Faria afirma: “As campanhas eleitorais, que se processam sob certos procedimentos constitucionais, possibilitam o debate público e permitem (uma vez que o processo de criação do direito é missão da comunidade em seu conjunto e força, em suas múltiplas formas, tanto quanto em sua unidade) descobrir a melhor maneira de agir em conjunto. FARIA, José Eduardo, **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 66.

É na supremacia da opinião pública que Roger Bonnard edifica sua doutrina de soberania nacional. Para ele, “Si on se place à un point de vue purement réaliste, la Souveraineté Nationale se conçoit de la façon suivante.

Elle consiste essentiellement dans la **suprématie de l’opinion publique**. Elle est ainsi le pouvoir de l’opinion publique de faire sentir une action de direction sur l’exercice des fonctions de l’Etat en vue d’assurer que cet exercice se fera conformément aux tendances de l’opinion.

Ainsi la Souveraineté Nationale implique d’abord la **liberté de formation de cette opinion**. Il faut que tous les citoyens puissent exprimer leur propre opinion, la répandre, discuter celle des autres, car c’est par ce jeu d’action et de réaction des opinions individuelles que s’établit l’opinion publique.

Puis la Souveraineté Nationale comporte **l’action de cette opinion publique** sur l’exercice des fonctions de l’Etat. Cette action ne peut résulter évidemment que des manifestations de volonté émanant de la majorité des citoyens. La règle de la majorité est à la base de l’idée de Souveraineté Nationale.

Il résulte de cette conception que le problème de l’organisation de la Souveraineté Nationale consistera essentiellement d’abord à assurer la liberté d’expression et de discussion des opinions individuelles, puis à permettre à ce qui est vraiment l’opinion publique de se dégager, de se manifester et d’agir. Un régime qui ne réaliserait pas ces conditions n’est pas un régime démocratique.” *In: Précis élémentaire de droit public*. Paris: Recueil Sirey, 1932, 2^a ed., pp.20-21. (grifos no original)

[5] No constitucionalismo moderno, as organizações político-partidárias integram-se à estrutura estatal, sistematizadas pelas Constituições e leis regulamentadoras, compondo o quadro das instituições democráticas.

Na prática política, contudo, a existência de partidos pode não estar, necessariamente, relacionada à concepção democrática. O unipartidarismo, identificado como sistema típico dos regimes totalitários, admitia a presença dos partidos, a exemplo do Partido Nazista alemão ou do Partido Fascista italiano.

Acorde o entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho, no caso da Alemanha e Itália nazi-fascista, e ainda, da Rússia comunista, não vigorou um sistema unipartidário mas um sistema competitivo, que se tornou não competitivo devido aos abusos do partido dominante. Para o autor: “Os sistemas não *competitivos*, que têm no partido ultra dominante o limite para diferenciá-lo dos sistemas competitivos, pode surgir pelo abuso da posição dominante, que não passa de um partido único, tipo puro e não dissimulado, que baseia-se na interdição e repressão de outras formações políticas.” *In: Teoria geral dos partidos políticos*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo

Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, nº 50, janeiro de 1980, p. 46. (grifos no original)

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, 5ª ed., p.452.

[7] GARCÍA-PELAYO, Manuel, **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial S.A, 1984, p.192.

[8] Segundo a famosa definição de Max Weber, o partido político é “ uma associação (...) que visa a um fim deliberado, seja ele ‘objetivo’ como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja ‘pessoal’, isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente.” *In: Economia e società*. Milano: Comunità, 1961, Vol. II, pp.214-241.

A conceituação weberiana carrega significativo conteúdo ideologizante. Acorde observa Norberto Bobbio: “ Esta definição põe em relevo o caráter associativo do partido, a natureza da sua ação essencialmente orientada à conquista do poder político dentro de uma comunidade, e a multiplicidade de estímulos e motivações que levam a uma ação política associada concretamente à consecução de fins “objetivos” e/ou “pessoais”. Assim concebido, o partido compreende formações sociais assaz diversas, desde os grupos unidos por vínculos pessoais e particularistas, às organizações complexas de estilo burocrático e impessoal, cuja característica comum é a de se moverem na esfera do poder político.”*In: Dicionário de política*, tradução: Carmem C. Varialle e outros, Brasília: Universidade de Brasília, 1991, vol.2, pp. 898-899.

[9] KHEITMI, Mohammed Rechid, **Les partis politiques et le droit positif français**, *Apud: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos na ordem jurídica interna*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1991, p.404.

[10] “O partido busca o poder e tende, por isso mesmo, a concentrá-lo tanto internamente quanto o poder do Estado, quando o alcança. Exatamente por isso, o partido tende a ampliar a presença do Estado para controlar, sempre mais, as fontes do poder existentes na sociedade.

Em suma, o partido visa mobilizar uma parcela da sociedade com suficiente densidade para assumir o poder, em condições de (...) pôr em execução as medidas legais e executivas que permitam a concretização de uma concepção da sociedade, com as prioridades determinadas pelo momento social, segundo o sentir da parcela por ele mobilizada.”WAGNER, José Carlos Graça. **Partidos políticos: um estudo crítico**, *In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1987, número especial, p. 369.

[11] Segundo Kelsen, os partidos políticos promovem a formação da vontade geral ou da vontade estatal no momento em que contrapõem suas diferentes formulações políticas.

Impõe-se superar o conceito ideal de povo presente em Rousseau, para apreender a dinâmica das forças antagônicas, na qual o povo real edifica a sociedade democrática. *In: A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 35 *et seq.*

[12] Diria José Afonso da Silva : “Uma das conseqüências da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se por intermédio deles, que, desse modo, estão de permeio entre o povo e o governo, mas não no sentido de simples intermediário entre dois pólos opostos ou alheios entre si ; porém, como um instrumento por meio do qual o povo governa. Dir-se-ia em tese, ao menos - que o povo participa do poder por meio dos partidos políticos. Deverão servir de instrumento para atuação política do cidadão, visando influir na condução da gestão dos negócios políticos do Estado.” *In : Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 6ª ed., p. 350.

[13] DUVERGER, Maurice. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, 13ª ed, vol. 2: **Le systeme politique français**, p.387.

Outra finalidade não tem o instituto representativo, no dizer de Carnelutti, senão que “um outro faça com relação a um interesse alheio o que faria se fosse o respectivo titular.” *Apud: SARTORI, Giovanni. A teoria da representação no Estado representativo moderno, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1962, p. 85.*

[14] *Apud: Voto do Min. Cezar Peluso na Consulta nº 1.398/DF.*

[15] Consulta nº 1.398 – Classe 5ª - Distrito Federal – Brasília, que deu origem à Resolução nº 22.526, de 27 de março de 2007. Relator: Ministro César Asfor Rocha – Consulente: Partido da Frente Liberal (PFL) nacional, por seu presidente.

[16] Consulta nº 1.398/DF.

[17] Consulta nº 1.398/DF.

[18] “*Les élus sont les représentants de la nation souveraine et, en aucun cas, les représentants souverains de la nation.*” *In: Traité de Science Politique*, Tomo IV, LGDJ, Paris, 1969, p.251.

[19] Consulta nº 1.398/DF.

[20] *Apud: voto do Min. Cezar Peluso na Consulta nº 1.398/DF.*

[21] Voto do Min. Cezar Peluso na Consulta nº 1.398/DF.

[22] *Idem.*

[23] Consulta nº 1.398/DF.

[24] Consulta nº. 1407. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. P. 7/8.

[25] Na Consulta nº. 1398, o Min. Cezar Peluso asseverou: “É bem conhecida, desde antes da clássica obra de JOHN STUART MILL sobre o tema, a conveniência política da adoção de um governo representativo: ‘o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil (...)’. Como, porém, ‘é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa proporção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo (página de rosto).

[26] Consulta nº. 1.398. Min. César Ásfor Rocha. P. 3

[27] Consulta nº. 1407. Min. Carlos Ayres Britto. P. 12/13

[28] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13. ed. Malheiros: São Paulo. 2006. p. 266/269.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 283/284.

[30] DUVERGER, Maurice. **Les Partis Politiques**. Armand Collin: Paris, 1981. P. 553.

[31] Buscando normatizar o instituto da fidelidade partidária, o Projeto de Lei nº 1712, de 2003, que regulamenta a Reforma Política, altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), no sentido de ampliar o prazo de filiação partidária exigida dos candidatos aos cargos eletivos que se hajam desfiliação de uma agremiação e ingressado em outra. Leia-se; *litteris*:

“ Art. 2º O art. 9º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá estar com a filiação deferida pelo partido no prazo mínimo de:

I- um ano antes do pleito, em se tratando de sua primeira filiação partidária;

II- dois anos antes do pleito, quando já se tenha filiado a outro partido anteriormente.

Parágrafo único. Sendo o partido objeto de fusão, incorporação a outro ou extinção, ou na hipótese de o candidato vir a participar da fundação de novo partido, dentro dos prazos previstos nos incisos I e II, considerar-se-á, para os efeitos deste artigo, a data da filiação partidária imediatamente antecedente.(NR)”

[32] O Projeto de Lei nº 2.679/03 que, também, dispõe sobre a Reforma Política, “dispõe sobre as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, alterando a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições).”

[33] Dispõe o art. 3º do Projeto em epígrafe; *verbis*:

“Art. 3º Fica acrescido, à Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, o art. 11-A, com a seguinte redação:

“Art. 11-A Dois ou mais partidos políticos poderão reunir-se em federação, a qual, após a sua constituição e respectivo registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, atuará como se fosse uma única agremiação partidária, inclusive no registro de candidatos e no funcionamento parlamentar, com a garantia da preservação da identidade e da autonomia dos partidos que a integrem.

§ 1º A federação de partidos políticos deverá atender, no seu conjunto, às exigências do art. 13, obedecidas as seguintes regras para a sua criação:

I- só poderão integrar a federação os partidos com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral;

II- os partidos reunidos em federação deverão permanecer a ela filiados, no mínimo, por três anos;

III- nenhuma federação poderá ser constituída nos quatro meses anteriores às eleições;

§2º O descumprimento do disposto no §2º deste artigo acarretará ao partido a perda do funcionamento parlamentar.”

[34] HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992, p. 41.

Gastão Alves de Toledo define os grupos de pressão como; “ organizações ou entidades que procuram influenciar no processo de decisão dos órgãos estatais, visando ao atendimento de seus objetivos.” **Grupos de pressão no Brasil**. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, número especial , 1987, pp 412-413.

Os métodos por meio dos quais os grupos de pressão exercem influência são diversos, porém, de maneira geral, cabe classificá-los observando as seguintes direções: “a) influencia en las elecciones; así, por ejemplo, los sindicatos obreros americanos, normalmente indiferentes ante los partidos, apoyan electoralmente a aquel que les promete llevar a cabo una determinada política; b) contacto directo con los legisladores, ministros y funcionarios; c) propaganda frente a la opinión pública.”GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, p.196.

A diferença entre os grupos de pressão e os partidos políticos é clara: “a) Los partidos tienen como finalidad la ocupación o participación en el poder político, buscan la investidura jurídico-pública para sus miembros, mientras que los grupos de presión no pretenden la ocupación del poder, sino simplemente condicionar las decisiones de aquellos que lo ejercen jurídicamente.

b) Los partidos tienen una concepción política total y se sienten responsables de los intereses morales y materiales de la totalidad del país; los grupos de presión sólo tienen interés por un problema o por un círculo limitado de problemas, permaneciendo indiferentes ante los demás; sólo se sienten responsables de los intereses de grupo.

c) En resumen: mientras que la política es lo fundamental para los partidos y constituye el fin y el sentido de su existencia, en cambio, para los grupos de presión es lo accidental, es un mero instrumento para realizar otro tipo de intereses materiales o espirituales.

“Para concluir, debemos aclarar ahora cual es la relación dialéctica entre el grupo de presión y el partido político.

d) En primer término, la relación entre ambos es fluyente, de manera que puede haber organizaciones que formalmente tengan la configuración de partido, pero que en realidad actúen como grupos de presión, sea que no les interese ejercer el poder del Estado, sino simplemente influenciarlo, sea que, aun participando en el poder, permanezcan indiferentes para lo que no sea un círculo limitado de problemas.

e) Existe una relación compensatoria entre ambos, pudiendo afirmarse que, mientras más fuertes y representativos de los intereses de los núcleos sociales sean los partidos, menos extensión tienen los grupos de presión.” GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, pp.196-197.

[35] “Cabría, pues, decir que, cuando los partidos son débiles, el poder social asciende al estatal a través de los grupos de presión.” GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**, *op. cit.*, p.197.

[36] Na esteira da definição de Carnelutti, Giovanni Sartori acrescenta um novo elemento à teoria da representação: a responsabilidade. Responsabilidade esta de caráter político, que deve ser cobrada do mandatário a cada eleição para efeito de renovação ou revogação de mandatos. Nas suas palavras: “O apelo periódico ao corpo eleitoral obriga a seu modo e por seus caminhos, o eleito a comportar-se com relação aos eleitores como estes fariam se estivessem em seu lugar.” *In: A teoria da representação no Estado representativo moderno. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, 1962, p. 84.*

[37] Por esta razão, ao se utilizarem conceitos jurídicos como “povo” e “nação”, deve-se expurgar as ambigüidades e os exclusivismos reducionistas que encobrem diferenças estruturais e impedem a distinção entre a retórica ideológica e a democracia efetiva, na percuciente observação de Friedrich Muller. *In: Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2ª ed, 2000.*

NEOCONSTITUCIONALISMO, A REVANCHE DE GRÉCIA SOBRE ROMA E O ATIVISMO JURISDICIONAL. *

NEO-CONSTITUTIONALISM, THE REVANCHE OF GREECE ON ROME AND THE JURISDICTIONAL ACTIVISM

**Alessandro Martins Prado
Claudia Karina Ladeia Batista**

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a evolução dos direitos fundamentais, bem como os movimentos relacionados com o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo que estiveram, como não poderia deixar de ser, relacionados intimamente e respectivamente, com o momento histórico, cultural, econômico, político e filosófico de sua época. Neste sentido, demonstramos que o rompimento de paradigmas com a imposição dos respectivos novos sistemas jurídicos sempre foram marcados por manifestações populares muitas vezes seguidas de derramamento de sangue. Demonstramos ainda que o neoconstitucionalismo trouxe as cartas constitucionais para o centro do sistema jurídico-político, influenciando robustamente todos os ramos do direito, vinculando o cidadão, o setor privado, e até mesmo os poderes legislativo, executivo e judiciário, provocando o surgimento do Estado Social e do ativismo jurisdicional. Demonstramos por fim, que este “Ativismo Jurisdicional” não constitui usurpação das esferas dos demais poderes do Estado (legislativo e executivo), constituindo ainda atividade imprescindível para implantação e manutenção do Estado Social Democrático nos países em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; CONSTITUCIONALISMO; NEOCONSTITUCIONALISMO; MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS; ATIVISMO JURISDICIONAL.

ABSTRACT

The actual paper aims the evolution of the fundamental rights, as well as changes related to constitutionalist and neo-constitutionalist that were, as they had to, related closely and respectively, with historic, cultural, economical, politic and philosophic period. This way, we evidence the arising from paradigms break with the imposition of the respective new juridical systems were remarked by popular manifestations, many times followed by blood shedding. We evidenced yet that the neo-constitutionalist

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

brought constitutionalist documents into the juridical- politic system, strongly influencing all law branches, bonding the citizen, the private sector, and even the legislative, executive and judiciary power, causing the uprising of the Social State and also the jurisdictional activism. We, at last, evidence, that this “jurisdictional activism” does not constitute the usurpation of the State power (legislative and executive) sphere, still constituting a vital activity to the Democratic Social State implantation and maintenance in developing countries.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONALISM, NEO-CONSTITUTIONALISM, CONSTITUTIONALIST OSCILLATION, JURISDICTIONAL ACTIVISM.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos fundamentais passou por longo processo de construção e mudança de paradigmas culturais, políticos, econômicos, filosóficos e até mesmo religiosos.

O processo de reconhecimento foi seguido pelo constitucionalismo no período compreendido entre os Séculos XVIII a XIX, marcado pela positivação dos direitos fundamentais através de cartas constitucionais.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, foi a evolução do constitucionalismo, principalmente a partir da redemocratização da Europa continental no pós-guerra e redemocratização do Brasil no pós-período ditatorial, ambos os movimentos ocorridos na segunda metade do Século XX.

Outrossim, a redemocratização, valorizou o sistema constitucional de forma consistente, trazendo a carta constitucional para o centro do sistema jurídico-político, vinculando os poderes legislativos, executivo e judiciário, além é claro da iniciativa privada e o cidadão em geral.

Este movimento desembocou no surgimento do Estado Social, com multiplicação de direitos fundamentais, provocando ao ente estatal razoável dificuldades para efetivar a implantação de referidos direitos.

Em resposta às dificuldades do Estado Social e conseqüente lentidão do mesmo em promover a efetivação dos direitos fundamentais, surge o ativismo jurisdicional, conforme veremos neste trabalho.

É importante destacar ainda que o ativismo jurisdicional possui maior importância nos Estados em desenvolvimento econômico. Em razão da escassez de recursos, muitas vezes há necessidade de intervenção no poder legislativo e principalmente executivo, escassez esta que não é observada em países ricos.

Neste sentido que José Joaquim Gomes Canotilho mudou seu posicionamento quanto ao grau de intervencionismo do poder judiciário nos demais poderes. Registra-se, no entanto, que a mudança de posição de renomado autor ocorreu apenas depois que Portugal foi integrado na Comunidade Européia e passou por poderosíssimo desenvolvimento econômico e social.

Discutiremos essa posição no momento oportuno, mantendo o entendimento de que a constituição dirigente deve permanecer, principalmente nos Estados em desenvolvimento, como é o caso brasileiro.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MARCADA PELO INÍCIO E DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Quando falamos em constitucionalismo, devemos pensar no movimento de assunção da norma constitucional vinculando todas as demais normas, o povo e até mesmo o Estado, representado por suas três esferas de poder.

Neste diapasão, ensina CANOTILHO (2003, p.51), que o constitucionalismo é a teoria que apresenta o princípio do governo limitado, característica essa indispensável para a formatação político-social de uma comunidade sob o regime democrático.

Esse mecanismo envolve a reação do povo à opressão do monarca, ou de seu governante. Dessa forma, podemos relacionar a valorização dos direitos fundamentais, presentes nas cartas constitucionais, inevitavelmente com momentos de rupturas de ideologias e acontecimentos trágicos da humanidade que causaram comoção social, econômica, política e cultural.

Corroborando, neste sentido, CANOTILHO (2003, p.52) ensina:

Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Ensina ainda renomado jurista português que podemos observar a existência de dois momentos, um momento de ruptura e um momento construtivista. Quanto ao momento de ruptura, cumpre registrar que se tratou da quebra da ordem histórico-natural das coisas, ou seja, a ruptura dos privilégios do regime político vigente naquele período. Quanto ao momento construtivista, também de grande importância para nossa discussão, tratou-se do surgimento de uma constituição feita por um novo poder, o poder constituinte (CANOTILHO, 2002, p.53).

Por fim, conclui CANOTILHO (2002, p.53), que todo esse processo de transição, entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno, vai, pouco a pouco, apresentando perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional. Dessa forma, é difícil compreender a idéia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neo-aristotélica centrado na noção do bem comum. A progressiva aceitação de “pactos de domínio” entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política por meio da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo que vem a se tornar a idéia moderna da República.

Apresentaremos, dessa forma, sem pretensão de esgotar o assunto, alguns fatos históricos que foram decisivos para o surgimento e desenvolvimento do constitucionalismo.

2.1. MAGNA CHARTA LIBERTATUM

Segundo SARLET (2007, p. 47), o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Neste sentido, destaca-se a Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, onde encontramos o principal documento a *Magna Charta Libertatum*, de 1.215, firmada pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Corroborando, José Joaquim Gomes Canotilho, esclarece que a Magna Charta pode ser sintetizada em três grandes tópicos, de elevada importância para nossos estudos, senão vejamos:

(1) Garantia de direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do “*binómio subsctivo*” *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de uma estamento; (3) regulamentação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio (*Herrschaftsvertrage*) do tipo da Magna Charta (CANOTILHO, 2003, p.55).

Referido documento representou o início da positivação de direitos fundamentais como o direito à liberdade e a propriedade. Foi o nascimento da afirmação de direitos fundamentais em Cartas.

2.2. A REFORMA PROTESTANTE

Os acontecimentos ocorridos neste período, arrastando praticamente toda a Europa em uma guerra religiosa entre protestantes e católicos é relevante por registrar o início do reconhecimento da liberdade ao culto religioso.

Registra SARLET (2007, p.48), que de suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, sendo importante citar neste contexto a Guerra dos Trinta Anos, finda através do tratado de *Vestfália, ou Westfália*, ou Vestefália em 1648[1].

Quanto a Paz de Vestefália, é importante registrar os ensinamentos de SOARES (2004, p.29):

Deve-se notar que Hugo Grotius esteve pessoalmente, nas longas negociações que resultariam na sacramentalização do nascimento do Estado moderno. Como Embaixador do Rei da Suécia, participou de algumas fases das negociações havidas no curso do Congresso de Vestfália, que colocaria fim à Guerra dos Trinta Anos, entre soberanos católicos e soberanos protestantes, ao final do qual, em 1648, foram assinados dois tratados, em grande parte redigidos em francês (e não mais em latim, a língua até então adotada nos grandes atos solenes firmados entre monarcas): um na cidade de Munster (entre os príncipes católicos), e outro na cidade de Osnabruck (entre os príncipes protestantes). **A denominação Paz de Vestefália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação no detestável latim cartorário da época: *hujus régio, ejus religio*, traduzido, literalmente, “na região dele, a religião dele”.** Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se território) sob império de um príncipe, seja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica (claro está, subentendendo-se que *religio*, segundo as discussões da época, quereria significar muito mais a imposição de um ordenamento leigo e altamente operante, e menos uma visão religiosa das maneiras de alguém salvar a própria alma!) Na verdade, trata-se da definitiva consagração do princípio que passaria a dominar toda a concepção moderna sobre eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas jurídicos nacionais: territorialidade do direito. (Grifos nossos)

A Reforma Protestante, neste diapasão, representou a construção e registro, de forma incontestável, do direito à liberdade religiosa, conseguindo ainda, através do Tratado de Vestefália, por fim a 30 anos de sangrenta guerra religiosa, o que seria considerado mais tarde o nascimento do princípio da territorialidade.

2.3. DECLARAÇÕES DE DIREITOS IGLESAS DO SÉCULO XVII

Ainda aproveitando dos ensinamentos de SARLET (2007, p.49) queremos registrar que as declarações inglesas do século XVII: a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *habeas corpus*, de 1679, firmado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento, entrando em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da Revolução Gloriosa, de 1688 representaram a positivação de direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses, tais como o direito de petição, a proibição de prisões arbitrárias, o *habeas corpus*, o princípio da legalidade penal, e, até mesmo, um mitigado direito à liberdade de expressão, representando a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público.

Corroborando, CANOTILHO (2003, p.55) assim se pronunciou:

A evolução destes momentos constitucionais, desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as leis do país (*Laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses.

Outrossim, se a *Magna Charta* representou o início da positivação dos direitos fundamentais, os documentos, *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *habeas corpus*, de 1679, firmado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, representaram o início da vinculação do governante aos direitos fundamentais, o que foi algo extraordinário naquele contexto histórico.

2.4. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO POVO DA VIRGÍNIA

Este documento é considerado um dos documentos mais importantes relacionados ao reconhecimento dos direitos fundamentais por representar a positivação de referidos direitos, vinculando governo e governado de forma efetiva.

SARLET (2007, p. 50), leciona que as declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de

conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecido eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.

Quanto à importância do que denominou de “modelo americano”, CANOTILHO (2003, p.59), asseverou que é o nuclear princípio do governo limitado, diante de uma edição de “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundadores da comunidade política e dos direitos particulares, revelados em uma lei fundamental escrita que possui o condão de anular a possibilidade da existência de uma tirania da maioria (*possible tyranny of the majority*).

Leciona ainda CANOTILHO (2003, p.60):

Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legistorem et populum nullus in terris est iudex* (entre legislador e o povo ninguém na terra é juiz) O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: quis erit inter eos iudex? **Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador** (Grifo nosso).

Dessa forma, a importância da declaração americana se constitui na vinculação efetiva dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário), elevando ao Poder Judiciário o papel de guardião dos direitos fundamentais, modelo que mais tarde, é abraçado pelo neoconstitucionalismo.

2.5. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, DE 1789

Até aqui já foi possível observar que foi de suma importância o constitucionalismo americano para o desenvolvimento de nosso trabalho, a exemplo do constitucionalismo alemão, como veremos a frente.

Não obstante, não poderíamos deixar de falar da declaração francesa, ainda que brevemente.

Antonio Enrique Perez Luño (1995, p.36), observa que, igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser

humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.

Corroborando, SARLET leciona que:

A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra (SARLET, 2007, p.51).

Como foi possível observar, no breve retrospecto histórico supracitado, os direitos fundamentais surgiram e foram reconhecidos em um longo e lento processo de reação a opressão, abusos, horrores e, infelizmente, derramamento de sangue.

Neste diapasão ensina J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 52), que o constitucionalismo moderno refere-se ao movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, passou a questionar os planos políticos, filosóficos e jurídicos, além dos esquemas tradicionais do domínio político, apresentando uma nova forma de ordenação do poder político.

Mas, se os direitos fundamentais surgiram de rupturas históricas que tiveram seu preço humano, o neoconstitucionalismo também surgiu de momentos históricos relevantes e, infelizmente, não menos sangrentos como veremos no próximo item.

2.5. A SEGUNDA GRANDE GUERRA MUNDIAL

Pérez Luño (1999, 120/121), ensina que embora a Constituição mexicana (1917) tenha sido precursora na conciliação das liberdades individuais junto aos direitos sociais, é a Constituição de Weimar (1919) que realmente apresenta de forma consistente o novel da situação jurídico-social dos direitos fundamentais. Não obstante, assevera ainda referido autor que a positivação dessa aspiração conciliadora e protetiva, não somente das liberdades individuais, e sociais não foi suficiente para impedir forjadas interpretações de ditaduras totalitárias.

Neste sentido, acrescenta Pères Luño (1999, p.122) que ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, foi possível observar grande renovação constitucional em razão das novas exigências políticas e sociais, estigmatizada, segundo se constata na quase integralidade das Cartas, por uma reafirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais, com preeminência dos direitos sociais.

Corroborando (BONAVIDES, 2008, p. 574) acrescenta:

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese.

Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos.

Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal.

Dessa forma, podemos registrar que os acontecimentos horrendos da Segunda Guerra Mundial foram fundamentais para legitimar a renovação das cartas constitucionais, com a conseqüente sobrevalorização dos direitos fundamentais e sociais, verdadeira pilastra sustentadora da legalidade democrática.

2.6. A BUSCA DA RAZÃO POSSÍVEL – A REVANCHE DE GRÉCIA CONTRA ROMA

Como podemos ver a conquista do movimento constitucional no estágio atual representa robusta mudança de paradigma político, filosófico, cultural, econômico, social e religioso referente ao surgimento dos direitos fundamentais. O constitucionalismo atual se firma na existência de valores e princípios universais e na possibilidade da interpretação destes, na busca da razão, do raciocínio, sempre procurando obter a efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

Marilena Chaui, citada por BARROSO (2008, p.6), ensina que os gregos inventaram a idéia ocidental de razão como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. A razão por sua vez, é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimentos e transmiti-lo pela linguagem.

Neste diapasão, Eros Roberto Grau (1981, p.113), Citando André Peittre:

A evolução do conceito da propriedade - que da plena in re potestas de Justiniano, da propriedade como expressão do direito natural, vai desembocar, modernamente, na idéia de propriedade-função social - apresenta momentos e matizes realmente encantadores, bastantes para desviar o estudioso da senda que tencione explorar. Tal evolução consubstancia, como afirmou André Piettre [...], **a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica pelo seu fim, seus serviços, sua função** (Grifo nosso).

Essa foi à revanche da Grécia sobre Roma, a revanche da filosofia sobre o direito, a apresentação da idéia dos princípios fundamentais e universais, amparados ainda na possibilidade e capacidade de interpretação do cidadão, rompendo com mitos, preconceitos, poder legitimado por títulos de nobreza, ou por vontade divina, provocando o domínio das idéias sobre o domínio dos interesses de poucos.

Vale citar ainda os ensinamentos de Barroso (2008, p.129), que leciona que “Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche de Grécia contra Roma[2], representa a fase atual do constitucionalismo, marcada pela passagem da Constituição para o Centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.

Por fim, Léon Duguit (2005, p.25), leciona que o homem que vive em sociedade possui direitos, porém, referidos direitos não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem, mas sim poderes que lhe pertençam porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir, de modo que, não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra do direito dos homens que vivem em sociedade, mas, a regra de direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social, na comunidade em que vive.

3. EVOLUÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo nasce da compreensão jurídico-filosófica de que todo conhecimento, qualquer que seja seu suporte científico, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade, de modo que todos os objetos estão sujeitos à interpretação, sendo esse novo paradigma especialmente válido para o Direito, cuja matéria-prima é feita de normas, palavras, significantes e significados (BARROSO, 2008, p.8/9).

Neste diapasão, vale citar na íntegra trecho dos ensinamentos de referido autor:

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (BARROSO, 2008, p.9).

Não obstante, para chegarmos ao momento que passa o movimento constitucionalista atual, faz-se necessário estudarmos, ainda que brevemente, a sua origem histórica, cultural, política e filosófica moderna.

Neste sentido, podemos citar dois marcos históricos relevantes quanto ao início da evolução do neoconstitucionalismo, um relacionado com o novo direito constitucional, na Europa. O outro, relacionado ao novo direito Constitucional no Brasil. Na verdade, o primeiro marco representou o início do movimento do neoconstitucionalismo como sistema realmente vinculante de norma em todas as esferas do poder, bem como do setor privado e do cidadão em geral, enquanto que o segundo marco, representou a adoção de referido sistema no Brasil.

Ambos surgiram de acontecimentos que impactaram a humanidade, causando grande vergonha e comoção. O marco europeu está relacionado com o constitucionalismo que surgiu no pós-guerra, principalmente na Alemanha e Itália. O marco brasileiro, por sua vez, relaciona-se com o constitucionalismo que surgiu no período pós-autoritarismo com a redemocratização do país.

Corroborando, Luis Roberto Barroso (2008, p.103), ensina que a reconstitucionalização da Europa ocorreu imediatamente após o fim da Segunda Grande Guerra, desenvolvendo-se ao longo da segunda metade do Século XX, enquanto que no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do País, por ocasião da discussão prévia, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

É possível notar assim que referida evolução é fruto da evidente mudança de paradigmas, provocados, como não poderia deixar de ser, por lutas e derramamento de sangue, não podendo ser admitido qualquer retração de referidos direitos já que cobraram caríssimo custo em vidas.

Faz-se necessário registrar, no entanto, que não foram apenas os acontecimentos históricos, principalmente a partir da metade do século XX, os únicos responsáveis pela evolução consistente do neoconstitucionalismo.

Barroso ensina, neste sentido, que é possível identificar três grandes marcos relacionados com a evolução do neoconstitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao

longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2008, p.113).

Coube demonstrar, neste diapasão que o povo, muitas vezes oprimido, buscou por meio de suas reivindicações, construir lentamente o reconhecimento dos direitos fundamentais e dos movimentos constitucionais.

Neste sentido, vale lembrar os sábios ensinamentos de Peter HABERLE (2002, p.15) “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.

Demonstra-se desta forma, que nenhum movimento de direito, está dissociado dos fatos históricos e culturais de seu tempo. Wilhelm Humboldt, citado por Korand Hesse leciona:

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. **Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se** (Humboldt apud HESSE, 1991, p.16) (Grifo nosso).

Certamente essa é a razão do êxito da Constituição Federal de 1988, da mesma forma que obteve êxito o constitucionalismo alemão e italiano do pós-guerra, de modo que os acontecimentos do período ditatorial brasileiro, toda a opressão, o desrespeito sistematizado dos direitos fundamentais, dos direitos em geral do cidadão, provocaram uma reação na sociedade capaz de causar comoção social suficiente para que o povo brasileiro compreendesse a importância de sua Carta Constitucional de 1988, valorizando-a e não admitindo agressões gratuitas ao seu texto.

Peter Harbele, citado por Andreas J. KRELL (2002, p. 29), pactua do mesmo entendimento ao afirmar que a constituição de um Estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural, como “meio de auto-afirmação cultural de seu povo (Harbele apud KRELL (2002, p. 29).

4. O RECONHECIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO PROVOCANDO A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O reconhecimento do constitucionalismo moderno, representou um passo a mais da comunidade político-jurídica em direção da democratização do sistema político e da efetividade da justiça. Não obstante, é possível observar que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o constitucionalismo tiveram origem em épocas e regiões diferentes do globo terrestre, sempre, no entanto, relacionada com ruptura de sistemas governamentais.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 51), leciona que o movimento constitucional em sentido moderno teve várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e, por sua vez, em espaços históricos, geográficos e culturais diferentes. Para referido autor, em razão do dinamismo do surgimento do constitucionalismo em diferentes locais e épocas, não há como não reconhecer a existência de pelo menos três movimentos constitucionais, sendo o movimento Inglês, o movimento Americano e o movimento Francês.

Assim, da mesma forma que o constitucionalismo possuiu origens geográficas, políticas e históricas diferentes, também foi possível observar o surgimento de diversos movimentos constitucionais. Não obstante, é importante deixar claro que o constitucionalismo que nos interessa e que iremos tratar neste artigo é o relacionado à constitucionalização do direito, como efeito expansivo e vinculante das normas constitucionais, estendendo seus tentáculos e influenciando todos os ramos do direito.

Neste sentido, usaremos dos ensinamentos de Barroso:

[...] a idéia de constitucionalismo do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, **cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com forma normativa, por todo o sistema jurídico**. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO 2008, p. 114). (Grifo nosso).

A força normativa, por sua vez, foi capaz de vincular, logicamente o particular e, o que é mais importante, a atuação dos três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário.

Logo, utilizando-se ainda dos conhecimentos de Barroso:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à

Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO 2008, p. 115).

Essa vinculação robusta existente no neoconstitucionalismo que surgiu na segunda metade do Século XX tornou possível a disseminação do direito constitucional por todos os ramos do direito e por sua vez, provocou o surgimento do Estado Social. Houve dessa forma a mudança de paradigma jurídico, trazendo a norma constitucional para o centro do sistema jurídico.

Neste diapasão, Agra registra:

Atualmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos tanto de forma subjetiva quanto, principalmente, na sua forma objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes. A identificação dos direitos fundamentais de forma objetiva e subjetiva contribui para a construção de um Estado Social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos (AGRA, 2008, p. 496).

Dessa forma, no Estado Social, com os tentáculos do direito constitucional influenciando todas as áreas do direito (civil, penal, processual, administrativo, tributário, etc.), surgiu um verdadeiro filtro que influenciou e provocou a mudança de todos os ramos do direito. Se antes os códigos representavam o centro do sistema, hoje é a carta constitucional que influencia e vincula todo o sistema.

Reforçando, BARROSO (2008, p. 129), defende que a fase atual do constitucionalismo é marcada pelo deslocamento da constituição para centro do sistema jurídico-político, provocando o nascimento de um verdadeiro filtro axiológico pelo qual deve passar o direito. Deste modo, segundo referido autor, a constituição estando no centro do sistema jurídico provocou, apenas para citarmos alguns exemplos o fim da imposição da supremacia do marido no casamento, o reconhecimento da plena igualdade entre filhos, mesmo os havidos fora do casamento, a assunção do direito social, obrigando que a propriedade privada passasse a cumprir função social, provocando o surgimento de princípios que repercutiram por todo o sistema jurídico, tais como o princípio da solidariedade, da igualdade, da razoabilidade.

Porém, o Estado Social, com o envolvimento do direito constitucional em todos os ramos do direito, não bastou para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Foi necessário, neste contexto, a criação de mecanismos que assegurassem que essa evolução do neoconstitucionalismo se efetivasse e fosse traduzida em benefícios para os cidadãos, nascendo assim o verdadeiro Estado Social.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JURISDICIONAL

A mudança de paradigma jurídico-político, provocada pela constitucionalização do direito, influenciou e proporcionou por sua vez transformação e adequação de todos os códigos legais para que se alinhassem ao novo sistema jurídico, o sistema da supremacia da Carta Constitucional, o sistema do Estado Social.

Assim, no Estado Social, com a robusta constitucionalização de todos os ramos do direito e conseqüentemente a ampliação consistente dos catálogos de direitos dos cidadãos, foi necessário dotar o Poder Judiciário de uma nova função, traduzida em necessário ativismo jurisdicional.

Outrossim, Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 55/56) ensina que:

Com a Constituição de 1988, ocorreu uma alteração do paradigma das influências políticas. **Passou-se de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa e reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial**, com especial implicação para o direito processual civil brasileiro. **Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apolítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático que relaciona autor, juiz e réu em colaboração**, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório. (Grifos nossos)

Quanto a essa nova função do Poder Judiciário Andreas J. Krell (2002, p. 94), citando Tércio Ferraz Jr. leciona que foi necessário que ocorresse um processo de desneutralização do poder judiciário, dotando o juiz de nova função sócio-terapêutica, liberando o magistrado do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva, impondo ao mesmo, uma responsabilidade prospectiva, relacionada com a viabilização das finalidades políticas das quais o juiz não mais poderá se livrar em nome do princípio da legalidade. Para

referido autor, a responsabilidade do juiz passa a vinculá-lo ao sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.

Outrossim, se o poder executivo não desempenha suas funções de forma eficiente, assegurando o respeito a direitos fundamentais mínimos, caberá, no Estado Social, ao poder judiciário determinar o reconhecimento e efetivação de referidos direitos.

Neste mesmo sentido se manifesta Walber de Moura Agra:

Ao defender que a Constituição é uma “ordem objetiva de valores” e que a concretização dos direitos fundamentais deve garantir um mínimo existencial ou densidade suficiente de seus preceitos está se tentando assegurar sua efetiva realização, mormente dos direitos que têm uma natureza programática. Dessa forma, o Supremo Tribunal Constitucional assume uma relevante importância no sentido de implementar os direitos fundamentais abrigados pela Constituição de 1988, tornando-se o “guardião dos valores”, o instrumento de tutela e efetivação das prerrogativas dos cidadãos (AGRA, 2009, p.500).

Este ativismo jurídico, principalmente nos Estados que adotaram as cortes constitucionais, ou seja, a supremacia do sistema constitucional está sendo essencial para garantir a consecução dos direitos.

Obviamente nota-se que os Tribunais passaram a assumir importância vital nesta concretização de direitos. Neste sentido, é importante mencionar, utilizando mais uma vez dos ensinamentos de Barroso (2003, p.167), que antes de 1945 vigorava na maior parte da Europa a supremacia do Poder Legislativo, como permanece hoje no sistema inglês, de modo que, no sistema ainda adotado na Inglaterra, a última palavra quanto à eventual questionamento de direitos fundamentais pertence ao legislativo.

Não obstante, ocorreu a aclamação do sistema jurisdicional, conforme ensina Luís Roberto Barroso:

Assim se passou, inicialmente na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961) No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram incluídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (...) Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *Judicial review*. O caso Frances será objeto de menção à parte (BARROSO, 2008, p. 108).

Felizmente, essa concepção quanto à importância e função dos tribunais constitucionais se espalhou rapidamente pelos países democráticos. Não obstante, faz-se necessário registrar que existem vários autores que defendem que referidos tribunais não podem vincular o poder executivo, o que, evidentemente, é inaceitável, diante de todos os esclarecimentos realizados até aqui.

6. DA FALÁCIA REFERENTE À OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Entrando na reta final de nosso trabalho, cabe enfrentar uma confusão jurídica e doutrinária defendida por alguns autores que acreditam que o ativismo jurisdicional caracteriza verdadeira intromissão do poder judiciário nos demais poderes, desrespeitando o princípio da separação dos poderes.

Referidos autores, certamente estão baseando seus fundamentos na teoria desenvolvida por Montesquieu que não admitia a existência de um poder judiciário interferindo nos demais poderes, senão vejamos:

O papel do Judiciário é modesto politicamente por duas razões.

Primeira. Não se concebe o Judiciário posicionar-se no sentido de frear, embaraçar outro Poder (...)

Segunda. O Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas inteiramente à revelia dele, Judiciário. **O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei** (MONTESQUIEU, 1994, p. 26). (Grifos nossos)

Neste sentido, leciona TAVARES (2005, p. 166), que Montesquieu assume uma concepção iluminista de lei e uma idéia mecanicista de função judicial que não tolerava a intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes.

Não obstante, o argumento de que o ativismo jurisdicional se traduz em ofensa ao princípio da separação dos poderes, se trata, na verdade, de uma falácia, senão, vemos os ensinamentos de Hans Kelsen:

Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. **Se**

devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício do poder” (em contraposição a um “exercício de direito”) (KELSEN, 2003, p.250) (Grifo nosso).

Logo, trata-se de uma falácia o argumento da intromissão na medida em que os autores que defendem essa tese não percebem que não existe qualquer contradição entre ativismo jurisdicional e o princípio da separação dos poderes.

Aliás, vale destacar que a consagração do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo moderno teve mesmo berço político-filosófico:

Em nossa opinião, a separação dos poderes configurou-se institucionalmente somente no Estado constitucional moderno. Trata-se de um elemento do constitucionalismo, cujas etapas iniciais podem ser encontradas na organização político-constitucional dos Estados Unidos da América e da França pós-revolucionária (DIMOULIS, 2008, p.147).

Isso se explica até mesmo em razão do objeto do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo, já que, ambos possuem a função de preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência “absolutista” de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoa (DIMOULIS, 2008, p.144).

Outrossim, fica evidente que no Estado Social Democrático a concepção limitada do princípio da separação dos poderes não pode mais ser aceita. Isto porque, é o judiciário que garante o respeito aos direitos fundamentais do homem, até mesmo em face dos poderes executivo e legislativo.

Neste diapasão, ensina João Carlos de Oliveira Teles:

As garantias das condições democráticas de um Estado, com o asseguramento da efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, são as bases primeiras da legitimidade de um tribunal constitucional, que passa a ser o guardião da coerência dos princípios constitucionais e da eficácia social da Constituição, quer dizer, da sua efetividade (2008, p. 229).

Ademais, vale destacar que os tribunais constitucionais realizando o papel que se convencionou chamar de “ativismo jurisdicional” não estão usurpando função do poder

executivo, como argumenta os autores contrários ao presente modelo, mas tão somente, estão defendendo a eficácia da constituição, senão vejamos:

Ao contrário de diversos autores que postulam que as decisões judiciais não podem obrigar a concretização de direitos sociais, mesmo que contidos na Constituição, adota-se neste trabalho a premissa de que o Supremo Tribunal Federal tem obrigação de velar pelo cumprimento de todos os mandamentos contidos na Constituição de 1988, principalmente dos direitos sociais. **Dessa forma, não se estaria transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da constituição** (AGRA, 2008, p. 506/507) (Grifo nosso).

Corroborando referido entendimento, TAVARES (2005, p. 498), leciona:

No Estado Constitucional de Direito há como que uma primazia da Constituição positivada relativamente ao postulado da soberania popular representativa. A vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário. A maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte. Preserva-se a soberania popular consubstanciada na Constituição e, a partir desta, normatizada.

Assim, assegura-se ao Tribunal Constitucional essa conotação popular, de representante da soberania popular, da vontade expressa na Constituição, por promovê-la.

Acrescenta ainda TAVARES (2005, p. 501), que o Tribunal Constitucional seria legítimo porque assim o desejou a vontade majoritária explicitada na Constituição (primeiro argumento), legitimidade reforçada na medida em que esse Tribunal atuará apenas a vontade, também majoritária, explicitada na Constituição, contra as vontades inferiores, ou seja, de grupos inferiores que tentam contrariar o texto constitucional (segundo argumento).

Ainda em contraposto aos opositores do ativismo jurisdicional, vale citar os ensinamentos de Cappelletti, apresentados por Porto, sustentando de forma inexoravelmente convincente a legitimidade política do Poder Judiciário senão, vejamos:

a) A idéia do consenso para sustentar decisões dos governantes é uma ilusão, pois, em sua maioria, a classe política move-se por interesses distanciados daqueles dos governados, decorrentes de alianças e negociações, por vezes, ilegítimas, trocas de partidos, fazendo cada vez mais sutil o fio que prende o voto dos governados às ulteriores decisões políticas dos governantes;

b) O Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade, posto que os Ministros das Cortes Supremas, entre nós, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado da República (art. 101, parágrafo único, da CF/88); da mesma forma que os membros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, da CF/88). Da mesma forma, o chefe do Ministério Público Federal, um dos principais legitimados ativos ao controle concentrado da constitucionalidade, também é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da maioria do Senado para um mandato de dois anos (art.128, parágrafo 1º da CF/88). Nos Ministérios Públicos Estaduais a escolha do Governador deve recair sob lista triplicada apresentada pela classe, também para um biênio (art. 128, parágrafo 3º, da CF/88).

c) As decisões do Poder Judiciário (*outputs* do Sistema de Justiça) devem forçosamente ser arrazoadas, de sorte que o caráter racional destas decisões, submetidas ao crivo das partes e do duplo grau de jurisdição, constitui um esforço por legitimação com base em valores substanciais.

d) A legitimidade das decisões do Sistema de Justiça ainda provém de razões procedimentais como a facilitação ampla do acesso à justiça e, provido este, da possibilidade que as partes têm de apresentar suas razões e suas provas, o que já não se verifica tão claramente no processo legislativo. Outrossim, o Sistema de Justiça somente se pronuncia em face de uma lide e nos seus limites, mantendo-se o julgador equidistante das partes, fator que empresta credibilidade e, portanto, legitimidade ao julgamento (Capeletti apud PORTO, 2006, p. 233-234).

PORTO (2006, p.235), salienta ainda, que a “soberania complexa”, ao combinar representação política (eleitoral) e funcional (constitucional ou legal), seria uma forma excelente de expandir a participação e a influência da sociedade no processo político através de todos os meios disponíveis, entre eles, o Sistema de Justiça. A implantação de referido sistema equivaleria a implantação de mecanismos de democracia direta, presentes na idéia de comunidade de intérpretes da Constituição, que influenciou a Constituição brasileira de 1988, a qual prevê a participação da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle de constitucionalidade das leis e na defesa dos direitos transindividuais, através, inclusive, da ampliação dos legitimados ativos ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme art. 103 CF/88.

ZANETI JÚNIOR (2007, p. 44-45), acrescenta que o Brasil possui um diferencial positivo, já que o controle de constitucionalidade das leis brasileiras (sistema difuso e sistema concentrado), realizado por órgãos jurisdicionais, sem a influência da jurisdição administrativa ou da jurisdição de órgãos políticos como ocorre no sistema constitucional Francês (*Conseli Constitutionnel*), funcionando desta forma através de um sistema de formatação constitucional híbrido[3], proporciona ao juiz capacidade de suprir a falta de lei que coloque em risco o respeito aos direitos fundamentais, fazendo do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade.

Neste diapasão, vale registrar a mudança de posição de Canotilho, utilizando dos ensinamentos de KRELL (2002, p. 67):

Na doutrina constitucional contemporânea, comenta-se a mudança na linha doutrinária do famoso constitucionalista português Gomes Canotilho. Na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, publicada em 1982, ele defendia a tese de que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de obrigar o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização dos preceitos constitucionais.

(...)

Ultimamente, Canotilho revidou a este posicionamento declarando-se agora adepto de um “constitucionalismo moralmente reflexivo” (...) O modelo da *Constituição Dirigente*, hoje, também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, onde as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”.

Não obstante, comungamos com a opinião de KRELL (2002, p.69), ao comentar referida mudança de entendimento:

Essa mudança de visão se deve certamente à forte influência da doutrina tradicional alemã e à situação social alterada de Portugal no seio do processo de integração econômica e política na União Européia, que proporcionou ao país uma prosperidade e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes, mas que definitivamente não é transferível, sem os devidos ajustes, ao sistema jurídico e social do Brasil.

KRELL (2002, p. 70), assevera que as condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no início do século XXI não exigem uma exaltação de terias liberais e internacionalistas, mas sim um desenvolvimento robusto, firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Constituição Federal de 1988, de modo que no Brasil, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente superior ao nosso.

Neste sentido, SAMPAIO JÚNIOR (2008, p. 93), corrobora:

Democracia só existe quando os direitos dos cidadãos são cumpridos. Imaginar, por exemplo, que o direito à liberdade do cidadão em todos os sentidos não é respeitado pelo poder público significa dizer que, nesse caso, não há o que falar em Estado Democrático. Não se pode admitir – a partir da idéia de que em uma democracia deve

sempre prevalecer a vontade da maioria – que se descumpram os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Por fim, SAMPAIO JÚNIOR (2008, p. 98), registra que a judicialização da política é uma realidade mundial, reflexo natural do surgimento das constituições escritas e sua vinculação à todos os ramos do direito no Estado Democrático. Neste sentido, ensina ainda referido autor que não há como pensar em um país que tenha positivado os direitos humanos, estabelecidos na Declaração Universal de Direitos do Homem, trazendo-os agora como fundamentais, sem que se perquirira sobre a imanente atuação do Poder Judiciário em todas as arenas, inclusive políticas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O lento surgimento e reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da história, marcado por fatos, muitas vezes horrendos, possibilitou o surgimento do constitucionalismo que por sua vez, principalmente a partir da segunda metade do século XX teve o condão de vincular o povo e o Estado, de forma igualmente eficiente em suas três esferas de poder: legislativo, executivo e judiciário.

Com o neoconstitucionalismo que se desenvolveu rapidamente na Europa do pós-guerra e no Brasil do pós-período ditatorial, provocando a redemocratização dos sistemas políticos de forma quase concomitante no continente europeu e no Brasil, foi possível assistir a feliz adoção do sistema jurisdicional da criação dos tribunais constitucionais por todo o planeta.

Outrossim, as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo trouxe a norma constitucional para o centro do sistema jurídico, estendendo seus tentáculos, sob todos os demais ramos do direito, provocando a vinculação e adequação de referidos ramos de acordo com o novo sistema constitucional.

Por sua vez, esta mudança no paradigma político-jurídico, possibilitou o surgimento do Estado Social, com a conseqüente robusta ampliação dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste contexto, o poder judiciário se viu obrigado a atuar de forma mais ativa, surgindo o ativismo jurisdicional representado pela constante influência do poder judiciário nos demais poderes, ora declarando leis inconstitucionais, ora interpretando textos jurídicos de acordo com o caso concreto, ora, determinando até que fossem tomadas providências em âmbito legislativo ou administrativo.

É exatamente neste momento jurídico, político, econômico e cultural que nos encontramos atualmente, havendo grande discussão quanto à legitimidade do poder judiciário em intervir nos demais poderes do Estado.

Não obstante, defendemos como foi possível verificar neste artigo, que não estamos diante de uma intromissão do poder judiciário nos demais poderes, mas tão somente, fazendo valer a nova sistemática jurídica que colocou o sistema constitucional no centro de todo o ordenamento jurídico, vinculando, códigos, leis, cidadãos e até mesmo os poderes legislativo, executivo e judiciário. Esta posição, por sua vez, é absolutamente necessária no Estado Democrático de Direito, devendo ser mantida e defendida a todo custo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais.** In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. **Manual de direito internacional público.** 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Significado e atualidade da separação dos poderes. AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradutor Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Ganira da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante.** 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

_____, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 6. Ed. Madrid: Ed. Techos, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização e o controle de mérito do ato administrativo pelo judiciário. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. São Paulo: malheiros, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público.** 2º ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TELES, João Carlos de Oliveira. Jurisdição constitucional e legitimidade de um tribunal constitucional jurídico-político. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz

Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[1] Ficou conhecido como Tratado de Vestefália, já que o acordo foi firmado no Congresso de Vestefália, sendo que Guido Fernando Silva Soares (2004, p.29) utiliza a grafia Vestfália; Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.49) utiliza a grafia Westfália; Hidelbrando Accioly (2002, p.10) prefere a grafia Vestefália.

[2] A primeira parte da frase “Ontem os Códigos; hoje as Constituições) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado e avulso pela IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma”, tal como se deu em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

[3] Da lição entre um sistema da legalidade (*L'État legal* ou Estado de Direito alemão – códigos) em um sistema de criação judicial (*rule of law* – controle de poderes e vinculatividade das decisões judiciais) surge a particularidade híbrida dos sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, dessarte e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição. Trata-se portanto de uma riqueza sem igual para a potencialidade institucional do Poder Judiciário. Hermes Zaneti Júnior, em sua obra *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONSTITUIÇÃO E REALIDADE: TRANSFORMAÇÕES INERENTES À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA*

CONSTITUTION ET RÉALITÉ: DES TRANSFORMATIONS INHÉRENTES À L'EXPÉRIENCE BRÉSILIENNE

**Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Ana Katarina Fonteles Soares**

RESUMO

O vertente trabalho procede a uma análise sobre aspectos relevantes da evolução constitucional brasileira, intentando demonstrar que um dos mais instigantes problemas na área do Direito Constitucional contemporâneo consiste em perquirir os fatores concernentes à concretização do texto constitucional frente à realidade social a que se destina. A temática adquire especial conotação quando se constata, ao longo da experiência brasileira, manifesto descompasso entre a efetivação das normas previstas e as exigências sociais, por meio de freqüentes violações à ordem jurídica vigente, em regra movidas por interesses casuísticos, a infirmarem a realização dos direitos constitucionalmente garantidos. Os desvios apontados no curso de relacionamento entre texto constitucional e realidade social evidenciam a necessidade de que se busquem mecanismos de adequação das constituições jurídicas às realidades sociais onde pretendem ser concretizadas. Tal mister também se acentua no contexto prospectivo e compromissário da Constituição Federal brasileira de 1988, menos idealista e mais realista, na medida em que se busca sua concretização mediante a conexão entre o texto constitucional, permeado por todos os anseios e valorações eleitos pelo poder constituinte, e sua efetiva aplicação às relações do mundo. Não há dúvidas de que uma constituição encontra-se em relação de coexistência com as demais estruturas do estado, e, se estas estruturas sociais, econômicas, políticas, éticas mudam, deverá também ela transformar-se, com ou sem reformas formais, para que não se promova uma divergência problemática. O ser constituição apresenta-se como estrutura dinâmica e em permanente revisão, sendo improfícua a pretensão de cristalizá-lo em instituições imodificáveis, desconsiderando a interação de causas e efeitos próprios da vida em sociedade, a reclamarem constantes transformações. Embora representem o retrato apanhado da realidade social no momento de sua respectiva criação, as constituições neste não se esgotam, mas, no esforço de sua aplicação, resolvem-se em um processo que promove a sua permanente reconstrução.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; TEXTO; REALIDADE;
CONCRETIZAÇÃO; TRANSFORMAÇÕES.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUME

Ce travail procède à une analyse sur les aspects importants de l'évolution constitutionnelle brésilienne, ayant par but montrer que l'un de plus incitants problèmes dans le domaine du Droit Constitutionnel contemporain consiste en étudier les facteurs concernant la concrétisation du texte face à la réalité social à laquelle elle est destinée. Le sujet acquiert une connotation spéciale quand on constate, au cours de l'expérience brésilienne, une disparité entre la réalisation des normes prévues et les exigences sociales à travers les fréquentes violations à l'ordre juridique en vigueur, en règle générale motivées par des intérêts complaisants, celles-là à infirmer la réalisation des droits constitutionnellement garantis. Les détournements indiqués au cours de la relation entre texte constitutionnel et réalité social mettent en évidence le besoin de chercher des mécanismes d'adéquation des constitutions juridiques aux réalités sociales où elles seront concrétisées. Ce travail s'accroît également dans le contexte prospectif et compromissaire de la Constitution Fédérale brésilienne de 1988, moins idéaliste et plus réaliste, dans la mesure où l'on cherche sa concrétisation par la connexion entre le texte constitutionnel, entremêlé par tous les désirs et valorisations élus par le pouvoir constituant, et son effective application aux relations du monde. Il n'y a pas de doute qu'une constitution est en relation de coexistence avec les autres structures de l'état, et si ces structures sociales, économiques politiques, éthiques changent, la constitution devra également se transformer, avec ou sans des réformes formelles, pour qu'on ne promeuve pas une divergence problématique. L'être constitution se présente comme une structure dynamique et en permanente révision, et c'est sans profit la prétention de le cristalliser dans les institutions immuables, en déconsidérant l'interaction de causes et effets propres de la vie en société, qui réclament des constantes transformations. Malgré elles représentent le portrait pris de la réalité social au moment de sa respective création, les constitutions ne s'épuisent pas, mais dans l'effort de son application, elles se résolvent dans un procès qui promeut sa permanente reconstruction.

MOT-CLES: CONSTITUTION; TEXTE; RÉALITÉ; CONCRÉTISATION; TRANSFORMATIONS.

INTRODUÇÃO

Se a humanidade experimenta sua evolução em decorrência da superação dos empecilhos à satisfação de seus anseios e de suas necessidades prementes, a ordem social importa um permanente dever, que repercutirá em seus alicerces institucionais. As constituições, dessa forma, embora com pretensão de permanência, possuem também um caráter dinâmico[1], na medida em que não podem assumir postura alheia à realidade social sempre em modificação, sob pena de se tornarem obsoletas e, conseqüentemente, haver ruptura da ordem fundamental positivada.

A mudança constitucional mostra-se, pois, indissociável da vivência jurídica, advindo da tensão permanente entre o texto normativo, a realidade e o mister de efetividade das disposições previstas constitucionalmente. De feito, o ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado de caráter estático, apresenta, simultaneamente,

caráter dinâmico (estático é o texto; dinâmico é o conteúdo da norma), não se podendo dispensar o enfoque de base sociológica, que põe em íntima relação o direito e a sociedade em constante transformação.

Nesse contexto, J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1143) compreende a constituição como um “sistema aberto”, pautado em uma “estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”. Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 03), a seu turno, preconiza que as constituições são, por assim dizer, “organismos vivos”, intimamente ligados ao meio circundante, aos avanços da ciência, da tecnologia, da economia, às crenças e convicções morais e religiosas, aos anseios e aspirações de toda uma população; ou seja, a ordem constitucional deve estar em consonância com os chamados “fatores reais do poder”, na expressão de Ferdinand Lassale (2006, p. 19).

Para esse último autor, a essência de uma constituição reside no somatório dos fatores reais de poder que regem uma nação, sendo esta a sua concepção de “Constituição real”. Da soma destes fatores e de sua inscrição em uma folha de papel resultaria a “Constituição jurídica”. Referidos fatores seriam aquelas forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, sendo que, segundo Lassale (2006, pp. 46/47), o texto constitucional que não se coaduna a tais fatores reais, sem possibilidade de modificação adaptativa, não passa de uma simples folha de papel, sem concretização no meio social. Segue, adiante, explicando que toda Constituição escrita deve guardar íntima correspondência com a Constituição real, pois, do contrário, onde a aquela não corresponder a esta, “irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. (2006, p. 64).

Peter Häberle (1997, pp. 12/13) também traça um liame entre constituição e realidade, quando sustenta que a ampliação do círculo de intérpretes, isto é, a democratização da interpretação constitucional, por meio de uma hermenêutica da sociedade aberta, nada mais é que um consectário da exigência de integração da realidade ao processo de interpretação.

A propósito, Konrad Hesse (1991, pp. 13 e ss.) contribui dispondo que a norma constitucional não possui existência autônoma em relação à realidade onde pretende ser concretizada. Ressalta o autor o “condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”, chegando, inclusive, a assinalar, fulcrado em Wilhelm Humboldt, que “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo”.

As constituições são, portanto, mutáveis por natureza, mostrando-se permeáveis ao caráter cambiante das forças sociais, de tal sorte que a segurança e a estabilidade nas relações entre os indivíduos somente podem ser alcançadas quando garantida uma margem flexível capaz de comportar as progressivas mudanças sociais. Pedro de Vega (1991, pp. 67 e ss.) defende que essa modificabilidade das constituições “constitui mesmo uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida mesma em que é

um mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política” – o que possibilita, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória entre estas realidades.

1 DIREITO E REALIDADE NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Tecidas as considerações supra acerca da implicação necessária entre direito e realidade, verifica-se que um dos mais instigantes problemas na área do Direito Constitucional consiste em perquirir os fatores concernentes à concretização do texto constitucional frente à realidade social a que se destina. A questão adquire especial relevância, quando, por vezes, se constata, ao longo da evolução constitucional brasileira, manifesto descompasso entre a efetivação das normas previstas constitucionalmente e as exigências sociais, por meio de freqüentes violações à ordem jurídica vigente, na maioria das vezes movidas por interesses casuísticos, contingentes, que terminam por infirmar a realização dos direitos constitucionalmente garantidos.

Embora tolerando a escravidão, estipulando um sistema eleitoral censitário abertamente excludente[2] (artigos 92 a 95) e estabelecendo a prerrogativa do Poder Moderador (artigos 98 a 101), resquício nitidamente absolutista, a Constituição Imperial de 1824, apresentava alguns traços liberais. Ocorre que os direitos civis e políticos resguardados pelo referido texto constitucional, sobretudo, expressos na declaração de direitos individuais prevista em seu art. 179, obtiveram um nível deveras limitado de concretização e realização.

Com efeito, o sistema representativo instituído com a Carta de 1824 foi verdadeira farsa, não havendo representação dos interesses populares na esfera estatal, nem previsão de efetiva participação popular. Não obstante a indicação do art. 71 no sentido de que a “Constituição reconhece e garante o direito de intervir todo o cidadão nos negócios de sua província, e que são imediatamente relativos a seus interesses peculiares”, a disposição seguinte praticamente excluía esta prerrogativa de participação popular, na medida em que estatua que tal direito somente “será exercitado pelas Câmaras dos distritos e pelos Conselhos que, com o título de Conselho Geral da Província, se devem estabelecer em cada província onde não estiver colocada a capital do Império”.

A adoção do Poder Moderador, visando à estabilização do regime monárquico por meio de atribuições conferidas exclusivamente ao Imperador, também acabou por eliminar as possibilidades de ampliação democrática. Andrei Koerner (1998, p. 42) explicita que, no sistema constitucional do Império,

o Poder Moderador, que era irresponsável, e o Poder Executivo, que se fundava na responsabilidade política do gabinete, não eram distintos claramente. Manteve-se uma zona de incerteza, que “transformava o monarca, de fato, em fonte de poder absoluto”. O imperador tinha, entre outras atribuições, o poder de fazer os ministérios, dissolver a câmara, convocar novas eleições e escolher os senadores vitalícios[3].

Pertinentes, nesta ambiência, as incisivas críticas que Tobias Barreto (2000, pp. 375/376) destinava às pretensões justificativas desse poder:

A questão do poder moderador, a que se acham reduzidos quase todos os problemas do nosso direito público, serve hoje de alimento a muita ignorância e covardia política. Dir-se-ia que ela existe, somente para dar à posteridade mais um testemunho, entre os muitos, que devem convencê-la da pobreza e do atraso em que vivemos.

Não duvido que sejam sinceros os publicistas brasileiros em perscrutar o que eles dão como natureza e fundamentos racionais do poder moderador; todavia não deixam de levar em seus escritos alguma coisa de fútil e mesquinho, com que terá de divertir-se a geração futura.

Para isso, basta imaginar um tempo, em que a filosofia social tenha varrido das inteligências o resto de prejuízos teológicos e metafísicos, que ainda nutrem o gosto das fórmulas estéreis e das questões sem saída. Ver-se-á então como são destituídos de seiva e de valor científico esses longos arrazoados em defesa de um princípio caduco. Velhas lutas improficuas, travadas em nome da razão e da ciência, sobre coisas que não têm força para se vazarem nos moldes do entendimento humano. [4]

Não bastasse isso, o sistema parlamentar instituído pela Constituição de 1824 deu margem à generalização da fraude eleitoral, disseminando-se o que se houve por bem chamar “parlamentarismo às avessas”. Não havia, em termos práticos, interesse no respeito à Constituição, enquanto consagradora de direitos; mas tão-só na preservação da unidade nacional[5] e na manutenção da Monarquia, mediante a rotatividade dos partidos[6] no poder, os quais não eram, propriamente,

instituições, não tinham estatutos nem se revestiam de qualquer forma de organização jurídica; eram, na verdade, vontades concorrentes, uma simples convergência de interesses e afinidades – ou ideológicas e de convicções, ou mesmo de simples interesses, acima das convicções. (NOGUEIRA, 1999, p. 65).

A Constituição, nesse contexto, para a grande maioria do povo, reduzia-se a uma promessa, a uma fachada existente em mero estado potencial. Comunga com esta afirmação Aurelino de Araújo Leal (2002, pp. 146; 149), ao versar sobre a aplicação da Carta de 1984, dispondo que:

[...] ‘o sagrado código’ não estava sendo mais que um phantasma de estatuto político, suspenso ostensivamente para uns na parte relativa às franquezas da liberdade individual, e, para todos, pôde dizer-se que em mero estado potencial, ou de promessa não realizada...

Porque a verdade é que o regimen constitucional não passava de um rotulo colado ao absolutismo. Aliás, enquanto não existiu Constituição, houve mais liberdade que após o juramento da Carta.

[...] era visível que a Constituição fôra uma lei decorativa. Dir-se-ia um edificio construído só exteriormente. O interior, sem divisões, que seriam as leis complementares, dava em resultado que o paiz mostrasse ao publico e ao estrangeiro

uma construção de bella fachada, onde, na realidade, porém, tremulava a bandeira do absolutismo.

Também nesse sentido, Raymundo Faoro (1976, p. 63), ao asseverar que a Constituição limitava-se “a uma promessa e a um painel decorativo”. Igualmente, Gilberto Amado (1998, p. 97/98), ao observar que a Carta Política “erguida no alto, sem contato nenhum com ela [a população], não poderia ser senão uma ficção, um símbolo da retórica destinada ao uso dos oradores”.

Recordando o ambiente do tempo em que outorgada a Carta Política de 1824, escreve esse último autor:

Com uma instrução baseada no Direito Canônico e em todos os vícios da metafísica jurídica da época, esses homens que constituíam a única realidade viva do país iam receber a Constituição que ainda hoje, adaptada à expressão das liberdades modernas algumas das suas disposições secundárias, seria um código liberal, para o aplicar sobre uma população economicamente morta e politicamente alheia a qualquer idéia, por mais remota que fosse, de direitos políticos e deveres cívicos. Destinada a regular um núcleo social que não existia como coletividade consciente e autônoma, a Constituição ficou pairando no ar, como uma cúpula, sem conexão com a terra, onde bracejava uma população de escravos trabalhando sem alegria para um grupo de senhores ignorantes, ávidos, alguns com uma meia instrução, mais perturbadora do que esclarecedora, todos também insuscetíveis de compreender o que queria dizer a Carta política que lhes ia ser outorgada. E eram esses senhores que constituíam o Brasil. Deles, das suas famílias, é que saíam os dirigentes da sociedade.

Oliveira Vianna (1987a, p. 279) evidencia o descompasso entre a Constituição de 1824 e a execução que lhe foi conferida durante a vigência (1824-1891), em manifesto desacordo com os seus ditames e fundamentos:

Entre a Constituição do Império – que nos deu a primeira forma legal do Estado-Nação – e o comportamento prático dos cidadãos, que deviam, no Centro, nas Províncias e nos Municípios, executá-la, havia uma desconformidade profunda, uma viva discordância, um desvio que se revelava tanto mais nítido e amplo quanto caminhávamos do Sul para o Norte e dos litorais para o interior. No fundo, a Constituição de 24 continha um sistema de comportamentos que nunca foi executado [...]. O Imperador, apesar da sua vigilante honestidade, nunca pôde chamar os seus súditos, *mesmo os mais eminentes*, à verdadeira concepção do regime, menos ainda fazê-los executarem a Constituição no seu exato espírito e na limpidez dos seus preceitos.

Durante o período republicano, o problema da disparidade entre o texto constitucional e a realidade persistiu, tendo o seu ponto culminante com a Carta de 1891[7]. Por meio desta, o constitucionalismo de ficção manifestou-se de forma ainda mais grave que na experiência imperial, na medida em que o aperfeiçoamento liberal de garantia dos direitos da pessoa humana, com declarações mais abrangentes, implicava um descompasso ainda mais intenso entre o documento constitucional e a estrutura social. [8]

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, pp. 259 e ss.), no respeitante, destacam que:

uma coisa foi a ordem constitucional formalmente estabelecida pela vontade da Assembléia Constituinte [...], e outra coisa muito diferente, a realidade e a organização social da nação republicana, proveniente da crise do cativo e da derrubada das instituições imperiais.

Adiante, os versados autores concluem que:

entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância; nesse passo se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos.

Foram diversos os fatores que contribuíram para a permanente deturpação e violação da Constituição de 1891. Concorriam para o descrédito nas instituições constitucionais as fraudes eleitorais, ainda mais veementes nesse período, por conta dos mandonismos locais proporcionados pela “Política dos Governadores”[9], que, juntamente às excessivas decretações de intervenção federal nos Estados, acarretou verdadeira deturpação do Federalismo, inicialmente concebido para equilibrar e harmonizar os poderes.

Marcelo Neves (2007, p. 181) “acrescenta a degeneração do presidencialismo no chamado “neopresidencialismo”, principalmente através das declarações exorbitantes do estado de sítio” como expressão significativa da falta de concretização normativa do texto constitucional. Também neste prol, Aliomar Baleeiro (1999, pp. 60/61) indica

a política do “café-com-leite”, que garantia a hegemonia de São Paulo e Minas Gerais, revezando-se governadores paulistas e mineiros na Presidência da República em detrimento das aspirações e interesses dos outros Estados, como também o próprio imobilismo do texto da Constituição Federal de 1891 em face das aspirações gerais, porque o establishment (as oligarquias estaduais coroadas pela oligarquia federal nelas apoiada) não sentia nem compreendia a necessidade das reformas básicas.

Oliveira Vianna, denunciando os paradigmas constitucionais que não se amoldavam a uma visão objetiva e realista da sociedade brasileira, criticava o caráter utópico do pensamento político brasileiro, sempre vinculado a esquemas institucionais inspirados em doutrinas estrangeiras. Conforme o autor (1939, p. 7),

entre nós, não é no povo, na sua estrutura, na sua economia íntima, nas condições particulares da sua psique, que os organizadores brasileiros, os elaboradores dos nossos códigos políticos vão buscar os materiais para as suas famosas e soberbas construções: é fora de nós, é nas jurisprudências estranhas, é em estranhos princípios, é nos modelos estranhos, é nos exemplos estranhos, é em estranhos sistemas que eles se abeberam e inspiram.

E mais (1987b, p. 20):

O mecanismo político criado sob este modelo teria fatalmente que faltar à sua finalidade *interna: a garantia do direito*. Não propriamente por defeito de sua estrutura íntima; mas, pela sua inadaptação às condições *reais* da sociedade em que deveria funcionar. Seria, pois, uma construção eivada de realismo utópico, no sentido que damos a esta

expressão. *O que realmente denuncia a presença do idealismo utópico num sistema constitucional é a disparidade que há entre a grandeza e a impressionante eurritmia de sua estrutura teórica e insignificância do seu rendimento efetivo.*

Quando da edição de *Instituições Políticas Brasileiras*, o citado crítico conservador retoma o raciocínio desenvolvido em *Populações Meridionais do Brasil*[10] e, posteriormente, em *O Idealismo da Constituição*[11], tentando demonstrar o caráter dispersivo da sociedade brasileira, “a tenuidade ou fraqueza da nossa consciência do bem coletivo, do nosso sentimento de solidariedade social e do interesse público” (1987a, p. 267). Oliveira Vianna ressalta ainda que o ideal democrático, tanto na Constituição de 1824, como na de 1891, não passa de uma criação de nossas elites dirigentes, independentemente de qualquer sugestão advinda efetivamente do povo:

Os nossos constitucionalistas – legisladores, publicistas, tratadistas e políticos, tanto no Império, como na República – nunca tiveram outra maneira de pensar senão esta [baseada em um idealismo utópico]. O fundo cultural do nosso povo – tal como ele se revela nos centros principais de sua formação social – é sempre considerado por eles um fator estranho, incomputável no jogo de seus silogismos e conclusões. O povo-massa brasileiro – o nosso “demos”, na sua realidade viva – nunca nos preocupou, nem hoje, nem ontem, nem anteontem, quando se metem a pensar na construção destes regimes, em que, paradoxalmente, este “demos” é justamente o soberano! Só os interessam, exclusivamente, o Logos e as inscrições das Tábuas da Lei. Os problemas da organização dos poderes públicos e da atividade administrativa do Estado são tratados, conseqüentemente, em inteira desconformidade com a nossa experiência histórica, com as lições do nosso passado e com as próprias realidades observadas. (1987b, p. 21).

Este “marginalismo” característico das nossas elites políticas e dos nossos publicistas e legisladores originaria, segundo Vianna, um certo despreço à “realidade circunstante” e à realidade experimental”, deixando patente a discordância havida entre as Cartas e a execução que lhes demos, em vivo desacordo com os seus ditames e mandamentos, com os seus pressupostos, fundamentos e espírito.[12]

Também Francisco Campos admite esse descompasso, quando faz alusão ao que ocorreu na Primeira República, bem assim ao reconhecer o distanciamento do povo, tecendo comentários sobre “o mito do sufrágio universal”. Os seguintes excertos bem demonstram tais idéias, respectivamente:

A autoridade constitucional do poder central, insuficiente e mal delimitada, está sujeita a exercer-se violentamente contra os princípios legais da autonomia. De sorte que a nação, para defender as suas prerrogativas, começa a abandonar a constituição escrita, praticando infidelidades contra a letra e o espírito dos seus textos. E é o que nos acontece: um país em transformação acelerada, formando o seu caráter, e uma constituição morta, que nasceu inadaptável às condições orgânicas da nação. (apud SANTOS, p. 289).

A maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública. A sua vida privada já lhes dá bastantes motivos de preocupação e de trabalho. Passam a maior parte do tempo alheios às questões de política, de administração e de governo. Quando mobilizados para campanhas eleitorais, todos os problemas se apresentam de uma só vez à sua atenção, quase todos complexos e a maior parte deles ininteligíveis à massa que não se

encontra preparada para a compreensão sequer dos seus termos mais simples. [...] Como, no meio da confusão e do rumor de uma campanha, querer que a massa possa fazer um juízo mais ou menos seguro sobre questões remotas à sua vida habitual e insuscetíveis de se clarearem pela atenção ordinária que o homem da rua costuma dedicar aos assuntos do dia? (CAMPOS, 2001, p. 51).

Com isso, os autores trazem à tona um receio velado, presente ao longo da história política oficial do nosso país, de uma participação ativa do povo na vida pública. De feito, a visão extremamente pessimista sobre o Brasil como um todo atinge também a crença na capacidade ativa do povo, em seu papel protagonista no cenário público, inexistindo um esforço sistemático em conferir à massa consciência política.[13]

Ora se alega não achar-se o povo ainda educado para cumprir seus deveres cívicos; ora se insiste na necessidade moral do controle das manifestações do povo, a fim de impedir que as mesmas se desgarem para o campo da demagogia, ou, como eles gostam mais de dizer, da anarquia. (LIMA, 1998, p. 308).

No constitucionalismo monárquico, o povo antes representa a idéia de um mero postulado, de um princípio, do que propriamente uma força organizada. Sob a égide da Lei Fundamental de 1891, as práticas da vida pública, regidas por uma política nitidamente regionalizada, também não favoreceram a uma organização política do povo.

Entre nós, portanto, o povo foi sempre muito mais um símbolo constitucional do que fonte de autoridade - o que apenas serviu ao aumento da distância entre as disposições constitucionais e o meio político e social constitutivo do país. Palavras outras, aludem-se ao que Friedrich Müller (1999, pp. 65 e ss.) houve por bem denominar “conceito icônico de povo”, que funciona como mera peça simbólica, instância signíca de legitimidade democrática, desprovido, porém, de poder de participação efetiva nas decisões políticas.

As reflexões aqui vertidas quanto ao papel meramente simbólico atribuído ao povo por nossas duas primeiras Cartas Políticas não se adequam, contudo, ao contexto da atual Constituição brasileira, promulgada em 1988. Com efeito,

[...] nunca uma lei magna no Brasil esteve tão perto de refletir as forças reais do poder, de que fazia menção Lassale. [...] Um fato, aliás, cabe acentuar, sem precedente em toda a história constitucional do Brasil. Colocou-nos ele [o momento de elaboração formal da Carta] tão perto da realidade, do instante concreto, que a Constituinte congressual, perdendo em parte, o traço elitista, típico das Constituintes passadas, soube congrega o povo e ouvir a sua palavra, soube auscultar os centros de opinião e dialogar com o país. (ANDRADE; BONAVIDES, 2004, pp. 489/491).

Ressaltando o contexto pluralista do nascimento da Constituição de 1988, bem assim reconhecendo a contigüidade de seu texto ao País real, também oportunas as considerações de Luís Roberto Barroso (apud BEDÊ, 2006, p. 109):

O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem pública e econômica até

então. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático.

Ao estabelecer a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, com objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento da nação; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades sociais; como também promover o bem de todos (artigo 3º), a Carta Política de 1988 rompe com um paradigma de autoritarismo representado pelo Estado de Direito anterior, fulcrado na legalidade sem legitimidade, inaugurando, no constitucionalismo brasileiro, o caráter *comunitário*[14] para a formação da Constituição, na medida em que abrange os valores que a sociedade brasileira pretende ver atingidos ou conquistados.

O cariz democrático, porém, não há de se limitar ao momento constituinte. Aludida Carta, responsável pela concretização da democracia participativa no Brasil, “tem a chave dos destinos do povo que a promulgou” (BONAVIDES, 2003, p. 4) e, admitindo a combinação de formas de democracia direta com democracia representativa[15], confere nova feição ao conceito de soberania popular, que deve manter-se com o povo não apenas no instante da promulgação do texto, mas também após o processo constituinte[16].

Nesse sentido, urge lembrar que a legitimação da Carta não se exaure no momento de sua adoção, mas também depende da anuência popular diária ao sistema instituído, aos moldes do *plébiscite de tous les jours*, como diria Ernest Renan (1882), em seu célebre discurso *Qu'est-ce qu'une nation?*[17] Essa legitimidade, segundo Müller (1999, p. 71), pode ser alcançada, procurando-se, primeiramente, dotar os cidadãos ativos de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas. Em segundo lugar, ao lado deste fator de ordem procedimental, a legitimidade pode ocorrer pelo modo mediante o qual são implementadas tais decisões, assim também pela forma como todos – o povo inteiro, enquanto *destinatário das prestações civilizatórias do Estado (zivilisatorische Staatsleistungen)* - são por elas tratados. Ambas, a decisão (enquanto co-participação “do povo”) e a implementação (enquanto efeitos produzidos “sobre o povo”), devem ser questionadas democraticamente.

De tal posicionamento não diverge Maria Victoria de Mesquita Benevides (1991, p. 15), nos termos de quem as autoridades estão, efetivamente, sujeitas ao controle e ao veredicto do povo, numa relação de complementaridade entre representação tradicional (eleição de representantes no Executivo e no Legislativo, principalmente) e formas de participação direta (votação em questões de interesse público), configurando um sistema que pode ser denominado de *democracia semidireta*. A autora elege os institutos de participação direta (referendo, plebiscito e iniciativa popular) como corretivos necessários à representação política[18] oligárquica e tradicional, de cunho excludente, atentando para a urgência de sua regulamentação, na mesma esteira de pensamento de Norberto Bobbio (1986), ou seja, estabelecer regras do jogo nítidas e transparentes para o avanço da democracia semidireta, por meio da definição de um novo espaço público e da superação da dicotomia tradicional entre Estado e sociedade civil.

A atual Constituição brasileira, nitidamente mais realista que idealista, possui função prospectiva, funcionando como um organismo vivo, ao mesmo tempo reflexo e

refletidor dos anseios sociais, na medida em que elabora as condições de possibilidade para um futuro melhor[19]. E isso importa dizer que a distância antes havida entre o texto o povo não mais procede, fazendo-se mister que os cidadãos social e politicamente ativos lutem por uma democracia mais participativa, a fim de que possamos lograr “a permanência, a contemporaneidade, a juventude e a flexibilidade adaptativa dos mandamentos da ordem constitucional em todas as situações problemáticas do presente e do porvir” (BONAVIDES, 2003, p. 4).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas essas breves reflexões sobre alguns aspectos relevantes da evolução constitucional brasileira - por meio de que se pôde observar o problema da discrepância entre a efetivação das disposições constitucionais e as exigências sociais, provocando um desvio no curso de relacionamento entre o texto constitucional e a realidade social, com freqüentes violações à ordem jurídica vigente -, verifica-se a necessidade de que se busquem mecanismos de adequação das constituições jurídicas às realidades sociais onde pretendem ser concretizadas[20].

Tal mister também se acentua no contexto prospectivo e compromissário da Constituição Federal brasileira de 1988, na medida em que se busca a concretização constitucional mediante a conexão entre o texto da Constituição, permeado por todos os anseios e valorações eleitos pelo poder constituinte, e a sua efetiva aplicação às relações do mundo, numa tarefa concretizadora e realizadora dos dizeres constitucionais.

Não há dúvidas de que uma constituição encontra-se numa relação de coexistência com as demais estruturas do estado, e, se estas estruturas sociais, econômicas, políticas, éticas mudam, deverá também ela alterar-se, com ou sem reformas formais, para que não se promova uma divergência entre a norma constitucional e o caráter cambiante dos fatores sociais. O ser constituição, como *organismo vivo* que é, apresenta-se como estrutura dinâmica e em permanente revisão, de forma que seria impropícia a tentativa de pretender-se escravizá-lo ou cristalizá-lo nesta ou naquela fórmula ou época, em instituições ou normas imodificáveis, sem levar em conta a interação de causas e efeitos próprios da vida em sociedade[21].

Embora representem o retrato apanhado da realidade social no momento de sua respectiva sua criação, as constituições neste não se esgotam, mas, no mister de sua aplicação, resolvem-se em um processo que promove a sua permanente reconstrução, no qual intervêm os distintos participantes da vida constitucional. Para que possuam efetividade, as constituições devem corresponder essencialmente aos fatores reais de poder e, por conseguinte, têm de seguir o ritmo imposto pelas mudanças sociais que estes determinam ao longo do tempo, fazendo uma aproximação do *ser* da realidade ao *dever-ser* normativo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 6. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

AMADO, Gilberto Amado. As instituições políticas e o meio social no Brasil. In: MENESES, Djacir (org.). *O Brasil no pensamento brasileiro*. Coleção Brasil 500 anos. Brasília: Senado Federal, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999, v. 2.

BARRETO, Tobias. *A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros*. ROCHA, Hildon (coord.). Petrópolis: Vozes. 1977.

_____. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In BONAVIDES, Paulo et al. (coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O impasse da democracia representativa. In MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (coord.). *Direito constitucional contemporâneo – estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Francisco, Democracia e Unidade Nacional. In *Antecipações à Reforma Política*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940 [1914].

_____. Diretrizes do Estado Nacional. In *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001 [1937].

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 2. ed. São Paulo: Nacional/Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo, 1976.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GUIMARÃES, Juarez. *A esperança equilibrista: o governo Lula em tempos de transição*. Coleção Cadernos da Fundação Perseu Abramo. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. Programa de governo do PT: um Brasil soberano, justo e democrático. In *Revista Teoria e Debate*, fevereiro/março 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 20. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Tradução de Leandro Farina. 3. ed. São Paulo: Minelli, 2006.

LEAL, Aurelino de Araújo. *História constitucional do Brasil*. Coleção História Constitucional Brasileira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002 [1915].

LIMA, Hermes. Partido, povo e consciência política. In: MENESES, Djacir (org.). *O Brasil no pensamento brasileiro*. Coleção Brasil 500 anos. Brasília: Senado Federal, 1998 [1945].

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil: contribuição ao estudo da formação brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1999.

- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999, v. 1.
- PAINE, Thomas. *Rights of man*. New York: Penguin Books, 1984.
- RODRIGUES, José Honório. *A história da história do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985, v. 2, t. 2: A metafísica do latifúndio: o ultra-reacionário Oliveira Vianna.
- SANTOS, Rogério Dultra dos. “Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil”. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.
- SUSTEIN, Cass R. Constitutions and democracies: an epilogue. In: Jon Elster & Rune Slagstad (org.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Vianna: análise e perspectivas. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul./set. 1997.
- VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1991.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.
- _____. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Niterói, RJ: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987a, v. 1 [1949].
- _____. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Niterói, RJ: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987b, v. 2 [1949].

[1] Discorrendo sobre a “perenidade e a variabilidade” características do direito, Giorgio Del Vecchio (1995, p. 22) entende que um sistema jurídico pode realmente parecer-se com um organismo, porque as suas várias partes tendem a se compor e ajustar em unidade coerente, devendo todas servir para regular a vida, que em cada momento histórico é necessariamente vinculada e convergente a determinados fins. Acrescenta ser esta a razão daquele “perpétuo trabalho” (...) que visa a “coordenar ou harmonizar entre si as normas vigentes e aquelas que promanam continuamente da vida social no seu perene fluir com o fim de integrar as primeiras”.

[2]As restrições ao direito de voto na Constituição Imperial são expressivas. Não podiam votar nas assembleias paroquiais quem não auferisse renda líquida anual de cem mil réis por bem de raiz, indústria, comércio ou empregos. Àqueles que não podiam votar nas assembleias primárias de paróquia também não era, por consequência, facultado votar na nomeação de qualquer autoridade eletiva nacional ou local. Não podiam ser eleitores nem votar na eleição de deputados, senadores e membros dos conselhos de província os que não percebessem duzentos mil réis líquidos anuais por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. Apenas quem podia ser eleitor era hábil para ser eleito deputado, com uma condição, porém: que auferisse renda líquida anual de quatrocentos mil réis, também por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

[3]De tal orientação, não divergem Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 106), quando observam que “o Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível”.

[4]Cf. também obra do mesmo autor (1977), intitulada *A questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*.

[5]Havia, no Brasil, sobretudo após a Revolução Liberal do Porto, o fundado temor de que o exemplo de fracionamento da América Espanhola aqui fosse reiterado, havendo um declarado intuito de assegurar a unidade nacional. Octaciano Nogueira (1999, p. 28/29) ressalta que “esse medo não era infundado, nem persistiu apenas durante e logo após a independência. Nas condições que redigiu para assumir a Regência, mais de dez anos depois do 7 de setembro, Feijó, com o seu conhecido pessimismo e com a sua proclamada obstinação, fez incluir uma cláusula, segundo a qual tudo se faria para preservar a união das províncias do sul, se as do norte se separassem. Devemos nos lembrar que, ainda em meados do século XVIII, tal como ainda ocorria na América Espanhola no século XIX, sequer tínhamos unidade lingüística. Em vastas regiões do Brasil, como em São Paulo e na Amazônia, a língua corrente e dominante ainda era chamada “língua geral”, o tupi-guarani. Prossegue o autor observando que todas essas preocupações deviam estar presentes no rigoroso centralismo que a Carta de 1824 estabeleceu, ao criar um Estado unitário em que, a rigor, não havia poder local”.

[6]Oliveira Vianna (1939, p. 66) atribuía às práticas fraudulentas da época à manifestação inequívoca do “espírito de clã e facção que animava toda a nossa sociedade, de alto a baixo, das cidades aos campos, dos litorais aos sertões. Clãs organizados para a exploração em comum das vantagens do poder”.

[7] No espaço deste ensaio, limitar-nos-emos ao formalismo constitucional das Cartas de 1824 e de 1891, com alusões, ao final, ao contexto da atual Constituição, de 1988. Marcelo Neves (2007, p. 177 e ss.) também reconhece função simbólica às demais Constituições brasileiras. Ressalta que “a afirmação dos valores social-democráticos em uma sociedade caracterizada por relações de subintegração e sobreintegração é a nova variável simbólica que surge com o modelo constitucional de 1934”. Na Constituição de 1937, o autor considera que a função simbólica restou exercida “através da declaração dos direitos sociais, que atingia apenas uma pequena parcela da população”. Acrescenta que “a conexão de ações proporcionadora da constitucionalização simbólica de 1946 era condicionada por variáveis estruturais que tornavam possível a “liberdade” de, sem risco, “decretar” a democracia social”. Dispõe que o simbolismo dos documentos constitucionais de 1967/1969 expressava-se “mediante as declarações de direitos

individuais e sociais não respaldadas na realidade constitucional”. No que diz respeito à Constituição de 1988, assevera que “à crença pré-constituente na restauração ou recuperação da legitimidade estava subjacente um certo grau de “idealismo constitucional”. O contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada”.

[8] Segundo Raymundo Faoro (1976, p. 64), com a implantação da República, fortificou-se o “arbitrio”. Buarque de Holanda (1988, p. 125) também atentou para essa problemática, defendendo que, após o advento da República, o Estado “desenraizou-se” ainda mais do país.

[9] Gilberto Bercovici (2004, pp. 37/38) retrata com propriedade o período, afirmando que “estas eram as bases do regime político implantado após a proclamação da República: coronelismo e “Política dos Governadores”. As eleições tinham como principal característica as mesas eleitorais com função de junta apuradora. Desta forma, ocorria a chamada fraude do “bico-de-pena”: nomes eram inventados, mortos ressuscitados, ausentes votavam. Os mesários faziam verdadeiros milagres durante a elaboração das atas eleitorais. Caso não conseguisse evitar a eleição do adversário através das atas falsas, restava a “degola”. O Poder Legislativo cassaria o mandato daqueles que não interessavam à oligarquia dominante”.

[10] *Populações Meridionais do Brasil* foi a primeira obra escrita por Oliveira Vianna e que o notabilizou. Divide-se em dois volumes: o primeiro, de 1922, versando sobre as populações rurais do centro-sul do Brasil; o segundo, já em edição póstuma, cujo tema central é o campeador rio-grandense.

[11] *O idealismo da Constituição* adveio de um opúsculo cujo título era “O idealismo na evolução do Império e República”, editado pela primeira vez em 1922 pelo Jornal O Estado de São Paulo. Em 1927, o texto é ampliado e publicado com o título “O idealismo da Constituição”. Uma segunda versão revista e acrescida veio a público em 1939.

[12] Oportuno observar que o discurso nacionalista de Oliveira Vianna, versando sobre a necessidade de aproximação da legalidade à realidade, acaba por atender ao propósito de legitimação da doutrina autoritária no Brasil, havendo, nas palavras de João Paulo Allain Teixeira (1997, p. 103), “uma incompatibilidade imediata” [do pensamento de Vianna] “com os propósitos de ampliação da democracia no Brasil, pelo próprio conteúdo excludente e antiparticipativo que é apresentado como solução”. Nesse passo, José Honório Rodrigues (1985, p. 8) vai reputá-lo “pai espiritual de tudo o que nasce daí em diante de mais reacionário, como 1930, com seu autoritarismo, despreço pela legalidade democrática e garantias individuais (1937), em seguida com Francisco Campos e seu Estado Novo, construindo, representando o grande retrocesso político brasileiro e, finalmente, o modelo máximo, o exemplo perfeito, que vários militares, principalmente Golbery do Couto e Silva, seguem, e convencem a que sigam seus companheiros de armas, o de um regime militar, ilegítimo, abusivo [...] que resultou na sua execução por vinte nefastos anos”. Sobre o pensamento conservador no Brasil, cf. obras como a de Jarbas Medeiros (1978), intitulada *Ideologia Autoritária no Brasil: 1930-1945*; e a de Paulo Mercadante (1980), *A Consciência Conservadora no Brasil: Contribuição ao estudo da formação brasileira*.

[13] A socióloga e cientista política Maria Victoria de Mesquita Benevides (1991, pp. 80 e ss.), em tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Educação da USP, intitulada: *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*; dispõe sobre os preconceitos existentes à prática desses mecanismos de soberania popular constitucionalmente amparados, fulcrados aqueles na idéia de “o povo é, mesmo, politicamente incapaz”. A autora assevera que, segundo tal crença: “o povo é incompetente para votar em questões que “não pode entender”; é incoerente em suas opiniões (quando as tem) e é, ainda, politicamente irresponsável, nada lhe sendo cobrado; o povo tende a votar de forma mais “conservadora” e, quando muito solicitado, torna-se “apático” para a participação política; o povo é mais vulnerável, do que seus representantes, às pressões do poder econômico e dos grupos “superorganizados”; o povo é dirigido pela “tirania da maioria” e dominado pelas “paixões””.

[14] Gisele Cittadino (2000, p. 16) dispõe que “O constitucionalismo societário e comunitário, de que fala Carlos Roberto S. Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. Nas palavras de José Afonso da Silva, ‘certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição’. Ou seja, o objetivo primordial da Constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade”.

[15] Ao célebre princípio de que “todo poder emana do povo”, presente na história constitucional brasileira desde a Carta de 1934, foi acrescida a expressão “que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

[16] Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2003, pp. 213/215) discorre que “a importância da recuperação do conceito de soberania popular surge como critério diferenciador da qualidade de uma democracia constitucional, ainda que tenha sido recebida com ceticismo ou desdém por setores e discursos historicamente descrentes da capacidade de organização do povo, em especial, o brasileiro [...]”. Ressalta, adiante, o mister de “recuperar o conceito de soberania popular, para justificar sua prática constante, mesmo em sociedades que se organizaram constitucionalmente sob o comando da soberania popular, a qual deve permanecer com o povo e nunca nas mãos dos poderes constituídos, em especial dos que não se submetem ao regular processo de eleição direta”.

[17] Nesse mesmo sentido, Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 493), os quais apregoam que, “sem uma Constituinte do povo e sem uma Constituição emersa da legitimidade [...], o país verá Cartas e transições, mas não verá jamais uma Constituição verdadeira, duradoura e eficaz”.

[18] Acerca da crise da democracia representativa, Gilberto Bercovici (2005, p. 303) acredita ser necessária, para sua superação, “a abertura do sistema representativo e da

estrutura político-administrativa à efetiva participação popular. [...] A usurpação do poder constituinte do povo e a redução da esfera democrática, seja pelo critério da técnica, seja pelo critério da defesa contra-majoritária, pelos órgãos administrativos e pelos tribunais gerou o impasse atual de nosso pouco efetivo regime representativo. A devolução da soberania ao seu único e legítimo titular, o povo, significa alterar radicalmente a atual estrutura de poder, sendo essencial a tão aguardada (e adiada) maturação da democracia e da república entre nós”.

[19] O cientista político Juarez Guimarães (2004), em livro intitulado *A Esperança Equilibrada – o governo Lula em tempos de transição*, discorre sobre os limites que esse governo precisa transpor para concretizar a esperança nele depositada e de que saltos será capaz para equilibrá-la. O mesmo autor (2006, pp. 26/28), em artigo publicado na Revista Teoria e Debate, *Programa de governo do PT: um Brasil soberano, justo e democrático*, dispõe que o trabalho de superação dos preconceitos historicamente enraizados, que garantem privilégios de classe ou *status*, permitirá elevar, de forma realista o programa de Metas do atual governo, cujo centro “só pode ser o aprofundamento da democracia do país, o avanço da democracia participativa e do controle social do Estado”.

[20] Como exemplo, tem-se o fenômeno da mutação constitucional, estudado como o conjunto de alterações materiais do texto constitucional produzidas pela atuação de um “poder constituinte difuso” (BURDEAU, apud BULOS, 1997, p.171), sem vulnerar o enunciado lingüístico da norma, atingindo tão-somente o significado, o sentido ou o alcance de suas disposições. José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1228) descreve os processos mutacionais como sendo “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional”. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”. Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.196) entende a mutação constitucional como o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à sua letra, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. Importa observar, outrossim, o conceito de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.12), que utiliza as terminologias “processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p. 123) aduzem que as mutações constitucionais “são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia -, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte”.

[21] Aliás, a discussão sobre a mudança versus estabilidade constitucional não é recente. Thomas Paine (1984, p. 16), no final do século XVIII, já indicava que “a vaidade e presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias. Os homens não têm propriedade sobre os homens; também nenhuma geração tem propriedade sobre as gerações que estão por vir”. O equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade, não sendo exigível que as gerações futuras fiquem eternamente vinculadas a

determinados princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico, também chancela os temores de Thomas Jefferson no sentido de que os mortos pudessem, de certa forma, impor sua vontade aos vivos. Para este, “cada geração é tão independente da que a precede como esta é daquela que a precedeu. Cada uma, como todas as outras, tem o direito de escolher para si própria a forma de governo que acredita melhor lhe promova a felicidade [...]. Os que morreram não têm crédito”. (apud SUSTEIN, 1998, p. 327).

INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: PROTEÇÃO E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO * **

DEMOCRATIC OPENING IN JUDICIAL REVIEW: PROTECTION AND APPLICABILITY OF THE DEMOCRATIC PRINCIPLE

**Cláudia Honório
Heloísa da Silva Krol
Ana Lucia Pretto Pereira**

RESUMO

A fiscalização abstrata da constitucionalidade está em permanente tensão com a democracia, na medida em que rejeita, sem representatividade popular, ato advindo de um poder eleito. Todavia, a jurisdição constitucional tem papel muito relevante na concretização dos direitos fundamentais, que são a própria condição de existência da democracia. Frente ao incremento da atuação do Judiciário no cenário constitucional brasileiro contemporâneo, tem-se buscado mecanismos para democratizar a jurisdição constitucional, rumo a uma maior compatibilidade com a teoria democrática. É sobre algumas dessas manifestações que o presente trabalho versa. A ampliação do rol de legitimados para instaurar a fiscalização abstrata da constitucionalidade é salutar, na medida em que possibilita que maior número de órgãos e entidades, de diferentes setores da sociedade e do Poder Público possam instaurar o debate constitucional. Ainda, permitir a participação de interessados – os amici curiae – no processo da ação direta possibilita a ampliação do debate perante o Supremo Tribunal Federal, trazendo informações e experiências relevantes acerca dos interesses em jogo. Por fim, a possibilidade de realização de audiências públicas torna o julgamento das questões constitucionais permeáveis aos diferentes pontos de vista característicos da sociedade plural, dotando os julgadores de elementos mais fortes para sua convicção. Todas essas medidas conferem maior legitimidade às decisões proferidas no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade (decisões com efeitos erga omnes e vinculantes), além de realizarem o princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE; DEMOCRATIZAÇÃO; “AMICUS CURIAE”; LEGITIMADOS DA ADIN; AUDIÊNCIA PÚBLICA; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

The judicial review of legislation cannot be easily conciliated with the democratic theory because has as effect the rejection of an act emanated of one power elected. And, judicial review does not have popular origin. Although, the judicial review has an important role in the realization of basic rights which is the basis of the democracy. Considering the improve of judicial review in Brazil during the last decade, the aim is to change the judicial review procedure in a democratic place. Then, the actuation of the Brazilian Supreme Court can be conciliated with the democratic argument. This paper focuses on this democratic opening in judicial review procedure. The increase of legitimated to initiate the judicial review procedure is significant and its important because has as consequence the opening of constitutional debate to civil society and other organism of public power. Also, the possibility of amici curiae actuate in judicial review procedure that occur in the Brazilian Supreme Court is really important because the amici curiae bring informations and relevant appointments that can be relevant to the case. Finally, the public audiences can change the focus of the judgment of constitutional cases. It can open the debate to different aspects what is very relevant in a plural society. Also, it can reinforce the conviction of the judges. These mechanisms can assure legitimacy to decisions of judicial review that have erga omnes and linked effects, also can promote the democratic principle.

KEYWORDS: ABSTRACT JUDICIAL REVIEW; DEMOCRACY, “AMICUS CURIAE”; LEGITIMACY, PUBLIC AUDIENCE, DEMOCRATIC PRINCIPLE.

INTRODUÇÃO

A fiscalização abstrata da constitucionalidade sempre se inseriu de forma problemática no âmbito da teoria democrática[1]. Isso porque de regra tem como resultado a rejeição de ato advindo de um poder eleito e, ainda mais, essa rejeição é levada a efeito por um poder sem representatividade popular. Daí o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional[2].

Por outro lado, defende-se que a jurisdição constitucional pode ter um papel muito relevante na concretização dos direitos fundamentais[3]. Assim, atuaria como um árbitro que fiscaliza se os outros poderes estão aplicando a Constituição e conferindo aplicabilidade aos direitos fundamentais. Caso uma postura ativa do Executivo ou do Legislativo viole a Constituição, o Judiciário tem o poder de invalidá-la. Já, na hipótese da inércia executiva ou legislativa violar a Constituição, o Judiciário tem a possibilidade de concretizar a imposição constitucional.

Dessa forma, como a democracia não se reduz ao mero procedimento democrático de escolha dos representantes, mas depende também da efetivação de certos direitos fundamentais que atuam como condições de possibilidade para o debate democrático, a atuação do Judiciário, concretizando esses direitos, poderia ser sim conciliada com o argumento democrático[4].

Note-se, porém, que esse tema é complexo demais e não pode ter uma resposta imediata sem a necessária problematização. Limitamo-nos aqui a pontuar uma possibilidade de

atuação democrática da jurisdição constitucional, que mereceria um trabalho específico. O que se quer registrar na presente introdução é que a tensão entre jurisdição constitucional e democracia talvez nunca seja apaziguada de forma definitiva e também talvez nem se possa pretender que o seja, na medida em que essa tensão é constitutiva do Estado Democrático de Direito[5]. Todavia, com o incremento da atuação jurisdicional no cenário constitucional brasileiro, tem-se buscado mecanismos para democratizar a jurisdição constitucional, procurando uma maior compatibilidade com a teoria democrática. É sobre algumas dessas manifestações que o presente trabalho versa: a ampliação do rol de legitimados para instaurar a fiscalização abstrata da constitucionalidade; a previsão da participação do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade.

1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA NO BRASIL: breves apontamentos históricos

Sem pretender analisar de forma exaustiva o tema e também sem desconsiderar que a história constitucional brasileira apresenta muito mais rupturas do que a linearidade que indicam alguns manuais[6], é necessário pontuar alguns marcos no desenvolvimento do controle da constitucionalidade brasileiro justamente para entender os anseios atuais por democratização dos institutos.

Com efeito, o controle difuso da constitucionalidade já é um velho conhecido do direito constitucional brasileiro. Inspirado na construção jurisprudencial norte-americana e nas lições trazidas por Rui Barbosa[7], a Constituição brasileira de 1891 o consagrou de forma expressa[8]. Mas, embora o controle concreto possa trazer como efeito a invalidação de um ato normativo ou mesmo administrativo, de forma geral sempre se entendeu como mais cômoda a sua inserção no âmbito da teoria democrática[9]. Principalmente pelos efeitos da decisão: *inter partes* e, a princípio, não-vinculantes. O problema maior é a fiscalização abstrata, de que resulta decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta[10].

Assim, justifica-se concentrar a presente abordagem na fiscalização abstrata. Sua natureza inclusive já foi comparada à de uma atividade legislativa, não se revestindo das características necessárias para se definir uma atividade como jurisdicional[11]. Fora esse problema de ordem teórica, também se verifica que é bastante complicado aceitar que em um contexto democrático juízes que no máximo dispõem de representatividade indireta invalidem decisões dos órgãos eleitos[12].

Não obstante, o debate sobre a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia é enfatizado no cenário constitucional brasileiro atual, porque a Constituição de 1988 e as reformas pontuais realizadas cuidaram de escancaradamente privilegiar o controle abstrato da constitucionalidade.

O controle abstrato surgiu no direito brasileiro com a Emenda n. 16/65, durante a ditadura militar. Consagrou-se inicialmente de forma tímida, tendo em vista que o único

legitimado para a propositura da representação de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República[13]. De fato, antes já conhecíamos da ação direta interventiva; contudo, embora seja um instrumento de controle direto, propicia fiscalização concreta (não abstrata) da constitucionalidade, como o fez a representação de inconstitucionalidade[14].

Então, durante esse período, foi essa a forma incipiente de manifestação da fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. Porém, com a Constituição de 1988 a situação alterou-se significativamente, e o que se verifica hoje é uma verdadeira preponderância do controle abstrato[15].

Primeiramente, ampliou-se significativamente o rol de legitimados para desencadear a fiscalização abstrata, como será examinado. Também verificou-se, com a nova ordem constitucional, novos instrumentos de fiscalização abstrata. Anteriormente, conhecíamos apenas a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal. Com a redação originária da Constituição de 1988, consagrou-se a ação direta de inconstitucionalidade por ação, cujos objetos são os atos normativos estaduais e federais; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que propiciou uma verdadeira revolução da lógica da fiscalização da constitucionalidade na medida em que trouxe a possibilidade de controlar a inércia do legislador[16]; a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que em um primeiro momento não teve operacionalidade em razão da redação lacunosa do texto constitucional, ficando sua aplicação condicionada à disciplina pelo legislador que só veio dez anos mais tarde com a Lei n. 9882/99 e, por fim, previu-se também expressamente no artigo 125, §2º da Constituição Federal a representação de inconstitucionalidade no âmbito dos Estados-membros.

Com a Emenda n. 03/93, consagrou-se a ação declaratória de constitucionalidade, uma ação direta de inconstitucionalidade com “sinal trocado”[17], que tem por objeto atos normativos federais. Completando a atual conformação do controle abstrato, a Emenda n. 45/04 trouxe a súmula vinculante, que também integra o rol de mecanismos de controle abstrato da constitucionalidade.

Assim, o que se tem é um verdadeiro protagonismo da fiscalização abstrata, que acaba por vezes sufocando a via difusa de controle por meio dos efeitos vinculantes das decisões e, em especial, da súmula vinculante. Surge, então, a necessidade de se pensar em mecanismos para democratizar a fiscalização abstrata, como os aqui pincelados.

2 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS ATIVOS

Como ressaltado, o constituinte de 1988 foi feliz nas inovações que trouxe à fiscalização de constitucionalidade, atendendo ao espírito de uma Constituição democrática, igualitária e pluralista.

Mencionou-se que a *representação de inconstitucionalidade*, criada pela EC nº 16/6, tratava-se de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, tendo por objeto a impugnação de ato normativo federal ou estadual que ofendesse a Constituição. O único legitimado para seu aforamento era o Procurador-Geral da República, que detinha plena discricionariedade no juízo acerca da propositura da ação. Devido à estreita legitimidade, a constitucionalidade de diversas normas deixava de ser questionada, tendo em vista a influência do Poder Executivo no cargo do Procurador-Geral. Ocorre que “o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de *representação* ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.”[18]

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 operou importantes alterações ao transformar o instituto da representação de inconstitucionalidade em *ação direta de inconstitucionalidade*. Além de ter sido expandido o âmbito material da ADI, englobando mais categorias de atos normativos, houve a ampliação do rol de legitimados ativos.

O estendido rol de legitimados estampado no artigo 103 da Carta contribuiu para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade[19]. Tornaram-se legítimos para a arguição de inconstitucionalidade o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional[20]. Nota-se, portanto, que, apesar da preocupação com a ampliação do debate constitucional, não se chegou a configurar a ADI como ação popular de controle de constitucionalidade. O controle difuso, em alguma medida, supre essa lacuna.

A ampliação do rol de legitimados à fiscalização abstrata de constitucionalidade (que, na prática, somam mais de cem entidades) contribuiu para o aumento significativo do volume de demandas aforadas perante o STF. Para contornar esse efeito, o Tribunal criou alguns instrumentos[21], como a exigência da pertinência temática, que se configura como a necessidade da congruência temática entre as finalidades estatutárias ou os interesses da unidade federativa, e o conteúdo da norma impugnada. Em um primeiro momento, tal pertinência foi requerida somente das entidades de classe de âmbito nacional, sendo estendida, na seqüência, às confederações sindicais, aos partidos políticos[22], Governadores de Estado e do Distrito Federal e Mesa de Assembléia Legislativa do Estado e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Esses são os denominados *legitimados especiais*, de quem se exige a comprovação do requisito da pertinência temática como condição de admissibilidade da ação.

Os *legitimados universais* formam outro grupo, que pode propor ação direta de inconstitucionalidade para impugnar qualquer ato normativo contrário à Constituição, independentemente de pertinência temática. São eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB.

Os legitimados especiais e os universais formam o conjunto dos legitimados ativos para propositura de ADI. Observa-se que esse conjunto representa a outorga do direito de desencadear controle abstrato de constitucionalidade a órgãos de diferentes setores sociais, possibilitando que tanto representantes do Poder Público quanto entidades mais próximas dos cidadãos mobilizem-se. Nesse sentido, a “legitimidade ativa ampliada tornou a jurisdição constitucional mais acessível pela desconcentração de poderes havida, sendo sempre desaconselhável que *apenas* órgãos públicos possam defender a ordem jurídica.”[23] Por exemplo, a possibilidade de partidos políticos com pouca representação no Congresso Nacional argüirem a inconstitucionalidade de lei significa a oportunidade de manifestação das minorias.

Ademais, a ampla legitimação é um dos fatores que “fazem com que grandes questões constitucionais passem a ser solvidas, na sua maioria, mediante a utilização desse típico instrumento do controle concentrado.”[24] O que é bastante salutar para a correção e defesa do sistema normativo. Portanto, a possibilidade de diversos órgãos e entes questionarem diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a compatibilidade de uma norma com a ordem constitucional vigente certamente apresenta-se como modo de democratizar a jurisdição constitucional abstrata.

3 A INTERVENÇÃO DOS *AMICI CURIAE*

Além dos argumentos trazidos pelo legitimado ativo, o questionamento da constitucionalidade de determinado ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal contará também com as razões apresentadas pelo Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União[25] e o órgão que produziu o ato normativo.

Todavia, as decisões da Corte podem ter sua legitimidade enfraquecida caso a discussão restrinja-se aos temas suscitados por esses partícipes do processo. Por essa razão, apesar de o *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.868/99 (legislação que disciplina o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta (pois se trata de processo de natureza objetiva), o seu § 2º consagra[26], excepcionalmente, a intervenção de quaisquer órgãos e entidades no processo (o que abrange, inclusive, os demais legitimados ativos[27]). A intervenção condiciona-se ao atendimento, conforme juízo do relator, aos requisitos (a) da relevância da matéria discutida (congruência com os interesses envolvidos no feito) e (b) da representatividade do postulante[28]. Caminha-se na esteira de que todos são intérpretes da Constituição[29].

A participação dos interessados[30] – chamados no singular de *amicus curiae* (instituto originário do direito anglo-saxão) – aperfeiçoa o sistema de controle abstrato da constitucionalidade, favorecendo sua democratização. O processo é enriquecido com elementos informativos e a experiência que os amigos podem transmitir à Corte. Considerando que do controle abstrato de constitucionalidade decorrem implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais, a abertura da discussão adquire grande significado.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica a importância desse instrumento na solução das lides constitucionais que, não raras vezes, trazem questões de grande complexidade e especificidade, demandando análise precisa e minuciosa. O pronunciamento do Ministro Celso de Mello na ADI-MC nº 2130/SC é elucidativo a respeito da salutar contribuição dos *amici curiae* para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como *fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte*, enquanto Tribunal Constitucional, *pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade*, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.[31]

Permitido o acesso de entes e órgãos que, ao indicar interesses que serão afetados pela decisão a ser proferida, auxiliam os julgadores, o STF garante maior legitimidade às suas decisões, valorizando a perspectiva pluralística do processo de fiscalização de constitucionalidade.

Também a doutrina nacional festeja a participação, no processo, dos possíveis afetados pela decisão sobre a inconstitucionalidade. Veja-se a afirmação de Gustavo Binbenbom:

Trata-se de inovação bem inspirada, que se insere no contexto de *abertura* da interpretação constitucional no país, permitindo que os indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetem seus interesses. (...)

A norma, se bem utilizada, poderá ensejar *significativo efeito democratizante nos processos objetivos de controle de constitucionalidade*. É que, a par de permitir a apresentação formal de memoriais de conteúdo jurídico – o que, por si só, já seria medida salutar – o dispositivo possibilita ao Supremo Tribunal Federal ter conhecimento das posições daqueles que vivenciam a realidade constitucional e sofrem a incidência da lei objeto do controle. Ao menos em termos ideais, o cidadão é elevado de sua condição de *destinatário* das normas jurídicas para atuar simultaneamente como *intérprete* da Constituição e das leis, com direito a ter sua opinião ouvida e devidamente *considerada* pelo Tribunal Constitucional.[32]

A respeito do modo de participação dos interessados, tem-se que o prazo para a manifestação dos órgãos e entidades na qualidade de *amicus curiae* carece de

regramento legal, por conta do veto ao § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/99. A fim de suprir a lacuna na disciplina, entende o STF que o pedido de admissão no feito deve ser formulado no prazo de que dispõem as autoridades das quais emanou o ato impugnado para prestar informações. Não obstante, admite-se a intervenção de *amicus curiae* fora desse prazo, tendo em vista a relevância do caso ou a notória contribuição que a manifestação possa trazer ao deslinde da causa[33]. A baliza deve ser o impedimento de transtornos ao procedimento. Quando o pedido de intervenção ocorre na véspera da sessão de julgamento[34] ou após terem sido prolatados votos[35], obviamente a intervenção de *amicus curiae* prejudicará o bom andamento do feito, sem contrapartida relevante.

Uma vez admitida a participação no processo, o requerente terá o prazo de trinta dias para apresentar suas razões. Ressalte-se que apesar da tendência de participação ampla dos interessados, inclusive com a possibilidade de sustentação oral de seus argumentos[36], os “amigos da corte” não são partes legítimas para recorrer de qualquer decisão proferida em processo de ação direta[37].

Pelo perfil e finalidade de sua intervenção, pode-se afirmar que a figura do *amicus curiae* revela-se importante instrumento concretizador do princípio democrático, sinalizando a abertura do controle de constitucionalidade à pluralidade de argumentos e razões que permeiam a realidade sobre qual incide a lei (a qual, por sua vez, apresenta abertura hermenêutica). Sua admissão no processo contribui para fortalecer a legitimidade (ou diminuir seu déficit) das decisões oriundas da jurisdição constitucional.

A intervenção dos amigos da Corte, ao lado da ampla legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, constitui ferramenta de expansão e fortalecimento do debate constitucional.

4 A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A possibilidade de oitiva da sociedade civil em processos de fiscalização abstrata, por meio da realização de audiências públicas, está prevista nas Leis nº 9.868/99[38] e 9.882/99[39]. Audiências públicas em sede de controle abstrato de constitucionalidade são grandes novidades trazidas por estas normativas, de modo que não mais se pode falar em impossibilidade de julgamento da ação de controle abstrato por necessidade de dilação probatória, para apreciação de questões factuais[40]. Com efeito, o método hermenêutico-clássico, de simples confronto da norma constitucional-parâmetro com o ato atacado (ou defendido, no caso da ADC), dá lugar a uma apreciação mais ampla do objeto no processo objetivo, relacionando *norma* e *fato*, ensejando a construção de conhecimento que envolve “a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.”[41]

Porém, nada obstante a legislação mostrar-se parelha ao constitucionalismo democrático, a Constituição de 5 de outubro de 1988 precisou alcançar a maioria para que o princípio democrático, por ela amplamente acolhido[42], tivesse sua relevância significativamente reconhecida no âmbito da fiscalização abstrata de

constitucionalidade. Com efeito, apenas em 19 de dezembro de 2006 foi dado espaço à primeira audiência pública em sede de controle abstrato (a qual viria a ser realizada apenas mais tarde, em 20 de abril de 2007), por ocasião de despacho proferido pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Carlos Ayres Britto, hoje já com decisão definitiva, pela *improcedência* da ação[43].

Discutia-se, na ADI nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República, a constitucionalidade de lei autorizativa da manipulação genética de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapêuticos. No processo, o Min. Relator ressaltou a necessidade, pioneira, de ampla oitiva da sociedade civil, em virtude da relevância da matéria sob discussão, bem como das inúmeras controvérsias sobre o direito à vida. Contudo, uma vez que se tratava da primeira audiência pública levada a cabo no âmbito do Supremo, e em razão de inexistir procedimento específico para o evento[44], o Ministro lançou mão das regras previstas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigos 255 a 258, às audiências públicas na forma do art. 58, § 2º, II da Constituição[45]. A similitude substancial entre o procedimento parlamentar e o adotado pelo Supremo concerne *i)* à necessidade de instrução da matéria sob discussão; *ii)* ao tratamento, nas audiências, de assuntos de interesse público relevante; e, *iii)* à competência da autoridade em questão para selecionar outras autoridades e especialistas ligados às entidades interessadas no debate, e expedir-lhes o respectivo convite.

Assim, na seqüência, o Supremo Tribunal Federal valeu-se novamente das audiências públicas (nos mesmos termos procedimentais da ADI nº 3.510) como instrumento hábil a auxiliar na formação do convencimento dos ministros. Tal se deu em sede de ação direta de inconstitucionalidade, e, posteriormente, em sede de – nova – arguição de descumprimento, ambas, ainda, sem julgamento definitivo. Trata-se, a ação direta, da ADI n.º 101, proposta pelo Presidente da República, onde se discute a constitucionalidade da importação de pneus usados produzidos por países não integrantes do Mercosul. Neste processo, a Ministra Relatora Cármen Lúcia determinou a realização de audiência pública em virtude do caráter eminentemente técnico da matéria discutida nos autos[46]. A audiência foi realizada em 27 de junho de 2008. Já a arguição, trata-se da ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, onde se discute a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Neste processo, o Min. Relator Marco Aurélio entendeu ser necessária a oitiva de expertos não só quanto à matéria de fundo, mas, também, naquilo que extrapolasse os limites do direito (logo, questões *fáticas*). Houve quatro audiências para a oitiva dos interessados, tendo a última sido realizada em 16 de setembro de 2008.

A característica comum a estes três processos foi a oportunidade de manifestação dos mais variados setores da sociedade civil no debate constitucional que permeava as matérias em discussão. Nas audiências públicas em questão, e de acordo com a questão sob exame, participaram entidades religiosas, científicas, de representação de classe, professores, ministros de Estado, e outros cujo conhecimento da matéria fosse notoriamente reconhecido. A indicação das autoridades e expertos decorre de iniciativa das partes da ação, bem como dos demais interessados (*amici curiae*) no processo, salvo quando a indicação decorrer de entendimento do próprio relator. Todavia, nada obsta que outras entidades solicitem participação na audiência a ser realizada. Todos esses pedidos estão sujeitos a deferimento pelo relator do processo.

De se destacar, ainda, a relevância social dos temas em debate. Todos envolvem a proteção constitucional de bens jurídicos de elevada importância para a sociedade, de conteúdo aberto e eminentemente moral, o que, por si só, traz dificuldades à legitimidade democrática do julgador para posicionar-se a respeito. Por conta disso, a definição jurisdicional acerca da proteção jurídica da vida humana e da dignidade da pessoa não pode prescindir da participação da sociedade civil. As complexas sociedades contemporâneas têm como traço peculiar a coexistência e necessária convivência de uma pluralidade de valores. O papel do Direito é, pois, receber os impulsos dessa realidade cambiante e renovar-se constantemente em sua aplicação nos casos concretos. E a Constituição percebe essa mutação. Reflexo disso é a plurissignificação que normas constitucionais de *textura aberta*[47] podem assumir, revelando, também, que distintos valores fundamentais para uma sociedade guardam a mesma relevância frente à *Constituição aberta, democrática e pluralista*.

Assim é que, no debate constitucional contemporâneo, avulta a grande questão do controle racional das decisões que possuem conteúdo moral. Como saber se a decisão é correta, justa? Na esteira de Santiago Nino, não é possível solver as abstrações textuais da Constituição sem recorrer a juízos valorativos[48]. Por isso, o espaço democrático da audiência pública confere maior legitimidade à decisão judicial não apenas sob o viés da quantidade de informações de que disporá o julgador para a formação de seu convencimento, mas, também, por representar uma espécie de *acesso direito* às instâncias de decisão sobre temas que terão reflexo sobre toda a sociedade.[49] Sob esse ângulo, a audiência pública confere legitimidade ao próprio *exercício da fiscalização abstrata* de constitucionalidade sobre leis e atos normativos emanados dos agentes políticos *democraticamente eleitos*.

Por outro ângulo, a participação de sujeitos e organizações da sociedade civil no debate constitucional permite, é importante destacar, que os próprios representados tenham participação decisiva na discussão acerca da adequação constitucional de leis e atos normativos editadas por seus representantes. Arrisca-se dizer que há, aqui, uma espécie de *controle popular a posteriori* dos atos legislativos/administrativos. Afinal, também a audiência pública, realizada em sede de controle abstrato de constitucionalidade é um *espaço público*, plural, dialógico e democrático[50].

E essa idéia de espaço público, plural, dialógico e democrático está intimamente ligada ao princípio do pluralismo, albergado em todo o corpo normativo da Constituição: desde o preâmbulo até todo o restante do conteúdo formal e material da Lei Fundamental. Esta é uma característica decorrente do caráter plural da sociedade, e que se corporifica, no constitucionalismo ocidental, “*pelo pluralismo das opiniões* entre os cidadãos; a *liberdade de reunião* onde as opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas (somente, em princípio, a passagem às ações contrárias à ordem públicas são vedadas); a *liberdade de associação e o pluralismo dos partidos políticos*”[51]. A propósito, a Constituição Federal de 1988, assinala José Afonso da Silva, consagra o “pluralismo social, pluralismo político (art. 1º), pluralismo partidário (art. 17), pluralismo econômico (livre iniciativa e livre concorrência, art. 170), pluralismo de idéias e de instituições de ensino (art. 206, III), pluralismo cultural que se infere dos artigos 215 e 216 e pluralismo de meios de informação (art. 220, *caput*, e § 5º).”[52] Assim, tem-se que, para além de a Constituição albergar o princípio pluralista enquanto princípio fundamental, encaminha-se, no dizer do autor, “para a construção de uma democracia pluralista.”[53]

As audiências públicas são, pois, o espaço onde é oportunizado amplo debate acerca de questões constitucionais. Debates sobre questões constitucionais, é fato, decorrem das múltiplas possibilidades interpretativas de nossa Constituição. E uma concepção pluralista de democracia não poderia levar a entendimento diferente. Com efeito, conforme sobredito, o pluralismo não é a mera *coexistência* de interesses divergentes, mas a *convivência* desses interesses.[54] As minorias também têm interesses e participam na composição da identidade de uma sociedade, e, por isso, suas opiniões não podem ser descartadas.[55] Daí a importância da participação dos mais variados setores da sociedade civil no debate acerca do que quer dizer a Constituição. Pois as *cláusulas abertas* da Constituição são *janelas abertas* para múltiplas compreensões acerca do texto constitucional. É a inegável ligação entre *norma e fato*, apontada anteriormente.

O avanço do Supremo Tribunal Federal, ao admitir – embora tardiamente – a participação da sociedade civil no debate constitucional, seja por envolver matéria de relevante cunho social, seja por envolver questão de alta complexidade técnica, abre importante canal de diálogo entre o Poder do Estado ao qual caberá decidir definitivamente a questão e os futuros afetados[56]. É uma abertura que assume especial relevância por valorizar o *dissenso*, pois a democracia não se define pelo consenso, nem pela participação, apenas, mas pelo respeito às *liberdades* e à *diversidade*[57]. Assim, o espaço aberto às audiências públicas não só caminha conforme à construção de um constitucionalismo democrático, na vintenária Constituição da *República* (no mais puro sentido de *res publicae*) de 1988, mas conduz, igualmente, ao sensível reforço da legitimidade da jurisdição constitucional.

Este é o caminho para uma *sociedade aberta de intérpretes*, na qual a interpretação dos juízes é, sim, importante, mas não a única. Peter Häberle, já na década de 70, defendia que cidadãos, grupos de interesses, órgãos públicos, opinião pública, doutrina, todos têm um papel fundamental na interpretação da Constituição, pois seria “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas”[58]. Cabe a nós, olhando para estes 20 anos de caminhada da *Constituição cidadã*[59], continuar o trabalho do constituinte originário (que foi o de positivizar os objetivos da República brasileira), no sentido de construir uma *sociedade livre, justa e solidária*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: maior proteção de direitos fundamentais pela democratização do controle abstrato

O *caput* do artigo 1º da Constituição Federal enuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Em seguida, são colocados como fundamentos desse Estado a soberania popular e o pluralismo político.

O princípio democrático apresenta dupla dimensão: normativo-procedimental e normativo-substancial[60]. Sob o primeiro viés, o princípio democrático reveste-se como conjunto de princípios, regras e procedimentos para exercício do poder que emana do povo. Já no aspecto normativo-substancial, a democracia “não é apenas um princípio organizador, um método ou técnica de exercício do poder. Nitidamente, possui uma

dimensão substantiva, porque se apresenta como um valor fundamental constitucionalizado e como condição para a realização de outros valores e objetivos havidos como fundamentais pelo Poder Constituinte.”[61] Assim, a democracia depende tanto de aspectos formais e procedimentais quanto de atuação conforme os valores e objetivos para os quais o regime democrático foi instituído.

Ademais, o princípio democrático transborda-se para ser entendido como um *mandado de democratização*. Conforme tal orientação, a jurisdição constitucional também deve se desenvolver considerando o princípio democrático. A soberania popular, como um dos elementos concretizantes desse princípio, representa-se pela afirmação de que “todo poder emana do povo” (art. 1º, § único, da CF). Assim, o povo deve se manifestar no exercício das funções públicas. Nesse sentido, a atribuição de legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de intervenção de *amici curiae* no processo e a faculdade de realização de audiências públicas para colher argumentos relevantes ao debate constitucional perante o STF, acabam por ser canais de viabilização da manifestação dos integrantes da sociedade, o que realiza o princípio democrático.

A indicação do pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro reflete o reconhecimento da multiplicidade de interesses que permeia a sociedade. Ainda, trata-se de orientação para que “as tensões, os dissensos, os conflitos, os antagonismos micro e macropolíticos sejam explicitados e resolvidos mediante um processo democrático.”[62] Com a admissão da participação de interessados no feito, bem como com a realização de audiências públicas, reconhece-se a diversidade de interesses que envolvem os debates constitucionais. E mais: reflete-se disposição em trazer tal diversidade ao processo, com vistas a conferir maior legitimidade às decisões da Corte no controle abstrato de constitucionalidade, considerando que tais decisões terão efeitos *erga omnes* e vinculantes. Desta feita, os instrumentos examinados conferem maior proteção e aplicabilidade ao princípio democrático, constitutivo do Estado brasileiro.

Todavia, apesar de se defender aqui a utilização de instrumentos que possibilitam a democratização do controle de constitucionalidade, não se está querendo significar que o julgamento deverá ser realizado conforme os clamores da sociedade. Simplesmente se trata de propiciar a abertura da discussão para que o julgador decida do modo mais adequado, conforme sua livre convicção, sendo que tal convicção será tanto mais robusta quanto se possibilitar amplo conhecimento dos diferentes interesses envolvidos na causa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madri: Trotta, 2003.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2.ed. Londres: Yale University Press, s/d.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99” In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan./mar. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em 12 ago. 2007

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção n. 107-DF**. Relator: Ministro Moreira Alves, publicado em 21.09.1990. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2007.

_____. _____. **Mandado de injunção n. 721/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez. 2003.

CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova: Cedam, 1950.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Barcelona: Ariel, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert L. A.. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 11 ed. São Paulo: Método, 2007

MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. **O *amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/view/178/211>> Acesso em 25 set. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa.** Barcelona: Gedisa, 1997.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade:** conceito, sistemas e efeitos. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Proteção **judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SORMANI, Alexandre. **Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade:** uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução à luz do princípio democrático. **Arquivos de direitos humanos**, v. 4., p. 38, 2002.

STEINMETZ, Wilson. O uso da medida provisória antes da Emenda Constitucional 32/2001 e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 143-164, jul./set. 2004.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

[1] Dos poderes estatais, o Judiciário é o que tem a mais problemática relação com a teoria democrática. Primeiramente, porque de regra não há uma participação direta do povo nas suas deliberações; também os seus membros não são escolhidos pelo voto popular, bem como os juízes não estão sujeitos à renovação periódica dos seus “mandatos” e não são diretamente responsáveis perante a opinião pública. Não se está afirmando que a melhor forma de resolver a questão seja promover eleições para juízes, por exemplo, isso poderia comprometer a necessária imparcialidade que a função exige. Mas não se pode ignorar o déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional ainda mais para invalidar decisões de política constitucional. Sobre o tema: NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 258-259; GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996. p. 48-54.

[2] BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. Londres: Yale University Press, s/d. p. 10.

[3] Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos pontua que considerando que as Constituições trazem o consenso mínimo da sociedade e que este deverá ser respeitado independentemente de quem tenha sido eleito, não é admissível o desrespeito aos direitos fundamentais pelos poderes constituídos (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232). Então, embora contramajoritária, a jurisdição constitucional não seria antidemocrática, pois a sua autoridade estaria assegurada pela vontade suprema do povo na medida em que se prestaria a conferir efetividade às normas constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 401).

[4] Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto assevera os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem ser mantidos numa esfera de intangibilidade. Assim, ainda que o Judiciário esteja limitando o princípio majoritário em favor dos direitos fundamentais, estará preservando a democracia (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução à luz do princípio democrático*. **Arquivos de direitos humanos**, v. 4., p. 38, 2002, p. 51).

[5] Sobre a “dívida pendente” do constitucionalismo com a objeção contramajoritária: BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003. p. 211-238.

[6] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 150-155

[7] O controle difuso encontra suas origens no modelo americano. A competência do Judiciário é difusa, podendo ser exercitada no curso das demandas, por qualquer juiz ou tribunal, desenvolvendo-se, assim, o *judicial review*, que foi definitivamente incorporado ao direito constitucional americano em 1803 com a decisão do *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison* (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 103).

[8] Rigorosamente, verifica-se que o modelo difuso tem assento no direito pátrio desde o Decreto 848/1890, embora tenha recebido tratamento constitucional apenas na Constituição de 1891 (MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998. p. 31-33).

[9] Na definição de Álvaro Ricardo Cruz, o controle incidental seria a via de excelência do controle de constitucionalidade, a “verdadeira forma de Jurisdição Constitucional” (CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 196).

[10] Se bem que no Supremo já se sinalizou para conferir efeitos gerais e vinculantes à decisão proferida em sede de controle difuso. Na Reclamação n. 4335, discute-se afronta à decisão proferida pelo STF no HC n. 82.959, no qual se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8072/90. Na decisão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assentou que se alterou de forma radical a concepção sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Assim, o Ministro entende necessária a reinterpretação dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, em especial, o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Para o Ministro, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. A questão não foi decidida ainda pelo STF, aguardando-se voto do Ministro Ricardo

Lewandowski. O Ministro Eros Grau acompanhou o relator, julgando procedente a reclamação. Já o então Ministro Sepúlveda Pertence votou pela improcedência, porém concedendo *habeas corpus* de ofício. O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas manifestou-se a favor da concessão *ex officio* do *habeas corpus* (Rcl 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, 19-04-2007, Informativo STF/463).

[11] Piero Calamandrei, por exemplo, considera o órgão que exerce a jurisdição constitucional como “superlegislativo” (CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova: Cedam, 1950. p. 59). Ainda, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, alguns autores distinguem as decisões dos Tribunais Constitucionais em materialmente jurisdicionais e formalmente jurisdicionais. Para estes autores, o controle abstrato de constitucionalidade não seria uma decisão materialmente jurisdicional, mas sim de legislação negativa, ao passo que o controle concreto de constitucionalidade constituir-se-ia uma verdadeira atividade jurisdicional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 763).

[12] No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado. Portanto, os juízes constitucionais recebem indiretamente a legitimação do sufrágio popular, tendo em conta a intervenção dos diretamente eleitos no processo de nomeação (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público...** p. 381).

[13] A Emenda 16 também previu a possibilidade dos Estados-membros instituírem a fiscalização abstrata da constitucionalidade de lei ou ato normativa municipal em face da Constituição do Estado (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 12 ago. 2007).

[14] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 251; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125

[15] MENDES, **O controle incidental de normas no direito brasileiro...**, p. 31-33.

[16] Contudo, a potencialidade prática da ação direta por omissão já foi restrita no texto constitucional. Nos termos do artigo 103, §2º da Constituição Federal, a decisão proferida em sede de ação direta por omissão limita-se a dar ciência ao órgão omisso de que está em mora como dever de legislar. O absurdo foi estender esses efeitos para o mandado de injunção. Todavia, o Supremo Tribunal tem revisado o seu entendimento inicial sobre o assunto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção n. 107-DF**. Relator: Ministro Moreira Alves, publicado em 21.09.1990. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2007), conferindo operatividade prática ao mandado de injunção (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção n. 721/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2007). Sobre o tema, principalmente sobre a discussão quanto aos efeitos da decisão: PIOVESAN, Flávia. Proteção **judicial contra**

omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 148.

[17] A expressão “ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado” é de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1227).

[18] BARROSO, op. cit., p. 120.

[19] A respeito do tema: CLEVE, op. cit., p. 88-90; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97-103; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86-87. Luis Roberto Barroso (op. cit., p. 119) afirma que “Foi no tocante à legitimação *ativa* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil.”

[20] A Lei nº 9.868/99, que disciplina o procedimento da ADI e da ADC, no seu artigo 2º repetiu o rol do artigo 103 da Constituição Federal, e incluiu entre os legitimados a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, suprindo lacuna do texto constitucional originário. Há quem veja referida inclusão como correção de falha do constituinte, e há quem a tenha considerado extensão legal que fere o sistema definido pelo constituinte. Nesse segundo grupo, confira-se BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 08. Com a Emenda Constitucional nº 45/04, foram inseridos no art. 103 a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, o que apazigua a discussão.

[21] Os instrumentos de restrição da propositura de ação direta de inconstitucionalidade devem ser sempre tomados com muito cuidado, sob pena de serem fixadas exigências não autorizadas pela Constituição e incompatíveis com o caráter democrático que deve permear a jurisdição.

[22] O inciso VII do artigo 103 da Constituição Federal estabelece como legitimado a propor ação direta “partido político com representação no Congresso Nacional”. O Supremo Tribunal Federal, revendo seu entendimento, não entende haver perda da legitimidade ativa caso o partido político perca sua representação no Congresso após a propositura da ADI. Cf. ADI 3.867, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJE, 29-2-2008.

[23] PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos.** 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 196.

[24] MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 02.

[25] A participação do Advogado Geral da União na defesa do ato impugnado é obrigatória, conforme entendimento pacificado do STF (ADI 1.350, ADI 72-QO, ADI 1.434-MC, ADI 1.254-AgR e ADI 242). Todavia, quando a própria Corte já tenha

firmado seu posicionamento sobre a tese a ser defendida, a manifestação do Advogado Geral é dispensada (ADI 1.616). Quanto ao tema é interessante trazer a opinião de Clèmerson Merlin Clève (op. cit., p. 180-181), que aponta a difícil posição do Advogado Geral da União, ao vincular-se à propositura da ADI, na qualidade de assessor jurídico da Presidência, e ao vincular-se à defesa do ato por ela impugnado, na qualidade de curador da norma. O autor defende a desnecessidade de curador especial em processo objetivo, caracterizado pela defesa da ordem constitucional objetiva, sem a existência de lide, controvérsia subjetiva e partes. Argumenta, ainda, que as informações prestadas pelos legitimados passivos asseguram não só o contraditório, mas ampla cognição da matéria.

[26] Utiliza-se o verbo “consagrar” pelo fato de o STF ter admitido a manifestação de interessados na ação direta mesmo antes da norma autorizadora. Cf **ADI-AgR 748/RS, rel. Min. Celso de Mello**, DJ, 18-11-1994, p. 31392.

[27] Conforme Alexandre Sormani, nada impede “que o relator avalie se é conveniente e oportuno abrir-se oportunidade aos demais legitimados a se manifestarem no curso da ação, nos moldes do referido § 2º do art. 7º da lei” (SORMANI, Alexandre. **Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 99).

[28] “Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” **Ana Letícia Queiroga de Mattos propõe que** “caso haja indeferimento por parte do relator, que tal ato seja necessariamente justificado, racional e argumentativamente. Em outras palavras, não cabe a um representante do Estado (no caso, um Ministro do STF) decidir, discricionariamente, acerca da admissão ou não de terceiro na lide. Além disso, é necessário que, não havendo admissão do terceiro, ou seja, do indeferimento de seu pedido, se proporcione a oportunidade de recorrer de tal decisão, visto que, conforme já aventado, não é cabível aqui a tese do processo objetivo” (MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **O amicus curiae e a democratização do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/view/178/211>> Acesso em 25 set. 2008). O posicionamento da autora compatibiliza-se com os princípios da motivação das decisões judiciais, bem como com os princípios do contraditório e ampla defesa.

[29] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[30] Discute-se a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae*. Alexandre Sormani (op. cit., p. 99) considera ser hipótese de intervenção de interessados, distinta da intervenção de terceiros. Gustavo Binenbojm e Antonio do Passo Cabral sustentam ser um terceiro especial; já Edgard Bueno Filho entende se tratar de assistente qualificado. Sobre as diferenças entre a intervenção de terceiros típica e a intervenção do *amicus curiae*, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus*

curiae, um terceiro especial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez. 2003. p. 119-123.

[31] ADI-MC nº 2130/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 02-2-2001. Grifamos.

[32] BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99” In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 159. Grifamos.

[33] ADC 18, rel. Min. Menezes Direito, *DJE*, 2-5-2008; ADI 3.725, rel. Min. Menezes Direito, *DJE*, 7-8-2008. Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

[34] ADI 4.001, rel. Min. Eros Grau, *DJE* 21-5-2008.

[35] ADI 1.923, rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, *DJ*, 1º-8-2007

[36] A manifestação não se restringe à apresentação de razões por escrito. Em 26-11-2003, na ADI 2.777, rel. Min. Cezar Peluso, foi decidida questão de ordem a fim de permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae*. Em 30-3-2004, o STF, por meio da Emenda Regimental nº 15, acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, no seguinte sentido: “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.”

[37] ADI 4.022, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, *DJE*, 25-4-2008; ADI 2.591-ED, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 13-4-2007. Em sentido contrário: Gustavo BINENBOJM, sustentando-se nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal defende ser “lícito ao *amicus curiae* interpor qualquer recurso cabível, de acordo com a legislação processual.” BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan./mar. 2005. p. 92.

[38] Os permissivos legais, tanto para a ADI (art. 9º, § 1º) quanto para a ADC (art. 20, § 1º), têm conteúdo idêntico: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

Uma observação deve ser feita, acerca da participação de peritos e comissões de peritos em sede de fiscalização abstrata. Esta faculdade legal, embora compartilhe do mesmo lugar positivo ocupado pela realização de audiências públicas, não caracteriza, propriamente, abertura para a participação democrática no controle abstrato. Isso porque o comparecimento dos peritos e comissão de peritos aos autos não é espontâneo, mas decorre de requisição do relator do processo enquanto mero auxílio no deslinde de questões especificamente técnicas. A participação de expertos e /ou comissões destes assume muito mais o caráter de produção de provas do que de participação democrática dos sujeitos no controle abstrato da constitucionalidade.

[39] O art. 6º, § 1º da Lei da ADPF guarda evidente similitude com os pré-citados dispositivos da Lei da ADI e da ADC: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

[40] A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes traz julgamento paradigmático nos Estados Unidos, no qual restou clara a indissociabilidade entre questões fáticas e jurídicas no exercício do exame da constitucionalidade. Segundo o autor, “Nos Estados Unidos, o chamado “*Brandeis-Brief*” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case *Müller versus Oregon (1908)*, contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade de lei em face da Constituição. (**Jurisdição Constitucional....**, p. 248.) . O mesmo é válido para a ação declaratória de constitucionalidade e para a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Cf. MENDES, **Curso de Direito Constitucional....**, p. 1084 e 1117-1118.

[41] Id.

[42] Eis alguns exemplos: representação dos empregados frente ao empregador e nas esferas de deliberação sobre de interesses da classe (arts. 10 e 11); fiscalização, pela população, das contas dos municípios (art. 31); formas de participação do usuário na administração pública (art. 37, § 3º); possibilidade de denúncia ao TCU, por qualquer cidadão, de irregularidades ou ilegalidades na administração pública (art. 74, § 2.º); caráter democrático da gestão da seguridade social, com participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados (art. 194, VII); gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); proteção do patrimônio público, pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade (art. 216, § 1.º). Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 142.

[43] Em 29 de maio de 2008, pela maioria de 6 votos a 5, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5.º da lei n.º 11.105/05 (Lei de Biossegurança), o qual fixa condições para a manipulação genética de células-tronco embrionárias. Em seu voto, o Ministro-Relator sustentou seus argumentos, basicamente, sobre a premissa de que o embrião resultante da fertilização *in vitro* somente tem expectativa de *desenvolvimento* e de *nascimento* se inserido em um útero humano. Logo, merece tratamento jurídico distinto do embrião *intra-uterino*, este sim dotado de direitos patrimoniais e

extrapatrimoniais protegidos pelo Direito. Sustentou, ainda, que a legislação infraconstitucional (Lei nº 9.434/97) prevê que a personalidade civil encerra-se com a morte cerebral, o que permite concluir que a vida tem início com a formação do tubo neural, ainda inexistente na célula-tronco. Por fim, valeu-se da proteção constitucional do direito à vida, como argumento forte para a continuação das pesquisas em prol do salvamento das vidas de pessoas já nascidas. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias>> Acesso em: 26 mar. 2008.

[44] Regina Maria Macedo Nery Ferrari alerta que as audiências públicas, no direito brasileiro, não contam com procedimento próprio, valendo, para fazer-lhe as vezes, o que previsto na legislação respectiva. Por exemplo, o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/01), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/00) e a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) estabelecem procedimentos próprios para a oitiva da sociedade sobre a matéria acerca da qual dispõem. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 337-342. rpio, sendo realiz prasileiro, nc audicivil.reito (logo, questionabilidade da Lei de Biossegurança, no que dispunha acerca 252525252525

[45] Assim dispõem os arts. 255 a 258 da Resolução n.º 17 de 1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados federais):

“Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites. § 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião. § 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser aparteados. § 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto. § 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão. § 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

Art. 257. Não poderão ser convidados a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira.

Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem. Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados.”

[46] O grande número de interessados levou à realização de sorteio, pelo Supremo, daqueles que participariam da audiência, tendo sido escolhidos quatro representantes de cada grupo, para manifestação e sustentação oral por 20 minutos cada. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias>>. Acesso em: 20 set. 2008.

[47] Também a liberdade de iniciativa no domínio econômico e a proteção ao meio-ambiente, como é o caso da ADI 101, sobre a importação de pneus usados, são exemplos, ao lado da dignidade da pessoa e da proteção à vida. O conceito de *textura aberta do direito* foi desenvolvido por Herbert L. A. Hart, para quem o direito é formado por “regras gerais”, “padrões gerais de conduta”, funcionando como mecanismo de controle social. Desse modo, a abertura normativa do direito daria ampla margem à discricionariedade judicial. “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, reverlar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão: possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.” HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005. p. 140-141.

[48] Cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

[49] Pode-se dizer, aqui, com Regina Ferrari, que as audiências públicas são mecanismos de participação popular em termos de democracia *semi-direta*, enquanto primeiras manifestações da democracia *participativa*. FERRARI, **Participação democrática...**, p. 329. Embora, neste texto, a autora se referisse às audiências públicas *lato sensu*, e não no âmbito do processo constitucional, em específico, é possível captar suas idéias para as audiências públicas em sede de controle abstrato. A Ministra Cármen Lúcia, durante a audiência pública na ação direta sobre importação de pneus usados, afirmou que “A Constituição Federal determina a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais”. Cf. <<http://www.stf.gov.br/noticias>> Acesso em 27 jun. 2008.

[50] A afirmação pode ser feita com tranqüilidade em vista da carga política de que se revestem as decisões em sede de controle abstrato. Saliente-se, no ponto, que o *espaço público* assume a conotação de espaço de ampla e aberta deliberação dos sujeitos, sem a intermediação de representantes eleitos, tendo em vista alcançar objetivo comum, no caso, declaração definitiva da Corte acerca da constitucionalidade do ato em questão. Não se trata de espaço público que se conforma estritamente ao contexto da democracia representativa, mas, forçoso reconhecer, com ela se identifica justamente em virtude da *liberdade* de expressão e da *igualdade* de condições que deve pautar o procedimento orientado ao fim último da satisfação do interesse público. Eis a similitude, quando Paulo Bonavides refere-se ao espaço público como elemento de construção dos sistemas participativos da democracia direta: “Espaço público, espaço público estatal, espaço público social, espaço comunitário, espaço social, enfim, a indefinição terminológica, a incerteza, as flutuações de autor a autor, a impropriedade ou a imprecisão eventual de termos, designadamente propostos para estabelecer e configurar esse conceito, para onde confluem posições e interesses, direta ou indiretamente relacionados com o estado, e passíveis de sujeição, contraposição ou autonomia diante doutros poderes que concatenam o público com o estatal.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da**

Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278.

[51] HAURIOU, André, **Droit Constitutionnel et institutions politiques**, *apud* SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 143.

[52] Id.

[53] Id.

[54] GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

[55] Por essa razão Galuppo (op. cit., p. 54-55) afirma que o Estado Democrático de Direito pressupõe o pluralismo. “Se a sociedade que produz uma dada Constituição é pluralista, e se o pluralismo significa antes de mais nada a irredutibilidade de um projeto acerca do que seja a vida boa a outro, bem como a igualdade de direito de ambos os projetos se realizarem, então também a sua Constituição deve refletir este pluralismo.”

[56] “Quando se fala em *audiência pública* se está a reverenciar o princípio segundo o qual toda pessoa tem o direito de ser ouvida em matéria na qual esteja em jogo seu interesse.” FERRARI, **Participação democrática...**, p. 343.

[57] TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 25.

[58] HÄBERLE, **Hermenêutica Constitucional...** p. 14. São elucidativas as seguintes palavras do autor: “A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. *Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)*.” Ibidem, p. 30-31. Sem grifo no original.

[59] Consoante célebre pronunciamento do então deputado federal Ulysses Guimarães, por ocasião da conclusão dos trabalhos da assembléia constituinte de 1988.

[60] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 281-282.

[61] STEINMETZ, Wilson. O uso da medida provisória antes da Emenda Constitucional 32/2001 e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 143-164, jul./set. 2004. p. 150.

[62] Ibid., p. 152.

**A RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
INTERFACES DA SÚMULA VINCULANTE E DA RECLAMAÇÃO
CONSTITUCIONAL. ***

**LA RECONSTRUCCIÓN DEL PAPEL DE LA CORTE FEDERAL SUPREMA:
INTERFACES DE LA SUMULA OBLIGATORIA Y DE LA DEMANDA
CONSTITUCIONAL.**

**Angel Rafael Mariño Castellanos
Gilberto Fachetti Silvestre**

RESUMO

Com o objetivo de participar do debate em torno à atuação do Supremo Tribunal Federal, discute o papel desempenhado por este órgão e seus poderes hermenêuticos no conceituado como Estado Judicial e Democrático de Direito. A partir disso, busca determinar em que sentido a súmula vinculante e a reclamação constitucional – (re)modeladas a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004 – possuem validade e permitem melhor compreender o poder literalmente supremo do STF na organização política, jurídica, social e normativa do Brasil, bem como no aumento da responsabilidade social pela realização dos preceitos constitucionais, o que significa dizer guardião superior da imortalidade normativa e da indisponibilidade política da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – SÚMULA VINCULANTE – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – PODERES HERMENÊUTICOS DO STF.

RESUMEN

Con el objetivo de participar en el debate sobre la actuación del Supremo Tribunal Federal, discute el papel desempeñado por este órgano y sus poderes hermenéuticos en el definido como Estado Judicial y Democrático de Derecho. A partir de esto, busca determinar en que sentido la súmula vinculante y la reclamación constitucional – remodeladas por la Enmienda Constitucional nº. 45/2004 – tienen validez y permiten mejor comprender el poder literalmente supremo del STF en la organización política, jurídica, social y normativa de Brasil, bien como el aumento de su responsabilidad social con la realización de los preceptos constitucionales, o que significa decir guardián

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

superior de la inmortalidad normativa y de la indisponibilidad política de la Constitución.

PALAVRAS-CLAVE: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL – SÚMULA VINCULANTE – RECLAMACIÓN CONSTITUCIONAL – PODERES HERMENÉUTICOS DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Introdução.

Não é possível compreender o Direito ou quaisquer outros mecanismos de controle social olvidando a questão da relação entre Direito, Poder e Política. Por que certamente, quem pode determinar sobre as regras sociais predominantes o faz a partir da premissa que ostenta a supremacia no âmbito social e político, o que somente é possível a partir do controle do poder diretamente ou pela influência que sobre ele e seu exercício se tenha.[1]

Esse controle em nível social e o poder que lhe é imanente visualizam-se, muito especialmente, na configuração normativa das relações de poder, na organização das estruturas estatais e na regulação de seu exercício que acontecem no subsistema normativo constitucional. Talvez, uma maneira diferente de colocar essa questão seria afirmando que no Direito constitucional institucionaliza-se o *modus politicus* que se desenha e impõe para desfrutar do poder e exercê-lo com segurança política.

Ao se estabelecerem as normas soberanas em texto constitucional, atribuindo-lhes supremacia e hierarquia normativa, garante-se que o sistema político e o sistema jurídico correspondentes sejam a maior garantia do poder que se detenha e que se legitime, em forma de supra legalidade, a supremacia social, política, moral e jurídica de um (certo) paradigma tido como a melhor forma de organização da convivência societária e o “verdadeiro” caminho do bem comum e da felicidade dos “participantes do pato social”.

Assim, cuidar da Constituição e dos sistemas político, jurídico e moral que ela oficializa, é garantir as relações de poder e instituir uma hierarquia social de certos interesses e grupos. Sob a forma do interesse geral, da representatividade e do conveniente para todos, legitima-se a supremacia de uma proposta normativa e organizacional que favorece, prioritariamente, aos principais atores do cenário político nacional. Não existem dúvidas da necessidade que tem o poder daqueles que nele não participam diretamente. Uma questão de legitimidade seria o primeiro argumento: a necessária paz social para garantir a manutenção e reprodução do sistema político, econômico e jurídico; e o segundo é impedir a ascensão ao poder dos inimigos. A relevância da legitimidade para o exercício do poder e a pretensão de manutenção da ordem resultam claramente estabelecidas. Note-se como essa necessidade evidencia-se com as transformações do Estado contemporâneo. Proteger a ordem constitucional – e não apenas o texto – é tarefa prioritária e da maior relevância no contexto das relações de poder e necessariamente disso se responsabiliza a estrutura política e jurídica, entendidas com maior possibilidade de obter esse resultado, seja por sua posição na

estrutura organizacional privilegiada ao ser a “última instância”, isto é, pela sua soberania delegada, ou pela autoridade moral e institucional que a Constituição lhe confere.

É o caso do Supremo Tribunal Federal e da jurisdição constitucional “final” que realiza. Esse é o âmbito onde exatamente esta conexão de Direito, poder e política melhor se verifica: poder constituinte, Constituição e Supremo Tribunal Federal são as questões mais recorrentes nesse contexto, e a jurisdição constitucional e o controle jurídico que lhe é inerente, é o meio para efetivar a tarefa de defesa da vontade política do *modus politicus* já manifestado pelo poder constituinte na Constituição.

Em se tratando da proteção constitucional, esta sofre influência dos problemas contemporâneos referentes ao conceito e papel social dos principais institutos da conexão Direito-Poder-Política, criando a necessidade de re-visitá-la e analisá-la de maneira crítica os conceitos de Poder Constituinte, Constituição e Poder Judiciário. Em torno ao *poder constituinte* existe hoje uma crítica à teoria clássica que o apresentou como a representação da vontade do povo.[2] Está claro que a sociedade não é homogênea e está dividida em classes econômicas, que se dividem, ainda, em outros subgrupos, de maneira que esse “poder constituinte” – tal qual idealizado e desenhado – não representa autenticamente a vontade geral.

Já no que se refere à Constituição, fixada a noção de sociedade pluralista, em que a heterogeneidade é a condição primeira, não pode ela apenas ser compreendida como conjunto de normas de maior supremacia e hierarquia normativa, senão especialmente como um arranjo político e social, realizado entre os atores do processo constituinte, pelo qual se oficializa um determinado paradigma político, social, econômico e moral, certamente expressão do que se pretende ter como comunidade e a comunidade que se quer ser.[3]

Por fim, tem-se o Poder Judiciário, cuja discussão contemporânea gira em torno da reconstrução do conceito de jurisdição, dos poderes hermenêuticos e da responsabilidade com a realização do Direito posto, vislumbrando o Direito pressuposto (aqui entendido como aquele Direito que deve ser em sentido axiológico). As atuais discussões sobre a politização do Judiciário, a judicialização da política e o ativismo judicial são pautas necessárias nos debates jurídicos e o campo de enfrentamento entre as diferentes posições teóricas e filosóficas. Temos “juízes legisladores”? Podem os juizes assumir posições políticas ao exercer a jurisdição? Devem ser simplesmente magistrados, ou também agentes políticos?

Pretendemos participar nos debates apresentando uma leitura menos dogmática sobre o papel do STF e o alcance de seus poderes resumidos na súmula constitucional e na reclamação constitucional, guiados pelo objetivo de demonstrar a necessidade de um Tribunal “poderoso” e “onipresente” como garantia primeira da imortalidade normativa e a indisponibilidade política da Constituição, e tendo como premissa neste ensaio que a “vontade constituinte” não se resume ao texto constitucional, senão ao contrário: deve ser visualizada no sistema constitucional que este texto contém. Para tanto, utilizamos da literatura estrangeira e nacional e em especial de uma análise teórica das, até agora, treze súmulas constitucionais editadas pelo STF.

2. O Estado Judicial e Democrático de Direito e a politização da judicatura.

Ao poder constituinte coube instituir Três Poderes da soberania e constitucionalizar certos órgãos e estruturas políticas, jurídicas e sociais, viabilizando a continuidade dos pressupostos constituintes e garantir que o poder seja exercido segundo seus fins. Dessa institucionalização de Poderes e órgãos deriva-se uma legitimidade para a atuação a partir das competências e poderes que lhe são atribuídos. Entretanto, o exercício de tais poderes e competências tem como exigência a correspondência com a vontade constitucional e a obrigatoriedade de Poderes e órgãos com a preservação e defesa da Constituição. Ficam assim, os Poderes e órgãos constituídos vinculados à Constituição e a seus mandatos normativos e axiológicos.

Embora todos os Poderes estejam vinculados à Constituição e sejam seus guardiões, o Judiciário apresenta-se como o zelador direto da eficácia jurídica e social dos enunciados constitucionais. Daí o iniludível destaque, porque a interpretação dos enunciados por ele realizada tem como finalidade resolver casos concretos que geralmente supõem conflitos legais ou constitucionais, cuja transcendência social é sempre imanente. Tal atividade difere do que acontece com a interpretação/aplicação que realizam o Legislativo e o Executivo. Talvez a maneira de justificar esse destaque do Poder Judiciário seria pelo seu papel de corregedor do sistema jurídico, ou de outra maneira, por ser o zelador da ordenação e da correção do sistema jurídico, seus fundamentais princípios.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, é possível sintetizar seu papel institucional no seguinte: 1. É o intérprete autorizado e corriqueiro da Constituição, cuja hermenêutica acaba tendo força conclusiva semelhante à da coisa julgada; e 2. Soluciona os conflitos constitucionais de maior relevância e se pronuncia sobre eles com efeito *erga omnes*. Por tais razões, é preciso discutir o papel jurídico-normativo do Poder Judiciário. O papel *normativo* diz respeito à atividade judicial como fonte do Direito (produtor de normas); e o papel *jurídico* refere-se à solução dos conflitos em casos concretos e a conseqüente preservação da paz social.

Assim, o Judiciário dá vida ao Direito e garante sua finalidade, enquanto o STF desenvolve a realização normativa, política, axiológica e social da Constituição, por isso lhe dá vida, além de preservar a unidade, a continuidade e a realização do sistema.

O Judiciário redimensionou sua tradicional importância. Hoje parece claro que a responsabilidade ultrapassa a idéia tradicional do Estado liberal, porque não limita sua atuação à simples aplicação do Direito; espera-se que administre justiça, e ao fazê-lo garanta a consecução dos fins sociais que o sistema jurídico possui. Pensa-se, pois, no Judiciário como o Poder chamado a equilibrar a realidade normativa e a realidade social, aquele que equaciona as diferenças perante a Lei dando trato igual a todos. É, enfim, a estrutura estatal chamada a conseguir um avanço na proposta de bem comum e felicidade. Tarefa que talvez não lhe seja privativa porque a realiza ao uníssono com os demais Poderes. Mas, ao concretizar as normas nos casos concretos de que conhece, tem o privilégio de conseguir que o Direito avance e se desenvolva e que a sociedade e as relações sociais se aperfeiçoem.

A proposta de *Estado Judicial e Democrático de Direito*, como forma assumida pelo Estado pós-moderno, sintetiza-se num Judiciário interveniente, responsável socialmente

pelos resultados que produz e moralmente comprometido com a paz, a justiça, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e, enfim, com a realização dos valores que constituem os fundamentos do Direito – também – pós-moderno. Para tanto, utilizar-se-á do ativismo judicial como seu melhor meio para atingir tais fins.

Uma perspectiva do processo histórico que justificou essa mudança poderia ser sintetizada assim: 1. *Estado Liberal*: o Poder Judiciário era débil. Amplos poderes hermenêuticos foram negados, cabendo ao juiz a mera subsunção. A sede do poder era o Legislativo; 2. *Estado Social*: há um fortalecimento do Poder Executivo a partir da crise do Legislativo. A perda de confiança nas instituições parlamentárias e as críticas à representatividade trouxeram a incapacidade do Legislativo para realizar os sonhos de liberdade, igualdade e fraternidade, grandes pilares do novo Estado, e a busca no Executivo, pelo seu dinamismo e celeridade, da solução para as demandas organizacionais, sociais e jurídicas. Mas, essa alternativa abriu o caminho de concentração do poder em pessoas, o que é um paradoxo da proposta capitalista inicial.

A manifestação institucional dessa mudança seria que o Poder Judiciário limita o Executivo, e não o Legislativo. Ao Judiciário é transmitido um poder de controle sobre a sociedade e a realização dos fins do Direito, pela preservação da ordem jurídica constitucional – síntese do modelo político, econômico e social assumido – através da defesa da Constituição e do sistema constitucional que dela deriva. Há um fortalecimento dos poderes hermenêuticos do juiz, pelo qual este não é mais visto como um mero aplicador da lei a partir de um processo desenvolvido mecanicamente. Ao se confirmar como zelador do sistema político, além do sistema jurídico tradicionalmente aceito, a sede do poder transfere-se para o Judiciário.[4] Qualquer ato pode ser banido em nome da Constituição. Os Poderes Legislativo e Executivo estão hoje mais vinculados ao controle do Poder Judiciário, porque o gerenciamento político e não apenas o jurídico está no Judiciário. No Brasil esse fenômeno melhor se verifica a partir da Constituição de 1988 e na Emenda Constitucional nº. 45, que apenas aumentou as competências, funções e responsabilidades do Supremo Tribunal Federal, dando com isso lugar a uma série de transformações de ordem processual que colocaram o Judiciário e os juizes como importantes atores do processo de avanço social. Atrás ficaram as idéias liberais sobre seu papel e abriram-se as portas de uma nova era.

Há, contudo, como destaca Dworkin[5], quem apresente argumentos contrários e insiste que os juízes não devem fazer julgamentos políticos (inclusive julgamentos políticos sobre direitos), baseando-se em justificativas da seguinte ordem: 1. O efeito de serem vistos os juízes promovendo julgamentos políticos diminuirá o respeito à lei; 2. Um argumento de democracia, pelo qual as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo; e 3. Como não são eleitos pelo povo, os juízes, ao tomarem decisões políticas (principalmente aquelas no sentido de expandir o repertório legal), não são submetidas ao controle popular.

Tais argumentos até fariam sentido não tivesse a teoria clássica da divisão dos poderes sofrido as necessárias mitigações. Na vivência jurídica, a tripartição de poderes, tal qual idealizada, não mais se justifica. A verdade é que, por imperativo de justiça, o Judiciário é cada vez mais invocado para solucionar problemas da vida particular e comunitária, os quais as instituições “democráticas” (aquelas constituídas por funcionários eleitos) não conseguem dirimir. Esta é a realidade: o Judiciário tornou-se um importante órgão de realização e efetivação dos direitos. Assim, todos aqueles argumentos perdem

substancialmente seu valor e razão de ser. A questão, dessa forma, deve ser discutida de outra maneira: tendo em vista que não há como negar o poder político dos juízes, deve-se pensar nos mecanismos e princípios limitadores desse poder para que ele não se torne um problema social e arbitrário, exercido de qualquer maneira e a partir de convicções particulares ou individuais. Quer dizer, é preciso demonstrar como os magistrados estão atrelados a mecanismos sociais e democráticos que os vinculam eticamente.

Essa realidade descrita não pode levar a pensar que se caracteriza um Judiciário como um super-Poder, acima dos outros e sem limites. Veja, a seguir, a relação de limites que o Judiciário e os juizes têm nessa atividade criativa e interventiva que se defende. Alguns desses limites são verdadeiros princípios gerais do Direito; outros derivados de normas de competências e alguns deveres:

- *Os juízes não podem deixar de julgar sob pretexto de silêncio, falta de clareza e insuficiência da lei;*
- *Os juízes devem obediência à lei;*
- *Os juízes devem justificar suas decisões;*
- *Os juízes não atuam por iniciativa própria;*
- *Os juízes devem interrogar a lei respeitando sua linguagem;*
- *Os juízes são moralmente responsáveis por suas decisões;*

- *Não há jurisdição se não em virtude de lei;*
- *As decisões judiciais não podem ser revogadas pelos juizes unilateralmente;*
- *A justiça deve ser pública;*
- *A todos deve ser garantida a acessibilidade à justiça;*
- *A todos deve ser garantido o devido processo legal;*
- *A aplicação da lei deve responder a critérios éticos e teleológicos, atendendo aos seus fins sociais;*

- *As competências conferidas a outros Poderes;*
- *Os princípios diretivos do sistema jurídico;*
- *O sentido literal possível do enunciado de direito;*
- *A consciência jurídica da comunidade;*
- *Stare decisis (interpretação vinculante anterior de órgão superior);*
- *A competência conferida a cada instância judicial;*
- *A racionalidade e a razoabilidade das decisões.*

Não parece possível falar de um super-Poder ou de usurpação de competências, e nem mesmo de temores quanto ao que o STF poderá fazer. Apesar da reconstrução de seu papel e das relevantes funções, o Judiciário e o próprio Supremo estão sob o Estado de Direito e os princípios da Democracia, os quais, aliás, eles têm a responsabilidade de preservar e defender.

3. Os poderes hermenêuticos do Supremo Tribunal Federal.

O STF não é apenas uma corte constitucional. É bem mais que isso, sendo o guardião do *modus politicus* e a garantia do poder e da supremacia que foram consagrados constitucionalmente. Por isso, justifica-se seu poder, como se justifica que suas decisões atinjam os outros poderes constituídos, não apenas em nome da supremacia com relação aos outros e muito menos à quebra do *checks and balance*, senão em nome de uma vontade constituinte que somente ele pode preservar. Longe disso ser um defeito, é a garantia de sua imparcialidade, da imortalidade normativa e da indisponibilidade política da Constituição (não somente do texto, mas do sistema constitucional).

O povo é um sujeito do poder, sendo apenas o *depositário formal* da soberania. Dessa maneira, é preciso discutir quem é o *depositário real* da soberania. Sem mais delongas, a análise teórica e prática do sistema político, social e jurídico brasileiro, pautado na Constituição de 1988, revela que, no Brasil, com o Estado judicial imperante, a vontade constituinte está nas mãos de onze representantes dessa vontade que compõem a Alta Corte Judiciária do País: os Ministros do STF. Compete a eles a interpretação da Constituição. Afirma-se com isso, que não há nada de errado em entender que a vontade constituinte é resultado da hermenêutica da Corte, por duas razões: 1. A Corte Constitucional tem por papel institucional a promoção de uma hermenêutica construtiva, quer dizer, descobrem e traduzem a vontade do constituinte a partir das demandas e exigências nacionais; e 2. No Brasil, criou-se certa relação de dependência pessoal da construção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal, de maneira que a vontade constituinte acaba sendo a vontade dos 11 Ministros.

O principal instrumento pelo qual o STF impõe sua hermenêutica do poder constituinte é a jurisdição constitucional, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos. Seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado, o STF é sempre a última palavra quanto ao alcance da Constituição.[6]

Não existe com essa situação nenhuma usurpação de poder e muito menos algo ilegítimo, já que a ela se chegou justamente a partir das prerrogativas que a própria Constituição confere aos membros da corte constitucional brasileira,[7]^[8] Além disso, aponta-se aqui a existência de uma legitimidade por derivação que a Corte e seus Ministros desfrutam, uma vez que são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, duas das instituições mais democráticas de qualquer sistema constitucional.

Outrossim, aquela não é a realidade apenas do Brasil, mas de praticamente todos os países cujo controle de legalidade encontra-se nas mãos de alguma corte (seja judiciária, administrativa ou religiosa). Também não se pense que aqui se critica essa construção dos sistemas constitucionais. Não. Apenas pretende-se apresentar a quantas anda a real organização do poder do País e alertar para a necessidade de reflexão quanto ao aperfeiçoamento desse sistema que atribui tamanho poder ao STF, pensando e planejando os limites ao poder hermenêutico do órgão.[9]

Verdadeiramente, o Supremo Tribunal Federal – como a maioria das Cortes Constitucionais – acaba exercendo o papel de um Poder Moderador, que se deve aos seguintes fatores: 1. A evolução funcional da Corte passa pelo mesmo processo de evolução e ascensão do Estado Judicial e Democrático de Direito, ou seja, é o depositário real da soberania e deve promover a harmonia do sistema jurídico e político; 2. É órgão de duas facetas: ora se investe de jurisdição ordinária (controle de

legalidade), e ora (e essencialmente!) de jurisdição extraordinária (controle de constitucionalidade); 3. As competências, funções e a própria localização no sistema jurídico nacional, que lhe atribui a Constituição, demonstram que o órgão possui a última palavra em questões jurídicas, sociais e políticas (decorrente da chamada politização da judicatura); 4. Essas mesmas competências conferem ao STF um poder de ordem jurídica, social e política, o que demonstra o grau de inserção na vida comunitária, maior até mesmo que os demais poderes; e 5. As decisões do STF, mesmo que nos casos *inter partes*, têm sempre eficácia *erga omnes*, o que se explica seja em decorrência do controle abstrato e da súmula vinculante, ou de mero temor reverencial, ou, ainda, de questões pragmáticas (a decisão de piso, através de recurso, pode ser cassada, um dia).[10]

Nesse sentido, o ensinamento de Mancuso: “Não se pode, todavia, negar que o Judiciário detém o monopólio da distribuição da justiça, sendo o Poder que julga a todos, inclusive aos órgãos e agentes dos outros Poderes, já tendo por isso sido cognominado órgão de *supra-Poder*, nesse sentido de sobrepassar aos demais. Note-se que Executivo e Legislativo têm suas atribuições parametrizadas pela Constituição Federal, mas só ao STF, em única ou última instância, conforme o caso, cabe avaliar se os atos e condutas daqueles estão conformes à Constituição, da qual o STF está encarregado da *guarda* (art. 102, *caput*). De outra parte, não se pode esquecer que já antes da EC n. 45/2004 a jurisprudência dominante ou sumulada exercia forte *influência persuasiva*, e mesmo vários textos já haviam avançado para uma eficácia quase-vinculativa (v.g., os arts. 557 e 557-A do CPC) ou mesmo francamente vinculante (v.g., art. 102, § 2º, da CF)”.[11]

Essa é a síntese do poder que tem o Supremo no contexto brasileiro: 1. É a encarnação da vontade constitucional; e 2. É um Poder Moderador, que se sobrepõe aos demais, inclusive, ao próprio Judiciário.[12]

4. O papel da súmula vinculante e da reclamação constitucional ao STF no Estado Judicial de Direito.

Uma das grandes novidades trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 para o sistema jurídico brasileiro foi a introdução do art. 103-A à Constituição[13], que institui o mecanismo da *súmula vinculante*, assim chamada porque *vincula* com eficácia *erga omnes*, pelo menos em princípio, toda a estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública. O objetivo é vincular a hermenêutica das normas do sistema jurídico nacional à Constituição, tendo por pano de fundo a segurança jurídica e a diminuição de processos, segundo destaca Duarte[14], ou a preservação da unidade e uniformidade interpretativa da Constituição. Exigência do modelo misto de jurisdição constitucional adotado a partir de 1988.

Anteriormente à EC nº. 45/2004, as súmulas do STF apresentavam apenas uma função orientadora, sugestiva, além de programática (no sentido de que as decisões do STF seriam naquele sentido quando a causa chegasse ao órgão mediante controle difuso ou concentrado). Doravante, no entanto, o efeito vinculante das súmulas significa que elas são investidas de obrigatoriedade (de normatividade), ou seja, não se trata mais de mera

sugestão, mas sim de pautas, de normas.[15] Claramente porque seu *telos* é constitucional.

É exatamente nessa linha que o mecanismo fortalece a noção de que ao Supremo Tribunal Federal cabe dar a última palavra quanto à hermenêutica constitucional. Se antes existia uma vinculação apenas de ordem pragmática ou por prudência reverencial, agora passa o vínculo a ser fático-conceptual. Observando atentamente a lição de Mancuso, é possível verificar o extraordinário poder que é conferido à Corte Constitucional brasileira: “A EC n. 45/2004 não *criou*, propriamente, a súmula vinculante, mas na verdade a *potencializou e sistematizou*, fixando que as decisões do STF, tomadas em maioria de dois terços, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ficam vinculativas para os ‘demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (...)’ (art. 103-A, *caput*); a par disso, firma-se o STF como órgão de revisão e *cassação*, de tal arte que, acolhendo reclamação acerca de resistência ao enunciado vinculativo, a Corte Suprema ‘anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso’ (§ 3º do art. 103-A)”. [16]

Vale aqui fazer uma hermenêutica do próprio art. 103-A, para poder avaliar o significado da atuação do STF após a EC nº. 45/2004, porque parece que agora a Corte passa a ter uma função legislativa, o que também permitirá verificar que o alcance das súmulas constitucionais ultrapassa o contexto constitucional fixado, ora no procedimento, ora no conteúdo.

Ao examinar os requisitos procedimentais da validade das súmulas constitucionais vê-se que as exigências são: 1. Iniciativa da própria Corte (de ofício); 2. Provocação de terceiros; 3. Aprovação qualificada de 2/3 de seus membros; e 4. Promulgação e publicação na imprensa oficial. O dispositivo fixa, ainda, requisitos de validade material das súmulas constitucionais, tais como: 1. Existência de *reiteradas* decisões sobre [a] matéria constitucional; 2. Existência de controvérsia hermenêutica entre os órgãos judiciários ou entre eles e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicidade de processos sobre questão idêntica; 3. Área de abrangência normativa do seu conteúdo ou eficácia, direcionada apenas ao Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta; e 4. A vigência de sua determinação.

Até o momento (setembro de 2008) foram editadas treze Súmulas constitucionais que têm provocado uma maior intensificação dos debates sobre os reais e legítimos poderes do STF de uma parte, e com relação à própria constitucionalidade de tais enunciados de súmulas, de outra. Tanto num caso como em outro os argumentos são válidos em se tratando de caracterização; outras vezes parecem ter sido mal compreendidas as verdadeiras razões da Alta Corte para chegar a tais disposições normativas.

Qual foi a intenção do legislador constituinte derivado ao atribuir ao STF poderes para produzir esse ato normativo? Pode-se responder de várias formas, entre elas: 1. Que foi um imperativo da necessária celeridade processual; 2. Que se pretendeu, na verdade, limitar a hermenêutica das demais instâncias do Judiciário – especialmente dos juizes de piso –, pelas atribuições que derivam da nossa jurisdição constitucional difusa; ou 4. Que a idéia era concentrar o poder decisório judicial nos onze ministros para preservar

decisões, interpretações e mesmo processos desenvolvidos – o caminho do autoritarismo no Judiciário. Qualquer uma das respostas acolhidas, ou mesmo outra não visualizada aqui, não conseguiria o consenso. Parece, então, aconselhável integrar as três de modo a ficar estabelecido que o momento constitucional indicou a promulgação dessa Emenda 45/2004 e a incorporação do art. 103-A.

O que parece ser indiscutível é que o estabelecido no dispositivo constitucional de referência tem produzido maiores controvérsias quanto ao momento de sua aprovação, talvez porque o Congresso – atuando como constituinte derivado – não foi consciente dos poderes que atribuía ao STF ou do momento que vive o sistema constitucional brasileiro de Estado judicial. O maior exemplo disso seria a autorização para aprovar tais atos normativos por iniciativa própria. Claro que o requisito procedimental de 2/3 imprime legitimidade à decisão e garante – em tese – a devida prudência e razoabilidade numa decisão dessa natureza.

Certamente, esse poder ficou distante de toda tradição constitucional brasileira.

Muitas coisas têm acontecido e merecem uma reflexão. Mas o pior está por vir; resta o problema de como enfrentar os verdadeiros excessos e desvios constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Talvez seja necessário pensar e refletir sobre como é possível exercer uma pretensão de correção perante tais hipóteses. Pelo que se apresenta, um instrumento processual possível é a ADPF, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº. 9.882/99: “[...] terá por objeto reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato de poder público”. Se não for assim, teria que se admitir que contra os verdadeiros desvios e excessos constitucionais do Supremo nada poderia a democracia e o sistema constitucional brasileiro, ou que o constituinte derivado tenha que promulgar sucessivas emendas, cada vez que o STF ultrapassar suas atribuições.

Paira a dúvida quanto se o STF cumpriu todas as exigências de validade, seja procedimental ou material, que garantiriam a legalidade de algumas súmulas constitucionais promulgadas, como também se respeitou todas as regras de inferência que o vinculam no processo de derivação de enunciados e conseqüências normativas das normas soberanas que interpreta e aplica. Isto porque são parcos os precedentes ou pouco significativos, além de não ser possível o acesso aos acórdãos que servem de precedentes, o que daria margem a questionamentos quanto à sua existência. Tudo isso, enfim, demonstra a relevância do assunto. Talvez a razão para tanto é a estratégia de “ataque preventivo” a possíveis reiteraões ou má interpretaões da Carta.

As opiniões dos autores ao redor desse art. 103-A e de suas conseqüências começa a formar parte do debate constitucional. Assim, alguns autores fazem a seguinte reflexão quanto ao princípio do livre convencimento motivado do juiz na perspectiva da súmula vinculante: “o nosso sistema, ao que parece, não admite que o juiz decida senão com base, fundamentalmente, na lei. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisar as provas, formar a convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda correta (art. 131 do CPC). O juiz tem, como regra, portanto, no sistema brasileiro, segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que se lhe apresenta a mais acertada. Nos casos em que vier a incidir a súmula vinculante, desde logo o juiz terá de se curvar àquela interpretação que terá sido sumulada. Observe-se, todavia, que não estará

deixando de decidir *de acordo com a lei*".[17] Quer dizer, a súmula, se vinculante, é lei, criada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em igual sentido é o ensinamento de Duarte: "O que ocorre, é que há uma mudança de paradigma do direito brasileiro, que agora não terá mais a lei como única fonte primária do direito, mas também a súmula; o direito não vai ser mais o que estiver descrito na lei, vai ser igualmente, aquilo que os Tribunais afirmarem. Desta forma. A alteração da forma procedimento de ativação das súmulas vinculantes significa também a mudança de uma das formas de produção do Direito, e, portanto, implica uma transformação na funcionalidade estrutural do sistema".[18]

Veja, portanto, a inflação das funções da Corte, que passa a ter mais poder e responsabilidade no cenário jurídico, político e social, conforme destacado anteriormente. A súmula vinculante (e a reclamação constitucional, como mecanismo que torna esta eficaz) é instrumento que aumenta o poder hermenêutico do STF. O papel central da Corte é bem destacado no seguinte trecho de Duarte: "Se o Supremo Tribunal Federal, órgão supremo do Poder Judiciário, constitucionalmente competente para interpretar a Constituição Federal, revela a interpretação correta de um dispositivo constitucional não seria razoável que qualquer outro órgão do Estado brasileiro, seja judicial ou administrativo, apresente outra interpretação ou venha decidir em sentido contrário".[19].[20]

As súmulas vinculantes representam uma "interpretação subsumível", que retira a liberdade do intérprete, já que se torna uma premissa maior. Há aqui uma imperfeita combinação entre o Estado liberal do século XVIII e o Estado Judicial de Direito: ao invés de deixar a cargo da Justiça o desenvolvimento do Direito, prende-se o juiz a mais uma norma que não exigirá da parte do intérprete nenhum esforço silogístico além da mera subsunção.[21]

Bem destaca Streck o poder de vinculação da súmula após a EC nº. 45/2004: "os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar sumular. Nesse caso, conforme a Emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, *em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e a Constituição*".[22]

Essa feição tão importante que as súmulas têm para o sistema judicial brasileiro necessitou do aperfeiçoamento de um instrumento processual capaz de garantir a eficácia plena das decisões vinculantes do Supremo Tribunal: trata-se da chamada *reclamação constitucional*. Tal aperfeiçoamento, que consiste num alargamento da incidência do remédio, encontra-se no § 3º do art. 103-A da Constituição, incluído pela EC nº. 45/2004.

Desde antes da Reforma do Judiciário a reclamação encontrava-se positivada no texto magno brasileiro, porém restringia-se sua utilização aos casos de preservação da competência e garantia da autoridade do STF e do STJ (art. 102, I, *l*, e art. 105, I, *f*). Agora, porém, passa ela a ser empregada com mais uma função: a de garantir a aplicabilidade (*rectius*, vinculatoriedade) da súmula vinculante. Assim, as palavras de Morato: "De acordo com o art. 103-A, § 3º, da CF, a reclamação pode ser proposta para reprimir ou impugnar o desrespeito a uma súmula vinculante, assim caracterizado por não ter sido aplicada essa súmula, ou por ter sido aplicada indevidamente, ou por ter

sido distorcido o seu conteúdo, ou por terem sido interpretada inadequadamente, ou qualquer outra conduta que, de algum modo, acabe configurando um abuso da autoridade da Corte (STF) responsável pela edição da súmula”.[23]

O papel da reclamação constitucional é bem descrito por Dantas: “Tem, desse modo, a reclamação, as funções de oferecer maior segurança à ordem jurídico-constitucional, notadamente no que tange à estrutura competencial das cortes maiores do Judiciário, traçada, direta ou indiretamente, pela Lei Magna, através de meio rápido e eficaz em preservá-la. Ainda de reforçar as decisões desses órgãos com um instrumento de respaldo jurisdicional expedito e direto. E, finalmente, de preservar, desse modo – e ao menos em relação aos órgãos judiciários aos quais é cometida –, os referidos princípios constitucionais do juiz e do promotor natural, e da eficácia da tutela jurisdicional”.[24] Ou, contrariamente, poderia avaliar-se a reclamação como uma manifestação antidemocrática dentro do Judiciário e um cerceamento da capacidade interpretativa das estruturas do Judiciário. Pois bem: àquelas funções deve-se incluir, doravante, a de garantir a obrigatoriedade e a normatividade das súmulas vinculantes. Eis mais um papel jurídico, processual e constitucional. Porém, deve-se ter clara a insurgência de uma nova dimensão da reclamação – a qual existiu desde sempre, mas que agora se assevera – e que se refere ao seu aspecto político: a reclamação constitucional é um instrumento político-processual que assegura a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal e, com isso, torna mais latente e executivo o seu poder e seu papel na perspectiva do Estado Judicial e Democrático de Direito e da politização da judicatura e da judicialização da política.

Conforme o § 3º do art. 103-A, o julgamento procedente da reclamação, ou seja, o reconhecimento de que houve afronta à súmula vinculante, produzirá as seguintes conseqüências:

- *Anulação do ato administrativo;*
- *Cassação da decisão judicial;*
- *Determinação de que seja proferida outra decisão com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*

Quanto a esta última conseqüência, deve-se destacar a possibilidade até mesmo de interferência do STF na decisão judicial; é como se os Ministros determinassem o que o juiz “inferior” deverá decidir.

A súmula vinculante representa, então, a hermenêutica dominante no órgão supremo da organização política deste País. Daí a preocupação de Streck de que ela (a súmula) se transforme numa “concepção universalizante do Direito”. [25] É preciso atentar bem para esta situação, pois, decorrendo qualquer atitude impensada no emprego das súmulas, corre-se o risco de aumentar ainda mais a supremacia do STF sobre as demais instituições políticas brasileiras, e é imprevisível se o sistema suportará e se adaptará a esta situação ou se sofrerá algum colapso político-democrático.

5. Conclusão.

De tudo o que foi dito, resta claro que a Corte Constitucional, em decorrência das atribuições e prerrogativas que lhe confere a própria Carta de 1988, é, hoje, a “depositária real” da soberania nacional e seu poder hermenêutico lhe confere a possibilidade de determinar os rumos políticos, sociais, jurídicos e econômicos do País.

Exatamente ao encontro dessa situação, surge, com a EC nº. 45/2004 a figura da súmula vinculante, que se baseia, inclusive, no fortalecimento da chamada reclamação constitucional. A partir de então, torna-se conceptual a vinculatoriedade à interpretação constitucional dada pelo STF.

A despeito do tema, de se concluir com a grande preocupação de Streck, que aponta um dentre tantos problemas que decorrem dessa previsão e caracterização do sistema jurídico brasileiro: “O problema, pois, está no fato de que os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação, porque, afinal, ela foi feita para isto: para aprisionar ‘substâncias’ e ‘seqüestrar o tempo’”.^[26]

6. Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BODIN, Jean. Seis Livros da República, In CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1976

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 327-380.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. In.: NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DUARTE, Francisco Carlos. Súmulas vinculantes e a teoria dos sistemas sociais. In.: *Revista de Processo*. Ano 32, nº. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2007, pp. 249-270.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 685-719.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 373-389.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 391-413.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, vol. I, tomo I, pp. 107-129.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417 de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

[1] Essas foram idéias claras que Bodin introduziu com o conceito de soberania, como faculdade para estabelecer as leis, e que logo foi fundamento para o poder absoluto e o próprio Estado moderno. Nesse sentido, veja Jean Bodin, *Seis Livros da República*, In Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1976.

[2] Vide Emmanuel Joseph Sieyès, *A constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro, Líber Juris, 1986.

[3] Nesse sentido, veja Ronald Dworkin, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 492: “O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por um catálogo de regras e princípios, cada qual com seu

próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. [...]. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.

[4] Segundo Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, 2ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 05, “é inevitável o judiciário desempenhar um papel político em um Estado capitalista ou semicapitalista”.

[5] Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, ob. cit., pp. 17 e 28.

[6] Essa idéia da judicatura é bem representada por aquilo que José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 185, designa “escepticismo”, uma concepção construtivista da interpretação constitucional pela qual a Constituição não é outra coisa senão aquilo que os tribunais dizem que é.

[7] Nesse sentido, Ruitemberg Nunes Pereira, *O princípio do devido processo legal substantivo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 466: “A evolução tendente a conceder-se ao poder judiciário um papel mais relevante no seio da organização praticamente se confunde com a evolução do Estado Constitucional. Basta dizer, nesse sentido, que os principais institutos e os principais desenvolvimentos teóricos da ciência do direito constitucional estão ligados ou surgiram ligados à atuação do poder judiciário em especial, à atuação da denominada jurisdição constitucional”.

[8] Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, ob. cit., p. 41, escreve as seguintes palavras relação entre politização e jurisdição constitucional, tomando como ponto de partida o sistema estadunidense, o qual se encaixa perfeitamente à realidade brasileira em decorrência da adoção, aqui, do sistema difuso: “A Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. Sobre esse argumento simples e forte, John Marshall construiu a instituição da revisão judicial de legislação, uma instituição que é, simultaneamente, o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-americana. O enigma reside nisto. Todos concordam em que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas nem juízes do Supremo Tribunal nem especialistas em Direito constitucional nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência. Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, em número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com a democracia? Qual é a alternativa, porém, exceto abdicar do poder que Marshall declarou? Esse poder encontra-se agora tão estabelecido em nosso sistema

constitucional que a abdicação seria mais prejudicial ao consenso, mais uma derrota para a expectativa cultivada, do que simplesmente deixar tudo como antes”.

[9] Essa constatação tem reflexo direto no conceito de Constituição. A verdadeira definição de Constituição necessita abandonar os cânones dogmáticos tradicionais. Os modelos de definição conhecidos têm em comum questões como organização, institucionalização e legitimação do poder. Mas, dizer que a Constituição é resultado da vontade do constituinte é puro romantismo; ela é resultado de arranjos político-sociais. E mais: será resultado da vontade da Corte Constitucional. A Constituição tem, então, necessariamente, uma perspectiva histórica, nacional e internacional. Ela pode sim ser tratada a partir daqueles cânones dogmáticos, mas isto não pode afastar sua compreensão a partir de um realismo crítico. A vontade expressa na Constituição representa os fatores reais de poder, historicamente condicionados.

[10] Uma das explicações para o florescimento desse poder do STF é dada por Daniel Mitidiero, *Processo civil e estado constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 18: “No *Rule of Law* codificado, em face justamente da existência de uma Constituição escrita, o *judicial review*, próprio do *common law*, resta mais acentuado, denotando uma anchura ainda maior. Com efeito, a combinação de uma Constituição escrita [...] com a atribuição ao Judiciário, através do *due process*, da tarefa de velar pela supremacia final do direito, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição, estando todos os poderes do Estado submetidos a essa e, pois, suscetíveis às decisões daquele órgão a que pertence o mister de interpretá-la”.

[11] Rodolfo de Camargo Mancuso, Súmula vinculante e a EC n. 45/2004, *In*. Teresa Arruda Alvim Wambier [*et al.*] (Coord.), *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 712.

[12] Surge, assim, toda uma preocupação com a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, que, como visto, será o espaço, o mecanismo que proporcionará à Corte Constitucional a irradiação de seu poder. Daí a importância de colacionar os ensinamentos de Robert Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 163: “Os juízes do tribunal constitucional não têm regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição. Isso é compatível com a democracia? A única possibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia nisto, compreendê-la também como representação do povo”. Explica, então, na página seguinte, que a jurisdição constitucional não admite tudo, pois, como representação, deve ser unida àquilo que o povo realmente pensa: “Jurisdição constitucional, como argumento, não admite tudo, se podem ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores”. E arremata: “A existência de argumentos bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos

porque eles são válidos ou corretos. [...]. Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais” (p. 165). Ora, veja que, num Estado Democrático, paradigmas argumentativos se impõem ao STF para que suas decisões não sejam puro capricho de uma vontade descompromissada com os interesses comunitários. Quer dizer, isso firma a idéia de jurisdição constitucional como instrumento democrático para a tutela daquilo que a comunidade pretende construir como Direito e como Estado.

[13] “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...]”. A lei a que se refere o *caput* do art. 103-A é a Lei nº. 11.417/2006.

[14] Francisco Carlos Duarte, Súmulas vinculantes e a teoria dos sistemas sociais, In *Revista de Processo*, ano 32, nº. 149, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. 2007, p. 257, que assim escreve: “Constituindo o Supremo Tribunal Federal a maior autoridade da justiça brasileira e sendo suas decisões, conseqüentemente, irreformáveis por outro Tribunal, não há como achar adequado que juízes de primeiro grau e de outros Tribunais julguem ao contrário das proposições constantes na súmula, mesmo quando esta não possuía ainda o caráter vinculante. Em face da autoridade que a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada em súmula seria afrontar a sua soberania, reconhecer a imperfeição do Poder Judiciário e impedir a certeza jurídica”.

[15] O mecanismo interfere até na noção que se tem de duplo grau de jurisdição. Antes, duplo grau não significava instância superior ou inferior, mas possibilidade de revisão da decisão (ainda que internamente no mesmo órgão). A súmula vinculante, entretanto, cria uma espécie de escalonamento entre as instâncias, hierarquizando-as, e dando ao STF a oportunidade de ocupar o patamar superior, final e absoluto. Além disso, o juiz não estava adstrito aos órgãos das instâncias *ad quem*, mas agora está, exatamente ao STF. A partir desta perspectiva surgem algumas críticas ao sistema de súmulas vinculante, um deles bem destacado por Rodolfo de Camargo Mancuso, Súmula vinculante e a EC n. 45/2004, p. 712: “O argumento da crítica – reduzido a termos técnicos e não *passionais* – parte da consideração de que nossa organização judiciária é de tipo piramidal, com órgãos sobrepostos em competência de derrogação; a partir desse desenho, mesmo o entendimento sumulado de um Tribunal Superior, não poderia, segundo esse argumento, ser considerado qualitativamente *melhor* do que outro, em sentido diverso, provindo de instância inferior, senão que cada qual, em verdade, terá se pronunciado segundo sua própria convicção, conforme o assegura a garantia da persuasão racional do magistrado (CPC, art. 131)”.

[16] Rodolfo de Camargo Mancuso, Súmula vinculante e a EC n. 45/2004, ob. cit., p. 705.

[17] José Maria Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, *In. Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.] (Coord.), Reforma do judiciário...*, ob. cit., pp. 380-381.

[18] Francisco Carlos Duarte, Súmulas vinculantes..., ob. cit., p. 263.

[19] Francisco Carlos Duarte, Súmulas vinculantes..., ob. cit., p. 260. Anteriormente a este trecho, nas páginas 258 e 259, o autor dá outra prova do poder que foi atribuído à cúpula do Judiciário brasileiro: “Agora, os Ministros do Supremo Tribunal Federal passam a dispor do poder de colocar um ‘ponto final’ nos litígios polêmicos atuais e nas discordâncias estabelecidas entre órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, dissensos capazes de causar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de ações com o mesmo objeto”.

[20] A partir da adoção da súmula vinculante, algumas discussões surgiram quanto à intenção do sistema brasileiro de se aproximar do sistema do *stare decisis*, de raiz anglo-saxônica e estadunidense. A despeito do tema, manifestou-se André Ramos Tavares, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417 de 10.12.2006*, São Paulo, Método, 2007, p. 21: “Essa comparação que se faz entre *stare decisis* e súmula vinculante está baseada em algumas circunstâncias comuns a ambos os institutos: *i*) preocupação exclusiva com casos concretos; *ii*) necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares (um certo ‘processo de objetivação’ das decisões concretas)”. Refletindo proximamente a isto e não detectando inconvenientes – pelo contrário, demonstrando que esta é uma tendência do sistema brasileiro –, José Maria Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Repercussão geral e súmula vinculante, ob. cit., p. 381: “O Brasil, já em muitos aspectos, pode-se dizer que tem um sistema *misto*, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica. Isto ocorre em outros pontos, em que as inovações introduzidas pela reforma se inspiram no sistema norte-americano, afastando-se do nosso modelo originário, por exemplo, no que tange às *class actions* ou mesmo no que diz respeito à introdução do art. 461 no CPC, relativo às ações cujo objetivo é dar cumprimento às obrigações de fazer e de não fazer, também fortemente inspirado nas *astreintes* do direito francês”.

[21] É por isso que Lenio Luiz Streck, Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas, *In. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Jurisdição e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, vol. I, tomo I, p. 115, doutrina em sentido contrário à súmula vinculante, porque a vê como a institucionalização do “monolítico”, e não como mero projeto de poder. Seguindo aquela linha de pensamento, denuncia o autor aquele que seria o problema mais grave da súmula vinculante: “o problema mais grave em atribuir efeito vinculante às súmulas reside no fato de que, no plano da operacionalidade do direito, *cada súmula transforma-se em categoria ou conceito que serve de premissa de sustentação de raciocínios dedutivos ou subsuntivos*, próprios de um ultrapassado positivismo metafísico, que busca ‘aprisionar’ nesses conceitos (significantes) uma espécie de ‘essencialidade fático-jurídica’” (p. 125).

[22] Lenio Luiz Streck, Súmulas vinculantes..., ob. cit., p. 114.

[23] Leonardo Lins Morato, A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante, *In. Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.] (Coord.), Reforma do judiciário...*, ob. cit., p. 398.

[24] Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Reclamação constitucional, *In. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (Org.), Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 358-359. Também Cândido Rangel Dinamarco, A reclamação no processo civil brasileiro, *In. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.), Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 100, destaca o sentido e alcance da reclamação, considerando que ela “enquadra-se comodamente na categoria dos remédios processuais que é muito ampla e abriga em si todas as medidas mediante as quais, de algum modo, se afasta a eficácia de um ato judicial viciado, se retifica o ato ou se produz sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça”.

[25] Lenio Luiz Streck, Súmulas vinculantes..., ob. cit., p. 113: “o perigo maior representado pelas súmulas vinculantes está no fato de que cada uma delas se transforma em uma ‘premissa maior’ ou ‘categoria’ (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Ora, sendo as súmulas também textos, volta-se à discussão do modo como o imaginário dos juristas compreende o ato interpretativo. Na verdade, do mesmo modo que o senso comum teórico (dogmática jurídica ainda predominante) equipara texto e norma, *no caso das súmulas o problema se agrava, na medida em que esta tem a função de representar uma espécie de ‘concepção universalizante’ do direito.* [...] as súmulas e os assim denominados ‘entendimento jurisprudenciais dominantes *nada mais são do que tentativas metafísicas de universalização/generalização conceitual*, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando, assim, o aparecer da singularidade dos casos. Conseqüentemente, o ato de aplicação do jurista resumir-se-á à mera subsunção do caso àquele significante, produzindo uma ‘perfeita’ simetria entre o dito ‘universal’ e o fato singular a ser ‘subsumido’”.

[26] Lenio Luiz Streck, Súmulas vinculantes..., ob. cit., p. 126.

CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO VINTE ANOS DEPOIS*

CONSTITUCIÓN Y PLURALISMO VEINTE AÑOS DESPUÉS

Antonio Moreira Maués

RESUMO

O trabalho analisa, em três momentos, a institucionalização dos conflitos sociais pela ordem constitucional vigente a partir de 1988. O primeiro foco de análise é o modo como foram construídos os acordos que compuseram as maiorias no processo constituinte; o segundo foco examina as emendas aprovadas à Constituição de 1988 como expressão de conflitos em torno dos bens e valores por ela protegidos; por fim, é analisado o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelos partidos políticos, na resolução de disputas entre maioria e minoria políticas. O trabalho conclui que a instabilidade do texto constitucional e as características da judicialização da política no Brasil manifestam a necessidade de ampliar o consenso em torno dos limites estabelecidos pela Constituição, a fim de que ela possa reforçar sua capacidade de regulação da política.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; PLURALISMO; ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE; REFORMAS CONSTITUCIONAIS; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

ABSTRACT

El trabajo analiza, en tres momentos, la institucionalización de los conflictos sociales por el orden constitucional vigente a partir de 1988. El primer foco de análisis es el modo como se han construido los acuerdos que compusieron las mayorías en el proceso constituyente; el segundo foco examina las enmiendas aprobadas a la Constitución de 1988 como expresión de conflictos en torno de los bienes y valores protegidos por ella; por fin, se analiza el papel ejercido por el Supremo Tribunal Federal, por medio del juicio de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad presentadas por los partidos políticos, en la solución de disputas entre mayoría y minoría políticas. El trabajo concluye que la inestabilidad del texto constitucional y las características de la judicialización de la política en Brasil manifiestan la necesidad de ampliar el consenso en torno de los límites establecidos por la Constitución, a fin de que ella pueda reforzar su capacidad de regulación de la política.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: CONSTITUCIÓN; PLURALISMO; ASAMBLEA CONSTITUYENTE; REFORMAS CONSTITUCIONALES; JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA.

1 - Introdução

A passagem dos vinte anos da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que nos incentiva a celebrar o mais longo período democrático de nossa história, também nos impele a reconhecer as dificuldades que a ordem constitucional ainda enfrenta para concretizar os objetivos do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Para entender a raiz desses problemas, vale lembrar que a atual Constituição foi elaborada em meio à crise do modelo “desenvolvimentista”, que sustentara o Estado brasileiro desde a década de 30, levando a um período de crise fiscal e inflação alta. Ao mesmo tempo, as demandas por justiça social encontravam-se em franca expansão, fazendo com que a Constituição de 1988 repercutisse a acirrada disputa por recursos de poder de parte dos setores organizados da sociedade brasileira, que inscreveram seus conflitos distributivos no texto constitucional.[1]

Em uma sociedade pluralista, marcada pela variedade de classes e grupos sociais e pela convivência entre diferentes crenças e valores,[2] a institucionalização dos conflitos sociais é uma das principais tarefas e um principais desafios do direito constitucional. Isso implica que a Constituição deve estabelecer não apenas regras de solução desses conflitos, mas também limitar o seu âmbito, impedindo que eles tenham como objeto determinados bens e valores.

De acordo com esse ponto de vista, podemos identificar três formas básicas de conflitos em torno da Constituição: conflitos extra-constitucionais, que se manifestam à margem da Constituição, propondo sua revogação para eliminar a proteção a seus bens e valores fundamentais; conflitos meta-constitucionais, que incidem sobre as normas substantivas da Constituição, buscando alterá-las para diminuir ou ampliar a proteção daqueles bens e valores; conflitos intra-constitucionais, que se desenvolvem em torno das regras de procedimento estabelecidas pela Constituição, deixando inalterada a proteção a determinados bens e valores.

A análise das duas últimas décadas indica que os conflitos meta-constitucionais têm sido uma constante na dinâmica constitucional brasileira, tendo em vista que as várias emendas aprovadas (ver *infra*) incidiram especialmente sobre normas substantivas da Constituição.[3] Além disso, apesar de não existir hoje nenhuma corrente de opinião relevante que propugne por um exercício incondicionado do poder constituinte, vários atores do sistema político continuam defendendo a convocação de uma Constituinte exclusiva para promover as reformas política e/ou tributária.[4]

Devemos reconhecer, portanto, que a maioria ou a minoria políticas, em determinados momentos, recusam a Constituição como marco de regulação de suas disputas, tornando-a objeto de conflitos e não a expressão dos acordos que fundamentam a convivência social. Assim, ainda que o risco de ruptura institucional esteja afastado do Brasil, a capacidade da ordem constitucional regular a política permanece em questão.

Essa análise destaca que é fundamental para a eficácia constitucional a existência de um acordo que vincule os atores políticos à Constituição, juntamente com os grupos e classes sociais que eles representam. Em outras palavras, que haja um consenso em torno da Constituição que faça esses atores – estejam eles em situação de maioria ou em situação de minoria – pautarem suas ações pela obediência às normas constitucionais, mesmo quando elas contrariam seus interesses momentâneos.

Tal acordo é ainda mais necessário no contexto em que a democratização tende a acentuar a disputa pelo poder público, já que a ampliação da participação e da competição políticas possibilita que um número maior de grupos exerçam parcelas desse poder ou exijam que seus interesses sejam levados em conta pelo Estado. Assim, ao mesmo tempo em que a democracia é necessária para instituir formas de resolução pacífica dos conflitos sociais, ela aumenta a possibilidade das decisões do governo contrariarem determinados interesses.

Quando essa insegurança atinge grupos que contam com recursos de poder na sociedade, é provável que os atores políticos que os representam somente reconheçam o direito dos oponentes de exercer o governo caso obtenham garantia de que seus interesses fundamentais serão resguardados da competição política. Portanto, a consolidação de uma democracia pluralista exige a constituição do governo por meio de eleições livres e imparciais e, ao mesmo tempo, que uma derrota eleitoral não implique a eliminação da vida política daqueles grupos que passam à oposição.[5] Prover essa segurança será um dos principais encargos de uma Constituição que promova a transição de um regime autoritário para um regime democrático.

Esse “pedágio” que os atores políticos cobram para participar do jogo democrático acarreta uma limitação do poder das majorias futuras, já que as normas constitucionais tornarão difícil ou mesmo juridicamente impossível alterar a proteção de determinados interesses. Caso esses limites não contem com o consenso dos principais atores – seja porque os consideram insuficientes, seja porque os consideram exagerados – é possível que eles aproveitem a condição de maioria para promover sua alteração, abrindo um período de instabilidade constitucional, por meio de reformas ou de atos inconstitucionais, ou mesmo propugnando por uma nova Constituição.

Vale ressaltar que esse período de instabilidade prejudica não apenas a força normativa da Constituição, como vimos, mas também impede uma maior institucionalização da democracia. Sem encontrar um ponto de equilíbrio consensual entre o que está e o que não está em disputa, a Constituição pode sofrer a acusação de ser débil, por não estabelecer os limites necessários ao poder da maioria, e também a acusação de ser inapropriada, por limitar excessivamente o poder da maioria. Assim, tanto Constituições procedimentais quanto Constituições regulatórias podem dificultar a obtenção de consenso sobre elas, abrindo espaço para o questionamento freqüente das normas que regem o processo democrático. Sem embargo, enquanto no primeiro caso a regra de maioria é preservada, no segundo há uma tendência ao surgimento de crises de governabilidade, já que Constituições regulatórias possibilitam que a minoria política utilize a rigidez constitucional para impedir a implementação das propostas da maioria ou para obter vantagens em troca de sua aprovação.[6]

Neste trabalho, buscaremos examinar três aspectos problemáticos da relação entre Constituição e pluralismo na experiência brasileira recente: o modo como foram

forjados os acordos no processo constituinte, as respostas que as reformas deram aos conflitos constitucionais, e a intervenção do STF na resolução de disputas entre maioria e minoria políticas.

A busca de consenso em torno dos limites impostos pela Constituição inicia-se no processo constituinte. Quando dele resulta um conjunto de decisões que preservam os interesses fundamentais dos principais atores políticos, será menor a probabilidade de que a Constituição seja alterada em decorrência de mudanças na maioria governante. Por essa razão, é importante analisar os acordos que levaram à aprovação da Constituição, identificando como foram compostos os diferentes interesses presentes na Assembléia Constituinte.

A validade desses acordos, contudo, depende do modo como as maiorias políticas futuras irão valorá-los. O número de emendas aprovadas à Constituição de 1988 mostra que decisões importantes da Constituinte não foram acatadas posteriormente, o que torna necessário seu estudo para entender o tipo de conflito que o processo de reforma constitucional manifesta, a fim de buscar alternativas para sua solução.

Por fim, havendo um sensível dissenso sobre o conteúdo da Constituição, é provável que a justiça constitucional seja invocada como árbitro dos conflitos políticos, tal como aconteceu com o Supremo Tribunal Federal a partir de 1988, o que nos leva ao tema da judicialização da política.[7]

2 – Os Acordos no Processo Constituinte

A análise desenvolvida nesta seção foi realizada em três níveis: no primeiro, examinamos as normas regimentais que presidiram o funcionamento da Constituinte, buscando identificar os marcos em que os acordos poderiam ser estabelecidos e os procedimentos que favoreciam sua obtenção. No segundo, tabulamos as votações que aprovaram dispositivos constitucionais no Plenário (1º turno) da Constituinte brasileira e calculamos seu desvio padrão,[8] o que nos permitiu identificar as matérias mais polêmicas, bem como distinguir as votações consensuais das votações não-consensuais.

Os dois primeiros estudos serviram de base para a análise dos debates constitucionais, na qual buscamos verificar o modo pelo qual as maiorias foram formadas. Nessa análise, utilizamos três categorias, *concessões mútuas*, *não-decisão* e *maioria aritmética*, que correspondem a três processos distintos de formação de maiorias na Constituinte.

O primeiro implica uma decisão em que há concessões mútuas entre os grupos políticos, concessões essas que tanto significam regular uma matéria de modo a atender a interesses divergentes, quanto aceitar a posição de um grupo em determinado tema para que ele ceda em outro. Esse modo de formação da maioria pode, muitas vezes, recorrer a fórmulas de compromisso,[9] incorporando ao texto constitucional orientações normativas distintas sobre a matéria objeto de acordo.

No segundo processo, a maioria se forma para não decidir, adiando a resolução do conflito para a legislação infra-constitucional. Assim, sendo impossível um acordo, opta-se por atribuir à maioria política a decisão sobre a matéria, fazendo com que as normas constitucionais limitem-se a atribuir competência ao legislador ordinário.

Por fim, a maioria se forma apenas pelo critério aritmético, sem ampliar o apoio da decisão a um conjunto maior de grupos políticos. Assim, enquanto os dois primeiros processos tendem a gerar uma votação consensual, o terceiro processo tende a gerar uma votação não-consensual.

Antes de ingressar na exposição, devemos ressaltar que, mesmo acordos que incorporam amplas parcelas da Constituinte, não significam unanimidade. A formação de maiorias em processos constituintes marcados pelo pluralismo sempre levará à formação de minorias. Assim, como é pouco provável que todos os interesses presentes sejam igualmente atendidos, a estabilidade constitucional também dependerá do acerto da Constituinte em selecionar os interesses daqueles grupos cuja adesão à Constituição é necessária para não colocá-la em risco.

O regimento da Constituinte é uma variável importante para favorecer ou não a obtenção de acordos, tendo em vista, particularmente, o modo como determinam a elaboração do projeto de Constituição, a apresentação de emendas, os debates e a participação dos parlamentares na sua feitura. Os primeiros acordos de uma Constituinte costumam ser firmados em torno de seu regimento.[10]

Na Constituinte brasileira, a heterogeneidade do PMDB, que detinha maioria absoluta (52%), impunha a negociação com outros partidos, resultando em acordos que oscilavam ora à direita, ora à esquerda. Essa situação contribuía para reforçar as demandas dos grupos que podiam ameaçar a aprovação da Constituição, caso não fossem atendidos.[11]

Assim, apesar do longo trabalho das 24 Subcomissões Temáticas, 8 Comissões Temáticas e da Comissão de Sistematização, capitaneado pelo PMDB, a reforma regimental promovida pelo Centrão (Resolução nº 3) fez com que emendas coletivas apresentadas pela maioria absoluta dos membros da Assembléia pudessem substituir integralmente Títulos, Capítulos, Seções e Subseções do Projeto de Constituição, tendo preferência na ordem de votação. Com a aprovação de emendas substitutivas do Centrão para todos os Títulos da Constituição, as votações passaram a se desenvolver em torno dos destaques para supressão, para aprovação e para votação em separado, além das emendas de fusão.

Os destaques poderiam ser de três tipos: aqueles que estivessem descontentes com algum dispositivo do texto substitutivo aprovado poderiam requerer o destaque para sua supressão ou um destaque para aprovação do texto original da Sistematização.[12] Além disso, com requerimento subscrito por 187 Constituintes, o Plenário apreciaria o destaque para votação em separado (DVS). Com essa modalidade de destaque, apartava-se determinado texto (dispositivo ou capítulo) do substitutivo para votação do Plenário, exigindo-se maioria absoluta – 280 votos – para sua aprovação. Assim, o DVS serviu como importante arma das minorias, pois a aprovação da emenda coletiva não impedia que as partes mais polêmicas do texto fossem destacadas para votação em

separado. Tendo em vista o caráter polêmico dessas matérias, o DVS impunha que fosse feito um acordo para alcançar os 280 votos. [13]

Em um processo constituinte como o brasileiro, no qual a reforma do Regimento ampliou as possibilidades de alteração do projeto inicial, é compreensível que, no resultado das votações em primeiro turno, 78,92% da matéria aprovada tenha sido oriunda de emendas, enquanto somente 14,04% representaram a manutenção do texto aprovado na Sistematização.

Nesse quadro, o principal mecanismo para obtenção de acordos foram as emendas de “fusão”, criadas pela Resolução nº 3, que deveriam ser assinadas pelos primeiros subscritores das propostas originais e não poderiam apresentar inovações em relação às emendas que a compunham.

Pela dinâmica das votações, sempre houve um inter-relacionamento entre emendas coletivas[14] e fusões. Em um primeiro momento, as fusões eram utilizadas com o objetivo de aparar as arestas do substitutivo apresentado, ou seja, na votação das emendas coletivas construía-se um acordo em que os constituintes se comprometiam a propor fusões para aperfeiçoar o texto do substitutivo. Contudo, esse acordo em torno do aperfeiçoamento do texto por meio das fusões não garantia a aceitação geral do substitutivo pela Assembléia, pois ainda podiam existir pontos considerados inconciliáveis, os quais eram levados para a decisão em plenário, o que poderia resultar em uma nova negociação (mais fusões) ou na disputa voto a voto.

Apesar disso, as fusões foram um instrumento fartamente utilizado, inclusive trazendo inovações em seu texto. Em um segundo momento, precisamente após a derrota da emenda apresentada pela Centrão ao Capítulo III, do Título da Ordem Econômica, o substitutivo era aprovado quase como uma formalidade para oferecer um texto-base à votação, sendo as fusões utilizadas como um segundo substitutivo, que alterava o primeiro. Das 191 emendas aprovadas em primeiro turno, 140 (73,30%) eram oriundas de fusões, enquanto 48 (25,13%) eram emendas individuais.

No que se refere às votações que aprovaram dispositivos constitucionais, 85% delas foram enquadradas como consensuais e 15% delas como não consensuais, considerando votação consensual aquela que se inclui dentro do desvio padrão calculado a partir da base de votos “não” no 1º turno da Constituinte brasileira (votações com até 85 votos contrários).[15]

Tendo identificado a importância dos acordos na feitura das Constituições, devemos agora buscar esclarecer a sua natureza, isto é, se incluíam a minoria nas decisões, se geraram votações consensuais ou se representaram, tão somente, a imposição de uma maioria.

O melhor exemplo de concessões mútuas na Constituinte brasileira encontra-se nas votações do capítulo referente aos direitos individuais. De início, foi aprovada a emenda coletiva do Centrão ao Capítulo I do Título II do Projeto “A”, que recebeu o apoio do PMDB, PDT, PL, PDC, PCB e PTB, em troca da concordância com a modificação de vários de seus dispositivos, ficando de fora do acordo PT, PSB e PCdoB. Apesar disso, alguns pontos permaneceram inconciliáveis entre os partidos que compuseram a maioria, sendo remetidos à decisão do Plenário.

Um dos principais exemplos foi a votação do direito de propriedade, tendo sido derrotado o texto do Centrão na votação em separado, assim como as emendas apresentadas para substituí-lo. O "buraco-negro" foi resolvido por uma proposta conciliadora, em que a esquerda aceitou a consagração do direito de propriedade e da indenização em dinheiro em troca da aceitação, pela direita, do princípio da função social da propriedade e das exceções à indenização para fins de reforma agrária e urbana.

Em contrapartida, as votações não-consensuais na Constituinte brasileira resultam, na maioria das vezes, da situação em que o adiamento da solução do conflito para a legislação infra-constitucional, representado pela categoria da não-decisão, não é aceito por minorias relevantes, o que acaba gerando uma decisão por maioria aritmética.

Esse problema aparece logo no Capítulo II do Título II, referente aos direitos sociais. Já na votação da emenda substitutiva do Centrão a esse capítulo, o número de votos contrários (163) foi bem maior do que na votação do Capítulo I (56). A discussão sobre a estabilidade no emprego é uma das mais polêmicas e exemplifica as dificuldades para obter acordos nessa matéria. O substitutivo aprovado com a emenda coletiva do Centrão fixou como texto-base: *“Estabilidade no emprego, após doze meses, mediante garantia de indenização correspondente a um mês de salário por ano de serviço prestado, nos casos de demissão sem justa causa e, nos casos de força maior, de indenização na forma da lei”*.

Aprovado o substitutivo, duas emendas de fusão visaram alterá-lo. A primeira, de autoria de PT, PDT, PCB, PCdoB, PSB e uma parcela do PMDB, estabelecia: *“Relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa definida em lei, com nulidade do ato de demissão e os casos de indenização, sem prejuízo de outros direitos”*. A segunda, resultante do acordo entre PFL, PDS e outra parcela do PMDB, propunha: *“Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”*.

A aprovação da emenda foi assegurada dentro do limite em que o PMDB garantiu o apoio da bancada e firmou compromissos com alguns setores envolvidos. Como, da emenda aprovada, parte da decisão (indenização e outros direitos) foi repassada para a lei infraconstitucional, ainda na Constituinte os autores comprometeram-se a aprovar algumas garantias para o trabalhador, com o que supriram temporariamente a inexistência de lei que regulasse a matéria. Assim, houve o compromisso de aprovar no ADCT um acréscimo de 10% ao total do FGTS, como indenização, e garantir a estabilidade dos líderes sindicais, das gestantes e dos trabalhadores da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes). Apesar disso, a esquerda não aceitou que fosse deixada à legislação a decisão sobre o conteúdo da proteção ao trabalhador, o que não permitiu uma votação consensual: 151 constituintes foram contra o acordo.

A dificuldade de não decidir na Constituinte brasileira também aparece nas votações do Título VII, da Ordem Econômica, provocando mais uma vez votações não-consensuais.

A votação do Capítulo I deste Título, referente aos princípios gerais da ordem econômica, fundara-se em uma negociação bem-sucedida, no primeiro momento, que permitiu o acordo básico sobre temas polêmicos como o conceito de empresa nacional, a nacionalização dos minérios e os contratos de risco. Assim, a Emenda coletiva ao Capítulo I, do Título VII, foi aprovada com 519 votos a favor, 9 votos contra e 6 abstenções. No entanto, permaneciam divergências sobre aspectos específicos dessas matérias, tais como a conceituação da empresa brasileira e a exploração dos recursos do subsolo.

A divergência sobre a conceituação da empresa brasileira aparecia na tentativa de inclusão do seguinte texto: "*O poder público dará tratamento preferencial à aquisição de bens e serviços produzidos no país por empresas brasileiras*", o que não foi aceito pela direita, mesmo após a inclusão da exigência de lei para dar aplicabilidade ao dispositivo, o que adiaria a decisão sobre a matéria.

O recurso à não-decisão também não foi suficiente para firmar um acordo sobre o grau de nacionalização na exploração de recursos do subsolo, no qual o Centrão defendia o seguinte texto:[16] "*O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica e a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização e concessão da União, no interesse nacional. São privativos de brasileiros ou de empresas brasileiras de capital nacional o aproveitamento de potenciais de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de recursos minerais considerados estratégicos, na forma da lei, bem como aqueles situados em faixa de fronteira e em terra indígena, obedecida a legislação pertinente.*"

A esquerda pretendia ampliar a nacionalização, mas remetia o tema à lei ordinária, propondo o texto que foi vitorioso, mesmo com a oposição do Centrão: "*O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica e a lavra de recursos e jazidas minerais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional, na forma da lei, que regulará as condições específicas quando estas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas*".

Como se sabe, ambas as disposições da ordem econômica foram posteriormente alteradas pela Emenda Constitucional nº 6. O mesmo destino tiveram outros artigos oriundos de votações não-consensuais na Constituinte brasileira, tais como o prazo prescricional das ações trabalhistas (art. 7º, XXIX, alterado pela EC nº 28), o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, alterado pela EC nº 19) e a fixação da taxa máxima de juros em 12% (art. 192, § 3º, alterado pela EC nº 40), que tiveram, respectivamente, 115, 89 e 112 votos contrários.

Esses exemplos demonstram como, em várias matérias importantes, os acordos estabelecidos na Constituinte não incorporaram minorias relevantes, limitando-se a organizar uma maioria aritmética. Muitos dos dispositivos que resultaram dessas votações foram posteriormente alterados por emenda constitucional ou ainda estão pendentes de regulamentação.

A dificuldade apontada para lograr acordos na Constituinte brasileira encontra um de seus motivos na ausência de partidos disciplinados, que facilitassem a negociação e o cumprimento desses compromissos. As negociações envolviam um número elevado de

participantes, tendo em vista que os partidos continham diferentes grupos em seu interior. A melhor expressão das dificuldades no processo de negociação aparece nas várias ocasiões em que as lideranças partidárias não tinham certeza do resultado da votação em plenário ou viam seus encaminhamentos serem rejeitados por membros de sua própria bancada. Essa incerteza servia de incentivo para que os grupos presentes na Constituinte tentassem aprovar suas propostas mesmo sem contar com o apoio das lideranças dos demais grupos.

Em segundo lugar, o processo de elaboração da Constituição influenciou a possibilidade de recorrer às concessões mútuas e à não-decisão como estratégia de negociação e formação de maiorias. O trabalho feito a partir das sub-comissões gerou um texto constitucional detalhado, que ampliava as possibilidades de desacordo no Plenário, especialmente após a substituição do projeto aprovado na Comissão de Sistematização pelas emendas do Centrão.

O reconhecimento desses fatores esclarece as vias que facilitam a obtenção de acordos constituintes. Na seção seguinte, analisaremos como o modo de formação de maiorias na Constituinte repercutiu na estabilidade do texto constitucional, por meio do exame de suas emendas.

3 – As Reformas Constitucionais

Ainda que a aprovação de reformas constitucionais possa garantir a estabilidade da Constituição no longo prazo, ao adaptá-la às mudanças sociais, reformas constitucionais frequentes tendem a debilitar a força normativa da Constituição, por valorizarem mais as necessidades políticas, supostas ou reais, do que a regulação constitucional vigente.[17] Isso diminui a confiança na inviolabilidade da Constituição e dificulta o seu reconhecimento como o conjunto de normas fundamentais da sociedade.

Como vimos acima, a formação de maiorias pelo critério aritmético na Constituinte brasileira resultou em uma Constituição analítica que contém um conjunto amplo de regras e não apenas de princípios, os quais caracterizam as fórmulas de compromisso. Constituições com esse perfil tendem a estar mais sujeitas a reformas, caso a maioria política deixe de acatar as decisões constitucionais, tal como ocorreu com a Carta de 1988.

Ao reformar a Constituição, contudo, a nova maioria defronta-se com alternativas semelhantes à da Constituinte: pode buscar acordos baseados em concessões mútuas ou em favor da retirada de determinadas matérias do texto constitucional, ou contentar-se com a obtenção de maioria aritmética. A seguir, buscaremos analisar as reformas empreendidas pelo Governo FHC e a reação do Governo Lula a elas. Considerando a alternância de poder ocorrida entre um e outro momento, essa comparação é útil para identificar o sentido das reformas constitucionais do ponto de vista da construção de acordos entre os grupos políticos.

Dentre as 35 emendas promulgadas durante o Governo Fernando Henrique, destacam-se dois grupos: o primeiro redefiniu a Constituição econômica (EC n^{os} 5, 6, 7, 8, 9, 13, 36), e o segundo incidiu sobre a Constituição tributária e orçamentária, no qual incluímos também a reforma da previdência social, tendo em vista seu impacto financeiro (EC n^{os} 10, 12, 14, 17, 20, 21, 25, 27, 29, 31, 33, 37 e 39). Há ainda emendas

que têm por objeto regras de procedimento (EC n°s 15, 16, 22, 24, 28, 32 e 35), enquanto as demais versam sobre temas muito distintos – alguns deles de duvidosa dimensão constitucional – o que dificulta sua agregação (EC n°s 11, 18, 19, 23, 26, 30, 34 e 38).

O diferente destino das emendas dos dois primeiros grupos deve ser objeto de atenção. As sucessivas reformas nas áreas tributária e orçamentária[18] demonstram que as emendas aprovadas não conseguiram gerar estabilidade constitucional nessas matérias. Se é verdade que a instabilidade econômica dificulta a consolidação da Constituição financeira, vale lembrar que essas reformas também expressam os conflitos distributivos não resolvidos na sociedade brasileira, bem como a ausência de acordo em torno da repartição das receitas tributárias no âmbito da Federação.

Quanto às emendas da ordem econômica, é notável que o Governo Lula não tenha proposto sua reversão. Ainda que o PT permaneça reticente em relação ao programa econômico neoliberal, deve-se observar que a maioria dessas emendas – cujo caráter sintético contrasta, não por acaso, com as demais – não impõe limites constitucionais à retomada do exercício direto de atividades econômicas pelo Estado ou ao reforço de seu poder regulatório.[19] Isso indica que, independentemente da concordância ideológica com seu conteúdo, essas emendas têm a qualidade de ampliar o acordo em torno da Constituição, colocando no plano das políticas de governo aquilo que não logrou um grau de consenso suficiente para se afirmar como decisão fundamental do Estado. Apesar da mudança no padrão de intervenção do Estado na economia que delas resulta, o espaço de negociação e decisão políticas em torno dessa intervenção não é eliminado, ampliando-se as opções constitucionais das políticas de governo.[20]

Essa comparação nos ajuda a aprofundar a análise do consenso no âmbito da Constituição. De acordo com Giovanni Sartori,^[21] a partir de uma teoria da democracia podemos reconhecer ao menos

três objetos de consenso, cada um deles correspondendo a um nível distinto: consenso em relação a valores supremos, que estruturam o sistema de crença (nível comunitário ou consenso básico); consenso em relação às regras do jogo ou procedimentos (nível de regime ou consenso procedimental); consenso em relação a governos específicos e políticas governamentais (nível programático ou consenso programático).

Para o autor, o consenso comunitário não é uma condição necessária da democracia, visto que ela pode conviver com culturas heterogêneas, mas sim uma condição que a facilita. Já o nível do consenso procedimental aparece como uma condição *sine qua non* da democracia: esta só começa a funcionar quando a regra de maioria é aceita como critério de solução dos conflitos. Por fim, o nível programático diferencia-se dos anteriores por comportar muito mais o dissenso do que o consenso, pois é a própria democracia que protege e favorece a discordância com os governos e suas políticas. Isso não significa, porém, que nesse campo não sejam possíveis - e até desejáveis - consensos, mas sim que aqueles que são alcançados mostram-se menos permanentes do que nos demais níveis.

A partir desse ponto de vista, pode-se considerar que um dos problemas de Constituições herdeiras do ideal das constituições dirigentes,[22] como a brasileira, reside em que sua extensa regulação provoca uma sobrecarga do consenso

constitucional, já que nelas se deve buscar não apenas um acordo sobre as regras de procedimento e os valores fundamentais da ordem político-jurídica, mas também quanto à definição de políticas governamentais. As dificuldades para obtenção de consenso nesse último nível tendem ainda a ser acentuadas quando o Estado enfrenta severas restrições fiscais, como ocorre no Brasil.

Essa conclusão não implica que o consenso não possa ser alcançado em todos esses campos, nem mesmo que uma Constituição procedimental seja necessariamente mais consensual, já que a história constitucional do século XX mostra a ruptura com esse modelo de Constituição. Não obstante, os diferentes níveis expostos por Sartori nos sugerem uma construção escalonada do consenso, em que sua presença nos níveis comunitário e procedimental pode ser suficiente para que a Constituição se legitime e permita a formação do consenso, ainda que mais variável, em torno das políticas públicas.

Por essa razão, a Constituição deve priorizar a regulação do poder estatal, estabelecendo os valores que o Estado irá promover e os meios que se colocam à sua disposição, bem como os conflitos em relação aos quais o poder público somente intervirá para preservar as regras do jogo. Definido consensualmente o âmbito das políticas de Estado, é possível que se admita o dissenso sobre os diversos caminhos no plano infra-constitucional para realizar aqueles valores, ou seja, sobre as políticas concretas que cada governo irá adotar de acordo com as competências que a Constituição atribui ao poder público.

Portanto, a Constituição deve conter especialmente decisões sobre valores e procedimentos, limitando sua regulação das políticas públicas, o que não significa desmaterializar a Constituição, mas antes reconhecer que, dado o dissenso que as envolve, a regulação constitucional das políticas públicas deve basear-se fortemente em princípios, os quais estabelecerão os limites desse dissenso.

A vantagem da utilização dos princípios como base dos acordos constitucionais decorre das possibilidades abertas por sua interpretação. Ainda que os princípios limitem o poder do Estado, estabelecendo os objetivos que devem ser buscados no exercício desses poderes, a ausência de delimitação, ainda que genérica, dos casos aos quais se aplicam ou das condutas que se seguem a sua aplicação, deixa um amplo espaço de decisão para os poderes públicos.

Assim, havendo consenso em torno dos valores que o Estado deve perseguir e dos recursos de poder que ele receberá para promovê-los, os princípios permitem que diferentes maiorias políticas governem com a mesma Constituição, conciliando os diversos objetivos impostos constitucionalmente. Considerando ainda que os princípios costumam ratificar um compromisso de convivência entre valores distintos, eles possibilitam acordos pontuais que preservam os interesses fundamentais dos agentes políticos, sem eliminar sua capacidade de escolher entre diferentes alternativas.

4 – A Judicialização da Política

Considerando que, tanto no âmbito da Constituinte, quanto no âmbito das reformas constitucionais, não houve um acordo duradouro sobre questões fundamentais, seria o STF capaz de solucionar os conflitos deixados pendentes?

Os dados quantitativos indicam que os atores políticos acreditaram nessa possibilidade, tal como expressa o alto número de ADIns ajuizadas por partidos políticos, entidades de classe e governadores de Estado. O constante recurso por parte das minorias ao controle concentrado, contudo, deve ser objeto de preocupação, pois pode expressar duas tendências que, apesar de suas diferenças, são igualmente anticonstitucionais. Na primeira delas, o acentuado uso das ADIns significaria que o Legislativo e o Executivo violam freqüentemente a Constituição, obrigando a oposição a recorrer ao Supremo Tribunal Federal em defesa da Lei Maior. Na segunda, os números indicariam que esses mesmos partidos, ao não terem suas propostas contempladas nas negociações parlamentares, utilizam-se das ADIns com o objetivo de converter o STF em uma terceira “Casa Legislativa”, na qual seria possível modificar as decisões da maioria. Menos aparente, esse comportamento é uma forma igualmente grave de violar a Constituição, já que implica um desrespeito à regra de maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs.

Deve-se observar, contudo, que os dados quantitativos não são suficientes para aprofundar o grau de judicialização da política em nosso país. O alto número de respostas judiciais a demandas que envolvem políticas públicas aparece como um elemento fundamental do processo de judicialização, mas não exaure suas características.

O exercício do controle de constitucionalidade oferece o ponto de partida para o processo de judicialização. Ao declarar inconstitucional uma lei, a justiça constitucional inevitavelmente interfere no processo político, mas é preciso identificar como os demais poderes reagem a essas decisões para saber em que medida o judiciário orienta a política. Trata-se, portanto, de abordar a judicialização como um processo de interação da justiça constitucional com o legislativo e o executivo, no qual as decisões judiciais, particularmente aquelas emanadas do tribunal constitucional, produzem parâmetros normativos que são tomados como base das deliberações dos demais poderes.

Para fins analíticos, podemos dividir o processo de judicialização da política em dois momentos.^[23] No primeiro deles, ocorre a “politização da justiça constitucional”: o controle de constitucionalidade é

acionado para modificar os resultados do processo legislativo ou a interpretação da Constituição, o que coloca o tribunal constitucional na posição de árbitro final dos conflitos políticos. No segundo deles, ocorre a “judicialização do processo legislativo”: ao solucionar as demandas, a justiça constitucional produz um discurso no qual se elaboram as normas que regem o exercício do poder legislativo, normas essas que são cumpridas pelos legisladores.

A distinção mostra-se útil porque nos permite entender que a “politização” não produz inevitavelmente a “judicialização”. Em diferentes campos do direito podem ser observados diferentes níveis de judicialização, que variam de acordo com a intensidade da interação da justiça constitucional com o legislativo e o executivo em cada campo. Essa interação depende não apenas de um arcabouço institucional que possibilite e incentive a solução de conflitos políticos pela justiça constitucional, mas também do

desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional que oriente a produção legislativa.

Sob esse ponto de vista, o estudo da judicialização da política não deve limitar-se à identificação quantitativa do fenômeno, por mais que essa seja a porta de entrada da investigação. A análise do impacto que as decisões judiciais provocam no sistema político é que tem a virtude de identificar em que medida as ações do executivo e do legislativo são regidas por essas decisões e, portanto, em que medida a política encontra-se judicializada. Assim, a judicialização implica o funcionamento de um circuito no qual as demandas trazidas pelo sistema político ao sistema judicial retornam a ele como um conjunto de orientações a serem cumpridas: as decisões da justiça constitucional não apenas resolvem casos presentes (impacto retrospectivo), mas também estabelecem parâmetros para a solução de casos futuros (impacto prospectivo).

Ao completar-se o circuito da judicialização, o legislador encontra-se em uma situação distinta do seu ponto de partida. Provocada pelos próprios agentes políticos, a justiça constitucional produziu uma jurisprudência sobre as normas constitucionais que não pode ser desconsiderada pelo legislador, sob pena de ter suas decisões invalidadas. Estando presentes duas condições, o processo de judicialização tende a se aprofundar: a justiça constitucional deve continuar a ser acionada para que possa prosseguir na elaboração judicial da Constituição, e o tribunal constitucional deve conferir valor de precedente às suas próprias decisões, aplicando seus fundamentos aos casos semelhantes.

Dessa forma, os legisladores são levados a ajustar seu comportamento às normas constitucionais, tal como interpretadas pelo tribunal constitucional, buscando prever sua posição em determinada matéria antes de tomar uma decisão sobre ela. Com a judicialização, o processo político é modificado pela incorporação do discurso constitucional às deliberações do executivo e do legislativo, os quais também passam a utilizar argumentos jurídico-constitucionais para justificar suas propostas e ações.

Sob esse ponto de vista, a análise da judicialização da política em um dado país requer tanto o exame das decisões tomadas pelo tribunal constitucional quanto de seus fundamentos, bem como sua repercussão nos planos legislativo e executivo. Em estudo que realizamos sobre as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos partidos políticos contra normas federais no período de 1999 a 2004, verificamos que, apesar da inegável politização do judiciário no Brasil, o pequeno número de decisões de mérito do STF indica um baixo desenvolvimento de sua jurisprudência a partir das ADIns dos partidos.

No período de 1999 a 2002, apesar dos partidos terem passado para o primeiro lugar entre os legitimados ativos, suas ações não tiveram muito êxito: das 99 ADIns ajuizadas, somente 17 tiveram o pedido cautelar deferido integral ou parcialmente (17%) e somente 3 ADIns (3%) foram julgadas procedentes no mérito. Como vimos, a judicialização da política depende de que o tribunal constitucional ofereça parâmetros normativos nos fundamentos de suas decisões, os quais possam orientar as deliberações do legislativo e do executivo. Considerando que a ampla maioria das cautelares não foi deferida, podemos concluir que, nessas ações, é limitado o impacto retrospectivo das

decisões do STF sobre o processo legislativo, o que inevitavelmente afeta seu impacto prospectivo.[24]

No período de 2003 a 2004, como se podia prever, houve uma inversão na autoria das ADIns, passando a predominar aquelas apresentadas por partidos de centro e direita, destacando-se os principais partidos de oposição: PSDB e PFL. Se no ano de 2003 o número de ADIns ajuizadas por partidos contra normas federais não se elevou de modo significativo, já em 2004 o número de 29 ADIns nessa categoria praticamente igualou o nível máximo alcançado em 1999 e 2000.

Sem embargo, o número de ADIns cuja cautelar foi deferida limita-se a 1 ADIn[25]. Isso se explica pelo alto número de ações aguardando julgamento da liminar (10 ações ajuizadas em 2003 e 18 ações ajuizadas em 2004) e também pelo significativo número de ações cujo medida cautelar foi julgada prejudicada (8 em 2003, 9 em 2004). Portanto, apesar dos partidos que passaram à oposição terem mantido a politização do STF, não se verifica alteração na conduta do tribunal em relação ao período anterior. Observa-se ainda que boa parte das ADIns prejudicadas decorre da regulamentação das medidas provisórias pela EC nº 32, a qual, limitando sua reedição, acelera a conversão em lei. Nesses casos, a não apresentação de nova ação pelos partidos pode significar que o processo legislativo permitiu à oposição modificar a proposta original do Executivo, deixando de ser necessário o recurso ao judiciário para a solução do conflito político.

Assim, concluímos que há pouca produção de jurisprudência pelo STF nessas ações, o que pode ser explicado por um conjunto de fatores:

a) na maioria das ADIns, não há decisão do STF sobre o mérito. Seja em razão da prejudicialidade, do não conhecimento ou mesmo da demora no julgamento, o Tribunal deixa de se manifestar sobre várias questões, incluindo algumas de cunho altamente conflitivo[26];

b) o caráter provisório do julgamento da cautelar impõe limites à produção de jurisprudência constitucional por essa via. Na maioria dos casos, a apreciação da matéria é assumidamente limitada, deixando o STF de fundamentar de modo exaustivo sua interpretação da Constituição e, portanto, oferecendo poucos parâmetros normativos para a deliberação do legislador em casos futuros. Observe-se, ainda, que o indeferimento da cautelar não significa necessariamente que o STF esteja convencido da constitucionalidade do dispositivo, o que pode confundir, mais do que esclarecer, o legislador;

c) a recorrente prejudicialidade nas ADIns apresentadas contra medidas provisórias também dificulta a elaboração de jurisprudência constitucional. No caso de deferimento da cautelar, a ausência de julgamento do mérito coloca os mesmos problemas apontados no item anterior. Mais grave, contudo, mostra-se o caso em que a cautelar não chega a

ser apreciada, deixando o STF de fornecer parâmetros que poderiam ser de grande utilidade no processo de conversão da medida provisória em lei.

Esta análise não exclui a possibilidade de que, em outros campos, o processo de judicialização da política esteja mais desenvolvido. Em matéria tributária, por exemplo, várias decisões do STF levaram à aprovação de emendas constitucionais, tal como nos casos das EC nºs 33 e 39. Contudo, no âmbito das ADIns ajuizadas pelos partidos, o STF tem deixado de julgar o mérito da maioria das questões que a ele são levadas, havendo poucos casos em que se pode identificar o circuito completo da judicialização. Apesar dos partidos de oposição incentivarem a politização do judiciário no Brasil, a atuação do STF tem objetivamente imposto limites à judicialização da política, não lhe permitindo dar a volta completa na Praça do Três Poderes.

5 – Uma Agenda Pendente

As análises apresentadas neste trabalho não pretendem questionar os notáveis avanços que, do ponto de vista da democracia e dos direitos fundamentais, ocorreram no Brasil sob a vigência da Constituição de 1988. Contudo, a instabilidade do texto constitucional e as características da judicialização da política indicam que a institucionalização dos conflitos pela ordem constitucional deve ser aperfeiçoada, a fim de reforçar sua capacidade de regulação da política.

Como vimos, as reformas constitucionais, na maioria das vezes, não têm produzido uma diminuição dos conflitos constitucionais, mantendo a Constituição como objeto das disputas por recursos de poder da sociedade brasileira. A necessidade de estabelecer marcos mais seguros para a regulação constitucional dos conflitos distributivos nos leva a indicar, a partir da base principiológica acima apontada, três caminhos para favorecer a ampliação do consenso em torno da Constituição:

a) a solução mais permanente seria obtida com a retirada do texto constitucional daquelas regras cujo caráter conjuntural não favorece a afirmação de acordos permanentes, remetendo à lei complementar ou ordinária questões como a idade mínima para a aposentadoria ou os detalhes da regulamentação do ICMS.

Apesar de sua simplicidade, essa alternativa poderia apresentar alguns problemas. Boa parte das regras constitucionais que têm sido modificadas ou incluídas por emendas não se encontram no nível infra-constitucional. Aqui, manifesta-se mais um problema da Constituição regulatória: como é necessário um grande esforço político para reformar a Constituição, a maioria será incentivada a aproveitar o momento para maximizar suas propostas, promovendo acréscimos constitucionais. Assim, as mudanças normativas teriam que aguardar a aprovação de projetos de lei, o que não é recomendável diante da necessidade de implementação de reformas.

b) uma segunda opção seria estabelecer, por meio de emenda, um conjunto de dispositivos constitucionais que poderiam ser alterados por maioria absoluta. Essa alternativa permitiria reconhecer no próprio texto constitucional os diferentes graus de

consenso necessários para alterar suas disposições, reservando o critério da maioria qualificada aos acordos fundamentais. Assim, os atores políticos definiriam as normas que expressam um consenso permanente e, portanto, devem estar sobreprotegidas, e aquelas que implicam um consenso mais sujeito a modificações, que receberiam um grau de proteção inferior.^[27]

Sem embargo, essa proposta teria como obstáculo a idéia de que as normas relativas ao processo de reforma constitucional constituem limites implícitos ao poder reformador. Apesar da prática das reformas colocar-se além dessa teoria,^[28] haveria o risco das emendas que permitissem a alteração de

dispositivos constitucionais por maioria absoluta serem julgadas inconstitucionais.

c) uma última alternativa, que, apesar de suas imperfeições, não contém os inconvenientes das anteriores, estabeleceria como normas transitórias das emendas, com vigência até a promulgação de lei complementar, aquelas decisões que não lograram um acordo duradouro. Dessa forma, o texto permanente da Constituição seria progressivamente dotado de maior consenso, enquanto as emendas iriam exaurindo seus efeitos. Vale lembrar que essa prática de incluir normas transitórias nas reformas constitucionais tem sido amplamente utilizada, e é consequência do caráter regulatório da Constituição, cujas reformas requerem um conjunto de disposições sobre a transição de um regime a outro.

O deslocamento de algumas decisões para a legislação complementar não diminuiria o grau de dissenso em torno delas, mas teria a vantagem de preservar a Constituição de ser reformada a cada mudança de governo, o que talvez facilitasse aos atores encontrar aquilo que consideram fundamental para sua convivência. Essa estratégia é favorecida pela diminuição do ritmo das reformas ocorrida no Governo Lula, que indica a ampliação do acordo sobre o conteúdo da Constituição, e pelo fato de que a maioria das emendas aprovadas nos últimos anos trata de matéria financeira, campo no qual a aplicação dos parâmetros propostos em reformas futuras poderia dar maior estabilidade à ordem constitucional.

Nesse modelo, é indispensável que a justiça constitucional exerça firmemente a fiscalização do respeito aos princípios constitucionais, contribuindo para seu desenvolvimento por meio da jurisprudência. Contudo, o conseqüente incremento da judicialização da política exige, para ser aceito, que a justiça constitucional reforce sua legitimidade na solução de conflitos políticos.^[29]

No que se refere ao STF, cabe lembrar que uma das condições de legitimidade da justiça constitucional é a composição pluralista do tribunal constitucional, que deve conter em seu interior diferentes tendências políticas, a fim de evitar que se produza uma homogeneidade entre o governo e o tribunal que diminua sua capacidade de controle. Para alcançar esse objetivo, devem ser reunidas duas condições: a renovação regular de seus membros e um sistema de designação dos juízes que promova o pluralismo. Essa segunda condição pode ser atendida de duas formas: pela repartição proporcional das vagas do tribunal entre os partidos políticos dominantes, de acordo com sua presença no parlamento, e pela constante alternância no governo, que permite a diferentes partidos indicar os juízes constitucionais.^[30]

Deve-se reconhecer que a alternância política ocorrida em 2003 ampliou o pluralismo na composição do STF, o qual, para ser aperfeiçoado, requer duas reformas no processo de nomeação: a primeira delas consiste em exigir maioria qualificada na deliberação do Senado Federal sobre as indicações do Presidente da República. A importância da maioria qualificada reside em dar poder de veto aos partidos minoritários mais importantes, a fim de impedir que a maioria preencha o tribunal com juízes que tenderão a sustentar as iniciativas do governo. Além disso, essa exigência também produz um incentivo institucional para que maioria e minoria convirjam na seleção de nomes com reputação de imparcialidade e moderação.[31]

A segunda mudança é o fim da vitaliciedade dos ministros do STF. Apesar do tempo médio de exercício da função dos ministros do Supremo não ser muito superior ao tempo de mandato atribuído aos juízes dos tribunais constitucionais europeus, a vitaliciedade pode incentivar a maioria política a indicar juízes com muitos anos de carreira pela frente, a fim de que eles defendam as posições dessa maioria no longo prazo, limitando a possibilidade de renovação do tribunal constitucional quando ocorre a alternância. Dessa forma, a vitaliciedade pode dificultar a composição plural do tribunal constitucional, prejudicando o exercício de suas funções de controle.

Espera-se, assim, que as recentes mudanças na jurisprudência do STF, em matérias de alta relevância como o mandado de injunção, as medidas provisórias e os tratados internacionais de direitos humanos, indiquem uma ativação dos circuitos da judicialização e colaborem com a permanente construção do consenso constitucional, sem levar a uma excessiva concentração da interpretação constitucional no STF.

[1] Cf. José Eduardo Faria, *Brasil Pós-Constituinte* (Rio de Janeiro: Graal, 1989).

[2] Cf. Antonio Gomes Moreira Maués, *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988* (Porto Alegre: Síntese, 1999).

[3] O número de propostas de emenda constitucional também é elevado: de 1988 a 2004 foram apresentados 2.537 projetos. Cf. Robério Nunes dos Anjos Filho, *Emendas Constitucionais e Direito Adquirido* (São Paulo, mimeo, 2004).

[4] O Partido dos Trabalhadores, por exemplo, aprovou a proposta de convocação de uma constituinte exclusiva, para realizar a reforma política, em seu 3º Congresso Nacional, em setembro de 2007.

[5] Cf. Robert Dahl, *La Poliarquia. Participación y oposición* (Madrid: Tecnos, 1989, especialmente p. 13-25).

[6] As tensões entre o constitucionalismo, entendido como um conjunto de limites ao poder, e a democracia, entendida como poder da maioria, é um tema recorrente do pensamento constitucional. Para muitos autores, os limites impostos pela Constituição só podem ser justificados democraticamente quando fortalecem a própria democracia,

estabelecendo normas que asseguram a continuidade e a qualidade da deliberação pública. Cf. Stephen Holmes “Precommitment and the paradox of democracy”, in: Jon Elster, Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

[7] Outro aspecto importante, mas que não comporta análise neste trabalho, é o do desenvolvimento legislativo da Constituição, no qual cabe examinar se a maioria política respeitou os acordos feitos na Constituinte, complementando seu conteúdo normativo, ou lhes negou validade, por meio da omissão.

[8] Esse recorte justifica-se pelo número reduzido de alterações sofridas pelo projeto de Constituição nas votações de 2º turno da Constituinte brasileira.

[9] A importância das fórmulas de compromisso nas Constituições democráticas foi destacada de modo pioneiro por Carl Schmitt. Cf. *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982, p. 52-57). Ao contrário da visão de Schmitt, contudo, consideramos que as fórmulas de compromisso contêm normatividade, devendo ser diferenciadas das situações de não-decisão, nas quais a Constituição não oferece pautas substantivas para a solução de conflitos.

[10]A Constituinte brasileira iniciou-se com uma extensa polêmica sobre seu regimento, no qual se explicitou, inclusive, a divergência sobre o caráter originário ou derivado do poder constituinte que seria exercido. As divergências internas dos partidos também se manifestaram logo no início dos trabalhos. Antes mesmo da discussão do regimento, alguns deputados do PMDB questionaram que as normas provisórias tivessem sido definidas somente pelas lideranças, que vinham da legislatura anterior. Ao projeto de normas *provisórias* foram apresentadas 74 emendas, muitas delas buscando reforçar a soberania da Constituinte e limitar o papel dos líderes. Cf. *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, Vol. 1, Brasília, Senado Federal, s/d, p. 35. A discussão do regimento também foi bastante polêmica, como comprovam as 949 emendas apresentadas ao projeto e o episódio ocorrido na sessão de 25 de fevereiro, em que a bancada aliada ao Governo retirou-se do Plenário para inviabilizar sua votação. As dificuldades de aprovação do regimento demonstraram que os líderes do PMDB não tinham controle sobre sua bancada, o que os obrigava a negociar com PFL e PDS.

[11] Em sua inovadora análise dos jogos de linguagem nos processos constituintes, situada nas experiências americana de 1787 e francesa de 1789, Jon Elster ("Argumenter et négocier dans deux Assemblées Constituantes", in: *Revue Française de Science Politique*, vol. 44, nº 2, 1994) destaca o uso de recursos extra-políticos nas negociações constitucionais, considerando que os recursos políticos (ameaças, advertências e promessas) são pouco eficazes. Não se pode negar que a mobilização de recursos extra-políticos também esteve presente na Constituinte brasileira, como exemplifica o papel cumprido pela Presidência da República. Não obstante, a ausência de maioria absoluta favorecia a utilização de recursos políticos pelos atores, que se via reforçada pelas incertezas das votações em plenário.

[12] Na Constituinte brasileira, uma emenda coletiva foi oferecida e aprovada como substitutivo para cada um dos oito títulos da Constituição, para o Preâmbulo e para o ADCT, o que fez dos destaques um mecanismo bastante utilizado, principalmente o destaque para aprovação, que visava preservar o texto da Comissão de Sistematização.

Quanto à autoria, 44 dos 51 destaques aprovados no primeiro turno eram individuais, enquanto apenas 4 advieram da fusão de emendas e outros 3 destaques foram propostos através da co-autoria entre os parlamentares.

[13] Isso também gerou o problema conhecido na Constituinte como "buraco-negro". Derrubado o texto-base por meio do DVS poderia ocorrer que nenhuma outra emenda obtivesse os 280 votos necessários para sua aprovação. Nesse caso, o Regimento previa que, em um prazo de 48 horas, o Relator ou a maioria dos parlamentares submeteriam ao Plenário uma fórmula conciliadora. O "buraco-negro" ocorreu na votação de três matérias: (a) direito de propriedade; (b) capítulo referente à política agrícola e à reforma agrária; (c) direito de greve do servidor público.

[14] Todas as emendas coletivas aos Títulos do projeto de Constituição foram aprovadas, à exceção do Capítulo III da Ordem Econômica.

[15] A título de comparação, vale observar que, na Constituinte espanhola de 1977-1978, somente 2% das votações foram enquadradas como não-consensuais, de acordo com os mesmos critérios. O cálculo do desvio padrão justifica-se pela grande variabilidade no número de votos recebidos pelas diferentes proposições nas Constituintes, evitando, ainda, a fixação de um percentual arbitrário para definir as votações consensuais e as votações não-consensuais. Assim, utilizando como variável os votos "não" dados a cada proposição, calculou-se uma medida de 49 votos como grau máximo de dispersão no primeiro turno da constituinte brasileira. A partir da média aritmética (36 votos no 1º turno), pode-se estabelecer o grau máximo de dispersão para enquadrar uma votação como consensual. Assim, numericamente, uma votação no primeiro turno da constituinte brasileira foi considerada consensual caso não ultrapassasse 85 votos "não". A escolha dos votos "não" como variável se justifica porque o "não" representa a contrariedade ao que se está votando, enquanto a base de votos "sim" pode ser influenciada pelo quorum, ou seja, o baixo número de "sim" em uma votação pode significar apenas que havia poucos parlamentares presentes naquele momento, não sendo suficiente para atestar se os parlamentares ausentes da votação estavam contra, ou a favor, da matéria aprovada.

[16] O texto do *caput* fora aprovado, sem nenhum encaminhamento contra e resultante de fusão, com o seguinte teor: "*Art. 205. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial e pertencem à União, garantida ao concessionário ou autorizado a propriedade do produto da lavra. Parágrafo único. É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; a lei regulará a forma e o valor da participação.*"

[17] Cf. Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 69).

[18] Essa matéria foi objeto da maioria das emendas aprovadas no Governo Lula: ECs nºs 40, 41, 42, 43, 44, 47, 48, 53, 55 e 56.

[19] O mesmo não pode ser dito em relação à EC nº 6, que suprimiu as normas constitucionais referentes à "empresa brasileira de capital nacional", diminuindo o poder regulatório do Estado no campo da proteção e incentivo dessas empresas.

[20] O atual debate sobre a criação de uma nova empresa estatal para explorar as reservas petrolíferas do pré-sal comprova essa abertura do atual regime constitucional.

[21] *A Teoria da Democracia Revisitada. Vol. 1 – O Debate Contemporâneo* (São Paulo: Ática, 1994, p. 127-132).

[22] Para o debate desse conceito, ver Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

[23] Cf. Alec Stone Sweet. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. (Oxford: Oxford University Press, 2000).

[24] Dentre os poucos exemplos em que isso ocorre, citam-se as ADIns em que o Legislativo e o Executivo acatam a decisão cautelar do STF ao não incluir o dispositivo suspenso na reedição da Medida Provisória ou quando de sua conversão em lei (ADIns nºs 1.975, 1.984, 2.005, 2.125, 2.290, 2.380, 2.473) e aquelas onde se identifica o circuito completo da judicialização (ADIs nºs 2.223, 2.244, 2.016 e 2.626).

[25] ADIn nº 3.068, posteriormente julgada improcedente no mérito.

[26] ADIns nºs 1.996, 2.162, 2.484, 2.135 e 2.199.

[27] A presença de dispositivos com diferente rigidez na Constituição não implicaria a ausência de distinção entre Constituição e leis complementares, já que a mudança dos dispositivos constitucionais continuaria a ser feita por emenda à Constituição, a qual permaneceria integralmente como parâmetro de constitucionalidade.

[28] Na França, por exemplo, a Constituição de 1958 foi reformada por um procedimento não previsto expressamente. Em Portugal, os limites materiais ao poder de reforma foram alterados na segunda revisão constitucional, em 1989. Cf. Sayonara Grillo C. Leonardo da Silva, *Poder Reformador. Insuficiência conceitual e experiências constitucionais* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997).

[29] Cf. Antonio G. Moreira Maués, “Legitimidade da Justiça Constitucional: Reflexões sobre o Caso Brasileiro”, in: Fernando Facury Scaff; Antonio G. Moreira Maués, *Justiça Constitucional e Tributação* (São Paulo: Dialética, 2005).

[30] Cf. Louis Favoreu, “La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles”, in: J. Sousa Brito *et alli. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Coimbra: Coimbra, 1995).

[31] Cf. Bruce Ackerman, “The New Separation of Powers”, in: *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000.

**ESTUDO NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA TENTATIVA DE
REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY PARA POSSÍVEL APLICAÇÃO E
ADAPTAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

**ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO ACERCA DE LA TENTATIVA
DE REGLAMENTACIÓN DEL LOBBY PARA POSIBLE APLICACIÓN Y
ADAPTACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO**

**Antonio Poli Navega
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Mariana Barboza Baeta Neves**

RESUMO

O presente trabalho faz uma breve descrição da tentativa de regulamentação da prática do Lobby no direito comparado, especificamente na União Européia, Argentina, Chile, México e no Peru, com o objetivo de verificar-se a aplicabilidade de alguns institutos ao ordenamento jurídico brasileiro. Em síntese, trata-se o Lobby como um mecanismo para superar a complexa rede de interesses em razão da velocidade e qualidade da informação por este viabilizado, de maneira a proporcionar uma melhor administração dos recursos empreendidos na administração do Estado e suas políticas. O estudo do Direito Comparado serve de análise de determinado instituto em um ordenamento jurídico para verificação de sua possível aplicabilidade em outro ordenamento, desde que adaptado a realidade do último.

PALAVRAS-CHAVES: LOBBY - REGULAMENTAÇÃO - DIREITO COMPARADO

RESUMEN

El presente trabajo hace una breve descripción de la tentativa de reglamentación de la práctica del Lobby en el derecho comparado, específicamente en la Unión Europea, Argentina, Chile, México y en el Pavo, con el objetivo de verificar la aplicabilidad de algunos institutos al ordenamiento jurídico brasileño. En síntesis, se trata el Lobby como un mecanismo para superar la compleja red de intereses en razón de la velocidad y calidad de la información por este viabilizado, de manera a proporcionar una mejor administración de los recursos emprendidos en la administración del Estado y sus políticas. El estudio del Derecho Comparado sirve de análisis de determinado instituto

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

en un ordenamiento jurídico para verificación de su posible aplicabilidad en otro ordenamiento, desde que adaptado la realidad del último.

PALAVRAS-CLAVE: LOBBY - REGLAMENTACIÓN - DERECHO COMPARADO

INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por escopo uma breve descrição da tentativa de regulamentação da prática do Lobby no direito comparado, especificamente a União Européia, Argentina, Chile, México e o Peru, com o objetivo de verificar-se a aplicabilidade de alguns institutos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Utiliza-se o direito comparado como ramo da ciência jurídica, “considerado em sua realização prática, no ato de observar, de comparar e, muitas vezes, de importar o modelo jurídico estrangeiro, corresponde a instrumento de jurisdicizar novas situações econômicas, políticas e sociais desencadeadas pela globalização”[1].

Ademais, pode-se apontar o estudo do Direito Comparado como forma de atualizar os mecanismos de controle do Estado, inovando o Direito Nacional com idéias de outras nações, aplicando-as a realidade interna.

Outrossim, faz-se necessário ressaltar os diversos conceitos da prática de Lobby adotados pela doutrina brasileira. Luiz Alberto dos Santos conceitua o Lobby de forma objetiva como:

“A expressão utilizada, para designar o grupo, organização ou associação que busca influenciar decisões, mormente do Poder Legislativo, com vistas a aprovar ou impedir a aprovação proposta, segundo seu interesse, ou buscar a tomada de decisão que seja favorável ao seu interesse, ou ainda o próprio ato de influir nas decisões dos poderes públicos”[2].

Ademais informa que os lobbies são “os grupos de pressão que instrumentalizam recursos de poder em busca de influência, mas sem se constituírem em partidos políticos”[3].

Já para Andréa Cristina Oliveira: “lobby é o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração das políticas públicas de cada país”[4].

No mesmo diapasão discorrem Said Farhat e João Bosco Lodi, o primeiro nos seguintes termos:

“Lobby é toda atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesse definidos e legítimos, com objetivo de ser ouvido pelo poder público, para informá-lo, e dele obter determinadas medidas, decisões ou atitudes”.[5]

E o último:

“Lobby é a ação de influenciar sobre o tomador de decisões na esfera do poder público. A atuação persuasora sobre o poder público. O esforço para influenciar, a tentativa de, a ação para. Por extensão, pode-se chamar de lobby também o grupo de pessoas que exerce essa influência, ou o mecanismo de pressão ou de representação junto ao poder público”.[6]

Apenas para fins de esclarecimentos, no presente artigo parte-se da premissa que o Lobby é atividade desenvolvida por grupos ou indivíduos que buscam defender democraticamente seus interesses de forma participativa e influenciar perante o processo decisório Estatal, que devido a grande complexidade e diversidade da rede de interesses, deve receber subsídios (informações técnicas) de todos os “interessados” para ser capaz de tomar resoluções corretas, justas e úteis. Não obstante, cumpre-se salientar ser essa uma conceituação inicial sem pretensões de transformá-la em verdade absoluta.

2- ESTUDO COMPARADO

A globalização e o desenvolvimento da política internacional criaram novos desafios para a sociedade. Nesse contexto, o Lobby passou a ser objeto de interesse crescente no âmbito da política mundial, desencadeando uma corrida entre países e blocos econômicos para regulamentação do Lobby. Logo, para melhor entendimento desse crescente interesse político e porque não econômico, cabe traçar algumas linhas sobre o atual processo de globalização. Segundo Arnaud:

A globalização está intimamente ligada ao pós-modernismo, possuindo uma problemática relacionada, porém relegada pelas diversas comunidades científicas. A infundada diáspora entre a globalização e o pós-modernismo decorre da preferência do

público que as estuda, economistas em relação à primeira; filósofos e sociólogos quanto ao segundo. Em um estudo jurídico como este, torna-se de menor relevância a nomenclatura que se utiliza para denominar um determinado fenômeno que apresenta aspectos econômicos, sociais e jurídicos simultaneamente.[7]

Para melhor deslinde do assunto cabe destacar os sinônimos da globalização que são a mundialização e a universalização. Conforme Delmas-Marty, “a mundialização é com frequência confundida com a globalização (único termo em inglês), enquanto a universalização é geralmente delas distinguidas, às vezes fortemente, como sugere Zaki Laidi[8]:

Ele pediu a Philippe Petit para precisar a diferença entre a mundialização e a universalização, ao que ele respondeu com um exemplo: “Dizer-se que Coca-Cola é bebida mundial, global e universal é rigorosamente a mesma coisa. Em contrapartida, quando se passa dos objetos aos produtos, ou das técnicas a alguns valores, o sentido dos termos “universal” e “mundial” diverge seriamente. A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma idéia. A universalização implica um compartilhar de sentidos”.[9]

A globalização, entendida como movimento econômico da sociedade contemporânea, “propiciou ao capital internacional maior facilidade para movimentar seus valores,”, como informa Lilley[10], todavia, a velocidade da economia, não é acompanhada pela dinâmica do controle Estatal.

Desse modo, verifica-se que o Estado Nacional vive hoje uma evolução no sentido de acompanhar a velocidade galopante da economia e da política.

Nesse fenômeno, são refletidos a descentralização das fontes e a pluralidade de atores, que se explicam pela atribuição progressiva de competências e de capacidades próprias dos Estados para as organizações internacionais e supranacionais. A expansão do direito internacional leva a um aumento da elaboração e do controle das normas internacionais [11]. Essas normas internacionais passam a tratar, cada vez mais, de todos os tipos de assuntos, que antes eram meramente regionais ou locais.

Assim, a regulamentação do Lobby serve ainda como forma de atração de investimentos estrangeiros, pois concede ao ordenamento jurídico maior segurança política e econômica. É dizer, para o investidor estrangeiro, saber quem são os tomadores de decisões nos assuntos de seu interesse nem sempre é suficiente para demonstrar a segurança e transparência necessárias para atrair o capital de investimento, porém, identificado os grupos de interesses daquele ordenamento, cria-se a possibilidade de

traçar-se um panorama estratégico das correntes econômicas e políticas predominantes no setor público decisório.

Noutro falar, pode-se apontar seguramente que os países que já regulamentaram o Lobby apresentam regime democrático mais consolidado bem como segurança para investimentos estrangeiros.

3- UNIÃO EUROPÉIA

Dentro dos processos conhecidos de reorganização entre Estados frente às novas dinâmicas do mundo atual, nos defrontamos com a União Européia, que em face de reestruturações próprias, - vale ressaltar em função do mercado -, constitui hoje o mais alto grau num processo de integração que é a chamada União Aduaneira. Sendo assim, a União Européia é um excelente corpo para uma análise da problemática do lobby, uma vez que: (a) possui internamente uma dinâmica econômica e institucional refinada; (b) inúmeros interesses a serem debatidos sob o manto da supra-nacionalidade.

Outrossim, verifica-se a existência de um Código de Conduta dos Representantes de Interesses[12], em período de teste, a fim de balizar e dar suporte às condutas praticadas – Apoio Difuso[13] – por esta nova forma de conduzir os agentes dentro do processo político[14].

Dentro do processo político quatro fatores deverão ser tomados em conta nesta dinâmica estudada, estão eles dentro da sigla AGIL: (A) adaptação ao ambiente; (G) persecução de fins, ou *Goal-Attainment* ; (I) integração das tendências internas; (L) manutenção dos modelos culturais, função de conservação dos modelos ou *Latent Pattern Maintenance*[15].

As relações tanto de Estado quanto de Mercado são possíveis através das interações dotadas de dinâmica complexas, dadas entre três níveis: Ordem, Estrutura e Infra-estrutura[16].

O poder do Lobby atua junto à organização, por isso junto à ordem, ignorando estruturas administrativas obsoletas que são incapazes de responder de maneira eficiente a um estímulo atípico, conseqüentemente à execução do fim efeito desejado[17], devido

ao déficit informacional próprio do atual sistema político. Confrontando assim o poder do Estado (Político) com o poder Econômico. Nesta linha elucida Bobbio[18]:

“Se a Teoria do Estado pode ser considerada como parte da Teoria Política, a Teoria Política pode ser por sua vez considerada como parte da Teoria do Poder.”

Dentro da União Européia o Lobby vem sendo tratado com a seguinte denominação: “*conduta dos representantes de interesses*”. Atualmente, existe um Código de Conduta dos Representantes de Interesses, que mescla alguns artigos de Estatutos destinados aos funcionários que atuam em âmbito Comunitário, de Códigos e do próprio Tratado que institui a Comunidade Européia. Dentro deste universo somente alguns dispositivos de cada codificação integram o Código de Conduta dos Representantes de Interesses, ressalta-se que este Código de conduta possui apenas caráter experimental dentro do projeto da Comunidade[19].

Especificamente estão elucidados os artigos 213 e 287 do Tratado que institui a Comunidade Européia, o Estatuto dos Funcionários do artigo 11 ao 18, e dos Códigos de Conduta são aplicados princípios deontológicos, do Código de Conduta dos Comissários, elenca-se os princípios da “Independência e Dignidade”, e finalmente do Código de Boa Conduta Administrativa os princípios da “Objetividade e Imparcialidade”.

Dentro dos artigos relacionados ao Tratado que institui a Comunidade Européia, encontra-se definido no item 2 do artigo 213:

2. Os membros da Comissão exercerão as suas funções com total independência, no interesse geral da Comunidade.

No cumprimento dos seus deveres, *não solicitarão nem aceitarão instruções de nenhum Governo ou qualquer outra entidade*. Os membros da Comissão abster-se-ão de praticar qualquer ato incompatível com a natureza das suas funções. Os Estados-Membros comprometem-se a respeitar este princípio e a não procurar influenciar os membros da Comissão no exercício das suas funções.

Este dispositivo torna os funcionários que estão diretamente em contato com lobistas meros assessores parlamentares cadastrados e restritos a um único tema que não pode em momento algum ser instruído por entidade ou Governo, compreende-se assim que fornecerão informações sem contrapartida, sendo a contrapartida o principal fim do Lobby em si.

Seguindo no artigo 287, chega-se à característica primordial da atividade do lobista que tem a informação como objeto. Nele delimita-se o regime de quarentena que sofrerão os

membros da Comissão do Lobby[20] em idêntica descritiva comum e própria as autoridades responsáveis pela relação entre direito e economia, precisamente a Defesa da Concorrência. Transcrito, neste aspecto:

“Os membros das instituições da Comunidade, os membros dos Comitês, bem como os funcionários e agentes da Comunidade são obrigados, mesmo após a cessação das suas funções, a não divulgar as informações que, por sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respectivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo.”

Confirmando a princípio uma correlação devida entre Estado e Mercado, fluidez e dinâmica do capital, dentro das inter-relações em âmbito infra-estrutural, estrutural e organizacional, e suas supracitadas diferenças em face da velocidade de resposta.

Passamos agora a apresentar os artigos referentes ao Estatuto dos Funcionários da União Européia que integram o Código de Conduta dos Representantes de Interesses.

No artigo 11 há o imperativo de que o funcionário deve executar as tarefas de forma objetiva e imparcial em consonância com o dever de lealdade para com a Comunidade. O artigo 11 interpretado conjuntamente com o artigo 11^a impõe aparentemente a inexequibilidade do Lobby nos moldes como visto anteriormente no direito americano, pois o funcionário não deve, no exercício da sua função, lidar com questão que direta ou indiretamente há interesse no qual ele possa estar envolvido. Isso reforça novamente o caráter informacional e o apoio difuso da medida, sendo que, se isto ocorrer, no mesmo artigo item 2, o fato deverá ser reportado ao superior ou autoridade competente; confirma-se, nesse aspecto, o caráter apenas informacional deste primeiro momento num possível projeto de marco regulatório em conformidade com a divisão proposta por Wiener[21]. Ressalte-se que o Lobby não é definido em momento algum, no entanto o poder do Lobby dentro desta nova organização se faz claro.

Já no artigo 12 existe uma referência que trata do assédio moral e assédio sexual, em que ambos são exteriorizações de uma sensação de *poder* sobre a vítima. Sendo assim, o funcionário deve abster-se de qualquer ação ou comportamento que possam lesar a dignidade do seu cargo e também a de terceiros. É o que assevera o item 2 do artigo 12a:

“O funcionário que tenha sido vítima de assédio moral ou sexual não sofrerá qualquer prejuízo efetivo por parte da instituição a qual está vinculado. O funcionário que apresentar provas de assédio moral ou sexual não deve sofrer quaisquer efeitos

prejudicial por parte da instituição, desde que o funcionário tenha agido com sinceridade”.

Portanto, o Lobby oportunamente poderá ser chamado também de assédio moral e no extremo ofensivo até assédio sexual. Passemos a definição de assédio moral contida no artigo:

“qualquer comportamento abusivo que se realiza ao longo de um período, repetitivo ou sistemático e envolva comportamentos físicos, linguagem escrita ou falada, gestos ou outros atos que são intencionalmente comprometedores a personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.”

Entendemos que o Lobby pode, em certos casos, enquadrar-se na definição de assédio moral, e, por conseguinte, resguardar o próprio funcionário vítima de tal comportamento. Surge desta maneira a dúvida de quem será resguardado dentro desta relação? Acreditamos que ambos os agentes, tanto os funcionários quanto os Lobistas estão resguardados.

Já no artigo 17 verifica-se um retorno ao tratar-se da informação e sua divulgação da qual o funcionário deve abster-se em se tratando de informações que ainda não foram reveladas ou não estejam acessíveis ao público. E o artigo finda obrigando o funcionário a respeitar o vínculo, numa espécie de quarentena moral, restringindo o poder sobre a informação, que quanto mais difundida mais refinada é a organização democrática.

Já no artigo 17a é garantida ao funcionário a liberdade de expressão desde que respeitado os princípios de lealdade e imparcialidade. Abrindo espaço a diferentes interpretações, uma vez que o caráter de supra-nacionalidade comum ao sentimento Europeu ainda não se consolidou. Já no segundo dispositivo do artigo 17a temos algo importante para o desenvolvimento do *Lobby*:

“2. Sem prejuízo do disposto nos artigos 12 e 17, o funcionário que tem a intenção de publicar ou tornar público, sozinho ou com outros, toda e qualquer questão relativa ao trabalho da Comunidade deve *informar* a autoridade institucional com antecedência. Quando a autoridade institucional demonstrar que a questão pode vir a lesar gravemente os interesses da Comunidade deverá *informar* oficialmente sua decisão por escrito em 30 dias úteis a contar do recebimento da *informação*. Na ausência de tal decisão considera-se que não haviam objeções.”

Depreende-se deste, o valor do Lobby e da informação transferida pelo lobbista dentro da dinâmica moderna da tomada de decisões.

O fato mais curioso dentro do Código de Conduta dos Representantes de Interesses da UE está na aplicação deontológica - fundamentada no dever, e na norma moral - dos princípios que foram retirados do Código de Conduta dos Comissários - Independência e Dignidade - e do Código de Boa Conduta Administrativa - Objetividade e Imparcialidade. Uma análise com base nestes princípios eleva o Lobby ao nível de atividade legitimada quando o objetivo é a administração vista por prismas modernos. Sendo assim, devemos desenvolver numa análise profunda, *a posteriori*, propostas para dinamizar as relações entre Executivo – Centros de Decisão – e o Legislativo – Centro de processamento de dados – e o novo agente, o Lobista, como ponto de entrada de informação dentro desta nova organização mais dinâmica em função do Desenvolvimento Político[22]. De toda sorte, este Código está em período de experiência dentro da Comunidade.

4- ARGENTINA

A Argentina não possui uma lei que regule a atividade desenvolvida a partir do *Lobby*.

No entanto, há dois projetos de lei. O mais recente – Projeto de Lei – 4148-S-2006, de 14/11/2006 –, não tem o inteiro teor disponível no sítio oficial do parlamento argentino.

Por outro lado, o Projeto de Lei 1243-S-2006[23], de 27/04/2006, que iniciou o trâmite no Senado argentino (e repete o expediente 0196-S-2004) possui um maior detalhamento. Constam no seu bojo 12 artigos, dos quais o último se refere apenas à comunicação ao Poder Executivo, o primeiro diz respeito ao objeto – regulamentação do *lobby* no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Os demais artigos determinam o procedimento da regulamentação, em que se destaca a previsão de cadastramento de quem exerce a atividade, os atos que consistiriam em descumprimento da lei e a possibilidade de haver sanção. Há ainda fundamentação e exposição de motivos para a aprovação da lei.

Não obstante a existência dos projetos de lei, no âmbito do Poder Executivo argentino já existe uma regulamentação em vigor, realizada pelo Decreto 1.172, de 3 de dezembro de 2003, que visa estabelecer regras gerais para a publicidade da gestão de interesses, a fim de promover uma reforma política integral, com o intuito de melhorar a qualidade do exercício da democracia.

O Decreto possui 11 artigos, os quais remetem a regulamentação para 8 anexos e ressaltam a necessidade dos atos oficiais estarem à disposição no Boletim Oficial da República Argentina[24]. Os oito anexos dispõem sobre:

(a) Anexo I – Regramento geral de audiências públicas para o Poder Executivo Nacional (38 artigos);

(b) Anexo II – Formulário de inscrição para Audiências Públicas do Poder Executivo Nacional;

(c) Anexo III – Regramento geral para a publicidade da gestão de interesses no âmbito do Poder Executivo Nacional (12 artigos);

(d) Anexo IV – Formulário de registro de audiências de gestão de interesses;

(e) Anexo V – Regramento geral para a elaboração participativa de normas (21 artigos);

(f) Anexo VI – Formulário para a apresentação de opiniões e propostas no procedimento de elaboração participativa de normas;

(g) Anexo VII – Regramento geral do acesso à informação pública para o Poder Executivo Nacional (19 artigos);

(h) Anexo VIII – Regramento geral de reuniões abertas dos entes reguladores dos serviços públicos (17 artigos);

O projeto de lei, bem como sua fundamentação, além da regulamentação no âmbito do Poder Executivo serão analisados e comparados com os demais países que possuem a proposta de regulamentação ou a vigência de disposições normativas, a fim de verificar a possibilidade de utilização de institutos previstos na regulamentação brasileira.

5- CHILE

Dentre os projetos de lei (*Boletín 3337-07*, de 3.9.2003, *Boletín 3407-07*, de 5.11.2003, *Boletín 3498-07*, de 14.2.2004)[25], o que se destaca para uma análise comparada é o *Boletín 3407-07*[26], o qual possui uma mensagem detalhada do Vice-Presidente da República do Chile que explica e submete o projeto de lei (com 30 artigos e mais dois artigos transitórios para a regulação do *Lobby* perante a Câmara dos Deputados).

O texto do projeto está organizado em quatro Títulos. O primeiro cuida do objeto e das definições – *Lobby* ou gestão de interesses, lobista ou gestor de interesses, lobista profissional, registro de lobistas e sujeito passivo do *Lobby*. O Título II diz respeito às normas especiais aplicáveis ao *Lobby*, como os registros públicos, as obrigações e proibições aplicáveis aos lobistas profissionais.

O Título III trata das normas comuns à atividade de *Lobby*, como direitos e obrigações, do registro das gestões nas instituições públicas. O Título IV prevê os tipos de sanção, como as sanções administrativas e o procedimento para sua aplicação, as sanções aplicáveis aos funcionários e as sanções por exercício ilegal da atividade de *lobby*.

O objetivo fundamental do projeto de lei é normatizar a atividade exercida por pessoas naturais ou jurídicas que buscam influir nas decisões do Congresso Nacional ou outros órgãos da Administração do Estado, com o fim de defender ou representar interesses individuais, setoriais ou institucionais.

O texto define a figura do “gestor de interesses” e inclui a definição de “lobista profissional”, que será aquele que exerce ações de gestão perante as autoridades de forma habitual. O projeto também estabelece um registro de lobistas que será administrado pelo Ministério da Justiça. Por outro lado, há a idéia de que o registro seja mantido por uma instituição que não responda ao poder público e tenha maior independência, como a Controladoria Geral da República (do Chile).

A proposta normativa define que o *Lobby* poderá desenvolver-se através de meios orais, escritos ou eletrônicos, realizados pela pessoa interessada ou por terceiros, destinado a influir na elaboração, modificação, derrogação ou rechaço de atos administrativos,

resoluções, decretos, projetos de lei, leis, políticas públicas, programas ou políticas de Governo e dos órgãos de administração do Estado.

Os deputados precisam que não seja considerado *Lobby* toda a expressão realizada por meio de discursos, artigos, publicações ou qualquer outra forma destinada ao público em geral, ou difundido por meio de qualquer meio de comunicação; isto inclui também as expressões destinadas a difundir informação aos cidadãos, as manifestações com ocasião de uma reunião ou assembléia de caráter público, as declarações ou comunicações feitas por funcionários públicos ou por parlamentares em exercício de suas funções e no marco de atuações oficiais; ou ainda as comunicações realizadas no âmbito de um processo de investigação judicial ou administrativa.[27]

Também não será considerado *Lobby* as informações enviadas a uma Comissão do Congresso; toda petição feita para conhecer o estágio de tramitação de um processo administrativo; a informação entregue por escrito, solicitada por uma autoridade pública para efeitos de tomar uma decisão dentro de um procedimento administrativo; as apresentações dentro de um procedimento administrativo que contemple instâncias para as apresentações dos interessados ou do público em geral e na qual fique um registro público da apresentação; as efetuadas para obter benefícios de caráter social, como nos casos de saúde, educação, emprego, e apenas quando o beneficiário seja o peticionário, cônjuge, filhos e parentes (de terceiro grau de consangüinidade ou segundo grau de afinidade); ou ainda quando na apresentação não se solicite a adoção, modificação ou derrogação de normas legais, regulamentares, ou atos administrativos.

Por fim, cumpre salientar que o projeto indica que as autoridades e funcionários deverão observar de maneira estrita o princípio da probidade administrativa em suas relações com as pessoas que realizam o *lobby*.

O estudo comparativo da proposta de regulamentação chilena será utilizado perante a análise do levantamento teórico efetuado na doutrina, a fim de verificar a compatibilidade de seus dispositivos à realidade brasileira.

6- MÉXICO

A proposta para regulamentar a atividade de *Lobby (cabildeo)* começou em 2002, com a iniciativa da “*Ley federal para la regulación de la actividad profesional del cabildeo y la promoción de causas*”[28], apresentada pelo Deputado Efrén Leyva Acevedo, do partido PRI. Composto por 20 artigos e um artigo transitório, a proposta prevê

conceituações de institutos (Título I); os serviços profissionais de *Lobby* (Título II), incluindo o *lobby* no Poder Legislativo, no âmbito do Poder Executivo; o registro público nacional dos prestadores de serviços profissionais de *Lobby* (Título III); além de responsabilidades e sanções (Título IV), e de dois artigos transitórios, os quais direcionam à Secretaria de Controle e Desenvolvimento Administrativo, à Secretaria de Governança e às Câmaras de Deputados e Senadores a responsabilidade de organizar e por em funcionamento o registro público.

Outras iniciativas surgiram após esta proposta. Em 2004, o Senador Fidel Herrera do PRI apresentou o projeto de decreto que adiciona o Título VI à *Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, em função da prática do *lobby*. Em 2005, Alejandro Murat (PRI) propôs o projeto da *Ley para regular el cabildeo y la gestión de causas*, semelhante à iniciativa de 2002. No ano de 2006, Sara Isabel Castellanos (Deputada do PVEM) apresentou a iniciativa *Que expide la ley federal de cabildeo*. Por fim, em fevereiro 2007, Cuauhtémoc Velasco (Deputado de Convergência) apresentou sua iniciativa *Que adiciona diversas disposiciones a la ley orgánica del congreso general de los estados unidos mexicanos y expide la ley federal de cabildeo*, a qual, em termos gerais, resulta de um compendio do apresentado por Fidel Herrera (2004) e pelo Deputado Leyva (2002).

O projeto de lei de 2002 será objeto de comparação com os demais países que possuem a proposta de regulamentação ou a vigência de disposições normativas, a fim de verificar a possibilidade de comparação e adequação de institutos previstos ao caso brasileiro.

7- PERU

A gestão de interesses perante a Administração Pública do Peru é regulada pela Lei 28.024[29], promulgada em 11 de julho de 2003. O diploma legal possui 6 títulos e um item sobre disposições complementares.

O título – das disposições gerais – está balizado em 4 artigos. O primeiro cuida do objeto e finalidade da lei. Ele delimita o campo normativo nas entidades da Administração Pública previstas no artigo 1º[30] do Título Preliminar da Lei 27.444, promulgada em 11 de abril de 2001, incluindo as empresas compreendidas na gestão empresarial do Estado. Todavia, a lei exclui as funções jurisdicionais do Poder Judiciário, dos órgãos constitucionais autônomos e das autoridades e dos tribunais que apreciam processos administrativos. Logo, a lei abrange as funções administrativas e normativas desses entes.

O segundo artigo define o ato de gestão como a comunicação (oral ou escrita), por qualquer meio, dirigida pelo gestor de interesses a um funcionário da administração pública, com o propósito de influir no processo de tomada de decisão pública.

O artigo terceiro dispõe sobre a gestão de interesses, definindo-a como a atividade em que as pessoas naturais ou jurídicas (nacionais ou estrangeiras) promovem – de forma transparente – seus pontos de vista no processo de tomada de decisão pública, a fim de orientar o resultado desse processo ao desejado por elas. A gestão de interesses é realizada pelos atos de gestão.

Este dispositivo proíbe que os servidores públicos realizem atos de gestão por interesses distintos aos institucionais ou estatais. Também apresenta um rol daquilo que não é considerado ato de gestão:

(a) As declarações, expressões, testemunhos, comentários ou similares realizados mediante discursos, artigos ou publicações (isto é, atividade política e acadêmica);

(b) A difusão de notícias ou de outro material distribuído ao público em geral ou difundido por meio de qualquer meio de comunicação social;

(c) A informação, por escrito ou por qualquer outro meio suscetível de registro, proporcionada à administração pública em resposta a um requerimento feito por ela;

(d) A informação veiculada em qualquer meio de comunicação social no exercício da liberdade de expressão;

(e) As afirmações, declarações, comentários feitos em qualquer reunião pública, no exercício do direito de liberdade de expressão, de opinião e de reunião;

(f) O livre exercício da defesa legal e da assessoria, dentro do previsto pelo ordenamento jurídico; e

(g) Outras questões similares que não conduzam a tomada de decisão por parte da Administração Pública.

O artigo 4º conceitua decisão pública como o processo no qual a administração pública estabelece políticas ou tomada de decisões de qualquer natureza, e que tenham relevância econômica, social ou política, de caráter individual ou coletivo, ou que afetem os interesses de diversos setores da sociedade.

Após as disposições gerais, a legislação peruana dispõe de mais 5 títulos, quais sejam: exercício da capacidade de decisão pública (Título II), gestão de interesses (Título III), o registro público da gestão de interesses (Título IV), obrigações e proibições dos funcionários públicos (Título V) e sanções (Título VI).

Além disso, a regulamentação da Lei 28.024/2003 é feita pelo Decreto Supremo 099-2003-PCM, alterado pelo Decreto Supremo 40-2005-PCM, com o fim de esclarecer que o diploma normativo é aplicado aos gestores de interesse profissionais; e que as alterações visam propiciar uma melhor e adequada aplicação da Lei, de acordo com o princípio da simplicidade.

8- CONCLUSÕES

Em síntese, trata-se o Lobby como um mecanismo para superar a complexa rede de interesses em razão da velocidade e qualidade da informação por este viabilizado, de maneira a proporcionar uma melhor administração dos recursos empreendidos na administração do Estado e suas políticas.

Além disso, a elaboração de proposta de regulamentação da atividade de intermediação de interesses no Brasil, deve-se guiar em atenção às dificuldades para sua formalização, aos seus limites éticos e à transparência do processo.

Nesse sentido, conclui-se ser fundamental a análise do direito comparado no que diz respeito à atividade dos grupos de interesse/ Lobby, verificando a regulamentação em outros Estados e as possíveis dificuldades apresentadas nesse processo.

Ademais, o estudo do Direito Comparado serve de análise de determinado instituto em um ordenamento jurídico para verificação de sua possível aplicabilidade em outro ordenamento, desde que adaptado a realidade do último.

9- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOBBIO, Norberto; *Stato, Governo e Società – frammenti di un dizionario politico*. Torino: EINAUDI, 1985.

CHILE. Boletín 3407-07, de 5.11.2003. *Proyecto de ley que regula el Lobby*. Disponível em: <<http://www.camara.cl/>>. Acesso em: 25.8.2008.

CHILE. Câmara de Diputados. NOTICIAIS. Disponível em: <<http://www.camara.cl/>>. Acesso em: 25.8.2008.

DELMAS-MARTY, *Três Desafios para um Direito Mundial*, Rio de Janeiro: Lumis Júris, Tradução Fauzi Hassan Chouk, 2003.

DEUTSCH, Karl. Desenvolvimento Político: Implica diferenciação progressiva das Estruturas sociais, autonomização dos subsistemas sociais; universalização política; e institucionalização do poder. DEUTSCH, Karl. *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, New York, 1963.

EASTON, David. *Children in the Political System*. Origins of Political Legitimacy Nova York, MacGraw-Hill, 1969. Com Jack Dennis.; 1969.

FARHAT, Said. *Lobby – O que é. Como se faz*. Peirópolis: Aberje, 2007.

<https://webgate.ec.europa.eu/transparency/reg/in/infos/codeofconduct.do> Acesso em: 13/08/2008.

LAIDI, Zaki, *Malaise dans la mondialisation*, entrevista com Philippe Petit, Paris: Textuel, 1997.

LASSWELL e KAPLAN. “*Power and Society*”; O processo político é definido como a formação, a distribuição e o exercício do Poder. 1952.

LILLEY, Peter, *Dirty Dealing. The untold truth about global money laundering*. New York: Renovar, 2001.

LODI , João Bosco. *Lobby, os grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986.

MÉXICO. Proyecto de ley 551/2PO2/02. *Ley Federal para Regular la Actividad Profesional de Cabildeo y la Promoción de Causas*. Firmante: Efrén Leyva Acevedo. Disponível em:

NAVEGA, A. ; Em *Análise sistêmica conceitual entre Estado e Mercado e a aplicação de políticas públicas*. 2008.(texto inédito)

OLIVEIRA, Andréa Cristina. *As muitas faces do lobbying no Brasil: corrupção, tráfico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses*. Unicamp 2004 (tese defendida)

PARSONS, Talcott. *Politics and Social Structure (1969)*. The Social Theories of Talcott Parsons – Prentice Hall: MAX BLACK, 1961.

RUSSEL Bertrand ; Poder – Produção dos efeitos desejados. *Dicionário de Análise Sistêmica*. Disponível em: <http://maltez.info/>

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação das atividades de LOBBY e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – análise comparativa dos estados unidos e Brasil*. UNB 2008 (tese defendida)

VARELLA, Marcelo Dias. *A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

WIENER NORBERT. *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*. Eyre & Spottiswoode, London, 1950.

[1] http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n3/direito_comparado.pdf
Disponível em: 28.09.2008

[2] SANTOS, Luiz Alberto dos. Op cit. P. 85.

[3] idem.

[4] OLIVEIRA, Andréa Cristina. *As muitas faces do lobbying no Brasil: corrupção, trafico de influência ou um instrumento democrático de representação de interesses*. P. 1.

[5] FARHAT, Said. *Lobby – O que é. Como se faz*. Peirópolis: Aberje, 2007. P. 50.

[6] LODI, João Bosco. *Lobby, os grupos de pressão*. São Paulo: Pioneira, 1986. P. 3.

[7] ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p 195.

[8] DELMAS-MARTY, Três Desafios para um Direito Mundial, Rio de Janeiro, Lumis Júris, Tradução Fauzi Hassan Chouk, 2003, p.8.

[9] LAIDI, Zaki, **Malaise dans la mondialisation**, entrevista com Philippe Petit, Paris: Textuel, 1997, pp. 28-29.

[10] LILLEY, Peter, **Dirty Dealing. The untold truth about global money laundering**. New York: Renovar, 2001.p.26

[11] VARELLA, Marcelo Dias. **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

[12] Código de Conduta dos Representantes de Interesses. Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/transparency/regrin/infos/codeofconduct.do> Acesso em: 12/08/2008.

[13] Cf. EASTON, David. *Children in the Political System*. Origins of Political Legitimacy Nova York, MacGraw-Hill, 1969. Com Jack Dennis.; 1969. P. 70. Apoio Difuso: Disposição de um ator A relativamente a B, quando A se orienta favoravelmente face a B, que pode ser um grupo, um fim, uma ideia ou uma instituição.

[14] Cf. LASSWELL e KAPLAN. “*Power and Society*” ; O processo político é definido como a formação, a distribuição e o exercício do Poder. 1952. P. 20.

[15] Cf. PARSONS, Talcott. *Politics and Social Structure (1969)*. The Social Theories of Talcott Parsons – Prentice Hall: MAX BLACK, 1961. P. 48.

[16] Cf. NAVEGA, A. ; Em Análise sistêmica conceitual entre Estado e Mercado e a aplicação de políticas públicas. 2008. P. 6.

[17] Cf. RUSSEL Bertrand ; Poder – Produção dos efeitos desejados. *Dicionário de Análise Sistêmica*. Disponível em: <http://maltez.info/>

[18] Cf. BOBBIO, Norberto; *Stato, Governo e Società – frammenti di un dizionario politico*. Torino: EINAUDI, 1985. P.73.

[19] Dentro do planejamento Supra-Nacional - uma vez que envolve vários atores que são Estados Soberanos – a título de experiência esta deliberação do Lobby atua, num primeiro momento, como um Centro de recepção de informações.

Cf. WIENER; os centros de recepção da informação, atuam como ponto de entrada da informação proveniente do ambiente externo ao sistema político, como receptores de dados e informação, e posteriormente encaminham a informação aos centros de processamento de dados, que finalmente repassam aos centros de decisão. WIENER NORBERT. *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*. Eyre & Spottiswoode, London, 1950. P. 200.

[20] Comissão Executiva formada por funcionários da UE.

[21] Cf. WIENER: *Centros de Decisão*: Locais do sistema político que recebem a informação tanto dos centros de processamento de dados como dos centros de armazenamento da memória e dos valores; *Centros de Processamento de Dados*: Locais do Sistema Político para onde é remetida a informação recolhida pelos centros receptores da informação; *Centros de Recepção da informação*: Pontos de entrada da informação proveniente do ambiente externo ao sistema político onde se dá o início do caminho da informação. WIENER, Op. cit. p. 201.

[22] Cf. DEUTSCH, Karl. Desenvolvimento Político: Implica diferenciação progressiva das Estruturas sociais, autonomização dos subsistemas sociais; universalização política; e institucionalização do poder. DEUTSCH, Karl . *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, New York, 1963, P.20.

[23] ARGENTINA. Proyecto de Ley 1243-S-2006, de 27 de abril de 2006. “Regimen legal del lobby (reproduccion del expediente 0196-S-04)”. Firmante: Maria Cristina Perceval. Disponível em:

<<http://www.diputados.gov.ar/>>. Acesso em: 16.8.2008.

[24] Boletim Oficial da República Argentina. Disponível em: <http://boletinoficial.gov.ar>

[25] Os diferentes tipos de *Boletín* podem ser consultados no sítio oficial da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.cl/>>.

[26] CHILE. Boletín 3407-07, de 5.11.2003. *Proyecto de ley que regula el Lobby*. Disponível em: <<http://www.camara.cl/>>. Acesso em: 25.8.2008.

[27] CHILE. Câmara de Diputados. NOTICIAIS. Disponível em: <<http://www.camara.cl/>>. Acesso em: 25.8.2008.

[28] MÉXICO. Proyecto de ley 551/2PO2/02. *Ley Federal para Regular la Actividad Profesional de Cabildeo y la Promoción de Causas*. Firmante: Efrén Leyva Acevedo. Disponível em:

<<http://www.cddhcu.gob.mx/servicios/datorele/cmprtv/iniciativas/Inic/572/2.htm>>. Acesso em: 25.8.2008.

[29] PERU. Ley 28024, de 11.7.2003. *Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública*. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/>>. Acesso em: 23.8.2008.

[30] O artigo 1º compreende como “ente” ou “entidade” da Administração Pública: (1) O Poder Executivo, incluindo Ministérios e Organismos Públicos Descentralizados; (2) O Poder Legislativo; (3) O Poder Judiciário; (4) Os Governos Regionais; (5) Os Governos Locais; (6) Os Organismos e Instituições Políticas que a Constituição Política e as leis conferem autonomia; (7) As demais entidades e organismos, projetos e programas de Estado, cujas atividades se realizam em virtude de obrigatoriedade administrativa e, portanto, se consideram sujeitas às normas comuns de direito público, salvo disposição legal expressa que se refira a outro regime; e (8) As pessoas jurídicas no regime privado que prestam serviços públicos ou exercem função administrativa, em virtude de concessão, delegação ou autorização do Estado, conforme à normativa da matéria (PERU. Ley 27.444, de 11.4.2001. *Ley del procedimiento administrativo general*. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/>>. Acesso em: 23.8.2008).

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS: A
DIGNIDADE HUMANA ATRAVÉS DA PROPORCIONALIDADE***

**THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION TOWARDS THE PRINCIPLES:
THE HUMAN DIGNITY THROUGH THE PROPORTIONALITY**

**Felipe Dias Ribeiro
Jorge Renato dos Reis**

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar a jurisdição constitucional como forma de efetivação da democracia e cidadania no Estado de Direito. Para tanto, se apresentará a função da jurisdição constitucional com seus métodos e instrumentos de legitimação tendo como cerne a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, através da proporcionalidade. Assim, a relação da jurisdição constitucional a partir de princípios legitima a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais no Constitucionalismo e fundamenta a proteção e supremacia da Constituição, pelo controle de constitucionalidade, ratificado pelo princípio da dignidade da pessoa humana através da atuação ampla do princípio da proporcionalidade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS. DIGNIDADE HUMANA. PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the constitutional jurisdiction as an effectuation way of democracy and citizenship in the Legal State. To develop the subject, it is presented the constitutional jurisdiction function with its legitimating methods and instruments, focusing the actuation of the human person dignity principle through the proportionality. Thus, the constitutional jurisdiction relation towards principles legitimates the efficacy and effectuation of the fundamental rights in the Constitutionalism and substantiates the protection and supremacy of the Constitution though the constitutionality control, affirmed by the human person dignity right performed by the ample actuation of the proportionality principle in Brazil.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. PRINCIPLES. HUMAN DIGNITY. PROPORTIONALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

A democracia e a efetivação da cidadania têm como escopo a atuação da jurisdição constitucional no Estado de Direito brasileiro. A par disso, os princípios têm função importante no controle de constitucionalidade, já que se apresentam como instrumentos de legitimação dos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional e, além disso, são balizadores das teorias construídas por estes.

Para tanto, a dignidade humana e a proporcionalidade são atuantes e comprometidos com a proteção da Constituição e da funcionalidade da jurisdição constitucional, através de suas nuances e delimitações.

Dessa forma, partir-se-á da análise da jurisdição constitucional propriamente dita, e sua relação com os princípios para logo após, especificar os preceitos da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

1 Jurisdição Constitucional

A atuação e discussão a respeito da Constituição têm ensejado várias possibilidades de problemáticas de interpretação e aplicação das normas frente o Estado Democrático de Direito.

Esse fenômeno, segundo Gisele Cittadino, se passa na Justiça Constitucional de diversos países, devido a uma maior atuação dos tribunais e seu poder ante a sociedade, caracterizando-se como ativismo judicial. Por isso, Cittadino aduz que as normas constitucionais ao incorporarem princípios, amparado em um Estado Democrático e seus fundamentos, asseguram o espaço de interpretações por parte da Jurisdição Constitucional.

Em alusão à função da Constituição e a sua importância, Jorge Miranda ratifica:

a) A Constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relacionalização e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa;

b) Isto aplica-se particularmente ao chamado fenômeno das “contradições de princípios”, presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros sectores além do Direito Constitucional. Tais contradições não-de ser apuradas, nuns casos, mediante, a preferência ou a prioridade, na efectivação, de certos princípios frente aos restantes – nuns casos, pois, através de coordenação, noutros através de subordinação. Tem de fazer-se, por conseguinte, um esforço de concordância prática, assente num critério de proporcionalidade. E pode ter de solicitar (mesmo sem aderir a todas as premissas de puro método valorativo) a ponderação ou a hierarquização dos valores inerentes aos princípios constitucionais;

No passo da jurisdição constitucional afigura-se a concepção de que cabe ao Judiciário uma atuação mais efetiva, de forma determinante e construtiva. Para tanto, no caso concreto, os Tribunais Constitucionais atuam na sociedade democrática através da teoria constitucional, que possui duas correntes: o movimento substancialista, que se justifica perante a Constituição tendo atuação de caráter valorativo, ao passo que a corrente procedimentalista se conecta com a democracia e ratifica uma visão fiscalizadora na tomada de decisões por parte da jurisdição constitucional.

Ainda na atuação da jurisdição constitucional tem-se o modelo habermasiano trazido por Gesta Leal:

Assim é que, na reflexão de Habermas, ganha força a tese de que o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, examinando e deliberando sobre os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.

[...]

Significa dizer que, *em havendo um Estado Democrático de Direito associado a uma Sociedade Democrática de Direito* (pressuposto lógico-argumentativo de Habermas em todo o evoluir deste estudo e definido previamente a partir da Teoria do Discurso e da Democracia Procedimental), a legitimidade da Jurisdição vai estar fundada exatamente no assecuramento das regras do jogo, resguardando a ação política da cidadania compromissada com o universo normativo axiológico e deontológico vigente, sob pena de usurpação autoritária e contingencial das vias e canais orgânicos que operam estas relações.

Assim, ante a atuação da jurisdição constitucional, a aplicação de princípios apresenta-se como um método empregado para a resolução das tensões ocorridas entre normas constitucionais. Para tanto, seguindo este entendimento, pode-se exemplificar a ponderação como solução de uma controvérsia no caso concreto.

A questão que merece defesa é de que a jurisdição constitucional, através do controle de constitucionalidade, tem o dever de garantir o devido processo legislativo e os direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que o constitucionalismo e a democracia não são antagônicos, mas iguais garantias de que os direitos fundamentais ratificarão a democracia no processo legislativo, permeado pela autonomia jurídica, pública e privada.

A respeito da atuação dos princípios na jurisdição constitucional, Paulo Bonavides aduz:

O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei. Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais.

Com efeito, os tribunais que dela se arredarem não terão em suas sentenças força normativa bastante com que desempenhar a magna tarefa de solver litígios sobre direitos fundamentais das novas dimensões, que impetram invariavelmente consideração ponderativa de valores para garantir com justiça a sua concretude.

O princípio da dignidade humana, no constitucionalismo democrático, depende da efetivação dos direitos fundamentais e dos institutos processuais inerentes ao controle das omissões do poder público que viabilizam a participação jurídico-política, sendo assim, concretizado o seu valor pelo mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Para tanto, a principiologia dos direitos fundamentais ratifica a restrição desses direitos por meio de outros direitos ou em face de princípios controversos, considerando, entretanto, que a sua limitação é limitada.

Nesse sentido, os princípios se assentam como valores máximos trazidos pelo pacto constitucional e, de certa forma, servem como limite da liberdade de conformação e legitimidade do Poder Legislativo por ocasião de elaboração de uma Constituição.

Ante a jurisdição constitucional apresentam-se duas formas típicas de órgão de aferição de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. No primeiro, todo e qualquer ente do Judiciário têm o papel de preservar o conteúdo das normas constitucionais, ao passo que no segundo, é necessário uma ação específica julgada por um órgão competente, sendo esse um tribunal ou corte com jurisdição específica. Assim, a supremacia da Constituição é amparada por determinados princípios através do ativismo do Judiciário.

Assim, a relação dos princípios com a Constituição está ligada à democracia e ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, não só pelo Constituinte, mas também pelos órgãos de Poder do Estado no cumprimento de suas funções e exercício do controle de constitucionalidade, em que, por exemplo, a ponderação pode ser um instrumento de boa eficácia.

2 a Dignidade Humana

2.1 Evolução Histórica e Fundamentação

A dignidade da pessoa humana surgiu, inicialmente, com a própria afirmação do homem como ser humano. Está intimamente ligada à qualidade do homem como indivíduo e todo seu papel na sociedade. No entanto, isso seria apenas um primeiro passo para a noção geral da dignidade humana, já que até esse ponto, a sua efetivação e proteção ficavam apenas no plano teórico.

Ao longo dos tempos, passou-se de uma visão de dignidade como preceito para a liberdade do homem. Entretanto, há de se levar em conta também a premissa de que a autonomia ética do ser humano serve como fundamento para a sua dignidade, além de sustentar que o indivíduo não pode ser tratado como objeto.

Partindo desse entendimento clássico tem-se presente que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

O marco central para disseminação da noção de dignidade humana foi, certamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, aprovada pela Assembléia Geral da ONU. Nesta, fala-se em dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz. A partir desse ponto, iniciou-se a radicação da dignidade da pessoa humana, inclusive estabelecendo uma nova forma e sendo tratado como princípio, presente posteriormente nas constituições democráticas.

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana nas normas constitucionais ocorreu, no sentido em que atualmente é entendido, a partir da fundamentação baseada na integridade e na inviolabilidade da pessoa humana como um ser presente na sociedade e não somente como um ser físico.

Assim, tem-se como exemplo a Constituição da Alemanha de 1949 que em seu artigo primeiro já trazia a seguinte disposição: “A dignidade do homem é inviolável. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal”. Nessa linha, tem-se também a Constituição Portuguesa de 1976, que também em seu artigo primeiro trouxe a seguinte disposição: “Portugal é uma República soberana, que baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Por sua vez, a Constituição Espanhola de 1978 estabelece: “A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos do semelhante constituem o fundamento da ordem política e da paz social”.

No Brasil, a primeira menção ao tema ocorreu na Constituição de 1946, mas diretamente relacionada ao trabalho como pressuposto para uma existência digna. Seguindo essa linha, as Constituições de 1967 e 1969 mantiveram discretas disposições para a dignidade humana.

Por conseguinte, foi na Constituição democrática de 1988 que surgiu a figura da dignidade da pessoa humana. Na Carta de 1988 alçou-se a dignidade da pessoa humana ao status de princípio e ainda sendo o núcleo do sistema constitucional do país.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil formada pelos união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem com fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

Assim, a dignidade da pessoa humana deixa de ser um conceito teórico para ser fundamento da vida no País, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, de toda a ordem econômica, além de ser o ponto nuclear que abrange quaisquer relações e ordem jurídica. O texto da Constituição garantiu-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade.

Para tanto, uma fundamentação da dignidade é necessária, pois é a partir dela que se tem uma base para visualizar a formação da proteção e atuação da mesma. Entretanto, essa tem sido uma tarefa árdua por parte dos doutrinadores, que ainda não chegaram a

um senso comum. Ingo Sarlet apresenta um conceito de dignidade humana em que afirma:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Essa fundamentação é crucial para o bom entendimento e aplicação da dignidade da pessoa humana, visto que condiciona tal conceito à própria obrigação de se respeitar e proteger tal situação em que não ocorre a promoção mínima para existência e inclusão social.

Nessa medida, ocorre a evolução e afirmação da dignidade da pessoa humana, ela se afirma como princípio e não somente de atuação restrita, mas um princípio nuclear e balizador de todas as relações jurídicas e sociais, que cada vez abrange e compõe as afirmações nos casos concretos.

2.2. Dignidade e princípio

A dignidade da pessoa humana, na Constituição da República de 1988 foi blindada como um princípio fundamental e um dos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Esse instrumento utilizado pelo legislador serviu de base para que o princípio da dignidade da pessoa humana fosse alçado para um ponto em que é dotado de um valor sobre toda e qualquer atuação sobre as relações no Estado. Entretanto, ele servirá também de parâmetro para a afirmação de valores individuais básicos e como instrumentos mínimos de efetivação social.

Os princípios constitucionais, na nova diagramação da Constituição da República assumiram um papel de suma importância, já que com a teoria dos princípios, a interpretação e aplicação de praticamente todas as normas atingem algum princípio para se aproximarem da esfera constitucional.

Paulo Bonavides assim se manifesta:

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, dando, assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com o fundamento da Constituição.

Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios supralegais, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista.

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras da Constituição.

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em toga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de jurisdicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

Com efeito, ao se vislumbrar a Lei Maior percebe-se que o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol direitos e garantias constitucionais. Por essa razão, tem-se que, seguindo o entendimento de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana foi alçada a uma condição de princípio e valor fundamental, sob a influência germânica, espanhola e lusitana.

Robert Alexy, a partir de sua teoria das regras e princípios, reflexiona que a dignidade da pessoa humana atua como um mandato de otimização, em que é ordenada a sua proteção e promoção, que, por conseguinte, deve ser realizada na maior medida possível, sobretudo a partir das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Para tanto, sob a lógica de Alexy somente a regra pode ser absoluta, porém jamais o princípio.

Em relação ao valor constitucional da dignidade da pessoa humana, Carmen Lúcia Rocha disserta:

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico e fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

[...]

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado acatamento obrigatório, porque constituído em norma-princípio-matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos de direitos fundamentais

Álias, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se aberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Dessa forma, a dignidade humana está ligada à democracia. A democracia tem como finalidade o homem, ao passo que a dignidade da pessoa humana se vislumbra como o núcleo central dessa atuação, sendo não somente um princípio, mas um valor fundamental no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Peter Häberle em sua teoria a respeito da dignidade humana, a classifica como um valor e confrontada com a dignidade como prestação, no sentido de a própria conduta da atividade humana criar condições para assegurar a efetivação da dignidade. Em outra fundamentação a respeito da dignidade da pessoa humana, Häberle aduz uma conexão entre a democracia e a dignidade classificando, ao final, a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana como dever jurídico-fundamental.

De tal sorte ainda que se entenda que a dignidade da pessoa humana não possui caráter principiológico, de maneira alguma isso obstará a sua aplicação e efetividade, já que sua função principal é vincular e efetivar o direito à vida e os demais direitos fundamentais em parceria com as normas vigentes no Estado Democrático de Direito.

Assim, após a compreensão da atuação da dignidade humana, pode-se, através da proporcionalidade ter um cumprimento da jurisdição constitucional, sobre o que se passa a discorrer.

3 A proporcionalidade

A proporcionalidade é um instituto de extrema importância para uma possibilidade de eficácia de direitos fundamentais e atuação da jurisdição constitucional. Entretanto, antes de se analisar a proporcionalidade em si, é necessária uma sucinta observação a respeito da teoria das regras e princípios.

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é de extrema importância na estrutura dos direitos fundamentais, na medida em que a diferença entre eles é a base para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. A diferença entre regras e princípios não é de grau, mas sim de qualidade, pois os princípios determinam que o direito seja concretizado na maior medida possível, dentro da realidade existente e das possibilidades jurídicas, mas apesar da diferença, regras e princípios são normas jurídicas que dizem o que deve ser e conduzem a razões para juízos concretos.

Em outra linha Dworkin caracteriza princípio da seguinte forma:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

A distinção entre regras e princípios jurídicos, conforme Dworkin, é de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, ou a regra é válida e sua resposta deve ser aceita, ou não é válida e nem nada contribui para a decisão. Ao passo que, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do peso e da importância, ou seja, os princípios devem levar em conta a força relativa de cada um para ser aplicável ao ponto em conflito.

Ronald Dworkin critica a função discricionária dos juízes, defendendo a adoção de determinados paradigmas jurídicos pelos atores sociais, viabilizando uma forma padronizada de argumentação, em um sistema composto por normas, diretrizes e princípios.

Aperfeiçoando a visão de Dworkin, Alexy qualifica os princípios como mandatos de otimização. Já em relação às regras, ele delimita o critério de validade como ponto de partida para o conflito entre regras, ou seja, uma norma pode ser válida e ser aplicada por meio de subsunção, enquanto uma norma pode ser inválida e, portanto, dar lugar a outra aplicação de norma. Entretanto, uma situação nova trazida pelo jurista alemão refere-se à existência de uma cláusula de exceção que afasta, sem retirar do mundo jurídico, uma regra para um determinado caso concreto.

Para tanto, a teoria de Alexy que qualifica princípios como mandatos de otimização define que a otimização pressupõe que uma norma pode ser cumprida em diferentes graus e implica a consideração em todas as circunstâncias, ao passo que a consideração de todas as circunstâncias não implica a otimização.

O constitucionalista Paulo Bonavides considera a teoria dos princípios um mecanismo antes de tudo colocado pelo legislador constitucional à disposição do intérprete e aplicador da lei em face de sua maior abstração e abertura, na medida que ocorrendo as transformações sociais, as interpretações vão se adaptando às transformações políticas, transcendendo a literalidade, atualizando a interpretação, sem mudar o texto normativo.

Em relação à colisão de princípios, Alexy define a proporcionalidade como o meio mais eficaz para o balanceamento da situação conflitante. A proporcionalidade, para o jurista alemão, insere-se no centro da dogmática dos direitos fundamentais. A regra ou princípio da proporcionalidade se subdivide em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essas sub-regras ou subprincípios relacionam-se de forma subsidiária entre si, ou seja, nem sempre implica a análise de todas elas no caso concreto.

Em relação à proporcionalidade Gesta Leal aduz:

Esse princípio, pois tem, tem por objeto a aferição da relação entre o fim almejado e o meio utilizado, com sentido teleológico ou finalístico, reputando-se arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são, por si mesmos, apropriados, ou, quando a desproporção entre o fim e o meio praticado para alcançá-lo, é particularmente manifesta.

A adequação é o meio cuja utilização à realização de objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Ainda sobre a adequação Alexy salienta que esta exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer outro princípio ou a finalidade para a qual foi adotado. A sub-regra da necessidade exige que, entre dois meios para se promover P1, que sejam, em linhas gerais igualmente eficazes, seja escolhido aquele que interfira menos em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custas a outra. Aplicabilidade da necessidade pressupõe, todavia, que não exista um terceiro princípio (P3), que, pelo emprego do meio menos interveniente em P2, é afetado negativamente. A proporcionalidade em sentido estrito é a mais utilizada dessas sub-regras da proporcionalidade e consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Ainda nessa linha, Gesta Leal ao se referir a proporcionalidade e seus subprincípios refere que apesar de a Constituição da República de 1988 não apresentar explicitamente esse princípio em seu texto, ao contrário da Lei Maior Portuguesa, há uma adoção implícita em alguns dispositivos:

- a) princípio da adequação dos meios, no art. 138, ao se referir às garantias constitucionais que ficarão suspensas durante o Estado de Sítio;
- b) o princípio da necessidade, no art. 37, IX, sobre a contratação por tempo determinado de pessoal para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;
- c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, no art. 173, dispondo que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Alexy aponta a ponderação como o método fundamental para os enunciados que estabelecem a relação de preferência condicionada entre os princípios. A racionalidade da ponderação depende dessa fundamentação. Nesse sentido, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro princípio.

Sobre a atuação principiológica na Constituição, Streck explica:

Por isso, os princípios, mesmo não escritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição. Talvez os mais importantes, nessa trilha, sejam mesmo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecidos desde há muito pelos Tribunais europeus, norte-americanos e pelo Supremo Tribunal Federal. Os direitos fundamentais estão ligados indissociavelmente com os princípios constitucionais, sendo, destarte, o próprio fundamento do processo hermenêutico-constitucional. Antes da regra, vigora o princípio, que lhe dá fundamento de validade.

O sentido do texto constitucional somente adquire sentido a partir (do sentido) do princípio. É evidente que não se está a falar da dedução de um sentido a partir de uma categoria, isto porque existe uma co-originariedade, ínsita à ontologia fundamental (Nova Crítica do Direito), que não permite que se deduza um existencial de outro existencial. Há sempre uma “já compreensão”. *O princípio constitucional funciona como um elemento operativo no âmbito de uma co-originariedade.* Os princípios constituem o núcleo da materialidade da Constituição. Não há como separá-los da Constituição. *Quando falamos da Constituição, nesse falar já estão presentes os princípios.*

Ainda nessa linha, Mônia Leal explica que:

Esquece-se o órgão jurisdicional máximo do país, ainda, de considerar que a restrição a um princípio material somente pode se dar com fundamento na sua ponderação em face de outro princípio, igualmente valioso para a ordem jurídica a que pertence (até porque, como explicitado no capítulo anterior, não se conhece o conflito real entre o princípio e uma regra, uma vez que aqueles são a condição de possibilidade desta última), sem que

isto comprometa o seu núcleo essencial ou a existência do princípio em si. Ou seja, a validade de uma regra restritiva de um princípio está condicionada ao substrato axiológico de outro valor igualmente importante, que ela regulamenta, como resultado de uma ponderação prévia por parte do legislador, que por sua vez deve ser proporcional à demanda que se apresenta, podendo a sua constitucionalidade ser aferida pelo tribunal competente.

Nesta medida, os princípios atribuem direitos subjetivos aos cidadãos, que podem pleitear em juízo a garantia de sua realização em sua máxima medida, impedindo toda e qualquer restrição que não se coadune com a lógica explicitada acima, ao atuarem como limite negativo, acabam por conferir, pela via reflexa, um direito positivo constitucional que não pode ser violado e que enseja, conseqüentemente, uma apreciação de inconstitucionalidade, seja pela via concentrada, seja pela via difusa.

Assim, a partir da proporcionalidade é capaz, através de suas delimitações e meios de regulação, de fundamentar a medida e meios no caso concreto, tendo sempre como conceito a proteção à Constituição a partir da jurisdição constitucional.

Considerações Finais

Por fim, considerando a atuação da jurisdição constitucional como sendo de vital importância para o Estado Democrático, percebe-se que a proteção da Constituição através do controle de constitucionalidade amparado em princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, apresenta uma boa fundamentação e sustentação.

Assim, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade com seus subprincípios constituem, através da jurisdição constitucional, legitimação aos órgãos cumpridores dessa função no Estado e comprometidos com a legalidade e vinculação da supremacia da Lei Maior.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista Direito Privado*, São Paulo, vol. 24, out./dez. 2005, p.334-344.

BONAVIDADES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, n.18 (51), 2004, p. 127-150.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª Ed., São Paulo: LTr, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2002.

_____. *Uma questão de direito*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2001.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Pedro Scherer Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos costumes, in: *Os Pensadores – Kant*, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a parti das Teoria Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

_____. *A Constituição como princípio: os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67-91.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n.4, 1999, p. 23-49.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 1-45.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz Vírgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 798, abril de 2002, p. 23-50.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-18.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 451-452.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das Teoria Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 1-2.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85-90.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 39.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente?. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, n.18 (51), 2004, p. 140-141.

CITTADINO, Op. Cit., p. 34.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig, 2007, Op. Cit., p. 71-72.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Constituição como princípio: os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira. Baueri: Manole, 2003, p. 50-51.

Ibidem, p. 98-99.

Ibidem, p. 118-119.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 102.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos costumes*, in: Os Pensadores – Kant, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134 -141.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.167.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n.4, 1999, p. 30.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª Ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 41.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DELGADO, Op. Cit., p.42 e 43.

SARLET, Op. Cit., p. 60.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 292.

SARLET, Op. Cit., p. 68-69.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106-109.

ROCHA, Op. Cit., p. 31-32.

Ibidem, p. 36.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Pedro Scherer Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119-120.

Ibidem, p. 131-133.

ALEXY, Op. Cit., p. 87.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2002, p.36.

Ibidem. p. 39.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2001, p. 176-179.

ALEXY, Op. Cit., p. 88.

Ibidem, p. 105.

BONAVIDES, Op. Cit., p.263.

De acordo com o entendimento de Luiz Vírgilio Afonso da Silva a terminologia correta seria de regra ou teoria da proporcionalidade, ao passo de outros doutrinadores que o definem como princípio da proporcionalidade, proibição de excesso, razoabilidade, entre outras denominações.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.

SILVA, Luiz Vírgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 798, abril de 2002, p.36.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista Direito Privado*, São Paulo, vol. 24, out./dez. 2005, p. 339.

SILVA, Luiz Vírgilio Afonso, Op. Cit., p.40.

LEAL, Rogério Gesta, 2006, Op. Cit., p. 119.

ALEXY, Robert, 1997, Op. Cit., p. 298.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 414.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig, 2003, Op. cit. , p. 134-135.

```
<!-- /* Font Definitions */ @font-face {font-family:TimesNewRomanPSMT; panose-1:0 0 0 0 0 0 0 0 0 0; mso-font-charset:0; mso-generic-font-family:auto; mso-font-format:other; mso-font-pitch:auto; mso-font-signature:3 0 0 1 0;} /* Style Definitions */ p.MsoNormal, li.MsoNormal, div.MsoNormal {mso-style-parent:""; margin:0cm; margin-bottom:.0001pt; mso-pagination:widow-orphan; font-size:12.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} p.MsoFootnoteText, li.MsoFootnoteText, div.MsoFootnoteText {mso-style-noshow:yes; margin:0cm; margin-bottom:.0001pt; mso-pagination:widow-orphan; font-size:10.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} p.MsoHeader, li.MsoHeader, div.MsoHeader {margin:0cm; margin-bottom:.0001pt; mso-pagination:widow-orphan; tab-stops:center 212.6pt right 425.2pt; font-size:12.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} p.MsoFooter, li.MsoFooter, div.MsoFooter {margin:0cm; margin-bottom:.0001pt; mso-pagination:widow-orphan; tab-stops:center 212.6pt right 425.2pt; font-size:12.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} span.MsoFootnoteReference {mso-style-noshow:yes; vertical-align:super;} p.MsoBodyTextIndent, li.MsoBodyTextIndent, div.MsoBodyTextIndent {margin:0cm; margin-bottom:.0001pt; text-align:justify; text-indent:35.45pt; line-height:150%; mso-pagination:widow-orphan; font-size:12.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} p {mso-margin-top-alt:auto; margin-right:0cm; mso-margin-bottom-alt:auto; margin-left:0cm; mso-pagination:widow-orphan; font-size:12.0pt; font-family:"Times New Roman"; mso-fareast-font-family:"Times New Roman";} /* Page Definitions */ @page {mso-footnote-separator:url("file:///C:/DOCUME~1/DRD322~1/FEL/CONFIG~1/Temp/msohtml1/03/clip_header.htm") fs; mso-footnote-continuation-separator:url("file:///C:/DOCUME~1/DRD322~1/FEL/CONFIG~1/Temp/msohtml1/03/clip_header.htm") fcs; mso-endnote-separator:url("file:///C:/DOCUME~1/DRD322~1/FEL/CONFIG~1/Temp/msohtml1/03/clip_header.htm") es; mso-endnote-continuation-separator:url("file:///C:/DOCUME~1/DRD322~1/FEL/CONFIG~1/Temp/msohtml1/03/clip_header.htm") ecs;} @page Section1 {size:595.3pt 841.9pt; margin:3.0cm 2.0cm 2.0cm 3.0cm; mso-header-margin:35.45pt; mso-footer-margin:35.45pt; mso-paper-source:0;} div.Section1 {page:Section1;} -->
```

**A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA
GLOBALIZAÇÃO***

**THE NEW PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONTEXT OF
GLOBALIZATION**

**Francisco Carlos Duarte
Luiz Henrique Urquhart Cadernartori**

RESUMO

O texto apresenta, sinteticamente, as relações estabelecidas entre a nova conjuntura político-econômica mundialmente integrada (a chamada globalização) e seus reflexos no âmbito da nova organização jurídico-administrativa adotada no Brasil como resposta de adaptação ao novo contexto. Para tanto, a análise se divide em dois blocos principais: no primeiro, observa-se a superação do paradigma político-estatal moderno para um novo paradigma imperial. No segundo bloco visualiza-se, analiticamente, as influências, deste último, no novo modelo organizacional, político e jurídico da Administração Pública brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO ADMINISTRATIVO; TEORIA DOS SISTEMAS, NEOCONSTITUCIONALISMO; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; DIREITO PÚBLICO; FILOSOFIA DO DIREITO.

ABSTRACT

The text presents, systematically, the relations established amongst the new economic-political conjuncture worldwide integrated (what's called globalization) and its repercussions in the field of the new judicial-administrative organization adopted in Brasil as an answer to the adaptation to the new context. For that, the analysis is divided in two main parts: on the first, is observed the overcome of the modern political-state paradigm to a new imperial paradigm. On the second part is visualized, analytically, the influences of this last paradigm on the new organizational, political and judicial model of the Brazilian Public Administration.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE LAW, SYSTEMS THEORY, NEOCONSTITUCIONALISM, PUBLIC ADMINISTRATION, PUBLIC LAW, PHILOSOPHY OF LAW.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, neste estudo, traçar de forma esquemática algumas das linhas mestras que hoje definem os modelos de organização administrativa e política no mundo globalizado e, conseqüentemente, no Brasil.

Para tal fim, torna-se necessário analisar os processos de mudança do paradigma político-estatal cujas características se vislumbram nas noções de Nação Soberana; Estado Nacional; centralização do poder e hierarquia burocrático-administrativa, em direção a um paradigma político globalizado e de segmentações sociais; Estado em transformação; descentralização política e controle finalístico e fragmentado da atividade administrativa.

Tal análise partirá das bases da atividade econômica que em escala mundial, forneceram e ainda hoje fornecem os elementos de conformação política de um modelo imperialista de Estado e sua superação rumo a um modelo configurado como Império, resultante da lógica dos fluxos de poder que se perfazem, tanto nos âmbitos interno quanto externo das sociedades globalizadas¹. A seguir e como decorrência desta primeira análise, será mostrado o modelo de organização jurídico-administrativa do Brasil como produto desse novo marco de organização econômica e política de dimensões globais.

DESENVOLVIMENTO

As mudanças de paradigma no âmbito econômico

Para atingir os fins propostos, é de se observar que, desde o final do século XIX e início do século XX, o modelo imperialista de expansão de poder que caracterizava o paradigma político da modernidade, revelou-se vital, em um primeiro momento, para a sobrevivência de um mundo estruturado na idéia de Estados Nação soberanos que exerciam o poder através de administrações coloniais, pela imposição de tarifas comerciais, criação de monopólios e cartéis, zonas diferenciadas de extração de matérias-primas e produção industrial, dentre outras formas. Tais processos foram fundamentais para a disseminação do capitalismo moderno em seu primeiro período de expansão global².

Em suma, o imperialismo foi um sistema desenvolvido para servir as necessidades e promover os interesses do capital em sua fase de conquista mundial. Entretanto, e por paradoxal que pareça, segundo críticas vindas, tanto de intelectuais de esquerda, comunistas e socialistas, quanto de direita de inspiração liberal-capitalista, esse mesmo imperialismo entrou em conflito com aquilo que define a dinâmica do capital “tal qual

um remédio que ameaça matar o paciente”. Isto porque, embora ele estabelecesse os canais e avenidas para o seu trânsito a penetrar em novos territórios, difundindo também o seu modo de produção, a sua contraparte política — o Estado - baseava-se em fronteiras rígidas no espaço global, bem demarcadas em um dentro / fora, sob as dicotomias Norte / Sul; centro / periferia; primeiro mundo/ mundo dos desenvolvimento (segundo e terceiro mundo) e assim por diante. Ocorre que, dentro da lógica do mercado mundial, o essencial são os espaços livres de fluxos desterritorializados visando a circulação do capital em toda a sua plenitude, pois a lógica do capitalismo é a sua expansão ininterrupta.

Foram, então, as impossibilidades políticas do Estado Moderno as que tornaram necessário o advento de uma nova forma de organização mundial do poder econômico e político-administrativo além, é claro, dos seus reflexos sociais, culturais e jurídicos dentre tantos.

Concretamente, observou-se que com o fim dos regimes totalitários soviético e de seus principais satélites e conseqüentemente com o fim da chamada “ameaça comunista” no mundo capitalista, este pôde, com maior liberdade, experimentar uma mudança de feição política e econômica mais adequada à sobrevivência do seu modo de produção em constante demanda de espaço de disseminação. Operou-se, a partir de então, um gradual enfraquecimento do velho modelo político do Estado Moderno — herdeiro das tradições dos séculos XVII e XVIII — a qual partiu de certas mudanças econômicas tais como a flexibilização dos sistemas de especialização de produtos (uma mesma empresa fragmenta sua produção em unidades produtivas espalhadas pelo mundo, de acordo com as facilidades fiscais e normas trabalhistas flexibilizadas que o país alvo possa oferecer). Ao mesmo tempo, desenvolveu-se de forma nunca antes observada, um mercado mundial de capitais integrado sob normas de desregulamentação homogêneas e que, a partir da tecnologia da informática, tomaram livre o fluxo financeiro-especulativo reduzindo as possibilidades de controle dos órgãos governamentais, sobre a sua entrada ou saída em cada país³.

A isto somou-se a formação de blocos regionais de países visando um intercâmbio comercial através de uma liberdade aduaneira e de circulação de bens e serviços além da livre circulação de pessoas, postos de trabalho, e produção cultural sem esquecer da instituição de moeda única o que já é uma realidade no bloco europeu.

A nova conjuntura política mundial

Estes fenômenos contribuem sobremaneira para uma nova conjuntura política mundial a qual produz uma equiparação geral ou alisamento do espaço social, tanto no definhamento da sociedade civil na sua feição moderna, ou seja, rigidamente separada do Estado e tida como o espaço de atuação dos agentes econômicos, quanto no declínio das fronteiras nacionais⁴.

Isto, no entanto, não representa o fim das desigualdades ou das chamadas segmentações sociais. Ao contrário, estas divisões tornam-se ainda mais rígidas. Em outros termos, o

atual sistema de organização e irradiação de poder político e econômico em escala mundial chamado por Negri e Hardt de Império (o qual não deve ser confundido com o fenômeno do Imperialismo já descrito) é caracterizado por promover uma maior proximidade de populações extremamente desiguais — a partir do enfraquecimento das fronteiras nacionais via fluxo de capitais e pessoas e formação de blocos regionais, conforme já foi analisado — o qual gera uma situação latente e permanente de perigo social (e também da explosão de conflitos étnicos, de segmentos sociais ou religiosos por exemplo) a qual demanda a formação de um poderoso aparelhamento direcionado a uma nova forma de organização social (a sociedade de controle, faceta posterior da chamada sociedade disciplinar, nos termos de Foucault⁵) com o intuito de assegurar a separação e garantia de sobrevivência de uma nova administração do espaço social e sob a égide dos chamados Estados de Polícia ou seja, os centros privilegiados de poder no novo império, os quais necessitam, constantemente, gerar situações de exceção institucional e social naquelas regiões do mundo que ameacem sua hegemonia ideológica legitimando, então, intervenções multinacionais militares visando garantir uma estabilidade mínima aos conflitos sociais internos⁶.

Observado isso, cumpre analisar, ainda sob a mesma inspiração bibliográfica e de forma mais detida, as atuais formas de Administração Pública, num primeiro momento, sob um aspecto sócio-político estruturado em dimensões globais e a seguir, a partir de uma observação interna e local, o seu aspecto constitucional, elaborando um estudo da implementação desse novo modelo administrativo no Brasil.

A nova faceta da administração pública

O principal desafio com que se depara um novo modelo administrativo nesse novo contexto mundial, reside em como pacificar, mobilizar e controlar forças sociais que, como foi observado, apresentam novas formas de segmentação ao mesmo tempo em que são superadas as velhas barreiras sociais. A diferença entre a velha e a nova Administração Pública está em que, nos modelos políticos baseados na soberania nacional, a administração se exercia integrando linearmente os conflitos, isto significava que ela se organizava como um aparato de poder coeso a fim de que pudesse reprimilos, normalizando a vida social e com isto, alcançando o desiderato do Poder Público (paz social, ordem pública ou segurança das relações jurídicas) ou seja, o equilíbrio de forças que interagem entre os espaços criados entre o Poder Público e a Sociedade.

Contrariamente a isso, na Administração Pública Imperial ou globalizada, o seu modelo é fragmentário, pois visa integrar conflitos, não pela via de um aparato de poder coerente que equalize as relações sociais e sim através da exploração das diferenças que estes cada vez mais aprofundam.

Por ser assim, esta nova Administração Pública não mais responde ao modelo hegeliano, típico da modernidade, o qual estabelecia uma clara divisão entre a Sociedade Civil, tida como o reino da atuação, produção e circulação econômica e cultural e o Estado como unidade política e de atuação judiciária e administrativa e com isto, apoiava-se nas mediações entre essas instâncias através da sociedade burguesa a

qual, então, assumia um papel de centralidade econômica e cultural da vida social. Também não mais responde ao modelo weberiano de administração racional centrada na contínua mediação temporal e sob um prisma de legitimidade da atividade política e administrativa através da legalidade. Tais características começam a ser substituídas pela diretriz que determina que a administração de fins políticos tende a ser separada dos meios burocráticos, ao contrário do modelo descrito por Weber⁷ que tendia a tornar coerentes, meios burocráticos e fins políticos.

No atual modelo, a lógica da atividade linear operada na relação meios (função pública) — fins (objetivo ou finalidade pública) é substituída por uma lógica diferencial e multifuncional atendendo as especificidades de cada situação social ou grupo com que se travam relações.

Como exemplo disso, pode-se observar que a Administração Pública abandona o seu papel de mero executor e representante de órgãos políticos centralizados, tornando-se mais autônoma na medida em que passa a interagir através de acordos e atos unilaterais com os diversos grupos sociais, já sejam de comércio, de trabalhadores, étnicos, religiosos e mesmo do crime organizado na constante tentativa de liberdade de ação frente aos demais poderes estatais, muitas vezes, através de leis que garantam uma flexibilização cada vez maior nos mecanismos de controle legislativo *a priori* sobre os atos do Poder Público ou por normas até mesmo desconformes com a Constituição desde que possam assegurar essa maior liberdade de ação conferida a unidades autônomas, conforme se verá adiante.

A nova administração pública no Brasil

No contexto brasileiro, adotou-se uma versão local de reforma estatal a fim de melhor adequar os mecanismos de organização e ação do poder político em consonância com o novo paradigma mundial de poder. Nesse diapasão, operou-se uma ampla reforma administrativa através da Emenda Constitucional n° 19 de 4/6/98 a qual, nos termos de Moreira Neto⁸, pode ser analisada sob três âmbitos: Político; Técnico e Jurídico.

Pode-se, então, a partir da classificação tripartite do autor, traçar alguns comentários sobre cada um destes enfoques destacando-se as peculiaridades de cada um.

No âmbito político, visa a reforma, superar o modelo de Estado burocrático, típico da modernidade, de perfil weberiano com ênfase na centralização do poder e estrutura hierarquizada de comando sobre suas atividades⁹, pelo chamado Estado gestor, condizente com esta nova realidade.

No modelo estatal anterior, existia uma rígida distinção entre as esferas pública e privada, vale dizer, entre o detentor do poder político, soberano legal típico que traçava as diretrizes políticas a serem executadas pelo subordinado hierárquico que se apresentava como funcionário administrativo, tecnicamente qualificado e, até por esta razão, diferenciado de qualquer profissional da esfera privada.

De outra parte, existia uma hierarquia fixa, nas instâncias de atuação do poder estatal, caracterizada pelo acompanhamento passo a passo de cada etapa dos processos de decisão administrativa por parte do superior hierárquico sobre os subordinados, além das demais características desta forma de poder, quais sejam: fiscalização de atividades; possibilidade de avocação de atos de subordinados; punição disciplinar; poder de rever, revogar, anular ou substituir decisões dos mesmos, de ofício ou via recurso administrativo, dentre outras.

No modelo gerencial de Estado, ao contrário do anterior, a tendência é, agora, superar a clássica dicotomia público/privado, na medida em que se assiste um entrecruzamento e pluralização de instâncias de atuação administrativa e de agentes privados sob o polêmico discurso do “público não estatal”. Atestam isto, as privatizações de setores do Estado, não somente ligados à atividade econômica como também no âmbito de suas empresas prestadoras de serviços públicos tais como telecomunicações e fornecimento — podendo alcançar até a geração - de energia elétrica. Para tanto, criaram-se agências reguladoras, sob a forma jurídica de autarquias em regime especial, visando fiscalizar tais atividades cuja titularidade, por imposição constitucional, é pública, mas sua execução, a partir das privatizações, passa a ser encetada por entidades privadas em consonância com o art. 175 da Constituição.

Tais realizações apresentam-se como parte da versão governamental de um discurso (o já citado público não estatal) que possui outras vertentes, tais como a idéia de ir além de um efetivo controle rumo à participação da sociedade sobre as atividades do Estado o que pressuporia um passo adiante no regime de democracia representativa, em direção a uma democracia participativa sendo exemplos disto, o programa do orçamento participativo implementado pelo Partido dos Trabalhadores em suas administrações locais e a Lei nº 10.257/ 2001, regulamentadora dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, o chamado Estatuto da Cidade o qual dispõe, dentre outros temas, sobre os mecanismos de participação direta da comunidade nas medidas a serem adotadas na política urbana municipal.

Na esteira de tais mudanças de paradigmas estatais, no que se refere aos processos de ação hierárquica, embora estes não tenham sido extintos, são complementados com os processos de controle finalístico das diversas funções públicas a serem efetuadas pela atividade administrativa. Exemplo disto encontra-se no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, também fruto da reforma, o qual prevê a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades públicas mediante contrato a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público (trata-se dos contratos de gestão a serem comentados mais adiante).

No que tange à dimensão técnica da reforma administrativa, trata-se de implementar soluções eficientes de gestão pública através de iniciativas tais como as previstas no § 2º do artigo 39 da Constituição Federal ao tratar da criação de Escolas de Governo visando a formação e aperfeiçoamento de servidores públicos.

De outra parte, algumas técnicas de gestão tais como as decorrentes do princípio da subsidiariedade assumem maior destaque. Tais sistemas de ação, propõem níveis de concentração de poder de acordo com os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. Dito de outra forma, a subsidiariedade escalona atribuições em função da complexidade do atendimento de interesses sociais. Assim: cabe aos indivíduos decidir

e atuar quanto aos próprios interesses; aos grupos sociais menores, decidir e atuar quanto aos respectivos interesses coletivos e aos grupos sociais maiores, perseguir interesses de maior abrangência.

Somente as demandas que pela sua natureza e complexidade de ação concentrada não puderem ser atendidas pelas organizações políticas dos sucessivos níveis da comunidade (em ordem crescente) é que deverão ser cometidas às organizações políticas mais abrangentes (de nível superior) que atuam, então, subsidiariamente.

Como exemplo disto observe-se que: será o conjunto de demandas que puderem ser atendidas pela organização local como o Município, que determinará as respectivas competências político-administrativas dessas unidades e as que não possam ser exercidas via decisões locais é que deverão passar às organizações regionais, ou seja, o Estado-membro definindo-se suas competências. As competências que ultrapassem as possibilidades regionais, deslocam-se para a unidade maior, vale dizer, a União.

Saliente-se, entretanto, que ao princípio da subsidiariedade também é inerente jamais levar à minimização ou absorção dos entes menores, conservando-se assim, a idéia de fragmentação integrada das unidades do sistema, posto que, a principal função do ente maior com relação aos menores é sempre de fomento, ou seja, de criação de condições de coordenação de atuação para que todos eles ajam pela cooperação ou colaboração. Portanto, se baseia em um novo conceito de descentralização que supera a velha atividade imperativa (burocrática) rumo a uma atividade de gestão das unidades autônomas do Estado.

No campo jurídico, constata-se a introdução, no ordenamento brasileiro, de novos institutos de Direito, tidos como instrumentos de implementação de novas políticas públicas, tais como os contratos de gestão. Como exemplo disto, é de se observar que a Emenda Constitucional n° 19 de 4/6/98, na sua redefinição de setores do Estado objetivando criar novos perfis de trabalho e de atuação das entidades e órgãos administrativos, acrescentou o § 8° ao art. 37 da Constituição Federal o qual prevê a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de tais unidades da Administração Indireta via contrato (de gestão) conforme já foi salientado.

Este dispositivo foi regulamentado, em parte, pela edição da Lei 9649/98, que estabelece a organização da presidência e ministérios, a qual criou, também, as chamadas Agências Executivas na Administração Pública Federal. A partir dessa lei, as autarquias e fundações públicas que integram a Administração Indireta, tomam-se passíveis de ser qualificadas — pela edição de Decreto específico para cada caso - como Agências Executivas, dotadas de maior autonomia de gestão e sujeitas a um controle finalístico, ou seja, sem o acompanhamento direto de cada etapa do processo de consecução de atividades e sim, conforme as metas a serem atingidas, avaliadas a partir de relatório de atividades enviado, periodicamente, ao órgão controlador as quais seriam fixadas por contrato de gestão (cujos critérios de acompanhamento estão regulados pelo Decreto n° 2487/98) a ser firmado entre a entidade e a Administração Direta.

Ocorrendo isto, deixaria de existir a Autarquia ou Fundação Pública em questão e surgiria outra entidade (Agência Executiva), com qualificação diversa, personalidade jurídica de direito privado e agentes submetidos a um regime, não mais estatutário e sim celetista, embora a finalidade pública da entidade continue a mesma. Esta mudança,

portanto, atingiria setores tais como saúde, educação e previdência, dentre outros, por serem, precisamente, veiculados através de autarquias e fundações públicas embora não em caráter exclusivo¹⁰, conforme se verá adiante.

Questiona-se muito a constitucionalidade de tais contratos de gestão, bem como da mudança de regime laboral dos agentes que desempenham atividades nas chamadas *agências reguladoras*, autarquias criadas na década de noventa e dois mil, por lei específica, para fiscalizar o desempenho das empresas estatais que foram privatizadas e mesmo das atuais estatais que desempenhem, tanto serviços públicos quanto atividade econômica, por exemplo, a ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações, criada pela Lei 9.472/97; ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei 9.427/96; ANP — Agência Nacional do Petróleo, criada pela Lei 9.478/97. Isto porque, entende-se que o regime de trabalho inerente aos agentes que desempenham atividades em entidades tipicamente públicas, como são as autarquias, não pode ser contratual, tal como o celetista, ou seja, sujeito a negociações bilaterais - onde deveria imperar a indisponibilidade do interesse público - e sim o regime estatutário de caráter unilateral ao qual o servidor público se sujeita, pautando sua atuação apenas em função da lei, vale dizer, do estatuto que rege toda a sua vida funcional sendo que apenas por ela (legislação específica) podem ocorrer alterações tais como a remuneração dos seus agentes, conforme o estatui o inc. X do art. 37 da Constituição Federal.

Com relação aos contratos de gestão, não existe, ainda, um estatuto próprio que o regulamente de forma plena, já que são apenas citados na Lei 9649/98 sem haver uma definição própria, com características específicas do instituto e parâmetros normativos mais precisos.

Em realidade, os contratos de gestão não somente podem ser travados com pessoas jurídicas integrantes do aparato administrativo estatal como também podem sê-lo com pessoas jurídicas alheias a ele. Somente no primeiro caso é que não existe definição legal específica para tais contratos. Já, no segundo caso, existe definição legal precisa estatuída na Lei 9.637/98 que trata das chamadas “Organizações Sociais” as quais já existem, sob outra denominação jurídica, como entidades de caráter privado e não lucrativo (fundações ou associações civis). Estas entidades, a partir do travamento de tais contratos de gestão, passam a qualificar-se como organizações sociais, visando formar parcerias com o setor público com o intuito de executar as atividades de saúde, educação, pesquisa científica, proteção e preservação do meio ambiente, quando já prestadas por essas entidades não estatais.

Apesar de todas essas mudanças, é preciso ressaltar que a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração Indireta, de que fala o § 8º do art. 37 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 19, não poderia ser ampliada por contrato sem estar sendo, tal medida, inconstitucional. Ocorre que a autonomia das entidades estatais deriva diretamente da lei e, portanto, um contrato que alterasse tais disposições normativas, estaria, também ele, legislando através de uma forma de regulamentação diversa da lei o que caracterizaria interferência indevida entre os poderes estatais, no caso, do Legislativo pelo Executivo¹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas essas situações, apenas traduzem uma enfática tentativa de desvencilhar-se de atribuições estatais sob diversas técnicas de gerenciamento, fragmentadas no espaço social e tendo como alvo os diversos grupos de interesses que nele circulam. Isto, por sua vez, se configuraria como uma dentre inúmeras possibilidades de administrar este novo contexto globalizado de relações sociais cuja lógica de funcionamento, pelo que já se observou, ao enfraquecer o velho modelo de Estado nacional centralizado, também lhe retira, paulatinamente, muito da sua capacidade de iniciativa e competências que antes lhe eram próprias e, em alguns casos, até exclusivas, mas ao mesmo tempo abrem-se para os diversos grupos comunitários novas perspectivas de mudanças institucionais.

Explicitando melhor essa afirmação, pode-se dizer que este atual estágio da conjuntura mundial chamado de globalização, dado o seu grau de complexidade, não pode ser analisado ou criticado sob um prisma unidimensional. Para efeitos de uma análise crítica, é necessário despojar-se de qualquer sectarismo fundamentalista ou posicionamento dogmático, tanto à esquerda quanto à direita do espectro ideológico, não pela negativa ou escamoteamento de tais divisões e sim pela renúncia a seus extremos o que, caso contrário, poderia conduzir a reducionismos maniqueístas na análise de todo o fenômeno o qual, por sua vez, comprometeria uma abordagem mais racional do mesmo.

Em outros termos, a globalização não pode ser, de uma parte, demonizada como um necessário e inevitável propagador de uma única ideologia tal como o neoliberalismo e suas decorrentes e novas formas de exclusão e segmentações sociais. Mas isto, por outra parte, também não leva a querer saudar este novo contexto mundial como o fim da história e o triunfo definitivo do liberalismo de mercado. Com efeito, o que se desenha é uma nova realidade propícia, tanto à possibilidade de uma consolidação do regime de mercado como novo poder soberano em escala global a impor as regras do jogo econômico, político e cultural, quanto a um projeto, efetivamente emancipatório cujo terreno de ação nunca antes se mostrou tão apto para a abertura de canais de informação e de troca de experiências, idéias, políticas de auxílio não governamental e mobilização social como o exemplificam fenômenos díspares tais como a internet, a proliferação de ong(s) e os fóruns mundiais de debates, dentre outros.

A realidade se esboça, então, como um campo de probabilidades o qual, ora em estado latente, ora convulsivo, pode vir a orientar-se, em caráter mais estável, na opção por uma ou outra das direções apontadas a depender das escolhas conscientes propagadas pelos agentes sociais nos novos espaços públicos globalmente em expansão.

REFERÊNCIAS

BANDEIRIA DE MELLO, Celso Antonio.

Curso de Direito Administrativo. 14^o ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 918p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. Globalização, Ecologia e Alternativas para o Mercado Capitalista. **Seqüência — Estudos Jurídicos e Políticos.** UFSC Ano 19, n^o 35, dezembro de 1997, 103p.

_____, **Direito Administrativo.** Porto Alegre: Síntese, 1999, 67p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 90 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990, 295p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 181p.

NEGRI, Antonio e KARDT, Michael. **Império.** Rio de Janeiro: Record, 2001, 503p.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad.** México: Fondo de Cultura Económica, 1944, 1195p.

1 A esse respeito, confira-se a obra HARDT, Michel e NEGRI, Antonio. **Império.** Rio de Janeiro: Record 2001, 503p.

2 Idem, p. 354.

3 CADEMARTORI, Luiz Henrique. Globalização, Ecologia e Alternativas para o Mercado Capitalista. Revista Seqüência - Estudos jurídicos e Políticos. N^o 35, UFSC, dez de 1997.

4 NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. Op. de., p. 358.

5 FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 9^o ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990, 295p.

6 Embora a recente intervenção quase unilateral dos EUA no Iraque possa caracterizar um tipo de ação militar típica do contexto moderno do imperialismo, isto não significa, ao menos por ora, um retorno definitivo ao velho paradigma político. Até porque o multilateralismo político e econômico ainda é uma realidade em escala global e todos os acontecimentos posteriores à guerra estão a indicar o re-estabelecimento das alianças estratégicas entre os blocos de países militar e economicamente hegemônicos.

7 Cf. WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica. 1944, páginas 170-180.

8 A esse respeito: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos Sobre a Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 181p.

9 Em realidade, o Decreto-Lei nº 200/67 operador da penúltima reforma administrativa federal do Estado brasileiro já tinha estabelecido as bases do modelo de gestão descentralizada ou supervisão ministerial da atividade administrativa, sendo que a Emenda Constitucional nº 19 de 4/6/98 em parte enfatizou tal necessidade de divisão e atribuição de competências a entes estatais com maior autonomia de ação, e de outra parte, aprofundado sob tal aspecto, uma maior desvinculação do Estado com o desempenho de atividades que historicamente lhe são correlatas, tais como saúde, educação, previdência e assistência social dentre outras.

10 CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Direito Administrativo**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p 22.

11 Veja-se a esse respeito, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 208.

**A INTERVENÇÃO ESTADUAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO:
DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS INÓCUOS? UMA ANÁLISE CRÍTICA
AO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL NOS MUNICÍPIOS. ***

**LA INTERVENCIÓN ESTADUAL EN EL FEDERALISMO BRASILEÑO:
¿DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES INÓCUOS? UN ANÁLISIS CRÍTICO
AL INSTITUTO DE LA INTERVENCIÓN ESTADUAL EN LOS MUNICIPIOS.**

Francisco Jório Bezerra Martins

RESUMO

A partir da Constituição Federal de 1988, o pacto federativo brasileiro foi remodelado para contemplar a coexistência harmônica do Município, ao lado da União, Estados e o Distrito Federal. Essa nova roupagem trouxe igualmente a necessidade de criar um mecanismo de manutenção do federalismo brasileiro, frise-se, cláusula pétrea, tendo em vista o novo ente. Assim, foi criada a Intervenção Estadual como instrumento a assegurar a harmonia do todo federativo, caso o ente local desrespeite as regras constitucionais estabelecidas. O que se observa desde o seu nascedouro, é que a Intervenção Estadual, assim como a Federal, é um instrumento de exceção, raramente utilizado. Essa constatação sugere, portanto, uma análise mais aprofundada do seu instituto. Afinal, jamais se materializam as hipóteses? É a intervenção um instrumento de mera conveniência do Chefe do Executivo Estadual? Quais são as vantagens e desvantagens da intervenção? O tema adquire relevo na medida em que a figura do Município ganha cada vez mais relevância no que tange a políticas públicas, em especial por estar mais próximo da realidade, do dia-a-dia dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVES: PACTO FEDERATIVO. INTERVENÇÃO ESTADUAL. MUNICÍPIOS.

RESUMEN

Desde la Constitución federal de 1988, el pacto federativo brasileño fue remodelado para contemplar la coexistencia armónica de la ciudad, al lado de la Unión, de los Estados y del Distrito federal. Debido a este nuevo integrante, El Municipio, hubo la necesidad de crear un mecanismo del mantenimiento del federalismo brasileño. Así, la intervención estatal fue creada como instrumento para asegurar la armonía de toda la federación, caso El ente local no respecte La Constitución. Lo que se observa desde su creación, es que La Intervención Estatal, así como La Federal, es un instrumento

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

excepcional, pocas veces utilizado. Esta afirmación sugiere, por lo tanto, un análisis más profundizado de su instituto. ¿Además, nunca están materializadas las hipótesis? ¿Es la intervención un instrumento de la conveniencia del Jefe del Ejecutivo Estatal? ¿Cuál son las ventajas y las desventajas de la intervención? El tema adquiere más importancia en la medida en que es en la ciudad donde experimenta las políticas públicas, donde se vive la realidad del día-por-día de los ciudadanos.

PALAVRAS-CLAVE: PACTO FEDERATIVO. INTERVENCIÓN ESTADUAL. MUNICIPIO

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 ao assegurar ao Município a condição de ente do pacto federativo, trouxe também algumas inovações inerentes ao tema. A intervenção, que antes aplica-se tão somente da União nos Estados e no Distrito Federal, ganhou uma nova espécie, qual seja, a da Intervenção Estadual. Esta, por sua vez, é praticada pelos Estados nos municípios que estão em sua circunscrição, uma vez verificadas as hipóteses interventivas contempladas no art. 35 da Carta Maior.

Vale ressaltar que a Intervenção, seja ela Federal ou Estadual, não é sinônimo de hierarquia ou perda de autonomia política. É tão somente um mecanismo criado pelo poder originário para manter a harmonia do pacto federativo, uma vez que as normas basilares da Constituição tenham sido transgredidas. Destarte, caso algum ente municipal sofra intervenção, a sua autonomia poderá ser suspensa temporariamente, mas, jamais, suprimida.

Quando a Constituição assegura a autonomia dos Municípios em seu próprio texto, é razoável que também exponha os casos em que se seja possível a intervenção nos Municípios, bem como o sujeito ativo, e, quiçá, a forma como se processará dita intervenção, com o fito de não submeter o procedimento ao talante do interventor.

A intervenção do Estado no Município é decorrente do princípio da autonomia municipal. A regulamentação de suas hipóteses emergiram no Direito Constitucional pátrio tão somente quando essa autonomia foi configurada formalmente, e não sob ângulo abstrato, na forma utilizada alhures, “peculiar interesse”. Destarte, o Estado intervencionista nos negócios municipais não podia estar presente nos idos constitucionais de 1824, nem de 1891, muito menos na Carta Política de 1937, posto que esta foi concebida no regime ditatorial, onde não era necessária a interferência do Estado no Município, a saber, o Poder Central podia tudo *ad nutum*, era livre para nomear, e destituir a qualquer tempo. Por sua vez, a Constituição de 1946 beneficiou de várias maneiras os governos municipais. Instituiu a concessão de autonomia política de forma clara, manifestada pela capacidade de eleger o legislativo e executivo, ainda que algumas restrições (como por exemplo os Prefeitos de instâncias hidrominerais, os das capitais dos Estados e os declarados como importantes para a defesa externa nacional), bem como tributar, arrecadar e aplicar os recursos, e ainda organizar os serviços de âmbito local.

A palavra de ordem era ampliar o poder dos Municípios e isso acarretou limitações aos Estados. Mesmo aumentada de uma para duas, as possibilidades de intervenção dos Estados nos Municípios, estes, doravante, não possuíam mais o condão de as regulamentar.

A CF de 1967, seguindo o exemplo da anterior, incluiu mais uma hipótese a qual o Estado poderia intervir no Município, qual seja, da falta da prestação de contas, obrigatória por força de lei. Outra inovação apresentada pelo constituinte, foi a regulação da matéria inerente a intervenção, à cargo do legislador estadual, como restou positivado no art. 16, §3º, a saber:

“[...]”

§ 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, só podendo ocorrer:

- a) quando se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado;
- b) se deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada;
- c) quando a Administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada na forma da lei estadual.”

Em 27 de fevereiro de 1967 foi promulgado o DL n.º 201, hoje ainda em vigor dispondo especificamente sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Citada norma tipificava não somente os crimes as quais os prefeitos poderiam incorrer, cujo julgamento a ser conduzido pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores, e as infrações político-administrativas sujeitas à apreciação pela Câmara, cuja sanção era a cassação do mandato.

Mas a CF de 1967 foi emendada pela EC n.º 1 de 17.10.69 que alterou profundamente o texto constitucional. A alteração operada no campo reservado da intervenção foi ampliada profundamente, indo de encontro com as tendências verificadas pelas Constituições de 34 e 46, bem como o próprio texto originário da Carta. As possibilidades de intervenção foram ampliadas para nada menos do que seis hipóteses. Assim rezava o art. 15, §3º da CF, modificada pela EC:

“[...]”

§3.º - A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

- a) se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado;
- b) deixar de ser pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada;
- c) não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover a execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao estabelecimento da normalidade;

e) forem praticados, na administração municipal, atos subversivos ou de corrupção; e

f) não tiver havido aplicação, no ensino primário, em cada ano, de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária municipal.”

Verifica-se pela primeira vez a sanção decorrente da inobservância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como remeteu ao Estados, a faculdade de regulamentar a intervenção. Esse poder concebido ao Estado em regular matéria de tamanha gravidade forçou o legislador Estadual a cumprir com mais cuidado o mandamento da Lei Maior, expondo um por um, os princípios cuja violação ensejaria a medida interventiva.

Segundo Lordelo de Mello, algumas Constituições Estaduais transcreveram o inteiro teor da CF, abstendo-se de indicar os princípios de suas próprias cartas. Esse procedimento obrigava os juristas a enveredar pelo campo da hermenêutica, conduzindo a situações dúbias podendo vir a prejudicar o Município. Melhor técnica constitucional adotou a Constituição do Estado de Pernambuco, que detalhava exhaustivamente os princípios a serem observados

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO MUNICÍPIO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O conjunto harmônico do Estado federal repousa sobre um delicado equilíbrio de forças. Por um lado, a necessidade da coesão nacional reforça a união dos integrantes do pacto federativo, de outro lado, a competição interestadual aliada à autonomia, tendência desagregadora vai de encontro ao interesse coletivo. Para assegurar a unidade da federação, e equilibrar essas tendências antagônicas, a constituição prevê fundamentalmente a solução de conflito de competências por um tribunal especializado, e, em última e mais instância, a intervenção do governo central nos entes federados.

A existência de diversas pessoas políticas enraizadas em uma estrutura comum, regidas por uma Constituição válida para todos, ao mesmo passo que reserva competências próprias para esses entes, ordena o respeito à autonomia dos demais, e que abdicuem atos atentatórios que venham a minar a existência do todo federativo. Contrariamente à Confederação, as Federações não admitem a secessão. Caso previssem a exclusão ou separação de um integrante, todo o conjunto estaria arriscando a sua existência, posto que a sua razão primordial é a conjugação dos recursos dos associados em favor da coletividade, sem contudo perderem a autonomia e suas particularidades regionais O vínculo federativo é o fundamento da existência da própria Federação, o que leva o governo central a munir-se de meios necessários à manutenção da união.

A palavra ‘intervenção’, em sua etimologia, deriva do latim *interventione*, cujo conceito significa interferência, intromissão ou ingerência de uma pessoa nos negócios de outra. De Plácido e Silva define a intervenção federal como “a intromissão constitucionalmente autorizada, do governo central na administração e governo dos Estados Federados”. Nos dizeres de José Afonso da Silva, especificamente no que trata a do Estado no Município como “medida excepcional de caráter corretivo político-administrativo. É mais uma restrição à autonomia municipal para salvaguardar os superiores interesses da administração e dos administrados, quando falha a ação dos governantes e administradores locais”, Hely Lopes Meireles entende que seja “medida excepcional de caráter político-corretivo”. Pinto Ferreira, de modo mais sucinto a descreve como “uma medida de ordem político-jurídica a fim de preservar a ordem constitucional prevista na Lei Magna”.

Perfilhando uma definição mais abrangente, Alexandre de Moraes discorre “a intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Por sua vez, Valdecir Fernandes Pascoal assenta que seja o “poder dever que tem o Governador do Estado suspender, excepcionalmente e transitoriamente, a autonomia municipal com vistas a restaurar a normalidade constitucional-administrativa do Município e assegurar a preservação da estrutura do Estado Federal”.

Em decisão originária do Recurso Extraordinário n.º 94.252-1, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a intervenção não tem caráter penal, posto que é medida de caráter político-constitucional, nem afronta a autonomia municipal, porque se opera por força de uma norma da lei maior, qual seja, a Constituição Federal, e que por fim, é ato político-administrativo, que não implica injunção de pena ao prefeito.

Vislumbramos a intervenção dos Estados nos Municípios como o procedimento político-administrativo de interferência temporária do Estado no Município, com o fim específico de resguardar a ordem federativa, bem como fazer prevalecer a lei e a ordem judicial, para restaurar a plena autonomia municipal em defesa dos munícipes. Destarte, a natureza jurídica da intervenção é, em parte, política, porque visa a mantença da estrutura federativa cujo cerne é eminentemente a organização política do Estado, a Federação e seus componentes, e também administrativa, porque trata-se de uma situação especial, que visa oferecer proteção à estrutura do Estado, sendo deflagrada mediante procedimento administrativo.

Visto por esse prisma, não se deve empregar à intervenção um caráter de exceção ao estado de direito democrático, e sim ao revés. Nos moldes em que hoje foi concebida, com a ampla oportunidade de defesa, do contraditório, devido processo legal e duplo grau de jurisdição, seria uma impropriedade insistir em tal assertiva. Mesmo porque essa medida excepcional não atinge ao administrador público escorrito, idôneo, e sim aquele que não empregou, ou emprega com deficiência o erário público, ou ainda aquele que desrespeita lei e princípio constitucional, ordem ou decisão judicial.

A excepcionalidade da medida interventiva fundamenta-se na segurança das entidades da federação em exercer a autonomia como princípio básico da forma de Estado

assegurada pela Constituição. Destarte a intervenção só poderá ocorrer nos casos taxativamente estabelecidos na Constituição, cuja regra é a de não intervir.

Em face de competência residual conferida aos Estados-membros, estes poderão regular o processo interventivo. Note-se que regular não comporta interpretação extensiva, conduzindo ao aumento do número de hipóteses já previamente indicadas pela Constituição.

Em tempos pretéritos a medida interventiva fora aplicada em larga escala, principalmente quando o chefe do executivo local era desafeto político do chefe do executivo estadual. Eram medidas arbitrárias, eivadas de inequívocas inconstitucionalidades, visando o afastamento do adversário, para que este ficasse a rebordo do cenário político, e ainda com a imagem maculada pelas hipóteses denegridas da intervenção. Hodiernamente a situação é distinta. Para que o Município seja atacado e sua autonomia ameaçada, é necessário percorrer um longo caminho, no qual oportunidades são oferecidas para apresentação de suas justificativas ou defesas, na ampla concepção do estado democrático de direito, e caso a mesma venha a ser, inevitavelmente concretizada, conduzirá as provas consideradas inequívocas, tudo no escorreito cumprimento aos ditames da Lei Maior.

Outro argumento abalizador desse posicionamento vem da própria origem da Constituição brasileira. Ora, a presciência interventiva está erigida pela suprema norma legal, advinda de um poder constituinte originário eleito pelo povo, cujos pilares estão fundados na democracia. Ademais, a própria autoridade que irá decretar o procedimento interventivo municipal, é um representante político eleito por sufrágio universal, no caso, o Governador do Estado a qual está cingido o Município.

O princípio da não-intervenção igualmente confere ao Chefe do Executivo Estadual, a discricionariedade de escolher a aplicabilidade da medida. Trata-se de um juízo de valor a ser operado pelo Governador do Estado, o que sugere a independência deste, em relação aos demais Poderes do Estado, notadamente o Legislativo e o Judiciário. Destarte, por ser um julgamento político, os Tribunais adotaram o raciocínio lúdimo de que não há causa no procedimento interventivo. O questionamento que poderá ser suscitado é relativo ao procedimento legal do ato administrativo do Executivo, mas nunca os seus motivos.

Esse ensinamento está demonstrado no acórdão proferido nos autos da Petição n.º 968-2, publicada no D.J. de 10.03.95, cujo trecho vale transcrever:

“[...]”

Intervenção estadual nos municípios para prover à execução de ordem ou decisão judicial: requisitada a intervenção, é inviável, em recurso extraordinário contra a decisão que o fez, discutir, à luz da Constituição, o mérito da decisão judicial a cujo cumprimento se resiste.”

O acórdão seguinte, extraído dos autos da PetQO n.º 1.272-1, publicado em 26.11.99, guarda consonância com o arrazoado do anterior:

“[...]”

Tendo o plenário da Corte, em julgamento posterior à prolação do despacho que concedeu liminar nesta petição, firmado o entendimento de que, em decisão sobre intervenção em Município, não há causa e, conseqüentemente, falta um dos requisitos para ser cabível recurso extraordinário, em fato superveniente leva a não ser referendado o despacho concessivo da liminar objeto desta questão de ordem.”

O acórdão exarado no Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 309.397-3, publicado no DJ de 17.08.01, de igual sorte ilustra o posicionamento adotado, *verbis*:

“[...]”

Além do mais, a iniciativa do interessado de requisitar a intervenção estadual não é exercício do direito de ação, mas sim, de petição, portanto, não há jurisdição (CF, artigo 5º, XXXIV), e, logo, não há causa, pressuposto de cabimento de recurso extraordinário (Pet 1.256-9, DJ 04/05/01 e AgRgAI 244.470-4, DJ de 22/8/00).”

Finalmente, trazemos à colação, acórdão do Agravo no Agravo de Instrumento n.º 342.919-2, publicado no DJ de 31.08.01, da lavra Exmo. Ministro Relator Ilmar Galvão:

“[...] ao decidir pedido de intervenção estadual nos municípios para prover a execução de ordem judicial (CF, art. 35, IV), atua como autoridade administrativa, sem parcela de poder jurisdicional, não ensejando, por isso, o cabimento do recurso extraordinário.”

O maior interessado na intervenção não é o particular, e sim o próprio Estado, interessado em resguardar a ordem jurídica. Por isso, não há litígio. O Estado não pode pelear-se contra si mesmo. Nada obsta, todavia, que aquele particular provoque o judiciário, para que este desperte ante a ameaça que se avoluma.

Outra questão que cumpre discutir é o alcance do decreto interventivo. Pode a Intervenção ser decretada contra a Mesa Diretora da Câmara de Vereadores, ou esse mecanismo de ingerência estadual está adstrito a figura do Alcaide?

Antes de responder diretamente a esse questionamento, analisemos rapidamente as competências dos órgãos da administração municipal. O Município é composto de dois órgãos de governo, a Prefeitura, sede do Executivo cujo titular é o Prefeito; e a Câmara de Vereadores, representa o Legislativo e alberga os edis. O Prefeito Municipal é o chefe do Concelho, administra a cidade. Por excelência pratica atos executórios, e por vias secundárias legisla através de Decretos, regulamentos internos e estrutura a administração da Prefeitura, e ainda julga em última instância os servidores municipais. A Câmara possui atividade precípua a produção legislativa. Contudo, também pratica atos típicos do Executivo quando põe em marcha suas deliberações internas, é responsável pela fiscalização dos atos do executivo, julgando suas contas. Destarte, esta pratica atos legislativos, executivos e jurisdicionais (ao julgar as contas do Prefeito), e ao mesmo tempo administra erário público, há de prestar contas de sua gestão.

A Constituição ao enumerar as hipóteses interventivas diz que o Estado “não intervirá no Município”, significa dizer no Governo Municipal, seja no âmbito executivo ou legislativo, conforme o nexa causal. Não vislumbrou o constituinte a necessidade de subdividir o instituto interventivo para alcançar o seu desiderato, que é a manutenção da ordem, organização das finanças públicas e desenvolvimento do ensino e educação.

Àquele órgão, integrante do Município que se enquadre dentro das possibilidades prevista no texto constitucional, pode sofrer intervenção enquanto subsistam motivos bastantes.

Destarte, ao defender que a intervenção pode alcançar igualmente a Câmara, todavia as condições de intervenção não se aplicam a ambos Poderes indistintamente. Ao Prefeito são aplicáveis todas as hipóteses, no entanto, a Câmara submete-se às tipificadas no inciso II e IV, ou seja, não prestação de contas e descumprimento de princípios indicados na Constituição Estadual, descumprimento de lei, ordem ou decisão judicial. Por exclusão afirmamos que a dívida fundada, cujo não pagamento por dois anos consecutivos é condição suficiente para decretar a intervenção, bem como a não aplicação de porcentagem da receita em ensino e saúde, é de competência exclusiva do Executivo na pessoa exclusiva do Prefeito. Ainda que a aprovação da dívida fundada dependa da casa legislativa, a esta não alcança o manto da intervenção.

Mas como está caracterizada a Intervenção dos Estados no Município na atual Constituição? Segundo prescrito no texto Magno, trata-se de um remédio excepcional, podendo ser utilizado apenas em situações extremas. Além de excepcional, a intervenção é ato político-administrativo, admitida somente nos casos expressos do art. 35, I a IV da CF, a saber:

“Art. 35 – O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.”

Face a essa enumeração constitucional, resta cristalizado o entendimento que o Estado é o titular da intervenção municipal, vez que somente este pode decretá-la. Todavia, cumpre frisar que a atividade deve restringir-se tão somente ao controle nas hipóteses indicadas na CF, e “que deve deixar ao Município o exercício de suas atribuições específicas, só intervindo em caso de prejuízo coletivo, e não a *tutela*, que é a ingerência nos atos do menor incapaz”.

Além de não configurar procedimento jurisdicional propriamente dito, a intervenção não implica em pena ao prefeito. A medida de intervenção tem por pressuposto a reconquista da probidade administrativa, dos princípios constitucionais, da boa administração, cumprimento da legislação, para reposição da ordem, com o fito de garantir a forma federativa, afinal, o Município é parte componente da República Federativa do Brasil.

O significado do trato pela Constituição Federal da intervenção no Município, enumerando-lhe taxativamente os motivos autorizadores e subordinando um deles, o do art. 35, IV, ao controle jurisdicional prévio do Tribunal de Justiça, é manifestamente o de resguardar a autonomia municipal, mediante rígida delimitação da ingerência nela do Estado-membro.

Resulta daí que o vedado à organização constitucional do Estado-membro é ampliar as fronteiras ou flexibilizar o exercício do seu poder interventivo sobre a órbita de autonomia dos Municípios.

Outra questão que merece ser levantada. Se, verificada a infração municipal necessária para ordenar a intervenção, está o Governador obrigado a decretá-la?

Com base em toda argumentação oferecida, concluímos inarredavelmente que a intervenção é um mecanismo da federação com o intuito de manter a harmonia entre os associados desse pacto federativo, e sua natureza é revestida do caráter político, discricionário, que expressa, nas federações bidimensionais (onde somente há a União e os Estados-membros) a vontade do Chefe do Executivo nacional.

O remédio interventivo é extremo e só utilizado em situações extravagantes, e por isso, surge o questionamento da sua obrigatoriedade ou não. De ante mão, face à sua natureza política, e ainda devido à submissão ao crivo do Governador, e, em alguns casos, dependente da aprovação da Assembléia Legislativa, defendemos que não será obrigatória a intervenção. Ora, a discricionariedade faculta ao Chefe do Executivo Estadual examinar a gravidade da medida, e se o recurso interventivo é conveniente para liquidá-lo, posto que face a sua excepcionalidade, deverá ponderar sobre a conveniência e oportunidade de sua efetivação, dentro dos fatos previstos no texto constitucional.

O texto constitucional é peremptório quando diz que a União não intervirá nos Estados e nem no Distrito federal, e os Estados não intervirão nos Municípios, excetuando os casos ali enumerados. Ora, o que existe é a obrigatoriedade de não intervir. Não se dará a intervenção, não se permitida, a não ser nos casos elencados. Uma vez concretizadas as hipóteses autorizadas previstas, aqueles (União e Estados) poderão fazê-lo, ou seja, não estão obrigados, a intervir. Dizemos, pois, que o Estado-membro jamais poderá intervir nos Municípios, caso estes, em tempo algum, incorram em nenhum dos motivos previstos pela CF. Todavia, se os Municípios ferirem os preceitos indicados na CF, os dispostos no art. 35, aí sim, os Estados-membros poderão intervir.

A intervenção é uma medida extravagante, que há de ser aplicada com excessiva cautela para que não reste ofendido o princípio federativo. Apenas quando se verificar a real ocorrência das situações enumeradas, é que surgirá, em tese, a possibilidade interventiva. Ressalte-se ainda que essas situações são taxativas, e não meramente exemplificativas, ou seja, não podem ser ampliadas ou restringidas.

A deflagração da intervenção estará sujeita ao juízo de convicção do Governador do Estado, da sua avaliação do caso concreto, da necessidade da medida, do dispositivo constitucional aplicável, ensejando uma ampla margem interpretativa. Após decidir se intervirá ou não, o Governador expedirá o ato administrativo decisório, que como tal, deverá estar cercada das garantias legais, notadamente ao motivar com clareza as razões

de deliberação. Se decidir pela intervenção, ou se preferir não utilizar desse recurso, deverá, de uma maneira ou de outra, registrar fundamentadamente sua decisão. O ato de intervir, embora dotado de natureza política, é acima de tudo ato administrativo, estando submetido a todas as condições de formação e validade do ato jurídico.

O ato resolutivo da intervenção só poderá ser contestado no judiciário, no que tange à sua legalidade, se o mesmo cumpriu com os requisitos de validade. Jamais a sua fundamentação, a vontade do agente que o emanou, sob pena de invasão de competência, do Poder Judiciário em relação ao Executivo, por tratar-se de ato próprio deste.

Destarte, caso seja contestada judicialmente a decisão Estadual, a apreciação a ser oferecida pelo Judiciário, cingir-se-á a examinar se a conveniência e a oportunidade estudada pelo Executivo, operou-se sem desvio de poder, extrapolando de forma flagrante a discricionariedade emprestada à questão, indo de encontro aos ditames da administração pública. Essa atitude pode inclusive caracterizar atentado contra o Estado Federado, ensejando, caso a negativa da intervenção, a omissão em decretá-la seja evidentemente desmotivada, a caracterização de crime de responsabilidade do Governador. Da mesma forma poderia ensejar crime de responsabilidade, no caso de Município desobedecer a ordem ou decisão judiciária, e a intervenção já tenha sido requerida pelo Poder estadual coacto, mas, o Chefe do Executivo estadual, levado por razões de natureza político-partidária, abandone a toga de magistrado político, caracterizando manifesta omissão dolosa.

Desta maneira, afasta do Judiciário a alegação de que a revisão dos atos administrativos discricionários fere o princípio da separação dos Poderes.

Passemos agora a estudar as hipóteses que dão causa à intervenção.

Não pagamento de dívida fundada

O não pagamento de dívida fundada surgiu como hipótese suficiente para decretar a intervenção na Carta Política de 1946, repetindo-se na de 1967. Naquela época o país estava emergindo de um regime ditatorial, e a necessidade de moralizar a administração pública, regularizar as contas, bem como oferecer mais transparências das mesmas era pujante.

O disciplinamento da dívida fundada foi insculpido pela Lei n.º 4.320 de 17 de março de 1964 que estatui as normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados. Destarte, por dívida fundada entende-se como os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender o desequilíbrio orçamentário ou financiamento de obras e serviços públicos. Esta é representada por várias modalidades, como contratos, títulos da dívida pública, concessão de garantia e oposição de aceite, cujo prazo para resgate seja superior a um ano, ou seja, um exercício financeiro.

Aos entes federados não assiste o direito de contrair dívidas inadvertidamente. Os Senadores da República dispõem de competência privativa para fixar os limites globais

para o montante da dívida consolidada para cada componente da federação, assim como relativos às operações de crédito interno e externo dos mesmos.

Após a aprovação da Lei Orçamentária, que prevê a receita e fixa a despesa, geralmente ocorrem fatos supervenientes que forçam a administração municipal a destinar uma quantia maior a um determinado setor, seja para obras ou serviços anteriormente não previstos. As fontes de renda ordinárias são os tributos privativos, e os preços cobrados pela produção de bens, serviços ou atividades prestadas, bem como do repasse oriundo da arrecadação dos Estados e da União, e para essa situação extraordinária existem os empréstimos e financiamentos, que integram a sua receita e posteriormente despesa.

Para que um Município se socorra de empréstimo ou financiamento, é obrigatoriamente necessária a manifestação da Câmara de Vereadores quando a receita for originária de fontes nacionais, e também da aprovação do Senado Federal, quando se tratar de receita oriunda do estrangeiro (CF, art. 52, V), bem como a expressa previsão na Lei Orgânica de essa possibilidade. O comprometimento de dívidas extraordinárias, não previstas na Lei do Orçamento Anual deve ser submetido à da Câmara, posto que esta exerce controle externo dos atos do executivo, e tal situação compromete a saúde financeira do Concelho. Caso o Prefeito contraia empréstimo ou financiamento sem autorização da Câmara, ficará sujeito a julgamento pelo Poder Judiciário, que por sua independe de pronunciamento da Câmara relativo a esse delito, cuja pena varia de três meses a três anos de detenção (§1.º do art. 1.º do Decreto Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967).

A modalidade de empréstimos e financiamentos mais comuns ocorre entre o Município e o Estado a qual está circunscrito e também à própria União federal. Para tanto esse dois últimos dispõem respectivamente de Secretarias e Ministérios, bem como suas próprias instituições financeiras oficiais. Esses empréstimos são firmados geralmente para a consecução de obras ou de serviços vultuosos, aos quais o erário local não dispõe de recursos suficientes para a sua execução.

Mas qual é a razão para se empregar uma medida de supressão temporária de autonomia nesse caso?

Quando um Município encontra-se insolvente por prazo superior a dois anos, está caracterizado um grave indício de que a administração pública está indo de encontro ao princípio da consecução do interesse público. Um ente da federação não pode entregar sua direção à um Executivo displicente que o conduza à ruína e não zele pelas finanças públicas. A reorganização das finanças é tarefa essencial para que a máquina administrativa exerça com qualidade a satisfação do interesse da coletividade.

Tanto esse aspecto é valorado que não apenas ao Município é condição interventiva, mas também o próprio Estado-membro está exposto à intervenção federal da União caso suspenda o pagamento da dívida fundada por prazo superior a dois anos, nos termos do artigo 34, V, 'a'.

Destarte, o bem jurídico tutelado é a organização financeira dos Estados-membros e dos Municípios, necessários ao crescimento e desenvolvimento nacional. Nesse sentido vale transcrever a lição de Josapaht Marinho “a autonomia no quadro federativo impõe ao detentor do mandato político, na função executiva, zelo permanente pela coisa pública, respeito ao interesse coletivo. Se o princípio do governo próprio se desnatura, servindo

a procedimento regulamentar, a intervenção é remédio sanear, de modo que se instaure a regularidade da vida política e administrativa”.

A decretação da intervenção por não pagamento de dívida fundada comporta uma exceção. Já firmamos nosso posicionamento no sentido de que a intervenção é um procedimento político-administrativo, e como tal, está submetido à discricionariedade do Governador do Estado. Ora, antes de decidir pela medida extraordinária, deverá ponderar sobre os fatos que deram causa à inadimplência municipal. Verificado pois a existência de escusa baseada em motivo de força maior, excluída está a possibilidade interventiva.

A força maior é fato alheio, exterior ao município. Verificada a ocorrência de um fato, cujos efeitos eram impossíveis de evitar ou impedir, suprime-se ao ente local qualquer imputabilidade decorrente do mesmo. Cretella Júnior ao examinar a exigibilidade de dívidas estaduais junto ao Governo Central, assim discorreu: “a força maior, que impossibilita a solução da dívida fundada, é assim, dirimente, exoneratória, excludente, que permite a suspensão do serviço da dívida fundada estadual, sem o perigo intervencionista federal, como por exemplo, a guerra civil, evento muitas vezes imprevisível, irresistível e inevitável”. O Código Civil no artigo 393, parágrafo único o define como “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Falta de prestação de contas

A fiscalização do Município é de competência do Poder Legislativo, a ser exercida mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado. Estão sujeitos a investigações do Tribunal de Contas todo agente público que gerencie o erário municipal, incluindo o Prefeito, a Câmara Municipal representada por sua Mesa Diretora e outros responsáveis por dinheiro, bens ou valores públicos de administração direta ou indireta.

É verdadeiro interesse público o cumprimento da aplicação dos recursos obtidos através do sacrifício de toda a sociedade. É um dever do administrador abrir sua contabilidade para julgamento por órgão específico. O dinheiro, bens ou valores em mãos dos administradores não lhes pertence, lhe cabe tão somente a sua gestão e melhor aplicação, revertida em prol da sociedade contribuinte.

A redação constitucional do caso em tela (art. 35, II) dá margem a uma interpretação dúbia. Diz o inciso que o Estado intervirá quando “não forem prestadas contas devidas, na forma da lei”, mas a não prestação significa abster-se de enviá-las ao Tribunal de Contas, ou ainda prestá-las, todavia de forma irregular? Adotamos a restrita interpretação do texto. Somos partidários de que a intervenção só é aceitável quando o Prefeito ou a Mesa Diretora da Câmara Municipal, abstenha-se de apresentar *in totum* as contas municipais.

Se entendêssemos que a prestação irregular desse cabimento a intervenção, ficaria sem efeito o Decreto Lei n.º 201 de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, além de expor a autonomia a toda a sorte de assaltos, por menor que fossem os equívocos contábeis. Adicionado a isso, os

Tribunais de Contas podem aplicar multas e exigir devolução de quantias ao cofres municipais das contas com máculas de irregularidades.

Quando a Constituição apontou a intervenção como medida extraordinária para reorganizar os Municípios, não menosprezou as sanções político-administrativas, civis e criminais imputáveis aos Prefeitos, e Vereadores integrantes da Mesa Diretora, aplicáveis ao caso de dispêndio do erário municipal. Quis o constituinte resguardar tão somente que as contas fossem minimamente prestadas, dada ao conhecimento de técnicos hábeis para o seu julgamento.

Todavia, pode ocorrer situação na qual a prestação irregular de contas confunde-se com a sua própria abstenção. Inicialmente, a primeira análise realizada pelo Tribunal de Contas, é conferir se foram remetidos todos os documentos suficientes para a análise da contabilidade municipal. Caso esteja ausente algum documento obrigatório, ou, se o julgador entender que necessita de maiores provas elucidativas da gerência do erário público, e, mesmo após requisitar formalmente a apresentação desse material o administrador esquiva-se em apresentá-los impossibilitando a sua apreciação, resta configurada a não prestação das contas. A falta de elementos elucidativos da gestão municipal não confere ao Prefeito ou Mesa Vereadores a irregularidade de contas, mas sim a caracterização da não prestação, ensejando a intervenção do Estado, seja no órgão sede do Executivo ou do Legislativo.

A falta de prestação de contas pode implicar a caracterização de crime de responsabilidade, cuja pena é de detenção variável de três meses a três anos. No campo político-administrativo, o parecer da Corte de Contas, autoriza a Câmara Municipal cassar o mandato do Prefeito.

Findo o procedimento administrativo de análise do gerenciamento financeiro municipal, o Tribunal de Contas emite parecer prévio endereçado à Câmara, contendo a indicação das irregularidades bem como a indicação das medidas corretivas. Diz-se parecer prévio porque o julgamento final da gestão do Chefe do Executivo será proferido pelos Vereadores, por maioria qualificada. O Poder Legislativo local pode, mesmo se o órgão julgador reprovar as contas apontando diversas irregularidades, sentenciar que as mesmas merecem ser aprovadas, elidindo a possibilidade de intervenção. No que tange à Mesa Diretora da Câmara Municipal, o julgamento por parte do TC é definitivo.

Após a emissão do parecer prévio, deve este ser julgado no prazo estabelecido na LOM. A sua reprovação só é admitida por maioria de dois terços dos Vereadores. Em qualquer das hipóteses, seja pela aprovação ou rechaço, a votação deve ser motivada expressamente, sendo vedada a apreciação ficta, positiva ou negativa. Decidindo pela aprovação das contas, o Prefeito não poderá sofrer qualquer imputação de responsabilidade político-administrativa, haja vista a aprovação parlamentar de sua gestão. Todavia, o relatório do Tribunal de Contas pode apontar irregularidades caracterizantes de crime de responsabilidade sujeitos à julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara.

A possibilidade interventiva ora estudada é igualmente passível de exceção. Fatos alheios à vontade do Prefeito ou da Mesa Diretora da Câmara Municipal podem comprometer totalmente a obrigação de prestar contas. Trata-se do caso fortuito e também da força maior. No primeiro são os eventos da natureza que prejudicam o dever

público (prestar contas), desautorizando a intromissão do Estado nos negócios do Concelho. Pode ocorrer, por exemplo, um terremoto ou incêndio de proporções tamanhas que arruinam as instalações do Tribunal de Contas, ou da Prefeitura, ou da Câmara Municipal onde deveriam ser prestadas, ou estavam albergadas as contas, aniquilando-as por completo. Os casos de força maior estão relacionados com eventos de índole humana, impeditivos de realizar a prestação de contas. Pode-se citar uma paralisação dos servidores públicos da municipalidade, ou até mesmo do próprio órgão julgador, acarretando no seu não recebimento. Essas hipóteses retro mencionadas são excludentes de responsabilidade e fulminam a chance de intervenção do Estado no Município.

A palavra final sobre as contas do Prefeito é de competência dos Vereadores porque estes representam a vontade popular, foram eleitos diretamente, e exprimem o sentimento da sociedade que é a verdadeira proprietária do dinheiro, bens e valores do Concelho.

Não aplicação de percentagem constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde

A Constituição é clara quando estabelece que dentre os objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, estão presentes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional. Para melhor atingir esse desiderato, melhor fórmula não há que a aplicação de recursos financeiros no desenvolvimento do ensino e assistência à saúde. Pensando dessa forma, o constituinte erigiu os entes federados a obrigatoriedade de promover o ensino e a saúde pública.

Aos entes federados cabe, sob regime de colaboração, a organização de seus sistemas de ensino, cabendo prioritariamente aos Municípios, oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental. Aos Estados e Distrito Federal resta assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio. A União cabe coordenar a política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais, bem como a fiscalização do padrão mínimo de qualidade do ensino, prestando para isso auxílio técnico e financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 211 da CF).

A organização da estrutura de ensino é lastreada pela Lei n.º 9.394 de 20.12.1996, compreendendo a educação básica e a superior, esta última facultada ao Município quando atendidas inteiramente as necessidades educacionais de pré-escolar e ensino fundamental com recursos acima dos vinte e cinco por cento exigidos pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino. A educação básica subdivide-se em educação infantil, o ensino fundamental e o médio, que por sua vez pode ser normal ou profissionalizante, a serem cumpridos pelas escolas, colégios ou liceus, palavras sinônimas para designar o estabelecimento de ensino. A educação superior é ministrada pelas universidades. A educação infantil é aplicada às crianças de até seis anos de idade, a ser oferecidas em creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; e em pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade. Por sua vez, o ensino fundamental terá duração de no mínimo oito anos. O ensino médio é a etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, que pode ser profissionalizante,

ou ainda preparatório para o ingresso na carreira universitária. Podemos visualizar melhor a delimitação retro oferecido no seguinte quadro:

Cabe aos Municípios a responsabilidade de promover prioritariamente a educação primária da população. O Prefeito deverá aplicar o mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) da receita municipal em cada ano. Mais adiante, examinando o art. 212, temos que a obrigação de aplicar o mínimo vinte e cinco por cento da receita oriunda de impostos, sendo esta a proveniente de transferências na manutenção do ensino. O art. 35, inciso III, refere-se exclusivamente à receita municipal, ao passo que o art. 212 trata de receita de impostos, inclusive a proveniente de transferência.

Uma leitura rápida levaria a um suposto conflito entre os dois dispositivos, todavia, são coerentes. O conceito de receita municipal encerra o de receita tributária, que contém a receita de impostos, taxas e contribuição de melhoria; por sua vez, a receita proveniente de transferências, compreendidas também as resultantes de impostos federais e estaduais, não configura, tecnicamente, receita de impostos municipais. Destarte, concluímos que o constituinte agiu acertadamente ao referir-se, no art. 35, III, à receita municipal, pois com isso manteve harmonia com o art. 212, posto que o primeiro caso refere-se ao conjunto de rendimentos diretos da municipalidade, e no segundo caso, vislumbra-se a receita de impostos proveniente de transferências do Estado-membro ao qual está circunscrito e da União. Em espécie, tratam-se de duas receitas distintas, sendo uma tributária e outra não-tributária.

O Município brasileiro dispõe de várias fontes de receitas em que busca captar os recursos financeiros necessários à realização de seus serviços e obras. No que tange à autonomia financeira dos entes locais, vale ressaltar as fontes de receita municipal: a) os tributos definidos na Constituição Federal; b) a participação no produto de receitas federais e estaduais; c) o próprio patrimônio municipal; e d) as relações jurídicas com terceiros (entidades governamentais ou privadas), qualquer que seja sua finalidade ou natureza jurídica.

Embora o inciso III do art. 35 se refira à receita municipal, compreendendo todas as fontes de receita acima discriminadas, o art. 212 somente tornou obrigatória a aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) da receita dos impostos municipais e da receita do produto de impostos federais e estaduais transferidos. Disso se conclui que o Município é obrigado a aplicar 25% (vinte e cinco por cento) da receita de impostos, próprios ou transferidos, no ensino.

O art. 212 não faz referência à receita tributária, mas à receita resultante de impostos, pelo que não se compreende a receita decorrente de todos os tributos. O que o Município arrecadar de taxas e de contribuição de melhoria não terá de ter, obrigatoriamente, parcela aplicada no ensino. Do mesmo modo, o que for arrecadado de preços ou tarifas não está envolvido pelo conceito de receita de impostos. Taxas, contribuições de melhoria, preços ou tarifas não são impostos nem constituem produto resultante de impostos.

Do total arrecadado dos impostos, o Prefeito terá de aplicar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) no ensino. Para efeito de cálculo, não se contam os valores arrecadados com as taxas nem com a contribuição de melhoria, tampouco com os preços e as tarifas.

Dos impostos federais e estaduais arrecadados (também só impostos e não taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais, empréstimo compulsório, pedágios, preços e tarifas) e partilhados com o Município (transferência), 25% (vinte e cinco por cento) deverão ser aplicados no ensino. Vejamos quais são as hipóteses.

O parágrafo 5º do art. 153 da CF, estabelece que o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, transferindo-se 70% (setenta por cento) do montante da arrecadação para o Município de origem. Está aí uma transferência da receita resultante de impostos. Do total recebido, o Prefeito estará obrigado a aplicar 25% (vinte e cinco por cento) no ensino.

Todo o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (de competência da União), sobre os rendimentos pagos a qualquer título pelos Municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, pertence ao próprio Município (art. 158, I). Por exemplo, qualquer pagamento feito pelo Município e sobre o qual seja obrigado a reter o Imposto de Renda em receita para os cofres municipais. O valor obtido assim será receita de imposto e obriga a aplicação do percentual mínimo. Está aí uma receita resultante de imposto federal e pertencente ao Município. Do total arrecadado, 25% (vinte e cinco por cento) terão de ser aplicados no ensino.

Cinquenta por cento do que a União arrecadar do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural pertencem ao Município onde situar o imóvel (art. 158, II). Está aí uma receita de impostos (transferido). Do total recebido, 25% (vinte e cinco por cento) terão aplicação obrigatória no ensino.

Do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, a União destinará 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios - FPM (art. 159, I, b). Desse fundo, cada Município perceberá uma cota, um percentual. Desse total recebido o Município é obrigado a aplicar 25% (vinte e cinco por cento) na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Cinquenta por cento do produto da arrecadação dos imposto estaduais sobre operações relativas à circulação de mercadorias e 25% (vinte e cinco por cento) e do produto da arrecadação do imposto sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, pertencem ao Município (art. 158, IV). Está aí uma receita, resultante de impostos (transferência). Do total recebido, o Município terá de aplicar 25% (vinte e cinco por cento) no ensino.

Um exemplo de receita municipal proveniente de transferência de imposto oriundo de outro ente federado, é a de vinte e cinco por cento dos recursos que o Estado receber da arrecadação da União proveniente do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), nos termos do inciso II do art. 159, pertencem ao Município respectivo (art. 159, § 3º). Novamente, do total arrecadado há obrigatoriedade de aplicação do percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

Os recursos serão aplicados na forma da lei federal que estabelecer o plano nacional de educação, visando a articulação e o desenvolvimento do ensino, em seus diversos

níveis, e a integração das ações do Poder Público (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que conduzam à:

- a) erradicação do analfabetismo;
- b) universalização do atendimento escolar;
- c) melhoria da qualidade do ensino;
- d) formação para o trabalho;
- e) promoção humanística, científica e tecnológica.

Nos termos do citado plano nacional de educação, os recursos públicos serão distribuídos de modo a assegurar prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas. Assim, a aplicação, a que se refere o art. 35, III, deve ser em escola pública.

Não há, contudo, impedimento de ordem constitucional dos referidos recursos serem aplicados em escolas comunitárias confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação e que assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades (art. 213).

Tais recursos também poderão ser destinados a bolsas de estudo para os ensinos fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vaga e de cursos da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Município obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. Por sua vez, as atividades de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Município.

As despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, são aquelas realizadas com a finalidade de atingir o melhoramento da qualidade do nível educacional, principalmente no que tange a: a) remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; b) aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; c) uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; d) levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; e) realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; f) concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; g) amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender a manutenção e desenvolvimento do ensino público; e, h) aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Por sua vez, não se caracteriza investimento no ensino as despesas relativas a: a) pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; b) subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; c) formação de quadros especiais para a administração pública,

sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; d) programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; e) obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; e, f) pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos da Lei.

A aplicação dos 25% (vinte e cinco por cento) é em cada ano. Somente após o término do exercício financeiro (31 de dezembro) poderá o Estado certificar-se do descumprimento desse preceito. Os gastos poderão ser feitos em despesas correntes ou de capital. Ressalte-se que o limite estabelecido pelo legislador constitucional é somente em relação ao mínimo. O administrador municipal pode, e deve, se assim dispuser de recursos suficientes, aplicar mais do que o percentual ali apontado.

Vislumbramos caso em que parecer prévio aponte, dentre outras irregularidades, a não aplicação do mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde – hipótese interventivas. Ainda que a Casa Legislativa rebata o relatório da Corte de Contas, acreditamos que subsiste a hipótese interventiva, posto que é dever constitucional do Prefeito o emprego de verbas com essa destinação específica. Basta que o Tribunal de Contas verifique investimentos inferiores a vinte e cinco por cento da receita, para que o Governador do Estado decrete a intervenção de ofício.

Inobservância dos princípios indicados na constituição estadual, descumprimento de lei, ordem ou decisão judicial

Ao Poder Judiciário falece a competência para julgar da conveniência, da extensão e dos efeitos políticos da intervenção, restando-lhe tão somente a verificação da legalidade do ato interventivo, ou seja, se o mesmo segue em estrita observância aos ditames legais. No entanto, verificado o descumprimento de princípios indicados na Constituição estadual, ou lei, seja emanada de qualquer esfera federativa, e ainda ordem ou decisão judicial, caracterizada estará a hipótese interventiva.

A regra enunciada na hipótese é confusa, especialmente porque faz referência ao cumprimento de princípios indicados na Constituição Estadual, ampliando excessivamente a margem interpretativa, e estimulando a criatividade dos constituintes estaduais, no que tange a especificidade de tais princípios.

A interpretação desse dispositivo deve ser operada com bastante cautela, posto que é turva a identificação dos princípios da Constituição do Estado, predispondo a uma prévia e clara necessidade de se saber quais serão esses princípios. Ademais é pacífico o entendimento de que a quebra de um princípio jurídico, é motivo suficiente para ceifar toda a seqüência dos atos praticados pelo poder público. A importância dada a essa premissa é tamanha, que Celso Antônio Bandeira de Mello defende que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa

insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Nesse diapasão e com base nas características extraordinárias da intervenção, vislumbrando igualmente a regra da “não-intervenção”, a aplicação desse dispositivo deve cingir-se a considerar os princípios a serem observados como aqueles constantes da própria Constituição Federal e que, por força desta, são aplicáveis aos Estados e aos Municípios, seja diretamente ou por extensão. Destarte, afora os dispositivos que se referem expressamente aos Municípios, aplicam-se-lhes inúmeros outros, feitas as adaptações necessária, além daqueles que o próprio Estado-membro poderá ditar, em função de sua competência constitucionalmente estabelecida. Cumpre ressaltar que os princípios constitucionais a serem editados pelo Estado-membro não devem ser pensados no sentido de expandir sem limite as hipóteses interventivas, para além daquelas já previstas no texto da Carta Magna Federal.

Assim, a criação de princípios de natureza constitucional estadual não poderá vislumbrar qualquer menção denegatória, ou restritiva do livre exercício da competência municipal, podendo sua validade ser contestada judicialmente, caso cerceie, de alguma forma, a capacidade do Município dispor sobre os assuntos de interesse local.

Se adotarmos posição divergente, concedendo aos Estados-membros ampla capacidade de estabelecer princípios que ensejam a intervenção municipal, chegar-se-á fatalmente à conclusão incongruente de que o Texto Constitucional Federal concebeu os governos locais, à livre disposição dos Estados-membros, podendo estes exercer um controle significativo sobre aqueles. Essa assertiva contraria toda a evolução política e constitucional, indo de encontro, inclusive, ao regime estatuído pela a adoção das Leis Orgânicas Municipais.

Destarte, cumpre reconhecer que a caracterização da violação de princípio, pelo ente local, é tarefa árdua para o Governo estadual. Já que o legislador constitucional resolveu conceber o mecanismo interventivo no Texto Maior, poderia, igualmente, indicar especificamente, quais princípios deveriam ser adotados pela Constituição estadual, para além dos identificados no decorrer de toda Constituição Federal. Essa técnica foi utilizada em relação à intervenção federal nos Estados. Os princípios sensíveis a serem observados estão enumerados no art. 34, VII, a saber: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A intervenção pode dar-se também para assegurar o cumprimento de Lei, seja federal, estadual ou municipal, de conformidade com a matéria e a discriminação constitucional das competências. A Lei que ora se especifica, deve ser entendida em seu sentido lato, abrangendo, pois, o decreto e outros comandos jurídicos existentes no ordenamento jurídico. Para se concretizar essa hipótese, basta que o Tribunal dê provimento à representação formulada para esse desiderato.

Reconhece-se que o Prefeito ou a Câmara Municipal pode, inclusive, recusar-se a cumprir Lei infraconstitucional, sob a justificativa de que esta vai de encontro à

Constituição Federal. O Ministro Moreira Alves do STF pronunciou-se no sentido de reconhecer expressamente essa proposição, não vacilando em adotar a “corrente que sustenta que pode o Chefe do Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que lhe afigura constitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para defesa de seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado”. Não se pode olvidar que é função precípua do Poder Judiciário, a apreciação de constitucionalidade das leis.

Destarte, em caso de flagrante descumprimento de preceito legal, deverá o Prefeito, ou a Câmara Municipal, representada pelo seu Presidente, registrar fundamentadamente os motivos da recusa. Deverá ainda, representar perante o Procurador-Geral da República para que este, após analisar os argumentos oferecidos pelo inadimplente, interponha a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade, se acreditar na validade do arrazoado.

Para darmos seguimento a esse tópico, necessitamos aclarar o conceito de “ordem” ou “decisão” judicial. A “ordem judicial” é qualquer comando, imperativo, emanado de um juiz singular ou de um Tribunal, obrigando alguém a praticar ou abster-se de praticar algum ato. O conceito de “ordem judicial” é amplo, e geralmente esse mandamento é dimanado ainda quando do decorrer do processo litigioso. A “decisão judicial” ganha outro contorno, o de sentença decisiva de mérito, ainda que não terminativa, passível de recurso para Tribunal Superior. Dessa forma, temos que a diferença entre a “ordem” e a “decisão”, é de que a primeira pode ocorrer sucessivas vezes dentro de um mesmo rito processual, e em uma única ou várias instâncias, ao passo que a “decisão” é o pronunciamento terminativo de mérito, resolvendo a lide, seja na primeira instância, ou nas que sobrevierem.

Se no decorrer de uma ação judicial o magistrado ordena um determinado Município a apresentar documentos os quais sejam de fundamental importância para a resolução da lide, e este se nega esquivando-se de apresentar qualquer razoabilidade plausível para justificar essa omissão - mesmo não sendo uma decisão terminativa de mérito - o não cumprimento dessa ordem já é motivo suficiente para deflagrar a intervenção, haja vista o desrespeito à ordem do Judiciário.. Suponhamos que atendida essa ordem, ao final da lide o Município saia vencido, mas, ainda assim não cumpre a decisão judicial, em mais uma flagrante demonstração de descaso aos mandamentos judiciais, igualmente estará sujeito à intervenção.

Este dispositivo específico possui o fito de resguardar a independência dos Poderes, e ainda ressaltar a necessidade do cumprimento das ordens e decisões provenientes do Poder Judiciário.

Para esta derradeira hipótese, caso a edição de Decreto suspendendo o ato impugnado seja medida suficiente para sanar a irregularidade municipal, deverá o Governador de imediato produzi-lo, e desnecessária é a apreciação por parte da Assembléia Legislativa.

A autonomia municipal não autoriza a subversão aos princípios constitucionais, às leis, às ordens ou decisões judiciais.

CONCLUSÃO

O Federalismo brasileiro, originário da segregação das antigas Províncias em Estados membros, favoreceu a descentralização da administração direta, ainda que no princípio as relações intergovernamentais e a autonomia dos Estados-membros fossem insignificantes. Os entes federativos identificados pela Carta atual são: a União, o Distrito federal, os Estados-membros e os Municípios, todos dotados de ampla autonomia, cujas competências são definidas pela própria Constituição, sem o estabelecimento de qualquer vínculo hierárquico entre eles.

A luta pelo poder político local, ao mesmo passo em que buscava polarizar a dominação do Município, fomentou a busca incessante de subtrair da mão dos dominantes, a continuidade política. O fim da era da dominação política, presente substancialmente nos idos de 1969 até 1987, com a nomeação dos Prefeitos das Capitais dos Estados, e das estâncias hidrominerais e daqueles municípios declarados como de interesse nacional, capitulou com a Constituição de 1988, que estabeleceu a eleição direta para os Poderes Executivo e Legislativo das pessoas jurídicas de Direito Público Interno do Estado federado.

A Constituição de 1988 alçou os Municípios brasileiros à invejável condição de pessoa política integrante da federação, uma inovação única conhecida no mundo jurídico. A autenticidade da autonomia conferida à este ente da federação é indiscutível, e sua formação no decorrer de toda evolução constitucional e administrativa brasileira, ocorreu de maneira com espontaneidade singular, em contraposição ao caráter abrupto e artificial com que se foi implantado o Estado Federal em 1891. A autonomia municipal entre nós, o fortalecimento do poder local, mesmo do ângulo estritamente jurídico-formal, já finca raízes relativamente profundas no nosso constitucionalismo.

A autonomia política, administrativa e financeira experimentada pelos Municípios, é oriunda da própria Constituição Federal. Essa autonomia é confirmada pela eleição direta dos representantes, que podem elaborar a Lei Orgânica Municipal, legislar sobre os assuntos de interesse local, organizar e prestar os serviços a serem oferecidos à população, bem como instituir os tributos e aplicar a receita oriunda destes, identificados na Lei Maior.

A liberdade e a autonomia municipais são condições indispensáveis para a efetivação do processo democrático descentralizado. A autonomia legislativa do Município é restrita aos assuntos de seu predominate interesse, localizada no âmbito de sua área territorial, o que não significa, todavia, a exclusão da União federal e dos Estados-membros como igualmente interessados na matéria a ser versada pela municipalidade.

Cada Município possui seus tributos próprios, além de receber fundos de outros entes de direito público. De certo que por vezes os recursos são insuficientes para a totalidade de despesas efetivadas. O que se extrai desse cenário é que não se trata apenas de uma crise política ou financeira, mas quase em sua totalidade, administrativa. Falta no Brasil uma escola de dirigentes públicos, onde profissionais e populares sejam lapidados para exercerem cargos públicos, ao revés de aventureiros lançarem-se a administrar a coisa pública. Há de se buscar um aperfeiçoamento ao lidar com o erário do povo e com isso evitar que os sucessores nas administrações municipais sirvam apenas para pagar o legado da gestão anterior.

Apesar de duvidarmos da posição do Município como ente da federação, há de se concordar que a atribuição de competências expressas positivadas no texto constitucional, aliada à eleição dos governantes, bem como o estabelecimento do remédio jurídico para estabilizar a harmonia do Estado federado nos casos que especifica, robustece a posição de integrante do pacto federativo. Certamente a ausência de representatividade no Congresso Nacional é uma falha grave que carece de reparo, mas de difícil resolução, haja vista a existência de 5.564 Municípios espalhados pelos 27 Estados-membros.

Como ente político da federação, o Município submete-se a um controle que visa o equilíbrio do Estado Federativo. Esse controle é operado via Intervenção do Estado no Município. Essa supressão temporária da autonomia municipal é medida extraordinária, não indicativa de sanção e de caráter provisório. A intervenção, seja da União nos Estados-membros ou destes nos Municípios, visa a defesa do Estado Federativo.

Como medida excepcional, a regra adotada é a de não intervir. Os casos que autorizam a decretação da medida são taxativos e exaustivos, inexistindo possibilidade de serem ampliados ou restringidos pelo poder constituinte estadual.

Os Estados-membros são os responsáveis por deflagrar a intervenção nos Municípios, nos casos indicados pela Constituição Federal. Essa medida extraordinária deve ser utilizada com extrema cautela, haja vista subtrair temporariamente a autonomia municipal, principalmente no que tange ao autogoverno. O fato de estar autorizado a intervir no Município, não significa dizer que o Estado-membro é hierarquicamente superior àquele. A intervenção pressupõe instrumento de vontade de todos os integrantes do pacto federativo no sentido de preservar a unidade nacional.

A Constituição de 1967, emendada em 1969, limitava a propositura da representação interventiva ao Chefe do Ministério Público. A CF atual é omissa no que tange a esse quesito, o que nos leva a concluir que qualquer pessoa pode representar no sentido de deflagrar o procedimento interventivo, bastando que possua interesse legítimo em que a decisão judicial seja cumprida, ou de que os princípios constitucionais sejam observados. Essa prerrogativa representa um avanço significativo, posto que restringindo a um único agente a capacidade de provocar o Executivo, e compelir este a forçar Município a cumprir as leis, os princípios constitucionais e as ordens ou decisões judiciais, poderia levar, fatalmente, à preclusão do direito.

Face ao caráter discricionário dado à intervenção, caberá ao Governador examinar da oportunidade e conveniência da medida interventiva. Uma vez decidido, deverá fundamentar a sua decisão, motivando e demonstrando em seu arrazoado os fundamentos que o levaram a concluir pela intervenção ou não. Trata-se de ato político ou de governo, do Chefe do Executivo estadual, uma faculdade que, mesmo amparada pela total discricionariedade, indicada para harmonizar o equilíbrio federativo, e ainda passível de ser fiscalizada via Assembléia Legislativa estadual (Poder Legislativo), deve obedecer aos ditames legais para sua deflagração, e, nesse aspecto de legalidade, poderá sofrer controle por parte do Judiciário. No caso do art. 35, IV, a intervenção dependerá de atuação anterior do Poder Judiciário, caso contrário, poderá ser argüida a nulidade da medida.

A concretização de alguma das hipóteses previstas no texto constitucional como suficiente para deflagrar a intervenção, a nosso juízo, não acarreta a obrigatoriedade da medida. Defendemos que manifestado o motivo da intervenção, esta poderá ser adotada. Todavia, essa liberdade discricionária encontra limites no comprometimento de examinar o alcance, a razoabilidade e a finalidade da medida. Se a intervenção, vez decretada mostre-se incapaz de remediar a harmonia federal, não terá nenhuma valia. No entanto, oportunamente surgirão casos graves em que o Governador deverá adotar rigidamente a regra, cuja esquivia ensejará a responsabilidade estadual pelos danos causados advindos de sua omissão.

O Tribunal de Justiça possui competência para dar provimento a representação originada do Procurador Geral de Justiça ou qualquer outra pessoa interessada no cumprimento de ordem ou decisão judicial. O conteúdo de ‘ordem’ ou ‘decisão judicial’ abrange não só as sentenças de mérito, mas também os mandamentos proferidos no decorrer de toda lide. Neste caso específico, caso Tribunal entenda pela procedência da representação interventiva, deverá encaminhar sua decisão ao Governador do Estado para cumprimento. No entanto, caso o Chefe do Executivo estadual verifique que a medida fracassará, que não devolverá o equilíbrio federativo, a autoridade interventora, deverá esclarecer os motivos que o levaram a não intervir, exercendo novamente juízo discricionário. Caberá o Município providenciar maneiras de satisfazer o objeto intervenção, para que os acontecimentos que deram origem ao seu pedido desapareçam.

O decreto interventivo deverá ser promulgado pelo Chefe do Executivo Estadual, que conterà o prazo, a amplitude e as condições de execução da intervenção. Para expedir essa norma, deverão ser observados critérios de razoabilidade, proporcionalidade e os fins a que se destina a intervenção, para que a autonomia seja menos ofendida possível. Destarte, a intervenção não poderá durar indefinidamente. Caso o prazo estipulado no decreto seja insuficiente para devolver a normalidade à Comuna, a sua prorrogação deverá ser submetida ao crivo da Assembléia Estadual.

A amplitude do decreto indicará quais órgãos internos municipais estarão diretamente afetados pela intervenção. A medida poderá ambos poderes municipais, executivo e legislativo. O primeiro, no cargo do Prefeito, e o segundo, na qualidade da Mesa Diretora da Câmara Municipal.

As condições de execução do decreto especificarão nitidamente quem é o interventor, suas atribuições e competências para atingir os fins a que se propõe a medida. O interventor responderá pelos atos praticados no exercício de seu mister, na qualidade de funcionário público, sujeitando-se às cominações legais positivada na lei de improbidade administrativa. As sanções previstas pela prática de crime de responsabilidade, bem como infrações político-administrativas, não alcançam os interventores por serem somente aplicáveis àqueles foram eleitos para o desempenho da função. Em se tratando de intervenção a qual seja dispensada a presença do interventor, o Prefeito ou a Mesa Diretora deverão obedecer diretamente os mandamentos positivados no decreto.

Nas hipóteses em que a Constituição estabeleça que o decreto interventivo seja submetido ao crivo da Assembléia Legislativa estadual, os Deputados cingir-se-ão a aprová-lo ou rejeitá-lo, no prazo de 24 horas. Os integrantes da Casa Parlamentar estadual não poderão aprovar parcialmente ou sugerir alterações relativas ao teor do

decreto, seja a nível de condições, prazo ou até mesmo a nomeação do próprio interventor.

Uma vez cessados os motivos da intervenção, as autoridades que foram temporariamente afastas do seu cargo, retornarão a estes, salvo ocorrência de algum impedimento legal (cassação, morte, renúncia ou término do mandato). Vislumbra-se que a primeira vista, parece ser a intervenção, medida punitiva contra o chefe do Poder Executivo Municipal, todavia, é uma providência urgente para a manutenção da integridade federativa da nação.

O Tribunal de Contas desempenha importante função ao auxiliar o Poder Legislativo municipal na fiscalização externa do Município. Todo administrador da coisa pública deve prestar contas da sua gestão. O TC, por sua vez, analisará o balanço orçamentário entre a receita e a despesa, a destinação dada ao erário municipal, e se esta aplicação obedeceu aos ditames legais. Após a elaboração desse parecer, o TC o enviará à Câmara Municipal para que efetue o julgamento definitivo das contas do Prefeito. O parecer só deixará de prevalecer por maioria de dois terços da Câmara, e para sua apreciação não se admita a aprovação ficta.

Ainda que os Vereadores, de posse de parecer prévio sugerindo fundamentadamente a intervenção do Estado no Município, entendam que a mesma não deverá ser deflagrada, nenhuma outra medida poderá ser concretizada no sentido de subtrair a autonomia municipal. No entanto, o Prefeito não estará livre de responder por outros crimes que não exijam a manifestação da Câmara para que o Ministério Público inicie a competente ação judicial.

A intervenção do Estado no Município é o mecanismo criado pelo legislador constituinte para exercer controle *a posteriori* sobre as ações da Comuna. Ainda que esta, face à autonomia política, administrativa e financeira, seja brindada pela condição ímpar de ente da federação, deve obedecer a certos mandamentos e princípios tidos como norteadores da manutenção harmônica entre todos os entes federados.

Face à margem intelectual conferida ao Governador do Estado para aplicar a medida interventiva, conclui-se que esse mecanismo está cada vez menos praticado. Isso se deve em parte pela centralização praticada pela União, que possui muito mais recursos frente aos outros entes federativos. A pressão política experimentada em face desse poderio econômico do Governo Federal é muito mais influente no momento de conceder empréstimos, investimentos e auxílios financeiros aos Municípios, porque os requisitos para se atingir essas quantias se transformaram em meios coercitivos mais producentes que a própria intervenção.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ATALIBA, Geraldo. "Autonomia dos municípios. Competência do legislativo e tributos municipais", *RDP*, a. XV, n. 64, out./dez. de 1982, pp. 191-201.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Novos rumos do federalismo”, *RDP*, a. VXI, n. 65, jan./mar. de 1983, pp. 5-26.

_____. “Descentralização do poder: federação e município.”, *RDP*, a. III, n. 5 e 6, jan./jun. e jul./dez. de 1989, pp. 11-40 e 11-28.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BISPO SOBRINHO, José; GIANNINI, Caio Marcelo. “Intervenção Estadual no Município”, *RDP*, a. XXV, n. 99, jul./set. de 1991, pp. 225-228.

BONAVIDES, Paulo. “Do velho ao novo federalismo”, *RDA*, vol. 70, out./dez de 1962, pp. 500-515.

BORJA, Célio. “Federalismo brasileiro”, *Revista de Finanças Públicas*, a. XLIV, n. 358, abr./maio/jun. de 1984, pp. 7-13.

BRASILEIRO, Ana Maria. *O município como sistema político*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1973.

BRAZ, Petrônio. “Município: ente federativo”, *RT*, a. II, n. 8, jul./set. de 1994, pp. 103-107.

BRÜHL, Dieter. “A constituição de 1988 e os municípios brasileiros”, *Revista de Informação Legislativa*, a. XXX, n. 118, abr./jun. de 1993, pp. 41-52.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CASTRO, José Nilo de Castro. *Morte ou ressurreição dos municípios?* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito municipal positivo*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA, Nelson Nery. *Curso de direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *As competências do município na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Basto Editor, IBDC, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, vol. IV.

_____. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adílson Abreu. “Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988”, *RDP*, a. 24, n. 97, jan./mar. de 1991, pp. 231-238.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado”, *Revista de Informação Legislativa*, a. XXXVI, n. 142, abr./jun. de 1999, pp. 167-189.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: RT, 1993.

FERREIRA, Luiz Pinto. “O regime dos Estados na federação brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, a. I, n. 1, março de 1964, pp. 12-30.

FERREIRA, Luiz Pinto. “O município e sua lei orgânica”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 10, jan./mar. de 1995, pp.51-67.

_____. Curso de direito constitucional. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. “Representação interventiva e iniciativa exclusiva do Ministério Público estadual”, *RDA*, vol. 164, abr./jun. de 1986, pp. 1-28.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. 1.^a ed., v. 1, São Paulo: Julex, 1989.

FLEIUSS, Max. *História administrativa do Brasil*. 2^a ed., São Paulo: Melhoramentos, 1925.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. “Município e descentralização”, *Jurídica*, a. XII, vol. XXXI, n. 94, jul./set. de 1966, pp. 456-462.

FREITAS, Herculano de. “Dos municípios”, *RDP*, a. III, n. 10, out./dez. de 1969, pp. 257-260.

GODOY, Mayr. *A câmara municipal e o seu regimento interno*. 4^a ed., São Paulo: Leud, 1995.

HORTA, Raul Machado. “A posição do município brasileiro”, *RBEP*, n. 55, julho 1982, pp. 197-221.

_____. “O Estado-membro na Constituição Federal brasileira”, *RBEP*, n. 69/70, jul./1989 – jan./1990, pp. 61-89.

KRELL, Andreas Joachim. “Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, n. 128, out./dez. 1995, pp.107-125.

LEAL, Victor Nunes. Alguns problemas municipais em face da constituição *In: Problemas de Direito Público*. Brasília: Ministério da Justiça, 1999, v. 1, pp. 312-337.

LEWANDOWSKI, Enrico Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, João Baptista. “Participação e descentralização”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. XXII, n.ºs 1 a 4, jan./dez. de 1975, pp. 1-108.

MALDONADO SIMAN, Beatriz. “Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la teoría general del federalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, a. XXV, n. 75, sept./dic. 1992, pp. 809-827.

MARINHO, Josaphat. “Intervenção em município”, *RDP*, n. 64, out./dez. de 1982, pp. 60-74.

MARTINS, Mário Rui. As autarquias locais na União Européia. Lisboa: Edições ASA, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

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

_____. Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 271-280.

_____. Curso de direito administrativo. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Diogo Lordello de. “A intervenção no município”, *RAM*, n. 100, maio/jun. de 1970, pp. 155-165.

MELO FILHO, José Celso de. Constituição federal anotada. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO FILHO, Urbano Vitalino de. Direito municipal em movimento. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Perspectivas dos municípios na federação brasileira. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon. **Novos Rumos da Autonomia Municipal**. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 271-284.

MENDONÇA, Cristiane. A Imunidade tributária entre as pessoas políticas de direito público interno. In: BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon. **Novos Rumos da Autonomia Municipal**. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 81-89.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a EC n.º 1, de 1969. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo II, 1970.

MONTEIRO FILHO, João. Da intervenção do Estado no Município. Recife: Nordeste, 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 6^a ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NABAIS, Casalta. “Autonomia local”. *BFD*, número especial, 1993, pp. 107-221.

NOGUEIRA, Ataliba. “Teoria do Município”. *RDP*, Editora Revista dos Tribunais, a. 2, n. 6, out./dez. de 1968, pp. 7-21.

OLIVEIRA, António Cândido de. Direito das autarquias locais. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Derecho administrativo. 15^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2002, vol. II.

PAUPÉRIO, A. Machado. O município e seu regime jurídico no Brasil. 2^a ed., Forense: Rio de Janeiro, 1973.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. A intervenção do Estado no Município. O papel do Tribunal de Contas. Recife: Nossa Livraria, 2000.

PELEGRINI, Marcia. A intervenção estadual nos municípios. Cumprimento de ordem ou decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PINHO, Judicael Sudário de. “Autonomia municipal e intervenção”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, a. V, n. 7, jan. de 86 a dez. 88, pp. 46-65.

RIBEIRO, Fávila. O município na Constituição de 1988. Fortaleza: [s.n.], 1989.

RIVERO, Jean. Direito administrativo. Tradução: Doutor Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981.

_____. “As competências do Poder Local nos países europeus”, *RAP*, a. IV, n. 14, out./dez. de 1981, pp. 643-657.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. Quotas do fundo de participação dos municípios. Retenção. Crédito de autarquia. Garantia de pagamento. Necessidade de apuração em processo regular. Hipótese de “intervenção” federal de autarquia em município. Ofensa ao princípio federativo. Princípios da autonomia administrativa e financeira. Inconstitucionalidade manifesta. Parecer s/n em mandato de segurança n.º 1998.34.00.005102-3 na 17^a Vara da Justiça Federal no Distrito Federal, de 18 de janeiro de 1999. Trabalho não publicado.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 15^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. O município na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. “Inovações municipais na Constituição de 1988”, *RT*, a. 80, vol. 669, julho de 1991, pp. 10-18.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMONSEN, Mário Henrique. “O princípio federativo no Brasil”, *Estudos Econômicos*, vol. 23, número especial, 1993, pp. 7-15.

SOARES, Antonio Carlos Otoni. A instituição municipal no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SOUSA, António Francisco de. Direito administrativo das autarquias locais. 3ª ed., Lisboa: Lusolivro, 1993.

SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. “Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional federal n.º 15: criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios”, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, 1997, pp. 208-219.

STOCO, Rui Stoco. “Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios”, *RT*, a. 86, vol. 783, maio de 1997, pp. 70-85.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Regime Constitucional do Município”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. de 1990, pp. 45-70.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. “O federalismo: formação histórico constitucional”, *Revista de Ciência Política*, vol. 3, n. 2, abr./jun. de 1969, pp. 21-51.

TRIGUEIRO, Osvaldo. “A crise do federalismo”, *Revista Forense*, a. 59, vol. 199, n.ºs 709, 710 711, jul./ago./set. de 1962, pp. 361-366.

VAMIREH, Chacon. “Federalismo aparente e unitarismo permanente no Brasil”, *RBEP*, n. 42, jan. de 1976, pp. 107-126.

_____. “Intervenção da União nos Estados e Municípios. A autonomia dos entes federados...”, *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13, n. 5, maio de 1997, pp. 309-317.

MELLO, Diogo Lordello de. “A intervenção no município”, *RAM*, n. 100, maio-jun. de 1970, pp. 155-165.

In Vocabulário Jurídico. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6^a ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. A intervenção do Estado no Município. O papel do Tribunal de Contas. Recife: Nossa Livraria, 2000.

Publicada no DJ de 07.08.81, cujo relator foi o Exmo. Min. Leitão de Abreu.

Conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal exarada em inúmeros acórdãos, *ex vi*: AgRgAI n.º 230.228-3, AgAI n.º 244.470-4, AgRgAI n.º 256.026-7, AgAI n.º 276.879-1, AgRgRE n.º 262.814-0, AgRgPet n.º 968-2, AgRgRE n.º 219.856-1, AgRgAI n.º 342.919-2, AgRgAI n.º 309.397-3, Pet n.º 1256-9, RE n.º 202.164-4, Pet n.º 1.272-1, RE n.º 132.031-1, AgAI n.º 317.149-0, AgAI n.º 368.000, AgrRgMC n.º 1.452-SP.

Nesse sentido vide acórdão do STJ no Recurso em Mandado de Segurança n.º 700-CE, DJ de 30.03.98, e SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 461.

PAUPÉRIO, A. Machado. O Município e seu Regime Jurídico no Brasil. 2^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1973.

Cfr. Consignado em decisão acostadas nos autos do RE n.º 94.252-1, publicado no DJ de 07.08.81.

CF art. 1º, 18.

Vide ADI n.º 614-2, republicada no DJ de 18.05.2001.

PELEGRINI, Marcia. A intervenção estadual nos municípios. Cumprimento de ordem ou decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 116.

Nos termos da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950.

LEWANDOWISKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 124.

A Constituição no artigo 165, §5.º obriga a Lei Orçamentária Anual a compreender: o orçamento fiscal referente aos poderes municipais, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo poder público; o orçamento de investimento das empresas em que o Município, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados.

MARINHO, Josaphat. “Intervenção em município”, *RDP*, n. 64, out./dez. de 1982, pp. 60-74.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, vol. IV, p. 2076.

Alguns Estados não utilizam a denominação de Tribunal de Contas, podem adotar Conselho de Contas dos Municípios ou Tribunal de Contas do Município para referir-se ao órgão fiscalizador externo.

No mesmo sentido Hely Lopes, *ibidem* pg. 115.

Assim decidido no RE n.º 94.252-1, publicado no DJ de 07.08.81.

In: Curso de direito administrativo. 12^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 630.

Vide Rep 980-SP e ADIMC 221-DF, publicadas no DJ de 19.09.80 e 22.10.93, respectivamente; e no STJ, vide e REsp 23.121, publicada no DJ de 08.11.93.

20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: EM QUE AVANÇAMOS NA CONSTRUÇÃO DA SOBERANIA POPULAR? *

20 YEARS OF POPULAR CONSTITUTION: HOW MUCH DO WE IMPROVE REGARDING THE POPULAR SOVEREIGNTY?

**Gabriela Mansur Soares
Mariano Henrique Mauricio de Campos**

RESUMO

O presente artigo objetiva, a partir da análise os paradigmas constitucionais do Estado Moderno e as influências recebidas pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal, a construção da identidade do sujeito constitucional frente ao quadro de constantes reformas constitucionais. Sustentamos que a construção da identidade do sujeito constitucional tem por fim a concretização da soberania popular consagrada na Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil e, portanto, do próprio Estado de Direito brasileiro. Para fundamentar a construção pretendida nesse artigo analisaremos as formas de participação direta do povo erigidas pela Constituição, e ao final a posição do Supremo Tribunal Federal quanto às emendas constitucionais que pretendem de uma forma ou de outra, ao alterar a Constituição, limitar a soberania do povo.

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA POPULAR; DEMOCRACIA; IDENTIDADE CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

This article examines the constitutional paradigms of the modern state and the influences received by the democratic rule of law enshrined in the Constitution aimed at building the identity of the subject facing the constitutional framework of constitutional reforms set. The search for the construction of the identity of the subject is a constitutional search first and foremost by the realization of popular sovereignty enshrined in the Federal Constitution of 1988 as the basis of the Federative Republic of Brazil, and that therefore the state structure of Brazilian law. To support the construction sought by the article discussing the forms of direct participation of the people erected by the Constitution, and the final position of the STF as the constitutional amendments they want in one way or another, to amend the constitution to limit the sovereignty of the people.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: POPULAR SOVEREIGNTY; DEMOCRACY; CONSTITUTIONAL IDENTITY

1. PARADIGMAS DO ESTADO MODERNO

Inicialmente, discorreremos sobre os paradigmas constitucionais do Estado Moderno para compreensão do significado histórico destes modelos na concretização do Estado Democrático de Direito que tanto se busca. Em seguida, destacamos alguns pontos que consideramos importantes em relação à soberania popular na Constituição de 1988, dado que este princípio é um marco importante atinente à democracia. O próximo passo é destacar as contribuições doutrinárias acerca da identidade do sujeito constitucional, do pluralismo e sobre o aspecto da busca de legitimidade dos textos constitucionais a partir da referência ao povo. Por fim, concluímos com apontamentos sobre os temas perpassados durante a trajetória já descrita alhures, assumindo uma posição frente ao objetivo deste trabalho.

Passamos a discorrer acerca dos paradigmas constitucionais do Estado Moderno, vez que não há como falar do Estado Democrático de Direito, como será feito, sem mencionar características gerais tanto do paradigma do Estado liberal quanto do paradigma Estado social de direito.

O Estado Moderno surgiu em contraposição ao Estado Absolutista da Idade Média, em que os soberanos detinham todo o poder, com a justificativa baseada na vontade divina, não havendo distinção entre o direito, religião, tradição, costume e moral (BARACHO JUNIOR, 2000:53). O Constitucionalismo Moderno é fruto das Revoluções da Inglaterra em 1688, dos Estados Unidos em 1776 e da França em 1789. Não obstante, há quem diga que desde a *Magna Carta* de 1215 já se possa falar em Constituição Moderna, dado o fato deste texto possuir dois elementos essenciais do constitucionalismo: a declaração dos direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado (MAGALHÃES, 2008:85).

O primeiro paradigma constitucional de Estado foi o denominado Liberal. Surgiu basicamente no século XVII, cuja característica de destaque era o culto a liberdade individual através da positivação de normas jurídicas de cunho negativo, pois visavam principalmente a limitação da atuação do Estado sobre os particulares.

Outro fato de relevância é o surgimento de uma organização política através da divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário - independentes e harmônicos entre si. Naquele tempo, toda essa estrutura foi criada a fim de garantir a manutenção do individualismo burguês, classe que predominava sobre o proletariado detentor da mão-de-obra, o que proporcionou o surgimento e afirmação do paradigma constitucional do Estado liberal até o início do século XX.

Na democracia liberal, a igualdade política estabelecida entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade desequilibrada. A livre concorrência favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia em detrimento dos segmentos proletariados. O Estado abstencionista, incapaz de superar injustiças sociais, viu-se questionado pelos segmentos marginalizados, anotando-se que o Manifesto Comunista afirmou-se como marco das declarações de direitos dos excluídos. (SOARES, 2001:274/275)

Apesar dos problemas sociais gerados pelo paradigma liberal, é preciso ressaltar duas contribuições importantes para o paradigma do Estado democrático de direito: a organização política através da separação dos poderes, através do sistema de freios e contrapesos e a organização jurídica com a complementação pela teoria positivista face à instituição de normas que visavam a limitação da atuação do Estado.

O excesso formal do Estado liberal e a sua incapacidade de superar as demandas sociais são causas justificadoras da ruptura que gerou a construção do paradigma do Estado Social, pois a simples previsão legal de normas que dispunham sobre igualdade, liberdade, não foi suficiente para que tais direitos fossem estabelecidos. O capitalismo crescente criou uma distância social entre o proletariado e a burguesia, ao passo que os ordenamentos jurídicos privilegiavam as liberdades individuais e o respeito às minorias, a democracia, o sufrágio universal etc.

Os sistemas normativos passam a conter orientações gerais conciliando direitos de liberdade e direitos sócio-econômicos, sendo que as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram as primeiras a trazer os chamados direitos sociais. Surgem as políticas públicas de inclusão social com objetivo de materializar os direitos fundamentais.

O *Welfare State* – O Estado de bem-estar social – foi intensificado após a Segunda Guerra mundial e possibilitou o crescimento econômico dos Estados industrializados, o que gerou também determinadas garantias relativas à relação de trabalho, seguridade social, saúde, educação, habitação; gerando a função estatal paternalista, tentando reduzir desigualdades sociais. (SOARES, 2001:294/295)

Porém, apesar da contribuição para o surgimento de determinados direitos sociais, o Estado do bem-estar social tem uma atuação onerosa. A situação econômica vai tornando-se instável a ponto de não justificar mais tanta intervenção estatal na individualidade dos cidadãos, somado ao fato de que o Estado Social criou um autoritarismo desprovido de qualquer expressão da vontade popular, exemplificado nos regimes da Itália fascista e a Alemanha Nazista. No Brasil, a intervenção estatal também produziu seus efeitos, por exemplo, com a criação de várias empresas estatais como os sistemas Telebrás (comunicação), Petrobrás (petróleo), Eletrobrás (energia) e outras.

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos

contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão Estado Democrático de Direito.(OLIVEIRA, 2002:62)

Assim como no paradigma liberal, o Estado social contribuiu para a implementação do paradigma do Estado Democrático de Direito através dos Direitos Sociais, que na Constituição de 1988, por exemplo, possuem *status* de direitos e garantias fundamentais. A proteção à saúde, educação, moradia, cultura, lazer, relação de trabalho e outros são herança do paradigma constitucional do Estado Social.

A Constituição Federal promulgada em 1988 é o resultado das dificuldades encontradas pelo Estado social brasileiro na tentativa de manter o seu paternalismo, somado com a irrisignação do povo com o autoritarismo que se arrastou durante o período da ditadura militar. O Constituinte originário primou pela intervenção do povo no poder, através do princípio democrático contido no artigo 1º, parágrafo único, momento em que passou a conceber os direitos e interesses difusos e coletivos tais como o do consumidor, os de proteção ao meio ambiente, à criança e o adolescente e ao idoso.

A partir da insatisfação popular com o regime ditatorial, surgem os grandes movimentos que passaram a lutar e pressionar as autoridades em busca da chamada democratização, ou seja, a participação popular de fato, com a sociedade civil passando a discutir questões relevantes no tratamento da coisa pública e o interesse comum. (MAGALHÃES, 2008:91)

2. DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É a partir da previsão do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal que se dará início à contextualização do que seja a democracia para o ordenamento jurídico. A base do paradigma do Estado democrático de direito para o Poder Constituinte Originário de 1988 é necessariamente o fato de que todo poder emana do povo – princípio da soberania popular – que o exerce de forma direta ou através de seus representantes – democracia participativa e representativa.

As formas de manifestação popular no processo de elaboração das leis, a direta e a indireta, não são excludentes, pelo contrário, são formas que se complementam, já que nos instrumentos de participação direta – referendo, plebiscito e iniciativa popular – os mandantes e mandatários atuam cooperativamente.

O mandato outorgado pelo povo, através da eleição dos seus representantes é diferenciado daquele existente na esfera privada. A representação política traz em si uma independência do mandatário em relação ao mandante, ou seja, não há necessariamente a manifestação da vontade de quem dá os poderes inerentes à representação democrática.

A representação política tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz ao governo representativo. É que a soberania reside indivisivelmente na Nação, não podendo qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos invocar, por direito próprio o exercício da soberania nacional.(CANOTILHO, 2002:113)

Mas, apesar do texto constitucional garantir a participação popular no direcionamento do Estado, o que se nota na história do país é apenas uma democracia formal, já que, com exceção dos regimes autoritários de 1937 e 1964, as demais constituições tiveram como base o regime democrático formal, no entanto, sob a ótica dos detentores do poder econômico em detrimento de uma parcela da população que está excluída do acesso aos meios necessários de uma sobrevivência digna. Além disso, o país atravessa uma crise no parlamento, face as seguidas demonstrações de desrespeito com a coisa pública conforme noticiam os jornais e telejornais, como por exemplo a denúncia do esquema conhecido por “Mensalão”, em julgamento no STF, na Ação Penal nº 470.”[1][2]

Não basta que as garantias individuais e de pleno exercício do poder (art. 1º e 5º da CF/88) estejam formalmente criadas, sendo que na realidade a sua ineficiência gera diversos problemas sociais ligados ao desemprego, habitação, saúde, segurança pública, educação etc. Sobretudo, é necessária uma melhor distribuição das riquezas para que a população esteja mais propícia a participar e fazer valer a sua vontade perante o corpo político instaurado e, a partir disso, possibilitar que o princípio da soberania popular formalizado na Constituição Federal seja efetivamente utilizado.

A idéia do sistema representativo lançada pelo Estado liberal justifica-se no fato de que não haveria condições técnicas e de infra-estrutura para que o cidadão pudesse exercer sua vontade política, já que o capitalismo faz com que o indivíduo se debruce sobre o trabalho para garantir a sobrevivência, a produção, acúmulo de riquezas e consumismo desenfreado, ao contrário da democracia grega, onde os cidadãos tinham tempo livre para discutir e exercer a vontade política já que a sua sobrevivência era garantida pelos escravos.

Percebemos, mesmo com a nova roupagem que foi dada à República Federativa do Brasil com a Constituição de 1988, que a realidade vivenciada faz parecer que o Estado Liberal ainda não se foi, ou seja, formalmente existem as garantias dos direitos e interesses difusos e coletivos, mas o acúmulo de riquezas, desigualdades sociais e um

quadro cada vez maior de insatisfação popular com as políticas públicas é um quadro que persiste.

Resta claro que a democracia na Constituição Federal é representativa na sua essência, podendo ser utilizados determinados institutos de participação direta, os quais estão elencados no artigo 14 da Constituição de 1988.

o regime político adotado pela Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O Preâmbulo e o art. 1º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se, assim, de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art.1º). (SILVA, 206:46)

De maneira geral, o povo exerce o poder através dos seus representantes, que na esfera federal se resume aos Deputados Federais, que compõem a Câmara dos Deputados. Os Senadores representam os interesses dos entes federados. Estas casas juntas formam o Congresso Nacional.

A divisão do processo legislativo em bicameral, ou seja, necessidade de aprovação das leis nas duas casas – Câmara dos Deputados e Senado – é algo que remonta as primeiras Constituições do Brasil. Na verdade, sempre houve o bicameralismo no Brasil, no entanto, as mudanças foram relativas aos tipos de bicameralismo.

Na República, o bicameralismo se iniciou sob o modelo do bicameralismo federal e de equilíbrio, na Constituição de 1891. O bicameralismo de equilíbrio sofreu considerável mutilação no bicameralismo incompleto ou monocameralismo temperado da Constituição Federal de 1934; recebeu as regras dominantes do regime político no bicameralismo autoritário da Carta nominal de 1937, para readquirir os traços perdidos do bicameralismo de equilíbrio na Constituição Federal de 1946. O bicameralismo de equilíbrio se desfez com o advento do processo legislativo da Constituição Federal de 1967m dominado pelo comando do Presidente da República e pelas regras de aceleração da deliberação congressual. (HORTA, 2003: 535/536)

O processo Legislativo abarca diversos atos que, de forma sistematizada, passam pela fase iniciativa, preparatória, deliberativa, controle e comunicação. Está previsto no artigo 59 da Constituição Federal e compreende a elaboração de emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias.

Com a Constituição de 1988, o sufrágio universal é garantido a todos os maiores de 16 anos de idade, independentemente de classe social, poder econômico, sexo ou cor. O sigilo do voto também é protegido pela Constituição. Através das eleições, os cidadãos outorgam poderes para que os seus representantes participem do processo de criação das leis, que representariam a vontade popular junto ao Estado, sendo que cabe à população o respeito às leis, pois ninguém pode alegar que as desconhece.

3. MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO DIRETA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ligados ao exercício da soberania popular, na forma do artigo 14, incisos I a III da Constituição Federal, existem ainda três formas de manifestação do povo, que é estabelecida pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular. Estas três formas caracterizam-se pela maneira direta com que cada indivíduo exerce a sua vontade, dentro do paradigma democrático, pois o processo é idêntico ao processo eleitoral, o povo vai às urnas e vota, manifestando o seu desejo relativamente às decisões fundamentais da sociedade.

A democracia participativa é exercida através do plebiscito, referendo e iniciativa popular, sendo que, o primeiro deve ser convocado e o segundo autorizado pelo Congresso Nacional, conforme previsão do artigo 49, inciso XV da Constituição Federal. Já a iniciativa popular deverá preencher os requisitos do artigo 61, §2º da CF/88.

Portanto, destacamos a imposição da Constituição Federal no que tange a obrigatoriedade do processo legislativo para criação das emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, além das medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Somente com este processo, que possui titularidade imediata nos membros da Câmara dos Deputados e do Senado é que o povo cria as leis que vão vigorar no país, estas que são o fruto maior do exercício da vontade popular, uma vez que, sendo o Brasil um Estado de Direito, só é governado com base no ordenamento jurídico que é criado através do processo legislativo, com todas as premissas históricas do constitucionalismo moderno referidas acima[3].

A manifestação direta da vontade popular possui suas origens históricas na Grécia, pois as questões fundamentais da sociedade da época eram decididas pelos cidadãos, que se reuniam em assembléia e exerciam a democracia direta na *Ágora*. Com a evolução da sociedade e com o aumento populacional desde aqueles tempos, a democracia direta tornou-se inviável. Atualmente, existe a chamada democracia participativa, em que a população é chamada a opinar sobre assuntos de relevância. Coexistente a esta, existe a democracia representativa, ou seja, é a situação em que a opinião popular é expressa pelos representantes eleitos, os quais tornam-se os legisladores.

Além da participação indireta, por intermédio das Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, o exercício da democracia, como dito, também pode ser efetuado diretamente, através dos mecanismos dispostos no artigo 14, incisos I, II e III, ou seja, através de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O plebiscito é um instrumento que busca uma manifestação dos eleitores acerca de um fato ou acontecimento, no sentido de, se aprovar ou não determinadas opções existentes acerca de uma determinada decisão que precisa ser tomada, sendo uma forma de se dividir o poder de decisão entre os mandantes e mandatários na democracia representativa. Isso significa que é realizada uma consulta popular sobre algo de importância para o Estado.

O referendo, por sua vez, dá a idéia de ratificação já que a norma é proposta pelos mandatários na democracia representativa, mas a decisão pela sua vigência é do eleitor. O seu objeto é matéria normativa, sendo que poderá ser convocado para constituir, revogar, conservar ou modificar as normas. Aqui a consulta é realizada após o ato praticado pelo Estado, ou seja, o povo é chamado a aquiescer ou não com o que foi praticado.

Já a iniciativa popular, conforme definido no artigo 61, §2º da Constituição Federal, é a apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por pelo menos um por cento dos eleitores, distribuídos em pelo menos cinco Estados, sendo que em cada ente federativo o percentual de eleitores não pode ser menos que três décimos.

De qualquer forma, a soberania do povo implica na sua participação política, pois a sua vontade é legitimadora do processo democrático. Além disso, deve haver uma compensação igualitária de interesses, através da liberdade comunicativa.

Na linha da Teoria do Discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Além disso, o princípio da soberania do povo pode ser considerado diretamente sob o aspecto do poder. A partir deste ângulo, ele exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir de seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns. (HABERMAS, 2003:213)

Verificando bem cada um desses institutos que autorizam a manifestação direta da população no processo de criação das leis, vemos que, apesar do artigo 14 da CF/88 dizer que tais institutos são, também, uma forma de exercício da soberania popular, a democracia no país - direta ou indireta - acaba sendo controlada pelos próprios parlamentares, permitindo a conclusão de que não há como o povo, titular do poder (art.1º par. Único da CF/88), fazer valer a sua vontade justamente pelo fato da outorga de mandato eletivo não vincular a pessoa que recebe os poderes de representação popular, o mandatário; logo, embora presente toda a legalidade exigida pelo texto constitucional, a legitimidade desses representantes resta comprometida consoante dispõe MULLER (2003:128/129).

A possibilidade de um “governo do povo” é reduzida uma vez mais pela realidade de um Estado partidário, que transforma os deputados de fato em delegados do seu corpo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.

4 O “POVO” E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Nesse sentido, o “povo” passa a ser tratado como força de legitimação do texto constitucional, mas apenas em sentido formal. Segundo a classificação dada por MULLER, trata-se do “povo icônico”.

Não se trata do povo ativo, nem do povo de atribuição, menos ainda o povo exerce a dominação real. Mas é como se estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma mediada, como se legitimasse por meio da lealdade mediada por normas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em desrealizar a população, em mitificá-la, instituí-la como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para a poder-violência. (MULLER, 2003:67)

A realidade do país no que tange ao Legislativo é preocupante, dado o fato de que em quase 20 anos de Constituição, foram realizadas mais de 50 Emendas Constitucionais, tratando dos mais variados assuntos. Para um texto Constitucional que é considerado um dos mais extensos, entendo que é inadmissível um número tão alto de Emendas, o que por certo prejudica a sistematicidade e unidade da Constituição, que passa a virar uma “colcha de retalhos”, quando se sabe que na realidade existem diversos interesses por trás da promulgação e alteração do texto.

A Ditadura do empresariado e dos generais, apoiada pelos Estados Unidos, tentou se legitimar com as constituições autoritárias (e desrespeitadas pelo próprio governo ditatorial) de 1967 e 1969. Essas constituições têm caráter autoritário e permanecem até a Constituição de 1988, típica Constituição Social que introduz, entretanto, o novo conceito de Estado Social e Democrático de Direito. MAGALHÃES, 2008:91)

Diante desse quadro, a concretização do Estado Democrático de Direito fica comprometida, tornando uma utopia os objetivos da República Federativa do Brasil. Apesar da menção ao respeito ao pluralismo, diminuição das desigualdades, temos que com a intensidade e rapidez com que se faz Emendas à Constituição, em breve o país se veja submetido a um texto constitucional totalmente diverso daquele promulgado em 1988.

A identidade do sujeito constitucional, conforme conceito desenvolvido por ROSENFELD[4], pode ser abalada vez que a proposição de Emendas sem qualquer critério é o meio propício para reforma integral do texto (mesmo com a previsão do artigo 60,§4º), sem a necessidade de se convocar nova Assembléia Constituinte, com o escopo de positivar normas jurídicas que possuam finalidade de consagrar interesses apenas de determinados grupos de interesses que tenham influência sobre os parlamentares.

Não restam dúvidas de que o pluralismo da sociedade atual é um componente que coloca dificuldades na identificação deste sujeito constitucional, como se poderia fazer em sociedades de classes sociais bem divididas como na Idade Média, já que haviam apenas a nobreza, o clero e a plebe. Por isso, destaco o importante papel do Estado Democrático de Direito e também do legislador, à medida que seu trabalho deve ter em conta a necessidade de incluir o maior número possível de projetos de vida dos vários grupos sociais.

Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. (GALUPPO, 2001:54).

Quanto ao processo de reforma da Constituição, é importante salientar o entendimento extraído das palavras de OLIVEIRA (2007:08), pois o texto constitucional não está à disposição do constituinte derivado e se a limitação já existente no artigo 60, §4º da Constituição de 1988 não é suficiente, que a população brasileira lute, através dos mecanismos de participação direta (iniciativa popular), para introdução de mecanismos que dificultem ainda mais a ação desmedida do poder constituinte derivado.

Importante é o posicionamento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos recentes como os da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685[5] e Ação Direta de Inconstitucionalidade 939[6], em que prevaleceu o entendimento extensivo da Corte sobre as limitações materiais existentes no artigo 60, §4º, inciso IV da CF/88, vez que naquela ficou consignado que a Emenda Constitucional nº 52/06[7] viola princípio constitucional da anterioridade eleitoral, que contém elementos de garantia fundamental; e nesta o entendimento consolidado foi de que o artigo 150, III, “b” da Constituição representa garantia individual do contribuinte. Em ambos os julgamentos, o STF considerou que tais garantias fundamentais são oponíveis até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto ao longo do trabalho, acreditamos que a luta da população brasileira deve ser pela defesa das conquistas sócio-político-jurídicas alcançadas com a democratização do país em 1988, que originou um texto constitucional relevante e inspirador para o restante do Mundo, sendo tarefa de cada cidadão fazer com que não se perca de vista as inspirações que levaram a promulgação daquele texto, que possibilitou a abertura de um país para o desenvolvimento social, econômico e cultural num momento pós-ditadura militar.

Assim, a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, que se dá ao longo do tempo histórico e que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação da sociedade política, em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante de uma forma reflexiva e por isso envolve a defesa de um patriotismo constitucional. (OLIVEIRA, 2007:44/45)

O papel do Estado Democrático de Direito é a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, a redução das desigualdades e a consecução dos objetivos da nossa República, sem deixar de lado um desenvolvimento crítico-reflexivo do pensamento político, que deve sempre levar em conta a participação direta da população não só no processo de crescimento, mas também, quando tal processo tiver que perpassar por reformas do texto constitucional, com vistas à manutenção de uma cultura político-jurídica e de um patriotismo.

Instrumentos como o plebiscito, referendo e iniciativa popular foram conquistas muito importantes durante o processo de abertura democrática que culminou com a promulgação da Constituição de 1988. Não obstante, outras formas de participação popular devem ser buscadas como forma de aplicação do princípio da soberania popular, previsto no artigo 1º, parágrafo único da Constituição brasileira. A previsão constitucional de Conselhos Populares dotados de capacidade postulatória legislativa, audiências públicas no processo legislativo e mecanismos de iniciativa popular mais flexibilizados são poucos exemplos do que se pode pensar como instrumentos de uma democracia participativa.

Não é preciso mudar o texto constitucional para termos uma sociedade democrática. Basta aplicá-lo corretamente já que a Constituição da República Federativa do Brasil é ímpar na defesa de direitos fundamentais e a democracia participativa passa pela efetividade de tais direitos.

REFERÊNCIAS

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. IN. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia : entre facticidade e validade - 2. ed. -** Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e ideologia**. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). **Outros olhares – debates contemporâneos – Vol.I** Belo Horizonte: Editora Leiditathi, 2008.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Editora Max Limonad. São Paulo: 2003.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**; trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. São Paulo: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

[1] A crise político-jurídica também é flagrada por CRUZ (2006:168): “A multiplicação de medidas provisórias, denotando desmensurado crescimento institucional do Poder

Executivo, é acompanhada por um acovardamento inconseqüente do Poder Legislativo, muito mais preocupado com interesses, ora escusos, ora meramente eleitoreiros, de seus membros”.

[3] Cf MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e ideologia**. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). **Outros olhares – debates contemporâneos** – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leeditathi 2008.

[4] Para o autor, a identidade do sujeito constitucional não poderá ser representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito, mas o “melhor equilíbrio entre o *self* e o ‘outro’ que o sujeito constitucional pode esperar alcançar é aquele no qual o máximo possível de diferenças encontrem guarida na postura inclusiva em relação ao outro interno. (ROSENFELD, 2003:114).

[5] **Ementa:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO

IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC

52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência. (BRASIL, 2006).

[6] **Ementa:** Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (BRASIL, 1993)

[7] A EC 52 de 08 de março de 2006 dá nova redação ao §1º do artigo 17 para disciplinar as coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

**TRANSVERSALIDADE DS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL
COMPARADO***

**MAINSTREAMING OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN EPISTEMOLOGICAL
PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW COMPARED**

**Gabrielle Bezerra Sales
Gilvan Linhares Lopes**

RESUMO

Trata-se de análise epistemológica acerca do status do Direito Constitucional comparado, no que tange à recepção de institutos jurídicos, referentes à concessão de direitos fundamentais, sua efetivação, modalidade de efeitos produzidos e, conseqüente absorção no Ordenamento jurídico pátrio, face à atualização do conceito de Sociedade Civil e à transformação das relações públicas e privadas no cenário constitucional brasileiro da contemporaneidade. Esse estudo interessa a todos aqueles que visam entender, de forma crítica e aprofundada, os desdobramentos da mudança de paradigma constitucional para os demais ramos do Direito, notadamente para reelaboração da superada dicotomia que opõe Direito público e Direito privado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL; SOCIEDADE CIVIL; RELAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS; ESTADO; INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

It is epistemological analysis on the status of comparative constitutional law, with regard to the receipt of legal institutions, concerning the granting of fundamental rights, their effectiveness, mode of effects, and consequent absorption in the planning legal homeland, given the update of concept of Civil Society and the transformation of private and public relations in the contemporary Brazilian constitutional scenario.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW; CIVIL SOCIETY; RELATIONSHIP PUBLIC AND PRIVATE; STATE; CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Pré-compreensão do Tema

A análise do tema destaca, *prima facie*, um paradoxo metodológico insuperável acerca do conhecimento científico do Direito Comparado, colhido da experiência jurídico-brasileira, que se apresenta nas arcadas e desafia os operadores de um sistema jurídico, classificado, no cenário internacional, como periférico.

Do contrário, então, como explicar um País que sempre se mostrou tão obsequioso diante das inovações teóricas concebidas nos sistemas jurídicos centrais, adotando-as em seus códigos, semelhante a um processo de colonialização sistêmica[1], e dispensa a estes um tratamento acadêmico e curricular discreto.

Oportuno advertir que, embora estejamos tratando de um tema cujo acervo normativo nos conduz, necessariamente, a determinado sistema de matriz normativa publicista, o colonialismo jurídico sempre foi uma práxis vulgar, não exclusivamente ao Direito Constitucional.

Esta omissão do Sujeito-nacional diante do Objeto-transnacional, de fato, não vitima somente o tratamento técnico mais adequado e próprio acerca do conceito, da caracterização e do conteúdo do conhecimento do Direito Comparado, senão amesquinha os procedimentos comezinhos de natureza epistemológica[2].

A experiência com o Direito é que algo a humanidade não pode desviar-se, pois como *Realwissenschaft* ou *Science du réel*, reconhece paralelamente outros sistemas autônomos que lhe fornecem substâncias as quais serão articuladas por meio de uma linguagem científica e que pressupõe aos demais fenômenos sociais. Nesse sentido, o sistema jurídico é autogerador, como Kelsen chamou de *Sebsterzeugungsprozess*[3].

Isso, de certo, não significa menosprezar o conhecimento jurídico nativo, mas agregar a esse espetáculo científico uma densidade doutrinária aplicada, transparente e refletida a partir não somente do conhecimento da causalidade normativa (ideal, dever-ser), senão empírica (real), colhida pelos sistemas jurídicos centrais, como também superar esse revés metodológico com um prodigioso viés de novos saberes sólidos em nossa investigação científica.

Essa investigação é especialmente valiosa para o desenvolvimento e para a aplicação, a todo o Direito Constitucional, epíteto da “*idade da ciência*”[4], lhe justifica, para não encontrar o Direito Comparado somente a partir do momento em que se analisa e se faz uma reflexão acerca das suas teorias, já como realidades fixadas e irremovíveis sobre as quais terão de disciplinar os interesses locais em suas relações jurídicas públicas e privadas.

Nesse sentido, emprestamos ao Direito Comparado do qual o Direito Constitucional Comparado se faz penhorado uma dimensão epistêmica, ou seja, científica, que mira uma diversidade de textos constitucionais regionais e enfrenta o desafio de justificação de um conhecimento científico que compreenda pontos em comum e que são essenciais a vários sistemas jurídicos, em um cenário internacional em que o tempo se mostra ineficiente, como marco regulador, para fixar o instante determinante do conhecimento

de cada realidade jurídica, já que se observa uma reelaboração constante de princípios e de conceitos jurídicos sem implicar nas alterações gramaticais dos textos constitucionais.

No intuito de desenvolver um conhecimento científico[5] na esfera do Direito Constitucional Comparado a partir de uma reflexão dos fenômenos uniformes transnacionais, faz-se necessário um conhecimento próprio e não propedêutico como assim qualificou Santi Romano, lembrado por Bonavides.[6]

Certamente, o conceito que emprestamos ao Direito Constitucional Comparado em nada se aproxima daquele proposto por Santi Romano. De certo, tomamos essa expressão, primeiramente, para reconhecer sua completa inadequação conceitual, pois não se está aqui a evocar um mero exercício de analogia ou de justaposição dos sistemas constitucionais nacionais, senão para identificar o Direito Constitucional Comparado como ramo de conhecimento sobre o ordenamento jurídico, como algo extremamente cativante, denominado pelos alemães de *Rechtsvergleichung*.

Assim, é imprescindível não confundir a abordagem da evolução histórica constitucional de uma entidade política soberana com a análise de determinados fenômenos uniformes de uma dessas unidades políticas autônomas e os pressupostos empíricos (fáticos) de sua caracterização.

Portanto, o estudo do Direito Constitucional Comparado não pode ser tomado a partir das imprecisas conotações históricas dominantes alhures em nossas arcadas, *exempli gratia*, as Lições de Legislação Comparada de Beviláqua, cingida como um mero esforço de comparação de textos legais estrangeiros.

Nas entidades políticas ocidentais, que romperam o terceiro milênio e adotam o direito escrito do *expert* em Direito Constitucional Comparado reclama-se uma pesquisa que compreenda a realidade que cerca esses sistemas jurídicos, a jurisprudência, o meio social, a doutrina e a prática jurídica.

É nesse espaço público que os subsistemas jurídicos mais se intercalam, ampliando o âmbito de penetração de suas normas jurídicas sem colocar em risco a independência e a unidade de cada ramo científico.

O Direito Constitucional Comparado colhido da nova “*civil society*”[7] é aquele em que a comunicação superou as barreiras formais da linguagem, e o tempo caiu em desuso como instrumento viável de apreensão do processo de interação e de integração social e, conseqüentemente, as relações privadas não podem mais ser interpretadas a partir das categorias conceituais remissivas ao período clássico da Sociedade ocidental[8].

De fato, a idéia de Sociedade Civil por Hegel denominada de *bürgerliche Gesellschaft*, uma forma que se organizava por meio da produção, da satisfação básica das necessidades de seus membros com a simultânea sublimação de outros valores socialmente relevantes, é apenas uma mera referência histórica.

Submetida a um processo de intensa diferenciação em seus elementos, a atual Sociedade Civil, composta por instituições, organizações e associações cuja atuação não se limita às fronteiras nacionais, pauta alguns temas jurídicos e deles se apropriam dentro de uma

dinâmica de representação, transformando-os em questões *suprapessoais* dentro do debate inaugurado que se desloca da esfera privada e chega à esfera pública política para desafiar os princípios fundamentais de constituição das entidades políticas soberanas, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana, como a eficácia e a tutela dos direitos fundamentais.

Essa, de fato, é uma discussão jurídica que a todos é dado saber, seja de modo vulgar, seja por meio de um conhecimento científico, elaborado, e que não se deixa aprisionar no âmbito interno dos sistemas jurídicos nacionais.

Eis aí, indisfarçavelmente, a importância do estudo do Direito Constitucional Comparado comprometido com uma nova Sociedade transnacional, que interage de forma instantânea numa dinâmica acelerada dentro do binômio “*On/Off*” não somente num mundo real, senão virtual.

Em sua dinâmica, produz seguidamente novos fenômenos sociais que desafiam a doutrina e a jurisprudência jurídicas, com o sacrifício de notáveis paradigmas pela inserção de novas teorias, igualmente com a exclusão de categorias jurídicas e reelaboração de conceitos jurídicos e adaptação de outros.

Nesse sentido é primorosa a contribuição de Reale, afirmando que:

(...) aos olhos do jurista o Direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o “retrato sintético do fato”: elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor[9].

Cenário em que, dado seu apelo universalista, desponta a teoria dos direitos fundamentais, destacando-se como uma elaboração de um novo discurso que transcende os paradigmas formais de fundamento e legitimidade para um conteúdo ancorado em sua justificação e legitimação.

Provoca, necessariamente, uma releitura teórica do clássico binômio direito público e direito privado. Requer, em última instância, uma confrontação entre os principais catálogos normativos desses distintos ramos do Direito, a dizer, o Código Civil e a Constituição Federal.

Inconteste é afirmar que a Carta Magna, ao ser encontrada penhorada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou melhor, pela eficácia contra particulares “*Drittwirkung*”, conforme acentua Canaris[10], empresta um sentido mais amplo e assegura uma eficácia *erga omnes* aos direitos fundamentais no sentido de invocação tanto contra atos do Estado quanto daqueles produzidos por outros membros da Sociedade Civil.

A compreensão de uma relação antinômica entre esses dois ramos referenciais, presentes em todo e qualquer compêndio jurídico, embora advindo da Antigüidade, perdurou como referência e inspirou o credo liberal do Estado de Direito, do qual o nosso sistema constitucional é diretamente afilhado.

O Direito, enquanto conhecimento científico, sempre demonstrou textura para suportar os apelos da doutrina, que traduz na maioria das vezes um delírio acadêmico por meio da utilização de muitas expressões que ampliam seu portfólio quantitativo com múltiplas classificações, cujo caráter inédito é apenas gramatical. Isso não se nota, conforme demonstra Sales[11], quanto aos contornos teóricos do Direito público e do Direito privado.

Martins-Costa salienta que cumpre esclarecer a contextualização da suposta dicotomia entre os ramos, público e privado do Direito, afirmando que:

(...)surge o modelo da incomunicabilidade, que é uma resposta típica do século XIX ao fenômeno das fontes do Direito. O modelo da oposição de base entre a Sociedade Civil e o Estado, oposição que, no Brasil, adquirirá contornos particulares, diversos dos que marcaram a dicotomia nos países da Europa continental. Mas a dicotomia estará traduzida, por igual, na estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o direito da Sociedade Civil e o outro será o Direito do Estado. E, como num espelho- onde os reflexos são pelo transverso- a dicotomia importará numa *assimilação*: livre é a pessoa proprietária, o “sujeito proprietário”: a liberdade será assimilada à propriedade[12].

A rigor, a compreensão de Direito Público na era contemporânea só pode firmar-se, precisamente, se abordada a partir da instrumentalização do Estado de Direito, aliado da idéia de Constituição.

Nesse sentido, é possível deduzir que o tema nos prende ao debate, seja no que se refere aos limites de eficácia dos direitos fundamentais para que não se evada da fenomenologia jurídica, seja da cultural[13]. Produto da inteligência humana ao se distanciarem dos fenômenos naturais, os direitos fundamentais são direitos subjetivos positivos, assim, são postos e não prepostos[14].

A realidade (*Umwelt*) é uma ordem constituída de leis próprias, universais, cuja elaboração e existência dispensam a contribuição humana. Existe “*per si*” e se torna posteriormente objeto cognoscente[15]. Suas normas desprezam juízo racional de valor – correta/falsa - senão retratam um estado das coisas, cuja exatidão, validade e eficácia de suas leis causais para explicar seus fatos são paradigmáticas ao Mundo Social que nele se encontra, dada a sua inviolabilidade e perfectibilidade[16].

É, com efeito, a ordem do “Ser” (*Sein*) não capitulado pelo livre-arbítrio, pela idéia de liberdade. A liberdade, enquanto valor irrenunciável ao Homem, faz parte de uma causalidade normativa somente revelada dentro dos limites internos do sistema jurídico[17].

A questão dos direitos fundamentais representa, portanto, um fenômeno humano e jurídico, senão por reconhecer a liberdade como reserva ética fundamental de suas elaborações teóricas, que se manifestam por intermédio de concepções e de prescrições

jurídicas ancoradas, seja no Direito Público, seja no Direito Privado que evolui e atua em conexão com a vida coletiva, política, social e institucional do homem[18].

Os direitos fundamentais, enquanto fenômenos jurídicos, somente podem ser apreendidos na ordem do “Dever-ser” (*sollen*)[19]. Esse ponto central da reflexão kelsiana nos remete sempre a idéia de querer, a idéia de liberdade, que, como ato de vontade jurídica, vê-se fixado como algo “devido” por uma prescrição normativa (pública ou privada) para indicar uma conduta (possível objetivo de vontade), senão uma conduta humana pré-escrita e vinculante, revelando um caráter (embora parcial) funcional fundamental do fenômeno jurídico[20].

O discurso dos direitos fundamentais se expressa numa linguagem própria, jurídico-científica[21], quando se descobre a necessidade de marcos normativos que penetram na Sociedade Civil e constroem uma ordem justa, cujas condutas individuais estão obrigadas às normas jurídicas prescritas[22] – direta ou indiretamente [23].

Os direitos fundamentais, com suas implicações lógicas e metodológicas, despontam como um fenômeno normativo de ação no coletivo que resulta em conhecimento[24]. Tematizar o conteúdo desses marcos normativos dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Constitucional Comparado é igualmente refletir acerca do conhecimento científico do qual se constitui. Conhecer o fenômeno jurídico é conhecer o fenômeno social, como componentes que se imbricam, interface de uma mesma realidade jurídica e social.

Convergência dos direitos fundamentais: positividade e normatividade

Sob a temática da análise epistemológica dos fatos sociais e jurídicos é recorrente entre os autores a convergência histórica de que os direitos fundamentais retratam o passado, o presente e o futuro, simultaneamente.

No contexto de sua evolução e função social, eles são produtos da racionalidade e relacionados às estruturas do pensamento antropocêntrico, modelos teóricos que abarcam experiências jurídicas seculares.

Sua história é um relato da evolução humana correlata com o histórico de mudanças estruturais do meio social no qual eles se realizam, senão são concebidos por meio de uma seleção mútua e contínua das respectivas alterações estruturais sociais, justificando sua classificação em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

A mais apropriada idéia de direitos fundamentais é como norma e como eixo de conduta humana normatizada. Como norma de conduta social reconhecida pelo poder estatal, quando se insere no contexto social, ganhando visibilidade, ora como direito objetivo, ora como subjetivo[25], ou seja, como norma ou como conduta.

Neste sentido, ao trazer o “Fato Social”, simultaneamente, transforma-o em “Fato Jurídico”, resultando numa aceitação social mais intensa das normas jurídicas relativas aos direitos fundamentais. Sua aceitação e o seu cumprimento como aquelas que compreendem “ser obrigado” (*Verpflichtet-Sein*) se deduzem a partir de sua expressão

com o valor do seu caráter mínimo redutor de conflitos, indispensável à Sociedade Civil no sentido de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais pela via da internalização espontânea ou por execução forçada dos agentes públicos ou privados.

Quanto à execução forçada das regras jurídicas, urge estabelecer uma diferença entre Poder e Autoridade. De fato, a ninguém é dado interferir na esfera individual do outro, sem contar com a aquiescência deste, pressuposição básica do fenômeno jurídico.

Essa probabilidade, que evoca Weber, no sentido de invasão de um indivíduo na esfera de outrem e a tentativa de imposição de sua vontade, quando há um pacto das esferas jurídicas individuais e requer um lastro de legitimidade que repousa necessariamente na fundamentação jurídica.

Mister lembrar que a norma jurídica não apenas reconhece função jurídica, senão confere poder, faculdade aos seus destinatários, reduzido na expressão “direito” consignado no artigo 1º do Código Civil de 2002.

Resulta, então, recorrer a uma diferença importante entre Poder jurídico e Autoridade, como interfaces do fenômeno jurídico, pois, enquanto o poder está fundamentalmente associado ao direito privado, às potencialidades de humanidade dentro da personalidade jurídica das pessoas naturais; a idéia de Autoridade é precária, dependente e ligada a posições ou a cargos públicos na esfera pública.

Essencial ao conceito de Autoridade estatal é a legitimidade. Ela se constrói pela possibilidade dela se extrair, primeiramente, a idéia de *função jurídica* e não de poder jurídico. A idéia de função jurídica decorre do fato de confinar a Autoridade Pública na via estreita da legalidade, ou melhor, do Direito, tornando-o “servo” desta, senão por não lhe franquear o campo da licitude, correlato à esfera privada.

Há subordinação dos fatos sociais à ordem jurídica e não ao Direito Público ou ao Direito Privado, por meio de sua previsibilidade deriva da necessidade que tem o Direito de tutela de certos bens na vida, imprimindo estabilidade e segurança nas relações sociais, privadas e públicas.

Assim, quando a norma jurídica *incide* sobre o suporte fático (*Tatbestand*), o que resulta e habita no mundo jurídico é o fato jurídico. O produto do fato jurídico é eficácia jurídica. Portanto, eficácia jurídica é do fato jurídico e *nunca* do fato social (suporte fático). O que decorre da causalidade normativa, referente aos direitos fundamentais e sua a efetividade é algo da mais alta magnitude, é o surgimento dos direitos subjetivos. Estes exurgem quando o direito objetivo (na acepção do termo - decisão política) se imiscui no mundo jurídico e produz fato jurídico.

Os direitos fundamentais subjetivos são efeitos das relações jurídicas cuja natureza não pode mais ser qualificada exclusivamente a partir de uma dicotomia clássica do Direito Público e do Direito Privado, da lógica dos subsistemas jurídicos, do conceito e do enunciado legal, pela subsunção até gramatical que nega, muitas vezes, a dimensão axiológica do bem jurídico violado, seja pela Autoridade estatal, seja pelo particular.

Constituição: elementos e interpretação

Conforme acentua Alexy[26], os direitos fundamentais não podem ser compreendidos meramente como instrumentos de contenção das decisões do poder estatal, senão para reconhecer sua funcionalidade numa relação jurídica Estado/Cidadão, na qual um é ou não, titular de direitos fundamentais, enquanto as relações jurídicas entre cidadãos são construídas com partes que são titulares de direitos fundamentais.

A reflexão dos direitos fundamentais, à luz do Direito Constitucional Comparado, admite diferentes formas de interpretação. Em nosso caso, uma compreensão da Constituição vigente, que compreende cada unidade política. Somente a compreensão desta “Ordem Jurídica Fundamental” vigente oferece a possibilidade de captar e de vencer, com propriedade jurídico-constitucional, a problematização que se coloca em relação aos direitos fundamentais diante da formação da vontade do estatal nos vários níveis de governo. A questão sobre os fundamentos de cada texto constitucional se refere à questão do Estado, mas igualmente à configuração da Sociedade Civil.

O sentido, no qual esse tema deve apontar, depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito de Constituição escolhido. A normatividade da Constituição é, todavia, de uma ordem concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é real, que se desenvolve no cotidiano da Sociedade Civil.

Diz respeito ao Poder estatal soberano, confinado pelo Direito, como Ordem Jurídica, ou seja, num processo de integração estatal de colaboração consciente conforme o que fora traçado em suas matrizes normativas constitucionais.

Assim, como um processo de conduta estabilizadora, que se dá pela concretude dos princípios materiais da ordem constitucional e a perspectiva da sua força normativa e vinculante, a Constituição deve ser entendida como um processo fundamental de juridicização do Estado. Traduz-se, assim, na racionalização do exercício do poder político.

Toda Constituição, em sentido material restrito[27], cuida dos elementos primários do Estado, a forma de aquisição e de exercício do poder estatal, a organização e funcionamento do Estado, assim como os direitos fundamentais conferidos às pessoas.

As Constituições modernas trazem, ainda, no seu texto um apelo, conforme a melhor doutrina, de natureza axiológica, que reconhece um conteúdo finalístico[28]. De fato, hoje não se concebe o Estado de Direito, como nos termos kantianos, subtraído de um conteúdo finalístico, concreto e independente do querer dos governantes. O conceito de Estado puro e simplesmente racional, como uma realidade aprorística, já cumpriu sua função quando foi de fundamental importância para o liberalismo nascente do século XVIII.

Correlato à compreensão de Constituição é o conceito de Ordem Jurídica. Por meio desta, o Estado é concebido não somente como poder ou como força, senão como produto de um fenômeno jurídico.

Uma Ordem Jurídica que regula as relações intersubjetivas dentro da Sociedade, por meio de um Poder político, institucionalizado, a qual irradia-se sobre pessoas físicas ou

jurídicas, seus bens e igualmente sobre toda atividade alcançada por sua validade espacial.

As normas constitucionais, assim, tomam o Poder estatal e distribuem em funções públicas, em vários órgãos estatais, constitutivos da estrutura do Estado. As funções jurídicas são realizações ou manifestações da vontade humana que representam sua aplicação, criação e execução pelo destinatário da norma jurídica.

Elas se encontram no âmbito privado, Sociedade Civil e, no âmbito público, Estado. Nesse sentido, fala-se na tripartida estrutura de Poder, intrínseca ao modelo de Estado atual.

De fato, o Estado tem o monopólio do sistema repressivo e de constrangimento, franqueado aos particulares, excepcionalmente, como na hipótese de legítima defesa, de estado de necessidade, todas reconhecidas pela ordem jurídica. Contudo, essas formas de coerção e de coação sobre os indivíduos, exercidas pela Autoridade estatal, não são irrestritas e ilimitadas, de modo que lhes seja franqueado o seu exercício sem que se reconheça uma instância “*Interna* ou *Externa Corporis*”, isto é, administrativa, jurisdicional, instrumento do Estado para disciplinar o exercício desse poder.

Esse Poder estatal, exercido pelos Agentes Públicos, não existe como um fenômeno próprio no Estado Democrático de Direito. Nada obsta, porém, que se investigue as reações do exercício desse poder na Sociedade, sua conveniência e oportunidade, sua legalidade e legitimidade, tendo como matriz normativa a Constituição que lhe institucionalizou e determinou sua forma de ser.

A concepção de Constituição moderna, neoconstitucionalista, acolhe a tese dos direitos fundamentais como acervo que integra o seu texto, de caráter vinculante e limitativo face ao Poder estatal. É uma associação inseparável da reflexão do Estado de Direito, reduzido às normas constitucionais obrigatórias por meio da força do Direito que legitima o exercício do Poder estatal.

Inconveniências terminológicas e efetivação horizontal dos direitos fundamentais no direito privado: considerações finais

À guisa de conclusão e recordando Alexy, não há nenhuma inconveniência em contrastar a atuação estatal aos direitos fundamentais, uma vez que aqueles agem por meio de representação, conferindo aos poderes outorgados um sentido meramente utilitarista, jamais autônomo.

Contudo, o mesmo padrão lógico não se aplica nas relações privadas. De fato, as relações privadas têm como base ética e a liberdade, que seguindo a tradição do constitucionalismo ocidental, é direito fundamental tutelado. Não sendo crível dispensar aos Cidadãos titulares de direitos fundamentais o mesmo tratamento jurídico dado às entidades estatais.

Com isso, não se pode sucumbir radicalmente ao apelo e ao prestígio da tese da efetividade horizontal dos direitos fundamentais e, dessa forma, sacrificar o paradigma

ético-jurídico fundamental das relações privadas, a Liberdade, que demandou séculos em sua construção.

É inegável, outrossim, que os direitos fundamentais, em vários sistemas constitucionais ocidentais, não se deixam aprisionar, sendo igualmente reconhecidos nas relações jurídicas privadas.

Nessa abordagem do Direito Constitucional Comparado, ganham relevo os Estados que adotam, na sua estrutura de poder político, uma Corte Constitucional com jurisdição constitucional definida, caso da Espanha e da Alemanha, nos quais a peleja em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ficou cingida, precipuamente, às questões processuais, conforme se observa na Alemanha pela utilização da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerden*)[29] e na Espanha por meio do recurso de amparo, ficando assim: Na hipótese de violação de direitos fundamentais por entidades privadas, assim como naquelas relações as quais se estabeleçam entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional.

Cotejar o objeto do Direito Constitucional desperta algo mais abrangente do que sua compreensão enciclopédica ou oracular. Como subsistema do Direito Público interno ganha, portanto, visibilidade por não ser mais o próprio Direito do Estado, senão por ser o mais típico ramo do Direito dos Direitos Fundamentais, pelo que autoriza falar não exclusivamente em Estado de Direito, senão em Estado de Direitos.

Este caráter plural do Direito Constitucional abre uma brecha fecunda que alivia as fronteiras de atrito entre o Direito Público e Direito Privado, na perspectiva de um novo Direito Constitucional “**transversal**” de uma ordem de valores objetiva conforme acentua Grimm[30], por apego a uma distinção de naipe substantivo dos enunciados, ou seja, da natureza das normas jurídicas, que adere à proeminência do conteúdo normativo-constitucional que ao seu crivo faz toda a ordem jurídica se render.

Todo o sistema jurídico, inclusive o Direito Civil, reconhece nos enunciados constitucionais um caráter unificador, dotado de uma inegável transversalidade que empresta um sentido construtivo na formação, interpretação e aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais.

Com efeito, o estudo desta transversalidade dos direitos fundamentais não se faz refém dos contornos sistêmicos nacionais, senão para considerar uma análise extensivamente que ancora no Direito Constitucional Comparado.

Finalmente, o caráter refratário dos Direitos Fundamentais não mais confinado aos apelos regionais dos sistemas jurídicos, oferece uma oportunidade de contrastabilidade entre ramos jurídicos de naipe diferente, assimilação e consolidação da irrenunciável transversalidade dos direitos fundamentais nas relações privadas apropriada como objeto do Direito Constitucional Comparado, cuja vocação transcende a *performance* clássica do binômio Constitucional/Civil, Interesse Público/Interesse Privado, não mais íntegra para afiançar somente a ação interventiva estatal, senão até pela sua inevitável exclusão na relação jurídica, assim também qualificá-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg(Breisgau);München:Alber Studienausg. 2002.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 6. Auflage, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliese, Edoson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BVerfGE 7, 198: **Lüth-Urteil e BVerfGE 25, 256** Blinkfüer.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, Heft 159, 1999.

DINAMARCO, Candido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1956.

GRANGER, Gilles-Gaston. **A ciência e as ciências**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1994.

GRIMM, Dieter. **Die Karriere eines Boykottaufrufs**: Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts, IN: Die Zeit. 40/2001.

HABERMAS. Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

KAUFMANN, Arthur. **Was ist das: die Natur?** Über einen schwierigen Begriff, Herrenhalber Texte 77, 1987.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtstheorie**. Wien: Verlag Österreich, 2. Auflage, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARSONS. Talcott. **Structure and Process in Modern Societies**. Illinois: The free of Glencoe, 1960.

REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

[1]De fato a expressão colonialização é também utilizada no sentido que aqui damos por Habermas numa perspectiva filosófica em sua obra: Neste sentido, *exempli gratia*:na Carta Política de 1824(FRANCA), 1891 (USA), de 1934(WEIMAR), de 1937 (POLACA), de 1946 (refratária de WEIMAR) e finalmente de 1988 (PORTUGAL).

[2]No Direito Comparado a expressão Epistemologia é comumente rivalizada com a expressão Gnoseologia, que alguns identificam esta com a Teoria do Conhecimento e aquela com a Teoria da Ciência. Como colhemos no sistema inglês o uso da expressão e o sentido que lhe empresta *Epistemology* como Teoria do Conhecimento, enquanto os franceses optam pela expressão *Théorie de la Connaissance* para distinguir de *Épistémologie* e finalmente os alemães adotam, neste sentido, usam a expressão *Erkenntnistheorie* que distinguem de *Epistemologie*. Isto nos autoriza emprestar, aqui, o sentido de Gnoseologia como Teoria do Conhecimento que abarca toda e qualquer forma de saber como o vulgar, o revelado, o filosófico, enquanto a Epistemologia alcança apenas a forma de conhecimento científico como regras e procedimentos especiais. Numa perspectiva universal, vale destacar; os franceses com a expressão, para distinguir de, o mesmo acontecendo como os alemães que utilizam a expressão.

[3]KELSEN, Hans. **Reine Rechtstheorie**. Wien: Verlag Österreich, 2. Auflage, 2000, p. 239.

[4]GRANGER, Gilles-Gaston. **A ciência e as ciências**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1994, pg. 12.

[5]DINAMARCO, Candido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 101-102. Segundo o autor, “*mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem, e as palavras se usem sem grande precisão técnica*”.

[6]BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.10.

[7] PARSONS. Talcott. **Structure and Process in Modern Societies**. Illinois: The free of Glencoe, 1960, p. 304.

[8] HABERMAS. Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 100-110.

[9] REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

[10] CANARIS. Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, Heft 159, 1999, p.12 .

[11] SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p.20.

[12] MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

[13] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, p.122. Referindo-se a escola pandectista início do século XIX na Alemanha diz: “*a concepção do Direito como uma realidade social “dada” ou “posta” e como unidade sistemática de normas gerais.*”

[14] ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg(Breisgau);München:Alber Studienausg. 2002. p. 18.

[15] ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1956, p. 09.

[16] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p. 95. No aspecto da teoria do conhecimento, lembra Kelsen a distinção entre os juízos lógicos: a) juízos ônticos que são enunciados analíticos que descrevem o ser, suscetível de uma averiguação pontual de verdade e falsidade: b) os juízos deônticos, que compreende o plano normativo do “Dever-ser” como descrição sobre prescrições normativas e acerca dos quais não tem sentido predicar verdade ou falsidade. Contudo, não se trata de uma relação alternativa excludente. Há, neste sentido, uma estreita relação entre as proposições jurídicas formuladas com os mecanismos que geram os fenômenos, vez que existe certo isomorfismo, diga-se, correspondência de estrutura entre os mecanismos propostos e os sistemas no mundo.

[17] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p. 95.

[18] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p.72. “*In der selbstverständlichen Behauptung, dass Gegenstand der Rechtswissenschaft das Recht ist, liegt die – weniger selbstverständliche – Behauptung beschlossen, dass Gegenstand der Rechtswissenschaft*

Rechtsnorme sind, menschliches Verhalten aber nur insoferne, als es in Rechtsnormen als Bedingung oder Folge bestimmt – oder mit anderen Worten – als es Inhalt von Rechtsnormen ist.“

[19]KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2.Auflage. 2000, p.123: "*Ist aber erkannt, dass zu einem Verhalten Verpflichtet-Sein nichts anderes bedeutet, als dass dieses Verhalten durch eine Norm geboten ist, und kann nicht geleugnet werden, dass die Rechtsordnung – wie jede normative Ordnung – ein bestimmtes menschliches Verhalten gebietet, dann muss Verpflichten als eine wesentliche Funktion des Rechts angesehen(...).*"

[20] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2.Auflage. 2000, p.123: "*(...)- wie die folgende Analyse der Funktion des Berechtigens zeigt – sogar dieser gegenüber als die primäre Funktion anerkannt werden“.*

[21] A linguagem, neste aspecto, possibilita que um determinado comportamento observado e descrito que pode ser reajustado em uma esfera lingüística consensual.

[22] Neste sentido, cumpre lembrar que o fundador do purismo jurídico, Kelsen, não estava inclinado a reconhecer as normas jurídicas como expressão de uma vontade real e presente, senão que a norma integra uma ordem, diga-se, uma “**ordem despsicologizada**”. Muito embora as normas sejam ato-vontade, elas compreendem no seu sentido objetivo uma expressão subjetiva daquele que a formulou, contudo, investido de poderes legítimos para fazê-lo, para que assim, cumpra-se seu ciclo de validade. O que justificaria a representação do sistema de normas jurídicas na figura piramidal, posto que, a norma inferior extrairia sua validade na norma superior que conteria o seu fundamento de validez.

[23] KAUFMANN, Arthur. **Was ist das: die Natur? Über einen schwierigen Begriff**, Herrenhalber Texte 77, 1987, p. 33.

[24] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2 Auflage. 2000, p. 74.

[25] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225.

[26] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 6. Auflage, 1997, p.514.

[27]Na tradição do Constitucionalismo ocidental, quanto ao conteúdo, as Constituições podem ser classificadas em formais e materiais. O aspecto formal se caracteriza pela forma de sua criação, que pressupõe uma Assembléia Constituinte que num momento solene se instaura e cria a Constituição, estabelecendo regras rígidas para sua alteração, quorum qualificado, para se distinguir do processo ordinário de formação legislativa definida no próprio texto Constituição. Vê Art. 59 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

[28] Neste sentido, a Constituição Brasileira de 1988 não só tratou de qualificar o Estado Brasileiro, como também, impõe-lhe um conjunto de objetivos fundamentais

traçados no Art. 3º, como: Construir uma Sociedade livre, justa e solidária; Garantir o desenvolvimento nacional; Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[29] BVerfGE 7, 198: Lüth-Urteil e BVerfGE 25, 256 Blinkfuer.

[30]GRIMM, Dieter. **Die Karriere eines Boykottaufrufs**: Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts, IN: Die Zeit. 40/2001. p. 11.

AS CORTES SUPREMAS: GUARDIÃES DA CONSTITUIÇÃO OU DE INTERESSES MINORITÁRIOS*

THE SUPREME COURTS: CONSTITUTIONAL GUARDS OR FROM PRIVATE INTERESTS

Gustavo Antunes Sengès

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o real papel das Cortes Supremas e sua tarefa de interpretação das normas constitucionais no direito comparado. Como um pequeno grupo de homens, não eleitos pelo povo, pode controlar as decisões de uma nação? A resposta a essa afirmativa é o desafio enfrentado por este artigo, o qual almeja propor modelos alternativos mais flexíveis. O Constitucionalismo Popular e a Constituição Aberta são as contribuições dos constitucionalistas europeus e americanos para tentar irromper este rígido modelo, no qual uma pequena minoria decide, muitas vezes contrariando a vontade popular. Uma abordagem histórica da evolução do controle de constitucionalidade das leis, passando de um modelo fraco para um controle forte, também será colocado em pauta, acentuando a polêmica, em torno de um tema de suma importância nos dias atuais relativo à captura dos interesses públicos por interesses privados e minoritários.

PALAVRAS-CHAVES: CORTES SUPREMAS, REVISÃO CONSTITUCIONAL, DIREITO COMPARADO, MODELO AMERICANO, MODELO EUROPEU-CONTINENTAL, CONSTITUCIONALISMO POPULAR.

ABSTRACT

The role played by the Supreme Courts at a comparative approach is the main focus of this paper. How can a small group of men, non elected by the people, can control all decisions of a whole nation? The answer for this question is the task faced by this article, whose other aim is to propose some other flexible alternative systems. Popular Constitutionalism and the Open Constitution will be brought to this debate, as contributions by the European and American constitutionalists, to avoid the power of minority against popular will. A historical approach of the evolution of judicial review will be analyzed since the weak form until the strong form. And finally this paper will focus on a polemic subject, related to the capture of public interests by particular and minority ones.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: SUPREME COURTS, JUDICIAL REVIEW, COMPARATIVE LAW, AMERICAN SYSTEM, EUROPEAN SYSTEM, POPULAR CONSTITUTIONALISM.

I. Introdução

A epígrafe do cientista político argentino fornece as tintas a serem utilizadas nesse trabalho, cujo objetivo é desvelar o panorama do verdadeiro papel das cortes supremas, tomando como base os dois grandes modelos de controle da constitucionalidade, quais sejam o americano e o europeu continental. Temas como os modelos de controle alternativos, o constitucionalismo popular, dentre outros servirão como pano de fundo ou como rota de fuga para o debate.

Cabe ressaltar já de início, que todo trabalho que almeje aprofundar-se no tema, deverá desenvolver uma longa discussão não somente em torno do controle *per se*, e suas distintas modalidades, mas também adentrar na teoria da separação de poderes. Não será essa, nossa ambição. Muito pelo contrário. Tentaremos permanecer no árido terreno que separa um trabalho acadêmico de um manifesto ao invadirmos a intocável redoma da aparente neutralidade das instituições e mais especificamente daquela que tem como função ser o último bastião da constitucionalidade das leis.

A tarefa de abordar um tema amplamente debatido – e quiçá, saturado - pela doutrina, foi o desafio enfrentado. Optou-se, no entanto, por um recorte não meramente descritivo, como se as instituições fossem “desprovidas de vontade”, e sim avaliar o atual modelo de controle tomando como parâmetro seu viés contramajoritário e político. O desvirtuamento da *raison d’être* das cortes cedeu lugar a uma instância inegavelmente entrecortada por interesses políticos manipulados pelos mesmos atores capazes de ditar a agenda nacional ou até global. A pergunta é pontual. Como alguns poucos homens[1], não eleitos pelo povo, podem definir os rumos de toda uma nação?

A resposta, no entanto, não é tão simples quanto a indagação. Em torno dessa questão gravitam discussões calorosas recheadas de propostas, bem como obras de autores antecessores e contemporâneos dos dois lados do Atlântico. Nós, tampouco ostentamos tal pretensão. A tarefa considerar-se-á cumprida, tão-somente com o debate em si, descortinando alternativas, algumas em vigor, e outras expostas por alguns acadêmicos e estudiosos das ciências sociais em geral.

No tocante à organização do trabalho, esta seguirá com uma breve apresentação dos modelos europeu continental e estadunidense de controle, nos quais veremos brevemente as origens de cada um deles e os principais contornos que os delimitam. Além de uma sucinta descrição, tentaremos tecer algumas críticas e examinar a mutação do controle de constitucionalidade ao longo dos tempos. Seu tímido surgimento

(principalmente no caso americano), até sua ampliação para absorver novos casos, recebendo a legítima acusação de supremacia judicial.

Na parte seguinte estabeleceremos um estudo juscomparado de modelos alternativos de controle, hoje vigentes em alguns países anglo-saxões. As denominadas formas, fraca e forte de controle, serão confrontadas, assim como as possíveis críticas e lições extraídas de ambos os modelos. Convém ressaltar que tais formas, mais que verdadeiras alternativas em face da supremacia judicial, demonstram que há outros caminhos a serem trilhados e que o modelo em vigor, foi simplesmente uma opção convencional de acordo com o contingente histórico.

À vista disso, na última etapa, faremos uma releitura de algumas teorias que pretendem buscar saídas para esse imbróglio, tais como o constitucionalismo popular e a interpretação aberta da constituição. No intuito de se manter a coerência teórica, as alternativas também serão pinçadas da doutrina americana e européia. Convém salientar, ainda, que a escolha do tema guarda estreita relação com o contexto atual brasileiro, o qual mereceria uma futura análise em apartado.

II. Controle de constitucionalidade: o modelo americano

Os Estados Unidos se notabilizaram como precursores de um modelo de controle de constitucionalidade ainda no início do século XIX. A tarefa de proteger os direitos fundamentais exigia algum tipo de controle capaz de equilibrar os poderes da maioria com o da minoria. Essa tese a justificar uma instância de poder com atribuições de dar a última palavra em matéria de direito coube à Corte Suprema americana que, embora sem previsão constitucional até então, fora acionada no paradigmático caso *Marbury v. Madison*.^[2] Nele, o *Chief Justice* Marshall proferiu a célebre frase: “é tarefa do Judiciário dizer o que é o Direito”.

A decisão em tela foi proferida em 1803 e no decorrer de mais de duzentos anos a arquitetura constitucional americana no que tange ao controle de constitucionalidade das leis passou por severas modificações. Inicialmente, alguns mecanismos, que serão brevemente expostos nessa parte do trabalho, visavam a evitar o excesso de interferência nas decisões dos outros poderes, mantendo algumas matérias circunscritas a um determinado campo. No entanto, com a prática jurisprudencial esse rol de matérias foi se ampliando, expandindo assim seu poder de interpretação.

Primeiramente, podemos mencionar a doutrina do caso duvidoso, na qual o Poder Judiciário somente se manifestaria em casos incontestes e ausentes de dúvida sobre a inconstitucionalidade das normas. O acadêmico norte-americano Mark Tushnet menciona o “caso Thayer” (1893), para ilustrar o menor grau de interferência à época. Nele restou decidido que “um ato da legislatura não pode ser declarado nulo a menos que a violação da Constituição seja tão manifesta a ponto de não deixar espaço para dúvida razoável”.

Em seguida, a denominada doutrina das questões políticas (*political questions*) pregava a rígida separação entre matérias políticas daquelas exclusivamente de direito. Nestas oportunidades, a não justiciabilidade (*nonjusticiability*, como prefere designar alguns

autores) de algumas matérias mantinha apartado das decisões supremas um catálogo de assuntos restritos aos poderes políticos, e, portanto, não sujeitas ao *judicial review*.

Por fim, um terceiro mecanismo, a não interferência no direito federal, consolidava o distanciamento da Corte Suprema em temas que não versassem sobre direito estadual e os conflitos provenientes entre eles. Segundo Tushnet, somente em 1857, a Suprema Corte, portanto, cinquenta anos após o paradigmático caso do Juiz Marshall, proferiu a primeira decisão invalidando um ato de legislação federal.

Ao longo do século XX, sobretudo, estes mecanismos foram gradativamente mitigados pela própria jurisprudência, cedendo lugar a um controle mais ostensivo, implicando no declínio da doutrina do caso duvidoso, das questões políticas e da não interferência no direito federal. Esta nova concepção de controle por parte da Suprema Corte, conforme supra demonstrada foi se alargando e deu ensejo ao que passou a denominar-se supremacia judicial.

Observe-se que originalmente, o modelo americano fundamentado no controle difuso da constitucionalidade, ao menos em tese, possuía um conteúdo menos político, já que sua competência seria restringida para atuar em casos concretos. Em recente artigo, o comentarista do *Financial Times*[3], Clive Crook, critica a formação da Suprema Corte americana ao analisar algumas recentes decisões, desde a temeroso caso das eleições Bush v. Gore em 2000 até a permissão para portar armas ou a derrubada da pena de morte para crimes de estupro. Segundo o analista, do total de nove magistrados daquela corte, quatro são notoriamente liberais, quatro conservadores e o nono, “cujo voto é ambíguo”, costumam votar ao largo da Constituição, transformando-se em uma mera arena política.

Excetuando-se o caráter não científico da reportagem, vale destacar a importância do debate e como ele vem ganhando corpo não somente no meio acadêmico, mas, sobretudo, na sociedade em geral. Afinal, assevera Crook, a Suprema Corte assemelha-se mais a “uma comissão de bacharéis em togas – partidários, não eleitos, selecionados pela opinião política e indicados de forma vitalícia”.

III. Controle de constitucionalidade: o modelo europeu

Ao contrário do modelo estadunidense de caráter concreto e difuso, o modelo europeu continental é marcado pela participação direta, sob a forma do controle abstrato e concentrado das leis. Falar em um modelo único europeu sem, contudo, reservar espaço para suas nuances pode parecer demasiado limitado, mas para os fins almejados neste trabalho os riscos são minimizados em proveito do todo [4].

A jurisdição constitucional européia teve seu início no ano de 1920 na Áustria e teve como principal fonte inspiradora, o acadêmico vienense Hans Kelsen, quem posteriormente torna-se membro nomeado da mesma. Sua vigência foi suprimida pelo regime nazista alemão, só retornando de forma efetiva no final de 1945. Desde então, o modelo foi lentamente se espalhando por toda a Europa, traumatizada pela 2ª Guerra, na qual os poderes, legislativo e executivo, tomados por majorias circunstanciais violaram todos os limites referentes aos direitos e prerrogativas individuais. Pode-se afirmar, que

não somente na Europa, mas também por vários Estados da Ásia, África e América latina, este modelo fora adotado, inclusive, sob a forma híbrida (como a experiência brasileira).

Dentre os principais traços em comum entre as Cortes de modelo europeu, podemos mencionar a média de nove a dezesseis juízes, cuja indicação se dá de forma política, nomeados pelo parlamento em consonância com o presidente ou o rei, dependendo da forma de estado. No tocante às principais diferenças, destacam-se a idade limite (alguns de 70 anos, outros inexistente limite), as qualidades necessárias para o cargo (alguns exigem ser magistrado ou professor universitário e outros nada mencionam) e, principalmente, a existência de mandato (alguns são vitalícios e outros com duração de seis ou nove anos).

Retomando o olhar crítico, compromisso dessa obra, passemos a expor os motivos pelos quais os europeus foram levados a adotar o controle concreto em detrimento do modelo estadunidense. De acordo com o constitucionalista francês Favoreu:

“Uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.” [5]

Percebe-se desde pronto, a preocupação de Kelsen com a independência e isolamento da corte em relação à interferência política. Inicialmente, a Europa manteve-se tentada a adotar o modelo americano. No entanto em razão da desconfiança com a magistratura ordinária, acusada de frágil na tarefa de interpretar as leis de modo programático; e principalmente em virtude da falha do legislador em sua missão de proteger os direitos de seus representados, ela optou pelo modelo kelseniano. A meta era justamente assegurar estabilidade e tornar a revisão difícil já que as Constituições modernas passaram a ser caracterizadas não somente por normas de organização, mas principalmente como um catálogo de direitos fundamentais.

Algumas objeções foram colocadas a este modelo, tais como a violação à soberania do parlamento, legítimo representante do povo e ao equilíbrio e separação dos poderes. No entanto, Kelsen as rebate com autoridade. Quanto à primeira, o autor destaca a importância da soberania estatal em face de qualquer órgão, cuja finalidade deve estar a serviço daquela, não contrariando de modo algum, os limites fixados na norma fundamental. E no tocante à segunda, o professor da Escola de Viena ressalta a diferença existente entre a legislatura positiva, função de “livre criação” exclusiva do parlamento e a legislatura negativa, simples atribuição constitucional relegada ao judiciário ao anular uma lei em desconformidade com aquela. Segundo sustenta o próprio mestre vienense:

“O poder de examinar a constitucionalidade das leis e de invalidar leis inconstitucionais pode ser conferido, como uma função mais ou menos exclusiva, a um tribunal constitucional especial, enquanto os outros tribunais têm apenas o direito de solicitar ao tribunal constitucional o exame e a anulação das leis que ele têm que aplicar mas que considerem inconstitucionais.” [6]

A partir dessa afirmação Kelsen constrói sua teoria da separação dos poderes de forma magistral, já alertando que a revisão judicial é consequência de sua própria transgressão.[7] A dificuldade em estabelecer fronteiras estanques entre a criação e aplicação das normas é um problema exaustivamente mencionado pelo autor. Enfim, não nos cabe aprofundar na complexa Teoria do Direito de Kelsen, mas destacar estas passagens para evidenciar que mesmo este autor, assim como o positivismo em geral (ou seu normativismo) usualmente acusado de distanciado da realidade, preocupou-se em demonstrar que os modelos quando protagonizados por interesses diversos são sempre passíveis de distorções.

Por fim, cabe ressaltar as palavras de Favoreu ao alertar para a disjunção entre teoria e prática, no momento que as instituições são seduzidas a operar por intermédio de grupos minoritários, porém poderosos:

“Se compararmos a composição real das diversas Cortes Constitucionais no presente momento, constataremos que há muitas semelhanças: as autoridades políticas, quaisquer que sejam, designam juízes próximos ou destacados por suas tendências políticas (...). [8]

A Itália atual é um caso emblemático da captura dos poderes por interesses minoritários. O autor comparatista francês defende, todavia, os países onde a nomeação dos magistrados segue a independência proposta pelo modelo original kelseniano. Ao eleger entre seus membros uma grande proporção de professores universitários, ao menos em tese tal cobiçada independência estaria mais bem protegida.

IV. Alternativas ao “controle forte”: breves incursões no direito comparado

Seguindo a metodologia proposta em nosso trabalho, convém adentrarmos nas duas principais formas de controle mencionadas pelo acadêmico norte-americano Mark Tushnet, denominadas *strong-form* e *weak form*. De acordo com este autor, a forma fraca distingue-se da forte em face de duas características marcantes. No modelo fraco - leia-se flexível-, o legislativo pode repudiar a interpretação das cortes e o processo de revisão pode ocorrer em um período mais curto.

Antes de enveredarmos pelos modelos alternativos, é salutar que compreendamos o que seu autor denomina de *strong-form*. Caracteriza-se por uma interpretação constitucional exercida pela Suprema Corte prevalecente sobre as legislaturas, uma vez que tal interpretação é final e irreversível. A tensão gerada, entre os poderes judiciário e legislativo, torna-se patente, já que a única forma de mudança da decisão, seria pelo custoso e lento processo de emenda constitucional. Sem mencionar as alterações na composição das cortes, as quais Tushnet ironicamente elenca nos casos de aposentadoria ou falecimento dos magistrados. A personalização do direito em decorrência de alinhamentos políticos de seus próprios componentes mostra contornos bastante nítidos em oposição ao pluralismo do legislativo, legítimos representantes eleitos pelo povo. O modelo estadunidense funciona como exemplo paradigmático para a forma forte de controle.

Feita esta digressão, e retornando ao estudo comparado de alguns casos de *weak-form*, pesquisaremos os ordenamentos jurídicos, dos seguintes Estados: Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá, respectivamente. No tocante ao primeiro, a tarefa das cortes é meramente interpretativa, devendo proceder à leitura das leis de acordo com o *New Zealand Bill of Rights* (1990), sem poder, contudo, negar validade às normas promulgadas que colidirem com tal declaração. O denominado, sistema de mandato representativo, como é chamado, caracteriza-se por uma menor rigidez nas decisões da corte suprema em detrimento do poder legislativo.

Já no Reino Unido, as cortes devem analisar a compatibilização das leis com as normas contidas na Convenção Européia de Direitos Humanos[9]. Assim, semelhante ao modelo neozelandês, o tribunal não pode declarar as leis inconstitucionais, caso estejam em consonância com aquela normatização. Se houver alguma incompatibilidade entre as mesmas, cabe ao ministro responsável pela lei, acionar um procedimento especial (seguramente, mais célere que a emenda constitucional do “sistema forte”) a fim de sanar tal vício, aprovando uma nova lei. Cabe salientar, no entanto, que em comparação ao mandato interpretativo exercido na Nova Zelândia, o modelo britânico expande essa interpretação para a normatividade supranacional, caracterizando-se como raro exemplo de modelo monista com prevalência do direito internacional (mandato interpretativo ampliado).

E por fim, o Canadá com seu modelo dialógico. A Constituição canadense permite ao legislativo, através de maioria qualificada, aprovar uma lei “não obstante” a sua colisão com a Declaração de Direitos constante no texto da mesma. Por conta disso, a denominada “cláusula *notwithstanding*” merece destaque por acatar a decisão da maioria parlamentar em contraposição ao posicionamento das Cortes. Outro ponto importante a ser ressaltado nesse modelo, origem de sua denominação “dialógica” está na possibilidade de consultas abstratas e prévias à corte, permitindo um diálogo mais intenso e aberto entre os poderes.

Em face do exposto, o acadêmico norte-americano sugere a possibilidade de implementação de sistemas híbridos (*blended systems*), nos quais algumas matérias sejam tratadas de forma forte (*strong-form*) e outras de forma fraca (*weak-form*). No entanto, ao prosseguir no raciocínio, ele próprio se indaga sobre quais critérios estabeleceriam essas escolhas, para finalmente, alertar sobre o risco que a forma fraca pode acarretar para a democracia. Afinal tal sistema poderia desaguar em uma supremacia legislativa, ou até em um ativismo judicial selecionado. Ou seja, um

ativismo onde somente em razão de alguns temas ou pessoas, o judiciário se imbuiria do espírito combativo e protetor.

V. Constitucionalismo Popular e a Sociedade dos Intérpretes

“Em outro trabalho, já havia notado Haberle que **não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada**, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade”. (G.N.)

Gilmar Mendes (prefaciando a obra de Haberle)

“A cumplicidade estrutural do estado e a base de recursos com que cada um consegue fazer-se escutado pelas instituições estatais, supõe que muitas decisões estejam orientadas pela intenção de favorecer esta ou aquela fração ou grupo da burguesia.”

Guillermo O’Donnell

“Não existe norma que não seja interpretada”. Com essas elucidativas palavras o atual presidente do Supremo Tribunal Federal dá o tom desta última parte do trabalho. Ademais, ele reforça a relevância da hermenêutica constitucional, e, indiretamente o papel das cortes neste processo. Mais uma vez, discorre-se sobre um sistema (ou método), olvidando-se da delicada problemática da composição das cortes. Em outras palavras, para adentrarmos no tema da pluralidade interpretativa, quem serão os legitimados a exercer a importante tarefa de criação da norma, já que sua existência deve-se à sua interpretação?

Diante desta indagação, convém trazermos ao debate os principais expoentes que optaram pelo enfrentamento do tema. Nesse sentido, passaremos a expor o pensamento de autores distanciados no tempo e no espaço para demonstrar que gradualmente, o debate vem ganhando corpo e relevância diante das demandas por maior participação popular no espaço público. Em consonância com a metodologia adotada até aqui, o trabalho incursionará na teoria de dois grandes autores europeus (alemães) de meados do século passado, para em seguida, atravessar o Atlântico a fim de revisitar a moderna teoria norte-americana. Pode-se perceber na jornada, a gradual ampliação do debate, que antes se restringia ao aspecto procedimental do controle como forma de manutenção das liberdades democráticas. Porém, aos poucos se convertera em preocupação sobre a legitimidade em “dizer o que é o direito” relegada a uma seleta corte.

Em sua clássica obra *A força normativa da Constituição*, embora Hesse não tivesse como principal escopo analisar o papel do controle da constitucionalidade, tampouco a estrutura de funcionamento das cortes, ele faz interessantes ressalvas. Em contraposição à Constituição nos moldes de Lassalle (mero pedaço de papel ao alvedrio das forças de poder), Hesse defende que o Direito Constitucional é ciência normativa que deve ser diferenciada da sociologia e da política.[10] É evidente que a Constituição não pode ser uma norma desvinculada por completo da realidade vigente, mas há que se considerar a “vontade de constituição” como uma força ativa presente na consciência geral.

Quando o autor alemão investiga a hermenêutica constitucional, ele o faz, assim como a maioria, ressaltando os princípios que devem reger tal interpretação – como o princípio da melhor concretização da norma –, mas não adentra na questão crucial, para nós, da composição das cortes. Observe-se, todavia, que no fim de sua obra, Hesse, alerta para o “status dominante”[11] que fará de tudo para repudiar a normatividade jurídica constitucional. Cabe ressaltar, que a obra em questão fora elaborada pelo professor Hesse em 1959, quando as preocupações concentravam-se na *práxis* constitucional, de todos os modos, nosso autor, já menciona grupos refratários à submissão à ordem vigente. O fato é que o refinamento do modelo de controle, hoje, não precisa repudiar sua força normativa, como temia Hesse, e, sim apoderar-se sorrateiramente das instituições, mantendo-as, aparentemente, a serviço do povo.

Haberle ao discorrer sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição em sua obra publicada em 1975, acerca de quinze anos após o trabalho de Hesse, já demonstra preocupação com o protagonismo da interpretação em si. Segundo este autor:

“Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. (...) A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos.” [12]

O questionamento no tocante à hermenêutica constitucional é desenvolvido por Haberle ao longo de sua obra. A idéia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição relaciona-se com o fato de que todos estão inseridos no processo de interpretação, mesmo aqueles “não diretamente afetados por ela”. O processo interpretativo constitucional exige debate e consenso em espaço público. “A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”. [13]

Nesse sentido, prossegue Haberle, nem a eleição para a Corte Suprema, poria termo a esse intenso debate, já que cabe ao povo, entendido por partidos políticos, meio científico, grupos de interesse e o próprio cidadão a legitimidade para pluralmente interpretar a norma constitucional. Quando o controle circunscreve-se tão somente a métodos jurídicos, que ao mesmo tempo disciplinam e são disciplinados por estes, ocorre o aprisionamento da “vontade de constituição” pelas próprias instituições. Por fim, Haberle propugna pela sensibilidade das cortes no que tange a inserir na

hermenêutica constitucional “interesses daqueles que não participam do processo”.^[14] Ou seja, interesses não representados ou não representáveis.

Deve-se destacar o esforço e a contemporaneidade da obra de Haberle, porém considerando este último aspecto, não seria ofensivo se definíssemos esta proposta como ingênua ou utópica frente os grandes interesses daqueles que não se acanham em impor sua agenda. O autor, em questão, faz ainda menção à teoria do agir comunicativo habermasiana, concretizada através da oralidade presente nas audiências judiciais, mas que apesar disso ainda merece ser ampliada e aperfeiçoada. De todos os modos, as maiorias continuam alijadas deste processo deliberativo e incapazes de colocar em pauta suas demandas e interesses.

Retomando o constitucionalismo norte-americano e transpondo algumas décadas rumo ao século XXI, aportamos no momento de total desconfiança à supremacia judicial materializada pelo *judicial review*. O texto de Gargarella tingem com cores vivas este oportuno debate, protagonizado por alguns expoentes do direito constitucional estadunidense, tais como: Larry Kramer, Mark Tushnet, Jack Balkin e Bruce Ackerman. Não faz parte deste trabalho, todavia, esmiuçar o pensamento de cada um deles separadamente. Para tanto, caberia outro estudo mais aprofundado que versasse especificamente sobre o, denominado, constitucionalismo popular. Roberto Gargarella, ao analisar a paradigmática obra, *The People Themselves*^[15], parte da premissa que o governo pertence ao povo e estabelece quatro critérios comuns aos defensores desse movimento.

Primeiramente, a Constituição deveria ser retirada “das mãos dos tribunais”. A reconstrução do famoso caso, já explicitado anteriormente, *Marbury v. Madison*, serve para ilustrar a primeira vitória, que se traduziu em precedente, da supremacia judicial frente à teoria departamentista ou concorrente. Nesta última, nenhum poder poderia se revestir do manto supremo de intérprete final da Constituição. Jeremy Waldron chega a considerar absurda a idéia de concentração de poderes nas mãos de alguns poucos nomeados diante de uma sociedade tão pluralista e complexa, plena de desacordos quanto à americana. Mark Tushnet, atual professor de Harvard, também, se notabilizou por defender a “volta da Constituição às mãos do povo”.^[16] Segundo ele a Suprema Corte não é competente o suficiente para proteger os direitos elencados na Constituição, e, portanto a idéia de um constitucionalismo popular emerge com força em seus argumentos. É uma teoria que distribui a responsabilidade pelo Direito Constitucional “amplamente”.

Outro ponto importante diz respeito ao caráter antipopular das cortes. O professor brasileiro e atual ministro, Mangabeira Unger define o *judicial review* como em desconformidade com a democracia, já que distorce suas práticas em nome de “minorias dominantes”. Seguindo esta mesma visão, Kramer (autor da obra em exame) e Ackerman reagem ao valorizar possibilidades de interpretação extrajudicial. Aqui reside o cerne do constitucionalismo popular, ao entregar ao cidadão comum a tarefa interpretativa.

A cidadania passa a ostentar lugar privilegiado nesse intenso debate. Mais uma vez, conforme o olhar crítico proposto por este trabalho, a problemática em torno da absorção da instância jurídica suprema por interesses políticos salta aos olhos. A capacidade de manter-se distante das políticas adotadas e impostas na forma de agenda

por poderes oligárquicos é ressaltada pelos constitucionalistas populares. O estudo dos “populistas” enumera ainda casos de sucesso em alguns poucos Estados os quais não adotaram o rígido modelo de *judicial review*, no entanto o respeito aos direitos individuais, sobretudo os civis e políticos, mantiveram-se igualmente assegurados.

Por outro lado, não faltam críticas a essa proposta, considerada por alguns autores um regresso semelhante “ao retorno da França à etapa do termidor”.^[17] Seus principais críticos acreditam que o modelo de supremacia judicial trouxe a estabilidade desejada, merecendo somente crescer mais equilíbrio entre a vontade popular e o *judicial review*.^[18] Em suma, os debates vêm ocorrendo e têm trazido para o centro questões de suma importância para o direito constitucional contemporâneo.

VI. Considerações Finais

O problema da captura das instituições por interesses privados vem se repetindo, nas mais diversas searas do estado e da sociedade. O triunfo do modelo estatal, alicerçado pela separação dos poderes, e conseguinte controle da constitucionalidade atravessou fronteiras, e representa ao mesmo tempo, o triunfo das instituições burguesas. Assim, a liberdade e a propriedade, ou melhor, os direitos fundamentais da burguesia, estarão sempre resguardados por meio destes mecanismos preventivos de viés contramajoritário.

São os mecanismos capazes de obstar as reivindicações das massas, que nos fala Victor Nunes Leal. A rigidez constitucional, a organização do estado e a clássica divisão dos poderes fazem parte do “programa político da burguesia”, segundo este autor.

Recuperando a análise de O’Donnell, o Estado torna-se coisificado em suas instituições, como máscara da sociedade. E complementando suas palavras, como agravamento, tais instituições são capturadas por interesses minoritários. Em resumo, Estado reificado em instituições capturadas por interesses políticos. Nesse silogismo opera a engrenagem do controle de constitucionalidade das leis em vigor.

Contudo, como alerta Hans Kelsen, não há uma única solução para todas as constituições. Cada jurisdição constitucional de acordo com suas peculiaridades deve buscar o modelo que melhor se coadune com o seu contexto social e político. E, talvez, estejamos vivenciando um momento propício para a intensificação dos debates, não somente na esfera internacional, como foi o objetivo almejado por nós, mas principalmente, no âmbito nacional. O grito sufocado das maiorias começa a ecoar na sociedade ultrapassando os muros do universo jurídico ou acadêmico. Afinal, nunca é tarde para lembrar, que a verdadeira liberdade, como pontua Habermas, é aquela que amplia o círculo dos intérpretes para toda a sociedade.

VII. Referências Bibliográficas

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre. The People Themselves, de Larry Kramer. Paper* disponível na pasta da disciplina Teoria da Constituição.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria do Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*. In: Cinco Estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955.

O'DONNELL, Guillermo. *Anotações para uma Teoria do Estado*. Dados, revista de Ciências Sociais. Rio: Iuperj, 1988.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial and Social Welfare Rights in Comparative Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

[1] Segundo nossa pesquisa na seara do direito comparado, a grande maioria das Cortes Constitucionais possui entre 9 e 16 magistrados.

[2] Cabe salientar que embora de enorme repercussão, esse foi apenas um dos casos onde a Suprema Corte passou a ter competência de revisão constitucional, dando início ao modelo difuso de controle de constitucionalidade, também conhecido como modelo americano.

[3] Este artigo foi publicado no dia 7 de julho deste ano sob o título “A arena política mais suprema”, em jornal de grande circulação nacional.

[4] Para um exame comparado e minucioso do papel das Cortes Constitucionais nos principais países europeus, ver “As Cortes Constitucionais” do autor francês Louis Favoreu.

[5] FAVOREU, 2004, p. 15.

[6] KELSEN, 2005, p. 383.

[7] KELSEN, 2005, p. 385.

[8] FAVOREU, 2004, p. 29.

[9] A Convenção Européia de Direitos Humanos entrou em vigor no ano de 1953, inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU. Esta mesma convenção instituiu, nos anos subsequentes, a Corte Européia de Direitos Humanos.

[10] HESSE, 1991, p. 9 -11.

[11] HESSE, 1991, p. 28.

[12] HABERLE, 2002, p. 24.

[13] HABERLE, 2002, p. 33.

[14] HABERLE, 2002, p. 46.

[15] A obra *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*, do professor de Stanford, Larry Kramer foi publicada em 2004, pela Oxford University Press.

[16] Além da obra citada nesta bibliografia, o professor Tushnet é autor da *Taking Constitutional away from the Courts*, publicado pela Princeton University Press. Nesta obra, a idéia supramencionada é abordada com profundidade.

[17] GARGARELLA, p. 6.

[18] Nesse sentido, convergem os pensamentos de Robert Post e Reva Siegel.

MULTIDÃO E PODER CONSTITUINTE: APONTAMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO *

MULTITUDE AND CONSTITUENT POWER: A CRITICAL VIEW OF THE STATE OF EXCEPTION

Jorge Gomes de Souza Chaloub

RESUMO

Agamben procura na obra de Carl Schmitt, jurista e cientista social alemão, questionamentos que o permitam aprofundar suas reflexões sobre a democracia. A partir do conceito schmittiano de estado de exceção, o filósofo italiano explicita a atual estruturação dos países ditos democráticos, ressaltando o aspecto por vezes meramente formal do princípio democrático e o núcleo autoritário presente nas ações estatais. Deste modo, Agamben identifica a vigência de um estado de exceção permanente, que perpassa as dinâmicas políticas do mundo contemporâneo. Todavia, não obstante sua penetrante análise, emergem restrições ante sua formulação teórica. O presente artigo propõe uma revisão crítica do pensamento agambeniano a partir das categorias teóricas de Antônio Negri, pensador com o qual Agamben compartilha diversas referências teóricas. Negri nunca tratou largamente da construção agambeniana sobre o estado de exceção. Entretanto, mesmo sem amplas referências expressas, sua obra confronta permanentemente os temas abordados por Agamben, a partir de suas definições amplamente heterodoxas sobre a democracia, o constitucionalismo e o poder político. Deste modo, busca-se delinear, a partir do diálogo entre estes dois pensadores, uma nova perspectiva do conceito de democracia.

PALAVRAS-CHAVES: GIORGIO AGAMBEN, ANTONIO NEGRI, ESTADO DE EXCEÇÃO, PODER CONSTITUINTE, MULTIDÃO, DEMOCRACIA

ABSTRACT

Agamben demands in the Carl Schmitt's work, german jurist and social scientist, questions that allows him to improve his thoughts on democracy. From the schmittian concept state of exception, the Italian philosopher explains the current structure of so call democratic countries, highlighting the sometimes purely formal aspect of the democratic principle and authoritarian core of its actions. Thus, Agamben identifies the current existence of a permanent state of exception, which defines the political dynamics of the contemporary world. However, despite this penetrating analysis, some restrictions may be placed before his theoretical formulation. This article proposes, thus, a critical review of agambenian thought from the theoretical categories of Antonio

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Negri, who shares several intellectual references with Agamben. Negri never intensively dealt with the agambenian construction of the state of exception. However, even without many express references, his work confronts the issues proposed by Agamben, with his definitions widely heterodox of democracy, constitutionalism and political power. Therefore, this text aims, with focus on the dialogue between these two thinkers, a new vision of concept of democracy.

KEYWORDS: GIORGIO AGAMBEN, ANTONIO NEGRI, STATE OF EXCEPTION, CONSTITUENT POWER, MULTITUDE, DEMOCRACY.

Introdução

Pensadores com referências teóricas diversas, Antonio Negri e Giorgio Agamben compartilham uma perspectiva incessantemente crítica sobre o direito e a política. Mais do que construir respostas bem acabadas, seus objetivos são, a todo tempo, desnaturar e refletir sobre problemas muitas vezes esquecidos e subestimados pelo debate acadêmico. A partir de um vasto campo de referências, que contem autores como Marx, Benjamin, Spinoza, Heidegger, Maquiavel, Foucault e Deleuze, os pensadores italianos constroem uma obra que dialoga e confronta as principais questões do nosso tempo.

O Direito Constitucional não pode restar indiferente às reformulações, por eles engendradas, de dois temas centrais da teoria da constituição: o estado de exceção e o poder constituinte. Pontos nevrálgicos dos debates jurídico e político, por problematizarem a complexa e tortuosa relação entre direito e política, estes conceitos são amplamente reinterpretados pelos dois autores, de modo a explicitarem as questões centrais do mundo contemporâneo.

O presente artigo almeja contribuir para uma mais acurada análise do pensamento agambeniano, a partir das consonâncias e dissonâncias existentes entre ele e Negri. De fato, busca-se, com base no confronto de idéias, a construção de conceitos mais precisos para a intervenção e compreensão da realidade.

Deste modo, inicialmente, se procederá a uma breve exposição da crítica de Negri ao constitucionalismo, com ênfase nos aspectos que amparam suas divergências em relação a Agamben. O ponto central é sua reflexão sobre o conceito de poder constituinte, estruturada a partir de uma ampla análise histórica acerca de alguns movimentos revolucionários modernos. Posteriormente, com a exposição das questões e preceitos de Giorgio Agamben, em especial suas construções teóricas sobre a idéia de estado de exceção, serão analisados os pontos de convergência e discordância entre os autores.

1- Negri e a crítica à mistificação constitucionalista

1.1- Modernidades e Imanência

Negri contesta à percepção da modernidade como um devir unitário e a compreende enquanto crise. O autor destaca a existência de uma modernidade alternativa, que propõe uma resposta diversa ante o descentramento de mundo, ocasionado pela Renascença. Não se trata de um recurso a outra transcendência, em substituição à legitimidade teológica então destronada, mas da afirmação de uma concepção imanente do mundo. Ele assevera:

“A modernidade não é um conceito unitário, mas aparece, de preferência, em dois modos. O primeiro modo é o que já definimos, um processo revolucionário radical.(...) A própria modernidade é definida por crise, uma crise nascida do conflito ininterrupto entre as forças imanentes, construtivas e criadoras e o poder transcendente que visa restaurar a ordem.”[1]

Há, portanto, a dicotomia entre a imanência e transcendência, entre a linhagem intelectual majoritária e a perspectiva marginal do mundo. Negri identifica três pensadores como os principais expoentes desta perspectiva não hegemônica: Maquiavel, Espinosa e Marx.

A descoberta do plano de imanência foi o evento central da modernidade, sendo toda a relevante redefinição das antigas crenças e relações, então transcorrida, vinculada a esta questão. A imanência compreende o real a partir de um viés não hierarquizado, não se trata de identificar um ponto fixo ou pressupor um *a priori*, mas de constituir a partir da práxis uma teoria que explicita os processos de constituição e reprodução do mundo. A realidade é causa dela mesma, atual e imanente, não anterior e transcendente. Neste sentido, a idéia espinosana de Deus como *causa sui* é bem emblemática, uma vez que inexistente uma figura divina anterior à gestação do real, Deus é a natureza e causa a si mesmo. O fora não existe, há somente o plano de imanência.

O plano de imanência outorga ao homem o protagonismo da constituição do mundo, “... os poderes de criação que anteriormente tinham sido consignados exclusivamente aos céus são agora trazidos para a terra.” [2]. De fato, nas mais diversas searas como a política, a ciência e as artes o homem se impõe como categoria central e representa a natureza como realidade a ser modificada pelo engenho humano.

As filosofias fundadas na transcendência, por sua vez, compreendem a existência sempre a partir uma referência externa, que organiza o real. A busca por um centro é incessante, sempre há um ponto fixo. Michel Serres assevera:

“Ele (o ponto fixo) é o lugar necessário do pensamento, quando este deseja a certeza, o rigor, a harmonia...O ponto fixo torna-se ponto de vista. Agrupado em torno dele, todo um sistema de pensamentos se constrói, que permite meditar sobre a aparência e a realidade, a percepção e a razão, até mesmo sobre a natureza do espírito.”[3]

Vige o primado absoluto da razão. O exemplo mais elucidativo é o “cogito” cartesiano. Ante a dúvida, a incerteza e o ceticismo, Descartes encontra um ponto fixo para sua filosofia: o sujeito pensante. Torna-se, então, possível conhecer a totalidade do real, com a mais absoluta precisão.

O pensamento kantiano é outro paradigma desta tradição teórica. Toda sua filosofia decorre da busca pelos limites do conhecer, tanto em relação à natureza quanto no que tange à moralidade. Nesta empreitada o autor determina referências que tornem seu juízo seguro, tais como o sujeito cognoscente, em relação à razão pura, e a vontade livre, em relação a razão prática. Estes são os centros que o permitem delinear os contornos da razão.

1.2-Poder Constituinte e Constitucionalismo

Negri compreende a dinâmica política a partir do conceito de poder constituinte, termo característico do pensamento jurídico, que é por ele utilizado de modo dissonante em relação à tradição. Ao invés de, aos moldes do constitucionalismo, entender o referido conceito como fator de gestação de uma carta constitucional, que imediatamente, após a confecção desta, cessa,[4] o autor afirma a expressão contínua do poder constituinte. Ele é a manifestação da potência democrática, fundando o político ao invés de constituir mera derivação de um social hipotético. Com efeito, esta concepção não desvincula a expressão constituinte das condições materiais às quais ela se submete, mas afirma sua potência de inovação, de mutação da realidade. Ele afirma:

“... o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático. O paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à idéia de democracia, concebida como poder absoluto.

Portanto, o conceito de poder constituinte, compreendido como força que irrompe e se faz expansiva, é um conceito ligado à pré-constituição da totalidade democrática.”[5]

O poder constituinte opõe-se ao princípio constitucionalista de constante limitação da expressividade democrática. Com efeito, o autor diverge da tradição majoritária do pensamento jurídico-político ocidental ao questionar a identidade entre constitucionalismo e democracia. Distintamente do ideário liberal, que almeja pela constante limitação da potência democrática, ele filia-se a tradição espinosana e clama por um governo absoluto. Negri assevera: “... de fato, a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática de limitação da democracia.”[6] Não há um pressuposto constitucionalista ao governo democrático, mas uma contradição entre as referida teorias.

“Vale a pena, então, utilizar tal oposição para identificar no poder constituinte (precisamente na medida em que ele é o contrário da idéia constitucionalista de “checks and balances”) o signo de uma expressão radical da vontade democrática. Com efeito, a práxis do poder constituinte foi a porta pela qual a vontade da multidão (multidão) – e consequentemente a questão social – entrou no sistema político, destruindo o constitucionalismo, ou pelo menos debilitando-o intensamente.”[7]

O constitucionalismo se vincula, necessariamente, à idéia polibiana de constituição mista. Políbio enfrenta uma questão central para a filosofia política: como construir governos estáveis. Com este escopo, o autor tenta constituir um modelo governamental infenso a *anaciclosis*, ciclo pelo qual passariam os três tipos puros de governo, no qual estes arquétipos se degenerariam em três formas alteradas e depois retornariam a outra forma pura, em uma ordem incessante. Deste modo, a monarquia, a aristocracia e a democracia, se converteriam em ditadura, oligarquia e olocracia.

Como solução, Políbio prescreve a constituição de um governo que conjugue as três formas puras, absorvendo suas vantagens e expurgando seus problemas. Tal perspectiva não se adequa a uma concepção radical da democracia, uma vez que almeja a contenção do princípio democrático, a partir de sua combinação com elementos das demais formas de governo.

Negri explicita que a fórmula constitucionalista da separação de poderes, desenvolvida por Montesquiou, se enquadra precisamente no supracitado modelo. Deste modo, o parlamento representaria o princípio democrático, o judiciário o aristocrático e o executivo o monárquico.

1.3-Multidão

Insta definir, entretanto, quem é o titular deste poder constituinte, qual é o sujeito adequado para o procedimento absoluto. Negri refuta as opções historicamente apresentadas pelo pensamento jurídico, sob o argumento de que todas objetivavam limitar a expressão do poder constituinte. A nação resta insuficiente em virtude de sua generalidade, possibilitando uma polissemia que proporciona manipulação. Este problema pode ser contornado caso o termo seja analisado sob uma perspectiva histórica, todavia é deste modo bloqueada a potência inovadora do poder constituinte. O povo também padece da mesma questão no que tange a generalidade, além de restringir a expressão constituinte condicionando-a a representação. A delimitação jurídica, por sua vez, retira todo o caráter inovador do fenômeno, ao sempre enquadrá-lo em uma perspectiva normativa. Destarte, ante os limites do pensamento jurídico tradicional, Negri almeja formular, a partir da experiência histórica, um novo conceito que se adeque a esta estrutura.

Não se trata, contudo, de um sujeito a ser inferido por de procedimentos racionais, mas de uma subjetividade constantemente construída a partir da ontologia, da práxis. Negri, não por acaso, recorre ao conceito espinosano de multidão para caracterizá-la. Ele refuta, deste modo, a perspectiva necessariamente autoritária do uno, presente no povo e na nação, em prol do múltiplo, recusando qualquer forma prestabelecida. O uno é o *modus operandi* da transcendência, da modernidade hegemônica. O autor ressalta:

“Toda a tradição da teoria política parece concordar acerca de um princípio fundamental: somente o uno pode governar, seja ele o monarca, o Estado, a nação, o povo ou o partido (...) Deve ficar claro, no entanto, que este princípio do pensamento político segundo o qual só o uno pode governar solapa e nega o conceito de democracia. Neste sentido, a democracia, assim como a aristocracia, é apenas uma fachada, pois na realidade o poder é monárquico.”[8].

E ainda:

“A multidão é um conjunto de singularidades que produzem uma vida comum; é uma espécie de carne social que se organiza num novo corpo social(...) O poder constituinte da multidão, de um ponto de vista ontológico, e portanto a expressão dessa complexidade é a chave que atravessa o comum biopolítico para expressá-lo de maneira cada vez mais ampla e efetiva.” [9]

Negri afirma a democracia radical, incompatível com a categoria do uno que recai, necessariamente, na perspectiva da soberania. Esta se identifica com o poder constituído, não com o constituinte, com a opressão e não com a resistência. De fato, a verdadeira democracia se vincula a singularidade e esta só é possível sob o viés

democrático do poder constituinte. O constitucionalismo liberal opera com a categoria de indivíduo, incongruente com a perspectiva do singular, já que parte da identidade, não da diferença.

A multidão pressupõe um comum, que é sua condição e produto. [10] Entretanto, diversamente do ideário liberal, não há oposição entre o comum e o indivíduo, aqui entendido como singularidade, uma vez que, como a psicanálise bem assevera, o singular depende do comum para se constituir. Negri, neste viés, destaca: “Não existe, portanto, uma singularidade que não seja ela própria estabelecida no comum.”[11]. O singular não imerge no comum, matéria indistinta, ele continuamente afirma sua diferença. Com efeito, é intensificando a interação com o comum que o singular expressa seu mais alto grau de potência. Negri ampara-se claramente na política de Espinosa, que assevera:

“Se duas pessoas concordam entre si e unem as suas forças, terão mais poder (potentia) conjuntamente e, conseqüentemente, um direito superior sobre a natureza que cada uma delas não possui sozinha e, quanto mais numerosos forem os homens que tenham posto as suas forças em comum, mais direito terão eles todos.”[12]

De fato, não é a multidão, constituída por uma multiplicidade de singularidades, que flerta com a anulação do singular ante o todo, mas o pensamento constitucionalista-liberal, o qual resta vinculado às premissas de identidade e essência individual para construir seu modelo de indivíduo. Não é a concepção imanente da diferença, mas o essencialismo transcendental do liberalismo, que subsumindo as existências singulares a um modelo de indivíduo ou cidadão suprime o princípio de diferença presente em cada homem, construindo um arquétipo autoritário com aparência democrática.

1.4-Controle do *demos* e soberania

Todo o pensamento político moderno hegemônico pode ser compreendido, segundo Negri, como um esforço de contenção do *demos*, almejando usurpar o poder constituinte da multidão. Com efeito, os conceitos de Estado e soberania nada mais são do que aparelhos de captura dessa potência.[13] A soberania, bem caracterizada pela forma schmittiana de decisão sobre a exceção, sempre remete a uma unidade.

Entretanto, mesmo ante este arquétipo dominante, Negri afirma o papel central da multidão na dinâmica política. Isto decorre do aspecto necessariamente dual do poder soberano, que não tem substância autônoma, ele depende da existência da classe dominada. Com efeito:

“A teoria da soberania leva muitos a entender o mundo da política como terreno do próprio soberano, centrando-se por exemplo no Estado, mas esta é uma visão muito estreita do político. A soberania tem necessariamente dois aspectos. O poder soberano não é uma substância autônoma e nunca é absoluto, antes consistindo numa relação entre governantes e governados, entre proteção e obediência, entre direitos e obrigações. Sempre que tiranos tentaram transformar a soberania em algo unilateral, os governados acabaram se revoltando e restabelecendo a natureza bipolar da relação. Os que obedecem não são menos essenciais ao conceito e ao funcionamento da soberania do que aquele que comanda.”(GRIFOS NOSSOS)[14]

Como lembra Negri, através de Maquiavel, nenhum governo se ampara exclusivamente na força, fazendo-se necessário um mínimo de obediência. A multidão sempre determina o governo, nem que seja através dos esforços que este empreende para dominá-la.

Ademais, em outro aspecto, o Estado nada mais é do que seus cidadãos, é a partir deles que o organismo estatal se constitui e funda sua autoridade. Deste modo, o poder soberano sempre encontra um limite na vida dos súditos, não podendo eliminá-los sob pena de sua própria extinção. Negri destaca: “O poder soberano só se sustenta se preservar a vida de seus súditos, ou pelo menos sua capacidade de produção e consumo. Se chegasse a destruir isso, qualquer poder soberano necessariamente destruiria a si mesmo.”[15]

Dado este caráter fundador da multidão, que sempre constitui o Estado, o autor defende a tese da anterioridade da resistência ante a opressão, o contrapoder antecede o poder. De fato, não resta outra alternativa, visto que a fundação e a inovação sempre decorrem do poder constituinte, em virtude da sua condição de forma formante. O poder constituído é mera consequência deste processo. Todavia, quando o poder constituinte transmuta-se em constituído, este se vê enredado nas teias do Estado e a multidão resta subjugada pela máquina de captura da soberania. Toda vez que a expressão constituinte cessa, que o movimento estanca, a democracia recebe limites. [16]

Evitar esta constante restrição de potência, o recorrente termidor que impede a manifestação constituinte, impele Negri a pensar acerca de um novo modelo de institucionalidade, que permita a contínua expressão desta torrente fundadora. Ele afirma:

“No momento em que a potência se institucionaliza, ela deixa de ser potência, declara jamais tê-lo sido. Só há uma condição adequada à definição de um conceito de soberania ligado ao de poder constituinte, mas é paradoxal: que ela exista como práxis de um ato constitutivo, renovado na liberdade, organizado na continuidade de uma práxis livre. Entretanto, isto contraria toda a tradição do conceito de soberania e suas possibilidades explicativas. Em consequência há uma contradição absoluta entre o conceito de soberania e o de poder constituinte. Pode-se então concluir que, se existe

uma via independente para o desenvolvimento do conceito de poder constituinte, ela exclui todo recurso ao conceito de soberania: ela está posta, em termos absolutos, na base do próprio poder constituinte, e tenta resolver a partir dele (e de nada mais) toda consequência constitucional.”[17]

E ainda: “(...)a soberania e a autoridade devem ser destruídas (...) A destruição da soberania deve ser organizada de tal como a andar de mãos dadas com a constituição de novas estruturas institucionais democráticas baseadas nas condições vigentes.”[18]

A reconstrução histórica dos mecanismos de contenção do poder constituinte almeja compilar fundamentos para esta nova institucionalidade democrática. Todavia, deve-se salientar que não se trata prescrever uma forma prévia ou construir racionalmente um melhor modelo. O pensamento da imanência se constitui a partir da práxis, as formas desenvolvem-se em função da empiria e também a conformam. Não se pode confundilo com o supracitado procedimento transcendental, que produz, sob o pretexto de libertar, nova amarras para a expressão constituinte.

2- Agamben e o Estado de Exceção

2.1- O Estado de Exceção

Carl Schmitt define o soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção. Ele utiliza este termo, que remete ao “estado de sítio” do termidor napoleônico, para afirmar a soberania enquanto conceito limítrofe entre o direito e a política.

Com efeito, sua construção de soberano se remete ao pensamento de Hobbes, ao derivar a autoridade da exclusão ao ordenamento jurídico. Assim como a autoridade suprema hobbesiana era a que não pactuou, resguardando seu direito natural intacto, mas a quem eram transferidos poderes ilimitados estabelecidos neste pacto, o soberano schmittiano “... se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence , pois ele é o competente para a decisão sobre se a constituição pode ser suspensa in toto.”[19].

A referência ao pensador inglês não é acidental. Mesmo em contextos muitos diversos e guardando profundas diferenças, como o tratamento da questão religiosa, o escopo de Hobbes e Schmitt é o mesmo: instaurar uma autoridade transcendente estável. Ante a primordial preocupação de segurança, ambos defendem uma concepção unitária do poder, que impediria a emergência dos devires instáveis da multidão. Trata-se de um exemplar esforço de contenção do *demos*.

Schmitt vincula a validade do ordenamento jurídico a sua normalidade, mudadas as condições não mais vige a norma. Ele assevera:

“Toda norma geral exige uma configuração normal das condições de vida nas quais ela deve encontrar aplicação segundo os pressupostos legais, e os quais ela submete à sua regulação normativa. A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um “mero pressuposto” que o jurista pode ignorar. Ao contrário pertence a sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicável ao caos. Deve ser criada uma situação normal...”[20].

O soberano é quem avalia a normalidade das condições, suspendendo o Direito caso julgue necessário e decidindo sobre o estado de exceção. A decisão é sempre inovadora, Schmitt insere a criação no seu conceito, de modo que não existiriam decisões meramente declaratórias. Necessariamente, “... a decisão nasce do nada.” [21].

De fato, o autor sempre remete a decisão a uma vontade pessoal, opondo-se às mistificações empreendidas pelo normativismo. Também a isso se deve o caráter sempre inovador das decisões, uma vez que o paradigma da personalidade, no qual se insere a política, não se guia pelas mesmas leis gerais e necessárias da seara das ciências da natureza.

Agamben identifica na exceção de Schmitt o mecanismo pelo qual o poder atua sobre a vida. A soberania se funda através da afirmação de uma transcendência, de um fora. O estado de exceção é esta zona entre o interno e o externo, o direito e o fato. Com efeito, é a exceção que legitima o sistema, vinculando a norma ao contexto no qual esta se insere. O autor ressalta:

“Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos relação de exceção a essa forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão.”[22]:

Ele também afirma: “O ‘ordenamento do espaço’, no qual consiste para Schmitt o *Nómos* soberano, não é, portanto, apenas tomada de terra, fixação de uma ordem jurídica e territorial, mas, sobretudo, ‘tomada do fora’, exceção.”[23].

Agamben identifica um processo histórico no qual o poder soberano dirige-se para o controle total sobre a vida, expressão máxima do biopoder. Não haveria mais fora, implementando-se a total indistinção entre direito e fato com a vigência do estado de exceção permanente que atualmente se delineia. Não que a lógica da exceção seja recente, o autor a remete a Grécia clássica, o que emerge como inédito é o caráter permanente desta exceção, que passa de medida extraordinária a prática constante do poder.

2.2-O soberano , o homo sacer e o campo.

Se a modernidade intensificou a politização da vida, com a transformação da *bios* em *zoe*[24], ou melhor, com a progressiva indiscernibilidade entre a vida política e a vida biológica, a contemporaneidade aprofunda ainda mais tal processo. A decisão sobre a vida passa a ser inteiramente política, com a morte biológica sendo substituída pelo fluido conceito de morte cerebral. Ademais, os conceitos jurídicos indeterminados, antes considerados marginais para Schmitt, ocupam agora o centro do debate contemporâneo. Centrais para a compreensão deste novo momento da política contemporâneos são, ao lado da supracitada idéia de soberania, os conceitos de homo sacer e campo.

O homo sacer é uma antiga figura do direito romano, representativa do homem que pode ser impunemente morto por qualquer um da comunidade, mas cujo sacrifício é terminantemente vedado. A morte somente pode encontrá-lo fora dos limites ritualísticos. Impõe-se já neste ponto uma discussão sobre o caráter do sacro, à qual Agamben oferece uma resposta distinta das célebres assertivas de Freud e da antropologia clássica. O sagrado não seria uma etapa intermediária entre o profano e o divino, mas um modo de expressão da exceção que caracteriza a vida nua, aquela que não é *zoe* ou *bios*, mas que se encontra desterritorializada sob os moldes do bando soberano. O homo sacer representa uma dupla exceção, que expressa a própria estruturação do poder soberano. A ele não se aplica a ordem jurídica, o sacro não se insere nela. Seu lugar é o fora, espaço em que o ordenamento jurídico não se imiscui, e do qual ele só pode ser retirado pela ação do soberano, decidindo sobre a exceção. A relação entre o homo sacer e a ordem estatal ocorre pela exceção soberana, constitui, na verdade, uma não relação, na qual o ser sacro se inclui em virtude da exclusão. Reiterando a afirmação supracitada de Agamben: “Chamemos relação de exceção a essa forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão.”[25] De fato, soberano e homo sacer são, na verdade, figuras simétricas:

“Aqui a analogia estrutural entre exceção soberana e *sacratio* mostra todo o seu sentido. Nos dois limites extremos do ordenamento, soberano e homo sacer apresentam duas figuras simétricas, que têm a mesma estrutura e são correlatas, no sentido de que o soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e homo sacer é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos”[26]

Os dois corpos do rei representam, na verdade, mais do que a intuição de Kantoriwicz[27] apontou. Não se trata somente de um corpo institucional e outro pessoal, mas da existência, na figura do próprio soberano, da relação que constitui o centro do poder estatal. O soberano possui, ao lado do seu corpo humano um corpo sacro. Um corpo público e ritualizado ao extremo, que não mais lhe pertence, e sobre o qual se funda a relação central da soberania. Mais do que a transcendência da realeza ante a pessoa do rei, trata-se da afirmação do caráter radical, absoluto e não-humano da soberania

“Mas, com isso, o sentido da metáfora do corpo político volta-se, de símbolo da perpetuidade da dignitas a cifra do caráter absoluto e não humano da soberania. As formulas *le mort saisit le vif* e *le Roi ne meurt jamais* devem ser compreendidas de modo muito mais literal do que se costuma pensar: no momento da morte do soberano é a vida sacra, na qual se baseava seu poder, que investe a pessoa do sucessor. As duas fórmulas significam a continuidade do poder soberano somente na medida em que exprimem, através do obscuro liame com uma vida matável e insacrificável, a sua *absolutesz*.”[28].

O campo, por sua vez, é para Agamben o paradigma central da política moderna. Mais do que um evento histórico específico, ele é uma lógica de ordenação da sociedade, que se vincula à crescente abrangência da vida nua e ao novo conceito de territorialidade imposto pela onipresença da exceção. O estado de direito, constituído a partir do controle do território e da concessão de direitos como modo de vinculação dos indivíduos, não subsiste na lógica desterritorializada do campo. O refugiado é a figura central da contemporaneidade, um *homo sacer* sem direitos, uma vez que a validade dos direitos sempre se ateve estritamente relacionada aos limites dos Estados-Nacionais. Com o progressivo esgarçamento do paradigma nacional ele passa a constituir a regra, o modelo contemporâneo de cidadania. No campo todos são *homines sacri* e o estado de exceção é permanente.

Considerações Finais – Estado de Exceção, Poder Constituinte e Imanência

Emergem, então, as questões: como compreender o estado de exceção sob a perspectiva da resistência e do poder constituinte? Seria este conceito suficiente para explicitar a relação dual que constitui a soberania? Negri e Hardt assim se manifestam:

“Como ficará claro adiante, não podemos aceitar em sua generalidade a tese de Agamben. O estado de exceção ou direito de exceção define apenas os atos dos que têm

o poder, e não os atos daqueles que o buscam, querem-no ou pretendem destruí-lo ou derrubá-lo. O poder constituinte provém apenas dessa segunda categoria, e não deve ser confundido com os atos daqueles que detêm institucionalmente o poder de exceção, o poder de suspender as garantias legais e o poder da ditadura.” [29].

O estado de exceção não explica, portanto, todo o complexo mecanismo da soberania, uma vez que, enquanto relação, esta não pode ser compreendida apenas do ponto de vista dos dominantes. A soberania é uma forma de jugo, que necessita dos cidadãos para implementar-se. Sem eles, carece de substância. Como já foi anteriormente citado: “Os que obedecem não são menos essenciais ao conceito e ao funcionamento da soberania do que aquele que comanda.” [30].

Ademais, a compreensão da política a partir da exceção acaba por restringi-la a uma dimensão meramente estatal, ignorando as linhas de fuga que a resistência traça para além do Estado. O horizonte da política identifica-se com o do Estado e a multidão é compreendida ante um ponto de vista passivo, sempre representada a partir do poder, como um instrumento deste. Resta olvidado o papel fundador e inovador do poder constituinte.

A narrativa agambeniana aborda a possibilidade de um direito sem força, como preceituado por Benjamin, mas tacitamente a refuta. Explicita-se um arquétipo, o campo, no qual a resistência não mais é possível. Passo a passo, todos se tornam autômatos obedientes.

Negri, por sua vez, não admite a hipótese de uma obediência irrestrita. A resistência sempre virá, pela própria constituição da natureza humana. Com efeito, a disjunção entre os autores pode ser remontada a suas referências intelectuais. Enquanto a representação hobbesiana da soberania feita por Agamben, a partir do filtro de Schmitt, reconhece a possibilidade de uma renúncia das potências individuais na constituição do coletivo ou do público, Negri opta por vertente distinta. A partir de Spinoza, especialmente o do capítulo XVI do Tratado Político, ele recusa a identidade entre cessão e renúncia, afirmando a impossibilidade ontológica do fim da resistência. A chave desta tese está no conceito spinozano de conatus. Apesar de suas formulações racionais, o homem sempre tende a perseverar na existência, a atividade é inerente a natureza humana, princípio basilar da filosofia spinozana.[31] Deste modo, mesmo quando sob um regime de obediência e dominação, a resistência traça e traçará linhas de fuga.

Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2003, 142 p.
- _____, *Homo Sacer*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, 207 p..
- _____, *Lo que queda de Auschwitz (Homo Sacer III)*, Valência: Pré-Textos, 2005.
- BENJAMIN, Walter, *Critique of Violence In: Selected Writings Volume 1*, Cambridge, Havard University Press, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, 275 p..
- CHAUÌ, Marilena, *A Filosofia Moderna, in in Primeira Filosofia, Lições introdutórias, sugestões para o ensino básico de Filosofia*; Editora Brasiliense, São Paulo, 1985.
- DELEUZE, Gilles, *Mil Platôs*, vol.5, São Paulo: Editora 34, 1997.
- DUBOIS, Christian, *Heidegger: introdução a uma leitura*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar editora, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- _____. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. 380p.
- KANT, Imanuel, *Crítica da Razão Prática*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. 294p.
- MAQUIAVEL, Nicolau, *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Brasília: UNB, 2003.
- MORENTE, Manuel Garcia, *Fundamentos da Filosofia*, São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- NEGRI, Antonio, *O Poder Constituinte*, Rio de Janeiro: DPeA, 2002. 468p.
- _____, *Cinco Lições sobre o Império*, Rio de Janeiro: DPeA, 2003, 279 p.
- _____, e HARDT, Michael, *Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. 501p.
- _____, *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2005. 530p..
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 179 p.
- RAWLS, John, *História da Filosofia Moral*, São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- ROUANET, Sergio Paulo, *Dilemas da Moral Iluminista*, in *Ética*, org. Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHMITT, Carl, *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992. 151p.

_____. *Teologia Política*, Belo Horizonte : Del Rey, 2006. 152p.

SERRES, Michel. *Le système de Leibniz et ses modèles mathématiques: étoiles, schémas, points*. 4e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2001. 834 p. Tradução do excerto por Maurício Rocha.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 724p.

SPINOZA, Benedictus de,. *Pensamentos metafísicos ; Tratado da correção do intelecto ; Ética ; Tratado político ; Correspondência*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. 399 p.

_____. *Tratado Teológico Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[1] NEGRI, Antonio e HARDT, Michael, *Império*, pág. 92-93.

[2] *Ibidem*, pág. 91.

[3] SERRES, Michel; *Le système de Leibniz et ses modèles mathématiques*; PUF; Paris; 1968; tradução do excerto por Maurício Rocha, pág. 1..

[4] “O que é, na perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte? É a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isso, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade.” – NEGRI, Antonio, *O Poder Constituinte*, pág. 8.

[5] NEGRI, Antônio, *O Poder Constituinte*, pág. 21.

[6] *Ibidem*, pág. 8.

[7] *Ibidem*, *O Poder Constituinte*, pág. 20-21.

[8] NEGRI, Antônio e HARDT, Michael *Multidão*, pág. 412.

[9] *Ibidem*, pág. 436.

[10] “Paradoxalmente, o comum se manifesta nos dois extremos as produção biopolítica: ele é ao mesmo tempo o produto final e a condição preliminar da produção.” – *Ibidem*, pág.416.

- [11] Ibidem, pág. 416.
- [12] ESPINOSA, Bento, Tratado Político, in Os Pensadores, pág. 310.
- [13] DELEUZE, Gilles, Mille Platô, vol.5.
- [14] NEGRI, Antônio e HARDT, Michael, Multidão, pág.415.
- [15] Ibidem, pág. 43.
- [16] “...a transcendência do poder constituinte é a sua negação.” - NEGRI, Antônio, O Poder Constituinte, pág.14.
- [17] Ibidem, pág. 16.
- [18] NEGRI, Antônio e HARDT, Michael, Multidão, pág. 442.
- [19] SCHMITT, Carl, Teologia Política, pág. 8.
- [20] Ibidem, pág. 13.
- [21] Ibidem, 30.
- [22] AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer, pág. 26.
- [23] Ibidem, pág. 26-27.
- [24] A referência aqui é a distinção aristotélica entre bios, vida biológica, e zoe, vida política ou submetida aos padrões culturais, utilizada por Agamben no início do Homo sacer, com o escopo de afirmar uma nova distinção ontológica fundamental do político. Mais do que a dicotomia schmittiana entre amigo e inimigo, a disjunção fundamental do pensamento político ocidental se refere aos conceitos de inclusão e exclusão, presente já nas referidas construções de Aristóteles e fundamental para compreender a problemática do Estado de Exceção.
- [25] AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer, pág. 26.
- [26] Ibidem, pág. 92.
- [27] KANTOROWICZ, Ernst Hartwig,. Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 547 p.
- [28] AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer, pág. 108.
- [29] NEGRI, Antônio e HARDT, Michael, Multidão, pág. 455.
- [30] Ibidem, 415.

[31] Cabe ressaltar que a existência de um modo singular é para Spinoza sempre ativa e de acordo com a sua essência que nada mais é do que potência atual. Como ele mesmo afirma, não é preciso morrer para virar cadáver.

ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

JURISDICTIONAL ACTIVISM AND BRAZILIAN SUPREME COURT

**Rodrigo de Souza Tavares
José Ribas Vieira
Vanice Regina Lírio do Valle**

RESUMO

O objetivo deste artigo é examinar algumas conseqüências institucionais advindas de alterações na atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo como balizamentos a nova composição dessa corte a partir de 2003, bem como reflexos decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário). Dessa forma, o estudo buscou identificar e analisar as especificidades da postura ativista encampada pela recente mudança de rumos ocorrida no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Com base num procedimento comparativo, buscou-se modelar uma categoria analítica e explicativa denominada de ativismo jurisdicional, cuja tônica recai na reestruturação dos limites jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, empreendida pela jurisprudência dessa mesma Corte. Para testar essa concepção, privilegiou-se investigar a reconfiguração do instituto da reclamação constitucional, com esteio em decisões consideradas paradigmáticas dentro do recorte qualitativo e cronológico antes mencionado.

PALAVRAS-CHAVES: ATIVISMO JURISDICIONAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

This article aims to examine some institutional consequences emerged from changes in the role of the brazilian Supreme Court, as result of a new composition of this court since 2003, as well as reflexes arising from the Constitutional Amendment nº 45/04 (Judiciary Reform). Thus, the paper tries to identify and analyze the activist posture assumed by recent changes occurred in the field of brazilian constitutional jurisdiction. Based on a comparative procedure, we tried to model a analytical and explanatory category called jurisdicional activism, whose emphasis is on the restructuring of the jurisdictional limits of the Supreme Court, taken by the own jurisprudence of this Court. To test this hypothesis, was investigated the reconfiguration of the institute of

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

constitutional complaint, in the lights of paradigmatic decisions, that follow from the qualitative and chronological cut that was made above.

KEYWORDS: JURISDICTIONAL ACTIVISM; CONSTITUTIONAL JURISDICTION; CONSTITUTIONAL COMPLAINT.

1. Introdução

Neste final da primeira década do século XXI referenda-se a impossibilidade de atuação de um “jurista iluminado” capaz de dar conta do caráter complexo do Direito, fortemente influenciado pela interseção com outras áreas do conhecimento. Impõe-se, portanto, a consolidação de novos direcionamentos para o estudo do fenômeno jurídico, dentre os quais desponta uma construção do conhecimento pautada pelo processo coletivo e dialógico, que possibilite a agregação de pesquisadores, cada qual com suas visões específicas sobre uma ciência multifacetada. Seguindo essa filosofia, e a partir de uma experiência já consolidada de investigação havida no âmbito do grupo de pesquisa inserido no Laboratório de Análise Jurisprudencial – LAJ, investigadores integrantes de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Estado do Rio de Janeiro reuniram-se para deitar seu olhar sobre um momento muito particular no itinerário da jurisdição constitucional brasileira.

Considerando um universo selecionado da casuística do Supremo Tribunal Federal, buscou-se elucidar peculiaridades relativas às recentes alterações nos rumos de sua atuação político-institucional, tendo em conta, particularmente, o período após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário), ademais, acresce a esse contexto, a mudança da composição da Corte, delineada a partir do início do primeiro Governo Luis Inácio Lula da Silva (2002-2006). A partir do estudo empreendido tornou-se nítido o protagonismo social e o caráter ativista assumido por nossa Suprema Corte.

O presente artigo pretende, de forma pontual, delinear uma particular compreensão do termo “ativismo judicial” e associá-lo a posturas havidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, notadamente após a Emenda Constitucional nº 45/04 (A Reforma do Judiciário) e a própria mudança da composição dessa corte a partir do início do primeiro mandato do Governo Luis Lula da Silva (2003-2006). Para tanto, buscar-se-á, em primeiro plano, traçar um mapa do conceito de ativismo, com esteio na tradição norte-americana, berço do termo e local onde alcançou maior aprofundamento teórico. Em seguida, pretende-se realçar dentre as múltiplas significações, aquela que convém ao viés analítico aqui proposto. Cumprida essa primeira etapa, serão colhidos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indicadores que corroboram a hipótese que atesta ter havido uma guinada ativista na jurisdição constitucional brasileira. Com esse compromisso, serão analisadas decisões que evidenciam a reestruturação da reclamação constitucional, e com isso a redefinição da competência jurisdicional da Corte Suprema por “moto próprio”.

2. DELINEANDO O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no direito norte-americano, a saber, o *Merriam-Webster's Dictionary of Law* [1] e o *Black's Law Dictionary*, [2] evidenciam que, já de origem, o termo ativismo não encontra uma definição consensual. Se na enunciação da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico – o compromisso com a expansão dos direitos individuais; na conceituação proposta pela segunda, a tônica parece repousar em um elemento de natureza comportamental, qual seja, dar-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persistindo o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, inobstante seja ele um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo em cada qual desses campos, diversas conotações.

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando como *ativistas judiciais* os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, e como *campeões da auto-limitação*, os Juízes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juízes Reed e Vinson).[3] Observe-se que o mencionado autor, ganhador do prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país tinha, nessa perspectiva - inegável elemento condicionante de sua análise – de reconhecer ao traçar uma linha divisória entre juízes ativistas e aqueles exercentes de uma auto-limitação, um simples reflexo de uma tendência liberal ou conservadora no desenvolvimento de sua atividade judicante.

Desde então a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Assim, é o caso de Kermit Roosevelt III[4], que observa: *O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão*” [5]. Esse tom de denúncia, associado à expressão *ativismo judicial* tem se dirigido, tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren. [6] Nos últimos anos, o reverso da moeda também se verifica, através de artigos que demonstram que o ativismo pode ainda estar presente em cortes de tendência conservadora. [7] Hoje, por exemplo, alega-se que a Corte Rhenquist, apesar de sua matriz conservadora, foi bastante atuante em termos de ativismo judicial.

Não obstante o uso assistemático do conceito de ativismo nos debates sobre a política judiciária, seu tratamento no âmbito da pesquisa acadêmica se revela mais metódico. É ainda de Keenan Kmiec [8] a sistematização das definições traçadas ao termo – em sede doutrinária, e mesmo em sua utilização jurisdicional – reconhecendo cinco principais conceituações do ativismo judicial, de uso corrente na atualidade: I) aquela prática dedicada a desafiar[9] atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável; II) a prática envolvendo a estratégia de não aplicação dos precedentes; III) a conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; [10] IV) a prática de o julgador afastar-se dos cânones metodológicos de interpretação; finalmente V) julgar para fins de alcançar um resultado pré-determinado.

A multiplicidade de sentidos reconhecida à expressão ativismo judicial oculta, numa primeira aproximação, a vasta complexidade envolvida na adoção efetiva dessa prática por parte de um órgão jurisdicional – especialmente, tendo em conta o objeto específico de cogitação desse artigo, a Corte Constitucional.

O ponto de fragilidade da primeira das manifestações acima indicadas de ativismo judicial, que reconhece como tônica do fenômeno o desafio, ou a pouca deferência à atividade desenvolvida por outro poder, reside em sua potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes. Isso porque, o judiciário poderia assumir duas posições frente às escolhas políticas realizadas pelo legislador naqueles casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: adotar uma postura auto-limitativa (*self-restraint*) e privilegiar à decisão do parlamento frente às questões controversas ou, em segundo lugar, dizer o direito aplicável mesma às questões politicamente sensíveis, o que abriria oportunidade para um ativismo judicial caracterizado pela invalidação por inconstitucionalidade das escolhas políticas dos outros órgãos estatais.

O problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessa característica, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de consequência, o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, diante dos casos difíceis. O problema então reside essencialmente no caráter sempre controverso da delimitação do que são casos difíceis.

O segundo sentido emprestado ao termo, já se disse, guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais. Para melhor compreensão do traço identificador da afirmação, cabe repassar brevemente a estruturas dos sistemas jurídicos pertencentes à família da *common law*.

A base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*. Segundo ela as decisões proferidas no passado por órgãos de julgamento superiores devem ser obrigatoriamente seguidas por outros órgãos judicantes inferiores, toda vez que estiverem diante de fatos idênticos (verticalização dos precedentes); e, ademais, um tribunal não deve ignorar suas próprias decisões anteriores (horizontalização dos precedentes) a menos que haja espaço para o *overruling*, que é a desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante que se lhe reconhecia até então. Assim, o ativismo judicial – nessa

segunda vertente de conceituação – estaria caracterizado a partir de uma prática de desrespeito às decisões passadas que detenham força vinculante (vertical ou horizontal) sobre o respectivo órgão julgante.

O problema existente na referida identificação diz respeito à complexidade do próprio sistema de precedentes, nessa sua dupla dimensão horizontal e vertical. Por exemplo, se é quase inquestionável que se pode qualificar como ativista a corte inferior que não respeita os precedentes emanados por uma corte superior (como a Suprema Corte), mais difícil é atribuir a mesma pecha à corte que supera seus próprios precedentes, na medida em que o *overruling*, a rigor, se constitui uma técnica que é própria do sistema. A superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste frente a novas circunstâncias históricas, ainda que determine o *overruling*, não é vista pela doutrina como sinal de ativismo.[11]

O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que tem em conta os *juízes-legisladores*, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas sim revelar o sentido contido implicitamente no texto normativo. Uma corte ativista, nesse sentido, seria aquela que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes. A dificuldade gritante de tal abordagem reside na controvérsia insuperável em torno do conceito de direito. A título de exemplo, citemos apenas três expoentes de diferentes escolas jurídicas e suas opiniões quanto à interpretação e a delimitação do direito: a) para Holmes,[12] todo direito é criado pelos tribunais; b) para Hart[13], a criação judicial do direito está circunscrita à zona de penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; c) para Dworkin[14], toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada não só em *standards* jurídicos quanto na distinção aplicativa entre regras ou princípios. Qual o comportamento adotado por uma Corte que se caracterizaria, portanto, como criar o direito sem autorização para fazê-lo?

Muito próxima, e com os mesmos problemas de compreensão, é a definição que identifica ativismo na prática que envolve o afastamento pela Corte, dos cânones aceitos de interpretação. Têm-se aqui os mesmos problemas apontados na associação do ativismo com o juiz-legislador vistos no parágrafo anterior. Se uma Corte ativista pode ser caracterizada como tal pelo afastamento dos cânones de hermenêutica jurídica (sobretudo constitucional) partilhados pela comunidade de intérpretes –, e portanto, do desenvolvimento de uma atividade que se poderia qualificar como normogênica – o difícil é definir quais seriam esses parâmetros minimamente compartilhados. No âmbito da teoria constitucional norte-americana destaca-se, por exemplo, o debate entre os atuais juízes da Suprema Corte, Antonin Scalia e Stephen Breyer, sobre a correta metodologia de interpretação constitucional[15]. Para o Juiz Breyer, a constituição dos EUA é um ente vivo; portanto, os juízes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou incorporam um valor que só pode ser aplicado em vista das circunstâncias específicas da atualidade. Antonio Scalia, por sua vez, defende o “originalismo”, ou seja, a leitura precisa das palavras da Constituição, levando em conta o que significavam na época em que foram escritas. Como visto, é difícil vislumbrar um consenso sobre os métodos de interpretação constitucional que justifiquem a configuração razoável do ativismo judicial. Tal situação é agravada com o presente debate da internacionalização das decisões da Corte Suprema como aconteceu, recentemente, no denominado caso *Lawrence v. Texas*.[16]

A última definição – que identifica ativismo na prática jurisdicional que tem por objeto alcançar finalidades pré-determinadas – conjuga-se, em dificuldades apontadas às concepções anteriores. Nesse sentido, o ativismo e todos os demais traços percorridos podem se constituir em técnicas ou instrumentos necessários a uma vontade que se vê orientada para obter um resultado pré-determinado pelo julgador. Apesar da aparente clareza desta última definição, seu problema reside na transposição para a verificação empírica. Dificilmente será possível descortinar os motivos subjacentes à decisão judicial, ainda mais de forma a evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador.

Registre-se por fim, o comentário de Keenan Kmiec[17], de que inobstante a ausência de um conceito monolítico de ativismo, o debate em torno dessa prática – explicitado, naturalmente, o conceito com que se está a operar – permite o deflagrar de uma análise importante acerca da artesanaria judicial; uma oportunidade para a formulação das relevantes questões adjacentes à tática de decisão. É nesse mesmo sentido que caminha a investigação relatada nessa obra, que a partir da identificação de um ativismo que se vai ao longo deste capítulo conceituar, examina a estratégia de construção de decisões do Supremo Tribunal Federal para testar a presença desse traço.

2.1 O ATIVISMO JURISDICIONAL

Evidencia o item anterior que, inobstante as já muitas décadas de utilização do conceito de ativismo, permanece um panorama plural e fugidio na sua conceituação. Então, para fins de traçar um conceito de ativismo judicial útil à análise proposta, é preciso buscar uma definição aberta do termo ativismo judicial, porém, que, ao mesmo tempo, mostre-se precisa o suficiente para guiar a investigação. Nessa perspectiva, mostra-se extremamente útil a contribuição de William Marshall [18]. O autor apresenta uma abordagem distinta da usual, pois, ao invés de trazer uma ou mais definições estanques do termo ativismo, enumera um conjunto de indicadores de ativismo judicial, recolhidos na literatura sobre o tema. Nessa perspectiva, Marshall lista sete indicadores do ativismo: I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial; e VII) o ativismo partidário. [19] A maioria dos itens acima pode ser remetido sem dificuldades a uma das significações de ativismo judicial anteriormente exposta segundo o esquema de Keenan D. Kmiec. [20] Por exemplo, o ativismo partidário encontra seu paralelo na definição de ativismo como julgamento visando obter resultado preestabelecido, o contra-majoritarismo corresponde à declaração de inconstitucionalidade das leis de constitucionalidade defensável, o desrespeito ao precedente é citado pelos dois autores, e assim por diante. Contudo, uma das categorias propostas por Marshall tem especial relevância para a compreensão do fenômeno que buscamos investigar.

O destaque, neste trabalho, se situará no indicador relativo ao *ativismo jurisdicional*. Esse índice é conceituado pelo autor como a *recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes*.^[21] No contexto norte-americano o autor identifica essa tendência com o uso expandido que os juízes liberais fizeram da competência supostamente deferida à jurisdição federal. No nosso caso, partiremos desse elemento para a construção de um conceito que, na linha do destaque empreendido por Keenan Kmiec, ressaltando o caráter ativista dos recentes desenvolvimentos da jurisprudência sobre jurisdição constitucional em nosso país,^[22] permita a provocação das questões que lhe são subjacentes – a que serve uma prática ativista, no sentido de comprometida com uma tendência expansionista dos limites assinalados pelo texto constitucional para o exercício da função jurisdicional?

A tese defendida daqui em diante é a de que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, no sentido acima adotado, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os Poderes.

3. Ativismo jurisdicional e a reconfiguração pelo STF de instrumentos processuais: análise da evolução reclamação constitucional.

A reflexão em torno da problemática atinente ao eventual desenvolvimento de práticas ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal – particularmente no recorte que se elegeu no item anterior, a saber, aquele do uso de estratégias de expansão das fronteiras de sua própria competência – não pode prescindir de uma avaliação do uso de mecanismos por intermédio do qual o exercício da função jurisdicional possa se relacionar com essa variável, a saber, fixação dos limites competenciais da Corte. Testar a hipótese da existência de um ambiente político, normativo e institucional que favoreça o ativismo jurisdicional exige aferir se, naqueles instrumentos típicos à defesa da competência e do conteúdo dos pronunciamentos da própria Corte, houve – ou não – mudança na compreensão quanto a seus limites e possibilidades.

Reforça ainda a importância de ter-se em conta também as vias de ação – e sua configuração oferecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal – a circunstância de que, regendo-se a prestação da jurisdição (e a de fundo constitucional não se traduz em exceção a esse sistema) pelo princípio da inércia, é certo que a manifestação de um comportamento ativista não poderá prescindir de uma reconfiguração dos mecanismos pelos quais se dá a provocação da Corte Suprema ao desenvolvimento de seu papel institucional. A partir dessa premissa, adota-se como objeto de investigação neste segmento do trabalho o instituto da reclamação constitucional – sem prejuízo de referências a outras vias de ação cujas decisões ou uso possam contribuir para a análise da hipótese.

3.1. A RECLAMAÇÃO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONFIGURAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O instituto da reclamação acompanha, em verdade, o Supremo Tribunal Federal, desde a sua instituição – ainda que originalmente, sua sede fosse não legislativa, mas sim, construção jurisprudencial da própria Corte. Assim é que na esteira do desenvolvimento pela Suprema Corte americana, da teoria dos *implied powers* [23] – idéia cuja disseminação ultrapassou, todavia, em muito às fronteiras estadunidenses – a Suprema Corte brasileira recebe, na década de 40, as primeiras peças processuais em que, ainda que sem desenvolvimento teórico, o que se objetivava era o debate acerca do descumprimento, ou cumprimento incorreto de anterior decisão daquele tribunal. [24]

O cabimento em si da reclamação, como veículo próprio à superação de ofensa a julgado do Supremo Tribunal Federal veio a ser afirmado no bojo do Rext 13.828, Rel. o Min. Orozimbo Nonato – e a partir daí, inaugura-se longa controvérsia em relação à possibilidade em si do processamento de tema dessa natureza e gravidade, através de um mecanismo que não se constituía meio processual regular. O debate atravessou ainda – com a inclusão do instituto no corpo do Regimento Interno do STF – etapa na qual se investigava a adequação dessa sede normativa, tema que, já tendo em conta o corte temporal proposto à presente investigação, restou superado com a previsão constitucional do instituto.

Permitimo-nos, assim, passar diretamente aos termos do acórdão proferido na ADI 2212, Rel. a Min. Ellen Gracie, [25] em que se sistematizou, já sob a égide da Carta de 1988, uma compreensão de qual pudesse ser a natureza do instituto – para a partir disso, melhor delimitar o seu alcance. O caso envolvia exatamente a criação de instituto de mesmo nome a objetivo – reclamação – pela Constituição do Estado do Ceará, destinado à preservação da autoridade das decisões de seu próprio Tribunal de Justiça, e na ocasião, afirmou-se:

A história da sua construção e o status constitucional que lhe deu a Carta de 1988 são indicativos de que não se trata de singelo instituto processual, [26] a ser utilizado no bojo de uma relação processual visando à prestação jurisdicional por parte do Estado, que irá, por seus órgãos judiciários, aplicar o direito ao caso concreto. Trata-se, sim, na dicção de José Frederico Marques, de ‘um desdobramento das atribuições jurisdicionais que são conferidas, constitucionalmente, àqueles Tribunais.[27]

Importante observar que no corpo do acórdão – decerto como *dicta* – por várias vezes dá-se a associação entre a reclamação, e o controle abstrato da constitucionalidade das leis; certamente por ser essa a hipótese em que se poderia figurar a existência de interesse de terceiro na preservação da competência ou na garantia da autoridade das decisões do STF. [28]

O mesmo tema - viabilidade da criação da reclamação por constituição estadual, à vista de sua natureza jurídica - é retomado, com idêntica linha de conclusão, a partir da premissa de que se cuide de instituto situado no terreno do direito de petição, no acórdão proferido na ADI 2480, julgamento em 02/04/2007, DJ de 17/04/2007.

Assentada a natureza jurídica do instituto, e a viabilidade de sua invocação para fins de tutela, pelo diretamente interessado, ou por terceiros, da autoridade das decisões da Corte, fato é que cresce exponencialmente o volume de reclamações aforadas, como se verifica da Tabela 1 abaixo:

TABELA 1: PROGRESSÃO TEMPORAL NO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÕES [29]

É a intensificação do aforamento dessas mesmas reclamações que provoca o aprofundamento do desenho teórico do instituto, a partir do qual se enunciará uma série de outros vetores aos seus limites e possibilidades. Dentre as hipóteses fáticas em que a Corte entendeu não cabível a reclamação, cite-se: a) a interposição preventiva, tendo em conta ato futuro[30]; b) aquelas que tenham por objeto decisão judiciais já transitadas em julgado (Súmula 734/STF); c) aquelas que invoquem como paradigma (decisão violada) o indeferimento pelo Supremo Tribunal Federal de liminar em sede de ADI; [31] d) aquelas cuja análise da eventual violação à autoridade de decisão pretérita esteja a exigir exame de matéria de fato; [32] e) aquelas em que a assertiva proferida em sede do Supremo Tribunal Federal que se afirme violada seja, no acórdão, mero *dicta*; [33] f) aquelas em que a suposta decisão violadora da competência ou autoridade do Supremo Tribunal Federal tenha tão-somente negado providência acauteladora; [34] dentre outras. A enunciação evidencia que o desenho do cabimento do mecanismo de provocação à Corte, tem se dado de forma cautelosa, à vista do evidente caráter excepcional de um instrumento – nos termos da compreensão do Supremo Tribunal Federal – fora dos limites de uma relação processual, pretende fazer valer a autoridade da decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

De outro lado, a casuística tem evidenciado as sutilezas presentes no cumprimento do objetivo de “preservar a autoridade” das decisões do STF. A expressão – de conteúdo mais vulgar do que técnico – em verdade encontra dificuldades na fixação de seu real conteúdo.

Some-se a isso, as dificuldades sempre presentes de nossa estrutura de controle de constitucionalidade, onde o convívio em paralelo de sistemas difuso e concentrado pode determinar, agora alcançando um patamar adicional de complexidade com a consagração, no acórdão proferido na ADPF 33, Rel. o Min. Gilmar Mendes, DJ de 27/10/2006, do entendimento de que essa via de ação, *...constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi....*, esteja a configurar, à vista de seu caráter subsidiário, *...modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal*. Significa dizer que, no campo do controle de constitucionalidade das leis, e ainda no recorte tão-somente das decisões providas preceitualmente de caráter vinculante – onde evidentemente, é possível em tese, se pôr o tema da preservação da autoridade dessas mesmas decisões – temos como fontes possíveis de provimento jurisdicionais a serem preservados, a ADI, a ADC, a ADIO e a ADPF.

A apreciação empírica, todavia, em evidenciado – e aqui já se encontram o *case* e a hipótese da presente pesquisa – venha o STF revertendo aquela orientação inicial mais limitadora do cabimento da Reclamação, cunhando decisões em que se amplia o alcance do instituto, e com isso, decerto, expande sua área de intervenção direta, em conflitos que sequer tinham alcançado sua esfera de apreciação. Vale a consulta a algumas hipóteses.

3.2. ALGUNS PRECEDENTES DE EXPANSÃO DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO.

Vários são os temas em que, paulatinamente, velhas compreensões se têm reformatado, em relação ao instituto da Reclamação. Assim, a consagração pela Emenda Constitucional nº 3, do instituto da vinculatividade de pronúncia em controle abstrato quanto à constitucionalidade das leis, [35] culminou por determinar a ampliação do elenco de legitimados à propositura da Reclamação, para nele se compreender todo aquele se veja atingido pela negativa de observância desse mesmo efeito vinculante.

No bojo da Rcl 595-SE, Rel. o Min. Sidney Sanches, DJ de 23/05/2003, de outro lado, discutia-se violação à competência do STF, impugnando-se uma decisão de Tribunal de Justiça Estadual que, com base nos termos da Constituição também Estadual, vira a si deferida competência para o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal, em face da constituição federal. Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal lhe fosse possível não só proferir um provimento que desconstituisse a decisão judicial estadual que violava sua competência, mas também *pronunciar incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito contido na Constituição do Estado de Sergipe que usurpava sua competência*. Sublinha-se, portanto, nesse precedente, uma preocupação, quando menos, no mesmo plano, seja para com a tutela do direito violado do Reclamante, seja para com a preservação da competência da Corte no incidente em concreto, e para futuro. Amplia-se, portanto, os limites e possibilidades da reclamação – de forma, todavia, inteiramente consentânea com um instituto que ao se afirmar manifestação de direito de petição, se vê revestido de caráter objetivo e, portanto, com um compromisso com a integridade da ordem constitucional, no plano prospectivo.

3.2.1. Ampliação das possibilidades da reclamação e transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato

Examina-se, para fins de teste à hipótese proposta na presente investigação, um conjunto de decisões provocadas por atos normativos de diversos Tribunais de Trabalho em todo o país, que equiparavam a não inclusão em verba para pagamento de precatórios em orçamento, à inobservância na ordem do pagamento desses mesmos mandados, para fins de abrir cabimento à ordem de seqüestro de recursos suficientes ao pagamento do débito do Poder Público. A providência determinou o aforamento de diversas reclamações, todas invocando como precedente violado, o acórdão proferido na ADI 1662, onde se assentara, tendo em conta ato do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, a inconstitucionalidade da equiparação entre a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, à preterição do direito de precedência, ao argumento de que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro.

O tema foi provocado inicialmente, na Rcl 1923/RG, Rel. o Min. Maurício Corrêa, onde as ordens de seqüestro de recursos pela Justiça do Trabalho se multiplicavam. Consigne-se que aqui – diferentemente do que se dera em São Paulo – não existia um ato normativo arrimando as decisões na Justiça do Trabalho, mas sim a compreensão de que o seqüestro lhe fosse possível determinar em precatórios de pequeno valor, e com o advento da Emenda Constitucional nº 30. A liminar foi proferida e a reclamação conhecida e provida [36] por unanimidade.

O tema retorna no bojo da Rcl 2126, cuja liminar é objeto de *decisão monocrática* do Min. Gilmar Mendes, no exercício de competência que é própria do Relator, no exame agora, de ordem de seqüestro de recursos emanada do Tribunal de Justiça, também de São Paulo, ordem essa cotejada, mais uma vez, com os precedentes estabelecidos na ADI 1662. Afirma o Relator que embora os atos impugnados não guardem identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados *fundamentos determinantes* [37] sem o que a vinculatividade, figura associada em nosso Texto de Base justamente à jurisdição constitucional, pouca contribuição prestaria à proteção mais abrangente à Carta de Outubro. A partir desse raciocínio, defere a liminar para fins de suspender o seqüestro[38], restituindo-se de imediato os recursos aos cofres públicos.[39]

A discussão se apresenta novamente, no Pleno – e agora, com grande e intenso debate – com o ajuizamento da Rcl 1987-DF, mais uma vez de relatoria do Min. Maurício Corrêa, onde novamente se afirma que ordem do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região desrespeitara a autoridade do decidido na ADI 1662. O voto condutor afirmando que a regra jurídica declarada inválida *...é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela Corte, e não o texto normativo em sentido estrito...*, cita o precedente já apontado construído pelo Min. Gilmar Mendes (Rcl 2126/SP) e julga procedente a reclamação.

A divulgação de voto da Relatoria encontra imediatamente a reação do Min Sepúlveda Pertence, advertindo que se estaria assim erigindo às razões de decidir, em pronunciamento ainda mais relevante do que a súmula vinculante[40] – na medida em que uma única pronúncia em ADI autorizaria a construção de um critério jurídico de solução aplicado ao caso, que posteriormente poderia ser invocado para fins de reclamação. A divergência é secundada, basicamente pelos mesmos fundamentos, pelo

Min. Marco Aurélio. Finalmente, o voto do Min. Gilmar Mendes retoma, na essência, os argumentos que lançara na Rcl 2126/SP, mas acrescenta ainda extenso elenco de hipóteses em que vários dos Ministros, valendo-se dos termos do art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, viriam aplicando tese fixada em precedentes de controle difuso de constitucionalidade, para nulificar leis emanadas de entes federativos diversos daquele prolator da lei objeto de exame no recurso extraordinário originário[41].

Fato é que a soma de um argumento de suposta incoerência entre decisões pretéritas – ainda que não iluminadas pela adequada percepção de toda a potencialidade de efeitos da tese a elas subjacente – e do argumento pragmático de que um expressivo número de reclamações de mesmo conteúdo se encontrava sobrestado no Supremo Tribunal Federal, culminou por determinar o provimento da Rcl 1987, sem que, a rigor, os aspectos suscitados ao longo dos debates, a demonstrar a necessidade de um maior equacionamento teórico do tema, fossem inteiramente enfrentados.

Fixa-se, portanto, a partir do decidido na Rcl. 1987/DF precedente no sentido da *admissibilidade da transcendência dos motivos determinantes da decisão para fins de provimento de reclamação*. Essa se constitui uma substantiva inovação no sistema, que é reiterada posteriormente nas Rcls. 2986/SE, Rel. o Min. Celso de Mello; [42] 2363/PA, Rel. o Min. Gilmar Mendes, DJ de 01/04/2005; e 4250, Rel. o Min. Cezar Peluso.

O tema, todavia, não se pode em absoluto ter por pacificado. Assim é que inobstante, a reiteração da decisão de transcendência da tese central contida na ADI 1662 para fins de equacionamento de várias reclamações já aforadas, fato é que a ainda não pacificação dessa matéria foi invocada inclusive como fundamento, pelo Min. Carlos Britto, para o indeferimento, em 04/12/2006, de liminar em reclamação de mesmo contorno. [43]

Na ocasião, a rigor, consignava o Min. Carlos Britto, a existência, então em curso de votação, de questão de ordem articulada nos autos da Rcl. 4219, em que se examinava justamente, sobre que parcela do provimento jurisdicional proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seria de recair o efeito vinculante que é próprio das decisões nessa sede. O tema, enriquecido na sua polêmica pelo voto do Relator – que circunscrevia a vinculatividade ao dispositivo – e pelo voto divergente do Min. Eros Grau, [44] divulgado em Plenário em 07/03/2007; restou prejudicado na análise pelo passamento do reclamante, de que decorreria a ausência de utilidade da eventual prestação jurisdicional, nos termos do decidido pelo Relator em 09/10/2007. [45]

De outro lado, registre-se mais recentemente – e de forma significativa – o voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl. 4987/PE, DJ de 13/03/2007. Aqui, examina-se reclamação direcionada contra ato do TRT/PE, que reconhecia como crédito de pequeno valor e, portanto, sujeito a processamento e pagamento prioritário, os valores que reconheceria em favor de trabalhador em ação movida em face do Município de Petrolina – em dissonância com o que estabelecia lei municipal, que fixava, tendo em conta a realidade da municipalidade, o valor-referência para precatório de pequeno valor em cifra inferior. A decisão da Justiça Laboral, dizia-se, afrontava à autoridade do Supremo Tribunal Federal no estabelecido nos autos da ADI nº 2.868/PI, Relator Min. Carlos Britto, Redator p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.11.2004, em que examinando a constitucionalidade de *lei estadual* que empreendia à mesma providência – a saber, fixação do limite do que seja precatório de pequeno valor – reconheceria

competência a cada entidade federada para empreender a esse juízo, tendo em conta sua própria realidade financeira.

Há uma sutileza adicional acrescentada agora pela hipótese: o cotejo se dá envolvendo não só leis distintas (a estadual, objeto da ADI, e a municipal, desconsiderada pelo ato contra o qual se dirige a reclamação); mas também, a tese de extensão da mesma regra de solução estaria a exigir que a afirmação anterior – os *Estados* têm competência para fixar o que seja precatório de pequeno valor – pudesse ser reconfigurada ou explicitada na hipótese presente, que envolve também a ente federado, mas não o mesmo que se tinha em conta no caso paradigma, a saber, ADI 2868.[46] É a diferença fática – e possivelmente, as ainda incertezas da Corte em relação aos limites e possibilidades da reclamação *vis-a-vis* a transcendência dos motivos determinantes – que leva o fundamento da decisão monocrática, exarada pelo Min. Gilmar Mendes na matéria, a outra trilha. Vejamos:

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, **parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da "transcendência dos motivos determinantes" da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.** E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso. (Grifo nosso)

Distinta a abordagem proposta pelo Min. Gilmar Mendes na Rcl. 4987/PE, e aquela suscitada pelo Min. Eros Grau na já referida Rcl. 4219/SP. Enquanto este último sustenta que o conteúdo em si da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade compreende, mais do que o juízo de (des)valor acerca de um preceito ou conjunto deles, para alcançar o processo integrado e interpretação constitucional empreendido na análise do caso; o Min. Gilmar Mendes sustenta possa a reclamação se apresentar como oportunidade para o exercício do poder de fiscalização da constitucionalidade das leis, provocado não pelo ajuizamento das figuras próprias – ADI, ADC, ADIO e ADPF – mas por essa ferramenta mais universalizada que é a reclamação.

3.3.2. Ampliação das possibilidades da reclamação e limites subjetivos da decisão em controle concreto.

Outro movimento significativo de expansão dos limites e possibilidades de investigação jurisdicional através do instituto da reclamação é aquele atinente ao reconhecimento de seu cabimento para fins de extensão a outros sujeitos, não integrantes da demanda originária, dos efeitos da decisão havida em sede de controle concreto.

Exemplo de viveiro dessa tendência é a decisão proferida nos autos da Rcl. 4335 Relator o Min. Gilmar Mendes, onde se discute a reverência aos termos da decisão proferida no julgamento HC 82959, em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 – “Lei dos Crimes Hediondos” – que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Na ocasião, a Defensoria Pública do Estado do Acre, asseverava que, com a pronúncia – ainda que incidental – da inconstitucionalidade do dispositivo acima mencionado, revelava-se infundada a decisão do juízo de execuções penais que fundada no caráter *inter partes* da decisão havida na ação individual, recusara progressão de regime em favor de seus assistidos.

Em resumida síntese, afirma o Ministro Relator que, com a modificação significativa introduzida pela Constituição de 1988 aos mecanismos de controle de constitucionalidade, com ênfase no controle abstrato – em verdade, o mais revestido de aptidão à preservação em si do Texto Fundante –; seria de se empreender a releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de constitucionalidade. Uma delas, já perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal – é o argumento do Min. Gilmar Mendes – foi o temperamento do sentido do art. 97 da CF, que exigia a pronúncia do Plenário dos Tribunais para fins de afirmação da inconstitucionalidade.[47] Aponta-se ainda a impossibilidade de conciliar o modelo tradicional de controle difuso – a exigir, para a outorga de efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade, a intervenção do Senado Federal – e a multiplicação das demandas coletivas, que podem conter como prejudicial lógica, a análise da constitucionalidade de lei, eventualmente já objeto de cogitação em anterior recurso extraordinário.

A tese mereceu o apoio do Min. Eros Grau, mas encontrou ainda resistência – no que toca especificamente ao uso da reclamação para fins de contraste entre uma situação individual, e a pronúncia anterior de inconstitucionalidade no caso concreto – de parte dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa,[48] que recebendo o processado como direito de petição, optavam por conceder o *habeas corpus* de ofício, garantindo, pragmaticamente, o resultado desejado, sem se comprometer, todavia, com a tese da extensão dos limites subjetivos da decisão havida em sede de controle difuso da constitucionalidade das leis.[49]

Fato é que constitui premissa da admissibilidade da ampliação dos limites subjetivos à pronúncia de inconstitucionalidade via reclamação, o reconhecimento – propugnado no voto do Min. Gilmar Mendes – da *mutação constitucional* operada sobre

o art. 52, X da CF, que esvaziaria de qualquer conteúdo operante o mencionado dispositivo, para reconhecer a desnecessidade da intervenção do Senado Federal para a outorga de efeitos *erga omnes* à decisão. Essa tese, todavia, que permite em nome de mutação constitucional, a desconsideração de um texto que existe, desafia inúmeras indagações não resolvidas, [50] pelo que, se apresenta ainda tão-somente como uma idéia, que só tempo dirá quanto à sua aptidão à adesão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A RECLAMAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.

O breve percurso a casos significativos envolvendo a reconfiguração do instituto da reclamação está a evidenciar, do ponto de vista concreto, uma expansão – por força exclusivamente do labor jurisprudencial – sob todos os prismas, das suas potencialidades.

Essa ampliação da sua esfera de cognição e de providências jurisdicionais possíveis se manifesta pela ampliação do elenco de legitimados, passando pelo reconhecimento da possibilidade de pronúncia incidental de inconstitucionalidade de lei no bojo da própria reclamação, até alcançar às propostas mais audaciosas da transcendência dos motivos determinantes. Em todos os sentidos expandem-se as fronteiras da reclamação, e com isso, as possibilidades de intervenção direta do Supremo Tribunal Federal no tratamento de temas que não terão, necessariamente (como originalmente concebido no sistema constitucional) percorrido a estrutura hierarquizada do Judiciário, sendo passíveis de submissão diretamente, à apreciação da Corte Constitucional.

Inequívoco que, no sentido fixado acima, identifica-se uma prática que traduz um ativismo qualificado como jurisdicional – a construção jurisprudencial de um novo patamar de competências, atraindo para a esfera de cogitação do STF temas que em princípio não seriam suscetíveis de elevação direta a seu conhecimento; ou ainda, reconhecendo maior amplitude ao conjunto de interferências possíveis no funcionamento dos demais poderes[51].

Impõe-se sublinhar, por absoluta honestidade intelectual, que o reconhecimento da importância – nesse quadra institucional da Suprema Corte – do desenvolvimento do ativismo, é algo que já se veicula expressa e claramente dentre os Ministros da Suprema Corte. Assim é que o Min. Celso Mello, em sua saudação na solenidade de posse do Min. Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte, em 23/04/2008, já excluía da possibilidade de censura o desenvolvimento de práticas ativistas voltadas a “...fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”[52]. Mais ainda, prossegue o decano da Corte, afirmando que

De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional,

Mais facilmente vêm à tona, portanto, as referências à arena política e à superação dos impasses institucionais, do que a premissa de que a efetividade que se busca, não é do mapa da arquitetura do poder, mas sim – e principalmente – dos compromissos valorativos que a Carta de Outubro, expressa com a enunciação de um expressivo elenco de direitos fundamentais.

No tema das reclamações, o argumento apontado como justificador/legitimador da sua reconfiguração jurisprudencial, é a racionalização (e por trás disso, o *enforcement* das competências que são próprias à Corte. Assim, a transcendência evitaria a multiplicidade de demandas e garantiria a uniformização de tratamento; a possibilidade de pronúncia incidental de inconstitucionalidade de normas outras, que não as concretamente examinadas na decisão paradigma abreviariam a solução de uma questão que poderia demorar anos a alcançar o Supremo Tribunal Federal – e com isso tutela não só à constituição, mas também, por via oblíqua, à segurança jurídica.

Assim, a prática está a demonstrar que, embora o STF esteja enveredando por uma trajetória de desenvolvimento do identificado ativismo jurisdicional, essa mesma opção de política judiciária – de parte de uma corte que, tendo por instrumento principal de trabalho um instrumento político, há de desenvolver, inevitavelmente, função política – não tem encontrado um discurso de fundamentação que invoque como pedra angular, a tutela dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. [trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARNETT, Richard W. Debate: Judicial Activism and its Critics. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2006.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João V. G. Cuter. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Oliver W. Jr. O Caminho do Direito. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUFFMAN, Max. Using All Available Information. In: *Review of Litigation*. vol. 25, nº 3, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=906597>>. Acesso em 21/11/2007.

JUDICIAL ACTIVISM. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Disponível em: <[http://dictionary.reference.com/browse/judicial activism](http://dictionary.reference.com/browse/judicial%20activism)> Acesso em: 26/09/2008.

KERPEL, Ana Laura Malagoni. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. vol. 73, september, 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=330266>>, última consulta em 13 de agosto de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº. 3, de 1993. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei nº. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court Decisions* New Haven – Yale University Press 2006

STRECK, Lenio Luiz Streck, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Mutações na corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>, última consulta em 24 de fevereiro de 2008.

[1] A versão on line do mencionado dicionário define judicial activism como "...the practice in the judiciary of protecting or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent...". JUDICIAL ACTIVISM. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Disponível em: <[http://dictionary.reference.com/browse/judicial activism](http://dictionary.reference.com/browse/judicial%20activism)> Acesso em: 26/09/2008.

[2] "...a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent."

[3] Ilustrativa a leitura de Keenan Kmiec, que recupera importantes elementos do sentido original que Schlesinger Jr. pretendeu emprestar ao termo, que traduziria uma concepção da indissociabilidade entre direito e política, e de que as decisões judiciais pudessem ser finalisticamente orientadas. KMIEC, Keenan. D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

[4] ROOSEVELT III, Kermit. *Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court Decisions* New Haven – Yale University Press 2006

[5] GARNETT, Richard W. Debate: Judicial Activism and its Critics. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2006, p. 112.

[6] A Corte de Warren (1953–1969), assim designada em alusão ao seu presidente, Earl Warren, foi responsável por célebres e controvertidas decisões que expandiram o espectro das liberdades civis nos E.U.A. Hoje, seu legado é tido quase como sinônimo de ativismo judicial.

[7] MARSHALL, William P., Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. In: *University of Colorado Law Review*, vol. 73, September, 2002.

[8] Id. Ibid. 2004, pp.1463-76.

[9] A expressão, no idioma original, é *strike*, que se reveste de uma generalidade que não comportaria uma tradução por anular, ou desconstituir – por isso, a opção por uma expressão do idioma pátrio, de uso corrente, como desafiar, que expressa esse sentido genérico de não-concordância e intervenção.

[10] Aqui também a tradução literal é inviável; a expressão norte americana é "...legislate from the bench...".

[11] A propósito, Ana Laura Magaloni Kerpel, sinaliza a relativização do precedente no sistema americano, bem como do sistema do *stare decisis* e a criação judicial do Direito. A figura do *obiter dicta*, permite aos operadores jurisdicionais e aos juízes “predizer” ou “prognosticar” uma futura maneira de resolver uma questão hipotética conexa ao caso sob exame – em que a *dicta* aparece manifesta. É essa complexa combinação de vetores que gera o chamado “vigor convincente”, em razão do grau hierárquico da autoridade que a emite, é que garantirá que no futuro as decisões dos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores não seja revogadas; ou que os magistrados possam prever as conseqüências de determinadas condutas dentro do marco uma eventual “litis” de natureza constitucional. (KERPEL, Ana Laura Malagoni. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001, *passim*).

[12] HOLMES, Oliver W. Jr. O Caminho do Direito. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. 2002, pp.425-439.

[13] HART. H. L. A. *O conceito de Direito*. 2005.

[14] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2002.

[15] Ver: HUFFMAN, Max. Using All Available Information. In: *Review of Litigation*. vol. 25, nº 3, 2006, pp. 501-528. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=906597>>. Acesso em 21/11/2007. Neste artigo o autor contrasta às teorias dos dois juízes mencionados.

[16] Trata-se de caso decidido em 26 de junho de 2003 a respeito da prática de sodomia. A internacionalização efetivou-se no sentido da sua descriminalização tendo em vista a postura adotadas em sociedades como a Grã Bretanha. Alguns constitucionalistas criticaram a decisão da Corte Suprema americana por ter de fato enfrentado o problema da privacidade. Pois o julgado ora comentado tangenciou a questão fundamentado-se na linha de ter havido “desuetude” da lei verbete de Morris L. Cohen in *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* org. por Kermit L Hall Oxford: Oxford University Press, 2005, páginas 572 a 573

[17] KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

[18] MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. Forthcoming, vol. 73, September, 2002.

[19] *Id. Ibid.* 2002.

[20] KMIEC, Keenan D. The origin and the current meanings of judicial activism. In: *California Law Review*. October, 2004.

[21] MARSHALL, William P. *Ibid.* 2002.

[22] É esclarecedor compararmos esse viés do ativismo com a evolução após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 dos institutos processuais da Reclamação Constitucional e do Mandado de Injunção. Nos últimos anos os dois institutos vêm

perdendo sua natureza original de instrumento de tutela de direitos individuais para ingressarem, por indicativo das interpretações constitucionais procedidas pelo Supremo Tribunal Federal, na seara dos processos objetivos de tutela de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Essas transformações serão por nós apresentadas sob a ótica do ativismo jurisdicional, uma vez que a guinada da jurisprudência do próprio STF foi o fator principal para a reestruturação de tais institutos.

[23] O *leading case* no tema é *McCulloch vs. Maryland*, onde se discutia – a partir da distribuição constitucional de competências entre as entidades federadas – quais os poderes que se poderia, inobstante não enunciados explicitamente, se reputar conferidos como meios necessários à garantia do exercício de atribuições, essa expressamente enunciadas. A partir da premissa de que “...*a power without the means to use it is a nullity...*”, Marshall sublinha a necessidade do reconhecimento de poderes implícitos, cuja medida de controle e legitimidade todavia, será a relação de instrumentalidade à garantia do exercício dos poderes expressamente atribuídos: “...*The power being given, it is the interest of the nation to facilitate its execution. It can never be their interest, and cannot be presumed to have been their intention, to clog and embarrass its execution, by withholding the most appropriate means...*”

[24] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. 2000, pp. 172-3.

[25] Registre-se que a *quaestio* foi submetida originalmente a Plenário pela análise do requerimento liminar, então sob relatoria do Min. Octavio Gallotti, em sessão havida em 25/05/2000, DJ de 30/03/2001. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu – diferentemente do que viria a fazer na análise de mérito – de suspender a eficácia do dispositivo, por sua natureza processual, tornando exigível portanto a intervenção do legislador federal, à vista da competência privativa da União para legislar no tema. Consigne-se ainda a originária divergência do Min. Marco Aurélio, já repudiando a afirmada natureza processual do instrumento, vinculando-o, ao contrário, ao prestígio às decisões da Corte.

[26] Nesse compasso, afasta-se a Corte dos precedentes anteriormente estabelecidos – notadamente, o dos Embargos Infringentes na Representação 1092, Redator para o acórdão o Min. Djaci Falcão – no sentido de que processual fosse a natureza da reclamação.

[27] Lê-se nas entrelinhas, o argumento dos poderes implícitos, invocado pela Corte para a própria criação do instituto, e retomado nessa mesma ADI, em sua literalidade, no voto de Pertence.

[28] Interessante o dado histórico de que o hoje Min. Gilmar Mendes, à época, Advogado Geral da União, já pugnava, na intervenção promovida por aquela instituição e transcrita pela Ministra Ellen Gracie, que o melhor equacionamento da matéria seria promover-se a uma interpretação conforme à Constituição, “... ‘*para o fim de admitir, em caráter exclusivo, a reclamação para preservar a eficácia das decisões proferidas no controle abstrato de normas perante as Cortes Estaduais.*’ Segundo o então Advogado-Geral, Min. Gilmar Mendes, não existiria no caso ofensa à competência da União para legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I da Constituição Federal), pois ‘o instituto da reclamação constitui inexorável decorrência da eficácia geral e do efeito

vinculante do controle abstrato de norma deferido pela Constituição Federal aos Tribunais de Justiça’, situando-se no âmbito do direito constitucional.” Observe-se que a compreensão desse jurista, agora já com assento na Corte, quanto à vinculatividade da pronúncia de inconstitucionalidade, vem se expandindo para também compreender às decisões havidas no controle difuso, como melhor se verá no Capítulo 3.

[29] Fonte: Dados estatísticos do STF na página institucional da Corte, disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>, última consulta em 24 de fevereiro de 2008.

[30] Fixando a compreensão, consulte-se a Reclamação 3982, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, DJ de 14/12/2007.

[31] Rcl. – AgrReg. 810 –, Rel. o Min. Marco Aurélio, DJ de 29/11/2004.

[32] Rcl. – AgrReg 3963, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 19/10/2007.

[33] Rcl. – AgrReg 2475, Rel. o Ministro Carlos Velloso, DJ de 01/02/2008.

[34] Rcl. – AgrReg 3382, Rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 06/06/2007.

[35] Registre-se a polêmica em torno da extensão da vinculatividade, originalmente prevista tão-somente em relação à ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3), e depois explicitado como aplicável também às pronúncias de vício de raiz (Emenda Constitucional nº 45).

[36] A rigor, o provimento foi parcial posto que, à conta de ordens já proferidas, recursos já tinham inclusive sido entregues aos credores, não sendo a reclamação a sede adequada para a articulação de pedido de restituição dos valores indevidamente seqüestrados.

[37] Vale a consulta aos termos da decisão monocrática onde o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sintetiza as correntes da doutrina alemã relacionadas à parcela da decisão judicial em relação à qual se dê o efeito vinculante, assinalando que a limitação desse efeito à parte dispositivo da decisão implicaria em equipará-lo à coisa julgada.

[38] Essa mesma decisão volta a ser referida mais abaixo, na análise do tema da transcendência dos motivos determinantes.

[39] A reclamação foi objeto de pedido de desistência, não tendo alcançado, portanto, decisão de mérito.

[40] Em verdade, havia uma sutileza na hipótese, sublinhada pelas sucessivas intervenções do Ministro Pertence. É que a ADI 1662 cuidava de um instrumento normativo do TRT/SP aditado *anteriormente* aos termos da Emenda Constitucional nº 30; já a ordem de seqüestro que na Rcl. 1987 se discutia, invocada como fundamento, justamente a ordem constitucional reconfigurada pela EC 30. Agredia, assim, à sensibilidade do julgador, que se pudesse reconhecer vinculatividade a uma decisão editada *sob distinta moldura constitucional no tema específico*.

[41] O tema remanesce ainda pleno de sutilezas. Afinal, a invocação de precedentes como fundamental à nova decisão que agora se põe é técnica de pronúncia de que o STF sempre se valeu, sem que isso implicasse em afirmação do reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes, mas sim pelo que representava de evidência de coerência interna nas decisões da Corte.

[42] A reclamação ainda não viu concluído seu processamento.

[43] “Daí a presente reclamação, na qual o acionante pede, inicialmente, a aplicação da *transcendência dos motivos determinantes* da ADI 2.868/PI para que, em sede de medida liminar, sejam suspensos os efeitos do ato reclamado, até o julgamento de mérito da presente reclamationária. No mérito, pede que a decisão impugnada seja definitivamente cassada. 4. É o relatório. 5. Passo a decidir. Ao fazê-lo, tenho que a pretensão acautelatória não comporta deferimento. Isto porque, no julgamento da precitada ADI 2.868, este Supremo Tribunal examinou a validade constitucional da Lei piauiense nº 5.250/02. Diploma legislativo, esse, que fixa, no âmbito da Fazenda Estadual, o *quantum* da obrigação de pequeno valor. Logo, o deferimento da liminar em tela (e porque não dizer até o próprio cabimento desta reclamationária) passa, necessariamente, pela possibilidade de atribuir-se efeitos irradiantes aos motivos determinantes do decisum tomado no controle abstrato de normas. E o fato é que, recentemente, em 21.09.2006, no bojo da Rcl 4.219-QO, este colendo Tribunal retomou a discussão quanto à aplicabilidade da chamada *transcendência dos fundamentos determinantes*”, *oportunidade em que quatro ministros já externaram entendimento negativo à adoção dessa tese*. 6. *Esse o quadro, indefiro a liminar*.

[44] *...Isso significa que a decisão de mérito em uma determinada ADI ou em uma determinada ADC – aquela referida pelo § 2º do artigo 102 da Constituição do Brasil – não pode ser concebida como a singela indicação de que certo texto normativo infraconstitucional é inconstitucional ou não. A decisão de mérito definida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade é muito mais ampla, porque envolve a interpretação da Constituição, toda ela, não de apenas um texto normativo infraconstitucional isolado. Aqui não se trata de debatermos teorias sobre fundamentos ou motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. A decisão de mérito do STF não pode ser cindida, a fim de que se negue eficácia contra todos e efeitos vinculantes à interpretação que ele, STF, confere ao texto da Constituição ao apreciar ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.*

[45] Tenha-se em conta de que o objeto da reclamação era decisão em concreto, relacionada ao regime de aposentação do Reclamante, pelo que, correta a afirmação de que do prosseguimento do feito não poderia resultar prestação útil.

[46] Curioso registrar que a possibilidade de se ver a Corte confrontada com situação bem parecida, foi antecipada pelo Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento da Rlc. 1987 – já narrada nesse subitem. Na ocasião, manifestando sua divergência, no curso dos debates, e dirigindo-se ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, dizia Pertence: *Não Ministro Gilmar Mendes. Não é a lei posterior. Estou dizendo que todos os estados que tiverem leis semelhantes a uma que tivermos examinado, vão invocar os fundamentos da nossa decisão para dizer que o Supremo já decidiu que a lei estadual*

semelhante é constitucional ou inconstitucional. Na ocasião – estrategicamente – o Ministro Gilmar Ferreira Mendes destacou que a hipótese que se examinava envolvia aplicação de ato administrativo, e por isso, propunha o prosseguimento do julgamento, proposta que, como se viu, restou vencedora.

[47] *O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).*

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso (extraído do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na mencionada Rcl. 4335).

[48] A reclamação ainda não teve concluído seu julgamento, encontrando-se com vista aberta ao Ministro Lewandowski.

[49] A consulta à base de dados do Supremo Tribunal Federal evidencia que, apontado o caminho mais consensual – do *habeas corpus*, a requerimento ou de ofício – voltaram-se as demandas subsequentes envolvendo à mesma tese, para essa via de ação (consulte-se os HC 89827, Rel. o Ministro Carlos Britto, DJ de 27/02/2007; 91122, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/05/2007, dentre outros).

[50] *“...se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Ministro Eros Roberto Grau — como admitir que o STF “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado — e ratificado em 1988 — o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate — acerca da (in)validade de um texto normativo — o Poder Legislativo, único que pode tratar do âmbito da vigência, providência necessária para dar efeito erga omnes à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas,*

sim, uma questão prejudicial?...” (Extraído do voto do Ministro Eros Grau da Rcl. 4335-AC)

[51] A tendência se identifica em várias outras pronúncias do STF, sendo sempre oportuna a referência, posto que temas recentes e ainda gerando ecos, às decisões proferidas na ADIO 3682, em que o STF – divergindo de anterior orientação consolidada – assinalou prazo para que o legislativo editasse a lei complementar previsto no art. 18, § 4º da CF, e ainda não editada.

[52] Disponível em
<<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>, última consulta em 30 de agosto de 2008.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE À “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E OU “POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO” *

CONSTITUTIONAL JURISDICTION FRONT "JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA" AND/OR "POLITIZAÇÃO DO JUDICIARIO"

**Rodrigo André Radin
Julio Cesar Silva Lucas**

RESUMO

A Constituição reconhecida como Lei maior tem como função primordial ordenar o Estado, cabendo a jurisdição constitucional à tarefa de interpretar as normas estampadas na Constituição, verificando sua efetiva aplicação. Os novos desafios que se apresentam ao Estado, mormente com o aumento das demandas sociais, e sua incapacidade de atendê-las, faz surgir uma crise entre os Poderes do Estado na medida o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre determinada matéria de competência de outro Poder. Assim, ocorre o denominado fenômeno da “judicialização da política” e ou “politização do Judiciário”, que se apresenta como um dos principais desafios à jurisdição constitucional hodierna na medida em que atinge a tradicional separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The Constitution, also known as the supreme Law of a country, has as its primary function to order the State, while the constitutional jurisdiction has the task of interpreting the rules printed in the Constitution, verifying their effective implementation. The new challenges that are presented to the State, especially with the increase in social demands, and its inability to serve them, bring a crisis between the three State branches, and the Judiciary is urged to express itself on a matter that concerns another branch. Thus, a phenomenon known as "judicialização da política" and/or "politização do Judiciario" occurs, and it becomes a major challenge to the current constitutional jurisdiction, once it affects the traditional separation of powers.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Considerações Iniciais.

Sendo a Constituição base de toda organização de um Estado, a jurisdição constitucional desempenha papel fundamental, na medida em que deve, interpretando a constituição, aplicá-la, e verificar sua efetiva utilização e respeito. A mudanças e transformações que se operam no Estado, e a incorporação de “novos direitos” afetam igualmente a jurisdição constitucional, desafiando uma nova postura dos poderes do Estado, principalmente do Poder Judiciário.

Para a análise deste novo cenário, iremos na parte inicial do trabalho buscar compreender o significado e o conceito de Constituição. Num segundo momento centralizamos o estudo na idéia de Jurisdição Constitucional diante das transformações do Estado e os desafios atuais que se apresentam para sua efetivação. Num terceiro capítulo, o estudo se propõe a verificar a atuação do judiciário, e a ocorrência dos fenômenos denominados de “judicialização da política” e “politização do Judiciário”. Na parte final, desenvolvemos a conclusão sobre a vinculação da Jurisdição constitucional perante os demais Poderes que compõe o Estado.

Almejamos, assim, demonstrar de forma sucinta, que as transformações ocorridas no Estado, afetam a tradicional separação dos Poderes, na medida em que exigem uma importante função do Judiciário, que através da Jurisdição Constitucional passa atender demandas que seriam da atribuição de outros poderes.

2. Conceito de Constituição.

Historicamente a idéia de constitucionalismo está vinculada ao Estado de Direito [1], onde para cumprir suas atividades perante a sociedade, o Estado deveria estar formalmente amparado e autorizado juridicamente, bem como essa ordem jurídica serviria para os cidadãos buscar a implementação dessas ações pelo Estado. [2]

Inicialmente, faz-se necessário apresentar a idéia de Constituição, enquanto Constituição do Estado, como sendo a lei maior, superior, fundamental, principal e responsável por reger e organizar todas as estruturas que compõe o Estado.

Da doutrina extrai-se diversos conceitos que visam à facilitação da compreensão do significado de Constituição, dentre eles destacamos a manifestação de Leal, que ao mencionar sobre a constituição, leciona:

Ela é reconhecida como a Lei Fundamental, por ser à base de todo o direito positivo da comunidade que a adota, sobrepondo-se aos demais atos normativos por estar situada no vértice da pirâmide jurídica que representa idealmente o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado espaço territorial.

Em face de tais argumentos, é possível dizer que a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento, determinado amplamente seu conteúdo, bem como se converte em elemento de unidade da comunidade em seu conjunto, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o sistema. [3]

Em outra obra da mesma autora a constituição enquanto organização do poder através do ordenamento jurídico “[...] nasce com a pretensão de vinculação do poder ao Direito [...]”. [4]

No mesmo sentido de reconhecer a Constituição como a lei fundamental Silva complementa, “[...] a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado [...]”. [5]

Reconhecendo a Constituição como o fundamento da ordem jurídica Souza[6], refere que “[...] centram-se nela e dela haurem a sua delimitação própria às demais normas jurídicas vigentes no Estado [...]”. [7]

Por sua vez, Bonavides[8] divide o conceito de constituição entre material (direito público) e formal (Ciência Política), o primeiro refere-se a tudo o que engloba o conteúdo da ordem política. Já o segundo explicita as matérias de aparência constitucional que não se referem à organização política do Estado. [9]

Na concepção de Espíndola[10], para que se estabeleça um conceito adequado de constituição, mister a necessidade da compreensão do significado dos princípios

constitucionais, bem como de uma “[...] fixação compreensiva do Direito Constitucional [...]” na atualidade, para somente então, conceituar:

O *conceito de Constituição* deve ser entendido a partir do sentido que lhe atribui, na contemporaneidade, o Direito Constitucional, e a partir da *função* e da *estrutura* que caracterizam a Constituição nas ordens jurídicas contemporâneas, que são, em última instância, as ordens jurídicas dos Estados constitucionais de modelo democrático e social. Isso implica que se desenhe, para as exigências deste discurso de dissertação, um conceito temporal e especialmente adequado de Constituição. Ou seja, que o sentido de Constituição, a função e a estrutura da lei fundamental estejam em consonância não só com os discursos teórico-constitucionais mais atuais, mas também em conformidade com as novas positavações constitucionais, mormente as configuradas nas últimas décadas deste século. [11]

Para Ferreira Filho “ [...] a supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do poder [...]”[12]

O sentido dado à Constituição não se limita puramente aos aspectos jurídicos, mas contém, igualmente, elementos relacionados às questões da sociologia, da política ou da filosofia.

Tanto é verdade que doutrinadores desenvolveram seus estudos vinculando a constituição a outras ciências. Para Lassalle o sentido da constituição é sociológico[13]. Por sua vez, Schmitt[14] observa o cunho político da constituição, diferentemente, ainda de Kelsen[15], que na sua clássica obra Teoria Pura do Direito[16], apresenta a constituição norma/dever dando-lhe conotação totalmente jurídica, sem vinculação com qualquer outra ciência. [17]

Importante destacar a manifestação de Barroso sobre a constituição relacionando-a com a questão do tempo e a necessidade de ser flexível, moldando-se, assim, à realidade:

A constituição jurídica de um estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidencia que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a

realidade uma tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social. [18]

Pelos conceitos apresentados, fácil evidenciar a relevância e a necessidade da constituição como fonte principal de organização do Estado, e, mormente, na proteção dos direitos fundamentais.

3. A Jurisdição Constitucional.

A jurisdição é desenvolvida através de um processo, onde pela aplicação de normas legais[19], busca-se a resolução de determinado conflito de interesses[20]. No Brasil, através da Carta Constitucional de 1988 é assegurado com exclusividade ao Poder Judiciário o exercício da Jurisdição.

Para a resolução de litígios que envolvam matérias constitucionais, bem como para garantir que os preceitos emanados das Constituições sejam efetivamente cumpridos, necessário a atuação do poder Judiciário, que se dá através da jurisdição constitucional.

Ao tratar da jurisdição constitucional Silva, refere:

A jurisdição Constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. [21]

Uma das formas mais relevantes em que o Estado demonstra e manifesta sua soberania é, para Sampaio, através da Jurisdição, na medida em que em nome próprio envolve-se em conflitos declarando o direito a ser aplicado no caso em discussão. Especificamente sobre a jurisdição constitucional, assevera o autor:

Como garantia da Constituição, realizada pelo meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos

jurisdicionais, orientado à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição” com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais. [22]

Destacam-se como importantes modelos ou sistema de jurisdição constitucional, o norte-americano e o europeu. No primeiro, a jurisdição ordinária, em virtude dos valores políticos que o compunham, não se vinculava a constituição, analisando individualmente o caso concreto. Já no modelo europeu entendia-se que o sistema de defesa deveria apreciar questões políticas e sociais. [23]

Para Leal[24] , as mudanças e a evolução do Estado, ocasionaram a transformação da Constituição[25] e, por conseguinte, a idéia de jurisdição constitucional, aduzindo:

Assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, também o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se modificaram na esteira destas transformações.[26]

Essa transformação se deu pela necessidade de reorganizar as funções dos poderes, haja vista o alagamento do papel do Estado em consequência do *welfare state*, resultando por consequência no engrandecimento da função judicial, pois além do controle de constitucionalidade, acumulava a atribuição de fiscalizar a administração pública, assim como, proteger os direitos fundamentais sociais. [27]

Nesse sentido, aduz Sarlet, que a Constituição transforma-se, na expressão de J.J. Gomes Canotilho[28] em autêntica “reserva de justiça” e, refere ainda que o fundamento de validade da constituição (legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento com ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca. E, na esteira de Habermas, partir da premissa dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que encontra-se na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) que seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidência normativa do Estado Democrático de Direito. [29]

Assim, a jurisdição constitucional que abarca o controle da constitucionalidade das leis, dos atos administrativos, e das liberdades individuais, assume igualmente, no caso brasileiro, tratando-se de um Estado democrático de Direito[30], a defesa e a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. [31]

Alerta, contudo, Leal para as críticas que vem sofrendo a jurisdição constitucional, com relação a sua legitimidade em virtude da “politização do Judiciário” e da “judicialização da política”, haja vista a separação dos poderes[32], e o enfretamento dessa tradição de divisão que compõe a estrutura do Estado. [33]

De certa forma é compreensível às críticas decorrentes da jurisdição constitucional, na medida em que tradicionalmente vinculou-se o Poder Judiciário e o Executivo a uma “supremacia” do Legislativo haja vista que pelo modelo de separação dos poderes, cabia ao Legislativo criar as leis de acordo com a vontade do povo. [34]

Por isso, o reconhecimento dessa nova realidade constitucional é recorrente entre os estudiosos, mormente pela vinculação e inserção de diversos temas controvertidos que influenciam e que expande sobre maneira a jurisdição constitucional:

Respondendo a demandas trazidas pela evolução histórica, que demarca uma potencialização da figura dos direitos fundamentais (notadamente a partir do segundo pós-guerra), e que, conexamente, implica um processo de ampliação da extensão e da importância jurídico-política atribuída à figura da Constituição (enquanto documento privilegiado de registro e de consolidação das conquistas e das expectativas sociais), percebe-se que a jurisdição constitucional tem evoluído, ao longo do tempo, no sentido de superação de sua compreensão tradicional originária, identificada por uma dimensão notadamente jurídica e de limitação do poder – reforçada e levada a efeito, dogmaticamente, por uma compreensão formalista e exegética de operacionalização do direito – passando, assim, de uma postura restritiva e limitada no contexto do Estado liberal a uma competência ampla e ativa no Estado Democrático de Direito. [35]

Conforme refere Leal, na esteira de Canotilho, a interpretação das normas devem ocorrer com base nas determinações constitucionais, sem olvidar a natureza política que está vinculada e que desempenha papel importante dentro desse sistema. [36]

Diante desse quadro de evoluções, a jurisdição constitucional é chamada para resolver os paradigmas hodiernos que se apresentam diuturnamente, assim, faz-se necessário analisar algumas formas de solução desses conflitos com a utilização dos meios previstos na constituição.

4. A “Judicialização da Política” e ou “Politização do Judiciário”.

Ao poder judiciário, conforme referido alhures, cabe a resolução de conflitos de interesses que surjam na sociedade e entre os órgãos que compõe o Estado. Desta atribuição, vincula-se igualmente a proteção e a guarda da Constituição como lei maior.

Destaca-se dentre esses direitos uma evolução no sentido de preservar a dignidade humana, o que para sua efetiva concretização, pressupõe o acesso de todos aos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Por isso, a legitimidade da Jurisdição Constitucional passa a ser indagada, mormente, como forma de concretização dos direitos fundamentais estampados na Carta Constitucional:

Muito têm sido os questionamentos que envolvem a legitimidade da Jurisdição Constitucional em um contexto marcado pela necessidade de garantia e de realização dos direitos fundamentais e da Constituição, notadamente quando, em virtude de sua não-realização em face das circunstâncias normais, a decisão e a tarefa última de sua garantia acabam sendo trazidas ao Judiciário. Não raras vezes (para não dizer na grande maioria das vezes), contudo, estas decisões acabam tendo reflexos e conseqüências políticas, sejam ela de cunho estrutural sejam elas de caráter orçamentário, situação em que tangenciam-se esferas antes tipicamente reservadas aos domínio político representativo. [37]

Nessa reflexão sobre a Justiça Constitucional (entendida como instituição e categoria processual estabelecida nas Constituições), que se apresenta através de suas diversas matizes, almejando a busca de uma melhor compreensão do tema, principalmente, em superar as divergências conceituais, e os conflitos e controvérsias de caráter constitucional, necessário destacar que hodiernamente, o ordenamento constitucional tem apresentado normas reguladoras de caráter processual, muito embora, tais instrumentos não visem exclusivamente solução de conflitos de matéria constitucional. Diante desta situação, a doutrina mantém-se dividida, no sentido de conceber o estudo da norma constitucional separadamente das normas de processo constitucional. [38]

Indiferente à divergência doutrinária, Héctor Fix-Zamudio menciona que se faz necessário evidenciar o Direito Processual Constitucional como a disciplina jurídica, situada na área do direito processual, estudando as instituições e órgãos que podem resolver os conflitos existentes na aplicação das determinações e princípios fundamentais elencados nas constituições. Logo, o processo constitucional está vinculado a três aspectos essenciais: a Jurisdição, as Garantias Judiciais e as Garantias das partes. Baseado no exposto, o autor ressalta que embora tratar-se de elementos indivisíveis na prática, para fins de compreensão do conteúdo do direito processual constitucional, necessário desmembrar a jurisdição em três grupos quais sejam: A) Jurisdição Constitucional de liberdade (tem por objeto tutelar juridicamente os direitos humanos estabelecidos no ordenamento constitucional); B) Jurisdição Constitucional Orgânica (dirigida a proteção das disposições e princípios constitucionais atribuídos aos diversos órgãos do poder – controle judicial da constitucionalidade); C) Jurisdição Constitucional Transnacional (designada a enfrentar conflitos de aplicação constitucional entre países).

Propõe Dworkin[39] em um de seus escritos uma reflexão sobre como, na sua visão, deveria pautar a atuação dos juízes[40] (julgamento com base na moralidade e nos fundamentos políticos que compõe a sociedade e o Estado), ou seja, como eles decidem determinado fato diante de um caso concreto, bem como se esse julgamento se dá mediante a observância de fundamentos políticos e da moralidade:

A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. [...] Pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado com um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. [41]

Para Rawls[42] em sua análise vincula o que denomina de “justiça política” que é a “justiça da Constituição”, com a idéia da preservação de uma igual liberdade das bases que compõem a estrutura:

A justiça política tem dois aspectos que se originam do fato de que uma constituição justa é um caso de justiça procedimental imperfeita. Em primeiro lugar, a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaz as exigências da liberdade igual; em segundo lugar, deve ser estruturada de modo que, dentre todas as ordenações viáveis,

ela seja a que tem maiores probabilidades de resultar num sistema de legislação justo e eficaz. A justiça da constituição deve ser avaliada sob os dois aspectos, à luz do que as circunstâncias permitem, e as avaliações são feitas a parti ponto de vista da convenção constituinte. [43]

Importante a contribuição de Leal[44], que em seu livro denominado “*O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea – um perspectiva procedimentalista*”, analisa o Poder Judiciário na sua natureza política através da análise do comportamento dos seus agentes. Utilizando o pensamento de MAX WEBER, conceitua Poder como “*a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade*”[45]. Weber utiliza como fundamento da obediência a “*autoridade do passado; a autoridade do dom da graça; e a dominação em virtude da legalidade*”. Refere ainda, que a submissão ao poder, em razão da natureza humana, se dá mediante 03 (três) tipos de dominação: A tradicional (fidelidade dos dominados em relação ao dominador); A carismática (obediência ao portador do carisma); A racional-legal (observância da norma e da autoridade legal). Com essa idéia de racionalidade/legalidade, surge mais fortemente um debate sobre a atuação estatal e seus órgãos, de modo especial o Poder Judiciário que deverá “*administrar o sistema normativo e a violência necessária para manter a ordem estatuída e sua preservação como tal*”. O modelo centralizador do poder pelo Estado, visando atender aos interesses de minorias, afastou o Estado brasileiro de um verdadeiro ideal democrático e de autonomia política da sociedade, inclusive no compartilhamento de sua gestão. Com base nesse cenário desenvolveram-se os Poderes no Estado brasileiro. [46]

Vive-se hoje, um processo que afeta o Poder Judiciário, que iniciou a partir da década de 1960 denominado por Santos de “*crise da administração da justiça*” [47]. Esclarece Leal que a formação do magistrado se deu mediante pelo menos três características, quais sejam: O dever de neutralidade do magistrado (conduta imparcial nas suas decisões); dever de produtividade quantitativa (preocupação com a produção jurisdicional, celeridade); dever de postura (comportamento adequado para o cargo que exerce). Em que pese à crítica formulada pelo Autor, reconhece, contudo que, mesmo assim, “*não tem sufocado ou evitado o surgimento de iniciativas judicantes promocionais de direitos e garantias democráticas, constitucionais e infraconstitucionais*”. Identifica o autor como um dos marcos da mutação do Poder Judiciário no Brasil, a Constituição Federal de 1988.[48]

Tendo em vista o alargamento do rol de direitos, fruto do desenvolvimento do Estado, que resultou num considerável aumento de demandas e na escassez de recursos[49] para o seu atendimento integral, o Poder Judiciário (aqui entendido especificamente o Supremo Tribunal Federal), foi chamado para que, no exercício de suas prerrogativas, mormente, de guardião da Constituição, garantir a efetivação e concretização de direitos assegurados constitucionalmente.

Diante deste cenário há uma crise dos poderes que compõem o Estado, na medida em que o Judiciário é chamado a intervir[50] em ações que deveriam ser implementadas pelos outros poderes. Nas palavras de Leal, “[...] os Poderes de Estado foram se (de) formando no país, dentre os quais quero destacar o Poder Judiciário, de forma perfunctória [...]” [51]

No texto de Cittadino[52] encontra-se uma reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário diante de uma sociedade, ou de um Estado, que segundo os preceitos Constitucionais é tido como um Estado Democrático de Direito, compostos por Poderes *a priori* independentes. Nessa abordagem, discute a relação entre Judiciário, a Constituição e a democracia através de acontecimentos históricos que se desencadearam em diversos países, assim como, no Brasil. Ao tratar sobre a Judicialização da Política aponta para uma situação em pleno desenvolvimento, qual seja, a expansão do Poder Judiciário, e a conseqüente, “retratação” da política, ou do sistema democrático. Nesse enfoque, a autora refere que esse processo de judicialização não pode extinguir, exterminar, com a democracia, sendo necessário uma harmonização que se daria através da concretização do constitucionalismo. Assim, o Judiciário atuaria com base nos preceitos constitucionais oriundos das formas democráticas de participação social.

Em que pese à compreensão dada por Cittadino no sentido de que essa atuação do poder judicial intervindo em esferas dos outros órgãos não afeta a idéia de democracia, críticas são inevitáveis, principalmente no que toca à questão da representatividade:

Verifica-se, por conseguinte, em face dos aspectos mencionados, uma tendência de agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem democrática assentada no predomínio dos direitos fundamentais, situação que não tardou a ser criticada, especialmente sob o viés da falta de legitimidade e da falta de representatividade de que se reveste a atividade jurisdicional – única que não tem, em meio ao sistema representativo, seus cargos providos por meio do voto popular – sobretudo quando se trata de conferir a este poder atribuições e responsabilidades políticas até então reservadas tão-somente ao Legislativo e, numa perspectiva diferenciada, ao Executivo. [53]

Na lição de Leal[54], como fruto do processo de globalização, as relações sociais passaram a se tornarem mais complexas, na segunda metade do século XX, criando, assim, uma crise de legitimação das instituições tradicionais (a participação social e suas demandas, não tem acompanhamento, acolhimento); de Identidade (ausência de função em face da nova realidade que se apresenta) de Eficácia (não atendimento das necessidades dos representados). Restou a cidadania o enfrentamento ao modelo de Estado vigente. Nesse sentido, a “*cidadania contemporânea, em verdade, tem alterado o significado de participação política enquanto direito fundamental, deslocando-se para uma concepção mais inclusiva de formação discursiva da vontade coletiva*”. Esse

movimento de pressão sobre as instituições, gera “à expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como ativismo judicial” [55], afasta-se o Estado do Modelo do Constitucionalismo Liberal para uma visão de busca de objetivos sociais comuns. Caberá ao Poder Judiciário (ou mesmo as demais instituições) “preocupar-se com a gerência estratégica, ou seja, o estabelecimento de metas e objetivos para organização ajustados às demandas onde a organização está inserida, reforçando as idéias de processo contínuo, inovação e adaptação”. [56]

A jurisdição constitucional deverá atuar no sentido de proceder à interpretação das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, observando a escala hierárquica das normas, sua força concretizadora e a importância do conteúdo:

Quem tiver êxito, o tribunal, que decide, ao fim e ao cabo, sobre a constitucionalidade e com isso – independe de sua designação – desempenha a tarefa de um tribunal constitucional, de convencer de sua concepção sobre a interpretação dos direitos fundamentais alcançou o que no processo político ordinário é inalcançável: ele tornou sua concepção sobre as coisas sociais e políticas sumamente importantes praticamente partes integrantes da constituição e, com isso, tomou da ordem do dia política. Uma maioria parlamentar simples não pode, então, ainda modificar a situação. Tudo isso demonstra porque em todos os Estados dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional sobre a interpretação dos direitos fundamentais não só é refletido com calma mas também discutido na arena política. [57]

Destaca Cittadino que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolidou como um dos seus núcleos principais os Direitos Fundamentais. Dentro dessa temática denominada pela autora como “o movimento de retorno ao direito no país”, não foram somente elencados direitos, mas também, foram criados mecanismos para que o Poder Judiciário pudesse atuar efetivamente. Assim, com essa positivação constitucional dos direitos fundamentais, expressão coletiva dos anseios da sociedade, ocorre uma aproximação da norma jurídica com o ideal democrático, que se completam e tornam-se eficazes, através do Judiciário pela aplicação dos procedimentos garantidos constitucionalmente, quando o Estado ou mesmo a sociedade não os cumpre. Logo, o processo de Judicialização da Política não deve ser visto com uma dominação dos Tribunais diante o demais Poderes, mas sim, que haja uma interligação entre a dignidade da pessoa humana, no atendimento das necessidades sociais, sendo que tais demandas se corporificam pelo ordenamento constitucional, e assim, a própria Constituição desenvolva mecanismos de aplicação, corroborando para um efetivo Estado Democrático de Direito, onde todos se mobilizam em busca do bem comum. [58]

Alerta-se, contudo, para a preocupação de Gustavo Amaral[59] no sentido de se misturar as funções e competências dos poderes, atribuindo, principalmente ao poder judiciário, atribuições que não lhe caiba:

Deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento. [60]

Novamente nos utilizamos dos ensinamentos de Leal[61] que elenca algumas questões pontuais que se apresentam e buscam uma resposta na Teoria da Constituição do final do século XX e início do século XXI, quais sejam: Quais os “limites da vinculação dos atores sociais e políticos ao conjunto de valores enfaixados pela ordem constitucional contemporânea, bem como em face dos princípios e objetivos da República? A quem compete dar guarida e efetividade a tal plexo axiológico e em que medida?”. Segundo os Liberais, possuem essa condição “somente aqueles habilitados e legitimados pelo sistema jurídico”. De acordo com esse fundamento, o Estado-Juiz se afastou da proteção dos direitos humanos, o que agudizou o caos social já muito avariado pelo processo de globalização e do ideal capitalista. Em virtude desse caos, a partir da metade do século XX, há uma revisão na idéia de democracia representativa, eis que “surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que não implica compromisso com a mudança estrutural das relações de força mantidas nesta sociedade”. Aparece, assim a idéia de Estado Constitucional, que abrange e congrega os objetivos da República voltados e recepcionando os anseios da cidadania. De acordo com essa nova concepção, “os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, fundamentalmente, numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas”. Diante deste cenário, O Poder Judiciário também vai se moldando, “avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo algumas ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais Poderes estatais” [...] “assumindo comportamentos e condutas cada vez mais amplas, judicializando temas e questões que possuem, em tese, natureza política e social atinentes também, e quiçá, precipuamente, a outras esferas e espaços de deliberação pública”. [62]

Ao tratar do problema da competência do controle do Tribunal Constitucional,

utilizando-se do modelo alemão Alexy[63], enfrenta a questão de como equilibrar as competências do legislativo e do Judiciário. O ideal, na concepção do doutrinador Alemão seria a existência de um sistema de regras onde para cada caso houvesse uma solução para a questão das competências, o que definitivamente, não há como isso

acontecer, até mesmo porque fórmulas gerais não contribuem à solução da problemática. [64]

Segundo Alexy, o problema não está no fato dos Tribunais Constitucionais se manifestarem sobre questões que versem sobre os direitos jusfundamentais – até mesmo porque é sua função a atuação em questões constitucionais – o problema está em estabelecer limites, ou seja, qual é o alcance das suas decisões em temas de competência de outros poderes. [65]

5. Conclusão.

Do quanto aduzido, forçoso constatar que o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, com vistas à preservação dos direitos fundamentais acarreta, sobremaneira, reflexos nos poderes do Estado, principalmente o Judiciário que é chamado a decidir sobre determinadas questões que seriam de responsabilidade de outros poderes.

Assim, para Leal[66], a extensão dos direitos passa a ser dependentes de uma interpretação dada pelos Tribunais Constitucionais:

A inovação que se verifica com relação ao papel da constituição neste período se dá, especialmente, no âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa semente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do Direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas. [67]

A expansão do princípio democrático invadiu espaços até pouco inacessíveis, as novas constituições contemplado direitos que visavam à preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, necessitou a busca de uma instância capaz de, através da interpretação das normas, se sobrepor à supremacia, oriunda da tradicional separação dos poderes, que legava exclusivamente ao Legislativo a legitimidade de legislar. [68]

Para Leal[69], apresenta-se como um problema a “invasão do Poder Judiciário no âmbito de relações sociais que deveriam estar marcadas pela decisão político-representativa, é que o conceito de direitos subjetivos que caracterizam estas relações está forjado numa concepção do paradigma liberal da autonomia privada”. Assim, o Poder Judiciário passou atender direitos coletivos e individuais que deveriam ser garantidos pelo executivo. [70]

Fruto dessa indeterminação da Lei que acabou por atingir o tradicional princípio da separação dos poderes, ao poder judiciário coube complementar ou dar sentido à norma, é o que nos ensina Vianna:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.[71]

Assim, com a presente análise observa-se nitidamente a ocorrência de um conflito entre os Poderes do Estado, na medida em que um é chamado para exercer uma atividade não cumprida pelo outro. A “judicialização da Política” e “Politização do Judiciário” surge justamente num momento em que são aumentadas as demandas ao Estado que tem de atender necessidades para que todas vivam dignamente. Eis justamente o grande e importante papel que deverá ser desempenhado pelo Judiciário, e, principalmente pela jurisdição Constitucional, qual seja, atuar no sentido de garantir o acesso de todos aos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

6. Referência Bibliográfica.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução: Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99 - 120.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. In: Vianna, L. W.; *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fortes, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel – *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O Poder Constituinte*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves referencias sobre el concepto y contenido Del derecho procesal constitucional. In MAC-GREGOR, E. F.; *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. México: Editorial Porrúa, 2002. p. 165-197.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

_____.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig e BOTELHO, Edison. *Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica*. tradução Claudia Berliner, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fortes, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. A Noção de *Status Activus Processualis* como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta. In. REIS J. R dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2092- 2120.

_____. *Interpretação Conforme a Constituição x Nulidade Parcial sem Redução de Texto: Semelhanças, diferenças e reflexão sobre a sua operacionalização pelo Supremo*

Tribunal Federal. In. REIS J. R. dos.; LEAL, R. G. Direitos Sociais & Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos – tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1563 - 1585.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In. Novos Estudos CEPRAB. Vol. 58. São Paulo, novembro de 2000. p. 125 - 156.

MORAIS, Jose Luis Bolzan; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fortes, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça*. São Paulo : Cortez, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Anarita Araújo da. *Constitucionalismo e Constituição: o caminho de um novo paradigma constitucional*. In. GORCZEVSKI, C.; REIS J. R. dos. *Direitos Fundamentais: Conhecer para Exercer*. Porto Alegre: Norton, 2007, p. 93 - 124.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. *Dominação*. In F.H. Cardoso e C.E. Martins (orgs.) *Política e Sociedade*, vol. 1, São Paulo : Nacional, 1983.

* Aluno do Mestrado em Direito da UNISC, Advogado, especialista em Processo. E-mail: radinadvogado@brturbo.com.br .

* Aluno do Mestrado em Direito da UNISC, Professor da URCAMP nos Campus de Bagé e de Sant'Ana do Livramento/RS, especialista em Processo Civil e em Direito Público, ambos pela ULBRA. E-mail: juliooslucas@ibest.com.br.

[1] SILVEIRA, Anarita Araújo da. *Constitucionalismo e Constituição: o caminho de um novo paradigma constitucional*. In. GORCZEVSKI, C.; REIS J. R. dos. *Direitos Fundamentais: Conhecer para Exercer*. Porto Alegre: Norton, 2007, p. 94.

[2] MORAIS, Jose Luis Bolzan; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86 e ss.; Leciona José Adércio Leite Sampaio, vinculando a origem da jurisdição constitucional, ao respeito e a observância à Lei: “[...] Intimamente ligada ao que viria ser jurisdição constitucional está a idéia de *lex fundamentalis*, sob a qual todos os compromissos e leis deveriam estar submetidos. Essa regra de superioridade de uma lei ou, conforme o caso, de uma ordem em relação às demais desafiaria, um pouco adiante, um instrumento de garantia de sua eficácia [...]” SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 24.

[3] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. XV – XVI.

[4] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

[5] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37 - 38.

[6] SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

[7] *Ibidem*, p. 12.

[8] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

[9] *Ibidem*, p. 81 - 82. Para melhor compreensão do conceito material e formal da constituição, importante as seguintes anotações: “[...] Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, forma de governo, direitos da pessoa humana. Trata-se do conteúdo básico de composição e de funcionamento da ordem política. [...] a partir do critério formal, o *status* constitucional é atribuído a determinadas normas e a determinadas matérias pelo simples fato de estarem contidas no texto da Constituição (e não porque sejam referentes a elementos básicos e fundamentais da organização política). Estas normas adquirem um *status* diferenciado não por sua natureza, mas por integrarem o corpo da Constituição [...]” GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig e BOTELHO, Edison. *Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 159 - 161.

[10] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel – *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[11] *Ibidem*, p. 89 - 90.

[12] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

[13] A vinculação com as relações fáticas da sociedade dificultam a compatibilização da constituição mormente pela dinâmica social, tornando-a, na expressão cunhada por Lassalle de “um pedaço de papel”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

[14] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43, especificamente a nota de rodapé 128. No mesmo sentido ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103 - 104.

[15] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

[16] “ [...] a obrigatoriedade da ordem jurídica deriva de um pressuposto lógico-transcendental, ou seja, de algo que serve de base para o ordenamento jurídico, mas que não pertence ao ordenamento jurídico; o direito obriga em vista de se pressupor uma norma fundamental, norma fundamental lógica, cujo enunciado é o seguinte: *devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve*. Este é o enunciado do pressuposto lógico-transcendental, pressuposto que serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, que é a Constituição. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 51. [...] o autor da teoria pura do direito, ao tentar apreender o que fundamenta a validade de toda ordem jurídica positiva, está em busca da *própria lei do pensamento*, cujo projeto é fazer a normatividade pura que a razão exige penetrar na diversidade e na contingência da experiência. [...]” GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica, tradução Claudia Berliner, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355.

[17] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38 - 39.

[18] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

[19] “[...] A legislação seria, então, uma execução da Constituição, cabendo aos tribunais ou a uma jurisdição constitucional fiscalizar a conformidade formal e material dos atos legislativos. [...]”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 110.

[20] A proteção dada pela Constituição brasileira de 1988, não se limita quando da existência de lesão e ou violação a direitos, mas amplia-se também, nos casos onde há ameaça de lesão. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.

[21] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 557.

[22] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 23.

[23] SILVA, op. cit., p. 558. Já Sampaio utiliza como um dos critérios de classificação da jurisdição constitucional os modelos norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado), ver SAMPAIO, op. cit. 45 - 47.

[24] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[25] Apontando essa evolução do Estado que ocasionou mudanças nas constituições e, conseqüentemente, na jurisdição constitucional, importante a contribuição de Espíndola: “[...] o conceito de constituição a ser firmado deve ser, como foi dito, temporal e espacialmente adequado. Temporal, falando: (a) histórica e institucionalmente; (b) teoricamente: deve pressupor a idéia de Estado moderno em suas diferentes configurações históricas (Estado Absolutista, Estado Liberal, Estado Social) e pré-compreender as idéias e ideologias constitucionais que se referem à sua última tipificação no Ocidente (Estado Social de Direito); e (c) especialmente: deve levar em conta ordens jurídicas concretas contemporâneas que tenham *positivado* essa última tipificação do Estado Moderno (Brasil, Alemanha, Portugal, Espanha e etc.). [...]” ESPÍNDOLA, Ruy Samuel – *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102 – 103.

[26] LEAL, op. cit. p. 5.

[27] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 62 - 63.

[28] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, passim - p. 34 - 45.

[30] “[...] A noção de Estado Democrático de Direito introduz, desta feita, um novo elemento à supremacia hierárquica da Constituição, já desde sempre reconhecida em seu aspecto procedimental. [...] Desta forma, no Estado Democrático-Constitucional, todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados à normas hierarquicamente superiores da Constituição. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 105 – 106.

[31] Para uma melhor compreensão dos marcos históricos da evolução dos direitos e, por conseguinte, do constitucionalismo que passou a exigir uma nova visão sobre a jurisdição constitucional, ver COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. e GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

[32] “[...] O princípio da Separação dos Poderes determina que o poder do Estado seja regido por um sistema de órgãos, que, limitando a atuação das autoridades, resultem na concretização da soberania popular. Destarte, se a soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível, a soberania popular, além destes caracteres, também é organizada em poderes, para que seu exercício seja limitado, desconcentrado e responsável. Limitado, pois deve obedecer ao ordenamento jurídico. Desconcentrado, pois a autoridade exerce apenas uma parcela deste poder cabendo a outras autoridades e órgãos exercer as demais parcelas, igualmente de forma desconcentrada. Responsável, pois a autoridade responde pelos ilícitos que cometer.[...]” GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig e BOTELHO, Edison. *Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.119.

[33] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Noção de *Status Activus Processualis* como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta. In. REIS J. R. dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2092.

[34] MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In. Novos Estudos CEPRAB. Vol. 58. São Paulo, novembro de 2000. p. 132 - 133.

[35] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Interpretação Conforme a Constituição x Nulidade Parcial sem Redução de Texto: Semelhanças, diferenças e reflexão sobre a sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal*. In. REIS J. R. dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos – tomo 6*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1563 - 1564.

[36] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 105.

[37] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Noção de *Status Activus Processualis* como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta. In. REIS J. R. dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2093.

[38] FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves referencias sobre el concepto y contenido Del derecho procesal constitucional. In MAC-GREGOR, E. F.; *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. México: Editorial Porrúa, 2002. p. 165-197.

[39] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fortes, 2000.

[40] “[...] A normatividade jurídica implica, recurso, por um lado, a um critério de *coerência* com os precedentes que, sobre o ponto levantado pela espécie litigiosa, a história do direito pode oferecer e, por outro, a um critério de *conveniência* com “a moral política” do lugar e do momento, ou seja, a normatividade jurídica implica, na sociedade em que se dá o julgamento, um “consenso intelectual” que R. Dworkin denomina a “integridade” do direito. [...]”GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica, tradução Claudia Berliner, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo: Martins Fortes, 2002, p. 215 - 216.

[41] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fortes, 2000. p. 6 - 7.

[42] RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fortes, 1997.

[43] Ibidem, p. 241.

[44] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[45] WEBER, Max. *Dominação*. In F.H. Cardoso e C.E. Martins (orgs.) *Política e Sociedade*, vol. 1, São Paulo : Nacional, 1983, p.17.

[46] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11- 18, passim.

[47] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça*. São Paulo : Cortez, 1995, p. 165.

[48] LEAL, op. cit., p. 19 - 25, passim.

[49] Sobre o tema ver, AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[50] “[...] Tem-se, então, por conseguinte, que o sistema de princípios e de valores que marca o chamado constitucionalismo gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes. [...]” LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Noção de Status Activus Processualis como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta*. In. REIS J. R dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2095.

[51] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

[52] CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. In: Vianna, L. W.; *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

[53] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Noção de Status Activus Processualis como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta*. In. REIS J. R dos.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2095 - 2096. Como contraponto a essa crítica é necessário que esse novo modelo exija uma adaptação ao sistema, sem contudo, afastar as funções e os deveres de cada órgão, conforme lição de Rogério Gesta Leal, pois “[...] o que se exige do novo modelo de Estado Democrático de Direito, enquanto gestor público, [...] é exatamente provimentos concretizadores dos objetivos, finalidades e princípios definidos pela Carta Constitucional” [...]. Menciona, ainda, que “[...] a intervenção do Poder Judiciário na vida cotidiana da cidadania e dos Poderes Executivo e Legislativo não pode descuidar da legitimidade matricial que identifica as ações destas instituições, oriundas de processos normativos e eletivos democráticos [...]” LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40 - 41.

[54] *Ibidem*, p. 26.

[55] A expressão ativismo judicial é encontrada igualmente no trabalho de Sampaio: “[...] O ativismo judicial se impõe assim como uma compensação a essa falta de

racionalidade da práxis política, como uma forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher o ‘vácuo [deixado] pela renúncia do legislador (...) do seu papel político próprio’. A Corte Constitucional é vista, sob esse ângulo, como ‘representante do provo ausente’, conferindo legitimidade ao sistema constitucional com um todo e à própria atividade governamental em particular. [...]”SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 65.

[56] LEAL, Rogério Gesta., op. cit., p. 26 - 34, passim.

[57] ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 64.

[58] CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: Vianna, L. W.; *A Democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42, passim.

[59] AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99 - 120.

[60] *Ibidem*, p. 116.

[61] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[62] *Ibidem*, p. 45 – 53, passim.

[63] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[64] *Ibidem*, p. 526 - 527.

[65] *Ibidem*, p. 527.

[66] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[67] *Ibidem*, p. 53.

[68] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 20 - 21, passim.

[69] LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[70] Ibidem, p. 54 - 57, passim.

[71] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 20 - 21. Nesse mesmo sentido refere Mônia Clarissa Hennig Leal: Neste contexto, pode-se dizer, então, que a expansão do conteúdo dos direitos fundamentais corresponde e implica um processo de *constitucionalização material* do direito que atinge diretamente todos os Poderes do Estado, vinculando-os com seu caráter principiológico. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 73.

ESTUDO EPISTEMOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO E DA REVOLUÇÃO: UM FUNDAMENTO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO.*

ESTUDIO EPISTEMOLOGICO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA REVOLUCIÓN: FUNDAMENTO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÁNEO.

**Marcos Wachowicz
Luís Alexandre Carta Winter**

RESUMO

O presente artigo analisa o processo de criação de uma constituição envolto no movimento revolucionário, para estabelecer as bases epistemológicas da noção do poder jurídico subjacente para uma elaboração de constituição democrática no Estado contemporâneo. A metodologia de abordagem é necessariamente transdisciplinar utilizando-se de conceitos oriundos da ciência política e sociologia para fixar o conceito de revolução e a partir deste construir todo o enquadramento teórico-conceitual das revoluções jurídicas, dos órgãos constituintes, dos governos provisórios, dos éditos revolucionários. O processo revolucionário é uma atividade complexa na qual se conjugam inexoravelmente elementos jurídicos e políticos. A pesquisa histórica desenvolvida traça um grande esboço das revoluções: norte-americana, inglesa, francesa, russa. A teoria geral do Poder Constituinte conclui-se no presente estudo que não restam dúvidas, foi concebida na história política moderna pelos meandros da teorização revolucionária. A superação do fenômeno revolucionário com a realização de um processo constituinte – nestes parâmetros de limitação –, tende a que, promulgada uma nova Carta, desde logo se restaurem os mecanismos de transformação evolutiva do Estado (através do Poder Constituinte derivado), a fim de mantê-lo permanentemente em adequação com a realidade social. Não será por certo este o resultado se for produto de um processo constituinte arbitrário e ilimitado, no qual predominem ideologias unilaterais como arma revolucionária de implantação do Estado. É justamente com o Direito de auto-organização dos povos inalienável num Estado Democrático que se encontra subjacente o primado democrático no ideário de um Poder Constituinte Originário. Não há regime democrático que se pautem pela representação da sociedade civil no governo do Estado, sem fundá-lo também no ato de criação do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO – ESTADO DEMOCRÁTICO – REVOLUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RESUMEN

Este artículo examina el proceso de creación de una constitución envuelto en el movimiento revolucionario, a fin de sentar las bases filosóficas del concepto de la base jurídica para la redacción de una constitución democrática en el estado contemporáneo. El método de enfoque es necesariamente transnacional consiste en utilizar los conceptos de la ciencia política y sociología para establecer el concepto de revolución y de este edificio todo el marco teórico y conceptual de las revoluciones jurídicas, los órganos, los gobiernos provisionales, éditos de los revolucionarios. El proceso revolucionario es una actividad compleja en la que inexorablemente se combinan jurídica y elementos políticos. El estudio pinta un gran esquema de desarrollo histórico de las revoluciones: la americana, Inglés, francés, ruso. La Teoría General del Poder Constituyente se concluye en este estudio que no hay ninguna duda, fue concebido en la historia política moderna por medio de la teoría revolucionaria. Superar el fenómeno revolucionario la celebración de un proceso constituyente - de estos parámetros de la restricción - que tiende a que promulgó una nueva carta en el principio si restablecer los mecanismos evolutivos de transformación del Estado (a través de el poder constituyente derivado), a fin de mantener permanentemente en consonancia con la realidad social. No será la derecha de este producto si es el resultado de un proceso constituyente arbitrario e ilimitado, en la que las ideologías dominantes como un arma de despliegue unilateral de la situación revolucionaria. Es precisamente con la ley de auto-organización de los pueblos inalienables en un Estado democrático que está detrás de la primacía de los ideales democráticos en un poder constituyente original. No hay sistema democrático que se base en la representación de la sociedad civil en el gobierno del estado, sin fondo en el acto de la creación del Estado.

PALAVRAS-CLAVE: CONSTITUCIÓN – ESTADO DEMOCRÁTICO – REVOLUCIÓN

1 A Revolução: Noções Conceituais

O conceito de revolução, na longa história do pensamento jurídico-político, possui diversas conotações teóricas.

Para Kelsen, a revolução consiste na mudança da norma fundamental que confere validade a todas as demais; podem manter-se as instituições e o Estado, sobrevivendo a revolução, mas, por força da nova ordem fundamental.

A concepção teórica do conceito de revolução está vinculada a tentativa, acompanhada do uso de violência, para a derrubada de autoridades políticas, existentes em determinado Estado e substituí-las a fim de efetuar mudanças estruturais nas relações políticas, sociais e econômicas da sociedade, com o rompimento do ordenamento jurídico constitucional, bem como reformas nos mecanismos socioeconômicos do Estado.

É preciso ainda, a princípio distinguir o conceito de Revolução da noção de Golpe de Estado. Este configura-se apenas na substituição das autoridades políticas existentes dentro do quadro institucional, com mudanças mínimas ou inexpressíveis dos mecanismos políticos e socioeconômicos.

A Revolução é essencialmente um movimento popular; já o Golpe do Estado é tipicamente elitista, realizado por escasso grupo de indivíduos.

O enquadramento teórico-conceitual de revolução é detectado com precisão, em sua intensidade (força para provocar uma ruptura com a ordem pretérita) e extensão (capacidade de realizar as mudanças com apoio popular), não ocorrendo divergências da concepção de revolução jurídica.

As Revoluções jurídicas, afirma Juan F. Linares, “*têm como característica essencial o rompimento da lógica normativa da criação regular do Direito, estabelecido por um ordenamento jurídico*”[1].

Tal ideário implica que a Assembléia Constituinte reunida efetivará o rompimento com a estrutura constitucional anterior e a instauração imediata de uma nova ordem jurídica, bem como uma nova organização do Poder político, por meio do Poder Constituinte Originário.

Dessa forma, tal Poder apresenta-se em situação de precedência sobre os outros poderes constituídos, ou seja, fundados pelo Poder Constituinte.

Esta distinção de fixar a oposição do Poder Constituinte Originário de todos os Poderes constituídos, é fundamental. Sendo feita por necessidade de moldar juridicamente e lhe dar disciplina jurídico-formal intrínseca de um Poder Constituinte estabelecido do ordenamento jurídico e do Poder constituído revisor do ordenamento (Poder Constituinte Derivado)[2].

Todavia, para relativizar os fenômenos revolucionários e os Processos Constituintes se exige um estudo ao longo do tempo, para se aperceberem as rupturas na estrutura, bem como a própria convocação constituinte.

Isso porque a história de uma revolução mostra uma série de saltos inesperados, nos quais coexistem e sucedem micro-revoluções, devendo esta ser analisada como processo e não apenas no nível dos fatos que a caracterizam num dado período[3].

1.1 A Assembléia Constituinte envolta num movimento revolucionário.

O Processo Constituinte envolta num movimento revolucionário é típico das Constituições escritas, elaboradas via Assembléia Constituinte de tal forma que a concepção de unicidade e temporalidade constituinte lhe é intrínseca. [4]

Caso que não ocorre nas organizações estatais consuetudinárias como a Inglaterra, por ser virtualmente impossível detectar em algum momento da História Britânica (seja este revolucionário ou não), a manifestação constituinte com ruptura normativa temporalizada.

Ivo Dantas, na sua monografia Poder Constituinte e Revolução[5], denomina o interregno revolucionário em que persiste a ruptura, mais especificamente, entre a convocação e a promulgação da nova Carta de “hiato constitucional”, no qual inexistiria a vigência de Lei Fundamental no Estado, ou no mínimo, estaria suspensa.

Contudo, é errôneo concluir que durante esse período não vigorem no Estado normas fundamentais de Direito público. Destituída a Constituição de sua força, as lideranças (ou conselhos) revolucionárias emitem atos normativos que se prestam para regular provisoriamente a situação criada.

Clóvis Ramallete[6] chamou-os de “*éditos revolucionários*”, considerando-os como sendo formados por uma espécie de Direito transitório.

É precisamente a concepção jurídica do “*édito*” que instrumentaliza a convocação de uma Assembléia Constituinte tratando-se de Fenômeno Revolucionário, que poderá advir tanto de seus líderes revolucionários como de um governo provisório[7].

No que tange ao alcance jurídico do “*édito revolucionário*”, este restringe-se à convocação constituinte, tão-somente. O processo constituinte formal vivenciado dentro da Assembléia Constituinte encontra-se fora de seu alcance[8].

1.2 Processo Revolucionário: Atividade do Órgão Constituinte.

No tocante à atividade da Assembléia Constituinte, enquanto órgão extraordinariamente eleito para elaborar uma nova Carta, encontrar-se-á, em princípio, a sua função primordial na própria elaboração do texto constitucional.

Contudo, trata-se de atividade complexa, na qual se conjugam inexoravelmente elementos jurídicos e políticos.

Não se restringe à pura e simples votação de artigos e parágrafos, um a um, ao sabor aleatório dos arranjos e arreglos de ocasião.

É pertinente à atividade constituinte a fixação de princípios fundamentais perenes, sem os quais, fatalmente, produzir-se-á uma estrutura constitucional desconexa e frágil, bem como os debates sobre normas regimentais do próprio órgão constituinte.

As atividades ditas preliminares ou de auto-organização do Órgão Constituinte referem-se à adoção de um regimento interno, nos critérios de publicidade a ser dada aos trabalhos, na divisão de matérias para debates em subcomissões, entre outras.

É relevante sublinhar que, formalmente, o regimento interno condicionará o processo constituinte ao encaminhamento de propostas, pedidos de destaques, votações, pautas, dentre outros, pois, mesmo que a problemática jurídica na discussão do regimento não esteja propriamente voltada à temática constituinte, estará na medida política.

É na feitura do regimento interno que basicamente ocorre o primeiro conflito das forças político-ideológicas sociais reproduzidas no plenário Constituinte.

É nas normas regimentais que na verdade se estabelece e se denota a correlação de forças que dominam ou dominarão politicamente o processo, pois, estão implícitos nas formalidades do regimento tanto a disputa democrática pela prevalência de idéias quanto os mecanismos “causuísticos” de evitá-la.

Evidencia-se, assim, a inexistência de “modelos-padrão” relativamente às atividades constituintes, face às especificidades político-culturais intrínsecas a cada Assembléia Constituinte.

Por questão de ordem semântica, explicitam-se as expressões: Assembléia Constituinte e Convenção.

(i) **Assembléia Constituinte** designa o órgão colegial representativo, extraordinário e temporário investido na função de elaborar a Constituição do Estado, de pôr (em outros termos) as regras fundamentais do ordenamento.

(ii) **A convenção** é entendida como assembléia política; possui fundamentalmente dois significados, sendo o último típico do vocabulário norte-americano, significando:

(A) **assembléia de representantes do povo** reunida para criar um novo Estado e formar instituições ou para substituir ou modificar a forma de Governo existente;^[9]

(B) **assembléia de delegados de um partido** convocada para designar os candidatos a cargos eletivos, fixar programas ou preparar campanhas eleitorais.

Pode-se, porém, afirmar a existência de modos de atividades que buscam – uns mais e com mais êxito que outros –, aproximar-se das noções teórico-fundamentais do processo constituinte propugnado legítimo e democrático.

Para tal concorre a realização prévia de eleição sob a égide democrática, mas que, em absoluto, resolve a problemática constituinte no desdobramento das atividades do órgão soberano na elaboração da Carta.

Outro critério pode ser esboçado analisando-se a própria consecução de atividade Constituinte.

Isto é, se a feitura do Projeto preliminar da nova Carta, a servir de base dos debates desenvolvidos em plenário, será obra externa ou interna do órgão Constituinte.

(i) **Na primeira hipótese como obra externa**, trata-se da adoção pela Assembléia de um anteprojeto elaborado por um grupo determinado que pode tanto agir por iniciativa própria (como no projeto apresentado pelos delegados de Virgínia à Convenção de Filadélfia), como por encargo (como o projeto constitucional estruturado pelo jurista Preuss para a Assembléia Constituinte de Weimar, por encargo do governo provisório).

(ii) **Na segunda hipótese como interna do órgão Constituinte**, de elaboração do anteprojeto pelo próprio órgão Constituinte, sistema de índole mais democrática que atualmente vem sendo seguido pela maioria dos Processos Constituintes, por refletir desde o texto preliminar as orientações e correntes políticas democráticas colhidas em plenário. Não se ignorem, nem se desconheçam as influências que podem ter as forças coletivas ou individuais, as categorias sociais, os sindicatos, os grupos de pressão em ações locais, os movimentos religiosos, em concorrência paralela à atividade Constituinte.

A atenção e sensibilidade destas possíveis – e inevitáveis na perspectiva democrática –, ordens de influência consistem no papel intrínseco à atividade constituinte[10], pois permite que o Estado, em sua estrutura e regime político, se alicerce em instituições realistas, politicamente viáveis e constitucionalmente estáveis, possibilitando a nova Carta disciplinar correntes heterônomas de opinião[11].

O processo de formulação constitucional, na sua dinâmica, não dispensa – se democrático –, reflexões quanto às atividades do órgão constituinte diante das realidades nacionais, dos princípios gerais envolvidos na decisão constituinte e das concepções estruturais de Estado.

É fato que nas formulações em plenário, há sempre a possibilidade de adoção desta ou daquela orientação, predominante entre os membros da Assembléia venha esta por vez distanciar-se dos princípios gerais intencionados na decisão constituinte, e não só, como também eventualmente converta as atividades constituintes do órgão em atividades legislativas pertinentes a uma Assembléia Legislativa.

Neste particular, arrolam-se linhas argumentativas favoráveis, que sublinham o fato da competência da Constituinte em regular os órgãos do Estado que cria, nada havendo que impeça os representantes-constituintes em integrarem o primeiro corpo representativo que é o Parlamento pela conversão automática das atividades.

Há também contrárias, que apontam ser o deputado constituinte eleito para a função específica de elaborar a nova Carta e não para tornar-se membro do Parlamento.

Por outro lado, ao se buscarem soluções jurídicas para a conversibilidade ou não da atividade Constituinte, não há que colocar o problema em termos de existirem limites substanciais à atividade da Assembléia Constituinte[12], posto que qualquer limite substancial contrastará com o caráter soberano que reveste o órgão na sua função primordial.

A perspectiva da realização do *referendum* do texto constitucional apresenta-se com reservas. Isso porque o ato de referendar traduz-se em retirar a soberania do órgão constituinte na sua atividade e função[13].

Jorge Miranda, com propriedade, assevera que é, em última análise, um problema eminentemente político. Tudo dependerá da composição efetiva da Assembléia, do jogo de forças no país e das vantagens ou inconvenientes de, no mesmo ano, promover novas eleições gerais para deputados e de manter um clima de incerteza sobre as orientações do governo do país[14].

Importa aqui – independentemente da conversão ou não da Assembléia em órgão legislativo, extrapolando a legitimidade da intenção do pleito constituinte – assentar primeiramente o conteúdo do preceito constitucional democrático de que “*todo o Poder emana do povo e em seu nome é exercido*”, refere-se não tanto à eleição periódica de representantes, mas ao fato de que o povo, organizado em determinado tipo de convenção constituinte, tem o Direito exclusivo de determinar os poderes do órgão do executivo, judiciário e legislativo[15].

Contudo, o fenômeno Revolução em si não implica automaticamente a convocação constituinte que, por vezes, é postergada; e ainda se nota, atualmente, existência de processos constituintes onde a pressuposição de ruptura com a norma constitucional anterior não é regra absoluta.

Vale dizer: há processos constituintes que não implicam ruptura, até a promulgação da Carta, daí por que a importância da aproximação teórica dos fenômenos.

2. Breves Considerações Sobre Processo Constituinte e Revolução

A Assembléia Constituinte é, na verdade, órgão extraordinário, enquanto no exercício da função constituinte é verificado na geração do Estado. A Assembléia Constituinte é precisamente manifestação formal do Poder Constituinte Originário.

A noção de Poder Constituinte traduz-se numa espécie de potência constituinte, de virtualidade como um poder que a cada passo, sob determinadas circunstâncias, pudesse vir a ser propriamente um Direito, o poder de criar uma constituição.

Trata-se, evidentemente, de uma noção por certo difícil de ser situada juridicamente, ou melhor, exclusivamente na esfera jurídica. Para a formação do conceito de Poder Constituinte concorreram o sociológico e o jurídico. O primeiro tem o ponto de partida no termo “Poder”. O segundo terá na idéia de constituição como obra do Poder.

O Poder Constituinte Originário é, em tese, um poder absoluto, orientado por um objetivo jurídico que o determina, delimita e delinea, que é o de criar a Constituição.

O alcance do Poder Constituinte é, por assim dizer, correspondente ao da Constituição em seus termos, isso sob uma óptica formal.

Por outro lado, também na perspectiva histórica, o Poder Constituinte encontra-se condicionado, vale dizer, ao alcance do grau de consciência cultural[16] e jurídica do povo e dos seus representantes.

Cabe salientar que em cada momento histórico em que ocorre a manifestação constituinte é perceptível que correntes de pensamento (filosófico-jurídicas) predominantes atuam sobre o mesmo, o que de certo modo constitui uma limitação.

Por certo não se põe a hipótese no contexto atual da criação de uma ordem jurídica que estabeleça o feudalismo, ou restabeleça a escravatura.

Quer-se com isso significar que, na proporção dos seus alcances, encontrar-se-ão as próprias limitações do Poder Constituinte.

A bem da verdade, já teorizava Emmanuel Sieyès, o Direito Natural é o limite do Poder Constituinte. Como observa Vanossi, fundamentalmente a questão dos limites encontra-se em seus alicerces basilares, em seus pressupostos teóricos[17].

Embora cumprindo a mesma função, as Assembléias Constituintes podem apresentar notável variedade de características particulares, especificidades que diretamente estão relacionadas ao Processo Constituinte em que são geradas.

2.1 Experiência Inglesa

No que se refere à experiência inglesa, existe certa dificuldade em se caracterizar na sua formação constitucional a idéia de um Poder Constituinte, ou de um Processo Constituinte, muito embora a Inglaterra tenha vivenciado um longo período revolucionário, 1640 a 1689, caracterizado pela disputa do Poder entre a nobreza e a burguesia[18].

A historiografia da Revolução Inglesa demonstra a inexistência da convocação constituinte e a produção de uma Carta. Contudo, é forçoso admitir que, em seu processo histórico determinado, a Revolução teve e implicou inexoravelmente a idéia de ruptura e instituição de uma nova ordem político-institucional.

A expressão constituinte, para a experiência britânica aplica-se não mais a um Direito expressamente posto que resulta na produção da Constituição escrita, mas dos Direitos positivados, através de vontades identificáveis no tempo.

O Poder Constituinte visto como um Processo histórico-cultural, impossibilita a codificação e sistematização em um texto constitucional único, o que por sua vez demanda que a Constituição seja antes normas esparsas, umas estatuídas, as outras costumeiras.

O Direito para a tradição inglesa está ligado à noção de razoabilidade, àquilo que é um determinado caso justo, sobretudo algo que pratica e se constata como existente.

Dessa forma, importa menos aquilo que é determinado por uma norma estabelecida por um Poder superior produtor do Direito. Daí dizer-se que a constituição inglesa é costumeira; é claro que no Direito Inglês e na sua constituição existem também normas estabelecidas por atos do Parlamento, mas predomina o Direito Consuetudinário.

Detecta-se na Inglaterra tendência bastante frágil para o culto do Estado como grande produtor do Direito.

Portanto, na experiência inglesa, constata-se que o fenômeno revolucionário não se condicionou nem se legitimou através da Assembléia Constituinte, tampouco produziu uma Carta Constitucional, o que torna o caso inglês um exemplo histórico que não pode ser objeto de generalização.

2.2 Experiência Norte-Americana

No caso norte-americano, não obstante a origem anglo-saxônica no seu processo de desenvolvimento, assiste-se a uma revolução (1775 a 1783) que, ao final, cria as condições para que surja uma necessidade de se produzir uma organização do Poder Político, através de uma Assembléia Constituinte, e a promulgação de uma Carta.

Na Revolução Americana[19], rompe-se com as bases antigas que eram da Coroa Britânica e estabelece-se uma nova base, que é o acordo entre os Estados Coloniais em 1787.

Este tipo de acordo foi algo novo que existia na tradição inglesa, em cuja base a figura constante do Rei surge como corolário a idéia de República em oposição à monarquia.

O processo constituinte americano foi o primeiro da história constitucional. Dispunha de escassos lineamentos teóricos – apenas Locke e Montesquieu – e sem qualquer outra

experiência política prévia, ou qualquer dado empírico[20]. Thomas Jefferson, John Jay, James Madison e Alexander Hamilton foram capazes de criar um ordenamento constitucional que influenciaria todos os movimentos de independência que sucederiam na América. Hipotetizaram um sistema presidencial de governo, na condição igualitária *one man, one vote*; teorizaram o princípio do legislativo bicameral, do duplo grau de jurisdição e a primazia do judiciário.

O procedimento adotado para elaboração da Carta, problematizados relativamente aos moldes de constituinte, hoje entendidos como democráticos (tais como legitimidade e representatividade), são questionáveis, pois não ocorreu eleição constituinte.

A Carta foi produto de um consenso de lideranças político-revolucionárias, não existindo consulta prévia à população. Vale dizer: verifica-se na Revolução Americana a formação espontânea de uma Assembléia Constituinte.

Dessa forma, a vicissitude revolucionária conduziu à idéia de que o texto elaborado pelo Constituinte deveria ter aprovação do povo posteriormente, o que aconteceu em cada Estado[21].

No transcorrer de dez meses de debates para a ratificação da Carta pelo povo norte-americano, é que se erigiu a mais importante obra produzida no processo constituinte. Em artigos publicados em jornais, assinados por Publius (pseudônimo coletivo de Hamilton, Jay e Madison), reunidos por Hamilton no livro *O Federalista*, transparece cristalinamente a problemática da legitimidade do Poder Constituinte que na prática conduziu à aprovação pela ratificação e ao consentimento dos governados[22].

A expressão constituinte para a experiência americana, dentro do contexto histórico, vê o Direito como um produto decorrente de uma revolução. Pela Carta de Filadélfia, de 1787, elaborada após a Guerra da Independência, a noção de Constituinte apresenta-se conjugada a um processo de alteração revolucionária da ordem jurídica e a instituição de uma nova ordem, que tem por início a base fática resultante de uma brusca mudança em curto espaço de tempo[23].

Ao se comparar o processo Americano de Revolução e elaboração da Carta Constitucional com os demais, constata-se a diferença significativa de atores políticos em conflito.

Isto porque, enquanto na Inglaterra, por exemplo, a disputa pelo Poder ocorria entre a nobreza e a burguesia especificamente, nos Estados Unidos observa-se a união dos diversos segmentos sociais a fim de obter a independência do domínio britânico.

Este fato contribuiu em grande medida para o sucesso da Revolução Americana em curto espaço de tempo.

O Processo Constituinte Americano, que se verificou, aponta para os princípios de Democracia embasada na soberania popular.

A concepção de um Poder Constituinte, capaz de elaborar uma Carta, cuja titularidade reside no próprio povo, instrumentalizou o resultado na promulgação da primeira Constituição Republicana da História do Ocidente.

2.3 Experiência Francesa

A sociedade francesa da segunda metade do século XVIII era composta de dois grupos privilegiados: o Clero, Primeiro Estado, e a Nobreza, Segundo Estado.

Estes oprimiram um terceiro grupo, constituído pela grande maioria da população, chamado de Terceiro Estado, formado pelos burgueses, camponeses sem-terra e pelos chamados *Sans-culottes* (uma camada heterogênea composta de artesãos, aprendizes e proletários).

O Clero e a Nobreza tentavam diversas manobras para conter o ímpeto reformista do Terceiro Estado[24].

Dada a intransigência dos Estados dominantes, o Terceiro Estado, reunindo-se em separado a 15.06.1789, proclamou a Assembléia Nacional, que a 09 de julho se transformou em Assembléia Constituinte[25].

Tratava-se de um órgão legislativo advindo do *ancien régime*, que se auto-elevou à condição de Assembléia Constituinte, cumulando as funções legislativas anteriores e as constituintes[26].

Observa-se ainda, quanto ao procedimento da Constituinte francesa, a questão do mandato dos seus membros.

Conforme a concepção vigente durante a Idade Média, e ainda à época, predominava em vários países europeus a teoria do mandato imperativo[27], prática repudiada pelos teóricos da Revolução Francesa[28].

Em 1791 ficou pronta a Constituição Francesa, que expressamente dispunha: “*Os representantes eleitos no departamento não serão de nenhum departamento em particular, mas de toda a Nação, e não lhes poderá ser dado nenhum mandato*”[29].

A Revolução Francesa foi um fenômeno historicamente identificável, marcado pela violência e convulsão social, em que se substituiu o princípio da soberania do Rei, de fundamentação divina, pelo princípio da soberania do povo através da legitimidade dos diversos segmentos sociais.

O *referendum*, a ratificação jurídica do povo soberano do Texto Constitucional, surge nos desdobramentos da Revolução com as Cartas de 1783 (ou do ano I) e de 1795 (ou do ano III), ambas referendadas e aprovadas.

O instrumento teórico do Poder Constituinte atuou, de um lado, como bandeira político-revolucionária e, de outro, como meio reorganizador radical das instituições do Estado, diante de novas correlações de forças políticas. Por esse motivo, o Processo revolucionário em França é concomitante ao Constituinte.

A expressão constituinte para a experiência francesa aplica-se não mais a um Direito respaldado na unidade do Poder Secular Eclesiástico, mas a outro, personificador de uma legitimidade popular.

Por fim, cabe evidenciar que, entre os publicistas do século XVIII e os teóricos da Revolução, propunha-se inserir nas Constituições uma “Declaração de Direitos” não apenas doutrinária mas imperativa, proclamando nulas todas as leis que lhe fossem contrárias[30].

2.4. A Experiência Russa

A Revolução Soviética[31], ocorrida em 1917, é uma ruptura política em relação a um sistema jurídico que se aproxima do sistema continental europeu. Porém, com a queda do Regime Czarista, inexistiu a instauração do Processo Constituinte[32].

Ao contrário, a Rússia ficou sem Constituição durante um longo período, de 1917 a 1936, quando apareceu a Carta Stalinista. Entretanto, não foi promulgada por meio de um processo constituinte, mas foi outorgada[33].

O socialismo de Lenin, e nesse aspecto também o de Stalin, acreditava que as mudanças político-econômicas e jurídicas só se realizariam através de revoluções violentas.

Não existia qualquer perspectiva de alteração da ordem pretérita, via processo legislativo. Nestes parâmetros, a instauração de uma nova ordem por meio de uma Constituinte não serviria para os propósitos revolucionários, uma vez que estes não tinham por fim a instituição de uma nova Carta Constitucional.

A Constituição deveria fazer parte ou ser projeção de uma situação político-econômica de fato, que seria conquistada.

Assim, a revolução marxista, no sentido do leninismo, não apresenta qualquer correlação direta com a concepção de Constituinte Ocidental, que condensa valores do liberalismo, tanto ideológico quanto do próprio Direito.

Nesse contexto, em relação aos países socialistas soviéticos, exclui-se a expressão constituinte como algo pertinente à noção constituinte, em termos de Poder e Processo, que se estabeleceu na prática política ocidental com fundo ideológico do Estado liberal, que diverge radicalmente da visão marxista do Estado.

3. Processo Constituinte Revolucionário: Possibilidades e Limites

A teoria geral do Poder Constituinte, não restam dúvidas, foi concebida na história política moderna pelos meandros da teorização revolucionária.

Nomeadamente, com a força e violência que se fizeram presentes na Revolução Francesa enquanto fenômeno político, é que simultaneamente Sieyès, entabulando a existência de um Poder criador da Constituição, instrumentalizou no Processo Constituinte um discurso político incendiário que acabaria por destronar a monarquia absoluta.

A experiência francesa demonstra na queda do Estado Absolutista, sucedida via Assembléia Constituinte, a operacionalização de mudanças que marcam na civilização ocidental o advento de uma sociedade mais liberal[34].

Admitindo-se o fenômeno revolucionário como fato anormal da vida de qualquer Estado por oposição à anterior ordem estabelecida, e que mesmo plenamente justificado e orientado, tem aspectos negativos por criar a possibilidade de ação arbitrária no processo constituinte, seja por postergar-se a convocação, seja por manipular-se a atividade da Assembléia[35].

A Assembléia Constituinte Revolucionária dotada de Poder Constituinte Originário, que – para Karl Schmitt – é a *“vontade política cuja força e autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política”*[36], à medida que é fruto da mentalidade de um todo criado por consentimentos livres, não pode ser, por conseguinte, arbitrária e ilimitada.

Jorge Miranda observou a limitação do processo constituinte na perspectiva da atividade da Assembléia Constituinte sob dois aspectos: material e temporal.

No primeiro, estaria a atividade da Assembléia *“confinada, no aspecto material, à elaboração da Constituição, sem receber qualquer outro Poder”*[37].

Equivale dizer: evita-se, com a limitação material a possibilidade de que uma ação arbitrária no Fenômeno Revolucionário seja instrumentalizada na atividade constituinte.

O segundo, quanto à limitação temporal, concentrar-se-ia numa preocupação de eficácia e celeridade da atividade constituinte.

Na realidade, o “hiato constitucional” entre a velha e a nova ordenação deve ser o mais breve possível; o processo constituinte não deve estender-se por mais que o necessário para que a nova ordem possa atuar com eficácia. Indica-se assim que uma limitação do Poder Constituinte é a temporalidade.

A superação do fenômeno revolucionário com a realização de um processo constituinte – nestes parâmetros de limitação –, tende a que, promulgada uma nova Carta, desde logo se restaurem os mecanismos de transformação evolutiva do Estado (através do Poder Constituinte derivado), a fim de mantê-lo permanentemente em adequação com a realidade social.

Não será por certo este o resultado se for produto de um processo constituinte arbitrário e ilimitado, no qual predominem ideologias unilaterais como arma revolucionária de implantação do Estado.

Talvez, por isso, continue o receio de que as Assembléias Constituintes Revolucionárias operem com a força e energia daquela que, numa noite de deliberação, pôs abaixo a dinastia francesa[38].

4. Referencias

A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON. *Le Federaliste*. Paris: V. Gérard & F. Brieré, 1902

ALBERCI, A. Escritos póstumos. Buenos Aires. Tomo X.

BARRACHO, José A. de Oliveira. *Teoria Geral das Constituições Escritas*. in Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n. 352, jan. 1986.

BOBBIO, Norberto. *La Tendeza Costituzionale Contemporanea*. Torino: Torinese, 1983

BONAVIDES, Paulo. *Quem tem medo da Constituinte*. Jornal Folha de São Paulo, 26.07.1981, seção Folhetim.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1976.

CRAYLE, Thomas. *A Revolução Francesa*. In: CARVALHO, Nance Valadares (Org.) *Revolução, Constituição e Ditadura*. São Paulo: Vértice, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes Políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOLDWIN, Robert A.; SCHEMBRA, William A. *A Constituição Norte-Americana*. Paulo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

JELLINEK, G. *La Declaration de Droit de L'Homme et du Citoyen*. Paris, 1902.

LEBRUN, Gérard. *Os limites do Poder*. São Paulo: Visão, 1986.

MENDONÇA, Nadir Domingues. *Uma questão de interdisciplinaridade: o uso dos conceitos*. Petrópolis: Vozes, 1985.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976.

MORTATI, Constantino. *Raccolta di scritti sulla Costituzione*. Milano: Giufrè, 1958.

MORTON, A. L. *Revolução Constitucional e Ditadura*, organizado por CARVALHO, Nanci Valadares. São Paulo: Vértice, 1986.

MOSCA, Gaetano. *História das Doutrinas Políticas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

OSTROGORSKI, M. *La Democratie et l' Organization des Pratiques*. Paris, 1960. Tomo 1.

PIERANDREI, F. *Novissimo Digesto*. Torino: UTET, 1959.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1983.

SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución. México: Nacional, 1966*.

VANOSI, J. R. A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975. v. I, p. 582.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004

[1] VANOSI, J. R. A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975. v. I, p. 582.

[2] SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1983. p. 83. “*A diferença entre Poder Constituinte e poderes constituídos é uma conquista do Direito público contemporâneo; tanto assim que na Inglaterra, dominada por uma Constituição medieval, esta diferença não possui existência nítida.*”

[3] MENDONÇA, Nadir Domingues. *Uma questão de interdisciplinaridade: o uso dos conceitos*. Petrópolis: Vozes, 1985. “*A expressão comumente usada de Revolução pode encobrir a realidade; servindo para identificar o período, dissimula a série de revoluções que se sucedem. (...) Encarando a Revolução como processo e não como evento, depara-se com a necessidade de analisar o que sucede na seqüência do evento da derrocada violenta do regime; significa verificar se de fato houve mudança social.*”

[4] WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004, p.41.

[5] DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

[6] RAMALHETE, Clóvis. *Tratamento Jurídico das Revoluções*. Rev. de Informação Legislativa, v. 6, n. 22, 1969.

[7] No Brasil, exemplos de “éditos revolucionários” são, a propósito, o Dec. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e a Federação, revogou a Carta Monárquica anterior, outorgou ao Governo Provisório instrumentos jurídicos para manter a ordem enquanto a nova Carta não fosse elaborada. O Decreto 19.398, de 11.11.1930, por seu turno, deixou em vigor a Carta de 1891, porém era como se a tivesse revogado. Na Argentina, exemplos de “éditos revolucionários” são os diversos decretos-lei ligados aos movimentos militares de 1930, 1943, 1955, 1962, bem como na “*Acta para el proceso de reorganización nacional*” e o “*Estatuto de la revolución nacional*” de 1976. No Uruguai, o Decreto 464/1973 e diversas “*actas Institucionales*”. Em Portugal, a Lei 1, de 1974, e outras que se seguiriam à Revolução dos Cravos. Na Nicarágua, o “*Estatuto Fundamental*”, de 1979.

[8] MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976. p. 58. “*A Assembléia Constituinte não só possui competência legislativa como não tem Poder Constituinte em relação ao período de transição. O seu Poder Constituinte refere-se à Constituição definitiva do país e não à Constituição revolucionária. Por definição, assim como os órgãos políticos transitórios não podem interferir nas funções daqueles e não pode, portanto, alterar as leis constitucionais editadas pela Junta de Salvação Nacional e pelo Conselho de Estado para vigorarem antes da Constituição.*”

[9] Incluir-se-iam no primeiro caso as Convenções revolucionárias e constitucionais, de que são exemplos de Convenção francesa de 1972, e a de Filadélfia. A principal diferença entre os dois tipos reside no ponto de que a Convenção constitucional é convocada de modo legalmente válido pelo Governo legítimo, ao invés da revolucionária. Mas não se pode dizer que os seus propósitos sejam qualitativamente diversos, tanto assim é que, muitas vezes, poderá ser difícil – se não, artificioso, distinguir entre ambas.

[10] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes Políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 41. “*Ora, se o Poder Constituinte deve antes de mais nada aceitar as realidades nacionais, sem dúvida jamais há de ficar indiferente à idéia de regime político. Sem regime adequado o Estado não tem como realizar os fins, colocando em perigo as instituições, a atividade natural da nação, enquadrando pela inadequação tendenciais acantonadas em falsas concepções, em teorias apenas ideais.*”

[11] LEBRUN, Gérard. *Os limites do Poder*. São Paulo: Visão, 1986. p. 85. “*Será ingênuo crer que o processo de elaboração da Constituição, uma vez que seja democrático, despreza uma reflexão sobre o tipo de governo que ela será encarregada de organizar. Nada mais justo, na minha opinião, do que essa advertência. Por mais bem intencionados que sejam os seus membros, a Assembléia não será obrigatoriamente iluminada pelo Espírito Santo: os constituintes são falíveis. Disso dá testemunho a Constituinte Francesa de 1946 que, na euforia do pós-guerra, deu nascimento a um regime frágil que foi rapidamente desacreditado e depois varrido pela história.*”

[12] Cf. MORTATI, Constantino. *Raccolta di scritti sulla Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1958.p. 316.

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.p. 112. “A ratificação jurídica caberá ao povo que se pronunciará através de plebiscito ou de referendo sobre o texto constitucional (procedimento direto). Designa-se esta técnica por técnica de Assembléia Constituinte não soberana.”

[14] MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976. p. 65.

[15] ALBERCI, A. **Escritos póstumos**. Buenos Aires. Tomo X, p. 125. “A Constituição supõe-se feita pelo povo e emanada do povo soberano, não para refrear a si mesmo, nem para pôr limites ao seu próprio Poder soberano, mas para refrear e limitar seus delegados, que são os três poderes que integram o governo nacional.”

[16] A palavra cultura é aqui empregada no sentido de contexto cultural, isto é, conjuntos de conhecimentos predominantes, de idéias estabelecidas, de crenças admitidas, de normas aceitas, de valores e de condutas a cada tipo de cultura.

[17] VANOSSI, J. R. *Teoria Constitucional*. *Op. cit.*, p. 173 e ss.

[18] O processo de Revolução na Inglaterra, durante o século XVII, é marcado por momentos importantes: Eleição Parlamentar de 1640, Revolução Puritana (1642), Protetorado de Cromwell (1653), Revolução Gloriosa (1688) e Declaração de Direito (1689), estes resultaram essencialmente da disputa pelo Poder entre a monarquia (Rei Stuart) e o Parlamento (dominado basicamente pela burguesia). Neste sentido é analisada a Revolução Inglesa, por ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Ática, 1977. p. 101-109. E foi aprofundada a análise por MORTON, A. L. em *Revolução Constitucional e Ditadura*, organizado por CARVALHO, Nanci Valadares. São Paulo: Vértice, 1986. p. 92-135.

[19] O Processo de Revolução nos EUA ocorreu no período de 1775 a 1783, sendo marcado por momentos importantes: a deflagração da guerra contra a Inglaterra, com a tomada do Forte Ticonderoga, em 1775. O primeiro Congresso de Filadélfia, em setembro de 1774, que pedia a revogação de leis intoleráveis. A Constituição da Pensilvânia em 1776. O segundo Congresso de Filadélfia, em 1775, de caráter separatista. A vitória final em Yorktown, em outubro de 1781. O reconhecimento pela Inglaterra da independência, em 1783, pelo Tratado de Versalhes: conforme análise de ARRUDA, José Jobson de A. *Op. cit.*

[20] JELLINEK, G. *La Declaration de Droit de L'Homme et du Citoyen*. Paris, 1902, p. 91. “Na América, as instituições positivas mereceram o reconhecimento solene de direitos. Na França o seguiram.”

[21] No caso da formação de um Estado Federal por meio de união de vários Estados soberanos, surge a questão da manifestação da vontade destes últimos em aceitar a nova Carta. A prática é discordante. Em casos como nos EUA, houve ratificação sucessiva à elaboração da Carta. Entre outros casos, como o acordo entre Rússia e Ucrânia, Rússia Branca e Transcaucásia, em 1922, houve aceitação prévia à elaboração da Carta.

[22] Cf. A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON. *Le Federaliste*. Paris: V. Gérard & F. Brieré, 1902.

[23] GOLDWIN, Robert A.; SCHEMBRA, William A. *A Constituição Norte-Americana*. Prefácio de BONAVIDES, Paulo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986, a Constituição Americana é simultaneamente o texto e a realidade; uma realidade onde se alojam os fatores efetivos de Poder, aqueles que LASSELLE analisou com percuciência nas suas reflexões sobre a essência do Constitucional.

[24] Cf. CRAYLE, Thomas. A Revolução Francesa. In: CARVALHO, Nance Valadares (Org.). *Revolução, Constituição e Ditadura*. São Paulo: Vértice, 1986. p. 34. “*A coisa feita era como então eles diziam: abolir a França antiga e construir uma nova, por meios pacíficos ou forçados, por concessão ou violência.*”

[25] Cabe evidenciar que a Assembléia Constituinte, no dia 04.08.1789, aprovou a abolição dos Direitos Feudais e, a 26 do mesmo mês, aprovou a Declaração dos Direitos do Homem, marco fundamental não só para o Constitucionalismo Francês, mas também para o pensamento jurídico ocidental. A finalidade destas deliberações para o momento em que foram instituídas era aliviar as pressões populares.

[26] BARRACHO, José A. de Oliveira. Teoria Geral das Constituições Escritas. in *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 352, p. 10, jan. 1986. “*A distinção entre Poder Legislativo e Poder Constituinte está em SIEYES como uma das primeiras conquistas da Revolução Francesa. Para A. ESMAIN foi uma idéia sensata e útil estabelecer, em 1788, a dicotomia entre Poder Constituinte e constituídos*”.

[27] O designado mandato imperativo possuía nítido caráter contratual; implicava a concepção de que os deputados enquanto mandatários estavam obrigados a seguir fielmente as instruções geralmente escritas de parte dos seus eleitores.

[28] PIERANDREI, F. *Novissimo Digesto*. Torino: UTET, 1959. v. 4, p. 123: “*Sieyès, referindo-se à função Constituinte, afirma que os representantes atuam em lugar da nação e que a sua vontade comum é a da própria nação.*”

[29] OSTROGORSKI, M. *La Democratie et l' Organization des Pratiques*. Paris, 1960. Tomo 1, p. 406 e ss.: “*Quando a Constituição fala aí em mandato, está se referindo, exatamente, às instruções ou ordens especificadas dadas pelos eleitores.*”

[30] “No primeiro projeto de Constituição apresentado à Convenção, na sessão de 10.05.1793, disse Robespierre: “*A Declaração de direitos é a constituição de todos os povos; as outras leis são mutáveis por sua natureza e subordinadas a ela. Deve estar presente em todos os espíritos, brilhando à frente do Código político. O primeiro artigo da Constituição deve ser a garantia formal de todos os direitos do homem, a segunda parte é que toda lei que a contrarie é tirânica e nula.*”

[31] No caso da Revolução, precisa-se tomar em conjunto a série de Revoluções que se inicia com a Revolução de 1905; a segunda, é a Revolução Burguesa, e a terceira, a Revolução Socialista, dividida em três fases: o período do comunismo de guerra, o período da NEP, com Lenin, e o período de Stalin.

[32] Houve a convocação da Assembléia Constituinte, esta reuniu-se em 18.01.1918, depois de eleições efetuadas com base em listas formadas durante o Governo de Kerenski. Com posicionamento diverso, recusando-se ratificar a ação do Poder bolchevique. Lenin decidiu dissolvê-la aduzindo que as listas não eram representativas das forças progressistas, não refletiam as relações reais de força pertencente ao proletário industrial. Nessa altura, os bolcheviques sustentavam que o Poder revolucionário destinado a consolidar um sistema de “democracia proletária” não podia conviver com um sistema democrático parlamentar, de que a Assembléia constituía uma instituição típica. (cf. BOBBIO, Norberto. *La Tendenza Costituzionale Contemporanea*. Torino: Torinese, 1983. p. 266)

[33] A Rússia teve na sua experiência constitucional o texto de 1918 que foi a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado; o Texto Federal de 1924 e as Constituições de Stalin de 1936 e a de 1977. A Carta de Stalin tornou-se modelo das Constituições adotadas pelos países da Europa Oriental pertencentes à esfera de influência russa.

[34] BONAVIDES, Paulo. *Quem tem medo da Constituinte*. *Op. cit.*, p. 03: “Na memória dos povos e dos conservadores, a arma revolucionária de implantação do Estado liberal traz sempre à lembrança os períodos convulsórios que assustaram a sociedade nos seus fundamentos.”

[35] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 125: “Com o abatimento da ordem jurídica vigente há um momento de incerteza jurídica, durante o qual ficam abertas as portas à arbitrariedade, à violência e ao uso indiscriminado dos meios de coação, sempre havendo quem se utilize desse momento para resolver os seus problemas particulares em nome da Revolução.”

[36] SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1966. p. 57.

[37] MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976. p. 58 e ss.

[38] É fato a assinalar que na Revolução Francesa as convenções constituintes não sofreram qualquer tipo de limitação material de atividades, cumulando funções legislativas e constituintes. O Terror atingiu o auge em 1794, alcançando os próprios membros da Convenção. Robespierre, para continuar a dominar a Convenção, expurgava dela os seus adversários políticos, por isso condenou à morte Danton. Líder dos insurgentes. O Poder da Convenção, após a morte de Robespierre, caiu nas mãos do Pântano – movimento formado basicamente pela alta burguesia –, que ligados aos girondinos, instalaram a fase conhecida por Reação Termidoriana. Cf. MOSCA, Gaetano. **História das Doutrinas Políticas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1976.

A VIDA POLÍTICA NO ESTADO DE EXCEÇÃO*

POLITICAL LIFE AT THE STATE OF EXCEPTION

Marco Gérard Skinner Styzei

RESUMO

Através da análise dos estudos de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção como paradigma de governo – que deveria ser uma medida temporária e acabou se tornando uma prática comum ao longo do século XX –, pretendo articular um pensamento que vai ao encontro de um dos problemas atuais das sociedades contemporâneas: a instituição do estado de exceção permanente. Proponho recapitular as idéias centrais da obra Estado de Exceção, de Giorgio Agamben, e confrontar seu pensamento com a crítica de Antonio Negri & Michael Hardt sobre o conceito de estado de exceção. Em seguida, tentarei pensar nas conseqüências desta nova realidade e em como viver e se comportar em um estado de exceção permanente.

PALAVRAS-CHAVES: ESTADO DE EXCEÇÃO; SOBERANIA; ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE

ABSTRACT

Considering Giorgio Agamben studies about the state of exception – which was meant to be a provisional measure and became in the course of the twentieth century a normal paradigm of government –, I intend to articulate some thoughts that are the bottom line of the contemporary societies: the institution of a permanent state of exception. I propose recapitulate the central ideas of the book State of Exception, from Giorgio Agamben, confronting his thought with the critics of Antonio Negri & Michael Hardt about the concept of the state of exception. Besides that, I will try to think about the consequences of this new reality and how to live and behave ourselves in a permanent state of exception.

KEYWORDS: STATE OF EXCEPTION; SOVEREIGNTY; PERMANENT STATE OF EXCEPTION;

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Através da análise dos estudos de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção como paradigma de governo, pretendo articular um pensamento que vai ao encontro de um dos problemas atuais das sociedades contemporâneas: a instituição do estado de exceção permanente. Quais são as conseqüências desta situação? Como ficar de fora de um regime que não admite um *fora*, sempre incorporando o espaço vazio como parte do seu próprio mundo? Como denunciar a ficção de ponto de contato entre violência e direito, entre vida e norma, para ali abrir espaço para o campo da política? Finalmente, como pensar de um modo novo a relação entre a potência e o ato, o possível e o real?

Proponho recapitular as idéias centrais da obra *Estado de Exceção*, de Giorgio Agamben, e confrontar seu pensamento com a crítica de Antonio Negri & Michael Hardt sobre o conceito de estado de exceção.

Em seguida, tentarei pensar nas conseqüências desta nova realidade e em como viver e se comportar em um estado de exceção permanente, onde impera a lógica da guerra e do comando como práticas hodiernas de governabilidade. Qual o papel de um Estado-nação diante deste cenário? Em que medida as políticas protecionistas podem atuar para criar condições de vida em um outro sistema? Ainda é possível pensarmos em uma saída para um processo que se anuncia como irreversível?

DESENVOLVIMENTO

O livro do filósofo italiano Giorgio Agamben, *Estado de Exceção*, pode ser compreendido como uma continuação do projeto iniciado, em 1995, com *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, que trata de temas como ‘poder soberano’, ‘vida nua’ e ‘campo de concentração como *nómos* do moderno’. [1] É um trabalho complexo e que se põe na perspectiva das temáticas e da metodologia de Michel Foucault, valendo-se dos mesmos métodos arqueológicos e paradigmáticos. Foucault deixou de fora, entretanto, dois campos, o direito e a teologia, e Agamben considera natural dedicar suas últimas pesquisas nessa direção. Ao analisar o trabalho de Foucault, Agamben afirma que “a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico”. [2] Agamben busca, ainda, ir além das exceções que as dicotomias que estruturam nossa cultura ocidental têm produzido, para compreender a situação na qual nos encontramos. Ele considera que essa é a única via de acesso ao presente e que:

Superar essa lógica binária significa ser capaz de transformar as dicotomias em bipolaridades, as oposições substanciais num campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos sem que exista alguma possibilidade de traçar linhas claras de demarcação. Lógica do campo contra lógica da substância. [3]

Para Agamben, o novo paradigma sob a ordem militar instaurada pela guerra ao terrorismo – seu ponto de partida são as leis para combater o terrorismo promulgadas nos Estados Unidos em 2001 –, tem um significado biopolítico que salta aos olhos: revelar o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui, por meio de sua suspensão. [4] E o que está em jogo, além da própria liberdade, é a desmistificação da teologia econômica (um conceito *esquecido* no debate de Carl Schmitt com Erik Peterson,[5] entre os anos de 1935 e 1970, que foi recuperado por ele) e a questão do como agir politicamente na sociedade ocidental contemporânea. A essa última questão, ele só irá responder na última página do livro:

Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome “política”. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. [...] Verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexos entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida. Teremos então, diante de nós, um direito “puro”, no sentido em que Benjamin fala de uma língua “pura” e de uma “pura” violência. A uma palavra não coercitiva, que não comanda e não proíbe nada, mas diz apenas ela mesma, corresponderia uma ação como puro meio que mostra só a si mesma, sem relação com um objetivo. E, entre as duas, não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção.[6]

Desta maneira, a política nos mostra sua verdadeira estrutura: o banimento, reduzindo o homem à sua condição animal – isto é, sem quaisquer direitos –, e as medidas provisórias e excepcionais tornam-se permanentes.[7] Como adverte ao longo de toda sua obra, a exceção torna-se a regra, a prática de governo. O exemplo tomado da atualidade é a situação na base norte-americana da baía de Guantánamo, em Cuba, onde há a existência de *uma vida nua em sua máxima indeterminação*. Uma situação de *abandono*, como definiu no livro *Homo Sacer*, bastante parecida com a situação dos judeus nos campos de concentração nazistas.

Ele nos adverte ainda que o Terceiro Reich inteiro pode ser considerado como um estado de exceção e que esta não é uma invenção moderna. Ao longo de seu livro, Agamben reconstrói *à la Foucault* a criação do instituto até o *iustitium* romano, remontando suas origens, para explicar algo que, de certa forma, lhe escapa e que não

pode ter forma jurídica. Agamben ainda contrapõe as idéias de Carl Schmitt às de Walter Benjamin,[8] sobre o estado de exceção, e reclama a necessidade de uma teoria para este instituto; uma teoria do vazio do direito que, contudo, o funda.

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei. É este o sentido último do paradoxo formulado por Schmitt, quando escreve que a decisão soberana “demonstra não ter necessidade do direito para criar o direito”. Na exceção soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor. Ela é, neste sentido, a localização (*Ortung*) fundamental, que não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre eles um limiar (e estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento.[9]

Agamben acredita que o núcleo problemático do Estado de exceção está na relação entre anomia e direito, a estrutura constitutiva da ordem jurídica. Analisar essa dupla natureza do direito, essa ambigüidade constitutiva da ordem jurídica pela qual esta parece estar sempre fora e dentro de si mesma, simultaneamente vida e norma, fato e direito, era um dos objetivos do livro *Estado de exceção*:

O estado de exceção é o lugar no qual essa ambigüidade vem à luz e, simultaneamente, o dispositivo que deveria manter unidos os dois elementos contraditórios do sistema jurídico. Ele é, nesse sentido, aquilo que funda o nexa entre violência e direito e, ao mesmo tempo, no ponto em que se torna "efetivo", aquilo que rompe com esse nexa. Ele considera que a ruptura do nexa entre violência e direito abre duas perspectivas à imaginação (a imaginação é naturalmente já uma práxis): a primeira é a de uma ação humana sem nenhuma relação com o direito, a violência revolucionária de Benjamin ou um "uso" das coisas e dos corpos que não tenha nunca a forma de um direito; a segunda é a de um direito sem nenhuma relação com a vida – o direito não aplicado, mas somente estudado, do qual Benjamin dizia que é a porta da justiça. [10]

Considerando-se que não há um retorno possível do estado de exceção em que vivemos imersos para o estado de direito, como podemos pensar em um campo para a política no momento atual? Agamben sugere o rompimento do nexa entre violência e direito, a fim de superar a falsa alternativa entre poder constituinte e poder constituído; entre a violência que instala o direito e a violência que o conserva. Para ele, o homem

tem sido pensado sempre com a articulação e a conjunção dos princípios opostos: uma alma e um corpo, a linguagem e a vida, e, nesse caso, um elemento político e um elemento vivente. Ele quer aprender a pensar o homem como aquele que resulta da desconexão desses dois elementos e investigar não o mistério metafísico da conjunção, mas o mistério prático e político da separação.

Isso nos remete, imediatamente, a uma idéia de uma revolução permanente: a resistência como uma *dobra da existência*, [11] uma resistência ativa, talvez, se quisermos usar a palavra resistência da forma como Tatiana Roque a emprega. O problema, para Agamben, da revolução permanente, é o de uma potência que não se desenvolve nunca em ato, mas que sobrevive a ele e nele. Ele considera que devemos pensar a relação entre a potência e o ato de um modo novo, para tornar possível a vida. Impossível não lembrar, aqui, do conceito bergsoniano do “virtual” e da necessidade de uma constante atualização – temática que será retomada por Gilles Deleuze e Félix Guattari em suas obras, separadamente, e ainda em *Mil Platôs*, onde são co-autores.

Finalmente, a pesquisa de Giorgio Agamben trabalha a questão da teologia econômica, refazendo a genealogia do conceito da *oikonomía* (*management*). Ele constata que, da teologia cristã, derivam dois paradigmas políticos: a teologia política, que baseia a transcendência do poder soberano no único Deus; e a teologia econômica, que substitui tal idéia com uma *oikonomía*, concebida como uma ordem imanente – não política em sentido estrito, tanto da vida divina como da vida humana. Do primeiro paradigma derivam a filosofia política e a teoria moderna da soberania: do segundo, a *biopolítica* moderna, até o atual triunfo da economia sobre qualquer aspecto da vida social. Um dos resultados da pesquisa de Agamben sobre o estado de exceção é exatamente a idéia de “uma dúplice estrutura da ordem jurídico-política do Ocidente, que parece basear-se ao mesmo tempo num elemento normativo e jurídico em sentido restrito, e também num elemento anômico e extrajurídico”. [12]

Em termos filosóficos, isso corresponde à oposição entre um paradigma ontológico (o ser, a substância divina) por um lado, e um paradigma absolutamente pragmático, por outro. O domínio da ontologia escondeu a presença, tão decisiva ou até mais decisiva, do elemento oikonômico-pragmático. Hoje a situação se inverteu. Mas ambos os elementos são necessários para o funcionamento do sistema. [13]

O estado de exceção na visão de Agamben

Mas o que é, para Agamben, o estado de exceção? “Um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”? [14] Essa “terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida”? [15] “Um paradigma de governo dominante na política contemporânea, a partir da guerra civil mundial”? [16] Um lugar no qual “a vida nua atinge sua máxima indeterminação”? [17] Não é um direito especial, como o direito da guerra, mas, “enquanto suspensão da própria ordem jurídica,

define seu patamar ou seu conceito limite”.[18] Seria, portanto, um “estado “kenomático”, um vazio de direito”.[19]

Agamben nos mostra que a estreita relação do estado de exceção com os conceitos de guerra civil, de insurreição e de resistência, torna difícil a própria definição do conceito. Ao longo de seu livro, ele vai oferecendo uma série de definições possíveis, complementares. No que se refere às semelhanças com o direito de resistência, ele vai dizer que, tanto nele, como no estado de exceção, o que está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica, opondo duas teses: a que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que defende que o âmbito do direito excede a norma.[20]

Se for a suspensão da norma jurídica, a disputa vai girar em torno do *locus* que lhe cabe, se dentro ou fora do direito.[21] O dentro e o fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua subtração e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica. Pelo contrário, a ordem jurídica se *mantém* dentro desta zona indeterminada, adquirindo, mesmo, até certo tipo de validade e funcionamento.

Passando por diversos autores que consideram como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade - o que Agamben rechaça, por considerar que a necessidade se choca com tantas e mais graves aporias quanto o fenômeno deveria explicar, reduzindo-se a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é algo indecível de fato e de direito [22] – e questionando as analogias ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas que o direito não as admite, Agamben irá chegar à conclusão que:

A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesmo de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.[23]

A visão de Antonio Negri e de Michael Hardt

Passando agora para uma análise da perspectiva de Antonio Negri e Michael Hardt em seu livro *Multidão*, vemos que eles consideram como a primeira chave para entender o estado de guerra global em que vivemos o conceito de exceção. Sabemos que este é um dos elementos centrais da autoridade soberana das modernas teorias da soberania – vide Carl Schmitt, por exemplo – e que o objetivo principal era pôr fim à guerra civil e acabar com o constante estado de guerra. Uma guerra só *deveria* ocorrer nos conflitos externos entre Estados. Ou seja, a guerra tinha um caráter de exceção, sendo a paz, a regra. A afirmação de Carl von Clausewitz, “a guerra é a continuação da política por outros meios”,[24] nos mostra que, para ele, ela constitui mais um instrumento no arsenal do Estado, a ser usado no terreno da política internacional. A guerra, portanto, como um limitado estado de exceção. Estes dois autores remontam ao mito do nobre

Quincio Cincinato, velho lavrador da Roma Antiga, instado por seus colegas a assumir o poder em função de uma guerra, voltando a suas atividades quando da redenção do inimigo. [25]

Hoje, entretanto, o estado de exceção tornou-se permanente e generalizado, sendo que a suspensão da democracia tende a se tornar a regra, e não a exceção.

A crítica de Negri e Hardt ao conceito de estado de exceção de Giorgio Agamben deriva do fato de que eles acreditam que, da forma como foi construído, este conceito define apenas os atos dos que têm poder, e não “os atos daqueles que o buscam, querem-no ou pretendem destruí-lo ou derrubá-lo”. Apesar de aceitarem o vínculo entre o estado de exceção e o monopólio estatal da violência estabelecido por Agamben em seu livro, onde ele define o próprio poder como um *monopólio da violência* porque ele ocupa o *ponto de equilíbrio entre o direito público e o fato político* sobre o qual repousa o Estado, Negri e Hardt não aceitam este conceito em sua totalidade, pois dizem que “o “poder constituinte” provém apenas dessa segunda categoria, e não deve ser confundido com os atos daqueles que detêm institucionalmente o poder de exceção, o poder de suspender as garantias legais e o poder da ditadura”. [26]

Segundo Negri e Hardt, a modernidade é uma tensão entre dois projetos distintos de mundo. Estes dois modelos podem ser entendidos da seguinte maneira: *de um lado*, uma associação de contrato e alienação de potência da multidão para o corpo político, caracterizando a modernidade que se tornou hegemônica; *do outro*, perdedor desta disputa, a defesa de que o poder é a expressão adequada ou inadequada do poder da multidão. [27] Há uma reinvenção da imanência pela modernidade, não mais pela fé, mas pela razão. E também há uma tentativa de simplificação através de um centro único de produção normativa, já que a ordem jurídica passa a ser produto da ordem estatal, e não mais da jurisprudência. Qual o fundamento? A razão, pensando o Estado como um produto de uma vontade racional; daí o contrato. Na tradição política moderna, “O *uno* é, portanto, o alicerce ontológico imutável”. [28] E somente o uno pode governar.

Com relação à soberania, eles consideram que esta apresenta um caráter dual de poder, aliando o monopólio da violência e a necessidade de consentimento por parte dos governados. “O poder soberano deve exercer hegemonia sobre seus súditos, provocando neles não só medo, mas também reverência, dedicação e obediência, através de uma forma de poder branda e flexível”. [29] Isso se torna bastante interessante quando nos damos conta de que a soberania necessita do consentimento dos governados, pois, do contrário, não tem como se sustentar. [30]

Contraopondo-se a este pensamento indivisível, Hardt e Negri procuram resgatar o conceito espinosano de *multidão*, que não pode ser reduzida a uma unidade e que não se submete ao governo do uno. A multidão é, em última análise, uma multiplicidade, “um conjunto difuso de singularidades que produzem uma vida comum”. [31]

Assim, Negri e Hardt consideram que a futura estrutura institucional deve apoiar-se em relações “afetivas, cooperativas e comunicativas da produção social”. [32] A multiplicidade de singularidades pode ser vista como uma cadeia interligada, que deve buscar sempre garantir a liberdade e a expressão de todos, e não somente daqueles que detêm o poder.

A visão de Giorgio Agamben sobre essas diferenças

Ressaltemos as três práticas: reivindicação do papel imperial dos Estados Unidos na condução dos negócios do mundo; considerar quaisquer lutas de resistências nacionais (como as do Hamas e do Hezbollah) como as do terrorismo; e prioridade consentida no controle generalizado dos cidadãos em detrimento de suas próprias liberdades.[33]

Para que possamos compreender a profunda transformação que se produziu na constituição material – ou seja, na vida política – das chamadas democracias nas quais viemos, temos de nos dar conta de que nenhuma das categorias fundamentais da tradição democrática manteve seu sentido. Como podemos fazer para viver em um estado de exceção permanente? Agamben considera que os dois campos deixados de lado pela investigação de Foucault – o direito e a teologia – são a chave para compreender a situação atual. A questão da sujeição voluntária coincide com aqueles processos de subjetivação sobre os quais trabalhava Foucault. Agamben acha necessário pensarmos não somente nos processos de subjetivação, como também nos processos de dessubjetivação.

Se nós aplicamos também aqui a transformação das dicotomias em bipolaridades, poderemos dizer que o sujeito apresenta-se como um campo de forças percorrido por duas tensões que se opõem: uma que vai até a subjetivação e outra que procede em direção oposta. O sujeito não é outra coisa que o resto, a não-consciência desses dois processos. Está claro que serão as considerações estratégicas aquelas que decidirão, a cada momento, sobre qual pólo fazer a alavanca para desativar as relações de poder, de que modo fazer jogar a dessubjetivação contra a subjetivação e vice-versa. Letal é, por outro lado, toda política das identidades, ainda que se trate da identidade do contestatário e a do dissidente. [34]

Para ele, muitas das energias do pensamento sobre a resistência e a emancipação se concentraram em desenvolver uma teoria da defecção, do êxodo. Neste campo, ele inclui a Negri, Hardt, Paolo Virno e Albert Hirschmann, por exemplo. Contrariamente a Antonio Negri e a Michael Hardt, Giorgio Agamben não está convencido de que o êxodo seja hoje um paradigma praticável, pois o sentido desse paradigma é, por outro lado, solidário do paradigma do Império, com o qual forma sistema. Ele faz uma analogia com a história da relação entre vida monástica e o Império Romano nos primeiros séculos da era cristã é iluminadora, quando também houve uma resistência a um poder global centralizado, e compara Negri e Hardt a Eusebio Cesarea, o teólogo da corte de Constantino:

Não creio que tenha sentido aplicar hoje o mesmo modelo. O êxodo da vida monástica fundava-se de fato sobre uma radical heterogeneidade da forma de vida cristã e sobre uma sólida fé comum, apesar disso, não alcançou ser verdadeiramente antagonista. Hoje, o problema é que uma forma de vida verdadeiramente heterogênea não existe, ao menos nos países do capitalismo avançado. Nas condições presentes, o êxodo pode assumir somente formas subalternas e não é uma causalidade se termina pedindo ao inimigo imperial que lhe pague um salário. Está claro que uma vida separada de sua forma, uma vida que se deixa subjetivar como vida nua não estará em condições de construir uma alternativa ao império. O que não significa que não seja possível trazer do êxodo modelos e reflexões. Penso, por exemplo, nos conceitos franciscanos de uso e de forma de vida, que são ainda hoje extremamente interessantes.[35]

Considerações Finais

Após analisar a perspectiva de Giorgio Agamben e a crítica de Antonio Negri e Michael Hardt sobre o conceito de estado de exceção, podemos perceber que a questão é de difícil resolução, porque depende bastante do enfoque que vai ser dado a este termo na centralidade do pensamento de cada um desses autores. Agamben, por exemplo, situa a questão da *oikonomia* (*management*) e do estado de exceção como basilares para se compreender a estrutura jurídico-política das sociedades modernas, enquanto Negri e Hardt questionam as diversas formas de aprisionamento do poder constituinte e buscam alternativas para a construção de uma multidão que respeite as individualidades – ou seja, uma multidão de singularidades – e que possa chegar a uma decisão, o que parece ser a grande dificuldade para que a multidão possa governar. Para isso, defendem que é necessário acabar com a soberania e com a autoridade, para que se possa criar uma nova realidade a partir do comum. A constituição do comum se baseia nessa constante resistência e atualização de potência por parte da multidão, exercendo continuamente a tomada de decisões e buscando soluções em que se possa pensar em uma esfera diferente da perspectiva ora apresentada de estado de exceção, dominação e passividade.

A partir desta breve análise do conceito de estado de exceção e das transformações das sociedades ao longo do século XX, podemos pensar, portanto, qual é o papel dos Estados-nações nesse cenário sombrio que é desenhado tanto por Agamben, como por Hardt e Negri. Sem dúvida, a constituição do comum possibilitará uma experiência sem precedentes na história da humanidade. Esperar que o modelo desenvolvido no século XVII por Montesquieu da tripartição de poderes possa dar conta do problema da representatividade de toda uma humanidade excluída de quaisquer direitos é pensar, ainda, com critérios que ficaram na chamada modernidade. O século XXI se apresenta como uma autêntica batalha de guerra. Constante. Inexorável. Mas esta não aconteceu de uma hora para outra. Há mais de cinco séculos vemos a humanidade armando uma autêntica bomba-relógio de ódio e de destruição, que continua aprisionando o indivíduo dentro de uma estrutura que existe virtualmente – o Estado e, em nossos dias, o que chamamos de Estado-nação –, mas que, na prática, não tem força para dar conta de um movimento que extrapolou as fronteiras nacionais e avança, pelo mundo afora, capitaneado pela pressão econômica, pelo fluxo constante de capitais e pela apropriação de qualquer nova forma de pensamento a um sistema de compra e venda capitalista. Nem mesmo o modelo idolatrado pelas esquerdas ao longo do século passado – o

soviético, e suas variações cubanas, chinesas, albanesas – pôde criar uma estrutura que desativasse esse processo de ódios crescentes e que pensasse na humanidade num contexto que incluísse a todos e não apenas aos seus ‘nacionais’.

Há espaço, hoje, para pensarmos no papel de cada Estado-nação na construção de uma identidade que dê conta do conceito de Humanidade? Em um mundo onde vemos cada vez mais guerras para manter privilégios econômicos, guerras religiosas – sim, ainda assolam este planeta – e desesperançoso com o seu semelhante? Mundo este regido pela lógica da guerra e do comando?

As divergências dos autores analisados quanto ao conceito de estado de exceção me parecem razoáveis e podem nos ajudar a pensar o papel da política nos dias de hoje. A meu juízo, Agamben busca uma saída para tornar possível a vida, buscando não separar o pensamento, a práxis e a imaginação. Não é o possível que exige ser realizado, mas é a realidade que exige tornar-se possível. Agamben chega ao ponto de provocar os juristas já em sua epígrafe do livro *Estado de Exceção: Quare siletis juristoe in numere vestro?* (Por que silenciais diante de uma questão que lhes diz respeito?).

Negri e Hardt, por sua vez, buscam a constituição de uma realidade comum, usando até, como exemplo, a idéia do *software* aberto como uma alternativa para esta nova realidade. Esquecem-se, contudo, de que mesmo que os *softwares* abertos propiciem benefícios incontáveis a um sem número de usuários, eles também têm donos e estes têm uma lucratividade enorme nas bolsas de valores à medida que seus *produtos* são utilizados. O problema maior, entretanto, parece-me ser o de fazer essa multiplicidade de singularidades chegar a uma decisão comum.

Creio que a análise da *oikonomia* desenvolvida por Giorgio Agamben em sua nova obra pode nos ajudar a esclarecer alguns pontos desta realidade *econômica* e deixar claro se há, realmente, uma distinção tão grande entre as duas propostas. Por ora, convém abraçar as duas. Pois, como nos ensina Bertolt Brecht, “No regime que criaram, humanidade é exceção: assim, quem se mostra humano, paga caro a lição. Reneguem de todo aquele que amigável se mostrar! Guardem distância daquele que a outrem quer ajudar!” [36]

REFERÊNCIAS:

· AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

· _____ . *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

· _____ . *Profanações*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

· BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue.

· BLANCHOT, Maurice. *Michel Foucault tel que je l'imagine*. Paris: Éditions Fata Morgana, 1986.

· BRECHT, Bertolt. “A Exceção e a Regra”. In: *Teatro de Bertolt Brecht*. Volume 3. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1977.

· _____ . “Diz-que-sim & diz-que-não”. In: *Teatro de Bertolt Brecht*. Volume 2. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1977.

· CHAUI, Marilena. *Espinosa, uma filosofia da liberdade*. São Paulo: Editora Moderna, 2005.

· _____ . *O retorno do teológico*. Conferência proferida na abertura do XX Encontro de Filosofia, *A Filosofia na Era da Globalização*. Auditório da Universidade de Coimbra, 2006.

· COSTA, Flávio Moreira da. *Os cem melhores contos de crime e mistério da literatura universal*. Organização Flávio Moreira da Costa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

· DERRIDA, Jacques. *O soberano Bem ou estar mal de soberania*. Viseu: Palimage Editores, edição bilíngüe, 2004.

· FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Caderno nº. 16. Rio de Janeiro: Puc/RJ, 1991.

· *GLOSSÁRIO DE DERRIDA*: trabalho realizado pelo Departamento de Letras da Puc/RJ, supervisão geral de Silvano Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

· HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

· _____ . *Multidão*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

· HERRÁN, Eric. *El poder de Foucault: una miniatura*. Revista Isonomia, 1999.

· *INTERTHESIS, Revista Internacional Interdisciplinar*. Volume 2, nº.2. Florianópolis: jul/dez 2005.

· NEGRI, Antonio. *O poder constituinte, ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

· RAMONET, Ignacio. *Marcos, la dignité rebelle*. Paris: Éditions Galilée, 2001.

· _____ . *Conflits, commerce, environnement...* Le monde-diplomatique, _____ setembro de 2006: http://www.monde-diplomatique.fr/2006/09/RAMONET/13907?var_recherche=ignacio%20ramonet

· ROQUE, Tatiana. *Resistir a quê? Ou melhor, resistir o quê?* Rio de Janeiro: UFRJ, Revista Lugar Comum, 2006.

[1] Seria o *Homo Sacer II*, sobre o campo de concentração como paradigma biopolítico moderno. “ “Terra de ninguém”, “zona incerta”, “zona de indeterminação”, “conceito-limite da ordem jurídica”, o estado de exceção tende, cada vez mais, a constituir o paradigma dominante de governo na política contemporânea.” (Resenha do livro “Estado de Exceção”)

[2] Giorgio Agamben. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. *Op.cit.*, p.12.

[3] Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF*, *op.cit.*

[4] Em protesto contra a política de segurança do governo Bush após os atentados de 11 de setembro de 2001, Agamben renunciou ao cargo de professor na New York University e saiu dos Estados Unidos, o que deu destaque a seu diagnóstico de que podíamos viver em um permanente “estado de exceção” (como mencionou Pedro Duarte de Andrade. *In: O Globo*, 19/05/2007). Hoje, leciona no IUAV de Veneza, Itália, além de ser o organizador da edição italiana das obras de Walter Benjamin.

[5] Erik Peterson (Hamburgo 1890-1960), teólogo protestante que depois se converteu ao catolicismo, rejeita, no seu livro sobre *Il monoteismo come problema político* (1935 – trad. it. Brescia, Queriniana, 1986), a tese schmittiana da teologia política, afirmando que entre os dois termos (teologia e política) não há analogia. Ele escreveu o seguinte sobre a teologia política de Carl Schmitt: “*O conceito de ‘teologia política’ foi introduzido na literatura, pelo que sei, por Carl Schmitt, Politische Theologie, München, 1922. As suas breves observações desde então não foram apresentadas sistematicamente. Aqui fizemos a tentativa, baseado em um exemplo concreto, de demonstrar a impossibilidade teológica de uma ‘teologia política’*”. *In: Entrevista de Giorgio Agamben. Interthesis, op.cit.* p.3.

[6] Giorgio Agamben. *Estado de exceção, op.cit.*, p.133.

[7] “*Ces événements du 11-Septembre nous ont effectivement fait entrer dans une ère nouvelle. Le président américain George W. Bush et son entourage ayant estimé que l’effroi collectif causé par cette tragédie leur donnait enfin carte blanche pour mettre en application de vieux délires géopolitiques*”. (Estes acontecimentos de 11 de setembro nos fizeram entrar, efetivamente, em uma nova era. O presidente norte-americano George W. Bush e seu cerco, considerando que o horror coletivo causado por esta tragédia lhes dava, enfim, carta branca para colocar em prática velhos delírios geopolíticos). Ignacio Ramonet. *Le Monde-diplomatique, op.cit.*

[8] “O encontro com Carl Schmitt se deu, relativamente tarde [...] Era evidente [...] que, se queria trabalhar com o direito e sobre a política, era com ele que eu deveria medir-me. Como com um inimigo, antes de tudo - mas a antinomia amigo-inimigo era precisamente uma das teses schmittianas que eu queria pôr em questão”. Giorgio Agamben, em entrevista à *Interthesis*.

[9] Giorgio Agamben. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. *Op.cit.*, p.26-27.

[10] Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF*, *op.cit.*

[11] Termo cunhado por Tatiana Roque. *Resistir a quê? Ou melhor, resistir o quê?* *Op.cit.*, p.2.

[12] *Interthesis*. *Op.cit.*

[13] *Idem*. Para uma leitura mais aprofundada, ver o livro recém-lançado por Giorgio Agamben: *Il regno e la gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, (*Homo sacer*, II, 2), 2007, em que trata da análise econômica, ainda não publicado no Brasil.

[14] *Estado de exceção*, p.13.

[15] *Idem*, p.12.

[16] *Idem*, p.13.

[17] *Idem*, p.15. Sobre essa questão da indeterminação, interessante ver o conto “Diante da Lei”, de Franz Kafka. *In: Os 100 melhores contos de crime e mistério da literatura universal*. *Op.cit.*, p.188.

[18] *Idem*, p.15.

[19] *Idem*, p.17.

[20] *Idem*, p.24.

[21] *Idem*, p.39.

[22] *Idem*, p.40 e segs.

[23] *Idem*, p.48-49.

[24] *Apud* Antonio Negri & Michael Hardt. *Multidão*, *op.cit.*, p.25.

[25] *Multidão*, p.27.

[26] *Multidão*, p.455 (nota nº. 37).

[27] Antonio Negri e Michael Hardt. *Multidão, op.cit.*, páginas. 87 a 109.

[28] *Idem, ibidem*, p.413.

[29] *Multidão*, p.416.

[30] *O soberano Bem*, p.51: Comentando sobre a analogia de Rousseau no *Contrato Social*, Derrida afirma que “Os escravos renunciaram então àquilo mesmo de que se os privou, nem sequer estão mais [...] mal de liberdade ou de soberania, e eis o seu mal absoluto: nem sequer estar mais mal de, não sofrer mais com o seu desejo, não sofrer mais o seu desejo de soberania.”

[31] *Multidão*, p.436.

[32] *Multidão*, p.438.

[33] Ignacio Ramonet. *Le Monde-diplomatique, op.cit.*

[34] Giorgio Agamben. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF. Op.cit.*

[35] *Idem, ibidem*.

[36] Bertolt Brecht. *A Exceção e a Regra. Op.Cit.*

**ATIVISTA OU ALTIVO? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL***

**ACTIVIST OR ENERGETIC? THE ANOTHER SIDE OF THE FEDERAL
SUPREME COURT**

Saul Tourinho Leal

RESUMO

O ensaio traz reflexão sobre a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma política judicial disposta a trazer para uma arena não-democrática temas de forte conotação política. Afirma não haver crise institucional do Tribunal, mas uma participação popular mais intensa junto à Corte. Indica a jurisdição constitucional como alvo de constante tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo. Aborda a postura de self restraint adotada pelo Supremo no passado. Indica uma crise de legitimidade dos atores populares e diz que, como consequência, tem-se agora o Poder Judiciário preenchendo o vazio deixado pelas instâncias de deliberação democráticas compostas por legítimos representantes do povo.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATIVISMO JUDICIAL.

ABSTRACT

The paper provides a review of the adoption of a judicial policy, by the Federal Supreme Court, aimed at bringing to a non-democratic stage those subjects that have strong political implications. States that there is no institutional crisis involving the Court, but rather a more intensive participation of the population in respect thereof. It further points out the constitutional jurisdiction as an element of constant tension towards the Legislature and Executive Power. It also reviews the self restraint position that used to be adopted by the Federal Supreme Court, and points towards a crisis of legitimacy of popular players. As a consequence, the Judiciary fills in the gaps left by those decision-making democratic entities formed by the peoples' legitimate representatives.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. FEDERAL SUPREME COURT. JUDICIAL ACTIVISM.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O Supremo Tribunal Federal nunca esteve em tamanha evidência.

Seus integrantes são conhecidos por todo o Brasil. A exibição, ao vivo, das sessões Plenárias do Tribunal, um gesto de deferência à transparência, tornou os ministros personalidades nacionais de significativa popularidade. Os temas trazidos ao debate, nem sempre jurídicos, despertam opiniões das mais variadas.

Os editoriais de jornais, as capas de revistas, as chamadas das emissoras de televisão, os portais e até as comunidades do site de relacionamento *orkut* têm sempre um espaço de destaque para as decisões da Suprema Corte brasileira.

Fala-se em ativismo judicial em toda e qualquer esquina. O tom sobre o termo é sempre pejorativo, como já nos indicava, há tempos, Brandley C. Canon.

Temas impregnados por uma forte conotação política atravessam a Praça dos Três Poderes e deixam de ser tratados por mandatários populares. Política, agora, parece ser vista como algo importante demais para ser debatida pelo Congresso Nacional.

Por sua vez, o Chefe do Poder Executivo, antes de preparar o carimbo com sua assinatura em mais uma medida provisória, olha, da janela palaciana, para a estátua de Ceschiatti e, suspirando, torce para não ter, novamente, que mudar uma política pública por conta de uma decisão judicial da Suprema Corte.

Tudo em sintonia com as aspirações constitucionais de atribuir ao Tribunal a autoridade de guardião da Constituição Federal.

A imagem que se tem é de que a Corte fala em nome do povo quando esse busca concretizar o seu ideal de justiça. Todavia, vale perguntar: Tem ela o dever constitucional de representar a população? A ausência de legitimidade popular para sua atuação, faz do Supremo, um Poder distante do povo? Seria ele, menos autorizado a debater temas que carregam consigo uma grande carga de politização?

É em busca das respostas a essas perguntas que montamos o presente ensaio.

Estamos vivendo um outro momento. É um tempo diferente. Há um novo Supremo. O Tribunal avançou. O Tribunal regrediu.

Inicialmente, traçaremos o momento constitucional atual, que reclama a concretização de princípios constitucionais.

Tentaremos trazer à tona a posição do STF no passado, como sendo um Tribunal que praticava uma jurisprudência defensiva para, passo seguinte, em face de uma grave crise de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo, saltar como uma esfera a preencher o vazio deixado, tornando-se, ativista para uns, altivo para outros.

Escreveremos em tom de conversa. Não estamos a doutrinar. O que buscamos é uma saudável provocação com a finalidade de vê-la frutificar no imaginário popular a ponto

de podermos, no futuro, retornar à temática de forma mais substancial na intenção de fazer do tema uma engrenagem sempre em movimento.

Repetindo indevido clichê acadêmico, frisamos que não pretendemos esgotar o assunto, até porque, esgotar qualquer tema que seja, é tarefa impossível.

Tentaremos, assim, manter um diálogo com vocês. É esse o nosso desafio.

1. O ambiente propício para a altivez judicial no Brasil

1.1 A Constituição como uma Carta de Princípios

As Constituições se tornaram sinônimo da consagração da histórica aspiração humana de liberdade, num falseamento da verdade. São associadas a desenvolvimento e democracia, ainda que, por meio delas, se arranque direitos e se explore os cidadãos.

Para uns, um conjunto de símbolos. Para outros, quem sabe um simulacro.

Contudo, o fato é que, com o advento da Revolução Francesa e da independência norte-americana as Constituições, nos moldes da nossa, passaram a se inserir na organização das nações de uma forma, ao que se vê, irreversível.

As Cartas contemporâneas costumam trazer em seu conteúdo normas jurídicas abertas, normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e uma infinidade de princípios. O fenômeno é alvo da atenção de Dworkin, que, reconhecendo-o, sugere a possibilidade de uma leitura moral da Constituição. Diz ele:

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a "liberdade de expressão". A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.

Uma leitura moral das Constituições, como prega Dworkin, deve ser vista com reservas. Qual moral? Moral de quem? Um pouco de cautela não faz mal a ninguém.

Todavia, também não se deve transformar os princípios constitucionais em promessas lançadas ao vento. Talvez o correto seja um meio termo.

Vivemos um tempo no qual os princípios constitucionais alçaram vôo à normatividade. Uns falam em neo-constitucionalismo. Outros em modismos.

Após a 2ª Guerra Mundial assistimos à realização de constituições, como já dissemos, além de escritas, analíticas e repletas de normas programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais. Todos eles invocando sua concretização.

Várias leituras dessas constituições passaram a surgir. Reconheceu-se a normatividade dos princípios constitucionais dando-lhes imperatividade.

Paulo Bonavides, citando Jean Boulanger, diz que os princípios jurídicos são materiais mediante os quais a doutrina pode "edificar com confiança a construção jurídica", havendo entre princípio e regra jurídica não somente uma diferença de importância, mas também de natureza. José Sérgio da Silva Cristóvam finaliza:

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos a

figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.

No Brasil, papel de destaque à Constituição de 1988, à doutrina e ao Supremo Tribunal Federal em atribuir força normativa aos princípios constitucionais.

1.2 A Crise de Legitimidade dos atores democráticos e a mudança de postura do Supremo

Com a restauração do regime democrático no Brasil, da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ocorrência das eleições gerais, vimos, tempos depois, o país se deparar com suas primeiras turbulências institucionais.

Com o passar dos anos, a coisa piorou. Uma década e meia depois, piorou ainda mais. O Poder Executivo, mergulhado em denúncias, atravessava uma crise de identidade sem precedentes. O Poder Legislativo, desgastado, caminhava rumo à rejeição popular. Os partidos políticos eram alvo de questionamentos, sob o argumento de que não tinham fidelidade programática, além de acusações de práticas nada republicanas. O modelo adotado para as organizações não-governamentais (ONG's) também passou a ser criticado. Os sindicatos sofreram sua crise de representatividade. O fenômeno é bem tratado pela doutrina nacional.

Os Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, atravessavam uma crise de legitimidade. Nesse cenário, um outro ator surgiu preenchendo o vazio deixado.

1.3 Conclusões

A breve caminhada em relação ao reconhecimento pelas instâncias julgadoras da força normativa dos princípios constitucionais serve para que passemos ao degrau seguinte, que é a apresentação da postura do Tribunal no passado e atualmente.

Uma vez que a Constituição traz, pela redação de seus dispositivos, possibilidades de leitura variadas quando do seu processo de interpretação e, a partir do momento em que os Poderes Legislativo e Executivo não avançam na concretização dessas idéias, o Judiciário aparece, meio sem jeito, numa arena de cujo conhecimento do qual é possuidor vem, em grande parte, dos livros. Temos, portanto, senhores de toga ingressando, lenta, mas poderosamente, na arena do povo.

Chegou a hora, portanto, de falarmos do Supremo.

2. O Supremo de ontem e o de hoje

2.1 Procedimentalistas *versus* Substancialistas

Para caracterizar a postura de um Tribunal durante o seu processo de interpretação da Constituição devemos, inicialmente, fixar critérios para a visão a ser atribuída à própria Carta.

Quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição temos um debate teórico recorrente entre, de um lado, os chamados substancialistas e, do outro, os procedimentalistas. Gustavo Binebojm trabalha com a primeira corrente como "jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais". A segunda seria a "jurisdição constitucional como instrumento e defesa do procedimento democrático". Enquanto Lênio Streck visualiza um embate entre elas, Mônica Clarissa caminha por trilha conciliatória, ao afirmar que "substancialismo e procedimentalismo não se afiguram como lógicas excludentes, senão como lógicas complementares e interdependentes".

Para os primeiros, uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade. Para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas, os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais.

Já os procedimentalistas não vêem no intérprete constitucional a possibilidade de sê-lo um aplicador de princípios de justiça. Seria ele um fiscal do correto funcionamento do processo político. Só extrairia da Constituição condições procedimentais da democracia, cabendo à jurisdição constitucional protegê-las.

Substancialistas permitem que um Ministro do Supremo, concretizando a Constituição, faça valer regras, valores e princípios nela constantes. Os procedimentalistas entendem que os julgadores devem preservar o processo democrático para que este concretize valores e aspirações da população.

Se caminharmos sobre a trilha substancialista, o Supremo nada faz senão dar cumprimento à força normativa da Constituição Federal implementando valores impregnados de grande relevância em atendimento ao pacto lançado pelo Poder Constituinte Originário. Não poderíamos falar, portanto, em ativismo judicial. Contudo, se nos alinharmos aos procedimentalistas, o momento atual brasileiro marcha, em largos passos, para o pântano.

Dependendo da escolha, ou temos o mar, ou a terra. Não há meio termo.

2.2 O Supremo de Ontem: Procedimentalista e de jurisprudência defensiva

O STF, nos últimos tempos, mudou sua política judicial.

Antes, adotava linha procedimental. Em julgamentos polêmicos, com forte carga de conotação política, que traziam a possibilidade de tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo, adotava uma jurisprudência defensiva (*self restraint*), deixando, para aqueles Poderes, a missão de solucionar o conflito inerente a seus representados, o povo.

No caso de greve dos servidores públicos, se limitou a dizer que o Poder Legislativo estava demorando a editar a lei. Disso todos sabíamos.

Quanto à limitação anual de juros a doze por cento trazida pela Constituição Federal, afirmou que a norma não tinha eficácia plena, mesmo que, da leitura do seu conteúdo, fosse impossível ver aplicabilidade plena mais evidente.

Acerca do confisco da poupança dos cidadãos pela equipe econômica do então Presidente do Brasil, Fernando Collor, o Tribunal preferiu silenciar. Muitas vezes, não decidir é mais impactante na vida da população do que decidir. O caso mostra bem isso.

Quando chamado a se pronunciar sobre concretização de normas programáticas e direitos sociais, recorria à separação dos poderes para entregar ao Poder Executivo a missão de conduzir as políticas públicas nessas áreas.

Em relação à observância dos critérios de relevância e urgência para edição de medidas provisórias, afirmou tratar de seara na qual não poderia se inserir, pois, caso o fizesse, estaria substituindo ao próprio Presidente da República.

O Tribunal se limitava a garantir o funcionamento das estruturas democráticas. Estas, nada faziam para dar cumprimento a vários direitos assegurados pela Constituição. A Corte atuava de forma procedimentalista e defensiva.

Cada um de vocês é livre para formular convicção no sentido de ser esta uma postura correta ou não. A essência deste ensaio, na verdade, não reside nisso. O que estamos a falar é sobre a leitura das atribuições de competências e, principalmente, a respeito do que é, verdadeiramente, ser o Guardião da Constituição.

Passemos à frente.

2.3 O Supremo de hoje: Substancialista e Altivo

Passada a promulgação da nova Constituição, consolidado o regime democrático que sobreviveu bem a várias crises, no alvorecer do ano 2000, surge algo de novo no ar.

O Supremo se agigantou. Virou o centro das atenções. A população começou a atribuir a ele uma função que a Constituição Federal não lhe deu, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia à população fazendo justiça.

O Tribunal passou a adotar uma postura substancialista e ativista. Deu início a um processo no qual decidia temas controvertidos avançando em questões próximas da competência do Poder Legislativo. Começou a influenciar a pauta do Congresso.

Deu azo à Reforma Política quando se pronunciou acerca da fidelidade partidária, alterando sua histórica jurisprudência. Determinou que o Presidente do Senado instalasse uma Comissão Parlamentar de Inquérito, próximo ao que fizera a Corte de Warren, nos Estados Unidos. Assegurou que deputados federais adentrassem ao Plenário do Senado da República, numa sessão secreta, sob o fundamento de direito líquido e certo.

No âmbito do Poder Executivo, a tensão não foi diferente. Temas tributários tiveram uma guinada de entendimento. Os direitos sociais passaram a ser concretizados. O direito à educação passou a ser implementado em atendimento à força normativa da Constituição. O Direito à saúde, da mesma forma. Ingressou-se no mérito de atos discricionários do Poder Executivo, influenciando, com suas decisões, a formulação de políticas públicas. Ordenou-se a realização de procedimentos que impunham reflexos diretos em seus orçamentos.

O Supremo passou a governar quem governava.

As técnicas de interpretação da Constituição e de declaração de inconstitucionalidade mostraram-se criativas. Muito criativas. A Corte tornou mais presente a chamada doutrina prospectiva. As declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto se multiplicaram.

O povo comemorava as decisões. A Constituição se inseria no cotidiano. A expressão "então recorre ao Supremo!" se popularizou. A Corte estava "legitimada".

Eis aqui um novo Supremo. Nem melhor, nem pior. Simplesmente, um novo Tribunal. Nele, sem dúvida, há ganhadores. Também perdedores hão de aparecer. As conseqüências, se boas ou ruins, só a história há de dizer.

3 Conclusões

É preciso problematizar tudo o que lemos neste ensaio. Não falo em criticar, gratuitamente, a nossa Suprema Corte. A crítica que vocifera inverdades, repleta de adjetivos e recheadas de lugar comum em nada serve. Construir um Brasil melhor é o que queremos e isso exige um alto grau de responsabilidade nas posições que são lançadas em instrumentos tais como esse.

O Supremo muito tem feito como guardião que é da Carta da República de 1988 e disso não tenho dúvida, todavia, vejo um deslocamento do debate popular rumo a uma instância que não tem a missão de atuar como legítima representante do povo. Aqui, confesso, fico confuso. Quais os limites? Até onde o STF pode ir? Se o Tribunal adota o *self restraint*, fugindo, pode se omitir quanto a questões relevantes. Se adota o ativismo, corre o risco de avançar rumo à construção de um Governo dos Juízes. Qual o ponto ótimo? A resposta vem do próprio modelo traçado na Carta do Brasil.

A nossa Constituição atribuiu ao Supremo o papel de seu guardião e não dos valores populares que por ventura sejam os mais adequados a serem implementados num dado momento histórico.

O que me parece necessário, todavia, é questionar se estaria o STF agindo em atendimento à Carta da República ao adotar a postura que por nós foi intitulada como ativista. Temas de forte conotação política, como os exemplificados, devem ser alvo de deliberação popular, por meio dos representantes eleitos pelo povo, ou de discussão promovida por especialistas? O quê nos diz a Constituição? Seria possível implementarmos, pelo menos, "vetores de contenção ao ativismo judicial"?

Esses questionamentos superam os integrantes do Supremo. Estamos a falar, frise-se, de uma política judicial que em regra ultrapassa gerações e que gera efeitos seculares. O debate não se circunscreve a nomes, mas sim a um modelo trazido pela Carta da

República. Não estamos a discutir, portanto, o que é melhor ou pior. Estamos a debater o que a Constituição brasileira diz em relação às atribuições do STF.

Um Tribunal pode muito, para o bem ou para o mal.

O Poder que, num momento, assegurou uma infinidade de direitos civis aos norte-americanos foi o mesmo que, tempos antes, antecipou uma sangrenta Guerra Civil ao dizer que escravo não era sujeito de direito no caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Adotou-se uma postura ativa, mas para negar direitos.

Esse é o perigo. E não estamos a narrar um cenário apocalíptico.

Voltemos um pouco a um passado não tão distante.

Em 17 de junho de 1936, o STF não conheceu do pedido de *Habeas Corpus* formulado em favor de uma mulher grávida que estava presa. Ela, alemã, era mulher de um brasileiro ilustre, pai da criança que carregava no ventre. A consequência do não-conhecimento do HC era dramática.

Com a posição do Tribunal a senhora, gestante, iria ser entregue, com pompa e circunstância, aos nazistas. Estávamos em tempos de holocausto. Ela, comunista e judia, sabia o que lhe esperava, bem como qual o fim seria dado à sua criança. Um dos adjetivos empregados no despacho que não conheceu do *Habeas* narrava as acusações que lhes eram feitas. Dizia ser ela "perigosa à ordem pública e nociva ao interesse do país". O Supremo silenciou. Entregue aos nazistas, a mulher passou o fim dos seus dias num campo de concentração. Foi executada. Quem era? Olga Benário Prestes.

Será mesmo que o ideal é um STF silente?

Repito. Um Tribunal pode muito. Para o bem ou para o mal. Caso penda para o favorecimento de direitos e garantias aos cidadãos oprimidos pelas arbitrariedades do Estado, estamos em glória. Caso não, estaremos todos em maus lençóis. Ocorre que, em meio a essa dialética, temos o "senão" de que o Poder Judiciário não é controlado pela população por meio do voto. É tudo ou nada!

Aqui deixamos um convite à reflexão. O que temos hoje é um Supremo ativista ou que atua com altivez em homenagem à Constituição Federal? Continuemos caminhando rumo à busca por esta resposta.

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics New Haven: Yale University Press, 1986;

BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOECHAT, Leda. A Corte de Warren. Brasília: Civilização Brasileira, 1986;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000;

CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição constitucional & democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007;

CHOPER, Jesse H. Judicial review and the national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court, Chicago: University of Chicago Press, 1980.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007;

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997;

COX, Archibald. The court and the constitution. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987;

DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

_____. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995;

ENTERRÍA, Eduardo García de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006;

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática – Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. In Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: Jus Podium, 2008;

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Constitucional Comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006;

_____. A História do Direito - Entre Foices, Martelos e Togas: Brasil 1935-1965 – Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008;

_____. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 4 ago. 2008;

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004;

HART, Hebert L. A. O conceito de direito. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996;

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992;

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, p. 81-91, mai./2007;

LEAL, Mônica Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007;

LENIO, Luiz Streck, Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003;

_____, Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007;

MÉLLER, Friedrich. Direito Linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002;

_____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MOREIRA, Luiz. A Constituição como Simulacro. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007;
- MORLINO, Leonardo. La Crisi della Democrazia. Rivista Italiana di Scienza Política, na. IX, n.1, apr., 1979;
- NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes: São Paulo, 2007;
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008;
- POWERS, Stephen P. e ROTHMAN Stanley. The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism,. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002.
- RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000;
- ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Bueno Aires: Eudeba, 1997;
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado, 2:83, 2006;
- SCHWARTZ, B. A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law. New York: Oxford University Press, 1997;
- SCHIMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2001;
- SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985;
- SUNSTEIN, Cass. The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1994;
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- TOHARIA, Juan José. Solución de los Conflictos em los Sistemas Democráticos. Justicia Electoral, na. 1998, n. 11, p.30. TOURAINE, Alain. O que é a democracia. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO

MOBILE: O NOVO EMPREGADO*

MOBILE: THE NEW EMPLOYEE

**Leonardo Rabelo de Matos Silva
Marcus Lannes Loureiro
Bruna Adnet Grisolia**

RESUMO

As transformações no mundo do trabalho, promovidas pela Era do Conhecimento e pela Tecnologia da Informação (TI) produzirão uma modalidade particular de empregados neste século que se inicia: o empregado mobile. Grandes corporações têm investido na transferência de seus recursos humanos para além de seus escritórios e estabelecimentos. Além da clara economia, sabe, através de pesquisas, que a produtividade aumenta nos chamados home offices. Mas analisar este caso requer um enfoque inicial e relevante: os elementos caracterizadores do contrato de trabalho encontram-se intactos. A habitualidade resta clara à medida que os trabalhos na TI são realizados em rede, com comunicação em tempo real, que integra toda a equipe pelo menos oito horas por dia. A subordinação é direta, e os mobiles trabalham com metas e projetos controlados de perto pelos gerentes e supervisores. A pessoalidade não é menos óbvia, pois se trata de trabalho altamente especializado. E a onerosidade reside no caráter sinalagmático e no pagamento dos salários. Conclui-se preliminarmente que o contrato do mobile não difere em nada do trabalhador em domicílio, descrito no Artigo 6º da CLT, segundo o qual “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. Esta nova modalidade de trabalho, com estas características, requer uma ampla discussão envolvendo gestão administrativa, sociologia e o direito, travada com objetivo de auxiliar a produção normativa, assegurando a solução de conflitos advindos desta relação, pois o Direito é "orgânico", e precisa acompanhar a própria evolução da sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO – EMPREGADO MOBILE – TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO

ABSTRACT

The transformations in the world of work, such promoted by the Age of Knowledge and Information Technology (IT) will produce and new and special kind of employee the new century begins: the mobile worker. Large corporations have been investing in

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

transferring part of it' s humans resources beyond it' s offices and plants. Natural cutback is obvious, and it is demonstrated in many researches, that productivity rise in home-offices environments. Analyzing this particular case demands an initial and relevant approach: the identifying elements of work contracts remain intact. The continuity remains clear as IT work is carried through internet, with communication in real time, that integrates all the team at least eight hours per day. The subordination is direct, and mobiles workers with goals and controlled projects are closely observed by supervisors. The personal characteristic is not less obvious, therefore there are highly specialized tasks. Salary payments inhabits in the bilateral character of wages. It is concluded preliminarily that the contract of mobile does not differ in nothing from the worker at home, described in Article 6 from the CLT, according to which “if does not distinguish enters the carried through work in the establishment of the employer and the executed one in the domicile of the employee, since whom the employment relationship is characterized”. This new modality of work, with these characteristics, requires a wide discussion involving administrative management, sociology and Law, with objective of assisting the normative production, assuring the solution of conflicts happened of this relation, therefore Law is organic, and needs to follow the proper evolution of the society.

KEYWORDS: GLOBALIZATION – MOBILE WORKER – INFORMATION TECHNOLOGY – TRANSFORMATIONS IN LABOR WORK

INTRODUÇÃO

A Tecnologia da Informação (TI) produzirá uma modalidade própria de empregados neste século que se inicia: O empregado *mobile*. Grandes corporações, como a IBM, têm investido na transferência de seus recursos humanos para além de seus escritórios e estabelecimentos. Além da clara economia, sabe, através de pesquisas, que a produtividade aumenta nos chamados *home offices*. A sensibilidade premonitória de um dos grandes gênios da literatura brasileira, Monteiro Lobato, que em 1926 previu em “O choque das Raças” ou “O Presidente Negro” que: “A roda terá seu fim. O rádio-transporte tornará inútil o corre-corre atual. Em vez de ir, todos os dias, o empregado para o escritório e voltar pendurado num bonde (...) fará ele o seu serviço em casa e o radiará para o escritório”. Mas analisar este caso requer um enfoque inicial e relevante: os elementos caracterizadores do contrato de trabalho encontram-se intactos. Senão vejamos: A *habitualidade* resta clara à medida que os trabalhos na TI são realizados em rede, com comunicação em tempo real, que integra toda a equipe pelo menos oito horas por dia. A *subordinação* é direta, e os *mobiles* trabalham com metas e projetos controlados de perto pelos gerentes e supervisores. A *personalidade* não é menos óbvia, pois se trata de trabalho altamente especializado. E a *onerosidade* reside no caráter sinalgmático e no pagamento dos salários. Conclui-se preliminarmente que o contrato do *mobile* não difere em nada do trabalhador em domicílio, descrito no Artigo 6º da CLT, segundo o qual “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. O mais interessante é que estes contratos ainda podem encaixar-se no ordenamento jurídico de forma ainda melhor do que muitos trabalhos prestados em

estabelecimentos empresariais. Pode se citar como exemplo que as horas-extras podem ser aferidas por via digital, não caindo no limbo do Banco de Horas, que prevê compensações em até um ano (Art.59 §2º da CLT). Nenhum trabalhador consegue manter controle de suas horas extraordinárias por um ano, a menos que o faça por meio digital. Não obstante, a discussão remete a uma dúvida: O trabalho é ou não mais importante que o emprego? Esta seria a evolução natural dos empregados *mobile*? Seria o fim do emprego? Fukuyama previu o fim da história, Giddens discutiu a terceira via. Todas são possibilidades teóricas, ainda que cronologicamente distantes.

1. O trabalho *mobile* como parte da cadeia produtiva internacional

Um estudo realizado em seis países da União Européia - Itália, Grécia, Portugal, Espanha, Reino Unido e Holanda - constatou grande heterogeneidade nos padrões das cadeias produtivas, em especial, as que envolvem o trabalho *mobile*. Esta realidade apresenta um cenário extremamente desigual. Se há, numa ponta, grandes corporações, operando em escala mundial, em contrapartida encontram-se formas de trabalho bastante vulneráveis e desprotegidas. Há ainda que levar em conta estudos que procuram relativizar os impactos negativos da flexibilização do emprego sobre as condições de trabalho. Carnoy, Castells e Benner analisando o crescimento do emprego flexível no Vale do Silício (EUA) nos últimos dez anos, consideram que, se é bem verdade que aumenta a insegurança dos empregados desqualificados, o mesmo não pode ser dito dos trabalhadores altamente qualificados. Os profissionais de TI têm conseguido usar as novas políticas de gestão da mão-de-obra, a seu favor. Entre estas possibilidades, a rotatividade *inter-empresas*, favorece a rápida disseminação da inovação na economia global abrindo possibilidades de carreiras brilhantes para mão-de-obra altamente qualificada. Resta demonstrado que as condições e os resultados dos processos de flexibilização não são uma via de mão única, cujo traçado é conhecido, contudo, não forçosamente prejudicial. A flexibilização nos países industrializados tem questionado a clareza com que se costumava distinguir o setor formal do informal. A forte relação mantida entre estas duas modalidades de trabalho, que deu a tônica aos estudos latino-americanos sobre mercado de trabalho nos decênios de 70 e 80, começa a ser identificada e analisada por autores europeus no contexto dos países de alta renda. Esta nova realidade do mundo do trabalho tem atualizado e renovado consideravelmente os debates sobre a definição do que seja trabalho à domicílio. No pensamento internacional, a definição não é consensual. A proposta da OIT, objeto da Convenção n.177/96, caracteriza em seu artigo 1, a I, o trabalho a domicílio como a produção de bens ou serviços feita por um indivíduo, no seu domicílio ou em lugar de sua escolha, em troca de salário, sob a especificação de um empregador ou intermediário. Tal definição enfatiza o fator subordinação na relação entre as partes em detrimento do local da prestação.

A força desta modalidade tem atingido o próprio Estado, podendo-se citar a Espanha, que através do BOE 23-06-2006, promove um projeto-piloto no qual os empregados públicos tornar-se-ão telepresenciais em atividades-fim da administração pública.

2. Breve análise histórica

Conforme Kugelmass, o trabalho remoto ou "a administração à distância" foi inventado em 1857, quando J. Edgar Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn, descobriu que poderia usar o sistema privado de telégrafo de sua empresa para gerenciar divisões remotas, desde que delegasse a elas um controle substancial no uso de equipamento e mão-de-obra.

As primeiras experiências com o trabalho a distância ou trabalho *mobile* surgiram no decênio de 1950 com os estudos de Norbert Wiener sobre a Cibernética, identificando dois tipos de comunicação, permutáveis entre si: com o transporte físico e com o transporte de informação. Wiener exemplifica com um caso hipotético: um arquiteto, vivendo na Europa, poderia supervisionar, a distância, a construção de um prédio nos EUA utilizando a comunicação por fac-símile.

Já em 1960 reaparece na sociedade europeia o trabalho em casa (domicílio), quase extinto desde os finais do século XIX, ocorrendo inicialmente na produção de vestuário, têxteis e calçados e, no decênio de 70, em outros setores como embalagem e montagem de artigos elétricos e eletrônicos, alimentação industrial, bebidas, detergentes, plásticos e cosméticos.

Assim, da convergência do trabalho a distância e do trabalho em casa, surge o conceito de trabalho *mobile* nos anos 70. Na obra de Alvin Toffler, em 1980, é anunciada a probabilidade de, em um futuro próximo, milhões de pessoas se deslocarem dos escritórios e fábricas para seus domicílios, originando uma "indústria familiar de tipo superior, fundada sobre a eletrônica e, concomitantemente, uma nova polarização sobre o lar, tornado o centro da sociedade".

Assim, nos decênios de 1960 e 1970, começaram a surgir previsões entusiastas sobre o trabalho a domicílio, graças ao progresso da tecnologia, que se polarizaram nos anos seguintes.

O interesse por essa nova modalidade de trabalho surgiu pela junção de vários fatores, entre os quais a crise energética, principalmente a petrolífera, a diminuição de preço dos computadores pessoais e o aparecimento da "telemática", objetivando reduzir o *commuting*, ou seja, o deslocamento casa-trabalho e vice-versa ou, ainda, *telecommuting*, substituindo o transporte físico do trabalhador pela telecomunicação.

Esse chamado "paradigma da deslocalização" (ou da substituição) tem como pressupostos: a) desconcentração da atividade assalariada, ou seja, levar o trabalho ao trabalhador, substituindo o deslocamento casa-trabalho pela telecomunicação; b) solução para problemas como congestionamento de tráfego urbano, poluição

atmosférica; c) redução de custos de deslocamento, instalações, mão-de-obra; d) motivação social como solução para pessoas incapacitadas, idosas.

Em síntese, o desenvolvimento tecnológico ordenado ocasiona uma nova organização espacial da empresa.

Em 1980, com o fortalecimento do chamado "trabalho em casa", críticas surgiram sob a acusação de que tal tipo de trabalho levava ao isolamento social, atomização do trabalho e exploração do trabalhador, predominantemente feminino.

Uma pesquisa realizada em 1984 entre mais de 10.000 trabalhadores na França, Itália, Reino Unido e Alemanha indicou que, de uma população ativa de 90 milhões de pessoas, 13 milhões aceitariam realizar trabalho fora da empresa. Em 1987, a British Telecom demonstrou que 25% dos trabalhadores, cujas atividades permitiam um trabalho a distância, estavam dispostos a praticá-lo em suas casas em tempo integral, enquanto 50% o aceitariam em tempo parcial.

No Canadá, uma pesquisa feita em 1989 em 250 empresas indicou que 1/3 das 54 empresas já utilizava tecnologia avançada, mas apenas 21% haviam implantado o trabalho *mobile*. Na Escandinávia, o trabalho *mobile* desenvolveu-se principalmente nos centros vicinais rurais; na Finlândia, foi criado em 1990 o primeiro centro de trabalho a distância. Na mesma época, (1990), no Japão, foram instalados escritórios-satélites, como alternativa aos congestionamentos cotidianos na área urbana de Tóquio.

Houve, portanto, em 1990, o ressurgimento do interesse pelo trabalho *mobile*, visto, porém, no contexto de outro paradigma, "paradigma econômico" (ou da diferenciação), implicando outros pressupostos interligados: a) trabalho *mobile* como fonte de valor acrescentado, ou seja, com interesse econômico para as empresas; b) substituição da noção clássica de trabalho *mobile* pela de "telesserviço" (telegestão, teletradução, teleformação, telessecretariado, etc.); c) criação de estruturas para a organização do mercado desses telesserviços.

Nos anos de 69 e 70, foram publicadas algumas das obras consideradas fundamentais no estudo da chamada "sociedade da informação", denominação prevalente sobre "aldeia global", "novo estado industrial", economia da informação, terceira vaga, etc.

Tal denominação acentua a informação, entendida como o recurso fundamental, com um valor e uso próprios, como a base do desenvolvimento tecnológico, econômico, social e cultural. Em uma sociedade desse tipo, o centro da vida econômica e social é a informação, baseada na produtividade em crescimento econômico, substituindo o trabalho como fonte de valor. Portanto, o conhecimento e a informação tornam-se "o agente transformador da sociedade pós-industrial".

O reconhecimento dessa sociedade da informação envolve critérios tecnológicos (as Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC's), sociais (qualidade de vida), econômicos (a informação como fator-chave: serviço, mercadoria), políticos (liberdade de informação, levando a maior participação e consenso) e culturais (reconhecimento do valor cultural da informação, visando à promoção do desenvolvimento nacional e individual).

Essa visão da sociedade da informação, dos anos 70 e 80, é, para alguns estudiosos, uma verdadeira utopia; outros, porém, são menos otimistas, pelo surgimento da "guerra eletrônica", porque teria falhado na economia, em face da recessão, e no combate ao desemprego.

Há, portanto, questões psicossociais decorrentes (local de trabalho, isolamento do indivíduo, horário flexível, confusão de papéis sociais e as relações interpessoais na família e o caso específico da mulher teletrabalhadora no domicílio), assim como questões sociais (baixa remuneração, falta de definição jurídica, saúde e segurança no trabalho e a falta de cobertura social), além de outras referentes aos interesses do próprio empregador (custos laborais, supervisão da tarefa, aumento da produção e a mão-de-obra flexível).

Porém, a realidade já demonstrou que:

- a) a informática não levou ao desemprego maciço, mas criou novas oportunidades de emprego;
- b) a maior parte dos trabalhadores parece trabalhar mais que antes, tornando um mito a sociedade de lazer;
- c) as fábricas totalmente robotizadas e automatizadas são ainda ficção;
- d) o "escritório sem papel" é uma utopia, pois o consumo de papel aumenta com o computador, fax, etc.

A revolução na tecnologia da informação cria problemas à sociedade, destacando-se maior vulnerabilidade perante as falhas tecnológicas, problemas relativos à segurança dos dados armazenados nos computadores, dificuldade de tecnologias mais avançadas para o cidadão comum e acréscimo da vigilância eletrônica.

Também, quanto ao empregado, constitui problema a sobrecarga de informações, em termos de relações humanas, pelo empobrecimento da interação social.

A maior parte das pesquisas americanas demonstrou que o trabalho em casa deve obedecer a algumas condições:

- a) limitar ou simplificar ao máximo os equipamentos, como computador e telefone;
- b) dar ao indivíduo os meios de controlar seu ritmo de trabalho;
- c) preferir as atividades que necessitem de concentração intelectual;
- d) definir planos de trabalho quando necessário.

3. Trabalho *mobile*

3.1. Conceito

Amauri Mascaro Nascimento, já em 1991, proclamava que o trabalho a domicílio voltaria a ter um importante papel na economia, com as novas formas de contratação:

Nossa lei prevê o "contrato de trabalho a domicílio". Vai voltar com a tecnologia, a cibernética que permite alguém trabalhar em sua própria residência, agora com computador, recebendo ou transmitindo instruções e se adaptando a elas. De modo que o trabalho a domicílio, na nova era que se apresenta, tende a se firmar ou a se reafirmar, não mais como apenas o trabalho da costureira, do marceneiro, mas de outros tipos de profissão (MASCARO NASCIMENTO, Amauri, "Novas formas de contratação laboral. Obsolência do Direito do Trabalho?" in Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho do Paraná)

Cabe, assim, examinar-se esse novo tipo de contratação, o chamado trabalho *mobile*, trabalho periférico, a distância, remoto ou telecommuting, expressão usada nos Estados Unidos, ou *telearbeit* ou *fernarbeit* (trabalho por telecomunicação, na Alemanha), ou, ainda, *homebased business* (Estados Unidos), como trabalho complementar ao principal, desenvolvido na empresa.

Pinho Pedreira reproduz várias definições de doutrinadores estrangeiros, fazendo a respectiva crítica:

a) Para o jurista italiano Olson, o trabalho *mobile* realiza uma "expansão da organização do trabalho empregatício mediante a tecnologia do escritório". Tal definição, porém, não esclarece que o trabalho é a distância, não admite a existência de teletrabalhador autônomo e refere tecnologia de escritório sem esclarecer o que entende por esta expressão. Considera trabalho *mobile* apenas o prestado com o uso exclusivo de meios tradicionais de comunicação, como o telefone, sendo inaceitável pela restrição adotada.

b) Já Breton, Ministro do Interior da França, propôs em 1994, como definição de trabalho *mobile*, três características básicas: 1) ele se efetua a distância, ou seja, fora dos acessos imediatos do lugar onde o resultado deste trabalho é esperado; 2) o dador de ordens não pode fisicamente fiscalizar a execução do trabalho; 3) este se efetua por meio de computadores ou por aparelhos de telecomunicação. Tais características levam à exclusão dos empregados em regime de sobreaviso ou contactados por bip, que só trabalham em caso de chamada e nas condições habituais (a chamada teledisponibilidade, que pode eventualmente atingir a vida privada daqueles), e dos teleconselheiros e outros teleatores, assim entendidos os empregados que respondem por telefone fora dos horários habituais, mas sempre a partir da empresa. Pinho Pedreira igualmente critica tal definição, pois também considera como trabalho *mobile* apenas o prestado com aparelhos de comunicação "pré-informáticos", ou seja, por meio de celulares, bips, etc.

c) Paola Borgna admite trabalho *mobile* "quando a atividade é desenvolvida a distância da empresa (de modo estável ou móvel) com o suporte do computador (ligado em rede

ou *stand alone*)", realçando que "o elemento mais apto a dar conta da multidimensionalidade - além da novidade - do trabalho *mobile* (com o fim de dele elaborar um conceito no máximo possível aderente aos fatos) é aqui individuado no computador, esteja ele ou não ligado com a sede central da empresa". Tal posição é criticável porque restringe o trabalho *mobile* à atividade empreendida a distância da empresa quando pode haver trabalho *mobile* prestado não a distância, e sim a distância da sede principal da empresa.

Como bem ressalta Pinho Pedreira, o trabalho *mobile* em vários casos se realiza a distância não da empresa, e sim do centro de atividades desta, sintetizando seu entendimento de trabalho *mobile* como "atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede principal da empresa, de forma telemática, podendo ser exercido em parte na sede da empresa e parte em locais dela distantes".


Já José Augusto Rodrigues Pinto, ao examinar a nova realidade econômica (trabalho *mobile*), afirma que o teletrabalhador faz parte do gênero dos trabalhadores, daí podendo infletir para uma de suas espécies básicas - o autônomo ou o subordinado. Esta última irá interessar à disciplina tuitiva do Direito do Trabalho e nesse caso poderemos vê-la sob dois perfis: o do trabalho prestado em telecentro da empresa, assimilado à noção de estabelecimento, e o do trabalho prestado em sua própria residência ou escritório individual, que identificará o trabalhador, irrecusavelmente, com o empregado a domicílio. No primeiro caso, havendo subordinação direta ao empregador na empresa, o contrato será tratado dentro do que poderemos definir como um contrato de emprego comum ou ordinário. No outro, a relação irá para o terreno do contrato especial de trabalho em domicílio, com todas as dificuldades de tratamento que provoca, a ponto de já o termos considerado "espécie de patinho feio da relação individual", fonte de dificuldades na disciplina de sua execução e, principalmente, de sua própria caracterização.

Cabe, finalmente, afirmar que a necessidade da coexistência simultânea de três elementos independentes dentro do trabalho *mobile*:

a) um elemento espacial que consiste na prestação de trabalho realizada em lugar diverso do habitual (na empresa). Há uma clara dispersão espacial. Ressalte-se que não há necessidade da presença do empresário ou de algum de seus representantes no lugar do trabalho, o que não implica que não haja meios de controle da prestação trabalhista. O teletrabalhador tem plena liberdade de escolha do local do trabalho, decorrente de um pacto comum ou de convenção coletiva acordada;

b) um elemento qualitativo, na prestação trabalhista por meio de equipamentos tecnológicos e de telecomunicação (computadores, correio eletrônico, celulares ou fax). Esta prestação pode ser feita de duas maneiras: por meio de uma empresa off-line - sem conexão informática constante com a empresa matriz, ainda que exista outro tipo de comunicação, como linha telefônica ou correio convencional, (não havendo controle efetivo, com maior autonomia do trabalhador, levando quase à categoria de trabalhador autônomo); ou por meio de *one way line* - vínculo unidirecional em que o teletrabalhador presta seus serviços com seu computador com uma conexão com os serviços informáticos centrais da empresa, e os dados fornecidos são passados diretamente aos da empresa, sem ainda haver controle direto ou contínuo sobre suas

atividades (envolvendo a própria tutela do direito à intimidade e os próprios meios de controles informáticos);

c) um elemento quantitativo, definindo o quantum da prestação para poder falar-se de trabalho *mobile*. 

3.2. Natureza jurídica

Diverge a doutrina quanto à forma de se desenvolver o trabalho *mobile*: autônoma ou não, com flexibilidade horária ou não, ausente ou não o empregador ou seu representante. Isso leva alguns doutrinadores a entendê-lo como atividade autônoma, e outros com vínculo empregatício.

Na verdade, a qualificação jurídica desses trabalhadores depende de seu conteúdo obrigacional, ou seja, de como se vai realizar a prestação de serviços, podendo ser tanto de natureza comercial quanto civil ou trabalhista. Quando um trabalhador realiza sua atividade em favor da empresa com controle do empregador, temos trabalho subordinado; quando, ao contrário, o realiza com autonomia, tendo recebido as diretrizes antes do início do trabalho e sem controle na fase sucessiva ao cumprimento, há o trabalho autônomo.

Aplicando-se ao Direito do Trabalho o princípio do contrato-realidade, o dador da ordem pode tornar-se empregador, mesmo contra sua vontade, transformando um contrato de empreitada em contrato de trabalho, conforme as condições concretas de execução da prestação da atividade laboral.

Assim, o trabalho *mobile* não faz desaparecer a subordinação, mas apenas provoca uma alteração em seu conceito, desestabilizando o equilíbrio de forças que rege a relação de emprego em favor do empregado e em prejuízo do empregador. Tal tendência aparece de forma clara em trabalhos de escritório e em processos de desqualificação e fragmentação do trabalho, trazendo um aumento qualitativo do controle externo sobre ele ou do técnico de programação que não é, de fato, mais subordinado do que o profissional liberal que se ocupa do software.

Rosário Gallardo Moya refere vários autores para os quais não se pode falar de uma simples relação de causa-efeito entre emprego de tecnologia e descaracterização do trabalho subordinado. O seu uso não provoca uma crise do conceito de dependência, mas uma alteração da morfologia do trabalho subordinado que obriga a mudança de valoração, ou seja, a uma recomposição mais imaginativa do sistema de indícios para desvelar sua existência com mais nitidez. Tais indícios propõem uma substituição da clássica inserção material na unidade produtiva pela inserção no sistema informatizado da empresa, de maneira tal que a dependência, entendida como submissão às ordens e diretrizes do empresário, pode ser fixada mediante a análise do programa que determina, canaliza e controla a prestação do trabalho. Em contrapartida, outros indícios se renovariam, como os relativos à dependência técnica, *rectius*, tecnológica. Assim, a propriedade do know-how seria um indício relevante da dependência ou independência,

pois, se este não é propriedade do teletrabalhador, redundará no caráter dependente da prestação.

Interessante a observação de Arcuri, quanto aos telecentros, ao referir que o fato de prestarem os trabalhadores os seus serviços em locais determinados pelo empregador pode ocasionar sua sujeição, em paridade com os outros trabalhadores em serviço na sede central, às diretrizes e ao controle daquele, em face do desenvolvimento das telecomunicações. Também à observância em geral dos mesmos deveres (horário de trabalho, semana de trabalho, medidas disciplinares, etc.) e ao gozo dos mesmos direitos (férias, retribuições, gratificações, promoções, etc.).

Já o trabalho *mobile* a domicílio se enquadra perfeitamente na definição de trabalho a domicílio, pois é suficientemente ampla, sendo seus elementos essenciais - o local ou o topográfico e a continuidade da subordinação - coincidentes, como inclusive demonstra o art. 6º consolidado. O trabalho a domicílio, se não-eventual, remunerado e subordinado, estará amparado pelo Direito do Trabalho, assim como, sem dúvida, o trabalho *mobile*.

Refere Pinho Pedreira a situação da França onde o teletrabalhador em domicílio é um assalariado de direito comum. As condições de execução da sua tarefa mostram uma subordinação jurídica permanente, citando o autor referido o que ocorre com a área de seguros, na qual o trabalhador necessita conectar-se permanentemente ou de modo regular e repetido com o provedor central da empresa. Se houver a conexão direta com o computador central (empresa on-line), a condição de assalariado se impõe; já se em off-line, tudo dependerá da espécie concreta da atividade que realiza. Portanto, só em casos muito raros não existirá relação de emprego a domicílio.

Nesse mesmo sentido, conclui-se que o fato de estar o trabalhador em contato contínuo e iterativo com a empresa, por meio de uma ligação on-line com o computador central, permite ao empregador fiscalizar continuamente o trabalho do empregado sem precisar chegar ao local onde é desenvolvido, pois, neste caso, a realização das tarefas, embora em outro local, é semelhante à que desenvolveria no interior da empresa. Conclui o autor que a noção de trabalhador subordinado também alcança o prestador de serviços no próprio domicílio, uma vez alterado apenas o lugar de desenvolvimento da atividade, sem alterar as outras características da relação empregatícia.

Já em relação ao chamado trabalho nômade, visto que seria a comunicação com a empresa por meio de seu próprio carro com o provedor central, não modifica a relação subordinada, dependendo apenas das condições concretas (ordens, controles, obrigações de horários, etc.) em que o trabalho é desenvolvido. É a situação dos vendedores-viajantes interligados à empresa por correio eletrônico, utilizando computadores laptop, na chamada portabilidade pela miniaturização dos componentes eletrônicos, e outros tipos de equipamentos como palmtop, notebooks, scanners, fax, etc.; assim também vendas pela Internet, tradução de documentos enviada por fax ou via internet.

4. Flexibilização ou Futuro?

Esta nova forma que a flexibilidade no trabalho tem assumido vem sendo denominada de trabalho *mobile*, *outsourcing*, ou trabalho *mobile*. Segundo Breton, três elementos caracterizam esta modalidade de trabalho: tratando-se de atividade realizada à distância, isto é, fora do perímetro onde seus resultados são esperados – o empregador não pode controlar fisicamente a execução da tarefa. O controle é feito com base nos resultados, não sendo, portanto, direto; – esta tarefa é feita através do uso de computadores ou outros equipamentos de informática e telecomunicações. Ray, por exemplo, ao estudar esta modalidade de trabalho, enuncia a perda de centralidade do princípio da subordinação nos moldes clássicos. O trabalho intelectual e todas as suas implicações – capacidade de iniciativa, responsabilidade, autonomia, caráter cumulativo, temporalidade distinta – vêm tornando mais importantes. O conceito de controle implícito na definição corrente de trabalho a domicílio, controle de equipamento ou matéria-prima e de modos de operação, que fundamentam a concepção do trabalho a domicílio como assalariamento disfarçado deve ser reavaliada para os trabalhadores a domicílio expostos ao trabalho *mobile*.

Constata-se que, aqui, o que está em jogo é mais a forma de organização da atividade do que tange a sua localização do que propriamente o estatuto do trabalhador que pode ser autônomo ou detentor de uma condição mais próxima da de assalariado subcontratado. Isto é, dependente. Em outras palavras, falar de trabalho a domicílio já não é mais suficiente para explicitar a condição do trabalhador envolvido, ao contrário do que acontecia no passado. Ora, como aponta Elizabeth Prügl, dependência é uma questão de grau. Trabalhadores a domicílio podem trabalhar com matéria-prima e equipamentos próprios, não obstante dependam de um grande comprador para colocar seus produtos no mercado ou prover os serviços para os quais são qualificados. O divisor de águas entre o tradicional trabalhador a domicílio e sua versão reatualizada, ao gosto das novas exigências da produção, reside precisamente no fato de o antigo ser um assalariado disfarçado, ao passo que o novo, por fortalecer a dimensão individual do trabalhador, reitera a figura do trabalhador independente, autônomo, não inserido numa relação salarial. Sua condição é muito mais fruto de uma opção consciente, negociada, quando facultativa, do que uma imposição externa sem apelação. Não por acaso em alguns países, como na França, frente às ambigüidades que caracterizam o surgimento de formas de trabalho a domicílio pouco usuais, onde a tecnologia mascara e confunde os laços de subordinação que se estabelecem, elaborou-se um regime jurídico específico que viesse contemplar as diversas modalidades de trabalho a distância. No Brasil, onde a legislação ainda não sofreu alterações, tal ambigüidade persiste e está na origem de conflitos que têm surgido à medida que grandes empresas, sobretudo no setor de serviços de informática e eletrônica, externalizam parte de suas atividades, de forma a reduzir seus custos fixos (mão-de-obra e infra-estrutura, como aluguel, etc) ou adaptar seu pessoal aos processos de deslocalização das suas sedes ou plantas industriais. A Kodak do Brasil reconhece o sucesso da sua estratégia de basear em casa, e não nos locais da firma, os funcionários das áreas de venda e assistência técnica. Estes permanecem assalariados da empresa, isto é mantêm vínculo empregatício, e respondem a metas estabelecidas por ela. Os ganhos de produtividade alcançados têm-se mostrado evidentes e inquestionáveis, segundo depoimentos de executivos da Kodak. No entanto, queixas contra a empresa foram feitas por alguns desses trabalhadores a domicílio,

reivindicando pagamento de horas extras ou cobertura de despesas com restituição de aluguel de espaço não pago pela empresa na moradia do trabalhador. Essas são, aliás, as alegações que acabam sendo negociadas na Justiça do Trabalho pelos empregados que foram deslocados para seus domicílios, na hora das demissões. Paralelamente, cresce o número de trabalhadores autônomos ou conta-própria, que são na verdade micro-empresários ou empresários individuais, donos do seu próprio negócio. É possível que em muitas ocasiões o tipo de serviço solicitado a estes profissionais assemelhe-se à condição de assalariado a domicílio, através do contrato firmado entre contratado e contratante. A prática indica que entre ambos firma-se um contrato de atividade, ou contrato de empresa, onde especifica-se a finalidade do mesmo e os resultados esperados. Contrariamente ao contrato de trabalho que estipula as condições concretas de execução da atividade a ser realizada (horas semanais, local, valor da remuneração básica) e esclarece, portanto, a existência de uma relação de subordinação clara entre patrão e empregado – que garante, assim, a este um conjunto de mecanismos de proteção –, o contrato de atividade pressupõe a independência de ambas as partes na definição de uma colaboração objetiva, onde cada qual assume os riscos econômicos e garante sua própria proteção. Não há outro vínculo entre prestador do serviço e demandante, senão a finalidade do mesmo, isto é a obtenção do resultado esperado. Na França, aliás, o legislador, receoso das possíveis combinações de estatutos que podem reger o trabalho a domicílio, dificultando a compreensão do vínculo empregatício de fato em jogo ou não, estabeleceu três regimes possíveis: a figura do trabalhador independente, a do trabalhador a domicílio e a figura clássica do assalariado. O que os diferencia entre si? O grau de independência (escolha dos clientes, do preço fixado, dos prazos e de todos os riscos inerentes à atividade). Cabe, no entanto, chamar a atenção para o fato de que esses três casos de figura podem ser cumulativos e aplicar-se a um mesmo indivíduo, na distribuição do seu tempo de trabalho.

CONCLUSÃO

O papel do Estado nas novas relações de trabalho está sendo discutido, surge um novo conceito de Estado, menos centralizado, dentro de uma economia de mercado altamente competitiva que necessita cada vez mais de estímulos para manutenção dos empregos. O jurista baiano José Augusto Rodrigues Pinto ensina que no Direito do Trabalho, a Revolução Tecnológica plantou as raízes de um movimento revisionista, tão controvertido quanto inevitável, o da flexibilização de princípios e normas, que permita a sobrevivência de seu papel de regulador tutelar das relações de trabalho subordinado no mundo capitalista ocidental. As mudanças na agenda do trabalho, chamadas costumeiramente de flexibilização, e, como um fenômeno revisional, supriria eventuais lacunas ou barreiras oriundas dos constantes avanços tecnológicos, mudando ou inserindo na lei conceitos que ao tempo de sua feitura lhe eram estranhos. O trabalho *mobile* é a flexibilização do tempo, meio e lugar da prestação do trabalho. Não se pode ignorar sua importância nos tempos modernos. O que muitos doutrinadores tem feito, até agora, foi tentar distanciar esta figura da realidade brasileira, mas o mundo sem fronteiras é um fato, insofismável. A relativização da distância é uma das principais características do processo de globalização. A tecnologia não é mais um recurso exclusivo de países de desenvolvimento pleno para ser parte integrante de um todo, o

mundo. Esta nova modalidade de trabalho, com estas características, requer uma ampla discussão envolvendo gestão administrativa, sociologia e o direito, travada com objetivo de auxiliar a produção normativa, assegurando a solução de conflitos advindos desta relação, pois o Direito é orgânico e precisa acompanhar a própria evolução da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARCURI, Giuseppe. *Aspetti giuridici in il telelavoro*. Milão: Franco Angeli, 1999.

BACELLAR, Margareth de Freitas. *O Direito do Trabalho na Era Virtual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BELTRON, Thierry. *Le télétravail en France*. La documentation Française, 1994.

BORIS, Eileen; PRÜGL, Elizabeth. *Bias in Labour Law: A critique from the standpoint of homebased workers*. In *Homeworkers in Global Perspective: Invisible no More*. New York: Routledge, 1996.

BRENTON, Thierry. *Le Télétravail en France: Rapport au Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire et au Ministre des Entreprises*. Paris: La Documentation Française, 1994.

CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. *Labour markets and employment practices in the age of flexibility: a case study of Silicon Valley*. in *International Labour Review*, vol. 136, n. 1, 1997

CARELLI, Rodrigo Carelli. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004

FORESTER, Tom. *Megatrends or megamistakes?* Information Society, v. 08.

Favereau, O. *et alii*. Introdução do número especial da revista *Sociologie du Travail*, XXXVII 4/96, *Contrats et Pratiques Contractuelles: approches pluridisciplinaires*, Paris: Dunod, 1996, p. 433

KUGELMASS, Joel. *Teletrabalho - novas oportunidades para o trabalho flexível*. São Paulo: Atlas, 1996.

- LEMESLE, Raymond-Marin; MAROT, Jean-Claude. *Le télétravail*. Paris: PUF, 1994.
- MARTIN, William J. The information society - idea or entity? *The Information Society*, v. 40, 1988.
- MOYA, Rosário G. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio*. Madri: Ibidem Edición, 1998.
- NILLES, Jack. *Fazendo do trabalho mobile uma realidade*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997.
- PINHO PEDREIRA, José. O trabalho *mobile*. *Revista LTr* 64/05, São Paulo, maio/00.
- PINTO, José A. Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- RAY, Jean-Emmanuel. Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur. *Droit Social*, n. 2, fev./1996.
- ROBBINS, Kevin; WEBSTER, Frank. *Plan and control: a critique of Daniel Bell*. New Jersey: Ablex, 1989.
- Serverin, Evelyne. *Propos Croisés entre Droit et Économie sur la Place de l'Incertitude et de la Confiance dans le Contrat*. In *Sociologie du Travail*.
- TATE. Jane. *Every Pair Tells a Story*. Pesquisa sobre cadeias de trabalho domiciliar e sub-contratação em seis países da União Européia. Genebra: Employment and Industrial Affairs, 1996.
- TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Trabajo a Domicilio*. Conferência Internacional do Trabalho, 82ª Réunião, Genebra, 1995.
- WINTER, Vera Regina Loureiro. *Trabalho mobile: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005

* Advogado, Doutorando em Direito Econômico (PPGD/UGF) e Coordenador do Curso de Direito da UVA/RJ.

** Bacharelado em Direito, membro do Grupo de Pesquisa sobre “As novas relações de trabalho no mundo globalizado”.

TATE. Jane. *Every Pair Tells a Story*. Pesquisa sobre cadeias de trabalho domiciliar e sub-contratação em seis países da União Européia. Genebra: Employment and Industrial Affairs, 1996.

CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. *Labour markets and employment practices in the age of flexibility: a case study of Silicon Valley*. in *International Labour Review*, vol. 136, n. 1, 1997

Os delegados da 83ª Conferência da OIT aprovaram, mediante votação, um texto sobre trabalho a domicílio em junho de 1996. Neste texto, reconhece-se que os trabalhadores a domicílio são um setor em expansão no mercado de trabalho e devem ter direito a condições mínimas de salário e modalidades de ocupação, estabelecidas por convenção internacional.

OIT. Convention n.177/96. *Article 1. For the purposes of this Convention: a. the term home work means work carried out by a person, to be referred to as a homemaker, in his or her home or in other premises of his or her choice, other than the workplace of the employer.*

“*Teniendo en cuenta estas ventajas, los poderes públicos de nuestro entorno han adoptado diferentes medidas para impulsarlo, entre las que cabría destacar el Acuerdo marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas, a iniciativa de la Comisión Europea, por los interlocutores sociales de ámbito europeo más relevantes. Asimismo, en el ámbito de lo público, un número importante de Estados miembros de la Unión Europea están desarrollando distintas iniciativas y experiencias de teletrabajo enfocadas a los empleados públicos*”.<http://www.boe.es/boe/dias/2006/06/23/pdfs/A23775-23776.pdf>. Acesso em 07.01.2008.

KUGELMASS. Joel. *Teletrabalho: novas oportunidades para o trabalho flexível*. São Paulo: Atlas, 1996. p.17

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Rio de Janeiro: Record, 1980

LEMESLE, Raymond-Marin; MAROT, Jean-Claude. *Le télétravail*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994

Denominação dada por Jack Nilles, em 1973

LEMESLE. op cit. ps 3-6

LEMESLE e MAROT. *Op. cit.*,p.3

ROBBINS, Kevin & WEBSTER, Frank. *Plan and control: a critique of a Daniel Bell*. New Jersey: Ablex Publishing Corporation, 1989

MARTIN, William J. “The information society – idea or entity?” *The information society* v. 40 11/12, 1988, pp. 303-309

FORESTER, Tom. “Megatrends or megamistakes?” *Indiana: IU; What ever happened to the information society?*, v.8, 1992, pp.133-146

LEMESLE e MAROT. *Op. cit.*,p.82-88

NILLES, Jack “Enviar trabalho ao trabalhador no lugar do trabalhador ao trabalho”
Fazendo do teletrabalho uma realidade. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo:
Futura, 1997 p.40

PINHO PEDREIRA. O teletrabalho. Revista *LTr* 64/05 maio 2000, pp.583-588

OLSON apud ARCURI, giuseppe. *Aspetti giuridici in il telelavoro*. Milão: Franco
Angeli, 1999

BRETON, Thierry. *Le télétravail em france*, rapport au Ministre de l’Interieur ed de
l’Aménagement du territoire et au Minitre dès Enterprises. La documentation Française,
1994, p.15

BORGNA apud PINHO PEDREIRA. *Op. Cit.*, p.54

PINTO, José Augusto Rodrigues, Curso de direito individual do trabalho. 4 ed. São
Paulo: LTr, 2000, p. 117.

MOYA, Rosário. *El viejo y El nuevo trabajo a domicilio*. Madri: Ibidem Edición, 1998,
PP.71-72

ARCURI, Giuseppe. *Op. cit.*, p.208

BRENTON, Thierry. *Le Télétravail en France: Rapport au Ministre de l’Intérieur et de
l’Aménagement du Territoire et au Ministre des Entreprises*. Paris: La Documentation
Française, 1994.

RAY, Jean-Emmanuel. *Le Droit du Travail à l’Épreuve du Télétravail: le statut du
travailleur*. In *Droit Social*, n. 2, 1996, p. 121-127.

BORIS, Eileen; PRÜGL, Elizabeth. *Bias in Labour Law: A critique from the standpoint
of homebased workers*. In *Homeworkers in Global Perspective: Invisible no More*. New
York: Routledge, 1996.

RAY, Jean-Emmanuel, *op. cit.*

DISPENSA IMOTIVADA: CAPTURA DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR*

ARBITRARY DISMISSAL: CAPTURE OF THE SUBJECTIVITY OF THE EMPLOYEE

Fernanda Antunes Marques

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 – conferiu a garantia aos empregados contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que fixará uma indenização compensatória, dentre outros direitos. Contudo, o entendimento pretoriano insurge no sentido de que se trata de norma de eficácia contida, dependendo de lei complementar para que seus efeitos se tornem hábeis a ingressar no mundo jurídico. É, na verdade, mais uma prática neoliberal de captura da subjetividade do trabalhador – hoje visto como se mercadoria fosse - facilmente descartada e substituída. O desemprego é estrutural. A rotatividade nas empresas é grande. Como ao Direito do Trabalho não é dado o poder da criação de novos postos de trabalho, a ele é dado o poder da interpretação. Neste sentido, aplicando as normas contidas no arcabouço jurídico nacional, constata-se que a norma constitucional contida no artigo 7º, I, é de eficácia plena. Até porque outro sentido não se poderia ter: uma vez que se vive em um Estado que diz Democrático de Direito, é o trabalho o valor fundante a ser protegido e regulamentado. Daí o porquê da ilegalidade da dispensa arbitrária, correlacionando com o conceito de Justiça formalizado por Aristóteles. É o que se pretende analisar, levando-se em consideração a centralidade do ser humano, em toda sua inexorabilidade e extensão, como sujeito de direitos e como a mais bela das criações.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: DISPENSA ARBITRÁRIA; SUBJETIVIDADE; TRABALHADOR; JUSTIÇA.

ABSTRACT

The Brazilian Republican Constitution of 1988 granted to the employees the guarantee against arbitrary dismissal, depending on the edition of a complementary law, which will establish the correspondent compensation. However, the jurisprudential understanding insists on telling that the legal norm does not have any applicability. It is,

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

in fact, another neoliberal politics of capturing the subjectivity of the employee – considered an object – easily substituted. The unemployment is structural. Since the Employment Law can not create new job posts, it has been given the power to interpretation. So, analyzing the norms which integrates the national legal system, it is possible to come to the conclusion that the article 7, I, has total applicability, not depending on a complementary law. There is no other sense. If we live in a State that considers itself as Democratic and Jurisdictional, we will come to the conclusion that employment is the a value which needs to be protected. That's why the illegality of the arbitrary dismissal. That's what it is intended do analyze, taking into consideration the human being and its all complexity.

KEYWORDS: KEYWORDS: ARBITRARY DISMISSAL, SUBJECTIVITY, EMPLOYEE, JUSTICE.

I INTRODUÇÃO

Com o presente artigo pretende-se realizar um estudo sobre a adequação de normas infraconstitucionais e princípios constitucionais para interpretação e aplicabilidade da norma contida no artigo 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, fazendo uma correlação com o conceito de justiça já ensinado por Aristóteles.

É que a Carta Magna estabeleceu diretrizes que resguardam a segurança e dignidade nas relações de trabalho ao conferir aos empregados a garantia contra a dispensa arbitrária. Contudo, questiona-se quanto à aplicabilidade e eficácia desta norma constitucional no direito pátrio.

Dessa forma, pretende-se trabalhar a perspectiva do trabalhador – figura hipossuficiente na relação trabalhista – e seus medos e agonias frente ao direito potestativo do empregador. A dispensa arbitrária, na verdade, será tratada como forma de captura da subjetividade, vez que o trabalhador, na sociedade capitalista, é considerado mera mercadoria – ainda que especial - cuja finalidade única é produzir novas mercadorias e valorizar o capital. Torna-se um ser estranho, um meio de sua existência individual à mercê do capital, como se uma *marionete* fosse, facilmente descartada e substituída. Daí a captura da subjetividade do trabalhador, pela dispensa arbitrária.

Para trabalhar a questão proposta, parte-se da idéia de que a dispensa arbitrária contraria princípios basilares do ordenamento jurídico, entre eles o tão aclamado princípio da dignidade da pessoa humana, eis que o abuso do direito potestativo do empregador gera um sentimento de medo, agonia e dor. Assemelha-se, na linguagem de Herbert Marcuse, à era de *Thanatos*.

Tudo isto dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, que tem como pedra angular o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A PROTEÇÃO DO EMPREGO NO MUNDO E NO BRASIL:

2.1 Breve análise do surgimento do Direito do Trabalho nos países de capitalismo central

Na transformação da natureza pelo homem, ressoa também o paradoxal mundo do trabalho. Paradoxal pelos seus inerentes antagonismos: fonte de vida e morte; prazer e dor; realização e desconstrução do ser que trabalha. Como já ensinou o ditado chinês, tudo na vida tem seu lado bom e mau, assim como há o belo e o feio, em inelutáveis contradições. *“Então, por que prender a vida em conceitos e normas? O belo e o feio... O bom e o mau.... Dor e prazer... Tudo, afinal, são formas e não degraus do ser!”*[2]

Desde que o homem primitivo descobriu a pedra como extensão de seu punho e a madeira como extensão de seu braço, é que, constantemente, o homem age na natureza, transformando-a. E assim vem fazendo desde os tempos primitivos até os dias atuais, com contornos e necessidades diferentes, conforme as peculiaridades inerentes a cada época vivida. A escravidão, na Roma Antiga; na idade média, o feudalismo e as relações de vassalagem; mais tarde, as corporações de ofício, com seus mestres e aprendizes. Já no século XIX, com a consolidação do modo de produção capitalista, assistiu-se ao crescimento de uma nova e especial relação jurídica – a do trabalho assalariado. O instituto da propriedade privada delineou a estruturação de uma nova divisão social do trabalho e a constituição de uma sociedade de classes, na qual predominava a hegemonia da classe burguesa – detentora dos meios de produção – e a exploração da classe operária – detentora da força de trabalho.

Nesse contexto vigorava a política capitalista liberal. O Estado, naquele momento, não era bem-vindo. Sua função se restringia a garantir – e tão-somente – o sistema que acabara de nascer.

A autonomia da vontade formalizada pelo contrato de trabalho proporcionou a potencialização da exploração do ser que trabalha. De forma a saciar a insaciável sede do capital, a classe operária se entregava a toda e qualquer exigência; a toda e qualquer jornada de trabalho – sempre excessivas – em troca de mínimos salários. A criança trocava o brinquedo e a doçura da infância pela agressividade da máquina que produz, tece e às vezes mata.

O trabalhador era considerado meramente *res* a serviço do capital. E assim permaneceu até que ventos fortes soprassem novas ideologias – o socialismo de *Marx e Engles*; até que eclodissem inúmeras agitações sociais pugnando por melhores condições de trabalho; até que guerras fossem travadas, com extermínio de muitos e até que sentimentos de fúria e injustiça ocupassem espaços nos corações dos oprimidos e miseráveis.

O trabalhador passou a reconhecer sua capacidade de resistir à opressão alheia quando envolvido no processo de superexploração e procurou afastar-se dessa condição de

manifesta fragilidade. Em face do processo de exploração e da tomada de consciência coletiva, os trabalhadores gritavam:

Pai, afasta de mim este cálice

Pai, afasta de mim este cálice

De vinho tinto de sangue

Como beber dessa bebida amarga?

Tragar a dor engolir a labuta?

Mesmo calada a boca resta o peito

Silencio da cidade não se escuta

De que me vale ser filho da santa?

Melhor seria ser filho da outra

Outra realidade menos morta

Tanta mentira tanta força bruta (...) [3]

A mesma fábrica que oprime, reúne. E assim deu-se início aos movimentos reivindicatórios, patrocinados pela construção da identidade coletiva da classe operária. É a consciência de classe e o sentimento de solidariedade fatores de sua libertação[4]:

A principal diferença entre o trabalho escravo e o moderno trabalho livre não é a posse da liberdade pessoal – liberdade de ir e vir, liberdade de atividade econômica e inviolabilidade pessoal -, mas o fato de que o operário moderno é admitido na esfera pública e é completamente emancipado como cidadão[5].

2.1.1 O Estado de Bem-Estar Social e a consolidação do Direito do Trabalho

A partir de então, clamou-se pela presença do Estado, no intuito de garantir a manutenção do sistema capitalista, mesmo que reduzindo, em termos, o desequilíbrio das forças econômicas, tecendo regras mínimas. Uma das principais políticas de intervenção foi implementada pelos Estados Unidos da América, já na década de 1930, conhecida como *New Deal*.

O keynesianismo, seu suporte teórico, notabilizou-se pelo *welfare state* e consagrou, historicamente, a possibilidade de integração intermitente entre capital e trabalho, ao mesmo tempo em que propiciou o aumento do nível de atividade econômica e repartição dos ganhos de produtividade. Sua história teve início no século XIX, consolidando-se a partir de finais do século XX:

Sua história firma-se a partir de finais do século XX, com a emergência das organizações sindicais e políticas dos trabalhadores no capitalismo ocidental, ao lado do começo das políticas sociais dos Estados (inicialmente previdenciárias e acidentárias do trabalho). Este marco situa-se, no plano político-sindical, nos movimentos trabalhistas e socialistas estruturados na Inglaterra, França e Alemanha, espreado-se para outros países capitalistas mesmo ainda na segunda metade do século XIX. No plano político-institucional, situa-se na absorção gradativa pelas ordens jurídicas européias de normas trabalhistas, conferindo cidadania social e política aos trabalhadores, como indivíduo e como grupo social[6].

No capitalismo maduro,

as condições objetivas de inserção e participação da categoria trabalho propiciaram uma sincronização de interesses dos capitalistas e dos trabalhadores, condições estas magnificadas pelo Estado de bem-estar. Nele, aparecem amalgamados os interesses dos que trabalham com os dos que controlam os meios de produção, antagonizando-os, isto sim, com a crescente parcela dos que permanecem marginalizados[7].

Mesmo estando as bases do Estado de Bem-Estar lançadas na segunda metade do século XIX – coincidindo, inclusive, com a formação e consolidação do Direito do Trabalho – não implica desconhecer que sua estruturação efetivamente se deu apenas na

primeira metade do século XX, aprofundando-se e se generalizando depois da Segunda Guerra Mundial[8].

Daí se dizer que o Direito do Trabalho, nesse período, como ensina Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, era “*inconcluso, imperativo e progressista*”. Dava passos rumo a uma única direção: proteger cada vez mais a *sociedade de empregados*:

Afirmar-se o trabalho e, particularmente o emprego, significa garantir-se poder a quem originalmente é destituído de riqueza; desse modo, consiste em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista[9].

O que é peculiar no Estado Providência é que ele se mostrou plenamente compatível com as necessidades econômicas do modo de produção capitalista. Entre os anos de 1940 e 1970 teve sua fase áurea. Na expressão de HOBBSAWM, “*a era dos anos dourados*”:

Buscaram nomes para descrevê-la: os trinta anos gloriosos dos franceses (*les trente glorieuses*), a Era de Ouro de um quarto de século dos anglo-americanos (*Marglin & Schor*, 1990)[10].

Não apenas compatível, como também foi uma sinfonia maestrada pelo próprio sistema capitalista como questão de sobrevivência. Para JORGE LUIZ SOUTO MAIOR:

O direito do trabalho surge, portanto, mais como fruto de uma luta de idéias do que de uma reação instintiva dos trabalhadores pela sobrevivência, podendo-se destacar também, que o resultado dessa luta, ou seja, a regulação das relações de trabalho, em certa medida, foi uma conquista, mas, em outra, uma reação do próprio capital como tática de sobrevivência[11].

2.1.2 O modelo fordista/taylorista de produção

Os anos dourados – como disse HOBBSBAWM – caracterizaram-se pela exuberância econômica. A indústria cresceu de forma majestosa, especialmente nos países de capitalismo central. O modelo denominado fordista, combinado com a fórmula e método tayloristas de divisão do trabalho, ambos oriundos do início do século XX, passaram a ser adotados em larga escala[12].

O modelo fordista foi elaborado na primeira metade do século XX por *Henry Ford*, que propôs a figura da linha de montagem em sua indústria automobilística – a *Ford Motor Company* – no intuito de diminuir e controlar o tempo gasto na processo de produção. A empresa era então verticalizada, ocupando-se de todo o ciclo produtivo:

Foi para se assegurar dos riscos do mercado que Ford verticalizou sua empresa, dominando, passo a passo, todo o ciclo produtivo – desde o cultivo de borracha em suas plantações na Amazônia até o último parafuso do famoso Modelo-T. Foi também para isso que acentuou os métodos tayloristas de divisão do trabalho, garantindo não só altas taxas de produtividade, mas sobretudo o controle da resistência operária[13].

Possibilitou, ainda, a máxima racionalização das operações realizadas pelos trabalhadores. Todos dançavam conforme o ritmo das máquinas. Era tão uniforme quanto os uniformes usados pelos trabalhadores. Ao mesmo tempo em que eram inseridos no processo produtivo, tornavam-se seres estranhos, alienados, facilmente maquinados pelo capital. Este, por sua vez, contava com o sucesso da produção taylorista/fordista, o que contribuía enormemente para o seu maior enriquecimento mundial.

Entretanto, o processo de acumulação capitalista pareceu esgotar-se ao deparar com uma forte crise: em 1970, com a crise do petróleo, instaurou-se uma fase de retrocesso e de precarização de direitos, cujos impactos afetaram estruturas e componentes do sistema capitalista de produção.

2.1.3 O declínio do Estado de Bem-Estar Social e a consolidação do Estado Neoliberal

A partir dos anos 70, passou-se a discutir se o Direito do Trabalho - até então constituído de *normas progressistas, irrenunciáveis e irreversíveis* – seria viável ante a nova conjuntura política que se colocara: o neoliberalismo. A discussão acalorou-se ainda mais com a crise do petróleo e sua conseqüente alta de preço, sem mencionar os avanços tecnológicos ocorridos. Ressalta RICARDO ANTUNES, como propulsores do

referido processo, os seguintes elementos: queda da taxa de lucro, agregada ao aumento do preço da força de trabalho; esgotamento do padrão taylorista e fordista de produção; hipertrofia da esfera financeira; maior concentração de capitais (monopólios); crise do Estado Social de Direito e acentuação das privatizações[14].

No campo político, *Margareth Thatcher*, a partir de 1979, declarou a imposição de um sistema manifestamente neoliberal, na Inglaterra. O mesmo foi feito, em 1980, por *Ronald Regan*, nos Estados Unidos. Discurso esse que, repetido diversas vezes, acabara por tomar cores de realidade.

É que, em pouco tempo, como bem ensina PERRY ANDERSON: “(...) quase todos os países da Europa Ocidental passaram a sustentar estratégias políticas desregulamentadoras e de gestão individualistas, todas elas típicas do neoliberalismo”[15].

O Estado, antes onipotente e interveniente, passou a ser mínimo. Sua presença já não era mais conivente para a reprodução do modo de produção capitalista.

Mais a mais, a ideologia neoliberal provocou a reestruturação do sistema capitalista e o domínio da circulação do capital financeiro, conectado ao fenômeno da globalização. Nos ensinamentos de STEIN KUHNLE:

Para mim, o conceito de globalização é dinâmico; ele implica a descrição de algo que está mudando, que está se tornando cada vez mais global e implica um verdadeiro processo. (...) De modo geral, ele se refere a um processo através do qual o Estado-nação está se tornando mais aberto a influências supra-nacionais ou transnacionais[16].

Rompe-se com os laços de solidariedade. As relações se deterioram. O ser humano se torna cada vez mais egoísta e superficial. Não bastasse, a política neoliberal afirma as diferenças sociais, sobretudo nos países de capitalismo periférico, “defendendo o domínio absoluto do mercado como alternativa para a crise instaurada, sem a intervenção do Estado e sem qualquer tipo de proteção”[17].

No campo da tecnologia, foram introduzidas a robótica, a reengenharia da produção e os *microchips*. Com isso, ou menos aparentemente, afastava-se o homem do trabalho.

O que anteriormente eram considerados males conjunturais, passaram a ser estruturais. Cresceu o número de desempregados; o ciclo produtivo se fragmentou, em virtude do *toyotismo*, ou se preferir, do *neotoyotismo*, como hoje se costuma dizer – que contribuiu decisivamente para a crise do sindicalismo. Como MÁRCIO TÚLIO VIANA leciona: “Abalados pela crise, os sindicatos passam do ataque à defesa: com muita frequência, lutam apenas para não perder, e às vezes para não perder muito”[18].

A descentralização do ciclo produtivo, além de propiciar novas formas de acúmulo de capital, fomenta o surgimento de novas formas de relação de trabalho:

Na economia global, as pequenas e médias empresas manterão ainda um espaço importante, especialmente via terceirizações, franquias e subcontratações, porém basicamente subordinadas às decisões estratégicas das empresas transnacionais – e integradas a suas cadeias produtivas[19].

Houve um aumento considerável daqueles que vivem na informalidade. Passou-se, então, a questionar a regulação do Estado nas relações trabalhistas e propagar a idéia de que é ele fonte de perturbação e de atraso para a consecução dos fins inerentes ao sistema capitalista, qual seja: a acumulação e a internacionalização do capital. A legislação trabalhista começa a ser indagada sobre a sua viabilidade, especialmente quando confrontada com as inúmeras mudanças que ocorreram no panorama econômico e político desde o século XVIII até os dias atuais.

Neste entremeio, surgiu a proposta da flexibilização das relações trabalhistas, admitindo-se com maior facilidade a mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores e a suspensão e cessação dos contratos de trabalho. Em simples palavras, as condições laborais precarizam.

2.2 Breve análise da evolução da proteção do emprego no cenário brasileiro

No Brasil, a consolidação do Direito do Trabalho se deu de forma um pouco diferente. Nos primeiros séculos após o seu descobrimento, o Brasil, colonizado sob a inspiração doutrinária do mercantilismo e integrante do império lusitano, refletiu tão-somente os interesses da Metrópole e, em função deles, articulou-se[20]. Por outro lado, o universo da formação social do período colonial foi marcado pela polarização entre os imensos latifúndios e o trabalho predominantemente escravo.

Pode se afirmar que a era colonial teve seu fim já no ano de 1808, embora a separação oficial somente veio a ocorrer cerca de quatorze anos depois. Conforme CAIO PRADO JÚNIOR:

Naquela primeira data se transfere para a colônia o governo português na pessoa do soberano reinante e de sua corte que fugiam aos exércitos napoleônicos invasores do

Reino europeu. Esta transferência tornará o Brasil efetivamente autônomo, e as conseqüências do fato na sua economia são logo consideráveis[21].

Soma-se a isto uma transformação econômica profunda: o aparecimento do capitalismo industrial – mesmo que ainda deficiente - em substituição ao antigo capitalismo comercial, que culminou no declínio dos impérios coloniais, fundados puramente no monopólio.[22] O liberalismo econômico expressou, diferentemente do liberalismo europeu, no século XVIII, a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrária. Um grande paradoxo, por sua vez: “a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas”[23]. A Carta Constitucional de 1824 não só consagrava o “compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados”, como igualmente instrumentalizava fórmulas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício de poder.

Mesmo assim, o estímulo econômico trazido pela liberdade comercial já começava a ser sentido de forma geral. Tanto é que pequenas manufaturas têxteis surgiram em diferentes pontos de Minas Gerais. No setor metalúrgico, deu-se a mesma coisa, principalmente na região sudeste[24]. Ao mesmo tempo em que se expandiu a cultura cafeeira e a mudança do eixo para as regiões agrícolas mais recentes do Centro-Sul. Nesta época, acentuou os caracteres negativos da escravidão, especialmente por ser uma das razões que contribuíram incisivamente para o atraso da manufaturas brasileiras:

Em março de 1888 cai o último governo escravocrata do Brasil; dois meses depois, a Assembléia Geral, abrindo suas sessões, vota em poucos dias, com uma quase unanimidade, a lei de 13 de maio que dumada penada punha termo à escravidão no Brasil[25].

Os anos que se seguem e o primeiro decênio do século atual assinalaram o apogeu desta economia voltada para a produção em larga escala de matérias-primas e gêneros tropicais destinados à exportação. A par desses fatores imediatos, concorreu nessa fase a convulsão ocasionada pelo advento da República. Neste momento, em decorrência da substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre e o novo modo de produção, a subordinação, outrora passiva, passou a ser uma luta permanente por direitos e reivindicações que afetaram diretamente as relações de trabalho. Outro fator determinante seria

o aparecimento de reivindicações identificadas aos novos atores, dentre os quais as massas urbanas, associadas à principiante atividade fabril e às pressões de núcleos

oligárquicos dissidentes que propugnavam a imediata industrialização e a modernização das instituições políticas[26].

A concorrência desses dois fatores culminou na crise da República Velha. O Estado, antes mínimo, apenas garantidor, viu-se na incumbência de ocupar o vazio existente, como o “único sujeito político” “apto a unificar, nacionalmente, a sociedade burguesa e de fomentar o moderno arranque do desenvolvimento industrial”[27].

No Estado Novo, além dos direitos políticos e da declaração burguesa de direitos individuais, foram instituídos os direitos econômicos e sociais. A Justiça do Trabalho surgiu para dirimir, de forma paternalista, conflitos coletivos e para manipular quase toda a atividade sindical. Nos ensinamentos de FÁBIO LUCAS:

(...) essa legislação elaborada pelos proprietários realiza o jogo tático destes, pois agrada o trabalhador sem dar-lhe a participação que lhe deveria caber na riqueza e na fortuna.(...) A conclusão a que chegamos é que em 1934 tivemos uma grande reforma de fachada, renovação integral da pintura, embora a estrutura do prédio permanecesse inabalável[28].

Já três anos mais tarde, a Carta Constitucional de 1937, inspirada nos movimentos fascistas da Europa, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo. Ao mesmo tempo em que, no campo dos direitos sociais, em seu artigo 137, alínea f., erizou o direito à estabilidade ao rol de direitos constitucionais[29].

E, em 1943, o modelo just trabalhista então posto reuniu-se um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim do governo getulista, assistiu-se, no cenário brasileiro, a um período de redemocratização. O texto político-jurídico de 1946 restabeleceu a democracia formal representativa, a independência dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos fundamentais. Foi esta Carta Constitucional Brasileira, inclusive, a primeira a dispor sobre a dignidade da pessoa humana. Entretanto, “(...) referiu-se à dignidade apenas quanto à dinâmica social do trabalho, afirmando que a todos deveria ser assegurado trabalho que possibilitasse a existência digna”[30].

Mais tarde, no ano de 1964, o povo brasileiro assistiu-se atônito ao golpe militar que instaurou o regime ditatorial. Nesse momento, o Direito do Trabalho, até então constituído de normas rígidas e progressivas, sofreu grande alteração. A maior delas foi

a introdução do regime do FGTS em substituição ao regime da estabilidade decenal, com a promulgação da Lei n. 5.107/66, no governo Castello Branco. Escreve RUSSOMANO que o novo sistema contribuiria para a atração de capitais privados estrangeiros, sabidamente hostis ao instituto da estabilidade[31]. Aqui se depara com um grande e paradoxal impasse: desenvolvimento nacional e justiça social. É que não sendo viável conciliar desenvolvimento nacional e justiça social, qual deles deveria prevalecer? Na realidade fática, deu-se maior importância ao trabalho econômico e isoladamente tido, em detrimento do trabalho humano e socialmente considerado.

Tanto é que, um ano mais tarde, é promulgada nova Constituição, referendada pelo Congresso Nacional sem, todavia, ter sido por ele redigida. E em seu artigo 165, XIII, instituiu o novo regime do FGTS. Como escreve PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA:

a liberação da rescisão ou das dispensas, tornou o empregador detentor do contrato de trabalho. E maior detentor, com grande ironia, pois se o empregado se demite, não pode levantar o fundo, salvo nas hipóteses restritas da lei[32].

Ao final da década de 1970 e início de 1980 desencadeou-se processo de liberalização e, em seguida, de redemocratização do País. Mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, - além de ter contribuído para a derrocada de uma longa etapa de autoritarismo e repressão - , expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados[33].

Além do mais, deu destaque aos direitos sociais. O trabalhador rural veio a equiparar-se ao trabalhador urbano. O princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido a um dos fundamentos da República, além dos valores da justiça social e o valor social do trabalho.

Ao mesmo tempo em que se presenciou um salto qualitativo no processo de reestruturação produtiva, sinalizando a integração do capitalismo brasileiro à mundialização do capital. Fragilizou-se o mundo do trabalho, especialmente na década de 70, impulsionando a fragmentação de classe e patrocinando o desemprego estrutural. Nesses tempos modernos, assiste-se a uma crescente deterioração do contrato de trabalho. O empregador, desde a introdução da lei do FGTS, tornou-se, nada mais, nada menos, que **o soberano do contrato de trabalho**. Ainda mais pela alta facilidade que têm em dispensar seus empregados de forma ampla, geral e irrestrita. É o que será analisado a seguir.

3 A DISPENSA ARBITRÁRIA: O ARTIGO 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

(...)

Um homem se humilha

Se castram seu sonho

Seu sonho é sua vida

E vida é trabalho

E sem o seu trabalho

O homem não tem honra

E sem a sua honra

Se morre, se mata[34].

Em uma sociedade marcadamente capitalista, o desemprego é, inegavelmente, o maior problema social da atualidade, subtraindo do ser humano aquilo que lhe é inerente: a sua dignidade. Destrói sonhos e, via de consequência, destrói vidas. Na verdade, podem-se apontar dois fatores causadores do desemprego. De um lado, as políticas de macroeconomia, considerados os arranjos comerciais e produtivos em escala mundial. Do outro, a facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados, provocando uma grande rotatividade de mão-de-obra[35].

Neste contexto, dispõe o artigo 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988 que é vedada a “dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Da diretriz constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica. Isso porque o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. No mesmo sentido, é o ensinamento de JORGE LUIZ SOUTO MAIOR:

Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas. Ou seja, quanto o pretense direito potestativo de rescisão contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.

Ainda, tem aquele dispositivo aplicação imediata em virtude da diretriz contida no § 1º do artigo 5º da Constituição da República de 1988:

§ 1º — As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nas lições de OCTÁVIO BUENO MAGANO:

Quer isso dizer que a lei complementar não deverá surgir para tornar exequível os conceitos de despedida arbitrária com ou sem justa, mas tão somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem a observância das limitações constitucionais[36].

Ainda, os direitos da personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo agressões nítidas a esses direitos o trabalho em condições desumanas e, sobretudo, a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que perde o meio de sua subsistência, sem sequer saber o motivo para tanto. Isso quer dizer que se o empregador detém nas mãos a sobrevivência do contrato (pois poderá dispensar a qualquer tempo), fatalmente às suas

mãos volta o poder, juridicamente reconhecido, de impor condições internas e de execução desse contrato. Portanto, as normas contratuais passam a sofrer uma permanente ingerência deste, o que conduz à injustiça contratual e segundo a qual uma das partes, para não se privar do contrato, se submete à vontade da outra. É, na verdade, um instrumento cruel, utilizado para capturar a subjetividade do trabalhador – que é, sem sombra de dúvidas – a consequência amarga da dispensa arbitrária:

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e seu objetivo primordial é promover a justiça social e o bem-estar de todos. A dispensa coletiva de trabalhadores, sem qualquer motivação ou comprovação de boa fé dos motivos alegados, muitas vezes baseada em balanços fraudulentos, não correspondendo, pois, a uma necessidade econômica e não se efetivando com uma necessária ampla discussão prévia entre os seus interlocutores diretos, da qual participem as instituições públicas locais e nacionais, demonstra-se, flagrantemente, como simples e torpe pressão de natureza econômica, uma represália do econômico sobre o social[37].

O conceito de dispensa arbitrária, por sua vez, já se encontra fixada na legislação ordinária, ou seja, no artigo 165 da CLT.[38] Tal dispositivo não só pode como deve ser aplicado em relação a todos os trabalhadores, protegidos que estão *contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa*. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a Convenção 158 da OIT é plenamente compatível com a Constituição da República de 1988. Constitui-se, ainda, verdadeira lei nacional, como escreve ARNALDO SUSSEKIND:

a) as convenções adotadas pela Conferência devem ser submetidas, obrigatoriamente, ao Congresso Nacional para que sejam ou não aprovadas, transformando-se, na hipótese afirmativa, depois de depositado o instrumento de ratificação e quando vigente no âmbito internacional, em verdadeira lei nacional[39];

De igual forma foi o entendimento esposado por SOUTO MAIOR em brilhante decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região , *in verbis*:

EMENTA: DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO UTILIZADO DE FORMA ABUSIVA E FORA DOS PARÂMETROS DA BOA FÉ. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7º. I, DA CF/88, DOS ARTS. 421, 422 E 472 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Todos os trâmites para validade da Convenção n. 158, da OIT, no ordenamento nacional foram cumpridos. Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais, pois a Constituição brasileira, no artigo 7º, I, veda a dispensa arbitrária

ou sem justa causa, e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto. O parágrafo 2o., do art. 5o., da CF/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição. Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7o., inciso I, complementa-o. Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º., que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inciso II) e não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos. Assim, um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional. Mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação (o que não se acredita seja o caso) já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa "regulamentação". A Convenção 158, da OIT, vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada. Para a dispensa coletiva necessária a fundamentação em "necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço", "por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos". Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao artigo 165 da CLT. A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da "lei da oferta e da procura", e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que "infelizmente" o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito". (Autos n. 00935.2002.088.15.00-3; Desembargador Relator: Jorge Luiz Souto Maior)

Isso porque o próprio artigo 1º, da Constituição da República de 1988, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; o artigo 3º, preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV); o artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano – e esta na proteção ao emprego - e conforme os ditames da justiça social.

4 O VALOR SOCIAL DO TRABALHO: GARANTIA CONSTITUCIONAL.

O valor social do trabalho está previsto no art. 1º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito, da Ordem Econômica (art. 170, *caput*, CR/88) e base da Ordem Social (art. 193, CR/88).[40] O valor social do trabalho está, pois, acima dos próprios princípios constitucionais. Sua importância é destacada por ELZA MARIA MIRANDA AFONSO, que afirma:

Onde há normas, há valores, embora a recíproca não seja verdadeira. A vivência dos valores preenche nosso mundo de significado e torna a vida de uma riqueza inesgotável, na medida em que eles podem ser descobertos e apreendidos em uma pluralidade incontável. Os valores não necessitam de normas para se manifestarem, para serem apreendidos e vivenciados. Mas as normas não podem existir sem eles.[41]

Assim, o trabalho, enquanto valor social, responsável por “tornar a vida de uma riqueza inesgotável”, deverá ser protegido. O mesmo com relação à proteção contra o desemprego que é princípio de ordem supranacional, consagrado pela Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948. É necessário, para tanto, traçar um rol de direitos denominados por DELGADO de “direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta”, organizados em três eixos jurídicos, capazes de garantir o direito fundamental ao trabalho digno.

O primeiro eixo é compreendido pelos direitos trabalhistas estabelecidos nas normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil; o segundo eixo está previsto pelo rol dos direitos constitucionais trabalhistas; finalmente, segue o terceiro eixo, presente nas normas infraconstitucionais, em especial na Consolidação das Leis do Trabalho.[42]

A extensão desses três eixos de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta a qualquer trabalhador promoverá o trabalho digno (ou trabalho decente), por meio do qual há (re) construção de identidades e inclusão social.[43]

É necessário o reconhecimento desses direitos, incluindo aí, a vedação à dispensa arbitrária, pois o trabalho, nas palavras de GABRIELA NEVES DELGADO, “em sua vivência individual e social, valoriza o homem, assegurando-lhe a mais ampla sociabilidade. (...) Por isso é o trabalho entendido como critério essencial da vida humana”. [44]

Essa essencialidade deve ser resguardada, sobretudo pelo Estado. A forma de se resguardá-la, não há dúvida, será pela efetivação do valor social do trabalho enquanto valor supremo das dinâmicas trabalhistas, principalmente, como “um dos mais notáveis marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo”. [45] A permanência no emprego é direito de indisponibilidade absoluta. É, pois, instrumento de promoção da justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Presencia-se, a partir da década de 90, uma revolução do conhecimento – revolução esta que propiciou a consolidação da era da globalização. Temos a sensação de estar no caleidoscópio do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu.

Nestes tempos de globalização, o mundo se transforma em ritmo acelerado. Da promessa de dominação da natureza e o uso de seus recursos em benefício da humanidade, conduzi-se à catástrofe ecológica. Da sede de paz e de justiça, criou-se a guerra. Da luta por uma sociedade mundial livre e igualitária, desenvolveu-se o chamado “Terceiro Mundo”. Do sonho de humanização, absolutizou-se a exploração, especialmente nas relações justralhistas. Como uma vez disse BOYER: “se fôssemos a Cinderela e acordássemos nestes tempos modernos... Quanta coisa teria mudado”![46]

Os novos discursos reforçam os ideários de flexibilização e desregulamentação, não só benéficos como também necessários para fomentar a criação de novos empregos. E, para os que já estão empregados, assegurar sua permanência neles. O que antes libertava – a lei – hoje, escraviza. Desde a introdução da Lei do FGTS, na década de 60, assistiu-se a uma crescente precarização da relação justralhista. O direito potestativo do empregador em cessar de forma abrupta e imotivada o contrato de trabalho, juridicizou seu poder contratual – quase que absoluto – de condicionar a execução deste contrato.

A Constituição da República de 1988 serve como contraponto a este discurso neoliberal. Principalmente quanto ao seu artigo 7º, I, que veda a dispensa arbitrária – direito este de indisponibilidade absoluta. Não se trata de norma de eficácia contida. Até porque é a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, princípios fundantes do Estado democrático e de direito. Como direito humano que é sua aplicabilidade é imediata.

O que ora se propõe é que os aplicadores do direito façam um esforço no sentido de coibir a dispensa arbitrária no país, mediante a aplicação não apenas de normas do direito interno, mas também de normas de direito comparado mais favoráveis ao trabalhador que dificultam a prática abusiva da denúncia vazia do contrato de trabalho, como a Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho. A aplicação daqueles e destas está plenamente autorizado pelo art. 8º do estatuto consolidado[47].

Se o trabalho é fundamento do Estado Democrático de Direito e das ordens econômica e social, e é ele desenvolvido pelo homem, será o homem, pois, o fundamento desse Estado. Assim, a efetivação do valor social do trabalho conduz à máxima proteção do sujeito que labora. Deve ser, pois, de todas as formas, protegido, como forma de se prezar pela justiça enquanto valor.

Espera-se que, sob essa ótica de efetivação do valor social enquanto instrumento de promoção da justiça, haja uma mobilização da sociedade e dos operadores do Direito

no sentido de fortalecer o movimento de luta pela proteção do trabalhador, pela proteção do emprego formal, em um mundo injusto, marcado por uma sociedade categoricamente desigual e injusta. Não se deve permitir o “adiar para outro século a felicidade coletiva”.

5 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e os valores (reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen). *In: Revista do CAAP*.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.)*. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANTUNES, RICARDO. *Apud. DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.163.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* (Texto Integral). Editora Martin Claret. São Paulo: 2007.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Forense. Rio de Janeiro.

BOYER, Robert. *A teoria da regulação: uma análise crítica*. Tradução Renée Barata Zicmam. – Nobel, São Paulo, 1990.

BRASIL. *Constituição* (1988). 6 ed. São Paulo: RT, 2005.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho na Constituição: direito individual*. São Paulo: Ltr, v.I., 1989.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Martins Fontes.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: Ltr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

_____. *Direito do Trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro*. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, *et al* (coord.) *Trabalho e Movimentos Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *et al*. *O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo*. In: *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Direito do Trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro*. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, *et al* (coord.) *Trabalho e Movimentos Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*, medida liminar n. 1.480-3. Relator Ministro-Presidente: Celso de Mello. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte (CNT) e outro. *Revista Ltr*, v. 60, n.8, agosto, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita e ver. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JÚNIOR, Caio Prado. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

JÚNIOR, Cássio de Mesquita Barros. *A Convenção n. 158 – proteção contra a despedida injustificada*. Trabalho & Doutrina: São Paulo, 1996.

LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Minas Gerais, 1959.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. Disponível em www.trt15.gov.br. Acesso em 20 de agosto de 2007.

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo, Ltr, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. “*Proteção da relação empregatícia*”, in Revista da LTr, vol. 52, n.11, novembro de 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. 2ª ed. Editora Científica Ltda., 1979.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1992.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*, Ltr, 2007.

_____. Da estabilidade absoluta à condenação da despedida arbitrária. *Anais do I Congresso Internacional do Direito do Trabalho*. Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Curitiba, Juruá, 1991, p. 119-133 *apud* MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: Da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: Ltr, 2000.

_____. *Instituições de direito do trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Ltr, V. I, 2000.

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Ltr, V. II, 2000 1991.

VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Ltr, 1997.

_____. *Direito do trabalho e flexibilização*. In: *Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória da Célia Goyatá*. Coordenação de Alice Monteiro Barros. Barros. V. I. Ltr, São Paulo, 1994.

VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista LTr. São Paulo, v. 63. n. 7, jul./1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e fundo de garantia: temas atuais de direito material e de direito processual*. LTr, São Paulo, 1978.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva – o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: Ltr, 2004.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. 4.ed. Mexico: 1970. 717p.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1992.

SUSSEKIND, Arnaldo. *A compatibilidade entre a Convenção OIT- 158 e a Constituição Brasileira*. In: Revista Ltr 60, n. 03, março de 1996.

VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Ltr, 1997.

_____. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista LTr. São Paulo, v. 63. n. 7, jul./1999.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva – o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: Ltr, 2004.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WOLKMER, Carlos Antônio. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[1] Cio da terra. Milton Nascimento e Chico Buarque.

[2] Da perfeição da vida, Mário Quintana

- [3] Cálice. Milton Nascimento e Chico Buarque.
- [4] MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 79.
- [5] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 229.
- [6] DELGADO, Maurício Godinho *et al.* O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo. *In: O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p.20.
- [7] CASTRO, Armando Barros. *Apud: MELHADO, Reginaldo. Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: Ltr, 2003, p.61.
- [8] DELGADO, Maurício Godinho *et al.* O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo. *In: O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p.21.
- [9] DELGADO, Maurício Godinho *et al.* O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo. *In: Op. cit.*, p.22.
- [10] HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita e ver. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 p.253.
- [11] MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo, Ltr, 2000, p. 60.
- [12] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.159.
- [13] VIANA. Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista LTr. São Paulo, v. 63. n. 7, jul./1999, p. 885.
- [14] ANTUNES, RICARDO. *Apud. DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.163.
- [15] ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 11.
- [16] KUHNLE, Stein. A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais. *In: O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p 89.
- [17] DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.*, p. 165.

- [18] VIANA, Márcio Túlio. *Direito do trabalho e flexibilização*. In: Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória da Célia Goyatá. Coordenação de Alice Monteiro Barros. Barros. V. I. Ltr, São Paulo, 1994, p.5.
- [19] DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46.
- [20] WOLKMER, Carlos Antônio. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.
- [21] JÚNIOR, Caio Prado. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p.101.
- [22] JÚNIOR, Caio Prado. *Op. cit.*, 123. Nesse período colonial houve calorosas discussões a cerca do modo de produção brasileiro. Observa Ladislav Dowbor (*op. cit.*, p. 20) que muitos defendiam a tese do feudalismo, entre eles Alberto Passos Guimarães; a tese capitalista, em torno do qual se encontram os melhores historiadores da economia brasileira (Caio Prado Júnior, Celso Furtado, Roberto Simonsen).
- [23] WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, pp. 108-112.
- [24] JÚNIOR, Caio Prado. *Op. cit.*, 135.
- [25] JÚNIOR, Caio Prado. *Op. cit.*, 182.
- [26] WOLKMER, Carlos Antônio. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 111.
- [27] WOLKMER, Carlos Antônio. *Op. cit.*, p. 111.
- [28] LUCAS, Fábio. *Conteúdo Social nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Minas Gerais, 1959, pp. 67-71.
- [29] **Art. 137** - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço.
- [30] DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.*, p. 76.
- [31] RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. 2ª ed. Editora Científica Ltda., 1979.
- [32] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do Trabalho e fundo de garantia: temas atuais de direito material e de direito processual*. LTr, São Paulo, 1978.
- [33] WOLKMER, Carlos Antônio. *Op. cit.*, p.115.
- [34] Gonzaguinha. Um homem também chora (guerreiro menino)

[35] **MAIOR, Jorge Luiz Souto**. *Idem. Ibidem*.

[36] MAGANO, Octávio Bueno. “*Proteção da relação empregatícia*”, in *Revista da LTr*, vol. 52, n.11, novembro de 1988, p. 311.

[37] **MAIOR, Jorge Luiz Souto**. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. Disponível em www.trt15.gov.br. Acesso em 20 de agosto de 2007.

[38] Art. 165 — Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

[39] SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, 11ª edição, 1991, LTr, vol. 2, p. 1277.

[40] Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”. Art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e justiça sociais”. (todos da CR/88).

[41] AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e os valores (reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen. In *Revista do CAAP*. p. 17.

[42] Sobre o tema, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.* 2005. p. 1321.

[43] Na verdade, a inclusão social e afirmação social se dão, no atual contexto, pelo poder aquisitivo e classe social ocupada pelo indivíduo, decorrente do trabalho por ele exercido. Portanto, deve-se proteger, arduamente, o trabalho, fazendo com que ele cumpra suas funções.

[44] DELGADO, Gabriela Neves. *Op. Cit.* 2006. p. 138-139.

[45] DELGADO. Maurício Godinho. Direito do Trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, *et al* (coord.) *Trabalho e Movimentos Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 15.

[46] BOYER, Robert. *A teoria da regulação: uma análise crítica*. Tradução Renée Barata Zicmam. – Nobel, São Paulo, 1990, p. 4.

[47] Art. 8º — As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

DA ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL FRENTE À PROPOSTA DE ANTHONY GIDDENS*

HISTORICAL ANALYSIS OF SOCIAL SECURITY RIGHTS IN LIGHT OF ANTHONY GIDDENS'S PROPOSAL

Guilherme Machado Casali

RESUMO

Os direitos sociais destinam-se somente aos trabalhadores, ainda que não estejam numa relação de trabalho remunerado. O reconhecimento de tais direitos ocorre especialmente após a Revolução Industrial, período em que as condições de trabalho eram extremamente insalubres e perigosas. Os movimentos operários foram grandes responsáveis pelas evoluções dos direitos sociais. É possível reconhecer no âmbito internacional, especialmente na atuação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, três gerações de Normas de Seguridade Social: a primeira tratando de proteções urgentes contra situações de enfermidade, acidentes de trabalho entre outros; a segunda caracterizada pela unificação dos sistemas de seguridade pretendendo atender todas as necessidades de todos os trabalhadores; e a terceira caracterizada pela evolução das prestações previdenciais (que passaram a ter um grau de proteção mais elaborado no alcance e nas prestações garantidas em comparação à geração anterior) bem como pelo estabelecimento de metas. As críticas ao modelo estatal vigente, propagadas pelas políticas neoliberais de ideais reducionistas do papel e da ação governamental, embora não tenham acarretado um retrocesso nos direitos sociais, impuseram sua estagnação. A tensão vivida pelo welfare state provoca a tomada de consciência da dependência previdencial acarretando tanto uma “revolta dos contribuintes” como o surgimento do que Anthony Giddens chama de subclasses. Giddens propõe uma “previdência positiva”, destinada a ir além da mera redistribuição de renda, mobilizando medidas de políticas de vida.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS SOCIAIS; SEGURIDADE SOCIAL; PREVIDÊNCIA POSITIVA

ABSTRACT

Social rights only concern workers, even those that are not in a remunerated work situation. Recognition of said rights mostly occurred after the Industrial Revolution, a period when working conditions were extremely insalubrious and dangerous. Labour

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

movements were largely responsible for the evolution of social rights. In the international sphere – and more particularly with the International Labour Organization (ILO) – three generations of Social Security Standards may be distinguished: the first deals with urgent safeguards against situations involving risks of infirmity such as work accidents; the second generation is characterized by the unification of security systems aspiring to address all of needs of each and every worker; the third is characterized by the evolution of welfare benefits (where, compared to the previous generation of standards, safeguards became more elaborate in terms of their reach and in relation to guaranteed benefits) as well as by the definition of objectives. While criticism of the established state model, propagated by neoliberal policies based on a reductionist view of the role and action of government, did not set back social rights, it did force their stagnation. The strain experienced by the welfare state of the welfare state has brought about an awareness awareness of welfare dependence, which leads to “taxpayer revolt” and to the emergence of what Anthony Giddens calls “subclasses.” Giddens has proposed the concept of “positive welfare,” which goes beyond mere redistribution of wealth, and also puts forward measures to improve the lives of workers, in general.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS; SOCIAL SECURITY; POSITIVE WELFARE.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por propósito analisar historicamente o direito à Seguridade Social, fazendo a necessária linha do tempo da evolução dos direitos sociais. Para tal análise expõem-se três gerações de Normas de Seguridade Social, tendo como norte as regulamentações da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Após estas perspectivas históricas volta-se ao estudo da obra de Anthony Giddens, intitulada “Para além da esquerda e da direita”, sob o referente da Seguridade Social. O autor propõe o enfrentamento destas incertezas artificiais através de uma “reforma previdencial” que levam a uma previdência positiva. Diante deste cenário, conclui-se por uma nova abordagem do direito à Seguridade Social que não seja o de mera distribuição de renda.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE O DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL

Pode-se afirmar que o direito à Seguridade Social, tal qual como se reconhece hoje[1], é recente na história da humanidade. Nas primeiras sociedades não havia grande preocupação com a eventual perda da capacidade laborativa dos trabalhadores, porquanto a maior parte desta classe era formada por escravos, muitos obtidos em conquistas. Àqueles que exerciam alguma atividade econômica cabia por si só prover fundos para sua manutenção em épocas de inatividade[2].

Paul Singer, escrevendo sobre os direitos sociais, explicita inicialmente que somente os trabalhadores são sujeitos destes direitos, sendo que parte deles são destinados aos

trabalhadores que possuem trabalho remunerado e outra parte é destinada aos trabalhadores que não possuem trabalho remunerado[3].

Conforme leciona José Damiano de Lima Trindade, já em 1215 barões ingleses impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum* que garantia várias liberdades contra o poder do soberano e eram destinadas a “todos os homens livres do reino (nobres, grandes mercadores, eclesiásticos e burgueses das cidades)”[4] ficando evidentemente excluídos deste documento os servos.

No início do capitalismo a preocupação era justamente com os que não possuíam trabalho, chegando inclusive a ser adotada, na Inglaterra, em 1601, as Leis dos Pobres, que tornavam as paróquias responsáveis pelo sustento de seus pobres. Muitos desempregados foram banidos para as colônias além-mar – Brasil e Austrália, a idéia de serem submetidos a trabalhos forçados ou mesmo escravizados não era descartada[5].

Destaca-se, ainda na Inglaterra, que a Revolução Gloriosa possibilitou, através da união das classes dominantes no Parlamento, a mobilização das classes populares a “seu favor, sem perder o controle sobre elas – ao contrário do que quase se passaria na França – e acarretou a substituição revolucionária do absolutismo por uma monarquia constitucional”[6]. Assim, em poucas décadas, formou-se na Inglaterra uma classe operária livre.

[...] economicamente, “livre” de seus antigos meios de produção, e, juridicamente, “livre” para locomover-se do campo para os bairros miseráveis das cidades e lá abraçar a perspectiva de vida que lhe restava: vender sua força de trabalho a baixíssimo preço a quem quisesse empregá-la[7].

E foi justamente decorrente desta condição de abundância de força de trabalho “livre” e do monopólio mundial que a “burguesia britânica pôde tirar partido da reunião privilegiada dessas duas condições [...] para promover a substituição das antigas manufaturas pela indústria mecanizada moderna” [8].

Com a Primeira Revolução Industrial, século XVIII, os trabalhadores foram separados dos meios de produção que, aliado ao êxodo rural, levou a população a procurar trabalho assalariado, acarretando em conseqüências sociais sombrias[9]. Iniciam-se as lutas por melhorias das condições de trabalho – extremamente duras à época – inclusive por meio de sociedades recreativas e de ajuda mútua que até mesmo organizavam greves[10].

Seguiram-se as revoluções que levantaram a bandeira dos direitos humanos. Inicialmente a Revolução Americana[11], que coloca como finalidade primordial do Estado a preservação das liberdades integrantes do povo (ainda estavam excluídos do processo os indígenas, os escravos e as mulheres), elevados à condição de sujeitos políticos. A Revolução Francesa representou uma ruptura com o antigo regime e que – com a convocação dos Estados Gerais aliada à sangrenta queda da Bastilha – proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O direito à subsistência, este direito social primordial do homem, aplica-se de forma distinta aos que não podem e aos que podem trabalhar. Aos primeiros, o Estado deve toda assistência a ser financiada pelo erário público. O problema é quanto aos últimos.

A Constituição [França, 1791] preconiza que o Estado arranje trabalho aos pobres em boas condições de saúde e que sejam incapazes de arranjar-lo por conta própria[12].

Por outro lado a Inglaterra continuava na contramão da revolução, sendo que os movimentos liberais e populares lutavam pela preservação do que haviam conquistado no século XVII[13].

Durante a Primeira Revolução Industrial autores como Thomas Paine e Robert Owen tiveram grande influência para combater as difíceis situações de trabalho que se encontrava à época – jornadas de trabalho extremamente longas, utilização de mão-de-obra infantil – levando à produção de Leis Fabris na Inglaterra, representando intervenções significativas do Estado no funcionamento livre do mercado. “Essas leis declaram que a liberdade de contratar não é limitada e que o limite é a pessoa humana, cuja integridade física e mental tem de ser preservada”[14]. Surgem então, no cenário mundial, lutas do movimento operário por direitos sociais e políticos, onde os sindicatos tiveram participação importantíssima, chegando até mesmo a serem proibidos[15].

Este período despertou uma tomada de consciência da burguesia acerca do real risco de perder o controle tendo em vista os programas políticos de mote anticapitalista desenvolvidos pelos movimentos operários. Para contê-los, mantinha-se o discurso liberal dos direitos humanos como liberdade e igualdade civil.

[...] a progressiva universalização da igualdade civil, não só colocara um contingente enorme de força de trabalho à disposição da indústria, como também removera as antigas restrições jurídicas às relações contratuais – a burguesia tirava bom proveito disso. Para os pobres, a igualdade civil fora de muito pouco proveito prático – a não ser de colocá-los em “pé de igualdade” para travar relações contratuais de trabalho com seus patrões. [...] Em todos os lugares onde a burguesia já havia alcançado o poder político e, diretamente ou por representantes, fazia as leis, os direitos humanos reduziam-se a isto: uma *ideologia*, no sentido de discurso legitimador da nova dominação de classe[16].

Às vésperas da Primavera dos Povos[17], em 1848, Karl Marx, rompe com a “compreensão liberal de mundo, localizando sempre na exploração dos trabalhadores o suporte dinâmico do modo de produção capitalista e na propriedade privada dos meios de produção o fundamento da desigualdade social”[18]. Com a derrota da Primavera dos Povos o capitalismo inicia um período de consolidação econômica[19].

Em 1864 as lutas dos trabalhadores deram origem à Primeira Internacional (para discerni-la de outras Internacionais criadas depois), como ficou conhecida a Associação Internacional dos Trabalhadores, que tinha por objetivo a unificação das lutas dos trabalhadores em diversos países, desenvolvendo “campanhas pelo direito de voto dos trabalhadores [...] chegando a defender, em 1871, a criação de partidos operários independentes das agremiações políticas burguesas”[20]. Tornava-se evidente neste contexto que “o movimento dos trabalhadores dava passos concretos – e alcançavam as primeiras vitórias, tímidas ainda – na organização das lutas pelo que, mais tarde, seria conhecidos como direitos econômico-sociais” [21].

A Alemanha foi o primeiro país a propor uma legislação que protegesse os trabalhadores contra acidentes, enfermidades e velhice. Isto ocorreu em 1878 com Otto

Von Bismarck, numa “manobra estratégica para roubar a confiança dos trabalhadores na social-democracia e transferi-la ao estado imperial alemão”[22].

A partir de então a seguridade social entrou na pauta dos direitos sociais, e os modelos de seu financiamento também. Enquanto que na Alemanha de Bismarck a seguridade social era financiada inteiramente por contribuições de assalariados e patrões na Inglaterra era disponibilizada “receita fiscal para proteger operários incapacitados pela idade e sem meios próprios de subsistência” [23].

“Mas é por uma lei de 1911 que nasce o estado do bem-estar na Grã-bretanha: ela cria um sistema obrigatório de seguro contra enfermidade e desemprego. Aplicava-se apenas aos trabalhadores que ganhavam até 320 libras por ano”[24]. O Estado do bem-estar social vai se expandir principalmente após as Guerras Mundiais que ocorreram entre 1914-1918 e 1939-1945 (respectivamente a Primeira e a Segunda).

Nos Estados Unidos a intervenção estatal foi decisiva para reverter os efeitos da Grande Depressão dos anos 1930.

O New Deal foi notável não só porque superou em poucos anos o retardo histórico dos Estados Unidos quanto à garantia de direitos sociais, mas também porque assumiu a responsabilidade estatal de combater o desemprego, no que pode ser visto como uma forma moderna de responder à demanda histórica pelo “direito ao trabalho” [25].

A economia do pleno emprego passou a ser uma obrigação de qualquer governo, sendo que o economista John Maynard Keynes se destacou não diretamente pela conquista do direito a trabalho – subtendido pelo desejo de que o Estado empregasse trabalhadores em emprego com recursos públicos – mas pela conquista do direito ao emprego[26].

Bertranou e Pérez denominam este período entre 1919 e 1944 como a Primeira Geração de Normas de Seguridade Social, caracterizado pela cobertura dos principais setores da atividade produtiva e das principais categorias de trabalhadores, adotando medidas mais urgentes e que estavam em condições de serem objeto de ação internacional (maternidade, acidente de trabalho, enfermidade...), entretanto rapidamente deixaram de responder à evolução nos sistemas existentes em diversos países[27].

A maioria das constituições redigidas após a Segunda Guerra Mundial incluía entre seus dispositivos a obrigação do governo nacional de manter a economia o mais próxima possível do pleno emprego. Isso implica a obrigação do governo de prover trabalho, mediante estímulos à iniciativa privada, a todos que dele necessitam para sustentar a si e sua família. Embora não formulado como direito do cidadão, essa obrigação do Estado correspondeu a um direito fundamental do trabalhador[28].

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) representou um grande avanço na generalização dos direitos sociais, ainda que tivesse um fundo econômico em sua motivação. A Declaração da Filadélfia, em 1944, proclamou a segurança econômica como um direito social de todos os seres humanos[29].

Singer afirma que implicitamente esta segurança somente poderia ser provida pelo Estado, ou melhor, de um Estado de bem-estar, que no caso da Inglaterra deveria estar amoldado aos desígnios do Plano Beveridge[30] (divulgado dois anos antes da

Declaração da Filadélfia), priorizando o pleno emprego e instaurando um sistema de seguridade social, baseado nos três ‘U’ (universalidade, unicidade e uniformidade)[31]. Destaca ainda que os “trinta anos de ouro” após 1945 foram extremamente favoráveis à concessão de novos e abrangentes direitos sociais. Afirma que isto se explica, em grande parte, pela prevalência do pleno emprego que alcançou status de quase direito[32].

A vitória do keynesianismo no plano ideológico legitimou por extensão o estado redistribuidor delineado no Plano Beveridge, o que se traduziu no plano político em menos resistência à elevação do imposto de renda progressivo, ao aumento do auxílio aos desempregados, das subvenções às famílias numerosas e de forma geral aos necessitados[33].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em seu artigo 25 determina que:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social[34].

Este período (1944-1952) é correspondente à Segunda Geração de Normas de Seguridade Social cujo objetivo era de unificar e coordenar os diferentes regimes de proteção em um sistema único de seguridade social que comportasse todas as contingências e todos os trabalhadores[35].

O marco estabelecido como fim da Segunda e início da Terceira Geração de Normas da Seguridade Social é justamente a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, já referenciada anteriormente, representando uma evolução das prestações introduzindo a idéia de um nível mínimo e de metas[36] que a seguridade social deve buscar. Posteriormente, com a Convenção nº 128[37], de 29 de junho de 1967, que versa sobre prestações de invalidez, velhice e pensões, bem como pela Recomendação nº 131[38] de mesma data, foi se estabelecendo um grau de proteção mais elaborado sob o ponto de vista do alcance da proteção e das prestações garantidas[39].

Como conseqüência desta geração de normas da Seguridade Social, destaca-se a afirmação do direito à Seguridade Social como um direito fundamental.

Las perspectivas universal, regional y nacional, reflejan ciertamente lo que se ha promovido y desarrollado en la propia OIT. La Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia y, más recientemente, la resolución y las conclusiones relativas a la seguridad social, adoptadas en la 89.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001, han venido a confirmar la adhesión de los Estados Miembros de la OIT a la seguridad social como un derecho humano básico fundamental y su

compromiso a “...extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa[40].

Entretanto a partir da década de 1980[41], com as políticas contrárias ao estado de bem-estar do neoliberalismo, mudou-se o entendimento da política do pleno emprego. “Para Friedman, [...], por maior que seja o montante de desempregados, a economia sempre se encontra em pleno emprego, ou seja, emprego e desemprego resultam do livre encontro de vontades dos agentes de mercado” [42]. Tal pensamento influenciou na tônica do mercado internacional e, muito embora seu predomínio nos anos 80 e 90, isto não foi motivo suficiente de eliminação dos direitos sociais, entretanto impediu que novos fossem obtidos[43].

Em muitos países, os direitos sociais perderam apoio na opinião pública por causa do peso dos impostos, atribuído à necessidade de financiar o gasto social. As críticas populares se dirigem muitas vezes contra o auxílio ao desemprego, pois muita gente conhece histórias de falsos desempregados, que auferem o auxílio e trabalham clandestinamente, além de outros que querem permanecer na inatividade para viver com o dinheiro público. Como os dados citados demonstram, cresce o número de pobres e aumenta sua pobreza em relação aos ganhos de toda a população. Nesta situação, cresce a criminalidade e a violência criminosas, o que aprofunda o fosso social entre os bolsões de pobreza, que são muitas vezes fortins do crime organizado, e os que dispõem de trabalho regular bem remunerado[44].

A resposta a este cenário, segundo Singer, é a economia solidária e o associativismo, e que a crise dos direitos sociais comprova que existe a necessidade de financiamento do gasto social com as receitas fiscais, o que representa uma luta contra a hegemonia neoliberal[45]. Já Anthony Giddens apresenta uma outra perspectiva da análise da conjuntura mundial, como se verá a seguir.

2 AS PROPOSTAS DE ANTHONY GIDDENS NOS DESAFIOS DA CONTEMPORANIEDADE

Anthony Giddens destaca três conjuntos de desenvolvimentos que possuem especial impacto na sociedade mundial[46], quais sejam: globalização intensificadora[47], ordem social pós-tradicional[48] e expansão da reflexividade social[49]. Estes desenvolvimentos acarretaram mudanças na vida social e impuseram incertezas artificiais, ou seja, criadas pelas mãos dos homens, de forma que os remédios até então conhecidos se tornaram antiquados.

Analisando o socialismo, o conservadorismo e o neoliberalismo, Anthony Giddens chama atenção que:

O neoliberalismo não é conservador nesse sentido (bastante elementar). Ao contrário, ele dá início a processos radicais de mudança, estimulado pela incessante expansão de mercados. [...] a direita tornou-se radical, enquanto a esquerda busca principalmente preservar – tentando proteger, por exemplo, o que sobrou do *welfare state*[50].

Para o autor existe uma “exaustão das ideologias políticas recebidas”[51], e que, para tanto, seriam necessários tratamentos radicais[52], propondo seis pontos para reconstruir uma “política radical”[53]:

- 1) Restaurar as solidariedades danificadas;
- 2) Reconhecer a centralidade da política de vida – política de estilo de vida – onde “aquilo que costumava ser fixado pela natureza ou pela tradição está atualmente sujeito a decisões humanas”;
- 3) Política gerativa – “é uma política que busca permitir aos indivíduos e grupos fazerem as coisas acontecerem, e não esperarem que as coisas lhes aconteçam, no contexto de preocupações e objetivos sociais totais”;
- 4) Incrementar formas mais radicais de democratização;
- 5) Repensar o *welfare state* e sobre questões mais amplas de pobreza global;
- 6) Enfrentar o papel da violência nas questões humanas.

Desta forma, há a necessidade de existir uma responsabilidade coletiva e individual, observando “os valores de santidade da vida humana, os direitos humanos universais, a preservação das espécies e o cuidado com as gerações presentes e futuras de crianças” [54].

Giddens afirma que o Estado moderno é definido em parte pela intervenção na economia, através da organização da previdência, “a fim de tornar a ordem social mais equitativa”[55].

Ao repensar o *welfare state* destaca três dentre as várias de suas fontes estruturais[56]:

- 1) As instituições previdenciais têm, no seu início, o trabalho seu papel central e definidor, preocupando-se não apenas com aqueles que não pudessem entrar no mercado de trabalho, mas também estavam ligadas à promoção da indústria;
- 2) O *welfare state* sempre foi um Estado nacional, com o “desejo” de promover a solidariedade nacional;
- 3) Preocupação com a administração do risco, constituindo-se como forma de seguro social para lidar com acasos (previsíveis)[57].

Diante deste cenário, Anthony Giddens afirma que os problemas enfrentados pelo *welfare state* dizem respeito ao trabalho, à solidariedade e administração de risco, que são justamente suas principais temáticas[58].

Uma das tensões que o *welfare state* enfrentou decorre da tomada de consciência de que

[...] aqueles que mais se beneficiaram [do *welfare state*] passam a proteger a posição que alcançaram contra grupos em condições mais desfavoráveis. A “revolta dos contribuintes” da classe média origina-se no desejo egoísta de proteger um modo de

vida confortável, com os grupos da classe média mordendo a mão que originalmente lhes deu comida[59].

Esta conscientização da classe média de sua “dependência previdencial” desencadeia reações de desconfiança – até mesmo de agressividade – questionando encargos tributários, tidos como seus “investimentos” no sistema, que se tornam invisíveis no grande aparato estatal do *welfare state*, reconhecendo a “relativa impotência dos governos para controlar aquilo que afirmam governar, incluindo suas próprias economias nacionais”[60].

Determinadas consequências advêm[61]:

- 1) Individualização da classe – “ela é experienciada cada vez menos como sina coletiva”;
- 2) “O indivíduo relaciona-se com o sistema de classe não só como um produtor, mas como um consumidor”;
- 3) Os problemas são observados “lateralmente” e não são experimentados como sendo oriundos do passado, observando-os como resultado de circunstâncias de um momento específico;
- 4) A classe não é mais uma “experiência de vida toda”, como fora antes, o desemprego afeta a todos e não apenas os que estão no ponto mais baixo da escala de classes;
- 5) A inclusão ou exclusão no mercado de trabalho tomou nova importância, “os ‘novos pobres’ são aqueles que se encontram em uma situação frágil no mercado de trabalho, ou foram completamente excluídos dele”.

Desta última reflexão, anota com propriedade, o problema das subclasses que são criadas a partir da dependência previdencial, não como vítimas do sistema, mas como “indivíduos que se excluem desse sistema, optando, em vez disso, por fazer uso dos benefícios do *welfare state*” [62].

As subclasses não são apenas focos de privação dentro das sociedades nacionais; elas são fissuras ao longo das quais o Terceiro Mundo entra em contato com o Primeiro. O isolamento social que separa os grupos desprivilegiados do resto da ordem social dentro das nações espelha a divisão entre ricos e pobres em uma escala global – e está ligado de forma causal a essa divisão[63].

Afirma que os sistemas previdenciais foram incapazes de realizar muita distribuição de riqueza e renda tendo o *welfare state* se tornado “em parte um instrumento para ajudar a promover os interesses de uma classe média em expansão”[64]. Em que pese o objetivo de redistribuição como erradicação da pobreza não tenha sido alcançado, pode-se afirmar que ocorreu uma redistribuição na partilha dos riscos e que “os programas previdenciais conseguiram efetivamente é uma generalização da seguridade social, em especial ao longo do ciclo de vida”[65]. Para Giddens este sucesso é real e significativo, mas é imperativo que esta distribuição do risco seja despolitizada ou enfrentada por

meio de “contenção”, pois o risco artificial é instável “ele não pode mais ser enfrentado de maneira atuarial”[66].

Pode-se resumir a proposta de Anthony Giddens a partir da seguinte passagem:

Um novo “acordo” se faz urgentemente necessário hoje, porém ele não pode mais assumir a forma de uma distribuição de benefícios de cima para baixo. Ao contrário, as medidas previdenciais destinadas a se opor aos efeitos polarizadores daquilo que, afinal de contas, continua a ser uma sociedade de classes devem possibilitar a aquisição de poder e não ser meramente “distributivas”. Elas devem se preocupar exatamente com aquela reconstrução de solidariedade social mencionada anteriormente, no nível da família e no de uma cultura cívica mais ampla. E um acordo desses deve dar a devida atenção ao gênero, e não apenas às classes.

O enfrentamento da incerteza artificial cria toda uma nova série de problemas – e, como sempre, oportunidades – para a reforma previdencial. Poder-se-ia pensar aqui em reconstrução nas linhas de modelos de *previdência positiva*. O *welfare state* cresceu como um modo de proteção contra os infortúnios que “acontecem” às pessoas – com certeza, no que diz respeito à seguridade social, ele basicamente recolhe os pedaços depois que as adversidades ocorreram. A previdência positiva, em contraste, deposita uma ênfase muito maior na mobilização de medidas de políticas de vida, direcionadas mais uma vez à ligação da autonomia com as responsabilidades pessoais e coletivas[67].

Diante de uma ordem social pós-tradicional também a tradicional Seguridade Social deve estar aberta à interrogação, refletindo sobre sua característica de mera distribuidora de renda, para assumir aspectos de uma “previdência positiva” exige uma prestação efetiva do Estado com vistas a desenvolver ações que promovam a vida e não somente meios de subsistência em caso de infortúnios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O refletindo sobre o pensamento de Anthony Giddens pode-se observar uma proposta diferente do direito à Seguridade Social que deveria envolver não apenas o direito à saúde, à previdência e à assistência social, mas também a um sistema de prestações positivas com vistas à efetiva melhoria da vida e não se restringindo à distribuição de renda e de amparo nos casos de infortúnios.

De outra monta não se deve desprezar o árduo caminho pelo qual passaram os trabalhadores para conquistar os direitos sociais, em especial o direito à Seguridade Social, que galgou status de norma constitucional em vários países (como é o caso do Brasil e da Alemanha) principalmente no período do *welfare state*. Este caminho demonstrou que o progresso no reconhecimento destes direitos deu-se principalmente a partir da Revolução Industrial, que tiveram os movimentos operários e seus pensadores como seus principais protagonistas.

A Primeira Geração de Normas de Seguridade Social recepcionava medidas urgentes de proteção contra situações de enfermidade, acidente do trabalho entre outros, destacando-se que as primeiras leis previdenciárias de proteção aos trabalhadores ocorreram na

Alemanha de Bismarck. As políticas de pleno emprego influenciaram as cartas constitucionais pós Segunda Guerra Mundial.

Vê-se, sob a influência do Plano Beveridge, que tinha como objetivo universalizar, unificar e uniformizar a seguridade social de caráter distributivo, o início do Estado de bem-estar. Instaura-se, assim, a Segunda Geração de Normas de Seguridade Social caracterizada pela unificação dos sistemas de seguridade pretendendo atender todas as necessidades de todos os trabalhadores.

O início da Terceira Geração ocorre a partir da Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, quando são fixadas normas mínimas de seguridade social, caracterizadas pela evolução das prestações previdenciais (que passaram a ter um grau de proteção mais elaborado no alcance e nas prestações garantidas em comparação à geração anterior) bem como pelo estabelecimento de metas.

A Seguridade Social do *welfare state* passou a ser questionada pela classe média, especialmente quanto à carga tributária, gerando uma tensão causada pela tomada de consciência de sua dependência no sistema. Esta crise estimula críticas ao modelo estatal, propagando ideais reducionistas do papel e da ação governamental. Ainda que aparentemente as exigências de um Estado mínimo, propagadas pelas políticas neoliberais, tendessem ao retrocesso observou-se uma estagnação dos direitos sociais a partir da década de 1980.

O reconhecimento de uma dependência previdencial, de um lado, gera a “revolta dos contribuintes” da classe média pelo desejo de proteger sua posição, de outro lado, faz surgir sujeitos que optam serem excluídos da cadeia produtiva para usufruírem dos benefícios do *welfare state*, o que Anthony Giddens chama de subclasses.

A proposta que se faz, podendo talvez reconhecê-la como o início de uma Quarta Geração de Normas de Seguridade Social, é de uma “previdência positiva” destinada à “mobilização de medidas de políticas de vida, direcionadas mais uma vez à ligação da autonomia com as responsabilidades pessoais e coletivas”. Em uma sociedade repleta de incertezas artificiais espera-se, através de um novo “acordo”, a reconstrução da solidariedade social através de medidas previdenciais que possibilitem uma oposição aos efeitos polarizadores de uma sociedade estratificada em classes.

REFERÊNCIAS

BERTRANOU, Fabio M.; PÉREZ, Guillermo. Normas interlacionales, del trabajo, seguridad social y pensiones. **OIT Notas: Seguridad Social y Reforma del Sistema de Pensiones en Chile**, Santiago de Chile, n. 2, p.1-5, abr. 2006.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

HORVAT JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf> Acesso em: 3 mar. 2008.

OIT, Organización Internacional del Trabajo. **C102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>> Acesso em: 3 mar. 2008.

OIT, Organización Internacional del Trabajo. **C128 Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C128>> Acesso em: 3 mar. 2008.

OIT, Organización Internacional del Trabajo. **R131 Recomendación sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R131>> Acesso em: 3 mar. 2008.

OIT, Organización Internacional del Trabajo. Departamento de Seguridad Social. **Seguridad social para todos: una inversión en el desarrollo económico y social mundial**. Documento de consulta. Temas de protección social. Documento de discusión 16. Ginebra, 2007. Disponível em: <www.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy_sp.pdf> Acesso em: 3 mar. 2008.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 3 mar. 2008.

SINGER, Paul. A Cidadania para todos. In PINKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassenezi (orgs). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

[1] A Organização Internacional do Trabalho – OIT, através da Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que fixa normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra em 28 de junho de 1952 – cuja ratificação ainda não ocorreu por parte do Brasil, estando em tramitação através do Projeto de Decreto Legislativo nº 1.547, de 20 de dezembro de 2004 – estabelece a Seguridade Social como medidas correlatas à assistência médica (Parte II), prestações pecuniárias em caso de enfermidade (Parte III), desemprego (Parte IV), velhice (Parte V), acidente do trabalho e moléstia profissional (Parte VI), prestações à família (Parte VII), maternidade (Parte VIII), invalidez (Parte IX) e pensões (Parte X). Já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, estabelece, em seu artigo 194 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. OIT, Organização Internacional do Trabalho. **C102**

Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>> Acesso em: 3 mar. 2008.

[2] “Na Grécia, registra-se a existência de associações de mútua ajuda, conhecidas como ‘éranoi’. Estas associações exigiam contribuições regulares de seus associados e tinham como finalidade a concessão de empréstimos sem juros aos participantes que se encontravam diante de situações de necessidade. Em Roma existiram as associações denominadas ‘collegia’ ou ‘sodalitaia’, destacando-se dentre elas os ‘collegia tnuiorum’ que, mediante contribuições de seus associados, tinham por escopo assegurar spultura e as despesas dos funerais dos sócios”. HORVAT JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 20.

[3] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. In PINKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassenezi (orgs). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 191.

[4] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 82.

[5] A solução encontrada pela Inglaterra foi criar as chamadas *Workhouses*, relatadas e combatidas por Daniel Defoe – autor de Robinson Crusoé. Trabalhadores incapazes de se sustentar eram, desta forma, segregados da sociedade. (SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 193.)

[6] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 82.

[7] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 83.

[8] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 83.

[9] “Por outro lado, multiplicou enormemente a riqueza e o poderio econômico da burguesia. Por outro, desestruturou o modo tradicional de vida da população, tornando-o permanentemente instável, aprofundando dramaticamente as desigualdades sociais e fazendo tornarem-se familiares duas realidades terríveis: o desemprego e a alienação do trabalhador em relação ao seu produto. [...] Contraditoriamente, quanto mais a produção se reveste de rígida disciplina e organização no interior da fábrica, mais desorganizada socialmente ela se torna. Periodicamente, essa corrida sem planejamento social atinge o ponto de saturação e a crise de superprodução se instala com sua torrente de falências, expansão do desemprego e da miséria”. TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 85 e 87.

[10] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 197.

[11] A Constituição americana, aprovada pela Convenção de Filadélfia de 17 de setembro de 1787, no princípio não incorporava uma declaração de direitos fundamentais do indivíduo. Contudo, nove das treze ex-colônias exigiram que isso fosse providenciado como condição para ratificarem a Constituição e aderirem à federação. A reivindicação foi acatada e deu origem às dez primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 1791. Acrescidas de outras emendas aprovadas nos séculos XIX e XX, elas configuram o chamado *Bill of Rights* norte-americano”. TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 97-98.

- [12] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 213.
- [13] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 219.
- [14] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 222.
- [15] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 230.
- [16] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 130-131.
- [17] A Primavera dos Povos foram revoluções ocorridas na Europa central e ocidental contra os regimes autocráticos, que abalaram as monarquias européias, continham caráter liberal, democrático e nacionalista, iniciado por burgueses que exigiam governos constitucionais, e por trabalhadores e camponeses que se rebelaram contra os excessos e a difusão das práticas capitalistas, gerando crises nos setores agrícola e industrial, atingindo duramente a população reduzindo grandes setores à condição de miséria que se tornou sensível aos apelos revolucionários difundidos pelos socialistas.
- [18] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 135.
- [19] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 137.
- [20] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 142-143.
- [21] TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 144.
- [22] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 235.
- [23] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 236.
- [24] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 237.
- [25] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 241.
- [26] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 243.
- [27] BERTRANOU, Fabio M.; PÉREZ, Guillermo. Normas interlacionales, del trabajo, seguridad social y pensiones. **OIT Notas**: Seguridad Social y Reforma del Sistema de Pensiones en Chile, Santiago de Chile, n. 2, abr. 2006. p. 3.
- [28] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 243.
- [29] “II – A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que: a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades; [...] III – A Conferência

proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: [...] f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa; [...] h) garantir a proteção da infância e da maternidade.” OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf> Acesso em: 3 mar. 2008.

[30] “O Plano Beveridge representava um rompimento completo com a tradição liberal de atender apenas a determinadas categorias de operários, em geral os mais organizados, de montar para cada direito social novo um aparelho específico para administrá-lo e de forçar a assistência apenas nos necessitados, o que implicava burocracia, estigma e grandes gastos com atividades-meio, freqüentemente maiores do que com a atividade-fim. [...] O Plano Beveridge era, além disso, redistributivo (o que revelava sua afinidade com o socialismo) ao propor que o custo do estado de bem-estar fosse suportado pelos contribuintes e não por pagamentos dos interessados. [...] Não há exagero em dizer que o Plano Beveridge inspirou a construção do moderno estado de bem-estar em numerosos países, tornando os direitos sociais verdadeiramente parte dos direitos humanos.” SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 248.

[31] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 249.

[32] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 251-253.

[33] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 254.

[34] ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 3 mar. 2008.

[35] BERTRANOU, Fabio M.; PÉREZ, Guillermo. Normas interlacionales, del trabajo, seguridad social y pensiones. p. 3.

[36] Um exemplo destas políticas de metas da Seguridade Social é o art. 9 da Convenção, que trata de percentuais mínimos de pessoas a serem protegidas pelo sistema: “*Las personas protegidas deberán comprender: a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías; b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías; c) sea a categorías prescritas de residentes que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los residentes; d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.*” OIT, Organização Internacional do Trabalho. **C102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952**.

Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C102>> Acesso em: 3 mar. 2008.

[37] OIT, Organização Internacional do Trabalho. **C128 Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C128>> Acesso em: 3 mar. 2008.

[38] OIT, Organização Internacional do Trabalho. **R131 Recomendación sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R131>> Acesso em: 3 mar. 2008.

[39] BERTRANOU, Fabio M.; PÉREZ, Guillermo. Normas interlacionales, del trabajo, seguridad social y pensiones. p. 3-4.

[40] OIT, Organización Internacional del Trabajo. Departamento de Seguridad Social. **Seguridad social para todos: una inversión en el desarrollo económico y social mundial**. Documento de consulta. Temas de protección social. Documento de discusión 16. Ginebra, 2007. Disponível em: <www.ilo.org/public/spanish/protection/seccoc/downloads/policy_sp.pdf> Acesso em: 3 mar. 2008., p. 6.

[41] “Foi nessa época que ideólogos da direita liberal do ‘primeiro’ mundo voltavam olhos cheios de admiração par os governos socialmente regressivos de Margaret Thatcher, do Reino Unido (1979-1990), e de Ronald Reagan, dos Estados Unidos (1980-1988). A primeira-ministra Thatcher privatizou a maior parte do setor público construído por sucessivos governos trabalhistas anteriores, impulsionou a ‘desregulamentação’ da economia britânica, mesmo à custa do aumento do desemprego, e quebrou de modo inflexível a resistência sindical – uma greve de mineiros, iniciada na Inglaterra em 1984, arrastou-se por mais de um ano, sem obter da ‘Dama de Ferro’ como ficou conhecida, a menor concessão. Já o presidente Reagan reduziu as verbas públicas para programas sociais, adotou também medidas de ‘desregulamentação’ da economia e, apesar de os Estados Unidos estarem em entendimentos com a União Soviética desde o final da década de 70 para diminuir o risco de guerra atômica, recrudescceu o intervencionismo militar norte-americano no exterior”. TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 201.

[42] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 255.

[43] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 256.

[44] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 257-258.

[45] SINGER, Paul. A Cidadania para todos. p. 258-260.

[46] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996. p. 12.

[47] “A globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada como o surgimento de um “sistema mundial”. A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como *ação a*

distância, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa” GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 12-13.

[48] “Uma ordem social pós-tradicional não é aquela na qual a tradição desaparece – longe disso. É aquela na qual a tradição muda seu *status*. As tradições têm de explicar-se, têm de se tornar abertas à interrogação ou ao discurso [...] Tradições de grande importância foram inventadas ou reinventadas, como as do nacionalismo ou da religião. Não menos importantes foram as tradições, de tipo mais realista, reconstruídas para lidar com a família, o gênero e a sexualidade, entre outras áreas da vida social. Em vez de serem desfeitas, estas foram reformuladas de modo a fixar mulheres firmemente no lar, reforçar as divisões entre os sexos e estabilizar determinados cânones ‘normais’ de comportamento sexual. [...] A ascensão do *fundamentalismo* tem de ser analisada contra o pano de fundo do surgimento da sociedade pós-tradicional. [...] O fundamentalismo tende a acentuar a pureza de um determinado conjunto de doutrinas, não só porque deseja fazê-las sobressair em relação a outras tradições, mas também por se uma rejeição de um modelo de verdade ligado ao engajamento dialógico de idéias em um espaço público. É perigosa porque apresenta um potencial para a violência. Os fundamentalismos podem surgir em todos os domínios da vida social onde a tradição torna-se alguma coisa *sobre a qual é preciso tomar uma decisão*, e não algo que se admite como existente. É nesse sentido que surgem não só os fundamentalismos de religião, mas os de etnicidade, família e gênero, entre outras formas.” GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 13-14.

[49] “Em uma sociedade destradicionalizadora, os indivíduos devem se acostumar a filtrar todos os tipos de informação relevantes para as situações de suas vidas e atuar rotineiramente com base nesse processo de filtragem [...] Em uma ordem pós-tradicional, os indivíduos têm, mais ou menos, que se engajar com o mundo em termos mais amplos se quiserem sobreviver nele. A informação produzida por especialistas (incluindo o conhecimento científico) não pode mais ser totalmente confiada a grupos específicos, mas passa a ser interpretada rotineiramente a ser influenciada por indivíduos leigos no decorrer de suas ações cotidianas [...] O desenvolvimento da reflexividade social é a principal influência sobre uma diversidade de mudanças que, sob outros aspectos, parecem ter muito em comum [...] Os velhos sistemas burocráticos começam a desaparecer, dinossauros da era pós-tradicional. No domínio da política, os Estados não podem mais, tão prontamente, tratar seus cidadãos como ‘súditos’. As exigências de reconstrução política, de eliminação da corrupção, além de um descontentamento muito difundido com relação aos mecanismos políticos ortodoxos, todos esses fatores são, em algum aspecto, expressões de uma reflexividade social aumentada”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 15-16.

[50] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 17.

[51] A exaustão seria decorrente de uma hipotética desintegração do socialismo e do conservadorismo onde o capitalismo “se defronta não só com limites ambientais em termos dos recursos do planeta, mas com os limites da modernidade sob a forma de incerteza artificial; a democracia liberal, baseada em um sistema partidário eleitoral, que opera no nível do Estado-nação, não está bem equipada para atender às demandas de uma cidadania reflexiva em um mundo globalizador; e a combinação de capitalismo e

democracia liberal fornece poucos meios de geração de solidariedade social”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 18.

[52] Anthony Giddens critica, nessa esfera, o “movimento verde”, mencionando que este gira em torno de uma “falácia naturalística”, posto que é impossível o “retorno à natureza”, pois “não podemos defender a natureza da maneira natural mais do que podemos defender a tradição da maneira tradicional – no entanto cada uma delas, com frequência, precisa ser defendida” GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 19.

[53] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 21-28.

[54] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 29.

[55] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 153.

[56] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 156.

[57] “A experiência da guerra mostrou à população que os riscos eram partilhados: afinal, as bombas caíam sobre todos. Antes da guerra, mesmo depois da Grande Depressão, a maioria dos programas de seguridade social era dirigida aos pobres crônicos; a experiência da guerra teve como consequência mudar a atenção dos programas de redá específica para os universalistas. Os pobres não estavam mais ‘sempre conosco’ como um testamento das agruras que poderiam recair mais ou menos sobre todos”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 157.

[58] “O primeiro deles afeta não só a natureza do trabalho nas sociedades modernas, mas os problemas fundamentais relacionados ao gênero e à família. O segundo implica, entre outras coisas, um exame da análise de classe: os efeitos integradores do welfare state supostamente dizem respeito à diminuição das divisões de classe. O terceiro fator envolve insistir um pouco mais no tema do risco externo versus risco artificial”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 159.

[59] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 161.

[60] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 162.

[61] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 163-164.

[62] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 165.

[63] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 169.

[64] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 169-170.

[65] “A pobreza foi minorada não pela redistribuição dos mais afluentes para os pobres, mas devido aos aumentos totais na riqueza que elevaram o padrão de todos”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 170.

[66] “A pobreza foi minorada não pela redistribuição dos mais afluentes para os pobres, mas devido aos aumentos totais na riqueza que elevaram o padrão de todos”. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 170.

[67] GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. p. 26-27.

AÇÕES AFIRMATIVAS: A INCLUSÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO*

AFFIRMATIVE ACTIONS: THE INCERTION OF PEOPLE WITH SPECIAL NEEDF AT THE JOB MARKET

Ivana Aparecida Grizzo Ragazzi

RESUMO

O presente estudo objetiva tratar da inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, tendo em vista que sempre foram alijadas pela sociedade. Sua inserção tem respaldo na atual Constituição Federal, assim como, nas leis infraconstitucionais, que lhe deram efetividade. Destaca-se a importância das ações afirmativas, como instrumento de efetivação do princípio da igualdade. A Lei nº 7.853, de 24 de novembro de 1989 e seu Decreto Regulamentar nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 e, especialmente, a Lei nº 8.213/91, Art. 93, que contempla a reserva de vagas às pessoas portadoras de deficiência na esfera privada, balizaram a política para a inclusão destas e guardam pertinência com os valores defendidos nos organismos internacionais. Analisa-se, a despeito de todo aparato legal existente, o número considerável de pessoas portadoras de deficiência, em idade ativa para o mercado de trabalho, que estão desempregadas. Observa-se, de outra banda, que a efetiva inclusão no mundo do trabalho, através do sistema de cotas, não deve se dar apenas para cumprimento da lei, mas deve ser fruto de uma conscientização social, refletindo uma postura cidadã.

PALAVRAS-CHAVES: INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO, PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA, RESERVA DE VAGAS, OPORTUNIDADES, DIGNIDADE.

ABSTRACT

This study aims to concern with the inclusion of people with disabilities into the labor market being that they have always been let aside by society. Their inclusion has support in the current Federal Constitution, as well as in the infra-constitutional laws, which gave it effectiveness. It shows the relevance of the affirmative actions, as a tool for effectiveness of the equality principle. The Law nº 7.853 of November 24, 1989 and its Regulatory Decree nº 3.298 of December 20, 1999 and particularly the Law nº 8.213/91, Art 93, which includes the reservation of places for people with disabilities in

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the private sphere, determining the policy for the inclusion of these people and guarding relevance with the values defended in the international organizations. It analyzes, in spite of all existing legal apparatus, the considerable number of people with disabilities in active age for the job market, who are unemployed. On the other hand, it shows that the effective inclusion in the labor world through the quota system should not be given only to accomplish the law, but it must be the fruit of a social awareness, reflecting a citizen attitude.

KEYWORDS: INCLUSION IN THE LABOR MARKET, PERSON WITH DISABILITY, VACANCY RESERVE, OPPORTUNITIES, DIGNITY.

1 INTRODUÇÃO

Abordar-se-á as ações afirmativas como meio de efetivação dos direitos sociais, dentro os quais, será destacado o direito ao trabalho. Esclareça-se, desde já, que a análise desse direito se restringe ao aspecto material, não sendo possível, por razões de foco, tratar também de aspectos processuais.

A atual Constituição Federal, em muito, contribuiu para mudança e reconhecimento da posição de destaque dessas pessoas portadoras de deficiência, rechaçando a velha e enrustida visão assistencialista, como forma de resgate de sua dignidade. Ressalta-se que essa transformação está diretamente ligada a sua condição de cidadão, dando-lhe alicerces necessários e desejáveis para mudar de pólo nessa relação, passando de mero espectador, para protagonista que escreve a própria história.

Na seqüência, o reconhecimento e tutela dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, na edição de leis e tratados.

Também, será estudada a influência direta dos organismos internacionais e tutela de direitos das pessoas portadoras de deficiência, na edição de leis.

Será investigada a edição da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, bem como seu Decreto Regulamentar de nº 3.289, de 20 de dezembro de 1999, que representam a primeira expressão para efetivação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência protegidos na Constituição de 1988. Inolvidável, nesse sentido, o avanço trazido pela edição da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e introduz o sistema de cotas de emprego para pessoas portadoras

de deficiência, impondo um percentual de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Será abordada, também, a previsão constitucional elencada no Art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal, que prevê percentual de 20% (vinte por cento) de reserva de vagas às pessoas portadoras de deficiência, na esfera pública, regulamentada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, Art. 5º, § 2º, estabelecendo seus critérios de admissão.

Indagar-se-á a causa da existência de número expressivo de pessoas sem colocação profissional, a despeito da existência de leis protetivas e incidentes, ensejadoras da inclusão das pessoas portadoras de deficiência, no mercado de trabalho.

Igualmente será observada, a falta de consciência da sociedade, em especial do setor empresarial, que em maioria esmagadora enxerga a questão das cotas, como simples previsão legal a cumprir.

Um dos objetivos do presente estudo é demonstrar que o trabalho é a extensão da vida e, como direito à vida é a base de tudo e de todos, nenhum ser dele deve ser privado, sob pena de lhe ser retirado o direito à igualdade de oportunidades que se transmuda em respeito ao princípio da dignidade a que fazem jus. Na medida que todos têm oportunidade de trabalho, e esse é reconhecido, apreciado e valorizado, podemos dizer, com plena convicção, que isso é reflexo do verdadeiro Estado Democrático de Direito, que prestigia a dignidade como valor certo e inviolável.

Por fim, mostraremos que, apesar da realidade de exclusão, há empresas bem posicionadas, como a Serasa, que espelham o oposto do quadro nacional existente, pois acreditam nas pessoas portadoras de deficiência, enquanto seres humanos que trabalham e produzem (não empregam para cumprir a Lei de Cotas, ou por piedade, mas, sobretudo por ter plena consciência de seu papel social) e assim, são exemplos a serem seguidos.

1. AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO DO TRABALHO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

1.1 Origem

Existe consenso doutrinário, no sentido de que a origem das ações afirmativas se deu nos Estados Unidos, país que, indubitavelmente, empregava políticas totalmente discriminatórias a estrangeiros, índios, imigrantes, especialmente negros, uma vez que em relação a esses, a título de exemplo, ainda que nascidos naquele país, mas com descendência africana era negada a cidadania americana.

Como contextualiza Paulo Lucena de Menezes:

Um dos grandes significados da decisão proferida no referido caso *Brown v. Board of Education of Topeka* foi o de endossar o descontentamento dos negros norte-americanos com o racismo existente, o que colaborou para o florescimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, a maioria revestia-se ainda de índole pacifista. Desse modo, a partir do final da década de 1950, as organizações como a NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), expandem suas atividades, no mesmo diapasão que líderes da envergadura de Martin Luther King Jr.[1]

No início da década de 1960 foi empregada pela primeira vez a expressão *ações afirmativas*, em um cenário de lutas, pelos direitos dessas pessoas totalmente marginalizadas, que buscavam reconhecimento de seus direitos civis, notadamente visando a conceder oportunidades às pessoas no âmbito do trabalho.

Assim, foi dada a Ordem Executiva nº 10925, de 06 de março de 1961 (onde foi empregada a expressão pela primeira vez, em um texto oficial), comandada pelo Presidente John Fitzgerald Kennedy, que já, atento ao problema, e consciente da necessidade de promover a igualdade criou um órgão repressor e fiscalizador da discriminação no mercado de trabalho.[2]

Com a morte de Kennedy, seu sucessor Lyndon Johnson, em julho de 1964, promoveu com a Ordem Executiva nº 11.246, impondo legalmente, a criação de programas federais, implantando efetivamente essas políticas, proibindo a discriminação ou segregação, como forma de garantir a igualdade de oportunidade àqueles de origem das minorias raciais e deficientes físicos, dando-lhes condições, principalmente no momento de uma colocação do mercado de trabalho, a fim de proporcionar igualdade de oportunidades.

Não podemos deixar de citar um homem que fez história e deixou registrada sua luta no combate à não discriminação. Martin Luther King, que arduamente, também defendeu com afinco a não discriminação, objetivando o fim da diferença e indiferença dispensadas à raça negra, para gerar oportunidades a essas pessoas, através de políticas de emprego, por exemplo. Em meio a essa luta em 1968, foi assassinado, todavia seu ideal de justiça permaneceu.

Segundo Renata Malta Vilas-Boas:

O discurso proferido por Johnson na Howard University, em Washington, tornou-se marcante. Eis que em um dado momento afirmou que não se podia pegar alguém que esteve preso pelos pés durante muito tempo e colocá-lo na linha de largada e, simplesmente, dizer '*pronto*, agora vá competir com os outros!'. [3]

A origem da necessidade de aplicação das ações afirmativas, remonta na sociedade liberal-capitalista que, ingenuamente, defendia a idéia de neutralidade estatal na vertente social do trabalho e sua a não interferência, pois acreditavam, que bastaria para que todos gozassem de condições de igualdade, desenvolvimento digno e justo, julgando que bastava a igualdade formal.

Na verdade, a igualdade formal é insuficiente. Pertinente o posicionamento de Eliana Franco Neme:

O necessário então, não é o princípio da igualdade, mas o princípio da diferença, que onde a determinação é a que a fim de tratar as pessoas igualitariamente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade dever dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. [4]

Reforçando o entendimento de que o pensamento retrógrado liberal é totalmente descontextualizado e puramente formal, sem atingir o problema em seu âmago, sem resolvê-lo, carecendo os Estados de medidas positivas para se chegar a uma forma de efetiva equalização social, as assertivas do Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Benedito Gomes Barbosa assevera:

De especial importância, nesse sentido, é o tratamento jurídico do problema da igualdade. Na maioria das nações pluriétnica, e as pluriconfessionais, o abstencionismo

estatal se traduz na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da nação, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo.[5]

Paulatinamente essa postura de não interferência, onde se acreditava que bastava dar a todos igualdade de oportunidades, formalmente falando foi perdendo espaço e vivenciado que não era suficiente, porém, teria que existir uma postura positiva do Estado, para, assim criar igualdade de condições a todos, extirpando as discriminações até imperceptíveis, as de fundo cultural, proporcionando concreta igualdade positivada nas Cartas Políticas.

As ações afirmativas são atualmente adotadas em diversos países da Europa, Ásia, África, etc. O que, por si só, não é suficiente. Vale as lições de Sidney Pessoa Madruga:

O princípio da não-discriminação, como visto, embora seja matéria consagrada em vários instrumentos no direito internacional de proteção dos direitos humanos, não atende *per si*, a todos os reclamos das minorias. Assim, não basta que as discriminações sejam combatidas. O princípio isonômico não se restringe a vedar discrimenes. É preciso mais. Necessita-se efetivar o mandamento constitucional. Torna-se possível não só ao cidadão comum ver realizado os preceitos jurídico-formais já estabelecidos, como ainda pôr em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário.[6]

Ainda que a realidade aponte para a exclusão social das pessoas portadoras de deficiência, há um número significativo de normas de conteúdo afirmativo em seu favor, não ocorrendo o mesmo com as demais minorias.[7]

O núcleo desse ordenamento jurídico é a Lei Federal nº 7.853/89 e, seu regulamento, o Decreto nº 3.289/99 que, em conjunto dispõem sobre a política nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Essa lei instituiu a Coordenadoria Nacional para Integração do Deficiente (CORDE).

No que tange ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência, em esfera pública, a Lei Federal nº 8112/90, pelo seu Art. 5º, § 2º, regulamentando o Art. 37, inc.

VIII da Constituição Federal, estabeleceu até 20% (vinte por cento) dos cargos dos empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

Na seara da autonomia privada, a Lei Federal nº 8.213 de 24 de julho de 1991, em seu Art. 93, estabelece um percentual a ser aplicado para empresas, que contém em seus quadros funcionais 100 (cem) empregados ou mais.[8]

1.2 Conceito

Várias são as definições dadas às ações afirmativas, mas a vertente doutrinária, no presente estudo nos parece mais pertinente, o que nos mostra grandes pensadores preocupados com o tema e contextualizando-o.

Maria Aparecida Gugel:

Ação afirmativa é, portanto, a adoção de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais.[9]

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha em brilhante exposição:

Por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva equalização social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas minorias.[10]

É preciso que destaquemos que a ação afirmativa não tem apenas o objetivo de prevenir a discriminação, mas existe seu duplo caráter, qual seja o compensatório e o distributivo, bem explanado nas palavras de Sidney Madrugá:

[...] a discriminação positiva não tem apenas o escopo de prevenir a discriminação, na medida em que, possui duplo caráter, qual seja o reparatório (corrigir injustiças

praticadas no passado) e o distributivo (melhor repartir, no presente, a igualdade de oportunidades), direcionadas, principalmente, para as áreas da educação, da saúde e do emprego.[11]

No entanto, muito mais vital que o conceito, podemos dizer que é a sua operacionalização, que se dará prestigiando grupos de pessoas, através de ações estatais ou não, como o das pessoas portadoras de deficiência, índios, negros, mulheres, judeus, que historicamente estiveram em franca desvantagem com os demais, não podendo, nesse passo, se valerem de seus direitos em todos os quadrantes a que fazem jus.

1.3 A Reserva de Vagas para Pessoa Portadora de Deficiência Prevista na Constituição Federal: Art. 37, inc. VIII

A obrigatoriedade constitucional estampada na Carta Política de 1988, quanto à reserva de vagas aos cargos e empregos públicos, à pessoa portadora de deficiência se traduz no direito à igualdade e sua inclusão social através do trabalho.

Há estimativa, de acordo com dados da ONU (Organização das Nações Unidas), que cerca de 10% (dez por cento), da população mundial, são pessoas portadoras de deficiência, sendo notória a dificuldade de colocação no mercado de trabalho.

Estabelece o Art. 37, inc. VIII da Constituição Federal:

Art. 37: [...].

VIII – A lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão.

A Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, Art. 5º, § 2º, regulamentou o Art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal, que estabelece a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, como o regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, prevendo a matéria, no Art. 5º, § 2º:

Art. 5º: [...].

§ 2º – Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

A edição da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, estabeleceu a cerca do apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sob a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, instituindo tutela jurisdicional de interesses difusos ou coletivos, disciplinando, ainda, a atuação do Ministério Público, que estabelece crimes e dá outras providências.

A Lei nº 7.853/89 estabelece em seu Art. 2º:

Art. 2º: Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação e à saúde, **ao trabalho**, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem estar, social e econômico.

Parágrafo único – [...].

III – na área da **formação profissional e do trabalho**:

[...]

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regularmente a organização de oficinas e congêneres integradas ao **mercado de trabalho, e a situação nelas, das pessoas portadoras de deficiência** (negrito nosso).

É bom que se destaque que, embora com a edição da norma que regulamentasse a reserva de vagas em concursos públicos, existiam muitas dúvidas e desrespeito ao direito dos portadores de deficiência, já que cada edital regulava a matéria de modo diferente, uma vez que, deixavam de estipular o critério para convocação, deixando à *espera* os portadores de deficiência, o que efetivamente não ocorria com os não portadores que, convocados, assumiam seu cargo normalmente.[12]

Outro ponto a destacar é que o Decreto nº 3.298/99 determina, também, o respeito à reserva mínima de 05%, sendo certo que este percentual não for alcançado, arredondar-se-á para o próximo número inteiro.

Contrariamente do que se pode imaginar, ainda diante das normas acima destacadas, que prestigiam os direitos das pessoas portadoras de deficiência, há uma tímida participação no mercado de trabalho, por conta de falta de fiscalização, estímulos e instituições que viabilizem, de forma efetiva sua habilitação, reabilitação e inserção no mercado de trabalho.

1.4 O Art. 93 da Lei nº 8.213/91: Uma Ação Afirmativa

Em consonância com a ação afirmativa, nosso país adotou o sistema de cotas ou de reserva legal, a fim de propiciar a efetiva inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado formal de trabalho, sendo salutar, os dizeres de Gláucia Gomes Vergara Lopes:

O sistema de reserva legal de cotas é o mecanismo compensatório utilizado para inserção de determinados grupos sociais, facilitando o exercício de direitos sociais, facilitando o exercício dos direitos ao **trabalho**, educação, à saúde, ao esporte, etc. É uma forma de ação afirmativa com intuito de tentar promover a igualdade e o equilíbrio de oportunidades entre os diversos grupos sociais (grifo nosso).[13]

O sistema de cotas ou reserva legal para a pessoa portadora de deficiência, no âmbito das empresas privadas, está previsto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (que dispõe sobre planos da Previdência Social).[14] Referido artigo estabelece:

Art. 93: A empresa com 100 (cem) empregados está obrigada a preencher de 02% (dois por cento) a 05% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoa portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados 2%

I – de 201 a 500 3%

III – de 501 a 1000 4%

V – de 1001 em diante 5%

§ 1º – A dispensa de trabalhador reabilitado de deficiente habilitado ou de deficiente habilitado do final do contrato por prazo determinado de mais de 90(noventa dias), e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º – O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados fornecendo-as quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Vale trazer a baila que com a edição da Convenção da OIT, nº 159, de 1983, é que foi determinada a obrigação de países signatários instituírem uma política nacional sobre a reabilitação profissional e emprego das pessoas portadoras de deficiência, com o claro objetivo de fazer nascer oportunidades a essas pessoas, a fim de inseri-las no mercado de trabalho, inclusive com vale registrar a incorporação dos princípios da referida Convenção, em nossa Lei Maior, precisamente no artigo Art. 7º, inc. XXXI, que destaca a “ *proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*”.

Como já retro descrito, em 24 de outubro de 1989, é publicada a Lei nº 7.853, que traz em seu Art. 2º, inc. III, a obrigatoriedade para que os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dispensassem tratamento prioritário à área de formação profissional e do trabalho, notadamente com legislação específica, estabelecendo o instrumento da reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência.[15]

O interesse e preocupação com o trabalho das pessoas portadoras de deficiência, fizeram nascer a já citada Lei nº 8.213/91, com destaque no Art. 93, que fez previsão ao sistema de reserva legal de vagas às pessoas portadoras de deficiência e beneficiários reabilitados na iniciativa privada, conhecida como Lei de Cotas.

Se nos reportarmos ao *caput* do Art. 93, da Lei nº 8.213/91, não podemos deixar de registrar que a expressão *empresa* engloba todas as pessoas jurídicas de direito privado, quais sejam, sociedades, associações e fundações e não somente as sociedades empresariais, como universidades e colégios.

Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli:

A finalidade da norma é outra, tem o sentido de alcançar todas as pessoas jurídicas de Direito privado que mantêm relação de emprego. Onde se lê ‘empresa’ entenda ‘empregador’, pois que a relação de emprego não se dá entre empregado e empresa, mas sim entre empregado e empregador.[16]

Apesar da referida obrigatoriedade legal na admissão de pessoas portadoras de deficiência, muitos empresários se escusavam em cumpri-la, uma vez que não havia o conceito legal definindo quem seria considerada pessoa portadora de deficiência.

O Decreto nº 3.298/99, em seu Art. 4º, nos trouxe a definição de pessoa portadora de deficiência e os §§ 2º e 3º do Art. 36, pessoa portadora de deficiência habilitada, concluindo-se, desse modo, que o sistema de reserva legal está intimamente ligado ao conceito de habilitação.

Outro fato importante, é que a deficiência mental precisa se manifestar antes de completos os 18 anos, como destaca a legislação infraconstitucional.

O foco no qual se concentra a reserva de mercado para as pessoas portadoras de deficiência, sistema de cotas, que é previsto no Decreto nº 3.298/99 (com redação alterada pelo Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004), impõe rol restritivo em seu Art. 70.

São, dessa maneira, consideradas pessoas portadoras de deficiência física aquelas que possuem alguma alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, que poderá acarretar o comprometimento da função física a apresenta-se sob a forma de paraplegia; paraparesia, monoplegia; monoparesia; tetraplegia; tetraparesia; triplegia; triparesia; hemiplegia; hemiparesia; ostomia; amputação ou ausência de membro; paralisia cerebral; nanismo; membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidade estéticas e as que não acarretam dificuldades para o desempenho de funções.

Destacamos algumas formas, nas quais são consideradas pessoas portadoras de deficiência física aquelas que apresentam alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano e, conseqüentemente, comprometimento da função física.[17]

Foi o Decreto nº 3.296/04 que também considerou o nanismo e a ostomia como hipóteses de deficiência. Destacando-se que esta consiste na intervenção cirúrgica para construção de canal de comunicação entre um órgão interno e o exterior (como a colostomia, ileostomia e urostomia). E aquele, por sua vez, dá-se por desenvolvimento corporal insuficiente.

A título de esclarecimento a reabilitação profissional, por exemplo, o fornecimento de aparelho de prótese, órtese, assim como instrumentos de auxílio, que possibilitem na ajuda da locomoção dessas pessoas, quando da perda ou redução da capacidade funcional.

Preceitua o Art. 17, parágrafo segundo do Decreto nº 3.298/99:

Art. 17, parágrafo segundo: Para efeito no disposto neste artigo, toda pessoa que apresente redução funcional devidamente diagnosticada por equipe multiprofissional terá direito a beneficiar-se dos processos de reabilitação necessários para corrigir ou modificar seu estado físico, mental ou sensorial, quando este constitua obstáculo para sua integração educativa, laboral e social.

Referido decreto não limita o tipo de atividade poderá ser desenvolvida, não impedindo que a pessoa possa desenvolver atividade diversa da atestada pela previdência social.

Se agirmos diferente, estaríamos retirando dessas pessoas o direito à sociabilidade. E, o trabalho espelha bem esta característica humana, depois dele, normalmente, acontecem outras formas de socialização, como o lazer, participação de grupos políticos, atividades religiosas, etc.

Como bem destaca Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli:

O princípio da igualdade de direitos entre as pessoas com e sem deficiência significa que as necessidades de todo indivíduo são de igual importância e que devem constituir a base do planejamento social, e todos os recursos devem ser empregados e forma a garantir oportunidade igual a cada indivíduo. Todas as políticas referentes à deficiência devem assegurar o acesso das pessoas portadoras deficiência a todos os serviços da comunidade.[18]

Se descumprir a Lei, a empresa poderá ser autuada administrativamente e ainda, os administradores e gerentes poderão incorrer na hipótese tipificada no Art. 8º, da Lei n. 7.853/89, que prevê o crime de reclusão.

Ao auditor fiscal incumbe a tarefa de *fiscalizar* o cumprimento do referido Termo. Em não cumprido, deverá encaminhar relatório ao Delegado Regional do Trabalho para remessa ao Ministério Público do Trabalho e esse passará a um processo investigatório, no qual, a empresa é convidada a firmar Termo de ajuste de conduta, com prazo razoável, (01 a 02 anos), para cumprimento de preenchimento de vagas sob pena de multa que será revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, fundo este previsto na Lei nº 7.853/89.

Não podemos deixar de registrar que o § 1º, do Art. 93, da Lei nº 8.213/91, determina como condição certa para a dispensa do empregado portador de deficiência, englobando tanto na incidência de contratação por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, como na por prazo indeterminado, a contratação de substituto em condições semelhantes.[19]^[20]

Concordamos com a vedação legal, em cumprimento a Lei nº 8.213/91, que exige a existência de liame empregatício, pois se admitíssemos tal possibilidade, enfatizaríamos a manutenção precária de uma relação de trabalho, perpetuando uma situação existente onde a pessoa portadora de deficiência, a despeito de estar desenvolvendo um trabalho, não poderia valer-se de direitos constitucionalmente consagrados que são assegurados aos trabalhadores não portadores de deficiência. Fato este, que vai na contra mão da história e não representa uma sociedade inclusiva.

2. O Valor Social do Trabalho e Princípio da Igualdade e Não-Discriminação

A conotação da palavra *trabalho*, ao longo da história, sofreu várias modificações. O conceito da palavra *trabalho*, etimologicamente falando, origina-se da palavra latina *tripaliare*, que significa martirizar, ou ainda *tripalium*, instrumento com três estacas que era utilizado para tortura. Mais tarde, do latim extraímos *tripaliu*, do neolatim *travaglio*, *travail*, *trabajo* e, assim, *trabalho*.

Na antiguidade, valorizava-se somente o saber e a cultura, enquanto que o trabalho, que a princípio era escravo, poderia ser *comprado* a preço vil, sendo associado a algo degradante, sem qualquer estima, utilizado totalmente descomprometido com a dignidade do homem, percorrendo assim, um longo caminho até o reconhecimento do trabalho, como direito social.

O trabalho, além de um meio de subsistência, está intimamente ligado ao bem maior que é a vida[21], permitindo a sociabilidade e integração social dos indivíduos. Na sociedade moderna, a pessoa portadora de deficiência que não tem acesso ao mercado de trabalho está excluída do convívio social e, por conseguinte, de viver, por sua considerável e notória importância, sendo importante registrarmos, neste diapasão Christiani Marque:

É inquestionável, portanto, que o trabalho é elemento essencial à vida. Logo, se a vida é o bem jurídico mais importante do ser humano e o trabalho é vital à pessoa humana, deve-se respeitar a integridade do trabalhador em seu cotidiano, pois atos adversos vão, por conseqüência, atingir a dignidade da pessoa humana [...]. O trabalho não é somente o emprego da força física, mas também atividade de pesquisar, investigar, dirigir e planejar e tantas outras funções que se multiplicam com a criação e produtividade do ser humano. É a forma fundamental de subsistência, mais simples e elementar. Trabalha-se com a força física e intelectual; esses dois elementos estão sempre juntos, porém pode ocorrer preponderância de um, a ponto de se dizer que o trabalho é manual ou intelectual. E isso não cria qualquer diferença em termos de proteção.[22]

A Lei Maior disciplina em seu Título I, Art. 1º IV, os princípios fundamentais do Estado brasileiro, dentre eles o labor : “**os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**” (grifo nosso).

O trabalho é um direito fundamental social e encontra-se previsto no Art. 6º da Constituição Federal que estabelece:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso).

Flávia Piovesan esmiúça, explicando:

O texto de 1988 ainda inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que as Constituições anteriores às normas relativas a esses direitos encontram-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias.[23]

Também, estabelece e determina o valor social do trabalho, José Afonso da Silva, quando assevera:

A Constituição declara que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Ter como base o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por entender que nele o homem se realiza com dignidade. Ter como objetivo o bem estar e justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão que propiciar o trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída.[24]

Se enquadrando com o valor social, que está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana e igualdade, há também o **princípio da não-discriminação**, disciplinado no Art. 3º, inc. IV, que objetiva promover o bem social de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, dando a todos oportunidades de trabalho, não se justificando qualquer diferença de tratamento baseando-se na raça, cor, religião, sexo, etc.

Como bem acrescenta Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Uma sociedade calcada neste princípio é necessariamente pluralista e inclusiva, pois deve garantir/estimular a participação de todos, aproveitando as diferentes cosmovisões e experiências humanas, reconhecendo/desenvolvendo o potencial de cada cidadão.[25]

A Constituição Federal de 1988 cuidou de garantir o princípio da igualdade de forma mais ampla possível, pois constitui alicerce de todos os direitos constitucionais, especialmente no que tange às pessoas portadoras de deficiência, não por considerá-las iguais, mas tendo em vista, justamente as limitações que suportam, levando-se em conta suas diferenças.

Em assim, considerando, o legislador delegou-lhes proteção especial, para a garantia da efetiva igualdade, uma vez que há correlação lógica entre fator de discrimen e a desiquiparação procedida.[26]

No entanto, no que tange à pessoa portadora de deficiência, vivemos em uma sociedade totalmente preconceituosa que, na grande maioria, a enxerga como *doente e coitada*. No entanto, o ser humano é digno de respeito e consideração, independentemente de ser ou não portador de deficiência.

Na verdade, não temos consciência que nossa capacidade é limitada (sendo ou não portadoras de deficiência), e nos esquecemos que, o tempo é inexorável para todos, sem exceção e assim, fatalmente, todo ser humano terá, no futuro suas funções reduzidas e até mesmo comprometidas.

Com sabedoria José Pastore:

Os-não portadores de deficiência ignoram que, com o passar da idade, os seres humanos, eles inclusive, terão as suas funções reduzidas afinal. A degenerescência dos órgãos e a velhice formam o destino de todos nós. Ademais, ninguém está livre de, a qualquer momento, passar a ter uma limitação de ordem física, sensorial ou mental. No fundo, todos os seres vivos terão de conviver com algum tipo de deficiência ao longo de suas vidas.[27]

Portanto, ante todas as assertivas acima, é preciso incluir e não discriminar, valorizando o trabalho, como valor social, que percorreu um longo caminho até atingir o seu devido posto, qual seja, de essência e de vida; estando, intimamente entrelaçado com essa.

No que tange à pessoa portadora de deficiência, o Estado, deve materializar as leis existentes para lhes conceder oportunidades de trabalho, o fazendo, desde a simples prática de modificação e adaptação do meio social, transpondo barreiras, para que tenham acesso **ao trabalho**, à escola, ao teatro, enfim, a todos os segmentos sociais, para que de *excluídas* passem a ser *incluídas*, bem como exigindo, através, dos órgãos competentes o cumprimento das normas existentes.

Por conseguinte, ante o abordado, não há dúvidas que, oportunidades necessitam ser concedidas a estas pessoas, para que possam trabalhar e se incluir no seio social, exercendo sua cidadania e resgatando sua dignidade a elas inerentes.

2 ESTUDO DE UM CASO: EMPRESA SERASA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

2.1 Exemplo a Ser Seguido para a Inserção da Pessoa Portadora de Deficiência no Mercado de Trabalho

Apesar da existência da proteção constitucional, como já declinamos, para a inserção das pessoas portadoras de deficiências no mercado de trabalho, sabemos que a sua concretização está muito aquém do desejado, com a falta de oportunidade e até mesmo com a falta de cumprimento legal, mais especificamente no que se refere à Lei de Cotas (Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991).

Existem no Brasil, de acordo com dados do IBGE, Censo 2000, cerca de 24,5 milhões de brasileiros portadores de deficiência. Desse montante, 15,22 milhões, em idade ativa para o trabalho, que compreende a faixa etária de 15 a 59 anos de idade, apenas 11% (onze por cento), estão inseridas no mercado de trabalho.

Em detrimento do desemprego ser uma realidade que afeta a todos nós e, até ser uma dificuldade mundial, que não atinge tão somente as pessoas portadoras de deficiência, se compararmos a taxa de desemprego dessas pessoas em relação àquelas, resta claro a diferença existente, principalmente, pelo notório preconceito e ignorância por parte da sociedade como do setor empresarial.[28]É lamentável, mas é uma realidade fática.

O exemplo mencionado da empresa privada Serasa, deve servir de parâmetro para o Brasil, porque, além de cumprir a Lei de Cotas, também, transforma, sociabiliza, incluindo as pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho que, diretamente contribuem para o aumento de riqueza do país e ainda, *de quebra*, cumpre sua função social da propriedade.[29]

Isto, por conta de que não devemos nos esquecer, que as empresas, tendo em vista o que estabelece o Art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal, também têm que cumprir a função social, uma vez que inexistente direito absoluto sobre a propriedade.

Felizmente, iniciou-se uma mudança de pensamento e posicionamento social, ainda que de forma tímida, com nova visão, no sentido de que as pessoas portadoras de deficiência são tão produtivas quanto as não; quiçá em determinados casos, até mais. O que nos leva à conclusão que falar em deficiência não é dizer incapacidade.

A Serasa é uma empresa que atua na área de análise e informação para liberação de operações de crédito, destacando-se, que tem representatividade nacional e internacionalmente e, constitui-se em uma sociedade por ações de capital fechado.

É cediço, trazer à baila, que seu serviço possui a liderança nacional, com 59% (cinquenta e nove por cento), de participação no mercado de informações, bem como, na América Latina, a Serasa é a maior empresa em informações e análises econômico-financeiras.

Esta empresa, através de seu programa de empregabilidade para Pessoas Portadoras de Deficiência, mostra efetivamente que, não cumpre simplesmente a Legislação, no que se refere à Lei de Cotas, mas, antes de tudo, viabiliza a transformação do cotidiano destas pessoas, acreditando nas suas potencialidades, colocando-as no mercado de trabalho, transformando sua realidade social, deixando assim, de serem excluídos, para serem incluídos e de quebra, teremos o crescimento econômico do país, pois, tornam-se consumidoras.

O Programa de Empregabilidade de Pessoas Portadoras de Deficiência foi implantado na Serasa no ano de 2001, com objetivo de propiciar qualificação profissional e assim, com reais possibilidades de efetivarem um emprego. Seu Programa é desenvolvido dentro da empresa, pela gerência Corporativa Social da Diretoria de Desenvolvimento Humano e Organizacional, que recruta e seleciona pessoas portadoras de deficiência, a fim de desenvolverem atividades profissionais, tendo em vista suas aptidões e potenciais.

A Serasa prima, em seu programa de empregabilidade, para que se proporcione às pessoas qualificação profissional, a fim de, efetivamente competir no mercado de trabalho.

Há duas formas que são utilizadas no processo de empregabilidade, quais sejam:

a) **como ser Serasa**: pessoas portadoras de deficiência que tenham certificado do ensino médio, podem se inscrever no Site Serasa e, a partir do momento que seu perfil se encaixe nas vagas disponíveis, serão chamadas para fazer entrevista. Na hipótese de admissão terão assegurados: salário, assistência médica, odontológica, vale-refeição, vale-transporte, seguro de vida em grupo e também terão direito ao Programa de Participação de Resultados. É interessante, destacar, que as pessoas admitidas passam a ter a denominação de **como ser Serasa**.

b) **como estagiário**: aqui se enquadram as pessoas portadoras de deficiência que tenham concluído curso universitário nas áreas de administração, economia ou afim, com mais de 18 (dezoito) anos, se inscrevem semestralmente no processo de triagem. Se selecionados, terão treinamento de 480 (quatrocentos e oitenta horas) em sala de aula e em locais diversificados dentro da própria empresa e receberão: bolsa-auxílio, assistência médica, odontológica, vale-refeição, vale-transporte e seguro de vida em grupo. Se, decorridos seis meses e aprovados em duas avaliações que serão realizadas, acontece a efetivação na empresa, ou outras que estejam necessitando, indicadas pela Serasa.

Destaque-se, que existe a elaboração de orçamento anual, para investimento no referido programa e assim, nos fica latente a intenção da empresa, em realmente investir para no desenvolvimento profissional das pessoas e, conseqüentemente, no crescimento econômico da empresa.

Para termos idéia que a empresa realmente acredita e *aposta* na produtividade das pessoas portadoras de deficiência, por exemplo, há *softwares* de voz para cegos, lupa eletrônica para aqueles que tenham baixa visão, disponibilidade de intérprete de Libras (Linguagem Brasileira de Sinais) para as pessoas que têm deficiência auditiva, impressoras em braile, cão guia, etc.

O que também nos causou bastante admiração, é que o prédio da empresa é o único inteiramente adaptado para todos os tipos de deficiência e foi construído para esse fim, tendo, assim, recebido certificado da NBR nº 9050 (Acessibilidade e Edificações Mobiliário, Espaços e Equipamentos Urbanos) da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnica, da Fundação Carlos Alberto Vanzolini.

Este programa de empregabilidade serviu de exemplo para inúmeras empresas brasileiras, tais como as instituições financeiras Banco Itaú S/A, Unibanco, ABN – Amro e Banco HSBC Bank Brasil.

O reconhecimento de sucesso da empresa Serasa é tamanho, que em 2003, firmou parceria com a ONU – Organização das Nações Unidas (por meio da Agência UNV – *United Nations Volunteers*, órgão de voluntariado das Nações Unidas), a fim de ser implantado nas empresas que desejarem, ratificando, assim, a eficácia do programa.

Dessa maneira, um voluntário da UNV/ONU, preparado e capacitado pelo Programa de Empregabilidade, permanece seis meses onde deseja incorporar o programa criando uma turma de pessoas portadoras de deficiência, ocorrendo o mesmo com as empresas que desejarem fazer o mesmo.

Visando difundir a idéia da importância da inclusão social de pessoas portadoras de deficiência, através do trabalho, a Serasa criou o Fórum Serasa de Empregabilidade de Pessoas Portadoras de Deficiência, com empresas parceiras, e, este acontece trimestralmente, sendo certo que para sua realização conta com as contribuições do Ministério Público do Trabalho, Federação Brasileira de Bancos, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Secretaria Municipal da Pessoa Portadora de Deficiência e Mobilidade Reduzida de São Paulo e da ONG *Workability Internacional*.

De acordo com o Relatório Corporativo Serasa 2006, a empresa conta com 2.300 funcionários, sendo que desses 115 são pessoas portadoras de deficiência.

A posição da empresa em termos de empregabilidade da pessoa portadora de deficiência é tamanha que, contratou também duas funcionárias com Síndrome de Down, sendo certo, que uma, qual seja, a Associação para o Desenvolvimento Integral do Down, acompanha o desenvolvimento do trabalho das referidas funcionárias, destacando-se que uma trabalha no setor de digitação e a outra auxilia a organização dos jornais diários.

Vale trazer o depoimento (dentre tantos), de um cadeirante, Sr. José Braga, que trabalha no setor de tele vendas, funcionário da Serasa que bem espelha a satisfação e o reconhecimento que a empresa proporciona as pessoas portadoras de deficiência:

A Serasa dá oportunidade a todos, sem fazer distinções de qualquer espécie. Esta foi a empresa que realmente abriu as portas às pessoas com deficiência, agindo com responsabilidade social, não apenas preocupada em atender uma cota.

Por algumas considerações trazidas nesse tópico, podemos ter a certeza do compromisso da Serasa, que vai muito além do cumprimento legal das cotas, pois ante tudo que trouxemos até agora, é clara e notória sua posição e conscientização em termos de responsabilidade social, via empregabilidade, onde o mais importante é o ser humano, sua valorização; pois acreditamos que o trabalho é o veículo de socialização e inclusão social, que resgata a dignidade das pessoas portadoras de deficiência, muitas vezes perdida e desprestigiada.

2.2 CONCLUSÃO

As Ações Afirmativas foram o início do reconhecimento de segmentos sociais que, sempre segregados, possuíam o direito de inserção no mercado de trabalho. Restou evidente o grau de dificuldade que as pessoas portadoras de deficiência encontram em serem incluídas socialmente, com a notória discriminação existente que atravessaram os séculos.

No entanto, a perseguida e idealizada igualdade entre os homens, que defendiam e julgavam serem suficientes, não aconteceu e, na medida em que as leis foram normatizadas, foi necessário a igualdade substancial se opor à formal, para diminuir as diferenças sócio-econômicas existentes.

A despeito de todo aparato legal existente em nossa Constituição, que disciplina, em todo seu corpo, proteção às pessoas portadoras de deficiência, existem dificuldade de inclusão social, posto que não estamos preparados para lidar com o *diferente*, como também, a maioria esmagadora da sociedade, ainda o encara como *doente* e *improdutivo*.

Ainda hoje existe muito preconceito, no entanto, não se pode negar que está se iniciando uma mudança, inclusive com empresas (a bem da verdade, poucas, dentro da extensão e produção que este país concretiza), que são exemplo de consciência e de responsabilidade social, aplicando integralmente o princípio estabelecido no Art. 3º da

Constituição Federal, que prega uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem estar de todos, sem qualquer discriminação.

No Brasil, como visto, a Magna Carta de 1988 direcionou proteção às pessoas portadoras de deficiência, em todo o corpo de seu texto constitucional, iniciando uma mudança substancial que se cristalizou através da edição de leis mais específicas, com a previsão legal de reservas de vagas às pessoas portadoras de deficiência em sede pública e privada.

É preciso ter uma atitude aberta e de responsabilidade social, já que somos membros de uma mesma coletividade e ninguém determina nossas condições de vida e sim, elas se impõem.

O estudo da empresa Serasa é um exemplo de cidadania e respeito às pessoas portadoras de deficiência, onde não há lugar para o preconceito, ignorância ou discriminação, que restringe nossa visão da verdadeira realidade.

Como demonstrado, a Serasa é uma empresa politicamente correta, que tem plena consciência de seu papel na sociedade, pois, emprega pessoas portadoras de deficiência, não simplesmente para efeito de cumprimento de cotas, mas para assumir seu papel na sociedade, ela nem prestigia e nem pretere qualquer cidadão, mas apenas o integra, o inclui socialmente.

Por fim, certo é que a responsabilidade da inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho não é somente dos empresários e do Poder Público: todos têm o dever de contribuir para essa inclusão, respeitando a diversidade e divulgando sua importância! Foi isso que se pretendeu aqui.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. Brasília: CORDE, 2007.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias.** 2ª ed. São Paulo: Paloma, 2005.

BARBOSA, Joaquim Benedito Gomes. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CARL, Vera Lúcia. **Discriminações na relação de trabalho.** São Paulo: Método, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: ações afirmativas como inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Dos direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** 2ª ed. Rio de Janeiro. WVA, 2004.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

GOLDFARB, Cibele Linero. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: sistema de cotas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2007.

LOPES, Gláucia Gomes Vergara. **A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

MADRUGA, Sidney Pessoa. **Discriminação positiva: ações afirmativas e a realidade brasileira.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética.** São Paulo: LTr, 2002.

_____. **A proteção ao trabalho penoso.** São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 11ª tirag. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa: *affirmative action* no direito Norte-Americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEME, Eliana Franco. **Ações afirmativas e inclusão social.** Bauru: EDITE, 2005.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.** São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia de Antunes. **Ação afirmativa**: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. São Paulo: Malheiros, 1996.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

[1] MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa**: *affirmative action* no direito Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87. Em maio de 1954 – em uma decisão histórica, no caso Brown contra a Secretaria de Educação, a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu determinação segundo a qual as escolas segregadas eram inconstitucionais. O nome no caso, Brown, é o de Oliver Brown, um negro, que iniciou um processo quando sua filha de sete anos, Linda, teve sua matrícula negada em uma escola primária só para brancos na pequena cidade de Topeka, Kansas, no meio-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam. Disponível em: <<http://www.usinfo.state.gov>>. Acesso em 09 mar. 2008.

[2] ANDERSON, Terry H. **The pursuit of fairness**: *a history of affirmative action*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 145. Cabe citar, O presidente John Fitzgerald Kennedy, em uma coletiva de imprensa, discute sobre empregabilidade igualitária e sua concreta necessidade, ante condutas discriminatória existentes, após dois dias após assinar a Ordem Executiva em março de 1961, na Casa Branca, em Boston, Estados Unidos.

[3] VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33.

[4] NEME Eliana Franco. **Ações Afirmativas e inclusão social**. Bauru:EDITE, 2005, p.298.

[5] BARBOSA, Joaquim Benedito Gomes. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36.

[6] MADRUGA, Sidney Pessoa. **Discriminação positiva**: ações afirmativas e a realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 53.

[7] CRUZ, 2003, p. 248.

[8] *Ibidem*, mesma página.

[9] GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público**. Goiânia: UCG, 2006, p. 57.

[10] ROCHA, Carmen Lúcia de Antunes. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 88.

[11] MADRUGA, 2005, p. 59.

[12] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Dos Direitos das Pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 2.^a ed. Rio de Janeiro. WVA, 2004, p. 131: “No entanto, entendemos que tal dispensa é equivocada. O que deve garantir que os aprovados em concurso tenham a aptidão plena necessária para o exercício de determinada função, são as provas e exigências do concurso. Assim, as pessoas com deficiência, e outras que não conseguirem alcançar as notas mínimas necessárias, estão automaticamente eliminadas. Ainda, tendo ou não a reserva, não se pode impedir que alguém com deficiência se inscreva em um concurso para qual se exige aptidão plena, e tente provar que possui qualificações necessárias (exemplo: pessoas que usam prótese em perna e que conseguem excelente nível de adaptação, podem perfeitamente fazer testes físicos de corrida, salto, etc.). Portanto, não há razões para que a reserva não seja observada, já que esta não dispensa o candidato a alcançar nota mínima exigida no concurso”.

[13] LOPES, 2005, p. 93.

[14] Há que se destacar, que a Lei nº 3.807, de 26/08/1960, qual seja, Lei Orgânica da Previdência Social, estabelecia em seu Art. 55, a reserva de cargos para empregados readaptados ou reeducados profissionalmente. Seu Art. 55, estabelecida: “As empresas que dispuserem de 20(vinte) ou mais empregados serão obrigadas a reservar de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de cargos, para atender aos casos de readaptação ou reeducados profissionalmente, na forma que o regulamento desta lei dispuser. Parágrafo único – O Instituto Nacional de Previdência Social emitirá certificado individual definindo profissões que poderão ser exercidas pelo segurado reabilitado profissionalmente, o que não impedirá de exercer outras para as quais se julguem capacitados. (redação dada pela Lei 5.890, de 08 de junho de 1973)”. Infelizmente, o citado dispositivo não chegou a ser regulamentado, bem como foi incisivo, no sentido de **obrigatoriedade** na contratação das pessoas portadoras de deficiência, para desse modo, preencher os percentuais legais indicados na Lei nº 8.213/91, e, não somente *reservar as vagas*. Só dessa maneira, iniciou-se a real e efetiva incorporação das pessoas portadoras de deficiência no mercado formal de trabalho, com justo resgate de sua dignidade.

[15] Art. 2º: Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive direitos à educação, à saúde, **ao trabalho**, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico [...]. Inc. III – na área da formação profissional e do **trabalho**: [...] d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do **setor privado** e que regulamente a organização de oficinas

e congêneres ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência (negrito nosso).

[16] ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 353.

[17] FÁVERO, 2004, p. 30-31: “[...] *paraplegia*: perda total das funções motoras dos membros inferiores; *paraparesia*: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores; *monoplegia*: perda total das funções motoras de um só membro (podendo ser membro superior ou inferior); *monoparesia*: perda parcial das funções motoras de um só membro (podendo ser superior ou inferior), *tetraplegia*: perda total das funções motoras dos membros inferiores e superiores; *tetraparesia*: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores; *triplegia*: perda total das funções motoras em três membros; *triparesia*: perda parcial das funções motoras em três membros; *hemiplegia*: perda total das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo); *hemiparesia*: perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo); *amputação*: perda total de determinado segmento de um membro (superior ou inferior); *paralisia cerebral*: lesão de uma ou mais áreas do sistema nervoso central, tendo como consequência alterações psicomotoras, podendo ou não causar deficiência mental. E, ainda, quanto à deficiência auditiva: *perda moderada (25-50 Db)*: uso de prótese auditiva para dificuldade de audição funcional; auditiva, também, explícita: inclui as disacusiais, que são problemas auditivos real *perda moderada (25-50 Db)*: uso de prótese auditiva para dificuldade de audição funcional; relacionados a sons comuns), que podem ser leves, moderadas, severas ou profunda. Ou ainda, é a perda parcial ou total bilateral, e vinte e cinco decibéis (db) ou mais, resultante da média aritmética do audiograma, aferida nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000 Hz. Implica: *perda moderada (25-50 Db)*: uso de prótese auditiva para dificuldade de audição funcional; *perda severa (51-90 Db)*: uso de prótese auditiva para pequenas alterações da fala; *perda profunda (acima de 91 Db)*: resíduos auditivos não-funcionais para a audição; não há indicação de hipótese auditiva; alterações maiores na linguagem e na fala”.

[18] ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 328.

[19] RECURSO DE REVISTA REINTEGRAÇÃO DEFICIENTE FÍSICO EMPRESA COM MAIS DE 100 (CEM) EMPREGADOS ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 O v. acórdão regional observou a disposição do Art. 93 da Lei nº 8.213/91, que obriga a empresa com 100 (cem) ou mais empregados a preencher de 02% (dois por cento) a 05% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. Na hipótese vertente está registrado que a Reclamada possui mais de 100 (cem) empregados em seu quadro. O dispositivo refere a quantidade de empregados na empresa, e não em cada estabelecimento, como quer fazer crer a Reclamada. Ressalte-se, por oportuno, que o § 1º do preceito estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado à contratação de substituto que tenha condição semelhante. Trata-se de limitação ao direito potestativo de despedir, motivo pelo qual, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS O Tribunal Regional deferiu a verba honorária tão-só com fundamento no princípio da sucumbência, a despeito de o Autor não estar assistido pelo seu sindicato. São indevidos os honorários advocatícios, à luz da Orientação Jurisprudencial nº 305 da C. SBDI-1 e da Súmula nº 219/TST.

[20] RR – 44352/2002-900-04-00 – Relator: GMALB – DJ 14/12/2007 – RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DO EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA PERMANENTE. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. Interposto à deriva dos requisitos traçados no Art. 896 da CLT, não merece conhecimento o recurso de revista.

[21] MIRANDA, 1933, 1 vol., p. 59. O autor ressalta o valor do trabalho, como uma das condições de vida, assim expressando-se corresponde, não só ao fim superior, mas direito eterno e inalienável da humanidade; seria o exercício pleno, regular e livre desse direito que a sociedade devia assentar a sua constituição e a humanidade o seu destino.

[22] MARQUES, 2007, p. 21.

[23] PIOVESAN, 1997, p. 61.

[24] SILVA, 2005, p. 758.

[25] CRUZ, 2003, p. 127.

[26] MELLO, 2004, p. 37.

[27] PASTORE, 2000, p. 20.

[28] As informações obtidas para elaboração do presente capítulo encontram-se disponível no Relatório Anual do Serasa ano 2006, (assim como no *site*: <<http://www.serasa.com.br>>), que nos foi gentilmente cedido, por ocasião da realização do Fórum anual sobre Empregabilidade, que ocorreu em 03/07/2007, no qual, também, participaram do evento as seguintes colegas de mestrado: Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla, Cristiane Ribeiro da Silva e Leticia Jean Arantes Daré.

[29] **Censo 2000**. Disponível em: <<http://www1.ibge.gov.br/censo/default.php>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

REGULAMENTAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SEXO NO BRASIL*

RULES OF PROFESSIONAL OF SEX IN BRAZIL

Jeferson Nogueira Fernandes

RESUMO

Este artigo jurídico trata da regulamentação dos profissionais do sexo no Brasil, que tem como objetivo demonstrar através do ordenamento jurídico pátrio o dever do Estado de garantir os direitos constitucionalmente e infraconstitucionalmente positivados para estes profissionais, colocando-os em igualdade de direitos com os profissionais de outras ocupações. O Poder Executivo já aceita a existência efetiva destes profissionais e o Poder Legislativo através dos projetos de lei que tramitam buscam tanto regulamentar como também criminalizar tais profissionais e clientes, enquanto o Poder Judiciário lentamente vem reconhecendo a existência de tais profissões ligadas ao sexo, mas ao mesmo tempo continua a tendo uma conduta preconceituosa em relação aos profissionais, em especial as prostitutas, vez que vinculam como sendo pessoas indignas. Em sua elaboração foi utilizado o seguinte material: textos doutrinários, julgados, banco de dados dos órgãos do Estado e legislação nacional pertinente. A conclusão indica que: os profissionais do sexo têm o direito de escolha de exercer estas ocupações e cabe ao Estado prestar a devida assistência para estes profissionais da mesma forma que faz com as outras ocupações e deve o Legislativo positivar estes direitos que são inerentes à pessoa humana de poder escolher sua atividade profissional e que não prejudique outras pessoas. Assim como cabe ao Judiciário garantir estes direitos caso não estejam sendo efetivados e exercer um tratamento igualitário destes profissionais com os outros existentes.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHO; PROFISSIONAIS DO SEXO E REGULAMENTAÇÃO.

ABSTRACT

This article deals with the legal regulation of sex workers in Brazil, which aims to demonstrate through the legal vernacular the duty of the State to guarantee the rights and constitutionally infraconstitucionalmente positivados for these professionals, placing them on a par with medical other occupations. The Executive has accepted the existence of effective professional and Legislative Power through a bill that seek both regulatory process but also criminalize such professionals and customers, while the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

judiciary is slowly recognizing the existence of such professions related to sex, but at the same time is still taking a biased conduct in relation to professionals, especially prostitutes, because that bind people as unworthy. In their preparation was used the following material: doctrinal texts, tried, the database of the State bodies and relevant national legislation. The finding indicates that the sex workers have the right to choose to exercise these occupations and it is the state to provide adequate care for these professionals as you would with other occupations and to the Legislative positive that these rights are inherent to the person human to be able to choose their professional activity and that does not harm others. Just as it is for the judiciary to ensure these rights if they are not being carried out and have a equal treatment for them with other ones.

KEYWORDS: WORK; PROFESSIONALS OF SEX AND REGULATIONS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar as relações dos profissionais do sexo, no que tange a possibilidade de escolher a profissão de natureza sexual como meio de trabalho reconhecido pelo direito.

Inicialmente iremos tratar do ordenamento constitucional brasileiro, enfocando no direito fundamental à liberdade, em especial a liberdade de escolha pela profissão que melhor se adequar e desejar e o direito de igualdade de tratamento de condições, que as outras profissões tem e que devem se estender a estes profissionais.

Posteriormente, busca-se estudar o ordenamento jurídico infraconstitucional e as relações jurídicas dos serviços de natureza sexual, como o contrato de prestação de serviço e o contrato de trabalho.

Terminando como a análise dos projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados e suas possíveis repercussões para as partes envolvidas no trabalho de natureza sexual.

2. O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O estudo das questões da sexualidade no Brasil, não deve estar unicamente focadas no âmbito das ciências humanas, biológicas e outras, mas é necessário que o direito venha estudar tais fenômenos, vez que constituem fatos jurídicos. O direito deverá estar preparado para as relações jurídicas de cunho sexual, pois as mesmas geram direitos que necessitam de proteção.

Neste estudo analisaremos as atuações profissionais, relacionadas com a sexualidade, buscando a proteção dos direitos e os exercícios das garantias, que

atualmente não são exercidos, gerando uma indignidade para a pessoa que atua como profissional do sexo.

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos princípios fundamentais objetivando a proteção de direitos individuais. Tais princípios vêm exercer o controle da atuação do Estado, que por um lado impeça que ele crie diferenciações que violem as garantias e direitos dos indivíduos e de outro impõe o exercício de prestações para a concretização das garantias e dos direitos fundamentais[1].

Tais princípios encontram-se no ápice do ordenamento jurídico, identificando valores a serem considerados em relação a todas as situações jurídicas existentes. Conforme aduz Manoel Peixinho: “Os princípios fundamentais se identificam como os valores supremos previstos em todas as constituições, expressos em valores culturais, poéticos que se traduzem nas intenções que formam o núcleo material da Constituição”[2].

Dentre estes princípios norteadores do direito estão o da Liberdade e da Igualdade, que neste estudo estará relacionado à liberdade de opção profissional e igualdade de tratamento pela sua escolha, tendo como garantia a obrigação do Estado efetivar a existência destes direitos.

Assim, diferentes são os direitos e as garantias, vez que o primeiro é a opção de escolher uma profissão que deseja, neste caso de ser profissional do sexo que tem como garantia o dever do Estado de possibilitar o exercício e defender contra as possíveis ameaças.[3]

É evidente que o direito não se resume somente no de opção, mas também na regulamentação e no devido tratamento igualitário como profissão, devendo ser concedido todos os direitos das outras profissões.

O dever do Estado de possibilitar o exercício, também não se restringe somente no de regulamentar, mas de prestar toda uma especialidade que necessita a profissão, tendo em vista as suas características próprias, como tratamento médico, previdenciário, social e outros, conforme as necessidades relacionadas aos trabalhadores que optaram pela atuação esta profissão.

2.1 A Liberdade de Opção

Inicialmente, enfocaremos o direito a liberdade, que é acolhida de forma plena pela Constituição Federal, através de seu art. 5º, II, §1º[4], desde que esta liberdade seja exercida de forma normal, moral e legítima, caso contrário cabe a lei limitar a atuação da liberdade em prol da sociedade.[5]

O direito a liberdade de opção por uma profissão relacionada a sexualidade, como por exemplo a prostituição, não deve ser desconsiderada e nem

impedido o seu exercício, talvez limitando a forma de atuação através da regulamentação.

Inexiste lei impedindo tal profissão, pois a mesma não é imoral, anormal e nem ilegítima, pois não prejudica o direito de outros indivíduos. Necessário que se regule a família dos profissionais do sexo para que possa obter os direitos e as garantias constitucionais que lhe são necessárias.[6]

Tempos atrás a prostituição era considerada como uma atividade que apesar de ter os aspectos de profissão, não poderiam ser regulamentadas, vez que confrontava com os costumes estabelecidos e prejudicaria diversos institutos do direito, principalmente o casamento[7].

Observa-se que tal justificativa era fundamentada antes da norma constitucional vigente, vez que os diversos institutos que eram considerados ameaçados pelos profissionais do sexo modificaram, no qual as relações entre pessoas passaram a ter outros aspectos, através da constitucionalização do direito brasileiro.

Na verdade, mais uma vez estamos nos reportando ao princípio das liberdades públicas, no qual a atuação dos profissionais do sexo depende da liberdade de opção dos clientes, que tem a liberdade de optar em satisfazer seus desejos sexuais, através do pagamento ao parceiro sexual.

Reportando ao conceito dado as liberdades públicas é o poder de atuar livremente sem que venha a prejudicar a liberdade de outros, sendo a busca pela felicidade como ser humano.

José Afonso da Silva aduz como maior clareza à existência da liberdade como sendo o bem estar, sendo a felicidade existente no indivíduo com a consumação da relação sexual.[8] Com isso a felicidade pessoal do indivíduo que contrata o profissional do sexo se traduz através da realização das fantasias sexuais desejadas pelos clientes.[9]

Com isso, a mesma liberdade que possibilita a escolha do exercício do profissional do sexo é a mesma que desabona os ataques a estes profissionais, sob o fundamento que seriam juridicamente atuações imorais.

Novamente, nos reportamos a norma suprema para fundamentar o direito a liberdade de escolha da profissão, vez que enunciou através do art. 5º, XIII, o direito a escolha de qualquer profissão atendendo as qualificações profissionais que a lei estabelece. Evidente que as qualificações que a norma deseja é o exercício correto da profissão e não as qualidades de profissões, com o intuito de se determinar um número de profissões que podem ser exercidas.

Cabe ao Estado oportunizar, através do poder de escolha profissional a efetiva oportunidade de exercer a profissão, com direitos e garantias constitucionais necessárias. “O que é realmente necessário é dar conteúdo a essa liberdade, estabelecendo condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho ao ofício e à profissão”. [10]

2.2 A Igualdade pela Opção

Tendo o profissional à liberdade de optar pela profissão que deseja ou ainda a que lhe está em oportunidade de exercer, deverá também existir uma igualdade de tratamento em relação às outras profissões.

O princípio da igualdade apresenta duas distinções de grande relevância, devendo ser observada a igualdade perante a lei e a igualdade na lei, sendo a primeira destinada aos aplicadores do direito, compreendendo os três Poderes do Estado e dos que de alguma forma aplicam o direito ao caso concreto, podendo não só estar presente nas relações públicas, mas também nas relações privadas. E a igualdade na lei apresenta-se tanto para os operadores do direito como para os criadores dos enunciados normativos abstratos[11]. No Brasil esta distinção não existe estando compreendido as duas igualdades em uma só, pois o destinatário da igualdade é tanto o criador do enunciado como o aplicador do direito.[12]

Não há dúvida que a atividade dos profissionais do sexo, caracteriza-se como uma profissão, sem regulamentação, vez que até os próprios autores que discordam da regulamentação e vêm na prostituição uma atividade imoral e prejudicial, concordam que se trata de uma profissão[13]. Assim deve existir uma atitude igualitária na aplicação do direito aos profissionais do sexo, da mesma forma que é feita em relação às outras profissões.

Os Poderes Públicos não devem deixar de enfrentar as desigualdades criadas a estes profissionais, no qual muitas vezes são marginalizados perante a sociedade.

Cabe a implementação de políticas governamentais para diminuir as desigualdades, atendendo as necessidades deste grupo de profissionais, conforme faz com outros grupos[14]. Caso não o faça estará discriminando tais profissionais.

No Brasil alguns dos poderes, já vêm tentando diminuir as desigualdades e evitar o fomento da discriminação[15] para esta categoria de profissionais. No Legislativo tramitam dois projetos de lei no qual procuram garantir direitos a estes profissionais, que serão estudados em outro momento deste estudo.

Também no Executivo Federal, através do Ministério do Trabalho e Emprego, já apresenta a profissão na Classificação Brasileira de Ocupações 2002, sob o nº 5198[16] – Profissionais do sexo, com a descrição da atividade e todos os requisitos necessários e riscos existentes da profissão. Contendo um roteiro referente à profissão aos atuantes para que os mesmo busquem exercer a atividade de forma correta e segura para os clientes e para os próprios profissionais, diminuindo os riscos decorrentes da atividade. Inclusive a classificação menciona quais as atividades que podem considerar a pessoa que exerce uma profissional do sexo, excluído uma série de profissionais que exercem suas atividades através da sensualidade, mas que não são considerados como profissionais do sexo, como dançarina ou dançarino de streap-tease.[17]

Observa-se que no Brasil tanto o Poder Executivo como o Legislativo trabalham no intuito de igualitar os profissionais do sexo com outros profissionais, exercendo a igualdade na aplicação e criação da lei. Enquanto alguns tribunais do Poder Judiciário, responsável pela igualdade jurisdicional[18], que deve impedir as desigualdades, que geram discriminação é um dos que discriminam tais profissionais em seus julgados, no qual relacionam as pessoas que exercem a profissão de natureza sexual como pessoas despidas de confiança e veracidade, conforme podemos observar no acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, nº TST-RR-475610/98.4[19], mas recentemente o Tribunal Regional Federal da 5ª Região em julgado sobre a substituição da pena privativa de liberdade requerida por profissional do sexo que exercia as funções de prostituta, no qual foi negada pelo juiz de primeira instância, sob o argumento que a prostituição não é profissão e que as pessoas que exercem estas atividades estão mais dispostas ao cometimento de crimes[20], reformou a sentença reconhecendo a atividade como profissão, enquadrando tais pessoas na categoria de profissionais do sexo.[21]

A sociedade também não deve contribuir para as desigualdades entre os profissionais, devido à atividade que eles desenvolvem, como alguns indivíduos fazem rotulando perante a sociedade o exercício profissional de natureza sexual como crime, por atentar contra a moral, avaliada pelo senso comum dos indivíduos e não pela moral jurídica[22], vez que não há bem juridicamente há ser protegido para que o exercício seja tipificado como criminoso.

O Estado Democrático de Direito não pode existir sem a eliminação das desigualdades, devendo a igualdade ser interpretada a partir de valores e ideologias de acordo com as situações concretas a serem enfrentadas, sendo impossível ser positivada a igualdade de forma exaustiva, pois assim, estaríamos diante de um Estado totalitário e arbitrário que se afasta da justiça[23].

Assim a igualdade e a liberdade são direitos essenciais para o Estado Democrático de Direito, pois uma liberdade sem uma igualdade valorativa, que busca a diminuição das desigualdades produzidas pelos indivíduos é desprovida de sua real aplicabilidade e efetividade.

3. O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Acreditamos que a relação entre os profissionais do sexo e seus clientes constitui um negócio jurídico, vez que tal relação se enquadra perfeitamente nos requisitos dos negócios jurídicos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Tendo as partes capacidade de fato para exercer suas obrigações poderão figurar no negócio jurídico em questão, pois a exteriorização da vontade está inserida na necessidade do agente ser capaz, para que sua vontade seja considerada válida, conforme aduz Arnaldo Rizzardo: “Domina o princípio de que o negócio deve partir da consciência livre do agente, o que só é possível se há capacidade, de onde vem

à voluntariedade, sendo que esta deve refletir fielmente o que se passa no interior(..)”.[24]

O objeto lícito é o que se enquadra nos padrões éticos e morais do direito, que se encontram de acordo com as normas fundamentais. Demonstramos anteriormente quando tratamos da liberdade de opção pela profissão, que o trabalho destes profissionais em nada colidem com a ética e a moralidade jurídica. Também é ilícito quando o ordenamento jurídico não tenha normatizado como ilícito o objeto.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a prática da prostituição[25], uma das principais atividades dos profissionais do sexo, a proibição é referente ao rufianismo, no qual o ordenamento tipifica como crime contra os costumes.[26]

O negócio oriundo da relação de natureza sexual é determinado ou determinável e possível, vez que se trata de uma relação em que o objeto do negócio é a obtenção de prazer através da parte contratada, podendo ser identificada a parte que proporcionará o prazer ao cliente e amplamente possível, pois como foi dito está se negociando a realização de fantasias, que é realizada pelo profissional ao cliente, comercializado tal prestação.[27]

Afigura-se tal negócio jurídico como um contrato, podendo ser de trabalho ou de prestação de serviço, pois contém todos os requisitos necessários para a sua formação.

3.1 Da relação contratual segundo o Direito Civil

Inicialmente trataremos da prestação de serviço, que corresponde na contratação do profissional do sexo com o objetivo de proporcionar prazeres a um ou vários indivíduos em determinado ambiente, podendo ser através da conjunção carnal e também por atos libidinosos diversos e inclusive pela realização de fantasias eróticas[28], mediante pagamento de honorários pelos serviços prestados.

Trata-se de trabalho sem hierarquia, pois não há subordinação na realização do serviço, vez que o profissional do sexo realiza o serviço na forma que melhor lhe couber, devendo ser exercido com liberdade de atuação, não existindo uma obrigatoriedade de cumprimento dos desejos dos clientes, mas sim uma concordância do que deve ser realizado durante o serviço, devendo ser negociado no momento da formação do contrato.[29]

A autonomia do profissional do sexo, principalmente os que praticam funções que possam existir a possibilidade de contaminação através de doenças venéreas, é essencial para a manutenção do trabalho e em especial da permanência da saúde e da vida do profissional e do cliente, tendo em vista os perigos existentes com a

profissão [30], pois caso contrário estaríamos violando a dignidade da pessoa prestadora do serviço.[31]

Leciona Orlando Gomes, que as prestações de serviços são caracterizadas como tais pelos seguintes motivos: (1) porque muitas das vezes características próprias da atividade não se ajustam no ordenamento trabalhista; (2) pela inexistência de subordinação; ou (3) devido o fim da atividade do trabalhador.[32] Nos parece que o apontamento primeiro e terceiro são os mais pertinentes para o enquadramento dos profissionais do sexo como prestadores de serviços, vez que não existe atualmente uma legislação considerando tais profissionais como trabalhadores o que impede a contratação, muito pelo contrário e vedado pelo ordenamento penal a contratação[33]. Em relação ao apontamento segundo a subordinação em relação ao profissional do sexo, pode existir desde que relativizada, o que demonstraremos posteriormente.

3.2 Da relação contratual segundo o Direito do Trabalho

Em relação ao Direito do Trabalho, realmente carece de uma regulamentação para que os profissionais do sexo possam atuar lícitamente, pois necessita-se que seja determinada a forma de atuação destes profissionais como por exemplo: a jornada de trabalho, o tempo de contribuição e de idade para se aposentar, vez que a atividade deixa de ser autônoma como no contrato de prestação de serviço e passa a ser um contrato de trabalho regido pela Direito do Trabalho.

O jurista Eduardo Espínola, em sua obra aduz a orientação constitucional para a regulamentação das profissões de acordo com as aptidões dos profissionais: “As Constituições mais recentes cogitam de assegurar a todos as possibilidades de obter um trabalho adequado às suas aptidões, deixando, entretanto, à lei ordinária estabelecer os meios e condições de a tornar efetiva”.[34]

Os principais elementos diferenciadores da prestação de serviços do Direito Civil, para do Direito do Trabalho é o vínculo de subordinação, sendo tal elemento uma obrigação do empregado, que executa o serviço, com o empregador que paga o salário e a continuidade na realização do serviço, que seria outro elemento[35].

A subordinação não deve ser absoluta, pois da mesma forma que na prestação de serviço, a execução do trabalho não pode ir de encontro com a dignidade da pessoa de exerce a atividade. Assim, inexistiria subordinação do empregado ao empregador para que realiza-se atos que colocassem em risco sua vida ou a saúde, como exemplo: manter relações sexuais sem o uso de preservativos ou ter relações com clientes violentos.

Caso o empregador exija do empregado a realização de atuações contrárias a sua saúde e vida, poderia da mesma forma que atualmente ocorre com os profissionais regulamentados, a cessação do contrato de trabalho, através da rescisão

indireta, conforme o art. 483, “f” da CLT e requerer ao Poder Judiciário a devida reparação.[36]

Interpreto que quando o autor menciona a exigência pelo empregador de praticar o trabalho em local perigoso, quer dizer sem condições de prevenção adequadas, pois diversas profissões são exercidas em locais perigosos que colocam a vida dos empregados em risco caso não prevenidos.

Necessário que ao se regulamentar a profissão do sexo, seja reformado o Código Penal, especialmente o art. 229 e 230, revogando ou fazendo uma nova interpretação do art. 230, pois o exercício de empregador sem oferecer condições de trabalho e violando a dignidade dos profissionais deverá ser considerada como exploração.

4. AS ESCOLAS REGULAMENTISTA, PROIBICIONISTA E ABOLICIONISTA.

O tratamento das atividades relacionadas ao sexo e novamente destacamos a prostituição, vez surgir três escolas para estudar as possíveis soluções dos problemas referentes ao exercício destes profissionais, tanto para a sociedade e para os próprios trabalhadores. Sendo estas: a regulamentista, a proibicionista e a abolicionista.

A escola proibicionista trata a atividade como sendo criminosa e prejudicial, existindo a perseguição do Estado para punir tais práticas, pois considera que violam bens de grande importância e que devem ser resguardados pelo Direito Penal.[37]

Tal proibição de atuação pode ser total ou parcial, quando o criminoso é o consumidor ou quando é o profissional ou pode ser o que explora os serviços prestados. Atualmente no Brasil somente o último é considerado crime.

A regulamentista é a contratualização, dando ao consumidor e ao profissional toda a proteção devida para o devido exercício da atividade, exercendo o Estado os controles sanitários, econômicos e do trabalho.[38] Atualmente não existe no Brasil nenhuma regulamentação legislativa sobre o assunto, mas no Executivo Federal a atividade já é vista como uma profissão, demonstrando método de seu exercício.

A escola abolicionista considera o profissional como vítima e não criminoso diferenciando da proibicionista, sendo tratada de forma tolerável, mas sem uma regulamentação pertinente[39].

5. ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA.

Atualmente existem três projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados sobre o tema. Tendo os seguintes objetivos: a criminalização dos consumidores, a exigibilidade do pagamento pelos serviços prestados de cunho sexual e a instituição da profissão de trabalhadores do sexo.

Segundo a ordem cronológica, o primeiro projeto é o que torna uma exigibilidade o pagamento dos serviços prestados de natureza sexual. De grande importância o referido projeto, vez que cria uma garantia aos profissionais para que recebam pelos serviços prestados, tornando uma obrigação regida pelo direito civil, seguindo o exemplo da Alemanha que criou a exigibilidade e revogou o crime do favorecimento, vez que a profissão passou a ser lícita.[40]

Conforme refletimos anteriormente a prestação de serviços de natureza sexual através de contrato civil, reúne todos os elementos para a formação de um contrato lícito, vez que não há uma imoralidade jurídica nem ilegalidade na atuação da atividade sexual. O referido projeto tem sua importância para esclarecer perante a sociedade a obrigatoriedade de pagamento pelos serviços prestados.

Segundo a ordem cronológica, surge o projeto de lei, no qual tem o objetivo de criminalizar o consumidor que utiliza serviços sexuais para a satisfação de seus prazeres, através da realização de suas fantasias, aumentando o proibicionismo da atividade, sob a alegação que se estaria defendendo a sociedade contra possíveis males advindo da atividade e considerando o profissional como vítima, por ter de exercer a referida atividade por questões de subsistência.[41]

O referido projeto aumenta as desigualdades de condições entre os profissionais, não resolvendo os problemas sociais que possivelmente geram a inclusão de pessoas nesta profissão.

Criminalizando o cliente os profissionais irão se tornar mais marginalizados do que são atualmente, vez que estarão envolvidos em uma relação criminosa.

Importante ressaltar que viola a liberdade de escolha, não do profissional, mas do cliente que busca a sua satisfação sexual através da prestação de serviços sexuais. Tal escolha pelo cliente não viola direitos de nenhum cidadão, vez que a relação jurídica estabelecida é entre as partes. Assim caso seja transformada em Lei o referido projeto estará limitando o Direito a Liberdade sem uma fundamentação condizente com a possível.

Por último e acredito o mais relevante é o projeto que institui a profissão dos trabalhadores do sexo, vez que disciplina os direitos necessários à atividade, como: previdenciários, saúde, educação e trabalho e outros. Normatiza também a possibilidade da prestação de serviços sexuais e da possibilidade de ser regido pelo Direito do Trabalho, sendo o projeto que acredito, mais se aproxima do modelo regulamentista. [42]

Ressalta-se a necessidade de se revogar os dispositivos criminais que proíbem a atividade de empresário do sexo, conforme faz o primeiro projeto analisado.

Contrariamente ao projeto anterior a transformação deste projeto em lei pelo Congresso Nacional, estará totalmente afinado com o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Segundo o que foi apresentado neste estudo, sobre a regulamentação da profissão dos trabalhadores do sexo, apontamos a seguir nossas conclusões sobre o tema:

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro positivou o direito de liberdade de escolha da ocupação laboral as pessoas para conseguirem seu sustento, sendo permitido o exercício de qualquer atividade, desde que não colidam com as liberdades de outras pessoas.

As ocupações relacionadas com a sexualidade em nada colidem com os direitos de outras pessoas, muito pelo contrário, estão inseridas em um contexto de satisfação e felicidade das pessoas que contratam tais profissionais.

Os profissionais do sexo devem ser considerados como trabalhadores especializados nesta ocupação, devendo ter os mesmos direitos trabalhistas e civis dos profissionais de outras ocupações. O Estado deve tratar os profissionais que atuam no mundo da sexualidade de forma igualitária, dando a assistência necessária que a profissão carece.

O tratamento igualitário deve ser efetivado e garantido pelos Estado através de seus poderes. No Brasil já existem mudanças substanciais nos poderes Executivo e Legislativo, na busca de garantir os direitos destes profissionais, por outro lado o poder Judiciário que deveria ser o garantidor da liberdade e da igualdade e principalmente da dignidade da pessoa, relaciona tais profissionais a seres despidos de confiança, pessoas diferentes dos outros profissionais.

O contrato de prestação de serviços entre os profissionais do sexo e seus clientes é perfeitamente válido, vez que estão preenchidos todos os requisitos necessários para a validade do contrato, devendo ser cumprido pelos contratantes, caso contrário cabe a execução forçada, inclusive perdas e danos.

A contratação de tais profissionais com base no direito do trabalho, depende de uma regulamentação e de uma nova interpretação do crime de rufianismo.

Os profissionais devem aguardar a regulamentação desta profissão segundo o direito do trabalho. Enquanto que no direito civil os contratos de prestação de serviço são perfeitamente lícitos.

Cabe ao Estado, através de seus poderes assumir o dever de garantir os direitos desses profissionais, fazendo as devidas atuações necessárias para o correto exercício desta ocupação tão digna quanto às outras.

7- REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Disponível em <[URL:www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> [14/12/2006]

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988: Disponível em <[URL:www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> [14/12/2006]

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego – Classificação Brasileira de Ocupações 2002 – Código 5198, Disponível em <[URL:www.mtecbo.gov.br/busca/descriçao.asp?Codigo=5198](http://www.mtecbo.gov.br/busca/descriçao.asp?Codigo=5198)> [14/12/2006].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma, proc. nº TST-RR-475610/98.4, Ministro Relator: Ivez Granda Martins Filho, j. 05 de fevereiro de 2003, Publicado em 07 de março de 2003, Disponível em <www.tst.gov.br> [14/12/2006].

CARELI, Sandra da Silva. Mulheres no Brasil Meridional – prostituição em fins do século XIX: transgressão ou delito?, Ciênc. Let., nº 37, Porto Alegre: 2005, Disponível em <[URL:www.fapa.com.br/cienciaseletras/pdf/revista37/cap08.pdf](http://www.fapa.com.br/cienciaseletras/pdf/revista37/cap08.pdf)> [14/12/2006].

ESPÍNOLA, Eduardo. Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro, 1ª ed., Campinas – SP: Bookseller, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. Contratos, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUIMARÃES, Kátia e Edgar Merchán-Hamann, Comercializando Fantasias: a representação social da prostituição, dilemas da profissão e a construção da cidadania, Revista Estudos Feministas, v. 13 nº 03, Florianópolis, 2005, Disponível em <[URL:www.scielo.br/pdf/ref/v13n3/a04v13n3.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ref/v13n3/a04v13n3.pdf)> [14/12/2006].

JUNIOR, José Cretella. Curso de Liberdades Públicas, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade, Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e Instituto de Medicina Social: Disponível em < URL: www.clam.org/pdf/roger_dirdemsex_port.pdf> [14/12/2006].

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

[1] BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.69.

[2] PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 136.

[3] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 528.

[4] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988: Disponível em < URL: www.camara.gov.br > [14/12/2006].

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[5] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 232.

[6] RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade, Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos e Instituto de Medicina Social: Disponível em < URL: www.clam.org/pdf/roger_dirdemsex_port.pdf> [14/12/2006], p.

17. Um direito da sexualidade, na esteira do debate contemporâneo sobre as dimensões dos direitos humanos, avança para a consideração dos direitos sociais e econômicos, tidos como segunda geração de direitos humanos e qualificados na doutrina constitucional como direitos positivos, direitos a prestações, vocacionados para a promoção da liberdade e da igualdade fáticas. Proteção contra despedida arbitrária, direito à seguridade social, ao acesso ao sistema de saúde sem discriminação de forma integral, ao sistema público ou privado de pensões e aposentadorias são todos exemplos da concretização positiva desses princípios fundamentais que o direito brasileiro tem desenvolvido.

[7] JUNIOR, José Cretella. Curso de Liberdades Públicas, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 153.

[8] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 233. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

[9] GUIMARÃES, Kátia e Edgar Merchán-Hamann, Comercializando Fantasias: a representação social da prostituição, dilemas da profissão e a construção da cidadania, Revista Estudos Feministas, v. 13 nº 03, Florianópolis, 2005, Disponível em <URL:www.scielo.br/pdf/ref/v13n3/a04v13n3.pdf > [14/12/2006], p. 533. No entanto, foi observado nos grupos focais que a representação social de uma mulher que vende o corpo para sua sobrevivência vem sendo, em certo sentido, deslocada e re-significada, por ela, para novas interpretações sobre o erotismo presente na prostituição. Nesse contexto, pode-se perceber que a ideia da realização de fantasias eróticas, bem como de diferentes jogos sexuais que não se restringem à prática sexual convencional, vem se revelando como a razão da busca de muitos dos clientes pelo comércio de fantasias.

[10] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 257.

[11] Ibidem, p. 215.

[12] Idem. Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei.

[13] JUNIOR, José Cretella. Op. cit., p. 153.

[14] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29.

[15] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.

[16] BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego – Classificação Brasileira de Ocupações 2002 – Código 5198, Disponível em <URL: www.mteco.gov.br/busca/descriçao.asp?Codigo=5198> [14/12/2006].

[17] Ibidem, Profissional do sexo - Garota de programa , Garoto de programa , Meretriz , Messalina , Michê , Mulher da vida , Prostituta , Puta , Quenga , Rapariga , Trabalhador do sexo , Transexual (profissionais do sexo) , Travesti (profissionais do sexo)

[18] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 218.

[19] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma, proc. nº TST-RR-475610/98.4, Ministro Relator: Ivez Granda Martins Filho, j. 05 de fevereiro de 2003, Publicado em 07 de março de 2003, Disponível em: www.tst.gov.br. Embora a prova testemunhal não seja o meio mais idôneo das provas, tanto que é conhecida como a prostituta delas, porquanto as testemunhas podem até mentir em juízo, na medida em que o perjúrio é muito difícil de ficar configurado, na hipótese, a Reclamada somente dispunha deste meio de prova, considerando que não possui os indispensáveis registros de ponto.

[20] BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, 4ª Turma, Apelação Criminal nº 5157 – PE, Relator: Desembargadora Margarida Cantarelli, j. 04 de setembro de 2007, Publicado em XXXXX, Disponível em: www.trf5.gov.br. Ora, a prática da prostituição não pode servir de prejuízos ou demérito ao homem ou mulher que dela sobrevivem, até porque a conduta é lícita, apesar de historicamente malvista em todas as sociedades. O fato de alguém exercer a prostituição (ou “dedicar-se ao meretrício”, nos termos da sentença), ainda que habitualmente, não induz à conclusão adotada implicitamente do magistrado de que seria pessoa mais propensa ao crime. Age ilicitamente quem incita ou se favorece da prostituição alheia, caso de rufianismo, mas não quem presta diretamente os serviços de ordem sexual.

[21] BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, 4ª Turma, Apelação Criminal nº 5157 – PE, Relator: Desembargadora Margarida Cantarelli, j. 04 de setembro de 2007, Publicado em XXXXX, Disponível em: www.trf5.gov.br. O exercício da prostituição não pode ser alegado como motivo para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, máxime quando a ré é primária. Legalidade da atividade, hoje devidamente disciplinada pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho.

[22] CARELI, Sandra da Silva. Mulheres no Brasil Meridional – prostituição em fins do século XIX: transgressão ou delito?, Ciênc. Let., nº 37, Porto Alegre: 2005, Disponível em <URL: www.fapa.com.br/cienciaseletras/pdf/revista37/cap08.pdf >[14/12/2006], p. 158 – 159.

[23] BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 376 – 377.

[24] RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 419.

[25] BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 83.

Assim, tem a pessoa o direito de dispor do seu próprio corpo, para as diferentes finalidades da vida social normal, inclusive para a satisfação da lascívia alheia, desde que em circunstâncias que não choquem a moral pública, quando então poderá ingressar na esfera penal, na qual são descritas ações havidas como crime (crimes contra os costumes: Código Penal, arts. 213 e segs.), em que se realça a repulsa à exploração por outrem. Daí por que não é delito a prostituição, mas sim a facilitação ou o aproveitamento por terceiro.

[26] Importante observar que o Código Penal Brasileiro é de 1940. Os costumes daquela época provavelmente não mais correspondem aos atuais, tanto que alguns artigos do código foram revogados recentemente como: sedução e rapto consensual, vez que não mais se caracterizavam com bens a serem protegidos pelo direito penal.

[27] RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 421.

[28] BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego – Classificação Brasileira de Ocupações 2002 – Código 5198, Disponível em <URL: www.mtecbo.gov.br/busca/descriçao.asp?Codigo=5198> [14/12/2006].

[29] GOMES, Orlando. Contratos, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 292 – 293. A parte que presta o serviço estipulado não o executa sob a direção de quem se obriga a remunerar-lo e utiliza os métodos e processos que julga convenientes, traçando, ela própria, a orientação técnica a seguir, e assim exercendo sua atividade profissional com liberdade. Na realização do trabalho, não está subordinada a critérios estabelecidos pela outra parte. Enfim, é juiz do modo por que o serviço deve ser prestado.

[30] GUIMARÃES, Kátia e Edgar Merchán-Hamann, Op. cit., p. 535 – 536.

[31] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 383 - 384

[32] GOMES, Orlando. Op. cit., p. 290.

[33] BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Disponível em <URL: www.planalto.gov.br> [14/12/2006].

Art. 230- Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça:

[34] ESPÍNOLA, Eduardo. Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro, 1ª ed., Campinas – SP: Bookseller, 2002, p. 413.

[35] GOMES, Orlando. Op. cit., p. 291.

[36] MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 363. A sexta hipótese evidencia o fato de o empregado correr perigo de mal considerável. É o que ocorreria se o empregador exigisse do empregado o trabalho em local em que este pudesse contrair doenças ou moléstia grave, ou outro fato que viesse a pôr em risco sua saúde, sua vida ou sua integridade física.

[37] JUNIOR, José Cretella. Op. cit., p. 153.

[38] GUIMARÃES, Kátia e Edgar Merchán-Hamann, Op. cit., p. 526.

[39] JUNIOR, José Cretella. Op. cit., p. 153.

[40] BRASIL, Câmara do Deputados, PL- 098/2003, Deputado Fernando Gabeira, data 19/02/2003. Disponível em < URL:www.camara.gov.br > [14/12/2006]

[41] BRASIL, Câmara do Deputados, PL- 2169/2003, Deputado Elimar Máximo Damasceno, data 02/10/2003. Disponível em < URL:www.camara.gov.br > [14/12/2006]

[42] BRASIL, Câmara do Deputados, PL- 4244/2004, Deputado Eduardo Valverde, data 07/10/2004. Disponível em < URL:www.camara.gov.br > [14/12/2006]. Assumindo a premissa de que milhares de pessoas exercem a prostituição no Brasil, proponho este projeto com intuito de regulamentar a atividade, estabelecer e garantir os direitos destes trabalhadores, inclusive os previdenciários. Fica estabelecido ainda o acesso gratuito aos programas e ações de saúde pública preventiva de combate às doenças sexualmente transmissíveis, bem como à informação sobre medidas preventivas para evitá-las.

GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÕES E MULTICULTURALIDADE*

GLOBALIZATION, MIGRATION AND MULTICULTURALITY

Leila Maria Da' Juda Bijos

RESUMO

O Brasil apresenta uma história de movimentos democráticos, de partidos políticos tradicionais e organizações estatais que falharam na condução de um real desenvolvimento, especialmente no que concerne à proteção de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças e idosos. Na verdade, há uma significativa parcela da população brasileira vivendo com uma renda que não cobre suas necessidades básicas. Fazem parte desse grupo os afro-descendentes, os indígenas e os imigrantes, que não tiveram mobilidade política e social. As transformações do mundo do trabalho permeiam-se com o sonho da plena cidadania e a desilusão com o sistema estatal, que força os cidadãos a deslocarem-se para os grandes centros urbanos ou países do Norte em busca de sucesso. As tendências migratórias na América Latina e Caribe, nas últimas três décadas, mostram um fenômeno preocupante para a agenda hemisférica e global.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICAS PÚBLICAS. DISCRIMINAÇÃO. MIGRAÇÕES. DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

Brazil presents a history of democratic movements, traditional political parties and state organization which failed off in establishing a process of real development, especially concerning the protection of vulnerable groups, such as women, children and elderly people. Besides that, up to now, there is a significant number of Brazilians living with an income which does not cover its basic necessities. As members of this group there are afro-descendants, indigenous people and immigrants, who were not benefitted with social and politically mobility. The transformations faced by the labour market show a mix up of dreams of full citizenship and the disillusion with the state system, which impels the people to migrate to urban centers or North developed countries aiming at being successful in life. The migratory trends in Latin America and the Caribbean in the last decades present a worrying phenomenon for the hemispheric global agenda.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

KEYWORDS: KEY-WORDS: PUBLIC POLICIES. DISCRIMINATION. MIGRATION. HUMAN RIGHTS.

INTRODUÇÃO

O final do século XVIII foi marcado pelo início do capitalismo que passou por três fases distintas: primeira revolução industrial, segunda revolução industrial e na década de setenta entrou no período denominado revolução tecnológica de informação. O capitalismo, pela passagem das três fases, caracteriza-se primordialmente por ser um sistema onde o domínio de uma minoria sobre a maioria é evidente, com vistas à produção, consumo e finalmente o lucro.

Na acepção de Polanyi a Revolução Industrial do século XVIII trouxe progresso dos instrumentos de produção, mas uma desarticulação *catastrófica* na vida das pessoas. Essa desarticulação seria emblemática da falha da ideologia liberal que, por sua vez, seria “processo de mudança não-dirigida, cujo ritmo é considerado muito apressado (e que) deveria ser contido, se possível para salvaguardar o bem-estar da comunidade.” [1] A análise de Polanyi busca esclarecer as alternativas enfrentadas por uma comunidade no paroxismo de um progresso econômico não regulado. Uma economia de mercado significa um sistema auto-regulável de mercados, que é capaz de organizar a totalidade da vida econômica sem qualquer ajuda ou interferência externa.

Na verdade, trata-se de uma economia dirigida pelos preços de mercado e nada além dos preços de mercado, cujo alvo é o lucro. O lucro no sistema capitalista, em sua última fase, é obtido pelo aumento da produtividade que provoca o incremento da produção, a diminuição dos preços e o aumento progressivo do desemprego seguido pela diminuição do salário, ou seja, o aumento da mais valia.

O capitalismo está diretamente ligado à destruição do meio ambiente provocando um caos ecológico de proporções que afetam diretamente a vida do planeta. Aliado a estes fatores, salienta-se o poderio da indústria armamentista que é o setor básico e fundamental do sistema responsável pela ampliação das fronteiras comerciais e imposição do espírito capitalista em regiões que se opõem à expansão da máquina de exploração. Na última fase do sistema capitalista observa-se a aplicabilidade do capital em ações que possuem os seus preços valorizados ou desvalorizados em decorrência das estratégias de mercado especulativo desvinculando-se totalmente do meio produtivo, o que acarreta maior desemprego e diminuição dos salários, cujos únicos prejudicados, em princípio, são os assalariados. O capitalismo em si é uma bolha onde em seu interior existe um mundo virtual de trocas de informações visando maiores lucros aos seus usuários. Futuristicamente, se a bolha explodir o homem elaborado pelo sistema também desaparecerá, pois, todos os valores e crenças que possuímos foram inseridos em nossa consciência pelos meios de sustentação do sistema. Somos homens e mulheres elaborados pelo sistema preocupados com a produção e consumo, que são valores

prioritários do capitalismo. Com o desaparecimento do sistema, desaparece também o cidadão construído pelo capitalismo.

Em oposição ao capitalismo apresenta-se o socialismo, como um sistema híbrido, que aceita o jogo dos grupos monopolistas e a manutenção da propriedade privada dos donos do capital. O sistema socialista obedece à burguesia nacionalista e procura acalmar os desempregados e marginalizados pelo capitalismo, com programas sociais paliativos que neutralizam o potencial dos desesperados ou famintos. O socialismo beneficia os burgueses nacionalistas e alimenta aos famintos com um pouco de benesses que não suprem completamente suas necessidades, mas os mantem pacificamente em seus lugares. A grande problemática do socialismo é a criação de um Estado autoritário, centralizado na nacionalização de empresas viáveis ao sistema e não preocupado em solucionar as causas reais da pobreza, sendo denominado atualmente de capitalismo de Estado.

Marx e Engels identificaram uma série de estágios históricos correspondentes ao desenvolvimento progressivo da produção material, partindo do comunismo primitivo, até chegar ao capitalismo, o qual seria suplantado pelo socialismo e, por fim, pelo comunismo avançado.[2]

Socialismo e capitalismo são dois sistemas inviáveis e antidemocráticos devido à sustentação de grupos minoritários e elevado índice de corrupção. O capitalismo é mantido pela burguesia internacionalista e o socialismo apoiado pelos sindicatos e burgueses nacionalistas.

No bojo dessa análise, insere-se “o conceito de política, entendida como forma de atividade ou práxis humana, que está estreitamente ligado ao conceito de poder. O poder foi definido tradicionalmente como “consistente nos meios para se obter alguma vantagem” [3] ou, de modo análogo, como “o conjunto dos meios que permitem conseguir os efeitos desejados.” [4] Sendo um desses meios o domínio sobre outros homens (além do domínio sobre a natureza), o poder é definido ora como uma relação entre dois sujeitos, na qual um impõe ao outro a própria vontade, determinando-se o seu, malgrado o comportamento: mas como o domínio sobre os homens não é geralmente fim em si mesmo, mas meio para se obter “alguma vantagem”, ou mais exatamente, “os efeitos desejados”, de modo não distinto do domínio sobre a natureza. [5]

“Poder é a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos (sobre indivíduos ou grupos humanos). Portanto, *o poder não é um ser*, mas uma *relação*. Mais, ainda, é um *conjunto de relações*, por meio das quais indivíduos ou grupos interferem na atividade de outros indivíduos ou grupos.” [6] Lebrun convida o leitor a desfazer-se de alguns preconceitos e abandonar algumas “evidências” acerca do conceito de *poder* na filosofia política.

Lebrun[7] ao analisar os EUA e a Rússia (ex-URSS), ressalta que “cada uma das duas Super-Potências dispõe de um arsenal nuclear capaz de exterminar todos os seres vivos: tem, assim, uma potência de destruição total”. Enfatiza, também, o poder dos bancos internacionais, especialmente o Fundo Monetário Internacional, que “quando vem em ajuda de um país em dificuldades, está em condições de ditar-lhe uma política econômica determinada: tem, portanto, a *potência* de limitar a soberania deste país. A

potência é a capacidade de efetuar um desempenho determinado, ainda que o ator nunca passe ao ato. Essa análise já foi feita por Aristóteles, quando estabeleceu a clássica distinção entre a potência (*dunamis*) e o ato, ou melhor, o efetivo (*ergon*). Ou, mais exatamente, reencontramos um dos sentidos desta distinção.

A análise das sociedades modernas, do desenvolvimento do capitalismo comercial (ou mercantil), e da forma inicial do sistema capitalista promove a percepção de que a compreensão da realidade política pressupõe análises científicas. Apresentar os pressupostos teóricos fundamentais que nortearam o desenvolvimento do pensamento político, dentre eles os aspectos históricos relevantes: a passagem do feudalismo para o capitalismo, com o florescimento do comércio, o estabelecimento das grandes rotas comerciais, o predomínio do capital comercial e a emergência da burguesia é de extrema relevância no contexto atual. A denominação comercial se relaciona ao fato de existir preponderância do capital mercantil sobre a produção. A maior parte do lucro concentrava-se na mão dos comerciantes, intermediários entre o produtor e o consumidor.

Na acepção de Marx e Engels “[depois de sofrer a exploração do fabricante e de receber seu salário em dinheiro, o operário torna-se presa de outros membros da burguesia: o senhorio, o varejista, o penhorista etc.]”[8] Ademais das pressões sofridas pela exploração do fabricante, o cidadão se deparará com o poder do Estado.

Evidencia-se o poder do Estado, a coerção, em que se inserem os tribunais e as prisões, além do exército, que intervém diretamente como força repressiva de apoio em última instância para conter o proletariado em suas manifestações cívicas.[9] A história nos apresenta um contexto riquíssimo de revoluções e movimentos da sociedade civil, em que os revolucionários pagaram com seu sangue por sua oposição ao Estado. A lógica da revolução está embutida na própria lógica das contradições do sistema capitalista, conforme enfatizado por Karl Marx.[10]

Ludwig Feuerbach desenvolveu uma violenta crítica da sociedade capitalista a partir da interpretação do surgimento e desenvolvimento do capitalismo pela ótica do materialismo histórico e dialético (que teria “virado Hegel de cabeça para baixo”), localizando a causa da alienação humana nas relações econômicas exploradoras e acreditando que o conflito de classes era o sintoma e o instrumento de sua solução.

A desarticulação catastrófica ocorrida na época da Revolução Industrial obrigou os camponeses a deixarem o ambiente rural e marcharem em direção aos grandes centros, o que causou um inchaço nos centros urbanos. Essas conseqüências resultaram na desaparecimento dos pequenos proprietários rurais, dos artesãos independentes, com a imposição de prolongadas horas de trabalho, que tiveram um efeito traumático sobre milhões de seres humanos ao modificar radicalmente suas formas habituais de vida.[11]

Estas transformações, que possuíam um sabor de cataclismo, faziam-se mais visíveis nas cidades industriais, local para onde convergiam todas estas modificações e explodiam suas conseqüências. Cidades como Manchester, na Inglaterra passavam por um vertiginoso crescimento demográfico, sem possuir, no entanto, uma estrutura de moradias, de serviços sanitários, de saúde, capaz de acolher a população que se deslocava do campo.

As conseqüências da rápida industrialização e urbanização levadas a cabo pelo sistema capitalista foram tão visíveis quanto trágicas: aumento assustador da prostituição, do suicídio, do alcoolismo, do infanticídio, da criminalidade, da violência, de surtos de epidemia de tifo e cólera que dizimaram parte da população.[12] É evidente que a situação de miséria também atingia o campo, principalmente os trabalhadores assalariados, mas o seu epicentro ficava, sem dúvida, nas cidades industriais.

A situação de exclusão na qual muitos indivíduos estavam inseridos contou como fator com força centrífuga, estimulando a mudança geográfica de milhares de pessoas.

Essa movimentação temporária ou permanente de pessoas pelas fronteiras, movimento natural do ser humano tomou maior forma com a globalização, conforme ressaltado por Held

“One form of globalization is more ubiquitous than any other – human migration. At its simplest, migration refers to the movement of people and their temporary or permanent geographical relocation.”[13]

Os cidadãos foram cientificando-se da imposição explícita do mundo social e econômico das potências da Europa do norte e, mais tarde, do modelo da sociedade norte-americana, diluindo-se o velho sonho do *El Dorado*, que alimentou a vontade dos primeiros colonizadores na América Latina.

As várias construções sobre a América, o Novo Mundo, mostram “o lugar da dificuldade, da pobreza e da miséria, onde sonhos se transformam em pesadelos.” [14]

O pesadelo do modelo liberal não extirpou o cancro do colonialismo, que continua presente em nossa época: somos explorados sem receber a devida paga e abandonamos os nossos ancestrais em busca de trabalho alhures.[15]

Para se compreender o fluxo de imigração latino-americana para os países do Norte, é necessário debruçar-se sobre o contexto econômico excludente contemporâneo.

2. POBREZA ENDÊMICA NA AMÉRICA LATINA: FLUXOS MIGRATÓRIOS

A partir da década de 1980 e ao longo da década de 1990, verificou-se a intensificação dos fluxos de imigrantes latino-americanos que se locomoveram da República Dominicana, do Peru, do Equador, da Colômbia, da Bolívia e Brasil para os Estados Unidos, a Europa e a Ásia.

Essa força centrípeta impulsiona os cidadãos para a busca de melhores condições de vida e trabalho no exterior. A imigração nos revela um cenário de mudanças pós-coloniais contemporâneas, em que se evidencia a pobreza estrutural na América Latina e a ausência de mecanismos sociais para promover o crescimento econômico.

As relações históricas e culturais que se estabeleceram no continente a partir da expansão econômica, iniciada com a colonização no século XVI, estão imersas no dependentismo, ausência de condições institucionais e sociais que propiciem as condições econômicas favoráveis para garantir uma política de desenvolvimento, e permitir um tipo de desenvolvimento que possa inserir a população mais vulnerável no mercado formal da economia.

Os pobres que chegam à zona urbana sofrem da dicotomia do “puxa e empurra” que são fatores condicionantes do processo migratório. O migrante, pelos fatores de pressão, demonstra um baixo nível de alfabetização, não possui os valores econômicos para competir em um novo mercado de trabalho, o que revela ser na verdade, um fator de condição determinante no processo de estratificação social. Estes quesitos estão associados, não só a uma insuficiência de renda, mas também de hábitos alimentares inadequados, devido aos fatores culturais e a falta de produtos ou serviços que deveriam ser oferecidos a nível macro, tais como água e sistemas de saneamento básico. Uma das hipóteses do fator migratório provém de laços afetivos, que contribuem para a formação de uma corrente cumulativa, por exemplo, familiares ou pessoas com laços de amizade, ou uma combinação entre antigos e potenciais migrantes. Estes funcionam como uma corrente que atrai novos contingentes com relatos orais de suas experiências exitosas nas grandes metrópoles. Dentre esses relatos, inserem-se as tentativas das mulheres de adesão ao setor formal ou informal da economia, mais especificamente em residências abastadas, como domésticas, babás, faxineiras, ou com alternativas individuais como sacoleiras, camelôs, e numa fase posterior através da abertura de um micronegócio.[16]

Infere-se que as condições de trabalho para os migrantes, principalmente mulheres, são inferiores as dos não-migrantes.

2.1 BRASIL: MIGRAÇÕES EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

A migração interna no Brasil está relacionada aos desequilíbrios regionais, que como processo social, aliado a causas históricas tem provocado o êxodo das populações das áreas rurais para as zonas urbanas. Estudos empíricos têm demonstrado que a migração interna[17] no país ocorre em estágios, não só em termos de ambiente rural – pequena cidade, média cidade, metrópole – mas, também em termos de idas e vindas de migrantes em ocupações rurais ou urbanas.

No que se refere à análise específica de emprego e renda, o impacto da migração na estrutura do mercado de trabalho e na distribuição de renda nas regiões metropolitanas, deve ser prescindida das diferenças entre as características da população migrante e não-migrante, focalizando essas diferenças em relação à economia diferenciada de cada uma das áreas em particular. A migração altera a composição da força de trabalho, aumentando proporcionalmente o número de trabalhadores sem qualificação especializada, cujos padrões de consumo são mínimos, com reduzida expectativa de vida, para quem os aumentos e melhorias nos níveis salariais são inexistentes. Como resultado, não só os migrantes, mas a força de trabalho como um todo, sofrerá as conseqüências dos fluxos migratórios, que apresentam uma nova e inesperada demanda

por trabalho, com uma mão-de-obra que aceita receber qualquer percentual como pagamento, em troca da possibilidade de sobrevivência.

Outras variáveis são usadas para resolver certos problemas que surgem com a divisão do mercado de trabalho por setor e pela renda auferida pelo grupo. Neste sentido, deve-se inferir nas diferenças salariais observadas entre homens e mulheres, distinguindo a força de trabalho por sexo, inserindo-se a idade, a escolaridade e as taxas de atividade, através da qualificação individual e de seu possível impacto na distribuição da renda.[18]

Os estudos qualitativos sobre emprego, renda e integração do migrante no ambiente urbano, oferecem um teste para as premissas dos modelos relacionados com a decisão de migrar. Por que os pobres migram para os centros urbanos? Todaro[19] aplica o conceito de “setor urbano tradicional” para definir a força de trabalho do migrante que apresenta qualificações inferiores, como característica do mercado de trabalho.[20] A teoria é válida a partir do momento em que contradiz a teoria do “homem marginal”, que interpreta o subemprego como um “setor separado da economia”.

A premissa do autor mostra que a decisão de migrar está fortemente relacionada com a possibilidade de obter emprego no meio urbano e, também nas diferenças verificadas entre a renda rural e a urbana, implicando em aspectos subjetivos, como o destino do migrante, muito mais do que o processo de migração em si.

As referências históricas nos mostram a evolução dos movimentos migratórios no território brasileiro, a partir da década de 1930, quando o Governo de São Paulo decidiu subsidiar o fluxo de trabalhadores estrangeiros, objetivando suprir uma carência na agricultura, com enfoque nas plantações de café. Devido à Grande Depressão no final da década de 20, este processo foi interrompido, devido à carência de recursos financeiros para subsidiar a demanda por imigrantes italianos e japoneses, preferindo alocá-los internamente.

4. GLOBALIZAÇÃO E MULTICULTURALISMO

Ao proceder-se com o exame das migrações e dos processos desenvolvimentistas, inúmeras pesquisas conduzem à emigração e levadas de imigrantes oriundos de países em desenvolvimento que se dirigem a países desenvolvidos. Casos específicos narram a saga de cidadãos latino-americanos e caribenhos atraídos pelo sonho de sucesso nos Estados Unidos da América, na Europa e, nos mais remotos países asiáticos.

A questão da migração não deve ser vista como um problema a ser resolvido, mas como um fenômeno a ser entendido; e acima de tudo, uma questão política preocupante para uma comunidade de países desenvolvidos.[21]

No que se refere ao contexto econômico, a Bacia do Pacífico emergiu como uma das mais imponentes regiões, detentora de tecnologias inovadoras e competitivas, padrões educacionais e profissionais diferenciados. Liderados pelo Japão, as nações asiáticas

acompanharam o vôo do ganso e procederam a reformas institucionais, que fizeram emergir os tigres asiáticos: Hong Kong, Cingapura, Coréia do Sul e Taiwan.[22] Nos últimos vinte e oito anos, a média de crescimento econômico da área em epígrafe praticamente dobrou, em relação ao resto do mundo, tendo o Japão como líder econômico.[23]

O que distingue o Japão das economias ocidentais desenvolvidas são variáveis específicas, como o caráter único de sua cultura, preservação de seus valores e tradições; aliadas aos fatores advindos das relações de mercado interno e externo e extra-mercado. É imprescindível analisar também o imaginário coletivo que poderia ser o objeto central deste estudo, de cunho mais antropológico, clarificando o processo de desenvolvimento do Japão e, respectivamente, de uma população homogênea, imbuída da disciplina dos samurais, do espírito de luta, de perseverança, obediência e harmonia. Dentre esses valores, ressaltam-se o coletivismo, o zelo ideológico, a vivacidade, e a qualidade dos processos de análise do planejamento e da tomada de decisões.[24]

4.1 Estudo de Caso: Japão

A liberalização da economia, na década de 80 abriu caminho à modernização para os setores de têxteis, aço, televisores, automóveis, máquinas, ferramentas e semicondutores, a partir da implantação de uma infra-estrutura industrial moderna e um contingente de recursos humanos predisposto a assimilar e a incorporar novas tecnologias. O resultado desse processo de desenvolvimento fez-se presente na acumulação de elevados e crescentes *superávits* comerciais, deixando para trás a tendência do *déficit* em transações correntes com o exterior.

Em virtude desse processo acelerado de crescimento, o Japão tornou-se o líder tecnológico na região, e veio a desfrutar de uma parcela substantiva do mercado global de exportação de produtos com alta tecnologia. Em face do dinamismo na produção de bens manufaturados do seu mercado interno, que passou a demandar mão-de-obra qualificada em larga escala, os *Dekasseguis* nipo-brasileiros foram, dessa forma, atraídos, bem como trabalhadores sem qualificação de outros países em desenvolvimento, para suprir a falta doméstica de mão-de-obra. A escassez de mão-de-obra, no início dos anos 80, compeliu às autoridades japonesas a aceitarem a entrada de trabalhadores estrangeiros sem qualificação no país, abrindo suas portas aos imigrantes, através da “Lei de Controle de Imigração e de Reconhecimento de Refugiados” (conhecida por Lei de Imigração). O objetivo específico era ter um controle equitativo das entradas e saídas no Japão, facilitando a aceitação de cidadãos estrangeiros e, também, extraditando aqueles de má índole.

Em junho de 1990 foi sancionada a emenda da Lei de Imigração, que beneficiou os descendentes de japoneses, com base no Tratado de Paz com o Japão (Lei N? 71 de 1991, sancionada como “Lei Especial de Controle de Imigração”, que permite entrada no país aos *nikkeis* (descendentes de japoneses) sem quaisquer restrições. A falta de mão-de-obra para suprir as indústrias japonesas foi equacionada através da chegada dos descendentes de japoneses com nacionalidade estrangeira, os *nikkeis* de segunda e

terceira gerações, concedendo-os a qualificação de residência de “cônjuge de japoneses” ou “residentes fixos” acabando com os limites de trabalho no Japão. Além dessa ressalva, foi concedida a mesma qualificação de residência aos *nikkeis* (até a terceira geração) aos não descendentes de japoneses casados com *nikkeis*. Devido a estas mudanças, a partir de 1990, elevou-se consideravelmente o número de *nikkeis* e de seus familiares provindos de países da América Latina, incluindo o Brasil.

A nova Lei de Imigração mostrou-se vantajosa para os trabalhadores brasileiros que são desprovidos de qualquer qualificação profissional; na sua maioria *Nikkeis*, que decidiram tentar a sorte no Japão, com a possibilidade de obter várias entradas e re-entradas.

Os *Dekasseguis*, *Nikkeis* brasileiros, devido aos seus laços consangüíneos japoneses, possuem regalias especiais de entrada no Japão, assim como lhes é facilitada a oportunidade de trabalho legal no país, sem que sofram as mesmas penalidades jurídicas imputadas aos iranianos, aos chineses, aos coreanos e outros imigrantes.

Esse contingente de *Dekasseguis* brasileiros viu-se impelido a emigrar para o Oriente, no início da década de 1980, devido à impossibilidade de inserção no mercado formal da economia no Brasil. Nos anos 1990, o Presidente Fernando Collor de Mello assumiu o poder com um slogan moralista de caça aos marajás, congelando os preços básicos dos alimentos, de frutas e legumes, geralmente cultivados pelos agricultores japoneses. Além dos altos índices de desemprego, o Brasil estava sofrendo com o baixo crescimento econômico, altas taxas de inflação e a crise da dívida externa, o que compeliu os migrantes para fora do país, uma vez que eram incapazes de gerenciar seus processos intensivos na agricultura no turbilhão de uma crise governamental. Os agricultores japoneses perceberam que sua sobrevivência estava em risco, recusando-se a continuar investindo no país. Diante de fatos tão graves, os descendentes de japoneses decidiram por tentar a sorte na economia japonesa emergente, como bem referendada por Hosoe.[25] O resultado dessa maciça emigração evidenciou-se num total de 265.000 *Dekasseguis* brasileiros que tiveram que se adaptar à cultura e tradições japonesas, assimilar um novo idioma e as normas comportamentais quando de sua chegada ao Japão.

Dados estatísticos governamentais mostram que até 2005, um total de 1.686.444 estrangeiros se registrou no Japão, o que equivale a uma taxa de crescimento anual de 8.4%, em contraposição a 941.005 imigrantes (4.6%) em 1988, o que suscitou preocupações às autoridades japonesas.[26] A maioria desses trabalhadores estrangeiros origina-se de países asiáticos como China, Coréia, Bangladesh, Malásia, Irã, e outros. De certa maneira, sua aparência física e laços culturais propiciaram sua permanência no Japão, o que os conduziu a processos de aprendizagem para enfrentar as dificuldades, superar o isolamento, num processo conhecido como internacionalização interna, denominada de *uchinary kokusaika*. Aqueles que não conseguem vencer todas essas barreiras na sua adaptação social e na inserção dos filhos no sistema escolar japonês, vêem-se diante do *ijime* (maus tratos), do isolamento e da criminalidade, impelindo-os ao fundo do poço, tornando-se o maior problema político e social enfrentado pelas autoridades japonesas.[27] O conteúdo dos problemas trazidos pelos *Nikkeis* variava de uma fase inicial de assuntos *hard* e problemas relacionados à parte *soft*. Os dados fornecidos pela Associação de *Nikkeis* do Exterior eram relacionados a problemas com o empregador ou com colegas de trabalho passando gradativamente para problemas

relacionados ao dia-a-dia como a educação dos filhos, relacionamento com as pessoas da comunidade local e de assistência social.[28]

Se procedermos a uma análise da diáspora, incluindo-se a recepção e as experiências vivenciadas por povos asiáticos que retornam às suas nações ancestrais depois de viverem durante anos longe de seus países de origem étnica durante gerações inteiras, podemos inferir que fugiram em decorrência de instabilidades políticas, altos índices inflacionários, baixos salários e ausência de oportunidades de inserção no mercado de trabalho.[29] Adicionalmente a estas questões negativas, os imigrantes são seduzidos pelo sucesso expressivo dos novos países industrializados asiáticos, tendo o Japão como líder, como um dos países mais prósperos da região, cujas taxas crescentes de oferta de emprego e absorção de mão-de-obra estrangeira tem sido ascendente, num processo de importação de mão-de-obra. A experiência bem sucedida do Japão pode ser convenientemente interpretada em contextos econômicos voltados para uma “grande escala de expansão da mão-de-obra de trabalhadores não qualificados no setor manufatureiro formal”, o que nos remete para o ambiente econômico e a teoria de Heckscher-Ohlin (H-O), que oferece uma simples e familiar ferramenta de variações modulares entre comércio e fatores de mercado, inclusive mercados de trabalho.[30]

Apresentar um perfil educacional e demográfico acurado dos brasileiros que se encontram no Japão não é uma tarefa fácil, especialmente porque eles se encontram em regiões diferentes, e os dados estatísticos de imigração fornecidos pelo Ministério da Justiça somente nos oferecem um perfil superficial desses trabalhadores.

A emigração dos descendentes de japoneses acentuou-se no início da década de 1980, com a partida para o Japão de camponeses sem terra, semi-analfabetos, despreparados para viver num país desenvolvido. Os jovens *Dekasseguis* eram detentores de grau universitário, que aceitaram trabalhos manuais nas fábricas, embora tivessem uma titulação em História, Direito, Artes, Ciências Sociais, dentre outras. Vinte e oito anos depois, os brasileiros que permaneceram no Japão estão inseridos em melhores categorias de empregos, como coordenadores educacionais, intérpretes, ou abriram seus próprios negócios, conforme análise etnográfica realizada pela autora no Japão, durante os meses de dezembro de 2007 a fevereiro de 2008.

Os 312.000 *Dekasseguis* contemporâneos estão espalhados em 47 províncias, destacando-se Aichi, Shizuoka, Gifu, Mie, Kanagawa, Saitama e Gunma com alta concentração de *Nikkeis* inseridos como operários em fábricas, cujo nível de compreensão da língua portuguesa é rudimentar, aliada a total ausência do idioma japonês. Essa nova leva de imigrantes é composta de trabalhadores com uma educação básica geral, sua situação financeira é instável, e esses constrangimentos provocam deslocamentos constantes de cidade e emprego, na tentativa de sobrevivência e ajustes ao meio urbano. Outros grupos estão espalhados, em menor número, nas províncias de Tochigi, Tokyo, Chiba, Ibaraki, Osaka, Shiga e Nagano, correspondendo a 15% do total de imigrantes no país.

No Japão, esses *Nikkeis* desconstroem sua identidade, uma vez que são descendentes de japoneses, imbuídos do comportamento descontraído brasileiro, pois absorveram a cultura e tradições latinas. Para ser aceito no Japão não basta ter aparência de japonês, é preciso tornar-se culturalmente japonês respeitando as regras locais, fundadas no espírito budista de ética e moral ilibadas. O *Dekassegui* sente-se diferente ou

marginalizado pela sociedade receptora japonesa. Na verdade, a presença dos *Nikkeijin* no Japão criou uma minoria lingüística e cultural, um verdadeiro gueto, que vive à parte da sociedade local, fundada em uma cultura milenar homogênea. Os brasileiros são identificados como imigrantes estrangeiros, apesar de gozarem de privilégios diplomáticos por seus laços consangüíneos. A discriminação étnica-racial torna-se evidente a partir da própria palavra *Dekassegui* que significa migração forçada pela pobreza.

Não obstante, seduzidos pela estabilidade econômica japonesa, abundância de ofertas de emprego, esses operários não pretendem voltar ao Brasil. O Brasil permanece como o sonho de uma vida passada com muito sol, música e futebol, mas carente de estabilidade, segurança e transparência corporativa. À violência e criminalidade somam-se aos baixos salários nacionais, em contraposição a uma renda mensal equivalente a US\$ 3, 500.00.

Em vez de optarem por uma estadia de curto prazo, esses *Dekasseguis* decidiram fixar residência no Japão por dez anos ou mais, em cidades centrais como Tóquio, Nagoya, Osaka, Kyoto, onde estão localizadas as principais províncias da região: Aichi, Chiba, Gifu, Gunma, Ibaraki, Kanagawa, Mie, Nagano, Saitama, Shiga, Shizuoka, Tochigi, contratados como operários em fábricas como Honda, Subaru, Suzuki, e Toyota, nas montadoras, fornecedoras de peças, empresas de bento, onde vivem com suas famílias, matriculam seus filhos na rede de ensino local e; tentam adaptar-se à vida social e cultural do Japão.

CONCLUSÕES: DIREITO E ÉTICA

As ofertas de trabalho são, na sua maioria, sazonais e os imigrantes mudam de uma para outra região com muita rapidez. Atualmente o número de brasileiros no Japão alcança a cifra de 312.979, de pessoas legalmente registradas, o que corresponde a mais de 15% do total geral de imigrantes no país.[31] Na cidade de Tóquio, por exemplo, há poucas ofertas de trabalho, além da região ser considerada a mais cara do país, denotando-se uma queda no número de estrangeiros.

Os *Nikkeis* enfrentam incontáveis dificuldades na sua adaptação, carecem de habilidades profissionais específicas, conduzindo-os ao isolamento e criminalidade, levando-os a uma condição de subalternidade.

Seduzidos pela estabilidade econômica japonesa, abundância de ofertas de emprego, esses operários não pretendem voltar ao Brasil, pois muitos vivem há mais de dez anos no país. O Brasil permanece como o sonho de uma vida passada, e a possibilidade de retorno “ao lar” resulta no fato de que o imigrante identifica-se e também é identificado pelos japoneses como um migrante estrangeiro, um brasileiro que é natural de um lugar (pelo menos na sua imaginação), uma terra natal chamada Brasil.

Ser taxado de *Dekassegui* significa trabalhar fora de casa, um pobre coitado que não conseguiu vencer na vida no seu país de origem, migração forçada pela pobreza.

No início da década de 1990 quando os primeiros grupos de *Nikkeis* partiram para o Japão eles se sentiam envergonhados por estarem interessados somente em economizar parte de seus ganhos e voltar para o Brasil para comprarem um pedaço de terra, casas, e abrirem seus próprios negócios. Alguns adolescentes também foram enviados ao Japão por pais temerosos de que não adquirissem o espírito ético e profissional japonês, muitos eram considerados rebeldes, desobedientes, péssimos alunos e irresponsáveis. Seus pais realmente acreditavam que a vivência no Japão os transformaria em adultos responsáveis e tenazes trabalhadores.

Os nipo-brasileiros são considerados como os “*outros*” pelos vizinhos e colegas de trabalho, o que pode ser analisado a partir de três características distintas: psicológica, posicional e transnacional, uma vez que eles se consideram como ‘japoneses’.[32] No entanto, esses *Nikkeis* não se sentem tão estrangeiros como os iranianos, chineses, filipinos, coreanos ou malaios, mas são estigmatizados como pobres, classe baixa oriunda do terceiro mundo, sofrendo um processo de discriminação e exclusão.[33] Esta contingência, no entanto, provoca desequilíbrios identitários, pelo seu desajustamento social, com efeitos no estado de saúde, tanto do foro físico como psíquico.

Conseguir um trabalho em uma fábrica no Japão significa fazer parte de uma equipe numerosa, que trabalha intensamente por longas horas, e ainda faz hora-extra nos finais de semanais, recebendo bônus por produtividade, o que permite ao operário cobrir suas despesas pessoais com aluguel, seguro social, escola para os filhos e alimentação, além de economizar para o futuro.

O que a maioria dos *Dekasseguis* não sabe quando chega ao Japão pela primeira vez é que a jornada de trabalho é árdua, as condições de vida são difíceis, e eles terão que enfrentar longas distâncias no seu percurso para o trabalho.

O significado do fenômeno *Dekassegui* na sociedade japonesa adentra relações bilaterais difíceis e cautelosas e apontam para o desenvolvimento de novos parâmetros diplomáticos, no contexto de um relacionamento sólido que completa cem anos de duração, desde que o Navio *Kasato Maru* aportou no Brasil trazendo a bordo 165 famílias japonesas em 18 de junho de 1908. Na verdade, são cinco gerações de *Nikkeis*, imigrantes e seus descendentes, que hoje vivem no país, o que retrata fielmente sua tenacidade, dedicação ao trabalho e respeito aos padrões éticos.

Contudo, apesar de trabalhar no Japão significar uma boa oportunidade de auferir ganhos maiores do que no Brasil, de economizar, mesmo executando funções duras, sujas e rotineiras, e de ser olhado com desdém pelos nativos, para ser aceito na sociedade japonesa é preciso tornar-se essencialmente japonês, tanto do ponto de vista cultural como socioeconômico.

A jornada diária de trabalho que se apresenta no Japão mostra cada membro da família tentando sobreviver em condições adversas, buscando o desempenho profissional com eficiência e efetividade, economizando todos os trocados recebidos, contando dias, semanas e meses, fazendo marcas nos calendários, fixando datas para voltar, mas o tempo passa, as ilusões fogem por entre os dedos, e as crianças sofrem pois permanecem fora da sala de aula.

Além das múltiplas facetas de inserção numa sociedade homogênea como a japonesa, é importante enfatizar a questão jurídica dos imigrantes, que formam uma comunidade à parte no país. Os japoneses nativos sentem-se incomodados com esses ‘compatriotas’, que fortaleceram sua rede de parentes e amigos, e que não param de convidá-los para se unirem a eles no Oriente. Os descendentes de japoneses (*issei*, *nissei*), até a terceira geração (*sansei*), e seus respectivos descendentes e esposas foram outorgados com um visto de entrada especial no país, devido aos seus antecedentes históricos e familiares, e reduzidas barreiras lingüísticas.[34]

A maioria dos migrantes passa por muitas dificuldades na sua reinserção no mercado de trabalho brasileiro. O *Dekassegui* nada mais é do que um operário braçal, temporário, ávido pelo lucro fácil. Trabalhar no Japão significa não ter tempo para uma reciclagem profissional ou educacional, os migrantes voltam inseguros, amedrontados pela incerteza de perder todo o dinheiro que economizaram uma vida inteira; além da insegurança no que tange às técnicas adotadas para a abertura, gerenciamento e maturação de um negócio. Esses imigrantes vivem em permanente luta com a realidade da prevalência da estigmatização, na reinserção do tecido social da sociedade de acolhimento.

Para que perspectivas futuras se delineiem na vida dos *Nikkeis* é necessário que os obstáculos jurídicos sejam dirimidos, permitindo sua inclusão em processos políticos, com direito a voto, participação em conselhos municipais e mobilidade social. As instituições japonesas precisam transformar as diferenças existentes em vantagens qualitativas, tornando-se mais receptivas, permitindo que se insiram em processos governamentais, o que contribuirá para uma melhor assimilação da cultura e das tradições orientais.

Os brasileiros que vivem hoje em cidades como Tóquio, Nagoya, Hamamatsu, Oizumi, Ota, e Mitsukaido, precisam cruzar as rígidas barreiras impostas pela sociedade japonesas para que se sintam integralmente aceitos.

Os fluxos migratórios não se estancam de uma hora para outra, a não ser que os países em desenvolvimento revertam suas desvantagens comparativas em relação aos países desenvolvidos, investindo em políticas de educação e capacitação profissional, distribuindo renda e garantindo parâmetros de segurança e bem-estar.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*, São Paulo: Ed. Moderna, 2001.

BIJOS, Leila. *Mulher e Desenvolvimento: O Programa de Microcrédito para as Mulheres no Setor Informal da Economia: 1980- 2002. Um Estudo de Caso: Brasil - Bolívia* (tese de doutorado), Sociologia, Universidade de Brasília: 2005.

BIJOS, Leila. *Cooperação Técnica Internacional em sua Nova Dimensão Triangular: Brasil-Japão-Países em Desenvolvimento*, (dissertação de Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília: 1994.

BIJOS, Leila. **A Tempestade ou o Pesadelo da Globalização**, Texto para Discussão, Nº 2, Brasília: Universa Editora, Outubro de 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos** (org por Michelangelo Bovero), São Paulo: Editora Campus, 2002.

CANCELLI, Elizabeth. *A América do desejo: pesadelo, exotismo e sonho (mimeo)*, Universidade de Brasília, 2001.

CASTRO, Mary Garcia, TUCCI NETO, Eugênio, SOUZA, Mário Duayer de, GRABOIS, Gisélia Potengy e FRAENKEL, Lê Maria. **Migration in Brazil: Approaches to Analysis and Policy Design**, International Labour Office, Geneva: 1978.

CHITOSE, Yoshimi. *Demographic Profiles of Brazilians and Their Children in Japan, The Japanese Journal of Population*, Vol. 4, No. 1 (March 2006), Tokyo, Japan, p. 93-114.

DURKHEM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*, Vol. II, 3ª Edição, Lisboa: Editorial Presença, 1991.

GOMES, Fábio Guedes, *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*, Revista de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, 2 março/abril de 2006, vol. 40, Rio de Janeiro, 2006.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLBLATT, David; PERATON, Jonathan. *Global Transformations. Politics Economics and Culture*, Stanford, USA: Stanford University Press, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, in: **Os Pensadores**, São Paulo: Abril Cultural, 1988.

HOSOE, Y?ko. *Japanese-Brazilian Seen at First Hand: Ethnographic Studies of a New Minority in Japan*, *Social Science Japan Journal* 6(2), Tokyo, Japan, 2003, p. 255-260.

LEBRUN, Gérard. *O que é Poder?* São Paulo: Editora Brasiliense, n° 24, 140 Edição, 1999.

LEE, Hiro and ROLAND-HOLST, David. *CGE Modeling of Trade and Employment in the Pacific Rim Countries*, in: Taylor (ed.), *Developing Strategy, Employment and Migration*, Paris: OECD, 1996, p. 107-148.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista** (trad. Álvaro Pina), 1ª edição, São Paulo: Boitempo Editora, 1998.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*, in **Oeuvres**, tomo I, Paris, France, p.164-167.

PASTOR, Robert A.. *Migration and Development in the Caribbean: the unexplored connection*, Westview Special Studies on Latin American and the Caribbean, Westview Press, Inc., Boulder, Colorado, 1985.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*, 3ª Edição, São Paulo: Editora Campus, 2000.

RUSSELL, Bertrand. *Power: A New Social Analysis*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TAJIMA, Hisatoshi. *A evolução do movimento migratório Dekassegui brasileiro no Japão: Uma retrospectiva dos últimos 20 anos*, *Iberoamericana*, Vol. XXVII, No. 2 (Segundo Semestre 2005).

TAJIMA, Hisatoshi. *A Sociedade Japonesa e os Nikkeis Brasileiros Residentes no Japão*, in: **Nikkeis Brasileiros e a Sociedade Japonesa, Um Experimento de Convivência Multicultural**, Relatório Final do Simpósio, Ministério das Relações Exteriores do Japão e Centro de Estudos Luso-Brasileiros, Universidade de Sofia, Fevereiro de 2001, p. 98-106.

TAJIMA, Hisatoshi *Socio-Cultural Differentiation in the Formation of Ethnic Identity and Integration into Japanese Society: The Case of Okinawan and Nikkei Brazilian Immigrants*, in: **Regionalism and Immigration in the Context of European Integration**, JCAS Symposium Series 8, The Japan Center for Area Studies (JCAS), National Museum of Ethnology, Osaka, Japan, 1999, p. 187-197.

TAYLOR, J. Edward (editor). *Development Strategy, Employment and Migration-Insights from Models*, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), Paris, France, 1996.

TODARO, Michael. *A Model of Migration and Urban Employment in Less Developed Countries*, in: **American Economic Review**, Vol. 1, N° 59, 1978, p. 138-145.

WOOD, Adrian. *Trade and Employment Creation: Possibilities and Limitations*, in: J. Edward Taylor (editor) **Development Strategy, Employment and Migration-Insights from Models**, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), Paris, France, 1996, p. 149-175.

YUKA, Ishii. *Beyond the Illusion of Homogeneity: Inward-looking 'Japanese' in the Age of Globalization*, **Social Science Japan Journal**, Vol. 8, No. 2, 2005, p. 267-271.

ACESSO À INTERNET

HOSOE, Y?ko, *Japanese-Brazilians Seen at First Hand: Ethnographic Studies of a New Minority in Japan*, **Social Science Japan Journal**, Vol. 6, No. 2, pp 255-260, 2003, <http://ssjj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/6/2/255>, acesso no dia 26 de dezembro de 2007, 12:50.

SASAKI, Elisa Massae, *Dekasseguis – Brazilian Immigrants in Japan and the Question of Identity*, p. 4, at <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/361/36100406>, access December 20, 2007, 2:44 p.m.

TSUDA, Takeyuki (Gaku). *Acting Brazilian in Japan: Ethnic Resistance among Return Migrants*, *Ethnology*, Vol. 39, N? 1. (Winter, 2000), pp. 55-71, at <http://www.jstor.org>, access December 21, 2007, 02:15 p.m..

[1] POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*, 3ª Edição, São Paulo: Editora Campus, 2000, p. 51.

[2] MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista* (trad. Álvaro Pina), 1ª edição, Boitempo Editora, São Paulo: 1998.

[3] HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Cap. X, in: **Os Pensadores**, São Paulo: Abril Cultural, 1988.

[4] RUSSELL, Bertrand. *Power: A New Social Analysis*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

[5] BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos* (org por Michelangelo Bovero), São Paulo: Editora Campus, 2002, p. 160.

[6] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*, Ed. Moderna: 2001, p. 151.

[7] LEBRUN, Gérard. *O que é Poder?* São Paulo: Editora Brasiliense, n1 24, 140 Edição, 1999, p. 10.

[8] MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*, *op. cit.*, p. 47.

[9] MARX, Karl e ENGELS, Friedrich ressaltam que “[No começo, empenham-se na luta operários isolados, mais tarde, operários de uma mesma fábrica..], *op. cit.*, p. 47.

[10] “A burguesia não pode existir sem transformar constantemente os instrumentos de produção, portanto o conjunto das condições sociais. Ao contrário, a primeira condição de existência de todas as classes industriais anteriores era a de conservar inalterado o antigo modo de produção... No curso do seu domínio da classe, que ainda não tem um século, a burguesia criou forças produtivas mais maciças e mais colossais do que as que haviam sido criadas por todas as gerações do passado, em conjunto.” MARX, Karl. *Manifesto Comunista*, in *Oeuvres*, tomo I, p.164-167.

[11] “O crescente emprego de máquinas e a divisão do trabalho despojavam a atividade do operário de seu caráter autônomo, tirando-lhe todo o atrativo...” in: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*, *op. cit.*, p. 46.

[12] DURKHEM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*, Vol. II, 3ª Edição, Lisboa: Editorial Presença, 1991, p. 146.

[13] HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLBLATT, David; PERATON, Jonathan. *Global Transformations. Politics Economics and Culture*, Stanford, USA: Stanford University Press, 2002, p. 283.

[14] CANCELLI, Elizabeth, *A América do desejo: pesadelo, exotismo e sonho (mimeo)*, Universidade de Brasília, 2001, p. 1.

[15] BIJOS, Leila. *A Tempestade ou o Pesadelo da Globalização*, Texto para Discussão, N° 2, Brasília: Universa Editora, Outubro de 2001, p. 8.

[16] BIJOS, Leila. *Mulher e Desenvolvimento: O Programa de Microcrédito Regional para as Mulheres no Setor Informal Urbano: 1980 – 2002 – Um Estudo de Caso: Brasil – Bolívia*, (tese de doutorado), Brasília: Universidade de Brasília, 2005.

[17] Castro apresenta os diversos conceitos de *migrante* como: habitante não nativo (por ex., que não nasceu lá) na municipalidade, na qual ele está residindo por menos de dez anos; *não-migrante*: habitantes nascidos na municipalidade, na qual eles estão residindo, e aqueles que não estavam no município, mas que residiram na municipalidade por mais de dez anos (isto é, um velho “migrante”); *velho ou antigo “migrante”*: habitantes não nativos, que se encontram residindo na municipalidade por mais de dez anos; *nativo*: habitantes nascidos na municipalidade na qual eles estão residindo, *não-nativo*: habitantes que não nasceram na municipalidade na qual eles estão

residindo, ver: CASTRO et al., *Migration in Brazil: Approaches to Analysis and Policy Design*, 1978, p. 2-3.

[18] CASTRO et al., *Migration in Brazil: Approaches to Analysis and Policy Design*, *op. cit.*, p. 3.

[19] TODARO citado por Mary Castro, *ibid.*, p. 3.

[20] TODARO, Michael. *A Model of Migration and Urban Employment in Less Developed Countries*, in: **American Economic Review**, Vol. 1, Nº 59, p. 138-145.

[21] PASTOR, Robert A. *Migration and Development in the Caribbean: the unexplored connection*, Westview Special Studies on Latin American and the Caribbean, Westview Press, Inc., Boulder, Colorado, 1985, p. 3.

[22] A denominação de “tigre” é dada em referência à agressividade das economias desses países, que na década de 60 eram relativamente pobres e possuíam certos indicadores sociais semelhantes aos de países africanos. A partir da década de 80, o perfil econômico desses países começou a mudar significativamente; desta forma, passaram a apresentar grandes taxas de crescimento e uma rápida industrialização.

[23] LEE, Hiro and Roland-Holst, David. *CGE Modeling of Trade and Employment in the Pacific Rim Countries*, in: Taylor (ed.), *Developing Strategy, Employment and Migration*, OECD, Paris, 1996, p. 133.

[24] BIJOS, Leila. *Cooperação Técnica Internacional em sua Nova Dimensão Triangular: Brasil-Japão-Países em Desenvolvimento*, (dissertação de Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília: 1994, p. 16.

[25] HOSOE, Y?ko. *Japanese-Brazilian Seen at First Hand: Ethnographic Studies of a New Minority in Japan*, **Social Science Japan Journal** 6(2), Tokyo, Japan, 2003, p. 255.

[26] Japanese Ministry of Justice, Statistical Data, 2005.

[27] YUKA, Ishii. *Beyond the Illusion of Homogeneity: Inward-looking ‘Japanese’ in the Age of Globalization*, **Social Science Japan Journal**, Vol. 8, No. 2, 2005, p. 267-271.

[28] TAJIMA, Hisatoshi. *Relatório de Pesquisa da realidade dos trabalhadores Nikkeis no Japão*, JICA, 1992, e 1993. Ver especificamente: Capítulo 3 “A Reconstrução da Vida Cotidiana dos Nikkeis Brasileiros no Japão”, in: TAJIMA, Hisatoshi. *A Sociedade Japonesa e os Nikkeis Brasileiros Residentes no Japão*, in: **Nikkeis Brasileiros e a Sociedade Japonesa, Um Experimento de Convivência Multicultural**, Relatório Final do Simpósio, Ministério das Relações Exteriores do Japão e Centro de Estudos Luso-Brasileiros, Universidade de Sofia, Fevereiro de 2001, p. 98-106. Informações adicionais podem ser encontradas em: TAJIMA, H. *Socio-Cultural Differentiation in the Formation of Ethnic Identity and Integration into Japanese Society: The Case of Okinawan and Nikkei Brazilian Immigrants*, in: **Regionalism and Immigration in the**

Context of European Integration, JCAS Symposium Series 8, The Japan Center for Area Studies (JCAS), National Museum of Ethnology, Osaka, Japan, 1999, p. 187-197.

[29] PASTOR, Robert A. *Migration and Development in the Caribbean: the unexplored connection*, *op. cit.*.

[30] WOOD, Adrian. *Trade and Employment Creation: Possibilities and Limitations*, in: J. Edward Taylor (editor) *Development Strategy, Employment and Migration-Insights from Models*, Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), Paris, France, 1996, p. 149.

[31] Funcionários administrativos das prefeituras, com maior índice de concentração de *Nikkeis*, reclamam que os brasileiros trocam de endereço com muita frequência e não informam às autoridades, eles só procuram os escritórios representativos quando precisam renovar seu visto.

[32] TSUDA, Takeyuki (Gaku) Tsuda. *Acting Brazilian in Japan: Ethnic Resistance among Return Migrants*, *Ethnology*, Vol. 39, N? 1, (Winter, 2000), pp. 55-71, disponível para acesso na internet no site <http://www.jstor.org>, acesso no dia 21 de dezembro de 2007, às 14:15.

[33] YUKA, Ishii. Beyond the Illusion of Homogeneity: Inward-looking 'Japanese' in the Age of Globalization, *Social Science Japan Journal*, Vol. 8, No. 2, 2005, p. 269.

[34] Em 1985, o *Plaza Agreement* propiciou o fortalecimento do iene e a economia japonesa começou a atrair um grande número de trabalhadores manuais de outros países, conforme análise de Y?ko Hosoe, *Japanese-Brazilians Seen at First Hand: Ethnographic Studies of a New Minority in Japan*, *Social Science Japan Journal*, Vol. 6, No. 2, pp 255-260, 2003, <http://ssjj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/6/2/255>, acesso no dia 26 de dezembro de 2007, 12:50.

REFLEXÕES ACERCA DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ESFERA PÚBLICA. *

PENSANDO EN LA SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJO EN LA ESFERA PÚBLICA.

Lilian Katiusca Melo Nogueira

RESUMO

Entre tantas transformações no mundo do trabalho vivenciadas na contemporaneidade, merece destaque aquelas decorrentes da implantação da terceirização trabalhista, enquanto forma de organização da produção e da mão-de-obra, pautada nas propostas do modelo toyotista. Tal dinâmica trouxe graves conseqüências para a figura do trabalhador, precarizando direitos decorrentes das relações empregatícias pactuadas. Tal precarização reflete em um incessante embate de princípios constitucionais e trabalhistas, inviabilizando a consolidação do trabalho enquanto suporte de valor e fundamento das ordens econômica, social e do próprio Estado Democrático de Direito. Assim, torna-se imprescindível traçar um paralelo de princípios e demonstrar, entre tantos, qual deve prevalecer na ordem justrabalhista brasileira, sobretudo na esfera pública, no contexto da terceirização trabalhista. Serão propostas algumas medidas, a partir das breves reflexões traçadas, no sentido de legitimar a terceirização e fazer com que esse processo de organização e exploração do trabalho humano deixe de ser responsável pela violação do trabalho enquanto como fonte de (re)construção de identidade e inserção social.

PALAVRAS-CHAVES: TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA; ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PRINCÍPIOS; PROPOSTAS.

RESUMEN

Entre los muchos cambios en el mundo del trabajo contemporáneo, merece mencionar los derivados de la aplicación de la subcontratación de trabajo, como una forma de organización de la producción y la mano de obra, sobre la base de propuestas del modelo de Toyota. Esta dinámica ha traído graves consecuencias para la figura del trabajador, con la precariedad de los derechos que se deriven de las relaciones laborales. Esto refleja en un choque incesante de los principios constitucionales y laborales, dejando el labor que se valor y la base de órdenes económico, social y del Estado de Derecho democrático. Por lo tanto, es imprescindible trazar un paralelo de principios y

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

demonstrar, entre muchos, aquèl que debe prevalecer en el orden justtrabalhista brasileña, especialmente en la esfera pública, en el contexto de la subcontratación de la mano de obra. Algunas medidas se propone, a partir de breves reflexiones extraídas a fin de legitimar la subcontratación y que este proceso de organización y explotación del trabajo humano dejará de ser responsable por la violación trabajo como una fuente de (re) construcción de la identidad y la inclusión social.

PALAVRAS-CLAVE: SUBCONTRATAÇÃO DE TRABALHO; EL GOBIERNO; LOS PRINCIPIOS; LAS PROPUESTAS.

INTRODUÇÃO

As transformações econômicas e sociais fortalecidas pela globalização e pelo neoliberalismo, sobretudo em meados dos séculos XX e XXI, fizeram com que os clássicos contratos de emprego perdessem o seu caráter teleológico, pautado na melhoria das condições de trabalho em favor dos empregados.

Surgiram, então, inúmeras precarizações na celebração desses contratos, tornando-os vagos e frágeis, em verdadeira afronta ao valor social do trabalho, fundamento do Estado Democrático de Direito, da Ordem Econômica e da Ordem Social[1]. Tais precarizações são conseqüências da flexibilização negativa das normas trabalhistas, fortalecida pela expansão de práticas desvantajosas ao trabalhador como, por exemplo, a terceirização trabalhista.

Entende-se por terceirização trabalhista a principal manifestação do modelo toyotista de produção. Segundo esse modelo, a empresa, na busca de maiores lucros e melhor qualidade diante de um mercado globalizado, deve se organizar horizontalmente: concentra suas forças nas atividades principais e elimina atividades consideradas supérfluas, periféricas, tornando-se uma empresa “enxuta”. Contrata, assim, empresas especializadas para desenvolver essas atividades, aumentando a produtividade em uma escala temporal menor.

O modelo toyotista ficou mundialmente conhecido e, no Brasil, sua maior expressão é a terceirização trabalhista, implantada ao final da década de 60 e início da década de 70. Era, pois, reflexo de uma busca incessante, por parte de empresas públicas e privadas, de auferir maiores lucros em um menor espaço temporal, sem que houvesse queda na qualidade da produção. A expectativa de maior lucratividade advinha, regra geral, do valor da mão-de-obra terceirizada, considerada mais barata, mas não necessariamente menos qualificada.

A terceirização é um fenômeno representante da modernização acelerada pela qual passa a sociedade brasileira, mas não acompanhada pela evolução jurídica. A insuficiência das previsões legais regedoras da terceirização serve como válvula

intensificadora do fenômeno e, na mesma medida, da violação dos direitos trabalhistas, precarizando ainda mais as relações de trabalho.

Diante desse quadro de supressão de direitos trabalhistas, conquistados ao longo da história, torna-se necessária a imposição de limites à prática da terceirização, nos âmbitos privado e público, como fim precípua de (re) estabelecer o valor social do trabalho enquanto instrumento de promoção de um trabalho digno, fundamento das ordens econômica e social.

Assim, esse trabalho apresentará as problemáticas da terceirização especificamente no setor público, propondo soluções viáveis à luz de princípios constitucionais e trabalhistas. São propostas que não visam erradicar a terceirização nos setores públicos, mas sim inibir fenômeno cuja incidência reflete, na atual conjuntura, o grande descaso atribuído às relações de trabalho.

Primeiramente, será desenvolvido um breve panorama histórico-normativo da terceirização. Após, serão evidenciados os princípios constitucionais e trabalhistas mais relevantes à abordagem do tema, cuja observância deve ser obrigatória em toda e qualquer relação de trabalho no âmbito público. Será, pois, o momento oportuno para apresentação da teoria axiológica de Robert Alexy.

Em um terceiro momento, serão traçadas as hipóteses legais de incidência da terceirização especificamente na Administração Pública, bem como os efeitos advindos de sua aplicabilidade. No item seguinte, ponto central do trabalho, serão apresentadas propostas que, uma vez aplicadas de forma conjunta, possivelmente reestruturarão as relações de trabalho triangulares na esfera pública e, vias de consequência, também na esfera particular.

É de suma importância o estudo da ocorrência da terceirização trabalhista em âmbito público, exigindo dos operadores do Direito uma total mobilização no sentido de impor limites à sua incidência. São alternativas capazes de promover a (re) construção do valor social do trabalho (trabalho enquanto instrumento de inclusão social e construção de identidades) na sociedade contemporânea.

I – EVOLUÇÃO NORMATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização, enquanto principal manifestação do modelo toyotista, recebeu as primeiras regulamentações legais na esfera estatal, como reflexo do movimento de descentralização administrativa, com o Decreto-Lei 200, de 1967. Nesse sentido, MAURÍCIO GODINHO DELGADO afirma:

No quadro da reforma administrativa, intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (...), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.[2]

Esses diplomas legais mencionados pelo autor referem-se ao Decreto-Lei 200/67, e à Lei 5.645/70 (estabelece quais são esses serviços executivos ou operacionais: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, e outras atividades semelhantes). Não se falava, claramente, em terceirização de serviços, mas já se previa a dinâmica trilateral, que fugia da relação de emprego clássica (bilateral) e evidenciava o nascimento de fenômeno ainda hoje em ascensão.[3]

Posteriormente, em 1974, promulgou-se a Lei 6.019, regulamentando o trabalho temporário, e, em 1983, a Lei 7.102, regulamentando o trabalho de vigilância, a princípio apenas bancária. Esta foi alterada, já em 1994, pela Lei 8.863, ampliando a hipótese de se terceirizar serviços de vigilância não apenas para instituições bancárias, mas para toda e qualquer empresa, e ainda por pessoas físicas.

Em 1986, editou-se a Súmula 256 do TST, substituída, em 1993, pela Súmula 331, também do TST, e atualmente em vigor com o seguinte texto:

TST Enunciado nº 331 - Revisão da [Súmula nº 256](#) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - **Mantida** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). ([Revisão do Enunciado nº 256 - TST](#))

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

A edição da Súmula 331 do TST, que recebeu sua última alteração no ano de 2000, é considerada um avanço na regulamentação da terceirização trabalhista. Isso

porque ela incorporou todas as hipóteses de terceirização, inclusive da esfera pública, distinguiu[4] atividades-meio de atividades-fim e busca esclarecer a fundamental diferença entre terceirização lícita e ilícita.[5]

A terceirização tornou-se a principal marca das organizações empresariais a partir das décadas de 60 e 70, mas não mereceu o devido respaldo legal. Assim, tem-se um fenômeno precariamente orientado por legislações infraconstitucionais e Súmula, causador de relações trabalhistas, na mesma medida, precárias.

A recorrência dessa modalidade precária de contratação exige posturas da sociedade e dos operadores do Direito no sentido de limitá-la, reestruturando-a aos moldes dos valores e princípios constitucionais.

II – PRINCÍPIOS RELEVANTES

Após desenvolver um breve panorama histórico-jurídico da terceirização, imprescindível fazer uma análise de alguns princípios essenciais à condução de uma boa Administração Pública e, ainda, no contexto da terceirização trabalhista, os princípios que regulamentam as relações de trabalho a fim de torná-las mecanismos de promoção da dignidade e inclusão social.

2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Como bem afirmou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os princípios componentes do regime jurídico-administrativo possuem raízes constitucionais, sejam elas implícitas ou explícitas[6].

Dar-se-á ênfase aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência, constantes no artigo 37, *caput*, da CR/88 (ao lado de outros dois princípios: impessoalidade e publicidade) e, também, ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, por ser ele “implicação evidente do próprio Estado de Direito, e, pois, do sistema constitucional como um todo”. [7]

Trata-se o princípio da legalidade de princípio específico do Estado de Direito, do qual se pode aduzir que o Estado deve também se subordinar às leis. É, pois, uma imposição de limites à atuação estatal, como forma de orientar suas condutas e garantir o equilíbrio das relações administrador-administrado. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO,

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo, cumpre atentar para o fato de que ele é tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. (...) Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo (...) garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.[8]

Assim, também a atividade administrativa deve se submeter às leis, vez que estas emanam do povo e correspondem à vontade geral. Não pode haver excessos, arbitrariedade por parte do administrador. Completando, BANDEIRA DE MELLO afirma que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.”[9]

Nesse caso, só poderá haver contratação de mão-de-obra por meio de realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme disposto no art. 37, II, da CR/88[10]. Caso contrário, deverão ser estabelecidos alguns critérios para que essas contratações sejam limitadas, assegurando aos contratados maior segurança e garantia de seus direitos.

Ao lado do princípio da legalidade, tem-se o princípio da moralidade, segundo o qual “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”[11]. Qualquer ato que importe em inobservância do princípio da moralidade[12] deverá ser devidamente punido, considerado ato de improbidade administrativa, aos moldes do art. 37, §§ 2º e 4º, da CR/88, e Lei 8.429/92[13].

Nas contratações feitas sem observância do requisito concurso público e que causem supressão de direitos, além de violar o princípio da legalidade – sob a ótica constitucional -, atenta também contra o princípio da moralidade. A Administração e seus agentes perdem a atribuição que lhes é imposta – resguardo de direitos - em atos totalmente desprovidos de ética, lealdade e boa-fé.

A contratação de mão-de-obra terceirizada é, muitas vezes, forma de se garantir a eficiência dos serviços públicos prestados. Os serviços devem ser de boa qualidade e satisfatórios para a sociedade. Além disso, devem ser prestados em tempo hábil. São, pois, exigências que se aproximam dos objetivos de se terceirizar em âmbito privado e que, de alguma forma, poderia favorecer o desenvolvimento de atividades no setor público. Assim, tem-se como respaldo o princípio constitucional da eficiência, enfatizado nesse tipo de dinâmica.

Porém, os princípios devem ser aplicados de forma conjunta, e a inobservância de qualquer um deles compromete a efetivação dos demais. A ênfase dada ao princípio da eficiência acarreta a negação do princípio da legalidade e da moralidade e, na prática, há negação da própria eficiência, causada pela insatisfação dos trabalhadores que se inserem nessa dinâmica. Deve-se prezar pela observância de todos os princípios, e não apenas um, de forma excludente.

Além da obrigatoriedade de se observar os princípios da moralidade, legalidade, eficiência, publicidade e impessoalidade, cabe à Administração ainda orientar seus atos como forma de se garantir a supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado.

Significa que a Administração não poderá agir em defesa de interesses particulares. Deve-se visar à proteção e garantia dos interesses da coletividade, do todo social, o interesse, pois, público. Assim, nas palavras de Bandeira de Mello,

Como expressão dessa supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado.[14]

Não se trata apenas de poderes que determinam algumas prerrogativas essenciais ao bom funcionamento e condução do Estado; são, na verdade, “deveres-poderes” que se orientam pelo “dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade”. Como via para se cumprir esse dever, são atribuídos alguns poderes à Administração, que serão nada mais que meios para o cumprimento das finalidades do Estado.[15]

Assim, quanto ao princípio da supremacia do interesse público, pode-se afirmar que a Administração tem o “dever-poder”, mediante atos unilaterais que lhe são peculiares – como manifestação de poder -, de constituir terceiros para desenvolvimento de algumas atividades. Tem, todavia, o dever de garantir que esses atos estejam em consonância com o ordenamento jurídico, sobretudo aos princípios.

Essa lógica é extremamente importante ao se pensar na terceirização trabalhista. A Administração tem o poder de constituir terceiros, mediante contratação de empresas prestadoras de serviços (ou empresas terceirizantes) para desenvolvimento de algumas atividades[16]. Porém, terá o dever de garantir aos prestadores de serviços a manutenção de direitos que, pela dinâmica triangular, são suprimidos.

Porém, na atual conjuntura, o que ocorre é um desequilíbrio entre o poder e o dever atribuídos à Administração Pública. Esta atua apenas na esfera do poder que lhe é conferido, mas não na esfera do dever. Há, pois, a não observância dos direitos e princípios promovedores do trabalho digno – dever não observado pela Administração -, decorrentes da aplicação equivocada da supremacia do interesse público.

O interesse público, nessa perspectiva, não deve se restringir à atividade estatal. Ele envolve, sobretudo, a garantia de direitos dos administrados, e não violação.

Há sacrifícios dos princípios da moralidade, da legalidade e da eficiência em prol da supremacia do interesse público. Porém, há sacrifício inclusive do interesse público, vez que a Administração atua apenas como detentora de poder, e não de “dever-poder”.

Não há, pois, que se falar em valorização do interesse público nas hipóteses de terceirização na esfera pública. O sacrifício dos demais princípios não se justifica,

inexistindo fundamento para tal conduta. Em decorrência, tem-se a supressão do valor social do trabalho com a precarização do labor humano.

Diante desse diagnóstico, serão apresentadas propostas para limitar a ocorrência da terceirização na Administração por meio da observância de todos os princípios constitucionais e trabalhistas. Claro que esses princípios incidirão em graus diferenciados, conforme cada circunstância. Deve-se, pois, haver um critério de ponderação de princípios, conforme previsto na axiologia de Robert Alexy, a seguir analisada (item 2.3).

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.

No ramo justrabalhista, fundamental a abordagem de alguns princípios, sejam eles especiais ou constitucionais, como instrumentos eficazes à promoção do trabalho decente[17] (denominado por Gabriela Neves Delgado de “trabalho digno”[18]). Segundo Alice Monteiro de Barros, esses princípios “têm como funções informar o legislador, orientar o juiz na sua atividade interpretativa, e, por fim, integrar o direito, que é sua função normativa”. [19]

São pertinentes à abordagem do tema os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, e, ainda, o valor social do trabalho.

Quanto ao princípio da proteção, visa ele corrigir desigualdades nas relações de trabalho, “criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente”. [20] Trata-se, pois, de princípio “que influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito”. [21] É, em síntese, o inspirador no complexo de regras, princípios e institutos que orientam o Direito do Trabalho. [22]

O princípio da continuidade da relação de emprego visa à preservação do emprego, atribuindo maior segurança econômica ao empregado.

A permanência do empregado na dinâmica e estrutura empresariais provoca, segundo MAURÍCIO GODINHO DELGADO, “três correntes de repercussões favoráveis ao empregado envolvido”. [23] Primeiro, há uma tendencial elevação de direitos, decorrentes de negociações coletivas, promoções e vantagens reconhecidas ao empregado; segundo, presume-se o investimento educacional e profissional, qualificando a mão-de-obra do obreiro. Segundo o autor, “(...) esse investimento na formação do indivíduo cumpre a fundamental faceta do papel social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labor, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha”. [24]

A terceira “corrente de repercussões favoráveis” relaciona-se à afirmação social, vez que, por meio de seu trabalho e da estabilidade econômica advinda dele, a pessoa se

sente incluída no meio em que vive; é reconhecido a ela o sentido de pertencimento social.

A manutenção da continuidade da relação de emprego é, dessa maneira, imprescindível para reconhecimento e extensão dessas conseqüências positivas advindas da relação empregatícia.

O valor social do trabalho está previsto no art. 1º, inciso IV, da CR/88, como fundamento do Estado Democrático de Direito, da Ordem Econômica (art. 170, *caput*, CR/88) e base da Ordem Social (art. 193, CR/88).[25]

Assim, o trabalho, enquanto valor social, deverá ser protegido. É necessário, para tanto, consolidar um rol de direitos denominados por Delgado de “direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta”, organizados em três eixos jurídicos, capazes de garantir o direito fundamental ao trabalho digno. O primeiro eixo é compreendido pelos direitos trabalhistas estabelecidos nas normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil; o segundo eixo está previsto pelo rol dos direitos constitucionais trabalhistas; finalmente, segue o terceiro eixo, presente nas normas infraconstitucionais, em especial na Consolidação das Leis do Trabalho.[26]

A extensão desses três eixos de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta a qualquer trabalhador promoverá o trabalho digno (ou trabalho decente), por meio do qual há (re) construção de identidades e inclusão social.[27]

Quando se fala em extensão de direitos a qualquer trabalhador, estão incluídos aqueles trabalhadores contratados, via terceirização trabalhista, pela esfera pública. Trata-se de consolidar, na referida esfera, o valor social do trabalho, como orientação superior aos próprios princípios da Administração Pública, pois o trabalho, nas palavras de GABRIELA NEVES DELGADO, “em sua vivência individual e social, valoriza o homem, assegurando-lhe a mais ampla sociabilidade. (...) Por isso é o trabalho entendido como critério essencial da vida humana”. [28]

Essa essencialidade deve ser resguardada, sobretudo pelo Estado. A forma de se resguardá-la, não há dúvida, será pela efetivação do valor social do trabalho enquanto valor supremo das dinâmicas trabalhistas, principalmente, como “um dos mais notáveis marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo”. [29]

Para evidenciar a predominância do valor social do trabalho, sem que haja supressão de outros valores e princípios, fundamental a análise da filosofia dos valores de Robert Alexy, a seguir.

2.3 TEORIA AXIOLÓGICA DE ALEXY: BREVE ABORDAGEM.

Trata-se a terceirização trabalhista de modalidade que independe de realização de concurso público de provas e títulos. Há, nessa dinâmica terceirizada desenvolvida pela esfera pública, inobservância do princípio da legalidade, da

moralidade e da eficiência, decorrente da deturpação da verdadeira noção de supremacia do interesse público, momento em que a Administração deveria atuar enquanto detentora de “dever-poder”.

Assim, como *efeito dominó*, há violação de outros princípios, como o da proteção ao empregado e da continuidade da relação de emprego.

Essa inaplicabilidade de princípios, em detrimento da supremacia do interesse público[30], não se justifica ao se pensar da teoria axiológica de Robert Alexy, segundo a qual não há que se falar em sobreposição, sacrifício de princípios, mas sim concorrência. Nesse caso, deve-se promover um ato de escolha, preferência, ponderação[31]. No mesmo sentido, afirma FELIPE SILVA DA CONCEIÇÃO: “Os princípios (...) possuem ‘dimensão de peso’, ou seja, admitem a ponderação de forma que seja aplicada ao caso concreto na exata medida de sua proposição”. [32]

No caso em análise – terceirização em âmbito público – devem-se considerar os fins do Estado, enquanto democrático e de Direito, em consonância com os fins sociais do trabalho, valor constitucionalmente previsto, e garantido por meio de princípios peculiares à esfera trabalhista: proteção e continuidade da relação de emprego.

O trabalho, na acepção constitucional, é suporte de valor. Nessa perspectiva, imprescindível a diferenciação entre valor e normas, feita por Elza Maria Miranda Afonso:

Onde há normas, há valores, embora a recíproca não seja verdadeira. A vivência dos valores preenche nosso mundo de significado e torna a vida de uma riqueza inesgotável, na medida em que eles podem ser descobertos e apreendidos em uma pluralidade incontável. Os valores não necessitam de normas para se manifestarem, para serem apreendidos e vivenciados. Mas as normas não podem existir sem eles.[33]

Por essa abordagem, pode-se afirmar que o valor encontra-se em uma esfera superior às normas; logo, em uma esfera superior aos princípios.[34] Assim, não há que se falar em sacrifício de princípios, mas em atos de escolha, ponderação, por meio de critérios racionais, razoáveis e proporcionais.

A terceirização em âmbito público requer a efetivação dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da proteção e da continuidade da relação de emprego. Mas, ao se fazer a ponderação, à luz da teoria axiológica de Alexy, deve-se prezar pelos princípios da proteção e da continuidade e por uma efetiva supremacia do interesse público, como forma de se garantir o valor social do trabalho, superior aos princípios regedores da própria máquina estatal.

Dessa forma, ter-se-á, certamente, a consolidação do valor-trabalho, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, da Ordem Econômica e Social. Em outras palavras, cumprirá o trabalho seu fim precípuo: o social, enquanto mecanismo de afirmação de identidade e inclusão social, tornando “a vida de uma riqueza inesgotável”[35] e determinando a valorização do “próprio sujeito que labora”[36].

III – A INCIDÊNCIA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

A terceirização é modalidade que prescinde a realização de concurso público[37] de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público e que, nas palavras de CONCEIÇÃO, “representam verdadeira reestruturação do Estado no que diz respeito aos seus objetivos e às suas obrigações”. Assim, para o mesmo autor, terceirização, na esfera pública, deve ser entendida em sentido estrito, ou seja, deve se restringir a atividades destituídas de qualquer prerrogativa de Poder Público[38], enumeradas a seguir.

3.1 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA.

Assim como no âmbito privado, é legal a terceirização de serviços em situações que autorizam a contratação de trabalho temporário, previstas no art. 2º da Lei 6.019/74 (necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços – art. 2º, Lei 6.019/74). É, pois, modalidade de terceirização temporária.

Permitida também a terceirização segundo disposto na Súmula 331 do TST, na modalidade permanente, que assim estabelece em seu inciso III:

III - não há vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102/83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

O inciso supracitado identifica as três hipóteses legais de terceirização permanente: a) serviços de vigilância; b) serviços de conservação e limpeza; c) serviços especializados ligados à atividade meio do tomador.

São, pois, permissivos legais que se enquadram perfeitamente nas hipóteses previstas no Decreto-lei 200/67 e na Lei 5.645/70, que enumeram um rol taxativo de atividades *tercerizáveis*, por serem destituídas (em tese) de prerrogativas do poder público. Assim prevê o art. 3º, § único, da Lei 5.645:

Art. 3º (...)

Parágrafo único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-Lei 200 (...).

Essas atividades são, pois, atividades-meio da Administração Pública. Nesse sentido, DELGADO afirma que “todas as atividades referidas nesse rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio”.^[39]

São atividades consideradas subalternas, apesar de essenciais para o bom funcionamento da esfera estatal. Assim, questiona-se sobre a admissibilidade de se terceirizar essas atividades, sobretudo devido à violação de princípios e valores, gerando efeitos drásticos ao se pensar no sujeito que labora.

3.2 EFEITOS.

A terceirização de serviços, talvez por ausência de regulamentação precisa, talvez pela burla à previsão atual, mostra-se como prática extremamente precarizante das relações de trabalho. Sob esse prisma, afirma JORGE LUIZ SOUTO MAIOR que:

(...) a idéia de precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviços, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo-da-obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviços.^[40]

No mesmo sentido, afirma RUTE GUSMÃO:

As empresas terceiras tendem, em geral, a reproduzir a lógica da empresa-mãe de evitar encargos trabalhistas e produzir lucros. Uma pesquisa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) mostrou que a subcontratação no Brasil tem conduzido, na maioria das vezes, ‘à redução de salários, à perda de benefícios sociais, à piora das condições de trabalho, à fragmentação da representação sindical, ao ataque às organizações e às conquistas sindicais’.[41]

Assim, essa precarização de direitos, consequência da terceirização impensada de serviços, na esfera pública e privada, provoca um grande embate de princípios constitucionais e especiais, do direito trabalhista e administrativo, impossibilitando a efetivação do trabalho enquanto suporte de valor.

Há, ainda – e aqui também na esfera privada – um agravamento da aceção da mão-de-obra como sendo descartável, substituível a qualquer momento. Como bem afirmou MÁRCIO TÚLIO VIANA, “o problema é que dentre o material descartável se inclui o trabalho humano. E as consequências são drásticas.”[42]

Ademais, há significativa redução dos postos de trabalho e dos salários, fragilizando também a situação dos permanentes. Dobra-se a carga de subordinação[43] e, na mesma medida, degrada-se ainda mais as condições de saúde e higiene no trabalho.[44]

Na esfera coletiva, há fragmentação das categorias, inibindo o sentimento de classe e restringindo o exercício de greve, devido à alta rotatividade e à ausência de previsão legal quanto à sindicalização dos terceirizados.[45]

Percebe-se, pois, que os efeitos são perversos, tanto para a esfera individual quanto para a coletiva, razão pela qual se torna medida imprescindível a propositura de mecanismos capazes de coibir seu exercício.

IV - PROPOSTAS PARA PRÁTICAS TERCEIRIZANTES AOS MOLDES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A terceirização, enquanto modelo de gestão, mostra-se como prática carente de regulamentação eficaz ao combate das fraudes trabalhistas, sobretudo ao que concerne às especificidades da Administração Pública. Sendo assim, propõem-se algumas medidas que certamente inibirão prática que suprime os denominados direitos de indisponibilidade absoluta. São as seguintes propostas:

4.1 ATIVIDADE-MEIO *VERSUS* ATIVIDADE-FIM.

A primeira proposta prevê o fim da dicotomia “atividade-meio” x “atividade-fim” para configurar a ilicitude da terceirização. Essa diferenciação não é suficiente para configurar a licitude ou ilicitude da terceirização. Independente do tipo de atividade terceirizada, seja ela meio ou fim, qualquer relação orientada pelo fenômeno trilateral deve ser declarada nula, ou então que seja a responsabilidade, em qualquer hipótese, solidária. Nesse sentido, afirma JORGE LUIZ SOUTO MAIOR:

No que tange à terceirização, é preciso, urgentemente, reconhecer o equívoco da Súmula 331 do TST, que transforma o empregado em coisa (“coisificação do ser humano”), declarando nulo qualquer tipo de intermediação de mão-de-obra, afirmando o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, seja em atividade-fim, seja em atividade-meio, pois o ser humano não pode ser mercantilizado. No mínimo, não se chegando ao resultado anterior, há de se declarar a responsabilidade solidária entre as empresas tomadoras e prestadoras e conferir aos empregados das empresas prestadoras os mesmos direitos, individuais e coletivos, dos trabalhadores das empresas tomadoras.[46]

Não há que se negar a grande contribuição do citado autor e sua visível indignação diante das práticas terceirizantes. Nessa mesma perspectiva, propõe aqui o rompimento da dicotomia atividade-fim x atividade-meio[47], para fins de configuração da ilicitude da terceirização e da responsabilidade do tomador de serviços, mas não em toda e qualquer circunstância.

Considerar-se-á ilícita qualquer terceirização que viole os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, seja ela de atividades-meio, ou atividades-fim. Para essa configuração, deve-se analisar, criteriosamente, o caso concreto, mas sempre à luz do valor social do trabalho e da observância dos três eixos de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta.

4.2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A dinâmica exige a análise das duas formas de manifestação da terceirização: a lícita e a ilícita.

A) Terceirização lícita

A terceirização é considerada lícita desde que esteja restrita às hipóteses legais. Segundo DELGADO, “as situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331 do TST”. [48]

Para essas hipóteses, a mesma Súmula prevê a responsabilidade da empresa tomadora como sendo subsidiária, mais precisamente em seu inciso IV. [49] A responsabilidade decorre de um ato lesivo a um interesse patrimonial e moral e, por esse motivo, deve ser reparado. Nesse sentido, Barros afirma que:

(...) toda atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. (...) A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva). [50]

Importante lembrar, ainda, que para configuração da licitude da terceirização não pode haver pessoalidade e tampouco subordinação direta do trabalhador em relação à tomadora de serviços. [51]

Em âmbito privado, cabe à empresa tomadora, em caso de inadimplência da prestadora, pagar as verbas decorrentes da relação de emprego como se empregadora fosse. Poderá, pois, reclamar a restituição dessas verbas por meio de ação de regresso contra a prestadora de serviços.

O mesmo ocorrerá na esfera pública, por incorrer, assim como os particulares, em culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Nesse sentido, BARROS afirma que:

O tomador de serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, § único, Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. [52]

Assim, é melhor reconhecer a validade da terceirização, implicando na responsabilidade subsidiária, à sua ilicitude, conforme demonstrado a seguir.

B) Terceirização ilícita

Restará configurada a terceirização ilícita uma vez excluídas as quatro situações-tipo previstas na Súmula 331 do TST e, ainda, presentes a personalidade e a subordinação direta do trabalhador em relação ao tomador.

Nesse caso, haverá desconstituição da relação trilateral para celebração de relação empregatícia diretamente com o tomador de serviços. Porém, tal regra não pode ser aplicada na terceirização de serviços da esfera pública.

Já que para essa contratação não se exige concurso público, não poderá ser reconhecido qualquer vínculo entre trabalhador e tomadora de serviços. Caso contrário, haveria violação expressa a preceito constitucional (art. 37, inciso II, CR/88); conseqüentemente, o não reconhecimento de direitos importa em incentivo à irregular contratação. Deve, portanto, punir os responsáveis. Nesse sentido, afirma CONCEIÇÃO:

Tendo em vista que a terceirização de serviços pela Administração Pública apresenta um risco assumido pelo administrador, que prefere repassar o exercício de uma atividade ao invés de criar um corpo burocrático próprio para seu desempenho, tal risco deve ser assumido em sua plenitude, sem que haja prejuízos para aqueles que puseram, indiretamente, sua mão-de-obra a serviço do interessado.[53]

Porém, não é o que ocorre na prática. Quando configurada a ilicitude da terceirização (circunstância de contratação irregular), mesmo sendo ela beneficiária direta dos serviços prestados, o trabalhador faz jus apenas ao salário e ao FGTS, nos termos da Súmula 363 do TST.[54] O risco, pois, não é assumido em sua plenitude.

Percebe-se que, dessa forma, mesmo sendo a terceirização ilícita, é menos danosa ao trabalhador a configuração da licitude da terceirização, como forma de se reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração.

Caso contrário, deve-se desprezar a Súmula 363 do TST e invocar a aplicação da responsabilidade solidária combinada com aplicação atenuada da teoria trabalhista das nulidades. Segundo essa teoria, a aplicação restrita (ou atenuada) ocorrerá quando atingir interesses privados e, na mesma medida, interesses públicos.[55]

A solução, ao aplicar essa teoria, é a de se reconhecer todas as verbas devidas ao longo do pacto laboral, mas não reconhecer o direito às verbas rescisórias (aviso prévio, 40% FGTS e seguro desemprego). Terá a Administração que arcar com os custos da irregularidade, como forma de se punir e coibir a incidência de contratações irregulares.

4.3 ALTERAÇÕES NA LEI 6.019/74.

Omissa a Lei, devem-se promover algumas alterações essenciais para limitar a terceirização.

Para as atividades a serem terceirizadas, deve-se manter um percentual mínimo de trabalhadores permanentes, para que estes sirvam de *paradigma* para o reconhecimento de direitos dos temporários. Ademais, as hipóteses devem se abster apenas naquelas previstas pelo Decreto-Lei 200/67. Vale dizer: não basta que se trate de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º, Lei 6.019/74); a contratação deve ser restrita ao rol taxativo previsto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200.

Quanto à renovação do contrato, é, atualmente, permitida por mais três meses, desde que autorizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Porém, se realizada a contratação temporária pela Administração Pública, não será permitida a renovação do contrato. Além disso, deve-se estabelecer um intervalo, de no mínimo doze meses, entre uma contratação e outra (sucessividade dos contratos). Caso contrário, deixarão de ter o caráter da excepcionalidade, previsto na lei.

Para reforçar, é necessário prever a impossibilidade de, além de contratar a mesma pessoa, contratar outra para o exercício da mesma atividade. Para tanto, deve-se cumprir o prazo mínimo de doze meses entre uma contratação e outra.

São alterações que, certamente, propiciarão avanços significativos ao se pensar na terceirização. Claro que não de forma isolada. É necessária a implementação de outras medidas que ao mesmo passo inibem o fenômeno e garantem direitos em casos de sua ocorrência.

4.4 OUTRAS PROPOSTAS.

Além das propostas já anunciadas, propõe-se também determinar um percentual máximo de trabalhadores que podem ser terceirizados, de acordo com o número de trabalhadores necessários ao desenvolvimento da atividade. Essa limitação visa garantir efetiva igualdade entre servidores e terceirizados, em consonância com o Regime Jurídico adotado (seja ele estatutário ou celetista), exceto ao que concerne à estabilidade decorrente do concurso público.

Ademais, plausível o remanejamento dos servidores “ociosos”, reabsorvendo a mão-de-obra por meio de cursos de atualização e especialização, ofertados pela própria máquina estatal[56]. Trata-se de uma forma de se prezar pelo princípio da eficiência e pela qualidade dos serviços prestados, diminuindo a necessidade de se terceirizar algumas atividades.

Não há que se dispensar a punição da autoridade administrativa, aos moldes do § 2º, art. 37, CR/88 e Lei 8.429/92 (enriquecimento ilícito) e também § 4º, art. 37, CR/88.

Por fim, essencial a atuação dos sindicatos dos servidores enquanto fiscal dos contratos entre Administração Pública e empresa prestadora de serviços, verificando, em cada caso, a necessidade da contratação e a prescindibilidade de realização de concurso público. Deverá, juntamente com a Administração, promover a capacitação dos servidores e autorizar o remanejamento, obedecendo as particularidades de cada caso.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conjugação das propostas apresentadas certamente inibirá as práticas precarizantes da terceirização, sem que as torne inviáveis. São, na verdade, fórmulas que conciliam a proteção do trabalhador - mais precisamente do valor social do trabalho - e as prerrogativas da Administração Pública à terceirização trabalhista, adequando-a aos interesses públicos e particulares, efetivando o sistema harmônico de valores que regem as relações jurídicas e sociais contemporâneas.

Entre a concorrência de princípios, relevante zelar, via critérios de ponderação, pela predominância dos princípios especiais trabalhistas em detrimento de outros princípios, como forma de se prezar pela efetivação do valor social do trabalho (valor constitucional responsável pela promoção do trabalho decente), em qualquer esfera (pública ou privada). Fala-se em predominância de um princípio, o que equivale a dizer que os demais princípios continuarão a reger a relação, porém em níveis diferenciados. Constituirão, pois, uma base principiológica rígida, capaz de assegurar o valor-trabalho enquanto instrumento de promoção da dignidade e estrutura do Estado Democrático e de Direitos.

Espera-se, por meio das reflexões traçadas, que haja uma mobilização da sociedade e dos operadores do Direito no sentido de fortalecer o movimento de luta pela proteção do trabalhador, sobretudo daquele inserido na dinâmica triangular atualmente pactuada, em grandes proporções, pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e os valores (reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen. In *Revista do CAAP*.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007

CONCEIÇÃO, Felipe Silva da. Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública decorrente da terceirização de serviços. In *Estudos*. V. 32, nº 08. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, ago. 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

_____ Direito do Trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, *et al* (coord.) *Trabalho e Movimentos Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GUSMÃO, Rute. A terceirização de serviços na contra-reforma do Estado. In *Revista Quadrimestral de Serviço Social*. Ano XXIII, nº 70, jul. 2002. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

MAZUR, Maurício. O Contrato de Trabalho Nulo com a Administração Pública e o recente Enunciado 331 do TST. *Síntese Trabalhista*. Ano XII, nº 139. Porto Alegre: Síntese, jan. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A seita secreta para a Efetivação dos Direitos Sociais. *Síntese Trabalhista*. Ano XVII, nº 198. Porto Alegre: Síntese, dez. 2005.

_____ Sobre o tema, consultar: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 30, jul. set. 2004. São Paulo: Editora RT, 2004.

SÚMULAS. Disponível em:
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm. Consultado em: 12 dez. 2007.

VIANA, Márcio Túlio. *Velhos e Novos Enfoques sobre o trabalho temporário*.

[1] Art. 1º, inciso IV; art. 170, caput; e art. 193, caput, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, respectivamente.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 431.

[3] A ascensão refere-se à celebração de contratos via terceirização pela Administração Pública, com índices crescentes na atual conjuntura. Sobre o tema, consultar matéria específica no *Jornal Estado de Minas*, do dia 23 de setembro de 2007, intitulada “Terceirização perde status, mas não para o governo”, p. 06 e seguintes do Caderno Economia.

[4] Será que há mesmo essa distinção?

[5] DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 438.

[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004. p. 86.

[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 86.

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem. Ibidem.* p. 91.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem. Ibidem.* p. 95.

[10] Art. 37, II: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e de títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. (CR/88) As contratações que serão aqui analisadas escapam à previsão legal do art. 37, inciso IX, da CR/88 (exceção à previsão do inciso II do mesmo artigo, já citado).

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 109.

[12] Esse compreende dois outros, fundamentais para orientar a atuação da Administração e seus agentes: o da lealdade e boa-fé. Sobre o tema, consultar MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 109.

[13] Art. 37, § 2º: “A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. § 4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Quanto à Lei 8.429/92, veda o enriquecimento ilícito dos administradores.

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p.87.

[15] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* p. 88.

[16] Tais atividades estão previstas no Decreto-Lei 200, sendo aquelas consideradas de natureza executiva ou operacional. A Lei 5.645/70 estabelece quais são esses serviços executivos ou operacionais (transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, e outras atividades semelhantes).

[17] “Trabalho Decente é um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de

discriminação , e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho. Os quatro eixos centrais da Agenda do Trabalho Decente são a criação de *emprego* de qualidade para homens e mulheres, a extensão da *proteção social*, a promoção e fortalecimento do *diálogo social* e o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, expressos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT”. (*Trabalho Decente*. Disponível em: http://www.oit.org.br/news/nov/ler_nov.php?id=1277. Acesso em 17 jun. 2007)

[18] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

[19] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 176.

[20] BARROS, Alice Monteiro. *Idem. Ibidem*. p. 177.

[21] DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 198.

[22] DELGADO, Maurício Godinho. *Idem. Ibidem*. p. 199.

[23] DELGADO, Maurício Godinho. *Idem Ibidem*. p. 209.

[24] DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 209.

[25] Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”. Art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e justiça sociais”. (todos da CR/88).

[26] Sobre o tema, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.* p. 1321.

[27] Na verdade, a inclusão social e afirmação social se dão, no atual contexto, pelo poder aquisitivo e classe social ocupada pelo indivíduo, decorrente do trabalho por ele exercido. Portanto, deve-se proteger, arduamente, o trabalho, fazendo com que ele cumpra suas funções.

[28] DELGADO, Gabriela Neves. *Op. Cit.* p. 138-139.

[29] DELGADO. Maurício Godinho. Direito do Trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. In HENRIQUE, Carlos Augusto Jusqueira, *et al* (coord.) *Trabalho e Movimentos Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 15.

[30] Há, conforme demonstrado no item 2.1, inobservância também desse princípio, sendo, uma vez configurada tal violação, fator suficiente para a invalidação dos atos da Administração Pública.

[31] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Apud DELGADO, Gabriela Neves. *Op. Cit.* p.103-106).

[32] CONCEIÇÃO, Felipe Silva da. Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública decorrente da terceirização de serviços. In *Estudos*. V. 32, nº 08. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, ago. 2005. p. 1441.

[33] AFONSO, Elza Maria Miranda. O Direito e os valores (reflexões inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen. In *Revista do CAAP*. p. 17.

[34] Essa conclusão decorre da concepção de possuírem as normas duas esferas: a de princípios e regras.

[35] AFONSO, Elza Maria Miranda. *Op. Cit.* p. 17.

[36] DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 111.

[37] Segundo Maurício Mazur, “o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei. (MAZUR, Maurício. O Contrato de Trabalho Nulo com a Administração Pública e o recente Enunciado 331 do TST. In *Síntese Trabalhista*. Ano XII, nº 139. Porto Alegre: Síntese, jan. 2001)

[38] CONCEIÇÃO, Felipe Silva da. 2005. p 1445.

[39] DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 433.

[40] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 30, jul. set. 2004. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 92.

[41] GUSMÃO, Rute. A terceirização de serviços na contra-reforma do Estado. In *Revista Quadrimestral de Serviço Social*. Ano XXIII, nº 70, jul. 2002. São Paulo: Cortez Editora, 2002. p. 94.

[42] VIANA, Márcio Túlio. *Velhos e Novos Enfoques sobre o trabalho temporário*. p. 99.

[43] Segundo Gusmão, “o detalhamento contido na Instrução Normativa nº 18/97 sobre as atribuições dos terceirizados na área de vigilância, limpeza e conservação, mostra que há previsão para uma fiscalização rigorosa do trabalho subcontratado.” (GUSMÃO, Rute. *Op. Cit.* 2002. p. 105) Essa subordinação direta, por si só, já constitui fundamento para desconfigurar a terceirização junto à Administração Pública, à luz da Súmula 331 do TST.

[44] VIANA, Márcio Túlio. *Op. Cit.* p. 101.

[45] VIANA, Márcio Túlio. *Idem. Ibidem.* p. 102.

[46] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A seita secreta para a Efetivação dos Direitos Sociais. In *Síntese Trabalhista*. Ano XVII, nº 198. Porto Alegre: Síntese, dez. 2005. p. 39.

[47] Rompimento que se demonstra necessário por argumentos também do Jorge Luiz Souto Maior: “(...) para diferenciar terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja, a diferença entre atividade-meio e atividade-fim. É plenamente inseguro tentar definir o que seja uma e outra”. (Sobre o tema, consultar: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 30, jul. set. 2004. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 92)

[48] DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* p. 439.

[49] “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária por parte do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também no título executivo judicial.”

[50] BARROS, Alice Monteiro. *Op. Cit.* p. 444.

[51] A ausência de pessoalidade e subordinação diretas são amplamente questionadas, sobretudo sob a ótica da Instrução Normativa nº 18, de 1997. Se se analisar, na prática, a ausência de subordinação, todas as contratos celebrados via terceirização serão considerados irregulares, vez que há dobra da carga de subordinação.

[52] BARROS, Alice Monteiro. *Op. Cit.* 2007. p. 445.

[53] CONCEIÇÃO, Felipe Silva da. *Op. Cit.* p 1454.

[54] Súmula 363, TST: “A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao aos depósitos do FGTS.”

[55] Delgado conceitua a teoria das nulidades trabalhistas de acordo com os diferentes graus de aplicação e de reconhecimento dos direitos trabalhistas. Sobre o tema, consultar: DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.* 2005 p. 507-511.

[56] Claro que, nessa proposta, não se está desconsiderando os quadros de carreira. É uma alternativa que deve ocorrer obedecendo, rigorosamente, os limites legais.

A SOLUÇÃO DO CONFLITO TRABALHISTA ATRAVÉS DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA: A CRISE ENTRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EVENTUAL OBRIGATORIEDADE LEGAL*

THE ANSWER TO THE LABOUR CONFLICT THROUGH THE COMMISSIONS OF PREVIOUS CONCILIATION: THE CRISIS BETWEEN THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE AND THE OCCASIONAL LEGAL OBLIGATORINESS

**Luis Otávio Vincenzi de Agostinho
Paulo Mazzante de Paula**

RESUMO

A Lei 9.958, publicada em 13 de janeiro de 2000, alterou e acrescentou artigos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, ao dispor, dentre outros assuntos, sobre as Comissões de Conciliação Prévia. A alteração gerou diversas divergências na doutrina e jurisprudência trabalhista, de forma a suscitar inclusive a alegação de inconstitucionalidade de certos dispositivos. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal prosseguiu o julgamento da ADIn n. 2160 no que tange à constitucionalidade da redação do artigo 625-D, que impõe a prévia submissão de toda e qualquer demanda trabalhista à tentativa de conciliação em comissões paritárias constituídas na forma de Lei n. 9.958/00. Nesse ínterim, o presente artigo tem o intuito de defender a inconstitucionalidade do artigo supracitado, de forma a defender a garantia do princípio do acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVES: COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA; ACESSO À JUSTIÇA; INCONSTITUCIONALIDADE; CONFLITOS TRABALHISTAS.

ABSTRACT

The law 9.958 published in 13 of January of 2000, modified and added articles to the Consolidation of the Laws of Work - CLT, when making use amongst other subjects, on the Commissions of Previous Conciliation. The alteration generated divergences in doctrine and working jurisprudence, in way of exciting the allegation of unconstitutionality of certain devices. Recently, the Supreme Federal Court continued the judgment of ADIn N. 2160 about the constitutionality of the writing of the article 625-D, that imposes the previous submission of all and any working demand to the attempt of conciliation on the same level commissions in the form of Law N. 9.958/00.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

In this meantime the present article has intention to defend the unconstitutionality of the above-mentioned article to defend the guarantee of the principle of the access to the justice foreseen in interpolated proposition XXXV of the article 5º of the Federal Constitution.

KEYWORDS: COMMISSION OF PREVIOUS CONCILIATION; ACCESS TO JUSTICE; UNCONSTITUTIONALITY; WORKING CONFLICTS.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999, extinguiu a figura do Juiz Classista na Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, as Juntas de Conciliação e Julgamento. Portanto, a Justiça do Trabalho atualmente é presidida por um Juiz Federal do Trabalho, nos termos do artigo 647 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na seqüência foi editada a Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, que criou as Comissões de Conciliação Prévia, acrescentando os artigos 625-A a 625-H à consolidação, na tentativa de desafogar a Justiça do Trabalho e reduzir os números de ações trabalhistas.

Algumas comissões serviram até mesmo para abrigar os antigos classistas, desamparados pela extinção da Junta de Conciliação e Julgamento.

A Comissão de Conciliação Prévia é uma tentativa de solução extrajudicial de conflito trabalhista, por meio de mediação, através de representação paritária e um órgão privado.

O Direito do Trabalho, através de seus tribunais e doutrinadores, há tempos vem demonstrando preocupação com a razoável duração do processo, como por exemplo, a própria semana da conciliação. No entanto, muitas medidas adotadas pelo legislador ordinário, acabam se estabelecendo na contramão desse ideal de celeridade e eficácia.

Os recursos humanos e mecânicos colocados à disposição dos servidores da Justiça do Trabalho acabam não sendo suficientes, de forma a contribuir para o acúmulo de processos.

As Comissões de Conciliação Prévia, portanto, foram criadas com a finalidade de solucionar extrajudicialmente os conflitos individuais de trabalho. Com isso, tentar-se-ia resolver o problema da morosidade das lides individuais trabalhistas, sob o argumento de que esse órgão contribuiria para diminuir a enorme carga sobre a Justiça do Trabalho. Desta forma, beneficiaria tanto o trabalhador que busca a proteção e a celeridade judicial, quanto o empregador, que atualmente fica onerado pela necessidade de manter uma assistência complexa a seu dispor, arcando com os custos da contratação jurídica.

É fato de que a lei não obriga a criação da CCP, mas, uma vez criada, obriga o trabalhador do respectivo setor a submeter seus pedidos previamente à mesma. O artigo 625-D da CLT preceitua que, desde que instalada, qualquer demanda de natureza trabalhista deve ser submetida à Comissão que tentará conciliar as partes; se a conciliação for infrutífera, fornecerá uma certidão para o ajuizamento da ação na Justiça do Trabalho, impondo como obrigatória a prévia tentativa de conciliação. Em razão disso, doutrinadores e magistrados vêm divergindo quanto à constitucionalidade dos dispositivos da referida lei.

Alguns defendem a inconstitucionalidade dos dispositivos, haja vista contrariarem o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal), gerando por isso, um obstáculo ao acesso ao judiciário para os indivíduos.

Outros entendem por sua constitucionalidade, pois a tentativa de conciliação prévia nas comissões trata-se de uma forma de configuração do interesse de agir como condição da ação individual trabalhista. Assim, o empregado não estará impedido de exercer seu direito de ação no caso de frustrada a conciliação e que as Comissões de Conciliação Prévia representam um avanço nas relações coletivas e individuais do trabalho.

Desta forma, é necessário valer-se dos princípios constitucionais e daqueles específicos ao Direito do Trabalho, de forma que se possa garantir o acesso à justiça a todos de forma igualitária.

1. O REFLEXO PRÁTICO DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

As Comissões de Conciliação Prévia – CCP's são uma forma de mediação especial, onde as partes da relação trabalhista (empregados e empregadores) tentarão chegar a um consenso e resolver o conflito suscitado. No caso de concretizado o acordo, será lavrado um termo de conciliação, que terá força de título extrajudicial, inclusive eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas, nos moldes do parágrafo único do artigo 625-E.

A evolução do direito é necessária e a solução dos conflitos trabalhistas extrajudicialmente atende os anseios de diminuição dos processos trabalhistas. Aliás, o direito mutante caminha para a efetivação do pluralismo jurídico.

Cediço que há duas concepções jurídicas diferentes do direito: o monismo jurídico (Kelsen), que confunde direito e Estado, de modo que todo o direito é produzido pelo Estado, e o pluralismo jurídico (Del Vecchio), segundo o qual nem todo direito é elaborado pelo Estado, coexistindo, ao lado do direito estatal, um conjunto de normas jurídicas criadas pelos particulares entre si, toleradas pelo Estado, daí resultando um ordenamento misto, com normas estatais e não-estatais. (NASCIMENTO, 2006, p.57)

Por outro lado, o artigo 467 do Código de Processo Civil assim define a coisa julgada: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Nesta linha:

Caso seja proposta ação idêntica, deduzindo-se pretensão que já tenha sido acobertada pela coisa julgada material, o destino desta segunda ação é a extinção do processo sem julgamento do mérito (Art. 267, V, CPC), pois a lide já foi julgada, nada mais havendo para as partes discutirem em juízo. (NERY JR.; NERY, 1980, p.676)

Portanto, o aforamento de reclamação anterior, junto ao órgão da Comissão de Conciliação Prévia trabalhista, celebrando acordo entre as partes, segundo o termo de conciliação lavrado e as verbas discriminadas na demanda trabalhista, proporciona coisa julgada.

Ora, se o reclamante concedeu plena, geral e irrevogável quitação ao reclamado, para nada mais reclamar quanto ao extinto contrato de trabalho, fornecendo assim eficácia liberatória geral do citado vínculo empregatício, mediante quitação de todas as verbas, é o caso da aplicação do artigo 467 do Código de Processo Civil.

Os artigos 831 e 836 da CLT vedam aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos e o manejo da ação rescisória, motivo pelo qual o anterior termo de conciliação prevalece como decisão irrecurável.

A Súmula nº 259 do TST diz que "só por ação rescisória é atacável o termo de conciliação" e a jurisprudência do TST complementa que:

[...] o acordo celebrado entre partes em reclamação trabalhista e devidamente homologado em juízo, dando como quitado o objeto do pedido e as verbas oriundas do extinto contrato de trabalho, impede o obreiro de pleitear posteriormente parcelas decorrentes da relação laboral, ainda que não nomeada especificamente na transação, que vale como coisa julgada. (TST, rel. Leonaldo Silva, RR. 121.218/94-6 Ac. SBDI-1 1.307/97)

E ainda: "Contra transação homologada em reclamatória trabalhista, a ação cabível é a rescisória, não se podendo falar em relação anulatória. O objeto da ação nos casos do inciso VIII do art. 485-CPC é a própria transação [...]" (TST, rel. Armando Brito, RO 56.348/92-6, Ac. SDI 3.931/95).

A criação das CCP's não é obrigatória, estando sujeitas ao arbítrio dos sindicatos e empresas. A instauração deste mecanismo revela-se como forma extrajudicial de solução de conflitos individuais de trabalho. As comissões têm atuação como

mecanismo privado de mediação trabalhista, visando exclusivamente à conciliação, jamais à instrução ou ao julgamento do conflito. (LORENTZ, 2002, p.51)

Nos termos do artigo 625-B, as CCP's serão compostas de no mínimo dois e no máximo dez membros, observando basicamente a formalidade na escolha dos membros e a eleição de suplentes para os cargos, nos moldes deste dispositivo.

É fato que no campo dos conflitos individuais, um trabalhador não tem a mesma capacidade de negociação com o detentor do capital do que tem seu sindicato de classe nos conflitos coletivos de trabalho. Por essa razão, na maioria das vezes, o trabalhador se encontra em situação de presumida hipossuficiência frente a seu empregador, razão pela qual a negociação, em que pese ser uma forma adequada de resolução de conflitos, muitas vezes se torna inviável na prática.

Em que pese tal afirmação, o maior problema que envolve as CCP's é a forma como elas devem ser criadas, onde a conciliação torna-se uma imposição, já que os empregados não podem constituir uma comissão, contrariando o consentimento da empresa. Assim sendo, o sentido da conciliação perde o objetivo, pois a sua criação deixa de ser um ato de vontade e torna-se uma sujeição. A garantia à parte de não sofrer quaisquer imposições ou ser obrigada a aceitar a tentativa de conciliar, é condição *sine qua non* para legitimar a conciliação pretendida.

Do modo como foi concedida, a conciliação prévia pretende implantar no sistema processual trabalhista, uma espécie de restrição à propositura de ações, mediante uma passagem "administrativa" prévia e obrigatória.

Recentemente, o TST decidiu, através da Seção Especializada em Dissídios Coletivos Individuais – subseção 1, ao julgar recurso de embargos nos autos do E-ED-RR 1070/2002-004-02-00.0, de forma não unânime, a obrigatoriedade da passagem do dissídio nas CCP's, com relação às reclamações trabalhistas individuais, conforme noticiado na página eletrônica deste Tribunal. (TST, online)

2. A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A conciliação consiste basicamente no procedimento pelo qual um terceiro alheio ao conflito auxilia as partes da lide a chegarem a uma solução pacífica e benéfica para ambas.

Tem-se que conciliar sempre é um fim almejado pela Justiça do Trabalho. Prova disso é que a nomenclatura de seus órgãos de primeiro grau era "Juntas de Conciliação e Julgamento". Claramente, o ideal de resolução de toda lide trabalhista é que as partes cheguem a um consenso, preferencialmente célere. (PICORETTI, 2004, p.106)

Muito se afirma acerca da relação existente entre as CCP's e a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho, pela Emenda Constitucional nº. 24/99:

A regulamentação dessas comissões pela Lei nº. 9.958/2000 foi feita com a intenção de desafogar a Justiça do Trabalho. Também, justifica-se a instituição dessas comissões pelo fato de ter sido eliminada, pela Emenda Constitucional nº24/99, a representação classista na Justiça do Trabalho, já que na prática os juízes classistas nas Juntas de Conciliação e Julgamento desempenhavam uma importante função de buscar a conciliação entre as partes. (VALERIANO, 2000, p.18)

Tem-se como prova da grande importância da prática da conciliação nas relações jurídicas, a previsão do próprio texto consolidado, através dos artigos 764, 831, 846, 852-A, 850 e, finalmente, o Código de Processo Civil em seu artigo 215, aplicado de forma subsidiária (artigo 769 da CLT), ao estatuir como dever do juiz buscá-la sempre.

Importante salientar que a conciliação poderá ocorrer em qualquer fase do processo e deve ser incentivada pelo magistrado, sendo que poderá ocorrer também extrajudicialmente, como se pode observar na redação da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art.764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da justiça do trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. §1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

Assim sendo, louvável foi a vinda da Lei 9.958/2000, instituindo as Comissões de Conciliação Prévia e alterando o texto da Consolidação das Leis do Trabalho, na tentativa de conciliar os conflitos individuais de trabalho e o reconhecimento do termo de acordo celebrado perante esta comissão como título executivo extrajudicial executável na Justiça do Trabalho.

3. A FACULDADE DAS EMPRESAS E SINDICATOS NA CRIAÇÃO DAS CCP'S

Ponto interessante é o fato de que o legislador não instituiu as CCP's de forma obrigatória nas empresas ou sindicatos, mas ao contrário, facultou sua criação, como se pode analisar na redação da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art.625-D – Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. §1º [...]. §2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

Dessa forma, sindicatos ou empresas poderão deixar de criar as ditas comissões por divergências entre empregadores e empregados, por falta de interesse, ou ainda, por descreditarem no dispositivo legal como forma eficaz de resolução dos conflitos.

Neste caso, poderão se verificar disparidades no tratamento dos empregados de diferentes empresas. Aqueles que trabalharem em determinada empresa, que possui uma CCP formada, somente poderão ingressar em juízo após comprovarem a tentativa de conciliação administrativa com o empregador. Em contrapartida, haverá empregados de outras empresas, muitas vezes com a mesma função laboral, que poderão ingressar na justiça, independentemente de comprovarem a tentativa de acordo na CCP.

Verifica-se, portanto, que poderão ocorrer situações variadas neste sentido, uma vez que o dispositivo da referida lei somente poderá ser aplicado na condição de criada uma CCP na empresa ou sindicato da categoria.

Chega-se à conclusão de que casos idênticos nas relações de trabalho não poderão receber a mesma imposição legal, de forma a gerar uma discriminação quanto aos empregados de diferentes empresas e/ou sindicatos, ferindo, claramente, o princípio da igualdade.

4. A INTERPOSIÇÃO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIn 2139, ADIn 2160 e ADIn 2237)

Após a entrada em vigor da Lei 9.958/00, o STF prosseguiu o julgamento de três ADIn's contestando o artigo 625-D da CLT. São elas: ADIn's ns. 2139-DF, 2160-DF e 2237-DF, a primeira intentada pelos partidos PC do B, PSB, PT e PDT; a segunda pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e a terceira ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, todas tendo como relator o Min. Octávio Gallotti.

A ADIn 2160-DF foi apensada aos autos da ADIn 2139-DF em data de 26/06/2000, sendo que se encontram, desde 05/09/2007, com vista ao Ministro Joaquim Barbosa. Já a ADIn 2237 encontra-se com o andamento sobrestado aguardando o desfecho das duas primeiras.

Analizando o mérito da discussão das ADIn's, tem-se a alegação de afronta pelo artigo 625-D ao direito público subjetivo do cidadão de submeter à apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito decorrente da relação de emprego (artigo 5º, XXXV, CF). Isto porque tal norma, além de limitar a liberdade de escolha da via mais conveniente, condiciona a admissão da reclamação trabalhista à juntada de certidão do fracasso da tentativa conciliatória ou da impossibilidade de observância desse rito prévio.

Interessante ressaltar que se alega também violação ao parágrafo primeiro do artigo 114, da Constituição Federal, segundo o qual a eleição de árbitros ocorre somente quando frustrada a negociação coletiva e não de forma antecipada como prescreveria o dispositivo atacado. Em relação à vedação de citação por edital nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo, os partidos invocaram o princípio da igualdade, considerando a utilização do edital como uma das formas de citação no Processo Civil.

Como relatado, o STF prosseguiu o julgamento da ADIn n. 2139. O julgamento, iniciado em 2000, já com um voto favorável à tese de inconstitucionalidade do Min. Marco Aurélio, foi adiado em virtude de um pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence. Posteriormente, acompanhou Aurélio para deferir em parte a medida cautelar contra o artigo 625-D, na intenção de assegurar, com relação aos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário, independentemente de instauração ou da conclusão do procedimento perante a Comissão de Conciliação Prévia. Convergiram para o mesmo voto os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia.

O julgamento teve prosseguimento e mais uma vez foi adiado, agora com pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa, desde a data de 05/09/2007, onde se encontra atualmente. Dessa forma, mesmo não concluído, o julgado já possui cinco votos favoráveis à inconstitucionalidade do artigo 625-D da CLT. (STF, online)

Embora vigente a discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo atacado, vários julgados dos tribunais convergem no entendimento de que o objetivo legislativo na criação das CCP's não era criar obstáculos ao acesso à Justiça, mas objetivar o acordo, evitando-se, assim, o aforamento de demandas que pudessem ser solucionadas na via extrajudicial.

Neste sentido, vale analisar o julgado do TRT/PR:

Comissão de conciliação prévia. Ausência de submissão prévia da demanda. Presentes as condições da ação. “[...] A falta de submissão da demanda, inicialmente, à Comissão de Conciliação Prévia, não impede o seu conhecimento pela Justiça do Trabalho, em face dos princípios da simplicidade e da celeridade processual, tendo em vista que, para a tentativa de conciliação, faz-se necessária a observância de um determinado prazo (art. 625-F da CLT). O objetivo da Lei nº 9.958/2000, que instituiu a Comissão de Conciliação Prévia, não foi constituir um obstáculo ao acesso à Justiça, mas objetivar o acordo, evitando-se, assim, o aforamento de demandas que pudessem ser solucionadas na via extrajudicial. Revela-se desnecessária a submissão prévia à tentativa de conciliação quando, no curso do processo, prova-se que a adoção teria sido inócua, pois, em Juízo, na oportunidade em que as partes são chamadas à conciliação, esta não ocorre

[...]”. (TRTPR 07452-2006-001-09-00-3-ACO-34533-2007, 1ª t. Rel: Ubirajara Carlos Mendes. DJPR em 23-11-2007).

5. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 625-D DA CLT

Em decorrência das circunstâncias acima relatadas, a crítica ao artigo 625-D da CLT surge basicamente do conflito entre a imposição legal de se levar o conflito a um meio alternativo à jurisdição e a garantia constitucional do acesso à justiça. Daí decorre a discussão de sua inconstitucionalidade, uma vez que obriga o trabalhador a participar da CCP, desde que devidamente criada em sua empresa ou sindicato, antes de ingressar no juízo trabalhista.

Previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade do controle judiciário ou da proteção judiciária, garante que a lei ordinária não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello atinge o cerne da discussão:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério pra sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, 1998, pp.583-584)

Decorre deste princípio, o acesso à justiça que não poderá ser negado aos cidadãos em hipótese alguma. Como o Estado trouxe para si o exercício do poder jurisdicional, investiu-se, portanto, na garantia do acesso à justiça de todos aqueles que se sintam ameaçados ou lesados em quaisquer direitos.

O direito de ação possui natureza de direito público subjetivo, de forma que o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional. O princípio em voga, consagrado na Constituição Federal de 1988, busca vedar que legislador infraconstitucional crie normas que impeçam o amplo acesso ao Poder Judiciário.

No presente caso, referente ao dispositivo do artigo 625-D, há um obstáculo, ou seja, uma condição sem a qual não se poderá ingressar em juízo e obter a efetivação de um direito trabalhista.

A respeito da interpretação do acesso à justiça, valemo-nos dos ensinamentos do professor Alexandre Freitas Câmara:

É preciso, porém, saber como se alcança essa situação de pleno acesso à justiça. E isto só se alcança através da remoção de todos os obstáculos que possam existir no ordenamento jurídico ao acesso amplo à ordem jurídica justa. (CÂMARA, 2002, p.04)

A partir daí, verifica-se que a obrigatoriedade da passagem do conflito na Comissão de Conciliação Prévia criada na empresa ou sindicato, induz em obstáculo à análise jurisdicional da demanda trabalhista.

Atualmente, a incessante busca pela efetivação do princípio da igualdade induz à defesa da garantia do pleno acesso à justiça pelos mais necessitados. No caso do empregado, diante de sua hipossuficiência ao empregador, deve o Estado, ao invés de implementar formas de tentativa de conciliação obrigatórias no âmbito administrativo, reforçar sua busca no âmbito judicial, em conjunto com tal prerrogativa fundamental.

Parte da doutrina, embasada nas fundamentações dos professores Sérgio Pinto Martins e Eduardo Gabriel Saad, entende que o referido artigo não fere o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Fundamentam que a passagem da lide pela CCP seria apenas mais uma condição da ação a ser observada, o que não causaria impedimento constitucional pela afronta a qualquer princípio. (MARTINS 2006; SAAD 2008)

Para alguns autores trata-se de procedimento constitucional e obrigatório (CARRION, 2007, p.481), visto que “o direito de ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador”. (GRINOVER, 1996, p.94)

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins afirma:

Não haverá interesse de agir da pessoa, postulando a tutela jurisdicional, se não for observado o caminho alternativo da conciliação prévia, que seria uma situação bastante razoável, não ficando mutilada a garantia constitucional do direito ao processo. (MARTINS, 2005, p.85)

Nos mesmos moldes, convergente à tese acima demonstrada, são os ensinamentos do Professor Kazuo Watanabe. (WATANABE, 1980, p.55-57).

Em seguida, o Professor Martins complementa que se o empregado não tentar a conciliação, o processo será extinto, sem julgamento de mérito, por faltar a condição da ação prevista em lei, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O autor Jorge Luiz Souto Maior, em sentido contrário, defende que a lei não previu a obrigatoriedade da tentativa de conciliação e que o dispositivo do projeto que previa sanção não foi aprovado. (SOUTO MAIOR, 2000, p.24)

Em que pese a grande validade do entendimento da obrigatoriedade para fomentar a discussão acerca do tema, tem-se que analisar a referida passagem pela CCP como condição da ação é subordinar o princípio do acesso à justiça a uma decisão administrativa para a criação ou não de uma CCP. Esta decisão, conforme já tratado, ficará a cargo das empresas ou dos sindicatos de categoria, nos termos do caput do artigo 625-A.

Neste sentido, tendo-se por base que as condições da ação são aquelas necessárias à sua existência, exigindo que a pretensão não contrarie o ordenamento jurídico, devendo a pessoa que a formular e em face de quem é formulada sejam partes legítimas e que haja interesse de agir, se defende a impossibilidade da afirmação de que a passagem obrigatória à CCP se apresenta como condição da ação, haja vista que não há controle legal, tampouco jurisdicional quanto à sua criação, prejudicando a equidade da aplicação do instituto na diversidade dos casos práticos. (GONÇALVES, 2005, p.86)

O entendimento contrário é no sentido que a norma não trouxe a previsão de extinção da ação sem julgamento de mérito, motivo pelo qual é facultativa a tentativa de solução extrajudicial e não há extinção do feito. Neste sentido:

NÃO-APRECIÇÃO DA DEMANDA TRABALHISTA PELA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. Com o advento da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, a Justiça do Trabalho passou a contar com o auxílio das Comissões de Conciliação Prévia, como uma forma de triagem natural das lides que são submetidas à sua apreciação. Entretanto, essa arbitragem é facultativa, mesmo sendo uma alternativa para a jurisdição, cumprindo importante papel no sentido de reduzir o número de processos trabalhistas. Em nenhum momento estabelece essa lei qualquer sanção quando não cumprido o previsto no art. 625-D da CLT, ou ainda que a falta de tentativa de conciliação prévia configuraria carência de ação por parte do empregado. O seu valor jurídico advém da conciliação prévia, e não da ausência desta, visto que o que for nela acordado não poderá ser tema de discussão em reclamatória trabalhista. (TRT/SC. Rel. Dilnei Ângelo Biléssimo. Ac. nº 7979/2002, publicado no DJ/SC em 25-07-2002.)

Foi editada a Resolução Administrativa n.º 08/2002, que publicou a Súmula n.º 2 de Jurisprudência do TRT/SP, 2º região, retirando a obrigatoriedade do empregado comparecer à Comissão de Conciliação Prévia.

Súmula 2 – O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao Obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625- E, parágrafo único da CLT, mas não

constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Desta forma, somos pelo entendimento de que a busca pela efetivação do acesso à justiça é fator primordial na garantia de uma justiça mais célere e eficaz às partes, principalmente ao empregado, por sua condição de hipossuficiência na lide trabalhista.

A finalidade da lei foi tentar agilizar a conciliação, por meio do princípio da celeridade, e não servir de óbice ao exercício constitucional do direito de ação.

Também não consubstancia pressuposto ou condição da ação, e nem objetiva impedir ou retardar o acordo, que bem pode ser celebrado em Juízo, se esta foi a via eleita pelo trabalhador (TRT 2º Região, Ac. 20080319445, 4ª turma, processo 03211-2007-009-02-005, rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros).

Se o credor não é obrigado a conciliar com o devedor, nem é obrigado a se dispor à negociação (CF, art. 5º, II), e, se o não comparecimento à sessão de conciliação não é cominado, sendo uma faculdade, o endereçamento da demanda à Comissão não pode corresponder a uma obrigatoriedade.

Considerando a tese de inconstitucionalidade defendida, vale lembrar ainda que, por iniciativa da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – está em tramitação desde 2003 o projeto de Lei n.498/03, para alteração dos artigos da CLT, acrescidos pela Lei n.9958/00, com especial atenção para o artigo 625-D, pois este torna a passagem pelas CCP's uma faculdade da parte, sem custos, prevendo ainda, no artigo 625-B ser indispensável a presença de advogado. (PISCO, 2008, p.91)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que louvável o esforço do legislador ordinário na tentativa de dotar o sistema processual trabalhista de ferramenta hábil à pacificação das classes trabalhadoras e empregadoras, o instituto jurídico das Comissões de Conciliação Prévia, da forma como aprovado no texto da Lei 9.958/2000, artigo 625-D da CLT, carece de constitucionalidade quando obriga o trabalhador à tentativa de conciliação extrajudicial. Unicamente porque institui no âmbito da Justiça do Trabalho uma jurisdição condicionada ou instância administrativa de cunho forçado.

Dessa forma, tal conduta legislativa nos é demonstrada como afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação inserido na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV.

Assim, deve prosperar o entendimento de que tal estipulação não pode criar obstáculo ao ajuizamento de reclamatória, prestigiando-se desta forma, os valores contidos na Carta da República, em especial, o direito de o cidadão ter acesso à Justiça, devendo aos magistrados ao invés de acolher a arguição de carência da ação, quando suscitada, declararem, incidentalmente, no caso concreto, a inconstitucionalidade da exigência de submissão obrigatória às Comissões de Conciliação Prévia. Até porque não há razão plausível para obrigar quem não quer se submeter a tal tipo de obrigação.

O funcionamento ideal das CCP's de muito ajudaria o bom andamento dos litígios trabalhistas, desafogando o Judiciário com demandas que, muitas vezes, podem ser resolvidas através da conciliação. O grande problema de sua aplicação prática é a obrigatoriedade na submissão da lide trabalhista em empresas ou sindicatos que possuem uma CCP, vindo, desta forma, a contrariar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário em questão.

A forma de solução de conflito viabilizada pela Lei 9.958/00 é salutar, porém, deve ser facultativo, sob pena de se perder o propósito para o qual foi criada, que seria solucionar de forma eficaz e célere os conflitos existentes nas relações de trabalho e de extrema relevância socioeconômica para as partes.

A norma, portanto, não poderá prejudicar o empregado hipossuficiente, motivo pelo qual se trata de faculdade e não de imposição legal. É evidente que deverá prevalecer o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) e do Juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal).

Pelo prazer de argumentar, caso o empregado perceba que a Comissão de Conciliação Prévia não é confiável, quer por favorecimento ao empregador, ou por eventual fraude ou violência, independentemente do crime de ação penal incondicionada (artigo 203 do Código Penal), este não poderá ser obrigado ao ingresso extrajudicial perante a referida Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de ofensa a garantia constitucional. E ainda, seria inconcebível a hipótese do reclamante pleitear tutela antecipada, haja vista ter que recorrer, primeiramente, à solução extrajudicial.

Na defesa da referida tese, tomam-se por base as seguintes afirmações: a) A conciliação não é obrigatória; b) O não-comparecimento das partes não importa revelia e confissão; c) Não há instrução e julgamento do mérito.

A evolução do Direito do Trabalho não pode admitir a obrigatoriedade de submeter a demanda à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de retrocesso ao acesso judicial e ofensa aos princípios constitucionais.

Trata-se de uma medida eficaz de solução dos conflitos trabalhistas, fundamental para a efetivação dos direitos sociais, levando-se em conta o ideal de conciliação sempre almejado neste ramo do Direito. Todavia, em sua aplicação, deverá prevalecer a liberdade do empregado, prerrogativa fundamental para que se concretizem a justiça e a paz no âmbito das relações de emprego.

REFERÊNCIAS

BEBBER, Julio César. *Processo do Trabalho: Temas atuais* São Paulo: LTr, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O acesso à Justiça no plano dos direitos fundamentais. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho*. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comissões de Conciliação Prévia e Procedimento Sumaríssimo*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

PICORETTI, Gilsilene Passon. *Núcleos Intersindicais e Comissões de Conciliação Prévia: um novo desafio às relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PISCO, Cláudia de Abreu Lima. O acesso à justiça e a tentativa de conciliação prévia de conflitos trabalhistas. *Revista LTr*, Ano 72, n.01, São Paulo: LTr, 2008.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis Trabalhistas Comentada*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Comissões de Conciliação Prévia: teoria e prática*. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Altamiro J. dos. *Comissão de Conciliação Prévia: convivência jurídica e harmonia social*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. I - O Procedimento Sumaríssimo Trabalhista. II – Comissões de Conciliação Prévia. Suplemento Trabalhista LTr São Paulo. 33/00.

VALERIANO, Sebastião Saulo. *Comissões de Conciliação Prévia e Execução de Título Executivo Extrajudicial na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

A COOPERATIVA DE CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS DE JARDIM GRAMACHO - COOPERGRAMACHO: UMA NOVA IDENTIDADE SOCIAL A PARTIR DO TRABALHO COOPERATIVO. *

THE RECYCLABLE MATERIAL TRASH PICKER COOPERATIVE IN JARDIM GRAMACHO – COOPERGRAMACHO: A NEW SOCIAL IDENTITY FROM COOPERATIVE WORK.

Luiz Cláudio Moreira Gomes

RESUMO

O Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, conhecido como Lixão de Caxias, localizado no Município de Duque de Caxias - RJ encontra-se na iminência de ser fechado, em decorrência não só do término de sua vida útil, como também por determinação da legislação ambiental do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe o lançamento e disposição a céu aberto de resíduos sólidos. Atualmente laboram no local aproximadamente 1.700 catadores, sendo que 90 deles se organizam na forma de cooperativa. Os catadores de materiais recicláveis, que desenvolvem uma atividade socialmente repudiada e constituem-se exemplo do processo de exclusão social, começam como no caso de Jardim Gramacho, a vislumbrar nas práticas associativas uma forma de enfrentar o processo de marginalização e subjugação ao qual são submetidos. O estudo tem como proposta compreender de que forma a Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis de Jardim Gramacho – COOPERGRAMACHO tenta reelaborar uma identidade social a partir do trabalho cooperativo.

PALAVRAS-CHAVES: CATADORES. EXCLUSÃO SOCIAL. IDENTIDADE.

ABSTRACT

The Metropolitan Landfill in Jardim Gramacho, known as Lixão de Caxias, located in the City of Duque de Caxias - RJ, is on the verge of having its operation discontinued, due not only to the end of its useful life, but also in obedience to the environmental legislation in the State of Rio de Janeiro, which prohibits the outdoor dumping and disposal of solid waste. Nowadays there are approximately 1.700 trash pickers working at the place, 90 of them organized in a cooperative. The recyclable material pickers, who perform a socially rejected activity and constitute an example of the social exclusion process, start, as in the case of Jardim Gramacho, to find in these cooperative practices a manner of coping with the marginalization and subjugation process to which

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

they are submitted. The study aims at a comprehension of how the Recyclable Material Trash Picker Cooperative in Jardim Gramacho – COOPERGRAMACHO – tries to reelaborate a social identity from cooperative work.

KEYWORDS: PICKERS. SOCIAL EXCLUSION. IDENTITY.

Introdução

Com base nos dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB), realizada em 2000 pelo IBGE, estimou-se que são produzidos no Brasil aproximadamente 157 mil toneladas de lixo domiciliar e comercial por dia. A mesma pesquisa constatou que 59% dos municípios brasileiros, depositam, sem qualquer tipo de controle ou tratamento, seus resíduos sólidos em lixões[1], nos quais trabalham 23.340 catadores, 23% deles com idade inferior a 14 anos de idade.

O acúmulo de lixo e de pessoas que dele sobrevivem nesses insalubres depósitos a céu aberto vem, portanto, agravando a degradação ambiental e intensificando o processo de exclusão social.

O caso dos catadores de materiais recicláveis que atuam no Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho demonstra claramente todo o processo de exclusão social como também denota a existência de um bairro que se constitui verdadeiro “paraíso” da poluição e *locus* de profundos conflitos sócio-ambientais, evidenciando que a inexistência de políticas públicas eficientes para o correto uso do solo urbano, cria verdadeiras zonas de esquecimento onde as parcelas mais vulneráveis e marginalizadas da população são cada vez mais afastadas de qualquer prática de cidadania e submetidas a graves danos ambientais.

Todo esse quadro influi diretamente na constituição da identidade social dessa categoria de trabalhadores, que além de desenvolverem uma atividade socialmente repudiada, passam a ser confundidos com a matéria prima de trabalho e a partir de então, são lançados no rol dos descartáveis, sendo estigmatizados como refúgio humano.

O presente trabalho, tendo por base empírica a pesquisa desenvolvida no Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, conhecido como Lixão de Caxias, localizado no Município de Duque de Caxias - RJ, que se encontra na iminência de ser fechado, em decorrência não só do término de sua vida útil, como também por determinação da legislação ambiental do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe o lançamento e disposição a céu aberto de resíduos sólido[2], centra-se no processo de construção de uma identidade social a partir da prática cooperativa de parte dos catadores que laboram no local.

Atualmente laboram no local aproximadamente 1.700 catadores, sendo que 90 deles se organizam na forma de cooperativa.

O trabalho encontra-se estruturado em quatro partes principais. Inicialmente se realiza uma contextualização do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho. No segundo momento se analisa a exclusão social, bem como a identidade social estigmatizada e a

identidade social real do catador de material reciclável. Na parte central se apresentam os resultados do perfil do catador que integra a Cooperativa de Trabalhadores de Materiais Recicláveis do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho - COOPERGRAMACHO e ao final se enfrenta a questão do fim do aterro e seus reflexos no universo de trabalhadores.

1. Contextualização do Aterro de Jardim Gramacho

Jardim Gramacho é um bairro do Município de Duque de Caxias, que se encontra dividido em diversas localidades. O local se caracteriza por possuir grandes bolsões de miséria. As ocupações mais antigas como a COHAB, o Morro do Cruzeiro, o Triângulo e Morro da Placa, possuem saneamento, pavimentação das ruas, água e energia elétrica. Os locais ocupados mais recentemente tais como Chatuba, Favela do Esqueleto, Maruim dentre outros, não apresentam qualquer infra-estrutura (saneamento, água, luz elétrica, ruas pavimentadas, etc.) e surgiram em decorrência da ocupação desordenada do solo urbano, através de um processo de loteamento realizado por políticos locais com a anuência do poder paralelo que atua fortemente na região.

O bairro possui uma população de aproximadamente 20.000 habitantes, sendo que a maior parte desse contingente populacional, de acordo com as entrevistas feitas no local, encontra-se fora do mercado formal de trabalho e vive direta ou indiretamente da exploração econômica do lixo.

A região apresenta sérios problemas sócio-ambientais, tais como intenso tráfico de drogas, falta de segurança, poluição sonora pelo intenso volume de caminhões que circulam pelo local, poluição do ar, chorume[3] pelas ruas, falta de limpeza, grande quantidade de vazadouros clandestinos de lixo no entorno do aterro, depósitos clandestinos, etc., constituindo-se um verdadeiro “paraíso” da poluição.

A população de Jardim Gramacho, que vive principalmente da economia do lixo, encontra-se atualmente esquecida por parte do Poder Público, estando desprovida de direitos básicos de cidadania e relegada a uma verdadeira invisibilidade pelos demais ocupantes do espaço público urbano. Estamos diante do clássico exemplo de injustiça ambiental, onde atividades de alto impacto de poluição localizam-se em um bairro distante da periferia.

Em Jardim Gramacho, localiza-se o Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, que atende a destinação final de resíduos dos Municípios do Rio de Janeiro, Duque de Caxias, Nilópolis, Mesquita, São João de Meriti e Queimados.

O Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho está localizado em uma área de 1,3 milhões de m² e recebe um volume de lixo de 8.000 toneladas/dia, o que representa cerca de 240.000 toneladas/mês, este volume é transportado por cerca de 600 caminhões que chegam por dia ao aterro.

O Aterro funciona desde 1976 como vazadouro de lixo administrado pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Rio de Janeiro - COMLURB e até o ano de 1996, funcionou como um verdadeiro lixão, sendo a entrada de catadores na área controlada

pelo tráfico de entorpecentes, que inclusive cobrava “pedágio” para ingresso dos referidos trabalhadores no local.

Em meados dos anos noventa, com o crescimento da preocupação com a questão ambiental, em especial com a poluição da Baía de Guanabara e a destruição dos manguezais em seu entorno, a COMLURB, através de processo licitatório terceirizou a gestão do aterro para a empresa de engenharia QUEIROZ GALVÃO, com o objetivo de impor soluções técnicas para questões como a recuperação da área de manguezal, o tratamento do chorume e do biogás advindos do lixo e promover a transformação do Lixão de Caxias em um aterro sanitário[4].

A empresa responsável pela administração do Aterro de Jardim Gramacho, teria também como responsabilidade implementar a organização social das ações da catação de material reciclável no aterro, bem como realizar o controle e credenciamento das pessoas que se encontravam trabalhando no local. Algumas mudanças foram impostas para o trabalho de catação, tais como o afastamento de idosos, portadores de deficiências físicas ou mentais e erradicação do trabalho infantil.

Atualmente o Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, por possuir catadores laborando diretamente nas rampas de serviço[5], em que pese realizar o tratamento do chorume e do biogás, não pode ser considerado um aterro sanitário, mas apenas um aterro controlado[6].

O Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, desde o ano de 2004 tem o seu final perseguido pelo Poder Público, em especial a Federação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA e o Ministério Público (Federal e Estadual). O Ministério Público chegou inclusive a elaborar uma minuta de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, que regulava as medidas a serem adotadas para a paralisação do aterro, mas a COMLURB recusou-se a assumir com exclusividade a responsabilidade pelo passivo ambiental e social.

2. Trabalho dos catadores do Aterro de Jardim Gramacho

Atualmente trabalham na atividade de catação do Aterro de Jardim Gramacho, aproximadamente 1.700 catadores, que se subdividem em três grupos. O primeiro grupo é formado pelos catadores cooperados e perfazem o montante de 90 trabalhadores. O segundo grupo é formado por 1.190 catadores que trabalham vinculados aos depósitos de sucata situados no entorno e o terceiro grupo é formado por 370 catadores que trabalham sem qualquer tipo de vínculo.

A administração do aterro estabeleceu sistema de controle às atividades de catação, levando a efeito cadastramento dos catadores que trabalham no local, o que estabilizou desde o ano de 2004 o número de catadores, em que pese tal controle ser burlado geralmente no período noturno.

No ano de 1993, laboravam no aterro 600 catadores, esse número subiu para 960 em levantamento realizado no ano de 1996, chegando em 1.060 no ano de 2002 e

finalmente no ano de 2004 esse número chegou a 1.700, estando relativamente estabilizado até a presente data.

O primeiro grupo realiza suas atividades nas unidades de triagem[7], localizadas na entrada do aterro com maquinário disponibilizado pela COMLURB e pela empresa QUEIROZ GALVÃO.

O segundo e terceiro grupo, realizam suas atividades diretamente nas rampas de serviço em condições extremamente precárias, desprovidos de equipamentos de proteção individual, sujeitos às condições climáticas e circulando livremente entre os tratores e caminhões, expostos a acidentes e doenças.

Os trabalhadores cooperados ostentam uma relação de proximidade com a operadora do aterro, que inclusive arca com alguns custos da cooperativa, tais como pagamento de gerente gestora, conserto de equipamentos, etc., o que não ocorre com os catadores avulsos, que apenas ostentam cadastro para que seja realizado o controle de entrada e saída do aterro.

3. Exclusão social sob o prisma do trabalho

VIEIRA (2004, p. 87), fazendo um breve relato do século XX reconhece que as políticas econômicas adotadas pelos países centrais, conduziram um mundo para um quadro de inegáveis desigualdades sociais:

O século XX conduziu a economia global a uma encruzilhada: o processo de reestruturação econômica levou o mundo em desenvolvimento à fome, e grandes parcelas da população ao empobrecimento. A nova ordem financeira internacional parece nutrir-se de exclusão social e degradação ambiental.

A questão da exclusão social pode ser analisada sob múltiplos aspectos, sejam eles de natureza política, econômica, social, cultural, etc., pois, o ser humano sempre estará sujeito a alguma forma de exclusão.

A abordagem da exclusão social, far-se-á à partir da análise do emprego que desempenha um papel central na integração social e na formação de identidade nas sociedades ocidentais, conforme acentua ALVIM (1999, p. 67-68):

A forma na qual as sociedades capitalistas modernas baseiam a integração social é dada pela inserção no mercado de trabalho. Essa inserção, responsável pelo reconhecimento social, é a forma central de dignidade social, de organização do tempo social, etc. A precarização da relação de trabalho se faz presente nessas sociedades capitalistas por meio de vários níveis, nos quais o direito é “docilmente” chamado a exercer um papel significativo: reestruturação do contrato de trabalho, flexibilização dos horários, questionamento de direitos sociais na condição de trabalhador, etc. O fenômeno que vem sendo contemporaneamente designado de “exclusão social” tem repercussões em termos de fragilização da cidadania nacional.

No Brasil, para se aquilatar a importância do trabalho como instrumento de inclusão social, basta citar que a carteira profissional já foi considerada como verdadeira “certidão de nascimento cívico”, conforme nos informa SANTOS (1979, p. 76):

A regulamentação das profissões, a carteira profissional e o sindicato público definem, assim, os três parâmetros no interior dos quais passa a definir-se a cidadania. Os direitos dos cidadãos são decorrência dos direitos das profissões e as profissões só existem via regulamentação estatal. O instrumento jurídico comprovante do contrato entre o Estado e a cidadania regulada é a carteira profissional que se torna, em realidade, mais do que uma evidência trabalhista, uma certidão de nascimento cívico.

Na era da globalização, um novo paradigma vem se formando em relação ao emprego, onde o mesmo se apresenta mais flexível, precário e desprovido das garantias de estabilidade associadas ao padrão convencional (DUPAS, 1999, p. 16).

Os países periféricos, apesar de não terem conseguido controlar as formas tradicionais de exclusão social - subemprego, baixos rendimentos e informalidade, defrontam-se com novas formas desse maléfico fenômeno, caracterizado pelo desemprego aberto, ocupações atípicas e precarização das relações e condições de trabalho (POCHMANN, 1998).

A causa comum dos problemas de exclusão social à partir da perspectiva do emprego, se deve à fragilidade das economias dos países em desenvolvimento, que simplesmente sem terem conseguido passar pelo *Welfare state*, assimilaram sem maiores contestações o discurso da implementação de um Estado mínimo, optando em geral pela via passiva da globalização.

O modelo econômico adotado pelo Brasil, não se mostra apto a solucionar o grave problema do desemprego, pois, se alinha à linha da globalização neoliberal, onde se pretende realizar a menor diferenciação possível entre mercados internos e externos, aumentando diariamente a dependência econômica em relação ao mercado financeiro internacional.

Para se aquilatar os malefícios da globalização neoliberal para os países subdesenvolvidos, basta citar, que o nível de informalidade no mercado de trabalho da América Latina chegou a 44% do total do emprego urbano na década de noventa, próximo ao grau de informalidade do continente africano que foi de 48% (POCHMANN, 2005).

Os países em desenvolvimento, mesmo constatando que o processo de globalização de conteúdo neoliberal apresenta como corolário o aumento da miséria e da exclusão social, desprezam o fato de que os países desenvolvidos, quando do seu processo de desenvolvimento foram combatentes das receitas que agora querem implementar, tais como políticas macroeconômicas restritivas, liberalização do comércio e dos investimentos, privatização, desregulamentação (POCHMANN, 2005).

Sob os auspícios da globalização, não se tem como ocultar a subproletarização do trabalho, que se dá nas formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado e terceirizado (ANTUNES, 1998), ou seja, são utilizados todos os instrumentos possíveis para se aumentar a margem de lucros por parte dos artífices da globalização.

POCHMANN (2002, p. 8) descreve que nas últimas duas décadas do século XX, houve um total prejuízo para os trabalhadores dos países periféricos, que cada vez mais foram submetidos ao desemprego e/ou à precarização das relações de trabalho:

Nas últimas duas décadas do século XX, tem ocorrido um reforço considerável no movimento mais geral de concentração de pobreza, do desemprego e dos postos de trabalho mais simples e mal remunerados nos países pobres. A integração das economias transformou-se no caminho mais simples de potencialização do império norte-americano e das finanças internacionais no comando do processo de acumulação mundial do capital que rebaixa o padrão de uso e remuneração da força de trabalho.

4. O paradoxo da exclusão social do catador

A existência de expressivo número de pessoas que sobrevivem catando lixo no Brasil e em toda a América Latina, decorre em grande parte da fragilidade da economia desses países, onde muitas pessoas não têm qualquer fonte de rendimento e outras não são acolhidas ou são expurgadas do mercado formal de trabalho.

São diversos os atores sociais envolvidos na exploração econômica do lixo. Além dos catadores, existem empresários, indústrias, atravessadores, comerciantes, sem esquecer a atuação de criminosos que muitas vezes estabelecem verdadeira subjugação dos catadores, retirando dos mesmos a condição de negociar preços com os atravessadores que lhes são “indicados”, fazendo eclodir verdadeira relação servil.

O lixo passou a ser tratado como uma *commodity*, onde o catador de material reciclável foi instalado na pior e menos rentável posição da cadeia econômica da reciclagem.

Ademais, estando muito concentradas, as indústrias impõem as condições e os preços aos catadores e cooperativas, tornando-os reféns da exploração da economia formal sobre a informal (MAGERA, 2003, p. 108).

RODRIGUEZ (2005, p. 334), destaca a relação entre a economia formal e a informal no universo do lixo:

Por exemplo, a economia informal está plenamente articulada com a economia formal, como evidencia o caso dos recicladores de lixo independentes que vendem os seus produtos a intermediários que, por sua vez, os vendem às grandes companhias produtoras de papel. O caso dos recicladores mostra ainda que as formas econômicas populares são fonte de produtos, serviços e mão-de-obra barata para o setor moderno da economia. Daí que este tipo de atividade possa, por isso mesmo, facilitar, mais do que impedir, a exploração das classes populares.

Merece especial relevo no contexto da questão de resíduos, o papel desempenhado por um dos principais atores, o catador de materiais recicláveis, aquele que vêm concorrendo decisivamente para a exploração econômica do lixo, mas que é um daqueles que menos se beneficia da cadeia.

A condição de excluídos dos catadores se evidencia pela forma que no contexto social, geralmente são dissociados da condição humana e assemelhados a animais, em decorrência das degradantes condições de trabalho a que são submetidos, gerando na classe dos chamados “incluídos” não mais do que sentimentos que oscilam entre repulsa e compaixão, mas que são incapazes de provocar a motivação necessária para se pleitear a adoção de políticas públicas, que venham a promover a inclusão social dessa classe “invisível” de trabalhadores.

Os trabalhadores do lixo são submetidos a uma verdadeira invisibilidade pública, caracterizada pelo “desaparecimento intersubjetivo de um homem no meio de outros homens” (COSTA, 2004, p. 63).

A exclusão social deve ser compreendida como um processo no qual - no limite - os indivíduos são reduzidos à condição de *animal laborans*, cuja única atividade é a sua preservação biológica, e na qual estão impossibilitados do exercício pleno das potencialidades da condição humana (ESCOREL, 2000, p. 140).

Na análise de NASCIMENTO (2000, p. 123):

cria-se, dessa forma, um paradoxo na sociedade moderna, pois o excluído sempre *está dentro*, na medida em que não existe mais o *estar fora*. Sempre está envolvido no processo de produção – consumo. Sempre ocupa um destes lugares, senão os dois. Os catadores de papel ou lixo em geral, por exemplo, estão inseridos no processo produtivo, ocupando a base de uma hierarquia de negócios, cujo ápice é ocupado por indivíduos ricos, que se apropriam dos valores produzidos na base.

5. A identidade social estigmatizada do catador

As condições de trabalho dos catadores, muitas vezes desperta no imaginário popular uma idéia equivocada, de que os mesmos se confundem com mendigos, o que efetivamente não é verdade, em que pese os catadores estarem inseridos no universo da pobreza e da exclusão social. EIGENHEER (2003, p. 21) acentua que:

Tanto as pessoas que trabalham com lixo como os locais em que ele é disposto recebem tratamento negativo similar ao de pessoas e espaços ligados a outras “produções” da sociedade igualmente antigas e indesejadas, como cemitérios, manicômios, hospitais terminais, prisões, áreas de prostituição e albergues para mendigos. São lugares malditos, relegados, de preferência aos “cantos” e à “periferia” da cidade. Aqueles que trabalham nesses lugares são discriminados, e em muitos casos considerados cidadãos de terceira categoria.

Faz-se importante distinguir, que existem pessoas que vasculham o lixo em busca de produtos para consumo próprio, tais como alimentos e roupas e outras que estão à procura de materiais recicláveis, que posteriormente serão vendidos.

A identidade do catador de material reciclável, ainda não se encontra construída como a de um importante agente ambiental, sendo ao contrário remetida ao universo da marginalidade (JUNCA; GONÇALVES; AZEVEDO, 2000, p. 85):

Para a sociedade, já está bastante enraizado o seu reconhecimento como malandro e marginal, como aquelas pessoas que, quando muito, devem receber uma esmola. Diferentes nomeações lhes têm sido atribuídas: um nome próprio ou um apelido, um número de ficha ou prontuário, um adjetivo que qualifica desqualificando.

RODRIGUEZ (2005, p. 334), ao analisar o caso dos catadores de materiais recicláveis na Colômbia, destaca que os mesmos também apresentam uma identidade social deteriorada pelo estigma da marginalidade e da invisibilidade, o que demonstra que a identidade negativa do catador não é um fato isolado do Brasil:

No imaginário social urbano na Colômbia os recicladores são colocados nas camadas mais baixas e marginalizadas, juntamente com os indigentes, os pedintes, os ladrões e outros habitantes de rua com os quais são associados pelo fato de trabalharem na via pública e nas lixeiras, em contato permanente com o lixo. Os recicladores são com frequência inclusive excluídos pelos setores populares e vítimas de operações de “limpeza social”.

Os catadores de materiais recicláveis são considerados refugio humano e confundidos com o próprio lixo, ou seja representam aquilo que a sociedade descarta e não mais se preocupa, representando o último degrau do processo de desqualificação. BAUMAN (2005, p. 39) adverte:

Os coletores de lixo são os heróis não decantados da modernidade. Dia após dia, eles reavivam a linha de fronteira entre normalidade e patologia, saúde e doença, desejável e repulsivo, aceito e rejeitado, o *comme il faut* e o *comme il ne faut pas*, o dentro e o fora do universo humano. Essa fronteira precisa da constante diligência e vigilância porque não é absolutamente uma “fronteira natural”: não há montanhas altíssimas, oceanos sem fundo ou gargantas intransponíveis separando o dentro do fora. E não é a diferença entre produtos úteis e refugio que demarca a divisa. Muito pelo contrário, é a divisa que prediz – literalmente, invoca – a diferença entre eles: a diferença entre o admitido e o rejeitado, o incluído e o excluído.

A identidade social do catador não é aquela que o estigmatiza como refugio humano, mas sim aquela que se exterioriza como agente ambiental, que desempenha importante papel na cadeia da reciclagem.

O catador reciclável atualmente busca em várias formas de associação, o fortalecimento de sua identidade. No ano de 1999 foi criado no Brasil o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis, que dentre suas conquistas obteve a inclusão do catador de material reciclável na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, no ano de 2002.

6. A COOPERATIVA DE CATADORES DE MATERIAIS REICLÁVEIS DO ATERRO METROPOLITANO DE JARDIM GRAMACHO – COOPERGRAMACHO

No ano de 1996, de modo a viabilizar a retirada dos catadores das rampas de serviço e fornecer-lhes condições mais dignas de trabalho, a COMLURB e QUEIROZ GALVÃO, a empresa então responsável pela administração do aterro, estabeleceram as condições materiais necessárias para a criação da cooperativa de catadores que laboravam de forma totalmente desorganizada no aterro.

Criaram-se instalações tais como vestuários, alojamentos, sede para a cooperativa, bem como foram fornecidos equipamentos necessários para a realização da triagem de materiais recicláveis em esteiras mecânicas, além de equipamentos de proteção individual.

A grande maioria dos catadores optou por continuar na frente de serviço sob o argumento de que não gostariam de perder a liberdade, o que fez com que a operadora do aterro para evitar problemas com o poder paralelo local, admitisse que a catação nas rampas de serviço continuasse, mas passou-se a controlar a entrada de novos catadores no aterro.

Realizadas entrevistas semi-estruturadas com 20 cooperados e 20 catadores da frente de serviço, aferiu-se que 90% dos cooperados e 80% dos não cooperados manifestaram preferência por continuar mantendo a atual situação de trabalho.

Como motivo para permanência na atual condição de trabalho, os não cooperados afirmaram que a opção se deve ao rendimento e a flexibilidade de tempo, porquanto, laborando diretamente na frente de serviço, podem trabalhar ininterruptamente durante alguns dias no período diurno e noturno até estabelecerem o rendimento almejado, o que não se afigura possível na cooperativa.

Por outro lado, os cooperados aludiram ao desenvolvimento da cidadania como razão primordial para optarem por essa forma de trabalho, haja vista que em que pese os menores rendimentos, ostentam melhores condições de trabalho, pois trabalham em local coberto; possuem inscrição na Previdência Social; apresentam horário regular de trabalho; possuem equipamentos de proteção individual; tem refeitório e vestiário para troca de roupa e banho; contam com seguro, bem como convênio com o SESI para acesso à diversas atividades, etc.

A cooperativa fez com que pessoas até então consideradas invisíveis, passassem a exercer sua cidadania, apesar dos baixos rendimentos, que em média montam um salário mínimo. O fato de integrarem a cooperativa fez com que vários catadores

demonstrassem um grande sentimento de pertencimento e aceitação social, o que foi noticiado quando seus comprovantes de pagamento eram utilizados em estabelecimento comerciais para a abertura de crediários.

Em seus primórdios a cooperativa apresentou alguns problemas, pois, alguns cooperados que ainda não se encontravam adaptados a nova forma de trabalho, invocavam suas relações diretas ou indiretas com o tráfico de drogas para efeito de abono de faltas, reconsideração de penalidades disciplinares, etc.

Transcorridos alguns anos, a ingerência do poder paralelo na cooperativa praticamente desapareceu, face ao desenvolvimento do senso de cooperativismo nos catadores, mas como todos aqueles que laboram no aterro ou vivem no entorno, ainda se “respeita” às determinações emanadas pelo tráfico de entorpecentes, que se utiliza da força para perpetuar o poder no local.

7. PERFIL DOS COOPERADOS

Os integrantes da cooperativa são em sua grande maioria mulheres, que ocupam o percentual de 56% do quadro social, o que se explica pelas condições de trabalho menos sacrificantes do que na frente de serviço.

Os cooperados apresentam baixo nível de escolaridade, porquanto, 87% apenas ostentam o ensino fundamental incompleto, sendo que 8% são analfabetos e 5% apresentam o ensino médio incompleto, o que demonstra que a grande maioria dos trabalhadores terá sérias dificuldades para buscar uma inserção no mercado formal de trabalho, tendo em vista a baixa qualificação.

A maioria dos cooperados tem entre 30 e 39 anos, o que é traduzido pelo percentual de 29%, sendo outro dado importante que o segundo maior contingente é formado por pessoas que estão entre 21 e 29 anos, evidenciando a dificuldade de pessoas jovens ingressarem no mercado formal de trabalho e diante da falta de alternativas vão se perpetuando na atividade de catador.

Dado ainda relevante é que a grande maioria dos cooperados mora no bairro de Jardim Gramacho, sendo que apenas 4,22% dos trabalhadores entrevistados não reside no Município de Duque de Caxias.

Um breve diagnóstico dos dados acima, permite-nos concluir que os catadores cooperados apresentam como característica a falta de qualificação profissional, o que fez com que fossem expulsos ou sequer ingressassem no mercado formal de trabalho, que são pessoas relativamente jovens, que perpetuam gerações de catadores e o mais importante, é que optam pela aquisição de direitos e condições mais dignas de trabalho em detrimento de uma maior remuneração, que certamente será obtida através da realização de atividades na rampa de serviço.

8. O encerramento do Aterro

O encerramento do aterro desperta duas reações nos catadores, aqueles que não acreditam no fechamento, afirmam que “esse papo é velho”, “o tráfico não vai deixar isso acontecer”, “estamos aqui faz muito tempo e sempre ouvi isso”, mas por outro lado, existem os catadores que efetivamente buscam se preparar para o encerramento das atividades de catação, tanto que no ano de 2005 foi fundada a Associação de Catadores de Material Reciclável de Jardim Gramacho, que hoje possui cerca de 1.100 catadores identificados e cadastrados, aguardando sua oficialização. A Associação tem como principais objetivos, garantir trabalho para os catadores após o término das atividades do aterro; criar projetos de inclusão social na comunidade e lutar pela implantação da coleta seletiva no Município de Duque de Caxias, realizada e gerida pela Associação.

Em relação ao encerramento do Aterro Metropolitano, um dado bastante relevante é a pesquisa realizada pelo serviço social da operadora do Aterro no ano de 2002, onde foi aplicado um questionário com 561 catadores que indagando “se buscaria outro tipo de trabalho; se entraria para a COOPERGRAMACHO e se gostaria de participar de outras cooperativas”. A maioria dos catadores (percentual de 41%) declarou que com o término do aterro, gostaria de integrar a cooperativa já existente, o que evidencia que o trabalho cooperativo existente no local é encarado como uma forma de mudança em relação ao atual quadro de indigência da maioria dos catadores que laboram de forma desorganizada, funcionando como verdadeiro instrumento para a reconstrução da identidade social.

A inexistência de políticas públicas que contemple não só os catadores, mas também todo o bairro de Jardim Gramacho, cuja economia gravita em torno do lixo, por certo ocasionará uma verdadeira convulsão social.

Considerações finais

Os catadores de materiais recicláveis do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, em sua grande maioria ainda laboram em condições subumanas de trabalho, mas uma parte desse contingente, através do trabalho cooperativo, descobriu que podem ser reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, afastando o estigma negativo da atividade.

Melhores condições de trabalho e o reconhecimento social como trabalhador, afastam o catador do universo da invisibilidade, despertando-o para o exercício da cidadania.

O importante papel do catador na cadeia econômica do lixo precisa ser reconhecido e a forma de se transformar em protagonista desse ciclo passa necessariamente por sua organização em cooperativas, associações e outras formas que lhe permita atuar em rede para a construção de uma identidade coletiva.

O universo do catador é permeado por uma perversa rede de influências, que interfere diretamente em seu *status* de cidadania, ora submetido ao poder do poder paralelo do tráfico de drogas, ora utilizado por interesses políticos locais, mas uma via alternativa para a construção de uma cidadania ampla, constitui-se no exercício das práticas associativas.

A perspectiva emancipatória dos catadores traduzida em sua participação na Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis de Jardim Gramacho, encontra-se ameaçada, porquanto, a inexistência de políticas públicas que contemplem os catadores com o encerramento do aterro, fará com que esse contingente de trabalhadores seja novamente lançado no rol dos invisíveis.

Com o inevitável fim do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, faz-se necessária a adoção de políticas públicas que contemplem todos os catadores do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, em especial fortalecendo as formas de organização coletiva existente no local, representadas pela COOPERGRAMACHO e pela Associação dos Catadores de Materiais Recicláveis de Jardim Gramacho.

A organização coletiva dos catadores apresenta-se como uma das poucas alternativas viáveis de resistência para esses atores tão explorados na cadeia econômica do lixo.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. “*Cidadania(s) identidade(s) e integração social: reflexões sobre os modelos contratualista, naturalista e comunitarista da cidadania*”. In: Plúrima - Revista da Faculdade de Direito da UFF. Vol. 2. Niterói/Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho ? : ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçada*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

COSTA, Fernando Braga da. *Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social*. São Paulo: Globo, 2004.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

EIGENHEER, Emílio Maciel. *Lixo, Vanitas e Morte*. Niterói: EdUFF, 2003.

SCOREL, Sarah. *Vivendo de teimosos moradores de rua da cidade do Rio de Janeiro*. In BURSZTYN, Marcel (org.) *No meio da rua: nômades, excluídos e viradores*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000 - p. 139-171.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico*, 2000.

JUNCA, Denise; GONÇALVES, Marilene Parente; AZEVEDO, Verônica Gonçalves. *A mão que obra no lixo*. Niterói: EdUFF, 2000.

MAGERA, Márcio. *Os empresários do lixo: um paradoxo da modernidade*. Campinas: Editora Átomo, 2003.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Juventude: Novo alvo da exclusão social*. In BURSZTYN, Marcel (org.) *No meio da rua: nômades, excluídos e viradores*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000 - p. 121-138.

POCHMANN, Márcio. *Ajustes Macroeconômicos e Novas Formas de Exclusão Social: A Situação Recente na Periferia do Capitalismo*. In: VIGEVANI, Tullo; LORENZETTI, Jorge (coords.) *Globalização e Integração Regional: Atitudes Sindicais e Impactos Sociais*. São Paulo: LTr, p. 125-141, 1998.

_____. *O emprego na globalização: A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2002.

_____. *Atlas da exclusão social, vol. 4: agenda não liberal da inclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005.

RODRIGUEZ, César. *À procura de alternativas econômicas em tempos de globalização: o caso das cooperativas de recicladores de lixo na Colômbia*. Tradução Manuel del Pino In SANTOS, Boaventura (org.) *Produzir para viver: os caminhos da produção capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 - p. 329-367.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça: A política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

[1] Locais em que resíduos sólidos urbanos, de todas as origens e naturezas, são simplesmente lançados, sem qualquer tipo ou modalidade de controle sobre os resíduos e/ou sobre seus efluentes.

[2] Lei nº 4.191 de 30 de setembro de 2003.

[3] Líquido de cor escura, geralmente com elevado potencial poluidor, proveniente da decomposição da parcela orgânica biodegradável existente nos resíduos sólidos; e das águas pluviais que perpassam a massa dos mesmos, quando acumulados em depósitos de quaisquer categorias, ou dispostos em aterros controlados ou sanitários.

[4] Local utilizado para disposição final do lixo, onde são aplicados critérios de engenharia e normas operacionais específicas para confinar resíduos com segurança, do ponto de vista do controle da poluição ambiental e proteção à saúde pública.

[5] Locais onde os caminhões caçamba depositam o lixo a ser posteriormente espalhado e coberto de terra pelos tratores voltados para essa finalidade.

[6] Local utilizado para despejo do lixo coletado, em bruto, com o cuidado, de após a jornada de trabalho, cobrir esses resíduos com uma camada de terra diariamente, sem causar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, minimizando os impactos ambientais.

[7] Conjunto de instalações, dotadas ou não de equipamentos eletromecânicos, onde são executados os trabalhos de separação, por classes (por exemplo, “plásticos”) e/ou por tipos (por exemplo, PVC, PEBD, PEAD, etc.) de resíduos recicláveis, assim como os trabalhos de seu acondicionamento (usualmente fardos) e estocagem para posterior comercialização.

PROTEÇÃO AO TRABALHADOR ECONOMICAMENTE DEPENDENTE: PROPOSTAS PARA UM NOVO CONTRATO DE TRABALHO*

NUOVA REGOLAZIONE STATALE AI AUTONOMI DIPENDENTI

**Rodrigo Fortunato Goulart
Marco Antônio César Villatore**

RESUMO

O presente estudo objetiva propor um novo marco regulatório para o Direito do Trabalho. Ao longo das últimas décadas, diversas novas formas de labor surgiram no mundo contemporâneo, dentre elas, um tipo em que é ausente a clássica subordinação jurídica, enquadrando-se na chamada “zona cinzenta” entre as noções tradicionais de “empregado” e de “trabalhador autônomo”. Trata-se dos chamados “trabalhadores economicamente dependentes” ou “trabalhadores parassubordinados”. O ensaio procura mostrar que parte do atual modelo produtivo estabeleceu outras relações de trabalho à margem do conceito de subordinação jurídica, fato que ensejou a crise deste critério. O artigo percorre os conceitos que delimitam o economicamente dependente, tais como a continuidade, a onerosidade, a pessoalidade e a coordenação, demonstrando a necessidade de ampliar o campo de abrangência do Direito do Trabalho, de modo a incluir (e não excluir) demais formas de relações obrigacionais cujo objeto é o trabalho, mas ausente a subordinação. É destacada, também, a importância de uma nova finalidade do Direito do Trabalho. Se o sistema foi colocado, de início, como mero regulador entre o capital e o operariado, atualmente, após a Constituição Federal de 1988, este precisa se investir de promoção e valorização da pessoa trabalhadora, fato que requer uma reflexão profunda do atual modelo de tutela (baseado quase que exclusivamente na subordinação jurídica). Em termos conclusivos, defende-se que a manutenção da defesa do empregado e a invenção de novas tutelas para os trabalhadores diferenciados representam um caminho de saída da crise do Direito do Trabalho. Ao final, é proposta uma nova regulação estatal aos autônomos dependentes, para que estes trabalhadores possam ter direitos mínimos de proteção social garantidos, tal como ocorre no Direito Alienígena.

PALAVRAS-CHAVES:
PA RASSUBORDINAÇÃO

AUTÔNOMO

DEPENDENTE;

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Il presente lavoro obietta proporre un nuovo marco regolatorio per il Diritto del Lavoro. Al lungo dell'ultime decade, diverse nuove forme di lavoro sorgirano nel mondo contemporaneo, fra logo, un tipo in che assente la clássica subordinazione giuridica, enquadrandosi nella chiamata "zona grigia" fra le nozioni tradizionali de "dipendenti" e di "lavoratori autonomo". Tratasi dei chiamati "lavoratori economicamente dipendenti" o "lavoratori parasubordinati". L'ensajo cerca di dimostrare che parte dell'attuale modelo prodottivo ha stabilito altri relazioni di lavoro al margine del concetto di subordinazione giuridica, fato che ha ensejato la crise di questo criterio. L'articolo percorre i concetti che delimitano l'economicamente dipendenti, tale come la continuità, l'onerosità, la pessoalità e la coordinazione, dimostrando la necessitã d'ampliare il campo d'abrangenza del Diritto del Lavoro, di modo a inclurre (e non escludere) l'altre forme di relazioni obrigazionali cui'oggetto è il lavoro, ma assente la subordinazione. È ditacata, anche, l'importanza di una nuova finalitã del Diritto del Lavoro. Se il sistema fue putato, d'inizio, come mero regolatorio fra il capitale e l'operariato, attualmente, dopo la Costituzione Federale di 1988, questo necessita se investire di promozione e valorizzazione della persona lavoratora, fato che rechiere una riflessione profonda dell'attuale modelo di tutela (baseato quasi che esclusivamente nella subordinazione giuridica). En termi conclusivi, difendesì che la manutenzione di difesa del dipendente e l'invenzione di nuove tutele per i lavoratori diversi rapresentano un camino di uscita della crise del Diritto del Lavoro. Al finale, è proposta una nuova regolazione statale ai autonomi dipendenti, per che questi lavoratori possano havere diritti minimi de protezone sociale garantiti, tal come ocorre nel Diritto Alienigena.

KEYWORDS: AUTONOMO DIPENDENTE; PARASSUBORDINAZIONE

INTRODUÇÃO

A modificação do modelo econômico-produtivo trouxe reflexos consideráveis nas relações de trabalho. O Direito do Trabalho, concebido em uma fase industrial, está assistindo ao surgimento de novas formas de trabalho não vinculadas ao emprego clássico.

O atual modelo econômico-produtivo, mais flexível e voltado exclusivamente para a demanda (produção *just in time*), atingiu em cheio a forma como o padrão de acumulação fordista dispunha o salário e a jornada dos trabalhadores. Os contratos a prazo indeterminado estão se tornando exceção, a jornada tornou-se contínua em apenas alguns momentos do ano e o salário está pouco a pouco sendo atrelado a parcelas variáveis[1].

A respeito das novas modalidades de contrato de trabalho[2], surgiram as possibilidades de contrato por prazo determinado, tais como os contratos a tempo parcial, o *job sharing*[3], os contratos de qualificação profissional, o trabalho cooperado, o contrato de trabalho do consorciado e o teletrabalho[4].

No presente estudo, apresentaremos uma das novas formas de relação de trabalho – a parassubordinação – e as razões que justificam a formação de políticas públicas,

especialmente a proposição de projeto-de-lei para a tutela dos trabalhadores que se enquadram nessa relação obrigacional. Diante de uma concepção padrão e universal de “emprego”, o Direito do Trabalho precisa dar um novo passo na direção da tutela efetiva das demais formas de trabalho, não vinculadas apenas ao molde celetista.

1. CAMPO DE ABRANGÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de ingressarmos no tema propriamente dito – autônomos dependentes – é necessário relembrar o campo de atuação do Direito do Trabalho.

É dentro da relação de trabalho *profissional* que se encontra a grande maioria das relações de trabalho, tais como a relação de emprego, o trabalho avulso e o trabalho autônomo[5]. Na relação de trabalho *não-profissional*, enquadram-se o trabalho voluntário, o trabalho religioso e o trabalho familiar[6].

O ramo especializado do Direito do Trabalho trata especificamente da *relação de trabalho profissional* e, mais especificamente, da *relação de emprego*, porque o trabalho profissional é dividido em três grandes grupos: o trabalho autônomo, o trabalho subordinado e o trabalho parassubordinado.

Essa distinção é fundamental para compreender que o Direito do Trabalho clássico foi investido de poderes apenas para regular as relações de trabalho *subordinadas*, desde que inseridas num contexto de relações de emprego. Importante destacar que nem todo trabalho profissional é protegido pelo Direito do Trabalho, citando-se, como exemplo, os trabalhadores eventuais, cujas regras estão inseridas no corpo do Direito Civil.

Domenico Antônio Landulfo[7] ressalta que o segundo grupo (trabalho subordinado) se divide em trabalhadores *subordinados típicos*[8] (relação de emprego) e *subordinados atípicos* (trabalho eventual, eventual avulso e o trabalho temporário). Observa o autor que nem todos os trabalhadores subordinados são protegidos pelo Direito do Trabalho, servindo, como exemplo, os eventuais, tais como diaristas, “chapas” e bóias-frias.

2. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

A distinção citada pela doutrina entre as figuras jurídicas da “relação de trabalho” e da “relação de emprego” é que a segunda é uma *espécie* da primeira, ou seja, a relação de trabalho é o *gênero*, envolvendo toda a prestação de uma atividade laborativa, aquelas

relações nas quais se revelam um conteúdo obrigacional, sempre que o trabalho seja o seu objeto, pouco importando qual a sua forma, se subordinado ou autônomo.

A relação de trabalho, nas circunstâncias, abrange as formas de labor humano, não apenas a clássica relação de emprego, mas o trabalho avulso, temporário, eventual, voluntário, familiar, autônomo, etc. Já a relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho, e dada a sua complexidade peculiar e ampla utilização no mundo capitalista, tornou-se a principal modalidade da relação de trabalho, tanto que mereceu tratamento jurídico diferenciado do Estado, como ramo autônomo próprio, o Direito do Trabalho[9].

3. O DIREITO DO TRABALHO CLÁSSICO

Certamente, o núcleo essencial do Direito do Trabalho, desde a sua concepção como ramo autônomo do Direito Civil, girou em torno da relação de emprego. É através da relação de emprego que as normas protetivas do trabalhador se manifestam com grande intensidade, diante da assimétrica relação existente entre empregados e empregadores. O Direito do Trabalho clássico excluiu do seu campo de abrangência os trabalhadores autônomos, eventuais e servidores públicos não contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o Direito do Trabalho atua em torno da relação de emprego, e é “o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele”[10].

Pode-se afirmar que, essencialmente, o Direito do Trabalho atua nas atividades laborais que “são acobertadas por normas jurídicas que contenham dispositivos protetivos em relação aos trabalhadores que trabalham sob contrato, sob subordinação e mediante remuneração”[11]. Assim, estariam fora do âmbito de aplicação da disciplina as “relações laborais que não sejam reguladas por dispositivos protetivos em relação aos trabalhadores, bem como aquelas que contenham características de autonomia, de não profissionalidade e de não contratualidade” [12].

Landulfo[13], analisando de maneira geral a doutrina, verifica que as seguintes relações laborais fazem parte do campo de abrangência do Direito do Trabalho: relação de emprego (Decreto-lei 5452/1943); Trabalho Temporário (Lei 6.019/1974) e Trabalho Eventual Avulso (art. 7º., XXXIV).

4. O ENFRAQUECIMENTO DA SUBORDINAÇÃO

O requisito que justificou a autonomia desse ramo do Direito com relação ao Direito Civil, é que o Direito do Trabalho foi criado em torno da figura jurídica da dependência, ou mais propriamente, da subordinação, ou seja, o fato de o empregado estar sujeito às ordens de seu empregador, em uma típica situação de trabalho por conta *alheia*.

A subordinação se revelou, durante séculos, na extrema dependência das ordens do empregador pelo empregado, demonstrando uma notória e ampla desigualdade entre as partes contratantes. Por isso, afirma-se que, no Direito Laboral, o requisito subordinação é o *centro de gravidade* da disciplina. É através dele que se verifica, na maior parte das vezes, a caracterização da relação de emprego[14].

Por muito tempo, nada obstante, a subordinação foi exteriorizada através de comandos por aquele que representa o capital ao empregado em tarefas superfragmentadas, voltadas quase que exclusivamente a uma execução repetitiva (modelo fordista).

No entanto, nos dias atuais, verifica-se um verdadeiro enfraquecimento desse requisito, pois muitos empregados detêm mais conhecimento técnico do que o seu próprio empregador. A formação profissional especializada e a tecnologia estão diluindo a subordinação. Como exemplo, cite-se o teletrabalho, no qual a atividade é desenvolvida fora do âmbito de fiscalização do empregador, não se verificando a subordinação hierárquica[15].

Tal fato obrigou a doutrina a encontrar uma saída jurídica nos casos em que a subordinação é diluída ou enfraquecida, como no caso dos teletrabalhadores. Assim, evoluiu a tese de que a subordinação não seria apenas “estar sob as ordens” e sim “estar autorizado a fazer”, ou seja, uma mera sujeição do trabalhador ao tomador dos serviços, contudo, o tomador, ao limitar a autonomia de vontade do sujeito de acordo com o seu interesse, autoriza-o (e não o manda) realizar algo. Aqui, observa-se uma espécie de “quase-independência funcional” do empregado.

Por isso, a crise do critério subordinativo no Direito do Trabalho, que é a “pedra de toque” da disciplina, traz a idéia de que é absolutamente necessário “deslocar o critério chave da regulação do Direito do Trabalho para algum outro pressuposto que o aproxime mais do real mundo do trabalho”[16].

O modelo clássico de relação de emprego, baseado na subordinação, gradativamente está se tornando incapaz de regular este novo mundo. Entre as mudanças, Kaufmann[17] acrescenta que o Direito Laboral clássico está sofrendo um profundo impacto diante: do surgimento de novas formas de remuneração (PPR, PLR[18], etc.); do aparecimento da flexibilidade funcional deteriorando a importância das profissões (empregados polivalentes); do abandono das restrições à limitação da jornada de trabalho; da importância crescente em formas de trabalho atípicas de período parcial, temporário, autônomos, terceirização; da reorganização da administração

empresarial (liofilização) diante da necessidade de criação de técnicas inovadoras para treinamentos de pessoal, reciclagem e readequação profissional.

Por isso, o atual modelo de proteção social contempla o Direito do Trabalho baseado – ainda e apenas – na clássica relação de emprego e nos sistemas de Seguridade (Saúde, Assistência e Previdência Social). No entanto, esse modelo fecha os olhos ao atual estágio de desenvolvimento do capitalismo, pois ainda acredita única e exclusivamente em uma produção fordista, linear, homogênea e que se desenvolve ininterruptamente (independente da demanda), mediante ordens diretas do empregador aos empregados. É cediço que muitas empresas ainda permanecessem sob essa condição, mas o Direito não pode excluir as demais (ou novas) relações obrigacionais cujo objeto seja o trabalho, da tutela estatal. É preciso ampliar o campo de atuação desse ramo especializado.

Tarso Genro argumenta que o Direito do Trabalho está vivendo sua “crise terminal”. Segundo o autor:

... essa situação é previsível, não só porque a revolução na produção, em andamento, precisa conviver por um longo período com algo do sistema jurídico originário da 2ª. Revolução Industrial, mas também porque a defesa ‘conservadora’ dos seus princípios, ajuda a tencionar para que comece a emergir, gradativamente, um novo sistema protetivo, cujo alcance e conteúdo ainda não estão definidos [19].

É fato que o critério “subordinação” está perdendo fôlego ante as mudanças econômico-produtivas e a crescente especialização dos serviços. Por isso, o emprego não pode ser apenas a única forma de se tutelar o trabalho humano, mas também outras formas devem ser incluídas, principalmente aos autônomos economicamente dependentes.

Diante das transformações do mundo do trabalho, há uma tendência forte na doutrina juslaboralista[20] em direcionar a proteção não apenas àquele trabalhador dos moldes do art. 3º. da CLT, mas considerar digno de tutela também a parte *economicamente mais fraca* na relação contratual em que envolva o objeto “trabalho”. A legislação de alguns países já caminha nesse sentido, como Portugal e Espanha, nações que, em relação aos trabalhadores economicamente dependentes, já possuem normas mínimas de proteção[21].

No entanto, não vislumbramos ser tarefa fácil a de distinguir o trabalhador economicamente dependente ou parassubordinado de um trabalhador autônomo ou empregado. É o tema que enfrentaremos a seguir.

5. DIFERENÇAS ENTRE EMPREGADO E AUTÔNOMO

Como ressaltado, o Direito do Trabalho alcança aqueles trabalhadores tipificados nos artigos 2º. e 3º. da CLT, ou seja, considera-se como empregado (e, portanto, aquele que merece a ampla tutela do Estado), toda pessoa física que presta serviços pessoalmente, de forma não eventual (leia-se intuito de continuidade e permanência), com onerosidade e mediante subordinação jurídica em relação ao empregador.

O conceito em si revela que empregado, perante a Lei, é toda pessoa que trabalha mediante subordinação jurídica, ou seja, não possui liberdade, dentro do contrato de trabalho, de dirigir a prestação pessoal do serviço. Ao assumir essa posição, o trabalhador consente que deverá seguir as ordens e comandos técnicos do seu empregador e este, por sua vez, em troca, pagar-lhe-á uma remuneração.

Por outro lado, não há no Direito do Trabalho brasileiro uma definição jurídica a respeito do que seria o “trabalho autônomo”. A Lei Previdenciária inclui entre os segurados obrigatórios, na condição de contribuinte individual, “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”[22].

Enquadram-se na figura de “autônomo”, pela Lei Previdenciária, inúmeros trabalhadores, cujas atividades são descritas de forma detalhada, tais como: o condutor de veículo rodoviário (assim considerado aquele que exerce atividade profissional sem vínculo empregatício, quando proprietário, co-proprietário); o trabalhador associado à cooperativa que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros; ou, ainda, aquele que, na condição de pequeno feirante, compra para revenda produtos hortifrutigranjeiros ou assemelhados[23].

Segundo a etimologia, o vocábulo “autonomia” tem sentido de: “direito de reger-se segundo leis próprias”[24] (autos = próprio e nomos= leis)[25], e, como sabido, no Direito nacional, a “pedra de toque” na distinção entre as figuras do “empregado” e do “autônomo” é a subordinação jurídica. Destaca Mauricio Godinho Delgado ser a subordinação “o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação da prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo)”[26], porque, no trabalho autônomo, via de regra, há a incidência dos demais elementos fático-jurídicos da relação de emprego, tais como onerosidade e pessoalidade, mas, jamais, a subordinação jurídica.

Para Manuel Alonso García, o trabalho por conta própria implica a livre disposição dos produtos ou resultados do esforço do trabalhador, exercendo o autônomo, por sua decisão pessoal, e auferindo os rendimentos decorrentes do resultado do seu trabalho[27]. Vale dizer, o autônomo *assume o risco* da atividade econômica, cabendo a ele admitir todos os ônus e bônus que o trabalho lhe proporciona. Incluem-se, nisso, o controle de todo o meio produtivo, do início ao fim, sendo os equipamentos de trabalho, por exemplo, de sua exclusiva propriedade. Já o empregado não possui tal condição, à medida que os equipamentos de trabalho não lhe pertencem[28]. Com esse entendimento, Mauricio Godinho Delgado destaca:

Autonomia é conceito antiético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho[29].

Portanto, segundo José Martins Catharino, “o trabalhador autônomo é aquele que dirige seu próprio trabalho, e, se o executa utilizando trabalho alheio por si remunerado e dirigido, é também empregador”[30]. Acrescentando a opinião de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, podendo escolher o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução, tendo ele liberdade para dispor de sua atividade para mais uma pessoa[31], segundo o princípio da oportunidade[32].

Apesar das figuras de autonomia e parassubordinação serem próximas, jamais se confundem. Enquanto o trabalho autônomo é caracterizado pela assunção de uma obrigação que se encerra quando atingida determinada satisfação, ou seja, tem uma data certa para encerrar-se, a parassubordinação exige resultados “consecutivos, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante”[33]. Passemos agora à análise do instituto da parassubordinação propriamente dito.

6. O TRABALHO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE OU PARASSUBORDINADO

Com a diversificação das atividades obrigacionais surgiram novas formas de prestação de trabalho, em moldes absolutamente diversos dos quais a CLT havia previsto. Partindo do pressuposto de uma forte ambigüidade entre patrão/empregado, a linha de “demarcação” entre os donos dos meios de produção (proprietários) e os assalariados (operários) era bastante distinta.

No entanto, a complexa sociedade capitalista atual acabou por criar formas contratuais de trabalho (com vínculo obrigacional e pessoal) diversas daquelas que inicialmente foram concebidas, e um desses novos modelos contratuais é a prestação de serviços de natureza continuativa e pessoal, na qual o trabalhador não assume os riscos do empreendimento, mas mantém sua autonomia: o trabalho coordenado, economicamente dependente ou parassubordinado. Nas palavras de Arion Sayão Romita:

Com a crise da subordinação, emergem novas formas nas quais o trabalho associado reduz o protecionismo dispensado ao trabalhador, superando a dicotomia tradicional (trabalho subordinado/trabalho autônomo), em favor de um *tertium genus*, qual seja, o trabalho coordenado, sob a influência de uma realidade social cada vez mais complexa e problemática, como resposta a situações contratuais ambíguas, nas quais o traço decisivo se afigura como necessidade de propiciar uma ocupação ou oportunidade de obtenção de renda ou fonte de sustento. (...) As formas de trabalho integradas na empresa tendem a perder espaço e passam a ocupar cada vez mais o espaço situado na zona cinzenta entre a subordinação e a autonomia (trabalho coordenado)[34].

Essa nova forma de relação obrigacional, cujo objeto é o trabalho, situa-se na chamada zona “cinzenta” entre os conceitos de “empregado” e “autônomo”[35]. O surgimento da noção de parassubordinação tem origem no Direito Italiano, como instituto jurídico laboral criado pela Lei 533/1973. Sua categorização também é disciplinada no art. 409, n. 3, do Código de Processo Civil daquele país[36].

A rigor, conforme fundamenta a doutrina, a parassubordinação é uma relação de trabalho de natureza contínua, estipulada em contrato, na qual o contratado (trabalhador) exerce sua atividade inserido nas necessidades organizacionais do contratante (tomador de serviço). Otavio Pinto e Silva[37] enfatiza que a inserção dessas atividades deve ocorrer visando à *colaboração mútua* para os fins do empreendimento. Referido trabalhador, por estar nessa posição, padece de “debilidade econômico-social”[38].

Para Giuseppe Pera[39], o trabalho parassubordinado “é a relação jurídica que, prescindir da sua formal e incontestável autonomia, define-se, a par da continuidade, pelo caráter estritamente pessoal da prestação, integrada na empresa e por ela coordenada”.

Assenta Arion Sayão Romita, citando Santoro Passarelli[40], a existência de uma figura intermediária entre o emprego e o trabalho livre, chamada de parassubordinação, que se caracteriza pela continuidade, coordenação do trabalho e a predominância da prestação pessoal dos serviços[41].

O trabalhador não é subordinado, mas presta uma colaboração contínua e coordenada ao tomador, e, por sua debilidade econômico-social, contrata seus serviços com a empresa-cliente em condições de *inferioridade*, sem efetiva possibilidade de negociação do contrato ou suas cláusulas.

7. ELEMENTOS DO TRABALHO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE OU PARASSUBORDINADO

Para a compreensão de como o trabalho parassubordinado se desenvolve, e como o Direito do Trabalho precisa abranger essa modalidade de relação, é necessário, inicialmente, estudar os elementos que compõem o conceito de trabalho parassubordinado: continuidade, pessoalidade, colaboração e coordenação [42]. Vejamos cada um deles.

O primeiro elemento, a continuidade, segundo Otavio Pinto e Silva[43], “deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes”. Vale dizer que o contrato de obra de execução instantânea, ainda que prolongada no tempo, não se enquadra no conceito de “trabalho economicamente dependente” ou parassubordinação.

É certo que a duração da prestação deve estar voltada a um programa comum, em que “a organização da produção é consequência da reunião dos interesses do trabalhador e do tomador de serviços”[44]. Com isso, exclui-se as prestações com prazo final para entrega/execução. A noção de continuidade está atrelada ao aspecto de permanência, durabilidade, ou melhor, à idéia de “persistir no tempo”.

Elemento comum do trabalhador com vínculo empregatício, a pessoalidade se revela no trabalho parassubordinado também como elemento essencial para a sua caracterização. Nela, o prestador de serviço não pode subcontratar sua atividade a terceiros, mas, apenas se utilizar do auxílio de outras pessoas, para que a tarefa principal seja desempenhada exclusivamente pelo profissional contratado. Todas as atividades devem girar em torno prestador de serviços.

O elemento “coordenação” adquire grande peso na distinção entre a figura jurídica do empregado e o parassubordinado. Mattia Persiani[45] cita-no como o principal elemento caracterizador.

Na coordenação, o trabalho consensualmente definido não é toda e qualquer tarefa, muito menos aquela realizada por meio de uma obra certa e definida, mas significa um sentido de “ordenar juntos”[46]. Vale afirmar, enquanto no contrato de emprego o trabalhador se sujeita às ordens e comandos técnicos do seu empregador, e, no trabalho autônomo, o mais importante é a entrega do resultado, ou seja, o prestador de serviços decide a forma e a maneira de executar o trabalho, no trabalho parassubordinado, a decisão do *modus faciendi* da prestação de serviços é compartilhada entre tomador e prestador de acordo com os acontecimentos ou resultados[47].

A coordenação não está nas mãos de apenas uma das partes, mas de ambas, pois as várias exigências de uma obra ou serviço podem ser revistas consensualmente de acordo com as necessidades do negócio. Por isso não é possível afirmar que o prestador é livre para determinar os destinos da sua atividade, uma vez que o tomador, normalmente, fixa o local e algumas exigências mínimas para contratar.

Otavio Pinto e Silva[48] cita, ainda, a colaboração como elemento indissociável à noção de trabalho parassubordinado. Segundo o autor, essa idéia “pressupõe uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional”.

A colaboração nada mais revela o caráter sinalagmático do contrato de prestação de serviços. Acrescente-se, apenas, que a atividade do parassubordinado é essencial para os fins econômicos do empreendimento do tomador, ou seja, “os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tanto os critérios qualitativos, quantitativos e funcionais”[49].

Como exemplo, Passarelli[50] enumera os seguintes trabalhadores parassubordinados: a) prestadores de trabalho associativo (sociedade em conta de participação; membros de cooperativa de trabalho, sócio de indústria, membros de empresa familiar); b) representantes comerciais; propagandistas; agentes teatrais, cinematográficos e esportivos, corretores de imóveis e de todas as espécies de negócios; concessionários de vendas, demonstradores; c) pequenos empresários que dependam economicamente da indústria a que prestam colaboração contínua; d) profissionais liberais (como o advogado que trata de modo contínuo dos interesses de uma pessoa física, o médico da família, etc.). Como exemplos mais evidentes, citamos, no Direito Nacional, os corretores de seguros e o representante comercial.

Assim, o autônomo economicamente dependente atua na prestação de serviços de natureza continuada e coordenada, de caráter exclusivamente pessoal, para o atendimento de necessidades ligadas à atividade-fim do tomador. Neste contrato, a subordinação é substituída pela coordenação, fato que preserva a liberdade e autonomia da atividade desse trabalhador.

8. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Analisaremos, em breve síntese, as noções de aplicação do instituto da parassubordinação, no Direito estrangeiro, sobretudo, nos Direitos alemão, francês, italiano, espanhol e português. A análise da legislação terá por base o artigo de Pinho Pedreira[51].

Segundo o autor, após a tipificação legal da parassubordinação no Direito italiano, vários autores europeus passaram a debater esse tema em seus países, *in verbis*:

Na Alemanha foi progressivamente individuada, sobretudo após a reforma de 1974 em matéria de contratação coletiva, uma subcategoria de colaboradores parassubordinados, na qual vêm compreendidos, além do trabalhador em domicílio e do agente de comércio monomandatário com rendimento anual inferior a um piso predeterminado, também outros colaboradores autônomos que desenvolvam uma prestação de caráter pessoal e quantitativamente prevalente em relação à capacidade de trabalho complessiva do indivíduo[52].

Segundo Pinho Pedreira, na França, a parassubordinação é admitida por Gérard Lyon-Caen. Referindo-se aos “estatutos marginais” de certas profissões, como trabalhadores em domicílio, representantes comerciais, gerentes de sucursais etc., assim se manifesta o autor francês:

Mas se não há subordinação jurídica, também não há empresa autônoma. A atividade é economicamente vinculada a uma outra atividade dominante e como absorvida pela de uma outra empresa mais poderosa. Esta circunstância, inoperante a título de regra geral para constituir o trabalho assalariado, é aqui tomada em conta a título excepcional. Donde a idéia de parassubordinação, ou melhor: de estatuto intermediário misto[53].

Na península Ibérica, recentemente, a parassubordinação foi incorporada ao ordenamento jurídico. Na Espanha, em julho/2007, foi aprovado o Estatuto do Trabalhador Autônomo que estabelece garantias sociais mínimas aos economicamente dependentes. Em Portugal, o artigo 13 do Código do Trabalho (Lei nº. 99/2003) garante os princípios definidos da Lei, nomeadamente quanto a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial, “os contratos que tenham por objeto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência econômica do beneficiário da atividade”.

Inclusive, a Lei nº. 99/2003 estendeu direitos trabalhistas indisponíveis, estabelecendo a aplicação dos artigos 281 a 312 do Código do Trabalho (acidentes do trabalho e doenças profissionais) aos trabalhadores que, mesmo sem serem subordinados, juridicamente, são considerados dependentes economicamente do tomador dos serviços.

Portanto, a saída pela via legislativa pode colocar as relações de trabalho no Brasil em melhor equilíbrio. A exemplo das relações de trabalho atípicas que já existiam (trabalho temporário, a tempo parcial, a prazo determinado, etc.), é preciso regulamentar a nova modalidades de trabalho parassubordinado[54].

9. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA LIDES DECORRENTES DA RELAÇÃO PARASSUBORDINADA

Durante muito tempo se discutiu, na Justiça Trabalhista, se determinados procedimentos poderiam ser apreciados por aquela especializada. Passaram-se os anos e a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (reforma do Judiciário) sepultou as discussões sobre a competência da Justiça obreira para apreciar lides de correntes da relações de trabalho (e não apenas emprego).

Conforme assevera Francisco Meton Marques de Lima[55], “do ponto de vista hermenêutico, nenhuma dificuldade, pois a hermenêutica consiste em superar as contradições (...)”. Para o autor, “se as modalidades contratuais do trabalho se diversificaram, a Justiça do Trabalho se atualiza e amplia seu objeto, lógico que o manto protetor do trabalho continua cada vez mais necessário (...)”.

Portanto, atualmente, com a emenda, a Justiça do Trabalho está preparada para receber e apreciar questões que envolvam não apenas as relações entre empregado e empregador, mas as relações autônomas e parassubordinadas.

10. A TUTELA ESTATAL PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO NÃO SUBORDINADAS

As conquistas sociais dos trabalhadores com vínculo empregatício, ao longo dos últimos duzentos anos, tais como limitação da jornada de trabalho, horas extras e férias anuais, criaram uma classe de indivíduos com ampla proteção legal, enquanto os demais (autônomos e parassubordinados) é renegada pelo Estado quaisquer garantias. A respeito do tema, Anna Maria Grieco discorre:

Já não há dúvida que o direito do trabalho surgido e historicamente afirmado como *droit ouvriert* ou, de qualquer modo, direito das classes economicamente mais fracas, tenha perdido, no curso de sua evolução, parte da ligação com sua própria função originária: os seus contornos que deveriam delimitar, no plano finalístico, um sistema de proteção a favor somente das classes subalternas, vieram, aos poucos, se alterando, até incluir sujeitos pertencentes a categorias sociais já privilegiadas e excluindo, ao mesmo tempo, sujeitos que merecem ampla proteção[56].

Para ocorrer uma regulamentação do trabalho parassubordinado, afirma Alice Monteiro de Barros[57], sem dúvida, será necessário um “redimensionamento do Direito do Trabalho. Primeiro, porque se esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do Direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação”. Comenta a autora ser “necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão da disciplina, analisando quais os institutos seriam devidos ao trabalhador”.

A existência de um ordenamento jurídico é fundamental para regular esse novo contrato, pois o Direito tem a missão de criar o equilíbrio entre uma relação que se processa sob forte disparidade e dependência econômica. Tal situação é sensível porque estamos a tratar da possibilidade de sobrevivência e inserção social do autônomo parassubordinado.

Para que isso possa ser viável, uma questão precisa ser enfrentada: é possível a aplicação (ou não) dos princípios de Direito do Trabalho na relação parassubordinada? A nosso ver, é necessário ter um pouco de cautela quando se afirma que todos os princípios do Direito do Trabalho podem ser aproveitados na relação de trabalho não subordinada, porque o trabalhador parassubordinado não possui o mesmo nível de dependência econômico-social em relação ao seu tomador de serviços do que o empregado em relação ao seu empregador.

Como estamos a falar de parassubordinação, ou seja, o “quase-empregado”, não há como tratar igualmente pessoas com graus de dependência distantes. Enquanto o parassubordinado não possui uma extensa fiscalização e controle da sua atividade, vale dizer, exerce com certa autonomia seu trabalho, mas com continuidade e coordenação, o empregado “clássico” se sujeita a ordens e ao comandos alheios nas suas atividades.

Em posição contrária, Panazzolo sustenta estar em jogo o trabalho na sua expressão maior. Segundo ele:

Parece-nos de suma importância que as alterações que venham a ser produzidas na legislação trabalhista elejam como paradigma o trabalho, tendo-o como valor fundamental da pessoa humana, sem perder de vista sua condição de pilar do sistema, de tal modo que seu agente, o trabalhador, possa ser inserido na sociedade que vivemos, no sentido pleno e moderno da palavra, constituindo-se em sujeito apto a proporcionar a si e seus familiares os meios suficientes para uma vida digna e realizadora[58].

Também nessa tangente, Francisco Meton Marques de Lima[59] afirma que os princípios justralhistas devem se aplicar às relações de trabalho *lato sensu*, porque a Constituição Federal/88 utiliza a palavra *trabalhador* e não empregado. O bem protegido, segundo ele, seria o trabalho na sua expressão maior, sob todas as formas de relação contratual. Tanto é assim – argumenta –, que a organização sindical pode ser de empregados (e desempregados, aposentados) e de autônomos.

11. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PODE APRESENTAR-SE COMO NOVO CRITÉRIO-CHAVE DO DIREITO DO TRABALHO?

Thereza C. Nahas[60] relata que a jurisprudência e a doutrina mais atuais, na União Européia[61], tendem a caracterizar o contrato de trabalho subordinado não pela subordinação, mas pelo critério da dependência econômica. Afirma a autora que esse fundamento se encontra nas raízes do próprio Direito do Trabalho, e serve para diferenciar e dar o correto enquadramento jurídico ao trabalhador semidependente[62],

nomeado pelos alemães de “quase assalariados” e pelos italianos de “para subordinados”[63], como já relatado.

Por isso, prega-se a expansão do Direito do Trabalho para além do clássico vínculo de emprego. Segundo Kaufmann, deve o Direito do Trabalho se preocupar, isso sim, antes de mais nada, com as relações de trabalho. Segundo o autor, “e, para tanto, é preciso que *abandone a filosofia que vangloriava a subordinação jurídica como ponto central na identificação das relações de trabalho* para passar a se preocupar com o critério que, atualmente, identifica uma relação de trabalho”[64]. Segundo o autor:

O cerne de toda a questão está na passagem do Direito do Trabalho a partir de uma filosofia centrada na subordinação jurídica a uma filosofia em prol da dependência econômica, que seria, mesmo, uma faceta da característica da subordinação nas relações de emprego, a *subordinação econômica*, elevada a vários graus a ponto de fazer sucumbir o conceito-gênero da “subordinação”[65].

Por isso, é necessário que o Direito do Trabalho possa atuar em novos campos, não apenas no trabalho subordinado, mas defender aqueles que não são, perante a CLT, definidos como empregados subordinados, mas também os dependentes economicamente, ou “parassubordinados”, pois, diante da amarração econômica que estes possuem em relação ao tomador dos serviços, “merecem a proteção e tutela jurídica laboral, universo esse muito mais abrangente e, até aqui, ignorado pela maior parte dos operadores do Direito do Trabalho em todos os seus níveis”[66].

Giuseppe Ferraro[67], citado por Otavio Pinto e Silva, afirma que o elemento de conexão entre as várias relações de trabalho parassubordinado pode ser genericamente descrito como “um vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual que se estabelece entre o prestador dos serviços e o sujeito que usufrui dessa prestação”. Segundo o autor, esse vínculo de dependência é semelhante ao que une empregado e empregador, “a ponto de justificar a existência de garantias compensatórias equivalentes”. Tal dependência, aqui, deve ser entendida como econômica.

Para Pinho Pedreira[68], a parassubordinação seria admissível no Direito brasileiro, a princípio, porque tem como essência a debilidade contratual do trabalhador derivada da sua inferioridade econômica. A sua inserção no ordenamento jurídico, juntamente com o critério da subordinação, representaria a admissão do critério da *dependência social*[69], e que se traduz num critério segundo o qual a aplicação do Direito do Trabalho, mas que tanto poderia resultar da subordinação como da dependência econômica. Acrescenta, ainda, não excluir a parassubordinação o critério da subordinação como determinante da aplicação do Direito do Trabalho, mas a ele se acopla. Conclui o autor que, se pudessem subordinação e dependência econômica, alternativamente, fundamentar a aplicação daquela disciplina, a *parassubordinação se confundiria com a dependência econômica*, sendo recepcionada pelo Direito brasileiro, pois o art. 3º. da CLT adota como critério de caracterização do empregado, e, do contrato de trabalho, a dependência, que pode ser jurídica ou econômica, embora a jurisprudência brasileira tenha se fixado unicamente no primeiro significado[70].

É certo que a legislação procura dar uma tutela especial ao empregado celetista, pois o considera a parte mais frágil da relação capital-trabalho, contudo, nem sempre o trabalhador opta por ser empregado. Muitas vezes, prefere ser prestador de serviços, ganhar mais e ter muitos clientes, a trabalhar na dependência alheia. Por isso, o contrato de trabalho do trabalhador parassubordinado vem de encontro com os anseios da nossa sociedade hodierna.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROPOSTA LEGISLATIVA PARA OS AUTÔNOMOS DEPENDENTES

Diante da fragmentação do processo produtivo e da flexibilidade na utilização de mão-de-obra, muitas empresas, hoje, diferentemente da Revolução Industrial, são fortemente caracterizadas por um primeiro núcleo de empregados contratados diretamente e, num segundo núcleo, de colaboradores e terceirizados que a orbitam com contratos de trabalhos precários, atípicos ou, mesmo, simples contrato de prestação de serviços, regulados pelo Direito Civil.

Nesse novo mecanismo de relação laboral, a sociedade, através das mudanças econômicas e produtivas, evoluiu para novas formas de relações, nas quais a heterogeneidade é a sua marca registrada. A homogeneidade da relação de emprego da era Fordista, baseada no binômio patrão/empregado, cedeu espaço para novos contratos.

Por isso, grande parte dos institutos de Direito do Trabalho clássicos não se amoldam às estruturas complexas da nossa sociedade atual. As transformações têm colocado em dúvida os tradicionais conceitos de subordinação e autonomia. Essa dicotomia não pode mais ser delineada em contornos precisos e traços bem definidos. No estágio atual do desenvolvimento da sociedade, surgiram relações obrigacionais, nas quais uniram as características de um e de outro, na chamada parassubordinação.

Diante do quadro da crescente fragmentação do emprego e do aumento vertiginoso dos contratos atípicos, o Direito do Trabalho precisa disciplinar a nova realidade que está a sua frente, ou seja, muitas outras formas de trabalho com necessidade de proteção, tanto quanto a clássica relação de emprego, esta cada vez menos dominante. Por isso, é necessária uma proposta legislativa para ampliar o campo de abrangência desse ramo do Direito, de modo a incluir (e não excluir) demais formas de relações obrigacionais, como o trabalhador parassubordinado.

Os prejuízos gerados por trabalhadores parassubordinados, mas que não estão enquadrados no padrão celetista, são enormes. Quando o recolhimento é efetuado, dá-se por um percentual de autônomo ou empresário, estimulando fraudes contratuais[71]. Diante do exposto, para evitar esse tipo de situações, propomos a adoção, pelo ordenamento jurídico, de normas que visem à tutela do trabalhador autônomo economicamente dependente.

Em um primeiro conjunto, estariam regras que tutelam todos os trabalhadores, inspiradas na Declaração sobre os Direitos Fundamentais do Trabalho da OIT, nas quais indicamos as seguintes: a) dignidade, liberdade e igualdade; b) não-discriminação; c) saúde, higiene e segurança no local de trabalho; d) liberdade e atividade sindical; e) greve; f) proibição do trabalho infantil.

Além desses direitos, aos autônomos economicamente dependentes propõe-se: a) direito à suspensão da prestação de serviços (suspensão contratual) com a forma adequada de manutenção da sobrevivência nos casos de acidente, doença, gravidez, maternidade e paternidade; b) combinação do tempo de vida com o tempo de trabalho para proporcionar convívio familiar, social e lazer; c) retribuição pelo trabalho de forma justa, de acordo com a complexidade do serviço; d) estímulo à continuidade dos contratos; e) aviso prévio aos contratos por prazo indeterminado.

Esse novo contrato de trabalho pode dar uma nova faceta ao conceito de “tempo à disposição”. Se o trabalhador pactuar 04 (quatro) horas semanais de trabalho à disposição da empresa, e, esta, por sua vez, dele exigir 06 horas (seis), terá que remunerar como extra esse excedente.

Por sua vez, as empresas ficarão obrigadas a registrar, em carteira de trabalho, que a modalidade de contratação é parassubordinada, a quantidade de horas pactuadas e o valor da hora de trabalho. A modalidade de contratação deverá, via de regra, ser por tempo indeterminado, entretanto, apesar das vantagens, não podemos acreditar que o novo modelo seja perfeito. É certo que poderão ocorrer fraudes, significando que tais situações podem ocorrer, mas em uma pequena minoria de contratos[72]. Como exemplo, é cediço que o contrato de emprego atual é muitas vezes fraudado por empregadores, que, de uma forma ou de outra, acabam tendo que pagar eventuais diferenças suprimidas, na Justiça do Trabalho.

A intensidade da tutela ao autônomo economicamente dependente será mais branda, em virtude da dependência parcial com relação ao tomador do serviço. Não vislumbramos nenhum prejuízo à existência de normas mais protetivas ao trabalho subordinado e menos protetivas ao trabalho autônomo dependente. É preciso refletir que, se o Direito do Trabalho continuar a querer regular apenas as relações de emprego baseadas no critério subordinação, é cediço que o campo de atuação desse ramo específico será reduzido, pois, a cada dia, surgem novas relações de trabalho, com uma morfologia completamente diversa daquela realidade vivida na Revolução Industrial. Assim, pactuamos a mesma resposta de Merçon[73], para a adoção desse novo contrato de trabalho: “vislumbramos um Direito do Trabalho dos novos tempos: um direito do trabalho *essencialmente – emprego –* mas não *exclusivamente – emprego*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento. *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, nº. 183, set. 2004. pp.139-155.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

FERNANDES, Anníbal. *O Trabalhador Autônomo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (coord.). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho: Estudos em Homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRIECO, Anna Maria. *Lavoro Parasubordinato e Diritto del Lavoro*. Napoli: Eugenio Jovene, 1983.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 9. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, vol. 70, nº. 02, fev. 2006. pp. 226-249.

LANDULDO, Domenico Antonio. *Dimensões do Direito do Trabalho. Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo (USP), 2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Porque se Aplicam os Princípios Trabalhistas nas Relações de Trabalho Não Subordinado. *Revista LTr*, vol. 69, nº. 04, abr. 2005. pp. 395-401.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Além dos Portões da Fábrica – O Direito do Trabalho em Reconstrução. *Revista LTr*, vol. 71, nº. 10, out. 2007. pp. 1172-1186.

NAHAS, Thereza C. Considerações a respeito da relação de trabalho – a questão do trabalho semidependente. *Revista LTr*, vol. 71, nº. 09, set. 2007. pp. 1090-1093.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PANAZZOLO, Euclides Eudes. O Trabalho como Valor Fundamental. *Reforma Trabalhista e Sindical: o Direito do Trabalho em Perspectivas*. Sidnei Machado e Luiz Eduardo Gunther (orgs.). São Paulo: LTr, 2005.

RANGEL, Mauricio Crespo. Relações de Trabalho: Novos Paradigmas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 73, nº. 03, jul/set. 2007. pp. 133-151.

REDINHA, Maria Regina Gomes. *Relação Laboral Fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. A Crise do Critério da Subordinação Jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, vol. 68, nº 11, novembro 2004. pp. 1287-1298.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

SENNETT, Richard. *A Corrosão do Caráter*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Um Novo Critério de Aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação*. Revista de Direito do Trabalho. n. 103. São Paulo: RT, 2001. pp. 173-181.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999.

[1] A acumulação flexível, segundo Harvey, pode se enquadrar como uma recombinação simples das duas estratégias de procura de lucro (mais-valia) definidas por Marx: a mais-valia *absoluta* e a mais-valia *relativa*. A mais-valia absoluta apóia-se na *extensão da jornada de trabalho* com relação ao salário e está associada à redução geral do padrão de vida, pois a erosão do salário real ou a transferência do capital corporativo para regiões de baixos salários, representam uma faceta da acumulação flexível do capital. Na mais-valia *relativa*, a mudança tecnológica e organizacional é posta em ação para gerar lucros temporários para firmas inovadoras e lucros mais generalizados com redução dos custos dos bens que definem o padrão de vida do trabalho. Essa estratégia enfatiza a importância das forças de trabalho altamente preparadas, capazes de administrar padrões novos, muito mais flexíveis, ao contrário do sistema fordista, que não exigia mão-de-obra qualificada. In: HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 9. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 174-175.

[2] Sobre as “modernas” formas de trabalho, vide SENNETT, Richard. *A Corrosão do Caráter*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 75 e ss.

[3] Termo em inglês que significa a divisão de um mesmo posto de trabalho. Nesse sistema, não apenas o emprego é dividido por um ou mais trabalhadores, mas também a remuneração, as tarefas, as responsabilidades e, ainda, os benefícios sociais (que são calculados proporcionalmente). Sua origem remonta as companhias aéreas norte-

americanas *United Airlines e Pan Am*. Em 1980, para evitar demissões, as duas empresas iniciaram um programa de partilha de emprego, tendo anunciado, no final do primeiro ano, a salvaguarda de 365 e 58 postos de trabalho, respectivamente. O êxito aparente viria a ser abalado em 1982, quando a *United* encerrou o projeto por considerá-lo demasiado oneroso, e a *Pan Am* decidiu suspender essa modalidade de contratação. Cfr B. Olmed, *apud* REDINHA, Maria Regina Gomes. *Relação Laboral Fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 67.

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 408-409.

[5] LANDULDO, Domenico Antonio. Dimensões do Direito do Trabalho. *Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo (USP), 2003. p. 15.

[6] *Id.*

[7] *Id.*, p. 16.

[8] O emprego típico pode ser definido como aquele em que o trabalho é desenvolvido por conta alheia, para um único empregador, com vínculo jurídico estável, possibilidades de carreira profissional (ou não), correspondente a um único posto de trabalho e que o pagamento por esta função é aquela que, via de regra, assegura a sobrevivência do empregado e de sua família.

[9] Desde quando o Direito do Trabalho passou a ser um ramo autônomo do Direito Civil, a doutrina já alertava para a impropriedade do nome da nova disciplina jurídica, que deveria se chamar, “Direito do Empregado” ou “Direito do Operário”.

[10] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.10.

[11] LANDULDO, Domenico Antonio. *Ob. Cit.* p. 22.

[12] *Id.*

[13] *Id.*, p. 26.

[14] Não custa lembrar que nem todos os trabalhadores subordinados são protegidos pelo Direito do Trabalho, porque não possuem o requisito legal da não-eventualidade, tais como, diaristas, “chapas” e bóias-frias.

[15] Segundo Kaufmann, “o problema do Direito do Trabalho é que se pensa, somente, no velho Direito do Trabalho. Paralelamente a esse sistema clássico, deverá surgir um novo, decorrente da expansão dos velhos dogmas e que na tentativa de, no mínimo, equilibrar, novamente, as forças dos atores sociais, precisa alargar o seu manto protetivo para o mercado informal, cobrindo, por exemplo, as formas atípicas (...) de contratação, a fim de que tais trabalhadores possam usufruir, principalmente, dos direitos sociais e de vários outros de natureza previdenciária, hoje não extensíveis àqueles que não contribuíram para o sistema, diante do caráter retributivo do custeio da seguridade social, no que se refere ao âmbito da previdência social”. In: KAUFMANN, Marcus de

Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, vol. 70, nº. 02, fev. 2006. pp. 226-249.

[16] LANDULDO, Domenico Antonio. Ob. Cit. p. 31.

[17] KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Ob. Cit. pp. 226-249.

[18] Programa de Participação nos Resultados e Programa de Participação nos Lucros, respectivamente.

[19] GENRO, Tarso. Mudanças no Direito do Trabalho: Transição e Futuro. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (coord.). *Presente e Futuro nas Relações de Trabalho: Estudos em Homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 63.

[20] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 50.

[21] Em julho/2007 foi aprovado na Espanha o Estatuto do Trabalhador Autônomo. No Código de Trabalho de Portugal (art. 13) já há a previsão de normas mínimas de tutela para autônomos economicamente dependentes.

[22] Lei 8.212/1991, artigo 12, inciso V, alínea *h*.

[23] Vide relação completa das atividades indicadas pela Lei previdenciária no Decreto 3.048/99, art. 9º. § 15.

[24] HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 351.

[25] FERNANDES, Annibal. *O Trabalhador Autônomo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984. p. 47.

[26] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 295.

[27] GARCÍA, Manuel Alonso. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Bosch, 1964. p. 36 *apud* SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 89.

[28] Ressalvando algumas exceções como o motorista de caminhão empregado de transportadora que utiliza veículo próprio no trabalho ou, ainda, o jardineiro que possui suas próprias ferramentas, ou o técnico de informática que se utiliza de *lap top* próprio para solucionar problemas em microcomputadores, dentre outros.

[29] DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. Cit. p. 328.

[30] CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1. p. 155.

[31] No Direito Italiano, Giuseppe D'Eufemia conceitua o trabalhador autônomo como aquele que se obriga a prestar um dado resultado de trabalho, organizado segundo seus próprios critérios e assumindo os riscos inerentes *apud* D'EUFEFEMIA, Giuseppe. *Diritto del Lavoro*. Napoli: Morano, 1969. p. 39. No Direito Alemão, o Código do Comércio (*Handelsgesetzbuch*), em seu artigo 84, define o trabalhador autônomo como aquele que organiza sua própria atividade de modo essencialmente livre, determinando o próprio tempo laborativo. In: FRANTZIOCH, Petra. *Nuova Autonomia e concetto di lavoratore subordinato*. *apud* CARINCI, F., TAMAJO, R. De Luca, TOSI, P., TREU, T. *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*. Torino: UTET, p. 236.

[32] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 483.

[33] SILVA, Otavio Pinto e. Ob. Cit. p. 103.

[34] ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xeque*. São Paulo: LTr, 2003. pp. 219-220.

[35] A questão do trabalho parassubordinado está na ordem do dia mundialmente, como revela o estudo realizado pelo Professor Adalberto Perulli, apresentado à Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais do Parlamento Europeu: “Ao longo dos últimos anos, assistimos ao aparecimento de um grupo de trabalhadores que se enquadram na zona cinzenta situada entre as noções tradicionais de ‘empregados’, por um lado, e ‘trabalhadores independentes’, por outro. Foram criadas diversas designações para descrever e categorizar este grupo, sendo as mais freqüentemente utilizadas as seguintes: ‘trabalhadores financeiramente dependentes’, ‘trabalhadores economicamente dependentes’, ‘trabalhadores parassubordinados’ ou ‘pessoas equiparadas aos assalariados’. O trabalho economicamente dependente possui características tanto do trabalho pro conta própria, como do trabalho por conta de outrem: os trabalhadores economicamente dependentes trabalham por sua própria conta e risco e não estão subordinados ao empregador. Por outro lado, são economicamente dependentes na medida em que dependem, em maior ou menor grau, de uma só empresa cliente”. Disponível em: http://www.europarl.eu.int/hearings/20030619/e,pl/study_pt.pdf. Acesso em 03 jul. 2008.

[36] Art. 409. Controvérsias individuais de trabalho. [1] Observem-se as disposições do presente capítulo nas controvérsias relativas a: (...) 3) relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de obra contínua e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que não de caráter subordinado.

[37] SILVA, Otavio Pinto e. Ob. Cit. p. 103. Ainda, Giuseppe Tarzia, citado por Silva, defende que embora, na parassubordinação, se desenvolvam os serviços com independência e sem a direção do destinatário dos serviços, estes devem estar inseridos na organização deste. Cfr. TARZIA, Giuseppe. *Manuale del Processo del Lavoro*. Milano: Giufrè, 1987, p. 09 *apud* SILVA, Otavio Pinto e. Ob. Cit. p. 103.

[38] RANGEL, Mauricio Crespo. Relações de Trabalho: Novos Paradigmas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 73, nº. 03, jul/set. 2007. pp. 133-151.

[39] PERA, Giuseppe. *Diritto del Lavoro*. Padova: Cedam, 1998, p. 311 *apud* BARROS, Alice Monteiro. *Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento*. *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, nº. 183, set. 2004. p. 145.

[40] PASSARELLI, Giuseppe Santoro *apud* ROMITA, Arion Sayão. A Crise do Critério da Subordinação Jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, vol. 68, nº 11, novembro 2004. pp. 1287-1298.

[41] Diante das novas formas de relações jurídicas que tinham como objeto o trabalho, pode-se afirmar que o início do debate sobre a parassubordinação nasceu na Itália, quando a Lei nº. 533 de 11 de agosto de 1973, inovando as disposições do art. 409, nº. 3, do Código de Processo Civil italiano, investiu o juiz do trabalho de competência para julgar as relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração pessoais, continuadas e coordenadas, sem o elemento subordinação. In: SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Um Novo Critério de Aplicação do Direito do Trabalho: A Parassubordinação*. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 27, nº. 103, jul-dez. 2001. p. 175.

[42] Na soma desses três elementos observamos, ao fundo, as razões de uma tutela estatal nessa relação: a dependência econômico-social do prestador com relação ao tomador de serviços.

[43] SILVA, Otavio Pinto e. *Ob. Cit.* p. 104.

[44] Acrescenta, ainda, o autor, que a jurisprudência italiana entende não estar caracteriza a continuidade quando a reiteração das prestações for meramente ocasional, ou quando for resultado de contingências fáticas não previstas (e não passíveis de previsão contratual). Também não afeta a continuidade a hipótese de o trabalho prestado, por sua natureza, permita interrupções periódicas. In: SILVA, Otavio Pinto e. *Ob. Cit.* pp. 104-105.

[45] PERSIANI, Mattia. *Autonomia, subordinazione e coordinamento Nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, v. 72, n. 4/5, p. 209, lugl./out. 1998 *apud* SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 105.

[46] Expressão utilizada por SILVA, Otavio Pinto e. *Ob. Cit.* p. 106.

[47] Uma das principais características do empregado é o fato de estar obrigado contratualmente em permanecer à disposição do seu empregador, com relação ao modo e à forma de execução dos serviços, devendo atuar sempre que ordenado tecnicamente. O autônomo, por sua vez, além de não estar obrigado contratualmente em permanecer à disposição recebendo ordens, ao contrário, decide sozinho a forma da execução do trabalho, se obrigando, apenas, em entregar o pactuado em contrato (obra ou serviço pré-determinado).

[48] SILVA, Otavio Pinto e. *Ob. Cit.* p. 105.

[49] *Id.*

[50] PASSARELLI, Giuseppe Santoro *apud* ROMITA, Arion Sayão. A Crise do Critério da Subordinação Jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, vol. 68, nº. 11, novembro 2004. pp. 1287-1298.

[51] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Um Novo Critério de Aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação*. Revista de Direito do Trabalho. n. 103. São Paulo: RT, 2001. pp. 173-181.

[52] *Id.*

[53] *Id.*

[54] Para Kaufmann, considerando a vocação expansionista do Direito do Trabalho, ainda permanece sujeita à tutela estatal a relação de emprego típica. A parassubordinação “... não pretende e nem pode substituir a subordinação jurídica – até porque os critérios de substituição econômica e de proteção do contratante débil são complementares e não simplesmente substitutivos da subordinação ou dependência jurídica clássica –, mas a ela se acopla, destinando, aos trabalhadores sujeitos a variadas formas de trabalho, algum tipo de proteção, que precisaria estar disposto na legislação, eventualmente naquela que, a exemplo da que trata, no Brasil, do trabalho prestado a tempo parcial, do trabalho por prazo determinado, retipifica os contratos individuais de trabalho para tutelar todas as formas de ocupação que revelem, o que é importante, dependência econômica. Tal técnica solucionaria as precarizações de relações mantidas sob o eixo da produção toyotista atual”. In: KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, vol. 70, nº. 02, fev. 2006. pp. 226-249.

[55] LIMA, Francisco Meton Marques de. Porque se aplicam os Princípios Trabalhistas nas Relações de Trabalho Não Subordinado. *Revista LTr*, vol. 69, nº. 04, abr. 2005. pp. 395-401.

[56] GRIECO, Anna Maria. *Lavoro Parasubordinato e Diritto del Lavoro*. Napoli: Eugenio Jovene, 1983. p. 14.

[57] BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento. *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, nº. 183, set. 2004. pp.139-155.

[58] PANAZZOLO, Euclides Eudes. O Trabalho como Valor Fundamental. *Reforma Trabalhista e Sindical: o Direito do Trabalho em Perspectivas*. Sidnei Machado e Luiz Eduardo Gunther (orgs.). São Paulo: LTr, 2005. p. 211.

[59] LIMA, Francisco Meton Marques de. Ob. Cit. pp. 395-401.

[60] NAHAS, Thereza C. Considerações a respeito da relação de trabalho – a questão do trabalho semidependente. *Revista LTr*, vol. 71, nº. 09, set. 2007. pp. 1090-1093.

[61] A autora cita: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2. ed. out. 2005; PERA, Giuseppe & PAPALEONI, Marco. *Direito del Lavoro*. Padova: CEDAM, 2003. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do*

Trabalho. Coimbra: Almedina, jul. 2006 & *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Lisboa: Gráfica de Coimbra Ltda., 2000. SUPIOT, Alain *et al.* *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra Editora, Coimbra: 2003. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3a. ed. Lisboa, 2004.

[62] Expressão utilizada pela autora.

[63] Alguns autores italianos como Mattia Persiani optam pelo uso da expressão “trabalhado coordenado” ao invés de “trabalho parassubordinado”, pois seria mais apropriado à noção da forma como essa relação é desenvolvida. Cfr. PERSIANI, Mattia. Autonomia, subordinazione e coordinamento Nei recenti modelli di collaborazione laborativa. *Il Diritto del Lavoro*, Roma, v. 72, nº. 4/5, p. 204, lugl./out. 1998. *apud* SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 103.

[64] KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, vol. 70, nº. 02, fev. 2006. pp. 226-249.

[65] *Id.*

[66] NAHAS, Thereza C. Ob. Cit. pp. 1090-1093.

[67] FERRARO, Giuseppe. *I Contratti d Lavoro*. Padova: CEDAM, 1991, p. 226 *apud* SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 103.

[68] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. Ob. Cit. pp. 173-181.

[69] Expressão utilizada por René Savatier *apud* RANGEL, Mauricio Crespo. *Relações de Trabalho: Novos Paradigmas*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 73, nº. 03, jul/set. 2007. pp. 133-151.

[70] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. Ob. Cit. pp. 173-181.

[71] NAHAS, Thereza C. Ob. Cit. pp. 1090-1093.

[72] A Representação Comercial é para muitos uma exemplo típico de trabalho parassubordinado. Profissão regulamentada pela Lei 4.886/65, exercida por pessoa física ou jurídica, sem vínculo empregatício, o Representante exerce em caráter não eventual, por conta própria ou com o auxílio de mais pessoas, mediação de negócios mercantis, atuando em nome da empresa para fechar pedidos de compra e encaminhando-os à Representada.

[73] MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Além dos Portões da Fábrica – O Direito do Trabalho em Reconstrução. *Revista LTr*, vol. 71, nº. 10, out. 2007. pp. 1172-1186.

**TRABALHO ENCARCERADO E PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS:
REFLEXÕES À LUZ DA CONVENÇÃO 29 DA OIT***

**PRISON LABOR AND PENITENTIARIES' PRIVATIZATION: REFLECTIONS
UNDER THE LIGHT OF ILO'S CONVENTION 29**

Pedro Augusto Gravatá Nicoli

RESUMO

A contemporaneidade impõe uma série de desafios aos direitos humanos, o que se manifesta agudamente no universo do trabalho. Nesse contexto, o presente estudo se dedica ao exame do trabalho penal em instituições prisionais privatizadas, à luz da Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho, que trata do trabalho forçado ou obrigatório. Na atualidade, o trabalho é elemento fundamental do chamado tratamento penitenciário, com função ressocializadora. O fenômeno das privatizações dos presídios, contudo, faz retumbar uma questão: será a exploração da mão-de-obra carcerária pelo capital privado uma operação consentânea com o Direito Internacional do Trabalho? As possíveis respostas passam pela produção normativa da OIT, estuário por excelência das tendências jurídicas e éticas na matéria. Caminha-se em uma zona fronteira, avistando-se sempre de muito perto tanto a reconstrução ética patrocinada pelo trabalho quanto o fantasma do trabalho forçado ou obrigatório, internacionalmente repudiado há mais de século.

PALAVRAS-CHAVES: TRABALHO PENAL; PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS; TRABALHO FORÇADO; DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT; CONVENÇÃO 29.

ABSTRACT

Contemporaneity imposes a series of challenges to the human rights, with acute expressions in the labor universe. In this context, the present study is dedicated to the analysis of prison labor in privatized penitentiaries, under the light of the Convention 29 of the International Labour Organization, which deals with forced or compulsory labor. At the present time, labor is a fundamental element of the so called penitentiary treatment, with a resocializing function. The prison privatization phenomenon, however, brings up a question: is the exploitation of prison workforce by the private capital an operation compatible with International Labor Law? The possible answers pass through the ILO's normative production, source par excellence of the legal and ethical

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

tendencies on the matter. One walks in a frontier area, seeing always very closely both the ethical reconstruction sponsored by labor and the phantom of forced or compulsory labor, internationally repudiated for over a century.

KEYWORDS: PRISON LABOR; PRISON PRIVATIZATION; FORCED LABOR; INTERNATIONAL LABOR LAW; ILO; CONVENTION 29.

1. Considerações Preliminares

Em face das grandes tensões e desigualdades do mundo contemporâneo, o exame do vasto capítulo dos direitos humanos tem papel fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico na atualidade. Esse especial relevo é, em grande parte, alimentado pelos novos desafios trazidos no contexto da globalização econômica e do novo modelo de produção vigente.

Os direitos humanos sociais, conquistas amadurecidas no Estado Democrático de Direito, são, assim, desafiados constantemente pelos horizontes desvelados na contemporaneidade. As dimensões sociais inovadoras, com agentes e fatores combinando-se de formas absolutamente peculiares, provocam o próprio Direito a, quase em tempo real, absorver dados e fornecer respostas que assegurem a efetivação de suas proposições normativas — consolidadoras de seus ideais historicamente construídos — em quadros sempre dotados de relativa incerteza e obscuridade.

Nesse diagrama, questionamentos sobre a proteção jurídica ao trabalho constituem pauta de primeira grandeza, dada a própria complexidade das relações de trabalho na atualidade. O presente artigo se dedica ao exame de uma das muitas facetas da efetivação dos direitos humanos sociais nessas complexas situações, propondo-se a analisar as conseqüências do aporte de capitais privados no sistema prisional, especialmente no que diz respeito ao trabalho dos apenados com privação de liberdade.

O exame proposto passará, sobretudo, pela produção normativa da Organização Internacional do Trabalho, em especial pelos reflexos da Convenção 29, que se dedica ao tema do trabalho forçado, nos países que implantaram, ou estão em vias de implantar, a privatização da administração carcerária. O tema também é perpassado por indagações quanto à própria axiologia do trabalho dos presos no cárcere privatizado, endereçando reflexões quanto ao consentimento, ao conceito de obrigatoriedade, à lógica capitalista da exploração da mão-de-obra e ao valor terapêutico do trabalho. Tudo isso em tempos de colapso do sistema punitivo estatal e em um quadro de medievalidade das prisões.

2. O Fenômeno das Privatizações

A idéia de privatizar firmou-se como traço identificador da gestão pública nas últimas décadas. Os supostos problemas do hipertrofiado Estado do Bem-Estar Social, sobretudo as mazelas da ineficácia, alimentaram ao redor do mundo a crença de que a solução deveria ser buscada otimização administrativa do capital privado. Formou-se, então, um veio ideológico influente, que advoga uma *estruturalização do colapso* desse modelo estatal, tentando dar ares de objetividade a seu diagnóstico e promover seu leque de soluções.

Maria Aparecida Fagundes assinala que, nesse contexto, “apresenta-se a alternativa de tornar mais flexível a Administração Pública, surgindo, como tema recorrente, e ganhando especial destaque, a idéia de parcerias com o setor privado”[1].

O professor Márcio Túlio Viana fotografa esse quadro ideológico, assinalando que:

“No discurso da moda, o Estado é sempre paternalista, o sindicato faz baderna, funcionário público não trabalha, todo juiz é marajá, ensino deve ser pago, nada como a livre negociação, o melhor é privatizar, o direito deve ser flexível. A ideologia justifica e reforça o papel do mercado como remédio para todos os males, santo para todos os milagres”[2].

A onda de privatizações varreu todo o globo, transformando irremediavelmente a relação Estado-sociedade. No Brasil, o governo Collor tratou de institucionalizar localmente essa marcha, através do famigerado Programa Nacional de Desestatização. João Bosco Leopoldino da Fonseca dá-nos a essência do plano: “A linha de pensamento desse programa é a de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”[3].

Sejam quais forem as justificativas de tal fenômeno — reais ou retóricas —, o fato é que as conseqüências das privatizações são de extrema importância para o Direito. As questões de ordem constitucional e de direito administrativo são, por certo, as mais recorrentemente suscitadas nessa discussão. Isso não significa, todavia, que diversos outros campos jurídicos sejam atingidos pelo rearranjo administrativo instado pelas

privatizações. É o caso do direito do trabalho e dos direitos humanos, como se verá a seguir.

2.1. A Privatização dos Presídios

A atrofia e a abolição do sistema carcerário, alimentadas pela busca de novas alternativas penais, foram previsões que se construíram e se frustraram nas últimas décadas do século XX. A bem da verdade, o Estado contemporâneo se recrudescceu, cada vez mais penalmente robusto. Trata-se de um momento especialmente grave em termos de desigualdade social, o que é, por certo, refletido nos próprios índices de criminalidade. Por essas razões, o quadro da administração carcerária, sobretudo nos países subdesenvolvidos, não poderia ser mais alarmante.

A imagem do presídio contemporâneo é, decerto, das figuras mais incômodas e desafiadoras para a proteção dos direitos humanos, constituindo mazela sempre urgente. Não nos parece necessário, sequer, descrever aquilo que é óbvio ululante. O quadro de barbárie das condições carcerárias é conhecido de todos. Também o são as conseqüências da suposta reabilitação penal pela privação de liberdade. A bestialização patrocinada pelo “tratamento prisional” para os egressos do cárcere alia-se a todo o patológico sistema para nos levar à conclusão de que a prisão soçobra.

Tal falência histórica, contudo, não retumbou numa refutação ontológica do tratamento carcerário para o crime. Acredita-se, em grande escala, que o problema da prisão é de efetivação adequada, sendo as sevícias a que, via de regra, sujeitam-se os detentos, meras conseqüências da má-administração.

Esse quadro de colapso de gestão aliou-se à ideologia da chamada “terceira via” para dar corpo à proposta da privatização dos presídios, como uma saída para a reestruturação do sistema. Então, também para o cárcere o adágio neoliberal da eficácia administrativa privada vendeu-se como solução supostamente racional e equilibrada.

A experiência de injeção de capital privado em estabelecimentos prisionais teve seu alvorecer a partir da década de 70, sobretudo nos Estados Unidos. Ali, então, a fórmula da eficácia privada iniciou sua investida concreta sobre o ambiente carcerário, reduto da Administração Pública que, como visto, é tradicionalmente negligenciado e funciona como grande vitrine das patologias da gestão governamental.

A partir da década de 80, as políticas de privatização dos presídios robusteceram-se ainda mais, ganhando a adesão também da Inglaterra, grande incentivadora de um modelo administrativo estatal o mais “enxuto” possível. E o discurso justificativo, então, sofisticou-se, sempre às voltas com os alarmantes sortilégios da má-gestão pública dos estabelecimentos carcerários. Ensina Minhoto que:

“A superpopulação penitenciária e os custos crescentes do encarceramento são as principais razões invocadas pelos governos norte-americano e britânico para justificar a adoção de uma política sistemática de privatização de presídios a partir dos anos 80”[4].

O discurso pró-privatização de presídios obedece, portanto, à mesma lógica que rege a argumentação quanto às privatizações em geral: as supostas vantagens da otimização administrativa, típicas da gestão privada. E para os presídios, tal nexos pareceria ainda mais atraente, uma vez que a falência dos sistemas carcerários ao redor do mundo é indiscutível. A discussão acalorada que permeia esse processo indica, entretanto, que muitas outras são as nuances escondidas pela proposta privatizadora.

A formação de uma verdadeira indústria de aplicação da lei, que fatura alto com a administração prisional, já revela um possível traço puramente retórico no discurso das privatizações. Tal nicho mercadológico movimentou no ano de 1994, nos Estados Unidos, algo em torno de 65 bilhões de dólares, com promissoras expectativas de crescimento. Aponta Minhoto:

“Em tempos de capitalismo turbinado, altos índices de produtividade, desemprego estrutural e insegurança generalizada, o cárcere constitui um dos mais prósperos vetores a impulsionar uma florescente indústria de combate à criminalidade. Na dinâmica instaurada pela ‘nova economia’, a prisão se converte em meio de controle altamente lucrativo das ilegalidades dos perdedores globais”[5].

Um outro supostamente forte argumento pró-privatizações, o da promessa de redução da superpopulação carcerária e dos níveis de reincidência, não se concretizou nos estabelecimentos prisionais privatizados norte-americanos, fato que o deixou ainda mais vulnerável. A lógica capitalista de exploração máxima alia-se a tal frustração para iluminar uma possível razão oclusa. Seria, no mínimo, inocente supor-se que uma atividade privada de caráter industrial renderá esforços pela diminuição ou perda de seu objeto.

A própria inserção do processo de privatização em um panorama social maniqueizado, no qual indivíduos amedrontados pela violência convivem com altas taxas de criminalidade faz parecer inconsistente o discurso dos benefícios meramente administrativos do cárcere privatizado. Salienta Minhoto:

“Do ponto de vista cultural, as prisões privadas parecem beneficiar-se largamente das incongruências que se verificam no modo com o que a violência tem sido apreendida simbolicamente e os tomadores de decisão procuram lhe fazer face. A imagem do cidadão crescentemente encurralado, conjugada a uma reorientação da política penal nos anos 80 e 90, que vai rifando o papel reabilitativo da prisão em nome da pura e simples incapacitação dos detentos, pressionam sistematicamente em direção à adoção de políticas penais truculentas, o que, por sua vez, joga água no moinho da superpopulação penitenciária”[6].

2.1.1. As Formas de Privatização dos Presídios

Alerte-se da necessidade de compreenderem-se as várias significâncias que pode assumir a expressão “privatização dos presídios”. Isso ajudará, certamente, a alcançar um diagnóstico mais cuidadoso quanto à viabilidade do trabalho dos internos em cada uma dessas modalidades pela qual o capital privado se relaciona com o cárcere. Maurício Kuehne aponta para quatro enfoques principais no fenômeno da privatização carcerária.

O primeiro e mais radical desses enfoques consiste na construção e administração plena dos estabelecimentos carcerários por sociedades empresárias privadas. O próprio Kuehne, analisando nossas matrizes normativas, mormente no que diz respeito ao monopólio estatal do *jus puniendi*, é enfático ao concluir que “essa administração total pela empresa privada é (...) completamente descartada em nosso ordenamento jurídico”[7].

Outra possibilidade seria a construção dos presídios pelo capital privado, com posterior locação pelo Poder Público. Tal hipótese, contudo, não tem qualquer reflexo sobre o trabalho dos detentos, que continua controlado pelo Estado. Um terceiro enfoque seria o da utilização da mão-de-obra carcerária pela empresa, para recuperar os custos com a construção, manutenção e administração do presídio. Trata-se, sem dúvida, da matriz mais problemática, à qual nos reportaremos em breve. A última possibilidade visualizada por Kuehne consiste na terceirização de determinados segmentos da administração prisional.

Em cada um desses possíveis arranjos pode-se identificar uma imensa variedade de conseqüências para o trabalho dos condenados com privação de liberdade. Dedicaremos, assim, as próximas páginas à compreensão dessa interface, buscando sempre reafirmar a universalização da proteção ao trabalho e a salvaguarda dos direitos humanos.

3. O Trabalho Encarcerado

O trabalho é das atividades que guarda maior identificação com o próprio elemento humano. Hannah Arendt, ao incluí-lo no conjunto tríplice de sua *vita activa*, afirmou que “o trabalho (...) fabrica a infinita variedade de coisas cuja soma total constitui o artifício humano”[8]. Segundo a autora, os objetos produzidos pelo trabalho “emprestam ao artifício humano a estabilidade e a solidez sem as quais não se poderia esperar que ele servisse de abrigo à criatura mortal e instável que é o homem”.

Assim, encarrega-se o trabalho de criar os ambientes artificiais duráveis, nos quais a marca do humano seja sólida, indelével. Tomamos, assim, o raciocínio de Arendt para afirmarmos que a ação do *homo faber* parece essencial para a construção de ambientes humanos. Nesse sentido, conforme bem sintetiza Daniela Muradas, “a existência do homem é existência pelo trabalho. (...) O trabalho é um processo de formação do homem”[9].

O ócio absoluto, e isso é comprovado na experiência histórica dos presídios, animaliza os indivíduos, bloqueando a construção e manutenção de ambientes humanos. O trabalho indigno ou superexplorado, da mesma forma, desumaniza. Restam, daí, as cogitadas benesses da laborterapia, por meio da qual a relação indivíduo-ambiente parece ganhar maior equilíbrio.

Parece-nos, aqui, necessário dar breve notícia sobre a evolução histórica do trabalho carcerário, associado às mudanças que acometeram o próprio sistema penal ao longo dos séculos. Chegando-se, enfim, aos modelos prisionais que vigoram na atualidade, mais sólida será compreensão de qual é o papel que o trabalho desempenha nos presídios de nosso tempo.

3.1. O Binômio Pena-Trabalho ao Longo da História

O emergir da privação de liberdade como modalidade de pena, tendo o presídio como arena da execução penal, data do final do século XVIII e início do século XIX. A história da prisão, contudo, é bem mais remota. O aprisionamento tem raízes na Antiguidade e atravessou a Idade Média como medida cautelar, de garantia da execução da pena em si, que geralmente era de natureza corporal[10]. Sob forte influência do Direito Canônico[11], dos ideais iluministas[12], e da própria formação de um exército de reserva laboral no desenrolar da Revolução Industrial, a prisão transformou-se na pena por excelência.

Até a afirmação da privação de liberdade como pena *per se*, o papel exercido pelo trabalho na execução penal era sancionador, meramente expiatório. Com essas feições, as penas de trabalho forçado se fizeram presentes na história da humanidade desde o Egito Antigo, perpassando toda a história do Império Romano e chegando até a Idade Média[13]. Somente com a humanização das penas e o triunfo da pena de prisão, o trabalho passou a desempenhar novas funções no âmbito carcerário. Sobre essa virada fundamental, discorreu Armida Bergamini Miotto:

“Integrando-se no regime de execução da pena (da sanção penal) o trabalho é um valor instrumental para o condenado, o que é coisa bem diversa de ser o trabalho uma espécie de pena — trabalho forçado — como ocorria no passado (...). Neste último caso, o condenado é que é o instrumento de trabalho — o que é imoral, iníquo, desumano (de vez que coisifica o homem)”[14].

O desenrolar dessa marcha histórica legou à atualidade dois modelos básicos que, com algumas variações, resumem o panorama dos estabelecimentos prisionais do século XX, e também do início do século XXI. Os protótipos de Filadélfia e Auburn são, até os dias de hoje, os marcos por excelência da organização dos sistemas prisionais.

O sistema da Filadélfia surgiu em 1790 na penitenciária da Pensilvânia, nos Estados Unidos, e baseava seu tratamento prisional no isolamento celular absoluto, diurno e noturno, no silêncio obrigatório e na meditação, buscando uma reforma moral do indivíduo. O trabalho, nesse modelo, não tem finalidade econômica, sendo executado individualmente como artifício terapêutico para arrefecer a monotonia e o desespero patrocinados pela solidão e pelo silêncio. Apesar de ter se espalhado para alguns estados norte-americanos, o sistema da Filadélfia logo deu seus primeiros sinais de falência, associados à enorme demanda por força de trabalho que imperava nos Estados Unidos naquela época.

A penitenciária de Auburn, no estado de Nova Iorque, sagrou, ao final do século XVIII, um modelo caracterizado pelo isolamento celular durante a noite e pelo trabalho

conjunto em absoluto silêncio durante o dia. Fernando Salla assevera que o sucesso desse sistema foi garantido, em muito, pela sua similitude à fábrica, implantando no interior do cárcere o trabalho produtivo, que requer:

“(…) determinadas regras para a interação entre os condenados, no sentido dos tempos e modos similares ao do trabalho operário, provocando a substituição da disciplina simplesmente fundada na vigilância pela disciplina da organização do trabalho” [15].

3.2. O Papel e as Finalidades do Trabalho no Cárcere

Pode-se afirmar que a grande maioria dos modelos de aplicação da pena privativa de liberdade, incluindo-se aí o praticamente hegemônico modelo auburniano, tem no trabalho um elemento fundamental. São duas as funções básicas exercidas pela atividade dos detentos, que ganham ênfases diferenciadas para cada um dos modelos. Em primeiro lugar, busca-se a disciplina dos internos e organização do ambiente prisional, de modo a adaptá-lo ao padrão vigente, fomentando um verdadeiro “adestramento” que extraia a máxima docilidade naquele quadro de beligerância latente. Em segundo lugar, o objetivo da regeneração e ressocialização dos indivíduos presos, faz do trabalho verdadeiro pilar do tratamento penitenciário.

Ao criar uma rotina produtiva, rejeitar a insubmissão e premiar os “bons operários”, o trabalho tem uma força disciplinar inigualável no ambiente prisional. Através do trabalho, o indivíduo encarcerado adere mais fortemente a uma série de regras hierárquicas típicas dos presídios, retendo suas paixões e ímpetos. O hábito de trabalhar dociliza (apesar, sob uma ótica transversa, também fomentar a organização da resistência) e incorpora o indivíduo àquela diagramação de autoridade, o que ajuda a manter a organicidade da instituição em funcionamento.

A finalidade ressocializadora também é central no discurso justificativo do verdadeiro triunfo da privação de liberdade no último século. Verbos como readaptar, reeducar, regenerar e reintegrar são verdadeiras palavras de ordem nesse discurso. Na lição de Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça:

“Viver em grupo pressupõe uma renúncia ao individualismo absoluto diretamente proporcional à preocupação que se deve dirigir ao outro. O trabalho atende a essa finalidade na medida que destinado à construção do bem comum. Aquele que trabalha, portanto, mostra-se integrado ao grupo social”[16].

Esse adensamento moral patrocinado pelo trabalho no presídio está fortemente ligado à reabilitação do indivíduo encarcerado, para que este aceite conscientemente as regras seguidas em sociedade. Firma-se, aí, a idéia de um verdadeiro tratamento prisional, que seja um “bem” para o delinqüente, removendo-o da margem do tecido social. Miguel Reale Júnior captura bem esse papel mediato do trabalho penal, pela reintegração futura do indivíduo à sociedade:

“Outorga-se um prêmio ao trabalho tal o relevo que possui o exercício de tarefas, seja para o presente, como condição de higiene mental e sustento da família, que não pode ser em atividades sem expressão econômica, visando ao futuro viabilizar a obtenção de emprego, com o aprendizado recebido”[17].

Para que se complete o entendimento das funções do trabalho penal, há que se fazer uma referência à própria finalidade dos presídios na sociedade. Para Marx, por exemplo, o crime e a punição prisional têm um papel funcional específico no modo de produção capitalista. Assinala:

“Um filósofo produz idéias, um poeta poemas, um pastor sermões, um professor tratados, etc. Um criminoso produz crimes (...) O criminoso não produz somente crimes, ele produz também o Direito Penal e, em consequência, também o professor que produz cursos de Direito Penal (...) O criminoso produz, além disso, toda a polícia e toda a justiça penal, os beleguins, juízes, carrascos, jurados etc. (...) Enquanto o crime retira uma parte da população supérflua do mercado de trabalho e assim reduz a competição entre os trabalhadores (...) a luta contra o crime absorve outra parcela dessa mesma população (...)”[18].

Também para Foucault a prisão tem um papel produtivo bastante peculiar, na especificação e produção da delinqüência, dotando de alta carga simbólica a persecução penal pela privação de liberdade. Veja-se:

“O circuito da delinqüência não seria o subproduto de uma prisão que, ao punir, não consegue corrigir: seria o efeito direto de uma penalidade que, para gerir as práticas ilegais, investiria algumas delas num mecanismo de ‘punição-reprodução’ de que o encarceramento seria uma das peças principais”[19].

Todo esse argumento crítico convive com um robusto discurso de justificação de fundo jurídico e humanitário, pela punição legítima e reabilitação. Disse o Marquês de Beccaria, prenunciando uma marcha pela justiça e razoabilidade da execução penal:

“As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”[20].

Tal embate consolida uma tensão central no estudo das prisões e, também, do trabalho prisional. Sobrelevam-se questionamentos como: Até que ponto o benefício da laborterapia resiste à engrenagem do capital e à necessidade social da delinquência? O trabalho ajuda na manutenção da “salvação pública” de Beccaria? Essas questões estruturais devem informar sempre os diagnósticos específicos e as soluções propostas para o sistema prisional. A desconfiança, nesse quadro, soa como virtude fundamental ao estudo dos novos desafios que acometem o cárcere em nosso tempo.

3.3. A Lógica do Trabalho no Cárcere Privatizado: Prós e Contras

Os reflexos do aporte de capitais privados nos estabelecimentos prisionais para a configuração da execução penal e, conseqüentemente, para o trabalho dos internos são diversificados e sustentam um plexo grande de argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção do sistema.

Vale ressaltar que, apesar das diferenças entre os modelos de privatização prisional (algumas bastante acentuadas), o papel exercido pelo trabalho é elemento comum a todos. Tal unanimidade tem uma razão de ser bastante simples. Os modelos de privatização justificam-se na própria busca dos benefícios advindos da racionalidade econômica e da eficiência administrativa típica dos negócios particulares, e o alcance desse estado otimizado de gestão passa, por certo, pela organização e exploração do trabalho.

O discurso apologético do trabalho encarcerado, de raiz antiga, cresceu e sofisticou-se ao longo do tempo, chegando ao século XX com várias dimensões agregadas a sua lógica, que serviram à formação de um argumento pró-privatizações das prisões. Destacamos, aqui, algumas facetas que entendemos terem maior peso na decisão por adotar ou proibir o trabalho dos internos, aliado ao fenômeno da injeção de capital privado nas prisões.

Nesse sentido, em meados da década de 1960, Henry Ford já se mostrava preocupado com o destino dado ao trabalho prisional, salientando a necessidade de se aliviar o ônus social do encarceramento através do uso racionalizado da própria força produtiva dos apenados com privação de liberdade. Ford advogava a auto-suficiência das prisões, a ser obtida com os recursos advindos do próprio trabalho dos internos, organizados sob a influência direta dos princípios econômicos.

Ainda nessa lógica utilitária, fez-se persuasivo o argumento da formação de uma poupança para os presos, constituída dos rendimentos auferidos com o trabalho encarcerado, a ser resgatada quando do término do “tratamento penitenciário”. Tal pecúlio faria da reintegração social um processo mais viável e ameno, no qual restaria preservada a dignidade do egresso do sistema prisional[21].

Também através do discurso de manutenção e atualização da capacidade produtiva do condenado, ganha força a faceta utilitária do trabalho prisional. Nesse sentido, o desempenho de atividades similares àquelas exercidas no mercado de trabalho alémmuros, durante o período da execução penal, mantém mais altas as chances de o interno ser reintegrado à estrutura produtiva quando regressar à liberdade. A criação de redutos produtivos assemelhados àqueles da realidade social externa teria, assim, função de extrema valia. E, para desempenhar tal mister de capacitação e atualização da força produtiva, o capital privado tenta se vender como a solução por excelência. Afinal, dirão os partidários, quem melhor do que aquele que define rumos do mercado externo para manter a realidade do trabalho carcerário em estado de compatibilidade?

Por fim, a lógica da defesa do trabalho prisional encontra na necessidade de manutenção da família do preso e na indenização das vítimas outro ponto de apoio. Tal argumento pode ser extremamente persuasivo, por ter forte carga moral. Neuman, por exemplo, conclui que:

“Todo el que entra en la cárcel debe trabajar aunque sean pocos meses. Ese trabajo debe ser útil, provechoso y bien remunerado. Ha de servir a la manutención de su familia que se ve privada moral y económicamente. También, y en la medida de lo posible, a la indemnización de las víctimas de determinados delitos o sus familias”[22].

Interessante observar que de todos esses elementos da lógica do trabalho prisional vale-se o discurso de apologia às privatizações para sustentar-se e buscar expansão. As tensões e contradições, porém, são naturalmente subjacentes ao tema.

O primeiro grande problema enfrentado pela ideologia das privatizações é estrutural, desafiando as bases do argumento. O cerne do discurso pró-privatizações é constituído, como visto anteriormente, pela eficiência administrativa e pela racionalidade econômica dos negócios particulares. Em tese, portanto, a gestão carcerária privada traria a desburocratização e a otimização. Alguns aspectos, porém, podem inviabilizar essas vantagens na prática, como, por exemplo, a necessidade da formação de uma estrutura estatal fiscalizadora e o crescimento dos custos reflexos para o Estado. Esses últimos podem concretizar-se em benefícios e isenções tributárias, através dos quais o Estado deixaria de arrecadar, ocasionando uma perda que deve integrar o cômputo final das vantagens. Além disso, a projeção de preços fornecida pelos particulares tem algumas experiências de falência prática, sobretudo nos Estados Unidos.

Além desses eventuais desvios de efetivação, em relação aos quais se costuma fazer ouvidos moucos, até pelo próprio tom messiânico do discurso privatizador, outras contradições podem surgir. O crescimento no número de presídios e presidiários parece-nos consequência direta da proposta de tornar negócio a administração carcerária, pela própria vocação expansiva do capital privado. Frustra-se, assim, o curso da desejável retração do sistema repressor estatal, sobretudo da diluição da privação de liberdade como a suma forma de execução penal. Sobre esse aspecto nos Estados Unidos concluiu Borna:

“Se o sucesso é definido em termos de reabilitação, poder-se-ia esperar um gradual declínio na população prisional nos EUA. Esta conclusão levanta a questão se as companhias privadas agiriam contrariamente aos seus interesses. Trabalharão elas para se colocar fora do negócio?”[23].

Essa discussão é ainda pautada por uma questão ética que não pode ser jamais negligenciada: a geração do lucro a partir da miserabilidade do ser humano. E esta questão se coloca ainda mais implacável quando se lida com o trabalho encarcerado, conforme bem assinalou Fernando Afonso Salla, ao afirmar ser “aceitável que o Estado procure reduzir os custos por meio da utilização do trabalho do preso, porém, não se justificaria lucrar através dele, nem mesmo recorrendo a empresas privadas”[24].

A despeito da indiscutível relevância dos problemas até aqui abordados, afigura-se para o presente estudo a questão jurídica propriamente dita, em todas as suas várias facetas, como a fonte maior de discussão. Em primeiro lugar, coloca-se o incômodo problema da delegação da função correccional para a mão de empresas privadas, contrariando o tradicional (e ontologicamente justificado) monopólio estatal. O tratamento prisional envolve uma série de operações de ingerência na esfera dos indivíduos encarcerados,

além da execução da pena em si, que suscitam um vasto grupo de indagações, bem ilustradas por Salla:

“(…) que padrões presidirão a operação da instituição? Quem monitorará a implementação de tais padrões? (…) Quem fica com a responsabilidade de manter a segurança e o uso da força na instituição? Quem fica com a responsabilidade caso o ‘private personnel’ entre em greve? Sobre quem recai a responsabilidade pelos procedimentos disciplinares: seria permitido ao ‘private personnel’ envolver-se em questões como a remição ou recomendação para a Liberdade Condicional? (…) Que salvaguardas poderiam existir em relação a empresas que, por ocasião do acerto do contrato, praticam um preço baixo para consegui-lo, passando, depois, a aumentá-lo, sem que o governo tenha condições imediatas de reassumir a tarefa de administrar a prisão (por exemplo devido à falta de pessoal adequadamente treinado)? O que acontecerá se a empresa declarar falência?”[25].

Pode-se constatar a partir desse rol de indagações que muitos e delicados são os reflexos jurídicos das privatizações, exatamente por ter o serviço público prisional feições tão peculiares, lidando com uma situação de extremos jurídicos. Há, como bem anotou Grecianny Carvalho Cordeiro[26], delegação de aspectos derivados do *jus puniendi* estatal para o particular, “a partir do exato momento que se entrega à iniciativa privada a responsabilidade pela segurança interna da penitenciária”. Conclui a autora:

“Além do caráter de flagrante ilegalidade de que se reveste a ‘permissão’ do particular em aplicar sanções disciplinares aos presos, mediante a aquiescência do Estado, tal aspecto propicia e até mesmo estimula o cometimento de arbitrariedades por parte dos administradores das prisões privatizadas.

Através desse modelo (...) o Estado está delegando ao particular parte de um direito que, historicamente, do qual sempre fora o único e exclusivo detentor, o direito de punir”[27].

Em relação à exploração do trabalho dos internos nessas instituições privatizadas mantêm-se as mesmas objeções jurídicas. A própria natureza dos internos de presídios como mão-de-obra suscita reflexões, na medida em que se trata de um grupo vulnerável de indivíduos, privados de sua liberdade de locomoção e, reflexamente, de sua liberdade de escolha. A autonomia da vontade toma feições bastante diferenciadas no ambiente carcerário, sendo, por vezes, reduzida a um duo de opções: trabalhar ou não trabalhar?

É aqui que as preocupações quanto à configuração de trabalho forçado ou obrigatório, contemplados pela Convenção 29 da OIT, avultam-se e trazem uma série de reflexões.

Tais problemas serão examinados mais detidamente adiante, sobretudo através de uma análise dos conceitos de liberdade e obrigatoriedade que transcenda a mera formalidade, adentrando na constituição material desses elementos no universo do cárcere.

4. A Convenção 29 da OIT e o Trabalho no Cárcere Privatizado

Uma vez analisadas as questões do trabalho na execução penal e das privatizações dos presídios, alcança-se, aqui, o veio central do presente artigo. É certo que, desveladas algumas facetas da lógica e construção histórica das privatizações, será possível diagnosticar com maior cuidado a extensão desse fenômeno na organização e exploração da mão-de-obra carcerária. Cabe, então, contrastar o panorama do trabalho nesses presídios com a Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho, na tentativa de esboçar um diagnóstico jurídico desse novel fenômeno.

Também aqui a tensão entre as benesses da laborterapia e a exploração do trabalho penitenciário pelo capital privado constituirá o pano de fundo das reflexões. Resta-nos, então, a busca pela melhor interpretação do quadro dos fatos e da referência normativa aplicável, de modo a estruturar respostas pautadas sempre na dignidade e efetivação dos direitos humanos.

Como visto, coloca-se uma desconfiança em relação ao argumento utilitário, que tem sua força renovada pelo complexo quadro da gestão da violência urbana nos grandes centros, no qual a dicotomia entre cidadania e “bandidagem” se acirra. Sobre o crescimento do argumento pró-privatizações, alimentado pelos novos e nebulosos direcionamentos de nossa política criminal, afirma Minhoto:

“Do lado do público, a grita por políticas penais autoritárias tem esbarrado na falta de apoio político para autorizar os gastos governamentais necessários à implementação do megaprojeto de construção de presídios. Capitalizando na zona cinzenta entreaberta pela sede de vingança, que repercute no senso comum criminológico do momento (...) a nova banca penal aproveita para encher a burra.

Altas taxas de criminalidade, sensação generalizada de insegurança, a ideologia do ‘cidadão ultrajado’, midiaticamente espetacularizada, uma guinada teórica em direção a um renovado ‘fez por merecer’, *just deserves*, práticas de sentenciamento mais rigorosas, a nova figura jurídica do ‘criminoso contumaz’, (...) limitações crescentes à prática da barganha judicial (*plea bargain*), à remição e ao livramento condicional, tolerância zero, enfim, esses são alguns ingredientes do caldeirão penitenciário contemporâneo, que, muito mais do que a improvável combinação de eficiência,

produtividade e humanitarismo presente na pregação dos ideólogos, parecem estar de fato azeitando a máquina dos negócios correcionais do novo milênio”[28].

4.1. A Convenção 29 da OIT

Aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1930, a Convenção 29 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 1º de maio de 1932, contando, desde sua composição inicial, com massiva adesão por parte dos Estados-membros, pela própria importância de seu conteúdo[29]. Vale lembrar a advertência de Wagner Giglio, ao assinalar que “as convenções são instrumentos destinados a criar obrigações internacionais”[30], para auferir a global tendência relativa à matéria disciplinada nesse instrumento normativo.

A Convenção 29 trata do trabalho forçado ou obrigatório, estabelecendo normas para a erradicação de todas as suas formas. Já em seu artigo inaugural, a Convenção afirma um claro compromisso de erradicação, de denotada urgência, que transcrevemos:

“Art. 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego de trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”.

As formas pelas quais se manifesta o trabalho forçado sempre foram uma grande preocupação da OIT, vez que por detrás delas resquícios repudiados da escravidão conseguem se ocultar e se perpetuar. Por essa razão, a disciplina da Convenção 29 passa em revista com detalhe várias dessas modalidades, lançando às eventuais obscuridades a luz da proteção normativa. Além disso, o trabalho da OIT no sentido de fiscalizar o cumprimento dessas disposições merece o devido destaque.

Em seus trabalhos e relatórios, a própria OIT coloca o trabalho forçado como uma realidade em evolução, em construção. Em outras palavras, o constante movimento das modalidades e roupagens que toma o trabalho forçado fazem do tema um “objeto em fuga”. A disciplina normativa, por ser exatamente uma tentativa de retesar essa contingência, por vezes não consegue acompanhar a motricidade do fenômeno. Assim, a atenção cuidadosa e constante aos fatos e a maturação dos dados em face dos institutos já construídos parecem fundamentais para a compreensão do trabalho forçado na atualidade.

A centralidade da Convenção 29 é também reforçada pelo fato de estar o diploma incluído na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por meio da qual a Organização externa aquelas que são, efetivamente, as prioridades máximas na regulação e fiscalização do trabalho ao redor do mundo.

4.2. O Conceito de Trabalho Forçado ou Obrigatório na Convenção 29 da OIT

A construção do conceito de trabalho forçado e obrigatório na atualidade é herdeira dos contornos de inúmeros diagramas escravocratas que atravessaram a história da humanidade. Com efeito, conforme destaca Meltzer, “a civilização ocidental e a escravidão remontam a uns dez mil anos nas terras do Oriente Médio”[31]. E o autor continua sua lição, sublinhando que:

“Em alguns períodos da história, ela [*a escravidão*] prosperou: muitas civilizações ascenderam ao poder e à glória apoiadas em ombros de escravos. Em outras épocas, os escravos diminuiram em número e importância econômica. Mas a escravidão nunca deixou de existir”[32].

Vale frisar que não existe, contudo, uma equiparação conceitual entre o trabalho forçado e a escravidão. Essa última implica no domínio absoluto de uma pessoa ou grupo social por outro, numa relação de assenhoreamento não mais recorrente nas modernas formas de trabalho forçado. Apesar de formalmente abolida em praticamente todo o globo, a escravidão legou à contemporaneidade alguns de seus elementos fundamentais mais cruéis. Ao alvorecer do novo milênio o homem ainda se encontra, recorrentemente, às voltas com situações de “coisificação” do humano, em evidente descompasso com a marcha paralela de consolidação e efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, conforme assinalaram Maria Cristina Cacciamali e Flávio Azevedo:

“Ao longo dos tempos o trabalho forçado vem revelando novas, inquietantes e preocupantes facetas. Além das formas tradicionalmente conhecidas, como por exemplo, a redução análoga à condição de escravo e a servidão por dívida, que ainda perduram em determinados bolsões e setores de produção, somam-se outras”[33].

Todo esse curso histórico levou à construção do conceito de trabalho forçado ou obrigatório, consignado no art. 2 da Convenção 29 da OIT, que diz:

“Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Essa abrangente definição legal, em face das mais diversas formas de trabalho forçado que pontuam nossos dias, merece uma análise detida, em seus dois aspectos mais fundamentais. A *ameaça de penalidade* ou *ausência de manifestação espontânea da vontade* sempre foram elementos tradicionalmente associados à estrutura de sujeição escravocrata, e se mantiveram na concepção do trabalho forçado moderno. Os conteúdos, porém, sofreram transformações profundas. O emprego sistêmico e formalmente legitimado de mecanismos de controle pela violência física e vigilância, além da retirada de toda a identidade humana do escravizado não mais encontram tanta guarida nas ordens sociais da contemporaneidade. As noções de imposição de penalidade e expressão da voluntariedade têm, atualmente, feições bastante peculiares.

No relatório intitulado “Aliança global contra o trabalho forçado”, resultado da 93ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, no ano de 2005, o elemento legal da imposição de penalidade tem seus contornos elucidados em face das modernas formas de trabalho forçado. Citamos:

“A punição não precisa vir na forma de sanções penais, mas pode representar a perda de direitos e privilégios. Além disso, uma ameaça de punição pode assumir múltiplas e diferentes formas. Evidentemente, a mais extrema implica violência (...). Pode haver também formas mais sutis de ameaça, às vezes de natureza psicológica”[34].

Transportando esse conceito ao universo carcerário, verifica-se que as intrincadas redes sociais dos presídios podem conter em si muitas dessas facetas da ameaça de penalidade para o não exercício do trabalho. E, por vezes, essas ameaças são camufladas numa ordem própria, informalmente constituída no interior desse cosmos. Nesse sentido, a pena pelo não-trabalho pode tomar a forma de exclusão do grupo, de cassação velada de privilégios, ou mesmo de supressão dos benefícios das sanções premiaias (como a redução da pena cominada pelo trabalho). Também a relação entre as autoridades prisionais e os internos pode abrigar essas formas de ameaça, dado que a interface concreta entre esses dois pólos dificilmente refletirá exclusivamente a fria letra dos regulamentos disciplinares massificados. Fenômenos como a corrupção, sobretudo através da troca de favores e da construção de relações subjetivas de confiança, podem trazer consigo a força da penalidade social não equacionada pelo Direito.

A confiança é elemento fundamental na rede social carcerária, e está fortemente ligada à conduta individual construída com base no trabalho. Dela podem advir benefícios

personais, por vezes não previstos nos textos normativos. E a lógica inversa também pode ser válida. A má conduta, ligada à insubmissão ao esquema de trabalho carcerário, conduz à desconfiança e a penalidades potenciais, que terminam abafadas e esmaecidas pelos robustos muros das prisões.

Outro ponto importante na definição do trabalho forçado é a liberdade de escolha, manifestação espontânea da vontade para o trabalho. Estão entre as preocupações da OIT a esse respeito: “forma e conteúdo do consentimento; papel das pressões externas ou das coações indiretas e possibilidade de revogar o consentimento dado livremente”[35].

De forma semelhante à imposição de penalidades, o elemento voluntariedade está sujeito a novos questionamentos, de características não mais tão simples quanto a anulação total da vontade do indivíduo escravizado, como se fazia noutros tempos. Preocupa-se, nos dias de hoje, com o conteúdo da liberdade de escolha e com os fatores que sobre ela exercem influência, mesmo que seja esta indireta. Nesse panorama, o consentimento de indivíduos encarcerados afigura-se como ponto de especial delicadeza. O próprio confinamento e o ambiente social do cárcere podem interferir, *per se*, na manifestação da vontade, direcionando-a para tal ou qual caminho. Alie-se isso à ameaça de imposição de penalidade e voluntariedade poderá transmutar-se em uma possível obrigatoriedade de contornos obscuros.

4.3. As Especificidades do Trabalho em Presídios Privatizados

Para se entender, enfim, a possibilidade de se concretizarem no interior das cadeias privatizadas situações que a lei classifique como de trabalho forçado há que se analisar, *a priori*, o quê especificamente estatui a Convenção 29 sobre a matéria. Diz o estatuto, em seu art. 2.2.:

“2.2. Entretanto, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ não compreenderá para fins da presente convenção: (...) c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas”.

Em outras palavras, ao estabelecer uma exceção àquilo que se considera trabalho forçado, a Convenção 29 expressamente permite as atividades laborais no cárcere, desde

que controladas por agentes do Estado. Encaixa-se, por conseguinte, na hipótese de trabalho forçado aquele exigido de indivíduo condenado judicialmente, se, no cumprimento de sua pena, for colocado à disposição de particulares.

Em face das diversas modalidades assumidas pelo aporte de capitais privados nos presídios, a conclusão direta e automática de que todo trabalho executado pelos internos nos cárceres privatizados seria considerado trabalho forçado é inconsistente. A classificação estabelecida pela Convenção 29 incide apenas sobre os serviços exigidos dos presidiários quando esses são colocados à disposição dos particulares.

Nos modelos, por exemplo, em que a empresa se ocupa apenas da administração dos chamados serviços de hotelaria, diretamente remunerada pelo Poder Público, não há qualquer conexão entre o trabalho forçado e a privatização. Essa ligação só se concretiza nos presídios onde a organização e exploração do trabalho dos internos são formatadas por esses particulares.

Resta, portanto, o mister de conhecer a fundo o sentido da expressão “posto à disposição”, por ser esta a definidora da materialidade do trabalho forçado nos presídios controlados por particulares. E a tarefa não é das mais simples, em face da própria elasticidade inerente aos termos. A esse problema preliminar soma-se a dificuldade de se encontrarem trabalhos interpretativos (sejam eles doutrinários ou jurisprudenciais) que descerrem caminhos hermenêuticos sólidos para eventuais conclusões. De toda sorte, valem as considerações que se seguem.

No Relatório Geral da Comissão de Expertos da OIT, na sessão da Conferência 89, datada de 2001, o tema foi debatido com algum detalhe. Os representantes de cada uma das classes, de acordo com a estrutura tripartite da Organização, manifestaram seus pontos de vista quanto ao significado da expressão “posto à disposição”. Citamos:

“Um representante do Governo expressou a visão de que um prisioneiro somente poderia ser considerado posto à disposição de uma companhia privada nos casos em que o prisioneiro fosse empregado pela companhia privada, que pode ser tanto a operadora da prisão ou uma terceira parte, ou em que o prisioneiro fosse colocado em uma posição de servidão em relação à companhia privada (...). Prisioneiros também não deveriam ser considerados como postos à disposição de companhias privadas quando as companhias não tiveram discricionariedade absoluta sobre o tipo de trabalho que elas poderiam requisitar que os presos fizessem, mas foram limitados por regras da autoridade pública”[36].

E, em conclusão, diz o Relatório:

“A Comissão consistentemente afirmou que o trabalho para companhias privadas poderia ser compatível com o Artigo 2(2)(c) apenas onde os prisioneiros trabalhassem em condições aproximadas de uma relação livre de emprego. Isso necessariamente requer o consentimento voluntário do preso bem como outras garantias (...) cobrindo os elementos essenciais da relação de emprego”[37].

Assim, para que se pudesse compatibilizar o trabalho encarcerado e a privatização dos presídios, necessário seria que os elementos de configuração do trabalho forçado (ausência de voluntariedade e ameaça de penalidade) fossem definitivamente afastados, em busca da reprodução máxima das condições que permeiam as relações livres de trabalho. Conforme ressaltado anteriormente, inúmeros são os fatores que dificultam essa aproximação no ambiente carcerário, dado que a expressão do consentimento do preso e as penalidades e ameaças que sobre ele recaem nem sempre são apreendidas pela análise de legalidade.

O efetivo controle por parte dos agentes estatais nada mais seria do que uma tentativa de manter sob a forte luz do Direito aquilo que se passa na complexa realidade prisional da exploração do trabalho, de forma a assemelhá-la ao contratualismo do trabalho em geral. Buscar-se-ia, então, a maior compatibilidade possível entre esses universos tão diferenciados, para garantir alguma liberdade de escolha àqueles que estão privados, por força do próprio Direito, da definidora liberdade de ir e vir.

5. Um Possível Diagnóstico Jurídico

O imediatismo que ronda o tema da privatização das prisões nos últimos tempos nos leva a crer que a parcimônia e a contextualização histórica serão valores primordiais para o esboço de um possível diagnóstico jurídico sobre a organização e exploração do trabalho nessas instituições. Contrariaremos, assim, o fluxo de respostas-prontas e a espetacularização que se abatem sobre gestão violência urbana, para optarmos pela marcha da proteção aos direitos humanos, na certeza de que qualquer posicionamento jurídico deve conhecer a fundo seu entorno presente, recebendo as lições das experiências pretéritas. E isso não significa uma negativa à urgência dos diversos males que assolam a cadeia de combate e punição dos ilícitos penais.

Nesse contexto, a exploração do trabalho dos internos nos cárceres privatizados é merecedora de análise jurídica das mais cuidadosas. Caminha-se no limiar do trabalho

forçado, tão fortemente combatido pela sociedade internacional contemporânea. Há que se rememorar a todo o tempo a gravidade inerente à própria pena de privação da liberdade, e os efeitos que ela tem sobre os indivíduos que se encontram nesse estado. Assim, poder-se-á compreender o quê de fato é aquela mão-de-obra, e o quê representa colocá-la à disposição do particular para que esse extraia dela seus lucros.

Os diplomas penais nacionais que disciplinam a matéria não tratam da relação específica entre a empresa dirigente do cárcere privatizado e a mão-de-obra presidiária. As hipóteses de trabalho, interno e externo, previstas na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84) não são reportadas a estabelecimentos carcerários privatizados, nem tampouco implicam na colocação do apenado à disposição desses particulares. São, a bem da verdade, hipóteses de concretização de um direito ao trabalho previsto no art. 39 do Código Penal. Vale frisar que, na disposição expressa do art. 28 da LEP, o trabalho do condenado é, nomeadamente, condição de dignidade humana.

Quanto ao trabalho interno, a LEP estabelece que este poderá ser gerenciado por fundação ou empresa pública, facultando convênios com a iniciativa privada para a implantação de oficinas em setores de apoio (art. 34, §2º). A influência do capital privado, nesses casos, dá-se de forma bastante restrita, dado que não há o controle total sobre a mão-de-obra carcerária, não estando esta à disposição daquele.

Em relação ao trabalho externo exercido para entidades privadas, há que se observar o § 3º do art. 36 da LEP, que diz: “A prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso”. Quanto a essa expressão da voluntariedade se aplicam todas as preocupações suscitadas pela OIT e discutidas anteriormente.

Em síntese, no bojo da transferência da administração prisional para mãos particulares abrigam-se reflexos de legalidade questionável, sobretudo quanto à exploração do trabalho carcerário, em face das disposições da Convenção 29, dos limites constitucionais e da própria disciplina da execução penal. Existe uma diferença abissal entre a simples participação de entidades privadas no curso da execução da pena privativa de liberdade, mesmo como tomadoras de serviço, e da transferência para elas do controle sobre a mão-de-obra.

Assim, para que não se celebrem acriticamente as novidades e soluções messiânicas do capitalismo de início de século, toda cautela parece pouca. E não se trata de conservadorismo ou temor da evolução. Pelo contrário. Os institutos e pontos fortes da disciplina normativa merecem ser revisitados em face dos novos acontecimentos, para que deles se extraiam soluções verdadeiramente esclarecidas, sem deixarem de lado a prudência típica do Direito.

6. Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flávio Antonio Gomes. Dilemas da erradicação do trabalho forçado no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, n. 115, p. 143-167, 2002.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Consulex, n. 185, ano VIII, p. 58-60, 2004.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Privatização de presídios. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Consulex, n. 31, ano III, p. 44-46, 1999.

FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto. Parcerias em projetos de infraestrutura. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 233, p. 419-429, Jul/Set 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.

GIGLIO, Wagner D. *OIT e convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

KUEHNE, Maurício. Privatização dos presídios. *Revista CEJ*, Brasília, CEJ, n. 15, p. 12-19, 2001.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELTZER, Milton. *História ilustrada da escravidão*. Trad. Mauro Silva. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

MÉNDEZ, Juan E.; COX, Francisco. Universalidad y relativismo. *Revista Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n. 69/70/71, p. 13-40, 1998.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. *Da obrigatoriedade do trabalho do condenado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. (Dissertação de Mestrado).

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Revista Lua Nova*, São Paulo, CEDEC, n. 55-56, p. 134-154, 2002.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1975.

MURADAS, Daniela. *Trabalho, ética e direito: fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002. (Dissertação de Mestrado).

NEUMAN, Elias; IRURZUN, Victor. *La sociedad carcelaria*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SALLA, Fernando Afonso. *Trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões*. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 1991. (Dissertação de Mestrado).

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o Direito do Trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 63, p. 885-895, 1999.

[1] FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto. Parcerias em projetos de infraestrutura. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 233, p. 419-429, jul./set. 2003, p. 419.

[2] VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o Direito do Trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 63, p. 885-895, jul. 1999, p. 888.

[3] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

[4] MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Revista Lua Nova*, São Paulo, CEDEC, n. 55-56, p. 133-154, 2002, p. 138.

[5] MINHOTO, As prisões do mercado, *cit.*, p. 136.

- [6] MINHOTO, As prisões do mercado, *cit.*, p. 143.
- [7] KUEHNE, Maurício. Privatização dos presídios. *Revista CEJ*, Brasília, CEJ, n. 15, p. 12-19, 2001, p. 15.
- [8] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 149.
- [9] MURADAS, Daniela. *Trabalho, Ética e Direito: fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002 (Dissertação de Mestrado), p. 80.
- [10] A força, o espartilhamento, o açoite, o galés, a marcação corporal, entre outras penas, constituíam verdadeiros “espetáculos” punitivos bastante recorrentes até o século XIX.
- [11] Assinala BITENCOURT: “O direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna (...). Precisamente do vocábulo penitência, de estrita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras penitenciário e penitenciária. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13).
- [12] Frise-se a forte influência exercida pelo direito penal liberal, que então se formava, preconizado pelo Marquês de Beccaria.
- [13] Veja-se, a respeito, a lição de SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 332.
- [14] MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 493.
- [15] SALLA, *O trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões, cit.*, p. 69.
- [16] MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. *Da obrigatoriedade do trabalho do condenado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004 (Dissertação de Mestrado), p. 33.
- [17] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16.
- [18] Manuscritos de Marx conhecidos como *Teorias da Mais-Valia*, tradução do original por BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31 e 36.
- [19] FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 244.

[20] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 20.

[21] Vale aqui um breve parêntese para salientar a força desse argumento, a ser ilustrada pela adoção da idéia na legislação brasileira (art. 29, §2º da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84): “Art. 29, §2º. Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para a constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade”.

[22] NEUMAN, Elias; IRURZUN, Victor. *La sociedad carcelaria*. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 27.

[23] BORNA, Shaeen. Free enterprise goes to prison. *The British Journal of Criminology*, Londres, 1986 *apud* SALLA, *O trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões, cit.*, p. 134.

[24] SALLA, *O trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões, cit.*, p. 134.

[25] SALLA, *O trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões, cit.*, p. 138.

[26] CORDEIRO, Grecianny Carvalho. O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, Consulex, n. 185, ano VIII, p. 58-60, 2004, p. 59.

[27] CORDEIRO, O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional, *cit.*, p. 59. Há que se problematizar o exercício dos *jus puniendi* por particulares na relação de trabalho intra-muros, também sob os influxos da discussão acerca da juridicidade ou não da existência de um direito de punir por parte do empregador nas relações de trabalho em geral, tema *per se* bastante controverso no Direito do Trabalho.

[28] MINHOTO, As prisões do mercado, *cit.*, p. 143-144.

[29] No Brasil, a Convenção 29 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho 1957. Encontra-se em vigor desde 25 de abril de 1958.

[30] GIGLIO, Wagner D. *OIT e convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil*. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973, p. 37.

[31] MELTZER, Milton. *História ilustrada da escravidão*. Trad. Mauro Silva. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 11.

[32] MELTZER, *História ilustrada da escravidão, cit.*, p. 11.

[33] CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flávio Antonio Gomes. Dilemas da erradicação do trabalho forçado no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, n. 115, p. 143-167, 2002, p. 147.

[34] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Aliança global contra o trabalho forçado. Relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho*. 93ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra: Secretaria Internacional do Trabalho, 2005, p. 5-6.

[35] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Aliança global contra o trabalho forçado, cit.*, p. 6.

[36] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *General report of the Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations*. Genebra: ILO, 2001. p. B.II.3. (Tradução livre).

[37] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *General report, cit.*, p. B.II.4. (Tradução livre).

O PAPEL DOS NOVOS ATORES GLOBAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO*

THE NEW ROLE OF ACTORS IN GLOBAL LABOR RELATIONS

Thiago Chohfi

RESUMO

A globalização e as novas tecnologias trouxeram fatores determinantes para a modificação do Direito do Trabalho, principalmente no que diz respeito às relações de emprego, que cada vez mais entram em crise. A informalidade e ausência de proteção no mercado de trabalho somente crescem com o passar dos anos, seja no Brasil, seja em qualquer parte do mundo. E a lei precisa ser revista, principalmente quando a realidade que não segue os preceitos da legislação e supera a prática daquilo que se tem como legal e correto. Ora, quando o que se chama de ilícito aquilo que é comumente aceito, efetivamente algo está de errado. E todos os indícios demonstram isso: a informalidade brasileira praticamente atinge metade da comunidade economicamente ativa. O novo mundo do trabalho, que se caracteriza pela informalidade e crise no emprego, agora tem novos atores, que precisam ser estudados e, rapidamente, regulados de alguma forma. O objetivo é a proteção do trabalho, seja ele oriundo desse ou daquele tipo de ator da relação jurídica travada no mundo trabalhista.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO, TRABALHO, CRISE, EMPREGO, ATORES, GLOBAIS

ABSTRACT

Globalization and new technologies have brought determinants for the modification of the Labor Law, especially with regard to relationships, which increasingly come into crisis. The informality and lack of protection in the labor market only grow over the years, is in Brazil, is anywhere in the world. And the law needs to be reviewed, especially when the reality that does not follow the precepts of the law and beyond the practice of what has been as cool and correct. However, when what is called for illegal what is commonly accepted, something is really wrong. And all indications show that: the informality Brazilian almost half of the economically active. The new world of work, which is characterized by informality and the employment crisis, now has new actors, who need to be studied, and quickly adjusted in some way. The goal is the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

protection of labor, whether it comes from this or that kind of actor's legal relationship waged labor in the world.

KEYWORDS: LAW, LABOR, CRISIS, JOBS, ACTORS, GLOBAL

INTRODUÇÃO

Ultimamente, nunca se falou tanto do fim do Direito do Trabalho. Parece que tal discussão vai e vem com os anos, e na seqüência sempre volta com maior intensidade. E o ser humano, que sempre foi um indivíduo arredio a mudanças – principalmente para aqueles envolvidos na área do Direito do Trabalho (professores universitários, juizes, advogados e procuradores, entre outros) – assusta-se.

Como tudo que é sólido desmancha no ar[1], prefiro pensar que não estamos tratando efetivamente do fim do Direito do Trabalho, mas sim de uma revolução positiva, na qual o atual direito do emprego possivelmente torne-se o do direito do trabalho como um todo, vindo a proteger não somente os formalmente incluídos no mercado, como também qualquer tipo de trabalhador.

Logicamente, de qualquer forma, não há como se surpreender quando o próprio Professor José Pastore inicia um de seus textos[2] com uma pergunta que ele mesmo chama de “óbvia”: é a realidade que deve se ajustar à lei ou a lei que deve se ajustar à realidade? Afinal, como ele mesmo completa ao prosseguir com seu texto, o mercado de trabalho passa por uma revolução dramática. A legislação que temos hoje não mais se encaixa na realidade – isso é fato!

Antes mesmo de iniciarmos a discussão pretendida, a publicação de alguns dados é imperiosa. O senso realizado em 2007 pelo IBGE[3] mostra cerca de 159 milhões de pessoas em idade ativa (10 anos ou mais de idade), sendo que desse montante, 62% eram economicamente ativas, ou seja, 98,58 milhões de brasileiros fazem ou pode fazer de algum tipo de trabalho que traga rendimentos próprios ou à sua família.

Desses 98 milhões, em torno de 57% estavam efetivamente ocupados (56,19 milhões) e 5,1% desocupados. Realmente é um avanço em termos numéricos, já que houve um aumento da quantidade de pessoas ocupadas, se comparada a pesquisa aos números de 2006[4], quando então havia 5,3% de desocupados. Mas a quantidade de informais no mercado de trabalho ainda surpreende, mesmo com a recente notícia de que mais de 50% dos trabalhadores contribuem para a previdência oficial.

Que fique bem claro que não estamos falando de emprego em si – aqueles trabalhadores com carteira de trabalho assinada - mas sim e apenas de trabalho em sentido lato *sensu*, ou seja, aquele que engloba tanto as relações formais, como aquelas informais, sem registro, recolhimento previdenciário ou qualquer tipo de proteção legal. Esses 56,19 milhões de pessoas ocupadas não necessariamente têm carteira assinada e as devidas proteções legais.

Aliás, dessa parcela de gente ocupada, apenas 35,3% possui carteira de trabalho assinada, o que totaliza cerca de 32,0 milhões de pessoas. Infelizmente, 20,6 milhões de

peessoas ou 22,7% do total de gente ocupada não tinham carteira de trabalho assinada. E, aqueles protegidos efetivamente pelo sistema previdenciário alcançavam apenas 50,7%, um pouco mais da metade.

Conclusão: em se tratando de uma previdência pública e obrigatória, temos praticamente metade da população trabalhando informalmente, provavelmente sem um mínimo de proteção previdenciária, o que nos leva a presumir, também, que o mesmo ocorre com os direitos trabalhistas.

Os números são assustadores, mas não deveriam ser assim. E não deveriam por uma simples razão: essa realidade acima retrata exatamente o nosso dia a dia, com o qual nos deparamos efetivamente e exaustivamente. Quando contratamos aquele jardineiro para arrumar o jardim da frente de casa, ou aquele encanador para aniquilar com uma goteira na cozinha, certamente estamos tratando com trabalhadores sem qualquer tipo de proteção. São pequenos exemplos costumeiros que comprovam o que aqui se fala. Somente não aceitamos tal idéia porque muitos do que estudam ou tentam achar uma solução para esse caos não está na informalidade e não retrata a maioria, e por isso não consegue sentir a realidade.

Os juízes, que comumente julgam casos desse tipo, possuem vínculo formal com o Estado, e todas as proteções legais (inclusive estabilidade e remuneração acima da média). O Poder Legislativo é formado por pessoas com trabalho formal – que geralmente possuem um nível financeiro mais elevado. Estes, além dos salários elevados e garantidos mensalmente, geralmente possuem outras atividades profissionais mais lucrativas.

Os trabalhadores chamados a se manifestar, e que têm alguma chance de expor tais problemas em fóruns de discussão oficiais ou entidades governamentais, na sua maioria, são empregados formais, que não têm pleno e efetivo interesse na situação dos informais. Ademais, quando não estão em posição de representatividade coletiva, ou não têm voz, ou se há, o medo e a busca pela manutenção do emprego imperam.

E, por fim, temos a parte que representa o capital: as empresas. Os empregadores que possuem voz são as grandes multinacionais ou conglomerados empresariais, que não sofrem – em regra – com o mal da informalidade, já que possuem força financeira e estrutura suficientes para solucionar o problema. Estes, aliás, lutam contra a formalidade através de engenharias jurídicas das mais diversas ou, se o caso, mudando de endereço, para onde o trabalho seja mais barato.

Os micros, pequenos e médios empresários, que sofrem com o custo da relação de emprego e não têm para onde e nem como fugir, não têm voz nessa esfera de reivindicações.

Portanto, quem está do lado de dentro não consegue ver nitidamente o que acontece do lado de fora. E quem está do lado de fora, não consegue se fazer ouvir, o que resulta na manutenção desse quadro de informalidade e ausência de proteção no trabalho, que se agrava com o tempo. Tudo isso causou uma necessária transformação no mundo do trabalho, especialmente nos sujeitos envolvidos, que agora são diversos e com características interessantíssimas, antes não previstas na legislação ou sequer reguladas pelo Direito.

É essa a situação que vivemos hoje no Brasil. Por isso a pertinência em se pensar nos novos atores globais e na revolução do mundo do trabalho, a fim de modelar a transformação do próprio Direito do Trabalho. Provavelmente aquela velha regra do vínculo de emprego esteja acabando. Novos sujeitos vêm surgindo: os novos atores globais das relações trabalhistas.

Toda aquela história que embasa o Direito do Trabalho, os fatores liberdade e subordinação, que se entrelaçaram no início da Revolução Industrial e acabaram criando um nicho específico para interferência estatal nas relações de trabalho - tudo isso parece que está no fim. A própria subordinação vem sendo relativizada. E é esse o elemento principal de estudo, para se entender o que acontece atualmente.

A verdade é que o velho mundo do trabalho subordinado está acabando e começa a nascer uma nova fase do Direito Laboral, repleta de trabalhos derivados da informática e tecnologia, onde não se vende mais a força física, mas sim e tão apenas a sabedoria e o conhecimento, o que altera em muito as antigas relações. Força física é trabalho de máquina. Ser humano vende conhecimento, controla as máquinas.

Os típicos vínculos de emprego, com raízes na subordinação jurídica do trabalhador em face do empregador, vêm aos poucos definindo, dando lugar para outros tipos de relações jurídicas, onde a subordinação continua existindo, mas é atenuada e mascarada por características modernas das relações de mercado, impostas pela globalização e permitidas pela desenvolvida tecnologia de hoje, e possivelmente pelo Direito de amanhã.

E, pelo visto, isso não é um fenômeno nacional, tipicamente brasileiro, mas sim mundial. Na Europa e em outros locais do mundo este fenômeno vem tomando força, fazendo com que fábricas inteiras sejam construídas e desmanchadas em pouco tempo, nos locais mais apropriados economicamente. Novas formas de contratação e novas estruturas empresariais estão penetrando licitamente no Direito do Trabalho. É a engenharia jurídica do capital auxiliada pela globalização e tecnologia.

Já disse Plá Rodríguez[5], em meados de 2000, reproduzindo um trabalho exposto na década de 90, que *el Derecho del Trabajo sufría un doble embate que tendía a achicar su territorio. Por um lado, el crecimiento del sector informal de la economía. Por outro lado, el progresivo avance de la tercerización.*

Realmente já faz algum tempo que a velha briga entre capital e trabalho vem se aguçando, e ficando cada vez mais complexa e agressiva, trazendo a necessidade de uma resposta jurídica mais pertinente e adequada à realidade. E as realidades são cada vez mais numerosas e diferenciadas – cada vez mais específicas. A velha relação de emprego pode estar com os anos contados. A idéia agora é saber como proteger o trabalho, e não somente a velha relação de emprego. Para tanto, necessário se faz estudar quem são os novos atores do Direito do Trabalho, já que os antigos são bem conhecidos.

Que fique claro: o Direito do Trabalho não está acabando. Está alterando, sendo modificado. E o alvo, efetivamente, é a relação de emprego. Não há outra saída senão a alteração legislativa, pois quando os fatos considerados ilícitos superam a efetividade do direito, provavelmente é este que está superado.

1. AS POSSÍVEIS CAUSAS DA INFORMALIDADE

É difícil se falar em causas de um determinado fenômeno quando estudamos as relações humanas. Não é uma típica relação matemática, da qual se pode dizer de forma objetiva quais as razões desse ou daquele acontecimento. O Direito do Trabalho deriva de relações humanas, onde não só interesses econômicos estão envolvidos, mas também outros pessoais e até estatais.

O próprio Direito do Trabalho, como se sabe (ou se imagina) tem como fatores de formação os interesses sociais, econômicos e estatais. Portanto, quando se fala em causas e efeitos no direito, todo cuidado é pouco. Mas a presunção é o único caminho viável, muito embora tenha valor científico reduzido.

Portanto, o que se pretende aqui é demonstrar as possíveis causas da informalidade no mundo do trabalho. Não que a informalidade seja uma situação relativamente nova ou algo que nasceu recentemente no mundo – ao contrário. O problema é que o nível de informalidade está altíssimo, e providências precisam ser imediatamente tomadas, levando-se em consideração, daí, os seus fatores de origem, sua causa. E muito embora não haja meios seguros de se comprová-la, algumas questões mostram-se como possíveis causas.

De antemão, dois fatores saltam aos olhos: o custo do emprego e a excessiva interferência estatal nas relações privadas. Ambos, somados, transformam-se numa devastadora arma contra a relação de emprego, fazendo nascer novos atores globais no Direito do Trabalho, utilizados e assim caracterizados para fugir, cada vez mais, da antiga relação empregatícia. São esses novos sujeitos que precisam ser imediatamente regulados e protegidos – seja pelo Estado, sejam pelas próprias partes envolvidas nessa relação. Aí reside a mudança do Direito do Trabalho.

2 O CUSTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL

Talvez este seja o principal problema, não o único, mas um importante fato que, inclusive, aguçava os demais. O custo da relação de emprego no Brasil é altíssimo e, ainda, chega ao absurdo de desviar boa parte das verbas para terceiros, seja nas mãos da Caixa Econômica Federal (FGTS), seja nos cofres do INSS ou outras entidades cuja destinação financeira é obrigatória.

Além do trabalho em si no Brasil ser relativamente mais caro que em outros países, sequer o trabalhador é o beneficiário direto do valor compatível com o referido custo do emprego. Uma parte vai para os caixas da previdência, outra para a conta vinculada (FGTS), onde o trabalhador não acesso direto. Além disso, temos o imposto de renda altíssimo e as contribuições para o sistema “S”.

Portanto, o primeiro fator retratado aqui se materializa justamente no custo do trabalho formal (relação de emprego) no Brasil. Se este valor fosse dirigido ao prestador do trabalho, o caso seria outro. Mas boa parte é desviada.

A cada R\$1.000,00 pagos a título de salário direto pelo serviço prestado, cerca de R\$1.027,60 são pagos a título de salário não prestado. Ou seja, praticamente paga-se o dobro pela contratação formal[6].

E o problema é generalizado ao ponto de alcançar tanto aqueles que têm potencial para cobrir esses custos, como também os pequenos e médios empresários, que sofrem efetivamente com essa despesa em dobro.

Os grandes grupos empresariais sofrem devido à concorrência externa, com a competitividade do custo baixíssimo do trabalho em países como a China ou a Índia. Compensa, inclusive, para tais grandes grupos empresariais, manter uma fábrica em outro país, e não por aqui. E muitos já fazem isso.

Já os menores, que não tem essa possibilidade de locomoção, sofrem com a falta de estrutura e condições para arcar com os referidos custos, o que gera informalidade. A despesa com a relação empregatícia consome grande parte do faturamento empresarial desses menores grupos.

Em se considerando que o salário mínimo nacional é de R\$415,00 – certamente o gasto das empresas com apenas um funcionário chega a praticamente R\$1.000,00 por mês. Tal valor multiplicado por alguns funcionários, que geralmente recebem uma quantia um pouco mais elevada, provoca uma despesa muito alta se comparada ao faturamento dos pequenos e médios empresários.

Portanto, num cenário de altos custos da relação de emprego, em se tratando de grandes empresas, o emprego formal diminui já que as plantas produtivas mudam para outro local, de menor custo. Agora, em se tratando de médias e pequenas empresas, que não têm essa mobilidade, a relação de emprego também diminui, dando espaço à informalidade, já que o trabalho não pode ser desenvolvido, mas a manutenção do trabalhador como empregado é inviável financeiramente.

Aliás, essa é uma das novas características: o custo do emprego no Brasil, e também no mundo inteiro, vem resultando em empresas móveis, diferentemente do que ocorria antigamente, onde as raízes empresariais eram relativamente longas e seguravam quaisquer mudanças. Hoje já não é mais assim. O custo do trabalho (emprego) tem uma variação enorme conforme o local da prestação.

Antigamente, pouco importava se no Estado de São Paulo a remuneração custava mais que no Estado da Bahia. Aliás, muito menos importavam os preços praticados no leste europeu ou nos países asiáticos, pois a distância e a dificuldade para a transposição era realmente muito alta. Ademais, somente em algumas regiões mais desenvolvidas havia estrutura física e tributária suficientes para as plantas empresariais.

Para se ter uma idéia dessa variação de custos, o valor da hora de trabalho na Alemanha beira a média dos \$35,00 – enquanto na Polônia, o valor gira em torno de \$6,00. O Brasil está num meio termo entre esses dois países. A variação é tamanha que o custo da mudança da planta fabril é completamente relativizado pela economia que os baixos custos salariais trazem aos detentores do capital.

Hoje essa situação se alterou. A distância não é mais problema algum no mundo do trabalho. Regiões antes não procuradas já estão, hoje, repletas de empresas. Locais antes sem estrutura, hoje já estão servidos com boas rodovias e o mínimo necessário para a produção.

As próprias estruturas das empresas foram alteradas de forma a permitir uma hierarquização vertical cada vez menor e uma mobilidade enorme. Hoje já não se fala mais em grandes grupos empresariais, mas sim em grandes redes de empresas, ou seja, pequenos e médios empresários que, unidos, servem à um mentor principal, ou melhor, à uma determinada marca, pertencente àqueles que antigamente produziam.

O alto custo do trabalho, portanto, trouxe novos atores globais no Direito do Trabalho, que precisam ser estudados. E esse fator, com certeza, é um dos motivos da transformação do emprego.

3 DO DIRIGISMO CONTRATUAL

Não é só o custo do emprego que gera informalidade. O dirigismo contratual, ou melhor, o excesso de intervenção estatal nas relações privadas de trabalho – especialmente naquelas com vínculo de emprego - também atrapalha o mercado. Não que o Estado não deva interferir e colocar limites mínimos, pelo contrário: o Estado deve sim colocar os dedos nessas relações e corrigir distorções graves. Mas não em excesso. Razoabilidade e proporcionalidade são essenciais.

Aliás, quando se fala em excesso de intervencionismo, ataca-se justamente a ausência de autonomia de vontade que, como o próprio nome diz, significa a capacidade das próprias partes (*auto*) ditarem suas regras (*nomia*), e não somente um terceiro (*hetero*), no caso, o Estado, impor o direito.

Esta autonomia pode ser individual ou coletiva. A autonomia individual exterioriza-se pelo contrato de trabalho individual entre o empregador e o empregado, válido apenas entre estes dois personagens. Ao contrário, a autonomia coletiva é retratada pelas normas coletivas de trabalho, ou seja, pelas negociações sindicais e empresariais acerca de certos temas do Direito do Trabalho. São aquelas relações que ultrapassam a esfera individual do trabalhador.

Portanto, de um lado, temos a autonomia. De outro, a heteronomia estatal. Sabe-se, inclusive, que em se tratando de Direito do Trabalho, a fonte é mista, podendo as normas nascer tanto do Estado (heteronomia), como das partes envolvidas (autonomia), nos termos do artigo 8º da CLT e da Constituição Federal.

O importante desse tipo de fonte do direito é a possibilidade do Estado não intervir quando há justa e efetiva regulação autônoma, o que infelizmente não acontece no Brasil. Falta razoabilidade na intervenção. Falta proporcionalidade.

Se a Constituição Federal é a norma que dá validade tanto à CLT ou outras leis esparsas trabalhistas, e também é a Constituição que dá validade às normas coletivas, em tese; estas duas têm o mesmo grau de hierarquia, não podendo uma ingressar no campo de

eficácia da outra, o que faz prevalecer apenas aquelas normas de ordem pública (heterônomas), de incidência obrigatória.

No entanto, na prática, as leis produzidas pelo Estado são hierarquicamente superiores às regras oriundas da autonomia privada, se comparadas dentro de uma estrutura escalonada de normas. É essa a regra de aplicação no campo do direito do trabalho. Mas não deveria ser assim, uma vez que ambas têm o mesmo fundamento de validade – a própria Constituição Federal.

Até aí, este não seria o pior problema. Ocorre que juntando a situação acima ao nosso estilo legislativo, temos uma fonte mista do Direito do Trabalho, onde impera o sistema Romano Germânico – a lei – e esta regula todas as situações possíveis, não dando espaço suficiente para o negociado.

E quanto mais prevalece as normas criadas pelo Estado, menos espaço Têm os particulares para negociar uma norma adequada para si mesmos. Aliás, o empregado no Brasil é tratado como um ser relativamente incapaz. Tudo que este assina, tudo que negocia, não tem validade senão diante dos requisitos da lei e, quando muito, da intervenção do sindicato.

As normas coletivas firmadas, muitas vezes, são rechaçadas pelo próprio Poder Judiciário, que impede a negociação de vários direitos. Por vezes, fazendo prevalecer o “mínimo” legal – ou patamar subjetivo que varia de juiz para juiz, e que por muitas vezes sequer corresponde efetivamente aquilo que se pode chamar de mínimo. Muito disso se deve, realmente, aos sindicatos pelegos, que não negociam direitos, mas simplesmente suprimem regras sem qualquer contraprestação. Mas isso não pode ser generalizado e muitas normas coletivas precisam de mais respeito.

Diz-se que a norma estatal serve para proteger a relação de emprego, mas na verdade a proteção exibida por esse excesso de intervencionismo é do empregado, e não efetivamente da relação de emprego. Tanto o é que o emprego formal no Brasil não tem um índice razoável de aceitabilidade. Quanto maior à proteção do emprego, maior também são os caminhos tomados para fugir desta figura jurídica. Isso é evidente.

Portanto, ao invés de proteger, esse excesso de regulação pode é acabar com o instituto do vínculo empregatício no Brasil.

O Professor Elhanan Helpman, de Comércio Internacional da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, resumiu bem essa situação em entrevista à Revista Veja[7], ao dizer que as leis foram criadas para proteger os trabalhadores, mas hoje podem até prejudicá-los em alguns casos. Nos países mais ricos, muitas empresas estão terceirizando tarefas usando mão-de-obra mais barata de países em desenvolvimento. Nos EUA, onde as leis trabalhistas são menos rígidas do que na União Européia, a tendência é que o número de empregos perdidos seja menor. Se os europeus não mudarem as leis que foram feitas em outras circunstâncias, deverão sofrer com a competição internacional.

Ao contrário do que ocorre hoje, não se pode coibir a autonomia coletiva privada. O negociado deve estar em pé de igualdade com o legislado, devendo prevalecer uma visão macro da situação e não simplesmente individual. A flexibilização, portanto, é

uma saída para uma maior e melhor formalização no mundo do trabalho, devendo o Estado minorar sua intervenção e possibilitar, cada vez mais, uma negociação direta entre as partes envolvidas.

O custo não é o único problema. E não é só a intervenção estatal excessiva que piora a situação. Esse último fator faz com que a nossa CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) também represente outra causa que desencadeia a informalidade.

Primeiro porque tal norma geral rege relações de trabalho cujas características variam das formas mais diversas possíveis. De um lado, um porteiro de condomínio com necessidades laborais específicas, tem a mesma norma que médicos altamente especializados e muito bem remunerados, com características próprias e individualizadas. Um trabalhador de uma grande financeira é regido pela CLT, assim como uma faxineira de um boteco.

A lei trabalhista é a mesma para todos.

Isso decorre porque o Brasil, como sempre, é um país cuja evolução do Direito do Trabalho foi lenta e tardia, senão forjada. Enquanto este ramo do direito nascia com Revolução Industrial, no século XVIII, lá na Inglaterra, no Brasil sequer falava-se em Direito Laboral – o que veio a ocorrer centenas de anos após, com o fim da escravidão.

Enquanto lá na Inglaterra os direitos dos trabalhadores foram surgindo aos poucos, com o passar do tempo, devido às brigas de classes, à necessidade do Estado em manter tudo e todos sob um melhor controle, e também da própria necessidade empresarial, o que gerou, inclusive, a atual negociação sindical pelas antigas *trade-unions*, no Brasil de Getúlio Vargas havia necessidade de criar uma legislação trabalhista em curtíssimo tempo, sem qualquer briga de classes, sem qualquer interferência daqueles que iriam ser efetivamente os agraciados pela regulação.

Por isso pode-se dizer que o Direito do Trabalho no Brasil é forjado. Forjado pelas mãos de um populista, que calou o povo trabalhador com um punhado de normas, e amarrou as mãos do empresariado com uma inflexibilidade absoluta e cara.

Talvez uma importante fonte dos fatores que hoje desencadeiam a crise do Direito do Trabalho (da relação de emprego) seja justamente a forma como nasceu nosso Direito do Trabalho – um direito imposto, e não modulável aos mais diversos aspectos sociais do trabalho no Brasil.

Afinal, tudo que é outorgado, pela via da força ou da manipulação, tem um fim pré-definido, geralmente rápido. É o que está acontecendo com a essência atual do Direito do Trabalho (até hoje, na verdade, mais conhecido como Direito do Emprego), que possivelmente e finalmente passe a representar seu nome efetivo, ou seja, um direito de todo e qualquer trabalho (e não somente do vínculo empregatício).

A prevalência das normas heterônomas, confeccionadas pelo Estado e não pelas próprias partes que naturalmente deveriam negociar suas próprias regras, é característica decorrente justamente do fator anterior, ou seja, do excessivo intervencionismo estatal nas relações de trabalho, o que impede uma adaptação melhor das normas para cada tipo de situação.

O Estado não tem capacidade para produzir leis específicas para cada ramo do trabalho brasileiro. E mesmo que tivesse, não conseguiria se adaptar e evoluir conforme o faz o mercado e as leis autônomas, que vão naturalmente se ajustando a situação e às necessidades.

A lei vê os momentos de bonança, e também de prejuízos, como um único e mesmo momento – exigindo das partes as mesmas condições, seja em que época for. Ao contrário, a autonomia coletiva privada consegue adaptar-se às necessidades e dá possibilidade de sobrevivência a muitos; consegue acompanhar a efervescência das relações sociais.

Portanto, a visão que temos na teoria poderia ser mais respeitada pelo Poder Judiciário, que deveria intervir somente naqueles casos em que há efetivamente necessidade. A autonomia coletiva poderia ser respeitada, devendo o Judiciário verificar alguns requisitos para tanto, como o respeito ao princípio da comutatividade e às normas de ordem pública.

E aqui vale salientar o seguinte: quando as discrepâncias nas relações individuais de trabalho são pequenas (visão micro), não há que se falar em princípio da condição mais benéfica ou da norma mais favorável, que retire o crédito da norma coletiva. Nesses casos, o que vale é aquilo que foi convencionado para a categoria (visão macro), e os benefícios que aquele dispositivo contratual trouxe para todos, no geral. Do contrário, ao empresariado não compensa a norma coletiva.

Agora, se a discrepância é grande – e isso pode acontecer, como efetivamente e geralmente acontece – provavelmente o princípio da comutatividade, que impõe parcelas de mesmo peso numa determinada relação jurídica, não estará sendo respeitado. Daí sim, nestes casos, os princípios norteadores e protetores das relações individuais de trabalho, bem como a fonte mais benéfica, devem prevalecer em detrimento do negociado. É a típica negociação do sindicato pelego.

A análise, caso a caso, da validade ou não daquilo que foi negociado é importante, mas deve ser realizada através de uma visão macro da situação, respeitando-se sempre a solidariedade e benefício coletivo, em prol de pequenas variações individuais.

Com essa tendência, poderíamos absorver os novos atores globais do Direito do Trabalho sem maiores dificuldades, o que resultaria numa maior proteção dos trabalhadores, que não seriam necessariamente e exaustivamente explorados e nem ficariam à margem do direito, tal como ocorre hoje no Brasil, com praticamente metade da mão de obra ativa que temos.

O segredo, na realidade, é saber utilizar das próprias características e regras de negociação do empresariado para modular o Direito do Trabalho, adaptando-o conforme a necessidade e mantendo a proteção mínima esperado para todo e qualquer trabalhador.

4 OS NOVOS ATORES GLOBAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Portanto, como já dito, uma constatação é imediata: estamos diante de novos atores globais nas relações de trabalho. Sejam nas grandes empresas, sejam nas médias e pequenas, as estruturas são outras e os contratos também. A descentralização empresarial, comumente chamada de terceirização, veio para ficar.

E isso se dá justamente pelo propósito patronal de abater custos e elidir responsabilidades[8]. Esse fenômeno que antes ocorria sobre os setores da construção e em algumas atividades rurais, agora atinge toda a civilização, todo o mercado de trabalho.

Portanto, não mais se fala em empresa sem tocar na questão da descentralização, mais conhecida no Brasil como terceirização. E o que chama a doutrina, hoje, de rede de empresas, nada mais é do que a descentralização empresarial (ou terceirização) com uma roupagem mais lícita. Qualquer negócio, do menor ao mais vultoso, utiliza-se da interposição empresarial, seja na atividade meio, seja naquela final, veementemente proibida no Direito. O próprio Estado já é um refém da terceirização.

5 A DESCENTRALIZAÇÃO HIERÁRQUICA

Uma das principais características da descentralização, que adquire roupagens conforme o país de sua aplicação (terceirização no Brasil, por exemplo, ou *outsourcing* nos países de língua inglesa), é a mudança na estrutura hierárquica das empresas. Sem dúvida alguma essa alteração se dá por força do elemento subordinação – marca significativa do emprego.

Se as empresas conseguem, com uma boa engenharia jurídica, relativizar a subordinação, ao mesmo tempo alcançam metas reiteradamente perseguidas no meio empresarial: 1) conseguem distribuir os riscos empresariais para terceiros, 2) enfraquecem os sindicatos, que passam a ter menos representados numa determinada empresa, 3) diminuem custos com salários mais baixos e, 4) diminuem custos também com uma estrutura especializada.

As vantagens são evidentes. E justamente no item 03 (diminuição de custos com salários mais baixos) é que reside o problema, pois com isso fica clara a depreciação do valor do trabalho. No entanto, várias empresas estão, ao poucos, verificando que a diminuição de custos (principal motivo da descentralização) pode ser obtida mais pela especialização do setor, que simplesmente pelo pagamento de salários mais baixos para a categoria.

Portanto, não se fala mais em empresas com uma estrutura hierárquica e vertical, mas sim numa hierarquização horizontal, o que faz aparecer no mercado uma competição entre redes de empresas, que, em conjunto (cada qual com seus empregados e suas próprias regras de subordinação) competem a favor de uma mesma marca.

Antigamente, ao dissecar uma empresa, poderíamos encaixar sua estrutura empresarial dentro de um grande triângulo, onde no topo representava a gerência e logo abaixo os trabalhadores, todos devidamente hierarquizados dentro de vários outros departamentos,

um abaixo do outro. Uma estrutura única e vertical, de fácil visualização e subordinação plenamente delimitada e cristalizada.

Hoje, o que vemos mais parece um “chapéu” de abas largas que um triângulo propriamente dito. Temos uma gerência técnica e contratualmente superior no centro, e ao redor, horizontalmente, várias e várias empresas, que trabalham num sistema próprio e devidamente formatado, todas com um objetivo comum.

A subordinação entre tais empresas é somente técnica e, como regra, contratual – mas não jurídica, tal qual a da relação de emprego. É técnica a subordinação, pois, ao unirem empresas diversas, estas trabalham em prol de uma marca comum. E se assim o fazem, certamente aquela detentora do Know How tem a obrigação de repassar o conhecimento necessário à manutenção da qualidade da marca.

Já o termo contratual destaca-se no sentido de exclusividade ou exigências de regras específicas para alcance de uma melhor qualidade do produto, resultado da atividade conjunta dessas redes de empresas. Afinal, se estas competem como um grupo, há de se delimitar regras de atuação individualizadas, para que se alcance o fim almejado por todos.

6 EMPREGADO EMPRESÁRIO

De outro lado, temos várias pessoas físicas que antigamente eram empregados formais, com anotação em Carteira de Trabalho e vínculo de emprego naturalmente reconhecido e, hoje, são “donos” de empresas – empresários. São os empregados empresários. São as novas pessoas jurídicas que sequer funcionários têm. Muitas delas, dentro da lei, com autonomia suficiente para não serem reconhecidas como empregados perante o Direito do Trabalho.

Não mais se tem como exceção as pessoas jurídicas que sequer empregados possuem. Essas já representam uma quantidade significativa e presumem, portanto, uma nova roupagem para o trabalhador que antes tinha vínculo empregatício e agora o tem no Direito Comercial ou Civil.

Pelos dados do IBGE, relatados pelo Prof. José Pastore[9], cerca de 66% das empresas brasileiras não têm empregados (2003). E a tendência não é só nacional, pois nos Estados Unidos, o índice chega a 77%, de forma muito semelhante àquela que vivemos aqui.

Aí, portanto, reside um outro problema: geralmente, quando essa descentralização via transformação da prestação do trabalho de pessoa natural para pessoa jurídica ocorre, em muitos casos a fraude é evidente. E, nesses casos, ao invés de evolução, há uma regressão e supressão de direitos e proteções.

Não se está aqui criticando essa forma de trabalho. Mas apenas se constatando que é efetivamente um meio de fraudes à legislação trabalhista, comumente utilizado no

mercado. Mas se esse tipo de descentralização for bem feita, ao contrário dos casos fraudulentos, a qualidade do serviço aumenta, e, por conseguinte, o valor da onerosidade também.

5 A RELATIVIZAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA

Como se verifica pelas características já citadas, a única forma de legalizar a situação daqueles que vem sendo os novos atores globais é a relativização da subordinação via descentralização da atividade, o que é extremamente difícil e complicado quando se fala em redes de empresas e necessidade de manutenção da qualidade mínima.

Logicamente, umas são completamente fraudulentas e visam, na prática, a redução forçada e imediata de custos. Outras são legais e não têm como meta a precarização do valor do trabalho, mas sim uma especialização e, portanto, uma maior eficiência na produção e, de forma mediata, a redução de custos.

Percebe-se que em ambos os casos, a descentralização – ou terceirização - alcança o resultado esperado pelo empresariado. No primeiro, o resultado é imediato, mas provavelmente o prejuízo com a economia forçada pode ser irreal, já que no futuro, a produção pode não ser maior; e eventuais ações na Justiça do Trabalho podem superar o valor impago, inclusive pode-se facilmente constar que a Justiça do Trabalho virou um mercado. No segundo caso, a redução de custos é gradual, mas certamente mais eficaz e menos perigosa, gerando um passível no mínimo previsível e sob controle.

No entanto, é preciso ressaltar que, seja na terceirização lícita, seja naquela evidentemente fraudulenta, a subordinação nunca é deixada de lado. Sempre haverá um mínimo de subordinação, e aí reside o problema de saber o que é lícito. Isso porque há de se existir um mínimo de ordens e meios delimitados pelo tomador do serviço. E a confusão entre a terceirização aceita, e aquela proibida, reside justamente em saber se a subordinação existente é razoável juridicamente ou não.

Por exemplo, antigamente as empresas maiores controlavam toda a produção, todos os serviços, criando departamentos e mais departamentos, hierarquias e mais hierarquias e assim por diante. Hoje a situação mudou: as empresas costumam terceirizar departamentos inteiros, chegando ao ponto de repassar para outras empresas parte da própria atividade essencial da empresa. As terceirizações estão ultrapassando os limites antigos, ligados aos departamentos jurídicos, à contabilidade ou ao asseio e conservação.

Tanto o é que a descentralização empresarial criou nichos para auditorias diversas, onde as descentralizadas contratualmente se obrigam a seguir certos padrões de qualidade e exigências antes sequer pensados.

A descentralização, com isso, pode alcançar, agora, todo e qualquer ramo ou departamento. Inclusive aqueles tidos como atividade fim da empresa. Essa distinção entre atividade fim e atividade meio, portanto, não serve mais. A terceirização lícita ou ilícita mede-se, doravante, pela precarização do trabalho, e não pelo tipo de atividade.

Eis, pois o problema principal dessa terceirização lícita, que reduz a subordinação direta da tomadora dos serviços é justamente a qualidade dos fornecedores e produtores. Hoje, tendo em vista que as empresas trabalham em redes, e não mais numa hierarquia vertical, é necessário que haja controles de qualidade rígidos, que não retirem a autoridade e subordinação da empresa terceirizada, mas que apenas imponham regras claras de produção e respeito aos fundamentos da marca. As empresas não concorrem mais umas com as outras. Concorrem sim os grupos empresariais, uns com os outros – sempre na representação de uma marca.

Vejamos uma história recente, publicada na mídia[10] em setembro de 2007: a “Disney vai controlar qualidade de brinquedos terceirizados”. No caso, a atividade essencial da Disney é a diversão, o turismo – e para tanto se utiliza dos seus brinquedos, entre outras atividades de entretenimento. No caso, as companhias Walt Disney e Toy’sUs darão seus próprios controles de qualidade para garantir a segurança de produtos, após o episódio no qual foi detectado excesso de chumbo na pintura de brinquedos da Mattel, fabricados na China.

A própria Volkswagen utiliza normas e critérios específicos para mediar e avaliar a qualidade de seus fornecedores, o que eles denominam de “norma VDA 6.3, da Associação Alemã de Normatização para a Indústria Automobilística”[11]. Novamente uma ingerência para manutenção da marca. São as redes competindo em conjunto, com manutenção de autonomia individualizada.

Portanto, temos sim uma ingerência empresarial que justamente coloca em risco a autonomia da subordinação local da prestadora de serviços ou fornecedora de produtos (as terceirizadas), mas que cada vez torna-se mais natural e aceitável, o que nos faz relativizar a subordinação e aceitar uma terceirização amena, mais lícita e, quem sabe, mais justa.

E mais justa, pois algumas empresas já começam a exigir, além da qualidade necessária à produção, o respeito pelas normas mínimas de meio ambiente, saúde e segurança no trabalho e, até, do próprio direito do trabalho. Esse novo mercado criado pela globalização e tecnologia trouxe a necessidade, em alguns casos, de cumprimento espontâneo da legislação – tudo para manter a melhor imagem possível da empresa.

Logicamente, quando pensamos nos exemplos citados, de grandes empresas, fica fácil visualizar a autonomia de cada uma, pois altos valores estão envolvidos. Mas quando falamos desses novos atores menores, mais frágeis, a situação complica, pois a autonomia fica minorada e a subordinação relativizada. Mas esses são os novos atores que a lei precisa urgentemente adequar e proteger.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, diante de todo o fundamentado acima, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho está realmente mudando, o que vem afetando diretamente as relações de emprego em todo o mundo, inclusive no Brasil.

A situação de nosso sistema legislativo trabalhista precisa ser imediatamente alterada e adaptada á realidade, sob pena de perdermos o controle da situação. O custo do emprego tornou-se alto demais e, se não conseguirmos entrar em patamares de concorrência, várias empresas fugirão do país, rumo à nações em que o trabalho seja muito mais barato. O emprego corre perigo.

Não se pretende, aqui, que o Brasil torne-se uma China, explorando seus trabalhadores ao extremo, com baixíssimos salários. E muito menos que o Brasil seja como os Estados Unidos, onde a regulação estatal das normas trabalhistas é quase nula, prevalecendo na maioria das vezes o negociado.

O que se quer, apenas, é uma alteração para permitir a flexibilização do Direito do Trabalho, com responsabilidade e segurança, melhorando a renda daqueles que recebem menos, e flexibilizando aquilo que ultrapassa os limites do razoável e do permitido. Uma coisa é certa: a flexibilização já existe, mas não tem regras – principalmente nas mãos de sindicatos pelegos e necessitados, que acabam vendendo normas coletivas para sobreviver.

É nesse ponto que o Estado tem que interferir, preservando um mínimo necessário e digno para o trabalhador e possibilitando que a hierarquia entre norma coletiva e normas estatais seja efetivamente a mesma, devendo aquelas serem respeitadas sempre que presentes o benefício coletivo (visão macro) e a comutatividade entre as prestações avançadas.

Não basta somente isso – é necessário que o Estado desonere, também, o custo do emprego no Brasil, criando meios de formalizar outras formas do vínculo empregatício, permitindo uma melhor proteção para o trabalhador empregado e também o trabalhador em vínculo de emprego. Preferencialmente, uma solução barata, simples e que permita ser adaptada para cada tipo e nível de empresa, o que somente pode ser alcançado através das normas autônomas, e nunca das heterônomas – estas naturalmente inflexíveis.

Portanto, respondendo a pergunta do Prof. Pastore, não é somente a lei que deve se adaptar á realidade. E nem a realidade somente que deve se adaptar à lei. São vários fatores que devem ser trabalhados para, juntos, solucionarem os problemas atuais – e a solução é válida somente para este momento em que vivemos – sendo que no futuro teremos novamente que nos adaptar ao caminho percorrido pelo capital atrás do lucro.

A descentralização empresarial está aí, na nossa cara – frente a frente do vínculo empregatício direto e por demais conhecido e onerado. E a engenharia jurídica cada vez traz uma roupagem mais lícita à terceirização, com a relativização da subordinação, que fica geralmente atrelada a uma marca, e não uma empresa tomadora principal. E tal situação vem sendo naturalmente aceita, já que a priori, não se traduz em precarização, mas sim nas atuais redes de empresas, que concorrem em conjunto no mercado.

Logicamente temos várias fraudes nesse campo, uma vez que esse artifício é cada vez mais utilizado para burlar a legislação e o custo do emprego. Mas a situação começa a se alterar e se legalizar, com situações que demonstram, cada vez mais, uma autonomia e subordinação relativizada das partes envolvidas no trabalho. Temos também cada vez mais autônomos e terceirizados, com salários mais baixos e representatividade sindical

confusa e obscura. Muitas empresas criam outras empresas diversas para inserir na linha de produção, com outros objetos sociais que alteram completamente a representatividade e os benefícios até então adquiridos pela categoria.

Mas parte dos novos atores globais do Direito do Trabalho é bem diferente, e pode mudar descentralização caracterizada até agora por fraudes. Hoje, algumas grandes empresas dominam o mercado e, por vezes, até o legislativo, fazendo com que leis sejam produzidas conforme suas necessidades, e que aquelas outras empresas envolvidas cumpram, obrigatoriamente, as normas e obrigações legais impostas a todos. Por um lado, isso é bom, pois o próprio mercado cria uma cultura de governança corporativa interessante para o Direito.

Esses são justamente os novos atores globais – além de outros que sempre aparecem. No entanto, estes são os principais, pois a realidade nos mostra cada vez mais a atuação descentralizada e em rede de empresas. E a lei deve ser rápida o suficiente e objetiva o bastante para regular esses casos, de forma a proteger os trabalhadores, incluindo aí tanto os empregados das grandes redes, como os trabalhadores das redes, alcançando inclusive suas ramas.

REFERÊNCIAS

PASTORE, José. Trabalhar custa caro. São Paulo: LTr, 2007.

PASTORE, José. As mudanças no mundo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Antonio Escosteguy. Trabalho, Tecnologia e globalização: a necessidade de uma reforma sindical no Brasil. São Paulo: LTr, 2006.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. La Descentralización Empresarial y el Derecho Del Trabajo. Montevideú/Uruguai, Editora Fundacion de Cultura Universitaria, 2000

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

[1] Berman, Marshall (ISBN 8535910301)

- [2] PASTORE, José. Trabalhar custa caro. São Paulo: LTr, 2007 (p. 41).
- [3] PNAD, 2007 (www.ibge.com.br).
- [4] PNAD, 2005 (www.ibge.com.br).
- [5] RODRÍGUEZ, Américo Plá. La Descentralización Empresarial y el Derecho Del Trabajo. Montevideú/Uruguai, Editora Fundacion de Cultura Universitaria, 2000 (p. 11).
- [6] PASTORE, José. Trabalhar custa caro. São Paulo: LTr, 2007 (p. 47).
- [7] <http://veja.abril.com.br/120105/entrevista.html>
- [8] RODRÍGUEZ, Américo Plá. La Descentralización Empresarial y el Derecho Del Trabajo. Montevideú/Uruguai, Editora Fundacion de Cultura Universitaria, 2000 (p. 11).
- [9] PASTORE, José. Trabalhar custa caro. São Paulo: LTr, 2007 (p. 100).
- [10] www.g1.globo.com.br (acesso em 23/09/2008) – notícias do dia 11/09/2007, 09:43 hs.
- [11] www.vw.com.br (“qualidade assegurada”) – acesso em 23/09/2008.

A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS DEPENDENTES DOS TRABALHADORES PRESOS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE INSTITUÍDO PELA EC Nº 20/98 AO AUXÍLIO-RECLUSÃO *

THE SOCIAL SECURITY OF THE CONVICTED WORKER DEPENDENTS: THE INCONSTITUTIONALITY OF THE LIMIT BRINGED BY THE CONSTITUTIONAL EMENDATION Nº 20/98 TO THE RECLUSION SUPPORT

Zélia Luiza Pierdoná

RESUMO

A Constituição Federal arrola, no art. 6º, os direitos sociais, os quais são considerados direitos fundamentais. Dentre os direitos sociais referidos no mencionado dispositivo constitucional estão a saúde, a assistência e a previdência social que juntos formam o que a CF/88 denominou seguridade social, a qual apresenta dois aspectos: em um deles está a saúde que é dirigida a todos e, no outro, tem-se a garantia de recursos nas situações geradoras de necessidades, quando referidos recursos não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Nesse segundo aspecto encontramos a previdência e a assistência. Esta tem por objetivo a proteção aos necessitados, concedendo-lhes o mínimo existencial. Já a previdência visa à garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes quando diante da ausência de capacidade laboral, concedendo-lhes benefícios, os quais garantem a manutenção do nível médio de vida do trabalhador e seus dependentes. A legislação previdenciária estabeleceu aos dependentes dos segurados dois benefícios: pensão por morte e auxílio-reclusão. O auxílio-reclusão é devido aos dependentes dos segurados presos. A EC nº 20/98 deu nova redação ao art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, determinando que referido benefício seja concedido apenas aos dependentes dos segurados da previdência social que auferiam baixa renda antes da prisão, a qual referida emenda fixou em três salários-de-contribuição (atualmente R\$ 710,08). Assim, todos os dependentes de segurados que recebam, antes do encarceramento, rendimentos superiores ao citado limite, não terão acesso ao mencionado benefício previdenciário. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a inovação constitucional efetuada pela Emenda Constitucional nº 20/98 não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, uma vez que utiliza um fator de discrimen não justificado, devendo, referida limitação, ser afastada pelo Poder Judiciário e, dessa forma, garantir que todos os dependentes de todos os trabalhadores encarcerados, independentemente do valor da remuneração que auferia antes da prisão, recebam a devida proteção previdenciária.

PALAVRAS-CHAVES: PREVIDÊNCIA SOCIAL; DEPENDENTES; AUXÍLIO-RECLUSÃO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution lists, in the 6° article, the social rights, that where considered fundamental rights. The health, the assistance and the social security are presents among the social rights refered in that constitutional article, and together they made what the CF/88 called Social Security, that has two aspects: the health is included in one of them, and it is made for everybody. In the another one, is founded the resources that guarantee the necessities situations, when these resources can't be achieved by own work. In this second aspect we found the social security and the assistance. The last one has the needer protection like an objective. On the another hand, the social security aims at the resources guarantee to the worker and your dependents when the incapacity overtook them, granting benefits, that pledging the maintenance of the medium level of life. The social security legislation established for the dependents two benefits: pension for the death and reclusion support. The reclusion support is debt to the dependents of the convicted. The Constitutional Emendation nº 20/98 brings a new composition for the 201 article, IV, of the Brazilian Federal Constitution, ordering that the mentioned benefit be given only to the dependents of the insured who received, before the imprison, low income, that the Emendation fixed on three contribution salary (R\$ 710,08, nowadays). In this manner, all the dependents that earned, before the imprison, incomes that were superior of the rate, will not have access of the social security benefit. The present dissertation has the purpose to show that the constitutional innovation did by the Constitutional Emendation nº 20/98 does not have valid arguments in the Brazilian juridical system, because it utilized a discriminate factor not justified. So, refered limitation must be repeled by the Judiciary System, and, in this manner, assurance that all the dependents of all the convicted insured, no matter how much they earned before the imprison, received the proper social security protection.

KEYWORDS: SOCIAL SECURITY; DEPENDENTS; RECLUSION SUPPORT.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 20/98 deu nova redação ao art. 201, IV da Constituição de 1988, estabelecendo que a Previdência Social atenderá, nos termos da lei, ao “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda”.

O art. 13 da referida emenda fixou como baixa renda e, portanto, como limite para a concessão dos benefícios acima referidos, o valor de R\$ 360,00[1],o qual é corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Dessa forma, todos os dependentes de segurados (tanto do regime geral, quanto dos regimes próprios dos servidores) que auferiram, antes do encarceramento, rendimentos superiores ao fixado, ficarão, caso não seja afastado o limite imposto pela citada emenda, desprotegidos pela previdência social, quando esta visa justamente proteger os trabalhadores e seus dependentes em situação geradora de necessidade.

Assim, considerando que mencionado limite foi introduzido no ordenamento jurídico por meio de emenda à constituição, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a referida limitação não encontra fundamento de validade nos princípios constitucionais, motivo pelo qual deve ser afastada pelo Poder Judiciário. O *discrímen* utilizado pelo constituinte reformador (dependentes de segurado que recebia antes do encarceramento além do limite fixado) não encontra justificativa nos princípios da seguridade social, bem como nos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

1 - A proteção social na Constituição de 1988[2]

A Constituição Federal arrola, no art. 6º, os direitos sociais, os quais são considerados direitos fundamentais. Dentre eles temos o direito à saúde, à assistência e à previdência social. Referidos direitos, em conjunto, formam o sistema de proteção social que a CF/88 denominou seguridade social.

A seguridade social tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda sociedade, conforme preceitua o art. 195 da Constituição Federal.

Mencionada proteção apresenta duas faces: uma delas assegura saúde a todos e a outra tem por objetivo garantir recursos financeiros nas situações de necessidade. Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência social.

A previdência é prestada aos trabalhadores e seus dependentes e exige contraprestação dos segurados para que eles tenham acesso à referida proteção, a qual visa a manutenção do nível médio de vida dos referidos beneficiários. Já a assistência é prestada aos necessitados, independentemente de contribuição, e tem por objetivo a garantia do mínimo existencial.

Considerando que o objeto do presente trabalho se insere na previdência social, abaixo teceremos algumas considerações sobre mencionado direito.

2 – A previdência social

Vimos acima que a previdência social é direito fundamental social destinado aos trabalhadores e a seus dependentes, o qual assegura a concessão de recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral, morte ou prisão. Vimos ainda, que citada proteção tem por objetivo a manutenção média de vida dos trabalhadores e seus dependentes. Entretanto, diferente das demais áreas da seguridade social, para que o segurado ou seus dependentes façam jus às prestações previdenciárias, deve ele cumprir um dever correlato: necessidade de contribuição.

A previdência apresenta uma proteção obrigatória e outra facultativa. A obrigatória abrange todos os cidadão que exercem atividade remunerada, os quais estarão vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios.

O regime geral, considerado regime básico, tem por finalidade proteger todos os trabalhadores, excetuando apenas aqueles vinculados aos regimes próprios, os quais são instituídos pelos entes federativos para proteger seus respectivos servidores titulares de cargos efetivos[3].

Assim, a proteção obrigatória se dá pelo regime geral e pelos regimes próprios dos entes federativos, sendo que citados regimes excluem-se mutuamente. Por meio dos dois regimes o Estado viabiliza a todos os trabalhadores acesso à previdência e, com isso, eles e seus dependentes estarão protegidos das contingências geradoras de necessidades, uma vez que será garantido recurso quando este, em virtude de incapacidade laboral, morte ou prisão, não é obtido com o fruto do trabalho.

Dessa forma, os segurados e seus dependentes possuem a segurança de que estarão protegidos nas contingências sociais, pois o Estado garante que as situações de necessidade serão amenizadas pelos benefícios previdenciários. Para isso, o poder público exige contribuições, garantindo aos beneficiários prestações previdenciárias.

A proteção previdenciária apresenta limites fixados juridicamente. O limite aplicável ao regime geral é de dez salários-de-contribuição[4] e o dos regimes próprios têm seu limite fixado no art. 40, § 11, da CF (aos proventos de inatividade deverá ser aplicado o limite fixado no art. 37, XI). Assim, ainda há limites diferenciados para os dois regimes. No entanto, a Constituição preceitua que os entes federativos poderão adotar o mesmo limite aplicado ao regime geral, mas nesse caso deverão criar previdência complementar aos seus servidores, nos termos dos §§ 14 a 16 do art. 40 da CF.

O art. 201 CF estabelece regras sobre o regime geral de previdência social, aplicado, obrigatoriamente, a todos os trabalhadores, excetuando-se os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando o respectivo ente tenha instituído regime próprio, nos termos dos preceitos do art. 40, também da CF. Os militares também são excluídos do regime geral, haja vista o inciso X, do art. 142 da CF e art. 42, §§ 1º e 2º.

A previdência obrigatória tem como pressuposto o exercício de atividade remunerada e a contraprestação direta do segurado, a qual incide, como regra geral, sobre a remuneração do trabalho. Mencionada proteção tem por objetivo a substituição dos rendimentos do trabalho e, por esse motivo, os benefícios previdenciários partem de uma média das remunerações auferidas pelo trabalhador durante sua vida laboral. A partir da EC nº 41/03, isso também ocorre no regime dos servidores públicos, uma vez que o benefício será calculado considerando as remunerações utilizadas como base das contribuições do servidor no regime próprio e no regime geral, na hipótese de o servidor antes ter exercido atividade sujeita ao citado regime previdenciário, nos termos do art. 40, §3º, da CF.

Além da proteção previdenciária obrigatória, a CF prevê uma proteção adicional, a qual tem seus preceitos no art. 202 e nos §§ 14 a 16 do art. 40. Possui caráter complementar e apresenta como característica a facultatividade. Seu objetivo é a continuidade do mesmo padrão de vida que o trabalhador e sua família usufruíam durante a vida laboral, já que os regimes obrigatórios concedem benefícios que correspondem aos ganhos médios do trabalhador, até o limite comentado acima. As Leis Complementares 108 e 109, ambas de 29-05-2001, estabelecem os preceitos da previdência complementar.

O regime geral de previdência social concede benefícios aos trabalhadores (segurados) e aos seus dependentes, para protegê-los dos riscos sociais (eventos) que a Constituição estabeleceu no art. 201. Mencionados riscos também são protegidos nos regimes próprios (dos servidores), uma vez que o art. 40, §12, da CF determina que o citado regime deve observar, “no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral”.

Em relação aos dependentes, a legislação previdenciária, atendendo aos preceitos constitucionais acima referidos, estabeleceu dois benefícios: pensão por morte e auxílio-reclusão. O presente trabalho visa analisar o último benefício citado, especialmente em razão da inovação introduzida pela EC nº 20/98.

3 – A natureza jurídica do auxílio-reclusão

Os dependentes dos segurados vivem com o fruto do labor do trabalhador e, quando ele é recolhido à prisão, a previdência social concede-lhes o benefício de auxílio-reclusão, o qual visa justamente substituir os rendimentos do trabalho, já que em razão do encarceramento estão impedidos de exercerem atividade remunerada e, com isso, auferir rendimentos do trabalho.

Assim, o auxílio-reclusão é um benefício previdenciário concedido aos dependentes dos segurados recolhidos à prisão, garantindo-lhes, dessa forma, recursos para a sua sobrevivência, nos padrões médios que tinham antes do encarceramento do trabalhador.

A EC nº 20/98 deu nova redação ao art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, determinando que o salário-família e auxílio-reclusão sejam concedidos apenas quando os segurados da previdência social afirmam rendimentos até o limite estabelecido pela citada emenda[5]. Ressaltamos que referido limite é aplicado também nos regimes próprios, haja vista o disposto no art. 13[6] da emenda constitucional citada, o qual expressamente refere o termo “servidores”.

Dessa forma, aos dois benefícios, salário-família e auxílio-reclusão, aplicam-se o limite referido na EC nº 20/98. Entretanto, ao contrário do salário-família, que se caracteriza por ser complementar aos rendimentos do trabalho, uma vez que o segurado já conta com a retribuição de seu trabalho, o auxílio-reclusão é substitutivo da renda que seria auferida se o segurado não estivesse encarcerado.

Sendo substitutivo da renda, o benefício previdenciário é a única fonte de recursos para a sobrevivência da família do segurado. Impedir a concessão aos dependentes daquele segurado que auferia, antes da prisão, rendimentos acima de três salários-de-contribuição, é deixá-los sem proteção, quando, conforme vimos, a previdência busca amparar os segurados e seus dependentes quando da ausência de ingressos advindos da atividade laboral.

O fator de *discrímen* utilizado pelo constituinte reformador foi o rendimento auferido pelo trabalhador antes de seu encarceramento. Assim, considerando a finalidade da previdência social comentada acima (substituir o rendimento do trabalho, quando não há a obtenção de recursos advindos do exercício da atividade); e, considerando a natureza do benefício auxílio-reclusão (substituir a renda do trabalhador, enquanto ele se mantenha preso), a seguir analisaremos se o fator de *discrímen* utilizado encontra fundamento de validade nos princípios da Constituição. Analisaremos, ainda, considerando o instrumento utilizado para introduzir a referida limitação, se a inovação pode ou não ser afastada do ordenamento jurídico.

4 – O fator de *discrímen* utilizado pela EC nº 20/98 para a concessão do auxílio-reclusão

O inciso IV do art. 201 da CF teve nova redação com a EC nº 20/98, o qual estabeleceu que, nos termos da lei, o salário-família e auxílio-reclusão devem ser concedidos aos dependentes dos segurados de baixa renda.

A referida emenda, no art. 13, estabeleceu como baixa renda, os rendimentos iguais ou inferiores a R\$ 360,00.[7] Assim, somente se o segurado, antes do encarceramento, receber valores iguais ou inferiores ao citado limite (valor esse que será corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social), é que seus dependentes farão jus ao benefício de auxílio-reclusão.

Conforme comentado no item anterior, o salário-família é complementar aos rendimentos dos empregados e dos trabalhadores avulsos e é benefício devido ao segurado. Já o auxílio-reclusão é substitutivo do rendimento do trabalhador, uma vez que a prisão o impede de exercer atividade remunerada, e é benefício devido aos dependentes de todos os segurados.

Assim, considerando a natureza do auxílio-reclusão, bem como a finalidade do direito à previdência, analisaremos se o limite instituído pela EC nº 20/98 deve ser mantido ou afastado.

O fator de *discrímen* é a renda auferida pelo segurado. Dessa forma, se ele auferir renda menor ou igual ao limite, seus dependentes terão proteção, se auferir acima do limite, seus dependentes ficarão totalmente desprotegidos.

Celso Antônio bandeira de Mello assevera que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”[8].

Para verificar se as diferenciações atendem ao princípio da igualdade, o referido autor apresenta três questões:

(...)

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia entre eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição[9].

Assevera o autor que “fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida (...). Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas[10].

Assim, com base nos ensinamentos do ilustre jurista brasileiro citado acima, devemos analisar se o limite instituído pela EC nº 20/98 se justifica ou se viola o princípio da igualdade, o qual é a viga mestra do Estado social instituído pela CF/88.

Analisando a primeira questão por ele apresentada, verificamos que o elemento tomado como fator de desigualação é a baixa renda auferida pelo segurado, antes da prisão.

A partir disso, devemos analisar se há correlação lógica entre o fator erigido como critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

Adotando o critério estabelecido pela EC nº 20/98, observamos que apenas os dependentes dos segurados que auferiam, antes do encarceramento rendimentos inferiores ao limite fixado, terão acesso ao auxílio-reclusão. Os demais ficaram desprotegidos, já que não receberam qualquer benefício previdenciário. Dessa forma, a renda auferida pelo segurado antes da prisão garantirá ou não aos seus dependentes o recebimento do benefício.

Assim, pelo critério adotado na EC nº 20/98, alguns dependentes terão direito à proteção previdenciária e outros não. Resta, portanto, segundo as questões propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello, analisar se há consonância desta correlação com os interesses absorvidos no sistema constitucional, o que faremos no próximo item.

5 - Princípios constitucionais relacionados à inovação introduzida pela EC nº 20/98

Neste item analisaremos quais os princípios constitucionais que estão relacionados à limitação determinada ao auxílio-reclusão por meio da EC nº 20/98.

Observamos, antes disso, que, conforme já referimos no item 2, a previdência social é direito fundamental social, o qual tem por objetivo a proteção dos trabalhadores e seus dependentes nas situações de necessidades. Assim, todos os trabalhadores brasileiros, bem como seus dependentes, têm direito à proteção previdenciária, já que se trata de direito fundamental. Vimos, ainda, que referido direito exige o cumprimento de um dever correlato: contribuir para o sistema previdenciário.

A previdência assegura a concessão de recursos nas situações em que eles não poderão ser obtidos pelos trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral, morte ou prisão. Dessa forma, se o trabalhador cumpriu seu dever de contribuir para o sistema, ele e/ou seus dependentes fazem jus à citada proteção.

5.1 – Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

A EC nº 20/98 não limitou o valor a ser recebido, mas impediu o recebimento, violando, assim, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da CF), o qual é dirigido à seguridade social. Mencionado princípio, na área da Previdência Social, tem uma aplicação mais restrita: atinge todos os segurados e seus dependentes e não a toda população brasileira, como ocorre com a saúde.

Assim, a inovação da EC nº 20/98 excluiu da proteção previdenciária parcela dos dependentes dos segurados e, por essa razão, afetou o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, com as especificidades aplicáveis à subárea previdenciária.

Entendemos que a limitação imposta pela EC n.º 20 deve ser afastada, já que deixa desprotegidos os dependentes dos segurados que recebiam, antes da prisão, valores acima do referido limite.

Dessa forma, a alteração constitucional não encontra fundamento de validade nos princípios que conformam a seguridade social, em especial a previdência social, uma vez que deixa ao desamparo a família do segurado com renda superior ao limite legal. O benefício previdenciário auxílio-reclusão tem justamente a finalidade de prover a manutenção dos dependentes do segurado preso.[11]

5.2 – Violação ao princípio da personalidade da pena

O art. 5º, XLV da Constituição Federal estabelece que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. No entanto, quando a EC nº 20/98 impede que os dependentes dos segurados, que auferiam rendimentos além do limite estabelecido, tenham acesso ao auxílio-reclusão, está estendendo os efeitos da pena para além do condenado. Dessa forma, traz reflexos da prisão do segurado aos seus dependentes, já que eles não terão recursos para sua sobrevivência.

Magalhães Noronha[12] sustenta que a personalidade impõe-se pela finalidade retributiva. Se a pena é retribuição do mal causado pelo infrator, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele.

Assim, a limitação imposta pela EC nº 20/98 viola o princípio da personalidade da pena, devendo também, por este motivo, ser afastada pelo Poder Judiciário.

5.3 – Violação ao princípio da isonomia

Com a limitação introduzida pela mencionada emenda constitucional, temos flagrante violação ao princípio da isonomia, já que os dependentes de segurado que auferiam rendimentos inferiores ao limite fazem jus à proteção previdenciária, enquanto os dependentes dos segurados que recebiam além desse limite não estão tendo a proteção previdenciária que lhes seria devida.

Poderia haver a alegação de que a remuneração recebida pelo segurado, antes da prisão, é fator que agasalha a desigualação. No entanto, referida alegação não deve prevalecer, haja vista que não é o valor do benefício que foi limitado, mas o acesso a ele, motivo pelo qual, não se pode aceitar nem mesmo o argumento de que o princípio da seletividade e distributividade (art. 194, parágrafo único, III da CF) permitiria a mencionada limitação.

Poder-se-ia admitir a limitação no benefício, mas nem mesmo essa é possível, já que a previdência visa garantir o padrão de vida do trabalhador e seus dependentes, motivo pelo qual o benefício é calculado considerando-se os salários-de-contribuição, o qual equivale à remuneração do trabalhador.

Os termos do Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3048/99, violam ainda mais a isonomia, uma vez que, segundo seu art 116, a concessão de auxílio-reclusão será devida quando o último salário-de-contribuição do segurado for inferior ou igual a três salários-de-contribuição.

Na aplicação do preceito infralegal podemos ter uma situação na qual o segurado, quando da prisão, auferia rendimentos inferiores ao limite, mas que o benefício a ser concedido aos seus dependentes tenha valor superior ao citado limite, já que o benefício auxílio-reclusão tem como base o salário-de-benefício e esse, nos termos da Lei nº 8.213/91, corresponde à média dos salários-de-contribuição. Assim, se um segurado antes da prisão recebia remuneração inferior, mas em meses anteriores ele recebia além do limite, a média poderá ser superior, o que demonstra a fragilidade do preceito introduzido no ordenamento jurídico com a EC nº 20/98.

5.4 – Violação ao § 2º do art. 201 – garantia de um salário mínimo

O art. 201, §2º da Constituição Federal estabelece que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Já vimos acima que o auxílio-reclusão possui natureza substitutiva e, por ser substitutivo do rendimento do trabalho não poderá ser indeferido aos dependentes do segurado que recebia, antes da prisão, remuneração acima do limite mencionado, pois isso significaria reduzi-lo a zero, quando a Constituição, conforme vimos, impede benefícios substitutivos inferiores ao salário-mínimo. Portanto, o indeferimento do benefício viola, também o mencionado preceito constitucional.

Apesar da violação direta ao referido enunciado constitucional, entendemos que a concessão do benefício em um salário mínimo também violaria a Constituição, já que a Previdência Social tem por objetivo a manutenção média da renda do trabalhador e seus dependentes e não apenas a concessão de um mínimo.

Assim, caso a emenda aludida tivesse garantido, no caso de o segurado auferir rendimentos maiores que três salários-de-contribuição, um salário-mínimo, entendemos que estaria transformando o benefício previdenciário em benefício assistencial.

E, embora a assistência social também faça parte da seguridade social, como o faz a previdência social, aquele direito social é dirigido aos necessitados, independentemente de contribuição, nos termos do art. 203 da CF, enquanto a previdência social é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes e é um direito que exige a contraprestação direta dos segurados, nos termos do art. 201, também da CF.

5.5 – Da não violação ao princípio do custeio prévio

O § 5º, do art. 195, da Constituição Federal estabelece que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Referido dispositivo constitucional determina que não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja entrada (receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações), ou seja, poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade social somente se houver recursos para tanto. Isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja a contrapartida financeira.

Assim, devemos analisar se é possível afastar a limitação imposta pela emenda (extensão do auxílio-reclusão a todos os dependentes de todos os segurados, independente de quanto era sua renda antes do encarceramento) sem que haja previsão de custeio para tanto.

Nesse sentido, não há que se falar em violação do princípio em comento, haja vista que o benefício, antes da EC nº 20/98, era pago a todos os dependentes dos segurados, independente de quanto estes recebiam antes do encarceramento. Não houve redução das contribuições após a limitação imposta, o que permite o afastamento da restrição sem qualquer outra previsão de custeio.

6 - As emendas no sistema constitucional pátrio

Considerando que o limite referido acima foi introduzido no ordenamento pátrio pela Emenda Constitucional nº 20/98, discorreremos sobre o mencionado instrumento

normativo e a possibilidade de afastá-lo quando em desacordo com os princípios (alicerces) implantados na Constituição originária.

A Constituição, dotada da característica de rigidez, é um documento que aspira à permanência, mas não à perenidade. Por esse motivo, todas as Constituições modernas prevêm a possibilidade de sua própria reforma e estabelecem as regras que vão reger a matéria. A reforma da Constituição é, no entanto, obra do poder constituído e, como tal, representa o exercício de um poder que é juridicamente limitado. O processo de criação de novas normas constitucionais, bem como o seu conteúdo é determinado pelo próprio constituinte originário.[13]

Nesse sentido preceitua J.J. Canotilho[14]:

(...) a constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de irreversibilidade e de um processo ‘agravado’ das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptação e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A idéia de garantia de constituição contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do procedimento e limites de revisão quer das situações de necessidade constitucional.

A nossa Constituição, ao estabelecer a possibilidade de sua reforma, também a limita, prescrevendo que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outros, os direitos e garantias individuais. Assim, a Constituição não proíbe a alteração dos direitos individuais, mas a sua abolição.

Com a EC nº 20/98, não houve a alteração da proteção aos dependentes dos segurados que recebiam remuneração acima do limite que ela estabeleceu, mas a exclusão da proteção e, dessa forma, aboliu-se a proteção previdenciária aos mencionados dependentes. Assim, atingiu o núcleo essencial do direito fundamental à previdência, na situação de necessidade advinda do encarceramento do segurado.

Nesse sentido, assevera Barroso[15] que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos da Lei Fundamental. Se os violar, sujeita-se ao controle de constitucionalidade e pode ter pronunciada a sua invalidade. O Supremo Tribunal Federal já afastou[16] dispositivos de emendas constitucionais, como por exemplo, preceitos da EC nº 03/93, a qual deu competência a União para instituir o IMPF.

7 – Das disposições da Lei de Benefícios

Prescreve o art. 80 da Lei nº 8.213/91:

O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa, nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

O Regulamento da Previdência Social, no art. 116 do Decreto 3.048/99 assim estabelece:

O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 560,81 (quinhentos e sessenta reais e oitenta e um centavos). - Valor atualizado, a partir de 1º de junho de 2003, pela Portaria MPS n.º 727, de 30 de maio de 2003.

Em conformidade com os dispositivos supracitados, a locução “nas mesmas condições da pensão por morte” exige a aplicação das regras gerais da pensão por morte quanto à forma de cálculo, beneficiários e cessação de benefícios. Ou seja, aplicam-se as regras da pensão por morte, uma vez que nos dois benefícios há a ausência de ingresso de receitas provenientes da atividade laboral do segurado: na pensão, em razão de seu óbito e, no auxílio-reclusão, em razão de seu encarceramento.

Assim, em ambos os benefícios não há o exercício de atividade do trabalhador (segurado) e, conseqüentemente, não há rendimentos para a sobrevivência de seus dependentes. A utilização desse limite geraria absurdo semelhante ao indeferimento de pensão por morte aos dependentes de segurado, que antes da morte, auferisse uma renda mensal superior a três salários-de-contribuição[17].

Ora, se a previdência visa substituir o rendimento do trabalho do segurado e, se o segurado não pode trabalhar porque está preso, independentemente de quanto recebesse

antes da prisão, seus dependentes fazem jus ao benefício previdenciário auxílio-reclusão, devendo[18], para tanto ser afastada a limitação imposta pela EC nº 20/98.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que a limitação imposta pela EC nº 20/98 relativa à remuneração auferida pelo segurado da previdência social, antes de sua prisão, não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, haja vista a violação de diversos princípios constitucionais.

Verificamos, ainda, que as emendas constitucionais também estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Assim, referido Poder deverá afastar a limitação imposta e, dessa forma, garantir que todos os dependentes de todos os trabalhadores presos recebam o benefício auxílio-reclusão, independentemente de quanto ele recebia antes do encarceramento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1993.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. “A proteção social na Constituição de 1988” in *Revista de Direito Social* nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

ROCHA, Daniel Machado e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002.

- [1] A partir de 1º de março de 2008 o valor é de R\$ 710,08, conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11-03-08.
- [2] No nosso artigo “A proteção social na constituição de 1988” in Revista de Direito social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007, abordamos de forma mais aprofundada este tema.
- [3] A partir da EC nº 20/98, apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos estão incluídos nos regimes próprios, conforme preceito do §13 do art. 40 da CF, com redação dada pela EC nº 20/98.
- [4] Atualmente o limite é de R\$ 3.038.99.
- [5] A limitação para a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes dos segurados foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 20/98, a qual fixou o valor de R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), sendo atualizado periodicamente. Atualmente, o valor é de R\$ 710,08 (Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11-03-08).
- [6] Art. 13 da EC nº 20/98: “até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes ...”.
- [7] A partir de 1º de março de 2008 o valor é de R\$ 710,08, conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11-03-08.
- [8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1993, p. 17.
- [9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1993, pp. 21-22.
- [10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1993, p. 18.
- [11] ROCHA, Daniel Machado e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 2ª ed., p. 250.
- [12] NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- [13] Barroso, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, 4ª ed., p.62.
- [14] Canotilho, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed., pp.782-783.
- [15] Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 4ª ed., pp. 65-66.
- [16] Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a

Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. (...)

3. (...)

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(STF, ADin 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Data do Julgamento: 15/12/1993).

[17] Já referimos neste trabalho que a partir de 1º de março de 2008 o valor é de R\$ 710,08.

[18] Justamente por termos o entendimento exposto neste trabalho, como Procuradora da República, juntamente com a colega Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, ingressamos com uma ação civil pública (Processo nº 2004.61.83.005626-4) visando a concessão do auxílio-reclusão a todos os dependentes dos segurados presos, em todo o país, independentemente do valor recebido pelos encarcerados antes de suas prisões. Referido pedido foi julgado procedente na primeira instância, estando pendente de apelação junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No entanto, o INSS propôs a Reclamação nº 3237-0, sendo que o Ministro Relator determinou a suspensão dos efeitos da decisão. Assim, enquanto não alterada referida decisão no STF, apenas por meio de ações individuais é possível afastar o limite imposto pela EC nº 20/98.

VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE

A EFETIVIDADE DA POLÍCIA CIDADÃ NO COMBATE À CRIMINALIDADE*

EFFECTIVENESS OF CITIZEN POLICE IN THE COMBAT AGAINST CRIME

André Luís Luengo

RESUMO

O Brasil passou por um período de ditadura e os organismos governamentais da época expressavam essa ideologia. Na sociedade contemporânea, os problemas e os desafios postos à segurança pública transmutaram para uma forma mais complexa. Esta nova etapa do constitucionalismo propaga o ideário de proteção aos direitos humanos com a demonstração de passagens do Estado Liberal/Social para o Social/Fraternal e a consagração do Estado Democrático de Direito, causando influência e repercussão no desenvolvimento das peculiaridades da Segurança Pública neste mesmo contexto fático-histórico Constitucional. Mais que isto, quais as consequências advindas desta nova concepção constitucional perante a criminalidade.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO; DIREITOS HUMANOS; CIDADANIA; SEGURANÇA PÚBLICA; CRIMINALIDADE.

ABSTRACT

Brazil has gone through a period of dictatorship and the governmental organisms of that time expressed this ideology in their activities. In the contemporary society, problems and challenges regarding public security took a more complex form. This new stage of the constitutionalism propagates human rights protection idea with demonstrating transitions from Social / Liberal State to Social/Fraternal State and the consecration of the Democratic State of Law, causing influence and repercussion in the development of the Public Security peculiarities in this Constitutional historic description context. More than this, the consequences which come from this new constitutional conception before crime.

KEYWORDS: CONSTITUTION; HUMAN RIGHTS; CITIZENSHIP; PUBLIC SECURITY; CRIME

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1 INTRODUÇÃO

Depois de duas décadas de ditadura militar, o Brasil foi agraciado com a Constituição Federal de 1988, fruto de uma Assembléia Constituinte, palco de incansáveis debates políticos. Ela é a concretização da vontade do povo, conquistada por desafios que foram sendo superados durante toda uma história, geração por geração. Várias crises nacionais se seguiram até a consolidação deste Estado Democrático de Direito.

O cidadão brasileiro, em sua maioria, independente do grau de formação, deve ter ao menos uma mínima idéia da importância da palavra constituição. Já no início da formação cultural, recebe a orientação de ser a Constituição a Lei maior, que nunca pode ser atacada e vilipendiada.

Aprende-se que ela ecoa não apenas dispositivos de cunho legal, mas também paradigmas que servem de sustentáculos à formação dos demais ordenamentos infraconstitucionais, os quais irão regular as relações entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

É ensinado ainda que a Constituição é elaborada levando-se em conta circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas de uma determinada época e espaço na qual foi traçada e essa historicidade de valores deve ser respeitada, mesmo que por gerações futuras.

Então, para conhecer e compreender o alcance da Constituição de um determinado país é necessário analisar a sistemática político-histórica na qual ela foi idealizada, pois isso contribuirá para o entendimento da definição dos princípios norteadores da moral, da política e da justiça que ela visa para a sua sociedade.

A sua condição de carta ou de outro designativo (Lei Maior, Magna Lei...) prende-se ao fato de ser outorgada ou promulgada.

Para DANTAS (2008) carta é a nomenclatura reservada aos textos constitucionais impostos. Na história podemos citar a Magna Carta Inglesa de 1215. Pelo sistema centralizado que os normandos programaram, a monarquia inglesa era na Europa uma das mais poderosas no século XII. Porém, no século seguinte, quando o novo soberano inglês tomou o poder (Rei João), deparou-se com vários insucessos e insatisfações, inclusive por parte da nobreza.

GISELA BESTER (2005, p. 41) explica que em 1209 o Rei Ricardo Coração de Leão foi para as cruzadas. O Seu irmão João, julgando-o morto, assumiu o trono. Mas, com o retorno do Rei Ricardo, João ficou despojado da Coroa e das terras, por isso a alcunha João Sem Terra. Mas, em 1210, o Rei Ricardo realmente falece e João reassume o poder e se vinga praticando arbitrariedades no poder, até que a nação, por seus representantes mais tradicionais reagiu, enxergando a necessidade de se obter uma carta de liberdades.

Assim, a nobreza se revolta contra o Rei João e ele fica obrigado a aceitar um documento denominado Magna Carta, que foi assinada no dia 15 de junho de 1215, e embora estabelecendo o juramento de fidelidade da nobreza para com o rei, havia cláusulas criando comitês de barões e limitando o poder real, inclusive com a reforma das suas decisões. Além disso, ela estabelecia garantia há vários direitos dos homens, dentre eles a liberdade política, religiosa e civil.

Então, a carta impôs limites ao Poder Real, pois era também fruto de uma imposição. Por isto que a expressão carta é aplicada à Constituição imposta por outorga.

Já a Constituição objeto de promulgação, consiste na deliberação de uma assembléia constituinte composta para o delineamento dos anseios populares. Nada é imposto, pois as questões, os períodos, os fatos, enfim, tudo é amplamente discutido, debatido e deliberado.

OSCAR VILHENA (1999, p. 55) destaca que a deliberação é representada pela argumentação racional realizada na Assembléia Constituinte, compreendida como o procedimento discursivo despido de qualquer forma de coerção a não ser o constrangimento do melhor argumento. Ele cita Madison quando diferencia a constituição como resultado das políticas de patriotas e não de facções, pois a peculiaridade do ambiente político no qual ela é concebida transforma os convencionais em patriotas.

O certo é que a Constituição traz no seu cerne as ambições daqueles bens que foram escolhidos para serem defendidos durante a sua evolução. Desta forma se conclui que paralelo às evoluções do Direito do Homem, as Constituições igualmente evoluíram nos tempos.

Um exemplo desses avanços é exatamente a cidadania que nos últimos tempos passou a ocupar lugar de destaque nas sociedades contemporâneas e nos Estados Democráticos de Direito.

O primeiro aspecto do exercício da cidadania é ser o cidadão livre, para que com isso exprima a vontade de um povo soberano, revelando a verdadeira importância do indivíduo no Estado. A cidadania passou daquela antiga concepção de ser designativo apenas daqueles que podem votar e ser votados. Enfim, a dimensão da cidadania passou a compreender que é preciso respeitar o cidadão como pessoa humana.

Isto demonstra que o palco de transição da Constituição de 1988, sem dúvida foi a promessa do restabelecimento das liberdades públicas e das garantias democráticas, valor restringidos pelo regime militar.

Liberta da ditadura, a sociedade brasileira buscava uma estrutura constitucional que preservasse os direitos e as garantias fundamentais, anseio que se universalizava.

Quanto a nomenclatura de constituição cidadã deu-se pelo fato dela primar pelos direitos fundamentais e sociais, alicerçados na cidadania e na dignidade da

pessoa humana e visando possibilitar condições sociais, culturais, econômicas e políticas aptas a assegurar a efetividade dos direitos humanos.

Por outro lado, todos os sistemas jurídicos estatais foram adaptados a propiciar a efetiva e eficaz utilização pública desses direitos de forma a garanti-los fundamentalmente.

Houve ainda uma preocupação primordial com o cidadão, assegurando a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Desta forma a Constituição Cidadã garante aos indivíduos que os órgãos executores dos seus primados executem os serviços de forma a cumprirem os seus princípios norteadores.

Com isto, a polícia ditatorial, ficou-se inerte com o fim da fase política criadora do Estado Militar e igualmente à Constituição, tornou-se Polícia Cidadã.

Disto decorre que a Polícia Cidadã deve privilegiar a legalidade e a dignidade da pessoa humana, sem descuidar da sua ação pontual e com pulso firme, intervindo de forma ampla e protetora, demonstrando o compromisso do Estado para com o bem estar social.

Isto porque a Constituição de 1988 e seus sistemas aplicadores buscam alcançar o cidadão, protegendo-o e resgatando a sua cidadania.

Mas, ao se analisar como os sistemas governamentais se desdobraram a partir desse constitucionalismo moderno, é possível visualizar que apenas alguns dos seus segmentos foram ou receberam o fortalecimento adequado ao desenvolvimento das suas atribuições. Senão vejamos.

A Magistratura e o Ministério Público conquistaram nos últimos tempos prerrogativas e garantias de tal forma que conseguem desempenhar as suas ações com independência e segurança institucional.

Concomitantemente o sistema passou a se estruturar de modo a dotar-se de mecanismos técnicos de controle, como é o caso das defensorias, corregedorias e ouvidorias.

Contudo, paralelo a essas conquistas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 as ações policiais foram limitadas na execução dos seus fins. Antes, a Polícia Civil expedia os mandados de busca e apreensão domiciliar; realizava os procedimentos judicialiformes; apurava as infrações penais militares, dentre outros atos.

Além do que, as legislações de estrôinices seguintes à Constituição Federal de 1988 procuraram alargar o conceito de Autoridade Policial às outras carreiras e até Instituições, quando na verdade deveria apenas se reportar ao Delegado de Polícia.

Estas limitações postas acabam por abalar a estrutura intra-sistêmica e dar azo ao surgimento até de usurpações entre as organizações.

Na estrutura legal vigente, a nomenclatura autoridade policial deve ser o designativo específico para o Delegado de Polícia. Incumbe-lhe, pela sua formação jurídica e ante aos requisitos para ingresso na carreira, capacidade apta a apreciar e deliberar acerca das infrações penais que lhe são apresentadas, com base nas normas legais e Constitucionais.

É importante registrar que as funções de polícia judiciária, em conformidade com a previsão do art. 144, § 4.º, da Constituição Federal, são da atribuição exclusiva da Polícia Civil, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, enquanto que a Polícia Militar deve desempenhar as atribuições do policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Isto significa que cada uma das instituições, embora sirva a manutenção da segurança pública e da ordem pública possuem funções específicas e divididas conforme a disposição legal.

Disto decorre que na estruturação da Secretaria de Segurança Pública, hierarquicamente temos o Governador do Estado, seus Secretariados e os Delegados de Polícia. As demais carreiras dessa estruturação, são os agentes da autoridade policial, mas todos devem zelar pelo bom andamento das atividades policiais.

Afinal o que se pode entender por atividade policial. A atividade policial é o instrumental de que se vale o Estado para exercer o seu legítimo monopólio da força, mas sempre em obediência aos princípios constitucionais. Desta maneira, importa afirmar que os atos dos servidores do estado devem ser sempre de forma vinculada, não havendo margem discricionária.

Porém, cabe a esse mesmo sistema dotar os seus organismos da necessária e mínima parcela de garantias simetricamente dispensada aos outros organismos. Acaso não haja esta equânime distribuição, alguns segmentos passarão a operar de forma debilitada e certamente ocasionará prejuízos no resultado final das pertinentes ações.

No caso da Segurança Pública, se a evolução da normatividade constitucional caminhou no sentido de dar maior efetividade à proteção aos direitos fundamentais, privilegiando assim apenas algumas instituições em detrimento de outras, haverá um conflito sistemático institucional nas suas estruturas.

Para a conquista deste momento histórico de proteções vividas, todo o sistema deve funcionar de forma simétrica. À semelhança de uma máquina, todas as engrenagens devem estar numa perfeita harmonia e sintonia, mesmo que no seu funcionamento existam peças maiores e outras menores, mas o importante é todas elas serem dotadas da mesma similitude, pois somente assim haverá coesão no desenvolvimento dos seus trabalhos.

Como mencionado os contextos sociais, políticos e econômicos do Brasil em cada época estão marcados e refletidos nas pilastras estruturais de suas pertinentes Constituições obedecendo aos respectivos períodos.

ARLINDO CHINAGLIA (2008) atual Presidente da Câmara dos Deputados, assevera que quando o constituinte de 1985 foi convocado e a Constituição de 1988 foi promulgada no dia 05 de outubro, refletia momentos marcantes do processo de democratização que o País vivia fruto dos resultados das incansáveis lutas sociais que persistiam desde o golpe militar de 1964.

O Deputado salienta ainda que a sua Casa de Leis instituiu o ano de 2008 como o Ano da Constituição Cidadã e que algumas ações irão ocorrer durante o ano com o escopo de reflexão sobre as conquistas e circunstâncias históricas do processo constitucional em seus variados aspectos.

Isto demonstra a relevância da história constitucional, pois até a promulgação desta Constituição não havia ou ocorria uma evolução voltada ao constitucionalismo democrático e social que está esculpido na atual Lei Maior.

Nela há alguns aspectos inaugurais de mudanças que segundo o Presidente da época da Assembléia Nacional Constituinte, ULYSSES GUIMARÃES (1988) por ocasião do seu discurso em 27 de julho de 1988, afirmou ser o sustentáculo para definir a Constituição como cidadã: pelo fato dela ir buscar a recuperação da qualidade de cidadãos dos milhares de brasileiros que são vítimas das piores das discriminações, a miséria. Ele definia cidadão como aquele que faz uso dos bens e serviços postos a disposição. Tal fato não estava ao acesso de milhões de brasileiros e por isso somente a soberania popular poderia mudar tais destinos. Com a Constituição, Ulisses Guimarães acreditava que os cidadãos passariam a ter ingerência no processo legislativo junto às Casas de Leis, apresentando propostas favoráveis ou rejeitando aquelas que não o fossem. Assim, exerceriam a democracia direta.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR (2000, p. 21) na sua obra Elementos do Direito Constitucional examina as modalidades e as histórias das Constituições Brasileiras desde a época do Império e expõe os temas fundamentais do Direito Constitucional, desde a primeira Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I após a dissolução da Constituinte em 1823; passando pela proclamação da República em 15 de novembro de 1889 até chegar na queda de Vargas e o fim da ditadura em 1945, com o processo de redemocratização, devido a necessidade de uma nova ordem constitucional, o Congresso Nacional, recém eleito, assumi as tarefas de constituinte e tem-se promulgada a nova Constituição em 1946, retomando as linhas mestras do liberalismo político clássico da Constituição de 1934, mas com a inclusão das conquistas sociais do Estado Novo. Mas, pelo fato de apresentar contradições conciliando resquícios do autoritarismo anterior com medidas liberais, vigeu sob restrições do ponto de vista da democracia. Através da emenda de 1961, implantou-se o parlamentarismo, sendo instalada uma crise sucessória com a renúncia de Jânio Quadros e em 1962, através de plebiscito, os brasileiros voltam ao presidencialismo; conclui que a Constituição de 1946 teria fim com o golpe militar de 1964, outorgando uma Constituição em 1967, com predominância do autoritarismo e do arbítrio político. Este documento autoritário foi largamente emendado em 1969, absorvendo mais instrumentos ditatoriais como os do AI-5 de 1968. A sua promulgação foi aprovada por um Congresso Nacional mutilado

pelas cassações, baseada nas reflexões da conjuntura de guerra fria, focada no combate aos inimigos internos tidos como subversivos (opositores de esquerda), ou seja, o ideal era a teoria da segurança nacional.

2 HISTORICIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Depois de 24 anos, ou seja, em 1988, o Brasil volta ao regime democrático. O então presidente da Assembleia Constituinte, ULYSSES GUIMARÃES (1988) chamou a nova Constituição de Constituição Cidadã. Assim a definiu pelo fato dela marcar um novo período político-jurídico, restaurando o Estado Democrático de Direito, ampliando as liberdades civis e os direitos e garantias fundamentais e com isto instituindo um verdadeiro Estado Social.

Esse processo gerou uma Constituição Cidadã guarnecida de muitos dispositivos inovadores, incorporando conquistas democráticas e apontando desdobramentos de políticas públicas específicas.

A Constituição de 1988 passou a consagrar a liberdade de organização sindical estabelecendo formas de participação direta no processo político, através da iniciativa popular, referendo e plebiscito. Privilegia a livre formação dos partidos e cria os princípios para a implementação da reforma agrária, estabelecendo formas minuciosas dos direitos sociais. Estas confluências de tendências são visíveis na Constituição brasileira. Isto demonstra que a sua construção foi fruto dessas lutas sociais surgidas durante o regime autoritário, paralelo ao desenvolvimento econômico e político, alavancando as lutas históricas de desafios dos regimes existentes.

Mas, isto foi possível, pois nos últimos governos militares (Geisel e Figueiredo) o País buscou um novo momento de redemocratização que eclodiu no governo do José Sarney.

Hoje o país é diferente daquele que se engajou no processo constituinte. Além das diferenças em termos populacionais e econômicos, destacamos a grande produção legislativa direcionada a proteção e ao desenvolvimento de setores até então esquecidos ou marginalizados. Assim, foram criados o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto do Desarmamento, Legislação regulando os deficientes físicos, Legislação estipulando a cota eleitoral para incentivar a inclusão de mulheres a pleitearem cargos legislativos, Legislação criando políticas públicas à população indígena e ao combate as desigualdades raciais e de proteção ao meio ambiente, além de outras.

Obviamente há outros avanços que são esperados, mas a Sociedade saberá forjar seus anseios e postulá-los de uma forma legítima.

Os 20 anos da Constituição Cidadã devem ser utilizados como momentos oportunos para reflexão sobre os rumos que estão sendo dados às Políticas

Públicas, sem se desconectar do passado e das lutas históricas que serviram de suporte para a sua criação.

Este esforço desenvolvido para análise dos períodos constitucionais vividos no Brasil serve de norte para um paralelo acerca da própria evolução dos anseios do povo.

3 SEGURANÇA PÚBLICA

No Brasil as Polícias são órgãos do Estado, com finalidades constitucionais de preservar a ordem pública, protegendo as pessoas e os patrimônios contra os atos ilegais, e realizando as investigações e repressões dos crimes, controlando enfim a violência.

No art. 144 da Constituição Federal, está estabelecido que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos.

Para PLÁCIDO E SILVA (1999, p. 616) a expressão polícia é de origem grega *polites*, igualmente fonte das palavras política e polidez. Na Grécia, a polis era a cidade. E os gregos chamavam o cidadão que cuidavam das funções administrativas, políticas e militares da cidade de *polites*.

Cada País, ante a sua história e peculiaridade possui tipos e modelos de polícia.

A de origem Francesa, por exemplo, dita *gendarme* (significa gente de armas) de conotação militar e tem como função precípua o trabalho ostensivo e o preventivo.

Há a polícia estatal, fruto do predomínio liberal e da cultura dos direitos civis. Esta polícia é civil e tendo como função a investigação.

A República Federativa do Brasil, formada pela união de vários Estados possui alguns órgãos policiais. A União possui a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária e Ferroviária Federal. Os Estados têm a Polícia Civil e a Polícia Militar.

A Polícia Federal está subordinada ao Ministério da Justiça, sendo incumbida das investigações dos delitos que serão julgados pela Justiça Federal. Além dessas funções de polícia judiciária, é responsável pela fiscalização das fronteiras, alfândegas, emissão de passaportes e das funções de polícia marítima e aeroportuária. A Polícia Rodoviária e Ferroviária Federal são responsáveis pelas fiscalizações de trânsito e combate preventivo a criminalidade nas suas malhas.

A Polícia Militar tem como função o trabalho ostensivo e a preservação da ordem pública. Aliás, a Polícia Militar surgiu pela união da Força Pública Estadual com a Guarda Civil, na ocasião do Golpe de 64. Era assim uma milícia

auxiliar do Exército, visando combater as manifestações populares e as guerrilhas dos idealistas comunistas. Tem como comandante um oficial superior do posto de coronel, chamado de comandante-geral.

A Polícia Civil é dirigida por Delegado de Polícia de carreira, atuando como polícia judiciária nos delitos de competência da Justiça Estadual. Realiza também ações de inteligência policial e trabalho de policiamento preventivo especializado.

Há ainda a Polícia Legislativa (órgão da Câmara dos Deputados) que exerce as funções de polícia judiciária e atividades de polícia ostensiva e preventiva nas dependências da Câmara dos Deputados, sendo ainda encarregada da segurança do presidente da Câmara e dos deputados federais.

Há a Polícia do Exército, que tem como missão zelar pelo cumprimento dos regulamentos militares.

Também há a Força Nacional que é uma instituição de ação rápida e localizada, não se enquadrando na concepção de polícia, que pressupõe uma instituição permanente.

Por fim, a Guarda Municipal que é responsável pela guarda e manutenção apenas do patrimônio público do município que a criou. Por ser de ação localizada, igualmente não se encaixa no conceito de polícia.

Até a Constituição de 1988, as polícias não existiam nos cenários das Constituições. Funcionavam como apêndice do Estado e não faziam parte da estrutura pública administrativa. A polícia no Brasil teve a sua estruturação e administração balizada na ingerência das Forças Armadas. No início a polícia estatal era incumbida da segurança interna no período ditatorial.

Por conta disso, ou seja, deste estigma de segurança nacional peculiar do período ditatorial, a formação da polícia brasileira foi gerada com algumas anomalias. A mais marcante e muito discutida nos últimos tempos é a existência de duas polícias no cenário estadual, adjetivadas como Civil e Militar. A Militar também conhecida como polícia administrativa, responsável pela ordem pública através do policiamento ostensivo e preventivo e aquela (Civil) conhecida como polícia judiciária e identificada como a responsável pela investigação das infrações penais que a outra polícia não preveniu.

Este modelo de polícia forjado na ideologia da segurança nacional, fruto dos anos da ditadura militar e que primava pela segurança do Estado, permaneceu delineado pela Constituição de 1988, no campo da segurança pública. Seu artigo 144, como já comentado descreve resumidamente a atribuição dessas duas polícias estaduais, com a manutenção obrigatória das duas polícias de modo padrão no âmbito de cada estado e ambas subordinadas aos governadores.

Qualquer questionamento acerca da reestruturação das polícias dos estados, deve ser antecedida sobre a necessidade de emenda ao texto constitucional de 1988, no seu artigo 144, para que se possa criar uma nova instituição policial que

concentre a execução das funções judiciário-investigativa e ostensivo-preventiva, como há noutros Países do globo.

Somente desta forma, ou seja, através da emenda à Constituição poderá alterar o sistema da Segurança Pública Brasileira. A Constituição deve ser obedecida como lei das leis, posto o denominado Estado de Direito Democrático, mesmo que haja entaves comunicativos entre a realidade vivida e o texto constitucional.

Porém, as duas polícias são formadas com peculiaridades diferentes, em especial nas suas estruturas hierárquicas e disciplinares. Contudo, é inegável que ambas têm o mesmo objetivo: a segurança pública.

Não se pode falar da polícia nos dias de hoje sem mencionar o assunto globalização. Este tema proporciona várias coisas e uma delas é que as informações não têm mais fronteiras e atingem todos os segmentos.

A globalização, segundo FARIA (1999, p. 327), conquista assuntos alusivos ao impacto da transnacionalização dos mercados, dos novos métodos mundiais de produção e concorrência, da internacionalização dos circuitos financeiros e dos programas de ajuste fiscal e reforma do Estado sobre os direitos e as instituições jurídicas, demonstrando que as relações sociais, econômicas, tecnológicas e tantas outras evoluem diariamente. Por isso é que as instituições policiais devem acompanhá-las, inclusive várias atividades estatais são enviadas para a iniciativa privada, que passa a realizar e prestar os mais diversos serviços, inclusive de segurança, com a proliferação de empresas privadas de segurança pessoal e patrimonial.

Para tanto, as instituições devem aprimorar-se e evoluir junto com a sociedade, de forma a racionalizar os sistemas dos meios e recursos, melhorando a prestação do serviço de segurança pública implantando políticas públicas aptas a aprimorar a eficácia e eficiência policial, sempre respeitando os valores democráticos de proteção aos direitos humanos e civis.

Deste esforço histórico, temos que a Segurança Pública é um assunto constante no cenário político brasileiro e mais que isto, atualmente vem ganhando espaço no mundo dos acadêmicos, até porque, a segurança pública é o instrumental que se vale o Estado para frear tanto preventivamente como repressivamente as infrações penais.

Neste mister, jamais poderá se distanciar dos aspectos relativos aos Direitos Humanos, pois o seu fim é garantir a paz e a tranquilidade e tem como elemento final de coerção a possibilidade de atingir o direito de liberdade da pessoa humana.

Aliás, atingir o direito de liberdade da pessoa humana ficou marcado na época da Ditadura Militar, criando o estigma da expressão polícia-repressão. Repressão como sinônima das atrocidades que ocorriam nos porões dos departamentos policiais, através das práticas da tortura e até do desaparecimento de opositores ao regime do governo ditatorial. A polícia, naquele período, ao invés de ser o órgão de

conservação e garantidor da paz e da tranqüilidade pública, na verdade era o braço humano utilizado nessas práticas covardes.

4 DIREITOS HUMANOS

A defesa dos Direitos Humanos deve ser o alicerce de toda a conduta dos seres humanos. Devemos compreender que o homem é anterior as normas, as regras, as leis, ao Direito e até ao Estado. Por isso devemos respeitar os seres humanos. Não há um ser humano sem dignidade.

Mesmo agora, vencida a ditadura e instalado o Estado Democrático de Direito, resta ainda às mazelas desta triste impressão que permanece incutida na sociedade. A ditadura não tratou o ser humano com dignidade.

As manchas sujaram toda a história e a estrada a ser palmilhada pelos agentes policiais visando extirpar essa infeliz fase dos anais policiais é árdua e difícil, mas passível de ser vencida. Um dos caminhos é trabalhar alicerçado na máxima: a dignidade do ser humano é direito essencial de todos.

A esse respeito KONDER COMPARATO (2007, p.67) escreve que qualquer ser humano independentemente das suas diferenças biológicas, culturais e financeiras, nunca poderá ser distinguido dos demais. Ninguém pode se julgar superior aos demais.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclama que cada indivíduo e cada órgão da sociedade deve se esforçar na promoção dos direitos e liberdades dos povos.

Há uma predominância atual da positivação dos direitos humanos, inserindo-os nas Constituições, bem como criando mecanismos para suas garantias.

Trata-se em síntese dos direitos fundamentais. Muitos defendem que os Direitos Humanos preexistem ao próprio Direito e não seriam criações dos homens ou do Estado, cabendo a estes apenas a função de declará-los.

Semelhante à Constituição Federal, os Direitos Humanos paulatinamente evoluíram na história. Dentre outros fatos precursores e viabilizadores das evoluções pode-se citar dois primordiais: a Revolução Francesa com o lema liberdade, igualdade e fraternidade, e a Segunda Grande Guerra. Esse contexto evolutivo teve como premissa o ideário em favor da limitação de poderes dos governantes, através da divisão de funções/separação de poderes.

Conforme asseverou NORBERTO BOBBIO (1992, p. 25) os direitos não nascem de uma vez. Eles nascem quando devem ou podem nascer e quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria ameaças a sua própria liberdade.

Para GISELA BESTER (2005, p. 62) é nesta fase que o constitucionalismo demonstra ter o poder Divino dos Reis cedido por completo ao poder Soberano do Povo, assim o contrato social passa a ser redigido entre o povo e o Estado, ou seja, a idéia de contrato social passa a coincidir com a idéia de constituição.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto a nossa Constituição positiva os Direitos Humanos e demonstra ser este o fundamento da República Federativa do Brasil, protegendo a Dignidade da Pessoa Humana.

Mais que esta normatização, o Estado por seus órgãos impõe as suas ordens constantes nesse ordenamento, as quais respeitam a base principiológica do sentido: Lei das Leis. O Estado pode chegar até ao máximo de restringir a liberdade da pessoa humana, mas mesmo assim deve observar o respeito aos mencionados direitos estabelecidos.

No desenvolvimento desse trabalho de preservar a ordem e a paz, há a segurança pública. Atualmente não é possível aceitar a polícia como aquela da ditadura militar, ou seja, tratando alguns cidadãos como inimigos do Estado. Isto faz parte da triste história, pois a sociedade contemporânea não tolera esse tratamento.

Hoje a atuação policial deve se balizar nos princípios norteados pelos Direitos Humanos, os quais constam expressamente ou intrinsecamente na nossa normatização, ou seja, os Direitos Humanos refletindo na conduta policial.

Isto justifica a existência das eficazes ouvidorias e corregedorias policiais, órgãos criados pelo Estado com legitimidade para combater os eventuais abusos. Há também as legislações de estroinices que igualmente repelem tais práticas ditatoriais.

As academias de polícia e os constantes cursos, tanto de formação como de aperfeiçoamento, demonstram o interesse do governo quanto à proteção dos Direitos Humanos. Os servidores da Segurança Pública são capacitados em técnicas de visam dar proteção aos Direitos Humanos, aproximando-os numa simbiose na busca da perfeição.

No Mundo globalizado as Constituições se aperfeiçoaram, os Direitos humanos evoluíram e a Polícia, adequando-se a estas realidades, também se amoldou às transformações. E quem ganhou com todas essas mudanças certamente foi a sociedade.

Inobstante deve haver uma visão crítica acerca da atuação policial. Crítica no sentido de fazer efetivamente valer os direitos humanos e também de se viabilizar a articulação entre a segurança pública e os demais órgãos da sociedade civil organizada com vistas à correta prestação do serviço de segurança pública.

É inegável que a Segurança Pública é um problema.

É inegável que a Segurança Pública deve ser considerada como um dos Direitos Fundamentais.

É inegável que a Segurança Pública representa gastos ao Poder Público.

Então, por que a falta de técnicas estatais aptas a torná-la verdadeiramente eficaz, dispensando assim à sociedade moderna o sentimento de segurança e a efetiva segurança? Ou será que podemos nos considerar seguro? Seguro dentro das nossas casas que atualmente se transformaram em presídios, dotadas de cercas elétricas, alarmes etc ou dentro dos nossos veículos com películas, alarmes etc ou até quando tentamos caminhar pelas ruas sem que um menor venha a nos roubar ou matar.

Até mesmo a falta de dignidade que demonstramos a esse mesmo menor que quando se aproxima para pedir algo, pedir comida, nos, impregnados e com razão do temor da insegurança pública, prontamente caminhamos rápido, seguramos fortemente nossos pertences ou levantamos o vidro do veículo e aceleramos. Isto é comportamento digno?

Para a solução desse problema não se pode acreditar somente nos mecanismos jurídico-penais. Além disso deve haver uma interação entre a segurança pública e a sociedade.

Para isso há a necessidade de se destruir mitos corporativos e tirar o problema da penumbra. Deixar as vaidades de instituições fora dessas tratativas.

A solução está em discutir com a sociedade em busca do melhor caminho e procurar o avanço tecnológico para a conquista da solução desse problema. A evolução tecnológica a ser perquirida não é apenas a material-física, ou seja, de equipamentos, os quais são importantes, mas também a evolução tecnológica no âmbito administrativo.

Muito se discute acerca da unificação das polícias, mas esta é uma seara ainda mais complexa, haja vista que tais órgãos nasceram separados e há colocações em todos os sentidos e nos quatro cantos do País, cada qual defendendo com galhardia o seu posicionamento sobre a unificação ou não.

Talvez este não seja o momento para essa discussão. Por enquanto basta fazer os órgãos se comunicarem mais e com melhor qualidade. Malgrado cada qual tenham suas atribuições constitucionais, que devem ser respeitadas e sob nenhum pretexto usurpado, as polícias deveriam praticar mais ações em conjunto.

Além disso, a sociedade deve abster-se dessa panacéia sobre a unificação ou até da criação de determinados órgãos, como remédios capazes a solucionar todos os males.

Não há soluções mágicas.

A sociedade deve sim racionalizar.

Os órgãos Estatais devem tornar as coisas mais transparentes e integrar a sociedade, ou seja, formar uma agenda unificada para isso.

A sociedade mudou e a polícia também. Polícia é algo da *polis*, da cidade. Quem é essa pessoa que se torna policial? Será que é alguém que faz apenas a resistência física, armada ou que combate o seu semelhante?

Indubitavelmente não. O policial é uma pessoa comum, que saiu do meio da própria sociedade e deve ser aquele profissional apto a mediar conflitos e gerenciar crises. Deve ser aquele agente capaz de saber diferenciar entre ato de violência e um crime.

O policial deve discernir que a sociedade moderna não está em guerra, mas sim diante de um problema, muita das vezes de ordem sociológica, econômica e cultural.

Então, a polícia cidadã é aquela que possibilita a abertura do problema segurança pública com a comunidade, discutindo e dividindo responsabilidades.

A comunidade que sofre as mazelas da criminalidade deve ser verdadeiramente trazida para esse sistema. Essa comunidade vê o seu filho adotado por um traficante, vê a sua filha estuprada, vê o seu patrimônio vilipendiado. Ela sabe como auxiliar nessa empreitada.

Atualmente o traficante que não tem estudo, que não tem raciocínio, já enxergou que deve assistir a sua comunidade para tê-la senão do seu lado, mas longe de tê-la contra si. Por isso quando a polícia sobe o morro, quase sempre é repelida pela comunidade. O traficante supre naquele recinto as omissões do Estado. O traficante dispensa aos moradores, muitas das vezes um mínimo de dignidade que o Estado não enxergou ou discursou dizendo que não havia recursos, condições técnicas ou não era viável ou não estava previsto no orçamento. Ora, o morador quer imediatismo, ele quer que o seu filho seja socorrido e malgrado a forma ou os meios utilizados, aquele infrator da lei lhe está dispensado tais condições.

Os governantes também devem voltar seus olhares para a instituição Segurança Pública. Devem estruturá-las com equipamentos corretos, atuais, eficazes, ou seja, dotar materialmente os seus sistemas. Concomitantemente, deve os governantes voltar suas atenções para a estrutura pessoal, isto é, para a dignidade do próprio integrante da Segurança Pública. Dar maior tranquilidade ao servidor, lhe dispensado assistência à saúde, à educação, à formação, pagando-lhe bons salários.

Desta forma o policial estará estruturalmente fortalecido e assim, como um corpo físico resistente, capaz de desempenhar melhor as suas atribuições, solucionando a problemática da criminalidade. Aliás, a criminalidade deve ser vista realmente como um problema. Assim encarada, estudada e analisada. O Policial bem estruturado, quando busca a segurança pública deve ter a consciência desse contexto.

Enfim, a polícia cidadã é o órgão estatal que estabelece um sincronismo entre o seu labor direcionado verdadeiramente a serviço da comunidade, ou seja, uma polícia em defesa do cidadão e não ao combate do cidadão. Obedece para tanto a base principiológica existente na sua Constituição.

Entretanto, primeiro deve ser reconhecida pelo sistema a dignidade dos membros da Segurança Pública para que os seus integrantes possam então, exercer as suas atribuições com esta mesma dignidade. A uma frase conhecida que o governante deve deixar de lado para o sucesso da Segurança Pública: faça o que eu falo, não faça o que eu faço.

Por isso a Segurança Pública Cidadã fruto da Constituição Cidadã deve antes de tudo, estruturar-se através de um pensamento sistemático-problemático digno e ético, para num momento seguinte eclodir robustecida à sociedade. A efetividade da Constituição Cidadã no combate a criminalidade deve ser encarada sob esta ótica e dentro deste contexto estrutural-social-sistemático-fático-problemático.

ATUAÇÃO POLICIAL, MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E DIREITOS HUMANOS*

POLICE ACTION, MEDIATION OF CONFLICTS AND HUMAN RIGHTS

**Lilia Maia de Moraes Sales
Andrine Oliveira Nunes**

RESUMO

Este trabalho tem por objeto demonstrar que a eficiência da polícia somente será alcançada com o respeito aos direitos humanos, traçando um paralelo entre a função primordial da polícia e a prática distorcida de seus atos quando do envolvimento com o crime e evidenciar que para a manutenção de um Estado Democrático de Direito o principal não é força, a agressão, através da repressão policial, mas o desenvolvimento da sociedade através de educação, acesso irrestrito à justiça e proteção aos direitos individuais. Para tanto, tenta-se demonstrar que a polícia é a entidade responsável pela manutenção da ordem pública, não podendo haver desvio de interesse por parte de quem a gerencia, governa ou atua. A atuação policial deve ser pautada na estrita legalidade, fulcrada no respeito aos direitos humanos, dissociar-se destes seria negar o juramento de defesa à cidadania e ao bem-estar coletivo, fim precípua da polícia. Assim, interesses particulares, troca de favores seria permutar o interesse público pelo privado, o que não deve ocorrer, tendo em vista que a evolução da sociedade, conseqüentemente do direito, é pela sociabilidade e não pelo clientelismo. Durante muito tempo acreditou-se que havia uma incompatibilidade entre os direitos humanos e a segurança pública. É evidente que algumas garantias atribuídas aos suspeitos de delitos dificultam o trabalho dos que tem por missão responsabilizar os criminosos. No entanto, estas restrições podem favorecer um sistema de segurança pública mais eficiente, tendo em vista que o trabalho da polícia é baseado em prevenção e repressão. Daí visualiza-se a inserção da mediação de conflitos no tópico da segurança pública, por se caracterizar como mecanismo de pacificação por meio da inclusão social e da propagação de uma cultura de paz. Logo, para que as atividades policiais sejam eficazes, se faz necessária a informação, e, a melhor informação vem do voluntariado, a população confiante na atuação da polícia a mantém informada. Todavia, para que a população confie na polícia esta tem que respeitá-la e os termos desse respeito são dados pelas regras de direitos humanos e pela honestidade dos policiais. Portanto, dificilmente uma comunidade dará credibilidade a policiais que violem os direitos, principalmente dos mais vulneráveis. Nesse sentido os direitos humanos ao invés de constituírem uma barreira à eficiência policial, oferecem a possibilidade para que o aparato de segurança se legitime face à população e, conseqüentemente, aumente a sua eficiência, seja na prevenção, seja na apuração de responsabilidades por atos criminosos.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PALAVRAS-CHAVES: ATUAÇÃO POLICIAL. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS. DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This work has the purpose to demonstrate that the efficiency of the police will be reached only by the respect to the human rights, drawing a parallel between the primordial function of the police and the distorted practice of its acts when of the involvement with the crime and to show up that for the maintenance of a Democratic State of Right the principal is not force, neither aggression, through the police repression, but the development of the society through education, unrestricted access to the justice and protection to the individual rights. For so, it tries to demonstrate that the police is the entity responsible for the maintenance of the public order, what turns incompatible the diversion of interests for whose manages, governs or acts on it. The police action must be ruled in the strict legality, based on the respect to the human rights. To disconnect of these, would mean to deny the oath of defense to the citizenship and to the collective well-being, essential function of the police. So, particular interests, exchange of favors seriates, would invert the public interest for the private one, which must not take place, in order to allow the evolution of the society, and consequently of the right: it is for the sociability and not for the bargaining. During much time it was believed that there was an incompatibility between the human rights and the public security. It is obvious that some guarantees attributed to the suspects of crimes make difficult the work from those who have the mission to hold the criminals responsible. However, these restrictions can favor a system of a more efficient public security, considering that the work of the police is based on prevention and repression. From there is visualized the insertion of the mediation of conflicts in the topic of the public security, because of being characterized like a mechanism of pacification through the social inclusion and the propagation of a culture of peace. In order to turn the police activities efficient, the information is fundamental, and, better information comes from the volunteers, from the population confident about the police action. However, the population needs to trust in the police, which is built through the respect, and the terms of this respect are given by the rules of human rights and by the honesty of the policemen. So, with difficulty a community will give credibility to policemen that violate the rights, especially the most vulnerable. In this sense, instead of constituting a barrier to the police efficiency, the human rights offer the possibility so that the apparatus of security legitimizes itself before the population and, as a result, increases his efficiency, through the prevention, as well as the counting of responsibilities for criminal acts.

KEYWORDS: POLICE ACTION. MEDIATION OF CONFLICTS. HUMAN RIGHTS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar, através de um paralelo entre a função primordial da polícia e a prática distorcida de seus atos quando do envolvimento com o crime, que a eficiência da polícia somente será alcançada com o respeito aos direitos humanos, deixando translúcido que para a manutenção de um Estado Democrático de Direito o principal não é força, a agressão, através da repressão policial, mas o desenvolvimento da sociedade através de educação, acesso irrestrito à justiça e proteção aos direitos individuais e sociais. Pretende o presente trabalho apontar que a formação do policial deve ser fulcrada em diretrizes educacionais nos direitos humanos, para que este se entenda como detentor de dignidade humana e consiga visualizar o próximo da mesma forma, a fim de alcançarmos uma polícia realmente eficiente. Para tanto, justíssima a fomentação do debate, despertando na sociedade a sua responsabilidade sobre o tema.

1. ATUAÇÃO POLICIAL: DEVER-SER E SER

Derivado do latim *politia*, polícia quer dizer, em sentido amplo, organização política, ordem política erigida pelo Estado que resulta da instituição de princípios que impõem respeito às normas para que se garanta e proteja as regras jurídicas preestabelecidas. A missão primordial da polícia é a manutenção da ordem, do bem estar coletivo e do respeito às instituições ditas como indispensáveis para que o Estado cumpra seus objetivos, isto é, a função precípua da polícia é a vigilância à aplicabilidade das leis, ou seja, salvaguardar a aplicação das normas que nos organizam em sociedade; trabalho que deve ser pautado na proteção do bem estar social ou do bem público.

A polícia, portanto, é a entidade responsável pela execução manutenção da ordem pública, bem como das normas que asseguram o Estado Democrático de Direito, logo, não pode haver possibilidade de desvio de interesse por parte de quem a gerencia, governa ou atua. A atuação policial deve ser pautada na estrita legalidade, fulcrada no respeito aos direitos humanos, pois dissociar-se destes seria negar o juramento de defesa à cidadania e ao bem-estar coletivo, fim precípua da polícia. Assim, a ação policial pautada em interesses particulares, troca de favores resulta na permuta do interesse público pelo privado o que não deve ocorrer, tendo em vista que a evolução da sociedade, conseqüentemente do direito, é pela sociabilidade e não pelo clientelismo, chaga da democracia.

Contudo, ao longo do tempo, a polícia vem sendo desacreditada por seu envolvimento em atos ilícitos, corriqueiras práticas de corrupção e, conseqüente, desrespeito aos direitos humanos. A perda da credibilidade nas instituições da justiça e de segurança pública por parte da sociedade é decorrente da incapacidade dos organismos públicos na resolução dos fatos criminosos e, principalmente, pela falta de punibilidade de seus culpados, o que resulta para a população na certeza da impunidade dos delinqüentes e império da marginalidade.

O descaso das autoridades governantes frente ao problema da insegurança pública, isto é, do Estado paralelo imposto pelo crime organizado, dá subsídio para que alguns membros da corporação policial se sintam incapazes de combater às facções criminosas, visto que frente ao mundo do crime a polícia é mal organizada, mal equipada e mal paga. Por conseguinte, estes, inicialmente iludidos com um retorno financeiro ou seduzidos pela idéia de fazer justiça com as próprias mãos, se envolvem com o crime e

tornam-se corruptos do juramento prestado, gerando na sociedade o temor, a insegurança e a cisão da comunicação entre esta e a polícia.

O anseio por segurança, muitas vezes, leva ao entendimento de que a ação criminosa pode ser freada pela intimidação provocada pela dureza da ação policial. Denúncias jornalísticas pautam enunciados de envolvimento da polícia com grupos de extermínio, vulgo matadores de aluguel, patrocinados por políticos, com intenções obscuras, e empresários que, descrentes dos organismos oficiais, recrutam policiais para fazerem segurança privada ou mesmo matar quem estiver a atrapalhar seus interesses.

Tais atividades corrompem a estrutura policial acabando por desencadear o envolvimento de seus membros em uma gama de crimes como: seqüestros, assaltos, narcotráfico, extorsões, torturas, ameaças e etc, visto que quem é capaz de matar por dinheiro provavelmente não terá limite moral para coibir outros ilícitos, o que acentua ainda mais a periculosidade desses grupos, bem como, a ineficiência da polícia no combate à criminalidade.

As entidades de defesa aos direitos humanos relatam a ousadia destes grupos, que demonstram o critério subjetivo e preconceituoso de abate das vítimas, cujo perfil geralmente é de pessoa pobre, adulta ou criança, suspeita de ilícito ou mesmo considerada indesejável, uma violação à cidadania e real desrespeito aos direitos humanos. Assim, a incompetência do Estado no gerenciamento da segurança pública, outrossim, a concepção dos organismos policiais para fins exclusivamente repressores, quando a sua teleologia maior é de prevenção e proteção, tendo a repressão como última hipótese de combate ao crime, faz a atuação da polícia dissociar-se do respeito aos direitos humanos o que é extremamente maléfico à sociedade.

Portanto, questiona-se: como pode haver uma polícia eficiente se os interesses dos detentores do poder são diferenciados dos interesses do bem comum? Pode a polícia atuar em confronto real aos direitos humanos e ao mesmo passo ser eficiente?

Durante muito tempo acreditou-se que havia uma incompatibilidade entre os direitos humanos e a segurança pública. É evidente que garantias atribuídas aos suspeitos de delitos dificultam o trabalho dos que tem por missão responsabilizar os criminosos. No entanto, estas restrições podem favorecer um sistema de segurança público mais eficiente, tendo em vista que o trabalho da polícia é baseado em prevenção e repressão. E para que ambas as atividades sejam eficazes, a polícia é dependente de informação. Portanto, a melhor informação vem do voluntariado, a população confiante na atuação da polícia a mantêm informada. Todavia, para que a população confie na polícia esta tem que respeitá-la e os termos desse respeito são dados pelas regras de direitos humanos e pela honestidade dos policiais. Dificilmente uma comunidade dará credibilidade a policiais que violem os direitos, principalmente dos mais vulneráveis. Nesse sentido os direitos humanos ao invés de constituírem uma barreira à eficiência policial, oferecem a possibilidade para que o aparato de segurança se legitime face à população e, conseqüentemente, aumente a sua eficiência, seja na prevenção, seja na apuração de responsabilidades por atos criminosos.

2. A ATUAÇÃO POLICIAL E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Inverso da desordem, do caos, da desarmonia social, porque visa preservar a incolumidade da pessoa e do patrimônio, a ordem pública é uma situação de pacífica convivência social, distante de ameaças de violências ou sublevação que podem gerar, inclusive, a curto prazo, a prática de delitos. Assim sendo, a Constituição Federal de 1988, preceitua em seu artigo 144, *caput*, acerca da manutenção da ordem pública interna do Estado, *in verbis*:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Noticiada diuturnamente, a insegurança pública, bem como a transgressão dos valores, revela para a opinião pública a dimensão do problema da violência no Brasil. O desenvolvimento de organizações criminosas faz com que a questão deixe de ser ato individual e isolado para se transformar em estruturas complexas, organizadas e coligadas, cuja atuação se dá à margem do Estado na certeza do lucro proveniente dos ilícitos.

Como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Daí a razão de ser da segurança pública do Estado, isto é, manter a paz dentro da adversidade, pois é dentro do embate de interesses antagônicos que emerge o seu papel fundamental, qual seja, o de procurar manter o equilíbrio nas relações sociais. (BULOS, 2001, p. 1023).

Os responsáveis por banir tais acontecimentos e organizações nefastas são o governo através de uma polícia que deve se manifestar “como a instituição de defesa e segurança, cuja principal função consiste em manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança individuais” (SILVA, 2004, p. 1054), com o auxílio da sociedade, tendo em vista que “a segurança pública não se resume a uma questão de polícia. Tanto é assim que a Constituição enuncia, no preceito em epígrafe, que ela é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.” (BULOS, 2001, p.1024).

No entanto, em países periféricos como o Brasil, tem-se observado que as principais ações violadoras dos direitos humanos partem, muitas vezes, do próprio Estado. Ao passo que na realização das funções públicas, aqui enfocando principalmente aquelas ligadas a direitos constitucionais como a segurança pública, se concentra a discussão sobre os direitos humanos.

Hodiernamente verifica-se que as políticas estatais de segurança pública vêm sendo alvo de constantes críticas pelos mais diversos segmentos da sociedade. De um lado a notória falácia da eficiência da polícia frente a crescente criminalidade e violência nos grandes centros urbanos, de outro, a contestação aos métodos violentos e, principalmente, discriminatórios dessa polícia. Todos os dias a imprensa noticia casos de ações agressivas da polícia ao exercer sua função social. Em aditamento a estas ações têm-se, não raros, os atos de completa discriminação a determinadas parcelas da sociedade. Constantemente tais notícias reportam-se a casos de chacinas em favelas, grupos de extermínios, sempre como alvo as classes menos favorecidas dentro de uma hierarquia econômica.

Acredita-se que grande parte da população que sofreu com alguma consequência da criminalidade seja contra o respeito aos direitos humanos dos bandidos. Em contrapartida, acredita-se que a polícia vê o respeito aos direitos humanos como aqueles que foram feitos para beneficiar bandidos. Contudo, os debates contemporâneos apontam os direitos humanos como figura central, fala-se até em uma quarta geração de direitos fundamentais, como a preocupação com a manipulação genética dos indivíduos e com os efeitos das pesquisas biológicas.

Destarte, não se pode conceber a violação de tais preceitos por quem tem o dever de resguardá-los, visto que o tratamento digno e o respeito a incolumidade física e moral são direitos garantidos, indistintamente, a todos em nossa constituição. Deste modo, a associação entre a atuação policial e o respeito aos direitos humanos é de suma importância, pois já se faz claro que a ação policial quando em descompasso com os direitos individuais e sociais não gera frutos efetivos.

3. A PROPOSTA DE UMA NOVA POLÍCIA: A COMUNITÁRIA, SOB O VIÉS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A incidência avassaladora de ilícitos contribuem para um posicionamento de repressão ao crime por parte do Estado, na maioria das vezes através do aumento do contingente policial e de posicionamentos de combate armado direto. Todavia, a insatisfação da sociedade em relação a políticas públicas de segurança é crescente, tendo em vista o descrédito nas instituições sociais e nas corporações policiais, eivadas pelo vício da corrupção, do abuso e, até, da violência. Este obstáculo criado entre os membros da segurança pública e a população dificulta a cooperação entre eles no sentido da realização de denúncias, na cooperação para o bom desenvolvimento de ações de segurança que objetivem prevenir e reprimir a violência. Daí visualiza-se que o mecanismo de repressão por si só talvez não seja tão eficaz na luta pela pacificação social.

Surge então a possibilidade de educar para socializar a polícia com a comunidade, educar para a prática do respeito ao próximo, para construir uma nova perspectiva de combate, não o combate armado direto de outrora, mas o combate à raiz da criminalidade, à fonte da discórdia, ao início do problema, por vezes oriundo de conflitos de família, de vizinhança, de amizades, enfim, que acabam por desencadear um conjunto de ações que descambam para o ilícito.

Será que não haveria possibilidade de uma polícia diferente? Para ocorrer essa possibilidade seria necessário o perpasso por algumas mudanças, principalmente nas

políticas de qualificação profissional, é preciso transformar a estrutura funcional, bem como a cultura das polícias, modernizar os programas especialmente no tocante às relações com a comunidade.

No momento em que começa a existir essa transformação política e social, a compreensão da sociedade como um ambiente conflitivo, no qual os problemas da violência e da criminalidade são complexos, a polícia passa a ser demandada para garantir não mais uma ordem pública determinada, mas sim os direitos, como está colocado na constituição de 88. Nesse novo contexto, a ordem pública passa a ser definida também no cotidiano, exigindo uma atuação estatal mediadora dos conflitos e interesses difusos e, muitas vezes, confusos. Por isso, a democracia exige justamente uma função policial protetora de direitos dos cidadãos em um ambiente conflitivo. A ação da polícia ocorre em um ambiente de incertezas, ou seja, o policial, quando sai para a rua, não sabe o que vai encontrar diretamente; ele tem uma ação determinada a fazer e entra num campo de conflitividade social. Isso exige não uma garantia da ordem pública, como na polícia tradicional, sustentada somente nas ações repressivas, pelas quais o ato consiste em reprimir para resolver o problema. O campo de garantia de direitos exige uma ação mais preventiva, porque não tem um ponto determinado e certo para resolver. (BENGOCHEA, 2004, p. 120)

É nesse ínterim que advém a polícia comunitária. Esta, através da formação educacional do profissional de segurança pública, do resgate da sua auto-estima, da sua dignidade como pessoa humana, visa a humanização do policial, que é estimulado a refletir sobre a condição humana e a realidade prática da sua atividade, sobre a existência de conflitos aparentes além dos reais, é orientado para mediar conflitos, na busca de uma solução resultante da construção do consenso, incentivando a uma iniciativa comunitária de uma cultura de paz em prol da defesa dos direitos humanos e do exercício real da cidadania.

No modelo tradicional de polícia, a força tem sido quase o único instrumento de intervenção, sendo usada frequentemente da forma não profissional e desqualificada, às vezes até à margem da legalidade. Para se ter um outro modelo de polícia, é preciso centrar sua função na garantia e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e na interação com a comunidade, estabelecendo a mediação e a negociação como instrumentos principais. (SALES, 2008, p. 5457)

A polícia comunitária caracteriza-se por ser voltada para a comunidade, para os problemas por esta vividos, visando a inclusão social, o desenvolvimento tanto humano como estrutural. O intuito é de solucionar os conflitos, com a ajuda dos membros da comunidade, de forma mais pacífica e harmoniosa possível, por meio do diálogo e, conseqüentemente, da transformação do comportamento das pessoas.

Polícia Comunitária é uma filosofia e uma estratégia organizacional fundamentadas, principalmente, numa parceria entre a população e as instituições de segurança pública e defesa social. Baseia-se na premissa de que tanto as instituições estatais, quanto à população local, devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas que afetam a segurança pública, tais como o crime, o medo do crime, a exclusão e a desigualdade social que acentuam os problemas relativos à criminalidade e dificultam o propósito de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. (BRASIL, 2008b.)

Esse modelo de policiamento envolve a comunidade e a faz sentir-se responsável por si e por todos, pois tem o viés humano, ou seja, o fato do policial estar perto da comunidade, vivenciado a sua realidade e se fazendo presente por meio de conversas, conselhos e solução de problemas, perpassa ao indivíduo, além da sensação de segurança, o sentir-se incluído, o sentir-se importante para a sociedade. Isso é realizar uma polícia fulcrada nos direitos humanos, onde há respeito pela pessoa em si.

Em contrapartida, a comunidade auxilia o policiamento com informações e preservando a ordem, passa a acreditar, a confiar nas instituições públicas, a ter vontade de participar, de fazer parte da mudança do seu habitat, havendo interação e integração entre comunidade e polícia.

Dessa forma, a polícia comunitária associa e valoriza dois fatores, que freqüentemente são dissociados e desvalorizados pelas instituições de segurança pública e defesa social tradicionais: i) a identificação e resolução de problemas de defesa social com a participação da comunidade e ii) a prevenção criminal. Esses pilares gravitam em torno de um elemento central, que é a parceria com a comunidade, retroalimentando todo o processo, para melhorar a qualidade de vida da própria comunidade. Na referida parceria, a comunidade tem o direito de não apenas ser consultada, ou de atuar simplesmente como delatora, mas também participar das decisões sobre as prioridades das instituições de defesa social, e as estratégias de gestão, como contrapartida da sua obrigação de colaborar com o trabalho da polícia no controle da criminalidade e na preservação da ordem pública e defesa civil.

As estratégias da filosofia de polícia comunitária têm um caráter preferencialmente preventivo. Mas, além disso, estas estratégias visam não apenas reduzir o número de crimes, mas também reduzir o dano da vítima e da comunidade e modificar os fatores ambientais e comportamentais. Tendo em vista que a proposta da polícia comunitária implica numa mudança de paradigma no modo de ser e estar a serviço da comunidade e, conseqüentemente, numa mudança de postura profissional perante o cidadão, este tema também é trabalhado dentro de uma abordagem transversal, estando presente em todas as práticas pedagógicas. (BRASIL, 2008b.).

Para tanto, o Governo Federal, por meio do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, está investindo mais de seis bilhões de reais em segurança pública, isto é, em um novo paradigma: a associação entre segurança e cidadania, tudo com o intuito de diminuir os índices de criminalidade e perpassar para a sociedade um ideal de inclusão social, cidadania e desenvolvimento, sendo esta última, qual seja: ‘todo mundo trabalhando pelo desenvolvimento’, uma das metas do milênio sancionadas pela ONU, e ratificadas pelo Brasil.

Desenvolvido pelo Ministério da Justiça, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci) marca uma iniciativa inédita no enfrentamento à criminalidade no país. O projeto articula políticas de segurança com ações sociais; prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública.

Entre os principais eixos do Pronasci destacam-se a valorização dos profissionais de segurança pública; a reestruturação do sistema penitenciário; o combate à corrupção policial e o envolvimento da comunidade na prevenção da violência. Para o

desenvolvimento do Programa, o governo federal investirá R\$ 6,707 bilhões até o fim de 2012. (BRASIL, 2008a.).

É válido salientar que alguns dos destaques do PRONASCI é a ‘Bolsa Formação’ e a ‘Formação Policial’, sendo o primeiro um estímulo – bolsa de R\$400,00, dado aos profissionais de segurança pública de baixa renda para estudar e trabalhar em comum acordo com a comunidade, e o segundo um investimento na qualificação deste mesmo profissional, com base na multidisciplinariedade, ou seja, cursos de direitos humanos, de mediação de conflitos, utilização de tecnologias não-letais, enfim, a formação de uma polícia mais humana e comprometida com os direitos fundamentais.

Portanto, o ideal da construção de uma coletividade mais justa e fraterna perpassa pela educação em direitos humanos, “os enfrentamentos atuais para a construção da democracia no Brasil passam, necessariamente, pela ética e pela educação para a cidadania” (SOARES, 1997, p. 12). E a mediação é um instrumento hábil para o desenvolvimento desta proposta, por ser um mecanismo de educação em direitos humanos onde um terceiro media a vontade das partes por meio da construção do consenso.

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. (SALES, 2007, p. 15).

A mediação possibilita a visualização dos envolvidos no desentendimento de que o conflito é algo inerente a vida em sociedade, não trazendo apenas malefícios, pois possibilita a mudança, o progresso nas relações, sejam elas pessoal ou interpessoal, profissional ou afetiva, familiar ou de amizade, enfim, quando evidente a insatisfação surge, concomitantemente, a necessidade de transformação da realidade inerente ao conflito.

Por meio da mediação, buscam-se os pontos de convergência entre os envolvidos na contenda que possam amenizar a discórdia e facilitar a comunicação. Muitas vezes as pessoas estão de tal modo ressentidas que não conseguem visualizar nada de bom no histórico do relacionamento entre elas. A mediação estimula, através do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema.

Na mediação procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. Sem o conflito seria impossível haver progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas em algum momento da história. Se não houvesse insatisfação, as situações da vida permaneceriam iguais, constantes. Portanto, o conflito e a insatisfação tornam-se necessários para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais. O que se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas conversarem pacificamente ou se procurarem a

ajuda de uma terceira pessoa para que as auxiliie nesse diálogo – será o conflito bem administrado. Se as pessoas, por outro lado, se agredirem física ou moralmente ou não conversarem, causando prejuízos para ambas, o conflito terá sido mal administrado. Assim, não é o conflito que é ruim, pelo contrário, ele é necessário. A sua boa ou má administração é que resultará em desfecho positivo ou negativo. (SALES, 2007, p. 15-16).

Outrossim, a mediação tenta demonstrar que é possível uma solução de conflito onde ambas as partes ganhem, tentando, por meio do diálogo, restaurar as benesses que fizeram parte da relação, reconhecer e conhecer os conflitos reais oriundos dos conflitos aparentes perfilados pelos envolvidos, suscitar o questionamento da razão real do desentendimento, provocar a cooperação mútua e o respeito ao próximo ao analisar que cada pessoa tem a sua forma de visualizar a questão, facilitar a compreensão da responsabilidade que cada um possui em face do problema e na sua resolução e, assim, encontrar uma saída onde todos aceitem, concordem e acreditem que a divergência será solucionada.

No modelo tradicional de solução de conflitos – Poder Judiciário –, existem partes antagônicas, lados opostos, disputas, petição inicial, contestação, réu, enfim, inúmeras formas de ver o conflito como uma disputa em que um ganha e o outro perde. Na mediação a proposta é fazer com que os dois ganhem – ganha-ganha. Para se alcançar esse sentimento de satisfação mútua, é necessário se discutirem bastante os interesses, permitindo que se encontrem pontos de convergência, dentre as divergências relatadas. (SALES, 2007, p. 18)

Diante do exposto, percebe-se a existência de uma convergência de objetivos entre a mediação e a segurança pública sob o aspecto da proposta de uma polícia comunitária, por possuir um denominador na construção e na vivência dos direitos humanos, da justiça social, da cultura de paz e do desenvolvimento humano e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da atuação da polícia na sociedade, priorizando a sua falsa cognição de segurança pública, assim como a decorrência da cisão da comunicação entre esta e a sociedade, tendo em vista o descrédito nas instituições oficiais e a sua importância em virtude da assunção de uma postura comprometida com as transformações sociais e jurídicas, trazem a compreensão que as atividades correlatas na experiência prática, bem como, o regime paralelo imposto pelo crime ocasionam implicações significativas na sociedade, traduzindo um novo perfil da ação policial relacionada à dignidade humana.

Sabe-se que o fim precípua da polícia é assegurar o bem estar da coletividade, garantindo segurança, paz e tranquilidade à sociedade. Contudo, denúncias jornalísticas têm noticiado a participação de membros das corporações policiais em crimes organizados, tais como: grupos de extermínio, narcotráfico, dentre outros. Tal parceria acaba por asseverar o descrédito pelo qual as instituições responsáveis pela manutenção da ordem social vêm sofrendo, visto que a população, desesperançada, não confia nos órgãos de justiça e segurança pública, devido a prática corriqueira de corrupções e incapacidade nas resoluções dos ilícitos, bem como, na apreensão dos culpados, o que configura a incompetência do Estado no gerenciamento da segurança pública.

Por conseguinte, para que o atuar da polícia seja eficaz se faz necessária a ajuda das comunidades através de informações, e a melhor informação é aquela proveniente do voluntariado, ou seja, a população confiante na atuação da polícia a mantém informada, mas para que a população confie na polícia esta deve respeitá-la e as cláusulas que rezam esta relação são os direitos humanos e, sobretudo a honestidade dos policiais.

A atuação policial não pode dissociar-se do respeito aos direitos humanos, pois a população não contribuirá enquanto não acreditar que os organismos de segurança pública existem para assegurá-la e não para corrompê-la. O respeito ao próximo deve ser a máxima de quem quer garantir qualquer ordem, além da garantia a sociabilidade na comunidade, da obediência às normas jurídicas preestabelecidas e da proteção ao bem estar social. É nesse ínterim que advém a polícia comunitária, pois ao modificar a formação educacional do profissional de segurança pública, por meio do resgate da sua auto-estima, da sua dignidade como pessoa humana, visa a humanização do policial, que é estimulado a refletir sobre a condição humana e a realidade prática da sua atividade, sobre a existência de conflitos aparentes além dos reais, é orientado para mediar conflitos, na busca de uma solução resultante da construção do consenso, incentivando a uma iniciativa comunitária de uma cultura de paz em prol da defesa dos direitos humanos e do exercício real da cidadania.

A polícia comunitária vem exatamente com o intuito de promover a integração entre o policial e a comunidade, respeitando os direitos humanos e resgatando a confiabilidade na sua atividade funcional, prevenindo o crime por meio da mediação de conflitos – que é um instrumento hábil para o desenvolvimento desta proposta, por ser um mecanismo de educação em direitos humanos onde um terceiro media a vontade das partes por meio da construção do consenso –, conscientizando a população da sua responsabilidade no tocante à segurança pública e a efetivação de uma cultura de paz.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio Roberto. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. *São Paulo em Perspectiva*. V. 18. n. 01, 2004, p. 119 – 131.

BALESTRERI, Ricardo. *Treze Reflexões sobre Polícias e Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 2000.

BEATO, Cláudio. O centro de estudos da criminalidade e segurança pública – Crisp e a formação em análise de políticas de segurança pública, In: ZAVERUCHA, Jorge, ROSÁRIO, Maria do e BARROS, Negreiros (orgs), *Políticas de segurança pública: dimensão da formação e impactos sociais*. Recife: Massangana, 2002.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz;

BOLSTAD, Richard, HAMBLETT, Margot. *Ganha-ganha*. Disponível em: <<http://www.golfinho.com.br/artigos/artigodomes1299.htm>>. Acesso em: 28 set. 2008.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. O que é o pronasci. 2008a. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJE24D0EE7ITEMIDAF1131EAD238415B96108A0B8A0E7398PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 set. 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. Segurança Pública. Polícia Comunitária. 2008b. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE9CFF814ITEMID006F145729274CFB9C3800A065051107PTBRNN.htm>> Acesso em: 28 set. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva., 2001.

CAMPOS, Fábio. Em Fortaleza, Ronda é tão bem avaliado quanto Lula. *O Povo*. Fortaleza, 12 set. 2008. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/opovo/colunas/politica/818896.html>>. Acesso em: 28 set. 2008.

COSTA, Naldson Ramos da. Ofício de polícia, violência policial e luta por cidadania em Mato Grosso. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, 2004, p. 111 – 118.

CUÉLLAR, Roberto. Una política de estado para combatir la discriminación y promover los derechos humanos. *REVISTA DO IBDH*, Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 229-238, 2002.

Cultura dos Direitos Humanos. MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (coordenadores), São Paulo: LTR, 2002.

LIMA, Roberto Kant de. Políticas de segurança pública e seu impacto na formação policial: considerações teórica e propostas práticas, In: ZAVERUCHA, Jorge, ROSÁRIO, Maria do e BARROS, Negreiros (orgs), *Políticas de segurança pública: dimensão da formação e impactos sociais*. Recife: Massangana, 2002.

MESQUITA NETO, Paulo de. Policiamento comunitário e prevenção do crime – a visão dos coronéis da Polícia Militar. *São Paulo em Perspectiva*. V. 18, n. 01, 2004, p. 103 – 110.

MINGARDI, Guaracy. O que é o crime organizado: uma definição das ciências sociais. *Revista do ILANUD*, São Paulo, n. 8, p. 7-25, ago. 1998.

Polícia e Democracia: desafios à educação em direitos humanos. NEVES, Paulo Sérgio da Costa, RIQUE, Célia D. G. e FREITAS, Fábio F. B.(orgs) Recife: Bagaço, 2002.

REVISTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS. Fortaleza: IBDH, v. 3, n. 3, 2002.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editora. 2007.

_____. ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública. In: Congresso XVII Encontro

Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador. *Anais digitalizados*. Salvador: UFBA, 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/lilia_maia_de_morais_sales-1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, José Luiz. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Maria Victória Benevides. Educação, Democracia e Direitos Humanos *In: Jornal da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos*. São Paulo. Maio de 1997. p 12.

ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 3-17, mar. 1999.

ZAVERUCHA, Jorge. *Polícia Civil de Pernambuco: o desafio da reforma*. Recife: USPE, 2003.

Sobre o tema visualizar pesquisa disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222002000200005&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 15.08.2008.

Sobre o tema verificar matérias disponíveis em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/27879.shtml>. Acesso em 15.08.2008; http://www.terra.com.br/istoe/1756/brasil/1756_policial_corrupto_01.htm. Acesso em 15.08.2008; <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/09/25/297887251.asp>. Acesso em 15.08.2008; <http://www.forumseguranca.org.br/artigos/corruptao-policial>. Acesso em 15.08.2008.

Apesar da publicidade dada pela imprensa nacional em torno do tema, sua bibliografia é escassa e tripartida, ou seja, poucas são as obras específicas sobre a ação policial associada ao dever da segurança pública, o que se evidencia são textos, artigos e publicações em apartado. Entretanto, a base bibliográfica para o desenvolvimento do presente trabalho se deu focado em livros e revistas sobre os direitos humanos, destaque para as impressões do IBDH, assim como, publicações periódicas acerca do envolvimento policial com práticas ilícitas. Na área das ciências sociais existem poucos trabalhos que analisam os motivos que levam as instituições policiais a serem ineficientes, portanto vislumbra-se as obras de JOSÉ LUIZ SOARES, LIMA e BEATO. No entanto, é ZAYERUCHA que demonstra, através de uma pesquisa empírica baseada em fundamentos teóricos, a atuação interna e externa da Polícia Civil de Pernambuco proporcionando a visualização das variáveis da sua ineficiência. Já CUÉLLAR traça

uma política de combate à discriminação e à promoção dos direitos humanos através de uma política de tolerância e um irrestrito acesso à justiça. O que desde já parece demonstrar o interesse da sociedade na solução do problema da insegurança pública, todavia este deve ser pautado na estrita legalidade, respeitados os direitos humanos.

O estigma negativo (polícia violenta, corrupta, autoritária) que acompanha a ação dos policiais contribui para criar barreiras de comunicação e confiança entre esses profissionais e a população. Sobre o tema verificar Naldson Ramos da Costa.

Educacional no sentido de construir o conhecimento do profissional com base na ética, na filosofia, na sociologia e na antropologia. Educação com o objetivo de ensinar que uma sociedade livre, justa e fraterna é aquela que respeita as diferenças e baseia sua conduta com deferência aos direitos humanos. De acordo com o Ministério da Justiça, já estão sendo implementados cursos para formação de profissionais da área de segurança pública voltada para o policiamento comunitário com a teleologia baseada na educação em direitos humanos e mediação de conflitos, denominado Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária, inserto na Matriz Curricular Nacional para a Polícia Comunitária, nomeado pela Portaria Senasp, nº 14, de 26/04/06, publicado no Diário Oficial da União de 08/05/06. Para maior aprofundamento sobre o tema visualizar matéria sobre o assunto disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJE9CFF814ITEMID006F145729274CFB9C3800A065051107PTBRNN.htm>>. Ceará, Mato-Grosso, Rio de Janeiro e Pará são os Estados-membros precursores desta filosofia policial. No caso do Ceará, o Programa de Governo, implementado pelo atual governador Cid Gomes, denominado 'Ronda do Quarteirão', com apenas 10 (dez) meses de funcionamento, tem proliferado na sociedade uma sensação de segurança e de assistência da polícia à comunidade. Para fundamentar esta assertiva, verificar reportagem veiculada por jornal de distribuição nacional disponível em: <<http://www.opovo.com.br/opovo/colunas/politica/818896.html>>.

No ano 2000, em Nova Iorque, 191 países participantes da Organização das Nações Unidas – ONU aprovaram as '8 Metas do Milênio' pertencentes ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, dentre eles estava o Brasil, que se comprometeu a cumprir os 8 objetivos (1. Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2. Atingir o ensino básico universal; 3. Promover a igualdade entre sexos e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade ambiental; e 8. Estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento.) até 2015. Para maior aprofundamento sobre o tema visualizar matéria sobre o assunto disponível em: <<http://www.pnud.org.br/odm/index.php?lay=odmi&id=odmi>>.

Para maior aprofundamento sobre o Pronasci e seus destaques visualizar matéria no site do Ministério da Justiça disponível em: <<http://www.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJE24D0EE7ITEMIDAF1131EAD238415B96108A0B8A0E7398PTBRNN.htm>>.

Para maior entendimento e aprofundamento sobre a teoria do ganha-ganha, que é defendida pelos autores Richard Bolstad e Margot Hamblett, defensores da transformação por meio da comunicação, pode ser visualizada em artigo disponível em: <<http://www.golfinho.com.br/artigos/artigodomes1299.htm>>. Acesso em: 28 set. 2008.

GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO, TRABALHO PRECARIZADO, DESEMPREGO E ESTADO PENAL: *

GLOBALIZACIÓN, NEOLIBERALISMO, TRABAJO PRECARIO, DESEMPLEO Y EL ESTADO PENAL: LOS CONTORNOS DE ESTA COMBINACIÓN PERVERSA

Carla Appollinario de Castro

RESUMO

O presente artigo pretende refletir acerca de alguns pontos relacionados ao processo endêmico através do qual uma massa empobrecida, composta, na sua maioria, por afro-brasileiros sem escolaridade, vem sendo criminalizada no Brasil. Trata-se do fenômeno conhecido como criminalização da pobreza, que se extrai tanto da análise dos índices alarmantes de encarceramento, quanto da verificação do perfil sócio-econômico do agente delituoso. O resultado da pesquisa aponta para uma possível correlação entre as práticas que resultam na precarização das relações e condições de trabalho e o estatuto de um Estado Penal, destinado a conter um número cada vez maior de desempregados, consequência do projeto político e econômico denominado de neoliberalismo. O novo cenário, ou seja, a combinação entre globalização, neoliberalismo, trabalho (cada vez mais) precarizado, desemprego estrutural e Estado Penal resulta em uma realidade que impõe novos desafios para os trabalhadores, para o Estado e para o Direito, sobretudo os ramos do Direito do Trabalho e do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVES: 1. TRABALHO 2. GLOBALIZAÇÃO 3. NEOLIBERALISMO 4. PRECARIZAÇÃO 5. DESEMPREGO 6. ESTADO PENAL 7. CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto reflexionar sobre algunos puntos relacionados con lo endémico proceso por el cual una masa empobrecida, compuesta en su mayor parte por los brasileños de África (negros) sin escolaridad, se ha tipificado como delito en Brasil. Este es el fenómeno conocido como la criminalización de la pobreza, que se basa gran parte de los análisis de las alarmantes tasas de encarcelamiento, como la verificación de lo social-económico perfil del agente criminal. El resultado de la búsqueda apunta a una posible correlación entre las prácticas que resulten en el empobrecimiento de las relaciones y las condiciones de trabajo y la situación de un estado penal, para contener

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

un número creciente de desempleados, consecuencia de una política y proyecto económico conocido como neoliberalismo. El nuevo escenario, la combinación de la globalización, el neoliberalismo, el trabajo (cada vez más) la precariedad, el desempleo estructural y el Estado Penal resultados en una realidad que impone nuevos desafíos a los trabajadores, para el Estado y el Derecho, especialmente los ramos el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal.

PALAVRAS-CLAVE: 1. TRABAJO 2. GLOBALIZACIÓN 3. NEOLIBERALISMO 4. PRECARIZACIÓN 5. DESEMPLEO 6. ESTADO PENAL 7. PENALIZACIÓN DE LA POBREZA.

1. INTRODUÇÃO

A idéia que motivou o presente artigo surgiu a partir de uma pergunta proposta por Lôic Wacquant, ao analisar os efeitos da globalização e do neoliberalismo nos Estados Unidos, mas que tem total validade no atual contexto brasileiro, qual seja, o seguinte paradoxo: “como a penalidade neoliberal pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países?”[1]

A partir desse primeiro questionamento, surgiu uma segunda questão, não menos importante, que diz respeito ao destino das pessoas desalojadas desse Estado econômico e social (Estado de bem-estar social) e que não mais interessam ao Estado neoliberal. Assim, resta a seguinte dúvida: o que estaria ocorrendo com essas pessoas não mais amparadas pelas redes de proteção do Estado de bem-estar social – que vem sendo desmantelado pela globalização e pelo neoliberalismo - e que não são úteis a essa nova forma de organização do trabalho imposta pelo programa neoliberal?

Por detrás das duas perguntas encontra-se, de um lado, o processo de desmantelamento do Estado de bem-estar social e, do outro, a implantação do Estado mínimo por meio da adoção de medidas neoliberais, que repercutem de forma drástica na vida em sociedade, sobretudo dos mais pobres. Diante desses dois elementos, torna-se importante entender todo esse processo por meio de seu viés mais nefasto, qual seja, as novas formas de controle social, as novas medidas implantadas no curso da questão criminal neoliberal.

No entanto, antes de partirmos para o estudo dos elementos que fornecem subsídios para a compreensão das duas colocações propostas, é importante ressaltar que somente é possível “entender a questão criminal a partir da história, do ‘curso dos discursos sobre a questão criminal’. A história da configuração do poder punitivo para a neutralização da conflitividade social estaria associada à formação do Estado e ao processo de acumulação de capital,”[2] como assinala Vera Malaguti Batista, a partir de Raúl Zaffaroni. Em outras palavras, é preciso perceber qual a “demanda por ordem” que irá provocar rupturas e permanências nesses discursos sobre a questão criminal.

O que se extrai do pensamento de ambos os autores é a ênfase ao necessário resgate do estudo da questão criminal vinculado à configuração da estrutura social, política e econômica, tal como realizado, na segunda metade do século XX, por George Rusche e Otto Kirchheimer, em *“Punição e Estrutura Social”* e Michel Foucault, em *“Vigiar e Punir”* e, na atualidade, por Pierre Bourdieu, em *“Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal”* e Lóïc Wacquant, em *“Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos”* e em *“As prisões da miséria”*. Estes autores e suas obras fornecem importantes aportes para a compreensão das mudanças sociais, políticas e econômicas promovidas pelo programa neoliberal e suas novas formas de “gestão” da conflitividade social.

Em *“Punição e Estrutura Social”*, George Rusche e Otto Kirchheimer, realizam uma análise histórica das relações existentes entre condições sociais, mercado de trabalho e sistemas penais e mostram como os meios criados para assegurar a “proteção” da sociedade foram sendo modificados conforme a crença na sua capacidade de assegurar a obediência[3], porém sempre em consonância com o excesso ou a escassez de mão-de-obra, no período compreendido entre o século XV e XVIII, quando a Revolução Industrial inaugura a prisão como a principal e mais importante espécie de pena do Ocidente, completamente associada à fábrica.[4] Para desenvolver a pesquisa, Rusche adota o paradigma do princípio de *less eligibility* diretamente relacionado com o mercado de trabalho. A partir disso, ele realiza suas análises pautado no pressuposto de que as condições de vida no cárcere e as oferecidas pelas instituições assistências deviam ser piores do que as categorias mais baixas dos trabalhadores livres, a fim de constranger o apenado ao trabalho e salvaguardar os efeitos dissuasivos da pena.[5] Assim, percebe-se que o cenário sobre o qual os autores estavam debruçados indicava que, de uma forma ou de outra, os trabalhadores eram explorados pelo sistema capitalista, seja nas fábricas ou nas prisões, local onde exerciam as suas penas através do trabalho forçado, tão lucrativo e funcional à ordem capitalista industrial quanto o trabalho livre.

No livro *“Vigiar e Punir”*, Michel Foucault parte dos escritos de Rusche, porém se dedica mais à análise das funções jurídico-políticas da pena no absolutismo do que ao processo de descrição das rotinas nos cárceres e das penas, como realizado, anteriormente, por Rusche. Para Foucault, nesse momento, o interessante é mostrar como as penas físicas (suplícios que causavam marcas de poder no corpo) e os rituais organizados estavam, na realidade, representando mais do que relações de justiça, mas sobretudo relações de força (entre o soberano e o povo)[6]. Com isso, ele analisa como, a partir do século XVIII, essas cerimônias foram ganhando feição de verdadeiros embates entre o povo (as classes empobrecidas) e o poder absolutista, na medida em que a multidão começava a se identificar com o enforcado, culminando na nova forma de estratégia política de controle social, que surge a partir do Iluminismo, qual seja: não só vigiar, mas também, punir[7]. A partir dessas observações, é possível perceber, como aponta Vera Malaguti Batista ao analisar a obra de Foucault, que “a punição e a repressão passam a ter funções regulares através de uma nova tecnologia. Junto com as demais “disciplinas”, essas fórmulas gerais de dominação irão produzir uma tecnologia minuciosa e calculada de sujeição e controle dos corpos dóceis”[8] e úteis, cujo alvo é o novo sujeito político do século XVIII, ou seja, a multidão formada pelas classes empobrecidas.

Já no contexto contemporâneo, uma importante contribuição para a compreensão do controle social comprometido com o processo de acumulação de capital vem de Pierre Bourdieu, em seu livro “*Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*”, que mostra como foi sendo montado pelo programa neoliberal um novo

exército de reserva de mão-de-obra docilizada pela precarização e pela ameaça permanente do desemprego, (...) [no qual o] fundamento último de toda essa ordem econômica sob a chancela invocada da liberdade dos indivíduos é efetivamente a violência estrutural do desemprego, da precariedade e do medo inspirado pela ameaça de demissão: a condição de funcionamento “harmonioso” do modelo micro-econômico individualista e o princípio da “motivação” individual para o trabalho residem, em última análise, num fenômeno de massa, qual seja, a existência do exército de reserva dos desempregados. Nem se trata a rigor de um exército, pois o desemprego isola, atomiza, individualiza, desmobiliza e rompe com a solidariedade.[9]

O autor chama a atenção para o necessário cômputo que deve ser realizado dos custos sociais das decisões econômicas através da seguinte reflexão: “O que custarão, a longo prazo, em demissões, sofrimentos, doenças, suicídios, alcoolismo, consumo de drogas, violência familiar etc., coisas que custam muito caro em dinheiro, mas também em sofrimento?”[10] E propõe que

a essa economia estreita e de visão curta, é preciso opor uma *economia da felicidade*, que levaria em conta todos os lucros, individuais e coletivos, materiais e simbólicos, associados à atividade (como a segurança), e também todos os custos materiais e simbólicos associados à inatividade ou à precariedade (por exemplo, o consumo de medicamentos: a França detém o recorde do consumo de tranqüilizantes). Não se pode trapacear com a *lei da conservação da violência*: toda violência se paga; por exemplo, a violência estrutural exercida pelos mercados financeiros, sob forma de desemprego, de precarização etc., tem sua contrapartida em maior ou menor prazo, sob forma de suicídios, de delinqüência, de crimes, de drogas, de alcoolismo, de pequenas ou grandes violências cotidianas.[11]

Com isso Bourdieu, além de apontar o conjunto de medidas políticas e econômicas que foram impostas pelo novo modelo de capitalismo e que resultaram em um “enxugamento” do papel do Estado, ainda mostra os custos sociais e as conseqüências da invasão neoliberal.

Ainda na atualidade, outra importante fonte teórica pode ser encontrada em “*Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*” e em “*As prisões da miséria*”, ambos de autoria de Lœïc Wacquant.

No primeiro livro, Wacquant parte do paradigma norte-americano de implantação do Estado Penal em oposição ao Estado Previdenciário - desmantelado pela ofensiva neoliberal - para mostrar como a prisão vem cumprindo as suas novas funções. A partir da mudança de paradigma do Estado, ele demonstra como a nova gestão da miséria estaria ocorrendo através da criminalização da miséria e salienta que, com essa nova postura, o Estado no fim do século XX foi assumindo

(...) a figura de uma formação política de um tipo novo, espécie de “Estado centauro”, cabeça liberal sobre corpo autoritário, que aplica a doutrina do “*laissez faire, laissez passer*” ao tratar das causas das desigualdades sociais, mas que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as conseqüências.[12]

O argumento desenvolvido por Wacquant nesta obra e que mais corrobora na fundamentação deste artigo, diz respeito às análises que o autor faz do período de estabilidade econômica seguido de um grande confinamento em 1973, quando a prisão volta a ocupar lugar central no dispositivo disciplinar do capitalismo industrial em contraposição a uma época imediatamente anterior, quando se chegou a acreditar que nas sociedades ditas “avançadas”, ela desempenharia papel menor, uma vez que seriam criadas e desenvolvidas formas de controle social mais sutis e difusas ao mesmo tempo[13].

No segundo livro, “*As prisões da miséria*”, Lóic Wacquant refaz a trajetória do processo de criminalização da miséria ocorrido nos Estados Unidos como forma de controlar a conflitividade social decorrente das conseqüências do neoliberalismo que impôs o Estado mínimo em substituição ao Estado-Providência e mostra como esse “senso comum punitivo” norte-americano se internacionalizou ao se expandir para países da Europa e da América Latina.

No contexto brasileiro, suas interpretações sobre o novo modelo de Estado (mínimo) e as novas formas e funções da prisão representam uma importante contribuição, na medida em que o autor considera ainda mais grave a implantação desse Estado Penal em países como o Brasil, marcados por profundas “desigualdades sociais e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século”[14].

Assim, o diagnóstico realizado por Wacquant, embora assustador, alerta para o fato de que

em tais condições, desenvolver o estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*. [15]

Nesse cenário, marcado por profundas desigualdades sociais combinadas com recuo das proteções coletivas, precarização do trabalho e Estado penal, se torna necessário refletir sobre como vem se consolidando o sistema punitivo neoliberal que, no caso específico do Brasil, por todas as razões já expostas, repercute de forma bastante cruel sobre os mais pobres, seja pela violência direta (ações policiais) ou pela violência indireta (exclusão do mercado de trabalho, do sistema de saúde, da educação, da cultura e etc).

Será, portanto, a partir das idéias preconizadas por essas quatro referências teóricas, que sinalizam para o necessário resgate do estudo da questão criminal vinculado à configuração da estrutura social, política e econômica, que buscaremos os elementos que apontam para as respostas aos dois questionamentos formulados anteriormente. Para tanto, dividimos o presente artigo em três seções, sendo que a *primeira* discorre sobre a sociedade do trabalho, com o fim de demonstrar como o trabalho foi se tornando categoria central do mundo social; a *segunda* analisa a mudança do paradigma da sociedade do trabalho para o paradigma da sociedade neoliberal e globalizada, criticando, ainda, o processo de “naturalização” das idéias neoliberais e, por fim, a *terceira* e última seção propõe uma necessária reflexão sobre a combinação de desemprego, trabalho precarizado e Estado Penal, que culmina na criminalização da pobreza, com ênfase no caso brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A SOCIEDADE DO TRABALHO: TRABALHO COMO UM VALOR e COMO DISCIPLINAMENTO

A palavra “trabalho”, ao longo da sua história, apresentou vários significados. Atualmente, a palavra tem sido mais associada ao sentido de emprego regular e pago. Mas nem sempre foi assim, como mostra Raymond Williams, ao descrever vários processos de representação do trabalho:

Há uma interessante relação entre **trabalho** [*work*] e *LABOUR*. Este último tinha forte sentido medieval de dor e faina [*toil*]; anteriormente, **trabalho** [*work*] também fazia referência, entre alguns de seus sentidos, ao de faina. O próprio termo *toil* derivou de uma p.r. latina que significa mexer e esmagar, e surgiu primeiramente como sinônimo de transtorno e tumulto antes de adquirir o sentido de trabalho árduo, no S14. *Labour* e *toil* são palavras ainda mais duras que *work*, mas no S13 os trabalhadores manuais receberam a designação de *labourers* [trabalhadores, operários], e a oferta desse tipo de

trabalho generalizou-se como mão-de-obra [*labour*] desde o S17. **Trabalho** adquiriu então um sentido mais geral de atividade. (...)

A especialização de **trabalho** como emprego remunerado é o resultado do desenvolvimento das relações produtivas capitalistas. Estar empregado [to be **in work**] ou desemprego [to be **out of work**] era estabelecer uma relação definida com a pessoa que controlava os meios do esforço produtivo. Então, **trabalho** deslocou-se, em parte, do próprio esforço produtivo para a relação social predominante. (...)

O desenvolvimento de *emprego* [*job*] talvez seja ainda mais significativo. Suas origens são obscuras, mas sempre foi uma palavra predominantemente coloquial. Há usos como *lump* [massa uniforme, monte, grande quantidade] ou *piece* [pedaço, parte, bocado] desde o S14 e como *cartload* [carroçada] desde o S16. Em 1557, temos “certas quantidades de trabalho” [*certen jobbes of woorke*].

O sentido de uma quantidade de trabalho surgiu com vigor no S17 e *jobbing* [trabalho de empreitada] e *jobber* [trabalhador de empreitada], em sentidos ainda vigentes, passaram a significar a execução de pequenos trabalhos ocasionais. (...) Contudo, apesar de todos esses sentidos, *job* também surgiu como o termo hoje primeiro e praticamente universal para referir-se ao emprego normal.[16]

A importância de se pesquisar os diversos sentidos conferidos à palavra trabalho reside na relevância que a atividade prática do trabalho passou a ter na vida dos indivíduos que dependem da experiência comum do trabalho, mais do que para se relacionarem, mas para “simplesmente” sobreviverem materialmente, na medida em que quando se vive em uma sociedade capitalista, o trabalho sempre é e “continua sendo uma referência não só economicamente, mas também psicologicamente, culturalmente e simbolicamente dominante, como provam as reações dos que não o têm.”[17]

Para uma melhor compreensão de como o trabalho se tornou categoria fundante do mundo social nas sociedades capitalistas, é preciso, inicialmente, considerá-lo em seu sentido duplo, a partir da análise elaborada por Marx, tanto no seu aspecto positivo (trabalho como auto-produção humana, valor do trabalho para a vida em sociedade), quanto no seu aspecto negativo (o trabalho alienado, concebido como disciplinamento nas sociedades capitalistas).

No que diz respeito ao aspecto positivo, Marx, ao partir do fato de que, primeiramente, o trabalho “é um processo de que participam o homem e a natureza, processo em que o ser humano, com sua própria ação, impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza,”[18] demonstra que foi por meio do trabalho que os indivíduos distinguiram-se dos animais e que sem o qual a vida cotidiana não se reproduziria. Com isso ele quis dizer que somente com a apropriação dos recursos naturais transformados em úteis à vida humana, através do trabalho, é possível ao homem modificar, não só a natureza externa, como também a sua própria natureza, configurando o trabalho como auto-produção humana.

Com relação ao aspecto negativo, também, intrínseco ao trabalho, cabe mencionar a descrição realizada por Osvaldo Coggiola, ao analisar a categoria do trabalho durante o surgimento do sistema capitalista:

(...) o processo de disciplinamento da força de trabalho foi parte integrante do surgimento do sistema capitalista. Ele se estendeu ao longo de séculos e compreendeu as diversas leis contra a vagabundagem e “contra a pobreza”, adotadas nos diversos países e que visavam obrigar os homens livres a ingressarem no trabalho fabril. Já em 1547 é proibida a mendicância em Londres. Em 1662, a Lei de Residência dava aos juízes, a pedido do encarregado da vigilância dos pobres em cada paróquia, o poder de enviarem de volta à sua paróquia os recém-chegados. Em 1723, as paróquias foram autorizadas a instalar “casas de trabalho”, que se transformavam em centros de trabalho forçado. Todas essas medidas visavam disciplinar o trabalho as já então denominadas “classes perigosas.”[19]

Verifica-se na exposição de Coggiola, a íntima relação entre trabalho e controle de massas, dois signos imbricados do sistema capitalista de produção, concebidos com o propósito de disciplinar a vida em sociedade.

No mesmo sentido se coloca Nilo Batista que, ao refletir sobre o industrialismo derivado da Revolução Industrial, considera “válido afirmar que os cárceres são a imagem do mundo burguês do trabalho pensado até as suas últimas conseqüências, que o ódio dos homens pelo que devem fazer com eles mesmos põe como emblema no mundo,”[20] razão pela qual qualquer estudo que envolva controle penal deve considerar, também, o processo de acumulação de capital e suas formas de organização do trabalho.

Vejamos, agora, como foi caracterizado o modelo de sociedade baseado no trabalho que durou dois séculos (XIX e XX), somente se modificando com a chegada das principais transformações ocorridas no mundo do trabalho, com repercussão na vida individual e coletiva do trabalhador, decorrentes da globalização e, principalmente, da ascensão do pensamento neoliberal.

Durante muito tempo, a organização do trabalho se estruturou através das técnicas *taylorista* e *fordista* de produção. De acordo com Harvey,[21] o sistema concebido por F. W. Taylor introduziu profundas alterações nas relações sociais hierárquicas dentro do processo do trabalho ao separar a gerência, a concepção, o controle e a execução do trabalho dentro da fábrica com o propósito de aumentar radicalmente a produtividade do trabalho por meio da análise de cada processo de trabalho em movimentos separados e da organização de tarefas de trabalho fragmentadas conforme padrões rigorosos de tempo e estudo do movimento. A técnica fordista implementada por Henry Ford, teve seu desenvolvimento ao longo do século XX (entre 1914[22] e 1973) e foi caracterizada pelo controle dos hábitos de consumo, das tecnologias e do trabalho, cujo objetivo era a relação entre a produção de massa e o consumo de massa, que proporcionava um novo sistema de reprodução da força de trabalho.

A “fábrica fordista” foi o modelo mais almejado e adotado na “modernidade pesada e sólida” ou “era do hardware”, segundo denominação atribuída por Bauman[23] para a modernidade marcada notadamente pelo volume e que representava o casamento perfeito (“até que a morte os separasse”) entre capital e trabalho, numa relação de conveniência e necessidade, sendo eventualmente de amor, feita para “durar para sempre” (o quanto durasse a vida do indivíduo-trabalhador) e que com frequência durava. O divórcio estava fora de questão. Nesse contexto, a rotina cumpria o importante papel de agente imobilizador dos atores envolvidos em uma relação em que uma parte não poderia sobreviver sem a outra. Conforme salienta Harvey,[24] a rigidez era a marca registrada do fordismo. No entanto, tal rigidez causava problemas nos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho, já que a classe trabalhadora, por seu turno, resistia a toda tentativa de superar os problemas de rigidez. Tal fato, por exemplo, explica as greves e os conflitos trabalhistas do período compreendido entre 1968 e 1972. Por tudo isso, a modernidade pesada representou uma época caracterizada pela rotina, marcada notadamente pela tensão inerente à relação capital e trabalho, que perdurou por dois séculos (XIX e XX).

Essa época, fortemente balizada pela rotina, delineou a “sociedade do trabalho” que foi caracterizada pela relação de extrema dependência entre capital-trabalho, que somente se modificou com as mudanças trazidas pela chegada da invasão neoliberal.

No que diz respeito ao conjunto de transformações decorrentes do programa neoliberal, é oportuno, ainda, lembrar que

“a burguesia não pode existir sem revolucionar constantemente os instrumentos de produção, portanto as relações de produção e, por conseguinte todas as relações sociais. A conservação inalterada dos antigos modos de produção era a primeira condição de existência de todas as classes industriais anteriores. A transformação contínua da produção, o abalo incessante de todo o sistema social, a insegurança e o movimento permanentes distinguem a época burguesa de todas as demais. As relações rígidas e enferrujadas, com suas representações e concepções tradicionais, são dissolvidas, e as mais recentes tornam-se antiquadas antes que se consolidem. Tudo o que era sólido se desmancha no ar, tudo que era sagrado é profanado, e as pessoas são finalmente forçadas a encarar com serenidade sua posição social e suas relações recíprocas.”[25]

Cabe ainda mencionar, no que se refere às constantes mudanças impostas pela burguesia e suas conseqüências, que o sistema de acumulação pautado pelo capital sempre se configurou em uma verdadeira “máquina capitalista de moer”[26] em alusão clara ao pensamento de Darcy Ribeiro, para quem: “cada ciclo econômico era um moinho de gastar gente”[27]. Primeiro, os índios. Depois, os negros. E, agora, a juventude. Isso permite concluir que as conseqüências humanas alarmantes do neoliberalismo não representam mera fatalidade, mas sim, mera liberalidade, conforme veremos nas próximas seções do presente artigo.

2.2 DO PARADIGMA DA SOCIEDADE DO TRABALHO AO PARADIGMA DA SOCIEDADE NEOLIBERAL e GLOBALIZADA

As principais transformações ocorridas no mundo do trabalho – decorrentes da globalização e do neoliberalismo - se exteriorizaram sob a forma da reestruturação produtiva, da flexibilização, da desregulamentação, da relativização dos direitos dos trabalhadores e, por conseguinte, da precarização das condições e relações de trabalho. Tais medidas compõem o novo regime do capital, “readaptado” ao mundo globalizado e neoliberal, denominado de “acumulação flexível” e marcam a passagem do paradigma da sociedade do trabalho para a sociedade neoliberal.

O neoliberalismo teve origem logo após a II Guerra Mundial e se caracterizou por ser “uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar”[28]social e cujo objetivo principal era realizar “um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.”[29] A real intenção do novo programa econômico era combater o “keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases para outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro,”[30] conforme aponta Perry Anderson.

O processo de implantação das idéias neoliberais durou décadas até que foi, finalmente, instituído: i) nos anos 70, no Chile (sob a ditadura de Pinochet[31]), ii) em 1979, na Inglaterra (durante o governo de Thatcher), iii) em 1980, nos EUA (pelo Presidente Reagan), iv) em 1982, na Alemanha (com Kohl) e v) em 1983, na Dinamarca (através de Schluter), sendo poucos[32] os países de capitalismo avançado que não tinham assistido o triunfo da ideologia neoliberal até o final dos anos 80.

Tão relevante quanto o neoliberalismo para a compreensão do novo modelo de Estado é a globalização. Com relação à globalização, é possível encontrar diversos conceitos sobre esse novo processo. No entanto, uma análise cautelosa das diversas leituras sobre a globalização denota que se trata de um fenômeno heterogêneo, cujo termo passou a ser efetivamente usado a partir dos anos 60 e início dos anos 70,[33] com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais e jurídicas que se encontram interligadas de modo complexo, devendo ser compreendido, segundo Olea e Flores, como o processo segundo o qual se universaliza a intercomunicação entre “economias, sociedades e culturas, de onde se desenvolvem e ampliam as tecnologias da comunicação e da informática, junto com os acordos entre os Estados para facilitar todo tipo de intercâmbios, especialmente de ordem econômica.”[34]

Dentre todas as medidas de ordem econômica promovidas pela globalização, ainda segundo os mesmos autores, podem ser observadas: “desregulações, eliminação de barreiras alfandegárias e outros impedimentos a uma maior inter-relação econômica entre povos e Estados”,[35] representando, dessa forma, o conceito universal que as ideologias dominantes conferiram ao moderno processo de mundialização capitalista.

Além disso, as diversas interpretações conferidas à globalização permitem concluir que o processo se caracterizou por maior flexibilidade de gerenciamento, descentralização das empresas e sua organização em redes tanto internamente quanto em suas relações com outras empresas; considerável fortalecimento do papel do capital frente ao trabalho, com o declínio concomitante da influência dos movimentos dos trabalhadores; individualização e diversificação cada vez maior das relações de trabalho; intervenção estatal para desregular os mercados de forma seletiva e desmontar o Estado de Bem-Estar Social.[36]

A problemática que gira em torno do fenômeno da globalização diz respeito principalmente ao que tange à sua mais grave consequência, qual seja: o processo endêmico de desigualdade, “uma vez que um segmento significativo da população mundial não é diretamente afetado pela globalização, ou fica basicamente excluído de seus benefícios, ela é um processo profundamente desagregador e, por isso mesmo, vigorosamente contestado”. [37] Conforme salientam Held e McGrew, “a desigualdade da globalização garante que ela fique longe de ser um processo universal, uniformemente experimentado em todo o planeta.” [38] Os mesmos autores chamam a atenção ainda para o fato de não ser nenhuma surpresa que a discussão em torno da globalização tenha se disseminado na mesma época em que “o projeto neoliberal – o consenso washingtoniano sobre desregulamentação, privatização, programas de ajuste estrutural (PAES) e limitação do governo – consolidou sua dominação nas principais capitais do Ocidente e em instituições globais como o FMI”. [39]

Neste cenário, ambos os fenômenos – a globalização e o neoliberalismo - marcarão o fim do século XX e o início do século XXI, inaugurando um processo de reestruturação produtiva global, que será pautado pela crescente globalização da economia capitalista de “acumulação flexível” e o crescente desemprego tecnológico, devendo-se “considerar, portanto, a reestruturação produtiva como a acumulação flexível, antes de tudo, um resultado sócio-histórico da luta de classes, que atingiu seu ponto decisivo, nos países capitalistas centrais - 1973/79.” [40]

Outra expressão que surge nesse momento é a “acumulação flexível”, que se refere ao regime que se caracteriza pela oposição direta à rigidez do fordismo e que se ampara na flexibilização dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo. Tais experiências, sustenta Harvey, apresentaram seus primeiros sinais em 1973, após o choque do petróleo e externalizaram-se com o “surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”. [41] O novo método de acumulação, inaugurado pelos japoneses, dificulta a ação coletiva e acentua o individualismo, que é propositalmente construído através do movimento mais flexível do capital e acarreta “níveis relativamente altos de desemprego “estrutural”, rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais e o retrocesso do poder sindical – uma das colunas políticas do regime fordista”. [42]

A nova forma organizacional da produção provocou profundas transformações no mundo do trabalho que, de um casamento sólido e duradouro entre o capital e o trabalho (modernidade sólida), em que o divórcio não era sequer cogitado, passou-se a uma nova era em que “capital e trabalho vivem o desengajamento e o enfraquecimento dos laços que os uniam”, [43] encontrando-se, agora no “capitalismo flutuante” [44]

apenas esporadicamente, conforme a conveniência do primeiro, que evidentemente se beneficia da sua leveza e mobilidade, inaugurando, dessa forma, a denominada “modernidade líquida”. [45]

A reestruturação produtiva, ou seja, o complexo de medidas que envolvem uma rede de inovações tecnológico-organizacionais no campo da produção social capitalista, possui como características, dentre outras: a implementação de novas formas de gestão (“qualidade total” ou “círculos de controle de qualidade” [CCQs], *just in time/kan-ban*, “auto-ativação”), a racionalização da produção (com o enxugamento das unidades produtivas de grande porte e aumento da produtividade, também conhecida por *lean production*) e com a descentralização produtiva, concretizada na forma de terceirização, das realocações industriais, que significam o fechamento de fábricas em um determinado local e abertura em outro, bem como a instauração de novas legislações trabalhistas de cunho mais flexível. [46] Tal processo torna o terreno dos fatos como dado e impossibilita qualquer reação do trabalhador, restando apenas a conformidade com a realidade posta. Com isso, a classe trabalhadora acaba sujeitando-se às novas regras exigidas pelo “mercado”. Nesse sentido, é oportuna, ainda, a percepção de Giovanni Alves de que o processo de reestruturação produtiva apenas expressa “algo que é intrínseco à lei da acumulação capitalista: a precarização da classe dos trabalhadores assalariados, que atinge não apenas, no sentido objetivo, a sua condição de emprego e salário mas, no sentido subjetivo, a sua consciência de classe”. [47]

Assim, do ponto de vista objetivo, as transformações se concentram nas dimensões tecnológica e da organização da produção e do trabalho capitalista, com origem no padrão *fordista* [48] de produção, passando pela técnica *taylorista* (também conhecida por “administração científica”), pelo *toyotismo* (ou modelo japonês ou, ainda, ohnoísmo), pelas novas formas de gestão da força de trabalho (reestruturação produtiva) e alcançando, dessa forma, o regime da “acumulação flexível”.

No entanto, para a análise das conseqüências das mudanças na organização produtiva na vida da classe trabalhadora ocorridas, principalmente, a partir dos anos 80 (a “década neoliberal”), [49] é preciso compreender também os aspectos subjetivos das transformações, quais sejam: ampliação da autonomia da vontade e liberdade do trabalhador e diminuição da capacidade de percepção e reação da classe trabalhadora ao discurso ideológico da inevitabilidade da reestruturação produtiva.

No cenário brasileiro, as idéias neoliberais se difundem a partir do início dos anos 90 e são concomitantes com a posse do primeiro presidente da República eleito por voto direto após o Regime Militar. Era o início do governo de Fernando Affonso Collor de Mello, que chegou ao poder através das eleições de 1989.

No âmbito econômico, seu governo foi marcado pela implantação do Plano Collor, pela abertura do mercado às importações e pelo início do Programa Nacional de Desestatização (PND).

Dentre as medidas mais importantes adotadas pelo seu plano econômico, merece destaque o estímulo à privatização e o início da remoção da regulamentação da economia.

Na realidade, chegava ao Brasil a onda globalizante e neoliberal e isso fez com que o governo de Fernando Collor de Mello ficasse marcado na história recente do Brasil muito mais por ter introduzido no país uma agenda neoliberal comprometida com a globalização, do que por ter sido o primeiro presidente eleito democraticamente após os “anos de chumbo”.

2.2.1 A “naturalização” do neoliberalismo

O neoliberalismo já foi detalhado, anteriormente, como um projeto político, ou seja, como uma opção política. O neoliberalismo também se caracteriza pelo fato de ser um “movimento ideológico, em escala verdadeiramente mundial, como o capitalismo jamais havia produzido no passado”[50]. Tal fato se deve à “incrível capacidade” que as idéias neoliberais têm de “parecerem” ser a única opção possível na contemporaneidade, como se nunca, em outra época ou em outro lugar, tivesse existido na história alternativas ao capitalismo ou outras formas de capitalismo e, por isso mesmo, somente restasse, na atualidade, a opção de render-se às novas configurações da economia, do trabalho e do Estado. É o seu viés de “aparente inevitabilidade”[51] construído para que se conclua ser a única e verdadeira saída para um modelo de Estado que, supostamente, vinha apresentando sinais de falência múltipla.

No mesmo sentido, corrobora o balanço do neoliberalismo realizado por Perry Anderson, ao analisar esse programa de medidas econômicas e políticas, aponta que

(...) economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas.[52]

Diante desse caráter de pretensa “inevitabilidade” alcançado pelo neoliberalismo, é possível fazer uma comparação entre o atual estágio das sociedades atingidas pelas idéias neoliberais e a figura metafórica de um peixe abissal[53] que só conhece a água. Se um peixe pudesse ter “consciência” do meio em que vive, perceberia a água em contraposição à terra e ao ar. Mas, como ele só conhece a água, sua “concepção” de mundo se reduz à água. O mesmo tem ocorrido com as sociedades

imersas no imenso oceano neoliberal, única opção que “parece” ser possível, no contexto de transformações impostas por ele mesmo. Nesse momento em que a aparência se converte em única realidade possível, ela passa a ser a própria essência, o que faz com que os indivíduos pensem somente existir essa via (neoliberal) possível.

Na realidade, “este fenômeno chama-se hegemonia, ainda que, naturalmente, milhões de pessoas não acreditem em suas receitas e resistam a seus regimes.”[54] Na verdade, o neoliberalismo se tornou onipresente e onipotente, na medida em que a concepção de mundo por ele imposta se apresenta como verdade indiscutível e necessária.

Com isso, queremos chamar a atenção para o que se pode denominar de “*naturalização do fenômeno neoliberal*”, pois as idéias neoliberais - ao se apresentarem como sendo a única opção possível - na verdade, ocultam os seus verdadeiros propósitos e conseqüências, sobre os quais não se pode deixar de refletir, ainda mais, quando essas conseqüências geram um quadro de verdadeira barbárie, que se constitui como configuração da nova ordem burguesa.[55]

2.3. DESEMPREGO, TRABALHO PRECARIZADO E ESTADO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Antes de iniciar a análise da combinação entre desemprego, trabalho precarizado e Estado Penal no contexto brasileiro, que resulta no processo segundo o qual a pobreza é criminalizada, é preciso ressaltar que o aspecto que mais chama a atenção no que tange às idéias neoliberais, diz respeito ao seu impacto sobre as desigualdades sociais. E, nesse sentido, merece destaque o fato de que um dos seus idealizadores - Friedrich Hayek - considerava a desigualdade como um valor positivo (na verdade imprescindível) para que as sociedades ocidentais “superassem o novo igualitarismo (muito relativo, bem entendido) deste período, promovido pelo Estado de bem-estar social, que destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos.”[56] Assim, é possível perceber que as desigualdades decorrentes do paradigma neoliberal de acumulação, longe de ser um efeito colateral, são uma deliberação, ou seja, uma proposta política.

Assim, é possível perceber que, no contexto brasileiro, as conseqüências que restam de todo o processo de “encolhimento do Estado” aliado à produção de desigualdades sociais e à precarização do trabalho, repercutem de forma muito mais drástica na vida dos indivíduos, em especial, os mais pobres, historicamente “sujeitos” de poucos direitos, principalmente quando se leva em consideração o fato de que não houve a consolidação e implantação total de um Estado de bem-estar social,

propriamente dito, mas, sim, “uma recente e restrita experiência de proteção ao desemprego, (...) que se constitui no curso da redemocratização do fim dos anos 1980, e que se erigiu sobre a base de um mercado onde predominavam intensas transições entre ocupações e, nessas, uma situação de assalariamento restrito.”[57] O mais grave, atualmente, é que mesmo esse tímido Estado de bem-estar social vem sendo desmantelado pelas medidas impostas pelo neoliberalismo e pela globalização, ao mesmo tempo em que o trabalho é precarizado e as desigualdades, produzidas pelo novo “modelo”, são agravadas.

Aliás, pensar na questão criminal no Brasil contemporâneo faz lembrar uma época na qual a questão social era tratada como “um caso de polícia,”[58] conforme se extrai da “inesquecível” frase de Washington Luís (presidente do Brasil entre 1926-1930), o que revela o verdadeiro retrocesso histórico em termos de proteção social que o país vive hoje.

Por isso, quando se procura refletir sobre a questão criminal no cenário brasileiro, é preciso ter em mente, como aponta Nilo Batista, os exatos elementos de uma “história da programação criminalizante no Brasil”[59] com a ocorrência de vários momentos nos quais a pena apresentou funções distintas ao longo do seu percurso. Mas, há um dado que se verifica contínuo e que representa o objeto do presente artigo, qual seja, a estreita relação entre trabalho (ou a falta dele) e sistema punitivo e será no neoliberalismo que essa simbiose mostrará a sua pior vertente, ou seja, por trás de um discurso de que “no capitalismo cada vez ‘sobra’ mais gente” será exatamente imposto ao “excedente” de mão-de-obra um maior Estado Penal, que se arma, cada vez mais, de penas, configurando uma verdadeira “programação criminalizante”, como mostra o autor:

(...) as representações políticas comprometidas com as transformações econômicas e culturais que, com raízes na crise de 1973, conduziram ao que se costuma chamar de neoliberalismo ou globalização, chegaram ao poder no Brasil em 1989 e nele se mantiveram até hoje (2002). A desaceleração do crescimento econômico – acompanhada, em países periféricos como o nosso, da destruição dos parques industriais -, a queda nos rendimentos dos trabalhadores que logram escapar ao desemprego massivo ou se submetem à flexibilização de suas garantias ou ao sub-emprego, em contraste com uma fantástica acumulação financeira, o desmonte de programas assistenciais públicos característicos do estado previdenciário, tudo isso gera gravíssimas conseqüências sociais. À reflexão jurídica acerca dessa conjuntura cabe, no âmbito penal, deter-se sobre mutações na estrutura e funcionamento do sistema penal, e um dos indicadores mais importantes reside na programação criminalizante.[60]

Essa “programação criminalizante” neoliberal que conduz para a prisão o excedente de mão-de-obra, como mostra Nilo Batista, chama a atenção até mesmo dos mais distraídos, na medida em que

o encarceramento cresce alarmantemente, de forma drástica nas áreas nas quais a destruição do parque industrial foi mais intensa, sugerindo a realização da metáfora de Löic Wacquant[61]; é como se se tratasse de um sinistro programa habitacional para os novos pobres. O sistema penal do empreendimento neoliberal é o cenário sombrio no qual o estado, pateticamente despossuído dos generosos instrumentos assistenciais que outrora teve em mãos, impõe às magras silhuetas dos desajustados e inúteis da nova economia a única intervenção na qual repousa agora sua autoridade: a pena.[62]

O processo desenfreado de encarceramento imposto pelo sistema penal neoliberal sobre a massa empobrecida pode ser observado através da taxa nacional de encarceramento, que

aumentou de 95,5 pessoas presas por 100 mil habitantes em 1995 para 141 presas por 100 mil habitantes em 2002. Alguns estados são muito mais encarceradores do que outros. São Paulo ocupa o primeiro lugar, com 276,3 pessoas presas por 100 mil habitantes, seguido do Distrito Federal (269,2), do Rio de Janeiro(147,2) e do Rio Grande do Sul (146,6)[63]

No mesmo sentido, Vera Malaguti Batista apontou que em 1994, o Brasil tinha cerca de 110.000 presos.[64] Porém, de lá até os dias atuais (2008), o contingente de encarcerados só foi sendo aumentado cada vez mais, conforme se verifica na tabela abaixo:

TABELA I

ANO TOTAL DE PESSOAS PRESAS[65]

2000	232.755
2001	233.859
2002	239.345
2003	308.304
2004	336.358
2005	361.402

2006 401.236

2007 422.590

Evidentemente, não obstante o fato de o encarceramento ter aumentado, a população de uma forma geral não se sente mais segura por isso, na medida em que o mote da implantação do sistema penal neoliberal é baseado na difusão do medo, do caos e da desordem, que são instaurados de forma generalizada e universal, como assinala Vera Malaguti Batista, ainda que com o objetivo claro de “detonar estratégias de exclusão e disciplinamento das massas empobrecidas.”[66]

Também na difusão do medo coletivo e contribuindo para a implantação do sistema penal neoliberal, vale salientar que, nesse sentido, a mídia cumpre papel principal e funciona como verdadeiro “agente” de difusão do medo e da criminalização, conforme a descrição realizada por Nilo Batista:

(...) os novos papéis que a mídia entrou a desempenhar, configurando-se como um conjunto de agências de comunicação social do sistema penal que podem mesmo desempenhar tarefas próprias das agências executivas, resultaram não apenas numa instável legitimação publicitária da hipercriminalização, mas sobretudo num instrumento de compreensão induzida dos conflitos sociais a partir da estreita lógica binária infracional. Este novo sistema penal, na sua face dura, não postula do encarceramento as utopias preventivas ressocializadoras, senão a mais fria e asséptica neutralização do condenado. Enquanto, sob o estado previdenciário, germinavam instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema do estado neoliberal, replicante do vigilantismo eletrônico, é invasivo e cultiva a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso.[67]

Portanto, verifica-se a existência de problemas crônicos nessa “política do medo” e, também, na própria discussão sobre a questão criminal no Brasil contemporâneo, conforme aponta Vera Malaguti Batista, pois

não importa que o extermínio, a violência contra os moradores de favelas e os sem-terra, a tortura e o isolamento nas prisões não tenham nenhum efeito sobre as condições reais de segurança. Não importa que quanto mais prendemos, torturamos e matamos não melhora em nada a situação dos nossos jardins cercados, a brutalidade e o extermínio fazem sentido por si; trata-se de um engajamento subjetivo à barbárie. É por isso que a criminologia do senso-comum vai precisar de filósofos, psicanalistas, antropólogos e sociólogos que destilem emoções baratas. O importante é que a população não se identifique e não se compadeça da face *mestiça* e pobre da questão criminal no Brasil contemporâneo.[68]

Tudo isso inevitavelmente conduz à discussão de um outro fator interno à questão criminal, qual seja o propósito de ressocialização com a prisão, que durante muitos anos serviu como pretexto ao sistema penal que pretendia readaptar, reeducar os indivíduos e não, puni-los.

Nesse sentido, primeiramente, é necessário investir contra os aspectos éticos e morais contidos nesse ideal de ressocialização imposto pelo sistema penal, na medida em que simplesmente não é possível “reprogramar” um indivíduo e, menos ainda, moral e eticamente, como deseja a burguesia. Aliás, é sintomático que o sistema penal se baseie em ideais ressocializantes morais e éticos e, ainda mais, se for levado em consideração o fato de que a burguesia, sempre com a sua visão idealista, jamais toca em aspectos materiais e econômicos.

Depois, é preciso considerar que mesmo essa visão idealista de ressocialização está, na atualidade, completamente equivocada, motivo pelo qual o argumento de ressocialização através da readaptação ética e moral não se sustenta, pois as condições impostas a quem cumpre uma pena não condizem com essa “pseudo-intenção de ressocializar”.

Os relatos feitos pelas vítimas desse sistema penal neoliberal contribuem para o argumento acima descrito, na medida em que denunciam a precariedade das condições de cumprimento da pena, sendo as principais reclamações referentes a: i) superlotação; ii) “revista íntima” (desnudamento) sobre os familiares; iii) violação do sigilo de correspondência; iv) precário trabalho prisional; v) falta de atendimento médico, odontológico e psicológico; vi) precária assistência jurídica; vii) limitação de visitas de familiares, sobretudo dificuldade para a visita conjugal íntima; viii) péssima qualidade da alimentação, inclusive com estruturas duplas de cozinha com diferenciação entre a alimentação oferecida pelo estado a presos e funcionários; ix) precárias condições de higiene; x) submissão como “castigo disciplinar” às celas de isolamento (“solitárias”) por serem escuras e sem ventilação; xi) pouco acesso aos meios de comunicação; xii) denúncias de espancamento, tortura e corrupção e xiii) raro acesso ao pátio externo para exercício e banho de sol.

Diante desse quadro, é possível concluir que a idéia principal, embora o discurso oficial seja outro, é apenas punir e, não mais, vigiar e punir, sendo as precárias condições de cumprimento da pena a própria pena.

Por fim, é também importante destacar o fato de que essa massa empobrecida encarcerada é, na sua maioria, formada por jovens afro-brasileiros com baixo índice de escolaridade, o que nos permite concluir que o “excedente” de mão-de-obra produzido pelas transformações introduzidas pelo neoliberalismo vem sendo absorvido pelo sistema penal neoliberal.

Assim, a força de trabalho para a qual o mercado de trabalho neoliberal não reservou lugar e que já não conta mais com as redes de proteção do Estado de bem-estar social é desperdiçada, sendo certo que o enorme contingente que forma essa massa crescente de encarcerados encontra-se perfeitamente enquadrada no que os economistas denominam de População Economicamente Ativa (PEA), ou seja, “o potencial de mão-de-obra com que pode contar o setor produtivo”[69] formado por pessoas com idade entre 10 e 65 anos.

Por tudo que foi dito até aqui, só podemos concluir que a compreensão da questão criminal no Brasil contemporâneo somente pode ser realizada em conjunto com a análise das mudanças estruturais, econômicas, políticas e sociais impostas pela globalização e pelo neoliberalismo, a fim de que, assim, elementos seguros e coerentes possam ser elaborados e utilizados na crítica ao atual contexto de verdadeira criminalização da miséria.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. O medo e o método. Discursos Sediciosos-CDS, nº 9/10, p. 188 *apud* ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 487-488.

_____. **A questão criminal no Brasil contemporâneo**. *In*: **Revista Margem Esquerda** - Ensaios marxistas, n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 37-41.

_____. O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. *In*: **Sociologia e Direito**: explorando as Interseções. Marcelo Pereira de Melo (org.). Niterói: PSGDS - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito – Universidade Federal Fluminense, 2007, p. 135-148.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social *apud* BARBOSA, Alexandre de Freitas. **A formação do mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COGGIOLA, Osvaldo. **Movimento e pensamento operários antes de Marx**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 4. ed. São Paulo: Ed. Loyola, 1992.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

HORKHEIMER, Max; ADORNO Theodor W. *apud* ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 395.

LAUTIER, Bruno. Fixation restreinte dans le salariat, secteur informel et politique d'emploi en Amérique Latine, *Revue Tiers Monde*, n. 110, 1987 *apud* GUIMARÃES,

Nadya Araújo. **Desemprego**: trajetórias, transições e percepções. Comparando mercados de trabalho sob distintos regimes de welfare (São Paulo, Paris, Tóquio). *Centre for Brazilian Studies Working Papers Series*, n.59, Oxford University (Oxford : Inglaterra, 2005). Disponível em: <http://www.brazil.ox.ac.uk/N%20Araujo%20Guimaraes%20#59.pdf>. Acesso em: 17/12/2005. Ou, versão resumida disponível em: http://www.cebrap.org.br/imagens/Arquivos/trabalho_em_transicao.pdf. Acesso em: 25/05/2008.

LEMGRUBER, 2001. *In*: LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Bárbara; RAMOS, Silvia. **Por que é tão difícil implementar uma política de segurança?** Rio de Janeiro: IBASE, 2002. Disponível em: www.socialwatch.org/en/informeImpreso/pdfs/panorbrasileiroa2002_bra.pdf. Acesso em: 24/05/2008.

LÖWY, Michael. *In*: ARANTES, Paulo. **Extinção**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____. Manifesto comunista. *In*: **O manifesto comunista 150 anos depois**: Karl Marx, Friedrich Engels. COUTINHO, Carlos Nelson *et. al.* Daniel Aarão Reis Filho (org.) Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

MENEGAT, Marildo. **O olho da barbárie**. São Paulo: Expressão Popular, 2006

MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

OLEA, Victor Flores; FLORES, Abelardo Mariña. **Crítica de la globalidad**: dominación y liberación en nuestro tiempo. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista/ O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

RIBEIRO, DARCY. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 *apud* BATISTA, Vera Malaguti. **A questão criminal no Brasil contemporâneo**. In: **Revista Margem Esquerda** - Ensaio marxistas, n. 8. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 37-41.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo, *et al.* **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

[1] WACQUANT, 2001, p.7.

[2] BATISTA, 2006, p. 37.

[3] RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 8.

[4] BATISTA, 2006, p. 38.

[5] RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 14.

- [6] FOUCAULT, 1987, p. 30-32.
- [7] *Ibidem*, p. 63-65.
- [8] BATISTA, 2006, p. 38.
- [9] BOURDIEU, 1998, p. 140.
- [10] BOURDIEU, *op. cit* , p. 55.
- [11] *Ibidem*, p. 56.
- [12] WACQUANT, 2003, p. 55.
- [13] WACQUANT, 2003, p. 56.
- [14] WACQUANT, 2001, p. 7.
- [15] *Ibidem*, p. 10.
- [16] WILLIAMS, 2007, p. 396-399.
- [17] CASTEL *apud* BARBOSA, 2008, p. 283.
- [18] MARX, 2004, p. 211-212.
- [19] COGGIOLA, 1991, p. 17.
- [20] HORKHEIMER; ADORNO *apud* ZAFFARONI; BATISTA, *et al*, 2003, p. 395.
- [21] HARVEY, 1992, p. 121-124
- [22] Data inicial simbólica do fordismo, em que H. Ford instituiu em sua fábrica o dia de oito horas e cinco dólares para os operários da linha de montagem de carros.
- [23] BAUMAN, 2001, p. 132-135.
- [24] HARVEY, *op. cit.*, p. 135.
- [25] MARX, 1998, p. 11.
- [26] LÖWY. *In*: ARANTES, 2007.
- [27] RIBEIRO, 1995 *apud* BATISTA, 2006, p. 37-41.
- [28] ANDERSON, *op. cit.*, p. 9.
- [29] *Ibidem*, p. 9.
- [30] *Ibidem*, p. 10.

[31] No caso específico do Chile, houve a supressão da democracia e uma combinação de neoliberalismo com uma das mais cruéis ditaduras militares existentes no pós-guerra.

[32] As únicas exceções deste período foram a Suécia e a Áustria.

[33] HELD; MCGREW, 2001, p. 7.

[34] OLEA; FLORES, 2000, p. 11.

[35] *Ibidem*, p. 11.

[36] CASTELLS, 1999, p.21-22.

[37] HELD; MCGREW, *op.cit.*, p. 13-14.

[38] *Ibidem*, p. 13-14.

[39] *Ibidem*, p. 16.

[40] HELD; MCGREW, *op.cit.*, p.17.

[41] HARVEY, *op. cit.*, p. 140.

[42] *Ibidem*, p. 141.

[43] BAUMAN, *op cit.*, p. 171.

[44] *Ibidem*, p. 171.

[45] *Ibidem*, p. 15.

[46] ALVES, 2005, p. 18.

[47] *Ibidem*, p. 9.

[48] HARVEY, *op. cit.*, p. 122-124.

[49] ALVES, *op. cit.*, p.18.

[50] ANDERSON, *op. cit.*, p. 22.

[51] BOURDIEU, *op. cit.*, p. 44.

[52] ANDERSON, *op. cit.*, p. 23.

[53] Não é a primeira vez que se compara um modelo de capitalismo implantado na economia brasileira com um ilustre representante do mundo animal. Há um texto clássico do Francisco de Oliveira, onde ele reconhece o monstrengo social que o Brasil se tornou e compara o país a um ornitorrinco: “um animal improvável na escala da evolução; (...) uma figura magra, esquelética, sustentando uma cabeça enorme, que é o

sistema financeiro, mas com pernas esqueléticas e anêmicas, que são a desigualdade social e a pobreza extrema”. Para maiores detalhes, ver: OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista/ O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p.121-150.

[54] ANDERSON, *op. cit.*, p. 23.

[55] MENEGAT, 2006, p. 11.

[56] ANDERSON, *op. cit.*, p. 10.

[57] Cf. LAUTIER, 1987 *apud* GUIMARÃES, 2005, p.4.

[58] MUNAKATA, 1981, p. 9.

[59] ZAFFARONI; BATISTA *et al.*, 2003, p. 411.

[60] ZAFFARONI; BATISTA *et al.*, *op. cit.*, p. 484.

[61] *In*: WACQUANT. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

[62] ZAFFARONI; BATISTA, *et al.* *op. cit.*, p. 488.

[63] LEMGRUBER, 2001. *In*: LEMGRUBER; MUSUMECI; RAMOS, 2002, p. 53.

[64] BATISTA, 2006, p. 40-41.

[65] O número corresponde ao total de presos dos Sistemas Penitenciários Estadual, Federal e da Polícia, sendo que os dados foram obtidos a partir do levantamento realizado pelo Ministério da Justiça/DEPEN. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 25/05/2008.

[66] BATISTA *apud* ZAFFARONI; BATISTA, *et al.*, *op. cit.*, p. 487-488.

[67] ZAFFARONI; BATISTA, *et al.*, *op. cit.*, p. 487.

[68] BATISTA, 2007, p. 148.

[69] O conceito de População Economicamente Ativa (PEA) foi extraído das notas metodológicas referentes à Pesquisa Mensal de Emprego Pesquisa Mensal de Emprego realizada pelo IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme/pmemet2.shtm>. Acesso em: 25/05/2008.

VIOLÊNCIA E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS NO SISTEMA PRISIONAL CEARENSE*

VIOLENCE AND VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS IN CEARÁ'S PRISON SYSTEM

**Carla Caldas Fontenele Brizzi
Michel Pinheiro**

RESUMO

Há muito se discute sobre o caos do sistema prisional brasileiro e as possíveis soluções para essa crise, no entanto, a situação tem se agravado ano após ano, com o aumento do contingente de presos, sempre superior ao número de vagas criadas pelo Poder Público. A superlotação e a falta de condições estruturais têm gerado um cenário de flagrante desrespeito aos direitos humanos dos presos e o esvaziamento da finalidade ressocializadora da pena, que não intimida, não incapacita, tampouco possibilita a reinserção social do condenado. No Estado do Ceará a situação é alarmante, assim como no restante do país, o que requer uma urgente implementação de medidas que visem a observância e o respeito aos direitos dos encarcerados.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS. VIOLAÇÃO. PRESOS. CEARÁ.

ABSTRACT

There is much to discussion about the chaos of the brazilian prison system and possible solutions to this crisis, however, the situation has been worsened year after year, with the increase of the number of prisoners, always higher than the number of vacancies created by the Public Power. The overcrowding and lack of structural conditions has created a scenario of clear breach for the human rights of prisoners and has emptying the resocialized purpose of punishment, that not intimidate and not disable, nor allows the social rehabilitation of the convicted. In the state of Ceara, the situation is alarming, as well as in the rest of the country, which requires an urgent implementation of measures that aims to the observance and respect to the rights of prisoners.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS. VIOLATION. PRISONERS. CEARÁ

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a realidade do sistema prisional cearense na perspectiva dos direitos humanos dos presos, consagrados pelas convenções internacionais, Constituição Federal brasileira e legislação específica.

Primeiramente, é imprescindível pontuar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento material da Constituição, princípio maior, do qual decorrem todos os outros, e que, sendo inobservado pela lei, em sua interpretação ou aplicação, conduz ao malferimento da própria Constituição.

Os direitos humanos dos presos, resguardados por importantes instrumentos internacionais desde o final da década de 60, passaram a ser incorporados pela legislação brasileira a partir de 1988, com a sua positivação, tornando-se direitos fundamentais, previstos no art. 5º da Carta Magna, impassíveis de supressão por meio de emenda constitucional.

A despeito da ampla proteção conferida a esses direitos pela legislação nacional e pela internacional, não se tem verificado o alcance das finalidades da pena tais como previstas pela lei. O fracasso das perspectivas “re” (ressocializadoras, readaptadoras, reeducadoras etc) esvaziam a pena de seu conteúdo primeiro, fazendo com que a violência e o castigo prevaleçam na execução penal.

Busca-se analisar, portanto, sob essa ótica garantista, a crise pela qual passa o sistema prisional brasileiro, enfocando-se a realidade dos estabelecimentos do Estado do Ceará, a qual tivemos a oportunidade de conhecer de perto.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em **dignidade** e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, reconhecendo, portanto, a igualdade entre os homens no que diz respeito às suas qualidades essenciais – razão e consciência – traços distintivos dos demais seres e pressupostos da dignidade humana, ou melhor, da dignidade da *pessoa* humana.

A Constituição Federal consagra, no seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, é vista como o fundamento material da própria Constituição.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro:

[...] no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.[1]

Apesar de ser considerado um conceito jurídico indeterminado e de utilização ainda recente, a dignidade humana universalizou-se e tem se firmado como um princípio de extrema importância, principalmente no âmbito do Direito Constitucional democrático.

Fala-se em dignidade da *pessoa* humana para fortalecer a idéia de que o princípio se refere ao ser humano, sendo esse conceito mais amplo do que o de cidadão, conforme leciona Luiz Regis Prado:

O homem deixa de ser considerado como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. [...] Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização. [...] **Daí porque toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional.** (grifos nossos).[2]

A proteção aos direitos fundamentais, portanto, refere-se diretamente à observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a limitação da ação do Estado em relação ao indivíduo, de forma que, havendo texto normativo que viole direitos fundamentais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, será considerado inconstitucional.

No esteio do supracitado autor, Fernando Capez[3] afirma que a dignidade da pessoa humana surge no Estado Democrático de Direito como um gigantesco tentáculo regulador de todo o sistema penal, sendo inconstitucional qualquer incriminação que viole referido princípio.

É a dignidade da pessoa humana, dessa forma, o princípio do qual decorrem todos os outros previstos na constituição, e não somente aqueles relacionados ao Direito Penal. São seus corolários o direito à vida, à liberdade, à saúde e todos os outros direitos fundamentais albergados em nosso ordenamento jurídico.

Alguns autores como Günter Dürig e Ludwig Schneider entendem ser a dignidade humana o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, responsável pela limitação dos poderes do Estado em relação ao particular[4].

Magdalena Lorenzo Rodriguez-Armas posiciona-se no mesmo sentido, alegando:

O conteúdo essencial é a expressão jurídico-positivada do valor intrínseco de cada um dos direitos fundamentais e liberdades públicas que reconhece a Constituição espanhola, resultado da conjunção entre o valor da dignidade humana (“fundamento da ordem política e da paz social”) e o núcleo radical próprio de cada direito ou liberdade que se relaciona com suas manifestações particulares (internas e externas ou relativas ao seu exercício).[5]

A mesma autora afirma se tratar a dignidade humana “de um valor absoluto em qualquer das coordenadas de tempo e espaço que se queira contemplar”. [6]

Nesse sentido, Cláudia Perotto Biagi:

A dignidade da pessoa humana é, com efeito, reconhecida como “valor-fonte de todos os valores”, “valor fundante da experiência ética” e mesmo como o princípio e fim de toda a ordem jurídica. Apresenta-se, enfim, como o “compromisso fundamental do Estado”. [7]

Pode-se dizer, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana é o princípio dos princípios, sustentáculo de toda a ordem jurídica nacional, devendo ser observado no momento da feitura das normas e, principalmente, no momento de sua aplicação, pois qualquer atitude de desrespeito ao referido princípio estará eivada de flagrante inconstitucionalidade.

2 DIREITOS HUMANOS DO PRESO

Os direitos humanos dos presos encontram-se consagrados em documentos internacionais que vedam a tortura, o tratamento desumano e degradante, além de

determinar a separação entre processados e condenados, jovens e adultos, homens e mulheres, o tratamento diferenciado dos adolescentes e a função ressocializadora da pena.

Destacam-se entre os pactos e convenções internacionais, no que pertine aos direitos humanos dos presos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA e a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – ONU.

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos – ONU, de 1966, estabelece que:

Artigo 7º - Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Artigo 10 - §1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas.

b) As pessoas jovens processadas deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

§2. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - OEA, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, resguarda o direito à integridade pessoal, na forma prevista pelo artigo 5º:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

§1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

§2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

§3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

§4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

§5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

§6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Por fim, estabelece a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – ONU, de 1984, que:

Artigo 11 - Cada Estado Parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob a sua jurisdição, a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura.

Artigo 12 - Cada Estado Parte assegurará que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial, sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição.

Referidos instrumentos são valiosos para se concretizar a proteção dos direitos humanos, podendo, inclusive, a violação dos referidos direitos ser denunciada a essas organizações internacionais. No caso do Brasil, que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, está legalmente comprometido a observar e respeitar os direitos nela mencionados, além de poder ser responsabilizado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como fundamentais muitos desses direitos, estabelecendo a intranscendência e a individualização da pena, a vedação à pena de morte, à de caráter perpétuo, à de trabalhos forçados, à de banimento e às cruéis, bem como assegurou aos presos a sua integridade física e moral.

Determinou, ainda no art. 5º, XLVIII, a separação dos presos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, sendo asseguradas às presidiárias condições de permanecerem com os seus filhos durante o período de amamentação.

A Lei nº 7.210 de 11 julho de 1984 (Lei das Execuções Penais) tratou de forma minuciosa os direitos dos presos, bem como os seus deveres, disciplinando todas as

formas de assistência ao encarcerado (material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), motivado pela discussão havida no IV Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Kioto, em 1970, bem como no V Congresso das Nações Unidas, ocorrido em Genebra, em 1975, fixou regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil por meio da Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994.[8]

Essas regras, que foram estabelecidas em consonância com as Convenções Internacionais e a Constituição Federal, tratam da seleção e separação dos presos, da estrutura física dos estabelecimentos, das necessidades pessoais dos encarcerados, de seus direitos fundamentais, do pessoal penitenciário, dentre outros.

Apesar da avançada legislação nacional, o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer no que diz respeito à implementação desses direitos, que, na prática, têm sido violados de forma flagrante.

3 A FILOSOFIA RESSOCIALIZADORA NA EXECUÇÃO PENAL

3.1 Teorias sobre a função da pena

Paulo Queiroz divide as teorias que tratam da função da pena em legitimadoras e deslegitimadoras.

As primeiras, no dizer de referido autor, são as tradicionais, ou seja, aquelas que “reconhecem, sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos), legitimação ao Estado para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, por meio do direito penal, com vistas à defesa social.”[9]

Dentre as teorias legitimadoras, têm-se as teorias absolutas, as relativas e as mistas ou ecléticas.

Os defensores da teoria absoluta afirmam que o direito penal tem um fim em si mesmo, e, a finalidade da pena, um caráter meramente retributivo, seja moral (Kant), ou jurídico (Hegel).

Para Kant, a pena é uma exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. Hegel, por sua vez, entende a pena não como um mandato absoluto de justiça, e sim

como uma exigência da razão. Constrói um raciocínio dialético a fim de justificar sua idéia, traçando a seguinte relação: “o delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito): a pena é, portanto, a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação”. [10]

Ao analisar os pensamentos de Kant e Hegel acerca do tema, assevera Heleno Cláudio Fragoso:

Kant ilustrou bem essa concepção dizendo que mesmo se a sociedade civil concordasse em dissolver-se (por exemplo, se o povo que vivesse numa ilha decidisse separar-se e dispensar-se por todo o mundo), o último assassino que estivesse no cárcere teria de ser executado, para que cada um sofra o castigo que merece por seus feitos, e para que não pese a culpa sobre o povo que não insistiu em seu castigo. A pena é imperativo categórico. *Hegel* também formulou a mesma idéia com sua concepção dialética sobre a pena. O crime é negado do direito e é anulado pela pena como negação do crime e restabelecimento do direito. [11]

Para as teorias absolutas existia, portanto, uma única finalidade que justificasse a imposição da pena, qual seja, a retribuição.

As teorias relativas, de outra ponta, são as que definem como finalidade da pena a prevenção geral e a prevenção especial. Trazendo-se mais uma vez à colação pensamento de Paulo Queiroz, tem-se que:

Em oposição às absolutas, as teorias relativas (ou teorias da prevenção) são marcadamente teorias finalistas, já que vêem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente. Fim da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos [...] [12]

A prevenção geral constitui a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, tendo como finalidade a atemorização de possíveis infratores. Volta-se, portanto, para a sociedade como um todo.

A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que este não volte a delinquir.

Existem, ainda, as teorias ecléticas, unitárias ou mistas, que, segundo o ensinamento de Bitencourt “tentam agrupar em um conceito único os fins da pena” [13], propondo uma relação equilibrada de todas as suas finalidades, buscando-se conciliar a justiça e a utilidade.

Destacam-se como adeptos dessa teoria Claus Roxin e Luigi Ferrajoli. O primeiro, de acordo com a sua teoria dialética unificadora, defende:

[...] ser a finalidade básica do direito penal a prevenção geral subsidiária de delitos (positiva-negativa). *Prevenção geral* porque fim da norma penal é, essencialmente, dissuadir as pessoas do cometimento dos delitos; *subsidiária* porque o direito penal somente deve ter lugar quando fracassem outras formas de prevenção e controles sociais, como o direito civil, o direito administrativo, sempre, enfim, que não se dispuser de meios mais suaves de controle social. Mas não apenas prevenção negativa, pois, segundo Roxin, cabe ao direito penal também *fortalecer a consciência jurídica da comunidade*, intervindo, assim, positivamente.[14]

Funcionaria, por outro lado, a prevenção especial como fim último da pena, visando à intimidação do condenado, a fim de que ele não venha a reincidir.

Também defensor de uma teoria eclética, denominada de “garantismo penal”, Luigi Ferrajoli entende que:

[...] a única função capaz de legitimar a intervenção penal é a prevenção geral negativa, exclusivamente, mas não apenas a prevenção de futuros delitos, e sim, sobretudo, prevenção de reações informais públicas ou privadas arbitrárias – fim fundamental da pena, a seu ver –, pois, segundo esse autor, a pena “não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias”[15]

Segundo o próprio Ferrajoli, o sistema garantista:

[...] sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, **como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos**. [16] (negrito nosso)

Dessa forma, de acordo com Ferrajoli, o direito penal funciona como um sistema de garantias do cidadão frente ao Estado e aos demais indivíduos; defende, além disso, a abolição gradual das penas privativas de liberdade e a adoção de penas máximas de dez anos de prisão, opondo-se à prevenção especial nos moldes tradicionais, por entender que o Estado não pode obrigar o cidadão a não ser malvado, não tendo o direito de reeducá-lo, recuperá-lo ou ressocializá-lo.

Existem ainda as teorias deslegitimadoras: o abolicionismo e minimalismo radical, sendo a primeira defendida por Hulsman e a segunda por Baratta e Zaffaroni. Referidas teorias:

[...] recusam a legitimação do Estado para exercitar o poder punitivo, pondo em destaque, principalmente, a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que os resolver, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos estéreis e inúteis.[17]

A teoria abolicionista, apesar de trazer à tona importante discussão acerca do fracasso do sistema punitivo e levantar sérios e urgentes debates, como a questão da guerra contra a pobreza e a legalização das drogas, é considerada uma utopia, inaplicável na realidade atual.

O Direito Penal mínimo, que objetiva restringir a atuação estatal, é, segundo Nucci, a melhor opção a ser adotada no Brasil. Nas palavras do referido jurista:

O melhor, segundo nos parece, concentra-se no meio-termo, que é o direito penal mínimo. O Estado deve intervir minimamente nos conflitos sociais, mas, quando o fizer, deve agir com eficiência e sem gerar impunidade, o que poderá restaurar a confiança geral no Direito Penal.[18]

Apesar da grande importância dessas teorias, que vêm ganhando cada vez mais adeptos, prevalece, no Brasil, a teoria mista, que considera como finalidades da pena a retribuição, a prevenção e a ressocialização, conforme será abordado no tópico seguinte.

3.2 A finalidade de ressocialização do preso e sua previsão na legislação penal brasileira

A legislação brasileira, adotando uma teoria eclética, prevê que a sanção imposta pelo Estado àqueles que praticam delitos possui duas finalidades primordiais: a retribuição ao crime praticado e a prevenção em relação a novas infrações.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prevenção, subdividida em geral e especial, pode ser analisada a partir de quatro enfoques diferentes:

a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.[19]

A pena, no Brasil, além de ter caráter retributivo, ou seja, de impor castigo ao delinqüente, propõe-se a intimidar os membros da sociedade de forma que não pratiquem delitos; busca, ainda, reafirmar o Direito Penal, como um direito eficiente; recolher ao cárcere o apenado, a fim de que ele, privado de sua liberdade, não venha a delinqüir e, finalmente, implementar ações que visem à ressocialização do preso, proporcionando-se a sua reinserção no meio social.

Alguns dispositivos legais prevêm claramente a opção feita pelo legislador brasileiro, senão vejamos:

O art. 59, do Código Penal, ao estabelecer os critérios de fixação da pena-base, afirma que a pena aplicada pelo juiz deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, demonstrando ter a pena a finalidade, de retribuição e prevenção de delitos.

O art. 121, § 5º, do Código Penal, assevera ser possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Ora, se a pena não tivesse a função de castigar, essa previsão legal seria absurda. É possível visualizar, portanto, a consagração do caráter punitivo da pena pelo legislador penal.

A Lei de Execuções Penais, no seu art. 22, declara manifestamente a finalidade ressocializadora da pena, ao dispor que “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado *e prepará-lo para o retorno à liberdade*” (grifo nosso).

A legislação brasileira alberga, portanto, uma tríplice função da pena, que consiste em punir o agente em razão do delito cometido; prevenir a prática de novas infrações, seja pela sociedade em geral ou pelo próprio apenado; e ressocializar o preso, promovendo a sua reinserção social.

4 A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Zaffaroni conceitua **sistema penal** como sendo o “controle social punitivo institucionalizado”[20], que abrange desde o momento em que se suspeita da prática de um delito, até a execução da pena, envolvendo, na aplicação das leis que instituem esse sistema, “a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal”[21].

Dentro de qualquer sistema penal pode-se detectar a existência de pelo menos três segmentos: o policial, o judicial e o executivo, e, em cada etapa da persecução penal, um desses segmentos prepondera em relação aos outros.

Um dos grandes problemas da atualidade, que tem contribuído para a grave crise do sistema prisional, consiste na pluralidade de ideologias, decorrente da existência desses segmentos diversos, gerando uma multiplicidade de discursos.

O discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização (na argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”).[22]

Não há, dessa forma, uma ideologia única, de forma que essa compartimentalização do sistema penal faz com que cada segmento atue ignorando o discurso do outro.

Como consequência disso, surgem atritos entre as diferentes instâncias que realizam a persecução penal, uma vez que uma imputa à outra a culpa pelas falhas existentes, fazendo parecer que o sistema não funciona em condições satisfatórias em razão das falhas dos outros compartimentos. Ninguém assume as suas próprias falhas e não se vislumbra uma tentativa, por parte dos diversos segmentos, de unificação dessas ideologias.

Além disso, a crise do sistema encontra-se vinculada ao fracasso das perspectivas “re” (ressocializadoras, readaptadoras, reeducadoras etc); da finalidade preventiva geral da pena, visto que a prisão tem-se mostrado um fator criminógeno e não preventivo e ressocializador, sem citar a ausência de estrutura física e organizacional.

Zaffaroni, citado por Christiane Russomano Freire, ensina:

[...] o desgaste do paradigma “re” produziu duplo resultado sobre os segmentos do sistema prisional e penitenciário. De um lado, positivo, no sentido de desmascarar sua essência discriminatória, orientada para encobrir a realidade estrutural das prisões, marcada pela deterioração física e psíquica tanto dos operadores do sistema como dos presos. E de outro, negativo, porque envolvida pela tendência do realismo norte-americano, aparece como mera racionalização dos interesses empresariais privatizantes desta área.[23]

A partir do momento em que ocorre o abandono dos ideais de reabilitação, estes passam a ser substituídos por fatores de retribuição, até porque a sociedade clama por uma resposta frente à crescente onda de violência e, o sistema, da forma como está estruturado, não tem respondido satisfatoriamente.

Conclui, a autora supracitada, que:

[...] se a prisão não possui condições de cumprir sua função *reabilitadora*, nada mais coerente do que – instrumentalizada nos discursos que propagam a inconveniência da intervenção do Estado em favor de *mercadorias humanas falhas*, que fracassara em forjar um lugar *honrado e virtuoso* dentro da lógica do mercado e do consumo – se resignar diante de sua função deteriorante e de eliminação.[24]

A crise estrutural do sistema, além de persistir em decorrência de antigos problemas, como a superlotação e a falta de espaço físico salubre e adequado, tem se intensificado devido à corrupção da polícia e dos agentes penitenciários, crescimento do crime organizado, eclosão de rebeliões e aumento da violência dentro das prisões.

Para se ter uma idéia, em pesquisa sobre a população carcerária publicada pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, o número de presos condenados e provisórios, no Brasil, em dezembro de 2005, era de 361.402; em dezembro de 2006, esse número subiu para de 401.236, enquanto que as vagas totais do sistema, contabilizando-se presídios, penitenciárias e delegacias de polícia, eram de 242.292, ou seja, havia um déficit de 158.944 vagas.[25]

Em dezembro de 2007 esse contingente passou a ser 422.590 pessoas, e, em junho de 2008, esse número já era de 440.013 presos, contra 277.847 vagas nos estabelecimentos masculinos, femininos e nas delegacias de polícia. O déficit cresceu, estando o sistema carente, atualmente, de 162.166 vagas.[26]

O Estado de São Paulo, que possuía em 2006 mais de 130.000 detentos, o maior contingente do país, oferecia cerca de 100.000 vagas.[27] Atualmente, esse número está bem próximo a 160.000[28] presos, provisórios e condenados, incluindo-se os internados em medida de segurança.

Para se ter idéia da alarmante situação em que se encontra o Estado de São Paulo, o segundo estado brasileiro em população carcerária, o Rio de Janeiro, contava, em dezembro de 2007, com 26.523 presos.

5 A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL NO ESTADO DO CEARÁ

O Estado do Ceará encontra-se inserido no contexto da crise enfrentada pelo Brasil. Além do problema da superlotação, tem-se que dos mais de 11.000 detentos do sistema cearense, cerca de 10.000 não recebem tratamento de saúde. Os únicos a terem acesso à rede de saúde são aqueles que se encontram nas três unidades administradas pela iniciativa privada: a Penitenciária do Cariri (Pirc), a de Sobral (Pirs) e o Instituto Penal Professor Olavo Oliveira (IPPOO) II, em Itaitinga.[29]

As condições estruturais das carceragens cearenses também não são das melhores. Há, ainda, o problema relativo à falta de funcionários para realizar os afazeres administrativos nas unidades.

Em visitas realizadas no ano de 2006, em que estavam presentes a autoridade judiciária, membros do Ministério Público, vigilância sanitária e a OAB-CE, pudemos presenciar a realidade enfrentada pelos presos e funcionários nas unidades prisionais cearenses.

Faltam médicos, dentistas, nutricionistas, terapeutas ocupacionais, professores, enfim, toda a gama de funcionários imprescindíveis para a plena realização dos direitos do preso conferidos pela Constituição e pelos diplomas legais brasileiros.

Os indivíduos sujeitos à medida de segurança, em tratamento no Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes (manicômio judiciário), não tinham acesso a água tratada, as condições de higiene do local eram precárias, os medicamentos, ministrados por agentes penitenciários sem qualquer qualificação para realizar tal mister, enfim, as pessoas ali detidas não dispunham, à época em que foi feita a visita, de nenhum mecanismo que tornasse viável e eficaz o suposto tratamento psiquiátrico ao qual estavam submetidas.

Verificada a estrutura física, constatou-se que os quartos eram sujos e escuros, além de não possuírem ventilação. Os banheiros estavam praticamente sem condições de uso. Havia um grande vazamento de água, por isso o registro permanecia fechado, o que levava os pacientes a armazenarem água dentro de seus quartos, em garrafas de refrigerante e baldes descobertos.

Da mesma forma, era a situação da Colônia Agrícola, onde se cumpre pena em regime semi-aberto. Dos 193 detentos existentes ali em março de 2006, apenas 26 realizavam alguma atividade laboral. A capacidade da colônia é para receber 120 apenados, sendo que, nos finais de semana, abrigava cerca de 340 pessoas, que, em sua maioria, dormiam ao relento, por falta de espaço físico.

A realidade da Colônia Agropastoril do Amanari, no Ceará, é o retrato da falência do sistema prisional brasileiro e da inaplicabilidade dos preceitos constitucionais e dos previstos na Lei de Execuções Penais.

O regime semi-aberto é caracterizado justamente pela menor vigilância impingida ao condenado, além de lhe proporcionar a possibilidade de trabalhar ou desenvolver alguma outra atividade. Na referida instituição, no entanto, a maioria dos presos cumpre pena, de fato, em regime fechado, por causa do mau aproveitamento do espaço da

colônia, que não oferece atividades de agricultura, piscicultura, pecuária, nem mesmo qualquer atividade de cunho educacional ou profissionalizante.

O Instituto Penal Paulo Sarasate – IPPS, onde não conseguimos entrar por falta de segurança, também se encontrava em situação alarmante, abrigando o dobro de presos em relação à sua capacidade.

Das unidades visitadas, o Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa é o que se encontrava em melhores condições. Não há superlotação, o prédio é bem conservado, e as presas, além de poderem estudar, têm amplo acesso ao trabalho, desenvolvendo atividades laborativas numa fábrica de roupas, na fábrica de sabão, artesanato, padaria e cozinha. Dispõem, ainda, de uma creche, onde podem amamentar os filhos durante os seus seis primeiros meses de vida. Referida unidade é conhecida como “modelo”, não sendo possível compará-la à realidade enfrentada pelas demais.

A situação vivenciada no Ceará, infelizmente, parece ser idêntica a de outros Estados brasileiros, guardadas as devidas proporções, visto que o Estado de São Paulo, sem sombra de dúvidas, enfrenta maiores problemas em virtude do exorbitante número de presos que abriga.

Essa superlotação e a falta de condições estruturais e acesso à saúde, aliada à atuação de grupos de criminalidade organizada, resultou no aumento das rebeliões e contribuiu para o aumento dos níveis de corrupção em meio aos agentes do Estado, que, além de mal preparados, recebem baixos salários e não são punidos em razão de seu envolvimento com atividades ilícitas no interior das prisões.

A fim de conter a violência, o Governo do Estado do Ceará implantou uma espécie de polícia comunitária, a chamada “Ronda do Quarteirão”, que funciona nos bairros da cidade de Fortaleza com a finalidade de reprimir com extrema rapidez os atos de criminosos contra a população.

A atuação dessa polícia, formada por homens preparados para atender a população com cordialidade, equipados com veículos novos e modernos, tem aumentado sobremaneira o número de prisões em flagrante, causando uma sensação de maior segurança para a sociedade.

Ocorre que as delegacias e os presídios não receberam o mesmo tipo de investimento, fazendo com que o sistema, alimentado por excelentes recursos de uma ponta, deixe a desejar no que diz respeito ao trabalho executado nas delegacias, gerando-se uma demanda de inquéritos e processos que o próprio Poder Judiciário não tem como suportar, o que leva à impunidade da mesma forma.

Além disso, o aumento das prisões em flagrante, principalmente pelos crimes de furto e roubo, tem ocasionado a superlotação das delegacias, que não possuem estrutura para receber esse contingente de presos, os quais acabam por ficar amontoados em um espaço ínfimo, sem banho de sol e dependendo da família para se alimentarem, por meses a fio.

Em razão do aumento substancial do número de indivíduos encarcerados, a separação entre presos provisórios e condenados é inexistente, fazendo com que estes sejam

corrompidos pelos mais experientes, oportunizando-se, ainda, o contato com as drogas e a sujeição a toda espécie de violência, inclusive a sexual.

Todos esses fatores somados são responsáveis pelo estado caótico em que se encontra o sistema prisional brasileiro, havendo flagrante desrespeito às Convenções Internacionais de Direitos Humanos, à Constituição Federal e à legislação específica.

As finalidades da pena há muito não são alcançadas, pois não há prevenção, nem geral, nem especial, visto que a punição dos infratores não tem gerado intimidação nos demais membros da sociedade, tampouco nos próprios criminosos.

A ressocialização torna-se um ideal utópico e distante da realidade; primeiro, porque existe um contingente enorme de pessoas que nunca foram inseridas na sociedade, e não será através da privação da liberdade que a sonhada inserção social ocorrerá; segundo, porque o sistema, tal como está, é incapaz de proporcionar ao preso condições de retornar ao convívio social de forma sadia, pois o encarceramento gera, ao contrário do que a lei espera, o embrutecimento do homem, que volta a delinquir de forma mais atroz.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de nosso ordenamento constitucional, torna-se mera utopia quando o assunto é o sistema prisional, visto que os princípios que vedam a imputação de penas cruéis e de tortura são flagrantemente violados, em todos os presídios administrados pelo Poder Público, além de não serem observados os demais direitos fundamentais do preso, que, segundo o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal e o art. 38, do Código Penal, devem ser conservados, impondo-se respeito à sua integridade física e moral.

CONCLUSÃO

A situação das unidades administradas pelo Poder Público no Estado do Ceará revelam desrespeito inadmissível aos direitos dos presos e, em segundo plano, a toda a sociedade, refêm do aumento da violência, que é consequência, além de outros fatores, da elevação dos índices de reincidência dos egressos, brutalizados pelo sistema e pelo processo de marginalização social.

A descrição desse panorama faz-nos recordar de Jeremy Bentham, que no início do século XIX afirmou algo adequado aos tempos hodiernos. Dizia ele que as prisões “salvo raras exceções, apresentavam as melhores condições para infestar o corpo e alma”[30]. A falta de condições básicas nas prisões, ambiente de ociosidade “despojam os réus de sua honra e de hábitos laboriosos”[31], os quais “saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria, submetidos ao despostimo

subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania”[32].

Diante disso, essa trágica realidade deve ser discutida, não somente quando ocorre uma rebelião ou um crime bárbaro, que sempre ensejam medidas emergenciais por parte do Estado, mas que não sanam o problema em sua origem.

A proposta formulada pelo direito penal mínimo e a intensificação da aplicação das penas alternativas, são soluções apontadas atualmente, tendo sido demonstrado que o índice de reincidência quando aplicada pena restritiva de direitos cai absurdamente, podendo-se vislumbrar aí, uma luz no fim do túnel.

Somente (re) pensando-se o sistema, será possível chegar a conclusões que, colocadas em prática, possam viabilizar o respeito aos direitos humanos dos presos, flagrantemente violados em todo o território brasileiro.

REFERÊNCIAS

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte geral. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral e parte especial. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

[1] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

[2] PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

[3] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.

[4] DÜRIG, Günter; SCHNEIDER, Ludwig, apud BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, 90 p.

[5] Ibid., p. 90.

[6] Ibid., p. 92.

[7] Ibid., p. 92.

[8] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Ministério da Justiça, Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

[9] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45.

[10] QUEIROZ, Paulo de Souza. *op. cit.*, p. 47.

[11] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte geral. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

[12] QUEIROZ, Paulo de Souza. *op. cit.*, p. 48.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88, v. 1.

[14] QUEIROZ, Paulo de Souza. *op. cit.*, p. 58.

[15] Ibid., p. 59.

[16] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

[17] QUEIROZ, Paulo de Souza. *op. cit.*, p. 60.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral e parte especial. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 363.

[19] Ibid., p. 357.

[20] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

[21] Ibid., p. 69.

[22] Ibid., p. 69.

[23] FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 138.

[24] Ibid., p. 140.

[25] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20\(Desembro-2006\).pdf](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20(Desembro-2006).pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2007.

[26] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em 25 set. 2008.

[27] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20\(Desembro-2006\).pdf](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20(Desembro-2006).pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2007.

[28] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 25 set. 2008.

[29] Associação Cearense do Ministério Público. Disponível em: < <http://www.acmp-ce.org.br/noticias.php?id=1638>>. Acesso em: 26 abr. 2007.

[30] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43

[31] Ibid, p. 43.

[32] BENTHAM, Jeremias. 1834 apud BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 43.

**NOVOS DESAFIOS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS
RELAÇÕES DE GÊNERO: UMA ABORDAGEM SOBRE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA CONTRA A MULHER***

**NEW CHALLENGES IN PROMOTING HUMAN RIGHTS IN RELATIONS OF
GENDER: AN APPROACH ON DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN**

**Caroline Fockink Ritt
Rosane Teresinha Carvalho Porto**

RESUMO

Este artigo tem por premissa contextualizar a inserção da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-a com as relações de gênero que desencadeiam a incidência de violência contra a mulher e a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais. A Lei Maria da Penha foi criada para coibir as situações de abusos cometidos contra a mulher, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Nesse contexto, serão utilizados alguns conceitos de Michel Foucault, como poder disciplinar, assujeitamento, a vontade da verdade, bem como de Pierre Bourdieu valendo-se principalmente do conceito de dominação, capital cultural e econômico, espaço social e habitus. A violência doméstica está ligada, freqüentemente, tanto ao uso da força física ou psicológica no sentido de obrigar outra pessoa a fazer algo que não quer. Assim, verifica-se a violação de vários direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, como o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, entre outros. Daí, a importância e necessidade de mostrar através desse estudo, o papel fundamental do Estado perante a proteção da família, criando políticas públicas para prevenir e erradicar a violência contra seus integrantes.

PALAVRAS-CHAVES: VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CIDADANIA – DIREITOS HUMANOS

ABSTRACT

This article is intended premise contextualize the insertion of Law 11.340/06 - Maria da Penha Law - in Brazilian law, confronting it with the relations of gender that trigger the incidence of violence against women and the realization of their rights and guarantees.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Maria da Penha Law was established to curb the cases of abuse against women, under Article 226 of the Constitution of 1988, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Inter-American Convention to prevent, Punishment and Eradication of Violence Against Women. In this context, some concepts will be used to Michel Foucault, as disciplinary power, assujeitamento, the desire for truth, and of Pierre Bourdieu worth is primarily the concept of domination, economic and cultural capital, habitus and social space. Domestic violence is linked, often, both the use of physical force or psychological in order to compel another person to do something that does not want. Thus, there is a violation of several fundamental rights brought by the Carta Magna, as the right to freedom, equality, dignity, among others. Hence, the importance and need to show through this study, the fundamental role of the state towards the protection of the family, creating public policies to prevent and eradicate violence against its members.

KEYWORDS: VIOLENCE AGAINST WOMEN - CITIZENSHIP - HUMAN RIGHTS

1 Considerações Iniciais

Mulheres de todo o mundo, são vítimas de violência doméstica e familiar, diuturnamente. Causada, muitas vezes, pelas diferenças de gênero e pela dominação masculina, que foi banalizada desde os primórdios.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por premissa abordar os principais aspectos relacionados à violência doméstica e familiar, permitindo assim, contextualizar a inserção da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-a com as relações de gênero que desencadeiam a incidência de violência contra a mulher.

Assim, explorar-se-á o poder do discurso e da dominação nas relações de gênero, trazendo à baila as diferenças entre violência de gênero e violência doméstica e familiar contra a mulher enfatizando-se os papéis sociais impostos pela sociedade, reforçando-se culturas patriarcais e de dominação perante o sexo feminino, utilizando-se conceitos como o de Pierre Bourdieu, no que se diz respeito às questões de espaço social, capital cultural e econômico, campo e *habitus*; e de Michel Foucaut, como o poder disciplinar e assujeitamento.

Pretende-se também, ao longo desse trabalho, apontar os principais aspectos trazidos pela Lei Maria da Penha, não só no âmbito penal, processual penal e civil, como, principalmente, no que se referem à criação e à aplicação de políticas públicas que

visem à prevenção e erradicação de todas as formas de violência contra a mulher, bem como a educação, através de campanhas e do sistema de ensino, para a conscientização de uma sociedade sem violência contra a mulher.

Objetiva-se ainda, demonstrar a importância da discussão e da conclamação para implementação de políticas de apoios, não só às vítimas de violência, como também para seus agressores, possibilitando assim, a reabilitação e reeducação do agressor.

Por fim, o presente artigo tem por escopo, confirmar que somente através de políticas públicas bem definidas, será possível a efetivação de direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988; possibilitando, dessa maneira, que o Estado exerça eficientemente o seu papel de proteger a família, através da aplicação dos direitos humanos, nas questões referentes aos direitos das mulheres, dentre eles o direito a viver sem violência; garantindo, nesse sentido, a efetivação da dignidade da mulher.

2 O Poder do Discurso e da Dominação nas Relações de Gênero como Violência

O uso do termo **gênero** permite a análise das identidades, feminino e masculino, sem, no entanto, reduzi-las ao plano biológico, indicando que essas identidades estão sujeitas a variações que são determinadas pelos valores dominantes em cada período histórico.[1]

Para tanto, faz-se necessário a definição e a diferenciação entre *violência de gênero* e *violência doméstica*. Observa-se que, embora a violência de gênero, a violência doméstica e a violência contra a mulher estejam vinculadas, elas são conceituadas de forma diferente, principalmente no que diz respeito ao seu âmbito de atuação.

Assim, a violência de gênero é aquela que se dá em virtude dos papéis sociais impostos a homens e mulheres, reforçados por culturas patriarcais, estabelecendo relações de violência entre os sexos. Souza[2] descreve a violência de gênero:

A violência de gênero se apresenta como uma forma mais extensa e se generalizou como uma expressão utilizada para fazer referência aos diversos atos praticados contra mulheres como forma de submetê-las a sofrimento físico, sexual e psicológico, aí incluídas as diversas formas de ameaças, não só no âmbito intrafamiliar, mas também abrangendo a sua participação social em geral, com ênfase para as suas relações de trabalho, caracterizando-se principalmente pela imposição ou pretensão de imposição de uma subordinação e controle de gênero masculino sobre o feminino. A violência de gênero se apresenta, assim, como um ‘gênero’, do qual as demais, são espécies.

Ponto central do assunto aqui abordado é a compreensão dada, atualmente, ao termo *sexo*. Observa-se que, toda a vez que tal termo é usado, pensa-se nas diferenças físicas entre o homem e a mulher. Questionando se nos dias de hoje essas diferenças se restringem, de fato, apenas ao aspecto biológico.

Nesse sentido, Sabadell[3] questiona-se “Será que essas diferenças não são também resultado da forma de socialização (e de controle social) e não mudam em função do período histórico?” De acordo com o próprio autor “as identidades ‘sexo’ são construídas socialmente e podem ser modificadas”.

Foi por tal razão que as feministas propuseram o emprego do termo “gênero” (que em inglês é *gender*) ao invés de se usar o termo “sexo” (que em inglês é *sex*). A escolha deste termo permite que se fale de homens e mulheres fora do determinismo biológico, o que é muito importante, pois grande parte das diferenças entre os sexos não são devidas pelos aspectos biológicos, mas são conseqüências da construção social da realidade.[4]

Assim, ao se falar das mulheres como o suposto “sexo frágil”, verifica-se que não se trata apenas de um sexo biologicamente frágil ou com uma suposta “fragilidade”, mas sim do resultado de uma construção social, que é passível de mudança ao longo do tempo. Observa-se, atualmente, que as mulheres, cada vez mais, exercem profissões consideradas, até pouco tempo, como predominantemente masculinas, restando-lhe ainda, a responsabilidade pelo sustento familiar.

A violência contra a mulher diz respeito a toda forma específica de violência interpessoal, perpetrada pelo homem, contra a mulher, podendo dar-se em espaço público ou privado. No entanto, diante do elevado índice de violência contra a mulher, realizada no âmbito familiar, passou a ser conhecida como violência doméstica. Acontece que essa não se refere aos atos praticados apenas contra a mulher, mas contra todos os integrantes da família, como aquelas que ocorrem entre pais/mães e filhas/os, jovens e pessoas idosas, entre outros, desde que aconteça no ambiente familiar.

No âmbito das relações privadas, a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal. A violência doméstica é uma forma de violência física e/ou psíquica, exercida pelos homens contra as mulheres no âmbito das relações de intimidade e manifestando um poder de posse de caráter patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo que objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas.[5]

Observa-se que, na esfera privada, nunca existiram garantias jurídicas em relação à integridade física e psíquica da mulher, como também ao livre exercício da sua sexualidade. A mulher quando segue a pauta de comportamento da sociedade patriarcal é tratada como a “rainha do lar”, mas quando não obedece as referidas “pautas patriarcais”, entram em cena os chamados “mecanismos de correção”: que são os insultos, espancamentos, estupros e homicídios.[6]

Nesse contexto, era consenso social que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, então o que acontecia dentro da unidade domiciliar não dizia respeito nem à polícia, nem à justiça, tão pouco à comunidade, à sociedade ou mesmo ao resto da família. Se esses atos fossem repetidos no espaço público, certamente causariam horror aos transeuntes, sendo necessária a pronta intervenção policial. Mas, até há pouco tempo, esses atos eram considerados assuntos de “esfera privada”. [7]

Entende-se, assim, porque, quando se faz referência aos estudos sobre a posição das mulheres no direito ou na sociedade, ocorre a divisão entre a esfera pública e a esfera privada. Argumenta-se que há décadas a divisão entre espaço público e privado foi construída com base em uma distinção hierárquica entre os gêneros masculino e feminino.[8]

O espaço de atuação da mulher sempre foi prioritariamente a privado. Basta recordar que o movimento feminino da segunda metade do século XIX na Europa reivindicava a igualdade jurídica, econômica e política entre os gêneros, exigindo que a mulher ‘saísse de casa’ e se liberasse da tutela do homem (pai, irmão, marido). Naquele momento, o direito exercia uma espécie de tutela que colocava as mulheres em posição subalterna. As mulheres eram excluídas da vida política e do exercício de uma série de profissões (sobretudo as de caráter liberal), possuíam acesso muito limitado à instrução, sofriam restrições ao direito de administrar o seu próprio patrimônio e, no âmbito do casamento, eram tidas como uma espécie de acessório do homem. Tudo isso confinava a mulher ao espaço privado.[9]

O homem sempre teve como seu espaço o *público* e a mulher foi confinada ao espaço *privado*, qual seja, nos limites da família e do lar, ensejando assim a formação de dois mundos: um de dominação, produtor (mundo externo) e o outro de submissão e reprodutor (mundo interno). Dessa forma, ambos os universos, público e privado, criam pólos de dominação e de submissão. E, com relação a essas diferenças é que foram associados papéis ditos como ideais a cada gênero: ele, o homem, como provedor da família; ela, a mulher, como cuidadora do lar; cada qual desempenhando sua função.[10]

De acordo com Dias[11], esses padrões de comportamento, muito distintos entre si, “levam à geração de um verdadeiro código de honra”, em que “a sociedade outorga ao macho um papel paternalista”, enquanto que exige da mulher “uma postura de submissão”. Assim, a mulher recebe uma educação diferenciada, necessitando de mais controle e limite “em suas aspirações e desejos”.

Historicamente, relata-se que somente nos finais do século XIX e no início do século XX ocorreram mudanças que permitiram alguma inclusão, mesmo que muito restringida, da mulher na esfera pública. Tal fato ocorreu sem que houvesse contestação do poder masculino e da predominância dos homens tanto no espaço público como também no espaço privado.[12]

Antes da aprovação de qualquer instituto legal para a prevenção e punição dos crimes cometidos no ambiente doméstico e familiar, ou seja, no “espaço privado”, a realidade que se apresentava à vítima desses crimes era, no máximo, de provocarem comentários irônicos ou até a curiosidade mórbida da vizinhança. Estes personagens até contribuíam para manter o pacto de silêncio que protegia vítimas e agressores de qualquer intervenção externa, ajudando inclusive a perpetuar estas relações violentas e abusivas. [13]

A história da violência contra a mulher no ambiente familiar começa na infância, pois a menina aprende que se trata de um ato de correção, acostumando-se a aceitar a violência como algo que simplesmente faz parte das relações familiares. Assim, é muito difícil conseguir identificar como violência aquilo que socialmente não é reconhecido como tal.[14]

Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica.[15]

Assim, a violência entre cônjuges ou companheiros constitui uma das fases da violência familiar que está relacionada com os valores do mundo patriarcal. Muitas vezes a mulher fica numa posição de bode expiatório, pois sobre seu corpo se canaliza grande parte da violência que é produzida numa sociedade marcada por essa cultura patriarcal, como também por um modelo que é caracterizado pela competitividade e pelo aumento da agressividade.[16]

Os valores podem, então, se constituir em instrumentos de dominação e, assim, relações de opressão e de exploração podem ser disfarçadas, passando a ser percebidas como princípios de distinção e hierarquização naturais, isto é, inscritos naquilo que é percebido como a ordem natural das coisas. [17]

No entanto, apesar de todos os avanços, da equiparação entre o homem e a mulher feita pela Constituição Federal de 1988, a ideologia patriarcal ainda subsiste a todas essas conquistas. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina; e, principalmente, de sua dominação pelos homens que se avaliam como sendo seres superiores e mais fortes. Considerando o corpo da mulher como sendo de sua propriedade, cabendo-lhes a opção de decidir o que fazer e como fazer com tal objeto, relação de seu consumo.

O meio social e seus costumes impõem-se sobre os indivíduos de modo irresistível, inclusive em seus gestos, em seus corpos. A razão e a consciência constituem, portanto fatores insuficientes para explicar a dinâmica social, que não pode ser reduzida a um jogo de escolhas que visam a maximizar as possibilidades do indivíduo[18].

Sem dúvida que a sociedade protege a agressividade masculina, construindo a imagem de superioridade do sexo masculino, que é respeitado por sua virilidade.

No caso da violência contra a mulher, tal hipossuficiência decorre de todo este desenvolvimento histórico, antes resumido, que a colocou em uma posição submissa frente ao homem, encarada como o ‘sexo frágil’, detentora de menos responsabilidades e importância social. O homem, desde a infância, foi sendo preparado para atitudes hostis, para arrostar perigos e desafios, mesmo com o uso da violência. As próprias atividades lúdicas normalmente incitadas à infância masculina são relacionadas ao uso da força, das armas, do engenho, ao passo que a mulher, pelo contrário, foi historicamente preparada para a subserviência e a passividade.[19]

Socialmente, considera-se que afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade, pois desde criança o homem é educado para ser “o forte”, não chorar, não levar “desaforo pra casa”, ou seja não ser “mulherzinha”. Ele é educado para ser o super-homem e não apenas humano. Justamente essa equivocada consciência masculina de poder é que lhes assegura o suposto direito de fazer uso da força física e de sua superioridade corporal sobre a mulher e os demais membros de sua família.[20]

A violência doméstica é um parasita da violência que está assustando a todos. De acordo com Dias[21], “quem vivencia a violência”, e muitas vezes isso pode acontecer até antes do nascimento, “só pode achar natural o uso da força”. A submissão da vítima que não consegue ver o agressor punido, “gera nos filhos a consciência de que a violência é algo natural”.

O comportamento do agressor tem como matriz a própria estrutura social, que ensina o homem a discriminar a mulher. Por mais que se tente dizer que se trata de desvios psicológicos, a origem da violência doméstica é estrutural, está no próprio sistema social que influi no sentido de estabelecer que o homem é superior à mulher e que esta deve adotar uma postura de submissão e respeito para com o homem-agressor.[22]

Verificava-se, até então a ocorrência de profundo desrespeito aos direitos humanos fundamentais da mulher, violentada em sua integridade física, psicológica e moral, Não se observava, que a questão deveria passar da ordem privada para pública, tornando-se, prioritariamente, um problema social e inclusive com reflexos na saúde pública.

Daí, a importância e necessidade de mostrar através desse estudo, o papel fundamental do Estado perante a proteção da família, proporcionando a efetiva aplicação dos direitos humanos, valores fundamentais da República Federativa do Brasil e que representam a razão de ser do Estado, através da criando de políticas públicas para prevenir e erradicar a violência contra os integrantes da família, proporcionando, assim, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais inerentes a pessoa, dentre eles o direito a viver sem violência.

2 A Lei Maria da Penha em Debate

A inserção da Lei 11.340/06 no ordenamento jurídico brasileiro, em 07 de agosto de 2006, marcou um grande avanço na luta pelos direitos da mulher. A lei, carinhosamente batizada de *Lei Maria da Penha*, cria mecanismos para coibir e prevenir todas as formas de violência doméstica e familiar, reconhecendo além da agressão física e sexual, a psicológica, a moral e a patrimonial. Inovando, não somente nas questões de direito penal e processual penal, como nas de direito civil e de família, possibilitando, ainda, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e surpreendendo a legislação pátria quando, através da interpretação da lei, em seu inciso II, artigo 5º, traz uma nova definição para o conceito normativo de família. Permitindo, ainda, tratar com maior rigor os delitos penais praticados contra a mulher.

A *Lei Maria da Penha* define a violência doméstica em seus artigos 5º e 6º. Considera violência doméstica e familiar contra a mulher *qualquer ação ou omissão que é baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico*. Da mesma forma considerada violência doméstica aquela que lhe provoque *dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto*.

Nesse sentido, a violência doméstica praticada contra a mulher é um exemplo de violação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Devido a isso que a *Lei Maria da Penha* (Lei nº 11.340/06) para se enquadrar aos documentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres, em seu artigo 6º afirmou, taxativamente, que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. [23]

O direito das mulheres a uma vida livre de violência é um enunciado exigente e urgente. Não se refere a um tratamento de exceção que afirma a sua natural vulnerabilidade. Em sua formulação tratou-se, apropriadamente, de revelar, e como consequência, corrigir a falta de proteção de exceção que jurídica e institucionalmente vêm tendo os direitos humanos das mulheres. Em sua conceituação, ratificam-se direitos humanos de aplicação universal e se reconhecem como violações a estes um conjunto de atos lesivos que até então não tinham sido apreciados como tais. É um direito que repõe o princípio de igualdade, fazendo com que tudo o que seja violento, prejudicial e danoso para as mulheres seja considerado como ofensivo para a humanidade. [24]

Atualmente, diversas organizações têm desenvolvido ações para identificar e dar o devido apoio às vítimas da violência doméstica. Estas medidas são o resultado da compreensão de que a violência contra a mulher representa uma violação dos direitos humanos, constituindo-se numa importante causa de sofrimento e num fator de risco para diversos problemas de saúde, tanto no aspecto físico, como, principalmente, no psicológico.

Na *Lei Maria da Penha*, no seu aspecto penal, padronizou-se o entendimento de que o termo violência, quando se entende dos tipos penais incriminadores, aqueles representados simplesmente pela violência física. E é por essa razão que vários tipos penais trazem, além da expressão violência, a expressão grave ameaça. A lei dá enfoque à violência em sentido *lato* (constrangimento físico ou moral) contra a mulher. [25]

Observa-se, e a lei bem demonstra, o quanto um instituto legal que procura proteger as mulheres e seus direitos humanos e fundamentais, já estão expressos na Constituição Federal de 1988, pois a prevenção à violência doméstica e o seu combate é considerado um direito humano fundamental:

Mulheres e direitos humanos fundamentais: estabelece o art. 2º que toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Parece-nos óbvia a situação, pelo simples fato de que a mulher é um ser humano. Os direitos humanos fundamentais são voltados a qualquer pessoa e não somente às do sexo feminino. Assim estabelece, claramente, a Constituição Federal: “os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I). Além disso, há o disposto no art. 3º, IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, *sexo*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Portanto, a Constituição Federal já fez seu papel, igualando os brasileiros perante a lei (art. 5º, *caput*) e os homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I), bem como o homem e a mulher na relação conjugal (art. 226, §5º).[26]

A dignidade humana é valor imperativo da República Federativa do Brasil, representa, juntamente com os direitos fundamentais a própria razão de ser da Constituição Brasileira, tendo em vista que o Estado é apenas meio para a promoção e defesa do ser humano. Entende-se que ela é mais que um princípio, é norma, regra, valor que não pode ser esquecida em nenhuma hipótese, é irrenunciável e os direitos humanos decorrem do reconhecimento da dignidade do ser humano. Assim, combater a violência doméstica é uma das formas de garantir os direitos fundamentais da mulher.

Nesse contexto, o Título III da Lei Maria da Penha que define as questões referentes à *assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar*, de imediato passa a tratar da criação de políticas públicas que visem coibir todas as formas de violência contra a mulher, através da união de esforços da União, Estados e Municípios para promover a integração do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas com os órgãos de segurança pública, assistência social, saúde, educação, entre outros.

Possibilita também a *promoção de estudos, pesquisas e estatísticas* que dizem respeito às causas, às conseqüências e a frequência dos atos de violência contra a mulher, além da veiculação e da realização de *campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher*, voltadas ao público escolar e a sociedade, com o intuito de difundir os instrumentos de proteção previstos na referida legislação e que objetivam a *proteção aos direitos humanos das mulheres*.

Nesse sentido, observa-se o papel fundamental da educação para corrigir e atenuar os efeitos decorrentes dessa violência simbólica. De acordo com Zemel[27] “A escola é um ambiente privilegiado para a reflexão e formação da criança e do adolescente, já que é o espaço onde eles vivem muito tempo de suas vidas”.

Assim, deve-se capacitar os educadores, para que na escola reduzam-se os danos causados por um ambiente familiar conflituoso, em que o conceito da função primordial da família perdeu-se diante das frustrações e dos dramas vivenciados por seus integrantes. Provocando nas crianças uma sensação de falta de proteção, o que leva a prática de violência e consideram-se fatores de risco.

De acordo com Catani[28], “o mundo intelectual contribui, em muito, para uma forma de dominação suave e refinada em seus meios, como o sistema escolar, as pesquisas de opinião e as ciências sociais.”

Num processo que ele identifica como “a construção estatal dos espíritos”, a educação exerce um papel fundamental, uma vez que mediante o sistema escolar o Estado instaura e inculca formas e categorias de percepção e de pensamento. (...) os indivíduos são iguais perante a lei, o Estado tem o dever de fazê-lo cidadãos, dotados de meios culturais para exercer ativamente seus direitos civis. Nessas condições, o sistema escolar irá inculcar universalmente uma cultura dominante configurada como cultura nacional legítima.[29]

Nesse contexto, faz-se necessário a promoção de práticas escolares que visem a desestimulação de qualquer forma de violência e, acima de tudo, para que gerem uma consciência de não-violência nas crianças e adolescentes que estão no ambiente escolar.

3 A Resignificação da Cidadania da Mulher no Campo das Relações de Gênero

Mesmo trazendo-se ao debate o papel imprescindível da educação, verifica-se que no espaço familiar convivem, na sua grande maioria, dois seres humanos de sexos diferentes que foram criados e reproduzidos culturalmente pela sociedade para desempenharem seus respectivos papéis sociais. Porém, o exercício desses papéis nem sempre foi realizado de maneira harmônica e sem imposição de dominação sobre o outro.

Significa dizer que ainda está presente no contexto social um tipo de discurso que assegura ao homem a dominação e a imposição de um poder coercitivo sobre a mulher, bem como o seu desempenho de reprodutor e sexo forte. Já à mulher cabe a submissão em prol de um casamento e procriação da espécie. Ao expor essas idéias de maneira radical, não se quer dizer que seja completamente assim o atual cenário social, pois as mulheres com muita resistência histórica estão procurando reverter tal quadro, principalmente, as que estão no ápice da carreira profissional e com conhecimento intelectual.

No entanto, não dá para negar que essa relação de domínio ainda existe. Porém, o que também se quer dizer é que as mulheres agredidas em seus lares pelos seus companheiros são vítimas de uma sociedade solidificada pelo discurso do assujeitamento e da disciplinaridade por parte delas na relação.

O indivíduo, nessas condições, é “o átomo fictício de uma representação “ideológica” da sociedade”, como também de uma realidade concebida pela disciplina que vem a ser uma estratégia do poder que se molda do tipo de discurso que impera na sociedade. Portanto, além do poder, excluir, reprimir, mascarar ou esconder, ele produz o indivíduo e o conhecimento desse meio e o que se quer aceitar ou enxergar como verdade.[30]

Para Foucault[31], é possível lutar contra o assujeitamento ou contra as diversas formas de subjetividade e submissão, desde que se resista ao poder, o que também significa o que ele denominou: “governo por individuação”.

No entanto, também é possível abordar essa temática com alguns conceitos de Pierre Bourdieu como: espaço social, *habitus*, capital, poder e violência simbólica. Entende-se por espaço social:

O espaço social é construído de tal modo que os agentes ou os grupos são ali distribuídos em função de sua posição nas distribuições estatísticas de acordo com os *dois princípios de diferenciação* que, em sociedades mais desenvolvidas, (...), são, sem dúvida, os mais eficientes – o capital econômico e o cultural. Segue-se que os agentes têm tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas duas dimensões, e tanto menos quanto mais distantes estejam nelas. As distâncias espaciais no papel equivalem a distâncias sociais. (...).[32]

A relação homem e mulher, conforme o autor se dá no campo social (mais precisamente no campo familiar) pelo menos com relação à violência doméstica. Logo, cada indivíduo, pelo princípio de diferenciação, tem suas distinções que podem ser caracterizadas como “capital”. Significa dizer que cada um é constituído de capital econômico (diferenças financeiras ou equivalentes), capital cultural (educação), capital social e capital simbólico.[33]

No entanto, os diferentes tipos de capital, em especial o econômico e o cultural, aproximam ou distanciam socialmente os agentes sociais. Portanto, o campo em que convivem juntos, devido ao capital peculiar de cada um, é um espaço de disputas simbólicas. Conseqüentemente, quando o desequilíbrio ou o poder de dominação impera, de tal maneira que a parte frágil da relação não se dê conta, devido ao jogo de influências e interesses sociais, tem-se presente o capital simbólico. E, conseqüentemente, a pior violência: a simbólica que juntamente com a alienação do sujeito não o deixa perceber que está sendo dominado pelo outro.

Nas palavras de Bourdieu:

A dominação masculina encontra, assim, reunidas todas as condições de seu pleno exercício. A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte, bem como nos esquemas imanentes a todos os *habitus* [...]. E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem

simbólica. Por conseguinte, seus atos de conhecimento são, exatamente por isso, atos de reconhecimento prático, de adesão dóxica, crença que não tem que se pensar e se afirmar como tal e que “faz”, de certo modo, a violência simbólica que ela sofre.[34]

Em geral, constata-se que o campo social é um espaço de lutas, tensões, rivalidade, competitividade que não se restringe a um lócus de convivência, onde os agentes têm uma posição, conforme a estrutura e a dinâmica do campo. Basicamente, no campo os agentes constantemente encontram-se medindo forças.[35]

Nessa conjuntura, o Estado tem legitimidade para regular os diversos campos dentro do espaço social, instituindo leis que auxiliem a evitar a violência e diminuir o distanciamento dos campos e capitais entre os agentes sociais.

Nessa seara, torna-se interessante também definir o *habitus*. Em outros termos, tem a ver com a forma de disposição praticamente disposta e apresentada como natural que reside nas relações, nos espaços e nos campos, constituído pelos rituais, pelos costumes, como também pelos mecanismos de poder, que possam manter-se inclusive nos jogos e disputas proferidos pelos agentes, conforme a hierarquia e a posição que ocupam no espaço social. Desse modo, a sua relação com a violência simbólica[36] pode ser definida da seguinte maneira:

(...)o *habitus* é a *vis insita*, a energia potencial, a força dormente, de onde a violência simbólica, em particular aquela exercida pelo performáticos, extrai sua misteriosa eficácia. O hábito também constitui o princípio dessa forma particular de eficácia simbólica, a “influência” (de uma pessoa – “as más influências”-, de um pensamento, de um autor etc.), à qual muitas vezes se atribui o papel de uma virtude soporífera e cujo mistério se esvai quando seus efeitos quase mágicos são referidos às condições de produção das disposições que predisponham a suportá-la.[37]

Nesse sentido, a *Lei Maria da Penha* pode significar uma possibilidade de as mulheres vítimas de violência doméstica resistirem a esse poder de assujeitamento que as aliena na relação. Porém, esse discurso não é suficiente para que ocorra essa mudança comportamental e cultural. Também é necessário um maior aparato social, que atenda às suas necessidades e a de seus filhos, de tal maneira que não sofra a ausência de alimentos pela retirada do agressor do campo familiar. Além disso, antes de qualquer pré-julgamento, a eficácia e efetividade social da lei com relação às agressões deve perpassar pelas contextualizações contributivas de Michel Foucault e de Pierre Bourdieu.

Entretanto, a Lei 11.340 pode representar, principalmente, a garantia da efetivação de direitos humanos, valores fundamentais da República Federativa do Brasil e que representam a razão de ser do Estado, tais como o direito à *igualdade*, à *liberdade*, à *cidadania*, e a *dignidade da pessoa humana*.

Pode-se afirmar, porém, que a realização dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, que são assegurados de forma nacional e internacional[38]. Observe-se a sua inter-relação com o Humanismo pela natureza pontual de ser o próprio homem o seu fundamento incontestável e sujeito pleno de direitos[39]. Atente-se que a dignidade humana é pressuposto de qualquer homem que para a garantia da existência e sobrevivência precisa do Estado como mantenedor de suas necessidades humanas e básicas pelas políticas públicas.

Independente de diferenças biológicas ou culturais, todos os seres humanos merecem o mesmo respeito e que os direitos humanos, nesse sentido, representam o “reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”[40].

Assim, o princípio da cidadania é inacabado e por sua vez ligado à democracia, o que possibilita a absorção de novos direitos que venham ao encontro dos interesses individuais e coletivos das mulheres enquanto atrizes sociais no espaço público. Logo, a cidadania precisa ser repensada e voltada para os Direitos Humanos.

Para tanto, o conceito de cidadania necessita ser ampliado para que os direitos das minorias como: dos negros, dos índios, das mulheres, dos infantes e dos idosos sejam abarcados com equidade ou respeito à alteridade. Para que esse processo de mutação social se torne realidade, reconhece-se na educação a articulação necessária para que os atores sociais consigam agir consciente e de forma comunicativa no espaço público e deliberativo[41].

Logo, uma educação para a paz e por sua vez, aos direitos humanos pressupõe-se uma educação comprometida com a vida, em uma constante busca de respeito à dignidade humana, baseada na igualdade, na justiça e na fraternidade.[42]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

È imprescindível que a violência precisa ser combatida em todas as suas formas. Não se deve diminuir ou menosprezar a gravidade da violência que se pratica contra a mulher no interior dos lares e seus efeitos desastrosos e muito negativos, que atingem não só a dignidade da mulher como sujeito de direitos, como, principalmente, a formação dos filhos.

Essa violência culmina na desestruturação do núcleo familiar, ou seja, acaba com qualquer possibilidade de afeto e respeito dentro da família. Muitas vezes, o ambiente doméstico, torna-se escola de agressores de outras famílias num futuro bem próximo, causando um inevitável círculo vicioso, que precisa ser combatido pelo Direito, como também por políticas públicas amplas, voltadas à vítima, ao agressor e àquelas pessoas que estão inseridas neste contexto de violência.

Importante que haja vontade política do Estado para que, o quanto antes, se criem, se instalem, se estrutrem, com os necessários recursos materiais e humanos, e se coloquem em efetivo funcionamento os juizados especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, como prevê a Lei 11.340/06.

A violência doméstica, após movimentos de denúncias, principalmente por parte das feministas deixou de ser um problema “familiar”, privado, para ser sim considerado um problema de saúde pública, um problema social, muito grave, que gera preocupação dos administradores públicos e de toda a sociedade. É um grave problema da atualidade, que preocupa a população, sendo sempre o principal aspecto proposto e discutido na pauta dos administradores públicos.

Esse tipo de violência contra a mulher é consequência direta do aspecto cultural de nossa sociedade patriarcal e machista, pois a violência também é repetida num círculo vicioso: a situação de dominação perante seus companheiros e a humilhação que toma conta das vítimas mulheres, fazem com que elas se submetam a esse ciclo hostil por anos e anos, até que nos extremos de suas forças, na menos trágica das hipóteses são levadas a virar a mesa e denunciar os abusos sofridos.

A erradicação da violência doméstica está acima de tudo em garantir à mulher agredida um direito fundamental contido nos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou melhor, do nosso Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou parálitica após tentativa de homicídio, cometida contra ela pelo então seu marido, e que batizou a lei com seu nome, tornando-se um símbolo de militância contra a violência doméstica, o momento é o de capacitação do Poder Judiciário para atender ao que está previsto na Lei, aumentando também o número de delegacias das mulheres, criando varas e juizados específicos para atendimento desta demanda.

Quando há celeridade e satisfação no atendimento das vítimas que batem à porta do Judiciário, não há sentimento de impunidade. A certeza da impunidade, por parte do agressor, será sempre um incentivo para que ocorra mais violência, não encerrando nunca, o círculo vicioso da violência doméstica.

Observa-se que a legislação, não mediu esforços para possibilitar a implantação de políticas para o atendimento às vítimas de violência e, principalmente, a reabilitação aos agressores, o que, muitas vezes, implica dizer, que essa readaptação dar-se-á através de programas que objetivam tratar o problema em sua raiz, ou seja, as causas da violência,

Considerando o exposto, quer-se que a Lei Maria da Penha realmente seja um instrumento de políticas públicas eficazes e não mais um discurso evasivo e excludente.

5 Referências

ALMEIDA, Ana Maria F. Valores e luta simbólica. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento.

BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

BORIN, Luiz Cláudio. Educação para a Paz: uma proposta pedagógica para a não violência Disponível: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/texto_educacao_borin.htm> Acesso em: 06maio2008.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papyrus, 1996.

_____. *Meditações pascalianas*. Tradução Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CATANI, Denise Barbara. *A educação como ela é*. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópoles: Vozes, 2004.

GIULIA, Tamayo Leon. *Questão de Vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência*. São Paulo, Cladem, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

LUGLI, Rosario S. Genta. A construção social do indivíduo. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ROANI, Roberto. Jürgen Habermas. Direitos humanos, soberania do povo e princípio da democracia. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

ZEMEL, Maria de Lurdes S. PREVENÇÃO - Novas formas de pensar e enfrentar o problema. In: PREVENÇÃO AO USO INDEVIDO DE DROGAS: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008.

[1]SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234.

[2]SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 35.

[3] SABADELL, op. cit., p. 234.

[4] Ibidem, p. 234.

[5] Ibidem, p. 235-236.

[6] Ibidem, p. 236.

[7]SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 26-27.

[8] SABADELL, op. cit., p. 234-235.

[9] Ibidem, p. 235.

[10] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

[11] Ibidem, p. 17.

[12] SABADELL, op. cit., p. 235. Ocorre que a divisão entre as esferas “pública e privada” trouxe dois problemas: Como *primeiro problema*, argumenta-se no sentido da exclusão da mulher da esfera pública, apesar dos grandes progressos que ocorreram nas

últimas décadas, através da inclusão da mulher no mundo das atividades públicas, políticas e econômicas. *Segundo problema*: o espaço privado é apresentado como sendo o lugar onde o homem exerce sua liberdade, sem que o Estado possa violar a sua *privacidade*, mas, é justamente, neste espaço, no privado, onde as mulheres como também as crianças são submetidas, de forma sistemática, a discriminações e toda a espécie de violência, sendo que estas permanecem “invisíveis” para a comunidade.

[13] SOARES, op. cit., p. 27.

[14] SABADELL, op. cit., p. 236.

[15] DIAS, op. cit., p. 15-16.

[16] SABADELL, op. cit., p. 236.

[17]ALMEIDA, Ana Maria F. *Valores e luta simbólica*. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 47.

[18]LUGLI, Rosario S. Genta. *A construção social do indivíduo*. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 26.

[19]PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 18.

[20] Ibidem, p. 16.

[21] DIAS, op. cit., p. 16.

[22]CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da lei “Maria da Pena”*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007, p. 54-55.

[23]CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da lei “Maria da Pena”*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007, p. 79-80.

[24]GIULIA, Tamayo Leon. *Questão de Vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência*. São Paulo, Cladem, 2000, p. 26-27.

[25]NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 859-860.

[26] Ibidem, p. 861.

[27]ZEMEL, Maria de Lurdes S. PREVENÇÃO - Novas formas de pensar e enfrentar o problema. In: PREVENÇÃO AO USO INDEVIDO DE DROGAS: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008. p. 98.

[28]CATANI, Denise Barbara. A educação como ela é. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 22.

[29] Ibidem, p. 23. Catani comenta a respeito do conceito de *habitus* de Pierre Bourdieu.

[30] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópoles: Vozes, 2004, p. 161.

[31]BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 225.

[32]BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papirus, 1996, p. 19.

[33]BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Tradução Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 204. “Eis aí o que poderia ser a raiz antropológica da ambigüidade do capital simbólico – glória, honra, crédito, reputação, notoriedade -, princípio de uma busca egoísta das satisfações do “amor próprio” que é, ao mesmo tempo, a procura fascinada pela aprovação de outrem: “A maior baixeza do homem é a busca da glória, mas é exatamente isso que constitui o maior sinal de sua excelência; porque, ainda que possua algum bem na terra, um pouco de saúde e algum conforto essencial, ele somente se considera satisfeito se contar com a estima dos homens. O capital simbólico assegura formas de dominação, que envolvem a dependência perante os que ele permite dominar: com efeito, ele existe apenas e pela estima, pelo reconhecimento, pela crença, pelo crédito, pela confiança dos outros, logrando perpetuar-se apenas na medida em que consegue obter a crença em sua existência”.

[34] BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 45.

[35] PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 96.

[36] BOURDIEU, op. cit., p. 207.

[37] Ibidem, p. 205.

[38]ROANI, Roberto. Jürgen Habermas. Direitos humanos, soberania do povo e princípio da democracia. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006, p. 79.

[39]LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos e Humanismo: uma necessária integração. In: MEZZARROBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003, p. 332.

[40]COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

[41]HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.92. A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana.

[42] BORIN, Luiz Cláudio. Educação para a Paz: uma proposta pedagógica para a não violência Disponível:
<http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/texto_educacao_borin.htm> Acesso em: 06maio2008.

CIDADANIA, PRISÃO E SOCIEDADE CIVIL*

CITIZENSHIP, PRISON AND CIVIL SOCIETY

Geraldo Ribeiro de Sá

RESUMO

As comemorações dos 20 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil despertaram o autor dessas reflexões para revisitar três pesquisas teóricas e de campo, focalizando o sistema prisional. Duas dessas investigações aconteceram em ocasiões mais remotas, sendo a primeira durante a feitura do doutorado, em 1989, quando se apresentou um trabalho intitulado “O prisioneiro: um processo de qualificação e re-qualificação”. A segunda ocasião aconteceu em 1998, como componente de um grupo de pesquisa interdisciplinar, formado no Departamento de Ciências Sociais da UFJF. Uma terceira investigação iniciou-se em dezembro de 2007, encontrando-se ainda em andamento, originada em função do vínculo profissional, à época, com a UNINCOR, campus de Três Corações. Um dos temas recorrentes e convergentes detectados nessas pesquisas foi e continua sendo a questão da cidadania. Esse artigo, centrado nesta questão, pretende contribuir para as discussões a respeito do processo de construção da “cidadania”, no interior do sistema prisional. Para se atingir tais objetivos, caminha-se em duas direções. Na primeira, procura-se esclarecer como se desenvolve a socialização para a cidadania, com a finalidade de se sobreviver e viver no mundo por detrás das grades e, simultaneamente, viver e sobreviver no mundo do crime, ou seja, a socialização e re-socialização para a delinquência. Na segunda direção, que acontece juntamente com a socialização para a delinquência, pretende-se demonstrar como se processa a formação para a cidadania com o intuito de se circular, viver, conviver e sobreviver no mundo das pessoas livres. Para facilitar o autor e o leitor, nesse percurso, o presente artigo está subdividido em dois momentos centrais: 1º Cidadania, prisão e criminalidade e 2º cidadania, prisão e sociedade civil.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA, PRISÃO, SOCIALIZAÇÃO, POLÍTICA PÚBLICA, SOCIEDADE CIVIL

ABSTRACT

The celebrations of the Brazilian Constitution’s 20th anniversary led the author to reflect upon it and revisit three theoretical and field pieces of research focusing on the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

prison system. Two of these investigations took place in remote occasions, the first of them being during the Doctoral Degree course in 1989 when the work “The prisoner: a qualification and requalification process” was presented. The second occasion occurred in 1998 as a participant in an interdisciplinary research group formed at the UFJF Department of Social Sciences. A third investigation started in December 2007, and is still in progress, motivated by the professional association with the UNINCOR campus in the city of Três Corações. One of the recurring and convergent themes detected in these investigations was, and still is, the citizenship issue. This article focuses on this issue and tries to add to the debates regarding the construction process for “citizenship” inside the prison system. To achieve such aims, two directions are taken. The first seeks to clarify how socialization for citizenship develops in order to survive and live in a world behind bars while surviving and living in a world of crimes, i.e., socialization and re-socialization for delinquency. The second direction, which takes place in conjunction with socialization for delinquency, seeks to demonstrate how the formation of citizenship is processed in order to circulate, live, deal with, and survive in a world of free people. To make it easier for the author and the reader along the way this article is divided into two central moments: 1st Citizenship, prison and criminality, and 2nd Citizenship, prison and civil society.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, PRISON, SOCIALIZATION, PUBLIC POLICY, CIVIL SOCIETY

INTRODUÇÃO

Motivado pelas comemorações dos 20 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, ocorrida em cinco de outubro de 1988, e pelo tema do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, esse artigo re-visita, entre outras, três pesquisas teóricas e de campo, focalizando o sistema prisional. Duas dessas investigações aconteceram em ocasiões mais remotas, sendo a primeira por ocasião da feitura do doutorado, em 1989, quando se apresentou um trabalho intitulado “O prisioneiro: um processo de qualificação e re-qualificação”. [1] A segunda ocasião aconteceu em 1998, como componente de um grupo de pesquisa interdisciplinar, formado no Departamento de Ciências Sociais da UFJF [2] cujos dados subsidiaram, bem mais tarde, a produção de um artigo denominado “Criminalidade, drogas e cadeias” [3]. Uma terceira investigação iniciou-se em dezembro de 2007, encontrando-se ainda em andamento, originada em função do vínculo profissional, à época, com a UNINCOR, campus de Três Corações.

Nessas pesquisas, feitas em momentos diferentes, com propósitos distintos e em estabelecimentos penais com caracteres diversos, existentes em cidades de porte também diferenciadas, muitos foram os aspectos divergentes destacados, mas também vários foram os momentos de convergência encontrados. Entre os temas convergentes, um deles se destacou e continua merecendo a atenção dos pesquisadores: a questão da cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na expressão da própria carta constitucional [4]. Entretanto, uma constituição, por sua própria natureza, consiste de um conjunto de princípios, os mais gerais possíveis. Aliás, nunca é demasiado recordar a etimologia da palavra constituição, originada do latim

“*constitutio*”, de “*cum*” mais “*statuere*”, cujo significado é estatuir conjuntamente ou fundamentar legalmente um Estado[5].

Ao se deter no conceito de cidadania, verifica-se também sua generalidade, sobretudo, quando se propõe delinear-lo como um “status”[6], condição ou situação do pleno gozo dos direitos civis, políticos e sociais de um país ou de uma comunidade nacional. O próprio texto constitucional encarrega-se de explicitar esses direitos, porém apesar das especificações, o conceito de cidadania ainda permanece no campo da generalidade, embora a objetivação dos direitos já sinalize para algo da máxima importância, uma vez que o conteúdo de uma norma escrita se erige em ponto de apoio e referência, em sinal de partida e de chegada ou, ainda, em objetivos a serem atingidos, em incentivo para mobilização de cidadãos, com a finalidade de alcançá-los e ampliá-los, ou seja, para a construção de sua efetividade. Se os direitos componentes do instituto da cidadania são por demais amplos e sua efetivação complexa, também os componentes para se construir uma definição de comunidade nacional são muito heterogêneos e de difícil aproximação.

Ao se “desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais”[7], mas principalmente ao sintetizá-la e defini-la como um conjunto de direitos e de deveres e ao se destringir a composição do conceito de comunidade nacional em sub-comunidades, detectou-se, sobretudo, através das pesquisas mencionadas, a presença de uma comunidade muito especial, formada pelos internos dos diferentes estabelecimentos penais, onde as relações sociais se desenvolvem, quase sempre de maneira oposta aos padrões e valores predominantes no cotidiano das pessoas livres[8]. Daí o interesse em se conhecer como se efetiva a questão da cidadania no dia-a-dia de uma instituição fechada, onde seus internos lá se encontram, não por vontade própria, mas pela força do poder de coerção do Estado.

Essas pesquisas, além de muitas outras, têm comprovado um processo, também muito especial, de construção da “cidadania”, em duas direções, sendo uma delas à socialização para se sobreviver e viver no mundo por detrás das grades e, simultaneamente, viver e sobreviver no mundo do crime, ou seja, a socialização e re-socialização para a delinqüência. Entretanto, juntamente à socialização e à re-socialização para a delinqüência, ocorre também a aprendizagem para se circular, viver, conviver e sobreviver no mundo das pessoas livres. Esse artigo pretende apresentar uma síntese das informações obtidas, nas pesquisas citadas, para o esclarecimento de algumas estratégias empregadas durante os processos de socialização, direcionadas à efetividade da ‘cidadania’ na sociedade delinqüente e na sociedade das pessoas livres.

Duas questões são formuladas, para orientar o autor e o leitor, durante a feitura e a leitura dessa reflexão. Como se efetivam os direitos e os deveres, ou seja, a “cidadania” por detrás das grades de uma prisão? Ou ainda, quais são as estratégias e como elas se comportam no sentido de produzirem um efeito real na aprendizagem, na socialização e na vivência da “cidadania” no interior da micro-comunidade, construída e instituída pelas pessoas componentes do universo prisional? Em função dessas questões, o desenvolvimento desse texto desdobrar-se-á em dois momentos, de forma distinta, porém interligada e inseparável: a) a efetivação da “cidadania” para se conviver, viver e sobreviver na comunidade prisional e no mundo do crime (dentro e fora da prisão); b) a efetivação da “cidadania” para se interagir, conviver, viver e sobreviver entre as pessoas livres.

DESENVOLVIMENTO

Cidadania, Prisão e Criminalidade

A prisão também conhecida como a “sociedade dos cativos”[9] pelo fato de se constituir de agrupamentos humanos muito especiais, cria, recria e transmite valores culturais, com a função de também classificar simbolicamente “objetos, experiência, comportamento, características pessoais e estados ou modos de ser”. [10] Esses valores culturais, socializados e interiorizados pelos internos, a duras “penas”, sofridas na “alma” e no “corpo”, facilitam a convivência e a sobrevivência, a permanência e o trânsito do interno pelas diferentes comunidades, componentes da rede prisional e das redes formadas pelo mundo das atividades criminosas.

Os valores culturais da “sociedade dos cativos” são normas práticas de comportamento, isto é, de pensar, agir e sentir criadas, recriadas, testadas e selecionadas no cotidiano das relações prisionais. Eles contribuem de forma determinante para a "ordem", no universo carcerário, definem e afirmam o grau de prestígio de seus habitantes, estabelecem hierarquias, criam sistemas de proteção dos internos e dos demais membros vinculados ou não à instituição, consolidam lideranças e fixam mediações de adesão ao mundo prisional.

Alguns desses valores são religiosamente cultuados e cumpridos pelos internos, e sintetizados, conforme a linguagem prisional, no significado da palavra “código”. No amplo significado da palavra “código”, muitos princípios de conduta da sociedade carcerária estão embutidos. A violação do código pode ser paga, às vezes, com a vida do transgressor.

Códigos de conduta[11]

O silêncio! Não ver, não ouvir, não falar! A quebra da "lei do silêncio" sobre os acontecimentos na prisão pode "atrasar a cadeia", isto é, envolver o preso em inquéritos, rixas futuras com colegas, suspeição de alcaguetagem, complicações essas que podem custar ao prisioneiro perda de confiança de seus pares e de benefícios como visitas, transferência, liberdade condicional e muitos outros. A observância do silêncio confere ao preso confiança dos colegas, mantém sua ficha limpa nos arquivos do cárcere, evita indesejáveis revistas nas celas, não desperta a atenção dos policiais e da administração sobre a rotina da cadeia. Tudo isso favorece o "adiantamento da cadeia".

Se a lei do silêncio esconde rotineiros acontecimentos da cadeia como o desaforo do colega, a dor do interno, o desespero do condenado, a agressão do semelhante, o desrespeito do policial, a carência de alimentos, a falta e a sujeira da água disponível, ela pode também sepultar para sempre autores de acontecimentos graves e insólitos como o assassinato de preso por preso e diante de presos. Mesmo após o assassinato de um colega, como preceitua o "Código" vigente na sociedade dos cativos, ainda deve

imperar a lei do silêncio: "Ninguém viu nada, não sabe de nada e mesmo se soubesse não iria falar, para não se arriscar a morrer também." A quebra da lei do silêncio, além de "atrasar a cadeia" para o presidiário, pode custar-lhe a vida como forma de pagamento pela violação do "Código".

Preso não é polícia de preso. Se em dados momentos da vida prisional prevalece solidariedade entre os detentos da cela ou da galeria, como nos casos de doação de alimentos, ameaça de motins para a obtenção de cuidados médicos do colega enfermo, em outras circunstâncias, até gratuitamente, prevalece o ódio e a violência sob várias formas: intuito de pura catarse, passatempo ou satisfação de impulso sexual. Ao prevalecer o princípio de que "preso não é polícia de preso", ninguém impedirá agressões físicas, assaltos sexuais ou assassinatos.

Criminoso não manda em criminoso. Esta regra funda-se no princípio de que na cadeia todos são iguais e cada um deve responder pelo que faz. Todavia, ela presta-se mais para garantir a "lei do silêncio" do que propriamente a igualdade dos detentos nas relações entre si mesmos.

O QI do crime, isto é, consciência e vigilância. Este princípio representa a conversão integral à cidadania na "sociedade dos cativos". Ele é mais denotativo de um estado de vida e de espírito, e resultante de um conjunto de práticas e experiências do que propriamente uma regra. A propósito Coelho relatou um depoimento muito esclarecedor.

QI do crime. É a consciência do preso por saber aquilo que fez, até o momento presente. No agir e, às vezes até no falar, no se dirigir, na sua [...] Como é que se diz [...]. No seu proceder, entendeu? Então existe o QI, no caso é a consciência de onde o cara se encontra. Aqui é cadeia, o indivíduo tem que ter consciência de onde ele se encontra, e o que ele tá fazendo, tá fazendo consciente [...]. Para amanhã ou depois ele não botar a mão na cabeça e falar: Poxa, cara aqui não é a rua. Poxa, cara, eu errei, eu [...]. Não. Fazer tudo dentro do padrão positivo, para que não saia da realidade da vida na qual ele se encontra (COELHO, 1987, p. 73-74).

Nunca agredir ao diretor e ao funcionário. A observância desta regra do "Código" segura a cadeia e evita o confronto direto com a autoridade. A agressão à autoridade pode acontecer e se expressar sob várias maneiras, como por exemplo, pelo uso do palavrão, por desobediência a uma ordem e, ainda, diretamente através do ataque físico com o emprego de arma ou o simples emprego de força pessoal. Ela deve ser evitada, em princípio, porque o revide da autoridade será sempre superior à agressão sofrida. Além do mais, pode-se, através do desrespeito ao superior, desencadear-se a ira institucional sobre todos os presos ou simplesmente sobre o transgressor da regra.

Se na agressão vislumbra-se a presença de um instrumento do tipo chuço, faca, canivete, arma de fogo, entre outros. Isto pode ser o sinal da existência de outras. Ora, armas na cadeia é motivo para "revista" ou "geral". E a "revista" ou "geral" expressa um dos momentos de ira institucional e de posse do preso pela prisão, exercida através da autoridade de forma total, límpida e profunda. A "revista não é e não pode ser uma simples atividade de controle, ela é um atentado, ao mesmo tempo, contra o corpo real,

o corpo imaginário e o corpo simbólico; o homem revistado é um homem possuído” (BUFFARD, 1963, p. 47-48). Durante a "revista" ou "geral", os presos são postos nus e todos os orifícios do corpo são expostos e vasculhados. Seus pertences são virados e revirados.

Os "códigos de conduta" que presidem as relações sociais desenvolvidas no interior do cárcere; a quase absoluta ociosidade com sua quebra pela prática do jogo, consumo e comércio de tóxico; a possibilidade do sono como momento de "sonhos"; o prenúncio do estigma de ex-presidiário, sobretudo, para os novatos na prisão, e a desilusão de sua vivência para os reincidentes criam laços de amizade e ódio, apego e aversão, solidariedade e egoísmo entre os internos, abrindo novas perspectivas e apontando para circuitos mais complexos, atraentes e definitivos no processo de inserção no mundo delinqüente.

Rituais de iniciação[12]

Após a descrição de alguns valores culturais eleitos, firmados e confirmados como padrões de comportamento pela população prisional, procura-se demonstrar algumas técnicas, recursos ou meios de envolvimento dos internos no culto e observância desses valores. Ao processo de envolvimento dos presos no mundo dos valores prisionais denomina-se aqui socialização na cultura delinqüente.

Entre os recursos ou técnicas de envolvimento dos internos nos valores delinqüentes estão enfatizados dois tipos de estratégia, isto é, as estratégias procedentes da própria estrutura do sistema carcerário e as originárias da inventividade dos internos, sendo ambas articuladas e disponíveis no cotidiano da vida prisional.

O universo carcerário e o mundo das pessoas livres, além de demarcados por muros, grades, fossos, arame farpado ou eletrificado e pela ininterrupta vigilância de homens armados, também se distanciam pela criação, recriação, assimilação e vivência de elementos culturais, alguns eleitos, consagrados e elevados ao nível de valores inquestionáveis. Em decorrência do isolamento entre esses dois mundos e a diferenciação entre valores e padrões culturais, a passagem do mundo das pessoas livres para o da "sociedade dos cativos" exige dos neófitos a sujeição a rigoroso e doloroso ritual de entrada. Aliás, "Toda sociedade geral contém várias sociedades especiais [...] para passar de uma delas a qualquer das outras é preciso satisfazer certas condições [...]" (VAN GENNEP, 1978, p. 25).

“A familiaridade, desenvoltura e submissão demonstradas na entrada da cadeia pelo prisioneiro em relação a determinados ritos distinguem o novato, primário, otário ou vacilão, do cadeeiro, malandro ou bandido” (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1984, p. 309-312). O ritual de entrada, entretanto, não se limita à relação de preso com preso, preso experiente e preso primário, reincidente ou novato, também o pessoal da segurança, por sua vez, cultua rituais de entrada e submete o custodiado ao respectivo processo.

Considerando que "Os rituais revelam os valores no seu nível mais profundo [...] os homens expressam no ritual aquilo que os toca mais intensamente e, sendo a forma de

expressão convencional e obrigatória, os valores do grupo é que são revelados" (TURNER, 1974, p. 19). A seguir serão destacadas algumas configurações dos ritos, que se interpõem durante a passagem do prisioneiro pela insólita travessia que divide a sociedade das pessoas livres com a "sociedade dos cativos".

O novato, ao se posicionar de frente às grades da cela, deve submeter-se a certas normas de boa educação, vigentes nas relações entre os internos: pedir licença, ao entrar na cela, tirar os sapatos, limpar os pés no chão. Por detrás das grades, ele deve tirar a camisa ao fazer a faxina, não arrotar, não escovar dentes, não ir ao banheiro, não raspar a garganta, enquanto se almoça ou janta. A fidelidade a essas normas perpetua a identidade da população prisional, enquanto grupo distinto da polícia no seu conjunto, da segurança em particular e da burocracia repressora em geral. Além da conservação da identidade, a fidelidade a essas regras propicia aos detentos o acesso às mínimas condições materiais, psicológicas e sociais de sobrevivência.

Se a cadeia é imunda no seu conjunto, a cela será varrida diariamente e permanecerá limpa; se a cela é promíscua, a observância das regras disciplinares garantirá a organização, a ordem e a sobrevivência dos prisioneiros procedentes, regra geral, de famílias pobres, de raças distintas, convivendo em reduzido e adverso espaço, por exemplo, 10 ou mais pessoas numa área de 10m², incluindo a área ocupada pelos beliches de concreto, cozinha, banheiro e corredor, 24 horas diárias, como acontece, sobretudo, nos distritos policiais, nas cadeias públicas e em algumas penitenciárias.

Se preso não manda em preso e nem é polícia de preso, entretanto, estrutura-se uma hierarquia celular fundada no tempo de casa, no tipo físico, no poder econômico, na classe de delito, na capacidade de convencimento ou na experiência criminal. Se as normas forem desrespeitadas, e a ordem ameaçada, pune-se com rigor o infrator e submete-se o fraco a humilhações. Ao alcagüete aplica-se a pena capital, aos indisciplinados outros corretivos domésticos como violência sexual, agressão física, dormir com a boca no "boi" (privada), sofrer choque elétrico, entre outros castigos.

Se o espaço é reduzido, faz-se necessária sua rigorosa divisão, bem como um rígido controle no uso correto da fração espacial recebida tanto por parte do usuário individualmente como da coletividade (ninguém tocará na cama do outro, ninguém pisará calçado no interior da cela). A rigorosa distribuição do espaço e seu usufruto são acompanhados pela simultânea economia do tempo, também regulada pelas prescrições de boa conduta: o "boi" não poderá ser usado durante as refeições; expressões corporais, como arrotar alto, raspar a garganta e limpar o nariz, são proibidas durante o almoço e jantar; escovar os dentes e tomar banho diário são atividades obrigatórias, mas devem ser cumpridas em momentos previstos (hora da água).

Por sua vez, também os agentes penitenciários, quando submetem o preso ao cerimonial de humilhação, inculcam-lhe o princípio de submissão, a idéia de inferioridade, a posição de um desigual: preso é preso, autoridade é autoridade. Esses rituais produzem, no recém-chegado, a percepção e a experiência de estar sendo possuído pela prisão, através da posse pelo plantonista. Doravante o recém-interno pertencerá à instituição e será submisso à sua vontade. A obediência deverá ser reproduzida pelo prisioneiro nos mínimos detalhes, durante o processo da vida prisional.

A retenção, quase sempre, do preso recém-chegado na "seção de massagem" (sala de espancamento) e na cela correccional (de castigo), faz parte dos procedimentos de entrada do prisioneiro na "sociedade dos cativos". Muitas outras regras serão rigorosamente cumpridas no curso da vida prisional, daí o necessário rigor na observância do processo ritual de entrada.

O processo ritual, presidido pelos internos veteranos e pelo pessoal encarregado da custódia prisional, contém, em si mesmo, técnicas pedagógicas criadas e recriadas pela tradição prisional, e transmitidas às novas gerações, toda vez que um momento do referido processo se repete. São componentes desse processo ritual a técnica do ensaio e o erro, a recompensa e a punição, a retórica e a prática, assim por diante. Nos rituais de entrada, a identidade do preso na "sociedade dos cativos" começa a se construir e a se definir. A partir desse momento, o preso passa a ser classificado como cagüete, pederasta ou valente. Estas marcas podem estigmatizar o prisioneiro por toda a sua vida. Além do mais, os presos veteranos dispõem de recursos para conferir se o colega recém-chegado é realmente aquilo que os boatos anunciam, por exemplo, pela via do "papagaio", se são verdadeiros ou falsos. A cerimônia do confere irá repetir toda vez que o interno for transferido de uma cadeia ou de uma penitenciária para outro estabelecimento penal, for rebaixado ou promovido em seu percurso pelo mundo delinqüente.[13]

Regime progressivo[14]

O regime progressivo, em essência, foi elaborado e instituído com o propósito de socializar e re-socializar, integrar e reintegrar o prisioneiro, paulatinamente, na vida em liberdade, evitando, dessa maneira, seu abrupto reingresso na sociedade civil. O condenado, em definitivo, ao cumprir sua "pena de reclusão"[15], pela regra geral, percorreria um regime prisional constituído de três estágios: fechado, semi-aberto e aberto. Este percurso, em linhas gerais, compreenderia a passagem do prisioneiro por três espécies de estabelecimento penal: penitenciária, colônia agrícola ou colônia industrial e similar e casa do albergado.

Sendo o número de vagas reduzido nas penitenciárias, colônias e albergue, o cumprimento da pena nessas instituições torna-se um privilégio. Dessa forma, a regra geral metamorfoseia-se em exceção e a exceção em regra geral, com facilidade e rapidez. O privilégio de ultrapassar a cadeia pública, com suas diferentes situações, e percorrer as três outras instituições constitutivas dos diversos estágios do sistema penal, é obtido por uma minoria de detentos. A grande maioria "paga a cadeia" nos xadrezes de delegacia, distritos policiais e depósitos de presos. O regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo abrangendo uma minoria de "privilegiados" e acontecendo em circunstâncias especiais, propicia o envolvimento do preso na cultura delinqüente.

Estudando a prática do regime progressivo no sistema penitenciário mineiro, em FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, (1984, p. 217), está escrito:

Por outro lado, o "regime aberto" teve o efeito de impor obstáculos à plena cristalização da "sociedade dos cativos" como esfera monopolizadora da sociedade, da participação e da lealdade dos presos. Saídas regulares, por exemplo, possibilitam a muitos dos internos a manutenção de laços familiares. O trabalho extra-muros torna possível o estabelecimento de redes de interação com membros da sociedade "lá fora" e a remuneração, mesmo que pareça insignificante ou irrisória em relação aos padrões externos, torna o preso menos dependente da "sociedade dos cativos" para sua sobrevivência. Isso não quer dizer que o sistema penitenciário mineiro eliminou a formação de empresas delinquentes de fornecimento de bens e serviços ilegais. Em todas as unidades do sistema iremos encontrar o tráfico de tóxicos e, em menor escala, de álcool, assim como bancas de jogo. Encontraremos também presos reduzidos a uma situação de virtual mendicância, prontos a se prostituírem ou a assumir o papel de "robô" como condição para a aquisição de tóxicos ou bens de consumo culturalmente valorizados.

Um dos efeitos positivos do "regime progressivo" consiste em impor obstáculos à plena cristalização da "sociedade dos cativos", como "esfera monopolizadora da sociedade, da participação e da lealdade dos presos". Isto significa que a oportunidade oferecida ao detento, por essa espécie de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, possibilita-lhe estabelecer e restabelecer laços sociais e afetivos com pessoas livres, participar de relações sociais de natureza diversificada com estas pessoas e comprometer-se com os valores externos à prisão. Em outros termos, o regime penal, que permite a abertura dos portões do cárcere para a interação do preso com o universo dos homens livres, oferece ao interno o convívio com outro mundo, outras relações, outros valores, outras perspectivas de vida através de diferentes laços. Por exemplo, a "manutenção dos vínculos familiares", a possibilidade de trabalho remunerado, o que lhe possibilita certa independência, em relação à "sociedade dos cativos".

Por sua vez, o próprio autor citado há pouco, reconheceu também a existência de críticas, não contra o sistema em si, mas contra sua aplicação ou administração. Como exemplo, o mencionado autor citou a questão do universalismo do regime aberto, reivindicado pelos condenados, esbarrando em sérias dificuldades por parte dos juízes, guardas, comissões de classificação, diretorias e pela opinião pública. Essas dificuldades fazem com que alguns internos tenham a transformação do regime aberto em privilégio para poucos. Os presos sabem disso. Contudo, durante o usufruto do direito ao regime aberto, ocorrem algumas ocorrências muito complicadas. Essas, quando sucedem, podem atrasar a vida do interno, provocando no preso o entendimento de que era preferível não ter saído, isto é, gozado do benefício[16]

No regime aberto, por exemplo, intercalam-se constantemente certas dificuldades, denominadas no parágrafo anterior de ocorrências especiais, inseparáveis da execução do regime. Essas ocorrências são provocadas, por exemplo, por solicitações de internos em regime fechado, quase sempre, mas algumas também do semi-aberto e dos presos de castigo (cumprindo punição). Esses vêem, nas idas e vindas de colegas do espaço intra-muros para o extra-muros e vice-versa, uma oportunidade para ampliar as redes de suprimentos de bens e serviços da "economia delinqüente". Entre os bens, os mais comuns são as drogas proibidas, as armas sempre cobiçadas pelos internos. Entre os serviços destacam-se as correspondências para os familiares e os amigos, as idas e

vindas de mensagens destinadas a membros da quadrilha. Esses difíceis momentos podem transformar-se também em oportunidades para o interno testar, isto é, negar ou confirmar sua adesão e conversão aos valores da "*sociedade dos homens livres* ou da *sociedade dos cativos*" (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1984, p. 34-45).

O interno do "lado de lá", isto é, do lado de fora dos muros prisionais, procura manter o difícil equilíbrio de seu novo status, agora situado num circuito disputado por valores antagônicos e simultaneamente sedutores: não pode negar os compromissos com os valores vigentes no "lado de cá", isto é, do lado de dentro da prisão, mas deve atender e cultivar os predominantes "do lado de lá". Portanto, se por um lado o "regime progressivo", entendido aqui em sua fase de regime aberto, tende a diminuir a força de atração do interno pelos valores da "sociedade dos cativos", por outro lado, a adesão e a conversão do preso aos valores da "sociedade das pessoas livres" pode também provocar, no detento, estímulos ao abuso de confiança. Esse abuso, certamente, conduzirá o preso à regressão de regime, isto é, colocá-lo novamente do "lado de cá". Nessas circunstâncias, os presos do "lado de cá" submeterá o recém-chegado a rituais de entrada mais severos e exigirá desse "novato" provas mais evidentes de adesão e compromisso com a "sociedade dos cativos". Comprova-se, assim, como pode ocorrer ou não uma inversão de funções do regime progressivo, ou seja, sua metamorfose em fator de reconversão do interno à "sociedade" dos cativos e de afirmação de seu status no mundo do crime.[17]

Muito antes, Thompson (1980, p. 23), apoiando-se no conceito de "prisonização", isto é, na "adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos, da cultura geral da penitenciária", localizou um dos pontos centrais de contradição inerente ao sistema progressivo. Ponto este situado nos estágios iniciais do sistema, isto é, nos dias, meses ou anos de enjaulamento do prisioneiro na cadeia pública ou prisão comum, seguidos pelo período de cumprimento da pena em prisão de regime fechado, semi-aberto e finalmente aberto. O condenado ao conquistar, se o conseguir, o regime aberto, ele já estará totalmente prisonizado. Sua conversão às normas, códigos e valores da "sociedade dos cativos" é tão profunda e extensiva, a ponto de ser inviável, ou até impossível, acontecer o rompimento do prisioneiro com os vínculos criados entre o interno e a prisão. Deve-se lembrar, entretanto, que alguns detentos vêm nas oportunidades de convívio extra-muros também como momentos de efetivação e de prova da recuperação.

Retomando o pensamento de Thompson, citado no parágrafo anterior, este autor considera o sistema progressivo perverso na própria raiz, pelo fato de provocar a prisonização do de tento logo nos primeiros anos de vida carcerária e tentar salvá-lo no final. O que é tão impossível para a recuperação do prisioneiro como para o médico que "começa o tratamento cuidando de agravar a doença até obter a morte do dito paciente e, depois de deixá-lo enterrado durante algum tempo, para maior certeza do óbito, lança-se à tarefa de conseguir a cura do cadáver" (THOMPSON, 1980, p. 98-99). Este autor localiza um grave vício do sistema progressivo: a inevitável prisonização do detento, entretanto, não elucida satisfatoriamente, como a prisonização impede a efetivação de qualquer possibilidade de recuperação do recluso, ainda que esse seja exposto ao convívio com valores extramuros.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (1984, p. 217), conforme já se lembrou, foi além de Thompson na discussão da mencionada problemática. Ele aponta dificuldades ligadas à administração do regime aberto por parte das autoridades prisionais e não propriamente vinculadas ao sistema, em si mesmo. Uma dessas dificuldades está relacionada com a questão do universalismo e do particularismo na aplicação do regime, o que foi constatado, inclusive, no sistema penitenciário mineiro. Se a administração prisional aplica universalmente o regime aberto, ela pode conflitar com decisões judiciais, com pontos de vista da Comissão Técnica de Classificação e com a opinião pública.

Se a administração prisional examina caso por caso, ao decidir sobre a progressão de regime (do fechado ao semi-aberto e deste ao aberto), os internos interpretam essa maneira de proceder como particularismo ou criação de privilégio, o que tem provocado motins, fugas, rebeliões e outras expressões de revolta, inclusive solidariedade com o colega injustiçado.

Examinados alguns momentos do sistema progressivo, do qual o regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade é uma das formas concretas, foram identificados alguns dilemas a ele inerentes e empiricamente expressos como ocasiões favoráveis ao abuso de confiança e afirmação de status no mundo criminal. Por outro lado, esses dilemas também são úteis para se detectar, no sistema progressivo, mais uma expressão do processo disciplinar, simultaneamente combinado e desigual, constitutivo da instituição prisão: o sistema progressivo como momento capaz de determinar a socialização do condenado nos valores da "delinqüência", mas também nos valores do universo das pessoas "livres", ao mesmo tempo.

Cidadania, Prisão e Sociedade Civil

Discutiu-se anteriormente como acontece o processo de socialização para a cidadania na sociedade dos cativos, melhor dizendo, como o usufruto de direitos e o cumprimento de deveres são aprendidos, efetivados e praticados, na comunidade prisional, inserida e em interação permanente com um contexto muito mais amplo, formado pela "sociedade civil" [18]. Mas, nesse processo de assimilação e prática de direitos e deveres, a duras penas, os internos conseguem, também, aprender como acessar e efetivar direitos e deveres, úteis e necessários à circulação e sobrevivência e, principalmente, ao bem-estar na sociedade das pessoas livres.

Efetividade dos direitos

A partir do ingresso num depósito de presos ou numa cadeia pública, o prisioneiro começa a se aproximar, entrar em contato e a circular pelos diferentes órgãos da burocracia do aparelho repressivo, procurando se informar sobre o conteúdo e a localização de seu processo, quem será seu advogado, qual é o artigo do Código Penal ou da Lei de Drogas, no qual se encontra enquadrado, quem será seu juiz, quando será ouvido por esta autoridade, e assim por diante. A procura de informações desse tipo irá durar todo o tempo de cumprimento de sua pena. Os meios para se obter estas e outras informações são os mais diversos, podem ser, por exemplo, seus familiares, seus

colegas, o próprio advogado. A obtenção de tais informações resultará, com certeza, em conhecimentos e versatilidade, de natureza não só teórica, mas, sobretudo, prática, úteis e necessários, também ao acesso de seus direitos e ao cumprimento de seus deveres, quando em liberdade

Chama-se a atenção do pesquisador, quando visita um interno ou faz entrevistas, logo que se começa a conversar com os presos, a primeira manifestação deles, quando se dirigem ao visitante é com o tratamento de “doutor”. Esse “doutor” para eles é, conforme a regra geral, o advogado. Este vocábulo é um dos sinais de que se aprendeu a conhecer, a duras penas, quem é o advogado e qual é a utilidade desse profissional. Talvez se tenha conversado com um advogado pela primeira, somente pelo fato de ter sido preso, isto porque, entre as pessoas livres, geralmente o acesso ao advogado é, quase sempre privilégio daquelas que têm patrimônio, ou são pessoas de certo poder aquisitivo, pois o advogado vive também de seus honorários, enquanto a população mais pobre procura os serviços da “assistência jurídica integral e gratuita”. [19]

Na prisão aprende-se não apenas a distinguir o advogado de outros personagens, mas também a classificá-lo como bom, diligente, trabalhador, honesto e desonesto [20]. O frente-a-frente com o advogado, a perspicácia suficiente para distinguir o advogado honesto do enganador, do advogado de porta-de-cadeia do profissional competente e eficiente também faz parte da socialização para se acessar direitos e cumprir deveres. Nesse momento, o interno está aprendendo a se comportar como um cidadão livre, ou ainda, como se agir no interior da sociedade civil.

Quando se pergunta ao interno o porquê de sua prisão, ele, geralmente, não fala o nome do delito, indo comentar sobre o crime que ele fez ou praticou, apenas depois de ter adquirido um nível confiança em relação ao visitante. O preso prefere se identificar pelo artigo do Código Penal, onde está enquadrado. Então, eu sou 121, 155, 157, 171 (do Código Penal), eu sou 12, 14, 16 (da hoje revogada Lei de Tóxicos), eu sou 33, 35 (da atual Lei de Drogas), e assim sucessivamente. [21] O conhecimento do “artigo” ou dos artigos da legislação, pela qual se encontram presos, considera-se como mais um momento de acesso aos direitos e à satisfação dos deveres, sendo que nessa situação concreta, o dever está sendo satisfeito através do cumprimento e do sofrimento da pena privativa de liberdade.

O conhecimento do “artigo” e das conseqüências advindas de sua violação conduzirá o interno a se informar, nos mínimos detalhes, a respeito do término de cumprimento de sua pena, do direito ou não à progressão de regime, ensinar-lhe-á também a lutar, com todos os meios disponíveis, para acessar a esses direitos. O preso passa a conhecer quando poderá progredir do regime fechado para o semi-aberto, deste para o aberto, e finalmente, para a última etapa da pena a ser cumprida em albergue. Mantém-se informado não somente a respeito dessa movimentação através das instituições penais, mas também sobre todas as conseqüências inerentes à progressão. Aprende-se, igualmente, quando se está injustamente cumprindo pena numa cadeia pública, porque o interno conhece tudo sobre sua sentença, ou seja, a decisão do poder judiciário sobre seu caso.

As diferentes formas de acesso ao conhecimento dos direitos, a duras penas, aprendem-se na cadeia pública e na penitenciária, quando se chega até lá. Mas para se chegar, são

e salvo à penitenciária, deve-se munir não só das informações sobre o seu artigo, o que se deve fazer ou deixar de fazer, contando, naturalmente, com ajuda dos colegas mais sabidos[22]. Esta socialização é desenvolvida através do conhecimento teórico e, sobretudo, prático do Direito, é uma questão da maior importância para o interno. Este se deixará impregnar por essa aprendizagem, para a vida toda, podendo, por sua vez, beneficiar-se dessa socialização, transferindo-a, também, para o convívio no mundo do crime e sair-se muito bem nas relações sociais desenvolvidas, na sociedade delinquente. Mas ao se sair da prisão, também se poderá, caso adira-se à sociedade das pessoas livres, após pagar-se pelo crime cometido, usar-se dos conhecimentos do Direito, obtidos na cadeia, em benefício do cidadão, agora em gozo de liberdade.

Regras de trato social

A cidadania, além de constituir-se de direitos e de deveres, componentes das garantias constitucionais e muitos outros, conforme já se descreveu, envolve igualmente o conhecimento de normas difusas na “sociedade dos cativos” e na sociedade das pessoas livres. Essas normas, denominadas “regras de trato social” por Nader, (2000, p. 42-46), são conhecidas também como convencionalismos, regras de urbanidade ou de boa educação, podendo ser usadas para se saber viver bem, se relacionar socialmente com desenvoltura, em ambas as sociedades.

As publicações de Sousa e de Dráuzio[23] , bem como as pesquisas mencionadas, na introdução a esse artigo, entre muitas outras, têm registrado a aprendizagem de normas de boa educação. Essas regras afloram em vários momentos, sendo um deles o “dia da visita”. Este dia é muito especial para o preso. Toma-se banho, cuida da barba, troca de roupa, porque se vai receber alguém muito querido, como a namorada, a esposa, os filhos, os pais e outros familiares ou demais pessoas afetivamente próximas. Mesmo não se tendo visita, vai-se tomar banho, fazer barba, trocar de roupa e se cuidar da melhor forma. Não é aquela roupa de dia de festa, pois a maioria é pobre, mas a roupa que se tiver, porém, com certeza, estará cuidada da melhor maneira. Se não se tiver sapato, vai-se lavar o chinelo, ou seja, o calçado disponível. Ora, o cuidado da higiene para receber ou simplesmente ver alguém do lado de fora, o zelo de uma apresentação, o mostrar para os outros que se está bem, mesmo sendo apenas para receber ou simplesmente ver e admirar, tudo isso compõe as regras de trato social e faz parte das normas de boa educação. Tudo isso pertence aos “deveres” do cidadão e lhe permitem acessar direitos.

Além da visita, o dia-a-dia da cadeia cria hábitos básicos de higiene no interno, como banhar-se diariamente, cuidar da cela, varrendo-a todos os dias, tirando todo o pó acumulado, não jogando papel, resto de comida, teco e cinza de cigarro pelo chão. A cela é simultaneamente dormitório, cozinha, sala de visita, espaço de lazer, em suma, a cela é a casa do preso. A limpeza diária da cela e de tudo que ela contenha faz-se através de um revezamento diário, sempre começando pelo novato, cujos hábitos de “trabalho” e convivência são rigorosamente ensinados e aprendidos. Se não se aprendeu esses hábitos de higiene, quando se estava no mundo livre, agora se aprende, a duras penas.

Nesse processo de socialização inclui-se a aprendizagem da administração do uso do tempo, também, como parte desse universo de direitos e deveres. Ao se entrar, sobretudo, pela primeira vez num estabelecimento penal, principalmente se for uma cadeia pública, a aparência é de uma desordem plena, isto é, de caos total, ou seja, “o caos construído, que significa a normatividade excessiva. A regra que não busca a harmonia do coabitar, mas sim a rigidez da imobilidade”, no entendimento igualmente de Messuti (2003, p. 31). Essa realidade muda, quando se observa com mais atenção, pois se revela muito diferente daquilo que suas aparências mostram. Aliás, as aparências podem enganar, quase sempre, ao pesquisador incauto. Um desses momentos se revela, por exemplo, no “rigor da disciplina”, durante o banho, na hora da “água”, como, às vezes, se diz, na linguagem prisional. Nem sempre todos os chuveiros estão funcionando, então o preso tem um tempo limitado para se tomar banho e suprir as celas sem água da presença deste precioso líquido. Nessa hora as celas são abertas durante meia hora de relógio. Após este tempo as celas se fecham e quem ficar do lado de fora poderá ser duramente castigado pela segurança, com a advertência, espancamento na sala de “massagem” e até com horas ou dias na “cela de castigo”, conforme o caso.

Se não se tomava banho, se não se levantava na hora certa, se não se tinha horário de refeição com 30 minutos de duração, agora se aprende coercitivamente, por imposição dos colegas de cela mais antigos ou dos seguranças. Não se pode comer aquele almoço, aquele jantar, beber aquele café, também se permite, caso o interno prefira, fazê-los ou recebê-los de pessoas amigas, mas tem-se um horário. É possível ficar de molenga na cama, mas já se sabe do horário de acordar e levantar, podendo a pontualidade lhe ser cobrada a qualquer momento, e as formas de cobrança, sobretudo por parte dos internos, podem vir com a advertência ou com castigos corporais. Além disso, esse conjunto de hábitos constitui valores e padrões de comportamento ultivados, igualmente, o mundo das pessoas livres. Sua aquisição ou reforço durante a estada na prisão poderá lhe facilitar, mais tarde, a convivência com os cidadãos livres.

O dia da audiência com o juiz, o homem e/ou a mulher de capa preta, conforme se diz na “sociedade dos cativos”, constitui um dos momentos de socialização, semelhante ao dia de visita, pois é o dia de ida ao Fórum. Embora esse dia ocasione grande transtorno para a instituição, em decorrência dos riscos de fuga, de seqüestro e de outros acidentes de percurso, deve-se, além disso, ocupar-se com a escolta, o veículo do transporte e muitas outras preocupações. Trata-se de um transtorno para a instituição, mas, contraditoriamente, erige-se em benefício para o preso, e em máxima importância para sua socialização.

Vai-se falar e ouvir, ou seja, dialogar-se com o juiz, com a autoridade, o representante máximo do Estado, naquele momento. O preso tem acesso ao juiz, por força de coerção, mas ele tem o acesso. Há uma série de rituais preparatórios ensinados pelo advogado e colegas de cadeia essenciais para impressionar bem ao juiz. Em parte o sucesso da audiência, depende da maneira como o ritual foi preparado. E muitos elementos dessa preparação, como a higiene, o cuidado com a boa aparência e o aprender a dialogar com a autoridade, constituem-se, ainda, em fatores de sucesso nos circuitos do convívio com as pessoas livres.

Isolamento, um novo tempo

O baixo preço do celular democratizou a rapidez e a facilidade da conexão e do contato entre as pessoas, mas na prisão esse sucesso da tecnologia, em decorrência da versatilidade de seus recursos, representa o grande mal desse momento da modernidade. Aliás, “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”, conforme o art. 50, VII, da Lei n. 7 210, de 11/ 07/ 1984, acrescentado pela Lei n. 11 466, de 26/ 03/ 2007.

Para dificultar a entrada de celular e outros objetos mal vindos, também os advogados são identificados e passam pela revista, logo no portão de entrada da penitenciária, através de um detector de metais. Esse detector é passado várias vezes pelo lado de fora do corpo de cada um deles, e dos demais visitantes. O celular, a chave do carro e qualquer outro objeto metálico ficam retidos na guarita de entrada. Mesmo sem os pertences, os visitantes são conduzidos, individualmente, à sala de revista, onde se tira o paletó e os sapatos, sendo cada um destes cuidadosamente cheirados, às vezes.

A vigilância se faz presente em todo o espaço prisional e em tempo integral, através dos agentes penitenciários, sem arma de fogo, mas usando cassetete de forma ostensiva. Os agentes masculinos e femininos usam uniforme preto. Também os cães adestrados se fazem presentes através de seus latidos e estão prontos para intervir, tão logo sejam liberados e mandados.

Todos os internos, tanto os homens quanto as mulheres, nas celas ou circulando pela cadeia, usam um uniforme padrão, de um tom vermelho, mais para laranja, não sendo propriamente um macacão, mas uma calça e uma camisa, com calçado preto. O corte de cabelo era padronizado para os homens. Entre as mulheres, algumas usavam o cabelo mais curto e outras preferiam o cabelo amarrado.

Os internos são conduzidos algemados pelos agentes, através dos corredores e do pátio para irem ao dentista, ao médico e a outros atendimentos. O sistema de algemar prisioneiros não foge à forma de um costume já tradicional: um preso vai algemado no braço de outro preso, para facilitar, sobretudo a segurança. Durante todo o percurso, eles permanecem uniformizados, vestidos com roupa de tom avermelhado e cabelos cortados de forma baixa. Não há o costume de se raspar a cabeça do preso.

Além do serviço médico e dentário, em funcionamento, há salas para atendimento psicológico e o setor de serviço social. No setor de saúde, como em toda a penitenciária predomina a limpeza e todo o cuidado da higiene,

A arquitetura do novo modelo de prisões difere dos anteriores. Não predominam os muros altos separando o mundo prisional do mundo das pessoas livres. Esta separação se faz por telas, o que favorece a visibilidade e a leveza de forma do prédio. Além da visibilidade, as telas favorecem a ventilação, que somada à limpeza do espaço e à limpeza das pessoas, não permite aquele mau cheiro de cadeia, cheiro de óleo misturado com alho e cebola, queimado e requeimado. Aliás, o cheiro de cadeia, da prisão antiga, foi registrado, por Varela (1999, p. 57) nos seguintes termos:

O olfato é um aliado poderoso dos que guardam a saída: o cheiro da cadeia entranha no homem preso. Difícil definir que odor é esse. Parece mistura de vários outros: alho frito, pano de chão guardado, suor e um toque de creolina. Embora não possa ser classificado como mau cheiro, é desagradável. Quente e pesado. É tão pegajoso que os carcereiros, ao abrir as celas de Castigo, apinhadas, nunca se colocam diante da abertura: ____ Não fica na frente da porta, Doutor, esse bafo gruda na roupa da gente de um jeito que nem lavando sai.

A propósito do novo modelo prisional, uma diretora, se manifestou usando de palavras bem diretas, conforme consta do relatório de pesquisa (Sá, 2008, p. 8):

A Penitenciária Regional de Três Corações faz parte de um sistema padrão vigente para todas as penitenciárias regionais do Estado de Minas Gerais. Padrão em arquitetura e disciplina que vai desde o corte de cabelo e uniforme dos internos até ao tipo de vestir dos agentes penitenciários. Padrão de higiene, qualidade dos serviços disponíveis para os internos e de qualificação do pessoal envolvido com toas as funções. Todo o prédio é muito bem ventilado, não parecendo propriamente uma prisão. Não tem aquele mau cheiro de cadeia, cheiro de óleo misturado com alho e cebola, queimado e requeimado. A penitenciária é muito higiênica, muito limpa, e também os internos, conforme se pode visualizar.

O novo modelo prisional, voltado para a re-integração e re-socialização, envolve uma sofisticada tecnologia disponível para os internos e uma qualificação de todo o pessoal dirigente, desde os agentes penitenciários até a pessoa do diretor. A tela no lugar do muro favorece a visibilidade, torna menos brutal a demarcação territorial. Mas por outro lado, o acesso dos internos ao mundo das pessoas livres fica cada vez mais dificultado. Até os advogados são revistados. A visita aos pavilhões, onde há presos por detrás das grades é cada vez mais rara. A tecnologia de comunicação é proibida, por motivo de segurança, é óbvio. Em suma, o rigor do isolamento poderá tornar os prisioneiros menos humanos e mais feras, embora os serviços de saúde e educacionais e a própria progressão do regime de cumprimento da pena sejam pontos positivos em direção à socialização dos internos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo comparado as diversas e diferentes informações, obtidas através do percurso pelas pesquisas de campo, mencionadas no desenvolvimento deste artigo, e do diálogo com autores clássicos e contemporâneos, constatou-se em todas elas um movimento histórico, onde passado e presente encontram-se e se mostram no cotidiano de todas as instituições observadas. Nesse movimento destaca-se a tendência da prisão, como instituição total, de marcar o interno, no corpo e na alma.

Uma das formas externas desta tendência aparece através da imposição do uso de um vestuário uniforme. No passado era bastante comum visualizá-lo através de filmes e de visitas às prisões, onde se encontravam os internos, portando roupas listadas ou calças e camisas azuis, ou ainda simplesmente a camisa azul, sobretudo, nas penitenciárias e colônias; hoje, predomina o macacão ou o conjunto de calça e a camisa vermelhos, não só para os internos já condenados, mas também para os presos provisórios, nas cadeias públicas.

Outra forma de se distinguir o interno, marcar e demarcar o território dos estabelecimentos penais, incluindo também agora o das cadeias públicas é a disciplina prisional, onde se interagem ordem e desordem simultaneamente, manifestas através da distribuição do tempo e do espaço: hora de comer e hora de dormir, lugar de comer e de dormir, qualidade da comida e disposição dos colchonetes. A cadeia velha, onde a cela era cozinha e dormitório, está dando lugar há uma nova ordem: todo o serviço de alimentação é terceirizado. Também a distribuição e a efetividade dos serviços prestados pelo Estado cumprem e fazem cumprir a velha, mas, sobretudo, a nova ordem disciplinar: a segurança mais ostensiva, extensiva e intensiva é exercida por agentes penitenciários selecionados através de concurso público e treinados para esta finalidade. Estes agentes, também, seguem a um padrão no vestir e, sobretudo, no falar, no informar ao visitante a respeito de suas indagações e no trato com o interno. A arma mais ostensiva é o cassetete, mas conforme a função é o fuzil e a metralhadora e outros apetrechos militares.

Todo o sistema de segurança encontra-se interligado, desde as câmeras de segurança até ao aparelho de rádio, sempre presente na “pochette”, mas quase sempre ao ouvido, para se comunicar com o superior ou com os colegas. As revistas, inclusive, dos advogados são feitas pelos próprios agentes penitenciários, com mais rigor e uso de tecnologia, detector de metais, bem como o emprego de cães adestrados, quando necessário. Estes são alguns dos indicadores de maior rigor no controle interno e de maior fechamento institucional em relação ao mundo das pessoas livres.

Há uma disposição generalizada de todo o pessoal administrativo, desde a direção até aos agentes penitenciários, em interagir, acolher e receber iniciativas de instituições e pessoas da sociedade civil, no sentido de tornar a prisão menos violenta, onde um mínimo de acesso aos direitos seja possível. Constatou-se ainda uma das grandes contradições, talvez a mais difícil de ser resolvida, no sistema prisional, que se desponta no horizonte contemporâneo: como manter um mínimo de equilíbrio entre segurança e reintegração, isolamento e re-socialização para a vida no mundo das pessoas livres.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Fernando Bastos de, S. J. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Educação do Ministério da Educação e Cultura, 1967.

BOBIO, N. **Dicionário de Política**. 2 ed. Trad. de Carmen C. Varrialle et al. Brasília: UNB, 1986.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 6 368, de 21 de outubro de 1976,

_____. Congresso Nacional. Decreto-Lei n. 2 848, de 7 de dezembro de 1940

_____. Congresso Nacional. Lei n. 11 343 de 23 de agosto de 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988, art. 1º, I

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988, art. 5º, LXXIV e BRASIL. Lei n. 1 060, de 5 de janeiro de 1950 – Assistência judiciária e

_____. Lei Complementar n.80, de 12 de janeiro de 1994.

BUFFARD, Simone. **Le froid pénitenciaire: l'impossible réforme des prisons**. Paris: Seuil, 1973.

Carvalho, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

COELHO, E. C. **Oficina do diabo**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo – IUPERJ, 1987.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Caracterização da população prisional em Minas Gerais e Rio de Janeiro**. Belo Horizonte: 1984, (mimeo.).

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Trad. de Rui Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trd. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Oledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas S. A, 2005.

Nader, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 20 ed. São Paulo: Forense, 2000.

RAMALHO, José Ricardo. **Mundo do Crime: a ordem pelo avesso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

SÁ, G. R. de. **A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa da liberdade**. Juiz de Fora/ Rio de Janeiro: EDUFJF/ Diadorin, 1996.

Sá, G. R. de. **Relatório de Pesquisa. Juiz de Fora**: 2008 (digitado).

SOUZA, Percival. **A prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo**. São Paulo: Alfa Omega, 1977.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TURNER, V. W. **O processo ritual: estrutura e anti-estrutura**. Perópolis: Vozes, 1974.

SYKES, G. M. **The society of captives**. Princeton: Princeton University Press, 1958.

VAN GENNEP, A. Os ritos de passagem. Petrópolis: Vozes.

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[1] Este trabalho foi publicado em livro: *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Juiz de Fora/ Rio de Janeiro: EDUFJF/ Diadorin, 1996.

[2] A pesquisa mencionada, foi concluída em março de 1998, fez parte de um projeto mais amplo financiado pela FAPEMIG, com o apoio da PROPESQ – UFJF & do Laboratório de Antropologia do Corpo e da Saúde da UFMG, intitulado “Aspectos sociais do consumo de alimentos, drogas e cuidados corporais, em Juiz de Fora, Minas Gerais. O projeto foi desenvolvido por uma equipe formada por quatro Professores Doutores, Eduardo Viana Vargas (Coordenador Científico), Mário Sérgio Ribeiro (Coordenador perante a FAPEMIG), Geraldo Ribeiro de Sá e Márcio José Martins Alves, quatro bolsistas, sendo duas sociólogas recém-formadas (Giselle Moreira e Lorena Guimarães), duas alunas do Curso de Ciências Sociais (Juliana Magaldi e Haudrey Germanini) e outros auxiliares.

[3] Este artigo foi apresentado e publicado nos Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, em 2007.

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988, art. 1º, I.

[5] ÁVILA, Fernando Bastos de, S. J. *Pequena enciclopédia de moral e civismo*. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Educação do Ministério da Educação e Cultura, 1967, p. 110.

[6] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas S. A, 2005, p. 16 e MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 76.

[7] Carvalho, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 9.

[8] É muito provável que a penitenciária seja, definitivamente, uma daquelas instituições que, paradoxalmente, são indispensáveis exatamente porque fracassam em sua missão específica. Quanto menos conseguem re-socializar e reintegrar à sociedade o criminoso, mais proliferam e mais recursos consomem COELHO, E. C. *Oficina do diabo*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo – IUPERJ, 1987, p.17.

[9] A expressão “sociedade dos cativos” foi cunhada por SYKES, G. M. *The society of captives*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

[10] JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Trad. de Rui Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 247.

[11] Para um estudo mais amplo e detalhado dos códigos de conduta, desenvolvidos pela população prisional, favor consultar entre muitos outros autores, SÁ, G. R. de. *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa da liberdade*. Juiz de Fora/ Rio de Janeiro: EDUFJF/ Diadorin, 1996, sobretudo, as páginas 174-181.

[12] Para um estudo mais amplo e detalhado dos rituais de iniciação, SÁ, G. R. de. *Op. Cit.*, sobretudo, as páginas 181-190), FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Caracterização da população prisional em Minas Gerais e Rio de Janeiro*. Belo Horizonte, 1984 (mimeo), principalmente, nas páginas 309-312 e VARELLA. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, em diversos lugares desta obra.

[13] A propósito do processo ritual desenvolvido nesse parágrafo, favor consultar FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1984, p. 312-314.

[14] Para um estudo mais amplo e detalhado do sistema e regime progressivo vivenciados pela população prisional, favor consultar entre muitos outros autores, SÁ, G. R. de. *Op. Cit.*, sobretudo, as páginas 186-190.

[15] MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

[16] A propósito das dificuldades encontradas na efetivação do regime progressivo desenvolvido nesse parágrafo, favor consultar FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1984, p. 184.

[17] A propósito das dificuldades encontradas na efetivação do regime progressivo desenvolvido nesse parágrafo, favor consultar FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 1984, p. 352

[18] Por sociedade civil entende-se aqui “a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem a margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais” (BOBIO, N. Dicionário de Política. 2 ed. Trad. de Carmen C. Varrialle et al. Brasília: UNB, 1986, p. 1206-1211.

[19] A propósito da assistência jurídica, integral e gratuita pode-se consultar, entre outras fontes, (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988, art. 5º, LXXIV e BRASIL. Lei n. 1 060, de 5 de janeiro de 1950 – Assistência judiciária e BRASIL. Lei Complementar n.80, de 12 de janeiro de 1994.

[20] Esse sistema de classificação do advogado e outros profissionais também fora registrado por RAMALHO, José Ricardo. Mundo do Crime: a ordem pelo avesso. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983, p130), SOUZA, Percival. A prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo. São Paulo: Alfa Omega, 1977, p. 40-45. VARELLA, Dráuzio. Estação Carandiru. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 39-45, entre outros autores.

[21] O Código Penal, aqui referido, trata-se do Decreto-Lei n. 2 848, de 7 de dezembro de 1940, sempre sofrendo atualizações, a Lei de Tóxicos, aqui mencionada, trata-se da Lei n. 6 368, de 21 de outubro de 1976, revogada pela atual Lei de Drogas, Lei n. 11 343 de 23 de agosto de 2006.

[22] Nas cadeias de cidades médias e pequenas a infra-estrutura para se aprender e ensinar é menor, às vezes um ou dois presos possui uma caixa contendo o essencial: Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal. Porém, Souza, Ramalho e Varela, por exemplo, encontraram na extinta Casa de Detenção, da cidade de São Paulo, verdadeiros “escritórios” de advocacia, comandados por presos. E alguns desses presos, após o cumprimento da pena, eram contratados, com muita disputa pelos advogados, para trabalhar com eles, tal era o domínio prático e teórico do Direito aprendido, durante suas passagens pelo sistema prisional.

[23] SOUZA, Percival. A prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo. São Paulo: Alfa Omega, 1977, p. 40-45. VARELLA, Dráuzio. Estação Carandiru. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 39-45, entre outros autores.

A ESTRUTURA URBANA E SUA INTERLIGAÇÃO SOCIAL COM O CRIME*

THE URBAN STRUCTURE AND THEIR SOCIAL INTERCONNECTION WITH THE CRIME

Gustavo Valeriano Moraes

RESUMO

As cidades sofreram grandes transformações, tendo estas início no final do século XIX e se diversificando com o passar dos anos até os dias atuais. O presente artigo tem como objetivo demonstrar a influência do meio ambiente urbano na sociedade, os medos, as causas e conseqüências. A inércia Estatal, como o preconceito oriundo da classe privilegiada, e a segregação socioespacial que acompanhou o processo de urbanização das cidades, estando este diretamente ligado ao aumento da criminalidade; destacando, as possíveis formas de como a urbanística pode ser utilizada como meio de alcance a princípios constitucionais e valioso mecanismo na diminuição da violência urbana.

PALAVRAS-CHAVES: DESIGUALDADE SOCIESPACIAL; URBANÍSTICA; CRIMINALIDADE.

ABSTRACT

Towards the end of the 19th century through to the present time, the cities have undergone great changes, brought about by the increase in population. This paper aims at showing the influence of a town's urban setup to its society. The inertia of governments in general, as to planning urban growth, tends to favour and separate the richer classes from what is available to the other classes, that has brought about class segregation and has led to in many cases, an increase in crime statistics. The paper points out how urban planning can be used to assure a constitutional right of all citizens to equality, and it is a valuable mechanism to lower urban violence.

KEYWORDS: SOCIAL SPACE INEQUALITY; URBAN PLANNING; CRIMINALITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

INTRODUÇÃO

Ao não muito antigo questionamento em relação às cidades do século XXI, deparávamo-nos com filmes ou livros demonstrando cidades futuristas com problemas estruturais básicos sanados, cheias de cores oriundas de luzes de novas tecnologias, em contrastes com carros que flutuam e lares cheios de facilidades e segurança, estando a sociedade em seu melhor momento, erradicados muitos problemas como a desigualdade exacerbada, a violência descontrolada, desempenhando a polícia o seu verdadeiro papel e os direitos pregados por nossa Carta Maior cumpridos em seu devido rigor.

No entanto, o que vemos está longe do embelezamento trazido pelo surrealismo operante do cinema ou da imaginação de autores que traziam um mundo novo em seus livros fictícios; a realidade é bem mais áspera, as cidades, mesmo com novas tecnologias, restritas a poucos, que não podemos desconsiderar, retroagem de forma cíclica a antigas formas de segregação. A desigualdade tornou-se ainda mais impiedosa, os princípios constitucionais ainda se encontram, muitas vezes, de forma estática, quase utópica, pelo menos para grande parcela da população, e a consequência disso tudo é o aumento de uma nova gama de excluídos e marginalizados e da violência urbana que ressurge em novas formas, não distinguindo classes.

Os direitos sociais estão sob a égide constitucional como direitos e garantias fundamentais. Dentre tais direitos, podem ser destacados a moradia e a segurança. Por estarmos em um Estado Democrático de Direito, temos como fundamentos básicos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais.

O presente trabalho busca demonstrar a influência da estrutura urbana e as características da sociedade urbana atual e sua direta relação no aumento da segregação socioespacial e conseqüente aumento da criminalidade.

Buscaremos explicações a contextos atuais, legitimação e alternativas para a crise social que sofrem os membros que compõem as cidades, bem como a sua interferência em todos os níveis sociais. Será necessário perquirir o motivo da existência do paradoxo, como a falsa busca pela segurança e o aumento da segregação que a sociedade atual enfrenta, e os meios e análises para que tal antagonismo seja amenizado.

1 AS DIFERENTES FASES DA CIDADE

A partir do final do século XIX, a estrutura urbana brasileira passa por uma fase de transição, abandonando paulatinamente o aspecto agrário, iniciando, assim, a industrialização incipiente.

No entanto, é a partir do século XX que a população das cidades brasileiras aumenta desenfreadamente e dá vazão às cidades e aos problemas que as acompanham até os dias atuais. O crescimento das cidades no século XX pode ser visto nas palavras de Milton Santos:

Entre 1940 e 1980, dá-se verdadeira inversão quanto ao lugar de residência da população brasileira. Há meio século atrás (1940), a taxa de urbanização era de 26,35%, em 1980 alcança 68,86%. Nesses quarenta anos, triplica a população total do Brasil, ao passo que a população urbana se multiplica por sete vezes e meia.[1]

Mostram-se claros os novos rumos da evolução citadina, no entanto, sempre presente a exclusão social, principalmente no período de implementação industrial, em que os baixos salários e as condições dos trabalhadores determinaram novos padrões ao ambiente urbano. Como salienta Ermínia Maricato: “A cidade ilegal e precária é um subproduto dessa complexidade verificada no mercado de trabalho e da forma como se processou a industrialização.”[2]

Teresa Pires do Rio Caldeira descreve no capítulo 6 de seu livro, CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo[3], três diferentes formas de segregação espacial para a cidade de São Paulo, mas que podem ser tomadas como exemplo para outras cidades, como veremos no decorrer do texto. A referida autora descreve que: “A segregação – tanto social quanto espacial – é uma característica importante das cidades. As regras que organizam o espaço urbano são basicamente padrões de diferenciação social e de separação.” [4]

A primeira forma de segregação tem início no final do século XIX e perdura até os anos 40 do século XX, em que a cidade era concentrada apenas em uma pequena zona urbana, com diferentes tipos sociais segregados por tipos de moradia. A classe excluída vivia em cortiços ou nas chamadas casas de cômodo, em condições deploráveis e praticamente todas superpovoadas. A elite geralmente estigmatizava a classe excluída com doenças, sujeira e epidemias, assim como posteriormente aconteceu com a correlação que faziam ao crime.

Esses estereótipos apregoados à classe desfavorecida fizeram com que a elite comesse a mudar para regiões mais afastadas, demonstrando claramente a exclusão por bairros.

A segunda forma de segregação tem início na década de 40 do século XX e vai até os anos 80, caracterizada pela expansão da periferia, que marca a segregação pela distância, ainda com traços claros das segregações existentes por bairros. A pequena parcela favorecida da população concentrava-se em bairros centrais munidos de infraestrutura e de forma legal; já a periferia era caracterizada pela precariedade e ilegalidade.

A terceira ocorre nos anos 80 do século XX até os dias atuais. É caracterizada pela aproximação de grupos diferentes, separados por muros e tecnologias de segurança, além da exclusão de áreas comuns.

Tais modificações remetem-nos a uma espécie de “sistema feudal urbano”, colocando a elite minoritária no controle como “nobres” ou “senhores feudais” detentores de grandes propriedades, como acontece atualmente em condomínios, sendo os “servos”, que nada têm direito, representados pela grande massa desfavorecida da sociedade excluída fora dos muros e contempladas com a exclusão até mesmo das necessidades mais básicas.

A idealização da cidade é vista desde tempos medievais e principalmente nos dias atuais, marcadas por emigrantes que buscam sonhos, sejam eles oriundos de melhores

condições ou apenas de uma falsa concepção de oportunidade. No entanto, os ideais esfacelam-se na medida em que o crescimento urbano segrega, desemprega, revolta e o tão sonhado bem comum perde-se nas frustrações.

As cidades atuais possuem muito mais características semelhantes às cidades medievais, do que destas para com as antigas, como pode ser visto:

A cidade, bela e rica, é também fonte de idealização: a de uma convivência harmoniosa entre as classes. A misericórdia e a caridade se impõem como deveres que se exercem nos asilos, essas casas de pobres. O cidadão deve ser melhor cristão que o camponês. Mas os doentes, como os leprosos que não podem mais trabalhar, causam medo, e essas estruturas de abrigo não demoram a tornar-se estruturas de aprisionamento, de exclusão. As ordens mendicantes denunciam as desigualdades provenientes dessa organização social urbana e desenvolvem um novo ideal: o bem comum. Mas elas não podem impedir a multiplicação dos marginais no fim da idade média.[5]

É estranho, principalmente em nosso país, em que um lema iluminista estampado em nossa bandeira, símbolo nacional, reflita a realidade contrária aos ideais, demonstrando-nos que a “ordem e o progresso” ainda não passaram de jargões, e que o retrocesso e atual desordem se sobressaem.

2 O DIREITO À MORADIA E SUA SUPRESSÃO PELO PODER

O direito à propriedade é visto como direito fundamental de primeira geração, tido como indispensável ao homem. A moradia está assegurada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º. No entanto, qual a verdadeira eficácia de tal artigo, levando-se em conta que a maioria dos direitos sociais são abolidos aos seus verdadeiros detentores, que perfazem a maior parcela da população?

Conforme aponta José Afonso da Silva:

Direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da CF, pois é um direito que “não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidades de conseguir habitação própria ou de obter uma por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos da família – anotam Canotilho e Vital Moreira em comentários ao n. 3 do art. 65 da Constituição portuguesa, que também observam tratar-se de um direito social complexo e multifacetado, cuja garantia exige a construção de habitações suficientes para todos, devendo o Estado apoiar as iniciativas pessoais (designadamente autoconstrução) ou cooperativas, estimular e controlar a atividade das empresas privadas de construção e lançar iniciativas públicas de construção.[6]

Cabe ao Estado assegurar o que apregoa, mas o que realmente tem efetivado para o bem da sociedade, principalmente necessitada, é uma dúvida dificilmente sanada. Pensava-se na solução da questão através do Estatuto das Cidades, destinado a dar diretrizes ao Poder Público para que pudesse alcançar através de políticas públicas a finalidade maior

da moradia e o alcance do bem comum, no entanto, a pretensão ainda nos mostra utópica.

As relações de poder que visam resguardar o privilégio da classe favorecida evoluíram historicamente e se mostram nítidas na atualidade:

Nesse contexto, no qual os direitos não são universais e a cidadania é restrita a poucos, deveria soar estranho o quadro jurídico, em geral bastante avançado. Entre a lei e sua aplicação há um abismo que é medida pelas relações de poder na sociedade.[7]

São raros os programas que realmente são eficazes em prol da sociedade marginalizada. Geralmente o Estado é voltado apenas à minoria dominante ou possui pretensões políticas, referência clara nos dizeres de Richard Quinney:

[...] o Estado é criado por aquela classe da sociedade que tem o poder para impor sua vontade sobre o resto da sociedade. O Estado é, assim, uma organização política real, mas artificial, criada pela força e pela coerção. O Estado é estabelecido por aqueles que desejam proteger sua base material e têm o poder (por causa dos meios materiais) para manter o Estado. O direito, na sociedade capitalista, dá reconhecimento político aos interesses privados poderosos.[8]

Os programas sociais de moradia, assim como o planejamento, que “é competência do Estado e este é a expressão das classes dominantes, daí a impossibilidade do planejamento democrático e igualitário”[9], são muitas vezes originados sem uma orientação adequada aos reais objetivos, demonstrando-se ineficazes seja pela discriminação, seja por sua real eficácia.

3 O MEIO AMBIENTE URBANO E O AUMENTO DA CRIMINALIDADE

A escola de Chicago foi a primeira escola sociológica da criminologia a abordar a relação entre a criminalidade e a cidade, desmistificando teses positivistas generalistas de que o criminoso seria um doente ou que possuía algum tipo de perturbação, presente, portanto, o caráter ecológico na clara correlação de que o criminoso é influenciado pelo meio e pelas condições a ele apresentadas.

Como nos demonstra Alessandro Baratta, a partir dos anos 30 é que tem início a desmistificação das teorias patológicas da criminalidade para as novas teorias antropológicas.

A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre características biológicas e patológicas que diferenciariam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”. [10]

Com tais mudanças na posição criminal, a ecologia humana é a forma utilizada para entender a influência da estrutura urbana sobre os indivíduos que compõem as cidades.

Donald Pearson descreve a ecologia humana como o estudo das “relações pessoais, na medida em que se refletem nas relações espaciais e bióticas”[11], tendo como interesse a “competição entre os indivíduos, grupos e instituições humanas, e suas conseqüências.”[12]

As relações determinadas pelo meio são refletidas nas relações sociais, portanto, o crescimento desordenado das cidades, a falta de infra-estruturas básicas aos indivíduos e a crescente massa segregada de cidadãos em precárias condições de vida, geram conseqüências como o aumento da revolta e, por conseguinte, o aumento da criminalidade.

As formas concêntricas empregadas pela Escola de Chicaco, em que as chamadas áreas de transição eram bem delimitadas, não puderam ser amplamente empregadas no Brasil.

As dificuldades apresentadas pelas delimitações concêntricas elaboradas pela Escola de Chicago são apontadas pelo estudo feito por Wagner Cinelli de Paula Freitas, que observa o entrave de três problemas.

O primeiro é a diferença, existente entre os EUA e o Brasil, relacionado aos aspectos econômico-industriais. No Brasil, a industrialização começa a partir de 1890, no entanto, a partir dos anos 50 do século XX, é que o processo de industrialização representa um avanço significativo; diferente do que ocorreu nos EUA, já que os processos de industrialização e conseqüente urbanização, uma vez que ambas são indissociáveis, tiveram início na segunda metade do século XIX, existindo, portanto, uma diferença cronológica entre os dois países de aproximadamente meio século. E apesar do incremento populacional nas cidades brasileiras, ainda resta um segmento da população que prefere o campo.

O segundo problema de se adotar a teoria das zonas concêntricas nas cidades brasileiras é decorrente do subúrbio, que aqui no Brasil prepondera a pobreza, diferentemente do que ocorre nos EUA, dificultando, assim, a aplicação do modelo referido à nossa realidade.

O terceiro problema refere-se à própria estrutura dos grandes centros brasileiros, por não apresentarem uma homogeneidade entre si, diferindo de muitas cidades norte americanas.[13]

Mesmo havendo grandes diferenças entre a realidade norte americana e a brasileira, pudemos utilizar a teoria das zonas concêntricas, ainda que em menor grau. No entanto, sua verdadeira constatação se deu até meados de 1980. A partir daí surgem novas reestruturações dos centros urbanos, o que dificulta ainda mais a utilização das áreas concêntricas. A delimitação não se dá apenas por áreas de transição, a desigualdade antes delimitada por tais áreas, começa a se desfazer; e as diferenças agora são separadas por muros.

Os medos e a violência se adéquam às transformações e se proliferam de forma desenfreada, atingindo não apenas alguns locais ou grupos, mas todo o contexto urbano, independente de suas proporções.

A criminalidade na área urbana não se perfaz apenas nos grandes centros, apregoando a paz e a tranqüilidade às pacatas cidades do interior. Atualmente, não se pode mais utilizar de tal idéia, na verdade é um problema generalizado, consubstanciando novos incrementos, como a criação de novos estereótipos, principalmente ligados à pobreza, e o surgimento, desmistificador, de criminosos de classe média e alta.

A pobreza, hoje em dia, é relacionada diretamente ao crime, assim como no início do século passado era relacionada a epidemias. Entretanto, mostra-se uma relação oriunda apenas do crescente preconceito - e este sim pode ser considerado como mais um agravante - sendo que desta se origina a revolta.

Nas palavras de Michel Misse:

Todos os fantasmas que têm as marcas da pobreza e as mãos criminosas parecem possuir um traço em comum: a “revolta” [...] não é exatamente a pobreza que leva ao crime, mas pode ser a revolta. Uma revolta que pode ter semelhança com aquela que o crime produz em todos nós.[14]

A sociedade urbana pobre, além de excluída, é instigada pelo consumo imposto pelo capitalismo, o que ocasiona o aumento da revolta, já que não faz parte do seletivo grupo consumista. Com isso, inevitavelmente, o aumento da criminalidade é visto na sociedade, pois por não possuir o respeito e dignidade merecidos, acaba por perdê-los para com os favorecidos. Isso faz com que o medo crescente aumente ainda mais a exclusão, verificados no aumento significativo dos condomínios fechados.

Cabe ressaltar, portanto, o aumento e a modificação da violência oriunda das novas estruturas físicas e sociais das cidades.

Misse ainda relata:

Ted Gurr, num estudo que compara taxas de crime em diferentes países (em alguns casos, numa série temporal longa, de quase um século), publicado na década de 70, chega a resultados que comprovam um aumento da violência criminal em associação com o aumento das taxas de urbanização e industrialização (Gurr, 1977). Verifica, principalmente, um grande incremento da violência criminal urbana a partir do final dos anos 50, atravessando as décadas de 60 e 70, em todos países modernos.[15]

O referido autor faz alusão a outros estudos que não foram citados por ele, mas que comprovam a mesma tendência.

Modernamente, os crimes que interessam e assustam a sociedade tiveram significativa modificação dos que existiam há algumas décadas atrás. A estrutura urbana trouxe novos valores deturpados à sociedade, preconceito oriundo da crescente imigração aos centros urbanos, a sedução do desregramento aos jovens de classe média e a falta de punições adequadas, além das impunidades vistas aos detentores do poder.

Essa banalização do mal cria estereótipos e revoltados, que influem no crime, ocasionando dentro do berço dos que qualificam e banalizam novos delinquentes, destruindo a falsa impressão de que atrás dos muros, cercas eletrificadas e seguranças particulares fortemente armados, a proteção era real.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DA ESTRUTURA URBANA E CONTROLE DA CRIMINALIDADE

Mostram-se praticamente ineficazes os meios de controle da violência utilizados nas zonas urbanas atualmente.

A polícia, que deveria proteger, gera temor à grande parcela da população, contrariando assim o dever de proteção a ela inerente, assim como o massivo desrespeito dos direitos e o uso abusivo da violência, principalmente nas classes menos favorecidas.

As camadas trabalhadoras brasileiras experienciam a violência diariamente, tanto por parte de criminosos como da polícia, que as transformou em seu alvo principal. Em consequência, os membros das camadas trabalhadoras não confiam na polícia e dificilmente têm uma visão positiva dela. Na maior parte dos casos, eles têm medo da polícia, e com razão.[16]

Os que já se encontram estereotipados como criminosos, sofrem com a repressão policial já que, “os principais alvos da violência policial não são adversários políticos, mas sim os “suspeitos” (supostos criminosos), em sua maioria pobres e desproporcionalmente negros”.[17]

Além dos estereótipos criados, o medo e a insegurança crescente afetam de forma incondicional as relações sociais. Bauman deixa claro na seguinte afirmação:

A experiência das cidades americanas analisadas por Sennett aponta para uma regularidade quase universal: a suspeita em relação aos outros, a intolerância face à diferença, o ressentimento com estranhos e a exigência de isolá-los e bani-los, assim como a preocupação histórica, paranóica com a “lei e a ordem”, tudo isso tende a atingir o mais alto grau nas comunidades locais mais uniformes, mais segregadas dos pontos de vista racial, étnico e de classe.[18]

Os novos medos incidem diretamente em um sentimento de insegurança ainda maior, e justamente por este surgem novas tentativas frustradas de controle à violência, como o aumento pela procura da segurança privada, o que gera novo mercado que cresce a cada dia e se mostra cada vez mais ineficaz. Tais medos são ocasionados por comportamentos oriundos da desigualdade, seja em condomínios fechados, seja na favela, não distinguindo classes sociais, diferindo apenas, na forma como são exteriorizados.

A convivência social e a noção de cidadania são esfaceladas pelas relações de exclusão e exaltação do individualismo, e este por sua vez deixa ainda mais longe o alcance do bem comum e da tão esperada democracia.

Nas palavras de Bauman:

Os medos contemporâneos, os “medos urbanos” típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no “inimigo interior”. Esses tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade

como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo da segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções.[...]

Em vez da união, o evitamento e a separação tornaram-se as principais estratégias de sobrevivência nas megalópodes contemporâneas.[19]

No caso dos condomínios fechados, aos quais Teresa Pires do Rio Caldeira chama de “enclaves fortificados”, vemos uma nova ordem criada, como demonstra a referida autora:

Os condomínios fechados são a versão residencial de uma categoria mais ampla de novos empreendimentos urbanos que chamo de enclaves fortificados. Eles estão mudando consideravelmente a maneira como as pessoas das classes média e alta vivem, consomem, trabalham e gastam seu tempo de lazer. Eles estão mudando o panorama da cidade, seu padrão de segregação espacial e o caráter do espaço público e das interações públicas entre as classes. [...] Todos os tipos de enclaves fortificados partilham algumas características básicas. São propriedade privada para uso coletivo e enfatizam o valor do que é privado e restrito ao mesmo tempo que desvalorizam o que é público e aberto na cidade. São fisicamente demarcados e isolados por muros, grades, espaços vazios e detalhes arquitetônicos. São voltados para o interior e não em direção à rua, cuja vida pública rejeitam explicitamente.[20]

Com estas modificações provenientes da nítida exclusão pública, o aumento da segregação se faz ainda mais drástico, demonstrando o “status” dos seus moradores através da exaltação da individualização, oriunda do preconceito de que o “pobre é sempre bandido”.

E novos problemas que nascem da exclusão aparecem nos condomínios, em que o individualismo crescente e a falta de contato social dão aos jovens mais favorecidos a sensação de que “tudo” podem.

Tais jovens, não marcados pelo estigma do preconceito, têm pouca ou quase nenhuma noção de civilidade, responsabilidade pública ou princípios democráticos; geralmente são acostumados a fazerem tudo o que podem e o que não podem, e terem tudo, uma vez que não se coadunam com as regras externas, sendo, portanto, responsáveis pelo aumento da criminalidade urbana, com infrações dentro e fora dos condomínios, que vão desde pequenos delitos até o tráfico de drogas ou homicídios.

A associação dos problemas centrais dos condomínios com “nossos filhos” expressa uma opinião generalizada, que me foi repetida por duas pessoas encarregadas de organizar a segurança, vários moradores e um síndico. Os delitos praticados por “nossos filhos” variam, indo desde pequenos furtos ou de atos de vandalismo contra as instalações coletivas (sendo o mais comum deles a destruição de extintores de incêndio) ao consumo de drogas. Um dos problemas mais comuns e provavelmente

aquele com conseqüências mais sérias é o aumento do número de acidentes de automóvel causados por adolescentes sem habilitação para dirigir. [...]

Dentro dos condomínios, o desrespeito à lei é quase uma regra. As pessoas sentem-se mais livres para desobedecer à lei porque estão em espaços privados dos quais a polícia é mantida distante, e porque encaram as ruas dos complexos como extensões de seus quintais. Na verdade, quando as pessoas têm noções frágeis de interesse público, responsabilidade pública e respeito pelos direitos de outras pessoas, é improvável que venham a adquirir essas noções dentro dos condomínios. Pelo contrário, a vida dentro dos universos privados só contribui para enfraquecer ainda mais suas noções de responsabilidade pública.[21]

Diante de toda a problemática vivenciada nos centros urbanos, deve-se procurar novas alternativas para enfrentar os problemas que, infelizmente, tendem a crescer. No livro *Morte e Vida nas Grandes Cidades*, a autora Jane Jacobs[22] elenca alguns modelos que podem ser utilizados como combate à criminalidade, sem, contudo, utilizar-se da força, do isolamento ou apenas contar com a ajuda de um Estado inerte.

A referida autora deixa claro que não há maior propensão à criminalidade em cidades maiores ou menores, não podendo atribuir também o aumento de tal criminalidade a determinados grupos, descrevendo que em algumas ruas mais seguras das cidades encontram-se os mesmos grupos existentes em ruas mais perigosas. Para Jacobs, a rua demonstra a periculosidade das cidades, fazendo a alusão de quanto um bairro ou um determinado local costuma ser perigoso e que, através de mudanças simples, a segurança pode ser, em muito, ampliada.

No caso das ruas, as calçadas são fundamentais, as janelas das edificações devem ser voltadas para elas, devendo sempre haver pessoas nas calçadas e iluminação adequada. Isso se dá com estabelecimentos que funcionam inclusive no período noturno, com pessoas que circulam ao invés de se esconder. Grades ao invés de grandes muros que aguçam a curiosidade do infrator, pois quanto mais difícil o obstáculo, maior o mérito pessoal ao conseguir efetivar o crime, além da proteção contra a visualização dos transeuntes ou vizinhos.

Em entrevista dada à Folha de São Paulo, no dia 26/05/2007, o filósofo e matemático Antanas Mockus, que por duas vezes foi prefeito de Bogotá, “considerado o pai da revolução urbana que transformou a capital colombiana em exemplo de como fazer muito com pouco dinheiro”[23], descreve que a transparência afasta os ladrões:

O ladrão teme a transparência, que permite que os vizinhos, a polícia ou pedestre possam ver o que acontece se houve uma invasão. A vigilância eletrônica e a vigilância social funcionam mais sem áreas escondidas.

A segurança melhorou em Bogotá com mais espaço público, que é sagrado. [...] Sempre teremos espaços mais seguros quando o povo ocupa a cidade à noite.[24]

São indispensáveis verdadeiros programas habitacionais, não os que dão apenas moradia, mas que também devolvam a dignidade, e incentivos para comércio, educação e acesso a estes locais, pois atualmente, os que se encontram prontos são esquecidos e anunciados como troféu a políticos que anseiam por sua cadeira intocada, sem que se cumpra sua verdadeira função.

Fazem-se, também, necessárias novas noções de cidadania e convivência pública aos enclausurados por muros. Pela falsa noção de civilidade e preconceitos oriundos dos próprios pais, os jovens são os mais suscetíveis de se envolverem em transgressões.

Ou seja, a verdadeira busca pelo bem comum pode ter início através de reformas simplificadas da estrutura urbana, conscientização da classe elitista, para o fim dos preconceitos oriundos da desigualdade social, uma vez que não são somente os “burgueses” que têm medo do crime, muito menos, ter a falsa impressão de que somente eles são afetados por tal situação, contrariando a realidade de que através deles, muitos dos problemas dos quais têm medo, são oriundos de seus próprios atos.

CONCLUSÃO

Não podemos olvidar que a estrutura urbana influencia diretamente a sociedade, aumentando a segregação e contrariando, assim, os conceitos de democracia, expurgando os desfavorecidos da noção de cidadania e dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

As conseqüências tornam-se mais preocupantes, atingindo todas as camadas da população. O preconceito da classe favorecida aumenta, tentando esta buscar a falsa segurança atrás de muros, sem saber que dentro destes ou mesmo dentro da própria casa, novos problemas surgirão; assim como do lado de fora, em que a segregação, somada à revolta, a qualidades sub-humanas de vida e políticas assistencialistas ineficazes, tornam-se um barril de pólvora pronto para explodir. A grande massa excluída passa, então, a ser o bode expiatório de todos os problemas oriundos dos centros urbanos, encobrendo a realidade de que toda sociedade têm parcela no aumento da criminalidade que enfrentamos atualmente.

Os padrões urbanísticos, quase imperceptíveis a tantos problemas da vida moderna, correlacionam-se diretamente a estes, tanto de modo positivo como negativo, sendo o último a forma mais comum. Pequenas mudanças viáveis poderiam até não solucionar o estágio atual de violência, mas com certeza influiria, e muito, amenizando o caótico estágio pelo qual a sociedade urbana recente passa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As Conseqüências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço Urbano e Criminalidade – Lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004.

JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. 1. ed. 3.tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LE GOFF, Jacques. *Por Amor às Cidades*. São Paulo: Unesp, 1998.

LORES, Raul Juste. *No futuro, grandes cidades terão pedágio*. Folha de São Paulo. São Paulo, 26, mai. 2007, “Cotidiano”.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades – alternativas para a crise urbana*. 2 ed. Petrópolis: 2002.

MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIERSON, Donald. *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. 17 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1977.

QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*. In: Young, Jock et al. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

[1] SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2005. p. 31.

[2] MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades – alternativas para a crise urbana*. 2 ed. Petrópolis: 2002. p. 41.

[3] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. 211-255 *passim*.

[4] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. 211.

[5] LE GOFF, Jacques. *Por Amor às Cidades*. São Paulo: Unesp, 1998. p. 71.

[6] SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3 ed. Ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 368.

[7] MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades – alternativas para a crise urbana*. 2 ed. Petrópolis: 2002. p. 42

[8] QUINNEY, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*. In: Young, Jock et al. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 236.

[9] MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades – alternativas para a crise urbana*. 2 ed. Petrópolis: 2002. p. 48.

[10] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 29 p.

[11] PIERSON, Donald. *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. 17ed. São Paulo: Melhoramentos, 1977. p. 115.

[12] PIERSON, Donald. *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. 17ed. São Paulo: Melhoramentos, 1977. p. 117.

- [13] FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço Urbano e Criminalidade – Lições da Escola de Chicago*. São Paulo: Método, 2004. p. 115-120.
- [14] MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.13.
- [15] MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61.
- [16] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. 181.
- [17] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p.158.
- [18] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As Conseqüências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 54.
- [19] BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – As Conseqüências Humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 55-56.
- [20] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. 258-259.
- [21] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. 278-279.
- [22] JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 29 seq.
- [23] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. C7.
- [24] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *CIDADE DE MUROS: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003. p. C7.

GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE DO CRIME*

LA GLOBALIZACIÓN Y LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL

Luciano Monti Favaro

RESUMO

Esse artigo tem por objetivo estudar a globalização e a transnacionalidade do crime. Trata-se, inicialmente, da análise da globalização, bem como dos benefícios trazidos por ela a todas as pessoas. Benefícios esses absorvidos, inclusive, pelas organizações criminosas. Após, adentra-se ao estudo da transnacionalidade do crime, verificando a existência, o conceito – doutrinário e normativo – e o histórico das organizações criminosas. Serão analisadas também as medidas adotadas pela sociedade internacional no combate as essas organizações criminosas. Por fim, aborda-se o histórico e os aspectos da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo –, bem como algumas inovações incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da adoção dessa Convenção.

PALAVRAS-CHAVES: GLOBALIZAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE DO CRIME. CRIMINALIDADE ORGANIZADA. CONVENÇÃO DE PALERMO.

RESUMEN

Ese artículo tiene por finalidad estudiar la globalización e la delincuencia transnacional. Es, inicialmente, el análisis de la globalización, así como los beneficios que haya traído consigo a todo el mundo. Beneficios que también fueran percibidos pelas organizaciones delictivas. Después, entra al estudio de la delincuencia transnacional, tomando nota de la existencia, el concepto - doctrinario y legislativo - y la historia de las organizaciones delictivas. También se examinará las medidas adoptadas por la sociedad internacional en la lucha contra estas organizaciones. Por último, se trata de la historia y los aspectos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Convención de Palermo –, así como algunas innovaciones incorporadas en el ordenamiento jurídico brasileño, debido a la adopción de la Convención.

PALAVRAS-CLAVE: GLOBALIZACIÓN. DELINCUENCIA TRANSNACIONAL. DELINCUENCIA ORGANIZADA. CONVENCIÓN DE PALERMO.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. Introdução

Não há dúvidas de que a globalização trouxe benefícios para as pessoas. Um dos maiores benefícios foi, sem dúvida, a informatização e com ela a possibilidade de cooperação entre os países. No entanto, esses benefícios também chegaram até os criminosos que viram a possibilidade de expandir os seus negócios para além das fronteiras de um Estado. Daí o porquê de se utilizar a expressão: transnacionalidade do crime.

O objetivo desse artigo é traçar uma panorâmica da globalização abordando os benefícios e os malefícios dela advindos.

Posteriormente passar-se-á ao estudo da transnacionalidade do crime. Nesse tópico será analisado a existência, a conceituação doutrinária e normativa, bem como o histórico das organizações criminosas.

Por fim, abordar-se-á os modos utilizados pela Sociedade Internacional que têm se mostrado eficazes no combate à criminalidade organizada transnacional. Mais especificamente será analisado, nesse último tópico, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo.

Objetiva-se, por conseguinte, relatar o crescimento das organizações criminosas em face dos benefícios trazidos pela globalização e o modo pelo qual os Estados podem combater o avanço dessas organizações.

2. A GLOBALIZAÇÃO

O termo globalização foi utilizado pela primeira vez na década de 80 nas universidades norte-americanas nos cursos de administração de empresas. Posteriormente, esse termo se expandiu pelo mundo mediante a expansão das atividades das empresas transnacionais.[1]

Definir o termo globalização é tarefa das mais complexas, haja vista tratar-se de um termo o qual recaem diversos significados.

Nesse sentido:

Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, globalização não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma economia política das relações internacionais.[2]

Não se trata, no presente artigo, de aprofundar o estudo sobre globalização, mas demonstrar que além de benefícios, ela trouxe efeitos adversos como, por exemplo, a expansão das organizações criminosas.

Nesse sentido relata Davin:

A globalização crescente da economia mundial alicerçada em trocas comerciais mais fáceis, na interdependência econômica, numa circulação de capitais ágil e simplificada, baseada em comunicações rápidas bem como o recurso a tecnologia sofisticada sustentada em meios informáticos de última geração, para além de trazer numerosos e sensíveis benefícios para o crescimento desta também veio a acarretar efeitos perversos.[3]

Percebe-se, pelo estudo histórico, que o sistema *Bretton Woods* constituído pós-segunda Guerra Mundial, bem como acontecimentos posteriores, como, a dissolução do Império Soviético, a queda do muro de Berlim, os círculos políticos do Consenso de Washington, a instituição de blocos econômicos e da Organização Mundial do Comércio – OMC foram as molas propulsoras para o desenvolvimento do comércio mundial.

Juntamente com esse desenvolvimento advieram os benefícios da globalização sentido dia-a-dia pelas pessoas. O desenvolvimento da tecnologia juntamente com o avanço da informática – frutos da globalização – trouxe à vida das pessoas mais possibilidades e novas expectativas.

No entanto, os benefícios trazidos pela globalização foram sentidos também pelas organizações criminosas. Elas viram, nos efeitos trazidos pela globalização, a oportunidade de expandir as suas atividades para além das fronteiras. Essa expansão, juntamente com a estrutura estável que possuem, fez com que conseguissem aumentar ainda mais o seu poderio econômico.

Os Estados, pelo contrário, reféns da globalização, tornaram-se enfraquecidos e incapazes de conter o avanço das organizações criminosas. Nem mesmo as cooperações entre os Estados – instituídas mediante tratados – foram capazes de evitar o crescimento dessas organizações.

Concluindo acerca da globalização faz-se necessário mencionar o posicionamento de Naím:

A globalização trouxe novos hábitos, novos costumes, novas expectativas, novas possibilidades e novos problemas. Isso nós sabemos. O que não sabemos muito bem é o tamanho da riqueza que a globalização trouxe para os traficantes. O mundo interconectado abriu novos e claros horizontes ao comércio ilícito. O que os traficantes e seus cúmplices encontram nesses horizontes não é somente dinheiro, mas também poder político.[4]

Conclui-se, assim, que a globalização trouxe benefícios tanto para os Estados, quanto para as pessoas e para a criminalidade organizada. Aos Estados, mediante o crescimento do comércio internacional. Às pessoas, as novas expectativas e possibilidades. À criminalidade organizada, a possibilidade de expansão, tornando-se, assim, transnacional.

3. TRANSNACIONALIDADE DO CRIME

A verificação da existência, a conceituação – doutrinária e normativa, bem como o histórico das organizações criminosas são necessários para entender a transnacionalidade do crime.

3.1 A EXISTÊNCIA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Assim como o termo globalização, o conceito das organizações criminosas é impreciso. A dificuldade em torno do conceito decorre da diversidade das atividades criminosas organizadas ilícitas. Arelado a essa dificuldade, pode-se incluir a divergência doutrinária acerca da existência ou não das organizações criminosas.

Há doutrinadores que negam a existência dessas organizações. Nesse sentido, argumenta Hireche: “a doutrina, destarte, não conceituou validamente a criminalidade organizada, primeiro porque não se poderia conceituar o inexistente”. [5]

Outros, pelo contrário, afirmam que elas existem desde o século XVI com as triades chinesas. [6]

A negativa da existência da criminalidade organizada, como lembra Machado, também foi fruto de debate no Brasil na década de 80. Essa negativa partiu de autoridades do Poder Judiciário e do Poder Executivo acerca das organizações que se formavam nos presídios, como, por exemplo, as Serpentes Negras – na Casa de Detenção de São Paulo –; o Primeiro Comando da Capital, atuante em diversos presídios do estado de São Paulo –; e o Comando Vermelho – nos presídios do Rio de Janeiro. [7]

Maia, procurador da República atuante no combate ao crime organizado, afirma que a criminalidade mediante organizações criminosas no Brasil existe e está cada vez mais atuante. Rechaça a negativa da existência dessas organizações ao afirmar que:

Por seu turno, para desmentir a perspectiva idílica, que nega a existência do crime organizado ou assegura que ele não existe em nosso país, é necessário apenas lembrar as gangues que assaltam aos cofres da Previdência Social; [...]; os diferentes grupos de jogo do bicho, espalhados por todo país, [...]; as organizações de tráfico de entorpecentes instaladas nas prisões (“comando vermelho”) [...]; a intensa circulação e até mesmo a prisão de membros de organizações espanholas de tráfico de mulheres, da Yakusa japonesa e da Máfia siciliana em território nacional, sintomaticamente estes últimos quase sempre atuando como ‘sócios’ de restaurantes, sabidamente uma das formas mais utilizadas para reciclagem de dinheiro sujo [...]. [8]

Essas palavras do Procurador podem ser corroboradas, com a célebre frase: “O Brasil se tornou um santuário para os mafiosos”. [9]

Essa frase foi mencionada pelo tenente-coronel Angioto Pellegrini, chefe da Direzione Investigativa Antimafia na Calábria quando se encontrava no Brasil com a finalidade de levar à Itália um dos maiores chefões da Máfia, Tommaso Buscetta. [10]

Claramente verifica-se que as organizações criminosas existem e que nenhum país está imune a elas.

Nesse sentido são as palavras de Chiavario: “sem dúvida as organizações criminais sempre existiram”. Obviamente que elas se tornaram mais conhecidas na época atual devido à atuação cada vez mais violenta e incisiva. [11]

3.2. CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Baseando-se na existência das organizações criminosas, faz-se necessário a conceituação delas. Além das conceituações doutrinárias, muitos países tem se ocupado de conceituá-las em dispositivos normativos. Também nas Convenções Internacionais isso pode ser verificado.

3.2.1. Conceituação doutrinária

Antes de conceituar as organizações criminosas é interessante verificar que o termo crime organizado foi utilizado pela primeira vez pela Comissão de Crime de Chicago. Trata-se de uma organização civil criada por negociantes, banqueiros e advogados, em 1919, com a finalidade de promover alterações no sistema de justiça criminal. [12]

Posteriormente, a expressão crime organizado é utilizado por Frederic Thrasher no livro intitulado *The Gang: a study of 1313 gangs in Chicago* editado em 1927 pela Chicago University Press. Um dos capítulos do livro foi, justamente, intitulado como *The gang and the organized crime*. [13]

Curiosamente, de 1930 até a década de 60 não se procurou definir tampouco enunciar princípios conceituais do crime organizado. Em 1961 com a posse de John Kennedy para presidente dos Estados Unidos, assume como Procurador-Geral, Robert Kennedy – irmão de John. Em um de seus discursos, Robert declarou como medida prioritária o combate ao crime organizado. [14]

Com o advento da morte de John Kennedy, em 1963, na cidade de Dallas, o debate sobre a criminalidade organizada é reacendido. [15]

A partir daí, com o crescente desenvolvimento da criminalidade organizada e a infiltração dela nos diversos setores da sociedade, os doutrinadores passam a estudá-la e, conseqüentemente, a conceituar as organizações criminosas.

Davin entende que como elemento nuclear do conceito “criminalidade organizada” está a existência de uma organização. Organização esta que age de forma autônoma de seus membros sempre com o objetivo de uma ação delituosa.[16]

Clássica conceituação de organizações criminosas é a elaborada pela Unidade de Crime Organizado da Organização Internacional de Polícia Criminal – INTERPOL:

É qualquer grupo de criminosos que, tendo estrutura corporativa, estabeleça como objetivo básico a obtenção de recursos financeiros e poder através de atividades ilegais, freqüentemente recorrendo, para tanto, ao medo e a intimidação de terceiros.[17]

Desse conceito advém a caracterização das organizações criminosas como estruturas corporativas. Atuam, portanto, como se fossem verdadeiras empresas.

Nesse sentido são as palavras de García de Paz:

Mientras que lãs actividades delictivas clásicas eran llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad conducida por grupos de delincuentes bien estructurados y que asumen el crimen como empresa, como negocio: esto es lo que denominamos a grandes rasgos crimen organizado.[18]

Corroborando o mesmo argumento, Davin identifica três elementos nas organizações criminosas. O primeiro refere-se à permanência temporal mesmo que altere os seus fundadores ou criadores. O segundo refere-se à estruturação da organização – há a divisão de trabalho entre seus membros, bem como a centralização de algumas ações. Por fim, a prática de infrações ou crimes com a finalidade de obter proveitos econômicos relevantes.[19]

É de se notar que, olhando por essa ótica, as organizações criminosas realmente se assemelham as empresas. Afinal, as empresas caracterizam pela permanência temporal ainda que modifique os seus fundadores; são estruturalmente organizadas havendo a divisão de tarefas; e possuem a finalidade de obtenção de lucros.

Machado argumenta que essas características, no entanto, não podem ser utilizadas para todas as organizações criminosas, haja vista alguma delas não visarem lucro, como, por exemplo, as organizações terroristas.[20]

Diferentemente desse posicionamento é o de Naím ao afirmar que o mundo se equivoca ao ver essas redes apenas em termo terroristas. Em seu livro, Naím aborda o império econômico que também essas organizações vêm conseguindo. Estruturam-se, assim, como as demais em verdadeiras empresas transnacionais em busca de lucro advindo de atividades ilícitas. [21]

Nesse sentido são os argumentos de Naím:

O problema é que o mundo ainda pensa nessas redes principalmente em termos de terrorismo. No entanto, [...], o lucro é uma motivação tão poderosa quanto Deus. As redes de comerciantes de bens ilícitos sem pátria estão mudando o mundo tanto quanto os terroristas – provavelmente mais. Mas o mundo, obcecado pelo terror, ainda não se deu conta.[22]

Percebe-se, portanto, que as características mencionadas acima referem-se a todo o tipo de organização criminosa que, no estudo de Maia, são classificadas em: organizações hierarquicamente organizadas, como, por exemplo, as máfias e cartéis; organizações profissionais especializadas – no âmbito de atuação interna – em atividades ilícitas, como, por exemplo, o roubo de carga e o contrabando de armas; organizações criminosas econômicas; organizações criminosas que praticam crimes contra o Estado – criminalidade praticada por servidores públicos; e organizações terroristas.[23]

Assim, as organizações criminosas podem ser conceituadas, doutrinariamente, como sendo um grupo estruturado hierarquicamente, estável e permanente, que se dedica à prática de atividades ilícitas com o objetivo de obter recursos financeiros.

3.2.2. Conceituação normativa

Tanto os ordenamentos jurídicos internos, quanto os internacionais se preocuparam em conceituar as organizações criminosas.

A primeira tipificação do crime de associação criminosa é encontrada no código napoleônico de 1810. Posteriormente, e na mesma linhagem, veio a tipificação no código penal português de 1852. Este código, no artigo 263, intitulado “associação de malfetores”, previa a punição à atuação de grupos criados com a intenção de atacar pessoas e propriedades.[24]

Em 1884, este dispositivo é alterado, estendendo a incriminação a qualquer associação formada para cometer crimes. A tipificação trazida pelo código penal português de 1884 foi mantida pelo código de 1983, no artigo 299.

Artigo 299. Associação criminosa

1 - Quem **promover ou fundar grupo, organização ou associação** cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo (grifos).

Percebe-se que a legislação portuguesa acaba por igualar “grupo”, “organização” e “associação” criminosa desde que tenham a finalidade de crime. Não prevê, portanto, o tipo legal de criminalidade organizada, mas sim o de associação para cometer algum delito.

O Código Penal espanhol segue a mesma linhagem: “refira-se, igualmente, que o CP espanhol não prevê o tipo legal de criminalidade organizada, mas o de associação para cometer algum delito (art. 515).[25]

Diferentemente do código penal português e espanhol é a lei penal italiana. Encontra-se nela um dos mais instigantes conceitos de criminalidade organizada. A Itália foi um dos primeiros países a combater abertamente a organização criminosa – Máfia – que se instalou no país ainda no século XIX. Decorrência desse combate foi a alteração do código penal a fim de tipificar a criminalidade organizada.

O artigo 416, originariamente, dispunha apenas sobre as associações para delinquir – quadrilhas e bandos. Posteriormente, em 1982, incorporou-se o artigo 416 bis que teve por objetivo dispor sobre as associações do tipo mafioso.

Nesse sentido comenta Maierovitch: “estabeleceu-se o duplo trilho: associações criminosas comuns e associações criminosas de modelo mafioso. As de tipo mafioso com método, aparato estrutural e finalidade diversa”. [26]

O artigo 416 bis apresenta os seguintes termos:

Qualquer um que fizer parte de uma associação do tipo mafioso por três ou mais pessoas, é punido com reclusão de três a sete anos.

Aqueles que promoverem, dirigirem ou organizarem a associação são punidos, só por isso, com reclusão de quatro a nove anos.

Nota-se que o legislador italiano classificou as organizações criminosas do tipo mafioso como verdadeiras associações. O simples fato de participar dessas associações já é considerado crime punível com reclusão.

Diferentemente do ordenamento jurídico italiano, o brasileiro optou em não criminalizar a simples participação em uma organização criminosa desde que não se cometa crimes nessa união.[27]

Em 1995 o legislador brasileiro, frente ao clamor público por ações contra a criminalidade organizada, editou a lei 9.034 – Lei de Prevenção e Repressão ao Crime Organizado. Essa lei foi, posteriormente, alterada pela lei 10.217, de 2001.[28]

Na versão de 1995, o artigo 1º preconizava: “esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Levantou-se então a dúvida, se esse dispositivo poderia ser aplicado à criminalidade organizada ou apenas aos casos de formação de quadrilha e bando conforme tipificação do artigo 288 do Código Penal.[29]

A doutrina argumentava que não faria sentido a prevalência dessa lei unicamente aos casos de formação de quadrilha ou bando.[30] Já a jurisprudência inclinou-se no sentido contrário.[31]

Ciente das divergências, o legislador alterou o artigo 1º da Lei de Prevenção e Repressão ao Crime Organizado mediante a lei nº 10.217, de 2001. O objetivo da alteração foi incorporar as ações praticadas por organizações ou associações criminosas de qualquer tipo conforme se percebe da ilação do artigo 1º.

Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Nesse sentido assevera Machado: “quis o legislador agasalhar a tese defendida pela maioria dos doutrinadores brasileiros, ampliando, assim, a gama de situações passíveis de ensejar os meios disponíveis na Lei n. 9.034”. [32]

Atente-se, no entanto, que mesmo após a alteração, o ordenamento jurídico brasileiro não passou a criminalizar a simples participação em uma organização criminosa.

Tampouco a alteração trouxe uma definição para as organizações criminosas.[33] Isso fez com que se tornasse difícil o combate às organizações criminosas.

Nesse sentido pondera Davin: “esta opção (criticável) dificulta, do ponto de vista jurídico-penal, o seu conhecimento, enquadramento e combate”, [34] e também Gomes: “não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa”. [35]

O conceito tão necessário para a aplicação das referidas leis brasileiras às organizações criminosas somente é encontrado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado – Convenção de Palermo.

Nessa Convenção Internacional que foi adotada, pelo Brasil, em 12 de dezembro de 2000 e, posteriormente, ratificada em 29 de janeiro de 2004, os grupos criminosos são conceituados da seguinte forma.

“a) Grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Percebe-se, assim que organização criminosa é o grupo estruturado há algum tempo com participação de três ou mais pessoas e que tem por objetivo cometer uma ou mais infrações graves. Levanta-se, então, algumas perguntas. O que seria infração grave? A própria Convenção define-a:

“b) infração grave – ato que constitua infração punível com uma penas de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”.

A outra pergunta é no sentido de saber se a Convenção de Palermo é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não restam dúvidas de que ela é sim aplicável ao nosso ordenamento. Até porque, após a ratificação pelo Presidente da República, editou-se o decreto nº 5.015 em 15 de março de 2004 que internalizou a Convenção de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro.[36]

A tendência, portanto, é que a restrição quanto à aplicabilidade da Lei de Prevenção e Repressão ao Crime Organizado sobre as organizações criminosas se acabe, haja vista constar numa Convenção Internacional – internalizada no sistema brasileiro – o conceito para criminalidade organizada.

A única ressalva é que o conceito constante, na Convenção de Palermo, tornou-se um pouco vago, vez que não se definiu com precisão o tempo necessário de formação da organização criminosa.[37] Isso não gera, no entanto, a inaplicabilidade do conceito da Convenção às organizações criminosas.

Nesse sentido assevera Capez:

Com isso, a tendência é a de que se acabe a restrição quanto à incidência da Lei do Crime Organizado sobre as organizações criminosas, ante o argumento de que não foram definidas em lei. Bastam três pessoas para que se configure tal organização, contrariamente à quadrilha ou bando, que exige, no mínimo, quatro integrantes. **O conceito é um pouco vago, pois a Convenção exige que a organização esteja formada “há algum tempo”, sem definir com precisão quanto.** De qualquer modo, certamente todos os dispositivos das Leis n. 9.034/95 e n. 10.217/2001 passam a ter incidência sobre os grupos.[38]

3.3. HISTÓRICO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Após conceituá-las e, optando pela doutrina que afirma a existência das organizações criminosas, cabe expor um histórico dessas organizações.

Conforme exposto, essas organizações não são frutos do século XX, mas sim do século XVI com as tríades chinesas.[39] Já no século XIX verificou-se o início da internacionalização dessas tríades mediante a migração de integrantes delas para os Estados Unidos em virtude da corrida do ouro na Califórnia.[40] Com o advento do século XX e o aumento no fluxo migratório, as tríades chinesas instalam-se em países europeus. Diferentemente das máfias italianas, as tríades, ainda hoje, possuem estrutura rudimentar baseada em graus hierárquicos aos quais são associados números.[41] Atualmente, as tríades desempenham atividades nacionais e internacionais. Entre as nacionais destacam-se a extorsão, jogos e duplicação ilegal de softwares. Entre as internacionais destacam-se o tráfico de drogas e armas, as fraudes de cartões de crédito e as imigrações clandestinas.[42]

No século XVIII nasceu, no Japão, a *Yakusa*. Davin aponta que a máfia japonesa nasceu entre vendedores de rua que controlavam determinados territórios.[43] Acompanhando o crescimento do Japão no pós-guerra, a *Yakusa* expandiu as suas atividades para outras áreas. A principal atividade dessa organização consiste no tráfico de mulheres e jovens para exploração sexual.[44]

A Máfia, organização criminosa mais conhecida no mundo,[45] surgiu na Sicília, Itália, no século XIX. Consagrou-se por possuir uma estrutura forte, hierarquizada e disciplinada. Com o fluxo migratório para os Estados Unidos no início do século XX, a Máfia acabou por internacionalizar-se.

Figueiredo lembra que o termo Máfia é utilizado genericamente para denominar quatro organizações distintas: Cosa Nostra, na Sicília; N'drangheta, na Calábria;[46] Sacra Corona Unita, em Puglia-Bari;[47] e Camorra, em Nápoles.

Pode-se afirmar que a Máfia passou por três fases. A primeira que ocorreu entre o feudalismo e o capitalismo e ficou conhecida como fase agrária.

A segunda que ficou conhecida como fase urbana e empresarial. Essa fase teve seu ápice com o contrabando de bebidas alcoólicas em Chicago durante o período em que vigorou a “Lei Seca”.

Assevera Davin que: “os enormes recursos financeiros obtidos durante o período da ‘Lei Seca’ aplicados na economia legítima geraram lucros que, para além de aí serem ‘reinvestidos’ também eram utilizados no financiamento de novas operações criminosas”.[48]

Com esses aportes elevados de capitais arrecadados durante a segunda fase, a Máfia entra na terceira fase conhecida como financeira. Passa-se, assim, a atuar junto com organizações criminosas de outros países no contrabando de armas e drogas. Atualmente, a Máfia mantém-se como uma das mais poderosas organizações. Suas

atividades, conforme relata Figueiredo, consistem basicamente: na ilegalidade das drogas, na expansão do mercado de armas, na persistência do sigilo bancário e nas inovações do mercado financeiro.[49]

Davin relata que a N’drangheta está ligada ao tráfico de drogas – em especial a cocaína – e ao tráfico de armas. Já a Sacra Corona Unità tem como principal renda o tráfico de drogas – em especial a heroína –, bem como o contrabando de cigarros e o comércio de armas.

E as organizações não se restringiram, unicamente, ao eixo asiático e a Itália. Na atualidade, diversos outros países têm organizações criminosas instaladas em seus territórios.

Exemplo desses países é a Federação Russa que reconhece a existência de 8.059 grupos criminais operando em seu território, sendo que trinta dessas organizações operam no mercado internacional. Essas organizações russas que se caracterizam por utilizar: sistemático uso de violência; forte controle hierárquico, elevada experiência militar; e equipamentos de alta tecnologia, atuam, principalmente, no tráfico de órgãos e na lavagem de dinheiro.[50]

Outra organização criminosa conhecida são os cartéis colombianos na Colômbia que atuam na produção, transformação e exportação de cocaína. Esses cartéis que entraram em decadência durante as décadas de 70 e 80 em virtude de intervenção das autoridades policiais e judiciárias, se converteram em diversos cartéis menores – *cartelitos* – que continuam atuando na produção da cocaína.

Nesse sentido assevera Davin:

Admite-se, com reservas, que possam existir cerca de 100 de pequena e média dimensão que não tendo nem as estruturas nem as pretensões políticas dos grandes cartéis entretanto desaparecidos, concentram-se fundamentalmente, na produção, transformação e “exportação” de cocaína.[51]

Atuando na produção da cocaína encontram-se, também, grupos mexicanos – Culiacan, Golfo, Juárez, Sinaloa e Tijuana – que são responsáveis pela colocação do produto no mercado dos Estados Unidos e Canadá. Esses grupos mexicanos atuam, ainda, na introdução de imigrantes clandestinos nos Estados Unidos mediante a construção de túneis subterrâneos entre os lados da fronteira.[52]

Já as organizações criminosas nigerianas atuam na exportação ilegal de petróleo e na prática dos crimes denominados “e-crimes”, vez que cometidos mediante a rede mundial de computadores.[53]

Inúmeras outras organizações criminosas já foram identificadas, entre as quais, encontram-se: os grupos sul-africanos, as máfias turcas, albanesas-kosovares e também os grupos brasileiros.

Esses últimos conforme já abordado anteriormente surgem de dentro dos presídios brasileiros. Entre os grupos mais conhecidos encontra-se o Primeiro Comando da Capital – PCC e o Comando Vermelho – CV. O PCC atuante, principalmente, na cidade de São Paulo e na Baixada Santista, tem como líder Marcos Willian Herbas Camacho – o “Marcola”. Já o CV atuante, principalmente, no Rio de Janeiro, tem como líder Luis Fernando da Costa – o “Fernandinho Beira-Mar”.

Ambas as organizações atuam no tráfico de drogas, mediante a venda da cocaína advinda da Colômbia. Percebe-se, assim, a internacionalização das organizações criminosas que querendo expandir seus negócios, transpassam as fronteiras dos Estados e passam a se relacionar com outras organizações.

As palavras de Davin concluem com precisão esse tópico acerca do histórico das organizações criminosas:

Para além do já referido todos os dias surgem novas organizações nos mais variados locais, as quais, graças a uma combinação de diversos factores e ao fim de algum tempo, dispõem de “massa crítica” suficiente para passarem a actuar em outros ordenamentos jurídicos.[54]

4. A SOCIEDADE INTERNACIONAL NO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

4.1. HISTÓRICO

As organizações criminosas que antes tinham atuação unicamente territorial, com a globalização, passam a transpassar as fronteiras e começam a atuar em outros países. Muita das vezes essa atuação efetiva-se mediante a cooperação entre várias organizações criminosas, como, por exemplo, pôde ser verificado na operação Cartagena, desbaratada pela polícia italiana, na qual se verificou integração entre o Cartel de Cali, na Colômbia, e a Máfia italiana passando, inclusive, pelo território brasileiro.[55]

Preocupada com o avanço da criminalidade organizada e da facilidade com que ela atravessa as fronteiras estatais, a sociedade internacional passou a elaborar meios de cooperação a fim de combatê-la.

Um dos primeiros passos foi com a instituição do Grupo de Ação Financeira contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo – GAFI. Trata-se de uma organização internacional criada em 1989 e que, atualmente, conta com trinta e quatro países-membros – entre eles o Brasil. O principal propósito dessa organização é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo – principais atividades das organizações criminosas. A fim de cumprir o seu propósito, o GAFI publicou quarenta e nove recomendações, sendo que, nove dessas, tratam de recomendações especiais.

Posteriormente, em 1994, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU aprovou a Declaração Política de Nápoles e o Plano de Ação Global contra o

Crime Organizado Transnacional. Com a aprovação dessa declaração, a Assembléia Geral instou os Estados-membros a implementarem as ações propostas nos mencionados documentos. Conjuntamente a isso, iniciou-se uma consulta aos governos dos Estados-membros sobre a possibilidade da criação de convenções internacionais acerca do crime organizado transnacional e sobre quais questões essas convenções deveriam reportar.[56]

Dando seguimento as ações propostas pelos documentos aprovado pela Assembléia Geral em 1994, realizaram-se dois seminários regionais ministeriais. O primeiro foi celebrado na cidade de Buenos Aires, em novembro de 1995, onde se aprovou a Declaração de Buenos Aires sobre a prevenção e o controle do crime organizado transnacional. Os países da região latino-americana e Caribe, adotantes da Declaração de Buenos Aires, manifestaram interesse na elaboração de uma convenção internacional acerca do tema. Desse seminário surgiram elementos que, posteriormente, foram incluídos na Convenção de Palermo.[57]

O segundo seminário foi realizado na cidade de Dakar, em julho de 1997, onde se aprovou a Declaração de Dakar sobre a prevenção e o controle do crime organizado transnacional. De igual modo que os países latino-americanos e Caribe, os países africanos demonstraram, durante o seminário, interesse na elaboração de um acordo internacional a fim de combater a criminalidade internacional.[58]

Em abril do mesmo ano, a Fundação Giovanni e Francesca Falcone realizou, em Palermo, na Itália, uma reunião para tratar da elaboração de uma convenção internacional acerca do tema. O relatório final dessa reunião foi enviado a Assembléia Geral da ONU. A partir desse relatório, a Assembléia decidiu, então, estabelecer um grupo intergovernamental de peritos com a finalidade de elaborar um anteprojeto de Convenção Internacional contra o crime organizado internacional.[59]

Em fevereiro de 1998, o grupo de peritos apresentou, em Varsóvia, Polônia, relatório com indicação de conteúdos necessários que deveriam constar numa futura convenção internacional. No mesmo ano, realizou-se outro seminário ministerial regional. Desta vez, o seminário foi realizado no continente Asiático. Em 25 de março foi, então, celebrado, na cidade de Manila, nas Filipinas, a Declaração de Manila sobre a prevenção e a luta contra o crime organizado transnacional. Os Estados asiáticos e do Pacífico apoiaram os esboços elaborados pelos peritos nomeados pela ONU e firmaram o compromisso de resolverem as diferenças e superarem as dificuldades conceituais a fim de agilizar a conclusão da convenção internacional.[60]

Ainda em 1998, mediante recomendação da Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal e do Conselho Econômico e Social, a Assembléia Geral da ONU decidiu estabelecer um comitê especial que teria por finalidade elaborar a tão almejada Convenção Internacional contra o crime organizado transnacional. Juntamente com essa finalidade, o comitê especial foi incumbido de examinar a necessidade de elaborar instrumentos internacionais que abordassem a tratativa de mulheres e crianças; a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo; e o tráfico e o transporte ilícito de migrantes inclusive por mar. A Assembléia Geral estipulou que os trabalhos deveriam ser concluídos até o ano de 2000.[61]

A fim de elaborar essa convenção, o comitê realizou onze períodos de sessões na cidade de Viena, Áustria.[62] Ao final desses onze períodos o Comitê apresentou o esboço da Convenção à Assembléia Geral da ONU. Em 15 de novembro de 2000, na 62ª reunião da Assembléia Geral, os Estados-membros decidem, então, adotar a Convenção de Palermo.

A entrada em vigor internacionalmente da Convenção estava condicionada ao depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao tratado. A Convenção entra em vigor no dia 25 de junho de 2003, noventa dias após o depósito de ratificação[63] da Bielo-Rússia – quadragésimo país –, conforme previsto no artigo 38 da Convenção de Palermo.[64]

Junto com essa Convenção foram elaborados dois Protocolos adicionais. Um relativo ao combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea e o outro relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Posteriormente, em 2005, foi elaborado o terceiro Protocolo relativo à produção ilícita e o tráfico de armas de fogo, suas partes, componentes e munição.

O Brasil, conforme já exposto anteriormente, adotou a Convenção depositando a ratificação em 29 de janeiro de 2004. A internalização em nosso ordenamento jurídico deu-se pelo Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Também foram adotados os três protocolos adicionais sendo a internalização desses mediante os Decretos 5.016 e 5.017, de março de 2004 e 5.941, de março de 2006.

4.2. CONVENÇÃO DE PALERMO

A Convenção de Palermo não típica condutas delitivas. Constitui-se de diretrizes que devem ser seguidas pelos países-partes no combate ao crime organizado – normas programáticas.[65]

Além do excelente conceito sobre o crime organizado – examinado no tópico 3.2.2. – na Convenção foram expostos diversos compromissos. Assim, os Estados signatários, em seus ordenamentos jurídicos internos, deverão: tipificar a conduta de participação em grupo criminoso organizado; criminalizar a conduta de lavagem de dinheiro e a corrupção; responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas que participarem em infrações graves envolvendo grupo criminoso; e adotar medidas de confisco e apreensão de bens de produtos de crimes.

Além disso, para o efetivo combate a criminalidade organizada transnacional a Convenção determina a necessidade de cooperação internacional entre os Estados signatários mediante determinadas condutas, como, por exemplo: a transferência de pessoas condenadas; assistência judiciária recíproca; investigações conjuntas, entre outras.

Nota-se que, aos poucos, o Brasil vem colocando em práticas as normas programáticas previstas na Convenção e nos protocolos adicionais. É o caso, por exemplo, do projeto de lei que institucionalizará a videoconferência.

O artigo 18, item 18 da Convenção de Palermo possui a seguinte redação:

Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente.[66]

Essa norma programática despertou no legislador brasileiro o interesse em também incluir no nosso ordenamento jurídico a utilização da videoconferência. No projeto de lei nº 139, de 2006, originado no Senado Federal e que já foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados encontra-se a regra geral para a utilização da videoconferência nos interrogatórios e audiências de presos e testemunhas com a participação do juiz, do acusado e de seu advogado.[67]

Outra diretiva que já observada foi a constante no protocolo facultativo relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas. O legislador brasileiro, mediante a lei nº 11.106, de 2005, alterou o artigo 231 do Código Penal que dispõe sobre o tráfico internacional de pessoas, bem como incorporou o artigo 231-A prevendo o tráfico interno de pessoas.[68]

Percebe-se, portanto, caber aos Estados-partes, com base nas diretrizes expostas na Convenção, tipificarem as condutas delitivas, bem como cooperarem entre si em prol do combate ao crime organizado transnacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir pelo aqui exposto que a globalização trouxe benefícios e novas expectativas à vida das pessoas. Ocorre que as organizações criminosas também viram novas oportunidades na globalização. A possibilidade de transpassar suas atividades para além das fronteiras foi, sem dúvida, o maior e melhor benefício trazido pela globalização. Surge, então, aquilo que se denominou de transnacionalidade do crime.

Pelo histórico das organizações aqui levantado, percebe-se que a criminalidade organizada não é fruto do século XX. No entanto, o grau de ofensividade frente às estruturas do Estado e modo agressivo com que elas vêm atuando é algo relativamente novo.

Sem dúvida é errônea as teses levantadas que rechaçam a existência dessas organizações. Isso porque negá-las dificultaria ainda mais o combate a elas. Países como a Itália buscam cada vez mais confirmar a existências delas a fim de intensificar o combate contra o crime organizado.

Essa intensificação, no caso da Itália, é percebida pelo próprio Código Penal que classifica as organizações criminosas do tipo mafioso como verdadeiras associações.

Além disso, o simples fato de participar dessas associações já é considerado crime punível com reclusão.

Percebe-se, assim, que o combate à criminalidade exige o reconhecimento do próprio Estado de que essa criminalidade é organizada e assemelha-se a verdadeiras empresas transnacionais. Empresas que sendo um grupo estruturado hierarquicamente, estável e permanente, se dedicam à prática de atividades ilícitas com o objetivo de obter recursos financeiros.

Como medidas de combate a crescente internacionalização da Máfia, países como os Estados Unidos aprovaram diversas medidas legislativas, entre as quais a possibilidade de agentes se infiltrarem nas organizações e os privilégios concedido aos *pentiti*.^[69]

A cooperação internacional é outra medida eficaz no combate à criminalidade organizada transnacional. Exemplo dessa cooperação foi a instituição do GAFI e a posterior elaboração, pela Organização das Nações Unidas, de uma Convenção Internacional contra o crime organizado transnacional. Necessário, no entanto, que os Estados-partes da Convenção dêem efetivo cumprimento as diretrizes nela expostas dentro de seus territórios, sob pena de se tornar um documento inócuo.

Conclui-se, portanto, não haver dúvidas de que as organizações criminosas existem. Negar-lhes a existência significa vedar os olhos para os problemas enfrentados e dificultar ainda mais o combate a elas.

6. REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos**. Vol.2, 4ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

DANTAS, George. **A escalada do crime organizado e o esfacelamento do Estado**. Disponível em http://www.analisefinanceira.com.br/artigos/crime_estado.htm. Acessado em 15 ago. 2008.

DAVIN, João. **A criminalidade organizada transacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. 2ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

FIGUEIREDO, Lucas. **Morcegos Negros**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MACHADO, Anderson Fonseca. **Criminalidade organizada transnacional e a globalização**. Dissertação – Universidade Católica de Brasília, 2006.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **As associações mafiosas**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo18.htm>. Acessado em: 15 ago. 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

NAÍM, Moisés, **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Tradução: Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º**. 10 nov. 2000. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf. Acesso em: 15 jul. 2008.

[1] BARBOSA, A.F. apud MACHADO, Anderson Fonseca. **Criminalidade organizada transnacional e a globalização**. Dissertação – Universidade Católica de Brasília, 2006, p. 27.

[2] FARIA, J.E. apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 27.

[3] DAVIN, João. **A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. 2ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 9-10.

[4] NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Tradução: Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 22.

[5] EL HIRECHE, G.F. apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 66.

[6] DAVIN, João, op.cit., p. 60.

- [7] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 66.
- [8] MAIA, R.T., apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 68.
- [9] FIGUEIREDO, Lucas. **Morcegos Negros**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 173.
- [10] Idem.
- [11] CHIAVARIO, M., apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 68.
- [12] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 52-53.
- [13] DAVIN, João, op.cit., p. 90.
- [14] Idem.
- [15] Idem.
- [16] DAVIN, João, op.cit., p. 100.
- [17] DANTAS, George. **A escalada do crime organizado e o esfacelamento do Estado**. Disponível em http://www.analisefinanceira.com.br/artigos/crime_estado.htm. Acessado em 15 ago. 2008.
- [18] GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 81.
- [19] DAVIN, João. Op.cit., p. 101-102.
- [20] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 85. Nesse sentido: “O escopo do presente trabalho não inclui as organizações terroristas criminosas, pois, apesar da relevância e visibilidade atual, escapam ao conceito empregado por não possuírem estrutura empresarial, isto é, exercerem uma atividade de produção ou circulação de bens ilícitos, pessoas e serviços, ainda que lícitos, prestados de forma ilícita com uma finalidade claramente lucrativa”.
- [21] NAÍM, Moisés, op. cit., p. 11.
- [22] Idem.
- [23] MAIA, R.T., apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 85.
- [24] DAVIN, João, op. cit., p. 54.
- [25] DAVIN, João, op. cit., p. 54.
- [26] MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **As associações mafiosas**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo18.htm>. Acessado em 15 ago. 2008.
- [27] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 107.

[28] Idem.

[29] Artigo 288. “Quadrilha ou bando. Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos”.

[30] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 109.

[31] Nesse sentido o REsp 258280 / 2002 / CE de relatoria do ministro Fontes de Alencar: RESP. CRIMINAL. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 9.034/95. REGIME PRISIONAL NOS CRIMES HEDIONDOS. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO. 1. A Lei nº 9.034/95, no tocante ao regime inicialmente fechado para cumprimento de reprimenda tem aplicabilidade única no caso de quadrilha ou bando. Haverá, evidentemente, com os crimes cometidos pela organização criminosa, concurso material e, sendo eles de caráter hediondo, submetidos aos rigores da Lei nº 8.072/90, que subsiste, a despeito da Lei nº 9.455/95, salvo quanto ao crime de tortura. 2. Recurso especial conhecido e provido. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=No+tocante+ao+regime+inicialmente+fechado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>, acesso em 30 de jul. 2008.

[32] MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 109.

[33] Conforme lembra Machado: “continuamos, porém, sem a definição das organizações criminosas a que se referem os diversos diplomas legais ora mencionados”. Idem.

[34] DAVIN, João, op. cit., p. 55.

[35] GOMES, L.F. apud MACHADO, Anderson Fonseca, op. cit., p. 110.

[36] Frisa-se que no Brasil, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, adota-se a teoria dualista moderada no que tange a internalização de tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Conquanto não seja objeto do presente trabalho a discussão da teoria monista e dualista, apenas para situar o leitor faz-se necessária uma rápida explanação acerca dessas teorias. A teoria dualista foi elaborada por Carl Heinrich Triepel, em 1923, que a apresentou num curso da Academia de Direito Internacional da Haia. Por essa teoria afirma-se que existem dois ordenamentos jurídicos totalmente distintos, um ordenamento internacional e outro interno. Afirma ainda que os dois ordenamentos só se comunicam quando há a internalização da norma internacional. Por essa teoria, para que um tratado se torne norma de direito interno é necessário que o Congresso Nacional o transforme em lei – dualista extremada. Após a edição da lei, a norma internacional torna-se norma interna motivo pelo qual não haverá mais conflito entre os dois ordenamentos. Já a teoria monista foi elaborada por Hans Kelsen, em 1926, que também a apresentou num curso da Academia de Direito Internacional da Haia. Por essa teoria afirma-se que tanto as normas internas quanto as internacionais constituem um único ordenamento jurídico. Assim, os costumes internacionais têm vigência imediata nos ordenamentos jurídicos internos. De igual modo os tratados após a ratificação pelo Presidente da República. O Brasil, conforme exposto acima, adota a teoria dualista moderada. Isso porque após a ratificação do tratado necessita-se outro procedimento para que ele adentre ao nosso ordenamento,

qual seja: a edição de um decreto presidencial e a conseqüente publicação no Diário Oficial da União. Essa teoria adota pelo STF, no entanto, não é justificada em nenhum dispositivo constitucional. Nesse sentido assevera Mazzuoli, que: “a Suprema Corte jamais conseguiu demonstrar o dispositivo constitucional no qual se fundamentou para dizer da obrigatoriedade da promulgação do decreto presidencial. Em nenhum artigo a Constituição de 1988 diz caber ao Presidente da República promulgar e fazer tratados; o texto constitucional (art. 84, inc. IV) somente se refere à promulgação e publicação das leis (e sabe-se já que, quando a Constituição quer se referir a tratados ela o faz expressamente)”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p. 57.

[37] Na Convenção, conforme já analisado, apenas está escrito: “...grupo estruturado de três ou mais pessoas, **existentes há algum tempo...**”

[38] CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos**. Vol.2, 4ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 97.

[39] DAVIN, João, op. cit., p. 60.

[40] Idem.

[41] Ibidem, p. 61.

[42] DAVIN, João, op. cit., p. 70-71.

[43] Ibidem, p. 62

[44] Ibidem, p. 72-73.

[45] FIGUEIREDO, Lucas, op. cit., p. 178. O autor lembra que o fato de a Máfia ser a organização mais conhecida no mundo refere-se ao fato de, diferentemente do que ocorre em outros países, o Estado italiano não a esconder.

[46] A N’dragheta – Sociedade de Homens de Honra – ficou conhecida após o rapto do filho do magnata norte-americano Paul Getty. É composta por cerca de cento e cinquenta famílias entre as quais se destacam a dos Vottari-Pelle-Romeo e Nirta-Strangio. DAVIN, João, op. cit., p. 67.

[47] A Sacra Corona Unità conta com cerca de duas mil pessoas divididas em cinquenta e uma famílias. Davin assevera que: “o seu desenvolvimento fulgurante deveu-se, em larga medida, às fortes relações que estabeleceu com as organizações criminosas a operar do outro lado do Adriático nomeadamente nas repúblicas originárias da ex-Jugoslávia e Albânia”. DAVIN, João, op. cit., p. 67.

[48] DAVIN, João, op. cit., p. 65.

[49] FIGUEIREDO, Lucas, op. cit., p. 177-178.

[50] DAVIN, João. Op. cit., p. 68-70.

[51] Ibidem, p. 73.

[52] Ibidem, p. 74.

[53] DAVIN, João, op.cit., p. 75-76.

[54] Ibidem, p. 78.

[55] FIGUEIREDO, Lucas, op. cit., p. 17-46.

[56] Disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf, acesso em 15 de jul. 2008.

[57] Idem.

[58] Idem.

[59] Disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf, acesso em 15 de jul. 2008.

[60] Idem.

[61] Disponível em http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383s.pdf, acesso em 15 de jul. 2008.

[62] Nesse sentido: *Hasta la fecha, el Comité Especial ha celebrado los once períodos de sesiones siguientes: el primero, del 19 al 29 de enero de 1999; el segundo, del 8 al 12 de marzo de 1999; el tercero, del 28 de abril al 3 de mayo de 1999, paralelamente AL octavo período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal; el cuarto, del 28 de junio al 9 de julio de 1999; el quinto, del 4 al 15 de octubre de 1999; el sexto, del 6 al 17 de diciembre de 1999; el séptimo, del 17 al 28 de enero de 2000; el octavo, del 21 de febrero al 3 de marzo de 2000; el noveno, del 5 al 16 de junio de 2000; el décimo, del 17 al 28 de julio de 2000; y el 11º, del 2 al 28 de octubre de 2000.* Idem.

[63] Ratificação, de acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, é o ato internacional pelo qual um Estado estabelece, no plano internacional, o seu consentimento em obrigar-se por um tratado.

[64] Artigo 38 – Entrada em vigor: 1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia seguinte a data de depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

[65] Nota-se que no livro “O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo” de Rodrigo Carneiro Gomes, conquanto o excelente trabalho realizado pelo autor, o capítulo sétimo é intitulado de Crimes previstos na Convenção de Palermo e seus protocolos. Não se trata, na verdade, de previsão de crimes, mas sim de determinações a serem observadas pelos Estados signatários no combate ao crime organizado. Com base no tratado os Estados deverão, portanto, alterar a legislação interna a fim de cumprirem as diretrizes mencionadas na Convenção de Palermo.

[66] Item 18 do artigo 18 da Convenção de Palermo: “Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado-parte deve ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado-parte, o primeiro Estado-parte poderá, **a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência**, senão for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado-parte requerente”. (grifos).

[67] GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 54-55.

[68] Artigos 231 e 231-A do Código Penal.

Tráfico internacional de pessoas Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Tráfico interno de pessoas Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei.

[69] *Pentiti*: – expressão que significa “arrepentido” e é utilizada para denominar aqueles que colaboram com a justiça. FIGUEIREDO, Lucas, op. cit., p. 97.

